

翻 訳

エドアルト・ピッカー著『物権的妨害排除請求権』(13)

Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch

川 角 由 和

序説 妨害排除と損害賠償との関係 (S. 18-24)

第一章 妨害者概念をめぐる今日の学説状況 (S. 25-48)

第一節 ネガトリア的因果関係を責任根拠とする学説 (S. 25-40, 龍谷法学37巻2号)

第二節 「保持意思」を責任根拠とする学説 (S. 40-47)

第三節 「所有権の義務づけ効力」を責任根拠とする学説 (S. 47-48)

第二章 ネガトリア責任の根拠としての所有権妨害 (S. 49-127)

第一節 ドイツ民法1004条の要件とされる権利侵害の本質 (S. 49-81)

一 ネガトリア請求権の要件範囲を限定するものとしての「妨害」概念 (S. 49-54)

二 所有権妨害の諸ケースにおける特別な権利保護の必要性 (S. 55-61, 龍谷法学37巻3号)

三 アクチオ・ネガトリアの歴史的展開とそれが歪曲された歴史的な諸原因 (S. 61-81, 龍谷法学37巻4号)

第二節 ドイツ民法1004条の要件としての権利侵害の事例グループ (S. 82-113)

一 所有権妨害の諸形態 (S. 82-94, 龍谷法学38巻1号)

a) 他人の行為による所有権妨害 (S. 82-90)

b) 物の状態に基づく所有権妨害 (S. 91-94)

二 ドイツ民法1004条に基づく権利保護の、所有権の限界規定への被拘束性 (S. 95-113)

a) 序論 (S. 95-96)

b) 妨害源たる施設に対する所有権者のネガトリア責任 (S. 96-102, 龍谷法学38巻4号)

c) 妨害源たる自然力に対する所有権者のネガトリア責任 (S. 102-108, 龍谷法学39巻2号)

d) いわゆる「消極的な影響関係」に基づく所有権者のネガトリア責任 (S. 108-113)

第三節 妨害物の所有権帰属変更を根拠とする妨害の消滅 (S. 113-127)

一 所有権放棄に基づく妨害の消滅 (S. 113-116, 龍谷法学40巻1号)

二 妨害物と被妨害物との附合に基づく妨害の消滅 (S. 116-127、龍谷法学40巻3号)

第三章 ネガトリア請求権の相手方 (S. 128-156)

第一節 他人の所有権を自己のために行使したことを根拠とするネガトリア責任 (S. 128-146)

一 ネガトリア請求権の相手方としての「妨害者」(S. 128-131)

二 「状態妨害者」の人的グループ (S. 131-146、その1=S. 136まで龍谷法学41巻1号、その2=S. 146まで龍谷法学41巻2号)

第二節 第三者による所有権妨害に対するネガトリア責任 (S. 146-156、龍谷法学42巻1号)

第四章 ネガトリア的妨害排除請求権の内容と妨害者の排除義務・費用負担義務に関する制定法上の法規制 (S. 157-170)

第一節 ドイツ民法1004条第一項第一文に基づく責任の内容と範囲 (S. 157-165、龍谷法学42巻2号)

第二節 立法者による目的適合的判断の帰結としての妨害者個人の自己費用負担による妨害排除とその法規制 (S. 165-170)

第五章 ドイツ民法1004条に基づく責任の「不法性」をめぐる問題 (S. 171-184)

第一節 序論 (S. 171-172、以上本号)

第二節 ネガトリア責任の要件としての行為の「違法性」(S. 173-181)

第三節 ネガトリア責任の要件としての物的状態の「不適法性」(S. 181-184)

第四章 ネガトリア的妨害排除請求権の内容ならびに妨害者の排除義務・費用負担義務に関する制定法上の規制 (続き)

第二節 立法者による目的適合的判断の帰結としての妨害者個人の自己費用負担による妨害排除とその法規制

現行法によれば、妨害者は彼自身の行為によって、かつまた彼自身の費用負担でもって妨害を排除する義務を負う²⁹。(ただし)このような規

29 妨害者がその費用を負担すべきことは、1004条の文言と成立史 (Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 1004) に照らしても、かつまた894条、897条の規定に鑑みても疑う余地のないことであり、それは全面的に支配的見解とも合致するものである。異説として、フォン・トゥールの見解があるが、それは意図的に制定法から離反しようとするものである (トゥールの見解についてはすぐあとで立ち入るが、すでに本書45頁でも指摘しておいた)。——<訳者注> 上記「本書

制は、1004条の第一次的な目的からみれば必ずしも当然であるとはいえない。なぜなら、（1004条が前提とするところの）法的に相互に画された（二つ以上の）権利領域が重なり合うという要件（*der Tatbestand der Überlagerung der von Rechts wegen gegeneinander abgegrenzten Rechtskreise*）によって前提とされているのは、相手方が、彼の権利領域を矯正するために請求を受けているという事態そのものにはほかならないからである。いかなる形で（*wie*）彼が請求を受けているか、つまり訴権の構成形態（*die Ausgestaltung des Klagerechts*）は理論的にはどうでもよいことである。要するにただ、ネガトリア請求権がその現実の機能目的によって限定を受けているという点が肝心なのである。言い換えるなら、所有権の自由（*die Freiheit des Eigentums*）は、妨害者の除去義務によっても現実化されるが、また同様に妨害者が単なる受忍を義務づけられるところの被妨害者の自救権（*Selbsthilferecht*）によっても現実化されるであろうからである³⁰。ドイツ民法典BGBは、その起草者が判断した（妨害者に

45頁」に対応する翻訳として、龍谷法学37巻3号（2004年）1頁以下、とくに11頁以下参照。なお、ドイツ民法894条は「土地登記簿の更正」（*Berichtigung des Grundbuchs*）に関する規定であり、土地登記簿の現状が真の権利状態と一致しない場合に更正を行う者は、まず当該更正によって影響を受ける者に土地登記簿の更正のための同意（*Zustimmung*）を求めることができる旨を規定している。それを受けて、897条は、そのための費用負担につき「土地登記簿の更正のための費用ならびにそれにつき必要な意思表示は、更正を請求する者が負担しなければならない。ただし、その者と義務者とのあいだに存在する法律関係に基づき別段のことが定められている場合はそれによる。」と規定する。すなわち、ここでは制定法上、「妨害者」たる現在の登記名義人の「同意」がない限り、真正の権利者は土地登記簿の更正（つまりは「妨害排除」）ができないという土地登記簿に関する法制度上の特則が問題となっている。したがって、かかる特則が存在しない限り、原則的に妨害排除のための費用負担は妨害者に帰せられるべきものと解されるわけである（以上、訳者注）。

30 Vgl. auch Stönnner, Voraussetzungen, Inhalt und Vollstreckung der Eigentumsfreiheitsansprüche § 1004 BGB, 1934, S. 60 f. —（これに対して）当事者双方の利益に応じて費用分担を決めるという第三の解決方法も考えられるところであるが、見渡す限りこれを主張しているのは、わずかにヴィルブル

よる費用負担という統一的な) 解決方法のために決定的な意味をもつ。それゆえにこそ、BGBの起草者たちは妨害排除義務を選択するか、それとも受忍義務を選択するかにあたって「事物の論理」(die “Logik der Sache”) には拘束されなかったのである。その限りで、制定法が定立している妨害

ク (Wilburg, Die Elemente des Schadensersatzrechts, 1941, S. 260 ff.) だけである。ヴィルブルクによれば、彼の見解の帰結として1004条において肝心であるのは、危険源に対する引受義務 (die Einstandspflicht für eine Gefahrenquelle) であるとされる。こうして彼は、妨害の種類と成り立ちに応じて費用を分担させることが是認される、とする。これは現行のドイツ法と矛盾するというにとどまらない。ドイツ法は、(本文で) すぐあとでも示すように、自覚的に一個の統一的な解決 (eine Einheitslösung) を与えた。その統一的な解決と異なって (ヴィルブルク流の) 費用分担は、きわめて錯綜した算定評価 (die kompliziertesten Berechnungen) を要求することになるだろう。ひとが一個の包括的な解決へと立ち戻ろうとしない限り、そうであろう。そこで以下、実際のケースのみを具体例として挙げ、検討してみよう。——たとえば、洪水災害 (Flutkatastrophe) によってA所有の乗用車がEの土地に押し流されてきたところ、Aがふたたびその車の占有を回復した場合 (第一のケース)、Eはそれに関与したと言えるであろうか。またそれはいかなる場合に、いかなる限度で肯定されるであろうか。あるいは、その災害によって倒壊寸前となったAの建物が取り壊されたり修復された場合 (第二のケース)、同じくEはそれに関与したと言えるであろうか。またそれはいかなる場合に、いかなる限度で肯定されるであろうか。ヴィルブルク (S. 261 N. 21, S. 262) によれば、第一のケースでは費用分担があきらかに妥当と評価されているが、しかし第二のケースでは費用分担が否定されている。というのも、(第二のケースでは) 妨害者が「危険な施設を保持している」からだ、とする (S. 261)。しかしながら、このようなヴィルブルクの見解は不可解である。むしろヴィルブルクの見解は、第二のケースにおいてもよりはっきり示されているように、妨害者 (A) がその所有を固守するところの妨害物を維持して (unter *Erhaltung* der störenden Sache, an der der Störer festhält) 修復され、そのために固有の費用が支出されたとしても、それは被妨害者 (E) とはなんら関係のないことである、という認識の表現にほかなるまい。(本文で) さらに指摘されるように、肝心なのはとりわけ次のことである。すなわち、問題の実質に焦点を当てる限り、妨害者の物のズレの矯正を妨害者がみずから決断しうるのであり、また決断すべきであるという点にてらして、(妨害排除のために) 投下されるべき費用はもっぱら妨害者自身の利益において把握されうることが肝心な意味をもつ。そしてそれは、(費用負担問題に関する) 統一的な解決が支持されることを如実に物語っているのである。

排除義務は、ひとつの（法的価値判断としてその内容が）実証された規制（eine positivistische Regelung）を意味している。

この立法者によって選択された解決を、学説上きびしく批判する者がいる。たとえばフォン・トゥール³¹がそうである。トゥールは、1004条の規制を、それが無責の被告に対しても「回復」義務を課すものであり、よって彼の財産からの犠牲を強いるものであるという理由で、「われわれの法体系における正当化しがたい異質（的規制）」（eine “schwer zu rechtfertigenden Anomalie in unserem Rechtssystem”）と呼んだ。トゥールはその「異質（的規制）」を取り除こうと努力するのであるが、それは、すでにみたように、トゥールがいかに制定法とあからさまに矛盾しても憚らないか、また彼が見え見えの目的的構成（die durchsichtige Zweckkonstruktion）をも憚らないのか、を示すものにほかならない。その際、トゥールはその理由を次のようにたてる。すなわち、妨害者は「ただ何もしないでいること」（bloße Passivität）を義務づけられているだけであって、1004条の文言によって命じられている責任は妨害者が被妨害者の自救行為に異議を唱えることによって彼（妨害者）自身の法的な立場を悪くする場合に初めて認められるにすぎないからである、と。このよう

31 Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. S. 250 ff., III. S. 471. さらに同書 I. S. 254 ff. は、985条に関する支配的見解と明らかに異なる立場を示す。キップ（Kipp bei Windscheid § 198, S. 1014）も、制定法上の規制が公平性を欠くのではないかと主張する。さらに前注30所掲の論者を参照。ところで、物権的請求権の債務者（被告）にただ（原告の妨害排除行為についての）受忍義務だけを課そうとする学説は、次の点で批判されなければならない。すなわち、このような受忍義務はその事件の状況次第では決して厳密な意味での（被告の）消極的態度によって充足されるものではなからう、という点で批判されるべきである。そして中間の形態が想定されうという事実によって、すでにおのずと次のことが証明される。すなわち、こちら物権的請求権では絶対的な不作為が、そしてそちら債権的請求権では積極的な作為がそれぞれ対立的に描き出されるようなことにはならない、ということが証明されるのである。

な批判は制定法規制の核心を見誤ったものである。なぜなら、妨害者に課せられた（積極的な）排除義務は、原理的には（*im Prinzip*）、被害者の自救行為を受忍する義務とは別個の責任を根拠づけるものではないからである³²。すでに確認したように、（本書の立場にしたがうなら）1004条の規制を受ける場合であっても、妨害者はただ単に彼の権利領域の矯正（*lediglich die Korrektur seines Rechtskreises*）につき義務づけられるにすぎない。そしてそれによって被妨害者にあてがわれるものといえ、これもただ単に、彼の権利の内容に応じて（*nach dem Inhalt seines Rechts*）彼に帰属するだけの所有権限を行使する可能性以外のなにものでもない。その（1004条によって）追求されている結果が（過去の状態への）修復的原状回復（*Wiedergutmachung*）としては成り立たないのと同様に、その（1004条が追求するところの）結果へと向けられた妨害者の行為が彼の財産からの被害者の財産への給付（*eine Leistung aus seinem Vermögen in das des Gestörten*）であるとしたなら、そのような給付こそはまさしく「ひとつの異質（的規制）」（*eine "Anomalie"*）を意味することになるだろう。妨害（*die Beeinträchtigung*）が正しく認識されるならば、その妨害を排除する妨害者は、財産上の供え物（*das Vermögensopfer*）を、文字通り彼自身のために（*in eigener Sache*）調達することになる。言い換えるなら、妨害者が（損害賠償を意味するところの）実質的（物質的）な除去（*reale Beseitigung*）へと強制されるのではなく、したがってそのための費用支出へと強制されるのではないということは、以上のことと一致する。すなわち、妨害者が妨害物を彼自身の権利領域内へと引き戻すか、それともその妨害物を放棄することによって免責されるか、いずれを選択す

32 Vgl. auch Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Rechts, 1906, S. 28 f. レーマンは、ツィートルマン（Zitelmann, Internationale Privatrecht, 1912, S. 234）と異なり、ドイツ民法985条の返還義務を「受忍義務の拡張された形態」（*"intensive Ausgestaltung der Duldungspflicht"*）と特徴づけている。これは、表現としては必ずしも適切とはいえないとしても、しかし実質的には正当である。

るかは彼自身の問題である。現行法によれば通常、妨害者が彼の物につき所有権を主張する限りで、それゆえに（妨害者が自己の費用負担で当該妨害物を彼自身の権利領域内に引き戻す義務を負うのであるから——〈訳者〉）被妨害者が自己の費用を節約するという帰結は、（1004条を）立法的にみれば、それ自体本来的なものとして目的化したわけではないところの規制の反映、すなわち以下本書で詳しく示すように、まさしく義務者（妨害者）自身の利益においても行われるところの規制の反映（Reflex einer Regelung, die, wie im folgenden noch zu zeigen, gerade auch im Interesse des Verpflichteten selbst getroffen ist）であることが明らかとなる。

ネガトリア責任の制定法上の規制については以上のような批判があるのだが、それは（単に少数の異説にとどまらずに——〈訳者〉）支配的見解もまた同様にその基礎に据えているところの「誤解」（Mißverständnis）に基づくものにほかならない。すなわち、それは「妨害」（Beeinträchtigung）のなんたるかを見誤っていることに起因するものである。言い換えるなら、まさしくフォン・トゥールも（支配的見解と同様に）「妨害」を「損害と同質的な不利益的・物理的状态」として（als dem Schaden gleichartigen, nachteiligen physischen Zustand）理解していたのであり、それゆえにまたトゥールは、その（「妨害」の）排除を「あらゆる賠償責任と同様に正当化根拠を必要とするところの、その範囲において制限された損害賠償責任」（eine im Umfang beschränkte Schadensersatzhaftung, die wie jede Ersatzhaftung der Rechtfertigung bedarf）とみなしたのである³³。（トゥールによる）このような誤った考えに基づき制定法規制自体を誤解したあげくに生み出されたところの、（1004条を）「異質（的規制）」とする非難がなされ、かつまたその「異質（的規制）」にとってかわって——

33 Vgl. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. S. 251 f. なお、トゥールがその箇所では挙げていない例も参照（N. 35, 36）。

支配的見解がそうするのと同様に——「帰責根拠」(“Zurechnungsgründe”)の助けを借りて、(ネガトリア責任を)緩和された損害賠償責任として正当化すること(als mindere Schadenhaftung zu legitimieren)が通用するにいたったのである³⁴。それは、その限りで全く別個の、しかしながら、なるほど首尾一貫した打開策(ein anderer und zwar der konsequente Ausweg)だと言えよう。(こうして)判例および支配的見解もまた、「帰責根拠」(“Zurechnungsgründe”)が存在しないとなるや、たちまち妨害者に排除義務ではなく受忍義務を課そうとするわけであるから——ただそれが自覚的にされているわけではないという違いがあるとしても——フォン・トゥールがそれを当然と考えたところの侮り、すなわち立法者によって与えられた規制への侮り(die Mißachtung der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung, die v. Tuhr für geboten hielt)を、(判例および支配的見解もまた)実行に移しているわけである。すなわち「妨害排除義務は、損害賠償義務と同様に実体的正義によって決定づけられるものであり、それゆえ妨害者に責任が「帰責可能な」ものとして存在していなければならない」とするような観念(die Vorstellung, die Pflicht zur Beseitigung der Beeinträchtigung sei wie die zum Schadensersatz eine Entscheidung materialer Gerechtigkeit, die Haftung müsse daher dem Störer “zurechenbar” sein)が克服されて初めて、制定法の本当の存在理由(die wirkliche ratio des Gesetzes)が明らかになる。(そのよ

34 ただし一般に、トゥールの学説に対する批判的な論争が行われる場合であっても、トゥールが(支配的見解とも)共通する誤った見解から出発することによって必然的にそのような結論を引き出すにいたった、という点については、正しく理解されてはこなかった。むしろ一般に、(1004条によっても)修復義務(die Reparationspflicht)が単なる因果性によって(durch die bloße Ursächlichkeit)十分に正当化されるものとするなら、その場合には、トゥールの制定法に対する諸々の躊躇(die Skrupel v. Tuhrs gegenüber dem Gesetz)は筋違いとなるにちがいない(「その場合には」、むしろトゥールの考えと制定法の内容とが一致してしまうことであろう——<訳者注>)。

うに理解されたところの）制定法規制こそ、初めて「目的適合的決定」（Zweckmäßigkeitssentscheidung）と言いうるものである。そのように解して初めて、制定法規制はBGBの立法者によって与えられたものとなる。しかもその規制はそれ自体として、実質的に正当な解決（die sachliche richtige Lösung）なのである。

すでに確認したように³⁵、BGBの立法者たちは、19世紀に流布した次のような見解、すなわちネガトリア訴権の被告は対物訴権（actio in rem）の相手方としてただ受忍義務だけを負うとする見解には、自覚的に従わなかった（bewußt nicht gefolgt）。さらにこれもすでに示したことだが³⁶、BGBの立法者たちは、とりわけヴィントシャイトの見解、すなわち惹起者（der Urheber）だけ妨害排除義務を負うのであって、これに対して単なる占有者（der bloße Besitzer）は（被妨害者による除去行為を）受忍すべき責任を負うにすぎない、とするヴィントシャイトの見解を受け入れることもなかったのである。立法者にとって決定的であったのは次のことを洞察する、ということであった。すなわち、その当時の判例と立法において「実際上の目的適合性を図るため」³⁷に、被妨害者の自救権から身を遠ざけ、相手方（妨害者）に妨害をなす彼の物の矯正を義務づけるという傾向が存在したこと（daß in der Rechtsprechung und Gesetzgebung ihrer Zeit die Tendenz bestand, “im Interesse praktischer Zweckmäßigkeit” von dem Selbsthilferecht des Gestörten abzugehen und den Gegner zur Korrektur seiner störenden Sache zu verpflichten）を洞察する、という

35 本書69頁以下をみよ。なお、その翻訳として龍谷法学37巻4号（2005年）1頁以下、とくに20頁以下参照——〈訳者注〉。

36 本書79頁をみよ。なお、その翻訳として前掲・龍谷法学37巻4号44頁以下参照——〈訳者注〉。

37 Johow, Teilentwurf S. 1005.

ことが決定的であった³⁸。(なるほど、ローマ法上の)「対物訴権」(actio in rem)は、(被告の)行為(Tun)に向けられているのであって、(それをそのまま適用すべきかについて、物権法草案の)起草者は問題を解釈学的に提起した³⁹。(しかしながら起草者は)「実際上の目的適合性」という観点(der Gesichtspunkt der “praktischen Zweckmäßigkeit”)によって、この問題を克服した。(結果的に、物権法草案の)起草者は、妨害者に(積極的な)妨害排除義務があるものとした。というのも、「単に(被告が原告による)妨害施設の撤去を忍容するということ(patienta destruendi)を承認するだけであれば、・・・きわめて重大な実際上の不都合性(sehr große praktische Unzuträglichkeiten)が生ずるであろうし、必ずや数多くの新たな紛争が惹起されるであろう」からである⁴⁰。「第一草案理由書」(Motive)における理由説明も、物権法草案の見解と方向を同じくする。すなわち(「理由書」によれば)、このようなあるがままの(物権法草案の理解と一致するところの)排除義務こそ(die “schlechthin” bestehende Beseitigungspflicht)、「実際に望ましい法律関係の単純化」へと導くのであり(zu einer “praktisch wünschwerthen Vereinfachung des Rechtsverhältnissen” führe)、もしそう考えないと「争点の紛糾と錯綜が懸念される」だろう(“Verwicklungen und Vervielfältigung der Streitpunkte

38 Vgl. Johow, Teilentwurf S. 1008 f.; Motive III S. 426. いずれにも、それぞれ(当時の)裁判例の注記が施されている。立法については、「部分草案」で言及された法典とならんで、とりわけすでに本書でもとりあげたザクセン民法典の規制が参照されるべきである。

39 ヨハウ草案(前注37)1005頁および1008頁の叙述を参照。このような疑念(Zweifel)に関して特徴的であるのは、(ヨハウ草案によれば)ひとは目的適合性という規制を解釈学的に「説明すること」を放棄してはならない、と特記されている点である。すなわち、ヨハウの物権法部分草案においても、このような「目的適合性」という規制によって、(妨害)施設をつくった前権利者の義務が「実体的に」(“materiell”)、権利継承者に移転するという誤った考えが表明されているのである(ヨハウ草案1009頁)。

40 Johow, Teilentwurf S. 1009.

zu befürchten” seien)、とされる⁴¹。なるほど（物権法草案における）目的適合性の論証に関しては費用負担の公正さにつき疑念が生ずるかもしれないが、しかしまさしそれゆえにこそ（妨害者による積極的な）排除義務が正当化される、という。

ところで、ドイツ民法910条の存在とその成立史（Existenz und Entstehungsgeschichte des § 910）をみると、とりわけ次のことが如実に示される。すなわち、一方でネガトリア訴権の被告が行為義務を負うのか、それとも受忍義務を負うのか、という決定をなすにあたって、その基礎となった実用主義（Pragmatismus）が示される。しかし同時に他方では、立法作業にかかわった人たちについてすら、その実用主義についてしっかり理解されていなかったということも、はっきりと示されるのである。第一草案の861条は、その限りににおいて部分草案と一致する。それによると土地の所有権者は、越境してきた樹木の根と枝の除去をネガトリア訴権によって請求することができた。さらにそれ以外に自力救済（Selbsthilfe）によっても保護されていた⁴²。第二委員会（die II. Kommission）に至って初めて、次の提案、すなわち被妨害者の排除請求権を否定し自救権（Selbsthilferecht）に限定して被妨害者の救済をはかるという提案が承認された。その際、ひとは次のような理由で物権的妨害排除請求権を「十分には正当化されない」ものと考えた。というのも、たとえば自然に生育した樹木の場合には、所有権への意図的な違法侵害（ein

41 Motive III S. 425 f.

42 Vgl. Motive III S. 288 ; Teilentwurf S. 598. 現行法の910条と対応する部分草案の108条においては、なるほどこのこと（本文の内容）は表現されていない。しかしながら部分草案によれば、自力救済とともに「（被告に対して）ネガトリア訴権によって越境部分を除去せよと主張すること」が隣人の選択に委ねられていた（es dem Nachbarn neben der Selbsthilfe freistehe, “mit der Negatoria auf Beseitigung der Hinübertreibungen zu dringen”）わけであり、このことから本文で述べたことが明らかとなる。Vgl. Teilentwurf S. 598.

bewußt widerrechtlicher Eingriff in das Eigentum) は問題とならず、その隣人の過責 (Verschulden) も語り得ない、とされたからである。この場合、その隣人 (樹木所有者) は、事情次第では困難で時間を要するところの枝の除去作業 (Arbeit des Ausästens) に着手する義務を負わないですむし、むしろ端的に、妨害を受けている所有権者に自己の費用で枝を除去することを認めればいいのではないか、という⁴³。しかしながら第二委員会は、このような理由付けをすることによって、みずから引き継いだところの第一草案による規制の本質的意義を、まさしく頭から誤解したことになる。自救権は、ヨホウ (Johow) の部分草案によっても、また第一委員会によっても、被妨害者のための応急手段 (Notbehelf) として認められたものではない。そうではなく、それはまさしく、被妨害者の通常の法的防御可能性の拡張 (Erweiterung seiner [=Betroffenens] gewöhnlichen rechtlichen Verteidigungsmöglichkeit) として承認されたのである⁴⁴。これに対して第二委員会は、もっぱら正義 (Gerechtigkeit) に訴えようとするのであるが、これがいかに誤っているかを示すのが次のような考えであった。すなわち第二委員会は、妨害をなす枝や根について妨害排除責任を認めることは「十分に正当化できない」と非難する。ところが、その責任は、樹木の全体が (妨害を受けている) 隣人の所有領域にはみ出し、よってそれを除去するためにかなり高額な排除措置が必要な場合に成り立つ⁴⁵。したがってここで肝心なことは、「正義に照らして」(“gerechterweise”) 関係者のうちの誰が自然に条件付けられた状態 (der naturgegebene Zustand) を排除すべきかという問題を棚上げにしない、ということである。むしろ、その場合には、(ヨホウの) 部分草案⁴⁶が

43 Protokolle III S. 138 ff., 142.

44 Vgl. Teilentwurf S. 594 f., 597 f.; Motive III S. 287 f.

45 Vgl. Soergel-Baur § 910 Anm. 2 m. w. N.

46 Vgl. Teilentwurf S. 595, 597 f.; Planck-Brodmann § 910 Anm. 1. ただし、第二委員会にとっても当該規制の実用性 (Praktikabilität der Regelung) の観点は、なお

明示し、現行の制定法規制によっても受け継がれている目的適合性の観点（Zweckmäßigkeitgesichtspunkte）が基準となりえたのであり、かつまた基準として存在し得たのである。言い換えるならばこうである。たとえば、ドイツ民法910条によれば、（樹木の根や枝の越境を被ったところの）所有権者には自力救済が許されている。そしてこの自力救済は、必ずしも争いがないわけではないものの、広く流布した見解によれば現行法のもとでも当該所有権者の権利の拡張として認められており、ネガトリア訴権を排斥するものではない、とされる⁴⁷。しかもこの自力救済は、ごく些細な紛争における迅速な権利の実現を目的としている。その場合、相隣者間でもめ事がこじれないようにするためには、むしろそれら些細な紛争はできるだけ裁判所の権限外に置いておく方がよく、かつまたその権限外にとどめることが可能なのである。なぜなら、このような場合には、（越境してきた根や枝を）排除するための方法と態様が大体において画定しており、妨害者（越境した方の所有権者）の財産への重大な侵害をなんら要しないからである。

正当にも立法者は、排除義務を受忍義務よりも優先させていた（Die Gesetzgeber hat die Pflicht zur Beseitigung zu Recht der Duldungspflicht vorgezogen.）。排除義務は、「正義によって」は解決のつかない紛争を事

強調されたことではあった。

47 たとえば以下の裁判例や諸文献を参照。LG Tübingen RdL (Recht der Landwirtschaft) 1954, 44 ; LG Hamburg MDR 1955, 478 ; 1957, 100 ; Westermann § 66 VI 1 (S. 331) ; Wolff-Raiser § 54 I 3 ; Soergel-Baur § 910 Anm. 2 jew. m. w. N. これらと異なる見解としては、とりわけ Planck-Brodmann § 910 Anm. 2 ; Staudinger-Seuffert § 910 Anm. 4 jew. m. w. N. を参照。——〈訳者注〉ドイツ民法910条「(1) 土地の所有権者は、隣地から越境してきた樹木や灌木の根を切り取り、保持することができる。所有権者が隣地の占有者に対して相当な期間を定めてその除去を請求したが、その期間内に除去が行われない場合には、隣地から越境した枝についても、同様とする。(2) 隣地から越境した根や枝が土地の利用を妨げない場合には、（その土地の）所有権者には前項の権利を認めない。」

態適合的に解決するための規制（die sachgerechte Regelung）なのである。すなわち、妨害者の排除義務が彼の物の矯正義務（Verpflichtung zur Korrektur seiner Sachen）と解される場合には、その義務を彼（＝妨害者）に委ねてしまう、ということこそ重要なのである。それは、（ヴィンディカチオンが問題となる場合に）占有者の占有状態から他人の物を離脱させることが（ヴィンディカチオン上の義務として）占有者に課せられること、そしてそれこそが（ヴィンディカチオン上の義務として）重要性をもつと同じことである。言い換えるならば、妨害を受けた者の自力救済（Selbsthilfe der Betroffenen）は、それ自体、法的にはすでに相手方（＝妨害者）の財産へのサンクションおよび介入としての侵害を意味するのであるから、自力救済はそもそも一種の暴力行為ではないかという悪評（das Odium der Gewaltsamkeit）と対峙せざるをえない。

そして実際の紛争事例の大多数では、自力救済によって、実在する利益衝突が現実には除去されることはないであろう。そうではなくて、むしろBGBの起草者が懸念していたように、（自力救済は）新たな紛争（neue Konflikte）を引き起こす原因となるであろう。なぜなら、侵害を受けた者が侵害排除に着手するにあたり、その相手方の物を大切に扱うことがあるとしても、それは当然のことながら被侵害者自身の物を取り扱う場合ほど丁寧にはなされないであろうからである。とりわけ、次のような種類の排除が問題となる場合、すなわち（自力救済に際して）被妨害者がごくわずかな費用支出だけでその排除が可能となるようなケース、したがって一般に被妨害者が単独で排除することが期待可能なケースでは、（その自力救済としての被妨害者自身による排除は）大体において、妨害者にとってはまさしく神経を逆なでさせられるような侵害（der empfindlichste Eingriff）となることだろう。

それでは、このような利益衝突（Interessenkollision）によってどのようなジレンマが生ずるであろうか。それを示すのが、すでに紹介したBGH（龍法 '10）42 - 3, 852（1439）

の判決である（BGHZ 41, 393, Urteil vom 29. Mai 1964——〈訳者注〉）。それによれば、原告の土地上に（被告のための）担保目的の所有物（建物）が存在し、それが原告にとって妨害源となっていたところ、その排除行為が（自力救済として）原告に委ねられた、というのである（その詳細につき龍谷法学41巻2号47頁以下参照——〈訳者注〉）。もしかすると、それ以外の典型的な事実関係を挙げた方が自救権のもつ矛盾をより鮮明に浮かび上がらせることになるかもしれない。たとえば、営業施設が妨害を与えているところ、それに対して（被妨害者から）自力救済がなされた、という場面を想起してみたい。ここで被妨害者の利益に鑑みて言うなら、端的に（被害者自身が）保護措置を講ずること、すなわち彼の費用負担で施設稼働を停止することが問題となるだろう。これに対して、妨害者の利益だけを考慮するなら、その施設の維持が図られるべきことになるだろう。ただし、妨害者だけがその営業施設に関して重要な措置を講ずることができるという事態は、全く視野の外に置かれている。この場合、隣人（妨害者）の土地上の妨害施設が問題となっているわけであるから、被妨害者の利益に適うのはその施設を取り壊すこと、極端な言い方をすれば、たとえばダイナマイトを爆破させてその施設を壊すことであるだろう。そしてこの場合もまた、もっぱら相手方（妨害者）だけの利益維持に資する高額費用での保護措置を講ずる義務が被妨害者に課されることは、正当化されないであらう⁴⁸。

したがって、その意味で制定法が与えている規制は実用性に富んで

48 自救権（Selbsthilferecht）を承認することによる紛争の解決がいかに的はずれであるかを示す適切な例が、すでに示したRGZ 149, 205（Urteil vom 13. November 1935）である。この事案では、被告がその利益にかなった自救行為をおこなったところ、たちまちにして（相隣者間で）判決文所掲の法的紛争を呼び起こしたのであった（本書104頁以下、その翻訳として龍谷法学39巻2号113頁以下参照——〈訳者注〉）。

いる。こうして、RGやBGHが確たる判例の立場として承認してきたように、排除の仕方や方法 (die Art und Weise der Beseitigung) をいかに決定するかは妨害者の事柄 (Sache des Störers) なのである⁴⁹。そのような措置を通じて被妨害者の利益が充足され、しかも妨害者の利益が害される危険も生じない。したがって一般的に理解されていることと異なっていて、排除義務はサンクションではない (Die Pflicht zur Beseitigung ist danach entgegen dem allgemeinen Verständnis nicht eine Sanktion.)⁵⁰。すなわち、排除義務とは、忍容義務 (Duldungspflicht) に対してネガトリア請求権の内容が強化されたものを意味しない。あるいは被妨害者が請求しうるものの拡張を意味するのでもない。むしろこの排除義務こそは、妨害排除請求権の実現にあたって債務者 (妨害者——<訳者注>) の利益のためにも設けられた規制にはかならない (eine gerade auch im

49 それゆえ、原告 (被妨害者) は、原則として特定の排除措置 (bestimmte Maßnahmen) を請求することはできない。さらに原則として、そのような特定の排除措置を判決で確定すべきでもない。その場合、裁判所の判決として不明確とのリスクはつきまとうが、やむをえない。妨害者の意思に反する排除措置の決定は、むしろ強制執行 (Zwangsvollstreckung) の段階で初めて許されよう。たとえば妨害者が (排除措置につき) 選択権をもっているにもかかわらず、それを行しなかったような場合に初めて許されよう。この点につきRGRK § 1004 Anm. 41が広範な判例を網羅しており、注記も豊富である。さらに、とりわけ、Meisner-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin, 1970, § 38 II 2 aとその箇所の注も参照。このように、被妨害者の訴権を制限することには本質的な根拠がある。ただし、それをたしかめるための優れた感覚は、BGH (たとえばLM Nr. 5 zu § 906) がこのような (被妨害者の訴権の) 制限を、ただ単に、特定の排除措置を講ずべしとする有責判決のもつ目的不適合性 (Unzweckmäßigkeit der Verurteilung) でもって正当化する場合には失われてしまうように思われる。

50 Vgl. auch Hölder, Über Ansprüche und Einreden, AcP 93, 1902, S.21. (ただし物権的返還請求権 (Vindikation) に関する記述。) このようにして、フォン・トゥールが妨害に関する彼の不当な考えに基づき、いかにこの点 (「排除義務はサンクションではない」という点——<訳者注>) を見誤っているかが明らかとなる。Vgl. v. Tuhr, Der Allgemeiner Teil, einerseits S. 246 / 47, andererseits S. 250 ff. ; vgl. auch Wilburg, Die Elemente des Schadensersatzrechts, 1941, S. 261.

Interesse des Schuldners getroffene Reglementierung der Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs)。つまり、被妨害者がどのようにして彼の所有権の保護を請求しうるのかという方法に関して、債務者の利益のためにも設けられた規制にはかならないのである。そして排除義務こそは、そのものとして、すでにわれわれが見てきたようにネガトリア訴権がその成立をそれに負っているところのイデー、すなわち法的にコントロールされていない被侵害者の自己防衛から方向を転換するというイデー（die Idee der Abkehr von der rechtlich nicht kontrollierten Selbstverteidigung des Verletzten）をとことん突き詰めて考慮したものなのである。

第五章 ドイツ民法1004条に基づく責任の「不法性」をめぐる問題

第一節 序論

1004条の意味において要件にかなった妨害は、あるいは行為の形式で存在したり、あるいは物によって条件づけられた状態の形式で存在したりするわけであるが、その存在を確認しただけではネガトリア責任を根拠づけるために十分とはいえない。なぜなら、法秩序（die Rechtsordnung）が一定の要件のもとで妨害状態（Beeinträchtigungszustand）を（法的に）是認することがあるからである。たとえば法秩序は、そのような一定の要件のもと、保護の対象となっている権利の保有者に受忍を義務づけ¹、よっ

1 制定法によって選択された定式は——それに基づき、ひとは相隣法上の受忍義務をも包括しようとするのであるが（vgl. Planck-Brodmann § 1004 Anm. 5d）——あまり適切なものとはいえない（wenig glücklich）。なぜなら、（妨害者であるところの）相手方（der Gegner）が（被妨害者の排除行為を）甘受すべし（Hinnehmenmüssen）という意味での受忍義務を負うわけではないからである。すなわち相手方が（自己の権利領域を）みずから保護するという権利が、排斥されるわけではないからである。つまり（制定法上の受忍義務を負うところの）被妨害者は、妨害の排除を相手方に請求できないのであり、あるいは相手方の権利を行使して妨害排除を実行することができないというにすぎない。Vgl.

てその者が（ほんらい）有するネガトリア請求権を行使できないことがある（ドイツ民法1004条2項）。したがって、ヴィンディカチオーンの場合と同様にネガトリア請求権の領域においても、妨害の要件適合性とともにその（妨害の）不適法性（Unrechtmäßigkeit）が確認されなければならない。その目的は、（妨害要件としての）自身の権利領域の踰越（die Überschreitung des eigenen Rechtskreises）が特別な事情によって正当化される諸事例を（不適法性の要件確定によって）排斥するためである。

本書で主張されている構想にしたがうなら、ネガトリア請求権の領域における不法問題（das Unrechtsproblem im Bereich der actio negatoria）は、不法行為法上の損害賠償責任における不法問題とは原則的に別のものである。法と不法に関する判断（das Urteil über Recht und Unrecht）は、損害賠償責任の領域においては、侵害の原因としての過去に存在した行為（die in der Vergangenheit liegende Handlung als die Ursache einer Verletzung）と関係している。その際、不法（Unrecht）は、人の行為であれ、物の状態であれ、いずれにせよ広く包括的な意味での法秩序と現実との矛盾（Widerspruch von Rechtsordnung und Wirklichkeit）と解されている。そして（その不法が損害賠償責任の領域で問題となる場合には）、すでに発生した不法を除去することはもはやできないのであり、ただその不法の結果を原状回復させることができるにすぎないわけであるから、その場合の不法判断は、後発的サンクション、つまりは損害回復のための土台（Grundlage der nachträglichen Sanktion : der Überwälzung des Schadens）として機能する。これに対してネガトリア責任に関しては、無価値判断

auch Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 91 ff.; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 405.——<訳者注>ドイツ民法1004条2項「所有権者が受忍義務を負う場合には、（物権的妨害排除）請求権を行使することはできない。」（“Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.”）

（das Unwerturteil）が、現に存在する権利篡奪状態、ないし将来そのおそれある権利篡奪状態と関連する。この状態の原因は問題とならないし、結果的に原因の法的評価も問題とはならない。現に存在する不法（Unrecht）あるいは差し迫りつつある不法は、今も除去されるべきなのであり、またその（不法の将来的な）出現は阻止されるべきなのであるから、無価値判断は、様態命令もしくは様態禁止（Verhaltensgebot oder -verbot）のための基礎として機能する。すなわち、（妨害排除請求の）相手方が（他人の）保護された権利を実際にみずから行使する地位、そうでなくても（他人の権利に）干渉作用を与える地位を占め、あるいは占めそうになっているという事実につき、その事実つまりは自己の権利領域の踰越が特別な理由によって正当化されうるのかどうか、したがって権利者が受忍すべきであるのかどうか、が吟味される。当該ケースが、例外的にそのような正当化される理由によって受忍の対象となる場合には、権利重畳（die Rechtsüberlagerung）が生じて、それは法秩序に反するものではなく、それゆえ1004条2項が端的に示すように、ネガトリア請求権は行使されない²。これに対し、受忍義務が存在していない限り、不法に関する確認その

2 1004条2項が抗弁（*Einwendung*）を意味していることは、すでにその規定文言からして明らかであるが、とくに妨害を正しく洞察する場合には疑う余地がなくなる。そして、それは支配的見解と合致する。この点につき、vgl. Westermann, Sachenrecht § 30 I 2を参照。なお、これと異なる見解として、Planck-Brodmann § 1004 Anm. 5 d. は「むろん（1004条2項は）、訴訟法上の特殊性をもつ抗弁（*Einrede*）である。」という。さらに、別の文言定式が用いられているとはいえ、985条と1004条の同質性に鑑みて、986条についても同じことが妥当する。——〈訳者注〉ドイツ民法986条「〈1項〉占有者ないし彼がその者から占有をなすべき権利（*Recht zum Besitz*）を取得したところの間接占有者が所有権者に対して占有をなすべき権限を有する場合には、占有者は物の返還を拒絶することができる。間接占有者が、所有権者に対する関係において、占有者に占有を委ねる権限を有しない場合には、所有権者は、占有者に対して物を間接占有者に返還するように請求できる。間接占有者がその占有を再度引き受けることができない場合、または再度引き受ける意思をもたない場合には、所有権者は自己に返還するよう請求することができる。〈2項〉931条に基づいて返還請求権の譲渡が行われた物の

ものはともかくとして、結果的に次のことが明らかとなる。すなわち、現存する権利重畳の継続も、また目前の差し迫った権利重畳の発生も許されてはならない、ということが。なぜなら、もしそうでなければ、割り当てられた権利を法秩序が廃棄し、よって法秩序が事実上の権利侵奪を甘んじて受け入れようと欲していることを意味するからである³。

このように不法判断は、1004条の領域でも、ヴィンディカチオン(Vindikation)のもとで占有が適法か不適法かを確認する場合と同様の目的を追求するものとなっている。そしてまた、不法判断が等しく所与の財貨配分に関する適法性に関係する限りにおいて、この判断は利得の不当性(die Ungerechtfertigkeit einer Bereicherung)に関する判断とも重なり合う。ただ、利得の不当性に関する諸事例と比べてネガトリア要件に関する不法判断につき次の点ではその特殊性が明らかとなる。すなわち、このネガトリア要件の場合には、他人の権利を行使するという客観的不法状態(die objektive Unrechtslage der Inanspruchnahme des fremden Rechts)が⁴

占有者は、その譲渡された請求権に対抗して彼に帰属する抗弁(Einwendungen)を、新たな所有権者に対して主張することができる。」

- 3 したがって、不法判断(Unrechtsurteil)——「不法」概念については、Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., S. 189を参照——のために必要な事実的状态と人の行為態様との関連は、1004条の領域においても所与のものである。(ただし)その関連は、ただ単に過去と現在における原因と作用の関連(Beziehung von Ursache und Wirkung in der Vergangenheit und Gegenwart)として存在するのではない。そうではなく、現在と将来における事実上の所与とそれに基礎づけられた行為命令の関連(Beziehung von tatsächlicher Gegebenheit und darauf gegründetem Verhaltensbefehl in der Gegenwart und Zukunft)として存在する。この点については、ツィーテルマン(Zitelmann)に従って叙述されたフィシャー(Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 109)のもとでの考察も参照されたい。ただし、フィッシャーはネガトリア責任については「常に・・・別の考察方法が優先される(されうる)」のであり、すなわち、その別の考察方法によれば、ネガトリアについては過去になされたことに対する責任(Haftung für ein Getanhaben)が優先される、という(Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 110)。以上の点につき、とりわけ部分草案(Teilentwurf S. 1004/05)も参照。

人の行為においても成立するし、また同様に物に条件づけられた状態においても成立するのであって、それゆえ、行為としての権利重畳も、さらにまた有体的状態（körperlicher Zustand）としての権利重畳も、それらがいずれも法秩序と矛盾しているかどうか検証可能となる、という点で（ネガトリア要件の）特殊性が明らかとなる⁴。さらに1004条2項について言えば——それは法技術的にそれほど洗練された規定ではないのであるが——次のことを踏まえたものとなっている。すなわち、（ネガトリアとして問題となるところの）防御権（Abwehrrecht）を所有権者が受忍する必要のない妨害に限定することは、今日の通例的用語法に従って、行為を「違法な」（“rechtswidrige”）権利篡奪として把握し、かつまた物に条件づけられた状態を「法的に認められていない」（“rechtlich mißbilligte”）権利篡奪として把握するために、その語義において十分すぎるほど広いものである、ということ踏まえたものとなっている。（ちなみに1004条2項は「所有権者が受忍義務を負う場合にはネガトリア請求権を行使することができない」旨を規定している——〈訳者注〉）。

ともあれ、上記二つの妨害定式に基づく不法の問題性（die Unrechtsproblematik der beiden Beeinträchtigungsformen）は、それぞれ異なった側面をもつ。よって以下では、それぞれにつき、分けて論ずることにしたい。

4 それゆえ、（ネガトリア）責任にとって重要なファクターとして違法行為を除外するため、985条を援用しても、それだけでは不十分である。しかし、たとえばエッサーやアイケ・シュミットの立場はこれと異なる。Vgl. Esser, Schuldrecht § 113 II 3a ; E. Schmidt, Fahrlässigkeit und Rechtfertigung im Bürgerlichen Recht, 1966, S. 80.