

物権的妨害排除請求権・再論（２）

——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、龍谷法学50巻1号)

第4章 根本教授によるピッカー説及び原島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护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护請求権の否定）

〔補論1〕妨害者による妨害物の「所有権放棄」に関するピッカー教授の見解と私見

〔補論2〕ピッカー教授による「物権的請求権」への懐疑論の実体

(2) 原島説について

- 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 原島説における「法秩序論」の評価：「法秩序」に対する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） (以上、本号)

〔補論1〕澤井裕教授及び吉村良一教授による「原島説」批判への反批判的評注

〔補論2〕山本敬三教授による原島「権利論・秩序論」批判に対する反批判的覚書及び大塚直教授による「秩序論」批判に関する若干の考察

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論（差止請求権論）の展望

- ① 「日照妨害」に関する態度決定の問題

〔補論〕五十嵐敬喜教授の「日照権」論について

- 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」へのコメント

第6章 結 語

第4章 根本教授によるピッカー説及び原島説の 位置づけとそれへの批判

（1）ピッカー説について

ピッカー教授の見解については、すでに本稿前編（龍谷法学50巻1号）で折に触れ論じた。やや重複する部分もあるが、ピッカー教授の所説の勘所をここで概括しておきたい。以下、二点につき考察する。第一に「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」という観点について、である。第二は、「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）」という観点について、である。

- 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」

まず、ピッカー教授の基本的発想は、こうであった。すなわち市民法秩序（die zivilrechtliche Ordnung）¹が、「財貨帰属秩序」²の具体化としての

1 この点について、筆者はドイツ留学中、直接ピッカー教授に「Zivilrecht と Bürgerliches Recht とは、いかなる違いがあるのでしょうか」と質問したことがある。それに対してピッカー教授は、「いずれでも同じことである」と答えられた。筆者が追い打ちをかけて、それは「あなた独自の見解ですか」と聞くと、ピッカー教授は「ドイツではどの民法学者でも両者を同じ意味に使っている」と答えられた（このやりとりは、筆者のたどたどしいドイツ語会話によってなされたものにすぎないのだが、このときは、とてもよく理解できた）。この点——さらに検証の余地があるかも知れないので一定の留保をしつつも——ピッカー教授のご説明に従う限り、ドイツの学者は誰でも「市民法」を語り、「市民法」を研究し、「市民法」の中で論争し、かつ「市民法」を学生に徹底して教育しているのである。わが国のように、ごく一般的かつ自然なかたちで「民法」という（特殊な）表現を用い（そのことについては、本稿後注5後半▶

「物権」を通じて、まさしく法＝権利（Recht）として、各所有者に、その所有権にふさわしい権利割当て（Rechtszuweisung）を行っている³。

部参照)、逆に「市民法」論・「市民法学」が何か異質なものとされるような雰囲気は、ドイツでは基本的に感じられない、ということになる。たとえばピッカー教授ご自身、同じ論文の同じ頁で「das Zivilrecht」と「das bürgerliche Recht」を同じ意味で使われている。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch, Helmut Koziol=Peter Rummel (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 271. ところでドイツ（広くヨーロッパ諸国）と日本とで、その違いは、どこに起因しているのか。その違いの「源流」はなにか。これをテーマに、現在、筆者が取り組んでいる論説が「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉——一つの素描である。ただし「一つの素描」であるはずが、目下泥沼の様相を呈して、いつ完結するか見通しさえつかない。これが現在、筆者の頭痛の種である。

2 「市民法秩序」は「財貨帰属秩序」（物権・知的財産権などからなる）のみならず、その制度的対概念としての「財貨移転秩序」（契約及び債権債務関係を中心とする。物権変動・債権変動〔債権譲渡〕も含む）をもつ。さらにその土台として「人格秩序」、さらに家族結合に基づくもの（婚姻・離婚・親子・扶養などの諸要素を含む）がある。このうち「人格秩序」における諸々の「利益」（利益というのはむしろ不適切であるかもしれないが、要するに、たとえば「生命」・「身体」・「健康」・「名誉」などのこと）を、あえて「権利」構成せずとも、それらへの「同意なき不適法侵襲」は、当然に差止め保護の対象となる。さらに、それらの外延に「市民法秩序」に不可欠な「競争保全秩序」（自由競争秩序の保全）及び「環境利用秩序」（自然環境〔土壌、海水、河川、流水、森林、大気などの保全〕の保護を初めとして、地域景観保全秩序など人工的な要素〔地域住民が長い時間をかけて保全してきた地域環境・都市環境への法的保護等〕、さらに日照利益・通風利益・眺望利益及び文化的無形的利益の保護等を広く含む）。以上はごく大雑把な図式的把握である。私見によれば、原島重義教授によって1970年代半ば以降の諸論文で示されてきた「市民社会」の「諸秩序論」が、その出発点にある。それを受ける形で1989年以降版を重ねてこられた広中俊雄教授の『新版民法綱要第一巻 総論』（2006年）1頁以下の「市民社会に成立する基本的秩序」が参照されなければならない。上記筆者の整理は、基本的に広中説を形式上踏襲したものであるが、相違点もある。なお、上記の論点については、さしあたり拙稿・川角「ドイツにおける物権の妨害排除請求権論の到達点——「権利重疊説」の意義」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』320-321頁注146参照。

3 たとえば、ピッカー教授は次のように言明している。すなわち「権利割当て秩序としての法秩序のイデー（die Idee der Rechtsordnung als Rechtszuweis-

ungsordnung) は、法秩序によって定められた権利秩序及び財貨秩序が事実上ズレをきたしている限りで、無条件にネガトリア的保护 (der negatorische Schutz) を生み出す」と。Vgl. Picker, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB-eine Apologie, — zugleich ein Beitrag zur bürgerlichrechtlichen Haftungsdogmatik, Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, herausgegeben von H. Lange=K. W. Nörr=H. P. Westermann, 1993, S. 315 ff., bes. S. 340. なおその後、2002年のピッカー論文では、この「権利割当て」(Rechtszuweisung) ないし「割当て秩序」(Zuweisungsordnung) あるいは「割当て保護」(Zuweisungsschutz) というテクニカルタームが、かなり多めに登場する。Vgl. Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 287, S. 300, S. 313, S. 314, S. 316, S. 317. これに対し、ピッカー教授は、基本的に「割当て内容」(Zuweisungsgehalt) というタームを用いてこなかった。端的に言って、ピッカー教授の属するフルーメ学派において、「割当て内容」説は、むしろ批判の対象なのである。たとえばピッカー教授の兄弟子にあたるヤコプス教授は、「割当て内容」説（その元祖的存在であるケメラ教授の所説〔「割当て内容」説〕）を指して、「唯物論的」(materialistisch) であるとか、「人のマルクス主義的对象化」(marxistische Vergegenständlichung des Menschen) である、として激しく困難している。Vgl. Horst Heinrich Jakobs, lucrum ex negotiatione, Konditionenrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 127 Fn. 270 und S. 132 Fn. 284. その意味で、同じフルーメ学派のなかでも、ヤコプス教授が反マルクス主義的リベラリストであるのに対して、ピッカー教授は純然たるリベラリストなのである（ピッカー教授は、ナチスの全体主義には明らかに強い拒絶反応を示している。だからこそ、裁判官による一般条項的法創造〔制定法の歪曲〕に真っ向から反対するのである）。ところで、最近ピッカー教授は、その論文 “Privatrechtsdogmatik und Eigentumsschutz oder Zur Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgestaltung“, in: Festschrift für C. W. Canaris zum 80. Geburtstag, 2017 (noch nicht veröffentlicht) において、ピッカー教授ご自身の「割当て内容説」(Die Theorie des Zuweisungsgehalts) を展開されている。筆者は、2017年5月31日付けピッカー教授からのメール（添付ファイル）で、その最終原稿（Endfassung）を全面的に確認した。筆者の管見によれば、ピッカー教授が肯定的・積極的に「割当て内容説」を論じられたのは、これが最初ではないか、と考える。ただし、近時ピッカー教授は、ドイツ不法行為責任のあり方に関する幾つかの論稿を出しておられる（その詳細は、近い将来筆者〔川角〕が執筆を予定している別稿「エドゥアルト・ピッカーの不法行為「違法論」に関する考察——日本不法行為法への示唆をかねて」〔仮題〕を参照されたい）。もしかすると、すでにその「ドイツ不法行為責任」論の中に「割当て内容説」が出ているのかも知れない。筆者は、今のところピッカー教授の不法行為論を読んでいない（上記ピッカー教授のメールによれ

したがって、「侵害者」がたとえ無責（故意・過失がない状態）であっても、彼が客観的・現在的に相手方所有権者の割当て領域への事実上の「干渉状態」をもたらすならば——その意味において、同時に「侵害者」の権利状態・法益状態の「ズレ」をも考慮して（ピッカー理論における特質としての「双方向的視点・複眼的思考方法」によって）——法秩序の「反発力」（リアクション）⁴として、つまりは「物権」の原型（Prototypen）としての所有権内在的に付与された権利割当て（Rechtszuseisung）の効果として、「物権の妨害排除請求権」が発動される。さらに言い換えるならば、文字通り「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⁵。また

「ば、近時のドイツ不法行為責任に関する教授の諸論稿を、わざわざ筆者あてに郵送してくださるとのことである。今、それを待っている）。ともあれ、然るべき機会にピッカー教授の「割当て内容説」を基軸にした私法上の権利・法益の保護秩序体系論（ネガトリアの妨害排除請求保護機能・不法行為法上の保護機能・不当利得法上の保護機能の「トリアーデ」〔ピッカー教授は、これを「保護制度の三和音」（die Trias der Schutzzinstitute）と称されている））を紹介する機会を持ちたい、と考えている。

4 たとえば、“die Reaktion der Rechtsordnung”という定式を参照。これは、たびたびピッカー論文でお目にかかる定式であるが、さしあたり、Picker, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB (Fn. 3), S. 340 の記述を参照されたい。

5 1972年の論文でピッカー教授はこう言っている。——「〔物権的妨害排除請求権〕（actio negatoria）にとつては、もっぱら所有権の法的な完全性の侵害だけが意味をもつ。所有権は法として侵害を受けていなければならない。」（Für die actio negatoria ist allein die rechtlichen Integrität des Eigentums von Bedeutung. Das Eigentum muß verletzt als Recht.）——（イタリック・原書。傍点・引用者）。Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 49. この論旨は、物権的妨害排除請求権（actio negatoria）が、「法＝権利」としての物権内在的効力として産出されることを、象徴的に示すものである（ちなみに、妨害者と被害者の所有権領域の「重なり合い」という事実ないし妨害者による被害者の「権利篡奪」という事実が、上記「所有権の法的完全性の侵害」を意味することになる。なぜなら当該事実が、法秩序によって個々の権利者に割当てられた権利＝法の領域の保全を客観的・現在的に「侵害」しているからである）。同旨として vgl. Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 312. なお、ピッカー教授は、この後者（Der “dingliche” Anspruch）の同頁で、物権的返還請求権と物権的妨害排除請求権を規律するド民985条と1004条のこと

を権利保護請求権の「原型」(Prototypen)と呼び、これら両請求権を、諸々の事実上の「権利篡奪」(Rechtsusurpationen)を防御することに向けられたところの統一的な「ネガトリア責任システム」の基点として描き出している。だとするならば、物権的返還請求権と物権的妨害排除請求権は、それを産出する物権＝所有権を「母型」にして、その侵害に対する物権内在的な効力として、この両者の請求権を統一的に把握すべきことを意味する。要するに、一旦「市民法秩序」から権利割当て(Rechtszuweisung)の対象とされた諸々の物権(その母型たる所有権)への権利重疊的・権利篡奪的干渉状態が発生すれば、物権内在的な効力として *automatisch* に物権的請求権が発動されるのである。これら物権的請求権は、決して「物権外在的な効力」として発動されるのではない。これを「誤解」してはならない。この点——繰り返し本稿で指摘したことだが(本稿前編・龍谷法学50巻1号〔2017年〕参照)——根本尚徳教授が、その著作の中で物権的請求権を物権「外在」的なものとして描き出し、その根拠をピッカー教授の所説に求めたことは、その「誤解」の典型的所産であった〔根本『差止請求権の理論』〔2011年〕213頁参照——この箇所の根本教授のピッカー説理解(「物権外在的な存在としての物権的請求権」〔傍点・引用者〕)は、明らかに「誤解」である〕。この点、筆者はピッカー教授からのメール〔前注3〕によって、ピッカー教授ご自身から裏書きを得ている。むしろ、それ以前にピッカー教授のモノグラフィーを丹念に読み込めば、当然に分かることである)。ちなみに以上のことに関連して、ひとこと付言しておきたい。それは、ドイツ法では、法(Recht)自体イコール「権利」(Recht)である、ということである。そのことに、十分留意して、ピッカー説を理解する必要がある。さらに市民法(das Zivilrecht oder das bürgerliche Recht)自体、それは、市民一人ひとりがその自律的意思に基づいて「法」＝「権利」を自主的に産出するという法意識(市民社会的「社会契約」の意識)が、ドイツでは比較的強いこと——少なくとも日本よりはかなり強いこと——にも着目しておくべきだろう(本稿前注1も参照)。それゆえドイツでは、権利保護が一般にわが国よりも「普遍的」に語られ、深く追求されているのである(にもかかわらず、ピッカー教授のメール〔前注3〕によれば、ドイツでもかなり多くの民法学者が「権利保護」の意義を誤解しているらしい)。その実定法秩序としての「市民法」が規律するものが「物権的請求権」なのである(繰り返し言えば、あくまで物権が不適法に干渉されれば、物権内在的な効力として「自動的」に物権的請求権が発動されるのである)。ところで話を戻せば、ヨーロッパではドイツのみならずフランスも「市民法」(civil droit)であり、それ以外のヨーロッパ諸国でも基本的にそうなのである。なぜ日本では「民法」なのか。ちなみに穂積陳重『法窓夜話』(1951年河出書房市民文庫。原書初出は1916年〔大正5年〕)107頁以下によると、こう書いてある。——「『民法』と云ふ語は津田真道先生(当時眞一郎)が慶應四年〔1868年〕戊辰の年に創制せられたのである。民法なる語は箕作麟祥博士が

ピッカー説は、「損害」(Schaden)が被害者の財産的不利益という「視点の一面性」(die Einseitigkeit der Blickrichtung)によって説明されるのに対して、「妨害」(Beeinträchtigung)はそれとは異なる「複眼的思考」によって理解されるべきである、とする(先ほども述べた「双方向的視点」)。すなわち、ピッカー教授は「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の法的地位も相互に考慮」(傍点・引用者)することの必要性を主張している⁶。そ

ゝフランスの「コード・シヴィール」の譯語として用ひられてから一般に行はれるやうに為つたから、我輩は始めこれは箕作博士の鑄造された譯語であると信じて居つたが、之を同博士に質すと、博士はこれは自分の新案ではなく、津田先生の「泰西國法論」に載せてあるのを採用したのでであると答へられた。そこで尚ほ津田先生に質して見ると、同先生は、此語は自分がオランダ語の「ビュルゲルリーク・レグト」(Burgerlyk regt)の譯語として新たに作つたものであると答へられた。この逸話は興味をそそる。津田眞道博士が明治維新に当たる年=慶應四年にオランダ語の Burgerlyk regt を訳して「民法」という言葉をあてられた、というのである。おそらく江戸時代の最末期、すなわち「士農工商」の身分的差別構造が維持された幕藩的封建社会において、津田博士は、「市民」とか「市民社会」さらには「社会契約」などには及びも付かなかったであろう。そこで津田博士は、やむなく「民法」(タミの法)としたのである。その後1889年(明治22年)公布の「帝国憲法」では「臣民」となっている。民法が「臣民法」と訳されなかっただけでもありがたかった、と思うべきであるのかも知れない。

6 さしあたり、拙稿「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2)273頁参照。Vgl. auch Picker, Der negatorische Anspruch (Fn. 5), S. 49. ちなみに大塚直教授は、ピッカー説における「双方向的視点」(被妨害者の不利益的地位と共に「相手方の地位」(Position))をも考慮しなければならないという視点を正しく指摘している。大塚「生活妨害の差止に関する基礎的考察(6)——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌104巻9号(1987年)1頁以下、特に77頁参照。ただし、大塚教授による「指摘」それ自体は確かに存在するのではあるが、しかし、それを日本法に「応用=活用しよう」という発想は、一切おもちでないようである。だからこそ、大塚教授は「ドイツの少数有力説にすぎないピッカー説をわが国で援用する意義がどこにあるのか」という趣旨の批判をされるのである。大塚「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61-62頁参照。ちなみに、その論旨ノ

は、根本尚徳教授によるピッカー説の取り上げ方に関する批判的文脈において示されている。しかし、そこで示される大塚教授によるピッカー説把握自体は、いかにもピッカー説外在的な批判にすぎない（大塚教授は、上記箇所でも根本教授のピッカー説援用を指して「ピッカー研究」としては「興味深い」とする。大塚「差止根拠論」61頁。ピッカー説内在的な批判を、自らはお持ちでないことを示す文章でもあると思われる）。ともあれ、肝心な点は、根本教授のピッカー説援用が日本法適合的になされているかという問題以前に、そもそも根本教授によるピッカー説理解が「正しいのか」という根本説内在的批判から出発すべきである。仮に、大塚教授が直接かつ全面的にピッカー教授の所説を自ら検討することなくして、ピッカー説を単に「ドイツ少数有力説」として批判されているのだとするなら、その学問的姿勢には厳しい批判が加えられるべきことになろう。——「なぜドイツ法のしかも少数有力説のみを採用するのか明らかでない」という大塚教授の文章には、そのような疑問を掻き立てるに十分な日本語が埋め込まれている。大塚直教授が、仮にご自身でピッカー教授のモノグラフィーを直接かつ全面的に読み込んでおられないとするならば、なぜ教授が単に「少数有力説」という言葉にみによってピッカー説を一蹴してしまうことができるのか、不思議でならない（ちなみに筆者〔川角〕は、大塚教授が、その大論文でピッカー教授の1972年モノグラフィーに言及しておられることをよく知っている〔大塚・前掲論文「生活妨害の差止」（6）77-76頁参照〕。しかし、そこではフリツ・パウアーやディーター・メディクスによる批判的論評が挙げられ、もっぱらその批判に依拠した位置づけが試みられているにすぎない（大塚教授は、ピッカー説において、①「法益完全性」の意味が不明であるとか、②「所有権放棄」による排除責任免責論が「法政策的」にみて不当であるとか、③盗難車を盗んで乗り回した者〔窃盗者〕が他人の土地に盗難車を放置した時点で排除責任が消滅するとか考えるのはおかしい、などの批判をそのまま引き合いに出している。いわゆるドイツ学説の「受け売り」にとどまっている）。ちなみに、「妨害」概念に関するピッカー教授の「法的完全性」の意味は、妨害者と被妨害者の所有権領域が事実上「重なり合っている」こと（当該事実上の「妨害」状態の現存）が権利割当てを行った「市民法秩序」に反するがゆえに（その意味での法違反によって所有権の本来の割当て領域が侵害されているがゆえに）、それを根拠に「法的完全性の侵害」としての「妨害」概念が説かれているだけのことである。さらに「所有権放棄」に関する妨害排除責任消滅論についても、ドイツでは「法政策的」な観点からの批判がされているだけで法内在的な批判ではない（なお「所有権放棄」による妨害排除責任消滅に関する問題は、確かに難問である。本稿では〔補論〕として後述している。その箇所を参照されたい。そこで筆者〔川角〕は、自身の以前の妥協的立場を自己批判して、この論点についてもピッカー説支持へと「改説」した。同時にその理由もかなり詳しく提示した）。またピッカー説において、盗難車を他人の土地に放置した

▼者がその時点で妨害排除責任から免れると解されているのは、なぜか。それは、その窃盗者が、盗難車を他人の土地に放置した時点で彼は、もはや当該「盗難車」にかかる法的支配をしていないから、である。むしろ窃盗者が、依然として不法行為責任（ドイツ民法上は原則「原状回復責任」）・不当利得責任（いわゆる悪意者の「侵害不当利得責任」）を負うこと、言うまでもない。その意味で、盗難車の所有者が、窃盗者の「故意・過失」を立証して「原状回復責任」としての盗難車の返還責任を果たす余地は、十分に考えられる。ところがドイツの通説は、物権的妨害排除請求権の射程範囲を——「結果除去請求権」（*Folgebeseitigungsanspruch*）なる装いの下に——この「原状回復責任」にも及ぼそうとする。これは、要するに「無過失」の原状回復責任をさしたる理由もなく、利益衡量的ないし法感覺的に認める立場にほかならない。この点、ほんらい、この種の「無過失」原状回復責任は、立法的措置（特別法）としての「無過失責任立法」が民主的手続にのっとって制定されて初めて、認められるにすぎない。ところが、この「無過失」原状回復責任を、ドイツ通説はいとも簡単に物権的妨害排除請求権の政策的＝利益衡量的「拡張適用」によって導き出そうとしている。これを、ピッカー教授は手厳しく批判する。これらの諸点につき、さしあたり拙稿「物権的妨害排除請求権論の到達点」（前注2末尾）294-296頁参照。このような表面的な批判でもって、ドイツの学者はピッカー説を批判したものと思込んでいるのである（ちなみにパウアー、メディクスの両教授は、ともにドイツ民法学界の大御所的存在でもある）。この点、言うまでもなく、そのこと自体（すなわちピッカー説に対する批判のあり方自体）はドイツの学者の責任であって、必ずしも大塚教授の責任に属することではない。ただ惜しまれるのは、ドイツのピッカー説批判論を、大塚教授が単に「受け売り」されているように思われることである。ちなみに大塚・前掲論文「生活妨害の差止」〔6〕77-78頁のピッカー説紹介は、1975年 AcP 177頁以下のパウアー教授によるピッカー「書評」の内容（ピッカー説を要約的に紹介した部分）とかなり重複している（ほぼ同一と言ってよい）。筆者〔川角〕は、何度も繰り返し、このパウアー教授によるピッカー「書評」を読んだ。かてて加えて——すぐあとで示すように——大塚教授にとってきわめて重要と思われるところのピッカー教授による「フランス民法上の物権的妨害排除請求権論」に関する記述（Picker (Fn. 5), S. 59-61）を、同教授が読まれた形跡が全くみられない（これは、ピッカー教授の代表作たる1972年モノグラフィーを、大塚教授が直接かつ全面的に読まれなかったということを如実に立証するものでもある）。さらに大塚教授は、ピッカー説の「妨害」概念規定が、フランスの *action négatoire* や *action possessoire* などの「物権特有の制裁を認めるための要件とされている」「占有ないし権利の抵牾」の概念と類似している」とも言われる（そこには批判の趣旨が込められている）。その意図するところは、ピッカー教授の「妨害」要件が、あまりにも狭隘にすぎるという点に収斂される。さしあたり、ピッカー教授のメ

モノグラフィーに依拠して、この点簡潔に論評しておこう。それによれば、フランス法上の *action négatoire* は、ローマ法上の「役権否認の訴」の原型をそのままひきずったものであり、このように「役権」に方向づけられた訴権という構成は、特殊実用的にそれほど重要性をもつものではない。それゆえ、この *action négatoire* をもって、けっして「包括的所有権保護を保障しうるものなどと誤解してはならない」という趣旨のことを、ピッカー教授は説得的に展開されている。Vgl. Picker (Fn. 5), S. 59. この点、大塚教授は、前掲論文（『生活妨害の差止』〔6〕77-78頁）で、いかにもピッカー教授の1972年モノグラフィーを「読み込んだ」かのような記述をされているが、少なくともこのピッカー教授によるフランス *action négatoire* 論は、大塚教授の目には入らなかったようである。そして上記大塚論文は、ピッカー説「紹介」のすぐあとで、「結果除去請求権」〔*Folgenbeseitigungsanspruch*〕を承認するホーロッホ教授の所説の紹介に移っている。そしてホーロッホ説がピッカー説と正面から対立する見解であると指摘したのち、大塚教授はホーロッホ説（結果除去請求権説）に親近感を示す高い評価を与えられている。とはいえ、ホーロッホ説においても、なお「権利領域間の調整」に目を奪われ、その実際上の適用領域が「広義の相隣関係」に限られていて、依然狭い、とも批判される。ともあれ大塚教授によれば、ドイツにおける「結果除去請求権論」の物権の妨害排除請求権は、多くの判例の採用するところとなっており、その点で「フランス法において原状回復賠償と差止が融合しているのと類似して興味深い」と述べている（大塚・前掲論文78-79頁）。すでに上記で確認したように、ピッカー教授が大塚説を実質的に覆すところのフランス *action négatoire* 論を展開した事実、大塚教授は目を塞いでいる（無視されたか、あるいはそもそも読まれなかったのだろう。本稿は後者の線を「立証」しえた、と考える。筆者〔川角〕の捉え方が誤っているのであれば、遠慮なくご批判を賜りたい）。ちなみに他方、*action possessoire* は、泥棒にも認められるところの、文字通りの「占有訴権」（事実状態の「平和秩序」維持を目的とした仮の権利保護）であって、法制度上の問題として、それ（占有訴権）はそもそも所有権保護機能をもちえないのである（さしあたり原島「権利論の推移」・同・前掲書〔前注17〕533頁及び535頁さらに543頁注21参照）。このように、フランス民法においてそもそも所有権保護機能を担いえない *action négatoire* や *action possessoire* を引き合いに出しても、なんら参考にはなるまい（ましていわんや、仮に大塚教授が、このような *action négatoire* や *action possessoire* を引き合いに出すことによって、ピッカー説を批判しおえたなどとお考えなのであれば、それは不当な思い込みに過ぎないと考えられる）。このような大塚教授の大論文が大きな影響力を保持したまま——まともな批判の対象にもされず——今なお有力説としてわが国で通用している事実は、全く不思議なことに属するようにも思われる（まともに批判してこなかった責任の一半は、筆者〔川角〕にもある。それゆえ「自己批判」の意をメ

の結果、被侵害者（所有権者）の権利領域と侵害者の権利領域とが——たとえば契約上の根拠なしに——重なり合っている場合に、いわば上から覆い被さっている方が「妨害者」であり、だからこそその「妨害者」が自己の本来の権利領域に立ち戻る義務を負うという視点が、「自動的」（automatisch）に生み出されてくるのである。この権利の重なり合いの状態こそ「所有権の法的完全性への侵害」にほかならない⁷。言い換えれば、この「妨害」概念を正しく把握するためには、「侵害者」は、たとえ無責であっても「法的完全性への侵害」を自主的に矯正して自分の本来の権利領域に立ち戻る責任を無条件に問われる、のである⁸。それによって同時

も込めつつ、上記における筆者（川角）の大塚説批判は、きわめて抑制的に書かれている）。ともあれ、大塚教授が内在的にピッカー教授の書かれたものを読み込んでいるとは、到底思われない。にもかかわらず、大塚教授はピッカー説における「妨害」概念が狭い、と批判する。それはご自分の「不法行為法的差止請求権論」の正当性「論証」のためには、ピッカー説を批判的に捉えざるをえない、とする大塚教授の根本的モチーフに根差すことなのであろう（なお、この点に関連して、本稿統編〔龍谷法学51巻2号掲載予定〕第5章③も参照されたい）。

7 Vgl. Picker, Der negatorische Anspruch (Fn. 5), S. 50. なお根本教授は、このようなピッカー説の「双方向的視点」には、それほど注意を払ってはもらえないようである。ただし、実質的にはほぼ同様のことは指摘されている。根本尚徳『差止請求権』（前注5）191頁参照。

8 以上のことは根本教授も指摘している。根本・前掲書（前注5）181頁。根本教授は、正當にも「所有権秩序」（Eigentumsordnung）に着目している。なお「侵害者」は、原則無条件にその排除責任（自己本来の権利領域に立ち戻る責任）を負うわけだが、例外的に、侵害者がたとえば「緊急避難」（Notstand）として他人の所有権領域に「干渉」を行ったようなケース、つまり「違法性阻却事由」がある場合は別である（ド民904条参照）。ちなみに「緊急避難」は、わが民法典では「正当防衛」ともども不法行為法の一部として規定されている（720条1項・2項）。ところがドイツ民法典では、所有権規定（正確には所有権の制限規定）として物権法の箇所に置かれている。なお、ドイツ民法典で見出し項目としては、「所有権制限」なる文言は一切ない。この点、わが民法典立法提案者・梅謙次郎博士が、自覚的に「所有権の限界」という節立ての下、その冒頭条文として民法206条（「法令」による所有権制限規定）を置いた特殊性に改めて注目すべきである。拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（1）——市ノ

に被妨害者の権利領域が修復されるのである。これは、端的に妨害者自身の利益にもなるところの被妨害者＝権利者保護の法的論理にほかならない。これに対して「被侵害者の財産上の不利益」として一面的に考察されるべき「損害」（Schaden）は、もっぱら「所有権の事実的可能性の制限ないし喪失」として把握される⁹。それ（不法行為法上の「損害」概念）は、先に示した「被妨害者の権利領域と妨害者の権利領域の双方を同時に考慮」した帰結として生み出される、「法的完全性への侵害」としての「妨害」把握とは、決定的に異なる。ともあれ、妨害者の権利領域と被妨害者の権利領域の同時的な事実上のズレが、権利の「法的完全性」を侵害し、よって「自動的に」妨害排除請求権が生み出される。それは、すなわち妨害者と被妨害者双方を共に視野に取り込んだ上で、「割当て障害」（Zuweisungsstörung）を現代的・客観的に除去するために機能するところの「ネガトリア保護」（negatorischer Schutz）の基本的機能（「初歩的機能」〔die elementare Funktion〕）にほかならない。これは上記の「複眼的思考」の論理必然的な産物なのである。このことが根本教授の著作で、どれほど正確に認識され、どれほど理論的に活用されているのか。この「肝心」なことについて、筆者は大きな疑念に駆られざるをえないのである（この点、すでに本稿前編〔龍谷法学50巻1号〕で確認した）。

- 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）

ゝ民法学（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101-105頁を参照。

9 根本・前掲書（前注5）183頁参照。この点、根本教授は「物権的妨害排除請求権（ないし差止請求権）」と「不法行為損害賠償請求権」との基本的な要件上の区別にかんして、正しい認識を示している。これは、確かに評価に値すべき見解である。問題とされるべきことは、そもそも根本説において、「物権的請求権」（なにかんずく妨害排除請求権）がピッカー説内在的に、いかに正しく把握されているか、である。

なるほどピッカー教授は、ネガトリア的保護請求権を拡張的に適用しようとする。それは、根本教授が的確に指摘されている通りである¹⁰。しかしながらピッカー教授は、直線的に「あらゆる法益」へのネガトリア的保護請求権の適用を承認するのではない。すなわちピッカー教授は、——根本教授も指摘されるところの——「あらゆる主観的法地位」(*jeder subjektiven Rechtspositionen*)¹¹への拡張のみを目指しているのである(ちなみに、ここでピッカー教授が *subjektive Rechtsposition* という場合、常に *die zugewiesene subjektive Rechtsposition* が想定されている)。このようにピッカー教授は、慎重に、あらゆる「主観的法地位」への侵害の場合に、ネガトリア的保護請求権の適用を、むしろ限定しようとした(„der negatorische Rechtsschutz als Elementarschutz aller subjektiven Rechtspositionen“¹²)。そしてその際、ピッカー教授は、その典型的形態を「一般的原理の表現としてのネガトリア的所有権保護」(*der negatorische Eigentumsschutz als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips*)として把握した¹³(傍点・引用者)。なぜなら、「所有権」(*Eigentum*)においてこそ、典型

10 根本・前掲書(前注5)202頁以下参照。

11 Vgl. Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 318.

12 Vgl. Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 313. なおピッカー教授が、この引用文でネガトリアの権利保護(あるいは「法的保護」と言い換えてもよい)を、「あらゆる主観的法地位の初歩的保護(*Elementarschutz*)」と言っているのには、含意がある。まず、そのような「主観的法地位」は、あくまでも *Rechtszuweisung* (法的割当て=権利に準ずる割当て)を付与された「法的地位」を指すということである(無条件に「あらゆる法益へのネガトリア的保護」を承認するものではない)。さらに「初歩的保護」(*Elementarschutz*「基礎的保護」でもよい)とは、「侵害者」の「故意・過失」、「損害発生」等を要件に初めて承認される①不法行為法的保護や不適法な「利得」の発生を要件として特に承認される②不当利得法的保護と比べて、それ以前に承認される③ネガトリア的保護を、「初歩的保護」と言われる、ということである。これら三者は「相補的」に機能することによって、(*Rechtszuweisung*を付与された)権利・法益の「総合的保護」(トータルな保護)を形成する。この最後の点については、根本教授もよくご存じのことである。

13 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 313. なおイタリックは原書。

的に主観的法的地位への「割当て」(Zuweisung)と、その「保護」(Schutz)による「協働」(Zusammenspiel)が承認されうるからである。すなわち「所有権」こそは、「あらゆる主観的法的地位」の母型(Mutterfigur)にほかならない。だからこそ、その所有権の定義規定であるド民903条の内容規定と、他方で所有権保護請求権(返還請求権〔ド民985条〕及び妨害排除・予防請求権〔ド民1004条〕)によって、基本的な権利保護が用意されているのである。さらに所有権侵害は、一定の要件(故意・過失や損害発生など)の下で不法行為法的保護(ド民823条)をも生みだし、あるいは一定の要件(無原因の利益享受)の下で不当利得法的保護(ド民812条。特にいわゆる「侵害不当利得」[Eingriffskondiktion]による保護)をも生み出す。そして最終的に「所有権保護」は、それら三者(物権的請求権・不法行為損害賠償請求権・不当利得請求権)の「協働」によって、最も明瞭な形で(am klarsten)具体化され、もって市民法秩序における「ひとつの一般原理」(ein *allgemeines Prinzip*)を形成しているのである¹⁴。さらに言い換えれば、「所有権」は、「市民法」(das Zivilrecht)が与え、かつ保障した「実質権」(Substanzrecht)が、「もろもろの保護権」(Schutzrechte)によって保全されているところの「一般的規制モデル」(generelles Regelungsmuster)をも、意味するのである¹⁵。こうして「所有権」は、「あらゆる主観的法的地位」の中で最も典型的な地位を、市民法の中で付与され、保障されている。しかし同時に、それは、典型的な権利保護にすぎないという側面を併せもつ。したがって「所有権」に与えられる法的保護は、一定の要件を充足した場合には、「あらゆる主観的法的地位」にも拡張的に付与される。しかしながら、あくまで「一定の要件を充足」していなければならない。その「一定の要件」とは

14 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 313.

15 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 313. この箇所は筆者による意訳が入っている。

何か。それこそが、まさしく「割当てられた法的地位」(die zugewiesene Rechtspositon)の有無のテストであった。そのテストを通過した場合に、初めてその「割当てられた法的地位」を意味するところの「あらゆる主観的法的地位」に、ネガトリアの保護請求権が準用されるべきことになる¹⁶。たとえば、そのようなネガトリア的保護請求権は、まずは諸々の無体財産権(Immaterialgüterrechte)に与えられ、さらに諸々の人格権(Persönlichkeitsrechte)に付与される¹⁷。かてて加えてド民823条2項に規定されている「諸々の保護法規」(Schutzgesetze)も、それが常に「権利=主観

16 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 314. このようにピッカー説によって、「主観的法的」地位とか「割当てられた」法的地位という表現が採用されていることには、十分に注意しておきたい。

17 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 314. ピッカー教授は、その制定法上の例がド民12条の氏名権(Namensrecht)である、とする。以下では、これと関連しうるものとして「名誉保護」(Ehrenschtz)のケースを論じてみたい。まず、「氏名権」は実定法上「権利構成」されているのに対して、「名誉」は「権利」か否か(すなわち「名誉権」として位置づけるべきか否か)、争いがある。たとえばラレンツ=カナリスは、これを周知の「一般的人格権」(das allgemeine Persönlichkeitsrecht)として位置づけ、ネガトリアの保護の範囲に組み入れている。Vgl. Larenz=Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, S. 535. これに対しては、ドイツでは早くから批判があった。たとえばラインハルト(Reinhardt, Die subjektive Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruher Forum, 1961)が、そうであった、とされる(ただし、ラインハルト論文につき、筆者未見)。彼は、ド民823条1項が関係する「権利ならびに法益」は、その法的承認を「823条1項に負うのではなく」、「それらは、その固有の意味をすでに損害賠償法の外に持つ」として、名誉・プライバシーなどの人格的諸利益及び営業利益を「人格権」や「営業権」として「権利構成」することなく、それらへの客観的違法侵害によってネガトリアの請求権(ないし不作為請求権)による保護が発動されることを示唆していた。たとえば、原島重義「権利論の存立と変質・放棄」同『市民法の理論』(2011年。原論文初出は1975年)415頁以下、特に439-440頁。さらに原島「ドイツにおける権利論の変質」(原論文初出は1976年)同前掲書400頁でも、ラインハルトにつき上記と同旨のことが記されている。この系譜論からいうならば、ピッカーは「名誉」(Ehre)をあえて権利構成せず、固有の人格的利益としてネガトリア保護の対象となりうると、位置づけている。そして「名誉侵害について言うなら、絶え間ない継続的な名誉侵害が現に存在すること(einen

gegenwärtigen Angriff) を要件とする」とはっきり述べている（そのことによって、名誉毀損によってすでに生じた不利益＝精神的「損害」と「妨害」とが、明確に区別されていることが判明する）。Vgl. Picker, Der negatorische Anspruch (Fn. 5), S. 89. なお、この点、大塚直教授が正当に指摘しているように、確かにここには「権利篡奪の要素」はない。大塚「差止根拠論の新展開について」・前掲書『企業法の変遷』（前注6）47頁以下、特に60頁参照。これは、その限りで、正当な指摘である。しかしながら、私人の人格領域（＝名誉）に同意なく勝手に侵入し、侵害する現在の行為は、「権利篡奪要件」以前の問題として、当然にネガトリア的保護請求権を発動せしめる。言い換えれば、「権利篡奪要件」の「前形象」（Vorfigur）として「人格領域への不適法干渉」が存在する。Siehe dazu auch W. Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174, 1974, S. 127: „Die dogmatische Funktion des materiellen Anspruchs läßt sich umschreiben als die Verknüpfung einer Pflicht (der Unterlassung) mit der Person eines Rechtsträgers, dem mit der Gewährung des Anspruchs das Fordernkönnen als eigenes materielles Innehaben zugewiesen ist.“（（ ）内・引用者。なお、上記ヘンケル引用文で注目しておくべきことは、割当て保護の対象主体たる「権利の担い手」〔Rechtsträger〕とその「人」〔Person〕としての側面が区別して論じられていることである）。こうしてピッカー教授は、権利の担い手としての——その「土台」としての——「人格」そのものに留意する。したがって、名誉侵害の場合、ピッカー説において、ネガトリア要件として「権利」の「篡奪」の問題が起きない」（大塚・前掲論文60頁参照。なお篡奪につきカギカッコを付したのは、引用者）ことは、ごく当たり前のことなのである。なぜなら、ピッカー教授の所説にあって「権利篡奪」とは、もっぱら所有権を典型とした「絶対権」（物権）等（「権利割当て」〔Rechtszuweisung〕）に対する不適法干渉を想定しているものなのであるから、にほかならない。これに対して、生命、身体、健康に準ずる人格利益としての「名誉」への侵害は、もっぱら権利の「土台」として——違法性阻却事由がない限り絶対的に——「権利篡奪」の場合以上に強く、ネガトリア的保護請求権を必要とする。この点で、大塚教授の指摘にはやや正確さが欠けているように思われる。ただし、著名な「北方ジャーナル事件大法廷判決」（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）では、「名誉」を「人格権」として構成し、それへの侵害に対してはほぼ所有権等への侵害の場合と平行的な保護を与えている（とはいえ、「事前差止め」の要件論として「表現の自由」との比較衡量を必然視しているかのような最高裁の態度には、注意しておく必要がある）。これに対し、上北正人「いわゆる「人格権に基づく差止請求権」の再構成」神戸法学雑誌55巻2号（2005年）141頁以下、特に211-212頁参照。上北教授は、このような最高裁の見解に対する批判的立場を前提として、「精神的側面への侵害に対する差止請求権についても、侵害＝違法という絶対権侵害に特有の構造をとら

的法割当ての諸規範」(*Rechtszuweisungsnormen*) による法的利益、つまりは「実質権」(*Substanzrecht*) を生みだす限りで、「保護法規」に対する侵害は——不法行為法上の保護以外に——広く無責の侵害者に対してネガトリア的権利保護請求権を発動せしめる¹⁸。翻ってさらに、契約関係あ

ゝず、違法性の判断に当たっては、常に利益衡量を要する」と解する理解が、近時のドイツ法学説で主張されている点に着目する(傍点・引用者)。この上北教授の見解については、本稿後注20も参照。

- 18 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 314. Siehe auch Picker, Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von „Schutzgesetzen“, AcP 176, 1976, S. 28 ff., bes. S. 78. このうち、後者 AcP 論文の78頁で「このような(保護法規として妥当する)法規の権利割当ての機能」(diese rechtszuweisende Funktion des Gesetzes)が語られていることは、きわめて示唆深い。ちなみに——当然のことながら——注意しておくべきことは、けっして不法行為を根拠としてネガトリア的保護請求権が承認されるのではない、という点である。保護法規違反に基づくネガトリア的保護請求権は、あくまでも当該侵害が「権利割当て規範」と矛盾・衝突するがゆえに承認される。これに対して、不法行為責任は、別途ド民823条独自の要件(故意・過失、損害の発生など)が充足されて初めて問題となるにすぎない。またその限りで、ネガトリア的保護請求権と不法行為損害賠償請求権とが「協働」することがある、というにすぎない。ちなみに、ドイツ民法823条1項(「権利侵害」)と同条2項(「保護法規」違反)の関係自体、ドイツでは「未解決の基本的問題」(ungelöste Grundlagenproblematik)とされ、かなり議論が混乱しているようである。むろん、その文理上・語義上の違いからくる素朴な「二元性」については、一応承認されている(立法者以来の見解とされる)。ところが、「一般的不作為訴権」(allgemeine Unterlassungsklage)の823条への組み入れ可能性問題というレベルに至ると、同条1項と2項のカテゴリアルな「二元論」が非難の対象となる。要するに、あたかも「不作為を求める主観的権利」を追い求めるのと同じように、「あらゆる保護法規侵害」のもとでも、この「一般的不作為訴権」が根拠づけられようとするのである。そこでは、823条1項と2項について、一種の「一元論」ないし「融合論」的理解が登場することとなった。最近、これらの動きに対して、別の視点からド民823条1項と同条2項との「相互連関」が説かれるようになった。その見解によれば、ド民823条1項と2項は、むろん共に不法行為法上の規定であるが、その基本要件たる「権利侵害」・「保護法規」違反のいずれも「割当て承認」を受けた権利・法益そのものの保護に向けられている点では、同様にド民1004条の物権的妨害排除請求権発動の根拠を与える役割を果たす、とされる。Vgl. E. Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs.2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und

るいは法定債務関係から (aus vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen) 生ずる債権者と債務者の間でも——その当事者間 (inter partes) では——上記「権利割当て規範」が承認されるべきであり、よってネガトリアの保護請求権が発生する¹⁹。債務者は、その自己決定によっ

↘ Rechtsschutz, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, S. 85 ff., bes. S. 102-104. この点は、わが国709条における——2004年「現代語化」改正による——「法律上保護される利益」の、従来からの「権利侵害」要件への並列化の意味が改めて問われることを意味しよう。そして、そのことは、おそらく「権利侵害から違法性へ」という流れにおいて「違法論」を把握するわが国「通説」の固定観念的理解に対する徹底した批判が試みられる必然性も、示唆するものとなるかも知れない。

- 19 Picker, Der “dingliche” Anspruch (Fn. 1), S. 315. Siehe auch Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo——Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183, 1983, S. 369 ff., bes. S. 401 und S. 515. ここでピッカー教授は、「当事者間では、債務法上の帰属は、すなわち物権法上の帰属と同じなのである」(Inter partes steht die obligatorische Zuordnung nämlich der dinglichen gleich.) と述べ、さらに「(契約当事者間で) 損害責任のサンクションの抑止的保護を享受する地位にはすべて、思考必然的に、ネガトリア責任の保護が付与されなければならない」(allen den Positionen, die den repressiven Schutz der Schadenshaftungssanktion genießen, denknötwendig auch der [Schutz] der negatorischen Haftung zuteil werden muß) と言っている。すなわち契約の当事者間では、一種のネガトリアの保護請求権が必然的に与えられるのである。これは、ピッカー教授による実体法上の立論にほかならない。これを、わが国民法上の問題に置き換えれば、例えば不動産の売主が第一売買を締結した場合に、第一買主がなんらかの理由で登記の移転を直ちに請求しえない事情があるときに、売主が第三者との間で第二売買を締結しそうな状況があれば、第一買主が裁判所に対して「不動産の登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分」を求めること（民事保全法53条参照）によって、売主の「第二売買」締結行為を negatorisch に「排除」すること、ほぼその実体を同じくする。ともあれ、このように「債権」に対するネガトリア的妨害排除請求権を、ピッカー教授があくまで「契約当事者間」(inter partes) に限定したことは、きわめて教訓的である。これに対して、わが国「権利不可侵性説」の先駆者・末弘巖太郎教授が、無条件に「物権」のみならず「債権」にも「絶対性」がある、と述べ、その立場から一般的に「債権ノ不可侵性」を主張したことが想起されてよい。末弘『債権各論』（1918年〔大正7年〕）1031頁参照。それゆえ「第三者による債権侵害」も当然に、一般的に承認されることになる。なお、末弘『物権法・上』（1921年〔大正10年〕）14-15頁も、↗

て相手方（債権者）の「権利」（債権）を生み出したからである。それは、相手方に対する自律的債務負担という私的自治的行為（ein privatautonomer Akt）から根拠づけられる²⁰。したがって、債務者が「契約内容」に

ゝほぼ同旨を説いている（筆者が参照したのは、1960年復刻版である）。

20) Vgl. Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo (Fn. 19), S. 394. そこでピッカー教授は、「いかなる財産運動に対して個人的な法律行為上の Akt が原因を設定するのか」（für welche Vermögensbewegung der individuelle rechtsgeschäftliche Akt eine causa gesetzt hat）という問題を取りあげ、その上で、「契約の妥当根拠とは、自己決定のうちになされる結合にある」（Geltungsgrund des Vertrags ist die in Selbstbestimmung getroffene Bindung）と述べている（イタリック・原論文）。ちなみに、この点契約上の付随義務の位置づけも問題になる。すなわち「付随義務」（Nebenpflichten）から「妨害予防請求」ないし「不作為請求」が根拠づけられるか否か、という問題が生じうる。これに関連して、上北教授は、特にヘンケル論文を取りあげ、次のように言っている。——「（契約法における）付随的義務においても、それ自体として訴え可能な義務が生まれていること（例えば、BGB 618条や HGB 60条・112条）を理由として、義務の遵守が予防的に保証されるようになってきたと（ヘンケルは）分析している。さらに、こうした状況は不法行為法においても当てはまり、そのために予防的権利保護が拡大しているのだとする。（中略）このヘンケルの立場は、絶対権か否かという基準ではなく、被告に課せられた義務に違反しているか否かが予防的権利保護の根拠となりうるとする点で、これまでの通説的理解との違いが認められ、民法典に依拠しながらも、絶対権および絶対権以外の法益に対して認められる差止請求権を包括的に理解しうる立場であると言える」（括弧内・引用者）とする。上北・前掲論文（前注17末尾）201頁。ただし、注意すべきであるのは、ヘンケル説が付随義務につき、従属的「付随義務」と「独立的」付随義務に明確に分けており（たとえば “zwischen den unselbständigen und den selbständigen Nebenpflichten” という文言に注意）、よってヘンケル教授は、原則的に「付随義務」一般を不作為請求権の対象とすることはせず、あくまで当該付随義務が「独立した付随義務」（selbständige Nebenpflichten）へと高まった場合にのみ、「訴求可能性が今や直接に付与されるがゆえに」、不作為請求権及び危険除去請求権（Unterlassungs- und Gefahrenbeseitigungsanspruch）が承認されることになる旨、述べていることである。その上でヘンケル説は、その例示として下民618条の「雇用契約における使用者の安全配慮義務規定」や下商60条・112条の「競業避止義務規定」を挙げている。Vgl. Heckel (Fn. 17), S. 111. また、上北教授は、「独立したものとしての」（als selbstständig）のことを「それ自体として」と訳されている。これは「誤訳」に近い。そのようなことも影響してか、上北論文では、ヘンケル説が

反して、債権者に（債務者との契約拘束によって）帰属している「給付利益」を第三者に給付するなどして侵害する場合には、債権者は、債務者に対して、「当契約内容に反する第三者への処分をするな」という趣旨のネガトリア的保護請求権を行使しうる（この点についても、すでに本稿前編〔龍谷法学50巻1号〕で触れた）。

このようにピッカー教授が、所有権以外にネガトリア的保護請求権を拡張する場合であっても、当該対象「法益」（たとえば人格的諸利益、知的財産権、保護法規、契約当事者間など）に関して——いわば「前提論」として——必ず「権利＝法的割当て」（Rechtszuweisung）ないしは「債務法上の帰属」（die obligatorische Zuordnung〔当事者間においては物権的帰属と同レベルのもの〕）が承認される必要があった、のである。決して無条件に「あらゆる法益」にネガトリア的保護請求権を拡張するものではない。し

ゝ主観的権利（絶対権）それ自体の水増しの拡張を批判することによって、むしろ古典的「権利論」維持の立場に立っており、その上で「権利」以外の法益保護のために（不法行為法的な方向への）ド民1004条（ネガトリア請求権）のアナロジーを理論的に克服しようとしていることが、必ずしも明瞭に理解されているようには思われないのである（一応それに近いことは述べられているが）。Vgl. Henckel, S. 112-114. ヘンケル教授は、そのような基本的理解を前提として、人の「行為自由」を尊重し、かつその限界を強く自覚する立場から予防的権利保護・法益保護のもつ「警告的機能」（Warnfunktion）に着目するのである。Vgl. Henckel, S. 114. その限りでのみ、侵害（予定）者の行為が「義務違反か否か」（pflichtwidrig ist oder nicht）が問題となるにすぎない。Vgl. Henckel, S. 114. こうしてヘンケル教授は、「保護せられた権利領域は、それが予防的権利保護を享受するために絶対権である必要はない。保護を必要とする利益の保全に資するべき行為禁止が存在すれば、それで十分なのである」と言っている（„Die geschützte Rechtssphäre braucht nicht kein absolutes Recht zu sein, um vorbeugenden Rechtsschutz zu genießen. Es genügt, daß ein Handlungsverbot besteht, das der Sicherung eines schutzwürdigen Interesse dienen soll“）。Vgl. Henckel, S. 120. そして、その行為禁止とは、典型的にはド民823条の「保護法規」を通じたものとして位置づけられうる。Vgl. Henckel, S. 110. このような観点に照らせば、ヘンケル説はピッカー説にきわめて接近してくる。現にヘンケル説が、その出発点を、基本的にピッカー説に求めていたことも印象的なことであつた。Vgl. Henckel, S. 101.

かも、そのような「Rechtszuweisung」ないし「die obligatorische Zuordnung」が当該対象法益に付与される限りにおいて、それら「法益」は、いわば「主観的法的地位」に高まるのであり、仮にそれに対する不適法侵害があれば——所有権侵害のケースと同様に——直ちに＝「自動的」(automatisch)にネガトリア的保護請求権が発動されるのである。この場合に、そのネガトリア的保護請求権は、その母体となる「主観的法的地位」内在的に導き出されるべきものであり、決して「割当て規範」(Zuweisungsnormen) 外在的にネガトリア的保護請求権が出てくるものではない。これらのことが、根本教授の著作において、どれほど正しく認識されていたらうか。これについても疑問なしとは言えない。そのことを言い換えるならば、根本教授が無条件に「あらゆる法益に」ネガトリア的保護請求権を付与しようとする場合——いわばその代償として——舟橋教授流の「相関関係説」的利益衡量判断をするか、あるいはそれとは別に根本教授流の「主観的違法要素」の有無で判断するという趣旨での「諸事情の総合的相関判断」をするか、その選択を余儀なくされる。つまりは、これは、根本説の根底的な問題性として立ち現れるところの宿命的問題にほかならない。さらに言い換えれば、根本教授は、上記ピッカー説的な意味での「あらゆる「主観的法的地位」」が侵害を受ければ、直ちにネガトリア的保護請求権が発動すると解するにとどまるのか。それとも、被保護対象を無条件に「あらゆる法益」とした上で、「相関関係的・総合的利益衡量」と結合させて初めて、ネガトリア的保護請求権が発動される、と構成するのか。そのような形で、根本説における「あらゆる法益保護」の要件論が、その根底的な意味において問われてこざるをえない。これこそ「今後の残された課題」そのものであったはずである（この「課題」を、根本教授が「主観的違法要素」持ち出すことによって解決できるとでも考えておられるのであれば、それは、きわめて「甘い」認識と言わざるをえない）。

〔補論1〕 妨害者による妨害物の「所有権放棄」に関するピッカー教授の見解と私見

ここで、妨害者による妨害物の「所有権放棄」に関する問題²¹についてのみ、補論的に付言しておきたい（その際、執行法上の問題にも留意しつつ考察する）。たとえば、鷹巢信孝教授は、その1988年論文²²で、ピッカー説を踏まえながら、次のように拙論を批判される。——「ピッカー説を支持される川角教授が妨害物の所有権放棄に関しては、次注のようにピッカーとは異なった見解を採用されるのも、上記のような理由（「所有権を放棄するのであれば他人に迷惑をかけないような適切な方法で行うべきであり、被侵害者の同意がない限り、彼の所有地を占拠している状態のままで侵害物の所有権を放棄しても、これを被侵害者に主張しえず、したがって既に発生している妨害排除義務が消滅するわけではない」という理由）からであろうと思われる。しかし、所有権放棄につき、ピッカー説を支持しないということは、ピッカー説の基本的立場を放棄することにならないであろうか」（括弧内・引用者）。尤もなご批判だと考える。ピッカー教授の基本的見解によれば「A（妨害者）が妨害物の所有権を放棄すれば——なるほど所有権の「放棄」そのもの意思モメントの帰結であるが——すでにAによる要件適合的な「妨害状態」（権利重畳ないし権利篡奪の状態）は消滅しており、あとに残っているのは有責の所有権放棄と因果関係に立つ「損害賠償」だけである」²³（括弧

21 この問題は、1972年のピッカー教授の論文で詳しく論じられている。Vgl. Picker (Fn. 5), S. 113-116. その翻訳として、拙訳・川角「エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権（6）』」龍谷法学40巻1号（2007年）174頁以下、特に184-189頁参照。

22 鷹巢「所有権に基づく妨害排除請求」同『所有権と占有権』（2003年。原論文初出は1988年）57頁以下、特に103頁注142。

23 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2）267頁以下、特に287頁。Siehe auch Picker (Fn. 5), S. 113-114. そこでピッカー教授は、妨害者の「所有権放棄」によって、被妨害者は妨害物の所有権を「先占」（Aneignung）によって取得しうるものであり、たとえ妨害物によって事実上の「不利益」をこうむったとしても妨害者に「不法行為責任」✕

内・引用者)とされる。これを、筆者は、1986年の論文で次のように論じた。やや長くなるが、そのまま引用しておく。——「この場合、たしかにY〔妨害者〕は、所有権放棄という行為によって、以後、所有権者としての責任から解放されはするだろう。本稿で主に依拠したピッカーもそのような立場をとる。しかしピッカー説に拠ってもそれほど不都合を生じないのは、ドイツ民法において不法行為に基づく損害賠償の原則的効果が<原状回復>であるからにはかならない。たとえばX所有の私港に停泊中のY所有の小型船が、戦争中爆撃を受けて破損したというケース(OGHZ 2, 170)において、Yは破壊を免れた船の後部を引き取ったあと、前部についてはその所有権を放棄した。これにつき裁判所は、所有権を放棄しても影響なく、前部につきネガトリア的除去請求権あり、と判示した。本稿の立場も、結果的にこれを支持するものであるが、たとえピッカー説に依拠したとしても、妨害状態を目前にして所有権を放棄する行為それ自体を不法行為とみなすことができるとするならば、原状回復の効果として同様の結論が得られるのである。むしろピッカーは、ネガトリア責任〔そのもの〕についての裁判所の判断が「損害賠償責任に方向づけられた考察」によって特徴づけられる点を警戒したのであった」²⁴ (傍点・原論文。亀甲括弧内・引用者)。このように、筆者は、所有権放棄によって、なるほどネガトリア責任(ド民1004条)そのものは消滅しうが、しかし同時に所有権放棄によって(妨害者の)不法行為が成立し、その効果として「原状回復義務」(ド民249条)が発生する場合には、さして結論は変わらない、と考えた。ドイツ民法そのものに関する問題として、この理解は、基本的に今でも正しかったと考えている(ただし、ドイツにおける執行法上の問題²⁵ま

ゝが成立しない限り、当該「不利益」を甘受するほかない旨、主張する。

24 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(1986年)74-75頁。

25 ドイツ法上の損害賠償としての「原状回復」は、「なす債務」=作為債務(しかも代替的作為債務)であるから、ドイツ強制執行手続に関する現行民事訴

では論じえなかった)。これに対して1986年の拙論は、わが国の解釈論としては、詰めが甘かったように思う（この点、率直に「自己批判」しなければならないと考える）。すなわち拙論では、妨害者が仮に妨害物の所有権「放棄」をしたとしても、すでに発生したところの「妨害排除義務から免れることはできない」とも述べていたから、である²⁶。これは、その行き着くところ、裁判上、妨害者の「放棄」の意思に反して「直接の履行強制」を課する考え方を帰結しうる。これは、所有権を放棄するという意思決定＝自己決定をした者に対し、国家権力による強制的な「作為義務」を課することと同じことを意味するだろう。しかしながら、妨害者はそのような（自己の意思決定に反する）強制的な「作為義務」からは解放されるべきである、と考える（現在のわが国執行法制度のあり方に照らしても、そう解するべきである²⁷）。要するに、裁判上、妨害者が法的に負担するものは「作為義務」

ㄨ 訟法887条Iにしたがって、以下のように処理される。——「債権者は第1審の裁判所に対し、債務者の費用をもって当該行為を第三者に行わせることの授權を申請する（代替執行）」。これは、基本的に、わが国民法414条2項本文・民事執行法171条1項の「代替執行」と同じである。奥田昌道＝坂田宏「§414Ⅲ」奥田昌道（編）『新版注釈民法（10）Ⅰ・債権（1）・債権の効力（1）』§§399～414（2003年）550頁。Siehe auch R. Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts, 10. Auflage, 2013, S. 139-140.

26 拙稿・川角・前掲論文・九大法学51号（前注24）75頁。

27 この点につき、次の指摘を参照。——「まず執行経済の理想よりして、国家の力で債権の内容を直接に実現できる場合すなわち直接強制をなしうる場合にはもっぱらこれによるべきことになるが、ただ、近代法の人格尊重の理想からいえば、債権が債務者自身の行為を内容とする場合には、この直接強制の方法をとることはなるべく避けるべきことになる（中略）。したがって、直接強制のできない場合に、代替執行または間接強制の方法がとられることになるが、その際にも、人格尊重の理想からは、代替執行で目的を達しうるときにはもっぱらこれにより、それができないときに、はじめて債務者の意思に対する心理的強制としての間接強制が許される（中略）。以上を要するに、直接強制はいわゆる「与える債務」についてだけ認めることができ、「為す債務」については代替執行、間接強制の順序でその適用が問題になる」（傍点・引用者）。林屋礼二＝中島雅弘「〔履行の強制〕第414条」遠藤浩（編）『基本法コンメンタル・平成16年民法現代語化〔第四版〕新条文対照補訂版・債権総論』（2005年）48頁参

強制問題の評価に転化しているのであるから、その限りで、妨害者の「放棄」の意思表示がその人格の表出として尊重されなければならない（本稿前注27参照）。したがって、当該作為義務を「代替的作為債務」に準じたものとして捉えた上で、執行法においては、民法414条2項本文及び民事執行法171条1項に基づく「代替執行」が適用されることになる（そのための「費用」は、妨害者が負担する。ちなみに、この場合の「費用負担」とは——裁判＝執行という権力的プロセスを媒介にするとはいえ——結局「放棄」の意思が容認されなかったことに伴うところの、妨害者自身による自己本来の権利領域に立ち戻るための「費用負担」を意味する。したがって、その意味で、この場合も、あくまで当該「費用負担」は妨害者自身の「利益」を意味するものであり、「損害賠償」とは異なる）。以上は、妨害者がその妨害物所有権の「放棄」をしたところ——被妨害者が異議を申し立てたにもかかわらず——妨害排除行為をしなかった場合に、妨害者敗訴の裁判が確定した場合の問題であった（被妨害者が妨害者の「不法行為責任」を追及しなかったことを前提としている。かつまた原則的・理論的には、妨害者の「所有権放棄」によって「妨害排除義務」が消滅すべきところ、なんらかの理由でもって裁判所がその「放棄」の抗弁を排斥したケースを前提としている²⁸）。それでは、わが国で妨害者の「所有権放棄」

↘照。なお、我妻榮『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（1964年）87頁以下、奥田＝坂田・前掲注釈（前注25）375頁以下も、ほぼ同旨である。したがって、民法414条1項の「強制履行」とは、もっぱら「与える債務」を対象とした「直接強制」を意味し、他方そのただし書きでいう「債務の性質が強制履行を許さない場合」とは、主に「為す債務」を意味する。それゆえ、この「為す債務」（作為債務、特に代替的作為債務）につき、414条2項本文の「代替執行」が発動されることになる。

28 ただし、上記本文中の「なんらかの理由」を具体的にイメージすることはかなり難しい。今は、下記の「東京高判」を例示することにより、「なんらかの理由」の存在が相当程度限定されるであろうことを指摘するととどめておくしかない。たとえば東京高判昭和51年4月28日判時820号67頁以下は、Y所有地（土地区画整理事業に伴う「仮換地」）の一部が台風の影響によって崩落し、その土砂が隣のX所有地に堆積したので、（i）堆積土砂についての妨害排除請求、（ii）妨害予防＝将来の土地崩壊を予防するための擁壁工事施工請求を行ったノ

ところ、当該事案発生後に、Yが土地所有権そのものを放棄した、という事件を取り扱っている。そしてYの土地所有権放棄の効果につき論じ、民法268条1項（期間設定行為なき場合の、地上権者による地上権「放棄の自由」を承認しながら、地代を支払うべきときにつき、一定の制限を設けた規定）、398条（地上権そのものが抵当権の目的となった場合〔369条2項参照〕に、地上権者等が、地上権を放棄しても、抵当権者との関係では、その放棄を理由に対抗することができないとする規定）の趣旨を踏まえつつ、「およそ権利の放棄は、これにより第三者の権利を害する場合には許されないか、放棄しても当該第三者の権利（妨害排除請求権のこと）には影響を及ぼさないものと解すべきである」として、Yの「放棄」の抗弁を認めなかった。1986年の論文で、筆者は、基本的にこの裁判例の態度を支持した。しかし、現在、これにつき、一定の留保が必要であると考えている。たとえば、仮に「堆積土砂」がAの所有地に「付合」した場合（民法242条）には、少なくとも当該「堆積土砂」に関する妨害排除請求権は問題とならない。これに問題はないだろう。それでは「堆積土砂」が分離可能で、「付合」していない場合に、妨害しているYがその所有地そのものの所有権を放棄した場合はどうであろう。これが先の東京高判が論じたケースであった。Yは、実は、その土地に居住しているわけでもなく、使用収益をも行っていない。ただ亡父から相続によって所有権（厳密に言えば「仮換地」にかかる使用・収益権）をえたにすぎない状況であった。そこでYは、土砂崩落後に土地所有権そのものを「放棄」した。こうして、Yの側にも汲むべき事情はないわけではない（Yは、Xから「請求」を受けて、すなわちY所有地崩落の事実を知らされて初めて放棄した）。ここで注意すべきは、単なる土砂崩落の場合、その土砂について仮にYが所有権を主張する限りにおいては、これは、XのYに対する物権的妨害排除請求権の根拠が存在することを意味する。ところがYは、崩落土砂を含めて土地所有権そのものを「放棄」している。したがって、この時点で、当該崩落土砂に関するXの物権的妨害排除請求権は消滅する、と考えるべきであったように思う。なぜなら、民法268条1項は「地上権の放棄自由」を前提にした「地代支払義務」がある場合の特則にすぎないし、また398条も、抵当権の対象となった地上権を放棄したとしても（つまり放棄自体は認めつつも）、抵当権者には対抗できず、被担保債権につき債務不履行の事実が立証される限りにいて、当該地上権が抵当権実行の客体となることを認めた規定にすぎない。したがって、これらの趣旨をいくら斟酌しても、Yによる所有権放棄の「自由」を制約することは基本的にはできないはずである。残るのは「放棄権の濫用」構成を主張するくらいであろう。そしてその場合であっても、「放棄権濫用」はYの不法行為責任認定の（違法性判断レベルでの）一つのファクターをなすにすぎない。よってXは——すでに本文で指摘したように——結局のところ、裁判＝執行のプロセスによって「代替執行」を求め、Yにその「費用」を損害賠償として請求するしかあるまい（ちなみに本件事案でYは、「損害賠償」

が不法行為にあたる場合には、どのように理解したらいいだろうか。わが国では不法行為責任（＝損害賠償責任）の原則形態は、「金銭賠償」である（民法722条1項に基づく417条の準用）。したがって、基本的には、被妨害者が妨害者から金銭での賠償を受けたのち、自分自身で「妨害状態」を除去してもいいし、第三者に請け負わせて「妨害排除」を行わせてもいいだろう（いずれを選択するかは彼自身の問題である）。それでは——これは例外的に問題となるにすぎないと思われるのであるが——妨害者が「所有権放棄」をすることなく一旦妨害排除義務の存在を（被妨害者に対して）認めたものの、その後結果的に当該「排除行為」を行わなかった場合は、ど

ないし妨害物除去の義務」を引き受ける旨、主張していた〔前掲・判時68頁〕）。それでは（ii）についてはどうだろう。すでに土地所有権そのものを「放棄」したYに、将来の妨害予防として「擁壁工事施工請求権」をも、Xは行使できるだろうか。先の東京高判は「相隣関係」の法の趣旨を参照して「費用平分負担」でのXの請求を認容した。これにつき、筆者は、「相隣関係」でも「妨害」を予定していない規定ない規定（223条、226条、229条）もあれば、「妨害」を予定した（216条）もあるのであるから、安易に「費用平分」論を持ち出すべきではないと批判した。しかし、そこにとどまっていた。結局、ここでもピッカー教授の見解の通り、Yが土地所有権そのものを「放棄」した以上、物権的妨害排除請求権も、予防請求権も、消滅すると言わなければならない。そして、残る問題は「（Yによる）有責の所有権放棄と因果関係に立つ（Xに対する）損害賠償だけ」になると考えるほかあるまい。したがって、Xは、Yの「放棄」行為の不法行為該当性を主張・立証することによって、当該将来の土地崩落予防のための「擁壁工事施工」に必要な「費用」を損害賠償としてYに請求するしかない、と考える（この「費用」の賠償請求額の算定は、現在の裁判実務上、Yの所有権「放棄」と相当因果関係に立つXの「損害」の金銭的評価ということになろう〔「相当因果関係」論に関する学説からの批判は、ここでは割愛する〕。その上で、Xについての「過失相殺」〔722条2項〕の可否が判断されることになろう）。その意味で、先の東京高判は、所有権「放棄」によるネガトリア責任（妨害排除義務・妨害予防義務）の消滅を見誤り、かつまた「放棄」行為がもたらすYの不法行為責任の有無を直視せず、それ（本来不法行為法上の損害賠償請求でカバーされるべき事項）を物権的妨害排除請求権・妨害予防請求権として捉えてしまった、のである（本件Xの「請求」に関する「処分権主義」上の評価は別論とする）。そして、同時に筆者も、それに引きずられる重大な「過誤」をおかしてしまったのである。

うであろう。この場合には、妨害者による被妨害者に対する明示・黙示の「妨害排除債務」負担の合意が存在すると考えてよいだろう（妨害者が「一旦妨害排除義務の存在を〔被妨害者に対して〕認めた」という点に、それが示されている）。この場合、裁判外で、妨害者が自主的に「妨害排除債務」を履行すれば問題ない。ただしその債務不履行によって、被妨害者から提訴され、その勝訴判決が確定した場合には、この「妨害排除債務」を「代替的作為債務」とし、「代替執行」（民法414条2項本文及び民執171条1項）の方法による点は、先ほど指摘したように、「妨害排除義務」の執行方法の場合と同様である（「妨害排除債務」の履行遅延によって被妨害者〔債権者〕に別途「損害」が発生していれば、債務者の帰責事由〔故意・過失〕を要件に損害賠償義務も生じうる〔民法414条4項〕）。

いずれにせよ、妨害者による妨害物の「所有権放棄」がなされた限りは、原則として物權的請求權の効果としての「妨害排除義務」そのものは消滅する、と解すべきである。そして、あとに残る問題は、基本的に——ピッカー教授の見解の通り——「有責の所有権放棄と因果関係に立つ「損害賠償」（に関する問題）だけである」（括弧内・引用者。Vgl. Picker, Zur Beseitigungshaftung [Fn. 2], S. 337; ders., Der negatorische Beseitigungsanspruch [Fn. 5], S. 116.）。この点、石田喜久夫教授の見解が参考になる。すなわち石田（喜）教授は、「所有権の放棄を認めるべきではない、とまでいうのは、行き過ぎの嫌いであろう」とされ、さらに「右「放棄」をもって「所有権の濫用」とし、放棄の効果は認めつつも、A（妨害者）のB（被妨害者）に対する不法行為の成立をもって論じ——「濫用」のクッションを抜くことも可能であろう——、除去のための費用を損害として、その賠償請求を認めるべきであろう」（括弧内・引用者）と述べられている²⁹。石田（喜）教授が指摘されている通り、「所有権の濫用」構成

29 石田喜久夫「物權的請求權について」同『物權法拾遺』（1986年。原論文初出は1984年）1頁以下、特に15頁参照。

はおそらく違法性判断レベルでの一つのファクターとなり、かつまた妨害状態の発生を現認した上での「放棄」行為は主観的有責性（故意・過失要件）を充足するので、比較的容易に不法行為成立が認定されるであろう。これに対して、妨害者が、妨害事実を現認する前に所有権放棄をした場合には——それが立証される限り——妨害者は「物権的妨害排除請求権」を負わないのみならず、「不法行為責任」をも負わない、と考える。たとえば、Aが自己所有の乗用車甲をBから盗まれ、その後Bが甲を乗り回したあと、C所有地に甲を放置した場合、本来Aは、Cのために（かつまたA自身のために）妨害排除義務を負担すべきであるが、AがBから甲を盗まれた時点ですでに甲の所有権「放棄」の意思表示をしていたケースを想定すれば、そういう結論になるであろう（その「放棄の意思表示」が盗まれた時点で、すでになされていたことの立証責任はAが負うこと、当然である。その立証方法はかなり限られ、かつ困難であろう〔たとえば「車検証」の名義をすでに第三者Dに変えていたとか、盗難直後に民法98条の意思表示の「公示」をしていたとかが想定可能であろうか〕）。その場合（適法にAの所有権放棄が認められる場合）、むしろCは、甲（動産）につき「無主物先占」（民法239条1項）による所有権取得の利益を享受しうる。したがってCは、甲を、その所有者として、格安で第三者に売却処分することも自由にできるのである（車検証の取扱いに関する問題はここでは棚上げしておく）。こうして結果的に、私見は、ピッカー教授の見解とほぼ同様になる。この点、1986年論文の見解を然るべく訂正しなければならない。すなわち「妨害者」は、その妨害物の所有権「放棄」によって「妨害排除義務」から免れる。ただし、彼の「放棄」行為が不法行為の要件を充足するものである限り、彼は、不法行為者として被妨害者に「損害賠償」（＝金銭賠償）をすべきことになる。以上の訂正によって、筆者（川角）は従前の見解を自己批判した上で「改説」する。よって鷹巣教授のご批判は、正当である。感謝申し上げる（ただし、そうなると妨害者による「放棄」の自由を、「不可侵義務違反」を根拠に否定される鷹（龍法 '17）50-2, 276（896）

巢教授の見解〔鷹巢・前掲書〔前注22〕101-102頁〕への批判が必要になる。しかし、本稿では、その内容において、同時に鷹巢教授の見解をもほぼ批判しえたものとする。よって、ここでは、これ以上立ち入らない。鷹巢教授から、あるいはその他の方々から筆者が「再批判」を受ければ、その場合、筆者による「再々批判」が要求されることになるだろう）。

〔補論2〕ピッカー教授による「物権的請求権」への懐疑論の実態

① 序 説

2002年の論文で、ピッカー教授は、「物権的請求権」を「解釈学上の鬼火（正体不明の火の玉）」（*dogmatischer Irrwisch*）として把握した³⁰。なるほど、これはショッキングな「表現」であった。しかし、そこには示唆深い「思想」が込められていた。その、いわばピッカー教授による「物権的請求権」への懐疑論の実態を、以下、探してみたい。さしあたり、ここでの筆者（川角）自身の問題意識を言い換えるならば、次のようになる。——なにゆえピッカー教授が「物権的請求権」に対して懐疑を抱くに至ったのか。またその「懐疑の内容」とはいかなるものか。さらにはピッカー教授によって、この懐疑が、どのような形で払拭されようとしているのか。これら「懐疑論の実態」説明は、ピッカー教授の1972年綱領論文³¹以来、幾つもの関連文献を渉猟してきた筆者（川角）にとっては、本稿で根本教授のピッカー理解を批判的に検証する上でも、必要不可欠な作業であるように思われる。

ともあれ、この2002年論文でピッカー教授は、「物権的請求権」に関する自己の立場を再決定する「見地」を示した³²。ここで筆者（川角）が「再決定」というのは、2002年論文が、1972年のピッカー教授による綱領論文の「立場」を「継承」し、さらに「展開」させた側面とともに、それ

30 Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 280.

31 Picker, Der negatorische Anspruch (Fn. 5), S. 18-184.

32 Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 269-318.

を「乗り越えよう」とする新たな側面を示したことを指している。むろん、この補論で、その全面的な検討は不可能である（すでに本稿は、その論述展開に必要な限りで、2002年ピッカー論文につき、幾度か触れた。その「全面的な検討」を、将来の別稿に留保する、という趣旨であると解されたい）。ただし、ピッカー教授は、その2002年論文冒頭に詳しい「摘要」（Übersicht）³³を置かれている。これは、その全体を概観するのに役立つ。まずは、これによりつつ、ピッカー教授がこの2002年論文で、どのように論旨を展開させているのか、確認しておきたい。できるかぎり簡潔に考察する。

② 2002年論文の概観

ピッカー教授の、この論文の成り立ちは、「三部構成」（A、B、C）である。まずAで、「物権的請求権に関する一致した承認と一致した「本質」（Die umstrittene Anerkennung und das umstrittene „Wesen“ des dinglichen Anspruchs）が置かれ、Bでは「ネガトリアの権利保護としての物権的請求権」（Der dingliche Anspruch als negatorischer Rechtsschutz）が考察されている。このBの箇所が、本論文の基軸をなしている（そこでは返還請求権〔Vindikationsanspruch〕を含めた物権的請求権全体が、「ネガトリアの権利保護」として把握されている。さしあたり、このことに留意されたい）。そしてCでは、「あらゆる主観的法的地位の基本的保護としてのネガトリアの権利保護」（Der negatorische Rechtsschutz als Elementarschutz aller subjektiven Rechtspositionen）が置かれ、その主張の帰結がより具体的に示される。

この補論では、Aに関してのみ若干の検討を加える（そこで「鬼火（正体不明の火の玉）」としての物権的請求権が論じられている。B、Cについては基本的に割愛する）。まずピッカー教授は、「物権的請求権の理論的承認」について、およそ以下のように述べている。すなわち「いわゆる物権的請求権

33 Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 269.

は、ドイツ市民法の中心的形象（die zentrale Figuren des deutschen Zivilrechts）として数え上げられ、そのため、もはやそれは「周知の法律的思考様式」（eine vertraute juristische Denkform）となっている。言い換えれば、「物権的請求権」は、その「存在」についても、またその「意味」についても、真剣に争われたことがない³⁴。それどころか、今日、ドイツ民法学は、実定法的にも法解釈学的にも、大抵は議論することもなく（zumeist diskussionslos）、いわゆる「絶対権」（absolute Rechte）³⁵の

34 Picker (Fn. 1), S. 270. この点、本稿でもしてきたように、ドイツ民法典はその903条の所有権定義規定の中で、すでに一般的な「妨害排除請求権」を規定しており、その上で、985条「返還請求権」（Vindikationsanspruch）を置き、1004条1項で「妨害排除請求権」（der negatorische Beseitigungsanspruch）及び「妨害予防請求権・不作為訴権」（Unterlassungsanspruch）を置いている。そして、それを然るべく形で、他の物権・担保物権に準用する明文規定を備えている。「煩ハシイ」と言って立法提案者が物権的請求権の明文化を見送った日本民法典の観点からすれば、うらやましいほど贅沢な規定整備が図られている。これに対してピッカー教授は、そのことをも踏まえつつ、ドイツ民法学説・判例が、ごく当たり前のこととして「物権的請求権」を捉え、その立場に甘んじ、根底的な自己省察・自己批判を「怠ってきた」と警告を発している。こうして2002年ピッカー論文では、日本民法学の立場からすれば、いわばうらやましい限りの「議論」が展開されていくのである。そのような観点から論ずる筆者の立場を、外国法の「直輸入」として切って捨てるのはありうる話しであるが、そのような「切り捨て」は、どうかピッカー教授の所説を十分に吟味した上で行なってほしい。

35 ちなみに「物権」そのものについて、筆者（川角）は、「所有権」を例に挙げて、それを「割当て内容」説的に積極的に理解するイエーリングの見解（権利の核心〔Kern des Rechts〕＝内容〔使用・収益・処分〕とそれを保護するための権利の外皮〔Schale des Rechts〕＝物権的請求権の「二元的把握」と、対するにそれを「不作為請求権の束」として消極的に理解するヴィントシャイト（さらにその極限形態としてのトーン〔August Thon〕の命令説的所有権理解）との見解の相違点について、触れたことがある。1985年の拙論・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〔1〕」九大法学50号61頁以下、特に87頁注69及び89頁注79（イエーリングの見解）、90-97頁（ヴィントシャイトの見解）を参照（特にヴィントシャイトの見解については、やや詳しく検討した）。そして、このような「対立」自体は、ドイツ民法学上、基本的にイエーリング的立場を支持する方向で今日一致を見ている、といってよい。にもか

ための保護請求権として、広く「物権的請求権」を承認している³⁶。言い

「かわらず、本文で注目するように、こと「物権的請求権」については今なお根本的な点で意見の対立を生み出している。その論点に関する最も先鋭的な研究者たるピッカー教授自身も、このような学説状況を踏まえて、物権的請求権論が目下ドイツ学説・判例における「鬼火」（正体不明の火の玉 = Irrwisch）となっていると「形容」し、かつ「警告」している（その内実については、本文で触れる）。ちなみに、ドイツ行政法学者の論稿であるが、以下で紹介する論文は、ド民1004条の実際上の妨害事例（aktueller Störfungsfall）に際して、「絶対権」を、その請求権者の権利自体と相手方の法上の主体的諸権利（Rechtssubjekten Rechte）及び諸義務（Pflichten）、つまりは諸々の法関係（Rechtsverhältnisse）との間で問題にしている。すなわち「多元的法関係」（multipolare Rechtsverhältnisse）の観点から、「絶対権」の「相対化」を図っているのである。これも、「絶対権」の一種の解体論と言ってよいだろう。Vgl. Nobert Achterberg, Die rechtsverhältnistheoretische Deutung absoluter Rechte, in „Recht und Rechtsbesinnung“, Gedächtnisschrift für Günther Küchenhof (1907-1983), 1987, S. 13 ff. bes. S. 24. なお、ほぼ同様の問題意識から「権利から法関係へ」の展開を掘り下げる著作として、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（2000年）443頁以下、特に449頁以下参照。ただし、山本（隆）教授は、アハターベルグ〔Achterberg〕の見解自体には批判的である（それゆえ「法関係論を深化させるために「法関係論」を批判する」と述べている。山本〔隆〕451頁）。

- 36 Picker, (Fn. 1), S. 270. なお、この「（ドイツにおける諸学説が）たいした議論もなしに物権的請求権を承認する」というピッカー教授の指摘は、物権的請求権の明文規定を有しないわが国民法学「物権的請求権論」に関しても、ある意味で一脈通ずるものがある。この点、興味深い現象であり、皮肉な現象でもある。ただし、すでに本稿で確認したように、ドイツでは川島「責任説」のように、不法行為法的思考そのもの（主観的帰責事由 = 故意・過失）を直線的に物権的請求権の効果論と結び付ける学説はほとんどない、といってよい（これに対し、わが国では、加藤雅信教授・大村敦志教授をはじめ、また民主主義法学派に属する論者の多くも、川島「責任説」をほぼそのまま支持するという現状がある。この点、本稿でもすでに批判的に指摘した。龍谷法学50巻1号〔2017年〕所収の拙論〔本稿の前編（1）〕を参照）。また、かつてはドイツでも「忍容請求権」を容認する学説もあった（この点については、1986年の拙稿〔前注24〕56頁以下参照）。しかしながら、今日ドイツで「忍容請求権」説をあからさまに支持する論者をみない。たとえばラレンツ＝カナリスの債務法教科書（本稿前注17）698頁は、一項目をさいて特に「妨害排除請求権」に言及し、明らかに「忍容請求権」説を批判するフリッツ・パウアー的「対抗行為論」〔die actus-contrarius-Theorie〕を支持する立場を表明している（vgl. Fritz Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB-Zugleich ein Beitrag zum Problem

der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes, AcP 160, 1961, S. 465 ff. この論文でパウアーは、全面的に主観的・原因惹起責任の「行為違法論」を批判している。その上で、自己の「対抗行為論」[die actus-contrarius-Theorie]を主張し、展開している。その帰結としてパウアーは、行為の客観的・現代的「違法性」論〔広義の「行為違法」論〕を導き出している)。そして、ラレンツ＝カナリスは——純然たる「状態責任」(Zustandshaftung)を排して——もっぱら「行為責任」(Handlungshaftung)的な妨害排除請求権論を承認する(なおラレンツ＝カナリスは、「原因惹起者」的なネグトリア責任論も、「権利篡奪理論」＝ピッカー説も批判するが、そもそも「忍容請求権」説については、これを視野の外に置いている〔無視している〕)。

〔補注〕ラレンツ＝カナリスが、ピッカー説(権利篡奪理論)を批判する理由は、幾つかある(Vgl. Larenz=Canaris, S. 696)。一つは、占有訴権に関するド民862条1項の規定する妨害排除請求権の位置づけに関する問題である。すなわちラレンツ＝カナリスは、同条同項は「禁じられた私力によって」(durch verbotene Eigenmacht)他人の占有が妨害された場合に、占有者に妨害排除請求権を承認しているところ、この場合には、明らかに(妨害者の過去の行為に属する)「行為責任」(Handlungshaftung)が問題である、と指摘する。にもかかわらず、それをピッカー説(「状態責任説」[die Zustandshaftungstheorie])が適切に説明しきれていない、と批判する。さらにラレンツ＝カナリスは、ピッカー説における「所有権放棄」(Dereliktion des Eigentums)による妨害排除責任「免責論」も、妨害者による費用負担原則を「空洞化」させるものだと、手厳しい。ここで、ラレンツ＝カナリス(なかならずカナリス)によるピッカー説批判を全面的に検討する余裕はない。ただし後者(妨害者による所有権放棄に関する問題)については、すでに本稿〔補論〕で考察した(筆者〔川角〕は1896年論文の立場を自己批判して、ピッカー説支持へと「改説」した)。そこで前者につき、簡潔に付言しておく。まず、ド民862条の占有訴権について、本来的な「権利保護」(Rechtsschutz)のルートに乗るのか、そもそも問題である。むしろ「占有」独特の「平和秩序」(Friedensordnung)ないし「占有秩序」(Besitzordnung)に資するところの「制度保護」(Institutionenschutz)として、特殊に把握する可能性が存在する(たとえば、原島重義「わが国における権利論の推移」・同・前掲書〔前注17〕445頁以下、特に461-462頁参照)。その限りで、(過去の行為に属する)「禁じられた私力」による占有妨害も妨害排除請求権によって保護されている、と考える。しかも、たとえ当該「禁じられた私力」の行使が、すでに「過去に存する行為に基づく責任」(＝行為責任)として理解可能であるとしても、問題の占有妨害それ自体は、たえず現代的にかつ客観的に存在するのであるから、その点でなんらピッカー説に矛盾はないのである。この点をラレンツ＝カナリスは「誤解」しているのではないかと。

以下、本注本論に戻ろう。上記ラレンツ＝カナリスに加えて、さらにドイメ

ドイツにおける最近の典型的物権法教科書では、学説としての「忍容請求権」説に直接言及はなく、ただ判例 (Rechtsprechung) による行為不法的妨害排除請求権論が「状態責任説的」かつ「行為請求権説的」妨害排除請求権と対置されるにとどまっている。Vgl. Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5. Auflage, 2016, S. 645. これに対して、最近のわが国物権法教科書では、あからさまに「忍容請求権」の優位性を説くものがある。内田貴『民法 I 〔第 4 版〕総則・物権総論』(2008 年) 371-372 頁参照。そこで内田貴教授は、まず①「忍容請求権説はまことに鋭く、物権的請求権にこのような忍容請求権が含まれていることは、誰も否定できないだろう」と述べる。その上で②「問題は常にそれにとどまるのか、である。相手方に不法行為が成立する場合には、行為請求権といっても忍容請求権といっても、実質的に相違は生じない。問題は、相手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場合である。たとえば、甲が乙から土地を買って建物を建てたところ、実はその土地の所有者は丙で、甲に対して物権的請求権の行使として土地の明渡しを請求したような場合である。丙の所有権に十分な法的保護が与えられるべきだという観点から、行為請求権と解すべきであるように思われる (甲が費用を負担し、場合によって乙に賠償請求する)。これに対して、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であろう」(傍点・原書。①②の表記は引用者) と述べている。一見したところ、当然のことを述べているようにも読める。しかし、問題なしとは言えない。まず①の箇所について論ずる。本稿ですでに指摘したように (本稿前編・龍谷法学 50 卷 1 号注 74 及び注 139 とそれに対応する本文参照)、「実質権」(Substanzrecht) を保護するため「保護権」(Schutzrecht) が機能するという場合、その「保護権」を忍容請求権的に理解する余地はたしかにありうる。たとえば所有者 A が、B 所有の施設甲から妨害を受けているときに、A が B に対して「B 所有地に立ち入って妨害を排除する行為を自分でするから忍容してくれ」と請求する場合、内田教授の言われる「忍容請求権」が妥当するかのように見える。その意味で「物権的請求権にこのような忍容請求権が含まれていること」は一応想定可能である。しかしながら、ドイツ民法「物権法」前草案の起草者ヨホウ (Johow) は、このような場合に、上記の「忍容請求権」を否定し、「行為請求権」を承認した。なぜか。それは、この場合に A の「物権的請求権」を「忍容請求権」と解するなら、かえって A・B 間での余計な紛争 (たとえば B による立ち入り拒絶に起因する紛争) が生じること、ヨホウが懸念したからである (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——ヨホウ物権法前草案前史ならびにその基本構造を中心に」龍谷法学 30 卷 1 号〔1997 年〕1 頁以下、特に 45-46 頁参照)。このようなヨホウの見地 (行為請求権説) に立てば、B による「妨害」が認定される限り、A は B の行為による妨害排除請求権を行使しうる (その排除に費用がかかれば、B は自己の所有領域保全を兼ねて当該「費

ゝ用」を負担すべきことになる）。したがって、内田教授が言うように、「物権的請求権にこのような忍容請求権が含まれていることは、誰も否定できないだろう」（傍点・引用者）とは決していえない。端的に、ヴィントシャイト的に所有権を「不作為請求権の総体」として消極的に理解する場合にのみ、論理上、「忍容請求権」が出てくるにすぎない（このようなヴィントシャイト「所有権論」とその「忍容請求権論」については、1985年の拙稿〔前注35〕91頁〔ヴィントシャイト「所有権論」〕及び94-95頁〔ヴィントシャイト「忍容請求権論」〕を、それぞれ参照されたい。要するにドイツの通説・判例のみならず、わが国「行為請求権説」的物権的請求権論の見地からすれば、「忍容請求権」は無用の産物にはかならない）。かくして「物権的請求権にこのような忍容請求権が含まれていることは、誰も否定できないだろう」という内田説は、いわば論証なき不当な「独断論」（der Dogmatismus）に陥っている、と思われる。安易にこれに乗せられてはならない。次に②の箇所について。まず「相手方に不法行為が成立する場合には、行為請求権といっても忍容請求権といっても、実質的に相違は生じない」という内田説の記述は、川島「責任説」と同一の発想を示すものである（内田教授は、直接、川島「責任」説を引用しているわけではないが、川島「責任説」のこの発想については、すでに本稿前編で指摘した。龍谷法学50巻1号注213とそれに対応する本文を参照）。したがって、この記述にも一応「留意」しておく必要がある。ただし、それ以上に肝心なことは、内田教授によれば「相手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場合」の例として「甲が乙から土地を買って建物を建てたところ、実はその土地の所有者は丙で、甲に対して物権的請求権の行使として土地の明渡しを請求したような場合」が挙げられていること、である。そして「丙の所有権に十分な法的保護が与えられるべきだ」という観点から、行為請求権と解すべきであるように思われる（甲が費用を負担し、場合によって乙に賠償請求する）と結論づけられている（この「結論」自体に筆者〔川角〕が異議を申し立てるわけではない）。問題であるのは、この記述において、「相手の行為によって侵害」が生じた場合、一般的には丙の土地所有権を——いかなる理由・経緯によるものかは不明だが——わがものとした売主乙こそ、まずは「その行為によって侵害を生ぜしめた者」というべきではないだろうか（たとえば乙による登記済権利証の偽造行為、ないし乙による丙の土地の不法占有行為などが想定されよう。だから第一義的には甲ではなく、乙こそ、その「行為」によって「侵害」を生ぜしめた者ということになるはずである）。それでは、内田教授は、なにゆえ買主「甲」を「その行為によって侵害を生ぜしめた者」にあたと解するのであろうか。この点、説明を要する。おそらく内田教授は、甲が乙からの「売買契約」によって丙の土地を「所有する」に至ったという点を捉えて——つまりは売買行為による甲の土地「取得」及びそれに起因する土地の引渡しを介した甲の占有行為（甲自身の建物建築行為を含む）を根拠にして——「甲の行為」によって

換えれば、ひとは「物権的請求権」を「本来あるべき形で考察しておらず」(Man erwägt ihn [=den dinglichen Anspruch] nicht eigentlich)、むしろそれを所与の「前提としている」(man setzt ihn [=den dinglichen Anspruch] voraus)³⁷。これに対して、ピッカー教授は——その結論を先

「侵害」が生じた、と解されるのであろう(法学部生・法科大学院生用の教科書としては、この点、内田教授はより丁寧に説明しておくべきであったように思われる)。その限りにおいて、内田教授は「行為責任」的物権的請求権論の立場に立つ(上記のラレンツ=カナリスの見解に近い。ただしラレンツ=カナリスは——すでに指摘したように——忍容請求権そのものを排斥している〔無視している〕。この点、ここで再度指摘しておきたい)。こうして内田教授は、それ以外の場合(「妨害者の行為によらない侵害」の場合)の「物権的請求権」につき、それを広く「忍容請求権」として把握すべきである、と言う。要するに、「たいした議論もなしに物権的請求権を承認する」ところのドイツの学説状況は、わが国にとって「対岸の火事」どころの話ではないのである。なぜなら、ドイツでは「たいした議論もなしに」行為請求権的物権的請求権論が「支配的見解」となっているのに対して、わが国では逆に「忍容請求権」を前提とする川島「責任説」(それを支持するかなり多数の学説)及び内田教授流の「忍容請求権説」優位論(ないし「行為責任」的物権的請求権論)がまかり通っているのであるから。こうしてわが国では、文字通り「たいした議論もなしに」、より歪曲された「物権的請求権論」なるものが通用しているわけである(ちなみに、内田貴教授の論ずる「行為請求権説的物権的請求権論」において、「返還請求権」と「妨害排除請求権」とが「衝突」するとの所説の不当性については、すでに拙稿・本稿前編〔1〕龍谷法学50巻1号注115で論証した。なお、上記で述べた内田教授の見解に対する批判は、本稿前編注115と一部重複している。この点、御海容を願いたい)。

37 Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 270. それに続けてピッカー教授は、「にもかかわらず、「物権的請求権」はローマ法以来の法伝統に支えられ、もはやドイツのみならず、オランダ、スイス、オーストリアさらにフランスでも周知の、行き渡ったものとなっており、まさしく「ヨーロッパ的法形象」(geradezu als eine *europäische Rechtsfigur*)として妥当している」と述べている(イタリック・原論文)。Picker, a. a. O., S. 270. ちなみに、ピッカー教授がフランスの例として挙げている文献は、François Terré=Philippe Simler, Droit Civil-Les Biens, 5. Aufl., 1998, Rz 36 ff. である(Picker, S. 270 Fn. 5)。このTerré=Simlerの所説によれば、なるほどフランスにおいても「物権」は、(ドイツにおけるヴァイントシャイト権利論〔万人に対する請求権の束としての物権論〕とほぼ同様に)「包括的な消極的債務(obligation passive universelle)」を生み出すもの、とも解されている。しかし、これに対して Terré=Simler は、ノ

取りする形で——「物権的」請求権が物権法上の法的地位を越え、広く債務法上の法的地位（Rechtspositionen des Schuldrechts）をも包括し、よって「物権的」請求権が絶対的主観的権利と並んで相対的な主観的権利をも（auch die relativen subjektiven Rechte）保護すべく規定されていること、を論証しようとする³⁸。そしてそのためには、「物権的請求権」そのものの再検討（精密な性格規定〔Präzisierung〕）を必要とする、という。同時にそのためには、「相異なった、しかし相互補完的な市民法上の責任システムの秩序機能（die unterschiedlichen, aber komplementären Ordnungsfunktionen der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme）」を、それら「諸々の責任システムの協働のもとで一層精密に規定すること」（in ihrem Zusammenwirken zu präzisieren）が必要である、とする³⁹。にもかかわらず、すでに述べた学説・実務（判例）における「物権的請求権」の論証なき自明視は、BGBにおける物権的請求権の詳細な諸規定にも助けられて、かえって一層の混迷性を示す、という⁴⁰。したがってピッカー教授にとっては、まずなによりも「物権的請求権が実質的に未だ

、それを「物権の対抗可能性（l'opposabilité du droit réel）を説明するために、包括的な消極的債務、つまりは物権の権利者以外のすべての者の資産（patrimoine）の中にそれが存在することを想定するのは、まったく逆説的（franchement paradoxal）である」（傍点・引用者）と批判する。Terré=Simler, Droit Civil-Les Biens, 9. édition, 2014, Rz 48, p. 62. その限りで、少なくともTerré=Simlerは、ピッカー教授の見解と共鳴する立場を示している。なお、この点、大阪市立大学大学院法学研究科の森山浩江教授から懇切な翻訳文及びTerré=Simlerの最新版＝第9版コピーを頂戴した。記して心から感謝の意を表す。ちなみに、森山教授の御教示によれば、上記「批判」に関するTerré=Simlerの第5版も、また第9版も、同じ内容の記述となっている、とのことであった。

38 Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 271.

39 Picker (Fn. 1), S. 271. 要するにピッカー教授は、「物権的請求権」（ネガトリア的権利保護・法益保護）と不法行為損害賠償請求権ならびに不当利得請求権の相互補完的な「協働」の必要性を説く。

40 Picker (Fn. 1), S. 272.

解明されていないこと」(die sachliche Ungeklärtheit des dinglichen Anspruchs)を論証することこそ、必要なことだとされる⁴¹。その手始めに取り上げられるのが、ローマ法における訴権思考(Aktionendenken)であった。なかでもローマ法源上の定義による限り、対物訴権(die actiones in rem)は、「いかなる法律関係によっても義務づけられていない者に対して」(gegen den, der ihm aus keinem Rechtsverhältnis verpflichtet ist)、原告が訴え出るのであるが、にもかかわらず「何らかの物のゆえに」(wegen irgendeiner Sache)彼(原告)は、「法律上の争い」(Rechtsstreit)を被告に対して開始する、という抽象的な記述(abstrakte Beschreibung)に終始している。このようなローマ法上の「対物訴権」にかかる「定式」は、「あからさまな形で、明瞭性どころか、むしろ謎を生み出す」(schafft...offenkundig mehr Rätsel als Klarheit)⁴²。このようなローマ法的訴権思考にとらわれるからこそ、現代の著作においても「あたかも「債権」(Forderungsrechte)と同様に他人の作為または不作為へと向けられているにもかかわらず、「物権的」(“dingliche”)なものとして性格づけられている諸権利のような……これらの請求権(diese Ansprüche)は、したがって相対権である(also relative Rechte sind)」というような記述がみられる⁴³。ピッカー教授によれば、これこそは物騒

41 Picker (Fn. 1), S. 273 ff.

42 Picker (Fn. 1), S. 274. それに引き続いて、同じ頁でピッカー教授は、そのような抽象的難解性をローマ法源的「具体例」によって解明しようとしても、その難解性は「びっくりもしない」(überrascht nicht)と指摘する。

43 M. Wolff=L. Raiser, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 10. Auflage, 1957, S. 8. そこで、ヴォルフ=ライザーは「物権」の特質を「物に対する人の可能な法=権利関係の充填物」(die Fülle möglicher Rechtsbeziehungen einer Person zu einer Sache)として把握している。これは「人と物」の視点を「人と人」に置き換えれば、すぐさまヴィントシャイト流の「物権」=「所有権」概念(請求権の束として主観的権利)に転換する類いの定式化にはかならない(ヴィントシャイトの権利論については、本稿でもすでに触れた。念のため、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(1)——その序論的考察」ノ

な記述（Verunsicherung）そのものであり、しかもそれが顕著に（spürbar）示されている、と批判される⁴⁴。ともあれドイツでは、結局のところ物権的請求権も、請求権である限り「債権」と同様に「人と人との関係」として捉えられざるをえないのであった⁴⁵。要するに、ドイツの学説

↘九大法学50号61頁以下、特に89-97頁の比較的詳細な考察部分の参照を乞う。

Siehe auch Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 274 am Ende und dort Fn. 26)。だからこそ、ヴォルフ＝ライザーは、容易に物権的請求権をして、それを「債権」（Forderungsrecht）ないし「相対権」（relative Rechte）と同一視したのである。ちなみにその際に、ヴォルフ＝ライザーにとって①「保護されるべき物権と物権的請求権との依存関係（Abhängigkeit）は、あらゆる物権的請求権に共通である」とされていることにも、注意しておきたい。そして、すでにヴォルフ＝ライザーによって、保護されるべき「物権」そのものが、②「物に対する人の可能な法＝権利関係の充填物」として捉えられており、物権＝「請求権」（＝訴権）という理解を可能にする枠組みが設定されていたことに、十分留意されたい。そして、上記①の文章について、ヴォルフ＝ライザーは、（筆者の観点からすれば、ヴィントシャイト権利論の忠実な継承者の代表格であるところの）フォン・トゥールの見解（Andreas v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 242 ff.）を、真っ先に参照指示している。これは、きわめて示唆深い記述である。Vgl. Wolff=L. Raiser, Sachenrecht, S. 8. Fn. 2.

44 Picker (Fn. 1), S. 274. なお、本稿前注43も参照。ピッカー教授によれば、フォン・トゥール、ヴォルフ＝ライザー以外にも、Medicus, Baur=Stürner, Mager らも同様の観点を示す、という。

45 Picker (Fn. 1), S. 274. ピッカー教授は、そのことを、物権的請求権が「特定人」（eine bestimmte Person）に対して「特定の行為態様」（eine bestimmte Verhaltenweise）を義務づけるものである限りにおいて、それ（物権的請求権）は「他のあらゆる請求権」（jeder andere Anspruch）と同様に「純粋に債務的性質」（rein obligatorische Art）をもつとする見解を例に挙げて、論じている。ちなみに、そのことを端的に主張するのは、Gerhard Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 8. である。Siehe dazu Picker (Fn. 1), S. 274, Fn. 23. そしてこのような「人と人との関係」を「所有権」そのもののうちに把握したわが国・法学者こそ、川島武宜教授であり、その初期の代表作『所有権法の理論』（1949年）であった。また川島「法律の物神性——新入生諸君のために」（1947年。藤田勇＝江守五夫〔編〕『文献研究 日本法社会学会』（1969年）所収183頁以下）も、そうであった。さしあたり1985年の拙稿・川角・九大法学50号（前注35）109-112頁参照。なかでも川島『所有権法の理論』同『川島武宜著作集第七巻・所有権』（1981年所収）の、次の記述には目が離

は、一方で平板に「物権」と「債権」の区別を説きながら、他方、請求権レベルでは両者を相互に融合化し（sich ineinander verschwimmen lassen）、結局、物権的請求権も債権的請求権も「同一物」と看做されるに至る⁴⁶。その結果、かえって債権的請求権のもとの「実質権」（Sub-

ゝせない。——「思うに、物権的請求権は特定人に対して行使されるところの物権の具体的効力の関係である。すなわち、物権を特定人に対し主張する具体的関係を時に訴訟的側面において捉えたものを物権的「請求権」dinglicher Anspruch と称するのである。フランスではこれに該当するものを物的「訴権」action réelleと称する。請求権 Anspruch とは、権利が裁判上主張される現象的側面を把握する概念であり、ローマ法・ドイツ普通法の訴権 actio の概念の実体法的翻訳である」（川島・前掲著作集115頁）。さらにその前の箇所、川島教授はこうも言っている。——「所有権のみならず近代法におけるすべての権利・義務・法律関係が観念的な存在であることが、単なる現象型態であって、特殊＝近代的な現実の人間対人間の一定の歴史的関係そのものであるということ」が「近代的所有権の本質」の一つである、と（川島・前掲著作集110-111頁）。以上のような、川島教授の所有権論及び物権的請求権論は、ほぼそのまま上記本文でピッカー教授が批判した内容を典型的な形で「体现」したものとなっている。すなわち川島教授は、ものの見事に「物権を特定人に対し主張する具体的関係を時に訴訟的側面において捉えたものを物権的「請求権」dinglicher Anspruch と称する」と述べ、「請求権関係」にその考察の重点を移している。そして、その前提となる「所有権の本質」じたい、「特殊＝近代的な現実の人間対人間の一定の歴史的関係そのもの」として把握した。その帰結として、川島教授は、一応債権と物権の対比を承認しながら、「物権的請求権」が訴訟的側面では「特定人の作為または不作為を義務づける機能と目的をもつもの」と解されるに至る。なるほど川島説においても「請求権 Anspruch」は actio の「実体法的翻訳」とされる。しかし、その「実体法的」物権的請求権説自体がもっぱら「忍容請求権」であるにとどまり、相手方の不法行為法的帰責根拠（故意・過失）を待って初めて、相手方の費用負担での妨害排除を請求しうるところの「行為請求権説」的物権的請求権に「転化」するにすぎなかった（＝川島「責任説」）。その川島「責任説」自体が、ローマ法的訴権思考に拘束されていたことは、すでに触れた（本稿前編・龍谷法学50巻1号注199とそれに対応する本文を参照）。ともあれ、こうしてみると、ピッカー教授が批判するドイツ少数有力説（ヴィントシャイトやフォン・トゥールら）の立場が、わが国有力説（川島「責任説」・内田「忍容請求権優位説」など）の立論方法ときわめて近似していることがよくわかる。

46 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn 1), S. 274-275. そのような支配的理解から、債権法規定の物権的請求権への「適用ないし類推適用」が、論

stanzrecht) と「保護権」(Schutzrecht) の実体も見失われる。そして、そのような「物権的」請求権と「債権的」請求権の「同一化」は、「物権的請求権」を物権実現のための「現実化請求権」(Verwirklichungsanspruch) として把握する見解の下で著しく現実化する⁴⁷。なぜなら、このような「現実化請求権」は、もっぱら物権実現のために問題とされるにとどまり、「債権」の場合の（当事者間での）「現実化」の論理を見失うことがあるから、である⁴⁸。これに対して、たとえばメディクスのように、物

ゝ理必然的に承認されるに至る。その典型は、*Hans Dölle*, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 3, 1929; *Philipp Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930; *Horst Horstmann*, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938; *Harry Westermann*, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966.; *Fritz Baur*, Lehrbuch des Sachenrechts, 1970; *Heinrich Mager*, Besonderheiten des dinglichen Anspruchs, AcP 193, 1993, S. 68 ff. bes. S. 85. であった。Vgl. Picker, Der negatorische Anspruch (Fn. 5), S. 159, Fn. 5. わが国でも比較的気軽に物権的請求権への「債権法諸規定」の「適用」が肯定されている（この点、本稿続編で触れる）。

47 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 275-276 und Fn. 34. その注記で、ピッカー教授が挙げている参考文献は、前注46所掲の P. Heck と H. Mager である。

48 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 275-276. にもかかわらず、ヘックが物権的「請求権」を、その「請求権」性において「債務」と同等視していることは無視できない。Heck, Sachenrecht (Fn. 45), S. 124 Fn. 3. そこでヘックは、物権的請求権につき債務法上の諸規定、さらに不法行為法規定や不当利得法規定の介入可能性を肯定している。ただしそれは、主にド民987条以下の所有者・占有者間の法規制によって実現されているので、ことに不法行為法規定の適用はかなりの点で制限を受けている、と述べる。なお、それ以外の物権的請求権の一般理論では、ヘックは「権利の割当て機能」に着目しており、かなりピッカー教授の説にも近い観点を示している。たとえば「物権の承認とは、権利者への物的財貨の割当てのことであり、それは保護の要請を内在するものである」（“Die Anerkennung der dinglichen Rechte, die Zuweisung eines Sachguts an den Berechtigten enthält ein Schutzgebot”）と記している。とはいえ、この「物的財貨」(Sachgut) が何を意味するのか、は今なお問われるべき一つの課題である。要するに「権利の割当て内容」(der Zuweisungsgehalt des Rechts) のうちに、文字通りその「内容」として何が含まれているか。➤

権的請求権を債務法上の履行請求権 (schuldrechtlicher Erfüllungsanspruch) と同等視する場合、それは確かに正当な側面をも持つのだが、その際、むしろ顧慮されるべきことは——物権的請求権と履行請求権との

ゝ対象の「基体性」(Substrat) を意味する「利益」そのもの (das *uti, frui, abuti*) であるのか、それとも使用「権限」・利用「権限」・収益「権限」として、「利益性」のみならず、同時に「権限性」(Befugnisse) をも含むのか、問題となりうる。前者であれば、とりわけ物権的妨害排除請求権において、被侵害物の「有体的・物理的変更」(die körperliche oder physische Veränderung der betroffenen Sache) を「妨害」概念に含ませしめることを容易化する。その結果、物権的妨害排除請求権の中に、いわゆる「結果除去請求権」(Folgebeseitigungsanspruch) を含ませしめるに至る。同時に、その要件として不法行為法的な「行為不法」(Handlungsunrecht) ないし「容態違法」(Verhaltensrechtswidrigkeit) を付加せしめることにもなる。それに対し、後者は異なる。すなわち後者の立場によれば、「割当て内容」の利益権限性に着目すべきであり、利益の「基体性」(Substrat) への侵害を、そのものとして物権的妨害排除請求権の射程範囲から除外すべきことになる (それゆえ「結果除去請求権」を物権的妨害排除請求権の外へ追いやるべきことになる)。すなわち、後者の立場は、純然たる物権的妨害排除請求権の法形象 (Rechtsfigur) を維持し、客観的・現在の権利状態 (しかも侵害者・被侵害者両方の権利状態) を、法的に (同時に) 評価して「妨害状態」の有無を判断すべき態度を導き出す。これは、一見したところ物権的妨害排除請求権による保護範囲を狭めるようにみえる。しかし、それにたじろいではない。むしろ、不法行為法そのものの要件として、客観的な権利侵害・法益侵害 (それ自体「割当て秩序」違反の有無によって判定される) の要件 (客観的違法要件) を前提としておき、かつ同時に主観的帰責根拠としての過失 (culpa, Fahrlässigkeit, Verschulden) を厳密に (広く、かつ厳しく) 理解する立場を再確認すべきである、と考える。そしてその立場は、必然的に結果への予見可能性を徹底的に追及する態度を要求する。その帰結として、過失責任の射程範囲を広げ、いわゆる無過失責任の射程範囲を狭める立場が生み出される (特別法 = 「立法」によってのみ「無過失責任」が承認されることを原則化する)。これによって初めて、「侵害者」の「行為自由の要請」(Postulat der Handlungsfreiheit) と「被侵害者」の「権利保護・法益保護」が——両者 (物権的妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権) の「協働」(Zusammenwirken) を通じて——実現される (それに不当利得法上の保護を加えることで、より包括的な権利保護・法益保護 [der umfassende Rechts- und Rechtsgüterschutz] が実現しうる)。ただし、この点、今後研究を深めるべき課題として留保しておく。したがって、関連する文献 (わが国のものを含めて) の参照指示は、ここでは一切控える。

「同等視」そのものではなく——相対権が、たとえば（当事者間では）実質権としての機能を生み出すところの売買契約（Kaufvertrag als Substanzrecht）から成り立っているものであり、まさにほかならぬ契約当事者間の結合の中で（gerade und nur in der Gebundenheit des Vertragspartners）——「物権」の場合とは全く別個に——履行としての給付を請求しうる権能のうちに成り立っている、というほかならない⁴⁹。こうして法秩序による割当て機能の所産として第一義な意味をもつ「実質権」を付与されたところの諸権利（契約当事者間での「債権」を含む）を保護するため、第二次的に「保護権」が機能すべきである、とする。だとすれば、物権的請求権は、その意味での「法秩序による割当て機能の所産」の原型＝典型（Prototyp）としての観点から根底的に把握され直すべきことになる、という⁵⁰。かつまた、そのような「法秩序による割当て機能の所産」

49 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 276, Fn. 36. なお、ここでピッカー教授が引き合いに出しているメディクスの著作は、Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., 1999, Rz 436 である。ちなみに、筆者（川角）の手にあるメディクス19版によれば、明らかにメディクスは、ヘックによって定義づけられた「現実化請求権」（Verwirklichungsanspruch）の立場を支持している。その上で「したがって」（also）という順接接続詞を用いて、物権的請求権が債務法上の履行請求権と「同列視」される、と述べている。Medicus, Bürgerliches Recht, 19. neubearbeitete Auflage, 2002, Rz 436, S. 279. Dazu siehe auch Medicus, Bürgerliches Recht, 23. Aufl., 2011, Rz 436, S. 209.

50 たとえば、これに関連してピッカー教授は、次のように言っている。——「制定法が所有権のもとで、かかる（主観的かつ割当て的に保護された）権利の母型（Mutterfigur）として、一方でドイツ民法典903条の内容規定によって、他方では985条、1004条、823条、812条に基づく諸々の請求権によって、最も明瞭な形で（am klarsten）現実化しているところの主観的な法的地位の割当てと保護の協働（das Zusammenspiel von Zuweisung und Schutz subjektiver Rechtspositionen）は、一個の一般的な法原理（ein allgemeines Prinzip）を体現するものである」（イタリック・原書。傍点及び括弧内・引用者）。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 313. ちなみに、このようにピッカー教授において「主観的法的地位」（die subjektive Rechtsposition）が語られる場合、常に「市民法秩序による法＝権利の割当て」が内在されていることに十分注意すべきである。このことは、ピッカー教授の同論文の至る箇所所示されている。

は——すでに述べたように——「債権」についても、然るべき形で——契約内容に応じたところの割当て保護の対象となるか否かのテストを経た上で、あるいは法定債権債務関係上の割当て保護の有無を検証した上で——いわゆる実質権としての「債権」に基づくネガトリア的保護請求権（保護

ゝる。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 276, S. 287, S. 300, S. 313, S. 314, S. 316, S. 317. にもかかわらず、根本教授のように、ただ「あらゆる主観的法的地位」（*jeder subjektiven Rechtsposition*, Picker, Der „dingliche“ Anspruch, S. 318）の文言のみにしがみついて、物権「内在的」な物権的請求権を忘れ、我妻「相関関係説」の採用による物権的請求権「解体論」に通ずる観点を示し、かつまた独自の「制度」としての「差止請求権」を論ずる態度は、根本的に誤っている（*verfehlt*!）。繰り返す。ピッカー教授にあっては、「主観的法的地位」そのものが「法的に割当てられた市民法上の主観的地位」を指するのであって、無制約的・無原則的な「あらゆる主観的法的地位」がネガトリア的保護請求権の対象となるのではない（すでに「主観的」という文言そのものに、「割当て機能」が含意されている）。したがって上記「一般的な法原理」の真意も、ピッカー教授によれば、あくまで「市民法上の一般原理」であり、その中で「物権的請求権」は、そのものとして「あらゆる主観的な法的地位」の「母型」（*Mutterfigur*）にほかならない（ちなみに、ピッカー理論において、物権「内在的」に物権的請求権が承認されるべきことも、上記で引用した Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 276, S. 287, S. 300, S. 313, S. 314, S. 316, S. 317 の諸箇所を熟読すれば、一目瞭然である）。これを忘れて——つまりはピッカー論文をまともに読むことすらせずに——ピッカー理論をもてあそぶことは決して許されるべきことではない。たとえば根本教授は、ピッカー説によれば、物権「外在的」に物権的請求権が把握可能であり、よって保護対象とは切り離された「制度」としての「差止請求権」がピッカー説によっても根拠づけられるとし、さらに挙げ句の果ては根本教授流の「違法侵害説」が「ピッカーにより提示された」など書いている。これは驚くべき「理解」である。根本・前掲書（前注5）220頁の記述をじっくり味読されたい。このようなねじ曲がった「理論」は「理論」ではない（ちなみに、根本教授の著作の題名は『差止請求権の理論』である）。要するに根本説は、すでにそれ以前の問題（「理論」以前の問題）を抱え込んでいる。これは、学問な作法に関わる初歩的なことに属する。このような歪曲された理由づけでもって、ピッカー教授及び原島教授をはじめとし、筆者（川角）のみならず、さらに中村哲也教授や吉田克己教授まで「違法侵害説」の支持者とすることは、学問的に許されるべきことではない、と思う（たとえ根本教授が、お好みの仮定的表現の下で、筆者らを「違法侵害説」支持者呼ばわりをしても、学問的に不当な事態は、なんら異ならない）。この点、根本教授による根本的な再考を切に願う。

権) という形態でもって、それに固有な妨害排除機能が——債権・債務関係の「当事者間」で——承認されるべきである、とする⁵¹。そして、だからこそ、より深く、より徹底的に物権的請求権の「内実」が論証されるべきである。ところが、ドイツではそれがなされていない⁵²。これが、本論文 (Der „dingliche“ Anspruch) におけるピッカー教授の基本的スタンス (現状認識) であった⁵³。その上で、改めてピッカー教授は「解釈学上の

51 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 276.

52 ピッカー教授によれば、一方で物権的返還請求権 (Vindikationsanspruch) のもとで物権的返還請求権 (der dingliche Herausgabeanspruch) が「債務法上の調達の返還請求権」(ein schuldrechtlicher Rückverschaffungsanspruch) に置き換えられていること (いわば持参債務的に捉えられていること) に強い危惧の念を表明する。他方、ネガトリア請求権については、過責 (Verschulden) の分だけ切り縮められた「原状回復請求権」として把握される問題が提起されている。これをどのように批判的に克服することが、切実な課題となっている、とする。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch“ (Fn. 1), S. 278 (Vindikationsanspruch) und S. 279-280 (der negatorische Beseitigungsanspruch). ちなみにピッカー教授は、Vindikationsanspruch に関して、ドイツの多くの学説が「返還責任」(Herausgabebefugung) の根拠と内容の精密な規定化に関する原則的な不安定性に陥っており、そのことは、諸学説が「返還責任」を positiv に捉えるのではなく、「返還」とは「所有権者による引取の忍容よりも多めのもの」(es sei „Herausgabe“ ...mehr als „Duldung der Wegnahme durch den Eigentümer“)として、むしろ negativ に把握することによって明示されている、と批判している。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch, S. 278. そこでピッカー教授は、そのような (不当な) 「諸学説」として、以下の文献を参照指示している。該当する注46 (Picker, Der „dingliche“ Anspruch, S. 278 Fn 46) を、原文でそのまま引用しておく。—— „So Wolff=Raiser, Sachenrecht, § 985, S. 321 Fn. 8, Hervorhebung von mir; ebenso etwa Staudinger=Gursky, § 985, Rz 56; Wieling, Sachenrecht, 3. Aufl., 1997, S. 156; Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, 1906, S. 28 f („besonders intensive Ausgestaltung der absoluten Duldungspflicht“).“ なお、レーマンの引用箇所のみ、以下に訳文を掲げておく。—— 「(物権的返還請求権 Vindikationsanspruch において) 絶対的忍容義務がとりわけ強固に形成されている」(括弧内・引用者)。

53 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 276-279. その箇所でピッカー教授は、物権的請求権の「射程領域」(Kreis) が解明されておらず、そもそも物権的請求権の「内容及び範囲」(Inhalt und Umfang) に関して争いがある、と指摘している。なお Kreis と Umfang の違いは微妙である。Umfang ↗

鬼火（正体不明の火の玉）としての物権的請求権」（*der dingliche Anspruch als dogmatischer Irrwisch*）を論ずる⁵⁴。要するに、この項目でピッカー教授による物権的請求権への懐疑論の実態が呈示される。簡潔に

ゝは、物権的請求権の「効果」の及ぶ範囲を指す。したがってここでは論外とする。それでは Kreis の意味は何か。それのみ論じておく。ピッカー教授によれば、Kreis は、次のような場合に問題となる。すなわち、物権的請求権が「物権保護に資すべく」規定されているという周知の観念を、近時の論者（特にマーガー氏 [Mager (Fn. 46)]・シュトゥットガルト首席裁判官）が執行法上の「第三者異議訴権」（Drittwiderrspruchsklage）及び破産法上の「別除権」（Aussonderungsrechte）を援用し、それらの場合に「債務法上の請求権が物権的効力をもつ」との「前提論」をこしらえあげた上で「債務法上の請求権」が「物権的請求権になる」（zu dinglichen Ansprüchen werden）と述べている。このことを捉えてピッカー教授は、物権的請求権の Kreis がマーガー氏の所説によって不明瞭に解されている、と批判する。Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 277. Siehe auch Mager (Fn. 46), S. 75. そのようなマーガー説の不明瞭さを捉えて、ピッカー教授は、マーガー論文を読めば、いかに「物権的請求権」が正しい加減に論じてこられたか、よくわかると言っている。そして、その不当性を論証しようとするピッカー論文の意義自体が、マーガー論文の存在によってかえって再確認せしめられるものになっている、と述べている。Vgl. Picker, S. 277 Fn. 39. なおこの点に関連して、ピッカー教授は、次のように付言する。すなわち、第三者異議訴権や別除権が、仮に「単なる債務法上の権利者」（der nur obligatorische Berechtigte）によって提起される場合であっても、その「真の根拠」（der wahre Grund）は、ほんらい彼が所有権訴権（Eigentumsklage）を行使していたにもかかわらず、現実には生じた諸事情によって（durch tatsächliche Umstände）それが困難となった場合に、その困難を緩和するために便宜上認められたものにすぎない、と。だから、通常、その「債務法上の権利者」の背景には「絶対的権利者」（absolut Berechtigte）が存在している、と。Vgl. Picker, S. 277 Fn. 40. その際、ピッカー教授は、みずからの大部のモノグラフィー “Die Drittwiderrspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozessrecht“, 1981, S. 351 ff. bes. S. 472 ff. の参照を指示している。ちなみに第三者異議訴権（Drittwiderrspruchsklage）を規定するドイツ民訴法 771条 1項は、第三者が強制執行の客体に関して（執行法上の）売却（Veräußerung）を阻止する権利（Recht）を有する場合に、その者が第三者異議訴権を行使しうる旨、規定している（ドイツ民訴 771条 1項自体は、その権利が「絶対権」か「相対権」か、明示していない）。

54 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 280-282.

描き出してみよう。

まず、注意すべき点は、この「懷疑論」がドイツ民法学説において、かなり広く共有されていることである⁵⁵。その「懷疑論」の基本線は、物権的請求権の「物権」的側面と「請求権」的側面の統合的理解に関わる⁵⁶。たとえば、メディクス教授は、物権的請求権におけるこの二つの側面が「まさしく融合化せられたもの」（gar zu verschmerzen trachtet）と捉えた上で、それ（物権的請求権）が、事実上「内在的に矛盾を抱え込み」ながらも、「市民法上の指導的概念」となっている（er [=der dingliche Anspruch] macht tatsächlich „einen Widerspruch in sich“ zu einem Leitbegriff des Zivilrechts）、と述べている⁵⁷。これに対してピッカー教授は、

55 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 280. たとえば Dulkeit (Fn. 45), S. 8 及び Medicus (Fn. 49), Rz 436 が、独自の懷疑論を展開している。Picker, S. 280 Fn. 56 und Fn. 57.

56 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 280. このような問題意識は、「主観的権利」論を「請求権」論といかに関連づけるかという形で、すでに原島重義教授によっても「共有」されていた。原島「民法理論における古典的体系とその限界」・同・前掲書（前注17。原論文初出は1973年）5頁以下、特に50頁参照。

57 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 280. Siehe auch Medicus, 19. Aufl., (Fn. 49), Rz 436, S. 279. Dazu siehe auch Medicus, Bürgerliches Recht, 23. Aufl., 2011, Rz 436, S. 209. ちなみに、メディクス教授は、「ドイツ民法典（BGB）の中で「物権的請求権」（dinglicher Anspruch）という表現は、かなり人目に付きにくい箇所顔を出す（ド民198条。以前は222条。〔権利継承の場合の消滅時効〔Verjährung bei Rechtsnachfolge〕に関する規定〕）」と述べた上で、「それ（物権的請求権）は、決して自明のものではない。むしろそれは、一見したところ内在的矛盾を形づくっている（Vielmehr bildet er auf den ersten Blick einen Widerspruch in sich.）」（亀甲括弧内のみ・引用者）と述べる。そして、「請求権」は、もっぱら二人の当事者（債権者と債務者）の間で問題になるのに対して、「物権」といえば、それは「絶対権」として「万人に対して」（gegen jeden）効力をもつ。それゆえ、いわば物権的請求権は「全面的効力をもつ二当事者関係」（ein »allwirksames Zweipersonenverhältnis«）を意味する、という。しかるに現実に想定されていることは、物権的請求権の典型への顧慮、つまりはド民985条に基づく請求権への顧慮である、と述べる。その上で、985条によれば「万人に向けられる請求権が問題となっているのではなく、万人に向け

詳しく考察するならば、このような矛盾は決して（メディクス教授が言うように）「一見したところ」（“auf den ersten Blick”）に限定されてはならず、むしろそれ自体なお存続しているものであり、ひとがその矛盾を「より精密な研究と解釈によって」（durch eine genauere Untersuchung und Auslegung）除去しようとする場合、その矛盾は、かえってより強化されて現れる、と指摘する⁵⁸。なぜなら——ピッカー教授によれば——ひとが物権的請求権をさらに詳しく分析するや否や、物権的請求権に関して最初に直感的に確信されていたもの自体（selbst die anfängliche intuitive Gewißheit）さえもが、消え失せてしまうからである⁵⁹。まさにここにおいて、物権的請求権論を介したところのピッカー教授によるドイツ民法学説自体

ゝられうる（gegen jeden richten kann）請求権（すなわちあらゆる占有者に対する請求権）が問題となっている」という（ゴチック・原書。傍点・引用者）。しかしながらメディクス教授によれば、このような定義は「なお広すぎる」（noch zu weit）とされる。なぜなら「万人に対して」向けられうる請求権は、ひとり物権的請求権のみならず、不法行為損害賠償請求権もそうであるし、不当利得請求権（なかでも侵害利得請求権〔Eingriffskondiktion〕）もそうであるから、と述べる。そして、すでに本稿で触れたように（前注48）、メディクス教授はヘック説を支持して、物権的請求権を「物権現実化請求権」として描き出す（Der dingliche Anspruch verwirklicht das dingliche Recht. [ゴチック・原書]）。それに続けてメディクス教授は、「それゆえ物権的請求権は債務法上の履行請求権と同列視される」（Er steht also auf einer Stufe mit dem schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch.）と結論づける。その上でメディクス教授は、以下のように述べている。——「物権的請求権もまた、いかなる主観的な要件（[故意・過失などの]「帰責の必要要件」〔Vertretenmüssen〕）と無関係である。それゆえ、このこと（履行請求権と物権的請求権との同列視）があてはまる。むしろ物権的請求権は、通常はもっぱら物権の妨害から発生する。そして、このような妨害は、万人によって引き起こされうるのであるから、あらゆる者がこのような物権的請求権の債務者になりうる（vermag jeder Schuldner solcher dinglicher Ansprüche zu werden）」。Medicus, 19. Aufl., (Fn. 49), Rz 436, S. 278. Dazu siehe auch Medicus, Bürgerliches Recht, 23. Aufl., 2011, Rz 436, S. 209.

58 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 280-281.

59 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

への根底的な「懷疑論」が、如実に表明されている、と思われる⁶⁰。

それでは、その物権的請求権への直感的確信が消え失せてしまうのは、なぜか。ピッカー教授によれば、その当初は健全であつた物権的請求権への直感的確信は、ひとがその分析を対比的に（vergleichend）、つまりは物権的請求権と債務法上の請求権の対照化を解釈学上の対立物（der dogmatische Widerpart）として決定づけようと試みるや否や、すぐさまそれはただ困惑（Ratlosigkeit）へと身を転じることになるからである、とされる⁶¹。すなわち、このようないわば卑近な解明方法に頼る場合、まさしく、その（物権的請求権と債権的請求権に関する）あらゆる区別の試み（jeder Unterscheidungsvesuch）もまた、ただ単に不本意な共通性の暴露

60 Siehe auch Picker, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201, 2001, S. 765 ff. bes. S. 838-839. そこでピッカー教授は、カナリス教授、メディクス教授らの解釈学的見解、さらにはパプロフスキー教授やカナリス教授らの方法論的見解に説き及んで、物権的妨害排除請求権ないしネガトリア的権利保護請求権と「不法行為損害賠償請求権（原状回復請求権）」との区別が、いかに不当に論じられているか。あるいは、それ（両請求権の本質的区別）が解決不可能な問題としていかに諦観の対象とされているかを、端的に論じている。そこには、ピッカー教授による「法解釈学」及び「法史学」双方が抱える方法論上の問題性に対する危機意識が如実に示されている。要するに、民法解釈学の現代的観点から、その過去の歴史に学ぼうとしない「解釈学者」ならびに現代的「解釈学的」問題への無関心を放置したまま法史学の深みに身を隠そうとする「法史学者」双方に対し、鋭い批判の目が向けられている。ちなみにラレンツ＝カナリス債務法教科書（カナリス教授）によるピッカー説（権利篡奪理論）批判への反批判の試みとして、本稿前注36の中の〔補注〕を参照されたい。ついでながら、2005年にピッカー教授が来日され、同志社大学で「法解釈学と法史学」と題して講演されたことがある。その折りの「講演原稿」の翻訳として、拙訳・川角「エドアルト・ピッカー「法解釈学と法史学（Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte）」」龍谷法学38巻3号（2005年）133頁以下があるので、参照されたい（ピッカー教授の上記 AcP 論文は約100頁に及ぶ大論文であるが、その核心部分の概要をこの拙訳によって知ることができよう）。

61 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281. 本稿では、原文の Gegensatz を「対照化」と意訳した。手元の独和辞典では、Gegensatz は「反対」・「対立」・「敵対」・「対照」・「矛盾」などと意味づけられている。ここでは大胆に意訳した。ご批判をいただければ幸いである。

(die unfreiwillige Aufdeckung von Gemeinsamkeit) のうちに終わってしまふように見える、という⁶²。つまりは、このような微に入り細を穿った探求 (Nagelprobe) もまた、役に立たないままである。そして逆に (im Gegenteil)、そのような「探求」は、その称するところの独自の請求権の特性 (Spezifikum des angeblich eigenständigen Anspruchs) を完全に消し去ってしまう、とも述べる⁶³。言い換えれば、ドイツの典型的学説 (たとえばメディクス教授の見解) が、物権的請求権の独自性を特徴づけようとやっきなうって「債務法上の請求権」と対比しても、結局その「請求権」的側面に拘束されて、その「独自性」なるものも雨散霧消してしまう、と批判される⁶⁴。要するに、それによって物権的請求権は、(メディクス教授が言うように) 単に「決して自明のことでない」にとどまらない (nicht nur „keineswegs klar“)。むしろ、物権的請求権という周知の形象は、その困惑の源泉たる諸々の法効果 (たとえば「結果除去請求権・損害回復請求権」〔der Folgenbeseitigungs-, und Wiedergutmachungsanspruch〕など) とともに市民法上の紛らわしい現象形態 (ein verwirrendes Phänomen des Zivilrechts) としての正体を暴露するのである (亀甲括弧内・筆者〔川角〕)⁶⁵。にもかかわらず、たしかに制定法がそれを明文で規定するように、「物権的請求権」は確固としたものであり、ひとはそれに疑いを持たないまでに自明なことである、とされる。むしろそれを越え出て、ひとは、物権的請求権が現行の法秩序において不可欠な保護機能を果たしていると確信しており、その限りで物権的請求権の具体的な形象としての「返還請求権」(der Vindikationsanspruch) ならびに「妨害排除請求権」(der negatorische Anspruch) は、一個の明確な学習素材 (eine klare

62 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

63 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

64 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

65 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

Belehrung) を提供している⁶⁶。ところが、一旦ひとが物権的請求権の「本質」(Wesen) を捉えようという試みに着手すると、とたんに物権的請求権は、そのあらゆる精密性と明確性を失う (entzieht sich dieser Anspruch [=dinglicher Anspruch] jeder Präzisierung und Klärung)⁶⁷。そして民法解釈学者たちが、物権的請求権を債務法上の債権 (das schulrechtliche Forderungsrecht) と対照化させて理解しようと努める場合、まさしく物権的請求権は彼らをからかう (foppen) 存在へと転化する⁶⁸。ひとことで言えば、まさしくここにこそ、法的な意味での、かつまた解釈学上の「鬼火」としての物権的請求権の正体が示される (Der dingliche Anspruch erweist sich mit einem Wort als ein rechtlicher und dagmatischer Irrwisch)⁶⁹。その上でピッカー教授は、ひとが物権的請求権に関する定義づけの困難性を認め、それを学問上のアポリア (akademische Aporie) として投げ出すことは可能であるかもしれないし、またそれら諸問題を単に記述上の問題 (Fragen der Beschreibung) に転ずることもありうるだろう、と述べる。というのも、法律学上の仕事としては、「物権的請求権」というテクニカルターム (terminus technicus) を——その概念の精密な規定化によって厳密に説明する必要がない場合には——そのいくつかの含意 (Konnotationen) を示しさえすれば十分に通用するからである⁷⁰。上記のことは、(物権的請求権の正確な把握のためには) たしかにひとつの制約要因 (Bedingung) を意味している。しかしながら、この制約要因に縛られるのは正しくない (nicht zutreffen)⁷¹。むしろ記述上

66 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

67 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

68 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

69 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

70 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281. この箇所に関するピッカー教授のドイツ語は、筆者 (川角) にとってかなり難解であった。思い切った「意訳」をしている。ご了解願いたい。

71 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281.

の問題に逃げることは、まさしく物権的請求権の実質的であつ解釈学的な解明を放棄する徴候 (Symptome) を示すだけである。これまで物権的請求権について、単に具体的な概念が見出されてこなかっただけではない。なかでも、この物権的請求権の基礎 (Fundament dieses Anspruchs) すら、明らかにされていないことに、注意が払われるべきである⁷²。しかるに物権的請求権の根拠と目的 (Grund und Ziel des dinglichen Anspruchs)こそが、その「物的」責任の内容と範囲を決定づけるのであるから、この(物権的請求権という物権に「内在的」な)法制度 (Rechtsinstitut)の「本質」(“Wesen”)を問うという問題を未解決のままにしておいてはならない (nicht offenzulassen)、という⁷³。そのような「物権的請求

72 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281. この文章に続けてピッカー教授は、改めて次のように言っている。すなわち「現行法における物権的請求権の課題は、とりわけ債権 (Forderungsrecht) の対立的制度及びその補完的制度として精密にその請求権を規定すること (als Gegen- und Komplementärinstitut zum Forderungsrecht, präzise zu bestimmen) であるのだが、まさしくそれがなされていないことこそ、その課題にほかならない」と。ただし、この箇所もかなりの「意訳」である。

73 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281. この注に対応する上記本文の「法制度」という文言に注意しなければならない。ここでピッカー教授は、明らかに物権的請求権を一個の「法制度」として捉えている。その際、ピッカー教授は「物権的請求権の根拠と目的がその「物的」責任 (die „dingliche“ Haftung) の内容と範囲を決定する」旨、述べている。その限りで、文字通り「物権」内在的な「法制度」として「物権的請求権」を把握している(したがって、その限りでピッカー教授は、根本教授のようにいきなり物権外在的な効力をもつ物権的請求権の「法制度」化を企図しているのではない)。とはいえ——すでに本稿でも幾度か指摘したように——ピッカー教授は、「物権的請求権」を語義通りに「物権」保護に限定せず、同時に、法秩序による「割当て機能」を通じて、(帰属性のある)「債権」や(当事者間での)「債権保護」さらには諸々の保護法規 (Schutzgesetze) による権利保護・法益保護を図るため、「妨害排除請求権」(＝ネガトリア的保護請求権)の拡張的な発動を承認する(あくまでも、「割当て機能」の承認を媒介にして初めて、ネガトリア的保護請求権が発動される点に留意すべきである)。この点、本稿でもすでに触れたことであるし、また後ほど必要に応じて確認することでもある。

権」の市民法上の基礎的な責任システムとしての意味解明こそ、不可欠（unverzichtbar）であり、そのような作業を通じてはじめて、その固有な保護機能（Schutzfunktion）がさらに広く、物権・その他の絶対権の保全のみならず、それを越えて「あらゆる権利、したがって相対的主観的権利」（*alle und also auch relative subjektive Rechte*）にもゆきわたることになる、とする⁷⁴。

以上が、ピッカー教授による物権的請求権に対する「懷疑論」の実態である。そしてピッカー教授は、厳密な論証を経て⁷⁵、上記文末で述べた最終結論に至る。それによって当該「懷疑論」は、さしあたり解消されることになる（ただし、新しい社会的諸問題・法的諸問題が発生するたびに、その「懷疑論」がさらに検証され続けていくことになる）。ともあれ、以下のピッカー教授の文章を掲げて、さしあたり本補論を閉じる。——「絶対的ある

74 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 281-282. ちなみにピッカー教授が「主観的権利」（das subjektive Recht）とか「主観的法地位」（die subjektive Rechtsposition）という場合、すでに「割当て機能」（Zuweisungsfunktion）の承認を経ていることに注意しなければならない。このことも折に触れ、くり返し指摘したことである。ちなみにその際、その承認を与える主体は、「市民法秩序」（Zivrechtsordnung）である。言い換えれば、それは、論理的に「市民合意」の所産（「社会契約」の所産）としての「法秩序」を意味する。さしあたり、わが国では日本国憲法の価値基準に即した「市民法秩序」でなければならない（そのためには民法学者間の主体的・自律的な「協働」関係が要求されよう。そして、その「協働」のためには、厳しい学問的な「自己批判と相互批判」を覚悟しておかなければならない）。なお、この点（「市民法秩序」論）については、筆者の未完の別稿「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・ひとつの素描」の続編で、やや立ち入った考察を試みる予定である。

75 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 282-312（Ｂ「ネガトリア的権利保護としての物権的請求権」を論ずる箇所）、S. 313-318（Ｃ「あらゆる主観的法地位の基本的保護としてのネガトリア的権利保護」を論ずる箇所）。すでに言及したように、ＢとＣの箇所に関する厳密な検討は今後に留保するしかない。ただし、すでに本稿のピッカー論（本文）においてＢとＣの関連箇所につき必要限りで触れておいた。

いは相対的に形成されたところの保護利益としての実質権 (*ein absolut oder relativ ausgestaltetes Substanzrecht als Schutzgut*) が、常に、その役割において保護権たところの請求権 (*Anspruch in seiner Rolle als Schutzrecht*) として存在することを、ひとが一旦認識した場合には、このような（ヘック説やメディクス説にみられたような）十把一絡げの「権利実現」としての資格づけをした上での精密化の試み (solche pauschal als „Rechtsverwirklichungsanspruch“ qualifizierten Präzisierungsversuche) は、その（実質権と保護権との）区別のための力を失う。その場合、そのような「精密化の試み」は、（ほんらい）権利割当て秩序 (Rechtszuweisungsordnung) として（ふさわしい）法的保護を、割当てられた諸権利 (die zugewiesene Rechte) に保障すべき市民法 (Zivilrecht) において、ただあらゆる権利実現のための基本的機械装置だけ (nur die Grundmechanik jeglicher Rechtsverwirkung) が描き出されるにすぎない⁷⁶（イタリック・原書。括弧内及び傍点・引用者）。こうしてピッカー教授は、ネガトリア的保护請求権（ネガトリア的妨害排除請求権）を、「市民法」上の「権利割当て秩序」に基づく「実質権と保護権」から引き出そうとしている。物権の妨害排除請求権は、なるほど「請求権」ではあるが、それはあくまで「権利割当て秩序」ないし権利・法益の「割当て機能」に内在的に規定された「請求権」として把握されなければならない、と訴えている。にもかかわらず、ドイツの支配的学説は、その「市民法」上の「権利割当て秩序」⁷⁷を理解しようともせず、ただ単に「あらゆる権利実現」を「記述」

76 Picker, Der „dingliche“ Anspruch (Fn. 1), S. 276.

77 ちなみに、おそらくわが国では、「市民法」上の「権利割当て秩序」なる考え方自体、単なるひとつの觀念の産物であって、なんら「論証されてはいない」という懐疑論が出て来るに違いない。なるほど、その「懐疑論」には一理ある。なぜなら、わが国「民法」は（そしてまたドイツ民法も）、いまだ「市民法」としての純化に至っていないからである。ドイツですら——侵害不当利得論では「割当て内容説」(die Lehre vom Zuweisungsgehalt) が一応支配的地位を占めているとはいえ——なお民法上の責任システム論において、「市民法」上のメ

するにすぎないと警告している（要するにピッカー教授は、そのようなドイツ

「権利割当て秩序」を十分には知らない。だからドイツ不法行為論では「行為違法論」が今なおまかり通っている。刑法上の目的的行為論と共通する「利益衡量主義」、それに基づく「許されたる危険」の発想が重視されてもいる。さらに物権的妨害排除請求権論においても、いわゆる（損害賠償法的「原状回復」を内容とする）「結果除去請求権」（Folgebeseitigungsanspruch）が容易に肯定されている。ましていわんや日本では、ということである。物権的請求権論で川島「責任説」がなお有力視され、その基礎となった「忍容請求権」論自体、今なお根強くはびこっている。その延長線上に根本教授流の「違法侵害説」もある。はたまた平気で、不法行為法的差止請求権論が有力説として、「立法構想」の対象ともされようとしている。翻って、わが国不法行為法論における「違法論」の混乱ぶりはどうであろうか。目を覆いたくなるような惨状を呈している、と言わざるをない。すなわち、我妻「相関関係説」・「受忍限度論」（ないし新受忍限度論）・「違法段階説」等の「利益衡量・利益考量」主義が、今なお根強く浸透し続けている。まずは、このような融通無碍な「違法論」から、わが民法学は解放されるべきではないか。そして「行為不法」と「結果不法」の平板な対置論を克服して、市民法的「違法論」、つまりは「権利割当て秩序」に基づく客観的・現行的不適法状態論（侵害者と被侵害者の権利状態・法益状態を同時に顧慮した上で「権利保護」・「法益保護」に資する「不適法状態」論）が、構築される必要がある。そして、それは不法行為法のみならず差止請求権（「物権的妨害排除請求権」を内在するところのそれ）と共通する首尾一貫した「一元的違法論」として確立される必要がある。その観点からすれば、「権利侵害・法益侵害」（民法709条）とは——侵害「行為」に目を向けて認定されるべき要件ではなく——なによりもまず、侵害されている対象たる「権利」・「法益」の割当て保護との矛盾を客観的に把握すべきである、と思われる（ちなみに、上記の侵害「行為」は、訴訟上の「抗弁レベル」で侵害者から提起されるべき類いのものである〔たとえば、その侵害「行為」が違法性阻却事由を備えているとか、「公共性」があり、やむをえない「行為」であったとか〕。さらには「損害額算定」で行為の「悪質さ」が考慮されたりはするであろう）。ともあれ、そのような（割当て秩序に基づく客観的・現行的状態の矛盾判断としての）認定を経た上で、第一次的に劃定されるべき基本要件こそ、「権利侵害・法益侵害」である、と考える。その意味で、不法行為法上の「違法」を「行為が違法なること」と同義反復的に定式化し、かつまた一種の利益衡量主義に基づく「相関関係説」を展開するところの我妻流「違法論」（我妻『事務管理・不当利得・不法行為』〔1937年〕120頁以下の「行為」本位的違法論を参照）が、さしあたり全面的に克服されなければならない。ただ、紙幅の関係上、ここではこれ以上述べない。単なる「試論」提示にとどめる。近い将来、別稿で論じることができれば、嬉しく思う。

通説的立場〔たとえばヘック説やメディクス説に示される立場〕のもとでは、物権的請求権も債権的請求権も見境なく「請求権」概念のブラックホールに吸い込まれてしまい、挙げ句の果ては「物権的請求権」自体、雨散霧消してしまうという「危機意識」を示している。このようなピッカー教授の「危機意識」は、決して「対岸の火事」で済むことではない。この点、本稿前注36文末でも同旨のことを述べた。繰り返しになるが、明文規定による「重装備」でもって物権的請求権を体系化しているドイツ民法との対比で言えば、上記「危機意識」を、我々は、より自覚的にもつ必要があるのではないだろうか。ともあれ、以上を要約すれば、こうである。——なるほどドイツ民法典（BGB）は、詳細な物権的請求権規定を用意した。そしてその限りで、ドイツにおいて物権的請求権は「自明」な存在であった。ところが、むしろそれがためにドイツ民法学は、物権的請求権の「本質」解明を疎かにしてきた。ドイツ民法学の通説的見解は、物権的請求権の「物権性」に拘束され、かつまた同時に「請求権」的側面（ローマ法上の「訴権」的側面）に囚われてしまった。そして、その「請求権」的側面において物権的請求権を「債務法上の請求権」と同列視し、その必然的帰結として物権的請求権の不法行為法的把握〔＝「結果除去請求権」の承認〕へと導いた。これこそが「鬼火」（*Irrwisch*）の正体であった。今や、それを根底的に克服し、権利・法益の割当て（*Zuweisung des Rechts oder der Rechtsgüter*）の内容（＝「実質権」）の正確な把握を第一義として、その割当て秩序を保護するという第二次的意義において「物権的請求権」を——ネガトリア的保護請求権として——再構成し直すべきである。その意味でネガトリア的保護請求権は、あくまで権利・法益の割当て内容に「内在化」した請求権として把握されなければならない。これが、ピッカー教授の主張の中味であった、と思われる（なおピッカー教授の「割当て内容」説については、近く刊行予定のカナリス教授80歳祈念論文集に収録される論文を参照されたい）。

(2) 原島説について

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」

根本教授の著作の特徴は、「違法侵害説」の定義を、およそ以下のようなものとして把握していることであった。すなわち第一に、権利侵害のみならず、ひろく「あらゆる法益」侵害の場合に差止請求権の発動を認めること。第二に、その発動要件（発生根拠）として「相関関係説」（ないし「主観的違法要素」）による利益衡量的「違法」判断を要求すること。第三に、不法行為損害賠償請求権と違法侵害説的「差止請求権」を「峻別」すること。第四に、上記「差止請求権」を、「権利内在的効力」あるいは「（一定の要件〔割当て機能の承認の有無〕の下で限定されるべきところの——筆者）法益内在的効力」とは理解せずに、逆に民法秩序における一つの「制度」としての差止請求権という「外在的効力」によって、当該差止請求権による保護が付与される、という「構成」を採用すること⁷⁸。

にもかかわらず根本教授は、基本的に上記第一のファクターと第三のファクター充足のみをもって「違法侵害説」論者を広く捉えようとするようである（第二のファクター・第四のファクターに関する考慮を同時にすることをしない）。それゆえ、典型的には、筆者（川角）の見解をも「その実質からすれば、これを違法侵害説に分類することができよう」⁷⁹として「違法侵害説」の立場だと言ってみたり、ピッカー教授の立場も第一、第三、さらには第四のファクターにおける共通性に鑑み「違法侵害説」とほぼ同じだ、と解されるようである（「ピッカーにより提示された違法侵害説の基礎付けの可能性」⁸⁰などという表現をされている）。かてて加えて、根本教授は、原島

78 根本・前掲書（前注5）98頁及び417頁参照。

79 根本・前掲書（前注5）160頁注283末尾。さらに根本教授は、吉田克己教授の所説についても、「吉田教授の差止請求権理論は違法侵害説とほぼ同内容」という。これに対して、吉田（克）教授は、どのような反応を示されるだろうか。

80 根本・前掲書（前注5）220頁。

重義教授も「違法侵害説」に立つものと理解している⁸¹。これは明らかな「誤解」である。以下は、そのことをわかりやすく論証するための試みにほかならない。

まずなによりも、原島説は、「古典的権利論」そして「民事違法の原則論」を重視する。これには根本教授も異論はないであろう。すなわち原島教授は、サヴィニーの古典的権利論について、次のように言っている。つまり、サヴィニーによれば「すべての権利は、道徳的な、個々の人間各人に内在する自由のためにある。それゆえ、人格もしくは法的主体の本来の概念は人間の概念と合致する」とされる⁸²。その帰結として原島教授は、「人格を他の諸権利とは性質の異なった、より高次のものとする考え方は、すでにサヴィニーにもあった」（傍点・引用者）とする⁸³。すなわち「古典的権利論」によれば、人格（人の生命、身体、健康、自由、名誉等）は、「権利」（所有権）よりも、いわば優先的に「保護」されるべきなのである。その上で「古典的市民法秩序」は、さしあたり「所有権」に絶対的な保護を与えた⁸⁴。とりわけドイツでは、この所有権保護をモデルとして、つまりは「所有権に基づく返還請求権」（ド民985条）及び「所有権に基づく妨害排除請求権」（ド民1004条1項1文）を基点として、それを地上権や質権、抵当権に準用する立法構想が実現した。さらに「土地所有権」については「所有権保護（特に妨害排除請求権）の例外」にあたるイミッシオン規定（ド民906条）も、いちおう整備された⁸⁵。それら「物権的請求権」

81 根本・前掲書（前注5）95頁参照。

82 原島重義「権利論の存立と変質・放棄」同・前掲書（前注17）419頁注4参照。

83 原島・前掲「権利論の存立」・前掲書（前注17）421頁注6参照。

84 ここで「絶対的な保護」というのは、所有権侵害があれば、違法性阻却事由なき限り、直ちに違法で物権的請求権による保護が与えられる、という意味で使われている。所有権者の「絶対的な」恣意を許す趣旨ではない。原島「法と権利に関するひとつの試論」・同・前掲書（前注17）53頁以下、特に62-63頁参照。

85 原島教授は、ドイツ民法において物権的妨害排除請求権（1004条）とイミッシオン規定（906条）との「重層構造」が採用されている点を高く評価しつつ

制度及びイミッション規定は、不法行為責任と並んで「民事違法」の二つの柱をなすものであった。これに対して、わが国では、前者（物権的妨害排除請求権及びイミッション）に関する明文規定を置いていない（「二重の法規欠缺」。ただし「物権的請求権」については、とりあえず「自明」のこととして承認しつつも、その内在的性質を解明しないままであった）。さらにわが国民事違法論は、もっぱら不法な「行為」に着目しつつ、不法行為法オンリーの形で把握されていった。この行き着く先が、我妻栄教授の「行為」本位の違法性論＝「相関関係説」であり、その継承形態としての「受忍限度論」、さらにそれによって必然化されるところの「違法段階説」であった⁸⁶。これによって、損害賠償＝金銭賠償は認められるが、差止請求

ㄨつ、イミッション規定そのものにおける「利益衡量的ファクター」との併存を厳しく批判する。たとえば「本質的な妨害」であっても、「この種類の利用者（妨害者）」にとって「期待可能な手段をもって防止しえない限りにおいては（当該妨害を排除請求しえない）」（[insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung... nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind.]）ちなみに、ドイツ語引用文二行目の「die」は主格関係代名詞であって、他方「Benutzern dieser Art」は3格であり、「wirtschaftlich zumutbar」にかかっている）という文言規定（ド民906条2項1文）が、それである。原島「わが国における権利論の推移」・同・前掲書（前注17）515-516頁参照。この点原島教授は、イミッション放散「企業」の「営業の自由」は、市民法的基本秩序である「環境利用秩序」に服すべきものであり、ましていわんや（生命・健康等の）基本的な人格利益を侵害することは許されない、と述べている。それゆえ「経済との調和、経済的効用・経済的価値」を、安直にイミッション原則禁止の例外規範として導入しようとする姿勢を批判するのである。原島・前掲書514頁参照。

86 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）445頁以下、特に449-451頁参照。我妻説において「相関関係説」の立場から、その「違法段階説」が明瞭に語られているのは大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁（「発電用水路無断設置事件」）に関わる箇所である。我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）129-130頁（「大阪アルカリ事件判決」〔大正5年12月22日民録22輯2474頁〕）に関する論評箇所でも、実質的にはほぼ同旨を主張している。我妻・前掲書105頁参照）。そこで我妻教授は、私人の「水路撤去請求」をそのことのもたらす「社会的影響」を考慮して棄却し、「損害付与」の「違法性」のみ認めた大審院の立場（文字通りの「違法段階説」）を、「極めて正當」と高

は、それより「高い違法性」が認定されない限り承認されないという「固定観念」が生み出された。それによって、公害に苦しむ住民（市民）は、僅かな見舞金で追い払われ、やむなく裁判を起こして「自己の生存」を守ろうとしても、わが国民法学の主流は、まずは「お金で我慢せよ」というだけであった。すなわち、わが国通説たる「相関関係説」＝「受忍限度論」＝「違法段階説」によれば、公害源＝妨害源たる企業の「行為」（操業）、あるいは「本質的重大性をもつイミッシオン」による「公害排除」＝「妨害排除」＝「差止め」を承認することはないわけではないが、そのためには原告（住民）の方が、不法行為責任として要求される「違法性」よりも、もっと高い「社会的に認容できるだけの違法性（＝相手方の公共性を打ち破るだけの違法根拠）を主張・立証せよ」とするだけであった。このような、いわば特殊日本的な差止め制限の「違法論」は、わが国「民事違

く評価している（我妻・前掲書129頁）。その上で我妻説は、私人の土地を無断で掘削し電力用水路を設置した電力会社の侵害行為の「社会的利益」の「大きさ」と私人の「被侵害利益の謂ふに足らぬものなること」に鑑み、そもそも「違法性を否認すべきものと思ふ」と述べつつ、「電力会社の工事方法の如何等によつては——即ち侵害行為の態容の如何によつては——違法性を帯びることもあ（る）」と述べる（したがって、我妻説では特に公共企業体の侵害に関しては、「不法行為損害賠償責任」それ自体、例外的にしか認められていない）。我妻・前掲書129-130頁参照。なお、そもそも我妻説において「行為が違法なること」をもって「権利侵害」とする観点については、我妻・前掲書120頁以下参照。ちなみに我妻教授は、同書120頁で、この「権利侵害」を「加害行為の意味に解すべき」であることにつき、念を押している。こうして我妻説では、侵害の客体としての「権利」（ないし「法益」）そのものではなく、いわば侵害の主体的側面たる加害「行為」（侵害「行為」）に着目している。そのような基本的観点のもとに「権利侵害から違法性へ」というテーゼが——筆者の管見の限りでは——我妻説においてわが国で初めて提唱されるに至ったのである。我妻・前掲書101頁。これに対して、1930年（昭和5年）の末川博「権利侵害論」（同『権利侵害と権利濫用』（1970年）263頁以下、特に482頁以下）では、「不法行為における違法性発現の諸形態」として「権利侵害のある場合」（482頁以下）と「権利侵害のない場合」（499頁以下）との二大別が図られていた（ここで末川教授は、「許容的法規との関係」という独特な観点のもとで侵害の客体としての「権利」を独自に捉えている）。

法論」の歪みを表現しているのではないか。いわゆる「環境権説」の叫びは、このようなねじ曲がったわが国「民事違法論」への警告にほかならないのではないか。今一度、古典的権利論・古典的民事違法論が顧みられ、正当に再評価される必要があるのではないか。これが原島教授の基本的認識であった。次の文章に、原島教授の痛恨の思いが込められている。——「わたくしには、わが国において、法解釈学上の権利論はしっかりと根を下ろすところまでゆかなかったように、おもえる。定着しなかったがゆえに、権利侵害の違法要件としての意味をみとめ、その上で権利論の限界を打破してゆく、というかたちを、民事違法論はとりながら進むことをしなかった。言い換えるならば、わが国では早くから、権利論は、一種の利益衡量論によってその貫徹を阻止され、ねじまげられた。このような地盤の上では、それじたい、法的保護の拡大を旨としたはずの「権利侵害から違法性へ」というテーゼもかえてその反対物へ転化する可能性をもつことになる。すなわち「権利侵害の違法性による置き換え」は、「権利侵害があっても必ずしも違法ではない」というかたちで、かえて法的保護の制限として機能しうる。権利論の再生とは、このような、右にも左にも触れる違法論に立ち向かうものではないか」⁸⁷（傍点・原書）。それを踏まえて、原島教授は、「環境権論」が主張する「環境共有の法理」こそ、わが国従来「民事違法論」に対抗するための苦心の「理論的所産」にほかならない、と評価している⁸⁸。と同時に「環境権論」がもはや「民法学」を見放し、それに期待することをあきらめて「社会法的原理により市民法原理を修正する理論」を追求しようとするものである、とも規定している⁸⁹。その上で、環境権論が主張する受忍限度論批判・違法段階説批判⁹⁰は、ほん

87 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）446頁。

88 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）446-447頁参照。

89 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）447頁参照。

90 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』（1973年）131頁以下参照。さらに、同じく弁護士によって書かれた次の著作による「受忍限度論」批判も参照。小ノ

らい市民法内在的に展開されるべきであった、とする。そして次のように言う。——「すなわち（わが国民民事違法論の問題性は）、民事違法論の他方の柱である妨害排除請求権が、わが国でどのように継受され、展開されて来たか、ということとふかく関わっている、とわたくしにはおもわれる。これも、わが国の市民法原理のありように外ならない。ことにわが国では、民事違法論、さらには権利論が、もっぱら不法行為に基づく損害賠償請求権に関連して論ぜられ（るにとどまり）、物権的請求権ないし妨害排除請求権に即してじゅうぶんに検討されることはなかった、という事実に注目すべきである」⁹¹（括弧内・引用者）。と同時に原島説は、「権利論の限界」にも注目するから、「環境」を「環境権」として無理矢理「権利構成」する必要はなかった。それゆえ、必然的に原島説は、「競争秩序」を保全するため、不正競争防止法旧1条（現行3条）が——「営業権」侵害なるものを想定することなく——「差止請求権」（不正競争による侵害の停止又は予防の請求権）を承認することに、着目している⁹²。そして、「環境」についても「環境権」として権利構成することなく、「環境保全秩序」・「環境利用秩序」を「市民法

↘林健男『日照紛争と環境権・その理論と実務』（1974年）65頁以下、68頁以下。

91 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）447-448頁。原島教授による同様の指摘は、同論文511頁でもみられる。以下に引用しておく。——「わが国では、違法性論におけるもっとも重要なテーゼとして、「権利侵害から違法性へ」、というものがある。これについて、これまで、いささかも疑問が投ぜられたことはなかった。（中略）しかし、しばしばこのテーゼが「権利侵害の違法性による置き換え」と言い換えられたように、同時に、権利論の放棄にも通じたことが忘れられている。つまり、actio negatoria と関連した違法論の独自性を放棄することであり、やがては、差止請求権の不法行為論への解消を準備した。その結果は、わが国での、民事違法論の単線方式であった。視野の中にあるのは、709条一本であり、違法論の展開が、ドイツで見られるように、原則・例外の重層構造をとることがなかった。そして、原則そのものが、「利益衡量」によって右にも左にも自由自在にふれる「弾力性」あるものとなった。ほんらい例外にあたるイミッシオン事例が、違法論の原則に化することにも、なんらの障害がなかった」（傍点・原書）。

92 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）518-519頁参照。

の秩序」として保護の対象に組み入れるべきである、と主張する⁹³。しかも原島教授は——すでに示したことから明瞭なように——違法判断における「相関関係説」を厳しく批判する。さらにその観点は、舟橋教授流の「相関関係説的」な物権的請求権理論にも向けられている。すなわち原島教授は、舟橋「違法侵害説」のいう「良性を帯びた侵害行為」が、いわゆる「適法行為による不法行為」説と同様に、「それじたい、矛盾した、意味のわからぬ概念」にはかならず、わが国民事違法論の「ひずみと無理をそのまま反映している」（傍点・原書）ときわめて手厳しい⁹⁴。

93 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）519-520参照。したがって、必然的に原島教授の見解は、「物権的請求権」そのものから環境保護＝差止め保護を図るのではない。また「物権的請求権」のアナロジーに依拠するものでもない。純然たる「環境保全秩序」・「環境利用秩序」違反をもって差止請求権の成立根拠としているのである。この点で、大塚直教授が、環境保護＝差止請求権の理解について「基本的には物権的請求権説をとるものとして、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号54頁以下、特に95頁」と注記しているのは問題である（大塚「生活妨害の差止に関する基礎的考察（1）——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4号〔1986年〕1頁以下、特に10頁注5参照）。これは、あきらかに「誤読」によるものであろう。大塚教授が引用されている原島95頁（法の科学4号）には、「権利侵害でなくても違法な場合に、権利侵害と同じ救済、したがって、まず差止請求権が与えられる、と解すべきである」とはっきり書いてある。これを「権利侵害の場合の「物権的請求権」と同じ救済」と読み込んではいならない。さらに、法の科学99頁で原島教授は、繰り返し——「環境権」としての権利構成とは異なる——「環境利用秩序」の「維持」・「回復」の視点を強調している。たとえ、大塚教授が原島論文を読むのを「95頁」だけで終わったとしても、大塚教授の原島説＝「物権的請求権説」は出てこない。ましてや、少し我慢して最後まで原島論文を読めば、大塚教授の「理解」は、どころかでも成り立たないのである。かくして原島教授の所説は、環境破壊に対抗するための根拠基準として「環境利用秩序」を前面に押し出しているのであって、決して「物権的請求権説をとるもの」ではない。たとえ「基本的には」と限定したとしても、大塚教授の理解は正当とはいえない。その後、大塚教授は、何か別の論文（あるいは大塚・前掲「生活妨害の差止」という論文のどこか）で、これを訂正されたのだろうか。ご教示いただければ幸いである。

94 原島・前掲「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）508頁注159参照。根本教授も、実はそれを知っていた。根本・前掲書（前注5）165頁注321参照。に

▼もかわらず、結局根本教授は、原島教授による舟橋説批判の意味をなんら掘り下げようとはしなかった。そして、あたかも原島教授が舟橋教授と手をつないで「違法侵害説」の立場に立っているかのような記述をした（くどくて恐縮だが、ここで再度、根本・前掲書95頁を参照されたい）。まことに不可思議なことであるといわざるをえない。ちなみに根本教授は、ことのほか「シンポジウム『環境権の再検討』」日本土地法学会『不動産取引法・環境権の再検討』（1983年）140頁以下、特に157-161頁における原島発言に注目しておられるようである。そして、それを一つの手がかりに原島教授を「違法侵害説」論者の如く仕立て上げようとしているようである。ところで上記「発言」で原島教授は、「環境権」として権利構成をせずに、「環境侵害」に対する差止請求権による保護を説いている（そこでも「環境利用秩序のルール」を「回復」とするという基本的観点が明瞭に示されている。前掲・シンポジウム170頁〔原島発言〕）。その上で原島教授は、たしかに「侵害の態様」が違法＝差止めの根拠たりうることを承認している（前掲・シンポジウム159頁）。しかしながら、原島教授は、「侵害行為の態様と被害利益の種類・性質との相関的比較衡量」など、けっしてしない。「侵害の態様」は、あくまで「差止理由」において「環境破壊」行為そのものの客観的な関連性を示すにとどまる。「侵害の態様」という言葉は、裁判官を説得するための根拠材料の一つとして、いわば比喩的に言及されているにすぎないのである。しかも前掲・シンポジウム161頁で原島教授は、次のようにも言っている。——「私は侵害の態様というのを簡単に申しましたけれども、実は、そここのところもやはり、もう少し詰めていく必要がある。環境権論者が主張され、確認されてきたいろんな細かいことを、もう一ぺん整理してみる必要があると思います」（傍点・引用者）。要するに原島教授は、「相関関係説」批判の立場を貫徹したからこそ、「侵害の態様」という言葉を使うことには、きわめて慎重であり、かつ同時に抵抗があったのである。上記引用文の記述内容を見落として、原島教授を「違法侵害説」呼ばわりするのは、いかがなものか、と思う（ちなみに根本教授は、前掲書159頁注280で、上記シンポジウム161頁を現に参照指示している。一応は目を通されたのであろうが、結果的に「見落とす」としか言いようがない。さもなければ、原島発言の趣旨すら正確に汲み取らず、不用意に「違法侵害説」的に読み込んだということになる）。ともあれ、筆者（川角）を「違法侵害説」論者扱いすることはともかくとして、学間に対しきわめて厳格で、かつ正確さを尊ぶ原島教授がご尊命ならば、原島教授は、根本教授の記述を指して、きつと「名誉侵害」としての差止請求権（誤った記述箇所への削除請求権）を行使されたに違いない。なぜなら、当該「誤った記述箇所」の存在そのものが、原島教授の名誉に対する「現時的に在る侵害」（*eingegenwärtiger Angriff*）を意味するからである。そして、その場合、おそらく原島教授の訴えは、①差止請求権を不法行為損害賠償請求権と「峻別」しつつ、②名誉を「名誉権」として権利構成することもなく、かつ③権利の「土台」ノ

② 原島説における「法秩序論」の評価：「法秩序」に対する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）

上記①の項目で、筆者（川角）が言うべきことはほぼ尽きた。ここでは若干のことを指摘するにとどめる。それは、「法秩序論」の評価と機能画定の問題である。いわゆる「市民社会に成立する基本的諸秩序」は、周知のように、広中俊雄教授の著作⁹⁵において一応の到達点をみた⁹⁶。そこで

ゝとしての人格侵害そのものを理由に、そして④（わけのわからぬ、意味の不明な）「相関関係説」的違法判断なるものを挟み込むこともなく、その請求は、直ちに認められたはずである。ちなみに、根本・前掲書159頁注280は、原島「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」・同・前掲書（前注17）213頁注42の「行為の違法性」という表現にも、注目しているようである（なお、原島教授の上記論文初出は1997年）。しかしその際、留意すべきことは、ここで原島教授が、「行為の違法性」が「すべて不法行為から出て来る」（傍点・原書）という通説的理解（民事違法の「不法行為」一元化論）を、痛烈に批判していることである（原島・前掲同箇所参照）。その上で原島教授は、「物権的請求権や債務不履行、さらには侵害不当利得などの場合」に、それぞれの法規範の違反から「行為の違法性が出て来る」と述べている。他方で原島教授は、「環境破壊の実体」・「環境破壊による被害」・「競争制限と独占による自己決定の廃棄＝「私的自治」的法秩序全体の破壊」という観点を繰り返し強調している（以上、順に原島・前掲書519頁、535頁、222頁の趣旨を参照）。したがって、原島「違法論」の核心は、むしろ保護されるべき客体（権利・秩序）の「内容」にある、と思われる。それゆえ「行為」の違法性は、単に侵害行為の客観的法的评价の場面、端的に言えば訴訟上「被告適格」を判断する場面においてのみ意味をもつにすぎない、と考えてよいのではないか。だからこそ、原島理論において、相関関係説的な「行為の違法性判断」が全面的に排斥されているのである。

95 広中俊雄『新版民法綱要第一巻・総論』（2006年）1-37頁参照。なお、その初版『民法綱要第一巻（上）・民法総論』は、1989年の作品である。ちなみに広中教授は、「現在の日本社会も一つの市民社会としてとらえられうる」とした上で、「1960年代に市民社会の定着が明確となっていた」との認識を示す。どちらかといえばオプティミスティッシュな認識であると考ええる。この点、本稿後注96参照。

96 吉田克己「広中俊雄の民法体系論と市民社会の基本的諸秩序論」法律時報87巻9号（2015年）24頁以下は、広中教授の前掲書（前注95の2006年版）を主な素材にして、「市民社会の基本的諸秩序」を詳細に分析・検討し、さらに今後

に残された課題も提起している。なお広渡清吾「市民社会論のルネッサンスと市民法論」同『比較法社会論』（2009年。原論文初出は2006年）235頁以下、特に236頁以下の「広中俊雄の民法論」、及び吉村良一「市民法論の現代的意義」同『市民法と不法行為法の理論』（2016年）5頁注4参照（吉村教授によれば、「広中説」は「現実の日本社会と法が市民社会やその基本秩序との対比において様々な「歪み」を持つとすれば、広中の市民社会論が、それに対する有効な批判の視座を与えることは確かである」とされる）。上記諸論文における広中説評価に示されるように、広中教授は、その全体的業績において卓越した「市民法論者」であること、確かである。筆者も広中教授の様々な著作から学んだことは大きい。その学恩は計り知れないのである。にもかかわらず、筆者は——本稿前注95で触れたように——「1960年代に」、わが国で「市民社会」の「定着が明確となっていく」という広中教授の評価を「オプティミスティッシュ」だとして批判した。その理由は無数にある。たとえば、その一つは、まさしく1960年、新日米安保条約（「日米共同防衛」路線の発動）に伴う「日米地位協定」なる対米従属的「不平等条約」が締結されたことに、端的にあらわされている（その矛盾の集中点が「沖縄」における米軍基地問題であり、今日の「辺野古」問題である）。さらに1967年の「公害対策基本法」公布に象徴されるところの「公害」問題が、全国的に深刻化し、日本独占資本による国民の生命・身体・健康へのあからさまな侵襲行為及び公然かつ大規模な自然環境破壊行為が大きな社会問題・法的問題となった。この後者の点に関する、清水誠教授の「1960年代論」は、意義深い。清水教授はこう言っている。——「1960年代がついに普遍的な規模で現出させたものはなにか。それは、空気、水、土、その他の自然という人間生存にとって根源的な基礎条件を侵害するところまで、とうとう現代の社会的不平等が到達したということではないだろうか。（中略）資本制生産の登場とともに、一方にそれらの汚染によって利潤をえる加害者と、他方にそれによる損害を耐え忍ばねばならない多数の者が存在するという一方的な不平等関係の創出がみられはじめた」。清水「公害と法・序論」『時代に挑む法律学——市民法学の試み』（1992年。原論文初出は1974年）264頁。さらにこの論点に関連して、次の原島重義教授の指摘も重要である。——「われわれは、市民社会の成熟度や近代化の程度を測る、という観点には比較的になじんでいる。ところがその場合にわれわれはとかく、市民社会化・近代化が進むにつれて、市民法もまた自然発生的に、genetischに社会の中に実現していく、権利が「生成」して行く、と仮定しがちである。そして、市民法の崩壊、したがつてまた権利の「衰退」とわたくしが呼ぶような逆流現象は、とかく視野の外に追いやりかねない。しかしわたくしは、本章（後掲「法と権利」論）で権利の根底に確認しようとした市民法原理は、これを社会的に実現するにはきわめて困難で苦渋に満ちた道筋を辿らねばならないし、手をこまねいて見ていたら忽ちにして崩壊へ向かうようなもの、と考える」（傍点・原書。括弧内・ノ

以下では、まず広中教授の「諸秩序論」とその問題性に立ち入ることをお許しいただきたい。

（i）広中教授の「諸秩序論」とその問題性

まず広中教授は、①「財貨秩序」とその外郭秩序としての「競争秩序」（ちなみに、「財貨秩序」自体、「財貨帰属秩序」と「財貨移転秩序」に「分化」される）、②「人格秩序」とその外郭秩序としての「生活利益秩序」、③「権力秩序」（国家権力の発動の一つとしても民事裁判論）を、体系的に整序された。しかしながら、このような「秩序論」から、何を根拠に、如何なる法効果が生み出されるのかについては、必ずしも具体的な考察にまで踏み込まれることをされなかった（それは、その後公開される予定であった、総則・物権・債権及び「人に関する法」〔いわゆる「家族的結合に関する法」〕の領域の問題として位置づけられたからであろう）。それにしても、広中『民法綱要』の整理はみごとである。しかし、だからこそむしろ見逃せない点がある。たとえば広中説における「環境からの生活利益の享受——「生活利益秩序」論が秘める問題性が、それである。

すなわち広中説は、上記「生活利益秩序」論で、「環境悪化」に対して、どちらかという「受忍限度論的」発想をしている。広中教授は、こう書かれている。——「他人の生命・身体（健康）を害するまでにはいたらな

（引用者）。原島「法と権利に関する一試論——民法学から」・同・前掲書（前注17）53頁以下、特に76頁（原論文初出は1984年）。ここには広中「市民法論（その前提となる戦後「市民社会論」）」と原島「市民法論」（及び清水「市民法論」）とのコントラストが明瞭に描き出されている。今（すなわち、2017年6月15日「共謀罪」法案が参議院で「強行採決」された日、さらに安倍晋三首相が憲法9条改悪を正面切って表明した時点から1ヶ月余りの時点＝本稿執筆時）、われわれは、まさしく市民法原理そのものが音を立てて崩れ去っていくこと、その「さなか」にいないのではないか。危機は目の前どころか、すでにわれわれは危機の渦中にあることを、深く「自覚」すべきであるように思われる。要するに、わが国において「市民社会」の「定着」は、今なお遠い課題なのであって、その「定着」を旨として民法学に突きつけられた問題も山積している、と言わなければならない。

いが他人の享受してきた環境を悪化させてその生活に不快な影響を及ぼす行為は、ある限度を超えない限り、その他人において受忍することが期待され、その限度（受忍を期待される限度）を超える場合には——受忍を期待される限度は当該地域の性格（住居地域か商業地域）その他のさまざまな要因によってきまる——、他人の生活利益を「生活利益秩序」に反して不当に害するもの（以下「生活妨害」という）と評価される」⁹⁷（傍点・

97 広中『新版民法綱要』（前注95）19頁。このような広中説の発想の基礎には、次のような認識が存在していた。——「人間はその社会生活において多かれ少なかれ不快な影響を及ぼしあうことを避けられず、その意味で、各人が社会生活において快適な生活を享受しうる利益は、各人に固有な人格的利益として帰属しているもの（人格権）と異なり、社会生活における他者との相互的影響によって妨害される蓋然性を蔵したものであるが、現実には妨害が生じて、それが一定の限度を超えない限り各人はそれを忍ぶことを期待されるのに反し、それが右の限度（受忍すべき限度）を超えるときは、その者に故意または過失があるかぎり違法な侵害として不法行為責任を生じさせる。このような侵害（生活妨害）は、五に述べた人格的利益の帰属の侵害に包含されるようにみえるが、後者〔人格的利益の帰属の侵害〕は被害の程度を問わず侵害者に故意または過失があれば不法行為責任を生じさせるものであるのに対して、前者すなわち生活妨害においては被害の程度そのもの（受忍限度を超えるかどうか）が規定的な意味をもっているという点に、差異があるといえよう」（丸括弧内・傍点はともに原書。亀甲括弧内・引用者）。広中『債権各論講義・第6版』（1994年）459頁（ちなみに、五の箇所は、「権利侵害」の類型③として「生命、身体、自由その他の人格的利益の帰属の侵害」を語る部分を指している）。これは不法行為責任に関する箇所の記述である。そのためか「被害の程度そのもの（受忍限度を超えるかどうか）」が、「規定的な意味をもっている」とする。これは、被侵害利益の種類・内容と侵害行為の態様・程度の「相関関係の利益衡量」のみならず、地域性や妨害企業の「公共性」などの総合的利益衡量判断によって「受忍限度」を超えるか否かの判断をする通常の「受忍限度論」とは、趣を異にしている点に、注意が必要である。すなわち広中説は、あくまで「被害」（被侵害利益）だけを問題しており、それに関してのみ「受忍限度」論的発想を許容するにすぎない。この点は、一般の「受忍限度論」との対比において無視できない重要な相違点となっている。問題は、むしろ別のところにある。すなわち広中説は、こと「生活妨害」類型においては、「社会生活において他者との接触が不可避であるから」として、その出発点において広中教授に独特な「受忍義務」が置かれる。これに対して、別の見方もあった。たとえばドイツ民法の物権法「前草案」を担当したヨホウは、「相隣関係においても他人の所有領域に介入ノ

引用者)。しかしながら、そもそも広中教授は、たとえばドイツ・イミッシオン規定が第一次的要件として問題とする「合意なき不可量物の不適法侵襲」(ein unrechtsmäßiger Eingriff der Imponderabilien ohne Vereinbarung⁹⁸)及びその第二次的要件としての「本質的妨害」(eine wesentliche Beeinträchtigung)に関する問題意識につき、かなり希薄であるように思われる⁹⁹。すなわち広中説では「他人の生命・身体（健康）を害する」場合には、それは人格的「帰属」違反を意味するのであるから、上記の第一次的要件としての「合意なき不可量物の不適法侵襲」（「妨害状態」の発生）の場合であっても、その限りで（つまりは、イミッシオンに

ゝすることは原則ネガトリアの対象となるのであり、むしろ相隣関係にあるからこそ、お互いが自己の所有領域にとどまるための努力をなすことが一層要求される」という原則的観点を強調していた。これは、明らかに先ほどの広中説と真向から対立する立場である。筆者は、ヨホウの見解を支持したいと考えている（基本的にそのような発想に基づき、ヨホウは、イミッシオン原則違法＝差止めを構想した〔ただし当時のライヒ営業令を顧慮して「鉄道事業・蒸気汽船事業」につき例外的扱いをした〕。拙稿・川角「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427頁以下、435-436頁参照）。これに対して、広中説は、その結論部分において「受忍義務ありき」の立場を示した。

98 これは、筆者独自のドイツ語表現であり、かつまたその翻訳である。ちなみに、「ein unrechtsmäßiger Eingriff der Imponderabilien ohne Vereinbarung」という文言は、ド民906条には直接明文規定としては出てこないが、同条の趣旨に照らして「同義」と解する。

99 なお、ドイツ・イミッシオン規定（現行ド民906条）は——あとも確認するように——イミッシオン原則違法＝禁止の立場に立っているものであり、その点で原告は、差止請求＝妨害排除請求の要件として、「同意のない不可量物の侵入＝干渉作用」の存在を主張・立証すれば足りる。これに対し、当該イミッシオンにつき、それが「本質的妨害」でないことを被告が「抗弁」として主張・立証すべきである、という点に留意しておかなければならない。ちなみに、広中『新版民法綱要』（前注95）14頁では、割括弧内で「ドイツ民法906条のイミッシオン規定」につき、一応の言及がある。しかしながら、それ以上に立ち入った考察はされていない。広中説において、ドイツ・イミッシオン規定が、どのように理解されていたかは、一個の問題である。

よって「他人の生命・身体（健康）」が害される限りで）、当然に妨害排除請求権・差止請求権が発動される。ここまでは、いちおう問題はない。ところが、以下の広中説については、かなり注意を要する。すなわち、まず広中教授は「他人の享受してきた環境を悪化させてその生活に不快な影響を及ぼす行為」の例として、「日照妨害、通風妨害、採光妨害、眺望侵害、騒音、振動、煤煙・悪臭等による空気汚染、汚水・廃液等による水汚染のような物理的ないし化学的なもののほか、売春宿・賭博場等の経営による風俗汚染のようなもの」を挙げられている¹⁰⁰。すなわち、ここで広中教授は、本来イミッシオン原則違法＝禁止＝差止め¹⁰¹の対象として取り上げるべき「騒音、振動、煤煙・悪臭等」を、「日照被害、通風妨害、採光妨害、眺望侵害」（いわゆる「消極的イミッシオン」のケース）さらには「売春宿・賭博場等の経営による風俗汚染」（いわゆる「平穩生活権」侵害として最近取り上げられているケースに近い）の事例と——合理的な理由を挙げることなく——同列化させている。それを前提に、上記「生活利益秩序」に違反しうる諸々の個別事項を、一律に「受忍限度論的比較衡量」の対象とされるわけである（前注97とそれに対応する本文〔広中説「引用文」〕を参照）。ところが、少なくともドイツ民法上のイミッシオン＝「合意なき不可量物の不適法侵襲」の原則禁止（さらには第二次的要件としての「本質的妨害」）は、人の生命・身体・健康（＝人格的帰属利益）への不利益侵襲にとどまらない。それは、むしろ広く及ぶ。たとえばドイツ戦後のBGH判決に限っても、以下のような諸事例が報告されている¹⁰²。たと

100 広中『新版民法綱要』（前注95）19-20頁。

101 なお、ここで筆者は、従来から使用されてきた「イミッシオン原則違法＝禁止」という表現を、筆者独自の造語であるところの「合意なき不可量物の不適法侵襲」という表現と「同義」のものとして位置づけている。しかし、さしあたり実質的な問題は生じないと考える。

102 沢井裕「ドイツのイミシオン法」同『公害の私法的研究』（1969年）78頁以下の記述を参照。なお澤井教授によるドイツ・イミッシオン規定に関する理解の問題性については、本稿統編（補論）で論ずるところを参照。

えば、被告鉄材倉庫からの「騒音」について、これに対する原告別荘所有者の差止請求権を認めた1958年の事例（BGH, NJW1958, S. 1393）、ダンスカフェーからの「騒音」を、「本質的妨害」として差止請求権の発動を認めた1959年の事例（BGH, NJW1959, S. 2013）。やや特殊なものとして「学校騒音」に対する差止請求権の行使が認められた1962年の事例（BGHZ 38, S. 61）、さらに市所有地が教会の祝祭用に使用されたことにより、「騒音・悪臭」が隣地に達した場合に、隣地所有者からの市に対する差止請求権を認めた1964年の事例（BGHZ 41, S. 264）、あるいは木材加工場からの「騒音・塵芥」につき一部差止め（時間帯による差止め）を認めた1966年の事例（BGHZ 46, S. 35）など、がそうである。かてて加えて、身近な例で言えば（判例になっている事案ではないものの）、たとえば隣地からの振動や騒音等の影響で飼い犬（あるいはその他のペット）が神経質になり、無秩序に鳴き声を上げ、寝込んでしまったような場合（動物病院にいくほどのことではないが、飼い主にとって寝食を忘れるほど心配であるような深刻な状態が発生した場合）。あるいは、隣地からのススや煤煙によって洗濯物が汚れて庭に干せないような場合。これらの諸ケースでは——人の生命・身体・健康への不利益がなくても——その振動・煤煙・騒音等のイミッションは「合意なき不可量物の不適法侵襲（ないし本質的妨害）」を意味し、第一次的に差止請求権（物権的妨害排除請求権）の発動をみるはずである。この場合には、あくまで被告が当該イミッションの「非本質性」を抗弁として主張・立証しなければならない（ただし「本質的な妨害」であっても、ド民906条の下で「場所的慣行性」とか「経済的期待不可能性」による¹⁰³抜け道は存在する）。こうしてドイツでは、イミッション侵害（騒音・振動・煤煙などの不可量物の侵入）に対しては、その「侵害」を受けた者は、まず原告として——当該「イミッション」の事実を立証しうる限り——ド民1004条に基づいて、その妨害排除請求権を行使しうる。これが原則なのである¹⁰³。

103 沢井・前掲『公害の私法的研究』（前注102）58頁も、その旨を説く。すな

要するにドイツでは、初めから「受忍ありき」ではないのである。その点を広中説は、軽視されているように思われる。かてて加えて、広中教授は、イミッシオンに相当する「騒音、振動、悪臭等」（いわゆる積極的イミッシオンにあたるもの）と、それと性質を異にする「日照妨害、通風妨害、採光妨害、眺望侵害」（いわゆる消極的イミッシオン、ないしそれに準ずるもの）を一直線に並べて——いわば同列に——論じている（この点は、既に指摘した。本稿前注100とそれに対応する本文参照）¹⁰⁴。なるほど、後者の、いわ

ゝわち「所有者は、自分の土地に侵入するすべてのイミッシオンを、ドイツ民法903条および1004条によって禁止しようということが前提となる。しかし全然隣地への作用なしに、土地を利用することは不可能だから、被害者にある程度の受忍義務を負わせることが必要となる。この受忍義務の規定が906条にほかならない」と。したがってイミッシオン原則違法即差止めが「前提」として在って、その上で例外的に一定の場合に（たとえば被告が当該イミッシオンを「非本質的」だ（＝「本質的妨害」でない）とする旨の主張・立証に成功した場合〔その他「場所的慣行性」の立証に成功した場合等〕にのみ）、原告の差止請求権が抑止されるにすぎない。その論理的帰結として、常に、被告が「抗弁」として、906条の例外的な差止請求権阻止要件を主張・立証しなければならないのである。なお、沢井教授が上記引用文において、相隣者間の「相互受忍義務」をも前提とされている点に留意しておきたい。本稿統編（補論）で論じる予定である。

- 104 広中・前掲教科書『債権各論』（前注97）459-460頁も参照。ちなみに広中教授が指摘する「汚水・廃液等による水汚染のような物理的ないし化学的なもの」（広中・前掲『綱要』（前注95）19-20頁）については、そもそも「イミッシオンとみなされず、ド民906条の適用を受けない。その結果として、ド民1004条により絶対的に禁止される」とした上で、「水洗便所からの排水、漏水など」をその例として挙げるのは、沢井・前掲書『公害の私法的研究』（前注93）61頁である。ところで、そもそも「汚水・廃液等による水汚染のような物理的ないし化学的なもの」（＝被侵害目的物の物理的・化学的な質的变化）は、もっぱら「損害」として理解されるべきものである、と思われる。すなわち、侵害者が「不法行為責任」要件を備える場合のみ、その責任を追及できるのである。ただしわが国民法上、その「損害」の「原状回復」は、722条1項・417条により原則承認されておらず、「原状回復」請求を根拠づけるためには、特別な立法上の手当が必要である。たとえば水質汚濁防止法第1条は「工場及び事業場から排出される汚水及び廃液に関して人の健康に係る被害が生じた場合における事業者の損害賠償の責任について定めることにより、被害者の保護を図ることを目的と

ゆる消極的イミッシォンの差止め根拠は、たしかに難問である。日照被

ゝとする」とするものであり、もっぱらその主眼は「損害賠償」（金銭賠償）のための無過失責任に置かれている（同法19条「工場又は事業場における事業活動に伴う有害物質の汚水又は廃液に含まれた状態での排出又は地下への浸透により、人の生命又は身体を害したときは、当該排出又は地下への浸透に係る事業者は、これによつて生じた損害を賠償する責めに任ずる」）。要するにこれは、「原状回復」責任を課する特別法ではない。ちなみに汚濁物質排水業者は「許容限度」までは、有害物質を排出することができる仕組みになっている（同法3条）。ただし同法13条では、「都道府県知事は、排出水を排出する者が、その汚染状態が当該特定事業場の排水口において排水基準に適合しない排出水を排出するおそれがあると認めるときは、その者に対し、期限を定めて特定施設の構造若しくは使用の方法若しくは汚水等の処理の方法の改善を命じ、又は特定施設の使用若しくは排出水の排出の一時停止を命ずることができる」と定めている。これは一種の行政指導・行政命令であつて、民法上私人（有害排水による不適法侵襲を受けた被侵害者）からの差止請求権行使を妨げるものではない、と解する（汚廃液排出の「おそれ」を要件とする請求である限り、それは「事前差止め」を内容とする差止請求権にほかならない）。ともあれ、水質汚濁防止法は、排出企業の「費用負担」での無過失「原状回復」責任及び私人（有害排水による不適法侵襲を受けた被侵害者）からの差止請求権行使を明文で定めていない点で、きわめて不徹底であると考え（なお、大気汚染防止法も、同法25条で無過失金銭賠償責任を定めることを初めとして、ほぼ水質汚濁防止法と同じ構成を採用している。すなわち両者は、いずれも同じ法的問題を抱え込んだままである）。ちなみに、この両者を包括する「環境基本法」（かつての公害対策基本法）は、同法2条3項で「この法律において「公害」とは、環境の保全上の支障のうち、事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気の汚染、水質の汚濁（中略）、土壌の汚染、騒音、振動、地盤の沈下（中略）及び悪臭によって、人の健康又は生活環境（中略）に係る被害が生ずることをいう」と定義づけることによって——広中教授とほぼ同様に——ドイツ・イミッシォン規定に相当するもの（騒音、振動、悪臭）と、それ以外の「損害」に相当するもの（相当範囲にわたる大気の汚染、水質の汚濁、土壌の汚染、地盤の沈下）をごちゃ混ぜにしている。その上で同法2条3項は、「人の健康又は生活環境に係る被害」の防止という観点のもとで、もっぱら「損害賠償法的考察」を前提としていることを自認している。すなわち、差止請求権を明文で認めようとする姿勢が、全面的に欠落している。だからこそ——この点は根本教授も主張されているわけであるが——権利侵害以外の人格秩序・環境秩序保全の立場からのネガトリア的保護請求権（差止請求権）の必要性が一層大きくなる、と言わざるをえない。

害ひとつとってもド民906条の規定は、そのままの形では機能しない（この点、本稿続編で後述するところ〔本稿第5章①〕を参照）。しかし、これに対して、あくまでも積極的イミッシオンの場合（煤煙・振動・騒音等の場合）には、被侵害地の所有者が、当該「合意なき不可量物の不適法侵襲」の事実に関する主張・立証のみによって、原則的にネガトリア（妨害排除）請求権による保護を享受する。このこと、すでに述べた通りである。ところが、広中説では、上記の法的論理が採用されていない。すなわちイミッシオン原則違法であり、直ちに物権的妨害排除請求権が行使されうるところ、例外的に被告が当該イミッシオンの「非本質性」を主張立証しえた場合にだけ、その妨害排除請求権が阻止されるにすぎない、という法的論理が正しく理解されていない（それゆえにこそ「受忍限度」論的発想に立たれるのである）。なるほど広中教授は、不正競争防止法3条1項を挙げ、「〔生活利益秩序〕に反して生活利益を害されている者または害されるおそれのある者は（中略）生活妨害の停止または予防のための差止請求権を——その実現のために必要なら国家に助力を求めること（訴訟→強制執行）——を認められる」と言われている¹⁰⁵。しかしながら広中教授は、その引用文に引き続いて、すぐにこうも言われる。すなわち「裁量的な差止命令の制度を発展させている国においては差止命令によって保護される（差止請求権の制度も、「生活利益秩序」に反する行為かどうかの判断が紛争当事者双方の利益の比較衡量にかからしめられることによって、機能上、裁量的な差止命令の制度に近いものとなる）」¹⁰⁶と（括弧内・原書。傍点・引用者）。こうして、結局のところ、広中説における「生活利益秩序」違反に基づく行為の差止請求の可否は、「紛争当事者双方の利益の比較衡量」如何に左右されることになる¹⁰⁷（したがって、せっかく広中教授が不正競争防止法3条1項に注目した

105 広中『新版民法綱要』（前注95）21頁。

106 広中『新版民法綱要』（前注95）21頁。

107 この点、吉田克己教授も広中説と同じ方向を目指しているように思われる。

たとえば「権利に至らない利益保護が問題になる外郭秩序においては、侵害ノ

行為の態様を含めた総合的判断が違法評価のために必要になると考えられる」とする。吉田（克）『現代市民社会と民法』（1999年）273頁。ここで吉田（克）教授の言われる「侵害行為の態様を含めた総合的判断」とはなにか。「受忍限度論」・「違法段階説」を含むのかどうか。この点、吉田（克）教授は、前掲書『現代市民社会』247頁で、次のように述べている。——「生活利益秩序侵害に対する民事訴訟の場合には、違法性判断のあり方が「権利侵害」の場合とは異なってくる。（中略）権利にまで至らない法的利益侵害の場合には、侵害行為の態様を含めた総合的判断が違法性評価のために必要と考えられるのである。現在の通説的不法行為理論の基礎にある我妻相関関係理論は、まさにそのような思考様式に適合的な理論と評価することができる。これを受け継ぐ受忍限度論についても、同様の性格を指摘することができる」（傍点・引用者）。この記述からするなら、吉田（克）教授の視野には、ドイツ・イミッシオン規定の価値判断は全く入ってこず、むしろ広中教授よりも徹底した「相関関係説」＝「受忍限度論」的思考が採用されている、と言ってよい。しかしながら他方で、吉田（克）教授は、人の生命・身体・健康への侵害に限らず、より広く、「生活利益秩序」の場合にも「秩序」違反に対するサンクション」として「場合による差止を認めるべきものであると考える」とされる。吉田・前掲書248頁。とはいえ「場合による」の中身が明確でない。さらに、その引用文に対応する155頁注17で、吉田（克）教授は、藤岡康宏教授の所説（本稿後注115参照）ともども、原島教授の「開発と差止請求」（原島・前掲書〔前注17〕523頁以下）及び「法と権利に関するひとつの試論」（原島・前掲書〔前注17〕53頁以下）、さらには広中教授の『民法綱要第一巻総論上』（1989年）20頁を参考文献として挙げられている。しかしながら、広中教授は——本稿本文ですでに指摘したように——この場合の差止根拠につき、なるほど一応は「不正競争防止法1条1項」（現同法3条1項）を基にしておられるのだが、すぐさまそれを「紛争と当事者双方の利益の比較衡量」で置き換えられている（そもそも広中説において「差止請求権の制度」は、そのような「比較衡量」が不可避であるかのような記述ぶりになっている）。広中・前掲書『第一巻総論上』20頁割括弧内の記述参照（2006年版21頁割括弧内の記述も同様）。これに対して原島教授は、すでに1976年「権利論の推移」519-520頁において、以下のように論じられていた。——「環境破壊の実体があるかぎり、かりに人の生命・健康とういうような、権利（以上のもの）の侵害に至らないとしても、〔差止請求権は〕認容される」・「市民個々の「被侵害利益」がかりに小さいものであっても、そこに環境破壊の実体があるかぎり、個々の「被侵害利益」は「利益衡量」になじまない」（傍点・丸括弧内・原書。ゴチック及び亀甲括弧内・引用者）。ここには、純然たる「秩序」違反（環境利用秩序違反・競争秩序違反）のケースにつき、当該「秩序」違反そのものが差止請求権発動の根拠になるのであって、「利益衡量」（相関関係的利益衡量・「受忍限度論」）は、これを排除せざるをえないという原島教授の理論的

↘観点が明瞭に描き出されている（これは、1980年「開発と差止請求」以前の1976年「権利論の推移」における記述であることに留意されたい）。ちなみに「環境破壊の実体」それ自体は、侵害を受けた「原告」が主張・立証しなければならないこと、確かである。とはいえ、あくまでそれは「騒音・煤煙・振動等の積極的イミッション類型」では、「合意なき不可量物の不適法侵襲」の事実を主張・立証すれば足りる。また「日照妨害・通風妨害等の消極的イミッション類型」では、たとえば「日照妨害によって洗濯物が干せなくなった」とか、「通風妨害によって湿気によるカビが目立って増えた」という「干渉作用」(Einwirkung)を主張・立証できれば、すでに十分なのである（これは、不適法干渉事実そのものであり、その立証によって請求者は原告適格をもつ）。こうして筆者（川角）は、より厳密に言えば、原告（「被害者」）によって日照阻害という「干渉作用」の事実そのものが立証されれば、「請求原因」として十分である、と考える（すでに彼は、原告適格をもち、その訴えには「訴えの利益」（「法律上の争訟性」裁判所法3条参照）がある）。それに対して、「侵害者」たる被告は、まず「当該日照阻害」が存在したとしても、それは「受忍限度の範囲内である」と抗弁するだろう。それに対して、原告が「洗濯物が干せなくなったから日常生活に支障をきたしている」とか、「湿気が増えカビが増殖したから食べ物に傷む」とかという事実（「本質的妨害」の存在）を主張・立証できれば「再抗弁」に成功する。あとは被告側で、「当該日照被害が「本質的な妨害」であったとしても、高層建物・ビル群に用途指定されている地域に原告があえて移り住んだのだから差止請求に応じる必要はない」（一種の「場所的慣行性」抗弁）との「再々抗弁」に成功するか否か、が問題として残るのみである（加えて「日照被害防止措置のために要する経済的期待不可能性」の再々抗弁に成功する場合も、基本的に同様に考えてよいと思われるが、「経済的期待不可能性」の認定は徹底的に厳格な審査の対象とされるべきであろう）。ともあれ、上記で示したような原鳥説と広中説との違いを、いわば棚上げして、同列に並べ、「同旨」の見解として引用できるのかどうか。筆者にはどうにも分かり難いのである。ちなみに、吉田（克）『環境秩序と民法』同（編著）『環境秩序と公私協働』（2011年）67頁以下、特に78頁以下は、原鳥「秩序論」を「大変先駆的な議論」（78頁）と評価した上で、「競争秩序とか占有秩序、環境利用秩序」などの「違法」論においては、「一定の行為違反を前提」とする「行為不法的なつかまえ方」になっている、と解している（79頁）。そして「広中外郭秩序論も、実は同じような発想に立っている」と述べる（同頁。括弧内・引用者）。広中説が「行為不法的なつかまえ方」をしている点で、筆者（川角）は吉田（克）教授の理解に賛同する。しかしながら、原鳥説についても「行為不法的」と言えるか。やや疑問に思える。この点、本稿前注94参照（その注でも指摘するように、原鳥説が「行為の違法性」に言及していることは事実である。にもかかわらず、筆者〔川角〕の管見によれば、原鳥説は決して「行為不法的」ではない）。

意味合いも減殺されてしまう）。その上で広中説は、さらに一種の「違法段階説的」な発想をも示す。すなわち、いわゆる「差止めにかわる補償」（ド民906条2項2文参照）につき「受忍を期待される限度が差止に関しては金銭的な償い（「補償」のこと——引用者）に関してよりも高くなる」¹⁰⁸（傍点及び括弧内・引用者）ことを承認される。そして上記広中説を総括的に要約して、結局、広中教授自身、次のように言っている。——「訴訟という形で助力を求められた国家が——被告の営んでいる事業の社会的有用性の高さとか差止によって被告に要求することとなる出費の大きさとかを考慮して——右のような処理（裁量的な差止命令の制度化——引用者）をすることに対しては、ある社会では是認の声が強く、ある社会では批判の声が強い」¹⁰⁹（傍点・引用者）。この引用箇所が意味するところは、決定的な「重大性」をもつ。すなわち、わが民法上の「生活利益秩序」に関する法的評価問題（すぐれてわが国民法学における第一義的な課題の一つ）を、「ある社会では是認する声が強く、ある社会では批判の声が強い」と突き放すことによって、まるで「他人事」として扱っておられるかのようなのである。日本民法上の解釈論としてのみずからの態度決定を、いわば放棄されているのである（上記引用文で筆者が傍点を付した箇所は、そのようにしか読めない）。しかも広中説において、上記引用文の主張の趣旨（「被告の営んでいる事業の社会的有用性の高さとか差止によって被告に要求することとなる出費の大きさとかを考慮して」）という発想そのものは——すでに本稿で批判的に考察したところの——舟橋教授による「違法侵害説」の構想（侵害行為の悪性阻却事由としての「公共性」・「公益事業の性質」等を重視する発想）にきわめて近いことにも留意しておかなければならない¹¹⁰。

108 広中『新版民法綱要』（前注86）21頁。

109 広中『新版民法綱要』（前注95）21-22頁。

110 舟橋『物権法』（1960年）38頁参照。ただし広中教授が、あくまでも帰属性のある権利侵害（人格権侵害）については、「違法＝原則差止め」の構想を維持されていることは重要である。したがって、帰属性を語りえない「生活利益秩序

「序」に限定して「受忍限度論的違法判断」を組み入れ、その限りで（つまり「受忍限度判断の結果」として）、例外的に「差止め」の余地を認めようとされる。このような態度は、基本的に本稿統編で考察する澤井裕教授・吉村良一教授の「複合構造説」に近い。それゆえ根本教授は、この広中説を「違法侵害説」論者に含めなかった、と思われる（根本・前掲書〔前注5〕95頁の「違法侵害説」支持者リスト及びそれに関連する159頁注282・282・284・285参照。それらの箇所では根本教授は、広中教授を「違法侵害説」論者に含めてはいない）。ちなみに根本・前掲書159頁注282で、根本教授は、広中教授の後継者たる中村哲也教授の所説をして「これは、違法侵害説の主張とほぼ同内容」だと言っている。違法侵害説と「ほぼ同内容」というからには、舟橋教授流の我妻「相関関係説」の物権的請求権バージョン論を中村教授が肯定していることについて、これを「論証」しなければならないはずである。しかし、この「論証」を、根本説は、全く等閑視している。なるほど、中村教授は、「不法行為法」が財貨帰属秩序での「物権的請求権」ないし「差止制度」及び、いわゆる「侵害不当利得法」と「協働」し、また不法行為「違法」論と「差止法」の「違法性概念」とが「共通」する、と言われている。このことは、確かである（中村「不法行為法における違法性論と体系思考」私法47号〔1985年〕109頁以下、特に114-115頁）。ただし、ここで中村教授が不法行為「違法」と差止め「違法」の共通性を語る場合、中村教授の所説ではいずれにおいても「客観的違法」構成が採用されている。このような趣旨でのみ「共通性」が語られていることに、注意しなければならない（中村・前掲・私法論文109頁）。したがって中村説においては、必然的に、当該「客観的違法性」をして我妻説的「相関関係説」（＝「行為態様の相関」論）と関連づけること自体、すでに全面的に否定されているのである（中村・前掲・私法論文110頁参照）。それゆえ、上記「協働」とか「共通」という「文言」のみを捉えて、中村説を直ちに違法侵害説と「ほぼ同様」と断定することは、論外であるように思われる。すでに述べたように、根本説においては、中村教授が「相関関係説」的に違法判断されていることに関する「論証」が全くない。それどころか、むしろ中村教授は、明らかに、我妻説的「相関関係論」を強く批判している。すなわち、根本教授が参照している中村教授の論稿は、1984年の「現代民事違法性論における類型論と体系思考」法政理論17巻3号（1984年）1頁以下、特に5頁以下及び1985年の前掲・私法論文109頁以下であるところ、そこで中村教授は、明確に我妻説的「相関関係論」を批判しているのである（我妻「相関関係論は不必要」とまで、はっきり書いてある。中村・前掲私法論文109頁。さらに中村・前掲「現代民事違法性論」40頁でも「一般的定式としての「相関関係論」は必要でなくなる」と書いておられる）。なるほど中村教授は、恩師広中教授と同様に日照・通風・眺望などに関する「生活利益秩序」においては「受忍限度論」を採用している（とはいえ、中村教授によれば、その「受忍限度論」自体が「公共施設」による「少数者への被

(ii) 原島教授の「法秩序論」

原島教授は、すでに1973年の「民法の古典的体系とその限界」において、「権利論」の観点から「財貨帰属秩序」を、そして「法律行為論・契約理論」の観点から「財貨移転秩序」を、それぞれ提示された¹¹¹。また1976年の「わが国における権利論の推移」¹¹²では、公害＝環境破壊に立ち向か

ゝ「害の集中」を許容しうるものとして作動する危険性があることから、受忍限度判断においても「社会的不平等が、人間の尊厳に反するものとならないこと」が「重要な意味もつ」のであり、受忍限度判断における「不平等性の緩和」ための歯止めが「個々的に検討されなければならない」とされている。中村・前掲私法論文114-115頁参照）。要するに、根本教授は、自分にとっては都合の悪い、中村教授による我妻「相関関係説」批判（中村教授の論稿の重点は、まさしくそこに置かれていた）をすっとばして、都合のよさそうな記述のみを恣意的に断片化し、「引用」している。たとえば「この指摘（中村教授の見解——引用者）の意味するところを、不法行為法ではなく、「差止法」あるいは「差止制度」に焦点を当てて把握し直すとすれば」などという仮定法的表現を参照されたい（いくら「焦点」の当てどころを変えてみたところで、中村説の客観的違法性に関する「統一的違法性概念」〔中村・前掲「現代民事違法性論」40頁〕及びそれに根拠づけられた「相関関係論」批判〔それは必然的に、舟橋教授流の相関関係説的「物権の請求権論」をも批判的に突き放すことになる〕は、なんら揺るがないのである）。ともあれ、この仮定法的表現は、根本教授が好んで多用する表現方法である（これは、いわば「我田引水の」学説理解に通ずる）。

- 111 原島「民法理論の古典的体系とその限界」・同・前掲書（前注17）5頁以下、特に「権利論とその限界」については15頁以下、さらに「法律行為論の限界」については26頁以下参照。いずれもドイツ民法、特にサヴィニーとその現代的継承者ヴェルナー・フルーメの見解を素材に検討が加えられている。とりわけ「権利論」一般にとどまるのではなく、その「限界」（権利の「土台」としての人格諸利益〔生命、身体、健康、名誉〕。及びメディアの発達による個人的領域への違法侵入の問題〔名誉侵害・プライバシー侵害〕の問題）、さらには営業権の位置づけなど新しい法現象が問われている。かつまた、権利の水増し現象とそれに対応するドイツ民事違法論（不法行為論・妨害排除請求権論・一般的不作為の訴）、及びその利益衡量主義的傾向（行為・容態責任論・許されたる危険論の拡散）の問題性に関する実証的・批判的分析が試みられている。あるいは、「法律行為」についても単なる一般論としてではなく、「信頼責任論」及び「行為基礎論」と「私的自治論」との関係が、わが国民法解釈論のあり方を踏まえて実証的に論及されている。

- 112 原島「わが国における権利論の推移」・同・前掲書（前注17）については、

う民法理論のあり方として「権利論と民事違法論の再生（不法行為法一元論的民事違法論からの脱却）」を主張しつつ、古典的権利論の成果を踏まえた上での「権利」以外のネガトリア的保護（妨害排除＝差止めの保護）の対象を、人間生存の基本的条件としての「環境保護」そのものに求めた。そして、いわゆる「環境権論」の意義を高く評価しながらも——その「環境共有の法理」という「権利構成」を脱却したところの——「環境利用秩序」保護の観点からの、新たな民事違法論（差止請求権理論）を構築した。同時に、わが国に早くから根を張ってきた「違法論」（「権利侵害を違法性で置き換える」理論）が、「相関関係説」＝「受忍限度論」＝「違法段階説」へと展開し、たとえば本来保護範囲を広げるはずであった我妻「相関関係的」違法論が、みずから抱え込んだ「相関関係的利益衡量主義」によって、いわば自縄自縛となったこと。さらに、それが「受忍限度論」＝「違法段階説」へと展開するに至って、むしろ「差止請求」そのものを封じ込める「理論」（権利・人格利益保護のための違法論からの、その反対物への転化）として機能するに至ったこと。それらを含め、わが国における「（歪曲された）違法論」の「学説史的背景」を、実証的かつ批判的に浮き彫りにしている。同時に「環境利用秩序」のみならず、「不正競争防止法」に基づく差止請求権規定に着目して、「競争秩序」保護のための法的論理の帰結としての、「権利侵害」によらない「差止請求権」の独自の発生根拠論をも提示された。そして上記のうち、前者（環境利用秩序論）は、1980年の「開発と差止請求」¹¹³において、後者（競争秩序論）は、1997年の「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」¹¹⁴において、さらに発展的に継承され、

ゝすでに本稿でも幾度か取り上げた。上記本文の論旨は、ほぼその再確認と若干の整理を試みるものにすぎない。

113 原島「開発と差止請求」・同・前掲書（前注17）523頁以下。

114 原島「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」・同・前掲書（前注17）187頁以下。なお、原島・前掲書『市民法の理論』706頁、「初出一覧」では、本論文の初出が「1996年」になっている。この初出一覧は、筆者（川角）ノ

展開された¹¹⁵。以下では、このような原島「法秩序論」の意義とその法的機能を探り出し、よって「秩序論」＝市民法的秩序論に基づく差止請求権論の優位性を、可能な限り論証してみたいと考える。そのことによって、根本教授が見落とされたと思われる論点を、やや具体的に提示してみたい、と思う。以下では、まず原島教授による「環境利用秩序」論と差止請求権理論との関係を考察する。そしてその後、原島「競争秩序」論と差止請求権理論との関係を考察したく思う。

（ア）原島教授による「環境利用秩序」論と差止請求権理論

原島教授による「環境利用秩序」論の出発点は、いわゆる「権利論の限

ゝが、原島教授の「委任」を受けて作成したものである。その「誤り」は、筆者が負うべきものである。初出「1997年」が正しい。原島先生をはじめ、読者諸賢の方々にお詫び申し上げる。

115 以上の「財貨帰属秩序」・「財貨移転秩序」・「環境利用秩序」・「競争秩序」に加えて、原島「権利論の存立と変質・放棄」・同・前掲書（前注17）415頁以下、特に419頁以下注3、注4、注6で展開された「人格秩序論」を踏まえれば、原島教授は1973年以来——すでに——ほぼ広中教授の「市民社会の基本的諸秩序論」と対応するところの「秩序論」を展開させていたことになる。なお1984年初出の原島「法と権利に関するひとつの試論」・同・前掲書（前注17）53頁以下、及び1988年初出の同「なぜ、いまサヴィニーか」・同・前掲書（前注245）80頁以下も併せて参照されたい（ちなみに、広中秩序論と原島秩序論のプライオリティめいたものを問題にする気は、筆者には毛頭ない）。ところで、原島教授の環境利用秩序論（＝1976年「権利論の推移」）の2年後、1978年に藤岡康宏教授の「環境法の基本構造——私法的側面を中心として」が出ている（それは、藤岡『損害賠償法の構造』〔2002年〕414頁以下に「生活妨害の法構造」と改題して掲載されている）。そして、藤岡教授は、その論文の中で「（人格権に基づく差止請求権の付与に関して）民法の構造として「権利的構成」と「非権利的構成」のいずれが妥当かという根本的な問題を提起することになろう」と述べ、さらに「これは、差止請求権の問題を越えてわが国の不法行為法の全体的構造にかかわるものであ（る）」として、原島教授の「権利論の推移」を引用している（藤岡・前掲書426頁注22及び493頁・501頁注118も参照）。ただし、そこで藤岡教授は、原島「秩序論」そのものを直接問題にするのではない（その箇所では藤岡教授は、広中「秩序論」にも立ち入って論じているわけではない。むしろドイツ・イミッシオン規定・連邦イミッシオン法を基軸として、環境保護のための法的構成が展開されている。藤岡・前掲書428頁以下参照）。

界」に関わる問題であった。要するに、「環境」を権利構成して「環境権」などといわずとも、「環境」そのものを客観的に把握し、理解する限り、それが人格の自由な発展のために必要不可欠なものであることは明白であることが確認されるべきであること。さらに、「環境」そのものに関して、個々の市民に割当てられた（zuordnen され、zuweisen された）支配領域をそこに認めることは、法理論上いわば無理な話であること、を如実に示された¹¹⁶。むしろ肝心な観点は、市民（企業法人も市民法上の「市民」である）みずからが「環境利用秩序」を自主的に遵守することであり、かつまた「環境利用秩序」が冒された場合、当該秩序違反状態を排除するために、その（＝「環境利用秩序」自体の）リアクションとしての妨害排除請求権（＝ネガトリア的保護請求権）の行使を承認すること、であった¹¹⁷。そのことを示唆したものが、1934年（昭和9年）の不正競争防止法であった。それにつき、原島教授は以下のように述べている。——「不正競争防止法は、不正競争行為によって営業上の利益を害されるおそれあるときは、その者は不正競争行為の差止請求権をもち（不正競争防止法1条——現行不正競争防止法3条1項〔引用者〕）、また不正競争行為によって営業上の利益を害された者は、不正競争行為をなした者に対して損害賠償請求権をもつ（同法1条の2——現行同法4条〔引用者〕）。ところで、営業侵害は営業権侵害ではない。なぜなら、営業により一定の市場を確保し、一定の収益を挙げるからといって、その市場がその営業主に帰属するのではない。市場は、不断の競争によって、みずから、あらたに獲得すべきものであるからである。（中略）不正競争をそれによって損害を受けた者のイニシアティブによって排除し、競争秩序を維持するところに法の目的がある。協業秩序の

116 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）445-448頁の論旨を参照。

117 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）519-520頁参照。ただし、そこで原島教授が「法秩序のリアクション」という表現を用いられているわけではない。他方「サンクション」という言葉も使われていない。

維持は、当該の営業上の損失を受けた者の個人的な利益をこえて、さらに消費者大衆の利益をまもうとするものである」¹¹⁸（傍点・原書）。ここ

118 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）518頁。ただし、不正競争防止法違反に基づく「差止め」に関する原島教授の所説につき、問題が全くないわけではない。それは原島説が、この問題の考察の出発点を、もっぱら我妻榮教授の見解に求めたことに起因しているように、思われる。すなわち原島教授は、我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）における不正競争防止法（1934年〔昭和9年〕制定）に関する記述（我妻100頁）に着目して、それを敷衍し、およそ以下のように述べる（我妻130頁以下及び136頁も参照）。——「〔我妻説によれば〕個人の権利を侵害せずとも、社会の法律的規範に違反する場合、これを不法行為としないでは、社会の向上発展を阻止する。この意味で、昭和9年の「不正競争防止法」の制定が注意を惹く。この法律は、一定の道義に反する手段方法をもってする競争について不法行為の成立を認めた。こうして、もっとも自由放任の尊重せられた商業の分野においてこの法律が成立したことは、「権利侵害」という固定観念が「違法な行為」という流動的な観念に移ったことを示すもの、とされる。このように、我妻教授にあって、違法の新しい態様、つまり権利侵害がなくても違法な場合として、とくに不正競争防止法が注目されたことは、きわめて正当であった。権利論の限界がとくに営業侵害の場合に顕著にあらわれるからである。（中略）〔さらに我妻説においては〕たとえば債権侵害では、債権の権利としての不可侵性の希薄さから、その侵害行為の態容が問題とされねばならない。営業侵害では、不正競争の理論に従い、その侵害行為の態容が主として問題とされねばならないのであって、とくに営業権を論ずる必要はない。また〔我妻説は〕、身体・自由・名誉などの侵害にあっては、いわゆる「自由権」に関して次のように述べる。詐欺・強迫等による加害行為が違法であるのは、自由権という利益を侵す点にあるのではなく、その行為が、詐欺・強迫という禁止規定または公序良俗に反するものなる点にある。しからば今日の理としては、強いて自由権を問題とせず、もっぱら侵害行為の態容を理由として違法性を定むべきである、とされる」（亀甲括弧内・引用者）。原島「権利論の推移」478-480頁。むろん原島説にあって、我妻教授流の相関関係の違法論は、①「人格的利益の侵害がもっぱら侵害行為の態容により決まる、とするのは、我妻教授の図式からすると、人格的利益は被侵害利益として「権利」よりも軽く、したがって、侵害行為の態容によりきわめて違法性が強い場合にのみ、違法となりうる、ということになりかねない。ここに、ひとつの相関関係論の問題点がある」（傍点・原書）と批判されている。また②「営業侵害と人格的利益の侵害とが、ともに「侵害態容」のいかんによって違法性をもつにしても、それ〔営業侵害と人格的利益の侵害における違法性〕はまったく違った意味をもっている。この質的な差異を、相関関係論は捨象してしまう」（傍点・原書。亀甲括弧内・引用者）とも述べている。上記ノ

には、すでに原島教授による「競争秩序」違反に基づく差止請求権の法的根拠が語られている。それをアナロジーして「環境利用秩序」違反に基づく差止請求権も引き出されることを、同時に示唆しているのである。ここで原島説にとって肝心なことは、「営業の利益」は「不断の競争」によって初めて確保されるのであって、それ（「営業の利益」ないし「営業の自由」）を「権利構成」して「営業権」なるものを語るべきではない、という発想であった。ここには、「権利論の射程を超えている」ものとしての「営業侵害」の特質があった¹¹⁹。そして原島説は、次のように連結していく。すなわち「環境破壊は、もちろん、営業侵害と同じ社会的意味をもつものではない。しかし、いずれも権利論の限界をこえた問題を含むという点で、それらの法的な把握の上でも、共通な側面を指摘することができる」¹²⁰と

「①②いずれも、原島『権利論の推移』480頁に記述がある。ところが、他方で原島教授は——そこに我妻「行為違法論」（我妻教授が「権利侵害」＝「行為が違法なること」と定義づけていることにつき、我妻120頁）及び関連する特別法（不正競争防止法等）の文言による影響があるように思われるのだが——競争秩序論では「不正競争行為」ないし「不公正な取引方法」という「行為」に着目され、さらに環境利用秩序についても「環境破壊」という「行為」に注目されているようにみえる。少なくともそのような「誤解」を受ける余地がある、と思われる。しかし他方で、原島教授は、個別的な不正競争の差止めによるところの、同時にそれを超えた競争秩序自体の保全＝「消費者大衆の利益をまもる」観点の重視〔原島「権利論の推移」518頁〕、あるいは「環境破壊の実体」〔原島「権利論の推移」519頁〕も重視されている点に、十分留意すべきである。その際、原島「秩序論」における差止め違法基準としては——侵害「行為」に着目する必要は必ずしもないのであって——むしろ「行為」によって侵害されるところの対象たる「権利ないし法益」の内容そのもの（その客観的・現在の被侵害状態）に着眼すべきである、と考える。この点で筆者は、原島教授の「秩序論」における「違法基準」（さしあたりは「差止め違法論」の判断基準）を、さらに「展開」ないし「徹底化」する必要性を感じている。なお筆者（川角）は、原島「秩序論」において「行為の違法性」が実質的に意味をもつのは、いわゆる「被告適格」性に関する判断局面に限定されるのではないか、と考えている（この点、前注94及び前注107も参照）。今後、そのための「論証」をさらに深めていきたい、と思う。

119 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）519頁参照。

120 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）519頁。

いう。そのような観点から次のように言われる。——「環境も法人や自然人に帰属するものではない。私的所有の対象にはならない。いわば、社会的共通資産¹²¹である。環境を利用するにはおのずからルールがあり、秩序があり、規範がある。（中略）環境破壊によって直接侵害を受けた、もしくは受けるおそれのある市民が、差止請求・損害賠償請求をすることによって、環境利用秩序の回復を促すことは、実体法上の請求権として、当然に認めねばならない。それは、不正競争などによって営業上の損失を受けた者が、差止請求・損害賠償請求をする場合と同じだ、と考えられる。このように、市民個々の請求は、環境利用秩序を回復するためのひきがねであり、きっかけであって、またそれで足りる」¹²²（傍点・原書）。この

121 小林・前掲書『日照紛争と環境権』（前注90）31頁以下は——あくまで独自の「環境権」理論を維持しながら——「社会的共通資本としての環境」を語る。そのことによって小林説は、実質上、「社会的共通資産」として環境を規定する原島教授の「環境利用秩序」論と限りなく接近する。現に小林説は、環境権を広い意味での「共有」ないし「全体資産としての環境の共同所有形態」として捉えた上で、それを「物権法における共同所有状態のいずれか一つとみることはできない」と言っている。小林・前掲書42頁。そして「侵害の結果、ほかの共有者に健康上あるいは生活環境上の被害を与えたか否かにかかわらず、その侵害の排除を請求し、あるいは侵害の予防を請求しようという理論を肯定すべきである」と述べている。小林・前掲書44頁。ただし結局、小林説は、その「環境権」を「憲法上《生存権的基本権》としての一面」をもつところの「《社会権》の一種に属する」と述べて、民法上の「環境」救済の可能性にきわめて懐疑的なスタンスを示している。小林・前掲書45頁参照。この点は、原島説との大きなコントラストをなすものである。

122 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）519頁。ちなみに、ここで「差止請求・損害賠償請求」といわれる場合に、それぞれが別個の成立要件に服すべきこと言うまでもない。すなわち「差止請求権」では環境破壊行為によって客観的に不利益を被った、あるいは被るおそれがあることが、その成立要件である（行為者の侵害行為の悪性と被侵害利益の種類・程度を相関的に比較衡量することなどは不必要であり、行為者の帰責事由〔故意・過失〕も問題とはならない）。他方、「損害賠償請求権」は、原島教授の理解によれば、「故意・過失」によって「他人の権利・法律上保護される利益」が客観的に侵害され、よって「損害」が発生した場合に、その成立が認定される（ここでも「相關関係的利益衡量」は不要である）。

ように原島説では、「環境破壊によって直接侵害を受けた、もしくは受けるおそれのある市民」には、「実体法上の請求権」として差止請求権が原則当然に承認されるべきであり、そのことは結果的に「環境利用秩序の回復を促すこと」になる、とされるのである。これに対して、反対論者は、単なる秩序侵害＝違法の論理で「差止請求権」を承認するための根拠となりうるのか（「違法であっても私的利益がなければ差止はできないのが原則であり、この見解はその点を見落としているのではないか」¹²³）と批判するのかもしれない。しかし、すでに指摘したように、この批判は、少なくとも原島説には当てはまらない。原島教授は「実体法上の請求権」としての「環境利用秩序」違反に基づく差止請求権の成立根拠を明示されている。上記の引用でも、すでに明瞭であるが、念のために以下の文章も引用しておこう（すでに引用した文章も含まれているが、重要な箇所であるのでそのまま引く）。——「市民個々の請求の法的な意味は、市民の個々具体的な私的利益に対する侵害の排除および損害の回復、というものをこえて¹²³いる。そこに環境破壊の実体があるかぎり、かりに、人の生命・健康というような、権利（以上のもの）の侵害に至らないとしても、請求は認容される。たとえば大阪国際空港事件におけるように、騒音・排気ガス・振動などによって、睡眠・会話・電話の通話・テレビやラジオの視聴・思考や読書・家庭の団らん・作業や交通に至るまで、生活の全般にわたって、しかも不断に妨害され、その地区一帯に荒廃をもたらすときは、すでにそのことで環境破壊を認定するに充分であろう」¹²⁴（傍点及び括弧内ともに原書）。ここで原島教授

123 大塚・前掲論文「差止根拠論の新展開について」（前注17）47頁以下、特に62頁参照。この文章自体は、根本教授の所説に対して投げつけられた批判であるが、いちおう原島「秩序論」にも当てはまりうると思われる。ちなみに大塚教授は、「秩序論的」差止請求理論を批判する際に、原島重義教授の「秩序論」については、これをほぼ視野の外に置かれているようである。

124 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）519-520頁。ちなみに、上記引用文中「不断の妨害」とある点に留意されたい。原島教授は、あくまでも差止請求権の発動要件として「現在の客観的妨害状態の存在」を重視しているのメ

は、市民個々の実体法上の差止請求によって、市民個々の侵害が排除されると同時に「環境利用秩序」そのものが保全される、という観点を採用している。上記引用文中「こえている」という文言の意味は——あくまで「念のため」に言うのであるが——そのようなもの（市民個々の侵害排除・損害賠償をこえて、かつ同時に市民生存の基盤たるところの「環境利用秩序」自体を保全するもの）として理解されなければならない。要するに、原島「秩序論」は、「秩序違反」そのものがすでに「違法」であり、かつ「私的利益」侵害違法をも視野に入れた上で「差止請求はできる」と言っている（裁判所法3条の「法律の争訟性」をクリアしている）。ここに原島説による「見落とし」はないのである。さらに付言すれば、原島教授は次のようにも言っている。——「実際には、環境破壊には住民の人格侵害を伴うことが多いであろう。人格侵害はそれだけで差止め理由となる。しかし理論上、環境破壊はそれとは別個の違法要件としても考えることができるのであって、その場合には、住民の健康被害にまで至らぬ生活に対する侵害（またはそのおそれ）はこの環境破壊のたんにひとつの徴表にしかすぎないし、またそれをもって足る、ということになる。ふつう「環境権侵害」といわれるものは、ここでいう人格侵害と環境破壊が事実上複合した構造を、そのままひっくるめて指している」¹²⁵（傍点及び括弧内・原書）。ちなみに、ここで原島教授が、「環境破壊」は「人格侵害」を複合構造的に伴うことが多いが、「理論上、環境破壊はそれ（人格侵害）とは別個の違法要件」（括弧内・引用者）をもつ、とされる理由は、おそらくこうである。すなわち「環境」は——すでに指摘したように——そのものとしてわれわれ市民の「人格的発展」・「自由」のために存在する「共同空間」であ

ㄨである。したがって、過去の財産的不利益としての「治療費」の賠償や、過去の「精神的損害」（慰謝料）の請求等は、もっぱら「不法行為責任」として別個の要件のもとで問題となる。

125 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）535-536頁。

り、いわば「社会的共用資産」である。それは市民個々に「帰属する」ものではないし、「共有」される客体でもない。端的に、そこで生活し、家族と団らんし、労働し、教育を受け、文化になじみ、市民として自由な展開を遂げるための「共同空間」にほかならない。なるほど、たとえば「市民として自由な展開を遂げる割当て領域」として「物的対象」が観念される場合には、そこに「主観的権利」（ないし所有権）を語ることができる。しかしながら「環境」そのものは、市民に個別的に割り当てられた排他的支配領域ではなく、「共同空間」にほかならない。とはいえ、「環境」はまた、そのような客観的存在として、市民の自由な生活享受のために不可欠な共同空間であり、「社会的共用資産」でもある。その限りで市民は、環境破壊によって、同時に「人格侵害」をこうむることもあるが、他方で「環境」それ自体が市民生活にとって不可欠な「社会的共用資産」として機能するのであり、よってそこには「社会的共用資産」活用のためのルールがあるはずであって、その観点から「環境利用秩序」そのものの客観的侵害を認定することも、可能である、と言わなければならない。だとすれば「環境破壊の実体」が認定される限り、たとえ「騒音の侵入」によって生命・健康等への不利益がなくとも、家庭の団らんが妨げられているとか、日常会話に支障を来すような事実等が個々の市民にありさえすれば、当該市民は立派な「訴えの利益」をもち、立派な「原告適格者」であり、その訴訟行為を通じて将来の子供・孫などのために「環境」そのものの維持・遵守を他の市民〔たとえば騒音源たる「土地・施設」の所有者＝企業法人＝「市民」〕に要求することができる。これは個々の市民の利益追求を媒介にした「環境利用秩序」の確保・保全という一種の「普遍的価値」の実現でもある。少なくとも、ここでは「市民個々の利益追求」は無視されてはいない。原島「権利論の推移」519頁から520頁に至る論旨を正確に読み取れば、そのことが明瞭に示されていることがわかるだろう。果たして批判者たちは、これにどう再批判するだろうか。たとえば、ドイツ民法上のイミッシ

オーン規定（ド民906条）を持ち出して、「違法かどうかは、地域性や経済的期待可能性をみながら判断されるように、法益侵害が直ちに差止につながるわけではない。このように違法性を形式的に捉えることができない場合も少なくないことが看過されている」¹²⁶とでもいって、批判するのだろうか。この批判は、いちおう尤もらしい装いをこらしている。しかし問題の本質を見誤っている。それはなぜか。——ドイツ・イミッシオーン規定は、そもそも土地所有権への客観的侵害があれば原則違法であり、直ちに妨害排除請求権（ド民1004条）が発動されるべきところ、イミッシオーン（ガス、騒音、煤煙などの不可量物の侵入）に限って、例外を認めた規定であるにすぎない。問題の核心は、「環境破壊」によって——単なる私人の土地へのイミッシオーンにとどまらず——地域の広がりをもつ「環境利用秩序」が、私人（市民）への不適法侵襲と同時に「侵害」されている、という事実そのものにある。ことの本质は、イミッシオーン本来の問題を通り越して「環境利用秩序」そのものをいかなる根拠でもって、いかに保全すべきか、という視点に転化している。同時に上記環境破壊は、「環境利用秩序」に違反すると共に人格的利益への不適法侵襲をも意味する¹²⁷。

126 大塚・前掲論文「差止根拠論の新展開について」（前注17）62頁。これも大塚教授が根本説批判のために持ち出してきた批判であるが、おそらく原島「秩序論」に対しても当てはまると思われる。なお「場所的慣行性」は、そもそも工業地帯等におけるイミッシオーンが問題となる場合であって、その適用はきわめて限定的な場合に限られる。また「経済的期待可能性」は、イミッシオーン規定に露骨な「利益衡量的判断」を持ち込むものとして、すでに原島説からの批判があることは前述した。本稿前注85参照。

127 ちなみに、この「人格的利益への不適法侵襲」は、たとえばプライバシー保護（私的領域への不適法侵襲からの保護・私事の無断公開からの保護）のケースで差止請求権を適用しようとするとき、かなり微妙な問題を提起する。しかしながら、その際に留意されるべきことは、その「不適法侵襲」の判断基準として、あくまでも「相関関係的利益衡量判断」とは無縁な基準が設定されるべきである、ということであろう。ちなみに原島教授は、プライバシー侵害の態様について「望遠レンズ・小型カメラ・録音機などの出現、新聞・週刊誌・映画・ラジオ・テレビなどのマスメディアの普及」を指摘されている（原島

↘「開発と差止請求」〔前注17〕534頁。付言するならば、この「開発と差止請求」が書かれた1980年当時は、現在のようなパソコン・インターネットの普及は考えられなかった)。ともあれ、その意味で、プライバシー侵害を理由にした差止請求権の是非については、ケースバイケースで判断されざるをえないという特殊性をもつ。なお、上記のことに関連して、栗田昌裕「プライバシーと「忘れられる権利」」龍谷法学49巻4号(2017年)305頁以下を取り上げておきたい。その論文では、EU法における「忘れられる権利」に関する立法上の問題を含め、「平穩生活権としてのプライバシーの権利」・「プライバシーと「忘れられる権利」との関係」などが考察されている(同論文注1以下掲記の参考文献引用指示も参照。なお結論として、栗田教授は「忘れられる権利」の「権利」化・「立法」化にはきわめて懐疑的である)。さらに栗田論文322頁以下では——もはや周知に属することではあるが——わが国判例が「プライバシーと表現の自由との調整を利益衡量」で行っていること、また判例上「侵害行為の差止めが認められるのは、被害者に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがある場合に限られている」ことなどが指摘されている。その上で栗田論文は「プライバシー侵害については、名誉毀損における真実性の抗弁のような定型的な免責事由は認められていない。公共の関心の及ばない私生活上の真実の暴露は、それが真実であったとしても許されないからである。そのため、過去の犯罪事実の報道記事を検索結果から削除するように請求する場合のように、真実性の抗弁の要件が満たされる可能性がときには、(名誉毀損に基づく差止請求では当該「真実性の抗弁」が免責事由に該当するために差止請求が排除されるので)プライバシー権に基づく侵害行為の差止めが主張されることになる」(傍点・括弧内ともに引用者)という貴重な指摘を行っている。この点、筆者にとっては有益な指摘であった。栗田論文が挙げる判例の内在的分析もその一つである。筆者の管見の限りでは、わが国判例の立場は、基本的に「受忍限度論＝違法段階説」的に考察していて、差止請求権を承認するためには、不法行為損害賠償請求権の要件としての違法性と比べ、その違法性がより高くなければならない、という見解を採用している。栗田論文が指摘する「被害者に重大で回復困難な損害を被らせるおそれ」を要件とする判例の態度も、おそらくそれに類似したものであるように思われる。ちなみに、このような態度は、判例に限らず、立法例にもある。たとえば独占禁止法24条が定めている差止請求権に関する「著しい損害」要件がそれである。この「著しい損害」要件につき、立法者は明らかに「違法段階説」の立場に立っていた、とされる。この点、根本教授の論稿「差止請求権理論と不法行為法——独禁法24条の解釈論に寄せて」法律時報78巻8号〔2006年〕60頁以下、特に62頁の指摘は重要である(立案者は、最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁〔いわゆる国道43号線公害差止請求事件〕を「範」として、独禁法24条の「著しい損害」要件を「受忍限度論＝違法段階説」的に立法化した旨の記述がされている)。なお、独禁法24条の「著しい損害」要件につ

したがって原島教授によれば、このような「人格的利益への不適法侵襲」は、そもそも「土地へのイミッション」とは性質を異にする。さらにこの場合——すでに触れたように——「環境利用秩序」違反と「人格的利益への不利益侵襲」が同時に——二重に、かつ「複合的」に——成立することにも、注意を払うべきである¹²⁸。したがって、「環境利用秩序違反」の場合に、原則差止請求権（物権の妨害排除請求権）が発動されるという結論は、どころんでも変わらない（要するに、少なくとも上記「二重の法益被侵害者」は、すでに人格利益侵害を根拠に「原告適格」をもつ。あとは、被告側でいかなる「抗弁」を提起するか。侵害の「非本質性」を持ち出すか、あるいは「公共性」を持ち出すか。それにいかなる法的根拠があるのか否か、が問題とされるにすぎない。とはいえ、原島「環境利用秩序」論の眼目は——あくまでも——そのような生命・健康等の「人格侵害」に至らずとも、一定の私的利益への侵害〔騒音による不眠状態の惹起、日常会話の障害、家庭団らんの阻害、勉強に集中できないこと等々〕の事実の主張・立証ができれば、原告〔不利益を受けた住民等〕に原告適格が認められ、あとは被告（加害企業）による「抗弁」如何に委ねるルートを開いておけば足りる、とする点にあった）。ともあれ、要するに批判者（大塚教授ら）による上記「ドイツ・イミッション規定」に依拠した批判は、その点で、すでに「的外れ」なのである¹²⁹。さらに言い換えれば、原島「秩

ゝいては、のちほど本稿でも少し立ち入る。

128 原島「開発と差止請求」・同・前掲書（前注17）536頁参照。

129 これ（イミッション原則違法差止め論）に関連して、大塚直教授は、ドイツ連邦イミッション保護法14条を持ち出し「行政庁が許可をした施設については民事訴訟による差止は許されない」ことを、あたかも（不動の・確立した）「既成事実」であるかのようにして、強調している。たとえば、大塚「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法律時報82巻11号（2010年）116頁以下、特に126頁参照（そこで大塚教授は、「公法私法の一体化」論批判の一環として上記のことを主張している）。この大塚教授の指摘は確かに重要ではある。たとえば、連邦イミッション保護法14条では、行政庁が許可を与えた「施設」の稼働を民事訴訟では差し止めることができないことになっている。それは、確かに大塚教授ご指摘の通りである。しかしながら、大塚教授が必ずしも明

示的に指摘していないことが幾つかある。そのうちのひとつとして「重要な許認可手続論の実体」に関する評価問題がある。なるほど「一旦」行政庁の許認可 (Genehmigung) を受けてしまえば、当該認可施設の稼働を民事訴訟で差し止めることは困難になる。ところが、そもそもドイツ連邦イミッシオン保護法は、許認可以前の「事前チェック」として重層的な許認可手続規定を、しかもかなり詳細に用意している。たとえば許認可の「通常手続」では、まず行政庁との「予備協議」が申請前に行われなくてはならず、その後の申請書の提出に際しては、きわめて詳細で複雑な「書類審査の関門」をくぐらなければならない (連邦イミッシオン保護法10条)。その上で「厳格な申請書内容自体の審査」が待ち受けている。それについては、まず行政庁が関与するわけだが、さらに「一般大衆」(地域市民 = die Öffentlichkeit) の関与も認められている (連邦イミッシオン保護法10条3項)。かつまたその上で、さらに厳しい「環境影響評価」にさらされる。これらの関門を通過することなくして行政庁の「許認可」はありえない。Vgl. H. D. Jarras, Bundesimmissionsschutzgesetz, 10. Aufl., 2013, § 10, S. 266-267. ハンス＝ヨアヒム・コッホ「イミシオン防止法」ハンス＝ヨアヒム・コッホ (編) 岡田正則 (監訳) 『ドイツ環境法』(2012年) 183頁以下、特に257-258頁参照。しかも連邦イミッシオン保護法14条では、なるほど取り消されえない (unanfechtbar) 許認可を受けた施設の稼働「停止」(Einstellung) までは認められてはいない。ところが、当該許認可が取り消されうる (anfechtbar な) 場合がありうる。すなわち「許認可を消滅に導くところの別個の諸要件への要件転用 (Übertragung) があれば、これらのケースでは、もはや危険でない (nicht gefährlich) ものとしては格付けされないものであるから、問題の施設は (改めて) 許認可を必要とする状態にとどまることがある (die Anlagen genehmigungsbedürftig bleiben)、のである」。よってこの場合には、企業は最初から許認可を受けるための手続を再履行しなければならない。また、たとえ施設稼働の「停止」を求めることが出来ないとしても、なお「不利益作用を排除する予防措置だけは請求しうる」(es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen)。Vgl. Jarras, Bundesimmissionsschutzgesetz, S. 357 und S. 361. この「予防措置」(Vorkehrungen) の請求は、実質的に、「一部差し止め」(妨害予防措置執行命令 = 一定の作為義務命令) が出されることを承認するものである (しかも、この「妨害予防措置執行」については私法上の請求が存続する、とされている。Vgl. Jarras, Bundesimmissionsschutzgesetz, S. 361)。果たして、大塚教授が、これらの点にいかほど注意を払っておられるのか、不明である。なお原島教授も、連邦イミッシオン保護法の前身である「営業法」に注目されて、「つねに事前にチェックし、その上で許可の付与、または許容をする、というたてまえをとっている」ことに留意している。そして「この点では、ただ営業許可がありさえすれば、その企業の侵害行為はただちに違法とはならないとする、わ

序論」に基づく差止請求権論は、「違法性」を「形式的に捉えること」ことをすでに克服して、きわめて具体的な形で「実体法上の請求権」としての「差止請求権」（「環境利用秩序」違反状態の排除・回復を内容とする請求権）を論証しているのである。これに、さらに追い打ちをかけるように、原島教授は以下のようにも言っている。——「差止めは、事後であれ、事前であれ、損害賠償とは異なって、一定の緊急性・切迫性をもったものであり、したがってまた、〔故意・過失等の主観的〕責任を要件としない。このきわめて単純なことが忘れられているのではないか。わかりやすい例をあげよう。たとえば制限重量を無視した大型トラックが通ったために、道路下のガス管が破損し、ガスが噴出した、としよう。いうまでもなく、付近住民はガス会社に対し差止め、すなわち、ガスの流出を止めるよう請求できる。ガス会社が「侵害源（Störungsquelle）に影響を及ぼし、もしくは支配しうる者」¹³⁰であるからである。ガスを流出させたのは運送会社のトラックであって、ガス会社には責任がない、という抗弁は差止請求に対して許されない。これと同じように、たとえば大阪国際空港事件で、国が公害の源を除去しうるのであって、上告理由で国側が主張するように、飛行機を飛ばせて騒音を発するのは航空会社であり、国ではない、という抗弁は差止請求の場合通らない」¹³¹（傍点・原書。亀甲括弧内・引用者）。こ

「が国の「適法行為による不法行為」の理論より、例外規定として、はるかに具体的である」と述べている。原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）516頁。大塚教授は、わが国不法行為論で実質的に、今なお——「権利濫用論」などを媒介に——通用していると思われる伝統的な「適法行為による不法行為論」なるものを、そもそもどのように把握し、評価しているのか。ご教示いただければ幸いである。

130 この引用箇所に、原島教授は注を付していない。筆者の推測であるが、当時原島教授が好んで引用していたフリッツ・パウアーの見解を引いてこられたものと思われる。たとえば、ほぼ同旨の記述が、F. Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160, 1961, S. 465 ff. bes. S. 490. にみられる。

131 原島「開発と差止請求」・同・前掲書（前注17）531-532頁（原論文初出は1980年）。ちなみに大阪国際空港事件については、周知のように、1981年の大

のような論理から、原島教授は、いわゆる「うわもの」論による公共団体（地方自治体等）の「抗弁」をも批判する。すなわち、たとえば埋め立て土地を公共団体が所有・管理している場合に「埋立土地に進出して来る企業の操業によって公害は発生する」のであるから、公共団体は差止請求権の行使を受けるいわれはない、という「抗弁」は「通らない」、とされるのである¹³²。

（イ）原島教授による「競争秩序」論と差止請求権理論

原島教授の「競争秩序」論が、不正競争防止法を念頭に置いて構成されていることは、すでに述べた¹³³。ここでさらに触れておくべき点は、本稿

▼ 法廷判決で最高裁は、原告（地域住民）の差止請求を認めた控訴審判決を破棄差戻しとし、くつがえした（原告による差止請求については「棄却」ではなく「却下」であった）。最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁。最高裁の判決理由では、およそ次のようにいわれた。——「本件空港を航空機の離着陸に使用させることの差止めを請求する部分は、その実質において、公権力の行使に関する不服を内容とし、結局において運輸大臣（現・国土交通大臣）の有する行政権限の発動、行使の義務づけを訴求するものにほかならないから、民事裁判事項には属しない」（括弧内・引用者）。すなわち、差止請求については、「門前払い」判決であった。これには「受忍限度論者」である加藤一郎教授もさすがに驚き、批判的コメントを寄せている。加藤（一）「大阪空港大法廷判決の問題点」ジュリスト臨時増刊1982年3月5日号『大阪国際空港大法廷判決』6頁以下参照。

132 原島「開発と差止請求」・同・前掲書（前注17）532頁参照。

133 原島教授は、我妻栄教授とともに、1934年（昭和9年）の不正競争防止法に着目していた。原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注17）518頁参照。ただし、原島教授は、別の論文で1934年不正競争防止法の基本的性格について、こう述べている。——「わが国の不正競争防止法は、1934（昭和9）年に制定されたが、これは工業所有権保護同盟に関するパリ条約のヘグ改正条約に加入するための申し訳的な立法であった。当時の経済界に不正競争を排撃しよう、という法意識が基本にあったことではなかった。したがって、この法律が不正競争類型を制限的に列挙するにもかかわらず、そのリストがきわめて貧弱であったのも、当然の成り行きであった。そうであれば、民法との関係を反省し、その関連を自覚してこの法律をつくることもなかった。その後たびたび法律が改正されて、不正競争類型のリストが増やされたが、この基本的な問題は解決されないままにきている、と言ってもよからう。これに比べて、ドイツにお

前注127末尾で言及したわが国独占禁止法24条における「著しい損害」要件に関わる問題である¹³⁴。この点、原島教授は、特にドイツ競争制限禁止法（GWB）の内発的性格に注目している。ちなみに原島教授は、ドイツ留学中、フライブルク大学での Betreuer フリッツ・リットナー（Fritz Rittner）教授のもとで「ドイツ私法と経済法」をテーマに研鑽を積まれた。リットナー教授はフライブルク大学法学部で「経済法講座」の主任教授であった。だから、原島教授の「経済法」認識の深さは並大抵のものではない。たとえば、こういう記述がある。長文であるが貴重なものである。そのまま引用しておく。——「1947（昭和22）年に制定されたわが国の独占禁止法、それに1957年制定の西ドイツ競争制限禁止法（GWB）が、ともに西側の占領政策の下で、なканずくアメリカの反トラスト法の影響をよく受けたことは否定できない。しかしドイツの場合には、まったくの白地をアメリカ法の色に染めたわけではない。そこには経済法と経済法学がすでにあったからである。第一次大戦が終る1918年には、イエナにはじめて経済法講座が創設され、ヘーデマン（Justus Wilhelm Hedemann）がこれを担当した。その後あい次いで、ワイマール時代に、ベルリン、ボンなどの各大学に経済法の講座ができて行った。1919年に公布されたワイマール憲法のつぎの条項は、現在、古典的な言葉で経済法の役割を規定したものの、と評されている。ワイマール憲法151条1項「経済生活の秩序（Die Ordnung des Wirtschaftslebens）は、すべての者に人間たるに値する生活を保障すること（Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle）を目的とする正義の原則に適合しなければならない。個人の経済的自由は、この限界内で確保される」。こうして1923年、ドイツの最初のカ

ける不正競争防止法の展開がどれだけ内発的なものであったか、なお検討を要する」（傍点・原書）。原島「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」・同・前掲書（前注17）187頁以下、特に191-192頁。

134 さしあたり根本尚徳・前掲論文「差止請求権理論と不法行為法」（前注127末尾）60頁以下参照。

ルテル法、すなわち、経済権力的地位濫用規制令 (Die Verordnungen gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung) が成立する。これは授權をもとにした法規命令 (Rechtsverordnung) であって、カルテル令 (Die Kartellverordnung) とよばれた。(中略) この時期の裁判所が、民法138条 (わが民法90条に相当)、および前述の826条、さらに不正競争防止法1条を根拠に、経済的力 (独占的地位 “Monopolstellung”) の濫用に関する数多くの判決を出したことは、記憶されている。(中略) 敗戦によってカルテルが解体し、アメリカの自由な競争の理念が導入されたとき、これを具体化するためのドイツ・カルテル法のあらたな構想は、とくにベーム (Franz Böhm)、ミークシュ (Leonhard Miksch)、オイケン (Walter Eucken) など、ワイマール期につちかわれ、ナチス支配下でも埋め火のように消えなかった業績をもとにしたものであった。1949年のボン基本法 (Grundgesetz) もそうであったが、カルテル法についてはさらに時間をかけて、ベームなどが参加した49年のヨステン法案 (Der Josten-Entwurf)、52年の政府草案がつくられた。この政府草案は、23年のカルテル令をひきついだものでも、アメリカの反トラスト法を踏襲したものでもなく、本質的には、「オルド年報」 (“Ordo-Jahrbücher”) に依拠したベーム等のいわゆるフライブルク学派の考えを基礎にしたもの、といわれている。このように見てくれば、1957年にできた現行の競争制限禁止法 (GWB) が在来の法、とくに民法との関連を比較的に意識したもの、と考える余地が充分にあらう。その顕著な一例が GWB 35条と BGB 823条2項との関係である」¹³⁵ (傍点・原書。ゴチック・引用者)。

135 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書 (前注17) 192-194頁。この引用文の記述に従えば、おそらく原島教授のフライブルクでの Betreuer であったフリットナー教授は、フランツ・ベームの直系の後継者である。なお、同様にベームを恩師とするメストメッカー教授は、ベームが「経済体制の構成要素として、競争のほかに、私法制度、とくに私的所有権と契約自由の制度」を重視したこと。さらにベームが、「競争」を「自由取引経済の制度」として「憲法メ

その上で、原島教授は、「赤松美登里助教授」による「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え——その法的構成を中心として」¹³⁶（1984年）に着目している。この赤松論文のなになが原島教授の興味をそそったのか。その理由を、原島教授は次のように記している。——「赤松助教授はこの論文で、わが国で一般的予防的不作為の訴えによる場合と同じ結果を得るには、権利説は絶対権を前提とする故に、不法行為説は有責性を要求するが故に、挫折せざるをえない、としたうえ、バウアー（Fritz Baur）に従って、その保護客体は絶対権である必要はなく、「特別法を含む広い見地」から法秩序による保護によるべきである、と主張している。その論証はじゅうぶんであるとは言いかねるが、この主張はこののち重要な意味をもつことになる」¹³⁷。ところで「赤松助教授」は、丹念にドイツ判例の分析を試み、たとえば1905年のRGZ 60・6に注目している。この判決は、「被告が原告の営業に不利な虚偽の主張をした本を編集・出版した事件」であり、たとえ損害賠償義務が発生しないとしても「しかし客観的に違法な侵害があれば、これに関わりなく、引き続き侵害のおそれがある限り、1004条〔所有権に基づく妨害排除・不作為請求権〕を類推して、準否認訴権（actio quasi negatoria）がある」としたものである¹³⁸。原島教授の評価によれば、このようなドイツ判例の態度は、「例えば不正競争防止法が生まれることによって、一般法としての民法がその内容を豊かにする、と

ゝ上の位置づけ」とならんで「私法に組入れられた競争法の展開」を構想していたこと、を指摘している。エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー（早川勝・訳）『市場経済秩序における法の課題』（1997年）118頁及び128頁を参照。なお、この翻訳書の「訳者あとがき」で早川教授は、メストメッカー教授がフランス・ベームの後継者として、「市場経済秩序をいかに私法秩序の中に台摺するか」に重点を注いできたことを、指摘している。メストメッカー・前掲書201頁参照。

136 同志社法学36巻3号（1984年）90頁以下。

137 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）198頁。

138 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）199頁参照。なお赤松（美）・前掲論文（前注136）114頁も参照。

見ることができるのであって、例外規定の増加によって民法が中心的役割を失っていく、と考えるのは当たっていない、と言えるのではないか。しかし、わが国ではそうはならなかった。それは、競争秩序の法が市民法に内在的なものとして自覚されるまでに至らなかった、ということではないか¹³⁹と総括される（傍点・引用者）。なお原島教授は、1951年のBGHZ 3・270（コンスタンツエ事件判決）にも注目される。この事件は、原告婦人雑誌「コンスタンツエ」が、被告からいわれなき名誉毀損行為を受けたとして不作為の訴・名誉回復・損害賠償請求を求めた事案である。これにつきBGHは、原告の主張を認容したのであるが、その際ド民823条1項で「その他の権利」としての一種の「営業権」を根拠とした。これを原島教授は、痛烈に批判する。なぜなら、「営業侵害」では原告において「財貨の割当内容（Zuweisungsgehalt）」があるわけではない。むしろ、その侵害行為の態様のゆえに¹⁴⁰、特定の行為が法秩序を攪乱するものと

139 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）201頁。

140 このように、競争秩序なかでも不正競争防止法上の要件として、相手方の「侵害の態様」に着目する原島教授の所説は、「誤解」を招く余地がある、と本稿は指摘した。本稿前注118参照。筆者（川角）の管見によれば、ここで肝心であるのは、不正競争行為によって侵害された競業者や一般消費者大衆の「利益」（それは、「自由競争」秩序〔「経済的自由主義」〕を前提とするところの「市民法」によって——ド民823条2項の「保護法規」違反〔わが国民法で言い換えれば、709条の「法益」侵害〕を媒介としたところの——上記競業者や一般消費者大衆に「割当てられた利益」）に対する客観的・現在の不適法侵襲の事実そのものである（「違法」判断の核心は、あくまで侵害の対象たる「権利」・「法益」そのものの内容に置かれる）。すなわち、ここで「権利侵害・法益侵害」が問われるのは——その権利「侵害行為」・法益「侵害行為」の「違法性」（行為の違法性）ではなく——むしろ「市民法上の「権利・法益」への割当て秩序（Zuweisungsordnung）」によって保護される対象＝「権利」・「法益」への客観的・現在の不適法侵襲（der unrechtmäßig objektive und gegenwärtige Eingriff zum zugewiesenen subjektiven Recht oder zur zugewiesenen Rechtsgüter）があるかどうか、である（ただし、上記ドイツ語は筆者によるもので、直接依拠した原典があるわけではない。とはいえ、このような発想がすでにピッカー教授の見解のあちこちに出ていたことについては、すでに幾度も触れた）。要

して禁止される。この趣旨を定めたのがドイツ民法823条2項（保護法規 Schutzgesetze）である。保護法規違反によって——損害賠償請求権とは別に——妨害排除請求権（ネガトリア的保護請求権）が原告に付与されるべきである、とされる¹⁴¹。さらに原島教授は、「赤松助教授」が、独禁法上の差止請求の効果が「公正取引委員会による排除措置」で代用されていること（現行法上は独禁法24条に基づく「差止請求権」がこれに代わる）を踏まえても、なお「公正取引委員会が常に適切な排除措置をとるとはいえない現状がある」旨、把握していること。その上で、「公正且つ自由な競争を促進」することを目的とする独禁法1条の精神からいっても、独禁法違反行為によって直接被害を受けている事業者・消費者の利益を、彼らのイニ

ゝするに、筆者（川角）は、競争秩序論で顔を出す原島教授の「侵害行為の態様」論を克服して、ピッカー教授流の見解を援用し、原島「秩序論」を文字通り「市民法秩序論」として徹底させ、貫徹していきたいと願うのである。この点、本稿後注149も参照されたい。なお——繰り返しになるが——「競争秩序」侵害の事実が、侵害者たる競業者（「経済参加者」）に法秩序により承認された「営業の自由」（それ自体一種の「割当的規制」を内在した「自由」）を超え出た行為（競争制限・独占・カルテル・不正競争）を指す限りで、「行為の違法性」（競争秩序に関する制定法規範に違反する行為の「違法性」〔その意味での「侵害行為の態様」〕）を論ずることは、訴訟上の「被告適格」性を判断する上で意味をもつ。本稿前注94及び前注118を参照。

- 141 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）200頁（不正競争防止法違反及び「脅迫」のケースを挙げる）および202-203頁（「営業侵害」にかかる「競争秩序」関連法規の「保護法規」違反性に着目する）参照（なお、この保護法規違反を根拠とする妨害排除請求権＝ネガトリア的権利保護請求権の承認は、ほぼピッカー教授の見解と合致する）。これに関連して、原島・上記論文205注27は、わが国判例・大判大正4年3月10日刑録21集279頁（波合村立木売買背任事件）が、いわゆる「不可侵性理論」を採用し、これを受けて学説も「債権侵害も不法行為になる」という「原則論」を採用した、と指摘する。そしてこれに対し、川島武宜教授が、債権侵害が無原則的に709条の権利侵害となるということをやを不当と批判し、ドイツ民法に倣って「保護法規違反」を援用したこと。そして上記大正4年判決では、被告の行為は「背任」であるのだから「保護法規違反」の場合に当たることを主張したこと、を紹介している。なお、川島教授の見解につき、川島『債権法総則講義 第一』（1949年）80頁の引用指示がされている（筆者は直接参照していない）。

シアティブのもとでその訴えをさらに確保していく必要性を主張したこと、に注目している¹⁴²。こうした観点から原島教授は、「赤松助教授」が「独禁法と民法との連結を主張した」、と述べる¹⁴³。そして「赤松助教授」の遺作である「独禁法違反と差止め請求権」（1996年）では、次のような指摘が原島教授の琴線に響いた。すなわち「とりわけ競争法領域においては、主として、被侵害利益の性質ではなく、いかなる競争行為が違法ないし不法として禁じられるべきかが問題とされるのだから、仮に被侵害利益を企業権ないし営業権として構成したとしても、あらゆる競争行為に対して保護されるわけではなく、これをも絶対権であるとする、事の本質を見失うおそれがある」¹⁴⁴とする「赤松助教授」の見解が、それであった。ならば「権利侵害」構成をせずに「営業侵害」ないし「企業利益侵害」から、どのようにして「差止請求権」を導くのか。この肝心な点について「赤松助教授」は、「不法行為規定に基づいて客観的に違法な行為に対する差止め請求権を認めてよいと考える」とする¹⁴⁵。すなわち差止めに関する「不法行為法的構成」を採用する。これを原島教授は、大変残念に思われたようである。この赤松説の結論部分（不法行為法的構成）に対して、原島教授は次のように指摘している。——「しかしわたくしは、行為の違法性はすべて「不法行為」から出て来る、とは考えない。それは「不法行為」法以外でも、例えば物権的請求権や債務不履行、さらには侵害不当利

142 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）208頁参照。

143 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）209頁。ちなみに、原島教授は「民法の体系」のなかに「経済法を法理論として取り入れる可能性」（傍点・原書）にも言及している。原島・前掲書203頁参照。

144 赤松「独禁法違反と差止め請求権」染野義信（編）F・K・バイヤー教授古稀記念論文集『知的財産と競争法の理論』（1996年）559頁以下、特に563頁。原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）211頁及び213頁以下注42参照。

145 赤松・前掲論文「独禁法違反と差止め請求権」（前注88）565頁注5に、その旨の記述がある。この点につき、原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）213頁注42も参照。

得などの場合に、それぞれの法規範の違反から行為の違法性が出て来るように、ここでは競争秩序の法規範の違反からそれぞれに行為が違法となり、差止請求権や損害賠償請求権が生ずる。これを GWB 35条が確認した、と考える」¹⁴⁶（傍点・原書）。

転じて、わが国独禁法の現状に目を移した原島教授は、公正取引委員会による排除措置が実効性を失っている現状——違法性が強い行為であって

146 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）213-214頁注42。なお、「物権的請求権」では「行為の違法性」（Rechtswidrigkeit der Handlung）が問題とこともあるが（他人の土地の無断通行など）、それ以外に「物的状態の不適法性」（Unrechtmäßigkeit des sachlichen Zustands）が問題となることもある。基本的にピッカー教授の見解は、そうである（その両方を取り込んでいる）。Vgl. Picker, Der negatorische Anspruch (Fn. 5), S. 171 ff. und S. 181. この点、筆者は、物権的請求権につき、それらの「上位概念」として「権利重疊状態の不適法性」によって統合しうるのはないか、と考えている（ただし、いまは「仮説」にとどまる）。なお「侵害不当利得請求権」についても、現在ドイツの通説の見解は、不当な利得の現時的保持状態の「不適法性」を問題にしている。たとえば、ラレンツ＝カナリスの債務法教科書は、侵害不当利得の基本的性質につき違法性論（Rechtswidrigkeitstheorie）と割当て理論（Zuweisungstheorie）との間で鋭い対立があることに触れ、後者をもってドイツの支配的見解と位置づけている。Vgl. Larenz=Canaris, Schuldrecht (Fn. 17), S. 169. ここで「違法性論」と対比される「割当て説」こそは、筆者がいう「不当な利得の現時的保持状態の「不適法性」」にほかならない（すなわち「割当て内容」との矛盾としての「現時的な利得保持」の客観的不適法性を問題にする立場）。したがって、このような発想を首尾一貫するならば、本稿前注118・前注140でも指摘したように、「行為の違法性」を問題とする必然性は必ずしもない。すなわち、不法行為責任に即して言えば、その前提となる「権利・法益」への客観的・現時的不適法侵襲の事実そのものが、「違法」（客観的違法）と言い換えられるべきことになろう。これに対して、物権的妨害排除請求権ないし差止請求権・侵害不当利得の場面では、必ずしも「違法」を語る必要はなく（仮に「違法」を要件化すべし、とされる場合には、統一的な客観的違法概念で対処すべきことになろう）、むしろ端的に「権利・法益」への客観的・現時的不適法侵襲の事実を問題にすれば足りる、と考える。いずれにせよ重要な観点は、保護の対象となる「権利・法益」が、「市民法」上の「割当て秩序」に即して固有の「割当て内容」（Zuweisungsgehalt）をもつことを重視することである。その「割当て内容」の内容を、不適法侵襲者と被侵襲者との間で「双方向的・複眼的」に法的に評価（die rechtliche Wertung）する観点こそ、不可欠であると思われる。

も単なる「警告」ですまし、よって貧弱かつ不透明な「行政指導」にとどまっている現状——に強い危機感を示している。そして「公正且つ自由な競争」を確保するための基本条件を成すのが独禁法であるからには、このように、その運用過程が不透明であるならば、わが国の状態を「ルールなき資本主義」といわれても仕方がない」と指摘する¹⁴⁷。さらに、わが国において「独禁法違反を理由とする差止請求訴訟は話題にすらのほらない」¹⁴⁸との認識を示した上で、こう述べる。——「ドイツのGWB35条は、保護法規違反（Schutzgesetzverstoß）というカテゴリーを媒介にして、独禁法違反を民事上の損害賠償請求や差止請求と直接に結びつけている。これはわが国の法状態とまったく様相を異にしている」¹⁴⁹（傍点・原書）。

147 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）214-215頁参照。そこで原島教授は、丹宗暁信『経済法』（1996年）198頁の見解を引用している。ちなみに当該頁で丹宗教授は、「行政指導に重心を置いたような法運用が、法運用の過程を不透明たらしめ、政治の介入を容易ならしめたことも否定し得ない」と述べている。その上で、独禁法の「執行力の強化」の必要性を説く。丹宗教授が「ルールなき資本主義」というフレーズを使っているわけではない。「ルールなき資本主義」というフレーズには、原島教授ならではの危機意識が込められている。ちなみに1980年代、一般的に「ルールなき資本主義」というフレーズが多用されていたように思う。現在は、「立憲主義なき憲法（改悪論）」が蔓延り、かつまた偽装された「ルール」と官僚の「忖度」によって国有財産が私立学校法人に払い下げられている。もはや「ルールなき国家」・「ルールなき国家的資本主義」と言ってよいようにも思われる。

148 現行独禁法24条は、「著しい損害」の下で、特殊に「要件化」された「差止請求権」を承認するに至った（2000年〔平成12年〕の法改正）。その問題性については、本稿後述を参照されたい。ともあれ、この原島「競争秩序」論文は、1996年初出のものである。したがって、本文のような記述（「独禁法違反を理由とする差止請求訴訟は話題にすらのほらない」）との認識が示されているわけである。その点で、この原島「競争秩序」論に歴史的な制約が存在すること、確かである。とはいえ、現行独禁法24条の要件問題性に即して言えば、なお原島教授の見解は「現時的意義」をもつ、と考える。

149 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）215頁。ちなみに、ドイツ民法823条2項の「保護法規」は、それ自体「不法行為法」上の規定であるから、その違反をもって——要するに「故意・過失」要件付与のもとで——「不法行為損害賠償請求権」を生み出す。しかしながら「保護法規」違反そのもの

それは——その違反の事実が客観的に認定される限りに——不法行為責任とは全く別個に——むしろそれ以前に——「差止請求権」（妨害排除請求権）の発動を根拠づける（GWB と BGB において「差止請求権」に関する一種の「請求権競合」状態が生じる）。その意味で、ドイツ民法823条2項は、同条1項の「権利侵害」の場合と同様に、被侵害客体＝保護客体たる「対象」（基本的には「割当て領域」を許与された権利・法益）への不適法侵襲により「割当て障害」（Zuweisungsstörung）を導出するための媒介規定にほかならない。その限りに於いて、「保護法規」違反は独自に「差止請求権」（妨害排除請求権）を生み出す。それゆえ、民法823条1項も、また同条2項も、「差止め根拠規定」としては、同質の媒介規定である。Siehe auch Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 (Fn. 18), S. 100. ちなみに、この問題をわが国における「競争秩序と民法」という切り口でもって再構成する場合、たとえば独禁法上の禁止法規（公正取引委員会の排除措置命令の対象となる禁止行為に関する規定。さしあたり独禁法8条及び8条の2参照）、あるいは不正競争防止法2条に列挙される「不正競争」の諸類型は、それぞれの規定する「差止請求権」（独禁法24条、不正競争防止法3条）にかかわらず、別途民法上の「差止請求権」を根拠づける（結果的に、ここでも一種の「請求権競合」状態が作出される）。この場合、上記「禁止法規」に反する行為ないし「不正競争」に値する行為が、概念的に先行することは確かである（よって、いわゆる「行為の違法性」認定は一応可能である）。しかしながら、民法上の「差止請求権」（妨害排除請求権）を根拠づけるためには、当該「行為」によって侵害される（法秩序によって「割り当てられた」[zugewiesene]）「権利・法益」の存在とそれへの「不適法侵襲」の事実が認定されれば、それで十分である（「行為の違法性」は「秩序違反」行為者の「被告適格」判断において意味をもつにすぎない。この点、本稿前注94参照）。なるほど、「競争制限・独占・カルテル」ないし「不正競争」において、競争者（「経済参加者」）としての市民に、一定の「顧客」ないし「売上利益」（要するに「競争利益」）が排他的に割り当てられているわけではない（なお、「経済参加者」という表現は、メストメッカー・前掲書『市場経済秩序における法の課題』〔前注135〕129頁から採った）。それは、文字通り「不断の公正な競争」によって初めて確保されるべきものである（この意味で「資本主義的法秩序」すなわち「市民法秩序」に適合的な「公序」としての「営業の自由」〔それは「契約自由」の名の下に独占・カルテルを形成する「自由」と原理的な意味で対抗関係に立つべき「自由」である。併せて「契約の自由」それ自体、自己決定を基軸とする私的自治を自律的に尊重すべき価値原理を内在させている限りで、上記の意味での「営業の自由」と調整可能（両立可能）な「自由」たりうる、という重層性が承認されよう〕——以上の点につき、岡田与好『経済的自由主義』〔1987年〕25頁の論旨を、同書16頁の記述ともども参照）。ところで、別の競争者（「経済参加者」）も「営業の自由」をもつ。この「営業の自由」は、

すなわち、わが国独禁法が民法と疎隔され、無縁であるのに対して、ドイツ独禁法（「競争制限禁止法」）が、如何に「内発的」に民法の規範秩序と連携しているか、その根本的な違いに目を向けているのである。そして、この問題は独禁法の側からだけでなく、民法学そのものの中で直接受けとめられるべき固有の問題である旨、指摘されている¹⁵⁰。だから原島教授

- 「市民法秩序（広義）」（憲法秩序を含む）における「公序」と同時に、「市民法的」私法秩序のもとでは一定の「割当的規制」をも受けている（その意味で、社会的・経済的な位置づけを与えられる独禁法や不正競争防止法などを待たずとも、ほんらい市民法内在的に「競争制限」規制が行われるべきである、と言ってよい。いわゆる「競争秩序」論こそ、まさしくそれである、と言えよう）。したがって、競業者（「経済参加者」）たる市民（企業法人を含む）が、「営業の自由」の枠を超えて「競争制限（＝独占・カルテル）」に及ぶ「行為」をすれば、それ自体「競争秩序の障害」をもたらす（この「営業の自由」自体は、「営業」の主体たる市民に——その市民が「営業」のリスクとチャンスに関する自主的判断をし、かつ「営業行為」を開示した時点で——法秩序が承認したところの「自由領域」である〔同時に、法秩序が、「割当的規制」をそれに内在化せしめた「自由領域」である〕）。その「法秩序の障害」（「割当的規制」違反）の事実（すなわち「競争制限」ないし「不正競争」の事実）と併せて、それによって別の競業者（「経済参加者」）・一般消費者が一定の私的不利益を被っていることを立証できれば——その「不利益」は事実上のものであってよい。つまり、その場合には「割当て内容」外の「売り上げ減少」・「顧客喪失」等の事実上の不利益でかまわない——原則直ちに民法上の「差止請求権」が根拠づけられる（裁判所法3条の「裁判の争訟性」を充足する）、と考える。その手掛かりを与えるのは、さしあたり「法律上保護される利益」への侵害であろう。これは、立法提案者の意図は別として（この点、大塚直「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ1186号〔2005年〕16頁以下、特に18頁参照）、実質上先に述べた¹⁵⁰民823条2項の「保護法規」違反による「差止請求権」の根拠づけと同じ法的論理によって承認されるべきものである。ただし以上は、一つの「仮説」（＝試論）にすぎない。その点、お断りしておく。
- 150 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）202頁。その箇所では原島教授は、以下のように述べている。——「敗戦後、（わが国でも）独占禁止法が制定されたが、これを、民法を根幹とする市民法に対して外から規制を加える異質の法と見るか、それとも、これ（民法）を競争秩序の法の土台となるもの、ととらえ、これを織り込んで市民法を見直し、民法の内容を豊かにするのか、民法学は態度決定を迫られている、と言ってもよかろう」（傍点・原書。ゴチック及び括弧内・引用者）。ここで、われわれは、原島教授によって、ただ単にノ

は、「独禁法違反は私法上も無効となるか、という問題」を立て、それを深く検討しているのである¹⁵¹。たとえばドイツでは、「競争制限禁止法」（GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）自体の中に、「カルテルや垂直的競争制限」等につき、明文で「私法上の無効」とするものがあり（GWB 1条・15条）、さらにたとえ明文規定がなくても「優越的地位にある者による不当な排除や差別的取扱いの場合」には、判例・通説によって当然「無効」＝「私法上無効」とされる¹⁵²。これに対して、わが国ではどうか。たとえば最判昭和52年6月20日民集31巻4号449頁（岐阜信用組合事件）で、最高裁は「銀行のいわゆる即時両建預金は独禁法19条及び一般指定10項にいう不公正な取引方法に当たる」と認めながら、「公正取引委員会」による行政的措置（「弾力的運用」）に基づく独禁法の「目的達成」を図る趣旨からすると「（独禁法19条に違反する）不公正な取引方法による行為の私法上の効力についてこれを直ちに無効とすることは同法（独禁法）の目的に合致するとは言い難い」と判示した¹⁵³（括弧内・引用者）。それでは、「公取委」が「排除措置」をとった場合の「私法上の効力」はどうか。最判昭和50年11月28日民集29巻10号1529頁（天野製菓・ノボインダストリー事件）によれば、当該「排除措置」は「受命者に公法上の義務を負わせるだけであって、これによって私法上の効力は左右されない」旨、判示された¹⁵⁴。このような、わが国「判例」の见解をどう受けとめたらいいのだろうか。そう問いかけて、原島教授は次のように言っている。——「このように最高裁は、公取委の「機能不全」が問われてい

ゝ「民法＝市民法」のラインでのみで把握されておらず、「民法を根幹とする市民法」の内在的規範に基づく制定法として、「独占禁止法」が位置づけられようとしている点に、注目しておく必要がある。だからこそ「市民法の見直し」に迫られざるをえない、と思われる。

151 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）215頁以下参照。

152 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）215-216頁参照。

153 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）216頁。

154 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）216頁。

るのに、その公取委があるから、といい、公法と私法は違うから、といって独禁法違反行為の私法上の効力を議論の外に押しやった。これでほんとうによいのだろうか¹⁵⁵。このような原島教授の問題意識は、必然的に民法上の「法律行為論」ないし「契約理論」そのものに一旦立ち返って、それと独占禁止法等に基づく「競争秩序法」との関係を捉え直さないわけにはいかなかった。そのような観点から、原島教授は、次のようなヴェルナー・フルーメ（Werner Flume）教授の理論的見地を引用して「競争秩序と民法」という論文を締めくくっている。すなわちフルーメ教授の見解においては、まず「私的自治の本質を、自主性をもった個人による法律関係の形成として理解すること」は、「一方で自己決定（Selbstbestimmung）が法的価値（Rechtswert）として実現され、かつ他方で（中略）とくに契約による私的自治の形成がただ、契約当事者、しかもその何れもが自己決定のための力をもって対峙するところでのみ、許される」ということのために「不可欠である」、という点が、力説されている。そしてその観点から、フルーメ教授は、「競争制限と独占（Wettbewerbsbeschränkungen und Monopole）によって、ただたんに、競争制限と独占により規定された取引について自己決定が廃棄されるだけでなく、私的自治を基礎とする秩序としての、財貨と役務の取引に関する秩序全体がそこなわれる」という見解（つまりは「民法上の私的自治秩序の保全」と「独禁法秩序」との面的結合関係及び連携関係を重視する見解）に着眼している¹⁵⁶（傍点・引用者）。そして、このようなフルーメの観点こそ、サヴィニーの「自由論」

155 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）216頁。

156 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）222頁。Vgl. W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, 1960, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Bd. I. S. 143-144 und S. 146-147. ちなみに、このフルーメ教授の論文は、筆者が原島教授の下で大学院生として研究生生活を始めたときに、原島教授の演習で徹底的にたたき込まれた想い出深き論文である。

をその源泉として（いわば「法源論」的に）もっている。サヴィニー段階では、むしろ「独禁法秩序」なるものは知られていなかったし、フルーメ説がその基軸とする「私的自治」・「契約自由」や「自己決定」というタームがサヴィニーによって使いこなされているわけでもない。むしろ、独禁法段階に立ったフルーメ教授の私的自治論によって、サヴィニーの「自由論」が再確認され、見直された、という関係がみられる。このような側面に着目して、原島教授は、次のように述べる。——「法律学と法はあらたな現実との矛盾に逢着する毎に、出発点に立ち帰ることによって、矛盾を克服し、より豊かな内容を得て、歴史的に展開を遂げて行く、と考えられる」¹⁵⁷（傍点・引用者）。このように、原島教授によれば、独禁法秩序（＝経済秩序）と民法との関係は、「新たな現実との矛盾」（たとえば競争制限〔カルテル〕や独占〔モノポール〕の出現）に直面して、むしろ——だからこそ——「自由」という価値基準を基底にもつ古典的市民法の規範的価値秩序の実体に「立ち帰り」、それを「再確認」し、かつそれを時代的に「限界づけ」、その「限界」を克服することによって、その「歴史的使命」を遂げる、という関係の重要性を指摘している、と考えられる¹⁵⁸。原島

157 原島「競争秩序と民法」・同・前掲書（前注17）223頁。

158 このような観点との対比において、吉田克己「競争秩序と民法」同（編著）『競争秩序と公私協働』（2011年）49頁以下を参照。特にその61頁は、次のように言っている。——「民法と競争秩序という問題を最初に明確な形で示したのは、広中先生の『民法綱要 第一巻 総論上』だろうと思います。そこでは、「外郭秩序」という形で、競争秩序が理論化されています。これを受けつつ、私は、公共空間としての外郭秩序という観点を前面に出したわけです。公共空間であるがゆえに、外郭秩序においては古典的パラダイムがそのままの形では通用しない。その意味で、外郭秩序は、新しい法理論の開拓が要請される「法のフロンティア」になっています。そのような場の特質に見合った法理論を開拓する必要がある」（傍点・引用者）。ここで吉田（克）教授は、「公共空間としての外郭秩序」という観点を「前面」に出してくる。それゆえ、原島教授がフルーメを媒介にしてサヴィニーの古典的「自由論」に立ち返り、それを踏まえて、その限界を確認し、もってそれを克服するというような、いわば「面倒」なプロセスは一切捨象されているようである。この吉田（克）教授の見解に対し、

教授は、この「競争秩序と民法」論文で、それ以上「競争秩序論」そのものについては、立ち入っていない。しかしながら、それは、おそらく上記原島論文が、2000年5月の独禁法改正¹⁵⁹による「差止請求権」導入以前に書かれたものであるからだろう（本稿前注148も参照）。ちなみに、改正独禁法24条は、「不正な取引方法」に関する同法8条5号または同法19条に違反する行為によって「利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と規定する（傍点・引用者）。ちなみに、独禁法上の（私人による）差止請求権導入にあたり、当初想定されていた障害は、①公正取引委員会の対応、②裁判所の対応、③産業界の対応、の三点であったとされる¹⁶⁰。なかでも「産業界の反対」が根強く、それを反映して独禁法24条の「著しい損害」要件が盛り込まれた、とされる¹⁶¹。

→、曾野裕夫教授は次のような「対抗理論」を提示している。——「財貨秩序、特に「財貨移転秩序」をサポ¹ートする外郭秩序ということでは、当事者による実質的な私的自治を可能にするような環境を整備する、そういった問題も当然入ってくるはずですが、したがって、「外郭秩序」として競争秩序だけを挙げるのは、私が広中理論を誤解しているのかもしれませんが、やや狭いのではないかという気がします。むしろ競争法秩序を含むところの、私的自治を可能にするような法的環境ないし法的秩序を、広く外郭秩序の問題として取り上げるべきではないかと思います。そして、そこでは、独禁法で扱う伝統的な意味での競争秩序とは別の、私法独自の論理が強く現れてくることになるのではないかと思うわけです」（傍点・引用者）。筆者（川角）の理解によれば、このような曾野教授の立場の方が、どちらかと言えば、本文で示した原島＝フルーメの構想に近い、と思われる。曾野「競争秩序の実現における私法の論理——交渉力濫用規制を素材として」前掲書『競争秩序と公私協働』65頁以下、特に76頁参照。

159 2000年5月の独禁法改正による「差止請求権」導入の経緯・意義については、さしあたり村上政博『独占禁止法・新版——国際標準の競争法へ』（2017年岩波新書）86頁以下、より詳しくは、同『独占禁止法と差止・損害賠償』（2001年）3頁以下参照。

160 村上・前掲書『独占禁止法と差止・損害賠償』（前注159）6頁参照。

161 村上・前掲書『独占禁止法と差止・損害賠償』（前注159）7頁参照。

この「著しい損害」要件の問題性を指摘するのが、2006年の根本教授の前掲論文であった（本稿前注127末尾参照）。この論文は、村上教授によって指摘された「産業界の反対」を立法案起草担当者がどのように「付度」したか、を明らかにしている。それによれば、立案担当者の解説として、以下のような文章が紹介されている。——「一般に、不法行為の違法性は、被侵害法益の大きさと、侵害行為の悪性の程度によって決まるとするのが通説的見解である（中略）。不法行為による被害者の救済は金銭賠償によるというのが民法の原則であり、差止請求を認容するには、損害賠償請求を認容する場合よりも、高度の違法性を要すると解されている（最判平7・7・7民集49巻7号2599頁）から、被侵害利益がより大きく、侵害行為の悪性がより高い場合に差止が認容されるということができる。被侵害法益の大小は、具体的事案における判断においては、侵害の態様・程度と密接なかわりをもっているから、結局、当該不法行為によって個々の私人がこうむった損害の態様・程度により、差止が認容されるか否かが決まるといえよう」¹⁶²（傍点・引用者）。これは、先ほど原島教授の見解として示したように、わが国特有の「違法性」を「不法行為オンリー」に捉える立場の典型を指し示している。すなわち、現行独禁法24条に基づく差止請求権は、2000年制定の、その立法的考察の出発点からして「不法行為法的構成」が与えられていたわけである。しかも、あまりにも剥き出しの形で「相関関係的違法論」が前提とされ、かつまた「違法段階説」も、直接的に採用されていた。それを文言上、象徴的に示しているのが「著しい損害」要件である、とされている。驚くべきことと言わなければならない。

162 根本・前掲論文「差止請求権理論と不法行為」（前注127末尾）62頁参照。根本教授が立案担当者の解説として参照指示しているのは、以下の文献である。塚田益徳「民事的救済制度の整備にかかる平成12年独占禁止法改正の概要」N B L 690号（2000年）6頁以下、8頁。同「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備」商事1561号（2000年）25頁以下、27頁。東出浩一（編著）『独禁法違反と民事訴訟』（商事法務研究会、2001年）28頁参照。

上記原島教授の独禁法理解によれば、「公正且つ自由な競争を促進」することが独禁法の基底的目的（独禁法1条参照）であり、その客観的な違反状態（さしあたりは「不公正な取引方法」に基づく行為及びその行為の現在の存続状態）を、侵害者の故意・過失とは無関係に（しかも本来「損害の発生」すら問題とすることなく）排除する、ということこそ「差止請求権」の基本原則であつたはずである。ところが、わが国独禁法24条は、産業界との妥協の産物として「著しい損害」要件を採り入れた。そして、その採り入れ方自体が「不法行為法的」発想に基づくものであり、相関関係的違法論・違法段階説の申し子として生み出されていった、と言える。こうしてみれば、「差止請求権」がないよりあつた方が「マシ」という意味での一歩前進的側面¹⁶³があるとはいえ、独禁法24条に基づく差止請求権は、実体法的な意味においては、木に竹をついで出来上がった「歪曲の産物」にほかならない。しかし、このように一旦制定された独禁法24条を直ちに「反制定法的解釈」¹⁶⁴でもって裁判所を説得するのは難しいであろう。現在のわが国裁判所に対して、「著しい損害」要件を取っ払って裁判せよとは、今のところ、言いえまい。それでは根本教授は、これにつき、どのように考えたか。根本教授は、こう言っている。すなわち独禁法24条の文言規定による限り、「被害者が加害行為によって（著しい）「損害」を被れば、原則とし

163 村上・前掲書『独占禁止法』（前注159・岩波新書）86-87頁は、従来型の公正取引委員会の「裁量」型の規制から、私人が直接裁判所に差止請求権の行使を提起できることをもって、「独禁法上のルールの実効性が高まる」・「地裁・高裁・最高裁というルートは確定に至るまでの透明性も高い」と評価する。もっともなことだと思う。ただ、その指摘は、もっぱら「公正取引委員会による排除措置」がいかに機能不全に陥っていたかを物語るものであり、公取委の規制との「比較衡量」として評価されているにすぎない、ともいいうるに思われる。

164 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（1997年）95頁によると、「反制定法的解釈とは、民法典その他の制定民法のある条文の規定内容に反するが形式上その条文と無関係な形で論理的に成り立ちうるように構成された解釈をいう」とされる。

て直ちに「差止請求権」が発生することになる¹⁶⁵と。しかるに本来、差止請求権は、一般的に、「損害」発生自体を要件とはせず、また「損害」自体を「違法性」とは直結せずに理解されている。すなわち「理論上、違法性を基礎付ける（推定せしめる）要素は、あくまで——「損害」要件とは区別された——権利（法益）侵害或いは行為義務（規範）違反である」とする¹⁶⁶。そのような原則的な立場から、根本教授は、一種の「目的論的解釈」を行う。すなわち立案者の理解によれば、もっぱら「不法行為法的構成」によって形成された独禁法24条は、今一度独禁法そのものの規範論理のルールに乗せられて「24条固有の要件としての「損害」」を問題とすべきである、とされる。要するに根本教授は、独禁法24条の「損害」は、民法709条が予定している「損害」とは、その性質を異にするという¹⁶⁷。あくまでも肝心ことは差止め要件としての「違法性」問題である、とする。すなわち立案者による「不法行為法的構成」の下で展開された議論の焦点は「違法性判断」そのものであった、と解する¹⁶⁸。それでは、果たして根本教授自身は、「差止請求権を基礎付けうるほどの侵害の「違法性」」を、どのように把握していったらうか。根本教授に直接聞こう。——「このように「著しい損害」の要件を「差止請求権を基礎付けうるほどの侵害の違法性」を意味するものと捉え、かつ「不公正な取引方法」等に当る独禁法違反行為には原則としてそれだけで右「違法性」もまた認められると考えるならば、右「著しい損害」要件は同じく24条の規定する「不公正な取引方法」等への該当性という要件にいわば吸収されてしまい、実質的にその法解釈論上の意義を失う可能性も出てきうる¹⁶⁹。これは、実に巧みな解釈テクニクである。すなわち、「不公正な取引方法」の存在が認定さ

165 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。

166 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。

167 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。

168 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。

169 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。

れたら「著しい損害」もあったことにしよう、と解するわけである（これを根本教授は「差止請求権を基礎付けうるほどの侵害の違法性」と呼んでいる¹⁷⁰）。独禁法上の基本的価値基準を踏まえた「解釈」が実を結んでいると思われる。ただし結果的に、根本説が「著しい損害」要件を不要とする解釈論を採られるとするならば、一種の「反制定法的解釈」（その意義については本稿前注164参照）ということになり、裁判官を説得するためには、「著しい損害」要件を否定するための「学界の評価」・「下級裁判所での裁判例の積み上げ」・「社会的評価」（世論の形成）等が必要とされてこよう。ともあれ、結局のところ根本教授は、「〔独禁法〕24条の差止請求権は、違法な「侵害」の存在のみによって基礎付けられる（不法行為損害賠償請求権の要件たる「損害」の発生を要しない）点で、民法上の差止請求権と基本的に同内容である」とする¹⁷¹。根本教授のこの発想は、先ほど本稿で示した原島教授の発想、すなわち独禁法と民法とをその基本的価値基準において「リンク」させる発想と、一応共通する。すなわち、自由な競争環境の確保を前提とするところの私的自治・契約自由の実質的实现＝人間本来の「自由領域」の確保という基本的な価値基準において、独禁法と民法との間で「連携」・「結合」・「内在的リンク」が必要であるとするところの、原

170 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。

171 根本・前掲論文（前注127末尾）63頁。なおここで根本教授が、「違法な「侵害」の存在のみによって基礎付けられる（不法行為損害賠償請求権の要件たる「損害」の発生を要しない）」ところの「民法上の差止請求権」とは、おそらくすでに本稿で考察した（違法侵害説的）「差止請求権制度」のことであると思われる。この点、独禁法24条の差止請求権とは別に「差止請求権の一般的発生根拠・一般理論があって、そこから導き出される差止請求権というものがある、と考えることができないわけではありません。これに従うと、独禁法24条は差止請求権の一般理論を応用的に具体化したものにすぎないということになります」という藤岡康宏教授の見解も、根本教授のそれと同じライン上で理解すべきことになろう。藤岡「コメント・競争秩序の基本枠組み——枠組み設定の必要性」前掲書『競争秩序と公私協働』（前注158）87頁以下、特に93頁以下。

島教授の見解と共鳴しうる、と考える。その点で、筆者は、根本教授のこの論文を高く評価したいと考える¹⁷²。ただし、だからこそ、付言してお

172 なお、このような根本教授の考え方、すなわち「著しい損害」要件それ自体の中に「違法侵害」を取り込む——その限りで「著しい損害」要件を維持する——という発想は、なるほど一種の「目的論的解釈」としてありうるように思われる。しかし、そのためには、まず独禁法上の「著しい損害」を不法行為的な「差額説」的損害概念から解き放す必要がある。そして「著しい損害」を、もっぱら独禁法上の基本的な価値基準である「公正且つ自由な競争の促進」を阻害する諸事実の総体として捉えることが必要であるように思われる。すなわち産業界との妥協の産物として採用された独禁法24条の「著しい損害」を、「不公正な取引方法」に限定せず、それ以外の方法での競争阻害事実をも組み合わせて把握するのである（根本論文が「不公正な取引方法等」といっているのには、それなりの含意があるものと思われる）。なぜなら「不公正な取引方法」への限定は、繰り返し指摘したように「産業界との妥協の産物」にすぎないのであり、本来は「すべての独禁法違反行為について差止請求権を認めることが妥当」（村上・前掲書『独占禁止法』〔前注159・岩波新書〕86頁）だったはずであるから、である。したがって、たとえば「不公正な取引方法」に加えて、独禁法侵害者に「市場支配的地位の濫用」があったり、「私的独占」・「不当な取引制限」があったり、はたまた不適法な「企業結合」があれば、それと「不公正な取引方法」（たとえば「再販制度」）を結びつけることによって独禁法秩序を著しく害する損害がある（いわゆる「著しい損害」の認定が可能である）と解することは不可能とはいえない。たとえば、白石忠志「差止請求権」総合研究開発機構＝高橋宏志（共編）『差止請求権の基本構造』（2001年）109頁注54では、独禁法24条の「著しい損害」要件につき、「再販の最大の被害者は、広く薄く損害を受ける消費者にほかならない。当該再販が不公正な取引方法に該当するといえる限り、差止を認めて何らの不都合はないはずであろう」と述べている。むしろ、それらの独禁法禁止行為をどのように組み合わせて「著しい損害」と解するか、あるいは単独で「著しい損害」要件を充足するものと解するかは、その禁止行為の内容如何によってケースバイケースで判断せざるをえないという特殊な側面を有する。そして立案担当者自身の念頭にも、実はこのような発想があった、と解されているのである。この点、村上・前掲書『独占禁止法と差止・損害賠償』（前注159）47頁参照。その際、原告たる私人の「損害」（財産的損害・精神的損害）は、上記「独禁法秩序に反する競争阻害事実を組み合わせて把握する」ためのきっかけであれば足りよう。むしろ、そこでの「著しい損害」要件は、より広く「市民法的競争秩序そのものへの客観的・現在的不適法侵襲」でもって言い換えられるべきであろう（この場合、筆者〔川角〕によれば「著しい損害」要件は、そのものとして維持しつつ、それを独禁法の立

くべきことがある。そもそも独禁法24条の立案者の念頭にあったのは、我妻栄教授流の「相関関係の利益衡量」であり、その展開としての「違法段階説」であった。そして、筆者がたびたび念を押してきたように、舟橋教授の「違法侵害説」は、その我妻「相関関係説」の物権的請求権バージョン

↘法趣旨に関する「市民法的理解」〔＝「競争制限排除」＝「自由競争の確保」＝「その上での市民法的取引倫理による例外規範の設定」〔無原則的・形式的になりうる可能性を秘めた「自由競争秩序」を、市民法的に「実質化」するための緩衝装置としての「例外規範」の設定〕〕。いずれにせよ、上記の独禁法違反の諸行為の存在は、そのトータルな把握を通じて、「市民法的競争秩序そのものへの客観的・現在の不適法侵襲」を「補強する」ものであれば足りる（その意味で、上記「禁止行為」の複合体は、独禁法違反行為に基づいて発生した「著しい損害」要件を導き出すための「脇役」であってよい〔場合によって「不公正な取引方法」のみでも、それを充足しうることがあること、否定しない〕）。むしろ、以上の解釈論（「試論」）を充実させていくためには、今後、独占禁止法学専門研究者との「協働」も必要となろう。これからの課題とせざるをえない。ちなみに、目的論的解釈とは、一般に立法者（立案者）の意思とは切り離して法規自体の客観的意味内容を目的的に構成して解釈する態度（「立法者の企図」ではなく「法律の企図」を重視する態度）を指すとされている。磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同（編）『現代法学講義』（1978年）85頁以下、特に99頁。だとすると、筆者（川角）の解釈論は、立法過程における「産業界の反対」を受け、それを「付度」した立案者の立場を具体的に批判し、同時にそれを逆手に取るという手法を採用している。その意味で「歴史的・客観的目的論的解釈」に近い、と言えようか。すなわち「歴史的解釈」の内実として、立法提案者の主観的な「意図」を、その社会的コンテクストの中で批判的に分析する場合——その「社会的コンテクスト」自体、改めて歴史的コンテクストに即して再評価されざるをえないのであるが——とりわけ産業界との「妥協の産物」たる「著しい損害」要件は、もっぱら産業界の「利益」・「便益」（utilitas）を立法提案者が付度した結果として導入されたところの「変則的法」（anomalisches Recht）の所産にほかならない（「便益」と「変則的法」につき、原島「法と権利に関するひとつの試論」・同・前掲書〔前注17〕57頁参照）。だとするならば、そのような「変則性」をもつ「著しい損害」要件を、今一度「正規的法」（regelmäßiges Recht）たる「市民法的価値基準」の洗礼を受ける形で、つまりは端的に「正規的法」に組み入れ直して解釈する「作法」こそ、要求されざるをえない、と考える。そのような観点から筆者（川角）は、独禁法24条の「著しい損害」要件に関する「歴史的・目的論的解釈」の必要性を指摘したつもりである。

ンにほかならなかったのである。そのことによって客観的違法＝差止めをもたらすはずの「物権的請求権」は、（不法行為法的な）利益衡量判断の対象にすりかえられた。だとするならば、根本教授はきっぱりと舟橋説と手を切り、そこから身を解き放すべきではないだろうか¹⁷³。いつまでも舟橋教授流の「違法侵害説」にしがみつくなのは、いかななものかと、ついグチをこぼしたくなるのである（なお筆者自身の独禁法24条「著しい損害」要件の解釈に関する「試論」は、本稿前注172で示しておいた）。

（未完）

173 根本・前掲論文（前注127末尾）64頁及び65頁注19では、あいかわらず舟橋教授の「違法侵害説」に依拠する態度が示されている。惜しまれてならない。舟橋教授流の「違法侵害説」を固守する限り、「不公正な取引方法」の認定でもって承認されるところの「著しい損害」要件も、それとは別個の「行為の違法判断」＝我妻・舟橋的「相関関係の違法判断」によって、いつのまにか掻き消されていくことになりかねない。それとも根本教授は、こと独禁法24条の「差止請求権」の「違法要件」を「不公正な取引方法」等に当る独禁法違反行為には原則としてそれだけで右「違法性」もまた認められる」（根本・前掲論文（前注126末尾）63頁）と言われるのであるから、その限りで、舟橋教授流の「違法侵害説」を採らない、と表明されたことになるわけであろうか。だとするならば、その根拠を明示すべきである。でないかぎり、根本教授の所説に対しては、学説の自己都合的＝我田引水的理解という学問的非難が、常に、投げかけられることになるだろう。実に惜しまれる。