

## 〔論 説〕

# 所有者不明土地問題と相隣関係について(管理不全土地への対応)

太 田 昌 志

### 一、はじめに、所有者不明土地の解決と相隣関係

近時、所有者不明土地問題が大きく取り上げられ、人々の関心を集めている。これはいわゆる「負動産問題」の議論と合わせて、我が国の財産法体系に大きな影響を及ぼしている。所有者不明土地とは、不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず、または判明しても連絡がつかない土地をいう。多くの場合、相続時の登記がなされていないことなどを理由に発生している。この所有者不明土地は多くの問題を引き起こす。それらを以下に列挙する。

まず、当該所有者不明土地を活用したいと考えたときに、所有者を探索する負担が生じる。いわゆる変則型登記のなされた土地では一層困難となる。共有者名義の場合には、共有者の一部の者の利用が共有物の管理としての意味合いを持つ場合、本来は持分価格の過半数の同意を得れば認められるのであるが、共有物の変更や処分となれば共有者全員の同意が必要であり、管理と変更・処分の線引きが困難であることも多く、共有者の一部が不明であれば、共有物に関する決定について非常に困難となる。また共有関係について、共有者の一部の所在が不明な場合、相続人が明らかで無い場合、土地の利用・管理について共有者の承諾を得ることができない時、利害関係人が家庭裁判所に対して不在者の財産管理人や相続財産の管理人の選任を申し立てることが考えられる。利害関係人として、例えば当該共有地の開発を考えている第三者は認められない可能性もあり、非常に困難な状況に陥る。また、管理人側も不在者の全ての財産を管理する事になり、その責任は非常に重い。実際管理人制度は使いにくいことが指摘される。所有者不明土地の荒廃が原因で、近隣の土地所有者に損害を与える恐れが生じることもある。こういった被害を受けた土地所有者は、不明地の所有者を探索して訴訟を提起して勝訴しなければならない。そして本論稿の中心的な話題であるが、所有者不明土地から竹木の枝が蔓延り、隣地に侵入する場合に侵害を受けた当事者は、誰にどのような主張を行うのか問題が生ずる。それ以外にも調査測量のために隣地に立ち入る必要が生じた場合や、水道・ガスなどのライフラインの導管を所有者不明土地に設置する場合など、対応が非常に難しくなる。

このような所有者不明土地問題に対処するために様々な対策を講じなければならない。所有者不明土地問題の多くが相続未登記を原因として生じているため、当事者に対して相続登記を促す制度構築が必要である。登記を義務付けることまで視野に入れた考察が求められる。また、共有関係もその解消のための助けとなる制度が必要であり、不在者管理人制度も利用しやすい工夫が必要であろう。こういった論点の中で、今回本論稿において取り上げたいと考えているのは、相隣関係に関する論点である。特に、管理不全土地問題をこの論稿では扱いたいと考える。

現在の民法の相隣関係に関する規定は、「土地／不動産は価値を有しており、その利用を通じて価値を享受する」という発想のもとで制定され、運用されてきた。しかし、所有者不明土地問題は、その逆の発想で、「土地／不動産に価値が認められず、むしろ負担のみが生じ、できるならば関わりたくない、もしくは関わりたくても関わるできない事情がある」といった状況を招いている。このような背景事情によって、今までは利用関係において衝突が生じ、それを調整する役割を担っていた民法の相隣関係の諸規定は、片や利用を欲する側と、片や利用されずに放置される側の相対立する当事者の利害を調整する必要が生まれている。

相隣地の所有権者が不明であり、その管理方法に問題がある場合にどのように解決すれば良いか。現行の民法の相隣関係の規定は様々な欠缺が指摘される。

例えば、隣地使用权の規定は存在するが、隣地所有者が不明な時は規定がない。境界標を設置する費用の分担などの規定はあるが、肝心の所有権の境界を見定める指針を示す規定がない。また上下水道・電気・電話・ガスなどのライフライン導管を設置するための隣地使用の規定がない。さらに隣地の竹木について、根が越境した場合は自力で切除できるが、枝は竹木所有者に切除を請求しなければならないことに合理性があるのかといった問題が指摘されている<sup>(1)</sup>。

相隣関係の諸規定は、明治29年に民法が制定されたのち、平成16年の現代語化を経ているが、その内容は極めて古風なものである。それらの規定の趣旨は、所有権者の利用を完全に図りつつ、社会公共の利益のために内容に調節を加えるものと言われる<sup>(2)</sup>。利用を前提とした思想に基づいている。相隣関係の規定の本質も、隣接する不動産の全てがそれぞれしかるべく利用されるため存在している。そして、利用を前提として、各所有権の内容を一定の範囲において制限し、所有者に協力をさせる必要があることが確認されている。相隣関係の諸規定は、全ての不動産が利用され、しかもその利用の当事者である所有者に容易に働きかけができることが前提として構成されている<sup>(3)</sup>。これらは土地の利用の末の土地利用の衝突であり、今現在問題となりつつある、土地が利用されないことによる土地利用の衝突は想定外である。今までの規定の発想と真逆の思考を求められていると言える<sup>(4)</sup>。相隣関係の諸規定は、土地の通例の生活を前提とした秩序を体現する規定群である。所有者不明土地はこのような通例の生活としての土地利用を逸脱しているのではないか<sup>(5)</sup>。我々は、今までの財産権の常識が通用しない事態に遭遇していることを意識しなくてはいけない。

(1) 山野日章夫『登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究報告書～所有者不明土地問題の解決に向けて～の概要』（金融財政事情研究会、2019年）巻頭iv以下。

(2) 我妻栄『物権法 民法講義Ⅱ』（有斐閣、2006年）272頁。

(3) 我妻、前掲注、282頁以下。

(4) 秋山靖浩「相隣関係の今日的課題」NBL第1152号29頁。

(5) Ihering, R., Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn (Ges. Aufsätze II) S.40.

## 二、相隣関係見直しの議論（民法・不動産登記法部会資料7をもとに<sup>(6)</sup>）

令和元年6月11日に法制審議会民法・不動産登記法部会第4回会議において、相隣関係規定の見直しについて検討された。その内容は大きく分けて二つあり、一つは、管理が適切になされていない近傍の土地の対応、二つ目は、近傍の土地の利用の円滑化である。法制審議会での議論の概略を紹介したい。

管理がなされていない近傍の土地への対応として具体的に

### ①越境した枝の切除

### ②管理不全土地の所有者に対する措置請求

が議論され、近傍の土地の利用の円滑化として

### ①導管等設置権及び導管等接続権の明文化

### ②土地の境界標等の調査または土地の測量

### ③土地の境界の確定のための協議

### ④隣地使用権の見直し

などが挙げられている。

これらは、所有者が不明な場合、隣地の円滑な利用を妨げる代表例と評価できる。かつての相隣関係の諸規定が、所有権の行使と主張の衝突を調整するものであったことに比較して、片方の利用が片方の放置によって妨げられている状態から問題提起されている。ただし、放置もまたそういった種類の利用とも言いうることができる可能性もあるが、いずれにせよ、一方の所有権が放置されることによって生じる問題を想定して、制度構築を議論する必要がある。法制審議会の議論はこうした新しい所有権衝突の場面において、有効な手立てをするために必須な制度について議論がなされている。それらを順次観察したい。

この論稿では、この中のうち、管理が適切になされていない土地に対する問題を扱う。近傍土地の利用の円滑化に関しては、機会を改めて別の論稿に譲ることにする。

## 三、管理が適切になされていない近傍の土地の対応

### 1、越境した枝の切除

所有者による土地の管理が適切に行われず、竹木の枝や根が張り出している場合、現行規定民法第233条によると、根は侵害されている土地の所有者が自ら切除できるが、枝に関しては竹木所有者＝隣地所有者＝侵害地所有者に切除を求めるにとどまり、被侵害土地所有者が自らこれを切除できない。

根は被侵害地所有者が自由に切り取ることができるが、枝については自由に切り取ることができないと規定された経緯について、立法理由によれば、枝には果実も付き、価値が高いことが認められる。一方根にはそういった経済的な価値を見出すことができないという<sup>(7)</sup>。隣家の住人が柿の実が成った枝を奇貨として手に入れることが許されないという発

(6) 本稿において部会資料と明示しているものは、法制審議会 民法・不動産登記法部会資料7、<http://www.moj.go.jp/content/001296545.pdf>を指しており、同報告書の内容を引用して考察を加えている。

(7) 梅謙次郎『民法要義 卷之二物権編』第3版（有斐閣，1896年）130頁。

想は、法的観点に加えて道徳的な思考の結果であったと見受けられる。また、このような扱いは、牧歌的な考え方も受け取ることができる。しかし、近時も枝が越境して隣地の利用を妨げる事態は数多く、その中には道路や鉄道の往来を妨げるような事例もあり、決して無視できない状況であると言える<sup>(8)</sup>。所有者が判然としている場合にもこういった越境に関係するトラブルは枚挙のいとまがない。今後所有者が不明となり、そもそも除去の請求をする相手方が不明な場合に、誰に除去請求し、そしてそれが空振りに終わることが明らかであっても、現在の規定を墨守しなくてはいけないのであろうか。一定の要件で、被侵害地所有者に自力救済権を認める必要がある。我が国においては、枝については竹木の所有者に切除させることができ、竹木所有者がそれを行わないときは、被侵害地所有者は自ら切除することはできず、裁判所に対して切除を求める裁判を提起し、その勝訴判決をもって強制執行することになる。執行方法は竹木所有者の費用負担において第三者に切除させるという代替執行によるとされる<sup>(9)</sup>。このような方法が迂遠であるという指摘がなされ、今回の改正の議論が提起されている。その一方で、根は被侵害地所有者が自力救済できると規定され、この点も論理的な一貫性を欠いていると思われる。ドイツにおいては、枝と根の両方に対して、被侵害地所有者による自力救済権が認められている。その要件などを観察し、我が国の改正の議論の参考にしたいと考える。

## 2. ドイツ法における越境した枝や根を切除するための自力救済権について

ドイツ法では、BGB第910条において土地境界線の根や枝の越境に対して自力救済権が認められている。同条の扱いを観察し、枝や根の切除について考察したい。

同条によれば、土地所有者は隣地から越境してきた竹木の根を切り取り、保有することができる。境界線を越えた枝については、隣地の占有者に対して、相当の期間を定めて切除を求め、この期間内に切除がなされなかったときは、被侵害地所有者による切除が認められる。また、同条2項によると竹木の越境によって土地の利用を侵害されないときは、切除は認められないとされる<sup>(10)</sup>。

ドイツ法においては、かくのごとき越境を理由とした相隣紛争は回避されるべきであり、できる限り迅速かつ複雑化しない方法と性質の回避策が求められるとして規定の必要性が語られる<sup>(11)</sup>。越境の侵害行為によって被る土地所有者の利害状況は、BGB第910条の自力救済権の適用の可否にあたって、隣人からの客観的な侵害を要件とする場合に限って顧慮される。枝や根の越境が客観的な侵害と言いうるか否かが、自力救済権の根拠とされる。また、越境している枝や根の経済的な価値も顧慮される。自力救済権が認められるのは経済的な目的を見出すことができないような、越境植物に対してであり、嫌がらせと理解できる侵害行為を防止することが目的である。我が国の民法第233条において、枝には経済的な価値が見出されると指摘されていたが、この点について発想は一緒である。しかしながら、我が国の枝や根の切除の事例ではあまり注目されないような自力救済権の制限も見

(8) 朝日新聞, <https://digital.asahi.com/articles/ASM9N3TFVM9NUTIL010.html> (2019年9月閲覧)。

(9) 安藤一郎『相隣関係・地役権』実務法律選書(ぎょうせい, 1987年)139頁以下。

(10) Berger, C., Jauernig, BGB, 17. Auflage, 2018, S. 1661.

(11) Prot. III, S. 142. Brückner, Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910.

られる。例えば、緑化など環境への配慮から枝の切除が制限される場合、自然保護法、土地保護法の諸規定に基づいて制限が認められる。これらの特別法規はBGB第910条に優先する。ドイツ法における枝や根の越境事例では、我が国の民法第233条と考え方が似ている自力救済権が認められているが、我が国のそれと比べると、客観的な侵害行為を要件として挙げる事や、環境配慮の制限など時代に応じた変化を見てとることができる。一方我が国の状況は明治の立法の頃からあまり変化していない。

#### (1)自力救済権の要件

それでは、BGB第910条に基づく自力救済権が適用されるための要件を観察したい。そもそも例外的な位置にある自力救済を立法者はどのように認めているのか。立法者は、侵害している物体それぞれの事情に応じて、木あるいは灌木の根、または土地境界から枝が張り出していることを侵害の原因行為として挙げている。

##### ①根

根については、規定の文言、成立の沿革によると、隣地所有者の土地から土地境界線を超えて根が入り込んでいることが必須である<sup>(12)</sup>。根が隣地の導管接続を侵害している場合、関係する導管部分が隣地の領域に存在している場合にのみ自力救済権が認められる。それに反して、根が公共の街路に入り込んでいる場合、導管の所有者には消極的な法的保護のみが与えられる。それ以外の要件については、相隣関係法上の自力救済権は与えられない。とりわけ注目に値するのは、除去のための相当な猶予期間が設定されないことである。根は直ちに除去できる。この点は我が国の扱いと同じく広範な自力救済を認めている。

##### ②枝

それに反して、隣地からはみ出している枝を切除する権利は、我が国のそれと同じく慎重さを求められる。枝の除去にあたっては、被侵害地所有者は予め相当な催告期間を設けた上で、その期間内に侵害者が切除しないとき初めて枝を自ら切除できる<sup>(13)</sup>。このような扱いは侵害者にとってできる限り寛大な扱いを認めることにつながる。根とは違って枝の切除にあたっては、その切除によって樹木の形態が変わることに配慮していると考えうる。また、できる限り木を守りたいという意識が見て取れる。その一方で、通知の受領者はBGB第910条第1項第2文によれば、占有者とされる。竹木所有者に限定することなく、現に竹木が存在する土地や当該竹木の占有者に対して切除を請求する。このような扱いは土地上に存在する植物から侵害が発生している場合に、事実上の侵害地構成部分の処分権限を、被侵害地所有者に認めているわけであるが、これは現実の利用に対する不便さを解消するために認められているので、所有者を探索するなど権利関係に関する原則を超えることが例外的に認められる。この扱いは、例えば借地上に貸借人が庭木を植えた場合に、庭木の所有者が土地所有者かそれとも現実に利用している土地貸借人どちらであるのか、という争いを超えて、現実に利用している者への催告を認めることにつながる。竹木やその竹木が存する土地を実際に利用していて、請求が現実に伝わる相手への催告で足りるという配慮がなされている。また、催告は相当な期間を付すことが求められる。よって、この扱いは、所有権者と並んで使用・用益賃借人にも及びうる。この考え方は後に議論す

(12) Prot. III, S.140.

(13) BGH, Urteil vom 07.03.1986-V ZR 92/85, NJW.1986.S.2640.

るが、改正のための審議会で指摘されている、竹木の存する土地が共有地の場合に誰に切除を請求するののかという議論の参考になるのではない。

そして、催告にあたって、催告に付する期間は相当なものでなければならない。というのも、当該作業に必要な期間であるのみならず、造園・植生上の関心事も志向され、その結果として、当該請求が除去によって植物の生育上又は果実を得るにあたって不適切とされる期間は通常時宜を得ていないとされる<sup>(14)</sup>。隣人である侵害者がこのような不相当な催告期間を設けた場合、改めて相当な期間が経過した後、被侵害地所有者に枝の切除もしくは先占の権利が与えられる。催告期間満了前の自力救済は違法である。

ドイツ法では、被侵害地所有者が侵害者に対して相当な期間を付した上で枝を切除するように求め、その期間内に切除がなされないとき初めて自力救済が認められる<sup>(15)</sup>。枝の切除を求める点で我が国と同じであるが、その請求に応えないときに自力救済が認められることは注目に値する。

### ③土地利用への侵害

自力救済権の要件は、根、枝そのほかの植物が土地の利用を客観的に侵害しているという事実が存在することである<sup>(16)</sup>。客観的な侵害行為とは、越境した根や枝が具体的に土地利用を妨げ、阻害している場合にのみ認められる。利用とは、経済的な目的、自由、保養などに資することを指す<sup>(17)</sup>。ドイツにおいては、単純な越境の事実に加えて、侵害行為という要件を課し、越境されている被侵害地所有者の自力救済を認めるための判断要素としている。我が国は越境という事実のみを要件に上げている点で自力救済を認めにくい扱いとなっているように見受けられる。枝の切除が問題となるときは、そもそも何らかの侵害行為があることが前提であると言えるが、我が国の起草者が危惧した枝に付随する果実を不当に得る機会云々という心配は、越境と侵害行為を同一視している中で出てきているように見受けられる。越境と侵害行為を別の要件として詳細に規定するドイツ法の手法を参考にすべきではないか。我が国においても、下級審判決では単純な越境だけでなく、何らかの重大な侵害が要件として必要である旨の指摘がなされているが<sup>(18)</sup>、我が国の枝の扱いは、その上で竹木所有者に切除を求めるのであって、侵害行為から自力救済を導くわけではない。

そのようなドイツ法における侵害行為要件ではあるが、侵害行為の解釈をめぐって争いがあり、議論継続中のものもある。侵害行為の定義にあたって、それが自力救済権を認める根拠なのか、それとも、自力救済権を排除する理由づけとなるのか、侵害行為という要件が果たす役割はどのような目的を有しているのかという点は議論が継続しているという。自力救済権は、そもそもそれぞれの侵害行為によって認められるのか、それとも、完全に重大とは言えない侵害行為を排除するのかどちらなのかという問題である<sup>(19)</sup>。ドイ

(14) Prot.Ⅲ,S.143.

(15) Brückner,Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910,Rn.6.

(16) BGH,Urteil vom 14.11.2003-V ZR 102/03,NJW,2004,S.1037.

(17) OLG Schleswig,Urteil vom 20.11.2009-14 U 75/09,NJOZ,2011,S.344.

(18) 新潟地判昭和39年12月22日,下民集15巻12号3027頁。

(19) OLG Köln,Urteil vom 22.05.1996-11 U 6/96,NJW-RR,1997,S.656.

ツにおいては、しばしば侵害行為について事実審では認定されなかったのに、法律審でその存在が認められることがあり、法的性質について争われている<sup>(20)</sup>。

侵害というものは、越境されている被侵害地所有者が土地利用方法を変更することによっても認められるようになることもある<sup>(21)</sup>。例えば今まで空き地もしくは建物のない状態で利用していた土地に建物を建築し、当該建物と越境している枝が干渉するようになった時、かつては除去を求めていなかった、すなわち時間的に越境が先で、土地の利用方法の変更が後であるとしても、自力救済権が認められるということである。なぜならば、土地所有者は利用方法の決定を、自らの土地に入り込んでいる枝や根が被侵害地をどの程度侵害し、または侵害しているか否かという事情とは関わりがなく自ら決定できるからである<sup>(22)</sup>。利用方法が地域の状況や目的に合致しているかどうかということに顧慮することなく、実際の侵害行為は法的に重大であると評価される<sup>(23)</sup>。客観的に侵害行為を判断する実例といえる。

利用変更に基づく、法的請求への抗弁は隣人には帰属しない。侵害行為が認められないという抗弁は侵害している枝や樹木の所有者が立証しなければならない<sup>(24)</sup>。侵害行為の有無をもって自力救済の根拠としていることがうかがわれる。

#### ④占有者の概念

自力救済権は所有者と物権に基づく占有者（地役権者、地上権者、用益権者）に与えられるが、契約により利用権限を有するものはこの限りではない<sup>(25)</sup>。後者は行使のための権限によって利用を与えられるからである<sup>(26)</sup>。物権法に特有の権利であると理解される。

賃借人や区分所有者などの占有者とその土地の隣人との関係は、実体法では個々の住居所有権者と自力救済権者となる。しかしながら、建物の共有権に際して、そのために秩序付けられた管理のための利益は、契約上の利用権限とは区別されるという。特に隣人との関係という観点では、住居所有権の共有物の管理に由来する権限行使が存するので、区分所有法の手法による解決方法が関係してくるという<sup>(27)</sup>。この場合に、住居所有権共有部分では自力救済権の行使にあたっては、BGB 第 910 条所定の要件に加えて、多数決の原理により決定することになる。住居所有権者相互の関係では、BGB 第 910 条の一般原則に基づいて特定の個別専有部分からの越境があった場合に、自力救済権が認められる<sup>(28)</sup>。それゆえに個々の住居所有権者のもとでは、個別の占有部分が個別の利用を侵害されたときに相隣法の適用射程となる。自力救済権を主張できる者の範囲について、実際に不動産を利用している者の中でどのように扱われるか丁寧に議論している様子を見てとることができる。

(20) BGH, a.a.O., NJW, 2004, 1037.

(21) BGH, Urteil vom 23.2.1973-V ZR 109/71, NJW, 1973, S.703.

(22) BGH, Urteil vom 18.04.1997-V ZR 28/96, NJW, 1997, S.2234.

(23) OLG Schleswig, a.a.O., NJOZ, 2011, S.344.

(24) BGH, a.a.O., NJW, 2004, S.1037.

(25) Lüke in Grziwotz/Lüke/Saller NachbarR Teil 2 Rn. 370, 372.

(26) Brückner, Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910, Rn.14.

(27) BGH, Urteil vom 17.12.2010-V ZR 125/10, NJW, 2011, S.1351.

(28) BGH, Urteil vom 28.09.2007-V ZR 276/06, NJW, 2007, S.3636.

## (2)自力救済権の内容

それでは上述のような要件を具備した場合、どのような効果が発生するかを観察したい。

### ①切除ならびに先占の権利

BGB 第910条は越境した枝や根の切除ならびに先占の権限を、侵害を受けている被侵害地所有者に認める。除去権はBGB 第903条(所有権の権限)、BGB 第905条第1文(所有権の限界)に基づいて権限者に既に与えられている権限の具体化である。小枝が越境している時は、土地境界線を越えている場合に限りて切除することができる。越境している小枝以上の幹の切除は認められない<sup>(29)</sup>。除去を目的として隣地に立ち入る権利はBGB 第910条からは認められない<sup>(30)</sup>。

切除するまでの枝と根は樹木の本質的構成要素として、越境している樹木の所有者に帰属する。切除にともなって、自力救済権を持つ被侵害地所有者が切除した枝とそれに付随する果実の所有権を手にする。切除した枝や根に被侵害地所有者の所有権の先占を認めることは、BGB 第910条がBGB 第953条以下の分離した物の所有権の取得に関する原則と齟齬を来している<sup>(31)</sup>。相隣関係に関する規定が所有権同士の衝突を回避している具体的な姿を見てとる事ができる。この点我が国においては、かつての立法時に懸念が示された点である。確かに枝や根に果実が付着し、それを越境したという理由だけで被侵害地所有者が手することに全く疑念がないわけではない。しかしながら、所有者不明土地からの越境でそもそも管理がなされず、果実についても利害関係人が何らの支配を行っていないにもかかわらず、我が国の民法起草時の議論をそのまま墨守することは、違和感を覚えなくも無い。ドイツ法のように被害を受けた被侵害地所有者に所有権を与えることで、切除に至る手続きも簡略化できるのではないかと考えることもできる。

### ②時効、失効

自力救済権はBGB 第194条の意義で時効の対象となる請求権に当たらない。そしてBGB 第924条の時効の特則に該当もしない。BGB 第910条所定の自力救済権はそもそも時効に馴染まないと言う考え方を見てとる事ができる<sup>(32)</sup>。越境という侵害行為を黙示で承諾したという反論を許さないための考え方と理解できる。しかし、自力救済権の行使にあたっては信義誠実の原則に服し、それとともに権利濫用の禁止にも関係する<sup>(33)</sup>。あまりにも長期にわたって黙認されていた場合は、必ずしも時効の適用外とされない可能性が示唆されている。また、あくまで例外であるが、失権とみなされる可能性もある。すなわち、長期に渡って放置され状況が進んで、その状況が継続すると利害関係人が信頼した場合に、それに反して自力救済を求め、それが不意打ちと評価される場合、このような信義誠実の原則に基づく抗弁が主張される。

## (3)他の法規範との関係

BGB 第910条に基づく越境した枝や根の切除のための自力救済権は、物権法上のその

(29) LG Bielefeld,Urteil vom 04.11.1959-1 S 250/59,NJW,1960,S.678.

(30) Brückner,Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910,Rn.16.

(31) Brückner,Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910,Rn.17.

(32) Brückner,Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910,Rn.18.

(33) LG Freiburg,Urteil vom 22.01.2015-S143/14,NJOZ,2015,S.727.

他の請求権との調整がその存在目的である。では、実際にどのような調整を図っているのだろうか。

#### ① BGB 第 1004 条に基づく妨害排除請求権

BGB 第 910 条の自力救済権は、確立した BGH の判例によると BGB 第 1004 条に基づく妨害排除請求権の適用を排除しない<sup>(34)</sup>。被侵害地所有者は隣地から越境してきている枝や根を自ら切除することも、竹木の所有者に越境部分を切除するように請求することも認められる。その考え方とともに、BGH は長年争われていた問題である、所有者の自力救済権と隣人による除去責任の間の関係について、「被侵害地所有者の利益となるように単純に法的保護が競合している」と決定した<sup>(35)</sup>。被侵害地所有者は、BGB 第 910 条による自力救済も BGB 第 1004 条による妨害排除請求もどちらも選択可能であり、その際には自らにとって主張しやすい手段を選択できるという扱いを認めている。除去請求権は確かに、BGB 第 910 条第 2 項所定の侵害行為があった場合に限って認められる。自力救済権とは異なり、妨害排除請求権は時効に服する<sup>(36)</sup>。

#### ② 自力救済権の費用償還請求

妨害排除請求権とならんで、自力救済権が存することを理由として、自力救済権を有する被侵害地所有者は越境物の除去に要した費用を隣人に対して請求することができる。そして、このような扱いの法的根拠は BGB 第 812 条第 1 項第 1 文第 2 款に基づいて、事務管理とされる<sup>(37)</sup>。確立した判例によると、その理由づけは、所有権侵害を自ら除去するための消極的な妨害排除請求権を有している者は、越境という侵害行為について、妨害者に対して費用償還請求権を有していると理由づけられている<sup>(38)</sup>。我が国においても、被侵害地所有者による費用償還請求を考察しなければならない。ドイツと同じく事務管理と構成することになるだろう。

#### ③ 損害賠償

越境部位の切除によって植物が立ち枯れてしまうというリスクは原則として植物の所有者が負う。しかしながら、BGB 第 910 条所定の要件に該当しないような、または妥当ではない切除を行った場合、植物の所有権を侵害したことを理由に BGB 第 823 条に基づく不法行為損害賠償請求権が認められる<sup>(39)</sup>。被侵害地所有者による違法な切除は認められない。枝と根の越境と、客観的な意味での侵害に当たらないならば、勝手な枝や根の切除は不法行為に当たる。しかしながら、BGB 第 910 条は BGB 第 823 条第 2 項の意義での保護規定ではない。この規範は（毒性のある）特定の植物の栽培・繁茂を禁止しているわけではない。そして、さらに越境している枝による侵害以前の状態を維持することを求めるわけではない。規範の目的は相隣者相互の共同生活を静謐に保つための切除・除去権であるということで語り尽くされおり、それ以上の効果を導くものではない<sup>(40)</sup>。相隣関係相

(34) BGH,Urteil vom 23.02.1973-V ZR 109/71,NJW,1973,S.703.

BGH,Urteil vom 28.11.2003-V ZR 99/03,NJW,2004,S.603.

(35) BGH,Urteil vom 14.11.2003-V ZR 102/03,NJW,2004,S.1037.

(36) LG Freiburg,a.a.O.,NJOZ,2015,S.727.

(37) BGH,a.a.O.,NJW,1997,S.2234.

(38) BGH,Urteil vom 12.03.1964- II ZR 243/62,NJW,1964,S.1365.

(39) Brückner,Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 910,Rn.21.

互の調整の役割に限定されるという事が確認される。

#### ④州法上の規定

不動産利用関係の諸規制は、ドイツにおいては州法によって行われている。それら州法の立法者はEGBGB 124款第2文に基づいて認められている規定管轄権を保有する。それによると、植物相互の最低限の間隔についての規定も存在している。州法上の諸規定が各法規に分散して存在している場合、BGB第910条に基づく自力救済権は、EGBGB第122款に基づいて特別の要件がそれぞれ規定され、それらの管轄権規定に基づいて認められ、または排除される。州道路交通法によると、公用地の所有者または占有者は、当該用地の通路に植物が越境してもその影響やその維持の措置を受忍しなければならないとされている<sup>(41)</sup>。

以上、ドイツ法における越境した枝や根の扱いに関する規定を観察したが、ドイツ法は、一定の催告期間を経たのちに、越境された被侵害地所有者が自ら枝や根を切除できる自力救済権を認めている。植物の生育という観点以外では、枝と根で違いを分けることもない。また、どのような場合に切除が認められるのかという扱いの難しい場面で判例の積み重ねから、できるだけ相当な調整機能を発揮できるように議論が進んでいる様子を見てとる事ができた。我が国では、単純に枝と根を分けて、枝は侵害している竹木所有者に切除させ、根は侵害を受けている被侵害地所有者が自ら切除することになっている。枝についても竹木所有者に請求した上で、被侵害地所有者が自ら切除できる自力救済権を認めるべきである。

### 3. 枝や根の越境の場合の改正案について

我が国においては、部会資料に指摘されている通り、越境している竹木の所有者が枝の切除をしない時は、被侵害地所有者は侵害地所有者を探索し、枝の切除請求訴訟を提起して、請求認容判決を得た上で、これを債務名義として強制執行を申し立て、竹木所有者の費用で切除させなければならない。大変な労力が必要であり、土地の円滑な利用が損なわれている。また、竹木所有者が不明である時は困難を極めることが予想される。そこで、越境された土地の所有者が自ら枝を切り取ることを認める方向で議論が進められている。催告をした上で、被侵害地所有者が自ら切除できることを認める方向ではあるが、その催告の実効性をどこまで確保するかという点が議論の中心になっている。今回の改正が所有者不明土地問題への対応を目的としているために、この点について丁寧に議論しなければならない。ドイツにおいては、所有者不明土地問題とは関わりがなく、被侵害地所有者からの催告にそれほどの問題は起きない事が前提となっており、その点占有者への催告で十分とされる。所有者が不明であることを想定しながら、どのような催告が必要であるか、どのような手続きを求めるべきか、以下の3案が提示されている。

A案 隣地の竹木の枝が境界線を越えるときは、土地の管理のために必要な範囲内で、その枝を切り取ることができる。

B案 ①隣地の竹木の枝が境界線を越えるときは、竹木の所有者に対し、相当の期間を定めてその枝を切除すべき旨の催告をすることができる。

(40) OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.11.1974-4 U 54/74, NJW, 1975, S. 739.

(41) BGH, Urteil vom 04.05.1979-V ZR 100/75, NJW, 1979, S. 2515.

②竹木の所有者の所在が不明であることその他の事由により当該所有者に催告することができないときは、一定の期間を定めて、その期間内に枝を切除すべき旨の公告をすることができる。

③①の催告又は②の公告がされた場合において、一定の期間内に切除がされないときは、土地の管理のため必要な範囲内で、その枝を切り取ることができる。

C案 ①隣地の竹木の枝が境界線を越えるときは、竹木の生えている土地の所有権の登記名義人又は立木登記や明認方法上の竹木所有者（又は氏名若しくは名称及び住所の知っている竹木所有者）に対し、相当の期間を定めてその枝を切除すべき旨の催告をすることができる。

②①の催告がされた場合において、一定の期間内に切除がなされないときは、土地の管理のため必要な範囲内でその枝を切り取ることができる。

A案は、侵害を受けている被侵害地所有者をもっとも簡便に守ることができる一方で、竹木の所有者が明白な時でも、何らの手続きを経ることなく切除できてしまい、そこまで被侵害地所有者の管理権限が認められるのか疑問が残る。現在では竹木の重要性がそれほど高く評価されないという見解もあり、侵害を受けた側が勝手に切除してもさほどの意味を持たないという考え方もある。

しかしながら、果たして管理行為がそこまで及ぶのか。竹木の所有者が竹木の適正な維持をする前に被侵害地所有者が勝手に枝を切除することを認めてしまうことにもなる。一方で、そもそも竹木の所有者は枝を越境させるべきではなく、また、枝の財産的価値が現代ではそれほど高く評価されるものではないとも言え、切除されたとしても竹木の所有者は受忍すべきという考え方が基礎にある。竹木にほとんど財産的な価値を見出さないならばこのような扱いが最も現実的である。しかしながら、管理の範囲について、もう少し丁寧に考察する必要がある。枝や根の切除が原因で竹木が立ち枯れ、倒壊した場合、先述のとおり、ドイツにおいても切除した被侵害地所有者に不法行為損害賠償請求が認められた。このような扱いは、竹木の枝の財産的価値を否定しているわけではないことを示し、丁寧に考察しなければならない。

B案は、被侵害地所有者が催告や公告の手続きを経ることによって、竹木所有者による枝の切除の機会を確保しつつ、被侵害地所有者が自ら切り取ることができる。一応竹木の所有者に対する配慮がなされているが、問題となっている所有者不明の場合には画餅に帰する可能性がある。そこで、登記簿上の名義人の住居に催告の通知をし、その通知が到達したならば、催告されたと考え、被侵害地所有者の負担を軽減する方法も検討されている。住所がどうしても不明な場合の扱いも別に議論すべきである。竹木所有者が死亡していて、相続登記がなされていない場合、死亡しているが、登記簿上の被相続人に催告のための通知をすれば有効な催告とすべきという意見もある。また、相手方の住所が不明である場合公告手続に移行することも考える。

部会資料においては、竹木所有者ならびに侵害地所有者が複数いる共有の場合には、催告を共有者全員に対してしなければならないという議論がなされている。これは、枝を切除することが、共有物の保存行為であるならば、共有者のうちの一人を相手にし、管理行為であるならば、共有持分の価格の過半数を有する共有者を相手とし、変更であるならば、全員を相手にしなければならないという扱いの延長線上にある議論である。竹木の越境は

本来許されるものではないので、越境しない限度で現状を維持する必要があると考えれば、保存行為に当たると考える。また、これと全く正反対に共有者の義務と構成もできる。判例によると、所有権を侵害した隣地共有者に対して妨害排除請求する場合に、当該義務は不可分債務であるから、共有者は被侵害地所有者に対して侵害行為の全てを除去する義務を負う。よって、被侵害地所有者は共有者各自に対し、順次その義務の履行を訴求でき、必ずしも全員に対して同時に訴えを提起し、同時に判決を得ることを要しない（最判昭和43年3月15日）という判決もある。竹木所有者の越境した枝の切除義務は民法第430条所定の不可分債務と考えることができるので、共有者のうちの一人に催告すれば足りると考えることができる。このような共有者一人に催告すれば足りるという構成の前提は、枝を切除する行為が管理行為や変更にあたるとされると根底が覆されるので、保存行為と考える必要がある。枝の切除が保存行為にあたるという考え方は少々方向性が異なるのではないかと考える。いずれにせよ、共有の準則通りの扱いを考察すれば、このような議論が提起されることになるが、越境されている隣地所有者が共有者の過半数に請求しなければならないという事態に陥るのであろうか。

共有者のうちの誰に切除を求めるかという議論は、ドイツ法のように単純に占有者、すなわち現実に占有している相手に対して切除を求めれば足りるとすべきであろう。法務省の部会資料にあるような共有者全員に対して切除を求めなければならないという扱いは、非常に硬直的である。確かに共有者内部では、処分行為、管理行為、保存行為のどれに当たるかによって、意思表示の方式が変わるが、越境した枝や根の切除について、この扱いをそのまま踏襲するのは越境されている被侵害地所有者に酷である。手近にいる共有者の誰かを土地占有者と考え、当該占有者に切除の請求をすることで十分であろう。共有関係の思想からしても、対外的扱いと内部関係は切り分けられている。共有支配もできるだけ個人支配に近い形で構成しようという考え方からいうならば、共有物に対して請求する者はできるだけ、一つの請求で事足りるとする配慮が必要なのではないだろうか<sup>(42)</sup>。

費用負担については、竹木の所有者が負担することが筋ながら、被侵害地所有者も妨害排除請求の手段を選ばずに、自ら切除したわけであるから、折半で費用負担させることも考えなければならない。また、竹木所有者本人のために管理をしたと考えるならば、事務管理による費用償還請求が認められる余地も出てくる。

C案は、枝の越境を切除することが、緊急避難や正当防衛にも当たりうるという視点から、より簡易な公告を要さないという考え方である。竹木の所有者や当該土地所有者（土地の所有権の登記名義人、立木登記、明認方法により確認）に対して催告すればよいと提案している。真の所有者が別にいる場合でも、これらの名義人に催告すれば切除できるという点に注意が必要である。この考え方に対しては、いわゆる不法行為上の緊急避難や正当防衛という制度と、枝の越境を同一視して良いのか、違和感を覚えるという指摘もできる。

(42) 我妻、前掲注、314頁以下。特に目的物の管理権能は共有者の協力が必要である旨の指摘がなされている。共有者の誰か一人が枝の切除を求められたならば、協力という文脈の中には、他の共有者にその旨を伝達し、共同して管理を行うという行為が必然となるのではないか。団体的結合関係を外部から観察した帰結ではないか。

越境している枝をどの程度切除できるのかという点も議論が必要である。越境している部分のみの切除が基本となるが、枝はすぐに伸びるので、もう少し幹側から切除を認めるべきではないか。土地管理のために必要な範囲内で、土地の境界線よりも幹側で枝を切り取ることができるかとするべきである。具体的な切除の方法にも配慮が必要であろう。

以上、越境した枝と根の扱いに関する議論を観察したが、注目すべきはドイツ法において、客観的な権利侵害を要件として挙げている点である。この議論の難しいところは、越境していることを理由に相隣関係の規定を濫用するような形で隣地所有者が樹木を切除してしまうことではないだろうか。そこで、ドイツにおいては、越境に加えて越境が客観的に被侵害地所有者の権利を害している事が要件として求められている。枝や根の越境が被侵害地所有者の権利を害しており、さらに切除しなければならない差し迫った事情があるならば、催告も簡便で認められるべきであるという議論もできるのではないか。また、催告についても事実上の催告という形式を遵守するならば、その後自力救済できると柔軟な考え方を採用すべきであると考えられる。

#### 四、管理不全土地の所有者に対する措置請求

##### 1、管理不全土地問題

管理されずに放置されている土地（以下「管理不全土地」という。）から生ずる一定の事由により、近傍の土地所有者に損害が生じ、又は生ずるおそれがあるときは、近傍の土地所有者は、管理不全土地の所有者に対し、これらの状態の除去のための措置を請求することができるものとするべきではないかという議論が提起されている。上記の一定の事由の設定に関しては、例えば、崖崩れ、土砂や汚液の流出、悪臭の発生、鳥獣・害虫の発生、美観の悪化などが想定される。

所有者不明等に起因し、管理不全状態になっている土地については、雑草等が繁茂して鳥獣や害虫等が繁殖したり、不法投棄がされたりすることもある。そのような土地の近隣にある土地では、利用に不都合が生ずるだけでなく、生活環境の悪化を招き、土地の価値が下がるおそれがあるなど、様々な問題を生じさせる。

ここでは、隣地所有者間の土地利用に関して生ずる生活妨害紛争として考察されるような、いわゆる苦情の案件とは違う問題が生ずるのではないかと予想される。通常、土地が積極的に利用された結果、生活妨害が生じて紛争となるケースでは、悪臭や騒音などの紛争が想定されるが、利用されない土地から悪臭等が生じて紛争となるケースは少ないと考えられる。このような、いわゆるイミッションと考える個別事案において、受忍限度を超えると認められるときは、不法行為に基づく損害賠償や人格権等に基づく差止めが認められることがある。いわゆるイミッションとは、他の土地への影響で、効果が一定せず、拡散を支配制御する事が難しいものを指す<sup>(43)</sup>。もっとも、差止請求権の法的性質については争いがあるのみならず、生活環境の悪化の原因となっている行為の差止めのほかに、土地の管理不全状態の除去を求めることが可能かどうかとも必ずしも明らかではない。

(43) BGH,Urteil vom 24.01.1992-V ZR 274/90,NJW,1992,S.1389.

今回の改正の議論では、我が国で必ずしも議論が徹底されていたとは言いがたい、他の土地への影響・作用・侵害といった点も併せて考察する機会となっている。我が国においては、こういった問題で、妨害排除請求権や妨害予防請求権などの物権的請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権、人格権侵害に基づく差止請求、それぞれの立ち位置について議論が突き詰められていない印象がある。そこに、物権相互の影響を調整する相隣関係規定の整備をすることになるので、適用範囲などを丁寧に議論する必要がある。本論稿においては、特に物権的請求権と相隣関係の調整機能を中心に分析する。この点、ドイツ法では、物権的請求権と相隣関係に基づくイミッションの制度が、丁寧な議論を尽くした上で役割分担しており、それらの制度の観察を通じて、相隣関係の諸規定がどのような調整機能を求められているか考察したい<sup>(44)</sup>。ドイツ法の議論では、部会資料に挙げられている問題がそのまま妨害排除請求の対象とならない可能性を読み取ることができる。以下に観察したい。

## 2、ドイツ法における状態侵害と妨害排除について

ドイツ法においては、管理不全に起因する環境の悪化を状態侵害として妨害排除の対象とするが、その際にそういった状態を招いている状態侵害者の責任要件として、①侵害が物の状態・土地の状態に由来する②侵害者がこれらの物や土地に法的・事実的支配を及ぼしている③侵害者の意思に基づいている、という3点を挙げている。その一方で純粋な自然現象が人間の関与なくして作用している場合には妨害排除請求権は発生せず、何人たりとも責任を負うことはないという<sup>(45)</sup>。しかしながら、土地所有者がかつて植えた樹木が繁茂し、他の土地に侵害している場合には、土地所有者の植樹という意味が介在しているので、妨害排除請求が認められうる<sup>(46)</sup>。また同様に、裁判所はため池からの漏水<sup>(47)</sup>や農地からの土砂の流出<sup>(48)</sup>などにおいても、それぞれ所有者が管理をしていたとの抗弁がなされたが、それらの設備を設置したという大元に遡って、妨害を排除する責任があると認めている。一方で部会資料において挙げられているような、害虫の自然発生などはドイツにおいては妨害排除請求が認められていない<sup>(49)</sup>。雨水などの自然水流も妨害排除の対象とはならない<sup>(50)</sup>。管理不全土地における他の土地への影響も、当初の土地所有者の意思を認定の前提にする必要がある。

所有者不明土地問題に付随して生ずる迷惑行為は、ドイツ法のいわゆる状態侵害者の責

(44) 秋山、前掲注、33頁以下。管理不全土地問題について既存の我が国における議論の枠組みを超える必要性が指摘されている。また、同「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(1)」早稲田法学74巻4号(1999年)259頁以下。イミッションに関する議論が網羅されている。

(45) BGH,Urteil vom 23.04.1993-V ZR 250/92,NJW,1993,S.1855.  
BGH,Urteil vom 07.07.1995-V ZR 213/94,NJW,1995,S.2633.

(46) BGH,Urteil vom 21.10.1994-V ZR 12/94,NJW,1995,S.395。樹木の根が隣地の下水設備に影響を及ぼした事例である。BGHは植樹したことで侵害が引き起こされたと、管理を全うしていたという抗弁を排除し、樹木を植えた当事者の責任を認めている。

(47) BGH,Urteil vom 20.11.1992-V ZR 82/91,NJW,1993,S.925.

(48) BGH,Urteil vom 02.03.1984-V ZR 54/83,NJW,1984,S.2207.

(49) BGH,Urteil vom 07.07.1995-V ZR 213/94,NJW,1995,S.2633.

(50) BGH,Urteil vom 18.04.1991- III ZR 1/90,NJW,1991,S.2770.

任に該当する。侵害行為が人の行為に起因せず、物や設備の状態から生じているとき、その物や設備の占有者や設備を運営している者、自らの支配領域に置いている者が妨害排除についての責任を負うことになる。これらの者は当該侵害行為に寄与しているか否か、侵害行為の存在を認識していたか否かとは関わりなく責任を負う<sup>(51)</sup>。しかしながら、ドイツ法においては、事実状態のみで妨害排除義務を負うように見えてしまうのだが、「侵害を除去する可能性」という観点も求められる。我が国の所有者不明土地問題では、そもそも侵害地所有者の所有意識が希薄であるので、侵害除去可能性が著しく低いと言えるのではないだろうか。ドイツ法における状態侵害者とみなされる要件のうち、間接的であっても侵害者の意思が関与する必要がある点に注意すべきである<sup>(52)</sup>。純粋な自然現象が人間の関与なく物に作用しているときは、妨害排除請求権は発生しない<sup>(53)</sup>。ドイツにおいては、嵐が原因で樹木が倒壊した場合にも妨害排除義務は生じないという判決もあるが<sup>(54)</sup>、我が国のように台風が襲来することもなく、よほどの管理懈怠がなければ自然に侵害が生ずることも少ないように思われる。所有者不明土地問題においては、潜在的な所有者は自ら覚えのない土地の侵害を除去するように請求される可能性があり、こういった妨害排除請求の要件を満たさず、責任追及されることになる。

ドイツにおいても、状態侵害者の要件について新たな議論が提起されているという。新たな考え方とは、行為侵害者という概念を廃して、被侵害地所有者の所有物が現に侵害を受けているかどうかという事実のみを問題として取り上げるというものである。現に侵害されているという事実を重要視しないなら、受忍義務という観点で、何をもって透明性が確保された要件とすべきなのか、また、行為者の間接的な意思にこだわるならば、そこで何を扱うべきか、と行為者の意思を要件とすることへの懸念も提起されている。ただ、このような議論が侵害要件を拡大・緩和することにつなげるべきではないという注意も喚起されている<sup>(55)</sup>。一方で、BGB第1004条に基づく妨害排除請求権は、さらに広範に適用されるべきであり、そこでは法律上の制限と法律上の正当化される根拠を丁寧に議論すべきであると指摘されている<sup>(56)</sup>。

我が国の事情に必ずしも全て当てはまるわけでは無いが、妨害排除請求を認めるにあたって要件上の懸念を示した。それに加えて、イミッシオンの考え方も検討する必要がある。ドイツにおいては後述するように、妨害排除請求とイミッシオン制度が役割分担している。我が国における管理不全土地問題を考察するには、妨害排除の対象となるか否かという議論と、受忍義務が発生するか否かを並べて観察する必要があるので、以下にBGB第906条の姿を観察する。

ドイツにおいてはBGB第906条において、ある土地の利用が他の土地に影響を及ぼす場合、土地利用の許容性を定めている。BGB第906条所定の作用は無形のものもしくは

(51) BGH,Urteil vom 22.09.2000-V ZR 443/99,NJW-RR,2001,S.232.

(52) BGH,Urteil vom 01.12.2006-V ZR 112/06,NJW,2007,S.432.

(53) BGH,aa.O.,NJW,1995,S.2633.

(54) BGH,aa.O.,NJW,1993,S.1855.

(55) AG Bonn,Urteil vom 26.03.2014-101 C 194/13,NJOZ,2014,S.974.

(56) Baldus,Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017 BGB § 1004,Rn.160.

軽量の有形物による作用を念頭に置いている<sup>(57)</sup>。妨害排除請求権はBGB第906条所定のイミッシオンに該当する場合、当事者に受忍義務が課されるので、発生しない。同条によれば、①イミッシオンが存在すること②その作用が本質的ではない、または本質的な侵害ではあるが、それが生じている場所にとって慣行的であり、経済的に期待しうる方法で回避できないことの2点が要件として挙げられる<sup>(58)</sup>。そして、作用が本質的であるかどうかという点では、理性的評価に根ざした平均人の感覚<sup>(59)</sup>に従って、次のような二点が利益衡量される<sup>(60)</sup>。すなわち、一方では、侵害を受けている土地上での生活実態や実際の用途が考慮され、他方では、作用の深刻度と期間の長短である。我が国の所有者不明土地問題では、場合によって侵害そのものの軽重はドイツ法においては軽いと評価されるかもしれないが、作用の深刻度と期間の長短、特に是正すべき所有者が不明である点を顧慮するならば、受忍すべきイミッシオンの範疇に収まらないように思われる。ただ、ドイツにおいては、イミッシオンの立法理由として、基本法上の生命及び身体不可侵の権利から導かれる国民の健康を保護する要請があるという指摘<sup>(61)</sup>もされており、そういった人権上の配慮という点で言うと、我が国の所有者不明土地問題から生ずる他の土地への影響は、主に経済的自由への作用と評価されることが多く、保護の度合いが異なるのではないとも言える。一方で、ドイツにおいても、環境保護や青少年の育成などの一般的利益<sup>(62)</sup>、共同体的利益<sup>(63)</sup>も考慮すべきという指摘もされており、こちらの判断基準は我が国の所有者不明土地からのイミッシオンにとって参考となるのではないか。

ドイツにおけるイミッシオンの扱いは、侵害が本質的であっても、その場所において慣行的であるか否かも重要な論点の一つである。また、経済的に期待しうる合理的な回避措置があるか否かも考慮しなくてはいけない。経済的に期待しうるということは、回避策・防止策が経済合理性を有し、客観的に可能なことを指す。我が国の所有者不明土地問題では、不動産が利用されないことによる侵害であるので、回避のための方策は、適正な不動産の維持管理となり、多くの場合経済合理性は認められると考えられる。

ここでドイツにおけるイミッシオンと受忍義務の要件についてまとめると、まず、土地への影響が本質的か非本質的に分けられ、非本質的な影響は受忍すべきとされる。本質的な影響のうち、場所的慣行が認められ、その影響の回避が経済合理性を欠く場合、受忍しなければならない。ところで、BGB第906条第2項第2文によると、場所的慣行が認められ受忍しなければならないとしても、そのために不動産からの収益が大幅に妨げられている場合、影響をもたらす隣地所有者に相当な補償を請求できる。隣人間の利益調整のためにその根拠は信義則に求められる<sup>(64)</sup>。所有者不明土地問題においても、侵害を受けている当事者が侵害を除去し、その費用を隣地所有者に対して請求する手段としても活

(57) 大場浩之=水津太郎=鳥山泰志『ドイツ物権法』(成文堂, 2016年) 478頁。

(58) 大場=水津=鳥山, 前掲注, 479頁。

(59) BGH,Urteil vom 26.09.2003-V ZR 41/03,NJW,2003,S.3699.

(60) 大場=水津=鳥山, 前掲注, 480頁。

(61) BverfG,Beschluß vom 17.02.1997-BvR 1658/96,NJW,1997,S.2509.

(62) BGH,Urteil vom 05.02.1993-V ZR 62/91,NJW,1993,S.1658.

(63) BGH,a.a.O.,NJW,2003,S.3699.

(64) BGH,a.a.O.,NJW,2010,S.3160.

用できるように見受けられる。しかしながら、我が国の所有者不明土地の管理不全問題において列挙されている事例の多くが、ドイツ法の観点から言うならば、受忍すべき軽微なものと評価される。そこで、当事者の利害調整を行う補償についても、ドイツにおいては、BGB 第 906 条第 2 項第 2 文の準用事例での扱いを観察して参考にしたい。ドイツにおいても非本質的な作用については基本的に忍容され、本質的な作用について、原則は BGB 第 1004 条の妨害排除請求の対象となるが、BGB 第 906 条第 1 項により例外的に受忍義務が生じ、さらに受忍義務が生じたとしても同条第 2 項第 2 文によって補償請求が認められるという流れの中で、これらの侵害は、気体・液体などの侵害のみを想定していることが理解できる。ここでは、日照・通風を妨げるような消極的作用や、感覚的な問題は取り上げられていない。我が国の所有者不明土地問題に付随する管理不全土地問題では、消極的な作用や、廃屋旅館が温泉街にマイナスイメージを与えるといった感覚的な要素が問題視される。これを所有権による作用と評価するには、影響ある侵害と考えるかどうかに行き着くことになる。

ドイツ法では原則としてこのような消極的作用・感覚的問題を巡っては、妨害排除請求の対象とならず、また、受忍すべきであったとしても、イミッション所定の補償請求の対象ともならない。ただ、相隣関係の諸規定は、土地利用をめぐる当事者の紛争解決方法の提供がその存在目的である。何らかの解決方法の提示が求められるのでは無いだろうか。そこで、例えば、先ほど挙げた廃屋旅館の問題であるが、温泉地などの観光リゾートという場所的慣行を評価すると、観光地に危険な廃屋が堂々と奇異な外観を晒すことは、近隣の所有者＝リゾート地から経済的な恩恵を受けている旅館業者にとって見過ごすことができない影響と評価されるのでは無いだろうか。そして、廃屋旅館の撤去費用は、所有者不明という事情を他に置くとしても、経済的に合理性を欠いているわけではない。実際にドイツの議論においても、廃材置き場が工場地帯にあるのと住宅街にあるのでは意味が違うという考え方も提示されている<sup>(65)</sup>。また、非常に軽微なイミッションであっても、経済合理性という観点から補償を認めている事案もあり<sup>(66)</sup>、場所的慣行と経済合理性の二つの要素から考察することで、我が国における所有者不明土地問題と管理不全土地問題にとって参考となる。

侵害行為が消極的・感情的な作用にとどまる場合をもう少し分析したい。消極的な作用といえども、土地に対する環境的な影響は避けられない。日照・通風などが自然にもたらされることを阻害すれば、不利益が生ずると認められる。隣地の管理不全が原因で日照が妨げられ、通風が阻害されることは想像に難しくはない。しかしながら、ドイツにおいてはこのような侵害行為は土地への影響作用としてみなされない<sup>(67)</sup>。立法者は、このような作用を BGB 第 1004 条所定の妨害排除請求の対象から意図的に外したのではないかと問題提起されることもある。そして、先述したように BGB 第 906 条第 2 項第 2 文の補償請求を類推適用することで調整を図ろうとしたのではないかと<sup>(68)</sup>。このような点につい

(65) AG Münster, Urteil vom 10.05.1983-29 C 80/83, NJW, 1983, S.2993.

(66) BGH, aa.O., NJW, 2004, S.1037.

(67) BGH, Urteil vom 21.10.1983-V ZR 166/82, NJW, 1984, S.729. 日照・通風ではなく電波の事例であるが、侵害とは評価されなかった。

て、いかなる土地についても、その上で経済活動が営まれるか否かに関わらず、日照・通風を含む外界・環境とのつながりが必要である。このようなつながりも土地の構成要素をなすと指摘され、所有権のあらゆる内容に対する作用や侵害が直接の接触に限られる必要はない。この点について、侵害の重大性と受忍義務の可否で決すべきという見解もある<sup>(69)</sup>。この見解に立てば、消極的・感情的作用に対しても、さらに上述の場所的慣行・経済合理性といった観点も加味して、妨害排除請求もしくは補償請求が認められる余地が広がる。しかし、こういった見解はドイツにおいてはまだまだ圧倒的な支配とまでは至っておらず、原則は否定される。感覚的作用すなわち美的・道徳的感受性を害されたという作用についても、否定する見解が有力である<sup>(70)</sup>。現実においてこういった感覚的作用によって風評被害が生じ、土地の価値が下落したとしても、ドイツにおいては、地価の下落のみでは侵害と評価することができないという判断もなされている<sup>(71)</sup>。ただし、高層建築の圧迫感については、影響を侵害と認めた事案もある<sup>(72)</sup>。これらの判例を踏まえた上で、合理的・理性的に評価した結果、侵害が所有物の利用を著しく阻害すると認められるときは、侵害と評価すべきであるという見解も有力である<sup>(73)</sup>。また、人格権侵害と把握して不法行為損害賠償で処理すべきであるという見解もある<sup>(74)</sup>。この規定の位置関係によると、第一義的には妨害排除請求の可否が議論され、その途上で受忍すべきか否かの判断においてイミッションに関する規定が考慮される。それら両者が適用できない時に、不法行為に基づく損害賠償請求となるように見受けられる。

### 3. 我が国における所有者不明土地問題への対応

ドイツ法の妨害排除請求やイミッション制度について観察をした。我が国における管理不全土地問題では、管理不全土地の所有者が不在者である場合を問題視している。よって、近傍の土地の所有者が、管理不全状態を除去しようとするときは、不在者財産管理制度を利用することも考えられる。しかし、近傍の土地所有者であるというだけでは、財産管理の申立権者としての利害関係人に該当するとは限らず、隣地所有者が管理不全状態の除去を目的として、不在者財産管理制度を利用することは必ずしも容易ではない。そもそも所有者が不在者でない場合には、不在者財産管理制度では対応できないものと考えられる。不在者財産管理制度の議論も必要である。しかし、今回本論稿においてはこの議論はひとまず置いておくことにする。

部会資料の本文においては、近傍の土地所有者が管理不全土地の所有者に対して管理不全状態の排除又は予防を請求することができるように検討することを提案している。管理不全土地の所有者に対して近隣の所有者が諸請求を行う場合には、次のように要件・効果を考察するべきである。

(68) Baldus, C., a.a.O. Rn. 24. f.

(69) 大場 = 水津 = 鳥山, 前掲注, 450 頁。

(70) Brückner, H., Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2020, § 906, Rn. 50. f.

(71) BGH, Urteil vom 12.07.1985-V ZR 172/84, NJW, 1985, S. 2823.

(72) BVerwG, Urteil vom 30.09.1983-4 C 18/80, NJW, 1985, S. 250.

(73) Jauernig, O., Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung, JZ, 1986, S. 605.

(74) BGH, a.a.O., NJW, 1985, S. 2824.

まずは、管理不全によって生ずる一定の事由についてであるが、土地が管理されずに放置されても、通常、それだけでは他人に損害やその発生のおそれを生じさせることはなく、放置によって何らかの事由が発生した結果、損害が生ずるものと考えられる。放置しているだけでは要件として不足と考える。放置した結果として崖崩れ・土砂や汚液の流出、悪臭の発生、鳥獣・害虫の発生、美観の悪化が挙げられている。ここで、先述のドイツ法の考え方が参考になる。すなわち部会資料で考察される放置に加えた事情は、ドイツ法では非本質的作用と考えるものであり、単純に妨害排除・妨害予防の対象となり得ないのではないかという疑問である。しかし、今回の議論では、所有者不明土地への対応と併せて考察することになり、ドイツにおける、排除・予防のための特別な必要性に、「所有者不明」という事情が加えられるかと考える必要がある。

#### (1)土砂流出，崖崩れ，汚液の流出

管理不全土地から近傍の土地に崖崩れ、土砂や汚液の流出が生じ、又は生ずるおそれがあるケースでは、現行法においても、近傍の土地所有者は、管理不全土地の所有者に対し、所有権に基づく妨害排除請求又は妨害予防請求を行うことができるものと考えられる。そのような議論を一步前進させ、これらの事由がある管理不全土地については、ここでいう管理措置請求権の対象とすることが考えられる。なお、管理措置請求権の行使方法につき、措置請求訴訟を提起することを要するのであれば、現行法における物権的請求権に近似することになる。土砂の流出、崖崩れ、汚液の排出はそれらが管理不全土地所有者の意思を媒介とする場合、ドイツ法においても妨害排除請求の対象となった。我が国では、さらに自然状態においてこれらが生じたときも、管理措置請求を認めようという議論をしなければならない。

#### (2)悪臭の発生

現行法の下では、事業が行われている土地から悪臭が発生しているケースについての裁判例はあるが<sup>(75)</sup>、管理がされず放置されているような土地から悪臭が発生しているケースについての裁判例は見当たらない。管理不全土地から悪臭が発生するのは、当該土地に不法投棄がされたようなケースが想定され、土地所有者の責めに帰することができない原因で悪臭が生じることも多いと考えられるが、権利行使方法や費用負担の在り方を含め、どのように評価すべきかを検討する必要がある。また、實際上、悪臭の発生やそれによる損害の認定には困難な部分があることをどのように考えるかという課題もある。

土地所有者の責に帰すべき事由ではないと言っても、まさにこのような事案では放置することで様々な迷惑行為を誘発しており、既存の過失の考え方では解決できない事象ではないかと考えることができる。これは、管理不全土地所有者の意思が全く介在しない事例であり、ドイツ法では請求の対象とならない。そこで我が国ではもう一步前進して、管理不全状態を招いただけで、責任が発生するという議論を行わなければならない。侵害を受けている土地所有者の受忍義務という観点からの議論が必要である。すなわち、ドイツ法におけるイミッション制度を参考に、侵害が本質的か否か、場所的な要素は考慮すべきか、侵害を回避するための経済合理性があるか否かを総合的に判断して、受忍すべきか否

(75) 京都地判平成22年9月15日判タ1339号164頁。

かを決定する必要がある。

### (3)鳥獣・害虫の発生

鳥獣・害虫が発生する管理不全土地は、土地が自然に還る中で動植物等が繁殖したものであり、土地所有者の責めに帰することができない原因によることが多いと考えられるが、権利行使方法や費用負担の在り方を含め、どのように評価すべきかを検討する必要がある。また、近隣の土地所有者が自ら鳥獣や害虫の駆除をすることを認める場合には、管理不全土地のどこに鳥獣や害虫の巣が存在するかを把握するのは必ずしも容易ではなく、管理不全土地の調査が必要になることにも留意が必要である。

この事案も、既存の法的評価においては、不可抗力に近いものであるが、不可抗力で当事者に一切の作為・不作為の義務を認めなければ制度を構築する意味がない。土地工作物責任では、無過失責任が原則とされるという事情と対比して考察する必要があるのではないか。特にスズメバチなど人的被害が著しい害虫に関しては、早急な対応が必要であり、新たな法的責任類型を考えなければならない。この場合、被害著しい動植物の発生については、受忍すべきではない特段の事由があると構成する必要がある。

### (4)美観の悪化

美観に関連して、判例は、良好な景観の恵沢を享受する利益については、法律上の利益に値するが、私法上の権利といい得るような明確な実体を有するものとは認められないとしている<sup>(76)</sup>。美観は主観的なとらえ方によるところが大きく、管理不全土地が荒廃して美観を損ねているケースを、ここでいう管理措置請求権の対象とすることについては、上記の判例も踏まえて慎重に検討することが必要とも考えられる。

先述した通り、温泉街において廃墟となった旅館が景観を害し、ひいては温泉地自体の衰退を必要以上に明確化し問題視されている。この廃墟の問題は美観の問題に加えて、建物の崩壊など二次的な被害の可能性も指摘されており、こういった複数の問題が発生したならば、管理措置の対象となりやすいのではないかと考えるが、ドイツ法における場所的慣行という評価方法も参考になると思われる。

### (5)権利主体

管理不全土地から損害を受けるのは、その土地の隣地の所有者であることが多いと考えられるが、管理不全土地と境界を接していない土地の所有者が損害を受けることもあり得るため、隣地所有者に限らず、近傍の土地所有者にこの請求権を認めることが考えられる。

近隣に居住する者の生活を保護するという価値観を認めるべきである。ここでは、共同体としての居住区の利益という考え方が必要である。ここまで検討したドイツ法においても、基本的にイミッシオンは隣り合った所有権者の間の問題を扱っている。この隣り合ったという概念が広がる可能性を持っている。一箇所の管理不全土地が及ぼす影響をどこまで認めるか相隣関係の限界論につながる。この議論においても、非本質的な侵害行為の重大性を考察しなければならない。

### (6)権利行使方法

管理不全土地の所有者に対する措置請求権の権利行使方法については、民事執行法第

---

(76) 最判平成18年3月30日、民集第60巻3号948頁。

171条第1項、第4項に基づいて、当該所有者に対して措置請求訴訟を提起し、請求認容判決を得て、これを債務名義として強制執行を申し立て、当該所有者の費用負担で第三者に措置を採らせる方法によることになると考えられる。

もっとも、管理不全土地は、現に利用や管理をする者がいないことを前提とするものであり、現に利用や管理をする者がいる場合に比べて土地所有権の制約は緩やかに認められると考えられることや、不動産登記を見ても所有者の所在が分からない所有者不明土地になっていることも多いと考えられることから、訴訟によらない簡便な権利行使方法を検討することが考えられる。このような妥協案は自力救済につながる危険性を有するという反論が予想される。しかし、所有者不明土地問題は、まさに請求の相手が不明な場面であり、請求の相手を確定する間に、被害が拡大するものである。

その方法としては、越境した枝の切除と同様に、①被害を受けている近傍の土地所有者等が自ら措置を採ることができるものとする案や、②一定の期間を定めて催告等を行い、その期間内に措置が採られないときは、近傍の土地所有者が自ら措置を採ることができるものとする案等が考えられる。なお、前記のとおり、例えば、崖崩れや土砂流出を防止する措置を採ることができる場合には、土地所有権の制約が大規模かつ長期間にわたることがあり得ることから、枝の切除に比べて管理不全土地所有者の手續保障への要請が高いとも考えられる。

枝の切除においては、場合によって竹木所有者から枝の切除を不法行為であると主張される危険性もあったが、管理不全土地の措置の場合には、基本的に当該土地にとって有益な措置が行われることが多いので、そこまで手続きについて細かい点を規定する必要があるのだろうかとも考えることができる。また、緊急性といった要請も強く、土地への重大な影響という考え方をより精査する必要がある。

#### (7)費用負担

措置に要する費用の負担については、所有者が管理せずに放置した土地から近傍に損害を生じさせていることに着目すれば、管理不全土地の所有者が費用を負担すべきとも考えられる。他方で、前記のとおり、管理不全土地で近傍所有者に損害を生じさせるものの中には、例えば、ごみの不法投棄がされたが土地所有者が気付かず、悪臭が生じているケースなど、管理不全土地の所有者の責めに帰することができない事由でそのような状態になってしまうものがあると考えられる。そこで、管理不全状態が是正されることによって利益を得るのは近傍の土地所有者であると考え、近傍の土地所有者のみに費用を負担させることや、管理不全土地の所有者と近傍の所有者とに平等に費用を負担させることも考えられる。なお、近傍の土地所有者に費用負担をさせる場合には、利益を受けるのは一人だけとは限らず、利益を受ける近傍の土地所有者全員で費用を負担することが考えられる。これは土地所有にあたって共同体的発想を持ち込むことになる。ドイツ法のイミッシオンにおける補償請求に準じた考え方を参考にしつつ、妥当な解決方法を導かなければならない。

確かに管理不全土地の所有者の知らぬところで発生した迷惑行為を当該所有者に請求するのは酷であると考えられるが、この条項では「管理」が問題となっている。そのような迷惑行為が発生しないように日々注意を払うことが所有者に求められ、何らかの理由によってその管理がなされなかったとしても、管理による費用の第一の負担者は所有

者であるように思われる。少々論点がずれてしまうかもしれないが、原始的不能の場面でよく例としてあげられる、遠隔地の別荘の売買で、売主が別荘の滅失に気がつかずに契約を締結した場合に、信義則上一定の責任を認めるべきであるという議論がある。契約関係があるゆえに管理に対する期待も高いとは言えるが、知らないから費用を請求されないという単純な図式が妥当とも言い切れないのではないかと考える。

費用に関していうならば、区分所有権において見受けられる修繕積立金のような制度を街区、村落、各地域コミュニティーで考察する必要性があるのではないかと考える。いわゆる自治会の機能に期待するわけであるが、区分所有関係における管理組合は共有部分の管理という軸が存在するため、必要性も高く、存在意義も高い。しかしながら、いわゆる町の自治会は加入が任意であり、区分所有のような強い軸とはなり得ない。しかし、我が国の所有者不明土地問題を語る上で、既存の個人所有の限界点が見えてきているとも理解できる。不動産を利害ある地域で管理するような考え方を導入し、これからのさらなる人口減少に備えなければならない。

我が国における所有者不明土地問題とそこから生ずる不動産の管理不全状態は、ドイツにおけるイミッシオーンの考え方と比較しても手厚く妨害排除義務を構成しようという姿勢を見てとることができた。不動産の所有者が不明となり、その管理が不全状態となるのは、民事法の秩序の中では異常事態と言える。そのような異常事態は丁寧な議論を重ねてきたドイツ法の相隣関係の諸規定の解釈をもってしても、難しいという現実をここで改めて指摘したい。

## 五、まとめ

所有者不明土地問題と相隣関係規定の整備の議論の中で、特に越境した樹木と管理不全土地からの作用という2点を挙げて、ドイツ法の制度を比較検証しつつ議論を進めた。我が国の妨害排除請求や相隣関係規定より要件が細やかなドイツ法の議論を観察すると、我が国の所有者不明土地問題の異質性がより際立ったように見受けられる。既存の私法秩序では対応が難しい局面を見出すこともできた。これらの議論に加えて土地境界や導管設置など新たに対応すべき点を次の論稿にまとめたい。

(2020.1.20 受稿, 2020.3.17 受理)

〔抄 録〕

近時、所有者不明土地問題が大きく取り上げられ、人々の関心を集めている。これはいわゆる「負動産問題」の議論と合わせて、我が国の財産法体系に大きな影響を及ぼしている。所有者不明土地とは、不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず、または判明しても連絡がつかない土地をいう。多くの場合に相続時の登記がなされていないことなどを理由に発生している。この所有者不明土地は多くの問題を引き起こす。

今回、本論稿においては、所有者不明土地問題に対応するべく議論が進められている相隣関係の規定改正に関する議論を観察する。相隣関係は隣接する土地所有者間の利害衝突を回避して調整する役割を持った規定を擁している。これらの規定は隣地所有者が明確であるという前提の下で設計・運営されている。隣接地が所有者不明土地だとすると、多くの点で例外的な扱いが必要となる。今までは利用関係において衝突が生じ、それを調整する役割を担っていた民法の相隣関係の諸規定は、片や利用を欲する側と、片や利用されずに放置される側の相対立する当事者の利害を調整する必要が生まれている。

相隣地の所有権者が不明であり、その管理方法に問題がある場合にどのように解決すれば良いか。現行の民法の相隣関係の規定は様々な欠缺が指摘される。その中でも本論稿では管理が適切になされていない土地に対する問題を扱う。第一に扱うのは越境した枝や根の扱いに関する規定である。所有者による土地の管理が適切に行われず、竹木の枝や根が張り出している場合、現行規定民法第233条によると、根は侵害されている土地の所有者が自ら切除できるが、枝に関しては竹木所有者＝隣地所有者＝侵害地所有者に切除を求めるとどまり、被侵害土地所有者が自らこれを切除できない。この規定の合理性と所有者が不明である場合にどのような扱いが必要であるか、ドイツ法を参考に考察する。

次に、いわゆる管理不全土地問題について論じる。管理されずに放置されている土地から生ずる一定の事由により、近傍の土地所有者に損害が生じ、又は生ずるおそれがあるときは、近傍の土地所有者は、管理不全土地の所有者に対し、これらの状態の除去のための措置を請求できるものとすべきではないか、という議論が提起されている。上記の一定の事由の設定に関しては、例えば、崖崩れ、土砂や汚液の流出、悪臭の発生、鳥獣・害虫の発生、美観の悪化などが想定される。このような隣地からの侵害行為を妨害排除請求の対象とすることができるか、ドイツ法におけるイミッション制度と比較検証する。ドイツ法は我が国の議論よりこういった物権法の諸制度で優れている点が多い。それらを参考にしつつ、所有者不明土地問題とそれに対応する相隣関係規定の姿を考察することが本論稿の目的である。