

## 論 説

## 差止請求権の発生根拠に関する理論的考察 (6)

## — 差止請求権の基礎理論序説 —

根 本 尚 徳

## 序 章

第1章 差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析（以上まで80巻2号、同4号、81巻1号及び同4号）

第2章 ビッカーの物権的請求権理論の分析

## 第1 序

第2 BGB1004条1項

1 規範内容

2 妨害排除請求権の性質

第3 ビッカーの物権的請求権理論

1 権利篡奪理論—妨害排除請求権の発生要件、効果、機能—

2 物権的請求権の保護範囲の拡張—絶対権概念の意義—（以上まで82巻1号）

3 物権的請求権の存在根拠

4 物権的請求権の体系的位

5 総括

6 物権的請求権の理論的発生根拠に関する分析

7 問題点

第4 まとめ—日本法への示唆—

1 新たな理論構成の可能性

2 差止請求権制度の原理的基礎付けの可能性

3 不法行為法との峻別

4 まとめ—違法侵害説との関連性—（以上まで本号）

第3章 ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠に関する議論の分析

第4章 物権的請求権の発生根拠に関する分析及び違法侵害説の根拠付け

### 第3 ピッカーの物権的請求権理論 (承前)

#### 3 物権的請求権の存在根拠

##### (1) 問題の所在

これまで分析してきたように、ピッカーによれば、物権的請求権の機能は私人間における物権の本来あるべき分配状態とその実際の帰属状況との間の不一致を解消し、それにより右権利の「法的完全性」を回復することにある。また、このような機能に鑑みて、彼は物権的請求権の保護対象を絶対権以外の法益（例えば、行為規範の作成を通じて私人に配分される利益など）にまで拡張しようとする。

他方、BGBにおいて、物権的請求権は主として所有権その他の物権に与えられるものとされている（985条、1004条1項等）。そこで、今見たようなピッカーの見解に対しては、このことの意味をどのように解するのかわきの問いを立てることができよう。換言すれば、その立論を真に説得的なものとするために、ピッカーは以下の問題に答えなければならない。すなわち、彼の見解からすれば物権（絶対権）以外の法的地位にも承認されうる—そのような意味で必ずしも「物権的」とは言えないはずの—妨害排除請求権等による保護が実定法上、所有権その他の物権に（しかも、一見するとその対象をそれらに限定するような形で）認められている実質的理由とは何か。そのように物権的請求権が物権に付与されることを実質的に正当化する法目的ないし原理的根拠（以下、これを「物権的請求権の存在根拠」<sup>(515)</sup>と呼ぶ。）は物権特有のものか。或いは、物権以外の法益にも同じく妥当

(515) したがって、以下に検討する物権的請求権の実質的な存在根拠は、本稿の直接の問題関心たる右請求権の形式的な法律構成（理論的発生根拠）とは異なるもので

しうるのであろうか。

以下、これらの点に関する彼の考察について見ることにしよう。

## (2) 分析

### ア 結論

結論として、ピッカー曰く、物権的請求権は「<sup>(516)</sup>一般的法原理の表現」として理解されるべきである。

すなわち、物権的請求権については、「BGBが一見したところ実定法的に喚起する印象とは異なって、むしろ…BGBの(隠された)内在的システムと合致する形で次の説明が与えられる<sup>(517)</sup>」。それは、「制定法が諸々の権利の原基的母形態としての所有権のもとで最も明瞭な形で現実化している主観的な法的地位の割り当てとその保護との協働こそは、ひとつの一般的原理 (ein allgemeines Prinzip) を具現している<sup>(518)</sup>」ということである。

### イ 「ひとつの一般的原理」

では、この「ひとつの一般的原理」の内容とはいかなるものか。

この点、彼は次のように述べる。すなわち、「その原理の根底には、民法はそれ〔民法〕により〔私人に〕与えられた「実質権」(Substanzrecht) を「保護権」(Schutzrecht) によって保障する、ということが…<sup>(519)</sup> <sup>(520)</sup>ある」、と。つまり、私人に権利の行使(法益の享受)が許されている場合

---

ある。なお、このように両者を区別する分析方法については、藤岡康宏「日本型不法行為法モデルの提唱—新時代の展望—」法律時報78-8-28(2006)、33頁～34頁からその着想を得た(また、このことから理解されるように、右分析方法は本稿独自のものである。ピッカー自身が例えば「存在根拠」という言葉を明示的に用いているわけではない。)

(516) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 168.

(517) A. a. O. S. 169.

(518) A. a. O. S. 169. Ferner derselbe a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313.

(519) A. a. O. S. 313. ピッカーは „Substanzrecht“ (実質権)、„Schutzrecht“ (保護権) という概念の意義等につき、M. Okuda „Über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB“ AcP 164 (1964) S. 536ff., S. 546を参照するように指示する(Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 275 Fn. 32)。そこにおいて、奥田昌道教授は、BGBにおける請求権 (Anspruch) の意義や機能等を総括するための枠組みとして

には、右権利は「<sup>(521)</sup>実質権」として、「保護権」たる妨害排除請求権や不作為請求権等による保護を受けなければならない。「なぜなら、もしもこの

ライザーの権利論—私人の権利をその機能に従って「一次的権利」(primäres Recht. 所有権、債権或いは社員権のような法秩序の構成要素となりうる独立の法的地位)と「二次的権利」(sekundäres Recht. 一次的権利の保護や実現に役立つ法技術或いは道具としての権利。例えば請求権や形成権など。)とに区別する理論(右理論につきより詳しくは、本稿注(380)を参照されたい。)—を採用され(vgl. Okuda a. a. O. S. 537)、右一次的権利を(おそらくはその内実に着目されて) „Substanzrecht“ と表現されている(この点につき、合わせて奥田・前掲書(注18) 231頁～233頁、270頁～271頁、320頁を参照。なお、これらにおいて教授が「実質権」という言葉が使われていることから、本稿もこれに倣い、„Substanzrecht“ を「実質権」と訳すこととする。また、拙稿・注(82)(1) 127頁及び拙稿「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察—差止請求権の基礎理論序説—(5)」早稲田法学82-1-165(2006)、167頁における「実質的権利」との表記をいずれも「実質権」と改める。)。したがって、ピッカーもまたこの„Substanzrecht“ を、奥田教授と同様に、ライザーの権利論における一次的権利と同一のものとして把握しているものと思われる。他方、奥田博士の前記独語論文には„Schutzrecht“ という用語は出てこない。そこでは、上記二次的権利という概念がそのまま使われている。つまり、(その限りで) „Schutzrecht“ はピッカー独自の術語である、ということになる。但し、前述のとおり、彼が右用語を用いるに当たり、„Substanzrecht“ に関するのと同様に奥田博士の上記論文の参照を求めていること(かつ、右論文では „Substanzrecht“ が一次的権利に対応するものとされていること)に鑑みると、ピッカーの言う „Schutzrecht“ とは、ライザーのいわゆる二次的権利をその内容に即して言い換えたもの、すなわちこれと同内容のものであると解することができよう。

(520) なお、ピッカーはこの「ひとつの一般的原理」を物権的請求権のみならず、不法行為損害賠償請求権や不当利得返還請求権が所有者等の権利者(私人)に認められることをも同様に正当化する法理と捉えている(Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313)。すなわち、彼によれば、右原理は物権的請求権に固有のものではなく、私人に保障される上記各種の法的保護手段全てに共通する抽象的或いは一般的理念である、ということになる。但し、このように物権的請求権、不法行為損害賠償請求権及び不当利得返還請求権が究極的には同一の原理によってそれぞれの実質的正当性を基礎付けられるものであるとしても、そのことは、各々の具体的な要件や効果までもが同内容であることを意味しない。むしろ、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権につき既に見たとおり(また後述するように)、ピッカーは、上記各請求権が果たすべき役割の相違を強調し、それらの峻別を主張する。

(521) 以下、本章の分析において、「権利」とは、特に断らない限り、「法益一般」を

ような…保護権能というものがなければ、(権利者に)割り当てられた法的地位は、いわば紙屑同然にな<sup>(522)</sup>り、それにより「割り当て秩序としての法は、それ自体意味のない存在に帰すだろうからである<sup>(523)</sup>」。

ウ 「ひとつの一般的原理」の具体化としての物権的請求権

そして、前述のとおり、ピッカーによれば、以上のような「ひとつの一般的原理」が所有権等について具体化したものこそ物権的請求権である。

すなわち、もし物権的請求権による保護が所有者に付与されないとすると、その者に割当てられた所有権は「実践的にも理論的にも広い範囲で無価値<sup>(524)</sup>」となる。別言すれば、「所有権者の自由をそれに立ちはだかる第三者に対抗して「抽象的に」そしてそれ故に無条件<sup>(525)</sup>に保証する訴権制度が無いとしたならば」、その場合、法は侵害者に「事実上(彼によって)篡奪された地位を委ねてしまうことになるのであるから、所有権者のために法的に承認された地位を再び私法が捨て去る<sup>(526)</sup>」結果となる。つまりは、自らが生み出した秩序の「保証人<sup>(527)</sup>」としての私法の意義は「完全に台無し<sup>(528)</sup>」になってしまう。それゆえ、そのような自らの意義を保持するために、私法は、侵害を受けている所有者にその法的地位の回復手段、すなわち物権的請求権を保障しなければならないのである。

指す広い意味でのそれである。

(522) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 170.

(523) A. a. O. S. 170.

(524) A. a. O. S. 155. これは物権的返還請求権に関する記述であるが、これと同旨が物権的妨害排除請求権にも当てはまることにつき、vgl. A. a. O. S. 164.

(525) ピッカーが物権的請求権による保護を「抽象的」かつ「無条件」と呼ぶのは、右請求権の発生には①相手方の有責性を必要としないこと、②権利者の支配領域に対する無権限での事実上の権利篡奪状態さえ認められれば足り、それが何ら特定の侵奪要件、とりわけ窃盗のような刑法上の侵奪要件を前提としないこと、という2つの意味においてである。以上につき、vgl. A. a. O. S. 152ff..

(526) 以上、A. a. O. S. 155. これは物権的返還請求権を念頭に置いた分析であるが、物権的妨害排除請求権にも同じく妥当する。A. a. O. S. 164.

(527) A. a. O. S. 155.

(528) A. a. O. S. 155.

## エ 法秩序の存在意義による物権的請求権の実質的な基礎付け

ここで、以上の立論の核心を成す「ひとつの一般的原理」の内容を分析すると、それはおおよそ以下のようなだろう。

一般に、私法は、私人への権利割当規範として、何人にどのような権利が帰属し、その行使が許されるのか（と同時に、何人には帰属せず、また許されないのか）を定める。このような法秩序の想定する私人間での規範的な法益分配状態に反する現在または将来の事実状態（例えば、物がその所有者の下にではなく、無権限者の占有に属する状況）は一まさに右規範的な法益分配状態と齟齬を来しているがゆえに一その存続を許されないもの、<sup>(529)</sup>すなわち違法状態と評価される。このとき、もし法が右違法状態をそのまま放置するならば、法秩序によって私人に配分された権利は実質的にその存在を否定されることになってしまう。これは要するに、権利割当規範としてのその存在意義を法自ら否認することである。そのような自己矛盾は許されない。とすれば、権利割当秩序としてのその存在意義からしていわば論理必然的に、(私)法が当該権利の保持者たる私人に右違法状態を矯正しうるための保護手段を積極的に承認することが要請され、また正当化される。かくして、前述のごとくピッカー自身が述べているとおり、「民法はそれ〔民法〕により〔私人に〕与えられた「実質権」を「保護権」によって保障する」べきこととなるのである。

## (3) ネガトリア的権利保護の一般的承認

このように、ピッカーは物権的請求権の（究極的な）存在根拠（「ひとつの一般的原理」の妥当性の基礎）<sup>(530)</sup>を権利割当規範としての法秩序の存在意義に求めている。

(529) ピッカーは、不法 (Unrecht) の内実を「人間の行為及び客観的な状態〔の双方〕に起りうる、広い意味での法秩序と現実との矛盾」と捉える。Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 171.

(530) この点、ピッカーと実質的に同旨を説くものとして、T. Lobinger „Der Anspruch auf das Fehlersurrogat nach § 281 BGB-BGHZ114, 34“ JuS 1993 S. 453ff. (以下、Lobinger a. a. O. 1993として引用する。), S. 456 (妨害排除請求権による保

とすると、以上のような彼の見解からすれば、同じく必然的に、右請求権の保護対象を所有権や制限物権に限定することは「あまりにも狭隘で」<sup>(531)</sup>あり、「実質的に誤りである」<sup>(532)</sup>と結論付けられることになろう。なぜなら、既に見たように、ピッカーによれば、法秩序によって私人に配分される法益は所有権や制限物権などの「権利」(排他的支配権) 或いは絶対権に限られるわけではないからである<sup>(533)</sup>。すなわち、同じく法秩序が私人に分配する絶対権以外の「主観的法的地位」にも「主観的な法的地位の割り当てとその保護との協働」<sup>(534)</sup>に関する「ひとつの一般的原理」—民法はそれにより私人に与えられた「実質権」を「保護権」によって保障する—が妥当しうる以上、右原理の具象形態たる物権的請求権によると同様の保護をこれらに認めることができる、否、認めなければならないものと解されるのであ

---

護の必要性は「財産の割当の理念それ自体から直ちに導かれる…。もし権限者がその者に割当てられた地位に対する他者の不当な支配を終わらせることができずれば、財産上の地位の割当はそもそもその意義を失わざるを得ない」。さらに、Vgl. A. a. O. S. 454 Fn. 15.), P. Gebauer „Zur Haftung des Mieters bei unbefugter Untervermietung—BGH—Urt. v. 13. 12. 1995—X IIZR 194/94—“ Jura 1998 S. 128 ff., S. 132 (「我々の法秩序の根底には権利割当の原理がある…。この割当の観念は—自ら〔の理念の実現〕を諦めようとしないう限り—これらの権利の包括的な保護〔妨害排除請求権、不法行為損害賠償請求権、不当利得返還請求権による保護〕を要求する。)、H. Holzapfel „Zu § 10 PatG als Rechtszuweisungsnorm“ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2002 S. 193ff., S. 195 (「ある法的地位が〔私人に〕割当てられた場合、その法的地位は民法上の責任システムにおいて〔妨害排除請求権、損害賠償請求権、不当利得返還請求権による〕包括的な保護を受ける。そうでなければ、民法の根底に存する権利割当の原理それ自体が疑わしいものとなってしまう。」)。

(531) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 169. Ferner derselbe a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313.

(532) A. a. O. S. 313.

(533) ピッカーが、法は保護法規などの行為規範の作成を通じて私人に「権利」(絶対権)とは異質の、新たな法益をも配分すると解することにつき、前掲・拙稿(注519)(5)195頁~197頁、特に注(487)を参照されたい。

(534) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 168.

(535) A. a. O. S. 169, derselbe a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313.

る。

それゆえ、ピッカー曰く、物権的請求権による保護—彼はこれを「ネガトリアの権利保護」(negatorischer Rechtsschutz)<sup>(536)</sup>と呼ぶ—は、「原則として」物権及び絶対権以外の「法的権限 (の保護) にまで拡張されなければならない」<sup>(537)</sup>。というのも、それら「諸々の法的地位についても常に〔前記のような、所有権につき存するのと同様の〕その包括的保護の必要性が存在する」<sup>(538)</sup>ためである。<sup>(539) (540)</sup>

(536) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 168, derselbe a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313.

(537) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 169.

(538) A. a. O. S. 169.

(539) この点、カナーリス (C-W. Canaris) も同様に、妨害排除請求権の適用範囲が絶対権以外の法益に対する侵害にまで拡張されるべき理由を、究極的に「法秩序が、その非とする—すなわち、違法な—侵害の継続につき何もしないまま、これを黙認するならば、それは矛盾であろう」という「法的内的一致という観点」から基礎付けている。C-W. Canaris „Die Feststellung von Lücken im Gesetz—Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem—“ (2. überarbeitete Aufl., Duncker & Humblot, 1983) (以下、Canaris a. a. O. Feststellung として引用する。) S. 112 (なお、彼は、不作為請求権による保護の絶対権以外への拡張については、それは「損害を填補するよりも、予防する方がより良い」という自明の理に基づき正当化されると説くが、この理もまた「損害を—それは未然に阻止されうるものであるにもかかわらず—〔その発生の危険性を〕知りながらまずは生ぜしめた後でその賠償を命ずるならば、法は自己矛盾に陥ることになる」という「法秩序の内的一致という要請」によって支持されるものである、とする。A. a. O. S. 112)。

(540) なお、ピッカーによる主張が為される以前から既に、学説上、絶対権以外の法益にも物権的請求権と同様の保護を与えるべき旨が説かれており、かつ現在ではこの点につき見解の一致を見ている (後者につき同旨として、上北正人「いわゆる「人格権に基づく差止請求権」の再構成」神戸法学雑誌55-2-141 (2005)、195頁。)。例えば、vgl. E. von Caemmerer „Wandlungen des Deliktsrechts“ Hundert Jahre deutsches Rechtsleben —Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960 Bd. II (C. F. Müller, 1960) S. 49ff., S. 55f., F. Baur „Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der „vorbeugenden Unterlassungsklage““ JZ 1966 S. 381ff. (以下、Baur a. a. O. JZ として引用する。)、S. 383 (「絶対権についてのみ真の意味での侵害に対する不作為請求権を語りうるが、法益や法的に承認された個人領域にはそのような請求権を語ることはで



この点、彼によれば、ある法的地位に対してネガトリア的権利保護を認めるために決定的な事柄は、右権利保護請求の相手方に当該法的地位の尊重を要求しうるといことのみであり、右法的地位の種類や内容ではな

---

きない、という見解は、絶対権と法益や個人領域との区別の過大評価に基づくものである。』), W. Münzberg „Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage“ JZ 1967 S. 689ff., S. 692 (「おそらく、我々はこれまで権利という概念のもたらしうるもの (Leistungsfähigkeit) を過大に評価していたのではないか。』), U. Wesel „Zur Frage des materiellen Anspruchs bei Unterlassungsklagen“ Sein und Werden im Recht—Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970 (Duncker & Humblot, 1970) S. 787ff., S. 792f., Henckel a. a. O. (Fn. 474) S. 104, S. 113f., S. 117, S. 120, S. 134ff., Canaris a. a. O. (Fn. 539) Feststellung S. 111f., C. von Bar „Vorbeugender Rechtsschutz vor Verkehrspflichtverletzungen“ Versicherungsrecht 25 Jahre Karlsruher Forum (1983) S. 80ff., S. 84 (さらに、差止請求権の一般規定に関する彼の立法提案も右請求権の保護対象を一定の法益に限定していない。この点につき、本稿注 (160) を参照。), J. Hager „J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§823~825“ (13. Bearbeitung, Sellier -de Gruyter, 1999) (以下、Staudingers / Hager として引用する。) S. 38 Rn. 63, Erman / Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 2999 Rn. 5 (一般的不作為の訴え (または準物権的妨害排除請求権。以下、同じ。) を承認した判例法理は今日、慣習法の地位を占めている、とする。), C. Armbrüster „Eigentumsschutz durch den Beseitigungsanspruch nach §1004 I 1 BGB und durch Deliktsrecht“ Neue Juristische Wochenschrift (以下、単に NJW とする。) 2003 S. 3087ff., S. 3090 (「妨害排除請求権 [による保護] は、所有権の保護を超えて、全ての絶対的に保護される権利 (一般的妨害排除請求権) と法益 (準妨害排除請求権) と [の保護] に様々に拡張されるべきである。』), Münch. Komm./ Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1146 Rn. 6 (「予防的権利保護の原則。RGZ60, 6 の判決 (12条 (氏名権侵害に対する妨害排除及び不作為請求権に関する規定)、862条 (占有訴権に関する規定)、1004条の類推適用により法益に準物権的妨害排除請求権 (actio quasi negatoria) が与えられる旨を判示し、一般的不作為の訴えに関するその後の判例法形成の基礎となった判決。筆者注) が出されて以来、これらの個別規定 [1004条及びそれを準用する諸規定、さらには1004条と同内容の、民法上或いは各種の特別法上の妨害排除請求権に関する定め] の背後には予防的権利保護の一般的な規則があるものと理解されている。特に、権利と法益とは、完全に侵害された後に損害賠償請求権によって保護されるべきであるのみならず、差し迫った侵害に対して既に予防的に不作為請求権によっても保護されるべきである。』)。

い。保護対象たる法的地位の内容等は、保護の実質的範囲や人的範囲を決定するに止まる。「したがって、…絶対的な法的地位も相対的な法的地位も、権利の割り当てならびにその割り当て保護に照らして、原理的に同様な保護を享受するのである」<sup>(542)</sup>。

「以上要するに、実質的に最も意味深いがゆえに…重要なのは、…「物」権や「絶対」権を越えて、それ以外の相対権にもネガトリア的保護が承認されなければならない、ということ…である」<sup>(544)</sup>。つまり、「それは、基本的な保護として、一般的に、あらゆる主観的法的地位について肯定されるべきなのである」<sup>(545) (546)</sup>。

(541) Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 317に述べられている、保護されるべき「権利が、まさに〔ネガトリア的権利保護請求の〕相手方に対して拘束的に効力を及ぼしている」こととは、このような意味に理解することができる。この点につき、本稿注(545)における分析を参照されたい。さらに、vgl. denselben a. a. O. (Fn. 386) 1983 S. 513 (売買契約などの個別的な法的結合関係にある当事者間では、一方当事者に「まさに他方当事者に対する関係で保護される地位が存するならばそれだけで」、その者は妨害排除請求権による保護を受けることができる、とされている。).

(542) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 171, derselbe a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 317. この点、同様の分析を示すものとして、Baur a. a. O. (Fn. 540) JZ S. 383. さらに、Erman / Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 2999 Rn. 5 は、一般的不作為の訴えが判例及び学説上承認されたことによって権利と法益との区別が動揺を来した、と分析する。

(543) Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 171.

(544) A. a. O. S. 171.

(545) Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 318. 他方、ピッカーの論文中には、例えば、ネガトリア的権利保護は一般にあらゆる私人の主観的な「支配権限」(Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 171) 或いは「私法が主観的な支配力 (Herrschaftsmacht) として個人に割当てた地位」(derselbe a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 317) に保障されるべきである、との記述も見られる(他にも、vgl. denselben a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 170, denselben a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 316)。それゆえ、これらの記述に照らすと、彼はネガトリア的権利保護の及びうる対象を(全ての主観的法的地位ではなく、そのうちの)何らかの排他的支配権に限定しているかのようにも解される。しかしながら、私見によれば、ここで言われている「支配権限」或いは「支配力」とは、物権を典型とする絶対的或いは排他的支配権と同義ではないものと思わ

## (4) 特徴—小括—

これまで、物権的請求権の存在根拠につきピッカーの説くところ、さら

---

れる。なぜなら、彼がそのような「支配力」の具体例として挙げているものは契約に基づく債権であるからである (Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 316)。この点、ピッカーは次のように主張する。すなわち、債務者が給付すべき対象 (例えば、売買契約における売買目的物) は契約当事者たる債権者 (買主) と債務者 (売主) との間の内部関係においては、その所有権等が後者から前者に移転する前から既に、契約に基づいて債権者 (買主) に「相対的に」帰属している (A. a. O. 但し、売買契約の具体例は筆者によるものである (以下、同じ。))。彼の主張に同旨或いは類似の見解として、vgl. G. Dulckeit „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ (Mohr, 1951) S. 33f., S. 40, S. 43ff., E. von Caemmerer „Bereicherung und unerlaubte Handlung“ Festschrift für Ernst Rabel Bd. I Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht (Mohr, 1954) S. 333ff., S. 389 Fn. 211, Wilhelm a. a. O. (Fn. 464) 1993 S. 5ff. Rn. 16~Rn. 21. なお、このとき、一般第三者との関係では、あくまで債権者 (買主) に絶対的ないし排他的帰属を認めることはできない。Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 316.)。そのため、この債権への給付 (履行) が債務者によって危殆化される (例えば、売主が売買目的物を毀滅しようとしたり、第三者にさらに譲渡しようとしたりする) 場合には、債権者は債務者に対して右危殆化行為の不作為等を請求することができる、と (A. a. O. S. 315ff.)。そこで、このような彼による説明を基に考えてみると、今問題とされている「支配 (力)」という要素は、物権 (絶対権) などの属性たる「排他的支配性」ではなく、むしろ、私人への利益の (相対的な) 「帰属」 (ここでは、特に債務の完全な履行によって獲得されうる利益の一債務者との関係における一債権者への「帰属」) を意味するものとして理解されるべきであると言えよう。では、なぜピッカーはこのような「帰属」という要素を、ネガトリアの権利保護を債権 (者) に認めるための要件とするのか。本稿の見るところ、それは、彼が次のように考えているためである。すなわち、右「帰属」を債権者に肯定しうるとき、売買目的物などの給付の対象は、相対的或いは間接的ながら既に債権者「[自身のもの]とされている」(A. a. O. S. 316)。反面、債務者にとって、給付の対象は、債権者との関係において「他人のもの」である。したがって、債務者は—一般に、およそ私人が他人の利益を侵害してはならないのと同様に—「他人のもの」たる右給付の対象 (それを目的とする債権) を害してはならない法的地位に立たされることとなる (またそれゆえに、この場合には、債権者の利益を尊重すべき契約上の付随義務を債務者に課することができる。この点につき、vgl. A. a. O. S. 315.)。これを債権者の側から見て言い換えるならば、その者の債権 (の満足により得られる利益) は、債務者に対してその尊重を求めることのできる、つまりは債務者との関係において法的保護に値する利益に

にそれに基づく右請求権の保護範囲の拡張に関する彼の主張を検討してきた。それらの特徴を整理すると、以下の3点にまとめることができる。

まで高められる、ということである。私見によれば、ピッカーが、ある権利にネグトリア的権利保護を認めるためには、当該「権利が、まさに〔ネグトリア的権利保護請求の〕相手方に対して拘束的に効力を及ぼしている」ことを要する（かつ、それだけで足りる）と主張する（A. a. O. S. 317）のは、このような趣旨においてであると思われる（本稿注（541）参照）。以上要するに、これまでの分析に大きな誤りがないとすれば、前記「支配権限」或いは「支配力」とは、いわゆる排他的支配権を指すものではなく、保護対象たる法的地位の私人への「帰属」、実質的には、「当該法的地位の尊重をネグトリア的権利保護請求の相手方に要求しうること（相手方との関係における右法的地位の要保護性）」を意味するものと解される。したがって、結論として、ピッカーの理論において、物権などの排他的支配権に止まらず、彼自身が述べているように（また、本文にて引用したとおり）、法的保護を要する「あらゆる主観的法的地位」がネグトリア的権利保護の保護対象に取込まれるものと考えることができよう。

(546) なお、ピッカー曰く、ドイツにおいていわゆる一般的不作為の訴えが判例及び学説によって承認され、絶対権以外の法益にも不作為請求権による保護が認められているという事実から、「現在の、または目前に差し迫った侵害事例における権利保護の「基本的な」必要性」が明らかになる（Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 57f.）。本稿におけるこれまでの検討に照らすならば、右「権利保護の「基本的な」必要性」とは彼の唱える物権的請求権の存在根拠に当るものと言えよう。ピッカーは、一般的不作為の訴えと物権的請求権との理論的關係（その異同など）について、直接には何も述べていない。しかし、上記のように彼が物権的請求権の実質的な意義と関連付けて一般的不作為の訴えに（好意的に）言及していることから、ピッカーが両者を関連し合うものと捉えていることが窺われる（なお、このような本稿の理解とは異なった捉え方を示すものとして、赤松・前掲（注53）「訴え」127頁～128頁。）。この点、Altenhein a. a. O. (Fn. 385) は、一般的不作為の訴えとして判例により形成されてきた名誉侵害行為（真実に合致しない事実の主張）に対する撤回請求権（Widerrufsanspruch）の要件、効果はピッカーの権利篡奪理論によってのみ基礎付けることができると主張する。同様に、C. Kotz „Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer Haftung“（Verlag Dr. Kovač, 2004）もまた、物権的妨害排除請求権と（特に無体財産権侵害や一般的人格権侵害に対する）一般的不作為の訴えとは共に侵害者の権利篡奪的地位の剥奪に向けられるものであるとし、それらの要件、効果を権利篡奪理論によって統一的に説明しようとする。これらに対して、同じく権利篡奪理論を支持するグルスキーは、一般的不作為の訴えと物権的請求権とは「その機能及び内容からして」厳格に区別されるべきである、と説く（Staudingers / Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 422 Rn. 16）。

ア 物権的請求権の存在根拠の一般的妥当性—物権的請求権≠物権固有の法的保護手段—

第1に、ピッカーの主張する物権的請求権の存在根拠—「民法はそれにより私人に与えられた「実質権」を「保護権」によって保障する。」という、権利割当規範としての法秩序の存在意義に根ざした「ひとつの一般の原理」—は、物権以外の法益にも等しく妥当しうるものである。すなわち、彼によれば、妨害排除や不作为請求という効果を持った法的保護手段—伝統的に「物権的」請求権と呼ばれてきたもの—が物権に認められるべき実質的基礎は決して物権に固有のものではない（右保護手段が物権に与えられるのは、その保護対象が物権であるがゆえではない）、ということになる。

イ 保護範囲の拡張の原理的妥当性

第2に、そうであるからこそ、彼は妨害排除請求権等による保護を、物権その他の絶対権のみならず、法益一般に本来的に承認すべきことを力説する。つまり、この点に関するピッカーの主張は（彼の見解による限り）右請求権の存在根拠ないし実質的意義それ自体から原理的に正当化されうるものである。<sup>(547)</sup>

ウ 法益ごとの保護内容（発生要件）の個別化

さらに、ピッカーは、物権的請求権と同様の保護（ネガトリア的権利保護）が物権（絶対権）以外の法益に与えられる場合、当該保護の実質的範囲や人的範囲は右法益の種類や内容に応じて決定されると唱える。すなわち、第3の特徴として、彼の理論においてはネガトリア的権利保護の認められるべき範囲が保護対象たる法益の性質の相違に従って様々に異なりう

(547) このような彼の立場からすると、例えば1004条1項等は妨害排除請求権や不作为請求権の保護対象を所有権その他の物権に制限する趣旨を含むものではない（彼自身、このような制限はBGBの規定振りによって誘発されうることを認めている（Pioker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313）が、そのように同条項を解釈してはならない）、ということになろう。この結論と同旨を説くものとして、M. Wolf „Negatorische Beseitigung und Schadensersatz—Grundlagen, Anspruchsziele und Abgrenzung—“ (Peter Lang, 2006) S.116.

ることを指摘することができる。この特徴は、解釈論上、ネガトリアの権利保護請求の要件たる侵害の「違法性 (Unrechtsmäßigkeit)」<sup>(548)</sup> の判断基準  
 或いは判断要素の内容が保護法益ごとに個別化されるという形で具体化することになろう。

そして、本稿の見るところ、右第 3 の特徴もまた上記物権的請求権の存在根拠に関する彼の主張から、その論理的帰結として導かれるものである。すなわち、ピッカーによれば、物権的請求権 (と同様の保護手段) は、ある法益の現在または将来の事実状態が、その本来あるべき法状態 (法秩序がその実現を予定している規範的な分配状況) に合致していない場合に、この不一致を是正するために発生する。このとき、保護対象たる具体的利益について観念されうるその本来あるべき法状態の内容、したがってまた、それを基準として行われる「当該利益が実際に右法状態にあると認められるか否か」という違法性判断の結論は、まさに右利益の法的性質、換言すれば「それがどのような内実を持ち、誰に対してその実現の尊重を要求しうるものとして、受益者たる私人に分配されているのか」—例えば、何人に対してもその貫徹を無条件に主張しうるものとされているのか、或いは (原則として) 特定の第三者 (契約の相手方等) にのみその法的尊重を求めうるものとして配分されているのか—によって定まるものと解される。<sup>(549)</sup>  
 とすると、彼の主張するごとく、物権その他の絶対権とそれ以外の法益とのそれぞれに同じ原理に基づいて同様の保護手段が付与されるとしても、その保護の具体的なあり方 (違法と判断されるべき侵害の態様) は、一例えば、絶対権は第三者による形式的侵害に対してネガトリアの権利保護を基本的に直ちに享受しうるが、相対権は原則として第三者による侵害から保護されないというように一保護対象たる当該法益の種類等の差異に従って、必然的に様々に異なりうる (また、異なるべき) こととなるのである。<sup>(550)</sup>

(548) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 171.

(549) ピッカー曰く「相対権は、〔私人に、〕まさに人的にのみ限定された実質権を付与する」。Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 317.



## エ 小括

そこで、以上の整理を基にして、次のように言うことが許されよう。

(550) なお、以上の分析に関連して、以下の点を付言しておきたい。既に見たように、ピッカーは、あらゆる法的地位に「無制約」のネガトリアの権利保護が認められなければならない、と説く（例えば、vgl. Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 170）。この「無制約」の保護とは、具体的には、法益侵害に対する故意または過失などの侵害者の主観的事情を問わずに与えられる保護を指す（本稿注(525)を参照）。それゆえ、一見すると、彼は、いかなる法益であっても、およそそれが客観的（形式的）に侵害されさえすれば、当該侵害を直ちに違法と評価し、常にネガトリアの権利保護を被侵害者に付与すべきことを主張しているようにも解される。そこで、①本文にて分析した、各法益の実質に適合した個別的な要件の下での保護を志向する彼の立論と、あらゆる法益に共通する一律の要件（客観的違法性のみ）による保護が行われるべきことを論じているかのような上記主張とは矛盾しないか、また、②もしピッカーが後者の主張のように唱えたとすれば、彼の理論では、たとえネガトリアの権利保護を絶対権以外の法益に与えうとしても、結局は具体的な保護法益の内容に即した適切な紛争処理を行うこと（例えば、当該保護法益の性質によっては、侵害者の主観的態様を顧慮してネガトリアの権利保護請求の許否を決すること）が困難になるのではないか、との疑問が生じよう。この点、彼の見解をどのように理解するべきであろうか。結論として、私見によれば、①ピッカーの上記主張の間に矛盾は存せず、かつ②彼の理論に基づいて、保護客体の具体的な性質に合わせた発生要件の柔軟化ないしは個別化を図ることは可能であると思われる。その理由は次のとおりである。すなわち、ピッカーが、侵害者の故意または過失の有無をそもそも問題としない「無制約」のネガトリアの権利保護をあらゆる法益侵害に承認すべきであるとするのは、既に「違法な」侵害の存在が認められた場合を念頭に置いた上でのことであろうと解される。なぜなら、既に分析したように、彼が妨害排除請求権等の発生には不要であるとする侵害者の故意または過失とは、あくまで「有責性」要素としてのそれらであるからである。つまり、彼は、侵害者に事実上「違法に」帰属する法益をその者から剥奪し、それを本来の帰属者に回復することのみを目的とする右法的保護手段は、不法行為損害賠償請求権とは異なって、積極的な不利益を侵害者に課すものではない、したがってその基礎付けに帰責根拠としての故意、過失等を要しない、とするのである。しかし、そのような解するとしても、そもそもどのような場合に当該侵害が「違法」と評価されるべきかという点については、保護客体の性質ごとに具体的に判断しなければならないし、また判断することが可能であろう。それゆえ、右保護客体の種類や内容によっては、「主観的違法要素」としての故意または過失などが侵害者に認められて初めて、当該法益侵害を「違法」と判定すべき場合も出てくるものと考えられる。この場合に、それら侵害者の主観的事情をネガトリアの権利保護の発生要件とするこ

すなわち、ピッカーの物権的請求権理論において、「物権的請求権と同様の保護は、保護対象たる法益の各種の性質に応じてその人的範囲や実質的範囲を変化させながら、広く法益一般に承認されなければならない。」との命題は、(既に見た絶対権の機能或いは意義に関する検討からのみならず)<sup>(551)</sup>右請求権の存在根拠それ自体によって根源的に、かつ論理一貫した主張として基礎付けられるものである、と。

#### 4 物権的請求権の体系的位置

最後に、ピッカーは、物権的請求権に対応するところの妨害排除義務、返還義務等—これらは「ネガトリア責任 (negatorische Haftung)<sup>(552)</sup>」と総称される—が民法体系上に占める位置 (他の責任との相互関係) に関して、次のように述べる。

すなわち、既に詳述したとおり、ネガトリア責任は (不法行為) 損害賠償責任、さらには不当利得返還責任には見られない「独自の秩序機能」を有する。それゆえ、ネガトリア責任 (制度) の適用される領域は、損害賠償法 (不法行為法) 及び不当利得法それぞれの適用範囲から厳格に区別されなければならない。

しかしながら、同時に、そのように峻別された「これら 3 つの保護システムが、〔相互に〕混交したり衝突したりせずに、連携して主観的法的地位に対する民法上の保護を行っていること」<sup>(553)</sup>にも注意を要する。すなわ

---

とは、「無制約」のネガトリア的権利保護をあらゆる法的地位に認めるべきである (すなわち、「有責性」要素としての故意または過失を排除すべきである) との彼の上記主張となら矛盾するものではない。以上要するに、私見によれば、ピッカーの理論は、保護法益ごとにその具体的性質に従って (例えば、彼自身は具体的に言及してはいないが、ときに「主観的違法要素」としての侵害者の故意や過失の有無をも考慮するなどして) 柔軟にネガトリア的権利保護の発生要件を決定し、紛争の実態に即した適切な解決を行うことができるものと解される。

(551) 前掲・拙稿 (注519) (5) 194頁～205頁を参照されたい。

(552) Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 313.

(553) A. a. O. S. 312.



ち、制定法は、①「権利の現実化」<sup>(554)</sup>を目的とするネガトリア責任、②「原状回復」<sup>(555)</sup>を行う損害賠償責任、そして③「利得剥奪」<sup>(556)</sup>を追求する不当利得返還責任という「三つの機能的に鋭く分離した責任システム」<sup>(557)</sup>を用意し、まさしくそれぞれ固有の機能を発揮するこれら三者を協働させることによって、自らが権利者に割当てた法的地位を包括的に保護しようとしているのである。<sup>(558)</sup>

先に分析したように、ピッカーの理論において、物権に認められる物権的請求権（ネガトリア責任）による保護は、それ以外の法益侵害をもその保護範囲に取込むネガトリア的権利保護にまで拡張される。したがって、前者の体系的位置に関する彼の上記主張は、後者に関するものとして、これを次のように捉え直すことができよう。すなわち、ネガトリア的権利保護（請求権）は、不法行為損害賠償請求権、不当利得返還請求権それぞれと峻別された独自の法的保護手段として（かつ、それらとの協働を予定しつつ）ドイツ民法体系上に独自の位置を占めている、と。

## 5 総括

これまで、物権的請求権の①発生要件、効果、機能ないしは目的（それぞれにおける不法行為損害賠償請求権との異同）、②保護範囲、③存在根拠及び④体系的位置に関するピッカーの主張<sup>(559)</sup>を検分してきた。その要点は、以

<sup>(554)</sup> A. a. O. S. 313.

<sup>(555)</sup> A. a. O. S. 313.

<sup>(556)</sup> A. a. O. S. 313.

<sup>(557)</sup> Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 168.

<sup>(558)</sup> A. a. O. S. 168, derselbe a. a. O. (Fn. 386) 1993 S. 330, S. 338. 同旨として、Gebauer a. a. O. (Fn. 530) S. 132, Holzapfel a. a. O. (Fn. 530) S. 195ff. また、Lobinger a. a. O. (Fn. 530) 1993 S. 456f., derselbe a. a. O. (Fn. 439) S. 983, bes. Fn. 32もピッカーと同様の見解に立つものと思われる。

<sup>(559)</sup> さらに、これら以外にも、ピッカーは、⑤1004条等所定の物権的請求権が行為請求権である（侵害者の妨害排除義務等が積極的な作為義務とされている）理由について詳細な考察を加えている。また、この点に関する彼の見解をも理解して、は

下のとおりである。

すなわち、(所有者等に認められる)物権的請求権は、物権(所有権等)の権利としての法的完全性(所有者等による目的物への直接的な支配の可能性)に対する「侵害」の排除をその目的とする。具体的には、侵害者が事実上保持する法的権原(権利篡奪的地位)をその者から奪い取り、これをその正当な帰属先たる権利者の下に復帰させることで、本来あるべき法益分配状態を実現する。したがって、右請求権は一不法行為損害賠償請求権とは異なって一財産的不利益を課すものではない。そのため、その基礎付けに侵害者の帰責根拠(有責性等)は不要である。さらに、その効果もあくまで、侵害者からの権利篡奪的地位の剥奪たる「妨害排除」に尽きる。換言すれば、不法行為損害賠償請求権の効果である「原状回復(損害賠償)」にまでは及ばない。このように物権的請求権(制度)は、とりわけ不法行為法のそれとは異なった「独自の秩序機能」を果たす。と同時に、民法上の責任システムの一翼として、損害賠償法(不法行為法)、不当利得法等の他の責任法と協働するものである。

また、物権的請求権が物権に認められる実質的理由(右請求権の存在根拠)は、「民法はそれにより私人に与えられた「実質権」を「保護権」によって保障する」という、権利割当規範としての法の存在意義によって基礎付けられた「ひとつの一般的原理」に求められる。それゆえ、右請求権によると同様の保護(ネガトリア的権利保護)を物権その他の絶対権にのみ限定して承認すべき理由はない。むしろ、例えば行為規範(保護法規)の作成によって私人に配分される各種の利益や債務法上の相対権等、あら

---

じめて彼の物権的請求権理論の正確な全体像を把握することができる。しかしながら、上記⑤は、これまでに検討してきた①～④とは問題の性格等を異にする。それゆえ、ここで⑤を取上げることは、かえって右①～④に合わせられた本章の分析の照準を曖昧にする恐れもある。そこで、本稿では、⑤に関するピッカーの主張は、これに大きな影響を与えたものと推測されるヨホウ(R. H. S. Johow, BGB 物権法部分草案の起草者)の立論と合わせて、本稿第3章にて整理、分析することとした。

ゆる主観的法的地位にネガトリア的権利保護が積極的に与えられることを要する。

しかしながら、その際の具体的な保護のあり方は一様ではない。すなわち、ネガトリア的権利保護の実質的範囲や人的範囲（右保護を肯定するための要件）は、個々の権利または利益の種類や内容によって個別に決定される。

加えて、債権などの相対権が保護されうるとしても、権利者は自らと債権債務関係に立つ相手方に対してのみネガトリア的権利保護を請求しうるに止まる。別言すると、権利者と第三者とのように「個別的な法的結合関係」にない者の間では、権利者は自らの相対権についてネガトリア的権利保護を主張することはできない。

## 6 物権的請求権の理論的発生根拠に関する分析

### (1) 問題の所在

以上が、ピッカーの物権的請求権理論（彼がその論文において展開している主張）の全体像である。

では、彼は物権的請求権の理論的ないし形式的発生根拠（既に見た実質的な存在根拠とは区別される形式的な法律構成）をどのように把握しているのか。

本稿の主たる関心事であるこの問題について、実は、ピッカー自身は意識的な検討を加えていない。推測するに、その理由は、日本の現行民法典とは異なり、BGBには物権的請求権が所有者等に認められるべき旨定められた明文規定（985条、1004条1項など）が存在するため、（ピッカーをも含めた）ドイツの判例、学説にとって「物権的請求権の理論的発生根拠とは何か」という問いを立てることは、そもそもその必要性や意義に乏しい（少なくとも日本におけるほどに重要ではない）点に求められよう。

しかしながら、私見によれば、このようにその必要性等が小さいからといって、右問題を設定し、検討することができなくなるわけではない。す

なわち、BGB の解釈論として、上記各規定のいわば背後に存するものと考えられる物権的請求権の発生機序（その形式的な論理構造）のあり様を問題にすることは可能であると思われる。具体的には、物権的請求権を—我が国の伝統的な見解と同じく—<sup>(560)</sup>①物権の排他的支配性より生ずる効力と位置付けるべきか、或いは②不法行為法の効果として、実質的に不法行為損害賠償請求権と同じものであると捉えるべきか、といった事柄を問うことが許されよう。

そこで、ピッカーの物権的請求権理論を前提とする場合、これらの問題（上記①②等）に対していかなる解答を導くことができるのか（或いは、それらについて彼がどのように考えているのか）を、—前述のとおり、彼自身はこの点を明確にしていなかったため—右理論に関するこれまでの分析を基に、本稿独自に考察すべきこととなる。以下、これを試みる。

## （２）考察

### ア 物権と物権的請求権との関係

まず、彼の理論において、物権的請求権を物権（の物に対する排他的支配性）から発生する効力と捉えることは可能か。換言すれば、ピッカーは物権的請求権の形式的発生根拠をその保護対象たる物権それ自体に求めている、と言いうるのであろうか。

この点、私見によれば、以下の理由からそのように解することはできない。

すなわち、もし物権的請求権が物権、とりわけその物に対する排他的支配性から派生する効果であるとする、その論理的帰結として、右排他的支配性を有しない相対権等の法的地位にまで物権的請求権による（と同様の）保護を承認することは、理論的におよそ困難とならざるを得ないであらう。<sup>(561)</sup>にもかかわらず、既に見たように、ピッカーは右保護を「あらゆる

(560) 好美・前掲（注17）「物権的請求権」106頁。

(561) これは、本稿第1章において我が国の権利的構成の第2の問題点として指摘したところ（拙稿・前掲（注283）（2）209頁～210頁）と同趣旨である。

主観的法的地位<sup>(562)</sup>」に認めるべきであると説く。それゆえ、このような主張からすれば、彼は物権的請求権を物権（の物に対する排他的支配性）から生ずる内在的効力として把握していない、と推論することが合理的であると思われる。

#### イ 物権的請求権と不法行為法との関係

次に、ピッカーの見解を基礎としつつ、物権的請求権を不法行為法の効果と解することの当否について考えてみよう。

思うに、既に詳しく見たとおり、彼によれば、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とは、それぞれの発生要件及び効果の具体的内容について明確な差異を見せる。のみならず、各々の果たすべき機能ないし追求する目的において、それらはまさに根源的に異なっている。

そこで、このような本質的相違を直視するならば、双方を単一の法制度から生ずる同様の効力と捉えるよりも、各々固有の意義を持った別個の法制度に基づきそれぞれ発生するものと構成する方が、論理的一貫性においてより優れていると言えよう。これを物権的請求権の形式的発生根拠如何という観点から言い換えると、右請求権は不法行為法の効果として発生するものと解すべきではない、ということになる。したがって、私見によれば、結論として、彼の主張を前提とした上で物権的請求権の右発生根拠を不法行為法に求める（ピッカーがそのような見解に立っていると推量する）ことは妥当でない。

#### ウ ネガトリア的権利保護制度の承認

##### (ア) 独自の法制度の想定

以上のように、本稿にて整理したピッカーの各種の主張に矛盾せず、またその意義を最も合理的に捉えうるような物権的請求権の発生機序（その形式的構成）を構想しようとするとき、一方において、物権的請求権を物権（の物に対する排他的支配性）より生ずる内在的効力と把握することはで

---

(562) Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 318.

きず、他方、不法行為法に基づく効果であると理解することもまた困難である。

とすると、ピッカーはそれら以外の構成によっているものと考えなければならぬ。すなわち、彼の理論において、①物権的請求権という保護手段を保護対象たる物権にその外から与える、②不法行為法とは異なった独自の法制度が民法体系上に存在するものと想定されている、と解すべきこととなろう。別言するならば、ピッカーは物権的請求権の形式的発生根拠を、物権でも不法行為法でもなく、それらとは別個独立の右法制度に求め<sup>(563)</sup>ている、と推測せざるを得ないものと思われるのである。

#### (イ) 制度目的

また、このようにピッカーの理論について「それは、物権的請求権を上記独自の法制度の効果として位置付ける説である。」と理解するならば、これに合わせて、右請求権の存在根拠に関する彼の主張（及びその論理的帰結として導かれる法命題）の内容を、右法制度それ自体の制度目的を明らかにしたものとして次のように捉え直すことが許されよう。

すなわち、物権的請求権は、その保護対象たる物権から独立した、かつ不法行為法とも峻別された独自の法制度に基づき発生する。では、なぜ右法制度が民法体系上に存在するのか。それは、ある法益の私人間における実際の帰属状況を、当該法益の性質や種類に即したその本来あるべき分配状態に一致させるためである。さらに、なぜそのような制度が設けられ、

(563) なお、彼の論考中には次のような記述を見出すことができる。すなわち、侵害者の妨害排除義務や不法占有者の返還義務（所有者の妨害排除請求権及び返還請求権）は統一的な「ネガトリア責任システム (negatorisches Haftungssystem)」に統合される、との記述である (Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 312. Ferner derselbe a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 167. その他にも、例えば「BGB は、物権的請求権を…制度として取り扱っている」(A. a. O. S. 147)、物的責任という「独自の保護システム」(A. a. O. S. 150) などの表現が目に入る。これらの表現に、本文にて述べたような、上記各義務（請求権）の発生源としての物権外在的な責任「システム」の存在を想定する着想を見てとることも不可能ではないものと解される。

私人に物権的請求権が保障されなければならないのかと言えば、それはもし権利割当規範としての法秩序が右保障を行わないとすると、法は根本的な自己矛盾に陥ってしまうからである、と。

(ウ) 内容—発動要件—

さらに、このように考えてくると、右法制度の内容、特にそれが発動されるべき場合（この制度によって妨害排除請求権等が基礎付けられるべき場合）もまた自ずと明らかとなる。すなわち、右法制度は、上記のようなその制度目的に規定されて、ある法益がその本来あるべき法状態にはなく、したがって「違法」に侵害されていると判断されるときに発動されなければならないものと解されよう。

(エ) 小括

そこで、これまでの考察に大きな誤りがないとすれば、それに基づいて、次のように結論付けることができるものと思われる。すなわち、ピッカーの物権的請求権理論は右請求権の形式的発生根拠を、①物権等の法益に対する侵害がその法益の種類や内容に照らして「違法」と判断されるときに、②右侵害を排除し、もって当該法益の私人間における本来あるべき分配状態を実現するために発動される、③法益外在的な、かつ不法行為法とも異なった独自の法制度<sup>(564)</sup>に求める説である、と。

言い換えるならば、本稿の見るところ、彼の見解における物権的請求権の形式的発生根拠とは次のような1つの法制度である。すなわち、①この制度は、法秩序によって私人に分配された法益がその受益者によって実際に円満に享受されることを保障する。それゆえ、②（物権のみならず）あらゆる主観的法的地位に物権的請求権によると同様の保護を付与しうる。③右法制度によって、ある法益に対する侵害が「違法」と判断され、排除ないし予防されるべき場合（右保護の発生要件）は、保護対象たる当該法

(564) また、物権的請求権の体系的位置に関する彼の主張に照らすならば、他方において、この法制度は不法行為法と、さらには不当利得法とも—それらからの峻別を前提としつつ—協働すべきものであると言えよう。



益の具体的な性質に則して個別に決定される。④この制度は、物権その他の法益に対する外在的な存在として、また不法行為法から峻別された固有の意義を持つものとして、民法体系上に独自の位置を占める。

右法制度は、今まさに述べたように、物権的請求権のみならず、物権（絶対権）以外の「実質権」に付与されるネガトリア的権利保護をも基礎付けるものである。それゆえ、本稿では、仮にこれを「ネガトリア的権利保護制度」と名付けることにしたい。

## 7 問題点

これまでの分析によって、ピッカーの物権的請求権理論の全貌と細部とを明らかにすることができたものと解される。

(1) 相対権保護におけるネガトリア的権利保護請求の相手方に関する疑問点

ところで、前述のように、ピッカーは、契約等の個別的な法的結合関係に立つ当事者間においては相対権にもネガトリア的権利保護が与えられるべきであるとする。例えば、彼によれば、売買契約の一方当事者たる買主は、売買目的物の所有権を取得する以前に既に、目的物引渡請求権等の債権を保全するために、右目的物を新たに第三者に譲渡しようとする売主に対して、<sup>(565)</sup> 不作為請求権によって譲渡の差止を求めることができる。

だが、ここで注意されるべき点は、第一買主が不作為請求権を向けうる相手方はあくまで売主に限定される、ということである。すなわち、それに加えて、売主から目的物の譲渡を受けようとする第二買主にまで譲受等の不作為を請求することはできない。なぜなら、第一買主と個別的な法的結合関係（売買契約）に立つのはあくまで売主のみであり、第二買主は第一買主とはいかなる意味でもそのような関係には立たないからである。第一買主が第二買主に対してネガトリア的権利保護を主張するためには、あ

---

(565) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1983 S. 514, derselbe a. a. O. (Fn. 386) JZ S. 1056.



くまで後者が前者の絶対権を侵害したと認められることを要する。

そこで、このように相対権(者)のためのネガトリア的権利保護が個別の法的結合関係に立つ当事者間においてのみ機能しうるに止まるとすれば、實際上、相対権(者)がこれにより保護されうる場合は相当に限定されてしまうのではないか、との疑問が起りえよう。すなわち、例えば、賃貸借契約の目的である土地を第三者が無権限で占有している場合に、その土地の賃借人は自己と個別的な法的結合関係には立たない当該第三者に対して、ネガトリア的権利保護として賃借権を保護するための妨害排除などを請求しえないことともなりうる。これでは、相対権(者)にネガトリア的権利保護の可能性を認めた意義は大きく失われてしまうのではなからうか。<sup>(566)</sup>

---

(566) この点、賃借人は第三者に対して、823条1項、同条2項或いは826条のいずれかに基づき、賃借権侵害に対する損害賠償を請求することができる(なお、823条1項による場合には、「物の占有を目的とする債権」は同項所定の「その他の権利」(絶対権)に含まれると解釈すべきこととなる。そのように論ずるものとして、vgl. Larenz / Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 396 §76 II)。周知のとおり、ドイツ法上、損害賠償は(広義の)原状回復の方法によることを原則とする(249条1項)。そのため、一般に、賃借人は不法占有者に対して、損害賠償として賃借権に対する妨害の排除を求めることができる(この点につき、債権一般に関する記述ではあるが、好美・前掲(注247)「考察」192頁、199頁を参照)。したがって、第三者に対するネガトリア的権利保護が賃借人に認められないとしても、右第三者による不法占有の排除は一その者の有責性の存在を必要とする点で、厳密にはネガトリア的権利保護による場合とは要件が異なるもの—不法行為損害賠償請求を通じて実現されうるようにも思われる(さらに、既に賃借物の占有を取得した賃借人が占有訴権による保護をも受けることは無論であるが、今はこれを問題としない)。しかしながら、本稿の見るところ、一方でピッカーの見解に与しつつ、他方において以上のような解釈論を採ることは困難であろう。その理由は、以下のとおりである。すなわち、既に詳述したとおり、彼によれば、「原状回復(損害賠償)」とは、過去の時点で被害者に生じた財産的不利益を加害者に転嫁し、もって被害者の財産を不法行為が行われなければ存在したであろう状態と価値的に同じ状態(原状)にまで回復することである。言い換えるならば、「原状回復(損害賠償)」義務を負わされる加害者は、被害者が過去に被った「損害」を埋め合わせるために、自らの財産を積極的に支出するよう強制されることとなる(例えば、Bの所有する家屋の窓

もし以上の疑問が的を射ているとすると、彼の物権的請求権理論から日本法への示唆を引き出す前に、右理論の基本構造を維持した上でなおこの疑問を合理的に解消しうるか否かについて検討しておく必要がある。それゆえ、以下、ピッカーの見解のうち「自らの相対権を侵害され（ようと）している権利者がネガトリア的権利保護を請求しうる相手方は、右権利者と個別的な法的結合関係に立つ者に限定される。」との主張（原則）に

---

ガラスを過失により破損した加害者Aは、「原状回復（損害賠償）」として、その修理費用10万円を自らの財布から出して、被害者Bに渡さなければならない。だが、本文中に挙げた賃借権侵害の事例において、不法占有者から剥奪されるべき賃貸借目的物の占有は、その者に本来帰属している彼固有の財産（利益）ではない。それは元来、他者（つまりは真正な賃借人）が受けるべき利益である。それを右第三者が事実上、不当に享受しているに過ぎない。したがって、この者が有しているのは、まさにピッカーのいわゆる権利篡奪的地位に他ならないのである。それゆえ、彼の立論においては、右権利篡奪的地位の剥奪を目的とする賃借人による前記返還請求等は「妨害排除」に当たると解すべきものであると言えよう。とすれば、前述のように「妨害排除」と「原状回復」とを峻別する彼の権利篡奪理論に従うとき、前者に該当する賃貸借目的物の返還請求等を、後者を目的とする823条以下の不法行為法に基づいて行うことは許されないことになるはずであると思われる。なお、念のために以下の点を付言しておきたい。すなわち、このように賃貸借目的物の返還請求等を「原状回復（損害賠償）」と捉えられないことをもって、右「原状回復（損害賠償）」概念に関するピッカーの理解等を不当とすることは妥当でない。むしろ、右返還請求等を「原状回復（損害賠償）」の中に含めて、これを不法行為法の諸規定を通じて認容することの方にこそ、当該紛争の実態に適した法律構成を選択していないという問題点が存するものと解される。すなわち、私見によれば、賃借権侵害の事例において、請求者たる真正な賃借人が賃貸借目的物の返還請求等によって占有者に求めている事柄の核心は、自らの占有が阻害されたことにより被った過去の損害の填補ではなく、現在の、または将来にわたる右目的物の不法占有（その結果、自らが右目的物を実際に利用しえないままであること）の防止にあると見るべきであろう（したがって、賃借人は、右返還請求とは別個に、当該目的物を使用し得なかったことを原因として被った各種の過去における不利益につき（本来の）「損害賠償」を請求しうるものと思われる。）。とすれば、右請求を一過去に生じた被害者の財産的不利益の回復に向けられた一「原状回復（損害賠償）」請求であると性質決定することは、このような紛争の実態に適せず、それゆえに合理性に欠けるものと考えられる。これはやはり、現在または将来の権利「侵害」の排除、つまりは「妨害排除」と把握されるべきではなかろうか。

一定の例外を認めることの可否について考察することとしたい。

## (2) 分析

### ア 絶対権概念の機能に関する分析

#### (ア) 民法上の責任システムとの関係における絶対権概念の意義

まず、あらためて、先に見たようなピッカーの主張の論拠を確認しよう。すなわち、絶対権概念或いはこれと相対権とが区別されていることの民法上の責任システムに対する意義について、彼は大要、以下のごとく述べる<sup>(567)</sup>。

私人は、自らの違法かつ非難可能な行為によって惹起された他者の損害をできる限り賠償しなければならない。だが、他方において、およそ被害者に生じた事実上の不利益を全て加害者に賠償させることとすれば、一般人（潜在的加害者）の行動の自由は著しく制限されてしまう。それゆえ、被害者の受けうる様々な損害のうち特に賠償されるべきものを一般的に選り出すことが必要となる。すなわち、加害者の負うべき責任の物的及び人的範囲（いかなる利益を侵害した場合に、誰に対して責任を負わなければならないか）を制限しなければならない。

この点、全ての人々の間においてその偶然的接触を契機として発生する不法行為損害賠償責任については、上記責任制限は絶対権と相対権との区別を通じて行なわれる。すなわち、現行不法行為法の下では、例えば契約などの個別的な法的結合関係に立たない一般第三者間にあっては、他人の絶対権を侵害しない限り（換言すれば、相対権を侵害したとしても）、原則として<sup>(568)</sup>何人も損害賠償責任を負わされることはない（823条1項）。このことが予め明らかにされていることによって、私人の行動の自由が確保されるのである。絶対権概念の役割という観点からこれを言い換えるならば、こ

(567) 以下につき、より詳しくは拙稿・前掲(519)(5)198頁～205頁の参照を乞う。

(568) ここでは、いわゆる保護法規違反行為（823条2項）、良俗に反する方法での故意行為（826条）に関しては考慮しない。

のとき、絶対権概念は、私人の負うべき不法行為責任の人的範囲と物的範囲とを絶対権侵害の場合に制限するための法技術として機能している、ということになる。<sup>(569)</sup>

そして、ピッカーによれば、以上に述べたこと（絶対権と相対権との区別によって、私人の負うべき一般第三者に対する責任の物的及び人的範囲が限定されていること）は、損害賠償責任についてのみならず、あらゆる民事責任に等しく妥当する。したがって、個別的な法的結合関係には立たない一般第三者間においては、私人は自らの絶対権が他人によって侵害されている、或いは侵害されようとしているときにのみ、当該侵害者に対して妨害排除や不作为等を請求することができる。これに対して、それ以外の法益が侵害されていても、この場合、被侵害者によるネガトリア的権利保護請求は許されない。

#### (イ) 考察

以上に見てきたように、ピッカーの説くところでは、民事責任システムとの関連における絶対権概念の機能或いはこれと相対権とが区別されていることの意義とは、全ての人々の間において偶然の接触関係を原因として発生する民事責任（不法行為損害賠償責任やネガトリア責任等）の物的範囲及び人的範囲を限定することにある。また、なぜこのような区別の方法による責任制限が必要とされるのかと言えば、それは私人の一般的な行動の

---

(569) 他方、契約関係を典型とする個別的な法的結合関係に立つ当事者間では、まさにそのような関係の個別化によって私人の責任の物的範囲と人的範囲とが共に制限されている（例えば、契約の一方当事者は、①相手方たる他方当事者に対してのみ、また②その者との合意によって右相手方に帰属する法的利益の侵害についてのみ責任を負う。）。それゆえ、この場合には、右責任制限に加えて、絶対権と相対権との区別に基づくさらなる責任制限を行う必要はない。すなわち、一方当事者の違法行為によって自らの契約上の利益を侵害された他方当事者は、これに基づき発生した損害につき、右損害が絶対権、相対権のいずれに対する侵害によるものかを問わず、相手方に対して広く賠償を請求しうることとなる。別言すれば、個別的な法的結合関係にある当事者間においては、絶対権概念の有する責任制限のための法技術としての意義は失われてしまうのである。

自由を保障するためである。

とすると、以上のようなピッカーの立論を基礎として次のように解することが可能となろう。すなわち、一般第三者間の具体的な紛争の解決において、例外的に、侵害者たる私人の行動の自由を保障する必要性はないと判断される場合には、絶対権と相対権との区別に基づく前記責任制限を行うことの意義ないし目的は失われる。それゆえ、その場合には右責任制限を為さずに、相対権侵害についても侵害者にネガトリア責任を負わせることが許される、と。もしこのような理解が妥当であるとすれば、彼の理論によっても、例えば先の賃借権侵害の事例において、賃借人は、その者の借地を無権限で占有し続ける第三者に対して当該土地からの退去或いは右土地の自らへの返還を請求しうることとなるのではないか。というのも、一般にそのような不法占有を行う（継続する）自由を私人に是認する必要はない以上、この場合に賃借人の返還請求等を認めたとしても、これによって当該第三者の行動の自由が不当に制約されるとは解されないからである。

#### イ 債権の法的性質に関する分析

さらに、問題をより深く掘り下げて、ピッカーの物権的請求権理論の原理的基礎にまで遡って考察するならば、次のように論ずることもまた可能であると思われる。

##### (ア) 考察

既に詳論したように、彼の物権的請求権理論によれば、ある法益に認められるネガトリア的権利保護の人的範囲は当該法益の種類や内容によって定まる。具体的には、これも先述したとおり、「何人に対してその法的尊重を要求しうるものとして、右法益が受益者に分配されているのか」に従って、当該法益が誰との関係において保護されうるかが確定されるものと解される。すなわち、その正当な受益者による利益の享受を法的に尊重すべき者が右享受を妨げるとき、この法益は本来あるべき法状態にはなく、したがってまた当該侵害は違法とされ、右侵害者に対するネガトリア

的権利保護請求が許されることとなる。

そこで、このように考えてくると、権利者による相対権の享受を阻害している第三者が一具体的事情に照らして例外的に<sup>(570)</sup>一右相対権の実現を法的に尊重すべき立場にあると判断される場合には、この者による相対権侵害を違法と評価することができよう。すなわち、この場合には、ピッカーの理論においても、右権利者は自らの相対権を保護するために当該侵害者に対して妨害排除等を請求することが可能になるものと思われるのである。

#### (イ) 具体例

以上に述べたことを、この点に関するドイツの学説の議論状況を手がかりとしながら敷衍しよう。

一般に、ドイツの学説は、不法行為法 (823条1項、同条 2 項及び826条) により保護される全ての権利または利益は、右各規定の定める違法行為 (保護法規違反行為、良俗に反する方法での法益侵害行為など) から、いわゆる一般的不作為の訴えによっても保護されうる、とする<sup>(571)</sup>。すなわち、債権などの相対権にもまた、少なくとも理論上、上記の各違法行為を行う第三者との関係において右法的保護を受けうる可能性が広く承認されているのである。

ここで、このような可能性の生ずる実質的理由を相対権の性質ないし内容 (その私人間における配分のされ方) という観点から分析すれば、次のよ

(570) 相対権は原則としてその実現 (に対する尊重) を特定の第三者 (例、契約の相手方等) に対してのみ求めうるに止まるものであることは、ここでも同じである。

(571) Vgl. Staudingers / Hager a. a. O. (Fn. 540) S. 38 Rn. 63, H-J. Mertens „, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 5 Schuldrecht · Besonderer Teil III (§§705–853) Partnerschaftsgesellschaftsgesetz Produkthaftungsgesetz 3. Auflage“ (C. H. Beck, 1997) S. 1455 Rn. 63, 64, S. 1713 Rn. 89, 90, Erman / Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 2999 Rn. 5, Palandt / Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1461 Rn. 4. 但し、このような結論を支える理論構成 (絶対権以外の法益への1004条の類推適用) には問題があることは、本稿注 (83) にて既に論じたところである。

うに解することができるものと思われる。すなわち、それは、相対権が「一般第三者による保護法規違反行為或いは良俗に反する方法での行為などによってその享受を妨げられてはならない法益」として、別言すると、「右行為を行う第三者との関係において法的に尊重ないし保護されるべき法益」として権利者にもともと分配されているためである、と。言い換えるならば、第三者が前記一定の態様の行為を通じて相対権を侵害している場合とは、法秩序によって権利者に認められた右相対権の円満な享受がまさにこれを一保護法規違反行為や良俗に反する方法による侵害行為を行わないという形で一法的に尊重すべき立場にある者自身によって犯されている（まただからこそ、当該相対権はその本来あるべき法状態にはなく、上記侵害は違法と評価される）場合に他ならない、ということになる。

とすると、ピッカーの前記立論からしても、このとき、右第三者に対するネガトリア的権利保護を右相対権（者）に承認することができる（また、しなければならぬ）ものと考えられるのである。

### (3) 小括

そこで、以上の分析が正鵠を射ているとすれば、それに基づき以下のように結論付けうるものと解される。

すなわち、本稿の見るところ、ピッカーの理論において、その基本構造を維持しつつ、①絶対権と相対権との区別に基づく私人の責任制限の本来の趣旨を重視し、右責任制限が貫徹されない例外を認めること、或いは②相対権の第三者との関係における分配のされ方（当該第三者に対して右相対権（者）がその法的尊重を要求しうるか否か）を前述のように実質的に吟味することによって、一般第三者間にあっても相対権に対する一定の形式的侵害（例えば無権限者による賃貸借目的物の不法占有、或いは保護法規違反行為や良俗に違反する方法での行為による侵害など）を違法と評価し、これに対する妨害排除請求権等による相対権保護を認めることは理論的に困難ではない、と。

実際、彼自身によって、例えば第三者がある契約の一方当事者に、当該



契約に違反する行為を良俗に反する方法で唆しているときには、他方当事者は、自らとは個別的な法的結合関係に立たない右第三者に対して直接に当該唆し等の停止を請求しうる旨示唆されているところである<sup>(572)</sup>。

#### 第 4 まとめ—日本法への示唆—

それでは、最後に、本章のまとめとして、これまでの分析を基に、ピッカーの物権的請求権理論から、日本法における物権的請求権の理論的発生根拠に関する考察への示唆を導くこととしよう。

### 1 新たな理論構成の可能性

#### (1) 日本の伝統的な理論との具体的結論における一致

伝統的に、我が国では、物権的請求権の形式的ないし理論的発生根拠は物権そのものに求められてきた。すなわち、一般に、物権的請求権は物権（の排他的支配性）の効力として生ずる権利内在的な性質であるとされて<sup>(573)</sup>いる。これに対して、詳論したとおり、本稿の見るところ、ピッカーの理論は右発生根拠を物権外在的なネガトリアの権利保護制度と捉えるものである。したがって、我が国の伝統的な物権的請求権理論とピッカーの見解とは、物権的請求権の発生根拠に関してまさに正反対の考え方に立っているものと言うことができる。

(572) Picker a. a. O. (Fn. 386) Hauptintervention S. 671. なお、ピッカー自身はこの点に関する具体例を何も挙げていないが、既に本稿（注512）において述べたように、そのようなものとして、二重売買の事例にて第二買主が売主に対して第一売買の目的物の自らへの譲渡を良俗に反する方法で唆す場合を考えることができよう。すなわち、ピッカーの立論によれば、このとき、第一買主は、売主のみならず、第二買主に対しても右譲渡の差止等を請求しうることになるものと解される。

(573) 我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983）22頁（以下、我妻・前掲『物権法』として引用する。）、星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、1976）19頁（物権的請求権は「同じく請求権でも、債権からでなく物権の効力としてそこから生ずるものである。」）、好美・前掲（注17）「物権的請求権」106頁。



しかしながら、同時に、次の点を見落としてはならない。すなわち、双方がそれぞれ導き出す結論、なかんずく物権的請求権の発生要件及び効果の具体的内容に関する帰結はほぼ同じものである、という事実である<sup>(574)</sup>。

すなわち、まず要件に関して、両者ともに、侵害者自身による侵害「行為」や侵害に対するその者の有責性（故意または過失）は物権的請求権の発生には不要であるとする<sup>(575)</sup>。また、いずれの見解によっても、物権的請求権の効果はあくまで「物権の円満な物支配の状態が妨害され、またはそのおそれのある場合に（おける）…あるべき物支配の状態の回復、または妨害の予防措置<sup>(576)</sup>」に限定され、原状回復にまでは及ばない<sup>(577) (578)</sup>。

(574) さらに、私見によれば、日本の伝統的な理論とピッカーの主張とはそもそも物権的請求権の機能ないし意義についてもほぼ同内容の理解を示すものと解される。再三にわたって指摘したように、ピッカーは、物権的請求権の機能は「所有権の権利としての法的完全性」を保護することにあると説く。ここにいわゆる「法的完全性」とは、具体的には、所有者が第三者に干渉されることなく、自らの所有物を自由に利用、処分しうる可能性を意味する（拙稿・注（注519）（5）174頁参照）。それゆえ、このような「法的完全性」は、日本法において物権的請求権が保護すべきものとされている「物権の円満な物支配の状態」（好美・前掲（注17）「物権的請求権」104頁）と実質的には同一であると考えられよう。本稿の見るところ、このように物権的請求権の意義ないし機能という、その要件及び効果の基礎に関する理解が共通のものであるからこそ、我が国の伝統的な見解とピッカーの物権的請求権理論とがそれぞれ示す具体的な結論もまた一本文中にて指摘するように一ほぼ一致することになるものと思われる。

(575) ピッカーの見解については、例えば Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 57（但し、直接には妨害排除請求権に関する記述である。また、拙稿・前掲（注519）（5）174頁～178頁、188頁～191頁の分析を合わせて参照されたい。）。日本における伝統的な理論に関しては、我妻・前掲（注573）『物権法』263頁、266頁（但し、これらはそれぞれ直接には所有物返還請求権と所有権に基づく妨害排除請求権とに関する記述である。）、好美・前掲（注17）「物権的請求権」142頁、192頁（但し、これらは各々、物権的返還請求権と物権的妨害排除請求権とに関する記述である。）。

(576) 好美・前掲（注17）「物権的請求権」104頁。但し、引用文中、括弧にくくられた部分は筆者によるものである。

(577) ピッカーの理論に関しては、拙稿・前掲（注519）（5）181頁～183頁参照。日本法の物権的請求権につきこの点を明確に主張するものとして、好美・前掲（注17）「物権的請求権」133頁～134頁。

加えて、ピッカーの理論において、一妨害排除等による保護の認められる実質的範囲は保護対象たる法的地位の種類や内容によって決定されるのであるから一物権的請求権の発生要件である侵害の「違法性 (Unrechtsmäßigkeit)<sup>(579)</sup>」の判断基準は、物権の性質に従って定められる。それゆえ、彼の説からしても、我が国の伝統的な理論と同様に、物権的請求権は、物に対する排他的支配性をその本質とする物権を的確に保護するために、「侵害」が客観的に違法でありさえすれば（物権が形式的に「侵害」されさえすれば）、原則として直ちに発生すべきことになるものと解される<sup>(580)</sup>。

## (2) 第1の示唆

このように、我が国の伝統的な物権的請求権理論とピッカーの説とは、いわばその出発点が正反対であっても、ほぼ同じ結論に到達している。私見によれば、これは次の事柄を意味する。すなわち、ピッカーの物権的請求権理論のように、右請求権の形式的発生根拠を物権の外に在る法制度（ネガトリア的権利保護制度）に求めたとしても、今日、日本において一般

(578) また、玉樹智文教授は、ピッカーの主張する物権的請求権の効果（「妨害排除」）と日本の公害事件において問題となる差止（「妨害源の除去」）とはその本質において同内容である、と分析される。玉樹・前掲（注18）176頁。

(579) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 171.

(580) 実際に、ピッカーは、物権的妨害排除請求権について次のように述べている (Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 171f.)。「妨害排除請求の相手方が〔権利篡奪的〕地位を占めているか、まさに占めようとしており、それにより〔他人の〕保護された権利〔の行使〕を実際に妨げたり、右権利〔の行使〕に影響を及ぼしたりしている事実〔＝物権に対する形式的侵害またはその危険〕は、右相手方がそのように自らの本来の権利領域を超えていることが特別な根拠によって正当化されるか否か…という点〔＝違法性阻却の成否〕に関して再吟味される。この正当化が例外的に行われるとき、右相手方の権利領域の〔他の権利領域との〕重なり合い〔権利篡奪＝「侵害」〕は法秩序に違反しないこととなり、それゆえ、…妨害排除請求権は除外される」。すなわち、このようなピッカーの見解によると、物権が形式的に侵害されているか或いはその危険が差し迫っている場合には、原則としてそれだけで右侵害の違法性が推定され、「この正当化が例外的に行われ」ない限り、被侵害者による妨害排除請求が認容されることとなろう。

に支持されている物権的請求権の要件論及び効果論は理論的に維持される、ということである。

とすると、以上の分析の結論として次のように言うことが許されよう。すなわち、我が国の伝統的な理論の採用する構成（物権的請求権＝物権の物に対する排他的支配性から生ずる内在的効力）は、右請求権のあるべき—また、それゆえに現在、判例、学説において広く共有されている—要件論や効果論を基礎付けるための唯一の選択肢ではない、と。換言すれば、ピッカーの見解は、以上のような形で我が国の伝統的な理論の意義を相対化すると同時に、それに代わる新たな法律構成の可能性を示しているものと思われるのである。

以上が、ピッカーの物権的請求権理論から引き出される日本法への第1の示唆である。

## 2 差止請求権制度の原理的基礎付けの可能性

第2に、ピッカーが物権的請求権の理論的発生根拠として想定している（ものと解される）「ネガトリア的権利保護制度」の制度目的或いは具体的内容もまた注目される。既に分析したように、これは、彼の主張する物権的請求権の存在根拠ないし実質的意義に対応するものである。

この点、既に詳論したとおり、ピッカーによれば、①物権的請求権が物権に認められるべき実質的理由は、「民法はそれにより私人に与えられた「実質権」を「保護権」によって保障する」という「ひとつの一般的原理」に求められる。②右原理は、権利割当秩序としての法の存在意義—自らが私人に割当てた法益について、当該私人によるその享受が違法に妨げられている場合、法がそれを黙認するならば、その法益の存在は事実上否定され、権利割当規範としての法秩序は自己矛盾に陥ることとなる—に根ざしている。すなわち、それは物権固有のものではない。また、③それゆえに、妨害排除請求権、不作為請求権等のネガトリア的権利保護は、原理上当然に、物権或いは絶対権以外の（これらと同様に、法により私人に分配さ

れた) 法的地位に対しても肯定されなければならない。と同時に、④法秩序によって私人に規範的に分配される利益の種類や内容が(例えば、絶対権、相対権、それら以外の利益というように) 様々であるため、右規範的分配内容の実現を企図するネガトリア的権利保護の実質的或いは人的範囲もまた保護対象たる具体的法益の性質に従って自ずと種々異なるものとなる。

そして、私見によれば、以上のようなピッカーの主張のうちの①と②とは、BGBについてのみならず、我が国の民法典にも同様に妥当しうるものと思われる。<sup>(581)</sup> 実際に、末川博博士は自身の体系書中の物権的請求権に関する論述の冒頭において、次のようにピッカーの上記主張①②と実質的に同旨と解される見解を述べられている。

「法律上本来「あるべき」状態 (Sollen) と事実上現在「ある」状態 (Sein) とが一致していないときには、一般的な法律上の要請として、あるべき状態への回復がはから(れ) るべきである。このことは、あらゆる部門の法律秩序についていいうるところであり、すべての権利においてそうである」。<sup>(582)</sup>

さらに、もし以上のようにピッカーによる前記①と②との各主張が日本の民法典に関する解釈論としても成り立ちうるとすれば、それゆえに、既

(581) 特にピッカーの主張の核心部分、つまりは、私法は「何人にどのような権利が帰属し、その享受が許されるのか」を定める権利割当規範としての意義或いは機能を有するとの見解に対して、強い異論は存しないのではなからうか。例えば、我妻栄博士は、次のように言われる(我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、1965) 31頁)。「現代の私法は、近世の自由主義的法思想の影響を受け、特定の個人に権利を与え、他の者に対してこれを尊重すべきことを命ずることによって、私法的秩序を維持しようとする。例えば、民法典を見ても、財産関係は、特定の者の物権と債権の関係とされる」。

(582) 末川博『物権法』(日本評論新社、1956) 33頁。但し、引用文中、最後の括弧にくくられた部分は筆者によるものである。さらに、本文中に引用した記述との関連は定かではないものの、同書35頁にて「物権的請求権に類するものはあらゆる権利について考えられる。ただそこには権利の構造上または制度上いろいろの制約が認められるのみ。」と指摘されていることが興味深い。

に見たとおりこれらの主張から論理必然的に導かれる残りの主張、つまりは上記③と④との双方もまた、同じく日本法に当てはまるものと解することができよう。

そこで、このように考えてくると、最終的に、本稿は以下のような結論に到達する。すなわち、ピッカーの前記主張の中には、日本法において、具体的な保護対象たる法益の性質によってその要件等を個別に設定しながら一しかも、第1の示唆に関連して前述したごとく、伝統的にその存在を承認されてきた、いわば「本来の」物権的請求権それ自体の要件や効果は、これを従前のおり堅持しつつ一物権的請求権と同様の保護（差止請求権による救済）を広く法益一般に認めることを可能にする基礎的原理（少なくとも、そのようなものになりうる可能性を持った1つの考え方）が明らかに<sup>(583)</sup>されている、との結論である。言い換えるならば、我が国の現行民法体系上に、物権的請求権（差止請求権）の理論的発生根拠として、一ピッカーの立論と同じように一そのような制度目的及び内容を持った物権的請求権（差止請求権）制度（当該法益の種類や内容に適した要件の下で、あらゆる法益に妨害排除請求権や妨害予防請求権等の保護手段を等しく付与する法制度）の存在を想定することに実質的或いは原理的な障碍は存在しないものと思われるのである。

---

(583) この点、川角由和「物権的請求権の独自性・序説—ヴィントシャイト請求権論の「光と影」—」河内宏＝大久保憲章＝采女博文＝児玉寛＝川角由和＝田中教雄編原島重義先生傘寿『市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、2006）397頁以下（以下、川角・前掲「独自性」として引用する。）もまた以下のように論じて、ピッカーの見解に、本稿が認めるのと同様の可能性を見出している。すなわち、主としてピッカーの権利篡奪理論に依拠して（同436頁注（103））、「財貨帰属秩序に反する客観的不適法状態（権利のズレ）の存在が物権的請求権を根拠づける」（同440頁）ものと捉えるとすると、右財貨帰属秩序以外の「人格秩序、競争秩序、環境秩序など」についても、これら「に反する不適法状態（秩序違反行為の客観的違法）が生ずれば、少なくとも違法性阻却事由が存在しない限り、物権的請求権に対応するところの「差止請求権」が成立すると考えることができるのではないか」（以上、同441頁）、と。

以上を、ピッカーの見解より獲得される第 2 の示唆としよう。

### 3 不法行為法との峻別

#### ア 物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との本質的相違

さらに、あらためて以下の点に注目したい。それは、ピッカーの理論において、物権的請求権はその果たすべき機能或いは制度目的の点で、不法行為損害賠償請求権とまさに根源的に異なるものとされていることである。すなわち、彼によれば、前者は物権等の権利としての法的完全性（権利割当秩序たる法がその実現を予定している、当該利益の本来あるべき分配状態）を保護しようとするのに対して、後者は被害者が過去に被った財産的不利益を加害者に転嫁し、それにより被害者の財産状態を従前と価値的に同じ状態へと回復することをその目的とする。また、彼の理論の下では、両請求権間に存するこのような本質的相違が各々の発生要件（「侵害」と「損害」、帰責根拠の要否）、効果（「妨害排除」と「原状回復（損害賠償）」）の具体的内容に関する違いとして現れることとなる。

物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との関係をどのように捉えるべきかをめぐっては、ドイツにおいて様々な議論のあるところである。次章にて見るとおり、かの地の伝統的な通説及び判例は、これらを理論的に明確に区別することは必ずしも容易ではない、と解している。そのため、通説、判例とその理論的基盤を同じくしつつ、両請求権の内容が（少なくとも部分的に）同一になりうることを（積極的に、或いは消極的にはあれ）承認する学説も少なくない。したがって、この問題に関するピッカーの見解の当否に関しては、これと対立するドイツの通説及び判例の理論について検討を加えた後に、その結果を踏まえて考察するべきであろう（これが次章の課題の 1 つである。）。そのため、ここで直ちにピッカーの上記主張の当否につき私見の詳細を述べることは差し控えたい。

しかしながら、ここで次の事柄を確認しておくことは許されよう。すなわち、ピッカーの説における物権的請求権の形式的発生根拠に関する分析

において既に述べたように、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との間には上述のような本質的相違が存するとの彼の前記指摘は、前者の形式的発生根拠如何という問題に関して、それを不法行為法に求めることは合理性に欠け、妥当ではないことを示唆するものと解される、ということである。

#### イ 日本における議論状況

他方、我が国では、「損害賠償（原状回復）」の方法が原則として金銭賠償に限定されていること（日本民法722条1項）もあって、判例及び学説上、一近時、差止請求権の発生根拠に関する不法行為法的構成や物権的請求権に関するいわゆる責任説が力を得つつあるものの— 一般に、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とは（少なくとも理念的には）機能、要件、<sup>(584)</sup>効果をそもそも異にするとの理解が共有されているものと思われる。

#### ウ 第3の示唆

そこで、このように、両請求権は峻別される（べきである）とのピッカーの前記見解と同様の理解が日本法の解釈論として一般に妥当しているとすれば、右見解から導かれる物権的請求権と不法行為法との関係に関する上述の示唆ないし知見もまた、我が国の物権的請求権と不法行為法との関係に同じく当てはまるものと解することができよう。すなわち、先に見たごとく、ピッカーの理論において物権的請求権の形式的発生根拠を不法行

(584) このような理解を示す文献として、後に引用する好美・前掲（注17）「物権的請求権」134頁～135頁の他、舟橋・前掲（注147）『物権法』26頁～27頁、金山正信「物権的請求権（上）」同志社法学69-1（1962）、8頁、同『物権法〔総論〕』（有斐閣、1964）52頁、槇悌次『物権法Ⅰ』（有斐閣、1971）52頁～53頁、好美・前掲（注44）「構造（下）」117頁、澤井・前掲（注18）『法理』48頁～49頁、同・前掲（注147）『テキストブック』109頁、富井・前掲（注147）135頁～139頁、川角・前掲（注398）「関係（二・完）」83頁、同「ローマ法における所有権保護訴訟の「形成」とその意義—actio negatoriaを中心にした「覚書」的考察—」松井宏興＝岡本詔治＝牛尾洋也編『借地借家法の新展開』（信山社、2004）231頁以下、231頁～232頁、同「民法学修のすすめ—法的思考方法の基礎—」法学セミナー617-8（2006）（以下、川角・前掲「学修」として引用する。）、10頁、11頁、13頁。



為法に求めることが上記両請求権の峻別という右理論の基本的発想に合致せず、合理性に欠けるものであるとすれば、同様に、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とは本来異なるものであるとされている日本法においてもまた、前者を不法行為法の効果と位置付けることはやはり合理性に欠け、妥当ではないと言いうものと思われるのである。

以上を、ピッカーの物権的請求権理論の分析から得られる日本法への第3の示唆としたい。右示唆と実質的に同旨を、つとにまた最も明確に主張された好美博士の分析<sup>(586)</sup>を最後に引用して、これまでの考察を締めくくるところにしよう。

「物権的妨害排除請求権は、物権のあるべき物支配の実現、すなわち、物権者をして現在以降その物権の妨げられざる行使を可能ならしめることに向けられる。他方、損害賠償は、すでに生じた損害の回復を目的とする。したがって、妨害排除は、現在以降物権侵害の生じないようにその原因 (Quelle) の除去に向けられ、損害賠償は、惹起された被害物の変化 (= 損害) を元の状態に復旧することに向けられる…。(中略) …このようにみれば、…少なくともわが現行法体系のもとで、両者を「完全に同じ平面の上で連続する」ものと理解し、不法行為法の次元…で両者の「体系的統一をはかることも可能」…だとはいえないであろう」。

(585) 既に玉樹教授は、ピッカーの権利篡奪理論を分析され、前述のように(本稿(注578)参照)、日本の公害事件で問題とされた差止とピッカーの主張する「妨害排除」とが本質的に同一物であるとの理解に立たれた上で、それに基づき、さらに次のような日本法に関する分析を示されている(玉樹・前掲(注18)176頁)。「日本においては、公害の差止を不法行為法によって処理しようとする考え方が、とりわけ実務において強いように感じられるが、かような解決法は、差止の本質から見れば、正しくないと考えられる」。「不法行為法によって損害賠償と差止とを連続的に考察する方法は、再検討される必要がある」。

(586) 好美・前掲(注17)「物権的請求権」134頁～135頁。なお、本文にて引用した見解は、右論文の初出時(好美清光「物権的請求権」舟橋諄一編『注釈民法(6)物権(1)総則 §§175～179』(有斐閣、1967)27頁以下)においても、ほぼ同じ形で既に示されていた(同49頁～50頁。これに賛成するのは、澤井・前掲(注18)『法理』111頁、174頁脚注(63)。。)



#### 4 まとめ—違法侵害説との関連性—

このように、ピッカーの物権的請求権理論（ネガトリア的権利保護理論）

(587) また、来栖三郎博士は、財産法体系のあり様に関して、ピッカーと同様に（また彼よりも早くから）物権的請求権（制度）と不法行為法、さらには不当利得法とがそれぞれ独自の機能を持つ法制度として鼎立するものである旨を以下のように主張されている（来栖三郎「民法における財産法と身分法（三）（未完）」同『来栖三郎著作集Ⅰ 法律家・法の解釈・財産法 財産法判例評釈（1）〔総則・物権〕』（信山社、2004。初出は1943年）323頁以下、365頁。それ自体含蓄のある論述であるので、やや長くなるが、そのまま引用することとしたい。）。「近代社会では、財貨は原則として各個人に分属せしめられ、一方相互に侵害することが禁止されると共に、他方各個人に自己に帰属している財貨の自由処分が委ねられている。これが個人意思自治の原則である。この原則の下に於ては、権利者の意思に基く契約（事務管理も之に準ずる）は財貨の移転に奉仕する。それは個人意思自治の原則の積極的な表れである。之に対して、権利者の意思に反し侵害が行われているか又はその虞あるときは、それが侵害者の故意過失に出ずると否とを問わず、その侵害を排除するために物権的請求権（及び特に人格権的利益の保護手段としての不作爲請求権）を提起することが許され、侵害の結果権利者に損害が生じたときは之を填補するために加害者の主観的要件を考慮して不法行為による損害の賠償請求権が与えられ、権利者の意思に基かずに財貨の移転が行われたときは之を回復するために不当利得返還請求権が認められるが、以上三つの法律上の手段は孰れも権利者の静的状態の保護を目的とする。いわば、個人意思自治の原則の消極的表れと言えよう。一方契約（事務管理も之に準ず）、他方物権的請求権、不当利得制度、不法行為制度が積極消極の両面より個人意思自治の原則の貫徹を目指しているのである」。

(588) 加えて、近時、広中博士は、実質的意義における民法の体系を構築する作業の中で一従来の見解（広中・前掲（注114）『綱要』93頁脚注（1））を徹底させることにより一差止請求権に関して以下のような示唆に富む（また、ピッカーによるものと同じような）位置付けが行われている（広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』（創文社、2006）98頁～134頁）。すなわち、右体系において、物権的請求権もその一種であるところの差止請求権一博士曰く「物権にあっては物権に基づく（差止）請求権という意味で物権的請求権の語が慣用される」（同書124頁）一は、①「不法行為法上の請求権」、「不当利得法上の請求権」とともに、②「救済の法」の一翼を形成する（同書116頁～117頁）。博士によれば、ここにいわゆる「救済の法」とは次のようなものである。すなわち、法規範には二種ある。第1が「社会構成員一般の行動に対する方向づけが働いていることによって一般的・平均的に妥当している（いわば）一次規範」（同書100頁）である。「人の法」（人格権法、家族法、生活利益法）及び「財産の法」（財貨帰属法、財貨移転法、競争利益法等）がこれに

は、日本における物権的請求権、さらには差止請求権の理論的発生根拠の考察にとって有益な示唆を与えてくれる。<sup>(589)</sup>

また、日本法における差止請求権の発生根拠について違法侵害説の主張するところを妥当と解し、これを解釈論として基礎付けるために物権的請求権の発生根拠の再検討を行う本稿のような立場からすれば、彼の見解を物権的請求権（差止請求権）理論の1つのあるべき理論モデルを提供するものと見ることもできる。

すなわち、以上に検討してきた彼の理論の基本部分と同様の理論構成を我が国の民法典の解釈論として展開しうるとすると、妨害排除請求権、妨害予防請求権等を「権利」（排他的支配権）の一効力とするこれまでの伝統

当る（同書125頁、99頁）。他方、このような「一次規範に反する事態が生ずることにより利益を害される者のための救済方法について規律する」法規範が「二次規範」ないし「救済規範」、つまりは「救済の法」である（同書100頁）。また、その社会的機能如何という観点から見たとき、差止請求権は、人格権や財産権などの「地位的権利」が害されている場合、或いは生活利益（環境の共同享受によって享受すべき利益。同書15頁。）や競争利益が違法に侵害されている場合に、それらの享受者を広く保護しうる一すなわち、その保護対象が物権のみに限定されない「道具的権利」として把握される（以上につき、詳しくは同書123頁～127頁）。なお、広中博士による以上のような権利の「地位的権利」、「道具的権利」への分類は、ライザーや奥田教授らの「先行する諸見解の批判的検討に立脚」するものであるとされている（同書122頁）。また、「地位的権利」、「道具的権利」はそれぞれ、その内容においてライザーのいわゆる「一次的権利」と「二次的権利」とに対応する（同書122頁脚注（2））。それゆえ、上記分類に基づく広中博士による差止請求権の「道具的権利」としての性格付けもまた、奥田博士の請求権理論、さらにはそれを通してライザーの権利論の影響を受けていると解される（この点につき本稿注（519）参照）ピッカーの物権的請求権理論における位置付け方—「実質権」に対比される「保護権」としてのネガトリア的権利保護—と実質的に同様であると言うことができよう。

(589) ここで整理した3つの示唆以外にも、「差止請求権の発生要件たる侵害の「違法性」を判断する際に、侵害者の主観的事情を考慮しうるか否か（場合によって、侵害者の故意、過失の存在を差止請求権の発生要件とすることが可能か）」という問題を考えるための示唆をも、彼の理論から得ることができる。この点については、終章にて分析する。

的な見解を克服して、右請求権の発生根拠を、「権利」をも含めた法益一般にとって外在的な、かつまた不法行為法とも峻別された独立の法制度に求める道が開かれるものと解される。

また、右法制度の機能を規定する制度目的或いはその具体的内容を、ピッカーの見解における「ネガトリア的権利保護制度」の目的ないしは内容と同じく、「違法に侵害されている法益を保護するために、右法益の種類や内容によってその実質的範囲や人的範囲を決定付けられた保護手段（妨害排除請求権等）を私人に付与すること」と捉えるならば、そのような法制度とは、まさしく我が国の違法侵害説が差止請求権の理論的発生根拠として想定している差止請求権制度そのものに他ならないものと思われるのである。

本稿は、いわばピッカーによって示されたこのような違法侵害説の基礎付けの可能性をさらに一步推し進めて、まさに上記理論構成が日本において採用されうることの解釈論的根拠を探求しようとするものである。

(以下、次回につづく)

※ 本稿は、2004年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2004B-814）に基づく研究成果の一部である。