

論 説

差止請求権の発生根拠に関する理論的考察 (8)

— 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 (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

第2 伝統的な通説及び判例の理論

第3 行為責任論台頭の理由

1 ビッカーによる分析

2 考察 ((2) まで83巻2号)

3 まとめ—行為責任論台頭の理由に関する推論— (以上まで本号)

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 行為責任論台頭の理由

2 考察 (承前)

(3) ヨホウの物権的請求権理論に関する分析

まず、ヨホウの物権的請求権理論⁽⁶⁵⁶⁾、特に妨害排除訴権及び妨害排除請求

(656) R. H. S. Johow „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche

権に関する彼の見解について検討する。⁽⁶⁵⁷⁾ はじめに、その内容を概観しよう。

Reich, Sachenrecht“ (Reichsdruckerei, 1880). なお、ヨホウの右物権法部分草案のうち所有権に基づく請求権 (Eigentumsanspruch) に関する部分は、herausgegeben von W. Schubert „Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB) Sachenrecht Teil 1 Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum“ (Walter de Gruyter, 1982) に収録されており、筆者はそれを参照した。以下、これを引用する場合にはヨホウの部分草案自体の頁数をまず示し、その後に括弧にくくる形で右『起草者提出資料集成・物権法編』(この訳語は、児玉寛=大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覽」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) v 頁以下によるものである。)の頁数を記す。また、ヨホウ自身もその一員となり、かつ彼の部分草案につき審議した第一委員会の議事録 („Protokolle der [I.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1881-1889)“ (以下、Protokolle I a. a. O. として引用する。))の該当部分をも合わせて参照することとする(その抜粋が、herausgegeben von H. H. Jakobs/W. Schubert „Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen—Sachenrecht I §§ 854-1017“ (Walter de Gruyter, 1985) S. 847ff. に収録されている。以下、同議事録から引用する際には、ヨホウ部分草案の場合と同様に、まず右議事録の頁数を示し、その後に括弧にくくる形で上記『逐条・審議資料集成・物権法編』(この訳語も、児玉=大中・前掲論文によるものである。)の頁数を記す。さらに、右『逐条・審議資料集成・物権法編』の記述自体を参照するときには、Jakobs/Schubert a. a. O. として引用する。))。

(657) ヨホウの理論については、川角教授による一連の研究がある。川角由和「ドイツ民法典におけるネガトリア請求権(一〇〇四条 BGB)形成史の基礎研究—ヨホウ物権法草案前史ならびにその基本構造を中心に—」龍谷法学30-1-1 (1997) (以下、川角・前掲1997として引用する。)、特に33頁~55頁、同・前掲(注647) 1999、特に420頁~426頁、derselbe a. a. O. (Fn. 399) S. 81ff.. 本稿における以下の分析は、右研究から多くの示唆を得たものである。また、ヨホウの見解に関しては、さらに vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 79, Hohloch a. a. O. (Fn. 161) S. 34 ff., R. Ogorek „Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums“ in; (herausgegeben von H. Coing und W. Wilhelm) Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert IV Eigentum und industrielle Entwicklung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht (Vittorio Klostermann, 1979) S. 40ff., S. 64ff., Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 127ff., 玉樹・前掲(注18) 141頁~142頁。

ア 概観

(ア) 所有権に基づく請求権

ヨホウによれば、「所有権は、当該〔所有〕物に関連する全ての事柄に及ぶ、法秩序により承認された力である⁽⁶⁵⁸⁾」。正当な権利なく「この力と矛盾する事実状態に自らを置く者」は、侵害者として、「右侵害及びその結果の除去を求める所有者の請求権…を基礎付ける⁽⁶⁵⁹⁾」。右請求権こそ、すなわち「物権的請求権」の1つとしての「所有権に基づく請求権 (Eigentumsanspruch)⁽⁶⁶⁰⁾」である。

このような「所有権に基づく請求権」は、所有権に加えられる侵害の態様の違いに応じて、大きく次の2つに区別される。

(イ) 返還請求権

第1は、「侵害が全体的である」場合、すなわち「物が所有者から奪われている場合⁽⁶⁶¹⁾」に生ずべきものである。これをヨホウは、「占有侵奪のための所有権に基づく請求権 (der Eigentumsanspruch wegen Vorenthaltung)⁽⁶⁶²⁾」と呼ぶ。今日いわゆる返還請求権がこれに相当すること、多言を要しないところであろう⁽⁶⁶³⁾。

(ウ) 妨害排除訴権及び妨害排除請求権

a 妨害排除訴権

(a) 目的

第2に、所有者は、その所有物の占有自体を奪われることなく、なおそ

(658) Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 884 (S. 1018).

(659) A. a. O. S. 884 (S. 1018).

(660) A. a. O. S. 884 (S. 1018).

(661) A. a. O. S. 885 (S. 1019).

(662) A. a. O. S. 884 (S. 1018).

(663) A. a. O. S. 884 (S. 1018).

(664) A. a. O. S. 885 (S. 1019).

(665) BGB 物権法部分草案178条「所有者は、彼に〔その所有〕物を与えずにいる者に対して、その返還を請求する権利を有する」。A. a. O. Textteil S. 30 (S. 44).

の所有権の行使を他者から妨害されうる。すなわち、ある者が例えば当該物を使用する正当な権限を有しないにもかかわらず、あたかもそれを有するかのよう主張したり、行動したりする場合には、それによって、その物に対する所有者の所有権行使が脅かされる。しかしながら、このとき、所有者は、一所有物の占有それ自体を失っているわけではないから一当然、返還請求権を通じて自らの所有権を保護することはできない。そこで、ヨホウによれば、このように「物の占有侵奪によらずに所有権の自由が侵されている場合」⁽⁶⁶⁶⁾に、そのようないわば「部分的」⁽⁶⁶⁷⁾侵害に対して発動される（第一義的な）保護手段が妨害排除訴権（die negatorische Klage, die Negatoria）である。

(b) 具体的効果

では、妨害排除訴権は、どのような具体的効果を発揮する（べきである）のか。この点について、ヨホウは、以下のように説く。

① 確認訴権としての妨害排除訴権

上述のとおり、妨害排除訴権の目的は、他人によるある物への「虚偽の権利行使（Rechtsanmaßung）」⁽⁶⁶⁸⁾からその物の所有権（者）を保護することにある。右目的を実現するためには、そのような無権限者の「態度（Verhalten）」⁽⁶⁶⁹⁾が実体的な権利義務関係に合致しないこと、別言すると、同人の主張する権利（義務関係）が実際には存在せず、それゆえ所有権は右権利（義務関係）の負担から自由であることを公に明らかにすれば足りる。すなわち、そのようにして「所有者が、その所有権の自由と矛盾する〔他人の〕権利主張を黙らせる」⁽⁶⁷⁰⁾ことができれば、妨害排除訴権の上記制度目的は達成されるのである。そのため、このように他人の僭称する権利

(666) A. a. O. S. 884 (S. 1018).

(667) A. a. O. S. 884 (S. 1018).

(668) A. a. O. S. 994 (S. 1128).

(669) A. a. O. S. 988 (S. 1122).

(670) A. a. O. S. 993 (S. 1127).

(義務関係) に対する「所有権の無制限性」⁽⁶⁷¹⁾を確認することが妨害排除訴権の効果の具体的内容を成す、と解すべきこととなる。したがって、ヨホウにとって、妨害排除訴権とは「確認訴権 (präjudizielle Klage)」⁽⁶⁷²⁾に他ならぬ⁽⁶⁷³⁾。

② 妨害排除訴権 ≠ 不法行為損害賠償請求権

また、以上のように妨害排除訴権の性質を確認訴権と捉えるならば、その帰結として、それが (不法行為) 損害賠償請求権として機能する可能性は消失する。なぜなら、「ある権利の〔現在における〕存在と範囲とを確定すること」⁽⁶⁷⁴⁾をその任務とする確認訴権には、「過去の行為を権利侵害という光の下に置くこと」⁽⁶⁷⁵⁾はできないからである。そのため、ヨホウ曰く、「過去の行為から生ずる請求権」⁽⁶⁷⁶⁾、「違法な〔物の〕損壊から発生する請求権」⁽⁶⁷⁷⁾、つまりは「損害賠償請求権は、その基礎を〔妨害排除訴権 (制度) ではなく〕不法行為理論に見出さなければならない」⁽⁶⁷⁸⁾。

(c) 妨害排除訴権 ≠ 実体法上の請求権

さらに、ヨホウは次のように言う。すなわち、一般に、「確認訴権 (actio praejudicialis) は、ただこれを訴訟上の形成物、裁判官への申立て或いは裁判官に申し立てる権利と解することがより正確であると思われる

(671) A. a. O. S. 992 (S. 1126).

(672) A. a. O. S. 991 (S. 1125).

(673) なお、妨害排除訴権を確認訴権と構成することは、ローマ法以来の伝統に沿うものであった。玉樹・前掲 (注18) 141頁。また、Hohloch a. a. O. (Fn. 161) S. 34によれば、当時のフランス法の状況やそれに影響された諸法或いはオーストリア一般民法典の適用領域内における法実務等に鑑みるならば、右構成はその時期、良く行われていたものであり、実際に、ヨホウ部分草案に先行する地方特別法やパンデクテン法学にも見られたところである。さらに、川角・前掲 (注657) 1997、36頁～37頁をも参照。

(674) Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 993 (S. 1127).

(675) A. a. O. S. 990 (S. 1124).

(676) A. a. O. S. 988 (S. 1122).

(677) A. a. O. S. 988 (S. 1122).

(678) A. a. O. S. 991 (S. 1125).

る。相手方に対する何らの〔実体的な〕請求権も、その根底には存しないであろう⁽⁶⁷⁹⁾」、と。また、このような「確認訴権につき立てられた基本原則⁽⁶⁸⁰⁾」は、彼によれば、妨害排除訴権にも一それが確認訴権である以上一等しく当てはまるものである。

したがって、ヨホウの見解において、妨害排除訴権は、侵害者たる相手方に向けられた実体法上の請求権ではない、ということになる。彼が部分草案において、一貫して妨害排除「訴権 (Klage)」という語を用い、これを妨害排除「請求権 (Anspruch)」とは表記しない理由一それに対して、返還「請求権」は、前述のように、明確に *Anspruch* とされている一は、以上のような考え方に求められるものと言えよう。

(d) 対物訴権としての妨害排除訴権

また、このように妨害排除訴権を訴訟 (法) 上の存在と把握するとしたとき、では、妨害排除訴訟において原告から被告に対して主張される実体法上の権利とは何か。これは、要するに、当事者間においてその存在或いはその効力の及ぶ範囲が確認されるべきものである。とすれば、それは原告の所有権それ自体に他ならない。すなわち、原告は自らの所有権 (が何らの法的制約をも受けていないこと) を訴訟上、被告に対して主張するものと解することができる。このように考えてくると、最終的に、ヨホウの述べるごとく、妨害排除訴権とは「対物訴権 (*actio in rem*)」⁽⁶⁸¹⁾、つまりは「原告が一定の目的物に対する権利を主張する訴訟 (訴権)」⁽⁶⁸²⁾であることが理解されよう⁽⁶⁸³⁾。

(679) A. a. O. S. 992 (S. 1126). これは、ヴィントシャイト (B. Windscheid) の言葉を、妥当な命題としてヨホウがその部分草案の中に引用したものである。

(680) A. a. O. S. 992 (S. 1126).

(681) A. a. O. S. 982 (S. 1116).

(682) 山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(大学書林、1991) 12頁 (*Actio in rem* の項)。

(683) なお、ヨホウは、所有者の物権的請求権一般を「対物訴権」ないし「物上訴権 (*Klage auf eine Sache*)」と捉えている。Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 885 (S.

(e) 不動産所有権保護手段としての妨害排除訴権

なお、ヨホウは、妨害排除訴権による保護を必要とする者は、「不動産の」所有者に限られる、と考⁽⁶⁸⁴⁾えた。というのも、既に見たとおり、彼によれば、妨害排除訴権は、①所有物の占有侵奪を伴わずに、②それに対する権利の僭称を通じて所有権の自由な行使を妨げる第三者に対して用いられるべきものである。しかしながら、ヨホウの部分草案においては、動産の占有を移転せずにそれに制限物権を設定することは、およそできないものとされている。それゆえ、そのような制限物権の僭称のみによる一占有侵奪を伴わない一動産侵害を想定することがそもそも困難となる。換言すれば、動産の所有権に対する侵害は常に占有侵奪という態様の下で行われる。そのため、返還請求権による保護をこれに認めておけば、それで十分である、と考⁽⁶⁸⁵⁾えられたのである。

(f) 条文案

かくして、ヨホウの手になる妨害排除訴権に関する条文案は、次のようなものとなった。

BGB 物権法部分草案205条「ある者がその態度を通じて、〔その者が〕ある不動産に対する権利を自らに認めている、と推認するに足る十分な契機を原告に与えるときには、当該不動産の所有者〔原告〕は、その所有権が無制限であることを確認するため、その者に対して訴えを提起することができる⁽⁶⁸⁶⁾」。

BGB 物権法部分草案206条「不動産の所有者〔原告〕は、近隣の不動産の所有者がその態度を通じて、その者に帰属しない近隣上の権限 (nachbarliche Befugnisse) を不当に行行使し、或いは原告の当該権限を承認することを拒んでいる、と推認するに足る十分な契機を原告に与えるときに

1019)。

(684) Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 993 (S. 1127).

(685) 以上につき、A. a. O. S. 993 (S. 1127).

(686) A. a. O. Textteil S. 34 (S. 48).

は、近隣上の権利関係 (nachbarlichen Rechtsverhältnis) を確認するため、その者に対して訴えを提起することができる。⁽⁶⁸⁷⁾ (第 2 項省略) 」。]

b 妨害排除請求権の発生—実際の侵害の排除方法—

(a) 疑問

これまでに検討してきたとおり、ヨホウは、確認訴権としての妨害排除訴権が無権限者による権利の僭称に基づく不動産所有権への「部分的侵害」を除去するための (第一義的) 手段である、とする。しかし、そのような理解に対しては、自ずと次のような疑問が湧いてこよう。すなわち、ある者の不動産所有権 (の行使) に対して実際の侵害が加えられている場合に、では、右侵害はいかにして排除されるのか、との疑問である。これを敷衍するならば、次のようになる。

すなわち、例えば隣接する土地に生育する樹木の根や枝がある者の土地内へ現に侵入しているとき、⁽⁶⁸⁸⁾ ヨホウによれば、その者は、当該樹木の所有者を被告として妨害排除訴訟を提起し、そのような侵入を法的に正当化する権利 (例、原告の土地に設定された地上権) が右被告に存在しない旨の確認判決を獲得しうる。だが、右確認判決が出されることのみによっては、実際に侵入している (また、今後、その侵入の継続が予想される) 木の根や枝を除去することはできない。とすると、それらはどのように処理されることとなるのであろうか。

(b) 確認判決言渡しによる、行為請求権としての妨害排除請求権の発生

無論、部分草案を起草するに当って、ヨホウがこの点に気が付かなかったはずはない。彼は、前記部分草案 205 条及び 206 条の後に、208 条として以下のような規定を設けている。⁽⁶⁸⁹⁾

「被告の土地の上に存する設置物 (Anlage) が、下されるであろう権利確認 [判決] に照らして許容されない (unzulässig) ものである場合には、

(687) A. a. O. Textteil S. 34f. (S. 48f.).

(688) これは、ヨホウ自身が挙げている例である。A. a. O. S. 1007 (S. 1141).

(689) A. a. O. Textteil S. 35 (S. 49).

その者は当該設置物をその費用によって排除しなければならない」。

すなわち、妨害排除訴権に基づく確認訴訟の被告には、①その者による権利の主張が不実のものである旨の確認判決が言い渡されるとともに、②原告の所有権の存在（それに対する自らの無権利）を確認した右判決に従って、侵害源たる設置物を自らの費用をもって除去すべき積極的な妨害排除義務が課されることとされたのである。

このような部分草案208条の規律内容を原告たる所有者の立場から見て言い換えるならば、次のようになろう。すなわち、所有者は、その所有権が被告の主張する権利（義務関係）の存在に拘束されないことを裁判所によって確認された（されるであろう）場合には、右所有権に基づき、被告に対して、その者自身の費用で上記設置物を積極的に排除するよう請求することができる、と。つまり、所有者は、右判決の言渡しに伴って、①「所有権に対する部分的侵害から生ずる〔実体法上の〕請求権⁽⁶⁹⁰⁾」として、②被告に対する行為請求権としての妨害排除請求権を取得することとなる。このように、ヨホウは妨害排除請求権を「権利確認の結果に結びつけた。それゆえ、右請求権は、確認〔判決〕の付属物として現れることとなった⁽⁶⁹¹⁾」のである。

イ 小括

以上が、ヨホウの物権的請求権理論、特に妨害排除訴権及び妨害排除請求権理論の概要である。ここで、その要点をまとめておこう。

すなわち、第1に、不動産の所有者は、第三者がその言動を通して自らの所有物につき虚偽の権利（義務関係）の存在を主張していると認められる場合には、右第三者を被告として、妨害排除訴訟を提起することができる。右訴訟において、所有者は自らの所有権の存在を主張し（対物訴権）、当該第三者の現在の態度が実体的な権利義務関係に合致しないものであることの確認を求める（確認訴権）。とりわけ後者の点に「妨害排除訴権の

(690) Protokolle I a. a. O. (Fn. 656) S. 4254 (S. 850).

(691) A. a. O. S. 4254 (S. 850).

本質」⁽⁶⁹²⁾が存する（それゆえ、妨害排除訴訟は、過去に発生した損害の填補を目的とする不法行為損害賠償訴訟としては機能しない。）。

第 2 に、所有者は、上記訴えが認められ、自らの所有権の無制限性が確認された場合には、それにより（必要に応じて）、実体法上、被告に対する妨害排除請求権を取得する。右請求権は、原告の「所有権に基づく請求権（Eigentumsanspruch）」⁽⁶⁹³⁾である。上記妨害排除請求権に基づき、所有者は、被告たる第三者に対して、その費用負担の下での侵害の積極的な排除措置—侵害源たる設置物の撤去—を請求することができる。

ウ 被告の積極的な妨害排除措置の義務付けをめぐる問題

(ア) 問題の所在

以上に見てきたように、ヨホウは、所有者の妨害排除請求権を、①妨害排除訴訟において裁判所により確認された所有権の効力に基づくものとして、他方、②被告たる侵害者に積極的な妨害排除措置を採るべき作為義務を課す行為請求権として把握した。しかしながら、このような捉え方は、ヨホウにとって決して自明のことではなかった。なぜなら、妨害排除訴権に関する彼の考え（上記①）を突き詰めていくと、むしろ上記②とは正反対の帰結—所有者が妨害排除請求権に基づき侵害者に求める事柄は、被侵害者たる所有者自身による積極的な妨害排除措置を忍容することのみである、との結論—に行き着くことの方が合理的である、と解されるからである。

すなわち、前述のごとくヨホウの理論において、妨害排除訴権は確認訴権として、かつまた対物訴権として、原告の所有権（の無制限性）を被告に対して主張し、確認するものとされている。他方、彼によれば、「物権法関係は他者に対して消極的な態度を義務付けうるのみであり、あらゆる積極的な給付義務は…十分な債務法上の義務根拠を必要とする」⁽⁶⁹⁴⁾ことが

(692) A. a. O. S. 4254 (S. 850).

(693) Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 884 (S. 1018).

(694) A. a. O. S. 1007 (S. 1141).

「基本原則」⁽⁶⁹⁵⁾である。

したがって、右「基本原則」からすると、例えば、前所有者によって設置された物が近隣に違法な侵害を生ぜしめている場合に、そのことを知らずに当該設置物を譲り受けた第三者は、妨害排除訴訟において、原告からその所有権の無制限性、つまりはそれを適法に制約しうる権限が右第三者には存しないとの「物権法関係」を主張され、またそれを裁判所によって確認されたとしても、その結果生ずる原告の妨害排除請求権に基づき、「単に消極的な態度、受忍 (patientia) を義務付けられるに過ぎない。〔具体的には、〕この忍容は、彼〔譲受人たる第三者〕が当該設置物を、それにより侵害されている者に対して一右設置物の無害化にとって必要であるときには、同人がその形状等を変更しうるように一放棄する、という形をとるべきこととなる。当然のことながら、このような無害化は、被侵害者自身の、その者の費用によって遂行されるべき事務である⁽⁶⁹⁶⁾」。

上記「基本原則」に基づく「このようなローマ法上の命題」⁽⁶⁹⁷⁾が、ヨホウにとっても「内的一貫性を持つ」⁽⁶⁹⁸⁾ものであった。⁽⁶⁹⁹⁾すなわち、前述の事例に

(695) A. a. O. S. 1007 (S. 1141).

(696) A. a. O. S. 1007 (S. 1141).

(697) A. a. O. S. 1007 (S. 1141).

(698) A. a. O. S. 1007 (S. 1141).

(699) また、ヨホウ以前に既にベッカー (E. I. Bekker) が返還請求権につき同旨を説いており、これがヨホウの部分草案にて引用されている (Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 885 (S. 1019) Fn. 2.)。ベッカー曰く「裁判において (In jure)、始めに主張されるのは、物に対する権利 (das Recht an der Sache) 以外の何ものでもない。また、この権利に適した状態をもたらすこと以外の何ものも請求されない。それ〔権利者が主張ないし請求しうること〕は物に向かっていくこと (Hinziehen zur Sache) または権利者の下に物を引き寄せること (Heranziehen der Sache an die Person des Berechtigten) である。〔権利者以外の〕他人は、その際に何ら積極的なことをする必要は全くない。彼らは、前述したところの、権利者が物を引き寄せることを妨害してはならないというだけである」。E. I. Bekker „Die Aktionen des römischen Privatrechts 1. Bd. Ius Civile“ (Verlag von Franz Vahlen, 1871) S. 218. さらに、ピッカーによると、19世紀のドイツでは、妨害排除義務を負うべき者は、対物訴権の相手方として、単に忍容義務を負担するに止まるとの理解が広

において、もし侵害源たる設置物を善意で譲り受けた第三者が自らの作為によってその「無害化」を行い、合わせてそのための費用を自身の財産から支出しなければならないとするならば、それは要するに、その者に積極的な給付義務を課すことを意味する。とすると、そのためには—「物権法関係」を超えて—上記「十分な債務法上の義務根拠」が右第三者に認められることを要する。換言すれば、そのような義務根拠の存しない、物権法関係にのみ拘束される第三者には、その者自身の費用負担による積極的な妨害排除措置を義務付けることはできないはずである。ヨホウは、このように考えたのである。⁽⁷⁰⁰⁾

(イ)「公共的な安全利益を目的とする主義」による正当化

a ヨホウの主張

しかしながら、以上のような理解を前提とした上でなお、彼は、「実際上の合目的性」⁽⁷⁰¹⁾を考慮して、最終的には、前述のとおり、侵害者が一確認判決を受けた後に—自らの費用負担において積極的な妨害排除行為を為すべき義務を負う、との結論を採用した。

では、右結論は、どのようにして理論的に正当化されるのか。この点につき、ヨホウは以下のように述べている。

「そのような正当化は、次の場合に与えられる。すなわち、その所有物が他人の物〔の安全〕をおびやかしたり、或いは許容されざる方法で他人の物に影響を及ぼしたりするということを知るに至った所有者は皆、将来

く普及していた。Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 167f..

(700) 以上につき、川角・前掲(注657)1997、45頁、同・前掲(注647)1999、425頁を参照。この点、川角教授曰く、「ヨホウは、ネガトリアの固有の法効果を、少なくとも不法行為法上の損害賠償請求権・原状回復請求権から厳密に切り離すことに成功した。しかし、同時にヨホウ自身のネガトリア効果論は、その「確認訴訟」の構成に規定されて、おおよそ妨害者たる相手方の将来的な不作為に限定されることになった」(川角・前掲(注657)1997、53頁)。Ferner vgl. denselben a. a. O. (Fn. 399) S. 93. また、川角教授によれば、このようなヨホウの見解は、当時、学説に対する大きな影響力を持っていた。A. a. O. S. 94 Fn. 338.

(701) Johow a. a. O. (Fn. 657) S. 1005 (S. 1139).

の損害を賠償すべき義務を負担するのみならず、彼の物をいかなる妨害も生じない状態へともたらず義務をも負う。このような公共的な安全利益を目的とする主義 (der auf ein öffentliches Sicherheitsinteresse abzielenden Satz) が一般的承認を得る場合に、上記正当化が与えられるのである。所有者は各々、自己の所有物を、とりわけその上に存する設置物と共に自己の不動産を、その設置物が自分の手で造られたか、その前占有者の手によって造られたかを問わず、隣人がその権利を侵害されないような状態に保つべきである⁽⁷⁰²⁾。「取壊しの受忍 (patientia destruendi) [を被告に求めること] には、實際上耐え難い、非常に大きな不都合が伴うであろうし、それにより新たな紛争をもたらす様々な契機が与えられることとなろう…。このような理由から、その土地の上に存在するところの許されざる (unzulässig) 設置物の変形或いは除去に関する被告の義務 [の内容] を、[原告による] 取壊しの単なる忍容へと縮減するという考え方に関しては、これを完全に無視することが許される⁽⁷⁰³⁾」。

b 川角教授による分析

このようなヨホウの立論、特に彼のいわゆる「公共的な安全利益を目的とする主義」の意義について、川角教授は次のように分析される。

すなわち、既に見たとおり、「ヨホウによれば、(善意・無過失の) 妨害者が負担すべきであるのは原告の妨害施設への立ち入りと原告費用負担による妨害施設の形状変更行為の受忍に尽きるのであり、これこそローマ法上の原則の首尾一貫した適用 (の帰結) にほかならない⁽⁷⁰⁴⁾」。だが、「次の危惧がヨホウのバランス感覚を鋭くとらえた。すなわち、なるほど妨害者が費用を負担しないことはよいとしても、原告が妨害除去のために妨害者の所有地に立ち入り、その施設をいわば勝手にいじることを受忍することの

(702) A. a. O. S. 1009 (S. 1143).

(703) A. a. O. S. 1009 (S. 1143).

(704) 川角・前掲 (注657) 1997、45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。

ほうが、むしろ妨害者にとっては苦痛なのではないか。かえてそれは、余計に新たな紛争を引き起こす原因になってしまうのではないか、という⁽⁷⁰⁵⁾「危惧」である。「もしローマ法の原則どおりに被妨害者（原告）が妨害者たる被告所有の妨害施設に立ち入り、その施設の有体的変更を一方的に加えることになれば、それによって、むしろ新たな紛争が発生する可能性が高く、それは単に相隣関係にとどまらず、地域社会や地域経済の円満な運営に支障をきたすことにな⁽⁷⁰⁶⁾」りかねない。そこで、これを未然に防止することが「公共的な安全利益」の保全にとって必要不可欠である、とヨホウは考えたものと解される、と。⁽⁷⁰⁷⁾

c BGB 第一草案理由書の見解との同一性

また、ピッカーによれば、ヨホウ部分草案の後に出された BGB 第一草案の理由書において、侵害者に作為義務を課すべき理由として述べられているところ、とりわけ、侵害者が積極的に妨害排除義務を負うことが「実務上望ましい法律関係の単純化をもたらし、また〔これにより〕争点の混乱と多様化 (Vervielfältigung) とを心配する必要がなくなる⁽⁷⁰⁸⁾」との説明は、ヨホウの上記考え方一特に「取壊しの受忍を被告に求めることには、実際上耐え難い、非常に大きな不都合が伴うであろうし、それにより新たな紛争をもたらす様々な契機が与えられることとなろう」という部分一に^{(709) (710)}対応するものである（また、そうであるならば、ヨホウの右見解は、その後、

(705) 川角・前掲 (注657) 1997、45頁。Ferner vgl. denselben a. a. O. (Fn. 399) S. 95 Fn. 342.

(706) 川角・前掲 (注647) 1999、426頁。

(707) 以上につき同旨と思われるものとして、Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 131.

(708) Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 426.

(709) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 168. これに対して、川角・前掲 (注647) 1999、441頁は、ヨホウの考えと第一草案理由書の上記説明との間に、前者が「原告の被告所有施設への立ち入りによる新たな紛争発生防止等の積極的根拠」を示すのに対して、後者はその根拠を法律関係の単純化による争点の混乱と多様化との回避という「きわめて消極的な点のみ」求める点で相違がある、と捉えるようである。

BGB 第二草案、同第三草案を経て、現行1004条1項第1文に結実した、という⁽⁷¹⁾ことになる。)

(71) さらに、ピッカーは、以上のようなヨホウの見解とほぼ同旨の議論を展開する (Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 157ff., derselbe a. a. O. (Fn. 386) 1993 S. 341 f.)。すなわち、彼曰く、「立法者は、正当にも、妨害排除義務を忍容義務に優先させた。…〔その理由は、侵害者の忍容義務に対応する〕被侵害者の自力救済は、それ自体、相手方の利益に対する法的により制裁的な…侵害として、最初から、暴力行為という汚点を自らに備えている〔からである〕。自力救済は、大多数の事件において現にある紛争を真に排除せずに、BGBの起草者が正当にも心配したように、新たな紛争を引き起こすであろう」(derselbe a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 169)。例えば、ある物が他人の土地に存在する場合、もし被侵害者(右土地の所有者)に妨害排除を行わせるとすれば、「当然のことながら、「被侵害者」は妨害排除を為す際に、相手方〔侵害者〕の物への配慮よりも、自らの物の〔あるべき状態への〕回復に、より熱心になるであろう。加えて、被侵害者の回復行為 (Verteidigung) は、通常、侵害者にとってまさに最も手痛い (empfindlichst) 侵害となろう。なぜなら、〔被侵害者による〕費用の支出は自らの権利を保つという利益をもたらすのみであろう〔侵害が起らなければもともと存在したはずの本来あるべき状態を回復するだけであり、それ以上に、被侵害者が格別、得をするわけではない〕から、「被侵害者」は、…その者にとって最も費用のかからない〔妨害排除〕手段を選択する—それゆえ、上記の例で言えば、侵害物を〔その所有者たる侵害者に返却する等、手間をかけることなく〕取り壊すか、破棄する—ことになろう。…〔しかし、〕それでは、実際のところ、紛争の激化と持続とを避けることはできない」(derselbe a. a. O. (Fn. 386) 1993 S. 342)。そこで、このような自力救済の弊害を予防する目的の下に、侵害者の義務は積極的な行為義務とされたのである。それゆえ、ピッカー曰く、侵害者の作為義務を定める1004条1項は「1つの合目的決定に他ならない。そのようなものとして、それはBGBの起草者によって適切に表わされ、またそのようなものとして実質的に正しい解決である」(derselbe a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 167)。さらに、ピッカーは、985条の規定する侵害者の返還義務が積極的な作為義務であることについても、「法政策的目的適合規制としての物の「返還」義務」との表題の下に、次のように同趣旨を説く (derselbe a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 158f. さらに、vgl. denselben a. a. O. (Fn. 386) Herausgabeanpruch S. 708ff., denselben a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 288f.)。「ドイツ民法九八五条に定式化されている返還義務は、実在する所有権妨害に対する占有者の責任の内に根拠づけられる純然たる正義の命題として理解されてはならない。むしろその返還義務は、もし所有権者が自力で彼の物を追求していけば必然的に生ずるであろう占有者との法的紛争を阻止するという目的のためにのみ規定された実践的な目的適

エ まとめ

これまで、BGB 物権法部分草案起草者ヨホウの妨害排除訴権及び妨害排除請求権理論につき検討を加えてきた。その結果として、彼が「侵害者

合性の判断として正当化されるものなのである」。また、以上につき、ピッカーと同旨を主張するものとして、vgl. Wilhelm a. a. O. (Fn. 464) 1993 S. 444 Rn. 673, Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 463, Lobinger a. a. O. (Fn. 439) S. 981ff., S. 983, Altenhein a. a. O. (Fn. 385) S. 121ff., M. Katzenstein „Übergang vom vindikatorischen Herausgabeanspruch auf Schadensersatz nach § 281 BGB?“ AcP206 (2006), S. 97ff., S. 102.

(711) なお、ヨホウの示した妨害排除訴権及び妨害排除請求権に関する他の主張が、BGB の立法過程においてどのように受け止められ、また修正を加えられ、今日の 1004 条へと発展したのか (或いは発展しなかったのか)、その概要をもここで合わせて見ておきたい。すなわち、本文にて整理した 5 つの主張 (①妨害排除訴権は確認訴権として機能する訴訟法上の制度である。②右訴権は、原告の所有権の内容と矛盾する現在の事実状態をもたらしている被告の態度に向けられる。それゆえ、③右訴権に基づく訴訟は、不法行為損害賠償訴訟とは区別される。また、④現実の侵害を排除するための実体法上の請求権は、裁判所により確認判決が出されることによって発生する。⑤妨害排除訴権 (請求権) は不動産の所有者にのみ認められる。) のうち、第一委員会の審議において、まず①と④とが変更された。すなわち、ヨホウの部分草案が確認訴権としての妨害排除訴権を妨害排除制度の本質的内容と捉え、所有者 (被侵害者) の侵害者に対する実体法上の妨害排除請求権は右訴権の附属物と位置付けたのに対して、第一委員会では、後者こそが右制度の「唯一の中身」である、との見解が大勢を占めた (Protokolle I a. a. O. (Fn. 656) S. 4254 (S. 850))。つまり、妨害排除「請求権」制度へと純化されたのである (なお、所有者が侵害者に対して妨害排除を請求するとともに、自らの所有権の確認を求めて右侵害者を被告として訴え出することは、一般的な確認訴訟の提起として当然に許されるものとされている。A. a. O. S. 4255 (S. 851)。)。さらに、⑤の考え方も採用されず、妨害排除請求権は動産の所有者にも等しく与えられることとされた (A. a. O. S. 4263f. (S. 855))。他方、上記②及び③はそのまま維持された。すなわち、第一委員会によれば、妨害排除請求権は、「返還請求権におけるのと同様に、所有権の内容と矛盾する状態をその意思によって〔現に〕維持する者に対して向けられる。したがって、〔妨害排除〕責任は、過去に起こった被告の個々の行為に基づいて発生するものではない。すなわち、それもまた〔不法占有者の返還義務と同様に〕被告の態度が過失 (culpa) 或いは故意 (dolus) によるものであるか否かを問わない。そこで、例えば、ある建物が土地の境界を超えて建てられている場合には、それだけで当該建物の占有者或いは所有者に〔妨害排除の〕責めを課すことが

に積極的な妨害排除義務を負担させる。」との結論に到達するまでに、言い換えるならば、最終的に妨害排除請求権を行為請求権と把握するまでに以下のような思考経路を辿った事実を明らかにしえたものと思われる。

すなわち、まず、ヨホウによれば、①ある不動産の所有者は、他人が右不動産に対して何らかの権利を正当な理由なく主張していると認められる場合に、その者を被告として、妨害排除訴権に基づき、妨害排除訴訟を提起することができる。右訴訟においては、原告(被侵害者)の所有権それ

できる」(Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 424. Ferner vgl. Protokolle I a. a. O. (Fn. 656) S. 4258 (S. 852), S. 4261 (S. 854))。さらに、第一委員会は、現在の侵害に対する妨害排除請求権と、将来における侵害の発生を予防する不作為請求権(我が国にて一般に「妨害予防請求権」と呼ばれているもの)とを一その制度目的は同様のものであるとしつつ形式的に区別して規定することとした(Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 424ff.)。その結果、BGB 第一草案には、943条として次のような規定が設けられた。「所有者は、占有若しくは保持(Inhabung)の侵奪若しくは留置以外の方法によってその所有権を侵害する者に対して、当該侵害が継続している限り、その回復(Wiederaufhebung)を求める請求権を有する。侵害がもはや存在しない場合であっても、状況に照らして当該侵害の[将来の]発生が予想されるときには、所有者は、その侵害をもたらした者にさらなる侵害を発生させないよう命ずる判決を請求することができる」(„Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erster Lesung. ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission. Amtliche Ausgabe“ (Verlag von J. Guttentag, 1888) S. 216)。右第一草案943条に対して、第二委員会の審議において実質的な異議が唱えられることはなく(„Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches—In Auftrage des Reichs=Justizamts Bd. III Sachenrecht“ (T. Guttentag, 1899) (以下、Protokolle II a. a. O. として引用する。) S. 378)、同条の表現形式が修正された後、最終的に同委員会の編集会議(Redaktionskommission)により、現行1004条と全く同じ体裁をもったBGB 第二草案916条が確定された(Jakobs/Schubert a. a. O. (Fn. 656) S. 862)。そして、それがそのまま制定法となったのである。そこで、このような第一委員会及び第二委員会における審議の過程に鑑みるならば、ヨホウの示した妨害排除訴権(請求権)理論のうち、特に妨害排除訴権(請求権)と不法行為損害賠償請求権とを明確に区別する点は、BGBの立法者全体の見解として受け継がれたものと言うことができよう。但し、その一方で、上述のように第一委員会が妨害排除請求権の発生要件を「占有若しくは保持の侵奪若しくは留置以外の方法によって」所有権が侵害されることと規定したことにより、右要件の中に本来は

自体が主張され (対物訴権としての妨害排除訴権)、また、それが実体法上、被告の僭称する権利の制限を何ら受けていないことが確認される (確認訴権としての妨害排除訴権)。

しかしながら、②そのようにして確認された被侵害者の無制限の所有権は、その存在によって、被告 (侵害者) に以後、被侵害者による妨害排除措置の実施を忍容するよう、消極的な態度 (不作為) を義務付けうるに止まる。換言すれば、右所有権に基づいて生ずる、被侵害者の侵害者に対する妨害排除請求権は本来、忍容請求権とならざるを得ない。

そこで、③積極的な妨害排除措置を執るべき侵害者の作為義務及びそれに伴う費用負担、すなわち、被侵害者の側における行為請求権としての妨害排除請求権の発生は、「公共的な安全利益を目的とする主義」によって正当化される。

以上の事実が本章での考察にとって有する意味については、後に検討する。ここでは、先にフォン・トゥール (A. von Tuhr) の物権的請求権理論に関する分析を行うこととしたい。

(4) フォン・トゥールの物権的請求権理論の分析

ア 分析

(ア) 債権的請求権と物権的請求権との区別

まず、フォン・トゥールは、請求権 (Anspruch) の一般的特徴等に関する考察^{(712) (713)}の中で、債権債務関係に基づいて発生する債権的請求権 (og-

「損害」とされるべきものまでもが取り込まれうるような「要件開放性」が与えられ、今日まで続く物権的請求権に関する理論的混乱の源が形成された、との川角教授による分析にも留意されたい (この点につき、詳しくは、川角・前掲 (注647) 1999、特に432頁~434頁、440頁~441頁、derselbe a. a. O. (Fn. 399) S. 104ff., bes. S. 106ff. を参照。)

(712) A. von Tuhr „Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I —Allgemeine Lehren und Personenrecht“ (Duncker & Humblot, 1910) S. 240f.

(713) 物権的請求権に関するフォン・トゥールの見解については、vgl. W. Heiß „Die Grundlagen und der Inhalt des nagatorischen Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. I Satz 1 BGB“ (Wilh. Postberg, Bottrop, 1935) S. 3, Picker a. a. O.

ligatorische Anspruch⁽⁷¹⁴⁾) と、絶対権から派生する請求権 (Anspruch aus absoluten Recht⁽⁷¹⁵⁾) としての物権的請求権 (dingliche Anspruch) とは「その目的及び効果の点において」⁽⁷¹⁶⁾ 次のように区別される、と説く。

a 債権的請求権の目的と効果

すなわち、一方において、例えば売買契約の買主 (債権者) が売主 (債務者) に対して、右契約に基づく請求権によって売買目的物という財産の給付を求める場合のように、債権的請求権は元来、特定の債務者のみを対象とする請求権として、⁽⁷¹⁷⁾ 「債権者の権利領域と債務者の権利領域との間に、請求権者にとって有利な〔財貨の〕移動をもたらすことに用いられる。すなわち、債務者は債権者の財産…にとって利益となる事柄を自ら行い、或いはそれを妨げないようにすべきこととなる。そのような請求権を行使する者は、他人の権利領域から自己のために利益を取得するべく、一定程度、それに介入する」⁽⁷¹⁸⁾。

b 物権的請求権の目的と効果

(a) フォン・トゥールの主張

(Fn. 386) 1972 S. 166, Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 36ff.. また、邦語文献では、於保・前掲 (注55) 「本質」7頁～8頁、奥田・前掲書 (注18) 180頁～182頁、小川 (保) ・前掲 (注591) 18頁～19頁が詳しく検討する。本稿における以下の分析も、これらの論稿に負うところが大きい。

(714) v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 246. フォン・トゥールは、債権 (Forderung) と請求権 (Anspruch) とを概念上、峻別する。すなわち、彼曰く、「債権とは、債務者の給付に対する債権者の権利である。右権利は、第1に、債務者に給付を請求する権能を有する。この権能が「請求権」である。これは、一方において、債権に同様に内包されている権能、すなわち〔債務者の〕責任財産に擱取する権能と、他方において、債権者の付随的な権能、例えば債権の解除、相殺、抗弁〔に関する各権能〕と異なるものである。請求権は債権の核であり、債権者の満足をもたらす通常の方法である。しかし、債権の内容の全てではない」(A. a. O. S. 242)。

(715) v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 246.

(716) A. a. O. S. 246.

(717) A. a. O. S. 245.

(718) A. a. O. S. 246.

これに対して、物権その他の絶対権に関しては、いわばその本来あるべき状態が実現している間は、権利者と支配の客体とが存在するのみである⁽⁷¹⁹⁾。換言すれば、その場合には、権利者が何らかの事柄を請求しうる、或いは請求することを必要とする第三者の存在は観念されない⁽⁷²⁰⁾。そのような第三者は、権利者の支配領域との接触を契機としてはじめて登場する。すなわち、右接触が「絶対権〔の内容〕と矛盾する継続的状态をもたらした場合に、それに基づき〔権利者と右第三者との間に〕法的関係が発生する⁽⁷²¹⁾」のである。このとき、右法的関係の主たる内容を成すものこそ、その権利に合致した事実状態の回復を求める権利者の請求権、つまりは物権的請求権に他ならない⁽⁷²²⁾。したがって、物権的請求権は、「権利者による客体への支配を妨げている障害を排除すること⁽⁷²³⁾」により「権利者の権利領域と相手方のそれとの間の境界を保持すること⁽⁷²⁴⁾」をその目的とする。またそれゆえに、右請求権は、過去に侵害を惹起した者ではなく、「絶対権の行使を〔現に〕妨げている者⁽⁷²⁵⁾」に対して向けられるのである。そこで、フォン・トゥール曰く、「このような物権的請求権の目的に鑑みるならば、それに対応するところの〔侵害者の〕義務〔の内容〕は本質的に不作為、すなわち〔権利者による〕絶対権の行使の忍容であることが明らかとなる⁽⁷²⁶⁾」。制定法によって、権利者が物権的請求権を第三者に対して行使しうるとされているとしても、それは、「権利者の権利を強化するものではない。相手方〔第三者〕の利益のために、制定法が右権利者に求めた配慮〔の現れ〕である。すなわち、権利者は、たとえ相手方が実体法上、違法

(719) A. a. O. S. 245.

(720) A. a. O. S. 245. Ferner A. a. O. S. 242.

(721) A. a. O. S. 245.

(722) A. a. O. S. 245f..

(723) A. a. O. S. 246.

(724) A. a. O. S. 246.

(725) A. a. O. S. 245.

(726) A. a. O. S. 247.

な状態にある場合であっても、独断で、とりわけ相手方の占有に干渉して、当該違法状態を変更することは許されない⁽⁷²⁷⁾。それゆえ、そのような場合に、権利者が右相手方に対して、その者の支配領域内での権利者自身による妨害排除行為を許可し、忍容するよう請求するための手段として、右物権的請求権が用意されているのである。このような消極的忍容の請求を超えるもの、例えば当事者間における財貨の移転は、前述のように、あくまで債権的請求権の内容となる⁽⁷²⁸⁾。

(b) 於保博士による分析

以上が、物権的請求権の目的と請求内容との関連性に関するフォン・トゥールの主張である。ここで右主張を敷衍するならば、つとに於保不二雄博士が明らかにされているように、それは、大略以下のようになろう⁽⁷²⁹⁾。

すなわち、フォン・トゥールによれば、物権は第一義的に、人の人に対する権利ではなく、人の物に対する権利である。権利者が他者の行為等を媒介とすることなく直接に当該物を自由に支配しうる点に、物権の本質が存する。そのような「支配権である物権は、その支配状態が妨害されたときまたは妨害される危険があるときは、その妨害または危険を排除し物に追及して支配力を実現しうることは当然でなければならない…。これが物権の追及効⁽⁷³⁰⁾である」。但し、「これはあくまで物に対する支配力を実現するものであって、人に対するものではないから、この権利に対する相手方の義務は忍容義務でなければならない⁽⁷³¹⁾」。すなわち、権利者が物への追及

(727) A. a. O. S. 246f..

(728) A. a. O. S. 247.

(729) 於保・前掲 (注655)「本質」7～8頁。なお、引用文中にも表れているとおり、これは直接には、フォン・トゥールとともに、チーテルマン (E. Zitelman „Internationales Privatrecht Bd. 2“ (Duncker & Humblot, 1912)) や近藤英吉博士の説 (近藤英吉「民事判例研究 隣地崩壊の危険と土地所有者の予防義務—物権的請求権の効力—」法学論叢30-1-125 (1934) (以下、近藤・前掲「判例研究」として引用する。)、同『物権法論』(弘文堂書房、1934) (以下、近藤・前掲書として引用する。) 3頁)をも踏まえた分析である。

(730) 於保・前掲 (注655)「本質」8頁。

の一貫として、自ら妨害排除を行い、当該物への支配を回復しようとする際には、第三者は一右権利者に対して例えば債務法上の義務等を負っていないため、その者の回復行為に積極的に協力することまでは求められないもの—それを阻害しないこと、つまりは当該回復行為の忍容を義務付けられる。そして、「この相手方の忍容義務に対する追及効の効力が物権的請求権である… (近藤、Zitelmann, v. Tuhr)。このように、物権的請求権は、物に対する物権の支配力を物に追及して実現するものであるから、物権者が自ら妨害・危険を排除することを相手方をして忍容せしめるものであるとともに、妨害・危険の原因は人為によると自然力によると、故意過失に基くと不可抗力に基くとを問うことなく、現在の物権者から現在の妨害者⁽⁷³²⁾に対して請求しうる」こととなるのである、と。

(c) 特徴—論理的一貫性—

また、このようにフォン・トゥールの主張の展開を具体的に追いかけてみると、彼の上記立論は、その出発点(物権的請求権=物権の排他的支配性より生ずる効力)から結論(物権的請求権=忍容請求権)に至るまで論理的に一貫したものであることが理解されよう。すなわち、やはり於保博士が述べられているとおり、フォン・トゥール(ら)の「見解では、物権的請求権の根拠・性質・内容・当事者など極めて明白である。支配力→追及効→物権的請求権(忍容請求権)。これは、支配力の論理的展開として全く一貫しており、極めて明快な理論であると賞せざるをえない⁽⁷³³⁾」。この点、フォン・トゥールが「物権的請求権はその本質上忍容義務以上のものを要求し得ないと主張するのは、物権を支配権として、客体に対する支配性においてのみ物権を捉えることの純論理的帰結を示すものに他なら⁽⁷³⁴⁾」ない、との奥田昌道教授による分析、さらには、フォン・トゥールの上記見解は

(731) 於保・前掲(注655)「本質」8頁。

(732) 於保・前掲(注655)「本質」8頁。

(733) 於保・前掲(注655)「本質」8頁。

(734) 奥田・前掲書(注18)182頁。

「絶対権と相対権との峻別から、絶対権から生ずる請求権と相対権から生ずる請求権との請求権内容の峻別までをも演繹的に導き出すという、論理的体系的思考を自説の基礎にする⁽⁷³⁵⁾」ものである、との小川保弘博士による指摘もまた、各々以上と同趣旨を説くものであると解される。

さらに、私見によれば、前記立論は、それ自体として論理一貫しているのみならず、例えば物権的請求権を物権より生ずる効力と把握しつつ、その内容は行為請求権である、と説く見解と比較しても、その論理の一貫性においてより優れている⁽⁷³⁶⁾。そのことは、BGBの立法過程において、第一委員会が、積極的な妨害排除措置を執る義務を侵害者に認めるべきものとしたヨホウの前記部分草案を前にして、これに代わる「[単に忍容のみ]を求める請求権という、法理論的には憂慮すべき点のより少ないもう1つの選択肢⁽⁷³⁷⁾」の採否を再度検討した事実からも窺い知ることができよう。

(イ) 疑問

そして、以上に見たような基本的理解を前提として、フォン・トゥールは、1004条1項第1文の規律する妨害排除義務に関して、次のような疑問を提起する。すなわち、侵害者が、妨害排除義務の履行を通じて、積極的な「回復」行為とそれに伴う費用負担、つまりは「自らの財産からの経済的犠牲⁽⁷³⁸⁾」とを強いられるのは何故か、と。というのも、上述のとおり、彼の見解からすると、物権的請求権の相手方(侵害者)に課されうる事柄は、被侵害者たる所有者自身(の費用負担)による妨害排除措置の忍容に

(735) 小川(保)・前掲(注591)18頁。

(736) このことを示唆するものとして、於保・前掲(注655)「本質」14頁～15頁。

(737) Picker a. a. O. (Fn. 386) Herausgabeanspruch S. 712.

(738) Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 425f., Protokolle I a. a. O. (Fn. 656) S. 4249 ff. (S. 848ff.) (ヨホウ起草の条文案に対して示された修正提案のうち、フォン・マンドリ(J. G. K. v. Mandry)、プランク(G. K. G. Planck)、フォン・ヴェーバー(A. v. Weber)による各提案が、妨害排除費用は原則として被侵害者たる所有者によって負担されるべきものとしている。).

(739) v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 251.

止まることとなるはずであるからである。⁽⁷⁴⁰⁾

(ウ) フォン・トゥールの解釈論

a 異議申立てによる行為請求権の基礎付け

結論として、フォン・トゥールによれば、右疑問を合理的に解消しうる答えは存在しない。すなわち、行為請求権としての物権的請求権を規定する同条項は、被告たる侵害者に対して「明らかに不公平」⁽⁷⁴¹⁾なものであるとともに、「我々の法体系内においては正当化することの困難な変則」⁽⁷⁴²⁾である、とされる。

そこで、彼は、1004条 1 項第 1 文の解釈として、「制定法〔の文言等〕に対する明らかな矛盾や隠しようのない目的的解释」⁽⁷⁴³⁾を恐れずに、以下のように主張する。

すなわち、ある所有権につき侵害状態が発生している場合、侵害者は、所有者自身による権利回復行為を忍容すべき義務を負うに止まる。⁽⁷⁴⁴⁾ 言い換

(740) なお、フォン・トゥールは、妨害排除請求権の効果を、不法行為損害賠償請求権の効果たる「原状回復（損害賠償）」と同内容のものと理解していたようである（Vgl. v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 251. 「同様の状態回復義務（249条）の履行が不法行為により請求される場合には、それは有責な行為者にのみ課されるのに、なぜ妨害排除請求権に関しては当該回復義務が無責の被告にも生ずるのであろうか」）。そこで、川角教授は、このような「誤った理論的前提」が、後に本文にて指摘するとおり、妨害排除請求権を「我々の法体系内においては正当化することの困難な変則」と捉えるフォン・トゥールの見解の基礎を成している、と指摘される（川角・前掲（注398）「関係（二・完）」56頁～57頁）。私見によれば、川角教授による右指摘は妥当なものである。しかしながら、これまで本文にて分析してきたフォン・トゥールの立論に照らして考えるならば、彼の理論が右「前提」を唯一の論拠として形成されたものとはまでは言えないように思われる。それに加えて、物権的請求権を物権の内面的効力と把握した点もまた、フォン・トゥールが彼独自の物権的請求権理論を展開した一因であると見ることができよう。

(741) v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 250.

(742) A. a. O. S. 250f.

(743) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 166.

(744) Vgl. v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 251f.. これと同旨を主張するものとして、A. Thon „Rechtsnorm und subjectives Recht—Untersuchungen zur allgemeinen

えるならば、このとき、被侵害者には、侵害者に対する忍容請求権としての物権的請求権しか与えられない。これに対して、「1004条に基づく〔行為〕請求権〔の行使〕は、〔侵害を発生させている〕設置物⁽⁷⁴⁵⁾の除去に対して〔侵害者から〕異議が申し立てられた場合にのみ許される。すなわち、この異議によって、被告〔侵害者〕の法状態が悪化する〔作為義務としての妨害排除義務⁽⁷⁴⁶⁾がその者に発生する〕のである」、と。

b 分析

私見によれば、このような彼の解釈論は、2つの意図に基づいて唱えられたものであると思われる。

(a) 適用範囲の限定

第1に、1004条1項第1文の適用範囲、換言すれば行為請求権としての妨害排除請求権の発生すべき場合を、同条項の文言から想定される場合よりも限定することである。すなわち、侵害者の異議申立てを1004条1項第1文所定の妨害排除請求権の発生要件とすることにより、フォン・トゥールのいわゆる「正当化することの困難な変則」が用いられる事案を減少させることが企図されているものと解される。⁽⁷⁴⁷⁾

(b) 侵害者の主観的事情の顧慮

第2に、侵害者に異議申立て（所有者による妨害排除措置への不同意）と

Rechtslehre—“ (H. Böhlau, 1878) S. 180 (なお、ソーンは、同頁にて、彼のように解することが「長らく承認されてきた」立場であるとし、それまでの学説の1つとして Bekker a. a. O. (Fn. 699) S. 218を引用している。右ベッカーの説の簡単な内容及びこれがヨホウの起草に係る物権法部分草案においても引用されていることにつき、本稿（注699）を参照されたい。）、B. Windscheid/T. Kipp „Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1“ (8. Aufl., Literarische Anstalt. Rütten & Loening, 1900) S. 895 § 198, Zitelmann a. a. O. (Fn. 729) S. 234.

(745) フォン・トゥールが直接言及するのは「設置物」であるが、彼の見解からすれば、これをより広く「侵害発生原因」と理解することができよう。Vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 166.

(746) v. Tuhr a. a. O. (Fn. 712) S. 252. Ferner vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 166.

(747) 同旨と思われる分析として、小川（保）・前掲（注591）28頁。

いう主観的事情が認められることを理由として、その者の積極的な妨害排除義務の発生を正当化することである。特に、本来忍容すべきであるにもかかわらず（正当な理由なく）所有者自身による妨害排除措置の実行を拒否したという点が重視されることとなれば、上記解釈論は、侵害者の一種の帰責事由を妨害排除義務の発生要件ないしは帰責根拠として要求することともなりえよう。奥田教授が、フォン・トゥールは行為請求権としての「物権的請求権に…責任原理を導入しよう」としたと指摘されるのは、おそらく以上の趣旨を言われるものと考えられる。

イ 小括

以上で、フォン・トゥールの物権的請求権理論に関する分析を終えたい。その要点は、以下のとおりである。

すなわち、フォン・トゥールによれば、妨害排除請求権を排他的支配権たる物権（絶対権）に基づく効力として把握するならば、その帰結として、右請求権は①権利者による物の支配を阻害しないことという不作為、或いは②右支配の一形態としての物権回復行為に対する消極的忍容を相手方に求める忍容請求権となる。言い換えるならば、1004条1項第1文が規定する行為請求権としての妨害排除請求権（侵害者の積極的な妨害排除義務）の発生を理論的に基礎付けることは一被侵害者の所有権の効力のみによっては一困難である。このような主張は、右請求権を物権（絶対権）の効力と捉えるその前提から「論理的体系的思考」⁽⁷⁴⁸⁾に基づいて導かれる1つの「純論理的帰結」⁽⁷⁵⁰⁾である。そこで、彼は、1004条1項第1文の適用範囲を限定するとともに、所有者による妨害排除措置への異議申立て（それに対する不同意）という侵害者の主観的事情をその発生要件或いは帰責根拠として要求することによって、行為請求権としての物権的請求権の存在を正当化しようと試みる。

(748) 奥田・前掲書（注18）182頁。

(749) 小川（保）・前掲（注591）18頁。

(750) 奥田・前掲書（注18）182頁。

3 まとめ—行為責任論台頭の理由に関する推論—

(1) 共通点

これまで、ヨホウ、フォン・トゥールそれぞれの物権的請求権理論について、各々の概要を整理し、分析を加えてきた。その結果を総合すると、両者に共通する特徴として、大きく次の2点を指摘することができよう。

ア 物権の効力としての物権的請求権＝忍容請求権との帰結

第1に、両者とも、ある同一の結論に到達している。それは、物権的(妨害排除)請求権を物に対する排他的支配権たる物権に基づく効力として捉える限り、右請求権は忍容請求権に止まらざるを得ない、という命題である。そのように解することが、ヨホウの理解するところでは、ローマ法以来、内的一貫性を保った基本原則に合致する。また、フォン・トゥールにとって、それは、論理的体系的思考を駆使することによりその前提から自ずと導かれる必然の帰結に過ぎない。

イ 理論的工夫—行為請求権としての物権的請求権の基礎付け—

第2に、上記命題を前提とした上でなお、被侵害者は侵害者に積極的な妨害排除措置を執るよう請求しうるとの結論を正当化するために、それぞれ独自の理論的工夫をこらしている点である。すなわち、ヨホウは、「公共的な安全利益を目的とする主義」を持ち出すことによって、他方、フォン・トゥールは、被侵害者による妨害排除措置の実施に対する侵害者の拒否という1004条1項第1文には定められていない事実を行為請求権としての妨害排除請求権の発生要件とすることによって、各々、右結論を基礎付けようとする。

(2) 推測

そこで、以上のようなヨホウ及びフォン・トゥールの各主張に照らしてドイツの伝統的な通説及び判例が妨害排除義務の性質を行為責任と捉える(1つの)理由について考察するならば、本稿の見るところ、前述のとおり、次のように推論することも不可能ではないものと解される。

すなわち、物権的請求権を物権の物に対する排他的支配性から派生する

効力と捉えるとき、それは忍容請求権に止まらざるを得ない。このようなローマ法以来の、内的一貫性を持った基本原則に適うところの、かつまた論理的一貫性においても優れた命題を前提としつつ、なお伝統的にその存在を広く承認されてきた行為請求権としての物権的請求権、つまりは侵害者の積極的な妨害排除義務の発生を正当化するために、通説及び判例は前記行為責任論に与して、右妨害排除義務を現在または過去の侵害惹起行為(751)に基づき責任と解する方法によらなければならなかった、と。

(751) なお、ピッカーもまた、910条をめぐる立法時の議論に関連して、伝統的な通説が行為責任論を採用する理由は、それにより侵害者の負うべき妨害排除義務の内容が積極的な作為義務であることを基礎付けようとする点にあることを、以下のよう示唆する (E. Picker „Beseitigungsanspruch, nachbarrechtliches Selbsthilferecht und Verjährung von Ansprüchen aus eingetragenen Rechten—BGHZ 60, 235“ JuS 1974 S. 357ff. (以下、Picker a. a. O. JuS として引用する。), S. 359f.)。すなわち、ある土地に生えている木の根または枝が隣地内にまで伸び、その隣地の利用を妨げている場合、当該隣地の所有者は現行910条に基づき、その根または枝を(根については直ちに、枝に関しては木の所有者に除去するよう一定期間催告をした後に)自ら取り除くことができる。では、このような自力救済の権限を持つ隣地所有者には、さらに当該根または枝に関する妨害排除請求権が発生すると解すべきか。この点、ヨホウの部分草案 (Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 598 (S. 722))、第一委員会 (Motive a. a. O. (Fn. 421) III S. 287f.) ではともにこれが肯定された。ところが、第二委員会はこれを否定し、第二草案824条 (現行910条に相当する規定) について、上記隣地所有者には自力救済の権限しか与えられない、つまりは木の所有者に対する妨害排除請求権が発生しないとの立場を採った (Protokolle II a. a. O. (Fn. 711) S. 138ff.)。その理由の1つは次の点にあった (A. a. O. S. 142)。すなわち、木の自然な成長を他人の「所有権に対する意識的な違法侵害」と捉え、またその木の所有者が「その有責性によって当該侵害を惹起した」と評価して、「ときに困難で、手間のかかる切除の仕事」(＝積極的な作為)を右所有者に強制することはできない、との理由である。つまり、「人々は1004条の基本原則から離れることが必要であると判断した。なぜなら、帰責根拠が欠けるために、相手方〔木の所有者〕に行為を義務付けることはできず、自力救済の実行を被侵害者に委ねる他ない、と考えられたからである」(Picker a. a. O. JuS S. 359)。そこで、ピッカー曰く、「第二委員会は、当該人物に義務を負わせるための〔侵害惹起〕行為が欠けているとの理由により、木の所有者の妨害排除義務を否定した。これと同様の理

この点、通説及び判例が一行為責任論ではなくて一フォン・トゥール
の見解に与することは困難であると思われる。というのも、フォン・トゥ
ールのように、侵害者が所有者による権利回復行為に対して異議を述べた
場合にはじめて1004条1項第1文に基づく妨害排除請求権が発生する、と
考えることは、同請求権の発生要件として侵害者に関する一切の主観的事
情を顧慮しないとする同条の文言及びBGBの起草者の意思⁽⁷⁵²⁾に反するから
である。

他方、ヨホウの見解（「公共的な安全利益を目的とする主義」）に依拠して
行為請求権としての物権的請求権の基礎付けを行うことには、解釈論上の
障害は存しないであろう⁽⁷⁵³⁾。しかしながら、私見によれば、ヨホウによる各
種の主張のうち、通説及び判例に影響を与えているものは、むしろ、「妨
害排除訴権（その行使の結果として生ずる妨害排除請求権）は、所有権侵害
の状態をもたらしている被告の現在の「態度（Verhalten）」に対して向け
られるものである。」とする点ではないか、と解される。なぜなら、通説
及び判例は、1004条1項第1文所定の妨害排除義務の性質を（行為責任の
一種たる）状態責任と解釈するための1つの手がかりを、BGB第一草案
理由書における一節、すなわち「〔妨害排除〕請求権は、…所有権の内容
と矛盾する状態をその意思によって〔現に〕維持する者に対して向けら
れる⁽⁷⁵⁴⁾」との記述⁽⁷⁵⁵⁾に求めているところ、右記述一侵害状態を保持しようとす

解こそ、1004条に関する今日、支配的な見解の根底にあるものである。すなわち、
〔右支配の見解において、〕同条に規定された妨害排除義務は、「〔侵害〕結果に」因
果関係を持つ行為に対する責任として解釈され、それゆえに1004条は、823条に比
して単に有責性だけ短縮された、だがその他の点では本質的に同等の条文である、
と捉えられているのである」（A. a. O. S. 360）。

(752) Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 425f..

(753) 実際に、ピッカー等の論者がヨホウの見解と実質的に同様の立場からこの点に
関する議論を展開していることは、既に見たとおりである（本稿注（710）参照）。

(754) Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 424.

(755) このことを指摘或いは示唆するものとして、Picker a. a. O. (Fn. 386) 1976 S.
42, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3003 Rn. 14, Soergel/Münch a. a. O.

る侵害者の現在の意思の排除一は、上述のヨホウの立論一侵害状態を生み出している被告の現在の「態度」の排除一と実質的に（少なくともその表現の形式において）同じものである、と考えられるからである⁽⁷⁵⁶⁾。

(3) 示唆

ア 第1の示唆

最後の点についてはいずれにしても、もしこれまでの分析及びそれに基づく上記推測が的を射ているとすると、ここで本稿の問題関心（物権的請求権の理論的発生根拠の再検討）との関連においてまず注目されることは、一積極的行為義務としての妨害排除義務の発生を根拠付けるために通説及び判例が採用した行為責任論の当否ではなく（これは本章の第2の課題に関連して、後に検討する。）一通説及び判例、さらにはヨホウ、フォン・トゥールが共通の前提としていた（かつまた、前述のように論理的一貫性にも優れた）前記命題である。というのも、それに基づき、物権と（行為請求権としての）物権的請求権との関係について次のような示唆を導くことができるものと解されるからである。

すなわち、右命題にあるとおり、物権的請求権を物権より生ずる内在的効力と捉えるならば、それは必然的に忍容請求権とならざるを得ない。換言すれば、行為請求権としての物権的請求権を基礎付けることは困難とな

(Fn. 591) S. 136 Rn. 28 Fn. 162.

(756) この点につき、本稿注(711)を参照されたい。なお、ヨホウ、第一草案理由書双方ともが、本文にて見たように侵害者の「現在の」態度或いは意思を妨害排除請求権の向けられるべき対象であるとするのは、それにより、右請求権が侵害者の「過去の」行為により惹起された結果の排除を問題とするものではないこと、換言すれば、侵害者に課される妨害排除義務が過去の侵害惹起行為に基づくものではないことを強調する意図からである (Johow a. a. O. (Fn. 656) S. 988 (S. 1122), Motive III a. a. O. (Fn. 421) S. 424. Ferner vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1976 S. 42)。したがって、にもかかわらず、通説及び判例が第一草案理由書の前記記述を基にして行為責任論を展開し、前述のように、妨害排除義務（の一部）を過去における侵害者の侵害惹起行為に基づく責任と構成することは、ピッカーの述べており、右記述の元来の意義を正反対の意義へと変えてしまうものである (Picker a. a. O. (Fn. 386) 1976 S. 42)。

る。この点、それが論理的帰結である以上、ドイツ法と日本法とで別異に解することはできない。とすれば、にもかかわらず、なお一これまでの伝統⁽⁷⁵⁷⁾に則って、また我が国の通説及び判例のように一物権的請求権をあくまで行為請求権と構成するためには、次のように考える他に方法はないものと思われる。すなわち、物権的請求権は物権の内在的効果として生ずるものではない、と。つまり、行為請求権としての物権的請求権の発生という上記結論を阻害している前提(物権的請求権=物権の効力)それ自体を否定する必要があるものと解される。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さなければならない。そして、このように物権的請求権が物権の内から生ずる効力ではないとすれば、当然、形式論理上、それは物権にその外から与えられるものと捉えられるべきこととなろう。つまりは、物権的請求権の理論的(形式的)発生根拠を物権以外に求める必要性が出てくるものと思われるのである。

以上を、行為責任論台頭の理由に関するこれまでの考察(特にその過程において取り上げたヨホウ及びフォン・トゥールの物権的請求権理論)から得られる日本法への第1の示唆⁽⁷⁵⁹⁾⁽⁷⁶⁰⁾としたい。

イ 第2の課題の検討へー行為責任論の問題性ー

(757) 次章にて詳論することく、我が国の現行民法典の解釈論としてまさにそのように唱える代表的論者が川島武宜博士と於保博士である。

(758) 我が国の通説、判例が物権的請求権を行為請求権と捉えていることを指摘するものとして、好美・前掲(注17)「物権的請求権」160頁~161頁、165頁。

(759) また、付言するに、我が国の伝統的な通説及び判例は、一方において、①物権的請求権を行為請求権と構成しつつ、他方、②右請求権を物権の排他的支配性から派生する物権の内在的効力と位置付けている。しかし、これまでの本稿における考察に照らすならば、このような考え方は、両立しがたい2つの命題(①②)を並列させている点において問題を抱えているものと言えよう。

(760) さらに、部分草案起草者ヨホウをも含め、BGBの立法者の見解においても、その果たすべき機能の相違のゆえに妨害排除訴権(請求権)と不法行為損害賠償請求権とが峻別されていたとの事実(本稿注(711)参照)もまた、物権的請求権(さらには差止請求権)と不法行為損害賠償請求権との理論的關係(その異同の有無)を考察する上で軽視されてはならないものと解される。

なお、今ここで、以上のように断言することに対しては、それは早計である、との反論が起りえよう。なぜなら、これまでに見てきた妨害排除義務の帰責根拠に関する通説及び判例の主張（行為責任論）が合理的なものであるとすれば、それにより、「物権的請求権＝物権の効力」との上記前提を放棄することなく、なお行為請求権としての物権的請求権を基礎付けうる、とも考えられるからである。

しかしながら、私見によれば、通説、判例の唱える行為責任論は、BGB の解釈論としてそもそも妥当ではない。したがって、この説に基づいて妨害排除義務が侵害者の積極的な作為義務であることを正当化することは困難であると思われる。但し、この点は、本章の第 2 の課題に取り組むことによって初めて良く理解されうるところである。そこで、次に、右課題について検討することとしよう。

(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、川角由和「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点—「権利重畳」説の意義—」龍谷法学40-4-101（2008）に接した。