

## 物権的返還請求権（5・完）

——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的な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、龍谷法学53巻2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

(以上、本号)

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

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

- 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(続き)

bb) BGB989条及び990条に基づく物の所在地変更の理解

（ドイツの判例及び支配的見解は、物の所在地変更にかかる損害賠償の原状回復を、物権的返還請求権に債務法規定を適用することにより、985条BGBに基づく「原状回復請求権」の効果として処理しようとするのであるが——訳者）しかしながら実際のところ、このような現行法の改変（Umbau des geltenden Rechts）に導くためのいかなる実質的な理由も、またいかなる解釈学上の理由も存在しない。なぜなら現実には、（物権的返還請求権に付随する）989条及び990条BGB（下記記者注を参照）は、ここで重要な事実関係にそくして、いかなる橋渡し也不可能な欠缺をも放置していないからである（以下、条数のみで示すものは、すべてBGBの条文を指す——訳者）。むしろ、それら（付随的請求権に關する二つの条文——訳者）の事態適合的に規律された所有権保護は、それらが立ち入って吟味される場合には、占有者が所有権者にとって不利益な形で目的物を置き換えるというケースを、必然的なやり方であれ、また随意的なやり方であれ、補完すべき機能をもつ。

〔訳者注〕989条「占有者は、訴訟係属の時点以降、彼の過責に基づき物を毀損し、滅失させ、あるいはその他の方法によって所有権者に（その物が）返還されなくなったことによって生じた損害について、所有権者に対して責任を負う。」

990条「（１）占有者が占有の取得時に善意でなかった場合には、占有者は、その取得の時点以降、987条及び989条に基づいて責任を負う。占有者が、占有の取得時以降、彼が占有権限をもたないことを知った場合には、占有者は、そのことを知った時から同様の責任を負う。（２）占有者が（返還の）遅滞によってさらに生ぜしめた責任は、上記とは無関係に生ずる。」

987条「（１）占有者は、訴訟係属時以降に彼が取得した収益を所有権者に返還する責任を負う。（２）占有者が訴訟係属時以降、通常の経営法則によれば彼が取得することができたであろう収益を取得しなかった場合には、彼に過責が帰せられる限りで、占有者は（その収益価値を）所有権者に賠償する義務を負う。」

（１）混乱を生じさせる「欠缺」が、その規範的文脈において、立法編纂上の不正確さにその原因をもつという推定は、確かにありえないことで

はない。なぜなら、BGB草案の第二委員会においても、悪意占有者の「振る舞い」(„Verhalten“)が「通常、盗品故買者(Hehler)の振る舞いと同様に、いかなる有利な判断にも値するものではない」<sup>100</sup>という点で意見の一致をみていたからである。したがって、この場合にひとは、文献学的にも、また目的論的にも、疑うことなしに、(目的物の)不利益的な場所変更ということに対する責任、たとえばより遠く離れた倉庫への隠匿(das Verstecken in einem entfernteren Lager)に対する責任をその内容に包括するところの一個の「引受け責任」(eine Einstandspflicht)から出発したのである。しかも、それ以外の場合にも、BGBの前草案の作業に携わった法学者の言語慣用をみれば、それが以上の想定と類似したものであることが分かる。たとえば、ヨホウ(Johow)の草案における物権的返還請求権に関する付随的請求権の成立史をみれば、第一委員会の理由書(Motive)におけるのと同様に、その付随的請求権は「主に」、「物に関する占有者の無権限処分によって」、「生み出される」であろう、と書かれている。しかしながら、このような「処分」(„Verfügung“)という広範な概念を採用することによって、「不法行為的な諸々の振る舞い」(die deliktischen Verhalten)ともども、「債務法上の義務違反」(„Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung“)も、その「処分」概念に含まれる、ということになってしまったのである<sup>101</sup>。そのようにして、物の不法行為的な置き換えも、全く疑う余地のない形で(上記付随的請求権にとって——訳者)要件適合的なものとして把握されたのである<sup>102</sup>。

100 So Protokolle, Bd. III, S. 339.

101 本文の一連の引用については、Johow (Fn. 9), S. 1019 f.; Motive, Bd. III, S. 394をみよ。

102 立法が十分に明確性をもちえないさらなる徴表として、悪意占有に「不法行為としての本来の性質」(„Deliktseigenschaft“)が付与されるべきものかどうか、付与されるとしてその基準は何かという問題に関する第一委員会の疑念を挙げることができよう。これについては、Motive, Bd. III, S. 395 f.を参照。なお、その規律(Regelung)が結局のところ、おそらくは普通法の継受としてのみ、

（２）たとえば、989条及び990条が占有者のためにある程度の「特権賦与」（*Privilegierung*）を企図しているという事態について言うなら、今日の実定法規範に関しても、そのような事態に適合する理解が示されている。なぜなら、その責任に関してここで追求された意味づけを通じて、これら（989条・990条の）諸規定の特別な目的が決して懷疑の対象になることはないであろうからである。すなわち、989条及び990条の諸規定をも包摂可能な所有権侵害としての（物の）所在地変更の評価もまた、悪意占有者が制定法に反して留置に基づく損害（*Vorenthaltungsschäden*）につき責めを負わなければならない、ということに導きはしないと思われるからである。そして同様に、その所在地変更に関する評価は、偶発的損害（*Zufallsschäden*）に対する責任も帰結することはないだろうからである。したがって、その（所在地変更に関する）評価は、それらの（上記二つの損害責任の——訳者）特殊性を物権的返還請求権の付随的請求権のうちに根拠づけ、よってその責任制限をそのまま維持したのである<sup>103</sup>。その結果、その評価が、より鋭い形で目下992条の諸ケースで可能とされている一般的な不法行為法に対抗して生み出したところの、明らかに緩和された責任引受け義務が、削除されることなく（ohne Abstriche）そのまま残っているのである。

（３）こうして、989条及び990条による（占有者への）特権賦与という目的は、物の所在地の不法な変更に関する理解についても決して対立的な意味をもつのではないのであるから、これら規範のサンクションの目的も、それら制定法によって事案ごとに確定された妥当領域をこのような形で（物の所在地の不法な変更の場合においても占有者に一定の保護を与えるという形で

---

↘（wohl nur als gemeinrechtliche Rezeption）説明されることの実質的な疑わしさについては、*Wieling*, MDR 1972, 645（646 ff.）をみよ。

103 989条以下の規範目的として、これら（二つの）損害を除外することについては、たとえば以下のものを参照。*Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 156 f.; *Staudinger/Grusky*, § 989 Rn. 1.; *MünchKomm/Medicus*, § 989 Rn. 11; *Wieling*, MDR 1972, 645（646 f.）。

——訳者）補完することを明らかに支持するものとなっている。

(a) そのための第一の証明を与えているのは「司法」(„Judiz“)である。そして、まさしくこの司法が、いかに物の所在地変更に基づく損害を物の毀損・滅失に基づく損害と同様に取り扱うことを排除しているのかということは、BGHの判決及びそれに従う支配的見解によって、他のなものにもまさる形ではっきりと示されている。なぜなら、それにもかかわらず、物権的返還請求権者のために補償 (Schadloshaltung) を確実にする目的で、大胆にも上記の(司法上の)構想へのあらゆる公然たる疑念が表明される場合には、それに帰せられるのは、ただ激烈な法感情 (das übermächtige Rechtsempfinden) 以外のなものでもありえないからである。すなわち、ひとが(物権的返還請求権規定である)985条と(債務法規定である)269条とを結合することによってそれを創案することができるものと信じている「調達の返還義務」(„Rückführungspflicht“)とは、まさしく、ひとが989条及び990条の適用からは引き出すことができないところの「原状回復義務」(Wiedergutmachungspflicht)にほかならないのである。なぜなら、ひとが物権的返還請求権に対応する責任の範囲内で「給付の場所」(Leistungsort)によって顧慮するところの「債務関係の性質から生ずる…特別な事情」とは、まさしく上記の(物権的返還請求権の付随的請求権としての)諸規定において悪意(占有者)のケースで所有者-占有者関係を規律する「債務関係」のもつ「諸事情」のことにほかならないからである。

(b) (aa) ところが實際上、制定法もまた、決して司法上の判断に対抗しているわけではない。むしろ(制定法においても)、すでに所有権侵害 (Verletzung des Eigentums) という観点の下で(司法上の判断と同様なことが)顧慮されている。すなわち、その他の損害責任について誰一人疑いを差し挟まないことが示すように、ことにその限りで(所有権侵害に)対応する823条の適用が争われていないことが示すように<sup>104</sup>、そのように物の所

104 この点については、以下の文献を参照。MünchKomm/Mertens, 3. Aufl., (龍法 '20) 53-3, 198 (942)

在地変更は、その（物の）毀損、廃棄、あるいは他の方法による放棄と現象的にも規範的にも等置されるところの所有権への侵害（Eingriff in das Eigentum）を意味する。このような（物への）侵害に基づく不利益もまた、等しく疑問の余地がない形で、経済的にも法的にも上記のその他の侵害から生ずる損害からいかなる点においても区別されない。言い換えれば、物の所在地変更は、厳密に言えば、物へのあらゆるその他の消極的干渉の場合と同様に、物の所在地変更が所有権者の任意処分の可能性を制限し、あるいはそれを排除することを通じて、所有権者の地位の悪化をもたらすのである。所有権者の処分権能の回復のために現実的な金銭上の支出を要するという事実は、このことを、いわば損害法上の「検証」（schadensrechtliche „Probe“）として確認するものである。

（bb）さらに、ひとがすでに主張された（支配的な）見解、すなわち989条と990条との適用から決定づけられた原状回復義務を「物権的返還請求権の範囲における給付障害」に対する責任（Haftung für eine „Leistungstörung im Rahmen der Vindikation“）として把握すべきであるという見解<sup>105</sup>に従う場合であっても、同様の評価が生ずる。物の移動は、このよ

---

↘ 1997, § 823 Rn. 112; Palandt/Thomas, 59. Aufl., 2000, § 823 Rn. 8; Soergel/Zeu-  
ner, 12. Aufl., § 823 Rn. 32; Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 10.

105 この教説について、たとえば以下の文献を参照。RG SeuffA 79, Nr. 186; Si-  
ber, Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, 1903, S.  
114 ff.; Krause, Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989-993 BGB, 1965, S.  
23 ff., 45 ff., 101 ff.; Köhl, (Fn. 103), S. 156 f., (むろんケーブルは、物権的請求権  
の「履行障害」が常に「絶対的物権の侵害」をも意味するなどという誤解に基  
づく見解への警告を忘れてはいない〔157頁。括弧内の表記も同頁のもの〕)；  
Wolff/Raiser (Fn. 36), § 85 III, S. 334 Fn. 28; AK-BGB/ Joerges, § 989 Rn. 3.  
これに対し、この場合、特に「返還不能」の場合であっても、まさしく現に一  
般的な給付障害法の形象を適用することが問題ではないこと、むしろこのよう  
な考えこそ理論上誤っていることについては、たとえば Wilhelm (Fn. 18), Rn.  
591; Staudinger/Grusky, § 989 Rn. 10 und einschränkend Vorbem. zu § § 987-  
993 Rn. 34; Wieling, MDR 1972, 645 (647 f.); Henkel, AcP 174 (1974), 97  
(131); Picker (Fn. 3), S. 158 ff. をみよ。

うな解釈学上のパースペクティブのもとでも要件適合的なものとされよう。なぜなら、その移動は当該の物を所有権者及び債権者からより遠ざけることによって、その物の再取得（die Rückerlangung der Sache）を困難にし、その費用を高額なものにするからである。結果的に、そのような物の移動は、物権的返還請求権に基づく「給付の実行」（der vindikatorische „Leistungsvollzug“）を阻止し、「妨害」する。このことは、ここでも再び上記の損害法上の「検証」を具体的に際立たせるのである。すなわち、常に肝心であるとされるのは、損失及び費用を根拠づける侵害の帰責の効果（der inkriminierte Effekt eines nachteil- und kostenbegründenden Eingriffs）である。その際、そのような侵害は、そのものとしての無権限占有に付加されるものであり、そしてまた、そのような侵害は物権的返還請求権の「実行」の「妨害」という新たな独自の要件とともに、所有権者の諸々の利益を損なうものとされるのである。こうして常に、一個の「侵害行為」（ein Verletzungsakt）が（要件適合的行為として——訳者）立ち現れる。そしてそれは、その侵害行為の結果を除去するために、一般的な諸原則に基づき、原状復帰的な回復あるいは埋め合わせ的な回復（restitutorische oder kompensatorische Wiedergutmachung）を要求するのである。

（c）しかし、物の場所的な移動のケースは、上記の二つの観点、すなわち所有権侵害及び「物権的返還請求権の内部での給付障害」（„Leistungsstörung innerhalb der Vindikation“）という観点のもとで、単に質的に（qualitativ）989条が明示する諸要件と合致するだけでない。むしろ、この（989条の）規定のもとにそのケースを包摂することは、そのケースがその諸要件に対して量的に（quantitativ）単なる「マイナス」（ein bloßes Minus）を意味するに過ぎないがゆえに要請されたものであり、だからこそ初めて要請されるに至ったものなのである。なぜなら、債務者のもとでの占有喪失を原因とする物の廃棄や全面的剥奪のケースとの関係で言えば、物の所在地変更は、損害という観点のもとでその「性質」にそくして見れ

ば（der „Natur“ nach）一個の同様の損害ではあるが、しかしその作用にそくして（der Wirkung nach）これを見ると、より小さな損失にとどまるからである<sup>106</sup>。そして同様に、常に量的な考察のもとで、その物の所在地変更は、その物の（返還の）不能との対比において、（物の）再度の取得の単なる困難化（bloße Erschwerung der Rückgewinnung）として、給付実行のより少なめの妨害を生み出す。すなわち、その物を有責的に第三者に売却することによって生ずるところの（物の）所在地の交替（der Wechsel des Standorts）に対して、占有者の固有な権利領域の範囲での場所の変更（die Ortsveränderung）は、損害の観点のもとでは量的に同じ侵害を意味するが、しかし質的には通常深刻度のより低い侵害しか意味しないのである。こうして、物の移動を、その物の毀損・滅失、またはその他の形で所有権者から遠ざけることと同様に取り扱うこと（Gleichbehandlung）は、論理的に、より大きなものはより小さなものを含むという推論（Schluß a maiore ad minus）から引き出されるし、実質的には恣意の禁止（Willkürverbot）から引き出されるのである。

#### cc) 要約

（I）したがって、要するに、（当初の）所在地から遠ざけられた物の運び戻し義務を985条から根拠づけることはできない。物権的返還請求権（der vindikatorische Herausgabeanspruch）は、その（985条の）文言に照らしても、かつまたその機能に照らしても、ただ単に占有者の事実上の権利篡奪の終了（die Beendigung der faktischen Rechtsusurpation des Be-

106 したがってグルスキーが、物の場所移動のケースを、たとえばベルグの見解（Berg, JR 1981, 241）に反対して989条及び990条の類推適用によって「部分的占有喪失」のケース（Fall des „teilweisen Besitzverlustes”）と同様に取り扱うようとしていることは、言語的にも、また法的にも支持されうることである。われわれは、その規範目的の明白性に鑑み、そもそもこのような文献学的な緻密な作業を必要とするかどうかを、上記の本文の指摘の中でも触れずにきたし、またこれから先の本稿の記述においても、触れないままにする。

sitzers) に向けられているに過ぎないからである。むしろ、物権的返還請求権は（「不法占有」という客観的な事実状態に基づく請求権であり——訳者）帰責及び行為と無関係な責任（schuld- und handlungsunabhängige Haftung）として存立するものであるから、いかなる意味においても損害賠償法的な原状回復義務を根拠づけるものではありえないのである。

（2）悪意占有者、ないし特別な事情という例外によっても当該侵害につき権限をもたない占有者による物の所在地の変更というケースは、もっぱら989条及び990条の重複的適用によって規律されるべきである。その（付随的請求権としての二つの条文の重複的適用という——訳者）特別な規律は、所有者－占有者の関係のもとで一般的な不法行為責任が、たとえば（不法行為占有者の責任を規律する）992条の要件を充足して初めて介入することが示すように（下記訳者注を参照）、その一般的な不法行為責任に対する関係では、その特別な規律は、上記両規定（989条と990条）の（所有者－占有者の関係のもとでの）専属的組み入れを通じて揺らぐことのない地位が与えられている。

〔訳者注〕992条「占有者が禁じられた私力によって、あるいは刑罰行為によって占有を取得した場合には、占有者は、不法行為に基づく損害賠償の諸規定に従って責任を負う。」

それゆえ、その（989条と990条の重複的適用という）特別な規律は、その（所有者－占有者の関係のもとで占有者に付与されている）責任に関する特別な優遇を危殆化することなしに、その規範の責任目的を充足する。こうして、それ以外の形で制定法に意味を与えようとするあらゆる試みは、制定法の言葉を正しく読み取ることすらせず、またその言葉からその正当な存在理由（Ratio）を確定することすらしないまま、盲目的にその文字面に拘泥することに終始するほかないのである。

（3）より正確に言えば、上記のことから、これらの（989条と990条の重複的適用に基づく）規律を本稿上述の（BGHZ79, 211の）ケースに適用するた

めの根拠が出てくる。すなわち、989条と990条は、ひとが——文献学的に大まかに考察するとして——その基準として（989条と990条の）規制の意味に焦点を定め、よってその明示的に上げられた具体的な適用の諸ケースを単なる「事例」とみなす場合には、物の所在地変更のケースで直接的に適用されるべきものである。なぜなら、このような理解こそは、制定法起草者によって抽象的に物の「無権限処分」として読み取られていたのであって、それゆえ物の場所変更のケースにも直接的に拡張されうるものであるからである。これに対して、遅滞（Verzug）の規範を類推適用することが引き出されるのは、ひとが文献学的な精確さを盾に取る場合に限られる。なぜなら、その場合ひとは、実際のところ制定法の文脈に欠缺があるということを想定しているに違いないからである。しかしながら、このような欠缺は、（類推適用によらずとも）法学者の日常的な思考手段（Alltagswerkzeug des Juristen）でも埋め合わせが可能なものである。したがって、あらゆるケースにおいて、物の所在地変更の要件事実、このような制定法（物権的返還請求権に付随する個別の請求権規定）に包摂されるべきものである。

### 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

悪意占有者による（物の当初の場所への）運び戻し義務（Rückführungspflicht）が、物権的返還請求権としての985条から根拠づけられるのではなく、原状回復を内容とする損害責任としての989条と990条の重複的適用から根拠づけられるという認識は、結局のところ、それ以外の、ここで文字通りの形で事案の解決に必要な明確化をも形成する。

aa) ドイツ連邦通常裁判所（BGH）によって、支配的文献に従って主張された解決方法の誤りは、物権的返還請求権とその付随的請求権が同じ

当事者のもとで問題となる限りでは必ずしも一目瞭然となるわけではないかもしれない。したがってこの（BGHの）誤りは、（物権的返還請求権とその付随的請求権の）双方の請求権が一人の同一の所有権者のために存在し、そしてそれが一人の同一の占有者に向けられている限りでは一見してそれほど明瞭に浮かび上がってくるわけではないかもしれない。それゆえ、このことが（むしろ）通例であるという事実によって、この（BGHの）解決方法が広く受け継がれていくことも説明可能であるかもしれない。そして要するに、この事実は、このような（BGHによる解決方法）の継承がほぼ明らかに再考されないまま放置され、それゆえまた阻止されることもなかったのはなぜか、という問題を想起させるものとなっていると思われる<sup>107</sup>。なぜなら、（訴訟）実務上の効果においては（im praktischen Effekt）、この規範形成のもとで悪意占有者は、その場合彼がまさしく物権的返還請求権に対応する責任と損害賠償法上の責任の両方の責めを負うのであるから、その所在地につき変更を受けた物の返還（Herausgabe）と運び戻し（Rückführung）との二つの給付を実際に所有権者に対してなすべきこととなるからである。

ところが、債権者あるいは債務者のもとで物の所有ないし占有につき「権利継承」（*Rechtsnachfolge*）が生じたケースでは、くれぐれも注意が払われなければならないであろう。なぜなら、その場合にも、なるほどその都度の所有権者のために、そして新しい占有者に対して、物権的請求権

---

107 このような再考（Überprüfung）は、それが物権的返還請求権とネガトリア的排除請求権との正当な組み入れから出発し、よって支配的見解への明確な反論をとまなう形で、その限りで、明瞭に最初に行われたのは、Staudinger/Grusky, § 985 Rn. 58においてであり、それを基礎とする同§§ 985-1007の前注（Vorbemerkung）Rn.2 及び§ 1004 Rn. 4 ff. においてである。とはいえ、グルスキーの批判的見解にはこれまでのところ多数の同調者が存在するわけではない。またグルスキーの注釈においても、権利継承の諸ケースを取り上げつつ提示される本稿での証明まで論じられているわけではない。

としての返還請求権が常に新たに成立する<sup>108</sup>。しかしながら、債務法上の、しかも特殊に損害賠償に向けられた請求権については、同様のことがもはや妥当しないからである。むしろ、この債務法上の損害賠償請求権は、債権者にとっても、同様にまた債務者にとっても、その侵害時に侵害された法的地位がその者に帰属しているところの人格、そして対人的にその侵害に対して責めを負うところの人格に結びつけられたままである。それゆえ、物権的返還請求権に関する付随的請求権もまた自然適合的に債務法上の諸々の請求権を根拠づけるものだが、権利継承者をそのものとして権利あるものとしたり、義務あるものとしたりするのではない。むしろ、このような「物への占有者の特別な振る舞いから生ずる所有権者の諸々の請求権」(diese „aus dem besonderen Verhalten des Besitzers an der Sache sich ergebenden Ansprüche des Eigenthümers“)<sup>109</sup>は、もっぱら被侵害者と侵害者に関してのみ真正な意味での固有の権利・義務を形成するにすぎないのである。こうして、それら債務法上の諸々の損害賠償請求権は、権利継承のケースではその債権者としての位置づけ及び債務者としての位置づけにそくして物権的返還請求権から分離されるのである。

bb) 以上のことは、すべて、一個の現行法上の基本原理 (ein Grundprinzip des geltenden Rechts) として疑いの余地なく明白なことである。にもかかわらず、その基本原理こそは、新たに想起されるべきことがらにほかならない。なぜなら、まさしくこの基本原理が、BGHによってその判決のもとで無視されているからである。そしてまた、学説上の文献をみ

108 そのことと結び付けられた論争問題、すなわち特に1004条に基づくネガトリア的妨害排除請求権のもとでの論争問題については、以下の諸文献を参照。Pischer (Fn. 3), S. 131 ff.; dens., JuS 1974, 357 (359); dens., JZ 1976, 370 f.; dens., FS Herm. Lange, 1992, S. 668 ff.; Staudinger/Grusky, § 1004 Rn. 89 f., 129 ff., 191 f., 199.

109 これは、ヨハウ草案 (Johow [Fn. 9], S. 1028) において、ヨハウがこれらの請求権を性質決定するために記述した見出し部分を引用したものである。

ても、その（BGH）判決の解決方法につき、その理由づけ及びその結論にそくして問題を提起しようとする手がかりすらなら明示されていないからである。つまり、なるほど学説にとっても、物権的請求権と債務法上の請求権との間のこのような区別は、物権的返還請求権（Vindikation）のもとでなら疑いの目が向けられてはいないところ、しかしその内容にそくしてみれば、物権的返還請求権は占有者の善意・悪意に応じて、したがって彼の人格における主観的モメントに応じて異なる効果をもたらす、とされているのである。すなわち、権利継承の理論的な位置づけに関して学説は、BGHが争点となった事案で現実の権利継承を決定的に重大な事情とみなしたのと同様に、そのテーゼの当否を示すリトマス試験（Lackmustest）としての機能を果たしてはいないのである。むしろ、このようなぶかしい考察視点の変造（diese befremdliche Blickverstellung）がどのような効果をもたらすかは明々白々である。しかも、その効果は大きな困難をもたらす。すなわち、法的な誤った見方（die rechtliche Fehlsicht）は必然的にまた、その帰結においても実質的に誤ったものに導かざるをえない。

cc) 本件では、被告が目的物である乗用車を彼の土地に運び入れた時点で所有権がまだV及びHから原告に移転していなかったことは争われていない。むしろ原告は、被告らによる所有権侵害的な移動がなされたあとで初めてその物を取得したのである。その結果、原告は、その物をその現実的な空間的状态で取得したのであり、こうして彼はその物を侵害によってもたらされたその状態で取得したのである。したがって、なるほど所有権移転の時点で原告には「純然たる物権的請求権」（der „rein dingliche Anspruch“）が、すなわち「法と現実の間での矛盾の現実的存在」（das „gegenwärtige Bestehen eines Widerspruches zwischen Recht und Wirklichkeit“）<sup>110</sup>をその基礎とするところの物権的請求権が生じたのである。

110 すでに引用したMotive, Bd. III, S. 393を参照。

しかしながら原告は、彼に所有権を与えた先行的権利者のもとで完結的に発生した損害付与から引き出されてくる原状回復的な債権を、原告固有の権利として取得することはもはやできなかった。なぜなら、物権的返還請求権のための要件がなお原告のもとで存続するとはいえ、被告は原告との関係ではなんら権利を侵害しなかったからである。それゆえ被告は、原告のもとでいかなる損害も惹起しなかったことになるからである。したがって、両訴訟当事者の関係では、所有者－占有者関係に基づく「物権的請求権と併存する対人的な請求権の債務原因」、すなわちすでに引用したBGB創作者の明確な定式<sup>111</sup>によれば、「もはや所有権そのものにおいてではなく、特別な事実のうちに」その正当化のための基礎（Legitimationsbasis）をもつ債務原因（Schuldgrund）が欠けていたのである。こうして占有留置に対する関係で新たな、かつ独自の要件、したがって新たに独自の義務を創出する要件が欠けていたわけである。言い換えれば、こうである。すなわち被告は、権利移転後の新たな所有権者としての、また返還請求権の債権者としての原告に対する関係では、いかなる新たな権利侵害的な行為も、また損害惹起的な行為も行っていなかった。だから原告には、被告に対する関係でいかなる原状回復的請求権も生ずるはずはなかったのである。

#### 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

aa) むろん、このBGHの判決において、VとHが989条と990条の重複的適用から根拠づけられる運び戻し請求権を原告に譲渡することによって移転したということが論外とされていたわけではない。しかしながら、その判決は「返還請求権」の譲渡を明白に所有権移転の範囲に限って言及しているのであるから<sup>112</sup>、正面から請求権の「譲渡」を論じたわけではない。

111 これらの引用文については、Johow (Fn. 9), S. 1020, 1019を順に参照。また、すでに前注97で指摘したところもみよ。

112 BGHZ79, 211をみよ。

むしろその判決も、すでに知られているように、この物の運び戻しに向けられたさらなる責任（diese weitere, auf Rücktransport der Sachen gerichtete Haftung）を明示的に、そして排他的に985条から引き出したのである。それゆえ、その判決理由によれば、（所有権移転によって）導出された権利に基づく原告の運び戻し請求権が、すでにそのものとして想定可能なものとされたわけではない。

bb) しかしながら、（債権ないし請求権の）譲渡（Zession）の蓋然性ないし確実性は、生活にそくした考察（eine lebensnahe Betrachtung）によって必然的に生ずるわけでもない。なぜなら、少なくともこの判決の事案では、VとHが被告の行為によって確定的に財産上の損失を被っていたという選択肢（die Alternative）も同様に蓋然性をもつからである。すなわち、まさしく物の取戻しが困難となり、そのための費用がかさむことが明らかであったからこそ、VとHが所有権の再度の譲渡に際して相互に歩み寄って原告に比較的低廉な価格で（目的物たる乗用車を）売却することに同意せざるをえなかったという可能性も排除されていないからである。しかしながら、その場合には、物の移動に基づく損害は前所有者としての彼ら（VとH）のもとになおとどまったであろう。したがって、相変わらず989条と990条の重複的適用によって根拠づけられた悪意占有者に対する原状回復請求権は、もっぱら被害者としての彼ら（VとH）に帰属したであろう。

cc) したがって、約言すれば以下ようになる。すなわち、（BGHの）判決理由（Begründung des Urteils）の判断にとっては、物の取戻しに向けられたところの所有者－占有者関係に基づく原状回復請求権の譲渡の可能性は、そもそもいかなる役割も演じなかった。BGHは、その判断を、純然たる意味で原告に固有な請求権によってのみ根拠づけた。しかるに他方、その判決の結論（Ergebnisse）を査定する場合には、上記の（所有者－占有者関係に基づく原状回復請求権の）譲渡が考慮されえないということも

重要である。なぜなら、BGHの判決はその譲渡をほんの可能性としてすら示唆していないからである。そして、問題の位置づけにそくして言えば、（債権ないし請求権の）譲渡が、そのためにより大きな蓋然性が承認されたところの選択肢として評価されることがなかったからである。（BGHにとっては）その譲渡を承認することは、おそらく冒険的（spekulativ）と思えたのかもしれない。

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

この最上級審の判決に関しては、とりわけ次の総括的な判断が妥当する。すなわち、この判決は、根底的に考え抜かれた理由もなく、ただ支配的な学説の見解に従っただけのものである。それは、法的に誤っているということにとどまらない。また、その判決が、990条によって切り開かれた損害責任の帰責根拠としての（占有者の）「悪意」という要件基準（das Merkmal der „Bösgläubigkeit“）を（債務法規定たる）269条を介して985条に潜入させることによって物権的返還請求権をその付随的請求権と混同したにとどまらない。そのようにして、物の所在地変更に基づく被告の債務法上の責任が、その（物の）所有権者の権利継承者としての原告には移転することがなかったという本件で決定的な事態を、BGHが見誤っているというだけではない。それだけでなく、BGHは、その判決から引き出されるべき事実関係にそくしてみれば、その係争事件を、その結論においても不適切に判断したのである。さらに言えば、BGHは、本件事案を制定法とその準則に基づいて要求される解決方法とは逆の形で判断したのである。なぜなら、被告が原告に対する関係では、いかなる権利侵害も行わなかったし、それゆえ彼にいかなる損害も与えなかったにもかかわらず、裁判官が原告のために損害賠償請求権を認めたことになるからである。こうして結局、BGHは、法的な基礎づけなしに（ohne Rechtsgrundlage）、被告に対して有責判決を下したのである。

## 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

いずれにせよ、ヴィンディカチオン（「物権的返還請求権」）の根拠と射程範囲を改めて明確に熟考する必要性は否定されるべきでない。すなわち、一方で主観的権利のために記述化された抽象的な基本的保護がその発展史上奇異な逆行（entwicklungsgeschichtlich befremdliche Regression）のなかで常に継続的に不明確化され、他方でしかし、被害者の側での給付約束とか帰責根拠を顧慮することなしに原状回復の有責判決が下される場合、そのことが発展した法秩序において甘受されえないことは一目瞭然である。さらに、より一般的な形で、ヨーロッパ化とかグローバル化などにまで熱を上げる法学が、まずなによりも時代を超えてその基底をなす法制度や思考形態をこそ確認すべきであったという理由を述べている必要もほほないであろう。しかしなお、ヴィンディカチオンの場合、それを熟考し直すことによってより明確なものにすることが、さらなる原理上重要な理由から必要とされる。すなわち985条は、より決定的な基本的保護システムの単なる一部をなすにすぎない。むしろ、この基本的な保護システムこそ、まず第一次的にその総体において所有権の基本的保護を生み出し、さらにそれを越えて今日、それ（所有権）に準ずる権利、なかでも無体財産権のための保護をも生み出してきたものである。今日の法現実においては（in der heutigen Rechtswirklichkeit）、このような、歴史的にその補完として形成されてきたさらなる保護に、すでにはるか以前からより大きな実際上の重要性が付与されているのである。しかし同時に、その形成過程においてますます重要性を帯びてきたこの保護手段は、その根拠と目的に照らして、厳格にヴィンディカチオンに倣って形づくられてきたものである。それゆえ、このヴィンディカチオンは、すでに幾度も承認されてきたように、決定的な意義をになう保護システムを把握するための、なるほど実際上はより部分的な意味だけをもつにすぎないにもかかわ

らず、しかし理論的には変わることのない大きな意味を保持してきたのである。つまりヴィンディカチオンは、その明確性がもつポテンシャルに基づいてのみならず、不明確性がにうポテンシャルにも基づいて、今なお、その（保護システム把握のための）伝統的な指導形象としての機能（ihre traditionelle Leitbildfunktion）を保持し続けているのである。

## Ⅱ．ネゴ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

１．原初的な法（das gewachsene Recht）を簡単に振り返ってみるだけでも、このようなヴィンディカチオンのもつ今日的な役割が明らかとなる。すなわち、なるほど占有の奪取（der Entzug des Besitzes）こそは、（ローマ法の段階において）物的訴権の発展のため記述的に表現された衝動（Anstoß）を、法と現実との間の矛盾という最も華々しい事実として付与したものはなかった。とはいえ、それは、あくまで社会的・経済的に未開の発展段階のもとで初めて重要性を帯びる事実でもあった。したがって、この物的訴権が所有権侵害のその他の方式をも把握することは、上記のこの訴権の起源に条件づけられた狭い要件理解のもとで排除された。ことに、たとえば隣地からの不可量物侵入（Immissionen）のように占有侵奪まで至らない事実上の権利篡奪は、必然的にその物的訴権の妥当領域の外に置かれたままであった<sup>113</sup>。したがって、具体的な物的訴権としてヴィンディカチオンのうちに定礎された抽象的な責任原理がそれ以外の

113 特にヴィンディカチオンとネゴトリア責任とが（物的訴権のもとに）集約されていく歴史については、本稿でも以下に述べるところであるが、それ以外に *Picker* (Fn. 3), S. 61 ff. を参照。また、訴訟法の領域での全くパラレルな展開（たとえば、第三者の訴えからの防御あるいは第三者の執行手段に関する展開）については、*Picker*, *Der Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht*, 1981, bes. S. 142 ff., 221 ff. をみよ。

ケースで適用されることがなかったわけであるから、絶えず緊密に密集化された住民のもとで実際上常に繰り返して、また威嚇的に生ずる妨害、それゆえ法的にますます重要な意味を獲得した妨害が防御されることなく放置されたのであった。そして全くのところヴィンディカチオンは、部分的な保護手段として身を縮めるほかなかったのである。なぜなら、十分な形で産業化され高度に集積された近代社会においては、(ヴィンディカチオンの要件たる) 占有留置が最も重要な所有権妨害としてのその原初的な意義を全面的に失ったからである。むしろ、よりまして諸々の妨害 (Beinträchtigungen)こそ、とりわけ生活空間としての土地所有権が危殆化され始めた事実が示すように、事例典型的 (falltypisch) なものとなったのである。したがって、権利割当てと割当て保護との一致 (die Übereinstimmung von Rechtszuweisung und Zuweisungsschutz)こそは、法秩序の主要な課題に対応して、その(ヴィンディカチオンの) 物的訴権の原初形態を、ただカズイスティッシュに限定的にのみ実現するにとどめる要因であった。そして、ことにその(権利割当てと割当て保護との)一致は、時代の要請に鑑みれば、ますます不十分な形で確保されているにすぎないものであった。無制約的な権利保護を確保するためには、必然的により広い妨害事例へとその保護を拡張することが急務であった。

2. 実際、法は、もっと重要な私法上の支配的権利としての所有権のための、この(より一般的な保護へと)変化した保護の必要性に反応してきた。すなわち、その保護の必要性が発展してきたことは、ヴィンディカチオンのもつ内在的な形成原理 (innere Gestaltungsprinzip) にそくしつつ、ますます包括的で、したがって欠缺のない所有権保護の創出の発展を意味している。なるほど、このような所有権保護の拡張は占有侵奪の具体的な要件を事実上の権利篡奪という抽象的な妨害に向けて展開するという方法においてだけ達成されているのではない。それゆえ、ヴィンディカチオンを一個の包括的な「所有権の訴え」(eine umfassende „Eigen-

tumsklage“)<sup>114</sup>に解消するかのような形でのみ達成されているのではない。むしろ、このような所有権保護の拡張は、明らかに新しい、法技術的に独自の物的訴権、すなわち現象的に所有権への別個の侵害に対し「ヴィンディカチオンの類推」として（„vindikationsanalog“）作用するところの物的訴権の形成によって実現されるものである。

このことを、さらに言うならば、古典期のローマ法において「ネガトリッシュ」な（„negatorische“）、すなわち権利否認的な訴権（rechtsabsprechende Klage）が諸々の「対物訴権」として（als actiones in rem）、おそらくはヴィンディカチオンの訴権からの諸々の分裂（Anspaltungen）として発生し、形成されたこと<sup>115</sup>に注目する必要がある。そのネガトリア訴権は、その原初形態において、たとえば保護される所有権への干渉作用を及ぼす（第三者による）役権、ないしそれに似た権利の僭称（die Anmaßung）を阻止すべく機能した。しかし、その後ネガトリア訴権は、ますます純然たる事実上の権利篡奪（rein faktische Rechtsusurpationen）の場合をも包括するようになった。たとえば、それは、（隣地から）越境して侵入した樹木が問題となる場合に、その侵入が純粹に自然の作用（Naturwirken）に基づくものであっても適用されるようになった。その延長線上にヴィントシャイト（Windscheid）の教科書が登場し、彼によって、今やその所有権論の領域で、つまりは「所有権請求権」（„der Eigentumsanspruch“）の領域で、さらに「物の留置に基づく」請求権と「侵害に基づく」請求権との二分化が行われたとき、彼はその（ネガトリア

114 これは、とりわけフーゴ（Hugo）及びハイゼ（Heise）によって解釈学的に根拠づけられたものであり（Picker [Fn. 3], S. 61 ff. をみよ）、その後の立法作業に際して法技術的な用語として強固なものにされ、ヴィンディカチオンとネガトリアの上位概念（Oberbegriff）とされたものである（Johow [Fn. 9], S. 1018; Motive, Bd. III, S. 392を参照）。

115 Kaser, FS Koschaker, Bd. 1, 1936, S. 367; auch Siber (Fn. 16); Henle, Unus casus, 1915, S. 66. を参照

訴権の)展開の完結を刻印したのであった<sup>116</sup>。ただし、その場合に(ヴィントシャイトのもとで)ネガトリア請求権は、「一個のヴィンディカチオン…をも」(„eine vindicatio ...auch“) <sup>117</sup> 意味するものとして、実質上「返還請求権」(Herausgabeanspruch)と統合されるのであった。そこでは、妨害が「全面的」なものかそれとも「部分的」なものかという純粋に事実上の状態<sup>118</sup>として把握されるがゆえに、まさしく法的には無関係な状態のみが、したがって原生的な認識のもとで根づき育ちあがった「粗雑な区別」(Grobunterscheidung)のみが、引き続きこれら二つの訴権(ヴィンディカチオンとネガトリア)の区別を——むろん依然としてなお形式的な区別を——決定づけたのである。

3. ドイツ民法典(BGB)の創設者たちは、このヴィントシャイトの記述の立場をいわば実定化することによって、上記の展開を受容した。よって同時に彼らは、ヴィンディカチオン請求権とネガトリア請求権が、その機能に即して同質の権利保護のまさに二つの具体的な形態であるにすぎないという確定的な法的説明を通じて、この(ヴィントシャイトによって確立された)立場を固定化したのである。かくしてBGBもまた、それが位置的に985条と1004条との間で分離を図ることによって、たしかに伝来的なこの二分化(Zweiteilung)を維持したのである。しかしながら、BGBの立場によれば、この二つの規範が機能的にもまた解釈学的にも相補的な規定(komplementäre Vorschriften)を形づくっていることが明示されている。なぜなら、占有侵奪による妨害以外の、「その他のやりかたで」

116 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 8. Aufl., 1900, § 192 (S. 874) mit § § 167 (S. 755), 193 ff. (S. 874 ff.). なおヴィントシャイトの上記見解は、彼の1867年の教科書第2版において、すでに明示されていた。第2版の167節以下(457頁以下)、192節以下(538頁以下)をみよ。

117 So Windscheid, a. a. O., 8. Aufl., § 192, S. 874 Fn. 1. この点、今日、たとえば歴史に無関心なE. Herrmann, JuS 1994, 272 (277)は、本稿とは別の立場を示す。

118 So Windscheid, a. a. O., § 192, S. 874.

（„in anderer Weise“）なされるあらゆる妨害——したがって985条によっては把握不可能な妨害——が、最大可能的な文言上の明確性をもって強調されているからである。この「あらゆる妨害」こそ、1004条に基づき、（それぞれの妨害に対する）原理的に等質な保護を根拠づけるものである。その際、とりわけ制定法も、現実にくしくしてしばしば占有留置と「妨害」（„Beeinträchtigung“）との二つの要件の横断的な移行形態を確認している。言い換えれば、これら二つの要件が相互に交換可能な域に達し、相互に移行し、相互に混合するという事実<sup>119</sup>こそ、それらの法的な同一性を確証するものである。したがって要するに、今日の法規制は、所有権妨害の二つの形態（ヴァインディカチオンとネガトリア）が解釈学上同じ構造をもち、それゆえ法的に同じ意味をもっているという認識の帰結にほかならない。すなわちその今日的法規制は、かの所有権に対する「事実上の矛盾」（„tatsächliche Widerspruch“ zum Eigentum）にかかる二つの形態を「法秩序によって承認された物に関する力」（die „von der Rechtsordnung anerkannten Macht über die Sache“）に対する矛盾として根拠づけるところの認識の帰結である。そして、その二つの形態のうちに統合された「所有権請求権」（„Eigentumsanspruch“）こそ、改めて高度な次元で「法秩序によって承認された物に関する力」を保持することに資するに違いない<sup>120</sup>。

119 たとえば、その例として、当初は単に1004条によって防御可能な威嚇的に差し迫った状態がその後占有侵奪に至るということがありうるし、また他人の物が土地に重なり合った場合に、その妨害が占有侵奪にまで強化されているかどうか疑わしいけれども、しかしなおそれが未解決のままであるような事案が想定されうる。この点、以下の文献を参照。Staudinger/*Grusky*, § 1004, Rn. 82; Soergel/*Mühl*, § 1004 Rn. 111; *Picker*, FS Gernhuber, 1993, S. 332 f.

120 この点、すでに引用したところであるが、*Johow* (Fn. 9), S. 1018を参照。

### Ⅲ. ヴイ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

1. かくしてヴインディカチオンは、今日の法において、確かにネガトリア的保護の形態の一つ（*eine der Formen des negatorischen Schutzes*）としてのみ作用する。つまり、その「対物的性格」（„Dinglichkeit“）は、このような機能上の性質決定によってもたらされる（ネガトリア的保護としての）「同義語」（*das Synonym*）以外の何物でもない<sup>121</sup>。しかしながら、その実際上の限定性にもかかわらず、ヴインディカチオンは、本稿ですでに指摘したところの理論的な指導形象（*Leitbild*）をなお保持している。なぜなら、ヴインディカチオンがネガトリア的保護として正しく把握される（べき）ことはその通りであるとしても、同時になおヴインディカチオンは、そのもっとも古くからの、もっとも簡潔で、もっとも明確な法形象として、それ自体、この（ネガトリア的な）保護体系の理解を総括的に刻印しているからである。

2. このような意味づけは、過去において示されてきたように、その消極的な側面のうちに妥当性をもっている。なぜなら、周知の、至るところで未解決の問題として嘆かれている不法行為損害責任とネガトリア的除去責任との混合は、本稿ですでに指摘した「返還」（„*Herausgabe*“）と「原状回復」（*Restitution*）との混合と呼応するものである<sup>122</sup>。だからこそ、985条のもとで摘出された原則的な誤りが1004条のもとでも広範にわたって投射され、反復的に継続されているからである。

しかしながら、ヴインディカチオンのもつ指導形象としての意義

121 この点、正当な指摘をしているのは、*Wilhelm* (Fn. 18), Rn. 587である。なお、すでに筆者も同様の見解を示してきた。*Picker* (Fn. 3), bes. S. 53 ff., 62 ff.

122 これについて意味をもつ判決として、BGH NJW1996, 845, 846をみよ。なお文献として、*MünchKomm/Medicus*, § 1004 Rn. 59、さらに*Picker* (Fn. 3), S. 18 ff., 87 ff., さらに包括的な外観を与えるものとして*Staudinger/Gursky*, § 1004, bes. Rn. 134 ff. を参照。

（die Leitbildbedeutung）は——それは改めて強調される必要があるのだが——逆にその肯定的な側面においても妥当性をもつ。なぜなら、ヴィンディカチオンは、もっとも簡潔で、もっとも明確な物権的請求権として、なかでも議論の対象とされ続けてきた法制度の一つであるネガトリア責任を、常に物権的請求権に関する歴史の中で説明するための機会を切り開いてきたからである。というのも、（ヴィンディカチオンでは）相手方の占有が事実としての権利篡奪のうちに存在する請求権の根拠とみなされているのだから、（ネガトリア請求権に関する）1004条における「妨害」が（ヴィンディカチオンのもとでの「相手方の占有」に対応する）類推的なその他の「他人の権利行使」として明確に決定づけられうるし、またそれゆえ、「妨害」を「損害」から厳密に区別することもできるからである<sup>123</sup>。しかも加えて、占有の放棄（die Aufgabe des Besitzes）は、単に要件にそくしてだけでなく、まさしくその保護機能にそくしても、特殊なネガトリア責任の独自のな終了（原因）として認識される。したがって、妨害物を放棄した場合には、それに対応する効果（ネガトリア責任の消滅——訳者）が一般的なネガトリア責任のもとで今や疑いなく承認されるのである<sup>124</sup>。結局、上記に述べたことと共に言えば、985条と（その付随的請求権であるところの）987条以下の諸規定の協働（das Zusammenspiel）がその機能にそくして説明される場合には、前者（ヴィンディカチオン）においてはもっぱら事実的権利篡奪の状態が終了することが肝心な意味をもち、他方後者（付随的請求権）のもとではその状態の根拠、その保持、その終了の際の債務者の容態に基づくサンクションが肝心な意味をもつのであるから<sup>125</sup>、このような上記の「協働」こそは、一個の普遍的に妥当する市民法の形成

123 この点については、とりあえず *Picker* (Fn. 3), bes. S. 49 ff.; Staudinger/*Gursky*, § 1004, bes. Rn. 10 ff., 17 ff. を参照。

124 たとえば、これにつき参考文献の指示を含めて、次の文献を参照。 *Picker* (Fn. 3), S. 113 ff.; Staudinger/*Gursky*, § 1004, Rn. 112 ff.

125 この点、*Picker* (Fn. 3), S. 121 ff., 161 f. をみよ。

原理として論証されるものであり、つまりは疑いなくネガトリア的妨害排除責任についても妥当する市民法の形成原理として論証されるものである<sup>126</sup>。こうして、ネガトリア責任とヴィンディカチオン責任との間の解釈学上及び機能上の区別（Unterscheidung）と、両者の実質的な意味での権利保護関連的な結合（Verbindung）が理論的に解明され、実践的に確保されることになる。

---

126 一方での985条と1004条と、他方での987条以下の諸規定との間の「協働」（das Zusammenspiel）は、一方で債権者に帰属する客体——その客体が物権の効力として彼に「絶対的」（„absolut“）に帰属するものであれ、あるいは契約上の債務関係ないし法定債務関係の効力として「相対的」（„relativ“）な形でのみ、いわば「当事者間」（inter partes）でだけ彼に帰属するものであれ——と、他方で債務者のこの客体に対する（義務違反的で有責な〔pflichtwidrig-schuldhaft-〕）容態との間の「差異」（Differenzierung）として、第一次的給付義務（die Primärleistungspflicht）と「給付障害」（„Leistungsstörung“）に基づく責任との間でなされる区別と対応するものである（なお「給付障害」については、すでに前注60で述べたところを参照）。しかるに、このような「協働」は、さらに一方で（不当利得に関する）812条以下の規定に基づく責任と、他方で（悪意利得者ないし訴訟係属後の利得者のもとで——訳者）819条、818条4項が292条、987条以下の規定を経由して引き出される責任との間の「協働」と呼応するものである。この場合にも（物権的請求権と〔有責占有者の場合に〕付随的に適用される請求権との関係と平行に——訳者）、前者（812条以下の一般規定）は、もっぱら諸々の帰責根拠（Zurechnungsgründen）とは無関係な利得客体に関する保持責任（Habenshaftung）を根拠づけるものである。そして、その保持責任こそは、特に後者の、819条・818条4項のもとで問題となる利得客体に対する債務者の容態から流出する帰責根拠に依拠した責任、つまりは「損害責任」（Schadenshaftung）と明確に区別されるべきものである。これは、不当利得法（das Bereicherungsrecht）を解明する場合にも多分に寄与しうる認識であると考えられる。