

~~~~~  
翻 訳  
~~~~~

エドアルト・ピッカー著『物権的妨害排除請求権』(12)

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まで龍谷法学41巻1号、その2 = S. 146まで龍谷法学41巻2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、龍谷法学42巻1号)

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・費用負担義務に関する制定法上の法規制 (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、以上本号)

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)

第四章 ネガトリア的妨害排除請求権の内容ならびに妨害者の排除義務・費用負担義務に関する制定法上の規制

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

1. 妨害排除請求権の内容と範囲は、排除の対象となる侵害の性質から自ずと明らかとなる。排除されるべきであるのはこの意味での妨害である。制定法上の規制によれば、自己の行為による妨害者がなすべきことは、彼の権利篡奪的地位の放棄（*die Aufgabe seiner rechtsusurpierenden Position*）である。彼は将来にわたって権利者自身の所有権行使を妨げないように尽力しなければならない。彼が自身の権利領域内に退けば、（権利者の）所有権はその自由においていかなる侵奪も受けていないわけであるから、その所有権がいかなる事実的状态にあるかを問題にすることなく、（妨害者の）責任は消滅する。

したがって、妨害者は（その義務内容として）彼自身の財産から給付すべき義務を負わない。よって妨害者は被侵害者の損失を回復せしめる義務も負わない。彼の義務の内容は、ただ彼自身の権利領域の矯正に尽きる（*Inhalt seiner Verpflichtung ist allein die Korrektur des eigenen Rechtskreises*）。ネガトリア請求権がねらいを定めているのは、新たな財貨配分を生み出す出捐ではなく、現在の財貨配分を尊重する行為態様（*nicht eine Zuwendung, die eine neue Güterverteilung bewirkt, sondern ein Verhalten, das die bestehende respektiert*）である。すなわち、1004条の限定された目的（*der begrenzte Zweck des § 1004*）が要求するのは「より多くのもの」（*Mehr*）を提供することではない。なぜなら1004条は、もっぱら、保護された財貨の法的完全性の回復（*die Wiederherstellung der rechtlichen Integrität des geschützten Guts*）だけを追求するものなのであるから。しかも1004条の目的によれば、（1004条の義務内容と）「より多くのもの」（の回復）とが一致することすらないであろう。なぜなら、受領権を持つ者への出捐であれば、あらゆる給付がことごとくそうであるように、特別な義務負担根拠による正当化を必要とするであろうから（*weil eine Zuwendung an den Empfänger, wie jede Leistung, der Rechtfertigung durch einen besonderen Verpflichtungsgrund bedürfte*）。

1004条の目的に従えば、妨害者は、全くのところ一定範囲で原状への所有権の回復を義務づけられる（*durchaus in bestimmtem Umfang zur Wiederherstellung des Eigentums in Natur verpflichtet sein kann*）。たとえば、ノーマルなケースにおいてそうであるように、妨害者がその妨害物を握って離さない場合には、彼は（彼の所有客体である）妨害物を彼自身の権利領域の限界と一致する状態に戻すべき義務を負う。また彼が、その放散（*Ausstrahlungen*）によって妨害を与える物を所有する場合には、その干渉作用が被侵害者にもはや不許容なやり方で及ばないようにすべき義務を負う。たとえば、その性質上妨害が不可避な施設を所有する場合には、彼はその施設を——その極端なケースとして907条が規定するように——全面的に排除すべき義務を負う。さらに彼が、その位置によって、ならびにその拡張によって妨害をなす物を所有する場合には、彼はその物をみずから引き受けなければならない。つまり彼は、その物を自己の権利領域の限界内に引き戻すべき義務を負う。とはいえ、原状回復（*die Naturalrestitution*）は、けっして（ネガトリア請求権の）自己目的ではない。もしもネガトリア請求権が原状回復を自己目的とするならば、ネガトリア請求権は、妨害された物をもとの状態と同じように修復するなど、財産上の回復（*die vermögensmäßige Wiedergutmachung*）を自己のために追求すべきことになろう。言い換えるなら、原状回復はネガトリア責任の範囲内では、ただ副次的な機能（*lediglich eine Hilfsfunktion*）を担うにすぎないのである。すなわち原状回復は、相互にズレをきした権利領域の限界線の矯正が現実的矯正（*eine reale Korrektur*）を必要とする場合に、その目的でなされるだけである。つまり、この目的がその原状回復を必要とする範囲で原状回復が求められるにすぎない。

妨害排除請求権の内容は、その規定の仕方によっては、ヴィンディカティオン（*Vindikation*）と一致する。ヴィンディカティオンは、1004条と比べてより厳格なその要件定式（*Tatbestandsfassung*）をもつが、そのことによって次のことを如実に示す。すなわち、制定法が、「ネガトリア請求権」と「出捐の意味での給付に向けられた請求権」との間で（*zwischen den negatorischen und den auf die Leistung i. S. einer Zuwendung gerichteten Ansprüche*）いかなる基本的な区別をなしているか、を。つまりは985条の返還請求権（ヴィンディカティオン）もまた、（給付請
（龍法 '09）42 - 2, 238 (509)

求権ではなく）ただ単に債務者の権利領域の矯正を彼に義務づけるものであるにすぎない（*allein zur Korrektur seines (=Schuldners) Rechtskreises verpflichtet*）。そのことは、ここヴィンディカティオンにおいては次のことを意味する。すなわち占有者は、他人の物を、権利者たる他人がそれを掴み取れるように彼の占有状態から解き放さなければならず¹、いわばその他人の物を彼の権利領域の限界線上にまでもちこまなければならない。言い換えるなら、ヴィンディカティオン債務者はただ単に彼の占有を放棄すればよいのである。とはいえ（ただ占有を放棄すればよいというのではなく）、彼は、権利者が（その物を）掴み取れるように（*in der Weise, daß der Berechtigte zugreifen kann*）、占有を放棄しなければならない。なぜなら、そうしないと所有権がまた新たに侵害されることになろうからである。これに対してヴィンディカティオン債務者は、債務法上物の給付義務を負う者とはあくまでも異なる。それゆえ彼（ヴィンディカティオン債務者）は、債権者の利益を満足させるために配慮することまで義務づけられてはいない。彼は、自己の占有と無関係に（他人の）物を（その者に）「あてがうこと」（*die Verschaffung*）につき、債務を負わない。なぜなら彼は、債務法上の請求に応じてその履行義務を負う必要はなく、それと同様に、彼自身の財産からある価値を債権者の財産へと給付する必要もないからである（*weil er (=Vindikationsschuldner) nicht, wie zur Erfüllung einer schuldrechtlichen Forderung, einen Wert aus seinem Vermögen in das des Gläubigers leisten muß*）。それゆえ、ヴィンディカティオン債務者が給付義務の意味における「直接占有のあてがい」（*die "Verschaffung des unmittelbaren Besitzes" i. S. einer Leistungspflicht*）につき義務を負うと言われる場合²、そのような言い方は少なくと

1 ジーバー（Siber, Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkt der Rechtsneuordnung, JherJb 1889, S. 17）は、所有権に基づく請求権（Eigentumsanspruch）を単なる「掃き出し請求権」（bloßen “Auskehrungsanspruch”）とみなしている。Vgl. auch Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, S. 115.

2 Vgl. z. B. Westermann, Sachenrecht § 30 III 1; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 6. ちなみに、学説上みられる返還請求権に関する記述は曖昧（unklar）である。Vgl. nur etwa Soergel-Mühl § 985 Anm. 16. むしろより明瞭な態度を示すのは「理由書」（Motive III S. 398）の見解である。それによれば、占有者は所有権者に「有利なやり方で」（“zu Gunsten” des Eigentümers）所持者としての意思（Inhaberwillen）を放棄すべきであり、よって、「一定の積極的な行為をなすべき拘束」を受けている（“zu einer gewissen positiven Tätigkeit verbunden” sei）、とされる。なぜなら、占有者はその物を「（権利者のために）直接的に知覚され、把握可能な領域へ」と

も不正確（ungenau）である。たとえヴィンディカティオン債務者が目的物を第三者から手に入れる必要まではないことに関し、一致があるとしても、そうである。ひとが1004条のもとで、もっぱら回復義務かそれとも受忍義務かという二者択一（nur die Alternative Wiederherstellungs- oder Duldungspflicht）だけを見ているのと同様に、ここでも（すなわち985条のヴィンディカティオンのもとでも——〈訳者注〉）、ただ、（債務者による）供与かそれとも（権利者による）取り戻しの受忍かの両極端だけを見ている³。そしてそのことによって、ひとは、占有者によってなされるべき行為の目的を見誤っているのである。もちろん985条に基づく責任にとっては、ひとが「給付」としての返還と自己の権利領域の矯正としての返還との間で、区別をしっかりとしなくても、それほど重大な結果を生ずるわけではないかもしれない。しかし、それでもなお、それは誤りである。しかも、1004条の領域においてネガトリア請求権の損害賠償機能を、いわばその等身大で映し出す場合に示されるのと全く同じ誤りなのである。

2. ネガトリア請求権（der negatorische Anspruch）は、債権者への出捐という意味での給付に向けられたものではなく、ただ単にその（請求権の）法的許容の上に事実上の可能を切り開くということ（dessen rechtlichem Dürfen das tatsächlichen Können zu eröffnen）に向けられたものでしかない。それゆえ債務法の一般規定は、それが給付義務（die Verpflichtung der Leistung）をその存続と内容および範囲においてコントロールするものである限り、（ネガトリア請求権には）適用されない（nicht anwendbar）。このような見解によっても、われわれは、ネガトリア請求権と一般的物権の請求権に関する支配的見解と全面的に対立している。すなわち従前の、ことにフォン・トゥール⁴によって主張された学説が「本質的に」（"wesentlich"）、

運び入れなければならないからだ（indem er (=der Besitzer) die Sache "in den Bereich der unmittelbaren Wahrnehmung und der möglichen Apprehension" zu bringen habe）、という。Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900, S. 28.

3 Vgl. insbesondere v. Tuhr, Allgemeiner Teil I S. 247 ff.

4 v. Tuhr, Allgemeiner Teil I S. 243 ff., besonders S. 247 f. ; ebenso Zitelmann, Internationales Privatrecht, 1912, S. 234 ; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 180 ; Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, ArchBürgR 5, S. 25 ; vgl. auch Teilentwurf S. 1005, 1007 ; ferner Kohler, Recht und Process, Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 (1887),

物権的請求権に対応する義務を不作為のうちに、つまりは絶対権行使の忍容のうちに（in einem Unterlassen, in der Duldung der Ausübung des absoluten Rechts）承認した一方で、とりわけ現代の教説においては物権的請求権を債権（Forderungsrecht）とみなす見解が一般的である。すなわちその（物権的請求権としての）債権は、債務法上の請求権とその発生原因を異にするだけであり、債務法上の請求権と同様に「給付関係」（ein “Leistungsverhältnis”）を根拠づけるのであって、原則上、かかる（物権的請求権としての）債権は債務法上の諸規定の適用に服する（grundsätzlich den schuldrechtlichen Vorschriften unterstehe）、という⁵。すなわち、このような（債権としての）物権的請求権は、すでにジーバー⁶が定式化したように、債務法上の請求権と区別されずとも、「内容においてではなく、その発生原因において」（“nicht im Inhalt, sondern im Ursprunge”）区別されるだけであり、また「現在においてでなく、過去において」（“nicht in der Gegenwart, sondern in der Vergangenheit”）区別されるに過ぎない。ジーバーによれば、（債務法上の請求権も物権的請求権もいずれも）一旦成立したあとは同じような取り扱いがなされるのであるから、もはや過去の発生原因事実にとらわれる必要はない、とされる。このように物権的請求権は、債務法上の請求権と広範に同一視されている。その結果ひとは、（物権的請求権についての）その特殊な性質を根拠として援用するあらゆる論

S. 10.

5 Vgl. insbesondere Heck, Sachenrecht § 32 (S. 125 ff.) ; Westermann, Sachenrecht § 30 V 3 ; § 31 I 1 ; Horstmann, Unterscheidung über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf die dingliche Ansprüche, 1938, S. 26, 30 ; Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 3, 1929, S. 26 ; vgl. auch Baur Sachenrecht § 5 II 2 ; Dulceit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 8. なお、その他の論者において物権的請求権の理解は、個別の債務法規範の適用可能性に関する立場から明らかにされ、かつまた989条以下の責任根拠に関する立場から明らかにされる。その極端な例がペータース（Peters, Die Ansprüche aus dem Eigentum, AcP 153, S. 454 ff., S. 463）にみられる。彼は、985条、1004条、1005条に基づく請求権を債務法上の過責なき損害賠償請求権（schuldrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz ohne Verschulden）とみなしている（本書前掲55頁注9も参照——＜訳者注＞ その翻訳として龍谷法学37巻3号〔2004年〕30－31頁注9参照）。

6 Siber, Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkt der Rechtsneuordnung, JherJb 1889, S. 98, vgl. insbesondere auch S. 95 ff. ; ganz ähnlich Westermann, Sachenrecht § 2 III 2.

証 (jede Arugumentation, die sich auf dessen besondere Natur beruft) を、ことごとく、「生活に適った法発見」にとっては基準となりえない純然たる概念構成 (rein begriffliche Konstruktion, die für eine “lebensrichtige Rechtsfindung” nicht maßgeblich sein könne) として斥けるのである⁷。

(債務法上の請求権と物権的請求権という) 二つの、原理において異なった請求権カテゴリーを区別するという、どうかすると主義一点張りとも思われる見解に対する論難 (die Polemik gegen die vermeintliche doktorinäre Unterscheidung zweier im Prinzip verschiedener Anspruchskategorien) は、この区別の根拠が制定法それ自体に根ざしていること (daß diese Unterscheidung dem Gesetz selbst zugrundeliegt) を見誤っている。とりわけそのような論難は、(二つの請求権の) 概念上の差異化が実質的な理由から、つまりはまさしく侵害要件の法的な相違 (die rechtliche Verschiedenheit der Verletzungstatbestände) から生じていることを見誤っている。そもそも、そのように侵害要件が異なっているからこそ、異なった請求権が根拠づけられるのである。なぜなら、ほかならぬ損害 (Schaden)こそは (損害賠償請求権の内容として) 賠償給付 (Ersatzleistung) を要求するのに対し、(物権的請求権としての) 所有権行使の阻止 (die Hinderung der Eigentumsausübung) は、ただ、障害の除去 (die Beseitigung des Hindernisses) を要求し、正当化するにすぎないからである。このような現行法の基礎にある区別を放棄し、「利害関係」という視点 (“Interesse“-Gesichtspunkte) によってそれを置き換えることが、いかに危険であるか。それは、ここで論じられている争点とは別の問題に関しても如実に示されている。たとえば、その例としてヴィンディカタイオン請求権に281条が適用さ

7 Heck, Sachenrecht § 32, 8 (S. 128) gegen RGZ 115, 31 (33) und 157, 40 (45) ; vgl. auch Dulckeit, Horstmann und Dölle a. a. O., (oben Fn. 5). この点、ヴェスターマン (Westermann, Sachenrecht § 31 IV [S. 147]) も同様。ヘックが前掲箇所で、「このような考え」(物権的請求権を独自に考え抜く態度——<訳者注>) は、「法発見にとっても基準とはならなかった」(“für die Rechtsfindung nicht maßgebend gewesen” seien) と考えているが、それも不当である。この点については、とくに物権的請求権に関する部分草案 (Teilentwurf S. 1005) の叙述を参照されたい。さらにドイツ民法221条ならびに本書後述のところを参照。——<訳者注> ドイツ民法221条「物が権利の継承 (Rechtsnachfolge) によって第三者の占有に達した場合には、物権的請求権が存在することに鑑みて、前権利者の占有期間中に経過した消滅時効の進行時間 (Verjährungszeit) は権利継承者の利益において効力をもつ。」

れうるかという周知の論争を挙げることができよう。RGは物権的請求権の特別な性質を理由にその適用可能性を否定した⁸。これに対して（債務法上の請求権と物権的請求権とを）概念的に区別すべきことを論証する立場への敵対者たちは、この問題（281条の適用可能性に関する問題——〈訳者注〉）を、「犠牲限界」（“Opfergrenze”）という（利益考量的な）観点から解決しようとする。ただし、一方でヘック⁹がこの（犠牲限界という）基準をもとに（281条の適用可能性に関する）問題を肯定的に解決したり、他方ヴェスターマン¹⁰は断固としてその問題を否定的に処理したりと、さまざまである。要するに、この種の「限界」は一見してあまりにも際限がないものなので、その結果、物権的請求権と債務法上の請求権とを厳格に区別しようとしてもその区別を放棄するほかなくなってしまうのである¹¹。

8 RGZ 115, 31 und RGZ 157, 40. なおこの論争問題については、なかでもデレ（Dölle, RG Fest. [oben Fn. 5] S. 22 ff.）を参照。そこでは、その時点までの判例や学説が示されている。——〈訳者注〉ドイツ民法281条「（1項）債務者が、給付を不能にした事情に基づいて債務の客体に代わる賠償あるいは賠償請求権を取得した場合には、債権者は（債務者に対して）その賠償として受領されたるものの返還もしくは賠償請求権の譲渡を請求する。（2項）債権者が不履行に基づく損害賠償請求権を有する場合に、彼が第1項に定められた権利を行使したならば、彼に給付されるべき賠償は（第1項の定めにより彼が）取得した代償物しくは代償請求権の価値だけ縮減される。」——なお2002年債務法改正により本条は削除された。

9 Heck, Sachenrecht § 32, 7, 8 (S. 127 ff.).

10 Westermann, Sachenrecht § 31 IV 4 ; vgl. auch Erman-Hefermehl Anm. 20 vor § § 87 ff.

11 学説上、ライヒスグリヒツを批判し、「犠牲限界」（Opfergrenze）の具体化を図るために引き合いに出される論拠は説得力をもたない。たとえば、債務者側での占有よりも長く継続する民法989条以下の効果と比較しても——ヴェスターマンも前掲箇所（前注10参照——〈訳者注〉）でこれと同じことを言っている——それは適切ではない。なぜなら、これら989条以下は、281条がもつばら現存する請求権の内容を変更するにすぎないのと異なって、独立したところの、ただ現存する返還可能状態（Vindikationslage）のもとでだけ成立する責任根拠と結びついているからである。したがって989条以下は、985条とは異なる独自の請求権に基づく給付義務（Leistungspflicht aus gegenüber § 985 selbstständigen Ansprüchen）を体现するものであるから。それゆえ989条以下は、ヴェスターマンと異なり、なんら985条に基づく請求権の内容と「犠牲限界」について規定したものではない。むしろ985条に基づく返還義務は989条以下とは無関係である。その性質上、985条の返還義務がその副次的な特典（das stellvertretende commodum）として989条以下を伴うにすぎない、と考えるべきであろう。最後にヴェスターマンによって危惧された占有者の二重手間（die von Westermann befürchtete doppelte Inanspruchnahme des Besitzers）に関しては、そのようなおそれはないと言うべきである。なぜなら所有権者は、所

ここで実際に問題とされている債務法上の諸規定に関して言うなら、われわれの見解によれば個別的に次のことが妥当する。まず「(給付の)客観的不能と主観的不能」(*Unmöglichkeit und Unvermögen*)は、物権的請求権には適用されない範疇に属する。なぜなら物権的請求権は、債務法上の請求権と異なり、その存続に関して債務者の(財産上の)能力(*Können des Schuldners*)に依存してはいないからである。しかもそのことは、まさしく以下のことを雄弁に物語っている。すなわち物権的請求権の独自性が、決してなんらかの特別な(債務法上の—〈訳者注〉)成立原因(*der besondere Entstehungsgrund*)に尽くされるのではなく、むしろ「現在」(*die Gegenwart*)から生み出されるものにほかならない、ということ。言い換えるならば、物権的請求権に基づく債務者(*der Schuldner des dinglichen Anspruchs*)は、債務法上の義務者のように人的債務(*persönliche Obligation*)を根拠として責めを負うのではない。給付財産(*Leistungsvermögen*)の喪失が生じた場合、過責がないかぎり、前者(物権的請求権に基づく債務者)は免責されるのである。したがって、すでに見てきたように、物権的請求権に基づく債務者が責めを負うのは、その者と他人の物との関係を根拠とする場合、しかもこの関係が現存する場合に限られる。その関係が終了すれば責任も消滅する¹²。ただし、その(物権的請求権に基づく)債務者が免責されるといっても、それは次の理由によるのではない。すなわち、債権者の「利益」(*das "Interesse" des Gläubigers*)を満足せしめること、つまりは占有を債権者に戻したり彼の所有権の利用可能性を回復することが債務者にとって客観的・主観的に不能となったがゆえに免責されるのではない。「利益法学の立場から」(*"von dem Standpunkte der Interessenjurisprudenz"*)みた場合そうな

有権の移転と引き換えに賠償給付を求めるのでないかぎり、占有者に対し、やはり少なくとも(占有者によって投下された)費用の賠償と引き換えで目的物の返還を請求することができるにすぎないからである。Vgl. auch Baur, Sachenrecht § 11 B III 2 und § 192 des Teilentwurfs. したがって論拠として示されるべきであるのは、ただ、物権的請求権の性質(*die Natur des dinglichen Anspruchs*)だけである。

12 悪意で占有を放棄した者(*qui dolo desit possidere*)あるいは応訴した者(*qui liti se obtulit*)は、そのヴィンディカティオン責任(*Vindikationshaftung*)が擬制される。(しかしながら)その責任は、不法行為責任に向けられたその性質にてらし、所有者—占有者間の関係に基づく債務法上の請求権に組み入れられている。すなわち「ローマ法上の擬制された占有(*ficta possessio*)によって…純然たる物権的請求権と占有者の違法容態に基づいて発生した対人的な損害賠償請求権との区別が…曖昧にされている」。Vgl. Motiv III S. 397.

るように、給付能力の喪失が責任を消滅せしめる¹³、のではない。この責任（物権的請求権に対応する責任）が消滅するのはむしろ次の理由による。すなわち物権的請求権を根拠づけるモメント、つまりはその者（物権的請求権に基づく債務者）と他人の物との関係がもはや現存せず、したがって権利者に（その所有物の）獲得を可能ならしめるためにその関係を消滅させるという物権的請求権の目的が達成されたがゆえに、この責任が消滅するのである。それゆえ、妨害者が存続する事実上の妨害状態を除去できるかどうかとは無関係に、妨害者の排除義務（die Beseitigungspflicht des Störers）は消えてなくなる。それは、占有者が、彼にとって（物の）返還が不可能になったかどうかにかかわらず、またその占有を、そしてその占有とともに彼の「給付財産」を（権利者に）あてがうため占有者がただ手を差し伸ばしさえすればよいのかどうかにかかわらず、（占有者と他人の物との現在の関係がなくなれば、その限りで——〈訳者注〉）占有者が免責されるのと同じことである¹⁴。

このように、物権的請求権の相手方は、もっぱら（他人の）物と彼との（現在の）関係を理由に責任を負担するにとどまる。それゆえ、この関係が断たれたとしても（つまりは物権的請求権に対応する責任が果たされないとしても——〈訳者注〉）、それは、そのものとして（債務法上の）賠償請求権（Ersatzansprüche）を根拠づけるであろうところの履行障害（Erfüllungsverweigerung）を意味しない。支配的見解はこれと異なる。そして支配的見解によれば、この場合そもそも放棄行為（der derelinquierende Akt）があってもなんら免責の効力が付与されないと解されるのであるから、なるほど支配的見解は妨害排除請求権をいかに解するべきかという問題の影響を受けないままで済んだ。ところが、これに対して不適法占有者（der unrechtmäßige Besitzer）の責任に関する学説にとっては、その免責の効力が重大な意味をもつ。というのも、占有が放棄された場合に不適法占有者がヴィンディカティオン責任から解放されることは、制定法の一義的な言い回しに照らして疑う

13 So Heck, Sachenrecht § 32, 8 (S. 128) ; ferner Siber S. 115 ("Unvermögen") ; Horstmann, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938, S. 42.

14 遅滞（Verzug）に関する準則は、それ（遅滞）が請求権の性質とは無関係であるがゆえに、むしろ（物権的請求権にも）適用される。

余地がないからである。ひとは次のように考えている。すなわち占有者が物を権利者に戻すことなしにその物を放棄してしまえば、占有者は返還請求権（Herausgabeanspruch）を挫折させることになる、と。このような見解によれば、物権的請求権に代わって989条以下の人的請求権（die persönlichen Ansprüche der §§ 989 ff.）が登場する。そして、そこでは不能規定の特則（eine spezielle Regelung der Unmöglichkeitvorschriften）が承認されるのである¹⁵。そのようにして単に物権的請求権の本質のみならず、とりわけ989条以下の役割も誤解を受けることになってしまった。占有の放棄（die Aufgabe des Besitzes）はなんら返還請求権の不能を意味しない。なぜなら返還請求権（Herausgabeanspruch）は、そもそも相手方の占有を排除すること（den Besitz des Gegners zu beseitigen）にこそ向けられたものなのであるから。また占有の放棄は、「給付障害」（"Leistungsstörung"）とみなされ

15 Vgl. nur etwa Planck-Brodmann Anm. 1 vor § § 987 ff. ; Heck § 32, 6 ; Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, S. 115 f. ; Wolff-Raiser § 85 N. 28 ; Westermann § 31 I 3b bb, § 32 IV ; Horstmann S. 42, 83 ; Diez, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934, S. 185 ; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeßrecht,, Bd. 1, 1912, S. 259 ; R. Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915, S. 277 ; RGZ 56, 313 (316). これに対してDimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der § § 987–1003 BGB, 1966, S. 113 ff.の見解は正しい。すなわちDimopoulos-Vosikisは正当にも次のように指摘している（S. 117）。——すでに占有者の無権限での干渉作用自体が（他人の）所有権を侵害しているのであって、当該干渉作用に条件付けられた占有者の返還不能が所有権を侵害しているのではない。その結果、もし制定法がその場合の責任を所有権侵害と結びつけず返還義務違反に結びつけているとしたなら、それは奇妙な（sonderbar）ことになってしまうであろう、と。——なお、ひとが989条の第三選択規定をそれに先行する二つの選択規定と関連づけて認識していない場合、それはまさしく支配的見解（の問題性）を裏書きするものであるように思われる。このように989条の第三選択規定がもっぱら所有権侵害の諸ケースを念頭に条文化されたことを明示するものとして、vgl. Protokolle III S. 338. ——<訳者注>ドイツ民法989条「占有者は、訴訟係属後、次の場合には所有権者に対して損害賠償責任を負う。すなわち占有者は、彼の過責によって（infolge seines [=Besitzers] Verschuldens）、物が毀損された場合（第一選択規定）、または物が滅失した場合（第二選択規定）、あるいはそれら以外の原因で物の返還が不可能となった場合（第三選択規定）に、それによって生じた損害を所有権者に賠償する責任を負う。」（ドイツ語条文原文に必要と思われる手を加えた。なお、本条が損害賠償責任を規定するものである以上、上記第三選択規定の場合にも過責責任原理が妥当する。偶発的事故による損害賠償責任が生ずるのは、遅滞にある悪意の占有者〔der in Verzug befindliche bösgläubige Besitzer〕か不法行為占有者〔Deliktsbesitzer〕の場合に限られる。ドイツ民法990条、992条参照。）

てはならない。なぜなら、物権的請求権の債務者（der Schuldner des dinglichen Anspruchs）は、債権者にいかなる給付も提供する必要がないからである。989条以下は別個の手段でもって返還請求権の目的を追求するものではない。むしろ989条以下は独自の、ヴィンディカティオン責任と切り離された引受義務、つまりはそこに要件として存在する特別な関係に合わせてつくられた引受義務にすぎない（eine selbständige, von der vindikatorischen Haftung unabhängige und nur auf die gegebenen besonderen Verhältnisse zugeschnittene Einstandspflicht）。そしてそのような引受義務は、固有の義務づけ根拠（ein eigener Verpflichtungsgrund）を前提とする。すなわち989条以下は、一般の不法行為法に対して、要件に関して修正されたところの損害賠償責任を、有責で損害惹起的な所有権侵害に基づき根拠づける。しかしながらその所有権侵害は、（返還請求権を根拠づけるところの）占有侵奪（Besitzentziehung）に対する関係では、あくまでも独自（selbständig）なのである。かつてのヴィンディカティオン債務者（der ehemalige Vindikationsschuldner）が、原状回復や価値賠償（Naturalrestitution oder Wertersatz）について責任を負うことがある。（しかし）それはただ、その債務者が彼のヴィンディカティオン責任を果たすこととは別に、独自に他人の所有権を有責で（schuldhaft）侵害するというやり方で占有を解消した場合に限られる。なるほど占有者は、通常、所有権者が再度（その物を）取得する可能性を保証している（garantiert）のであって、ことに占有者が彼と物との事実上の関係に基づき管理者に類似した注意義務（verwalterähnliche Sorgfaltspflichten）を負う場合には、原則としてその物を偶然（der Zufall）にさすことは許されない¹⁶。しかしながら、このことが妥当するのは、放棄行為（Preisgabe）が給付義務と矛盾することになるから、という理由からでは

16 Vgl. Westermann, Sachenrecht § 32 IV 1 ; Dipopoulos-Vosikis (oben Fn. 15) S. 107 ff.

（ただし）このような義務が成り立つのか、あるいは（占有者が）みずから意識して物を放棄した場合に責任がなくなるのかについては、一般原則に従って、むしろその特別な事情をも顧慮して（nach allgemeinen Grundsätzen, freilich unter Berücksichtigung der besonderen Situation）、判断されなければならない。しかし、その際にあくまでも肝心な意味をもつのは、債務者が給付義務を負うという観点ではないということである。これにつきSiber (oben Fn. 15) S. 131が例として参照される必要がある。なぜならジーパーは、正当にも、たとえば迷い込んできた犬を錯誤により飼いだめたが、その後その犬を追いはなった場合に責任を否定する。（ジーパーによれば）給付義務の存在を前提とするなら、この場合にはその給付義務は不能に陥ったとされるからである。

ない。そうではなく、占有の放棄が所有権への不法行為的侵害 (ein deliktischer Eingriff in das Eigentum) を意味するであろうがゆえに、それが妥当するのである¹⁷。その結果、1004条に基づく責任について言うならば、以下のことが帰結される。すなわち放棄行為 (Dereliktion) や譲渡行為 (Veräußerung) ——たとえば、(この譲渡行為については) 諸々の負担が設定されているため無価値であって、しかも妨害源となっている土地を支払い能力のない第三者に譲渡するケースが想定されている——によって妨害物 (の占有) が放棄された場合には、いずれにせよ同様に、なお妨害排除請求権が機能する、ということ、が帰結される。そしてさらに、妨害者が (妨害排除義務以外に不法行為責任の効果として) 損害賠償義務を負うのは、ただ次の場合、すなわち占有放棄という行為によって他人の所有権が新たに侵害される場合 (nur wenn durch den Akt der Besitzaufgabe das fremde Eigentum erneut verletzt wird) に限られる、ということが帰結される。

とりわけ、損害賠償請求権 (Schadensersatzanspruch) の内容に手を加えただけの規定は、(ネガトリア的な) 妨害排除請求権には適用されない。ことに裁判所は、数多くの事案でドイツ民法251条2項 (原状回復に不釣り合いの過大費用を要する場合に金銭賠償を許容する規定——〈引用者〉) の妥当性につき、態度決定を迫られた。一方で裁判所は、確立した判例の立場としてその適用を否定した¹⁸。ところ

17 「理由書」(Motive III S. 398 f.) は債務法上の諸規定を類推適用することをもって妥当とする。ところがそれは、(積極的な理由に基づくのではなく——〈訳者注〉)、その広範な吟味と限界づけを、学問に委ねるという (消極的な) 立場に基づく。(これに対して) 部分草案の編纂者 (ヨホウ) の構想は、今日の985条以下の錯綜した編成に比べ、より明確な立場を示す点で卓抜したものである。それによれば、次のように説明される。まず第一部として「純然たる所有権的請求権」(“Der rein dingliche Eigentumsanspruch”) が問題とされ (ヨホウ草案887頁)、さらに第二部として「(他人の) 物に対する占有者の特別な行為態様から生じた所有権者の請求権」(“Die aus dem besonderen Verhalten des Besitzers zu der Sache sich ergebenden Ansprüche des Eigentümers”) が問題とされるべきことが説かれる (ヨホウ草案894頁)。ヨホウ草案885頁以下、907頁、945頁以下も参照。Vgl. ferner v. Tuhr, Allgemeiner Teil I S. 247; Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd.2., S. 234; Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, ArchBürgR 5, S. 25.

18 いくつも判決があるが、代表的なものとしてOLG Colmar OLGE 4, 313 (314), Urteil vom 5. Februar 1902がある。これは、正当にも251条2項が適用されれば収用的効果 (die enteignende Wirkung) が生ずることを指摘した。さらに以下の判例参照。RGZ 51, 408 (411 f.), Urteil vom

が一般に学説では、ツール¹⁹に従って次のように主張される。すなわち、（ネガトリア請求権につき251条2項の適用を否定するならば）そのことによって制定法が（債務法上）有責の行為者に許容している慈善的效果が（物権法上）無責の行為者に拒まれることになってしまうであろう、と。

なるほど、ひとが支配的見解と同様に、そして先ほど（注で）引用した近時の判決のように、ただ特殊な形で容容された損害を1004条に包摂するなら（wenn man den nur besonders gearteten Schaden dem § 1004 subsumiert）、251条2項を排斥することは正当化されないだろう。ところが、ほんらい251条2項がもっぱら損害賠償請求権にだけ妥当すること自体まさしく立証されるべき命題であるのに、それを越えて、（251条2項そのものをネガトリア請求権に適用するための）理由付けのために援用することなど、結局のところ不可能だろう。これに対して、ネガトリア的除去請求権が、249条以下がその要件とするように財産上の利益の充足（die Befriedigung eines vermögensmäßigen Interesses）を目的とするものではないことを認識するならば、251条2項がネガトリア的除去請求権に適用されないこと、明々白々（evident）である。損害の回復（die Wiedergutmachung des Schadens）が肝心な意味をもつかぎり、金銭賠償（Geldersatz）は原状回復と等価的（äquivalent）である。なぜなら、それらが追求する目的はいずれも財産差額の調整（der Ausgleich der Vermögensdifferenz）であって、いずれの手段によっても同様の結果が達成されるからである。ところが妨害排除にはこれが当てはまらない。このことは、妨害物ないし被妨害物の権利継承（Rechtsnachfolge in die störende oder gestörte Sache）が生ずるや否や、ただちに明らかとなる。なぜなら妨害者は、その者の前権利者による支払いがあろうとなかろうと、いずれにせよ別途、当該妨害

4. Juni 1902; RGZ 93, 100 (106), Urteil vom 1. Juni 1918; Warn 1916 Nr. 51 (S. 86); BGH LM Nr. 14 zu § 1004, Urteil vom 17. September 1954. ただし、近時BGH NJW 1968, 1281 (1283) は、本条の適用を原則的には排除していない。文献でその適用に反対するものとして、たとえばHeck, Sachenrecht § 66, 6 (S. 274); Planck-Brodman § 1004 Anm. 4 a; Wolff-Raiser § 87 I 4 (S. 349) がある。

19 A. v. Tuhr, Naturalherstellung und Geldersatz, JherJb 46, 54 ff; vgl. ferner H. Westermann, Sachenrecht § 36 III 1; R. Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 103; H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1903, S.180 f.

につき除去義務を負うからである。その理由はまさしくこうである。すなわち、金銭賠償（Geldersatz）によって、侵害はただ損害（Schaden）としてだけ埋め合わされるにすぎず、所有権の継続的行使として（als fortbestehende Inanspruchnahme des Eigentums）埋め合わされることはないだろうからである。

むろん、251条2項においてもっぱら特殊なかたちで損害賠償請求権に分ち与えられている原理、すなわち（金銭的）補償の原則的可能性（die grundsätzliche Möglichkeit der Kompensation）は、ネガトリア責任にも妥当する。とはいえ、そのためには補償のための要件、なかでも補償の対象となるべき侵害に関する補償内容が整っていなければならない。すなわち、例外的に、圧倒的に大きな利益のゆえに、部分的収用の状態（der Zustand der partiellen Enteignung）がそのまま維持されるべきだとする場合には、ドイツ民法906条2項、912条2項、917条2項、ドイツ営業令26条の規制と合致するかたちで、「調整」請求権（ein Anspruch auf Ausgleich）が、その都度その恩恵を受ける者（本来的には妨害者——〈引用者〉）のために、「犠牲補償の対象となる」ところの物のその都度の所有権者（本来的には被妨害者——〈引用者〉）に与えられるべきことになる。そしてそれによって初めて、損害とは別個に、つまり財産差額の弁済ではなく、所有権の継続的行使そのものが保証されるのである²⁰。

ネガトリア責任の範囲（と債務法上の規定の適用問題——〈引用者〉）につき、さらに検討を加えたい。ライヒスゲリヒツがそのリーディングケースにおいて1004

20 所有権者（被妨害者——〈引用者〉）が一時的な補償金（Kapitalabfindung）を要求する場合には、彼は、それに対応する物権付与の同意（Bewilligung eines entsprechenden dinglichen Rechts）につき、義務を負う。なお、本文中に引用した諸規定に指示されている調整請求権、とくに民法906条に基づく調整請求権の解釈学上の位置づけについては、それぞれの規定につきWestermann § 63 II；B. Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB, 1964, S. 42 ff. をみよ。いずれも詳しく参考文献を指示している。ところで、かの補償（Kompensation）が損害賠償（Schadensersatz）を意味するのか、それとも（適正な）調整（[angemessener] Ausgleich）を意味するのか、争いがある。近時の判例（BGH JZ1968, 64 [65] mit Anmerkung von Hubmann, そこでフープマンは詳細な参照指示をしている）でも、なおそれが争われており、未解決なまま残されている。しかしその問題も、ひとが妨害（Beeinträchtigung）を正しく理解するやいなや容易に解決されるのである。

条に254条（損害賠償に際して被害者の共同過責を顧慮すべしとする規定——〈引用者〉）の適用可能性を承認して以来²¹、被侵害者の共同過責（*Mitverschulden des Verletzten*）を（ネガトリア責任においても）顧慮すべきことは全くの支配的見解となっていくた。ところで、そのライヒスゲリヒツ判決は、すでに論じた鉄道床事件（*Bahndammfall*）において第二の判決理由として下されたものであり、くすぶり続けている鉄道施設の消火と修復の費用負担につき、下されたものである。しかしながら、学説²²によって新たな指針を示したものとして特に賞賛的とされるこの判決は、その理論的な内容に照らせば空虚なものであり、先例としての価値はない。なぜなら、本書ですでに示したように^{22a}、そこにはなんら妨害（*Beeinträchtigung*）が存在しておらず、むしろ251条がそれ自体として妥当するところの損害（*Schaden*）が問題となっているにすぎないからである。かりに、それ（当該「損害」への254条の適用——〈訳者〉）が「法の継続形成」（*Rechtsfortbildung*）の所産であると考えても同様である。ところで、それとは別の、先例として評価に値する判決²³は、たしかに1004条の意味での「妨害」を問題にしている。なぜなら、その判決では、きわめて強力に作用する騒音のイミッシオンが（「妨害」として）問題となったからである。ただし、それがなぜ強力に作用したかという点、原告自身が境界壁の幅をあまりにも薄く築造したため妨害が拡大されたという事実が介在しており、それは当該判決でも確認されていた。ところが、実際のところ、その判決は254条にはひとことも言及していないのである²⁴。その判決の立場は正当である。なぜなら、この種の（イミッシオンを含む「妨害」が問題となるところの）諸ケースでは、すなわちネガトリア請求権のうち実際上もっとも重要性をもつ領域においては、

21 RGZ 138, 327 (328 ff.) ; vgl. ferner z. B. RGZ 154, 161 (167), Urteil vom 10. März 1937 ; BGH NJW 1955, 340 ; Westermann § 36 III 1 (S. 180) ; Baur S. 489, N. 91 ; Schmidt (oben Fn. 19), S. 99 ff. ; Heck § 69, 7 (S. 290) ; Wolff-Raiser § 87 N.14 ; Staudinger-Berg § 1004 Anm. 49 jew. m. w. N. ただしライヒスゲリヒツは、従前の判決（RGZ 93, 281, 282 ff.）で985条、1004条に基づく（物権的）請求権としての特殊性を強調することによって、ヴィンディカティオン請求権への254条の適用可能性を否定していた。

22 Vgl. besonders Langenbach, Anmerkung zu RG 138, 327, JW 1933, S. 691 ; Horstmann (oben Fn. 13), S. 37.

22a 本書88頁（その翻訳として龍谷法学38巻1号264頁）を参照。

23 RG JW 1912, S. 589, Urteil vom 24. Februar 1912..

24 わずかに非公式の判決要旨で原告の過責（*Verschulden*）がとりあげられているにすぎない。

(254条の適用可能性は) どうでもよい問題となるはずであるから。ところがひとは、上記の本書の見解とは違った立場からその(254条の)適用可能性を肯定するのである。しかしながら、すでに概念上(schon begrifflich)、ここで254条は妥当しえない。その理由を、(相隣関係法にそくして) つぎに示そう。

そもそも相隣関係法(das Nachbarrecht)は、(相隣者A-B間で妨害が問題となる場合に)妨害を与える相隣者Aの作用権限(Einwirkungsbefugnis)を被妨害者Bの受忍義務(Duldungspflicht)の有無とその範囲に応じて決定する立場をとる。そしてそのことによって、妨害状態(Störungszustand)に関する相隣者A-B双方の「物権的責任管轄」("Zuständigkeit")をあますところなく配分しようとする。言い換えるならば、不利益作用を被るBが当該作用を受忍すべき義務を負う場合にだけ、かつまたその範囲に限って、「妨害」つまりはイミッシオンを防ぐための保護措置をみずから講ずるかどうかが、Bに委ねられることになる(そうでないかぎり、1004条に基づくネガトリア請求権がBのために発動する——<訳者>)。しかも(例外的に)Bが受忍義務を負う場合には、「不許容的な」干渉作用(eine unzulässige Einwirkung)そのものが存在しないことになる。むしろその場合には、隣人Aは、事実として妨害を与えているとしても、(すでに法的には)彼に割り当てられた権利領域の限界内にとどまっているものと評価される。その結果、254条に基づいて制限されるであろう責任はそもそも成立しない(so daß eine Haftung, die gemäß § 254 eingeschränkt werden könnte, gar nicht besteht)²⁵。これに対して、その干渉作用が許容範囲を越え出るものである場合には、当該干渉作用を受けるBの受忍義務は消滅し、よって彼の(ネガトリア的な)防御請求権(Abwehranspruch)が根拠づけられることになる。しかもその請求権は、(当該干渉作用が現在のものであるかぎり)Bがすでに彼自身で防御手段を講じたかどうかとは無関係に認められるべきものである。

こうして、ひとが本書で示された見解に従うならば、254条が適用される余地はそもそも存在しない。(すでに示したように、被妨害者の)共働原因的な振る舞い(ein mitursächliche Verhalten)は、ただもっぱら彼の同意の徴表としてだけ(nur erheblich als Iidiz für eine Einwilligung des Betroffenen)意味をもちうるにすぎない。

25 Ebenso Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB, Tübingen 1964, S. 18. N. 20, S. 50 f. m. w. N.

たとえば、予期されたり、あるいは生じうるものと考えられる行為の結果を甘受しようとする内容の（意思）表示として評価することが可能な振る舞いが被妨害者にあったり、あるいはそのような評価が彼の振る舞いに帰せしめることができる場合には、被妨害者につき責任排除的な振る舞い（*haftungsausschließendes Verhalten*）があったものとされる。ちなみに、（ネガトリア責任を）根拠づけるにあたって原因者が誰であったか（*Urheberschaft*）という問題が意味をもちえないのと同様に、ネガトリア責任の範囲に関して、共働惹起（*die Mitverursachung*）があったかどうか、意味をもちえない。なぜなら、すでに示したように、1004条のネガトリア責任に関しては被妨害者の所有権の回復（*Restitution des Eigentums*）が問題なのではないからである。つまり（本来は不法行為責任の内容としての）「回復」を問題にすることによって、ひとは被妨害者につき彼自身の事柄に関する懈怠としての共働惹起性（*Mitursächlichkeit*）なるものを考慮しようとするが、（ネガトリア責任においては）そのような「回復」はなんら問題ではないからである。むしろ問題となるべきは、妨害者の所有物の矯正（*die Korrektur*）であり、つまりは彼の所有権（*sein Eigentum*）がノーマルな状態からズレた現状を是正することに尽きるからである。しかしながら、被妨害者が当該状態につき妨害者側の損害として（*als einen Schaden des Störers*）、彼単独で、あるいは妨害者とならんで責めを負う場合だけは別である。その場合に限って言えば、被妨害者もこの（本来は妨害者だけが講じるべき）防護措置につき関与することになろう。ただ当然のことながら、このことが顧慮されるのは、被妨害者の共働作用（*ein Mitwirken des Gestörten*）が、254条によって（学説上）要求されているように「彼自身に対する過責」（*"Verschulden gegen sich selbst"*）そのものを意味するからではない。そうでなく、むしろそれが、被妨害者をして妨害者に対する損害賠償を義務づける真正の過責（*ein echtes, den Gestörten seinerseits zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden gegenüber dem Störer*）であるからこそこのことである。なお、ここでは、あくまでも妨害が妨害者の所有物につき通常の状態からズレた現状（の存在）を前提とすること、言うまでもない。

3. このようにネガトリア的除去義務を負う妨害者は、（ほんらい損害賠償の対象であるところの）償還給付につき義務を負わない（*nicht zur Leistung einer Wiedergutmachung verpflichtet*）のはたしかであるとしても、なお、妨害の排除がな

される場合に (*bei der Beseitigung der Beeinträchtigung*)、それとともに成り立つ損害賠償請求権がこの妨害者に対して認められるべきか否かという問題は、むろん区別して提起されなければならない。本書でネガトリア請求権につき展開された構想にしたがう限り、この問題は肯定されるだろう。すなわち、まず妨害者は、彼が（現在の）妨害状態を除去することによって彼自身の所有物の正常な状態をみずから保つ。かつまたその際、妨害者は（妨害を除去するために）他人の所有権につき（事実上なんらかの形で）関与せざるを得ないのであるから、それは、ドイツ民法867条、904条、1005条が示すように²⁶、妨害者が（被妨害者たる）所有権者にその干渉行為によって生じた損害を賠償せしめるという制定法の評価に合致する。したがって、たとえば根っこを引き抜かれた樹木を例にとるなら、（樹木の）所有権者が彼の所有権にしがみつくと限り、なるほどその樹木によって惹起された損害がそのまま彼に（賠償責任として）ふりかかるわけではないが、しかしながら（その樹木を）除去するに際して生じた隣地の毀損については（樹木の）所有権者は（制定法の評価に照らして）その賠償義務を負担すべきことになる。この見地からすれば、BGH18、253の判決は——それに対して文献上批判的見解が表明されているにもかかわらず²⁷——結果的には正当化されうるものであった²⁸。なぜなら、このBGH判決は、妨害を与えている建築物の除去を妨害者に義務づけたのであるが、さらにそれ以外に、（除去後に）残存する建物を原因として生じた損害の修復をも義務づけたからである。つまり、その損害の修復がなければ、妨害排除自体が技術的に不可能であったからである。

26 この点については本書前述108頁注261を参照されたい。——〈訳者注〉翻訳として龍谷法学39巻2号（2006年）107頁以下、とくに121頁参照。

27 Vgl. Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160, S. 488, 490.

28 ここでは、個別事件において問題となりうる公法上の特殊性については割愛する。——〈訳者注〉ドイツ民法867条では「土地の占有者は（土地の）搜索や（占有妨害の）排除によって生ずる損害の賠償を（妨害者に）請求することができる」とされ、904条では物権法上の緊急状態（Notstand）を理由とする妨害排除請求を遮断するに際して、「（妨害を受けた）所有権者は彼に生じた損害の賠償を請求することができる」とされる。なお、1005条は土地に関する妨害排除請求権の行使に関して上記867条を準用している。