

物権的妨害排除請求権・再論（１）

——根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）の
ご指摘に答える——

川 角 由 和

〈目 次〉

第1章 序 論

第2章 根本尚徳教授の見解・概論

- (1) はじめに
- (2) 第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」
 - ① 「権利的構成説」
 - ② 「不法行為法的構成説」
 - ③ 「不可侵性理論」
 - ④ 「違法侵害説」
 - ⑤ 「複合構造説」
- (3) 第2章「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」
- (4) 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分析」
- (5) 第4章「我が国の物権的請求権理論に関する分析および違法侵害説の解釈論的基礎付け」
 - ① 川島「責任説」
 - ② 於保説
 - ③ 川角説

第3章 根本教授の私見へのご指摘と回答

- ① 「根拠の未解明」というご批判について
 - 〔i〕 ご批判の趣旨
 - 〔ii〕 筆者の回答
 - 〔iii〕 拙論とピッカー説との関係
- ② 「川島博士、於保博士による主張と川角教授の理由付けとが実質的に両立可能であること」というご批判について
 - 〔i〕 ご批判の趣旨
 - 〔ii〕 筆者の回答
 - 〔iii〕 「忍容請求権」形成の論理とそれに対する批判的考察——川島

「責任説」を中心に

- ③ 根本教授の最終的な「立場」の確認 (以上、本号)

第4章 根本教授によるピッカー説及び原鳥説の位置づけとそれへの批判

(1) ピッカー説について

- ① 「市民法秩序」とこれに基づく（その下位概念としての）「財貨帰属秩序」の具体化としての「物権」及びそれに対応する（物権内在的な）「物権的請求権」
- ② 法による「割当て機能」の所産としての「主観的法的地位」のためのネガトリア的保護請求権の限定的拡張（無原則的な「あらゆる法益侵害」へのネガトリア的保護請求権の否定）

(2) 原鳥説について

- ① 民事違法論の新たな位置づけの所産としての「権利論」・「物権的請求権論」
- ② 原鳥説における「法秩序論」とそれへの客観的違法判断に基づくリアクションとしての「差止請求権論」（「相関関係的」利益衡量の全面否定）

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除請求権（差止請求権理論）の展望

- ① 「日照妨害」に関する態度決定の問題
- ② 「国立景観権訴訟」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について
- ③ 「ピッカー教授の見解がわが国でいかなる意味をもちうるか」という疑問に答えるという課題
- ④ 「行為請求権説」的「物権的請求権」論を肯定する今日の諸論稿の「評価」に関する問題
- ⑤ 差止請求権に関する「立法構想」の評価について

第6章 結 語

第1章 序 論

根本尚徳教授（以下、根本教授とよぶ¹⁾）は、早稲田大学大学院 法学

1 本稿では、著者名等の表記につき、基本的に故人を含めて「教授」（場合によっては「博士」）という敬称を統一的に用いることにする（准教授も含めて教授と呼ぶ。また教授と博士の使い分けの境界線は必ずしも明確なものではない。筆者の主観的判断による〔基本的に明治期の民法学者、とりわけ立法者にノ

研究科在籍中の2005年以来、「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察——差止請求権の基礎理論序説」と題する一連の力作を公表されてきた²。その後根本教授は、早稲田大学法学部助手、明治学院大学講師を経て、現在北海道大学で研究・教育にあたっておられる。そして2011年、大著『差止請求権の理論』（有斐閣）を公刊された。これには、すでに吉村良一教授の書評がある³。根本教授は、筆者（川角）に対しても、公刊早々に献本をしていただいた。礼状は出したが、書評めいたものを書くことはできなかった⁴。この度、きわめて簡略なものであるが、根本教授の大著に関する「研究ノート」的なものを原稿にする機会を得ることができた。筆者の理解不足や勉強不足のため、大変いたらぬ論作に

ゝは「博士」を付する))。なお、筆者の別の論稿では、一切敬称抜きで表記しているものもある。その違いは、もっぱら論稿毎の「内容」に応じた便宜的な使い分けがなされていることによる（たとえば明治時代以降の民法学の歴史的展開に重点を置いた論稿では、戦前・戦後を通じて一切敬称抜きで通そうとしているものもある〔現在執筆中であり、未完のもの。なおその一部として、龍谷法学49巻4号〔2017年〕5頁以下の拙稿〔「法社会学論争」の教訓（一）——「市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・一つの素描」を参照〕〕。この点、ご了解を得たい。

2 根本教授のこの論稿は、(1)から(9)まで続くものであったが、論文自体は未完であった。その後、未完の部分を加筆され、かつ旧稿を修正・補充して完成したものが、あとで示す大作『差止請求権の理論』であった。

3 吉村良一「民法学のあゆみ・根本尚徳著『差止請求権の理論』（有斐閣、2011年）」法律時報85巻8号（2013年）104頁以下。これに対して根本教授の応答が、「差止請求権理論の課題と展望（上）（下）」として出された。法律時報88巻9号（2016年）112頁以下、法律時報88巻10号（2016年）90頁以下。本稿では、これらの文献を必要な限りで引用するにとどめる。

4 はなはだ言い訳がましいことであるが、筆者は体調不良のため2012年2月に手術を受け入院した。それ以来、重い後遺症に悩まされ続けてきた。その後、3年ほど原稿が書けなかった。最近、ようやく原稿らしきものを書けるようになってきた。そこで「研究ノート」として、本稿を著すことにした次第である。ただし若干頁数がかさんだため、分割して公表することにした。すなわち、その第一部を龍谷法学本号に掲載する。そして第二部以下を龍谷法学50巻2号以降に掲載する予定である。

なったと思う。この点、根本教授にはあらかじめご寛容をお願いするしかない。

ところで筆者が、この「研究ノート」を書こうと動機づけられたのは、根本教授がその大著の中で、筆者の見解を詳しく取り上げてくださり、幾つかの問題提起をされたからである⁵。これは筆者にとってきわめて光栄なことであった。まずそのこと自体、心から感謝申し上げなければならない。ともあれそれ以来、根本教授に対して、その問題提起にお答えしなければならない、という一種の義務感にかられ続けてきた。ただし、もっぱら義務感からものを書くのであるから、その内容もおのずと粗末なものにならざるをえない。すなわち本稿は、根本教授の『差止請求権の理論』で示された雄大な構想（「古典理論」と共に「新たな問題」に立ち向かう姿勢⁶）からすれば、きわめて狭隘な視点から書かれたものでしかない。つまり、筆者が以前から書き連ねてきた「物権的妨害排除請求権論」⁷という限定された視点からだけ、根本教授の大著に応答するにすぎない。とはいえ、筆者は恩師原島重義教授から多大な教えを受けて今日に至っている。不肖な弟子にすぎないが、原島「権利論」（さらには原島教授の環境利用秩序論・競争秩序論）は、早い段階（大学院生時代以降）からなじみ親し

5 根本尚徳『差止請求権の理論』（2011年）366-388頁。詳細は後述する。

6 根本説における「古典的な問題」と「新しい問題」の意味づけについては、本稿後注11を参照。

7 最近のものとしては、拙稿・川角「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巻4号（2008年）101頁以下がある（本稿では、これを「到達点」論文として引用する箇所もある）。その冒頭に、幾つかの関連する筆者の論文が指示されている（それらについては、必要な限りで後ほど本稿において引用する）。なおこの論稿は、その後若干の手を加えて、川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』（日本評論社、2011年）267頁以下に収録している（本稿での引用は、後者による）。なお、本稿では引用文献は、基本的に注記して示すが、技術上の制約を受けた箇所（特に注記番号を動かすことが困難な箇所では）、本文中に引用文献を括弧内に掲記することがある。ご了解願いたい。

み、いわば「血肉」にしてきたつもりである。根本教授も、原島理論に注目されている⁸。そこで本稿続編では、原島「権利論」（及び環境利用秩序論・競争秩序論）についても言及する。また、根本教授が深く関心を寄せるピッカー教授の見解についても触れる（特に根本教授の根源的理論たる「違法侵害説」とピッカー説との関係づけは重大である⁹）。ちなみに筆者は、通算して3年ほどドイツ留学の経験があるが、その全期間テュービンゲン大学でピッカー教授に Betreuer となっていたいただき、懇切なご指導を賜った。突き詰めて言えば、筆者の見解は、こと物権的妨害排除請求権論に関する限り、そのほぼすべてをピッカー理論に負っていると言っても過言ではない。したがって、ピッカー教授の見解に関する根本教授の所説についても、若干の検討を試みざるをえない。それ以外の論点は、およそ本稿の視野の外に置かれる（関連する幾つかの論点に関して「試論」的コメントをなすにすぎない。ちなみに、筆者が根本教授の見解を批判的に考察するにあたって、最低限必要と思われた論点についても、若干の検討を試みている。とくに本稿第5章①②⑤がそれである）。

以下では、まず根本教授の御著作の内容を概観する（第2章）。その上で、教授から私見に対して向けられた問題提起を明らかにし、筆者なりの回答を呈示する（第3章①②）。かつまた根本教授ご自身の最終的結論を確認しておきたい（第3章③。ここまでが本稿の射程範囲である）。その

8 根本・前掲書（前注5）41頁（130頁注80と81）、43頁以下（131頁注92以下一連の注）、64頁（143頁注160）、76頁（注205と206）、95頁（159頁注280）、126頁注28以下一連の注、127頁注39と40、165頁注321、402頁注85、403頁注97、425頁以下などに原島説への言及がある。ちなみに根本教授は、その95頁で、原島重義教授を、舟橋諄一教授や加藤一郎教授らと同じ「違法侵害説を支持する論者」とされている。これには面食らった。この点については、本稿続編（龍谷法学50巻2号）で、重点的な検証を試みることになる。

9 根本・前掲書（前注5）220頁では、根本教授の「違法侵害説」とピッカー説とが同じラインの上で把握されようとしている。本稿では、その当否を根底的に検討することになろう。

後——本稿続編で——根本教授によるピッカー説と原島説の位置づけに関して若干の考察を試みる（第4章）。さらに幾つかの関連問題を「試論」的に提示しておく（第5章）。そして「結語」において、本稿を締めくくりにすることにする（第6章）。以下、早速、根本教授の大著の概要から始めよう。

第2章 根本尚徳教授の見解・概論¹⁰

(1) はじめに

根本教授の御著作の構成は、以下の通りである。まず「序章」が置かれ、そこで問題の所在、分析の視点、分析の進め方、差止請求権の「発生根拠」という概念の意義、さらに全体の概観が試みられている。それを受けて第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」が展開される。ここでは「権利的構成（人格権説、環境権説）」、「不法行為法的構成」、「不可侵性理論」、「違法侵害説」、「複合構造説」が考察されている。第2章は「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」を詳細に論じている。その上で第3章は「ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠をめぐる分析」に入る。ここで改めてピッカー説の意義が確認される。第4章では目を転じて「我が国の物権的請求権理論に関する分析および違法侵害説の解釈論的基礎付け」が展開されている。川島・責任説、於保説さらに拙論の紹介と問題点の指摘がなされたのち、「違法侵害説の解釈論的基礎付け」が試み

10 なお、根本尚徳・前掲論文「差止請求権理論の課題と展望（上）」法律時報88巻9号（前注3）112-115頁では、根本教授ご自身の「自著解題」がなされている。本稿では、それを踏まえつつも、より詳しく、かつ独自に根本説の概観を試みる。その際、可能な限り客観的、また正確に根本説の概要を指摘することが主たる目的であること、言うまでもない。ただし本稿では、必要と思われる範囲で筆者（川角）独自の見解（私見）を差し挟んだり、根本説に対して批判的コメントをしている箇所がある（主に注記部分）。この点、あらかじめご了承ください。

られる（要するに根本教授は、末弘＝舟橋説的「違法侵害説」を支持し、それをさらに展開しようとする）。そして「終章」では、主に、幾つかの残された問題点が指摘されている。

ここでは、上記「序章」と「終章」は基本的に飛ばす。第1章から第4章までの根本教授の分析の概要のみ、重点的に提示する。とはいえ根本教授の大著は、第1章から第4章に限定しても約370頁に及ぶものである。それを要約するのは至難の業に近い。ごく荒っぽい「概論」にならざるをえないが、とにかくにも根本説の「輪郭」のみ描いておけば、さしあたりは足りよう。

（2）第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析

ここでまず根本教授は、「我が国において主張された差止請求権の発生根拠論のうち、いずれの説が前章〔根本モノグラフィーの「序章」にあたる箇所——引用者〕において指摘した諸問題（差止請求権をめぐる「新たな問題」と「古典的な問題」）を最も合理的かつ体系整合的に解決しうるか。——すなわち、どの説が一般的・統一的な発生根拠論として成り立ちうるか——を分析すること」が「本章の目的」である、とする¹¹（亀甲括弧内・引用者。丸括弧内・原書）。その上で、最初に取り上げられるのが「権利的構成（人格権説、環境権説）」であった。

11 根本・前掲書（前注5）23頁。また同頁では、その分析の視点を諸学説の「理論的問題点」に重点を置き、その「社会的背景などに関する分析などには行わない」と述べている。なお「古典的な問題」とは「私人の個人的法益が違法に侵害されている場合において、これを排除するために生ずべき差止請求権は、一体どのような根拠に基づいて発生するものと解すべきか」という問題であり、「新たな問題」とは単なる「私的権利・法益への侵害」を越えた「競争秩序違反行為あるいは環境保全秩序違反行為」に基づく差止請求権の発生根拠に関する問題である、とする。前者につき根本・前掲書7頁、後者につき根本・前掲書2頁以下参照。

① 「権利的構成説」

根本教授は、この「権利的構成」が、差止請求権の形式的発生根拠に関する「我が国における伝統的な通説である」と位置づけている。そして物権の請求権理論については第4章で集中的に検討するので、本章では「人格権説」と「環境権説」だけを取り上げる、とする¹²。まず根本教授にとっても、当該権利が「排他的支配性」をもつ場合には、その権利への客観的侵害がありさえすれば、侵害者の主観的態様（故意・過失）及び「損害」発生の有無を問うことなく、差止請求権が発動されるべきこと、当然であった¹³。ただ根本説によれば、従来の「権利的構成」でもって「環境権」及び「人格権」を問題にする場合、その両者が「排他的支配性」をもつ「権利」と言えるのか、そもそも問題となる。すなわち民法上の「権利」（所有権を典型とする）を、法的割当てがそれに帰属する財貨支配権として捉える限り、そもそも「環境」はその地域に居住する市民全体の共同の法益であって、これを私人に「割当てられた領域」つまりは「排他的支配権」としての「権利」と構成することは不自然であり、無理がある¹⁴。

12 根本・前掲書（前注5）24頁。

13 根本・前掲書（前注5）49頁参照。

14 根本・前掲書（前注5）31頁参照。ただし、この観点は「古典的権利論」に基づいて人格利益のみならず環境利益についても、これらをあえて「権利」構成する必要はない、とする原島重義教授の見解に帰着する。原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（2011年）445頁以下参照。そこで原島教授は、「環境権論」の主張する「受忍限度論」批判および「違法段階説」批判を正当としつつ、「環境権論」がむしろ社会法的立場に立っていることを指摘した上で、市民法（民法）の観点から——あくまで環境を「権利構成」せず——「受忍限度論」・「違法段階説」を批判するための理論的根拠を独自に割定しようとする。そしてそれを「論証」するために、わが国「学説・判例」における「権利論不在」の不法行為法一元論的「民事違法論」を徹底的に批判している。こうして原島教授は、「環境権論」が「環境共有の法理」の上に立って、環境を一種の「共有権」構成している点（市民一人ひとりに「環境」の「持分権」を承認することに帰結しうる点）の「無理」を指摘しながらも、「環境破壊の実体」がある限り、あくまでも「受忍限度論」・「違法段階説」の適用を正メ

同様に「人格」（生命、身体、健康など）は、むしろ「権利」の土台であって、それをあえて「権利構成」する必要はない¹⁵。むしろ問われるべきは、

面から排除し、直ちに差止請求権の発動を認めるという結論においては、「環境権論」も原島理論も、その立場を同じくするのである。それを見落としてはならない。にもかかわらず根本教授は、「環境権論」が受忍限度論的発想を拒むもの¹⁶としてそれを批判する（「環境破壊の実体」が立証される限り、受忍限度論的発想を排して、直ちに差止請求権の発動を認めることは当然り前のことであり、〔すでに述べたように〕この点で原島教授も、その「環境権論」の基本的立場に同意するのである）。しかも、その際根本教授は、好美教授の「日照権の法的保護（中）」ジュリスト493号（1971年）107頁以下、特に112頁を挙げて「人間の快適な生活そのものの妨害」に対する物権的請求権の成否を判断するためには（中略）「諸事情の総合的考慮による客観的違法性ないし受忍限度論」が採用されざるを得ない」と引用し、自己の立場を正当化しようとしている。この好美教授の見解は、その論題にあるように、もっぱら「日照権の法的保護」を対象に展開されたものである。これを「環境権論」が前提としている——大阪国際空港騒音事件にみられるような——「環境破壊の実体」あるケースと直結させてはならない。にもかかわらず根本教授は、それを自覚的に「直結させて」、自己の相関関係説的「違法侵害説」の正当化を図ろうとしている。しかも環境への「侵害行為の社会的価値や公共性」をも利益衡量の対象とすべし、とまで言っている（根本・前掲書〔前注5〕31頁）。そのために根本説は、好美説を引用しているわけだが、すでに指摘した通り、好美説が主に「日照権の法的保護」を論じていること（その点で考察対象を限定していること）を直視すべきあるにもかかわらず、それを不当に一般化して、結果的に「環境権論」による「受忍限度論」批判を封じ込めようとする。このような一種の「我田引水」的学説引用は、根本教授の所説において顕著に見られるところである。同時にそれは、根本教授の著作（前掲書〔前注5〕）の価値を根底的に揺るがすものとなっている。ちなみに根本説は、その後原島教授の所説にも言及して、上記筆者（川角）の指摘と同様の観点を、いちおう披露している（根本・前掲書〔前注5〕43-44頁）。しかしながら、肝心の「受忍限度論批判」に関する原島教授の所説に関する引用は全くない。そもそも原島説においては、その「環境利用秩序違反」においても、また「競争秩序違反」においても、相関関係説的＝違法侵害説的「利益衡量」の余地はないのである。にもかかわらず根本教授は、一貫して「違法侵害説」的な学説の読み込み方をするから、挙げ句の果てに、原島教授をも「違法侵害説」支持者に仕立てあげているのである。根本・前掲書95頁参照。これも「我田引水」の典型的な見本であろう。

15 根本・前掲書（前注5）41頁（人格について）及び44頁（環境について）を参照。根本教授は、主に原島重義教授の「権利論」に依拠し、それをほぼ全

「新たな問題」として登場してきた「日照権」の位置づけ（広義の環境問題ないし生活環境問題）、あるいは「名誉やプライバシー」（人格的諸利益）の法的評価であり、それらの差止請求権発生要件適合性であった。要するに根本教授は、これら「新たな問題」においては、権利と権利の衝突（たとえば日照権では、隣人の居住権・建物所有権と日照権との衝突。また名誉権では、侵害者の「表現の自由」・「国民の知る権利」との衝突）が不可避なので「利益衡量」が避けられず、侵害即差止めとはならない、と指摘する¹⁶。

↘面的に肯定している。なお本稿前注14も参照。

16 根本・前掲書（前注5）31頁以下。根本教授は、日照権、名誉権、プライバシー権などの権利構成の問題も取り上げている。そして結論として、それらの権利構成には否定的である。根本・前掲書38頁以下参照。ちなみに「名誉侵害」と「表現の自由」との「衝突論」には、疑問がある。なぜなら、北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）が言うように、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は（中略）人格権としての名誉権に基づき、加害者に対して、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」ことが、前提論としてまず存在する。それに対し、被告（出版会社・新聞社等）が「表現の自由」（憲法21条1項）の優位性を「抗弁」として主張・立証できた限りで、例外的に違法性阻却事由が生ずるにすぎない。ちなみに上記「判決理由」中の「違法に侵害され」という文言は、被害者の「同意」なしに事実と異なった出版行為をし、もって本来あるべき「名誉」状態に客観的な齟齬が生ずるという現在的事態の発生を指すもの、と解すべきである。これを「違法侵害説」的に読み込んで、違法評価のなかに「相関関係的利益衡量」を持ち込むべきではない（持ち込んだ場合にだけ、「名誉保護」と「表現の自由」が並列化される）。しかし、そもそも人の「名誉」を侵害する「自由」は、「表現の自由」には入らないのではないか。これが原則であろう。これに対する「例外抗弁許容」の指標は、さしあたり①出版報道の内容的「公共性」の認定がされること、②出版・発行主体が「公益目的性」を有していること、③出版報道の内容が「事実」であること、としておいてよいだろう。なお、たしかに出版の事前差止めは「表現の自由」との関係で「検閲」（ないし出版行為の「事前抑制」）に繋がりうる、という指摘は無視できない。五十嵐清『人格権法概説』（2003年）277頁参照。その場合は、「名誉」を侵害される蓋然性の高さと当該「名誉」の内容的価値如何（要するに、被侵害法益たる「名誉」そのものの現在的事態の客観的な法的評価如何）が事前差止めを許容するか否かの基準とされるべきである、と考える。

その上で、もっぱら舟橋諄一教授の違法侵害説による「柔軟」な、権利的構成の「硬直性」を嫌う見解に賛同の意を表している¹⁷。

② 「不法行為法的構成説」

それでは「不法行為法的構成」はどうか。根本教授は、これを「近時の有力説」と評している¹⁸。不法行為法的構成の論拠として、整理されてい

ゝ、「回復困難な損害を被る虞がある」ことの立証まで要求すべきかどうか、は問題であるとする。この点、五十嵐・前掲書同頁及び民事保全法23条1項・2項参照〔民保23条2項は、「仮の地位を定める仮処分」要件につき、確かに「著しい損害又は急迫の危険を避けるため」と規定しているが、前者の「著しい損害」要件は立法上問題を残しているとする。別稿で検討したい〕。さらに学説と判例の一般的状況につき、とりあえず中島雅「名誉・プライバシー」内田貴＝大村敦志（編）『民法の争点』（2007年）304頁以下（名誉については、不法行為法的「名誉毀損」の考察を主としている）、さらに同『争点』44頁以下の山本敬三「人格権」も参照（人格権ないし人格利益と憲法上の基本権〔たとえば「表現の自由」〕との「衡量」を出発点として置き、その上で当該人格権の「帰属割当性」の認定を、基本権との「衡量」を媒介にして承認しうる理論的枠組みが設定されようとしている。言い換えれば、基本権との衡量の「対象」として「帰属割当の人格権とでもいふべきもの」が指定されようとしている。山本〔敬〕「人格権」47頁）。

17 根本・前掲書（前注5）37頁。この箇所では根本教授は、舟橋教授による「環境権構成」批判、「人格権構成」批判に関わる見解を、単にそのまま引用しているだけである。ところで、この舟橋説と原島教授の「人格秩序論」・「環境利用秩序論」は、根本的に対立する学説である（根本・前掲書165頁注5参照。要するに、原島教授による徹底した舟橋説批判を、根本教授も無視できないわけである）。それをいとも安易に同じ項目（「権利的構成説」批判の箇所）で、舟橋説と原島説とを、相並べるかのように引用する態度は、根底的に誤っている（根本・前掲書37頁の舟橋説引用箇所と根本・前掲書41頁及び43-44頁の原島説引用箇所とを相互に読み比べ、かつ原島「権利論の推移」・同・前掲書〔前注14〕449頁以下の「相関関係的利益衡量説」・「受忍限度論」・「違法段階説」に対するラディカルな批判的態度を総合的に考慮されたい。そうすれば、根本教授の学説引用の仕方がいかに自己都合的〔＝「我田引水」的〕あり、かつ不用意であるか、がよく分かる）。

18 根本・前掲書（前注5）49頁。ちなみに、根本教授は、大塚教授の所説を「不法行為法的構成説」の中に組み入れている。根本（前注5）50頁注120参照。ところが、その注120が記されている根本135頁を見ると、「権利的構成と不法行為的構成の二元説」として大塚説を位置づけている。おそらくそこで根本教

る点を簡潔に列挙するならば、こうである。第一に被害者を金銭による損害賠償で保護するよりも現に存在する侵害状態を除去する方が被害者保護に資するのであり、金銭賠償を規定する民法417条を準用する722条1項も、差止請求権を積極的に禁止する趣旨を含むものではない。第二に（広く違法性を要件とする）不法行為法的構成の方が「権利的構成」の「硬直さ」を回避することができる点で優れている。さらに第三に、違法侵害に対する救済方法として、民法は一般原則たる不法行為制度を置き、その特別法として物権的請求権制度を位置づけているところ、「一般理論よりも特別理論の適用は厳格でなければならない」との論理に従えば、不法行為法的構成によるべきことになる¹⁹。そのさい根本教授は、このような不法行為法的構成に対しては、すでに好美清光教授及び澤井裕教授から網羅的な批判が展開されていることを示す²⁰。そこで根本教授も、これら二教授による批判を素材に「不法行為法的構成」を批判する。それを筆者なりに要約すれば、こうである。すなわち、まず物権的請求権制度を不法行為制度の「特別理論」と位置づける「不法行為法的構成」は、不法行為が適用されるべき事案と物権的請求権が適用されるべき事案を同一視している。しかしそれは決定的な誤りである。なぜなら不法行為制度の目的は、過去に生じた損害の賠償（いわゆる「原状回復」を含めたところの「損害賠償」）にほかならない。これに対して、物権的請求権制度は「現在の円満な権利状態の保全」を目的としているのであって、とりわけ物権的妨害排除請求権の効果とされる「妨害排除」と「損害賠償」は厳格に区別されなければならない。なぜなら「妨害排除」とは「現在以降物権侵害が生じないようにその原因（Quelle）の除去に向けられ、損害賠償は、惹起された被害物の変化（＝

ㄋ授は、大塚教授の「二元説」も「不法行為法的構成説」の重流と規定されているものと解しうる。

19 根本・前掲書（前注5）50頁参照。

20 根本・前掲書（前注5）51頁参照。

損害）を元の状態に復旧させることに向けられる」からである²¹。また不法行為責任が成立するためには「帰責事由」（故意又は過失）が必要であるのに対し、差止請求権が発生するために「帰責事由」は不要である²²。さらに根本教授は、709条の「適用ないし類推適用」することによって「侵害（損害）」の事前差止を提唱する大塚直教授の見解についても、ほぼ上記の理由から批判している²³。加えて根本教授は、不法行為法的構成が

21 根本・前掲書（前注5）52頁。

22 根本・前掲書（前注5）54頁以下。なお根本教授は、最近の不法行為法学における「過失論」（客観的義務違反論・過失一元論）についても検討している。たとえば根本・前掲書138-140頁注142の記述を参照。その上で、当該新理論においても「過失」要件が不可欠の前提となっていることを論証しようとする。さらに根本教授は、赤松美登里教授の研究に着目し、ドイツ法において判例・学説が一般的的不作為の訴（die allgemeine Unterlassungsklage）を不法行為の効果から解放し、所有権に基づく妨害排除請求権を規定するドイツ民法1004条の「類推適用」論へと転換した事実を指摘している。根本・前掲書68頁以下参照。

23 根本・前掲書（前注5）73頁以下参照。その後、大塚教授は「不法行為構成はあくまでも仮託である」とされる。大塚直「差止根拠論の新展開について——近時の議論に対する批判的検討」『前田庸先生寿喜記念・企業法の変遷』（2009年）47頁以下、特に61頁参照。それにしても「仮託」とは意味不明である（根本教授も、大塚教授の「仮託」論を「真意がどこにあるのか——良く理解することができない」と述べている。根本・前掲書152-153頁注233。特に153頁）。もし単なる「仮託」であるのなら、大塚教授も承認される「物権的請求権」に「仮託」してもよいはずである（ちなみに大塚教授は、立法者梅謙次郎の見解を踏まえ、旧民法典財産編36条の意味での「訴権」としての「物権的請求権」については、これを立法者も承認していたと思われるがゆえに、わが現行民法上も「物権的請求権」は認められるべきである、とする。大塚「生活妨害の差止に関する基礎的考察（2）——物権的妨害排除請求権と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌103巻6号〔1986年〕116頁以下、特に203頁参照）。ましてや、「物権的請求権」それ自体が——旧民法財産編36条に依拠しなくても——わが国で判例・通説によりすでに確固たる承認を受けていることを前提とするならば、むしろ「物権的請求権」に「仮託」して、一定の要件の下に広く「差止請求権」を認めていくことの方が、法体系上の矛盾も少なくてむしろである。大塚説において、なにより「不法行為構成への仮託」でなければならないのか。説得力のある論証がされているだろうか。ちなみに、大塚説（前掲・法協論文〔1〕106頁及び117頁）が主に依拠するフランスの学説・判例

722条1項の「解釈」として差止請求権を引き出すことの「虚構性」を説く好美説を支持して、自説（不法行為法的構成・批判）のための補強を行っている²⁴。

ㄨ例自体の特異性、及びそれを克服しようとするフランス学説の動向については、vgl. Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 59 ff. なお筆者によるピッカー説の翻訳として、拙訳・川角「エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権』〔2〕」龍谷法学37巻3号〔2004年〕1頁以下、特にフランス法につき、36-41頁を参照。

24 根本・前掲書（前注5）78頁参照。たしかに、好美教授の所説（「日照権の法的構造（下）」ジュリスト494号〔1971年〕113頁以下、特に117頁）は、綿密な立法者意思探求の上で、上記「虚構性」を論証している。なお根本教授は、フランス民法1382条及び旧民法財産編386条に依拠して、現行722条1項の「解釈」に基づく差止請求の余地を承認する大塚直教授の見解（「生活妨害の差止に関する基礎的研究（3）——物権的妨害排除請求権と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌103巻8号〔1986年〕60頁以下、特に106頁以下）に、一応は留意している。この点、根本教授は、大塚説に対しては態度保留の上で、あくまで自説（不法行為法的構成・批判）を維持しようとする（そのような根本説の態度自体は、必ずしも学問的に筋が通ったものとは言い難い）。——ここで、ついでながら大塚説について一言しておく。大塚教授は、まず現行722条1項を「比較法的に見ると、かなり特異なものというべきである」とされる。それは当たっているかも知れない（ただし英米法は「金銭賠償」を原則とし、エクイティによって injunction〔差止命令〕が認められるにすぎない、とされる。大塚・前掲論文106頁）。問題はその先である。大塚教授は、フランス民法1382条（現行1240条）では、不法行為の効果としての損害賠償は、《réparer》とされているのみだが、今日の学説上それは、réparation en nature（「現実賠償」）のことを指すと解され、しかもこの中に「現在及び将来の損害に対する裁判官の命令（差止）が含まれると解するのが、判例・学説上一般である」と述べている。しかし筆者（川角）の理解によれば、これは、そもそも物権的請求権を規定していないフランス民法典の「ローマ訴権法痕跡主義」（これは筆者のネーミング）の必然的帰結であった、と思われる。つまりフランス民法典（1804年）は、なるほどその544条において、個人主義的所有権の一大原則を打ち立てはした（La propriété est le droit de jouir et disposer des chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les loi ou par les règlements）。しかしながらフランス民法典は、所有権を保護するための物権的請求権（ないし差止請求権）を知らなかった（請求権〔Anspruch〕概念自体、その後1856年ドイツ・ヴィントシャイトによって初めて確立されたことは、周知のことに属する）。したがって、フランスの学説・判例は「物権的妨害排除ノ

「請求権」なるものを、もっぱら不法行為規定を援用して承認するほかなかったのである（すなわちフォート *faute* を要件としない不法行為責任、つまりは無過失責任構成。それも侵害排除・結果排除・補償責任などの厳密な区別なしに不法行為法へ流し込んだところのもの）。以上につき、その後のフランス学説の展開も含め、vgl. Picker (Fn. 23), S. 59 ff. ちなみに、わが国旧民法財産編386条1項は「金銭賠償」を原則としながら、2項で例外的に「直接履行ノ訴」を規定する（直接履行訴権は現行414条にも規定するところだが、これは本来「債権の効力」に関する規定であって、主として金銭賠償の強制、もしくはせいぜい〔損害賠償としての〕「原状回復」の強制のみをその効力とするにすぎない。むしろ「代替執行」等も規定しているが、それについてはここでは論外とする）。いずれにせよ、そこから大塚教授のように「差止請求権」の根拠を引き出すのは、そもそも無理があるのではないだろうか。つまり旧民法財産編386条自体、あくまで「金銭賠償」を原則としていたことは厳然たる事実であり、立法提案者穂積陳重博士もその「既成法典」（「旧民法」）の立場を是としていたのである（「其儘二用ヤタ」という穂積博士の言葉は重い。そしてこのことは、大塚教授ご自身が指摘されていることである。大塚・前掲論文111頁参照）。さらに、それを補充する意味で、穂積博士は「原状回復」の「不便」性を持ち出し、よって「金銭賠償」を原則とするところの「既成法典」の「主義ガ便利ナコトデアラウ」と判断したのである。すなわち、ここで穂積博士が検討したのは、もっぱら「金銭賠償」と「原状回復」の対比問題そのものであった。穂積博士の念頭には、おそらく「差止請求権」の実体のかけらすらなかったのではないか。——ちなみに、所有権規定の立法提案者・梅謙次郎博士が「物権的請求権」の条文化を見送ったのは、「本権ノ訴」としての「物権的請求権」を権利ごとに規定することが「寔ニ煩ハシイ」からであった（この点については、本稿後注173も参照）。したがって立法者意思としては、物権の効力として「物権的請求権」ないし「差止請求権」を規定する腹づもりは一応あったのである。ただ梅博士は、もっぱら立法技術上困難と判断したから、明文規定を置かなかったにすぎない。以上につき、川角「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（2・完）」九大法学51号（1986年）29頁以下参照。ともあれ大塚教授が、上記穂積陳重博士の見解から不法行為責任の効果として「差止請求権」を引き出すのは、やや強引にすぎよう。この点に関し、くどいようであるが、再度念を押しておきたいことがある。それは、立法提案者たる穂積博士が「其儘二用ヤタ」ところの対象は、旧民法財産編386条であって、決してボアソナードの「注釈」ではなかった、ということである。しかも、ボアソナード自身、あくまで「金銭賠償」を原則としているにとどまるのであり、その上で「可能かつ有用」なときに限って「現実賠償」（*réparation*）を、その例外として承認するにすぎない。仮にフランスで、不法行為の効果として「現実賠償（差止）」を認めることが判例の立場であるとしたとしても、ボアソナードが「差止め」まで

③ 「不可侵性理論」

次に「不可侵性理論」に移ろう。ここで根本教授は、「不可侵性理論はすでに過去の学説である」という²⁵。にもかかわらず、この理論に立ち入るのはなぜか。根本教授によれば、以下の二点がその理由であるとされる。一つは、不可侵性理論が「違法侵害説」の基礎となったという認識があるからである。その二は、不可侵性理論が「なぜ破綻したのか、その原因を分析すること」が、差止請求権の「あるべき発生根拠」を探求するために「有益」、とされたからである²⁶。すでに広く知られているように「不可侵性理論」とは、物権・債権の区別に囚われることなく「権利一般の通有性」を根拠に、あらゆる権利に「妨害排除の効力」を認めようとする見解であった²⁷。しかしながら、これはすぐさま強い批判にさらされた。それはなぜであったか。まずなによりも、物権的請求権の独自性を重視せざるをえないからであった（客観的違法状態の現的存在を前提にして、「侵害者」の故意・過失を問題とせずに発生するところの物権的請求権の独自性）²⁸。さらに、

ゝ含めて例外的「現実賠償」を許容していたと解するのは、やや「我田引水」的にすぎよう。損害賠償としての「原状回復」と物権的「妨害排除」を、そもそも厳密に区別しようとし²⁹ない発想にこそ、そのような「我田引水」の根源があるように思われてならない。なお、大塚・前掲論文112-118頁の論旨を参照。

25 根本・前掲書（前注5）83頁。

26 根本・前掲書（前注5）83頁参照。

27 根本・前掲書（前注5）84頁参照。一時期、大審院もこの「不可侵性理論」を採用したことがある。一つは大判大正10年10月15日民録27輯1788頁であり、専用漁業権が賃貸されていたところ、その賃借権が第三者によって侵害（無権限漁業）されたケースである。第二は、大判大正12年4月14日民集2巻237頁であって、土地につき使用权をもつ寺院が当該土地上に無断建築をした第三者を相手取って、土地使用権に基づく建物取去土地明渡しの請求をした事案である。両方とも請求が認容されている。根本・前掲書153頁注237と注238参照。いずれも特殊で強力な賃借権・使用权に基づく請求であった（後者について言えば、国有地の無償使用权者が原告であり、原告による長年の管理行為等を通じた「使用权」の確立が認定された事案である）。

28 根本・前掲書（前注5）86頁参照。

より具体的には、いわゆる不動産の「二重売買」のケースで不可侵性理論が破綻せざるをえない、とされる。すなわち第二買主が背信的悪意者でないかぎり、第二売買によって先に対抗力（登記）を備えた第二買主が優先するという結論を不可侵性理論は説明できない、とする²⁹。なぜなら——物権・債権の区別を問わない——「不可侵性理論」によれば、先に債権を有した第一買主が常に第二買主に優先すべきところ、177条の解釈論及び判例の立場に照らして——背信的悪意者でない限り——第二買主が勝つという結論と「不可侵性理論」に基づく結論とは真向から対立し、「矛盾」してしまうからである。これが「不可侵性理論」破綻の二番目の根拠であった³⁰。にもかかわらず根本教授は、この「不可侵性理論」が「保護法益の様々な内容、それらと差止請求権の発生要件との関連性（中略）を十分に考慮」していたならば、なお活用可能性があったはずだ、とされる³¹。物権・債権の区別を問わず広く差止請求権の発生根拠を肯定するところの「不可侵性理論」は、根本教授にとってきわめて魅力的な「理論」であった。それゆえ、根本教授の依って立つ「違法侵害説」は、「不可侵性理論の発展形態とも呼びうるもの」（傍点・引用者）とされるのである³²。

④ 「違法侵害説」

そこで次に——根本教授ご自身の見解でもあるところの——「違法侵害

29 根本・前掲書（前注5）87頁以下参照。根本教授は、「過失なくして知らずに」第二売買を締結した第二買主を例示している。しかし判例は、第二買主が「悪意」（単純悪意）であったとしても、背信的悪意者でない限り、第一買主に優先する、と解している。最判昭和30年5月31日民集9巻6号774頁参照。根本教授は、最近の、いわゆる「悪意者排除論」に気をつかわれたのであろうか。

30 根本教授は、さらに三番目の破綻根拠として、債権侵害に基づく差止請求権が「故意または過失等」を発生要件とすべきことを説明できないからだ、ともされる。根本・前掲書（前注5）91頁参照。

31 根本・前掲書（前注5）94頁参照。

32 根本・前掲書（前注5）94頁。

説」が説かれる。その概要は、以下の通りである。すなわち根本教授によれば、差止請求権は、物権をはじめ、債権そして絶対的法益（生命、身体、健康等）のみならず、広く「保護法益」全般にわたって承認されるべきものであった。それは、あくまでも不法行為法的構成とは異なる。侵害者の故意・過失も、さらに損害発生の有無も問わず、法益侵害の客観的事実があれば直ちに発動されるべきものであった。すなわち「違法侵害説とは、法的保護に値する私人の利益が違法に侵害されており、差止請求権による保護を必要としていると認められる場合に、保護法益に対する「違法な侵害」あるいは右違法な侵害から当該利益を「保護する必要性」そのものに基づいて——換言すれば、不法行為法（709条）に拠ることなく——被侵害者に差止請求権が発生する、と解する説である」とされる³³。その上で、この違法侵害説の先駆けとなった末弘厳太郎教授、さらにそれを展開させた舟橋諄一教授の見解が注目されることになる³⁴。まず末弘説からみていこう。根本教授によれば、末弘説はこう言っている。——伝統的に物権的

33 根本・前掲書（前注5）95頁。

34 ちなみに、舟橋教授は末弘教授の門下生であって、当然の如くに末弘説の影響を受けている。この点、舟橋教授は次のように言っている。——「私が民法をやろうと考えるようになったのは、末弘先生の民法理論に魅せられたからです。そして、先生の考え方を自分のものにしようと随分努力しました。その結果、いつの間にか、私の考えることが先生の考えの受売りなのか、自分自身の考え出したことなのか、の区別がつかなくなりました。（中略）物権的請求権に対する批判や、侵害排除・予防の救済を法益一般に拡大したこと（この点、不法行為につき我妻博士も同見）、違法性の判定につき相關係説をとったこと、などの理論は、すべて先生の創意になることでありまして、私は、あるいはそれによって示唆を受け、あるいはそれを継承したわけです。（中略）私は、末弘学説を「大道」として完成させたいと念じております」（括弧内・原論文）。舟橋諄一「物権的請求権理論の批判補説」法学教室1986年5月号6頁以下、特に7-8頁。これは、舟橋教授による極めて興味深い「回想録及び告白」となっている。弟子が恩師の思想・学説を慕うこと（あるいは、その上で「批判」し、「展開・発展」させていくこと）は、学問の常道である。ただし、少なくとも舟橋「違法侵害説」の評価にあたっては、上記のことを常に念頭に置き、かつ批判的に把握する態度が不可欠である。

請求権・差止請求権は「物権」の保持者だけに認められるべきものであった。しかし物権に限らず「如何なる権利の侵害についても、妨害排除若しくは妨害予防の請求を許すこと」は「被害者の救済上必要」であり、かつまた「法律的正義の見地から見て妥当なり」と考えられる限り、むしろ「広く之を許すべき」こと、「当然」である³⁵。だとすると物権的請求権理論自体の克服に迫られる。つまりは「物権的請求権理論そのものを根本的に棄て」ることが必要であり、「広くすべての権利侵害に対する救済手段として如何なる条件の下に妨害排除……の請求を許し得べきかを衡平法的見地から考究し、新たに積極的に統一理論を樹立す」べきである、という³⁶（「妨害排除「……」の請求」の箇所は、根本教授の原書）。ここまで、基本的に末弘教授が従来から提唱されてきた「不可侵性理論」とほぼ同じである。問題は、それとは別のところにある。すなわち末弘説は、この広く認められるべき「妨害排除若しくは妨害予防の請求」の成立要件として次のように言う。すなわち「権利の種類・権利の目的物・侵害の種類態様・侵害の結果被害者の被るべき損害の程度態様・妨害排除を実現する為め加害者に要求せらる、犠牲の程度等に応じて色々に定めらるべきで

35 根本・前掲書（前注5）96頁参照。なお、筆者の手元にある末弘『末弘著作集Ⅱ・民法雑記帳（上）』（1980年。原書初出は1953年）所収の「物権的請求権理論の再検討」（1939年〔昭和14年〕）では、根本教授が参照された1940年版の『民法雑記帳』と頁数や文章表記が若干変わっている。原論文初出については、水野紀子「末弘厳太郎先生略年表・主要著作目録」法律時報60巻11号（1988年）111頁以下参照。

36 根本・前掲書（前注5）96頁参照。ちなみに、根本教授が「……」として省かれた箇所を原文で確かめると、「原状回復」という文言が出てきた（前掲書『民法雑記帳（上）』〔前注35〕212頁）。要するに、末弘教授は本来「損害賠償」の対象たるべき——過去に発生した財産的不利益の復旧としての——「原状回復」を「妨害排除」ともども承認すべきである、とされるのである。つまり末弘説は、不法行為の効果をも「差止請求権」の効果として認める立場に立っていたのである。これは、明らかに根本教授の「違法侵害説」と異なる見解ではあるまいか。仮に、根本教授が意図的に「……」として省かれたとすれば、それは学問的作法として問題なしとは言えない。

あ」る、と³⁷。この末弘説を概括するなら、物権的請求権理論の解体、相關關係の違法性判断の二点に集約できる、と思われる。これが根本教授の支持する「違法侵害説」の出発点であった。ちなみに、根本教授による末弘説の評価はこうである。——「上記（末弘説の）主張はいずれも違法侵害説の基盤を成す重要な発想である。（中略）前者（違法侵害説を指す）は、末弘博士により示されたその原型においてすでに、被侵害利益の種類、

37 根本・前掲書（前注5）97頁。この本文の引用は、前注35掲記の論文とは別の「妨害排除請求権の問題」（1935年〔昭和10年〕）前掲書『民法雑記帳（上）』（前注35）217-218頁に対応する文章である（この論文でも、若干の文章表現の手直しがされている）。ちなみに、上記末弘論文の引用箇所全体が、いわゆる「利益衡量」を図る趣旨のものであるが、とりわけ次の文章、すなわち「侵害の種類態様・侵害の結果被害者の被るべき損害の程度態様・妨害排除を実現する為め加害者に要求せらるゝ犠牲の程度等に応じて色々に定めらるべき」という箇所が重要である。この点、すでに鳩山秀夫教授がほぼ同様のことを述べていた。——「例へば工業會社の社會に齎すべき利益頗る大にして隣地所有者の被るべき損害些少なる場合に於て其工業を廢止せしむるが如きは勿論適當の處分と謂ふべからず、又縱令損害莫大なりとするも其損害を防止するに足るべき設備を為し得るに拘らず強ひて之を廢止せしむるが如き亦固より適當の方法にあらず、要は侵害行為の性質と侵害せらるる權利の性質とを比較して合理的判断を下すべきのみ」。鳩山「工業會社の營業行為に基づく損害賠償請求権と不作為の請求権」同『債權法における信義誠實の原則』（1955年。原論文初出は1911年〔明治44年〕）442頁。ここで鳩山教授が「適當の處分」と言っているのは、物権的請求権（不作為請求権）を「債權」（「特定人に對する獨立の請求権は之を債權と同一なりと謂はざるべからず」鳩山・前掲書439頁）とした上で、民法414条3項の「將來のための適當な處分」による強制執行を問題にしているからである（鳩山・前掲書同頁。物権的請求権が債權か否かについてはドイツでも激しい見解の対立がある。近時は、その「債權」性を否定する見解が有力であることのみ、指摘しておく）。さらに鳩山教授の愛弟子我妻榮教授の『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）105頁の違法判断＝「相關關係論」との類似性にも留意したい。すなわち我妻教授は、こう言っている。——「工業會社の發散する害毒についても、その企業の有する社會性、害毒の種類・程度、四圍の状況等により、損害を填補せざるが違法なりと判断せられる場合もあり得べきものと思ふ」。また同書125頁には「被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相關々係に於て考察するを至當なりと思ふ」とある。若干の趣旨の相違はあるものの、末弘教授、鳩山教授、我妻教授とによく似た発想をしていることは、確かだと考える。

侵害行為の態様などに基づき差止請求権の発生要件を柔軟化あるいは個別化しうる可能性を内包していたものと言うことができる」³⁸（傍点・引用

38 根本・前掲書（前注5）97頁。ところで末弘教授の、このような「利益衡量」論の背景には、当時の大審院判決に対する教授の半ば無批判的な評価が存在していたことには、注目しておいた方がよさそうである。たとえば末弘教授は、①大判昭和11年7月17日民集15巻1481頁及び②大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁を引用しているのだが、これを評して教授は「実質的にはいずれも原状回復を許すによって得られるべき所有者の利益とこれによってこうむるべき侵害者の利益とを較量し、その他一般社会の受くべき利害得失等を参酌し、原状回復を許すことが社会観念上妥当と考えられるや否やを標準としてその許否を決せんとしている点において明らかに一貫した傾向を示すもの」と述べている。末弘「物権的請求権理論の再検討」前掲書『民法雑記帳（上）』（前注35）211-212頁。しかしながら、この末弘教授の理解には重大な問題が潜んでいる。①判決は、電力会社が無断で他人の畑や山林の地下に発電用水路のトンネルを掘ったという事案で、土地所有者の撤去請求を「最早不能ニ帰シ」として棄却したものである。また②判決は、鉄道会社が土地所有者の再三の抗議・異議申し立て及び工事禁止の仮処分を無視して、その土地所有者に無断で鉄道線路敷工事を続行し設置完了した事案で、土地所有者の原状回復請求を「社会通念上不能ニ帰ス」として斥けた。本来なら土地所有者の同意を得て、あるいは使用权（地上権、賃借権）を設定して利用を開始すべきところ、いずれの事案も大きな資本（電力会社・鉄道会社）が無断でかつ一方的に私人の土地所有権を侵害したという事案であった。これら事案においては、施設撤去ないし原状回復は物理的には可能であったが、費用がかかるとか交通の支障をきたすなどの理由でもって請求が排除された。大きな力を持つ企業なら、その公益性（「社会的公共性」）を主張・立証しさえすれば、他人の土地所有権を我が物顔で侵害しても妨害排除・原状回復は認めない、というのが大審院の一貫した立場であった（①・②両判決ともに、妨害排除と「原状回復」とを厳密に区別する態度をとっていない。これは原告による「請求原因」の立て方にも起因することである）。ここには土地収用に関する正当な手続保障などという観点は、無論影も形もない。要するにこれは、「公益の私益優先」の思想であり、大資本の所有と一市民の所有とを生（なま）の形で突き比べ、「比較衡量」し「相関関係的」な利益衡量を行い、もって所有権のランク付けをしたに等しい判決であった。これを原島重義教授は、「所有権の階層序列化機能」と呼んで批判している。たとえば原島「民法における「公共の福祉」概念」・同・前掲書『市民法の理論』（前注14。原論文初出は1968年）253頁参照。このような序列化され・階層化された所有秩序のもとでは、もはや健全な「権利論」自体が「解体」されてしまうのである。「農村問題」や「労働法研究」で、あれほど鋭い社会的・批判的研究

者)。これが、「違法侵害説」の先駆者としての末弘説に関する根本教授ご自身の評価である。ところで根本教授は、果たして末弘教授の主張する「物権的請求権理論の解体」論をそのものとして支持するのであろうか³⁹。さらに末弘説の「利益衡量論」（それは根底的発想において鳩山説＝我妻説的「相関関係説」に親和的なものである）を、そのまま支持されるのであろうか（上記引用文は、そのように読める）。その理由は何か。その肝心な点を示すことをされないまま、根本教授は、舟橋諄一教授の「違法侵害説」の検討に移っている⁴⁰。

↓を行ってきた末弘教授が、戦前末期（ほぼ昭和の天皇制ファシズム期に相当する時期）において、物権的請求権「解体論」を叫び、鳩山説的・我妻説的「相関関係」判断に接近したというのは、いかにも皮肉な現象であった。

39 ちなみに、末弘説は次のようにも言っている。すなわち「現実的な妨害排除または予防の請求は（中略）広く許されるべきであるが、それを許す条件」については「法律的正義の見地からみて妥当なりや否やによって一般的に考究せらるべき問題」であって「この問題を根本的に考えかつ解決するについては従来の物権的請求権理論から徹底的に脱却することが必要であるというのが、私の今考えているところである」（傍点・引用者）。末弘・前掲書『民法雑記帳（上）』（前注35）214頁。このような「物権的請求権理論の解体論」は、果たして根本教授の「違法侵害説」構想と合致するのであろうか。仮に末弘教授の主張されることが、根本教授の「違法侵害説」の先駆者であるとしたならば、本著で根本教授が多くの頁を割いてピッカー説をはじめとした多くの物権的請求権理論を検討することは、全く無駄なことだということになりかねない。

40 とはいえ、根本教授は一定の応接をしているとも考えられる。たとえば根本・前掲書（前注5）158頁注273では、次のように言われる。すなわち「差止請求権と不法行為損害賠償請求権との異同に関する末弘博士は、やや曖昧でもある。この点、末弘博士は両者の間の差異はすべて抹消された、と解する学説もある〔好美説・大塚説〕。また、確かに末弘〔1940a〕233頁「〔物権的請求権理論の再検討〕前掲書『民法雑記帳（上）』〔前注35〕214頁」では、差止請求権は「一般的不法行為に対する救済方法」であるともされている。しかし、他方において、上記各論文中には民法709条への言及など全く見られない。それゆえ、私見〔根本説〕によれば、博士がその立論の「前提としているのは……違法行為（したがって固有の意味での不法行為ではない）」〔藤岡説〕と解すべきであると思われる」と（亀甲括弧内・引用者）。筆者（川角）によれば、この根本教授の「弁明」は、粗雑に過ぎる。「不法行為」という以上、民法709条以下を指すことは理の当然であろう。したがって「民法709条への言及など全く見られ

根本教授によれば、舟橋諄一教授の見解⁴¹は、およそ次のように整理さ

ない」がゆえに、末弘説が「不法行為法」的発想を採っていない、という論理は成り立たない。いちいち条文を挙げていなくても、「不法行為」というからには709条以下を指すこと、言うまでもないのである。ちなみに末弘「物権の請求権理論の再検討」では、二カ所で「不法行為」という言葉が使われている（前掲書『民法雑記帳（上）』212頁と先ほど指示した214頁）。それ以外に不法行為の効果としての「原状回復」・「原状回復請求権」という文言が至る所で用いられている（枚挙のいとまがないほどである、と言っても過言でない）。その典型例を、末弘説に直接聞けば、こうである。——「すべての権利侵害に対する救済手段としていかなる条件のもとに妨害排除ないし原状回復の請求を許すべきかを衡平法的見地から考究し、新たに積極的に統一理論を樹立することがわれわれ学者に課せられた任務ではないか」（前掲書『民法雑記帳（上）』212頁）。さらに「この際すべての場合に通じて考へべき事柄は被害者に妨害排除的の救済を与える必要の多少とこれがために加害者に要求せらるる犠牲の大小との較量問題であつて、たとえば物権侵害においても妨害排除・原状回復等の請求を許すことが被害者救済の必要にくらべて不当に多大の犠牲を加害者に要求することとなるのごとき場合にはその請求を許さざることとなすべく（以下省略）」（前掲書『民法雑記帳（上）』219頁。傍点・引用者）。このように「違法侵害」に基づく請求権の効果として不法行為法的「原状回復」を含むがゆえに、末弘教授は「利益衡量論」＝「相関関係論」を採用せざるをえなかったのである。いずれにせよ、根本教授の「弁明」は通用しない。

- 41 根本教授は、あとで本稿でも指摘するように、舟橋説が「差止請求権の一形態たる物権の請求権のうち返還請求権と妨害排除請求権とを、ともに不法行為の効果である「原状回復（損害賠償）」請求権と同視」していることを正しく指摘されている（根本・前掲書〔前注5〕162-164頁注314、特に163頁参照）。このような意味で舟橋説は、一種の「不法行為法的構成説」としての性格も併せ持つ。だとするなら、この舟橋説も根本説の批判対象であるはずであった。現に根本教授は、「舟橋説による上記立論は成り立ち難いものである」ともいわれている（根本・前掲書164頁）。ところが根本説は、結局は舟橋説を擁護する。そして「舟橋博士」は、不法行為法的構成説に与するものではなく「一貫して違法侵害説に立たれている」と主張する（根本同頁）。そして根本教授は、「本書では、前記矛盾する2つの記述のうち〔舟橋〕博士の基本的立場（違法侵害説）から見てより適切であり、「妨害排除（差止）」と「原状回復（損害賠償）」の異同に関する本書の分析に照らしても理論的により妥当と解される記述（舟橋1960〕26～27頁）を舟橋説の主張とすることとした」（根本同頁）と述べられる（このような考察態度自体、学説の時間的順序を無視した「我田引水」的なものにほかならない）。ところで、その「舟橋1960〕」とは、1960年の舟橋教授による『法律学全集18・物権法』を指すのであるが、これはその著作の性

れている。すなわち、舟橋説では差止請求権の発生根拠は、物権侵害に限らず広く「保護の必要性そのもの」として把握されている。この点で要保護の対象は末弘説よりも広い。すなわち舟橋説によれば、こうである。——「およそある法的保護に値する利益——物権、債権はもとより、公害から護られるべき生活利益やプライバシーの利益をも含めて、それらの利益——が侵害された場合に法がそれを救済するためには^a……その侵

ゝ質からみて明らかに教科書ないし体系書として著されたものである。したがって通説的見解を一応紹介することは当然のことであった。そして、根本教授が拠り所とする舟橋『物権法』26～27頁の記述は、物権的請求権に関する冒頭部分の記述であって、いちおう「物権的請求権と不法行為請求権との違い」を確認しただけの一般的記述にとどまるのである（通説的理解はそう考えているという趣旨の文章である）。だからこそ、それに引き続いて「二 物権的請求権の拡張とその理論的根拠の対立」が説かれ、そこで「妨害排除・原状回復請求権たる物権的請求権」（傍点・引用者）としての位置づけが明瞭に指摘されている（舟橋『物権法』27頁）。その上で舟橋説は、「物権の絶対性に、妨害排除請求権の根拠を求める説」・いわゆる「不可侵性説」・「妨害排除の根拠を、物権の排他性ないし支配権たる性質に求め、物権以外の権利についても排他性を備え、また支配機能を認めるものについては、拡張して妨害排除請求を認めようとする説」・「妨害排除請求権を物権の絶対性と表裏をなすものとして物権に固有なものと解し、これを物権以外に拡張することを否定しながらも、他面、別途に、拡張の実をあげようとする説」を列挙し、批判している（舟橋『物権法』33-36頁。なお上記傍点・いずれも原書）。その上で舟橋説は、「これらの難点を免れるものとして、次のような説明が考えられる」（舟橋36頁）とし、不法行為と同様に権利侵害にかぎらず「法的保護に値する利益」であれば妨害排除請求権発動の対象となること、同時に不法行為と同様に違法判断の基準として「相関関係の利益衡量論」が妨害排除請求権の成否の鍵を握ること、を主張する（舟橋同頁）。そして、不法行為に関する「相関関係の利益衡量論」は、「つとに我妻教授によって明らかにせられ、現在の学説の到達点になっているところである。わたくしは、妨害排除請求権についても、これと同様の考え方に従うべきではないかと考える」と言っている（舟橋同頁。傍点・引用者）。これこそが「舟橋教授の主張」にほかならない。この点で、すでに根本教授による舟橋説の理解は破綻している。要するに、根本教授が苦心惨憺の上、舟橋説を擁護するためにもちだした舟橋『物権法』（1960年）の記述自体が、我妻・相関関係説を継承するところの舟橋教授の「不法行為法的「違法侵害説」」を象徴的に物語るものとなっているのである。まことに皮肉なものである。

害が現在および将来の場合には、侵害を差し止めるなど現に存在する侵害を排除し、将来の侵害を予防するほかはない。侵害排除^b……請求権の「積極的根拠」は、要するに、ある利益が侵害された場合に法がこれに救済を与えなければならないとするならば、現在および将来の侵害に対する救済方法として侵害排除の請求を認めざるを得ないということにある⁴²（^{a, b}「……」の箇所は根本教授の原書。ただし、^{a, b}の表記は引用者による）。

それでは、舟橋説による差止請求権の成立要件はどうか。ここに至ると、先にみた末弘説と同様の、否むしろより徹底した「相関関係説」が採用さ

42 根本・前掲書（前注5）98-99頁参照。なおこの根本教授の引用文のうち、二カ所に「……」と省略された部分がある。最初の^a「……」は、不法行為法に基づく損害賠償による救済を論ずる箇所であって、これを省略することになんら問題はない。問われるべきは、第二の^b「……」の部分である。舟橋教授の原文（舟橋「いわゆる物権的請求権について」私法29号〔1967年〕383頁）を読むと、「侵害排除原状回復請求権」と書いてある。この「原状回復」を根本教授は省いている。なぜか。すでに末弘説に関して、根本教授が同様に「原状回復」という文言を省いたことへの本稿の指摘が、ここでも妥当するだろう。本稿前注36参照。ただし舟橋教授は、過去に発生した損害を賠償する不法行為責任と現在および将来に生ずる侵害としての「原状回復」をいちおう区別している。この区別自体は正しい。しかし差止請求権の効果として「原状回復」を認められているとしたならば（その可能性はさわめて高い）、舟橋教授はドイツ法における無過失「原状回復請求権」＝「結果除去請求権」（Erfolgsbeseitigungsanspruch）を認める立場を採用していたことになる（しかもこれは、根本教授が依拠するピッカー説が徹底的に批判した見解である）。さらに舟橋教授は、あくまでも「相関関係説」的立場から「侵害排除原状回復請求権」を承認している（そこにおいては、侵害行為の「公共性」・「公益性」が特に考慮される）。だから、ドイツの見解とも異なり、舟橋説は特殊日本的な「総合的利益衡量論」を採用していることになる。なお「相関関係説」的な「侵害排除原状回復請求権」については、舟橋・前掲論文・私法29号379頁以下の詳細な記述も参照のこと（舟橋教授は、自己の見解＝「違法侵害説」が、「不法行為についての相関関係説の延長ないし発展だといってよい」と、はっきり言っている。舟橋「私法」380頁）。ちなみに根本教授が、この1967年の「私法」論文を「1970年」と表記されているのは単純ミスだろうか。根本・前掲書449頁「引用文献一覧・舟橋」参照。

れている⁴³。それをここで細かく紹介する必要はないだろう。要するに、場合によっては一種の社会的利益衡量が採用されているのであって、侵害をする者が社会的・経済的に重要な大企業であり、対するに被害者が一般市民であって軽微な健康被害にとどまる場合には、差止請求権は認められないという判断が採用されている（「侵害の排除を許した場合に侵害者が受けるべき不利益」が一つの判断ファクターとされている）⁴⁴。ちなみに舟橋説は、

43 根本・前掲書（前注5）100頁。舟橋説において特徴的であるのは、侵害行為の「良性」とか「悪性」といった「道徳的・倫理的」表現が多用されていることである（舟橋『物権法』〔前注41〕37頁・舟橋「私法」論文〔前注42〕380頁参照）。しかも根本教授によれば、舟橋説では単なる「相関関係」判断にとどまらず、「全事情の「総合」衡量を志向する」態度が示されている、とされる（根本・前掲書101頁）。だとすると、そこには「裁判官への白紙委任」に近い発想が色濃く浮かび上がってこざるをえない。現に舟橋教授の「私法」論文（前注42）384頁は、「侵害排除請求の認められる度合い」（傍点・引用者）を特に問題にして、それは「他の事情とも相関的にからみ合うので、判例法の発達にまづほかない」（傍点・引用者）と言っている。こうして舟橋説は、きわめてまなましい形で「裁判官依存型」の思考方法を指し示している。ちなみに、このような裁判官依存型思考方法もまた、ピッカー教授が徹底的に批判するところであった。Vgl. Picker, Negatorische Haftung und Geldabfindung, Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssystem, Festschrift für Hermann Lange zum 70 Jahre. Hrsg. D. Medicus=H. J. Mertens=K. W. Nörr=W. Zöllner, 1992, S. 634-635 und S. 645. なお、拙稿・川角・前掲論文「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点」（前注7）294頁も参照。

44 根本・前掲書（前注5）100頁参照。その他、侵害行為の「悪性の度合い」については「公益性の有無」が含まれている。根本教授も指摘するように（根本・前掲書107頁）、舟橋『物権法』（前注41）37頁注1では、「公益的行為」について「悪性がゼロからマイナスになったもの」（傍点・引用者）という表現が与えられている。「悪性」がマイナスになるということは論理上、当該侵害行為は「良性」を帯びる、ということである（この点については、あとで指摘するように舟橋教授ご自身が認めておられる）。これは——繰り返し指摘することになるが——「公益の私益優先」の発想に近いものである。これに本稿前注43で指摘した「裁判官への白紙委任ないし裁判官依存型思考方法」が加われば、ますます差止請求権の機能は不全状態に陥ることになるだろう。たとえば最大判昭和56年12月16日判決「大阪国際空港夜間飛行差止請求事件」について、舟橋説的「違法侵害論」は、どのような判断をするのであろうか。ちなみに本稿前注38で取り上げた二つの大審院判決（①と②）では、末弘説は、電力会社やノ

侵害者の故意・過失を要件とする、とも言っている（侵害行為の悪性の度合いの箇所です「害意、故意、重過失、軽過失」を考慮すると言っている）⁴⁵。これを根本教授は、「主観的違法要素」として再構成している⁴⁶。ともあれ、さらに重要であるのは、根本教授が舟橋説を下敷きにして、「違法侵害説」に基づく差止請求権を「権利の内在的性質」そのものから解き放って、「権利を含めた法益一般に対する外在的存在」として把握することである。すなわち根本教授によれば、「（違法侵害説）的な意味での」差止請求権は「法益にその外から与えられる保護手段として捉えるべき」ものとして理解されている⁴⁷。それを受けて、このような権利外在的（あるいは法益外

ㄨ鉄道会社が無断で私人の土地を侵害した場合に、その私人の侵害排除請求を排斥した大審院判決を支持していた。舟橋説では、それ（末弘説的な理解）がより徹底して示されている。なぜなら、舟橋・前掲『物権法』38頁では、「侵害行為が、逆に、強い公共性（悪性がゼロないしマイナスになると、良性的ないし公共性となる）を帯びたものであるときは、妨害排除が否定されることとなろう」として先の①②両判決の立場を肯定的に紹介しているのだから。これは、もはや「公益の私益優先」の思想そのものである（舟橋・前掲教科書38-39頁では、計三カ所で①②判決が肯定的に参照指示されている）。

45 根本・前掲書（前注5）100-101頁参照。なお舟橋・前掲『物権法』（前注41）46頁では、妨害排除の「費用負担」について、侵害者の「故意過失等の要件の備わることが、必要となる」といっており、明らかに不法行為法的構成を採用している（ここで舟橋説は、実質的に川島教授の「責任説」を支持する立場を表明している）。

46 根本・前掲書（前注5）101頁。しかるに、根本説のいう「主観的違法要素」なる理解が正しいと仮定しても、「違法侵害説」の中心的論者である舟橋説が「故意・過失」すなわち「主観的帰責事由」を差止請求権の成立要件としていた事実は消えない。そもそも「主観的違法要素」とは、要するに違法性判断に過失を取り込むという意味で不法行為法学上の「違法性一元論」と類似する発想にすぎない。つまり、いくら言葉を「主観的違法要素」と取り繕ってみたところで、「過失要件」を「違法判断」に採り入れることに、なんら変わりはないのである。

47 根本・前掲書（前注5）102頁参照。たしかに舟橋教授は、物権の請求権理論として「私は、救済は権利の外から与えられるものであって、権利に内在的な「性質」ではないと考えます」と述べておられる。舟橋・前掲論文「物権の請求権理論の批判補説」（前注34）8頁参照。周知のように、わが国学説・判例

在的)な差止請求権の(形式的)発生根拠を、根本教授はご自分の見解として、次のように整理されている。——「差止請求権が保護法益の外から与えられるとするならば、論理的にはそのような差止請求権を保護法益に対して外から付与する法制度の存在を想定することが可能であり、また理論的な説明として必要となる。つまり舟橋説(違法侵害説)による上記主張を合理的に理解しようとするれば、この説は以上のような法制度、すなわち差止請求権制度とでも呼ぶべきものの存在を現行民法体系上に想定する見解である、と解すべきことになるものと思われるのである。とすると、この説において、差止請求権の形式的発生根拠とは、まさしく右差止請求権制度それ自体であると言うことができよう。すなわち、違法侵害説は差

ゝは、物権的請求権を「物権の円満な状態が侵害され、あるいは侵害されそうになったときに、物権を保護するため、「物権の特性」として侵害の排除または予防するために発生する請求権」として承認する。これに対して——すでに見たように——末弘説が敢然と「物権的請求権理論の解体」を主張し、その延長線上で舟橋教授がその末弘説を一步進める立場から、前記のように述べられたわけである。その際、舟橋教授は、物権的請求権を「権利に内在する「性質」ではない」とされるのであるが、その理由を必ずしも説得的には明示されていない。ただし、その文章の前に次のような記述がある。すなわち「権利に対して救済が与えられることが、はたして権利の「性質」なのでしょうか。民事的救済についてはまだよいとしても、刑事的救済(たとえば所有権ないし私有財産権保護のための刑法の制度など)の与えられることが、「権利の性質」といえるでしょうか」(括弧内・原論文)。これを踏まえると——舟橋教授の刑法理解がいかなるものかは不明であるが——おそらく舟橋教授は、保護法益たる権利そのものに目を向けるのではなく「侵害行為の違法性判断」(「行為不法」)を重視された結果、前記の文章に繋がったのではないか、と思われる。あるいは、物権的請求権の対象範囲を「あらゆる法益」に拡張した上で、「相關関係」的比較衡量によってその救済如何を判断せざるをえない、とする舟橋説の必然的な帰結であったのかもしれない(舟橋・前掲「批判補説」論文7頁参照)。その両者の側面をないまぜて——言い換えれば理論的に純化されないまま——舟橋教授は「権利に内在する「性質」にこだわってはならない」と主張されているように思われる。ちなみに、根本教授は——あくまでも舟橋説の理論枠組みを維持した上で——差止請求権の統一的な発生根拠を、「差止請求権制度」のうちに「純化」しようとする。その点の批判については後述のところにゆずる。

止請求権の形式的発生根拠⁴⁸を法益外在的な差止請求権制度に求める学説

48 ちなみに根本教授は、差止請求権の「形式的発生根拠」と「実質的発生根拠」を区別される。根本・前掲書(前注5)はしがきi及び13-14頁。この13-14頁の記述をみると、教授のいう「形式的発生根拠」とは、従来から「理論的根拠」とも呼ばれてきたものであるが(根本・前掲書21頁注25参照)、教授によれば「形式的発生根拠」を差止請求権の「形式論理上の発生源」とされる。そして差止請求権が「権利内在的に発生する」という立場からは「権利」そのものが「形式的発生根拠」であり、差止請求権を不法行為の効果として把握する立場によれば「不法行為という法制度」が「形式的発生根拠」である、とされる。これに対して、差止請求権の「実質的発生根拠」とは「実質的正当化事由」としての発生根拠とされ、藤岡康宏教授の見解をほぼそのまま援用されている。その「実質的発生根拠」の例として、根本教授は以下のように説明している。——「例えば、「違法な侵害を受けている法益をそのままに放置するならば、当該法益の享受を特定の私人に許容することとした法の趣旨が没却される。したがって、右法益を当該侵害から保護すべき必要性をその発生根拠として、差止請求権による保護を当該法益の受益者に認めるべきである。」というように」と。そのうち根本教授は、その著作では、前者の「形式的発生根拠」の解明に重点を置く、と述べられる。しかし、根本教授による「形式的発生根拠」と「実質的発生根拠」の区別の意味は、かなり分かりづらい。筆者の理解によれば、後者の「実質的発生根拠」とは、「あらゆる法益」に対する差止請求権を承認しようとする「違法侵害説」の立場からみた「制度」としての差止請求権理解を意味する、と思われる。この点、根本教授が援用する藤岡康宏教授の所説では、「実質的発生根拠」を差止請求権「制度」のうちに見て取っておられ、これと従来の差止請求権の「法的根拠」論ないし「法的構成」論とを区別されておられるようである(藤岡「競争秩序と差止論」NBL 863号〔2007年〕56頁以下、特に60頁参照)。そこで藤岡教授は、差止請求権の「三層構造」を想定されている。その第3段階が「制度的基礎対応型の相互連関」(傍点・引用者)であって、ここで「差止請求権の存在根拠」が示される。また第2段階では「基礎理論対応型の相互連関」が問題とされ、そこで「差止めの法的根拠論それ自体」が語られるべきことになる。第1段階は「現実問題対応型の相互連関」の問題であって、そこでは直裁に差止請求権の要件・効果が問われる、とされる。これを素直に解すれば第3段階の「差止請求権の存在根拠」が「実質的根拠」(制度論)に相当し、第2段階の「差止めの法的根拠論それ自体」は「形式的発生根拠」に対応するものと思われる。ところが根本教授は、その著作で「形式的発生根拠」のみを考察対象にするといいつつも、かつ「差止請求権の形式的発生根拠」として「法益外在的な差止請求権制度」(根本・前掲書104頁)、つまりは上記藤岡説の第3段階をも包括的に提唱されているわけである。したがって、筆者の理解によれば、根本説は「形式的発生根拠」と「実質的発生根拠」の区別を

である、と考えられる」⁴⁹(括弧内及び傍点・原書)。

その上で根本教授は、舟橋説の「違法侵害説」の問題点を指摘する。第一に、舟橋説は末弘説と同様に「物権的請求権制度の解体」を帰結し、その結果「権利」(所有権を典型とする絶対権)への侵害があれば直ちに違法=差止めという原則をも骨抜きにするのではないか、という問題点である。根本教授は、正当にもこの危惧を——筆者の見解と同様に——共有する⁵⁰。そこで根本教授は、「利益衡量」の中で「権利」が客観的(形式的)に侵害されれば原則としてそれだけで直ちに当該侵害は違法とされるべきである、との結論に到達する」とされる⁵¹。しかしながら結局、根本教授は、違法性判断を「利益衡量」としか捉えないために、上記の権利侵害即違法=差止めの原則も、あくまで「相関関係説」の枠の中に閉じ込められてしまう⁵²。さらに第二の問題点は、従来の「違法侵害説」

→実質上「混同」しているのではないか、という疑問が生ずる。

49 根本・前掲書(前注5)104頁。この点、一言しておく。根本教授は「舟橋説(違法侵害説)による上記主張を合理的に理解しようとすれば、この説は以上のような法制度、すなわち差止請求権制度とでも呼ぶべきものの存在を現行民法体系上に想定する見解である、と解すべきことになる」とされる。しかしながら根本教授は、肝心の舟橋説自体(すなわち物権的請求権を権利「外在」的に捉え、「あらゆる法益」への差止め救済保護を「相関関係的違法判断」を介して実効化させようとする見解)の理解について、どう考えておられるのであろうか。本稿前注47で筆者が指摘したことが妥当とするならば、「侵害行為の違法性判断」の基準である「相関関係説」的比較衡量それ自体が一個の「法制度」に転化したものとも考えられるが、どうであろう。ともあれ、上記本文引用箇所「傍点」を打った文章に見られるように、「……とすれば……と解されう」とする「仮定的表現」と、それに基づく「願望的な学説の読み込み」は、根本教授の著作の大きな特徴点になっている。そのことがもたらす「理論的弊害」については、本稿でも注意深く観察すべき「課題」の一つである(誰しも「仮定的表現」を用いて自己の仮説を論証することはいくらあることだが、果たして根本教授のこの著作で、その「論証」がどのように説得的に行われているか、疑問である)。

50 根本・前掲書(前注5)107頁及び166頁注330参照。

51 根本・前掲書(前注5)109頁。

52 根本・前掲書(前注5)109頁参照。根本教授によれば、こうである。すな

が物権を含めた「あらゆる法益」への保護拡大であったため、必然的に「相関関係の利益衡量」の拡散に繋がり、場合によっては「裁判官に大幅な裁量を与えることとなりうる」という問題がある、とされる⁵³。そこで根本教授は「発生要件を類型化する必要性」を唱える。おそらく、所有権侵害の場合には即違法＝差止めを承認しながら、たとえば「債権侵害」の場合には債権の帰属性と侵害者の「故意」を要件とするというように、類型毎の違法性判断を志向されるのであろう（対抗力のある不動産賃借権の保護は、所有権に準じて考慮されるものと思われる）。そしてそれによって「裁判官への白紙委任」という批判をかわしたい、とされるようである。ただし、将来にわたって「新たな法益を差止請求権により保護する必要が生じた場合に、これに的確に対応するように、「差止請求権の具体的な成否は、被侵害法益の性質、侵害行為の態様等の諸事情を相関的に衡量することにより決定される」という主張（一般命題）は、これをなお維持しておくべきであろう」とされる⁵⁴（傍点・引用者）。ここでは、根本教

ゝわち「言い換えるならば、その違法性判断（利益衡量）に関して、古典的権利論を基礎とした「権利」の意義および違法性徴表機能を堅持することによってこそ、相関的な利益衡量の上記基準が満たされ、それゆえにまた、これを導入した違法侵害説の前記目的が達成されうるものと思われるのである。このような意味において、古典的権利論の主張は違法侵害説により積極的に受容され、支持されうるのである」と。ここにはきわめてナイーブな形での「古典的権利論」と「相関関係の利益衡量論」との接ぎ木が試みられている。しかも「違法侵害説」によって「古典的権利論」が「受容され・支持されうる」と言っている。そもそも末弘説＝舟橋説の「違法侵害説」が目玉にしたのは、「物権的請求権理論」の生みの親であった「古典的権利論」そのものであったはずである。そのことを無視して、筆者が性格づけたような「古典的権利論」と「違法侵害説」の「接ぎ木」をすることが論理的に可能なのであろうか。むしろ、論理的かつ理論内容的にみる限り、そのような「接ぎ木」は矛盾の産物以外の何物でもない。そこまで無理して「違法侵害説」にしがみつかなくてもいいではないか、というのが筆者の率直な感想である。

53 根本・前掲書（前注5）110-111頁参照。

54 根本・前掲書（前注5）111頁参照。

授によって「一般命題」として「相関関係的利益衡量論」が基軸に据えられている点に留意しておきたい。ちなみに、この根本教授の主張の眼目は、将来の新たな法益発生に備えるための理論枠組みの必要性に関するものであろうが、それがなにゆえ「一般命題」としての「相関関係的利益衡量論」とならなければならないのか。いささか不明瞭な気もする。新たな法益の中には侵害＝違法即差止めが相当なものもありえるはずである（いわゆる「絶対的法益」論⁵⁵）。そのような「侵害＝違法即差止め」の原則適用も「相関関係説」の具体的発現の一つの形態だされるのであるとすれば、そのような態度はある意味で「我田引水」的であり、強引すぎるように思われる（たとえば、いわゆる「環境権論」が絶対的法益たる生命・身体・健康等への侵襲行為を即違法＝差止めと主張したのは、その前提に「相関関係説」批判・「受忍限度論」批判があったからである⁵⁶）。ともあれ根本教授は、その再構成されたところの新たな「違法侵害説」を、以下のよう⁵⁷に規定している。まず「違法侵害説とは、差止請求権の形式的発生根拠を次のような1つの法制度に求める見解である」とした上で、「①この制度は広く私人の法益一般に差止請求権による保護を認める。②右制度によれば、ある法益侵害が違法と評価され、差止請求権により排除されるべき場合（差止請求権の発生の具体的な内容）は、諸事情の相関（総合）的衡量を通じて、当該法益に最も良く適合するように決定される。さらに、③この制度は、法益に対する外在的な存在として、かつ不法行為とは峻別された独自のものとして、民法体系上にその固有の位置を占めている」⁵⁷。

55 加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（2005年）183頁以下の観点を参照。ちなみに、加藤（雅）教授は、「絶対的利益」というタームを「相対的利益」とのコントラストにおいて用いられている。本稿のように「絶対的法益」と言っても同じことである。

56 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』（1973年）99頁以下及び131頁以下参照。

57 根本・前掲書（前注5）111-112頁。根本教授が、「違法侵害説」的差止請求

⑤ 「複合構造説」

最後に、根本教授が検討されるのは「複合構造説」である⁵⁸。この「複合構造説」は、「権利的構成」と「違法侵害説」を複合構造関係として捉える。そして前者（権利的構成）をもって中心的差止請求権発生根拠と位置づけ、後者をその「外延」において把握する。また前者では、権利侵害があれば直ちに差止請求権が発生するが、後者では違法侵害説同様に「侵害行為の態様（悪性）」を考慮し、「違法」という判断が下された場合に初めて差止請求権が生ずる⁵⁹。これに対して、根本教授は「権利的構成」と「違法侵害説」は〈二律背反〉の関係にあつて、両立しえないと批判する⁶⁰。それゆえ「複合構造説」は、「権利的構成」か、あるいは「違

ゝ求権を不法行為と「峻別」されるのはいいのであるが、不法行為「違法論」独特の「相関関係の利益衡量」を差止請求権成否の判断基準として持ち出されるのは、どう考えても整合的ではない。この点、本稿後述のところを参照。

58 根本・前掲書（前注5）112頁以下。「複合構造説」については、主に澤井裕教授の見解が取り上げられている（多数の文献が引用されている。根本・前掲書441頁参照）。本稿では、澤井『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』（2001年）をもとに応接するにとどめる。

59 根本・前掲書（前注5）112-113頁参照。澤井・前掲書（前注58）122頁以下も参照。

60 根本・前掲書（前注5）113頁参照。しかし、この「二律背反」の主張は、必ずしも当を得ていない。澤井説は、権利侵害即違法＝差止めのケース（絶対権侵害、絶対的法益侵害のケース。すなわち「権利的構成」のケース）と一定の利益衡量（相関関係の利益衡量に近いと思われる）が必要なケース（相対権侵害、相対的利益侵害のケース。すなわち、いわゆる「違法侵害説」的ケース）を「類型化」しているのである。その振り分けに法論理的矛盾はない。根本教授の「二律背反」論はこじつけに近いと思われる。ちなみに根本教授の恩師藤岡康宏教授も、根本説とはほぼ同様の考え方をしておられるが、微妙な点で違いがあるように思われる。すなわち藤岡説は、「社会的に是認され定型化された利益」には「原則として不作為の訴の保護が与えられる」ところ、同時に「差止を認める必要性が利益衡量によって判断されなければならない」と述べ、その「利益衡量によって判断されなければならない」の箇所特に注を打って、次のように言われている。すなわち「本来の物権的請求権においては特別の場合しか（たとえば権利濫用、信義則等の諸法理が適用される場合）〔利益衡量の〕必要性は考慮されないと考える。この点では絶対権とそれ以外の利益を区別す

法侵害説」かのいずれかに〈一元化〉されざるをえない、という⁶¹。

こうして根本教授は、「権利的構成」・「不法行為法的構成」・「複合構造説」いずれも批判しえたとして、自己の「違法侵害説」をさらに検証しようとする。そのために考察の対象とされたのが、ドイツにおけるピッカー教授の見解である。それを次に見よう。

「る実益がある」(亀甲括弧内及び傍点・引用者)。藤岡「差止による民事救済——その基礎的考察」同『損害賠償法の構造』(2002年。原論文初出は1970年)。この藤岡説の発想は、きわめて「複合構造説」に近い。それに加え、根本教授ご自身、「相関関係の利益衡量」の枠組みに取り込む形ではあったものの、「古典的権利論」に基づく侵害即違法=差止めの法理を承認していたのではないだろうか。その限りで、むしろ根本教授説自体が「複合構造説」に接近しているのである。要するに、「複合構造説」それ自体に「二律背反」はないのである。

61 根本・前掲書(前注5)114-115頁参照。私見によれば、根本教授のこの「一元化」の主張も説得力を欠く。結論ありきの「断定論」に近い。また論旨の「混乱」もみられるようである。なぜなら、澤井説を一方で「権利的構成」か「違法侵害説」かに「一元化」されざるをえないと批判されつつ、他方で澤井説がいう「権利」侵害=違法=差止めの原則論と「それ以外の法益」への侵害のケースでの例外的「利益衡量」という「類型化」を、根本教授は「本書もまた、「権利」の意義(古典的権利論)に裏打ちされた以上のような(澤井説の)判断枠組みを妥当なものとする」(括弧内・引用者)と述べられているからである。一体何をおっしゃりたいのか、不明なのである。根本・前掲書(前注5)117頁参照。そして、結局のところ、「「複合構造説」は、その理論構成を徹底すると、最終的に権利的構成、違法侵害説のどちらかに一元化してしまう」(傍点・引用者)として澤井説=「複合構造説」を批判する(根本教授流の違法侵害説でいくしかない、とされる)。根本・前掲書118頁参照。上記根本説によれば「その理論を徹底すると」という条件付きの結論なのであるが、「その理論構成を徹底する」主体は誰であるのか。私見によれば——教授の著作を素直に読む限り——根本教授ご自身であるようにしか読めない(繰り返しになって恐縮であるが、「複合構造説」〔=澤井説〕は、あくまでも「権利」侵害=違法=差止めの原則論と「それ以外の法益」への侵害のケースでの例外的「利益衡量」という「類型化」〔二重構造説〕を図っているものであり、かつそれに尽きる。いくら「その理論構成を徹底」しても同じことなのである。ここでも根本教授独特の「我田引水」的学説評価が見受けられる)。

(3) 第2章「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」

ドイツ民法では、物権的請求権に関する明文規定が詳細に置かれている。ド民903条は所有権に関する「定義規定」であるが、すでにそこで「所有者は（中略）あらゆる干渉から（当該の干渉をしている）他人を排除することができる」（括弧内・引用者）と規定されている（日本民法の所有権定義規定である206条には、そもそもそのような文言はない）。さらにド民985条では「物権的返還請求権」（Vindikationsanspruch）に関する規定が置かれ、ド民1004条1項で「妨害排除請求権」（der negatorische Beseitigungsanspruch）が、さらに同条2項ではいわゆる「妨害予防請求権」（Unterlassungsanspruch）が規定されている。かつまた、これら物権的請求権は、ドイツ民法典の多くに規定に準用されている（ド民12条は氏名権につき独自の妨害排除請求権及び不作為請求権〔訴権〕を設け、さらにド民1053条は用益権につき独自の不作為請求権〔訴権〕を置いている。また用益権につきド民1065条は物権的請求権の準用を明示している。その他、抵当権に関するド民1134条、質権に関するド民1227条などを参照⁶²）。このうち、ピッカー教授は「物権的妨害排除請求権」をテーマに1972年に論文を公表した⁶³。根本教授は、これを分

62 この点、根本・前掲書（前注5）234頁注138も参照。

63 Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, (Fn. 23). この論文は、ドイツ判例（BGH）では採用されるに至っていないものの、学説上大きな反響を呼び、有力説になった。その根底的に考え抜かれた理論構成の強靱性、ないし論旨展開の確かさは、フリツ・パウアー、ラレンツ＝カナリス等の有力民法学者が驚嘆の声を上げて賞賛しているところである。たとえばパウアーのピッカー評価については、拙稿・川角「翻訳：エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権』（1）」龍谷法学37巻2号（2004年）1頁の訳者はしがき注1を参照（むろんパウアーは、その独特の観点から、ピッカー説批判も展開している）。またラレンツ＝カナリスによるピッカー評価については、根本・前掲書（前注5）221頁注1参照。いずれにせよ、ピッカー教授の見解は、ローマ法以来の詳細な歴史的研究と比較法的研究を踏まえ、ドイツの学説・判例を徹底的に検証して生み出されたものであり、強固な解釈学的基盤の上に展開されたものである。それゆえ、その解釈論も筋が通っており、かつ普遍妥当性を持つ。日本民法学の「物権的妨害排除請求権論」にとっても有益な示唆を与えてい

析・検討することによって自己の「違法侵害説」を補強しようとする。筆者（川角）の見解によれば、根本教授のピッカー分析は、わが国で初めてトータルにピッカー説を網羅的に研究した成果として重要な意義をもつ、

ゝる。特に「費用負担」問題に関して、「権利重畳」説ないし「権利篡奪」理論による行為請求権（妨害者費用負担）として物権的妨害排除請求権論を展開している部分は、圧巻である。Vgl. Picker, S. 157. そこでピッカー教授は、妨害者は「権利重畳」状態を除去するために本来の自己の権利領域に立ち戻りさえすればいいのであって（「権利領域の自己矯正」）、そのために必要な費用の負担は——「損害賠償」とは全く異なり——妨害者自身の権利領域保全のための支出、つまりは自己（妨害者）の利益のためにする支出にほかならない、と述べる。その詳細は、拙訳・川角「エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権』（1）～（14・完）」を参照（いずれも龍谷法学に掲載。詳細については根本・前掲書「引用文献一覧」439頁参照）。いずれにせよ、生半可なことではピッカー説への批判を行うことは、よほど勇気のいることだと思われる。そのような思いを込めて、筆者は次の論稿を、ピッカー教授の70歳記念論文集に寄稿した。Yoshikazu Kawasumi, Bemerkungen zur Lehre Pickers über den negatorischen Beseitigungsanspruch——Eine Skizze——Zugleich eine Selbstkritik zum Stand des japanischen Zivilrechts, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, hrsg., Lobinger/ Richardi/ Wilhelm, 2010, S. 449-468. この論文において筆者は、ドイツでもピッカー説に反対する論者がいないわけではないものの、その批判者たちの姿勢が、かなり日本の有力説の立場（「行為違法」的不法行為法的発想）に似通っていること。また同時に、日本の民法学のあり方自体を批判的に捉えることの重要性を指摘したつもりである。ところで、ドイツのピッカー批判者たちは、筆者（川角）のことを「ピッカー信奉者」と揶揄的に称しているらしい。Kawasumi, Von der actio negatoria zum negatorischen Beseitigungsanspruch des BGB, 2001, S. 1-156 を批判して、そう言っているのである。おそらくわが国でも、仮に筆者の論稿を読んだ者であれば、その大部分は同様に筆者を批判するであろう（筆者の見解は、現実的には、ほぼ全面的に無視されているに等しいのであるのだが）。これに対して根本教授は——「違法侵害説」の評価など幾つかの見解の相違を別とすれば——かなり正確に、かつ誠実に筆者の物権的妨害排除請求権論を読み取り、その基本線においていくつかのポジティブな承認を与えてくださっている（批判的考察もされているが、それに「回答」することが、本稿の主たる目的である。この点、後述のところ参照）。なお、根本教授による拙論「批判」に対する「反批判」に際しては、筆者（川角）は「反批判」の実証的「根拠」を示しつつ、かなり厳しい言葉使いで根本教授の所説を「批判」している。この点、ご寛容いただければ幸いである。

と思われる。ただし、その「違法侵害説」との関連づけについてののみ、若干の留保をすることになる。ともあれ以下、根本教授によるピッカー説分析の跡をたどることにする。

根本教授は、ドイツ物権的妨害排除請求権論における重要な「一致事項」（学説上「支配的見解」として固まっている事項）を簡潔に整理することから説き起こしている。それは、第一に「侵害者の有責性を要件としないこと」であり、第二に「行為請求権であること（妨害者による費用負担）」、第三に「返還請求権との協働」による全面的な物権保護の機能性の承認である⁶⁴。ピッカー教授は、その到達点を踏まえ、それをさらに鋭利に考察し、一個の完成された「物権的妨害排除請求権論」を生み出した。その際、特に根本教授によって注目されたのがピッカー教授による「侵害（ないし妨害）」（Beeinträchtigung）と「損害」（Schaden）との理論的区別の明確化であった。前者、すなわち物権的妨害排除請求権の要件としての「侵害」（「妨害」）は、典型的に「所有権の法的完全性に対する侵害」（die Verletzung der *rechtlichen* Integrität des Eigentums）を意味する（イタリック・原書）。根本教授によれば——ピッカー説のこの定義づけは一義的に明瞭であるわけではないが——およそ次のように理解可能なものとして説明される。すなわち、「それはある物がその所有者による直接の、完全に自由な支配に服している」ことを前提に、「所有者の物に対する直接的支配が他者によって干渉され、遮断されている」という客観的事態を指す⁶⁵。その上で根本教授は「妨害排除」と「損害賠償」の違いに言及している。ピッカー説によれば、「妨害排除」とは「侵害者が事実上享受している所有権の各種法的利益をその者から取り上げ、これを被侵害者

64 根本・前掲書（前注５）179頁参照。

65 根本・前掲書（前注５）180頁参照。根本教授は、「例えるならば、所有者とその所有物の「間に立っていること」が、所有権「侵害」として、侵害者の妨害排除義務を発生させるのである」と述べている（ピッカー教授の「物権的返還請求権」に関する論稿から示唆を得たもの）。

（所有者）の下に戻すこと」（括弧内・引用者）と定義される。対して「損害賠償」は「被害者が過去に失った財産的利益の填補」であり「賠償義務者に、その財産の積極的な支出を強制するという不利益を課すものである」とされる（だからこそ侵害者の「故意・過失」が要件とされる）⁶⁶。こうして根本教授は、ピッカー説に即して、繰り返し「物権的妨害排除請求権」と「不法行為損害賠償請求権」との違いを強調している⁶⁷。したがって、同時に「物権的妨害排除請求権」は「物権的返還請求権」と相並んで「所有権自由請求権」として機能する、という点にも注意を払っている⁶⁸。

また根本教授は、ピッカー教授の最近に至るまでの諸論文を詳しく跡づけながら、結論としてネガトリア的保護請求権の適用対象を大幅に拡張しようとするピッカー説の態度を高く評価する。ただし、そこには留意すべき幾つかの問題点も存在する。そのような留意点を踏まえながら、根本教授によるピッカー分析をさらに辿ってみよう。まず注目すべきであるのは、ピッカー説によって、ネガトリア的保護請求権の適用対象が本来の所有権保護（ないし絶対権保護）から拡張されていることである⁶⁹。とりわけ「保護法規（Schutzgesetz）」（ド民823条2項参照）にも拡張されているこ

66 根本・前掲書（前注5）184-187頁参照。

67 根本・前掲書（前注5）191-192頁及び217頁以下参照。

68 根本・前掲書（前注5）192頁参照。

69 根本・前掲書（前注5）194頁以下参照。たとえば、所有権保護（絶対権保護）としてのネガトリア的保護請求権（妨害排除請求権）は、法秩序による価値的要請としての「権利割当て機能」（Rechtszuweisungsfunktion）から根拠づけられる。その他「あらゆる主観的法的地位」にも、そのような「地位」が法的に承認される限り、それに対応するネガトリア的保護請求権が付与される。その場合ピッカー説によれば、原則的に侵害者の故意・過失等の主観的帰責根拠は不要である。たとえこれを、根本説のように「主観的不適法要素」（根本・前掲書424頁）と言い換えても、上記ピッカー説の結論は変わらない、と考える（なお根本説では、「主観的違法要素」という言葉も多用されている。根本・前掲書101頁及び424-425頁参照）。この点は、根本教授と筆者のピッカー理解に関する重大な相違点となっている。留意すべき事柄の一つである。

とである。その際ピッカー教授は、「保護法規」によって形成される「割当て規範」（Zuweisungsnormen）の法的機能を承認し、諸々の「保護法規」（建築法規や環境保護法規など）によって「私人に要保護的な主観的法的地位が形成され、それがネガトリア的保護請求権の対象となる」ことを認める、とする（さらに、この保護法規の侵害者に故意・過失があり、かつ損害発生があれば、別途不法行為責任が生ずる。また、その者に割当て規範と矛盾する「利益」がもたらされた場合には不当利得責任も発生する。これらは、ネガトリア的保護請求権とともに主観的法的地位を有する私人を保護するための「包括的保護請求権」〔der umfassende Schutzanspruch〕として機能する）⁷⁰。さらにピッカー教授は、たとえば預金債権などのような「帰属性」のある債権への第三者による侵害（無断の預金引き下ろし行為・債権回収行為など）へのネガトリア的保護請求権の適用を認める⁷¹。また契約当事者間では（さらには法定債権債務関係の当事者間でも）、一方当事者による相手方当事者の給付利益への侵害防止のためにもネガトリア的保護請求権が承認される（たとえば売買契約において目的物の給付義務を負っている売主が、その目的物を第三者に処分しようとするれば、ネガトリア的保護請求権の発動によって、その処分行為を差し止めることができる）⁷²。このような多様な局面で、ピッカー説はネガ

70 根本・前掲書（前注5）195頁参照。なお本文中「 」内及び（ ）内は、根本教授の文章の趣旨を筆者なりに整理したものである（文意は根本教授の記述と同一であると考えている）。この点ご了解を乞う。

71 根本・前掲書（前注5）204頁以下参照。賃借権についても、その使用権が賃借人に「帰属」しているという観点から、第三者による賃借権侵害にもネガトリア的保護請求権を適用する。根本・前掲書205頁参照。

72 根本・前掲書（前注5）205頁参照。ただし二重売買という局面では、若干特殊な判断がなされる。すなわち第一買主は、売主（つまり第一売買の当事者）に対して第二売買に^二応ずるべからずという趣旨のネガトリア的保護請求権を発動できるが、第二買主に対して契約締結をすべからずとか、契約上の請求権を行使すべからずなどの趣旨でネガトリア的保護請求権を主張することはできない。この点、根本・前掲書同頁参照。なお、上記のことは、わが国民民事保全法53条によって、^一ほぼ同様の効果^一がもたらされる。ピッカー説の長所は、裁判所への仮の保全手続以前の実体的権利・義務関係として「契約当事者間」でのメ

トリア的保護請求権の発動を承認する（ただし後者では。あくまで「契約関係」当事者間（inter partes）で認められるにすぎない点に注意）。根本教授の評価によれば、このようなピッカー説の背景には、ネガトリア的保護請求権の根拠を「ひとつの一般原理」（ein allgemeines Prinzip）のうちに把握しようとする理論的基盤が用意されているからだ、とされる。それは根本教授の整理を借りると、次のように要約される。—— 「彼〔ピッカー教授〕の見解からすれば、同じく必然的に、右（ネガトリア）請求権の保護対象を所有権や制限物権に限定することは「あまりにも狹隘」であり、「実質的に誤りである」と言うべきことになろう。なぜなら、すでに見たように、ピッカーによれば、法秩序によって私人に配分される法益は、所有権や制限物権などの「権利」（排他的支配権）あるいは絶対権に限られるわけではないからである。すなわち、同じく法秩序が私人に分配する絶対権以外の「主観的法的位置」（例えば、行為規範の設定を通じて割り当てられる各種の法益や相対権など）についても「主観的な法的地位の割り当てとその保護との協働」に関する前記「ひとつの一般原理」——民法は、それにより私人に与えられた「実質権」と「保護権」によって保障する——が妥当する以上、やはり右原理の具体化として、これらの法益にも物権的請求権と同様の保護手段を認めることができる、否、認めなければならないものと解されるのである」⁷³（亀甲括弧内・引用者。丸括弧内・原書）。ここには所有権や制限物権などの絶対権をも包括する「主観的法的位置」というものがあって、それには法秩序の判断による「割当て機能」（Zuweisungsfunktion）が承認され、よってその個人の主観的地位の「帰属性」（Zugehörigkeit）が付与されるということが語られている（それゆえ当該主

ㄨネガトリア的保護請求権の適用を承認する点にある、と考える。なお「法定債権債務当事者間」でのネガトリア的保護請求権の承認については、本稿後注75の Picker, Der „dingliche“ Anspruch, S. 315 を参照されたい。

73 根本・前掲書（前注5）202頁。

観的地位が「法的」地位に高まるのである⁷⁴。さらに、その「主観的法的位置」は、「あらゆる法益」に共通して承認されるべきことをも、根本説は承認しようとする⁷⁵。さらに、その要件として「不適法」（Unrechtmä-

74 そのような「帰属性」を承認することによって、権利（排他的な支配権）以外の「あらゆる主観的法的位置」にも、一種の「実質権」（Substanzrecht）と「保護権」（Schutzrecht）が付与されるものと考えられる（筆者〔川角〕の理解）。なお「実質権」と「保護権」につき、根本・前掲書（前注5）201頁、208頁及び234-235頁注144参照。ちなみに、所有権の核心たる内容（使用・収益・処分がもたらす利益）＝内的・核心的権利とその内容を保護する外皮としての所有権に基づく排除請求権＝外的・排除的権利という権利の「二元的構成」は、すでにイエーリングにその源流が求められる。いわゆる主観的権利（絶対権）としての「権利」について、イエーリングは、こう言っている。——「権利の概念を構成する二つの要素（zwei Momente）がある。一つは、そこに権利の実用的な目的が存するところの実質的（substantielles）要素であり、すなわち権利によって（その内容として）保障されるべき使用・利益・収益がそれである。そして、かの（権利の）目的のためにただ単に手段として機能する形式的な（formales）要素、すなわち権利保護（Rechtsschutz）、訴権（Klage）が存在する。前者は権利の「核」（Kern）であり、後者は権利の保護機能的「外皮」（schützende Schale）である」（括弧内・引用者）。Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 10. Unveränderte Auflage, 1993, S. 339. なお原書の初出は、1865年である。末川博「イエーリングの権利論」同『権利侵害と権利濫用』（1970年。原論文初出は1928年〔昭和3年〕）35頁以下、特に41頁以下も参照。

75 根本・前掲書（前注5）204頁参照。そこで根本教授は、こう言っている。すなわち「彼（ピッカー教授）は妨害排除請求権等による保護を、物権その他の絶対権のみならず、法益一般に本来的に承認すべきことを力説する」と（括弧内及び傍点・引用者）。ところが、ピッカー教授が主張されようとしているのは、根本・前掲書203頁で指摘されている通り、「あらゆる主観的法的地位（jeder subjektiven Rechtsposition）」（括弧内・引用者。イタリック・ピッカー原書。傍点・根本前掲書）にとどまるのである。すなわちピッカー説によれば、ここで言われる「主観的法的地位」とは、あくまでも「法秩序による（権利ないし法益への）割当て（Zuweisung）が承認されたものだけ」をいう。それは「Positionen, die das Privatrecht dem Einzelnen als subjektive Herrschaftsmacht zuweist」という文章からも一目瞭然である。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch, H. Koziol=P. Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinki, 2002, S. 317. ちなみに根本教授が引用される「あらゆる主観的法的地位」という表現は、上記ピッカー論文のすぐあと、318頁

ゝに出てくる。この前提的記述に触れることなく、「あらゆる主観的法的地位」を、自説（根本説的「違法侵害説」）の根拠づけのために援用しようとしても無駄である。ちなみに、このような「あらゆる」という文言の自説への取り込みは、根本「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察——E. Picker の物権的請求権理論を手がかりに」私法72号（2010年）127頁以下にも見られる。すなわち根本教授は、私法論文130頁で「妨害排除請求権等による保護は、原理上当然に、物権或いは絶対権以外の法益にも原則として等しく与えられなければならない」（傍点・引用者）として、「あらゆる法益」保護のための救済手段として「ネガトリア的保护請求権」の一種の無原則的な拡張適用を語っている。他方、根本「私法論文」133頁では、「「およそ法秩序によって私人に割り当てられた法益」」（ピッカー教授の所説から引いたものと思われる）という言い方もしている。しかるに、根本教授は、その文章のすぐあとで、こう言っている。——「すなわち、右法制度は広く法益一般に、当該法益が違法に侵害されていると判断される場合に、妨害排除請求権などの保護手段を付与することをその目的或いは内容とするものである」。これは二重に不当である。第一に「法秩序によって私人に割り当てられた法益」と言っておきながら、舌の根も乾かないうちに無制約的に「広く法益一般」へのネガトリア的保护請求権の拡張適用を肯定するのは筋が通らない。こうして根本説は——さしたる論証もなく——単なる債権（たとえば不動産売買債権）にもネガトリア的保护請求権の適用を認めるかのように読める。たとえばA（売主）—B（第一買主）の間で「不動産売買契約」が締結された（登記の移転は未了）ところ、第三者（第二買主）Cによる「第二売買」が締結された場合、根本教授はどう考えるだろうか。Cが「背信的悪意者」にあたるかどうかを吟味することなしに、Bの第一「債権」に基づくCに対する差止請求権（契約締結行為の事前差止め）を承認するのだろうか。ピッカー説によれば「契約当事者間」（A-B間）では、なるほどそれが肯定されている。しかし対第三者関係ではどうか。このCが、自己の事業展開のために以前からAの不動産を手に入れたと考えており、資金の調達に奔走後、ようやくAに買い入れの申込みをしたところ、Aが「いやァ、実はすでにBさんに売ってしまったんですよ。ただ登記の移転はまだ済んでいないのですがね」と答えたとする。その上でCが「Bさんの支払った代金の1・5倍の代金を支払うから、第二売買契約を締結して登記を私に移してくれませんか」と依頼し、Aがそれに応じた、とする。この場合——たしかにCは「悪意者」ではあるが——BのCに対する「差止請求権」が認められるのであろうか。このケースでは、通常、Aが、Bから債務不履行責任を問われてもかまわない、と考えて、Cとの第二売買に応じることになる。問題の解決は、AとBとの間で図られれば、それですむ。Bが、直ちに自己の登記請求権を保全したければ、民事保全法53条に基づいてAに対する「処分禁止の仮処分の執行」を求めておくべきであった。あるいは、ピッカー説と同様、BがAに対して直接ネガトリア的保护

Bigkeit) な状態 (Zustand) の発生が主張されている⁷⁶。このように、根本教授は——とくにネガトリア的保護請求権と不法行為損害賠償請求権との違いを強調するところの——ピッカー説への理解と共感を徹底化しようとする。

ただし根本教授が、ピッカー説によって「あらゆる法益侵害」に対し、ネガトリア的保護請求権（差止請求権）が発動されるかのように記述されている点⁷⁷は、あくまでも一考を要する。そもそも何をもって「法益」

保護請求権を行使することもありうるだろう。しかしながら、わが法制上は、結局民事保全法53条に依拠することになるだろう。このような保全措置をとっていないかったという事実は、Bの「取引上のリスク負担」にはかならない。よってBは、上記Cに対してネガトリア的保護請求権の発動を承認することはできないはずである。このようなBの「債権」も、「あらゆる権利・法益」としてネガトリア的保護請求権の対象となるのであろうか。根本教授は、これを認めるのだろうか。認めるとすれば、これは、明らかにピッカー説と対立する見解となる（なぜなら、Bの債権は「当事者Aとの関係ではともかくとして」、第三者Cとの関係では、いまだ法的に「割当て」られておらず、「帰属性」をもたない債権にとどまるからである）。加えて、第二の問題がある。それは根本教授が、ピッカー説に「仮託」し、このような（無制約的な）「あらゆる法益保護」のための「制度」として、ネガトリア的保護請求権の実質的根拠化を図っているという点である。さらに、その発動の要件として「相関関係の利益衡量」を肯定している、という点である（根本「私法」132頁も参照——ちなみに筆者によれば根本教授が「私法」前掲頁でいう「当該法益の要保護性の程度、侵害行為の態様など諸事情の総合衡量」とは、舟橋説的「相関関係論」の単なる焼き直しにすぎない）。ところで、「あらゆる主観的法的地位」へのネガトリア的保護請求権の「制度化」をピッカー教授が承認すると仮定しても、ピッカー教授は、あくまでも「相関関係の利益衡量」など、一切しない。同意なき「主観的法的地位」への客観的侵害（不適法侵害）があれば、それだけで直ちにネガトリア的保護請求権が発動されるからである。なお、以上の観点は、2017年6月1日付けのピッカー教授からのメールによって、筆者（川角）が、ピッカー教授御自身の見解として裏づけをいただいたことでもある。この点、念のため、付記しておく。

76 根本・前掲書（前注5）202頁参照。「不適法」（Unrechtmäßigkeit）要件については、根本・前掲書237頁注3の記述も参照。

77 根本・前掲書（前注5）209頁（「彼〔ピッカー教授〕はあらゆる法益侵害に前記判断形式〔当該法益に対する客観的違法・不適法侵害があれば原則直ち

というのかという問題があるのだが、さしあたり重要なことは、次の点である。すなわち、ピッカー教授自身は、あくまでも——「割当てられ」、よって「帰属化」が承認される「法的」・「権利的」地位 (die zugewiesene Rechtsposition) を意味するところの——「あらゆる主観的法的地位」 (jeder subjektiven Rechtsposition) へのネガトリア的保護請求権の拡張を主張するにとどまる (ピッカー説における「法的地位」 [Rechtsposition] とは、すでに法的に「割当て [Rechtszuweisung] = 帰属性 [Zugehörigkeit]」を承認されたものである点に注意しなければならない)。

かくしてピッカー教授は、単に「あらゆる法益」 (alle Rechtsgüter) などとは、決して言わない (Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 75), S. 314 ff.)。なお、この点については、後述のところ (本稿続編・第4章) で少し詳しく論ずることにする。ともあれ、根本教授は、「あらゆる法益侵害」への「ネガトリア的保護」の成立根拠が、果たして実証的に承認されるか、という問題を立てている。これが論証されない限り、ピッカー説を日本法の枠組みに取り込むことが難しくなるという判断があるためである⁷⁸。その立論態度は正しい。そこで根本教授は、慎重にもさらなる検証に着手することになる。そしてドイツの新しい学説に着目して、名誉や知的財産権につきネガトリア的権利保護請求権を認める見解が主張されていることに着目している⁷⁹。さらに「例えば、私人の競争利益に対する「侵害」の有無や環境に関する利益の「侵害」の有無を上記判断形式 (当該法益に対する客観的違法・不適法侵害があれば原則直ちにネガトリア的保護請求権が発動するとする定式) によつて的確に判断し、これらに対する妨害排除請求権等が発生すべき場合とそうでない場合とを適切に画すること

「にネガトリア的保護請求権が発動するとする定式」が当てはまることを当然の前提としているようである)」という記述を参照 (亀甲括弧内及び傍点ともに引用者)。なお、この点につき本稿前注75も参照。

78 根本・前掲書 (前注5) 209頁。

79 根本・前掲書 (前注5) 210頁参照。

は相当に困難であろう」とされる⁸⁰。その上で根本教授は、ピッカー説の「あらゆる主観的法的地位」へのネガトリア的保護請求権の適用という発想を参考に、次のように言っている。すなわち「「権利篡奪」の有無という判断枠組みが適切に当てはまらない法益侵害類型が存在するとしても、そのような法益侵害類型に関しては、右判断枠組みのいわば根底にある上述のような実質的判断内容、つまりは、「現在の事実状態が法秩序の想定する本来あるべき法状態に合致しているか否か」（例えば、ある者の行為が競争秩序や環境利用に関する法秩序に違反するか否か）を直裁吟味することによって、「権利篡奪」の判断形式を通じて行われるのと実質的に同様の判断を為すことが可能である」⁸¹（傍点・引用者）という。これを具体的にわが国環境破壊・競争秩序違反のケースでいかに展開していくかは、たしかに、なお残された課題である（根本説自体は、上記引用以外に深く踏み込むことをしていない。その理由は必ずしも定かではない。ただし筆者によれば、根本説においてドイツ・イミッション規定〔下民906条〕への自覚的な研究がなされていないことが影響しているように思われる）。さらに、根本説自体の抱える問題点として、「あらゆる法益侵害」に対してネガトリア的保護請求権

80 根本・前掲書（前注5）211頁。

81 根本・前掲書（前注5）211頁。ここで根本教授は、きわめて重要な指摘をしておられる。すなわち「権利」侵害＝違法＝即差止めのルートとは異なる「競争秩序」及び「環境利用秩序」への客観的侵害があれば、「権利篡奪」があった場合と同様のネガトリア的保護請求権を承認するための理論構成の呈示を試みている。これは筆者が、原島説や広中説、さらには吉田克己説に触発されて構想している方向と基本的に同じである。そして、その際に鍵を握るのが、「競争秩序」や「環境利用秩序」を市民法内在的に具体化し、「相関関係の利益衡量」とは全く別にネガトリア的保護請求権の発動の基準を探る、という課題に重なる問題意識である。筆者の見解からするならば、相関関係の利益衡量にこだわらずに、「市民社会に内在する秩序」として市民が自主的に守るべき「競争秩序」及び「環境利用秩序」の具体的な基準化の試みが残されている。この点、根本教授からもご教示を賜りたいと考えているところである。なお、いわゆる「秩序」論的差止請求権の評価については、本稿第4章（特に原島「秩序」論の箇所）で、立ち入った考察を試みる。

が発動される際に、前提として置かれるところの「ひとつの一般原理」、すなわち「権利（物権）」外在的な「原理」の実体を、より正確に見極めることが必要不可欠である⁸²。そしてそのような「原理」と「相関関係的

82 この点、根本教授が一貫して物権外在的な「物権的請求権」なるものを想定していることも問題となる。また根本説によれば、ピッカー説もこの物権「外在説」と同様の立場に立つと解されることについても、さらに検討を加える余地がある。この点につき本稿続編で述べる。とりあえず、前注75末尾のピッカー教授からのメールによれば、ピッカー説は、根本教授流の「外在説」的物権的請求権理解とは無関係である旨が記されていた点のみ、付記しておく。ところで、吉村良一教授は、前掲「書評」（前注3）107頁において、根本説につき「物権的請求権」を——物権の「内在」的効力としてではなく——「物権外在的に与えられた「制度」として理解するピッカー説にヒントを得て根拠づけようとする」ものである、として「把握」し、その旨「明記」されている（傍点・引用者）。果たして、吉村教授はご自身でピッカー論文を読まれたのであろうか。吉村「書評」では、根本説によるピッカー理解の問題点は、あげて大塚直教授の論文（「差止根拠論の新展開について——近時の議論に対する批判的検討」前田庸先生喜寿記念『企業法の変遷』（2009年）45頁以下、57頁以下、特に59-60頁）による批判に依拠されている。しかも、その大塚論文による根本説批判では——根本説における「制度論的差止請求権」に対する批判はあるものの（大塚・前掲論文62頁）——「物権「外在」的物権的請求権」そのものに対する批判は一切ない。それゆえ吉村「書評」では、その必然的結果として、根本教授のいう「物権「外在」的物権的請求権」＝「ピッカー説」なる図式が、そのまま鵜呑みにされているのである。吉村教授が外国法学説の日本法への「直輸入」を抑制的に解されていることは、そのご指摘の通りかも知れない（吉村「書評」108頁の趣旨を参照）。しかし、仮に吉村教授が「ピッカー説」の内容を知らずに、ひとえに根本説のピッカー理解＝「誤解」を信じ込まれているとすれば、そもそも「書評」のあり方として根本的な疑念を覚えざるをえない。ちなみにピッカー教授が、「一つの一般的原理」としてネガトリアの妨害排除保護請求権（der negatorische Beseitigungsschutzanspruch）を構想されていることは、その通りであるが、その内部で、あくまで物権的請求権そのものは、物権「内在的」効力として理解されている（だからこそ、ピッカー教授は権利割当て〔Rechtszuweisung〕ないし権利の「割当て内容」〔Zuweisungsgehalt des Rechts〕を重視されるのである。またドイツ民法上の物権的請求権による「所有権保護」規定を、上記「一つの一般的原理」の母型〔Mutterfigur〕として位置づけられているのである）。この点、ピッカー教授の論文出典を含め、ピッカー説の内容については、本稿後述及び本稿続編（本文ないし注記）で立ち入って指摘する。

利益衡量判断（違法性判断）」との内面的関連づけが、改めて問題とされなければならない。

このように幾つか問題点が残されていることは、確かである。とはいえ、根本教授が、ピッカー説から「ネガトリア的防御請求権」と「不法行為損害賠償請求権」の基本的区別を正確に学び取られたことは、それ自体、大きな成果であった。そして根本教授のこの著作は、以上のことに一層説得力を持たせるため、必然的に第3章の考察へと導かれるのである。それを次に見よう。

（4）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分析」

まず根本教授は、ド民1004条1項本文が、物権的妨害排除請求権の要件として、妨害者の有責性（Verschulden）=主観的帰責事由（故意・過失）をいかなる意味でも要求していないこと、及びその効果として妨害者の積極的な妨害排除義務を規定していること、を確認する⁸³。その上で、ドイツでは伝統的に、判例・学説とも、妨害者の行為の侵害惹起性・侵害原因付与性（義務違反性）を要求する立場（いわゆる「行為責任説」⁸⁴）を採用していることを指摘する⁸⁵。そして根本教授は、このような「行為責任

83 ド民1004条1項1文のドイツ語原文とその翻訳は、以下の通りである。Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besizes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. — 「所有権が占有の侵奪あるいは留置による以外の方法で妨害されている場合には、所有権者は妨害者に対してその妨害の排除を請求することができる」。

84 初歩的なことであるが、妨害排除請求権成立要件に着目した「行為責任説」と、その効果に着目した「行為請求権説」（妨害者費用負担説）とは厳密に区別されなければならない。

85 根本・前掲書（前注5）253-254頁。なおピッカー教授は、その点についてドイツ判例・通説へのきわめて詳細かつ徹底した批判を加えている。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 25 ff. その翻訳として、川角・訳「エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権』（一）」龍谷法学37巻2号（2004年）1-48頁、同（二）龍谷法学37巻3号（2004年）1-18頁参照。

説」的な物権的妨害排除請求権理解が決して自明なことではなく、近時ドイツでも「状態責任説」（客観的な現在の妨害状態の排除を説く）が、かなり有力になった、とする⁸⁶。その上で、根本教授は、詳細に「伝統的なドイツ判例・学説の理論」たる「行為責任説」を、いわゆる狭義の「行為責任説」（Handlungshaftungslehre）と広義の「状態責任説」（Zustandshaftungslehre）の二つに分けて検討している⁸⁷。

そのさい根本教授は、ドイツの判例・学説が安易に「行為責任説」にしがみつこうとする根拠を、ピッカー説の理解を踏まえて詳しく考察している。一つは、歴史的に「行為責任説」とは全く無縁であった *actio negatoria* の「本質」に関する無理解が、ドイツ判例・学説の根底にある。そして第二に、近代ドイツ民法学（後期普通法学）において、*actio negatoria* が「所有権自由の訴」として形成された段階での歪曲的拡張（プフタに典型的に見られるところの「損害賠償」＝「原状回復」をも含めた理解）が、一貫してドイツ判例・学説の背景にある。これらのことを、根本教授は丹念にフォローしている⁸⁸。さらに根本教授は、ドイツ民法「前草案」（Vor-entwurf）物権法部分の担当者であったヨホウ（Johow）の見解にも注目している。特に、ヨホウによっ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厳密に区別されたこと、さらにヨホウが（その独自の立場〔＝「確認の訴」としての *actio negatoria* の把握〕からするならば）原則「忍容請求権」たところの物権的妨害排除請求権の「行為請求権」への転換を行い、彼がその根拠を「公共の安全利益」の観点から基礎づけたこ

86 根本・前掲書（前注5）254頁。

87 根本・前掲書（前注5）255-256頁（狭義の純然たる「行為責任説」、257-258頁（広義の意思責任的「状態責任説」＝保持意思責任説）。なお、ピッカー説の立場によれば、いずれも行為の容態的帰責性・原因惹起性あるいは妨害状態保持意思という「行為モメント」で一括されるという。それゆえ根本教授の評価によっても、両者は「行為責任説」として「一元化」されざるえなかったのである。根本・前掲書258頁参照。

88 根本・前掲書（前注5）262頁以下及び305頁注64参照。

と、に着眼している⁸⁹。

ところで私見によれば、ヨホウの原則「忍容請求権」論は、ローマ法的訴権構成（上記の「確認の訴」としての構成）にとらわれたヨホウ説の「弱点」であった⁹⁰。しかしながら、根本教授は、物権的請求権自体について言えば、これを（根本説の原理的・論理的理解からするならば）「忍容請求権」として把握されるべきである、という立場を採用する。そのような観点から、根本教授は、ヨホウに続いてフォン・トゥール（von Tuhr）の所説をも肯定的に把握しようとする⁹¹。ここには——私見によれば——まさしく根本説の不可解きわまる問題点の一つが如実に表現されている（その理由は後述する）。ともあれ、根本教授のトゥール理解をさらに辿ってみよう。根本教授によれば、トゥールは、物権的請求権をもつば「忍容請求権」として捉える。なぜならトゥールによれば、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」に尽きる。すなわちトゥールによれば、物権的請求権は「権利者の権利を強化するものでは

89 根本・前掲書（前注5）267-268頁及び272-273頁参照。根本教授によれば、このようなヨホウの観点が基本的に第一草案・第二草案を経て現行ド民1004条に結実したとされる。根本・前掲書273頁。なお、ヨホウによる「忍容請求権」理解は、わが国「純物権説」ないし川島「責任説」と繋がりをもつ。この点、本稿後注90及び本稿後述「「忍容請求権説」形成の論理とその批判的考察」の項目（本稿第三章②〔iii〕）を参照。

90 拙稿・川角「ドイツ民法典におけるネガトリア請求権（1004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巻1号（1997年）1頁以下、特に45-46頁、同「ヨホウ物権法草案以降におけるネガトリア請求権規定（1004条）形成史の探求——イミッシオーン規定（906条）との関連性を顧慮した覚え書き」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999年）419頁以下、特に425-426頁参照。その箇所では筆者（川角）は、ヨホウがローマ法的「受忍」（patientia）論の「内的・一貫性」を承認し尊重しようする姿を描き出している。同時にヨホウが、それを乗り越え、「公共的保全利益」擁護の観点から、上記ローマ法的「受忍」論を批判・克服する姿も描写している。

91 根本・前掲書（前注5）274頁以下参照。

ない」のであり、「権利者は、たとえ相手方が実体法上、違法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」とされる⁹²。こうして「妨害費用負担」は、ツールにとっては、もっぱら「債権的請求権」として把握される。ただ例外的に、侵害者に有責性（Verschulden）がある場合にのみ、あるいは権利者の自主的な妨害排除行為に対して妨害者が「異議」を申し立てた場合にのみ、妨害者負担となるにすぎない。要するにツールによれば、原則的には当該費用を権利者（被妨害者）が負担し、相手方の支配領域に立ち入って自分で妨害を排除すべきである、とされる（そのための権利者〔被妨害者〕による妨害源たる相手方所有領域への立ち入り忍容を、相手方＝妨害者に義務づけるにすぎない）⁹³。そして、このようなツール流の物権的請求権＝「忍容請求権」論を、根本教授は「その論理的一貫性においてより優れている」と高く評価する⁹⁴。そして根本教授は、「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）を理論的基礎づけることは——被侵害者の所有権の効力のみによっては——困難である」（括弧内・原書）と結論づけている⁹⁵。この点は、のちほどやや詳細に検討する（本稿第3章②〔iii〕参照）。ここでは、ひと言だけ付言しておく。すなわち根本教授は、なるほどその著作第2章で詳しくピッカー説を検討された。しかしながら、私見によれば、

92 根本・前掲書（前注5）275頁。

93 根本・前掲書（前注5）275-276頁。このような立場は、あとで問題とされる川島説＝「責任説」とほぼ同様である。於保説とも共鳴する点をもつ。この点、後述のところ参照。

94 根本・前掲書（前注5）277頁参照。これに対し、筆者（川角）は、ツールが「忍容請求権」説の元祖的存在であったヴィントシャイトの忠実な継承者であり、それゆえ不法行為責任の「原状回復義務」を「過積」要件の導入によって承認しようとする態度を、明確に批判した。拙稿・川角「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（二・完）」九大法学51号（1986年）27頁以下、特に56-57頁を参照。

95 根本・前掲書（前注5）279頁。

根本教授はピッカー説における物権的請求権論を、ピッカー説内在的に理解せず、もっぱら自分の土俵の上で物権外在的なものとして理解（＝「誤解」）している。しかも、ピッカー説における行為請求権説（妨害者費用負担説）になんら正面から応接することなく、それと明らかに対立するトゥール説に無批判に依拠した結果、独自の「忍容請求権説」に立ち至っている⁹⁶。この点は、決して見過ごすことのできない重大な問題点である

96 あらかじめ若干のこと付記しておく。なるほどピッカー教授は——本稿続編で詳しく展開するように——市民法秩序の「一般原理」の帰結として「あらゆる主観的法的地位」につき、ネガトリア的保護請求権を認めようとする。その際、所有権（Eigentum）は、ネガトリア的保護請求権発動のための「母型」（Mutterfigur）として位置づけられている。このように、「所有権」保護としてのネガトリア請求権（物権的妨害排除請求権）が「母型」とされた側面をもつことは、きわめて重要な意味をになっている。こうして、一旦ネガトリア的権利保護請求権発動の「母型」的対象とされた「所有権」は、あくまでその権利内在的な「実質権」（Substanzrecht）の機能として、必然的＝権利内在的に「保護権」（Schutzrecht）としてのネガトリア的権利保護請求権（1004条1項第1文の請求権）を生み出すのである（この意味で「実質権」も「保護権」も、いずれも権利内在的なものである。「権利の二つの要素」を論じたイエーリングの見解については、本稿前注74参照）。この点、根本教授ご自身が述べられ、承認されていたことでもあった。根本・前掲書（前注5）201頁参照。まただからこそ、ピッカー説では、妨害者は自己の権利領域に立ち戻るべき義務を、市民法秩序に照らして権利内在的に負担しているのである（つまりは「権利篡奪状態」からの自主的撤退によって根拠づけられたところの「費用負担義務」＝「行為請求権」）。Vgl. Picker (Fn. 23), S.165 ff. なお筆者による翻訳として、川角・訳「エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権』（13）」龍谷法学42巻3号（2010年）839頁以下参照。その翻訳文から、次の部分だけ引いておこう。すなわちピーカー教授は、フォン・トゥールがいかに「制定法規制の核心を見誤った」かを、的確にかつ鋭く指摘した上で、トゥールがネガトリア請求権について、通説と同様の原状回復的・損害賠償法的考察に陥ったことを剔抉している。そしてその結果として、トゥールもまた帰責根拠（Zurechnungsgründe）に依拠していることを解明し、もってトゥール説を徹底的に批判したのち、こう言っている。——「（妨害者が妨害排除の費用を負担するという制定法の判断は）本書で以下詳しく示すように、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」（Picker, a. a. O., S. 167）。↗

(この点、あとで立ち入って考察する。さしあたり本稿前注96をよく吟味されたい)。ともあれ根本教授は、「まとめ」の項目で次のように言われている。——「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ならば、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して構成するためには、理論上、物権的請求権の効果を物権の效果として位置付けることを止める（そのような意味で物権から切り離す）べきこととなる。換言すれば、（行為請求権としての）物権的請求権の形式的発生根拠を、物権以外に求めなければならない」⁹⁷（傍点・引用者）。こうして、根本教授は、あとで展開される川島「責任説」における「忍容請求権」説の肯定論をここで先取りしている。そして、「妨害者費用負担」とする「行為請求権」としての「物権的請求権」理論を、「物権」外在的に位置づける自説をも先取りしている。

このような「独自」の「忍容請求権」的物権的請求権理解を前提に、根本教授によって、わが国物権的請求権理論が再検討されることになる。そ

ゝそしてピッカー教授は、これこそ「実質的に正当な解決（die sachliche richtige Lösung）なのである」と述べている。こうしてピッカー教授は、妨害者費用負担としての行為請求権説を法論的に首尾一貫させたのである（その際、ピッカー教授が自覚的にトゥール説を批判した上で、この「行為請求権説」を展開させていることは、実に教訓的である）。ちなみに根本教授の著作「引用文献一覧」（根本・前掲書〔前注5〕439頁）では、ピッカー教授の1972年モノグラフィーのみならず筆者のこの翻訳も取り上げられている。そして根本・前掲書224頁注3では、ピッカー教授の1972年モノグラフィーにつき「本書における原論文の訳出は筆者によるものであるが、川角教授の右訳文を参照した」として2010年の筆者の翻訳も参照指示されている。ここでは、そのことのみ、指摘しておくにとどめる。

97 根本・前掲書（前注5）297頁。だとすると、ピッカー説を検証した上で、それを支持し、ピッカー説的な意味での「行為請求権説」（本稿前注96参照）を主張する筆者（川角）の見解も、根本教授によって批判されるべきことになろう。それがどのような顛末を示すか。きわめて興味深いところである。この点、後述参照。

れを以下にみよう。

（5）第4章「我が国の物権的請求権理論に関する分析および違法侵害説の解釈論的基礎付け」

まず初めに注目しておくべきことは、根本教授が、その冒頭部分で「物権的請求権は、行為請求権である」と宣言されていることである⁹⁸。これには、ひとり筆者のみならず、読む者すべてが「啞然」とされるのではないだろうか。つい先ほど根本教授は「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ならば、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して構成するためには、理論上、物権的請求権を物権の効果として位置付けることを止める（そのような意味で物権から切り離す）べきこととなる」と言われていた（本稿前注97とそれに対応する本文参照）。だとすると、慎重に根本教授の所説を吟味する限り、物権的請求権を行為請求権として捉えることはありうるのだが、それは「理論上、物権的請求権を物権の効果として位置づけることを止める」ことが必要であったはずである。ところが、根本教授は「私見」と断った上で、以下の理由で＜行為請求権説を採用する＞とされるのであるのである。その第一は、行為請求権として理解する方が「物権的請求権（制度）の沿革に合致する」からである。さらに、その第二は「現在、物権的請求権を純粋な忍容請求権と捉える見解は、ごく少数に止まり、大多数の学説は——その発生要件ないしはその適用領

98 根本・前掲書（前注5）329頁。根本教授は、「議論の混乱あるいは誤解を避けるために」、わざわざ「分析の前提」として、上記本文引用箇所を記述されている。しかし根本教授の著作全体の位置づけから言えば、この「分析の前提」の箇所は、かえって無用な「混乱」を招き、あるいは根本的な「誤解」を生ぜしめるように思われる。なお、吉村教授の「書評」（前注3）では、なにゆえか、根本教授が「行為請求権」を支持されていることについて、立ち入った指摘がない。

域に関して見解の相違を見せつつも、基本的に——物権的請求権を行為請求権と把握している」からだ、とされる⁹⁹。根本教授の最終的結論は、筆者（川角）と同様「行為請求権説」であるから、そのことについて問題としているのではない。ただ、つい先ほど「物権の効果」として行為請求権は根拠づけられない（＝忍容請求権説）としたはずの根本教授が、上記の理由づけ（大多数の学説が行為請求権説に立っているから「行為請求権説」を採用するという理由づけ）でもって「行為請求権説」支持に「転換」されたことに、そもそも納得がゆかないのである。根本教授は——「沿革論」はともかくとして——仮に学説の多数が「忍容請求権説」支持であるならば、さしたる理由もなくそれに追隨して「忍容請求権説」を採用されるのであろうか。学界の風向き次第で、その結論が変わるのであろうか。根本教授の著作は、残念ながら、そのような疑念をかき立てる論述になっている。むしろ根本説によれば、端的に「物権の効果」から「切り離して」はじめて「行為請求権説」が導かれるわけであるから、それを看過してきたわが国大多数の学説をまずは徹底的に「批判する」ことから、その論旨を開始するべきであった（ちなみに私見は、根本説とは異なり、ピッカー説を理論的に検証した上で——しかも川島「責任説」及び「於保説」を具体的に批判した上で——当該ピッカー説を支持する立場から「行為請求権説」を承認している）。したがって、ただ、忍容請求権説を支持する者が少なく、学説の大多数が行為請求権説に立っているから、行為請求権説を採用するのだ、という「理由づけ」であるとするならば（そうとしか読めないのだが）、あまりにも「ご都合主義」的にすぎる、と思われるのである。むしろ、自説が正しいと思うなら、その自説の論理と理由づけでもって「行為請求権説」の正当性を論証すべきである。そうではないところの——どちらかといえば利益衡量主義的でバランス感覚本位の・かつピッカー説的「権利保

99 根本・前掲書（前注5）329頁参照。

護・主観的法的地位保護論」をまともに理解しようとしないうところの——（かなり）多数のわが国諸学説（とりわけ「物権的請求権」論）を、ことごとく批判する「勇氣」をこそ、研究者は持つべきなのである。ドイツのピッカー教授は、それを大胆に試みられ、自己の「物権的妨害排除請求権理論」を、今や押しも押されぬドイツ「有力説」に仕上げられた。若き根本教授は、そのようなチャレンジ「精神」をこそ、ピッカー教授から学び取るべきであったように思われる（要するところ、仮に「風見鶏」でいる限り、そもそも研究者としての資格があるのか否か、根底的に問われざるをえないのである）。

ともあれ先を急ごう。

① 川島「責任説」

まず根本教授は、川島武宜教授の「物権的請求権に於ける『支配権』と『責任』の分化（一）（二）（三・完）」（1937年〔昭和12年〕。以下川島「責任説」と呼ぶ）を手始めにして、わが国物権的請求権理論に関する考察を進めている。最初に——失礼かつ僭越であることを十分承知した上で——筆者（川角）自身の川島「責任説」に対する概括的評価から始めることを許していただきたい。

筆者の評価によれば、この川島「責任説」は、1935年の天皇機関説（および国体明徴政府声明）から2年後、かつ国家総動員法公布の前年に出されたものであった。すでに市民的「自由」は圧殺されかけ、また「権利」自体の解体が声高に叫ばれていた時期の論文であった¹⁰⁰。その意味で、

100 すでに1925年（大正14年）には、牧野英一「権利の觀念の転回」（同『法律に於ける具體的妥當性』）が出され、次のように主張されていた。——「権利は、社會の各員が其の共同生活に於て、責務の自己のわけ前を全うするに付いての手段乃至機會に外ならない。されば、権利者は、一方に於て、公序良俗に従つて権利を行使せねばならぬと同時に、又公序良俗に反して権利を放置することにも許されない。権利は、之を行使するにしても、又、之を行使せざるにしても、常に公の秩序善良の風俗に制約されるのである。之を法律文化の最近の趨勢と考へるべきではなからうか」（前掲書『具體的妥當性』359頁。なお原論文初メ

この川島「責任説」は、民法上の「権利（所有権）」を正面から取り上げた貴重な業績であった。またローマ法以来の沿革を詳細に跡づけ、さらにドイツ法・フランス法との緻密な比較法的研究を試みたという意味でも、構想雄大かつきわめて挑戦的な論文であった¹⁰¹。しかしながら、そこで「物権」（「所有権」）の「支配権」的側面とは、もっぱら「支配権としての物権」（「支配的對世的性質」）として語られるだけである¹⁰²。要するに、その限りで同義反復なのである。川島教授の問題意識は、むしろ「責任」の方にあった。それゆえ「妨害排除の請求権」は物権そのものに基づくものではなく、何人かの責に帰せらるべき行為によりて発生するもの¹⁰³

↘出は1924年。傍点・引用者）。ここには、ほんらい法律行為の制約原理たる「公序良俗」観念が無媒介的に「一般条項化」し、よって「権利」観念を「責務」に置き換えるところの発想が示されている。極言すれば、ここで権利の制約原理として、権利の上に置かれている「公序良俗」とは、「国家権力の剥き出しの支配的意思」そのものとほぼ同義である、とさえ言いうる。

101 川島教授は、その回想録（ご自分の研究生活のメモワール）『ある法学者の軌跡』（1978年）122頁以下で、「チャレンジングであること」の必要性を説いておられる。川島教授によれば、ここで言われる「チャレンジング」とは、単に「挑戦する」ということにとどまらない。「英語の challenge ということばには、「新しく問題を提起する」「新しい議論を呼び起こす」というような意味もあるのです。（中略）そういう意味でチャレンジングな、すなわち新しい問題提起をする、そこから学界に新しい研究が始まる、というような論文を書くことが必要だと思うのです」（傍点・原書）。筆者（川角）にとっては、身の縮む思いに駆られる言葉である。

102 川島武宜「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（一）」法学協会雑誌55巻6号（1937年）27頁及び34頁、同「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（三・完）」法学協会雑誌55巻11号（1937年）67頁参照。

103 川島・前掲論文「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（一）」（前注102）34頁。なお、「請求権」そのものがローマ法で認められてはいなかったこと、当然である。ローマ法は、あくまでも「訴権」actioの体系でしかなかった。ここで川島教授が「妨害排除の請求権」と言われるのは、「いわゆる請求権」くらいの意味にとどまるものであろう。とはいえ、このような川島「責任説」のローマ法理解には、根源的な問題が潜んでいる。なぜならローマ法的「妨害排除の訴」の原型たる actio negatoria では、役権否認者は相手方の故意過失にかかわりなく、妨害排除の効果享受できていたからである。ピッ

として捉えられるところのローマ法が、川島教授にはきわめて魅力的なものに思えたのである。さらに川島教授は、（ローマ法的）物権的請求権（＝「訴権」）そのものを、そのような帰責根拠のフィルターを通して把握しようとした。川島説によれば、ローマ法では、物権の「支配的」側面と「責任」的側面は——先ほどの引用文で示されているように——いわば「融合」していた（川島教授によれば、ローマ法上の「妨害排除の請求」*actio negatoria* は、「物権内在的効力」としてではなく「何人かの責に帰せらるべき行為によりて発生するもの」とされていたからである¹⁰⁴）。それが近代法の洗礼を受けることによって初めて「分化」せられ、近代的所有権の「支配権」的側面は、その「支配権的對世効的」側面で表現される（すなわち物権への客観的侵害によって直ちに物権的請求権が発生する）一方で、他方その「物権的請求権」の「責任」的側面＝「費用負担」問題は、端的に「原状回復」ないし「損害賠償」の帰責根拠として把握されていたのである（ちなみに、ピッカー説によれば「費用負担」は、妨害者の「利益」ともなるとこ

ゝカー教授は、これに関して次のように述べている。すなわち「ローマ法および普通法上のアクチオ・ネガトリア *actio negatoria* においてすでに原理的に打ち立てられていた要件・効果は、現行法上の1004条によってまさに徹底して考え抜かれ、それゆえ欠缺なく（*lückenlos*）仕上げられている」と。すなわち、すでにローマ法上の *actio negatoria* は、「役権否認の訴」として出発しながら、当初から侵害者の故意・過失とは無関係に発動され、その効果は侵害者による役権への妨害の積極的な除去義務であったこと。さらにそれを、現行ドイツ民法1004条が洗練して受け継いだこと、が示されている。川島教授の如く、*actio negatoria* に侵害者の「故意・過失」を要件に「原状回復」まで取り込んだのは——ヴィントシャイト説を典型とする——19世紀ドイツ法学の「誤った展開（*Fehlentwicklung*）」の帰結以外のなにものでもない、とピッカー教授は指摘している。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 61. その翻訳として、川角・訳「エドアルト・ピッカー『物権の妨害排除請求権』（3）」龍谷法学37巻4号（2005年）3頁参照。なお根本・前掲書（前注5）343頁も参照。

104 そのような川島教授のローマ法の理解自体が誤っていることについては、さしあたり本稿前注103参照。さらに、本稿後注204とそれに対応する本文も参照されたい。

ろの物権的請求権内在的效果であったが、川島「責任説」では損害賠償＝「原状回復」そのものを物権的請求権的に言い換えたものとして把握されている。ピッカー説につき、さしあたり本稿前注96参照）。この点につき、重要であるのは、川島教授による次のような考察態度であった。すなわち川島教授は、近代法上の「物権的請求権」を客観化し、かつまた「行為請求権説」的に捉える主流的傾向があることを踏まえた上で、次のように言っている。——「物権的請求権の責任的要素に付て責任一般法たる不法行為法乃至その精神たる Schuldmoment を導入せんとする独逸及び我国の少数の解釋論の存在はこのこと（物権的請求権が「客観的責任」＝「行為請求権」だけで説明できないこと）を示すものである」¹⁰⁵（括弧内及び傍点・引用者）。それでは、その上で論じられるところの物権的請求権の「責任の効果」とは何か。それは「被告による積極的な原状回復を目的とする妨害の排除」である¹⁰⁶（傍点・引用者）。そして川島教授は、わが民法上、不法行為の効果は「金銭賠償」（日民722条1項、417条）であることに鑑み、以下のように述べている。——「物権的請求権の効果はこの（不法行為）責任の金銭賠償原則に對し正に例外を為すものである。物権者は物権的請求権を主張することにより、不法行為に依つては得られない所の自然的原状回復を得ることができるのであり、これ理論的には、物権的請求権によつて不法行為の効果として自然的原状回復を請求し得ることを導入する結果となる」¹⁰⁷（傍点・括弧内ともに引用者）。これはまさしく、あからさまな物権的請求権の不法行為法的効果の付与であり、つまりは物権的請求権の近代法的「歪曲」

105 川島・前掲論文「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（三・完）」（前注102）79頁。

106 川島・前掲論文「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（三・完）」（前注102）82頁。

107 川島・前掲論文「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（三・完）」（前注102）82-83頁。この限りで、川島「責任説」の発想は大塚直教授の見解（本前前注24を参照）を先取りするものであった。

そのものであった¹⁰⁸（さらにこれこそは、まさしく「不法行為法的差止請求権」説そのものの先取的思考方法の「実践」にほかならなかった）。以上が筆者（川角）による川島「責任説」の概括的評価である¹⁰⁹。

このような川島「責任説」について、根本教授は、およそ次のように言っている。すなわち根本教授の評価によれば、川島「責任説」は、一方で「支配権」の効力」としては「忍容請求権説」に立つ。他方、行為請求権が認められるのは相手方に「責任」（不法行為責任）がある場合に限

108 それゆえか、川島教授は前掲書『ある法学者の軌跡』では、数多くの自著・論文等を引用されているが、この「責任説」論文だけはひと言も触れられていない。『ある法学者の軌跡』末尾の「本書に出てくる著者の著書・論文」の項を参照しても出てこない。むしろ本文中にもない。その後の『川島武宜著作集』にも収められていない。ただし川島教授の代表作たる『所有権法の理論』（1949年）では、ほぼ同じ内容が記述されていることには、注意が必要である。『川島武宜著作集七巻・所有権』（1981年）116-117頁参照。さらに同旨として、川島『民法Ⅰ総論・物権』（1960年）103頁以下も参照。なお、ここ（川島『所有権法の理論』）では、あからさまな「原状回復的」物権的請求権としてではなく、「費用負担」に限定して、その「責任」的要素（「被告の故意過失によって妨害を生じた場合」）が語られている（特に「被告の費用負担による妨害の除去」前掲書117頁の表現に注意）。つまり、その点で一定の修正が図られている。付言するならば、この修正は「改説」に等しいことでもあるから、川島教授はひと言「改説」の旨のコメントを付しておかれるべきであった。ちなみに川島教授にあって「責任」とは、もっぱら不法行為責任（ないし契約責任）だけがイメージされており、物権的請求権のような物権そのものの客観的リアクション（反発力）を含む発想はない。きわめて惜しまれることである。なお参考までに付言するならば、川島教授ご自身、次のように1937年の川島「責任説」論文を自己分析しておられる。すなわち、この「責任説」論文は、「単に問題の一面のみを考察したにすぎず、またより根本的問題についての理論的基礎が不十分であったため、わたくしとしてはなほだ意に満たぬものとなっていた」（傍点・原書）。川島「所有権の「現実性」」同『近代社会と法』（1959年）186頁。この点につき、原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注14）487頁も参照。

109 ただし、筆者の見解は、原島教授による川島説批判を前提としている。この点を、率直に指摘しておかなければならない。その意味で、上記本文の川島「責任説」の概括的評価は、原島教授の見解を単に要約したものにすぎない。原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注14）486-497頁参照。

られる。いわゆる「二元的把握」を行うものとして捉えられている¹¹⁰。その上で根本教授は、とりわけ *actio negatoria* の沿革的探求において、川島説は意図的に侵害者の有責性要件（故意・過失）を取り込んでいるところ、それは不当であって、*actio negatoria* の原型においては純然たる客観責任として有責性に依存しない要件化が図られており、効果も侵害者の積極的な妨害排除義務そのものであったことを論証している¹¹¹。さらに根本教授は、川島「責任説」において「妨害排除」と「原状回復（損害賠償）」との「混同」が示されていることについても、詳しく解明している¹¹²。ただし次のような根本教授の態度は、再び不可解さを呼び起こす

110 根本・前掲書（前注5）330頁以下参照。

111 根本・前掲書（前注5）343-344頁参照。そこで根本教授は、適切にピッカー教授の *actio negatoria* の沿革史研究を踏まえて川島「責任説」を批判している。

112 根本・前掲書（前注5）345-346頁。にもかかわらず、わが国「物権的請求権論」において、いまなお川島「責任説」支持が多いことには驚かされる（なお筆者〔川角〕は、その1986年論文「近代的所有権と物権的請求権との関係（2・完）」九大法学51号45頁注48で、論文執筆時点までのわが国・川島「責任説」支持者を挙げておいた。本稿後注213参照。したがって以下では、そこで示された川島「責任説」支持者を除いて、根本説の引用箇所から最近の川島説支持者のみ紹介するととどめる）。たとえば根本・前掲書（前注5）396頁注6をみると、加藤雅信教授、大村敦志教授、宮本健蔵教授、清水元教授のほか、やや古くは森泉章教授、田山輝明教授、丸山英気教授など、かなり多くの学者が川島「責任説」を支持している、とされる。ちなみに、その代表者とも言うべき加藤雅信教授は、その教科書『新民法大系Ⅱ・物権法（第2版）』（2005年）で、以下のように言われている。——「Aの所有地に生えた樹木が隣接するBの所有地に倒れ込んだとしよう。その樹木をAの所有地に戻すのに相当の費用がかかるとする。その樹木の回復につき、AはBに物権的返還請求権を有し、BはAに対し妨害排除請求権を有している。行為請求権説にたてば、被請求者の費用負担となるのでさきに請求したほうが相手方の負担で、受忍請求権説にたてば、請求者の費用負担となるのでさきに請求したほうが自分の負担で、物権的請求権を実現することになる。もちろん、A、B双方が相手方に物権的請求権を有する事例はそれほど多くはないが、この種の事例においては、行為請求権説だと早い者勝ち、受忍請求権説だと早い者負け、という結果となる。この結果だけをみると、一見、両説は一長一短のようであるが、実は権利というものは行使しなければならぬものではなく、行使するか否かは権利者の自ノ

、由にゆだねられている。したがって、物権的請求権を行使し、自己の物権的支配の貫徹を欲した者がそのための費用を負担すべきなので、受忍請求権が原則とされるべきである、と筆者は考える」（加藤〔雅〕・前掲教科書38頁）。その上で加藤（雅）教授は、川島「責任説」を支持し、侵害者に帰責事由（「有責性」。基本的には「不法行為責任」の要件としての「故意・過失」を意味する）があれば、「物権的請求権の実現に必要な費用をかりに「損害」と考えたときに」は、「物権的請求権は受忍請求権が例外的に行為請求権へと転化する」という立場に立たれる（加藤・前掲教科書39頁）。ところで、上記加藤（雅）説は、Aの樹木が隣人Bの所有地に倒れ込んできた場合に、AのBに対する物権的返還請求権とBのAに対する物権的妨害排除請求権が「衝突」という立場に立つものと思われる（両請求権の「衝突」を前提に、「早い者勝ち」論とか「早い者負け」論を説かれるのである。ただし、そのような「事例はそれほど多くはないが」とも断わられてはいる）。この点、両請求権の「衝突」が原則的に理論上ありえないことについて、本稿後注115参照（本稿本注の、これ以下の記述を正確に読み取るためには、本稿後注115〔内田貴教授の所説への批判〕の参照は欠かせないので、注意されたい）。したがって（両請求権の「衝突」は否定されるべきであるから）、理論上「行為請求権」としては、BのAに対する物権的妨害排除請求権だけが認められる（ただしBが当該樹木を「占有」していれば、別である）。だから「早い者勝ち」は、そもそもありえない。妨害排除のために「相当な費用」がかかるとしても、Aがその樹木の所有権を主張する以上、その費用は「Aが自己の所有物を自己の所有領域に戻すための費用」にほかならない。ちなみに、除去費用の高低でもって妨害排除義務の帰趨を左右せしめる考え方は、一種の「比較考量論」（利益考量論）を物権的請求権に持ち込むものにほかならない。その点で、このような見解は、ドイツでは厳しく批判されているところである（この点、拙稿・川角「ネガトリア責任と金銭賠償責任との関係について」広中俊雄教授古希祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』（1996年）537頁以下参照）。それゆえ、当該樹木の排除費用は、妨害者たるAが負担すべきこと、当然である（Aが樹木所有権を「放棄」したような場合にだけ、特殊な問題が生ずるにすぎない）。さらに「権利というものは行使しなければならないものではなく、行使するか否かは権利者の自由にゆだねられている」ことは、いわば自明のことである。ところが、加藤（雅）教授は、わざわざ「したがって」という順接接続詞を用いて「物権的請求権を行使し、自己の物権的支配の貫徹を欲した者がそのための費用を負担すべきなので、受忍請求権が原則とされるべきである」という。その結論は、不適切である。なぜなら、Aの樹木侵入によって妨害を受けているのはBであって、その物権支配保護のために、同時に樹木所有権を主張するAに対し、Aの費用負担によって「現在の妨害状態」が排除請求されるべきこと、理の当然である。なお、この「費用負担」の実質は、加藤（雅）説がいう「損害」ではない。あくまで妨害者たるAが、自己

ものとなっている。つまり本章冒頭で根本教授は「行為請求権」支持の立場を宣言していた（その理由の不確かさと問題性はすでに指摘した）。にもかかわらず、ここではやや無頓着に次のように言われる。——「私見によれば、（中略）①の請求（物権者による自己の所有権行使尊重請求）を支えてい

ゝの支配領域を保全するために当該樹木をもとに戻すために必要な、つまりはA自身の「利益」にも対応する「費用負担」にはかならない。わが国『物権法教科書』における「物権的請求権」理解は、そのかなり多くがこの本質的な点を見失っている。たとえば、大村敦志『基本民法Ⅰ総則・物権総論（第3版）』（2007年）280頁は、「費用の問題を考えると結局は相手の故意・過失が問題になる」という。そこで言われる「費用負担」が、川島「責任説」と同様に「損害賠償」と同列視されていることがよくわかる。以上のことは、本稿続編で改めて触れる。ともあれ、上記加藤（雅）説において「自己の物権的支配の貫徹を欲した者」とは、BのみならずAもそうなのである（ゆえに「したがって」という順接接続詞でもって「受忍請求権」を根拠づける加藤（雅）説は、誤っているように思われる）。例外的に、当該A所有樹木の倒れ込みによって、Bの家族が負傷したり、その所有する土地が陥没したり、Bが大切にしてきた植木が毀損されたような場合にだけ、Aの不法行為損害賠償責任が問われるにすぎない。そのような場合にだけ、「妨害者」Aは「（潜在的）不法行為者」に「転化」し、Aに「故意・過失」があったかどうか、さらにはBの側に「損害」が発生したかどうか、その間に「法的因果関係」があるか否か、が問われるにすぎない。以上の点で、加藤（雅）教授流の忍容請求権説的「物権的請求権」論は、根本的に「破綻」している。なお、加藤（雅）説（加藤44頁以下）が取り上げる大判昭和12年11月19日民集16巻1881頁については、さしあたり本件判例批評・根本尚徳「土地崩壊の危険と所有権に基づく危険防止請求」潮見佳男＝道垣内弘人（編）『民法判例百選Ⅰ総則・物権（第7版）』（2015年）98頁以下を参照。根本教授の考察によれば、本件「判例の見解は、純粋な行為請求権説の立場で一貫している」とされる。かつまた本件では、「相隣関係に関する諸規定が1つの手がかりを提供する」とされ、238条「境界線の付近において前条の工事（掘削工事）をするときは、土砂の崩壊又は水若しくは汚液の漏出を防ぐため必要な注意をしなければならない」（括弧内・引用者）という規定に注目されている。これに対し、加藤（雅）前掲教科書44頁以下では、相隣関係に関する民法諸規定に言及はあるものの、それは相隣者「共有」に関する規定（日民229条、250条、253条1項）にとどまり、239条は無視されている。だからこそ加藤（雅）説は、本件判例の判断を「費用折半」説に立つ自己の立場から、「適当でない」と批判するのである。筆者は、根本教授と同様に——本件判例に関する幾つかの問題点を留保しつつも——本件大審院判決の判断を基本的に支持するものである。

る物権の物に対する直接的ないし排他的支配性の觀念をどのように演繹してみても、そののみによっては、忍容請求権を越えて、侵害者の積極的な妨害排除行為を要求しうる行為請求権が発生すべき理由を合理的に説明することは困難である、と解される」（括弧内及び傍点・引用者）。あるいは「行為請求権としての物権的請求権を物権に対する排他的支配性より生ずる効力と捉えることは、理論的に困難である。言い換えるならば、物権的請求権を右排他的支配性に基づく物権内在的な効力と構成するとき、その内容は忍容請求権に止まらざるを得ない」¹¹³（傍点・引用者）。こうして根本教授は、繰り返し、物権の排他的支配性から引き出されるのは「忍容請求権」ととどまるといふ。同時にそのことによって、（行為請求権としての）物権的請求権は、もっぱら「物権外在的にのみ説明可能」とする。このようにして根本説の前提論が記述されている。加えて於保不二雄教授の所説も、もっぱら根本説を補強するものとして描写される。次に、その於

113 根本・前掲書（前注5）339-340頁及び347頁。あたかもこれを受けるかのよう、吉村良一教授は、根本説の基本的立場からするならば、物権的請求権は「必然的に忍容請求権とならざるを得ない」と記述されている。吉村・前掲論文「根本書評」（前注3）106頁参照。これを読む限り、その読者は、根本説が物権的請求権を——物権内在的な効力として捉える限り——「忍容請求権」と解するもの、と考えるであろう。ところが、すでに本文中で指摘したように（本稿前注98とそれに対応する本文参照）、根本教授の最終的結論は「行為請求権説」なのである。しかも、その理由は、＜大多数の学説が行為請求権説を支持しているからだ＞と説明されていた。あとで根本教授なりの「行為請求権説」支持の根拠が別途示されるわけであるが（たとえば、根本・前掲書391頁の趣旨を参照）、本稿前注98に対応する本文の引用箇所（根本・前掲書329頁）では、そのことには触れないで、「沿革」と「学説の大多数」を挙げるのみである。要するところ、根本教授は「物権的請求権の内容をあくまで行為請求権と捉えようとすれば」、「そのための不可欠の前提として」、「物権的請求権」を「物権」から「切り離すこと」=物権「外在」的に捉えることが必要である、とする（根本・前掲書391頁）。他方で「物権的請求権」は、「物権にのみ特有な、その固有の保護手段である」とも言っている（根本・前掲書394頁）。根本教授の「論旨」は、かくして「難解」きわまりない。おそらく筆者（川角）の「読み方」が浅いだけかも知れないのではあるが。

保説に関する根本教授の評価をみよう。

② 於保説

次に根本教授が着目するのは、1961年に於保教授が公表された「物権的請求権の本質」という論文である¹¹⁴。根本教授の整理によれば、於保説は次のように把握される。すなわち、於保教授は物権の基本的性質（支配権の排他効）に照らして物権的請求権を「忍容請求権」として捉えながら、その結論として「行為請求権説」に至る、とされる¹¹⁵。その理由は、

114 根本・前掲書（前注5）347頁以下参照。なお於保不二雄「物権的請求権の本質」法学論叢70巻2号（1961年）1頁以下参照。於保説の前提にあるのは、川島「責任説」であり、近藤英吉教授の「純物権説」である。前者については、すでにみた。後者につき、さしあたり拙稿・川角「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（2・完）」九大法学51号（前注112）34頁参照。

115 根本・前掲書（前注5）348頁参照。於保・前掲論文（前注114）8頁。そこで於保教授は次のように述べられていた。——「この見解（いわゆる「純物権説」）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」（括弧内・引用者）。なお、このような於保説の発想と共通する立場を示す最近の一例として、内田貴『民法Ⅰ第4版』総則・物権総論（2008年）371頁以下がある。そこで内田教授は、いわゆる物権的返還請求権と物権的妨害排除請求権との「衝突」を問題にして、行為請求権説では「收拾がつかなくなる」とした上で、忍容請求権説の優位性を説き、「忍容請求権説はまことに鋭（い）」と高く評価する。そして「問題はそれにとどまるのか」と自問した上で、「問題は、相手方の行為によって侵害が生じたが、不法行為責任は発生しないような場合である」と述べ、よって「請求の相手方の行為によらずに侵害が発生した場合（中略）には、原則として忍容請求権と考えるべきだろう」とする。要するに、内田説は明らかに「行為責任説」（妨害原因惹起説）の立場に立っており、その上で「相手方の行為によらずに侵害が発生した場合」には原則「忍容請求権」だけが出てくる、と解している。ところで上記引用文中で（中略）とした箇所には、設例〔XⅢ-2〕が指示されている。そこでその設例を読むと、次のように書いてある。——「小型飛行機が墜落してBの土地に突っ込んだため、大きな庭石がはね飛ばされ、隣地であるAの土地に転がり込んだ。AはBに対して、所有権に基づく妨害排除請求権を行使し、Bの費用で石を除去せよと請求できるだろうか」。これは、よく取り上げられる教科書的事例設定である。ここで内田教授は、先ほど指摘したように、AのBに対する「妨害排除請求権」とBのAノ

ゝに対する「返還請求権」が「衝突」するという前提で論じている。しかし、そもそも両請求権の「衝突」はありえない。B所有の「庭石」が飛び込んできてびっくりし、驚いているだけのAに、そもそも庭石の「占有」はない（Aが庭石を自己所有の倉庫に「自己のためにする意思」をもって運び入れたり、あるいは庭石を鑑賞用に置き場所をしつらえたりしたような場合には、「占有あり」と解されることになろう。ただしAが、庭石所有者Bのために事務管理〔民法697条以下〕として倉庫に保管する場合は別である。この点、松岡久和『物権法』〔2017年〕37-38頁の指摘を参照）。したがって、いきなり飛び込んできた庭石につきAの不適法「占有」がないところに、BのAに対する物権的返還請求権が成立するいわれはどこにもない（ド民985条は所有権に基づく返還請求権の成立要件として、相手方が「占有者」〔Besitzer〕であることを明示している。さらにド民854条は、「占有」を定義して「物に関する事実上の支配力の取得」〔die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache〕としている。ちなみに日民180条には「自己のためにする意思をもって物を所持すること」とある）。いずれにしても、AにBの庭石に関する「占有」はない（たとえ「占有権としての保護を与えるべき状態が占有だ」と「トートロジカル」に「占有」を把握し、もって「占有の観念化」を高唱する内田説〔内田・前掲教科書408頁〕であっても、Aの庭石「占有」を肯定することはできない、と考える。この点につき、松岡・前掲教科書259頁の指摘も参照）。したがって両請求権の「衝突」論は成立しえない（せいぜいド民1005条に明文化されているところのBのAに対する「引取請求権」〔「庭石を引取にいくからよろしく」という趣旨の請求権〕が生ずるに過ぎない）。この点を明確に示されたのが、山田晟「物権的請求権としての『引取請求権』について」法学協会雑誌百周年記念論文集第三卷（1983年）である（ただし「引取請求権」を物権的請求権として把握することには、異論も提起されている。本注後述の好美説参照）。この論文で、山田晟教授は明確に両請求権の「衝突」を否定し、AのBに対する妨害排除請求権だけが発生するにすぎない、と論じている（すなわち上記内田設例に即して言えば、Bが庭石の所有権を主張する限り、自己の費用負担で妨害物を排除すべき義務がBに生ずる、と解される）。また山田教授は、「庭石が飛び込んできてびっくりし、驚いているだけ」のAに「占有」ありと認めることはできないことも、明瞭に示されている。山田・前掲論文5-6頁参照。同旨として原島重義「権利論の推移」・同・（前注14）491頁参照〔なお上記山田論文の「引取請求権」を、原島教授はド民1005条を指示して、これを「索引引取請求権」Verfolgungsrechtと呼んでいる〕。さらに原島教授は、好美清光「物権的請求権」『注釈民法（6）』〔1967年〕70頁以下も同旨として引用している）。ちなみに『新版注釈民法（6）補訂版』（2009年）168頁以下の好美教授による「行為請求権か忍容請求権か——費用負担」に関する記述も参考になる。特に好美教授が、物権的請求権（返還請求権と妨害排除請求権）の「衝突」を否定している箇所（好美171-ㄗ

もっぱらローマ法以来の「沿革」、そしてドイツ民法の立法者が「問題を簡明ならしめてかつ実路的であるという理由から、単純な行為請求権として規定することにした」という「政策的考慮」に求められた¹¹⁶。こうして於保教授流の「行為請求権説」的物権的請求権論が形成された。これを根本教授は高く評価する。なによりも於保説が、行為請求権説的な物権的請求権の根拠を「物権内在的効力」とはせずに、もっぱら「沿革」とりわけ「法政策的配慮」から理由づけようとする点で、根本教授自身の発想ときわめて親和的であるからである¹¹⁷。すなわち、こうである（以下の根本

172頁）、さらに妨害物の所有者（賃借人を含む）による「索引取引請求権」を「占有訴権」として位置づけ、よって「わが法の解釈としては、物権的請求権は被妨害者の妨害者に対する（その者の費用負担を含めた）積極的な行為請求権である、と割り切っておいて支障はない」（括弧内・引用者）とする箇所（好美175-176頁）を参照されたい。ちなみに、上記内田教科書〔第4版〕XX「文献案内」の箇所では、『新版注釈民法（6）』（1997年版）が取り上げられている（そこでは上記〔2009年版〕と同旨の好美説が展開されている）。その上で、内田教授は「特定のテーマに関心を持った読者は、注釈書・体系書を読むことを勧める」として、この1997年版『新版注釈民法』をとりあげている。だとするのなら、少なくとも内田教授ご自身、『新版注釈民法（6）』所収の好美「物権的請求権」を読んでおられるはずである。したがって、上記のように、好美論文において両請求権の「衝突」がありえず、結果的に「積極的な行為請求権」としての理解でよい、とされる論旨を、ご承知のはずである。にもかかわらず、特にこれという理由もなしに「忍容請求権」を肯定されるのはなぜか。疑問なしとしない。ちなみに、上記内田教科書の「はしがき」には、その内田教科書が「考え方の筋道を重視して書かれた教科書」である旨の記述がある。だとするならば、考え方の「筋道」を示すために、まずは「行為請求権説」に立つ見解を説得的に批判した上で、ご自分の「忍容請求権説を主張されるべきであつたろう。請求権の「衝突」という（すでに批判・克服されたところの）理屈のみをもって自説を根拠づけるのは、少なくとも学問的態度に適ったものとはいえない（たとえ「教科書」的記述による「制約」があるとしても、数行あれば「行為請求権」批判は十分可能であると思われる。ところが、内田教授の教科書には、好美「物権的請求権」＝「行為請求権」に対する批判的参照指示すらないのである）。

116 根本・前掲書（前注5）348頁参照。また於保・前掲論文（前注114）11-12頁参照。なお、於保・前掲19頁では「沿革・比較法上認められてきた行為請求権を否定しなければならないことにはならない」という記述がある。

117 根本・前掲書（前注5）348-350頁参照。

教授の記述箇所は日本語の文章としてかなり「難解」であるが、そのまま引用する）。——「於保博士は、（行為請求権としての）物権的請求権が物権に「法政策」として、あるいは「法」もしくは「法律」に基づいて付与されるべき「実質的根拠」を、侵害によりその実現を妨げられている物権を「保障」ないしは「維持・回復」すべき必要性、つまりは物権の侵害からの要保護性に求められている、と推測することが許されよう。換言すれば、於保説において、（行為請求権としての）物権的請求権は、物権の要保護性に基づき、当該物権に対して——その外から、「法政策」、「法律」あるいは「法」によって——与えられた保護手段である、と解されているものと思われるのである」¹¹⁸（括弧内・原書）。こうして根本教授によって、於保説による「物権的請求権」説は、「法政策」的に、いわば物権「外在的」請求権として把握されていった（それが於保説〔特にその物権法教科書〕に関する「内在的」理解として、いかに誤っているかについては、本稿後注125参照）。

さらに根本教授は、於保説の物権「追及効」に言及し、於保説によれば「排他力に基づく追及力は、忍容請求権という法的構成をとらざるをえない」ものと解している。言い換えれば、於保説によれば、当該「忍容請求権」は、物権の「支配力の論理的効力」として生ずる、とされる点に注目している¹¹⁹。その結果として「於保説の下では、あえてこれ（忍容請求権説としての物権的請求権）を「物権的請求権」と観念することは不要である、ということになる」¹²⁰との結論を導いている（括弧内及び傍点・引用者）。かてて加えて根本教授は、於保説における行為請求権としての物

118 根本・前掲書（前注5）350頁。

119 根本・前掲書（前注5）352頁参照。

120 根本・前掲書（前注5）352頁。根本・前掲書128頁注128では、於保説が、上記引用文の意味での「物権的請求権」と、忍容請求権としての「物上請求権」との使い分けを図るに至ったことが示されている。なお於保『物権法・上』（1966年）29頁も参照。

権的請求権が「責任要件」（侵害者の故意・過失）を必要とする点¹²¹で、一見したところ川島「責任説」と接近する、と述べている¹²²。とはいえ根本教授は、慎重にも詳細に於保説を検討し、次のように言っている。すなわち於保説は、もっぱら妨害原因惹起者自身の「責任」を問題にする川島「責任説」と異なり、あくまで「現在の妨害者」の「妨害状態」に関する「故意・過失」を問うのみであって、訴訟上「妨害者」が「敗訴」した時点で「すべて故意による妨害維持ということに当然なるから、個別に責任要件を問題とする必要はない」とした上で、最終的には「物権的請求権の成立につき責任要件を不問にふする一般の見解と同一に帰することになる」とする、という¹²³。そしてさらに根本教授は、於保説において、物権的請求権を「物権」に限らず「権利」一般に拡張的に適用する発想があると評価しつつも、結局於保説が「物権」という「基本権」に物権的請求権を従属させるにすぎないとして、その問題性をえぐり出そうとする¹²⁴。そして根本教授は、於保説には「権利割当秩序」に通ずる発想があったとし、さらに於保説が妨害排除請求権を「物権のみに特有な効力ではなくなる」としたことを捉え、当該請求権を「物権以外の権利、さらには広く法益一般に対して等しく承認されるべきである、と解される」とも述べてい

121 於保・前掲論文（前注114）22頁以下、特に26頁参照。そこでは「現在妨害状態にあることを知りまたは知りうべき者がその妨害状態の維持について責任があるものといわなければならない」として、「現在の妨害者」は妨害原因惹起者でなくとも「妨害状態の維持」について「故意・過失」があれば物権的請求権の発動を受ける、と述べている。

122 根本・前掲書（前注5）354頁参照。於保説には、たしかに川島「責任説」とも通底する理解が示されている。その点につき、根本教授の指摘は正しい。

123 根本・前掲書（前注5）354-355頁参照。なお於保・前掲論文（前注114）26頁参照。ちなみに、於保論文は、にもかかわらず「行為請求権の成立には一般的には責任要件を必要とする」と念を押している点にも、留意が必要である。於保・前掲論文26-27頁参照。

124 根本・前掲書（前注5）356頁以下参照。なお於保・前掲教科書（前注120）32頁も参照。

る¹²⁵。

125 根本・前掲書(前注5)358-361頁参照。なるほど於保・前掲教科書(前注120)32頁では、妨害排除請求権を「物権のみに特有な効力でなくなる」とし、さらに「すべての権利につき妨害排除請求権を考えることは、権利の一般論からすれば、これは必ずしも不当なことではない」(傍点・引用者)とされている。しかしながら、於保説の射程は、あくまで「すべての権利」と言っているだけであって、「あらゆる法益」と言っているわけではない。また於保説は、むしろ根本教授の理解とは逆の方向を向いている。すなわち於保教授は前掲教科書同頁で、およそ次のように言っている。すなわち「権利」は「実定法上」、「種別的に固有の性格・内容を盛られた種別的権利としてのみ存在する」とし、かつ「妨害排除請求権は基本となる権利を離れて、独自の存在をもつものではない」とはっきり言っている(傍点・引用者)。その上で「だから、妨害排除請求権は、基本権に従属し、かつ、基本権と同一の法的性質ないし効力を有せざるをえない。物権に基づく妨害排除請求権は、物権的請求権として、あくまで物権に従属し、物権と同一の性質・効力を有する」と(傍点・引用者)。他方で、根本教授によれば、於保説が「法が権利を与えた目的」を指摘していることに着眼して、妨害排除請求権を「権利外在的=物権外在的」に承認する立場として理解している。しかし於保説は、その「利益(法益)」が、法によって一旦「権利」ないし「物権」として承認された限りにおいて、その権利ないし物権の内在的効力として妨害排除請求権が発動されることを承認する。それは上記本注の筆者(川角)による引用(於保・前掲教科書32頁)から明白なことである。於保説(特に前掲教科書)は、あくまで物権的請求権を物権「内在的効力」として把握しているのである。決して物権「外在的効力」として理解しているものとは言えない(根本教授も、そのことは自覚されているようだが、その旨の指摘は——管見の限りでは——根本・前掲書の終わりの方で、やっと出てくるようである〔根本・前掲書387頁参照〕)。要するに、於保説自体の正確で、かつ客観的評価が、まずは肝心なのである。この点、「於保説の主張内容を論理的に推し進めていくと」(根本・前掲書362-363頁。傍点・引用者)とする根本教授の「仮定的」な学説理解が問題となる。ここでも根本教授による於保説理解が、「我田引水」的になされていることに注意しておかなければならない。ちなみに、根本教授が前掲書(前注5)362頁以下で取り上げておられる能見善久教授の見解(「所有権の保護」法学教室2002年2月号81頁以下)も、なるほど物権以外に妨害排除請求権の拡張適用を認めておられるが、その例として挙げられているのは「現実の利益享受をしている債権でもよい」とされているように(傍点・引用者)、たとえば利息付きの預金債権とか引渡し済みでかつ利用中の不動産賃借権などが想定されている(能見・前掲論文84頁及び88頁〔賃借権中心の説明〕)。したがって能見説も、無条件に「債権一般」について妨害排除請求権を承認する立場とは、あくまでも異なるのである。ちなみに能見教授は、「債権」

③ 川角説

以上見てきたように、根本教授によれば——その理解が正しいという仮定的留保つきで言えば——上記川島「責任説」においても、また於保説においても、物権に関する純理論的評価としては「忍容請求権」しか出てこないのであって、行為請求権としての物権的請求権を導き出すには「物権外在的」な判断基準を必要とするものである、とされた。それゆえ、根本教授は、この点で——つまり物権的請求権を「物権外在的」に位置づける点で——川島「責任説」及び於保説いずれも、高く評価されるのである。これに対し、川角説（以下「拙論」と呼ぶ）は、それらに対して、いわば

「法的利益の実現が不確定な債権」については、債権者による妨害排除請求権の行使を明確に否定されている（能見・前掲論文84頁）。なおピッカー説も、同様に、無条件的な「債権一般」へのネガトリア的保護請求権の適用は否定していた。この点、根本教授ご自身が認められたことであった。根本・前掲書（前注5）204頁以下参照（債権の帰属性や賃借権が「利用権」的側面を有している場合、あるいは契約関係当事者間での特殊なネガトリア的保護請求権の付与に限定されていた）。ついでながら、上記能見教授の所説は、能見教授が「物権からも不法行為からも切り離された独立の権利保護制度としての『差止請求権』の中に両者を統合するのがよいのではないか」とされている点に、留意が必要である。なぜなら、一つは、能見教授があくまで「権利」保護制度として差止請求権を把握しており、「法益」一般の保護には直結させていない、ということが重要である。もう一つは、「両者を統合する」と述べておられることである。これは要するに、物権的効力と不法行為法的効力の両者を「統合」することを意味する（現に能見説は上記の「統合」の結果、「妨害排除請求権の消滅時効も考えることもできる」としている〔能見・前掲論文88頁〕）。だとすると、この能見説は、新種の「不法行為法的構成」、あるいはその「亜種」と言えるのかも知れない。この点、根本教授は、より慎重に能見論文の「真意」を汲み取るべきであったように思われる（なお能見教授は、そもそも「妨害排除請求権」の発生根拠として「違法な侵害」があるか否かによって、判断すべきであるとされる。その上で、「具体的には受忍の限度を超える侵害があるか否かを基準とする「受忍限度論」で判断するのが適当であろう」とされている。このことには、さらなる留意が必要である〔能見・前掲論文83頁〕）。要するに、このような不法行為法的「違法侵害説」に根本説が与するのかが、鋭く問われているのである（そのような態度決定を抜きに、能見説を引用するのは不用意にすぎる、と思われる）。

真っ向から対立する見解であった。だからこそ拙論をその当否につき検討を加える必要がある、と位置づける。これが根本教授の基本的スタンス（拙論への考察の出発点）であった¹²⁶。根本教授は、まず拙論を、①近代的所有権を普遍的存在として「その積極的内在的性格」において捉え、対してその保護手段たる物権的請求権（所有権に基づく請求権）を、所有権の「消極的外在的性格」において捉える、とする¹²⁷。このような「拙論」理解をはじめとして、さらに②「妨害排除請求権の近代的所有権に対する被拘束性」、③「状態責任としての妨害排除義務」、④「侵害者の故意、過失等（帰責根拠）からの解放」、⑤「行為請求権としての妨害排除請求権の発生」などの諸点にわたって、拙論を綿密に紹介し、整理して下さって

126 根本・前掲書（前注5）367頁参照。なお、根本教授は、当該頁において、拙論が「物権的請求権」を「不法行為損害賠償請求権から峻別」している点、さらに「物権的請求権と同様の保護手段が物権その他の「権利」以外の法益にも等しく付与されうる（付与されるべきである）との主張」をしている点につき、それらを前向きに捉えておられる。とはいえ、拙論は根本説と共鳴する部分もあれば（かなり多いのだが）、逆に強く反発する部分もある。したがって根本教授が拙論をして「本書のそれと同内容の主張」をするとの理解は、不十分（不適切）であると考ええる。

127 なお、拙論＝私見は、物権的請求権を、権利の核心（Kern＝割当内容＝実質権）を保護するための権利の「外皮」（Schale）たる「保護権」として把握している。その限りで「物権的請求権」を、物権（所有権）の「消極的外在的性格」として位置づけている。これはイェーリングの権利論の現代的継承である、と考えている。イェーリングの権利論については、本稿前注74参照。したがって筆者（川角）にとって、「物権的請求権」そのものは、あくまで物権＝所有権に内在する効力にほかならない。言い換えれば、「権利の内容」＝Kern に対する「保護権」＝Schale＝Schutzrecht として物権的請求権を把握する観点から捉えたときに、後者の「消極的外在的性格」が導き出される（ちなみに、ここでいう「外在的」という文言は、「物権」「外在的」な物権的請求権」として捉えられる場合の「外在的」とは全く別物である。念のため）。すなわち「積極的内在的性格」をもつ Kern とそれを「保護する」ために機能する Schale としての「物権的請求権」を対比した場合にだけ、後者について、その「消極的外在的性格」が承認されうるにとどまる（この場合の「外在的性格」とは、端的に「対外的保護効」の意味で理解される必要があろう）。

いる¹²⁸。ところが、根本教授によれば、拙論が「川島博士および於保博士の主張の妥当性」を覆したと「解することは困難」であり、「本書（根本説）は、両博士の見解を妥当なものとして支持する自らの立場を維持したい」（括弧内・引用者）とする観点から、根本教授は拙論に対して強い批判を浴びせられる¹²⁹。その内容は、果たしていかなるものか。その拙論批判を、次にみよう。

第3章 根本教授の私見へのご指摘と回答

あらかじめ、根本教授による拙論への批判点を整理しておくと、以下の通りである。①「根拠の未解明」、②「川島博士、於保博士による主張と川角教授の理由付けとが実質的に両立可能であること」、この二点がそれである¹³⁰。以下その順番にしたがい、検討の上、回答する。

① 「根拠の未解明」というご批判について

〔i〕 ご批判の趣旨

根本教授は、拙論が、物権的請求権を「〔被侵害者側の〕近代的所有権にその性格を規定されたものとして捉えるとき、「論理必然的に」、つまりはそのような把握の論理的帰結として、右請求権は行為請求権として言いえるのか」につき「その根拠が明らかではない」と批判する¹³¹。そして「本書（根本説）の見るところ、川角教授は、そのような分析を為されていない」（括弧内・引用者）とも指摘している¹³²。さらに拙論が、むしろ「〔侵害者側の〕所有権あるいは権利領域に着目し、それを基にして行為請

128 根本・前掲書（前注5）368-372頁参照。

129 根本・前掲書（前注5）373頁。

130 根本・前掲書（前注5）373頁以下（①の批判点）、379頁以下（②の批判点）参照。

131 根本・前掲書（前注5）373頁。

132 根本・前掲書（前注5）374頁。

求権としての物権的請求権の発生を根拠付けようとするものに止まる」と批判する¹³³。

〔ii〕筆者の回答

そもそも根本教授は、直接批判の対象とされた拙論「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（1）（2・完）」¹³⁴を、まともに読まれたのであろうか。筆者の拙論をやや詳しく「再現」してみよう。筆者は、まずその書き出しにおいて自身の処女論文である「侵害利得返還請求権の基本的性格——ヤコプスによる割当内容説批判への反批判的考察を介して」¹³⁵との繋がりを確認しつつ、およそ次のように言っている。すなわちドイツでは、所有権をはじめとした絶対権につき、その「割当内容」（Zuweisungsgehalt）に着目し、それをもって近代的所有権の「特質」と解する見解が有力化していることを示した（もはや「通説」化している）。そして「割当内容」説は、所有権に基づく「物の使用・収益・処分」という「実質権」を保護するための「保護権」として物権的請求権を捉えるものであること（たとえば不当利得法上の「侵害利得返還請求権」は、rei vindicationの債権法バージョンであること）を指摘した¹³⁶。それを受けて筆者は、より正面から近代的所有権の「本質」（「割当内容」をもつものとしての所有権の「本質」）を把握するために、ローマ法から後期普通法における所有権への歴史的展開を踏まえ、かつ現行ドイツ民法そして日本民法における所有権

133 根本・前掲書（前注5）375頁。

134 九大法学50号（1985年）61頁以下、九大法学51巻（1986年）27頁以下（これにつき前注112でも示した。以下では本注番号で統一して、引用する）。

135 法政研究50巻3=4合併号（1984年）129頁以下。

136 したがって、「割当内容」説を批判する反対論者（たとえばシュルツ、ヤコプス、ケルマン、コッペンシュタイナーら）がヴィントシャイト流の所有権理解、すなわち「不作為請求権の束」として消極的に所有権を捉えることも批判的に論証した。そして、そのような「不作為請求権の束」として所有権を捉える立場からは、もっぱら「忍容請求権」しか出てこないことも論証した。ヴィントシャイト所有権論の批判的考察につき、拙稿・九大法学50号（前注134）89頁以下参照。

論を学説史的に考察したのであった（立法者によるわが国所有権規定把握の特異性、さらに物権的請求権を明文化しなかった「消極的」理由も、その論文で明らかにした¹³⁷⁾。その際、特に筆者が重視したのは、19世紀ドイツにおける所有権をめぐるイエーリングとヴィントシャイトとの論争であった。そして、イエーリングにおいて「割当内容説」の源流が見られることを検証した¹³⁸⁾。この所有権の「割当内容説」こそ「実質権」（イエーリングのいう権利の「核」Kern）であり、それを保護するために「保護権」ないし「防御権」（イエーリングのいう権利の「外皮」Schale）が生ずることについても、ドイツ民法903条第1文に関する考察部分で説明したのである¹³⁹⁾。すなわち、そこではド民903条第1文が、まず所有権の内容（Inhalt des Eigentums）の章の冒頭規定として置かれ、かつ所有権による原則自由な物処理（使用、収益、処分）を保護する内容であること（「実質権」、かつ所有権に対する「干渉」を及ぼす他者を排除する権能（「保護権」）を規定していることを確認した。そして筆者は、上記と同じ箇所で「権利の割当内容説」こそ、その法論理を正当に説明しうる規範概念である趣旨を明確に述べている¹⁴⁰⁾。すなわち、所有権の「割当内容」、つまりは「実質権」が客観的に侵害を受けている場合に、それを保護する法的装置として（ピッ

137 拙稿・九大法学50号（前注134）99-101頁（わが国所有権規定の特異性について）、及び拙稿・九大法学51号（前注134）28-30頁（物権的請求権に関する明文規定を置かなかった理由）参照。

138 拙稿・九大法学50号（前注134）77頁及び81頁注54参照。

139 拙稿・九大法学50号（前注134）84頁参照。そこで筆者は、ドイツ民法903条第1文に着眼した。それによれば「物の所有権者は、制定法あるいは第三者の権利に反しない限りにおいて、任意にその物を処理し、かつあらゆる干渉から（その発生源たる）他者を排除しうる」（括弧内・引用者）とされる（Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen）。なお、イエーリングの権利論（所有権論）が、「実質権」（「核」としての所有権内容）と「保護権」（「核」を保護する権利の「外皮」）の「二重構造」として捉えることにつき、本稿前注74参照。

140 拙稿・九大法学50号（前注134）84頁参照。

カー教授の言葉を引けば *automatisch* に¹⁴¹⁾、「保護権」たる物権的請求権（ド民985条・1004条）が「行為請求権」として発動される旨を、明らかにしている（それは、妨害者の費用負担問題と併せて、拙稿・九大法学51号〔前注134〕66頁以下で「論証」されている。慎重に筆者の文章〔日本語〕を読めば、誰でも分かるように書いている）。つまり、そこで筆者は「被侵害者」（所有権者）の所有権への「妨害」によって物権的妨害排除請求権が発生する「論理必然性」を論証したのである。こうして筆者は、繰り返し「被侵害者」たる所有権者の権利＝「所有権」から内面的に、その侵害への「反発力」として物権的請求権が出てくることを論証している。しかも上記観点から、川島教授の「所有権論」自体がヴィントシャイト所有権論によって拘束されており¹⁴²⁾、同時にその「責任説」もヴィントシャイト的見解と同じであるということを明快に指摘し、かつ批判している¹⁴³⁾。にもかかわらず

141 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 50.

142 たとえば川島武宜教授は——「物権」を問題にして——「それは、いやしくも妨害をなす天下万人に対して主張され得るのであり、それゆえ時には、物権は無数に潜在的に存在するところの物権的請求権の総体である、とも観念される」（傍点・引用者）と述べている。川島「所有権法の理論」同『川島武宜著作集第七巻・所有権』（1981年。原書初出は1949年）94頁。上記引用文で傍点を付した箇所は、明らかにヴィントシャイト所有権論そのものである。ちなみに筆者は、ヴィントシャイト所有権論（「意思説」的権利論）につき、以下のように述べた。——「このヴィントシャイト「意思説」の構造にとって見逃すことのできない点は、その「意思」が権利者に対立する者たちの容態にとって基準となる「法的命令」（*Rechtsbefehl*）として把握されていること、である。すなわち、ヴィントシャイトは、所有権を「非干渉命令」（*Nichteinmischungsgeboten*）つまり「干渉禁止」（*Einmischungsverboten*）、さらに言い換えれば「不作為請求権」（*Unterlassungsansprüchen*）の総体（*Summe*）とみなすのである」。拙稿・九大法学50号（前注134）91頁。Vgl. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, 9. Aufl., S. 155 und S. 158 N. 3.

143 川島「責任説」に関しては、すでに本稿で根本説に即して、また筆者自身の観点も交えながら紹介した。したがって、その解説はここでは省く。ただし、ヴィントシャイトの物権的請求権論についてのみ、筆者の見解を簡潔に指摘しておく。筆者は1986年の論文で、こう言っていた——「ヴィントシャイトは、自覚的にネガトリア責任の損害賠償責任への「変造」を追求していった。い

根本教授が、拙論の立場をもって「川角教授の見解は、「被侵害者側の」所有権に対してよりも、むしろ「侵害者側の」所有権の方に（少なくとも、主として）向けられていると思われる」¹⁴⁴〔傍点・川角〕とされるのは、単なる謬見にすぎない。なぜなら本稿後注147及び148でも示しているように、1986年の論文で筆者は、「肝心な観点は、ネガトリア要件の確定に際して、被妨害者の（所有権の）状態と共にその相手方＝妨害者の（所有権の）位置をも同時に考慮すべきである、という点である」（括弧内・傍点は本稿で筆者が新たに付したもの）と、はっきり述べていたからである¹⁴⁵（要するに、筆者〔川角〕は「被侵害者」の所有権状態と「共に」、かつ同時に「侵害者」の所有権状態に着目すべきである旨、主張していたのである。したがって根本教授

ゝわばヴィントシャイトは、行為責任説（ドイツ通説）の開拓者であった。すなわち、まずヴィントシャイトは、「このような（意思秩序との）矛盾が生じた場合には、所有権に基づく請求権は、行為者にたいしてその〔意思秩序との〕矛盾によって所有権に加えられた侵害ならびにその結果の除去を求める請求権に転化する」と述べることによって、いわゆる結果除去請求権（*Folgenbeseitigungsanspruch*）へのネガトリア請求の「変造」を提唱した。その上に立って、さらにヴィントシャイトは、「（所有権侵害にもとづく）請求権はその侵害惹起者の責任によって所有権者に生じた損害賠償にも向けられる」としたのである。拙稿・九大法学51号（前注134）56頁（なお亀甲括弧内のみ、新たにこの論文で追加した）。ちなみに、上記引用文で最初に出てくる「変造」の箇所について、筆者はピッカー論文に依拠している。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 78. 拙稿・九大法学51号59頁注41参照。ピッカー教授は、その著78頁の注139において、次のように指摘していた。すなわち、ヴィントシャイトが「帰責根拠」（*Zurechnungsgrund*）としての因果的行為（*der kausale Akt*）に依拠したことを「体系違反」（*Systemwidrigkeit*）であり、そのような因果的行為がない場合には、ヴィントシャイトが「忍容責任」（*Haftung auf Duldung*）にとどまった、と。そして、このようなヴィントシャイトの態度は、実質的に不当な規制（*sachwidrige Regelung*）へと導くものであったところ、正当にも BGB の立法者たちはこのヴィントシャイト説には従わなかった、と。このピッカー教授の指摘は、ほぼそっくりそのまま、わが国川島「責任説」にも妥当する、と思われる。

144 根本・前掲書（前注5）375頁。根本教授は、同じ批判を同じ頁で繰り返し論じられている。いずれも論外な「批判」（学問的批判とは到底言いたい批判）に終始している。

145 拙稿・九大法学51号（前注134）67頁。

が、「むしろ「侵害者側の」所有権の方に（少なくとも、主として）向けられている」と「思う」のは、明白な誤りなのである）。言い換えるならば、基本的に「被害者」がその所有権（「割当て内容」）に不適法干渉を受けている限り、相手方（妨害者）の「所有権」（「割当て内容」）と矛盾する状態（客観的・現在的な不適法状態）が発生している（つまりは「権利篡奪」ないし「権利重疊」状態が存在する¹⁴⁶⁾）。したがって、当該権利関係の不適法状態を解消するための「法的反発力」（リアクション）として、被被害者は、妨害している側に対して、その者自身の行為によって（必要な場合は妨害者自身の「費用負担」¹⁴⁷⁾において）、上記妨害状態を排除するよう物権的妨害排除

146 たとえば、物理的な状態で他人の所有領域を「妨害」している場合（他人の土地を親戚所有の土地と思い込んで、そこに無断で自己所有物たる資材を置いている場合等）には、言うまでもなく不適法な「権利篡奪」・「権利重疊」状態が認定される。あるいは無権限者が不適法に（所有者の同意なしに）所有者の土地を無断「通行」しているような場合には、当該無権限者は「利用権」（本来ならば土地所有者との間の契約によって設定ないし形成しておくべき「利用権」〔通行地役権、使用貸借権、賃借権〕を「篡奪」し、その意味で「権利重疊」化が発生している（土地所有者への「割当て内容」に矛盾した第三者の「利用権」が不適法に覆い被さっている。この場合、当該第三者は自己の本来の権利領域〔自己所有権の「割当て内容」の範囲〕に自分で立ち戻る物的義務〔物権的妨害排除義務〕を負担する）。

147 念のために繰り返しておく。——「妨害者」が妨害物に対する自己の所有権を主張する限り、自己の本来あるべき「権利領域」に立ち戻るための「費用」は、彼自身の「権利保全」のための物的負担（「妨害者」自身の利益を意味する「費用負担」〔いわゆる「自己投資」〕を負うにすぎない。これを、不法行為法上の「損害」と区別せずに、不用意に「費用負担」を「損害賠償」にまで拡張するから、川島「責任説」などによる「誤解」が生ずるのである（ちなみに、他人の所有領域を侵害して他人に与えた財産上の不利益〔たとえば治療費を要する人身への侵害行為はいうまでもなく、さらに土壤の化学的汚染や地盤の物理的陥没による不利益、それによる塵埃に基づく健康被害等は総て「損害」である〕）。この「損害」（709条の意味での「損害」）の「賠償」のために、「帰責事由」・「帰責根拠」（いわゆる「主観的責任」）が必要なこと、当然である（そのような「損害」をも「無責」の侵害者に賠償させようとするなら、国民合意の上で〔つまりは「社会契約」の所産としての〕特別な「立法化」を図るしかない）。ちなみにこの点は、根本教授もしっかり理解されている、と考える。

請求権を行使しうるのである。以上の意味において、筆者の「私見」は、明瞭にその「論拠」を開示している。よって、「その論拠は依然として不明のままである」というご指摘は、そのまま根本教授にお返ししなければなるまい。ともあれ本稿の上記分析に照らして言えば、根本教授の拙論に対するご批判は、きわめて稚拙かつ皮相的な観察態度に基づくものであり、根本的に的外れな、かつまた不当な言いがかりであると思えない¹⁴⁸。

〔iii〕拙論とピッカー説との関係

さらに重要な問題がある。それは拙論とピッカー説との「異同」に関する批判である。根本教授によるピッカー説把握の問題性については本稿続編（第4章）で、かなり立ち入った検討をするが、必要な限りにおいて、ここでも触れておく。根本教授は、筆者がピッカー説に依拠して「行為請

148 ちなみに根本教授が、拙論をもって「〔侵害者側の〕所有権への着目」及び「侵害者の「自己投資」としての費用負担」として把握された箇所（根本・前掲書〔前注5〕374頁以下）は、それ自体異論のないものである。要するに、筆者はピッカー説に教えられて、物権的請求権な^{かんずく}妨害排除請求権の発生要件を考察する場合には、被侵害者の所有権と侵害者の所有権の両方に、しかも同時に目を向けることの大切さを指摘しているのである。すなわち筆者は、早くから（1986年の論文で）、ピッカー説における「ネガトリア責任（妨害排除責任）の成立のための要件」として「不利益を被った側だけではなく同時に相手方（妨害者）の法的地位も相互に考慮」することの「必要性」を指摘していた。この点、拙稿・九大法学51号（前注134）66-67頁の記述をよく吟味されたい。そこで、筆者はおよそ次のように述べた。——「まず第一に、私が強調しておきたい原則的観点は、こうである。すなわち、所有権に基づく請求権を基礎づける責任根拠とは「所有権の割当内容との矛盾」（der Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Eigentums）にほかならず、「1004条に基づく責任を状態責任として理解する場合にだけ矛盾なく説明されうる」（傍点・川角）とする観点がそれである」。さらに「次に肝心な観点は、ネガトリア要件の確定に際して、被妨害者の状態と共にその相手方＝妨害者の位置をも同時に考慮すべきである、という点である」と述べ、そのための補強素材としてピッカー教授の見解（Picker (Fn. 23), S. 51）及びヴィンフリード・ピンガー教授の論文（Winfried Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 1973, S. 189, S. 191-192）を引用指示していた。拙稿・前掲九大法学51号70頁注75，注77，注78参照。

求権」を根拠づけること（「妨害者のなすべきことは、自らの行為によって、自らの権利篡奪の地位を放棄することである。——妨害者が彼の権利領域にひきさがるならば、彼の責任は消滅する」）を筆者（川角）が援用している、とする。そして、これに対し、ピッカー説によれば「そのような結論は、所有権の「積極的内在的性格」から論理必然的に帰結されるものであることを論じようとしたものではない」と批判する。そしてピッカー説の立論は、「妨害排除義務の効果が侵害者からの権利篡奪の地位の剥奪（＝侵害者が「自らの権利篡奪の地位を放棄すること」）を超えて、物の「原状回復」にまでは及ばないこと——妨害排除義務と不法行為損害賠償責任との内容上の相違——を指摘するために（のみ）行われたものである、と推測される」（傍点・引用者）との観点から、拙論を批判している¹⁴⁹。いろいろ問題があるのだが、まず第一に根本教授は、筆者のどの論文の何頁でそのような論旨のピッカー説を引用（援用）したか、明示されていない。根本教授が筆者による当該箇所のピッカー「援用」の部分で付された注記（根本376頁注235・236）には、筆者の文献がなんら示されていない。ただ筆者がピッカー説に依拠した事実に関することを、注236で示しているだけである。したがって根本教授の所説は、そもそもまともな批判の仕方になっていない。答えようがないのである。敢えて指摘するならば、こうである。そもそもピッカー説における「行為請求権としての物権的請求権」は、筆者（川角）によって次のように把握されていた。やや長い引用になるが、触れておこう。——「妨害物についての所有権帰属が認定される限り、所有権領域の重なり合いという妨害状態を排除するための作用権限は「妨害者」にだけ委ねられている。したがって、仮に妨害者が、自主的に所有権の重なり合

149 根本・前掲書（前注5）375-376頁。ところで、そもそも「推測される」などというレベルの「理解」でもって、他人が書いた「論文」を批判することができるのであろうか。「推測」というのは、いわば「思い込み」にすぎないとも言えるわけであって、なんら「論証」されたものではない。「論証」なくして他人を批判するのは、「非常識」なことに属するのではない。

いの状態を矯正すれば法的妨害状態は消滅する。さらに妨害者は被妨害者から請求を受けて所有権の重なり合いの状態を矯正する場合であっても、なおそれは、同時に妨害者自身の所有権領域を保全する行為を意味する。被妨害者の所有権領域が矯正されると同時に妨害者のそれも等しく矯正されるのである。ここにも、先に述べた「複眼的思考」が如実に現れている。こうして、妨害者が妨害排除請求権に応じるということは、所有権客体の「物的帰属状態」を客観的に保全することを意味する。それによって、被妨害者の所有権客体のみならず妨害者の所有権客体も、等しく保全される。(中略) こうして物権的妨害排除請求権は、「まさしく債務者(妨害者)の利益ともなるところの規律(eine gerade auch im Interesse des Schuldners getroffene Reglementierung)」を意味する。したがって、物権的妨害排除請求権における「請求権と責任」は、所有権内容(der Eigentumsinhalt)を積極的かつ相互的に把握することによって必然的に生ずる効果にほかならない。それゆえにこそ、妨害者は、自己の権利領域を自己保全するために必要な限りで、妨害状態除去のための費用も負担すべきなのである。ここに妨害者の積極的な行為によって妨害排除をなすべきだとする「行為請求権説」(妨害者費用負担説)の最も首尾一貫した根拠づけが存在する(傍点・引用者)¹⁵⁰。

根本教授は、このような筆者の見解にこそ注目すべきであったろう。ここにはピッカー説に基づいた「行為請求権としての物権的請求権」の根拠が明瞭に示されている¹⁵¹。要するにピッカー教授は、「市民法秩序」(die

150 拙稿・川角・前掲論文「ドイツにおける物権的妨害排除請求権の到達点」・前掲書(前注7)267頁以下、特に276-277頁(2008年)参照。この筆者の論文は、根本・前掲書(前注5)439頁「引用文献一覧」で明示されているから、根本教授も筆者のこの論文は読まれたはずである(しかも、この2008年論稿の趣旨は、1986年九大法学51号以来首尾一貫したものである)。にもかかわらず根本教授は、きわめて安易に、それと異なることを仕立て上げ、筆者の見解を批判している。学問に「相互批判」はつきものであるが、これほど「歪曲」された「批判」を、筆者はみたことがない。

zivilrechtliche Ordnung) の「意思」(それは究極的・理念型的には、いわゆる「社会契約」に基づいて形成された制定法の「意思」＝「国民合意の所産としての法の「意思」に外ならない)に基づく「財貨割当て」の結果、所有権に典型的な「実質権」と「保護権」が与えられる、とする(当然所有権「内在的」にそれらが付与される)。そして「実質権」が攪乱された場合には、「妨害者」のあらゆる「帰責根拠」とは無関係に、「妨害者」に対して「被妨害者」から「自動的」に(automatisch)、「保護権」たる物権的妨害排除請求権が発動される、とする(vgl. Picker (F. 23), S. 49)。それ(客観的で不適法な「妨害状態」)は、妨害者が被妨害者の所有権領域と自己の所有権領域とを重ね合わせた客観的な現時の状態(妨害者の所有権が被妨害者のそれに覆い被さっている現在の状態)であるから、妨害者が進んで自己の費用負担で妨害状態を排除する(言い換えれば自己責任において自己の本来の権利領域に立ち戻る。したがって、そのような権利領域の自己矯正のために必要な費用負担は妨害者自身の利益でもある)という結論が引き出されてくるのである(vgl. Picker (Fn. 23), S. 128 ff. und S. 157, S. 167)。この点、筆者(川角)の見解によれば、「権利割当て」機能ないし「財貨割当て」機能を付与された「所有権」の文字通り権利内在的効力として、ネガトリアの防御請求権＝「行為請求権としての物権的請求権」が生み出されるのである(筆者は、この点でピッカー説も同様の立場に立っているものと確信している。だからこそ筆者は、上記においてピッカー説の該当箇所をいちいち参照指示したのである)。そしてただ、所有権以外の権利ないし主観的法的地位に、市民法秩序が、「権利割当て」機能ないし「地位(法益)割当て」機能を付与した場合にだけ、所有権＝物権以外の権利や主観的法的地位(あるいは契約

151 ちなみに上記引用文中で、筆者がピッカー説を引用しているのは、すべて本稿前注23のピッカー1972年論文からの引用である。列挙しておくとの次の箇所を引用していることになる。頁数の若い順に挙げると、こうである。Picker (Fn. 23), S. 57, S. 97-98, S. 98, S. 130-131, S. 170.

当事者間)にもネガトリア的保護請求権が承認されることになる(本稿で前述したところを参照)。このように「権利割当て」機能が付与されたか否かという判断フィルターを通して初めて、債権の帰属性が付与された場合(典型的には「預金債権」)や「利用権」の帰属が承認されることの「賃借権」、あるいは契約関係当事者間(さらには法定債権債務関係の当事者間)での債権保護のためにも、ネガトリア的保護請求権が特殊に承認されることになる(それゆえ純然たる相対権としての「債権」には、原則としてピッカー説はネガトリア的保護請求権の付与を否定する¹⁵²⁾)。他方、権利以外の「権利割

152 この点、本稿前注71-73とそれに対応する本文の趣旨を参照。さらに vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 75), S. 314 ff. この後者の論文で、ピッカー教授が「相対的法的位置」(relative Rechtspositionen)にもネガトリア的保護請求権を承認しようとする場合、あくまで「私法」(das Privatrecht)による「法的割当て」(Rechtszuweisung)機能の拡張を重視した上で、「私法」が、契約当事者間では、とくに債務者に対する契約上保護された利益(なにかなく「給付客体」)が、「債権者」に固有なもの(帰属性あるもの)として承認されることによって、その限りで(当事者間で)ネガトリア的保護請求権の適用を図っていることに、十分に留意すべきである。その意味で、次のピッカー教授の文章は重要である。まず一般的に債権者による債務者に対する給付客体に関する賠償につき、以下のように言っている。 „Dem Gläubiger wird Ersatz gewährt für ein Leistungsobjekt, das ihm kraft des Vertrags zwar noch nicht „absolut“ und jedermann gegenüber, das ihm wohl aber „relativ“, nämlich gegenüber dem Schuldner als Vermögensgegenstand zugeordnet und damit inter partes „zu eignen“ gemacht worden war.“ つまりピッカー教授は、当該給付客体にかかる法益(賠償付与利益)は、もっぱら当事者間では「帰属性」をもつ、とする。その上でピッカー教授は、ド民816条につき——その条項は、本来債務者が一定の「物」給付義務を負っていたところ、それが不当利得返還義務に転換したものであるから——その利得返還債務は「債権者にとっては債務法上の帰属性によって、当事者間で割り当てられたものとなる」(“dem Gläubiger kraft der obligatorischer Zuordnung inter partes gebührt”)と述べている。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 75), S. 316. (傍点・イタリックは引用者。なおドイツ語引用文中最後の動詞“gebühren”の語義は「[その者に] 本来ふさわしいものを与える」であるが、ここでは「割り当てられたものとなる」と意識した)。なお、ピッカー教授が、上記引用文最後の“gebührt”の箇所特に注を打って、Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1, 1954, S. 389 mit FN 211. ♪

当て規範」が承認されるところの「保護法規」（建築法規や環境保護法規など）の場合、あるいはドイツにおける営業自由制限規定、独占禁止法等に基づく「競争秩序違反」の場合にも、基本的に市民法秩序が「法益割当て」機能を付与した限りで、それらの「法益保護」のあり方に対応したネガトリア的保護請求権が与えられることになる（ただし、ドイツでは日本と比べて、ネガトリア的保護請求権の根拠となりうるどころの「保護法規」の射程範囲が、かなり広く、かつ分厚いことにも注意しておく必要があろう。この点の詳細については、今後別稿で論じたい）。ともあれ、このような観点から「所有権保護に基づく物権的請求権」は、まさしくそれら諸権利・諸法益（あくまでも、なんらかの形で「割当て機能」が付与されたものに限る）のネガトリア的保護請求権の「母型」（Mutterfigur）と言うべきなのである。またその限りで、妨害排除義務は、制定法上当然に「一つの実証化された規制」（eine positivistische Regelung）を意味するのである¹⁵³。筆者は、これと

↘の参照を指示していることは、きわめて意義深いことである。ちなみに、ケメラ教授が属するラーベル学派〔比較法学派〕とフルーメ学派〔歴史法学派〕は、一般に敵対関係にあるものと解されているところ、フルーメ教授がラーベル教授の比較法論に賛辞を送り、またラーベル教授の弟子ケメラ教授がフルーメ給付利得論に賛辞を送っていた事実がある（拙著・川角『不当利得とはなにか』〔2004年〕237頁注15及び266頁注70参照）。このように、いいところは両者ともに学び合う姿勢を示していたことは、実に「教訓的」な出来事であった。この「教訓的」な先例を、ピッカー教授もケメラ不当利得論（しかもその「代表作」）を「援用」することによって実践しているのである。

153 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 166. 根本教授は、侵害者が「妨害排除義務の履行によって自身も利益を受けるがゆえに、そのための費用を負担し、自ら積極的に妨害排除措置を行うべきである」とするピッカーの所説を筆者が引用していることが「ひとつの実証的な規範」であり、かつ同時に「ひとつの合目的決定」に過ぎない」と述べることによって、あたかも筆者のピッカー説援用が的外れであるかのような批判をされる。根本・前掲書（前注5）378-379頁参照。この点、上記本文でも述べたように、妨害排除義務を制定法上存在する「ひとつの実証的規制」であることに、筆者は何の異論もない。当然のことであると考え。したがって、そのことがどうして拙論批判に結びつくのか、筆者にはよく分らないのである。それどころか（根本教授が取り上げる）ピッカー論文メ

矛盾するような記述をした覚えが全くない。要するに根本教授は、①妨害排除は妨害者の権利領域の矯正でもあるから彼自身の利益にもなるのであって、その場合に必要とされる「費用負担」も妨害者自身の利益のためのものであるという見解は一応「権利内在的効力」として承認するが、②それが、あくまで「立法者による合目的的な決定」に基づくものであるから、③「それは、侵害者の所有権の性質（物に対する排他的支配性）を分析することによって得られる帰結ではない」と述べて、拙論の基本的立場を批判する。しかしながら、ピッカー教授は、ド民1004条自体が「行為請求権としての物権的妨害排除請求権」規定であることを承認された上で、それが制定法上の規制である以上「立法者の合目的的な決定」によって「規範的な内容を付与された」こと自体きわめて当然、と判断されたにすぎない。したがってピッカー教授は、損害賠償法のような「視点の一面性」(die Einseitigkeit der Blickrichtung) から脱却すべきことを訴え、ことに「行為請求権としての物権的請求権」理解においては、被妨害者の側の不利益状態のみならず妨害者の側の地位をも同時に視野に収めることの重要性（双方向的視点＝複眼的視点）を強調されたのである¹⁵⁴。ピッカー教授の理解によれば、まさしくそのことを立法者も承認しているという立場から「立法者による合目的的な決定」が強調されたにすぎないのである。そしてそのことが、同時に被妨害者による「自力救済」(Selbsthilfe) を無用なものにするという「副産物」を生むことを指摘されただけのことである。要するに、上記①と②は全く矛盾しない。したがって、そのことから③「それは、侵害者の所有権の性質（物に対する排他的支配性）を分析することによって得られる帰結ではない」と断定して、筆者の見解を批

↘166頁の叙述は、まさしくフォン・トゥールの見解を批判するために書かれたものである。したがって、フォン・トゥールの見解を支持する根本説は、そのピッカーによるトゥール批判になんらかの応接をする学問的義務を負っているのではないかと、逆に心配になるのである。

154 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 49 und S. 157, S. 167.

判するのは全くの筋違いである。ピッカー説も「被妨害者の所有権の不利
 益状態」と同時に「妨害者（侵害者）の所有権者としての地位」を共に考
 慮していたのである（しかもそれを、「立法者による合目的な決定」として受
 け入れていたのである）。これこそが「行為請求権としての物権的請求権」
 の「実体的根拠」であった。つまりは、これこそピッカー教授による「権
 利内在的効力」の発現としての物権的請求権の発動根拠そのものであった。
 これが基軸になって、否むしろそれをより正当化するために、ピッカー教
 授は「立法者による合目的な決定」を援用したにすぎないのである¹⁵⁵。

155 確かにその点で、ピッカー教授は、「立法者による合目的な決定」に依拠する
 ことによって、ドイツ民1004条の制定法上の規範的意義を強調される。これは、基
 本的にフルーメ学派に共通する「規範重視思考」に繋がっている（ただし、そ
 の「規範重視思考」は、常に民法秩序のローマ以来の、特にサヴィニーを基軸
 とした「歴史的考察方法」と一体不可分なものであったことに十分留意してお
 く必要がある）。その典型がヤコプス（H. H. Jakobs）の立場であった。それゆ
 え故フルーメ（W. Flume）教授は、御生存中にヴィントシャイトを選ぶか
 イェーリングを選ぶかという質問に対して、やや間を置いて「どちらかという
 とヴィントシャイトかな」と言われたことがある（これは、筆者が二度目のドイ
 ツ滞在中〔1998-2000年〕に、たまたまフルーメ教授がテュービンゲン大学に講
 演に見えられていた折に、筆者が直接耳にしたことである）。その際フルーメ教
 授は、ボン大学でフリッツ・シュルツに学びながら、遊学先としてテュービンゲ
 ン大学を選んだのは、フィリップ・ヘック（P. Heck）の「利益法学」に興味を
 持っていたからだ、とも話された（これはドイツ語会話を苦手としている筆者
 にも、良く聞き取れた部分であった。ともあれ、この「逸話」は、若きフルー
 メ教授がローマ法以来の「歴史的考察方法」を、その研究の出発点としなが
 らも、常に民法学の「現代的方法論」に関心を寄せていたことを物語るものとし
 て、貴重である）。ところでピッカー教授は、フルーメ学派の二番弟子だが、そ
 の思考方法自体、フルーメ学派独特の「規範重視」・「歴史研究重視」の路線を
 引き継いでいる。したがって、その「規範重視」の側面から、ピッカー教授は、
 「権利割当て」（Rechtszuweisung）とか「権利の帰属性」（Zugehörigkeit des
 Rechts）というタームを好んで用いる。さらに、ピッカー教授は、その「規範
 重視」的側面から、「所有権の本質論（概念論）」に立ち入ることを、自覚的に
 回避しておられる。つまり、actio negatoria 論は、法が所有権者に承認した諸
 権限を保障するものであるから、その限りで独自の「価値判断」（Wertent-
 scheidung）を前提とするものである、という立場で割り切っておられる。Vgl.
 Picker (Fn. 23), S. 55 Fn. 8。この点の相違（すなわち、所有権「本質論」↗

さらに言うならば、根本教授が依拠されているピッカー1972年論文165頁は、「制定法上の目的適合的決定としての妨害者による妨害排除と彼の費用負担による妨害排除に関する制定法規制」という重要な論述箇所の冒頭部分に当たる。そこでピッカー教授は、次のように言っている。決定的な意味をもつ箇所であると思われるので、原文を付し、引用しておく。——「現行法によれば、妨害者は自身の行為によって、しかも彼自身の費用負担において妨害を除去する義務を負う。（ところで）1004条の（文言上の）第一次的目的からみるならば、このような規制は必然的なものではない。（肝心なことは）法律上当然のこととして相互に区画されていた権利領域の重なり合い（権利重畳）という事実的要件が、もっぱら相手方（妨害

ゝの重視如何の相違）については、筆者も承認する。ちなみにピッカー教授は、その「歴史的研究」の側面からは、実質的にイエーリングに近い発想をされる方である。したがって、イエーリングに源流のある「実質権」と「保護権」との権利の「二重構造」にも、こだわらなくなじめたのだと思う（ピッカー1972年論文においては、少なくとも箇所でイエーリングの肯定的評価がみられる。たとえば1972年論文69頁、73頁注120など参照。ただし所有権の「積極的核心」〔der “positive Kern” des Eigentums〕と権利の「消極的核心」〔der “negative Kern” des Rechts〕という＜二重構造論＞を説かれた部分では、なぜかイエーリングには言及されていない。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 55)。これに対して、川島「責任」説が採用したヴィントシャイトの見解に対しては、ピッカー教授は、その全面否定に近い立場を示す（Picker (Fn. 23), S. 66 und S. 78-79)。なおイエーリングの権利「二重構造論」については、本稿前注74を参照されたい。また、イエーリングの権利＝利益説（＝「割当て内容説」）が、現在ドイツ通説となっているところの「侵害利得返還請求権論」の源流であることについては、拙稿・川角「不当利得法における所有権保護の限界——ヴィントシャイトとイエーリングの対立」龍谷法学49巻2号（2016年）1頁以下、特に28頁以下参照。この点、すでに磯村哲「不当利得に就いての一考察——利得の不当性を中心として」同『不当利得論考』（2006年。原論文初出は1941-1942年）1頁以下、特に46頁及び47頁注12で貴重な指摘がなされている。ちなみに、ピッカー教授の最新論文（カナリス教授生誕80年記念論文集〔近刊〕所収）では、「割当て内容」（Zuweisungsgehalt）を重視する観点から、論陣を張っておられる。筆者は、2017年6月1日付けのピッカー教授からのメールで、その旨、御教示を受けた。

者）が（その権利領域の自己自身による矯正を）必要とするということだけを要請している、ということである。なぜなら肝心なことは、彼（妨害者）の権利領域の矯正ということに尽きるからである。——傍点・括弧内ともに引用者」（“Nach geltendem Recht ist der Störer verpflichtet, die Beeinträchtigung durch eigenes Tun und auf eigene Kosten zu beseitigen. Von dem primären Zweck des § 1004 her betrachtet ist diese Regelung nicht zwingend. Der Tatbestand einer Überlagerung der von Rechts wegen gegeneinander abgegrenzten Rechtskreise verlangt nur, daß der Gegner in Anspruch genommen wird, weil es um die Korrektur seines Rechtskreises geht. [イタリック・原書]”¹⁵⁶。そしてその文章に続けて、ピッカー教授は、その権利の重なり合いの妨害者による矯正が肝心であるからには、どのように（*wie*）彼（妨害者）がその要求に応えるか（妨害者自らが自主的に権利領域の重なり合いを解消するか、あるいは被妨害者からの請求を受けて自己の権利領域に積極的に立ち戻るか、さらには裁判沙汰になるかを含めて）、訴権の形成（die Ausgestaltung des Klagerechts）に関する問題は、理論的にはどうしてもよい（gleichgültig）ことだとしている（要するにピッカー説は、自己のネガトリア論〔物権の妨害排除請求権論〕を「実体法」の上で純化する）。そしてピッカー教授は、ネガトリア請求権をその現実的な目的に限定することも視野に入れるべきだとして上で（なぜなら妨害者自身の「権利篡奪」状態からの撤退方法の如何は、もっぱら彼に委ねられたことだから）、所有権自由（die Freiheit des Eigentums）は、理論上、妨害者による排除義務によっても、また同様に被妨害者の自救行為によっても実現されうる、ということを認める（ちなみに、ドイツ民法229条は、一定要件の下での「自救行為」の適法性を例外的に許容している）。そして BGB の立法者たちが、妨害排除義務と忍容義務との選択において「事物の論理」（Logik der

156 Picker (Fn. 23), S. 165.

Sache) と結びつけることはしなかった、とする(ここで仮に、立法者が「事物の論理」にこだわったとすれば、当該「事物の論理」からは「忍容請求権」しか出てこないというヴィントシャイトらの見解〔少数説〕に、立法者も引きずられていたかもしれない。しかしながら、立法者は、そのようなヴィントシャイトの学説をきっぱり批判していたことを、ピッカー説は鋭く論証するのである〔vgl. Picker (Fn. 23), S. 74-75 und S. 168〕¹⁵⁷。要するに「事物の論理」なる文言は、もっぱらそのような意味でのみ理解されるべきものである)。それゆえ——すでに指摘したように——ピッカー説は、その限りで制定法上定立されているネガトリア排除請求権を「一つの実証化された規制」(eine positivistische Regelung) にほかならない、と言っている¹⁵⁸。したがって、上記ピッカー論文の論旨を素直に読み取れば、その問題の核心は、あくまで実体的に「権利領域の重なり合いを妨害者が自ら排除する」こと、そのものに置かれていたのである。すなわちピッカー教授の理解によれば——妨害の排除方法は一応どうでもよかったのであり——制定法が(被妨害者の「自救行為」を否定的に解したことを「前提」とした上で——本稿前注157参照)、妨害者による積極的な排除義務を選択した以上、それは「権利の重なり合いを妨害者自身の手で矯正する」という「物権内在的効力」として説明せざるをえない、という趣旨が述べられているのである。そして、その判断の出発点は、あくまで「権利領域の重なり合い」という事実状態を妨害者自身が除去すべきだという実体的判断(「物権内在的効力」の承認)が、ピッカー説の根底にあった、と言うべきである。そして、それに適合的な

157 ピッカー教授は、その1972年モノグラフィー168頁で、立法者(Gesetzgeber)が「実際上の目的適合性の利益」(“im Interesse praktischer Zweckmäßigkeit”)という政策的な観点に依拠しながらも、ヴィントシャイトによる actio negatoria の「歪曲」から制定法を守り抜き、かつまた基本的に被妨害者の「自救権」(Selbsthilferecht des Gestörten)をも否定することによって、「行為請求権的な物権的請求権」の構築に成功したということを、詳しく述べている。

158 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 166.

立法上の「合目的的決定」がなされた以上、そのような観点の下でド民1004条を解釈するほかないとの理解が、ピッカー説の骨格を形成している¹⁵⁹。そのことを根本教授は、もののみごとに見誤っている。だからピッカー説が、その物権的請求権を「物権「外在的」効力」として承認したなどという謬論が、平気に出て来るのである（仮に「制定法」の立法者が、「政策」的判断を媒介にド民1004条を規定したとしても、立法者によって物権的妨害排除請求権の発動は、あくまで「物権「内在的」効力」として承認されるべきで

159 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 157. ちなみに根本教授は、筆者が1986年の拙著中、左記のピッカー説の157頁を引用した箇所（拙稿・九大法学51号〔前注134〕68頁）で「制定法の規律によれば」（nach der gesetzlichen Regelung）という箇所を「訳出されていない」と非難される。根本・前掲書（前注5）413頁注235参照。なるほどそれは、筆者の至らなさによるものであろう。その非難は甘んじて受けた。ただし、その拙論部分（該当頁〔68頁〕を含む、その前後の箇所〔66-69頁〕）は、一貫してドイツ民法1004条という「制定法の規律」に関して論じている（読めば誰にでもわかるように書いているつもりである）。現にその拙論部分では、「1004条」という文言が7箇所出てくる（根本教授が問題とされる68頁だけでも3箇所に出てくる）。よって単に煩を嫌って略しただけにすぎない。いちいち「制定法の規律によれば」と訳出しなくても、その前後関係を踏まえば十分に通じるように引用したつもりである。要するに、ピッカー教授の評価によれば、一旦「市民法秩序」が1004条という特定の条文に「物権的妨害排除請求権」を規定した以上——たとえ立法者がヴァイントシャイトの権威に押され、中途半端でかつ「政策的」な「行為請求権としての物権的請求権」を語ったことがあるとしても——条文化されたからには、物権保護にふさわしい形で実体的判断がなされているのであり、その帰結として「物権内在的効力」として1004条の妨害排除請求権が発動されることになる、のである。そしてピッカー教授の「構想」によれば、その他の権利（相対権としての債権を含む）や「保護法規」を通じて形成される法益、さらにはより広く一定の法益（人格的法益・日照の利益・営業上の利益など）にも、そこに Rechtszuweisung ないしは Güterzuordnung=Gehörigkeitsordnung、さらにはよりひろく die zuweisende Funktion が承認される限りで、その承認の内容にふさわしい限りでネガトリアの保護請求権が付与されるべきことになる。すなわち、ピッカー説の中から無秩序な「あらゆる法益侵害への外在的効力として差止請求権」を承認しようとするのは、明らかに「筋違い」なのである。ただし、「秩序」保護の場合の「割当て機能」の意義については、なお残された問題に属する、と考える。

あったこと、自明なことである。これは、ド民903条の一般的定義規定から985条及び1004条へと展開するドイツ民法の「物権的請求権」に関する立法構造を素直に読み取れば、簡単に分かる話である。ちなみに上記ピッカー説の論旨は、拙論が支持する権利の「割当て内容説」からも同様に帰結されうるものである、と考える。

② 「川島博士、於保博士による主張と川角教授の理由付けとが実質的に両立可能であること」というご批判について

〔i〕ご批判の趣旨

根本教授のご批判その二は、「川島博士、於保博士による主張と川角説の理由付けとが実質的に両立可能である」ということに置かれる。その意味は、こうである。川島「責任説」も於保説も、物権の排他的支配効をどのように演繹しても、それによって論理的に正当化されるのは、結局「忍容請求権」のみである、と解する（これはすでに、川島「責任説」・於保説を検討した根本・前掲書によって示されていたことの繰り返しである）。要するに、排他的支配性を内容とする物権に関する客観的侵害が生じた場合に、物権者は自己の物権の「排他的支配性」からは侵害者の積極的な行為に基づく——場合によっては妨害者の費用負担で妨害を排除するという——「行為請求権」は出てこないものであり、ただ被妨害者が相手方の妨害発生地に立ち入って自ら妨害を排除する行為を「受忍せよ」という請求権（＝忍容請求権）を行使しうるにすぎない、と結論づける（根本・前掲書331頁）。そして拙論（川角説）も、「被侵害者の所有権」（物権者の所有する物権の排他的支配性）に着目する限り、「行為請求権」を根拠づけることはできない、と断言される（根本・前掲書373頁及び375頁）。ところが根本教授の理解によれば、他方で拙論は「侵害者の所有権領域」を基礎として、それが被妨害者たる所有権者の権利領域を篡奪（権利重畳化）する点に「行為請求権」を正当化しようとするものとしても捉えられている（根本・前掲書374-375頁）。すなわち川島「責任説」・於保説が「被妨害者所有の物権の排他的支配性」に着眼し、それを論理的に推し進めると「忍容請求（龍法 '17） 50-1, 436 (436)

権」に辿り着かざるをえないのに対して、拙論はむしろ逆に「侵害者の権利領域のあり方」すなわち「権利重疊」を生み出しているか否かを問題として「行為請求権」を承認している（根本説によれば、拙論は「被侵害者側の」所有権をその立論の基礎に置くものではない」と断定されている。根本・前掲書379頁。これが如何に不当な理解であるかについては、すでに本稿で繰り返し指摘した〔念のため触れておこなう、筆者は、あくまで「妨害状態発生」の認定につき、「被妨害者の権利領域と同時に妨害者の権利領域を共に視野に入れるところの客観的・現時的評価観点の不可欠性」を重視するのである〕。本稿後注161も参照）。ともあれ、上記の「理解」をもとに、根本教授は、拙論の立場は「川島、於保両博士の主張とは、論理の次元を異にしている」とする¹⁶⁰。そして「論理の次元を異にしている」がゆえに、一方で川島「責任説」・於保説の「忍容請求権」¹⁶¹も正当性をもつし、他方で拙論の「行為請求権」も同じ

160 根本・前掲書（前注5）379頁参照。

161 ちなみに根本・前掲書（前注5）379-380頁において、根本教授は「川島博士、於保博士の主張されるように「被侵害者側の」所有権の性質を論理的に推し進めることによって、忍容請求権しか導き出すことはできない」という。確かに「被侵害者側の」所有権だけを一面的にみる限り、そうならざるをえないことは筆者も認める（なお、本稿後述「「忍容請求権」形成の論理とそれに対する批判的考察」の箇所も参照。そのような「一面の考察方法」に拘束されていたがゆえに、川島「責任説」も、また基本的に於保説も、「忍容請求権」説を、その「論理的」出発点とせざるをえなかったのである）。それと同時に、筆者が「「侵害者側の」所有権あるいは権利領域に着目する」という根本教授の批判は、全くの的外れである。繰り返しになるが、筆者はすでに1896年の拙論で「肝心な点は、ネガトリア要件の確定に際して、被妨害者の状態と共にその相手方＝妨害者の位置をも同時に考慮すべきである」とはっきり書いていた。拙稿・九大法学51号（前注134）67頁。この肝心な記述を見落として、拙論をもっぱら「侵害者側の」所有権のみに着目する趣旨で批判される根本教授の態度は、本来あるべき学問的な姿勢とは全くかけはなれたもの、と言うほかない。ちなみに、上記のような「双方向的視点」＝「複眼的思考」は、筆者が1972年のピッカー論文（Picker (Fn. 23), S. 49）から学び取り、1986年の論文以来今日に至るまで首尾一貫して主張してきた論点である。若干繰り返しになるが、2008年の拙論「ドイツにおける物権の妨害排除請求権論の到達点」・前掲書（前注7）291頁の記述を、次に引用しておきたい。そこで筆者は、明確に次のように述べて

く正当性をもつ。よって両説は矛盾なく「両立する」とされる¹⁶²。そしてだからこそ、拙論によっては、川島「責任説」も、また於保説も批判・克服したことにはならない、とされる¹⁶³。さらに根本教授は、拙論によれば「物権的請求権を近代的所有権の「積極的内在的性格」にその性質を拘束されたものと捉えるとき、右請求権は「論理必然的に」行為請求権として具体化する」ものとして把握される¹⁶⁴。そして、このような拙論の主張によって果たして「これと対立する川島博士および於保博士による主張の妥当性が否定されたということができるか否か」と問いかけ、その上で「私見（根本説）によれば、川角教授の主張は、そのように解すべき真に説得的な根拠を明らかにしていない。そのため、それは川島、於保両博士による立論を有効に批判しうる反論とはなりえない」（括弧内・引用者）

ゝいる。——「物権的妨害排除請求権は、被妨害者のみならず妨害者にとっても、相互的に権利領域を保全するという基本的な秩序機能をもつ。ここで必要なのは「複眼的思考」であって、損害賠償法的な「一面的考察方法」(die einseitige Betrachtungsweise)は否定されなければならない。(中略)法的に相互に限界づけられた権利領域が重なり合い、その結果、権利者双方の事実上の支配領域が法によって規定された範囲と一致しない場合には、「所有権者の法的能力の制限」が帰結され、当該支配領域の境界のズレによって権利者の支配領域が縮小されている限り、権利者の支配領域は相手方の利益において事実上収用されていることとなる。このような客観的な権利の重畳状態が「妨害」である」(傍点・原論文)。ここで傍点が付された「相互的に」という箇所及び「複眼的思考」という文言、さらには「権利の重畳状態」というタームの「意味」に十分留意されたい。このような被妨害者及び妨害者双方の権利領域の現在のかつ客観的な状態に着眼するという「双方向的視点」は、1986年以来、筆者の考察態度の中で首尾一貫してきたものである。このように約30年にわたって、論文の中で、明確に述べ続けてきた筆者の見解（日本語で明瞭に書かれているもの）が理解されない理由が、全くわからない。しかもそのような自己の単純な「見落とし」を唯一の根拠にして、しごく安易に他人の見解を批判するという姿勢は、全く理解しがたい。

162 根本・前掲書（前注5）380頁参照。

163 根本・前掲書（前注5）380頁参照。

164 根本・前掲書（前注5）380頁。その限りにおいて、たしかに根本教授の指摘は当たっている。

と断定的な批判がなされる¹⁶⁵。そして結局、根本教授は「本書は、川角教授の主張を顧慮した上でなお、川島博士および於保博士による前記主張を妥当なものと考え、これを支持するものである」とされる¹⁶⁶。要するに、拙論（川角説）による川島「責任説」及び於保説への批判は、あることはあったものの、それは批判としては成り立っていないとして、「批判」する。これは、きわめて非論理的なこじつけにはかならない。

筆者（川角）は、すでに1986年の論文で、ピッカー説を基軸に、妨害者の権利領域と被害者の権利領域が不適法に重なっている場合には、その「重なり合い」の客観的・現在の状態が認定される限り、自動的に、かつ物権内在的効力として物権的妨害排除請求権が発動されるのであり、よってその場合に必要「費用負担」は妨害者の利益ともなる自己責任であると述べ、筆者の「行為請求権」的物権的請求権論を「論証」した（拙稿・川角・九大法学51号〔前注134〕67頁。その後も一貫して同旨のことを述べてきた。拙稿・川角・「到達点」論文〔前注7〕276頁及び291頁）。かつまたそのような観点から、川島「責任説」も、また於保説も、批判してきた（拙稿・川角・九大法学51号〔前注134〕37頁以下〔川島説批判〕及び42頁注32〔於保説批判〕。ただし於保説批判は、必ずしも正面からの批判になりきっていない点で、たしかに未熟であった）。にもかかわらず、筆者の見解と川島教授・於保教授の見解とが「両立可能である」とは、一体どういうことであろうか。そのような根本教授流の「批判」が、拙論の基本的内容の読み込みを根底的に誤った上で初めて成り立つ謬論であることは、すでに指摘した（①への筆者の「回答」末尾を参照）。以下では、若干視点を変えて、筆者の回答を示しておく。

〔ii〕筆者の回答

上記本文において、根本教授への「回答」の骨格は、すでに提示されて

165 根本・前掲書（前注5）380頁。すでに根本373頁以下にも、拙論に対する同様な趣旨の批判がなされている。

166 根本・前掲書（前注5）380頁。

いる。ここでは、若干視点を変えて反批判を試みる。まず、すでに先ほど①の批判に対して反論したように、拙論は「被害者の物権の排他的支配性」そのものに近代的所有権の特質を求めるという態度を、そもそも拒絶している。だからこそ筆者は、所有権の「割当て内容」(Zuweisungsgehalt)に着眼したのである。そして、それ(「割当て内容」)に、ピッカー教授の見解(ネガトリア請求権論)を結合した。すなわち、被害者(所有者)の権利の「割当て内容」のみならず、同時に相手方=妨害者の所有権(「割当て内容」)=権利の状態(権利篡奪=権利重疊の存在)を共に視野に入れるという立場を採用した(「複眼的思考」の採用)。要するに筆者は、「割当て内容」をもつ所有権が、原理上、各市民ごとに等質に付与されるという近代市民法の「基本的規範秩序」を考慮し、かつ尊重した¹⁶⁷。したがって、「ある者」が「相手方」の同意なしに相手方所有権の

167 ただし筆者は、この「等質」な所有権を、さしあたり民法たるべき「民法」の基本理念から引き出し、あくまで一般的・抽象的に把握した結果、そう言っているにすぎない。たとえば、個別具体的に「市民的公共性」に照らして「公共の福祉」による所有権制限が必要である場合に、ケースバイケースで所有権の行使が制限されてもやむをえないことがある、と考える(ここで詳論はできないが、筆者は民法1条1項「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」における「公共性」を、あくまで「市民法」内在的に再構成すべきであり、直接的・無媒介的に「裸の社会性」や「剥き出しの国家的利益」をそれに含ませるべきではない、と考える。むしろ「公共性」が、いかに日本国憲法の価値基準と適合するかを、個別具体的に検証する態度が必要である、と考える。したがって、ここという「市民的公共性」とは、そのために不可欠な「価値的評価基準」にはかならない。たとえば、地域住民が自治会を結成しており、自治会の適正な共同意思決定によって井戸掘りの必要性が議決され、そのために必要不可欠な土地が住民Aの土地の一部(たとえば未利用の区画)を含んでいた、としよう。この場合に、自治会が井戸掘りのため、Aに、適正な対価支払いと引き替えて「なんらかの利用権設定」(地役権の設定とか土地賃借権の設定)を申し出たにもかかわらず、Aが、その申し出を自己の「所有権」を盾に、さしたる理由もなく、かたくなに拒む態度は「市民法秩序」に照らして許されない、と考える(たとえAが自治会の議決に反対の意思を表明していたとしても、そうであろう。いわゆる「市民にあるまじき、容赦のない、盲目的な権利主張」[incivilter agere]として法的非難の対象となりえよう。たとえば好美清ノ

光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号〔1962年〕73頁以下、特に86頁参照。ちなみに「自治会」が、なんらかの悪意〔害意〕により〔たとえばAの思想・信仰・政治信条などの理由により〕、Aを地域から追い出す目的で上記「井戸掘り」の議決をしたような特殊な場合は、むしろ別である）。ましてや大企業が近隣の土地を買収し、その営業行為に基づき「公害」を放散するようなことは、市民的公共性に照らして許されることではない。すなわち、当該企業がいくら自己の「所有権自由」ないし「営業の自由」を持ち出しても、「公害」放散行為が許容されることには決してならない。以上は、いわゆる「権利濫用論」が妥当すべきケースでもある。これに対して、たとえばアメリカ軍が軍事基地用地としての利用のために——日米安保条約6条と地位協定2条に基づき日本の区域の使用が認められていることを根拠にして——日本政府から一定の土地の提供を受けたところ、それは日本国民たる私人Bの土地の一部（たとえば200坪としておく）を含むものであった、とする。そこで日本政府が賃貸借契約の借主としてBから借り上げた土地をアメリカ軍に提供した（一種の無償転貸）、とする。しかるに、当該賃貸借契約が「期間満了」で終了したことを理由に、貸主たるBが借主たる日本政府に土地の明け渡しを請求したところ、日本政府の要請にもかかわらずアメリカ軍がそれを見做して居座ったので日本政府はBの請求を拒絶した、というケースを想定してみよう。このケースで、借地契約が満了した場合、この借地契約は「建物所有を目的とする」（借地借家法1条参照）ものではないがゆえに、借地借家法5条の適用はない（借地人＝日本政府による「契約更新」請求は認められない）。そこでBが、自己の土地「所有権」を根拠に、日本政府を相手取って土地明け渡しの請求を提起した、とする。この場合、当該土地の所有権者たるBの請求は「権利濫用」となるであろうか。すでに類似した事案につき最高裁判決がある（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁。いわゆる「板付基地事件判決」）。この判決で最高裁は、Bの上記請求を「権利濫用」として斥けた原審判決を、結論として支持した（その際、最高裁は「〔土地所有権者たるBの〕本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を見做し、過当な請求をなすものとして、認容しがたい」とする〔亀甲括弧内・引用者〕）。そして今日、わが国主流の民法学説をなす内田貴『民法I第4版』総則・物権（2008年）489頁は、上記本件最高裁判決を指示（支持？）して、それをごく簡単に「権利濫用」の一事例として挙げている。ところが、内田貴＝山田誠一＝大村敦志＝森田宏樹『民法判例集（総則・物権）第2版』（2014年）7頁（内田教授が担当している箇所）では、「権利濫用の原則が濫用されて正当な権利行使が妨げられる恐れがある」としつつ、本件最高裁判決を「政治性の大きな著名事件であるが、そのような恐れを感じさせる」とも言っている。果たして内田貴教授は、いずれの方向を向いているのであろうか。どちらも法学部生用・法科大学院生用に書かれたものである。両方とも読む者がいるとしたら、さぞかし悩むことであろう。さらに大村敦志『不法行

「割当て内容」に干渉し、もって権利篡奪＝権利重畳の状態を客観的に生み出している限り、あるべき権利状態（あるべき「割当て内容」）へと還元せしめる自己責任を、上記「ある者」が「妨害者」として自己負担すべきことになる。筆者は、その意味での「行為請求権説」を主張したのである。これをここで繰り返す必要はなかろう（上記①の項目参照）。したがって拙論は、一方で「被妨害者の物権の排他的支配性」に着目しつつ、他方で「侵害者の権利領域」に目を向けるというような「矛盾した」解釈論はとっていない。念を押すならば、「物権の排他的支配性」にのみ着目する見解（その典型としての川島「責任説」）は、ヴィントシャイト流の消極的所有権把握（不作為請求権の束ないしその総体として所有権を理解する立場）と直結する。つまり川島「責任説」は、ヴィントシャイト流の「相手方に侵害行為の禁止を命ずる規範（行為禁止規範）の総体」としてのみ、

▼為判例に学ぶ・社会と法の接点』（2011年）63-64頁も参照。大村教授は、「宇奈月から板付へ」との見出しの下で、本件最高裁「板付」判決を含めて、次のように言っている。すなわち「これらの事件においては、土地所有者の請求が権利濫用によって斥けられている。今日では、これらの事例が権利濫用法理の典型的な適用場面とされるに至っている」と（傍点・引用者）。しかしながら、一体どう考えたら、あの「宇奈月温泉事件大審院判決」（大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁）と本件板付基地最高裁事件とが同列視されるのであろうか。なにゆえ「これらの事例が権利濫用法理の典型的な適用場面とされるに至っている」と解されるのであろうか。ちなみに前者の「宇奈月判決」は——周知のように——温泉を経営する会社に対して、もっぱら暴利をむさぼる目的で他人の土地（その一部に温泉用の引湯管が通っていた）を買い取ったCが、「本件土地を高額で買い取れ、さもなければ引湯管の排除をせよ」と主張した事件である（Cの妨害排除請求は、大審院により「権利濫用」として斥けられた。その簡潔な説明として、窪田充見『不法行為法』（2007年）60-61頁参照）。大村教授の視点から、なぜ両判決が「同列視」されるのか、全く分からない。このような一流の民法学者による極めて独特な「権利濫用論」を素材にして、わが国法学部生や法科大学院生が「教育」されているわけである（もしかすると〔若い〕民法研究者あるいは裁判官・弁護士等の「法曹」自身、すでにその受けたる「教育」の成果を実践しているのかも知れない）。まことに恐ろしいことだと言わなければならない。

物権（所有権）を把握している（川島「所有権法の理論」同『川島武宜著作集第七巻・所有権』94頁の「無数に潜在的に存在するところの物権的請求権の総体」としての「所有権」把握の方法を参照されたい¹⁶⁸）。だから川島「責任説」は、所有権者が一旦侵害を受けても、その侵害者が「無責」（帰責根拠なし）であるかぎり、当該所有権の「排他的支配性」からは必然的に「行為請求権」まではでてこないものであり、その場合の物権的請求権は単なる「忍容請求権」ととどまる、と理解する。そして川島「責任説」は、別途「責任要件」をこしらえ、それをもっぱら不法行為法的にアレンジしていった。すなわち、（被告＝妨害者への）損害賠償としての「原状回復」（＝「費用負担」）請求のためには、妨害者に「帰責根拠」（故意・過失を中心に「惹起責任」等を含む）を要する、と解したのである（その後、川島教授は上記『所有権法の理論』で、「費用負担」に限定して、それを「損害賠償」と同視する見解へと「改説」された¹⁶⁹）。これに対し、筆者の権利＝割当内容説では、ピッカー教授の所説と同様に、相互に「被妨害者」の「割当て内容」と「妨害者」のそれとの客観的で現在の「矛盾状態」（権利篡奪＝権利重畳の状態）が同時的に考慮される。その結果、被妨害者側の「権利の割当て内容」の法的反発力（リアクション）としての「行為請求権説」的物権的請

168 ただし筆者は、川島教授が上記本文引用同頁で「観念的所有権は物権的請求権によって守られる」と言われることを、その限りで、正当なものとして承認する。その上で、川島教授が「観念的所有権」をして、それは「いやしくも妨害をなす万人に対し主張され得る」のであり、「それゆえ時には」と、一定の留保を付して本文「引用文」に繋げておられることも、理解している。にもかかわらず筆者は、1985年の拙論で、川島教授の「観念的所有権」論が、あくまで近代的所有権論としては、イエーリング流の「割当て内容説」的所有権論と正面から対立するところの、ヴィントシャイト流の「所有権論」（不作為請求権の束＝総体としての所有権理解）と共通することを主張したのである。さしあたり、拙稿・九大法学50号（前注134）91頁（ヴィントシャイト「所有権論」批判）及び118-119頁（川島「所有権論」批判）を参照。

169 川島「所有権法の理論」同『川島武宜著作集第七巻・所有権』（1981年。原書初出は1949年）117頁参照。

求権の発動が「自動的に」根拠づけられる（その場合、相手方＝妨害者は自己の「割当て内容」の領域に立ち戻るべき自己責任を負担する。これは妨害者にとっても＜自己の権利領域の保全＞という点で「利益」となることであった〔この観点は本稿で幾度も指摘した〕）。そこにおいて、根本教授がというような拙論（川角説）と川島「責任説」及び於保説との「両立」はありえない。だからこそ——繰り返し強調するわけだが——拙論は厳しく川島「責任」説を批判したのである¹⁷⁰。かつまた川島「責任説」を採り入れる限りで、於保説¹⁷¹に対

170 拙稿・九大法学51号（前注134）46頁以下参照。なお、鷹巢信孝「所有権に基づく妨害排除請求権」同『所有権と占有権——物権法の基礎理論』（2003年。原論文初出は1988年）57頁以下、特に60頁以下の「忍容請求権説の批判的検討」も参照。この鷹巢論文は、川島「責任説」のみならず於保説さらに「純物権説」にわたり網羅的に「忍容請求権説」を批判的に検討するものであり、参照に値する。ただし、ローマ法以来の *actio negatoria* の歴史的展開を通じた「忍容請求権説」批判という観点は希薄である。

171 ただし拙稿・九大法学51号（前注134）84頁注2では、次のような形で於保説を前向きに評価していた。少し長い引用になるが、重要なので再掲しておく。——「ちなみに於保教授は、忍容請求権説が物権の支配権としての論理的性格を明確にはしたものの、他面、物権を支配権に固定化した欠点をもっていったと、批判されつつ、次のように述べて本稿と共通する見解を示された。——「物権概念は、論理的性格を強く持っているが、これもまた一つの歴史的概念である。物権を論理的効力のみに限定しなければならない必然的理由はない。物権の内容を支配権と物権的請求権との二本立てとするならば、両者を物権の内容・効力に包摂することが可能となる。しかも、近代法上の実体権たる物権は、単なる物に対する支配権としてだけでなく、財産権の一つとして、物から直接財産価値を獲得しうる法律上の可能性として観念することが可能かつ必要である。このような財産権としての物権は、その支配力によって物から直接財産価値の獲得を可能とするとともに、その獲得が侵害された場合には、その獲得力を維持回復するために（本稿の立場にそくしていえば権利の割当て内容への障害を除去するために）、侵害者に対する侵害除去の行為請求権によって、法律上より強く保障される必要がある。このように実体権・財産権の一つとしての物権は（財産価値の）支配力を基本的かつ第一次的効力とするが、その侵害を要件として、従属的・第二次的効力として物権的請求権を含むと解することができる」（引用文中の——及び傍点・カッコ内共に川角）於保・前掲「物権的請求権の本質」21頁」。ここには、イェーリング的な「実質権」と「保護権」との「二元論」的権利論に通底する見解が示されている（イェーリングの「権利メ

しても同様の批判を加えたのである¹⁷²。むしろ問題は、ふたたび根本教授の方に投げ返されることになる。すなわち根本教授は、その著作で「川島博士および於保博士による前記主張を妥当なものと考え、これを支持するものである」とされる（この点、すでに本稿で示した。根本・前掲書367頁も参照）。しかしながら、それは如何なる意味での支持であるのか。根本教授も物権的請求権の「本質」論として「忍容請求権」説に立つのか。さらに川島教授流の「責任説」をも支持するのか。根本教授が「忍容請求権」説支持の立場に立つとする限り、先に示したところの「行為請求権説」を支持するという根本教授の立論（本稿前注98とそれに対応する本文参照）は、根本的に破綻する。ここでもまた、根本教授の所説（論旨の展開）は、きわめて分かりにくいものになっている。むしろ、矛盾した記述に満ちあふれているのである。なるほどそれは、学生に読ませて「こういう論文を書いてはいけないよ」という反面教師にはなりうるだろう。しかしながら根本説においては、学問的に本来あるべき形での「論述」が——かなり多くの箇所では——なされていないように思われる。いずれにせよ、根本教授のいう「川島「責任説」・於保説」と拙論（川角説）の「理由付け」とが「実質的に両立可能である」という主張は、全く成り立たない（全面的に破綻した「謬論」にほかならない）。

「論」については、本稿前注74参照）。また部分的に「割当て内容説」とも共鳴しあう側面も見られる。ところが結局於保説は、「物権的請求権」の本質の理解について、川島「責任説」の影響を受け、「行為請求権の成立には一般に責任要件を必要とする」と述べたり、あるいは「物権的請求権における責任態様は、侵害の原因についての問題ではなく、（過去に生じた侵害の）結果である現在の妨害除去についての問題である」とも言っている。要するに於保説は、いわゆる原状回復的「結果除去請求権」を承認する結論に陥ったのである（傍点・括弧内ともに引用者）。於保・前掲論文（前掲114）26-27頁参照。

172 拙稿・九大法学50号（前注134）66-67頁注9及び九大法学51号（前注134）37頁注26参照。

〔iii〕「忍容請求権」形成の論理とそれに対する批判的考察——川島
「責任説」を中心に

そもそも根本教授の所説が、その法論理的帰結として承認し、支持するところの「忍容請求権」は、いかなる根拠と論理によって形成されてきたのか。これ自体、一個の独立した「論文」で論ずべき、重要かつ奥行きのある「根本問題」である。本稿では、その論旨の展開上、この項目で可能な限り簡潔に、その「問題」を論ずる。さしあたり1937年の川島「責任説」の理解を素材に論を進めよう。川島教授は、まずその論文の書き出しにおいて、次のような認識を示す。——「独逸民法は我が民法と異なり所謂物権的請求権に關し明文の規定を設けている。而してそれは物権内容の完全な實現が妨害されてゐるといふ「客觀的違法状態」に基いて生ずるのであつて、その點に物権の對世的支配的性質が現はれているものであることは普く學者の説く所である。然るに、その内容として何を請求し得るものなりや、何人が相手方なりやに付ては、独逸民法の立言必しも明かでないのでその解釋は分れ、従つてこれに關し何等の明文なき我民法の下に於ても説が分かれて居る。日獨多数の學説は請求権の内容として、相手方の費用を以て妨害を除去すべきことを請求し得るものと解する。従つて斯かる義務を負ふ相手方即ち「妨害者」は何人なりやが問題となる」¹⁷³。こ

173 川島・前掲論文〔一〕（前注102）25頁。なお、ここで川島教授が特に指摘される我が民法における「物権的請求権」の不存在の理由については、一応所有権規定の立法提案者であつた梅謙次郎博士による弁明がある。すなわち「本権ノ訴ハ之ハ所有権ニ限ルモノデナク総テノ權利に付テアリマスカラ若シ然ウ云フコトヲ書クナラバ各權利ニ付テモ本権ノ訴ヲ起スコトヲ得ルト書カナケレバナラス然ウ云フコトハ寔ニ煩ハシイカラシテ省クコトニシマシタ」。これについては、1894年（明治27年）6月8日第19回法典調査會議事速記録（商事法務研究会『日本近代立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一』（1983年）744頁下段（なお傍点・引用者を参照）。このような梅の態度に対して、筆者は1986年の拙論で「少なくともこの点に関して、（立法者がなぜ）敬愛するドイツ法の範に倣おうとしなかったのであろうか。ドイツ民法の立法者たちがそうしたように、諸々の権利のなかでも、〈所有権〉保護の特別な位置づけを自覚し

ゝて、まずはともあれ「所有権に基づく請求権」を規律し、それを必要に応じて他の物権（用益権、動産質権など）に準用する、という方策をとらなかったのは、なぜであろうか」（丸括弧内・引用者）と指摘していた。拙稿・九大法学51号（前注134）30頁参照。なお拙稿「『法社会学論争』の教訓（一）——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・ひとつの素描」龍谷法学49巻4号（2017年）5頁以下、特に102-13頁注266では、もっと具体的にド民第一草案や第二草案を取り上げて、立法者・梅謙次郎の物権的請求権明文化に対する「消極的態度」を強く批判した。ちなみに、七戸克彦「我が国における『物権的請求権』概念の系譜——旧民法から現行民法まで」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集25号（1986年）79頁以下、特に85頁は、慧眼にも上記梅謙次郎の立法理由を紹介している。ただし、梅の「消極的態度」を批判する観点はない。この点、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（2）」法学協会雑誌103巻6号（1986年）116頁以下、特に203頁の記述も、ほぼ七戸教授と同様に、梅謙次郎の「消極的態度」に関する批判的な視点を持たずに、きわめてナイーブな観点から「現行民法典が、既成法典つまり旧民法典の財産編36条をそのまま受け継ぐことを前提とされていたとみることができる」と述べている。なるほど旧民法典・財産編36条は、「所有者其物ノ占有ヲ妨ケラレ又ハ奪ハレタルトキハ所持者ニ對シ本権訴権ヲ行フコトヲ得」と言っている。特に「所有者其物ノ占有ヲ妨ケラレ」と規定している点で、一見「物権的妨害排除請求権」も承認しているかのようにみえる。ところがこの規定の立言によれば「本権訴権」の相手方は（所有者の物の）「所持者」となっている。その限りで、この規定は、もっぱら「物権的返還請求権」に相当する規定であるにとどまり、「物権的妨害排除請求権」にまではストレートには及ばなかったと考えるのが自然である。しかしながら、「所持者」でなくとも、他人の所有権領域を「妨害」する者は多数存在しうる（一例を挙げるならば他人所有地の「無断通行者のケース」がそうである）。さらにこの旧民法の規定は、明らかにフランス民法流の「訴権思考」の残滓を留めるものである。その点にも留意が必要であろう。フランス民法・日本民法ともども「物権的請求権」の明文規定をもたず、さらにその例外にあたる「イミッシオン規定」を持たないという共通点（二重の「法規欠缺」）には、くれぐれも注意が必要である。——ともあれ、このような立法者・梅謙次郎をはじめとした我が国「法典調査会」のメンバーたちの（きわめてネガティブな）「法的判断」によって「物権的請求権」の明文は見送られ、その後わが国判例や学説に多大な「混乱」を生ぜしめたのであった（その「混乱」ぶりについては、拙稿・九大法学〔前注126〕51号31頁以下参照〔そこでは、川名兼四郎博士が「物権的請求権」に関する明文規定がないから「之等ノ請求権ヲ否定スル人カアル」とした上で「富井（政章）先生ハ其一人デアリマス（民法原論114頁）」（括弧内・引用者）と記述していること。及び石坂音四郎博士が「権利侵害ノ豫防ニ関スル我国法ノ規定ハ頗ル不完全ナリ」と嘆いている様子）

の川島教授の指摘は、それ自体として「正当」である。また川島教授が、「行為請求権説」に立てば「不可抗力」による妨害排除請求の場合に「その結果は甚だしく被害者の保護に厚く、果して妥當衡平なりと称し得るやは疑問無きを得ない」¹⁷⁴とされるのも、一応もっともなことであると考えられる¹⁷⁵。なお「妨害物の譲受人」が、妨害物の現在の所有権者である限

ゝを描写している。引用文献など詳細は、上記九大法学51号36頁を参照))。ついでながら、わが民法が202条で「本権の訴」を規定していることや197条以下の占有訴権の存在をもって、わが立法者が当然に「物権的請求権」を承認していたと解する一般的見解は、あまりにも「漫然」としており、かつ「楽天的」にすぎる(わが国立法者が、旧民法典財産編36条を結果的・実質的に受け入れたがゆえに、物権的請求権の存在を当然承認していたとする旨の、上記大塚教授の記述もそうである)。なぜなら——比較法的にも特異なことであるが——わが国民法206条(所有権の定義規定)が「所有権の制限」に関する冒頭規定として置かれ、さらに梅謙次郎博士が穂積八束博士とほぼ同様の観点から「法令」による所有権制限を当然視していたことが、「物権的請求権」規定の見送りについても、決定的な影響を与えたと思われるからである(ただし、梅博士が「物権的請求権」を規定する腹づもりを持っていたことまで、否定はできない)。ちなみに八束博士は、「法令」のことを重点的に「天皇大権」としての「勅令」と言い換えている(八束博士は「法律ノ委任」にも言及しているが、それはあくまで副次的なものである)。この点につき、拙稿・九大法学50号(前注134)101頁及び上記拙稿「法社会学論争」の教訓(一)101頁以下参照。かてて加えて、前掲書・商事法務研究会版「議事速記録」754-755頁の八束発言も参照。

174 川島・前掲論文〔一〕(前注102)26頁。

175 この点については、さしあたり「不可抗力」による妨害のケースと「自然力」による妨害のケースを区別する観点が重要である。すなわち、後者(「自然力」による妨害)の場合には、妨害者が自己の所有権を主張する限り(そして自然力を原因とするところの、妨害者の所有権による「権利篡奪」・「権利重疊」の状態が客観的かつ現在の存在する限り)——妨害者自身の「惹起行為」や「意思」に還元されるところの——「妨害原因」(die Ursache der Beeinträchtigung)の如何を一切問わない拙論(そしてピッカー説)の立場によれば、あくまでその妨害者は、被妨害者から、「行為請求権」としての物権的妨害排除請求権の行使を受けるのである(拙稿・九大法学51号〔前注134〕73-74頁参照。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 102 ff. Bes. S. 103.)。これに対して前者のケースでは、もっぱら「不可抗力」による「妨害状態」発生時の——むろん一定の時間的幅は存在するのであるが——被妨害者からの「物権的妨害排除請求権」の行使は、(特に妨害者の所有建物も倒壊し、その家族にも被害が出ているケースを念頭メ

り——その者の惹起行為や（妨害状態の）保持意思の有無を全く問題にすることなく——「妨害物の譲受人」がその物についての積極的な妨害排除義務（必要な場合には、そのための「費用負担」義務）を負うこと、当然である（本稿続編でも確認するように、現在多数の学説がその立場を支持している。もはや「通説・判例」の立場と言っても過言ではない）。これに対して川島教授は、「妨害物の譲受人」に関しては、「單に被害者の妨害除去行為を受忍する義務を負ふに止まる」とするドイツ少数説を特に取り上げ、結果的にこの立場を支持するようである¹⁷⁶。このような観点から、川島教授はローマ法以来の「物権的請求権」（*rei vindicatio, actio negatoria*）の歴史的研究¹⁷⁷及びドイツ法・フランス法の比較法的研究¹⁷⁸を展開している。ただし、本稿では、それらの基礎的研究を正面から取り上げる余裕はない（必要と思われる限度で触れるにとどめる）。結論からいえば、川島教授の立場はこうである。——（ア）「物権妨害を排除する手段としての諸制度の前述の史的變遷は、我々に次の如きものとして現れた。支配権としての物権がそれに對する妨害を客觀的違法の立場から常に排除する所の觀點と、その妨害によつて生じた損害、従つてそれから法的にあるべき状態に回復する為に必然的に生じ来る損害の負擔を何人に帰せしむべきかといふ觀點と、（読点ママ）私法に於てこの二つの觀點は法技術的には二つのものとして

ゝにおくならば、その限りで被妨害者からのネガトリア請求権の行使は）「はなはだしく不当な、配慮を欠いた権利追求」（*die grob unbillige, rücksichtslose Rechtsverfolgung*）として認められないことがあるだろう（台風による屋根瓦の隣地への飛び込みの例などを挙げて説明する、拙稿・九大法学51号〔前注134〕74頁参照。したがって、上記「はなはだしく不当な、配慮を欠いた権利追求」としての事実が解消されたのちであれば、妨害者たる屋根瓦の所有者がそれについての彼の所有権を主張し続ける限り、被妨害者＝隣地所有者は「屋根瓦を排除せよ」とする内容のネガトリア請求権を積極的に行使できるであろう）。

176 川島・前掲論文〔一〕（前注102）26-27頁。

177 川島・前掲論文〔一〕（前注102）30頁以下参照。

178 川島「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（二）」法学協会雑誌55巻9号（1937年）34頁以下参照。

存在してきた。(中略) 私は假に前者を「支配権」、後者を「責任」の名の下に呼ぶこととした。歴史的に見れば物権的請求権は正にこの二つの立場の交流点である」¹⁷⁹⁾(括弧内・引用者)。それに引き続き川島教授は、次のように述べている。——(イ)「この概念(物権的請求権)の起源を為す所のローマ法は、支配権と責任とが制度の形式に於ても内容に於ても別のものであつたものが形式的に融合さるる過程を示すものであり、さうして獨逸普通法は更にこの形式的融合が両者の立場を内容的にも不分明ならしめ、獨逸民法に至つてその責任と支配権との分化を内容的にも抹消し「責任」の内容は支配権の觀點に吸収され統一さるる過程を示した」¹⁸⁰⁾(括弧内及び傍点・引用者)。

上記引用文(ア)において、川島教授が、あからさまな形で「物権的請求権」の効果(「責任」の内容)を、「損害賠償」(ドイツ民法流の損害賠償 = 「原状回復」[Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB]¹⁸¹⁾)として捉え

179 川島・前掲論文〔三〕(前注102) 67-68頁。

180 川島・前掲論文〔三〕(前注102) 68頁。

181 § 249 (1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. 念のため訳文を掲げておく。——「損害賠償の義務を負っている者は、その賠償を義務づけるところの事態(Umstand)が発生しなければ、存在したであろう状態(Zustand)を回復しなければならない」。この「状態」が、過去に生じた財産的不利益を指すことは、文理上、言うまでもないことである。これにつき、さしあたりネガトリア請求権の効果と不法行為責任の効果の対照性を簡潔に説く、次のラレンツ＝カナリスの言明を参照。——「ドイツ民法1004条1項1文に基づく請求権は、「除去」(Beseitigung)に向けられている。したがって、その文言によれば、また立法者意思(vgl. Mot. III S. 425)に照らしても、(ネガトリア請求権の効果は)妨害の現状への現実的な引き戻し(die reale Rückgängigmachung der Störung in Natur)に限定されている。原則的にBGHの判例にも適合するであろう、このような法律効果の限定を固持すべきであること、またなぜそのような固持をすべきかは、すでに示したところである。それに従えば、1004条1項1文に即して、ただ単にそのものとしての純粹に事実的な基本的妨害源の除去(die rein faktische Beseitigung der primären Störungsquelle als solcher)だけが請求され

ていることは、きわめて明瞭であり、かつ印象的なことである。さらに上記引用（イ）の箇所では川島教授は、ピッカー教授の言明とほぼ正反対のことを述べている。ピッカー教授によれば、こうである。——「本稿で採用される「妨害」概念にしたがうならば、ドイツ民法1004条の規定が、ローマ法以来の首尾一貫した展開の帰結であることが明らかとなる。したがって、たとえそれがカズイスティッシュにすでに顕在化した事件に限定されていたとしても、ローマ法および普通法上のアクチオ・ネガトリアにおいてすでに原理的に打ち立てられていた要件・効果は、現行法上の1004条によってまさに徹底して考え抜かれ、それゆえ欠缺なく（lückenlos）仕上げられていたのである。これに対して、ネガトリア的に制限されていたとはいえ、今日1004条によって実用化されている損害賠償責任は、19世紀に入って初めて行われるようになった「誤った展開」（Fehlentwicklung）の帰結以外の何物でもない。この時期にいたってはじめて、所有権妨害を確定するに際して、もっぱら不利益を受けた者の損失（Nachteil）に、し

ゝうるに過ぎない。ただし、この基本的妨害源から現在存続する干渉が発している限りで。これに対して（ネガトリア請求権の効果としては）妨害事実によって惹起された損害の賠償は請求されない（nicht dagegen der Ersatz von Schäden, die durch Störungsereignis verursacht worden sind）」（括弧内・引用者）。Vgl. Larenz=Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II・Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, S. 700. ちなみにラレンツ＝カナリスは、この引用文末尾で「今一度倒壊した樹木の事例（oben V 3 c）を参照せよ」と指示している。ついでながら、その指示された箇所を読むと、ラレンツ＝カナリスは、フリツ・パウアーの反対行為理論（die actus-contrarius-Theorie）に従っている。そしてそれに基づき、たとえばAの所有物たる樹木が倒壊して、その隣人Bの土地に飛び込んできた場合には、1004条に従えば、その樹木の所有者（A）が積極的にその樹木を除去すべきであるということ。これに対して、その樹木の所有者（A）は、たとえばその樹木倒壊（B地への飛び込み）によって打ち碎かれた物の賠償とか、いわんやその倒壊によって負傷した人の治療費までも——Aの故意・過失を問うことなしに——負担することにはならないということ。つまり、ネガトリア責任と不法行為責任の対照的效果について、その限りで、きわめて当然なことを述べている。Vgl. Larenz=Canaris, a. a. O., S. 698.

たがってまた必然的に責任者を確定する際にも帰責基準（Zurechnungskriterien）に着目し、そのなかでも先ずもって原因性（Ursächlichkeit）に焦点が当てられるようになった。今日、判例・学説において支配的な「行為責任」（die „Handlungshaftung“）とは、普通法上その時代をくだった19世紀のひとつの創造物（ein Geschöpf）にほかならない¹⁸²（括弧内及び傍点・引用者）。

そして、その19世紀普通法におけるネガトリア請求権への不法行為法的な要件・効果の取り込みによる「歴史的歪曲の原因」（die geschichtlichen Gründe ihrer (= der negatorische Beseitigungsanspruch) Verfälschung）を^{かたち造った}立役者が、プフタ（Puchta）であり、（改説後の）ヴィントシャイト（Windscheid）であった（ピッカー教授の研究によれば、後者のヴィントシャイトこそがドイツ民法の立法者たちに大きな影響を与えたと分析されている）¹⁸³。

182 Picker (Fn. 23), S. 61. なお訳出にあたっては、拙訳「エドアルト・ピッカー著『物権の妨害排除請求権』（3）」龍谷法学37巻4号（2005年）1頁以下、特に3頁を参照した（ただし一部文言を修正した）。

183 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 66. 奇妙にも川島教授は、上記本文で取り上げたネガトリア請求権の「歴史的変造の立役者」であったヴィントシャイトに依拠して、自己の「責任説」を^{かたち造った}のであった。川島・前掲論文〔二〕（前注178）38頁及び42頁注10参照。川島教授は、その38頁の記述で19世紀ドイツ判例が^{妨害者の「行為」}に着目して、（特に相隣関係において）「被告の費用を以て原状回復を為すべきものと為し、これを a. neg. の一般的原则として主張する學説が存するに至つた」（傍点・引用者）とする。その一方で、「被告の主観的帰責条件（Verschulden）によつてこの點に差別を認めた判例及これを a. neg. の一般原則として主張する學説が散見せらるるに至つた」としてヴィントシャイトの見解を紹介し、かつこのヴィントシャイト説を積極的に受け入れようとしたのである。要するに川島教授の「理解」によれば、理論的にはネガトリア請求権を不法行為法的に「変造」するヴィントシャイト説の方が適切なのであるが、ドイツ民法1004条は、ただ単に「〔争點の複雑化を防ぎ客観的違法状態排除の目的を簡単に實現し得る〕ことのみを主眼に置いて（行為請求権說的に）立法化したにすぎないのであり、このような形での現行ドイツ民法1004条の立法化は「問題の私法體系に於ける意義を考慮せざりしものの如く」に解されたのであ

要するに川島「責任説」においては、物権の「支配権」的側面は、もっぱら被害者の所有権（ないし権利領域）からのみ、一面的に考察されている。なるほど川島教授は、「若しその妨害原因そのものが他人の権利範囲に専属するならば、例へば妨害が他人の行為であつたり又は妨害状態が他人の所有権・占有権等に属するならば、ここに妨害除去者の権利（物権）との衝突を来さざるを得ない」¹⁸⁴（傍点・括弧内ともに原論文）と言われる。その上で川島教授は、「この妨害原因の権利者を尚被妨害物権者と平等且自由（少なくともこの問題に關する限りに於て）なる人間とする前提（私法はこの前提の上に築かれる）に立つならば、後者〔被妨害者〕は前者〔妨害者〕に對し直接に支配を及ぼす（前者の意思を無視し自力で妨害を排除する）ことを許されない」¹⁸⁵とされる（丸括弧内・原論文。亀甲括弧内・引用者）。その限りで川島教授は、妨害者と被害者双方の権利領域に関する問題を視野に収めているようにみえる。しかしながら、その帰結は、結局は被害者の「物権」のあり方にのみ目を奪われた「一面的考察」ととどまるものであった。すなわち、上記引用文に引き続いて、川島教授は、次のように言っている。——「後者〔被妨害者〕が直接に前者〔妨害者〕に人的支配を及ぼすことなく然も自己の物権の支配権性を實現せしむる為の架橋——それは後者〔被妨害者〕が前者〔妨害者〕に妨害除去の為に消極的な不作為（侵害行為停止）・受忍を「請求」する、即ち前者の「意思」を通してのみ實現さるるものとなす所の権利である。これこそ正に純粹に物権的「請求権」と稱せらるべきものであり、物権の

ゝる（川島・前掲論文〔二〕〔前注178〕40頁参照）。これは正しく上記ピッカー教授の歴史的研究（本稿前注182とそれに対応する本文参照）と正反対の理解に他ならない。なお、この点につき、すでに明瞭な視点をわれわれに提供してくれ
る論文が、原島重義「わが国における権利論の推移」・同・前掲書（前注14）
445頁以下である（特に491-497頁の分析を参照）。

184 川島・前掲論文〔三〕（前注102）85頁。

185 川島・前掲論文〔三〕（前注102）85頁。

「支配権」（假に私がさう呼ぶ所の）としての効力、即ち物権そのものに終始する所の「物権的」の名に値する効力である。物権的請求権は常に現在の妨害者のみを被告とするといふことに、この意味の物権的請求権に付てのみ正當に言ひ得らるるのである」¹⁸⁶（丸括弧内・原論文。亀甲括弧内・引用者）。そこには結局、被妨害者の所有権（ないし権利領域）と同時に妨害者の所有権（ないし権利領域）の状態をも共に顧慮するという観点¹⁸⁷はない。要するに「物権的請求権の世界」において肝心な観点は、社会的に無数に存在する所有権（ないし権利領域）の自己保全の観点と、万が一それが他人の所有権領域に重なって物権法秩序（財貨帰属秩序）と矛盾する場合に、妨害者と被妨害者相互の権利領域の同時的な評価（どちらが客観的・現在的に覆い被さっているかという評価）を余儀なくされる、ということこそが、肝心なのである（いわゆる「相隣関係」において、その典型が見られる）。このような「権利領域の重なり合いに関する双方向的視点」は、「物権的請求権の世界」の固有の問題であり、物権法に専属的な財貨帰属秩序に関する「評価問題」（Wertungsfrage）なのである¹⁸⁸（これに関連して、物権〔所有権〕以外の、いわゆる相対的「法益」〔たとえば「日照利益」・「通風利益」・「プライバシーの利益」など〕については、直接「権利の重なり合い」

186 川島・前掲論文〔三〕（前注102）85-86頁。このような発想において、於保教授の見解も川島「責任説」と基本的に共鳴する（本稿前注114所掲の於保論文参照）。

187 このような観点、すなわち妨害者の所有権と被妨害者の所有権の状態を同時に評価することによって、初めて「妨害状態」の発生を承認しようとする見解が、ピッカー教授の学説の骨格を形成している。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 49. このことは——あとでも指摘するが——物権的妨害排除請求権の理解にとって決定的な鍵を握る基本的観点であった。そしてこれは、筆者にとっても肝心な論点であった。

188 拙稿・川角・前掲論文「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点」・前掲書（前注7）282頁以下の観点を参照。筆者は、そこで、このような「権利領域の重なり合いに関する双方向的視点」を初めて体系化したピッカー教授の見解を指して、それを「複眼的思考」とも呼んでいる（川角・前掲285頁参照）。

は語り得ない。したがって、具体的なケースごとに当該利益の法的要保護性が問われざるをえない〔その法的要保護性判断に「相關関係の利益衡量」を持ち込むべきではない。端的に「客観的で、かつ現在の利益状態」の法的要保護性如何が問題とされるべきである——筆者〕。その上で、副次的に〔訴訟上は、もっぱら「抗弁レベル」で〕、たとえば日照利益・通風利益に対立する相手方の「建築自由」やプライバシーの利益と対立する相手方の「表現の自由」等が問題となるにすぎない。この点、本稿続編で触れる）。

これに対して、川島教授は、むしろ「物権的請求権」と「債権法の世界」との繋がりに関心を寄せる。すなわち「現在の物権的請求権は、理論的にはただに物権法の世界のみに存在するものではなく債権法の世界にもその一半を立脚する所のものであり、この制度を通じて現在の民法體系に於ける物権法と債権法（責任）との關聯の一部面を見得るであろう」とする¹⁸⁹。つまり川島「責任説」は、このような意味での「物権法の世界」と「債権法の世界」の接点に焦点を当てることによって、初めて生み出されうるのであった。その考察の重点は「責任」（その要件としての Verschulden と、効果としての Schadensersatz）の有無に置かれた。そして物権の「支配権」的側面は、きわめて消極的に、かつ「一面的」に被妨害者の所有権状態からだけ判断された。すなわち被妨害者は、その固有の権利領域を支配しているだけであって、他人から妨害を受けても、その自己の固有の権利領域の支配権を主張しうるのみである（川島教授流の消極的所有権理解と親和的な「排他的支配権論」!）。だから、所有権のその円満な状態が攪乱され、よって物権的請求権が生じたとしても、それは相手方（妨害者）の支配領域＝妨害源の領域に立ち入って自分で妨害状態を排除することを相手方に受忍させることを要求するところの請求権＝忍容請求権であるほかなかったのである。それは、川島教授による次の言説に象徴的に示

189 川島・前掲論文〔三〕（前注102）68-69頁。

される。すなわち川島教授は「(ドイツ普通法の下で) 物権の物に對する支配権の要素を一般的性質として確認するに至り、現在の包括的な「物権的」請求権の理論的基礎を作り上げた」¹⁹⁰とする。そこには被妨害者側における「被害」を受けた所有権の「支配権」的側面しか視野に入っていないのである。こうして川島「責任説」において、相手方たる妨害者は、あたかも不法行為者のごとく、その債権法的「責任エレメント」の有無如何を問われることにならざるをえないのであった。要するに、妨害者自身の所有権状態の確認(「物権法の世界」の評価)は棚上げされて、ただ単に妨害者の「責任」の有無(「債権法の世界」の評価)のみが問われていった。そこに筆者(川角)、そしてピッカー教授が問題にする「双方向的視点」、つまりは被妨害者と妨害者双方の所有権の「割当て内容」(=「割当て領域」)の客観的・現在の状態を同時に視野に収める視点はないのである。それゆえ川島教授の評価によれば、近代的な「所有権自由の訴」たるべき *rei vindicatio* や *actio negatoria* において、その物権的「支配権的」側面とともに考慮せられるべきであったのは、上記のような意味での債権法的な「責任」的要素の有無であった。それゆえ川島教授は、物権の支配権的側面の重視による「物権的請求権」の生成が必然的に「責任内容」に關する問題を惹起し、殊に、「妨害者」として妨害排除義務を負ふべき者が何人なるやが帰責條件に關連して問題とせらるることになった(傍点・引用者)という認識を示すのである¹⁹¹。こうして川島「責任説」は、次のような方向性を模索することになった。——「物権的請求権の右の如き發展は現在我々の持つ物権的請求権の内容と形式とに付て次のことを教へるであろう。即ち、第一に内容的には、物権そのものの主張即ち客観的違法の要素(忍容請求権としての要素)と特定人の責任即ち主観的な責任の要素(「責任エレメント」)との包摂といふ二元的性質の存在、そして第

190 川島・前掲論文〔三〕(前注102) 71頁。

191 川島・前掲論文〔三〕(前注102) 71頁。

二に形式的にはこれら二箇の要素が訴権法體系 *Aktionensystem* に於ける訴権の外形を保持すること、即ち「物権的請求権」といふ一の請求権の形式の下に訴権的の外形を有ち、その實體法に於ける體系的意味の理解を妨げてゐるといふこと、これである」¹⁹²（括弧内及び傍点・引用者）。その上で川島「責任説」は、「物権そのものの主張（忍容請求権）と責任の主張を形式的に分離し、又内容的にも分離したローマ法は右のことを確認せしめる」（括弧内・引用者）という¹⁹³。そして「物権的請求権」が「訴権的の外形」をもつことに着眼して「物権的請求権の訴権的性質」を、特別に考察対象としている。それは、果たして近代的「物権的請求権」論においていかなる意味をもつのか。そういう関心を持って川島教授のさらなる考察に注目しよう。そこにおける川島「責任説」の立論は、こうであつた。すなわち「物に對する支配権たる物権に必然的なものは（中略）「客観的違法状態の除去」そのことに過ぎぬ」という認識にあつた¹⁹⁴。すなわちその立論の出発点は、物権的請求権をもっぱら論理必然的に「忍容請求権」として把握すること、であつた。その形成論理については、その問題点とともどもすでに指摘したところであるから、ここでは繰り返さない。ともあれ、そのように物権の支配権の発現としての「客観的違法状態の除去」は、「忍容請求権」としてきわめて消極的な意味で捉えられていった。それでは、その「忍容請求権」とローマ法的訴権の性質との関係はどうか。その論旨をたどれば、次のようである。すなわち「實體法の體系は訴権の體系とは別の立場に基づくものであり、獨逸民法は新しい政策的要求をとり入れつつ獨逸普通法を實體法の體系に還元した。個別的不法行為法は統一されて債権法の一部を占むることとなつた。*rei vindicatio* における損害賠償請求権は解體され獨立の單位たる權利として、且不法行為法と實質

192 川島・前掲論文〔三〕（前注102）72頁。

193 川島・前掲論文〔三〕（前注102）74頁。

194 川島・前掲論文〔三〕（前注102）73頁参照。

的には連結するものとして——物権法中にはあるが——規定された。然るに *actio negatoria* に於ける物権妨害排除の「責任」そのものは、つひに物権そのものから解體されることなく、物権そのものの内在的効力なる形式において存在することとなつたのである。(中略) 理論的には、物権的「請求権」は物権的アクチオの單位を保有するものであり、實體法體系の未分化の形態に在るものと謂ふべきである」(傍点・引用者)¹⁹⁵。す

195 川島・前掲論文〔三〕(前注102) 76-77頁。なお、*rei vindicatio* における「不法行為法と實質的には連結するもの」というのは、ドイツ民法987条以下(特に989条・990条)、日本民法189条・190条・191条による法規制を指す。このような所有者・占有者間の法規制における「不法行為法的エレメント」の評価については別論を要する。さしあたり、*rei vindicatio* 自体、ド民985条で明文化され、独自化されていることを了解しておけば足りよう。そしてド民987条以下の所有者＝占有者間の法規制(特に不法行為関連規定)は、占有者が「訴訟係属」(*Rechtshängigkeit*)に至っていること、ないし「悪意」(*Bösgläubigkeit*)である場合の特則であり、そこでの「不当利得法的規定」(ド民988条)ともども、*rei vindicatio* を法的に「補完する」にすぎないことを理解しておけば十分である。たとえば、W. Pinger, *Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Die §§ 987-1003 als wechselseitig haftungsverschärfender Schuldverhältnis*, 1973 は、その全編にわたって権利の「割当て内容説」に依拠しつつ、上記の観点を呈示する優れたモノグラフである。なお、わが国でこの問題がどのように理解されているかは、一個の重要問題に属する。さしあたり、田中整爾「善意占有者の収益返還義務」及び「占有と不当利得——クルツの見解の批判を通して」同『占有法の理論』(1978年。原論文初出は前者1971年及び後者1974年) 377頁以下(前者)、402頁以下(後者)を参照。いずれの論文も、ドイツないしオーストリアにおける不当利得「類型論」(なかんずく侵害取得ないし侵害不当利得 *Eingriffserwerb* oder *Eingriffskondiktion*)を念頭に置きつつ、我妻榮教授の「占有の不当利得」論(我妻「法律行為の無効取消の効果に関する一考察——民法における所有物返還請求権と不当利得との関係」同『民法研究Ⅱ・総則』[1966年。原論文初出は1931年] 165頁以下)を批判的に考察するものである(田中教授は、請求権競合論を踏まえつつ、「侵害利得返還請求」の場合のみ日民189条1項の適用を図ろうとする〔ただし、日民189条1項を、積極的に善意占有者の「果実取得権」を承認した規定としてではなく、善意占有者の「(果実)返還義務を免除したにすぎない」規定と解される。田中・前掲書401頁〕)。これに対して、同じく「類型論」にたつ好美清光教授は、189条1項を、果実に関する「善意取得」の特則とする。よって善意占有者が「無過失」を立証した場合に限り、積極的な

なわち、ここで特に川島教授が力説したいことは、次のようなことであつたと思われる。すなわちローマ法的アクチオ体系の下では、最終的に *rei vindicatio* も *actio negatoria* も「責任的要素を自己の中に採り入れていた」¹⁹⁶。その後、実体法の中で、改めて物権固有の支配権としての効果

ゝ「果実取得権」を承認する。好美「不当利得法の新しい動向について（下）」判タ387号（1979年）22頁以下、特に24頁参照。さらに、189条1項を「善意取得の最小形態」と性格づける花本広志「物から生ずる収益と不当利得（2・完）」判タ708号（1989年）34頁以下、特に45頁も、好美説とほぼ同旨を説く。なお藤原正則「§ 703Ⅲ（b）（ウ）」窪田充見（編）『新注釈民法（15）債権（8）』（2017年）109-110頁が、「民法189条以下の所有者・占有者関係の規定は、侵害利得の対第三者関係での取引の安全を与えた規定であり、給付利得には適用されない」と述べている点に照らせば、少なくとも「類型論」的見解が「通説化」しているとみてよいだろう。そして現在、ドイツでは、このような「類型論的」不当利得論（特に侵害不当利得論）及び（帰責根拠が存する場合の）不法行為論とが物権的請求権論と「協働」することによって、権利・法益の「包括的保護」（*der umfassende Schutz*）が実現されるものとして、＜構想＞されているのである。Siehe dazu sehr typisch, E. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 75), S. 311. このような＜構想＞に照らしても、今日、川島「責任説」は、すでに理論的に克服されている、と言わざるをえない（なぜなら川島説は、物権的請求権論そのものの内部に不法行為法的「帰責根拠」を持ち込んでいるのであるから！）。

- 196 川島・前掲論文〔三〕（前注102）75頁。なお川島・前掲論文〔一〕（前注102）30頁以下参照。この川島論文〔一〕におけるローマ法的「物権妨害排除訴権」は、その内部で「占有の妨害」（*rei vindicatio*）のケースと「それ以外の妨害」のケース（*actio negatoria*）とを分化させている。そして川島教授は、その上位概念として「物権の妨害排除に関する諸法制的態様」で一括される。その基本的態度は——川島論文でいかほど自覚的認識がなされていたかは疑問であるが——結果的に近代法上の物権的請求権をネガトリア請求権（*negatorischer Anspruch*）と物権的返還請求権（*vindikatorischer Herausgabanspruch*）とを等置し、その上でさらにネガトリア請求権規範をその一般的形態において上位規範（包括規範）として位置づける発想に近い。この点、拙稿・川角・前掲論文「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点」（前注7）267頁以下、特に292頁参照。Vgl. Picker, Der vindikatorische Herausgabanspruch, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, hrsg. C. W. Canaris=A. Heldrich=K. J. Hopt=C. Roxin=K. Schmidt=G. Widmaier, 2000, S. 693 ff. bes. S. 748 ff. さらにピッカー教授は、別の論文で、物権的返還請求権と妨害排除請求権の「統合」（*Synthese*）の可能性とその必要性を確認した上で、➤

と債権法的責任とが分離されたが、*rei vindicatio* の場合に特徴的に見出される物権法内部への「損害賠償責任」の取り込みに典型的に現象化されるところの「支配権」と「責任」との「融合」¹⁹⁷が示すように、*actio neg-*

ㄨ その上位に位置づけられるネガトリア責任システム（物権的妨害排除請求権を筆頭にそれ以外のネガトリア的＝排除効的機能をもつネガトリア責任システム）の機能的把握によって物権的請求権の概念的説明がカバーされるという点（Die Ersetzung der begrifflichen Deutung des dinglichen Anspruchs durch die funktionale Erfassung des übergeordneten “negatorischen” Haftungssystems）、を強調している。Vgl. Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 75), S. 269 ff. bes. S. 308 und S. 311 ff. このような考え方は、おそらくわが国では、あまりなじみのない——ある意味で異質な——「発想」であるものと受けとめられる傾向が強いだろう。しかし、ピッカー教授は、1972年の処女論文（本稿前注23）以来のネガトリア請求権論研究の成果として、説得力溢れる観点から論理的にそのことを根拠づけられている。したがって、川島教授が、たとえ無意識的であれ、そのような発想に接近されたことは印象深いことであった（むろん厳密に言えば、ピッカー教授はあくまで「物権的請求権」そのものと内的に連結し、かつ同時にその外側にある個々の「割当て秩序」によって排除的効力を承認するところの「上位規範としての」「ネガトリア責任システム」を構想している。そしてピッカー教授は、そのことによって結果的に「物権的請求権」の概念的意義の解明を補充・代用しようとされる。その点で、ピッカー説と川島説との間には大きな違いがある）。

197 川島・前掲論文〔一〕（前注102）31頁以下で示されているように、アクチオ体系の下で *rei vindicatio* も「訴権」として機能したのであり、紛争当事者は常に「原告」と「被告」として登場せざるをえなかった。そして当初の（古き）ローマ法のもとでは、被告に「応訴義務」がなく、原告には一種の「自力救済」にも相当しうところの「特示命令」（*interdictum quem fundum*）による迅速な行政命令的効力が付与された。その後「応訴義務」が一般化したので、その結果、特殊に原告が裁判で勝つか負けるかによる「対人的」保護が付与されるようになった。この事態を指して川島教授は、「*rei vind.* の被告に應訴義務が認められたことは、その本體が物への追求たることから物権的「請求権」たることへの轉化を示すものである」と捉えている。ここに川島論文の「躰きの一步」があった（ちなみに川島教授は、*actio negatoria* についても同様の思考方法を示されている。川島論文〔一〕38頁以下参照）。たしかにローマ法の下では、裁判上、原告が勝てば被告に「対人的」賠償（一種の不法行為的効果を含む）が与えられた。しかし、それをもって「物権的「請求権」と把握する態度は、明らかに物権的請求権を債権的請求権と等置することを意味する。なるほど、この点、今なお争いがあることは確かである（特にそれは、債権法上の諸規

atoria のもとでも、「責任」的要素が、「物権そのものの内在的効力なる形式に於て存在することとなつた」¹⁹⁸。つまり rei vindicatio も、また actio negatoria も、形式的には「実體法體系」において位置づけられているが、ローマ法と同様な「支配権」と「責任」とのある種の「融合」化を余儀なくされている点において、なおローマ法上のアクチオ的思考の残滓を帯びている。それゆえ物権的「請求権」は実体法的には純化されてはならず、依然としてローマ法的「物権的アクチオの單位を保有」していたのである¹⁹⁹。ところが、このようなローマ法的＝「訴権法」的「物権的請求権」

ゝ定が物権的請求権に「適用」ないし「類推適用」されるか。どの範囲において、いかなる債権規定が「適用」〔「類推適用」〕されるか。あるいは逆に、原則的にその適用がないものと考えべきか。なお争われている。今は、この問題につき立ち入る余裕をもたない。さしあたり、現在の理論的到達点としては、「物権的請求権」を実体法上「物のあるべき円満な状態を相互に確保する請求権」として「複眼的思考」によって捉えるならば、「物権的請求権」の債権法諸規定からの分離独立が原則化・徹底化されなければならない、と考える。ただし、この実体法的権利義務関係において、妨害者として積極的妨害排除義務を負う者が——任意にかつ適時に排除行為を行わず——なんらかの理由によってその実行を怠ったことによって紛争が生ずる場合には——自力救済禁止の観点から——最終的には訴訟による紛争解決に至るべきことになることは、なかば当然である（「和解」の可能性もある）。ともあれ、その限りで、権利者（被妨害者）が「原告」として勝訴した場合には、「被告」に対して一定の法定手続に従って「履行の強制」が執行されることになるのは、やむをえないことだと思われる（その点において、あたかも民法414条の「適用」〔「類推適用」〕が可能となるように見えるにすぎない。しかしながら、本来「債権の効力」規定たる民法414条に直接依拠する論理的必然性はない。むしろ、民事執行制度が整備されている現状では、当該執行法の諸規定を直接適用すれば足りるのではないか。たとえば民執168条以下の諸規定、さらに同法171条、172条、174条等を参照）。そして、裁判上、当該排除行為の遅滞によって「原告」に「損害」が発生した場合には、不法行為の要件が充足される限りにおいて、「損害賠償請求権」が「原告」に認められることになる（なお紛争当事者間の交渉の内容次第では、一種の「債務不履行」に基づく損害賠償請求権として構成されうる余地も出てこよう）。

198 川島・前掲論文〔三〕（前注102）76頁。

199 その点で、川島教授は、ドイツ民法の物権的請求権構成の不徹底さを批判し、むしろ直裁に訴権法的思考を色濃く残存せしめているフランス法を高く評価

理解は適切とは言いがたい。なるほどフランス民法は、近代的所有権論を謳い上げながらも、なお訴権法的思考を引きずっていた（この点、本稿前注24参照）。しかしながら、少なくともドイツでは、ヴィントシャト「請求権論」（1856年）以来、（ドイツ的）近代市民法は、その基本的・理念的規範形態としてローマ法的＝訴権法的「思考」からすでに脱却している。川島「責任説」は、一方で近代的市民法理論の構築を志向しつつ、そしてその一貫として川島「責任説」を打ち立てつつ、他方その歴史的研究の曖昧さのゆえに、近代法的「請求権」的規範形態論（債権と物権の基本的・原則的峻別）を見誤ったと思われる（なお川島教授自身は、一応「物権・債権「峻別論」」を前提としている。ただし、妨害排除請求権の「効果」としての「責任」的側面については、自覚的に両者を混同している〔むしろ意図的に物権的請求権への債権的＝不法行為法的「責任」の流し込みを図っている〕。その後の川島『所有権法の理論』（1949年）で、それが克服されているか否かの検証は、実は戦後民法学説評価論のアキレス腱に属する²⁰⁰）。かつまた川島教授は「物権的請求

し、そこにおいてあるべき「物権的請求権」の姿を追求しようとしたのである。川島・前掲論文〔三〕（前注102）69頁。そこで川島教授は、次のように言っている。——「佛蘭西民法は日獨民法が有するが如き内容の物権的請求権を有しない。（中略）さうしてそこでは矢張りより多く明らかに、右の「支配権」と「責任」の二つの観点が規律の標準として形式の上に現れて居るのであり、佛民法はこの意味で「物権的請求権」概念の特色を更に明瞭ならしむるものである」と。しかしながら、私見によれば、そもそも物権的請求権の明文規定がないこと、さらにドイツ法におけるようなイミッシェーン規定もないという点で、日本とフランスの法状況は近似しているのであり、かつフランス民法独特の「訴権思考の残滓」の根強さによって、独自に、かつ容易に不法行為法的「物権的請求権」が判例・学説の所産として生み出されたように思われる。この点、フランスにおける「物権的請求権」なるものの特異性を明らかにしたピッカー教授の論稿が、参照されるべきである。さしあたり、本稿前注23及び24を参照。

200 このような観点において、筆者（川角）は、きわめてナイーブな視野と問題意識から、川島『所有権法の理論』を捉えようとしている。その限界は明白である（ただし、本稿の射程範囲自体は、なお、その限界内にあると考える）。このような「限界」を突き破り、原理的・哲学的かつ現在の・地球的観点から川島『所有権法の理論』を再検討するものとして、吉田邦彦「川島武宜『所有

権論」を——その効果論（なかなずく「費用負担」問題）において——「債権的請求権」と混同してしまった。しかも川島教授は、ローマ法における *actio negatoria* に関する初歩的な誤解をしてもいる。すなわち川島「責任説」によれば、「ローマ法に於ては純粋な支配権としての主張は、所有権を有する者が何人に對してもこれを為し得たが、所有権の妨害を排除し（相手方の費用で）圓滿なる状態へ復歸すべきことを請求することには別に個々の責任原因を必要とした」と述べる²⁰¹（括弧内・原論文。傍点・引用者）。そしてこれに関連して、ローマ法上の「妨害排除の方法としては、直接物権に基づく *actio in rem*〔で〕なく、他の对人的（*in personam*）手段に依らねばならぬ。（中略）〔上記「個々の責任原因」を形成するところの〕諸制度はそれぞれ獨自の責任原理を固有しつつ妨害排除に付ての人的根拠を認め、所有権の他物権よりの自由の主張たる *a. neg.* とその作用を分擔するものと見られる」とも述べる²⁰²。こうして、物権の「支配権」的側面の承認とその効果（「責任」）の「人的帰責根拠」とが、結果的にローマ法上「融合」していたものとして理解されている（一応両者は、その作用を「分擔」する限りで区別されながら、いわゆる「物権的請求権論」としては、それらが「融合」したものとして把握されているのである〔単純に、これを言い換えれば、「物権的請求権」の要件としては、所有物への客観的違法状態があれば、これに対して（忍容請求権としての）「物権的請求権」が発動されるのであるが、

『権法の理論』1949年（新版1987年）・岩波書店〕加藤雅信（代表編集）『民法学説史の百年』（1999年）156-163頁を参照。今後筆者は、吉田（邦）教授の「所有法学」（同『民法解釈と揺れ動く所有論』（2000年）520頁以下）に学びながら、なおかつそれを批判的に摂取できるよう努力したい、と考えている（その具体的な呈示は、別稿に譲るほかない）。

201 川島・前掲論文〔三〕（前注102）70頁。

202 川島・前掲論文〔一〕（前注102）38-39頁。川島教授は、「責任原理」が「獨自」のものと正しく把握されながら、ローマ訴権思考にとらわれすぎることにより、結果的にそのような「人的根拠」を *rei vindicatio* 及び *actio negatoria* の内部で「融合」せしめようとしたのである。

その効果論レベルでは妨害者に「帰責事由」が認定される限りで、初めて物権的請求権は「行為請求権」に転化するのだ、と解されている))。そして川島教授は、その「個々の責任原因」として、interdictum quod vi aut clam (暴力であるいは隠秘になされたことを原因とする特示命令), operis novi nuntiation (新しい建築の通告), interdictum demolitorium (取り壊しに関する特示命令), actio aquae pluviae arcendae (雨水阻止訴権), cautio damini infecti (未発生損害賠償の担保)を挙げる。しかし、このような川島教授流の「責任」理解は、すでにピッカー教授による根本的批判²⁰³が展開されており、原島重義教授もそれに従って川島「責任説」を批判している。ここでは原島教授の見解を適示しておきたい。やや長い引用になるが、重要な箇所なので、そのまま引く。——「[ドイツ後期普通法期の]多数説は、actio negatoria と不法行為に基づく損害賠償とを区別したのであって、これ[損害賠償]を「包摂」したとは、いえない。むしろ、損害賠償を actio negatoria に「包摂」した場合にのみ、損害賠償、ならびにこれに引きづられて、費用負担について、被告の主観的容態を問題にする余地が出てくるのである。川島教授自身、「相隣関係でない事件に付ては被告の主観的帰責条件 (Vetschulden) によってこの点に〔費用負担の問題に〕差別を認めた判例及これを a. neg. の一般原則として主張する学説が散見するに至った」と述べ、ヴィントシャイトを引用している。川島教授とヴィントシャイトが、[妨害物の]譲受人の費用負担を否定する拠り所とした少数の判例が、じつは、actio negatoria と「責任」原理を異にする前述の諸訴権[本稿上記の interdictum quod vi aut clam などの訴権]を区別せずに「包摂」しているのである。[この点に関して]最近のピッカーの研究に拠りつつ、簡単に述べておこう。interdictum quod vi aut clam は、文字通り interdictum (特示命令)であって、negatoria の要件の有

203 Vgl. Picker (Fn. 23), S. 70.

無と無関係に宣言された仮の規制である。ただ、変更をもたらす権利について判断されるまで、以前の状態への仮の回復を目的とする。actio aquae pluviae arcendae は、ほんらい、損害発生による不法行為の訴であって、その negatorisch な機能にもかかわらず、その人的な訴（persönliche Klage）としての性質を失わなかった。したがって、普通法の最後まで（Windscheid, Bd. II, § 473）、物権法ではなく、法定債務関係（Legalschuldverhältnisse）として説明された。また cautio damini infecti は、それじたい間答契約（stipulatio）であって、ローマ法が妨害状態の排除と損害賠償とを厳格に区別したことを示す。すなわち、隣の壁に設置された肥料だめを通しての湿気に関する法源（D. 8, 5, 17, 2）では、妨害の排除は a. neg. によるが、発生した損害の賠償は、「もし、発生することあるべき損害について、約束したならば」（“Si damni infecti stipulatus esset”）という文言の示すように、stipulatio を要したのであり、これによって、所有者に財産上の利益を保証したのである。このように、まさに、これらの諸制度は、川島教授の言うように、a. neg. とは「責任原理」を異にしたのである。そして、それを a. neg. に「包摂」したのは、川島教授が拠る所とする「散見せらるる」判例そのものであった²⁰⁴（丸括弧・亀甲括弧及び傍点は原論文。[] 内のみ引用者）。

さらに、ついでながら、operis novi nuntiatio（新しい禁止の通告）、interdictum demolitorium（取り壊しに関する特示命令）につき付言しておく、こうである。すなわち、operis novi nuntiatio（新しい建築の通告）について筆者（川角）は、2004年の論文で、こう言った。——「たとえばカーザーの評価によれば、この訴権（特示命令）の趣旨とするところは、他人の建築行為によって損害を受ける者が、その他人に対して建築行為の継続禁止を請求できる、という点にある」²⁰⁵（傍点・原論文）と。要

204 原島・前掲論文「わが国における権利論の推移」・同・前掲書（前注14）496頁。

205 拙稿・川角「ローマ法における所有権保護訴権の「形成」とその意義」松ノ

するに、この *operis novi nuntiatio* も「損害」を要件とする「人的訴権」であり、かつ「特示命令」でもあった²⁰⁶。また、*interdictum demolitorium* については——2004年の論文では触れていないが——それが *operis novi nuntiatio* の機能と類似したものであり、建築禁止通告者が、その通告にもかかわらず相手方が建築行為を継続した場合に、原状回復の特示命令によって (mit einem restitutorischen Interdikt)、その (禁止通告後の違法建築部分の) 排除を訴求できるものである、とされる²⁰⁷。いずれにせよ、この *interdictum demolitorium* もまた、「特示命令」²⁰⁸であって、「対人的」な、しかも「原状回復」的な「仮の規制」であった。

こうして、川島教授が、ローマ法上の *actio negatoria* において、物権の「支配権」(忍容請求権を内容とする意味での「支配権」と債権法的・対人的「責任」を、いかに無理に、かつ強引に「融合」させようとしたのが、判明するだろう²⁰⁹。

▼井宏興＝岡本詔治＝牛尾洋也 (編)『借地借家法の新展開』(2004年)所収231頁以下、特に248頁。

206 この *operis novi nuntiatio* が「特示命令」であったことを示すローマ法源は D. 39, 1, 1pr. であった。Vgl. Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht, 2. Auflage, 1971, S. 408. なお拙稿・前掲論文 (前注205) 248-249頁も参照。

207 Vgl. Kaser (Fn. 206), S. 408. そこでカーザーは、*interdictum demolitorium* を「非ローマ的」(*unrömisch*)なものとして位置づけている。ただし、立ち入った理由付けはない。

208 ちなみに原田慶吉『ローマ法 (改訂版)』(1955年)402頁では、「特示命令」(*interdictum*)について、「これは法律関係の法律的基础にまで遡つて解決を興えようとするものであるよりは、むしろ迅速な行政命令の方法によつて、現状を維持することを目的とする」という説明が与えられている。

209 なお川島教授が、「物権の返還請求権」(*rei vindicatio*)につき、ドイツ民法において「善意占有者は單に原告の占有回復の許容、悪意占有者と雖も舊所在地への物の轉置義務を負ふに止まり、積極的に「返還」の債務を負はないものとせられる」(川島・前掲論文〔三〕〔前注102〕78頁)ものと解されていることには、注意を要する。まず「原告」という文言が採用されていることから示されるように、当該紛争がすでに「裁判」にかかっている (訴訟係属であら

ゝる）ことを前提とした記述となっていることが、注意点の第一である。さらに注意点のその二は、川島教授の記述では目的物が「不動産」であるのか、「動産」であるのか、明示されていない、ということである（動産と異なり、不動産の「占有」では、それが全面的占有であれば「物権的返還請求権」と「物権的妨害排除請求権」が競合的に成立しうるのに対して、部分的占有にとどまる場合には、もっぱら「物権的妨害排除請求権」だけが問題となるにすぎないと思われるからである。なお不動産の「全面的占有」の典型例として「建物収去・土地明渡請求」が問題となることがある。この点については現行法上、「訴訟物」の個数問題との関連でも議論されている。さしあたり——関連文献も含めて——拙稿・前掲論文「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点」・前掲書〔前注7〕310-311頁注101参照）。以下では、目的物が「動産」である場合に限って、暫定的な「試論」を呈示しておく。すなわち、不適法に他人の所有動産を占有している相手方が、訴訟においてその「善意」を証明しえた場合（たとえば、被告が「相続」によって、てっきり自分がその「動産」〔たとえば絵画作品〕の所有者であるものと過失なく信じ込んでいた旨の事実が立証された場合）には、その被告（善意の不適法占有者）は、自己の「占有」を解いて真の所有権者（原告）の引取り行為に応じればよい（自己の占有を解く義務は存在する）。これは訴訟において、真の所有権者（原告）が「一部請求認容」とどまったことの反射的效果にほかならない（要するに、おそらく判決主文では、「被告は原告の所有領域に係争物を返還せよ」とは記されることにはならず、むしろ「被告は係争物に関する自己の占有を解き、係争物の原告による引取りに応ぜよ」という内容になっていることが一般的である、と思われる。したがって私見の立場は、川島教授の理解される「占有回復の許容」そのものとは、正確には一致しない。この相違点の「起因」は、川島教授が、物権的請求権に関して全面的に「忍容請求権」を承認する立場に立たれていたことと無関係ではないだろう）。——仮に裁判外であれば、真の所有権者から「返還」を請求された「善意」の不適法占有者は、真の所有権者の引取りを容易にするため、自己の「占有」を解いた上でいつでも所有権者の引取りに応じる旨の「提供」（広義）をしておけば足りるだろう（ドイツ民法1005条の類推適用〔当該ド民の条文では、真の所有権者の物が他人の土地の上に存在する場合の規定となっており、しかもその他人の物について土地所有者〔土地占有者〕による「占有」を要件とはしていない規定である。したがって、それ以外の態様で当該物が他人に「占有」されている場合には、「類推適用」ということになるだろう。これは、わが民法の物権的返還請求権に関する解釈においても、その趣旨は活かされてよいものと考ええる）。これに対し、その不適法占有者が「悪意」であること（つまり他人の所有物であることを知って「占有」していること）を、その物の所有権者が（一応裁判外で）証明できた場合（目的物が上記「絵画作品」の場合であれば、絵画の裏面に真の所有権者の署名が記されていたようなケース）

ともあれ川島教授は、すでに示した独自の「物権的請求権」の形成論理によって、原則「忍容請求権説」としての物権的請求権を理解する立場を、その出発点とした。その上で、さらに不法行為的「帰責根拠」（「過責」Verschulden）があれば、例外的に被告の積極的な行為義務（費

には——真の所有権者がその旨の事実を相手方に主張したにもかかわらず、相手方が「占有」を解かない限りで——自分の所有領域にまで「返還」すべきことを、相手方（悪意の占有者）に訴訟上請求できるだろう（相手方が悪意であり、かつ所有権者の請求を拒む以上、最終的には裁判沙汰にならざるをえまい。したがって、逆に、その「占有者」が当初「悪意」であっても、所有権者の請求に応じて「占有」を自主的に解く意思を示した場合には、彼「占有を解いた相手方」は、所有権者の引取り行為に应ずれば済むであろう〔この場合には、結局裁判沙汰にはならない〕。ただ、当該「悪意占有」によって、すでに真の所有権者が「損害」を被っている場合には、彼は「悪意占有者」に対して別途「責任」を追及できるだろう。たとえば「果実」の処理につき日民190条、物自体の滅失・毀損につき日民191条参照）。——ともあれ、これは、相手方（不適法占有者）の「占有」が「悪意」であることによって、その占有が「違法占有」に転化したことの効果である。かつまた悪意者である以上、彼は基本的に「不法行為責任」をも負担するわけであるから、その限りにおいて、悪意占有者は自己の財産支出（「費用負担」〔広義〕）によって「返還行為」を完了しなければならない。したがって、この点で「悪意占有者と雖も舊所在地への物の轉置義務を負ふに止ま〔る〕」とされる川島教授の見解と、私見とは大きく異なる。川島教授が言われる「舊所在地への物の轉置義務」とは、おそらく真の所有権者の所在地への「轉置」ではなく、悪意占有者がその悪意占有を開始した「場所」への「轉置義務」を指すにとどまると思われるから、である。たとえば悪意占有者が、その近隣に住む友人の自宅で他人の物の「悪意占有」を開始した場合には、川島説による限り、「悪意占有者」はその友人の自宅に「轉置」する義務のみを負担するにとどまるであろう。ちなみに一般論としてではあるが、ピッカー教授は「物権的返還請求権」につき、次のように述べている。——「ドイツ民法985条に基づく返還請求権もまた、単に債務者（妨害者）をして彼の権利範囲の矯正を義務づけるものにすぎない。それは、ここにおいては次のことを意味する。すなわち（不適法）占有者は彼の占有状態から他人の物を解き放ち、権利者がその物をつかみ取ることを可能にするため、いわば彼（妨害者）の権利領域の境界線上に（an die Grenze seiner [=der unrechtsmäßige Besitzer] Rechtssphäre）、その物を運び込む義務を負うにすぎない」（括弧内・引用者）。Vgl. Picker (Fn. 23), S. 158. ここでピッカー教授は、実体法上、訴訟係属前の問題として、法的に妨害排除義務を負う者を「債務者」と形容した上で、ほぼ上記拙論の立場と共通する観点を呈示している。

用負担を含むそれ）を内容とする「行為請求権」が生ずる、と解している。しかも、これは——川島教授によれば——わが国不法行為責任の原則的効果としての「金銭賠償」の「例外」としての「原状回復」と同じものとして捉えられていた²¹⁰。さらに川島教授は、その論文末尾でこう述べている。——「元来我國に於ては物権的請求権の理論は獨逸民法上の解釋論を承繼したものであるが、實定法上の規定を缺くものであり、それには解釋の創造的活動の廣き餘地が存する。物権的妨害排除に關する解釋論は、この意味に於て獨逸の解釋論にどこまでとらはれなければならぬのか一の問題ではあるまいか。我々には可成り自由な解釋論が許され得るであらう」²¹¹（傍点・引用者）。

ここには、わが国立法者による物権的請求権明文規定の見送りという「消極的姿勢」がもたらした弊害の一つが端的に表現されている²¹²。そして川島教授は、その「自由な解釋論」の展開として、ローマ法の *actio negatoria* の（不法行為法的）「責任要件」との安易な「接合」を試み、かつ極めて形式論理的に「被妨害者」の所有権の「排他的支配権性」からは「忍容請求権」しか出てこず、例外的に侵害者に（不法行為法的）「帰責條件」（*Verschulden*）がある場合に限り、「行為請求権」としての物権的請求権が承認されるにすぎない、という結論を引き出したのである²¹³。

210 川島・前掲論文〔三〕（前注102）82頁参照。

211 川島・前掲論文〔三〕（前注102）87-88頁。

212 わが国立法者による物権的請求権明文規定の見送りという「消極的姿勢」がもたらした弊害ないし混乱については、すでに指摘した。本稿前注173参照。

213 このような内容と問題点をもつ川島「責任説」は、その後の川島教授の代表作『所有権法の理論』（1949年。前掲書『川島武宜著作集第七巻』〔前注169〕所収）の「権威」による「支配性」からであろうか、いわゆる「民主主義法学」の陣営からも大きな支持を集めているようである。この点、1986年の拙論・九大法学51号（前注134）41頁以下及び45頁注48で紹介しておいた。たとえば川島教授の弟子筋にあたる渡辺洋三教授、稲本洋之助教授をはじめ、さらには甲斐道太郎教授、荒川重勝教授、そして末川博教授や白羽祐三教授も実質的に川島

以上のような川島「責任説」（及び於保説）の立場を、根本教授は高く評価し、その基本的態度の帰結として「忍容請求権説」を採用される²¹⁴。にもかかわらず根本教授は、拙論（川角説）が「物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とを以上のような形で文字通り「峻別」する」点で「妥当なものであると思われる」と評価して下さる²¹⁵。さらに「財貨帰属秩序のリアクション」として「物権的請求権」を性格づける点でも、好意的な評価が下される²¹⁶。さらに拙論が、所有権への現在のかつ客観的不適法状態に着目するのみならず、人格秩序違反・環境保全秩序違反・競争秩序違反等の「法秩序違反」に対するリアクション（反発力）としてネガトリアの保護請求権を承認するとして、これまた積極的な評価を頂いている²¹⁷。そして結局、根本教授は、拙論に対する考察の末尾で、次のよう

「川島「責任説」を肯定した。これに鈴木禄彌教授や高島平三教授・水本浩教授が加わっていた。そして本稿前注112所掲の根本・前掲書（前注5）396頁注6によれば、今日、川島「責任説」の継承者あるいは実質的肯定論者として、加藤雅信教授、田山輝明教授、清水元教授、大村敦志教授、宮本健蔵教授らの名が挙げられている（この点、本稿前注112の記述と重複する部分もある。ご容赦願いたい）。ともあれ、ことは一見「物権的請求権」に関するいわば限定的な問題であるようにもみられようが、しかし基本的にこの問題は、わが国「民事違法論」のあり方にかかわる根底的な問題であるように思われる。ちなみに原島重義教授は、わが国「民事違法論」が、もっぱら不法行為法上の「違法論」としてのみ取り上げられる傾向が根強く、独自の「民事違法」システムの一環としての「権利論」及び「物権的請求権」固有の内容解明が疎かにされてきたのではないかと危惧を表明されてきた。たとえば原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注14）448頁参照）。ともあれ筆者もまた、原島教授とともに、「民事違法論」や「物権的請求権論」に関して、今後日本民法学がどのような方向を向こうとしているのか、心配でならない

214 根本・前掲書（前注5）380頁。なお同様のことは、本稿前注160に至る直前までの本文でも述べている。ただ、重要な観点であるので再度指摘した次第である。なお、にもかかわらず根本教授が「物権的請求権は行為請求権である」（傍点・引用者）と述べていることにつき、本稿前注98とそれに対応する本文を参照。

215 根本・前掲書（前注5）383頁参照。

216 根本・前掲書（前注5）384頁参照。

に言われている。——「もしこれまでの分析に大きな誤りがないとすれば、川角教授は、以上の示唆と実質的に同様の主張〔権利保護以外の他の法益についてもネガトリア的保護請求権を付与すべきであるとの主張〕を、まさしく日本の現行民法典に関する解釈論として明確に、かつ自覚的に唱えられている、と理解することが許されよう。そして、私見によれば、この点にこそ、川角教授の物権的請求権理論（差止請求権理論）の1つの大きな意義が存するものと思われるのである。また、本書は、この点に関する川角教授の主張を、我が国の現行民法典に関する解釈論として、妥当なものとする²¹⁸（丸括弧内・原書。亀甲括弧内・引用者）。すなわち「この点に関する」という限定つきであるが、拙論は、根本教授から最終的には肯定的なものとして受けとめ頂いたようである²¹⁹。しかしながら、そもそもピッカー説の理解や原島説の位置づけについて、筆者は、根本教授の理解に対して若干の「異議」を申し上げなければならない、と考えている。本稿続編（第4章）では、それに関する集中的な考察が試みられるわけであるが、その前に根本教授の最終的な「立場」を確認しておくことが必要であると思われる。それは、おそらく本稿の論旨の流れを分かりやすくすることにも資するだろう。そこで以下では、根本教授の最終的な「立場」につき、やや立ち入って考察しておくことにする。

③ 根本教授の最終的な「立場」の確認

すでに根本教授ご自身の見解については、本稿第2章④「違法侵害説」の項目において、一応のところは示されていた。その上で根本教授は、その著作末尾で再度自己の「立場」を明らかにされている（根本・前掲書

217 根本・前掲書（前注5）384-385頁参照。

218 根本・前掲書（前注5）387頁。

219 ただし、根本教授がこの文脈で、拙論（川角説）の立場を「違法侵害説」（末弘＝舟橋＝根本説）と「実質」的に同様の見解と位置づけられていること（根本・前掲書〔前注5〕159-160頁注283参照）は、基本的な「誤解」である。理由については後述する。

417頁以下)。それを簡潔に整理しておきたい。すなわち根本教授は、自己の最終的な「立場」について以下のように言われる。——「本書は、差止請求権の形式的発生根拠に関する違法侵害説の主張を妥当なものとして支持する。この説の主張のうち、特に重要なものは次の3点である。第1に、私人の権利または利益に対する違法な侵害が現に存在し、あるいは目前に差し迫っている場合には、右侵害からそれらの法益を保護するために、差止請求権制度に基づいて、民法上、当該私人に差止請求権が付与される。第2に、差止請求権の発生根拠の具体的内容、とりわけ侵害の違法性の判断基準はすべての法益に共通のものではない。それは、被侵害法益の要保護性の程度、侵害行為の態様など諸事情を総合的に衡量する方法により、当該法益の性質に最も適した内容に決定される。第3に、上記差止請求権制度は、保護法益に対する外在的な存在として、かつ不法行為法とは峻別された形で、民法体系上にその独自の位置を占めるものである」²²⁰（傍点・引用者）。

上記引用文の認識を前提にして、根本教授は、再度「物権的請求権」について触れている。そして、こう言っている。——「行為請求権としての物権的請求権は、違法侵害説の唱える理論構成（形式論理）によって、初めてその存在を合理的に基礎付けることが可能となる。換言すれば、それ以外の見解（権利的構成、不法行為法的構成）によっては、現行法の下で、以上のような物権的請求権が発生することを正当化することはできない。それゆえ、物権的請求権の存在それ自体を否定するのではない限り、違法侵害説の主張を妥当なものとして支持しなければならない」（傍点・引用者）²²¹。

その上で根本教授は、さらに「残された問題の整理」として五つの論点を挙げている。一つは「物権的請求権理論に関するさらなる検討課題」で

220 根本・前掲書（前注5）417頁。

221 根本・前掲書（前注5）418頁。

あり、その二は「物権・債権峻別論と違法侵害説との関係——舟橋博士による示唆」である。さらに第三点として「差止請求権の発生要件に関する分析の必要性」、第四点として「占有訴権制度に関する分析の必要性」、最後に「民事訴訟法学との協働の必要性」が指摘される。ここでは、その中で、上記根本教授の最終的な「立場」に関わる論点についてのみ、検討を加えておくにとどめる。

根本教授は、上記残された課題の第二論点（「物権・債権峻別論と違法侵害説との関係——舟橋博士による示唆」）の箇所では、こう言っている。——「違法侵害説のように、差止請求権による保護を、物権類似的の排他的支配権のみならず、債権などの相対権、さらにはそれら以外の法益にも一般的に認めようとする見解²²²に対しては、特に伝統的な物権的

222 このように、根本教授が「違法侵害説」支持の立場から「それら以外の法益にも（差止請求権を）一般的に認めよう」とすることについては、本稿でも繰り返し指摘した（要するに、根本教授は「あらゆる法益」を差止請求権による保護対象として把握しようとする）。これに対し、ピッカー教授の見解が、所有権を典型とする絶対権侵害の場面で発動される物権的請求権以外に、広くその他の法益をもネガトリア的保護請求権の客体として把握する場合に、あくまでも「法秩序による割当て保護の対象」となっている限りで、それを「主観的法的地位」（die subjektive Rechtspositionen）として保護客体に含める、という制限的考察態度を取っていたことも、すでに指摘した。この両者を同視してはならない。ちなみに最近、吉村良一教授は、根本説を指して、「この説は（中略）権利内容を割り当てる規範としての法秩序にその実質的発生根拠を求める。そして、およそ法秩序によって私人に割り当てられた法益は、その内容や性質に照らして違法と認められる限り侵害から保護されなければならないので、そのような保護手段である差止請求権は物権以外の法益にも広く付与されなければならないとする」（傍点・引用者）と説明されている。吉村『不法行為法（第5版）』（2017年）129頁。この説明は、根本説に対して、どちらかといえば「好意的」な評価となっている（ただし吉村『環境法の現代的課題』（2011年）226頁の根本説批判は的確である。そこで吉村教授は、根本説による差止請求権の被保護対象の「あらゆる法益」への無限定的拡張に警鐘を鳴らし、かえって「権利論を軽視」することに繋がるのではないかと指摘している。この点、筆者も同感である）。——ともあれ、上記本稿本文でも紹介したように、根本教授は、①ピッカー教授のような「法秩序による割当て保護」の客体として

Ⅱの「主観的法的地位」という限定にさほど重点を置かず、むしろひとつ飛びに無限定な「私人の権利または利益に対する違法な侵害」一般を差止請求権の対象としている。この点——別の論稿で——根本教授が「およそ法秩序によって私人に割り当てられた法益は、その内容や性質に照らして違法と認められる侵害から保護されなければならない」と述べ（根本「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察——E. Picker の物権的請求権理論を手がかりとして」私法72号[2010年] 126頁以下、130頁以下、特に133頁〔傍点・引用者〕）、一見したところ、いかにもピッカー説の継承者らしく論じているのは問題である。なぜなら、ピッカー説においてネガトリア的保護請求権（広義の差止請求権）は、根本説のような「当該法益の要保護性の程度、侵害行為の態様など諸事情の総合衡量」〔根本・前掲「私法」72号132頁〕などとは一切無縁であるから、である。この点には、十分な考慮が必要である（要するに、その点で根本教授は、むしろ忠実に舟橋教授の先例〔「相関関係説」的差止請求権論〕の立場を踏襲しているのである。そしてピッカー教授の“Rechtszuweisung”理論を首尾一貫せしめていないのである）。さらに上記①と密接に関連することだが、根本教授は、②「上記差止請求権制度は、保護法益に対する外在的な存在として、かつ不法行為法とは峻別された形で、民法体系上にその独自の位置を占めるものである」（傍点・引用者）としている。すなわち、差止請求権を、あくまで「保護法益に対する外在的な存在」として位置づける（根本・前掲「私法」130-131頁も同旨）。それによって根本説は、一般的な「差止請求権制度」を構想するのである。上記吉村教授の所説引用箇所で「中略」としたのは、この点の説明に関する記述部分であった。ちなみに、このような「広く法益一般に、当該法益が違法に侵害されていると判断される場合」に差止請求権の発動を認めようとする根本説（根本・前掲「私法」133頁）は——すでに指摘したように——「相関関係の利益衡量」論と一体不可分な違法侵害説的「差止請求理論」にほかならなかった。この点で、ピッカー説と根底的な差異があることが看過されてはならない。それはともかくとして、先ほどの吉村教授による根本説評価において、あたかも根本教授が「権利内容説」に立っているかのような文言が使用されていたのは、誤解を招く。そもそも根本教授の著作において「権利内容」というタームが肯定的に使用されている箇所がどこにあるだろうか（筆者がみた限りでは「権利内容」というタームが少なくとも「肯定的に」使用されている箇所は基本的に存在しなかった。ただ筆者の見解を紹介する箇所、拙論を引用されている箇所を含め、付随的に「割当内容」という文言が用いられているだけである。根本・前掲書〔前注5〕369-370頁参照）。ともあれ、吉村教授の根本説評価においては、上記①に関する相関関係説的「違法侵害説」の「違法論」に関する指摘がほぼ欠落している（吉村・前掲書『環境法の現代的課題』220頁以下の根本評においても、この点はほぼ同様）。それは明らかに問題である。加えて、根本説においては、前記②の箇所、一般的な（上位的法制度としての）「差止請

請求権理論あるいは差止請求権理論を維持しようとする論者から、次のような疑問ないし批判が提起されよう」とした上で、好美清光教授による「違法侵害説＝舟橋説」批判²²³を、次のように紹介している。——「（舟橋説は）「現行法の基本的な体系を真正面から否定する」ものであるため、これには「物権と債権の分離という——単に論理のみの所産でなく実質の根拠を含む——民法典の基本的な建前——からの批判」を加えることが可能である、と」（括弧内・引用者）²²⁴。この引用文における根本教授の論旨も——「日本語」の文章として——わかりづらい。ともあれ、上記好美教授の批判に対して、根本教授は率直に「以上の問題（好美教授の批判に対して「違法侵害説」支持の立場からいかに反批判するかという問題）についても、本書では全く分析することができなかった。将来の課題としたい」と述べている²²⁵（括弧内・引用者）。「率直」であることは、とても大切なことであるが、好美教授による「違法侵害説＝舟橋説」批判に対して「本書では全く分析することができなかった」にも

「請求権制度」が認められているところ、それは常に「相関関係の利益衡量」を経たものでなければならなかった。これは根本説における一大問題点であった。この点についても、吉村教授の根本説紹介には、いわば「欠缺」がある。ちなみに、吉村・前掲書『環境法の現代的課題』225-228頁の記述によれば、吉村教授は、ほぼ大塚直教授の根本説批判を肯定的に受けとめ、かつまた大塚説（不法行為法的「二元論」）自体も、澤井教授らの「複合的構造説」に接近するものとして位置づける。そのことによって、結果的に大塚説を高く評価する。それに対し、原島説については、「ある意味で硬直的な扱い」をする説として、むしろ批判されるのである（吉村・前掲書『環境法』234頁注67参照）。要するに吉村教授は、原島説には「柔軟性がない」という趣旨のことを述べている（吉村・前掲書『環境法』同箇所参照）。本稿統編において、このような吉村教授の理解の仕方についても、検討を試みたく思う。

223 好美「賃借権に基づく妨害排除請求権」『契約法大系Ⅲ 賃貸借・消費貸借』（1962年）166頁以下、特に179頁。及び同「物権的請求権」舟橋諄一＝徳本鎮（編）『新版注釈民法（6）』（補訂版、2009年）117頁参照。

224 根本・前掲書（前注5）420頁。

225 根本・前掲書（前注5）420頁参照。

かわらず、なにゆえ「違法侵害説の主張を妥当なものとして支持しなければならぬ」(傍点・引用者)という断言命令的結論が引き出されるのであろうか。筆者には全く理解できない。ともあれ、根本教授は、さしあたり舟橋教授の弁明²²⁶に「示唆」を得て、意を強くされるようである。その舟橋教授による「示唆」とは、こうであった。すなわち舟橋説によれば「民法は、商品交換関係を規律の対象とするもの」であるとされた上で、「財の私有と交換とは、私的当事者間に商品交換関係が成立するための不可欠な要件であるから、商品交換関係に国家が援助を与えるということは、結局、財の私有と交換(つまりは契約関係に立つ「私的当事者」)に援助を与えることになる。この、財の私有と交換に援助を与える際の法的制度が所有権と契約なのであり、さらに、所有権と契約について、それらを権利中心に再構成したのが物権と債権なのである」(括弧内・引用者)とする。この説明自体に問題はない。問題はその先にある。すなわち、さらに舟橋説にあって、以上の認識は次のように展開していく。——「物権と債権の対立は、右に述べたことから明らかなように、国家的援助の対象としての、私的当事者間における商品交換関係を想定しているのであつて、必ずしも外部——第三者——からの侵害に対する保護を予想しているわけではない。物権と債権とを区別する基準になるのは排他性であつて、不可侵性ではないのである。ひとしく外部からの侵害に対する保護でありながら、刑罰を課することや、不法行為による損害賠償請求権を認めることについては、物権・債権の分離対立をやかましく言わないのに、なぜ侵害排除請求権についてだけ『物権と債権の分離という民法典の基本的な建前』に反するというのであろうか。ともあれ、侵害排除請求権について原理的に物権・債権の峻別をしなくても、『民法典の基本的な建前』を無視することにはならないのであ

226 舟橋「いわゆる物権的請求権について」私法29号(前注42)378頁以下、特に384頁。

る」²²⁷（傍点・引用者）。

この舟橋説については、さしあたり三点ほどの初歩的な問題点を指摘しておかなければならない。第一に、舟橋説で言われる「侵害排除請求権」とは、その「私法29号論文」にある通り、「侵害排除原状回復請求権」のことを指す²²⁸。したがって、この点で先にみた於保説の結論と同様に舟橋説においても、「結果排除請求権」（侵害結果として現に存在する状態の「原状回復」〔本来は不法行為の效果として把握すべきもの〕を内容とする請求権）として把握されている。このことは、けっして無視できないことである。すでにこの点で、舟橋説は、むしろ「不法行為法的構成」に接近する。さらに問題点の第二は、舟橋説において「物権と債権とを区別する基準」はもっぱら「排他性」に求められており、「不可侵性」ではない、と言明されていることである。要するに舟橋「違法侵害」説は、「不可侵性」をもつ点では「物権も債権も同じだ」とする。この意味でなお、末弘教授流の「不可侵性理論」を、舟橋説は内部貫徹させているのである。この点にも注意が必要である²²⁹。第三に、より決定的なことは、上記舟橋説における「商品交換関係」とは、端的に「契約」を指す、ということが重要である。それゆえ、契約当事者が「私的当事者」として——両者の関係におい

227 舟橋・前掲私法論文（前注42）384頁。

228 舟橋・前掲私法論文（前注42）379頁以下参照。そこでは「本文中」にも「原状回復」の文言がたくさん出てくるし、さらに「見出し項目」としても、大々的に「侵害排除原状回復請求権」と書かれており、その「成立要件」として「相關関係説の説明」と記されている。

229 この点につき、現に、根本説みずから「破綻」と認定する「不可侵性理論」を、根本説が「違法侵害説」と一つの同じライン上で「接合」させている点を、再度確認しておく必要がある。根本・前掲書（前注5）94頁参照。その頁で、根本説は、およそ次のように言っている。すなわち「新たな学説」が「保護法益の特質などを発生要件の内容に十分反映させる論理あるいは可能性をそれ自体に内包した理論構成」を「模索」すれば、不可侵性理論が破綻せずに済んだはずだ、との趣旨を述べる。その上で、そのような「新たな学説」こそ「違法侵害説」にはかならないのであり、これこそは「不可侵性理論の発展形態であるとも呼びうる」と言っている。

て紛争が生じ、結果的に裁判沙汰になれば——なんらかの形で「国家的援助」が図られるのである（たとえば、債務不履行に基づく損害賠償請求や解除権行使のケースが、その典型的なものであろう）。そもそも、この「契約関係」（債権債務関係）について「外部——第三者——からの侵害」があるのか、ないのか。この論点（つまりは「第三者による債権侵害」）が、すでに「（不動産）賃借権に基づく妨害排除請求権」の問題として早くから議論され、まさしくこの問題に関連して先ほどの好美教授による「違法侵害説」批判が展開されたのである（ちなみに、「第三者による債権侵害」に関する論稿は、山ほどある²³⁰）。舟橋説では、まずこの点の認識が根本的に欠落している。さらに加えて言うならば、我が民法においては——不法行為法とともども、しかしそれとは別個独立の「法制度」として——「物権的請求権」を承認する、という立場が判例・通説なのである（それに関する明文の規定を立法者が置かなかった理由と、それによってもたらされた判例・学説の混乱については、すでに指摘した）。にもかかわらず舟橋説は、なぜかそれに目を向けずに「物権と債権の対立は、（中略）必ずしも外部——第三者——からの侵害に対する保護を予想しているわけではない」と言い切っている。逆なのである。「物権と債権の対立」を踏まえつつも、なお「第三者からの侵害に対する

230 さしあたり好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求権」・前掲書『契約法大系Ⅲ』（前注223）166頁以下参照（なかでも好美論文179-180頁注5及び注6における舟橋説批判は、実に圧巻である）。さらに、新美育文「第三者による債権侵害」星野英一（編）『民法講座4 債権総論』（1985年）477頁以下も参照。なお比較的近時の著作として、吉田邦彦『債権侵害論再考』（1991年）がある（戦前の関連文献についても詳しい）。そこで吉田（邦）教授は、イギリス法、アメリカ法、フランス法、ドイツ法との比較法的考察のもとで、わが国判例・学説における個別類型論的考察として「不動産・動産二重取引型（二重譲渡型）」・「条件付取引違反誘致型（不正競争型）」・「引抜き型（競争禁止義務・守秘義務違反誘致型）」・「労働争議型」（会社＝使用者の取引第三者が当該会社内部での労働争議に起因する会社の義務履行を求める事案など）及び「間接損害型（企業損害型）」等における「第三者の債権侵害」に関わる諸論点を検討している。吉田（邦）・前掲書561頁以下参照。

保護」を問題にしてきたのである。だからこそ、まずなにより第三者による物権侵害のケースでは「物権的請求権」が問題とされ、第三者による「債権侵害」では、その不法行為成立可能性や二重売買における「背信的悪意者」排除論が問われてきたのである。その意味で、舟橋教授が、「物権と債権の対立」は「外部——第三者——からの侵害に対する保護を予想しているわけではない」と述べられたことは正鵠を欠く。すなわち、この点に関する認識において舟橋説は基本的な正確さを欠いている。ところで根本教授は、このような初歩的問題性を含む舟橋説に、いかなる「示唆」をえた、というのであろうか。根本教授は、舟橋説を「示唆に富む」といって、ただ、その引用文を長々と掲げるだけである。一体、舟橋説のどのような文章について、いかなる理由でもって、いかなる「示唆」を受けたのか。全く明示されていない。しかしながらこれは、学問的作法として「明示されるべきこと」であった、と考える。そうでない限り、根本説は、文字通り「根本的」に破綻してしまうだろう。

さらに根本教授の言説において見逃せないのは、上記「残された課題」の三番目の論点、すなわち「差止請求権の発生要件に関する分析の必要性」に関する記述である。根本教授は、これに関して二つの着眼点を提示している。一つは「違法性判断基準を具体化・類型化する必要性」である²³¹。もう一つは「主観的違法要素として侵害者の故意または過失を考慮することの可否」である²³²。前者の「違法性判断基準の類型化」については、さしあたりここでは問題にしない。ただ、舟橋教授流の「相關関係説的」違法論を前提とした「類型論」であるならば、やや事情が異なってくる。ともあれ、ここでは、それについては棚上げしておく。問題は、第二の論点「主観的違法要素として侵害者の故意または過失を考慮することの可否」について、である。本稿は、不法行為法的「違法論」を検討す

231 根本・前掲書（前注5）421頁以下参照。

232 根本・前掲書（前注5）422頁以下参照。

る場ではないが、根本教授が「主観的違法要素」とされることの内容を、まず確かめた上で、必要と思われる範囲で「不法行為法上の違法論」に簡潔に言及したい。まずなによりも、根本教授によって「主観的違法要素」とされたものの実体が、きわめて不分明である。一方で、すでに根本教授は、自説（「違法侵害説」）を不法行為法的構成と区別するため、「帰責事由」（故意・過失）とは無関係なものとしてネガトリア的保护請求権を語ってきた（いちいち注記して示す必要がないほど、至る所で「不法行為法的構成」との区別を、「帰責事由」要件不要のうちに把握していた）。ところが根本教授は、一転して「主観的違法要素」としてならば、侵害者の故意や過失を取り込みうる、という立場に「転回」される。これは、一体どういうことであろうか。もっぱら現在のドイツ不法行為上の違法要件は、「権利侵害」が善意占有者によって行われたという意味での「客観的不法」と「権利侵害」が泥棒によって行われたという意味での「主観的不法」を区別するところのイエーリングの帰責要素論（die Theorie des Schuld moments）を基軸として、これがドイツ民法典の生成期において「客観的違法状態が独立的なものとして把握される反面、責任要素としての過失は、主観化してとらえられることを容易にした」と解されている²³³。こうしてドイツ民法の立法者は、「イエーリング以来の権利侵害＝違法という公式が、単に損害賠償の要件であるのみならず、広く権利保護の要件であって、それに有責性（故意・過失）が付加して（初めて）損害賠償が発生するという考えをそのまま受け継いでいる」とされる、のである²³⁴（括弧内及び傍点・引用者）。そして、他方でドイツ立法者は、「客観的過失論を目指していた」ともされる²³⁵。その結果、現行ドイツ不法行為法の「違法」要件は、

233 前田達明「過失と違法性について」『不法行為帰責論』（1978年。原論文初出は1967-1968年）52頁以下、特に56頁参照。Siehe auch R. Jhering, Das Schuld moment im römischen Privatrecht, 1867, S. 4.

234 前田（達）・前掲書（前注233）63頁参照。

235 前田（達）・前掲書（前注233）67頁参照。

おもに「民法823条1項（権利侵害による不法行為）」をめぐって展開され、「立法者の意思と条文の体裁」すなわち「故意、過失」（Vorsatz, Fahrlässigkeit）の他に「違法性（Widerrechtlichkeit）」に関する要件規定に従って、「判例通説は、権利侵害としての違法性を、故意過失に代表される行為者の主観的モメントとしての有責性と区別し、社会生活上必要な注意を怠ることは、過失として有責性の問題にしてきた」と言われる²³⁶（傍点・引用者）。このことを前提とする限り、根本教授のいう「主観的違法要素」は「主観的有責性としての故意・過失」にはかならないのである。「有責性」（故意・過失）を「違法」とする点で根本説は、理論上の混乱も示している（いわゆる「違法性一元論」に立つというのであれば、自ずと話は別になる。ただし、その「違法性一元論」そのものは、あくまで不法行為法上の「違法論」の一つであるにすぎない²³⁷）。しかも根本教授は、あたかもピッカー教授の所説が、自己の「主観的違法要素」論を裏付けているかのような書き方をしている²³⁸。すなわち根本教授によれば、「ピッカーが、ネガトリア的権利保護の成否を判断する際に侵害者の過失の有無を問題とする必要

236 前田（達）・前掲書（前注233）77頁参照。

237 前田（達）「民法709条について」・前掲書（前注233）。なお原論文初出は、1976年）218頁。なお近時、前田（達）教授の研究書『民法学の展開』（2012年）所収265頁以下の「違法一元論について」という論文では、教授ご自身の「違法性一元論」の再確認とその批判説への回答及び反批判が展開されている。なお錦織成史「違法性と過失」星野英一（編）『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（1985年）133頁以下、特に180-181頁の前田（達）説に関する記述も参照。要するに、錦織教授は、前田（達）教授の見解を、「違法性概念」の中において「権利侵害と故意・過失などを総合した帰責のための評価を示すもの」と位置づけている（いわゆる「違法性一元論」）。なお、「違法性」を不要として、いわゆる「過失一元論」に立つ平井宜雄教授の見解については、詳しくは錦織教授の前掲論文174頁以下。さらに違法性要件不要論の簡潔な説明としては、橋本佳幸「§709 窪田充見（編）『新注釈民法（15）債権（8）§§697-711』（2017年）259頁以下、特に291頁。及び吉村良一『不法行為法（第5版）』（前注222）38頁も参照。

238 根本・前掲書（前注5）423頁以下参照。

がないことを強調するのは、「帰責事由」としては不要である、との趣旨を説くものであった。(中略)しかし、このことは、侵害者の主観的事情を「主観的不適法要素」として、不適法状態判断の際に考慮してはならない、ということの意味するものではないであろう。(中略)当該侵害に対する侵害者の故意や過失などを「主観的不適法要素」として考慮することは、前記「無制約な(ネガトリア的)保護機能」をあらゆる法益に認めるべきであるとする、との彼の主張と矛盾するものではないと解される」²³⁹(傍点・引用者)とされる。

しかしこのようなピッカー説理解は、筆者によれば根本教授によるあらゆるこじつけ、ないしは牽強付会・「我田引水」的学説理解の見本にほかならない。あとでも確認するが(本稿統編第4章参照)、ピッカー教授は、あくまで主観的帰責事由(故意・過失)のネガトリア保護の要件としての取り込みを徹底して批判し、これに真っ向から反対しているからである(その限りにおいて、根本説もほぼ同様の見解に立っていたはずである。不思議なことに、その「見解」がいつの間にか「逆転」したことになる)。かてて加えてピッカー説において、「あらゆる法益」にたいして「無制約な(ネガトリア的)保護機能」が与えられるべきであるとされているという趣旨が全く不明である。この点に関する根本教授の理解は、明らかな「誤解」であるか、例の「我田引水」の所産、と考えるほかない(一方でピッカー教授流の「権利〔ないし法〕割当て」に規定された「法益保護」を承認しながら、他方、平坦と「無制約な」、「あらゆる法益」保護を主張する根本説のスタンスは、あたかも論理矛盾・学説歪曲の「標本室」を見ているかのようである)。かつまた根本教授が、その独自の「主観的違法要素」を唱えられる場合、舟橋説において典型的に見られた「客観的違法判断基準」としての「相関関係説的」と、自説(「主観的違法要素」)をどのように整合化されるのであろうか。

239 根本・前掲書(前注5)424頁。

(龍法'17)50-1, 482(482)

ちなみに舟橋教授は、ご自身の「侵害排除原状回復請求権の成立要件」に
関し、なかでも我妻「相関関係説」の權威に留意しつつ、およそ次のよう
に言っている。——「(不法行為では) 我妻博士の相関関係説——違法性
の決定にあつては、被侵害利益の性質・種類と侵害行為の態様との相関
関係から、これをわたくしのことばで言いかえれば、被侵害利益の法的尊
重の度合いと、侵害行為の悪性の度合いとの相関関係から判断すべきもの
とされる見解（中略）が、学説の最高の到達点と見られるに至っている
（中略）。このような不法行為についての相関関係説の考え方を、侵害排除
原状回復請求権に応用しようとしたのが、私の見解だといえよう。それは、
不法行為についての相関関係説の延長ないし発展だといつてよいわけであ
る」²⁴⁰（傍点及び括弧内・引用者）。要するに、舟橋説は、我妻「相関関係
説」の物権的請求権理論への「応用」であり、その「延長ないし発展」と
して把握されている。かくして舟橋「違法侵害説」における客観的違法判
断の基準は、我妻「相関関係説」の〈物権的請求権バージョン〉にほかな
らなかったのである。さらに付言すれば、舟橋説は、あくまで「違法性の
決定にあつては」という文言からも明らかなように、いわゆる客観的違
法性を——不法行為レベルのみならず「物権的請求権」レベルにおいて
も——同様に把握している。さらに舟橋「物権法教科書」では、この相関
関係説的「物権的請求権」理論につき「相手方に対して積極的に妨害排除
の行為を——自己の費用負担において——なすべき義務を課するためには、
故意過失等の要件が備わることが、必要となるであろう」²⁴¹とはっきり述
べている（傍点・引用者）。これは、舟橋教授流の「相関関係説的物権的
請求権」における「違法」要件への主観的帰責根拠（故意・過失）の取り
込みにはほかならなかった。ところが根本教授は、この舟橋説をもって「舟
橋博士が上記②の要素〔相関関係判断の一つのファクターとしての「侵害

240 舟橋・前掲「私法」論文（前注42）380頁。

241 舟橋・前掲『物権法』教科書（前注41）46頁。

行為の悪性の度合い」]において侵害者の主観的事情（故意、過失など）を考慮されていることから明らかなように、ここにいわゆる侵害の違法性は、一般に物権的請求権の成立要件とされる「客観的違法性」——その存否の判断は、侵害者の故意または過失の有無など主観的事情によっては左右されない——と同義ではない²⁴²（傍点・引用者）という。しかしながら「明らか」なことは、舟橋説があくまで「客観的違法判断」のレベルにおいて「相関関係の利益衡量」を取り込んでおり、しかも「侵害者の悪性」判断では「故意・過失」をもこれに含ませている、という「事実」である（このように「侵害者の悪性」判断で「故意・過失」をも取り込んでしまえば、舟橋「違法侵害説」は、いわゆる「新受忍限度論」の別動隊となってしまうに違いない）。舟橋説は、物権的請求権成立要件において我妻「相関関係説」を「応用」した結果、さらにその「発展」的形態として——我妻「相関関係説」ではそれほど自明なことではなかったところの——侵害行為の「悪性」判断としての主観的事情＝「故意・過失」の「客観的違法判断」への融合ないし混合を図ったのである。その限りで、舟橋説において「いわゆる侵害の違法性」は、まさしく「一般に物権的請求権の成立要件」とされるところの「客観的違法性」と「同義」であったのであり、同時に「侵害者の故意または過失の有無など主観的事情」によって「左右」されるべきものでもあったのである。要するに、根本教授の理解は「さかさま」なのである。その「さかさま」であることの「起因」は——私見によれば——根本教授が、舟橋説をもっぱら自己都合的に読み込むこと（「我田引水」的に読み込むこと）にあった、と思われる（舟橋教授の書かれたことを素直に理解する限り、そう断言せざるをえないのである）。だからこそ根本説は、その矛盾を解消しようとして、つまりは舟橋説が実質的に不法行為法的構成に変質しているという事実を覆い隠そうとして、「主観的違法要素」なる

242 根本・前掲書（前注5）101頁。

「新概念」を捏造せざるをえなかった、と考えられる。根本教授の記述を借りれば、その新概念たる「主観的違法要素」は、次のように位置づけられている。——「違法侵害説は、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とをその制度趣旨ないし機能の点で異なるものと解し、両者を峻別すべきであると説く。このことから考えて、違法侵害説が侵害者の故意や過失の有無などを差止請求権の成否の判断に指して考慮するとしても、右主観的事情は709条の場合とは異なって、侵害者の帰責事由として斟酌されるのではない、と言えよう。それらはいわゆる主観的違法要素として機能するものであると思われる」²⁴³。

このように、根本教授は「違法侵害説が侵害者の故意や過失の有無などを差止請求権の成否の判断に指して考慮するとしても、右主観的事情は709条の場合とは異なって、侵害者の帰責事由として斟酌されるのではない」（傍点・引用者）と言うのであるが、これはおかしい。なぜなら「違法侵害説が侵害者の故意や過失の有無などを差止請求権の成否の判断に指して考慮する」限りにおいて、「右主観的事情」はあくまで「709条の場合」と同じものにほかならないから、である。ただ、「侵害者の帰責事由として斟酌されるのではない」という点のみは、おそらく正しいのかも知れない（なぜなら、そう解しないと根本説自体が「不法行為法的構成」説に転化してしまうから）。しかし、少なくとも「違法判断」レベルで侵害者の「故意・過失」という「主観的事由」を取り込んでいることに、変わりはない。すなわち根本教授の「主観的違法要素」とは、我妻「相関関係説」の物権法バージョンたる舟橋説的「相関関係的違法論」の（故意・過失の取り込みを介した）焼き直しにすぎないのである（その限りで不法行為法理論における「違法性一元説」に、実質的に接近する。同時に「新受忍限度論」とも近接する）。だからこそ「違法侵害説」では、「侵害排除原状回復請求権」

243 根本・前掲書（前注5）101頁。

などといった不法行為法的定式が登場しえたのである。これは「709条の場合」とパラレルな考察態度であるというほかない。

ともあれ根本教授が、「主観的違法要素」なるものを物権的請求権の成立要件＝発生根拠とする限りで、舟橋教授の「相関関係説」はもはや無用になるはずであった、とも言えそうである。それとも根本説は、「主観的違法要素」以外に、さらに客観的違法判断レベルでの「相関関係の利益衡量」を図るつもりなのであろうか。だとすると、根本教授的な「違法侵害説」は、いわば二重の「違法判断」、しかも不法行為法的な二重の「違法判断」を課すものとなろう（おそらく、その場合、相関関係説的な「客観的違法判断」と根本教授流の——「違法性一元論」ないし「新受忍限度論」にあたかも類似したところの——「主観的違法判断」なる「二重の違法判断」が課されることになる）。はたまた根本教授は、その「主観的違法要素」を舟橋説的な「相関関係説」的物権的請求権論の「違法」要件の中に「帰責事由」とは区別されたものとして取り込めばよい、とでも解しているのであろうか（私見によれば、「主観的違法要素」という新概念を造語しても、その実体が侵害者の「故意・過失」を取り込むものである限り、実質的には「帰責事由」の単なる「言い換え」にすぎない）。いずれにせよ、根本教授の「主観的違法要素」という発想は、その差止請求権理論を一層混迷に陥れるものにほかならない（少なくとも、その——根本説的な意味での——差止め「違法論」において、「不法行為法的発想」をいわば直截的に採用するものであることに違いはない、と言ってもよからう）。こうして結局、舟橋説も根本説も、「破綻」の崖っぷちに立たされる。にもかかわらず根本教授は、舟橋教授流の「違法侵害説」を、あくまで固持しようとする。しかも根本教授は——すでに指摘したように——好美教授の「違法侵害説」批判に対しては、「本書では全く分析することができなかった」ことを率直に自認する。そして、それをカバーするために舟橋教授の「示唆」を持ち出した。しかしながら、その舟橋教授による「示唆」自体が、いかに民法理論上の初歩的な問題性を抱え込んで（龍法 '17）50-1, 486（486）

いたか。さらに、それが法論理上ないし法理論上いかに矛盾に満ちた「示唆」であったか、という点については、すでに指摘した（要するに、舟橋教授の「示唆」とは、相関関係說的「物権的請求権論」、つまりは「物権的請求権の解体論」の強弁的合理化にはかならなかったのである²⁴⁴）。

ともあれ、上記のことに留意して、ピッカー説を改めて検討し、さらに原島説に対する根本教授による理解の仕方を、批判的に考察したく思う。これは本稿続編（龍谷法学50巻2号）の課題である。

（未完）

244 たとえば、舟橋諄一「公害差止めの法理」八幡大学論集25巻3=4号（1975年）1頁以下、特に18頁は、「物権的請求権理論という亡霊」という表現を用いて、「物権的請求権の解体論」をとことん突き詰めようとしている。この点、根本・前掲書（前注5）103頁も参照。