

論 説

# 物権的請求権への債務不履行法規定の 類推適用の可否

青 野 博 之

- 1 はじめに
- 2 債務不履行に関する主な規定
- 3 返還請求事例に関する主な規定
- 4 妨害排除請求事例に関する主な規定
- 5 物権的請求権と債権法の規定
- 6 返還請求事例についての学説判例
- 7 妨害排除請求事例についての学説判例
- 8 おわりに

## 1 はじめに

本稿は、物権的請求権を行使する者の相手方が物権的請求に応じない場合において、物権的請求権を有する者が、債務不履行に関する規定の類推適用により、その相手方に対して、物権的請求に代えて損害賠償請求をすることができるかについて、検討するものである。

物権的請求権のうち、所有権に基づく返還請求権及び妨害排除請求権に限定して検討する。

検討する代表的な事例は、次のとおりである。第1に、X所有の甲動産を占有権原なく占有するYに対して、Xが所有権に基づく返還請求をする事例（以下「返還請求事例」という。）である。第2に、X所有の乙土地に隣接する丙土地を所有するYに対して、丙土地の竹木の根が境界線を越えたことを理由として、Xが所有権に基づく妨害排除請求をする事例（以下「妨害排除請求事例」という。）である。

本稿は、物権的請求権について明文の規定があるドイツ民法（以下「BGB」という。）における議論を参照して、返還請求事例及び妨害排除請求事例を

検討するものである。BGBを参照するのは、物権的請求権について明文の規定があることだけではなく、返還請求事例については連邦通常裁判所（以下「BGH」という。）の判決である、BGH2016年3月18日判決があり<sup>(1)</sup>、妨害排除請求事例についてはBGH2023年3月23日判決があり<sup>(2)</sup>、この2つのBGH判決が本稿を執筆するきっかけである。また、この2つのBGH判決が返還請求事例と妨害排除請求事例について異なった判断をしていることに示唆を受けて、物権的請求権を返還請求権と妨害排除請求権に分けて検討する。

## 2 債務不履行に関する主な規定

(1) BGB 第 280 条は、次のとおりである<sup>(3)</sup>。

第 1 項 債務者が債務関係から生ずる義務に違反したときは、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。義務違反について債務者に責めに帰すべき事由がないときは、この限りでない。

第 2 項 債権者は、第 286 条により付加される要件を満たすときに限り、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。

第 3 項 債権者は、第 281 条、第 282 条又は第 283 条により付加される要件を満たすときに限り、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

(2) BGB 第 281 条は、次のとおりである<sup>(4)</sup>。

第 1 項 債務者が履行期の到来した給付をせず、又は給付が契約に適合しない場合において、債権者は、債務者に対して、給付又は追完のために相当の期間を定め、その期間が経過したときは、前条第 1 項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部しか履行しない場合において、債権者は、給付の一部について利益を有しないときに限り、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

---

(1) BGHZ 209, 270=NJW 2016, 3235.

(2) NJW 2023, 3722=NZM 2023, 733.

(3) 訳は、岡孝編『契約法における現代化の課題』（2002年）を参照した。

(4) 訳は、岡孝編『契約法における現代化の課題』（2002年）を参照した。

第2項 債務者が断固としてかつ終局的に給付を拒絶するとき、又は当事者双方の利益を衡量して、直ちに損害賠償請求権を行使することを正当化する特別の事情が存在するときは、期間設定を要しない。

第3項 義務違反の性質から期間設定が問題とならないときは、警告をもってこれに代える。

第4項 債権者が給付に代わる損害賠償を請求したときは、履行請求権は、消滅する。

第5項 債権者が全部の給付に代わる損害賠償を請求したときは、債務者は、第346条から第348条の規定に従い、給付した物の返還を請求することができる。

### 3 返還請求事例に関する主な規定

(1) BGB第985条は、「所有者は、占有者に対して物の返還を請求することができる。」と定める<sup>(5)</sup>。

(2) 所有者である返還請求権者は、占有者に対して、返還という行為を請求することができる<sup>(6)</sup>。その意味では、BGBでは返還請求権は行為請求権である(行為請求権説)。しかし、返還をすべき場所は、現に動産が存在する場所である<sup>(7)</sup><sup>(8)</sup>。占有者の返還義務は、所有者が物の現在の場所に来て実現する

---

(5) BGBの物権法の条文訳は、マンフレート・ヴォルフ/マリーナ・ヴェレンホーファー(大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳訳)『ドイツ物権法』(2016年)によった。BGBの物権法の条文訳については、以下同じ。

(6) 根本尚徳「物権的返還請求権と自力救済の禁止－物の『返還』の意義について」都筑満雄・白石大・根本尚徳・前田太郎・山城一真編『民法・消費者法理論の展開』(2022年)611頁。

(7) たとえば、Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. (2023), § 21 Rn. 32.

(8) 占有者について責任が加重された後(訴訟係属後又はその者が悪意となった後)に占有者がある物を他の場所に移動させた場合には、責任が加重された時点において占有物が存在した場所に占有者がある物を戻さなければならないとする考え方(通説)と、占有者はその物が存在する場所でその物を返還しなければならないとする考え方が対立している(Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. (2023), § 21 Rn. 32.)。

ことになるので、返還義務を債務と構成すれば<sup>(9)</sup>、取立債務である。

(3) BGB 第 989 条は、「占有者は、訴訟の係属後は、所有者に対して、その有責性による物の損傷、滅失その他の事由による物の返還不能から生じた損害につき責任を負う。」と定める。

(4) BGB 第 990 条第 1 項は、「占有者は、占有の取得時に善意でなかったときは、所有者に対して、占有の取得時から第 987 条及び第 989 条による責任を負う。占有者が自己に占有権原のないことを後になって知ったときは、占有者は、その事実を知った時から同様の責任を負う。」と定め、同条第 2 項は、「前項の規定は、遅滞を理由とする占有者の責任の加重を妨げない。」と定める。

#### 4 妨害排除請求事例に関する主な規定

(1) BGB 第 1004 条第 1 項は、「所有権が占有の侵奪又は留置以外の方法によって侵害されたときは、所有者は、侵害者に対して侵害の排除を請求することができる。さらなる侵害のおそれがあるときは、所有者は、その不作為を求めて訴えを提起することができる。」と定め<sup>(10)</sup>、同条第 2 項は、「前項の請求権は、所有者が侵害を受忍する義務を負うときは、これを行行使することができない。」と定める。

(2) 所有者は、妨害者に対して、妨害を排除する行為を請求することができる。つまり、妨害排除請求権は行為請求権である。BGB の立法者によれば、所有者による自力救済を妨害者が忍容することを認めると、不必要に新たな紛争が生じてしまうからである<sup>(11) (12) (13)</sup>。そこで、BGB 第 1004 条では、妨害排除請求権を忍容請求権と構成するのではなく、行為請求権と構成している。

---

(9) 本稿では、返還義務について債権法の規定を類推適用することができるか、つまり返還義務を債務と構成することが可能かを検討しているため、本文では「返還義務を債務と構成すれば」という表現を用いている。

(10) BGB 第 1004 条第 1 項第 2 文は、日本において一般に妨害予防請求権と呼ばれるものを定めている。これを不作為請求権と訳した理由については、マンフレート・ヴォルフ / マリーナ・ヴェレンホーファー (大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳訳) 『ドイツ物権法』(2016 年) 445 頁参照。

(11) Mot. III 426.

(12) Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch (1972), 168.

(13) Staudinger/Christoph Thole (2023), BGB § 1004 Rn. 345.

(3) BGB 第 910 条第 1 項は、「土地の所有者は、隣地から侵入してきた高木及び低木の根を切り取り、保有することができる。境界線を越えた枝について、所有者が隣地の占有者に対して、相当の期間を定めてその切除を求め、この期間内に切除がされなかったときも、同様とする。」と定め、同条第 2 項は、「所有者は、根又は枝によって土地の利用を害されないときは、前項の権利を有しない。」と定める。

(4) BGB 第 910 条第 1 項第 1 文に基づく土地の所有者による根の切り取り権は、第 1004 条第 1 項第 1 文に基づく妨害排除請求権と併存する<sup>(14)</sup>。BGB 第 194 条第 1 項は「他人に作為又は不作為を求める権利（請求権）は、消滅時効にかかる。」<sup>(15)</sup>と定めるが、その例外として、第 902 条<sup>(16)</sup>第 1 項第 1 文は「登記された権利に基づく請求権」は消滅時効にかからないと定める。ところが、判例によると、BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文に基づく妨害排除請求権は、第 902 条第 1 項第 1 文にいう「登記された権利に基づく請求権」ではないから、消滅時効にかかる<sup>(17)</sup>。BGB 第 910 条第 1 項第 1 文に基づく土地の所有者による根の切り取り権は、請求権ではないので、消滅時効にかからない。

## 5 物権的請求権と債権法の規定

BGB 第 2 編（債権法の規定）の一般的法規範は物権法、家族法、相続法関係から発生する請求権にも適用され、物権法、家族法及び相続法において定められている請求権にも適用される、と BGB の立法理由は述べる<sup>(18)</sup>。また、物

---

(14) 確定判例である。たとえば、BGH 1973 年 2 月 23 日判決 (NJW 1973, 703)、BGH 1986 年 3 月 7 日判決 (NJW 1986, 2640)、BGH 2003 年 11 月 28 日判決 (NJW 2004, 603=NZM 2004, 154)、BGH 2019 年 6 月 14 日判決 (NZM 2019, 898=JZ 2020, 39)。

(15) 訳は、ドイツ法律行為論研究会「ドイツ民法総則編の条文訳（2・完）－第 2 節法人を除く－」京都先端科学大学経済経営学部論集 6 号（2023 年）30 頁によった。

(16) BGB 第 902 条第 1 項は、「登記された権利に基づく請求権は、消滅時効に服しない。未履行の回帰的な給付請求権又は損害賠償請求権については、この限りでない。」と定め、同条第 2 項は、「土地登記簿の真正に対する異議の登記がされた権利についても、登記された権利と同様とする。」と定める。

(17) BGH 1973 年 2 月 23 日判決 (NJW 1973, 703)。

(18) Mot. II 4.

権的請求権が特定の人に対して向けられ、その者に対して給付を求める限り、物権的請求権は、債権に似た性質を有し、このように似ているということが、特定の人に向けられる物権的請求権に債権総論の規定を適用する根拠となり、これが物権的請求権について債権法の規定を類推適用する正当化根拠である、と BGB の立法理由は述べる<sup>(19)</sup>。類推適用の可否は、当該事実に対して各条文が類推適用に値するかについての学説に委ねられている、と BGB の立法理由は述べる<sup>(20)</sup>。

## 6 返還請求事例についての学説判例

### (1) 学説

ア 返還請求権への債務不履行法規定の類推適用について、これを否定する説と肯定する説が対立している。本稿では、否定説と、肯定する説のうち BGB 第 989 条及び第 990 条の趣旨に鑑み敗訴した占有者又は悪意の占有者に対する場合にのみ肯定する限定肯定説を紹介する。

#### イ 否定説

否定説<sup>(21)</sup>の根拠は、次のとおりである。

(ア) 損害賠償請求によって本来の請求権を失うということが、所有権者が返還請求権を失うことを意味するとすれば、所有権と占有の不一致を是正することができない<sup>(22)</sup>。

(イ) 所有権と返還請求権を切り離すことができないから、返還請求権についてだけ BGB 第 281 条第 4 項を類推適用し、返還請求権だけが消滅するというわけにはいかない<sup>(23)</sup>。

---

(19) Mot. III 398.

(20) Mot. III 399.

(21) Eduard Picker, Der vindikatorische Herausgabeanspruch, in Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd.1 (2000), 693; Kahl-Heinz Gursky, Der Vindikationsanspruch und § 281 BGB, JURA 2004, 433.

(22) Jauernig/Max Vollkommer, BGB, 10. Aufl. (2003), § 281 Rn. 3; Jauernig/Astrid Stadler, BGB, 13. Aufl. (2009), § 281 Rn. 3; MüKoBGB/Christian Baldus, 6. Aufl. (2013), § 985 Rn. 83; Staudinger/Kahl-Heinz Gursky (2013), BGB § 985 Rn. 82.

(23) Jürgen Kohler, Schadensersatz statt der Leistung bei Besitzherausgabeansprüchen, NZM 2014, 738.

物権的請求権への債務不履行法規定の類推適用の可否

- (ウ) BGB 第 281 条は物の換価を目的としているところ、返還請求権は、返還を目的としており、その目的が異なる<sup>(24)</sup>。
- (エ) 返還請求権者はその相手方に返還という行為を請求することができるが、返還は給付ではなく<sup>(25)</sup>、返還請求権の問題は、債務関係ではない<sup>(26)</sup>。

ウ 限定肯定説

限定肯定説<sup>(27)</sup>の根拠は、次のとおりである。

- (ア) 債権法の規定は、請求権に関する規定として一般的性質を有する<sup>(28)</sup>。
- (イ) 否定説は返還義務は給付ではないということを根拠とするが、BGB 第 990 条第 2 項は履行遅滞に関する規定を引用しており、否定説の根拠は説得力がない<sup>(29)</sup>。
- (ウ) 物権的請求権としての返還請求権を有する者は、契約に基づく返還請求権を有する者より不利に扱われるべきでない<sup>(30)</sup>。
- (エ) 所有者に占有者が実際に物を返還するかどうかが不安である場合において、その所有者の不安に対応するために、返還請求権に債務不履行法の規定が類推適用されるべきである<sup>(31)</sup>。

---

(24) Matthias Katzenstein, Übergang vom vindikatorischen Herausgabeanspruch auf Schadensersatz nach § 281 BGB? AcP 206 (2006) , 107.

(25) Alexander Weiss, Die Ergänzung besonderer Rechtsverhältnisse durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB, JuS 2012, 967. しかし、Alexander Weiss は、返還請求権について債務不履行法の規定の類推適用を肯定する (Alexander Weiss, Die Ergänzung besonderer Rechtsverhältnisse durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB, JuS 2012, 969)。

(26) MüKoBGB/Christian Baldus, 5. Aufl. (2009) , § 985 Rn. 51

(27) Hk-BGB/Jörn Eckert, 5. Aufl. (2007) , § 985 Rn. 6; BeckOK BGB/Hannes Unberath, 36. Ed. (2011) , § 281 Rn. 8; Alexander Weiss, Die Ergänzung besonderer Rechtsverhältnisse durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB, JuS 2012, 968.

(28) MüKoBGB/Volker Emmerich, 4. Aufl. (2001) , § 283 Rn. 9.

(29) Urs Peter Gruber/Dirk Lösche, Die Kombination von Herausgabe- und Schadensersatzantrag im neuen Recht, NJW 2007, 2818.

(30) BeckOK BGB/Jörg Fritzsche, 36. Ed. (2015) , § 985 Rn. 30.

(31) Staudinger/Roland Schwarze (2014) , BGB § 281 Rn. B 5.

## (2) 裁判例

### ア 否定裁判例

- (ア) LG Heidelberg 2014 年 9 月 3 日判決<sup>(32)</sup>
- (イ) OLG Karlsruhe 2015 年 3 月 18 日判決<sup>(33)</sup>

### イ 限定肯定裁判例

- (ア) OLG München 2008 年 4 月 23 日判決<sup>(34)</sup>
- (イ) OLG Rostock 2011 年 12 月 12 日決定<sup>(35)</sup>
- (ウ) OLG München 2015 年 1 月 28 日判決<sup>(36)</sup>

## (3) BGH2016 年 3 月 18 日判決<sup>(37)</sup>

### ア 事案の概要

Aは所有するビデオ装置（以下「本件動産」という。）をYに使用させる契約（以下「本件契約」という。）をYとの間で締結し、Yに本件動産を引き渡した。その後、本件契約が終了した。他方、本件動産は、AからBに、BからXに譲渡され、その所有権が移転した。Xは、Yに対して本件動産の返還を請求した。しかし、Yは、Xに対する本件動産の返還を拒絶した。そこで、Xは、Yに対して、本件動産の返還を受けることができれば本件動産を7500ユーロで転売することができたにもかかわらず、その返還がないため転売することができなかつたとして、7500ユーロの損害賠償を請求した。

### イ 第1審判決（LG Heidelberg 2014 年 9 月 3 日判決）<sup>(38)</sup>

第1審判決は、次のとおり述べて、否定説に立つことを明らかにし、Xの損害賠償請求を棄却した。

第1に、BGB第985条に基づく返還請求権は、第281条が前提としている給付請求権ではない。第2に、BGB第985条に基づく返還請求権に第281

---

(32) BeckRS 2016, 13526.

(33) BeckRS 2015, 7254.

(34) BeckRS 2008, 9857.

(35) NJW-RR 2012, 222.

(36) BeckRS 2015, 7260.

(37) BGHZ 209, 270=NJW 2016, 3235.

(38) BeckRS 2016, 13526.

条を適用すると、第 989 条以下に定める所有者と占有者の関係と評価矛盾を来す。第 3 に、BGB 第 281 条第 4 項に基づき損害賠償請求により給付請求権が消滅するところ、BGB 第 985 条に基づく返還請求権に第 281 条を適用すると、返還請求権が消滅してしまい、所有権と返還請求権が分離してしまう。

ウ 原判決 (OLG Karlsruhe 2015 年 3 月 18 日判決) <sup>(39)</sup>

X は、第 1 審判決を不服として控訴したが、原判決は、次のとおり述べて、否定説に立つことを明らかにし、X の控訴を棄却した。

BGB 第 281 条第 4 項に基づき損害賠償請求により給付請求権が消滅するところ、第 985 条に基づく返還請求権に第 281 条を適用すると、返還請求権が消滅してしまい、所有者は物の支配権を失ってしまう。他方、所有者が占有者に対して BGB 第 281 条に基づく損害賠償をすると、占有者は、第 255 条 <sup>(40)</sup> の類推適用により所有権を譲り受けてしまい、所有者から物を強制的に購入させられてしまう。

エ 本判決

X が原判決を不服として上告したところ、本判決は、次のとおり述べて、限定肯定説に立つことを明らかにし、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

(ア) 判例は、物権的請求権から発生する義務を怠る場合に義務者に債務不履行法の規定を適用してきた。たとえば、判例は、BGB 第 1004 条に基づく妨害排除請求権の行使について BGB 第 275 条第 2 項 <sup>(41)</sup> の拒絶権

---

(39) BeckRS 2015, 7254.

(40) BGB 第 255 条は、次のとおりである (訳は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(1988 年) によった。)

物又は権利の喪失に対して賠償しなければならない者は、物の所有権又は第三者に対する権利に基づいて賠償権利者が有する請求権の譲渡と引換えにのみ賠償する義務を負う。

(41) BGB 第 275 条第 2 項は、次のとおりである (訳は、田中宏治『代償請求権と履行不能』(2018 年) 349 頁によった。)

債務者は、債務関係の内容と信義則に従って債権者の給付利益と著しく不相当な費用が必要な給付を、拒むことができる。債務者に求めることができる努力を定めるに当たっては、債務者の責めに帰すべき事由によって給付が妨げられるのかをも考慮しなければならない。

の類推適用を認めた<sup>(42)</sup>。

- (イ) 判例は、債務法現代化法施行前の BGB 第 283 条<sup>(43)</sup> <sup>(44)</sup> を BGB 第 985 条に基づく返還請求について適用してきた<sup>(45)</sup>。債務法現代化法施行前の BGB 第 283 条は、債務者が物の返還を命ずる敗訴判決を受け、その判決が確定し、債権者が債務者に対し相当の期間を指定し、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の意思表示をした場合において、その期間経過後は（その期間経過後にのみ）不履行による損害賠償請求権を債権者に与えた。債務法総論の規定が、特に返還請求権が実現されない場合に適用可能であることは、BGB の立法理由<sup>(46)</sup> のとおりであり、所有者に対する占有者の返還義務は、債務に似た性質を有している。
- (ウ) 債務法現代化法は、債務法現代化法施行前の BGB 第 283 条に代わるものとして、BGB 第 280 条及び第 281 条を制定したが、これまでの判例を変更するとの立法者意思は認められない<sup>(47)</sup>。むしろ、債務法現代化法による改正は、債権者をより保護することを明らかにしている。
- (エ) 占有者が返還義務を怠る場合に BGB 第 280 条及び第 281 条を適用して、所有者の損害賠償請求を認め、所有者による損害賠償請求によって

---

(42) BGH 2008 年 5 月 30 日判決 (NJW 2008, 3122=NZM 2008, 863)。

(43) 債務法現代化法施行前の BGB 第 283 条は、次のとおりである（訳は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（1988 年）によった。）。

第 1 項 債務者敗訴の判決が確定したときは、債権者は、債務者に対し、給付の実現のために相当の期間を指定して、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。給付を適時に行わない限り、債権者はその期間経過後において不履行による損害賠償を請求することができる；この場合においては履行を請求することができない。給付が債務者の責めに帰すべからざる事由により不能となるときは、損害賠償義務は生じない。

第 2 項 期間経過までに給付を一部行わないときは、債権者に第 280 条第 2 項に定める権利が、生ずる。

(44) 債務法現代化法施行前の BGB 第 283 条第 1 項では、債務者敗訴の確定判決及び給付受領を拒絶する旨の債権者による意思表示が必要であったが、債務法現代化法は、これらを不要として、債権者をより保護することに改めた。

(45) BGH 1969 年 10 月 29 日判決 (NJW 1970, 241)。

(46) Mot. III 398.

(47) BT-Drs. 14/6040, 137.

所有者の返還請求権が消滅しても、占有者が強制的に物を買入れたことにはならない<sup>(48)</sup>。返還義務者である占有者は、物の取得を法的に義務づけられるわけではない。

- (オ) 占有者が返還義務を怠る場合に BGB 第 280 条及び第 281 条を適用して、所有者の損害賠償請求を認めることには、実際上の必要性がある。物の返還を命ずる判決に基づく強制執行が効を奏するかどうかが不明の場合に、BGB 第 280 条及び第 281 条を適用する実益がある。権利を實現するという点において、物権的請求権として引渡請求をする者は、債権的請求権として引渡請求をする者よりも不利な立場に置かれるべきでない。
- (カ) たしかに、BGB 第 989 条及び第 990 条により、善意であり、訴えられていない占有者は保護されているので、占有者すべてについて BGB 第 280 条第 1 項並びに第 3 項及び第 281 条を適用することはできない。そこで、訴えが起こされている占有者又は悪意の占有者について BGB 第 280 条第 1 項並びに第 3 項及び第 281 条による損害賠償請求を認めるべきである。

## 7 妨害排除請求事例についての学説判例

### (1) 学説

#### ア 否定説

- (ア) 妨害排除請求権は、債権者への出捐という意味における給付ではなく、事実として可能な事項が法的に許されることを認めているに過ぎないから、債権法の規定は適用されない<sup>(49) (50)</sup>。
- (イ) 本来規律されるべき事項について規律がないということができないか

---

(48) 原判決は、所有者の返還請求に占有者が応じない場合に、BGB 第 281 条を適用すると、占有者は強制的に物を購入させられてしまう、として、同条を第 985 条の返還請求権に適用することを否定していた。

(49) Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch (1972), 158.

(50) Burkhard Rüscher, Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.2021, ZWE 2021, 450.

ら、債権法の規定を類推適用することができない<sup>(51)</sup>。妨害排除請求事例では、妨害排除請求のみ認められる。

- (ウ) 所有者が求める妨害排除請求に相手方が応じない場合に、BGB 第 281 条を類推適用して、妨害排除請求に代わる損害賠償請求を肯定すれば、BGB 第 281 条第 4 項が類推適用されて、所有権の妨害状態が継続しながらも、妨害排除請求権は消滅してしまうが、これは妥当ではない<sup>(52)</sup>。すでに発生した損害の賠償を求める損害賠償請求が将来発生するかもしれない妨害予防請求権を消滅させてしまうことは考えられるのか<sup>(53)</sup>。

#### イ 肯定説

- (ア) BGB 第 281 条第 1 項は、契約に基づく履行請求権だけでなく、たとえば BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文に定める妨害排除請求権にも適用される<sup>(54)</sup><sup>(55)</sup>。
- (イ) 所有者の土地の境界線を越えて隣地の竹木の根が伸びてきたことではなく、つまり BGB 第 1004 条に基づく妨害排除請求ではなく、妨害排除義務を負う隣地の所有者が妨害を排除しないことを債務不履行として第 280 条、第 281 条を類推適用すべきである<sup>(56)</sup>。
- (ウ) 所有者が妨害排除請求に代わって損害賠償請求をすると、BGB 第 281 条第 4 項により所有者の妨害排除請求権は消滅するが、それは所有者の自己決定の結果である<sup>(57)</sup>。

---

(51) Tobias Lettl, Die Beeinträchtigung des Eigentums nach § 1004 I 1 BGB, JuS 2005, 874; MüKoBGB/Thomas Raff, 8. Aufl. (2020), § 1004 Rn. 267.

(52) Staudinger/Kahl-Heinz Gursky (2013), BGB § 1004 Rn. 168.

(53) Johanna Croon-Gestefeld, Dingliche Ansprüche und das allgemeine Schuldrecht, ZfPW 2022, 305.

(54) Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002), Rn. 189.

(55) Carsten Herresthal/Thomas Riehm, Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrecht, NJW 2005, 1461, Fn. 70.

(56) Tilman Bezzenberger, Der negatorische Beseitigungsanspruch und die Kosten der Ersatzvornahme, JZ 2005, 377.

(57) BeckOK BGB/Jörg Fritzsche, 63. Ed. (2022), § 1004 Rn. 82.

## (2) 裁判例

### ア 否定裁判例

(ア) LG Cottbus 2022 年 4 月 6 日判決<sup>(58)</sup>

### イ 肯定裁判例

(ア) OLG Karlsruhe 2012 年 1 月 17 日判決<sup>(59)</sup>

## (3) BGH2023 年 3 月 23 日判決<sup>(60)</sup>

### ア 事案の概要

X 所有の土地に隣接する Y 所有の土地にあるポプラの根が X の土地に伸びてきた。その根が X のガレージの入口の敷石を持ち上げた。

X は、Y に対して、約 1 か月の期間を定めて、根の切除と X の土地に根が伸びてこないようにするための措置をとるように求めた。Y は、X の土地に根が伸びてこないようにするための措置をとる用意があったとしていたが、それも実現しなかった。また、持ち上げられた X のガレージの入口の敷石は、そのままであった。

X は、Y に対して、敷石の修補 (240 ユーロ) と X の土地に根が伸びてこないようにするための措置 (1800 ユーロ) のために合計 2040 ユーロの支払を求めた。

### イ 原判決 (LG Cottbus 2022 年 4 月 6 日判決)<sup>(61)</sup>

原判決は、否定説に立つことを明らかにし、X の損害賠償請求を認めた第 1 審判決を破棄し、BGB 第 281 条は第 1004 条に基づく妨害排除請求権に適用されず、類推適用もされないとして、Y の控訴を認め、X の損害賠償請求を棄却した。

### ウ 本判決

X は、原判決を不服として上告したが、本判決は、次のとおり述べて、原判決と同様に否定説に立つことを明らかにし、X の上告を棄却した。

(ア) たしかに物権的請求権と債権法上の請求権とは異なる。物権的請求

---

(58) BeckRS 2022, 47089.

(59) NJW 2012, 1520=NZM 2012, 479.

(60) NJW 2023, 3722=NZM 2023, 733.

(61) BeckRS 2022, 47089.

権は、債権法上の請求権とは異なり、物権と切り離して物権的請求権だけを譲渡することができず、物権が移転するとそれだけで物権的請求権も移転するからである。しかし、債権法の規定が一般的に物権的請求権に適用する可能性がないとまではいうことができない。

各条文毎に検討を要する。BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文、第 280 条及び第 281 条それぞれにおいて検討を要する。

(イ) BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文に定められている妨害排除請求権については、BGB 第 281 条は適用されない。その理由は、次のとおりである。

第 1 に、妨害排除請求から独立した損害賠償を、所有者が請求するかどうかについて自由に決めることができるとすることは、妨害排除請求権の目的と適合しない。妨害排除請求権の目的は、妨害を排除して、原状回復をすること（いわゆる権利実現機能）だけである。妨害排除請求権は、既存の財産状態（いわゆる完全性利益）を防御することだけであり、他方、債権法上の請求権は、債務者の財産により債権者の財産を増加させること（いわゆる給付利益）を目的としている。たしかに、判例によれば、妨害排除請求権は、狭義の妨害原因の排除だけでなく、排除によって必然的に発生する所有権妨害を取り除くこと、たとえば本件については、根の除去によって発生する敷石の敷き直しも含む。

第 2 に、BGB 第 281 条第 4 項を適用して妨害排除請求権の消滅を認めることは妨害排除請求の目的と矛盾する。妨害排除請求権に BGB 第 281 条第 4 項を適用すると、妨害が實際上続いているにもかかわらず、妨害排除請求権が消滅してしまう。たとえ妨害者である元の所有者が妨害排除請求権者に損害賠償をして、元の所有者が損害賠償によって妨害排除義務を免れたとしても、妨害が続いている場合には、特定承継人である次の所有者である妨害者は妨害排除義務を免れないからである。つまり、ある時点における妨害者が損害賠償しても、後の時点における妨害者は妨害排除義務を負うからである。

第 3 に、BGB 第 985 条による返還請求権者と異なり、BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文による妨害排除請求権者は、BGB 第 281 条を（類推）適用してまで保護しなければならない実務上の必要性がない。妨害排除請求権者である所有者は、BGB 第 281 条を適用しなくとも、費用の点

において、十分に保護されている。所有者が妨害を自己の費用で排除することができない場合には、所有者は原告として、必要であれば訴訟上の救助を得て、妨害者を被告として裁判所に妨害排除請求の訴えを提起し、勝訴判決の執行につき民事訴訟法第 887 条第 2 項<sup>(62)</sup>により前払を求めることができる。

第 4 に、BGB 第 281 条の適用を肯定すると、どのようにして妨害を排除するかについての妨害者の選択権を害する。

第 5 に、BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文による妨害排除請求権者は、BGB 第 281 条の適用を否定されることによって、債権者より不利に扱われることになるが、そのことはこれまでに述べたことを変えるものではない。物権的請求権の権利者がつねに債権者と同一の権利を有するとの原則は存在しない。物権的請求権の権利者は債権者と異っており、前者が後者より保護されるというわけでも、前者が後者より保護されないというわけでもない。「物権的請求権として引渡請求をする者は、債権として引渡請求をする者よりも不利な立場に置かれるべきでない。」と BGH2016 年 3 月 18 日判決<sup>(63)</sup>は判示しており、これを一般原則として理解する者もいるかもしれないが、本判決はそのように理解していない。

したがって、BGB 第 985 条に基づく返還請求権と第 1004 条に基づく妨害排除請求権は本質的には同じものであるが、両者には上記に説示し

---

(62) ドイツ民事訴訟法第 887 条は、次のとおりである（訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』（2012 年）によった。）。

第 1 項 債務者が、第三者によって実行できる作為を行う義務を履行しないときは、債権者は、申立てにより、債務者の費用でその作為を実行させる権限を第 1 審の受訴裁判所によって付与される。

第 2 項 債権者は、債務者に作為を実行することにより生じる費用の前払いを命じることを同時に申し立てることができる。ただし、行為の実行が多額の費用の支出を生じる場合に、追加請求をする権利は妨げられない。

第 3 項 物の引渡し又は給付を求める強制執行については、前 2 項の規定を適用しない。

(63) BGHZ 209, 270=NJW 2016, 3235.

たとおり違いが存する。

## 8 おわりに

返還請求事例については、BGH2016年3月18日判決<sup>(64)</sup>と同様に、債務不履行法規定の類推適用を肯定すべきであり、返還請求に代わる損害賠償を認めるべきであり、妨害排除請求事例については、BGH2023年3月23日判決<sup>(65)</sup>と同様に、債務不履行法規定の類推適用を否定すべきであり、返還請求に代わる損害賠償を認めるべきでないと考える。返還請求権も妨害排除請求権も物権的請求権であるとはいえ、前者では物が所有者に返還されればその目的を達成するのに対し、後者では損害賠償で決着した妨害か、決着していない新たな妨害かの区別ができないため、損害賠償による解決が適当でないからである。また、返還の場合とは異なり、妨害排除の場合にはどのようにして妨害を排除するかという方法の選択が妨害排除請求の相手方に委ねられている。

物権的請求権の種類によって、債務不履行法規定の類推適用の可否が異なると考える。

---

(64) BGHZ 209, 270=NJW 2016, 3235.

(65) NJW 2023, 3722=NZM 2023, 733.