

私道の所有権と 人格権としての通行権との相克 (2)

——解釈規範としての判例法理の位置づけ——

石 口 修

《目次》

第1節 問題の所在

第1款 本稿の目的

第2款 大阪高判平成26年12月19日の分析

第1項 大阪高判平成26年12月19日の概要

第2項 平成26年大阪高判から導かれる判例規範

第3款 本稿における問題点

第1項 人格権または人格権的利益の侵害と差止請求権

第2項 建築基準法上の「道路」と接道要件

第3項 建築基準法の制限規定と囲繞地通行権との関係

第4項 位置指定道路の「所有権」と「通行権」の対立問題

第2節 人格権（通行権）・人格権的利益（通行利益）に基づく差止請求権

第1款 序 論

第2款 通行の自由権（人格権）の保全に関する従来解釈

第3款 位置指定道路の通行権・通行利益の保全に関する従来判例法理

第1項 請求否定事案

第2項 請求肯定事案

第3項 位置指定道路の通行妨害に関する判例の総合的分析

第4款 大阪高判平成26年12月19日と新たな最高裁判決の可能性

(以上, 第209号)

第3節 位置指定道路等の通行妨害に関する学理的考察

第1款 従来の判例法理に対する評価

第1項 実務家による評価

第2項 学説からの評価

第2款 道路通行の人格権性

第1項 通行利益の人格権的構成

第2項 人格権としての通行権概念

第4節 ドイツ法との比較法的考察

第1款 ドイツ民法（BGB）における物権的請求権の構造分析

第1項 BGB第1004条の意義と機能

第2項 BGB第1004条の適用範囲

第3項 侵害と侵害の違法性

第4項 侵害者

第2款 BGB第1004条に基づく除去請求と差止請求

第1項 除去請求

第2項 差止請求

第3項 除去・差止請求に関する小括（以上、本号）

第3款 BGB第1004条の通行権侵害への類推適用

第5節 私見的考察

第1款 解釈の総括

第2款 解釈の射程

第3款 私見的考察

第3節 位置指定道路等の通行妨害に関する学理的考察

第1款 従来の判例法理に対する評価

本稿においては、これまで、私道の通行妨害に関する判例法理を探究し、昭和39年最判の示した「通行の自由権」概念から、その後の下級審裁判例や最高裁の判例による人格権ないし人格権の利益たる通行利益概念に至るまで、判例法理における概念構築の変遷を確認し、その一連の流れ

において、平成26年大阪高判による日常の営業活動を行う上での通行も、日常生活における必要不可欠な通行利益と同等の扱いがなされることを確認した。

そこで、本段においては、従来の判例・裁判例の解釈に関する実務家からの評価と、学説からの評価に分けて、それぞれの解釈アプローチをまとめ、わが国における解釈論を一望する。

第1項 実務家による評価

1. 野山調査官

平成9年最判の意義として、野山調査官は、私道を通行することに関する通行妨害の排除・予防請求について、地役権や圍繞地通行権など、明文の根拠規定のある権利が認められない場合でも、これらの請求を認容するケースがあるのではないかと、昭和39年最判以来、判例法上、未解決とされてきた問題に対し、通行妨害の排除・予防請求権を人格権的権利として位置づけ、この権利に基づく請求を認容する場合における概括的要件を明らかにするとともに、一つの具体的認容事例を提供したという点にあると述べる。即ち、昭和39年最判は、「通行の自由権に基づく妨害排除請求」を認めたものの⁽¹⁾、その理論的根拠及び構成には多々疑問があり、

(1) 前述したように、最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁は、公道の通行権に関して、「道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べき使用の自由権（民法第710条）」と明確に位置づけている。民法第710条は、「他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合」、即ち、人格権侵害に基づく不法行為責任を規定したものである。

昭和39年最判について、沢井裕『隣地通行権〔増補〕』（一粒社、第2版、1987年〔初版は1978年〕）188頁は、「判旨のいう自由権は、内容的にはまさにこの生活妨害に対する主張を権利の形で表現したもの」と位置づけ、「私法的には、生活妨害について用いられる人格権と同趣旨」と解している。また、近時は、違法・不当な行為に

その後、平成3年最判や同5年最判においては、道路ないし通路開設がなかった事案であった関係上、具体的な説示及び判断はあったものの、人格権等に基づく妨害排除請求権に関する理論的当否には触れていなかったもので、当時の最高裁の判断に関しては、その後の判断は白紙の状態であったとされる⁽²⁾。然るに、野山調査官は、平成9年最判は日常生活上不可欠な通行に関する利益に基づく通行妨害の排除を認めたものであるが、同最判は、概括的要件を示したにとどまり、要件の詳細が将来更に詳しく明らかにされていくことを期待した判決であると述べている⁽³⁾。

そして、野山調査官は、将来の課題として、①被妨害者が係争地について地役権や囲繞地通行権など通行の根拠となる権利を有する場合にも、人

よって権利または法益侵害が生じた場合には、侵害行為の除去及び将来の反復行為の差止めを認めるという解釈が主流である（例えば、根本尚徳『差止請求権の理論』〔有斐閣、2011年〕253頁以下〔ドイツ法〕、327頁以下〔日本法〕を参照）。即ち、民法第709条の権利または法益侵害、第710条の人格権侵害が生じた場合には、利益衡量という解釈論を用いて、現在の侵害行為の除去及び将来の反復行為の差止めという効果が認められる。この意味において、昭和39年最判は、まさに、先駆的な判例と言うことができる。

なお、近時は、昭和39年最判に関して、同判決が「民法710条参照」としていることから、当時、既に人格権を前提として差止請求を認めたものと解する傾向にある（遠藤貴子「判解〔昭和39年最判〕」『行政判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第6版、2012年〕42頁〔43頁〕、伊藤智基「判解〔同〕」『行政判例百選Ⅰ』〔有斐閣、第7版、2017年〕36頁〔37頁〕など）。

(2) 野山・前掲「判解」『最高裁判所判例解説』1458頁。野山調査官は、昭和39年最判に所謂「通行の自由権に基づく妨害排除」という点に関して、①一般的な妨害排除を認めるものではない、②不法行為に基づく妨害排除請求の認容ではない（最判昭和43年7月4日裁判集民事91号567頁などで否定する）、③物権的請求権の認容とはいえない、④慣習法上の物権の認容でもない、として、妨害排除請求を認めた理論的根拠及び要件が理解困難と言わざるを得ないとしている。

(3) 野山・前掲「判解」『最高裁判所判例解説』1458頁。

格権的権利は認められるか、②係争部分以外にも外部と交通可能な通路があることは、どのように評価されるのか、③徒歩通行の妨害禁止のみならず、自動車通行の妨害禁止も認められるとすると、どのような場合か、また、自動車の種類、用途などはどのように考慮されるのか、④敷地利用者が通行者に対し、通行量や道路維持管理費用などの金銭を請求しうる場合はどのような場合か、金額の算定方法には如何なるものがあるのか、を示している。

特に、第一の課題たる既存の通行権との関係については、①人格権的権利は地役権など既存の通行権の予備的・補充的権利という説⁽⁴⁾、②人格権的権利は既存通行権の予備的・補充的権利などではなく、独立した権利であり、両者は請求権競合の関係にあるかのように解する説があり⁽⁵⁾、対立している。

そこで、野山調査官は、裁判に際しては、後者の立場に立ったとしても、人格権的権利は一身専属権であり、権利者の死亡により、相続で承継しえない権利関係と判断される可能性があり、また、人格権的権利は、地

(4) 瀬木・前掲「論文」『民事保全の理論と実務』326頁。瀬木判事は、法的に確立した通行権が認められる場合には、それによる主張をすべきであり、人格権としての通行権は、あくまでも補充的なものと解すべきと主張し、この点は、明言はしていないものの、下級審裁判例が一致して認めるところであると解している。

(5) 牧・前掲「論文」判タ952号34頁は、通行妨害を排除するための要件として、①所謂「道路（私道を含む）」（建基第42条1項）の通行妨害、②道路の開設（通行の自由または利益の享受）、③他に通行可能な道路の不存在を掲げ、また、通行が妨害された道路に他の利用権限を有していても、これによって人格権が侵害されたことには影響を及ぼさないとし、当該道路に他の利用権限を有することは、妨害排除請求の要件とすべきではないと主張する。これらの主張により、人格権侵害による妨害排除請求は、民法の制度に根拠を置く通行権に基づく妨害排除の予備的・補充的権利ではないという主張となるとともに、既存の通行権と同時に、人格権的通行権が存在するという並行的な理論構成となりうる。

役権などとは異なり、登記しえない権利であるから、地役権、圍繞地通行権、約定の賃借権または使用借権を確定しておいたほうが有利であることを説明し、個別権利に基づく請求を主位的請求とし、人格権的権利を予備的請求とするように、釈明をしていく運用が妥当と解している⁽⁶⁾。

この解釈と運用は、人格権的権利が一身専属権たることを前提とすると、地役権その他民法に根拠のある通行権が一身専属権ではないことから（但し、使用借権を除く〔旧第599条、新第597条3項〕）、地役権等の存在を主位的請求とし、人格権的権利を予備的請求とするという運用には、原告側にメリットがあるという点を根拠とするものである。

2. 瀬木判事

次に、瀬木判事は、公道の全面的通行妨害事案たる昭和39年最判が、その法律構成に曖昧さがあるにせよ、人格権的構成を採っていたことから、私道の部分的通行妨害事案に対する一連の下級審裁判例に影響を与え、下級審裁判例が妨害排除を認容してきたという現状を踏まえると、人格権的構成による妨害排除が適切な解釈であると指摘する⁽⁷⁾。

しかし、瀬木判事は、人格権的構成による妨害排除は、人格権の侵害による差止め・妨害排除請求と構成するので、通行妨害が日常生活上必須の人格的利益を著しく侵害する場合でなければならず、そうすると、その要件はかなり厳しいものになると言う⁽⁸⁾。

その上で、瀬木判事は、私道の通行妨害の排除要件として、①建築基準法上の道路であること、②通行妨害と主張する土地部分が従前から現実に道路として開設されていること、③通行妨害により、日常生活に著しい障

(6) 野山・前掲「判解」『最高裁判所判例解説』1461頁。

(7) 瀬木・前掲「論文」『民事保全の理論と実務』319—321頁。

(8) 瀬木・前掲「論文」『民事保全の理論と実務』321頁。

害が発生していること、④妨害が継続的であること、⑤実体法上確立した通行権を認める余地のないこと、⑥公法上の違法性は直ちに私法上の生活利益の著しい侵害を基礎付けるものではないこと、を掲げる⁽⁹⁾。このうち、①及び⑤の要件は、公法的規制を受けない私道の通行については、私的自治に委ねられるものという認識からのものであるところ、法定通行権たる囲繞地通行権、または、債権的通行権もありうるが、このような通行権が認められない場合には、人格権に基づく妨害排除を認める余地は乏しいと言う⁽¹⁰⁾。そして、このような要件の提示は、法的に確立した通行権が認められる場合には、裁判においてはこれを主張すべきであり、人格権としての通行権は、あくまでも補充的なものに過ぎないという瀬木判事の見解に基づいている。

3. 牧判事

次に、牧判事も、大審院から昭和39年最判までと、同最判以後の裁判例に関して、総合的に分析する。その上で、牧判事は、瀬木判事と同様に、昭和39年最判の理論的曖昧性を指摘しつつ、「通行の自由権」に関する法的位置づけを試みる。この点は、瀬木判事と同様に、従来の判例・裁判例を分析した上で、①通行の自由を認める必要性、②その法的根拠、③妨害排除請求の要件、④通行の自由の効果などについて論じている。

まず、①について、通行利益は、場合により、社会生活を営む上で、必

(9) 瀬木・前掲「論文」『民事保全の理論と実務』327頁。瀬木判事は、下級審裁判例を含めた判例法理を総合的に解すると、その法理から導かれる示唆として、本文中のような要件を構成しうるものと解している。また、瀬木判事は、平成9年最判についても言及しており、同判決は従来の最高裁の判例の流れから予測された正統的で中庸を得た説示判断と評価し、同判決により、私道通行権の法理が確立され、その判断メルクマールも非常に明確なものとなったと評している。

(10) 瀬木・前掲「論文」『民事保全の理論と実務』326頁。

要不可欠のものとして位置づけ、本来は、行政機関や地役権等の権原の設定によって確保されるべきものであるが、必ずしもこれらが確保できない場合があり、また、公法上違法な通行利益妨害が発生しているのに、行政機関による措置を待つべきものとするのは、妥当な結論をもたらさないので、通行利益の侵害がある場合には、事情により、妨害の排除を認めるべきものとする。

次に、②の法的根拠については、通行利益が個人の社会生活上必要不可欠なものである点に妨害排除の必要性を基礎づける限り、人格権に基づく請求と解し、通行利益を人格権として位置づける⁽¹¹⁾。また、野山調査官と同様、不法行為に基づく妨害排除構成は民法の規定と整合しないと述べる⁽¹²⁾。

確かに、昭和39年最判は、「通行の自由権」の根拠として民法第710条を掲げた。しかし、その根拠は、あくまでも、同条の「他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合」という法律要件について、これを人格権侵害と構成し、人格権に対する違法な侵害行為を除去するという趣旨として解釈したものと思われる。この解釈は、後述するように、ドイツにおける物権的請求権規定（BGB 第1004条）の人格権侵害への準用ないし類推適用という解釈と軌を一にするものと解される。したがって、昭和39年最判は、決して不法行為に基づく物権的請求権に関して論じたものではない⁽¹³⁾。

(11) 牧・前掲「論文」判タ952号34頁。牧判事は、「人が道路を通行するには、居住家屋等の行き来のために使用する場合や営業活動のために使用する場合などがありうるが、前者は当然人格権の範囲に含まれると解されるし、また、後者も広い意味では人格権（人格的利益）の範囲に含まれると解してよい」と述べている（同・38頁註〔38〕）。

(12) 牧・前掲「論文」判タ952号34頁。

(13) 石田喜久夫「判評（大阪高判昭和49年3月28日）」判タ314号（1975年）129頁（134頁）は、昭和39年最判に関して、当時はまだ人格権概念が確立されていなかった

次に、③の妨害排除請求を認めるための要件について、牧判事は、①公道、里道または建築基準法第42条の私道、②道路の開設（通行の自由または利益の享受）と通行の妨害、妨害の継続性、③他の道路の不存在、を掲げ、瀬木判事の掲げた「実体法上確立した通行権を認める余地のないこと」を除外している。その理由は、通行を妨害された道路に他の利用権限を有していても、これによって人格権侵害に影響を及ぼすとは考えられないからであると述べる⁽¹⁴⁾。

牧判事は、要件のうち、通行妨害の程度は、日照阻害、騒音・振動を理由とする建築工事の差止事件を参考にして、社会生活に重大な影響を及ぼすものに限定し、また、その判断にあたっては、私道の場合には、私道権利者の利益と通行の自由権を主張する者の利益とを慎重に比較衡量する必要があると述べる⁽¹⁵⁾。しかし、道路の開設については、比較的要件を緩和し、厳密な開設に限らず、通行の自由権を主張する者が、過去に通行していたという通行の利益があれば足りるものと解している⁽¹⁶⁾。

たため、同判決は民法第709条、第710条を引用しつつ、不法行為説に拠らなければ妥当な結論を得られないと考えたものと評している。この石田(喜)博士が論評した昭和49年大阪高判は、不法行為説に基づき、継続した違法状態の除去と損害賠償を認めると判断した裁判例である。また、大塚直「判解（最判平成5年11月26日）」ジュリ1046号（1994年）75頁（76頁）も、昭和39年最判に関して、「不法行為に基づく妨害排除を認めたとみられる点でも特色がある」と位置づけている。

しかし、昭和39年最判が「民法710条参照」としたのは、通行の自由権を確保するため、広義では当時の第709条の解釈たる法益侵害を、直接的には第710条の人格権侵害を理由として、通行権者の妨害排除請求を認めるための前提要件と構成したものである。

(14) 牧・前掲「論文」判タ952号34頁。

(15) 牧・前掲「論文」判タ952号34—35頁。

(16) 牧・前掲「論文」判タ952号35頁。但し、牧判事は、他に通行可能な道路が存在していれば、通常は、社会生活に重大な影響を及ぼすことはないので、通行妨害の排除

更に、牧判事は、妨害排除請求の原告適格者は、通行を妨害された道路に接する敷地建築物の利用者に限られるものと解している。そして、妨害者が私道を管理する所有者等である場合には、妨害の排除を認容するには、かなり慎重であるべきものと主張する⁽¹⁷⁾。

しかし、土地所有者と通行権者との利害調整を慎重に行うべきと言っても、人格権ないし人格権的利益たる通行を妨害することが許されるには、当該通行利益を上回る土地所有者の利益が観念されるのでなければ、通行権（通行の自由権）を保護すべきものと解される。この点は、私道の通行権が、人の生命、身体、健康、自由、名誉など、明確な人格権に匹敵するほど重要かつ必要不可欠な価値を有するとすれば、論理必然的な利益衡量の帰結と思量する。

4. 安藤弁護士

次に、安藤弁護士も、他の実務家と同様、昭和39年最判の「通行の自由権」を起点とし、私道の通行権は、建築基準法による交通の確保、防災活動、災害避難という公法上の目的によって私道の所有者が受ける公法上の義務の反射的利益であることを前提とし、「通行が日常生活のうえで必須のものとなった場合には、その通行は、民法上保護されるべき自由権であり、その行使が妨害されたときは、不法行為に基づき、あるいは人格権としての通行の自由権に基づき、妨害排除請求権をもつ」とされてきたとし、人格権構成と不法行為構成に分かれているが、最高裁は、不法行為に基づく妨害排除請求権を認めていないので、人格権としての構成が主流という位置づけを行っている⁽¹⁸⁾。

請求は認められないと述べている。

(17) 牧・前掲「論文」判タ952号34頁。

(18) 安藤・前掲『私道の法律問題』449頁。

安藤氏も、従来の判例・裁判例を分析しつつ、通行権の妨害排除請求の要件と効果ならびにその内容を構成している⁽¹⁹⁾。

まず、要件については、①建築基準法上の道路（道路位置指定〔建基第42条1項5号〕、みなし道路〔同法第42条2項〕を問わない）、②道路開設の現実性、③日常生活上必須のもの、④通行利益の重要性（利益の比較衡量）、を掲げる。

次に、効果と内容については、①私道所有者の通行受忍義務、②通行の無償性、③所有者による通行方法の制限、④他の通行権がある場合には、その通行権を主張する（瀬木判事と同じ見解）、などを掲げ、説明する。

5. 実務家の評価に対する小括

まず、「通行の自由権」に基づく私道通行妨害の排除については、道路敷地たる土地の所有者に建築基準法第42条による公法上の受忍義務を課したことから生ずる反射的利益の保護と解しつつも、概ね、人格権ないし人格権的利益としての通行を保護するという点において一致している。

次に、通行の自由権（人格権的通行権）の保護要件については、①建築基準法上の道路、②現実の道路開設、③日常生活における必要不可欠性、④妨害行為の継続性、という点において一致している。

ところで、これら一致した要件以外に、通行の自由権を認める前提として、第一に、他に実体法上確立した通行権がない場合に限るという見解と（瀬木説）、第二に、そのように解する必要はないという見解（牧説）において、争いがある。例えば、地役権が設定されている場合には、地役権に基づく通行権を主張すべきことは当然であり、この場合には、人格権ないし人格権的利益に基づく通行権を主張する必要はないのかという問題である。しかし、この点は、地役権は未登記であることが多く、裁判で否定さ

(19) 安藤・前掲『私道の法律問題』458頁以下。

れたら困るので、前者を主位的請求とし、後者を予備的請求とするという折衷説（野山説）に落ち着く。

この点に関して、人格権ないし人格権的利益の一身専属性ゆえに実体法上の権利を確定する必要があるという見解がある⁽²⁰⁾。それは権利ないし法益の相続性の有無によって根拠付ける見解である。

しかし、位置指定道路において日常生活における必要不可欠な通行利益は、当該道路を生活道路としている地域住民全員に帰属するのであるから、相続の有無は関係ないように思われる。

もっとも、一般私道の場合には話は別である（抑も、所有者に受忍義務はない）。この場合において、被相続人が未登記地役権を有しており、相続人は別に生活の本拠を有するときには、相続人には従前からの日常生活上の通行利益は存在しないのであるから、通行権の妨害排除請求訴訟においては、未登記通行地役権の存在を確定する必要がある。但し、相続するのは、従前の地役権の内容のみであるから、徒歩ないし二輪車による通行が約定されたに過ぎないときには、従前の内容を甘受するしかない⁽²¹⁾。

また、通行を妨害された者が袋地の所有者である場合には、囲繞地通行権の内容を訴訟によって確定する必要がある。近時は、必要に応じて自動車による通行も認められるようになったので⁽²²⁾、尚更である。

(20) 野山・前掲「判解」『最高裁判所判例解説』1461頁。

(21) 前掲最判平成12年1月27日は、被相続人（年老いた母）の長年有していた未登記地役権の内容が徒歩または二輪車による通行に限定されていたので、相続人（息子ら）に自動車による通行権が認められず、また、相続人が日常生活上の通行利益を有しておらず、賃貸駐車場の経営という目的を適えるための通行権の主張であったので、人格権的利益の侵害という主張も認められなかったのである。もし、相続人らが介護目的で母を頻繁に訪ねており、母の死亡後、実家に居住していたら、状況は変わっていたのかも知れない。

(22) 自動車による通行を前提とする第210条通行権を認めた前掲最判平成18年3月16

私道の所有者が、建築基準法第42条などにより、近隣住民のみならず、不特定多数人による通行を受忍すべき義務（公法上の受忍義務）を負っていると解する限り、既に道路として開設されている土地が「私有地」であるとしても、公道扱いされる以上、その所有者が「通行禁止」を主張することは許されない。周辺住民の生活道路として機能している場合には、私道所有者は通行に関する受忍義務を負っているため、住民らを始めとする道路利用者の必要不可欠な通行利益を上回る通行禁止利益は、原則として、成り立たないものと思量する。当該地域住民が一丸となって、例えば、自動車の通行を禁止するなど、一定の制限を設ける場合には、重要な通行禁止利益が生ずるが、この場合でも、別の地域住民にとって必要不可欠な通行利益があれば、問題解決にあたっては、やはり、「必要不可欠な通行利益」と「通行利益を上回る通行禁止利益」との利益衡量判断に拠るのである。

第2項 学説からの評価

1. 岡本教授

まず、岡本教授は、私人による公道の通行妨害事案において昭和39年最判の示した「通行の自由権」概念について、自由な共同利用秩序を前提とするところ、この概念を準公道たる建築基準法上の私道に適用するには、難点があるとする。それは、妨害行為の主体が私道所有者であり、その私的所有権・管理権を顧慮した上で、紛争当事者双方の私道に対する必要度などの諸利害を比較衡量して、妨害排除の当否を判断する必要があるからである⁽²³⁾。

日（差戻控訴審：東京高判平成19年9月13日）を参照。

(23) 岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権（私権）」島大法学35巻4号（1992年）1頁（7頁）。

次に、岡本教授は、私法上の自由使用という観点から、判例に所謂「日常生活における必要不可欠な通行利益」を私法上どのように解釈すべきかという問題を提起する。その上で、私法上は通行権ではなく、通行利益とされることから、判例は生活妨害という側面を前面に押し出して人格権と構成するが、それでは土地の利用権的側面が捨象されてしまうところ、判例に現れた事案は、直接・間接的に、私道に接続・沿接する土地所有者・利用者の使用利益・通行利益が問題となっているので、結局、要役地と当該私道との客観的な地理的状況、私道築造の経緯、通行の必要性など、諸般の事情を考慮して、その保護の当否を判断せざるをえないと述べる⁽²⁴⁾。即ち、この問題は、決して個人の人格権的利益に眼目を置くものではなく、要役地の利用権的側面が極めて重視される問題だと言うのである。

そこで、岡本教授は、通行の自由が保護しようとする生活利益の中身が問題であるとして、建築基準法によって要役地と私道との間に形成された客観的な「地役関係」が外枠として形成され、私道に沿接する土地所有者が法的保護に値する個別・具体的な通行使用利益を獲得するに至ったときには、このような客観的な「地役関係」を充足・具現する通行使用利益は、囲繞地通行権を含む地役権的な事実行使と同視しうるものと解し、このような通行使用利益は、私道所有者の「所有利益」との比較に耐えうるものである必要があり、この両者の対立関係は、私道をめぐる物的支配に関する争いにほかならないと述べる⁽²⁵⁾。

更に、岡本教授は、この通行使用利益は、建築基準法による公法的規制と運命をともにする私法上の通行権であると言う。この通行権は民法の予定する通行権ではないので、地役権や囲繞地通行権との関係ないし調整が必要となる。岡本教授は、第一に、約定地役権を優先し、地役権が存在す

(24) 岡本・前掲「論文」島大法学35巻4号10頁。

(25) 岡本・前掲「論文」島大法学35巻4号11頁。

れば、自由通行権は成立しないと述べる⁽²⁶⁾。また、第二に、圍繞地通行権との関係は、地役権が存在しない場合には、法定地役権たる圍繞地通行権を認め、自由通行権は、私道幅の拡幅を求める場合など、圍繞地通行権の及ばないところにその活路を見いだすべきものと述べる。この意味において、私法上の自由通行権は、圍繞地通行権の機能に代替し、これを拡張するものとなる⁽²⁷⁾。

この岡本教授による私法上の通行権説に対しては、次の吉田教授による検討及び批判的考察がある。

2. 吉田(克)教授

まず、吉田教授は、通行を人格権とは捉えず、生活利益と捉える。この理解によると、軽微な生活妨害は互いに受忍すべきものと位置づけられる。そのため、一定の受忍限度を超えない限り、通行妨害も不当な侵害とはならないとされる。それゆえ、平成9年最判が、「人格権」とは言わず、「人格権的権利」と構成した点について、「その侵害が原則として違法評価を導く絶対権である人格権概念の稀釈化を防ぐためにも、重要なこと」と評価した⁽²⁸⁾。

しかし、平成9年最判は、地域住民の日常生活における通行について、人格権どころか、位置指定道路(5号道路)の通行に関する「日常生活上不可欠の利益」と称したに過ぎず、この通行利益が侵害された場合における妨害排除ならびに妨害予防請求権のことを「人格権的権利」と称したに過ぎない。それゆえ、平成9年最判は、通行利益を人格権的利益と位置づ

(26) 岡本・前掲「論文」鳥大法学35巻4号31頁。

(27) 岡本・前掲「論文」鳥大法学35巻4号32頁。構成は異なるが、民法上の通行権を優先するという解釈は、前掲した瀬木判事の見解と軌を一にするものである。

(28) 吉田克己「判批(平成9年最判)」民商120巻6号(1999年)1050頁(1063頁)。

け、この利益を保護するための物権的請求権類似の請求権を人格権的権利と位置づけたものである。この意味において、判例に所謂「通行利益」を人格権的権利と位置づけるのは妥当ではない。

次に、吉田教授は、判例の人格権的構成に対する岡本教授からの批判的考察について、建築基準法上の私道には第42条1項5号道路と同条2項道路があるところ、岡本教授の自由通行権概念は、2項道路については、特定行政庁の指定のみにより、敷地所有者の意思は反映されていないので、通行権構成は関係権利者の申請に基づいて指定される5号道路の一部において妥当性を有するに過ぎないとして、「通行の自由権」概念を通行権という財貨利用調整の次元で把握するのには限界があると述べる⁽²⁹⁾。

次に、吉田教授は、通行利益を生活利益と位置づけることから、この状況を地域的公序と称し、建築基準法第42条1項5号道路と2項道路の別なく、「通行の自由を内容とする生活利益秩序」（生命、身体、自由、名誉など人格権を保護する「人格秩序」と分離する概念構成）として、保護の対象とする。もっとも、吉田教授は、生活利益秩序たる建築法規による地域的公序（公序a）とともに、地域住民の合意による地域的公序（公序b）を重視する⁽³⁰⁾。

しかし、この吉田教授の掲げる裁判例には、一定範囲の地域住民が自動車事故防止を目的として、当該地域の幅員2メートルないし3メートルと

(29) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1061—1062頁。

(30) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1063—1065頁。同様に、池田恒男「判批（平成9年最判）」判タ983号（1998年）63頁（69—70頁）も、地域的公序概念を論ずる。しかし、池田教授の地域的公序論は、建築法規が土地利用に関する地域的公序を形成し、これが民事法秩序の要素をなすというものであり、建築法規により、公共の福祉という名の下で私権制限が行われるので、この近隣者間ないしコミュニティにおける地域公序は、公共のための土地利用規制としての最低基準を意味すると述べる。この意味において、吉田教授の地域的公序論とは異なる。

いう狭い道路における自動車の通行禁止を決めたという特殊事情があり、裁判所が、この事情を考慮して通行自由の制限を認めたというものである⁽³¹⁾。

この局面は、幅員の狭い道路においては、通学時間帯における車両の通行を禁止するという所謂「通学ゾーン」(児童・生徒の安全確保目的での通学路の設定)の問題と軌を一にするものであり、これを敢えて地域的公序と称する必要があるのかという疑問が生ずる。むしろ、本来は、自動車による通行に際して、対向車とのすれ違いが無理な幅員しかない場合には一方通行とし、歩行者との接触事故が生ずるような狭い幅員の場合には自動車通行を禁止するという行政措置の問題と言えよう。但し、行政庁はこのような措置を講ずることに躊躇することが多いので、住民秩序の問題と言うこともできよう。

しかし、この問題と通行利益の制限とが一致するのであろうか。吉田教授は、平成9年最判に所謂「敷地所有者に通行者の通行利益を上回る著しい損害が生ずる特段の事情」を地域的公序bの問題に重ね合わせて論じており、同判旨には、「建築法規によって形成される通行の自由(地域的公序a)を地域の自主ルール(地域的公序b)によって相対化する可能性が含意されている」と述べる⁽³²⁾。しかしながら、この点は、上述したように、幅員が極端に狭く危険な道路における特殊事情に起因する問題であり、法律秩序を地域のルールによって制限するという一般的現象ではないように思われる。

更に、吉田教授は、生活利益秩序の特徴として、市民に個別の私的利益を与えるとともに、市民の総体に公共的利益を配分すると述べる。その例として、セットバック後に幅員が増した道路(2項道路)に、土地所有者

(31) 大阪高決平成7年12月11日判タ919号160頁。

(32) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1066頁。

が取り外し可能なポールを設置し、自動車の通行を妨害したので、近隣の駐車場経営者がポールの撤去請求をした事案に関して、裁判例が、ポールの設置は緊急車両の通行も阻害するという理由から、この通行妨害は公共の福祉に反し違法なものと判示したという裁判例⁽³³⁾を引用している。この点から、日常生活上不可欠な利益は、公共の利益を根拠とすることも可能であり、この点は要件の緩和につながると述べる⁽³⁴⁾。

更にまた、吉田教授は、このような公共の利益実現という観点からは、現実の道路開設という要件を緩和することにもつながると述べる。なぜなら、常に現実の道路開設を要求すると、道路指定の前後において、事実上道路指定箇所を封鎖している土地所有者の違法行為を容認することにつながりうるからである⁽³⁵⁾。吉田教授は、この場合には、公共の利益実現を理由として、違法状態の是正を求めることができるという解釈を施し、要件を緩和する必要がある旨を述べる⁽³⁶⁾。

3. 多田教授

まず、多田教授は、判例・裁判例ならびに行政法上の観点に基づく通説が述べる「反射的利益論」について、これを批判的に考察している。既に、判例の分析においてたびたび登場しているように、反射的利益論とは、人々が道路を自由に通行することができるのは、国・公共団体が道路という公共用物を一般公衆の通行の用に供していることの反射的利益に過ぎず、一般公衆に通行権その他の自由使用権が付与されるのではないとい

(33) 東京高判平成8年2月29日判時1564号24頁。

(34) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1067—1068頁。

(35) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1068頁。同様の指摘は、安藤・前掲書『私道の法律問題』483頁、同「判評（最判平成5年11月26日）」判時1515号（1995年）225頁（228頁）も行っている。

(36) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1068頁。

う原則論のことである⁽³⁷⁾。簡単に言うと、公物（公用財産，公共用財産）は私権の目的にはならないという原則である⁽³⁸⁾。

多田教授は、この考え方の帰結は、行政的措置や公法的規制からは、これに応じた私権は生じないので、原則として、通行利益には私権性はないと言うに過ぎず、通行妨害行為の排除請求権の原則的否定にはつながらないと述べ、公法関係とは別に独自の根拠に基づいて保護価値性を肯定し、広範に妨害排除請求の可能性を認めるのであれば、反射的利益論から出発したとしても、原則的否定という結論には至らないと述べる⁽³⁹⁾。

多田教授は、その上で、判例の掲げた保護要件、即ち、①通行利益の日常生活における不可欠性、②通行の受忍による通行利益を上回る著しい損害の不発生、③道路開設の現実性、について、特に、第三要件について批判する。即ち、道路開設必要説の論拠は、①反射的利益論の帰結たる公

(37) 田中二郎『新版行政法中巻』（弘文堂，全訂第2版，1976年）323頁，原龍之介『公物營造物法』（有斐閣，新版，1974年）253—254頁。

(38) 民法上の問題として、公物は公法的支配管理に服するので、一般的には私権の目的にはならないが、①国や地方公共団体が公共の用を廃止したか、または、②事実上、公物としての形態・機能を喪失したと認定された（黙示的な公用廃止を含む）場合には、私的所有権など、私権の目的となり、時効による所有権の取得がなされうるとされる（最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁〔黙示の公用廃止と認定し、取得時効の成立を認めた〕、最判平成17年12月16日民集59巻10号2931頁〔公有水面埋立法第35条1項に定める埋立て免許の失効に伴う公有水面の原状回復義務がある限り、埋立地は私法上所有権の客体となる土地に当たらない〕）。この点に関しては、我妻榮『新訂民法總則』（岩波書店，1965年）208頁，近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則』（成文堂，第7版，2018年）373頁，拙著『民法要論Ⅰ民法総則』（成文堂，2019年）127頁，447頁を参照。

(39) 多田利隆「判評（平成9年最判）」私法判例リマックス18号1999年〈上〉18頁（20頁）は、反射的利益論それ自体は可否を左右する実質的作用を担いうるものではないと言う。

法・私法峻別論, ②人格権の現実的・具体的利益享受性に基づくところ, 前者については, 建築基準法の目的及び保護法益は人格権の保護と相当に共通しており, 受忍限度の判断において行政取締法規が重要な判断基準となるように, 私法的判断に際しても, 建築基準法の内容を反映する余地があると言う⁽⁴⁰⁾。また, 後者(利益享受の現実性)については, 現在受けている利益と本来受けるべき利益とが合致している必然性はないと言う。即ち, 現在の開設道路は, 範囲の蓋然性を根拠付ける一証拠に過ぎず, 受けるべき通行利益を確定する根拠にはならないと言うのである⁽⁴¹⁾。

このように, 多田教授は, 従来の判例・通説の解釈を再構成した上で, 通行利益の保護要件についても再構成している。まず第一に, 人格権たる通行の自由権の位置づけとして, 反射的利益論とは別個に, 独自の私法的判断枠組みにおいて, 道路通行の利益は一般的に人格権として私法上の保護の対象となりうるものと解する。多田教授は, この点を前提として, 第二に, 妨害排除請求権の認否を判断すべき枠組みとして, ①通行権の要保護充足性(通行の目的, 態様, 頻度など), ②妨害排除請求等の必要性(妨害の程度, 継続性, 代替道路の有無など), ③妨害状態を正当化する事情の存在(妨害に至った経緯, 加害・被害の回避可能性, 緊急事態や著しい公益性の有無など), を掲げる⁽⁴²⁾。

(40) 多田・前掲「判評」リマークス1999年〈上〉21頁。多田教授は, この意味において, 公法・私法峻別論は決め手にはならないと言う。

(41) 多田・前掲「判評」リマークス1999年〈上〉21頁。また, 田中康博「判評(平成9年最判)」判評474号(1998年)21頁(24頁)も, 同様の観点から, 特に自動車の通行に関して, みなし指定道路(2項道路)については, その全部にわたって通行に必要な幅員が確保されているとは限らないので, 従前の通行形態のみを基準とするのは妥当ではなく, 道路の幅員, 形状, 利用状況など, 諸事情に照らして権利内容を確定する必要があると述べる。

(42) 多田・前掲「判評」リマークス1999年〈上〉21頁。

多田教授の要件再構成は、従来の判例法理の判断枠組みが、最終的には、通行者の日常生活における不可欠性に焦点が当てられるところ、この観点は、一般的な人格権の保護という憲法の自由権の保障、あるいは公道の通行においてはそれなりに合理性はあるものの、私道の通行に関しては、通行者と敷地所有者との利益調整が重要であるから、敷地所有者に著しい損害が生ずる特段の事情について、慎重に検討する必要があるという観点からの提言である。

4. 内田(勝)教授

まず、内田教授は、通行の自由と妨害排除請求との関係について、従来の判例・通説と同様、私道部分の土地所有権が建築基準法によって制限され、他の者は、その反射的な利益として通行しようという点を前提とし、これは民法上保護される人格的利益であり、通行の自由に基づいて、私道上に設置された工作物の撤去を請求しようものと構成し、建築基準法に違反する妨害物の排除請求は、土地所有権の権利濫用を理由とするのではなく、建築基準法による制限は土地所有権の制限であり、通行利益の侵害と解するのが妥当と説明する⁽⁴³⁾。

また、この場合における土地所有権の制限は、通行地役権的な側面もあるが、地役権よりも土地所有権に対する制約の程度が厳しい側面があるので、侵害があれば即座に妨害排除が認められる物権的請求権のような直截的な権利ではなく、諸事情との比較衡量によって判断されるべきものであり、この点において、不法行為に対する人格権に基づく差止請求と同様の構造がみられると説明する⁽⁴⁴⁾。そして、この意味において、道路の通行妨害を公害と同様の生活妨害と見て、人格権に基づく妨害排除請求を認める

(43) 内田勝一「判評(最判平成5年11月26日ほか)」判タ871号(1995年)52頁(56頁)。

(44) 内田(勝)・前掲「判評」判タ871号56頁。

考え方が妥当と述べる⁽⁴⁵⁾。

内田(勝)教授は、不法行為に対する人格権に基づく差止請求と構成するが、この問題については、「故意・過失」という意味における違法性は問題とならず、違法・不当な状況の惹起によって人格権ないし人格権的利益が侵害されているという「状態の是正」を求めるという意味において、妨害者の侵害行為の不当性と請求者の通行利益の正当性との比較衡量によって判断されるべきものと説明されているように思われる。

5. 学説の評価に対する小括

まず、「通行の自由権」に関する法的構成について、一部の学説に不法行為構成があるが⁽⁴⁶⁾、概ね、人格権的構成を起点としている⁽⁴⁷⁾。この傾向

(45) 内田(勝)・前掲「判評」判タ871号56頁。内田教授は、このように述べ、妨害排除請求が認められるか否かの決定的な事情は、具体的に通行妨害の事実があるか否かによって決まると言い、従来の裁判例における妨害排除請求に関する肯定・否定の判断は、専ら、この点に関わると説明する。

(46) 原・前掲『公物營造物法』255頁、石田(喜)・前掲「判評」判タ314号134頁、園部逸夫『演習行政法』(有斐閣、新版、1989年)262頁、大塚・前掲「判解」ジュリ1046号76頁。

(47) 人格権的構成の端緒として、澤井・前掲『隣地通行権』188頁、坂本倫城「建築基準法と民法の相隣関係」判タ767号(1991年)21頁(27頁)がある。

澤井教授は、昭和39年最判の「通行の自由権」概念を評して、内容的にはまさに生活妨害に対する主張を権利の形で表現したものにほかならず、私法的には、生活妨害について用いられる人格権と同趣旨と解してよいと言う。

また、坂本判事は、通行妨害によって通行者の日常生活に著しい支障が生じたという特段の事情がある場合には、その受ける不利益の重大性に鑑み、その通行利益を以て、人格権として私法上保護に値する利益と見るべきであり、その妨害が重大かつ継続的であるときには、この権利に基づいて、妨害の排除・予防を請求することができると解すべきものと主張する。

は、判例・裁判例の趨勢と一致する。しかし、この人格権的構成説が主流の中で、私法上の自由通行権説（岡本説）、生活利益説（吉田〔克〕説）があり、また、人格権的構成説に立脚しつつも、反射的利益構成ではなく、人格権的通行権説と言うべき説（多田説）があるので、前二説を検討した後に、人格権的通行権説に関して検討する。

まず、岡本説は、従来判例が反射的利益説に立脚し、通行者には通行利益はあるものの、通行権を認めないことから、生活妨害の差止めという観点から通行利益の保護を唱えている点を問題視し、このような判例法理では土地利用権的側面が捨象されてしまうので、この問題は、あくまでも土地利用権の問題と考えるべきものと主張し、位置指定道路に関する地役権的通行権と構成する⁽⁴⁸⁾。もっとも、この問題は、私道に通行権の存在しない場合に生ずるのであるから、約定地役権、法定地役権（囲繞地通行権）が認められるケースには適用しないと言う⁽⁴⁹⁾。

道路通行は、①公道における自由通行、②袋地または通路が狭小の場合における地役権、③袋地所有者の囲繞地通行権、に分類される。本稿の問題点は、これら以外に、建築基準法上の私道（第42条1項5号道路、2項道路）に通行権が認められるかという観点から考える必要がある。5号道路と2項道路を一括りにして、「位置指定道路」と捉え、これを準公道と解すると、位置指定道路を公道として取り扱うことになる。この取扱いから考えると、岡本説は外れることとなる。私見によると、位置指定道路に通行権を認めるべきということになるが、それは、公道扱いすることによる自由通行権を意味する。これは、あくまでも、公道が廃止されるまでは自由通行が許されるのと同様、道路位置指定が解除されるまでの話であり、解除されてしまえば、単なる私有地となり、所有者の自由な所有権が

(48) 岡本・前掲「論文」島大法学35巻4号11頁。

(49) 岡本・前掲「論文」島大法学35巻4号32頁。

復活するという話である（所有権の弾力性）。

次に、吉田説は、「侵害が原則として違法評価を導く絶対権である人格権概念の稀釈化を防ぐ」という観点から、人格権概念を「人格秩序」に限定し、位置指定道路の通行利益はその外枠に位置する「生活利益秩序」として位置づける。それゆえ、生命、身体、健康、自由、名誉など、人格権を、人格それ自体を反映する権利概念として括り、通行の自由権はこの範疇に入らない生活利益と考えるのである。それでも、このような生活利益を人格権的と捉える判例法理に親和的であることから、吉田説に所謂「生活利益」は人格権的利益ということになる。

次に、吉田説は、5号道路と2項道路を区別することなく、生活利益と捉えているので、私見と同様、位置指定道路と一括りし、原則論としては、公道におけると同様、通行の自由を認めることとなる。但し、私見と異なる点は、吉田説は、あくまでも、通行の自由は生活利益であり、人格権たる通行の自由権ではないということである。人格権たる通行の自由権と解すると、地域住民による通行制限協議（地域公序）が通行の自由権に劣後してしまう可能性があるからである。これは吉田説からは見過ごすことのできない論理である⁵⁰⁾。

次に、多田説は、公道の自由通行は公法上の措置に伴う反射的利益であり、通行者に私法上の権利はないという反射的利益説を批判しつつ、人格権たる通行の自由権を私法上の人格権的通行権と構成する。多田教授の見解は、従来の判例法理が、「日常生活における必要不可欠な通行利益の妨害」と「私道所有者の妨害利益の僅少」との比較衡量による「妨害排除・予防請求の原則的否定（例外的認容）」と解している点を批判し、私法的判

50) 吉田・前掲「判批」民商120巻6号1063—1065頁。吉田教授は、生活利益秩序たる建築法規による地域的公序（公序a）とともに、地域住民の合意による地域的公序（公序b）を重視するからである。

断枠組みにおいて、道路通行の利益は一般的に人格権として私法上の保護の対象となりうるものと主張するのである。この観点は、これまで論じてきた私見と概ね合致する。

私見は、公道における通行の自由権を認めることとの権衡上、公道扱いはされる位置指定道路の通行にも自由権を認め、いずれも人格権たる通行権と解する。しかし、絶対権として位置づけられる人格権の枠内においても、常に絶対権とは限らない。例えば、名誉権に属するプライバシー権にしても、公共の利益との関係において制限されることもありうる。それゆえ、通行の自由権を人格権的通行権としても、吉田説に所謂「地域公序b」に劣後することもありうるのである。したがって、公道に準ずる位置指定道路に人格権的通行権としての資格を与えても、地域住民の安全確保という公序との関係において、通行制限を受けることも、またやむを得ない措置という場面もある。この場合には、やはり、通行の利益と妨害の利益との比較衡量で決するほかはない。

第2款 道路通行の人格権性

第1項 通行利益の人格権的構成

本段においては、これまで整理してきた判例や学説を総合的に分析した結果に基づいて、若干の考察を試みる。

まず、道路は公道と私道とに分かれる。公道は、行政庁が建設し、一般公衆の利用に供するところ、一般公衆には自由通行が認められるものの、個別に私的利用権を有しているのではない。この点は、道路管理者たる行政庁が、公用廃止を決めた場合に、通行者は不利益を被るわけだが、通行者は、特段の事情が認められない限り、管理者に対し、権利侵害を理由として、廃止処分の違法性を主張しえないと判断されているという点に如実

に表れている⁽⁵¹⁾。そうすると、我々が公道を自由に通行することの根拠は、どのような権利関係に求めればよいのかという問題が浮上する。

既に論じてきたように、従来、自由な通行を保証するのは「権利」ではなく、「反射的利益」に過ぎないという「通説」がある⁽⁵²⁾。即ち、公道の通行は、私人に権利があるからではなく、行政庁による都市計画や、私有地に対する行政処分たる道路位置指定の効果として通行が認められるというのである。そうすると、私的通行権は認められないので、たとえ道路たる私道であっても、所有者による妨害行為に対し、通行者は、通行権があることを理由としては、妨害行為を排除しえないこととなる。しかし、それでは、建築基準法で道路位置を指定し（建基第42条1項5号、2項）、所有者に対し、道路内の建築を制限し（同法第44条）、あるいは、道路に接する壁面線（建築物の外壁、高さ2メートル以上の門、塀などの壁面）の指定による建築を制限した（同法第46条、第47条）、この意味がなくなる。

そこで、公道の通行妨害に対しては、既に明治時代から、村道の通行妨害を侵害者の不法行為と認定しつつも、妨害物の除去請求を認め⁽⁵³⁾、同様の事案に関して、最高裁においては、民法第710条の不法行為（人格権侵害）と認定しつつ、「通行の自由権（人格権の一種）」という概念を構築し、その侵害に基づく通行妨害行為の差止請求権を人格権的権利として認めた⁽⁵⁴⁾。

他方、私道でも、建築基準法による位置指定道路の場合には、「道路」として公法上の規制が及んでいるので、公道と同様に扱うことができる。

(51) 最判昭和62年11月24日判時1284号56頁。

(52) 田中（二）・前掲『新版行政法中巻』323頁、原・前掲『公物营造物法』253—254頁。

(53) 大判明治31年3月30日民録4輯85頁。

(54) 最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁。

それゆえ、当初の公道に対する「通行の自由権」概念は、建築基準法による位置指定道路の通行にも適用され、昭和39年最判以後の下級審裁判例の流れは、人格権侵害構成と不法行為構成に分かれるものの、人格権侵害という趨勢を形成してきたといえることができる。建築基準法の適用にかかる私道の通行は、通行者の「人格権的利益」概念に置き換えられたものの、通行妨害行為の差止請求権という人格権的権利として確立し、その集大成として、平成9年最判、平成12年最判という流れが確立したものとと言える。本稿前半部分で分析した平成26年大阪高判もこの判例法理の一事例として位置づけられる。

このように理論を全体的に再構成すると、日常生活における通行という人格権的利益を保護法益とする通行妨害行為の差止請求権という人格権的権利概念を導くことができる。

第2項 人格権としての通行権概念

ところで、本稿の前半部分（第1節、第3款、第1項 人格権または人格権的利益の侵害と差止請求権）において述べたように、最高裁の理論構成としては、同様に人格権的利益が保護法益となりうることを標榜した「国立景観権訴訟」がある。その判決文においては、「良好な景観の恵沢を享受する利益は法律上保護に値するもの」と解している⁽⁵⁵⁾。この日常生活上享受する景観利益は、人格権たる景観権とも言うべきものであるが、最高裁は、人格権的利益たる景観利益という保護法益として位置づけた。この帰結は、この平成18年最判より前に、既に平成9年及び同12年最判により、日常生活上必要不可欠な人格権的通行利益が保護法益として位置づけられた点と牽連するものといえることができる。

そして、これも既に述べたように、その源流は、大阪空港騒音公害訴訟

⁽⁵⁵⁾ 最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁。

控訴審判決⁽⁵⁶⁾や北方ジャーナル事件大法廷判決⁽⁵⁷⁾にある。前者は生存権的人格権、後者は名誉権という人格権に関する事案であり、いずれも、人格権としての通行権ないし通行利益と軌を一にする問題とすることができる。

私見は、前掲した多田教授が、理論構成として、「道路通行の利益は一般的に人格権として私法上の保護の対象となりうる」と述べていたように、日常生活において道路を通行する利益は、行政庁による公法上の処分行為に対する反射的利益ではなく、人格権的通行権と構成することができるというものである。本稿において、随所に用いてきた「通行権」という用語法は、このような意味からのものである。

わが国における人格権ないし人格権的利益の侵害に対する差止請求権（人格権的権利）に関しては、違法不当な侵害の排除という構成で、物権的請求権を用いて解決してきた。しかし、この権利は物権的請求権ではないので、物権的請求権という概念を人格権侵害に類推し、適用するという手法である。そこで、次段においては、わが国に明文規定のない物権的妨害排除・予防請求権について、その明文規定のあるドイツ民法上の諸問題、即ち、BGB 第1004条における物権的請求権の構造分析、について考察し、その上で、所有権、人格権（著作権）、人格権的利益に基づく差止請求権に関するドイツの判例・通説ならびに有力説に関して考察し、所有権と人格権との相克という問題について、ドイツ法における状況を概観しつつ考察する。

⁽⁵⁶⁾ 大阪高判昭和50年11月27日判時797号36頁。

⁽⁵⁷⁾ 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

第4節 ドイツ法との比較法的考察

第1款 ドイツ民法(BGB)における物権的請求権の構造分析

第1項 BGB第1004条の意義と機能

「第1節 問題の所在」において紹介したように、ドイツ民法においては、物権的請求権に関する一般規定が存在する⁵⁸⁾。BGB第1004条1項1文によると、所有権が、占有の侵奪(Entziehung)もしくは不適法留置(Vorenthaltung)以外の方法で侵害されたときには、所有者は、妨害者(Störer)に対して、侵害の除去を請求することができる⁵⁹⁾と規定されている。この規定は、わが国においては、所有権に基づく妨害排除請求権(rei vindicatio)に該当する。この規定にあるように、所有権侵害が占有の侵奪もしくは不適法留置の方法でなされた場合、要するに占有侵害の場合には、所有権に基づく返還請求権の問題となる(BGB第985条)。

また、BGB第1004条1項1文の侵害が将来も反復して行われるおそれ

58) 周知のように、ドイツにおける物権的請求権に関する近時わが国の代表作として、川角由和「物権的請求権の独自性・序説」河内ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開—原島傘寿記念』(信山社、2006年)397頁、同『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点—ローマ法からドイツ民法へ』(日本評論社、2019年)、堀田親臣「物権的請求権と費用負担の問題に関する一考察」広島法学22巻4号207頁、23巻1号(1999年)141頁、同「物権的請求権の再検討」私法65号(2003年)195頁、同「物権的請求権の相手方(1)・(2・完)」広島法学31巻4号(2008年)55頁、34巻4号(2011年)37頁、根本・前掲『差止請求権の理論』(妨害排除・予防〔差止め〕請求に関する従来の研究を踏まえつつ、違法侵害理論を構築する)がある。

本稿は、これら諸研究と内容において幾分重複するものとなりうるが、なお、自身の物権法研究の一環として、20世紀中期以後のドイツにおける判例・学説の流れを確認し、理解する目的で執筆するものである。

のあるときには、将来の侵害停止の訴えを提起することができる（BGB 第1004条1項2文）。この規定は、わが国においては、所有権に基づく妨害予防請求権に該当する。

これら物権的請求権は、所有権の排他的支配性によって根拠づけられる（BGB 第903条）。それゆえ、物権的請求権の行使は、当該請求権を有するはずの所有者が受忍義務を負う場合には、することができない（BGB 第1004条2項）。

物権的請求権の行使は侵害者に対して向けられる。この場合における侵害は、侵害者が、有責で（schuldhaft）、行為する必要はないが、法に違反して（rechtswidrig）いなければならない。この請求権概念の確定は、侵害が行為にあるとき（行為責任であるとき）には難しくないが、侵害が状態（Zustand）にあるとき（状態責任であるとき）には別である。この場合には、その状態と責任非難（Schuldvorwurf）が結びついている必要はないが、この状態に関して、侵害者に確定的な責任（Verantwortlichkeit）がなければならない⁽⁵⁹⁾。

第2項 BGB 第1004条の適用範囲

BGB 第1004条は、所有権に対する妨害排除に関する規定であるが、他物権の場合にも適用しうるものと解されている⁽⁶⁰⁾。また、同条の準用規定は、他の絶対的な権利及び法的に類似する地位にある場合に相当に拡張さ

⁽⁵⁹⁾ vgl. Jürgen F. Baur/ Rolf Stürner (fortgeführt), Sachenrecht begründet von Fritz Baur, 18. Auflage, 2009, § 12 I 2 Rn.2, S. 138.

⁽⁶⁰⁾ 例として、BGB 第1027条（地役権の侵害：地役権者に第1004条の権利がある）、第1065条（用益権の侵害：所有権に基づく請求権の準用）、第1227条（質権の侵害：所有権に基づく請求権の準用）、ドイツ地上権法第11条（所有権に基づく請求権の準用）が挙げられる。vgl. Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 3 S. 138.

れている⁽⁶¹⁾。のみならず、法的類推をなしうる範囲内において、すべての絶対権及び法的に保護された地位、例えば、人格権の保護、「設備され、開業された営業」の保護、「個人の名誉」及び「営業上の名誉」の保護、「信用」の保護などに準用されるべきものと解されている⁽⁶²⁾。

また、今日的な意義としては、直接適用のみならず、準用という局面において、妨害排除請求よりも高度な実務上の意義を有するとされ、第一に、科学技術の発展に伴って現れた環境汚染などを始めとする生活妨害一般、即ち、インミッションの原状回復を求める場合に、多数の人々が互いに緊密に連携して請求する場合に適用され、第二に、同様に発達した新聞、ラジオ・テレビ放送、インターネットなどのマスメディアによって拡大した人的範囲・個人の私的範囲にも適用される⁽⁶³⁾。

(61) 例えば、BGB 第12条（氏名・名称権の侵害）、HGB 第37条2項（商号の無権限使用による権利侵害）、BGB 第862条（占有侵害）、特許法第139条（発明権侵害）、著作権法（Urheberrechtsgesetz, BGBl. I S. 1273）第97条（著作権等の違法侵害に対する停止・損害賠償請求）、第98条（複製物の廃棄、回収、複製の停止請求）、BGB 第1134条（土地の品質低下による抵当権侵害）、意匠法第42条（登録された意匠の侵害：旧 Geschmacksmuster Gesetz、現行は Design Gesetz[2014] に法律名の変更）、商標法第15条（商標権侵害の除去請求等）、不正競争防止法（Unlauterer Wettbewerb Gesetz）第8条1項（除去・停止請求）、同条3項1号（請求権者：あらゆる競合他者）、第3条（不正な法律行為の禁止）、第4条9号（模倣による宣伝広告）、競争制限禁止法（GWB）第33条（競争の制限された行為）などにおいて見られる。vgl. Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 3 S. 138.

(62) この点に関して、Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 3 S. 138は、Larenz/ Canaris, SchuldR II /2, 13. Aufl. 1994, § 86を引用し、更に、類推適用の有益な例として、本稿（第4節 第3款）において詳細に検討するBGH, Urt. vom 13. 3. 1998 - V ZR 190/97, NJW 1998, S. 2058, 2059（公衆の利用に供される位置指定道路の通行妨害の事案）を掲げている。

(63) BGH, Urt. vom 25. 11. 1986 - VI ZR 57/86, BGHZ 99, S. 133は、名誉を毀損する意見が表明され、これが継続している場合には、被害者には、妨害排除及び不法行為を

第3項 侵害と侵害の違法性

1. 侵害の意義

所有権の侵害は、BGB第1004条に基づく請求で解決するが、占有の侵奪と不適法留置は解決しない（これは特別規定たる同法第985条〔所有権に基づく返還請求権〕の範囲である）。侵害は、他人の行為の結果、あるいは、状態の保持の結果として生ずる。

侵害事案を類型化すると、次のようになる⁽⁶⁴⁾。

①隣人Bは、隣家Aの同意なくして（所有者Aの意思に「反して」—良くいえば意思なく—）、Aの土地を公道への通行として利用している。

②隣人Bが、騒々しいダンスカフェのために広々とした住居を建築した。その隣家のAが阻止しようとする前に、Bは土地をCに譲渡した。新所有者Cは、引き続いてカフェを営業している。

③激しい雨の際に、高いところに位置するBの土地からの土砂が隣人Aの土地を押し流した。それでもなお、Bは、擁壁の設置によって危険予防措置を講ずることを拒絶している。

④あるカメラマンは、許可なく他人の土地に立ち入り、写真を営業上利用するために、大抵は外からでは見られず、文化財の保護下にある建物の写真を撮った⁽⁶⁵⁾。

理由として、侵害者に対し、意見表明を停止すべき義務があるという謝罪広告を請求する権利があるとした。

⁽⁶⁴⁾ Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 6 S. 139.

⁽⁶⁵⁾ 私所有地に立ち入って、建物の写真を撮影する行為には、第1004条が適用される。例えば、BGH, Urt. vom 20. 9. 1974 - I ZR 99/73, NJW 1975, S. 778を参照。この点に関しては、Schmieder, NJW 1975, S. 1164; Pfister, JZ 1976, S. 156; Baur, JZ 1975, S. 493; Kübler, FS Baur, 1981, S. 51; OLG Bremen, Urt. vom 27. 1. 1987 - I U 58/86 (a), NJW 1987, S. 1420も参照。

しかし、公道からの写真撮影の事案において、BGH, Urt. vom 9. 3. 1989 - I ZR

⑤自己の意思に反して、自己の郵便受けに宣伝用のピラが投函された⁽⁶⁶⁾。

既にこの事例が示すように、第1004条という規定自体には土地への制限がないのに、土地には第1004条の適用範囲がある。

⑥占有侵奪が現れない動産所有権の侵害は稀である。被告は、自分の製造したミネラルウォーターを原告の所有する瓶に注ぎ入れた。ここでは、一まだ被告の手元にある瓶に関する返還請求権と並んで一停止請求権が正当として認められる⁽⁶⁷⁾。液化石油ガスタンクへの他人による充填の場合も同様である⁽⁶⁸⁾。

⑦企業は、自己の所有するヘルメットへの労働組合の広告を許容する必要はない⁽⁶⁹⁾。また、ケーブルネットへの信号の無権限供給という事案がある⁽⁷⁰⁾。

⑧所有権侵害として効果を現す権利の高唱ないし自慢 (Rechtsberühmung) も考えられる。即ち、Aは有名な個人の美術品収集家である。Aは本物の「ピカソ」の所有者である。Bは、美術品収集家のサークルにおいて、この絵画は、自分の所有物であり、戦後の混乱の中で自分が紛失したものと主張した。ここでは、Aは、Bに対し、Bが所有者ではない

54/87, BGHZ 44, S. 289=NJW 1989, S. 2251は、異なる見解を示し、公道から撮影し、既に流布した写真の中には侵害は存在せず、著作権法 (UrhG) 第59条1項による流布権を予備的にのみ考慮するとしている。

(66) BGH, Urt. vom 20. 12. 1988 - VI ZR 182/88, BGHZ 106, S. 229.

(67) BGH, Urt. vom 10. 4. 1956 - I ZR 165/54, DB 1956, S. 892= LM § 1004 BGB Nr. 27.

(68) BGH, Urt. vom 15. 9. 2003 - II ZR 367/02 NJW 2003, S. 3702; BGH, Urt. vom 10. 10. 2005 - II ZR 323/03, NJW-RR 2006, S. 270. しかし、M. Wolf, LMK 2003, S. 232; Löhnig, JA 2004, S. 185による批判もある。この点に関しては、後述する。

(69) BAG, Urt. vom 23. 2. 1979 - 1 AZR 172/78, AP 1980, Art. 9 GG Nr. 30.

(70) BGH, Urt. vom 19. 9. 2003 - V ZR 319/01, BGHZ 156, S. 172.

この確認を求めて訴えを提起しうるかという問題が生ずる（ZPO 第256条）。しかし、この事は、Bが引き続き自信を持って自己の所有物であると主張することを排除しない。そこで、Aは、Bに対し、BGB 第1004条によって、妨害の停止を請求する権利を有する⁽⁷¹⁾。

2. 侵害の除去と損害賠償請求

所有権の侵害に伴い、不法行為に基づく損害賠償請求をすることもできる（BGB 第823条、日民第709条）。しかし、言うまでもなく、この場合には、加害者に故意または過失が必要である。この点において、物権的原状回復請求とは一線が画される。

しかしながら、所有権侵害事案において、侵害が継続して行われているときには、妨害の原因を除去すべきである（BGB 第1004条）。

ライヒ裁判所の判例は、Yの石炭倉庫に隣接するほた山から火が出て、X鉄道の線路地たる土手に延焼し、列車の運行が阻害されたという事案において、Yの石炭倉庫がある限り、X鉄道に対する侵害が継続しているという理由により、Yに対し、石炭倉庫を鉄道路土手の近くから除去・移転するよう命じた⁽⁷²⁾。この判例の傾向については、「除去請求」の箇所でも論ず

(71) 近時の判例として、BGH, Urt. vom 24. 10. 2005 - II ZR 329/03, NJW 2006, S. 68. は、Oskar Schlemmerが1931年に描いた“Rote Mitte”に関して、Bのような人物が、真の所有者Aに対してではなく、サークルにいる他の第三者に対し、本当は自分がこの作品の所有者であると高唱する（自慢する〔berühmen〕）ときには、所有権を有する当事者Aは、Bに対し、BGB 第1004条により、そのような高唱の停止を請求することができるとしている。この点に関しては、Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 31も参照。

(72) RG, Urt. vom 19. 12. 1929, RGZ 127, S. 29, 35（鉄道土手火災事件）。

本件は、ライヒ裁判所において、OLG Hammに破棄差戻とされたので、Yは、Xがほた山の存在を了解しており、また、土手が炭鉱と同じ素材でできており、延焼し

る。

3. 侵害の違法性

(1) 違法性と受忍義務

前掲した類型において、①隣人の土地を無断で使用する、②住宅街に夜間も騒々しいダンスカフェ用の建物を建築し、営業している、③激しい雨により、高いところに位置する土地から土砂が崩れ落ちて、その下に位置する所有者の土地を押し流したが、更なる危険があるのに、高地所有者は危険予防措置を講ずることを拒否しているなど、侵害は、人の行為または状態によって惹起される。しかし、この違法性は、所有者を始めとする物権者の受忍義務によって失われる(第1004条2項)。この受忍義務には、私法上または公法上のものがある。

(2) 私法上の受忍義務

まず、私法上の受忍義務は、所有者の一方的な事前の同意、義務によるまたは事実上の忍容、契約などから生ずる。例えば、①Aが、隣人Bに対し、Aの所有する土地に建築資材を置くことを許す、②Aは、その時々における近隣の土地所有者が自己の家のために必要な供給配管を設備するにつき、Aの土地を越境して用いることを認めるなどである(BGB第1018条〔地役権〕⁽⁷³⁾)。

やすい素材であったことから、Xに共同の故意・過失(BGB第254条)が成立すると主張したところ、差戻控訴審たるOLG Hammは、Yの主張を容れ、原状回復費用の50パーセントしか認めなかった(残りはXの負担)。そこで、Xが上告したところ、RG, Urt. vom 17. 11. 1932, RGZ 138, S. 327 (S. 330-331)は、BGB第1004条の費用償還請求に関して、BGB第254条の適用を認め、原審判決を維持した。

⁽⁷³⁾ Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 9 S. 140.

BGH, Urt. vom 24. 2. 2006 - V ZR 145/05, NJW-RR 2006, S. 917は、土地の旧所有

受忍義務は、法律から直接に発生することもありうる。主たる適用事例は、相隣法上の受忍義務である。とりわけ、所有者は、本質的ではない侵害ないし慣習があるとき（BGB 第906条〔ガス、蒸気、臭気など計量不能な物質の近隣地からの侵入〔Zuführung〕は土地所有権の侵害でない限り禁止しえない〕）、あるいは、解釈上の争いがあるものの、相隣的な共同体の関係がその受忍を要求しているときには、隣人の土地から発した作用によって自己の土地に生じた侵害については、停止の訴えで阻止することはできない。更に、緊急避難という観点（BGB 第228条〔防衛的緊急避難〕、BGB 第904条〔侵害的緊急避難—第三所有者の侵害受忍義務〕）からも、受忍すべき侵害権能が現れうる⁷⁴⁾。

者が電気供給契約に基づいて使用していた変電設備のある土地を購入したXが、電気供給事業者Yに対し、変電設備の撤去を請求したという事案である。土地登記法修正法第9条1項は、エネルギー供給設備（電気、ガス、遠隔地暖房の配線・配管設備など）のための土地には制限的人役権が設定されると規定する一方で、他方、同条2項は、料金顧客との電気供給契約に関する普通取引約款に関する命令（AVBEltV）などにより、土地所有者がエネルギー設備の受忍義務を負う場合には、1項の規定を適用しないと規定するので、Yに制限的人役権があるか否かが争点となった。

BGHは、修正法第2条2項の適用により、1項の制限的人役権は成立しないものと判示した。また、BGHは、上記命令第8条（土地利用権）4項が、「電力受給が設備されたときには、所有者は、自己の土地上看られる供給施設を5年間無償で受忍しなければならない。但し、これが彼に要求されない場合は、この限りではない。」と規定するところ、本件においては、前所有者の建物解体に伴い、電気供給が中止され、更に5年が経過していることから、Xの受忍義務は消滅しているとして、Xは、Yに対し、BGB 第1004条により、変電設備の撤去を請求することができるものと判示した。

74) Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 9 S. 140.

(3) 公法上の受忍義務

次に、公法上の受忍義務は、法律または行政管理行為を、その根拠とする。例えば、自己の土地の上空を航空機が運航することを受忍し、道路位置指定のように、公共の利用に指定された土地については、所有者であっても、公共の利用を受忍すべきものとされる。

ドイツの判例上問題となった事案として、私的な団体 Y₂ が麻薬中毒患者の支援センターを設立したところ、支援センターを訪問し、あるいは支援センターに宿泊する麻薬中毒患者の往来により、X らの所有地が侵害され、また、近隣の道路・歩道の通行が侵害されたとして、近隣の住民 X らが、その団体に土地を使用賃貸した Y₁ (第一被告) と支援センター団体 Y₂ (第二被告) に対し、妨害の除去を請求したというものがある。

BGH は、第一に、Y₂ に土地を使用賃貸した Y₁ は、X らとの関係において間接侵害者であると認定し、妨害排除請求の原因になると判示した。しかし、第二に、支援センターは私法上の体制ではあるが、麻薬中毒患者の支援という点に公的な利益があるとして、X らに受忍義務を認め、その代わりに、X らには、Y に対し、相隣法上の補償請求権があると判示した⁽⁷⁵⁾。判旨は、次のとおりである。

【判旨】

「a) 控訴裁判所において認定された原告の土地への侵害、及び、これに対する通行妨害は、BGB 第1004条1項の意味における所有権の侵害である。それは、防御能力の制限される単なる観念的もしくは美的な影響を越えている (Senat BGHZ 54, S. 56, 59; BGHZ 95, S. 307, 309)。近隣の前の歩道のような公道に関する通行を遮るということは、所有者の妨害除去請求と矛盾しない (Senat, Urt. v. 13. März 1998, V ZR 190/97, NJW 1998, S. 2058 f)。

b) 侵害があるということは、被告を侵害者と評価しなければならない。もちろん、原告の土地への侵害及び通行妨害は、直接に、被告の行為によってな

⁽⁷⁵⁾ BGH, Urt. vom 7. 4. 2000 - V ZR 39/99, BGHZ 144, S. 200.

されていない。直接の行為侵害者は、近隣の土地の前に建設された麻薬界の参加者である。しかし他方、BGB 第1004条の意味における行為侵害者は、相当因果関係あるやり方で自己の意思を実現することによって、近隣の人々の侵害を惹起する者である（間接侵害者；Senat BGHZ 49, S. 340, 347）。

aa) この前提は、麻薬中毒患者支援センターの経営を通じて、第二被告の側で実現される。麻薬中毒患者と麻薬密売人の集まり、ならびに、これに伴う原告の土地への侵害と、麻薬常習者の道具（Fixerutensilie）、血液、そして汚物が、麻薬中毒患者支援センターの経営の相当因果関係ある効果である。入・退出の際に路上で惹起されるクラブ訪問者の喧噪と同様（BGH, Urt. v. 11. Juni 1963, III ZR 55/62, NJW 1963, S. 2020）、または、バス停留所で待つ積み残し客による侵害（Senat, Urt. v. 21. September 1960, V ZR 89/59, JZ 1961, S. 498）は、その事情が麻薬中毒患者支援センターと典型的に結びついており、これに責任を負わせるべきである。

bb) 第一被告も、間接的な行為侵害者である。そこで侵害となる経営が行われる土地の所有者と使用賃貸人たる法的地位は、この点の基礎となる。ライヒ裁判所は、確立した判例において、土地の所有者が、かの行為につき許可をして自己の土地を委ねたとき、または、使用賃貸借の後に、所有者が、使用賃貸借人に対し、不法な、他人の所有権を侵害する賃借物の使用を妨害することを停止するときには（RGZ 47, S. 162, 163 f; RGZ 97, S. 25, 26; RGZ 134, S. 231, 234; RGZ 159, S. 129, 136）、土地の所有者は、自己の使用賃貸借人の侵害行為に関して責任を負わされうることを起点とした。当民事部は、原則として、この結論を採り、侵害的な使用に対する停止という事案に関して、除去請求権が妨げとなる侵害者の契約約款があるために失敗する必要はないということを強調してきた（BGHZ 129, S. 329, 335; BGH, Urt. v. 11. November 1966, V ZR 191/63, WM 1966, S. 1300, 1302; vgl. auch BGH, Urt. v. 7. Januar 1966, V ZR 94/65, WM 1966, S. 343, 345 f; BGH, Urt. v. 10. Juli 1998, V ZR 60/97, WM 1998, S. 2203）。

「しかし、妨害排除請求権は、麻薬中毒患者支援施設に存在する公共の利益には負ける。BGHの確立した判例によると、その侵害となっている作用が、公共の利益にあり、公法上の担い手、あるいは、本件のように、直接、公共の利益を義務づけられた共通の価値ある施設を起点とする任務の実現に資すると

きには、営業または施設の中止をその効果とする妨害排除を請求することはできない(BGHZ 29, S. 314, 317〔高速道路〕; Senat, Urt. v. 21. September 1960, V ZR 89/59, JZ 1961, S. 498 f〔バス停留所〕などの判例を多数引用指示する〔筆者註〕)。

確かに、妨害排除請求権の制限は、あらゆる優先的な利益に関しては、特別な法規を必要とすべきものという批判に遭遇する。しかし、当民事部は、この公共性において、この批判に同調することはできない。包括的な法規が欠けている場合には、判例によって発展した原則は必要不可欠である。本件のように、公共の利益が法的な表明と見られるときには、制度上の願望として、その批判は考慮される。しかし、所有権に対応し、相当性の原則や最小侵害の原則を保持し、補償給付を通じて、受忍義務(BGB第1004条2項)を調整するという運用をする場合には、公共の利益との関係で妨害排除請求権を制限することを憂慮する必要はない。』

「BGB第823条による損害賠償請求権は、考慮されない。この規定の意味においても、被告に責任ありとする、原告への違法性ある所有権侵害は見られない。これは、公共の利益において理由とされるBGB第1004条2項による受忍義務から導かれる。」

(4) 受忍義務の抗弁の性質

BGB第1004条2項の受忍義務は、権利阻止の抗弁(Einrede)か、権利不存在の抗弁(Einwendung)かという問題がある。即ち、侵害者が侵害に関して援用する権利は、権利阻止の抗弁か、それとも権利不存在の抗弁かに関して争いがある。

この問題については、確かに、ライヒ裁判所の判例は、権利阻止の抗弁と解していた⁽⁷⁶⁾。しかし、侵害の違法性は、請求の実体的な要件と解され

⁽⁷⁶⁾ RG, Urt. vom 13. 4. 1934 - VII 324/33, RGZ 144, S. 268, 271. 本判決は、権利者が受忍義務を有するときには、侵害者に対する妨害の除去請求と将来の妨害停止請求を排除するというBGB第1004条2項の規定は、通説によると、被告が侵害それ自体に対して主観的権利(subjektives Recht)を要求するときには、真正な権利阻止の抗弁を根拠とすると述べている(RGR-Komm. BGB, § 1004 Anm. 6, § 986 Anm. 1を引

ている⁽⁷⁷⁾。また、侵害の立証責任を明らかにするために、否定的に把握されるに過ぎない⁽⁷⁸⁾。したがって、権利不存在の抗弁と解すべきである⁽⁷⁹⁾。

第4項 侵害者

侵害者は、行為侵害者と状態侵害者とに区別される⁽⁸⁰⁾。

まず、行為侵害者とは、行為責任者とも言い、積極的な作為または義務違反による不作為という故意行為により、責任ある効果をもたらした者のことを言う。

行為侵害者の類型として、①Bは、隣人Aに無断で、Aの庭に自分の家庭排水を通過させている、②Bは、法定された保全措置を何ら執らずに、自分の土地に炭化水素を保管していたところ、これが隣地に漏出し、Aの土地を汚染した⁽⁸¹⁾、③Bは、宿泊施設のオーナーとして、夜間、騒々しい訪問客を宿泊させている、などがあり、前掲した麻薬中毒患者支援セン

用指示する)。

⁽⁷⁷⁾ BGH, Urt. vom 30. 5. 2003 - V ZR 37/02, BGHZ 155, S. 99.

⁽⁷⁸⁾ Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn.11, S. 141.

⁽⁷⁹⁾ 境界越境建築と受忍義務に関する BGB 第912条の位置づけに関して、Soergel/ Münch, § 1004 Rn. 240; BGH, Urt. vom 12. 2. 1986 - IVa ZR 138/83 NJW-RR 1986, S. 737は、権利不存在の抗弁 (Einwendung) と解している。因みに、BGB 第912条1項は、土地の所有者が、土地の境界を越えて建物を設置した場合において、故意または重過失により迷惑をかけたのではないときには、隣人は、その越境建築を受忍しなければならない。但し、隣人が、境界を書き換える前、または境界を書き換えた後、直ちに異議を述べたときは、この限りではないと規定する。また同条2項は、隣人は、定期の地代によって補償されるべきであると規定し、定期金の額については、越境の期間を標準とするものと規定する。

⁽⁸⁰⁾ 以下の内容に関しては、基本的に、Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 12-19, S. 141-144を参照した。

⁽⁸¹⁾ BGH, Urt. vom 4. 2. 2005- V ZR 142/04, NJW 2005, S. 1366, 1368.

ターの事例も、これに該当する。

次に、状態侵害者とは、状態責任者とも言い、直接・間接を問わず、侵害者の意思に基づいて、他人の所有権を侵害し、あるいは、侵害に相当する状態を作出した者のことを言う。状態責任は、意思によって危険な状態をもたらすこと⁽⁸²⁾、第三者によってもたらされた危険な状態をそのまま維持すること⁽⁸³⁾、あるいは、少なくとも、特別の帰責基準 (Zurechnungskriterien) と対になっている危険支配 (Gefahrenbeherrschung)⁽⁸⁴⁾に基づいている。

状態侵害の例として、以下の事案がある。

①Aの隣人Bは、C事業者が騒々しいディスコを開業すると知りつつ、自己の家をCに使用賃貸した。この場合には、Bは状態侵害者とされる。行為侵害で考えれば、Cが直接行為侵害者、Bは間接行為侵害者である。

同様の例として、マンションの一室を所有するBが、Cに対し、これを使用賃貸借に供したところ、Cは住居所有者組合の同意を得ずに、住居のバルコニーをサンルームに改築し、窓をバルコニーに換えた。住居所有者組合の構成員たるAの申立てにより、使用賃貸人Bは、裁判所の決定によって、住居を元の状態に回復すべき義務を負わされた。そこで、Aは、使用賃借人Cに対し、改築部分の解体撤去 (Rückbau) の受忍を請求した。この場合には、Aほかの住居所有者は、共有権の侵害を理由として、所有者Bに対しては原状回復を請求することができ、使用賃借人Cに対しては

⁽⁸²⁾ BGH, Urt. vom 23. 4. 1993 - V ZR 250/92, BGHZ 122, S. 283, 284; BGH, Urt. vom 17. 9. 2004 - V ZR 230/03, BGHZ 160, S. 232= NJW 2004, S. 3701, 3702.

⁽⁸³⁾ BGH, Urt. vom 12. 2. 1985 - VI ZR 193/83, NJW 1985, S. 1773, 1774; BGH, Urt. vom 22. 9. 2000 - V ZR 443/99, NJW-RR 2001, S. 232.

⁽⁸⁴⁾ BGH, Urt. vom 11. 6. 1999 - V ZR 377/98, BGHZ 142, S. 66, 70; BGH, Urt. vom 30. 5. 2003 - V ZR 37/02, BGHZ 155, S. 99, 105.

解体撤去を受忍させることができる⁽⁸⁵⁾。

85) BGH, Urt. vom 1. 12. 2006 - V ZR 112/06 (KG), NJW 2007, S. 432.

被告はBGB第1004条に言う侵害者(状態侵害者)である。「状態侵害者とは、侵害を惹起していなくとも、侵害状態が、その者の決定的な意思を介して保持されていればよい(Senat, NJW 1966, S. 1360 [1361]; NJW-RR 2001, S. 232; NJW-RR 2003, S. 953 [955])。まず、請求の相手方が侵害の元を支配すること、即ち、その除去の可能性を有することが不可欠である(vgl. Senat, BGHZ 62, S. 388 [393]; BGHZ 95, S. 307 [308]; Erman/Ebbing, BGB, 11. Aufl., § 1004 Rdnr. 120)。本件では、被告は、建物の状態について原告の所有権と相容れない住居の直接占有者として、侵害を除去すべき状況にあるので、この前提は充たされる。」

「被請求者にそれ以上の除去責任を負わせることができなければならない(vgl. Medicus, in: MünchKomm, § 1004 Rdnr. 45; Erman/Ebbing, § 1004 Rdnr. 122)。そのためには、被請求者が物の所有者または占有者であり、侵害を起点とするというのでは足りない。除去責任があるとするための要件は、BGHの確定判例によると、その侵害が妨害物の所有者または占有者の意思に起因する必要がある(Senat, BGHZ 28, S. 110 [111]; BGHZ 90, S. 255 [266]; BGHZ 120, S. 239 [254]; BGHZ 122, S. 283 [284]; BGH, NJW 1995, S. 2633 [2634]; BGH, NJW 2005, S. 1366 [1368]; BGH, NJW 1985, S. 1773 [1774]; BGH, NJW 1991, S. 2770)。これがその場面にあたるか否かは、抽象的に確認するのではなく、事案に応じて評価するという観察においてのみ確認されうる。決定的なことは、妨害物の所有者または利用者に対し、ある事象の責任を負わせるための原因があるかどうかである(Senat, BGHZ 142, S. 66 [69f.]; BGHZ 155, S. 99 [105]; vgl. auch Wenzel, NJW 2005, S. 241)。この点は、被害者が侵害の除去を請求したかどうか、あるいは侵害の受忍を請求したに過ぎないかという点に左右されない。請求の相手方たる侵害者の性質が、BGB第1004条に依拠する請求権にとって不可欠の要件に属する。」

「訴訟補佐人(使用賃貸人・所有者)は、原告の(共同)所有権を侵害する住居の建築による変更を自らなさしめ、住居所有者間に存する特別な関係を理由とするだけではなく、BGB第1004条による行為侵害者として、その除去をすべき義務を有する。この原告の訴訟補佐人に対する物権的請求権は、被告の原状回復的建築を受忍すべき義務を根拠づける。」

②Aの所有する港湾内で、Bの所有する船舶がBの関与なくして難破し、水路を遮断している。この場合には、引揚げ・撤去に高額な費用が掛かるとしても、Bには船舶の引揚義務がある⁽⁸⁶⁾。

③自治体であるB市が市街地に樹木を植栽したところ、その根が近隣土地の下水道管に侵入し、詰まってしまった。Aは、下水道管を破壊されたとして、B市に対し、古い下水道管の撤去と新しい下水道管の敷設費用を請求した。この場合には、B市は、Aに対し、Aが既に支出した下水道管の取替費用を償還しなければならない⁽⁸⁷⁾。

同様に、国や自治体が正当な行為によって設備を施した場合でも、その後、土地所有者に侵害が発生した例として、戦時中に国の方針で官庁が住民のために防空壕を設置したが、その後、これが朽廃し、住民に危険が発生したという事案がある。この事案において、判例は、危険の生じた土地の所有者は、防空壕の坑道を埋める費用の償還を請求することができる⁽⁸⁸⁾と判示した。

⁽⁸⁶⁾ OGHBrZ, Köln, Urt. vom 16. 5. 1949 - II a ZS 93/48 - (Schleswig), NJW 1949, S. 623; BGH, Urt. vom 12. 3. 1964 - II ZR 243/62 (RheinschiffObG Köln), NJW 1964, S. 1365.

⁽⁸⁷⁾ BGH, Urt. vom 7. 3. 1986, - V ZR 92/85, BGHZ 97, S. 231.

「歩道から隣接する土地の下水道へと侵入し、この下水道を目詰まりさせた樹木の根を除去する場合において、下水道管が破壊されたときには、侵害者は、自己の費用で、新しい下水道管を敷設しなければならない。」

「自己の所有中に侵害され、侵害者の代わりにその侵害を除去した土地所有者は、BGB第812条（不当利得償還請求）、第818条（利得償還請求の範囲）により、侵害者に対し、目詰まりした下水道管の掘り出しと、破壊された下水道管の新たな埋設の費用とならんで、通常、失敗に終わった清掃の試みに要した費用の償還と、目詰まりの原因を調査した費用の償還を請求することができる。」

⁽⁸⁸⁾ BGH, Urt. vom 19. 6. 1963 - V ZR 226/62, BGHZ 40, S. 18, 21.

「先の世界大戦の間、防空 - 総統プログラムの枠内で建造された防空壕の一部崩壊

④Bが土地に人工的に作った池に蛙を移住させたところ、激しい騒音を発生させた。近隣住民Aらは妨害排除を請求することができるか。この問題について、判例は、旧連邦自然保護法の規定を根拠として、妨害排除請求も、相隣法上の補償請求も認めなかった⁽⁸⁹⁾。

によって、関係者において生命もしくは健康への危険が、また、坑道上の公共交通に危険が発生し、そのために、土地所有者が坑道を埋めさせられるときには、土地所有者は、これに要する費用の償還を請求することができる。」

⁽⁸⁹⁾ BGH, Urt. vom 20. 11. 1992 - V ZR 82/91, BGHZ 120, S. 239, 254.

「庭に池をつくり、これを維持し、蛙を移住させた者は、これによって惹起された騒音作用に関する侵害者である。」

「騒音インミッションを命ずる判決を下す場合には、分別ある平均人の知覚を標準とすべきである。蛙の鳴き声による騒音に関して、評価に必要な境界は、変更された環境の意識、及び自然保護法における蛙に関する種の保護を考慮しなければならない。しかし、基準値たる35デシベルに対する夜間休息時間帯における激しい侵害（本件では64デシベル）は、分別ある平均人にも要求することはできない。」

しかしながら、「人工で作られた池の蛙も、連邦種保護法（BArtSchV）第1条1項と関連する連邦自然保護法（BNatSchG：旧法）第20条1項1号に従って保護される。この法律は人工池に放された蛙にも適用される。その遂行目的を顧慮せず、蛙を調整し捕獲することは、原則として禁止される。」

「蛙の鳴き声による騒音を阻止するために成功の見込まれる基準が、自然保護法により、原則として禁止されているとしても、民事裁判所は、連邦自然保護法第31条1項1a号により、特例許可（Ausnahmegenehmigung）を顧慮するか否かを審理しなければならない。特例許可が与えられうる場合にのみ、当局の特例許可の留保の下では、騒音妨害排除に対する近隣住民への判断は可能である。これとならんで、解放申立て（Befreiungsantrag）の地位に関する近隣住民への判断が顧慮される。」

「連邦自然保護法第31条1項1a号による例外が、可能でないときには、妨害排除請求は失敗に終わる。この場合には、隣人は、蛙の騒音を理由として、BGB第906条2項2文を類推する相隣法上の補償請求権も有しない。」

「相隣法上の特別規定と同様、自然保護法上の規定は、土地の合法利用と違法利用とで区別される。作用を阻止するために成功の見込まれる基準が、自然保護法により

連邦自然保護法は、生息する動物種と植物種を保護する法律（連邦種保護法）と関連し、動物と植物を保護している。人工池に放された蛙も自然動物に含まれると解されたのである。

第2款 BGB第1004条に基づく除去請求と差止請求

第1項 除去請求

1. 除去請求の意義と理論

自己の所有権を侵害された者は、侵害者に対し、「その侵害の除去を請求する」ことができる。その前提要件は、侵害がなお存続し、いつでも新たな侵害が発生しうるという状態が与えられていることである⁽⁹⁰⁾。

除去請求の意義に関する学説のうち、従来多数説は、「侵害原因説 (Störquellentheorie)」と称される。この学説は、除去請求について、侵害行為の「反対行為 (actus contrarius)」を請求し、侵害原因となっている設備・施設の除去を請求するものと解している⁽⁹¹⁾。また、「有用性回復説 (Wiederbenutzbarkeitstheorie)」と称される有力説は、侵害除去請求の内容にまで踏み込み、所有物の有用性を、所有権の内容に応じた状態にまで回復させる原状回復請求と解している⁽⁹²⁾。更に「篡奪説 (Usurpationstheorie)」

禁止されている限り、その作用は違法ではない。」

⁽⁹⁰⁾ Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 20, S. 145.

⁽⁹¹⁾ F. Baur, AcP 160 (1961), S. 465, 487ff.; Larenz/ Canaris, II /2, § 86 V 3. これを批判する学説については、Staudinger/ Gursky, § 1004 Rn. 137ff.; Soergel/ Münch, § 1004 Rn. 302ff.; Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 23; Waas, VersR 2002, S. 1205を参照。

⁽⁹²⁾ Vgl. Habersack, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 132; Wenzel, NJW 2005, S. 241, 243; M. Wolf, Sachenrecht, 23. Aufl. 2007, § 14 II 2, Rn. 320. 判例として、BGH, Urt. vom 4. 2. 2005 - V ZR 142/04, NJW 2005, S. 1366 (炭化水素水漏出事件)がある。

この2005年2月4日BGH判決は、「BGB第1004条1項1文によると、侵害者は、

と称される学説は、除去請求について、所有権を侵害している人や物を除去することによって、他人の所有権から撤退させるという意味と解する⁹³⁾。

従来は、侵害原因説が通説であったが、近時の判例は、侵害原因説の発展形態たる有用性回復説に従い、「反対行為」のみならず、除去義務の中で、主要な侵害の除去とともに、直接的かつ不可避的に発生する「二次的な」侵害も把握している。

例えば、「炭化水素水漏出事件」においては、汚染された土を除去した

持続している (Senat, BGHZ 28, S. 110, 113) 所有権侵害を除去しなければならない。これは、侵害者は、所有権の内容に応じた状態を回復するということを意味する (Motive III, S. 423; Soergel/Mühl, § 1004 Rdn. 112)。それゆえ、いずれにせよ、侵害原因の除去という責任を負う (Erman/Ebbing, § 1004 Rdn. 64; Erman/Hefermehl, § 1004 Rdn. 7; Jauernig, § 1004 Rdn. 7; MünchKomm-BGB/Medicus, § 1004 Rdn. 71; Baur/Stürner, aaO, Rdn. 7, 20; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., S. 698, 700; Mertens, NJW 1972, S. 1783, 1785; Stichelbrock, AcP 197 [1997], S. 456, 464 ff.)。したがって、その場合には、土壤汚染により、土地の上、または、その地下に見られる有害物質を除去すべき責任を負う。これは、この物質が、土壤との付合を原因として、独立して取り除くことができず、それゆえ、除去できない場合にも、適用される (Senat, Urt. v. 1. Dezember 1995, V ZR 9/94, NJW 1996, S. 845, 846; Erman/Hefermehl, § 1004 Rdn. 21; Jauernig, § 1004 Rdn. 7; Wolf, aaO, Rdn. 319; Kluth, WiB 1996, S. 275; Stichelbrock, AcP 197 [1997], S. 456, 480。)として、単なる侵害の除去のみならず、所有権の状態に応じた原状回復という一歩踏み込んだ内容となっている。しかし、本件は、汚染水の漏出が第三者の手によるものという点が立証され、被告の責任は否定された。なお、有用性回復説の萌芽は、既に前掲した RG, 19. 12. 1929, RGZ 127, S. 29, 35 (鉄道土手火災事件) に現れている (Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn.20, S. 145)。

⁹³⁾ Vgl. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 147; Gursky, JZ 1996, S. 684f.

後に、再び盛り土をするという原状回復請求が認められると言う⁹⁴⁾。

また、侵害した水道管を除去した後に、土地を復旧すべきものとした判例もある⁹⁵⁾。同様に、侵害した樹木の根を除去する際に、テニスコートの

94) BGH, Urt. vom 4. 2. 2005, NJW 2005, S. 1366, 1368. 本判決においては、前掲した内容に加えて、次のような判例法理が論じられている。即ち、

「BGH, 特に当民事部の確立した判例によると、侵害者は、主要な侵害の除去によって、それ以上に、必然的に発生するような所有権侵害の除去義務を負う。侵害している樹木の根が近隣の土地から下水道管に侵入し、この下水道管を破壊したという場合に、この樹木の根を除去する必要があるときには、侵害者は、新しい下水道管を敷設しなければならない (Senat, BGHZ 97, S. 231, 236 f.; BGH, Urt. v. 26. April 1991, V ZR 346/89, NJW 1991, S. 2826, 2828; BGH, Urt. v. 21. Oktober 1994, V ZR 12/94, NJW 1995, S. 395, 396; BGH, Urt. v. 8. Dezember 1999, IV ZR 40/99, NJW 2000, S. 1194, 1196 f.)。このような樹木の根を除去するために、侵害された土地の上にあるテニスコートのコーティング (Tennisplatzbelag), または、舗装 (Plattenweg) を除去しなければならないときには、侵害者は、これら施設の原状回復義務を有する (Senat, BGHZ 135, S. 235, 238; BGH, Urt. v. 28. November 2003, V ZR 99/03, NJW 2004, S. 603, 604)。土地の所有権が、そこに残っている遠隔地暖房の配管によって侵害されたときには、土地所有者は、BGB 第1004条1項1文により、配管の除去とならんで、この装置によって侵害された土地の形状を原状回復することも、請求することができる (Senat, Urt. v. 24. Januar 2003, V ZR 175/02, NJW-RR 2003, S. 953, 954)。この種の侵害除去のための侵害は、主要な侵害の更なる結果として発生するような侵害とは区別される。故意・過失に依存しない妨害排除責任が、その範囲において、故意・過失に依存する不法行為責任と境界を設定すべきものと、控訴裁判所が論じた問題は、この更なる侵害の効果に関してのみ、設定される (Senat, BGHZ 97, S. 231, 237)。これに対して、侵害除去の結果として発生する侵害は、BGB 第1004条1項1文の目的により、難なく、除去義務の中に含まれる (Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., S. 701; vgl. auch Herrmann, JR 1998, S. 242, 243; Roth, JZ 1998, S. 94, 95; Wolf, LM § 254 BGB [Bb] Nr. 13; Stichelbrock, AcP 197 [1997], S. 456, 466)。」

95) BGH, Urt. vom 24. 1. 2003 - V ZR 175/02, NJW-RR 2003, S. 953, 954.

コーティングや道路舗装にも侵害が発生した場合には、そのコーティングや舗装のやり直しという原状回復を認める判例もある⁽⁹⁶⁾。同様に、街路樹の根が下水道管に侵入し、下水道管を破壊したので、根の除去と同時に、古い下水道管の取り出しと、新しい下水道管を建造した費用の償還も認められている⁽⁹⁷⁾。

しかし、学説は、判例の傾向に反対を表明し、多くの事案において、侵害の効果はすべて現実に把握されていなければならないとして、二次的侵害は、BGB 第823条、第249条の要件を充足してのみ、不法行為に基づく損害賠償請求の対象とすべきものと主張している⁽⁹⁸⁾。

そこで、除去請求と損害賠償請求との関係が問題となる。

2. 除去請求と損害賠償請求との関係

BGB 第249条は、損害填補の方式と範囲に関する規定である。まず、損害填補義務を負う者は、填補を義務付ける事情が生じなかったとすれば存在したであろう状態を原状回復しなければならないと規定し（1項）、次に、人の傷害または物の損壊により損害の填補をしなければならないときには、債権者は、状態の回復に代えて、そのために必要な金額を求めることができると規定する（2項1文）。本条においては、原状回復との関係において、金銭賠償の適用可能性が問題となる。

次に、BGB 第251条1項は、期限の定めのない金銭賠償に関する規定であり、状態の回復が不可能または債権者の損害填補に不十分である場合に

⁽⁹⁶⁾ BGH, Urt. vom 18. 4. 1997 - V ZR 28/96, BGHZ 135, S. 235, 238; BGH, Urt. vom 28. 11. 2003 - V ZR 99/03, NJW 2004, S. 603, 604.

⁽⁹⁷⁾ BGH, Urt. vom 7. 3. 1986 - V ZR 92/85, BGHZ 97, S. 231, 236; BGH, Urt. vom 8. 12. 1999 - IV ZR 40/99, NJW 2000, S. 1194, 1196.

⁽⁹⁸⁾ Vgl. Baur/ Stürner, aa.O., § 12 Rn. 20-21, S. 145-146.

は、填補義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償しなければならないと規定する。また同条2項1文は、状態の回復が不相当な費用によってしか可能でないときには、填補義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償することができる規定する。

しかし、妨害の除去請求は、原則として、金銭賠償の対象ではない。そこで、金銭賠償債務が発生するには、畢竟、BGB第823条による違法性ある不法行為の要件を充足する必要がある。同条1項は、故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負うと規定する。

したがって、物権的妨害除去請求における二次的侵害に関してBGB第249条以下の損害賠償規定を充足するには、第823条の前提要件を充足する必要がある。

判例に現れた事案として、前掲した「鉄道土手火災事件 (RGZ 127, S. 29, 35に続く RGZ 138, S. 327)」においては、BGB第254条が適用され、鉄道用の土手が炭坑と同じ材料でできており、その結果、火の回り方が助長されたという理由により、鉄道会社が連帯して責任を負うのは明らかだとして、原状回復費用の50パーセントが減額され、半額が被害者たる鉄道会社の負担とされた⁽⁹⁹⁾。

BGB第254条は、共同の故意・過失 (Mitverschulden) に関する規定であり、損害の発生に被害者の故意・過失が共同で関与しているときには、損害賠償義務及び給付されるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方または他方当事者によって惹起されたのかに依存すると規定する (1項)。上記判例は、鉄道会社の共同過失を認定し、過失相殺的に、原状回復費用の償還請求を半額としたのである。この場合には、侵害の惹起に関して、被害者たる土地所有者の関与があったとして、

⁽⁹⁹⁾ RG, Urt. vom 17. 11. 1932, RGZ 138, S. 327.

BGB 第254条の法的思考を援用したものと思われる⁽¹⁰⁰⁾。

侵害の除去に関する費用は、侵害者に負担させる。なぜなら、侵害者は侵害を除去しなければならないからである。

侵害者が明らかになるまで、所有者は待てないなどの理由により、所有者が自己の費用で侵害を除去したときには、事務管理という観点⁽¹⁰¹⁾、または不当利得という観点⁽¹⁰²⁾から、所有者は、侵害者に対し、自己の負担した除去費用の賠償を請求することができる。

第2項 差止請求

1. 差止請求の意義・要件

差止請求は、将来の侵害行為を停止させるという不作為の訴えなので、

⁽¹⁰⁰⁾ Vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 21, S. 146. この点については、その後の判例 (BGH, Urt. vom 18. 4. 1997, BGHZ 135, S. 235) も、土地所有権を侵害した樹木の根を除去した際に侵害が生じた近隣のテニスコートに関して、コート表面のコーティングをやり直すという原状回復を認めた。

⁽¹⁰¹⁾ BGB 第683条 (事務管理費用の賠償)、第684条 (事務管理者に対する本人による不当利得の返還) については、特に、BGH, Urt. vom 4. 12. 1975 - VII ZR 218/73, BGHZ 65, S. 354, 384; BGH, Urt. vom 18. 9. 1986 - III ZR 227/84, BGHZ 98, S. 235 (行為侵害者と状態侵害者との関係)、BGH, Urt. vom 2. 12. 1988 - V ZR 26/88, BGHZ 106, S. 142 (侵害した原因)、BGH, Urt. vom 8. 3. 1990 - III ZR 81/88, BGHZ 110, S. 313, BGH, 4. 2. 2005 - V ZR 142/04, NJW 2005, S. 1366を参照。vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 22, S. 146.

⁽¹⁰²⁾ BGB 第812条 1項 1文 (不当利得返還請求権)、2文旧規定、第818条 2項 (価額による利得償還) については、前掲 BGH, NJW 2005, S. 1366, 1367 (侵害者が除去費用を免れた場合には不当利得が成立する。); BGH, Urt. vom 28. 11. 2003 - V ZR 99/03, NJW 2004, S. 603, 604=JZ 2004, S. 627 Wilhelmの注釈つきを参照。また、BGH, Urt. vom 23. 2. 1973 - V ZR 109/71, BGHZ 60, S. 235, 243=JZ 1973, S. 558 F. Baurの注釈つき、更に、OLG Köln, Urt. vom 13. 10. 1967 - 3 U 222/66, OLGZ 1968, S. 24= Baur E. Slg. Fall 37を参照。vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 22, S. 146.

更に侵害が発生するおそれのある場合に認められる。それゆえ、差止請求権が認められることにより、将来の侵害行為が阻止される。差止請求は、既に発生している侵害の除去請求、即ち、侵害原因の除去請求とならんで請求されることが多い⁽¹⁰³⁾。

差止請求の意義・要件と関連して、判例（ガス容器への「他人充填」事件⁽¹⁰⁴⁾）に現れた事案を参照しつつ考察する。

【事案の概要】

XとYは、いずれも液化石油ガス業者である。Xが定型書式により締結した供給契約によると、契約期間中、Xの側で、顧客に対し、液化石油ガスの必要量を供給すべき義務を負い、Xは、顧客に対し、利用補償と引換えに、ガス容器を任意に利用させると規定されている。Xは、顧客に容器を使用させているだけであり、ガス容器はXの所有物である。XはAとの供給契約に基づき、A方において、Xの商店ロゴを付したガスタンクを地上に設置した。ところが、別の業者たるYは、Aに頼まれて、このタンクに液化石油ガスを充填した。

そこで、Xは、Yに対し、液化石油ガスタンクの所有権侵害（BGB第1004条1項）を理由として、停止請求を主張した。

地裁及び上級地裁は、Yは、Xが所有し、その所有ステッカーの付されたガスタンクに自ら充填し、あるいは他人に充填させることは許されず、充填行為を停止すべき旨を判示した。Yの申立てにより上告が許されたが、奏功しなかった。

【判旨】

「Xのタンクへの充填は、自己の意思を実現すること、即ち、売却物運搬者に対する適切な指示を与えることに起因するのであるから、Yは、BGB第1004条の意味における直接の（行為）侵害者である（vgl. BGH, NJW 1983, S. 751 = WM 1983, S. 176 [S. 177]）。YがXの所有権侵害を適切に防止したことを期待

⁽¹⁰³⁾ この前提については、Baur/Stürner, aa.O., § 12 Rn. 25, S. 147を参照。

⁽¹⁰⁴⁾ BGH, Urt. vom 15. 9. 2003 - II ZR 367/02, NJW 2003, S. 3702.

しうる措置を執ったかどうかは問題にならない。差止請求は帰責性を前提要件としない。BGHの判例によると、期待可能性という標準は、間接侵害者に関してのみ存在する (vgl. BGHZ 106, S. 229 [S. 235] = NJW 1989, S. 902; BGHZ 148, S. 13 [S. 17] = NJW 2001, S. 3265)。」

「事実認定されたXに対する所有権侵害は、反復の危険に関する事実上の推定に基づいている (BGHZ 140, S. 1 [S. 10] = NJW 1999, S. 356)。この危険がなくなるということは、Yに主張・立証の義務があるのだが、Yは立証していない。」

[考察]

BGB第1004条1項2文によると、同条1項1文の侵害が将来も反復して行われるおそれのあるときには、将来の侵害停止の訴えを提起することができると規定されているので、第一に、現在の侵害があり、第二に、現在の侵害が将来も反復して行われるおそれのあることが前提要件となる。

本件の被告Yは、A方において、Xの所有するガス容器に液化石油ガスを充填した行為について、直接の行為侵害者とされた。ガス容器への充填行為は繰り返し行われうる。そこで、現在及び将来の侵害行為を差し止める必要がある。しかし、学説によると、侵害の現在性は厳密に扱うべきではなく、最初の侵害が差し迫っている場合にも、差止請求を承認すべきものと解されている⁽¹⁰⁵⁾。

本判決からは、侵害が既に発生している場合には、反復に関して、「事実上の推定」が証拠となり、あるいは、最初の現出を立証することが証拠となるものと言うことができる。

⁽¹⁰⁵⁾ Vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 25, S. 147. パウアー／シュテュルナーは、この点に関して、BGH, Urt. vom 19. 6. 1951 - I ZR 77/50, BGHZ 2, S. 394; BGH LM § 1004 Nr. 27; F. Baur, JZ 1966, S. 381f.; Münzberg, JZ 1967, S. 689; Soergel/Münch, § 1004 Rn. 228ff. 及び引用文献を参照としている。

本判決と同様の内容に関する判例⁽¹⁰⁶⁾も同様に判示している。両判決の事案には共通する点が多いところ、2003年BGH判決の事案においては、ガス容器にXの所有ステッカーが貼られていたが、2005年BGH判決の事案においては、そのようなステッカーは貼られていなかったという点に違いがある。しかし、2005年判決は、所有者の同意を得ずに液化石油ガス容器の充填を行うことは、その容器に所有者を指示する文字が書かれていなくても、BGB第1004条の意味における所有権侵害であるとした。

しかしながら、これら判例法理に対しては、判例の背後には、所有権の保護と競争の自由との関係という問題が隠れているとして、所有権の効力を制限すべきものという観点から、学説による批判がある。

ヴォルフ (Manfred Wolf) 博士は、まず、2003年BGH判決の事案において、ガス供給事業者Xが顧客Aに対して他業者によるガス充填の禁止を普通取引約款で合意させたという点に関して、顧客に対する独占的な拘束が約款の内容規制 (Inhaltskontrolle) 違反や競争制限禁止法 (Gesetz gegen

(106) BGH, Urt. vom 10. 10. 2005 - II ZR 323/03, NJW-RR 2006, S. 270.

「タンクが技術規定に応じて充填される場合でも、権限なき他人充填は、所有者の物的支配の一部を奪い取るのであるから、Xの所有する液化石油ガス容器のYによる充填は、BGB第1004条の意味における所有権侵害である。……Xのタンクへの充填は、商品運搬車の運転手に相応の指示を与える意思確認書に起因するのであるから、Yは、BGB第1004条の意味における直接の(行為)侵害者である。」

「Yの侵害者としての性質は、Yは顧客が書面によって証明して初めて、その充填を決意したというあらゆる期待可能に着手したこと、顧客が液化石油ガス容器の所有者であり、別のガス供給者との契約上のつながりに屈しないことには基づかない。この問題は重要ではない。停止請求権は帰責性を前提要件としていない。当民事部が、2003年9月15日判決 (NJW 2003, Seite 3702) において、詳しく述べているように、BGHの判例によると、期待可能性の判断基準は、間接侵害者に関してのみ存在する (vgl. BGHZ 106, S. 229 = NJW 1989, S. 902; BGHZ 148, S. 13 [S. 17] = NJW 2001, S. 3265)。」

Wettbewerbsbeschränkungen: GWB) 違反に該当するのではないかという問題を提起している⁽¹⁰⁷⁾。

BGB 第307条1項によると、普通取引約款の規定は、それが、約款利用者の契約相手方に対し、誠実及び信義の命ずるところに反して不当に不利益を与えるときには、無効 (unwirksam) とされ (1文)、また、不当な不利益は、その規定が明確ではなく、明瞭ではないことから生ずる可能性があるとされる (2文)。また、GWB 第16条によると、経済団体及び職能団体は、自己の範囲に関して、競争規定を定めることができ (1項)、この競争規定は、カルテル庁に承認申請することができる (3項)。競争規定とは、競争における事業者の行動に関し、純粋な競争原則に反し、または、公正な競争の効力に反する競争上の行動を阻み、そして、この原則に応じた競争上の行動を活性化するという目的のための規定である (同条2項)。しかし、GWB 第16条は、不当な競争制限に対して直接に約款の無効を導く規定ではなく、カルテル庁の相当な処分を前提とし⁽¹⁰⁸⁾、カルテル庁が介入するかどうかは、競争が制度上侵害されているかどうかに拠るので、BGH は、この規範を考慮に入れることを見合わせたのだとされる⁽¹⁰⁹⁾。

⁽¹⁰⁷⁾ Manfred Wolf, Anmerkung (BGH, Urt. vom 15. 9. 2003), LMK 2003, S. 232, 233.

⁽¹⁰⁸⁾ Vgl. Immenga/Mestmäcker/Emmerich, GWB, 3. Aufl. [2001], § 16 Rdn. 121.

⁽¹⁰⁹⁾ Wolf, aa.O., LMK 2003, S. 232, 233. また、ヴォルフ博士は、事業者が国内のみならず、国際取引をも扱う事業者である場合には、欧州共同体設立条約 (EG-Vertrag) 第81条に違反する競争制限として、約款の絶対無効を導く旨を指摘する。EGV 第81条は、加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ共同体市場内の競争の機能を妨害、制限、歪曲する目的があるか、結果を生ずるような事業者間の協定、決定、協調行為は違法とし (1項)、本条の規定により禁止される協定または決定は、当然に無効とされる (2項)。ヴォルフ博士の見解によると、顧客の抱え込み (独占的拘束: Ausschließlichkeitsbindung) は、このような違法な競争制限に該当しうるので、

次に、ヴォルフ博士は、商品販売と関連して、商標等の所有者の第三者に対する利用差止請求権を制限する商標法第24条⁽¹¹⁰⁾を根拠として、所有権の制限を主張する。商標法第24条1項は、商標所有権に関して消尽原則(Erschöpfungsgrundsatz)を認め、商標権を理由とする独占的要求による競争制限効を阻止する規定である。ヴォルフ博士は、商標法第24条と類似の方法によって、所有権保護の消尽についても考えるべきものと解し、物の占有が他人に譲渡されたときには、所有権の権能の一部である使用権能は、物及びその利用価値を保護するため、所有者に替わって占有者へと移転するところ、所有権が占有者と他人との関係に介入するとは言え、所有権は消尽され、その限りにおいて、保護に値する所有利益は失われると主張し、この場合には、所有者は、商標法第24条2項の類推適用により、自己の所有権の侵害に対し、独立して異議(本件ではガスタンクの所有権が変更され、悪化されたなどという異議理由)を述べることができるに過ぎないと主張し、2003年9月15日BGH判決に反対している⁽¹¹¹⁾。

国内法では、BGB第307条による約款の無効(unwirksam)、また、契約の一部無効の場合における残部契約の有効性判断(BGB第306条、第139条)という問題になるものと指摘する。

⑩ 商標法第24条(消尽[Erschöpfung])

第1項 商標または取引上徴表(geschäftliche Bezeichnung)の所有者(inhaber)は、第三者に対し、この第三者による、もしくは、この商標または取引上の徴表の下で、国内、欧州共同体の他の加盟国、あるいは、欧州経済圏に関する協定の締約国における同意により、取引される商品に関する商標または取引上徴表を利用することを差し止める(untersagen)権利を有しない。

第2項 その商標または取引上徴表、あるいは他の商品販売とのつながりにおいて取引上の徴表を利用する徴表の所有者が、権利者たる理由に基づいて異議を申し立てた場合、とりわけ、その商品の状態が、なされた取引によって変更され、または品質を低下せしめられた場合には、第1項の規定は適用しない。

⑪ Wolf, a.a.O., LMK 2003, S. 232, 234.

要するに、ヴォルフ博士の見解は、所有権は、第三者に対する独占的拘束を保護するため、無制限に考慮されるべきではなく、所有権の保護内容と権能の配分内容は、とりわけ、競争の自由や契約の自由に対して、慎重に吟味され、制限されなければならないと主張するものである。

2. 差止請求に関する判例法理

(1) 芸術作品のレプリカの模倣・搾取利用—リング聖母子事件⁽¹¹²⁾

【事案の概要】

Xは、宗教芸術作品の複製を生業としている。Xは、自身で製作した作品に関して、広範囲に宣伝し、「美術館彫刻」というタイトルによるカタログによって、また、見本市への展示によって、宣伝した。原作品がA市の所有にかかるS美術館にある「リング聖母子 (Apfel-Madonna)」の複製品も、観客には大きな類似点が見られるXの複製品に属する。この聖母子(リングに手を伸ばす子とマリア)の原作品は、15世紀に製作され、元々は高さが123センチメートルである。その聖母子像は、以前は、ダイヤ飾りや豪華な金銀線細工で装飾が施され、美術館の管理から離れた宝冠を身につけていた。Xは、この聖母子像から、鋳造手法で、高さ42センチのものと、高さ130センチの複製品を製作した。亡き彫刻家Fは、Xのために、大きさ42センチの鋳造モデルを製作した。

Yは造形彫刻家である。Yは、Xが複製品を流通させている彫像から、木材で複製品を彫り、「リング聖母子」からも、44センチ、60センチ、70センチの高さで、44センチモデルの台座は、Xの42センチモデルのものよりも2センチ高いだけの大きさで彫り、売っていた。Yは、Xの合成樹脂作品の木彫複製品に関してB商会から要求された代金よりも安い代金で、その複製品を売っていた。手彫りによる繊細な仕上げが完成するまで、Yは、粗仕事を仕上げるために、フライス盤を利用した。

Xは、Yの行為は許されないものと主張し、行為の差止めを請求した。

⁽¹¹²⁾ BGH, Urt. vom 13. 10. 1965, Ib ZR 111/63, BGHZ 44, S. 288 „Apfel-Madonna“

〔Xの主張〕

Xは、S美術館の前館長から、リング聖母子を複製し、この複製品を流通に置くことの独占的権利を与えられたと主張する。このため、Xは、S美術館に対価を支払わなければならない。美術館は、「リング聖母子」をXに一時的に託すとともに、他の彫刻の場合にも見られるような鑄造模型を製作することができた。Xには「ライセンス」が譲渡されたので、Yには「リング聖母子」のあらゆる専門的造形(Fachbildung)が禁じられる。その他、Yは、自ら主張するように、原作品もしくは写真によって自己の複製品を製作するのではなく、その専門的造形の場合に、原作品と異なり、子どもが手をリングの上に乗せるという類似の修正及び変更とともに、合成樹脂で製作した聖マリアを42センチメートルの大きさを木彫品の基礎とし、この修正及び変更を企てた。その際、Yは、代理商を通じて、この木彫品は、B商事よりも安価で製作することができると意思表示した。Yは、この行為によって、S美術館側から供与される保護権に違反するのみならず、所有権侵害、著作権侵害、そして、不正競争防止法の規定にも反している。

Xは、Yが「リング聖母子」(子を抱いたマリア)の複製品を売りに供すること、販売すること、または、その営業のためにする宣伝においてリング聖母子を指示すること、もしくは指示させることを停止せよとの判決を求めるため、本訴を提起した。

第1審判決はXの訴えを棄却したが、第2審判決は、Yの行為が不正競争防止法第1条に違反するとして、Xの請求を認容し、Yに対し、複製行為の停止を命じた。Yは上告し、第2審判決の取消と第1審判決の復活を求めた。

【判旨】 原判決破棄、自判。

「19 1. a) 著作権による請求は、問題にならない。理由は、作られた美術品が15世紀由来のものであるため、著作権は存在せず、その作品は、むしろ公共のものだからである。それゆえ、著作権を理由としては、誰もその複製を禁ずることはできない (Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. S. 279)。Xに譲渡されえたという著作権に基づく、美術品複製の差止請求権は美術館にはない。

20 b) 他方、Xは、固有の権利に基づいて、著作権上の差止請求権も有しない。ここでは、彫刻家によって原彫刻像に対して企図された手直しに基づいて、Xが加工者著作権を有するかどうかは、分かりえない。なぜなら、Xは、本件の訴えにより、複製の際に、YがFにより展開された原本との相違点の借用停止を求めているのではなく、Yによる「リング聖母子」のあらゆる—もちろん原作品に忠実な—複製の禁止を求めているからである。

21 Yが、Xの複製の力を全く借りることなくして、原本または写真の下絵に基づいてそのような複製を製作する限り、原作品は著作権の保護を受けないので、著作権に基づく停止請求権は既に問題とならない。適法に行われた控訴裁判所の事実認定によると、もちろん、Yは、自分の作成した「リング聖母子」の複製に関する見本として、Xの複製を利用したという点を起点とすべきである。しかし、このコピーが原本と一致するときのみ、Xの複製が、将来、Yによる模造行為のために利用される限り、原本との相違点を考慮しなければ、Xの複製が自己の著作保護を斟酌すべき場合にのみ、著作権侵害という観点に基づいて、Yに対し、これを禁止することができたであろう。

しかし、これは認められえない。彫刻を模倣して彫ろうとする者は、自己のイメージに基づいて、自己の作品を繰り返すのではなく、複製を作り上げるために、まさに手作業での作成が必要であるとしても、原本の創作者が創作という行為に基づいて創造したものを単に繰り返したに過ぎない。輪郭線を変えず、立体型で、彫像を再現する複製は、模造された作品の型作りが、一本件で争われていないように一性質上、原本の鑄造模型に由来する場合には、特に、同一人の創作表現とは評価されえない。特に、Xの申立てにおいて、Xは本質的に手作業の腕前だけを援用するので、Fが取り組んだ大きさ割合の変更（原本の高さ123センチメートル、複製品の高さ42センチメートル）には、著作権の保護と認められる創造性のある創作はない。

22 2. しかし、Xの複製の専門的造形には、美術館にある原作品の所有権侵害もない。民法上の占有秩序と所有権秩序は、有体物、即ち、ここでは美術館に所蔵されている「リング聖母子」の原作品、つまり、著作権の目的を形成し、有形的に確定される精神的創作に関する物支配を保護することのみ資する。これは、例えば、美術館管理の意に反する原作品の写真撮影がBGB第

903条、第1004条による防御権ある「働きかけ (Einwirkung)」が美術館所有権に及ぶかどうかという点にありうる (BGB RG Komm. 11. Aufl. § 903 Anm. 19 unter Bezugnahme auf KG OLG 20, 402 (1909); a.M. u.a. Berg in Staudinger 11. Aufl. § 1004 Anm. 9; Erman-Hefermehl § 1004 Anm. 3 e; Soergel-Siebert § 1004 Anm. 24; Meisner-Stein-Hodes, Nachbarrecht 3. Aufl. § 38 I 1 e)。なぜなら、Yには、争訟において、許可なくして、直接的かつ具体的に原作品に接触したことが非難されるべきだからではなく、美術館の所有でもなく、Xの所有でもない模造された有体的作品を、Yが自己の複製品に関する手本として利用したことが、Xにとっては、許しがたいこととみられるからである。しかし、これによって、Yは、美術館が所有する有体的な原作品に「働きかける (einwirken)」のではなく、創造的芸術作品という非有体物を利用する、即ち、美術館の所有でもなく、Xの所有でもない、この作品の複製物の力を借りて、物体としての確定に依拠しない独特な形態を利用するに過ぎない。しかし、この精神的な産物たる作品は、BGB第90条の意味における物ではないので、物権法上の所有権の目的となりえない (vgl. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht 2. Aufl. S. 11 ff)。この理由から、この訴求は、所有権侵害を理由とすることもできない。

23 3. Xによって主張されたYと美術館管理当局との約定の取決めもまた、請求原因として考慮されない。

24 a) Xが、「リング聖母子」を複製する独占的な許可を供与していた美術館当局との申立てによる合意を援用する限り、かような合意が事実上行われたかどうかは決められない。なぜなら、精神的な産物たる、この公共用物化した作品につき、美術館には、物権法上の独占権も、著作権法上の独占権もないので、美術館は、Xに対し、かような権利を譲渡することができないからである。Xにのみ彫像の複製を許可するという美術館との債務法上の債務合意によって、第三者に対抗しうる独占権は理由付けとはなされない (RG GRUR 1934, S. 381, 384 - Rennvorausagen; insoweit in RGZ 144, S. 75 nicht abgedruckt)。反対の解釈は、公共用物化した芸術作品の唯一の有形的確定個体の所有者が選抜した契約相手方だけが「ライセンス料」の支払と引換えにその製作を許されるという「ライセンス契約」によって、無期限で、複製の頒布によるこの芸術作品の営業利用権を保持することができるという結論に達している。しかし、

著作権による保護には時的制限があり、これによると、精神的産物たる作品は、保護期間の経過後は、如何なる種類の利用も自由に許されるべきものという法的思考により、このような合意はなされないであろう。

25 確かに、原作品の所有者は、自ら所有物を賃貸するという物支配により、他人を芸術作品に寄せ付けず、また、複製の可能性を話題にするか、または、大幅に困難にするという状況にある。美術館に所有権のある芸術作品により、少なくとも、忠実な複製が商売になるということは、即ち、権限ある美術館の利益を生じさせる。しかし、所有者が公共用物化した作品の複製を第三者に許可し、この複製品を取引で流通させることを許可したときには、この場合に、主張された理由に基づき、その許可により作成された複製を手本として利用する他人によって、原作品の更なる複製を阻止することはできない。」その他、原審判決は不正競争防止法第1条⁽¹¹³⁾に違反する行為であるとして、この観点からXの請求を認めたが、BGHは、著作権など固有権の保護がない場合には、競争法の適用もないとし、また、YによるX複製品の搾取利用は、Xの数々の複製品のうち、わずか4体を借用しただけであるという理由により、この観点を否定した。

(113) 本件において適用が問題となった不正競争防止法は、2004年に制定・施行された現行法より前の旧法(1909年6月7日)である。旧法第1条は、「業務上の取引において、競争の目的をもって、善良な風俗に反する行為をする者に対しては、差止請求及び損害賠償請求をすることができる。」という規定であり、新法とは異なる内容であった。それゆえ、競争における良俗違反行為の差止請求が問題となったのである。

因みに、2004年新法第1条は、「本法は、競争事業者、消費者、ならびに、その他の市場参加者を不正な法律行為から保護することに資するものとする。本法は、同様に、健全な競争についての公共の利益を保護する。」という規定であり、不正な法律行為から市場参加者を保護し、公共の利益に資する健全な競争を保護するという目的を宣言するという形を取っており、不正な競争の禁止、排除に関しては、第3条(不正な法律行為の禁止)、第4条9号(模倣による宣伝広告)、第8条1項(除去・停止請求)などによる。

[考察]

(ア) 問題点と判例法理

本件は、歴史的芸術作品の複製権を公共の美術館から認められたXの作品に関して、YがXの複製品を手本として更に複製品を製作し、Xの作品たる複製品よりも廉価で販売したので、Xが自己固有の権利を侵害されているとして、Yに対し、複製行為と販売行為の差止めを請求したという事件である。

この問題について、本判決は、①歴史的芸術作品の著作権は経年によって消滅していること、②歴史的芸術作品の複製品には作品としての著作権がないこと、③著作権がなければ、競争法の適用はなく、また、YによるXの複製品の忠実な複製には、競争法上必要なY自身による営業妨害的な作品が僅少であることを理由として、Xの請求を認容した原審判決を破棄し、自判した。

(イ) 著作権侵害

まず、著作権侵害という主張について、BGHは、本件の「リング聖母子」の原作品は15世紀に製作されたものであることから、著作権は消滅し、原作品は公共用物になったという理由により、著作権を理由としては、誰もその複製を禁ずることはできないとして⁽¹¹⁴⁾、美術館がXに譲渡したという著作権に基づく美術品複製の差止請求権は、美術館にも、Xにも存在しないとした。

美術品は、著作権法(UrhG)第2条1項4号(芸術作品)、及び同条2項(人の精神的創作)の適用により、著作権によって保護される。しかし、著作権には保護期間があり、一般的には、作者の死後70年で消滅すると規定されている(UrhG第64条1項)。したがって、本件の「リング聖母子」

⁽¹¹⁴⁾ Vgl. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. S. 279.

の著作権は、疾うの昔に消滅し、公共用物と化したので、誰でも複製することができることとされたのである。

次に、原作品の著作権が既に消滅しているとしても、Xの製作した「複製品」にX自身の著作権が存在するであろうか。本件では、この点が問題となった。著作権法が保護する作品は、人の精神的な創作に限られる（UrhG 第2条2項）。Xは、原作品の創作者が創作という行為に基づいて創造したものを単に繰り返したに過ぎない。この点において、X固有の精神的創作とは認められない。したがって、複製品の上には著作権は認められない。

しかし、Xは、高さ123センチメートルの複製品を家庭の居間などに簡単に飾ることができるように、そのサイズを変えて、高さ42センチメートルとし、細かいところまで手作業で複製している。この点において、「精神的創作」性が現れるのではないかという問題もある。しかし、この点に関しても、複製品の所有権はあるとしても、複製品は精神的創作に当たらないという理由により、やはり、著作権はないとされた。

(ウ) 所有権侵害

次に、Xは、複製品を自ら製作しているので、複製品に所有権を有している。所有権は、排他的支配権であるから（BGB 第903条、日民第206条）、Xの複製品を手本として、サイズもほぼ同じくらい（高さ44センチメートル）のYの複製品製作は、Xの所有権を侵害しているのではないかという問題が生ずる。

この点に関して、本判決は、Yは、Xの複製品を手本として、複製品を製作したという点に関して、Yが侵害したのは、Xの技術であるから、所有権侵害に当たらないとした。その理由は、民法上、物とは有体物のことを言い（BGB 第90条、日民第85条）、民法が、占有権・所有権の存在を認め、これを保護するのは、有体物、即ち、本件では美術館に所蔵されてい

る「リング聖母子」の原作品、つまり、著作権の目的を形成し、有形的に確定される精神的創作に関する物支配に限られるからである。Yは、Xの複製品の物真似をしたのであり、これが搾取の利用に該当するとしても、少なくとも、所有権を侵害したことはないと言われたのである。即ち、複製品の形態を物真似したとしても、その形態自体は、BGB第90条の意味における物ではないので、物権法上の所有権の目的とはなりえないのである⁽¹¹⁵⁾。したがって、Yは、Xの所有権を侵害していないことになる。

(エ) ライセンス契約

それでは、著作権が消滅した後に所蔵されている美術館に作品の所有権は存在するのだろうか。美術館は、Xに対し、美術館所蔵品の専用利用権(ライセンス)を与え、Xは、美術館に対し、ライセンス料を支払っていた。

この点に関して、BGHは、著作権の消滅した精神的な産物たる公用物的作品につき、美術館には、物権法上の独占権(所有権)も、著作権法上の独占権・専用利用権もないので、美術館は、Xに対し、専用利用権を譲渡することはできないとして、Xの専用利用権を認めず、Yの複製行為による侵害もないとした。

(オ) 不正競争防止法(UWG)違反

最後に、不正競争防止法違反⁽¹¹⁶⁾という観点から、Xの複製品を搾取利

(115) Vgl. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 11 ff.

(116) 前掲したように、本件においてその適用が問題とされた旧不正競争防止法第1条は、業務上の取引における競争目的による良俗違反行為の差止請求及び損害賠償請求に関する規定である。これを現行法で考える場合には、不正競争防止法第8条1項(除去・予防請求)、同条3項1号(請求権者:あらゆる競合他者)、第3条(不正な法律行為の禁止)、第4条9号(模倣による宣伝広告)、競争制限禁止法(GWB)第33条(競争の制限された行為)によることとなる。

用したYの行為につき、責任を負わせるということが考えられる。

原審判決は、Yによる搾取利用について、従来の判例によると⁽¹¹⁷⁾、自分の成果に足を踏み入れず、他人の製作した成果を、形を変えずに、直接、自己の営業目的のために借用する場合には、このような他人の成果に対する寄食者は、競争における良俗違反であるとして、Yの責任について言及している。

原審判決は、Xの複製品が、原作品の大きさを縮減しつつ、正確に形態を維持しながらも、一般家庭に飾ってもらえるように、原作品の洪さを軽減し、大衆趣味に合致するようアレンジしたという点をも加味して、Xが相当苦勞して「リング聖母子」の複製品を製作したにもかかわらず、Yは何ら苦勞せず、Xの複製品を手本として搾取利用したという点に関して、Xのライセンス権の侵害に基づく訴えは、(旧)不正競争防止法第1条に基づく良俗違反に該当する競争行為の差止請求として認め、Yには相当の費用負担を命じるべきものとした。

この原審判決に対して、BGHは、前提として、著作権や意匠権という固有権の保護が存在しないか、もはや存在しない目的物の複製は許される⁽¹¹⁸⁾、期間限定による著作物の保護には意味がないので、現存しない

なお、第8条1項の除去・予防請求のうち、特に予防請求の要件たる「侵害の危険」に焦点を当てた論攷として、根本尚徳「差止請求権の発生要件としての『侵害の危険』に関する判断方法について」『早稲田民法学の現在—浦川・内田・鎌田古稀記念論集』(成文堂、2017年)439頁以下所収がある。

⁽¹¹⁷⁾ BGH, Urt. vom 27. 2. 1962 - I ZR 118/60, BGHZ 37, S. 1, 19 (ニュース映画館事件 Aktualitäten-Kinos (AKI)); BGH, Urt. vom 31. 5. 1960 - I ZR 64/58, BGHZ 33, S. 20 (フィガロの結婚事件: Figaros Hochzeit).

⁽¹¹⁸⁾ BGH, 27. 2. 1962 (a.a.O.), BGHZ 37, S. 1, 19 f.; BGH, Urt. vom 14. 1. 1958 - I ZR 40/57, GRUR 1958, S. 351= MDR 1958, S. 304 (ドイツ・ペーパーテーブルクロス事件: Deutschlanddecke).

著作権の保護を補うという目的では、不正競争防止法の規定は考慮されないが⁽¹¹⁹⁾、その利用が不正とみなされる特別な事情が一步を踏み出すときには、模造という方法で行われる利用に対して、競争的な成果を保護することは、排除されないと述べる⁽¹²⁰⁾。

また、確かに、自己の収益を促進させるために、重要な追加の給付なくして、競争的な地位の侵害の下で、その業績をもたらした本人をたやすく搾取するときには、この種の利用は、競争法上、不正であるから（前掲ニュース映画館事件：AKI）、レコード盤の複製は、BGB 第826条⁽¹²¹⁾によって許されない競争者の完成させた作品とみなされ（RGZ 73, S. 294）、責任が問われるのであると言う。それゆえ、映画館で他人の作品を直接に利用したことを理由として、報道写真またはニュースを目的とするテレビ放送の営業上の複製は、放送事業者に対する不正競争とみなされ、同様に、演奏の際に共演する演奏家の許可を取らずに録音したときには、ラジオ放送のためにオペラ演奏をテープ録音することの利用が、BGB 第826条、UWG 第1条の意味における良俗違反とみなされたのだと言う（前掲フィガロの結婚事件：Figaros Hochzeit）。ここまでは、原審判決と同じ内容を敷衍したに過ぎない。

その上で、BGHは、模倣が不正とみなされる特別な事情は、特別な作品が提示された末の計画的な模倣による競争者の妨害にあるとし、競争者

(119) BGH, Urt. vom 15. 11. 1957 - I ZR 83/56, BGHZ 26, S. 52, 59（シャーロックホームズ事件：Sherlock Holmes）; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 27; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl. § 1 UWG Anm. 287).

(120) BGH, Urt. vom 22. 1. 1952 - I ZR 68/51, BGHZ 5, S. 1, 10（フンメル人形事件：Hummel-Figuren）.

(121) BGB 第826条（良俗に違反する故意の加害）

善良な風俗に反する方法で、故意に他人に損害を与えた者は、これによって他人に生じた損害を賠償すべき義務を負う。

が、競争相手の取引層が評価したモデルの中の多数を手本とし、一つ一つひたむきに、部分的に細部にわたるまで複製したときには、競争の良俗違反に該当しうると言う⁽¹²²⁾。

しかし、本件において、Xは、多数の一およそ200個もの一複製、彫像、立像その他を製作しているところ、Yは、Xの複製品から4体のマドンナのみを模造し、その模造は僅かな個数にとどまり、前掲した諸判例の言うような、計画的な模倣による営業妨害行為があったとは認められないので、Yの営業行為がXの妨害になっているとは言えないとして、不正競争防止法違反に関しても、原審判決の結論を否定した。

(カ) リンゴ聖母子事件に関する小括

本件について、YによるXの人格権的利益の侵害があるかという観点から考察した場合でも、Xの手による複製品に、X独自の人格的・精神的な創作性が認められなければ、X自身の著作権は認定されず、X独自の人格権の表れとして認められないので、判例法上は、人格権的利益もないものと思われる。

ここまでの結論として、公共用物に関しては、複製は自由であり、その頒布・営業行為も自由に行うことができるということができる。

次の判例は、この問題の延長線上にある、文化遺産として指定されている建築物に対する写真撮影・営業行為としての販売や頒布が、所有権侵害となるかという問題である。この問題に関しても、人格権的利益の侵害との関係で問題となりうる。

(122) BGH, Urt. vom 27. 11. 1959 - I ZR 24/58, GRUR 1960, S. 244, 246= MDR 1960, S. 202 (模造装飾品事件: Simili-Schmuck).

(2) 個人所有建築物（文化遺産）の写真撮影・販売—テゲル館事件⁽¹²³⁾

【事案の概要】

Xは、シンケル（Karl Friedrich Schinkel）の建築（1558年建築の領主の邸宅を1820年から1824年に改築）に係る宮殿のような邸宅（フンボルト邸：テゲル館）の所有者である。Xの邸宅は、ベルリン市の文化遺産に指定され、市から保存目的の補助金を受けていた。Yは、絵はがきやカレンダーを製作する専門業者であるところ、YのカメラマンがX邸宅の私有地に立ち入って撮影した邸宅の写真は絵はがき等に印刷し、販売した。そこで、Xは、Yに対し、撮影された写真を絵はがきやカレンダーで公表し、この写真を一般に利用し販売することの禁止を求めるため、訴えを提起した。訴訟の経過は明らかではない。

【判旨】

「Xは、営業に利用するための自己の所有する邸宅の写真撮影に対し、所有権に基づいて、差止めを請求することができる。しかし、写真撮影がBGB第903条、第1004条の意味における建築作品への侵害的作用でなければ、これに対抗することはできない。」

「所有権の一般的な利用は、法秩序から生ずる所有権の社会的拘束は別として、原則として、所有者に帰属する。建造物の風景が絵はがきの販売などによって営業上利用されるときには、そのような利用権は、これを建築し生活する所有者に留保されるものと考えられる。著作権法第59条によると、公道、公園にある著作者の保護下にある建造物については、スライドの流布—有料のもの—は許されるので、これを一般に適用すべきかどうかは、ここで判断する必要はなく、全く疑わしい。

これに対して、本件のように、建造物が個人の土地にあり、この土地に立ち入ってのみ写真撮影ができるときには、立ち入りを禁止し、あるいは、そこで写真撮影をしないという条件の下でのみ立ち入りを許すことは、原則とし

⁽¹²³⁾ BGH, Urt. vom 20. 9. 1974 - I ZR 99/73, NJW 1975, S. 778 (テゲル館事件：„Schloß Tegel“).

て、所有者の自由である。また、所有者は、このような場合には、自己の物的支配に基づいて、専ら自己の住居敷地で写真撮影をする自由を留保する法律上及び事実上の権力を有する。」

「確かに、個別事案において、所有権の社会的拘束が第三者にもそのような写真撮影を許すことを所有者に強制することもありうる。……芸術的に、また更に重要な建物に接する一般的な利益はある。……場合によっては、絵はがきの販売も、その一般的利益に資する。……所有者は、第三者に対し、絵はがきの制作や頒布を受忍しなければならないくらいに、そのような絵はがきが重要なかどうかは、ここで決める必要はない。なぜなら、Xは、自分が絵はがきを販売することによって、この公共の利益に適合するからである。」

「本件の争点において、写真撮影の禁止は、一例えば張り紙によって一明らかではない。加えて、Yは、問題となっている撮影を得たところの写真家には、その撮影が明確に許可されていたのだと主張する。しかし、たとえ、これが許されるものであるとしても、この邸宅の写真を、絵はがきやカレンダーとして公表し、頒布することまで、Xが許すことをYが推定することは許されない。」

「博物館、宮殿、動物園などにおいては、特に営業目的での写真撮影に制限を加える慣習からも、Yにとっては、異議を唱えられた写真の営業上の利用には、Xの明確な追認が必要であるということが、明らかであった。」

〔考察〕

(ア) 問題点と判例法理

本件は、個人の所有する建物ではあるが、市の文化遺産に指定され、保存用の補助金も支給されている有名な邸宅について、業者Yが、カメラマンを使って撮影した写真を加工して、絵はがきやカレンダーを作成し、これらを市場で売買した行為につき、建物の所有者たるXが、所有権侵害を理由として、その製作・頒布行為の差止めを請求したという事案である。

この事案において、BGHは、所有権に基づく差止請求は、その差止め行為が、BGB第903条、第1004条の意味における所有権への侵害的

作用でなければならないという前提要件を提示している。即ち、所有権は、所有者の有する物に対する排他的支配権であるから、所有権の利用は、一般に、所有者自身の専権に属する。それゆえ、本件において問題となったような建物の写真撮影と、この写真を利用し製作した絵はがきやカレンダーの販売といった利用行為も、すべて所有者の専権に属するはずである。

他方、公道たる歩道や公園に展示されているモニュメントのように、公共の用に供された芸術作品を写真撮影し、この写真を利用して、絵はがきやカレンダーを製作し、販売することは、一部有料であるとしても、著作権保護の枠内において自由である（UrHG 第59条1項1文）。また、本件のように、建築物については、その外観に限り、これを絵画で描写し、写真撮影することは自由である（同条同項2文）⁽¹²⁴⁾。

しかし、個人の所有する建物の敷地内に侵入し、建物を写真撮影することまでは許されないものと解される。それは、土地所有権の侵害とならう。

また、建物の外観を写真撮影する行為自体は許されるとしても、その写真や映像について、所有者に無断で、営業目的で利用する行為は許されないものと解すべきである。この権能は、所有者の有する所有権のうち、使用・収益権能の範囲内の行為だからである。

そこで、1974年BGH判決においては、博物館、宮殿、動物園などにおいては、特に営業目的での写真撮影に制限を加える慣習があることを顧慮

(124) UrHG 第59条（公園内の作品）

第1項 公道、大通り、もしくは公園に見られる作品は、絵画または版画という手段により、また、写真撮影または映像撮影によって、複製し、流布し、公然と再現することが許される。建築物の場合には、この権能は、その外観においてのみ及ぶ。

第2項 建築物に関して、複製を企てることは許されない。

し、邸宅の所有者Xに無断で写真を営業利用することは許されないと判示したのである。

(イ) 公道からの撮影

次に、個人の私有地に立ち入らなければ、撮影した写真や映像について、所有者に無断で営業利用してもよいのかという問題がある。

この問題については、室内装飾の織物製品業者Yが、1740年に建築されたフリース様式の建物を所有者Xに無断で写真撮影し、これを広告用パンフレットに掲載したので、XがYに対し、広告の回収と1万マルクの支払を求めたという事案がある。

この事案について、BGHは、公衆の通行可能な場所から家屋の写真を撮影する場合には、写真撮影は、物それ自体を利用することへの影響はなく、所有者が物を思い通りに扱うことの妨げにはならず、占有を侵害することにもならないので、Yの撮影した写真を営業利用することに対するXの差止請求は、理由にならないと判示した⁽¹²⁵⁾。

まず、本件の家屋は1740年に建築された建物であり、裁判の当時、著作権は既に消滅していたので、著作権による保護は問題にならない。しかし、著作権法には加工著作権に関する規定がある⁽¹²⁶⁾。建物の所有者Xが、建物の修復作業に取り組んできたという事実があり、これが著作権として認められるような加工と認定されれば、著作権法の保護が受けられたかも知れない。しかし、本件において、原告Xは、自ら取り組んだ修復作業を

(125) BGH, Urt. vom 9. 3. 1989 - I ZR 54/87, NJW 1989, S. 2251 (フリース様式家屋事件)。

(126) UrhG 第3条(加工)

加工者の人格的・精神的創作たる作品の翻訳及び他の加工は、加工された作品があるにせよ、独立作品と同様に保護される。保護されない音楽作品という非本質的加工に限り、独立作品として保護されない。

理由として、著作権法第3条に基づく加工著作権を主張しなかったので、BGHがこの点に関して判断することはなかった。

次に、前掲した「テーゲル館事件 (BGH, Urt. vom 20. 9. 1974)」においては、私有地に立ち入って建物の写真を撮影する行為につき、これを所有権侵害として認め、延いては、これによって取得した写真を営業目的で利用することまでを含め、差止請求の目的になることを認めた。しかし、本件「フリース様式家屋事件」においては、公道からの写真撮影は自由であり、この点は、著作権法第59条における公道や公園に面した建物に関する写真・映像撮影の自由という規定により、所有者には利用権や差止請求権がないことが当然のことであるという立法者意思を理由として、所有権侵害はないと判示した。

確かに、建物の外観を写真撮影されただけでは土地・建物の占有や所有が害されることはない。しかし、撮影した写真を所有者の承諾や追認を得ずに営業目的で利用することは、所有者の有する使用・収益権能を害することになる。この意味において、Yが自己の広告用パンフレットに写真を印刷し、営業利用することにより、Xの所有権を侵害していることとなろう。

更に、本件においては、Yの行為は、Xの所有権侵害にも、人格権侵害にもならないという理由により、不法行為に基づく損害賠償請求 (BGB 第823条1項) も否定された。また、同様の理由により、不当利得返還請求権 (BGB 第812条) も拒絶した。所有権侵害や人格権侵害が認められる場合には、妨害の除去、ならびに将来の行為の差止請求で処理するのであり、金銭賠償は、著しい損害のある場合に例外的に認められるに過ぎないという理由づけがなされる。また、侵害不当利得は、権利侵害による利得と損失が発生して、初めて認定されるという理由づけがなされる。それゆえ、本件においては、いずれも認められないと言う。

しかし、本件の事実によると、Yの撮影した写真にはXの家屋の玄関や

室内が写っており、家の玄関から先に見えるXのイニシャルがよく分かる文字を認識することができる」とされている。この意味において、Xのプライバシー権の保護が問題とならないのであろうか。また、本件の家屋は、古来のフリース様式で建築されており、これが「X家の人格権的利益」に該当するとすれば、少なくとも、その侵害はあるはずである。

したがって、公道からの撮影が自由であるとしても、その写真が個人のプライバシーに関わるものであり、また、建物の景観それ自体に人格権的利益があるとすれば、写真を広告用パンフレットで公表することは許されず、また、営業利用することは、Xの所有権ないし人格権、もしくは人格権的利益を侵害することとなり、許されず、広告用パンフレットの回収と利得償還請求が認められるべきものと思われる。

(ウ) テーゲル館事件に対する学説からの批判的考察

1974年BGH判決は、所有権の周辺利用も、原則として、所有者に帰属するという法政策上歓迎すべき観点からのものであり、公共用ではない芸術作品の保護や、所有者の意思に反し、相応の反対給付なくして、貴重な財産の複製・利用により、取引上、利用される危険にさらされる音楽、文書、図書、その他の所蔵品の存続に関して重要な解釈を行った判決として、歓迎されている一方で、他方、批判もある。

シュミーター判事によると、BGHは、最終的には、「礼儀正しい商人はそのようなことはしない」という商慣習を理由として、所有権侵害を導き出したのであるが、他方、自由競争の優先、即ち、疑わしきときは自由のために (*in dubio pro libertate*) という原則があり、この強力な原則によれば、写真撮影・頒布営業行為の正当性が導かれると言う⁽¹²⁷⁾。シュミーター

(127) Hans-Heinrich Schmieder, Anmerkung: BGH, Urteil vom 20. 9. 1974, NJW 1975, S. 1164.

判事は、所有者が入場料を徴収することにより、訪問者は、邸宅を参観目的として利用しうるので、実際のところ、複製の頒布によって、物それ自体において(例えば住居としては)侵害されず、また、その参観目的物としての本質的な価値においても侵害されないと言うのである。

次に、シュミーダー判事は、BGHが、リング聖母子事件判決(BGH, Urt. vom 13. 10. 1965)においては、営業上ライセンスを取得して製作した聖母子の複製品を模造して販売した行為につき、明確に、所有権侵害とはみなさなかつたのに対して、テーゲル館事件判決においては、営業による写真の販売によって、邸宅所有者の排他的な利用権限に対する不法侵害を認めたので、この点に関して、異議を述べている。即ち、競合した絵はがきが、直接撮影された写真のネガによって製造されたのか、あるいは、例えば、邸宅の庭園内で販売されたスライドを複製して製造されたのかどうかは、物権法上、区別されるのかという疑問を提示する(後者の提示はリング聖母子事件の例を写真撮影に投影したものである)。そして、この点に関しては、侵害が、既に写真にはない場合でも、同じ侵害が、写真の営業販売には、「侵害による」所有権への影響があると言う⁽¹²⁸⁾。

確かに、リング聖母子事件においては、搾取利用されたのは所有権ではなく、所有物たる彫像の複製技術であるとして、所有権侵害を排除した。しかし、複製技術の上には権利はないのが問題となる。しかしながら、これは所有権侵害にはならない。技術上の侵害については、不正競争防止法の観点からは問題となる。それゆえ、シュミーダー判事の見解は、所有権への影響とは言うが、これは不正競争に該当するか否かの判断となる。BGHは、複製を模造した数の僅少さを不正競争を否定する判断の理由としたが、複製技術の精巧性を盗まれた者の被害は甚大と言えるので、この点には疑問がある。

(128) Schmieder, aa.O. NJW 1975, S. 1164.

次に、シュミーター判事は、芸術作品の著作権法上の保護の限界（UrhG 第64条：作者の死後70年）という基本的な考え方に対して、保護期間の経過後、その作品が、その形において、（原作品と区別された）普遍性ある精神的創作として、その自由な利用、謂わば「公共の自由」に対して価値が与えられる間は、原作品の所有者に、永久の包括的利用権が認定されることについても懸念があると言う。それは、原作品においては、一方では、その時々における所有者の物的支配が重なり、他方では、原作者の権利とその後の公共の利益とが重なり合うからである⁽¹²⁹⁾。

更に、シュミーター判事は、BGHが、所有権に基づく差止請求は、その差し止める行為が、BGB第903条、第1004条の意味における所有権への侵害的作用でなければならないという前提要件を提示した上で、所有権侵害にのみ焦点を当てた点に関して、解釈問題を提示する。

まず、営業権の侵害を理由とするBGB第823条1項に基づく予防的な停止（妨害予防）の訴えについて、競争法上の特別規定とならんで、規定を必要とする不備があるために、「事業者」の法的保護が殆ど承認されえないことにより、失敗に終わると述べる⁽¹³⁰⁾。また、BGB第826条、第1004条（類推）に基づく請求権についても、良俗違反性のメルクマールが欠けているので失敗に終わると述べる⁽¹³¹⁾。更に、BGHは、停止請求の枠内において、およそ起こりうべきBGB第812条1項、第687条2項、第681条、第667条による委託のない不正な業務執行による不当利得または利益返還請求について、その立場を明らかにしていないとして、批判している⁽¹³²⁾。

(129) Schmieder, aa.O. NJW 1975, S. 1164.

(130) Schmieder, aa.O. NJW 1975, S. 1164.

(131) Schmieder, aa.O. NJW 1975, S. 1164.

(132) Schmieder, aa.O. NJW 1975, S. 1165.

(エ) BGHにおける新たな展開

そこで、これまで論じてきた所有権や著作権侵害に関するドイツの判例・通説の見解や、これに対する有力説からの批判を踏まえて、BGHの判断に変化はあったのかという観点から、最近のBGH判決に現れた事案について概観する。

事案は、博物館の管理運営者たるXが所蔵展示物（著作権保護期間経過後の公共用物化した絵画などの作品）の写真を館内に展示していたところ、来館者たるYが「館内写真撮影禁止」というカメラに線が引かれた絵文字入りステッカーと観覧指示を無視して展示物写真をスキャンし、これをインターネットポータルメディアデータバンク（ウィキメディア・コモンズ）に掲載したので、XがYに対し、BGB第1004条、著作権法第72条（写真スライドの著作権保護規定）⁽¹³³⁾、同法第97条（妨害排除・差止請求規定）⁽¹³⁴⁾に基づいて、掲載の停止（差止め）を請求したというものである。

この事案について、BGHは、絵画またはその他の平面的（二次元的な）

(133) UrhG 第72条（写真スライド：Lichtbilder）

第1項 写真と同じように作成された写真スライドと作品は、写真作品に関して適用される第一部の規定を準用して保護される。

第2項 第1項に基づく権利は、写真スライド作成者に帰属する。

第3項 第1項に基づく権利は、写真スライドの公表後50年で消滅し、あるいは、最初に許可された公的な複製がそれより前になされた場合には、その後50年で消滅し、写真スライドがこの期間内に公表されず、または、許可により公的に複製されない場合には、作成後50年で消滅する。この期間は、第69条により、算定される。

(134) UrhG 第97条（妨害停止請求及び損害賠償請求）

第1項 著作権またはこの法律によって保護される権利を違法に侵害した者に対し、被害者は、侵害の除去を請求することができ、これが繰り返されるおそれのある場合には、侵害の停止を請求することができる。最初に違反行為が差し迫っている場合にも、停止請求権はある。

な作品を写真撮影することは、通常、著作権法第72条による写真スライド保護に該当するとして、写真スライドの保護に関する著作権法第72条の解釈に基づいて、Yの写真スライドの複製は同条の保護に値しないものとして、Xの請求を認容した⁽¹³⁵⁾。判旨は、概略、以下のとおりである。

著作権法第72条の保護は、写真と同様に製作される写真スライド及び作品に関するものである。これにより、光を発するエネルギーを利用して、画像を作成する場合には、純粹に技術的な方法が考慮される。しかし、技術的な複製事案だけでは、まだ写真スライドを保護する理由にならない。むしろ、単純な写真撮影の際に、通常、到達するところの、人の精神的な創作への最小許容 (Mindestmaß) が必要であり、他の写真スライドを単純に複製したことが分かる写真スライドの場合には、これが欠けており、その場合には、写真スライドの原作品が可能な限り忠実に複製 (コピー) されている。写真スライドを保護するには、写真スライドそれ自体が元のものとして、即ち、原作品が作成される必要がある⁽¹³⁶⁾。それゆえ、Xの芸術作品写真は保護されるが、これを写し取ったYの写真スライドは保護されない。Yは、公開物の中の複製された写真をスキャンし、イン

⁽¹³⁵⁾ BGH, Urt. vom 20. 12. 2018 - I ZR 104/17, NJW 2019, S. 757. 「Xは、第一請求たる写真撮影に関して、著作権法第97条1項、第72条に基づく妨害停止 (差止め) 請求権を有している。この写真撮影は、著作権法第72条1項の意味における写真スライドとして保護される。この規定は、公共用物化した作品にも適用される。その写真スライドの保護はまだ失われていない。Xは、写真の権利を有効に譲渡されており、その他、請求の前提要件も備えている。」

⁽¹³⁶⁾ 判旨は、BGH, Urt. vom 8. 11. 1989 - I ZR 14/88, NJW-RR 1990, S. 1061 [聖書の複製事案]; BGH, Urt. vom 3. 11. 1999 - I ZR 55/97, NJW-RR 2000 S. 343 [広告原本の無断利用事案]; BGH, Urt. vom 7. 12. 2000 - I ZR 146/98, GRUR 2001 S. 755 [テレフォンカードの事案]; Vogel in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht § URHG § 72 Rn. 30; Schulze in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 72 Rn. 10; Schack, Rn. 720; W. Nordemann, GRUR 1987, S. 15 (S. 17)などを引用指示する。

ターネットに掲載したことによって、(間接的に) Xの従業員の作成した芸術作品の写真を複製し、公に接近可能にしたので、Yは、Xの従業員が原作品として創作した写真スライドを侵害した。

本判決は、博物館内に展示されている著作権の保護期間が経過し、公共用物化した芸術作品の写真に関して、著作権法第72条の写真スライド保護規定を適用し、館内の利用規約(観覧契約)に反して、写真スライドをスキャンしてコピー利用した者に著作権侵害を認めたものである。

この判決の趣旨を前掲したリング聖母子事件やテーゲル館事件などと比較してみる。

まず、リング聖母子事件は、美術館から芸術作品のレプリカ製作を委託された事業者が手作業で丁寧に作成したレプリカを館内で写真に撮り、その技術を盗み取る形で、レプリカの模造品を製作し、販売していた事業者に対する差止請求事件である。この事案において、BGHは、レプリカそれ自体には「人の精神的な創作」という性質がないので、著作権の保護対象にならず、また、レプリカの作成技術には「所有権」がないので、所有権侵害にもならず、僅かに不正競争防止法違反の可能性が残されたが、僅か4体の複製品の模造という軽微な不正があったに過ぎないという理由により、不正競争に該当しないという結論に至った。

しかし、2018年12月20日BGH判決(絵画写真事件)においては、公共用物化した芸術作品を写真スライド化したものを「スライド原本」と解し、著作権法第72条の保護対象たる「写真スライド(Lichtbild)」と認定し、これを写し取った者に対し、著作権侵害と認め、差止請求が認められた。

これに対し、リング聖母子事件は「手作業による複製」であるところ、「写真スライド」であれば、著作権が認められるのに対し、手作業による複製であれば、著作権はおろか、盗作であっても、所有権侵害さえ認められないという一種の矛盾状況を呈している。この両事案の類似性を考える

と、今日の判断としては、リンゴ聖母子事件の事案においても、著作権法の趣旨を類推し、差止請求を認めてもよいと思われる。

それでは、テーゲル館事件のように、宮殿や邸宅を写真に撮った場合には、写真原本として、その芸術性から、著作権法第72条の保護が受けられてしまうのだろうか。2018年12月20日BGH判決の構成から考えると、写真スライドに「人の精神的な創作への最小許容 (Mindestmaß)」が認められてしまえば、芸術性が認められるので、著作権法第72条の保護が受けられる。そこで、テーゲル館事件においては、博物館や美術館と同様、庭園内における写真撮影が禁止されているか、あるいは、写真を営業利用するのは所有者の専権事項に属するなどとして、写真利用を制限する解釈が必要となる。

いずれにせよ、今後は、著作権保護期間の経過した「公共用物化した芸術作品」であっても、館内での写真撮影はもちろんのこと、敷地内に展示されている作品を含めて、これらを写真スライド化して利用することなど、博物館・美術館の専権に属すると思しき行為については、管理者による制限が及ぶものと思われる。

第3項 除去・差止請求に関する小括

1. 前提

本段においては、BGB第1004条に基づく除去請求と差止請求に関する制度趣旨、適用要件、そして、要件該当事例として、判例及び学説に関して概観し、考察してきた。

BGB第1004条は、所有権に対する侵害の排除を目的とする規定（妨害排除・予防請求権）であるところ、その適用範囲は、本来的適用以外に、

他の制度（他物権）への準用⁽¹³⁷⁾、また、制度の拡張的準用⁽¹³⁸⁾、類推適用を含めると、相当な広範囲にわたっていることが分かる。特に、法的類推の範囲内において、絶対権及び法的に保護された地位、例えば、人格権の保護、「設備され、開業された営業」の保護、「個人の名誉」及び「営業上の名誉」の保護、「信用」の保護などに準用される⁽¹³⁹⁾。そして、その延長線上において、環境汚染などを始めとする生活妨害一般（インミッション）の原状回復請求において、多数人が互いに緊密に連携し、請求するケースや、新聞、ラジオ・テレビ放送、インターネットなどのマスメディアによって拡大した人的範囲・個人の私的範囲にも適用される⁽¹⁴⁰⁾。

BGB 第1004条1項の除去・停止請求は、人の行為または物の状態によって惹起される「侵害」を前提とし、この侵害があれば「違法性」があるとされる。しかし、所有者など、請求権者に「受忍義務」がある場合には、違法性が失われるので、除去・停止請求はできなくなる（第1004条2

(137) 前述したように、BGB 第1027条（地役権の侵害：地役権者に第1004条の権利がある）、第1065条（用益権の侵害：所有権に基づく請求権の準用）、第1227条（質権の侵害：所有権に基づく請求権の準用）、ドイツ地上権法第11条（所有権に基づく請求権の準用）がある。vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 3 S. 138.

(138) これも前述したように、BGB 第12条（氏名・名称権の侵害）、HGB 第37条2項（商号の無権限使用による権利侵害）、BGB 第862条（占有侵害）、特許法第139条（発明権侵害）、著作権法（Urheberrechtsgesetz, BGBI. I S. 1273）第97条（著作権等の違法侵害に対する停止・損害賠償請求）、第98条（複製物の廃棄、回収、複製の停止請求）、不正競争防止法（Unlauterer Wettbewerb Gesetz）第8条1項（除去・停止請求）、同条3項1号（請求権者：あらゆる競合他者）、第3条（不正な法律行為の禁止）、第4条9号（模倣による宣伝広告）、競争制限禁止法（GWB）第33条（競争の制限された行為）などがある。vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 3 S. 138.

(139) Vgl. Baur/ Stürner, a.a.O., § 12 Rn. 3 S. 138.

(140) BGH, 25. 11. 1986 (a.a.O.), BGHZ 99, S. 133（名誉毀損事案における妨害排除及び不法行為に基づく謝罪広告請求を認容）。

項)。

受忍義務は、私法上は、所有者の同意ないし当事者間の合意もあるが、相隣関係規定 (BGB 第906条 [ガス、蒸気、臭気など計量不能な物質の近隣地からの侵入 [Zuführung] は土地所有権の侵害でない限り禁止しえない])、緊急避難規定 (BGB 第228条 [防衛的緊急避難]、BGB 第904条 [侵害的緊急避難—第三所有者の侵害受忍義務]) から導かれる。また、公法上は、法律または行政管理行為による制約から導かれるものが多い。

次に、侵害者は、行為侵害の場合と状態侵害の場合とに分かれる。行為侵害は、積極的な作為または義務違反による不作為という故意行為により、責任ある効果をもたらすケースであり、状態侵害は、直接・間接を問わず、侵害者の意思に基づいて、他人の所有権を侵害し、あるいは、侵害に相当する状態を作出するケースである。

2. 除去・差止請求の判例法理

本稿においては、BGB 第1004条の適用ケースとして、①所有権侵害ケース、②著作権侵害ケースを概観した。また、これらは共通して検討される場合がある。

まず、所有権侵害ケースであるが、この場合には、抑も、侵害されたと訴え出た原告に所有権がなければならぬ。リング聖母子事件 (BGH, Urt. vom 13. 10. 1965) においては、レプリカの作者 (複製者) にはレプリカの上に所有権はあるが、これが模造された場合には、技術の上には所有権概念が認められないので、所有権侵害が認められないとされた。そこで、著作権侵害が検討されたのである。

次に、著作権侵害ケースであるが、著作権には保護期間があり、作者の死後70年で消滅する (UrhG 第64条)。著作権が消滅した場合には、公共用物と化すので、誰にでも複製が許される。ところが、リング聖母子事件では、レプリカの模造が問題となったので、レプリカの上に著作権がある

のが問題となった。しかし、BGHは、著作権による保護は人の精神的な創作に限られるので（UrhG第2条2項）、レプリカには著作権はないとした。いくら複製に関して技術が必要でも、その技術には精神的な創作性がないと言うのである。しかしながら、2018年12月20日BGH判決（絵画写真事件）は、公共用物化した芸術作品を写真に撮った場合には、この写真自体に「人の精神的な創作の最小許容」があるとして、著作権法第72条による著作権保護を認め、この写真をスキャンして写し取り、インターネットに掲載した者に著作権侵害ありと認めた。この意味において、リング聖母子事件のように、複製権限ある者が丁寧に手作りで複製した場合にも、写真スライドと同様の保護が与えられるべきである。

同様に、著作権侵害が問題となった事案として、フリース様式家屋事件（BGH, Urt. vom 9. 3. 1989）がある。この事案においても、建築が1740年ということで、著作権が消滅していた。しかし、原告が修復行為を主張して加工著作権（UrhG第3条）の保護を訴えればよかったのだが、この点に関する主張がなかったため、争点とならなかった。そこで、所有権侵害の有無が争点となった。この事件の先例として、テーゲル館事件（BGH, Urt. vom 20. 9. 1974）がある。この事件は、ベルリン市の文化遺産たる邸宅の私有地に無断で立ち入って邸宅が写真撮影され、この写真によって絵はがきやカレンダーが作成され販売されたので、邸宅の所有者がその販売の差止めを請求したという事案である。また、フリース様式家屋事件も、同様に無断で家屋が写真撮影され、この写真によってパンフレットが作成され、頒布されたという事案である。両事案の違いは、前者は敷地に立ち入って写真撮影したが、後者は公道から写真撮影したという点と、前者は複製品の販売事案であるが、後者は複製品の単なる頒布事案という点だけである。

しかし、BGHの判断は、前者について、「所有者は、自己の物的支配に基づいて、専ら自己の住居敷地で写真撮影をする自由を留保する法律上及

び事実上の権力を有する」として、所有権侵害に基づく絵はがき等の販売差止めを認めたのに対して、後者については、「公道からの写真撮影は自由である」という理由から（UrhG 第59条による公道・公園に面した建物に関する撮影の自由も理由の一端を占める）、所有権侵害を認めなかった。この点について、後者は確かに写真の複製品を販売していない。しかし、自社製品の宣伝広告用パンフレットにして頒布したという意味において、無断・無償により、営業利用している。この点において、BGHの判断には疑問が残る。前述したシュミーター判事の評釈も同様に解している。この意味において、所有権侵害も人格権侵害も否定したBGHの判断には再考の余地がある。

このように、本段においては、ドイツにおける物権的妨害排除・停止（予防）請求に関するBGB第1004条の趣旨、適用範囲、そして、人格権ないし人格権的利益への適用・類推適用に関して概観することを通じて、種々の問題点に関し、一定の理解に達することができた。

そこで、次段においては、本稿の中心に論じてきた道路の通行妨害事案について、人格権的通行権の侵害という観点から、ドイツの判例に現れた問題点に関して考察し、学説の解釈をも踏まえて考察することとしたい。

(2019年6月27日脱稿・未完)