

所有権に基づく物権的請求権の請求権内容について*

田 中 康 博

所有権に基づく物権的請求権（以下単に物権的請求権という）の請求権内容——行為請求権か忍容請求権か——については古くから（一九三〇年代）学説上対立がみられる。判例・通説は請求権内容を行為請求権と解していたが、大審院の判決が「自然ニ存スル」危険状態について、⁽²⁾或いは、「不可抗力ニ基因スル」危険について、⁽³⁾物権的請求権の発生を留保したことにより、忍容請求権を認めねば不都合ではないかと指摘されたことにかかる対立は発する。⁽⁴⁾通説に反対する論者は、以上の如き指摘をしつつも、他方で行為請求権説に立つドイツの学説・判例も批判の対象とした。例えば、「自己の意思に侵害の排除が依存している者」は妨害者として積極的行為義務を負うという定式によれば、不可抗力により妨害が生じた場合であっても妨害原因の所有者が自らの費用で妨害を除去しなければならず、これは妨害原因の所有者にとって著しく酷である、として行為請求権説の妥当性を非難した。⁽⁵⁾従ってここで批判の対象とされたのは、日本における判例・通説のみならず、ドイツにおける通説的立場もであった。本稿がドイツ法の検討を主とする所以である。

以下、「論点1」特に不可抗力の場合の妨害排除に限らずに、返還請求権も含め、ドイツの判例・学説が被告に積極的行為義務を課すにあたりその根拠を求めているかを検討し（その際、便宜上、妨害排除請求については特に日本

での議論を顧慮して、二つの類型についてのみ論ずる。)、次いで〔論点2〕如何なる観点から被告に積極的行為義務が課されるべきかを論ずる。

* 本稿は先に発表した「物権的請求権における『責任要件』について」(六甲台論集三四卷四号(一九八八)一二三頁以下(以下「前稿」という))に基づいてなされた私法学会(一九八九年一〇月七日於大阪大学)での研究報告を加筆・訂正し註を附したものです。本稿と併せて前稿もご参照いただければ幸いです。

(1) 妨害排除に要する費用は、行為請求権説によれば被告がこれを負担し、忍容請求権説によれば原告がこれを負担することになる。判決主文は、行為請求権説によれば、「被告は「ある一定の行為・例えば建物の収去」をせよ」と、忍容請求権説によれば「被告は原告の「ある一定の行為・例えば建物の取壊し」を妨害してはならない」となるであろう。

(2) 大判一九三二(昭七)年一月九日民集一一卷二二七七頁。

(3) 大判一九三七(昭一二)年一月一九日民集一六卷一八八一頁。

(4) 近藤・論叢三〇卷一号(一九三四)一二五頁。

(5) 川島・法協五五卷六号(一九三七)二六頁。

論点1 ドイツの判例・学説に見られる行為義務の根拠づけ

ドイツ民法は、「所有権に基づく請求権」を九八五・一〇〇四・一〇〇五条が規定する。このうち九八五・一〇〇四条に規定される請求権が行為請求権であり、一〇〇五条に規定されるそれが忍容請求権であることは現在では異論がない。これらのうちで特に問題が多いのは一〇〇四条であるので、これについてはやや詳しく検討し、九八五・一〇〇五条については「占有の取得」に着目してまとめて論じる。

A 一〇〇四条について

かつては忍容請求権説と解しうる説（フォン・トゥール）もみられたが、現在では一〇〇四条に規定される請求権が行為請求権であることについては異論はない。被告に積極的行為義務を課すにあたり被告に何らかの「責任」（或いは「帰責事由」）が求められている。

判例及び通説は、責任を行為責任・状態責任という二つの観点から問う。行為責任を負う行為妨害者は「自己の行為によって所有権侵害の相当の原因を与えた者」、⁽⁷⁾ 状態責任を負う状態妨害者は「所有権侵害の排除がその者の意思によっているにも不拘、侵害を保持している者」⁽⁸⁾ 或は「少なくとも間接的に、その者の意思に侵害が帰せしめられる者」⁽⁹⁾ と定義される。前者の典型例は、夜間にトランペットを吹く、無権限で他人の土地を通行する、という場合であり、⁽¹⁰⁾ 後者は、例えば木が相隣地に倒れるという具合に物の状態による妨害が考えられている。更に通説と評価される学説にあっても、状態責任についてその理論的非一貫性等を主張し、例えば工作物により生ずる妨害を念頭に置き妨害排除請求の根拠を妨害が工作物に発することに求める説⁽¹¹⁾（パウル：工作物理論）や、行為妨害者・状態妨害者の呼称を止め、妨害者を活動妨害者・非活動妨害者に分類した上で、後者の責任の根拠を妨害排除の可能性を有していることに加え、妨害源の創設に基づく行為義務に求める説⁽¹²⁾（メディクス）もみられる。しかし、以上の判例・学説にみられる妨害者の区別も、次にみるように現在の状態とその出現原因との因果関係に基づき被告の責任を問うことから、この区別自体は「如何なる実際の結論も有しない」と評される。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

これらに対して、一〇〇四条の意味に於ける侵害は「行為」によってはじめられるとして、行為に基づく責任から一元的に責任を根拠づける説⁽¹⁵⁾（E・ウォルフ、その他にミンツベルク、⁽¹⁶⁾ 古くはR・シュミット⁽¹⁷⁾）においてみられる。行為責任一元説）がある一方で、判例・通説は「妨害と妨害の惹起とを無思慮に同置する」ことにより一〇〇四条を「惹起に

よる結果妨害採除請求権に拡大し改変した」とするH・シュトール教授の批判⁽¹⁸⁾を契機として、行為を独自の責任根拠として挙げずに、現在の状態から一元的に責任を根拠づけようとする説⁽¹⁹⁾（ピッカー、ヴェッツェル⁽²⁰⁾、グルスキー⁽²¹⁾、ピンガ⁽²²⁾）…状態責任二元説⁽²³⁾）が近時有力に主張されている。

ところで、行為から直接に妨害が発生し、行為の停止が即ち侵害の排除・停止を意味するような妨害⁽²⁴⁾については、「責任」根拠の如何を問わず、余り問題はない⁽²⁵⁾。問題であるのは妨害が発生する物の所有者が自ら行為することなく自然力に基因するのであれ、第三者の行為に因るのであれ、その他の原因により妨害が発生した場合の、所有者の責任如何であろう⁽²⁶⁾。かかる場合を、(i)自然力に基因する場合、(ii)第三者の行為に因る場合、に分けて簡単に検討する⁽²⁷⁾。

(i) 自然力に基因する妨害　この類型をどう考えるかは日本でも特に問題とされ且つ実際上も近時下級審に於て忍容請求権説的立場——正確には忍容請求権説の「趣旨をふえん」⁽²⁸⁾した費用平分説的立場——による判決もみられ重要であろう。

判例は、自然力の作用する人間の手（ここでは所有者のみを考えておく）になる工作物又は自然の状態の変更が存在する場合に、現在の妨害状態が仮令間接的であるにせよ所有者の意思に還元されるか否か、つまり所有者が「自然力作用の前提条件」をつくったか否かを基準にして、行為請求権たる妨害排除請求権の存否を決する。これはRG以来一貫した態度であり、BGHの一判決は「自然の出来事によって呼び起こされた妨害が発生している土地の所有者には、彼が妨害を自分の行為……によって可能にした場合、又は、侵害が義務違反の不作为によって引き起こされた場合にのみ、かかる侵害が帰せしめられる⁽²⁹⁾」と述べる。

学説においても、かような先行行為との関連において所有権者の責任を論ずるのが通説である。更に、パウルは「アクチネオガトリアは、現実の又は潜在的な干渉が人間の手によってつくられた工作物に由来する場合に、生じる」

と論じる⁽³⁰⁾。先に述べたメディクス説によっても、同様に考えられることは明らかであろう。

かかる通説的理解によれば、自然の出来事という場合には、先行する人間（ここでは所有者）の行為が関与する場合は含まれない（日本での例示⁽³¹⁾との関連でいえば、地震で家屋が倒壊し隣地に崩れ落ちた場合には、自然力作用に先行する所有者の行為が存する故に、家屋所有者は妨害排除義務を負う、という結論になる。但し、大規模な災害に際しては別の考慮が働く余地がありうる⁽³²⁾）のであり、純粹の自然の出来事の場合には、——判例によれば、相隣地が畑として利用され、そこからの土砂の流出が問題になった場合につき、「農業用地にあって必然的な種類の加工並び種類の農作物の種まき、植つけと必然的に結びつけられる地表の変更は土地の自然の特性に属する」とする例もみられるので、如何なる場合が純粹の自然の出来事と評価されるかは尚検討を要するが——一〇〇四条に基づく妨害排除請求権は発生しないことが確認される（否定例として RGZ 134, 231 を挙げうる）。

次に、「自然の出来事」に関しては、所謂所有権〔者〕理論が検討されるべきである。論者は多いがここではプライヤー⁽³⁴⁾の所説を取り挙げる。プライヤーは、基本法一四二条二項を援用し、所有権者の義務として自己の物に由来する妨害を排除する義務、他人への侵害を予防する義務を導き出す。そして、作為及び不作為に基づく義務と並んで、かかる所有権の効力による排除義務を承認する。ここで留意すべきは、プライヤーは、自然力に基因する妨害総てについて所有者の妨害排除義務を認める訳ではない、ということである。プライヤーによれば、妨害が予見不可能、防衛不能な根源的作用、即ち不可抗力に基づく場合には、所有者の妨害排除責任は否定される⁽³⁵⁾。

先の行為責任一元説の立場では、行為と状態との因果関係が責任の基準たりえることは多言を要しない。

また、状態責任一元説も、自然力に基づく妨害総てについて妨害物所有者の責任を肯定する訳ではない。例えば、責任を根拠づける状態を所有権秩序によれば、第三者が自己に帰属していない地位を占めている状態、と規定するピ

ツカーは、自然力の作用について、⁽³⁶⁾「妨害を引きおこしたにすぎない自然力の単なる原因作用」と「自然力の継続的作用、即ち、自然作用において存するところの妨害の諸場合」を区別し、前者にあっては、「いつにもない程の強い嵐が、腐っていない自然に生えた樹を相隣地に吹き飛ばした」場合を例にとり、他人の所有権の使用（樹を自分の所有として放置する）を根拠に責任を認め、また後者にあっては、「その区画の土地の特性」であり「場所慣行的」であるとして責任を否定する。⁽³⁷⁾

以上の叙述から次のことが指摘できよう。まず、いづれの説にあってても、所有権者は当然に総ての場合について妨害排除責任を負うものではない。如何なる場合に責任を負わないかは必ずしも一致しないが、判例・通説にあっては、純粹の自然の出来事である場合がこれに該当するといえる。⁽³⁸⁾ また判例は、プライヤーの考えを明確に否定しているがプライヤー説によっても「不可抗力」の場合には責任は否定されることが留意されるべきであろう。更に、ピッカー説によっても、原因は関係ないが、やはり一定の場合には責任は否定される。なおピッカー説の一つの理論的帰結として、所有権放棄が認められることを付け加えておく。⁽³⁹⁾ 最後に、妨害排除請求権が否定される場合、排除忍容請求権が認められることを付言しておく。⁽⁴⁰⁾

(ii) 土地所有者以外の者がその土地上で妨害を行っている場合の土地所有者の責任 この類型は日本でもしばしば問題となり（例えば大阪空港訴訟・国道四三三号線訴訟）、最近でも、傍論ながら、土地所有者の責任を全面的に否定する旨論じる判決（横田基地訴訟控訴審判決）⁽⁴¹⁾も現れている。他方で、「第三者」による妨害について当然に行為請求権の成立を認める見解もみられるので、この類型におけるドイツでは議論は参考になると思われる。

この類型にあっては、所有者と直接の行為者との法的関係の程度により、 α 両者に契約関係及びそれに類する関係がある場合と、 β 然らざる場合とに分けるのが適切である（ α 、 β について判例をみた上で、学説についてはまとめ

て検討する)。

α ここでは判例上如何なる場合が問題とされてきたかを明らかにすることが適切である。使用・用益賃貸借契約がある場合の賃借人に由来する妨害についての賃貸人の、請負契約がある場合の請負人が発する妨害(騒音)についての注文者の、運送委託者の倉庫への荷下ろしの待機中に発する自動車騒音についての委託者の、各々の責任が問われた場合がある。更には、アウトバーンに由来する騒音、軍事演習場(駐留軍)からの妨害、空港からの騒音についての各々設置者の責任が問われた場合が見られる。非常に特殊な例として、バス停での客の妨害行為(すぐ後の建物へのゴミの投入、騒音)についてのバス会社の責任が問われた事例も見られる。

かような場合については、まずRGは「所有権自由の訴えは直接の行為者に向けられるが、事情によっては——所有者が妨害を自己の指図によって誘因し、又は、不当な方法で黙認している場合——妨害が由来する土地の所有者にも向けられる⁽⁴²⁾」と論じ、BGHは「[工作物によって]妨害を因果的に相当な方法で惹起し、妨害を排除する地位にある場合には、「所有権者は」停止を請求せらる」とか「その者の決定的な意思によって第三者の所有権侵害に至る状態をつくり出した者」(但し、かかる定式はRGにおいても見られる)「委ねられている土地に由来する相隣者の違法な侵害を阻止する地位にある者」も妨害者であると説く⁽⁴⁴⁾。かような定式から示されるように、ここでも所有権者等の、不作為も含めた関与に妨害の発生・継続の原因性を見出し、そこに被告の責任の根拠が求められていると言える。

β 所有者と全く関係ない第三者が妨害行為を為す場合は、αとは反対に、判例は所有者の責任を否定するといえる。原告鉄道会社が被告の崖を削り、その後鉄道の振動も協働して岩石の崩落が発生した場合にRGは「第三者が独自の動機から且つ自分の責任で行為したとき」には、「意思活動との因果関係」は切断され、ここでは「被告の法的

状態は、あたかも急斜面が自然によってつくられたのと全く異なるところが無い」と論じて責任を否定している。⁽⁴⁵⁾

学説に於ては賃貸人の責任につき、行為妨害者として論じる例と、状態妨害者として論じる例とがみられるが、通説は結論に於ては判例に賛成する。パウル説は、所有者が妨害状態を引き起こした場合や、排除を行わなかった場合には、責任を負うと説明し（但し、賃借人が妨害行為をなしていることを賃貸人が知っていることが求められているようでもある）、⁽⁴⁷⁾メディクス説は、賃貸借事例を取り挙げて、「所有者が用益賃借人に妨害行為を許し、又は用益賃貸借によってかような妨害の危険が高まった場合にのみ」責任を肯定する（「信頼しがたい人物への使用賃貸借に際しても同様」）。⁽⁴⁸⁾

所有権の効力としての責任を論じるプライヤーは β の場合については「当該所有権者によって引き受けられる危険ではなく」⁽⁴⁹⁾「不可抗力とみなされ、少なくともそれと同等とされる」として所有者の責任を否定する。

一元説からは、ヴォルフ説が、他人に行為をさせた者は、その者との間に支配従属関係があるときにのみ、その者と並んで妨害者であると説いて、賃貸借事例について賃貸人の責任を否定する⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾（賃貸人の責任を否定する現在での唯一の見解）。

ピッカー説は、賃借人に由来する妨害によって賃貸人が自己の権利領域を越えたときには責任があると論じる（従って先の α については総て責任が肯定され、 β については否定されると思われる）。⁽⁵²⁾

以上のことから、ここでも当然に所有権者の責任が肯定されるものではないことが確認される。そして、結論に於ては、一定の関係がある場合には責任が肯定されると言い得る。更に、判例の定式については、所有権者と妨害惹起者とが異なる場合に所有者と惹起者の一定の關係に着目し所有者の有する惹起者に対する一定の権限を前提としている場合に用いられることが留意されるべきであろう。

B 九八五条と一〇〇五条

例えば、Aの帽子が風で飛ばされてB地に落ちた場合、AからBへの返還請求権が成立するかは、日本でも設例としてしばしば登場する。そして、かような場合を如何に解するかは所謂「物権的請求権の衝突」の発生を認めるか否かにかかわってくる（具体的には返還請求権・排除請求権各々の成立要件の相違として現れる）。この場合ドイツ民法にあってはBは占有を取得しておらず、それ故九八五条の問題ではなく、一〇〇五条の問題であるとされる⁽⁵³⁾（立法過程に於ても上の例をとってしばしば表明されている）。そして九八五条が相手方の「占有」を要件とするのに対して、一〇〇五条は、物が単に相手方の領域内（法文上は土地）にあることを要件とする（この場合には、上述の如く占有の取得はない）ことから、九八五条の効果たる返還は、一〇〇五条の効果たる収去の忍容より以上のものであるとされる。一〇〇五条との対比から、九八五条に規定される請求権の要件が相手方の占有取得であることは疑いないが、占有取得の原因如何——所有者の占有喪失を生ぜしめる（即ち妨害惹起）ことにより占有を取得したか——は、ドイツでは問題とされない。従って、九八五条にあっては、被告が現に占有しているという状態についての責任が問われていると言い得る⁽⁵⁴⁾。

(6) 被告として、妨害排除の責を負う者が即ち妨害者 *Störer* であるが、この点について前稿註(33)は、筆者の記憶違いに出るものであり且つ客観的にも誤りであるので、全文削除する。

(7) *Zit. Müller, Sachenrecht* (1987) Rn 734. 教科書等により多少の表現の差は見られるが、行為と妨害状態との間の因果関係を問題とする点では一致がある。前稿註(40)参照。

(8) *Zit. Müller, a. a. O.* (oben N. 7) Rn 749. 上記では所謂プラントクの定式の評価が一つの問題となる。前稿註(84)参照。

(9) *Vgl. Baur, Sachenrecht* (10. Aufl., 1978) § 12 III; *Medicus*; in *MK* (2. Aufl., 1986) § 1004 Rdnr 32; *M. Wolf, Sachenrecht* (8. Aufl., 1989) Rn 248. u. s. w.

- (10) Vgl., Baur, ebenda; M. Wolf, a. a. O., (oben N. 9) Rn 247.
- (11) Baur, ebenda, derselb AcP 160, 479. バウル教授はフランクの定式を次のように批判する「妨害排除の可能性は、一〇〇四条による責任を根拠づけるのではなく、排除の不能が、一〇〇四条により生じる責任を欠落させるのである(二七五条の考え方)」(SaR (oben N. 9) § 12 III)。
- (12) Medicus; in MK § 1004 (a. a. O., oben N. 9) RdNr. 38. メディク教授は、状態責任を次のように批判する「物の自然の状態は違法な侵害ではありえないということがすでに、状態妨害者という名称に反対する。それ故、物の自然な状態については人(妨害者)への帰責の問題は全く生じない。このことは、普通の名称によって隠ぺいされる。加之、この普通の名称は、その他の要件が必要であるにも不拘、妨害状態に対する支配(又は妨害状態の排除の能力)が唯一妨害者たらしめるような印象を呼びおこす」(a. a. O., RdNr. 34)。
- (13) Jauernig-Jauernig, Komm. zum BGB, 4. Aufl., 1987, § 1004 Anm 6. 又、Heinze, Rechtsnachfolge in Unterlassen, 1974, S. 66. は、「支配的見解は両理論(行為責任を根拠づける惹起理論と状態責任を根拠づける保持理論)を誘因原理という概念のもとに包摂する」と論じ、状態責任を行為責任の「亜種」と評価する。川角・九大法学51号(一九八六)五一頁以下も参照。
- (14) なお、因果関係を責任の判断基準とする詳細な研究として、Herrmann, Der Störer nach § 1004 BGB, 1987. がある(前稿脱稿後その存在を知った)。ここでは、その基本的考え方のみを紹介しておく。ヘルマンは「責任の判断基準の妨害原因への従属」を前提として、①妨害が行為によって引き起こされた場合には「行為する者はその結果(侵害)について原因となる」として、責任の根拠を行為自身にのみ求める。②妨害が物によって引き起こされた場合には、行為に基づく義務は考えられないが、不法行為における「取引安全義務」と類似する土地についての安全義務を定立し、かかる義務を負う物的地位Ⅱ所有権・占有Ⅱと妨害原因との結合により、かかる地位を有する者のネガトリア責任を根拠づける(その際九〇七・九〇八条が手掛りとされている)。③行為と物との協働による妨害については右①②の両方の成分を問題とする。
- (15) E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrecht, 2. Aufl., 1979, § 3V. 本文で示された考え方は、E. Wolf § 3V 3 aa) による。
- (16) Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 383 ff.

- (17) Rudolf Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 7 ff.
- (18) Hans Stoll, AcP 166, 222 f. なお、妨害排除請求権と損害賠償請求権との関係につき、理論上両者を峻別するのがドイツに於ける一致した立場である。詳しくは、玉樹「妨害除去請求権の機能に関する一考察」(現代私法学の課題と展望)・一九八二)。
- (19) Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972.
- (20) Wetzel, Die Zurechnung des Verhalten Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen, 1971.
- (21) Staudinger-K-H. Gursky, Komm. zum BGB, 12. Aufl., 1982, § 1004.
- (22) Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 1973. insbe. S. 191.
- (23) Herrmann, a. a. O., (oben N. 14) 6. Kap. は、ピッカー理論を詳しく検討するが、ピッカーの定式(後述)は、土地上での行為による妨害及び物による妨害にはよくあてはまるが、イミシオンの諸場合や、賃借人の行為による妨害(後述 ii) についてはピッカーの定式によるだけでは解決できなうと批判する(ferner, Herrmann, S. 107 ff.)。vgl., Medicus; in MK § 1004 (a. a. O., oben N. 9) RdNr. 23 ff.
- (24) これは即ち、メデイクス説に所謂活動妨害の場合である。vgl., Medicus; in MK § 1004 RdNr. 36a.
- (25) 但し、この場合には行為自体の評価の問題が残る(前稿註(41)参照)。Ferner vgl., Herrmann, a. a. O., (oben N. 14) S. 138.
- (26) 参照水辺「物権的請求権と費用の負担」(民法の争点(一九七八))八〇頁。
- (27) この二つの類型の他に、妨害物について権利承継が生じた場合の現所有者の責任の根拠如何がドイツに於ては特に問題とされている(なお原島「わが国における権利論の推移」法の科学4号(一九七六)八二頁以下参照)。この点についても前稿では簡単に触れたが、小川・物権法研究(一九八五)特に四二頁以下が示す如く、前稿では、特に参照すべき重要な研究が全く触れられていない。更に詳しくは今後の研究に期したい。なおこの類型についての従来の日本の学説・判例の対応については註(41)参照。
- (28) 川角「判例研究」島大法学三二巻一号(一九八八)一九一頁以下参照。

- (29) BGHZ 90, 255, 266 (1984. 3. 2. 判決) = NJW 84, 2207.
- (30) *Baur, SaR* (oben N. 9) § 12 III, AcP 160, 480.
- (31) 例えば、近藤・前掲(註4) 一三〇頁。
- (32) ドイツでの議論については、「戦争影響」の場合がこれにあたる。参照・前稿一三七頁以下及び註(113)。
- (33) BGHZ 90, 255 (oben N. 29).
- (34) *Pleyer, AcP* 156, 291; JZ 59, 305; JZ 61, 500. *Pleyer* 以外の論者については *Schwab, Sachenrecht*, 22. Aufl., 1989, § 461; *Kübler, AcP* 159, 236 ff.; *Gottwalt, PDW Sachenrecht*, 9. Aufl., 1985, Fall 106. 但し、判例に於ては、プライヤーの考えは採用されていない。前稿一三九頁参照。
- (35) 日本においても「所有者としての責任」を根拠に妨害物所有者の妨害排除責任を認める見解がみられる(我妻・物権法(一九五二) 一六八頁、柚木・判例物権法総論(一九五五) 四二六頁)が、プライヤー説のような例外を認めない(なお小川・前掲書(註27) 六六頁・八〇頁)。
- (36) *Picker, a. a. O.*, (oben N. 19) S. 102 ff.
- (37) ピッカーのかかる二つの分類について *Herrmann, a. a. O.*, (oben N. 14) S. 114 ff. は、第一の事例群については「イミシオンの諸場合は取扱われえ[ず]」、第二の事例群を「分かつメルクマールは秘密のままであり」「具体的な例は明日には提供されていない」と批判する。第二のグループについてのピッカー教授の本文での叙述は七行程であり、「妨害的な自然作用についてのネガトリア責任」(S. 102 ff.) の部分自体、論旨に矛盾もみられ判かりにくいことヘルマン教授の指摘の通りである(vgl. *Herrmann, a. a. O.*, S. 116 N. 49) が、*Picker, a. a. O.*, S. 54 N. 7 から、第二のグループの一つとして所謂「自然のイミシオン」の場合が考えられていると言えよう。
- (38) このことはすでに原島・前掲(註27) 八二頁、好美・注民(6) (一九六七) 七四頁以下の指摘するところである。
- (39) *Picker, a. a. O.*, (oben N. 19) S. 113 ff.
- (40) 前稿一三九頁参照。
- (41) 我妻・前掲書(註35) 一七〇頁。大審院は、妨害状態が前所有者により作出された場合であれ(参照、註2及3の判決)、

全くの第三者により作出されたのであれ(参照大判一九三六(昭一一)年三月一三日民集一五卷四七一頁)、現所有者が積極的妨害排除義務を負うとする。しかし、後者の場合には、第三者の行為そのものが妨害ではなく、物の状態による妨害が専ら考えられており(末川「批評」民商四卷三号(一九三六)六〇九頁以下参照)、また、上記我妻においては、第三者による妨害に前主による妨害状態の作出の場合を含められている。

- (42) RGZ 47, 162=SeuffA 57 Nr. 9 (1900. 12. 27. 判決)・RGSeuffA 59 Nr. 128=JW04, 142 (1903. 1. 23. 判決)・RGZ 97, 25 (1919. 10. 18. 判決) u. s. w. RGは、目的物からの妨害発生的利用は用方違反であり、賃貸人は民法五五〇条に従った措置を賃借人に対してとらねばならず、その効果のない場合には、停止を請求し告知(五五三条)しなければならぬことを、前提とする。これは、契約を解除しないことに妨害の原因性を見出すことを意味する(vgl., BGH JZ 68, 384 (1966, 11. 11. 判決)=NJW 67, 246)。

- (43) BGHは、RGの「不当な方法で黙認している場合」という定式に異議を唱えている(vgl., BGH NJW 59, 2013 (1959, 5. 27. 判決))。

- (44) Vgl., BGHZ 49, 340 (1967. 11. 24. 判決)・BGH JZ 61, 498=NJW 60, 2335 (1960. 9. 21. 判決)・RGZ 155, 316 (1936, 8. 25. 判決)・RGZ 159, 126 (1939. 1. 9. 判決)。

- (45) Vgl., RGZ 134, 231 (1931, 11. 4. 判決)。

- (46) 但し、如何なる者が「所有者と全く関係ない第三者」といえるかは問題である。BGHZ 14, 163 (1954. 7. 6 判決)においては、名誉侵害文書の作成者とこれを配布した者との間には全く何らの契約関係もなかったが、配布者において当該文書の配布を止め得た点をとらえて配布者にネガトリア責任ありとされ、BGHZ 17, 266 (1955. 5. 18. 判決)では、テープレコーダー製作会社自身は著作権侵害を行っていない(これを具体的に言うのはテープレコーダー購入者)がやはり、責任ありとされた。また本文で紹介したバス停事件(BGH JZ 61, 498)においてBGHは「バス待客は独自の動機から、自己責任で行為している」と述べつつも、侵害がバス会社の営業設備との結合においてはじめて発生していることを根拠に、侵害を「被告の営業設備の相当の結果であるから、被告は妨害者である」と論じる。

しかし、例えば、道路を重量制限を越えた車が通行し、その重量の故に、そこに埋設してあったガス管が破裂した場合の

ガス会社の妨害排除責任は、ガス会社は道路通行者に対しては何らの権限もなく、また、ガス会社の設備があつてはじめて車が通行するという関係にもないので、否定されるであろう（但し実際には、ガス会社が妨害排除を行ない、然る後に当該自動車被所有者と道路設置者に費用負担を求めることにならう）。

- (47) *Baur, SaR* (oben N. 9) § 12 III. なお事実が明確ではなすが vgl. BGH MDR 66, 669 (1966. 3. 22 判決)
- (48) *Medicus, Bürgerliches Recht* (13. Aufl. 1987) Rd 447.
- (49) *Pleyer, AcP* 156, 309.
- (50) *E. Wolf, a. a. O.* (oben N. 15) ee) und ff).
- (51) なお賃借人による妨害についての賃借人の責任については、*Lutter-Querrath, JZ* 68, 345 の詳細な研究がある。この見解は、物権的請求権の成立要件としての「違法性」の問題と関連するが、ここで必要な範囲で簡単に紹介しておく：*Lutter-Querrath* は、「妨害者とは侵害を惹起した者である」という行為責任一元説に立って、妨害者画定にあたり相当因果関係と並んで行為不法の理論を導入し、使用賃貸人は、彼の容態 *Verhalten* が侵害にとって相当の原因であり且つ、取引に於て必要な注意に客観的に違反している場合には、賃借人の行為による妨害について、自己独自の容態に基づいて責任を負う、と論じる。*Lutter-Querrath* 説については *Picker, a. a. O.* (N. 19) S. 148f. *Herrmann, a. a. O.* (N. 14) S. 105ff. 参照。なお *Münzberg, a. a. O.* (oben N. 16) も、行為不法の立場からの行為責任一元説である。
- (52) *Picker, a. a. O.* (oben N. 19) S. 146ff. 賃借人以外については S. 152 N. 83 が委任者を例示して責任を肯定する。
- (53) 占有取得に関して、しばしば BGB は純客観説を採用しているとされる（例えば、舟橋・物権法（一九六〇）二八一頁）。また、純客観説の立場から一〇〇五条の準用する八六七条について「土地所有者が動産を占有するにいたっている」として「占有回収の訴えの一種と解したい」とする説（山中・占有の理論（一九五二）四六頁）もみられる。しかしこれらは不正確であろう。BGB が純客観説を採用しているとすれば、一〇〇五条及び八六七条の存在意義を不当に抹消することになるからである（参照、山田晟・法協五七巻一二号（一九三九）一一頁 *Müller, a. a. O.* (oben N. 7) 179h）。
- 日本法の解釈にあつては、日本民法一八〇条の明文に反することになるとしても、純客観説によることも可能である（鈴木・物権法講義はこの立場を最も徹底するものである）が、占有取得に関して占有意思を必要とする説が、本文での帽子の

例に際してBの占有取得を認める（我妻・前掲書（註35）一六七頁・三一五頁以下、柚木・前掲書（註35）二八九頁・四一六頁）のは肯首できない（参照遠藤編基本法コン・物権（三版一九八八）四〇頁（三和））。

(54) 動産の返還請求権については、現在の学説の進展を顧みるときには、その返還場所も問題とすべきであり、しかも、ドイツに於てはこれは占有取得時の主観的態様によっても決定されること、すでに指摘されるところである（参照小川・前掲書（註27）一三三頁以下。なおBGHZ 79, 211 (1981. 1. 12. 判決) 及びK-H. Gursky, JZ 84, 604, 608f. も参照）。しかし、行為請求権か忍容請求権かで、例えば目的物を被告の物から取りはずすのに費用を要する場合に差異が認められる（小川・前掲書一七頁参照）し、費用負担の範囲も両者で全く同一になるとは限らない（小川・前掲書五九頁参照。なお奥田・法時四七卷一〇号（一九七五）一三九頁は「両者〔行為請求権と忍容請求権〕は実質的には何ら異なるのであり、簡明直截という点では、引渡請求権〔行為請求権〕説がすぐれており、法感情にも合致するのではなからうか」と述べられる）。更に、本稿の意味における返還請求権が成立する場合には、同時に所有者・占有者間の法規制も問題となるので、この点も併わせて考慮される必要がある（参照・川角・九法学五一号（一九八六）特に七八頁以下）。更に詳しい検討は今後の課題としたい。

論点2 如何なる観点から責任が決定されるべきか

一 この問題を考えるにあたっては、物権的請求権——妨害排除請求権と返還請求権——の相互関係を明らかにすることが有用である。この点についてのドイツの立法者は、物権的請求権の目的を「法と現実との間に存する矛盾」の「調整」ととらえ、その手段として返還請求権と妨害排除請求権を規定した。かかる立場から立法者は、排除請求権の要件たる「侵害」を「所有権の内容に矛盾する占有状態の類似物」であると把握する⁽⁵⁵⁾。かかる考えをうけて、ドイツの学説は「物権的請求権を要件的に統一性ある所有権実現の請求権」として解釈し、一〇〇四条を物権的請求権の「一般条項」としてとらえ、九八五条を「特別規定」と解する⁽⁵⁷⁾。かかる理解は、日本に於ても広く承認されている

と云つてよい、と思われる。かくして、行為請求権としての返還請求権と排除請求権とは、要件・効果が同一に解されるべきことが導き出される。

二 物権としての所有権は、物に対する排他的・直接的な支配権であり、物の帰属を決定する。物が正当な権利者に帰属している状態を以つて、在るべき状態と在る状態とが一致していると云えよう。そしてかかる帰属にズレが生じた場合が、法と現実との間に矛盾が存する場合に他ならない。物権的請求権は、かかる帰属のズレが生じた場合に「あるべき支配状態を作り出すことを求めて躍動する……物権そのものの姿」⁽⁵⁸⁾である。しかし、かかる物権の性質から物権の動的顕現形態としての物権的請求権の発生を認めることができても、その請求権内容は当然には導き出されないと思われる。論点1Bでの議論から次のように言うことができる。九八五条と一〇〇五条とでは、共に所有権者は物に対する支配を積極的に行使できないが、前者にあつては返還という積極的行為を請求できるのに対し、後者では立入・搜索の忍容を求めうるにすぎない。このことから、所有者に生じている事情のみでは行為請求権が発生するとは言えず、相手方の一定の事情——ここでは「占有」——が伴つて行為請求権が発生する——相手方に一定の事情があつて初めて相手方に積極的行為を求めうることから、かかる相手方の事情を「責任要件」と呼ぶことができる——と言いつる。一に於て見た如く一〇〇四条の要件たる侵害は、上の占有の類似物であるから、同時にかかる侵害の存在そのものが、占有が責任要件を満たすのと同じく、排除請求権の責任要件を満たすのである——かかる考えは状態責任一元説の核心をなしている。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

しかしそれでも、妨害状態出現の原因性を問う必要はないかという問題はなお残るように思われる。これについては次のように考える。物の帰属決定にとって物自体の現在の物理的な状態は、問題ではない。換言すれば、物権的請求権を発生せしめる物の帰属のズレには、これは含まれない。このことから、例えば不法行為法に於けると同様に妨

害惹起についての責任を問題とする必然性はないと言える。更に、上述の如く、帰属のズレの調整が物権的請求権の目的であることが正当とすれば、現在の状態如何が問題とされるべきであり、ズレの出現の原因性は問われる必要はないといえる。

三 以上の検討から、私見は、妨害出現の原因性の如何を問わず現在の妨害——先の状態責任一元説の論者の表現を借りれば「権利の篡奪即ち所有権秩序によれば第三者が自己に帰属しない地位を占めている状態」⁽⁶²⁾或いは、「九〇三条によって他人に割当てられた権能の事実上の使用」⁽⁶³⁾——の存在自体が、相手方の行為義務を根拠づける、と考える。⁽⁶⁴⁾

四 結論として私見は、状態責任一元説に賛成する訳であるが、かかる見解は既に於保教授により主張されている。於保教授は積極的行為を求めうる妨害者の決定のメルクマールとして、①妨害状態にあることを知っていること ②自己の所有権を主張すること⁽⁶⁵⁾を挙げられる。於保教授の見解を含め、ここで賛成される諸説は細部にわたって異なる点も多く、なお詳しい検討を要する、ということを最後に述べ本稿を終える。

(55) Motive, Bd. 3. S. 394 ff.

(56) Hech, Grundriß des Sachenrecht, 1930, § 662.

(57) Vgl. z. B., Baur, SaR (oben N. 9) § 121. 他方 Herrmann, a. a. O., (oben N. 14) S. 148 ff. は、九八五条と一〇〇

四条の同質性を認め、九八五条にあっては因果関係は決定的でないとしつつも、九八五条の侵害は、一〇〇四条のもとには属さず、一〇〇四条の「妨害」は九八五条のそれとはまさしく別の種類であると論じる。

(58) 石田喜久夫・物権法拾遺(一九八六)一一頁。

(59) Pichler, a. a. O., (oben N. 19) S. 52. は、九八五条と一〇〇五条いづれにあっては、物所有者は占有を喪失していると説くが、「物が物の所有者以外の者が占有している土地にある」と規定する一〇〇五条及び「物が占有者の支配を離れて

他人が占有する土地に達した場合」と規定する八六七条は、占有喪失を当然の前提とするものではない (Joost; in MK (2. Aufl., 1986) § 867 Rdnr. 2; Müller, a. a. O., (oben N. 7) Rdnr. 179e. 山田・前掲(註53)一二頁註13)。従って、九八五条と一〇〇五条との共通の事情は「物が他人の占有地にある故に現実の支配を行使できないからにせよ、物が他人の占有にあり、従前の物占有者の占有が失われたからにせよ、積極的に支配権を行使できない」とすべきであろう。

(60) Vgl. Picher, a. a. O., (oben N. 19) S. 42, S. 49; Wetzel, a. a. O., (oben N. 20) S. 122; K-H. Gwinsky, a. a. O., (oben N. 21) Rz 72; Pinger, a. a. O., (oben N. 22) S. 188 ff. 「責任要件」のようなとらえ方に対して、これは相手方の行為ないし意思〔活動〕に責任根拠を求めることになり、結局行為責任一元説になるのではないか、状態から責任を根拠づけるとすれば、相手方の客観的な物の帰属状態に責任の根拠を求めるべきではないか、更に、物権的請求権の内容自体も物の帰属のズレの矯正ということから当然に行為請求権として定まるのではないか、という批判が存しうる。しかし、物の帰属を決定するにあたり、「意思」の要素を全く無視してよいかは疑問が残る。ドイツの立法者は、一〇〇四条の侵害を「他人の意思によって保持されている状態」(Motive, Bd. 3, S. 423)とも述べている。ここでの「意思」は、占有取得に際しての占有意思とパラレルにとらえることができようが、その正確な意味は、権利と権利者の意思力との関係を如何にとらえるか(「権利」の本質は何か)に掛かっているとされる。川角・九大法学五〇号(一九八五)六一頁以下五二号(一九八六)二七頁以下は、かかる観点から物権的請求権を考察するものであるが、詳しくは他日を期したい。

(61) かかる状態責任一元説は、物権的請求権と不当利得返還請求権との類似性を強調する。しかし加藤・財産法の体系と不当利得法の構造(一九八六)は、帰属法的不当利得の効果と物権的返還請求権の効果とをパラレルに考える一方で、物権的請求権は、権利者の利益に資するものであり(これの行使は義務ではない)、自己の利益を追求したほうがそのための費用負担をするのは当然である(これに対して契約債務の場合には、自由の拘束はその者の意思に基づく)とされ、物権的請求権の内容に関しては、ドイツにおける学説と反対の立場を採られる(五四一頁以下註(9)参照)。一定の「意思」を介しての一定の状態に、相手方の責任の根拠を求める立場からは、かかる「意思」の存在に責任の根拠を求めうる。ここでの意思が、契約締結をなす意思と同質に解されうるかは問題が存しえようが、ここでは一応右のように解しておきたい。

(62) Picher, a. a. O., (oben N. 19) S. 82.

(63) *Wetzels, a. a. O.*, (oben N. 20) S. 116.

(64) 行為請求権の発する具体的な諸場合は、妨害排除については、結果的には我國の通説修正説ないしは行為請求権修正説と呼ばれる説と一致する。返還請求権については、右の説はつねに忍容請求権であるとも解されうるので、私見とは一致しない。但し、所有権の放棄につき次註参照。

(65) 「自己の所有権を主張すること」に関しては、所有権放棄の問題が生じる。於保教授はこれを肯定されるが、私見はここでは於保説に従っておきたい。放棄を認めれば結果には忍容請求権になるのではないかという批判もありえようが(参照小川・前掲書(註27)六四頁註3)、右放棄を「所有権の濫用」として退けることも可能であり、また放棄の効果を認める場合であっても、除去のための費用を損害として賠償請求を認めるべきであろう(参照石田・前掲書(註58)一五頁)。これに対して、奥田・前掲(註54)一四〇頁、川角・前掲(註54)九大法学五一号七四頁以下は、状態責任一元説の立場(但し奥田教授はこのことを明言されるわけではない)によりつつ、所有権放棄を否定される。

追記 本稿は先にも記したように、私法学会での研究報告に註を附したものです。学会当日は竹内(亜細亜大)藤本(国士館大)原島(久留米大)好美(二橋大)川角(島根大)の各先生及び司会の労を賜りました加藤(名古屋大)先生に、ご質問ご教示いただきお礼申し上げます。本稿において各先生方のご質問に改めて答えさせていただきました(註1・46・54・60・61・64・65)。

なお脱稿後 *K-H. Gursky, Zur neueren Diskussion um § 1004 BGB, JR 1989, 397* に接した。(この頃は *Hermann, a. a. O.* (oben N. 14) によるピッカー説批判(例えば註23・37参照)を中心に、これに対する反論がなされている)。