

~~~~~  
翻 訳  
~~~~~

エドアルト・ピッカー著『物権的妨害排除請求権』(9)

Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch

川 角 由 和

<目次>

序説 妨害排除と損害賠償との関係 (S. 18-24)

第一章 妨害者概念をめぐる今日の学説状況 (S. 25-48)

第一節 ネガトリアの因果関係を責任根拠とする学説 (S. 25-40, 龍谷法学37巻2号)

第二節 「保持意思」を責任根拠とする学説 (S. 40-47)

第三節 「所有権の義務づけ効力」を責任根拠とする学説 (S. 47-48)

第二章 ネガトリア責任の根拠としての所有権妨害 (S. 49-127)

第一節 ドイツ民法1004条の要件とされる権利侵害の本質 (S. 49-81)

一 ネガトリア請求権の要件範囲を限定するものとしての「妨害」概念 (S. 49-54)

二 所有権妨害の諸ケースにおける特別な権利保護の必要性 (S. 55-61, 龍谷法学37巻3号)

三 アクチオ・ネガトリアの歴史的展開とそれが歪曲された歴史的な諸原因 (S. 61-81、龍谷法学37巻4号)

第二節 ドイツ民法1004条の要件としての権利侵害の事例グループ (S. 82-113)

一 所有権妨害の諸形態 (S. 82-94、龍谷法学38巻1号)

a) 他人の行為による所有権妨害 (S. 82-90)

b) 物の状態に基づく所有権妨害 (S. 91-94)

二 ドイツ民法1004条に基づく権利保護の、所有権の限界規定への被拘束性 (S. 95-113)

- a) 序論 (S. 95-96)
- b) 妨害源たる施設に対する所有権者のネガトリア責任 (S. 96-102、龍谷法学38巻4号)
- c) 妨害源たる自然力に対する所有権者のネガトリア責任 (S. 102-108、龍谷法学39巻2号)
- d) いわゆる「消極的な影響関係」に基づく所有権者のネガトリア責任 (S. 108-113)

第三節 妨害物の所有権帰属変更を根拠とする妨害の消滅 (S. 113-127)

- 一 所有権放棄に基づく妨害の消滅 (S. 113-116、龍谷法学40巻1号)
- 二 妨害物と被妨害物との附合に基づく妨害の消滅 (S. 116-127、龍谷法学40巻3号)

第三章 ネガトリア請求権の相手方 (S. 128-156)

第一節 他人の所有権を自己のために行使したことを根拠とするネガトリア責任 (S. 128-146)

- 一 ネガトリア請求権の相手方としての「妨害者」 (S. 128-131)
- 二 「状態妨害者」の人的グループ (S. 131-146、その1=S. 136まで本号)

第二節 第三者による所有権妨害に対するネガトリア責任 (S. 146-156)

第四章 ネガトリア的妨害排除請求権の内容と

妨害者の排除義務・費用負担義務をめぐる法規制 (S. 157-170)

第一節 ドイツ民法1004条第一項第一文に基づく責任の内容と範囲 (S. 157-165)

第二節 立法者による目的適合的判断の帰結としての妨害者個人の自己費用負担による妨害排除とその法規制 (S. 165-170)

第五章 ドイツ民法1004条に基づく責任の「不法性」をめぐる問題 (S. 171-184)

第一節 序論 (S. 171-172)

第二節 ネガトリア責任の要件としての「行為の違法性」 (S. 173-181)

第三節 ネガトリア責任の要件としての物的状態の「不適法性」 (S. 181-184)

第三章 ネガトリア請求権の相手方 (Der Gegner des negatorischen Anspruchs)

第一節 他人の所有権を自己のために行使したことを根拠とするネガトリア責任

一 ネガトリア請求権の相手方としての「妨害者」

1. ドイツ民法1004条は、「妨害者」("Störer") に対して妨害を排除する義務を負わせている。しかし、ヨホウの部分草案¹によっても、また第1草案943条によっても用いられなかった(「妨害者」という)義務者の表示を、制定法が選択したことは、あまり適切なことであったとは言えない。その(「妨害者」という)義務者の表示は、むしろ、ある攻撃的な行為様態 (ein aggressives Verhalten) が相手方の責任を根拠づける要件モメントであるかのような外観を想起させる。そのように理解されてしまえば、その(「妨害者」という)義務者の表示はネガトリア責任にとって重要な要件事実のほんの一部に関連づけられることになってしまうだろう。しかもそのことによってその(「妨害者」という)義務者の表示は、このネガトリア要件事実を不正確に示すことになるであろう。言い換えるならば、その(「妨害者」という)義務者の表示は、行為とは無関係な物的状態によって条件づけられている妨害 (die von einem Handeln unabhängige, durch sachliche Zustände bedingte Beeinträchtigung) を把握することはできないであろう。ことにすでにヘルダー²が的確にそれを指摘したように、隣地の状態によって生み出された妨害 (die durch den Zustand des Nachbargrundstücks hervorgerufene Störung) を把握することはできないだろう。

さらにこの(「妨害者」という)義務者の表示は、ヨホウの部分草案³で提起された

1 Vgl. die §§ 205-209 des Teilentwurf von Johow, abgedruckt im 1. Band S. 34 f. — (訳者注) このヨホウ草案ネガトリア規定は、拙稿・川角「ドイツ民法典におけるネガトリア請求権(1004条BGB) 形成史の基礎研究——ヨホウ物権法草案前史ならびにその基本構造を中心に——」龍谷法学30巻1号(1997年) 51頁注(57) にその翻訳を試みている(205条から209条まで)。

2 E. Hölde, Über Ansprüche und Einreden, AcP 93, 21. ヘルダーの見解によれば、BGBの起草者たちがネガトリア請求権の相手方を「妨害者」("Störer") として表示したことによって彼らがネガトリア請求権の物権法的性質 (die dingliche Natur des (negatorischen) Anspruchs) を見誤った、とされる。

3 Vgl. §§ 206, 207 des Teilentwurfs. その規定はいずれも、裁判官によって禁止されるべきところの隣人の継続的な権利簞奪的行為様態にだけ (nur das fernere rechtsanmaßende

定式によって保証され、第1草案の理由書⁴でもその表現をみたような一義性をもってただ妨害をなす行為だけ (nur das störende Handeln) が「妨害者」を性質決定するのであって、これに対しその行為の結果 (dessen (=Handelns) Erfolg) がそれを決定するのではない、ということを明晰に示すことはできないであろう。実際のところ、ひとはその誤解され、あまりにも窮屈なものとなった概念に直面して、制定法を補完しなければならない (das Gesetz ergänzen zu müssen) と考えるようになった。というのも、その「妨害者」に対して妨害物の所有者や保持者を責任者のさらなる展開的カテゴリーとして対置した (man dem "Störer" den Eigentümer oder Inhaber der störenden Sache als eine weitere Kategorie von Haftenden gegenüberstellte") からである⁵。とはいえ (必ずしも妨害物の所有や保持という客観的状态に目を向けるのではなく)、ひとは全く圧倒的にBGBの起草者と同様に考え、よってまさしく後者の「保持者」を「通常」("regelmäßig") 義務者として「妨害者」概念のもとに包摂したのである⁶。「妨害者」概念がネガトリア責任の義務者

Verhalten des Nachbarn) 関係している。Vgl. auch Planck-Brodmann § 1004 Anm. 3 (S. 614).

4 Vgl. Motive III S. 424. この点については本書 (原書) 79頁以下 (龍谷法学37巻4号 (2005年) 44頁以下の拙訳) 参照。

5 Vgl. z. B. RGZ 45, 297 (298), Urteil vom 28. Februar 1900; ferner RGZ 103, 174 (175), Urteil vom 12. November 1921. ことに後者の判決では、1004条に基づく請求権はなるほど妨害者を相手方としているが、しかしその請求権は妨害の排除に向けられている (der Anspruch aus § 1004 gehe zwar gegen den Störer, er sei aber gerichtet auf Beseitigung der Beeinträchtigung) とされる。——〔訳者注〕この判決はその文章に続けて次のように言っている。すなわち「あるいはその請求権は、第一草案理由書 (第3巻、424頁) が言うように、所有権の継続的妨害の廃棄にも向けられている」 (oder wie die Motive (Bd. 3. S. 424) besagen, auf Wiederaufhebung einer fortbestehenden Beeinträchtigung des Eigentums) と。こうして結局のところネガトリア請求権が「その者の意思によって他人の所有権内容と矛盾する状態が保持されるところのその者に対して」 (gegen denjenigen, durch dessen Willen der mit dem Inhalte des fremden Eigentums in Widerspruch stehenden Zustand aufrecht erhalten wird) 向けられるとして、いわゆる「保持意思責任」原理の立場を鮮明にしている。——Vgl. auch Heinz Stönnner, Voraussetzungen, Inhalt und Vollstreckung der Eigentumsfreiheitsansprüche des § 1004 BGB, Heidelberger Dissertation, 1934, S. 31.

6 Vgl. Motive III S. 425 und S. 236. そこで理由書は、不当に土地登記簿に登記された者を「妨害者」として示している。Vgl. ferner etwa Planck-Brodmann § 1004 Anm. 3; K. Pleyer, Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum, AcP 156, S. 300. ——〔訳者注〕前注5の訳者注も参照されたい。

にはふさわしくないということを、ひとはBGBの起草者たちが行ったのと同様に（妨害状態の）保持に向けられた意思というフィクション（die Fiktion eines auf Aufrechterhaltung gerichteten Willens）を通じて隠蔽した。そして、それがフィクションであるのはなぜかという、ひとがもっぱら物の法的権能の力によって責任を負う者の被告適格性（die Passivität des kraft seiner Sachzuständigkeit Haftenden）を一種の攻撃的な態度（eine aggressive Haltung）として改変的な解釈をしているからである。なるほど支配的見解による「妨害者」概念の解釈の帰結においては、支配的見解に従うわけにはいかない。ただし、支配的見解がこの解釈をなす際に用いる柔軟性の点では支配的見解に従うことはできよう。ともあれ、その言葉から追加的に措定された（保持意思責任などの）制限は顧慮されるべきではない。ネガトリア責任の相手方を余りにもありありと具体的に記述することによって、この相手方をただもっぱらネガトリア訴権の本質に即して決定づけること（diesen [den Gegner] allein nach dem Wesen der negatorischen Klage zu bestimmen）が妨げられてはならないのである。

ひとが本書で示される妨害に関するわれわれの見解に従うならば、責任を負う者が誰であるかを確認する作業は、もはや支配的見解が示すような中心的問題ではなくなる。ネガトリア請求権の相手方は、ネガトリア責任を呼び起こす事実関係そのものによって決定される（Der Gegner des negatorischen Anspruchs ist bestimmt durch den Tatbestand, der die negatorische Haftung auslöst.）。妨害の本質が所有権者の側で被る法的な力への不利益、つまりは第三者の権利僭称（die Rechtsusurpation eines Dritten）によって条件づけられているところの不利益に存するとするなら、ネガトリアの防御請求権の名宛人（相手方）たりうるのは、ただ所有権者の権能を篡奪している者（wer die Eigentümerbefugnisse usurpatiert）だけであり、すなわちその者の行為によって、あるいはその者の物の状態によって他人の権利をわがものとして行使し、そのことによって権利者による物支配の行使を妨げている者（wer durch sein Handeln oder den Zustand seiner Sachen das fremde Eigentum für sich in Anspruch nimmt und dadurch der Ausübung der Sachherrschaft durch den Berechtigten im Wege steht）だけである。言い換えるならば、制定法によって表示されている「妨害者」（der “Störer”）とは、ネガトリア請求権の「論理

的な相手方」(der “logische Gegner” des negatorischen Anspruchs) にほかならない。

1004条のネガトリア責任に関するわれわれの考え方を明らかにするために、損害賠償義務 (die Schadensersatzverpflichtung) をその対立物 (Gegensatz) として捉え、不当利得責任 (die Bereicherungshaftung) をその類似物 (Analogon) として捉えることは、責任者の人格 (die Person des Haftenden) に関してもまた適切なことである。すなわち、損害という不利益を調整するというより広範な結果が問題であるとしたなら、その限りで誰でも任意の者 (jeder Beliebige) が「給付をなしうる」(“leistungsfähig”) のであって、それゆえ一人の特定化された者 (ein Bestimmte) に義務づけをなすためには特別な責任根拠によってその者の責任を正当化すること (die Rechtfertigung seiner Verantwortlichkeit durch besondere Zurechnungsgründe) が必要となる。これに対して制定法が812条において態度表明しているように、被侵害者から剥奪された財産客体の利益を被侵害者ら奪い取るという限定された目的を追及する場合、あるいは1004条に関するわれわれの考え方にそくしてそう言えるように、権利篡奪的な地位に立つという客観的事実のもとたす利益をその権利篡奪者から奪い取るという限定された目的を追及する場合に、必然的に顧慮される人格はただ、あれこれの物を権利者から不当に奪い取っている者だけであり、したがってその財産の不当な増大を剥ぎ取られるべき者あるいはその篡奪的な権利領域を矯正されるべき者だけである。ひとが干渉作用を受けた者の損失 (der Nachteil) にその考察視点を向ける限りで、あたかも必然的であるかのごとく、妨害者の決定はその帰責根拠 (Zurechnungsgründen) にそくして行われる。それに対して、妨害 (die Beeinträchtigung) が相手方によって篡奪された地位 (die von dem Gegner usurpierten Position) に求められる場合には、妨害者の決定はこのような帰責根拠を基準とすることなしに自明なこととなる。これを言い換えるならば、「妨害者理論」(Störer-Theorie) が展開してきた強制 (der Zwang)、すなわち (ネガトリア責任においても) 必然的に帰責根拠を基準とするという考え方は、1004条で肝心なことが「ズレた法的地位を正しくもとに戻すこと」(das Zurechtrücken verschobener Rechtsposition) であって、決して (損害賠償としての) 原状回復 (Wiedergutmachung) ではないことが認識されるや否や、吹き飛んでしまうのである。

2. かくして1004条の意味での妨害者とは、彼の行為によって他人の所有権に干渉作用を与えた者のことをいう。彼があたかも権利者のごとくに自分のために他人の所有権を利用する場合もうそうであるし、彼がもっぱら所有権の実体に加害的に作用を及ぼす場合も、そうである。ただし、行為者が妨害者であるのは、侵害が行為として継続する限りでのことであるにすぎない (aber nur so lange, als der Eingriff als Akt andauert)。このことは、すでに本書で強調されたように、干渉的行為が中断することなく現実化していなければならないということを意味しない。むしろ、彼の外観上独立した侵害行為がある意味的連関 (Sinnzusammenhang) によって一つの「行為態様」(ein "Verhalten") を拘束的に生み出している場合には、その者は現在の継続的行為によって妨害している、と言える。したがって、毎晩のように彼の騒々しいダンスホールを営業している店主も妨害者であるし、同様に日常的に他人の土地を自動車の出入り口として利用している隣人も妨害者である⁷。しかし、その現在継続している行為という制限 (die Beschränkung auf das gegenwärtig andauernde Tun) が意味するのは、権利篡奪的な活動がその者の行為態様 (Verhalten) として廃棄されるや否や妨害者としての特性 (die Störereigenschaft)、したがって被告適格性 (die Passivlegitimation) もまた消滅する、ということである。行為によって相手方 (干渉作用を受ける者) の側で妨害を意味する物的な状態が作出される場合にも同じことが当てはまる。このような妨害の除去義務を負うところの妨害者は、その原因をなす先行的な妨害とは無関係に確認されなければならない。因果的関連性はいかなる意味ももたない。決定的であるのは、ただ、今まさに現存する状態によって他人の権利を行使する者は誰か、ということだけである (Entscheidend ist allein, wer infolge des nunmehr bestehenden Zustands das fremde Recht in Anspruch nimmt.)。それゆえ、たとえば泥棒Cがその所有者Aから盗んだ乗用車を他人Bの土地に乗り捨てた場合には、Cは彼の (乗用車利用) 行為が終了すると同時にもはや妨害者ではないのであって、以後1004条に基づく義務を負うことはないのである。いまや妨害者はその乗用車の所有者Aとなる。なぜならAの所有物が他人Cの所有地上に重なって存在するからである。

7 Vgl. BGH NJW 1967, S. 246, Urteil vom 11. November 1966.

したがって、今日いっばんに考えられているように、ひとが「行為妨害者」(“Handlungsstörer”)について語り、それを——以下詳しく示されるところの——「状態妨害者」(“Zustandsstörer”)と区別することはありうることも知れない。それでもって支配的見解は法的に意味のある差異化を図ろうとする。しかし、そのような法的に重要な差異化が、それによって実現されることはない。行為妨害者であれ状態妨害者であれ、いずれも他人の所有権を行使するという点で共通するのであり、ただ外観上、その種類と態様にそくして (lediglich äußerlich nach Art und Weise) 違いがあるというにすぎない。ひとが行為妨害者と状態妨害者とに分けることによって、それぞれについて異なった責任根拠があると主張するところの法的な差異 (der juristische Unterschied) など存在しない。いずれの場合であっても法的地位のズレ (die Verschiebung der Rechtsposition)こそ、ネガトリア責任の根拠にはかならないのである。ところが一般にひとが行為責任と状態責任との間で作り出している基本的な断絶線は、実際のところ支配的見解によって操作可能にされた行為責任 (die von der h. M. praktizierte Handlungshaftung) をたどって描き出されたものにすぎない。いずれも (結局は行為責任として) 同質的な法制度 (homogenes Rechtsinstitut) だと解されてしまう。すでに本書でも指摘したように、この点にこそ、妨害者と惹起者 (Störer und Verursacher) とを責任者に関する二つのカテゴリーとして等置してきた理由が存在する。しかしながら、それら二つの責任は、責任根拠と責任対象にてらして本質的に異質なものであり (nach dem Grund und dem Gegenstand ihrer Haftung wesensverschieden sind)、それゆえそれらはそれぞれ全く異なった規範に包摂されるべきもの、と言うべきである。すわわち、妨害者 (Störer) としては1004条に、侵害の惹起者 (Verursacher der Verletzung) としては823条に。

物の状態に条件づけられた妨害が存する場合には、妨害物によって他人の所有権を自分の権利領域と重なり合わせた者 (wer vermittels der störenden Sache das fremde Eigentum mit seiner Rechtssphäre überlagert) が、ネガトリア的防御の相手方 (妨害者) となる。このことは、妨害物が法的に帰属する者なら誰にでも当てはまることである。言い換えるならば、このような法的帰属の力によって (kraft dieser Zuordnung) あらゆる第三者が妨害物への干渉作用から排除されているわけである

から、一方で妨害者は被妨害者の所有権領域における保護された空間をいわば占領している (innehat) ことになり、他方で被妨害者は所有権者としての彼の自由を制約されている (seine Freiheit als Eigentümer beschränkt ist) ことになるからである。したがってこれを一つの短い定式にまとめるならば、物に条件づけられた妨害のケースにおける妨害者とは、妨害物への干渉作用に対して彼のサイドで法的に保護された者すべてをいう。被妨害者のネガトリア請求権は、妨害者のネガトリア的保護を封じ込めるための法的手段以外のなにものでもない (Der negatorische Anspruch des Gestörten ist nichts anderes als das rechtliche Instrument, den negatorischen Schutz des Störers zu überwinden)。そしてBGBの立法者は、このような法的手段を首尾一貫して次のように形づくった。すなわち、妨害物を矯正することが被妨害者との関係で妨害者に委ねられている (es bleibt im Verhältnis zu dem Gestörten dem Störer überlassen)、と。したがって、より一般化してこれを表現するならば、物の法的帰属 (die Zuordnung der Sache) とは、その物をそれ自体の法的限界の内部において保持する物的権限と一致する⁸。

8 Vgl. auch Hölder, Über Ansprüche und Einreden, AcP 93 (oben Fn. 2), S. 40. なお、この点につき本書第4章以下も参照されたい。——ところで、ひとが現実の妨害事例について論及する際に、ときおり本書の見解と合致した妨害者の判断基準を敏感に察知することがある。しかしそれにもかかわらず、ひとは帰責根拠とりわけ因果責任原理 (Kausalprinzip) にしがみつ়くことが不可能であることを見落としてきた。このことは実に驚くべきことである。そのよい見本がシュテンナーの作品である (Stöner, Voraussetzungen, Inhalt und Vollstreckung der Eigentumsfreiheitsansprüche des § 1004 BGB (oben Fn. 5))。彼はあるていど経験的に (gewissermaßen empirisch)、次のような結論にいたっている。すなわち、所有権自由を回復するために他人の権利を行使する必要性があるからこそ、その権利の保有者をネガトリア請求権の相手方として示すことが必要なのだ、と (Stöner, S. 32 f., 34 f.)。シュテンナーはまた、この場合に惹起 (Verursachung) ではなく、「とりわけ」(“vor allem”) 上記の判断基準 (所有権自由回復のための他人の権利行使) が必要となることも認識している。それにもかかわらず彼は、因果責任原理が妥当することに対してはいかなる疑念も抱いてはいないのである (Stöner, S. 31, 34 f.)。ちなみに、彼の萌芽的ながら正しい見解も展開されないままであった。その際、彼は次のように自己弁護している。すなわち、なるほど所有権者がそのものとして (als solcher) ネガトリア的に責任を負うのであるが (Stöner, S. 27, 38.)、その理由は、物をその者の利益において使用する現実の物利用者だけが除去義務を負うべきであるからだ、と (Stöner, S. 34 N. 12.) ——これこそは流布した危険責任思想 (der verbreitete Gefährdungsgedanke!) にほかならない。

妨害物についての「権利継承者」(*Rechtsnachfolger*)の責任に関しては、すでに指摘したように——支配的見解と異なって——当該責任を肯定することになら問題はないことだけ確認しておけば十分である。すなわち、(妨害物に関する)現在の権利者が(責任の)継承者として責めを負うのではない。彼は、前権利者の人的義務を引き受けるのではない。そうではなく彼は、彼自身の権利踰越(*eigene Rechtsüberschreitung*)に基づいて妨害排除義務を負うのである。その都度の権利者が(彼の所有する)妨害物によって他人の所有権と重なり合っていることをひとが正しく認識するならば、支配的見解が派生的(*derivative*)であるとして責任を根拠づけきれていない権利継承者の責任も、当然に彼自身の第一次的な責任として承認されることになる。その限りでまた、(ウィンディカチオン請求権を規律する)985条に基づいて占有を返還すべきところの占有の継承者(*der Nachfolger in den Besitz*)について妥当することが、まったく同様に妨害者の地位に関する継承者(*der Nachfolger in die Störerposition*)についても妥当するのである。

二 「状態妨害者」の人的グループ(*Die Personengruppen des "Zustandsstörers"*)
物に条件づけられた妨害の諸ケースにおいて妨害者をいかに決定すべきか。これは、すでに本書で述べてきたところから明らかであるが、以下立ち入って論じておきたい。

1. 本書で指摘した基準にしたがうなら、妨害者とは、まずなによりも妨害物の所有権者のことをいう。このことは——われわれがすでに確認したように——広く確信されてきたことと結果的には合致する。すなわち、損害賠償との関係で明確に区別されてこなかった妨害排除義務を所有権に基づくコントロール不能な責任へと異種化させることを阻止するため、なるほどひとは言葉の上では(*verbal*)責任要件としての人的モメント(*ein persönliches Moment als Haftungsvoraussetzung*)にしがついてきたし、かつ現にしがみついている。しかしながら——すでに指摘したように——判例、ことにライヒスゲリヒツの判例によれば、実際の妨害事例では(*in Fällen wirklicher Beeinträchtigungen*)このような人的モメントを無視してもかまわない、とされてきたのである。責任の根拠づけに関して言うなら、支配的見解

と異なって、所有権者がもつばら妨害物に関する彼の権利に基づいて責めを負うのであって、それ以外の責任根拠づけ基準は問題とならない (der Eigentümer allein aufgrund seines Rechts an der störenden Sache haftet, ohne daß es auf weitere haftungsbegründende Kriterien ankäme.) ことが、強調されている。

このようなライヒスゲリヒツ判例の立場によれば、学説上数多く支持され、またBGHもそれに与する見解⁹と異なって、とりわけ所有権者の妨害排除義務は、彼が妨害物に関する占有を同時に行使することを要件とはしない。(妨害者が客観的に)他人の権利を行使しているという要件、ならびにそれによって条件づけられた権利者の物的支配の縮小という要件 (Tatbestand der Inanspruchnahme fremden Rechts und der dadurch bedingten Verkürzung der Sachherrschaft des Berechtigten) にとっては、妨害物の所有権者が現在その物に関する事実上の支配権を行使しているかどうかは意味をもたない (es ist ohne Bedeutung, ob der Eigentümer der störenden Sache gegenwärtig die tatsächliche Gewalt über sie ausübt.)。たとえば、所有権者から乗用車が盗まれたとする。そして泥棒がその車を乗り回したあげく他人の土地に放置した、とする。この場合、その乗用車の所有権者もまた、その占有取得前であっても、彼の物 (乗用車) のために他人の土地をわがものとして行使している。そして不利益を被った土地の所有権者は彼の自由な土地利用をそのぶん制限されている。なぜなら、その土地所有権者のために保護された物が乗用車の所有権と重なり

9 Vgl. RGRK-Johannsen, § 1004 Anm. 29; Max Rümelin, Besprechung von Martin Wolff, Das Sachenrecht, AcP 133, S. 97. さらに、もつばら自主占有者 (der Eigenbesitzer) だけをドイツ民法908条とのアナロジーで妨害者とみなす以下の判例も参照。BGH LM Nr. 14 zu § 1004, Urteil vom 17. September 1954; BGHZ 41, 393, Urteil vom 29. Mai 1964. しかしその場合には、そもそもネゴトリア責任として責任根拠が与えられている限りで、その正当化根拠は、なかでもすでに論及したところの危険責任 (Gefährdungshaftung) とつながる観点、つまり物に対する責任がそれと一致すべきところの物利用の利益という観点 (Gesichtspunkt des Vorteils der Sachnutzung, dem die Verantwortlichkeit für die Sache entsprechen soll) の内に認識されている。——〔訳者注〕ドイツ民法908条「〈倒壊が迫りくる建物の責任〉 隣地と結合された建物あるいはその他の工作物の倒壊によって、またはその建物や工作物の一部が剥がれ落ちることによって毀損を受けるであろう危険が土地に迫りくる場合には、その土地の所有権者は、836条1項または837条、838条によって生じたる損害について責めを負うであろうところの者 (「自主占有者——訳者注」) に対し、その危険を回避するために必要な手段を講じるよう請求することができる。」

合っているからである。さらに同様のことは、たとえば隣人を妨害する施設が存在し、かつその施設の所有者がそれについての占有をなすことがない場合であっても妥当する。要するに、所有者が同時に占有をわがものとするという事態は妨害状態を根拠づけない（Der Umstand, daß der Eigentümer zugleich den Besitz innehat, begründet nicht den Beeinträchtigungszustand.）。そうではなく、重なり合った土地平面の占有が重なっている物によって同時に篡奪されている場合には、その所有者は妨害状態を（その占有によって）強化しているわけである。このケースではウィンディカチオン請求権がより広範な防御請求権として追加される（In diesem Fall tritt die Vindikation als weiterer Abwehranspruch hinzu.）。これに対して、制定法のシステムにしたがえば、占有侵奪前に（占有によって）いまだ強化されていない妨害をも阻止すること（auch die nicht bis zur Besitzentziehung intensivierte Beeinträchtigung abzuwehren）は、それこそネガトリア請求権の使命（die Aufgabe der Negatoria）にほかならないのである。

制定法は、たしかに事実関係次第で別の評価を与えている。たとえば、908条ではネガトリア請求権が特別に規律されており、したがってそこでネガトリア請求権の相手方はそのものとしての所有者ではない。すなわち、908条では836条¹⁰と837条

10 前占有者の責任を規律する836条2項は908条から除外されている。これについてはすでに本書106頁で触れた（龍谷法学39巻2号（2006年）117頁以下、とくに注254参照）。——〔訳者注〕ドイツ民法836条「＜土地占有者の責任＞（1項）建物または土地と結合されたそれ以外の工作物の倒壊によって、あるいはその建物や工作物の一部が剥がれ落ちることによって人が死亡したり、その身体や健康が害され、または物が毀損された場合には、その土地の占有者は、その倒壊ないし剥がれ落ちが設置または保持に瑕疵がある結果として生じた限りで、被害者に対しそれによって生じた損害の賠償義務を負う。ただし、占有者がその危険を回避する目的で社会生活上必要な注意を払った場合には損害賠償義務は生じない。（2項）土地の前占有者（ein früherer Besitzer des Grundstücks）は、その倒壊もしくは剥がれ落ちが彼の占有終了後1年以内に生じた場合には、損害について責任を負う。ただし、前占有者が彼の占有期間に社会生活上要求される注意を払った場合、あるいは後の占有者がこのような注意を払うことによって危険を回避し得たであろう場合はその限りではない。（3項）本条の意味での占有者とは自主占有者（der Eigenbesitzer）のことである。」；ドイツ民法837条「＜建物占有者の責任＞ある者が他人の土地につき権利を行使して、建物、その他の工作物を占有する場合には、その者は土地の占有者に代わって836条で規定された責任を負担する。」；ドイツ民法838条「＜建物を維持する義務を負う者の責任＞建物または土地と結合された工作物の維持を（自主）占有者のために引き

の適用が指示されており、よって土地または建物の現在の自主占有者（der gegenwärtige Eigenbesitzer des Grundstücks oder des Gebäudes）が——838条に基づいて義務を負うところの他主占有者とならんで——責めを負う。にもかかわらず、この規定も所有権者を——彼が妨害物について占有をしているかどうかを問題とすることなしに——「一般的な」ネガトリア請求権の相手方（der Gegner des “allgemeinen” negatorischen Anspruchs）とみなすための障害となるものではない。そもそも908条とそれが指示する836条以下で請求権の相手方（義務者）の範囲を制限していることは確かであるとしても、しかしそれが、この「一般的な」ネガトリア請求権の相手方にも転用されるべきだ、ということにはならない。さらに908条は、責任者の決定に関しても特別な規制を与えている。これに関して学説¹¹では、しばしば次のような見解、すなわちその場合の義務者はきわめてきちようめに画されており、したがってそれはその他のネガトリア規範にも拘束性をもって規律されているという見解が支持されている。しかし、それに従うことはできない。

908条を参照指示することで妨害者概念に関する制定法上の解釈が根拠づけられてはならない。なぜなら、907条と909条においては直接的に（908条と前後して）隣接しながら等しくネガトリア的な要件事実に関する規定が置かれているわけであるが、そこでは、（908条の意味での）責任者に関するあらゆる類似した決定方法が回避されているからである。とりわけここで最も肝心だと思われることがらをつづめ

受けた者、あるいはその建物や工作物を彼に属する利用権に基づいて維持すべき者は、その倒壊やその一部の剥がれ落ちによって惹起された損害につき、（自主）占有者と同様に責めを負う。」

11 Offtermatt, Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch, 1937, S. 50 ff.; Stöninger, Voraussetzungen, Inhalt und Vollstreckung der Eigentumsfreiheitsansprüche des § 1004 BGB (oben Fn. 5), S. 35, 37; vgl. auch OLG Braunschweig OLGE 4, 63, Urteil vom 10. Oktober 1902. さらにBGHの見解も、なるほど908条を直接援用してはいないものの、BGHがその判決で所有権者の占有に焦点を当てた場合、全く同様である（BGHZ 41, 393, Urteil vom 29. Mai 1964. なおこのBGH判決についてはのちほど立ち入って論及する）。これに対してRGはすでにとりあげた諸判決で——RGZ 134, 231 f., Urteil vom 4. November 1931; RGZ 149, 205, besonders 210 f., 212 f., Urteil vom 13. November 1935; RGZ 155, 154, Urteil vom 16. Juni 1937.——つねにもっぱら所有権者だけを、想定可能な妨害者として問題にしていた。学説でもたいていは自主占有者に言及せずに所有権者の本来的妨害者性（die Störereigenschaft des Eigentümers）が語られている。これについては、たとえばブライヤーやパウアーの諸文献を参照されたい。

て言えば、要するに908条へのあらゆる関連づけが（907条と909条において）回避されているからである（〔訳者注〕ドイツ民法907条「＜倒壊の危険が差し迫った家屋＞（1項）土地の所有者は、隣人の所有する施設の存続またはその利用によってみずからの土地に許されざる干渉作用が及ぼされるということを確実に予見しうる施設をその隣人が設置したり保持したりしないよう請求することができる。施設が、境界から一定の間隔を保つよう指示し、あるいはその他の保護措置を講じているラントの制定法規を充足している場合には、施設の除去が請求されうるのはその許されざる干渉作用が実際に生じている場合に限られる。（2項）樹木や灌木は本条における意味での施設には属さない。」；909条「＜土地の掘り下げ＞ 土地は、隣人の所有地が必要な支持基盤を失うようなやり方で掘り下げられてはならない。ただし、別途十分な補強措置が講じられた場合はこの限りではない」）。その際、法典編纂上の偶然性が問題ではないということは、その成立史（die Entstehungsgeschichte）が証明している。すなわち、今日の908条を864条 a として追加しようとする提案は、第二委員会で初めてなされた¹²。ところが現在の907条に相当する864条を根拠に、その提案は不必要だ（überflüssig）として少数否決された、という経過があったからである。これに対して多数意見は特別な規定を置くべし、というものであった。「防御義務者の人格を明示的に示さない」¹³とする提案——その意味するところは他のいくつかの条文と同様に防御義務者の決定を判例・学説に委ねるということであった——は、ここでは妥当だと考えられなかった。むしろ多数意見は、今日の836条以下の法規制と対応する形で、「法的占有者」（der “juristische Besitzer”）に義務を負わせるという提案にしたがった。このようにしてBGBの立法者は、（908条については）特別な事実関係が存在していることが顧慮されなければならない、とりわけ第三者だけが占有している場合、ことに登記簿上の所有者（Bucheigentümer）の場合には、事情次第では真の所有者から自己の所有権を行使する可能性が奪われている事態を考慮に入れなければならないと考えた¹⁴。立法者が所有者に代えて

12 この点ならびに以下論ずる点については第二委員会議定書（Protokolle, III S. 161 ff.）を参照。

13 Protokolle, III S. 161 ff.

14 Vgl. Motive II S. 818 f.; Protokolle II S. 655. そこでは次のことが特に記されている。すなわち「ひとが建物の所有者に責めを負わせるべきか、それとも占有者に責めを負わせるべきかという別の問題の判断は、過責の問題に関する判断と一定の内的な関連性を有する」（“Mit der Entscheidung in der Frage des Verschuldens stehe die andere, ob man den Eigentümer oder den

自主占有者に保全義務を課すとしたことによって (indem sie (= die Verfasser) dem Eigenbesitzer an Stelle des Eigentümers die Sicherungspflicht auferlegten)、立法者は、差し迫った危険を与えている物と現在の時点で関係をもつ者に、その関係のゆえに、必要な保護措置を講ずる義務を負わせたのである。

ともあれ908条は、加害的な所有物からすでにいったん生じた異例の有害な影響に関する特則であり、その妨害の切迫性に鑑みて原則的に迅速な保護手段を要求する特別規定である。そのような908条にとって肝心であると思われるのは、非占有所有権者 (der nicht besitzenden Eigentümer) が (その妨害物について) 作用を与える可能性がしばしば欠けることを、その都度ケースバイケースでその可能性が有るのか無いのか検討することに代えて、制定法上当然に顧慮する、ということである。土地の所有権者が同時に間接占有者でないことの方がまれであろう (es selten sein wird, daß der Eigentümer des Grundstücks nicht zugleich mittelbarer Besitzer ist) ことも、理由として受け容れることができるように思われる。とはいえ、908条の法規制それ自体は、このような狭い限定を行っている点で疑わしい。これは次の場合にすぐさま実証される。すなわち、占有が欠ける場合がそうであって、たとえばその者は自主占有者であるが、彼が自分に占有権限がないことを知ったので、あるいは建物が倒壊寸前で彼がそれを利用する意思をなくしてしまったので、危険の差し迫った物の占有を放棄した場合がそうである。さらには彼が (占有について) 権利者であったが、その占有が今や彼にとって利益のないものとなったので占有取得 (die Inbesitznahme) を躊躇してしまった場合も、そうである。このようなケースでは差し迫った危険を受けている隣人は908条によっては保護されない¹⁵。すなわち、この場合のネガトリア的保護の欠缺は、もっぱら威嚇を受けている者の緊急避難行

Besitzer des Gebäudes für haftbar erklären soll, in einem gewissen inneren Zusammenhange.”) と。

15 836条2項に基づく前占有者の (占有終了後) 一年間の損害責任は、その時間的な制限を全く度外視するとしても、そもそも836条以下に基づく損害賠償義務と同様に、欠缺したネガトリア的保護を調整するものではない。このことが (本書で) 再現された立法理由とどれほど調和しがたい定式化を必然的に生み出しているかを示すのがBGHの判決 (BGH JZ 1953, S. 706) である。その判決では、外国に滞在している相続人が自主占有者であるとして責任あり、とされた。シュトラテンヴェルトは、その責任が836条を超えるものと考えているが、それは不当ではない (Günter Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68, 1956, S. 61 N. 63)。

為 (Notstandshandlung) によって埋め合わされることになる。つまり、ネガトリアの妨害排除請求権 (の行使) によって必ずや回避されたであろうはずの結果を強制的に帰結するところの危難解消行為 (eine Notlösung) を通じて埋め合わされる。他人の所有権に対抗する隣人の自救行為 (Selbsthilfe) が、まさにそれである¹⁶。ということはつまりBGBの立法者は、cautio damni infecti (「未発生損害担保契約」というローマ法以来の制度に置き換わる機能をもつ908条によって、当時の現行法とは異なる規制を与えたことになる。すなわち当時、ローマ法¹⁷によっても、普通法¹⁸によっても、さらにラント法上の法典や諸外国の法典¹⁹によっても、その物の所有者がそのものとして²⁰常に担保給付 (Kautionsleistung) をなすことも義務づけられていた。まさに「損害を与える危険性をもつ物を防御 (擁護) することが肝心であったがゆえに」²¹ (deshalb, “weil es sich um eine *Vertretung* (defendere) der schadendrohenden Sache handelt”), そうであった。かくして、908条に関する立法

16 本書第4章 (後述) を参照されたい。

17 Vgl. D 39, 2, 9 § 4 und 5; eod. 10. — [訳者注 (ここでは次の一節のみ紹介しておく)] D 39, 2, 9 § 4. “Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti an satisfacere debeat. et Iulianus scribit, quotiens superficiaria insula vitiosa est, dominium et de soli et de aedificii vitio repromittere aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisfacere: quod si uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum.” 「(試訳) 次のような問いが投げかけられた。すなわち、ある土地があって、その上にある者Aが建物を建てたのであるが、その土地が別人Bに属している場合、(その建物が) 損害を与える危険ありとの理由でAが(その土地の隣人Cに対して) 約束をなすことにより、あるいは保証を与えることによって担保を供すべきか、という問いが。これについてイウリアヌスは次のように記している。すなわち、土地の上にたてられた建物はしばしば損害を与えることがあるのであって、(土地の) 所有者あるいはその建物の所有者は、単に土地が損害を与えるからという理由だけでなく、建物そのものも損害を与えるのであるから、(Aもまた) 約束や保証を通じて担保を供しなければならない、と。したがって、もしその両者 (AとB) が担保供与を拒絶したなら、(被害を受けるところの) 隣人Cは (問題の土地・建物について) 共同占有の関係に入るべきことになろう、と。」

18 Vgl. Windscheid, Pandekten § 459, 2 (S. 994); Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, 2. Aufl. 1880, S. 68; Dresdener Entwurf III S. 198 f., 203 (zu Art. 1028).

19 Motive II S. 818 や Dresdener Entwurf III S. 208 ff. の編集箇所を参照されたい。

20 所有ないし所有権 (Eigentum) をめぐって訴訟が提起された場合には、占有者も責めを負った。Vgl. Windscheid, a. a. O. N. 10. その意味で、BGBの立法者は関係する事柄を広く考慮に入れた。

21 Hesse, Rechtsverhältnisse, S. 68.

者の意思に照らしても、さらにその特則に付与されているのが「直ちに正当な解決を与えるという特別な根拠」(die Autorität der schlechthin richtigen Lösung)であるという理由によっても、908条の特則は、それと異なってより広範な相手方を規定している1004条のネガトリア訴権と矛盾するものではない。

第三者が物に対する直接的な占有を行使するという事実がネガトリア責任の内容にいかなる影響を与えるのかという問題は、所有権者の占有 (der Besitz des Eigentümers) が彼の責任の要件であるのかという問題とは区別されなければならない。判例はこの問題にたびたび言及しながらも、結局はつねに未解決のままその判断を避けてきた²²。ここで妥当するのは次のことである。すなわち、妨害物への関与をなすべき所有権者の法的可能性 (die rechtliche Möglichkeit des Eigentümers, auf die störende Sache einzuwirken) を制限しうるのは、またそのような法的可能性を排除しうるのは、所有権者であっても禁止されているところの私力 (Eigenmacht) に対する占有者の保護であり、占有をなすべき権利の範囲と継続期間に関する契約上の取り決め (vertragliche Absprachen über Umfang und Dauer des Rechts zum Besitz) である、ということである。このような法的可能性が欠けている場合、そのこと (法的可能性の欠缺) は当然に顧慮されなければならない。その場合とは、たいていは妨害を即座に排除する法的な可能性が欠けること (zumeist die rechtliche Unmöglichkeit, die Beeinträchtigung sofort zu beseitigen) を意味するのであるが——。ところで、上記の法的可能性の欠缺は、当該の事件で原則的に責任を負う者に対して何が要求されうるかという問題を考える際には、当然に顧慮されなければならない。ここで妨害物の所有権者の法的な状況は、彼と占有者との間でドイツ民法868条の意味での占有媒介関係 (Besitzmittlungsverhältnis) が存在するかどうかという問題とは無関係に²³、ウィンディカチオン請求権を行使される間接

22 Vgl. BGH NJW 1967, 246, Urteil vom 11. November 1966. あわせてその判決に引用されている諸判決も参照されたい。

23 間接占有者の被告適格 (Passivlegitimation) について言えば、占有者の人格 (たとえば賃借人とか質権者——〔訳者注〕) においてそもそも (適法な) 他人の所有権行使が存在することのための要件となるのは、占有媒介関係 (Besitzmittlungsverhältnis) である。これに対して、妨害物の所有権者の人格においては (占有媒介関係を問題とすることなしに) 常にその要件が問われる。ここで決定的に重要であるのは、法的可能性が制限されることの同質性

占有者 (der mittelbare Besitzer) の法的状況と一致する²⁴。しかしながら、この間接占有者は、今日の全く圧倒的な見解によれば²⁵現在の事実上の実行可能性を考慮することなしに (ohne Rücksicht auf das derzeit tatsächlich Durchsetzbare)、原則として返還義務ありとの判決を受けるとされる。というのも、最初に予期された取り戻しのゆえにすでに余計なものとされた判決言い渡し²⁶が民事訴訟法886条 (§ 886 ZPO) に基づく執行可能性によって意味をもち、有益なものとなるからである。これに対して、ネガトリア的除去の訴えについてはもっぱら現在の法的な可能性にそくして異なった判決が考慮されることになる²⁶。これらのケースでネガトリア責任の内容は一般的には決定されない。むしろ具体的な諸事情によって左右される。より厳密に言うならば、妨害物の所有権者と占有者との間の法的諸関係によって決定される。(直接) 占有者が彼の占有をなすべき権利の内容に従って間接占有者のしるべき措置を受忍すべきであるという理由で、あるいは(直接) 占有者がそもそも無権限の自主占有者として当該占有をなす権利を有していなかったという理由で、所有権者が彼の物に対する関与可能性をいつでも手に入れうる状況にあるならば、その場合には所有権者は妨害排除を実行すべしという旨の有責判決を受けることになる。これに対して、所有権者の現実的な関与可能性がその時点での占有者の権利によって排除されている場合には、所有権者は「何人も彼に帰属する権限の範

(die Gleichartigkeit der Beschränkung des rechtlichen Könnens) である。——〔訳者注〕ドイツ民法868条「ある者が物を用益権者 (Nießbraucher)、質権者 (Pfandgläubiger)、用益賃借人 (Pächter)、使用賃借人 (Mieter)、受寄者 (Verwahrer) として占有し、あるいはその他これと類似した関係のもとで占有する場合に、その関係に基づき占有者が他人に対して一定期間占有をなすべき権利を有し、また義務を負うなら、他の占有者 (der andere Besitzer) もまた権利を有し義務を負う (間接占有、mittelbarer Besitz)。」

24 間接占有者の被告適格は今日ではもはや争われていない。Vgl. BGH NJW 1970, 241, Urteil vom 29. Oktober 1969; Wolff-Raiser § 84 III 2 (S. 322)。さらにこの問題についてはPlanck-Brodmann § 985 Anm. 1 aにおける詳細な論述も参照されたい。

25 Vgl. BGH NJW 1970, 241, Urteil vom 29. Oktober 1969; Planck-Brodmann § 985 Anm. 1 a; Baur, Sachenrecht § 11 C I 2。——〔訳者注〕ドイツ民事訴訟法886条「返還されるべき物が第三者によって保管されている場合には、債務者がその物について有する請求権は、債権者の申し立てによって、金銭債権の差押えおよび転付命令につき適用される規定に基づき債権者に譲渡せらる。」

26 間接占有者のウィンディカチオン責任についても同様である。Planck-Brodmann § 985 Anm. 1 a。

圏を超えて義務づけられえない」(“*ultra posse nemo obligatur*”)という命題の帰結として、以下のような義務に限って負担すべきものとみなされる。すなわち所有権者は、「最も近接した時点」で、たとえば使用賃貸借契約(Mietvertrag)の場合には最も近い許容的時点で解約告知をなすこと(Kündigung zum nächst zulässigen Zeitpunkt)によって妨害排除の可能性をみずからに取り戻すべき義務を負ったり、場合によっては契約に基づく自分自身の妨害排除請求権を占有者に対して行使すべき義務を負ったり、あるいは被妨害者によってすでに妥当な措置がとられている場合には占有者の妨害排除可能性の制限が所有権者の権利(所有権)によって条件づけられている限りで、そのような制限を取り除く義務を負うことがある。これをより一般化して言い換えるならば、以上のような場合に限って所有権者は、妨害を排除するために彼にとって法的に可能なことをなすべき義務を負うものとみなされている²⁷。したがって、所有権者がそのものとして妨害者としての性質を有するということ(seine (=Eigentümers) Störereigenschaft als solche)は彼の法的な能力の制限とはかわりをもたない。むしろ所有権者は、彼が第三者といかなる関係を有するかとは別個に、原則として被告適格をもつのである²⁸。

27 Vgl. auch RG Warn (Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB), 1918 Nr. 116, Urteil vom 4. Mai 1918. この判決では次のように判示された。すなわちその訴えで求められていることは、被告らが第二被告による妨害の停止を配慮すべし、との趣旨で解釈されなければならない、と。このように所有権者の責任を緩和しても被妨害者にはいかなる不利益も生じない。なぜなら被妨害者は、占有者に対し請求することによっても、あるいは——こっちの方が実際上はきわめて容易にしかるべき結果が得られるであろうが——所有権者と占有者に対して一体的な措置を講ずることによって(durch kombiniertes Vorgehen gegen Eigentümer und Besitzer)も、いずれであっても妨害排除の結果を得ることができるからである。Vgl. auch Lutter / Overath, Der Vermieter als Störer nach § 1004 BGB, JZ 1968, S. 353, 354.

28 これに対してひとは、妨害物の共同所有権者(Miteigentümer)一人ひとりを連帯債務者としてではなく、もっぱらその者(共同所有権者の一人)とそれ以外の共同所有権者との拘束関係(Verbundenheit)において妨害排除を義務づけうものとする。というのも、(妨害としてのズレを解消するために)必要な矯正が、ウィンディカチオン請求権を向けられた共同所有権の占有取得と同様に(ドイツ民法1011条参照)、複数の共同所有権者がその有する権利の内容にそくしてただ共同してのみなしようところの物に対する共同の処分を意味する、と考えるからである。——〔訳者注〕ドイツ民法1011条「共同所有権者は誰でも第三者に対し所有物の全体を顧慮して所有権に基づく請求権を行使することができる。ただし返還請求権の行使については、もっぱら民法432条(不可分給付の場合の複数債権者に関する規定)にそくしてのみ、これをなすことができる。」——その際に肝心なことはいわゆる合有的債務(die sog.

gemeinschaftliche Schuld) である、とされる (vgl. dazu Larenz, Schuldrecht § 32 II c)。この問題はとくに古い文献では争点の一つであった (vgl. Förster / Eccius, Preußisches Recht, Bd. 3, 7. Aufl., 1896, § 182 N. 43)。これに対してサヴィニー (Savigny, System 6, S. 481) は、共同所有権者それぞれに個別に訴えを提起しうるものと考えたが、ただその差し迫った必要性は存在しないことは承認していた。なぜなら、この場合に被妨害者は「共同所有権者全員に対して同時に、しかも一個の共同訴訟でもって対抗できる」のであるから (weil der Gestörer "gegen alle Miteigenthümer gleichzeitig und mit einer gemeinsamen Klage auftreten" könne)、という。Vgl. auch Walter Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, 1906, S. 39; ferner Eugen Josef, Die Passivlegitimation bei Klagen gegen Miteigentümer. Ein Beitrag zur Lehre von der notwendigen Streitgenossenschaft, AcP 107, S. 171. そのうちヨーゼフは、物権行使のために、あるいは共同所有の対象となっている物への物的権利の許容請求のため、共同所有権者一人ひとりの被告適格を肯定している (Josef, S. 173 f. 186.)。その際、共同所有権者は彼の持分を要求された法制的処分のために供しなければならない、という。ただし、ヨーゼフのその論述は、妨害排除のような事実上の処分 (tatsächliche Verfügungen wie die Beseitigung) に対してはその原則の適用が不可能であることを示している。なぜなら、妨害排除の場合には、共同所有権者一人ひとりの累積された順次的な持分処分 (ein sich summierendes sukzessives Teilverfügen) が不可能であるのだから。