

外国法制調査（ドイツ）

国土舘大学法学部教授・法務省民事局調査員
藤巻 梓

目次

	頁数
1. ドイツ法における土地所有権の放棄・・・・・・・・・・	2
2. ドイツ法における相続と登記・・・・・・・・・・	8
3. ドイツ法における取得時効と登記・・・・・・・・・・	1 1
4. ドイツ法における共同所有・・・・・・・・・・	1 6
5. ドイツ法における不在者の財産管理・・・・・・・・・・	2 4
6. ドイツ法における土地の境界および相隣関係・・・・・・・・	2 9

1. ドイツ法における土地所有権の放棄

1. ドイツ民法典 928 条¹による放棄の許容

【BGB928 条】（所有権の放棄・国庫の先占）

- ① 土地の所有権は、所有者が放棄の意思を土地登記所に対して表示し、かつ、この放棄が土地登記簿に登記されることによって、放棄することができる。
- ② 放棄された土地を先占する権利は、その土地の存在する州の州庫に帰属する。州庫は、自らを所有者として土地登記簿に登記することによって、その所有権を取得する。

（1）制度の概要

BGB928 条により、土地の所有者は、土地所有権を放棄することが認められている。立法過程において、土地所有権の放棄の理由として想定されていたのは、戦争や自然災害により土地が荒廃してその価値を失い、同土地を取得したいと考える者がいないようなケースである。このような場合には、土地から利益を得られず、また得られるとしても、土地所有に伴い生じる負担を賄うほど大きくないので、このような土地につきその責務を負い続けることを所有者に強いることは酷であると考えられた²。しかし、今日においては、経済的価値を失った土地に関する負担を免れるために放棄の方法が用いられていることが指摘されている。裁判例および通説は、その目的が公租公課を免れることにある場合も、土地所有権の放棄は認められるとする³。詳細な理由づけは見当たらないが、所有権者の権能である「処分」に、放棄も含まれると解するようである。

（2）要件

BGB928 条により、土地の所有権の放棄は、土地登記所に対する放棄の意思表示と土地登記簿への登記によりすることができる。土地所有権の放棄の自由は、BGB903 条に基づいて所有者が有する、法および第三者の権利に反しない範囲において所有物を「自由に取り扱う」権利の一内容である。

（3）効果

土地所有権が放棄されると、放棄された土地は無主となる。そして、州庫が先占権を行

¹ ドイツ民法典（B G B）の翻訳は、大場浩之＝水津太郎＝鳥山泰志＝根本尚徳『ドイツ物権法』（成文堂・2017）による。

² Motive, in Mugdan, Materialien zum BGB, 1899, Band III, S. 180. 藤巻梓「不動産所有権とその共有持分の放棄—ドイツにおける 2007 年の BGH 決定を題材にして」静岡大学法政研究第 16 巻 1～4 号（2012）160 頁以下を参照。

³ BayObLGZ1983, 85=Rechtspfleger 1983, 308. Bassenge, in Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl., 2016, §928 Rn.1. 実際の事案は、バイエルン州のある地方公共団体がその所有する土地を放棄しようとしたところ、登記官がこれを認めなかったケースであり、裁判所も登記官の見解を支持した。地方公共団体の財産については、BGB928 条とは別に、地方公共団体による財産の“Vergabung”を禁ずる規定があり、同判決は、この“Vergabung”（ここではとりあえず「譲与」との訳を充てておく。）は「贈与」”Verschenkung”よりも広く、所有権の「放棄」“Verzicht”を含む概念であると述べている。

使し、所有者として登記簿に登録されることにより、土地所有権を取得する。原則として州庫のみ先占権を有するが、州法にこれと異なる規定（例えば、他の特定人が先占権を取得する旨の規定）があればこれに従う。州庫による先占権の行使は義務ではなく、先占権が行使されなければ、土地は無主のままである（州庫は先占権を行使しないのが一般的である）⁴。

先占権は譲渡することができるが⁵、譲渡には、BGB925 条の準用により、アウフラッスングを要する。また、州は、先占権を放棄することができ、先占権の放棄された無主の土地は、私人が即時に先占できるとされる⁶。なお、BGH は、州庫による先占権の行使には期間の制限がないと考えている。

土地所有権が放棄されると、従前の所有者は土地についての物的負担を免れる。ただし、土地に設定された物的権利（特に地上権、土地債務、抵当権等の制限物権）は原則として存続する⁷（放棄された土地を先占する者は、物的負担の付いた土地を取得することになる）。物的権利者は、無主となった土地が先占される前の段階において、代理人の選任を申立て（民事訴訟法 58 条、787 条⁸）、訴えおよび強制執行の方法により自己の権利を実現することが可能である⁹。通説は、旧所有者の個人的な債務（所有権移転義務、制限物権の設定義務、抵当権に担保された債務の弁済義務）は放棄の影響を受けないとする¹⁰。

地方自治体に対する費用・支払義務が所有者たる地位に結びつけられている場合には、土地所有者は、その所有権の放棄によりこれらの義務を免れる¹¹。土地から生じる危険等に対する所有者の公法上の責任は、各州の公法上の規定に定められる範囲において存続する¹²。

隣地所有者および第三者に対する不法行為責任（保安義務、不作為義務）は、土地所有権者が所有権の放棄とともに占有も放棄した場合に限り、所有権の放棄により終了する。ただし、旧所有者が保安義務ないし不作為義務を負っていた間の、当該義務の違反を原因

⁴ 鈴木禄弥「フランス法における不動産委棄の制度」『物権法の研究』（創文社、1976 年）91 頁以下によれば、無主地の国有の規定は、領土高権の発想の一形式と考えられ、ドイツ法では、無主の土地はただちに国有とはならないが、国家が排他的先占権を取得する点で領土高権の発現が見られ、この点に関してはドイツと日本の間に本質的差異はないとされる。

⁵ Bassenge, a.a.O., §928 Rn.4.

⁶ 田處博之「土地所有権は放棄できるか—ドイツ法を参考に」論究ジュリ 15 号（2017）86 頁参照。

⁷ Bassenge, a.a.O., §928 Rn.3.

⁸ 民事訴訟法 787 条【無主の土地又は船舶についての強制執行】

①従前の所有者により BGB928 条に基づき放棄され、先占権者が未だ取得していない土地に対する権利が、強制執行の方法により行使されるべきときは、執行裁判所が申立てにより代理人を選任し、当該代理人は、新たな所有権者が登記されるまでは、所有権から生じる権利及び義務を執行手続において主張する責務を負う。

⁹ BeckOK BGB/Grün BGB § 928 Rn.7,8.

¹⁰ Bassenge, a.a.O., §928 Rn.3.

¹¹ Seewald, in Steiner, Besonders Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 2006, Kap.1, Rn. 247.

¹² Kanzleiter, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., §928 Rn.11.

として生じた損害については、所有権放棄後も、旧所有者が不法行為責任を負う¹³。

(4) 実際の放棄事例¹⁴

① フランクフルト上級州裁判所 2009 年 10 月 22 日決定¹⁵

先位相続人（相続財産に帰属する物の処分について制限を受ける先位相続人。BGB2113 条）である被世話人が取得した土地および家屋について、相当程度の修復が必要であり、被世話人の収入・財産ではその費用を賄うことができないとして、世話人が当該土地所有権を放棄したところ、世話裁判所はこれを許可した。これに対し、後位相続人が異議を申し立てたが、本決定はこれを退け、放棄を認めた。

② フライブルク行政裁判所 2002 年 11 月 14 日判決¹⁶

購入した山林が、その翌冬に降水と融雪で地滑りを起こし、保安措置等の費用が見通せないなかで、山林の所有者がやむなく所有権を放棄した事例。連邦土壤保全法（BBodSchG）および警察法規を援用し、州が支出した保安措置の費用の一部について、山林の前所有者も負担すべきものとした。

③ バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所 2011 年 2 月 2 日判決、連邦行政裁判所 2012 年 4 月 26 日判決

ブドウ栽培をすでにやめていたブドウ栽培組合が、ブドウ栽培地のための灌水団体から土地面積に応じて課される分担金を免れ、また、買手のつかない土地を放棄して組合を清算する目的で、栽培地の所有権を放棄した事例。灌水団体は、組合の所有権放棄を認めた判断を不服として上告したが、連邦行政裁判所はこの主張を退けた。

④ コブレンツ行政裁判所 2014 年 3 月 17 日決定¹⁷

所有権が放棄された土地の斜面に、放棄の前から、地滑りが生じており、下方に位置する土地に損害を与える危険が生じていた。そこで、行政庁が、前所有者に対してコンクリート擁壁の設置等の措置をとることを命じた。これに対して、前所有者が異議申立てを行ったが、認められなかった。

結局、具体的事例をみれば、所有権を放棄しても、必ずしも負担を免れるわけではない。例えば、テューリンゲン州・公安官署の職務及び権限に関する法律 Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz – OBG) 11 条 3 項は、無主の動物または無主の物から危険が生じている場合に、当該動物または物について所有権を放棄した者に対して、必要な措置を講じることを命ずることができる旨を規定する。

2. 住居所有権（区分所有権）の放棄¹⁸

¹³ Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2013, §823, Rn. 372.

¹⁴ 田處・前掲注（6）85 頁以下を参照。

¹⁵ FGPrax2010, 27.

¹⁶ VG Freiburg, 14.11.2002 - 6 K 1763/01

¹⁷ 4 L 200/14.KO (becklink 1031652, beck-online)

住居所有権が利用価値を失い、売却の可能性も低い場合や、管理組合が財政上困難な状況に陥っている場合に問題となりうる¹⁹。

(1) 土地の共有持分の放棄の可否²⁰

①連邦通常裁判所 1991 年 6 月 7 日判決²¹ (否定)

【理由】共有は物に対して観念的持分しか有さず、共有者全員が一つの共同関係において拘束される。また、共同関係は、法律に従い、構成員間の権利義務を設定する。共同関係に関する BGB747 条²²に規定される「処分」権に放棄の権利が内包されるかについては、放棄の効果が、共同関係に関する他の規定および法律上の利益評価に調和するか否かによって決定すべきであり、この調和は否定される。

②連邦通常裁判所 2007 年 5 月 10 日決定²³ (否定)

【理由】持分による共有関係は、その本質において単独所有と同質 (gleichartig) であって、所有権に関する規定は持分による共有にも適用される。しかし、共有への所有権の規定の適用は、法の趣旨から所有権と異なる扱いをすべき場合には、排除される。BGB928 条 1 項の放棄は、この排除すべき場合に当たる。土地は、持分を保持する者がいる限り、無主物となることはない。持分権者には土地に対する現実的持分ではなく、観念的持分しか帰属していないから、土地の共有持分の無主は、法律上は想定可能であるとしても、実際上問題とならない。

(2) 住居所有権の放棄の可否

①住居所有権の法的構成

通説は、住居所有権を敷地（およびその同体的構成部分である建物共用部分）の共有持分と住居部分に対する単独所有権とが不可分に結合した権利と捉える。したがって、住居部分に対する所有権と共同財産に対する共有持分とのいずれを主たる権利と捉えるかには

¹⁸ 藤巻・前掲注 (2) 159 頁以下を参照。

¹⁹ 所有者が自身の資力では維持することができず売却も事実上不可能である不動産は、いわゆるスクラップ不動産 (Schrottimmobilien) と呼ばれるが、住居所有権がかかる状況にあるときは、建物内の住居全体がほぼ同様に状態にあるから、一人の住居所有権者がその持分を一方的に放棄し、他の住居所有権者が放棄（による負担）を受忍する状況は現実的でないことも指摘される。

²⁰ 共有持分の放棄について、1888 年の BGB 第一草案 950 条は、動産・不動産を問わず、単独所有権の放棄と同様にこれを認める規定を置いていた。しかし、1895 年の第二草案では、同規定は削除された。これは、立法者が、共有持分の放棄を認めない意図を有していたことを理由とするものではなく、共有持分の放棄の効果、すなわち、放棄された持分につき第三者による先占を認めるのか、あるいは他の共有者または国庫のいずれかに帰属すると考えるのか、さらに、その場合に他の共有者と国庫の優先関係はどう考えるべきかといった問題について、議論に決着がみられたかったことによる。Protokolle, in Mugdan, Materialien zum BGB, 1899, Band III, S.702. 藤巻・前掲・161 頁以下。

²¹ Urt. v. BGH, 07.06.1991, V ZR 175/90.

²² BGB747 条【共同関係—持分および共同の目的の処分】

各持分権者は自己の持分を処分することができる。共同の目的全体についての処分は、持分権者が共同で行う。

²³ Beschl.v. BGH, 10.05.2007, V ZB 6/07.

争いがあるものの、一般的に住居所有権とは、特殊な形態における土地の共有（Miteigentum）と把握される。なお、敷地の共有持分および住居に対する所有権に加え、団体の構成員としての権利を付加した三位一体的な権利を主張する見解もある。

②住居所有権の放棄 — 連邦通常裁判所 2007 年 6 月 14 日決定²⁴は否定

【理由】

共有は、物権法上の関係のみに解消されるのではなく、同時に相互の権利義務を設定する共有者の共同関係（Gemeinschaft）への参加を内容とするのであり、各持分権者は法に定める方法による解消の時まで同関係に拘束される。他方で、住居所有権は、住居に対する排他的所有権と、共同財産（敷地及び建物の共用部分）に対する共有持分とが不可分に結合したものであり、共同財産とは、第一義的に建物敷地を指すから、住居所有権の放棄は、すなわち土地の共有持分の放棄である。

3. その他、放棄が認められない権利

建物所有権²⁵、地上権²⁶については BGB928 条の適用が排除される。

4. 現行法に対する批判

近時の学説には、現行法の下で原則として無制限に認められている土地所有権の放棄が地方公共団体や隣地所有者、第三者等に与える影響に鑑みて、これを制限的に解すべきとする見解が提起されている。

具体的には、①土地所有権の放棄が認められる場合を、戦争や騒乱、自然災害など、所有者が予見できなかった影響による場面に限定する、②土地所有者が所有権を放棄した後も、当該土地について、旧所有者の民法上および公法上の責任を認める（拡大する）、③州庫の先占権を制限し、それにより土地が無主の状態であり続ける事態を防ぐこと等が提案されている²⁷。

5. 動産所有権の放棄

ドイツ民法典においては、動産所有権の放棄も認められている（958 条）。動産の所有者

²⁴ Beschl.v. BGH, 14.06.2007, V ZB 18/07

²⁵ Einführungsgesetz zum BGB Art.233,§4 Abs.1 S.1.

²⁶ Erbbaurechtsgesetz §11 Abs.1 S1.

²⁷ Sliwiok-Born, Die Flucht aus dem Privateigentum am Beispiel der Grundstücksdereliktion, NJW2014, 1047. ドイツ連邦司法省におけるインタビュー調査では、所有者が放棄したがるような価値の無い土地は、一方では固定資産税は低額であり、他方では所有権放棄により土地に対する（行政法上の）責任をも免れることができるわけではないから、実際には土地所有権の放棄は殆ど想定できず、現行法の改正の必要性も認められないとの結論に至っている旨の説明があった。

が、所有権を委棄する意思をもって占有を放棄すると、当該動産は無主となる。所有権の放棄は単独法律行為であり、これを有効になすには行為能力を要する。第三者のための放棄は認められず、これは一般に所有権の譲渡である。さらに、動産所有権の放棄には、直接占有を放棄すること、またはこれをあらかじめの喪失していることが必要である。間接占有を有する者については、返還請求権を放棄することにより所有権を放棄することができるかについて争いがある。

なお、958条は共有持分には適用がない（したがって、判例および通説に従えば、動産共有の場合に、共有持分の放棄は認められない）。

2. ドイツ法における相続と登記

1. ドイツ土地登記法²⁸における諸原則

(1) 登記申請主義（土地登記法 13 条）

登記は原則として関係者の申請に基づいてのみなされる。

(2) 登記承諾の原則と登記承諾の方式

登記には、登記によって自己の権利に影響を受ける者の承諾が必要であり（土地登記法 19 条）、その承諾は、公正証書または公証証書によって作成されなければならない（土地登記法 29 条）。

(3) 登記義務者先行登記の原則（土地登記法 39 条²⁹）

登記に対して承諾をなすべき登記義務者の先行登記は、既に権利者として登記簿に登記されていないと認めなければならない。ただし、相続人が相続した権利を移転する場合は除く（先行登記の原則の例外、土地登記法 40 条³⁰）。

2. 相続における権利変動の発生と登記の訂正

(1) 権利変動の発生

相続人は、被相続人の死亡の時点で、包括承継の方法により相続財産全体を取得する（BGB1922 条³¹）。つまり、被相続人の財産の所有権は相続時に移転する。これにより、被相続人が所有者となっている登記簿の内容は不真正となるから、登記の訂正がなされなければならない。

(2) 登記の訂正（Berichtigung des Grundbuchs）

登記の訂正には大きく分けて、①BGB894 条³²によるもの、②土地登記法 22 条³³によるもの

²⁸ 土地登記法の条文の翻訳は、基本的に石川清・小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011）によるが、一部異なる訳を付した部分がある。

²⁹ 土地登記法 39 条【登記義務者の先行登記】

（1）登記は、その登記によって自己の権利につき不利益を受ける者が権利者として登記されている場合にのみ、行なわれる。

（2）略

³⁰ 土地登記法 40 条【先行登記の例外】

（1）新たな登記によって自己の権利につき不利益を受ける者が、登記されている権利者の相続人である場合において、その権利の移転もしくは消滅が登記されるべきとき、または登記申請が被相続人もしくは遺産管理人の登記承諾、または被相続人もしくは遺産管理人に対する執行名義に基づくときは、第 39 条第 1 項の規定は適用しない。

（2）略

³¹ BGB1922 条【包括承継】

（1）ある人の死亡（相続開始）により、その財産（相続財産）は一体として 1 人又は数人（相続人）に移転する。

（2）共同相続人の持分（相続分）については、相続財産に関する規定が適用される。

³² BGB894 条【登記簿の訂正】

の、③土地登記法 82 条³⁴（82a 条³⁵）によるものがある。このうち、①は、BGB894 条に基づき、権利者が、登記名義人に対し、登記の訂正に対する同意を求める請求権を有する場合（必要な場合には、権利者は、訴えの方法で訂正を貫徹することができる）、②は、土地登記法 22 条に基づく手続法上の訂正登記（登記許諾の原則の例外）、③は、（ア）土地登記法 82 条に基づく、登記義務者に対する訂正の強制と、（イ）土地登記法 82a 条に基づく、登記所による訂正がある。

（3）各訂正方法および相互間の関係

BGB894 条に基づく訂正は、相続の場面においてはそれほど大きな意義を持たず、相続人は、主として土地登記法 22 条に基づく登記簿の訂正を行う。その場合に、相続人は、登記の不真正を証明し、登記簿の訂正を求めることになる。相続人は、土地登記法 35 条 1 項に基づき、相続証明書、欧州相続証明書（Europäisches Nachlasszeugniss）または開封記録を伴う公正証書遺言により、自身が真正な相続人であることを証明しなければならない。この証明がなされると、登記所は、登記を適切に訂正する。

土地登記法 82 条が、登記所に登記義務者に対する義務づけの可能性を付与するものであるのに対し、土地登記法 82a 条は、登記所による直接の訂正を認めるものである。従って、原則として土地登記法 82 条が優先して適用され、土地登記法 82a 条は、同 82 条が功を奏さない場合にのみ適用される。

なお、土地登記法 83 条は、相続事件を管轄する遺産裁判所に対し、相続の開始及び相続人について、管轄登記所への通知を義務づけている。

複数の相続人がおり、共同相続関係につきまだ合意に至っていない場合には、さしあた

土地を目的とする権利、その権利を目的とする権利又は第 892 条第 1 項に掲げる方法による処分制限について、土地登記簿の内容が真の権利状態と合致しないときは、自己の権利につき登記をされていない者、不真正の登記をされている者又は存在しない負担若しくは制限の登記によって侵害を受ける者は、土地登記簿の訂正に利害関係を有する権利者に対して、その訂正に同意することを請求することができる。

³³ 土地登記法 22 条【登記簿の訂正】

（1）登記の誤りが証明された場合には、その登記簿の訂正のために第 19 条による承諾を要しない。これは特に処分制限の登記又は抹消について適用する。

（2）所有者または地上権者の登記による登記簿の訂正は、第 14 条に規定する場合ではなく、または誤りが証明されない場合であっても、所有者または地上権者の同意を得たときに限り、行われる。

³⁴ 土地登記法 82 条【申請義務】

登記簿が、登記簿外での権利移転により、所有者の登記に関して不真正となった場合には、登記所は、所有者または土地の管理権限を有する遺言執行者に対し、登記簿の訂正を申請すべき旨および登記簿の訂正のために必要なすべての書類を提出すべき旨の義務を課すべきものとする。ただし、登記所は、正当な理由がある場合には、この措置をとらないことができる。民法上の組合が、所有者として登記されている場合において、組合員の登記が、第 47 条第 2 文に基づき、不真正となったときは、第 1 文及び第 2 文が準用される。

³⁵ 土地登記法 82a 条【職権による訂正】

第 82 条に規定する場合において、訂正の強制の手続を行うことができないとき、またはその成果の見込みがないときは、登記所は、職権により訂正することができる。登記所は、この場合に、遺産裁判所に所有者の相続人の調査を囑託することができる。

り共同相続関係における相続人が登記される。その後、共同相続関係につき合意に達すると、その登記は、訂正ではなく、アウフラスングを伴う相続の合意 (Erbauseinandersetzung) またはいわゆる「分割」 (Abschichtung) 、すなわち賠償と引き換えに共同関係から脱退する合意に基づいてなされる。

実際には、多くの当事者が、登記の訂正につき自ら行動をしなければならないことを認識していないため、実務ではしばしば公証人がこれを行っている。たとえば、相続人が、相続した土地の所有権を移転する旨の登記をする場合に、相続人は、通常、公証人のもとを訪れる (土地登記法 29 条) 。公証人は土地登記簿を見て、訂正登記がなされているかを確認し、訂正されていない場合には、所有権の移転登記の際に、訂正登記も同時に行う。この点、土地登記法 40 条 1 項によれば、相続人が相続財産について権利移転等をする場合には、(相続人の登記はただ一時的に姿を現すだけで、すぐに姿を消してしまうものであるから³⁶⁾ 先行登記は不要である。しかし、実務においては、善意取得の可能性を確保するため、訂正登記もなすことが一般的であるとのことである。

(4) 当事者が訂正をしない場合のサンクション

土地登記法 82 条に基づく訂正登記の義務者が、正当な理由なくその義務を履行しない場合には、FamFG (非訟事件手続法) 35 条 1 項による強制金 (Zwangsgeld) が課せられる (FamFG 35 条はさらに、強制金を定めても奏功しない場合の強制拘禁 (Zwangshaft) の可能性も定めるが現実的な措置ではない) 。こうして、訂正登記が当事者の義務とされることから、相続開始から 2 年の間は、登記所での登記の訂正は無料であることができる (KV 14110 zum GNotKG, 裁判所費用法についての費用細目 14110 号) 。

(5) 訂正登記がされないままの場合

実務においては、相続人が登記の訂正の必要性を認識せず、登記が訂正されないままである事態も生じうる。その場合には、故人が依然として登記簿上の名義人となっている。そこで、まず、登記所が (例えば戸籍係や遺産裁判所等で) 故人の死亡を調査することが必要となる。その結果、誰が相続人であるかが確認されると、登記所は土地登記法 22 条に基づいて訂正登記をする。登記名義人の生存が不明な場合、または登記名義人が死亡したものの誰が相続人であるのかが不明な場合には、裁判所が不在者の財産管理人 (BGB1911 条) を選任し、この者が必要な意思表示を行う。相続人が不明の場合には、不明または不確実な利害関係人の保護者 (BGB1913 条) の選任が可能である。

³⁶⁾ 石川＝小西・前掲注 (28) 83 頁

3. ドイツ法における取得時効と登記

1. 取得時効制度

(1) 登記取得時効 (BGB900 条)

BGB900 条【登記取得時効】

①土地の所有権を取得していないにもかかわらず、土地登記簿にその所有者として登記されている者は、その登記が 30 年間存続する場合において、この間にその者が土地を自主占有していたときは、その所有権を取得する。この 30 年間の期間は、動産の取得時効に係る期間と同一の方法によって、これを算定する。時効期間は、登記の真正に対する異議が土地登記簿に登記されている間は、その進行を停止する。

②前項の規定は、所有権以外の権利がこれを有しない者のために土地登記簿に登記されている場合において、その権利が土地の占有権原となり、又はその権利の行使が占有に適用する規定により保護されるときについて準用する。

30 年間土地登記簿上で抹消されることなく登記され、かつ、同期間にわたって目的の土地を自主占有した者（非所有権者）は、同土地について所有権を取得する。これは、登記されていない原所有者の BGB985 条に基づく返還請求権³⁷もまた、同期間の経過により、BGB197 条 1 項に基づき時効により消滅することの裏返しである。所有者ではない者の登記時効取得により、原所有者は、補償を受けることなく、その所有権を失う。900 条の目的は、登記されている者の保護ではなく、所有権と占有とが長い間分離することを防ぐことにありとされる (BGH NJW1994,1152)³⁸。900 条は、土地所有権のほか、これと類似の権利（地上権、住居所有権等）にも適用される。また、同条は悪意の自主占有者にも適用がある。

具体例としては次のような事例が挙げられている³⁹。被相続人 V が生前、その所有する土地を K に譲渡し、登記も移転した。それから 30 年以上経過して V が死亡し、相続人らが V を相続した（この間、当該不動産の価格は高騰した）。相続人らが、VK 間の譲渡は、必要な官署の許可を得ていないとして、その無効を主張した。このとき、K は BGB900 条により当該不動産につき所有権を取得する。

(2) 占有取得時効 (BGB927 条)

BGB927 条【占有取得時効】

①30 年間、土地が他人の自主占有にあるときは、公示催告手続において土地の所有者を失権させることができる。この占有期間は、動産の取得時効に係る期間と同一の方法によって、これを算定する。公示催告手続は、所有者が土地登記簿に登記されている場合においては、この者が死亡又は失踪し、かつ、30 年間、所有者の同意を要する土地登記簿への登記がされていないときに限り、これを開始することができる。

³⁷ BGB985 条【返還請求権】

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。

³⁸ 大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）§ 20,15 を参照。

³⁹ Bauer/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. §53, 87.

②除権決定を受けた者は、自らを所有者として土地登記簿に登録することによって、所有権を取得する。

③除権決定が言い渡される前に、第三者が所有者として登記され、又は第三者の所有権を理由とする土地登記簿の真正に対する異議が登記されたときは、除権決定は、当該第三者に対して、その効力を有さない。

登記取得時効においては、自主占有者と登記簿上の所有者は一致している。これに対して、占有取得時効においては、両者の不一致が生じている点に特徴がある。具体的には、(ア) 真の所有者が所有者として全く登記されていない場合、または、(イ) 真の所有者が登記されてはいるが、すでに死亡または失踪している場合、もしくは真の所有者であった法人が消滅した場合であって、(ア) (イ) の登記簿の状態が 30 年間変更されていないときに問題となる。

長期間自主占有が継続した場合には、BGB927 条により、自主占有者に所有権を取得する権利を与え、それにより支配権能 (Herrschaftsmacht) と法的な所有 (Inhaberschaft) を一致させようとするのが 927 条の趣旨である⁴⁰。典型的には、ある者が土地を債務法上取得した (売買契約を締結した) が、物権的合意 (Auflassung) も登記の移転もなされないままである場合におけるような、善意の自主占有者が想定されるが、悪意の自主占有者についても、同条の適用が排除されるものではない⁴¹。所有権の形態は、単独所有、共有または合有のいずれであるかを問わない。

土地登記簿に所有者が登記されていないか、もしくは登記簿が設置されていない場合には、30 年間の自主占有の継続により、公示催告手続を開始することができる。これに対して、真の所有者または以前の所有者が登記されている場合には、この者が死亡又は失踪し、かつ、30 年間、所有者の同意を要する土地登記簿への登記がされていないときに限り、公示催告手続を開始することができる。

除権決定がなされると、真の所有者は権利を失い、土地は無主となる。除権決定を受けた者は、無主となった土地について先占権を行使し、自己を所有者として登記することにより所有権を取得する⁴²。

本条の具体的な適用例としては次のような事例が挙げられている⁴³。E は 1905 年にアメリカに移住し、その際に、ドイツにおいて所有する土地の管理を弟 B に託した。B は 1920 年に死亡し、その息子 S は、E と父 B との間の合意について知らず、当該土地を自分の所有物として使用していた。1960 年に、S は、当該土地に負担を設定しようと思い登記簿を確認したところ、登記簿上の所有者は E となっていた。このとき、S は当該土地を 30 年以上自主占有しており、E は行方不明であること、加えて 30 年間にわたり登記簿への登

⁴⁰ Kanzleiter, a.a.O., §927 Rn.1.

⁴¹ Kanzleiter, a.a.O., §927 Rn.2.

⁴² この場合の先占の登記は、除権決定の提示および登記申請を要件とし、土地登記法 29 条の方式 (登記の基礎の証明) を要しない。

⁴³ Bauer/Stürner, a.a.O., §53, Rn. 87.

記がされていないことから、当該土地の現時点での所有者（おそらく E の相続人）は排除されることになる。

2. 登記の公信力

（1）登記の真正性の推定

BGB891 条【登記の公信力】

- ①土地登記簿に権利を登記されている者は、その権利を有するものと推定する。
- ②土地登記簿に登記されていた権利が抹消されたときは、その権利は存在しないものと推定する。

登記手続の要件は厳格に定められており、かつ、ドイツにおいて登記は効力要件とされていることから、土地登記簿が土地上の権利関係を正確に反映しているという程度保障されている⁴⁴。それでも、権利の移転や消滅が法律に基づいて生じたり、相続によって発生したりするなど、登記簿外で物権の帰属に変更が生じ、その結果、登記簿の内容と実体上の権利関係が異なる場合もありうる。そこで、BGB891 条は、土地登記簿に権利者として登記されている者が真の権利者であること、および登記されている内容通りの権利が登記名義人に帰属していることを推定する。

①1 項による推定

土地登記簿に登記されている者が真正な権利者であること、および登記されている内容通りの権利が登記名義人に帰属していることが推定される。

②2 項による推定

権利の登記が抹消されている場合は、この権利はもはや存在しないことが推定される。本項の推定は「抹消された」登記のみについて及ぶから、全く登記されていない権利については、その権利が存在しないことは推定されない。

③証明責任の転換

本条による推定は、証明責任の転換をもたらす⁴⁵。権利者として登記されている者は、その権利は存在するものと推定されるから、自らの権利を立証する必要がある。むしろ、登記の不真正を主張する者がそれを証明しなければならない。

（2）土地の権利の善意取得

BGB892 条【土地の権利の善意取得】

- ①土地登記簿の内容は、土地を目的とする権利又はその権利を目的とする権利を法律行為によって取得した者のために、これを真正なものとみなす。ただし、その真正に対して異議が登記され、又はその不真正を取得者が知るときは、この限りでない。権利者が土地登記簿に登記された権利の処分につき、特定の者のために制限を受けたときは、この制限は、これが土地登記簿から明らかであり、又は取得者がそれを知るときに限り、取得者に対して、その効力を有する。

⁴⁴ 大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）§19,1 以下を参照。

⁴⁵ 大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）§19,2 以下を参照。

②取得者による前項の事実の了知は、権利の取得に登記を要する場合においては、登記の申請をした時を基準とする。その場合において、第 873 条により必要となる合意が登記よりも後に成立したときは、合意をした時を基準とする。

891 条の登記の真正性の推定は、登記名義人の利益に働く一方で、892 条は、土地登記簿が真正であることを信頼して法的取引に参加した者を保護する規定である。

具体例として挙げられるのは次のようなケースである⁴⁶。

①ある土地の真の所有者は E であるにもかかわらず、A が、誤って所有者として土地登記簿に登記されていたところ、A がこの土地について B とアウフラッシングを締結すると、A はこの土地の処分権限を全く有していなかったとしても、B は善意であれば、この土地につき所有権を取得する。

②H の抵当権を、登記所が誤って抹消してしまった。E は抵当権が存在するがその登記がされていない状態で、この土地を D に譲渡した。D はこの土地登記簿の内容の真正性を信頼していた場合には、D は抵当権の負担のない土地所有権を取得することができる。

③土地の所有者 E は、K のために、当該土地について処分制限を受けていたが、その注記が土地登記簿になされなかった。この場合に、処分制限について善意の取得者 B は、E からこの土地を有効に譲り受けることができる。

(3) 登記官の審査権限

①形式的審査の原則

登記官の審査権限については、形式的審査が原則である。受理された登記申請に対する登記所の審査権（審査義務と表裏一体をなす）については、原則として形式的審査主義が妥当し、審査権は実体法には及ばない。具体的には、登記の適法性、すなわち登記の法令違反の有無、必要な官庁の許可書の有無、申請権限および申請の必要要件の有無、登記の一般的要件（特に人的特定性 *Personalidentität* および代理権の証明）が審査の対象となる⁴⁷。

②例外：実質審査

土地登記法 20 条【合意の証明】

土地の所有権の譲渡に関するアウフラッシング（特別の方式を要する合意）の場合及び地上権の設定、内容の変更または譲渡については、登記は、権利者と相手方との間の必要な合意の意思表示がなされたときに限り、行われる。

形式的審査主義の重要な例外をなすのが、土地登記法 20 条である。同条は、所有権の移転および地上権の設定、変更並びに移転登記については、登記許諾のみならず、実体法上の権利変動の要件である、両当事者による物権的合意自体の証明を要求する。土地の所有権および地上権は、公法上の義務とも結びついており、登記簿と真実の権利状態との一致が重要視される⁴⁸。特に土地所有権の譲渡に関する物権的合意（アウフラッスン

⁴⁶ Bauer/Stürner, a.a.O., §23, Rn. 8ff. および大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）§19,4 以下を参照。

⁴⁷ 石川＝小西・前掲注（28）131 頁以下を参照。

⁴⁸ Demharter, Grundbuchordnung, §20, Rn.2.

グ) は特別の方式を必要としており、この方式とは、両当事者は必ず同時に公証人の面前に出席し、所有権の譲渡の合意をしなければならないというものである (BGB925 条)。登記官は、アウフラッシングが適法になされたことを審査する⁴⁹。

⁴⁹ Demharter, a.a.O., §20, Rn.38.

4. ドイツ法における共同所有

1. 共同所有の形態

ドイツ民法典における共同所有の形態として現在認められているものは、共有（Miteigentum）と合有（Gesamteigentum）の2つである。

（1）共有

物権法は、共有関係について4つの条文を置くにすぎない（1008条～1011条）が、共有は債権法に規定される共同関係（Gemeinschaft）の一場合であり、異なる規定がない限り、共同関係に関する規定が適用される（741条以下）。したがって、ドイツ法上の共有は、所有権と共同関係（債務関係）の二面性を有する。

（2）合有（Eigentum zur gesamten Hand）

共有と同様に、合有においても、目的物の所有権は複数人に帰属する。しかし、合有においては、各合有者は持分を有しているが、共有と異なり持分は共同目的のために拘束されて自由な処分の目的となりえない。合有財産は合有者全員に一体的に帰属する。

現行民法典が定める合有の形式は、組合財産（719条）、夫婦財産共同制における夫婦の共有財産（1416条）、および共同相続の場合の相続財産（2032条）についてである。それ以外の新たな合手的共同関係を、法律行為によって創設することはできない⁵⁰。

2. 共有物の管理・利用・処分等に関する規律（内部関係）

共有者の内部関係における目的物の利用および管理に関する権限については、BGB742条から748条までの規定が適用される。

（1）共同の管理（745条）

744条によれば、管理は「共有者の共同に帰属する」とされ、これは、管理については原則として共有者全員の一致が必要であるとの趣旨である。例外的に、通常管理（ordnungsmäßige Verwaltung）については持分の過半数で決する（745条1項）。

管理・利用に関する合意がないときは、各共有者は、衡平な裁量により共有者全員の利益に適合すると評価しうる管理・利用を請求することができる（745条2項）。請求の対象は、目的物の管理・利用に係る特定の規律であり、一般的には、請求権者は他の持分権者の当該規律に対する同意（すなわち意思表示）の付与を求めることになる。この請求権は、裁判上行使することができる（給付の訴え）。

なお、保存行為は各共有者が単独ですることができる（744条2項）。

（2）目的（物）の本質的変更

これに対して、共有者は、共有物の本質的な変更を決議し、または請求することができない（745条3項）。共有物の変更には共有者全員の同意が必要である。共有物の目的決定

⁵⁰ 大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）§2.8を参照。

(Zweckbestimmung) や外形が徹底的に変更される場合がこれに当たる⁵¹。745 条 3 項の場合に該当するのは、共同関係の経済的基盤に影響を与える変更に限られるところ、分割を目的としている共同相続関係の場合と異なり、相当な対価での共有物の売却に関する決定も本質的変更にあたる⁵²。具体例として、①不相当に費用のかかる設備の設置、②持分権者が不相当に高額な出費を必要とするような建物の再建、③共有の駐車場にガレージを建設すること等が挙げられている⁵³。

他方で、判例において本質的変更にあたらないとされた事例として、④一時的な建築物の築造で、反対者が費用の支出を求められない場合、⑤倒壊の危険のある厩舎を居住用に改築する場合、⑥共有建物内の住居を分割する場合で、住居の目的決定が変更を受けず、家屋の外観にも変更がないことに加え、他の共有者に費用負担が生じないとき、⑦共同で利用する共有私道にガスパイプを敷設する場合、⑧共有物の賃貸等が挙げられる⁵⁴。

(3) 目的(物)の処分

共有持分の処分は各自であることができるが、全体の処分は共同でのみ可能である(747 条)。この場合の「処分」にあたるのは、売却と負担の設定である。使用賃貸および用益賃貸は処分に当たらない。

3. 共有の主張(対外関係)

所有権に基づく請求は各共有者が単独であることができる(1011 条)。所有権に基づく請求権としては、1004 条(妨害排除請求権・不作為請求権)および 985 条(返還請求権)に基づく請求権がある。ただし、返還請求権は、432 条によらなければならない、共有者全員への返還のみ請求することができる。

4. 共有の解消

共有の解消に関する法律関係は、共同関係に関する BGB749 条から 758 条までに規定されており、その概要は次の通りである。

(1) 解消の方法

各共有者は、原則としていつでも共同関係の解消を求めることができる(749 条 1 項)。解消は、共有者間の合意(Vereinbarung)があるときはそれが優先される。この場合に、土地の共有関係の解消については、311 b 条の方式(アウフラッシング)が必要である。共有関係の解消は、1010 条の方法により、これを排除することができる。

訴えの方法による共有関係の解消においては、共同関係の解消は、現物分割が可能であるときはそれにより(752 条)、価値を減ずることなくしては現物分割が不可能であるとき

⁵¹ BGH, 17.04.1953 - V ZR 58/52 = NJW1953, 1427.

⁵² Schmidt, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., §744, 745, Rn.25.

⁵³ Schmidt, a.a.O., §744, 745, Rn.26.

⁵⁴ Schmidt, a.a.O., §744, 745, Rn.27.

は、全体を売却し、売却代金を分割する方法による（753 条）。

（2）共有持分の放棄

動産・不動産のいずれについても、共有持分の放棄は認められない⁵⁵。同様に、区分所有権（住居所有権）の放棄も否定される⁵⁶。なお、BGB には、共有の弾力性に関する日本民法 255 条に相当する規定はない（追増 *Anwachsung* の否定）。

（3）合意による解消の排除

共有関係の解消は、共有者間の合意によって排除することができるが（1010 条）、合意を共有者の特定承継人に対抗するためには、これを持分の負担として土地登記簿に登録する必要がある。

5. 相続財産の権利関係

（1）合手的共同所有

相続人が複数いるときは、遺産は相続人の合有に属する。各共同相続人は、遺産全体に対する持分（相続分）と、相続分に応じて遺産に属する個々の物に対する持分とを有する。相続分は単独で処分することができるが、個々の物に対する持分は処分することができない（2032 条）。

（2）法定先買権（2034 条）

共同相続人の 1 人が相続分を第三者に譲渡した場合に、他の共同相続人は物権的先買権（*Vorkaufsrecht*）を取得する（2034 条、2035 条）⁵⁷。他の共同相続人は、先買権を行使することにより、遺産分割の場合に、共同相続人の望まない他者の介入を防ぐことができる。ただし、先買権による共同相続人の保護は、第一に、相続分についての共同相続人と第三者との間に有効に締結された売買契約の存在を要件とすること、第二に、他の共同相続人は先買権行使のために必要な資金を有することが前提となっている点で不完全であることが指摘されている⁵⁸。

先買権は形成権であり、相続分を譲渡した共同相続人を除く共同相続人全員に合手的に帰属する。先買権を有する複数の共同相続人のうち、先買権の行使を望まない者がいる場合には、これを望む者が、先買権を合手的に行使することができる。

（3）遺産の管理

⁵⁵ 土地所有権の共有持分の放棄については、Urt.v. BGH, 7.6.1991=NJW2991, 2488、Beschl.v.BGH, 10.5.2007=NJW2007,2254, 2547 がいずれもこれを否定する。他方で、共有持分および住居所有権の放棄を認めるべきとする見解として、Kanzleiter, a.a.O., § 928, Rn.2ff.

⁵⁶ 区分所有権（住居所有権）の放棄について、Beschl.v.BGH, 14.6.2007=NJW2007,2547.

⁵⁷ 先買権はゲルマン法に由来し、本来家族財産の一体性を維持するために役立つものであったところ、ローマ法継受後も諸種の法定先買権がみとめられ、中世末以来崩壊にひんした土地の一体性を維持するのに役立った。しかし、18 世紀以来、自由思想の波に洗われて、大部分の法定先買権は消滅し、民法上の法定の先買権としては、この共同相続の場合に認められるものがあるだけである。山田晟『ドイツ法概論Ⅱ（第三版）』（有斐閣、1987 年）234 頁を参照。

⁵⁸ Gergen, in Münchener Kommentar zum BGB, 7.Aufl., §2034, Rn.1

遺産の管理は、共同相続人が共同でこれを行う（2038 条 1 項）。遺産に属する個々の物については、共同してのみ処分することができる（2040 条 1 項）。また、BGB2038 条 2 項により持分共同関係に関する BGB743 条、745 条、746 条、748 条が適用されることにより、管理については持分共同関係における考え方が妥当する。各共同相続人の管理権等の割合は相続分に比例するが、各共同相続人には、持分による共同関係における場合と同様に、「通常の管理に必要な措置」に協力する義務がある。「通常の管理に必要な措置」には、場合により、遺産に属する個々の物の処分も含まれる⁵⁹。

（4）遺産の分割

各共同相続人は何時でも遺産の分割を請求することができるのが原則である（BGB2042 条）。分割をなすには、まず遺産債務を支払い（2046 条）、その残余が合意に基づいて共同相続人に分割される。合意がまとまらないものについては、752 条（現物分割）、753 条（売却代金の分割）に従い、相続分に応じてこれを分割する。

⁵⁹ BGHZ164, 181=NJW2006, 439. 共同相続人の 1 人が、被相続人の生前から、その世話人として遺産に属する土地の売却を試みてきたところ、相続開始後、適正価格で当該土地の購入を希望する者が現れたにもかかわらず、他の共同相続人がこれに同意しなかった場合に、同意しなかった他の共同相続人について、協力義務違反に基づく損害賠償義務が認められた事例。

【参考資料：BGB の共有関連規定】⁶⁰

—共同関係（債務法）—

第 741 条：[持分による共同関係]

権利が数人に帰属するときは、法律による別段の結果を生じない限り、742 条から 758 条までの規定を適用する（持分による共同関係）。

第 742 条：[持分の平等]

持分権者の持分は、疑わしいときは、平等なものとする。

第 743 条：[果実の持分；使用権限]

- ① 各持分権者には、その持分に応じた果実の持分が帰属する。
- ② 各共同者は、共同の目的について、他の持分権者による共同使用を侵害しない限りにおいて、これを使用することができる。

第 744 条：[共同の管理]

- ① 共同の目的の管理は、持分権者の共同に帰属する。
- ② 各持分権者は、他の持分権者の同意なくして目的の保存に必要な処置を採ることができる。各持分権者は、他の持分権者に対し、当該措置に対する同意を予めなすべきことを請求することができる。

第 745 条：[決議による管理及び利用]

- ① 共同の目的の性質に適合する通常の管理及び利用は、多数決議によりこれを決することができる。多数決は、持分の大小に応じてこれを計算する。
- ② 各持分権者は、管理及び利用が合意又は多数決により規律されていない限りにおいて、衡平な裁量により全持分権者の利益に適合する管理及び利用を請求することができる。
- ③ 目的の本質的変更は、これを決議し又は請求することができない。各持分権者が自己の持分に応じた果実の部分を請求する権利は、その者の同意なくしてこれを害することができない。

第 746 条：[特定承継人に対する効力]

持分権者が共同の目的の管理及び利用を規律したときは、その規定は特定承継人の利益及び不利益のためにもその効力を生ずる。

第 747 条：[共同目的の持分の処分]

各持分権者はその持分を処分することができる。共同の目的の全体としての処分は、持分権者が共同してのみこれを行うことができる。

第 748 条：[費用及び負担]

各持分権者は他の持分権者に対し、その持分の割合に応じて共同の目的の負担に任じかつその保存、管理及び共同利用の費用を負担する義務を負う。

第 749 条：[解消請求権]

⁶⁰ 民法等の条文の翻訳に当たり、大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）、山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第三版〕』（有斐閣、1987 年）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003 年）を参照した。

- ① 各持分権者はいつでも共同関係の解消を請求することができる。
- ② 解消を請求する権利が合意により永久的又は一時的に排除されている場合であっても、重大な事由があるときは、解消を請求することができる。告知期間を定めた場合であっても、同一の要件があるときは、この期間を保つことなく解消を請求することができる。
- ③ 解消を請求する権利を本条の規定に反して排除または制限する合意は無効である。

第 750 条：[死亡の場合における解消の排除]

共有者が共同関係の解消を請求する権利を一時的に排除した場合に、この合意は、疑わしいときは持分権者の一人の死亡とともにその効力を失う。

第 751 条：[解消の排除と特定承継人]

持分権者が共同関係の解消を請求する権利を永久的若しくは一時的に排除し又は告知期間を定めたときは、その合意は特定承継人の利益および不利益にもおいてもその効力を生ずる。債権者の 1 人が持分権者の 1 人の持分を差し押さえたときは、差押債権者はその合意にかかわらず共同関係の解消を請求することができる。但し、債務名義が単に仮執行力を有するにとどまるときはこの限りでない。

第 752 条：[自然的分割]

共同関係の解消は、共同の目的または数個の目的が共同である場合に、これらの目的がその価値を減ずることなくして共同者の持分に応じた同種の部分に分割されうるときは、自然的分割によりこれを行う。持分権者間における同種の部分の分配は、抽選（Los）によりこれを行う。

第 753 条：[売却による分割]

- ① 自然的分割をなすことができないときは、共同関係の解消は、質物の売却に関する規定に従い共同の目的の売却を売却し、不動産については強制競売を行い、かつ売却代金を分割することによりこれを行う。第三者に譲渡することができないときは、目的を持分権者間にて競売しなければならない。
- ② 目的を売却する試みが効を奏しなかった場合は、各持分権者はその反復を請求することができる。ただし、請求者は、反復した試みが成功しなかった場合において、その費用を負担しなければならない。

第 754 条：[共同債権の売却]

共同債権の売却は、未だこれを取立てることができない場合にのみ、これをなすことができる。取立てが可能であるときは、各持分権者は共同の取立てを請求することができる。

第 755 条：[連帯債務の償却]

- ① 持分権者が、第 748 条の規定に従いその持分の割合に応じて履行すべき義務またはこの種の義務の履行のために負担したる義務につき、連帯債務者として責を負うときは、各持分権者は共同関係の解消に際して、共同の目的によりこの債務を償却すべきことを請求することができる。
- ② 前項の請求は特定承継人に対してもこれを主張することができる。

③ 債務の償却のために共同の目的の売却を必要とする限度において、第 753 条の規定によりそれを売却しなければならない。

第 756 条：[一持分権者の債務]

持分権者の一人が他の持分権者に対し共同関係に基づく債権を有するときは、債権者は共同関係の解消に際し、債務者に帰すべき共同の目的の部分より自己の債権の償却を請求することができる。第 755 条第 2 項及び第 3 項の規定はこの場合に適用する。

第 757 条：[一持分権者への分配における担保給付（Gewährleistung）]

共同関係の解消に際して共同の目的を持分権者の一人に分配したときは、他の持分権者は権利の瑕疵又は物の瑕疵に基づき売主と同様の方法を以て、その持分に応じ担保を給付しなければならない。

第 758 条：[解消請求権の時効]

共同関係の解消の請求権は時効により消滅しない。

—共有（物権法）—

第 1008 条：[持分による共有]

一個の物の所有権が持分により複数人に帰属するときは、第 1009 条から第 1011 条までの規定を適用する。

第 1009 条：[共有者の一人のための負担]

- ① 共有者の一人の利益のために共有物に負担を設定することができる。
- ② 他の不動産の現時の所有者の利益のために共有不動産に負担を設定し又は共有不動産の現時の所有者の利益のために他の不動産に負担を設定することは、他の不動産が共有不動産の共有者の一人に帰属することにより妨げられない。

第 1010 条：[共有者の一人の特定承継人]

- ① 不動産の共有者が管理及び利用の方法を定め、又は共同関係の解消を請求する権利を永久に若しくは一時的に除斥し、又は告知期間を定めたときは、これらの定めは、持分の負担として登記簿に登録されなければ、共有者の一人の特定承継人の不利益にその効力を生じない。
- ② 第 755 条、及び第 756 条に規定された請求権は、それが土地登記簿に登録されなければ、一人の共有者の特定承継人に対してこれを行行使することができない。

第 1011 条：[共有に基づく請求権]

各共有者は、共有物の全部に関する所有権に基づく請求権を第三者に対して行使することができる。ただし、返還請求権は第 432 条の規定に従ってのみこれを実行することができる。

—相続財産の権利関係（相続法）—

第 2032 条：[共同相続関係]

- ① 被相続人に複数の相続人がいるときは、遺産は相続人の共同の財産となる。
- ② 分割までは、第 2033 条から 2044 条までの規定が適用される。

第 2033 条：〔共同相続人の処分権〕

- ① 各共同相続人は、遺産に対する自己の持分を処分することができる。共同相続人がその持分を処分する契約は、公証人による公証を要する。
- ② 共同相続人は、個別の遺産対象物に対する持分については、これを処分することができない。

第 2034 条：〔売主に対する先買権〕

- ① 共同相続人の 1 人が第三者に対してその相続分を譲渡したときは、他の共同相続人は先買権を取得する。
- ② 先買権は 2 か月の間行使することができる。先買権は相続される。

第 2035 条：〔買主に対する先買権〕

- ① 売却された持分が買主に譲渡されたときは、共同相続人は、第 2034 条に基づき売主に対して有する先買権を買主に対して行使することができる。売主に対する先買権は、当該持分の譲渡により消滅する。
- ② 売主は、共同相続人に対し、譲渡のあったことを遅滞なく通知しなければならない。

第 2036 条：〔相続財産の買主の責任〕

買主は、共同相続人に対する持分の譲渡により、遺産債権に対する責任を免れる。ただし、買主が債権者に対して第 1978 条から第 1980 条までの規定に基づいて責任を負う場合は、買主の責任は存続する。このとき、第 1990 条及び 1991 条の規定が準用される。

第 2038 条：〔遺産の共同の管理〕

- ① 遺産の管理は相続人に共同に帰属する。各共同相続人は、他の共同相続人に対し、通常の管理のために必要な措置について協力する義務を負う。遺産の維持に必要な措置は、各共同相続人が他の相続人の協力なくして行うことができる。
- ② 第 743 条、第 745 条、第 746 条、第 748 条の規定が適用される。果実の分割は、〔遺産〕分割後に行う。〔遺産〕分割が 1 年間を超える期間において排除されているときは、各共同相続人は、各年末において純益の分割を請求することができる。

第 2042 条：〔分割〕

- ① 共同相続人は、第 2043 条から第 2045 条によるこれと異なる定めのない限り、いつでも分割を請求することができる。
- ② 第 749 条第 2 項、第 3 項及び第 750 条から第 758 条の規定が適用される。

5. ドイツ法における不在者の財産管理

1. 成年の不在者の財産管理（BGB1911 条）⁶¹

1911 条【不在者監護】

①その滞在所が不明である成年の不在者には、その財産事務について、保護が必要な限りにおいて、不在者監護人が付与される。とりわけ、不在者が委任又は代理権の授与によって監護を図っていたが、委任又は代理権の撤回をもたらす事情が生じた場合は、監護人が選任されなければならない。

②滞在所を知られている不在者が、帰還を妨げられ、又は財産事務の処理を妨げられている場合も同様とする。

(1) 「不在者」の定義

「不在」の概念としては、財産事務につき保護を必要とする場所にいないことをもって足り、住所ないし居所にいないことは不在者監護の要件ではない⁶²。失踪状態（失踪法 1 条）は必要ではない。他方で、もはや生存推定が及ばないが、死亡宣告が未だなされていない場合にも、不在者監護の命令は認められる。

(2) 保護の必要性

保護の必要性の要件については、不在者本人について保護の必要性が生じていることが必要であり、第三者の保護の必要性については顧慮されないとするのが下級審裁判例および学説の通説である⁶³。本人の保護の必要性に加えて第三者の保護の必要性が存在することは、不在者監護制度に矛盾するものではないが、第三者保護の必要性のみが存在する場合には、不在者監護は否定される。これに対して、一部の学説には、不在者に対して権利を有する第三者の保護のための不在者監護も認められるべきであるとの見解も有力に主張されている⁶⁴。

(2) 未成年後見（1773 条以下）の規定の準用（1915 条）

不在者監護については未成年後見の規定が準用される。BGB1774 条は裁判所の職権による未成年後見の開始を規定しており、同条の準用により、不在者監護および遺産監護についても裁判所が原則として職権により監護人を選任する。

⁶¹ 1911 条、1960 条および 1961 条の翻訳は、武田直大「不在者財産管理の理論的課題」水野紀子・窪田充見編『財産管理の理論と実務』（日本加除出版、2015 年）による。

⁶² Bienwald, in Staudinger, BGB, §1911, Rn. 16. 武田・前掲注（61）147 頁以下を参照。

⁶³ Götz, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2018, §1911, Rn.6.

⁶⁴ 武田・前掲注（61）164 頁を参照。この見解から、不在者管理制度については、不在者のためにその残留財産を管理してやる制度と捉えるほかに、第三者が不在者又はその財産と関係する法律関係を処理し、自らの権利の実現を図ることを可能にするための制度として、この制度を位置づける余地があるという示唆を得ることができると指摘されている。武田・同 164 頁以下を参照。

（３）財産監護の範囲

監護人は不在者の法定代理人である（通説）⁶⁵。財産監護人の権限については後見の規定が準用され、その権限の範囲は選任行為により定まる。その際には、不在者の保護の必要性の程度（緊急性・不在による支障が続く期間等）が勘案され、不在者の特定の財産に係る事務についてのみ監護人を選任するか、または不在者の全ての財産に係る事務のために選任するかも決せられる。選任行為において監護人の権限に制限が付されていないときは、監護人はすべての財産事務を処理するために選任されたものとみなされる。この場合の監護人の権限には、財産の維持・管理のほか、相続の承認・放棄も含まれるが、個人的な事務の処理は除外される。

（４）財産監護の終了原因

①法律に基づく終了

財産監護は、個々の事務の処理が済むと、法律の規定に基づき終了する（1918 条 3 項）ほか、死亡宣告によっても終了する（1921 条 3 項）。

②裁判所の決定に基づく終了

財産監護が不十分な事由に基づき命じられていた場合、または本人がもはやその財産事務の処理を妨げられなくなったことにより、財産監護の原因もしくは必要性が消滅した場合に、財産監護は裁判所の決定により終了する。不在者の死亡は監護の当然の終了を導くものではなく、後見裁判所による監護の廃止をもって初めて終了する。

２．相続人となるべき者が不明の場合（BGB1960 条）

1960 条【遺産の保全；遺産監護人】

①相続の承認があるまで、遺産裁判所は、必要がある限りにおいて、遺産の保全に努めなければならない。相続人が不明であり、又は相続人が相続を承認したかが不確定の場合も同様である。

②遺産裁判所は、…＜中略＞…相続人となる者のために、監護人（遺産監護人）を選任することができる。

③958 条の規定は遺産監護人には適用しない。

（１）制度の概要

遺産監護とは、相続人が確定し、相続の承認があるまで、不確定の相続人のために遺産を監護することであり、遺産裁判所（Nachlaßgericht）は、この目的のために遺産監護人を選任することができる。遺産の監護についても、特則がある場合を除き、未成年後見の規定が準用される（BGB1915 条）が、遺産監護の場合には遺産裁判所が後見裁判所に代わる。

（２）裁判所による監護措置（１項）

裁判所は、特別の必要がある場合に限り、遺産の監護を行う。裁判所が遺産の監護を行

⁶⁵ Götz, a.a.O., §1911, Rn.3.

うのは、①相続の承認があるまでの間、又は②相続人が不明である場合、③相続人が相続を承認したかが不確定の場合である。監護の具体的な態様は遺産裁判所の裁量により決せられる。遺産裁判所は他者の財産的利益を判断するのであるから、終局的（潜在的）な相続人の利益に沿って、遺産の保全および維持を図らなければならない。

（３）遺産監護人の選任（２項）

遺産裁判所は、職権により遺産監護人を選任することができる。遺産監護人の選任の目的は、不確定の相続人の調査および遺産の保全・維持を図ることにあり、遺産債権者の満足や被相続人の最終意思の執行は目的とされない⁶⁶。監護人は不確定の相続人の法定代理人である。

遺産監護人の権限の範囲は、遺産裁判所が具体的事案における必要性を勘案して決定する。したがって、権限の範囲が広汎にわたる場合もある。監護人の一般的義務として、遺産を維持・管理し、相続人の財産的利益を保全する義務があるが、具体的には、遺産に帰属する物の占有を取得すること、遺産を調査し遺産目録を作成すること、税金の支払いを処理すること、場合により遺産の破産の申立てをすること、失踪した相続人の死亡宣告の申立てをすること等が挙げられている⁶⁷。他方で、相続の承認および放棄の権限は遺産監護人には認められない⁶⁸。

（４）遺産監護の終了

遺産監護は、原則として遺産裁判所による廃止（Aufhebung）に伴い終了する（1919 条、1962 条）。この場合に、明確な廃止がされるまでになされた監護人の行為は、相続人に対して効力を生じる。遺産監護の廃止は、遺産監護の命令の根拠となった事由が喪失したときになされる。廃止のためには、相続人らしき者の存在が探知されただけではならず、その者が相続人であることが高い蓋然性を伴って確定されることが必要である。

個別の財産事務について遺産監護人が付されている場合には、当該事務の処理が終了すれば、遺産監護も終了する（1918 条 3 項）。

3. 遺産債権者の遺産監護の申立権（1961 条）

1961 条【申立てによる遺産監護】

遺産裁判所は、1960 条 1 項の場合において、遺産に対する請求権の行使を目的として権利者による遺産監護人の選任の申立てがなされたときは、遺産監護人を選任しなければならない。

本条により、遺産債権者は、相続の承認がなされる前であっても、遺産に対する債権を行使することができる。相続の承認前においては、遺産監護人が、現時点では不明である、

⁶⁶ Leipold, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2017, §1960, Rn 36.

⁶⁷ Weidlich, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2018, §1960, Rn.13.

⁶⁸ この点が、不在者監護人の権限と遺産監護人の権限の大きな相違である。Weidlich, a.a.O., §1943, Rn.4.

終局的な相続人の代理人として訴訟当事者となるからである。

本条における「遺産に対する請求権」に含まれるのは、被相続人の債務、受遺者の請求権、遺留分請求権、公課および埋葬費用等である⁶⁹。これに対して、相続人が個人的に責任を負うべき、遺産の管理行為から生じた債権は、ここでいう遺産債権に含まれない。

なお、遺産から弁済すべき世話の費用を確定させるために、国庫が遺産監護の申立てをすることも可能とされる⁷⁰。

4. 相続人が存在しない場合

1964条～1966条の規定は、法定相続の場合に、相当の期間内において相続人の確認がなされず、それにより補充的に国庫の相続権が問題となる場面において機能する。1964条により、法定相続の場合に国庫の他に相続人が存在するかを調査する義務は、遺産裁判所が負う。1項の「相当の期間」および調査の範囲について、法は具体的な規定を置いていない。これについては、遺産裁判所の裁量に委ねられる⁷¹。

なお、相続人の有無を調査している間に遺産監護人が選任されている場合も多く、遺産監護人が相続人の有無を調査する義務を負うケースもある。

(1) 遺産裁判所による相続人不存在の確定（1964条）

1964条【確定による国庫のための相続推定】

- ①相当の期間内に相続人を確認することができなかったときは、遺産裁判所は、国庫の他に相続人が存在しないことを確定する。
- ②1項の確定は、国庫が法定相続人である旨の推定を生じる。

相当期間内に相続人が確認されないときは、遺産裁判所は、1964条により、相続人が存在しない旨を確定する（1項）。ただし、確定の前に、さらに公示催告の手續（後述、1965条）を経る必要がある。1項の確定は決定によってなされ（家事事件非訟手続法 38条）、国庫が法定相続人である旨の推定を生じる（2項）。なお、国庫は相続放棄をすることができない（1942条2項）が、その責任は遺産の範囲に限定される（民訴法 780条2項）。

遺産裁判所による相続人の調査および 1964条1項の決定は職権行為である。

(2) 公示による催告（1965条）

1965条【相続権の届出の公告による催告】

- ①確定に先立ち、相当の期間を設けた相続権の届出の公告による催告がされなければならない。公示の方法及び届出の期間は、公示催告に関する規定に従う。催告は、相続財産の状況と比較して、その費用が不相当に高額である場合にはなされない。

- ②略

⁶⁹ Leipold, a.a.O., §1961, Rn.6.

⁷⁰ Leipold, a.a.O., §1961, Rn.8.

⁷¹ Leipold, a.a.O., §1964, Rn.2.

1964 条の方法によっても相続人がなお不明の場合に、遺産裁判所は、1965 条に従い、相当の期間（この期間は 6 か月より長くなければならない。家事事件非訟手続法 437 条）を定めて相続人の届出の催告を行う。同条の公示催告は、1964 条の期間の徒過後にはじめてすることができる⁷²。

（3）国庫のもとでの遺産の清算（BGB1966 条～）

国庫が法定相続人となる場合についても、当然承継の原則（1942 条）が妥当するが、法定相続人としての国庫の権利および国庫に対する権利は、遺産裁判所が、国庫の他に相続人が存在しないことを確認した後にはじめて行使することができる（1966 条）。

遺産の清算については、1967 条から 2017 条において、確定された相続人の遺産債務（Nachlassverbindlichkeiten）に対する責任に関する規定が置かれている。これによれば、相続人は、遺産債務について責任を負い（1967 条）、また、被相続人の埋葬にかかる費用を負担する（1968 条）。さらに、相続人は、被相続人の世帯に属していた近親者に対し、相続開始から 30 日間はその生計を維持し、住居等を使用させなければならない（1969 条）。

5. 失踪法（Verschollenheitsgesetz）

（1）失踪者に対する死亡宣告（Todeserklärung）による死亡推定

現存する消息によれば失踪者が生存していた最後の年の末から 10 年を経過したときに、死亡宣告が許容される（失踪法 3 条 1 項）。失踪者は、死亡宣告を受ければ、一定の時点において死亡したものと推定される（同 9 条）。

（2）生存推定

死亡宣告がされない限りにおいて、現存する消息によればなお生存していた最後の年の末から 5 年目の末まで、生存者の生存が推定される（同 10 条、9 条 3 項）。

（3）相続人となるべき者が不在者である場合の財産管理⁷³

具体的な相続人不明のケースにおいては、民法の規定と失踪法の規定を併せて解釈する必要がある。①失踪者に生存推定が及ぶ場合、または現に生存していることが証明された場合には、その者が相続人となるため、その相続分について不在者監護制度が適用される。これに対して、②失踪者に生存推定が及ばず、かつ、現に生存していることが証明されない場合には、相続人が不明の場合として遺産監護制度を用いるべきものとされる。

⁷² Weidlich, a.a.O., §1965, Rn.1.

⁷³ この問題については、武田・前掲注（61）159 頁を参照。

6. ドイツ法における土地の境界および相隣関係

1. 境界⁷⁴の位置の特定

(1) 境界標の設置 (919 条)

BGB919 条【境界標の設置】

- ①土地の所有者は、隣地の所有者に対し、堅固な境界線の設置に協力することを請求することができる。境界標が移動され、または認識不能の場合には、原状回復への協力を請求することができる。
- ②境界標の種類及び設置方法は、州法によって、これを定める。州法に規定がないときは、その場所の慣行によってこれを定める。
- ③境界標にかかる費用は、利害関係人が等しい割合でこれを負担する。ただし、その者らの間にある法律関係から別段の結果が生じるときは、この限りでない。

①趣旨および要件

919 条は、争いのない状態にある境界を保全することを目的とする規定であり、土地所有者に、隣地所有者に対して堅固な境界標の共同の設置を求める権利を付与している⁷⁵。土地所有者の境界標示を求める請求権は、所有権に基づく物権的な協力請求権であって、消滅時効にかからない。

本条の請求権を行使するためには、境界線が定まっており、境界線をめぐる争いのないことが必要である。境界線が定まっていない場合には、まず所有権確認の訴え（民事訴訟法 256 条）により、境界部分についての所有権の確認を求めた後に、本条に基づく請求権を行使する（もしくは両方を同時に行う）こととなる。

本条の請求権を行使する者は、土地所有者および地上権者である。境界標示は土地の状態を変更するものではないから、これについて担保権者の協力はいらない。

②州法に基づく境界標示（Abmarkung）の手続

境界標の種類および設置方法は、州法（境界標示法、測量法、土地台帳法等）によってこれを定める⁷⁶。なお、2 項後段は、州法に規定がないときは、その場所の慣行によってこれを定めるとされているが、いずれの州も境界標示についての規定を有するから、同規定にあまり意味はない。境界標示にかかる費用は、原則として、当事者が等しい割合で負担

⁷⁴ ドイツ法上、土地登記簿上の土地の境界と所有権界とは一致しており、両者の間に齟齬が生じることは想定されていない（そもそも日本のような「筆界」と「所有権界」の別はなく、土地の「境界」という用語しか存在しない）。

⁷⁵ 今日では、多くの州が独自の公法上の厳格な境界標示規定を定めており、919 条は実務上の意義を失っているといわれる。Roth, in Staudinger Kommentar zum BGB, §919 Rn. 2. 例えば、バイエルン州の境界標示法（BayAbmG）2 条 2 項によれば、境界標示は、隣人が（もっといえば関係者全員が）これに対して異議を唱えている場合でも遂行される。

⁷⁶ 境界標示に関する立法例として、①ベルリン特別市

（<https://www.stadtentwicklung.berlin.de/service/gesetzestexte/de/download/geoinformation/>

Vorschriftensammlung/1_1.pdf）②バイエルン州

（<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayAbmG>）等を挙げておく。

する（3項）。

③境界標示の効力

境界標示は境界線を変更するものではない（設権的効力がない）から、所有権関係や第三者の物権にも変更を加えない。真の境界線はなお存在し続ける。ただし、州法に基づいて適切に行われた境界標示は民事訴訟法 286 条の証拠方法に当たり、所有権の範囲について高い証拠価値（証拠力）を有する。それでもなお当事者は、証拠を示して、管轄の機関が誤った境界標示を行ったことを主張することができる。

境界標によって示された境界線と、登記簿において示されている境界線が一致しないことについて認識していた者は、892 条（土地登記簿の公信力）に基づく善意取得は認められない。

（2）境界の確定（920 条）

920 条【境界の確定】

①境界線が不明確である場合において、正しい境界線を突き止めることができないときは、境界線は占有状態を基準としてこれを画定する。占有状態を確定することができないときは、争いのある地所を各土地に等しい大きさを割り当てるものとする。

②上記の方法によって画定される境界線が、明らかな事情、特に土地の確定面積に反する結果を生じさせるときは、境界線は、当該事情を斟酌した上で、公平に適うようにこれを画定しなければならない。

① 趣旨および要件

境界線をめぐる紛争において、当事者は、所有権に基づく返還請求権（985 条）、妨害排除請求権（1004 条）を行使し、もしくは所有権の確認の訴えを提起することができるが、その場合に、当事者は自己の所有権の範囲を証明しなければならない。当事者のいずれも、正当な境界線を示し、これを証明することができないときは、920 条に基づく境界確定請求権または境界確定契約の可能性が残る⁷⁷。このように、920 条は、境界線について争いがある場合の、既に発生している境界の不明確さを除去するための制度である。同条に基づく境界確定の訴えの提起は、土地の測量および境界の確認の受忍を目的とするものではなく、裁判所による境界確定に向けられている。

本条も 919 条と同様に、高度な測量技術によって境界を確定することが可能な今日においてはもはや重要な意義を有しないと指摘される⁷⁸。さらに、本条に基づく請求権は、二重の意味において補充性を有する⁷⁹。つまり、第一に、不明確な境界の確定について、公法上の法的救済方法が存在するときは、先に行政上の手段によって境界の確定が試みられなければならない。さもなければ、本条における「正しい境界を突き止めることができない」旨の要件の充足が認められない。第二に、登記された土地の場合に、地籍局（Katasteramt）

⁷⁷ Herrler, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., 2018, §920. Rn.1.

⁷⁸ Roth, a.a.O., §920, Rn.2.

⁷⁹ Roth, a.a.O., §920, Rn.2.

⁸⁰が示した境界線について、891 条に基づく法律による推定⁸¹が排除されない限りは、本条に基づく境界確定請求をすることはできない。

本条に基づく境界確定請求権の行使のためには、単に隣接する土地の所有者間に境界線についての認識の不一致があるだけでは足りず、現実の境界線を客観的な基準により確定することができないことが要求される。隣接する土地のいずれの所有者も、境界を証明することができない状態にあることが必要である。訴訟の当事者は隣接する土地の両所有者であり、土地について物的権利を有する者は訴訟当事者となることはできない。

② 手続

当事者は、裁判所による境界確定を求める訴えを提起する。この場合に、当事者は特定の境界線を主張することができる。

裁判所は、第一に、判決時の占有状態に基づいて判断をする⁸²。占有状態が法の禁じた私力（858 条）によって取得されたものであるときは、それ以前の占有状態が考慮される（1 項前段）。占有状態を確定できない場合には、裁判官は、紛争の対象である土地部分の中心に境界線を設ける（1 項後段）。この場合に、土地の価値および地味は考慮されない。こうして確定される境界線は、同条 2 項に従い、それが公平に適うか吟味されなければならない。

② 判決

裁判官は、まず、真の境界を確定するが（920 条 1 項）、このとき、自由心証主義（民事訴訟法 286 条）の範囲において、あらゆる証拠（境界石、土地台帳、証言、私文書、鑑定書等）が援用されうる。また、裁判については、審問主義（Untersuchungsgrundsatz）ではなく、弁論主義が妥当する⁸³。

裁判所の判決は形成判決であり、将来に向かって効力を生ずる⁸⁴。裁判所の判決により、土地登記法 22 条の訂正登記が行われる。このとき、判決は土地の物的権利者に対しても効力を有するから、訂正登記に対する物的権利者の同意は不要である。

④ 境界確定契約（Grenzfeststellungsvertrag）

当事者は、不明確な境界線を確定するために、裁判所を介入させるかわりに、当事者間で境界確定契約を締結することができる。

境界確定契約に必要な方式は、契約の目的によって異なる。当事者が単に境界線の不明

⁸⁰ 州の地籍局によって調製される *Liegenschaftskataster*（土地台帳）は、土地の測量の結果を正確に記載した帳簿で、主として課税の目的のためにつくられ、土地の現況（位置、地目および面積等）が記載される。土地登記簿の表題部は、土地台帳に記載されている部分を参照しうようになっている（土地登記法 2 条 2 項「土地は、州で調整された公の台帳に従って登記簿において特定標示される」）。

⁸¹ BGB891 条【法律による推定】

（1）土地登記簿に権利を登記されている者は、その権利を有するものと推定する。

（2）土地登記簿に登記されていた権利が抹消されたときは、その権利は存在しないものと推定する。

⁸² Roth, a.a.O., §920, Rn.11.

⁸³ Brückner, Münchener Kommentar zum BGB, 7.Aufl., 2017, § 920, Rn.3.

⁸⁴ これに対して遡及効を主張する立場もある。Wolf/Raiser, Sachenrecht, S.206.

確さを除去することを目的とする場合には、BGB311b 条の方式（アウフラッシング）は不要である。これに対して、相隣者の一方が他方に対し土地の一部を譲渡することを前提とする（既存の境界線を変更する）場合には、アウフラッシングが必要である。後者の場合には、当事者は境界の終局的な確定を意図しており、境界確定契約は設権的効力を生じるため、それ以降、当事者が異なる境界線を主張することはできない。ただし、測量の際に、測量官の重大な瑕疵があった場合にはこの限りでない。なお、境界の確定を訴訟上の和解によってすることも可能であり、実際の件数も多い⁸⁵。

2. 境界線上の施設（921 条）

2 筆の土地が、中間地、畑道、角地、溝、壁、生垣、塀その他いずれの土地にも便益を提供する設備によって互いに区分されるときは、各土地の所有者は、その移設を共同で利用する権能を有するものと推定される。ただし、その設備が、どちらか一方の土地所有者のみに帰属することを示す、外部から認識可能な標識があるときは、この限りでない。

3. 越境建築（Überbaurecht : 912 条）

隣地の所有者が工作物を建造し、故意・重過失なしに境界を踰越した場合には、被踰越地の所有者は、工作物の踰越を認容しなければならない（適法越境建築）。ただし、被踰越者が境界踰越前または踰越の直後に異議を述べた場合には、この限りでない。被踰越地の所有者の受忍義務が生じる場合には、その代償として、被踰越地の所有者は、地代による補償を得ることができる（越境建築定期金、913 条）。地代の額は越境時を基準として算定される。

建物は土地の本質的構成部分であり（94 条 1 項）、本来は越境建築も隣地所有者の所有権に帰属することになるはずであるが、本条により、適法な越境建築は、誤って境界を越えて建築した土地所有者の所有に属することになる。これに対して、不法な越境建築の場合は、隣地所有者は越境部分の収去及び土地の明渡しを請求することができる。越境部分は隣地所有者の所有に属するというのが連邦通常裁判所の立場である。越境建築を行った者は、越境部分を占有していることがふつうであるから、隣地所有者との関係において、987 条以下（占有者の所有者に対する利益の返還等）の規定が適用される。

4. 囲繞地通行路（Notweg : 917 条）

ある土地につき、その土地の通常の利用に必要な公路との連絡を欠くときは、その土地の所有者は、隣地（囲繞地）の所有者に対して、この不備が解消されるまで、必要な通路を開設するために隣地を利用することの受忍を請求することができる。囲繞地の所有者は、地代による補償を受けることができる。この受忍義務は、有責性とは無関係の、犠牲的な

⁸⁵ Roth, a.a. O., §920, Rn.21.

責任である⁸⁶。囲繞地の受忍義務は、所有権の法定の制限であり、917条2項に基づき金銭補償により補填される。

917条は、袋地である土地にとって必要な供給用導管についても適用（ないし準用）される（囲繞地配管権、Notleitungsrecht）。供給用導管の具体例としては、上下水道管、ガス管、電線、電話線等が挙げられる。

5. 土地の境界付近における植物

（1）境界線を超えた枝根（910条）

土地の所有者は、隣地から侵入してきた高木および低木の根を切り取り、保有することができる（1項）。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、土地の所有者の枝根の切除が認められる。「相当な期間」がどの程度の長さであるかは具体的ケースによって異なる。枝の切除が骨の折れる作業であれば比較的長く認められるであろう。

これに対して、隣地の木の枝・根により土地の利用を害されない場合には、切除の権利は認められない（2項）。

（2）落下した果実（911条）

高木または低木から境界線を越えて隣地に落下した果実は、当該隣地の果実とみなす。ただし、当該隣地が公の利用に供されている場合には、この限りでない。

（3）境界線上の樹木（923条）

①高木が境界線上に生立しているときは、その果実は等しい割合で各相隣者に帰属する。高木が倒れた場合も、この倒木は等しい割合で各相隣者に帰属する。

②各相隣者は、高木の伐採を請求することができる。伐採に要する費用は、相隣者双方が等しい割合で負担する。ただし、相隣者の一方が高木の伐採を請求したが、他方の相隣者が高木に対する権利を放棄した場合には、伐採を請求した相隣者が伐採に要する費用を負担しなければならない。このとき、伐採を請求した相隣者が、伐採によって、伐木に対する所有権を取得する。

③以上の規定は、境界線上に生立する低木についても適用される。

6. その他の相隣関係規定

（1）インミッションからの保護（906条）⁸⁷

906条は、ある土地の利用がインミッション（他の土地に対する作用）を伴う場合に、当該土地の利用の許容性（如何）について定めた規定である。それによれば、インミッションが存在するが、①作用が本質的なものではないとき、または②本質的な侵害ではあるものの、それが生じている場所にとって慣行的なものであり、経済的に期待しうる方法でこ

⁸⁶ Roth, a.a.O., §917, Rn.1.

⁸⁷ インミッションについては、大場＝水津＝鳥山＝根本・前掲注（1）477頁以下を参照。

れを回避することができないときに、インミッションの受忍義務が生じる。所有者が侵害を受忍しなければならない場合には、1004条1項の妨害排除・不作為請求権は発生しない（1004条2項）。

（2）隣地の危険な設備の禁止（907条）

土地の所有者は、隣地上に存在する設備またはその利用が自己の土地に不当な作用を及ぼすことを確実に予見することができるときは、当該設備を設置または維持しないことを請求することができる。

（3）建物倒壊の危険（908条）

建物その他の隣地の工作物について倒壊、崩落の危険があり、それにより土地に損害が生ずるおそれがあるときは、土地の所有者は、損害が生じたならば836条（土地所有者の責任）、837条（建物所有者の責任）および838条（建物保全者の責任）責任を負うこととなる者に対して、必要な予防措置を講じることを請求することができる。

（4）掘削の禁止（909条）

隣地の地盤にとって必要な支持を奪う態様での土地の掘削は禁止される。ただし、他の方法で十分な強化が施されている場合には、掘削は許される。