

抵当権に基づく物権的請求権序説 (二・完)

——ドイツ法における抵当権保護を中心に——

堀田親臣

一 はじめに

二 BGB制定以前の抵当権の保護 (以上、二七卷四号)

三 BGBにおける抵当権に基づく物権的請求権

四 検討

五 今後の課題 (以上、本号)

三 BGBにおける抵当権に基づく物権的請求権

前項では、BGB制定以前の抵当権保護の制度について、BGBにおける抵当権に基づく物権的請求権との関連性に配慮しつつ考察してきた。そこで、本項では、まず、BGBの抵当権に基づく物権的請求権に関する規定について確認することにした。

ところで、わが国の学説上、BGBの抵当権に基づく物権的請求権に関する規定は、BGB一三三条一―一三五条であるといわれている。⁴⁶以下では、最初に各々の規定が抵当権者に認めている保護手段について概観する。

1 BGB一三三条以下に基づく抵当権者の保護手段

(1) BGB一三三三条による保護

〈参考条文・仮訳〉

【BGB一三三三条：抵当権の担保の危険】 土地の毀損により抵当権の担保力が危険にさらされるときには、債権者は、その所有者に対し、危険を除去するために必要な相当の期間を定めることができる。その期間を経過した後、土地の修復又は他の抵当権の設定により危険が除去されるときには、債権者は、直ちにその土地からの弁済を求める権利を有す。債権が無利息でかつ弁済期が未だ到来していないときには、債権者は、支払いの時より弁済期に至るまでの期間に対する法定利息を加算して債権額に達すべき金額のみを取得することができる。

BGB一三三三条は、「土地の毀損による抵当権の担保力が危険が存すること」を要件として、担保不動産の所有者に対する関係で、債権者（抵当権者）が当該危険の除去（担保力の回復）のために必要な相当の期間を定めることができるとする。このことから、抵当権者は、同条に基づき、相当の期間を定めて、所有者に対し危険の除去を求めつゝ、第一に、抵当権者の求める危険の除去に関しては、その実現は所有者の任意の履行に従うものであるとされていること、⁽⁴⁷⁾そして、第二に、相当の期間内に所有者が危険の除去をしないときには、BGB一三三三条により抵当権者には抵当不動産からの即時弁済権のみが認められ、基本的に侵害除去請求権との選択関係にはないと解されていることである。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

(2) BGB一三三三条による保護

〈参考条文・仮訳〉

【BGB一三三三条：不作為の訴え】 ① 抵当権の担保力を危険にさらす土地の毀損が懸念されうるような方法で所有者又は第三者が土地に干渉したときには、債権者は、その不作為を訴求することができる。

②その干渉が所有者に由来する場合には、債権者の申請により、裁判所は危険の防止に必要な処分を命じなければならない。所有者が第三者の干渉又はその他の加害に対し必要な予防をなさないことにより毀損が懸念されるときにも同様とする。

BGB 一一三四条は、その一項で、所有者又は第三者が抵当不動産に干渉する場合であつて、当該干渉により抵当権の担保力を危険にさらす土地の毀損が懸念されるときには、債権者(抵当権者)に、その不作為を訴求する権限を認めている。また、同条二項により、債権者には、当該干渉が所有者によってなされる場合、又は、所有者が第三者による干渉もしくはその他の加害に対し必要な措置を講じない場合に、裁判所に対し当該危険の防止に必要な処分を命じるよう申し立てる権限も認められている。

ところで、このような二つの権限のうち、特に同条一項の不作為請求権に関連して、所有権に基づく侵害除去請求権及び不作為請求権について規定するBGB 一〇〇四条との対比において、解釈論上さらに抵当権者にも現存する抵当権侵害の除去に向けられる請求権(侵害除去請求権(Beseitigungsanspruch))が認められるかどうかということが問題とされていることに注意する必要がある(この問題の詳細は、後記(4)参照⁵⁰)。

(3) BGB 一一三五条による保護

〈参考条文・仮訳〉

【BGB 一一三五条…従物の毀損】 抵当権の効力の及ぶ従物が毀損され、又は通常の経済法則に反して土地から搬出されたときには、一一三三条、一一三四条の意味における土地の毀損と同様とする。

BGB 一一三五条により、抵当権者には、抵当権の効力の及ぶ従物が毀損又は抵当不動産から分離・搬出される場合に、前述したBGB 一一三三条及び一一三四条の権限が認められる(なお、各々の権限が認められるためには、当

該従物の毀損又は抵当不動産からの分離・搬出が抵当権の担保力を危険にする必要がある。

(4) 抵当権者の侵害除去請求権

最後に、BGB一一三四条に基づく不作為請求権との関係上、抵当権者に侵害除去請求権が認められるかどうかをみておくことにする。

まず、BGB一一三四条自体が侵害除去請求権について規定していないことは、その文言からも明らかである。また、BGB一一三三条が抵当権者に相手方の積極的な(危険)除去行為を請求する権限を与えるものではないと解されていることも、すでにみたとおりである(前項(1)参照)。以上のことから、BGBの下で抵当権者に侵害除去請求権が認められるかどうかということは、もっぱら解釈論上の問題であることに注意する必要がある。

この問題に関し、学説の大多数は、結果として、抵当権者にも現存する抵当権侵害の除去に向けられる請求権が認められると解している。ただし、ここで注意しなければならないのは、各学説が同請求権を認める法的根拠に関してである。まず、学説は、BGB一一三四条自体から、抵当権者の侵害除去請求権が認められることはないという点ではほぼ一致している。また、請求の相手方の帰責性要件が充足される場合に、不法行為法上の請求権として抵当権者に侵害除去請求権が認められると解されることにもほぼ異論はない(BGB八二三条、二四九条に基づく原状回復請求権(＝不法行為法上の請求権)として認める見解⁵³⁾)。しかし、学説では、これに加えて、所有権に基づく侵害除去請求権について規定するBGB一〇〇四条を類推適用することを通じて抵当権者に請求の相手方の帰責性を要件としないう侵害除去請求権が認められるかどうかということが議論の対象とされており、これを肯定する見解による場合にのみ、いわゆる抵当権に基づく物権的侵害除去請求権が認められるということに注意する必要がある⁵⁴⁾。

2 ドイツにおける抵当権に基づく物権的請求権の実像

前項では、BGB一一三三条以下で定められている抵当権者の保護手段について、条文毎にその保護の内容を概観し、そして、抵当権者の侵害除去請求権に関しては、解釈論の現状を簡単に紹介した。そこで、以下では、現在のドイツにおける抵当権保護制度の実像を把握するために、まず、現行制度の生成及び展開の過程をこれまでの考察を踏まえてとりまとめることとし、その上で、ドイツにおける物権的請求権の実像を確認することにしたい。

(1) ドイツにおける抵当権保護制度の生成及び展開

BGB一一三三条以下に基づく抵当権保護の制度は、これまでの考察から明らかなように、主としてプロイセンの法制度を受け継いだものといえる。つまり、プロイセン法における不動産の悪化に基づく抵当権の訴えは、BGB一一三三条及び一一三四条二項に受け継がれているといえよう。また、不作為請求権による抵当権の保護(BGB一一三四条一項)に関しては、ローマⅡ普通法以降のネガトリア訴権に関する法発展が重要であり、その延長線上に位置づけることができると思われる。

以上のようなBGB一一三三条以下の規定の生成過程を概観すると、次項でドイツにおける抵当権に基づく物権的請求権の実像をみていくにあたっては、次の二つのことに注意する必要があるように思われる。つまり、その第一は、前述した如く、BGB一一三三条及び一一三四条二項の制度の根源がプロイセン法にあるということに関連する。特に、プロイセン法が普通法下で認められていた抵当訴権を認めなくなった理由については、次項以降の検討との関係で注意しておく必要がある(詳細は、前項二(1)参照)。その第二は、BGB一一三四条一項の不作為請求権について、ローマⅡ普通法を通じて発展してきたネガトリア訴権に関する法実務・解釈論に注意する必要があるということである。また、これと合わせて、同請求権に関しては、BGBの起草過程において、第二委員会の提案を受け明文化されるに至ったということにも多少留意しておく必要がある(註⁵)。

(2) 抵当権に基づく物権的請求権の実像

前項では、BGB一一三三条以下に基づく抵当権者の保護手段について、その生成の過程を概観した。以下、本項では、それを踏まえて、わが国で抵当権に基づく物権的請求権に関する規定と評されているBGB一一三三条以下の各保護手段の実像をその要件及び効果という点に留意しつつみていくことにしたい。

① BGB一一三三条による抵当権保護の実像

BGB一一三三条により抵当権者に認められる最も重要な権限は、既にみたとおり、抵当不動産からの即時弁済権である。同条の文言からも明らかのように、被担保債権の弁済期の到来は要件とされない。

ところで、本条が適用されるためには、不動産の毀損により抵当権の担保力が危険にさらされることを要する。この要件の充足に関して、現在のドイツの解釈論としては、担保力の危険 (Gefährdung der Sicherheit) Ⅱ 毀損の重大性 (Eheblichkeit der Verschlechterung) が重要な判断要素とされている。この危険 (毀損の重大性) の有無の具体的な判断に関しては、現在でも、結果として、プロイセン法下での解釈論とほぼ同旨のことが述べられており大差はないようである。⁽⁵⁵⁾ つまり、ここでは、当該不動産の毀損による担保目的物の減価と被担保債権額との関係等が重要となる。⁽⁵⁶⁾ なお、本条に基づく権限行使の相手方は、その内容からして、担保不動産の所有者である。また、本条の要件である不動産の毀損につき、当該所有者の帰責性が要件とされるかということに関して、それは要件ではないと解されている。⁽⁵⁷⁾

ここで、本条に基づく抵当権者の権限に関しては、抵当権の担保力の危険を除去することに向けられる権限についても注意しておく必要がある。というのも、わが国では、本条に基づき、抵当権者は相当の期間を定めて不動産所有者に対し危険の除去を請求することができる⁽⁵⁸⁾と表現されることがあるからである。前述したように、ドイツでは、確

かに抵当権者は当該所有者に危険の除去を請求することはできるが、その実現は所有者による任意の履行がある場合に限られ、BGB一一三三条は強制的実現をなさしめる根拠とはならないと解されていることを改めて確認しておく必要がある。⁸⁸⁾

② BGB一一三四条による抵当権保護の実像

次に、BGB一一三四条に基づき抵当権者に認められる権限であるが、前述したとおり、これには二つのものがある。つまり、抵当権の担保力を危険にさらす不動産の毀損の不作為を請求する権限（不作為請求権、一項）、及び裁判所に対する処分の申立て権限（二項）である。

ここで、本条一項に基づく不作為請求権は、現在の解釈論としてはネガトリア訴権の発展の延長線上に位置づけられることに注意する必要がある。特に、本条が適用される要件として、「抵当権の担保力を危険にさらす土地の毀損が将来的に懸念されるような不動産への干渉」が要求されていることには注意する必要がある。確かに、本条二項に基づく権限がこのことを要件とすることは、その制度の沿革上、問題とはならない。これに対し、本条一項に基づく権限は、ネガトリア訴権という制度の沿革からすると、前述の要件とは必ずしも関連づけられず、本来は同訴権の要件である「物権的権利者の権利領域への第三者のあらゆる無権限の干渉」を要件とするはずである。⁸⁹⁾しかし、条文上は、本条一項の文言から明らかなように、抵当権の担保力を危険にさらすような不動産への干渉が要件とされており、この点で、BGB一一三四条一項による抵当権者の保護をネガトリア的保護と性質づける限りは、要件面での変容がなされていると評することができることに注意する必要がある。

そこで、以下、本条一項に基づく不作為請求権を要件との関係から確認しておくことにしたい。まず、同請求権が認められるのは、前述のような抵当不動産への干渉が懸念されうる場合である。ここでも、「抵当権の担保力を危険

に「さらず土地の毀損」ということが問題となるが、この要件充足の判断にあたっては、基本的に、BGB一一三三条におけるのと同様のことが妥当する。⁽⁶²⁾これに対し、請求の相手方に関してであるが、当該干渉に対する請求の相手方の帰責性が要件とされないという点では、BGB一一三三条におけるのと同様である。しかし、そもそも請求の相手方とされうる者の範囲の点で、本条一項では、BGB一一三三条と異なり、そのような干渉の原因となつてゐる者（抵当不動産の所有者だけでなく、第三者も含まれる）が広く請求の相手方とされうることに注意する必要がある。なお、不作為請求権の内容についてであるが、抵当権者は、本条一項に基づいて、将来的な干渉の不作為を請求することができるにすぎないと解されている。⁽⁶³⁾

ところで、本条一項に基づく不作為請求権との関係では、前述したことであるが、さらに現存する抵当権侵害の除去に向けられる請求権が抵当権者に認められるかどうかということが問題となる。ドイツでは、この侵害除去請求権自体を認めることに否定的な見解はほとんどなく、そして、請求の相手方の帰責性を要件として要求する（不法行為法上の原状回復請求権として認める）ことにほぼ異論はない。⁽⁶⁴⁾したがって、實際上問題となるのは、請求の相手方の帰責性を要件しない侵害除去請求権が認められるかどうかということである。なお、前述したように、ドイツでは、この抵当権に基づく物権的侵害除去請求権が認められるのはBGB一〇〇四条の類推適用を肯定する見解による場合だけであり、特に学説はBGB一一三四条自体から侵害除去請求権を導き出すことに否定的であることには改めて注意する必要がある。

最後に、裁判所に対する処分の中立て権限であるが、これは、当該干渉が抵当不動産の所有者に由来するとき、又は当該所有者が抵当権の担保力を危険にさらすような干渉・加害に対し必要な予防措置を講じないときに認められるものである。処分は裁判所が抵当不動産の所有者に対して命じるのであり、その具体的内容は、状況に応じて裁判所

が決定する。したがって、抵当権者は、具体的な処分の内容を申請する必要はない。⁽⁶⁵⁾

③ BGB 一一三五条による抵当権保護の実像

BGB 一一三五条により、抵当権の効力の及ぶ従物の毀損又は経済法則に反した分離・搬出は前二条の意味での不動産の毀損と同様に取り扱われることから、そのようなことが問題となる場合には、前述したBGB 一一三三条及び一三四条の保護が抵当権者に与えられることとなる。ここで、物権的請求権との関係で、解釈論上特に問題となっているのは、分離・搬出された従物の抵当不動産への返還(原状回復)に向けられる請求権が抵当権者に認められるかどうかということである。

前述したように、そもそも、抵当権の現存する侵害の除去に向けられる請求権については、解釈論上その法律構成をめぐって争いのあるところである。ここで問題となる従物の返還請求権も抵当権侵害の除去に向けられる請求権の一問題と位置づけられ、その結果、同請求権の法律構成をめぐっても学説上争いがある。学説の多数は、ここでも請求の相手方の帰責性を要件としない従物の返還請求権を認めることには否定的である。⁽⁶⁶⁾ なお、このような否定説の中には、現存する抵当権侵害の除去請求権自体について、BGB 一〇〇四条の類推適用によりそれを認めるべきであるとする見解も含まれていることに注意する必要がある。⁽⁶⁷⁾ その一方で、学説には、請求の相手方の帰責性を要件としない従物の返還請求権を認める見解があり、ドイツでは、この見解による場合にのみ、物権的請求権としての分離・搬出された従物の返還請求権が認められるということに注意する必要がある。⁽⁶⁸⁾

(注)

(46) 例えば、柚木編・前掲書(前注1)四三頁以下(柚木・西沢)、柚木∥高木・前掲書(前注1)二八五頁、二八六頁(注(一))等

参照。

(47) いかなる方法により危険を除去するかは、所有者の選択によるものとされる (etwa Erman (=Handkommentar zum BGB, Bd. 2, 11. Aufl., 2004) / Wenzel, § 1133 Rdz. 6)。

(48) Etwa Staudinger (=J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3. Sachenrecht § § 1113-1203, 13. Neubearbeitung, 2002) / Wolfsteiner § 1133 Rn. 18. 44 た Wolf / Raiser, a. O. (Anm. 20), S. 571 も参照 (この他、多くの文献は、即時弁済権についてのみ言及し、BGB 一一三三条を「直接」の根拠とした侵害除去請求権については述べない)。なお、前述したように、BGB 一一三三条は、抵当権者が所有者に対し危険除去のための期間を定めることができる旨規定するにすぎない。このことから、ドイツでは、BGB 一一三三条は、弁済期に関する規律をなすにすぎず、危険除去の行為義務に関連するものではないとも解されている (Staudinger / Wolfsteiner, § 1133 Rn. 2)。ただ、学説には、即時弁済権と除去請求権の並存を認めるような記述をするものも少数ではあるが見受けられる (Peter Bilow, Recht der Kreditsicherheiten, 6. Aufl., 2003, S. 69)。

(49) ところで、土地の毀損により抵当権の担保力の危険が存し、かつ、土地所有者にそのことについての帰責性が認められる場合には、別途、不法行為法上の損害賠償請求権 (原状回復請求権) が認められると解されている。ドイツでは、① 抵当権も BGB 八二三条一項によって保護される絶対権であること、そして、② BGB 一一三三条ないし一一三五条が BGB 八二三条二項の意味における保護法律であるということを根拠に、BGB 八二三条一項、二項に基づく抵当権者の損害賠償請求権を認めるのが、判例・学説の立場である。なお、この不法行為法上の請求権については、請求の相手方の帰責性を要件としない侵害除去請求権との関係も問題となるので、ここではその詳細について省略する (このことについては、後記三一 (4) 及び後注 (52) 参照)。

(50) なお、これとは別に、BGB 一一三四条二項により債権者 (抵当権者) に認められる裁判所に対する処分の申し立て権限が、結果において、債権者の所有者に対する除去請求権 (但し、不安状況の除去 (Beseitigung der Besorgnislage) を認めるのと同じになる) の指摘がなされること (AnwKomm.-BGB (=Dauner-Lieb / Heidel / Ring, Anwaltkommentar BGB, Band 3 : Sachenrecht (Hrsg. von Ring / Grziwoiz / Keukenschrijver), 2004) / Zimmer, § 1134 Rn. 22)。

(51) すなわち、田島・前掲論文 (前注 4) 六四二頁 (特に六四四頁以下、注 (3)) で指摘されているが、近時では、例えば、Staudinger / Wolfsteiner, § 1134 Rn. 7 ; MünchKomm (=Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 : Sachenrecht, 4. Aufl., 2004) / Eickmann § 1134, Rdnr. 20 ; AnwKomm.-BGB / Zimmer § 1134 Rn. 1 und 22 等参照 (ただし、Staudinger / Wolfsteiner & MünchKomm /

Eickmann は、BGB 100 四条と関連をせめて、準ネガトリア請求権として除去請求権を認める。多くの文献は、第一草案理由書 (Motiv III (Ann. 11), S. 670) を引き合ふに出して、「請求権の物権的性質 (die dingliche Natur des Anspruchs)」から、侵害を除去する積極的な行為を請求するにほかならざる。なお、後注 (63) も参照のしむ。

- (52) 例として、Wolff / Raiser, a. a. O. (Ann. 20), S. 571 (Ann. 12); Jürgen F. Baur / Rolf Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., 1999, S. 473; HK-BGB (=Dörner / Ebert / Eckert / Hoeren / Kemper / Schulte / Staudinger, Handkommentar BGB, 2001) / Eckert, §§ 1133-1135 Rn. 3; Erman / Wenzel, § 1134 Rdn. 6 und § 1135 Rdn. 2; Jaenig (=BGB, 11. Aufl., 2004) / Jaenig, § § 1133-1135 Rn. 3 und 5; AnwKom-BGB / Zimmer, § 1134 Rn. 22 (54); AnwKom-BGB / Zimmer, § 1133 Rn. 4-6 (55) (注意) 等参照。その他、後述の BGB 100 四条の類推適用を認める見解も、損害賠償請求としての原状回復請求権を認める (Staudinger / Wolfsteiner, § 1134 Rn. 7; MünchKomm / Eickmann, § 1134 Rdn. 2)。

- (53) 例として、F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band I, Abteilung: Sachenrecht, 8 und 9 Aufl., 1905, S. 792f. (ただし、BGB 113 三四条一項の不作為請求権の下に侵害除去請求権を含めることに注意を要す) ; Rudolf Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 69ff.; Staudinger (=J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht § § 985-1011, 13. Bearb., 1999) / Gursky, § 1004 Rn. 15; Staudinger / Wolfsteiner, § 1134 Rn. 7 (準ネガトリア的請求権として認められるべきである) ; MünchKomm / Eickmann, § 1134 Rdn. 20 等。なお、ネガトリア的不作為請求権と並んで損害賠償請求権とは別に侵害所除去請求権が認められると述べている Harry Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1973, S. 498; Westermann / Gursky / Eickmann (Begr. v. H. Westermann), Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, S. 717f.; Wolfgang Brehm / Christian Berger, Sachenrecht, 2000, S. 263 等がある。

- (54) このことについては、田島・前掲論文 (前注 4) 六三八頁 (注 (一))、占部洋之「抵当権侵害に対する抵当権者の保護手段——ドイツにおける歴史的展開」大阪学院大学通信三四巻八号五三頁以下 (特に九二〜九三頁) (二〇〇三年) 参照。なお、BGB の起草過程における BGB 113 三四条以下に関する審議過程については、占部・前掲論文七九〜九四頁が詳しいので参照のこと。

- (55) プロイセン法について、ここでは、前項 (二) (2) ① (ア) a を参照のこと。また、占部・前掲論文 (前注 54) 六八〜七四頁もプロイセン法について詳しいので参照のこと。

- (56) 抵当権の担保力の危険 (毀損の重大性) の存否については、土地の価値と抵当権の被担保債権額との関係や抵当権の順位が考慮に

入れられる (例えは Planck (=Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Band, Sachenrecht, 5. Aufl., 2. Halfte, 1938) / Strecker, § 1133 Anm. 1 d); RGRK (=Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hg. von Mitgliedern des BGH, 12. Aufl., 1989) / Lieferung §§ 1113-1162, 1981) / Matern, § 1133 Rdn. 8; Soergel (=Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 6 Sachenrecht, 12. Aufl., 1989) / Konzen, § 1133 Rz. 2; Staudinger / Wolfseiner, § 1133 Rn. 6 等参照。なお、前述のことから、個々の債権者によって、危険 (重大性) の存否の判断は異なることになる)。より具体的には、抵当権者が目的物の減じられた価値でも完全な担保を得られるときには、危険は存じなされる (MunChKomm / Eickmann, § 1133 Rdnr. 9; AnwKomm-BGB / Zimmer, § 1133 Rn. 24 参照)。なお、田島・前掲論文 (前注 4) 六三頁も参照。

(57) Wolff / Raiser, a. a. O. (Anm. 20), S. 570; Planck / Strecker, § 1133 Anm. 1 e); Staudinger / Wolfseiner, § 1133 Rn. 5; MünChKomm / Eickmann, § 1133 Rdnr. 4 und 21; AnwKomm-BGB / Zimmer, § 1133 Rn. 15 他多数。また、前掲の各文献では、所有者の帰責性が要件とされないというだけでなく、毀損の原因如何も問わず (したがって、第三者の行為、自然現象、戦争等が原因であってもよい)、また毀損をもたらした行為が違法であるか否かも重要でないとされる。

なお、BGB 一三三三条が所有者の帰責性を要件としないことから、わが国では、本条をして、抵当権に基づく物権的請求権に関する規定と評価されることがあるようにも思われる。

(58) 前項二一 (1) 及び前注 (47・48) 参照。

(59) ここでは、前項二一 (4) を参照のこと。

(60) ここでは、ひよきは Wolff / Raiser, a. a. O. (Anm. 20), S. 571; Staudinger / Gursky, § 1004 Rn. 15 等参照。

(61) なお、BGB の起草過程で明文をもって不作為請求権を認めるべきとの提案がなされたのは、第二委員会審議においてとされる (田島・前掲論文 (前注 4) 六三八頁 (注 (1))、占部・前掲論文 (前注 54) 九二頁参照)。ところで、それに先行する BGB の部分草案の起草担当者である Johow は、抵当権につき、その担保力が危険にさらされた際に、債権者に抵当権の実行が疑わしくなるような土地への事実上の作用を阻止する可能性を認める必要があるとする。そして、Johow は、その必要に応えるため、抵当権から生じる物権的請求権として、それに対応するネガトリア的な請求権を裁判所による処分に向けられる債権者の請求権として認めようとしていたようである (物権法部分草案の三九四条 (条文訳としては、占部・前掲論文 (前注 54) 八三頁)・Schubert, a. a. O. (Anm. 11), S. 669 (=Johow, a. a. O., S. 1697) 参照)。このことからすると、BGB 一三四条二項についても、ネガトリア請求権の発展の延長線上に

位置づけることができるかもしれない(ここで、BGB一三〇四条二項の受け継いでいるプロイセンの法制度について、占部・前掲論文(前注54)七一頁の記述が興味深い。しかし、私の調べた範囲では、これ以上のことを明らかにできなかったことをお断りしておきたい)。

(62) ハッペは、例えば、Staudinger/Wolfsfeiner, 1134 Rn. 4; MünchKomm/Eickmann, 1134 Rdnr. 4等参照。

(63) 前述したように、学説上、BGB一三〇四条一項は、請求の相手方の不作為を請求しうるにすぎず、すでに存する作用の除去のために必要な積極的行為を請求しうるものとは解されていない(前注(51)に挙げた諸文献参照)。ただし、BGB一〇〇四条についても問題とされているように、BGB一三〇四条一項の不作為請求権について、請求の相手方による不作為義務の履行が、場合によっては、その積極的行為を内容とする旨とあるとの指摘がなされていることには注意を要するようと思われる(Jauernig/Jauernig, §§1133-1135 Anm. 3a)。ゆえに、前注(50)に挙げた指摘にも注意を要しよう。

(64) 前注(52)で挙げた文献等参照。

(65) 以上に引き、例えば、MünchKomm/Eickmann, §1134 Rdnr. 13; Erman/Wenzel, §1134 Rdz. 7等参照。その他の詳細については、Staudinger/Wolfsfeiner, §1134 Rn. 13-17も参照。なお、処分 of 具体例については、ハッペは、ひとまた、Staudinger/Wolfsfeiner, §1134 Rn. 15; MünchKomm/Eickmann, §1134 Rdnr. 14も参照。

(66) 従物に関して定めるBGB一三三五条及び一三〇四条に対する関係からして当然の帰結である。したがって、学説上は、不法行為法上の原状回復請求権として従物の返還請求権が認められると解されることには異論はない。なお、従物の返還請求権について、不法行為法上の請求権としてのみ認められると明示するものにPalandt(=Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002)/Bassenge, §1135 Rn. 3; Bamberg/Roth(=Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2003)/Rohr, §1135 Rn. 4; Erman/Wenzel, §1135 Rdz. 2; MünchKomm/Eickmann, §1134 Rdnr. 16 und 18等がある。また、Eberhard v. Olschhausen, Der praktische Fall-Bürgerliches Recht: Ein verzwickel-verstricktes Ding, Jus 1990, S. 816ff., 特しS. 821 Erläuterung 45も参照のこと。

(67) 例えば、Eickmannは、侵害除去請求権自体について、BGB一〇〇四条との関係から準ネガトリア的請求権としてのそれは排斥されないとするが(MünchKomm/Eickmann, §1134 Rdnr. 20)。その一方で、返還請求権についてはBGB八二三条の枠組みの中でのみ認められること(MünchKomm/Eickmann, §1135 Rdnr. 16)。

(68) 例えば、Westermann, a. a. O. (Anm. 53), S. 498; v. Olschhausen, a. a. O. (Anm. 66), S. 821 Erläuterung 45; RGRK/Mattem, §1135 Rdn. 3;

Standinger / Gursky, § 1004 Rn. 15; Standinger / Wolfreiner, § 1135 Rn. 6 等参照。なお、キール高等裁判所の判決 (OLG KielUr. v. 1. 4. 1932, JW 1933, S. 634) でも、侵害除去請求権 (ドイツでは、土地から分離された従物の取戻しに向けられる請求権) が BGB 1000 四条との対比において認められている。

四 検 討

ここまで、本稿では、わが国で抵当権に基づく物権的請求権の明文規定といわれている BGB 113 条以下の規定をその制度の沿革との関係に重点を置きつつ考察してきた。そこで、本項では、ここまでのドイツ法の考察の結果を踏まえて、わが国の解釈論にいかなる示唆が得られるかということにつき、若干の検討を試みることにしたい。⁽⁶⁹⁾

1 全体としての日独比較

まず、第一に、ドイツ法の考察の結果からいえることは、BGB 113 条以下に基づく抵当権者の権限がわが国で想定されている物権的請求権とはかなりその具体的内容の点で異なるということである。確かに、抵当権侵害の予防については、抵当権侵害の不作為に向けられる物権的請求権が認められるということに日独でそれほど相違はない。これに対し、現存する抵当権侵害の除去に向けられる請求権に関しては、日独でかなりの相違が認められる。つまり、わが国では、解釈論上、抵当権も物権であることから、物権たる抵当権の侵害があれば、当然侵害の除去に向けられる物権的請求権(妨害排除請求権)が認められると解されるとされている。これに対し、ドイツでは、前述したように、BG 100 四条の類推適用を肯定する見解による場合にも物権的侵害除去請求権が認められるのである。以上のこと

から、ドイツ法をわが国での抵当権に基づく物権的請求権の比較法上の一つの根拠とするにあたっては、そもそもこのような相違があることを念頭に置く必要がある。

2 要件面での日独比較

そこで、次に、前述のような相違に留意しつつ、要件面での日独比較をしておくことにする。なお、本稿では、次の二つのことを指摘するにとどめる。

その第一は、抵当権侵害という要件に関するものである。前述したように、BGB一一三三条以下に基づく各権限は、いずれも「抵当不動産の毀損による抵当権の担保力の危険」、言い換えると「毀損の重大性」がその要件として重要であった。なお、この担保力の危険（毀損の重大性）の有無の判断に際しては、当該毀損を原因とする減価により、担保目的物の価額が抵当権によつて本来優先弁済の確保されていた被担保債権額を下回るか否かということが重要であった。^⑩このように、BGB一一三三条以下の権限は、その（発生）要件との関係で、抵当権の被担保債権（額）というものを重要視することができる。これに対し、わが国の抵当権に基づく物権的請求権の要件論では、これまで必ずしも被担保債権額というものが重要視されてきたわけではない。^⑪以上のことから、いわゆる抵当権侵害という要件に関連して、被担保債権額という要素をどう取り扱うべきかということわが国でも再考する必要があるということが、本稿での検討を通じて導かれるものと考ええる。^⑫

要件面での第二の指摘は、請求の相手方に関するものである。まず、BGB一一三四条に基づく不作為請求権の相手方は、その文言からも明らかのように、土地の毀損により抵当権の担保力を危険にさらす所有者又は第三者であり、その帰責性は要件とされないと解されている。これに対し、侵害除去請求権については、すでに繰り返し指摘してきたとおり、ドイツでは、請求の相手方の帰責性を要件とする侵害除去請求権（不法行為法上の原状回復請求権）が認め

られるということにはほほ異論はなく、他方、その帰責性を要件としない侵害除去請求権（物権的侵害除去請求権）が認められるか否かについて争いがある（前述したとおり、ドイツでは、BGB一〇〇四条の類推適用を肯定する見解による場合にのみ物権的侵害除去請求権が認められる）。これに対し、わが国では、将来的な抵当権侵害の予防（不作為）に関しては、概ねドイツにおけるのと同様ということができようが、現存する抵当権侵害の除去、つまり抵当権に基づく妨害排除請求権については、請求の相手方の帰責性は要件とされないと一般的に解されている。このような請求の相手方の帰責性をめぐる日独の解釈論の相違は、損害賠償の方法についての原則の相違に端を発するものと思われ、わが国の抵当権に基づく物権的請求権の要件を再考するにあたっては、抵当権の不法行為法上の保護との関係にも留意する必要があると考える。

3 効果面での日独比較

それでは、最後に、効果面での日独比較検討をしておくことにする。この効果面での日独比較検討に関しても、本稿では、次の二つのことを指摘するにとどめる。

その第一は、従物の分離・搬出による抵当権侵害と物権的請求権に関することである。

周知の通り、わが国では、抵当権設定当時すでに存在した従物を抵当不動産から分離・搬出することが一定の場合に抵当権を侵害するとされ、その分離・搬出行為の停止、さらには搬出された物の返還（原状回復）に向けられる物権的請求権が判例・学説において認められているといえる。これに対し、ドイツでは、確かに不作為請求権に関して、BGB一一三五条及び一一三四条を通じて、従物の分離・搬出の不作為は物権的請求権の問題として論じられる。しかし、その一方で、従物が既に分離・搬出され、当該目的物の返還に向けられる抵当権者の請求権（原状回復請求権）については、前述したとおり、不法行為法上の原状回復請求権として認められることに解釈論上ほほ争いはなく、

さらに BGB 一〇〇 四条の類推適用を認めることにより請求の相手方の帰責性を要件としない物権的侵害除去請求権としても認められるかどうかという一つの論点となっている(前項三二(2)(3)参照)。以上のような日独法の比較検討から、わが国では抵当権侵害に対する原状回復請求はそれほど異論なく物権的請求権の問題として論じられてきたといえようが、ドイツでは損害賠償請求の問題とすることに異論はなく、むしろ物権的侵害除去請求権として認められるかということが争われているという相違があることに注意する必要がある。

第二に、わが国では抵当不動産を占有することによる抵当権侵害とそれに対する抵当権に基づく妨害排除請求権の問題が近時重要な論点として議論の対象とされている。周知のごとく、わが国の最高裁判所は、抵当不動産を第三者が占有する場合に、一定の要件の下で、抵当権者に妨害排除請求権を認め、状況によってはその請求内容として抵当権者への抵当不動産の明渡請求をも容認する。⁽⁶⁷⁾これに対し、ドイツでは、そもそも抵当目的物を占有することによる抵当権侵害ということ自体それほど問題とされていないようであり、また、その制度の沿革上、抵当権者への抵当目的物の引渡しに向けられる物権的請求権も認められないと思われる。⁽⁶⁸⁾この点でも、日本とドイツでは、かなり異なった状況にあるということに注意する必要がある。

(注)

(69) なお、前注(8)でも指摘したように、ドイツでは、抵当権といっても実際に用いられているのは土地債務であり、根本的なところでわが国と異なる法状況が存することに注意が必要となる。ただ、本稿では、その点に問題が残ることを認識しつつも、ひとまずそのような相違を度外視して以下の検討を行ったことをお断りしておく。

(70) 前項三二(2)①及び②、前注(56)参照。

(71) このことについては、とりあえず、拙稿「IV短期貸借(二)——抵当権に基づく物権的請求権と占有者排除効を中心に」(広島法学

二六卷四号二五六頁以下(特に二五七―二五九頁)(二〇〇三年)参照。

(72) なお、前注(56)でもみたように、ドイツでは、抵当権の順位も、担保力の危険(毀損の重大性)の有無について、一つの判断要素とされている。今後わが国でも、それが、抵当権侵害の存否との関係で、どのように取り扱われるべきかという事を考えてみる必要がある。

(73) 形式的にはこのようにいえると思われる。ただし、わが国における抵当権に基づく物権的請求権について、妨害排除請求権と妨害予防請求権との境界付けが明確であるのかということについては改めて検討する必要があるように思われるが、ここではひとまずその詳細には立ち入らない。

(74) ただし、実際上は、多くの場合に請求の相手方に帰責性要件が認められると思われる。

(75) ドイツでは、損害賠償の方法につき、当該損害が発生しなかったならば存したであろう状態の回復(原状回復)を原則とすることから(BGB二四九条参照)、現存する抵当目的物の毀損の除去は、請求の相手方の帰責性を要件として、BGB八二三条に基づく損害賠償請求を通じて達成することができる。したがって、ドイツでは、これに加えて、さらに請求の相手方の帰責性を要件としないうし、わが国では、損害賠償の方法につき金銭賠償の原則をとることから、妨害の除去、さらには原状回復請求の問題は、損害賠償法の領域では論じにくく、物権的請求権の問題として論じられる傾向が強いと思われる(なお、所有権侵害の場合における両請求権の関係をめぐるドイツの法状況については、拙稿「物権的請求権の再検討」私法六五号一九五頁以下(二〇〇三年)を参照)。

(76) 裁判例としては、大審院大正五年五月三一日判決(民録二輯一〇八三頁)、大審院昭和七年四月二〇日判決(新聞三四〇七号一五頁)、最高裁昭和七年三月二二日判決(民集三六卷三三三九頁、ただし、工場抵当の事例)を挙げることができる。学説では、分離物が搬出された場合の原状回復請求としての物権的請求権につき、それを認めるか否かで争いがあるが、肯定的に解するものが多い(我妻・前掲書(前注一)三八四―三八五頁、柚木編・前掲書(前注一)四四頁(柚木・西沢)、高木多喜男「担保物権法」(第四版)〔有斐閣・二〇〇五年〕一六〇頁以下、内田貫「民法Ⅲ(第三版)Ⅱ(東大出版会・二〇〇五年)四四四頁、道垣内弘人「担保物権法」(第二版)Ⅱ(有斐閣・二〇〇五年)一七九頁以下他多数)。

(77) 最高裁平成一七年三月一〇日判決(民集五九卷二号三五六頁)では、第三者が占有権原を有する場合であっても抵当権に基づく妨害排除請求権が認められるに至っていることに注意する必要がある。

(78) 判例の一般論については、最高裁・前掲平成十一年の大法廷判決(民集五三巻八号一八九九頁)の判決理由参照。なお、実際に、
 抵当権者への抵当不動産の明渡請求を認めた最高裁判決が前注(77)の最高裁平成一七年判決であるので同判決も参照のこと。

(79) 学説は概ね平成十一年の最高裁大法廷判決の結論を支持しているが、要件・効果の点で議論が尽くされていないことは
 周知の通りである(平成十一年判決以降の学説の動向をコンパクトにまとめたものとして、ここでは、道垣内弘人「占有権原のある
 抵当不動産占有者に対する抵当権者の妨害排除請求」私法判例リマックス三三三号(二〇〇六へ上)二〇頁以下(日本評論社・二〇
 〇六年)を挙げるに留める)。

(80) ドイツのBGB一三三三以下に関する注釈書類をみても、
 抵当目的物を占有すること自体による抵当権侵害はほとんど論じられ
 ていない。なお、目的物の引渡しに向けられる物権的請求権が認められないことについては、前項二(1)を参照。ただし、BG
 B一三三四条二項の裁判所の処分として、保管人による抵当不動産の強制管理(die Zwangsverwaltung durch einen Sequester)が含まれ
 ることには注意が必要であり、ドイツでは、この問題は、執行法の領域で論じられていとも考えられる(これに関しては、新井剛
 「ドイツ強制管理制度論(二・完)―担保不動産収益執行制度のための比較法的考察―」大阪学院大学法学研究三二巻一号二二頁
 以下(二〇〇五年)が興味深い)。

五 今後の課題

以上、ここまで、本稿では、ドイツ法におけるBGB一三三三以下
 の抵当権保護制度について、その制度の生成過程を要件及び効果という観点から考察してきた。そして、それを踏まえて、ドイツ法におけるBGB一三三三以下
 の抵当権保護制度の実像を一定程度明らかにすることができた。ただ、本稿での考察は、BGB一三三三以下
 以下に基づく抵当権保護制度の実像を学説を中心に全体として把握したにすぎず、今後、さらに、個々の救済手段が
 実際上どのような形で抵当権の保護に寄与しているのかということを具体的裁判例を中心に明らかにする必要がある。

る。また、本稿では、侵害除去請求権の法律構成をめぐり、ドイツでは、それを不法行為法上の請求権として構成することにほぼ異論はなく、さらに BGB 一〇〇四条の類推適用により構成することを認めるのかということをもぐつて議論がなされているということを明らかにした。このことから、さらにドイツ法の研究としては、不法行為法上の原状回復請求権と物権の侵害除去請求権との関係をより具体的に抵当権保護という観点から進めていく必要があるように思われる。

ところで、前項でした日独法の比較検討では、日本とドイツにおける物権的請求権の現状を対比し、その相違点、及び今後わが国で抵当権に基づく物権的請求権を考えていくにあたっての留意点等を指摘したにとどまっている。今後、そのような本稿での検討結果を参考に、前述したドイツ法についての今後の課題に関する研究を進めつつ、さらにわが国における抵当権に基づく物権的請求権論を再検討することが、本稿の最も重要な課題である。

【注の訂正】訂正箇所：本稿(一)・広島法学二七巻四号一二二頁

訂正前：(40) Förster, a. a. O. (Ann. 31), S. 256; ↑訂正後：(40) Demburg a. O. (Ann. 36), S. 580;

【追記】本稿は、平成二五年度～平成二七年度科学研究費補助金(基盤研究(B)、代表Ⅱ鳥谷部茂)「非典型担保の実態・解釈・立法(課題番号：一五三三〇〇二〇)」において筆者が研究分担者として行った研究の成果の一部である。