

Title	高層建築物による受信障害の私法上の救済について： 主として西独法制を参考にして
Sub Title	Privatrechtlicher Rechtsschutz gegen Störungen des Fernsehempfangs durch Hochbauten
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.6 (1977. 6) ,p.1- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19770615-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

高層建築物による受信障害の私法上の救済について

——主として西独法制を参考にして——

石川 明

- 第一節 序 説
- 第二節 相隣法上の問題
- 第三節 FAGの請求権
- 第四節 BGB九〇七条の請求権
- 第五節 BGB一〇〇四条の請求権
- 第六節 不法行為上の請求権
- 第七節 BGBにおける救済方法のまとめ——Tiedemannの見解——
- 第八節 日本法の解釈

第一節 序 説

電波障害の救済の問題を考察する場合無線電波受信権を人格権的に構成すべきか、あるいは所有権的に構成すべきかについては、日照権の問題とも関連して、見解が対立していることは周知の通りである。⁽¹⁾ドイツ法上は、議論がはじめ所有権の構成の側面からたたかわされたことは既に指摘したとおりで⁽²⁾ある。しかし最近⁽³⁾はボン基本法第五条の基本権をも含めた人格権的側面からの議論もおこなわれるようになった。この問題に関するドイツ法の議論が物権法的構成か人格権的構成かを問

えば、前者が出発点となつたことから、前者についてかなり詳細な議論が展開されている。そこで以下かかる観点からドイツ法の議論を紹介しつつ私見を述べたいと思う。

なお本稿について次の点をおことわりをしておきたい。すなわち、電波障害の民事的救済を論じる場合、被害者を先住者と後住者とに分ける立場がある⁽⁴⁾。後住者が先住者から放送受信権を含まない土地所有権を承継しながら右権利の侵害を主張することには理由がない。しかし放送受信権を含む所有権を承継している場合には右の差別的取扱には問題があらうし、また放送受信権を人格権の一種と考える場合にも問題がないわけではない。したがつて、以下の論述において私は一応両者を区別せずに議論を展開することにした。

- (1) 好美・日照権、電波妨害と相隣関係・法学演習講座②三二八頁。
- (2) 石川・高層建築物による受信障害をめぐる法的問題についての覚書・法学研究五十卷四号一頁以下。
- (3) 例えば Tiedemann, Rechtsschutz gegen Störungen des Fernsehempfangs durch Hochbauten, S. 46 ff. 参照。
- (4) 野村Ⅱ淡路・日照妨害と放送受信障害の法的救済・ジュリスト三九〇号五二頁、好美・前掲三二九頁。

第二節 相隣法上の問題

1 州相隣法

(1) 通説は民法上受信者にいかなる請求権も認められないことを前提としているから、若干の諸州は法的救済方法の立法が必要であると解した。すなわち、直接の隣人が高層建築所有者に対し有するアンテナ設置受忍請求権、あるいはそのアンテナ設置に伴う諸事項の受忍請求権を認める相隣法上の規定が必要になりその立法がなされた⁽⁵⁾。しかしながら右法規の立法はそれだけで一步前進ではあつても、それ自体救済としては、多くの点で不充分であると考えられる。

(2) その主たる理由は以下の三点に求められる。第一に右規定はアンテナ設置に限定される。その他の防禦手段は法律に

よつて考えられていない。第二に、相隣法上の保護は直接の隣人にのみ認められるにすぎない。一つの高層建築が広範囲のテレビ受信障害を発生せしめることを考えれば、この規定の効果に限界があることは明らかである。第三の問題は、費用負担である。テレビ受信障害の被害者だけが、アンテナ並びにその附属物の設置費用を負担するとされ、ザールラント相隣法⁽²⁾二十三条によれば、テレビ受信者はさらに高層建築の所有者に年間使用料を支払わなければならないとされている。この一方的費用負担は、実質的正義に反する。この費用を必要とさせたのは高層建築所有者である、そして、高層建築から商業ベ⁽³⁾ー⁽³⁾スの利潤を得るのも彼である。右の設置を受信者負担とするのは、正義の理念に反する、と解されている。

2 相隣法上の共同体関係 (nachbarrechtliches Gemeinschaftsverhältnis)

(1) 上記の意味における相隣法の規定のない州にあつても、右受忍請求権は通説によつて認められている。この請求権は相隣法上の共同体関係という概念からでてくるといわれている。

(2) 相隣法上の共同体関係なる理論的概念は、ここ三十年前⁽⁴⁾ Klausung⁽⁴⁾によつて展開されたものである。彼によれば、社会経済的発展すなわち産業の拡大に基づいて B G B 九〇六条の修正が必要とされたのである。B G B 九〇六条によれば、農民は産業施設が農民の環境を悪化させるがごとき影響を与える——たとえばガスの流出——場合、農地を産業施設から防禦することが許された。なぜならばかかる影響は農業地域では場所的に通常なものとはいえないからである。この規制の結果は、農民がドイツの産業化を完全に妨げることはなかつたとしても、これを阻む結果をもたらした。それに対処するために Klausung は、信義誠実の原則を (B G B 二四二条) 相隣法上考慮すべしと説いて、そこから彼は被害者は強度のイミシオンを受忍すべしと説いた。それによつて農民が生存否定の危機にさらされ、その経済的な生存が著しく侵害される場合に限り、農民は侵害者に対して金銭的補償請求権をもつとされた。

相隣法上の共同体概念は、請求権のそれ自体独自の基礎ではなく信義則をB G B九〇六条に適用するものにすぎない。それ故にそれは、解釈原理として、判例並びに学説上の通説によつて即座に認められたのである。⁽⁵⁾

一九六〇年、B G B改正法が施行されこの解釈原理がB G B九〇六条の文言それ自体に取り入れられた。B G B九〇六条二項によれば、不可量物による重大な侵害は、原因者が予防手段を経済的にとりえない場合被害者がこれを受忍しなければならぬ、と規定している。しかしながら、原因者はそれが土地の場所的通常利用あるいは収益を受忍しえざる程度に侵害している場合には、損害賠償を金銭で支払わなければならないとされたのである。

(3) 右規定が設けられた結果、相隣法上の共同体概念は全く古くさいものになつた。それにも拘らず、右概念は存続し受信請求権の独自の基礎に発展した。⁽⁶⁾ すなわち、相隣法上の共同体概念は、相隣法上の空間において法規の欠缺を補い裁判の基礎になつたのである。それ故通説がテレビの受信障害の被害者にこの請求権を認めるのは、法律に規定された請求権が存しないことを前提としたのである。

独自の受信請求権を認めるというこの構成の根拠は、信義則が所有権を内在的に制限する点に求められた。B G B九〇三条以下は、この原則の特殊ケースにすぎなく、それら特殊ケースは、信義則の枠内で拡張されるものであるとされている。⁽⁷⁾

相隣法上の共同体関係を根拠にして独立した請求権を構成するということは、学説により否定的な批判を受けた。

(4) Glaeser - Dröschel によれば、⁽⁸⁾ 相隣者相互間の関係は侵害が彼等の権限内にとどまり、そして一方が他方の土地に対して法律で規定された方法で侵害をしていない限りは法的な意義をもたないのであるとされている。一部の論者は、相隣的共同体を根拠にして出てくる全く不明確な請求権を通して相隣法が完全に軟弱化することを恐れている。法的安定性は、このような方法によつて耐え難い程度にまで害されるであろうと言われる。⁽⁹⁾

これに加えて Kleindienst⁽¹⁰⁾ はB G B九〇六条は相隣者相互間の給付請求権対給付義務の関係を規制するものではなく、所

有権の内容を提示したものにすぎないと考えている。したがってB G B 九〇六条は、債権関係において信義則にしたがい給付をなすべしとの行為義務を課する同二四二条によつても拡張され得ないと主張する。

(5) その後この批判からしてすでに判例は相隣法上の共同体概念から生じる独自の請求権を導くのに消極的傾向をとる結果になつた。⁽¹¹⁾ 事実、前記反対意見はかかる請求権を認めることの当否を極端に疑わしいものとしていようである。⁽¹²⁾

(6) しかしながら、Tiedemann はそれが認められるとした場合でも建築物所有者のアンテナ設置受忍義務以上のものを引き出すことはできないであらうとしている。⁽¹³⁾

これに反して、Rathjen⁽¹⁴⁾ は相隣的利益共同体関係から州法上の受忍規定との関係で高層建築所有者のアンテナ設置費用負担義務を導こうとしている。彼によれば高層建築物所有者とテレビ受信者は同じ利益によつて結合されている。なぜならば、家屋所有者もまた、相隣法上の共同体関係に基いて、事実的意味ではないにしても法律上擬制的に彼の相隣者の正常なテレビ受信につき、利益を持つからである。両者はそれ故、利益共同体を形成している。そのことから両者はアンテナ設置に伴う費用をも負担しなければならないことが明らかである、とされるのである。

利益共同体概念は、最初 Würdinger⁽¹⁵⁾ によつて展開された。利益共同体の特質は、複数の法主体が同じ方向を向いた利益をもつ点にある。それらの利益は、共通の目的を追求するのではなくその利益は各別にまた場合によつては対立的に発生せしめられたものである。その典型的な例は、破産における債権者である。その共通な利益は破産財団からする満足でありしたがつて、この破産財団の維持でもある。この基準によれば支払能力ある債務者の複数の債権者もまた利益共同体を形成する。

そして利益共同体は、この同じ方向を向いた諸利益が衝突した場合にはじめて問題になつてくる。なぜならば、個人の利益の追及が同じ利益を追求する他の者の犠牲においてなされることになるからである。破産法並びに持分共同体(B G B 七

四一条以下)にあつては、このような場合が規定されている。これらの規定からは、同方向を向いた諸利益相互間の衝突を調整する一般原則を引き出すことができる。相互に矛盾する共通の利益が存在するならば、全構成員による損害の応分の引き受けが紛争の解決になるというのがこれである⁽¹⁶⁾。

このことは、共同体構成員にとりかかなりの負担になることがある。したがつて利益共同体の要件は厳格に解されなければならぬ。Weberは、同一方向を向いた利益をもつ複数の法主体の単なる存在だけでは充分要件ではないと説く⁽¹⁷⁾。むしろ特定物に関する権利あるいは、特定の給付についての同種の権利が前提とされなければならぬとしてくる⁽¹⁸⁾。Würdingerは法律上ある個人の利益の実現が他の関係者の負担においてなされる場合、それ故に法律が自らは利益回復を規定をしていない場合にのみ損害引受請求権を認めようとする。いずれにせよある個人の利益の実現により損害を受ける関係人が損害賠償請求権を持ち、あるいは反対給付の義務を免れる(BGB三三三条)ような場合は法が利益回復を規定しているがゆえにかような場合ではないといえる⁽¹⁹⁾。

たとえば、売主が物を二重譲渡し物の引渡を受けなかつた買主は他の買主に損害の部分的な引受を要求しえない。けだし彼は売主に対して損害賠償請求権を持つからである。一般的にいつて、損害賠償請求権が特殊な事情から実現しえない、そして反対給付義務の消滅にもかかわらず、債権者に損害があるような場合にのみ、信義則から利害関係人の応分の損害の共同負担が必要になる(BGB二四二条——信義則の規定——)。ここでは法律がそもそも利益回復について規定をしなかつた場合と同じ状態が認められるからである。

テレビ受信者は、電波障害を受けない利益を持つ。建物所有者はこの利益をわかちもつものではない。その限りで利益対立が認められるがゆえにRathjenが提案したような相隣的共同体関係を擬制することはできない。右の利益対立は本来的なものであつて、ここでその調整こそがまさに相隣法の使命である。その際立法者の見解によれば、BGB第九〇七条(危険

を予期させる設備)が最善の解決であるとされる。テレビ受信者の利益は建築物所有者の利益と対立し、本来建築物所有者と共通に第三者の利益に対立するものではない。したがって両者の利益は利益共同体における利益共同とはまさに正反対の姿である。Rathjen 理論は誤りである⁽²⁰⁾といわれている。Tiedemann は、仮りに一步譲って利益共同を認めるにしても、それは建築物所有者の費用負担を必然的に導くものではないという⁽²¹⁾。建築物所有者は完全な受信回復のために、彼がアンテナをその屋上に建てさせることによつてすでに寄与しているのである。したがつてここでは、通説によれば受信者が費用を負担しなければならぬという結論がしらぬかれることとなるのである。

(一) 石川・詔雄 77頁。

(2) Amtsblatt 1973, 210.

(3) Tiedemann, S. 53f.

(4) Klausung, JW 1937, 68.

(5) RGZ 167, 14 (23); 159, 129 (139); 154, 161; BGH DB 62, 1535; Staudinger, § 906 Anm. 1 C; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts 7. Aufl., S. 223; Wolff-Raiser, Sachenrecht 10. Aufl., S. 188; Medicus, Bürgerliches Recht 5. Aufl., S. 309; Glaser-Dröschel, Das Nachbarrecht in der Praxis, 2. Aufl., S. 105.

(6) Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., S. 304 f.; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West Berlin, 5. Aufl., S. 739; Tschieschke, ZMR 69, 8; LG Duisburg, MDR 58, 514; BGH LM § 903 Nr. 1, Nr. 2; BGHZ 28, 110; RGZ 155, 154 (159); BGH NJW 74, 1871.

(7) Mühl, NJW 1956, 1660.

(8) Glaser-Dröschel, S. 107; Meisner-Stern-Hodes, S. 739.

(9) Lange, Sachenrecht 1967, S. 129; Pleyer, JZ 59, 306; Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch 1972, S. 111.

(10) Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB, Tübingen 1964, S. 22.

(11) BGH, NJW 64, 1322; NJW 65, 391.

(12) Tiedemann, S. 157.

(13) Tiedemann, S. 157; Vieweg, BB 61, 160; Hulvershorn, NJW 61, 1448; Bartsch, BIGBW 72, 62; Landmann, BB 71, 160; Huber-nagel DJZ 36 Sp 805/6.

- (14) Rathjen, MDR 74, 454.
- (15) Würdinger, Theorie der schlichten Interessengemeinschaft, Stuttgart 1934.
- (16) Würdinger, S. 70.
- (17) Staudinger-Weber, § 242 Anm. C. 261.
- (18) Staudinger-Weber, § 242 Anm. C. 262.
- (19) Würdinger, S. 71.
- (20) Wust, Die Interessengemeinschaft. Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts, Frankfurt-Berlin 1958, S. 47; Tiedemann, S. 160.
- (21) Tiedemann, S. 160.

第三節 FAG (遠隔通信施設法—Fernmeldeanlagenrecht) の請求権

遠隔通信施設法は、二三条において遠隔通信施設の電波障害を排除する民事法上の請求権を規定している。それによれば、電気設備 (elektrische Anlagen) の所有者は、¹⁾のちに設置された他の電気設備が前者の妨害になる場合後者の所有者に対し妨害排除処分を請求することができる、とされている。

テレビ受信装置は、明らかに電気設備である、しかしながら、高層建築は電気設備ではない。反射障害の場合にも、高層建築物を電気設備とは解しえない。ただし、それ自体電波を発するわけではなく、反射・遮断するにすぎないからである。したがって、FAGの請求権は認められないといつてよい。⁽¹⁾

(1) Tiedemann, S. 160.

第四節 BGB九〇七条の請求権

無線放送受信権を既得権として認め、それを土地所有権ないしは人格権の一内容と考えると、電波障害により被害者はBGB九〇七条及び一〇〇四条の請求権をもつかという問題がでてくる。本節においてBGB九〇七条の問題を、次節におい

てBGB一〇〇四条の問題を取り上げたい。

BGB九〇七条によれば、その存在或いは利用が相隣者の土地に対する不適法な干渉を結果するような施設の排除が請求せられうるし、或いはその設置を予防的に拒否しうる。

妨害設備による干渉範囲に居住する者が、隣人である。¹⁾ 工作物とは、土地並びに床に固定せられかつ一定の独立性と持続性を有する設備をいう。建物はこの意味における工作物である。²⁾ 隣人のテレビ受像に反射乃至は遮断によつて障害を与える高層建築は、その存在だけで影響を及ぼす。BGB九〇七条の最後の要件は、高層建築が原因である干渉が不適法であるという点にある。干渉が所有権の内容に矛盾し(BGB九〇三条)、そしてBGB九〇六条によつて受忍不要であるとき干渉は不適法である。

BGB九〇七条の請求権は工作物の存在それ自体に向けられている。この請求権によつて、障害の排除は工作物の除去という方法によつてのみ請求せられうる。しかしながら、工作物を少し改善すれば障害が排除されうるならば、例えばテレビ受信障害が共聴アンテナの設置によつて排除されうるならば、BGB九〇七条の請求権について権利保護の必要はない。³⁾ この場合には、更に広範なBGB一〇〇四条の請求権が認められる。ほとんどの場合、受信障害をうけたテレビ視聴者は、BGB一〇〇四条一項に基づく請求権を主張するようになる。⁴⁾

重要な法律問題すなわちいかなる場合に干渉が不適法であるかという問題は、双方の請求権に共通であるからそれはBGB一〇〇四条一項との関係において説明する。

(1) Staudinger, § 907 Amn 4.

(2) Staudinger, § 907 Amn. 8.

(3) Staudinger, § 907 Amn 26.

(4) Tiedemann, S. 162.

第五節 BGB一〇〇四条の請求権

BGB一〇〇四条一項によれば、所有者はその所有権をめぐるあらゆる侵害につき不作為を請求できる、以下右不作為請求権が電波障害の場合に認められるか否かが検討されなければならない。

1 反射障害は侵害か

(1) BGB一〇〇四条一項の意味における侵害とは、ものそれ自体に関するか或いはその利用を侵害せられた人格に關係するもので且つ所有権の内容と矛盾する状態を言う。⁽¹⁾ 所有権の内容は、BGB九〇三条から明らかである。同条によれば、所有者は、すべての第三者に対して、その干渉排除を請求できる。従つて、BGB九〇三条の意味におけるすべての干渉がBGB一〇〇四条一項の意味における侵害である。就中、物・人のほか不可量物 (Impponderabilien) の侵入もまた、この干渉に属する。後者はBGB九〇六条から明らかになる。同条によれば、不可量の侵入は原則として禁止され、例外的にのみ受忍すべきものである。⁽²⁾

(2) 反射障害にあつては望まれない電波が、土地に導入され障害が発生する。通説によれば、⁽³⁾ 電波はBGB九〇六条のいわゆる不可量物に入る。なるほど、BGB九〇六条は、電波を規定していない。しかし、同条の列举が例示列举であることは、「類似的侵害」という文言からみて明らかである。電波はエネルギー以外のものではない。電波は、したがつて列举された不可量物である暖気、震動等に類似する。ただし、それらにあつてもエネルギーによる干渉が問題になるからである。⁽⁴⁾

電波が直接感覚的に認識しえない事実も、それを例示列举に非類似的のものとするわけではない。すでに、⁽⁵⁾ Neugebauer

は、特別な有体物という手段を通さなければ人間に認識され乃至感じられないものをも感覺的に認識しうるものとして認めるのが技術の進歩にかなつた考え方であるとしている。

Grave⁽⁶⁾は二十年前から右の見解に反対して、電波の単なる発信は、物や人に損害を与えないと主張した。Graveは、物理的過程に照準を合わせその議論を展開している。すなわち、電波それ自体は、いかなる障害も発生せしめない。何故ならば、拡声機が利用しているエネルギーは、他の回路からきて拡声機所有者自身によりエネルギーとして活用されるのである。電波それ自体はこの回路をまわるにすぎず、自らはしかしながら妨害的に作用はしない。Graveは仮りに遠く離れた放送の受信に際して、放送者が受信者を妨害するというならばすべての受信者は放送事業を禁止しうることになるが、それは納得できないとする。

しかしながら、この見解は通説ではない。通説によれば、Graveの見解には説得力がない。けだし物理的な過程が問題な⁽⁷⁾のではなく、電波が妨害の原因になつている点が問題だからである。

それゆゑ結論的に電波の土地への侵入は、それが受信障害の原因である場合、BGB一〇〇四条の意味における侵害であるといえる。⁽⁸⁾

(3) しかしながら、問題の侵害は、それが被侵害土地の外部からなされている場合にのみ排除しうる。⁽⁹⁾ 侵害原因を与えたすべての者に対し、その土地利用が原因となつている者のすべてに対し、妨害排除請求ができる。それゆゑに、妨害電波が、請求の相手方の高層建築に由来するのか換言すればそれがもはや放送者に由来しないのかという点が問われることになる。後者であれば高層建築物所有者に対する請求権は認められないことになる。

Spruthは、反射電波はなるほど人の行為に由来するが、しかし発信者の領域の行為ではなく、高層建築物の領域の行為に由来するとしてゐる。⁽¹⁰⁾ そこでSpruthはライヒ裁判所の判決を援用している。⁽¹¹⁾

右判決は、ある塀により風で雨がはじけて隣地に流れ込むという点が問題になつた。ライヒ裁判所は、次の判決をした。すなわち、はじけるのは自然の力の支配に基づくが塀の存在に基づかない事件であると。これによれば侵害の原因たる遮断或いは反射は単にこの建物に由来する事件ではないことになる。しかしながらライヒ裁判所は、その後すぐに自らこの見解を改めた⁽¹²⁾。ライヒ裁判所のその後の判例によれば、建物所有者は隣地に対する侵害について責任がある。この侵害がなるほど自然力に由来するがしかしまさに自然力のこの結果の前提条件を所有者が与えた場合、そうである。たとえそれが競合的であつても、侵害を可能にする状態を作り出すことで十分であるとして⁽¹³⁾いる。この判断は、高層建築による電波の反射についても又妥当するはずである⁽¹⁴⁾。

したがつて、反射電波による受信障害は、BGB一〇〇四一条一項の意味における予防しうる侵害であるとする見解が強い⁽¹⁵⁾。

2 陰障害は侵害か

(1) 陰障害は反射障害とは異なり、不可量物の侵入ではなく、その遮断である。学説上は、その為に「消極的干渉」なる語が用いられている。この概念は、不可量物の侵入を意味する積極的干渉とは異なる。そこでは、したがつて消極的干渉も又BGB九〇三条の意味における干渉であるか否かが問われる。なぜならばBGB一〇〇四一条一項の意味における侵害はこの要件のもとにおいてのみ問題になるからである。

(2) 通説によれば、BGB九〇三条の意味における干渉として積極的干渉のみが考えられている⁽¹⁶⁾。したがつて、遮断によるテレビの受信障害に対する民法上の不作為請求権は、ほとんど明瞭に否定される。しかしながら最近消極的干渉もまたBGB九〇三条の意味における干渉なりとの考え方が強調されるようになった⁽¹⁷⁾。

以下、消極的干渉が、BGB 一〇〇四条一項に含まれるか否かを検討する。

(a) 文理解釈

法律の文言として、侵害 „Beinträchtigung“ (一〇〇四条) ・干渉 „Einwirkung“ (九〇三条) 及び侵入 „Zuführung“ (九〇六条) という言葉が用いられている。通説は、これらの概念に同一の意味を与えている。これに対して、Tiedemann は、それが一般的用語法からみてもまた用語の選択が決して偶然的になされたのではないという点からみても正しくないのではないかとの疑問を提起している⁽¹⁸⁾。BGB 九〇六条においてのみ使用される侵入という概念は、本質的にはBGB 一〇〇四条の侵害という概念よりも狭い。従つて、「侵害」を「侵入」をもつて定義することはできない⁽¹⁹⁾。

Einwirkung (干渉) という言葉は、Wirken という動詞を含む。Wirken は、力の特に効果的な活動を示す。しかも、Wirkung という効果、それゆえにある状態の変動をもたらすという効果を伴う。

Zuführung (侵入) は、Einwirkung の一種である。Wirkung すなわちあるものの状態の変化は、力や物の Zuführung によつて示されるしまたその遮断によつても招来される⁽²⁰⁾。従つて、Zuführung は、Einwirkung の一亜種であるにすぎない。Abhaltung (遮断) は、他の亜種である。それゆえに、Abhaltung もまた Einwirkung の一種である。したがつて、言葉の使い方からすれば、消極的 Einwirkung も Einwirkung に含まれる。

(b) 体系的な説明

(1) 法律全体のコンテキストからみれば、必然的に右とは、別の解釈が出てくるであろう。例えば、Kennade は、BGB 九〇六条に基づいて、消極的 Einwirkung が侵害であるとしても、それはBGB 九〇六条に含まれるとしている。しかし、この見解に対しては、これはあやまりである、けだしBGB 九〇六条はZuführung のみを規定しているからである⁽²¹⁾との批判がある。

BGB九〇六条が積極的干渉のみを規定することから当然に、消極的干渉につき同条の適用を排除することが帰結されるものではない。結局、立法者は、消極的侵害について、BGB九〇六条の受忍義務を課する必要を看過したという可能性もありうるからである。⁽²²⁾

(2) 他の見解は、BGB九〇九条の反対解釈から、消極的干渉はBGB一〇〇四条一項に含まれないと説く。BGB九〇九条は、消極的侵害の特別な場合すなわち隣地の地盤が必要な支持を失うような土地の掘穿を明規しているから、民法の相隣法における右の掘穿を除く消極的イミシオンのすべてはこれを顧慮すべきではないと解すべきである、⁽²³⁾というのである。

しかし、BGB九〇九条が消極干渉を含むとする見解からすれば、右のこれを含まないとする見解が必ずしも正当であるとはいえない。ただしBGB九〇九条から、立法者が掘穿以外の消極的干渉のすべてについてBGB九〇九条の反対解釈を正当視したとはいえないからである。⁽²⁴⁾

(3) 法規の体系的解釈にあたって、憲法の基本的価値が尊重されなければならない。ボン基本法一四条二項の所有権の社会的制限もまた尊重しなければならない。⁽²⁵⁾ 所有権の社会的義務づけは、公共の福祉の尊重を命じる。したがって、ボン基本法一四条二項からは、建物所有者の隣人に対する法的義務はでてこない。同項はしかし民法の解釈にとつて当然重要である。基本的価値を認識せしむる。我々の法秩序において、所有権は他人を全く顧慮しない所有者の絶対的支配権を意味しない。所有権は義務づけられる。その限りで、同項は公の利益を尊重するのみならず、他人の利益の尊重をも命じる。⁽²⁶⁾ 他人の利益の尊重から消極的干渉による相隣者の利益侵害を避けるべしとの命題がでてくる。

(4) ボン基本法五条の基本権もまた、ここで考慮する必要がある。勿論、基本法五条は公権に関するものであり、それゆえに国家に対する関係においてのみ、排除請求権及び制限的な給付請求権を与える。ボン基本法五条を、少数説が主張するように直接の請求権として私法にとりいれようとするならば、それは公法・私法の体系を根底から変えることになる。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

それゆえに、通説によれば基本権は私法上は間接的にのみ一般的拘束力を有する価値秩序の表現として意義を有すると説かれる。⁽²⁹⁾ 基本権それ自体は特に一般条項の解釈及び内容が特定されていない法概念の解釈につき意義を有するにすぎないとされる。

「干渉」という概念を厳格に解釈すると、陰障害はこれを民法上排除できない。それにもかかわらず陰障害は反射障害よりも知る権利に対しより重大な影響をもつ。それゆえにボン基本法五条に含まれる価値は、拡張解釈を命じる。それによれば、「消極的干渉」もまた干渉であることになる。

ボン基本法一四条の所有権は、同五条との関係では後退しなければならない。その限りにおいて、社会的制限が作用する。両規定を比較衡量する場合、基本法五条に保護された政治的公開性につき存する公共の利益が尊重されなければならないのである。⁽³⁰⁾

(5) 次の点も消極的侵害に対する排除請求権を認める根拠になる。⁽³¹⁾ すなわち、法は、他の箇所での絶対権或いは絶対的地位に対する剝奪的な干渉 (entziehende Einwirkungen) を結果することがある。たとえば、土地収用法により、新たに、道路を通すこと或いは建築物を建てることによつて、ある土地への道が遮断されるような場合がそれである。⁽³²⁾

(6) Heubel は、BGB 九八七条以下の規定から消極的干渉の法的重要性を帰結している。通説によれば、消極的干渉によつて侵害される利益は、相隣者が偶然に享有する利益であり、それを維持するについて相隣者はいかなる請求権も持たない。その限りにおいて、彼の利益は侵害されてもその権利領域は侵害されていないとされる。しかしながら Heubel によれば、BGB 一〇〇四条は物の使用が与えるかかる利益が使用利益とみられることを示している。使用の享受は、BGB 九八七条以下によれば所有者の権利である。⁽³³⁾ したがつて土地の従来の使用を排除する消極的干渉によつて、当該所有者の利益領域のみならず権利領域もまた侵害されるといえると思われる。

(7) 以上のことからBGB一〇〇四条一項、九〇三条の文理解釈は、体系的な解釈によつてもまた否定せられるべきではないといえる。⁽³⁴⁾

(c) 沿革解釈

(1) 立法者の意思は、明らかに積極的干渉のみを禁止し、消極的干渉は許す点にあつた。⁽³⁵⁾

(2) そこでこの立法者意思が今日の法律解釈にいかなる価値を有するかという問題がある。立法者の意思は、立法時点から遠ざかれば遠ざかるほど決定的な意味をもたなくなる。法規の解釈は法規が適用の時点において、いかなる合理的な機能をもちうるかを考察しなければならない。法規は常に社会的な関係及び社会的・政治的な観点の全体のなかで存在する。その内容は、場合によつてはそれらとともに変化することがあるし、また変化しなければならない。⁽³⁶⁾

したがつて、過去の立法時における立法者意思は、それが解釈の成果の正当性を確認し、或いは、それにつき疑問を生ぜしめることにより研究推進の原因となる限りにおいて重要性をもつにすぎない。⁽³⁷⁾

確定しうる立法者意思は、この問題に関しては前記解釈の成果と調和しないから、立法者意思の背後に如何なる理念があるかという問題を検討する必要がある。

(3) 立法者意思は、消極的干渉を排除しえないとしているが、それはいわゆるイミシオン理論に基づく。イミシオン理論によれば、自らの土地を利用するに際して、空間的な範囲を守る者は、相隣者が右の利用により損害を受けるか或いは損害発生の虞れが生じるかを顧慮する必要がないとされる。⁽³⁸⁾

前世紀のパンデクテン法学は、自由な市民の理念から、土地所有者の完全かつ排他的支配権を展開した。⁽³⁹⁾ イミシオン理論もまたこの理論の一部とされている。⁽⁴⁰⁾ その提唱者はイミシオン理論はローマ法に遡ると主張している。前世紀における啓蒙的法律学の克服後、再びローマ法源が回想され、ローマ法に当時の法律問題の妥当な解決を求めると信じられた。パンデ

クテン法学によるとローマ法上消極的干渉は原則として許され、積極的イミシオンだけが禁止されると解された。パンゼクテン法学はそこで特にディゲスタの D. VIII. 5. 8. 5. を援用して⁽⁴⁴⁾。

これに反して、Block は、消極的干渉を常に適法とする一般的上位命題を肯定する根拠をローマ法に求めないことを立証しようとした⁽⁴²⁾。むしろ、Corpus Juris Civilis は遮断が、その受忍を期待できない程度にまで、所有者の利用を侵害するような消極干渉の多数の例を記載している。Block が引用している若干の箇所は、明らかにローマ法において、一定の要件の下に消極的干渉に対する排除請求権があることを証明している⁽⁴³⁾。それは、泉を掘るため土地が掘穿される場合について規定しているディゲスタの箇所から明らかである⁽⁴⁴⁾。泉を掘ることはそれによつて相隣者になんら損害を与えないから、適法であるとされる。しかし、土地に手を加えることが隣家の安定を失わせるような場合には損害が発生し、それゆえに消極的干渉が不適法になるとされるのである。

したがつて、ローマ法によれば消極的干渉が常に適法であるという原則はなく、受忍しえざる損害の発生の有無が問題なのである。そしてそこで基準になるのは BGB 九〇六条に規定された「重大性」(Wesentlichkeit) である。受忍を期待しえなくはない侵害は受忍されなければならない。ローマ法によれば、この点が泉を掘る根拠にもなるであろうということは次の点からも明らかである。すなわち、水の豊かなラティウム地方において、新たな泉を掘ることは簡単なことであり、それゆえ侵害は重大ではなく、したがつて受忍すべきものである⁽⁴⁵⁾といえるのである。かかる環境条件はドイツとは同じではないから、具体的場合、ローマ法は、Block が正当に認めたように今日の相隣紛争の解決に十分に役に立つとはいえない。

(4) イミシオン理論のイデオロギー的背景、すなわち初期自由主義的な所有権概念もまた、現行法秩序とは矛盾する。基本法一四条二項によれば、所有権の範囲はその社会的義務によつて制限される⁽⁴⁶⁾。

(5) 既に前世紀において、Jhering と Unger は、イミシオン理論が真の利益回復にはならないと主張した⁽⁴⁷⁾。侵害をうけ

る所有者は、何故光の侵入を排除できても、彼の土地がかげられるのを排除出来ないのか理解できないであろう。テレビの受信障害にあつて積極的干渉と消極的干渉を区別する実益がないことが、なお一層明らかである。すなわち、受信者は、反射障害によるゴースト現象を排除しうべきものとするならば、益々もつてそれよりひどい陰障害を排除出来なければおかしいということになるであろう。そのことは、イミシオン理論が満足の基準としては利用出来ないことを意味している。⁽⁴⁹⁾

立法者は、曾つて、今日法の解釈基準としてはもはや通用しない動機から立法をした。以上の解釈と対立する立法者の意思は、それゆえ無視してよいとされる。⁽⁵⁰⁾

(d) 目的論的解釈

(1) BGB一〇〇四条は、所有者に物の支配、その所有権の利用を完全に保障するという目的をもつ。この目的は、積極的な侵害による場合にも、消極的な侵害による場合にも等しく害される。⁽⁵¹⁾

相隣法は、右の目的とは別に、国民に共同生活を成功させるといふ目的を有する。この目的も消極的並びに積極的侵害の双方によつて等しくそこなわれる。⁽⁵²⁾

(2) これに反して、Eichler⁽⁵³⁾は、BGB一〇〇四条が、相隣法と合体して、地上の空間の保護のみを目的とするが、それは消極侵害により全く影響をうけないとする。Tiedemann⁽⁵⁴⁾はこの議論はあやまりであるとしている。ただし、そこで問題は、地上の空間が影響を受けるか否かではなく、土地及び土地上の人間が損害をうける危険があるか否かの点にあるからであるとしている。

(3) 侵害者が消極侵害をやめる義務によつて、過度の負担を負い、この負担がBGB一〇〇四条の目的と一致しないと、うテーゼもまた正しくない。⁽⁵⁵⁾ BGB九〇三条の意味における Einwirkung⁽⁵⁶⁾は、価値関連性のない概念である。不作為を期待できないゆえに具体的な場合に Einwirkung⁽⁵⁷⁾が受忍されるべきであるか否かという点の判断は、BGB九〇四条以下に

よることになる。それは、B G B 一〇〇四条一項の解釈の問題ではない。

(4) 消極的な *Einwirkung* が、基本的に非本質的なものであるとはいえない。テレビ受信障害というところで取扱う問題が、既にそれを立証している。その問題は共同生活の成否のみならず、知る自由という基本権に係るもの、ものである。

かくして、目的論的解釈は、文理解釈に反しない。したがって、消極的 *Einwirkung* は、B G B 九〇三条の意味における *Einwirkung* でもある、それゆえに B G B 一〇〇四条一項の意味における侵害であるといえる⁽⁵⁶⁾。反射障害のみならず、陰障害にあつてもまた、B G B 一〇〇四条一項の要件は、存在するとされている。

3 反射障害における受忍義務

しかしながら、B G B 一〇〇四条二項により、被害者に侵害受忍義務がある場合、不作為請求権が認められないのは当然である。B G B 九〇六条の要件が存する場合受忍義務がある。B G B 九〇六条一項に規定された *Einwirkung*、或いはそれと類似の *Einwirkung* の *Zuführung* が第一の要件である。B G B 九〇六条一項に電波は規定されていないが、しかし、そこには、既述の如く不可量物が含まれる⁽⁵⁷⁾。

しかしながら電波の侵入は、反射障害においてのみ認められる。陰障害もまた B G B 九〇六条一項に該当するか否かは問題であると思われる。そこで問題になる概念は、「侵入」及び「類似の *Einwirkung*」という文言である。

4 陰障害における受忍義務

(a) 文理解釈

(1) 「侵入」は、その文理からすれば、ものまたは力が境界をこえて作用することを意味する。しかしながら、このもの

または力を土地から遮断することは、境界をこえる作用を意味しない。かくして、遮断は侵入の正反対の概念であるから遮断はB G B 九〇六条の文言に含まれない。⁽⁵⁸⁾

(2) これに反対して、Boleyは遮断と侵入は結局同じであるとする。ただし、ここでは考察者の観点が問題になるにすぎず、したがって、たとえば、暖気の遮断は同時に寒気の侵入を意味するという⁽⁵⁹⁾。

しかし、Tiedemannによればそれはあやまつた結論である。暖気の遮断による寒さは、外から土地に与えられるのではなく、土地それ自身の上に存する。寒気は、暖気と比較して、この関係において固有の現象ではなく、暖気の不在以外のなものでもない。光線の遮断についても同じことがいえる。光線の遮断によつて、暗さが侵入するのではなく、むしろそれは当該土地上の光線の不在による。したがって、光線が奪われても暗さの侵入ありとはいえないと。

(3) Heubelは「侵入」という概念の解釈にあたり、因果過程ではなく、作用のみを基準にすべしと考へた。Wirkungという点では、遮断も侵入も同じであるといえたと彼は言う。

Tiedemannはこれを次のように批判する。⁽⁶⁰⁾ すなわち、そのことによつて、Heubelはなるほど結果的には正しいかもしれないが、B G B 九〇六条の文理を軽視する利益衡量を考へていると。

それゆえに、若干の消極侵害肯定論者は「侵入」ではなく、「類似のEinwirkung」という文言をその根拠として⁽⁶¹⁾いる。なるほど、消極的Einwirkungは、侵入を意味しないが、しかし、そこではこれに類するEinwirkungがなされると説くのである。

しかしTiedemannによれば正しい文理解釈としては、Einwirkungの類似性はWirkungにかかるのではなく、前記の不可量物にかかるものであるとされる⁽⁶²⁾。それゆえにいずれにせよ、侵入が必要である。すなわち、同条列記の不可量物の侵入においてのみならず、「類似の」もの或いは力の侵入にあつてもまた、B G B 九〇六条の受忍義務は成立する⁽⁶³⁾。

したがつて、Tiedemann は文理解釈が明らかに侵入を要件としているという。陰障害によるテレビ受信障害はBGB九〇六条の文言に含まれないとする。⁽⁶⁹⁾

(b) 体系的解釈

BGB一〇〇四条、九〇三条及び九〇六条から必ずしも全ての *Einwirkung* が侵入であるわけではなく、したがつて侵入と遮断は別々の下位概念であることがわかる。BGB九〇六条は明らかに一つの下位概念のみを規定するのであるから、同条は、後者のみ、すなわち侵入のみを規定するのであつて、遮断を含まない。かくして、体系的解釈もまた文理解釈を正当とする。⁽⁶⁷⁾

(c) 沿革解釈

前述の如く、立法者の意思もここでは文言と完全に一致する。立法者は前記の諸理由から、消極的 *Einwirkung* はこれを適法とした。したがつて、彼は、消極的 *Einwirkung* について受忍義務を特に規定する必要を認めなかつた。

立法者の意思が、体系的解釈或いは文理解釈の結果に反するがゆえにより詳細な分析を要したBGB一〇〇四条一項の研究とは反対に、BGB九〇六条にあつては、立法者の意思は文言と一致し、それゆえ文理解釈の正当性については疑いが全くない。⁽⁶⁸⁾

(d) 目的論的解釈

積極侵害にあつては場合によつては受忍義務が成立するのに反し、消極的 *Einwirkung* による侵害に対しては無制限に防禦しうるというとは意味がない。当該侵害が、重大ではなく或いはその場所に通常のものである場合、相隣者の相互的な尊重の枠内において一定の所有権の侵害を受忍するというBGB九〇六条の目的は、消極的 *Einwirkung* にあつても同様に存在する。それゆえ、利益状態は同じである。それにもかかわらず目的論的解釈もまた明文の文言を越えることはでき

ない。文言に疑義がある場合にのみ、目的論的解釈がそれと異なる帰結を導くことができる。BGB九〇六条は、そのような場合ではない。⁽⁶⁹⁾

(e) 類推解釈

BGB九〇六条は、所有者は他人の *Einwirkung* を常に排除することができるとするBGB九〇三条の一般原則の例外であるから、通説はこれらの類推解釈を勿論適法とはしていない。しかし、*Tiedemann* は通説を次のように批判して類推肯定説をとる。⁽⁷⁰⁾ すなわちBGB九〇六条は、まず第一にいかなる例外規定でもない、第二に例外規定は類推ができないという断定的な命題もたてられない、と。

まず第一点については次のようにいう。BGB九〇六条は、同九〇三条の例外ではない。BGB九〇六条は、所有権は現行法上、原則として、例外的にのみ否定されうるにすぎない無制限の支配力を含むことを前提としている。初期自由主義的な意味における所有権の絶対的支配力は、現行法上はもはや存在しないのであるから、所有権の支配力は概念上一定の制限に服するとするのがむしろ正しい。したがって、BGB九〇三条は、所有権の十分な定義をしているとはいえない。むしろ、所有権の内容を定義する為には、BGB九〇四条以下及びボン基本法一四二項が併せて考慮されなければならない。BGB九〇六条もまた所有権の内容の一つの具体化を含むにすぎず、したがって例外規定ではない、と。

つぎに第二点については次のように説く。すなわち、仮りにBGB九〇六条が例外規定であつたとしても、例外規定であることによつて類推適格が否定されたということはできない。けだし、法律生活において原則であるものが法体系において例外であることがありうるからである。

問題は、例外規定が他の場合においてもまた類似していれば存在しうる一定の特別な利益状況に基づいているかどうか、或いは類似した法律要件が明らかに考えられないような例外であるのかどうかという点だけである。

立法者は、原則として消極的 *Einwirkung* を適法なものと考えていたのであるから、それが B G B 一〇〇四条一項の意味における侵害であることを看過した。それゆえ、彼はこの点についても受忍義務を課する必要を認めなかつた。立法者が、B G B 一〇〇四条一項の射程距離を認識していれば、当然彼は B G B 九〇六条にも消極的 *Einwirkung* をとりいれたはずである。ただし、被害地の所有権を尊重するというためには、積極的干渉のみならず消極的干渉をも防止排除しなければならぬはずである。積極干渉のみならず消極干渉も非本質的ないしは場所に通常である場合がありうる。したがつて B G B が消極干渉について一定の要件のもとに被害者の受忍義務を規定しなかつたのは法の欠缺といえる。⁽⁷¹⁾

かようにみてくると、次のごとく類推原理を定立することができる。⁽⁷²⁾ すなわち、(例えば不当な土地登記のごとく) 土地に対する権利に関するものでもなく、あるいは可量的ものによる干渉でもない土地の侵害は、それが非本質的であり当該場所に通常のものである場合には、甘受されなければならないとの命題がこれである。不可量物の侵入並びにいわゆる消極的干渉は右の侵害に該当する。それゆえに、*Tiedemann* によれば、テレビ受信の陰障害をも含む消極的干渉についてもまた、B G B 第九〇六条は類推適用される。⁽⁷³⁾

かくして、次に問題になるのは、受信障害が本質的であるか否か、当該場所に通常であるか否かという点にある。そこで次にこれらの点について検討してみよう。

5 本質性(重大性)と場所的通常性

電波障害による侵害の重要性は、放送開始時期にも問題になつた。特に、*Krause*⁽⁷⁴⁾ は、電波の受信は土地利用の本質をなすものではないから、受信障害は非本質的であるとしている。この点について、彼は、住居において放送を聞く為に居住するわけではなからうと主張する。いづれにせよ、そこで生活する為に住居を定めるといふことは正しい。就中、放送やテレビ

の受信もまた近代人の生活機能に属する。個人や共同体にとつてテレビの持つ意味はこれを認めざるを得ない。そして、したがつて受信障害による侵害の重大性は疑うべくもない。受信が全く侵害されるか、或いは受忍しえない程度侵害された場合に、それが妥当する。

しかしながら、高層建築が当該場所に通常である場合には、受忍義務が発生することがある。BGB九〇六条第二項により、受信障害排除措置が期待できない場合に限り、当該場所に通常の侵害はこれを受忍しなければならない。共聴アンテナをたてるのが技術的に可能であり且つ法的に実現しうる場合、障害排除措置を期待しうる。この可能性が存しない限り、排除措置は期待しえない。被害者は、その場合BGB九〇六条二項二段により、当該障害を受忍しなければならないが、その代りに、金銭による相当な補償請求権を持つ。

この例外を別にすれば、BGB一〇〇四条一項の請求が存在する。隣地の所有者が、高層建築により、テレビの正常な受信が不可能とされる場合、その隣地所有者は、高層建築所有者に対してテレビの受信回復措置を請求できる。

6 賃借人の為の不作為請求権

受信障害の被害者が、被害地の所有者ではなく、その占有者(賃借人)にすぎない場合でも、この請求権をもつかという問題がある。その場合、テレビの受信障害は同時にBGB八五八条の占有侵害になる。直接占有者に対する占有享受のすべての侵害は、占有侵害である。テレビ受信の侵害もまたこれに属する。したがつて、民法八六二条により賃借人もまた、テレビ受信障害につき不作為請求権を有する。

7 不作為にもかかわらず費用を分担すべきか

TiedemannはBGB一〇〇四条一項及び八六二条の不作為請求権からは、所有者は侵害排除の全費用を負担しなければならない

ならないとの帰結がでてくると説く。⁽⁷⁸⁾

これとは異なり ⁽⁷⁹⁾Rathjen は、相隣法上の共同体関係並びにそこから生じる相互尊重の義務からして、費用の分担義務を引き出さんとしている。彼は、これを受信者と建築物所有者との間に存する利益共同体関係をもつて理由づけている。この理論構成に疑問のあることは既に述べた。Tiedemann は、高層建築の所有者がその全費用を負担すべきである、と説いて⁽⁸⁰⁾いる。

第六節 不法行為上の請求権

BGB 八二三条一項の請求権は、同項列挙の法益侵害を前提とする。受信障害との関係において、所有権侵害が問題になる。ものの使用に関するすべての侵害、それゆえに受信障害もまた BGB 八二三条一項の所有権侵害である。

しかしながら、違法性との関係において受信義務の存否が検討されなければならない。特に侵害が非本質的である場合にはそうである。この場合請求権の行使は権利濫用に類似する。違法性については、それゆえに BGB 九〇六条の基準が適用⁽⁸¹⁾される。

Tiedemann は被告の債務を論証することは困難であるから BGB 八二三条一項の請求権よりも BGB 一〇〇四条の請求権を選ぶのがよいとしている。⁽⁸²⁾

第七節 BGB における救済方法のまとめ——Tiedemann の見解——

- (1) テレビ受信者の相隣法上の共同体関係或いは州相隣法の規定から、通説によつて認められた請求権は、高層建築所有者の受信義務を導く。高層建築所有者は、その屋上の共聴アンテナ設置を受忍しなければならない。しかし、彼はそれ以上の

措置、或いは他の措置をなす義務を負わない。

(2) しかし、BGB(九〇七条、一〇〇四条一項)は、被害者に広範囲の請求権を認める。それによれば高層建築所有者は、彼の費用において障害を阻止する義務を負う。これは、反射障害についてのみならず、陰障害についても妥当する。後者については消極的侵害が問題であるが、遮断にあつてもまたBGB九〇七条の意味における干渉、BGB一〇〇四条一項の意味における侵害が可能である。それによつて土地に一定の影響が及ぼされる場合には。

BGB九〇六条の受忍義務によつて、この請求権は制限される。同条は、反射障害の場合には直接の適用、陰障害の場合には類推適用される。

(3) 受信障害の被害土地の所有者が不作為請求権をもつのみならず、占有者として受信障害をBGB八五八条により同様に受忍する必要のない賃借人も又不作為請求権をもつ。

(1) Planck, Kommentar Bd III/5. Aufl., §1004 Anm. 2 b; Heubel, Entziehende Einwirkungen im Nachbarrecht, Dissertation Frankfurt 1967, S. 35.

(2) Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Stuttgart 1924, S. 61.

(3) Palandt, BGB 33. Aufl., § 906 Anm. 2 a; Staudinger, § 906 Anm. 6 c.

(4) Glaser-Dröschel, S. 116; RG JW 1911, 587.

(5) Neugebauer, ArchFunk. Sonderheft 2, S. 29; Glaser-Dröschel, S. 113.

(6) Grave, JW 30, 1905.

(7) Pinzger, DRZ 31, 331; Schack, JW 32, 850.

(8) Tiedemann, S. 164.

(9) Staudinger § 906 Rn 5 a; Soergel-Siebert § 906 Rn 18; Mosich, Jjb 80, 279.

(10) Spruth, „Baurecht und Funkverkehr“, Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnrecht. 68, 145; Palandt § 906 Anm. 2 a.

(11) RG Gruch 58, 1026 (1029).

(12) RGZ 149, 205; RGZ 134, 231.

(13) RGZ 134, 234.

- (17) Tiedemann, S. 165.
- (18) Vollmar, S. 328, Anm 13; Rathjen, MDR 74, 455.
- (19) Palandt, § 906 Anm 2 c; Planck, § 903 Anm 2 b; Lange, S. 131; Lent-Schwab, S. 1110; Staudinger, § 1004 Rn 8; Soergel-Siebert, § 1004 Rn 9; BGH LM § 903 Nr 1; RGZ 76, 130(132).
- (20) Müller-Michels, Negative Einwirkungen im Nachbarrecht des BGB 1956; Heubel, Entziehende Einwirkungen im Nachbarrecht 1969; Block, Die Bedeutung des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses innerhalb der neueren nachbarrechtlichen Gesetzgebung 1969 弊。 田上区家ノ事ヲ論ズルノバウ, Lehrbuch des Sachenrechts 7. Aufl.; Meyer, JW 37, 970; Grunsky, Jura 70, 408; Schickedanz, BICBW 72, 187.
- (21) Heubel, S. 165; Tiedemann, S. 167.
- (22) Pleyer, JZ 59, S. 306; Tiedemann, S. 167.
- (23) Mosich, Jfb 80, 276; Tiedemann, S. 167.
- (24) Kennade, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, Göttingen 1965, S. 3.
- (25) Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1960, S. 219.
- (26) Müller-Michels, Negative Einwirkungen im Nachbarrecht des BGB, Dissertation Frankfurt 1956, S. 22.
- (27) Müller-Michels, aa. O.; Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen (Neudruck) 1960, S. 219; Tiedemann, S. 168.
- (28) Müller-Michels, aa. O., S. 115; Tiedemann, S. 168.
- (29) RGZ 53, 373; Tiedemann, S. 168.
- (30) Nipperdey, Die Würde des Menschen, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd II 2. Aufl. Berlin 1968, S. 37; ders. Borkott und freie Meinungsäußerung, DVB1 58, 445; Böhmer, Erbrecht S. 412.
- (31) Geiger, Privatrechtsordnung S. 37; Tiedemann, S. 169.
- (32) Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar Bd I Lfg 1-12, München 1971, Art. 1 Anm 127; Geiger, aaO, mwN; BVerfGE 7, 198; BGHZ 6, 364.
- (33) Tiedemann, S. 169.
- (34) Tiedemann, S. 169.
- (35) Heubel, S. 133.
- (36) Heubel, S. 139.
- (37) Tiedemann, S. 170.
- (38) Motive III, 264 f.; Protokolle III S. 119, 123, 124; RGZ 76, 130 (132).

- (88) BVerfG NJW 73, 1225; Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt 1971, S. 44; Bender, MDR 1959, 442.
- (89) BVerfGE 1, 299 (312).
- (90) Offermatt, Dinglicher Besetzungsanspruch und Duldungsanspruch, Stuttgart 1937, S. 30, Anm 12.
- (91) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 7. Auflage, 1891, S. 492.
- (92) Block, Die Bedeutung des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses innerhalb der neueren nachbarrechtlichen Gesetzgebung, Dissertation Göttingen 1969, S. 158.
- (93) D. V. 5, 8, 5:
- Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se
 ex taberna casaria funum in superiora aedificia
 iure immitti posse, nisi ei rei servitum talem
 admittit, idemque ait: et ex superiore in inferiora
 non aquam, non quid aliud immitti licet,
 in suo enim alii hacenus facere licetquatenus
 nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae
 esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore
 agere ius illi non esse id ita facere.
- (94) Block, S. 160 ff.
- (95) Codex V. 10. 12. 1 und 2
- ... cum praecipiat, ut qui aedes suas renovant
 nequaquam veterem formam excedant, ne aedificantes
 lumina vel prospectum vicinorum contra priorum
 statum auferant...
- ... Neque tamen licere ex hoc spatio auferre vicini
 in mare prospectum directum nec impeditum ex
 quacumque aedium parte, ...
- Codex III. 34. 14. 1
- Cum autem apertissimi iuris est fructus aridos

conculcatione quae in area fit suam naturam et utilitatem ostendere, aliquis vicinum suum velabat ita aedificium extollere iuxta suam aream, ut ventus excluderetur et palaeae ex huiusmodi obstaculo secerni a frugibus non possent, quasi vento suam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione vitio, cum secundum regionis situm et auxilium venti aream accedit. sancinus itaque nemini licere sic aedificare vel alio modo ve rsari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat et inutilem domino aream et fructum inutilitatem faciat.

(44) Digesten XXXIX. 2. 24. 12

Ut puta in domo mea puteum aperto, quo aperto venae putei praecisae sunt: an teneat? ait

Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

(45) Block, S. 164

(46) Meyer, JW 37, 970.

(47) Jhering, JJB 6, 111; Unger, Grühutsz 1886, 724

(48) Heubel, S. 128; Mosich, JJB 80, 257.

(49) Tiedemann, S. 176.

(50) Tiedemann, S. 176.

(51) Tiedemann, S. 177.

- (85) Tiedemann, S. 177.
- (86) Eichler, Institutionen des Sachenrechts Bd. II/1 1957, S. 273.
- (87) Tiedemann, S. 177.
- (88) Tiedemann, S. 177.; Hubernagel, DJZ 36, Sp 805/6.
- (89) Tiedemann, S. 178.
- (90) Tiedemann, S. 178.; Mosich, JJB 80, 276 ff.
- (91) Tiedemann, S. 179.
- (92) Boley, Besitzstörung durch Einwirkung, 1932, S. 54.
- (93) Tiedemann, S. 179.
- (94) Heubel, S. 167.
- (95) Tiedemann, S. 179.
- (96) Heck, Grundriß des Sachenrechts 1960, S. 218f.; Offermatt, Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch 1973, S. 30.
- (97) Tiedemann, S. 180.
- (98) Mosich, JJB 80, 296 f.
- (99) Tiedemann, S. 180.
- (100) Tiedemann, S. 180.
- (101) Tiedemann, S. 180.
- (102) Tiedemann, S. 181.
- (103) Tiedemann, S. 182 f.
- (104) Tiedemann, S. 183.
- (105) Tiedemann, S. 183.
- (106) Tiedemann, S. 183.
- (107) Krauß, JR 32, 174.
- (108) Meißner, JW 27, 84.
- (109) Müller-Michels, S. 30.
- (110) Palandt, § 858 Rn 5.

- (72) Tiedemann, S. 185.
(72) Rathjen, MDR 74, 456.
(73) Tiedemann, S. 185.
(73) Adler, Der bürgerlich-rechtliche Schutz gegen Störungen des Rundfunkempfangs, Dissertation Ginzburg 1933, S. 63.
(73) Tiedemann, S. 186.

第八節 日本法の解釈

中・高層建築により電波の通行が害される空間における電波通行権（放送事業者からみて）並びに右電波の受信権（受信者からみて——またそれを所有権の一部とみるか否かは別にして）が既得権として認められるか否かについて、見解の対立が予想されることは既述の通りである。⁽¹⁾ 私見のごとく既得権否定説をとれば、問題を相隣関係の法規制をもつて処理すべきであろう。これに反して既得権肯定説を前提にすれば問題は不法行為の現状回復乃至損害賠償により解決すべきことにならう。右に紹介したドイツ法の各理論構成は、その前提として既得権肯定説を前提とするのかあるいは否定説を前提とするのかという点についての検討を欠く。いずれの理論構成をとるかにより障害排除措置の費用負担の問題に基本的な相違をもたらす点に注目すべきである。すなわち、①既得権否定説Ⅱ相隣関係理論による原因建物上の共聴アンテナ設置受忍義務の承認Ⅱ日本民法二二二条、二一五条等の考え方に基づくアンテナ設置・引込線配線並びに維持費の受信者負担という図式が書ける。これに反して、既得権肯定説を前提にすれば、②肯定説Ⅱ所有権侵害・不法行為Ⅱ原状回復・損害賠償Ⅱ原状回復のためのアンテナ設置・引込線配線並びに維持費の原因者負担という図式が書ける。そしてこれら二つの両端に位置する見解の中間に様々な折衷の見解が成り立つ余地が認められる。

右の図式につき若干のコメントをしておきたい。①が既得権否定説を前提とするにもかかわらず原因者にアンテナ設置受

右のごとく費用負担に関し多様な可能性が考えられるにしても、私見のように既得権否定説を前提とする以上、既述のとおり相隣共同物理論を駆使したとしても、原因者にアンテナ設置受忍義務を課するにとどまり、それを大幅にこえて費用負担義務を認めることに私は疑問を感じる。相隣関係論で処理する限りせいぜいゆずつてもアンテナ設置費用の共同負担という線ではなからうか。

費用負担に関していえば先住者について好美説も野村²淡路説も、アンテナ及び引込線設置費用を原因者負担としている。また後住者について、野村²淡路説は引込線の部分を自己負担しなければならぬとし、好美説は、共同アンテナ使用請求権をもつがその使用料は支払うべしとするか、原因建物上に後住者がするアンテナ設置の受忍義務が原因者にある、ないしは共同アンテナの無償使用を認め引込線を自己負担とするべきであるとされる。いずれも無線放送受信権を既得権として肯定することを前提としているのであろうが、私は右前提それ自体に賛成できない。

さらに、利益共同物理論に基づいてアンテナ・引込線等の障害排除施設の設置費用を原因者と受信者との共同負担とすることは妥当性を欠くものと思われる。ただし、Tiedemann のいうように、両者間には利益対立はあつても利益共同関係は存しないからである。共同利益が考えられるとすれば、高層建築物による地域開発という点である。地域開発によりうける利益とは極めて抽象的なものであるし、個人の利益とは必ずしも密着しない公の利益であり、原因者・被害者以外の周辺住民にも及ぶ。したがつて、それは問題を行政ベースで解決する根拠にはなつても、費用の共同負担という意味での私法上の救済の根拠になりうるかは問題である。

なお既述のとおり、相隣関係論による場合受信者の救済に一定の制約があることが指摘されている。相隣関係法は主として隣地との利害調整を目的としてきたが、それは利害調整を要する問題が主として隣地以上に及ばなかつたことによるのであつて、電波のように事柄の性質上利害調整の範囲が広域にわたる場合には、相隣関係の規律を広範囲に及ぼすことに問題

はないように思われる。アンテナ設置・引込線配線の費用負担を相隣関係論により受信者負担にすることに問題があるとの主張は、無線放送受信権を既得権として認めることから逆算して出てくる議論であつて、問題はむしろ右の既得権を認めるべきか否かを出発点とすべきであつて、これと切り離してもつばら費用負担の問題を議論の出発点とするのは本末転倒であるように思われる。

以上は主として陰障害を念頭においた記述であるが、そもそも消極妨害である陰障害を積極妨害である反射障害と同一に論じることができるかという疑問がないわけではない。それにもかかわらず反射障害は妨害電波の侵入すなわち積極的侵入を意味するが陰障害は消極的侵害であるから、後者の妨害排除措置を考える必要がないとはいえない。ただし Tiedemann も主張するように、生活利益の妨害という点では両者を区別して考える必要はないと思われる。特に陰障害が反射障害以上に軽微であるとはいえないであらうし、また BGB 九〇六条のように「侵入」という文言を用いた規定を欠く民法上は、同条の文理にこだわる必要が必ずしも認められないからである。そして両者を区別する必要がないのは、問題を相隣関係法から律するのと受信権侵害Ⅱ不法行為の側面から律するのでは相違はないと思われる。両者の間に相違が認められるのは、原因の特定の難易であるといえようか。

相隣関係論を前提とすれば既述のとおり、受信回復のための受信者の負担は大きいし、逆の立場を前提にすると特に反射障害についてみると原因者の負担が過重になることは否定できない。そこに私法上の救済の限界がある。都市の高層化は国の都市政策の結果であるから、受信障害の問題は私法上の救済をこえて立法的・行政的に対処しなければならない問題である。特に原因者による障害排除工事が規格の統一がないままなされている現状において、国による対応が緊急に要請されると思われる。

- (2) 好美・前掲三二九頁、野村Ⅱ淡路・前掲五二頁。
〔後記〕本稿に引用せる文献のタイトルは次の通りである。
- Klausung, Immissionsrecht und Industrialisierung, JW 1937, 969.
- Tschierschke, Der zivilrechtliche Schutz gegenüber Werbeanlagen auf einem Nachbargrundstück, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (ZMR) 69, 8.
- Mühl, Treu und Glauben im Sachenrecht, NJW 1956, 1660.
- Pleyer, § 1004 BGB und das "nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis", JZ 1959, 305.
- Vieweg, Fernsehstörungen durch Reflektoren, BB 61, 160f.
- Hulvershorst, Abwehrensprache gegen Fernsehstörungen durch Reflektoren, NJW 61, 1148.
- Bartsch, Störungen des Fernsehempfangs durch Hochhäuser, BIGBW 1972, 61.
- Landmann, Anmerkungen zum Urteil des LG Köln vom 25. 6. 1970, BB 71, 1080.
- Hübnerangel, Der Rechtsausgleich im Nachbarrecht, DJZ 1936, Sp 804.
- Rathjen, Probleme des Nachbarrechts bei Fernsehstörungen durch Hochhäuser, MDR 1974, 453.
- Neugebauer, Rechtsschutz gegen Störungen des Rundfunks, ArchFunkt. Sonderheft 2, 1931.
- Grave, Rechtsschutz gegen Störungen des Rundfunkverkehrs, JW 1930, 1905.
- Pinzger, Gibt es einen Rechtsschutz gegen Rundfunkstörungen, DRZ 1931, 331.
- Schack, Der Schutz gegen Rundfunkstörungen im Lichte der deutschen Rechtsprechung, JW 32, 843.
- Mosich, Das Grundeigen und seine Begrenzung nach § 905 und 906 BGB Jb 80, 225.
- Vollmar, Der Schutz der Funkverkehrs gegen Störungen durch Bauwerke, JbPostW 66, 322.
- Meyer, Grenzen des Eigentums, JW 1937, 969.
- Grunsky, Neue Rechtsprechung und Literatur zum Nachbarrecht, JurA 1970, 407.
- Schickelanz, Beeinträchtigung des Fernsehempfangs durch Hochhäuser, BIGBW 72, 187.
- Pleyer, § 1004 BGB und das "nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis" JZ 1959, 305.
- Bander, Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959, 441.

Unger, Zur Lehre vom österreichische Nachbarrecht, Grünhuts Z 1886, 715.

Thering, Zur Lehre von den Beschränkungen durch Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn, Jfb 6, 81.

Krauß, Zur Rechtslage bei Rundfunkstörungen II, JR 32, 172.

Rathjen, Probleme des Nachbarrechts bei Fernsehstörungen durch Hochhäuser, MDR 1974, 453.