

## 論 説

## 差止請求権の発生根拠に関する理論的考察 (9)

## — 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83巻4号）

第4 要件、効果における不法行為責任化の合理性に関する分析

1 妨害排除義務の実質的な不法行為責任化

2 解釈論としての合理性の有無

3 日本法への示唆

4 行為責任論の問題性

第5 まとめ

1 第1の示唆

2 第2の示唆（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 4 要件、効果における不法行為責任化の 合理性に関する分析

### 1 妨害排除義務の実質的な不法行為責任化

#### (1) 問題の所在

はじめに、本章の第 2 の課題をあらためて確認しよう。

これまで繰り返し述べてきたように、ドイツの伝統的な通説及び判例は、侵害者の負うべき妨害排除義務の帰責根拠を、同人の現在または過去における侵害惹起行為に求める。

他方、従来、このような見解（行為責任論）に関しては、その発想を突き詰めていくと、最終的に、この説は妨害排除義務と不法行為損害賠償責任とを実質的に同じものと把握せざるを得なくなる（また、その実態はそのような解釈を認めるものである<sup>(761)</sup>）との分析が示されている。すなわち、右分析によれば、通説及び判例の下では、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とは（侵害者の有責性の要否に関する相違点を除いて）その要件、効果を同じくする 1 つの請求権へと融合しうることとなる。

では、そのような上記両請求権の実質的な同一化を認めることは、BGB の解釈論として果たして合理的であろうか。或いは、そこにはいかなる問題点が存在するのか。これらを検討することが、本章の第 2 の—また、以下における—課題である。

そこで、まずは右検討を行うための準備作業として、行為責任論に関する上述の分析の妥当性について検証する<sup>(763)</sup>。

---

(761) Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457ff., Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 477 Rn. 97.

(762) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 26, S. 30f., S. 34, Gursky a. a. O. (Fn. 399) JR S. 398, Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418 Rn. 7, Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 26ff., S. 36, Kawasumi a. a. O. (Fn. 399) S. 12f., S. 13 Fn. 9, S. 17 Fn. 30, S. 152, T. Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 872.

(763) 以下に関しては、行為責任論の立場において妨害排除義務が不法行為責任化し

## (2) 因果関係に基づく帰責

## ア 分析

前述のとおり、行為責任論は、自らの行為によって他人の所有権に関する一定の不利益を惹起した者、或いは惹起している者を1004条1項第1文所定の「侵害者」とし、その者に右不利益、すなわち「侵害」の排除を義務付ける。換言すれば、ある者の現在または過去における行為が他人の所有権に関する一定の不利益を惹起した、或いは惹起していると認められるとき、その者に右不利益を除去すべき義務を課すのである。ここで、「ある者の現在または過去における行為が他人の所有権に関わる一定の不利益を惹起した、或いは惹起している」こととは、「当該行為が右不利益という結果の発生に対して原因を成している」ことを意味する。したがって、通説及び判例は、具体的な紛争に際して、次のような判断過程を経て前記「侵害者」を特定し、その者に妨害排除義務を帰責するものであると言えよう。すなわち、ある者の現在または過去における行為と他人の所有権に関する不利益との間に因果関係が存在するか否かを問い、その存在が肯定されるときに、その者(=「侵害者」)に当該不利益(=「侵害」)を排除すべき義務を負わせる、というものである。このような判断過程のあり方のゆえに、行為責任論は「因果関係に基づく帰責理論」<sup>(764)</sup>とも呼ばれている。<sup>(765) (766)</sup>

---

ていく論理過程を最も具体的かつ詳細に論ずる Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457ff. の分析に多くを負う。

(764) Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457.

(765) 同旨を述べる近時の文献として、Altenhein a. a. O. (Fn. 385) S. 54, Neuner a. a. O. (Fn. 621) S. 387, Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 872, Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 194 (但し、Waas a. a. O. (Fn. 399) S. 1206 は、学説上、因果関係に基づく帰責という発想は既に克服されたものと解しうる、とする。)

(766) なお、ここにいわゆる因果関係の具体的内容をどのようなものと解すべきかについては、学説間に考え方の相違が見られる(但し、管見の限りでは、この点をめぐって論争が行われている様子はない。)。すなわち、一方において、それは「あれなければこれなし (condicio sine qua non)」との条件関係である、と解するものがある(Hermann a. a. O. (Fn. 399) JuS S. 282, derselbe a. a. O. (Fn. 628) NJW S. 155, Neuner a. a. O. (Fn. 621) S. 387.)。他方、別の論者は右因果関係をいわゆる

## イ 具体例

ここで、以上に述べた事柄を具体的に見てみよう。

例えば、A が B の所有する家屋目がけて投げた石が、その窓ガラスを

---

る相当因果関係と捉えている (Steinbach a. a. O. (Fn. 399) S. 19f., U. Stenger „Die Haftung aufgrund unverschuldeter Eingriffe in Eigentum und Besitz an unbeweglichen Sachen —Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und anglo-amerikanischen Recht—“ (Peter Lang, 1997) S. 14f.). また、行為侵害者を、自らの行為によって侵害結果を「相当な範囲内で (adäquat)」惹起した者と定義するものとして、H. Pikart „Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes —Kommentar Bd. III, 1. Teil §§854–1011“ (12. Aufl., Walter de Gruyter, 1979) §1004 Rn. 58, Müller a. a. O. (Fn. 595) S. 259 Rn. 734, S. 261 Rn. 749, Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 155, Rn. 327, Rn. 328, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 313 S. 17, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1462 Rn. 16)。後者のように上記因果関係の内容を相当因果関係と解するとすれば、1004条1項第1文所定の「侵害」として排除されるべき不利益は、侵害者の行為と条件関係を有する被侵害者の不利益のうち、相当性の認められる一定の範囲に含まれるものへと限定される。したがって、上記2つの見解の間に、ある不利益が具体的に「侵害」とされるべきか否かの結論をめぐって相違が生ずることとなろう。すなわち、第1の見解 (因果関係=条件関係と解する説) によれば「侵害」とされうる不利益が、第2の立場 (因果関係=相当因果関係と解する説) においては「侵害」とはされない可能性が存在する。しかしながら、本稿の見るところ、このような具体的な結論に関する差異は、実際にはそれほど大きくないものと思われる。それは、次のような理由による。すなわち、前記2つの見解のうち、第2の立場において、もしある行為と結果との間の相当因果関係 (因果関係の相当性) が、—損害賠償責任に関して言われているように—「経験豊かな観察者の立場から見て、…〔当該結果の〕発生が全くありそうにないことではない」と判断されうる限り肯定されるものであるとするならば、右基準の下では例外的な結果、つまりは「上記のような観察者の観点からは決して予測されることのない、全く異常な形で状況の連鎖により〔はじめて〕発生しえた」結果のみが「侵害」の範囲から除かれるに止まることとなる (以上のような相当性判断のあり方については、vgl. K. Larenz „Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil“ (14. Aufl., C. H. Beck, 1987) S. 436.)。換言すれば、侵害者の行為と条件関係を持つ不利益の大部分が上記「相当」因果関係を有する「侵害」に当たる、と判断されうるものと思われるのである (この点につき、実質的に同旨を説くと解されるものとして、M. Lutter /H-P. Overrath „Der Vermieter als Störer nach §1004 BGB“ JZ 1968 S. 345ff., S. 348.)。また、本稿はこれ

割って家屋内に入り、今もなおそこに残されたままであるとする。<sup>(767)</sup>この場合に、「Aがその石を家屋外に撤去すべき義務を負う。」との結論は、行為責任論によれば、次のようにして導かれることとなろう。すなわち、Aの投石行為が行われなければ、Bの家屋内に石が侵入し、そこに放置されることもなかった(因果関係の肯定)。そのため、Aは1004条1項第1文にいわゆる「侵害者」として、自らの放り込んだ石が現にそこにある状態、つまりはBの家屋所有権に対する「侵害」を排除しなければならない、と。

### (3) 「侵害」と「損害」とが混同される可能性

#### ア 「侵害」が広範囲に拡大する可能性

このように、通説及び判例は、ある者の行為とある者の(所有権に関わる)不利益との間に因果関係の存在を認めうるか否かとの基準によって、「侵害」と「侵害者」とをそれぞれ具体的に特定しようとする。

しかしながら、そのような方法の下では、「侵害」とされうる不利益の範囲は(少なくとも論理的には)ほとんど無限に拡大していく。そして、

---

以降の本文において、通説及び判例の立場における「侵害」と「損害」との区別の可否という問題について検討するところ、私見によれば、このような問題にとって上記因果関係をめぐる見解の相違は重要な意味を持つものではない。すなわち、いずれの見解によっても、右問題に関する具体的な結論に違いが生ずるわけではない、と解される(例えば、後の本文中にて取上げる投石事例における「窓ガラスの破損」や「Bの風邪」—本来は「損害」とされるべきもの—は、上記いずれの見解によってもAの投石行為と因果関係を持ちうる。そのため、それらは「侵害」の範囲から排除されないであろう。)。以上要するに、本稿の見るところ、①因果関係の具体的内容をめぐる上記学説間の立場の違いは、それ自体として、具体的な結論に関する大きな差異をもたらすものではない。かつ、②ここでの主たる関心事である行為責任論における「侵害」と「損害」との区別の可否という問題にとっては、特別の意義を有しない。それゆえ、この点に関してはこれ以上検討せず、また、もっぱら論述の便宜を考えて、行為責任論において問題とされる因果関係は条件関係を指すものであることを前提として、以降の考察を進めることとしたい。

(767) この例は、Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457に挙げられているものである。

その結果、本来であれば「損害」とされるべきものまでもが、その中に取り込まれうることとなろう。なぜなら、ある者の現在または過去における行為と前記因果関係を有する事実は、ほぼ数限りなく存在するからである。

例えば、前述の例において、Aによる投石行為が行われなければ、① B所有家屋の窓ガラスが割れることもなかった。すなわち、Aの行為と窓ガラスの破損というBの不利益との間には上記因果関係の存在を肯定することができる。また、②破損部分から屋内に入りこんだ寒気により、Bが風邪をひいてしまったとしよう。この場合、Bの被ったこの不利益(風邪)とAの投石行為との間には、やはり「あれなければこれなし」という関係が存在する。それゆえ、上記基準によれば、「窓ガラスの破損」、「Bの風邪」双方とも一「石の放置」と同じく—1004条1項第1文にいわゆる「侵害」に含まれうることとなる。言い換えるならば、右基準によっては、これらと「石の放置」とを区別して、後者のみを「侵害」とすることはできない<sup>(768)</sup>。

しかしながら、①「窓ガラスの破損」及び「Bの風邪」の双方とも、本来は「侵害」に当たるものであること、したがってまた、②その回復のために必要な措置は、「損害賠償(原状回復)」として不法行為法に基づいて行われるべきこと—物権的妨害排除請求権による「妨害排除」として為されてはならないこと—は、多数の学説が一致して認める<sup>(769)</sup>ところである。

(768) 以上につき、vgl. Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457. 但し、1004条1項第1文は、同条所定の「侵害」が他人の所有権に関わるものであることを前提にしているものと読むことができる。とすると、プーフホルツ/ラートケはこの点を顧慮していないものの、本文にて言及した具体例のうち、特に「Bの風邪」は、所有権に関わるものではないとの理由で、行為責任論の下においても、右「侵害」には含まれないとされる可能性がある(しかし、まさにそのように侵害者の行為との因果関係の有無という基準とは別の基準によらなければ、「Bの風邪」を「侵害」たりうる不利益の範囲から除外することができない点に、行為責任論の問題点が存するとも言えよう)。

(769) Vgl. Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457 Fn. 55, Fn. 56.

## イ 補完的基準による修正の可否

## (ア) 補完的基準の併用

では、行為責任論の核心部分たる因果関係に基づく帰責という基本的な考え方を維持しつつ、以上のように「侵害」と「損害」とが混同される可能性を除去するためには、どうすれば良いか。とりうる方法は、おそらく1つしかない。それは、因果関係の有無という基準を補完する別の基準を併用することによって、「侵害」とされるべき事例を一定の適切な範囲に絞り込む方法である。<sup>(770)</sup>

そのような補完的な基準として、学説及び判例上、伝統的に次のような基準が採用されてきた。すなわち、①「将来の障害の原因」 („fortwirkender Störungsursache“) は「侵害」に当たるのに対して、②「既に終了した不利益の付加」 („abgeschlossener Nachteilszufügung“) は「損害」に過ぎない、というものである。<sup>(771)</sup>

## (イ) 分析—投石事例による検討—

しかしながら、上記のような補完的基準を具体例に実際に当てはめると、右基準によっても「侵害」と「損害」とを的確に区別することは困難であることが理解される。このことを、先に挙げた投石事例を用いて検証してみよう。

すなわち、前述の事案において、先の補完的基準によれば、まず、Aによって投げ込まれた石がB家屋内に放置されたままである状態は「侵

(770) Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457 (「因果関係〔の基準による帰責〕は、必然的に価値判断の基準による補完を必要とする。その基準によって初めて責任〔妨害排除義務の発生〕を認めるか、或いは否定するか判断が可能となる。」。) 同旨として、Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 12, Neuner a. a. O. (Fn. 621) S. 387, Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 196.

(771) 通説及び判例がこのような基準を採用していることにつき、Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457. この点につき同旨と思われるものとして、Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 11, Wilhelm a. a. O. (Fn. 423) 2002 S. 478 Rn. 1263, Soergel/Münch a. a. O. (Fn. 591) S. 146 Rn. 67.

害」に当たる。この点について（通説及び判例の側からの）異論は存し<sup>(772)</sup>ない。

では、「窓ガラスの破損」はどうか。窓ガラスが割れたままであるために B の家屋の一部が使用不可能となることは、十分に考えられるところである。或いは、その時期が真冬であるならば、先に述べたように、割られた窓から吹き込む寒気で B が風邪を引いてしまうこともありうるであろう。とすると、この「窓ガラスの破損」もまた、前記補完的基準にいわゆる「将来の障害の原因」＝「侵害」に該当しうる可能性が出てくるので<sup>(773)</sup>ある。

さらに、「B の風邪」はどうであろうか。その処置を誤れば、この風邪が悪化してさらに合併症を引き起こすことも決して珍しいことではない。すなわち、(A の投石と因果関係のある)「B の風邪」は、合併症という「将来の障害」の原因となりうる。したがって、「B の風邪」もまた A の行為により惹起された「侵害」である、と解することも理論的には決して不可能ではない、<sup>(774)</sup>と言えよう。

#### (ウ) 小括—原因—

以上に見てきたように、通説及び判例の採用する前述の補完的基準は、実際には、「侵害」と「損害」とを明確に区別することはできない。

ここで、その理由について考えてみると、私見によれば、それは以下の点に存するものと思われる。

すなわち、上述の具体例による検討からも明らかなように、一般に、被

(772) 他方、ピッカーらの権利篡奪理論によると、この石がなお A の所有物であると認められる場合にのみ、その石の存在は B の所有権に対する「侵害」となる。この点につき、詳しくは、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—「権利重疊」説の意義—」龍谷法学40-4-101 (2008) (以下、川角・前掲「到達点」として引用する。)、140頁注106を参照。

(773) Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457 (いずれの具体例も同頁に挙げられているものである。)

(774) A. a. O. S. 457. (この具体例も、やはり同頁に挙げられているものである。)



害者に生じたある1つの不利益は、さらなる不利益をもたらしうる。<sup>(775)</sup> 言い換えるならば、多くの場合に、右不利益はそのような意味で「将来の障害の原因」となりうるのである。<sup>(776)</sup> そのため、前記補完的基準が「損害」と「侵害」とを「既に終了した不利益の付加」と「将来の障害の原因」とに抽象的に区別したとしても、後者、つまりは「侵害」に具体的に該当しうる不利益の範囲はやはり大きく広がらざるを得ない。その結果、右基準の下では、本来は不法行為法によって処理されるべき「損害」—上記の例における「窓ガラスの破損」や「Bの風邪」など—までもが「侵害」とされうる理論的余地を排除することができなくなってしまうのである。

#### ウ 小括

そこで、以上の分析に基づき、通説及び判例の採用する行為責任論に関して次のように結論付けることが許されよう。

すなわち、この説の下では、不法行為損害賠償請求権によって填補されるべき「損害」までもが、1004条1項第1文にいわゆる「侵害」として物権的妨害排除請求権による「妨害排除」の対象となりうる、と。

#### (4) 物権的妨害排除請求権の実質的な不法行為損害賠償請求権化

そして、このように本来であれば「損害」とされるべき不利益が「侵害」概念の内容に取り込まれることとなれば、その結果として、右「侵害」概念と不法行為損害賠償請求権の要件たる「損害」概念との間に内容上の重なり合いが生ずる。すなわち、「侵害」の具体的内容が「損害」の

(775) Baur a. a. O. (Fn. 395) AcP S. 488f., Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 719 f. Rn. 112, Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 13, Armbrüster a. a. O. (Fn. 539) S. 3088. さらに、これらと同旨と思われるものとして、D. Olzen „Zivilrechtlicher Schutz gegen Belastungen aus der Umwelt“ Jura 1991 S. 281ff., S. 289, Waas a. a. O. (Fn. 399) S. 1207 Fn. 28, Neuner a. a. O. (Fn. 621) S. 388.

(776) Baur a. a. O. (Fn. 395) AcP S. 489, H-G. Mertens „Zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs aus §1004 BGB“ NJW 1972 S. 1783ff., S. 1785, Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 11f., Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457, Soergel/Münch a. a. O. (Fn. 591) S. 146 Rn. 67.

それと(部分的に)同一化する。

また、「侵害」の中に取り込まれた「損害」が「妨害排除」を通じて回復されるとすれば、それはすなわち、物権的妨害排除請求権によって「原状回復(損害賠償)」が行われる、ということに他ならない。すなわち、右請求権は不法行為損害賠償請求権のそれと同内容の効果を獲得する。<sup>(777)(778)</sup>

---

(777) 付言するに、このような同一化によっても、妨害排除請求権の要件と効果とが不法行為損害賠償請求権の要件、効果とそれぞれ内容において完全に一致することにはならない。すなわち、例えば B 家屋内における A 所有の屋根瓦の存在のように、「侵害」には該当するものの、それ自体としては「損害」には当たらないものを観念しうるからである(したがって、B は A に対して、不法行為損害賠償請求権に基づいて、A 所有の屋根瓦の家屋外への撤去を求めることはできない)。他方、この点を認めるとしてもなお、本文にて述べたように、本来は「損害」として処理されるべき不利益が「侵害」の内容に取り込まれる結果、物権的妨害排除請求権が実質的に所有者への「損害」の発生によって基礎付けられ、かつ右「損害」につき「原状回復(損害賠償)」を為しうるものとなる—その限りで、右請求権はその発生要件及び効果の両面に関して不法行為損害賠償請求権と実質的に同一化する—ことに変わりはない。

(778) なお、これまで検討してきたように、「侵害」と「損害」、すなわち妨害排除請求権、不法行為損害賠償請求権それぞれの発生要件の内容を区別することが困難であることを認めつつも、双方の効果、すなわち「妨害排除」と「原状回復(損害賠償)」の各内容は、これを峻別することができる—したがって、上記両請求権の融合は阻止される—と解する説がある。それは、バウル(F. Baur)により提唱された反対行為理論である(Vgl. Baur a. a. O. (Fn. 395) AcP S. 489f.。これに賛成するのは、Münch. Komm./Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1148 Rn. 14, S. 1163 Rn. 73, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 698 §86 V 3 c), Benschling a. a. O. (Fn. 399) S. 240, Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 872, Weber a. a. O. (Fn. 595) S. 320 §17 Rn. 37.)。すなわち、右理論は、侵害者の負うべき「妨害排除」の内容は侵害惹起行為の巻き戻し=「反対行為」に限定される、と説く。例えば、投石の事例では、A は自らの投石行為の巻き戻しとして、B 家屋内にある石の撤去のみを「妨害排除」として義務付けられるに止まり、それ以上に例えば窓ガラスの修復を(「妨害排除」として)行う必要はない、とする。しかし、このような反対行為理論について、Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 23, derselbe a. a. O. (Fn. 386) 1993 S. 328, Hohloch a. a. O. (Fn. 161) S. 62, Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 501f. Rn. 134, Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 458f. などは、以下のように批判する。すなわち、反対行為理論が実際に問題としているのは、侵害「行為」の巻き戻しではな

そこで、このように考えてくると、最終的に、行為責任論の下では、「広範な侵害概念と因果性原理を基礎とする妨害…排除〔概念〕とが、妨害排除請求権を準不法行為損害賠償請求権へと変化させる<sup>(779)</sup>」ことが理解されよう。言い換えるならば、これまでの分析より、「行為責任論によれば、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とがその要件、効果の両面において実質的に融合し、同様の機能を持つに至る（少なくともその可能性を排除しえない）」との結論<sup>(780)</sup>を合理的に導くことができるものと思われるのである。

---

く、侵害「結果」のそれに過ぎない。例えば、上記の例において、B家屋内にAの投げた石が放置された状態は、Aの投石行為の現在における「結果」である。この点で、それはBの窓ガラスの破損状態やBの風邪と全く異ならない。とすれば、なぜB家屋内の石の存在という「結果」だけが、同じく侵害行為と因果関係を有するにもかかわらず、Bの窓ガラスの破損という「結果」やBの風邪という「結果」から区別されるのであろうか。すなわち、「[「反対行為」がどの範囲まで侵害結果〔＝損害〕をも把握するべきか」(Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 459)、その境界をこの理論は明らかにすることができない、と。私見によれば、このような批判は正鵠を射たものであると思われる。それゆえ、右理論についても、それが「妨害排除」と「原状回復(損害賠償)」とを、すなわち物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権それぞれの効果の内容を、それ自体によって峻別しうるような明確な基準を示しているとは言えない。

(779) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418 Rn. 7, derselbe a. a. O. (Fn. 399) JR S. 398.

(780) この結論に同旨と思われるものとして、Kawasumi a. a. O. (Fn. 399) S. 17 Fn. 30, S. 152. 川角教授は、ドイツの通説及び判例が物権的請求権を(不法行為損害賠償請求権のみに止まらず)債務法上の請求権と同一視する、と分析される。また、川角教授によれば、伝統的な通説及び判例が①一般債務法上の規制を1004条1項第1文所定の妨害排除義務にも適用すること、②自然力によって侵害が惹起された場合のように、私人の行為責任及び(その一種としての)状態責任を基礎付けることができない場合には、妨害排除義務の発生を否定することにも「ネグトリア責任の損害賠償法的考察方法への還元」を見て取ることができる。川角・前掲(注398)「関係(二・完)」60頁～61頁。また、上記①について、より詳しくは同・前掲(注398)「ネグトリア責任」を参照されたい。

(781) さらに、ピッカーによれば、これと同様の「債務法化」(„Verschuldrechtlichung“)の傾向は、985条所定の返還義務にも認められる。この点につき詳しく

## (5) 学説に見る物権的妨害排除請求権の不法行為損害賠償請求権化

また、実際に、このようないわば「物権的妨害排除請求権の不法行為損害賠償請求権化」は、行為責任論を支持する学説、とりわけ1972年に発表されたピッカーの論考<sup>(782)</sup>の中でこの点が明確に指摘される以前に登場した学説<sup>(783)</sup>において、特に顕著に見られた現象である。この事実は、これまでの分析結果の妥当性に対し1つの傍証を提供するものであると言えよう。

すなわち、往時の論文には、「1004条1項〔の規定するもの〕は…不法行為の〔有責性につき〕「短縮された」構成要件である」と明言するものが現<sup>(784)</sup>に存在した。

また、例えばバウル (F. Baur) は、1960年に公表された論文の中で、1004条をめぐる当時の学説の議論状況を次のように評している。曰く「ここ〔1004条の解釈論〕では、請求権の発生につきより少ない要件による、<sup>(785)</sup>しかしながら類似の原状回復効果を備えた第2位の不法行為法 (ein Deli-

は、vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) Herausgabeanspruch S. 718f., denselben a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 302ff.

(782) Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 26ff..

(783) これに対して、ピッカーの右論文が発表された後には、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが実質的に同一物であると明示的に認める学説はほとんどなくなった（但し、後に言及する結果除去請求権を肯定する文献は例外である。）。すなわち、両者は区別されるべきであるとの認識が一般に共有され、これを前提とした上で、ではどのような基準によればそれらを適切に区別することができるか、との問題に次なる議論の焦点が移った。そして、現在、前述のとおり、この論点をめぐって、通説及び判例の立場（行為責任論）では右区別を実現しえない一つまりは、その実態において両者は融合している一との指摘が複数の学説により為されているところである。

(784) Lutter /Overrath a. a. O. (Fn. 766) S. 347. ピッカーによれば、このような捉え方に「この規範〔1004条1項〕に対する今日の理解が極まっている」(Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 30)。

(785) これは、不法行為損害賠償請求権が加害者の有責性（故意または過失）を発生要件とするのに対して、物権的妨害排除請求権の発生には右要件が不要である（＝前者に比して、後者は、その「発生につきより少ない要件による」）、との意味である。

chtsrecht zweiten Grades) が発展してきたとの印象を人が抱くとしても、それは根拠のないことではない<sup>(786)</sup>」、と。

さらに、かつての代表的体系書の論述の中にも、物権の妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との相違をもっぱら被請求者の有責性の要否の点にのみ認める—それ以外の要件或いは要素についてはほぼ一致するものと解する—かのような記述を見出すことができる。

例えば、エンネックツェルス／レーマン (L. Enneccerus/H. Lehmann) は、次のように述べる。すなわち、「妨害排除及び準妨害排除請求権は、不法行為損害賠償請求権ではない。なぜなら、それらは〔侵害者の〕有責性を前提としないからである。だが、これらの請求権は、不法行為損害賠償請求権のように、違法な行為により発生する<sup>(787)</sup>」、と。

また、ラーレンツ (K. Larenz) によれば、「(823条以下の意味における) 不法構成要件は二重の意義を有する。すなわち、右構成要件〔該当事実〕が「客観的に」のみ存在する場合、したがって〔行為者の〕故意や過失が欠ける一方、それ以外の全ての構成要件メルクマルが充足される場合には、妨害排除請求権という、より弱い効果が発生する。これに対して、有責性も存するときには、損害賠償請求権が基礎付けられる。このとき、妨害排除請求権は損害賠償請求権の中に埋没してしま<sup>(788)</sup>う」。

## (6) 結果除去請求権の肯定

さらに、同じく先述の分析結果を裏付けるものとして、いわゆる結果除去請求権をめぐるドイツの議論状況にも合わせて目を向けておきたい。

### ア 定義・具体例

ここに結果除去請求権とは、1004条1項第1文の規定する「侵害」状態

(786) Baur a. a. O. (Fn. 395) AcP S. 466.

(787) L. Enneccerus/H. Lehmann „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse“ (15. Aufl., Mohr, 1958) S. 1013.

(788) K. Larenz „Lehrbuch des Schuldrechts 2. Bd. Besonderer Teil“ (10. Aufl., C. H. Beck, 1972) S. 531.

のみならず、その「侵害」に基づいてさらに発生した「結果」までも排除<sup>(789)</sup>する請求権をいう。<sup>(790)</sup>

例えば、A 所有家屋において第三者の放火を原因とする火災が発生し、その火が当該家屋のすぐ脇を通っている鉄道線路の築堤に燃え移った結果、当該築堤自体が変形してしまった、とする。この場合に、A に対する結果除去請求権を築堤所有者 B に認めるとすれば、B は A に対して消火活動（「侵害」の排除）のみならず、火災（「侵害」）によって生じた築堤の形状変化という「結果の除去」、つまりは当該築堤の「原状回復」までも請求<sup>(791)</sup>しうるることとなる。

#### イ 一部の判例、学説による結果除去請求権の肯定

このような具体例からも理解されるように、「結果除去」は、法的にも、また実質的にも、仮に〔その適用領域等が〕限定されているとしても、損害賠償以外の何物でもない<sup>(792)</sup>。それゆえ、結果除去請求権を承認することは、事実上、私人の無過失損害賠償責任を肯定することに等しく、右責任に関する有責性原理—何人も有責に（故意または過失によって）結果を惹起したのではない限り、それに対して法的責任を問われない、との原則—に抵触する結果をもたらす。そのため、これに対しては通説に立つ論<sup>(793)</sup>

(789) 結果除去請求権の是非をめぐるドイツの議論を詳しく整理、分析する邦語文献として、玉樹・前掲（注18）、特に149頁～174頁。

(790) なお、日本では、大塚教授がこのような結果除去請求権を物権的請求権の効果として一定の範囲で明示的に肯定されること（大塚・前掲（注40）「差止請求」17頁）並びに差止請求権の発生根拠につき不法行為法的構成に立つ論者の多くが、（意識的にか無意識にか）「損害」と「侵害」（「妨害排除」と「損害賠償（原状回復）」）とを同一視し、結果除去請求権を認めるに等しい結論を導くことは、本稿第1章にて既に述べたとおりである。

(791) この具体例は、結果除去請求権を認めた例として有名な RG Urt. v. 19. 12. 1929, RGZ. 127, 29 の事案を基にしたものである。

(792) Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 306.

(793) Mertens a. a. O. (Fn. 776) S. 1785, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 674 §86 I 2, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1173 §1004 Rn. 22, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 121 §12 II 2 Rn. 7. このことの具体的な意味については、物

者からも批判が強い。<sup>(794)</sup>

しかしながら、ここで注目されることは、にもかかわらず、判例及び学説の中に、右結果除去請求権を被侵害者に与えるべきであると主張するものも<sup>(795)</sup> (大勢を占めているわけではないが) 複数存在する、という事実であ

権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との実質的同一化の第1の問題点として後述する。

(794) 結果除去請求権を否定するのは、Mertens a. a. O. (Fn. 776) S. 1785, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 674 §86 I 2, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 121 §12 II 2 Rn. 7, S. 125f. §12 II 1 Rn. 20~21, Schwab/Prütting a. a. O. (Fn. 594) S. 273f. Rn. 577, Münch. Komm./Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1163 Rn. 72. また、BGBの立法過程において、第1委員会は結果除去請求権を認めなかったと解されることにつき、vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 80.

(795) 学説としては、Hohloch a. a. O. (Fn. 161) S. 177ff. (ホーロツホの主張は、玉樹・前掲(注18) 170頁~175頁において詳しく分析されている。), J. W. Gerlach „Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltsrechts“ (Duncker & Humblot, 1989) S. 198, S. 204, S. 206f., Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 149ff. Rn. 319 (自らの説を「再利用可能性理論」と呼ぶ。この見解については、後述する。), Armbrüster a. a. O. (Fn. 540) S. 3089 (但し、あくまで理論的可能性としてこれを認めるに止まる。)。また、Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 720 Fn. 36 (Rn. 113) は、前掲(注791) RG Urt. v. 19. 12. 1929に賛成する。また、結果除去請求権を認めたものと解される判決としては、前掲(注791) RG Urt. v. 19. 12. 1929の他、RG Urt. v. 4. 6. 1902 RGZ. 51, 408 (鉄鉱石の露天掘りを営む被告のボタ山から原告土地上に岩石が崩落した、という事案において、ライヒ裁判所は、原告は妨害排除請求権に基づいて、岩石の撤去とともに「原告の土地を以前の状態に回復すること」をも請求することができる、とした。)がある(玉樹・前掲(注18) 152頁~154頁)。但し、玉樹教授は、反対に結果除去請求権を否定したものと見られる判決をも引用されて、ドイツの判例にはこの点につき動揺が見られる、と指摘される。玉樹・前掲(注18) 152頁~156頁。また、堀田准教授は、「BGB1004条の侵害要件に関し、判例はその中に侵害の結果生じた損害をも含むような判断を下す傾向にあり(堀田・前掲(注619)「私法」196頁)、「同じく原状回復の機能を有する不法行為法上の損害賠償請求権との関係につき、判例は両請求権(不法行為損害賠償請求権と物権的妨害排除請求権とのこと。筆者注)が重なり合う場合があるのもやむを得ないものとして処理している」(同198頁)と分析される。さらに、堀田親臣「物権的請求権における共働原因と費用負担—ドイツ法における議論を中心に—(一)」広島法学23-4-165 (2000)、181頁~182頁も右分析に同旨。

る。私見によれば、先に述べたとおり、この事実は、判例及び通説の依拠する行為責任論に、まさに上述のように「原状回復（損害賠償）」を物権的妨害排除請求権の効果の内容に取込みうる可能性、そのような意味における物権的妨害排除請求権の不法行為損害賠償請求権化を帰結する可能性が内包されていることの1つの証左であると思われる。<sup>(796)</sup>

特に、比較的近時、一定の場合に結果除去請求権の発生を（結果として）認める判例が目立っている。

すなわち、BGH 第 5 民事部は、次のような立場に与する。すなわち、妨害排除請求権は妨害源（Störungsqulle）—伝統的に「侵害」に当たるとされてきたもの—のみならず、右「侵害」により害された不動産の「利用可能性」をも回復しなければならない、との立場である。<sup>(797)</sup>

例えば、ある土地の上に生息する木の根が隣地の地中にまで伸び、その結果、そこに埋められている水道管に突き刺さってしまった場合、上記のような考え方によれば、その土地（上の木）の所有者は、この根を掘り起こして除去するだけでなく、掘り起こされた隣地を再度利用しうる状態—「侵害」が発生する以前の状態—にまで回復すべき義務を負うこととなる。すなわち、右所有者は、自らの費用で破損した水道管を修復するか、或いは新品の水道管を調達した上で、それを隣地に埋め戻さなければならない。<sup>(798)</sup>

---

(796) ピッカーもまた、結果除去請求権を肯定する学説や判決が登場したことを、通説及び判例が物権的妨害排除請求権を不法行為損害賠償請求権へと変造したことの結果の1つに挙げている（Picker a. a. O. (Fn. 386) 2002 S. 306）。つまり、彼によると、結果除去請求権の主張を可能ならしめる要因（原因）は上記変造自体に求められる。とすれば、右要因はそのような変造を導く行為責任論そのものに存する、ということになる。

(797) Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 243（ヴェンツェルについては、本稿注（637）参照）。ヴェンツェルは、Manfred Wolf a. a. O. (Fn. 595) S. 150 Rn. 319 の命名に倣って、このような考え方を「再利用可能性理論」と呼ぶ。

(798) Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 243 Fn. 41. BGH, Urt. v. 7. 3. 1986 BGHZ97, 231=NJW 1986 S. 2640ff., BGH, Urt. v. 26. 4. 1991 NJW 1991 S. 2826ff., BGH,



また同様に、もし隣地内に侵入した木の根が、その地上に設置されたテニスコートの表面のゆがみや湾曲の原因となった場合には、その木の所有者は、根を取り除くとともに、テニスコートを再度利用しうる状態に回復するべく、ゆがみや湾曲のない新たな面に張り替えることを要するので<sup>(799)</sup>ある。

しかしながら、複数の学説が指摘するとおり、これらの事案における水道管の補修等、或いはコート面の張替は、いずれも過去の侵害（木の根の侵入）により発生した財産的不利益の回復に相当するものである。つまり、それは「原状回復（損害賠償）」に他ならない<sup>(800)</sup>。それゆえ、上記の判例は、本来であれば不法行為損害賠償請求権によって一被請求者の有責性の存在を要件としながら一行われるべき右「原状回復（損害賠償）」を、（有責性を要件としない）物権的妨害排除請求権によって実現しうるものと考えている（また、実際にそのように具体的な紛争を解決した）、ということになる<sup>(801)</sup>。したがって、右判例は、少なくとも不動産をめぐる紛争事例に関

Urt. v. 21. 10. 1994 NJW 1995 S. 395ff. BGH, Urt. v. 8. 12. 1999 NJW 2000 S. 1194 ff. (なお、この判決は BGH 第 4 民事部によるものである。) また、BGH, Urt. v. 4. 2. 2005 NJW 2005 S. 1366ff. も一般論としてそのように述べる。

(799) Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 243. BGH, Urt. v. 18. 4. 1997 BGHZ135, 235= NJW 1997 S. 2234ff. 但し、右判決はこのような結論を正当化する直接の理由として、侵害者は「木の根の除去〔作業〕に伴って不可避免的に生ずる所有権侵害をも排除しなければならない」と解すべきことを挙げる。

(800) 水道管の取替等につき、vgl. S. Kreissl „Anmerkung zum BGH, Urt. v. 21. 10. 1994“ JZ 1995 S. 411f., S. 413. また、この点を示唆すると思われるものとして、Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 518f. Rn. 156. テニスコートの面の張替につき、vgl. B. Stichelbrock „Anmerkung zum BGH, Urt. v. 18. 4. 1997“ Monatsschrift für Deutsches Recht 1997 S. 826f., S. 826, S. 827, H. Roth „Anmerkung zum BGH, Urt. v. 18. 4. 1997“ JZ 1998 S. 94ff., S. 95, S. 96. E. Herrmann „Anmerkung zum BGH, Urt. v. 18. 4. 1997“ JR 1998 S. 242ff., S. 243, Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 878f.

(801) ヴェンツェルは、このような判例の見解において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間に「部分的な重なり」が生ずることを認めている（但し、その場合でも両請求権間の境界が消え失せてしまうわけではない、とする。以

しては、実質的に前記結果除去請求権を肯定しているものと解することができよう。

(7) まとめ

これまで、通説及び判例の採用する行為責任論において、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが各々の要件、効果に関して実質的に同一化しうるか否か、について分析してきた。その要点をまとめると、次のとおりである。

すなわち、この理論によれば、因果関係に基づく帰責というその基本的発想に忠実であろうとする限り、ある者の行為と因果関係を有する、他人の所有権に関わるあらゆる不利益が、「侵害」として物権的妨害排除請求権による排除の対象となりうる。そのため、本来であれば「損害」として不法行為損害賠償請求権によって回復されるべき不利益までもが「侵害」に当たるとされうる可能性が生ずる。すなわち、「侵害」と「損害」との間に明確な境界を設けることが困難となる。そして、その結果、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが各々の要件、効果の両面において融合する<sup>(802)</sup>。

---

上につき、vgl. Wenzel a. a. O. (Fn. 591) S. 243.). また、前掲 (注799) BGH, Urt. v. 18. 4. 1997 によれば、右判決の立場は、「妨害排除請求権を拡張し、その適用範囲に関して言えば右請求権〔に対応するところの妨害排除義務〕が損害賠償義務に近づく」ことを承認するものである。さらに、前掲 (注798) BGH, Urt. v. 8. 12. 1999 自身も、次のように述べる。すなわち、右判決のように解するならば、「妨害排除請求権は、これと同じく原状回復 (Naturalrestitution) を目的とする、有責性を要件とした損害賠償請求権と重なり合うことになる」、と。

(802) なお、仮に一百歩を譲って一行為責任論の下で「侵害」と「損害」とが的確に区別されうるとしても、右理論にはなお次のような問題点を指摘することができる。すなわち、ある特定の「侵害」結果の発生に対して因果関係 (条件関係) を持つ人間の行為は無数に存在する。例えば、A 所有家屋の屋根瓦が風に吹き飛ばされたため、隣接する B 所有家屋内に侵入したという事例において、その屋根瓦を自ら設置した A の行為のみならず、A に右屋根瓦を売却した C、右屋根瓦を設置することとなった家屋を A に譲渡した D、当該屋根瓦を作成した E の各行為は全て、「右屋根瓦が B 家屋内に存すること」という「侵害」結果との間に上記因果関

そこで、このような分析結果に照らすならば、ある論者が近時、通説及び判例に関して次のように指摘していることは、妥当なものであると言えよう。すなわち、通説及び判例は、「妨害排除請求権を不法行為法のそばに寄せ、これを、有責性要件が短縮された損害賠償請求権のように扱って<sup>(803)</sup>いる」と。

また、BGHがある判決<sup>(804)</sup>において(判例の立場から見た)問題状況を以下のように整理していることも、得心のいくところである。

---

係を持つものと言わざるを得ない(かつ、右因果関係を有する行為(者)の範囲はさらに拡大する。)。それゆえ、因果関係に基づく帰責理論による際には、妨害排除義務を負うべき「侵害者」が無限に登場することとなる。したがって、右帰責理論の下で「侵害者」とされるべき者の範囲を適切に限定しようとすれば、やはり、因果関係の有無という基準とは別の新たな基準を持ち出さなければならない。そこで、そのような基準たりうるものを考えてみると、最も容易に思いつくものは、各人につき行為義務違反の存否を問うという基準であろう。すなわち、「侵害」結果と因果関係を有する無数の行為のうち、右結果発生を回避するための行為義務に違反していると認められるもののみを1004条の規制する「侵害」行為と捉える—したがって、右行為を行った者のみを「侵害者」とする—ことで、上記問題点を回避する方法である。事実、K. Larenz „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht“ Vom deutschen zum europäischen Recht – Festschrift für Hans Dölle Bd. I (Mohr, 1963) S. 169ff., S. 196ff., Lutter/Overrath a. a. O. (Fn. 766) S. 347ff. は、侵害の違法性判断において侵害惹起行為の義務違反性を問うことにより「侵害者」の範囲を限定しようとする。だが、このような行為義務違反の要素を重視する立論については、次のようなピッカーによる指摘(Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 26)が妥当しよう。すなわち、右立論の行っていることは「現代の不法行為法理論の借用である。それは妨害排除義務の構成要件と不法行為責任の構成要件とを基本的に同等視する一歩手前にまで至っており、また、いかに1004条に基づく妨害排除義務が落ち度ある行為(Fehlverhalten)に対する責任として理解されているかをはっきりと示すものである。すなわち、[この見解によれば]今や因果関係ある行為の無価値性は…それが注意義務に違反していることから導かれることになる。右要件に係らしめられて、妨害排除義務は實際上、有責性に基づく責任へと転化する」。また、以上の分析からも、通説及び判例の採る行為責任論において、妨害排除義務の究極的な帰責根拠が最終的に、やはり侵害惹起行為の義務違反性に求められる結果となることが理解されよう。

(803) Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 872.

(804) BGH Urt. v. 1. 12. 1995 NJW1996, 845.

「物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との間における境界画定〔をめぐる問題〕は、BGB1004条に関する未解決の問題である…。妨害排除請求権は損害賠償請求権と同様の原状回復効果を、少なくとも一部分、持っている〔からである<sup>(805)</sup>〕」。

## 2 解釈論としての合理性の有無

では、以上に見てきたような行為責任論の基本的発想（因果関係に基づく帰責という考え方）から導かれる論理的帰結、すなわち、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とを同内容の要件・効果を備えた実質的に同一の請求権と捉えることは、BGBの解釈論として合理的であるか否か。

次に、この問題について検討しよう。

---

(805) しかしながら、ここで、次の点をも再度、強調しておかなければならない。すなわち、結果除去請求権を明示的或いは暗黙裏に承認する一部の学説や判決を除いて、多くの学説及び判例は、「侵害」と「損害」とが混同されてはならないということ、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が少なくとも理論的には峻別されるべきであることを、その立論の基本的な前提としている、という事実である (Vgl. Soergel/Mühl a. a. O. (Fn. 390) S. 719 Rn. 112, Lennartz a. a. O. (Fn. 399) S. 9, Baur/Stürner a. a. O. (Fn. 388) S. 123 §12 II Rn. 7, Erman/Hefermehl a. a. O. (Fn. 388) S. 3003 Rn. 7, Münch. Komm./Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1162 Rn. 71, Marc Wolf a. a. O. (Fn. 547) S. 16)。但し、他方において、通説及び判例を支持する論者には、そのような峻別をなしうる明確な基準が存在するか否かについて懐疑的であったり、具体的事案において実際に右峻別を行うことは困難であると解していたりと、上記両請求権が少なくとも部分的に、或いは事実上重なり合うことを（消極的に）認める者も少なくない。本稿の見るところ、以上が通説及び判例（行為責任論）の現状であると思われる。これに対して、反対説（特にピッカーの権利篡奪理論）に立つ論者は、①通説及び判例の基本的な立場を突き詰めていくと、結局、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との峻別は、そもそも理論的におよそ困難となる、また、②その実態として、通説及び判例においては、右両請求権が融合している、と批判する。その上で、「因果関係の存否」に代わる新たな区別の基準として、権利篡奪の有無という視点を提示する。物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との区別をめぐる昨今のドイツにおける議論状況につき大雑把な見取り図を描くとすれば、以上のようならうか。

## (1) 問題点

この点、上記両請求権の融合を認めることに関しては、とりわけ通説及び判例の見解に反対する立場から、大きく次のような3つの問題点が指摘されている。<sup>(806)</sup>

## ア 有責性原理を潜脱する危険性

第1に、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが実質的に同一化すると、その結果、不法行為損害賠償責任に関する有責性原理 (Verschuldensprinzip) が潜脱される危険が生まれる。<sup>(807)</sup>

ここにいわゆる有責性原理とは、私人は有責性 (Verschulden) に基づいてのみ法的責任を負う、との考え方をいう。BGBにおいては、不法行為損害賠償責任に右原理が妥当する。そのことは、何人も「故意又は過失によって」他人の生命等を (違法に) 侵害しない限り、それに対する損害賠償責任を負担する必要がある旨を定めた823条1項に具体的に現われている。<sup>(808)</sup>  
<sup>(809)</sup>

(806) 両請求権の実質的同一化及びそれをもたらさうる通説及び判例の理論の問題点は、ピッカー及びグルスキーによって、ほぼ網羅的に分析されている。Vgl. Picker a. a. O. (Fn. 386) 1972 S. 25ff., denselben a. a. O. (Fn. 386) 1993 S. 322ff., Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 417ff. Rn. 6ff., denselben a. a. O. (Fn. 399) JR S. 398. 以下、本文にて取上げるもの以外については、これらを参照されたい。また、それ以外の論者による批判としては、vgl. Wilhelm a. a. O. (Fn. 464) 1993 S. 439ff. Rn. 666, Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 694f. §86 V 1, Buchholz/Radke a. a. O. (Fn. 399) S. 457f..

(807) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418 Rn. 7, derselbe a. a. O. (Fn. 399) JR S. 398, Wilhelm a. a. O. (Fn. 464) 1993 S. 442 Rn. 670, Benschling a. a. O. (Fn. 399) S. 231ff., Waas a. a. O. (Fn. 399) S. 1205, Lettl a. a. O. (Fn. 591) S. 871f.. また、D. Medicus „Haldenbrand“ und „Wurzeln im Tennisplatz“ —Zur Anwendung von §254 BGB bei §1004 BGB— Festschrift für Horst Hagen (RWS Verlag Kommunikationsforum, 1999) S. 157ff., 165f. における指摘も、これらと実質的に同趣旨であると解される。

(808) 823条1項「故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対して、それより生じた損害を賠償すべき義務を負う。」。

ところで、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが発生要件、効果の両面において融合するとは言っても、両請求権の間にはなお 1 点だけ差異が残る。それは、行為者の有責性を発生要件とするか否かの違いである。すなわち、物権的妨害排除請求権の発生にとって有責性要件は不要である（この点について判例、学説上、異論は存しない。）。これに対して、上述のとおり、不法行為損害賠償請求権（責任）には有責性原理が妥当する。したがって、加害者の故意または過失がその発生要件として不可欠である。

そこで、例えば、ある者に「損害」が発生した場合、加害者に右「損害」発生に関する故意または過失の存在を認めることができないときには、当然、不法行為法に基づいて同人に損害賠償責任を課すことは許されない。

しかしながら、上述のような物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との融合を承認する立場の下では、このとき、当該「損害」は物権的妨害排除請求権の発生要件たる「侵害」に（も）当たるとして、上記加害者にこの「侵害」の排除、つまりは右「損害」の回復を命ずることが可能となる（少なくとも、このような可能性を理論的に排除することができない。）。すなわち、いわば「1004条への乗り換えによって」、不法行為法規範に照らせば責任を負わせてはならない者に、実質的な損害賠償責任を課しうることになってしまう。

だが、このような結論は、上記有責性原理の意義を実質的に没却するものである。右原理を不法行為損害賠償責任の第一義的な帰責原理として維持しようとする限り、その潜脱を意味する右結論を支持することは許されない。

#### イ 侵害者破産時における債権者平等の原則の潜脱

第 2 に、物権的妨害排除請求権は、ドイツ破産法 (Insolvenzordnung)

(809) Larenz/Canaris a. a. O. (Fn. 390) S. 351 §75 I.

(810) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 478 Rn. 97.

において、一般に、いわゆる取戻権 (Aussonderungsrecht) に該当するものとされている。<sup>(811)</sup> そのため、被侵害者は、侵害者が破産した場合であっても、破産手続開始の法的影響を受けずに、従前と同様、一旦し、侵害者に対してではなく、破産管財人 (Insolvenzverwalter) に対して—自らの所有権に対する侵害の完全な排除を求めることができる。<sup>(812)</sup>

他方、不法行為損害賠償請求権は、他の債権と同じく、破産債権 (Insolvenzforderung) となる。<sup>(813)</sup> それゆえ、請求権者たる不法行為の被害者は、加害者の破産手続において、他の破産債権者とともに、破産財団から平等の弁済を受けうるに止まる。

しかしながら、もし物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが実質的に同一物であり、前者が後者の効果たる「原状回復 (損害賠償)」をも実現しうるとすれば、被侵害者は、破産管財人に対して物権的妨害排除請求権を行使することによって、事実上、他の破産債権者に優先して自らの債権 (不法行為損害賠償請求権) の完全な満足を図ることが可能となる。すなわち、本来であれば、債権者平等の原則の下、他の破産債権者との按分によって配当を受けるべき者に、実質的に優先弁済を認める結果となってしまう。これは要するに、右債権者平等の原則を潜脱することに他<sup>(814)</sup>ならない。

(811) W. Henckel „Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar Bd. 1 §§1-55“ (begründet zur Konkursordnung von Professor Dr. Ernst Jaeger) (De Gruyter Recht, 2004) (以下、Jaeger/Henckel a. a. O. として引用する。) S. 1185 Rn. 99.

(812) Vgl. Jaeger/Henckel a. a. O. (Fn. 811) S. 1134 Rn. 5.

(813) Jaeger/Henckel a. a. O. (Fn. 811) S. 1186 Rn. 100.

(814) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418f. Rn. 11, derselbe a. a. O. (Fn. 399) JR S. 398. また、Jaeger/Henckel a. a. O. (Fn. 811) S. 1186 Rn. 100 が、取戻につき規定したドイツ破産法47条との関係において、物権的妨害排除請求権と損害賠償請求権との間に明確な区別を付けることのできない通説には「非常に大きな問題点」があると指摘するのも、これと実質的に同旨を述べるものであると言えよう (付言するに、このような両請求権の峻別の必要性を意識してか、ヘンケルは所有権「侵害」の具体的内容を、一前章にて見たように、右峻別を主張する—ピッカ—の主張に沿う形で定義している。A. a. O.)。

ウ 返還請求権との機能上の共通性の喪失—物権的請求権（制度）の解消—

第 3 に、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との合一化を是認するならば、返還請求権（985 条）と妨害排除請求権（1004 条 1 項 1 文）とを「物権的請求権」或いは「所有権自由請求権」として内的に統一し、共通の機能を有するものとして一体的に把握することが理論的に困難となる。<sup>(815)</sup>

すなわち、あらためて述べるまでもなく、返還請求権の発生には、他人の物の不法占有者が当該占有を自らの過去の行為によって取得したことを要しない。<sup>(816)</sup> 換言すれば、他人の所有物を何らの正当な権限なく自らの占有下に収めているという現在の客観的な事実状態のみが、その占有者の返還義務を基礎付けるのである。また、占有者が為すべきことは、当該占有の放棄に尽きる。それを超えて、右占有者は、法により正当に割当てられているその者自身の財貨を積極的に支出する必要はない。すなわち、返還請求権はそのような「原状回復（損害賠償）」を占有者に求める「損害賠償請求権ではない」<sup>(817)</sup> のである。

これに対して、いわば実質的に不法行為損害賠償請求権化した妨害排除請求権は、既に見たように、現在または過去における侵害者自身の行為によって基礎付けられる。さらに、過去に生じた被侵害者の財産的不利益—例えば前記投石事例における「窓ガラスの破損」など—についても発動され、その効果は「原状回復（損害賠償）」にまで及びうる。

とすると、このような妨害排除請求権は、上述のごとき返還請求権との間に「共通する特性を事実上、もはや持たない」<sup>(818)</sup> と言わざるを得ないであ

(815) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418 Rn. 8, derselbe a. a. O. (Fn. 399) JR S. 398, derselbe a. a. O. (Fn. 619) JZ S. 684. 同旨と思われるものとして、Wilhelm a. a. O. (Fn. 423) 2002 S. 478 Rn. 1263.

(816) Münch. Komm./Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1058 Rn. 9, Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1447 Rn. 5.

(817) Palandt/Bassenge a. a. O. (Fn. 388) S. 1447 Rn. 1. 同旨として、Münch. Komm./Medicus a. a. O. (Fn. 388) S. 1067 Rn. 45.



ろう。すなわち、両者を、その本質的機能を同じくする、そのような意味で一体的なものとして把握することは困難となる。

そして、その結果、上記両請求権及び不作為請求権（我が国における妨害予防請求権に相当するもの）の統一体としての、「物権法理論にとって重要な、権利実現のための物権的請求権（dinglicher Rechtsverwirklichungsanspruch）<sup>(819)</sup>というカテゴリー」は完全に解消してしまうのである。

## (2) 考察

以上、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との実質的同一化（の容認）によって生じうる問題点を3つ概観した。

そこで、これらの問題点を踏まえて、BGBの解釈論として、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とを実質的に同一物と把握することの当否について考えるならば、結論として、そのような解釈は妥当ではないと思われる。

その理由は、これまでの論述より明らかであろう。すなわち、上記両請求権を実質的に同じものと理解するとすれば、まず、既に見たとおり、不法行為損害賠償責任に関する有責性原理の潜脱（第1の問題点）、債権者平等の原則の意義の没却（第2の問題点）という「〔BGBの〕体系を真に破壊する効果<sup>(820)</sup>が生ずるものと解されるからである。

また、本稿第2章の冒頭において確認したように、BGBにおいては、<sup>(821)</sup>返還請求権と妨害排除請求権とは本質において同様の機能を担い、互いを

(818) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418 Rn. 8.

(819) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 418 Rn. 8. また、既に引用したとおり、Picker a. a. O. (Fn. 385) 2001 S. 165 によれば、このように通説及び判例において返還請求権と妨害排除請求権とが内的に統一された「所有権自由請求権」として把握されていない点にこそ、妨害排除請求権をめぐる様々な議論、とりわけ「侵害」と「損害」との区別基準をめぐる議論が混迷を深めている核的な理由が存するのである。

(820) Staudingers/Gursky a. a. O. (Fn. 385) S. 477, Rn. 97.

(821) 拙稿・前掲（注519）（5）171頁を参照。

補い合うものとして想定されている。これに、BGB の母法の 1 つであるローマ法において、妨害排除請求権の起源たる *actio negatoria* は、もともと返還請求権の起源たる *rei vindicatio* から派生したものと推測されている<sup>(822)</sup>ことをも考え合わせるならば、右両請求権の共通性を消失させるような解釈論は、少なくとも BGB のそれとしては妥当性に欠けるものと言えよう。

### 3 日本法への示唆

そして、ここで視線をドイツ法から日本法へと転じて、次のような問いを立ててみよう。すなわち、もし日本の現行民法典に関する解釈論として、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とをその要件（但し、被請求者の故意または過失の要否の点を除く。）、効果の両面において実質的に同一視しようとすれば、どのような帰結がもたらされるであろうか、と。

私見によれば、そのような実質的な融合を承認する場合には、まず、ドイツにおけるのと同じように、やはり我が国においても、これにより不法行為損害賠償責任に関する過失責任主義（日本民法709条）や債権者平等の原則が潜脱されうることになるものと解される。というのも、これまでの本稿における分析に照らす限り、上記両請求権の実質的融合を契機としてこのような事態が生ずるのは、例えばその歴史的若しくは社会的状況、或いは BGB の条文構造や体系などといった、ドイツ（法）にしか見られない特有の要因によるものではないからである。むしろ、詳論したところから理解されるように、これらはいずれも、ドイツ不法行為法が有責性原理に則っていること及びドイツにおいて債権者平等の原則が採用されていること一かつ、ドイツ破産法上、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とが、それぞれ取戻権（*Aussonderungsrecht*）と破産債権として処

---

(822) この点につき、拙稿・前掲（注519）（5）171頁注（394）を参照。

遇されること一のいわば純論理的帰結である。とすると、ドイツ法と同様に、過失責任主義に基づく不法行為法を有し、債権者平等の原則を採る—そして、ドイツ破産法のそれと同内容の法制を持つ—日本法の下でもまた、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との同一視が行われれば、同じくその必然の結果として、ドイツ法が陥るのと同じような状況に直面せざるを得なくなるものと思われるのである（なお、念のために付言しておく、このことは日本民法709条に規定された「過失」の意義をいわゆる結果回避義務違反と捉える立場にあっても、異なるものではない<sup>(824)</sup>）。

また、①我が国の物権的返還請求権が不法占有者による過去の占有侵奪行為をその（必須の）発生要件とはしないこと<sup>(825)</sup>、かつ②「原状回復（損害賠償）」はその効果に含まれないこと<sup>(826)</sup>、ドイツにおける返還請求権と同様である。それゆえ、「物権的妨害排除請求権の不法行為損害賠償請求権

(823) 日本の現行破産法の下でも、被侵害者は、侵害者の破産手続が開始した後もなお、従前と同様に、その破産管財人に対して自らの所有権に対する侵害の完全な除去を求めることができよう。他方、不法行為損害賠償請求権は、破産債権として取り扱われることとなる（伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、2007）196頁、200頁参照）。

(824) すなわち、我が国における近時の有力説（本稿注（176）参照）のように、右「過失」の内容を結果回避義務違反と把握するとしても、他方において、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との融合を承認するならば、加害者にそのような意味での「過失」を認めることができない場合に、不法行為規範に基づいては損害賠償責任を課すことの許されない右加害者に対して、被害者による物権的妨害排除請求権の行使を通じて実質的に「原状回復（損害賠償）」責任を負わせうることとなる（少なくとも、そのような理論的余地を排除することができない）。したがって、本文にて述べたとおり、日本法においても、「過失」の意義を有責性と解する場合にはもちろんのこと、そうではないときにも、およそ物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との合一化を肯定するならば、ドイツにおいてそれにより有責性原則が潜脱されたのと同じような状況、つまりは「過失」責任主義の意義が実質的に否定される状態が招来されうるものと言うことができる。

(825) 好美・前掲（注17）「物権的請求権」136頁、142頁。

(826) この点につき、例えば、好美・前掲（注17）「物権的請求権」133頁～135頁を参照（但し、これらは、直接には物権的請求権一般に関する説明である。）。

化」が日本において認められ、その結果、物権的妨害排除請求権が①侵害者の過去における侵害惹起行為により基礎付けられるとともに、②「原状回復（損害賠償）」をも侵害者に要求しうるものとなれば、やはりドイツにおけるのと同じように、返還請求権と妨害排除請求権との間に共通する機能上の特性を見出すことは、もはや困難となろう。

そこで、以上のような事態（過失責任主義の潜脱、債権者平等の原則の意義の没却、返還請求権と妨害排除請求権との機能上の共通性の喪失）の発生を避けるべきであると考えらるれば、当然のことながら、我が国の現行民法典の解釈論としても、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とを峻別しなければならぬ。すなわち、両者は、各々の発生要件及び効果を異にする別個独立の請求権であると捉えることが妥当である、と解される。

またそれゆえに、前章にてピッカーの物権的請求権理論の分析から得られる第3の示唆としても述べたとおり、我が国の物権的請求権の理論的発生根拠を不法行為法に求める（それを民法709条以下の効果と解する）ことは、現行民法典の下では合理性に欠け、したがって妥当ではない、と結論付けうるものと思われるのである。

この点を、あらためて、ドイツの通説及び判例の帰責根拠論に関する分析から（も）獲得される日本法への示唆としたい。

#### 4 行為責任論の問題性

また、このように、物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権との実質的同一化を認めることが BGB の解釈論として合理性に欠ける、ということは、右実質的同一化の生ずる大本の原因、すなわち行為責任論の考え方それ自体が BGB の解釈論として妥当ではないことを意味しよう。<sup>(827) (828)</sup>

---

(827) また、したがって、両請求権を峻別すべきであると主張し、また実際にそれらを一般的に明確に区別しうるピッカーらの権利篡奪理論は、少なくとも、右区別を困難ならしめる通説及び判例の見解（行為責任論）よりも一妥当なものであ

つまりは、(ヨハウ及びフォン・トゥールの各物権的請求権理論の分析等に基づく) 日本法への第1の示唆を得る際に既に述べたとおり、ドイツの通説及び判例のように行為責任論に与して、妨害排除義務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と捉えることによってそれが積極的な作為義務であること(物権的請求権は行為請求権として発生すること)を理論的に正当化することは、許されないものと考えられる。

## 第5 まとめ

本章を閉じるに当たって、これまでの考察から獲得された日本法への2つの示唆の要点を再度、まとめておく。

### 1 第1の示唆

第1に、物権的請求権を物権の排他的支配性より派生する効力として把握するとすれば、右請求権はいわゆる忍容請求権に止まらざるを得ない。それゆえ、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、理論上、物権的請求権を物権より生ずる効果であると解することを止める—そのような意味で右請求権を物権から切り離す—べきこととなる。これは、要するに、(行為請求権としての)物権的請求権の理論的発生根拠を物権以外に求める、ということである。

### 2 第2の示唆

物権的(妨害排除)請求権と不法行為損害賠償権とは、各々の発生要件と効果とが実質的に異なる、それぞれ別個独立の請求権として捉えられる

---

る、と解される。

(828) さらに、同様の理由から、我が国の現行民法典の解釈論としても、妨害排除義務を行為責任と理論構成する行為責任論はやはり妥当ではない、と言うことができる。なぜなら、本文にて既に論じたように、右理論もたらず論理的帰結(物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権の実質的融合)は、日本法においても、これを支持することはできないからである。

べきである。したがって、前者の理論的発生根拠を不法行為法に求めることは妥当ではない。

(以下、次回に続く。)

※本稿は平成20年度科学研究費補助金（若手研究（B））（研究代表者、根本尚徳）に基づく研究成果の一部である。なお、校正の段階で、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」広中俊雄責任編集『民法研究 第5号』（2008）77頁以下に接した。