

Title	妨害排除請求権に基づく原状回復の範囲
Sub Title	Die Abgrenzung der negatorische Beeinträchtigung des Eigentums vom Schadensersatz
Author	河原, 格(Kawahara, Kaku)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.12 (2011. 12) ,p.405- 423
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	斎藤和夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20111228-0405">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20111228-0405</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 妨害排除請求権に基づく原状回復の範囲

河原格

- 一 問題提起
- 二 法典編纂過程での妨害排除請求権についての議論
  - 1 第一委員会での議論
  - 2 第二委員会での議論
- 三 ドイツでの妨害排除請求権による妨害の範囲の理解
  - 1 判例の動向
  - 2 学説の動向
- 四 結論——妨害排除請求権に基づく原状回復の範囲

## 一 問題提起

わが国の民法には物権的請求権そのものを認める規定は明らかに存在しないにもかかわらず、物権の性質から<sup>(1)</sup>当然、物権的請求権は認められるという立場をとっている。この点についての反対論は現在ない。

通常、妨害排除請求権について「所有権者以外の者が目的物を占有する以外の方法で所有権を侵害していると

きは、所有権者は、その者に対して所有権に基づく妨害排除請求権（所有物妨害停止請求権）を有する。妨害者に故意または過失があることを要しない。」と説明される。<sup>(2)</sup> その内容については、妨害者に「一定の行為（作為または不作為）を請求しうる権能である。（中略）妨害の除去を請求することである。」「妨害の存立が認められるためには、妨害される物ないし権利が現存してはならない。」との理解がその代表である（ここで注意しなければならない点は行使の要件として妨害される物ないし権利が現存することを挙げていることである）。妨害排除請求権で求める内容が何かは以上の内容から導き出すことはできないと考えられる。<sup>(4)</sup>

ローマ時代より *actio negatoria* <sup>(5)</sup> として認められてきている物権的妨害排除請求権の行使をめぐる問題の中でもっとも議論されているものの一つが、これから扱う妨害排除請求権の行使の範囲をいかなる範囲までとするかということである。

本論文で扱う妨害排除請求権の対象とする内容について検討する際に、これから見られるようにドイツ民法学の従来までの立法過程、判決と研究過程とを紹介、検討することは前記問題を検討する際、非常に有益な内容を含むと考えられるところから、以下ではドイツ民法編纂過程を取り上げ、次に判例、学説の順に紹介、検討する。

## 二 法典編纂過程での妨害排除請求権についての議論

### 1 第一委員会での議論

民法典編纂のための第一委員会では不法行為に基づく原状回復請求権と妨害排除請求権に基づく原状回復の区別について、「妨害排除請求権は単に客観的な権利侵害を前提とし、侵害を不法行為としてみなす事情が加わらなければ、前記権利侵害は損害賠償義務の理由づけとしては十分でない。この見解は被害者が賠償請求権を主張

する際、主観的な帰責性の証明を免除されないか否かの問題に仮決定をしているものではない。<sup>(6)</sup>とされている。

以上のことから第一委員会は、所有権の一部侵害から生ずる妨害排除請求権の要件と不法行為に基づく損害賠償請求権の要件とを原則的に同一と理解せず、「主観的な帰責可能性」のみを二つの概念の区別基準として論じているという事実が特記されるべきである。<sup>(7)</sup>

第一委員会での議論後、第一草案は次のように起草された。

九四三条「所有権者は占有を奪うまたは占有を渡さない以外の方法で、所有権を侵害する者に対し、侵害がなお続く限り、侵害の終了請求権を有する。所有権者は侵害がもはや続かない場合も、侵害を惹起させた者に対し、事情によりさらなる侵害を処理しなければならない限りで、さらに侵害しないよう、判決の言い渡しを求めることができる。<sup>(8)</sup>」

第一委員会で妨害排除請求権に関する前記九四三条の規定の仕上げに際し、いかなる基準が決定的に重要であったかを検討する。この場合、理由書の「まえがき」に注意しなければならない。なぜならば、まえがきにおいて妨害排除請求権の源である所有権の性質が論じられているからである。

まえがきによれば「絶対権のみが不法行為により侵害され、債務者の不履行は債権者に対し不法行為ではないというのが理由書の出発点である。<sup>(9)</sup>」「所有権はその内容にふさわしい事実状態を要求する。したがって他人の行為が適切な状態の回復を妨げる限り、他人に対し向けられる所有権者の上記状態の回復を求める権利が存在する。<sup>(10)</sup>」同「請求権は将来に対する適切な事実状態の回復を目的とする。権利内容に反する状態が他人の故意または過失ある行為によって惹起されたか（中略）は重要ではない。<sup>(11)</sup>」とされる。

以上、まえがきで論じられた内容の中で注目すべき点は、当請求権は妨害者の故意または過失を要件としない

ということである。

次に *actio negatoria* の本質について、「普通法上、法源では本質的に *actio confessoria* に対する対抗として現れた *actio negatoria* は所有物返還請求権と並んで見られる。普通法は返還請求権が根拠づけられない、あらゆる所有権侵害に対し妨害排除請求権を認める。(略) 同請求権の目的は所有権を侵害する状態の除去であり、心配される将来の侵害からの保護である。新しい立法は本質的に普通法の理論につながる。草案の出発点は妨害排除請求権は本質上、*vindikation* と同質であり、*vindikation* とは所有権侵害(その除去を求める)の方法のみが異なる<sup>(12)</sup>」としている。

以上を要約すると、妨害排除請求権の本質は、*vindikation* と同質であり、*vindikation* とは所有権侵害(その除去を求める)の方法のみが異なる、所有権を侵害する状態を除去することであるとする(だが侵害除去の具体的な内容の詳細は理由書では不明である)。

また妨害排除請求権の要件については、「同請求権の要件は単に他人の意思によって維持された状態の現在の、客観的な存続である。」<sup>(13)</sup>とする。

要するに、侵害された状態が現在もなお客観的に現実に存続していなければならぬ、つまり侵害された状態が終了してしまった場合には、妨害排除請求権を行使できないということである。

一方、義務者に負わされる履行内容の問題の重要性を強調しなければならぬとする。その内容は義務者に原状回復をさせることである。だが原状回復を除去請求権の内容とすると、同じ原状回復をその目的とする不法行為に基礎を置く原状回復請求権と同じ内容と考えられるところから、後者とは明白に区別しなければならぬとされる。<sup>(14)</sup>

原状回復は損害賠償給付の目的に役立つのではなく、賠償給付の形ではない。<sup>(15)</sup>

以上より理由書の立場は、妨害排除の内容は原状回復であるが、不法行為での原状回復、損害賠償給付の目的に役立つのではないと明言していることが注目される。

こうして先の第一草案九四三条は第二草案九一六条として次のように修正された。

「所有権が占有を奪われるか、あるいは保持される以外の方法で侵害された場合、所有者は妨害者に対し侵害の除去を請求できる。さらなる侵害が心配される場合、所有者はその不作為を求めて訴えることができる。」

## 2 第二委員会での議論

第二委員会では前記九四三条に「工場設備除去請求権は時効にかかる。時効は権利者が工場設備を知った時より開始する。」という規定を加えるよう提案されたが、否決された<sup>(16)</sup>。

その結果、最終的に妨害排除請求権は第二草案九一六条の文言そのまままで今日の<sup>(17)</sup>一〇〇四条として規定された。

「所有権が占有を奪われるか、あるいは保持される以外の方法で侵害された場合、所有者は妨害者に対し侵害の除去を請求できる。さらなる侵害が心配される場合、所有者はその不作為を求めて訴えることができる。」<sup>(17)</sup>

以上の起草過程の検討を通じて以下のように妨害排除請求権の内容を要約できると考えられる。つまり第一にその要件は故意または過失を要件としないこと、第二に不法行為責任と同じ原状回復を目的とするが、損害賠償給付を目的としないこと、第三に所有物返還請求権と同じ根拠ではあるが、所有権侵害の除去の方法が異なるという点である。

### 三 ドイツでの妨害排除請求権による妨害の範囲の理解

#### 1 判例の動向

判例の動向について学説はさまざまな理解があり、統一的な理解がない。そこで本稿は代表的な判例を挙げることでその動向を紹介しようと思う。

##### ① RGZ 127, 29

(事実) 被告 Y は一九〇九年まで自己の土地に高いボタ山 (工場プラントからの残さいと炭鉱からのクズを含む) を築いていた。原告 X の所有する線路の土手は上記ボタ山に直接隣り合っていた。一九〇九年から一九一四年までボタ山は線路の土手に向き合うように西側に置かれ、充填材として Y 社の鉱山のために大量に使われた。一九一四年に西のボタ山側が火災現場であることが判明した。その後、別の個所のボタ山も燃えだした。結局、火は一九二二年中頃 X の土手にも移り、それ以来、再三再四前記土手はいろいろな場所で燃えた。その際、電柱が焼け落ち、その後、土手が陥没した。ボタ山火災発見直後、Y は一九一八年まで消火のための試みをした。すべての試みはかなり費用がかかったが、一部は失敗し、一部は火をおおるのに寄与した。よって一九一八年以来、Y はそれ以上のすべての予防措置をとらなかつた。Y は火災によって線路の土手に生じた被害を除去した。だが一九二五年中頃以降、Y はあらゆる修復を拒んだため、X は自ら修復せざるをえなかつた。X の意図は Y が火災に対し何もせず、Y は § 823 I II …… § 1004 により火災の結果を除去する義務を負うということである。X の主張はボタ山の大部分は炭鉱クズからなり、また工場から出た燃えやすい材料を含む。ボタ山に熱い物質がまかれ、それにより火災が生じた。Y は消火のために不適切な物質を過失により使った。目的にかなつた処置をとれば、火災は直ちに消せたはずである。Y は訴訟提起まで火災による土手修復に七九〇〇 RM を使わねばならなかつた。

Xは利息を併せて上記金額を訴により要求した。YはXの主張とあらゆるVerschuldenを争った。つまりYに火災を処理するのは不可能であった。土手にボタ山を積み上げることによりXが同意していたことを抗弁として出した。さらに土手は同じ材料から成り、これにより土手火災は共同因果関係にあったと主張した。LGはXの訴を棄却。X控訴。支払い請求を拡大し、Yにボタ山火災により生じたさらなる土手侵害をYの費用で除去するか、侵害回避及び妨害除去のために要した費用を払う義務があることの確認を求めた。また予備的にボタ山の火災により土手にさらに生じ、また生ずるはずのすべての損害を賠償するYの義務の確認を求めた。OLGは控訴棄却。X上告、破棄差戻。

(理由) 一〇〇四条の請求は土手の毀損の除去も含み、毀損を除去しなければならぬXは毀損除去にかかった費用の賠償をもYに請求できる。火災の発生と拡大とが全くの偶然であり、Yの行為と意思とによるので、一〇〇四条の適用が排除されるというのは認められない。Yの意思と行為とが本件の状況を作り出したのである。

同条を二審の考えた狭い意味か、または広い上述の意味で理解するか、したがって本条に基づき物の完全な回復を求められるのか明確ではない。この問題に対する基本的態度を必要としない。なぜならば同条の意味での侵害とされる土手の火災の延焼は土手と鉄道施設での変化に直接関係する結果、一方の事象と他方の事象とを分けられない。火災は土手と鉄道施設の材料に燃え広がり、それにより直接、変化が生ずる。侵害は除去されるまでさらに進む。したがってこの変化、土手と鉄道施設の破壊は侵害であり、したがってYは同条によりこの破壊を除去する義務を負う。

以上、長々と引用したが要するに、破壊された箇所を再び使用できるように回復させることを一〇〇四条により求められるということを認めた判決であると評価するのは妥当な理解であると考えられる。<sup>(18)</sup>

② BGH NJW 2005, 1366 = JuS 2005, 751

(事実) 二〇〇二年六月三〇日の夕刻、詳細は明らかではない状況で被告人 Y の土地にあるガレージで炭化水素の液体があふれ、原告 X の所有する隣地に広がった。これにより汚染された歩道のタイル、ふち石、地層は管轄官庁の求めで除去された。汚染土壌の回復により X に九、一〇三八ユーロの費用が生じたので、その賠償を X は Y に求めた。一審は X の主張を認めず、二審は X が、土地汚染を Y の過失により惹起させたことを証明しなかったので、B G B 八二三条一項による損害賠償請求を認めなかった。また Y による所有権の侵害を認めたと、妨害者の除去義務は土壌汚染では、土壌汚染の除去と廃棄物処理に限定され、原状回復の意味での元の状態の回復を含まないという理由で X の主張を棄却した。B G H も結論的には X の主張を認めなかったが、二審と異なり、B G B 一〇〇四条の原状回復の内容は土壌汚染の除去に限られず、汚染された土地をその後の元の状態に戻すことも含むと判示した。

(判旨) B G H は所有権侵害を除去した所有権者は B G B 一〇〇四条により妨害者に対し妨害除去に必要な費用を請求できるとしたのは妥当である。また B G H は炭化水素による土壌汚染は一〇〇四条の意味での所有権侵害であると判示した点も妥当であるとする。だが一〇〇四条により土壌汚染に対する責任ある者の妨害除去義務は土壌汚染の片づけと廃棄物処理に限定され、したがってそれに関連する元の状態に土壌を戻すことを含まないとする二審の見解は適切でない。継続的所有権侵害の除去とは、所有権の内容にふさわしい状態の回復であり (Motive, S.423)、妨害原因の除去を含み、第一の妨害の除去により生ずる所有権侵害の除去も含む (なお以下で述べる Usurpationstheorie によれば、X の土地に Y の汚染物質が付合したため、Y は汚染物質の所有者ではなくなった結果、X 地を妨害 usurpation していないことに帰結するが、これを否定した)。たとえば、このことは隣地の樹木の根が下水管にからんだ場合、その樹木の根の除去が下水管を破壊せざるをえなければ、妨害者は新たな下水管を設置し

なければならぬ (BGH NJW 1986, 2640)。また樹木の根の除去のため、土地上にあるテニスコートまたは敷石舗装道路をはがさなければならぬければ、妨害者はテニスコートを回復しなければならぬ (BGH NJW 1997, 2234)。

一〇〇四条の意味での行為妨害者とされなければ、妨害者として責任を負わされることはないが、本件Yはその行為または意思活動とXの所有権侵害との間に相当因果関係により惹起された場合のみ責任を負うからであり、本件にはそのような関係がない。したがって二審の判断は正当であると判示した。

本判決の重要性は Picker 教授に代表される Usurpationstheorie に依拠しないことを明言したこと<sup>(19)</sup>、また所有権侵害と妨害者の行為または意思活動との相当因果関係にあること、さらに妨害排除の内容は汚染土地の除去に限られず、侵害された土地を元の状態に戻すことも含むと判示したことである。

以上の二判決から、BGHのBGB一〇〇四条の理解は、(1)単なる妨害の除去に限定されず、元の状態の回復も被妨害者は妨害者に対し請求できること、この場合、妨害源を除去することを超えていること、(2)妨害状態と妨害者の行為または意思活動とに相当因果関係のあることが必要であることが明らかにされたと考えられる。

なおドイツでの妨害排除請求権の範囲に関する学説の<sup>(20)</sup>、判例に対する理解は同責任を行為または物の状態と因果関係にある結果に対する責任義務 Einstandspflicht と理解する<sup>(21)</sup>。妨害者は妨害を惹起させたのであるから、侵害を除去しなければならぬ、その限りで因果関係論が問題となると説く (Lettl, JuS 2005, 872)。この判例についての理解は判例②の判示内容と一致する。さらに判例は妨害排除請求権の範囲の問題について統一的に判断されていない<sup>(22)</sup>、むしろ拡大させていると批判される<sup>(23)</sup>。前者の統一的でないという批判は、むしろ批判そのものが妥当ではないのではないかと考えられる。後者の内容を拡大させているとの批判は学説の一〇〇四条を狭く解する説からは拡大させているとみなされてもやむをえないと考えられる。

## 2 学説の動向

侵害とは何かの問題と除去の効果との関連についてどのよう理解するかについては、どの範囲まで侵害者に対し権利行使ができるかという問題であり、除去請求権の内容を考える場合、非常に重要な点である。除去請求権の範囲については見解の一致がない状況である。<sup>(24)</sup>

### (1) 再利用可能性説(通説)

再利用可能性説は前記判例の理解に従う。つまり再利用可能性説は上記の考え方の中でもっとも広い範囲の除去請求権を認め、除去請求権は利用可能性のある状態に回復させることをもその内容とする。<sup>(25)</sup>したがって同説によれば、原状回復請求をその内容とするところから、その効果は債務不履行／不法行為での効果である原状回復義務と競合することになる。そこで債務不履行／不法行為責任との区別をいかに理解するかがなお問題とされる。<sup>(26)</sup>

しかし通説に対する第一の批判は、たとえば単純な例で考えると、前所有者の埋めた有毒ゴミを後の所有者が除去しなければならない場合には通説は働かないと批判される。<sup>(27)</sup>なぜならば、当該土地の取得と除去すべき侵害とに因果関係がないからである。また因果関係は普通、必要な要件ではあるが、十分な責任要件ではないと批判される。<sup>(28)</sup>

さらに重大な第二の批判は本責任義務は自立した原則に基づくものではない、つまりその構造は要件上、効果上、主観的帰責性の責任設定の基準を弱め、また責任結果を制限的に形成しつつ、不法行為責任に対応している(つまり損害賠償責任の規定と基本的に矛盾することになる)。<sup>(29)</sup>このことは妨害排除責任を特に狭く解し、他方、阻害に当たるとしても、損害を制限する道具と化していると批判される。ここから発生する制限することの困難さは法的不安定に通ずる。つまり問題は区別すべき実質的根拠を欠くため、因果関係の場面では解決できないということである。因果関係をいかに制限しようとしても、有責性の原理との関係が残るということである。<sup>(30)</sup>

第三の批判は通説は所有権実現請求権を有責性の要件を放棄することで区別され、潜在的に競合する損害賠償請求権に変えているという点である。第四に理論的な関係、特に同請求権の物権的性質と vindikation との密接な親近関係を誤解しているという点、第五に通説を採用する結果、所有権侵害と損害との限界づけ、ないし妨害除去と損害賠償との限界づけが十分なされていないため、前記以上に法的不安定な状態となっているという点である<sup>(31)</sup>。

(2) Picker 説

通説に対し Picker の権利篡奪説 Usurpationstheorie は「所有者の権原が篡奪され、それにより権原者による物支配が制限されること」が侵害であると考え。一方、「除去とは妨害者が他人の所有権による事実上の権利主張を終え、自己の権利領域の限界内に戻ることにより、九〇三条による所有権原を回復させることである<sup>(32)</sup>」。その効果としての除去請求権の内容は他人の権利領域からの退却のみを含み、その領域内に妨害者または妨害物が依然とどまることになる。このことを具体例で考えると、自己の土地にある水道管が破裂して水が隣地に流れ出した場合、妨害者は当該水に対し支配的な地位を有さない<sup>(33)</sup>ので、水を除去するよう請求されない。そこで隣地の所有者は原因惹起者に対し八二三条、二四九条により隣地の所有者が有責である場合に限り、当該水をポンプで汲み出すよう請求できることになる<sup>(33)</sup>。したがって除去請求権が認められる範囲は継続的な性質を伴う妨害行為でなければならないので、認められる範囲は狭い<sup>(34)</sup>。

一方、この説によれば、不法行為による損害賠償請求権での損害と異なり「一〇〇四条にとり重要な所有権侵害とは第三者による所有権の行使により生ずる法的可能性の制限である。つまり侵害は物を自由に扱う所有権者の自由を損なう<sup>(35)</sup>」。

したがって Picker 説は独立した責任原則を明確にさせようとし、従来の因果関係説と反対に、損害賠償責任

と並行させずに、責任原則を構成する。前記のように侵害と損害との区別の困難さは見られない。実質的根拠、請求権の要件、二つの責任の目的が原則的に区別されているからである。<sup>(36)</sup> この点から妨害排除請求権の範囲を超えるあらゆる損害賠償請求は排除されるので、有責性の原則（不法行為に基づく責任）との衝突はない。

その限りで、Picker 説は、特に Motive の立場である、一〇〇四条の物権的性質と九八五条との密接な関係を重視し、<sup>(37)</sup> 帰責性の問題は初めから問題とならないと考えられる。<sup>(38)</sup>

しかし、この説に対しては次のように批判される。<sup>(39)</sup> 決定的批判点は妨害排除請求権は所有者が他人の所有権を侵害している当該物の所有権を放棄した場合、働かなくなるといふ点である。このことは前記判例②での付合の場面を想起すればわかる。たとえば、タンクローラーが他人の土地で横転して、ガソリンを流出させたような場合、Picker 説はタンクローラー車を取り除くのみで足りるのに対し、通説ではタンクローラー車のみでなく、ガソリンをも除去しなければならないと考えられる。<sup>(40)</sup>

### (3) actus contrarius 説

同説は反対訴権 actus contrarius として妨害源の除去を要求できるとする。つまり隣地の樹木の根が張り、自分の土地に入り込み、水道管に巻きつき水道管を破壊させ、水道水を流出させたような場合には、破壊された水道管を復旧させ、流出した水をも除去しなければならないと考える。<sup>(41)</sup> いわば、鏡に映った像と同じ行為を求めることが妨害排除請求権の内容であるとする。<sup>(42)</sup>

では、このような範囲で妨害者の責任を認める根拠をいずれに求めようとするのかを見ると、妨害排除請求権行使の際、有責性を省き、行為または物の状態に対する責任を認めようとするところから、ラレンツ／カナリス Larenz/Canaris は同「責任の性質を帰責の観点からみると正に危険責任に外ならない。」と評価する。「除去請求権を危険責任と位置づけると、扱いにくい危殆化責任に近くなり、危殆化責任との境界設定をしなければなら

ない。区別のきつかけは危険責任と真の損害賠償責任とを区別する特殊性のみであるとする。<sup>(43)</sup> 特殊性とは要件面では侵害の継続性、法律効果の面では妨害除去義務に厳格に制限されていることにある。ここから有責性要件を放棄することが正当化される。というのは被妨害者が侵害を認容する必要がない場合、厳格な、つまり有責性と無関係な除去義務を確立することが首尾一貫させる命令である。「除去請求権を危殆化責任に接近させても、広範囲な有責性と無関係な責任義務の方向に作り替えることは許されない。なぜならば、有責性と無関係な責任義務に作り替えると、不法行為法上の有責性要件の裏と、危殆法の列挙主義の裏をかくおそれがあるからである。かえって継続的な妨害の真の除去と過去の損傷に対する賠償との重要な限界をつける必要性が、請求内容を狭く解することで、考えられる。この目的に沿って一〇〇四条の請求権は妨害の *actus contrarius* に向けられ、したがって単に第一次妨害源の除去をその対象とするとの見解がもつとも妥当である。<sup>(44)</sup>」と主張する（したがってたとえば、X所有の樹木が隣地Yに倒れた場合、一〇〇四条によりYは樹木のみを除去を求められ、倒木により破壊された物または負傷した人の治療費を賠償させることはできないと考える）。

妨害排除請求権の法律効果は、原状回復を目的とし、妨害排除請求権は前述の有責性の要件を必要としないから、原状回復の内容を厳格に解し、第一次妨害源の事実上の除去それ自体を要求できるのみである。<sup>(45)</sup> このように厳格に解する目的は、そうでないと不法行為および危殆責任の要件の裏をかかれるおそれがあるからである。

しかし同説は次のように批判される。第一につまり妨害者は鏡に映った像と同じ範囲の除去義務を負うという観念自体のあいまいさが付きまとう点である。<sup>(46)</sup> 第二に同説は一〇〇四条一項一文と全く適合しない点である。

#### 四 結論——妨害排除請求権に基づく原状回復の範囲

妨害排除請求権に基づく原状回復請求権と不法行為に基づく原状回復請求権とを限界づける問題は、ドイツではかなり議論の対象となっており、決定的な解決に至っていない<sup>(47)</sup>。

妨害排除請求権に基づく原状回復をいかに解するかについて、通説は再利用可能性のある状態に戻すことをその目的とする<sup>(48)</sup>と解する。これに対し有力説である Picker 説は権利篡奪論を基礎として妨害者による篡奪を終了させることをその目的とすることであった。Picker 説は前述のように Motive の立場を根拠とし、所有権に基づく返還請求権と妨害排除請求権との根元の同一性をその主な根拠とする。つまり妨害排除請求権と vindikation とは所有権侵害の（除去を求める）方法のみが異なる<sup>(48)</sup>。なお actus contrarius 説は actus contrarius の内容が非常にあいまいな内容であるため、同説に依拠することはできないと考えられる。

第一に、しかし妨害排除請求権の本質は、vindikation と同質であることを根拠として、vindikation と同様に解さなければならない必然性はなく、また同じに解した結果、妥当でない結果をもたらすことを避けなければならない。権利篡奪を停止させることを目的とするのが vindikation であり、たとえば、妨害者の所有する物自体を被妨害者の支配内から除去させるとしても、その妨害者の所有する物から流出した汚染物質が被妨害者の土地に付合したことで、妨害者の所有物でなくなった結果、既にその限りで権利篡奪状態ではないとすることの妥当性についてはなお疑問とされる。

第二に、通説に対する最大の批判は損害賠償請求権との限界づけをどのように画するかという問題である。つまり損害賠償請求権の内容としての原状回復請求権と妨害排除請求権に基づく侵害の排除の内容とを同一の原状回復請求権、すなわち再利用可能性をその目的とすると、有責性要件を不要とする妨害排除請求権により不法行

為に基づく原状回復請求権を実現させてしまふ抜け道を作ってしまうという点である。

ところで妨害排除請求権の目的は以前の所有権の状態に戻すことであつて、なお所有権侵害に基づく損害賠償（損害項目として逸失利益など）を請求することを目的としてはいない（このことは第三章1判例の動向を参照）。通説は損害賠償請求としての原状回復を請求することを内容とする。とすれば、不法行為法上の原状回復と妨害排除請求権での妨害の排除の内容が同じものとなりかねない。妨害の除去は妨害から生ずる損害の賠償と同じではない（だから有責性をその要件とする）。損害賠償は原状回復をその目的とするが、有責性を要件とする結果、妨害排除よりも認められにくいと考えられる。したがつて妨害排除請求権の内容は常に妨害自体に厳格に制限されねばならないし、妨害から生ずる結果をもその対象とすることは避けねばならない<sup>(49)</sup>。したがつて①判決が土手修復費まで認めたことは不当であり、②判決が土壤汚染の除去と廃棄物処理以上に、汚染された土地を元の状態に戻すことまで認めたのは損害賠償をも認めたのと同じ効果であるため、正当ではないと考えられる。

以上により通説の認める妨害排除請求権の効果は所有者に妨害以前の状態に戻すこと、つまり再利用可能性のある状態に戻す立場は妥当でなく、妨害の除去をその目的とする立場が妥当である<sup>(51)</sup>（再利用可能性まで認める結果となるのは妨害と因果関係に立つ限りでの妨害結果まで認め、因果関係概念を基準とするところから損害まで拡大されてしまふからである）。

筆者は、慶應義塾大学法学部を二〇一二年三月末に定年退職される斎藤和夫教授に、拙い本論文を感謝をもって捧げる。

- (1) 広中俊雄「物権法 第二版増補」(一九八七) 二六三ページ。
- (2) 前掲・広中二六三ページ。
- (3) 舟橋諄一「物権法」(一九六〇) 二六六ページ、四七七ページ以下。

- (4) 石田穰「民法体系(2) 物権法」(二〇〇八) 八三ページはその内容は所有権の妨害の解消であるとするものなお不明確さは残る。なお判決では下水溝の存在していた土地を取得したXがYにより当該下水溝が埋め立てられたので、その原状回復を求めた事件で、下水溝がYの埋立により消失したとしても下水溝を含む当該土地をなおXが所有する以上、下水溝埋立前の原状回復を請求できると判示する(大判大四・一二・二民録二一・一九六五)。
- (5) 船田亨二「ローマ法 第二卷」改版(一九六九)五二八ページ。否認訴訟と訳されている。まさに侵害者の役権を否認するところからこう名づけられたが、現在では物権的妨害排除請求権を指すと考えられる。
- (6) Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Bd.4, S.854.
- (7) Kawasumi, Von der römischen action negatoria zum negatorischen Beseitigungsanspruch des BGB 2001, S.111.
- (8) Mugdan, Die gesammte Materien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.3, S.XXXVI.
- (9) Motive zu dem Entwurf eines. Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Band, 1896, S.392.
- (10) Motive, S.392f, 423.
- (11) Motive, S.392.
- (12) Motive, S.422.
- (13) Motive, S.423.
- (14) Motive, S.425. なお両制度をどのように区別するかの問題は特にドイツでは重要かつ微妙な問題である。一方、わが国は不法行為制度は原状回復を目的としないため、一応区別されるのであるが、原状回復の中身としてどのような内容とするかがわが国でも問題とされる。
- (15) Motive, S.425.
- (16) Mugdan, Bd.3, S.697. なお Kawasumi, a.a.O., S.117 参照。
- (17) Kawasumi, a.a.O., SS.117f. 参照。
- (18) Baur/Stürner, Sachenrecht 18. Aufl. 2009 §12W1Rn.7.20.
- (19) Schmid, JuS 05.751(753).
- (20) Bamberg/Roth, Kommentar zum Bürgerlich. Gesetzbuch, Bd 3 2. A(2008); Baur/Stürner, a.a.O.; Bönninghaus/Rit-

- ter, Sachenrecht I 2010; Brehm/Berger, Sachenrecht 2. A 2006; Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB Sachenrecht. Bd 3 2. A 2008; Ermann, BGB 12. A 2008; Gottwald, PRÜFE DEIN WISSEN Sachenrecht. 15. A (2010); Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht. 12. A (2008); Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht 6. A (2010); Katzenstein, AcP 211(2011) 58; Kawasumi, Von der römischen action negatoria zum negatorischen Beseitigungsanspruch des BGB 2001; Lange/Schiemann, Fälle zum Sachenrecht. 6. A (2008); Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 13. A (1994); Lüke, Sachenrecht 2009; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht. 22. A(2009); Münch/Komm/Medicus §1004 4. Aufl (2004); Münch Komm BGB/Baldus §1004 5. Aufl (2004); Neef, BGB II: Recht der beweglichen Sachen 2010; Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch 1972; Prütting, Sachenrecht 34. A (2010); Schaffrin, Sachenrecht I 2001; Schwabe, Sachenrecht Lernen mit Fällen 6. A (2010); Soergel/Mühl 12. A (1990); Soergel/Münch, 13. A (2006) §1004; Staudinger/Gursky, BGB [2006]; Vieweg/Werner, Sachenrecht. 4. A (2010); Vieweg/Regentfus, Examinatorium Sachenrecht. 2. A (2011); Weber, Sachenrecht I Bewegliche Sachen. 2005; Wenzel, Zivilrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zur Abwehr von Umwelteinwirkungen im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland 2005; Westermann, Sachenrecht I 7. A (1998) (Bearbeiter: H. P. Westermann, Gursky, Eickmann); H.P. Westermann, BGB-Sachenrecht II. A (2005); Wieling, Sachenrecht Bd.1 2. A. 2006; Wilhelm, Sachenrecht 4. A (2010); Wolf (Manfred)/Wellenhofer, Sachenrecht 25. A(2010).
- (21) Kaztenstein, a.a.O., S.60f; Lettl, a.a.O., S.872; Wilhelm, a.a.O. Rn.13 66 妨害関係責任の発展と解決の解。
- (22) Larenz/Canaris,a.a.O., S.694 参照。
- (22) Wenzel, a.a.O., S.131.
- (23) Münch Komm BGB/Baldus, Rn.105; Münch/Komm/Medicus, Rn.105.
- (24) Katzenstein, a.a.O., S.60.
- (25) Wolf/Wellenhofer, a.a.O., Rn.24 37.
- (26) Medicus/Petersen, a.a.O., Rn.629.
- (27) Larenz/Canaris, a.a.O; Lettl, a.a.O., S.872.

- (28) Larenz/Canaris, a.a.O.
- (29) Wilhelm, a.a.O.
- (30) Katzenstein, a.a.O., S.74.
- (31) Gursky, JZ 1996, 1682(1684).
- (32) Picker, a.a.O., S.82; S.129. なお Lettl, JuS a.a.O., S.872。この説は、たとえば A の所有する樹木が隣地の B の土地に倒壊した場合、B は自己の土地に倒壊した A の樹木の撤去を請求できるが、樹木の倒壊により B の樹木が破壊されても、破壊の原状回復までを求めることはできないことになる（同旨、根本尚徳「差止請求権の理論」(二〇一一)一八五ページ)。また家の自動車泥棒が自己の盗んだ自動車を他人の土地に放置した場合、その泥棒はもはや妨害者ではなく、当該自動車の所有者が妨害者となる。なぜならば、当該自動車の所有者の所有権が当該土地にあるからである (Picker, a.a.O., S.130. Wilhelm, a.a.O., Rn.1366; 1379 が Picker 説を Habenshaftung と呼ぶのは正に的を射た表現であると考えられる)。
- (33) Brehm/Berger, Sachenrecht, Rn.7. 29.
- (34) Prütting, a.a.O., Rn.573a; Wolf/Welnehofer, a.a.O., Rn.24 37.
- (35) Picker, a.a.O., S.51. なお早法八二・一・一七九ページ以下（根本尚徳）参照に対し、「八二三条（不法行為の規定―筆者注）において事実上の可能性、つまり利用の真の可能性の制限で十分とされる」Picker, a.a.O.。なお前掲・根本一八三ページ。
- (36) Katzenstein, a.a.O., S.81.
- (37) Motive, S.422. 第 2 章参照。なお Wilhelm, a.a.O., Rn.1380。前掲・根本一八二ページ。
- (38) Lettl, a.a.O., S.872.
- (39) Larenz/Canaris, a.a.O., S.696.
- (40) Bamberg/Roth, a.a.O., Rn.58 (Fritzsche).
- (41) Baur/Stürner, a.a.O., Rn.20. 44 Brehm/Berger, a.a.O., 729。
- (42) Soergel/Münch, a.a.O., Rn.302.

- (43) Larenz/Canaris, a.a.O., S.697.
- (44) Larenz/Canaris, a.a.O., S.698.
- (45) Larenz/Canaris, a.a.O., S.700.
- (46) Soergel/Münch, a.a.O., Rn.303.
- (47) Wenzel, a.a.O., S.130.
- (48) Motive, S.422.
- (49) Prütting, a.a.O., Rn.577.
- (50) Prütting, a.a.O.
- (51) Prütting, a.a.O.