

物権的請求権の相手方（二・完）

——自然力による妨害をめぐるドイツの議論を中心に——

堀 田 親 臣

一 はじめに

二 ドイツ法の状況

1 BGB一〇〇四条に基づく請求権とその要件

2 判例の動向（①具体的事例（以上、三一巻四号））

3 学説の動向

4 小括

三 若干の検討

四 今後の課題（以上、本号）

二 ドイツ法の状況

2 判例の動向

（2）分析

①概要

本稿では、連邦通常裁判所の一六件の判決を取り上げたが、ここで、まず、それらの判決がどのような事例について判断したものであるのかということ、そして、請求の相手方の責任の成否について整理しておくことにしたい。

(ア) 事例類型の概要 一六件の判決の中で、その過半数を占めているのは、隣接する土地に植わっている樹木に関連して土地所有権の妨害が問題となった事例である(「5・6・9・11・12・13・14・15・16」判決)。ここで、この樹木関連の妨害事例をさらに細分化してみると、樹木の倒壊による妨害が問題となった事例が四件(「5・9・14・15」判決)、樹木の根の侵入による妨害が問題となったものが二件(「12・13」判決)、そして、樹木の枝の侵入やそれに伴う落葉が問題となったものが二件(「11・16」判決)等となっている。

次に、その他の事例類型としては、隣接する土地の農業的利用による土地所有権の妨害が問題となった事例が三件(「1・3・8」判決)、そして、隣接地からの落石が問題となった事例が二件(「2・7」判決)である。

(イ) 責任の成否 一六件の判決の中では、いずれも、請求の相手方が BGB 二〇〇四条の意味における妨害者として責任を負うかどうかということが判示されている。以下では、その結論についての裁判例の整理を行った上で、事例類型に対応した責任の成否をまとめておくことにする。

まず、請求の相手方の責任の成否に関し、それを否定するものが六件ある(「1・2・3・5・6・8」判決)。これに対し、請求の相手方が妨害者として責任を負うとする裁判例は九件あり(「4・7・9・14・16」判決)、「8」判決(二〇〇一年)以降は、自然力が関与するような妨害事例であっても、請求の相手方の責任を肯定する裁判例が続いている傾向がみてとられる(「15」判決は破棄差戻し)。

次に、この責任の成否を事例類型にあてはめて整理すると次のようになる。

(i) 樹木関連(隣接地の樹木による土地所有権の妨害が問題となった事例)

A 樹木の倒壊：【否定例】「5」判決⇓【肯定例】「9・14」判決(「15」判決は破棄差戻し)

B 樹木の根の侵入：【肯定例】「12・13」判決

C 樹木の枝の侵入・落葉：【肯定例】「11・16」判決

D その他（樹木からの害虫の伝播）：【否定例】「6」判決

(ii) 農業関連（隣接地の農業的利用により土地所有権の妨害が問題となった事例）

【否定例】「1・3・8」判決

(iii) 落石関連（隣接地からの落石による土地所有権の妨害が問題となった事例）

【否定例】「2」判決⇕【肯定例】「7」判決

(iv) その他

【肯定例】「4」判決（隣接地に設けられた庭池に定住することになったカエルの鳴き声による騒音妨害が問題となった事例）

「10」判決（水道管の破裂による浸水が問題となった事例）

以上、本項では、判例の概要につき、事例類型及び責任の成否という点での整理を行った。そこで、以下では、それらを踏まえて、BGB一〇〇四条に基づく請求権の各要件（「侵害要件」及び請求の相手方としての「妨害者」）につき、判例の動向を整理・分析することにする。

② BGB一〇〇四条の意味における侵害要件の充足

すでに述べたように、ドイツの判例は、BGB一〇〇四条の所有権侵害という要件について、「請求の相手方が妨害者として責任を負う」ということを要求する（「1」判決他多数）。「1」判決では、これに関連して、ライヒ裁判

所及び連邦通常裁判所の判例として、「・・・侵害は、少なくとも、間接的に、所有者又は占有者の意思に還元されるものでなければならぬ」との判示もなされている。このことから、ドイツの判例によると、「もっぱら自然力によって」引き起こされたと評価される侵害は、BGB 一〇〇四条の要件を充たさないと解されてきたのである（例えば「3」判決）。

ところで、このような侵害要件の解し方を基礎におくドイツ判例の近時の到達点を理解することとの関係では、ヴェンツェル (Wenzel) によつて、「8」判決が重要な役割を果たしているとの指摘がなされている。⁽²⁰⁾そこで、以下では、この侵害要件に関するより詳細な判例の動向につき、「8」判決の前後に分けて、考察を進めることにしたい。

(ア) 「8」判決まで 「8」判決までの判例は、侵害がもっぱら自然力に還元される場合には、BGB 一〇〇四条の要件は充たされないとしつつも、しかし、自然力 (自然現象) が引き起こした土地所有権の妨害が問題となる事例につき、次のような場合に限って、請求の相手方 (具体的には、例えば、その妨害の発生している土地の所有者) の BGB 一〇〇四条に基づく責任を認めていた。つまり、

(i) (妨害の発生している土地の) 所有者が、自らの行為もしくは土地の性状を人為的に変更したことによつて、その侵害を可能ならしめた場合、又は、

(ii) その所有者の義務に違反した不作為によつて、初めてその侵害が引き起こされた場合である。

裁判所の具体的判断をみると、責任肯定例である「4・7」判決では、請求の相手方によつて設置・維持管理されている庭池とそこに定着したカエルの鳴き声による騒音侵害（「4」判決）、及び、採掘措置の結果生じるに至った急勾配の傾斜地とそこからの落石の危険による侵害（「7」判決）につき、それらがいずれも請求の相手方（その土地

の所有者）の意思に還元されうるとの判断がなされている。

しかし、その一方で、責任否定例である「1・2・3・5・6」判決では、農地の際に不可欠な耕作方法及びそれによってもたらされる地表面の変化による土地所有権の妨害（「1・3」判決）、人の手の入っていない傾斜地からの落石の危険による妨害（「2」判決）、抵抗力のある樹木がもっぱら異常な強さの嵐によって初めて倒壊したことによる妨害（「5」判決）、そして、隣地に植わっている樹木からの害虫の伝播による妨害（「6」判決）につき、請求の相手方（土地の所有者、「1」判決は賃借人）は妨害者として責任を負わないと判示されている。

このように裁判所の個別・具体的判断をみると、如何なる事例が前記（i）（ii）の場合に該当するのかが必ずしも明らかでないように思われる。特に、それは、農地に関する「1・3」判決と隣地からの落石に関する「7」判決とを対比することによって明らかとなる²¹。つまり、これらの判決では、いずれも「人による土地の利用」が問題となつているといえようが、「1・3」判決では、人による農地の農業的利用が「通常の耕作方法の範囲内」である限り、それによって地表面の変化等があり妨害をもたらしているとしても、それは当該土地の「自然の特性」として責任が否定される（Ⅱ（i）（ii）いずれにも該当しない）のに対し、「7」判決は、採掘措置という傾斜地の経済的利用によってもたらされた落石の危険を「人の手によって行われた傾斜地の変更の結果」とし、これは傾斜地の自然の性状から導かれるものではないとして責任を肯定するのである。

（イ）「8」判決以降　それでは、次に、「8」判決以降の判例の動向を見ていくことにする。

「8」判決は、まず、「1・3・6」判決を引用して、「もっぱら自然力に還元される侵害がある土地から発生しているときに、BGB一〇〇四条の要件は充たされない」という従来判例の立場を確認する。ここで、同判決は、この従来判例の意味するところについて、次のような解釈を提示する。つまり、BGB一〇〇四条に基づく請求権が

認められるためには、「所有権侵害が少なくとも間接的に請求の相手方の意思に還元されること」が要件とされ、請求の相手方の不作為によってその侵害が引き起こされた際には、請求の相手方に行為義務（相応の保全義務（Verkehrssicherungspflicht））が存するときのみ、BGB 一〇〇四条の問題となる。要するに、ここでは、相応の保全義務が請求の相手方に課されるかどうかが問題であるというのであり、侵害がもつばら自然力に還元されるときは、そもそも請求の相手方にそのような保全義務を課すことできない場合であるというのである。

このような考え方は、「8」判決に先行する「5・6」判決にも通じるところがあるように思われるが、前述したヴェンツェル及び「11」判決でも、「8」判決がそれ以降の連邦通常裁判所の判断において、重要な基点となったとの評価がなされている。⁽²²⁾そして、「11」判決では、「8」判決をさらに進展させ、前述した「保全義務」に関し、個々の事例状況に応じ、「公法及び私法上の相隣法の規律」、そして、「隣接する土地の利用方法及び妨害の予防的制御可能性」を基準として、その有無を判断すべきことを明示している。

そこで、具体的に、このような基準に照らして、裁判所の判断をみていくと次のようになる。

(i) 樹木の倒壊による侵害事例

「9」判決…老化により樹木がもはや十分な抵抗力を喪失しその所有者は当該樹木を切り倒す義務を負っていた

「14」判決…隣地所有者が掘削措置をしたことによって樹木の安定性を奪ったし侵害の原因は隣地所有者の行為

「15」判決…病気により樹木がもはやその安定性を喪失しているような場合について、「9」及び「11」判決の考

え方が妥当する旨判示

(ii) 樹木の根・枝の侵入等による侵害事例

〔11〕判決…松の枝の侵入と松ぼっくりの落下⇨自然なエミッションを伴った土地の植生⇨ここでは、それが、通常の方法での土地の耕作、及び相隣法にとって決定的な役割を果たす相互配慮の要請に適用かどうか重要、しかし、いずれにせよ、本件では、松は境界からの距離に関するラントの関連規定に違反して維持管理されていた

〔12〕判決…桜の根の侵入によるコンクリートタイルの上昇という侵害⇨このことについて、その所有者が責任を負うかどうかは、樹木のある土地の利用が通常の方法での耕作の範囲内に維持されているかどうか重要、そして、本件では、B G B 九〇三条に含まれる基本思想から、その所有者は、樹木の根がその土地の境界を越えて伸びないよう配慮すべきであったと判示

〔13〕判決…赤松の根の侵入とそれによる侵害⇨B G B 九一〇条から、その所有者は、樹木の根がその境界を越えて伸び、そして、隣接土地の利用を侵害するということについて配慮すべきであった、そして、本件でも、樹木のある土地の利用が通常の方法での耕作の範囲内に維持されているかどうか重要、本件では、赤松は境界からの距離に関するラントの関連規定に違反して維持管理されていた

〔16〕判決…樹木の枝の侵入とそれによる侵害⇨B G B 九一〇条によると、その所有者は、樹木の突出した枝が隣人を侵害しないように配慮しなければならない（が、容認）

(iii) その他

〔10〕判決…水道管⇨土地の工作物の一部⇨その破裂による侵害（浸水）は、回避可能であり、かつ、誰にも支配できない自然現象の結果ではない（水道管の破裂⇨B G B 八三六条の意味における土地と結合した土地の工作物の「一部の剥離（崩壊）」とみなしうる）

まず、樹木自体がその抵抗力・安定力を喪失している場合について、判例は、その所有者に当該樹木を切り倒す等の義務があると判示し、その義務違反があれば BGB 一〇〇四条の責任も認められるとする（「9・15」判決）。

次に、樹木の根等の侵入事例に関して、判例は、(i)境界からの距離に関する公法上の相隣関係の規定に違反している場合にも、請求の相手方の義務違反があるとし（「11・13」判決）、また、(ii)私法上の相隣関係に関する規定（BGB 九〇三条、九一〇条等）から、土地利用についての相互配慮義務を導き出し、その義務違反が認められるような場合（直接には「12・16」判決。なお、「11・13」判決でも考慮されている）にも、請求の相手方の責任を肯定する。

このように、「8」判決以降の判例の動向をみると、ヴェンツェルが指摘していたように、最近の連邦通常裁判所の判断では、「ある侵害がもつばら自然力に起因するかどうか」ということはそれほど重要ではなくなり、「侵害の発生している土地の所有者にその責任を負わせるための事実上の根拠 (Sachgründe) が存在するかどうか」、特に「相隣共同関係から、保全義務、つまり起こりうる侵害を阻止するための義務が (当該所有者に) 生じるかどうか」ということが重要視されつつあるということがみてとられるであろう。

以上のことから明らかなように、ドイツの判例においては、BGB 一〇〇四条の意味における侵害要件の充足については、請求の相手方となる妨害者という要件と非常に密接に関連付けて、その判断がなされているということができよう。

③ BGB 一〇〇四条の意味における妨害者

ここまでみてきたように、近時の BGB 一〇〇四条の責任の成否に関する判例の動向をみると、結局のところ、BGB 一〇〇四条の意味における妨害者とはどのような者を意味するのかということが最も重要な問題となる。そこで、

まず、以下では、本稿で取り上げた各裁判例における妨害者資格の認否について整理することとしたい。

(ア) 妨害者資格の認否

A. 責任否定例

まず、連邦通常裁判所が請求の相手方の妨害者資格を否定した判決についてみていくことにする。責任否定例は、前述の通り、「1・2・3・5・6・8」判決の六件であり、その事案は、農地利用に関するものが三件（「1・3・8」判決）、樹木による妨害事例が二件（「5・6」判決）、そして、傾斜地からの落石事例が一件（「2」判決）である。⁽²⁴⁾

農地利用に関する三判決では、いずれも、請求の相手方とされる土地の耕作者が、当該土地を「農地として利用」するにあたり、その利用方法が「通常の農業的利用の範囲」を越えるものでない限り、当該土地から発生する隣接地の妨害について、BGB一〇〇四条の意味での妨害者として責任を負わない旨判示されている。より詳しくみると、「1」判決では、「農地の際に不可欠な耕作方法、ならびに、様々な作物の種まき及び収穫と必然的に結びつく地表面の変化」を「土地の自然の特性」と評価し、そのような農地への降雨とそれに伴う土壌の流出について、請求の相手方たる耕作者（土地の賃借人）は、土壌流出の不作為義務を負うことはなく、BGB一〇〇四条の責任を負わないと判示されている（「3」判決も、基本、同旨）。また、「8」判決では、ブドウ畑でうどん粉病が発生したことにより、その耕作者がブドウ栽培を休止し、他の農業的利用をした結果、隣接土地にキノコ被害が生じたという事例において、そのような耕作者の行為の仕方も、「通常の農業的利用の範囲内」といえ、「耕作の有害な外部効果から第三者を保護する特殊な義務を根拠付けない一つの耕作方法」であるとして、その耕作者の妨害者資格を否定する。⁽²⁵⁾

次に、樹木による妨害事例について、「5」判決では、土地所有者によって維持管理されている樹木が、病気又は

老化の結果、自然力の通常的作用に対する抵抗力を失っていた場合には、当該樹木の倒壊についてその土地所有者が妨害者として責任を負うことがあるのを認めつつも、本件はそのような場合ではなく、あくまで異常な強さの嵐が原因であるとして、土地所有者の妨害者資格が否定されている。また、「6」判決では、隣接する土地に植わっている樹木間での害虫の伝播が問題となった事案において、害虫駆除の法律上の行為義務を根拠付ける法的根拠がないとして、伝播の阻止のために特に何の措置も講じなかった当該土地所有者の妨害者資格が否定されている。

以上のことから、ドイツの判例においては、問題となっている妨害（状態）との関係で、請求の相手方が何らかの法的義務（例えば、それを阻止する義務等）を負うかどうかが問われ、そもそもそのような法的義務を根拠付けることができないときには、請求の相手方が妨害者として責任を負うこともないとの判断が下されているといえよう。

B. 責任肯定例

次に、連邦通常裁判所が請求の相手方の妨害者資格を肯定した裁判例をみていくことにする。責任肯定例は、「4・7・9・10」判決の九件であるが、樹木に関連する妨害事例が「9・11・12・13・14・16」判決の六件と多数を占める（「15」判決も「9・11」判決の考え方を基本的に支持）。なお、その他は、「4」判決が庭池に定住したカエルによる騒音妨害、「7」判決は採石場からの落石による妨害、そして、「10」判決が水道管の破裂による浸水が問題となった事例²⁶である。

ところで、これらの裁判例における妨害者資格の認定については、すでに侵害要件の判例の動向において述べたところと重複するところが多々あることから、ここでは、要点のみを確認することにした。

まず、「4・7」判決について、ここでは、いずれも、問題となっている妨害状態の維持（「4」判決ではYの自由意思に起因する施設と庭池の維持・管理、「7」判決では傾斜地の落石の危険という状態の維持）が請求の相手方Y

の意思に還元されるとの認定がなされており、このことから、Yは状態妨害者（Zustandsstörer）として責任を負うとの判断が下されているといえよう（「7」判決では明示。なお、状態妨害者の詳細については後述する）。

次に、「9・14」判決では、いずれもその安定性の点で問題のあった樹木の倒壊が問題となったが、「9」判決では、そのような倒壊の危険のある樹木の所有者は当該樹木を事前に切り倒さなければならなかったとし（このことから、義務に違反しての不作為が想定される）、その一方で、「14」判決では、土地の所有者が自ら土地を開墾したという行為によって当該樹木の倒壊の危険をもたらしたということにより、各々妨害者になるとの判断がなされている。また、樹木の根・枝の侵入又はその作用による妨害が問題となった「11・12・13・16」判決については、「11・13」判決が結果として土地（樹木）の所有者が境界からの距離に関するラント法の関連規定に違反して樹木を維持管理していたという点で（このことから、ラント相隣法上の義務に違反した不作為が想定される）、そして、「12・16」判決では、BGB九〇三条又はBGB九一〇条⁽²⁸⁾に照らして、土地（樹木）の所有者は、その所有する樹木の根が境界を越えて伸びないように配慮する義務、又は、侵入根・突出した枝による隣地所有権の侵害に配慮する義務の存在を前提に、いずれもその所有者が根・枝による侵害を容認していたということから、各々妨害者になるとの判断が下されているのである。

以上のことからすると、責任肯定例の判例の動向としては、次のようにいうことができよう。つまり、「8」判決以前の「4・7」判決では、自然力による妨害事例においても、問題となっている妨害状態が請求の相手方の意思に還元されるかどうかの一つの基準として意識されていたといえようが、「8」判決以降は、むしろ、請求の相手方が、問題となっている妨害につき、それに配慮する義務を負っていたかどうか、そして、その義務違反があったといえるかどうか、妨害者資格の判断基準として、重要視されるようになってきているというようにである。

(イ) 従来からの判例による妨害者概念との整合性

以上、ここまで、本稿で取り上げた裁判例における妨害者資格の認否という結論の点を中心に、判例の動向を概観してきた。ところで、判例の妨害者概念(行為妨害者 (Handlungsstörer) と状態妨害者という二元的理解)については、その詳細は後述するが、学説において、その有用性が疑問視されている(批判の詳細については、後記 3①(イ) A 参照)。そこで、以下では、そのような学説の批判が妥当であるかということを確認するためにも、従来からの行為妨害者・状態妨害者という二元的理解との関係で、本稿で取り上げた裁判例における妨害者の判断はどう評価されるか、また、現在の判例における妨害者概念の到達点はいかなるものであるのかということをも可能な限りでまとめておくことにしたい。

A. 判例による行為妨害者・状態妨害者の理解

判例は、比較的最近の連邦通常裁判所の判決(例えば、連邦通常裁判所(第五民事部)二〇〇六年二月一日判決 (NJW 2007, 432ff.))でも確認されているように、依然として行為妨害者・状態妨害者という区分を基本的には維持していると考えられる。そこで、同判決で示された両妨害者概念を確認し、ひとまず、それを前提に、本項での考察を進めていくことにする。

まず、同判決によると、行為妨害者とは、「所有権の侵害を、その行動 (Verhalten)、つまり積極的行為又は義務に違反した不作為によって相当に引き起こしている者」とされる。また、これに対し、状態妨害者とは、「侵害を確かに引き起こしてはいないが、その標準的な意思によって、侵害している状態を維持している者」とされる。²⁹⁾

このように、判例は、基本的には妨害者を二つに類型化して理解しているといえるが、すでに学説からも指摘されているように、また、例えば「1」判決の判決理由をみても読みとられるように、特に自然力による妨害事例に関し

ては、両者の境界は不明瞭なものとなっていることが予想される。そこで、次に、本稿で取り上げた裁判例における妨害者概念と対比しつつ、そのことの確認と判例の到達点をみていくことにする。

B. 自然力による妨害と判例の妨害者概念

前述したように、例えば「1」判決では、自然力による妨害とBGB一〇〇四条の責任の成否について、次のような判断基準が示されている(以下、便宜上、筆者の必要に応じて、判決理由の文中に記号等を付する)。

「．．． ^(A) 侵害は、．．． 少なくとも、．．． 間接的に、．．． 所有者又は占有者の意思に還元されるものでなければならぬ。このことから、自然現象によって引き起こされた妨害の発生している土地の所有者には、次の場合のみ、この侵害の責任を負わせることができる。つまり、．．． ^(B) その所有者が、．．． 自らの行為^(B) ．．． もしくは土地の性状を人為的に変更したことに．．． により、その侵害を可能ならしめたか、又は、その侵害が、義務に違反した不作為によって初めて引き起こされた場合である」というようなのである。

ここで、従来からの行為妨害者・状態妨害者の理解に照らして、ここに引用した判決理由をみてみると、形式論としては、両妨害者概念の区分の不明瞭性は明らかであろう。つまり、判決理由中の(A)は、状態妨害者について述べられることであり、その一方で、同(B)は、本来、行為妨害者のみを意味するはずのものである。しかし、判例理由の文脈からすれば、(A)と(B)は少なくともその一部が重なり合うことになり、このような評価が妥当であるとすれば、両者の区分は必ずしも明確ではないとの批判的を得ていることとなる。

なお、このような「1」判決の考え方は、おそらく同判決以降「8」判決が出るまでの間の確立した判例の立場であったと思われる。

しかし、連邦通常裁判所第五民事部の裁判長であったヴェンツェル自身が述べているように、前述のような判例の

立場は「8」判決において一つの転機を迎えたようであり、さらに同第五民事部は、「11」判決において、これまでの判例の立場が学説によって批判にされていることを明確に意識しつつ、次のように述べるに至っている。つまり、「・・・本法廷は、ワタアプラムシ判決（「6」判決）の基礎にある次のような思考（つまり、自然力の作用の際には、妨害は義務に違反した不作為に際してのみ問題になるという思考）をうどん粉病判決（「8」判決）において先に進めた」、「本法廷は、そこで、次のことを考慮に入れた。つまり、妨害の発生している土地の利用方法から、保全義務（*Sicherungspflicht*）、つまり起こりうる侵害を阻止する義務が生じるかどうかということである（「1」判決）」というようにである。

このように、「8」判決を契機として、特に「11」判決以降は、従来の判例では、妨害の「意思への還元可能性」と「義務に違反した不作為による原因性」という二つの基準となるようなものが、自然力による妨害の際には、「義務に違反した不作為」へと一本化されているという傾向が見とられ、これ以降、連邦通常裁判所においては、「これもヴェンツェル自身が述べているように、自然力の作用の際の問題は、もはや「もっぱら自然力に起因するかどうか」ではなく、「妨害者が、その自らの行為により、客観的にみて、具体的な危険状況を作出したかどうか、そして、相邻共同体関係から、保全義務、つまり起こりうる侵害を阻止する義務が生じるかどうか」を決定的な基準とするようになっているといえよう。⁽³⁰⁾

〈注〉

(20) Joachim Wenzel, *Der Störer und seine verschuldensabhängige Haftung im Nachbarrecht*, NJW 2005, S. 241f. なお、ヴェンツェルは、連邦通常裁判所第五民事部の裁判長であることから、本稿ではその指摘に従うこととした。

(21) 但し、ここでの評価は、筆者の評価であって、ドイツにおける農地や傾斜地に対する一般的な認識を前提としているわけではない。

ことを念のためお断りしておく。

(22) Vgl. Wenzel, a.a.O. (前注 20), S.241f.42; また、前掲「11」判決の判旨(広島法字三二卷四号八一頁以下) 参照。

(23) Vgl. Wenzel, a.a.O. (前注 20), S.242.

(24) なお、「2」判決は、従来の判例に沿った判断を下すだけで、特に詳細な判決理由を述べるわけではないので、ここでは省略する。

(25) いずれも、農地としての利用との関係で、農地の耕作者が第三者に対する義務を負わず、したがって、当該耕作者の義務違反はなく、責任も生じないとの結論に行き着いていると考えられよう。

(26) なお、本件では、結論として、このように判断されているが、判決理由においても、害虫への対策を義務づける成文法上の根拠が認められるときには、異なる結果となりうることを示唆していることには注意が必要である(詳細については、前掲「8」判決(広島法字三二卷四号七二頁以下) 参照)。

(27) 「10」判決は、土地に敷設された水道管の破裂が問題となった事例であり、ここでは、BGB 八三六条から水道管の維持管理者の配慮義務が導かれ、その義務違反による浸水について、請求の相手方の責任が認められている。

(28) 「13」判決も、例示との関係で、BGB 九一〇条からの配慮義務について言及する。

(29) 同判決によると、さらに、状態妨害者については、次の二つのことが要件とされると述べられている。つまり、①妨害源の支配とその除去可能性を有するということが、そして、②当該侵害が、少なくとも、間接的に、妨害物の所有者又は占有者の意思に還元されるということである。

(30) Vgl. Wenzel, a.a.O. (前注 20), S.242.

3 学説の動向

以上、ここまで、BGB 一〇〇四条の侵害要件及び妨害者概念について、自然力による土地所有権の妨害と関連づけた形で、ドイツの具体的裁判例の考察を行ってきた。そこで、以下では、同じ問題に関するドイツの学説の動向をみていくことにする。

ところで、ドイツの学説は、そもそも所有権侵害という要件をどう解するかという点で、二つに大別することができる状況にあると思われる。つまり、判例と同じく BGB 一〇〇四条の侵害要件を広く捉える伝統的な所有権侵害の理解を基礎におく見解（通説）とピッカー（Pickert）に代表される権利篡奪の理論（重量理論）である。以下、本項では、基礎におく所有権侵害の理解の相違にも配慮する意味を込めて、前述の二つに大別した形で、学説の動向をみることにする。

① 所有権侵害に関する通説的理解を基礎におく学説の動向

(ア) 所有権侵害に関する通説的理解

従来からの通説は、判例が所有権侵害を「所有権の内容（BGB 九〇三条）に反するあらゆる状態」と解していることに対して特に異論を唱えているわけではないことから、基本的に同じ理解を前提としているということができる。⁽³¹⁾

ところで、このように侵害要件について非常にその範囲が広い侵害要件を基礎におく通説においても、そのような侵害につき責任を負う相手方、つまり妨害者をどのように捉えるかという点で、見解が分かれるようになってきている。そこで、次に、侵害概念については伝統的理解を前提とする学説の妨害者概念をめぐる議論の状況をみていくことにする。

(イ) 妨害者概念をめぐる学説の状況

BGB 一〇〇四条の妨害者に関する従来の通説は、ここでも、判例と同様、BGB 一〇〇四条の責任を行為責任と状態責任に二分し、前者の請求の相手方を行為妨害者、そして、後者の相手方を状態妨害者というように妨害者を二つの類型に区分して理解するものであった（各妨害者概念については後述する）。

しかし、このような妨害者の捉え方に対しては、すでに判例の動向をみても明らかのように、かなり以前から学説においても「両者の境界が明確ではない」との批判がなされてきた。なお、学説においては、依然として行為妨害者と状態妨害者という区分を維持しつつ、状態妨害者についてのみ修正を加える見解がある一方で、新たな分類法を提案する見解も現れるに至っている。そこで、以下では、それら学説の説く妨害者概念について確認すると共に、本稿の目的である自然力による妨害と妨害者との関係に焦点をあてて、その内容をみていくことにする。

A. 行為妨害者と状態妨害者に二分する説（従来からの通説）

妨害者概念に関するドイツの通説的理解については、すでにわが国においても詳細な紹介がなされてきたことから、本稿では、確認の意味で概説するにとどめる。⁽³²⁾

従来からの通説によると、行為妨害者と状態妨害者は、判例と同様、次のように解される。つまり、行為妨害者とは、「その意思的行為（＝積極的行為又は義務に違反した不作为）により作用を引き起こした者」をいい、そして、状態妨害者とは、「所有権を侵害する状態がある場合に、その状態がその意思に還元されるところのその者」であるというようにである。⁽³³⁾

しかし、このような伝統的な妨害者の二分的理解に対しては、これまでも指摘してきたように、基本的には通説を支持する論者からも、難点のあることが指摘されている。例えば、近時の文献でも通説の支持者として引き合いに出されるパウア（Baur）は、特に状態責任に関連して、具体的には自然力による侵害や権利承継等の場合に、これまでの基準では帰責性を説明するのに困難が生じるとする。⁽³⁴⁾ また、メイクス（Medicus）やヘアマン（Hermann）も、前述したように、両妨害者概念の境界が明確ではないと批判する。⁽³⁵⁾ そこで、以下では、近時の文献においてもしばしばその参照が指示される論者の見解を中心に、さらに考察を進めていくことにする。

B. 通説を修正する見解

(i) バウアの見解

バウアは、前述したように、自然力による侵害や権利の承継等の事例において困難な問題が生じることを認めつつも、基本的には人の行為や意思活動という基準から妨害者を理解しようとする。そして、前述のような問題に対処するために、状態責任については、次のように考えることができるとする。⁽³⁶⁾

まず、バウアは、危険にさらされている土地所有者の請求権について定める BGB 九〇七条、九〇八条の規定から、そこでは、問題となっている作用が、人によって作り出されたか又は維持されている施設（この施設には少なくとも潜在的な危険が認められる）に還元されなければならないとの評価を読みとる。そして、そのことを踏まえ、前述のような問題事例における BGB 一〇〇四条の状態責任については、次のように考えることができる。つまり、BGB 一〇〇四条においても、土地の自然の性状を人為的に変更したことに起因し、かつ具体的な危険源を作出している侵害についてのみ、その土地の所有者の状態責任を根拠付けることができるというようにである。

以上のことから、バウアの見解による場合には、まず、侵害が人の行為又は意思活動に還元されるときには、これまでのように行為責任、状態責任を想定することができることになる。さらに、問題となる作用（潜在的なものを含む）が人の手によって作出された施設から発生している場合にも、状態責任を想定することができる。そして、バウアの見解によると、侵害がもつばら自然現象又は土地の自然の性状に起因するものであるときには、前述したことの対比において責任の根拠付けができず、当該土地の所有者が妨害者として責任を負うことはないこととなる。

(ii) 所有権理論 (Eigentumslehre)

いわゆる所有権理論とは、妨害者を定める一つの基準として、物の所有権を取り上げる見解である。⁽³⁷⁾

この見解の主唱者であるプライヤー (Plyer) は、判例による相隣共同体関係の理論の影響との関係で、BGB一〇〇四条の妨害者概念について、次のように述べる。⁽³⁸⁾ つまり、

相隣共同体関係の理論の影響で、「ここでは、人の意思活動による原因性への硬直的な結び付きからの解放が認められる。原因性が重要でないというのではない。しかし、それは、ある者が生じた結果に責任を負わされるべき場合についてのみである。自らの行為又は不作為についての責任と並んで、なお別の責任を負う可能性が存在する」と。

このように述べた上で、プライヤーは、物から発生する妨害が問題となる際には、その物の所有者を、その意思活動により現に生じている結果を引き起こしたかどうかを考慮することなく、BGB一〇〇四条の妨害者とみなすことができるのである。このように、プライヤーは、妨害者の帰責の根拠（基準）として、人の意思活動ではなく、物の所有権を取り上げるのであるが、このような考えが正当化される理由につき、次のように考えている。つまり、物の所有者は、その物を支配し、そして、その物から利益を得る可能性をも有するのであるから、その結果、その物の危険な状態について責任を負わなければならないというようにである。

以上のことから、プライヤーの見解による場合には、自然力による妨害についても、まずは、当該妨害が誰かの所有する物から発生しているかどうか問題となり、そして、誰かの所有している物から妨害が発生している際には、それがその物自体に内在する危険の結果であると認められる限りは、その物の所有者が、前述したことから、当該侵害について責任を負わなければならないことになる。そして、生じた妨害が地震のような不可抗力によって引き起こされた場合のみ、BGB一〇〇四条の責任は否定されるとするのである。

C. 新たな分類法を提案する見解

(i) メディックスの見解

メデイクスは、新たに妨害者を活動妨害者 (Tätigkeitstörer) と非活動妨害者 (Untätigkeitstörer) に分類することで、前述した通説の結論から逸脱することなく、妨害者の把握が可能である旨主張する⁽⁹⁸⁾。

メデイクスによると、活動妨害者とは、次の二つの要件を充足させる者である。つまり、(a) その継続する積極的行為により妨害を生じさせており、かつ、(b) その行為の終了が妨害の終了をも意味するような妨害を生じさせている者である。これに対し、非活動妨害者については、活動妨害者ではない妨害除去の可能性を有する者がその対象となるとし、どのような者が非活動妨害者となるかにつき、より詳細に言及している。

メデイクスは、非活動妨害者の責任を考える上で、前述した所有権理論のようにその責任を妨害している物の所有権に結び付けて考えることには否定的であり、その一方で、妨害者の責任は保有者資格 (Halereigenschaft) や自主占有 (Eigenthum) に結び付けられるとし、そして、それに続けて、非活動妨害者の義務は、危険の源を作出したことから生じるとする。具体的に、彼は、建築物の設置を例としてあげ、不法行為責任に関する B G B 八二三条、八三六条等の参照を指示しつつ、「さしあたり危険でない状態を今後も引き続きそうであるようにすることについての責任」があることを認め、建築物を設置させた者は、その設置後、当該建築物がその老朽化に際し他人の所有権を侵害することに對しても配慮しなければならないとする⁽¹⁰⁾。つまり、非活動妨害者については、危険の源を作出したことによる義務を想定し、この義務に関連づけて非活動妨害者の責任を根拠付けるのである。

ところで、このような非活動妨害者の上述のような義務の範囲について、メデイクスも、それが、無制限なものであるとは考えていない。メデイクスによると、事後的に生じる危険のうち、それが当該施設の典型的な結果であり、かつ、そのことから、社会生活においてあらかじめ想定することのできるような危険のみについて、非活動妨害者の責任を認めることができるとする。つまり、妨害者の義務の範囲もそれに対応して制限されることになるのである。

その結果、メデイクスの見解によると、自然力の関与によって妨害が生じている場合にも、請求の相手方に前述のような危険の源に対する配慮義務を想定することができるときには、非活動妨害者としての責任が認められることとなる。しかし、その一方で、メデイクスは、戦争、地震等の大規模災害からの危険は、もはや妨害者の責任を根拠付けるものではないとする⁽⁴¹⁾。

(ii) ヘアマンの見解

ヘアマン (Herrmann) も、メデイクスと同様、従来の行為妨害者と状態妨害者という区分が判例においても機能しなくなっていることを確認した上で、判例・通説がこれまで基準としてきた積極的行為 (行為妨害者) や意思への還元可能性 (状態妨害者) といった因果性 (原因性) とは異なる新たな因果性の基準を提示して、妨害者概念の再構成を試みている⁽⁴²⁾。

まず、ヘアマンは、BGB 一〇〇四条の意味における妨害者を考える前提として、所有権侵害を生じさせる原因、つまり、妨害源を三つに分類し、そして、各々の類型において、妨害源と人とを結び付ける次のような要素が認められる場合には、その者が妨害者として責任を負うとする。第一に、単なる行為 (積極的行為) が妨害源である場合には、人と所有権侵害の間は、当該行為によってのみ結び付けられ、このことから、その行為による因果性 (原因性) が責任の基準となる。したがって、ここでは、妨害の原因者である行為者が妨害者となる。第二に、物が妨害源である場合について、ヘアマンは、特に土地の性状による妨害事例を念頭において議論を展開する。行為の共同作用のないうまに物による妨害の事例においては、ヘアマンによると、事実関係、法的には物権的地位が、妨害源と人とを結び付けることになる。したがって、ここでは、そのような物権的地位を有する権利者が、妨害者になるというのである (具体的な物権的地位については後述する)。第三に、行為と物との共同作用による妨害事例について、ヘアマン

は、前述したことから、行為と物権的地位という二つの要素が、妨害源と人とを結び付ける基準として考慮されるとし、結論として、この類型では、行為が妨害源と人とを結び付ける決定的な基準になるとする。したがって、ここでも行為者が妨害者となる。

ヘアマンの妨害者概念については、概ね以上の通りであるが、自然力による妨害の取り扱いとの関係で主として重要であるのは、第二の妨害類型(物による妨害)である。特に、ヘアマンは、物による妨害事例につき、土地の性状による妨害を具体例として、自然力による妨害に責任を負う者がいるかどうかについても言及する。そこで、以下では、この第二類型に関するヘアマンの見解を中心に、自然力による妨害事例の取り扱いをみていくことにする。

そもそも、ヘアマンの第二類型における妨害者とその帰責の根拠については、次のような考えがその基礎にある。つまり、ある土地の物権的権利者は、その土地を他人の所有権を侵害しないような状態に維持する義務を負い、当該物権的権利者が、その義務に違反し、かつ、その義務違反が侵害の原因となる場合に、BGB一〇〇四条の妨害者として責任を負うという考えである。ここで、ヘアマンの見解をより正確に理解するためには、結局のところ、土地の物権的権利者とは具体的にどのような物権的地位を有する者をいうのか、そして、その者の負う義務の根拠は何で、どのような義務を負うのかということを確認する必要がある。ここで、結論からいうと、ヘアマンは、妨害者の基準としての物権的地位につき、それは所有権ではなく、占有であると考える。⁴³そして、土地の占有者は、BGB八三六条以下の土地占有者等の損害賠償責任等との対比において、ネガトリア責任を根拠づける保全義務を負うとする。⁴⁴この保全義務の内容は、大まかにいえば、占有している土地の状態を全体として隣接する土地の所有権にとって危険のないような状態に維持することとなるが、具体的内容は、原則として、その時々状況に応じて定まる。なお、一般論としては、土地の状態の観察・調査、欠陥の除去等が含まれるとされる。以上述べたことをまとめると、ヘアマン

の考えによれば、土地の性状による妨害が問題となる場合には、当該土地の占有者による保全義務の違反、つまり不作為が侵害の原因となっていると評価できるときに、その占有者は BGB 一〇〇四条の妨害者として責任を負うことになるのである。そして、ヘアマンは、この類型における自然力による妨害事例についても、このような妨害者概念をあてはめ、請求の相手方となる占有者が、その保全義務を尽くした場合に、妨害が生じるといえるかどうかによって、当該占有者が妨害者として責任を負うかどうかも判断されるべきであるとする。⁴⁵⁾

② 権利篡奪の理論を基礎におく学説

以上、ここまで、所有権侵害についての通説的理解を基礎におく学説の動向を概観してきたが、本項では、侵害要件について、いわゆる権利篡奪の理論を基礎におく学説をみていくことにしたい。

(ア) 権利篡奪の理論⁴⁶⁾による侵害要件の理解

いわゆる権利篡奪の理論の主唱者は、ピッカーであることから、本稿では、彼の見解を中心に考察を進めていくことにする。⁴⁷⁾

ところで、ピッカーの見解を理解するにあたっては、あらかじめ次のことに注意しておく必要がある。つまり、BGB 一〇〇四条の請求権がその制度の根源をローマ法の否認訴権に有するということ、そして、ピッカーの考えによれば、現行 BGB 一〇〇四条のネガトリア責任についても、そのような制度の沿革に十分配慮した解釈をなすべきであるということである。

そもそも、BGB 一〇〇四条の制度の根源とされるローマ法の否認訴権は、土地の所有権に関連して、無権利者による当該土地上の役権の僭称に対する防御手段として認められるものであった。⁴⁸⁾ ピッカーは、この根源的な要件に注目し、否認訴権にとっては、「相手方による事実上の権利の不当行使」のみが問題になるとする。以上のことから、

ピッカーの理解によると、否認訴権にとつては、もっぱら「所有権の法的不可侵性の侵害（法的完全性の制限）」が問題となり、それ故、BGB一〇〇四条の意味における侵害についても、「所有権が他人の権利領域によって重なり合われる」、より具体的には「第三者の行為、第三者に帰属する物の状況又は状態により、当該第三者が事実上所有者の権利を行使する」と認められるときにのみ存在すると解されることになる。

(イ) 権利篡奪の理論による妨害者概念

ピッカーのようにBGB一〇〇四条の侵害要件を結局は「第三者による事実上の権利篡奪（権利の不当行使）」と解する場合には、請求の相手方となる妨害者は、「事実上他人の権利を篡奪している者（不当に行使している者）」ということになる。より詳しくいうと、ここでの妨害者とは、「その者の行為、又は、彼に帰属する物によって、自己の権利領域をもって他人の所有権を篡奪する者（他人の所有権領域に重なり合う者）」ということになる。

ここで、ピッカーのような侵害要件及び妨害者概念を前提とした場合に、自然力による妨害事例がどのように取り扱われることになるのかということを確認することにした。

ところで、ピッカーの見解による場合にも、判例・通説と同様、純粋な自然力による妨害の事例に、BGB一〇〇四条の責任が認められることはない。⁽⁴⁹⁾ただ、彼の見解による場合には、判例・通説とは異なる侵害概念を出発点としていることから、その意図するところを理解するには注意が必要となる。

ピッカーは、人の意思活動を伴わない所有権の事実上の妨害、要は自然力による妨害が問題となる際には、次の二つの類型に区別して考えなければならないとする。つまり、(a)自然の作用が侵害状態の単なる原因であるにすぎない場合と(b)自然力によって所有権の事実上の妨害が生じている場合である。⁽⁵⁰⁾

ここで、まず、ピッカーは、(a)の類型につき、例えば、隣地からの岩石の落下や異常な強さの風による倒木とい

った事例を想定し、それらの事例において、仮に隣地所有者が落下してきた岩石や倒木の所有権を主張する場合には、BGB一〇〇四条の意味での侵害があると認め、⁽⁸¹⁾そして、その結果、その隣地所有者はBGB一〇〇四条の責任を負うとする。その一方で、隣地所有者が岩石や倒木の所有権を主張しない場合には、そもそもBGB一〇〇四条の意味での侵害が認められないとするのである。

次に、(b)の類型について、ピッカーは、結局のところ、ここでは、隣地からの自然の作用を妨害されている土地の所有者が甘受しなければならないのかどうかの問題であるとみる。この問題につき、ピッカーは、「それは法政策上の問題である」とし、そして、「その隣地の所有者は、純粹な自然の作用について責任を負う必要はない」とする。つまり、彼の理解からすると、その場合には、第三者による権利の篡奪（権利の不当行使）が認められず、その結果、BGB一〇〇四条の意味での侵害が存在しないことになるのである。

4 小括

以上、ここまで、自然力による妨害をめぐるドイツの判例・学説の動向を考察してきた。そこで、本項では、これまでの考察の結果を踏まえて、ドイツにおけるこの問題に関する判例・学説の到達点を改めて確認しておくことしたい。

まず、本稿の冒頭でも述べたように、ドイツでも物権的請求権（ここでは主としてBGB一〇〇四条の請求権）の相手方（妨害者）の故意・過失は、判例・学説のいずれにおいても、要件ではないと解されている。⁽⁸²⁾しかし、ドイツでは、そのことから、BGB一〇〇四条の侵害要件に関し、その原因如何を問わないとは解されておらず、むしろBGB一〇〇四条の侵害について「請求の相手方が妨害者として責任を負うこと」が要求され、従来の判例では「侵害

は、少なくとも、間接的に、所有者又は占有者の意思に還元されなければならない」と解されてきた。その結果、ドイツでは、「もっぱら自然力によつて」引き起こされたと評価される妨害は、BGB 一〇〇四条の要件を充足しない」と解されているのである。なお、学説においても、具体的にどのような場合を指すかという点に注意は必要ではあるが、もっぱら自然力（自然現象、純粋な自然の作用）による所有権の妨害について、それがBGB 一〇〇四条の要件を充足しないと解されることに異論はない。

次に、侵害要件、さらには妨害者概念にも関連することがであるが、ドイツでは、BGB 一〇〇四条の侵害要件を「所有権の内容（BGB 九〇三条）に反するあらゆる状態」と解する判例・通説と「第三者による事実上の権利篡奪（権利の不当行使）」と解する権利篡奪の理論（重畳理論）とが対立している。ドイツでは、すでにみたように、権利篡奪の理論を支持する論者も少なからず存在し決して軽視できない見解であるが、連邦通常裁判所の判決では、明確にそれを支持しないことが示されている。⁵³したがって、ドイツにおける自然力による妨害とBGB 一〇〇四条の責任の成否の議論の到達点を確認するにあたっては、やはり、判例・通説による侵害要件を前提とせざるを得ないであろう。

そこで、以上のことを踏まえ、ドイツにおける自然力による妨害をめぐる議論の到達点をまとめると次のようになる。つまり、ドイツでは、前述したことを前提に、自然力による妨害とBGB 一〇〇四条の責任が問題となる際にも、判例は、基本的には行為責任（行為妨害者）と状態責任（状態妨害者）という二つの区分を踏まえて、その問題の解釈基準を示してきたといえる。しかし、そこで示された二つの基準、つまり妨害の「意思への還元可能性」と「義務に違反した不作为による原因性」が、前者が状態妨害者に関するものであるのに対し、後者が行為妨害者に関するものであったことから、判例のこのような解釈基準、さらには両妨害者概念は、学説の批判にさらされることに

なった。そして、判例は、このような学説の批判、及び学説における妨害者概念の再構成に関する提案(特に、メデイクスやヘアマンの見解)を考慮して、自然力による妨害とBGB一〇〇四条の責任の成否につき、次のことを決定的な基準とするに至っていると思われる。つまり、自然力による妨害の際にも、請求の相手方が「その自らの行為により、客観的にみて、具体的な危険状況を作出したかどうか、及び、相隣共同体関係から、保全義務、つまり起こりうる侵害を阻止する義務が生じるかどうか」ということ、そして、特に保全義務に関しては、その義務に違反した不作為が侵害の原因になっていると評価できるかどうかということである。⁽⁵⁴⁾

<注>

- (31) 前注(11)参照。その他、比較的近時の文献としては、例えば、Bamberger/Roth (= Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2. Aufl., 2008) / Fritzsche, §1004 Rn. 34 等⁵⁵を参照。
- (32) この点についてのドイツ法に関する先行業績は多数ある。本稿では、大変申し訳ないが、その中でも、川角由和「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係(二・完)」九大法学五一号(一九八六年)二七頁以下(特に五一頁以下)、鷹巢・前掲論文(前注8)一〇七頁以下、田中・前掲論文(前注8、六甲台論集三四卷四号)二二八頁以下、同・前掲論文(前注8、京都学園法学創刊号)五五頁以下、根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察(7)」早稲田法学八三卷一号(二〇〇八年)九三頁以下(特に九七頁以下)を挙げるにとどめさせていただく。
- (33) Vgl. etwa Bamberger/Roth / Fritzsche, § 1004 Rn. 15; Erman (= Handkommentar zum BGB, Bd. 2, 12. Aufl., 2008) / Ebbing, § 1004 Rn. 10; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 142; Palandt (= Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., 2010) / Bassenge, § 1004 Rn. 16 und 19; Harry Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, S. 265 以下⁵⁶。
- (34) Vgl. Fritz Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160, 465, 478ff.; Baur/Stürmer a.a.O. (前注33), S. 142ff.; なお、これにこじりは、さしあたり、拙稿(前注4、広島法学二二卷三号)八二頁及び同所で挙げた先行業績も参照いただきたい。
- (35) Vgl. etwa MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 39ff.; Elke Herrmann, Die Haftungsvoraussetzungen nach § 1004 BGB, Neuere

- Entwicklungen und Lösungsvorschlag, *Jus* 1994, S. 273; dies., *Natureinflüsse und Nachbarrecht* (§ § 1004, 906 BGB) - drei Entscheidungen, *NJW* 1997, S. 135f. なお、これにひびいても、さしあたっては、拙稿(前注 4、広島法学二二巻三号)八一頁、八四頁、さらに詳しくは根本・前掲論文(前注 32)一〇四頁以下を参照いただきたい。
- (36) Vgl. Baur, a.O. (前注 24), AcP 160, 478ff.; Baur/Stümer, a.O. (前注 34), S. 142ff. なお、前注 34 も参照。
- (37) 所有権理論を支持する論者としては、例えば、本文でも紹介するブライヤー (Klemens Peyer, Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum, AcP 156, S. 291, 299ff.; ders., § 1004 BGB und das "nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis", *JZ* 1959, S. 305) やキムプラー (Friedrich Karl Kübler, Eigentum verpflichtet - eine zivilrechtliche Generalklausel?, AcP 159, S. 236ff.) を挙げる(以下がドイツ語)。
- 彼らの見解についても、さしあたっては、拙稿(前注 4、広島法学二二巻三号)八二頁以下参照。
- (38) ハッデル, Peyer, a.O. (前注 27), *JZ* 1959, S. 306f. による。
- (39) Vgl. MünchKomm/Medius, § 1004 Rn. 42f. なお、メディクスの見解については、拙稿(前注 4、広島法学二二巻三号)八三頁以下の他、田中・前掲論文(前注 8、六甲台論集三四巻四号)一四二頁、根本・前掲論文(前注 32)一〇四頁等も参照。なお、活動妨害者・非活動妨害者の訳語については、別の訳し方もありうる(例えば、川角由和「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点」龍谷法学四〇巻四号(二〇〇八年)一〇一頁(特に一三九頁の注 105)等)。
- (40) なお、施設を維持する義務は、その設置の際に協力した者であれば誰にでも生じるとされているわけではない (Vgl. MünchKomm/Medius, § 1004 Rn. 48)。
- (41) なお、メディクスは、施設が売却された場合の取り扱いについても言及しており、その場合には、通常、売主の妨害者としての責任は、取得者が引き継ぐとしている(その理由については、彼は、売主が妨害源への作用可能性を喪失することを挙げる (Vgl. MünchKomm/Medius, § 1004 Rn. 50f. und 56))。
- (42) ヘアマンの見解については、前注 35 に挙げた諸論稿の他、Elke Hermann, *Der Störer nach § 1004 BGB*, 1987 が最も重要である。なお、彼女の見解の詳細については、拙稿(前注 4、広島法学二二巻三号)八四頁以下の他、根本・前掲論文(前注 34)一一〇頁以下が詳しいので参照のこと。
- (43) 妨害者の基準となる物権的地位について、ヘアマンがどのように考えて占有を導き出しているかの詳細は、拙稿(前注 4、広島法学二二巻三号)八四頁以下を参照のこと。また、根本・前掲論文(前注 34)一一〇頁以下も参照。

- (44) ヘアマンが、この保全義務を導き出す思考の仕方についても、拙稿(前注4、広島法学二二巻三号)八四頁以下(特に同論文の注135)を参照。
- (45) Vgl. Hermann, a.O. (前注55), JuS 1994, S. 278ff.; Hermann, a.O. (前注55), NJW 1997, S. 154ff.
- (46) 「権利算奪」という語については、本稿では、「Rechtsusurpation」という語の訳語としての言葉をを用いている。しかし、わが国でピッカーの見解が紹介される際には、「重畳理論」「権利重畳説」と呼ばれることもある。
- (47) ネガトリア請求権に関するピッカーの著作は多い。本稿では、主として、以下のものを参考とした。Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; ders., Negatorische Haftung und Geldabfindung - Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme, FS. für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992, 1992, S. 625ff.; ders., Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 - eine Apologie, FS. für Joachim Gembler zum 70. Geburtstag, 1993, S. 315ff.; また、ピッカーの比較的最近の物権的請求権論については、Eduard Picker, Der "dingliche" Anspruch, In Dienste der Gerechtigkeit, FS. für Franz Bydinski, 2002, S. 269ff.がある。ドイツでは、ピッカーの見解を支持する論者も多く、その代表的な支持者としては、クルスキー(Karl-Heinz Gursky, Zur neueren Diskussion um § 1004 BGB, JR 1989, S. 397ff.; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn.4)を挙げることができる。なお、ドイツのその他の支持者については、根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察(5)」早稲田法学八二巻一号(二〇〇六年)一六五頁以下(特に一六六頁以下の注385)を参照のこと。また、ピッカーの見解については、すでに、以前からわが国にも紹介がなされており、わが国の物権的請求権の解釈論としても支持する論者は少なくない(さしあたりは、拙稿(前注4、広島法学二二巻三号)七二頁の注82参照。なお、近時の論稿としては、例えば、根本・前掲論文及び同「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察(6)」早稲田法学八二巻三号(二〇〇七年)一六七頁以下、川角・前掲論文(前注39)一〇一頁以下もある)。さらに、前掲の一九七二年に公表されたピッカーの著書は、二〇〇四年以降、川角教授によって日本語訳されているところである(川角由和訳「エドアルト・ピッカー著『物権妨害排除請求権』として龍谷法学三七巻二号以降に掲載されている)。
- (48) このことについても、すでに多数の先行業績において明らかにされているところであるが、本稿では、さしあたり、拙稿(前注4、広島法学二二巻二号)一六八頁以下参照。
- (49) Vgl. etwa Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch (前注47), 102ff.; なお、川角・前掲論文(前注39)一一七頁以下(特に一一八頁の注46)も参照。

- (50) 以下、本文については、Picker-Der negatorische Besetigungsanspruch (前注 47) , S.102ff.による。
- (51) つまり、当該状態を法的に評価すると、他人の土地上で当該岩石や倒木の所有権を主張する場合には、土地所有権と当該妨害物の所有権との重なり合いが生じると評価され、侵害を観念しうることになるのであろう。
- (52) 本稿一、及び前注 7 参照。
- (53) 例えば、連邦通常裁判所 (第五民事部) 一九九五年二月一日判決 (NJW 1996,845)、連邦通常裁判所 (第五民事部) 二〇〇五年二月四日判決 (NJW 2005,366) 等がある。
- (54) 連邦通常裁判所の「II」判決の判決理由においても、ヘアマンの見解を考慮していることは明示されている (BGH, NJW 2004,1039)。また、Wenzelara.O. (前注 20) , S.241ff.も参照。
- (55) Vgl. Wenzelara.O. (前注 20) , S.242.
- (56) なお、ドイツの判例・通説の到達点については、根本・前掲論文 (前注 32) 九三頁以下も参照のこと。

三 若干の検討

前項では、自然力を原因とする妨害との関係で、本稿の第一の目的であるドイツの物権的請求権の要件としての侵害及び請求の相手方 (妨害者) の議論状況を一定程度明らかにすることができたと考えている。そこで、本項では、本稿の第二の目的 (自然力を原因とする土地所有権の妨害とわが国における物権的請求権の有用性とその限界) について、ドイツの議論状況を参考として、若干の検討を試みることにしたい。

(1) ドイツにおける BGB 一〇〇四条の請求権とその適用範囲 ドイツでは、これまでの考察の結果から明らかなように、BGB 一〇〇四条の請求権 (それに基づく妨害者の責任) が生じる範囲に、自ずと限界があるとの理解がその根底にあるように思われる。そして、その限界を画しているのが、従来からのドイツにおける表現を借りると、

もつばら自然力を原因とする土地所有権の妨害である。BGB一〇〇四条の請求権が、物権的請求権とはいっても、民法上の請求権であり、権利者・義務者という二当事者の存在を前提とする以上は、このことは、ある意味、当然のことであろう（というのが、請求の相手方となる者がいなければ、わが国においてもそうであるが、物権的請求権の問題は生じないと解されるからである。なお、この点に関する私見の詳細は、改めて後述する）。

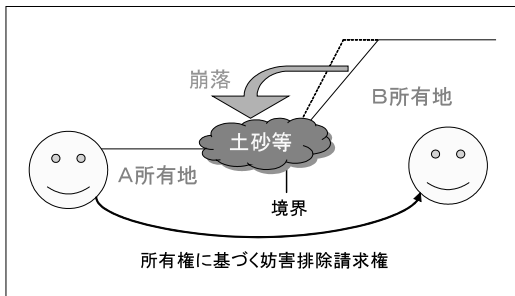
ところで、自然力の関与する土地所有権の妨害事例についても、物権的請求権が生じることを認める場合には、その結果、二当事者間に侵害の除去等に関する権利・義務関係が生じることとなる。ここで、ドイツでは、特に次のような法制度上の背景があることから、妨害者の行為義務の根拠付けが必要になると推測される⁽⁵⁷⁾。つまり、BG Bによると、不法行為に基づく損害賠償請求権は、請求の相手方の故意・過失を要件として、損害が生じなかったならば存在したであろう状態の回復という意味での原状回復をその内容とする（BGB八二三条、一四九条一項）。その一方で、BGB一〇〇四条の侵害除去請求権は、請求の相手方の故意・過失を要件としないにもかかわらず、侵害がなかったならば存在したであろう状態の回復という意味での原状回復をその請求内容とする⁽⁵⁸⁾と解されているのである。このことから、ドイツでは、「原状回復」という点で重なり合うこととなり、その結果、両者の境界付けが、その解決の非常に困難な問題として論じられているのである。要するに、ドイツでは、行為請求権と解されることにはほぼ異論のないBGB一〇〇四条の請求権の相手方（妨害者）と認定されることは、その者が侵害の除去等に必要なる行為義務を負担することを意味し、不法行為法上の請求権との対比において、何故、権利侵害に対する故意・過失が要件とされないにもかかわらず、妨害者がそのような義務を課されるのかという根拠付けの問題が、BG B一〇〇四条の適用にあたり、非常に重要視されていると考えられるのである。

以上のことから、BGB一〇〇四条の適用範囲については、請求の相手方に侵害の除去等に必要なる行為義務を課す

法的根拠を見いだせない土地所有権の妨害事例（これが、もっぱら自然力を原因とする妨害事例となる）という限界を見てとることができると考える。

(2) わが国における議論状況との対比 わが国でも、ドイツにおけるのと同様、物権的請求権の要件として、請求の相手方の故意・過失は、要件ではないと解されている。⁽⁶⁵⁾ただし、これに関連して、特にわが国の学説は、請求の相手方となる者の存在を前提としつつも、侵害の原因如何を問わず、自然力や不可抗力による物権侵害が問題となる場合にも、物権的請求権が生じると解している。⁽⁶⁶⁾ここで、わが国では、請求の相手方の存在を前提としながらも、何故、その者が請求の相手方となるのかをあまり問題としてこなかったように思われる。例えば、物権的妨害排除請求権の相手方については、「現在妨害状態を生じさせている者もしくはその妨害状態を除去しうべき地位にある者」と述べられることがあり、⁽⁶⁷⁾その具体例としては、代表的に妨害物の所有者が挙げられる。確かに、妨害物の所有者は、当該物を全面的に支配する権限を有することから、その物による妨害状態を除去することができる地位にあるといえる。しかし、そのような権限があることから、直ちに妨害排除請求権の相手方としての義務を負うということを導けるのであろうか。この点で、わが国の議論状況は、少なくともドイツの判例が、自然力を原因とする妨害事例につき、請求の相手方が妨害者として責任を負うためには、問題となっている作用の発生している土地の所有権では十分ではないと解していることと非常に対照的であるといえよう。

確かに、わが国では、物権的請求権の請求内容につき、それを行為請求権と解するか否かということを中心として、学説が対立している。⁽⁶⁸⁾したがって、どの説をとるかによって、ドイツの問題状況と異なる前提があるといえるかもしれない。しかし、判例は、不可抗力による場合の取り扱いについては態度を保留しつつも、基本的に、物権的請求権を行為請求権と解する立場にあると解される。そうであるならば、何故、前述したような物権的請求権の相手方の理



解に関する日独の解釈論の相違があるのかということも改めて問い直してみる必要があると考える。

(3) 自然力を原因とする土地所有権の妨害と物権的請求権の有用性 それでは、最後に、本稿の本来の目的について、若干の検討を試みることにしたい。なお、私見は、一般論としては、わが国の物権的請求権についても、ドイツと同様のことが妥当するのではないかと考えるものである。以下では、その内容及び理由を述べることにしたい。

わが国では、自然力を原因とする土地所有権の妨害と物権的請求権が問題とされる場合に、上記に示した図のような事例が用いられることがある。つまり、上図のように高低差のあるA・B所有地について、B所有地からその境界を越えてA所有地に土砂が崩れ落ちてきたという事例である。わが国では、このような状態が自然力によって生じる場合が多々あり、それは、大雨や地震の影響により日本各地で起こりうることである。

ここでは、ひとまず、物権的請求権の衝突の問題は度外視して、A所有地にB所有地から地震の影響で崩落した土砂が堆積してAによる土地利用を妨げている、つまりAの土地所有権の妨害が問題となるとの前提で考察を進めることにする。一般に、上図のような状態では、次のような評価が可能であろう。つまり、ここでは、Aの土地所有権の効力の及ぶ範囲が確定可能で（A・Bの土地の境界が明確なので）、そして、その支配領域内にBの土砂が無権限に存在することから、Aの土地所有権がB所有の土砂によって侵害されているという評価である。しかし、ここで、例えば、同じく地震のために、A・B所有地の地盤が共に崩壊したときにはどうなるのであろうか。つまり、地盤の崩壊のため、A・B所有地の境界自体が不明確となり、土地が原形をとどめていないという場合にも、民法上物権的請求権の問題は生じるのであろうか（また、生

じると考えるべきなのであろうか⁽⁶³⁾。理論上は、このような場合であっても、A の（従前の）土地所有権の内容に反する状態があるということはできるのであり、その原因は地震という自然力である。つまり、見方によれば、B 所有地からの土砂の崩落は小規模な地盤の崩壊であり、その大規模なものが A・B 所有地の地盤の崩壊といえ、結局のところ、両者は地震という自然力を原因とする地盤の崩壊に程度の差があるにすぎないともいえるように思われる。

また、同様のことは、河川における土石流災害を例にしても説明することができる。つまり、前示の図のような事例で、大雨の影響で、B 所有地から土砂が A 所有地に流入・堆積し、A の土地所有権を侵害しているとする。この場合には、おそらく、A の B に対する妨害排除請求権が認められると考えられよう。これに対し、近くの河川で土石流が発生したことにより、A 所有地に土砂や樹木が堆積しその土地利用を妨げられるという状態が生じるに至ったとする。この場合にも、客観的な状態としては、A 所有地が土砂等の妨害物によってその利用を妨害されている状態にあるという点では、前述の例と相違はない。しかし、後者の場合には、まず間違いなく、物権的請求権の問題は生じないと考えられよう。というのも、妨害物がどこから来たのかの特定は困難であり、それに関連して、妨害物の所有者を特定するのも困難を極め、その結果、請求の相手方が定まらない以上は、物権的請求権の問題も事実上生じないと考えられるからである。しかし、ここでも、自然力を一つの原因として妨害状態が生じている点では、共通性が認められるように思われる。

このように物権的請求権が実際に機能しうるかどうかを考慮して、自然力を原因とする土地所有権の妨害について考えてみると、物権的請求権の有用性が発揮される領域は、自ずと限界があるといえる。そうであるならば、そのことを明確に意識して議論を展開してきたドイツの議論状況は、わが国で同様の問題を考える上でも、示唆に富んだものであるといえよう。その意味で、私見は、一般論としては、ドイツの議論の到達点は、わが国にもある程度妥当

するものであると考えるのである。

しかしながら、私見によっても、ドイツにおける個別・具体的な判断が、そのままわが国の解釈論にあてはまるとは考えていない。というのも、自然力を原因とする土地所有権の妨害事例の取り扱いに関しては、各々の国の気候的・地理的状况や土地及びその利用に対する人々の意識等を考慮して、判断する必要があると考えるからである。具体的には、わが国の国土はその四分の三が山地であるということ、その結果、人が傾斜地を所有・利用する場面が多々あること、気候的には台風・梅雨等の影響で大雨が降ることも多々あり、大雨による傾斜地の崩落も特別視できない状況のないこと、そして、地震も大規模なものを含め日本のいっどこで起こってもおかしくない状況があること、等々である。これらのことに鑑みると、わが国において、土地の所有・利用に対する人々の意識はドイツと同じであるはずもなく、そのことが例えばドイツで想定されているような相隣地所有者間の相互配慮義務の内容に影響を与えることは、十分に考えられる。したがって、わが国で一般論のレベルで仮にドイツの考え方を採用する場合にも、具体的な問題事例の取り扱いについては、わが国の実情に照らして判断を下していく必要があると考える。

なお、より詳細な検討は今後の課題ということになるが、例えば、前述のB所有地から地震や大雨の影響により土砂が崩落し、Aの土地所有権を侵害している場合の妨害排除請求権について、Bが請求の相手方とされる一つの理由は、わが国では、Bが妨害物の所有権を有するが故に妨害物を除去することができるという点にあるといえるが、ドイツの判例の到達点を借用して、あえて説明するならば、わが国では傾斜地を所有する者であれば、大雨や地震による斜面の崩壊に配慮する義務があり、その義務に違反した不作為により土砂の崩落が顕在化したと評価できるが故に、請求の相手方とされるということもできよう。なお、このような解釈による場合、当該危険に対する法的義務が根拠付けられなかったり、あるいは、義務はあるとしてもその違反がないと判断されれば、理論上は、請求の相手方とし

て責任を負うことはないこととなる(その結果、事実上妨害を受けている土地の所有者は、他人にその負担を転嫁できない自然力の結果を甘受しなければならないこととなる)。しかし、そのような自然力による土地所有権の妨害は、そもそも民法のレベルで取り扱うべき問題であるのだろうか。すでに、学説においても、自然災害のような天災による被害については、民事的处理によるべきでないとの指摘がなされていることに鑑みると、本稿でのドイツ法の考察の成果は、その点でも、有益な示唆を与えるものであると考ええる。

〈注〉

- (57) なお、ドイツの判例・通説は BGB 一〇〇四条に基づく請求権を行為請求権と解する(ここでは、ひとまず、田中・前掲論文(前注 8、六甲台論集三四卷四号) 一二八頁、同・前掲論文(前注 8、京都学園法学創刊号) 五五頁参照。また、川角・前掲論文(前注 39) 一〇七頁以下も参照)。

- (58) この問題の概要について、さしあたり、拙稿「物権的請求権の再検討」私法六五号(二〇〇三年) 一九五頁以下を参照。

- (59) 本稿一、及び前注 5 参照。

- (60) 本稿一、及び前注 6 参照。

- (61) 大審院の判例等。なお、ここでは、舟橋諱一「徳本鎮編『新版注釈民法(6) 物権(1)』(補訂版)』(有斐閣・二〇〇九年) 二〇一頁(「好美清光」を参照させていただいた)。

- (62) 本稿一、及び前注 9 参照。

- (63) ところで、従来、文献においてもほとんど例に挙げられることのないような「A・B 所有地の地盤が共に崩壊した」というある意味突拍子もない例を挙げた理由を若干述べさせていたきたい。本稿末尾にも書いたように、本稿は、科学研究費補助金による研究成果の一部をもとにするものであるが、研究期間である平成一六〜一七年度は、何故か大規模な自然災害が立て続けに起こった二年間であったように思われてならない。特に、そこで、筆者に前述のような事例を想起させるきっかけになったのは、二〇〇四年一月二三日の新潟県中越地震である。当時のニュース、新聞報道でも被害の甚大さは明らかであったが、その際、民法上の物権的請求

権ではどうにもならない地盤の崩壊というものを目の当たりにした。それが、本文のような例を挙げることになったきっかけである(筆者が物権的請求権の限界を考えたことになった被災地の状況については、例えば、新潟日報社発行『特別報道写真集 新潟県中越地震』(新潟日報社・二〇〇四年)を参照のこと)。

四 今後の課題

以上、ここまで、本稿では、自然力による妨害をめぐるドイツの議論状況を中心に考察を進めてきた。そして、本稿は、ドイツ法を参考に、わが国で今度同様の問題をどのような視点から考えていく必要があるかということにつき、一つの方向性(可能性)を示しているにすぎないものである。したがって、今後の課題の第一は、本稿で示した基本的視座から、わが国のこれまでの判例・学説の状況を再検討することにあるといえる。また、仮に、ドイツのように請求の相手方(妨害者)の帰責の根拠について、義務に違反した不作為による原因性という基準をわが国でも想定する場合には、当然のことながら、わが国においても、不法行為法上の損害賠償請求権との関係を問題としなければならぬ。わが国では、損害賠償請求権と物権的妨害排除請求権の原状回復請求という点での重なり合いという問題は、現状では、ドイツほどには問題となるまいが、その一方で、不法行為の成立要件との関係が非常に大きな問題となってくる予想される。これも避けては通れない今後の課題である。その他にも、本稿には、すでに本文中で示したような残された課題も存在する。これらの課題については、稿を改めて、さらに研究を進めていくことにしたい。

〔追記〕 本稿は、平成16～17年度科学研究費補助金(若手研究(B)、課題番号：1673045)「被災者救済における物権的請求権の有用性に関する研究」の研究成果の一部をもとに執筆したものである。