

物権的返還請求権（４）

——Eduard Picker, Der vindikatorische Herausgabeanspruch——

エドゥアルト・ピッカー（著）

川 角 由 和（翻訳）

<目次>

A. 基本的保護制度としての物権的返還請求権

I. 市民法の中心的形象としてのヴィンディカチオンの「歴史貫通性」

1. 近代法上の物権的返還請求権の原初的形態
2. 原初的ヴィンディカチオンのもつ近代的性質
3. ヴィンディカチオンの保護機能の鍵としての、その抽象的な成り立ち

II. 物権的返還請求権の基本的機能

1. 物権的返還請求権の唯一の要件としての権利と現実とのズレ
2. 市民法の権利割当て任務の帰結としての物権的返還請求権の抽象性
3. ヴィンディカチオンの回復と原状回復的な回復との対立

（以上、龍谷法学52巻3号）

III. 物権的返還請求権の基本的保護機能の帰結としての、その責任の制限

1. その責任が占有侵奪という妨害要件に依拠していること
2. 法政策的な目的適合的規制としての物の「返還」義務
 - a) 占有者の行為義務の根拠に関する不明確性
 - b) 占有者の保護利益からの返還義務の根拠づけ
 - c) 要約：「実定的」法形成としての返還義務
3. 自己の支配領域からの物の切り離しによる「返還」の実現

（以上、龍谷法学52巻4号）

B. 物権的返還請求権を原状回復的な責任に転化させようとする傾向

I. 物権的請求権の「債務法化」

II. 範例としての履行障害法上の償還

1. 単なる部分的修正としてのBGB275条に対する抑制
2. BGB281条の適用可能性を巡る争い
3. BGB283条の適用の承認が支配的であること

(以上、龍谷法学53巻1号)

Ⅲ. 物権的返還請求権の内容が未解明であることの例証としてのBGHZ79, 211の判決

1. 支配的見解が(悪意)占有者の調達の返還義務を、BGB985条と269条を結びつけて引き出していることの表現としての本判決

2. 占有者の調達の返還義務をBGB985条に根拠づけることの法的な誤り

a) BGB985条の文言の不顧慮

b) 成立史の証明力が欠けていること

c) 物権的返還請求権とその付随的請求権との間での協働のあり方への誤解

aa) 物権的返還請求権における付随的請求権の体系的な位置づけ

(以上、本号)

bb) BGB989条及び990条に基づく物の所在地変更の理解

cc) 要約

3. 判決が誤った見方をした帰結として、それが実質的に不当なものとなったということ

a) 権利継承関係の不顧慮

b) 損害賠償請求権の譲渡について想定可能性がないこと

c) 結果として有責判決を下したことに理由が欠けること

C. ネガトリア的責任システムの一部としてのヴィンディカチオン

I. 物権的返還請求権の主要形態がもつ意義

II. ネガトリア的防御権によってヴィンディカチオンを「所有権請求権」(Eigentumsanspruch)へと高め補完すること

III. ヴィンディカチオンの解明をネガトリア的責任システムの解明として捉えること

B. 物権的返還請求権を原状回復的な責任に転化させようとする傾向(続き)

Ⅲ. 物権的返還請求権の内容が未解明であることの例証としてのBGHZ79, 211の判決

1. 支配的見解が(悪意)占有者の調達の返還義務を、BGB985条と269条を結びつけて引き出していることの表現としての本判決

a) すでに上記で示した古くからの訴権制度たる物権的請求権が今日でも未解明であることは、全く明瞭な形で近時の最上級審判決が物語ってい

ることである。その判決は、明らかに、それ自体司法実務の産物であり、同時に学問における支配的見解の影響を全面的に被ったものである。しかもその判決は、それを越えて、ここで未解決の別の問題を代表的な形で論じている。というのも、その判決が、返還請求権の内容が原理的に全く未解明のままであることを暴露するとともに、同時にヴィンディカチオンの責任の主要な問題がいまだ解明されてはいないということをも暴露するものだからである。そしてその判決は、それが留置された物の調達の返還請求権（Anspruch auf Rückverschaffung）を一定の条件の下でBGB985条から引き出すことによって、本稿が追求する批判的考察のために特に有益な例証を与えているのである。

b) この判決では、以下の事実関係が問題となった⁷⁸。

Rは建設会社であるところ、財産喪失を理由にRに対する処分禁止命令が出された。ただし破産財団が欠如していたため破産開始手続きはとられなかった。その時点ですでにRは、信用機関VとHに担保として11台の自動車の所有権を譲渡していた。ところで被告も、これら自動車の取得に利害関係を有していた。つまり被告はRに対する処分禁止命令が出た直後、Rと取り決めを行ない、その処分制限を知りつつNという場所にあるRの土地から約300キロ離れた自己の営業敷地Bに11台の自動車を運び入れたのである。他方、VとHはそれら自動車を原告に売却。原告は被告に対する自動車の返還請求権を行使。判決では、原告の返還の訴えが認められた。それを受けて被告は、11台の自動車を彼の営業敷地Bにおいて原告に引き渡した。そこで今度は、原告がBからNまでの自動車11台の輸送代金を支出せねばならなかったとして被告を相手取り費用賠償の請求を行なった。

78 VIII ZR 184/79, Urteil vom 12. 1. 1981; BGHZ 79, 211 ff. = NJW 1981, 752 f. = LM Nr. 32 zu § 985 m. Anm. Merz = JR 1981, 239 ff. m. Anm. Berg = JuS 1981, 610 (K. Schmidt) = JZ 1981, 191 f. = WM 1981, 248. f. = BB 1981, 638 f. = MDR 1981, 491 = DB 1981, 1925.

c) aa) BGH (連邦通常裁判所) の判決では、控訴審と異なり原告の費用償還請求が認められた。BGHは、(事務管理に関する) BGB684条を(不当利得に関する) 812条と結びつけて原告の費用償還請求権を是認した。その理由として、被告は自動車11台の従前の置き場所Nでそれらを原告に引渡す義務を負っていたのであり、それゆえ原告が自分の費用でBまで出向き自動車を引き取ったことによって、被告は上記の引渡し義務から免れ、かつそれによって出費の節約という利得を得ているからだ、という⁷⁹。しかしながらBGHは、この場合端的に関心と呼ぶ自動車の取戻しのための運送債務(Rücktransportschuld)の根拠として、次のように言っている。すなわち被告は、「BGB985条(!)によれば」、ただ単に「自動車の原告への返還義務」を負うだけではない。むしろ、被告はその自動車を従前の所在地Nまで運び込むべきであった、と。そしてその理由として——それが決定的な論拠とされているのだが——「悪意による占有取得の時点で(zum Zeitpunkt des bösgläubigen Besitzerwerbs)その乗用車が置かれていた場所で…引き渡しが行われるべきであったからである」、という⁸⁰。

bb) BGHがこのような解決につきなんら疑念を持たなかったというわけではない。しかしながらBGHは、それが参照した学説上の少数意見、すなわち985条の返還請求権の目的物が返還時に(im Herausgabezeitpunkt)それがあった場所で返還の履行がされれば足りるのであって、それゆえ物の引き取りについては所有権者に負担が課せられる、という見解には従わなかった⁸¹。その結果BGHは、むしろ全面的に支配的見解を採用

79 BGHZ 79, 211, 212, 213, 215.

80 So BGHZ 79, 211, 213.

81 So BGHZ 79, 211, 213. 少数の学説として、たとえば以下のものを参照。Staudinger/*Gursky*, § 985 Rn. 58; Westermann/*Gursky*, 7. Aufl., 1998, § 30 III 1, S. 194; Münch-Komm/*Medicus*, § 985 Rn. 21 ff.; Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, S. 34; Enneccerus/*Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, 15. Bearb., 1958, § 1 II 2 a. E., S. 4 f.; Horstmann, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf

し、よってヴァインディカチオンの請求権については当該請求権が訴訟係属になった時点、あるいは占有者が悪意となった時点で物があった場所で返還の履行をしなければならない、とした⁸²。

それゆえ、実質的にBGHは、所有権者に彼の物の引取りに関する義務づけをするのではなく、それに代えて占有者に従前の場所への「運び戻し」（„Rückführung“）の義務を課すのである⁸³。

そしてBGHは、このような調達の返還義務の法的な組み入れに関して、それは「損害賠償でもなければ収益返還でもない」（„weder Schadensersatz noch Nutzungsherausgabe“）という。加えてBGHは、その調達の返還義務がそもそもBGB987条以下で規律されている所有権者の付随的請求権（Nebenansprüche des Eigentümers）には属しないとも言っている。つまり、それは所有者－占有者間の特別規制によって把握されるのではない、とする。とりわけその調達の返還義務は、993条１項２文によっても排除されないと言う。むしろそれは、985条が定立する「返還請求権の一

↘ den dinglichen Ansprüche, 1938, S. 37; P. Schwerdtner, Jura-Karteikart Nr. 1 zu § 985 BGB, in Jura 1981, Heft 6; Wieling, Sachenrecht, 3. Aufl., 1997, S. 156; BGB-RGRK/Pickart, 12. Aufl., 1979, § 985 Rn. 33; wolh auch BGB-RGRK/Johannsen, 11. Aufl., 1959, § 985 Anm. 11.

82 So BGHZ 79, 211, 213. 支配的見解として、たとえば以下のものを参照。Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, § 11 Rn. 45; Erman/Hefermehl, 9. Aufl., 1993, § 985 Rn. 8; Jauernig, 9. Aufl., 1999, § 985 Rn. 7; Staudinger/Berg, 11. Aufl., 1956, § 985 Rn. 6; dens., JR 1981, 241 f.; Soergel/Mühl, 12. Aufl., 1989, § 985 Rn. 22; K. Müller, Sachenrecht, 4. Aufl., 1997, Rn. 432a; Schwab/Prütting, Sachenrecht, 28. Aufl., 1999, § 47 III 1, Rn. 519; Westermann/Pinger (Fn. 65), § 30 III 1, S. 190; M. Wolf (Fn. 65), Rn. 178, 226; Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußen, Bd. III, 1908, Das Sachenrecht, 4. Aufl., 1908, § 119 Ziff. 7, S. 420; v. Tuhr (Fn. 35), § 15 III, S. 248. なお、たとえば態度不明なものとして、Wolff/Raiser (Fn. 36), § 84 III 1, S. 321; ebenso Planck/Brodmann, 5. Aufl., 1933, § 985 Anm. 2 a). ただし、BGHとそれに従う学説は、Brodmannの見解を反対説に数え入れている。

83 So BGHZ 79, 211, 213.

部」(!) („ein Teil des Herausgabeanspruchs“ (!)) だと言うのである⁸⁴。

cc) 裁判官は、この判決の詳細な理由づけに際して、明らかに制定法上の欠缺 (Gesetzeslücke) を充填しなければならないという確信に基づいて、次のような見解を述べる。

(1) なるほど、物の所在地が変更された時点で善意であり、訴訟係属に至っていない占有者は、その物を現に今ある場所で返還すれば足りる。したがって彼は、なんら物の (従来 の場所への) 運び込みの義務を負わない。逆に、次のことも同様に疑いなく明白なことである。すなわち BGB992条及び823条に基づいて責めを負う不法行為占有者 (der Deliktsbesitzer) は、彼の損害賠償法上の回復の範囲において、物を従前の場所まで運び戻さなければならない。これに対して当裁判所は、本件のように占有者につき悪意もしくは訴訟係属が発生した後に物の所在地が変更された場合、返還の方法がどのように規定されているかというすでに確認された実際上の争点については、制定法上の規律がないか、あるいは明示的に規律されていないものとする。なぜなら、「BGB985条から」は、「その給付の場所を引き出す明示的な手がかりが何一つ与えられていない」からである⁸⁵。

(2) BGHは、以上のように述べた上で、最終的な結論を269条に依拠して打ち出している。というのも、BGHが第一草案の理由書や支配的見解を挙げて強調しているように、「(269条が) 債務法に属する条文である

84 So BGHZ 79, 211, 215. — 訳者による注記: BGB993条1項2文は善意占有者に関する規定である。すなわち、善意占有者は一定の要件のもとで収取された果実の返還を不当利得規定に基づいて義務づけるのみであり、損害賠償義務も収益の返還義務も負わないと規定している。

85 So BGHZ 79, 211, 213 u. 214. — 以下、訳者による注記: BGB992条は、禁じられた私力又は刑法上の行為によって占有が獲得された場合、その占有者が所有権者に対して不法行為上の規定 (BGB823条以下) に基づいて損害賠償の責めを負うと規定する。

にもかかわらず、所有権に基づく返還請求権の場合にも（同条に基づく）「給付場所」（Leistungsort）の規定が適用されるべきだから」とするからである。ところが、その（債務法上の）規律は、BGHの判決がさらに推論しているように、「給付場所の決定について、とりわけ債務関係の性質に基づく特別な事情が考慮されるべきこと」に配慮するものである。そしてBGHによれば、「（985条の）所有権に基づく返還請求権の場合には、返還義務を負う占有者の地位」がその特別な事情に該当しうるのであろう、とされる⁸⁶。

（３）こうして、要するにBGHは——常に支配的見解と呼応する形で——以下の三つの命題にたどり着く。すなわち、第一に善意占有者（*der redliche Besitzer*）は物の現にある場所で返還義務を負うにすぎない。なぜなら彼は、その占有の妥当性を信頼したことにつき保護されているからである。しかしながら第二に、逆に不法行為による占有者（*der deliktische Besitzer*）であれば、彼はその損害賠償義務の範囲でこのような（従前の場所への）回復につき債務を負う。よって彼は、物を従前の場所へ運び戻さなければならない。対するに第三に、悪意占有者（*der bösgläubige Besitzer*）は、彼の悪意発生後に物の所在地が変更された場合、なるほど（不法行為占有者と）同様に従前の場所でその物の返還を負うのだが、それは（不法行為に関するBGB823条ではなく）、985条と269条から引き出されることである。なぜなら、悪意占有者は、彼の占有の妥当性につき信頼を付与される立場にないからだ、という。こうしてBGHによれば、悪

86 So BGHZ 79, 211, 214. その論拠としてBGHは、第一草案理由書を挙げている。この点につき、本稿BのⅢ 2bをみよ。——以下、訳者による注記：BGB269条は、その１項で特約とか債務関係の性質から特に引き出される事情がない場合には、債務関係成立時における債務者の住所地での給付を義務づけている。したがって、債務関係の性質に基づく特別な事情があれば、債務者の住所地ではなく、物の従前の所在地での給付が義務づけられる。BGHは、本件の占有者（被告）について、BGB269条がそのような形で適用される、と言っている。なおこの269条は、今も現行法として通用している。

意占有者は「所有権者のためにする配慮義務」(„Fürsorgepflicht zugunsten des Eigentümers“)を負担しており、そのことのゆえに、悪意占有者は所有権者のために推定されうる利益を顧慮すべきであり、かつまた所有権に基づく返還請求権の実現を阻むことは何一つすべきではない、とされる。したがって悪意占有者は、所有権者の利益に反する物の場所の変更を再び元に戻し、よって所有権に基づく返還請求権が物の従前の所在地での返還が履行されるべく行使されなければならない、とされるのである⁸⁷。

2. 占有者の調達の返還義務をBGB985条に根拠づけることの法的な誤り

a) BGB985条の文言の不顧慮

aa) 物権的返還請求権要件の文言に反する拡張

(1) ひと (BGHが主張するような) 物権的返還請求権の「本質」に依拠する必要はない。ここではただ、BGHの根拠づけの疑わしさを認識するためには制定法上条文化された文言を読むだけで足りる。そのためには、まずBGHの立場から生み出されたテーゼを約言してみる必要があろう。すなわちBGHの見解によれば、悪意占有者の(従前の場所への)物の「運び戻し」(„Rückführung“)の義務は、繰り返し明示的に、つまりは常に「985条に基づく(!)」(„nach §985 BGB“(!))ところの物権的返還請求権として根拠づけられている。なぜなら悪意占有者の場合には、その物権的返還請求権は、債務法上の269条に基づいて判断されるべきであるから、という。それゆえBGHは、(悪意占有者による)物の運び戻しのための輸送を、損害賠償でもなければ収益返還でもないとし、ただ985条に基づく返還請求権の一部を形成するものであるとする。このことはすべて、判決が全く明らかに通常の解釈学(gewöhnliche Hermeneutik)か

87 So BGHZ 79, 211, 214 f.

ら広く離れ、動揺して生み出されてきたところの「解釈」（„Auslegung“）を意味している。なぜなら制定法は、（985条に関して）その一義的な表現様式に基づいて、その限りで、このような（BGHが示したような）もろもろの思い込み（Annahmen）とは無縁なのであるから。このようなBGHの思い込みには、いかなる手がかりも、いかなる結節点も存在しない。むしろ、一字一句をその標識ごとにみてゆけば、直ちに（BGHの見解とは）逆のことが浮き彫りになる。

（２）とりわけ、物権的返還責任の要件（*Voraussetzungen der vindiktorischen Haftung*）を厳密に確定するなら、その規範文言が、たとえば（債務法上の規定のような）物権的返還請求権とは無関係な制定法規定と関連づけられることによって、それがなおざりにされ、まさしく無視されていることが明らかとなる。

（a）物権的返還請求権の要件としては、すでに上記でその理由を示した通り、債務者のもとでのいかなる主観的要素も要求していない（keine subjektive Moment beim Schuldner verlangt）。したがって985条は、たとえその条文の取り扱いをおおまかにしたとしても、その条文によって規定された返還義務については、善意占有者か悪意占有者かに応じた区別を許すものではない。その条文によって規律された侵害要件は、その明瞭な文言によれば、物の無権限占有（der unberechtigte Besitz an der Sache）という事実から成り立っており、かつそれに尽きる。それに対応して物権的返還請求権の法効果は、占有の返還によって、この法的財貨帰属と矛盾する不適法な所持（dieses der Güterzuordnung widersprechende unrechtmäßige Haben）を終了せしめることにだけ向けられており、しかも無条件にそれにとどまる。したがって、この特殊な「返還」義務は——（BGB985条が）「繊細な規定」（„Feinbestimmung“）として争われていること確かだとしても⁸⁸——しかしなお占有者の一種の「掃き出し」

88 この点については、上記AのⅢ3を参照。

(„Auskehrung“)あるいはその場での「手渡し」 („Abgabe“)をその客体としてもつにすぎないのである。これに対応して、物権的返還責任は、単に占有に基づく責任としては、占有者の運び戻し義務とかそのための輸送義務とかを根拠づけるものではない。なぜなら、物権的返還請求権の要件に基づいてその内容がわかりやすく規定されておらず、その点で線引きが難しいことは度外視するとしても、ここでは改めてすでに述べてきたことが妥当するのである。すなわち（運び戻しとか輸送の義務が）一個の回復義務（eine Restitutionspflicht）であるからには、現行法上の基準にしたがう限り、特別な、したがって985条の要件以外の帰責根拠（Zurechnungsgrund）をその賠償的犠牲の正当化根拠として要求すべきこと。そのことが妥当する。

(b) 実際のところ、以上のことはすべて、ほぼその核心においては争われていない。そしてBGHも、上記引用した判決理由で、被告が単に自動車原告に返還する義務を負うだけでなく（nicht nur）、むしろ従前の場所Nに運び戻さなければならないという場合、当然のことながらこの（本稿が主張する）原則から出発しているのである。したがってBGHが、その判決理由で、にもかかわらず「運び戻し義務」（„Rückführungspflicht“)を「985条に基づいて」（„nach § 985 BGB“)と述べ、物権的返還請求権そのものと連結する場合——そのことは常に学説の支配的見解も同様であるが——BGHによって勝手に985条の文言が拡張されていることを意味する。言い換えるならばBGHは、あたかも規律なき旋律様式のごとく気ままに（in freier Nomothesis）、（987条以下の）「付随的請求権」（Nebenansprüche）の責任要件としての悪意を物権的返還請求権そのもののうちに移植しているのである。

(c) むろんBGHの解決策の説得力について言えば、ひとが悪意占有者についてBGH及びその見解を生み出した学説に同意しようとする場合であっても、上記BGHによる解決策の説得力が決定的な意義をもちえない

ということが明らかとなる。なぜならその場合には、悪意占有者のもとでその責任形成についてBGHがそうしたのと同様に、不法行為占有者についてもその責任形成が妥当しないのはなぜかという問題、したがってなにゆえ不法行為占有者についてもBGB269条が適用されないのかという問題が提起されるからである。この問題は、悪意占有者について肯定されるのであれば、必然的に不法行為占有者についても肯定されるはずである。したがってこの場合、不可避免的に、すなわち論理的な対称性と実質的な均等性という理由に基づいて、不法行為占有者についても（悪意占有者の場合と）内容的に全く同様な運び戻し義務が直接に985条から引き出されることになるはずである。そしてその場合985条は、特殊に（269条1項の）「債務関係の性質に基づく…特別な事情」と結合された判断標識として引き出されることになる。その結果、当然のことながら不法行為占有者の運び戻し義務についても、物権的返還請求権としての性質がそれに付与されることになるに違いない。こうして要するに、支配的見解の上記三つの命題は、すでにその特異な前提からして根拠をもちえない。なぜなら、その命題によれば不法行為占有者は、（悪意占有者の責任に関する解釈の所産としての）985条と269条の結合による特異な法発見の中で創出された新たな責任の種類から恣意的に除外されているからである。

（3）したがって、そのようなBGHの態度に対する、最初の本質的な異議が明らかとなる。すなわち、その異議とは、このような（BGHによる）解決策の文献学的な気ままさ（die philologische Unbekümmertheit）のうちにその根拠をもつものにほかならない。なぜなら、そのような解決策の支持者たちは制定法の明瞭な条文を無視しているからである。そして彼らは、その自家製の（上記三つの命題からなる）選択的構成によって物権的返還請求権による責任を変質させている。すなわち彼らは、債務とは無関係であり、あまつさえ行為とは無関係な（物権的な）返還義務（die schuld- und sogar handlungsunabhängige Herausgabepflicht）を、こっ

そりと一個の賠償的回復義務（eine Wiedergutmachungspflicht）へと変形しているのである。そのようにして彼らは、どう言いつくろうと、物権的返還請求権を本質的に損害賠償の調達（Verschaffung）へと向けられた給付義務に転換するのである。

bb) 物権的返還請求権の変質に呼応するBGB269条の誤った理解

物権的返還請求権の要件を、その文言に反する拡張によって、責任要件の原理上の変質を惹起するところの制定法条文の無視は、さらに広範にそれと呼応する制定法の誤解をも生みだしている。なぜなら、まさしくそのことによって必然的に、返還がなされるべき給付場所についても誤解が生ぜざるをえないからである。

（1）実際のところ、このような（支配的見解の）考え方のもとでは、所有権者と占有者との間で真正の債務（eine echte Obligation）が存在することになる。そうすると事実上、BGB269条の機能と配置に対応して「債務関係の…特殊な事情」に焦点が当てられ、よってその条文が適用されるべきだということになる。しかしながら、このような気ままな解決策はみせかけの解決（Scheinlösung）以外の何物でもない。なぜなら269条は、まさしく債務関係の本質的性格（„Natur“ des Schuldrechtsverhältnisses）に方向づけられた規定として、物の返還義務を根拠づける法関係のもとでは適用になじまないからである。したがって269条は、その限りで「白紙委任規定」（eine Blankettvorschrift）を意味するのであって、当該の法関係そのものによってそれが充填されなければならないことになる。

（2）しかしそれによって——制定法に愚直な形で、あるいは勝手気ままな形で（gesetzzestreu oder autokratisch）——あらかじめ給付の内容の規定を通じてBGB269条に埋め込まれたものを、この給付の場所に関する規定（269条）の解釈によって明らかにするという仕組みが出来上がっている。よってひとが、その場合にも269条が、あくまで債務法上の性格をもつにかかわらず物権法上の請求権にも適用されるということに疑いをも

とうとしないのであれば——BGHはその点やや異なるのだが⁸⁹——BGH及び支配的見解によって採用された物権的返還請求権の給付場所は、ただ循環論法（Zirkelschluß）によってのみ確定されるべきことになる。すなわち、ひとが主観的帰責根拠と無縁な（BGB985条の）制定法上の文言にしたがうなら、いくら269条を経由してもこのような（循環論法的な）判断基準は何一つ出てこないはずである。しかしながらひとが、985条のもとで根拠づけられている返還義務の場合に、明瞭な制定文言に反して悪意を（269条の）「特別な事情」として考慮するがゆえに、さらにひとが「債務関係の性質」を回復（Restitution）へと向けられた給付関係として把握するがゆえに、上記のように充填された白紙委任規定に基づいて従前の所在地への物の運び戻し義務も推論的に肯定される、ということになってしまう。

（３）かくして、給付場所の決定に関するBGH及び圧倒的多数の文献上の見解によれば、給付場所は、まさしく上述の（三つの命題に示されたところの）物権的返還請求権の内容の決定次第で左右される。したがって支配的見解と異なり、制定法に従ってこの物権的返還請求権に無縁な主観的要件を脇に置くならば、結果的に、かかる主観的要件に根拠づけられた占有者の運び戻し義務なるものは、いくら269条をはじくり返しても引き出されえないのである。同時にまた、そこには制定法の欠缺もない。むしろ、BGHそれ自体によっても原理上拒否されることのなかった準則のもとで問題となるのは、985条によって定立された返還義務は、物のその都度の所在場所で（am jeweiligen Standort der Sache）履行されなければならない、ということである。これに対して、それ以外の給付場所を承認することは、制定法の文言を無視して制定法を適用するという単なる推論の産物にはかならないことが明らかとなる。

89 BGHが躊躇していることについては、前注86で引用したBGHZ79、214の判決理由の記述をみよ。

cc) 解釈学上の要件確保の欠如

以上述べてきたことによって、BGHの判決がいかに自己完結的な解釈学上の要件確保を図ったか、如実に示し尽くされている。まずなにより、BGHによれば物の運び戻しは「損害賠償でもないし、収益返還でもない」(„weder Schadensersatz noch Nutzungsherausgabe“)と主張されているが、これは明らかに正当でない。原理的にはBGHも985条に基づく返還義務がこのような運び戻し義務を直ちに根拠づけないと告白していたところ、むしろひとが、この運び戻し義務を、占有の保持を越えて占有者の人格において(主観的に)認定されるそれ以外の「特別」な事情(weitere „besondere“ Umstände)と要件的に連結せしめていることをみてとる場合には、運び戻し義務を損害賠償として資格づけすることを拒む何物も残らない。なぜなら損害賠償でないとしたなら、占有そのものから正当化されるのではなく、占有者の悪意、つまりは他人の所有権に対する占有者の非難に値する振る舞いから正当化されるところの従前の状態への回復義務とは、一体何であるのか(!)。したがって(運び戻し義務が)損害賠償でないとすれば、善意占有者には全く要求されることのない回復的調達義務(Rückverschaffungspflicht)は、いかに性質決定されるべきなのか(!)。とはいえ、このようなおおげさな問題に回答を与えようとしても、解決の試みはことごとく挫折するだろう。むしろここでは、次のことに着目する必要がある。すなわち「運び戻し輸送」の義務とか、その費用賠償の義務が985条に基づく「返還請求権の一部」として把握されるべきだという奇抜な主張(die verwegene Behauptung)は通らない、ということがそれである。そのことは言語的にみても妥当するのであって、そもそも制定法は、物権的返還請求権の「一部」(„Teil“ der Vindikation)などという文言を何一つ知らないのである。しかもこのような(物権的返還請求権の「一部」としての)義務なるものは、法体系的に、特に責任体系的にみれば、直接的に制定法によって意欲されたものの反対物にはかならない。

なぜなら、債務と無関係な物権的返還責任（schuldunabhängige vindikatorische Haftung）の場合、それは、占有者がその法的原因を欠く占有を返還することによって単に彼自身の権利領域の矯正を要求するにすぎないのに対し、他方で債務によって拘束された回復（schuldgebundene Restitution）は、相手方（債権者）の権利領域における賠償的回復に向けられているからである。かくして、このような賠償的回復は、上述の損害賠償義務を意味するのであり、よって物権的返還責任とは全く別個の責任なのである。

b) 成立史の証明力が欠けていること

対するに、BGHが支配的見解とともに擁護する見解、つまりは制定法の文言に反する見解は、一応、制定法の成立史によっても根拠づけられている。その際ひとは、こう考えている。すなわちBGB起草者は、上記の985条と269条の連結を想定し、よって占有者の「運び戻し義務」という効果をひっくり返して意図しているのだと。したがって占有者の「運び戻し義務」は、その創設者の歴史的意図として（als der historische Wille seiner Schöpfer）、制定法の文言の背後にあって制定法の基礎となっているのだと⁹⁰。しかしながら、実際のところこのような広すぎる理由づけを支持することはできない。むしろ、ひとが立法資料を厳格に読めば直ちに、その理由づけの疑わしさが明らかとなる。

aa) たしかに、ここで立法資料の基軸をなすBGB草案第一委員会の態度も不明瞭性を免れてはいない。とりわけ第一委員会が、この場合疑わしい抽象化を好んで（in hier zweifelhafter Abstraktionsfreudigkeit）給付場所の問題を一般的に、すなわち（債務法上の給付場所のみならず）物権的返還請求権及びその付随請求権を含め一気に取り扱おうとしたことに

90 このような見解については、以下のものを参照。BGHZ 79, 211, 214; ferner etwa Staudinger/Berg, 11. Aufl., 1956, § 985 Rn. 6. これに対して、正当な批判をするのは、Staudinger/Gursky, § 985 Rn. 58; Wieling (Fn. 36), S. 521である。

よって、不明確なものとなっているのである。しかしながら第一委員会は、このような不十分さがあるにもかかわらず、その基本的視点においていかなる疑わしさを示していない。すなわち第一委員会は、「あらゆる場合に妥当する給付場所についての制定法による固定化」を「多大な困難をもたらすこと」を理由に拒否している。そしてその代わりに、「給付内容を決定的」ところの「制定法上の諸規定に注目すべき」である、という。それゆえ、訴訟係属前であれば (vor Rechtshängigkeit)、返還は当然に「その物が現にある (...) 場所でのみ請求される」 („nur da begehrt werden...wo die Sache sich befindet“) こととなる。しかも第一委員会は、訴訟係属後であっても、また悪意の成立後であっても、あらゆる場合について一義的に給付場所を固定しようとはしなかった。むしろ第一委員会は、訴訟係属後・悪意成立後の場合には、不法行為の事案で奪い去られた場所 (従前の場所) での回復が損害賠償義務という形でなされるやり方と同様に、個々の事案ごとにその場所変更が占有者の権能及び義務と合致するかどうかに応じてそれぞれ決められるべきものとした⁹¹。このようにして、占有者の「返還」義務を越え出たあらゆる「運び戻し義務」が特別な人的帰責根拠に依拠せしめられたのである。すなわち第一委員会は、「不法行為の事案」と同様に賠償的回復が問題となった悪意のケースにおいても、占有者による所在地の変更が許容的なものであったか、それとも非難に値するものであったかという問題に着目した。そのようにして第一委員会は、——今日の支配的見解と異なり——全く明瞭な形で、不法行為占有者の場合も、また訴訟係属後ないし悪意の占有者の場合も、もはや物権的返還責任が問題なのではなくて、単に回復に向けられた責任だけが議論されうるにすぎないことを明確に示したのである。

bb) すでにこのような観点によって、制定法起草者はBGHが採用した

91 Protokolle der 1. Kommission (Fn. 16), S. 765 f. をみよ。Motive, Bd. III, S. 399 も実際上同じ立場である。

見解のための重要な証人（Kronzeugen）としての資格をもつものではない。逆に、すでに第一委員会は、その後も同様に、上記の観点によって刻印された法律の立法化に導いた。言い換えれば、第一委員会は、決して物権的請求権の内容と債務法上の請求権の内容をごちゃまぜにすることはなかったのである。むしろ、すでに第一委員会は、給付場所に関するあらゆる規定のための白紙委任めいたこと（das Blanketthafte）を克服し、明瞭化している。つまり第一委員会は——まさしく本稿が批判の対象とする方法と異なって——給付場所に関する（白紙委任的な）定義から請求権の内容を遡及的に決定することをしていない。したがって第一委員会は——BGHやそれに追従する見解のように——請求権の内容と給付場所の関係を直接逆転せしめるようなことはしていないのである。

cc) 以上のことに加え、すでに度々言及し、すぐあとでもさらに追求される事実、すなわちまさしくBGBの準備的作業では物権的請求権と債務法的な結果請求権（obligatorische Folgeansprüche）との間で全く厳格な区別が図られていたという事実に着目するならば、第一委員会がそれと対立する見解を支持することはなかったということが一貫して妥当する。すなわち給付場所という付随的な問題に関して——そのことは立法資料の解釈にあたっても考慮されるべきことであるが——BGBの創設者たちはその原則的な解釈上の明確性を決して犠牲にすることはなかったのである。

c) 物権的返還請求権とその付随的請求権との間での協働のあり方への誤解

aa) 物権的返還請求権における付随的請求権の体系的な位置づけ

(1) 解決の選択肢としての制定法の変質か制定法の解釈か

(a) とはいえ、物権的返還請求権に基づく義務が物の従前の場所への運び戻し義務まで根拠づけることはないことを確認したとしても——そのことは上記ですでに触れたことだが——悪意の占有者がこのような運び戻しの責めを負うことを帰結することまで排除されるわけではない。ただし、

この（悪意占有者の）運び戻し義務はBGB985条から引き出されるものではない。むしろ989条以下の、つまりは物権的返還請求権の付随的請求権（Nebenansprüche）によって根拠づけられる。したがってこの運び戻し義務は——さらに後ほど本稿で論じられるべきことだが——制定法の秩序機能に関するBGHの誤解に基づき適用可能性をもつ請求権の基礎として吟味されることがなかったところの諸規定（物権法上の付随的請求権）から、解明されるべきものである。ところが、むしろ逆にBGHは——原告の985条に基づく請求権を肯定しながら——運び戻し義務の根拠を債務法上の規定と連結せしめ、上記物権法上の付随的請求権を排除しようという観点のもとで考察している。そうではなく、物の所在場所の変更が物権的返還請求の権限をもつ所有権者にとって一個の不利益を意味する場合には、悪意占有者の運び戻し義務は989条と990条を結びつけることによって根拠づけられる（*die Rückführungspflicht des bösgläubigen Besitzers aus § 990 i. V. m. § 989 BGB zu begründen*）。すなわち、この運び戻し義務は所有権侵害に対する損害賠償として正当化される。それは、これら物権法上の付随的請求権に関する諸規定が、損害賠償を、その規定に関する解釈論の具体的な、少なくとも推定可能な意味に基づく物権的請求権者の特殊な完全性保護（*spezieller Integritätsschutz des Vindikanten*）として賠償的に回復されるべく決定づけていることと同様である⁹²。

（b）むしろ、989条がその文言に即して本稿が問題にするBGH判決の事案を包摂しているわけではないことは見誤られてはならない。すなわち占有者の責任を根拠づける事実を一覧すれば、それは返還されるべき物の毀損、滅失、その他の返還不能に限定されている。つまり、989条が物の所

92 同様な観点については、以下の文献を参照。Staudinger/*Gursky*, § 985 Rn. 58, § 989 Rn. 13; MünchKomm/*Medicus*, § 985 Rn. 22; P. *Schwerdtner* (Fn. 81) a. a. O. ——以下、訳者による注記：BGB989条は、訴訟係属後の占有者が、占有中の物の滅失・毀損等の損害賠償の責めを負うと規定し、さらに990条は悪意占有者の場合に989条が準用される旨を規定する。

在場所の変更につき要する「費用」を責任の根拠として挙げているわけではない。それゆえ、BGHとそれに従う学説が、まさしくこの制定法規定をかいぐる法的構成をなすべく動機づけられたことは排除されえない。なるほど、この点BGHは、意味深長に沈黙を守っている。そして、これにつき（下級審や学者の）文献も散発的に言及するにすぎない⁹³。にもかかわらずBGHや諸学説が、特にこの（「費用」に関する）欠缺を思わせる規定の仕方を理由に、989条・990条に解決の糸口を見出そうとはしなかったということが推測される。それゆえ支配的見解は、985条を経由して、より開放的で容易に融通の利くとみなされている269条に重心を移して解決しようとしたのである。

（c）しかしながら実際には、このような抜け道に依拠したところで、なんら適切な解決も、正当化されうる解決すらも見いだされなかった。それゆえ、すでに指摘したBGHや支配的学説に対する批判——そのことについては引き続き本稿で論証されることになる——が、なお妥当する。なぜなら、請求権競合の構想に関して言えば、本件BGHの事案については、制定法の文言に明らかに反するがゆえに明瞭に行き過ぎた対応をする選択肢と、制定法の文言を素直に解釈する選択肢との間で、どちらを選ぶかを定めるべきである。すなわち、269条の助けを借りて985条に要件的メルクマールとしての「悪意」を埋め込むことに対しては、（物権法上の付随的請求権がそうしているように）物の所在場所の変更を損害賠償法的に物の毀損や滅失などと同様に評価する選択肢が対立する。かくして解決の選択肢としては、制定法文言をがさつに改変すること（massive Umformung des Gesetzeswortlauts）と、制定法を通常形で解釈するか、あるいは類推することとが、競合する。しかしすでに本稿の所見からは、989条と

93 控訴審判決は、無権限の場所変更を理由とする取り戻し費用を明示的に BGB989条と990条から引き出した。この点、BGHZ 79, 211, 212をみよ。文献から挙げるなら、*Berg*, JR 1981, 241を参照。

990条を結びつけて解釈する方法こそ、問題解決のために選び取られた責任を根拠づけるものと考えるのが適切である。それ以外に原則的なことを言うならば、支配的見解のさまざまな疑わしさをことごとく度外視するとしても、所有者－占有者関係からの脱出を図るためのいかなる正当化理由も存在しない（für die Flucht aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis kein Anlaß besteht）という考えが、本稿の立場をさらに確証することになろう。

（2）本稿と対立する教理におけるBGB987条以下の体系と機能に関する誤った理解

（a）判例及び学説による本稿と対立する態度は、なかんずくこの（987条以下の付随的請求権からなる）規範複合体（Normenkomplex）を原則的に誤解していることによって明らかとなる。ひとは、その規範複合体による債務法上の賠償請求権をその基礎及び機能に即して見誤っている。そのようにしてひとは、特にその付随的請求権の規範複合体と物権的返還請求権との協働（Zusammenspiel）についても誤解している。このことは、すでに示したようにBGHの判決が全く根拠のない支配的学説⁹⁴に迎合的に議論の基礎を与え、よってBGB989条と990条を無視し、それを手がかりとして運び戻し義務の根拠を探索しようとし不在態度のうちに公然と示される。また逆のことを言えば、BGHの判決がその事案に呼応して一個の拡張された物権的返還請求権（ein entsprechend „erweiterter“ vindikatorischer Anspruch）を承認するがゆえに、989条と990条をその単なる対立物にすぎないものとして論じている場合にも、同様のことが妥当する。そしてこのような（BGHの）見解は、ひとが学問的に次のことを支持す

94 BGHの判決によって承認された学説が全く根拠なしに、（訴訟係属後の占有者及び悪意の占有者に対して）物権的返還請求権の効果として運び戻し義務を認めていることについては、本稿前注82及びそれに対応する本文を参照。たとえば、Baur, Jauernig, Mühl, Pinger, Prütting und M. Wolfの見解がBGHによって引用されている。

る場合、まさしく文字通りその誤謬性をあらわにするのである。すなわちひとが、このBGH判決のような事案において989条と990条はその類推適用すらありえない、ということを支持する場合がそうである。ひとは、その理由を以下のように述べる。なぜなら989条と990条は、987条以下との関連で考察されるべきであるが、しかしこれら諸規定は、所有者－占有者の関係に基づく付随的効果を規律するに過ぎない。他方、985条の主要な請求権（*Hauptanspruch*）が問題となる場合には、返還に関する問題、したがって返還の場所に関する問題も（*auch die Frage nach dem Ort der Herausgabe*）、付随的効果ではなく物権的返還請求権の本質的な内容（*der wesensmäßige Inhalt*）となるからである、と⁹⁵。

（b）このような支配的見解のテーゼに対しては、以下のことが正しく提起されるべきである。

（aa）すなわちBGHの見解と異なり、制定法がBGB985条に接続して規律する付随的請求権は、すでに明確に画されたその使命に即して言えば、付随的請求権のもとで切り開かれた返還請求権の基本的な所有権保護を再び制限したり、あるいは全く排除してしまうことを目的とはしえない。そのことを目的としうるといような見解は、物権的返還請求権ともども制定法の全体的な保護体系を見誤るものである。なぜなら987条以下は、物権的返還請求権を制約するものではなく、それを補完する（*ergänzen*）ものだからである。しかも、987条以下の所有者－占有者間の付随的請求権は、物権的返還請求権を何一つ縮小せしめるものではない。なぜなら、すでに見たように、物権的返還請求権は将来にわたる法適合的な事実状態の確立以外の何物にも向けられてはおらず、したがって権利の内容と矛盾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、あるいは

95 Berg, JR 1981, 241が Staudinger/Gursky, § 985 Rn. 58, § 989 Rn. 13に反対する場合に、そのように述べている。その際、ベルクは物の所在場所の変更は、物の毀損等とおよそ等値されえないと主張している。

単に客観的な権利侵害が存在するにすぎないのかという判断を必然的に不必要なものにしているからである⁹⁶。むしろ、これと異なるBGH判決のいかかわしい論法は、ひとがあらかじめ985条の（占有者の悪意の有無を問わない）要件をその文言及び機能に反する形で広げ、（債務法上の規定の助けを借りて）運び戻し義務を導くことによつてのみ可能となるものである。そしてそのような運び戻し義務は、その（融通のきいた）結論づけのための考慮次第では——より一層追体験可能なやり方で（!）（nachvollziehbarerweise !）——再び疑わしいものとなるのである。

（bb）しかしながら、まずなによりも物権的返還請求権の要件を「悪意」へと拡張しようとするBGH及び支配的学説の見解は、それがすでに直接的にBGB985条の領域で「返還」の概念を拡張するがゆえに、989条以下の規制目的と矛盾することになる。ともあれ、すでに示したように、単なる白紙委任規定としての269条は、それ自体としては責任問題を決定することができない。また、「債務関係の性質」に焦点を定める同条の中心的な判断基準も、物権的返還請求権の付随的請求権の評価をすでに物権的返還請求権それ自体の内部で展開するための「トロイの木馬」（das Trojanische Pferd）ですらない。なぜなら、そもそも989条以下からは、985条に基づく返還義務を制限したり拡張したりする効果を引き出すことができないからである。むしろ次のことが想起されるべきである。すなわち数千年の法的伝統の帰結として物権的返還請求権とその付随的請求権という二つの規範（ないし規範群）が形成されたことを基礎として、以下のような責任の二元論（Haftungs dualismus）が承認されるということが、それである。すなわち一方で、985条に基づく請求権は、その一義的に明白な文言に依じて、占有者の人格における主観的な事情とは全く無関係に、その目的に即し、したがってさらにその内容に即して、常に一個の同じ請

96 Motive, Bd. III, S. 393が、このことを特に明示している。これについては、後注98の同書394頁も参照。この点、すでに前注22の前後で示したことである。

求権であり続ける。それゆえ物権的返還請求権は、善意占有者にも、悪意占有者にも、不法行為占有者にも、常にただ物の「掃き出し」 („Auskehrung“) だけを課すのである。他方、これに対して987条以下の付随的請求権は、占有侵奪という基本的要件を越えて、さらに広範な、かつまた付加的な占有者による所有権侵害がそれにふさわしい補充的な所有権保護を要求する場合に、物権的返還請求権とは別個の権利（損害賠償請求権や不当利得返還請求権）をそれに付加するのである。

(cc) それゆえ、BGB987条以下の付随的請求権について言えば、その要件と法効果に鑑みてそれらが独自の諸権利であるがゆえに、以下の機能的な説明が妥当する。すなわち、すでにヨホウの部分草案では、一義的な明白性をもって次のように定式化されている。つまり、まず確定されるものとして、物権的返還請求権によって与えられるところの「純然たる物権的保護」 („der rein dingliche Schutz“) とは、「所有権者をして再びその物をわがものとする地位に置く」ことであって、「所有権を（損害賠償や不当利得に基づく保護にまで）広げて保護する」ことではない。したがって、それはいつの時代でも法的事実として確認されることであるが、「所有権の保護はさらにそれ以外の請求権によって補完される」。ところが、その「それ以外の請求権」という場合に、「今日、論者ごとに曖昧化された重大な相違点」がつきまとうのである。対するに、ここで要求されるべきことは、「所有権者と義務者（占有者）との間で債務的な結合を図る根拠」を、単に所有権それ自体のうちにだけでなく、同時に（物権法上の）特別な事実を求めるべきだ、ということである⁹⁷。そしてこれら所有者－占有者間の諸々の付随的な請求権は、その後第一委員会でも同様に明瞭に強調されたように、「法と現実との間の矛盾」の廃棄を求める「純然たる物権的権利」と異なり、（無権限者の占有中の）不法行為的あるいは（不当利得

97 So Johow (Fn. 9), S. 1019.

などの) 債務法上の「無権限処分」という、新たな独自の事態から生み出される「それ以外の請求権」を指すのである⁹⁸。

(c) すでに上記で示したように、制定法が、不法行為占有者、つまりは992条が適用される占有者について、所有者－占有者関係を規律する形成原理として諸規範の協働を具体化していることは、本BGH判決が訴えの根拠を985条から引き出されるものに固定化していることを別とすれば、すでにBGHによっても承認されていることである。しかしながら、制定法が悪意占有者についても989条と990条の連結の中で配慮していること、すなわち制定法が損害賠償義務に関しては悪意占有者を不法行為占有者と同様に、その都度新たに独自の——占有侵奪の場合とは異なる——損害惹起的な占有者の振る舞い (ein schadensstiftendes Besitzerverhalten) を前提としているということを、裁判所も、また支配的見解も考慮していないのである。このように、(悪意占有者と不法行為占有者との) パラレルな形成は無視されたままである。なるほど、一方での物権的返還請求権と他方での債務法的な損害賠償請求権との間で、その機能的関係に関する意見の一致はあるかも知れない。にもかかわらず、その関係の誤解によってもたらされた突拍子もない帰結が、すぐさま目に飛び込んでくるのである。

この点、不法行為占有者の場合に限って言えば、彼の(物権法的に) 限定された返還責任と彼のそれ以外のさらなる損害賠償責任との間で明確に区別がなされている。つまり不法行為占有者の場合にだけ、(物権法と債務法との) 二つの責任引き受け義務が本質的に異なったそれぞれの要件に依拠せしめられ、よって異なった規範において規律されていることが顧慮されている。したがって、不法行為占有者の場合にのみ、彼の「返還責任」が——善意占有者の場合と同様に、つまりはあらゆる主観的モメントとは無関係に——厳格に「物の掃き出し」に限定されている。これに対し

98 So Motive, Bd. III, S. 394.

て悪意占有者の場合には、制定法がそれを、いわば善意占有者と不法行為占有者との中間においたがゆえに以上のことは何一つ妥当しない、とされる。つまりひとは、悪意占有者の場合には、上記の基本的な、それゆえ本質的に異なった諸要件の下で根拠づけられた「返還責任」と「損害賠償」との間での区別を否認するのである。この場合ひとは、上記の、論理的にも実質的にも筋の通らない自家製の三つの命題に従っている⁹⁹。つまりひとは、制定法が悪意占有者の場合に規制技術的に（regelungstechnisch）不法行為占有者の場合と同様の処理をしていることを無視するのである。こうしてひとは、制定法が（悪意占有者に関する）BGB990条によって、（不法行為占有者に関する）992条と合致した請求権を決定づけていることを考慮しようとはしない。そして、その請求権の決定によれば、物権的返還請求権の債務者は、まず（占有中の）物への帰責可能な侵害があった場合に、また、さらに引き続いて新たな別個の責任根拠に基づいて、発生した損害の賠償を義務づけられるのである。ところがひとは、それに代えて、悪意占有者の場合には、不法行為占有者と異なる修正を施している。そして、この場合にもつばら（*ausschließlich*）、ひとは首尾一貫して、しかもそれ自体すでに疑わしいやり方で、物権的返還請求権の内容を修正するのである。すなわちひとは、給付場所という呪文（die Zauberformel des Leistungsorts）を媒介に、つまりは一見適用がありそうでいて実は白紙委任の規定である269条を媒介に、（悪意占有者の）返還義務を被告に課せられた「運び戻し義務」へと変質せしめるのである。

（３）所有者－占有者関係の機能不全

請求権内容のこのような変質によって必然的にもたらされる帰結が、制定法からのさらなる離反（eine weitere Abkehr vom geschriebenen Recht）である。すなわち、物権的返還請求権の要件事実の中に「悪意」

99 この三つの命題については、すでに度々ふれた。B III 1 a)cc) 及びB III 2 a)aa) (2) (c) を参照。

（„Bösgläubigkeit“）を埋め込むことは、規範的な評価基準に照らせば物権的返還請求権に付属する（所有者－占有者間の）付随的請求権の機能不全を意味する。なぜなら、BGH及び支配的な学説は、その機能不全によって、差異化された責任法上の機能分担を目的とする制定法の規制作業を無視しているからである。BGH及び支配的な学説は、その（「悪意」という）責任基準を、不明確で包括的な、ほぼ観念的連携以上の意味を持たない顧慮のもとで（in unscharf-pauschaler, kaum mehr als assoziativer Beachtung）直接に985条の責任として組み入れている。その限りにおいてのみ、制定法上の評価を考慮するにすぎない。しかしながら、その際には、（物権的返還請求権と債務法規定たる269条が結合することによって）法創造の領域をはるかに越え出た形で制定法が運用されることになるわけであるから、物権的返還請求権の機能に照らしても、またその制定法上の規制様式に照らしても、それとは無関係な（「悪意」という）責任基準が物権的返還請求権に添加されるにとどまらない。そしてまた、物権的返還請求権のうちに、直接「運び戻し義務」として、ほぼ無統制な損害責任へと拡張された「返還」義務が自由気ままに作り出されるにとどまらない。すなわち、それを越えてさらに——結局のところひとは、このような自由裁量を考えつくわけだが——上記のように「添加され膨れ上がった」物権的返還請求権によって（mit einer solchen „angereicherten“ Vindikation）、多かれ少なかれ所有者－占有者間の付随的請求権が機能不全に陥るのである。これを言い換えれば、その（支配的見解に基づく）責任準則は、（悪意占有者の）物権的返還請求権の給付場所を決定する場合に、（債務法上の269条を媒介にした物権的返還請求権そのものの効果として把握することによって）実質的には物権的返還請求権に「優先」して、およそ固有内在的に（allenfalls noch konnotativ）債務法上の損害回復に関する責任基準を顧慮するのである。

（未完）