

エドゥアルト・ピッカー(著)
私法解釈学と所有権保護、ないし権利形成と
権利保護形成の体系性について(1)

——*Eduard Picker, Privatrechtsdogmatik und Eigentumsschutz oder
Zur Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgestaltung**——

川 角 由 和 (訳)

*本稿は、その法思想的及び方法論的背景において本記念論文集により祝賀されるカナリス教授の立場と一致するものではないが、法解釈学上の幾つかの目的に照らして教授の見解に同意の念を抱き、その学恩に報いるため献呈されるものである。——エドゥアルト・ピッカー

〔訳者まえがき〕

(1) この翻訳は、テュービンゲン大学法学部・エドゥアルト・ピッカー教授 (*Professor Dr. Eduard Picker*) のお許しを得て、訳者が邦訳するものである。なおピッカー教授の原論文のボリュームを考慮し、本翻訳を三回に分けて掲載することにする。すなわち、龍谷法学51巻3号(本号)、同4号(次号)、同52巻1号(次々号)において、その全体を翻訳する。

(2) ピッカー教授の原論文は、標記題名のもと、ミュンヘン大学法学部・カナリス名誉教授の生誕80年記念論文集 (*Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, 2017) 579頁以下に収められている(579-615頁)。すでに訳者は龍谷法学51巻1号(2018年)において、ピッカー教授の「権利割当てと権利保護の体系におけるドイツ民法823条1項と2項との関係」(以下、これを「前翻訳」

と呼ぶ)を訳出した。本論文は、内容的にそれと密接な関連性をもつ。同時に、「私法解釈学」と「所有権保護」の関係を切り口に、より包括的な視点から「権利形成」と「権利保護形成」の相互連関的な「体系性」が考察されている。すでに「前翻訳」の〈訳者まえがき〉でも指摘したように、ピッカー教授はその処女論文(『ネガトリア的妨害排除請求権』、E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 92)において、物権的妨害排除請求権(ドイツ民法1004条1項)を軸に、きわめて詳細な法史的・学説史的研究手法を駆使し、同時に鋭利な判例研究を織り込みながら、民事上の権利保護体系における「物権的妨害排除請求権」の独自性と法的根拠及び法的機能を解明した。それ(「物権的妨害排除請求権」)は「不法行為責任」(die deliktische Haftung)と要件的に全く異なるところの、すぐれて客観的で現在の権利保護(所有権保護)に資する「法的責任」の根拠となるべきものであった。そして、その前提には常に保護の対象となる「実質権」(Substanzrecht)が置かれた。それを保護する副次的機能を営むものが「保護権」(Schutzrecht)であって、それを構成する三つの「請求権」として、妨害排除請求権、不当利得請求権、不法行為損害賠償請求権が位置づけられた。それら三つの保護請求権は、それぞれの固有な要件枠組みを備えながら、三者が相互に呼応しつつ総合的な権利保護(Rundumschutz des Rechts)のために機能すべきものである。それゆえピッカー教授は、これら三つの保護請求権の「共働」(Zusammenspiel)をもって、権利保護の「三和音」(Trias)と形容したのである(なかでも「前翻訳」において、そのことが明確に〈論証〉されている)。その場合、その「三和音」による保護の前提となる「実質権」とは、所有権を軸とする「主観的権利」であり、契約当事者間(ないし「法定債権債務」の当事者間)で相対的に形成される「債権」であり、同時にそれら権利の「土台」となる人の生命・身体・健康・名誉・自由等の「人格的諸利益」であった。さらに私法秩序が個人に「割

(龍法 '18) 51-3, 624 (2046)

当てる保護」(der zuweisende Schutz)を付与する場合は、それら以外の諸利益も保護の対象となるし、その対象化のルートは諸々の「保護法規」(Schutzgesetze)によっても確保される（この後者に軸足を置いたものが、「前翻訳」の趣旨であった）。

（3）加えて本稿でピッカー教授は、教授の書かれた論稿として初めて「割当て内容」(Zuweisungsgehalt)を本格的に論じている。この「割当て内容」は、従来イエーリングを初めとし、ヴィルブルク、ケメラーらによって、主に「侵害利得請求権」(Eingriffskondiktion)の局面で語られてきたところの<キー概念>であった（拙稿・川角「不当利得法における所有権保護の限界——ヴィントシャイトとイエーリングの対立」龍谷法学49巻2号〔2016年〕1頁以下、特に26-32頁を参照）。そしてそれは、現在ドイツ不当利得論における判例・通説（いわゆる「支配的見解」）として一般的に承認されている（この点、「割当て内容説」への批判説に対する反批判を含め、拙著・川角『不当利得とはなにか』〔2004年〕63頁以下及び前掲・拙稿2頁注1所掲の諸文献を参照）。これをピッカー教授がどのように受けとめ、いかに理解し、どう機能化せしめようとしているのか。きわめて興味深い論点である。本翻訳の読者は、その点に特に留意して読まれることを希望したい。

（4）なお本翻訳の冒頭「*」の箇所でピッカー教授が断っているように、その法思想的・方法論的スタンスはカナリス教授のそれと相当に異なる。たとえば物権的妨害排除請求権の要件・内容に即して多分にピッカー説を受け入れているカナリス教授も、主要にはフリッ・パウアー教授の「対抗的行為論」(die actus-contrarius-Theorie)を支持することによって、「所有権放棄」のケースの対応や不法行為金銭賠償の特則であるドイツ民法251条2項の適用可能性の評価などにつき、ピッカー教授とその見解を異にする（z. B. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II. Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 696 und S. 701-702）。さらにカナリス教授は、ネガトリア的妨害排除責任を、ピッカー教授と異なり、不

法行為的責任の「亜流」として理解している。つまり不法行為責任と妨害排除責任との重なり合いを肯定している (*Larenz/Canaris*, a. a. O., S. 171 und S. 673-674)。これは、両者の法思想ないし方法論的レベルの認識の違いからくる「対立点」である。この点につき、ここで立ち入って詳論することはできない。ただ、念のため付言しておくなら、カナリス教授の「方法」は、どちらかと言えば具体的な「問題的思考」重視型・バランス感覚重視型の妥協的「方法」であるのに対し、ピッカー教授の立場は徹底して「歴史的」であり、かつ「体系的」であり、「批判的」である（なお、ここで「批判的」〔kritisch〕というのは、難癖をつけたり、あら探しをするという意味ではなく、内在的・論理的・歴史的・体系的考察において徹底して根底的〔radikal〕な理論分析を媒介にしている、という意味である）。同時にピッカー教授は、上記「歴史性」及び「体系性」の内に私法秩序の「市民法的性格」を、その実質的内容に留意しつつ、確固たる＜法制的リベラリズム＞によって貫通せしめようとしている（本論文でも、ピッカー教授は、たとえばジョン・ロックやプーフェンドルフなどを肯定的に援用しているので参考にされたい）。

（５）このような違いがあるにもかかわらず、お互いの長所は認め合い、理性的な相互批判を展開するところに「ドイツ法学」の懐の深さがある。だから、ピッカー教授はカナリス教授の70歳記念論文集にも、そして本80歳記念論文集にも「寄稿」しているのである。逆にカナリス教授も、ピッカー教授の70歳記念論文集に「寄稿」している。念のため、以下にその論文と出典を示しておく。

Picker, Der deliktische Schutz der Forderung als Beispiel für das Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, in: Festschrift für C-W-Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1001 ff.

Canaris, Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, 2010, S. 113 ff.

（6）なお本翻訳にあたっては、適宜筆者の判断で意識をした箇所がある。日本語として文章の流れをよくし、より分かりやすいものにするという趣旨での意識である。その際、（ ）内の文章は、原則としてピッカー教授の論旨に合致する範囲で付加したが、中には特に「訳者による付加」を明示した箇所もある。ただし、その使い分けが必ずしも厳密であるということではない。つまり、訳者自身の判断で特に付加した箇所も混じっているものの、訳者としては、あくまでピッカー教授の論旨に適合しうるものという判断にかかる「責任」のもとで付加している。したがって訳者の「自己責任」に属すると思われる箇所には、特に「訳者による付加」を明示している。またピッカー教授が引用する文献は、原則的にそのまま表記することにしたが、例外的に論文名、条文等について訳者が独自に手を加えた箇所がある（ただし必ずしも網羅的ではない）。なお原語イタリック体の箇所は、すべて原論文のままである。そして、その箇所を訳する場合には、原則として訳文に傍点を打つことにした。加えて傍点は、それ以外の箇所であっても適宜訳者の判断で打っている。以上の点、ご了解たまわりたい。以下では、まずピッカー教授の論文＜目次＞を、ドイツ語原文と訳文の両方で表記しておく。

*ピッカー教授の原論文には＜目次＞は置かれていない。訳者の判断により読者の便宜を考慮して置くことにした。

Inhaltsverzeichnis

A. Die systemwidrige herrschende Ausrichtung auf den Anspruch als Determinante der Schutzgewährung

I. Die Herrschaft des „anspruchsrechtlichen Denkens“

II. Die Fragwürdigkeit der Folgen

III. Die Notwendigkeit einer Überprüfung

1. Die Gefahr verfehlter Prüfungsverfahren

2. Die Verkehrung des Anspruchs von einer Schutz- in einer Zuweisungsregelung

3. Die Fortführung eines überlebten actionenrechtlichen Denkens

B. Die systemgebotene Ausrichtung der Schutz- auf die Rechtsgewährung

I. Die Nachordnung der Schutz- gegenüber der Zuweisungsregelung im modernen Privatrecht

1. Die Anerkennung einer vorprozessual-materiellrechtlichen Ordnung
2. Die Klärung und Wiederverunklarung der Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgewährung
3. Die Lebensgerechtigkeit der Gestaltung

II. Die Konsequenz der Maßgeblichkeit der Rechts- für die Schutzgewährung

1. Die Vorrangregelung als Systemscheidung
2. Die Systemscheidung als Konsolidierung der Rechtsentwicklung
 - a) Exemplarische Klärungen im Vernunftrecht
 - b) Die grundsätzliche Nichtbeachtung reiner Vermögensschäden als Indikator der Konsolidierung
 - c) Exemplarische konzeptuelle Klärungen vor dem BGB
3. Der Rückgriff auf den Zuweisungsgehalt als moderne Präzisierung der Rechtszuweisung
 - a) Die mangelnde Entfaltung des Kriteriums
 - b) Die Allgemeingültigkeit des Kriteriums
 - c) Die Notwendigkeit der Trennung von Anspruch und Schutzgegenstand

III. Die Rechtsfindung als Rechtserkenntnis aus einer vorgegebenen Ordnung

C. Die dogmatische Umsetzung der Systemscheidung

I. Die funktionsbezogene Unterscheidung der Rechtsgewährungen

1. Die Trennung und Koordinierung der Rechte nach Substanzrecht und Schutzrecht
2. Die Unterscheidung nach Substanzrecht und Schutzrecht als funktionsbezogene Differenzierung
3. Die Folgerungen für die Rechtsschutzgewährung

II. Die Sicherung der Rechtszuweisung durch die Trias der Schutzinstitute

1. Die funktionale Eigenständigkeit der Schutzinstitute
2. Das komplementäre Zusammenwirken der Schutzinstitute
3. Die Zuweisungswidrigkeit als gemeinsamer Nenner der haftungsbe gründenden Unrechtstatbestände

III. Allgemeingültigkeit der Systemscheidung

<目次>

A. 保護を許与する決定因子として、支配的見解が請求権に方向設定することの体系違反性

I. 「請求権的法思考」による支配

II. 効果の疑わしさ

III. 再検討の必要性

1. 検証手続を誤ることの危険性
2. 請求権を単なる保護規制から（内容的）割当て規制へと転換することの必要性
3. 今なお命脈を保つ訴権法的思考の継続の問題性

（以上、本号）

B. 体系が要請するところの保護許与の権利許与への方向設定

I. 近代私法における割当て規制に対する保護規制の秩序的劣位性

1. 訴訟前の実体法的秩序の承認
2. 権利許与と権利保護許与の体系性の解明と繰り返されるところの未解明
3. 実体的法形成のもつ現実生活上の正義

II. 保護許与との関係における権利許与の優位性の徹底

1. 体系による決断としての（権利許与の）優先的地位
2. 法発展の統合としての体系による決断
 - a) 理性法における模範的解明
 - b) 統合の指標としての純粹財産損害の原則的不顧慮
 - c) ドイツ民法典前の模範的な構想上の解明

（以上、次号）

3. 権利割当ての近代的精緻化としての割当て内容への依拠

- a) その（割当て内容の）基準が誤って展開されたこと
- b) その（割当て内容の）基準が普遍的妥当性をもつこと
- c) 請求権と保護客体とを分離することの必要性

III. あらかじめ付与された秩序からの法認識としての法発見

C. 体系による決定を法解釈学的に置き換えること

I. 権利許与の機能関連的な区別

1. 実質権と保護権に即した諸権利の分離と統合
2. 機能関連的な差異化としての実質権と保護権に即した区別
3. 権利保護許与のために要請される諸結果

II. 保護制度の三和音による権利割当ての保全

1. 保護制度の機能上の独自性
2. 保護制度の相互補完的共働効

3. 責任を根拠づける不法要件の共通分母としての割当て違反性

Ⅲ. 体系による決定の普遍妥当性

A. 保護を許与する決定因子として、支配的見解が請求権に方向設定することの体系違反性

I. 「請求権的法思考」による支配

法、ことに私法は、なんら高貴な起源をもつものではない。通常、法は紛争 (Streit) から生ずる。つまりは「初めに「事件」ありきであった」 („Am Anfang war der ‚Fall‘“) ¹。言い換えれば「衝突」 (Konflikt)こそ、法の出発点であった。それゆえ、とりわけ私法学者は、彼の最初の講義から、彼の法律的思考 (juristisches Denken) の冒頭に「請求権」 („Anspruch“) を置くのである。彼は、特に責任法を熟視するとき、「請求権」をその思考の頂点に押し上げる。すなわち彼は、ローマ的訴権法の遺産を明らかに受け継いで、その仕事をする。そしてその際、彼の仕事はこの(ローマ法的な) 法制度をあらゆる権利追求の基礎として位置づけ、それによって包括的な権利実現の手段として活用する。学生はことごとく、少しでも良い成績を取ろうとしてこの方法にすがりつく。それどころか裁判や学説ですら、少なからずこの方法を受け容れようとしている。ことに未解決の諸問題、なかでも責任法上の諸問題に出くわすと、ほぼ一致して「請求権的法思考」 („anspruchsrechtliches Denken“) に身を寄せようとするのである。ドイツ法の領域では、なかでも「裁判官の職に相応しい才能をもつ者」 (die „zum Richteramt Befähigten“) の現状を際立たせているものこそ、上記の「請求権的法思考」の支配であり、それによる育成であった。

1 Fritz Schulz, Prinzipien des Römischen Rechts, 1934, S. 27. f.

II. 効果の疑わしさ

このように、保護を許与する（Schutzgewährung）ため、その決定因子として、「請求権」を主要に、またしばしば一義的に（primär, oft monistisch）位置づけようとすることは、確かに一義的な明白性（Fraglosigkeit）をもって主張されている。しかしながら、その「明白性」がもたらす効果との関係では、異様なコントラスト（auffälliger Kontrast）を示す。それはどういうことか。

まず第一に、このような（「請求権的法思考」がもたらす）効果が、すでに白日のもとにさらけ出していることは、すでに以下の事実によって明らかである。すなわち、一般に流布した傾向によれば、問題となっている法的地位の内容（Inhalt der betroffenen Rechtsposition）を詳細に検討することもなしに、妨害（Störung）を法的にはどうでもいいことだとして、容易に（保護を）肯定している事実が、それを物語っている。このことは、最も明証性をもち、社会的に最も熟知されている権利たる所有権（Eigentum）について、すでに妥当する。この所有権については、本稿で引き続き有効な例示の対象として登場する。他方、このことは、特に競争法及び無体財産法（Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht）などのもとで、より困難な問題をもたらすものとされる非客体的権利が問題となる場合には、いよいよもって妥当性をもつ。前者の競争法に関して例示のため有益なことは、たとえば物の機能的な妨害のもとで不法行為の要件の適合性（deliktische Tatbestandsmäßigkeit）が広く包括的に承認されている事実を挙げることができる。したがって必然的に、物の機能妨害から生ずる損害の賠償可能性（Ersatzfähigkeit eines daraus entstehenden Schadens）だけが問題とされるのである。すなわち、一般的にひとは、物の外にある客体としての妨害せられた機能条件（die gestörte Funktionsbedingung als sachexternes Objekt）が（法的に）防御された所有権法（das verteidigte Eigentumsrecht）によって包括せしめられているのか否か、及びど

の程度包括されているのか、という問題を立ち入って検討するという問いを立てていない。むしろ、現実の実体的侵害、とりわけ物理的侵害 (insbesondere eine physische Verletzung) が認定されるや否や、「請求権」(Anspruch) が肯定されているのである²。他方、後者の無体的諸権利について有益な例示を与えるのは、以下のような現代的現象である。すなわち、民法、とりわけ競争法において、そして部分的には無体財産法でもそのようなのであるが、保護されるべき法的地位 (die zu schützende Rechtsposition) がますます視界から遠ざけられ、そうこうする間にしばしば全面的に拒絶されてもいるという現象がそれである。なぜ、そのような現象が生ずるのか。それは、その場合一般に責任根拠として「純然たる行為不法」(ein „reines Handlungsunrecht“) が要求されているからである³。第二に、

2 事例として参考に値するのは、周知の「電気ケーブル事件」(Stromkabelfälle) である。これについては本稿でのちほど言及する。

3 民法については、823条2項に関する流布した見解、つまり823条2項が、「民法の保護範囲がここでは本来、行為 (Handlung) と関連づけて定義されているから」、「原則として結果と関連づけられた同条1項」とは区別されるとする流布した見解をみよ (たとえば、*Wagner*, MünchKomm, BGB, 6. Aufl., 2013, § 823 Rn. 50の解説を参照)。そしてその流布した見解によれば、その場合の保護法益とは「いずれにせよ権利の質」とは無関係である、とされる (この点、*J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 37の指摘は、きわめて正当である)。というのも、その流布した見解によれば「主観的権利の不必要な肥大化」と対抗するためには「行為」に着目すべきであって、「権利の質」とにとらわれるべきではない、とされるからである (これを代表する見解として、*v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, FS DJT, Bd. II. 1960, S. 49, 55をみよ)。この点、*Lawson* in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, S. 24, 26も同様である。これら諸学説については、そこで示された注記を含め、*Picker*, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, FS Schilken, 2015, S. 85 ff. 及び本稿で後述するところを参照。なお競争法ならびに無体財産法については、たとえばBGHZ, 158, 236, 251-Internetversteigerung I; BGHZ, 172, 119 Rn. 40-Internetversteigerung II; GRUR 2011, 152 Rn. 48-Kinderhochstühle im Internet; *Leisner*, GRUR 2006, 801, 804 ff.; *dens.*, GRUR-Beilage 2010, 1. Bes. 9, 18, 24 für Marken- und Urhe-

しかもさらに、内容的関連性の検討を放棄すること（der Verzicht auf eine Inhaltsbezogene Prüfung）の問題性は、ある逆さまなりアクションを引き起こす点でも、また明らかなものとなる。すぐあとでさらに示されるように、権利侵害が存続するにもかかわらず、物の侵害が欠けている場合に、ひとは、いつでもその度に、常にあらゆる保護を拒絶するというわけではない。部分的にはあれ、その保護を認めてもいる（ただしその認め方は、恣意的である——引用者）。たとえば、ひとは法的地位が存続するにもかかわらず、不当利得請求権が存続していることを指示して損害賠償請求権を拒否することが多分にあるし、あるいは不法行為責任の可能性を指示して妨害排除請求権による保護から目を背けることもある。そのため分かりやすい例としては、たとえばドイツ民法816条2項を指示して諸々の債権（Forderungsrechte）についての不法行為上の保護が否定されることがある⁴。あるいは、履行補助者や仲介者の妨害排除責任の排除もそ

↘ berrecht. なお、明らかにこの傾向に疑問を呈するものとして、*Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, 2011, bes. S. 25, 101 f. mit 117 ff., 132 ff., 136 ff., 157 ff., 173 ff., 193; *Köhler*, WRP 1997, 897, 899; *dens.*, GRUR 2008, 1. 3 f.; *Spindler*, Anm. Zu BGH JZ 2005, 33, JZ 2005, 37, 38 f.; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 45 f.; *Schapiro*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen, 2011, etwa S. 131 ff. je m. W. Nachw. 効果論については、本稿で後述するところを参照。

4 これについては、たとえば以下の文献をみよ。*Medicus*, FS Steffen, 1995, S.339, 333, 336, 345; *Otte*, JZ 1969, 235, 256; *Mincke*, JZ 1984, 862, 864. ただし、これに対して*Canaris*, FS Steffen, S. 85, 86 は正当である。なお、この論争の評価と関連する文献の出典については、*Picker*, Der deliktische Schutz der Forderung als Beispiel für das Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, FS Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1001 ff., 1016 ff., 1022 ff. を参照。——〈訳者注〉ドイツ民法816条2項は、以下のように規定している。すなわち「無権利者に対して、（給付者と）権利者との関係では有効であるところの給付がなされた場合、その無権利者は権利者に対して給付されたるものの返還を義務づけられる」。（Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nicht-↗

うである。そしてその場合の責任は、競業法や無体財産法上の法的地位の侵害に際して、学説の先駆者（Abantgarden der Literatur）や最近の連邦通常裁判所の司法によれば、最近はドイツ民法830条にしたがって不法行為法的にのみ把握されるべきものとされている⁵。したがって、ひとはこの侵害もまた侵襲を受けた法的地位の内容に依存するものであるにもかかわらず、侵害の種類にそくした区別すらしなのである。その区別に代わって行われていることと言えば、不利益の付加は不当利得責任で処理され、権利実現の妨害は損害賠償責任で処理されるという事実に至る。

最後に第三の問題は、一面的に請求権へと固定化された思考（das einseitig anspruchsfixierte Denken）が、今や流布した包摂テクニック（die gängige Subsumtionstechnik）に、とりわけ重大な形で（besonders signifikant）深く浸透していることにある。すなわち、たとえば所有権の侵害がいつ存在するのか、あるいはそれを具体的に例示すれば、上記の利用妨害があれば（所有権侵害の認定に）十分であるのか、無権利者の処分があれば足りるのか、はたまた写真の現像が行われれば対応可能なのかを問うならば、まったくのところドイツ民法823条のもとで、あたかも（不法行為の）カタログを羅列するかのように取り扱われていることが分かる。したがって上記諸問題は、まずなにより侵襲を受けた権利の内容（*Inhalt des betroffenen Rechts*）の問題として広く探求されてはいない。その結果、ひとは保護された領域を物の物理的限界を抜け出し、もって一種の「防疫

↘ berechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisiteten verpflichtet.)

5 この点については、たとえば以下の文献を参照。Köhler, WRP 1997, 897; dens., GRUR 2008, 1 ff.; Schapiro (Fn. 3), S. 105 ff., 296 ff., 315; Neuhaus (Fn. 3), S. 103 ff.; Büch in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., 2016, 14. Kap. Rn. 1; BGH GRUR 2011, 152 Rn. 48-Kinderhochstühle im Internet; BGH GRUR 2013, 301 Rn. 49- Solarinitiative; BGH GRUR 2014, 883 Rn. 15-Geschäftsführerhaftung; siehe dazu Picker, Prävention durch negatorischen Schutz, in Tichý/Hrádeck (Hrsg.), Prevention in Law, 2013, S. 61, 92 ff.

ライン」(cordon sanitaire) に即したところの前方に押し出された保護領域 (vorgelagerte Schutzräume) によって拡張することを通じて、この（権利の）内容が形成されるのではないかと、それが如何なる範囲で形成されるのか、ということを深く考慮しないのである⁶。したがって権利割当ての実体上の問題は、単なる「技術的な」帰結としての (als bloße „technische“ Folge) 請求権許与の問題の一つではないように見える。むしろその権利割当ての実体上の問題こそは、たとえば様々な参考諸事例のもとで体系整合的に (systemgerecht) ドイツ民法903条以下の所有権規定の

6 とりわけ、権利割当てとして理解されるべき保護法規及び社会交渉上の義務という諸形象によって形成されるべき諸々の主観的権利の割当て内容というこの定式 (diese Formulierung des Zuweisungsgehalts der subjektiven Rechte) については、以下の文献を参照。Picker, Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von „Schutzgesetzen“, AcP 176, 1976, S. 28, 41 ff.; dens., Negatorische Haftung und Geldabfindung, Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme FS Lange, 1992, S. 625, 680 ff.; dens., mit konkretem Beispiel NJW 2015, 2304, 2306; dens., Prevention (Fn. 5), S. 61, 97 ff.; plastisch dazu Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162, 1963, S. 203, 229; Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 33; siehe jetzt auch Jansen, AcP 216, 2016, S. 28, 212, 219 f. なお、このような法形成の方法は、営業への権利 (Recht am Gewerbebetrieb) のもとでLarenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II Halbbd. 2, Bes. Teil, 13. Aufl., 1994, § 81, S. 538 ff. によって正当に、しかもとりわけ具体的に例示されている。今日支配的な、準物権的な具体化された権利 (ein quasidingliches, hypostasiertes Rechts) という考えは、適切な理由でもって否定されている (bes. IV. S. 560 ff.)。その代わり「不文の容態規範」 („ungeschriebene Verhaltensnormen“) という領域が承認されている。ただし、その「不文の容態規範」なるものは、それとして保護財貨へと関連づけられてはいるし、つまりはその「不文の容態規範」を構成し、それによってその限りで法的地位として割当てられた財産へと関連づけられている (bes. I. 1 b, S. 539 f.; II. S. 544 ff.)。この点についてはすでに、Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007. が至るところで指摘しているのも、それを参照されたい。さらに、Picker, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, Teil I, ZfA 2010, 499, 545 ff. が、労働争議をテーマに同様のことを指摘している。

内部で解明されるべきはずの、(請求権許与の問題よりは) その前に置かれた問題 (*vorgelagerte Frage*) であるはずだと思われる。ひとはその(権利割当てに関する) 問題を、請求権決定の要件メルクマールの問題として孤立分散的に吟味しようとしている。そうして結局、「権利割当ての問題」は、あらゆる個別的責任とは切り離して考察されているのである⁷。

Ⅲ. 再検討の必要性

1. 検証手続を誤ることの危険性

しかるに、こうして一面的に単に請求権へと向けられた法思考は、すでに一見して明らかなように、上記で言及した(歴史的に継承された)「相続財産」(*Erbgut*)を「遺産債務」〔遺された負担〕(*Erblast*)に変質せしめる。以下では、そのことについて語ろう。

a) なるほど、請求権に関連づけられた検証方法 (*die anspruchsbegleitende Prüfungsmethode*) は、それ自体として放棄される必要はない。これまでのあらゆる選択肢に基づけば、その検証方法は、事例解決のための最大に可能な明証性と合理性を確保している⁸。しかしながら、そのような(請求権志向的な)検証方法は、「請求権」を、保護許与のためのいわば自給自足的な決定因子 (*gleichsam autarke Determinante der Schutzgewährung*) として把握するところの、一元論的に請求権に固定

7 この点、のちほどさらに詳細に参考文献を挙げる。むろん、ひとが(所有権の定義規定である)ドイツ民法903条の「管轄権限」(*„Zuständigkeit“*)を引き合いに出す場合であっても、そのことは、しばしば決定的意味をもつ事例の解決が、請求権許与を厳密な形で保護の対象たる権利の内容及び範囲へと方向づけることがなされていない (*die strikte Ausrichtung der Anspruchsgewährung an Inhalt und Umfang des verteidigten Rechts nicht erfolgt*)、という事実を示している。

8 この点については、参考文献の指示ともども、*Picker*, Rechtszuweisung und Rechtsschutz im Deliktsrecht am Beispiel des Kaltluftsee-Falles (BGHZ 113, 384), FS Medicus, 2009, S. 311 ff. をみよ。

化された方法（monistisch anspruchsfixierte Methode）であるがゆえに、ひとが体系整合的な法発見の定式のため必要な視点をずらしてしまう危険性を根拠づけるものであった。すなわち、そのような検証方法は、法的保護の要件という技術的な問題に先立って、優先的に（vorrangig）実体的な問題（die materiale Frage）こそが解明されなければならないということを曖昧にするのである。つまりは、侵襲を受けた権利が、その権利の如何なる内容と範囲とによって、その権利者に排他的領域として割当てられているのか、したがって、しかも結果的にはただその（内容と範囲の）限りでのみ防御されているのかという「実体的な問題」の解明を曇らせてしまうのである。かくしてその検証方法は、ひとが一面的に（保護権としての）防御権（das Verteidigungsrecht）に意識を集中してしまい、それに対応して（実質権としての）防御の対象となっている権利（das verteidigte Recht）をその視野から遠ざけてしまうという傾向を促進する。言い換えれば、（法的な）権利に代わって、侵害を受けた対象としてのその（物理的な）客体が考察の中心として注目を集める。こうして権利割当て（Rechtszuweisung）と矛盾することを無視する見返りとして、基体の現実的妨害（die reale Beeinträchtigung des Substrats）こそが要件上の侵害として把握されるに至る。そして首尾一貫して、他人の権利領域への容態に関連づけられた侵襲あるいは状態に関連づけられた侵襲に代わって、それ（上記侵襲）によって生み出された不利益な結果（der nachteilige Erfolg）が責任を根拠づける有責的事象へと転化する。かくて不可避免的、つまりは今一つ深められた批判に関する議論がないまま、あたかも当然のこととして、権利関連的な諸ファクターをこのようにして切り縮めてしまう。このことは、ますます因果関係に向けられたモメント、及び容態不法へと向けられたモメントへと、転化していく。このことこそ、上記事象の有する帰責（Zurechnung）を根本的に決定づける更に広範な帰結へと導くのである。

b) なお、次のことはそれに対応する諸見解を判断するに際して十分に顧慮されるべきことである。すなわち、上記a) でみた思考の変遷は通常明示的なものではなく、従って文言上ははっきり示されるわけではなくて、もっぱら無意識的に (unterschwellig) に行われる。つまりはこうである。

aa) 全くのところひとは、制定法上の文言に忠実であり、制定法と共に権利侵害の必要性を強調している。再び具体的な事例を取り上げるなら、たとえば「物の毀損」(die Beschädigung einer Sache) は、ドイツ民法823条と一致して「所有権侵害」(„Eigentumsverletzung“) だと看做される。ところが暗黙のうちに、そしてその実質に即して言えば、ひとは法から基体への観点の転換によって (mit dem Wechsel der Perspektive vom Recht zum Substrat)、法外在的な語義に従って規範的概念をも記述的な標識 (die deskriptive Bezeichnung) と等置している。それゆえ「所有権」(„Eigentum“) と「自己の物」(„eigene Sache“) とが同義 (Synonyme) のものとして理解されるのである。つまりは「所有権侵害」と「物侵害」とが同一視されている。かくて秘密裏に (unterderhand)、にもかかわらず繰り返し、権利侵害に代わって基体侵害 (die Substratverletzung) へと置き換えられてしまうのである⁹。

bb) それゆえその結果、ひとは責任法の更なる広範な領域におい

9 このことの例示として、*Picker*, Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem, ZfPW 2015, 385, 395 ff. をみよ。その考察によれば、ひとが、保護に関して割当てられた権利へと厳格に方向づけることを強調する場合であっても、それでもなお繰り返し、惹起された現実の侵害 (die verursachte reale Verletzung) への志向にとらわれているという事実が挙げられよう。このような傾向に明確に対峙している文献として、*Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs.1 BGB, 1979, etwa S. 15 ff., 65, 126 ff., 140, 142 f.; *Bernhard*, Das rechtsverletzende Handeln als Grundlage der deliktischen Haftung in § 823 Abs. 1 BGB—Die Verfehltheit der erfolgsbezogenen Dogmatik, FS *Picker*, 2010, S. 83, 85 f.; siehe auch *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 76 II 3 c, S. 388—そこでは「ドイツ民法903条には、まさしく他人の物を利用する権利は含まれない」と書かれている。Siehe auch *Jansen*, AcP 216, 2016, S. 28, 217 f.

て未解決の問題に直面する。それはどういうことか。すなわち、一つには、常に上記の範例のもとでそのまま放置されていることであるが、物侵害（Sachverletzung）が、同時に所有権（Eigentumsrecht）によって割当てられた支配領域及び処分領域の意味での所有権の侵害を、直ちには意味しないという諸々の事態が未解決のままに置かれ、かつまた上記（支配的見解）のような理解からは、解決される見込みがない、ということである。ひとは、ほぼ、すでに言及した妨害の諸事例を、そのまま単に「物というものの環境」の中においてのみ（lediglich in der Umwelt der Sache）考えているにすぎない。言い換えれば、（物の）外側にある機能条件の喪失に関する日常的な事情は、たとえば物を維持するための（電力などの）供給が止まるがゆえに物を腐敗させるという形では説明されてはいない。しかるところ逆に、権利侵害が物の侵害なしに（ohne Sachverletzung）存在する諸ケースもまた未解決のままであり、同様にこのような（支配的見解の）視点からは決して解決されえないのである。これに関連するのが、他人の発言や任意行為（fremde Äußerungen oder Dispositionen）が当該物の価値評価を減ずるという事態である。そして、それゆえ必然的に、気ままな司法のあり方に照らせば、むしろ一層明らかな形で、請求権それ自体からではなしに（本来は）請求権との関係では法以前に（あるいは裁判に先行して——訳者）（präjudiziell）存在する権利割当てから引き出されるべき諸問題が、割当てられた権利に厳格に方向づけることなしに決定されているのである。それはたとえば、ある建物の写真が権利として重要な侵害を根拠づけるか、という問題においても同様に見て取れる¹⁰。

10 第一の事例グループ（「電力などのエネルギー供給」に関するケース——訳者）について言えば、それは、たとえばBGHZ 41, 123の「孵卵事件」（Bruteier-Fall）によって代表されているところである。参照指示を含め、詳細は、*Picker, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störung der Energieversorgung? – Die Stromkabel-Fälle als Prüfstein des modernen Deliktsrechts*, FS Koziol, 2010, S. 813 ff. をみよ。さらに私（ピッカー教授——訳者）が書いた、*dens.*, FS

cc) このような事案に示される帰結、すなわち、すでに客観的に法的安定性 (die Rechtssicherheit) そのものが重大な形で危殆化されているという事実こそ、全くのところ除去されるべき理論的な不安定さ (die theoretische Verunsicherung) と合体したものである。そのことを以下で示そう。なによりもまず、主観的権利上の保護的地位それ自体が解明されておらず、むしろ無視されてすらい。このことは、その必然的な帰結として、今日、法と制定法 (Recht und Gesetz) が (現に生じている) 事象の違法性に関する判断をまずなにより一義的に根拠づけているところの (法的な) 構成要素を排除すること (Ausschluß der Komponente, auf die heute Recht und Gesetz die Entscheidung über die Widerrechtlichkeit eines Vorgangs zuallererst gründen) へと導く。かくして上記の「理論的な不安定さ」と「主観的権利上の保護的地位それ自体が解明されていない」ということは、「不法判断」(Unrechtsurteil) の結節点及びその目的規定を変更せしめる。それゆえにこそ、ネガトリアの妨害排除責任や不当利得法上の責任のもとで、上記の「理論的な不安定さ」と「主観的権利の

↘ Medicus (Fn. 8), S. 311, 320; *dens.*, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, JZ 2010, S. 541, 552 ff.; *dens.*, Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem, ZfPW 2015, 385, 409 ff. も参照。また第二の事例グループ (「他人の任意行為」に関するケース) については、たとえば具体的な役割を発揮するものとして「無権限者による無効な処分」のケース (Fall einer unwirksamen Verfügung des Nichtberechtigten) ではっきり示されている事例が、そうである。たとえば参照指示を含め、Bernhard (Fn. 8), S. 83, 99 f., auch 111 f. をみよ。さらに第三の事例グループ (「ある建物の写真」のケース) については、たとえばBGH NJW 1975, 778の「テーゲル城事件」(Schloß-Teigel-Fall) がある。これにつき、たとえばPeukert (Fn. 3), S. 139 ff., 218 ff.; Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl., 2016, Rn. 1405 ff., 1408 ff.; Gursky in Staudinger, BGB, 2013, Rn. 80; Larenz/Canaris (Fn. 6), § 76 II 3 d, S. 391. を参照。とりわけ、第三のケースで決定的に肝心な点は、一定の物がその肖像の下での権利の性質に照らし (nach Art des Rechts am eigenen Bild)、著作権法上の保護に値する性質 (eine urheberrechtliche Qualität) を付与されるか否か、ということに尽きる。

未解明」に対応する学説は、不適法状態の諸現象に直面して（vor dem Phänomen des unrechtsmäßigen Zustands）、もちろん挫折するのである。その際、その「不適法状態の諸現象」とは、ことに自然災害（Naturkatastrophen）とそれがもたらす諸帰結が、ひとの関与なしに発生しうのと同様に、ネガトリア的状态責任の問題性を根拠づける諸事情に対する困惑（Verlegenheit）が周知のものであり、かつまた全くのところ争いの余地がないほど混乱しているという事態を指し示している¹¹。この点ひとは、因果的容態に依拠した不法行為法上の責任のもとで、抽象的に構成化された義務プログラム（abstrakt ersonnene Pflichtenprogramme）ではなく、保護されるべき者の具体的な諸権利の割当て（die Zuweisungen der konkreten Rechte des zu Schützenden）こそが第三者への容態指令（die Verhaltensdirektiven an Dritte）のための基準を与えるということをカムフラージュしている（verschleiern）。要するに、かくして、そのような（カムフラージュによる）「方向づけの変質」（Umorientierung）によって、命令及び禁止としてのこれら容態指令が、かの「権利許与」（jene Rechtsgewährung）へと関連づけられているのであり、だからこそ、その「権利許与」なしには当該容態指令を決定づけない、ということが押しのけられているのである。

c) このようにして、（本稿で）最初に取り上げたところの、体系によって根拠づけられた異議（der erste, systembegründete Einwand）こそ、明瞭なものとなる。それを敷衍すれば、こうである。すなわち、請求権のもとへと一面的に方向づけをすること（die einseitige Ausrichtung auf den Anspruch）によって、この請求権によって保護されるべき権利（das Recht）が視野から排除されるべき局面へと追い込まれる。そのような（請求権本位の）方向づけは、責任を決定づけるための制定法上当然に導かれ

11 この点については、*Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 91 ff.; *Gursky* (Fn. 10), § 1004 Rn. 37 ff., 94 ff., 99 ff. を参照。

る第一次的な決定因子としての「権利許与」(Rechtsgewährung)を、誤って推断された自給自足のな責任形成としての「保護規制」(Schutzregelung)へと置き換える傾向をもたらし、かつはそのようにして保護許与から権利保護への方向づけをその反対物へと逆転させてしまう傾向をもたらし。つまりは、干渉を受けた権利の割当て内容(Zuweisungsgehalt)との将来的、ないしは現在のな矛盾によって徴表化されるはずの保護財貨へと視点設定せられた不法(das schutzgutsorientierte Unrecht)が、容態不法(Verhaltensunrecht)というカテゴリー上別個の権利侵害によって置き換えられてしまう。ちなみに、そこでいう「容態不法」とは、ひとが法的交渉上の特定の容態基準への違反(Verstoß gegen bestimmte Verhaltensstandards des Rechtsverkehrs)から推し量って引き出されるものを指す。このような誤った方向設定によって——それは、(法の)形成原理(Gestaltungsprinzip)としての権利許与と権利保護許与との制定法上の分離と共働を多かれ少なかれ決定的に投げ捨ててしまうものであるが——その決定基準を変質させることによって、結果的になによりもまず(folglich allem voran)、目的及び結果に照らして誤った決定手続きを導く危険性を根拠づけるものである。

2. 請求権を単なる保護規制から(内容的)割当て規制へと転換することの必要性

このような(上記で確認された)諸帰結は、むしろある一定の徴候(Symptom)を示すものにすぎない。ところで、その(徴候の)原因こそ、むしろ重要であって、その原因とは一面的な請求権本位の思考が現行私法の基本構造を誤って見積もっている、という点において根拠づけられている。そのことを以下で検証したい。

a) 請求権をその(私法の)中心的な結節点へと「絶対化」(Verabsolutierung)することによって、この請求権が単に(実体的な割当ての権利、
(龍法 '18) 51-3, 642 (2064)

ないし利益を保護するための——訳者）「補助機能」（Hilfsfunktionen）を営むにすぎない、ということが見誤られている。すなわち、この（請求権の）「絶対化」によって、請求権がいかなる自己価値（Selbstwert）も、またいかなる「自己目的」（Selbstzweck）をも体现しているものではなく、むしろ（請求権は）ただ諸権利の保全のための手段として機能するということが、曇らされ、濁らされている。ちなみに、上記諸権利こそ、請求権の母胎たるどころ、むしろ、それら諸権利を媒介にして「請求権」の正しい位置づけが図られるべきであるにもかかわらず、請求権を固有で、かつ独立した規制の対象とする傾向が根強い。ところが、そのことにつき、いかなる明確な確証も与えられてはいない。とりわけ、このような（請求権を絶対化せしめようとする）思考は、保護されるべき法的地位を段々とフェードアウトすることによって、その法的地位の解明が単に特殊にそのつど論ぜられている責任引き受け義務（Einstandspflicht）にとつて司法（裁判）以前のものの（präjudiziell）であるということだけではなしに、一般にその他全ての責任の諸形象（alle anderen Haftungsfiguren）にとつても同様に司法（裁判）以前のものであるということを曖昧にし、かつ排除してしまう。したがって必然的に、その思考こそは、私法が一方では実体的なものとして割当てており、他方では道具的な諸権限として割当てている法的地位の「分離」（Trennung）と「共働」（Koordinierung）を放棄してしまうのである。対するに、このように（主観的に割当てられた）「法的地位」の「分離」と「共働」に関する理解を正しく行えば、請求権は保護規制から割当て規制へと転換せしめられることになる。かくして上記のような（請求権本位の）思考は、まさしく現行法が、このような（割当て的な）実体的規制を請求権による道具的規制の外側で（außerhalb）、しかもその道具的規制の手前で（vor）とり行っているところの原理（das Prinzip）を、視野から遠ざけてしまうのである。

b) 基本的理解においては合致しており、その現象形態においては特

異に異なった諸学説をみると、上記で示したような流布した請求権固定型の体系理解 (verbreitete anspruchsfixierte Systemverständnis)、及びそのような理解によって規定されるところの方向づけ (主観的に割当てられた「法的地位」への方向づけ) を排除する思考プロセス (Verdrängungsprozess) のありさまが、分かりやすく例示される。それはどういうことか。

aa) たとえば、そもそも侵害利得請求権 (Eingriffskondiktion) のもとで「割当て内容が不法行為的保護によって決定づけられる」¹² („der Zuweisungsgehalt durch den Deliktsschutz bestimmt“ werde) というような問題と、詳細に取り組もうとする場合に、以上のことが妥当する。それどころか、さらに「法展開の今日の状態のもとでは」 („bei heutigen Stand der Rechtsentwicklung“)、つまりは現代の私法においては、諸権利のネガトリア的妨害排除保護についても (auch für den negatorischen Schutz der Rechte) 同じことが妥当すべきである、とされる (本稿後注13所掲文献を参照——訳者)。すなわち、その論者によれば「不作為請求権の許与について」も、要するに「当該の地位が不法行為法上保護されているか

12 たとえば, *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 69 I 1 c, S. 170. のもとでの現在流行の割当て内容説の不明確さを批判的に吟味する場合の見立てがそうである。同様な意味で, *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 7 III 2 b, S. 255; *Peukert* (Fn. 3), Güterzuordnung, S. 864; *Börger*, Von der „Wandlungen“ zur „Restrukturierung“ des Deliktsrechts, 1993, S. 70 ff. を参照せよ。なかでも *Börger* によれば、こう言われている。「著者 (ベルガース教授) 自身、あとで強調するように、制定法のもとで肝心なことは、保護されるべき「権利領域」 (die zu schützende „Rechtssphäre“) を不法行為法において内容的に精確に規定する (inhaltlich zu präzisieren) というのではなく („nicht darum“, *Börger*, S. 71)、むしろ (不法行為) 責任を根拠づけるため、その (保護領域の) 機能を (手段的に) 活用し、一般的に何がうまく達成されるかをもちも考慮して („was auch gelungen ist“) 明かにすることこそ、肝心なのである」 (傍点及び括弧内・引用者)。なお、割当て内容説に関する概観を与えるものとして、*Schwab* in Münch Komm BGB, 6. Aufl., 2013, § 812 Rn. 246 ff.; siehe dazu schon, *Picker*, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störung der Sach-Umwelt-Beziehung, JZ 2010, 541, 547f. これにつき、本稿B II 3以下で述べることも参照されたい。

どうか」（„ob die fragliche Position deliktsrechtlich geschützt ist“）が、「決定的意味をもつ」（„ausschlaggebend“）、とされている（この点についても、本稿後注13所掲文献を参照——訳者）。したがって、その他の（不法行為責任以外の、ネガトリア的妨害排除責任や不当利得責任のもとでの——訳者）諸々の責任を通じて、権利を実現するための保護とか利益吸い上げによる保護に関する判断が行われる前に（bevor）、まずはなにより、このような（不法行為法重点型の——訳者）「優先的問題」¹³（diese „vorrangige Frage“）が解明されなければならない、とされてしまうのである。

bb）なるほど、その他の諸学説も、このような（カナリス教授的な）発想、つまり、請求権ごとの諸形象がもつ実体的な、権利割当て的な規制内容に関する発想（diese Vorstellung von einem materialen, rechtszuweisenden Regelungsgehalt der Anspruchsfiguren）を共有している。ところが、それら諸学説は、請求権根拠づけを行う別の諸規範における優先化された価値決定（die vorgegebene Wertentscheidung）に気づいている。すなわち、ネガトリア的妨害排除責任よりも不法行為責任が割当て法的には（zuweisungsrechtlich）モデル化されるべきであるという後者の（カナリス教授的な）テーゼと異なり、むしろ逆にネガトリア的妨害排除責任の評価こそ、かの不法行為法的な発想よりも（重要な）基準と看做されるべきであることが要請されてもいる¹⁴。

cc）ところが再度、不法行為法こそ不当利得法のためにも割当て内

13 Larenz/Canaris (Fn. 6), § 69 I 1 c, S. 171 sowie § 86 I 1 a, S. 673の記述を参照。なお（カナリス教授が）前掲書674頁で肯定的に言うところの、「強い」（„starken“）「ネガトリア的妨害排除責任の不法行為法への繫留」（„Verankerung der negatorischen Haftung im Deliktsrecht“）という観点については、すでに Picker, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie. Zugleich ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme, FS Gernhuber, 1993, S. 315, 322 ff. で批判的に指摘したところをみよ。

14 So etwa Kleinheyer, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, 471, 475.

容を定義づけするものだというその前に呈示した（カナリス教授的な）テーゼと逆転して、むしろ先ほど挙げた（クラインハイヤー教授的な）ネガトリアの妨害排除責任を優位に置くテーゼと矛盾する形で、ある学説などは、もっぱら不法行為的責任がその前提として有する割当て内容（Zuweisungsgehalt, den die deliktische Haftung zur Voraussetzung habe）を、不当利得法からその標準的な類推基礎として（als der maßgeblicher Analogiebasis）引き出すことを要求している。なぜかというと、不当利得法の評価が——そのように理由づけされているわけであるが——「不法行為法に影響を与える」（„auf das Deliktsrecht aus (strahlt) “）からだ、という¹⁵。こうしてひとは、請求権の諸形象に関する共通の基礎（die gemeinsame Basis der Anspruchsfiguren）を明確に把握していないがゆえに、拘束力をもつ価値決定（die verbindliche Wertentscheidung）を、あるときは一方の保護制度から、またあるときは他方の保護制度から、またあるときは第三の保護制度から引き出さなければならない、と信じ込んでいるのである。

c) このような手探り状態での探索（diese tastende Suche）のもとでは、体系適合的な解決など見い出されるわけがないこと、明らかである。これを以下、敷衍しよう。

aa) すでに不法行為法上の責任を不当利得法上の責任よりも評価観点に照らして法的先行性をもつと主張するテーゼに対しては、したがってもちろんまた、同様にそれを単にひっくり返しただけのテーゼに対しても、実際のところ、次のような問題が突きつけられるべきである。すなわち、これらの（ネガトリアの妨害排除請求権や不当利得請求権、さらには不法行為請求等の——訳者）防御権（diese Verteidigungsrechte）の機能上の対等性に鑑みて、その（防御の対象となる）保護財貨の包括的保全のためには、それら

15 So etwa Hager, Die Forderungszuständigkeit als absolutes Recht, FS Westermann, 2008, S. 287, 294 ff., 298 dort das Zitat.

防御権の何か一つが欠けても意味をなさないのはなぜか（warum）、という問題が提起されなければならない。つまりは、ここかしこで要求されている評価観点のヒエラルヒー（「序列化」＝Wertungshierarchie）こそ、それぞれにおいて逆転されて然るべきではないのか。こうして、これら諸学説すべてについて言えることだが、それらが、一つの責任から別のもう一つの責任を正しく推論するあらゆる思考方法を拒絶しているという点に照らし、それら学説が招いた「身動きのとれない状況についての異議申立て」（Einwand der Pattsituation）を、自ら甘受すべきである。しかもとりわけ、ネガトリア的妨害排除責任よりも不法行為的責任を第一次的なものとして優先すべしとするテーゼは、明示的でありつつ、しかし常に新たに強調されるべき機能関連を、逆さまに描き出している。つまり、不法行為責任が、まずなによりネガトリア的に重要性をもつ侵害からの結果（die Folgen）と繋がっており、そのため、時間的にもそして論理的にも、かつ実質的にも、その結果において不法行為法上重要性をもつ侵害という要件が発生すべき場合に初めて、この（結果発生という）要件が充足されなければならないという「機能関連」（Funktionszusammenhang）が逆転せしめられているのである¹⁶。かくして、現行法によって担保されている権利許与及び

16 伝えられているところによれば、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）が学説上の諸見解に従って、競争法や、さらに部分的は無体財産法においても、補助者や仲介者（Hilfs- und Mittelspersonen）の責任に関するネガトリア的な「妨害者責任」（die negatorische „Störerhaftung“）を、ドイツ民法830条（「共同不法行為」規定——訳者）に基づく不法行為責任によって置き換えようとしている（zu ersetzen versucht）というのが、今日の現象であるらしい。しかしながら、そのような現象は、それ以外の点でも体系違反（Systembruch）であるということを含む度外視したとしても、すでに単純な客観的事実のもとで挫折するに違いない。その客観的な事実とは、こうである。すなわち、不法行為的責任というものは、責任を根拠づける容態（das haftungsbegründete Verhalten）が、少なくとも（不法行為的責任が問題となるその手前で）、すでにあらかじめ理論的に「違法な侵害」（widerrechtlicher Eingriff）として反撃されうであろう（hätte abgewehrt werden können）場合には、それを想定することすら不可能（nicht denkbar）になるからである。

保護許与の構造と（上記支配的諸見解と）の不一致が、すでにこれら諸学説の帰結のもとであからさまに暴露されるに至る。

bb) そのようにして、（支配的諸見解が）挫折せざるを得ないということのより深い根拠が明らかになる。それを、さらに以下で示そう。すなわち、具体的な保護客体の割当て内容（Zuweisungsgehalt）を前司法的な規則として、一方ではある請求権形象の評価根拠から、あるいは他方では別の請求権形象の評価根拠から引き出そうとする試みは、以下のことを見誤っており、かつ無視すらしている。すなわち、そのような試みは、実体法的に（„materiellrechtlich“）に構想され、紛争解決の手前ですでに所与のものとなっている秩序（der Streitentscheidung vorgegebene Ordnung）、そして今やさらにそのような紛争解決（「紛争解決」の裁判規範的な直線化——訳者）から（実体法的な割当て体系へと——訳者）転換されるべき秩序（von ihr [=der Streitentscheidung] nurmehr noch umzusetzende Ordnung）のために現行法が基本的決定（die Grundentscheidung）としたことを見誤るものであり、かつまた無視するものである。言い換えれば、（支配的諸学説による）上記のような試みは、現行法の基本決定が権利の割当て内容を、その保護手段としてだけ確保しようとするのではなく、したがって防御手段の形成のもとでだけ確保しようとしているのではなく、むしろドイツ民法903条以下が常に模範的な例示を与えているように、（裁判規範としての法より前に——訳者）先行的に実定化された権利それ自体の形成（die vorgelagerte positivierte Ausgestaltung der Rechte selbst）、あるいはまずなによりも確定されるべき権利それ自体の形成のもとで、（権利の割当て内容を）確保しようとしているという事実を、まともに顧慮していない。むしろ上記の（諸学説による）試みは、そのような割当て内容によって（damit）保護されるべき権利が、それゆえにこそ、その排他的領域それ自体を画定しているのであり、そのようにして同時に（so zugleich）、権利の保護可能性の範囲を完結的に規律していることを黙殺しているのであ

る。これら諸学説は、そしてまた諸学説の内部で対立するテーゼに共通するところの見解も、それ（現行法秩序によって本来的に確保せられた割当て内容——訳者）に代えて、割当て問題の解明（die Klärung der Zuweisungsproblematik）を、一方ではある一つの請求権から、他方では別のもう一つの請求権から生み出される単なる間接事実（die bloßen Indizien）から獲得しようとする。そして、その目的は何かというと、支配的諸学説が（その不法行為法的思考優位の立場から帰結される請求権の序列化のもとで——訳者）そのような間接事実からその他の防御権のためのアナロジーを引っ張り出そうとするためにほかならない。こうして支配的諸学説は、それらが権利割当ての実体的な第一義的規制（die materiale Primärregelung der Rechtszuweisung）の形成の中で（割当て内容の）方向づけを探究することをしてないがゆえに、それに代えてただ、請求権への一面的な方向づけという形でのみ、技術的な結果形成における手がかり（Anhalte in der technischen Folgegestaltung）を追求することへと追い込まれる。

cc）これら（支配的な）諸学説は、上記で示した構造原理を誤解することによって、必然的に権利割当て許与及び権利保護許与の意味と目的をも見誤っている。すなわちこうである。

ひとは次のことを無視してしまう。つまり、防御せられた権利のもつ割当て内容（der Zuweisungsgehalt des verteidigten Rechts）こそが、なるほど機能的には明確に分離された諸々の責任引き受け義務（Einstandspflichten）であるとはいえ、しかし同時にその（権利の）保護プログラムにおいては相互補完的であり、それゆえその都度お互いに関連づけられるべき責任引き受け義務のあらゆるもの（jede）に関して、その根拠的な基準点（der maßgebliche Bezugspunkt）を提供しているということを、無視している。結果的にひとは、上記の割当て内容こそ、すべての責任制度（alle Haftungsinstitute）のために、共通の、（責任制度それ自体からみれば、その）外側から規律せられた評価準則（die gemeinsame, extern geregelte

Wertungsvorgabe) を形成していることを、軽んじているのである。だからひとは、このような（「割当て内容」という価値基準に基づく）責任外在的な評価決定（つまり責任法という観点からみれば、「法」以前にすでに所与のものとして存在する「評価決定」——訳者）こそが、様々に異なった責任事項（*Verantwortlichkeiten*）の根拠づけ及びその限定に関して、統一的に（*einheitlich*）判断するための決定因子であることを顧慮していない。したがってその（支配的学説による）構想は、それが取り除かれない場合には、その必然的な帰結として、上記で示したような実体的解明（*diese materiale Klärung*）が孤立した形では制定法上の個々の責任規定から包摂可能なものとされず、それゆえその都度の現実的な侵害事象（*das jeweilige reale Verletzungsgeschehen*）それ自体からは確定されえるものではなく、そうではなしにむしろ、そのような実体的解明こそは、「法」のあらゆる構成化のための第一次的な課題として（*als erste Aufgabe aller Konstituierung von Recht*）、これら（個々の責任規定やその都度の現実的な侵害事象）から必然的に推論される前に（*vor*）、したがって拘束力をもつ形でその推論を根拠づけるために（*für*）、明らかにされるべきことである¹⁷。ともあれ、そのような（支配的傾向に基づく）更なる帰結においては体系構成的な評価原理及び形成原理（*das systemkonstitutive Wertungs- und Gestaltungsprinzip*）が変質せしめられてしまうのである。つまりは、こうである。すなわち、第一次的でかつ本来的な、言い換えれば時代の変遷に鑑みて常に新たに施されるべきところの私法における問題解明の営みとしての権利

17 この点及びその展開的論点については、これまたすでに、*Picker*, *Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem*, ZfPW 2015, 385, 408 f.; *ders.*; NJW 2015, 2304, 2306を、そこでの指示文献ともども参照されたい。この点、より新しい論文として、*Jansen*, AcP 216, 2016, S. 28, 204 ff. もみよ。ただしこのことは、当然のことながら、様々に異なった諸々の保護制度の下で、なかんずく予防的ネガトリア保護のもとで（不法行為的責任との関係において——訳者）、その都度二重の保護可能性を開いておく（*rückversichert*）ことまで排除するものではない。

許与の確定は、ますます第二次的であり、かつ副次的な権利確認としての保護許与の査定（Prüfung der Schutzgewährung）へと方向変位を受けている。かくして権利許与の確定は、体系とは異質な基準（systemfremden Maßstäben）に服せしめられているのである¹⁸。

3. 今なお命脈を保つ訴権法的思考の継続の問題性

このような（上記支配的学説において見られるところの——訳者）一面的な形での請求権本位的な思考（das einseitig anspruchsbezogene Denken）を批判的に吟味することこそ、肝心なことである。このことは、なかでも特にその思考形態の由来を検討することによって確認されるべきことである。以下では、その（確認のための）試みを呈示しよう。

a) 今日（上記の意味での）支配的思考として通用している考え方の意味するところは、法史的にみれば（rechtsgeschichtlich）、ある種の發育不全（eine Retardation）そのものである。すなわち、防御される権利それ自体の内容と範囲を厳密に確認しないまま、直ちに防御権そのものを確定しようとするところの（つまりは支配的学説に一般に見られるところの——訳者）方法的態度こそは、すでに上記で示されたところの、制定法的にも、また体系的にも深く刻印され、かつ「実体法的」に構想された今日の秩序（die genannte gesetz- und systemprägende „materiellrechtlich“ konzipierte heutige Ordnung）との対比において、決定的に遅れをとっている。言い換えれば、そのような思考形態が指し示すところのものは、もっぱら訴権法的思考の残滓（das Rudiment eines actionenrechtlichen Denkens）そのものにはかならない。このような訴権法的思考は、なるほど

18 部分的にはすでに実現されてしまっていることだが、個人的権利としての法的地位に代わって、ますます個人を超えた「公共的な」（„öffentliche“）利益が市民法及び私法の保護客体となりつつある状況については、Picker, FS Schilken (Fn. 3), S. 85 ff. をみよ。及び本稿後述のところも参照。

前期普通法¹⁹以来、さらに全面的にはパンデクテン法学²⁰のもとで——実

19 ただし、ドネルス (*Donellus*) が権利割当てを権利保護の関係で優位に置き、それを承認したことは全く明瞭に示されている。しかも、それは単に実務的に運用されてきたのみならず、理論的にも指導的構造原理として、その中心に置かれたのである。そのことは、訴権法的からの転換という形で主観的権利の「理論」(eine „Theorie“ des subjektiven Rechts)を展開せしめようとする様々な営為が、それを論証している(このような営為とその意義については、さしあたり以下の諸文献をみよ。*Coing*, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, S. 42 ff.; *Dubischer*, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zuweisung der Rechte sog. absolute und relative, 1961, S. 48 ff.; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 324 ff.; zur Bedeutung von *Donellus* für die negatorische Haftung, siehe *Picker*, Beseitigungsanspruch (Fn. 11), S. 64 f. m. w. Nachw.; auch *Kaufmann*, Zur Geschichte des actionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, S. 482, 488)。しかもとりわけ、(ドネルスによって設定された)目標は、「私法」(„*jus privatum*“)について(彼によって)次のように言われる場合に、さらに徹底した明証性をもって論じられている。すなわち「諸々の個人に固有に帰属するところのものが、それ(私法の目標)である」(„*Tale est, quod suum tribuit singulis.*“ なおラテン語の邦訳は訳者の試訳にとどまる。その際、一定の意訳も施している。以下同様。——訳者)。*Donellus*, Opera Omnia, Lucae, 1762 ff, Tom. Primus, Commentarii, Lib. I. Cap. VII. Überschrift zu § § II und III, Sp. 223 und 224. そして、それに対応する形で、主観的権利が「諸個人に法的に帰属せられた能力及び権能」(„*facultas et potestas iure tributa*“)として特徴づけられている(*Donellus*, Commentarii, Lib. I Cap. III. Sp. 16 f.)。かくして、諸々の訴権(die actiones)は、単なる「救済手段」として(als bloße „*remedia*“),このような「第一次的な権利」(„*Primärrecht*“)と明確に対置されている。より正確に言えば、諸々の訴権はそれらについてさらに次のように言われる場合には、主観的権利に服するものとされる(ihm [= dem subjektiven Recht] untergeordnet werden)。——「すなわち、権利とはかの偉大な第一次的なものにほかならない。つまりは、それなくしてはわれわれの正当な法的要求がその存立基盤を失うであろうような、強固なものであり、かつまた確保されたものとして規範化=実定化されているところのものにほかならない」(„*Nam et ius illud primum, quod cuique esse dicimus, stabiliunt, ac retinent, ut sine his ius nostrum stare non possit.*“)。むろんドネルスは、同時に権利許与と保護許与の通底性(Zusammengehörigkeit)も強調している。すなわち「他方アクチオというものは、その諸々のアクチオという言葉の限度において、権利を実現し、そしてその権利が行使される限度において、その権能を発揮するものと看做されるのであり、よって(アクチオというものは)、諸々のアクチオがそれに基づいてその存立基盤を付与されているところのその権利、それ

体法的視界を媒介にしつつも——（ローマ法以来の）アクチオのもつ原生的

ゝ自体と同様に、効果的な機能を営むのである」（„Actio autem quatenus actionis verbo ius, et facultatem ita agenda, intelligimus, non minus est in bonis cuiusque, quam illa ipsa, quorum actiones sunt constitutae.”）。Donellus, Commentarii, Lib. II. Cap. VII. § V, Sp. 226, ohne die Hervorhebung i. O. このような視点は、ことのほかフーゴー・グロティウス（Hugo Grotius）によって展開せしめられている。なかでも彼が、たとえば「物権的返還請求権」（Vindikation）という形態で具体的なネガトリア的保護を、「所有権に基づいて生ずる」（„quae ex dominio oritur“）ところの「債務」（„obligatio“）としてご自然な形で指摘する場合に、このことが如実に示される。Grotius, De iure belli ac pacis, Amsterdam, 1670, Lib. II. cap. X Kapitalüberschrift, siehe zu dessen Lehre schon Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo—Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183, 1983, S. 369, 462 f.; eingehend jetzt Jansen, Struktur, a. a. O., S. 331 ff.; siehe auch Bernhard (Fn. 8), S. 83, 98.そしてグロティウスは、彼が端的に次のように規定する場合に、このことを一層明瞭に確証している。すなわち「物から実体化される債務は、われわれの物がその法的権能において有するものを包括する形で生み出される」（„E rebus exstantibus obligatio haec nascitur, qua tenetur is qui rem nostram habet in sua potestate …”）という場合に。Grotius, a. a. O., Lib. II cap. X § 2, S. 216. なお、その際グロティウスの „§ 1“ によれば、「物」（„res“）とは、諸々の「物」（Sachen）のみならず、人格的諸権利（persönliche Rechte）をも包括することに留意されたい。Siehe ferner noch Grotius, a. a. O., Lib. II cap. II § 6 Nr. 1 und 2, S. 117（zu Schutzbeschränkungen） sowie Lib. II cap. X § 2, S. 217 f.（zum Bereicherungsrecht）。

20 とりわけサヴィニー（Savigny）によれば、訴権法（das „Aktionenrecht“）は、ストレートに「その侵害との特別な関係における権利」（„Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben“）と解されている。たとえば Savigny, System des heutigen römischen Recht, 5. Bd., 1841, S. 2. をみよ。かくしてアクチオは、等しく実体法的に理解された諸々の「訴権」（gleichfalls materiellrechtlich verstanden „Klagerechte“）の影響を受けつつ、把握されている（Savigny, a. a. O., S. 3）。ただ、「権利というものが、ことごとく侵害によって（初めて）承認されるという特別な形態」をまとうにすぎない（Savigny, a. a. O., S. 3. 括弧内・引用者）。つまり上記「訴権」が、その（実体的権利の）「姿態転換」（„Metamorphose“, Savigny, a. a. O., S. 3, siehe auch 1. Bd. 1840, S. 393.）として現象化するというにすぎない。このような形で「請求権」（Anspruch）と「債務」（Obligation）との類似性が強調されていることは確かだが、この点については、このすぐあとに（本稿で）記述するところを参照されたい。

な訴訟的機能²¹ (die ursprüngliche prozessuale Funktion der actio) を受け継いできたものである。しかしながら、この思考は、その全体を観察するならば、割当てられた権利及びこのような割当てを保護する権利を、しかもそのようにして許与されている権利者の実体的権限と手段的権限とを、もっぱら訴訟上の一個の主観法的・主体帰属権的な統一体 (eine subjektivrechtliche Einheit) として把握した。その訴権法的思考は、その統一体を、今や請求権 (Anspruch) のうちに、まさしく解釈学上及び実務上の中心的制度 (das dogmatische und praktische Zentralinstitut) として体现されているものと見てきたのである。すなわち、(訴権を権利の) 単なる従属部分とか、その一部とかいう形ではなく、「権利と訴権との間の同一性 („Identität zwischen Recht und Klagerecht) を承認すべきであるという、その形で訴訟法を市民法の中へ並行移動させること (diese Parallelverschiebung vom Prozeß- ins Zivilrecht) によって²²、(いわば論理必然的に——訳者) 権利を実体法上の防御手段としての請求権と「同一視すること」 („Identität“ mit dem Anspruch als dem materiellrechtlichen Verteidigungsmittel) が要求されべきである、とされてきたのである。

b) かのヴィントシャイト (*Windscheid*) こそは、周知のように、この時期に形成されたところの権利許与と権利保護許与に関する評価観点を、アクチオについての彼の有名な論稿の中で、その後の時代においても妥当

21 Siehe dazu m. w. Nachw. hier nur *H. Kaufmann* (Fn. 19), S. 483 f.

22 So *Brinz*, Lehrbuch des Pandekten, 1. Bd., 2. Aufl., 1873, § 92, S. 311., ohne Hervorhebung i. O. さらにプリントツの同箇所によれば、次のようにも言われている。すなわち、「訴権とはそれに対応する権利それ自体であり、したがって権利それ自体、訴権にほかならない」と。ただしプリントツの „§ 79, S. 251 ff.“ によれば、「請求権」 („Anspruch“) は、一方では「訴権」 („Aktion“) であり、したがって「一部は裁判外的」なものでありつつも、一部はなお裁判上の主張にほかならないとされ、他方で改めて「そもそも (請求権とは)、権利を主張するための権限及び能力の一部、乃至そのほとぼしりにすぎない」 (nur „ein Theil oder Ausbruch der Befugniß und Macht zur Geltendmachung der Rechte überhaupt“) とも書かれている (括弧内及び傍点・引用者)。

性をもつ形で記述した。そして、今日の請求権本位型の思考（das heutige anspruchsfixierte Denken）は、その核心的な点において、ヴィントシャイトの解明方法と呼応している。

aa) なるほどヴィントシャイトは、その後もはや後戻りできない進歩的な形で、用語上、「訴権」を「請求権」でもって置き換えた（ersetzte [...] terminologisch die „actio“ durch den „Anspruch“）。こうして彼は、実質的に訴訟法的観察方法を実体法的観察方法によって代替している²³。かてて加えてヴィントシャイトは、この「請求権」を、当時の別の見解よりももっと明瞭に、その（「請求権」の）すでに実体法的に根拠づけられた保護機能（seine schon materiellrechtlich begründete Schutzfunktion）と関連づけている²⁴。こうしてヴィントシャイトによれば、「訴権」（das „Klagerecht“）とは「今や直接的に（原告の求める）訴えを通じた裁判官による救済が要請されうる」ところの「権利」（„dasjenige Rechte“, „für welches jetzt unmittelbar die richterliche Hilfe durch Klage angerufen werden“ konnte. 括弧内・引用者）に限定されるべきことになった²⁵。ところが、当初はすでに排除すらされていた訴えへの権利（Recht zur Klage）、かつまたムーター（Muther）からの批判を受けて初めて（理論的に）再検討されるようになったところの「訴えへの権利」を権利者の諸権限との機能関連性において再統合しようとする試みによって、伝統的な思考への再逆転に向けた広範な一歩が記されるようになった。すなわち、（伝統的な思考もヴィントシャイトの所説も、いずれも）多かれ少なかれ上記のような訴訟法上の権利と実体法

23 Siehe Windscheid, Die Actio, 1856, bes. S. 228 ff.

24 たとえば、ブリントツ（Brinz (Fn. 22), § 92, S. 311）のもとでの（訴権と権利との関係に関する）諸テーゼの一覧表をみれば、当時の学説状況の混乱によって刻印されたところの意味あいがよく分かる。

25 そのことについては、Windscheid, Actio (Fn. 23), S. 222. に、はっきりと記されている。

上の請求権とを明瞭に同一視している²⁶。それゆえにこそ、まさしく「墓穴に」²⁷ 送り込まれたはずのアクチオ (die soeben „in's Grab“ geschickte actio) が、あたかも再生するべく方向づけられてしまったのである。そのような「同一視」は、全くのところ、すでに実体法と訴訟法との間で設定された分離、しかも歴史的に突き詰められ、厳格に構想された分離を見誤っている。そしてそのような「同一視」こそは、周知の学説による次のような記述で示されたこと、すなわち諸々のアクチオが、とっくの昔に「墓穴に埋められた」にもかかわらず、「その墓穴から今なお我々を支配している」²⁸ (die actiones, obwohl längst „buried, ...still rule us from their graves“) ことを、如実に裏書きするものでもある。

bb) しかるに、とりわけ権利許与と権利保護許与との実体法内在的な協働関係についての解明 (die Klärung des materiellrechtsinternen Zusammenspiels von Rechts- und Rechtsschutzgewährung) は、(ヴィントシャイトのもとでは) いまだ不完全なままであった (unvollendet blieb)。このことは、しばしばひとを愚弄してやまないところの (verspottete) 次のような構想の帰結、すなわち物権者に付与されたものは「万人に対する請求権」²⁹ („ein Anspruch gegen Jedermann“) であるという構想の帰

26 Siehe dazu Windscheid, Actio (Fn. 23), S. 228 und dens., Die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, 1857, S. 28 f. Siehe aber auch S. 35. 総体的に言えば、ひとはこのような論述を、正当にも、もはや「根底的に」考え抜かれたものとしては特徴づけていない。たとえば、Kaufmann (Fn. 19), S. 488 Fn. 96, 489. をみよ。近時、この問題につき立ち入った考察を試みているのは、たとえば Rimmelschpacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, 16 ff., 23 ff. m. w. Nachw.; Schmidt (Fn. 3), bes. S. 75 ff., 182 ff.; ders., „Actio“, „Anspruch“, „Forderung“, FS Jahr, 1973, S. 401 ff.; ders., in Staudinger, 1994, Einleitung zu § § 241 ff. Rn. 319. などである。

27 So Windscheid, Actio (Fn. 23), S. 232.

28 So F. W. Maitland, The Forms of Action at Common Law, Cambridge, 1936, erstmals 1909, S. 2.

29 So Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd. 8. Aufl., 1900, § 43, S. 156; dazu aber auch Kipp, in den Anmerkungen dasselbe.

結のうちに、はっきりと示されている。その構想によれば、森羅万象はことごとく所有権者の債務者として（alle Welt als Schuldner aller Eigentümer）描き出される、というわけである。かくて、権利者の実体的な権限と手段的な権限とが同一視されてしまう。そしてそのような「同一視」こそは、次のような強迫観念（Zwangsvorstellung）を帰結するに至る。すなわち、モデルケースとして所有権を例にするなら、その実体的な権利割当てによって、手段的保護制度をも、つまりは物権的返還請求権（Vindikation）をも、（所与的に）現実中存在するものとして考えなければならない（als aktuell bestehend denken zu müssen）という強迫観念を帰結する。そのような強迫観念にとらわれる限り、（近代法市民法上、歴史的に——訳者）新たな、固有の根拠づけモメントとしての第一次的な権利（「実質権」）がまずあって、それが侵害されて初めて第二の権利（「保護権」）が生み出される、という正当な考えが歪められてしまう。そしてそのような強迫観念によって、さらに、実体的な第一次の権利と手段的な第二次の権利とが、その史的展開の到達点に照らし、それぞれカテゴリー的に異なった位置を占めるべきであり、したがってまた、その両者の成立と存続に即して（nach Entstehung und Fortdauer）本来的に別々のものとして評価されなければならないという、まっとうな観点すら濁り曇らされてしまうのである。

cc)（第一次的な実体的権利と第二次的な手段的権利との間の）分離のこのような不完全性、したがってまたそれぞれに異なった権利割当ての相互の協調性すら不完全なものにする（ヴァントシャイト的な）見解は、次のテーゼ、すなわち請求権と同一視された³⁰「訴権」（die mit dem Anspruch identifizierte „actio“）こそ、「債権、つまりは債務の直接的な、汲み尽くされた表現」³¹（„der unmittelbare und erschöpfende Ausdruck des Forderungs-

30 Siehe Windscheid, Actio (Fn. 23), bes. S. 5 ff.

31 So Windscheid, Actio (Fn. 23), S. 5, ferner etwa S. 148. これと同様な、あるいは類似した従前の、そして今日の見解については、本稿ですぐあとに言及する。

rechtes, der Obligatio“)にほかならない、というテーゼによって論証されている。なぜなら、ここでさらに言及されるべき二重的な性格 (Doppelcharakter)、つまりは (ヴィントシャイトのもとで) 債務法上の権利がそれを実体的な権限であると同時に手段的な権限として表現している (「請求権」の) 二重的な性格が、なお未解明であり、少なくとも不明瞭なままに置かれていたからである。それゆえまた、必然的に少なくとも次のことが (今日まで首尾一貫して) 曖昧にされたままである (zumindest undeutlich bleibt)。すなわち、(債権・債務についての) 両当事者間の関係の範囲内においては (innerhalb der Beziehung der beiden Parteien)、債務法上の権限についてもまた、ネガトリアの妨害排除法上の、不法行為法上の、さらには不当利得法上の諸々の請求権によって保護されているところの物権と同様な保護が、原理上その物権と同じく (当事者間での「債権」についても) 割当て構造及び保護構造のもとで固有に付与されているはずである³²。このことが、(今日まで) 少なくとも曖昧なままにされている。

c) なかでも上記の最後のテーゼこそは、(ヴィントシャイト説に独特な) 債務 (Obligation) に関する考え方と共に、今日まで責任法上の思考を不透明にしてきたところの、権利許与と権利保護許与との関係に関する (ヴィントシャイト的な意味での) 新たな訴権法的な統一観念のもつ旺盛な生命力が今なお残存していることを、如実に示すものである。以下では、この点につき立ち入った考察を行う。

ヴィントシャイト (Windscheid) の前に、すでにサヴィニー (Savigny) も次のように説いていた。すなわち、なるほど「われわれの権利への侵害は、それによってわれわれが固有の新たな法律関係を形成するに至るところの特定の侵害者の活動としてのみ想定することができる („nur denkbar als Thätigkeit eines bestimmten Verletzers) 」のであり、そのことの (法

32 Siehe dazu schon *Picker*, FS Canaris (Fn. 4), S. 1001, bes. 1016 ff. sowie noch im Folgenden.

的な）効力によって「われわれは ... その侵害の廃棄を要求するのである」（dessen Kraft „wir ... die Aufhebung der Verletzung fordern“）と。しかしながら、さらにサヴィニーは、次のような見解を支持していた。すなわち「かくして」（„demnach“）、「被侵害者と侵害者、つまりは原告と被告が ... われわれの前にあっては 相互に債権者と債務者として対立的に立ち現れている」わけであるから、「このような請求権」（„dieser Anspruch“）は、「債務に類似した性質」（„eine den Obligationen ähnliche Natur“）をもつのである³³、と。そしてヴィントシャイト（*Windscheid*）以来この方、ずっとこのような請求権と債権との類似性を強調し、両者を同一視する考えこそが、支配的見解として通用してきたのである。つまりは今日まで、「債権」（die „Forderung“）とは「請求権以外の何物でもない」（„nichts anderes als ein Anspruch“）というふうに定式化されてきたのである³⁴。そのような定式化は、しばしば（サヴィニー及びヴィントシャイトの）言葉をそのまま繰り返す形でも行われたし、さらに進んで実質上同じものとして（öfter noch sachgleich）行われてきたのである。なかでも制定法自身、その用語法として「請求権」（Anspruch）と「債権」（Forderung）という文言を、事実上気ままに、かつ相互乗り入れ的に（tatsächlich beliebig wechselnd）用いていることに留意するならば³⁵、当然のこととして、支配的見解の主張の中で「請求権と債権との間においては ... 実質上いか

33 So Savigny (Fn. 20), 5. Bd., S. 5. さらにサヴィニーは、債務（Obligation）を「他人の個別的行为に関する支配関係」と描き出している。Siehe sein System, 1. Bd., S. 339 sowie S. 401. その箇所では、諸々の債務は「無体物として ... 物の範疇のうち」に組み入れられている（wo die Obligationen „unter die res ... als res incorporales“ gezählt werden）。

34 So Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, § 14 I, S. 243; ähnlich Larenz/Wolf, 9. Aufl., 2004, § 15 Rn. 56; Wolf/Neuner, 11. Aufl., 2016, § 20 Rn. 27.

35 Siehe die Zusammenstellung bei Medicus, Allgem. Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rn. 75; Medicus/Petersen, 11. Aufl., 2016 dasselbe.

なる区別も存在しない」(„zwischen Anspruch und Forderung ... keinen sachlichen Unterschied“)と確定的に定義化されていることも³⁶、なんら驚くに値しないことである。こうして本来は、権利許与と権利保護許与との区別を重視した上で初めてキー概念的に形成されるものとしての(つまりは、債権債務関係の当事者内では物権同様に「実体的」に保護されつつ、それ自体としてなお「相対権」にとどまるところの——訳者)債権の二重的性格(Doppelcharakter des Forderungsrechts)こそは、さらに厳密に解明されるべきものである。にもかかわらず、それは今日に至るまで未解明なまま放置されてきた。言い換えるなら、その「債権の二重的性格」こそは、今日の支配的な見解を再検討するための試金石として、とりわけ啓発的な刻印を帯びているのであり、そのようなものとして、それは、今日の(市民法上の)体系を啓蒙的に吟味する上で明証性をもつべきものである。にもかかわらず、そのことが未解明なままであることについては、これを、(われわれは)深く認識すべきであろう。

(未完)

36 So *Medicus*, Allgem. Teil (Fn. 35), Rn. 75 ohne die Hervorhebung i. O.; ebenso etwa *Hübner*, Allgem. Teil des BGB, 2. Aufl., 1996, Rn. 420 (Identität); *Bork*, Allgem. Teil, 3. Aufl., 2011, Rn. 290.