

論 説

差止請求権の発生根拠に関する理論的考察 (7)

— 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 ピッカーの物権的請求権理論の分析（以上まで82巻1号、同3号）

第3章 ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠をめぐる議論の分析

第1 序

1 第1の目的

2 第2の目的

3 概観

第2 伝統的な通説及び判例の理論

1 二元論—行為責任と状態責任—

2 行為責任

3 状態責任

4 行為責任への一元化

5 規範違反ないし義務違反を理由とする帰責

6 まとめ

第3 行為責任論台頭の理由

1 ピッカーによる分析

2 考察（(2)まで本号）

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
—日本の物権的請求権理論の分析を通じて—

終 章

第 3 章 ドイツにおける妨害排除義務の 帰責根拠をめぐる議論の分析

第 1 序

本章では、所有権侵害者に課される妨害排除義務の帰責根拠をめぐるドイツの議論、特にこの点に関する通説及び判例の見解について分析する。その目的は、以下の 2 点にある。

1 第 1 の目的

(1) 帰責根拠に関する妨害排除義務の不法行為責任化

BGB1004条 1 項第 1 文は侵害者に、同人の有責性 (Verschulden) の有無を問わずに、その費用負担による積極的な妨害排除行為を義務付けている。すなわち、同条項によれば、侵害者は、たとえその者に侵害発生に対する故意や過失が存在しない場合であっても、他人の所有権に対する侵害を自らの作為によって除去しなければならない。

この点、後述するとおり、ドイツの通説及び判例は、伝統的に、侵害者が右作為義務を負うべき根拠 (以下、これを「妨害排除義務の帰責根拠」と言う。) を、その者が自らの行為によって所有権侵害を惹き起こしたこと、或いは現に惹き起こしていることに求めている。より正確に言えば、右侵害惹起行為が客観的な行為規範ないし注意義務に違反するものであるがゆえに、行為者に当該行為によって生じた侵害状態を排除すべき義務が課されるものとするのである。したがって、通説及び判例によれば、侵害者の妨害排除義務は、不法行為損害賠償責任と同様に、同人の侵害惹起行為 (の義務違反性) に基づく責任—いわゆる行為責任—である、ということになる (帰責根拠に関する妨害排除義務の不法行為責任化)。

(2) 行為責任論台頭の理由に関する分析

しかしながら、このように侵害者の妨害排除義務を行為責任と捉える考え方は、決して自明のものではない。このことは、例えば我が国において右義務をいわゆる（純粹な）状態責任（ある者の行為或いはその所有物などが他人の権利を侵害している客観的状态にあることのみを理由として、その者に課される責任）⁽⁵⁹⁰⁾と把握する見解が有力に唱えられている事実からも裏付けられよう。とすると、にもかかわらず、なぜドイツでは妨害排除義務を行為責任と解する立場が広く支持を集めることになったのか、との疑問が生じる。そこで、本章では、まずこの問題について考察することとしたい。これが、本章の第1の目的である。

ここで、上記疑問に関する本稿の解答、及びそれに基づき導かれるところの本稿の課題（物権的請求権の理論的発生根拠の再検討）に対する示唆を、先取りして述べておこう。それにより、本章の第1の目的を以上のように設定する理由が、より良く理解されうるものと思われるからである。

すなわち、もし物権的妨害排除請求権を物権（の物に対する排他的支配性）より派生する効果と捉えるとすれば、右請求権は理論上、いわゆる忍容請求権に止まらざるを得ない。別言すると、侵害者の負うべき妨害排除義務は、被侵害者自身による妨害排除行為を忍容すべき消極的義務に尽きることとなる。このことを前提とした上でなお、右妨害排除義務が一上述のとおり、1004条1項第1文の規定するように一侵害者の積極的作為義務であることを正当化するために、ドイツの通説及び判例は、当該義務の帰責根拠を一加害者に積極的な原状回復義務を課す不法行為責任のそれと同様に一侵害者の現在または過去における侵害惹起行為（の義務違反性）に求めようとした。すなわち、通説及び判例は、「侵害者は他人の所有権

(590) 例えば、好美・前掲（注17）「物権的請求権」164頁、川角・前掲（注398）「関係（二・完）」66頁、83頁。付言するに、ここにいわゆる（純粹な）状態責任と、後に取上げるドイツの通説及び判例の見解における状態責任—それは侵害惹起に向けられた侵害者の意思活動をその究極的な帰責根拠とする—とは異なるものである。

に対する侵害状態を、客観的な行為規範ないし注意義務に違反する彼自身の行為によって惹き起こしたのであるから、それを自らの費用で、また自らの作為によって排除しなければならない。」と解することで、積極的な妨害排除義務（行為請求権としての物権的妨害排除請求権）の基礎付けを図っているものと思われる。

以上を要するに、私見によれば、妨害排除義務を行為責任と解する通説及び判例は、物権的（妨害排除）請求権を物権より生ずる効果と捉える限り、右請求権は忍容請求権に止まることとなる、との認識をその立論の前提にしている。また、右認識は、BGB 物権法部分草案の起草者などによっても共有されていたものである。そこで、もしこのように物権的請求権を物権の内在的効力と把握するとき、それは必然的に忍容請求権とならざるを得ないとすれば（また、このような帰結を回避するべく採られた通説及び判例による上記立論を、その問題性のゆえに支持することができないとする）、にもかかわらず、一ローマ法以来の伝統に則って、また我が国の通説及び判例のように一なおそれが行為請求権であることを根拠付けるためには、「物権的請求権は物権（の物に対する排他的支配性）より派生する効果である。」との理解そのものを放棄しなければならない。つまりは、そのような意味でいわば物権的請求権を物権から切り離して、その理論的（形式的）発生根拠を物権以外に求めるべきことになるものと考えられるのである。

2 第2の目的

(1) 要件、効果における妨害排除義務の不法行為責任化

第2に、前述のようなドイツの通説及び判例の立場に対しては、従来、その考え方を突き詰めていくと、①妨害排除義務の発生要件たる「侵害」と不法行為責任の要件たる「損害」との具体的内容が、また同時に、②前者の効果たる「妨害排除」と後者の効果たる「原状回復（損害賠償）」との内容がそれぞれ同一となりうる（また実際に、同一のものとして取り扱わ

れている)との分析が示されている。すなわち、右分析によると、通説及び判例は、妨害排除義務を、上述のように帰責根拠についてのみならず、その要件及び効果の両面に関しても、いわば不法行為責任化させるものである、ということになる。

(2) その妥当性に関する分析

私見によれば、妨害排除義務と不法行為責任との関係、つまりは物権的(妨害排除)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(これらを基本的に同内容のものとするべきか、或いは異なったものとして把握するべきか)という問題は、前者の理論的発生根拠を解明する上で、その考察を避けて通ることのできないものである。なぜなら、もし両者が実質的に同一物であるとすれば、それらは同じ根拠(つまりは不法行為法)に基づいて発生する、と解することが合理的であると思われるからである。この点、両請求権(制度)の要件、効果、制度目的の峻別を説くピッカーの見解(権利篡奪理論)に関しては、前章において既に検討した。そこで、次に、本章では、これらの同一化をもたらすものとされている上記通説及び判例の見解を取上げ、その当否等について分析する。これが、本章の第2の目的である。

3 概観

以上のような問題関心の下、本章においては、以下、次の順序で分析を進めていく。

まず、①ドイツの通説及び判例の採用する帰責根拠論の内容や特徴等を整理する。その後、②上記2つの課題について順次、考察を加える。最後に、本章の総括として、③右各考察によって獲得された示唆をまとめることとしたい。

第2 伝統的な通説及び判例の理論

はじめに、本章における問題分析の準備作業として、妨害排除義務の帰

責根拠に関するドイツの通説及び判例の考え方を整理し、その特徴などを確認する。

1 二元論—行為責任と状態責任—

伝統的に、通説及び判例は侵害者の負うべき妨害排除義務を、その帰責根拠の違いに応じて「行為責任」と「状態責任」との2つに分ける。そこで、まずはそれぞれの具体的内容を見ることとしよう。⁽⁵⁹¹⁾

(591) 1004条1項第1文の解釈(特に同条項にいわゆる「侵害者(Störer)」の意義)に関する伝統的な通説及び判例の立場については、vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 25ff., Herrmann a. a. O. (Fn. 399) „Störer“ S. 18f., S. 29ff., S. 58ff., Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 475ff. Rn. 92~111, Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 456ff., Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 9ff., bes. S. 24ff., Münch. Komm. /Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1154f. Rn. 38~41, Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 187ff., J. Münch „Kohlhammer-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Bd. 15/1 Sachenrecht 2/1 § 985-1017 ErbbauVO“ (13. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 2007) (以下、Soergel/Münch a. a. O. として引用する。) S. 159f. Rn. 114~117, S. 163ff. Rn. 127~142. また、邦語文献では、小川保弘「所有物妨害除去請求権について—ドイツにおける請求権内容解釈論の考察—」同『物権法研究』(法律文化社、1985) 3頁以下、25頁~48頁、柳澤・前掲(注14) 133頁~144頁、川角・前掲(注398)「関係(二・完)」51頁~62頁、田中・前掲(注398)「責任要件」128頁~145頁、同「所有権に基づく物権的請求権の請求権内容について」京都学園法学創刊号53頁(1990)(以下、田中・前掲「請求権内容」として引用する。)、54頁~60頁、堀田・前掲(注398)「再検討(二・完)」63頁~77頁、81頁~96頁などに詳しい。なお、本稿においてはドイツの判例を個別に詳しく取上げることはできないが、T. Lettl „Die Beeinträchtigung des Eigentums nach §1004 I 1 BGB“ JuS 2005 S. 871ff. が近時のドイツ連邦通常裁判所(以下、BGHとする。)の判例につき、またJ. Wenzel „Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht“ NJW 2005 S. 241ff. がBGH第5民事部により近時出された諸判決に関し、それぞれ要を得た概観を与える。さらに、ドイツの判例の整理及び分析を詳しく行う邦語文献として、田中・前掲(注398)「責任要件」128頁~140頁、堀田親臣「物権的請求権の再検討—成立要件という側面からの考察—(一)」広島法学22-2-161(1998)(以下、堀田・前掲「再検討(一)」として引用する。)、190頁~202頁、同・前掲(注398)「再検討(二・完)」78頁~80頁がある。

2 行為責任

(1) 一般論

ドイツの通説⁽⁵⁹²⁾及び判例は、妨害排除義務の第1の帰責根拠を侵害者の現在または過去における侵害惹起行為に求める。

すなわち、通説、判例によれば、1004条1項第1文は他者の排他的権利領域に干渉する行為を行っている者、或いは行った者に妨害排除義務を負わせる規定である。したがって、「その行為によって直接または間接に侵害を惹起する者或いは惹起した者⁽⁵⁹³⁾」が、同条項所定の「侵害者 (Störer)」として、当該侵害惹起行為を帰責根拠とする責任、つまりは「行為責任 (Handlungshaftung)⁽⁵⁹⁴⁾」としての妨害排除義務を負担しなければならない。このような侵害者を一般に「行為侵害者 (Handlungsstö⁽⁵⁹⁵⁾rer)」という。

(592) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 416 Rn. 3 には、(個々の問題について見解の相違を示すものの) 通説を形成する論者として、ヴォルフ/ライザー (Wolf/Raiser)、ヴェスターマン (H. Westermann)、バウル/ストゥルナー (Baur/Stürner)、ヴィーリング (Wieling)、ミュラー (K. Müller)、ヴォルフ (M. Wolf)、アイヒラー (Eichler)、シュヴァープ/プリュッティング (Schwab/Prütting)、ヴォルフ (E. Wolf)、シャップ (Schapp)、ゲルハルト (Gerhardt)、ラーレンツ/カナリス (Larenz/Canaris)、ピカート (Pikart)、ミュール (Mühl)、メディクス (Medicus)、ヘフェアメール (Hefermehl)、バッセング (Bassenge)、ヤウエルニッヒ (Jauernig)、ホーロツホ (Hohloch)、ヘルマン (Hermann)、シュミット (R. Schmidt) の名が挙げられている。

(593) H. J. Wieling „Sachenrecht“ (2. Aufl., Springer-Verlag, 1994) S. 337.

(594) Vgl. Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 711 Rn. 86, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 683 §86 III 1, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3003 Rn. 14, K. H. Schwab/H. Prütting „Sachenrecht Ein Studienbuch“ (begründet von F. Lent) (29. Aufl., C. H. Beck, 2000) S. 269 Rn. 573, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 Rn. 13.

(595) K. Müller „Sachenrecht“ (Carl Heymanns Verlag, 4. Aufl., 1988) S. 259 Rn. 734, Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 711 Rn. 86, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 683 §86 III 1, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 337, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 Rn. 13, W. Brehm/C. Berger „Sachenrecht“ (Mohr Siebeck, 2000) S. 106 Rn. 7. 22, 7. 23, Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 269 Rn. 573, Manfred Wolf „Sachenrecht“ (20. Aufl., C. H. Beck, 2004) S. 155 Rn. 327, R.

(2) 具体例

ア 直接侵害者

ここで、その具体例を見ておくと、行為侵害者の典型として第 1 に、他人の土地を無断で通り抜ける者⁽⁵⁹⁶⁾や無権限で隣地に建物等を建てた者⁽⁵⁹⁷⁾を挙げることができる。彼らは各々、自らの通り抜けを直ちに止め、或いは右建物等を取り壊さなければならない。

イ 間接侵害者

また、自らの行為によって侵害を直接に惹起した者のみならず、他人の侵害行為にきっかけを与えた(そのような意味で作為を行った)者もまた、行為侵害者とされる⁽⁵⁹⁸⁾(間接侵害者)⁽⁵⁹⁹⁾。

例えば、賃借人が賃貸人の了解を得て、賃貸目的不動産にてダンスホールや食堂或いは射撃練習場などを経営し、よって近隣に許容限度を超える騒音をもたらしている場合、右賃貸人(間接侵害者)は、賃借人(直接侵害者)⁽⁶⁰⁰⁾とともに、行為責任としての妨害排除義務を負担すべきこととなる。

ウ 不作為による侵害

Weber „Sachenrecht I Bewegliche Sachen“ (Nomos, 2005) S. 313 §17 Rn. 18, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 16.

⁽⁵⁹⁶⁾ Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 III Rn. 13, Brehm/Berger a. a. O. (Fn. 595) S. 106 Rn. 7. 23, Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 269 Rn. 573.

⁽⁵⁹⁷⁾ Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 337.

⁽⁵⁹⁸⁾ Müller a. a. O. (Fn. 595) S. 260 Rn. 739, Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 712f. Rn. 88, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 684f. §86 III 2, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 337, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3005 Rn. 17, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313 §17 Rn. 18, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 17.

⁽⁵⁹⁹⁾ Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 684 §86 III 2, Brehm/Berger a. a. O. (Fn. 595) S. 106 Rn. 7. 23, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313 Rn. 18, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 17.

⁽⁶⁰⁰⁾ Müller a. a. O. (Fn. 595) S. 260 Rn. 746, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 337, Brehm/Berger a. a. O. (Fn. 595) S. 106 Rn. 7. 23. 但し、この場合の賃貸人を後に述べる状態侵害者とするものとして、Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 Rn. 14.

さらに、行為責任にいわゆる「行為」には作為の他、不作為も含まれる。⁽⁶⁰¹⁾ すなわち、第三者による侵害を止めることができ、かつ止めるべき義務を負っている者が当該侵害の発生を阻止しなかった場合には、⁽⁶⁰²⁾ 他人も妨害排除義務を負わなければならない。

それゆえ、例えば先の事例において、近隣に許容限度を超える騒音をもたらすような施設を賃借人が開設し、操業等することに対して賃貸人が契約当初、積極的に同意したわけではない（したがって、この者を間接侵害者と認めることはできない⁽⁶⁰³⁾）場合であっても、契約開始後にそれを知りつつ、なお契約解除などの適切な防止措置をとらずにいるときには、やはり右賃貸人に妨害排除義務が発生する。⁽⁶⁰⁴⁾

(601) Stichelbrock a. a. O. (Fn. 399) S. 474 Fn. 69は、このような理解が通説であるとする。

(602) Müller a. a. O. (Fn. 595) S. 260f. Rn. 747, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 338, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313 §17 Rn. 18. これに対して、この類型における妨害排除義務を行為責任にはなく、後述する状態責任に分類するのは、Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 685 §86 III 2. さらに、不作為に基づく妨害排除義務の発生を否定するものとして、Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3005 Rn. 17.

(603) このように間接侵害の事例と不作為による侵害の事案とは、他人ないし第三者の行為に対して、共に妨害排除義務を負わされる者が積極的に同意しているか否かという基準によって区別されているようである。すなわち、他人による直接の侵害行為が右同意に基づく（同意と侵害行為との間に相当因果関係がある）場合には間接侵害に関する事例とされるのに対して、そのような積極的同意が存在しない場合は不作為による侵害の事例に振り分けられ、当該行為を阻止すべき作為義務の有無が問題とされる。この点につき、vgl. U. P. Gruber „Der Vermieter als Störer“ Juristische Rundschau 2000 S. 485ff., S. 485（但し、同頁のFn. 4をも合わせて参照されたい。）、Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3005 Rn. 17. なお、両者を区別せずに、まとめて間接侵害の事案とするものとして、Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 155 Rn. 328, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 17.

(604) Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 338 Fn. 30.

3 状態責任

(1) 一般論

第2に、ある所有権に対する侵害状態が存する場合において、当該状態の維持されていることが直接または間接にある者の意思に帰せられるとき、言い換えるならば、右状態の排除が同人の意思に係っているときには、通説及び判例によると、その者は、自らがその侵害状態を惹起したのではない（それゆえ、行為侵害者には当たらない）としても、1004条1項第1文に基づき、「状態責任（Zustandshaftung）」⁽⁶⁰⁵⁾としての妨害排除義務を負担しなければならぬ⁽⁶⁰⁶⁾。このような侵害者を一般に「状態侵害者（Zustandsstörer）」⁽⁶⁰⁷⁾⁽⁶⁰⁸⁾と呼ぶ。

(2) 具体例

その典型は、侵害源たる土地の権利承継人である。

すなわち、例えば、ある土地の所有者Aがこの土地の上に建物を建てるに当たり、建設の妨げとなる（右土地の一部分たる）斜面を違法に掘り崩した結果、A所有地の上方に位置するB所有地が十分な支えを失い、崩落する危険に陥ったとする。この場合、その後Aから当該所有地を譲り受けたCには一彼自身が上記掘り崩しを行ったのではないから一行

(605) Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 Rn. 14, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3003 Rn. 14, Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 269 Rn. 573.

(606) Müller a. a. O. (Fn. 595) S. 261 Rn. 749, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 337, S. 341, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 Rn. 14, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3003 Rn. 14, Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 156 Rn. 329, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313f. Rn. 19, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 19.

(607) Müller a. a. O. (Fn. 595) S. 261 Rn. 749, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 337, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 Rn. 14, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3004 Rn. 14, Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 269 Rn. 573, Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 156 Rn. 329, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313f. Rn. 19, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 19.

(608) 以上につき、さらに vgl. Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 475f. Rn. 94.

為責任としての妨害排除義務は発生しない。しかし、BGHによれば、Cは1004条1項第1文に基づき、状態侵害者として妨害排除義務を負わなければならないのである⁽⁶⁰⁹⁾。

(3) 状態責任=意思を帰責根拠とする責任

ここで、以上のような状態責任の意義を正確に理解するためには、次の点に注意することを要する。すなわち、状態責任の帰責根拠は、究極的に侵害状態の維持に向けられた侵害者の「意思」に求められる、という点^{(610) (611)}である。別言すると、状態責任としての妨害排除義務は、その名に反して、侵害者に帰属する物が他者の所有権を侵害している客観的「状態」にあること、或いは右状態発生の「危険」それ自体のゆえに、侵害者に帰せられるわけではない⁽⁶¹²⁾。したがって、例えば侵害状態が当該物の所有者の意思になんら関わらずに、自然力のみに基づいて生じた場合には、右所有者はこれに対する妨害排除義務を負わないものとされるのである⁽⁶¹³⁾。それゆ

(609) BGH, Urt. v. 3. 5. 1968 NJW 1968, 1327. この判決を「前権利者が侵害状態を発生させた場合にも、その承継人に状態責任としての妨害排除義務を課すべきである。」との判断を示したものとして引用するのは、BGH, Urt. v. 21. 4. 1989 NJW 1989, 2541.

(610) 判例の立場につき同旨として、田中・前掲(注398)「責任要件」139頁。

(611) これに対して、Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 270f. Rn. 574は、状態責任としての妨害排除義務は、侵害を発生させている物の所有権(右物の処分権限)それ自体によって基礎付けられる—したがって、侵害状態を維持しようとする当該物の所有者の意思によってではない—と主張する。

(612) さらに、ある者が現に侵害を惹き起こしている物の所有者であることから直ちに、その者の状態責任としての妨害排除義務を基礎付けることはできない。Vgl. Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 711f. Rn. 86, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 340, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 124 §12 Rn. 16, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3003f. Rn. 14, Brehm/Berger a. a. O. (Fn. 595) S. 107 Rn. 7. 25 (但し、これらに反対するのは、Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 270f. Rn. 574)。

(613) Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 716f. Rn. 105, Wieling a. a. O. (Fn. 593) S. 339, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123f. §12 Rn. 15~16, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3004 Rn. 14, Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 148 Rn. 316, S. 156 Rn. 329, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 314 §17 Rn. 20, Palandt/Bassenge a.

え、このような実質に照らして、状態責任としての帰責という考え方を「⁽⁶¹⁴⁾保持意思」の責任根拠論」と名付ける者や、状態侵害者を次のように定義する論者⁽⁶¹⁵⁾も存在する。すなわち、状態侵害者とは「その意思活動により間接的に、また相当な因果関係の認められる範囲内で (adäquat) …侵害状態⁽⁶¹⁶⁾をもたらした者である」、と。

4 行為責任への一元化

以上に検討してきたように、通説及び判例は1004条1項第1文に定められた妨害排除義務の性質を行為責任と状態責任との2つに区別している。

しかしながら、これらの帰責根拠の内実をそれぞれより深く掘り下げてみると、実はそれらが同じ内容であることが理解される。

すなわち、前述のとおり、行為責任の帰責根拠とは侵害者の現在または過去における侵害惹起行為である。具体的には、自らの積極的な作為の他、他人の侵害惹起行為の誘引 (間接的な作為) 及び放置 (不作為) が右

a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 19. 但し、このとき、所有者は被侵害者による妨害排除行為を忍容しなければならない (Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3004 Rn. 14)。

⁽⁶¹⁴⁾ Picker a a O (Fn. 386) 1972 S. 40.

⁽⁶¹⁵⁾ O. Jauernig „Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (9. Aufl., C. H. Beck, 1999) (以下, Jauernig/Jauernig a. a. O. として引用する。) S. 1077f. Rn. 17.

⁽⁶¹⁶⁾ なお、メディクス (D. Medicus) は、これまでに見てきたような「行為侵害者」と「状態侵害者」との区別の代りに、侵害者を「その継続的な積極的活動により、その活動の終わりが侵害の終わりをも意味するような態様で侵害を惹起する者」=「活動侵害者 (Tätigkeitsstörer)」(例、その営業活動により近隣に許容限度を超える騒音をもたらしている事業者) と「活動侵害者ではなく、侵害を排除する可能性を有する者」=「非活動侵害者 (Untätigkeitsstörer)」とに二分する見解を提唱する。Münch. Komm. /Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1155f. Rn. 42~52. しかし、彼自身も述べているとおり、この主張は「通説の採る結論から実質的に離れようとするものではない」(A. a. O. S. 1155 Rn. 42)。それゆえ、メディクスの説は通説の一種であると理解されている (田中・前掲 (注398)「責任要件」143頁注(117))。

「行為」に当るものとされる。これらに共通する要素が侵害惹起に向けられた侵害者の様々な「意思 (活動)」であることについては、おそらく多言を要しないであろう。それゆえ、右「意思 (活動)」こそ行為責任の帰責根拠の核心を成すものである、と解することができる。

他方、状態責任の帰責根拠に関しては、既に見たように、伝統的な通説及び判例自身も、それが侵害状態を維持しようとする侵害者の「意思 (活動)」に求められることを認めている。

そこで、このような各々の実質における一致を重視するならば、行為責任と状態責任とを共に「違法な意思活動という共通の要素」⁽⁶¹⁸⁾に基づく責任として一括して把握することが許されよう⁽⁶¹⁹⁾。換言すれば、両責任は「侵害惹起に向けられた意思活動」という広い意味での「行為」を帰責根拠とする「行為責任」へと理論的に一元化されうる、ということになる。⁽⁶²⁰⁾

(617) Vgl. K. Pleyer „Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum“ AcP 156 (1957) S. 291ff. (以下、Pleyer a. a. O. „Haftung“ として引用する。), S. 294.

(618) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 47.

(619) 通説及び判例において、妨害排除義務の帰責根拠は最終的に侵害者の侵害惹起ないし意思活動という要素に求められることを指摘或いは示唆するものとして、vgl. Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 711 Rn. 86, Steinbach a. a. O. (Fn. 399) S. 15, Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 274f. (通説や判例が侵害者を特定する際に—その内実は不明瞭であり、個々の具体的結論の間には不整合が見られるもの—「その者が侵害を惹起する意思を有していたか否か」といった基準を用いていることを詳しく、また批判的に分析する。)、Wilhelm a. a. O. (Fn. 423) 2002 S. 476 Rn. 1258, Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 269 Rn. 574 (「判例及び学説の支配的見解は、侵害と侵害者の意思との間に少なくとも間接的な関連性が存在しなければならないという意味での帰責性を要求する。」、Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313. Rn. 17 (通説、判例にとって「決定的であるのは、意思というメルクマールである。」。) また、田中・前掲 (注398)「責任要件」139頁、堀田・前掲 (注591)「再検討 (一)」192頁～195頁、同「物権的請求権の再検討」私法65-195 (2003) (以下、堀田・前掲「私法」として引用する。)、197頁もそれぞれ判例につき同旨を指摘する。

(620) 以上につき同旨として、Kawasumi a. a. O. (Fn. 399) S. 12. 「いわゆる保持意思の理論〔状態責任による帰責論〕は、「意思という要素」を持ち出すことによっ

5 規範違反ないし義務違反を理由とする帰責

(1) 帰責判断の具体的なあり様

また、このような通説及び判例の立場によれば、妨害排除義務に関する帰責判断の具体的なあり様は次のようになろう。すなわち、ある所有権に対する一定の侵害(状態)を自らの意思に基づく作為或いは不作為によって、直接或いは間接に作出した者或いは作出している者に、当該侵害を除去すべき義務を負わせる、と。

では、なぜそのように侵害惹起行為を行った者に妨害排除義務を負わせることが許されるのか。⁽⁶²¹⁾私見によれば、通説及び判例はこの点を次のように解しているものと思われる。すなわち、右行為者への帰責が法的に正当なものとして許容されるのは、その者の行為が(客観的な)法的行為規範ないし注意義務に違反しているからである、と。言い換えるならば、通説及び判例の見解において、妨害排除義務の帰責根拠は、究極的に、侵害者の行為が右行為規範或いは注意義務に違反していること(以下、このことを行為の「規範違反性」或いは「義務違反性」という。)に求められているも

て、まさに状態責任を行為責任に融合させるものである」。さらに、川角・前掲(注398)「関係(二・完)52頁~53頁をも参照。また、それら以前に、ハインツェ(M. Heinze)は、通説及び判例による状態責任に関する帰責判断について、それは行為責任に関する帰責判断の「亜種」である、と評していた。M. Heinze „Rechtsnachfolge in Unterlassen – Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur des Unterlassungsanspruchs §1004 I 2 BGB und der Rechtsnachfolge–“ (Mohr, 1974) S. 66.

(621) ある者が侵害を惹起したという客観的事実「それ自体は、…妨害排除責任の決定的な帰責基準たりえない」(Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 458)。この点をつとに指摘したのは、Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 694f. §86 V 1. また、このような侵害惹起の事実のみに基づき、惹起者に右侵害結果を除去すべき責任を負わせるとの考え方—一般に、惹起原理(Veranlassungsprinzip)と呼ばれる—が今日、およそ民事責任の帰責原理とはなりえないことを指摘するものとして、C-W. Canaris „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ (C. H. Beck, 1971) S. 474. さらに、Heinze a. a. O. (Fn. 619) S. 72, Waas a. a. O. (Fn. 399) S. 1206, Armbrüster a. a. O. (Fn. 540) S. 3088, J. Neuner „Das nachbarrechtliche Haftungssystem“ JuS 2005 S. 385ff., S. 487ff., S. 387 もこれらに同旨である。

のと考えられる。⁽⁶²²⁾なぜなら、それ以外の方法によって上記帰責判断を実質的に正当化しようとするれば、妨害排除義務を現在または過去における侵害惹起行為に基づく行為責任と捉えること自体が、そもそも理論的に困難とならざるを得ないものと解されるからである。⁽⁶²³⁾

(622) 以上のような本稿の分析にとって示唆に富む指摘として、vgl. Waas a. a. O. (Fn. 399) S. 1206. 通説及び判例の立場においては「惹起原理〔侵害を惹き起こした者にその排除の責めを負わせるとの考え方〕を、社会生活上の義務の不履行…といったような他の観点によって、〔民法の〕評価に適合するものへと実質化する試みが行われることもあった」。

(623) 妨害排除義務の究極的な帰責根拠をいかに解すべきかをめぐっては、本文にて述べたように、それを侵害惹起行為の規範違反性或いは義務違反性に見る見解の他に、大きく次の2つの考え方が主張されうる。すなわち、右帰責根拠を①権利篡奪状態が現に、客観的に存在することと解する説（権利篡奪理論。但し、厳密には、前章にて詳論したとおり、この理論によると、妨害排除義務は侵害者に対する財産的不利益には当たらない。そのため、本来であれば、右義務について、不法行為責任に関して観念されるような帰責（Zurechnung）の問題はそもそも起こらず、それゆえ右義務の帰責根拠如何を問う必要もない、ということになる（この点を的確に指摘するものとして、Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 872）。したがって、ここで、この理論における「帰責根拠」を論ずるのは「通説及び判例の問題意識とすりあわせるためにあえて言うならば」との条件を付した上でのことである。以下、同じ。）と、②ある者が侵害源を支配していること（右侵害源から利益を享受していること）と捉える立場である（これは、「他人への侵害を発生させる危険を秘めた物を自らの支配領域内に有し、かつそれを利用等することによって利益を得ている者は、右危険が現実化し、当該物から実際に侵害が生じた場合には、それにつき責任を負わなければならない。」という「リスク原理（Risikoprinzip）」が妨害排除義務の帰責原理である、と主張する。それゆえ、この説によれば、妨害排除義務はいわゆる「領域責任（Bereichshaftung）」である、とされる。Vgl. Heinze a. a. O. (Fn. 619) S. 75ff. その先駆として、F. Baur „Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für „Verrichtungsgehilfen““ „Zur Fortentwicklung des Haftungsrechts: Beiträge und Bemerkungen zum deutschen und zum österreichischen Entwurf einer Novelle / Karlsruher Forum 1962 (Versicherungsrecht 1962, Beiheft) S. 14ff., S. 16. また、Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 407f. §76 III 3, S. 699ff. §86 V 3 も、状態責任としての妨害排除義務の性質を「自らの権利圏に対する領域責任という思想の具体化」（A. a. O. S. 697）した「妨害排除費用に対するリスク責任（Risikohaftung）」（A. a. O. S. 696）と把握する。これに賛成するのは、J. Petersen „Duldungspflicht und Umwelthaftung —Das Verhältnis von §906 BGB zum

通説及び判例の理論に対する以上のような理解は、以下の諸事実によってもまた裏付けられよう。

(2) 状態責任論＝義務違反に基づく帰責論

Umwelthaftungsgesetz—“ (C. H. Beck, 1996) 15f., Benschling a. a. O. (Fn. 399) S. 78., S. 97f. なお、「ある物の所有者は、その物につき所有権を有しているがゆえに、その物から生ずる侵害について妨害排除義務を負担するべきである。」との考え方 (いわゆる所有権理論。Pleyer a. a. O. (Fn. 617) „Haftung“ S. 299ff., derselbe „§1004 BGB und das „nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis““ JZ 1959 S. 305 ff., S. 306f., derselbe „Anmerkung zum BGH Urt. v. 21. 9. 1960“ JZ 1961 S. 499 ff., S. 500, derselbe „Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des §1004 BGB“ AcP161 (1962) S. 500ff. (以下、Pleyer a. a. O. „Einstandspflicht“ として引用する。), S. 507ff., F. K. Kübler „Eigentum verpflichtet —eine zivilrechtliche Generalklausel? —“ AcP159 (1960) S. 236 ff., S. 276ff., Stichelbrock a. a. O. (Fn. 399) S. 493ff., Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 270f. Rn. 574) は、そのように解すべき理由として、所有者は所有物 (危険源) に対する支配力と処分権限とを有していること、またその物から利益を受けうる地位にあるため、それより生ずる他者への不利益に関しても責めを負うべきであることの 2 点を挙げる (Pleyer a. a. O. (Fn. 617) „Haftung“ S. 303, derselbe a. a. O. „Einstandspflicht“ S. 508)。したがって、この説は、妨害排除義務の (究極的な) 帰責根拠に関しては、上記リスク責任原理に基づく考え方と実質的にはほぼ同旨を説くものであると言えよう (この点につき本稿と同様の理解に立つと解されるものとして、Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 33f.)。実際、所有権理論を支持する Stichelbrock a. a. O. (Fn. 399) S. 495 も、自説と上記ハインツェの見解との類似性を示唆している。これらのうち、まず①権利篡奪理論は、前章にて既に分析したように、被侵害者の権利領域と侵害者の権利領域との現在の重なり合い (権利篡奪状態) を「侵害」の本質的要素と解する (Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 82)。それゆえ、これによると、妨害排除義務は右権利篡奪状態の客観的存在のみをその帰責根拠とする (侵害者の侵害惹起に向けられた行為や意思の有無等を問題としない)「純粋な状態責任」(Stichelbrock a. a. O. (Fn. 399) S. 470) である、ということになる。第 2 に、上記②の説の発想を突き詰めていくと、最終的に、妨害排除義務の帰責根拠は本質的に侵害者の「意思 (活動)」や (広い意味での)「行為」ではない、との結論に至る (Vgl. Heinze a. a. O. (Fn. 619) S. 84, S. 86 bes. Fn. 328. また、Pleyer a. a. O. (Fn. 617) „Haftung“ S. 300, S. 306, S. 310., derselbe a. a. O. „Einstandspflicht“ S. 507.)。それゆえ、上記②の見解は、例えば侵害者を「行為侵害者」と「状態侵害者」とに分ける点 (例、Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 683ff. §86 III 1~3) などにおいて伝統的な通説及び判例との共通点を有し、

第1に、通説及び判例の行う帰責判断のうち、特に状態責任としての妨害排除義務の帰責に関しては、学説により、それは侵害結果の発生を回避すべき作為義務に対する違反を実質的な理由として為されるものである、との分析が示されている。

すなわち、既に見たように、状態責任としての妨害排除義務の帰責は、(状態)侵害者自身による積極的な侵害惹起行為が存在しない場合に行われる。このとき、「既に存在している〔侵害〕状態を存続させよう、…侵害を排除せずにおこうという〔侵害者の〕⁽⁶²⁴⁾決心」が右帰責を基礎付ける。このような帰責とは要するに、「侵害状態を排除しない、という⁽⁶²⁵⁾不作為」を根拠とするものに他ならない。他方、右不作為が妨害排除義務の発生を正当化する場合とは、それが法的な作為義務に違反しているとき⁽⁶²⁶⁾である。したがって、侵害状態を除去しないという決心、それに基づく右状態の放置(不作為)を理由とする帰責判断は、「そのような状態を除去せよ。」という規範ないし注意義務に対する違反を理由とするものであると解しうる。換言すれば、「支配的見解は、状態侵害の事案において、〔状態侵害者と妨害排除義務との〕結合点を、侵害〔発生〕防止義務(結果回避のために適切であると思われる積極的行為を為すべき法的義務)に見出⁽⁶²⁷⁾そうとしている」ものと考えられるのである。

結論についてもほぼ一致するものの、原理上は、これらとは異なる独自の理論として位置付けられるべきものと思われる(この点を考慮するならば、Staudnigers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 416 Rn. 3のように、ラーレンツ/カナーリスの説を通説に分類することが妥当か否か、疑問が残る。)。そこで、以上の考察に大きな誤りがないとすると、それに基づいて、次のように結論付けうるものと解される。すなわち、上記①②のいずれの見解によっても、換言すれば、まさに本文にて述べたとおり、侵害惹起行為の規範違反性ないしは義務違反性を妨害排除義務の究極的な帰責根拠と捉えない限りは、通説及び判例のように右義務を現在または過去における侵害惹起行為に基づく行為責任と考えることは理論的に困難とならざるを得ない、と。

(624) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 43.

(625) A. a. O. S. 43.

(626) A. a. O. S. 43.

(3) ヘルマンの主張及び近時の BGH の諸判例

ア ヘルマンの見解

第 2 に、比較的近時、基本的に通説及び判例と同様の考え方に立ちつつ、侵害者の妨害排除義務（の一部）の本質が義務違反に基づく責任であることを明確に主張する論者も現れている。その論者とは、ヘルマン (E. Herrmann) である。彼女の主張の要点を本稿の問題関心と関連する限りにおいてまとめるならば、次のようになる。

まず、ヘルマンは、「侵害を惹起した」と法的に評価しうる者に右侵害を排除すべき義務を課すべきであると解する点で、通説及び判例と見解を同じくする。すなわち、彼女によれば、具体的な事案においてある者の行為と侵害状態との間に原因と結果との関係、つまりは「因果性」を認めることができれば、一右行為が当該侵害状態を惹き起こしたと言いうるから一その者が「侵害者」である、と判断されるべきこととなる。

しかしながら、ヘルマンの見るところ、このような「因果性」の存否を判断する際に通説及び判例が持ち出す具体的な基準、とりわけ状態責任としての妨害排除義務の成否を判定するための基準は、多種多様である（「意思活動」、「作為に基づく因果性」、「施設の保持」、「所有権に基づく「帰責」⁽⁶²⁹⁾」、「侵害の維持」）。換言すれば、その統一的な内容が明確ではない。

(627) Heinze a. a. O. (Fn. 619) S. 65.

(628) Vgl. Herrmann a. a. O. (Fn. 399) „Störer“ S. 129ff., denselben a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 277ff., denselben „Natureinflüsse und Nachbarrecht (§§1004, 906 BGB) – drei Entscheidungen“ NJW 1997 S. 153ff. (以下、Herrmann a. a. O. NJW として引用する。), S. 154ff., denselben „Cautio damni infecti, Besitzbegriff und Verantwortung für Sachgefahren“ Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenhauer zum 8. September 2001 (C. F. Müller, 2003) S. 203 ff.. ヘルマンの見解の意義を通説と関連付けて理解するものとして、Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 458, Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 476 Rn. 95 (「通説の新たな一変形」), Waas a. a. O. (Fn. 399) S. 1206 Fn. 16, Neuner a. a. O. (Fn. 621) S. 387 Fn. 34. 但し、ヘルマン自身は、自らの見解が通説の一種と見られることについて、それは誤解であると主張する。この点につき詳しくは、vgl. Herrmann a. a. O. NJW S. 155.

そこで、ヘルマンは、右「因果性」の有無をこのような不明確な基準に基づいて吟味することを止めて、次のように解すべきであると説く。

一般に、1004条1項第1文所定の「侵害」が発生する場合は、大きく次の3つに分けることができる。すなわち、当該侵害が①人間の行為のみによって起こる場合⁽⁶³⁰⁾、②物そのもの(不動産の性状)から生ずる場合⁽⁶³¹⁾、そして③物及び人間の行為から発生する場合⁽⁶³²⁾の3つである。これらのうち、①と③とにおいては、「侵害」は人間の積極的な行為そのものから発生して⁽⁶³³⁾いる。つまり、右行為と「侵害」結果との間に「因果性」の存在を肯定することができる。したがって、当該行為を行っている者或いは行った者が「侵害者」となる。他方、②の事案では、侵害発生源たる物(不動産)の占有者が原則として妨害排除義務を負担すべきである。なぜなら、占有者には、自らの占有物から生じうる各種の作用が他者の権利等を侵害しないように、適切な措置をとるべき「安全確保義務(Sicherungspflicht)⁽⁶³⁴⁾」が課されるからである。別言するならば、上記②においては、このような義務

(629) これらはいずれも、ヘルマンが諸学説の検討から抽出したものである(Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 275.)。各々の具体的内容は、ここでの分析にとっては重要ではない。そのため、それらについて立ち入ることは差し控える。

(630) 例えば、ある者が無権限で他人の土地を通り抜けるような場合である。Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 277.

(631) その例として、岩石が上方の斜面から自然にはがれて、下方にある土地に転がり落ちるような場合を挙げることができる。Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 277.

(632) 例えば、ある者が他人の土地に無権限で建物を建てた場合—このとき、建築行為終了後は、建物の存在自体が右土地所有権に対する侵害となる—を想起されたい。Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 277.

(633) ヘルマンは、人間の行為と物とによって侵害が発生する③の事例について、人間の行為こそが侵害状態の究極的な原因であると捉える。Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 281.

(634) Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 278. Derselbe a. a. O. (Fn. 628) NJW S. 155によると、これは823条1項の前提とするいわゆる社会生活上の義務に対応する、「ネガトリア的社会生活上の義務(negatorische Verkehrssicherungspflicht)」とも言うものである。

に対する違反（不作為）に基づいて「侵害」結果が（客観的に）生じた（或いは生じている）と認められるとき、一右不作為と当該「侵害」結果との間に「因果性」が存在するものと言いうるため一右義務違反を犯した者に「ネガトリア的不作為責任（negatorische Unterlassungshaftung）」⁽⁶³⁵⁾としての妨害排除義務が発生する。

以上が、ヘルマンによる主張の概要である。ここでは、その当否について検討しえないものの、なお次の事実に着目することは許されよう。すなわち、ヘルマンは、一定の事案類型（上記②）に関して、侵害発生源たる物の占有者の行為（不作為）に前記「安全確保義務」違反を認めうるか否かという基準によって右行為と「侵害」結果との間の「因果性」の有無を、したがってまた、その者の妨害排除義務の存否を判定している、という事実である。このような事実は、具体的には次の事柄を意味するものと解される。すなわち、（通説及び判例の考え方と基本的発想を同じくする）彼女の見解において、一定の場合にはあれ、妨害排除義務の究極的な帰責根拠（妨害排除義務の賦課を正当化する実質的理由）が侵害者の一「安全確保義務」という一行為規範ないし注意義務への違反に求められている、ということである。

イ 不作為に基づく責任としての妨害排除義務—近時の BGH による判決の傾向—

さらに、近時、BGH は、ヘルマンの上記見解から影響を受けて、⁽⁶³⁷⁾一連の判決において次のように判示し、一定の事案類型に関しては、1004条 1

(635) Herrmann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 278.

(636) この点に関しては、例えば、G. Otte „Besprechung von Elke Herrmann : Der Störer nach §1004 BGB –Zugleich eine Untersuchung zu den Verpflichteten der §§907, 908 BGB–“ AcP 195 (1995) S. 303ff., Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 458, Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 210ff. を参照されたい。

(637) BGH Urt. v. 14. 11. 2003 NJW 2004 S. 1037ff., S. 1039. さらに、vgl. Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 241 (ヴェンツェルは、右論文公表当時、上記判決を下した BGH 第 5 民事部部長 (Vorsitzender) の地位にあった。).

項第1文により生ずべき妨害排除義務を客観的な義務違反⁽⁶³⁸⁾(不作為)に基づく責任と捉える立場を明確にした。

すなわち、例えば、ある不動産上に生息している木の葉などが隣接する土地上に舞い落ちる場合のように、所有権「侵害」が自然力の作用によって発生する事案において、右不動産の所有者が「侵害者」として妨害排除義務を負うべきか否かは、「当該侵害が義務に違反する不作為に基づくものであるか否か、つまりは、右侵害がそこから発生しているところの土地の利用態様に鑑みて〔右土地の所有者に〕「安全確保義務 (Sicherungspflicht)」、すなわち近隣の土地に起こりうる侵害を阻止すべき義務が生ずるか否か」により決せられる⁽⁶³⁹⁾、と⁽⁶⁴⁰⁾。

6 まとめ

これまで、1004条1項第1文に定められた妨害排除義務の帰責根拠に関するドイツの通説及び判例の見解について検討してきた。その結果、以下の事実を明らかにしえたものと思われる。

すなわち、通説及び判例は、①右妨害排除義務を侵害者の現在または過去における(広い意味での)侵害惹起行為に基づく行為責任と捉えていること、さらには、②当該侵害惹起行為が行為者に向けられた(客観的な)

⁽⁶³⁸⁾ Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 242.

⁽⁶³⁹⁾ BGH Urt. v. 28. 11. 2003 NJW 2004 S. 603ff., S. 604. BGH Urt. v. 14. 11. 2003 NJW 2004 S. 1037ff., S. 1039 も同旨を判示する。また、これらをその理由中に引用するものとして、BGH Urt. v. 12. 12. 2003 NJW 2004 S. 1035ff., S. 1036. なお、Armbrüster a. a. O. (Fn. 540) S. 3088f. も、自然力と土地などの形状とが共に作用して侵害状態が発生した場合には、そのような状態が現実には生じないように配慮すべき「社会生活上の義務」を負っていた者が「侵害者」となる、として、これらの判例によるものと実質的に同様の判断基準を示す(但し、これが唯一の基準ではないとする。A. a. O. S. 3088f.)。

⁽⁶⁴⁰⁾ さらに、Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 242 は、いわゆる間接侵害の事案—前述のように、伝統的には、状態責任としてのそれではなく、行為責任としての妨害排除義務の成否が問題とされてきた事例—においてもまた、同様の基準によって妨害排除義務の成否が判定される、とする。

行為規範或いは注意義務に違反するものである点に妨害排除義務の究極的な帰責根拠を求めていると解されることである。

だが、既に本章の冒頭にて指摘したように、そのような理論構成（以下、これを「行為責任論」と呼ぶ。）は同条項の解釈として決して必然的なものでも、また唯一採用可能なものでもない。では、なぜドイツの通説及び判例は右理論構成を採るのであろうか。以下、その理由について考察しよう。

第 3 行為責任論台頭の理由

1 ピッカーによる分析

この点、ピッカーは、行為責任論がドイツの学説及び判例の支持を集めるようになった原因を、大要次のように分析する。

(1) 役権否認訴権に関する行為責任原理の不要性

すなわち、彼曰く、「今日ほぼ異論のないドグマとして通用している行為責任原理は、19世紀に入るまでは法律家にとって馴染みのないものであった⁽⁶⁴¹⁾」。換言すれば、妨害排除請求権の起源たる「〔アクチオ・〕ネガトリアが役権否認訴権として機能する限り、「行為責任」〔原理〕が今日のように働く余地はなかった⁽⁶⁴²⁾」のである。

というのも、*actio negatoria* が、ある土地への第三者による役権の僭称を否認し、もって「所有権が〔当該役権の負担から〕自由であることを確認し、右侵害が争点決定 (*litis contestatio*) 以前に既に排除されていれば存在したであろう〔所有権の自由な〕状態を回復する⁽⁶⁴³⁾」という役権否認訴権としての機能しか持たない—したがって、それ以外の態様の所有権侵害に対しては発動されないものである—とすれば、この訴権の向けられるべき相手方は「ある土地につき役権を僭称する者」に自ずと限られること

(641) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 68.

(642) A. a. O. S. 67.

(643) Kaser a. a. O. (Fn. 394) S. 368.

となる。また、所有権に対する干渉は、少なくとも相手方による役権の行使と認めうる態様⁽⁶⁴⁴⁾にて行われなければならない。それゆえ、このとき、役権否認訴権としての *actio negatoria* の基礎付けられるべき場合を特定したり、その被告を確定したりするためには、「ある者が他人の土地につき役権を僭称していると言いうるか否か」ということのみを問題とすれば足りるのである。つまり、それ以外の基準（帰責根拠）をさらに持ち出す必要はない。このように、まさに「ローマ法上の〔アクチオ・〕ネゴトリアの構成要件〔役権の僭称〕…が、損害賠償責任〔の基礎付け〕に必要とされた帰責根拠が妨害排除責任の根拠付けに際して何らかの役割を果たすことを排除していた⁽⁶⁴⁵⁾」のである。

(2) 「侵害」と「損害」との融合—役権否認訴権から所有権自由訴権への拡張—

しかしながら、19世紀に入って、*actio negatoria* は以上のような役権否認訴権としてではなく、より広く一般的な所有権自由訴権として理解されるようになった。すなわち、右訴権は、無権限者による「役権の僭称」に対してのみならず、およそ「あらゆる態様での侵害」から当該所有権を保護すべき任務を与えられることとなった。その結果、この新しい発生要件（「あらゆる態様での所有権侵害」）は、「所有権侵害より生じた結果」、つまりは「損害」とされるべきものまでをもそこに（誤って）取込みうるほどに広範なものとなったのである⁽⁶⁴⁶⁾。ここに、本来は不法行為訴権によって実現されるべき「原状回復」（過去に生じた損害の填補）が、部分的に「妨

(644) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 74.

(645) A. a. O. S. 67f. なお、ピッカーによれば、さらに、*actio negatoria* がいわゆる対物訴権 (*actio in rem*) であったことが、妨害排除責任の成否に関して相手方の帰責根拠の存否を問題とする必要のなかったもう1つの理由である (A. a. O. S. 67 f.)。

(646) A. a. O. S. 74f. Ferner derselbe a. a. O. (Fn. 386) Gegenwartswert S. 312 Fn. 53. 同旨と思われる分析として、川角由和「ヨホウ物権法草案以降におけるネゴトリア請求権規定（一〇〇四条）形成史の探究—イミッション規定（九〇六条）と

害排除」義務の履行によって事実上、実現される理論的可能性が生じた。すなわち、妨害排除請求権は、当時の判例及び学説によって、「確かに〔理論上は〕損害賠償請求権ではないけれども、〔実際には〕そのように機能する請求権⁽⁶⁴⁷⁾」として認識されるに至ったのである。^{(648) (649) (650)}

(3) 行為責任原理の台頭

そして、ピッカーは以上のような考察を基に、次のように結論付ける。

すなわち、「〔アクチオ・〕ネガトリアの責任根拠の歪曲は、その構成要件及び機能の歪曲と分ち難く結びついている。〔妨害排除義務の帰責原理として〕因果性原理〔行為責任論〕が支配的となったことは、上記のような〔「侵害」と「損害」との同一化という〕展開の論理必然の結果である。

の関連性を顧慮した覚え書き— 石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999）419頁以下（以下、川角・前掲 1999として引用する。）、421頁～423頁。

(647) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 77.

(648) なお、ピッカーは、この時期以前においては、ローマ法より一貫して *actio negatoria* と各種の不法行為訴権とが截然と区別されてきたとの理解に立って、本文にて見たような両訴権の要件、効果双方での融合を、*actio negatoria* の「歪曲」と評価する。Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 74.

(649) また、この点に関連して、ピッカーによると、ヴィントシャイト (B. Windscheid) の理論が、① *actio negatoria* の機能を「過去の行為に対する制裁」と捉えることで間接的に行為責任の承認に基礎を与えるとともに、②「所有権侵害」概念に関する彼の考えを誤解したその後継者—ピッカーはシュミット (R. Schmidt) の名を挙げる。—による因果性原理に基づく妨害排除義務の変容に理論的な正当性を提供した。Vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 78. これに対して、川角教授は、ヴィントシャイトの理論の基礎となったプフタ (G. F. Puchta) の見解こそが、妨害排除訴権の要件を所有権に対する「部分的侵害」(eine partielle Verletzung) と規定することでネガトリア訴権に「要件開放性」を与え、「不法行為訴権化への道」の出発点を作り出した（この意味で行為責任論の先駆である）と主張される。川角・前掲（注646）1999、421頁～423頁、derselbe a. a. O. (Fn. 399) S. 63ff., S. 64 Fn. 232, S. 65ff., S. 180.

(650) さらに、このような判例、通説の理解を強く後押ししたのが当時の社会事情であった。すなわち、19世紀における私人間での生活関係の変化に伴って、所有権侵害の具体的な内容もまた、他人に迷惑をかける程度の相隣的、牧歌的なものから、

原告の所有物に対する被告の現在の違法な関係〔という要素＝被告による原告の所有物への役権の僭称〕が〔妨害排除義務発生の〕前提要件ではなくなり、合わせて、〔所有権に対する〕侵害 (Eingriff) の代わりに、右侵害の結果〔本来は「損害」とされるべきもの〕が訴権を基礎付けることになるや否や、責任の結合点 (der Anknüpfungspunkt der Haftung)、すなわち相手方の行為は、もはや〔訴権により〕排除すべき対象ではなく、帰責根拠となったのである。いまや、それ〔相手方の行為〕は、過去に存在した完結した事実として、損害結果と損害賠償義務者との間に必然的なつながり (notwendige Nexus) を作り出す。19世紀から20世紀へと時代が変わる頃には、侵害と〔目的物の〕単なる有形的な損壊〔＝「損害」〕との区別が失われるまでに、侵害者 (Störer) と侵害惹起者 (Verursacher der Störung) との同一視は、自明のこととなったのである⁽⁶¹⁾。

以上の論述はやや難解であるものの、私見によれば、その言わんとするところは、これを次のように理解しうるものと思われる。

すなわち、actio negatoria の要件及び効果に不法行為訴権の要件及び効果が取り込まれた結果、両訴権は実質的に同一物であると把握されるようになった。そして、その必然の帰結として、不法行為訴権の帰責根拠に関する考え方、つまりは行為責任論が actio negatoria に関する帰責根拠

物の使用自体を不可能にしてしまいかねないほどの重要な結果をもたらす産業活動によるもの (例えば、鉱山や石切り場或いは交通設備による土地の変形など) へと変質した。これにより、妨害排除義務に実質的な無過失損害賠償責任としての機能を認め、過失責任主義 (有責性原則) の下では保護し得ない事例の救済を図る必要が生じた。妨害排除義務の不法行為責任化はそのような外的要因によって促進されたのである (以上につき、vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 75f.)。

(61) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 77. なお、ピッカー以前に既にシュトル (H. Stoll) が、行為責任論が台頭した理由を同様に次のように指摘していた。行為責任という「この責任形式が発生したのは、主として因果性理論 (Kausalität dogma) (＝惹起原理) に従って、「侵害」と「損害」とを不注意にも相互に同一視したという状況のためであった」。H. Stoll „Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte“ AcP 162 (1963) S. 203ff., S. 223.

論としても支持を集めることとなった、と。⁽⁶⁵²⁾

2 考察

(1) もう1つの理由

以上が、ピッカーによる分析の概要である。私見によれば、右分析は、行為責任論がドイツの判例、学説において広く採用され、その結果、妨害排除義務が行為責任と捉えられるようになった原因の1つを的確に指摘するものであると解される。

しかしながら、これに加えて、もう1つ別の理由が存在したと考えることはできないであろうか。その理由とは、侵害者に対する積極的な行為請求権 (= 妨害排除請求権) が被侵害者たる所有者に認められること、別言すれば、侵害者に侵害を積極的に除去すべき作為義務 (= 妨害排除義務) が課されることを正当化するために、右作為義務を一定の行為規範ないし注意義務に違反する、侵害者の現在または過去における侵害惹起行為に基づく責任と解する行為責任論が採用されている、というものである。

この点、柳澤博士は、物権的請求権をめぐる日本での議論に関してではあるが、以上と実質的に同旨を次のように指摘される。

すなわち、「わが国における行為責任論的構成は、効果、すなわち不作為訴権の内容が常に忍容義務ではなく、相手方の積極的行為義務である、相手方はその費用を負担すべきである、とするために採られているようである」⁽⁶⁵³⁾、と。

(2) 推測

(652) この点、これまで本文において見てきた考察と関連した形ではないが、ピッカーが次のように述べていることが注目される。すなわち、伝統的な通説及び判例は「〔妨害排除義務の要件たる〕侵害を、基本的には損害と異ならない不利益と理解するのであるから、〔1004条を〕823条と並列させること、〔妨害排除義務の帰責根拠として〕因果関係ある行為を持ち出すことを余儀なくされる」(Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 37)。

(653) 柳澤・前掲(注14)187頁。なお、引用文中、「不作為訴権」とは、その前後の

さらに、ではなぜそもそもそのように侵害者への積極的な妨害排除義務の賦課を正当化するべく、同人の侵害惹起行為に着目する必要があるのか。本稿の見るところ、それは以下のような理由によるものと推測される。すなわち、それは、物権的妨害排除請求権を物権（の物に対する排他的支配性）より生ずる内在的効力として把握するならば、その具体的効果は侵害者に対する積極的な妨害排除行為の請求たりえない、言い換えるならば、侵害者の負うべき妨害排除義務を積極的な作為義務と解することは困難である、と一般に考えられているためである、と。

すなわち、903条第1文に規定された物に対する排他的支配力を所有権の本質と捉え、そこから派生するものが物権的妨害排除請求権であると構成するのみでは、その論理必然的な帰結として、右請求権はあくまで忍容請求権に止まらざるを得ない。このような認識を立論の出発点としながら、なおローマ法以来、伝統的にその存在を承認されてきた行為請求権としての物権的妨害排除請求権、それに対応するところの侵害者の積極的な作為義務としての妨害排除義務の許容性を理論的に基礎付けるために、通説及び判例は、—それが加害者の積極的な損害填補行為を内容とするものであることにつき疑問の余地のない不法行為責任と同様に—右妨害排除義務を一定の行為規範、注意義務に違反する侵害者の侵害惹起行為に基づく責任（行為責任）と把握せざるを得なくなったのではないか。⁽⁶⁵⁴⁾

私見によれば、以上のような推測を成り立たしめる根拠として、①

文脈から考えて、物権的請求権を意味するものと解される。また、柳澤博士自身は、ここにいわゆる「行為責任論的構成」をどのような説とも明確に説明されていない。しかし、本文中に引用した文のすぐ後で、博士が「行為責任論的構成」の問題性を指摘するために、物権的請求権には損害賠償法における「有責と責任との均衡の思想」が必ずしも妥当しないとされていることからすれば、上記「行為責任論的構成」とは—ドイツの通説及び判例の見解との共通性が指摘されている（川角・前掲（注398）「関係（二・完）」50頁、61頁）—物権的請求権に関するいわゆる責任説を指すものと推測される。

(654) BGB903条「物の所有者は、法律又は第三者の権利を侵害しない限り、自由に物を使用し、他者によるあらゆる干渉を排除することができる。（第2文省略）」。

BGB 物権法部分草案の起草者ヨホウ (R. H. S. Johow) の提示する物権的請求権理論と、②「物権と債権との峻別」という観点から、1004条 1 項第 1 文の規範内容を批判するフォン・トゥール (A. von Tuhr) の見解とを挙げることができる。そこで、以下、それらを順に見ていくこととした。

(以下、次回に続く)

※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。なお、校正の段階で、藤岡康宏「競争秩序と差止論」NBL863-56 (2007) に接した。

(655) この点、於保不二雄博士による以下の分析が示唆的である。すなわち、我が国の判例は、物権的請求権を物権の一効力と解するいわゆる「物権説をとりながら、…妨害者の負担において妨害の除去又は予防をなすべきことの請求を許している。しかし、厳格な物権説からすれば、…物権的請求権は物権の追及的効力にはかならないことになる。すなわち、物権者が自己の負担において直接支配を維持回復するにつき妨害者に忍容義務を負わせうるにすぎない。また、…債権法の分野では近代的責任原理が支配すべきものであるから、特別の無過失責任の規定がない限り、過失なくして妨害者に、消極的な忍容義務以上に、積極的な行為義務を課すべき理由はない」(於保不二雄『物権法(上)』(有斐閣、1966) (以下、於保・前掲書として引用する。) 36頁)。したがって、博士曰く、「行為請求権の成立には責任要件を要する、と解する…一般論は正当として承認せざるをえない」のである (於保不二雄「物権的請求権の本質」法学論叢70-2-1 (1961) [同『民法著作集 I 財産法』(新青出版、2000) 87頁以下に所収] (以下、於保・前掲「本質」として初出時の頁で引用する。)、27頁)。以上のような於保博士による分析に即して、これまでに述べてきた本稿の推量をまとめると、次のようになる。すなわち、ドイツの通説及び判例は、行為請求権としての物権的妨害排除請求権を物権の効力として位置付けることの困難性を認めつつ、なお右請求権の「成立」を正当化するために、その「責任要件」として侵害者の侵害惹起行為 (それが客観的な行為規範ないし注意義務に違反するものであること) に着目し、右妨害排除義務を行為責任と構成しようとするのである、と。