

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(3)」

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

川 角 由 和 (訳)

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

(Ryukoku Law Review Vol 51, Nr. 3)

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 Systementscheidung
2. Die Systementscheidung 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
(Ryukoku Law Review Vol. 51, Nr. 4)

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 Systementscheidung

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 Systementscheidung

(Ryukoku Law Review Vol. 52, Nr. 1)

<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. 検証手続が誤ることの危険性
- 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、龍谷法学51巻3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、龍谷法学51巻4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推論

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

（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

II. 保護許与との関係における権利許与の優位性の徹底（続き）

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

この（割当て内容に関する）評価原理及び形成原理は、現代的に広範な学説のもとで詳しく説き明かされ、また肯定的に受けとめようとされている。だが、それらはその基本観念を誤っており、また少なくとも全面的に展開しえていない。

aa) その練り上げられた表現のゆえに範型的（paradigmatisch）ともいうべきなのは、不当利得法上の「割当て内容説」である。これを緻密に言い直せば、その割当て内容説は侵害不当利得請求権（Eingriffskondiktion）のもとで位置づけられてきたものであり、かつ侵害不当利得請求権に限定して取り上げられようとしている⁷⁶。そのような「割当て内容説」が、保護されるべき財貨の実体的内容に着眼するという、その核心において正当な目的にもかかわらず、（従来の）「割当て内容説」は保護許与を権利許与に向けて正しく厳密に方向設定するという制定法上の要請（dem gesetzlichen Postulat der strikten Ausrichtung der Schutz- auf die Rechtsgewährung）を正當に評価したものとは言えない。それゆえ「割当て内容説」は、本稿で展開された解決提案と混同されてはならない⁷⁷。むしろ従来の「割当て内容説」はその全体的構想において、逆に、直接的にその関心事（第一次的たる「実体的内容」の第二次的たる「保護」——訳者）に目を背けている。

76 このような今日の支配的見解による「割当て説」（Zuweisungstheorie）については、ここではただこれと対抗する「違法性説」（Rechtswidrigkeitstheorie）との関係で特徴的な論稿のみ引用しておく。その内容及び文献の参照指示を含めて引用すれば、こうである。Reuter/Martinek (Fn. 12), § 7 I, S. 234 ff., 245 f.; Larenz/Canaris (Fn.6), § 69 I 1 b, S. 169 f.; Schwab in Münchner Komm (Fn. 12), § 812 Rn. 244 ff. なお、若干の修正を伴いつつ上記の学説に従うものとして、Schurer (Fn. 49), S. 17 ff. も参照。

77 ここで出発点とされているのと同様に体系構想を図るものとして、以下を参照。F. Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 23 ff.; J. F. Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 51 ff.

bb) その「割当て内容説」の目的設定がそうであったように、その出発点も、第二次的な「保護」許与を第一次的な「権利」許与に服属せしめるという原則的な差異化を示している。それによれば——それは制定法が想定したものと反することだが——責任の根拠づけとその限定によって「割当て内容」が果たすべき基準は、あらゆる責任決定に際して普遍的な原理（universales Prinzip）としては妥当しないものとされる。むしろこの（「割当て内容」という）「基準」（das Kriterium）は、方向づけという観点としては（als Orientierungsgesichtspunkt）単なる個々の意味しか有しないとされるのである。いずれにせよ、ひとは——行き渡った見解によれば——「割当て内容」の適用を不当利得責任に、しかも繰り返し「侵害に基づく不当利得責任」（die [Haftung] aus Eingriff）に限定した。その上でひとは、たいていはかかる不当利得責任の設定方法に基づいて、すでに言及した類推的推論形式（Analogieschlüsse）を許容するのである。

cc) しかもこのような責任引受け義務（Einstandspflicht）の内部で、すでに上記の「基準」は、かかる（「割当て内容」をもつとされるところの——訳者）単なる排除権（Schlussrechte）からは成り立たない諸権利への侵害のみを把握するとされる。だがしかし、損害賠償請求権（Schadensersatzansprüche）による保護だけはせめて付与されるべきだ、ともいう。だからひとは、このような形で保護さるべき権利が、価値保持的な内容を、したがって吸い上げ能力をもつ内容（einen werthaltigen und damit abschöpfungsfähigen Inhalt）を明示することを要求するのである⁷⁸。それゆえにひとは、なるほど責任関連の要件として「割当て内

78 Siehe dazu etwa BGHZ 71, 86, 98; 107, 117, 120 f.; v. Caemmerer, FS Rabel, Bd. I, 1953, S. 333, 335.; Mestmäcker JZ 1958, 521, 522.; Reuter/Martinek (Fn.12), § 7 II 2, S. 246 f.; Ellger, Bereicherung durch Eingriff, 2002, S. 145, 384.; Peukert (Fn. 3), S. 427 ff., 462 ff.; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988, § 9 I 4 h, S. 78 f.; Schwab in MünchKomm (Fn. 76), § 812 Rn. 248 ff. なおこれについては、本稿においても以下で追究

容」を論ずるのであるが、しかるにただ単に責任引受け義務を限定するためだけに「割当て内容」要件を投入するにすぎない。その上でひとは、諸権利を問題にすると、このような諸権利が上記の——「価値内容」的な（訳者）——「性質」をもつのか、もたないのかということを前提論として設定する⁷⁹。こうしてひとは、すでに「責任法」（das Haftungsrecht）について、それを、ことごとく中心的な、あらゆる制度に共通な決定観点としてその（「割当て内容」の）モメントを方向づけることを、その要件構想適合性に照らして（konzeptionsgemäß）排除してしまう。

b) その（割当て内容の）基準が普遍的妥当性をもつこと

以上に述べたことは全て、現行法体系（das geltende Rechtssystem）が「割当て内容」に付与している意味と対立する。それはどういうことか。

aa) その現行法体系のもとでは、この（「割当て内容」という）「基準」は権利割当てを緻密に規定することを通じて、あらゆる権利保護許与の実質的な結節点となっており、同時に解釈学上の重要な手がかりとして機能する。したがって「割当て内容」という要件は、なんら不当利得請求権に特有のものであるわけではない。だから現行法体系のもとで「割当て内容」基準はただ単に個別の責任制度のためにだけ維持されるべきものではない。言い換えれば、それは、あらゆる制度のために（für alle Institute）普遍的な評価を与えるものである。またそれは、むしろ不当利得責任にも妥当するが、ネガトリア的な責任引受け義務にも妥当するし、さらに不法行為法的な責任引受け義務にも妥当する⁸⁰。それゆえまた、「割当て

↘ される視点として、*Hoffmann* (Fn. 77), S. 51もみよ。

79 Siehe dazu *Hoffmann* (Fn. 77), S. 51.

80 参照指示を含めて正当であるのは、*Hartmann* (Fn 77), S. 23 f.; *Hoffmann* (Fn. 77), S. 54である。なお、いずれにせよ *Kleinheyer*, JZ 1970, S. 471, 475も（不当利得請求権を論じつつ）、ネガトリア請求権とのパラレルさを指摘する。このような見解からさらに不法行為法へと向かうのが、*Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 69 I 1 c, S. 170 である（これについては、先ほどうすでに言及）。

内容」の機能は責任限定の機能に制限されるものではない。むしろ、「割当て内容」からまずは責任根拠⁸¹（Haftungsbegründung）が引き出されるのであり、この責任根拠から初めてその（効果論上の）の枠組みも規定される。

bb)（「割当て内容説」に対する）反対説はむしろ、あらゆる権利が常に吸い上げ可能な利益を産み出しえないということを想起する。これは——反対説のもとでは——仮に侵害利得の諸ケースでその権利の担い手に帰属する利益であっても同じことが想定されているわけである⁸²。たとえばひとは、さしあたり権利が商品化できないものとみなされる場合の財貨侵害を想起できるし、あるいは隣接する薬店主（der benachbarte Drogeristen）によって第三者の権利をも危殆化するような薬剤取扱上の義務の対象となっている商品が販売されるケースを想起することもできる、というわけである（「前者の諸事例」と呼ぶ——訳者）。さらにひとはこうも考える。すなわち特別な事情のもとでは、逆になお常に「がまんせよ。ただし清算せしめよ」という原理（das Prinzip des „Dulde, aber liquidiere“）が通用しうるのであり、したがって諸々の侵害を受忍すべきであり、ただ最終的に損害賠償で埋め合わされれば足りるとも考える⁸³（「後者の事

81 Siehe dazu auch *Hoffmann* (Fn 77), S. 54 ff.

82 Siehe auch dazu *Hoffmann* (Fn. 77), S. 55.; siehe ferner *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 67 I 1 d, S. 172. ただし、これら諸学説の間ではその背後に主観的権利と単なる排除権との関係を巡る広範な意見の相違がある。なかでも、ドイツ民法823条2項（保護法違反の不法行為——訳者）のもとでの諸見解の分岐のありようをみよ。なお、これについては*Picker*, FS Schilken (Fn. 3), S. 85 ff. が参照文献を含め詳しい。

83 *Jansen*, AcP 216, 2015, 112, 223 f. の批判は、ミスリーディングである。ヤンセンは、このような柔軟性の承認を自明のことと考えている。すなわち本稿で追究された体系構想は、彼によっても本質的には正当な体系構想とされているところ、そのような構想のもとで彼は、権利の保護の方法の柔軟性を志向する（siehe etwa *Jansen*, S. 120 f., 204 ff., 208, 211 ff., 217 ff., 222 ff.）。それゆえ、彼の見解には明瞭さが欠けている。

例」と呼ぶ——訳者)。しかしながら、このようなケースでは特別な、保護の必要性を超えた諸理由から基礎的な三つの保護制度の一つ、あるいはそれ以外のものが拒まれるという見解以上のものが、その諸理由に基づく制限から引き出されてはならない。すなわち純然たる禁止権を割当ての基準（Zuweisungskriterium）を充足しないものとして位置づける学説⁸⁴は、純然たる禁止権であっても主観的処分権能及び主観的支配権能の一部として実体的な権利割当てに基づく手段的権利（ein instrumentales Recht aus einer materialen Rechtszuweisung）を根拠づけるということを見誤っている。

cc) かくして権利割当ての方向指示器（Indikator）としての「割当て内容」のもつ中心的意義にいかなる変化も生じない。前者の諸事例で（商品化する際に目的物に）銀メッキの施し（Versilberbarkeit）が欠けるとか、あるいはただの一人も個別の被害者がいないということのために賠償可能な損害という侵害結果や割当て違反的な利得という侵害結果が法的に当然に否定されるべきことになるという事実は、「請求権」がそれによって保護されるべき法的地位にきっちりと依存しているということ（die strikte Abhängigkeit des Anspruchs von der von ihm zu schützenden Rechtsposition）を否定しえないし、むしろそれを確証するものである。また後者の諸事例でのパラレルな現象、つまりは私的没収的であるが、損害賠償で埋め合わされる侵害についてはこれを受忍すべしとする強制（Zwang）についても、同じことが妥当する。結果的に「割当て内容」（der Zuweisungsgehalt）は、無制約的にあらゆる責任の共通の分母として継続的に機能し続ける。したがってまた、「割当て内容」の意義を従来の学説のように狭く限定するあらゆる構想は依然として誤ったままなので

84 Siehe dazu m. w. Nachw. hier nur *Reuter/Martinek* (Fn. 12), § 7 III 2 b, S. 255 ff. mit d. S. 258; auch *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 78), S. 76 ff.

ある⁸⁵。

c) 請求権と保護客体とを分離することの必要性

権利の「割当て内容」という観点から保護効を営む「請求権」への解明を得ようとする試みと同様に、そのコントラストとしての批判的見解もまた、やはりこの（「割当て内容」という）メルクマールが体系整合的な機能をもつことを明らかにする。

aa) なるほど不当利得法上、「割当て内容」に加えられる広範な非難がある。それは「割当て内容」を「空疎な定式」⁸⁶（eine „Leerformel“）として「自由な法発見」⁸⁷（„freie Rechtsfindung“）に導くものと批判する。あるいは「割当て内容」を「断定的利益評価のための単なるみせかけの理由づけ」⁸⁸（nur „Scheinbegründung für apodiktische Interessenwertungen“）とけなす者もいる。しかしながら、このような非難は、それによって批判された学説（不当利得法上の通説——訳者）以上に、この「割当て内容」の実際上の課題を誤解している。すなわちその非難は、不当利得法上の通説も同じではあるがこの「割当て内容」の機能を誤解している

85 このような異議は最近の、たとえば *Peukert* (Fn. 3), S. 426 ff. にみられるような、消極的自由と積極的自由を特に対比するやり方で行われる割当て内容説の展開 (*Peukert*, S. 446 ff., 448 ff.) にも向けられる。このような展開に対しては *Hoffmann* (Fn. 77), S. 55 ff. が批判的であり、それゆえまた正当性をもつ。

86 このような定式を行う論者は数多い。たとえば、*Kleinheyer*, JZ 1970, 471, 472 ff. (クラインハイヤーは、このような定式化を巡る議論をわかりやすく整理している)。その他、以下の文献を参照。*Kellmann*, Grundsätze der Gewinnhaftung, 1969, S. 90 ff.; *Haines*, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unerlaubten Wettbewerb, 1970, S. 84 f.; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 24, 104 (割当て内容説を「スローガン」„Schlagwort“ という); それと異なる観点から、やはり *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensverschiebung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 92 (割当て内容説を「呪文」„Zauberwort“ という)。

87 So etwa *Kleinheyer*, JZ 1970, 471, 472 ff. Zitat 473 (引用は473頁)。

88 So *Haines* (Fn. 86), S.85.

か、あるいは見損なっている。というのはこうである。その機能とは、その都度の権利割当てを厳密に評価する機能のことであって、その権利割当ての緻密な解明とは、諸々の責任の根拠 (Grund) と限度 (Grenzen) を判断するための前提的機能を解明することである。さらにその(「割当て内容」に対する)非難は、保護されるべき法的地位の内容の査定がもはや単に法解釈学的な解明プロセスにおいてだけでは達成されないこと、つまりはその内容査定がすでに指摘された法創造的な決定行為をも要求することを覆い隠している。あるいはそのことを、上記の非難は不当利得法上の通説と同様に充分には解明していないのである。

bb) 対するにひとが、本稿で描いたようなやり方で「請求権」とその「保護客体」を分離するならば、この分離の意義も、かつまた権利の割当て内容を確認する手続も、はるかに——見通せないくらいに (unübersichtbar)——明瞭なものとなる。その訳はこうである。

すなわち、この「割当て内容」を正しく解明するならば、それが単に、いわば自然的な、それゆえに所与の事情 (eine gleichsam natur- und deshalb vorgegebene Sachlage) を開示するという確認的機能に汲み尽くされないことが判明する。その解明は、しばしば、そしてまさしく決定的諸ケースでは演繹的推論を越えて (über die Diduktion hinaus)、(将来の) 権利形成に関する改革的決定がもたらす上記の創設的行為 (der erwähnte schöpferische Akt einer innovativen Entscheidung über die Gestaltung des [künftigen] Rechts) を要求するのである。かくしてその(「割当て内容」の) 解明は、以下のことに関する釈明 (Rechenschaft) を与えるに違いない。すなわち「割当て内容」を問うことは、多かれ少なかれ——そのものとして不利益を受けた権利など、つまりは具体的紛争とは別個独立に——時代的な被規定性及び展開的な被規定性になって (zeit- und entwicklungsabhängig)、とりわけ強く法政策的 (stark rechtspolitisch) な影響を受けて成り立つ困難な「問い」と同一であること。そし

て、この「問い」はわずかに偶発的に一般的な合意のもとで決定づけられることがあるにすぎないこと。それゆえ、あくまでこの「問い」は（規範）内容的に形成されるべきものであること。以上がその釈明の中味である。ところで、このような規範的問題（normatives Problem）——特にこのことは「請求権」と「保護利益」とのカテゴリー的な分離から産み出されるものだが——を解明するに先立って、はっきりさせておくべきことがある。それは上記の「問い」への答えを与えるに際して、あらかじめ論理的な理由からその「答え」が回避されてはならないということである。そのことが解釈学的に疑いの余地なきものとされておく必要がある。そうでない限り、ひとは彼なりに先に批判されたところの「自由な法発見」を行使しようとするであろう。

cc) もちろん、上記の解明のための諸条件が目下如何に尽くされていないのかについては、具体的な議論をすれば分かることである。その具体的な議論とは何か。

たとえばドイツ民法812条の不当利得責任につき、「割当て違反」に着目するよりむしろ「法益行使」（„Rechtsgutsinanspruchnahme“）に依拠すべきであるというテーゼ⁸⁹があるところ、それはすでに以下の点で挫折する。すなわち、このような「行使」が成り立つかどうかという問題は、防御された権利の内容、つまりは権利割当てが解明されない限り、答えを出しようがないからである。しかるに、まさしくそれゆえにこそ、以下のテーゼも支持されえない。すなわち「不当利得返還請求権は…侵害された権利の内容から引き出されるのではない」のであり、したがって「所与の（!）…利益産出的割当て（Ertragszuweisung）から」も根拠づけられないというテーゼが、まさしくそれである。むしろそのテーゼによれば、なによりも不当利得返還請求権が行使されて初めてこの割当てが形成される、

89 So *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 475, ohne die Hervorhebung i. O.（原文に付された強調を割愛。以下同様であるから訳文を省く——訳者）。

ということになる⁹⁰。このような想定が許されるのであれば、上記の欠落も全面点に補われるだろう。なぜなら、それが問われるべき場合、利益吸上げ請求権 (der Abschöpfungsanspruch) が、如何にしてあるものに向けられうるべきかについて問題となるからである。その「あるもの」とは何か。法がすでにあらかじめ請求権者に帰属しているとはみなさないものであってもよいというのだろうか。つまりは法の継続形成とともにその後帰属しているとみなされればよい、というのだろうか。言い換えれば、こうである。「請求権」 (der Anspruch) が如何に (wie) 権利侵害へのリアクションとして、法がそれ自体いまだ権利保持者への割当てを形成してこなかったところの価値秩序 (eine Wertordnung) を「創出する」はずだ („schaffen“ sollte) ということになるのであろうか。ところが (これに対して)、ひとが「保護」 (Schutz) よりも「割当の優位性」 (Vorgreiflichkeit der Zuweisung) を重視する場合には、そしてひとがさらに、すでに訴権法秩序が克服されたあとの法秩序においては (in einer postaktionsrechtlichen Ordnung) あらゆる責任の現象形態の前提としてこのような (割当て優位の) 原理が妥当することを重視する場合には、上記の (権利行使請求権的な) 学説が如何に割当て内容の体系的に重要な意義を見誤っているか、明らかとなるのである。こうして権利割当てを緻密に把握する場合、この (割当て内容の) 要件基準こそが法的保護の普遍的決定因子 (die universale Determinante des rechtlichen Schutzes) であることが判然とする。

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

権利許与と権利保護許与とを分離させつつ同時に整合化せしめるという近代私法のこのような体系的な決定は、近代私法上の法発見 (Rechtsfin-

90 So *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 477, ohne die Hervorhebung i. O.

ding im modernen Privatrecht) の態様と方法を一般的に規定する。つまりはこうである。

なるほど、すでに指摘したように、あらゆる根本的な変革のもとでは常に社会的現実が立ちはだかる。すなわち、あらゆる法について言えることだが、法を新たに創設したり、継続的に形成する場合には結局のところ、いつでも新たな紛争が生ずるごとに新たな現実的な経験がものをいう。だから相変わらず「法務官的」な法発見 (die „prätorische“ Rechtsfindung) が維持されてしまう。そのことを通じてのみ「法の創造」(Rechtsschöpfung) が合法的なものとなるかのようである。しかしながら法的に通用していることは、原理上、歴史的変遷によって産み出された帰結 (Ergebnis des Wandels) そのものである。それゆえ近代法は、あらゆる紛争上の経験を、その紛争にかかる判断の基礎としての実体的な法の準則に置き換えること (die Transformation jeder Streiterfahrung in materiellrechtliche Regeln als Basis für die Entscheidung des Streits) を要求する。したがって近代的な法曹にとって (für den neuzeitlichen Juristen) 第一義的に重要なことは、まずなによりも「実体的な地位」(die materiale Position) そのものである。その「実体的な地位」を防御し、貫徹せしめるため初めて (erst zu verteidigen oder durchzusetzen)、単なる道具的な権限としての「請求権」が特定化されるというにすぎない。こうして主要には、私法に携わる者 (Privatrechtler) は、紛争処理に資する法 (das streitentscheidende Recht) をもはや個々の紛争事案のもとに (am Fall) 終始させるのではなく、法のその時代に特有なオリジナリティーに即した法思考に基づいて (aus seiner originären eigenen Rechtsvorstellung) 創造すべく訓練されるのである。言い換えれば、私法に携わる者は所与の明文ないし不文の準則から、その事案に適合する形で (für den Fall) かの「紛争処理に資する法」を見出すのである。そして彼は、(個々の事案を解決する場合に) 個別の規制を媒介に常に (法体系

の) 全体的諸関連 (Gesamtzusammenhang) と関わるのであるから、個別の規制を超えて——現実の紛争事案では個別規制の命令に反してでも——「紛争処理に資する法」をこの規制を支える「体系」から (aus dem System) 獲得しなければならない⁹¹。よって訴権法が克服されたあとの時代の法曹は、上記の順序だてられたカテゴリーのもとで、まずは権利許与 (Rechtsgewährung) を考え、そして次にその帰結として (その権利許与にふさわしい——訳者) 保護許与 (Schutzgewährung) を考えるように慣れしつらえられる。すなわちより端的に言えば、上記の順序と逆の (請求権本位の——訳者)、現場で流布した実用的な教育慣行に反して、つまり現在の法において再び盛況を示しつつあるかの教育手法に反して、こう言われる必要があるのではないか。むしろ主要なことは、その職にあたる者こそこのような (上記で示した実体的「地位」ないし「権利」優位の——訳者) 階層的な思考をなすべきではなかったのか (in dieser Abfolge denken müsste) と。

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

このような体系的決定を解釈学上の構想として置き換える試みに努めるならば、以下のような中心的命題へと導かれることになるう⁹²。

91 Siehe dazu schon *Picker*, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 2003, 1035, 1048.

92 以下本稿で素描される体系構想及びその際の用語法、さらに様々な問題領域のもとでのその検証については、ここではさしあたり参考文献を含め筆者 (*Picker*) の下記論稿をみよ。AcP 183 (1983), S. 369, 505 ff.; JZ 1987, 1041, 1043 ff.; FS Bydlinski, 2002, S. 269, 275, 313; FS Lange (Fn. 6), S. 626, 680; 2. FS Medicus (Fn. 8), S. 311 ff., 317 ff.; FS Canaris (Fn. 4), S. 1001, 1016 ff.; FS Klamaris, 2016, 557 ff.; JZ 2010, 541, 546 ff. さらに以下の同旨文献も参照。Wilhelm, Sachenrecht (Fn. 10), Rn. 64 ff.; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung

a) すなわち、通常そうされている以上に、はるかに明確に、実体的な諸権利が道具的な諸権利と区別されなければならない。両者はカテゴリー的に異質な法的地位に立つものと解される必要がある。むしろ両者は、相補的な権限として（als komplementäre Berechtigungen）互いに呼応すべきものである。この二つの法的な要請事項は「権利割当て秩序」（Rechtszuweisungsordnung）としての「私法の論理」（Logik des Privatrechts）からもたらされるものである。言い換えればこうである。すなわち権利割当て秩序の第一の課題は、享受権、使用権、利用権という形での「実質権」（*Substanzrecht*）として権利保有者に実体的な生活上の基礎（die materielle Lebensbasis）を確保する諸権限の形成と割当てを行うことである。かくしてその第二の、つまりは私法の副次的な課題が、割当てられた地位を包括的に保護するという私法の機能のうちに見出されることになる。それゆえ権利許与（*Rechtsgewährung*）の必然的な帰結として、実質権を「保護権」（*Schutzrechte*）によって欠缺なしに確保するという保護許与（*Schutzgewährung*）の役割が導き出される。

b) このような広範な権利割当ては、権利侵害の三つの基本現象ごとに反応する。しかもそれは、古くはローマ法以来の経験知（*Erfahrungswissen seit der Antike*）としてすでに解明されてきたものである。すなわち、実体的な法的な権能が他の法仲間から、その違法な容態によって——あるいは全くひとの行為の介在がない場合であっても——不適法な状態が帰責的なあり方でもって侵害されている場合には、権利割当てへの侵害が認定されるのであるから、割り当てられた地位の現実化、保持及び価

↘ und autonome Bindung, 1999, S. 97 ff.; *Gebauer*, Jura 1998, 128, 132.; *Greiner*, Die Haftung auf Verwendungsersatz, 2000, S. 60 ff.; *Katzenstein*, Haftungbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritten, 2004, S. 142 ff.; *Hartmann* (Fn. 77), S. 22, 89, 107.; *Hoffmann* (Fn. 77), S. 35 ff.; *Jacobs*, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 107 ff.; *Korth*, Minderung beim Kauf, 2010, S. 65; siehe jetzt auch *Jansen*, oben Fn. 83.

值的帰属が保障されるべきことになる。それゆえネガトリア責任、不法行為法上の責任、不当利得法上の責任からなる、すでに原初的に典型的な保護制度の三和音（die Trias der archtypischen Schutzinstitute）は、その現象形態がいかに絶えずモディファイされてきたかに関わりなく、やはり私法上の権利保護の基礎を形成するものである。

c) 実質権と保護権からなるこのような二重の割当て（Doppelzuweisung）は、機能的な決定のもとで常に権利許与の明確な序列上の帰結と順位上の帰結をもたらすのであり、その序列化への諸権限の厳格な依存性をもたらすことになる。つまりはこうである。かかる私法秩序において「保護許与」は、その内容と範囲に即して直接的に「権利許与」に服属すべきものである。その結果、「権利許与」は、「権利保護許与」をその補助機能形成及び継続効形成として（als die Hilfs- und Folgegestaltung）決定づけるべきことになる。つまり（「権利許与」は）論理的に優位するものとして、その服属体としての権利保護許与の存続と内容を決定づけなければならない。なぜなら実体的な法的地位の割当てが市民法の第一義的な目的（der primäre Zweck des Zivilrechts）を形づくるのであるから、だからこそこの法的地位が担う割当てに対する侵害があれば、その市民法上の保護手段の発動根拠の第一次的な要件が形成されることになる。かくして、あらゆる保護権が実質権を所与の前提とする。この実質権は、それが厳格に司法前＝裁判前（präjudiziell）の存在であるがゆえに、かの市民法にとって体系的に不可欠な（systemgemäß unverzichtbar）ものとなっている。したがって解釈学的にみても、自由主義的な法秩序にとって、すでに法政策的なものとして絶対的に必要な（schon als rechtspolitisch unabdingbar）ものが何であるのか確認される。つまりは、法によってすでに実在化された保護益なくして、いかなる権利保護も存在しないのである（Es gibt keinen Rechtsschutz ohne ein vom Recht vorgegebenes Schutzgut.）。

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

むしろ権利割当と権利保護許与に関する以上のような教訓的価値基準を全面的に確証するためには——すでに述べたように——ヴィントシャイト（*Windscheid*）以来引きずられてきた（実質権と保護権に関する——訳者）不明確性と諸矛盾（Unklarheiten und Widersprüche）が除去される必要がある。というわけは、こうである。

a) 実質権と保護権の分離と呼応関係を厳密に解釈学的に解明しようとする場合、それは、両者の法の現象（*Rechtsphänomene*）の区別が純粹に機能的に関連づけられて（*rein funktionbezogen*）理解されるときにだけ充分に説明される⁹³。それゆえ、ひとが「主観的権利」・「債権」・「請求権」に関してそれらがバラバラに独立して存在しているかのような伝来的な「存在論」的理解（das überkommene „ontologisierende“ Verständnis）を放棄する場合にだけ、曖昧な訴権法的な思考へと再び先祖返りをする（*Rückfall*）が阻止される。その際、とりわけヴィントシャイトが「訴権」と「債権」との同一視（die Identifizierung von „actio“ und „Forderungsrecht“）——それはすでに引用したところから明らかなが——を行ったときに試みたような「外在的に現象論的な見方」（die äußerlich-phänomenologische Sicht）こそ、まずなによりも克服されるべきである。それゆえまた、「請求権」と「債権」の区別をなす前に、明示又は黙示にそれを諦めている今日の——すでに列挙した——諸学説を矯正することも必要である（zu korrigieren sind）。

b) こうして実質権と保護権は、一個の概念的な対（das Begriffspaar）をなす。したがって、両者はそれぞれ別個の實在の表現ではない。また、それぞれ独自の権利の形象を相互に無関係に記述したものなどと誤解されはならない。よって両者は、いずれも単に一方に組み入れられるべ

93 Siehe zum Folgenden schon *Picker*, FS Canaris (Fn. 4), S. 1001, 1017 Fn. 41,

きものでもなければ、他方に組み入れられるべきものでもない。むしろヴィントシャイト以来、その相互関係の解明プロセスがブロックされてきたのは、まさしくこのような抽象的一般的な、あれかこれか（*diese abstrakt-generelle Entweder-Oder*）の思考がその原因であった。それは今や、具体的な事案適合的な実質権と保護権との重層的同時的表出（*das konkret-kasuelle Sowohl-als-Auch*）——それは実質権と保護権の両概念を純然たる機能的理解のうちに包み込んで初めて得られるものであるが——によって取って代わられるべきである⁹⁴。なぜなら、このような機能的理解によって初めて、その都度の（実質権と保護権の）課題が目的設定されるからである。すなわち一つの紛争事案において、両者の権利が共に実現されるからである。したがって、肝心であるのはその「本質」ではない。その機能こそ肝心なのである。

c) このような精緻化が図られる場合、主観的権利の「二重的な性格」（*Doppelcharakter*）についても解明が可能となる。すなわち実質権と保護権それぞれがその具体的な機能的利用に際して、あるいは前者が問題となり、あるいは後者が問題となることが明白となる。このことを具体的に例示するのは、不法行為に関する823条の請求権と売買契約に関する433条の請求権であって、それらは常に同時に「債権」として機能する⁹⁵。こ

94 明らかにこの方向を支持しながら、その首尾一貫性において充分でないのは、とりわけSchmidt, FS Jahr (Fn. 26), S. 401 ff.; Henckel, AcP 174, 1974, S. 97 ff.; Rimmelspacher (Fn. 8), bes. S. 40 ff. である。ことに後者（リンメルシュパッヒャー）のもとでは、なお未解決の問題性がはっきり示されている。すなわち相対権であっても——リンメルシュパッヒャーのもとでは拘束を受けている者に限定されているのだが——あくまで当事者間では原則上絶対権の場合と同様な関係が存在することを見誤っている。

95 ウィンディカチオン（物権的返還請求権）を含めてネガトリア請求権がこのようなやり方（「債権」として機能する仕方——訳者）では利用できないことは、本文で述べた「二重の性格」と矛盾しない。たとえば、物権的請求権が授權によって第三者にその行使が委ねられることが、そのことを示している。この点、後述するところを参照。

の二つの債権は、債権の保有者という主体的観点からしても、その債権の客体という側面からしても、一方では処分可能な、かつまた利用可能な実体的実質権（verfüg- und verwertbare materiale Substanzrechte）を意味する。しかし他面でそれは、保護権（Schutzrechte）でもあって、このような（処分可能性及び利用可能性のもとでの）価値的地位を実現せしめるために債権者が債務者に「請求」する権能として機能する。このように主観的権利を構成する実体的権限と道具的権限を純粋に機能的に把握して初めて——まさしくそのような場合にだけ——諸々の私法上の法的地位が欠缺なく、また矛盾することなく理解されうる。そのように理解して初めて、権利割当てと権利保護の階層的な共働（das hierarchische Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz）を実現するため、体系上の決定を解釈学的にもれなく置き換えること（die bruchlose dogamatische Umsetzung der Systementscheidung）が可能となる。

3. 権利保護許与のために要請される推論

今日支配的な見解によれば、なるほどその多くが理論的に（実質権と保護権との）権利の分離と呼応関係の必要性を否認するというわけではないが、しかしやはりその必要性を詳しく解明してはいないのであり、それゆえ実際上の権利保護の形成にあたってその必要性を軽んじてもいる。そのような支配的な見解に対し、以下では第一義的な解明が図られることになる。

a) 保護客体の権利に方向設定するのではなく、その基体（Substrat）に方向設定しようとするありふれた見解のもとで広く見られるような見解と異なり、請求権の審査にあたって（bei der Anspruchsprüfung）実質権（Substanzrecht）は、単に多かれ少なかれ直感的に、それゆえその内容の厳密な検討もなく顧慮されうるものではない。たとえばこのことは、所有権侵害を理由とする不法行為法的な回復請求のもとで明らかとな

る、すなわち、ひとが上記本文で示したようなやり方で、加害者が被害者の権利領域を侵害したのか否かを吟味することなしに、したがってその権利領域と矛盾する割当て違反のやり方 (zuweisungswidrig) で行為したのかどうか深く検討することなしに、物の毀損の確認 (Feststellung der Beschädigung der Sache) に自己充足して不法行為請求権を広く使いすぎてはならないのである。判決例として知られているように、たとえば所有権者が彼の財貨のために投入した電流とかその他の支援物資の持続的導入に欠落がある事例について、現行法秩序によって要求されている「権利」関連的な検討 (die von der geltenden Ordnung geforderte *rechtsbezogene* Prüfung) をすれば、その問題性がはっきりする。すなわち支配的見解は、物の基体に固定化されることによって生ずる物侵害と所有権侵害との等置 (die substratsfixierte Gleichsetzung von sach- und Eigentumsverletzung) をすることによって、その「権利」関連的な検討をなおざりにしているのである。

b) なによりも実質権はまた、保護権を理論的に根拠づけるためにもなくてはならないものである。なぜなら、市民法において今やますますこのような権利との関連づけがないがしろにされているからである。さらに競争法 (Wettbewerbsrecht) においても、加えて無体財産法 (Immaterialgüterrecht) においてもいよいよもって「純然たる容態不法」の承認 (Anerkennung eines „reinen Verhaltensunrechts“) が上記の判例・学説で盛況を誇っていることに照らせば、それが体系に反するもの (Systembruch) であることが意味づけられる。すなわち判例も学説も、裁判前の実質権の認定を放棄することによって保護権に関する判断のための前提をなすところの法的に許容された出来事と許容されない出来事との分かれ目 (Zäsur) にかかる制定法上の結節点 (Bezugspunkt) を無視している。したがって、このように判例・学説には違法評価に関する規範的基準がないわけであるから、手がかりとして残るのはただ是認されざる結果を惹起

した因果的容態（das kausale Verhalten, das den missbilligten Erfolg herbeigeführt hat）だけということになる。こうして保護手段としての請求権は、もはや個々の他人の権利領域への侵害としてのその結果のもつ具体的な、事案に関連する割当て違反（konkret-fallbezogene Zuweisugswidrigkeit）ということからは根拠づけられないことになってしまう。それどころかむしろ、作為・不作為という抽象的一般的な容態違反性が、引いては公共性という保護利益との矛盾（Widerspruch zu überindividuellen Schutzinteresse der Allgemeinheit）こそが、責任決定の標準的要素になるとさえ言われるに至る。

c) このような展開とともに私法は、こっそりと（unter der Hand）——とはいえすでに同調者もいるわけだが——その秩序機能を変質させている。すなわち諸個人の権利とならんで、それ以上にますます公共的な関心事（öffentliche Belange）が私法上の法形成の対象となっている。その公共的な関心事は——それほど大胆な試みではなく、むしろ率直に予測される通り——遅かれ早かれ優先的な保護客体となるであろう。なぜならここでは、個人的利益が集団的な利益と競い合っており、それゆえ大抵それ（「個人的利益」）は、すでに量的に（schon quantitativ）保護の必要性が低いものとして現れ出るにすぎないものとされるからである。しかるに、私法を公法の「受け皿秩序」（„Auffangordnung“）とするがごとき現代的要請があるところ⁹⁶、それは、すでに強調されたように上記の理由からほぼ現実性を喪失しかけたところの（私法と公法それぞれの——訳者）機能承継の「相互依存関係」（„Wechselseitigkeit“ der Funktionsübernahme）への実体傾斜にもかかわらず、このような（公法優位への）展開がもたら

96 たとえば、今日の「私的強制への運動」（die private-enforcement-Bewegung）の潮流の中で、すでに以下のような標題の文献がある。Hoffmann-Baumbach/Schmidt-Aßmann（Hrsg.）, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnung, 1996. これについては、本稿前注18及び42と、それに対応する本文で述べたところもみよ。

す「突然変異の潜勢的可能性」(das Mutationspotential)を明示するものである。

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

このような(公法優位の)傾向に対抗して、個人法的保護客体(ein individualrechtliches Schutzobjekt)に向けられた責任への視野設定が厳格に保持されるならば、その場合には、今日支配的な責任法上の判例実務・学説の状況に代わって、権利保護許与の(つまりは「保護権」=請求権の——訳者)体系的合的な形成(die systemkonforme Gestaltung der Rechtsschutzgewährung)もおのずと精緻化されよう。すなわち、それはこうである。

私法の、権利割当て秩序としての第一義的な課題に合致して(der primären Aufgabe des Privatrechts der Rechtszuweisungsordnung entsprechend)、まずは権利許与が権利保護許与よりも「司法前=裁判前の存在であること」(die Präjudizialität)が、いわば(私法の)基本的な三つの保護制度のそれぞれに即して妥当する。たとえば、その規範原型的に重要な所有権を例にとってみよう。それが侵害されると、ドイツ民法903条以下の規範基準を通じネガトリア的、不法行為法的、不当利得法的な責任引き受け義務(die negatorische, dekikts- und bereicherungsrechtliche Einstandspflicht)の成立が明確に指示される。こうして上記三つの保護権はそれぞれ、実質権の割当て内容の範囲において(im Umfang des Zuweisungsgehalts des Substanzrechts)、特定の権利侵害に応じて発動される。その場合、保護権はそのための基本要件の一つとしての不法(Unrecht)の経験にその歴史的な発生根拠を有する。そのように(不法の歴史的な経験を踏まえるなら——訳者)、実質的に(sachlich)かつまた思考必然的に(denknotwendig)、当然のごとくして(zwingend)、上記三

(龍法 '19) 52-1, 370 (370)

つの保護権はそれぞれ、その保全目的（Sicherungszweck）に照らして他の保護権と「厳格に機能的な分離」（*strenge funktionelle Trennung*）が図られることになる。それら保護権の間での重なり合いとかグレーゾーンなどというものは、体系論理的に（systemlogisch）排除されている。したがって、支配的な見解によればネガトリア責任を不法行為責任と混合（*Vermengung*）させるがゆえに、ネガトリア責任のもとでの権利実現請求権（*Rechtsverwirklichungsanspruch*）を結果除去請求権（*Folgenbeseitigungsanspruch*）へと変質させてしまう。しかしながら、それは体系に反する展開（*eine systemwidrige Entwicklung*）であり、かつまたその効果に即しても度々批判されてきた展開（*eine in ihren Folgen auch vielfach kritisierte Entwicklung*）を意味する⁹⁷。同様のことは、不当利得責任の「不法行為責任化」（die „Verdeliktsrechtlichung“ der Bereicherungshaftung）のもとでも生じている。その際、ひとはことに侵害不当利得（*Eingriffskondiktion*）という形式のもとで、広く「準不法行為の性質」（*eine „quasideliktische Natur“*）とか、「サンクションの特殊的性格」（*ein „spezifisches Sanktionscharakter“*）を証拠だてようとする⁹⁸。あるいはまた、ひとはその際、この利得返還責任の消滅（*Wegfall*）という問題についても、損失者に帰責可能な損失があれば彼にその損失を引き受けさせることによって解決しようとしたり、その責任消滅の負担を——明

97 この点については、包括的な参照指示を行う以下の文献をみるだけで十分である。*Gursky* in *Staudinger* (Fn. 10), § 1004 Rn. 4, 6 ff; *Katzenstein*, AcP 201, 2011, S. 58, 85 ff. さらに加えて *Canaris*, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 1993, 377, 384 ff. も参考文献として挙げることができる。

98 その最も詳細な理由づけを試みるのが、*Reuter/Martinek* (Fn. 12), § 7 II 2, S. 245である。さらに加えて *Bälz*, *Die vertragliche Erfüllung im System der privatrechtlichen Haftung*, FS Picker, 2010, S. 39, 52 Fn. 56, 62, 72, 76. を挙げることもできよう。なお *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 69 I 1, b, c, S. 169 ff. は、そのような見解を正当に批判している。

らかに818条4項及び819条のもとで認定される損害賠償と矛盾する形で——結果的に不法行為の要件準則に基づいて処理しようしたりする⁹⁹。

2. 保護制度の相互補完的共働効

その三つの保護制度は機能的に厳格な分離が要求される場所、それらの間で共働効 (Zusammenwirken) が否定されるわけではない。ただしそれは、以下のことを要求する。すなわち私法上基本的な三つの保護権は、それらが呼応することを通じて (*durch ihr Kooperieren*) 実質権を保全する。それら三つの保護権は相補的な保護手段として機能する。つまりは、まさしくそれらの分業 (*gerade ihre Arbeitsteilung*) によって実質権の欠缺なき包括的な保護を実現する。言い換えれば、それら三つの保護権は、それぞれに異なった侵害要件 (*verschiedene Verletzungstatbestände*) を前提としているし、まさにそれゆえにそれぞれ別個の保護機能を専属的にもつわけであるから、それらの支配的属性としては相互に排除的な関係には立たないのであり、むしろ (それぞれ固有の要件が充足される限りで——訳者) 重層的に競合することもある。したがって、ただ学生だけが次のことを学ばよというわけではない。すなわち、たとえば窃盗 (*Diebstahl*) のケースに関して、ヴィンディカチオン請求権も、不法行為請求権も、不当利得返還請求権も、それぞれ成り立つかどうか検討すべきであるということ。そのことは、学生についてだけでなく、裁判官や学者についても当てはまるのである。ことに裁判官や学者こそは、見渡しがたい曲論を、つまりは一個の侵害のもとで原則三つすべての保護制度が相互に認定されるべきことについての偏見を克服しなければならない。にも

99 たとえば *Flessner*, *Wegfall der Bereicherung*, 1970, S. 144 が、かかる広範な傾向を最も明瞭に定式化している。しかも、その際に彼は、利得脱落の問題を「818条3項の領域での」、「利得者の損害帰責 (*Schadenszurechnung*)」によってやりぬくべし、という提案も行っている。

かわらず彼らにあっては、そのことが疑わしく思われていたり、どうかしたら頭からそれを否定したりすることがある。だから、彼らが事案毎に検討する場合であっても、ネガトリア的保護が不当利得法上の保護を排斥しないのであり、同様に不法行為法上の保護を排斥するわけではないことを疑問視したり否認したりすることは許されないであろう¹⁰⁰。それゆえに裁判官や学者が、従来型のやり方でもって、一つの責任形象についてであれ、別の責任形象についてであれ、要するに肝心なことは保護されている実質権（ein geschütztes Substanzrecht）に関する手がかりを究明することだということをはねつけることなど、もはやできないであろう。彼らが考慮すべきことはただ、その実質権の「割当て内容」（dessen Zuweisungsgehalt）を、保護の手前で思考上説明すること（gedanklich vor seinen Schutz zu klären）だけであろう。しかも、そのことによって彼らは、「三つの請求権形象すべての結節点として」（als Bezugspunkt für alle drei Anspruchsfiguren）、その共通の司法前＝裁判前の評価準則（deren gemeinsame präjudizielle Wertungsvorgabe）が形成されていることを知るであろう¹⁰¹。

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

こうして、繰り返し権利保護を決定的因子としての権利割当てに方向づけることによって、本稿で冒頭に触れた「不法の問題的性格」（Unrechtsproblematik）も探求しうることになるに違いない¹⁰²。

100 しかるに、前者の例については最近も繰り返し怪しげな裁判例がみられる。BGH JZ 2013, 153 ff.; dazu Wilhelm, JZ 2013, 155 f. なお後者の例については、本稿A II 2で示しているところを参照。さらにBaur, JZ 1975, 493.; Gursky in Staudinger (Fn. 10), § 1004 Rn. 80.; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, Rn. 322 ff. のもとでの手探り状態の解明の試みもみよ。Siehe dazu Katzenstein, Haftungsbeschränkungen (Fn. 92), S. 144 Rn. 18.

101 Siehe oben A III 2.

102 Siehe oben A III.

なるほど、結果不法と行為不法の伝来的な二分法（die hergebrachte Dichotomie von Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht）は今日正当にも批判の対象となっている¹⁰³。その際、正当にもひとは、その二分法を不法要件の統一的なドグマティークを通じて別のものに置き換えようとしている¹⁰⁴。しかしながら、このような試みにもかかわらず、なお顧慮されるべきことがある。それは、「結果」に目を向ける思考が影響を受けた「権利」にではなく、むしろその「基体」に（an dessen Substrat）よって拘束されており、それゆえひとえに物侵害を権利侵害とみなすがゆえに誤っている、ということである。したがって今日の見解を修正する場合であっても、それが単に結果不法を一元的な行為不法論と取り換えるのであれば、修正の施しようはない。すでにネガトリア責任のもとでも、また不当利得責任のもとでも原因行為とは切り離された責任引き受け義務（die kausalaktsunabhängige Einstandspflicht）が肝心なことになっているという事実が、このような置き換えを排除している。法秩序において、行為命令とか行為禁止というもの（Verhaltensge- oder -verbot）は、ある実質的な目的を、したがって私法においては個人法的な保護財貨を、その前提としてもつというさらなる事実を直視するならば、上記の置き換えによる解決が許容されないこと、一目瞭然である。むしろ、かの三つの相補的な責任制度を包括する統一的な不法の決定基準は、要するに不許容的出来事のもつ「割当て違反性」（Zuweisungswidrigkeit）を直視することに

103 Siehe hier nur etwa *Wagner* in MünchKomm (F. 3), § 823 Rn 5. ff, 19 ff.; *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 75 II 3, S. 364 ff. それぞれ多くの参照指示をしている。

104 とりわけ *Wagner* in MünchKomm (F. 3), § 823 Rn. 4 ff, 26をみよ。とはいへ、*Zimmermann* (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 2003, S. 189, 218のもとでの理由づけの圧倒的な不明確さに関するワグナーの総合判断 (Diagnose) は正当である。これにつき *Picker*, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, JZ 2010, 541, 551 mit Fn. 66.

よって確かめられる。その際、不許容的な出来事は原因惹起と無関係な権利侵害状態（ein ursachenunabhängiger rechtsverletzender Zustand）であることもあれば、その侵害状態の帰結として生じた回復されるべき侵害（ein in seinen Folgen wiedergutzumachender Eingriff）であることもある。すなわち権利割当てと、及び保護の前線（Schutzzuvordern）を含めつつ、なかでも社会交渉上の義務（Verkehrspflichten）が権利割当てを創出したように保護の前線を包括して生み出されるその時代適合的な展開とが、あらゆる責任に共通な保護客体を形成するのである。かくして、このような法的財貨割当てとの矛盾（der Widerspruch zu dieser rechtlichen Güterzuweisung）こそが、責任引き受け義務の正統な根拠としての私法上の不法要件の統一的な把握を許容するところの共通分母（der gemeinsame Nenner）を形づくるのである。

Ⅲ. 体系による決定の普遍妥当性

最後に強調しておくべきことがある。それは、体系を評価づける決定及びその体系を形成する決定から、かくて帰結されるところの普遍妥当性（die Allgemeingültigkeit）についてである。

保護許与を厳格に権利許与へと方向づけることは権利割当て秩序としての私法（Privatrecht als eine Rechtszuweisungsordnung）の体系構成的な規制範型（das systemkonstitutive Regelungsmuster）を意味するのであるから、その「権利割当て」は、首尾一貫してことごとく原理上諸個人に許与された法的地位のあらゆるものについて（für jede dem Einzelnen gewährte Rechtsposition）妥当する。なぜならこの私法秩序は、そもそも端的に実質権を割当てるものであるのだから、私法は実質権をその秩序の体系的論理に即してその人的及び物的な妥当領域の範囲においても原則的に、その他のあらゆる権利許与と同様に取り扱わなければならない。こうして結果的に私法は、相補的な保護権からなる包括的保護（Rundum-

schutz) を媒介に実質権を保全すべきなのである。それを例示しようとするならば、ここでは、以下のことを挙げるだけで充分であろう¹⁰⁵。すなわち制定法が権利割当てと権利保護のメカニズム、つまりとりわけ絶対権のもとで明瞭に実定化されている両者のメカニズムを、規範技術としては別個の形象と規制を付与しつつ、絶対権以外の相対権のもとでも規律化していることを指摘すれば充分であろう。すなわち所有権が万人に対して主張されるように、契約ないし制定法によって債務法上債権者に帰属された財貨は、その都度債務の対象となった債務者の給付の仕方を常に包含しつつ、債務者に対しては——あたかも所有権が万人に対して主張されるのと同様に——債権者にネガトリア上の保護、損害賠償上の保護、不当利得法上の保護を享受せしめるのである。たとえば、いまだ所有権移転がなされる前の売買目的物がそのことを示している。すなわち、明文で規定されているわけではないが、しかし今や疑いの余地のない債務法上の不作為請求権とか、285条と並んで適用される280条及び325条の諸規範は、様々な実質権についての同じ取扱いと同様に、当事者間で (inter partes) の機能上同様な保護権を明示している。このような——絶対権と (当事者間の) 相対権との——「同じ取扱い」 (Gleichbehandlung) は、原則的に「状態」に依拠した出来事及び「容態」に依拠した出来事のことごとくを——その一方は万人に対する割当て違反を指し示し、他方は特定人に対する割当て違反を指し示す点で出来事としての内容を異にしながらも——いずれにせよ三つの共鳴的な保護権 (ネガトリア的保護権、不法行為法的保護権、不当

105 本稿の観点から引き出されてくる諸帰結について詳しくは、筆者の以下の論稿を参照。Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP183, 1983, S. 369, bes., S. 511.; sowie dens., zuletzt, Systemdenken im Haftungsrecht, FS Klamaris, 2016, S. 557, 564 ff. und dens., Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem—Eine Studie am Beispiel des Fleet-Falls BGHZ 55, 153, und dens., Die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, ZJP 2015, S. 273, bes., 292 ff.

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（3）」

利得法的保護権——訳者）を発動させるところの私法上の不法要件を意味する、ということを明証するものなのである。