

土壌汚染と物権的請求権 (一)

— 近時のドイツ裁判例の動向を中心に —

堀 田 親 臣

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ法の状況
 - 1 前提の確認
 - 2 判例の動向 ((1) 具体的裁判例 (以上、本号))
 - 3 学説の動向
 - 4 小括
- 三 若干の検討
- 四 今後の課題

一 問題の所在

(1) 研究に至る経緯 筆者は、これまで、物権的請求権の日独比較研究を行ってきた⁽¹⁾。ドイツ法の研究では、ドイツ民法 (以下、BGB と略す) 1004 条に基づく所有者の請求権を中心に、同請求権に関する連邦通常裁判所 (BGH) の具体的裁判例をそれなりの数整理・分析し、ドイツの裁判実務で、具体的にどのような事案が所有権に基づく物権的請求権との関係で問題となっているのかをみてきたところである。

(1) これについては、拙稿「物権的請求権の再検討 (一、二・完)」広島法学 22 卷 2 号 161 頁以下、22 卷 3 号 61 頁以下 (1998、1999 年)、「物権的請求権と費用負担の問題についての一考察 (一、二・完)」広島法学 22 卷 4 号 207 頁以下、23 卷 1 号 141 頁以下 (1999 年)、「物権的請求権における共働原因と費用負担 (一、二・完)」広島法学 23 卷 4 号 165 頁以下、24 卷 1 号 89 頁以下 (2000 年)、「物権的請求権の破産法上の取り扱いに関する一考察 (一、二・完)」広島法学 24 卷 4 号 87 頁以下、25 卷 1 号 27 頁以下 (2001 年)、「物権的請求権の再検討」私法 65 号 195 頁以下 (2003 年)、「物権的請求権の相手方 (一、二・完)」広島法学 31 卷 4 号 55 頁以下、34 卷 4 号 37 頁以下 (2008、2011 年) 等を参照。

このような研究の過程で、従前から漠然と問題として意識していたのが、本稿で取り上げる「土壤汚染と物権的請求権の関係」についてである。何故、このことを問題として意識するようになったかという点、それは、後述するように、連邦通常裁判所の複数の判決で、土壤汚染による土地所有権の侵害が BGB1004 条に基づく所有者の物権的請求権との関係で問題とされていたからである。

ところで、わが国では、周知の通り、土壤汚染の問題は、古くから公害・環境問題との関係で論じられてきたところである。ただ、土壤汚染に対する法的対応は、すでに指摘されているとおり、必ずしも迅速になされたとはいえず、ある程度法制度が整備されてきたといえるのは比較的最近のことであろう⁽²⁾。具体的には、例えば、土壤汚染は、1970 年の公害対策基本法の改正により、いわゆる典型公害の 1 つに加えられはしたが、土壤汚染に係る環境基準が設定されたのは 1991 年のことである。また、1970 年には、「農用地の土壤の汚染防止等に関する法律」（いわゆる土壤汚染防止法）が制定されたが、その適用対象は、法律名が示すように、農用地に限られたものであり、近時問題が顕在化しつつある市街地での土壤汚染に対しては、2002 年の土壤汚染対策法の制定を待たねばならない。

このように、わが国では、1990 年前後から、ようやく土壤汚染に関する法制度が整備されるようになり、また、それに先行して工場跡地等の市街地での土壤汚染が社会問題としても顕在化してきていた。そして、この 20 年ほどの土壤汚染に関する訴訟数をみると、増加傾向にあることは否定できない。

そこで、そのような土壤汚染に関する訴訟の内容を概観してみると、次の

(2) 土壤汚染問題と法制度の史的変遷について、ここでは、ひとまず、加藤一郎・森島昭夫・大塚直・柳憲一郎監修『土壤汚染と企業の責任』（有斐閣、1996 年）349 頁以下、大塚直『環境法〈第 3 版〉』（有斐閣・2010 年）395 頁以下等を参照のこと。

ような傾向をみてとることができる。

まず、近時の訴訟は、その多くが民事訴訟であり、そこでは、取引の対象とされた土地に土壤汚染のあることが判明したことをきっかけとして、土地の買主が売主に対し損害賠償等を請求するという事案が複数見受けられる⁽³⁾。また、当事者の主張を多少詳細にみてみると、次のような主張がなされている。つまり、(i) 買主の売主に対する瑕疵担保責任の追及 (民法 570 条、566 条) のほか、(ii) 売主の債務不履行 (ex.信義則に基づく説明義務違反) による損害賠償請求、(iii) 不法行為に基づく損害賠償請求、(iv) 買主の錯誤による売買契約の無効主張等である。これまでの裁判例では、(i) の瑕疵担保責任に関するものが多く、すでに、最高裁判所の判断も示されているところである⁽⁴⁾。このように、わが国のこれまでの裁判例の動向をみると、民事訴訟の当事者間で主として争われていたのは、土壤汚染の浄化処理に関する費用を訴訟当事者間 (多くは、売買契約の当事者間) のいずれが負担するかということであったといえる。

このような状況下で、わが国でも、2012 年 1 月に、下級審裁判例ではあるが、土壤汚染による土地所有権の侵害と物権的請求権に関する判断が、土地所有者の予備的請求との関係で示されるに至っている⁽⁵⁾。前述したように、

(3) 訴訟の増加とともに、土壤汚染について論じる文献も増えつつあるが、ここでは、ひとまず、多くの裁判例を紹介・分析する深津功二『土壤汚染の法務』(民事法研究会・2010 年) 202 頁以下、小澤英明『土壤汚染対策法と民事責任』(白揚社・2011 年) 284 頁以下を参照いただきたい。

(4) 最高裁平成 22 年 6 月 1 日判決 (民集 64 卷 4 号 953 頁)。同判決の評釈類も多数公表されているので、問題状況を理解するために、是非参照願いたい。同判決以前の議論状況については、例えば、松尾弘「土地取引における土壤汚染リスクの『分配』と民法解釈」横浜国際経済法学 12 卷 3 号 91 頁以下 (2004 年) 等を参照のこと。また、あわせて、大塚直「土壤汚染に関する不法行為及び汚染地の瑕疵について」ジュリスト 1407 号 66 頁以下 (2010 年) も参照願いたい。

(5) 東京地裁平成 24 年 1 月 16 日判決 (判自 357 号 70 頁以下。また、深津功二「土壤汚染と不作為の不法行為、妨害排除請求」NBL971 号 4 頁以下 (2012 年) も参照)。

わが国の従来 of 裁判例の動向としては、民事訴訟での土壤汚染にかかわる問題は、損害賠償が中心であったともいえるが、前記下級審裁判例の登場は、わが国でも、土壤汚染の問題を物権的請求権と関連づけて一考する必要性があることを示すものであるといえよう。特に、これまでドイツの連邦通常裁判所の裁判例を考察の対象としてきた筆者にとっては、これまで漠然とわが国でも物権的請求権との関係で土壤汚染の問題を論じる必要があるのではないかと考えていたことに、その具体的必要性を示す1例が現れたと感じられた次第である。

（2）土壤汚染の問題を取り扱う際の視点　ところで、物権的請求権との関係で、土壤汚染の問題を考えるに際し、注意しなければならないのは、次のことである。つまり、土壤汚染がストック公害（蓄積型汚染）であるということである。本来、土壤には、有害物質を吸着・固定し、または分解・変化させるといった浄化機能がある。したがって、この処理能力を超えない有害物質が土壤中に混入したとしても、通常、問題が生じることはない。つまり、土壤汚染が問題となるのは、そのような処理能力を超える有害物質が土壤に含まれることになった場合であり、そうすると、当該有害物質は、土壤中に蓄積し、周辺環境に影響を及ぼすようになる。また、土壤自体の浄化能力を超えて有害物質が存在することから、汚染土壤自体を除去等しない限り、その影響は持続する。つまり、過去になされた土壤汚染の影響は、その原因行為が止んでいても、現在だけでなく、将来にわたって継続する可能性が高いのである。これに加えて、土壤汚染の場合には、前述の土壤の浄化機能も関係して、土地を構成する「土壤」と「有害物質」との結び付きをどう評価するかという問題が存在する。つまり、前掲の下級審裁判例が判示するように、土壤汚染の場合には、問題となっている有害物質はその土地の構成部分となっているとみることができ、そうすると、そもそも妨害状態（土地所有権の侵害）が存在しないとの評価も可能となる⁽⁶⁾。ただ、その一方で、後述するドイツの連邦通常裁判所の判断がそうなのであるが、土壤と密接な

結合の認められる有害物質であっても、なお一定の場合に、土地所有権の侵害があるとの見方も存在するのである⁽⁷⁾。

わが国では、これまで、土壤汚染の問題は、民事訴訟との関係では損害賠償請求が中心論点だったといえ、そうすると、ある土地の土壤汚染は、侵害の結果生じた損害に関する問題とみるのが一般的であるかもしれない。また、ドイツでも、学説における有力説は、例えば、「終了した作用行為によって惹起された新たな好ましくない当該物の状態」は BGB1004 条の意味での所有権侵害を意味せず、結果として、そこでの問題を BGB1004 条の侵害除去請求権の問題ではなく、請求の相手方の過失を要件とする不法行為責任の問題 (BGB823 条、249 条) として処理すべきと主張する⁽⁸⁾。しかし、前述したドイツの判例は、有力説による激しい批判にさらされつつも、有害物質による土壤汚染を BGB1004 条の意味での所有権侵害とみており、学説における多数も、未だ判例と同様の理解を示しているようである⁽⁹⁾。

(6) 前掲・東京地裁判決 (前注 (5)) の事実関係をみていくと、訴訟の当事者間における争いはさておき、土壤汚染の原因物質を含んだ廃棄物が当該土地の前所有者の了解の下でその土地に搬出・埋め立てられていたという事実があったようである。そのような場合に、裁判所は、前所有者から当該土地を譲り受けた現所有者による土地所有権の侵害の主張を認めなかった模様 (詳細については、前掲・判自 357 号 70 頁以下、特に所有権侵害の有無については 100 頁参照)。

(7) 具体的には、連邦通常裁判所の後掲 [3・5] 判決が明確に述べる。詳細については、ドイツ法の考察で改めて述べる。

(8) ここでは、例えば、グルスキー (Gursky) が、連邦通常裁判所の後掲 [3] 判決の評釈において、同趣旨の主張をする (Gursky, Anmerkung, JZ 1996, S. 683ff.)。なお、この詳細についても、改めて後述する。

(9) この点についても、詳細は改めて後述するが、ここでは、例えば、Staudinger (=J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3. Sachenrecht § § 985-1011, 13. Bearb. 1999) / Gursky, § 1004 Rn. 3; jurisPK-BGB (=Juris PraxisKommentar BGB Bd. 3, 6. Aufl, 2012) / Ehlers, § 1004 Rn. 2 等参照。

（3）本稿の問題意識と構成 以上のことから、筆者は、わが国でも、ある土地の土壌汚染が、物権的請求権の要件としての「所有権侵害」と捉えられないのかということを変更して考えてみる必要があると考えるものである。確かに、前述のように、土壌汚染を「侵害行為の結果もたらされた土地の状態」と捉え、それは（物権的請求権を生じさせる意味での）「現存する所有権侵害」ではなく、もっぱら損害賠償の問題として論じれば足りるというのも1つの考え方であろう⁽¹⁰⁾。しかし、ドイツの判例・通説は、むしろ、そうではなく、土壌汚染の問題も物権的請求権が生じる1問題事例と位置づけており、そのことを参考にするならば、前述のような考え方は、唯一のものであるともいえないであろう。

わが国では、すでに指摘したとおり、土壌汚染に関する私法上の問題は、損害賠償請求を中心としてきたことは否めない。したがって、物権的請求権との関係で、この問題を考えるにあたっては、具体的裁判例等の資料に乏しい。これに対し、ドイツでは、いくつかの連邦通常裁判所の判決が存在し、それら判決があるが故に、その是非をめぐって、学説上もそれなりの議論の蓄積が認められる。以上のことから、本稿では、ドイツの具体的裁判例および学説の議論状況を参考に、わが国で、土壌汚染と物権的請求権という問題を考えるにあたり、どのような解釈論の方向性がありうるのかということにつき、若干の検討を試みることにしたい。

ところで、すでに先行研究で指摘したとおり、日独の物権的請求権をめぐる議論状況には、種々の相違が認められる。実際のところ、これまで述べてきた土壌汚染と物権的請求権に関するドイツの議論状況は、当然のことながら、ドイツ民法の諸制度（主に物権的請求権および損害賠償請求権）を前提とするものであり、それがそのままわが国の解釈論に妥当するものではない。

(10) 前述したとおり、ドイツの有力説が、そのように考えるべき理由とともに主張する考え方である。筆者も、そのように考えることを全く否定するものではない。

特に、損害賠償の方法に関する日独法の相違は、非常に重要であり、ドイツの議論状況を理解するにあたり、その相違を確認することは不可欠であるともいえる。そこで、まず、本稿では、ドイツにおける BGB1004 条の請求権に関する解釈論の状況を判例・通説を中心に概観することとし（後記二 1）、それを踏まえ、本稿の検討課題である「土壌汚染と物権的請求権」に関するドイツの議論状況を考察することにする（後記二 2 以下）。

二 ドイツ法の状況

1 前提の確認

それでは、まず、BGB1004 条の請求権に関する解釈論の状況を判例・通説を中心に確認することにした。なお、以下では、本稿の目的および紙幅の関係上、解釈論の状況を必要な範囲で概観するに留めることをあらかじめお断りしておきたい⁽¹¹⁾。

<主要関連参考条文（仮訳）>⁽¹²⁾

【BGB249 条：損害賠償の種類と範囲】

①損害賠償の責任を負う者は、この義務を負わせた事情がなかった場合において存

(11) 以下、本項の記述の詳細については、前注（1）に挙げた拙稿を参照。また、ドイツにおける BGB1004 条に関する議論状況は、他の研究者によっても詳細に研究されている。本稿の記述は、当然のことながら、それらの研究成果を大いに参考とするとともに、これまでの拙稿の内容を必要に応じてとりまとめたものである。なお、紙幅の関係もあり、ここでは、大変申し訳ないが、近時の重要な研究成果として、根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣・2011 年）、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 40 卷 4 号 101 頁以下（2008 年）を挙げるにとどめさせていただく（なお、ドイツ法の状況、さらにはわが国での議論状況について、根本・前掲書は非常に詳細であるので、参考文献等も含め、是非、参照願いたい）。

(12) 以下、BGB249 条および 823 条の条文訳は、E. ドイチュ / H.-J. アーレンス、浦川道太郎＝訳『ドイツ不法行為法』（日本評論社・2008 年）331 頁以下を参考とした。

在したであろう状態を回復しなければならない。

- ②身体の侵害又は物の毀損により賠償を給付しなければならない場合には、債権者は、原状回復に代えて、これに必要な金銭を請求することができる。物の毀損の場合には、第1文により必要とされる金額が売上税を含むのは、売上税が現実に課されるときであって、かつその限りにおいてである。

◎2002年7月19日の損害賠償法規定の改正のための第2法律による改正前の249条は、以下の通り（現行規定は2002年8月1日から）。

【旧 BGB249 条：損害賠償の種類と範囲】

損害賠償の責任を負う者は、この義務を負わせた事情がなかった場合において存在したであろう状態を回復しなければならない。身体の侵害又は物の毀損により賠償を給付しなければならない場合には、債権者は、原状回復に代えて、これに必要な金銭を請求することができる。

【BGB823 条：損害賠償義務】

- ①故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- ②他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば有責性がなくても違反を生じる場合には、賠償義務は、有責性があるときに限り生じる。

【BGB1004 条：除去請求権及び不作為請求権】

- ①所有者は、その所有権が占有の侵奪又は抑留とは異なる方法で侵害されるときには、妨害者にその侵害の除去を請求することができる。引き続き侵害が懸念されるときには、所有者は、不作為を訴求することができる。
- ②所有者が忍容義務を負うときには、前項の請求をすることはできない。

（1） BGB における所有権に基づく物権的請求権

BGB には、わが国の民法と異なり、所有権に基づく物権的請求権に関する

明文規定が置かれている (BGB985 条、1004 条、1005 条)⁽¹³⁾。このうち、BGB1004 条に基づく請求権が、わが国でいうところの物権的妨害排除請求権および妨害予防請求権に対応するものと考えられている。以下では、土壤汚染の除去との関係で主として問題となる BGB1004 条の侵害除去請求権を中心に解釈論の状況を確認する。

(2) 侵害除去請求権の要件

ドイツでは、侵害除去請求権の要件につき、「所有権侵害 (die Beeinträchtigung des Eigentums)」および請求の相手方となる「妨害者 (der Stoerer)」をめぐり活発な議論が展開されている。

① BGB1004 条の意味における所有権侵害 侵害要件について、判例・通説は、それを「占有の侵奪又は抑留とは異なる方法」での「所有権の内容 (BGB903 条) に反するあらゆる状態」と解している⁽¹⁴⁾。なお、判例・通説はこのように非常に広範な侵害要件の捉え方をするが故に、侵害の結果生じた「損害」と評価することができるような状態をも BGB1004 条の意味での侵害と解し、「侵害」と「損害」の境界付け、さらにはそれと関連する BGB1004 条の侵害除去請求権と BGB823 条、249 条による不法行為法上の原状回復請

(13) BGB985 条は所有物返還請求権について、また、BGB1005 条は所有者の引取忍容請求権 (現在では Verfolgungsrecht との見出しが付されている) について定める。なお、ドイツでは、明文規定をもって、BGB1004 条の 2 種類の請求権と併せて、4 種類の物権的請求権を認めていることに注意が必要である。BGB1005 条の請求権については、山田晟「物権的請求権としての『引取請求権』について」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第三巻』(有斐閣・1983 年) 1 頁以下参照。

(14) 分かり易くは、後掲 [5] 判決の判決理由参照。また、その他にも、例えば、連邦通常裁判所 2000 年 9 月 22 日判決 (NJW-RR 2001,232) 等参照。学説については、前注 (9) の jurisPK-BGB / Ehlers, § 1004 Rn. 2 のほか、Palandt (=Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl. 2013) / Bassenge, § 1004 Rn. 5 und 6 ; Bamberger / Roth (=Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. 2008) / Fritzsche, § 1004 Rn. 34 等参照。

請求権との関係というその解決が困難な問題を生じさせている⁽¹⁵⁾（以上に対し、近時の有力説は、BGB1004条の請求権の制度の沿革から、同請求権を生じさせる侵害要件を限定的に解すべき旨主張する（詳細は後述））。

②請求の相手方（妨害者） BGB1004条は、侵害の除去または不作為を所有者が「妨害者」に対し請求することができる旨定める。したがって、請求の相手方となる妨害者の存在が当然の前提となる（なお、BGB1004条の文言からして明らかなように、妨害者の「故意・過失」は要件とされない）。

この「妨害者」につき、従来からの判例・通説は、それを「行為妨害者（Handlungsstoerer）」と「状態妨害者（Zustandsstoerer）」に2分して把握してきた⁽¹⁶⁾。ここで、判例によると、「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、他方、「状態妨害者」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

(15) このことについては、後掲 [3] 判決の判決理由において、連邦通常裁判所自体が自覚的に述べている。また、近時、わが国でこの点を詳細に述べるものとして、根本・前掲書（前注（11））253頁以下、特に283頁以下参照。

(16) 比較的近時の連邦通常裁判所の判決でも確認されているように、依然として、判例は、この2分法を基本的には維持するようである（連邦通常裁判所2006年12月1日判決（NJW 2007,432ff.）。以下、本文における行為妨害者・状態妨害者の説明については、同判決の判決理由による）。

また、判例・通説の行為妨害者・状態妨害者に関しては、前注（1）に挙げた拙稿のうち、広島法学34巻4号48頁以下、52頁以下等を参照。また、これに関する先行業績も多数あり、例えば、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27頁以下、特に51頁以下（1986年）、鷹巢信孝「所有権に基づく妨害排除請求権」佐賀大学経済論集21巻3号105頁以下、特に107頁以下（1988年、同『所有権と占有権』（成文堂・2003年）57頁以下に所収）、田中康博「物権的請求権における『責任要件』について」六甲台論集34巻4号123頁以下、特に128頁以下（1988年）、同「所有権に基づく物権的請求権の請求内容について」京都学園法学創刊号53頁以下、特に55頁以下（1990年）、根本・前掲書（前注（11））255頁以下等を参照願いたい。

維持している者」とされる。

③両要件の関係 以上述べてきたことから分かるように、ドイツの判例・通説は、両要件の関係を意識して解釈論を展開してきたといえる。また、詳細については、改めて後述するが、判例・通説によると、請求の相手方が「妨害者として」問題となっている侵害について「責任を負うということ」が要件とされると解されていることにも注意が必要である。

(3) 侵害除去請求権の内容

ドイツの判例・通説は、その詳細については後述するように、侵害除去請求権の内容につき、次のように解している。つまり、「妨害者は、継続している所有権侵害を除去しなければなら」ず、そのことは、結局のところ、「所有権の内容に応じた状態の回復」、すなわち「少なくとも、妨害源の除去」を意味するというようにである⁽¹⁷⁾。そして、前述したように、ドイツの判例・通説は、侵害要件につき、非常に広範囲にわたる解釈の仕方を支持することから、特に判例による場合、侵害除去請求権によって、当該侵害がなかったならば存したであろう状態の回復だけでなく、場合によっては損害の回復とも評しうるような原状回復請求を認める状況にあることに注意する必要がある（この点の詳細については、連邦通常裁判所の後掲 [3] 判決の判決理由等、改めて後述する）。

(4) 所有者の他の請求権との関係

①不法行為法上の損害賠償請求権との関係 まず、所有者の侵害除去請

(17) 例えば、後掲 [5] 判決の判決理由参照。また、[5] 判決の判決理由では、以下の文献を引用しつつ、本文のように述べている (Erman / Ebbing, § 1004 Rdnr. 64 ; Erman / Hefermehl, § 1004 Rdnr. 7 ; Jauernig, § 1004 Rdnr. 7 ; Medicus, in : MuenchKomm, § 1004 Rdnr. 71 ; Baur / Stuermer, § 12Rdnr. 7, 20 ; Larenz / Canaris, S. 698 [700] ; Mertens, NJW 1972, 1783 [1785] ; Stichelbrock, AcP 197 [1997], 454, [464ff.]。

求権との関係が問題となるのは、すでに指摘したとおり、不法行為法上の損害賠償請求権である。BGBは、その823条で、所有権の侵害者の故意・過失を要件とする損害賠償義務につき規定し、その損害賠償の方法については、249条により、原状回復を原則とする。したがって、所有者は、その所有権の侵害者に対し、不法行為法上の請求権を行使することによって、損害賠償としての原状回復を請求しうるのである。

その一方で、侵害除去請求権の判例・通説の立場によると、所有者は、妨害者に対し、その故意・過失を問うことなく、「所有権の内容に応じた状態の回復」という意味での原状回復を請求しうることになる。したがって、ドイツでは、「侵害」と「損害」の境界付けがなされないとすると、両請求権は原状回復という点で一部重なり合う可能性があり、ドイツの有力説はこの点を批判し、他方、連邦通常裁判所は、そのような危険もある意味やむを得ないものとして処理する傾向にある⁽¹⁸⁾。

また、このことに関連して、ドイツの判例・学説では、不法行為法上の損害賠償請求権に適用のあるBGB251条、254条等の侵害除去請求権への（類推）適用可能性についても活発な議論が展開されている⁽¹⁹⁾。

②事務管理・不当利得に基づく費用請求権との関係　ドイツでは、土地

(18) 判例については、後掲[3]判決の判決理由参照。また、前注(1)に挙げた拙稿のうち、広島法学22巻4号212頁以下、特に有力説の批判については215頁、さらに私法65号198頁以下参照。また、より詳細には、例えば、根本・前掲書（前注(11)）283頁以下等参照。

(19) BGB251条2項の類推適用可能性の詳細については、例えば、和田真一「費用の過大さを理由とする妨害排除請求権の制限」立命館法学225・226号785頁以下（1992年）、川角由和「ネガトリア責任と金銭賠償責任との関係について」広中俊雄先生古稀祝賀記念論集『民事法秩序の生成と展開』（創文社・1996年）537頁以下、益井公司「物権的請求権と金銭賠償について」比較法研究58号124頁以下（1997年）等参照。また、BGB254条の類推適用可能性についても、ここでは、例えば、前注(1)に挙げた拙稿のうち、広島法学23巻4号165頁以下、24巻1号89頁以下等を参照。

所有者がその所有権を侵害されている場合に、所有者自らがその侵害を除去し、その除去に要した費用を事後的に妨害者と目される者に請求しうるかということも問題となっている⁽²⁰⁾。そもそも、所有者による自力救済的行為が許されるかどうかという問題もあるが、判例・通説は、請求の相手方が BGB1004 条の妨害者として侵害の除去義務を負うということを前提として、所有者は、妨害者に対し、事務管理または不当利得に基づく費用償還または返還請求権を認めている。なお、その際の請求可能な費用の範囲については、請求の相手方が BGB1004 条に基づいて負っていた侵害除去義務に対応するものと解されている⁽²¹⁾。

2 判例の動向

以上のことを前提に、それでは、次に、土壤汚染と物権的請求権に関するドイツの裁判例の動向をみることにする⁽²²⁾。

そこで、以下では、まず、比較的近時の連邦通裁判所の判決を取り上げ、土壤汚染と物権的請求権との関係を考える上で重要と考えられる部分に焦点

(20) この問題の詳細については、例えば、鎌野邦樹「物権的請求権について」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』（成文堂・1993年）119頁以下、同「妨害者不明の場合の妨害と排除」半田正夫教授還暦記念論集『民法と著作権法の諸問題』（法学書院・1993年）123頁以下等参照。また、前注（1）に挙げた拙稿のうち、広島法学 22 卷 4 号 207 頁以下、23 卷 1 号 141 頁以下も参照のこと。

(21) このように、ドイツの判例・通説による場合には、所有者の妨害者に対する費用請求権が認められ、かつ、前述したとおり侵害の範囲を広く捉える傾向にある結果、有力説が批判するように、請求の相手方の故意・過失を要件としない費用賠償請求権を認めるのと実質的に異なる状況があるともいえる。

(22) 先行研究として、例えば、土壤汚染自体については松村弓彦『ドイツ土壤保全法の研究』（成文堂・2001年）で、私法上の責任に関する判例の動向についての研究がなされている（特に、同書 82 頁以下参照。また、その基になった同「汚染された土地の売主の瑕疵担保責任」ジュリスト 1096 号 121 頁以下（1996年）、同「土壤汚染に関する私法判例（ドイツ）」環境研究 104 号 98 頁以下（1996年）も参照）。

をあてつつ、各判決の具体的内容を確認することにしたい。

（１）具体的裁判例⁽²³⁾ (24)

[1] 連邦通常裁判所 1986 年 9 月 18 日判決（BGHZ 98,235 等）

【事案の概要】

被告 Y の夫（故人） A は、1960 年代から本件土地を賃借し（なお、当時の本件土地所有者 B との賃貸借契約に基づく 1971 年以降）、同地上でガソリンスタンドを経営しており、その死亡後は、Y が、その経営を受け継いだ。本件土地の地下には、2 つの軽油等の動力用燃料タンクおよび廃油用タンクが存在した。ただし、廃油用タンクについては、1976 年以降、操業において生じる廃油についての監督官庁の異議の結果、もはや使用されていなかった（それ以降、廃油は、別途処理されている）。1981 年のはじめに、本件土地の賃貸借契約が終了し、Y は、そのガソリンスタンドの経営をやめた。

B は、1981 年の終わり頃に、本件土地を原告 X に売却した。1982 年に始められたガソリンスタンドの取り壊しおよび掘削作業が行われている間に、本件土地が油によって汚染されていることが判明した。C 市は、下級の水利官庁として、Y に対してと同様、作業を行っていた会社（その責任を負うべき管理者は X である）に対して、地下水汚染の防止についての行政命令を出した。Y がその行政命令に対して法的手段に訴えた一方で、X は、約 175962DM を費やして、その行政命令に従う措置を講じた。

ここで、X は、油による土壌および地下水の汚染がもっぱら Y およびその

(23) なお、以下での連邦通常裁判所の考察に際しては、特に判決理由を訳出するにあたり、判決原文にある引用判決および文献を省略することとし、必要に応じ、筆者の判断で、注の形で補足説明することとした。

(24) これ以前の判決として、連邦通常裁判所 1966 年 3 月 22 日判決（NJW 1966,1360）も関連判例として引き合いに出されることがある（例えば、後掲 [5] 判決の判決理由等で）。

夫である A のガソリンスタンド経営の期間中に発生したと主張し、そして、Y に対し、前記費用の償還を請求した。これに対し、Y は、土壤汚染は X によって行われた取壊し等の作業の過程で貯蔵タンクが破損したこと、そして、あるいは、第三者が施設を不適切に取り扱ったことにより惹起されたものであると主張した。そして、さらに、Y は、X の請求権の消滅時効を援用し、自らの責任を否認した。

LG は、X の請求を棄却。これに対し、OLG は、X の請求を認容。Y の上告に対する判断が、本判決である。

【判旨】 原判決破棄、X の請求棄却。

本判決では、X・Y の警察法上の責任等についても判示されているが、以下では、本稿の主たる検討対象である BGB1004 条の請求権に関連する判示内容に限って、その内容をみることにする。

「… BGB683 条、677 条⁽²⁵⁾に基づく費用償還請求権は、X に与えられない。

確かに、事務管理に基づくそのような費用償還請求権は、次の点で、認められなくなることはない。つまり、X が、そのような事務管理の推定について必要な意思、すなわち、油の除去によって Y の事務をも行おうとする意思を有しないか、または、その意思を十分に表明しなかったという点においてである。客観的にみて他人の事務が問題である場合には、他人の事務を行うという意思は推定される。同様のことは、客観的に他人の事務が問題である場合に、(管理者の) 他人の事務をも同時に果たすという意思についても妥当する。つまり、油の除去が (少なくとも) Y の事務でもあったのかどうかということが問題となる。

X が自己の土地の土壤に染み込んだ油を除去することによって Y の事務を行ったかどうかということは疑わしいが、結局、その最終的な判断は、必要

(25) BGB677 条および 683 条は、事務管理者の義務および管理者の有する費用償還請求権に関する規定である。

ではない。

油の除去は、Yが例えば BGB1004 条により X に対し除去義務を負うという理由からすると、Y の事務ではなかった。というのは、X は、もはやそのような請求権を行使することができなかったからである。その限りにおいても、Y は、少なくとも、消滅時効の抗弁を引き合いに出すことができる。

連邦通常裁判所は、次のように述べてきた。つまり、新しい所有者の BGB1004 条の請求権は、従来所有者の請求権と同一のものである。その請求権は、独立して譲渡することはできず、そして、絶対権の移転とともに、何の問題もなく、新しい権利者に移転する。消滅時効の問題について、連邦通常裁判所は、— BGB195 条⁽²⁶⁾による BGB1004 条の請求権の消滅時効可能性を想定する際には一次のように述べてきた。つまり、所有者の交代の際にも、結論において、債務法上の請求権の際と何ら異なる取り扱いはなされないというようにである。ここでは、請求権者の交代は、消滅時効期間の進行に何の影響も与えない。というのは、請求権が同じであるからである。したがって、所有者の交代に際し、新しい時効期間の進行が始まることはない。

この判例を基礎に置くと、次のことが、重要な意義を有する。つまり、BGB1004 条により Y に侵害の除去を請求することができるという前所有者の請求権が、X が本件土地を取得したときに、すでに時効消滅していたかどうかということである。

本件はそうであった。…〈以下、省略〉」。

(26) 本判決当時（2001 年債務法現代化法前）の BGB195 条は、普通の消滅時効期間（30 年）に関する規定である。また、本判決では、（使用）賃貸借関連の問題であったことから、本判決当時の BGB558 条による請求権の消滅時効も問題となった。なお、消滅時効に関する両条については、例えば、柚木馨＝高木多喜男補遺『現代外國法典叢書（1）獨逸民法〔I〕民法総則』（有斐閣・1955 年）291 頁、柚木馨＝上村明廣補遺『現代外國法典叢書（2）獨逸民法〔II〕債務法』（有斐閣・1955 年）493-494 頁参照。

(以下、本判決では、Y およびその夫 A による本件土地所有権の事実上の侵害がすでに前所有者の下で終了していたこと、その後、BGB1004 条の意味での重要な所有権侵害が存在しないこと等を認め、X の Y に対する侵害除去請求権をはじめ、BGB683 条、684 条、812 条に基づく X の Y に対する請求権も認められないと判示された)。

[2] 連邦通常裁判所 1990 年 3 月 8 日判決 (BGHZ 110,313 等)

【事案の概要】

原告 X は、本件土地の所有者であり、同地上に 1 棟の建物を所有していた。X が所有するその建物は、その内部で区分されており、その一部は、X の作業場として使用されていた。そして、残りの部分については、訴外 A に賃貸に出されており、借入人 A は、そこに被告 Y 所有の粉ミルクを貯蔵していた。

その後、X が所有する当該建物は、火事によって損壊した。その際、Y が所有する粉ミルクの大部分は、火事による熱の影響のために使いものにならなくなった。また、その粉ミルクの一部は、消火水、合成消火剤および雨水と混ざり合い、そして、その混合物は、X 所有建物の地下室および貯水槽に流れ込み、そこで沈殿するに至った。さらに、その他の粉ミルクの残部は、消火水とともに X の所有する本件土地上に流出した。

X は、行政命令により、健康に対する危険を排除するために、灰となった粉ミルクの除去を求められ、そして、その後の補完的な処分によって、さらに、公衆安全の利益のために、地下室および貯水槽に沈殿している粉ミルクを含んだ混合物を除去するよう義務づけられた。X は、それらの処分に従って、粉ミルクおよびその混合物を除去した。

そこで、X が、粉ミルクの所有者である Y に対し、粉ミルクとその混合物の除去に関する費用、そして、火事の消火に際して費やした費用、土壌と地下水について想定される負荷を考慮しての科学的な調査の費用および行政命令との関係で必要とした弁護士費用の支払いを請求した。

LG および OLG は、X の請求を棄却。X の上告に対する判断が本判決である。

【判旨】 破棄差戻し。

本判決では、X の事務管理に基づく費用償還請求権との関係で、X の Y に対する BGB1004 条の請求権について次のように判示された（なお、Y の警察法上の責任については、前掲 [1] 判決と同様の判断が下されている。また、本判決では、X の Y に対する BGB684 条に基づく請求権、さらには損害賠償請求権についても判示されているが、本稿では省略する）。

「X の費用償還請求権は、BGB683 条から生じる。X は、自己の土地から粉ミルクの残留物を除去することによって、Y の事務をも行った。X が彼に対して出された警察命令に従うということから同時に自らの事務をも行ったということは、他人の事務管理についての推定を妨げるものではない。…<中略>… BGB683 条から生じる請求権は、事務管理の委託者としての Y の対立する意思という点でも認められないということにはならない。そのことは、少なくとも、X の行為が公共の利益に存するということから明らかである。」

そして、連邦通常裁判所は、Y の事務（義務）の内容との関係で、次のように判示した。

「Y の事務は、次の理由から、粉ミルクの除去であった。つまり、Y は、BGB1004 条 1 項 1 文により、X に対してその義務を負っていたからである。X の土地での粉ミルクの存在は、BGB1004 条の意味における所有権の妨害を意味した。Y は、妨害者であった。というのは、Y が X の土地にその粉ミルクを持ち込んだからである。

確かに、X は、さしあたっては、粉ミルクと結びつく所有権への作用を忍容しなければならなかった。何故なら、…Y らの側では、訴外 A が、X との賃貸借契約上の取り決めに基づいて、それについての土地利用権を有していたからである。しかし、この忍容義務は、火災の後に消滅した。…<中略>…

土地から粉ミルクを運び出すために生じ、かつ、その粉ミルクが火事の結果として損害を与えられていない元の状態で運び出されるときに必要とされる X の費用は、償還されうる。つまり、Y の償還義務は、追加的に水および消火剤を地下室および貯水槽から除去することにより、そして、いまや必要とされる処理措置により生じる費用にまで拡張されはしない。これにより、Y がどの程度の額の費用を負担しなければならないかということは、なお、未解決の問題であり、原審による解明を必要とするものである。…<以下、省略>」⁽²⁷⁾

[3] 連邦通常裁判所 1995 年 12 月 1 日判決 (NJW 1996,845 等)

【事案の概要】

原告 X は、1990 年に本件土地を取得し、同土地の所有者となった者である。本件土地と並んで、破産会社 Y (元被告。上告手続中に破産したことにより、現在はその破産管財人が被告となっている) の工場敷地が存在した。X が本件土地に新しい建物を建築しようとしたところ、同土地で、テトラクロルエチルおよび過クロルエチルによる強力な土壤汚染が確認された。そのため、X は、本件土地の汚染された土壤を掘り出し、その浄化処理をするために、

(27) なお、本判決では、Y が BGB1004 条に基づいて負う侵害除去義務の範囲との関係で、損害賠償請求権に関するわが国でいうところの過失相殺規定に該当するような BGB254 条 (共働過失 (Mitverschulden)) の類推適用が認められていることにも注意が必要である。本判決では、本文でも述べているように、Y の責任は「火事が生じる前の状態での粉ミルクの搬出に際して生じる費用の範囲」で認められているにすぎず、火災後の処理措置によって生じるあるゆる費用は、その費用に全く含まれないものと判示されている。連邦通常裁判所は、このことを説明するために、BGB254 条を引き合いに出し、「本事例においては、妨害を全ての範囲において除去するという場合によっては生じうる Y の義務は、少なくとも BGB254 条の法思想を顧慮することによって排除される」と判示していることにも注意する必要がある (詳細については、前注 (1) に挙げた拙稿のうち、広島法学 23 卷 4 号 165 頁以下、24 卷 1 号 89 頁以下参照)。

高額の費用を費やさなければならなかった。そこで、Xは、その土壤汚染がYの工場敷地に由来するものであると主張し、Yに対し、土壤汚染の処理費用として610693,85DMの支払いを求めた。また、それとは別に、損害賠償の支払いおよびその義務の確認も訴求した。

LGおよびOLGは、Xの請求を棄却。Xの上告に対する判断が、本判決である。

【判旨】 破棄差戻し。

連邦通常裁判所は、XのYに対する損害賠償請求権を否定した上で、XがYに対し土壤汚染の除去請求権（BGB1004条1項1文、以下、判決文での「ネガトリア責任」も同条に基づく責任をいう）を有しなかったことを理由に、原審がYの不当利得責任およびXの事務管理に基づく請求権を否定したことについて、「法律上の誤りがある」とし、次のように判示した。

「原審の解釈は、連邦通常裁判所の判例にも、また通説にも反するものである。上告法上、つぎのことが出発点とされるべきである。つまり、本件土地に存在する有害物質がYの（工場）操業に由来するときには、Xは、（それが土壤中に存在する限り事実上Xの所有権を引き続き侵害する）この有害物質の除去請求権を有するということである。原審も、Yが『かつての』行為妨害者であったことを認めている。…一度生じた責任は、義務者の行為によっては、なんら変更を加えられない。…妨害によって何らかの目的物または物質がある土地に存在するに至ったときには、その物は、土地所有者の他人の物を自己の土地から取り除くという物支配を侵害する。その物が取り除かれるまで、それは、所有権の妨害源を形成する。そして、そのことは、その妨害している物質が妨害者の物であるか否かということにもかかわりを持たない。妨害者のネガトリア責任の根拠は、妨害者が責任を負うべき行為の結果、その物質が他人の土地に存在するに至ったということであるにすぎない。」

これに続けて、連邦通常裁判所は、ネガトリア責任と不法行為法上の損害

賠償責任との関係、および除去請求権の範囲について、次のように判示する。

まず、ネガトリア責任と不法行為法上の損害賠償責任との境界付けについては、「(それは、) BGB1004 条の最も解決のなされていない問題の 1 つである。除去請求権は、少なくとも、部分的に、損害賠償請求権と大いに同様の原状回復的効力を有し、そして、除去請求権は、過失を要件としない除去責任によって、過失主義に基づく損害賠償法がその効果を失われるという危険に出くわさざるをえない」とする。ただ、「本事例においては、主に、所有権を妨害している干渉からさらなる結果として生じる障害および損害が問題であるのではなく、さしあたり、X の土地に存在する物質自体が問題であるに過ぎない。その限りで、…妨害者がこの物を BGB1004 条 1 項により除去しなければならないということについては、学説においても広く意見の一致が認められる。このことは、ライヒ裁判所および連邦通常裁判所の判例に合致する」として、その問題の解決を試みる必要がないとする^{(28) (29)}。

次に、除去請求権の範囲について、連邦通常裁判所は、「本事例においては、…土壌と侵入している物質との間に密接な結合が生じており、その結果、この状態が、いまでは土地所有権への干渉の結果、損害であるように思われうることは認める」としつつも、「しかし、X の除去請求権は、次のことに

(28) 連邦通常裁判所の判決としては、前掲 [2] 判決等を引用する。

(29) また、連邦通常裁判所は、このような判断に続けて、学説における有力説の主張を支持しえないことに関連して、次のように判示していることにも注意が必要である。つまり、「請求権者の土地上に違法に存する物を妨害者は除去すべき義務を負うとし、他方でそのような除去義務は混入した物質（油等）については存すべきでないとすることは、納得のいく区別ではない」というようにである。

これに続けて、連邦通常裁判所は、前掲 [1] 判決を引き合いに出しつつ、同判決も油による土壌汚染の事例において、BGB1004 条 1 項による侵害除去請求権が認められることを前提に、しかし、当該事案の特殊性のために、同請求権が時効消滅したとも述べている。

において認められなくなることはない。つまり、現に存する有害物質の単独での除去が技術上達成することができず、むしろ、そのことは、土壌を掘り出し、適切な処理をすることによってのみ可能であるということである。詳しくいうと、侵害されている所有者は、BGB1004 条 1 項の請求権を、次の理由から失うことはあり得ない。すなわち、妨害者が、技術状況により、純粋な妨害の除去のために必要であるよりも拡張された給付を提供しなければならないという理由からである。他方がなければ一方も不可能であるときには、除去請求権は、まさに、土壌の除去およびその処理にまで拡張されなければならない」と判示する。

[4] 連邦通常裁判所 1999 年 7 月 22 日判決（BGHZ 142,227 等）

【事案の概要】

被告 Y は、1964 年以降、ホテル（以下、本件建物）の建てられている本件土地の所有者である。Y は、本件土地を、1976 年に 1991 年 3 月 31 日までの契約期間で、訴外 A に賃貸に出していたが、契約期間終了とともに、Y は同土地の返還を受けていた。1991 / 1992 年の暖房期間が始まるまで、本件建物では、オイルによる暖房が使用されていたが、その後、暖房設備は、天然ガスに切り替えられた。なお、Y が、1991 年 9 月 30 日に、オイルタンク設備に 6611 リットルの灯油を給油させた後、同タンク設備は、1992 年 4 月には空になり、そして、その一部が撤去された。

1992 年の春に、原告である X 市は、Y の土地に隣接する 2 本の道路で用水路の建設作業を行った。その際、通学路で、オイルによる地下水および土壌の汚染が確認された。なお、このオイルについては、本件土地からの地下水流によって、X に帰属する道路敷地の土壌に達したということについて、当事者間に争いはない。また、このオイルの漏出の原因は、オイルタンクへのオイルの充填に際しての 1 つまたは複数の事故、または充填用シャフト内部での通油管の欠損であると考えられ、それらのことを通じて、大量のオイル

がドーム状シャフトに流出し、そして、そこから土壤に染み込んだものとされている（ところで、Yは、上記の一連の出来事について、それらが1991年3月31日より前（したがって、訴外Aとの賃貸借契約期間中）の時点で起こっており、そして、Yは、本件土地の処分権限を有していなかったと主張する）。

用水路の建設作業を行うに際し、施工業者Bは、さしあたり、地下水をポンプで汲み出し、小川に流し込ませていた。しかし、オイルによる汚染の確認後、下級の水利官庁であるCが、建設停止の処分をし、そして、さらに、次のこと（つまり、汲み上げた地下水からオイルを分離した上で導水路に流すこと）を命じた。また、土地の汚染された土壤は、搬出され、そして、小川の土壤も交換された。

以上のような状況下で、Xは、地下水および土壤のオイルによる負荷の結果生じた多額の費用を総額で159245,61DMと見積もり、Yに対し、その賠償を請求した。また、さらに、Xは、Yに対し、土壤および地下水汚染の浄化措置のために必要となるさらなる全ての費用の賠償をも求めた。

LGとOLGは、Xの請求を認容。Yの上告に対する判断が、本判決である。

【判旨】 破棄差戻し。

本判決でも、物権的請求権との関係で重要であるのは、XのYに対する費用償還および不当利得返還請求権についてであるので、その部分に限定し、以下、判決理由をみることにする。

「…Xには、Yに対し、次の限りで、事務管理（BGB683条、684条）または不当利得（BGB812条1項1文）に基づく請求権が認められうる。つまり、YがBGB1004条1項による妨害者として、その土地に由来するオイルの汚染（隣接するXの道路敷地での）を除去する義務を負い、そして、そのことから、Xが、土壤および地下水の浄化という事務処理を（も）行った限りにおいてである⁽³⁰⁾。費用賠償および利得返還請求権は、水管理法22条に

よる損害賠償請求権との関係では、異なる要件および効果を有し、—特にここでは、建設作業の停止によってもたらされた多額の費用は支払われない—、そして、それ故に、BGB906条2項2文とは異なり、この特則規定は関係しない。どの程度に、本件で、それらの請求権が理由のあるものとなるかについては、—控訴審が、そのことについて審理していないので—理由・程度からして、明らかでない。本法廷は、そのために必要な認定をすることはできない。

その結果、原判決は、破棄を免れず、そして、事件を控訴審に差し戻さなければならぬ。…〈以下、省略〉」

[5] 連邦通常裁判所 2005年2月4日判決 (NJW 2005,1366等)

【事案の概要】

2002年6月30日の夕方に、被告Y所有の土地にある1棟の小屋で、有害物質である炭化水素を含んだ液体が流出した（なお、その詳細については不明）。その液体は、原告Xが所有する隣接地（以下、本件土地）上に広がった。これによって、汚染された歩道タイル、石および土壌層は、所管の秩序官庁の指示により、除去された。本件土地の原状回復のために、Xは、910,38ユーロの費用を費やさねばならなかった。そこで、Xは、Yに対し、当該費用の支払いを求めた。

原審は、Xの請求を棄却。Xの上告に対する判断が本判決である。

【判旨】 Xの請求棄却。

連邦通常裁判所は、Xの請求にかかわる BGB823条1項の損害賠償請求権および BGB1004条と関連する BGB683条、684条に基づく費用償還請求権とともに否定した原審判決を結論の点では維持すると判示した。なお、ここでも、物権的請求権との関係で重要なのは、Xの事務管理に基づく費用償還請

(30) 以上について、前掲 [3] 判決、[1・2] 判決の参照を指示する。

求権に関する判示部分であることから、以下、これに限定して、本判決の内容をみることにする。

「控訴審裁判所は、適切に、次のことを出発点とする。

自らその所有権の侵害を除去した所有者は、BGB1004 条 1 項 1 文によりそもそもその義務を負う妨害者に、妨害の除去に必要な費用の賠償を請求することができる。というのは、所有者は、妨害者の事務を処理したか (BGB683 条、684 条)、または事務管理の要件の充足が認められないときには、妨害者は、自己の費用を免れる下で、その除去義務から解放され、そして、それ故に、不当に利益を得ているからである (BGB812 条 1 項 1 文 Alt. 2、818 条 2 項)。このことは、従来⁽³¹⁾の判例、そして、ほぼ一致している学説における解釈にも合致する。

次のことも正しい。つまり、炭化水素による土地の汚染が、BGB1004 条 1 項 1 文の意味における所有権侵害を意味するということである。この下で、所有権内容 (BGB903 条) に反するあらゆる状態が理解されうる。土地の所有者の意思なく、他人の物または物質が、その所有者の土地または土壤中に達したときには、それらの物は、BGB903 条により所有者に保証された包括的な物支配 (それには、他人の物または物質を自らの土地から遠ざけておくということも属する) を侵害する。それ故に、これらの物または物質は、それらを取り除かれるまで、もっぱらそこに存在するということによって、継続的な所有権の妨害源となる。

同様のことは、次の場合にも妥当する。つまり、所有者が、その妨害している物の所有権を放棄するとき、または、ここでのように、侵害されている土地と付合することによってその所有権を失ったとき (BGB946 条) である。…〈以下、省略〉⁽³²⁾」。

以上に続けて、連邦通常裁判所は、BGB1004 条 1 項 1 文により、土壤汚染

(31) 前掲 [1・2・4] 判決等を引用する。

について責任を負う者の除去義務の内容に関しては、控訴審裁判所の判断に誤りがあると判示し、次のように述べる。

「BGB1004 条 1 項 1 文より、妨害者は、継続している所有権侵害を除去しなければならない。これは、次のことを意味する。つまり、妨害者は、所有権の内容に応じた状態を回復しなければならないということである。このことから、少なくとも、妨害源の除去が義務づけられる。つまり、土壌汚染の事例においては、その土地または土壌中にある有害物質の除去である。このことは、次の場合にも妥当する。つまり、これらの物質が、土壌と密接に結びつくことを原因として、分離して除去することができないとき、したがって、その除去が、ここでのように、土壌の掘削とそれに引き続いての処理を必要とするときである。BGB1004 条 1 項 1 文の規定は、もっぱら、妨害の除去を行うことを妨害者に任せるので、同規定は、それと同時に、次の危険をも割り当てる。つまり、技術的な所与の状況のために、純粋な妨害の除去のために必要となる拡張された給付をしなければならないという危険である。それ故に、他の方法ではそれが可能でないのであれば、土壌汚染の除去義務は、土壌の除去とそれに続く処理にまで拡張される⁽³³⁾。

連邦通常裁判所、特に本法廷の従来からの判例によると、妨害者は、さらに、第一次的な妨害の除去により必然的に生じるような所有権侵害の除去の義務を負う。…<中略>…

妨害の除去の結果としてのこのような侵害は、一時的な妨害のさらなる結果として生じたような侵害と区別される。妨害除去自体の結果として生じる侵害は、BGB1004 条 1 項 1 文の趣旨により、容易に、除去義務に含まれる。何故なら、ネガトリア的除去請求権の目的（つまり、所有権内容に応じた状

(32) なお、判決理由では、これに続けて、連邦通常裁判所が、様々な土壌汚染事例で土地所有権の侵害を認めてきたことを具体例を示しつつ確認しており、そこでは、前掲 [1～5] が列挙されている。

(33) 連邦通常裁判所は、ここで、前掲 [3] 判決を引用する。

態を回復するということ) は、明らかに、次の場合には、妥当ではないからである。つまり、所有者が、妨害の除去を、また別の、場合によってはさらに広範囲にわたる侵害を甘受する下でのみ請求することができるというときである。…〈以下、省略〉」

以上のように、連邦通常裁判所は、妨害者の除去義務について判示した上で、最終的に、本件土壌汚染については、Y不在の間に、第三者(Yと敵対しているその隣人)によって、故意に惹起された可能性が高く、Yの責任を根拠付ける侵害行為の証明がなされていないとして、Xの請求権を否定した原審の判断を正当とする。なお、この関係で、さらに、本判決では、Yの妨害者資格についても判示されているので、以下、その判示内容についてもみておくことにする。

「したがって、次のことも証明されない。つまり、Xの所有する土地の汚染が、Yの積極的行為、または義務に違反した不作為に還元することができるということである。YをBGB1004条1項1文の意味における行為妨害者とみなすことはできない。何故なら、行為妨害者とは、所有権侵害を、その行動、またはその意思活動によって相当に引き起こしている者のみをいうからである。請求されている者の責任が生じる事情は、請求する者が、立証しなければならない。

Yは、状態妨害者でもない。何故なら、妨害はYの土地から生じていない。むしろ、所有権侵害は、少なくとも、間接的にも、Yの意思に還元されなければならない。これは、次のような場合である。つまり、Yが、所有権侵害に至る危険を支配することができていたとき、特にYが危険状態を自らもたらしたとき、または、第三者によってもたらされた危険状態を維持していたときである。それに対して、有害な液体が、Yの認識・意思なしに、第三者によってYの土地に搬入され、そして、そこに放出されたときには、Yは、これと結びついたXの土地所有権にとっての危険を防止することはできなかった。原審の認定によると、そのような事実経過は、真に起こる可能性があ

り、そして、Xは、反証していないので、YがBGB1004条1項1文の意味における状態妨害者であるということは認められない。」

<参考>本稿で取り上げた判決のほか、連邦通常裁判所は、2010年5月21日にもPFT（フッ素系界面活性剤）による土壌汚染について判示している（NJW 2010,2341）⁽³⁴⁾。

(34) 同判決の事案は、次のようなものであった。

原告X1は、7110平方メートルの広さの農業利用可能な土地（本件土地）の所有者である。本件土地には、X2のために、（用益）賃借権が設定されており、2002年8月22日の契約で、X2は、被告Yに、その土地を賃貸に出していた（X2とYの契約内容は、次の通り。契約期間：2002年8月22日～2008年12月31日まで、年額賃料＝327,17ユーロ、目的：苗木畑としての利用）。

Yは、契約当初は、上記目的で本件土地を利用していましたが、その後、飼料用トウモロコシを栽培するようになった。そして、2004年に、Yは、訴外Aに本件土地にバイオ肥料を散布することを許容した。なお、訴外Bによって数回にわたって納品されたAの散布した肥料の原材料には、少なくとも、一部に、PFT（フッ素系界面活性剤）や産業廃棄物が混入していた。このうち、PFTは、自然に存在するものではなく、また、植物に吸収され、発癌性を有する物質であることから、同物質の散布された本件土地から、飲食用の果実を出荷することは、所管の官庁により禁止されることとなった。これに伴い、YがX2に対し、本件土地の賃貸借契約の解約を申し入れ（本件土地での耕作の不能を理由に）、その後、周辺住民の保護のための措置等がとられることとなった。

以上のような状況下で、Xらが、Yに対し、PFTによる汚染がなかったならば存したであろう状態の回復を請求したのが、本件事案である。

裁判所の判断は、LGは、Xらの請求を認容したが、OLGは棄却。連邦通常裁判所の判決では、原判決が破棄差し戻されている。同判決中、YのBGB1004条に基づく責任については、非常に簡潔に前掲[3]判決の参照を指示しつつ、次のように判示されている。つまり、「Yは、BGB1004条の意味における妨害者である。妨害者として、Yは、両原告に対し、原則として、PFTを土地から除去する義務を負う」というようにである（その他の詳細については、本稿では省略する）。