

~~~~~  
翻 訳  
~~~~~

エドアルト・ピッカー著『物権的妨害排除請求権』(10)

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 ネガトリア的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まで龍谷法学41巻1号、その2 = S. 146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「不違法性」(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」(続き)

2. 近時BGH (ドイツ連邦通常裁判所) は、妨害物を担保として提供された所有権者 (der Sicherungseigentümer der beeinträchtigenden Sache) が1004条の意味での妨害者とみなされうるか、という問題につき判決を下した²⁹。この判決は、特殊な問題について判断を下したわけであるが、それを越えてさらに教訓的 (instruktiv) な意味をもつ。そこで以下、この判決を詳しく論じておきたい。

問題となったのは次のような事実関係であった。——原告Xは土地甲の所有権者であったが、土地甲は1949年に彼の前権利者AによりBに賃貸されていた。Bは賃貸借契約終了後に土地甲を「現在の状態で」(“in dem jetzigen Zustand”) 返還すべき義務を負っていた。Bは、賃貸人Aの承諾を得て堅固な住宅兼仕事場(建物乙)を建てた。その建築のため、Bは被告Y 1から融資を受けていた。Y 1は訴訟係属中に死亡してY 2が相続した。1954年、Y 1はその建物乙を彼の現在の債権ならびに将来債権を担保する目的でBから所有権の譲渡を受けた。ただし、その譲渡に際しては、Bが引き続き無償で建物乙を利用できる権利を有する旨の合意がなされていた。1959年、Bは故意に建物乙に放火した。その結果、建物乙は廃墟と化し、いまや崩壊寸前となった。Bは長期の自由刑という有罪判決を下された。そしてX-B間の賃貸借契約はXによって解約告知された。この時点でY 1はBに対して5000マルクの残債権を有していた。

Y 1はXの所有する土地甲からその廃墟を除去するよう要求されたが、それを拒否。XはY 1に対してその費用でもって廃墟を取り壊すように強く迫ったが、これに対してY 1は、そのXの行為を禁じられた私力 (verbotene Eigenmacht) であると主張し、さらに場合によっては損害賠償請求権をも行使する旨を留保し、Xに対抗し

29 BGHZ 41, 393, Urteil vom 29. Mai 1964.

た。第一審地方裁判所と原審上級地方裁判所はXの妨害排除請求を認容した。BGHは、Y 1がXによる除去を受忍すべしとする内容のXの予備的申立（Hilfsantrag）につきY 1敗訴とし、その限りでXの請求認容の判決を下したが、それ以外の請求を棄却した。判決理由の趣旨によれば、もともとの妨害者（本件ではB）が妨害物を担保のために譲渡した相手方である担保権取得者Y 1は、彼が直接占有（der unmittelbare Besitz）を得たのでないかぎり妨害者ではない、とされた。だいたい見渡したところ学説では、このBGHの判決を支持する見解が一般的である³⁰。

しかしながら、本書の見解にしたがうなら、異なった判断が下されるべきであった。

30 Vgl. Erman-Hefermehl, § 1004 Anm. 5; Westermann, Sachenrecht § 36 II 2; Soergel-Mühl § 1004 Anm. 36; Fikentscher, Schuldrecht § 114; Baur, Sachenrecht § 12 III 2 c. 批判的なものとしてはわずかに、Egon Schlütter, Die Beseitigungspflicht des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum § 1004 BGB, Kölner Dissertation, 1966, S. 60 ff. があるのみ。ところでパウアーは、その理由付けとして、836条との関係で908条に焦点が当てられる方がよかったのではないかとする。しかしながら本件では原告にとって重要であったのは、迫りくる倒壊に対する保護ではなかったし、つまりは将来の（起こりうる）妨害の予防措置（Präventivmaßnahme）ではなかった。それよりはむしろ原告は、1004条に基づいて現在の権利重畳（die bestehende Überlagerung）からの土地所有権の自由を求めたのである。ちなみに被告は、908条に基づく場合であっても間接占有者として被告適格を有していたと言えよう。——〔訳者注〕以下参考条文として示すように、908条は836条1項のみ明示的に準用しており、よって自主占有者であることを要件とする836条3項の準用を排除している。——〔参考条文〕ドイツ民法908条「＜倒壊が迫りくる建物に関する責任＞ 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、その土地の所有者は、836条1項または837条、838条によって生じた損害について責めを負うであろうところの者に対し、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。」； 836条「＜土地占有者の責任＞（1項）建物またはそれ以外の土地と結合された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）のことをいう。」

すなわち、被告は妨害者として除去義務を負うべきであったのであり、つまりは原告の所有権に対する妨害が存在した、という判断がそれである。ドイツ民法95条1項によれば、その工作物（das Bauwerk）は動産のままであり、したがってそれは原告の所有権に属してはいなかった（——〔訳者注〕ドイツ民法95条1項「もっぱら一時的な目的で土地と結合された物は土地の構成部分には属さない。他人の土地に関する権利の行使にあたってその権利者によってその土地と結合された建物やその他の工作物も同様である。」）。その廃墟は他人の物（被告の物）として干渉作用から保護されていたのであり、被告が原告の自救行為に対してなした異議の申し立てこそはそれを如実に物語っている。このように重なり合っている物が保護されることによって、原告はその重なり合わされた自己の所有物を任意に行使用することにつき妨害を受けていた。したがって、すでに先行する本書の記述からも明らかにように、所有権自由の訴えの相手方、つまり制定法の用語法によれば「妨害者」（Störer）は、妨害物の所有権者たる被告にほかならなかったのである。その所有権が被告にただ信託的に（fiduziarisch）譲渡されただけであったとしても、それは結論を左右しない。被告の所有権者としての地位は、ただ信託者（der Treugeber）との関係でだけ制限を受けているにすぎない。よって原告との関係では妨害物たる工作物は被告の所有物であり、被告はその侵害に対して無制約的に保護を享受していたのである。その所有権（の取得原因）が信託的性質をもつとしても、それは妨害排除義務ありとする判決を下す妨げにはならない。なるほど（被告に信託的に所有権の譲渡をしたところの）Bに対する関係では、原告から要求されたやり方でその物を処分する被告の権限は、「担保権を実行しうる時期」（“Pfandreife”）の成立時までは制限されたままであった。そしてBGHが考えているように、Bが当該建築物の占有を放棄してしまえば、そのあとBとの関係では完全に被告の権限は消滅したかもしれない。しかしながら「担保権を実行しうる時期」以後はもはや、担保目的物を保管したり利用することを決定すること、したがって現存する状態を排除するか維持するかを決定すること（die über die Beseitigung oder Aufrechterhaltung des bestehenden Zustands zu entscheiden）は、もっぱら被告の裁定に服していたのである。だからこそ、その建築物が被告の直接占有下にあったかどうかとも問題とはなかった。言い換えるならば、被告に妨害排除義務ありとの判決を下すためには、被告がその工作物について占有をなしたということだけで十分であり、かつまた被告

がそれを除去できたということで十分だったのである。ただ、すでに示したように、その工作物が原告所有の土地の上に存した限りで、工作物の占有が現に存在する妨害（die bestehende Beeinträchtigung）を強め、よって占有侵奪（Besitzentziehung）に至らしめることはあったかも知れない。したがって被告が建築材料の占有にしがみついていたなら、彼は985条に基づいて除去義務（明渡義務）を負ったかも知れない。

ともあれ、まさしくこのBGH判決によって問題にされた事実関係は、ネガトリア責任に関する争点を模範的に表現したものとなっている。すなわち、被告がその担保目的物を原告の土地に置いていた限りで、彼は、他人の土地にその工作物を保持するという内容の担保提供者との賃貸借契約に基づく権利を、それがすでに満了したにもかかわらず、実際にはさらに継続的に行使したことになる。したがってこの場合には、（被告による）原告所有権に関する使用権の濫称（die Anmaßung eines Gebrauchsrechts am Eigentum der Kläger）の方が、被告による土地の利用行為よりもまさしく公然と企図されたことになる。そしてそれは、経済的には被告にとって法外な利益（der handfeste Vorteil）を意味した。というのも被告の行為態様と彼の発言から、次のことが読み取れるからである。すなわち被告は、その担保目的物たる建物乙をもともと解体して建築資材にするため取得したのであって、建物乙を原告の所有地上に置いていたのは、それを（建築資材として）換価する機会が訪れるまで待とうとしたからであった。それまでは置き場所の確保が要求されざるを得なかったわけで、被告はそのため自己の土地を用意するか、それとも他人から土地を借りるかしなければならなかった。そしてさしあたり被告は、まさしくその目的で、原告の土地を権限なく無償で（ohne Berechtigung und ohne Entgelt）利用したわけである。

被告にネガトリア責任ありとの判決が下されたのは、それ自体正当な判断に基づくものであった。被告はその担保目的物の所有権にしがみついたわけであるから、その担保目的物を別の保管場所へ移し替えることは被告のなすべきことであって、原告のなすべきことではなかった。このことを明らかにするためには、BGHがその判決で原告に（原告の費用負担で）除去すべしとの権利（つまりはそれに対応する被

告の受認義務——〈訳者注〉）を認めたわけであるから、その場合に当事者双方がいかに不都合な状況に陥ったかを思い描けば十分である。なぜなら原告はこの担保目的物たる解体建築用資材（das Abbruchmaterial）を被告の所有物として尊重しなければならなかったわけであるから、原告はその担保目的物を他に譲渡することもできず、また自己のために利用することもできなかったからである。さらに原告は、ただのガラクタとして最寄りのゴミ集積場に廃棄することすらできなかったからである。こうして、原告が被告のためにその担保目的物をいわば空き屋同然に用立てようとしたわけでないとするなら、被告がその担保目的物の利用を決断するまでは、原告はその所有地のどこかにそれを置いておくこと以外に方法はなかったであろう。したがってその結果、原告はさらに引き続き妨害を受忍すべしとの判決を受けたことと同じことになる。これに対して原告により広範な排除権が認められ、よってひとが原告にその担保目的物の束縛からの任意解放を許したとしたなら、これは被告による強制収用（eine Zwangsenteignung der Beklagten）を意味したであろう。なぜなら、まさしく被告は進んでその（担保目的物の）所有権を放棄する意図を持たなかったからである。しかしひとが常に自力救済（Selbsthilfe）を制限的に調節したように、あらゆる解決策が新たな紛争を誘発（しないこと）に方向づけられていたことは明らかである。このことは妨害の本質からの典型的な帰結である。なぜなら、ひとが被妨害者に（彼の自力救済として）妨害を除去することを許すならば、被妨害者は単に彼の損害救済を許されるにとどまらず、むしろ他人の物を処理すること（*fremde Sachen in Ordnung zu bringen*）まで権限として認められ、さらにはそれを強制されることにもなってしまうからである。すなわち、その場合には他人の権利が被妨害者の干渉作用に委ねられることになってしまうからである。

いずれにせよBGHは、一般的見解と同じように、1004条の基準となる侵害要件を他人の所有権の無権限行使のうちに見て取らなかった（Der BGH sah, der allgemeinen Auffassung entsprechend, den für § 1004 maßgeblichen Verletzungtatbestand nicht in der unberechtigten Inanspruchnahme des fremden Rechts）。したがってBGHは、ネガトリア的妨害排除義務を簞奪された地位の「返還」義務として理解しなかった（nicht als Pflicht zur “Herausgabe” der usurpierten Position）。BGHにとって大事だったのは土地の不利益的・有体的な変更の排除（die Beseitigung der nachteiligen

körperlichen Veränderung des Grundstücks) であった。その結果、原状回復責任を正当化したところの帰責根拠 (ein Zurechnungsgrund, der die Haftung auf Wiedergutmachung rechtfertigte) の認定を必要とせざるをえなかったのである。こうして因果責任原理 (Kausalprinzip) から出発することによって必然的にBGHは、(本件での) Bが占有を放棄したかを顧慮することなく³¹、Bを妨害者とみなした。なぜなら、Bがみずから本件建物を建てたからであり、さらに前権利者 (本件土地の前所有者A) の同意があったとしても、それは現に存在する状態の違法性と抵触するものではないからである、とする。被告のネガトリア責任は、BGHの見解によれば被告が積極的な妨害行為をしたわけでないことに鑑みて、因果責任原理³²によっても、また保持意思責任という補完的責任定式³³によっても根拠づけられない、とされた。BGHの見解³⁴によれば被告に責任が生ずるのは次の場合だけであった。すなわち「妨害排除をなさない者 (der die Beseitigung Unterlassende) が、本来の

31 その理由としてBGHが挙げているのは次のことである。すなわち単なる占有放棄は妨害原因となった行為を元に戻すことはできないこと、むしろこの妨害原因行為は継続していること、単なる占有放棄は妨害物の所有権放棄と同じように免責効をもちうるものではないということ、である (BGHZ 41, 393 (397), Urteil vom 29. Mai 1964)。

32 BGHもまた、建築物のための融資行為 (die Finanzierung des Bauwerks) を前被告 (死亡したY 1) の (ネガトリア責任を根拠づけるに) 十分な因果的行為とはみなさなかった。(しかし) それは首尾一貫した態度ではない。なぜなら (BGHの見解によれば)、建物についての建築行為こそ妨害排除責任のために必須の構成要件であるはずなのであるから、建築者Bと被告との間に一種の役割分担が見いだされ、したがって後者 (被告) の寄与がBのそれと同様に法的に必須条件 (conditio sine qua non) と評価されえた、ということが考慮されるべきであった。それゆえ1937年のRG判決 (RGZ 155, 316 [320], Urteil vom 25. August 1937) もまた、地域地方自治体連合 (der Kreiskommunalverband) の妨害排除義務を、なかんずく次の理由で正当化した。すなわち、第三者が営業し、妨害を与えている皮剥工場 (Abdeckerei) の継続は「被告 (= 地域地方自治体連合) がその第三者に利息や元本の支払を猶予したり免除してきたこと…によってのみ」可能であったし、これからもそうである、という理由で。これに対してBGHが、信用供与に際し (融資者に) 際限なき責任を認めることは「制定法によって意欲されたものとはみなされえない」 (BGHZ 41, 393 [399]) とその結果をもたらすことになるとうる懸念を表明したことは確かに正当であった。しかし、にもかかわらずその (BGHの) 結論はなお因果責任原理 (Kausalprinzip) に拘束されている。したがってそれを支持するわけにはいかない。

33 本書45頁参照 (その翻訳として龍谷法学37巻3号 (2004年) 3頁以下、とくに11頁以下参照)。

34 BGHZ 41, 393 (398)。

妨害者、つまりその妨害状態がその者に帰せられるところの妨害者に対する請求権を、通常、売却行為の際にみられるようにその本来の妨害者が妨害を排除する法的可能性を失ってしまったという限りで、(請求権者たる)所有権者から奪った場合に」のみ(被告のネガトリア責任が認められる、とした)。なぜかという、(BGHによれば)このような場合に妨害の継続は、實際上権利承継人の行為、通常は所有権移転行為(Übereignung)に帰せられるのであり、よってこのことが行為者の義務を正当化し、その義務の不作为は責任を根拠づける、とされた。担保権設定行為の場合には、BGHの主文やその判決理由にもみられるように³⁵、担保所有権者(der Sicherungseigentümer)が直接占有(der unmittelbare Besitz)をはじめた場合にのみこのことが正当化される、という。

このような理由づけは、その出発点からして誤っている。なぜなら、すでに指摘したように^{35a}、義務違反的不作為(das pflichtwidrige Unterlassen)はネガトリアの除去義務の根拠ではなく、その不履行(Nichterfüllung)にはほかならない、と言えるからである。BGHが権利承継のケースで「当初の妨害者」の免責(die Befreiung des “ursprünglichen Störers”)を想定している限りで、BGHはすでに取り上げたRGZ 103, 174 ff.の判決(Urteil vom 12. November 1921)でライヒスゲリヒツが展開させたところの誤った見解³⁶に従っている。それゆえここでは、BGHの見解に異議を唱えるには本書がすでに指摘した論拠を挙げれば十分である。それを要約的に示せば次のようになろう。すなわち、その者の作為によって人的に義務を負った「妨害者」(der durch sein Tun persönlich obligierte “Störer”)が妨害物を譲渡しても責任を免れることにはなりえないであろう、という論拠がそれである。BGHが権利承継人の責任の発生を理由ありとする限りで、BGHは、(妨害物の)保持に向けられた意思という「擬制」(Fiktion)でもってことを済ませたRGの前掲判例よりも広く、妨害の存続のために原因をなす行為(eine für die Fortdauer der Beeinträchtigung ursächliche Handlung)を想定している。しかし、現実の意思的行為(ein realer Willensakt)によってその「擬制」を置き換えようとするBGHの試みは、いよいよ

35 Vgl. BGHZ 41, 393 (399).

35a 本書101頁以下(龍谷法学38巻4号(2006年)165頁以下、とくに177頁以下)参照。

36 本書99頁以下(龍谷法学38巻4号(2006年)165頁以下、とくに175頁以下)参照。

もって明らかに権利承継人の行為態様 (Verhalten) によって彼の責任を根拠づけることができないということを示している。なぜなら、まさしくBGHの見解として被告の除去義務を否定するために用いられた観点、言い換えれば被告の行為態様によって土地の事実的状态について何一つ変更が加えられなかったという事態は、被告が(当該土地上の)建築物に関する占有を取得した場合であっても当てはまることであったからである³⁷。権利承継人がその取得行為によって彼の前権利者から(前権利者による)除去の可能性を「奪い」とったことになるから権利継承人が除去義務を負担する、という考えがいかにも誤っているか。所有権に基づく返還請求権 (Vindikation) の場合と比べてみれば端的にその不当性が明らかとなる。すなわち後者の場合、占有に関する継承人は、彼がある行為によって彼の前権利者から回復の可能性を奪いとったという理由があれば、かつまたそのような場合に (weil und wenn er durch eine Handlung seinem Vorgänger die Möglichkeit der Restitution genommen hätte)、返還義務を負担することになるにすぎないからである。さらに、(BGHによれば) なぜ今や積極的な行為をしない当事者による阻止的な「法的抵抗」 (der im Wege stehende “rechtliche Widerstand”) ³⁸が占有の取得後も (auch nach der Erwerb des Besitzes) 次の手段、すなわちBGHが占有取得前であれば (vor Besitzerwerb) その当事者の行為態様に鑑みて適切なものとみなしたところの手段によって克服されることにならないのか、理解しがたい。ちなみにその手段とは、惹起者ないし彼の立場に代わって登場するところの原告のために改めて除去の法的な可能性を与えることになったところの(妨害除去行為に関する)受忍の訴え (die Duldungsklage) のことである。本件BGH判決で(占有の取得前と後との) これら二つのケースを同じように取り扱うべきことは、被告の占有取得前にBの給付能力 (Leistungsfähigkeit) がBと被告との内部関係に基づいてのみ偶然に存在したにすぎないということ、そして逆に被告はすでにこの時点でいつでも占有を取得する権限を有していたということに照らせば、ますます詳細に根拠づけられるにちがいない

37 BGHはこの「観点」をたんに保持意思という定式に対する異議としてのみ提起したわけではなかった。むしろ、本書ですでに示した控訴審判決の理由づけ(本書45頁、龍谷法学37巻3号(2004年)12頁本文ならびに注109参照)に異を唱えるためでもあった(³BGHZ 41, 398)。同時にまた、それは担保目的の所有権 (Sicherungseigentum) に基づく責任の可能性を否定するためでもあった (BGHZ 41, 399)。

38 BGHZ 41, 399はそう言っている。

い。それゆえBGHは、事実上、占有をしていない担保所有権者も占有をしている担保所有権者も同様に、その（積極的な）除去義務を負う理由があるものとしたくはなかった、と言えよう。

しかしながら、原告の自救行為を受忍すべしとする内容の被告の義務はそもそも根拠づけられうるものではなかった。しかしBGHはその義務を当然至極と考えた³⁹。(BGHによれば) 受忍義務はまさしくネガトリア責任の一つの定式にはかならなかったからである。それゆえ実際にBGHは被告が妨害者たりうることを否定しなかったものであり、ただそのことと結びつけられた責任の内容についてだけ制定法と異なった判断をくだしたにすぎない。BGHのこの判決は、シュミット (Rudolf Schmidt) の学説に従って第二のアクチオ・ネガトリア (eine “zweite” actio negatoria) を承認したことになる。そして、このBGHの判決は、シュミットの学説と同様、相手方に（積極的な）妨害排除義務を課している制定法とは相容れないものである。このようにBGHもまた、制定法によって与えられている規制の実質的正当性 (die Sachgerechtigkeit der vom Gesetz getroffenen Regelung) を見誤ったのであり、不当な判断を正当な判断とみなした。それはもっぱら、不法行為法のカテゴリーとして定着した思考方法に依拠したことによる原因があった、と言えよう。

また、このBGHの判決理由は、いずれにせよ判決の結論はそれほど不当なものとはみなされないであろう、という言明で締めくくられている。というのも、原告Xの被った不利益は、その前権利者 (Bにその所有地を賃貸したA——訳者注) による、債務者についての「個性、給付能力、経済的な見込み」に関する錯誤の結果 (die Folge des Irrtums ihrer Rechtsvorgängerin über “Charakter, Leistungsfähigkeit, wirtschaftliche Aussichten” ihres Schuldners) であり、原告がその結果を引き受けるべきであった、とするからである。しかしながら、原告がその債務者に関してまさしく「とんだしくじりをしでかした」 (“Pech gehabt”) という考えは、同様に被告Yについてもあてはまることであった。なぜなら被告は、もともと本件土地についての使用賃貸借期間の満了後には取り除かれるべきであった担保財産を取得していたからである。もし被告の債務者 (本件でYから融資を受けたB——訳者注) が満

39 本件でBGHが承認 (Anerkenntnis) の有無とは無関係に受忍義務 (Duldungspflicht) を想定していたことは判決文、とくにその399頁から明らかである。

期時に被告に対して担保財産を通例通り明け渡しうる状況になかったならば、被告がその費用負担でもってその担保財産をみずからのものとするのが、もっぱら「正当な」("billig") ことであつたと言えよう。したがって、BGHの下した判決がここ(本書)で提案された見解と比べ、より公平にかなっているという長所をもっていたのではないかという考えは、的を得たものではない。本質的に重要であるのは次のことを見抜くことである。すなわち、(一般的見解によれば)当然のこととして要求される帰責性の意味において(im Sinne verdienter Zurechnung) 正当な判決がなされるためのあらゆる(帰責要件立証上の) 試みがついたところで「証明されていないという事態」("non liquet") が生ずるのであるが、その(帰責要件立証に関する) "non liquet" というのは本件ではなんら偶然的なものではないのであって、そもそもそれは(必然的に) ネガトリア要件の独自性(die Eigenart des negatorischen Tatbestands)を意味するものにほかならない。したがって、「帰責性」なるものがすべて恣意的に設定されたものであるがゆえに、(ネガトリア責任に関する) 制定法上の規制をこのような(帰責性という) 意味で理解することはできない。むしろ——のちほど本書でさらに詳しく指摘されるように——その(ネガトリア責任に関する) 制定法上の規制は、妨害者と被妨害者の双方に自己自身の物に関する処分を保持させるということを目的とし、かつまたその実質的な正当性を本件でも正しく示すところの「目的適合的解決」(Zweckmäßigkeitlösung) として認識される必要がある。

3. われわれが妨害者グループの確定作業を前進させるならば、妨害物の担保所有者(der Sicherungseigentümer der beeinträchtigenden Sache)は、彼が妨害物を占有していたか否かにかかわらず妨害者(Störer)たりうることが確認されよう。これと同様のことは質権者(der Pfandgläubiger)にもあてはまる。たとえば、質権者が質権の目的物として占有している家畜が逃げ出し、他人所有の牧草地で草を食べているとするなら、その牧草地の所有者は質権者に対してその排除を請求しう。問題となりうるのは妨害物の期待権の保有者(der Inhaber des Anwartschaftsrechts)の責任である。なぜなら、その期待権保有者の法的地位の本質が何であるかについて争いがあるからである。したがってネガトリア責任が条件づけを行った処分者と条件づけられた権利者との間で「配分」されうるか(zu "verteilen" ist)、問題となる。

なるほど条件づけられた権利譲渡の主要ケース、たとえば所有権留保のもとでの売却 (Verkauf unter Eigentumsvorbehalt) のケースでは (このような「配分」は) 実際上ほとんど意味をもたないであろう。なぜなら、以下本書でさらに指摘するように、留保買主 (Vorbehaltskäufer) はすでに占有者としてネガトリア責任を負っているからである。しかしながら、これと異なってここで論究されるべき期待権 (Anwartschaftsrecht) に基づく責任の問題は、不動産に関して条件づけられた権利設定がなされた場合、たとえば土地に関する用益権 (ein Nießbrauch an einem Grundstück) の設定がなされ、よってその土地上に妨害施設 (eine störende Anlage) が存在する場合には、実際上また意味をもつ問題として提起されうる。この問題にどう答えるか。それは、期待権を「分割所有権」("geteiltes Eigentum") として⁴⁰、あるいは完全的権利 (Vollrecht) に対するところの「本質的に (その権利と) 同質性を保持したところの減少」("wesengleiches minus") という形で概念的に定義すること⁴¹によってアプリオリーシシュ (apriorisch) に引き出されてくるものではない。このような概念は出発点ではなくて、せいぜい提起されるべき考察の結論 (das Fazit der anzustellenden Überlegungen) でありうるにすぎない⁴²。出発点となるべきであるのはドイツ民法160条ならびに161条で与えられている規制の目的にほかならない。それは——法的にも事実的にも一体となった——処分客体の取得を条件発生時にその条件を付与された権利者に保証するという目的をもつ⁴³。この目的

40 So Ludwig Raizer, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 66 ff.

41 So BGHZ 28, 16 (21) mit weiteren Nachweis; BGHZ 35, 85 (89).

42 Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 1965, § 42, 3; ders., Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161, S. 391 ff.

43 Vgl. Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 42), § 39, 3 e. ——<訳者注>：ドイツ民法160条「(1) 停止条件つきで権利を取得した者は、相手方が効力不確定期間中に (während der Schwebezeit) その条件によって規定された権利をその者の過責 (Verschulden) によって毀滅させたり、毀損させた場合には、その相手方に対して損害賠償を請求しうる。(2) 解除条件つきで行われた法律行為に際しても、その者のために従来の権利状態がふたたび発生するところの者は、(前項と) 同じ要件のもとで同じ請求権をもつ。」：161条「(1) ある者がある客体について停止条件つきで処分した場合には、その者が効力不確定期間中にその客体に関して行ったその他のすべての処分は、その処分が当該条件によって規定された効力を滅失させたり、毀損させた限りで、条件成立時において無効 (unwirksam) となる。効力不確定期間中に強制執行や仮差押執行の方法でその処分がなされたり、あるいは破産管財人によってその処分がなされた場合も、前文の処分に含まれる。(2) 前項と同様なことは、解除条件が付されている

が固有の絶対的権利の承認、したがって第三者に対する独自の権利保護の承認を必要とするかという問題、つまりは期待権の本質に関する論争における根本的問題 (die Kardinalfrage) については、ここで詳しく論じる必要はない⁴⁴。なぜなら、たとえフルーメの見解⁴⁵ともに、期待権の取得者——支配的見解によれば物につきより広く権利を有する第三者をも含むところの期待権の取得者——がそれぞれに保護

場合に、その権利が条件発生によって終了するところの者による処分についても妥当する。(3) (前の二つの条項には) 非権利者からその権利が発生しているところの者にとって利益となる諸規定が類推適用される。」

44 ことに期待権者の原告適格 (die Aktivlegitimation des Anwartschaftsberechtigten) に関する問題は1004条本来の問題とはいえない。むしろそれは期待権の内容 (Inhalt des Anwartschaftsrechts) に関する問題である。したがってそれは、その意味からも1004条とは関わりを持たない。——しかしながら支配的見解は期待権者に無制約的にネガトリア的保護を与えている。Vgl. Raiser, Dingliche Anwartschaften (oben Fn. 40), S. 76; Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, 1963, § 11 V 2 mit weiteren Nachweis. これに対してフルーメは、条件付きの用益権の場合のように、限定的であるとはいえず少なくともその権利保護が承認されていることを問題としている。Vgl. Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 42), § 39, 3 e. もし支配的見解に従うなら、すでに論じたように期待権保有者の被告適格 (Passivlegitimation des Anwartschaftsinhabers) が生ずることになる。

45 しかし、それにもかかわらずフルーメは、条件づけられた処分行為の目的がそれを必要とする限りで、期待権者としての地位の「第三者効」(“Drittwirkung” der Position des Anwartschaftsberechtigten) を承認している。というのもドイツ民法851条、407条を度外視するならば、フルーメは、所有権者にだけ満足を与えるべき可能性を、たとえば加害者に認めないからである。あるいはフルーメは期待権者の利益に即して賠償給付の額を決定するからである (Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 42), § 39, 3 e; § 42, 4 e)。なお、前注で示したところも参照されたい。——〈訳者注〉ドイツ民法851条 (不法行為に関する規定)「動産の侵奪ないし毀損によって損害賠償義務を負う者が、その侵奪時あるいは毀損時に当該物について占有していた者に賠償給付をなした場合には、(その者以外の) 第三者がその物の所有権者であったとしても、その賠償者はその給付によって免責される。第三者が当該物についてその他の権利を有する場合も同様である。ただし、賠償給付者が第三者の権利を知っていたり、あるいは重過失によって知らなかった場合はこの限りではない。」: 407条 (債権譲渡に関する規定)「(1) 新債権者は、債務者が債権譲渡後に旧債権者に対してなした給付を、自己に対する有効な給付として引き受けなければならない。債権譲渡後に債務者と旧債権者との間で当該債権を顧慮して行われたあらゆる法律行為についても同様である。ただし、債務者が給付時ないし法律行為着手時に当該債権譲渡を知っていればその限りではない。(2) 債権譲渡後に債務者と旧債権者との間で係属した訴訟において債権に関する既判力のある判決が下された場合には、新債権者はその判決に拘束される。ただし債務者が訴訟係属時に当該債権譲渡を知っていたならば、その限りではない。」

されるべき権利を取得したかどうか全く明らかとはなっていないからである⁴⁶として先ほどの根本的問題を否定したとしても、処分客体（Verfügungsobjekt）に関する拘束性がその効果において上記の第三者にも及ぶことは否定しがたいことであるからである。たとえばそのような処分客体に関する拘束性はいずれにせよ処分者自身について存在しているわけであり⁴⁷、（期待権によって）目指された目的が挫折したという理由で、あるいはそうでなくてもその目的が達成されない限りにおいて、上述のことがあてはまるからである。このことは、法的処分（die rechtliche Verfügung）については161条から直接に導き出される。なぜなら善意保護（Gutgläubensschutz）を度外視する限りで権利をただ停止条件的に（nur auflösend bedingt）取得したにすぎないからである。そして物につきただ間接的に関係するだけの処分、たとえば物の毀損を理由とする損害賠償債権の回収（die Einziehung der Schadensersatzforderung wegen Beschädigung der Sache）のような処分については、権利保有者が条件付きの権利者と共にその処分をなしうるのであり、その結果第三者がここでもまたその両者の協働があった場合に初めて（nur bei Mitwirkung beider）、所期の結果を達成する、ということが妥当する。すでに述べたように、この点では広範な一致をみている。そしてこれと同様のことは、処分客体への事実上の作用（die tatsächliche Einwirkung auf das Verfügungsobjekt）——それは、たとえば妨害排除のために必要なものであったりするのだが——についても妥当すべきことである。すなわち、期待権の保有者（der Inhaber der Anwartschaft）は、権利者（der Berechtigte）による事実上の処分に対しても——その処分によって当該条件に依存する権利が妨害を受けたり、挫折するであろう限りで（soweit dadurch das von der Bedingung abhängige Recht beeinträchtigt oder vereitelt würde）⁴⁸——保護されている。すなわち、それに対応する形で権利者の干涉権限が制限されているわけである。しかし、権利者の処分権限はその処分があとになって無効とされ、よってその効力が遡及的に消滅させられるという理由でのみ条件づけられたものであるにす

46 Vgl. Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 42), § 39, 3 e.

47 処分者に対する条件付き権利者の保護請求権については、Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 42), § 39, 3 c を参照されたい。

48 なるほどドイツ民法160条はもっぱら損害賠償請求権（Schadensersatzanspruch）だけを問題にしているが、当然のことながらそれは不作為請求権（Unterlassungsanspruch）にも準用される。Vgl. Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 42), § 39, 3 c.

ぎない。したがってそのような権利者の処分権限の制限とは異なって、処分客体に対する事実上の干渉作用に関する権利の制限については——その事実上の干渉作用こそ完成された事実を作り出すものであるがゆえに——その制限がもともとはじめから無条件に存在するということが、事物の本性（die Natur der Sache）から導き出される。言い換えるなら、ここではドイツ民法160条、161条の目的が達成されないというリスクの方が優先され、条件付きの権利者がその権利をその後なんら取得しないというリスクは、その背景に退いている。こうして妨害を排除するために必要な措置の種類と範囲に応じて、条件づけを受けた権利者の法的に保護された地位への侵害（ein Eingriff in die rechtlich geschützte Position des bedingt Berechtigten）が必要となる。その場合、条件付きの処分者は、その条件づけを受けた権利者の法的に保護された地位を、本来の権利に鑑み、もはや行使し得ない。ここでネガトリア責任とは、他人の侵害に対する本来的地位の法的保護の相関概念（das Korrelat des rechtlichen Schutzes der eigenen Position gegenüber fremden Eingriffen）以外の何物でもなく、したがってまた妨害を受けた者が妨害排除のために侵害することに対してネガトリア責任が生ずる、という本書のテーゼにしたがうならば、上記で問題となった（担保所有者や条件付きの権利者などの）諸ケースでは、完全的権利（das Vollrecht）の保持者だけでなく、その者とならんで期待権（Anwartschaft）の保持者も条件づけを受けた権利者として被告適格を有する。その結果、いずれも共に⁴⁹妨害排除について責任を負う。

さらに、所有者とならんで（neben）、土地担保権の債権者（der Gläubiger eines Grundpfandrechts）も、妨害者たりうる。たとえば抵当権（ein Hypothek）が、その順位に応じて、またはその被担保債権の金額に応じて、土地と結合された施設の価値によって全面的もしくは部分的に担保されており、そしてその施設が隣人に対する妨害を意味する場合には、価値的に抵当権者に帰属した物（die wertmäßig dem Hypothekar zugeordnete Sache）が他人の所有権領域に侵入し、干渉的に作用する。したがって、この場合に抵当権者Hは、責任者（たる施設所有者）Eの土地を（価値的に）利用することによって（mit der Verwertung des haftenden Grundstücks）

49 その場合、本書136頁注28で述べたことが妥当する。——〈訳者注〉その翻訳として龍谷法学41巻1号（2007年）171-172頁注28参照。

被害者Gの所有権を部分的に利用している、と言えよう。他方で、この被害者Gは、彼が妨害目的物に関する抵当権者Hの権利——それ自体ネガトリア的に保護を受けている（ドイツ民法1134）⁵⁰——を尊重しなければならない、ということによってもまた (*auch*)、G自身の任意の行使自由につき妨害を受けている。とはいえ、抵当権者Hと妨害物の所有権者Eは両者の間で所有権について観念的な配分を受けていることになるのであるから、両者の妨害者性 (*Störereigenschaft*) に関しては一体のもの (*eine Einheit*) とみるべきである。そしてそれは、共有者 (*Miteigentümern*) ——その場合には権利の割合的な配分がもっぱら問題となるわけだが——の間で一体のものとして妨害者性が存在するのと同じことである⁵¹。抵当権者Hと妨害物の所有権者Eは、妨害物についての持ち分に応じてネガトリア責任を負担する。一方で所有権者Eは、次の理由で妨害を排除すべき義務を負う。すなわち、Eは彼に完全な処分権・作用権限が帰属しており、ただそれが抵当権者Hのための交換価値維持命令 (*Werterhaltungsgebot*) によって制約されているにすぎないわけであり、し

50 ここでは、たとえひとが妨害の排除を1133条以下の意味での価値下落 (*Verschlechterung*) として理解しないとしても、そのようなやり方で価値下落に対する抵当権者のネガトリア請求権を排斥する必要はない。しかるに、明示的に判示されたわけではないが、OLG Rostock OLGE 41, 176, Urteil vom 21. November 1919 は、明らかにこれと異なる。Vgl. auch Planck-Streicher § 1133 Anm. 1 c und Soergel-Baur § 1134 Anm. 2. 抵当権の基体 (*Substrat*) がその排除によって無価値化することにより、すでにそのことへの異議が示されている。——〈訳者注〉ドイツ民法1133条「土地の価値下落によって抵当権の保全が危殆化した場合には、債権者は所有権者に対してその危殆除去のための相当な期間 (*eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung*) を指定することができる。その期間が経過したのちは、債権者は、その危殆が土地の改良や別個の抵当権設定によって排除されない場合には、直ちにその土地から満足を得べく抵当権を実行することができる。(以下略)」：1134条「(1) 所有権者または第三者が、抵当権の保全を危殆化するときの土地の価値下落が予期されるようなやり方で土地に作用を及ぼす場合には、債権者は不作為を請求することができる。(2) その作用が所有権者によってなされる場合には、裁判所は、債権者の申立を受けてその危殆化を防止するのに必要な措置を命ずることができる。所有権者が第三者の干渉作用に対する必要な予防措置あるいはその他の毀損に対する予防措置を講じないという理由によって土地の価値下落が予期される場合も同様である。」

51 ただし訴訟上は、所有権者Eと抵当権者Hとを切り離して、別個に訴えを提起することができる。強制執行 (*Zwangsvollstreckung*) の段階で初めてEとH両者に対する執行名義 (*Titel*) が必要となるにすぎない。そして、共有者間の場合と異なって、所有権者と抵当権者との関係では妨害排除の実行に関する制限は存在しない。

かもその処分権・作用権限は、それとして1004条によってEに保持されるべきものであり、そのようなものとしての権利をEは価値権者（der Wertberechtigte）のために行使するからである。他方、抵当権者Hには、ただ価値的に物が帰属するにすぎないわけであり、それゆえ（ネガトリア）請求権内容に関する制定法規制の意義（die ratio der gesetzlichen Regelung des Anspruchsinhalts）がHにはあてはまらないわけであるから、Hは妨害の矯正を受忍しさえすればよい（deren [Beeinträchtigungs] Korrektur zu dulden hat）。したがって抵当権者Hの妨害者性（Störereigenschaft）が実際上の意味を獲得するのは、Hが彼の担保目的物への価値減少的侵害に抵抗する場合だけに限られる。すなわち、被妨害者は、抵当権者の1134条に基づく実体法上の防御に対抗して受忍請求権（Duldungsanspruch）を主張することができるのであり、それは民事訴訟法771条（§ 771 ZPO）⁵²に基づく「訴訟法上のネガトリア」（"prozessuale Negatoria"）に対抗する場合と同様なのであるが、もっぱらその理由は、（実体法上すでに）抵当権者自身がネガトリア的に責任を負うからである。ただし抵当権者Hがネガトリア的な除去責任を負うのは、次の場合に限られる。すなわち妨害物の所有権者Eが、たとえばその所有権を放棄したがゆえに除去請求権の相手方としては登場しない場合に。このケースでは、抵当権者は、それまでは所有権者が担っていた責任「部分」を代わって引き受けることになる。次の例によってそのことが明瞭となろう。すなわち、すでに指摘したOGHZ 2, 177 ff. の事実関係^{52a}を以下のようにモディファイするのである。たとえば、原告の所有する波止場に船の残骸があって、その所有権を所有者が放棄したが、その船には抵当権が設定されていた、とする。この場合、原告の意思的な作用自由（das

52 第三者異議の訴（die Drittwiderspruchsklage）が、実体法上の意味でネガトリアの訴とみなさるべきか、それとも純然たる訴訟法上の訴（eine rein prozessuale Klage）とみなさるべきかは、ここでは立ち入らないでよい（vgl. dazu Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeß, Bd. 2, 18. Aufl. 1956, § 771 ZPO Anm. I 1b）。いずれにしても、第三者異議の訴はネガトリア的に作用する（wirkt）。第三者異議の訴と実体法上のネガトリアの訴との関係については、vgl. B. Wicczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, § 771 ZPO Anm. B II b. 2 m. w. N und Planck-Brodmann § 985 Anm. 1 a (S. 569)。——〈訳者注〉ドイツ民事訴訟法771条「（1）第三者が、強制執行の客体に関してその権利移転を阻止する権限がその者に帰属すると主張する場合、かかる強制執行に対する異議は、その管轄のもとで強制執行が行われるところの裁判所に訴えを提起する方法で行うことができる。（以下省略）」

52a 本書前述115頁以下〔翻訳として龍谷法学40巻1号（2007年）188頁以下〕参照。

Einwirkungsbelieben) が原告の所有権領域の内部で将来的に法的に制限を被ることとなる (weiterhin rechtlich beschränkt)。たとえば原告は、(抵当権が附着している限りで) 妨害物を廃棄することによって妨害物から原告自身を解放することも自由にできない。それゆえ、所有権自由を妨げている抵当権者は、彼が抵当権目的物の換価権 (Verwertungsrecht) にしがみついたとしたなら、彼はその抵当権目的物を (原告の) 波止場から除去すべきであったろう。そうでないとするなら、抵当権者は、換価の時点まで原告と契約を締結してその抵当権目的物の権利主張を合法化すべきであったろう⁵³。

こうして一般に、妨害物について物権的に権利をもつ者は誰でも (jeder an der störenden Sache dinglich Berechtigte)、彼の権利が空間的ないし機能的に当該物の妨害部分をその内に含んでおり、したがって妨害排除が彼の権利への侵害を必要とする (die Beseitigung der Beeinträchtigung daher einen Eingriff in sein Recht erforderlich macht) という限りで、被告適格を有するものとみなされなければならない。例を挙げるならば、土地の用益権者 (Nießbraucher eines Grundstücks) について上記のことがあてはまる。たとえば、その土地の上に隣人を妨害するたい肥 (Dunghaufen) が置かれていたり、あるいはその土地の本質的構成部分に属する施設があってそれが隣地にはみだした場合とか、その施設が民法907条によれば不許容的とされる場合が、そうである。これに対して、たとえば土地の地役権の保持者として当該土地につき通行権 (Wegerecht) を行使する者は、その (土地の) 状態に関してネガトリア責任を負うことはない、と言ってよからう。

4. 最後に、占有者 (der Besitzer) についても、上記で示した妨害者性 (Störereigenschaft) に関する基準があてはまる。その占有者が、妨害物を他主占有者 (Fremdbesitzer)

53 これとの関連で今一度、未発生損害担保契約 (cautio damni infecti) に目を向ける必要がある。すなわち、ローマ法ならびに普通法によれば、(損害を与える危険を有する土地・建物の) 所有権者が担保給付を拒絶したならば、その後は当然にその (土地や建物の) 担保権者が担保権喪失時に未発生損害のための担保 (Kautio) を給付しなければならない、ということが承認されていた。Vgl. D. 39, 2, 11; eod. 15 § 25; Hesse, Rechtsverhältnisse S. 69 f.——<訳者注> すなわちこの場合、担保権者が未発生損害のための担保 (Kautio) を給付しなければネガトリア責任を負うのであるから、その限りで本文の内容と合致することになるからである。

として保持しているのか、それとも自主占有者 (Eigenbesitzer) として保持しているのかは、どうでもよいことである。たとえば、レンタカーを他人の土地上に運び込みそこに放置する者や、隣人の所有領域にはみだしている施設あるいは越境的に作用を与える施設、たとえば宣伝広告板などを占有している者は、他人の権利を篡奪しているのであって、その妨害を (みずから進んで) 排除すべき義務を負う。なぜなら、法が、被妨害者による矯正に対して彼 (= 妨害者) の占有存続を保護しているからである (da das Recht seinen [Störers] Besitzstand gegenüber der Korrektur durch den Gestörten schützt)。 (したがって、被妨害者による自救的行為が法的に阻止されているがゆえに) すでに指摘した諸々の物権的権利者と同様、占有者もまた、そのものとして妨害者なのである。言い換えるならば、占有者は、彼と妨害物との関係のゆえをもって妨害者となるのであり、かつまたそのような関係が存在する限りで妨害者なのである。それ以外のモメント、とりわけ意思的モメント (voluntative Momente) が、占有者の人格において存在している必要はない。また、すでに指摘したところの別の関連の問題と同様に⁵⁴、占有獲得という行為 (Akt der Besitzergreifung) のもつ「帰責根拠」、しかも保持意思に向けられた (観念的) 意思に対する関係で言えばただ単により直接的・事実に把握可能な「帰責根拠」 (nur handgreiflicherer “Zurechnungsgrund”) は、占有者の被告適格 (Passivlegitimation) のための根拠でも前提でもない。したがって「占有をなす非所有権者ないし保持者」 (der “besitzende Nichteigentümer oder der Inhaber”) は常に妨害者なのであって、「理由書」 (Motive) が言うように「その特殊な事情」があつて (“unter besonderen Umständen”)、初めて妨害者たりうるにとどまらないのである。その意味で「理由書」は、妨害者概念を、明瞭にというよりはむしろ曖昧に (verdunkelnd)、把握している⁵⁵。なるほど事情次第では、他主占有者は、妨害物に関する彼の権限の種類に応じて、(彼の権限よりも) より強い権限をもつ者に対して、妨害を排除するために——たとえそれが妨害排除の方法として必要なものであったとしても——その

54 本書49頁注111のマックス・リュウメルン (M. Rümelin, Besprechung von Martin Wolff, Das Sachenrecht, AcP 133, S. 94 ff.) に対する批判的評注、ならびに先ほど取り上げたBGHZ 41, 393参照。——<訳者注> その翻訳として、前者につき龍谷法学37巻3号 (2004年) 13頁、後者につき本号冒頭の箇所を参照。

55 Motive III S. 425.

物に干渉作用を及ぼすことが許されない、ということがある。とはいえ、そのことによって彼（＝他主占有者）の被告適格が左右されるのではない。その限りで、妨害者は、第三者（間接占有者）に占有を媒介するところの直接占有者と同じ地位に立つ。このような第三者（間接占有者）につき民事訴訟法76条（「占有の場合の本来的な被告の指示」、「Urheberbenennung bei Besitz」——訳者注）が規定されている。そして、（直接占有者には）物に関する事実上の処分をなす実体法上の権限が欠ける場合がありうるが、そのような場合には、直接占有者のために民訴77条（「不作為訴権の場合の本来的な被告の指示」、「Urheberbenennung bei Unterlassungsklage」——訳者注）が、その埋め合わせをしている。というのも、その者（A）がその権利を行使しうるものと主張するところの権利を（本来的に）有している第三者（D）が訴訟に参加しない場合には、制定法によればAに妨害を除去する権限が与えられ、また「妨害排除をなしうる」妨害者として（als “beseitigungsfähiger” Störer）、Aにその訴訟を承継する権限が与えられているからである⁵⁶。

56 Vgl. auch Konrad Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, S. 323 N. 4 a. ときとして民事訴訟法76条は、「法律学的な思惟の遊び」（ein “juristische Gedankenspiel”）を超えてさらに、「実務が（条文として）現れ出たもの」（eine “Erscheinung der Praxis”）、とみなされることがある（vgl. Baumbach-Lauterbach, § 76 ZPO Anm. 1）。（その民訴76条を準用するところの）民訴77条は所有権の侵害を妨害そのものとみなしているわけであるから、いずれにせよ支配的見解の立場からするなら、この条文は広く空洞化してしまうにちがいない。たとえば、妨害者が第三者の権利を行使して行ったものと主張している他人の土地での建築や泥塊の引き込みなどのケースでは、このような「妨害」の排除は第三者の権利（それ自体）とは関わりをもたないのであるから、けっして第三者が訴訟参加に応じることはないであろうし、また、それはありえないであろう。——〈訳者注〉ドイツ民事訴訟法76条「（1）民法868条において規定された内容の法律関係に基づいてそれを占有していると占有者が主張するところの物の占有者として訴えられた者は、本案の弁論前に（vor der Verhandlung zur Hauptsache）、間接占有者を指示する書面ならびに訴訟告知の書面を提出して、間接占有者を供述のため呼び出すよう申請することができる。この供述までは、あるいは期日の終結までは、被告は本案のための弁論を拒絶することができる。（以下略）」、同77条「物の所有権者によって、あるいはその者に物に関する権利が帰属している者によって、所有権またはその者の権利の妨害を理由として妨害排除の訴え、あるいは更なる妨害の不作為の訴えが提起された場合には、被告が第三者の権利を行使してその妨害を行ったと主張する限りで、76条の規定が準用される。」、ドイツ民法868条「ある者が物を、その効力に基づき彼が他人に対し一定期間占有をなす権利を取得し義務を負うところの用益権者、質権者、用益賃借人、使用賃借人、受寄者として占有する場合、あるいはそれと同様の関係において占有する場合には、その他人もまた占有者である（間接占有〔mittelbarer Besitz〕）。」

しかしいずれにせよ、責任要件として、妨害物に関する占有を狭く捉えるべきではなかろう。たとえば、妨害物の関係で（占有の）中断があればことごとく必然的に責任が消滅してしまう、などというふうに考える必要はないであろう。むしろ、妨害物が（占有者の）意思によることなく彼の直接的な事實的支配から抜け出て、（占有者が）もはやふたたび占有を獲得することがなくても、その従来の占有者が妨害者とみなされるべきである。たとえば、賃貸された乗用車が盗まれ、盗人がその後他人の土地にその乗用車を置き去りにした場合がそうである。この場合、妨害物と前占有者（賃借人）との関係は、占有喪失にもかかわらず、今なお次のような性質を維持している。すなわち、その物（ここでは乗用車）を媒介にして、彼（従前の占有者たる賃借人の）権利領域が他人の所有権と重なり合っている、という性質を維持している。言い換えるならばこうである。制定法は、物を占有する者に対して、所持の存続を超えて、民法867条に基づく追求権（Verfolgungsrecht）によって彼の法的地位を保護している。占有者はなお、そのような法的地位を享受する処分権限者（der Dispositionsberechtigte）なのである。それはまた、制定法が占有者に対して1007条（占有離脱物に関する現占有者悪意の場合の旧占有者の返還請求権——訳者注）によって保護を与えている。さらに同条に基づき適用される989条以下の諸規定によって保護を与えている場合も同様である。それゆえ、被妨害者はその占有者との関係においても、彼（被妨害者）の所有権領域の内部で任意に行動するという自由に関して制限を被っていることになる。したがって前占有者が目的物につき権利を主張する限りで、彼（前占有者）は、その物によって条件づけられた妨害を排除すべき義務を負う。これに対し、（本書で）確定的に明示されているように思われるのだが、ただ妨害物の入手について債務法上の権利を取得したにすぎない者は妨害者とはいえない。たとえば、本書の例で言えば、無権限で他人の土地に放置された乗用車の購入に関する債務法上の権利を取得したにすぎない者や、乗用車の使用賃借についての債務法上の権利を取得したにすぎない者は、いまだ妨害者とはいえない^{56a}。

56a Siehe oben S. 118. (その翻訳として、龍谷法学40巻3号〔2007年〕312頁以下、とくに318頁参照——訳者注)。