

~~~~~  
翻 訳  
~~~~~

エドアルト・ピッカー著『物権的妨害排除請求権』(11)

Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch

川 角 由 和

<目次>

序説 妨害排除と損害賠償との関係 (S. 18-24)

第一章 妨害者概念をめぐる今日の学説状況 (S. 25-48)

第一節 ネガトリア的因果関係を責任根拠とする学説 (S. 25-40, 龍谷法学37巻 2号)

第二節 「保持意思」を責任根拠とする学説 (S. 40-47)

第三節 「所有権の義務づけ効力」を責任根拠とする学説 (S. 47-48)

第二章 ネガトリア責任の根拠としての所有権妨害 (S. 49-127)

第一節 ドイツ民法1004条の要件とされる権利侵害の本質 (S. 49-81)

一 ネガトリア請求権の要件範囲を限定するものとしての「妨害」概念 (S. 49-54)

二 所有権妨害の諸ケースにおける特別な権利保護の必要性 (S. 55-61, 龍谷法学37巻 3号)

三 アクチオ・ネガトリアの歴史的展開とそれが歪曲された歴史的な諸原因 (S. 61-81, 龍谷法学37巻 4号)

第二節 ドイツ民法1004条の要件としての権利侵害の事例グループ (S. 82-113)

一 所有権妨害の諸形態 (S. 82-94, 龍谷法学38巻 1号)

a) 他人の行為による所有権妨害 (S. 82-90)

b) 物の状態に基づく所有権妨害 (S. 91-94)

二 ドイツ民法1004条に基づく権利保護の、所有権の限界規定への被拘束性 (S. 95-113)

- a) 序論 (S. 95-96)
- b) 妨害源たる施設に対する所有権者のネガトリア責任 (S. 96-102、龍谷法学38巻4号)
- c) 妨害源たる自然力に対する所有権者のネガトリア責任 (S. 102-108、龍谷法学39巻2号)
- d) いわゆる「消極的な影響関係」に基づく所有権者のネガトリア責任 (S. 108-113)

第三節 妨害物の所有権帰属変更を根拠とする妨害の消滅 (S. 113-127)

- 一 所有権放棄に基づく妨害の消滅 (S. 113-116、龍谷法学40巻1号)
- 二 妨害物と被妨害物との附合に基づく妨害の消滅 (S. 116-127、龍谷法学40巻3号)

第三章 ネガトリア請求権の相手方 (S. 128-156)

第一節 他人の所有権を自己のために行使したことを根拠とするネガトリア責任 (S. 128-146)

- 一 ネガトリア請求権の相手方としての「妨害者」 (S. 128-131)
- 二 「状態妨害者」の人的グループ (S. 131-146、その1 = S. 136まで龍谷法学41巻1号、その2 = S. 146まで龍谷法学41巻2号)

第二節 第三者による所有権妨害に対するネガトリア責任 (S. 146-156、本号)

第四章 ネガトリア的妨害排除請求権の内容と

妨害者の排除義務・費用負担義務をめぐる法規制 (S. 157-170)

第一節 ドイツ民法1004条第一項第一文に基づく責任の内容と範囲 (S. 157-165)

第二節 立法者による目的適合的判断の帰結としての妨害者個人の自己費用負担による妨害排除とその法規制 (S. 165-170)

第五章 ドイツ民法1004条に基づく責任の「不法性」をめぐる問題 (S. 171-184)

第一節 序論 (S. 171-172)

第二節 ネガトリア責任の要件としての「行為の違法性」 (S. 173-181)

第三節 ネガトリア責任の要件としての物的状態の「不適法性」 (S. 181-184)

第三章 ネガトリア請求権の相手方（続き）

第二節 第三者による所有権妨害に対するネガトリア責任

第三者による妨害を根拠とするネガトリア責任については一見したところ特別な問題性が存在するかのようである。ことに土地の使用賃借人（Mieter）や用益賃借人（Pächter）によって隣人に妨害が生じたケース、さらに企業の内部者やその利用者（die Angehörigen oder Benutzer eines Unternehmens）によって隣人に妨害が生じたケース、が問題となる。そしてその際、直接的な妨害者の背後に隠れている使用賃貸人や用益賃貸人さらに企業が、どの程度その（直接的な妨害者による）侵襲について責任を負うか、ということが問題となる。

1. 裁判例ではたびたび使用賃貸人（Vermieter）のネガトリア責任が論じられてきた⁵⁷。すでにライヒスゲリヒツ（RG）は、新しい法（BGB——訳者注）に基づくこれに関する最初の判決⁵⁸で、RGの判例⁵⁹を以後拘束し、かつ今日まで学説⁶⁰においてあまねく承認されてきたところの原則を定式化した。それによれば、使用賃貸人は「隣人の所有権への使用賃借人の反復的侵害を理由として、いずれにせよ一応は

57 Meisner-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin, 5. Aufl., 1970, § 38 IV 2 ならびに Lutter/Overrath, Der Vermieter als Störer nach § 1004 BGB, JZ 1968, S. 346 N. 11 とその直前の箇所に指示されているところを参照。

58 RGZ 47, 162, Urteil vom 27. Dezember 1900（民事第六部、6. Senat）。

59 Vgl. insbesondere RG JW 1904, 142, Urteil vom 23. Januar 1903（この判決で民事第五部は先の民事第六部判決に従った。）；RGZ 92, 359；RGZ 134, 231, Urteil vom 4. November 1931；RG Warn 1918 Nr. 116, Urteil vom 4. Mai 1918 m. w. N.

60 Vgl. etwa Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 1905, § 419；Offtermatt, Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch, 1937, S. 50；Meisner-Hodes § 38 IV 2；Wolff-Raiser § 87 I 3 N. 11；Staudinger-Berg § 1004 Anm. 28；Soergel-Mühl § 1004 Anm. 31；Palandt-Degenhart § 1004 Anm. 4 d. なお、ビールマン（Biermann, Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 3. Aufl., 1914, § 1004 Anm. 2 b.）が、RGの理由づけを批判した記述も参照（ただし、ビールマンは907条を指示してRGの結論を正当化している）。しかしながら、妨害施設（störende Anlagen）が問題である場合には、使用賃貸人の責任を正当化する特別な根拠はなんら必要ない（このことは、本書で以下説明される）。したがって、批判的に検討されるべき諸事例が、なお未解決のまま残っている。

(prima facie allemal) 使用賃借人とならんで所有権自由の訴えに服することになる。というのも、使用賃貸人が彼の土地を、(彼、つまりは賃貸人に対する関係で) かかる侵害を許容する権限を賃借人に付与して賃貸したからであり、あるいは賃借人が彼＝賃貸人に対する関係でも権限のない侵害をなすことを阻止せしめる地位に立っていると言えるからである」、とされる⁶¹。この原則的命題のうち、前者の理由づけにしたがえば、賃貸人は彼の賃借人によってなされた妨害の惹起者(Verursacher)として責めを負うことになろう。なぜなら、彼は使用賃貸借契約(Mietvertrag)の締結によって妨害状態の作出原因を形成したからである⁶²。また、後者の理由づけによれば、賃貸人は、彼が「(賃借人による) 隣人への侵害をなにもしないで受け入れている」がゆえに、妨害に関して(賃借人と)共同で責めを負うのであり、それゆえ妨害者として責めを負う、とされる。なぜならドイツ民法157条(「契約は、信義誠実が取引慣行を顧慮して要求するところに従い、解釈されなければならない」——訳者注)によれば、使用賃貸借契約(Mietvertrag)は上記の問題のような場合には賃借人が隣人を妨害する行為を許してはならないのであり、したがって賃貸人は彼の権利、すなわち民法550条に基づく不作为を求める訴権と553条に基づき即時に解約告知する権利によって賃貸目的物の契約違反的な使用を阻止することができるからだ、とされる⁶³。

61 RGZ 47, 164 (oben Fn. 58).

62 (1900年の) RG 47, 162 (oben Fn. 58) によって定立されたこのような原則的命題が、(前注59所掲の) RG Warn 1918 Nr. 116 (S. 178) やRGZ 134, 231 (234) においてとくにはっきりと再現されている点、参照されたい。

63 RGZ 47, 164 (oben Fn. 58). ——以下訳者注。ドイツ民法550条「使用賃借人が賃借物につき契約に反する使用をなし、使用賃貸人の警告にもかかわらずその使用を継続する場合には、賃貸人は(賃借人に対して) 不作为の訴えを提起することができる。」(2002年改正後は541条、ただし若干の文言修正あり)、553条「使用賃借人または彼が賃借物の使用を委ねた者が、使用賃貸人の警告にもかかわらず賃貸目的物の契約に反する使用を継続する場合には、その使用によって賃貸人の権利が重大に侵害されることを要件に、とりわけ賃借人が彼からその使用を委ねられた第三者の使用を放任することを要件に、あるいは賃借人が彼に課された注意義務を懈怠して目的物を重大に危殆化させることを要件に、賃貸人は解約告知期間を遵守することなく(即時に) 使用賃貸借関係を解約することができる。」(2002年改正後は543条、ただし、かなりの文言修正あり。)

RGの民事第五部は同じ年（1900年）、プロイセン法に関して下された判決⁶⁴のなかでさらに次のように判示した。すなわち、賃借人とならんで賃貸人がネガトリア責任を負うことは「特別な理由に基づいて」⁶⁵初めて（nur “aus besonderen Gründen”）認められるにすぎないのであるから、民事第六部で定立された原理は、まさしく逆に、ただ特別な事情のもとでのみ賃貸人がそれから免れることができたところの賃貸人の引き受け義務（eine Einstandspflicht des Vermieters, der dieser nur unter besonderen Umständen entgehen konnte）を保証したものにすぎない、と。（いずれにせよ民事第五部も民事第六部の原理を前提にしているわけであるから——訳者注）なるほど、この原理には承認が分かち与えられた。しかし、RGが端的に不作為の賃貸人の責任を正当化しようとした限りで、RGは、その証明を、あたかも証明すべき者と共同でおこなったことになるわけであるから（言い換えるならばその証明が尽くされたことにならないのであるから——訳者注）、いよいよもってかの原理を承認したことは疑問とされなければならない。すなわちRGは、不作為を求める訴えの「可能性」あるいは即時に解約告知することができる「可能性」（die Möglichkeit, auf Unterlassung zu klagen oder fristlos zu kündigen）によって、賃借人に対しこれら賃貸人の権利（不作為の訴えや即時解約告知）を行使すべきところの、賃貸人の「義務」（die Pflicht des Vermieters）を想定している。しかしながら、賃貸人によって明示的に許可を与えられたわけではないにもかかわらず（賃借人によって）隣人の所有権に対する妨害が生み出された場合に常に（そのような賃借人の行為が）使用賃貸借契約違反（eine Verletzung des Mietvertrages）を意味し、よって賃貸人には550条ならびに553条に基づく諸権利が認められるとする想定じたい、すでに疑わしい。これに対して正当にも次のような批判が加えられた。すなわち、たとえば飲食店の用益賃借人（der Pächter einer Gastwirtschaft）が、その酒場が繁盛するように工夫する場合、それはまったく賃貸人の利益にかなった行為であるだろうし、また契約違反があるとすれば、それは使用賃貸人が彼の賃借人の行為態様を理由に（第三者に対して）責任を負う場合、すなわちその根拠づけが肝心で

64 RGZ 45, 297, Urteil vom 28. Februar 1900. なおOLG Braunschweig, SeuffA 48, Nr. 247の慎重な論述も参照。

65 RGZ 45, 298 (oben Fn. 64). なお、この点について本書（原書）98頁（翻訳として龍谷法学38巻4号〔2006年〕173頁——訳者注）も参照されたい。

あるところのネガトリア責任がすでに確定している場合、に限られることになる、という⁶⁶。とはいえ、たとえそのような契約解釈の正当性が考えられるとしても、そこから、賃貸人がその賃借人に対して措置を講ずべき義務を負っているとする第二の結論が引き出されるわけではない。なぜなら、民法550条ならびに553条（条文については前注63参照——訳者注）は、少なくとも後者（553条）の文言によれば明らかなように、もっぱら使用賃貸人（Vermieter）の保護に資するものであり、したがってこれらの条文を行使するかどうかは全面的に賃貸人に委ねられているからである。契約相手方に対して自己の利益を防御するために自己の権利を行使できるという可能性があったとしても、ただそれだけでは、彼（賃貸人）に第三者の利益を防御するため賃貸人自身の権利を行使すべき義務（seine [Vermieters] Pflicht, sie [eigene Rechte des Vermieters] zur Verteidigung der Interessen Dritter geltend zu machen）を課すための根拠とはなりえない。なぜなら、上記の（自己の利益を防御するために自己の権利を行使できるという）可能性と（第三者の利益を防御するため賃貸人自身の権利を行使すべき）義務とが一致することがあるとしても、それはたまたま（zufällig）一致したにすぎないからである。RGが別の判決で、使用賃貸人（Vermieter）を、彼が賃借人（Mieter）の行為態様を「不適切なやり方で」（“in ungehöriger Weise”）甘受したという理由でもって「妨害者」（Störer）と判示したことがある。しかし、その際に用いられた論拠も口実にとどまるものであった⁶⁷。なにゆえ賃貸人の被告適格が「不適切さ」を基準とするものであったかについての決定的な理由づけは、あいかわらず未解決のままである。またさらに、このような（「不適切さ」を理由とすることに帰因する）弱点は、有責な行為態様が要件となるべきであるかのような印象を与えるがゆえに、その弱点を糊塗するため、より強力な定式化（die stärkere Formulierung）に迫られることにもなった⁶⁸。

66 Vgl. R. Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 28; Planck-Brodmann § 1004 Anm. 3 (S. 615).

67 たとえば、すでにRGZ 45, 297 (299), Urteil vom 28. Februar 1900がそうであった。それ以前の判決については、とくにRG JW 1904, 142 (143), Urteil vom 23. Januar 1903; RGZ 92, 359参照。同様な見解として、Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 1905, § 419. さらに今日、Meisner-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin, 5. Aufl., 1970, § 38 IV 2; RGRK § 1004 Anm. 35; Palandt-Degenhart § 1004 Anm. 4 dも同様。これに対してBGH NJW 1959, 2013, Urteil vom 27. Mai 1959は、見解を異にする。

実際のところ、RGの諸判決はもっぱら目的適合性の考慮（Zweckmäßigkeitserwägungen）だけを旨としている。すなわち、賃貸人が賃借人を法的に拘束しているから、したがって（賃貸人が）賃借人に対して法的措置を講ずることが（賃貸借契約の）継続的效果として予定されているのであるから、それゆえ賃貸人が妨害者とされ、彼に賃貸人としての権利を行使すべき義務が課せられているのだ、と解されている。学説で主張されている「中間的・平均的見解」（“Mittelmeinung”）⁶⁹もまた、もっぱら効果にだけ着目した考えを示すものとなっているのであって、それ以外の点では理屈に合わないように思える代物である。というのはこうである。その「中間的・平均的見解」の支持者たちは、賃貸人がただ単になにもしない（lediglich untätig）というだけで彼を妨害者とみなすという限りで、疑うことなくRGの立場に従っている。すなわち、賃貸借契約締結時に彼の権利の限界内にとどまっていた賃貸人を、妨害者だとする。ただし（上記の中間的・平均的見解によれば）、契約の締結時に隣人を妨害するところの賃貸目的物の使用を賃借人に明示的に許容していた者、したがって自己の人格において他人の権利を篡奪していた賃貸人は、彼の契約上の義務的拘束のゆえに（wegen seiner vertraglichen Bindung）ネガトリア責任を負わない、とされる⁷⁰。

通常の使用賃貸借契約の場合であっても、妨害をなす賃借人に対して賃貸人が措置を講ずべき義務を負うとするRGと支配的見解の立場は、近時、解釈学的に根拠づけられ、同時に、さらに強化されてきた。たとえば、ルター＝オーバーラートは、

68 責任根拠として考えられうるところの「先行する適法行為に基づく行為義務」（Handlungspflicht aus vorangegangenem rechtmäßigen Tun）という観点は、RGZ 134, 231 (234), Urteil vom 4. November 1931判決の傍論（obiter dictum）を彷彿とさせる。その観点はその不当性を度外視したとしても維持されることはなかったであろう。さらに、たとえば民法571条（「売買は賃貸借を破らず」——訳者注）に基づく新たな賃貸人が登場する場合であっても、それは、役にたつことはないであろう。

69 Vgl. Erman-Hefermehl § 1004 Anm. 5a; Heck, Sachenrecht § 66, 4 (S. 273) ; vgl. aber auch BGH NJW 1959, 2013 (2014), Urteil vom 27. Mai 1959.

70 このことは、その限りにおいて、妨害の排除が場合によっては制限されたり不能となるケースにもあてはまる。その際に考慮されるべきことは、契約は、そのものとして賃貸人の法的可能性（das rechtliche Können des Vermieters）を制限するものではない、ということである。

ここで問題となっている事例において、「もっぱら統一的で事態適合的な判断基準」に導くものとして惹起責任原理 (Verursachungsprinzip) をとらえ、そこから出発することによって、つぎのようなテーゼ、すなわち使用賃貸人は1004条に基づいて取引上不当な行為態様 (verkehrsunrichtiges Verhalten) につき責めを負う、とするテーゼを定立した⁷¹。かくして賃貸人は、彼が賃貸目的物を妨害的使用のために賃貸

71 Lutter/Overrath, Der Vermieter als Störer nach § 1004 BGB, JZ 1968, S. 346, besonders S. 350 f. 注目すべきであるのは因果責任原理 (Kausalprinzip) の正当化である。すなわちルター＝オーバーラートは (その著書の345頁以下で)、つぎのような見解を表明している。——1004条1項2文に基づく不作為請求権は惹起責任原理によってのみ判断されうる。なぜなら、この不作為請求権は、行為者が帰責的行為に着手し、よって妨害を惹起するであろうことが懸念されるところの者に対して向けられているからである。しかし、その不作為訴権の被告適格者とされる者が現実に行為に着手し、妨害を惹起したならば、その場合には今やおそらくはすでに発生しているであろう妨害の排除義務がその者に向けられるべきことになる。すなわち、妨害排除請求権と不作為訴権とはまさしく一個のネガトリア請求権のうちに包摂される二つの形成体なのである。その両者が原則的に同一の原理に向けられていないとするなら、それは奇妙なことになろう。——以上のようなルター＝オーバーラートの見解は、一見したところ説得力がありそうにみえるのであるが、しかしそれは、彼らが1004条をいかに誤解しているかを示す見本にはかならない。なぜなら、(ルター/オーバーラートによれば) そもそもネガトリア責任の要件が行為の結果 (die Folge der Handlung) ないし侵害の結果 (das Ergebnis des Übergriffs) とみなされているからである。(しかしながら) 侵害行為 (Eingriffsakt) それ自体はただ帰責根拠をもたらす原因 (Ursache) としてだけ意味をもつにすぎない。それゆえ、すでに示したように妨害の本質が正しく認識されるならば、(ルター＝オーバーラートの見解とは) 全く正反対のことが正当なのであって、したがって因果責任原理を肯定するための議論の前提そのものが不当であり、つまりはその論者たちによって定立されたテーゼ全体の基礎そのものが不当なのである。——ともあれ、その出発点からみれば、すでに判決の論旨に関連して (本書で) 批判されたところのRGの見解、すなわち賃貸人Vが賃借人Mの妨害的行為態様を阻止しなければならないというRGの見解も、賃借人Mが妨害者であるからという理由で首尾一貫しているのではない。そうではなく、(逆に) 賃借人Mを妨害者にさせないという目的において首尾一貫していることになる。その結果、(ルター＝オーバーラートによれば) 「その後の (賃貸人Vの) 妨害排除義務 (Beseitigungspflicht) は、実際上は1004条 (の要件適合性) に基づくその提訴可能性によってのみ第一次的に存在するところの (賃借人M自身の) 阻止義務 (Verhinderungspflicht) から」区別されるにすぎない、とされるのである (S. 352)。すなわち、賃借人Mによって建設された妨害施設が問題となる場合には、賃貸人Vは、Vが介入し得た後、また介入すべきであった後、その建築部分を除去する義務を負う、という。これはそれ以外の妨害者理論によっても大同小異の結論である。(しかし、その場合には、まずはなによりもその履行が思い描かれるべきところの給付 (eine Leistung, deren Erfüllung man sich einmal ausmalen muß!) が問題となることであろう。)

したり、妨害をしそうであると見分けのつく者に賃貸した場合には⁷²、RGの判例法理にしたがって妨害者（Störer）となる、という。しかも、さらにそれを越えて、賃貸人は賃貸借契約存続期間中、彼のそれ以外の行為態様についても責めを負う、とされる。それゆえ、賃貸人Vが彼の賃借人Mによる妨害を阻止しない場合には、義務違反的な不作為を理由に（wegen pflichtwidriger Unterlassung）Vが責めを負う、という。なぜなら、Vは、賃貸人として「一般的に賃借人Mを監督すべき義務を負っており、それはとりわけ隣人からの苦情申し出があった場合に強化されるからである。さらに場合によっては、Vは、（Mに対する）然るべき警告行為や広範な排除措置のための義務を負うからである」⁷³、とする。すなわちこの義務は、賃貸人Vが賃借人Mに直接占有を委ねたという点で「一種の先行行為に基づく保証人的地位」（eine Art Garantenstellung aus vorangegangenen Tun）、ないし「危険を高める行為」（das “gefahrerhöhende Tun”）に依拠している、という⁷⁴。

こうして、賃貸人がその賃借人の行為や活動に対して負う責任は、あらゆる局面で成り立つことになる。RGの実務に従えば、賃貸人はなお、賃借人の妨害的な行為態様をなんら知ってはいなかったという（抗弁）事実可依拠できたのに⁷⁵、いまや賃貸人は日常的な監視（ständige Überwachung）によって（賃借人の行為態様を）知るべきであったとされるのであるから、このような抗弁は賃貸人から奪い去られる結果となる。さらに加えて次の点も問題となる。すなわちルター＝オーバーラートが、妨害と単なる損害との間で区別をしないために、賃貸人に課せられる責任がそのまま天井知らずに拡大してしまう、という点も問題となる。彼らの主要設例の一つを援用するなら、こうである。たとえば賃貸人Vが賃借人Mに対する十分な監

72 Vgl. Lutter/Overrath (oben Fn. 71), S. 351. さらに当該箇所（ルター＝オーバーラートによって示された）設例を参照。

73 Lutter/Overrath (oben Fn. 71), S. 351.

74 Lutter/Overrath (oben Fn. 71), S. 351f. その場合、（賃貸人Vの）義務の対象となる監督行為の種類と範囲は、たとえば賃借人Mの人格、職業、生活態様・生活関係に応じ、筋立てて決定される、という（S. 352）。

75 Vgl. RG JW 1904, 142 (143); RG Warn 1918 Nr. 116 (S. 177) m. w. N.; Soergel-Mühl § 1004 Anm. 31; Meisner-Hodes § 38 IV 2 m. w. N. ところでLutter/Overrath (oben Fn. 71), S. 351 r. Spalte は、（賃貸人の）監視義務に関して（彼らの見解と）RGの判例とが一致しているものと考えている。しかし、彼らは、RGの判例の読み方を誤っている。

視を怠ったため、Mが隣人の土地にゴミを投棄した、とする。この場合、彼らは、あたかも自明のこととしてVにそのゴミの除去義務を負わせるのである⁷⁶。したがって、この論者（ルター＝オーバーラート）によって流布された原理によれば、賃貸人はあたかもその賃借人の監督者（Aufseher）の立場に立つことになる。そのような原理によれば、必然的に、当然行為能力を持つ主体に対する保全義務（Sicherungspflicht）なるものまで承認せざるをえなくなる。そのような保全義務は、せいぜい、危険な物あるいは未成年者や病人に対してだけ認められるものであるにすぎないにもかかわらず。

賃貸人のネガトリア責任の有無を判断するためには、賃貸目的物に関する所有権者ないし占有者としての賃貸人の特性と賃借人の契約パートナーとしての賃貸人の特性とで区別する必要がある。そもそも、賃貸目的物がそのものとして（als solcher）他人の所有権を妨害している事例は、賃借人による妨害に対する賃貸人のネガトリア責任の本来的な問題領域には属さない。すなわち、賃貸された土地が（そのものとして）妨害を放つ状態にある、とする。たとえば隣人の所有空間にはみでた施設がその土地の上に建てられている、とする。この場合、賃貸人は、すでに述べたように妨害物の所有権者ないし占有者としてネガトリア責任を負う。原因行為（der kausale Akt）は意味をもたないのであるから、妨害源を作出したのが賃貸人Vであるか賃借人Mであるかはどうでもよい。同様に、後者（賃借人M）が問題の妨害源を（賃貸人Vの）許しを得て作ったか、あるいは賃貸借契約に違反して作ったかも、どうでもよいことである⁷⁷。賃貸人Vがその賃借人Mの行為に対してネガトリア責任を負うかという問題は、もっぱら賃借人Mがその土地から（von dem Grundstück aus）妨害を与えている諸事例において、つまりは賃貸目的物（ここでは土地——訳者注）そのものが妨害の生起する現場であるところの諸事例において問われることになる。したがって、上記の問題は、賃貸目的物の利用にあたって賃

76 Lutter/Overrath (oben Fn. 71), S. 346, 353.

77 したがって、かつまたその限りで、すでに述べたように、基本的発想においてRG判決は正当である。たとえば、RGZ 49, 297 (298) ならびにKG OLGE 3, 11など。さらにBGH NJW 1959, 2013 (2014) も、ドイツ民法907条を問題としながら、ほぼ同旨。ただし、その論述はそれほど明快なものではない。

借人Mの妨害的行為態様 (ein störendes Verhalten des Mieters beim Gebrauch der Mietsache) が問題となる事例に限定される。この場合、責任の有無に関するプリ
ンシプルは (本書で) すでに論じたネガトリア要件と全く同じである。すなわち、
賃貸人Vは、賃借人Mのもとから発生している妨害を通じてV自身の権利領域の限
界を踏み越えている場合に、かつその理由が備わっている場合に限り、ネガトリア
責任を負う。

とはいえ、賃貸人Vの契約パートナーMからの諸々の生活上の表出（Lebensäußerungen）が、それ自体として直ちに賃貸人Yの権利領域（Rechtskreis）に取り込まれるべきことにはならない。その狙いにそくしていえば、ひとは正当にも賃借人Mの妨害——そのような妨害は契約上Mに許容されてはいなかった——に基づく賃貸人Vの責任を争ってきたのである。たとえば、学説の中には一部、賃貸人Vの厳格な責任に対して激しい調子で論難するものがあった⁷⁸。また、BGHも、RG判決への批判を幾度も明らかに強調してきたのであるが、例外的に契約パートナーに対して断固たる（契約上の）措置をとるべき義務を制限する傾向を示したという点で、それは的是はずれなことではなかった⁷⁹。賃借人Mの行為や活動は原則として賃貸人Vとは無関係である。したがってまた、Mのネガトリア責任が直ちにVに移ったりはしない。なるほど（賃貸人Vも）自己の物（Sache）に関しては、それを自己の権利領域内で保持する義務がある。しかし原則として、それと同様の義務が人（Menschen、ここでは賃借人）について承認されるべきことにはならない。この場合、そのような義務が（人について認められるのは）、せいぜい次のようなケースだけに限られよう。すなわち、とりわけ妨害行為をする者が自己の行為態様を自己決定する状況にないようなときに、制定法（Gesetz）がそれにふさわしい後

78 Vgl. Planck-Brodmann § 1004 Anm. 3 (S. 614 f.); Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 28; Stönnner, Voraussetzungen, Inhalt und Vollstreckung der Eigentumsfreiheitsansprüche des § 1004 BGB, 1934, S.24; Staudinger-Kobler § 1004 Anm. 27; Schlegelberger-Vogels § 1004 Anm.18; treffend Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966 § 36 II. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 80

79 Vgl. BGH NJW 1959, 2013=LM N r. 44 zu § 1004, Urteil vom 27. Mai 1959 ; BGH JZ 1968, 384 (385), Urteil vom 11. November 1966.

見 (Bevormundung) に関する措置を規定するというケースが、それである⁸⁰。それを越えて成年者の善行 (Wohilverhalten) については、あらゆる監視義務そしてあらゆる監督権 (jede Aufsichtspflicht und jedes Direktionsrecht) は、否定されなければならない。契約当事者間で、一方を上位に置いたり、他方を下位に置いたりすることは、たとえ (その契約が) 他人に自分の物を委ねて使用させるものであったとしても、そのことによって正当化されたりしない。すでに指摘したように、(自分の物の使用を他人に) 委ねた者が責任を負うのは、(妨害が) 物そのものに由来する場合に限定されなければならないのである。賃貸 (Vermietung) によって生じた、いわゆる危険を高める変更 (die angeblich gefahrerhöhende Veränderung) は、もっぱらありうるとすればその他の要素によって条件付けられている。すなわち、その危険を高める変更は、おそらくは賃借人Mの、どちらかといえばよくない行為によって条件づけられたものである。その際、Mは、そうでないとしたら (つまり賃貸借契約がなかったならば) 賃借人Vによって占められていた場所で生活しているのであって、その場所は、保護の対象となっている隣人の近辺に位置するのである。よってそのような危険を高める変更は、その人格が誰であれ潜在的には妨害者であるところの人格、したがって抽象的には隣人にとって所謂「危険」(“gefährlich”) であるところの人格、そのような人格の入れ替え (Wechsel von Personen) に条件づけられている。しかもとりわけ、その人格は誰であれ、その生活上の表出 (Lebensäußerungen) に関してその者自身の制御機関 (eigenes Kontrollorgan) たる人格なのであり、それゆえ被妨害者にとって唯一の相手方たるべき人格なのである。なるほど賃貸人Vは、彼の利益を保護するため、事実上の支配的地位ならびに法的な支配的地位をもつ。しかしながら、その支配的地位 (Machtstellung) は (賃借人Mに対する) 監督上の権限 (Direktionsmacht) へと転換されてはならない。言い換えるなら、そのような監督上の権限は、妨害された第三者に、たまたま彼の相手方 (M) が有する社会的な依存関係 (die zufällige soziale Abhängigkeit seines Gegners) を利用させる可能性をあてがうという目的でもって、賃貸人Vの義務へ

80 たとえばBGH (LM Nr. 8 zu § 832=MDR 1961, 222, Urteil vom 22. November 1960) は、正當にも、精神病患者が日常的に隣に住む家族の感情を害する行為をしてきたケースにつき、その精神病患者の夫 (配偶者) と後見人を妨害者とみなした。そして、場合によっては転居してでもその妨害を排除するよう配慮する義務がある、と判示した。

と高められてはならないのである。そのかわり、被妨害者を保護するため、彼（被妨害者）には妨害者に対して然るべき防御手段（Verteidigungsmittel）が与えられるよう、考慮されている。ただし第三者の助けを借りてこの者（妨害者）を言いなりにさせるようなことは、手段と目的との関係に照らすなら、まともな法的保護とは言えないであろう。

こうして賃貸人Vがネガトリア訴権の相手方となるのは、ただ彼の人格において妨害者としての資格付与がなされる場合だけである。ただし、善行に対する責任（eine Verantwortlichkeit für das Wohlverhalten）が別途想定される場合はこの限りではない。そして、（人格において妨害者としての資格付与がなされている場合というのは）、たとえば賃借人Mの妨害行為が「賃貸借契約の実現」（die Verwirklichung des Mietvertrags）にほかならず、したがってMの行為がすでに賃貸人Vによって行使されていた権限の実行を意味する場合は、そうである。Vが彼の契約パートナーMに対し賃貸借契約に従って賃貸目的物の使用権限を委ね、よってMが隣地に不許容的な干渉作用を及ぼすにいたった場合には、Vは、彼自身の権限の範囲に合致しない利用権を（Mに）行使させていることになる。それゆえ、Vは、Mに対して他人の権利篡奪を内容として含む利用権を行使させているわけである。實際上、Vは、Mに対して他人の物の一部をV自身の物と共に賃貸目的物として、その使用のため委ねていることになる。その限りで他人の物の一部もまた、あたかも（V-M間の）賃貸借の客体と化するのである。他人の物の現実的行使がMによってなされているのであるが、しかし実はV自身の権利の行使として実行されている場合には、Vは、もっぱら、外面的には自己の手による干渉作用の場合とは別の形態であっても、（実質的には）権利者の権限を篡奪しているのである。特別に規律されている占有侵奪のケースでは（in dem speziell geregelten Fall der Besittentziehung）、賃貸人Vの地位は、無権限の間接占有者の地位と同じである。そしてVは、無権限の間接占有者と同様に権利者の所有権の行使を妨げていることになる。（この場合）直接的妨害者（der unmittelbare Störer）としての賃借人Mは、権利篡奪的な地位の仲介者（der Mittler der rechtsusurpierenden Position）であるにすぎない。よってMは、被妨害者の主張に対抗して賃貸人Vの責任に依拠できるわけである。それゆえ、Mは、ドイツ民事訴訟法77条が明示するように、権利

者のネガトリア的な防御（die negatorische Verteidigung des Berechtigten）をVに振り向けることができる（すなわち、この場合にMは、ネガトリア責任の被告がVであると主張できる——〈訳者注〉）。

他人の所有権に対して賃貸人Vが「間接的」な妨害（eine “mittelbare” Beeinträchtigung）を与えるという事案につき、近時BGH判決がわかりやすい例を提供している⁸¹。すなわち、こうである。原告の土地甲には、被告の土地乙の利益のために地役権（Grunddienstbarkeit）が設定されていたが、被告が権利として有するのは明らかに車の自由な出入りに関するわずかな範囲に限られていた。被告はその土地乙をデパートに用益賃貸した。デパートは、用益賃貸借契約（Pachtvertrag）において約定された内容に従って、その顧客のため乙地に駐車場を建設した。ところが、そうこうするうち、要役地乙から承役地甲を通過する交通量が（地役権に基づく）通行権によってカバーされていた範囲を越え出てしまった。BGHは、結果的には正當にも、被告（賃貸人）を妨害者（Störer）と判示した。ここで問題となったのは役権僭称に関する古典的なネガトリア要件（der klassische negatorische Tatbestand der Anmaßung einer Servitut）であった。というのも、被告所有地の事実上の性状ならびに法的な性質にてらせば、被告がその土地をきわめて頻繁な出入りを要する駐車場として利用することは不可能であったからである。被告にとってこのような内容の利用行為は、当初の地役権設定契約の範囲では被告に帰属していなかった通行権を主張することによって初めて可能なものであった。被告がその僭称された利用権をみずから行使したわけではなく、用益賃借人の権利として「それなりの金額での賃料と引き換えで」（“gegen ein nicht unbeträchtliches Entgelt”）用益賃借人に行使させていたとしても、だからといって被告による他人の権利の褫奪が否定されることにはならない。そのことは、（被告による）「資本家的」な利用行為（die “kapitalistische” Verwertung）がまさに明白に物語っている。さらに実務（Praxis）にとって特に典型的な例を挙げてみよう。それは、宿泊施設付きのレストラン（Gaststätte）の用益賃貸借契約が締結されたところ、それによって隣人が妨害を受けた、という事案である⁸²。これまで述べてきたことに従えば、

81 BGH JZ 1968, 384, Urteil vom 11. November 1966.

82 たとえばRG Warn 1918 Nr. 116 (S. 176), Urteil vom 4. Mai 1918の込み入った事実関係を参

用益賃貸人の責任にとって肝心な意味をもつのは、もっぱら妨害を与えている営業行為が用益賃貸借契約の内容と合致しているか（ob der störende Betrieb dem Inhalt des Pachtvertrags entspricht）、ということであった。これが肯定されるならば、すなわち用益賃貸借契約の目的物がその性状や位置に基づき宿泊施設付きのレストランに適しておらず、それゆえに用益賃貸人が彼の所有権の限界を越えて不許容的な干渉作用を及ぼす営業を（賃借人に）行使させているような場合には、その利用は、用益賃貸人自身の権利の範囲と合致しない。それゆえ直接的に干渉作用を及ぼしている妨害者としての賃借人Pとならんで賃貸人Vもまた、その利用につきネガトリア責任を負う。というのも、問題の干渉作用が契約の実現（die Verwirklichung des Vertrags）にほかならず、したがってその干渉作用が賃貸人Vによって主張された権利の行使を意味するからである⁸³。

したがって、RGならびにBGHのあらゆる判決で主張された見解と異なって、さらにまた学説上一般的に承認されている見解と異なって、賃貸人がネガトリア責任を負うのは、彼が賃貸借契約の締結によって妨害を「相当因果関係的な態様で惹起した」（“in ursächlich adäquater Weise veranlaßt”）⁸⁴ からではない。また同様に、彼が「用益賃貸借契約に固執したこと、さらにそれを越えて当該妨害の維持に固執したことによって妨害発生につき協働責任を負う」⁸⁵ からでもない。妨害状態を惹起したのは誰か、妨害状態の発生を契約締結によって可能としたのは誰か、ということとはなんら意味を持ち得ない。ここでネガトリア責任は、因果的行為に対するサン

照。その事案では、被告Y3がレストラン営業用に設計された建物を建設し、被告Y1がその施設を「第一次的な妨害者」である被告Y2に用益賃貸し、Y2にその目的適合的な利用のため当該施設を委ねた。RGは結果的に正当にも三名の被告全員に（ネガトリア責任ありとして）有責判決を下した。さらに、BGH NJW 1959, 2013, Urteil vom 27. Mai 1959も参照。

83 むろん同様のことは、「間接的」な妨害者と直接的な妨害者との間に使用賃貸借契約（Miete）や用益賃貸借契約（Pacht）以外の法律関係が存在する場合にもあてはまる。ただし、後者＝直接的妨害者が前者＝「間接的」妨害者によって主張されている権利を行使する点で共通していなければならない。したがって、たとえば土木建築会社（Baufirma）に依頼して取り壊し作業をさせたところ、妨害が発生した場合には、その依頼人（Auftraggeber）も妨害者である。BGH NJW 1962, 1342参照。

84 BGH NJW 1959, 2013 (2014).

85 BGH JZ 1969, 385. なおこの判決における判断定式はRGのそれと同じである。

クションとは異なるのである。それゆえ、賃貸人が契約をみずから締結したのではなく、したがって妨害をみずから許容したのではなく、571条（「売買は賃貸借を破らず」とする規定〔現行ドイツ民法566条〕——〈訳者注〉）に基づいて賃貸借契約の目的物に関する権利の承継人として初めて賃貸人になった場合であっても、（現在の）賃貸人が妨害者なのである。同様に、先に示した事例のように契約パートナーによって他人の権利が意図的に僭称されることも必要ではない。不当干渉に関する契約パートナーの意思（Wille）とか知（Kenntnis）などは意味をもたない。妨害に関するすべての事例が物語るように、決定的なことはただ、他人の所有権への不当干渉が事実上発生しているということ、まさしくその事実そのものである（allein das tatsächliche Geschehen, das Faktum des Übergriffs in das fremde Eigentum）。

2. 事業の構成員とか事業利用者による第三者妨害（Beeinträchtigung Dritter）に対する事業者（Unternehmer）のネガトリア責任についても、同じ原則に従って解決されなければならない。プライヤーは、事業者がその協働者（Mitarbeiter）の行為に対して1004条に基づきネガトリア責任を負うと論ずる⁸⁶のであるが、それに従うことはできない。プライヤーは、すでに本書で紹介した彼の基本的見解、すなわち所有権に対する引受責任（die Einstandspflicht für das Eigentum）を正当化するときの彼の原理を事業者に転用する。すなわち、所有者がその収益・利用可能性に対する代償としてリスクを負担するのと同様に、第三者の労働成果を自己の目的のために利用するという可能性にも「それにふさわしい責任が付加される」とする（“eine entsprechende Verantwortlichkeit beigelegt” sei）⁸⁷。このようなテーゼに対しては、所有権者の排除義務の理由付けに関するプライヤーの所説に対するのと同じ批判が成り立つ。なぜならプライヤーによれば、（所有権者の排除義務の理由について）新種の損害責任（neuartige Schadenhaftung）としての引受義務を承認しうるとされるからである⁸⁸。しかし、それは1004条とは何ら関係をもたない。そのこと

86 Pleyer, Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB, AcP 161, S. 500 ff.

87 Pleyer, Die Einstandspflicht (oben Fn. 86), S. 508-509.

88 プライヤー自身は「危険責任」（Gefährdungspflicht）との類比性（eine “Parallele”）について語っている（Pleyer, Die Einstandspflicht (oben Fn. 86), S. 510 N. 30）。その際、くれぐれも

を明らかにするため、プレイヤーがその論述全体の試金石として挙げる例、すなわち本書の最初の箇所で指摘した例を、ここでもふたたび取り上げておこう。すなわち、事業者（Unternehmer）に帰属するダム貯水池の見張り人（Wächter）が誤って水門を開いてしまったため、付近の土地や住宅が水浸しになってしまった、という例がそれである⁸⁹。ここで、その除去が問題となった状態は、けっして1004条の意味での妨害ではない。したがって、その状態に関連づけられた引受義務は、いかなる点においてもネガトリア責任と関わりをもたない。1004条に基づく責任としては、その事業者は水門を閉鎖する義務を負うだけであって、妨害者としての責任はそれを越えて及ばない。さらに——ネガトリア責任が問題となる限りでは——バーラーシュテット⁹⁰によって提起された構成もなんら必要なものではない。すなわちバーラーシュテットは、次のように言う。営業活動における「従業員」（“Gehilfe”）は、その行為がその者に帰せられる「人格」（Person）としてではなく、「労働力」（Arbeitskraft）として活動し、よって彼の行為がいわば概念的に営業主の行為（Handlung des Betriebsherrn）を意味する、という帰結をもたらす、と。このようなバーラーシュテットの関心事は、1004条によって要件とされた事実がただしく見てとられるや否や、解決される。なぜなら——バーラーシュテットの挙げる例を援用するならば——所有者は、無権限で彼の所有地で活動する従業員による直接的な干渉作用を阻止することができるのであって、それはバーラーシュテットによっても否定されてはいないからである⁹¹。この従業員が他人（営業主）の指図によって惹起された干渉作用の結果に対して1004条に基づく責任を負わないということは——それはバーラーシュテットによって独自の目的とされたことであるが——直ち

注意されなければならないのは、ひとがそのような危険責任を、惹起された損害の現象形態に恣意的に依存させている（man sie [=die Gefährdungspflicht] willkürlich von der Erscheinungsform des angerichteten Schadens abhängig macht）、ということである。

89 Pleyer, Die Einstandspflicht (oben Fn. 86), S. 502. なお、このようなプレイヤーの設例とその解決方法を継承するヴェスターマン（Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., § 36 II 1, S. 178）も同じく不当である。

90 Kurt Ballerstedt, Arbeitskraft und Handlungsbegriff, JZ 1953, S. 390 f.

91 Ballerstedt, Arbeitskraft (oben Fn. 90), S. 390. この場合、その限りで従業員は1004条ならびに862条の意味での妨害者でもある。ただし、バーラーシュテットが考えるように干渉作用を及ぼす自然力と等値されるわけではない。

に妨害概念そのものから引き出されることである。なぜなら、その（妨害概念からはずれる）干渉作用の結果とは、バーラーシュテットが挙げる例のように、掘り暴かれた墓（die ausgehobene Graben）とか、あるいは損害そのもの（ein bloßer Schaden）であったり、あるいはもっぱら営業主がそれによって他人の土地を行使する工作物、ないし第三者たる注文者がその工作物の所有権者として他人の土地を行使するところの工作物であったりするからである。

（本書における）われわれのアクチオ・ネガトリアに関する見解に従うならば、事業者の従業員や利用者が何を「惹起した」（“angerichtet” haben）か、ということは問題とならない。事業者の従業員や利用者による干渉行為の帰結（Folge）は、そのものとして（ネガトリア責任）とは何ら無関係である。肝心であるのはただ、事業者の営業行為から発する放散を彼自身の権利領域の限界内に保持する義務だけである。それゆえ事業者は、彼の営業によって、すなわち最も広い意味での営業活動によって（durch die Betriebstätigkeit im weitesten Sinne）他人の権利が行使される場合には、ネガトリア責任を負う⁹²。こうして、事業者のネガトリア責任にとって決定的な意味をもつのは、彼の従業員や顧客の妨害行為が当該事業の「営業に」属するか否か（ob das störende Verhalten seiner Leute oder seiner Kunden zu dem Betrieb des Unternehmens gehört）、ということである。これが肯定されるならば、すなわち、これら事業者の従業員や顧客の行為が営業活動の構成部分となり、よって営業からの放散（Ausstrahlungen des Betriebs）が妨害となる場合には、事業者が（ネガトリア訴訟における）被告適格をもつための決定的なモメントが与えられたことになる。言い換えるなら、ここで問題となるのは、事業と所有権領域との不一致（die Inkongruenz von Unternehmen und Eigentumsraum）であり、つまりは保持者（事業者——〈訳者注〉）自身の権利領域が彼がそれを維持するところの営業にとっては狭すぎるという事実（der Tatbestand, daß der eigene Rechtskreis des

92 とりわけ次のようなケースがそうである。すなわち事業者の営業の種類や彼の営業の技術的な構成とか作業上の組織編成に基づいて個々の行為者が誰であるのか不明な場合とか、あるいは「その営業」だけ（nur “der Betrieb”）が対外的に作用しているだけで、個々の人物は表面に現れてこないという場合が、そうである（vgl. z. B. RG JW 1901, 52）。このようなケースでは、そのものとして事業者自身の放散行為が直接的に問題となる。

Inhabers zu eng ist für den Betrieb, den er unterhält)、にほかならない。判例は、このような事実が具体的に脳裏に浮かぶ数多くの事案につき判示しなければならなかった。たとえば、隣り合った住人と直接的な相隣関係にある者が飛行士養成目的をもつ飛行場を営業しており、その結果、飛行訓練生が隣地を低空で通過するよう余儀なくされたケース⁹³。さらにはアウトバーンの経営主体が直接アウトバーンを住宅に接する形で設置したため、交通による放散作用が原因でもはやその住宅に住むことができなくなったというケース⁹⁴。最後に、ある島で出入り可能な通路として適した通路なしに宿泊施設付きのレストランとテニスコートを営業した者が、その（営業行為の）結果、その訪問客が通路として隣人の土地を利用したというケース⁹⁵も、そうである。すなわち上記の諸ケースで、事業者は、彼自身の権利の範囲を超え、よって他人の権利の行使へと向けられた営業を保持しているのである。それゆえ事業者は、直接的に妨害を与えているところの（事業の）利用者につき、（ネガトリア上の）責めを負う。すなわち事業者は、この（事業の）利用者が事業者によって行使されているところの干渉作用権を実現しているがゆえに、そしてその限りで（weil und soweit diese [=die Benutzer] das von ihm [=der Unternehmer] in Anspruch genommene Einwirkungsrecht verwirklichen）ネガトリア責任を負うのである。したがって事業者は、次の場合には責めを負わない。すなわち、たとえば営業構成員（Betriebsangehörige）が勤務終了後毎晩のように居酒屋に出かけ、そこでいつも暴力行為（Ausschreitungen）をはたらいた場合、あるいは——これは文献によく登場する事例であるが——事業者の従業員が職場に近道するため他人の土地を毎日毎日横切っている場合、などがそうである⁹⁶。（それゆえ）ここでもまた、

93 Vgl. RGZ 97, 25 ff.

94 Vgl. RGZ 159, 129 ff. この判決でRGは、「防御訴権…を切り離した損害賠償訴権」（“die Abwehrklage...ablösende Schadensersatzklage”, RGZ 159, 136）を、次の理由で棄却した。すなわち「906条によれば許容される事柄の上限」（“die Grenze des nach § 906 Zulässigen”）を越えていないから、という理由で（RGZ 159, 137）。ここではその結論が正当であったか不問にしておいてよい。いずれにしても、現在の906条2項の文言によれば異なった判断が可能であった事案といえよう。ただ、少なくとも損害賠償請求権（Schadensersatzanspruch）を承認したことは不当であった。なぜなら、ここで問題であったのは権利篡奪に代わる補償（eine Kompensation der Rechtsanmaßung）であり、つまりは「補償請求権」（ein Entschädigungsanspruch）にほかならなかったからである。

95 BGH WM 1966, 343 ff.

RGやBGHの見解と異なって、これら判決によって名指しされたところの事業者と直接的に干渉作用を及ぼす者との接触 (Kontakt)、言い換えるなら事業者の意思活動との「原因関係」(der “ursächliche Zusammenhang mit seiner Willensbetätigung”)⁹⁷は、ネガトリア責任の根拠とはならない。なぜなら、このような帰責根拠がただちにネガトリア責任を正当化することにはなりえないし、他方このような帰責根拠は、それが厳密に適用される場合には、事業者が彼の営業と (客観的に) 関連性をもつところの第三者のあらゆる行為態様につきネガトリア責任を負わなければならない、ということを阻むこともできないだろうからである⁹⁸。

96 結論としてこれと同旨なのが、Pleyer, Die Einstandspflicht (oben Fn. 86), S. 515. これと異なるのが、Meisner-Hodes § 38 IV 2 N. 193.

97 So RGZ 97, 25 (26); vgl. RGZ 159, 129 (136). (これらRG判決によれば) 決定的であるのは、事業者の「標準的意思によって所有権妨害を惹起する状態が形成され、保持されていること」(daß durch seinen [=Unternehmers] “maßgebenden Willen der die Eigentumsbeeinträchtigung herbeiführende Zustand geschaffen wurde und aufrecht erhalten wird”)である、とされる。さらにBGH WM 1966, 343 (345)によれば、肝心であるのは被告の行為様態との「相当因果的な結果」(die “adäquate Folge” des Verhaltens des Beklagten)である、とされる。このような意味において、特にあからさまな立場を示すのが、BGH JZ 1961, 498 mit Anmerkung von Pleyerである。そこで特徴的なことは、お互いには関連性を欠く責任をその観点において累積させる試み (das Bestreben, untereinander zusammenhanglose Haftungsgesichtspunkte zu kumulieren)である。さらに(判例によれば)、惹起性 (Verursachung) とともに、被妨害者が個々の(事業)利用者に責めを負わせることの不可能性 (die Unmöglichkeit für den Gestörten, den einzelnen Benutzer haftbar zu machen) もまた、事業者がネガトリア責任を負わせることを正当化する、とされる。この点につきRGZ 159, 129 (137) 参照。

98 この場合、(因果関係の) 相当性 (die Adäquanz) の有無は、(ネガトリア責任) を押さえ込むためのいかなる有効な要件とはなりえない。BGH判決 (BGH JZ 1961, 498) と同じように妨害 (要件の成立) を押さえ込む法的な可能性を付け加えたとしても、いかなる有効な阻止要件とはなりえない点では同様である。ちなみに、(上記BGH判決において) 肝心であるのが乗り合いバスの停車場を移動させる可能性であった、とする判断方式は、ミスリーディングである。なお、上記BGH判決に対するブライヤーの評釈 (Pleyer JZ 1961, 499 ff.) は正当。そこで彼は、(BGH判決の) 支持することのできない結論についても注意を喚起している。いずれにせよ、(因果関係の) 相当性判断が意味をもちうるのは、ただ、過去に存在していた行為の結果の帰責性が問題となる場合だけ (eben nur brauchbar, wenn es um die Zurechnung der Folgen eines in der Vergangenheit liegenden Aktes geht) である。これに対して、現在看取されている行為様態 (ein gegenwärtig beobachtetes Verhalten) をやめさせることが肝心である場合には、そうではない。

事業者によって権利主張され、そしてその実現のため第三者にゆだねられた作用自由（Einwirkungsfreiheit）の行使と利用は、厳密に言えば、その事業によって本来的に目的とされている営業適合的な、共同事業者や利用者の行為態様そのものではない。すなわち、決定的であるのは「営業の現実」（die “Betriebswirklichkeit”）であって、なにかある理想的形象（ein Idealbild）のようなものではない。したがって、誤った行為様態（Fehlverhalten）もまた、それがもつたら「営業典型的」（“betriebstypisch”）である限り、すなわち営業が通常このような方法で行使・利用され、よってこのような行使・利用の権限が事業者に委ねられているという意味で「営業典型的」である限り、その「誤った行為態様」もまったくのところ営業に条件づけられた放散（die betriebsbedingten Ausstrahlungen）に属する。ここで改めて判例から具体的な諸事例を拾い上げよう。たとえば（第三者の）事務所用建物の入口の目前に設置された乗り合いバスの停車場については、混み合った状態で乗車を待っている数多くの乗客がもたらす付随現象、たとえばその大声での談笑とか、（第三者の）住宅入り口での待避行為とか、さらには路上に投げ捨てられたゴミによる汚染などの付随現象も、営業上本来の妨害（betriebseigene Störungen）となる。したがって、それら（大声での談笑・待避行為・ゴミ汚染など）も（乗り合いバスの）営業がそれを要求するところの停車場に属性的なものである。このような隣地への干渉作用は、空間的に然るべく広く測定された待合い場所を確保することによって阻止されるべきものと言わなければならない⁹⁹。とりわけ、クラブの夜間の訪問客がその施設の内外でもたらしところの、埒外な生活上の諸現象（die enthemmteren Lebensäußerungen）は、営業上本来的な妨害である¹⁰⁰。ここでもまた、大声での談笑、乗用車の出入り、その頻繁なクラクションなどは事業者の営業に属性的なものとなる。これらすべてのケースにおいて、妨害発生が事業者の意思に基づくのか、それとも基づかないのかは、どうでもよいことである。また、直接に妨害をなす人物に対し、（妨害しないようにとの）然るべき禁止措置をとったか

99 Vgl. BGH JZ 1961, 498 mit Anmerkung Pleyers.

100 Vgl. BGH NJW 1963, 2020. ただし、ここでもまた、次のような理由づけは不当である。すなわち、BGHによれば、事業者が客の行為態様を「それと知って惹起した」（“wissentlich veranlaßt” habe）という点に、その理由が求められているが、それは不当である。このようなBGHの立場によれば、事業者は、彼がその顧客に勧めてそれをさせた別の違法行為についてもネガトリア責任を負うことになろう。

どうかも無意味であろう。なぜなら、その（営業上の）施設の利用に際して生ずるこのような付随現象が、まさしく「その営業に属する」（“dazu gehören”）からこそ、たとえば誰もそのナイトクラブを騒音なしに訪れることがないというまさしくその理由があるからこそ、事業者がネガトリア責任を負担する。したがって、禁止措置をとったかどうかは裁判官によって法的に顧慮されるべきではないだろう。それはまた、妨害が事実上その顧客によって引き起こされている場合に、そのような禁止措置がとられたか否かが裁判官によって法的に顧慮されるべきではないのと同様、と言えよう。