

Title	賃借権に基づく妨害排除請求権に関する一考察
Sub Title	Über den Beseitigungsanspruch aus dem Mietrecht
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.9 (1966. 9) ,p.23- 44
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19660915-0023

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

賃借権に基づく妨害排除請求権に 関する一考察

新 田 敏

- 一 はじめに
- 二 諸学説の批判
 - イ 占有訴権に限定する学説
 - ロ いわゆる権利不可侵理論
 - ハ いわゆる物権化に基づく学説
- 三 私見
 - イ 権利効果の発現形式としての妨害排除請求
 - ロ 妨害排除請求権と占有
- 四 総括

一 はじめに

賃借権者は、他人によりその賃借権を侵害されたときに、妨害排除請求権を行使し得るか否かという問題は、民法学上至

賃借権に基づく妨害排除請求権に関する一考察

難な問題の一つである。この問題は、実践的には数々の特別法により保護されて来た賃借権者に、妨害排除請求権をも行使し得る機会を与える必要性から提起され、理論的には伝統的に物権固有のものとして理解されている物権的請求権⁽¹⁾(特に妨害排除請求権)の拡張可能性の問題、あるいは債権に基づいて妨害排除請求が認められるかという問題として提起されている。そしてこの問題の、とりわけ理論上における解決の困難さは、学説の発展の過程で、その見解を改変した学者が二三にとどまらないことから充分窺い知ることができよう⁽²⁾。

実践的な問題としてこれを見た場合には、少なくとも賃借人が賃借物の占有を取得しているときには、賃借人は占有訴権によつて妨害排除を請求し得る⁽³⁾ということ、さらに賃借人の占有が侵害されたと否とを問わず、また賃借権としての對抗要件を具備すると否とを問わず、侵害者が賃借物の所有者との関係で正当な権原を有しない者であるときには、賃借人は所有者の有する物権的請求権を代位行使して自己への占有の回復または妨害排除を請求し得るといふ結果により、当該賃借人が保護されるということでは学説はほぼ一致しているといつてよい⁽⁴⁾。従つて、どのような理論附けにせよ、結果的に賃借人が保護されるということでは満足する限り、残されるのは占有訴権も債権者代位権も行使し得ない場合だけということになる。

しかしながら、この賃借権者に妨害排除請求権が認められるかという問題は、このような単に実践的問題にとどまるものではない。むしろこの問題を取り上げた学者の多くがそうであるように、賃借権に基づいて妨害排除の請求をなし得るかという理論上の問題として考察されるべきものである。そして理論上の問題として考察する場合には、今日の問題としては物権的請求権の拡張ないしは類推の限界附けの問題とも見得るが、この問題は決して物権法理論の枠内にとどまり得るものではなく、伝統的物権・債権という概念を越えて、如何なる権利が如何なる法的保護を受け得るかあるいは受くべきかという、より根底的問題を内含しているのである⁽⁵⁾。

それ故にこの問題についてこれまで発表された学説を個々に取り上げて評価し、相互に位置附けをするというような作業

は現在どれ程の意味を持つか疑わしい。またこの問題の重要性を意識してなされた労作⁽⁶⁾の中で既に一通り諸学説について検討されていることでもあるので、本稿では網羅的に学説を取り上げることとはしない。ここで取り上げる学説はこの問題に内在的なものを抽出するために必要な代表的なものにとどめる。またあらかじめお断りして置きたいのは、本稿は実践的な解決を目的とするものでもなく、また整合性の保持で満足するものでもなく、妨害排除請求権によつて保護され得るあるいは保護すべき権利の特質を、賃借権を中心に考察しようとするものであるということである。問題の広汎さと研究の未熟から独断に陥ることを慮れるものであるが、諸賢の御教示をお願いしたい。

(1) 物権的請求権そのものについて、今日の通説的理解が一つの歴史的なものに過ぎないことについては、川島武宜・「物権的請求権に於ける『支配権』と『責任』の分化」法協五五巻六号九号、同・所有権法の理論一二九頁参照。

(2) 例えば、末弘敏太郎・物権法上巻三七頁↓判例民法大正一〇年度版一四八事件五〇三頁。我妻栄・債権総論(旧版)五七頁↓債権各論中巻(一)四二一頁↓新訂債権総論八四―五頁。柚木馨・判例物権法総論三八頁↓「債権に基づく妨害排除請求権」神戸法学雑誌五巻一・二号一〇八頁以下。川島武宜・前掲論文法協五五巻一―号八六頁↓所有権法の理論一二八頁等。

(3) 我妻・前掲各論四二〇頁、川島・民法I一二二頁、前掲理論一二八頁以下。

(4) 我妻・前掲新訂債権総論八六頁、柚木・判例債権総論一八五頁、幾代通・注釈民法(四)一七二頁、好美清光・「Is a Ren」とその発展的消滅」一橋大法学研究三四二四―五頁および註11、同・契約法大系III一八八―九頁、判例・大審昭和四年二月一六日民一判決民集八巻二号九四四頁他、反対舟橋諄一・物権法・三六頁、松坂佐一・債権者代位権の研究三一頁以下。

(5) 物に対する物権・行為に対する債権という体系・理論では処理し得ない近代生活が生み出した諸種の法的保護に価する利益を考えよ。

(6) 舟橋諄一・物権法二七頁以下。また好美「債権に基づく妨害排除についての考察」一橋大法学研究二二四一頁以下に可成り詳細な検討がなされている。

二 諸学説の批判

賃借権の対外的効力を論じた従来の学説の全てが、賃借権に基づく妨害排除請求権を承認しているわけではない。そこで

まず賃借権固有の妨害排除請求権を否定する見解から取り上げることとする。

イ 占有訴権に限定する学説 この学説によれば、物権的請求権は、物権の・物に対する支配を確保するため、妨害者に対し妨害の排除を請求することを内容とする物権の権能である。そして物権的請求権は、妨害の除去を観念的な物権そのものに基づいて—現実的な支配の事実を理由としてではなく—請求する権利であるとする。そして債権に物権的請求権を認めようとして主張される「権利の絶対性」の主張に対しては、要求としてはともかく権利の性質論としては、このように一般的に断定することは不当であるとし、その理由は、債権に絶対性を認めなかつたローマ法、およびローマ法的原理に立つ近代法の存在そのものは、ただ「理論上誤っている」というのみでは、理論上説明されたことにはならないとする。そして債権（賃借権）に基づいてなされる不動産の支配状態が妨害された場合については、民法典の理論構成によれば、債権は債権者・債務者の二当事者間の関係であるから、第三者に対する妨害排除請求は認容せられる余地がないとし、民法典は現実の「利用」を保護する制度として占有権を規定している⁽⁴⁾のであり、賃借人は自分の有する占有の侵害を理由として占有訴権を行使し得るとするのである。

この見解は、後のいわゆる賃借権物権化理論と同様に、第三者に対する妨害排除請求権を物権に固有のものとする点に特色があり、それ故にそこにまた一つの問題を内含しているといえよう。わが国の民法解釈論として、妨害排除請求権等の形式で発現する物権的請求権が、何を根拠として生ずるかということの解明がそもそもそれ程容易ではないからである。学説は、物権の性質を第一に挙げ、次に仮の権利である占有について占有訴権の規定（一九七条以下）があること、第三に民法二〇二条に占有の訴のほかに「本権ノ訴」を認めていることを指摘するのが通常である⁽⁵⁾。しかし、現にこの見解の主張者である川島教授自身、物権のどういう本質から生ずるかを明らかにしない限り tautology となること、占有訴権を物権的請求権と同一平面におくことは理論的には認められ得ないことを認めておられる⁽⁶⁾。従つてわずかに民法二〇二条が条文上の根拠とな

り得るに過ぎないし、これとて本権そのものの一般的効力を明らかにしているものではない。かくして教授も実質的な根拠は、現代の社会構造そのものの中に求めるほかはないとされている。⁽⁷⁾

このことから指摘され得るのは、物権的請求権の実質的根拠の追求こそが問題なのであり、また問題をその点に移行させる限り、物権という枠に拘束される必要はなく、一体如何なる権利（ないしは利益）を妨害排除請求によつて保護する必要があるのかということがまさに問題であるということである。⁽⁸⁾

第二の特色は、賃借権者はその占有訴権によつて保護されるとする点である。この点に関しては、賃借権者が占有を保持している限り当然認められる権利であり現在のところ異論を唱える余地はない。ただここで指摘しておかなければならないのは、川島教授の場合その理解される占有訴権の目的が特異のものであるということである。教授によれば占有訴権によつて保護されることが制度上期待されているのは、物権に基づかない占有、すなわち主として債権の権原に基づく占有であり、占有訴権は物の利用そのものを保護する制度であるとされる。⁽⁹⁾そしてこの制度目的の理解と物権的請求権をどの範囲で認めるかということはこの見解の場合まさに表裏をなしているのである。

占有訴権の制度目的をどう把握するかということはそれ自体大きな問題であり、本稿では一応社会の秩序維持（権利実現に関する国家の専権を意味する）という理解に従うことにしたいが、⁽¹¹⁾この立場に立つ限り、占有者に対しては単に仮の保護を与えるのであつて権利を与えるものではないから、事実としての占有は高々事実上の使用可能性を与えるに過ぎず使用の権利を与えるものではない。それ故に問題となるのはその占有の権原なのであつて、単なる占有から物の利用権保護という理論を導き出し得ないのではなからうか。今日の通説は物の利用権を持たない受寄者や運送人にも占有を認めている。⁽¹²⁾また占有訴権と本権による妨害排除請求権は二者択一の権利であるとは言ひ得ないのであるから、結局この見解は、他人による賃借権侵害があつた場合に、賃借権そのものによる妨害排除請求をなし得るかという問題の充分な考察をなすことなく、民

法上の占有訴権の制度を借りて来たものといわざるを得ない。

□ いわゆる権利不可侵理論 この理論は大正一〇年一〇月専用漁業権の賃借権について大審院によつてはじめてとられたもので、戦前の判例理論の主流をなし且つ若干の学者によつて支持されていたものである。

大審院は大正四年の判決で「凡ソ権利ナルモノハ其ノ種類如何ヲ問はず対世的効力ヲ有シ侵害スルコトヲ許サズ」として、第三者による債権侵害につき損害賠償請求権の発生することを認め⁽¹⁴⁾たが、その流れの上に立つて、大正一〇年一〇月大審院は「権利者ガ自己ノ為メニ権利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨グルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其權利ガ物權ナルト債權ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキ理由ナシ」とした。先に権利一般の不可侵性から、権利侵害がある場合には（債権であつても）不法行為責任を生ずる根拠となつて、権利不可侵性と不法行為とを結合された末弘博士は、⁽¹⁶⁾この判決を支持され、もし妨害除去の請求権が物権の排他性から発生するのだとすれば、賃借権物権説を採らざる限り賃借権に対し妨害除去の効力を与えることは不可能であるが、物権の不可侵性から発生するものだとするれば賃借権物権説を借りることなしに安々とこれを解決し得る訳である、何故なれば不可侵性は一般権利の通有性であるから、⁽¹⁷⁾と主張された。この理論は後に他の学者によつて、侵害に妨害排除の請求を許すためには、権利が不可侵性を有していても、わが民法はその侵害が損害賠償債権を発生せしめるためには侵害者の故意又は過失を要するとしてるのであるから、絶対的物権の侵害並びに相対的物上権の侵害以外においては、侵害者の故意又は過失があることを要件とすべきであるとする主張、あるいは違法と言ひ得るがためには、侵害者が侵害の対象たる権利を認識しまたは認識し得べかりしものであることを必要とするという主張⁽¹⁹⁾によつて補強が企てられた。この不可侵性理論に対しては、権利の不可侵性から権利に対する侵害が、常に妨害排除請求権を生じさせる結果は不当であるとして、例えば第一の契約を知らずに物を取得した第二の買主ですらも、客観的には第一の債権を侵害しているのであるから、第一の買主は第二の買主に対して物の引渡等妨害排除を

請求し得ることを肯定せざるを得まい⁽²⁰⁾という批判がなされている。しかしこの批判に関する限り、不可侵性理論を否定し得る程の説得力はないように思われる。なぜならば末弘博士は、一つの物が既に一支配権の目的となれる以上同一物の上に第二のこれと相妨ぐる内容を成立し得ざらしむる効力を「排他性」と呼び債権には「排他性」がないとされているからである⁽²¹⁾。さらにまた一旦物権契約がなされその同一目的物について他の者が物権契約をしてもそのこと自体は、物権についてすら妨害排除の対象にはなり得ない。これは権利をめぐる取引関係であるから「対抗要件」の具備によつて優劣が争われるべき問題である。従つてこのような契約関係の形成を通しての行為は初めから妨害排除の対象とはなり得ないのである⁽²²⁾。

それ故にこの不可侵性理論の最大の問題点は、その不可侵性の意味内容ではなからうか。この権利それ自体に不可侵性が内在するとする考え方は、権利という用語を実体化するものであり、その意味内容の具体的説明が必要である。そしてこの不可侵性が一般人の不可侵義務の存在を前提とするのであれば、その権利はまずもつて権利の客体的範囲が明確でなければならぬと考えるべきではなからうか。とすればその第一次的なものは「物」に対する侵害であつて、債権の場合にはその客体的範囲すなわち債権関係の存在は第三者には察知し得ないのであるから、そのようなものの尊重義務を考えることは無意味であり、債権にはこのような一般的な不可侵義務を前提にすることはなし得ないように思われる。そして不可侵義務を前提にするならば、少なくとも客体の明確性と相関的に侵害者の義務は軽減されるべきであらう⁽²³⁾。またこの不可侵義務が、概念的に一般人の注意義務と全く無関係であるとしないう限り、権利に対する侵害がある限り、侵害者の故意過失を要せずに行使し得るといふ妨害排除請求権（物権的請求権と同質と見る限り）に関する伝統的理解に反することになるのではなからうか。他方不可侵性の意味が、このような不可侵義務の存否にかかわらず、権利を妨げる者がある場合にはそれを排除し得べきであるということに過ぎないのであれば、その個々の権利自体がどのような型の権利保護を必要とするのかという、より実質的な考慮が要求される。

ハ いわゆる物権化を基礎とする学説　これは不動産賃借権のいわゆる物権化という事実から妨害排除請求権を認めようとするものである。勿論物権化といつても学者によつてニュアンスがありこれを概括的に取扱うことは問題であろうが、本稿の目的からして我妻教授と好美氏の説に代表させたい。先にも述べたがこの線上にある学説が共通にしている前提は、妨害排除請求権は物権的請求権と考え、且つ物権的請求権は物権に固有のものという理解の下に、賃借権も物権性を保持していることを立証しようとする。

それ故にこの説の検討にあたつて必要となるのは、そこで主張されている「物権的効力」とか「物権化」ということが一体何を意味するかということの検討であり、⁽²⁶⁾この説から残された問題は、妨害排除請求権は物権的請求権であるという理解、すなわち妨害排除請求権は物権に固有なものとする前提の当否である。後者については次章で考察することにして、ここではこの説によつていわれる「物権化」の意味を探究して見ようと思う。

この説は我妻教授を代表とするものであるが、教授をはじめ、一般債権には公示方法がないとして物権的請求権を否定され、物資の利用を目的とする債権は漸次何等かの形式における公示方法を伴うことによつて物権化しつつあるものであるが、債権がかかる効力を取得するときは、これと共に第三者の侵害を排除する効力をも取得すると解すべきである⁽²⁷⁾とされた。そして昭和二八年の二つの最高裁判決の後、⁽²⁸⁾一方で単なる賃借権には排他性がないから第三者に対する妨害排除請求権は認められないとし、他方で対抗力を具備した賃借権は物権的効力を有し妨害排除請求権を有する⁽²⁹⁾という判例法が確立するや、教授は賃借人が占有を取得することによつて賃借権が物権化した後は賃借権そのものによつて妨害排除をなし得るとされながら、加えて排他性を備える場合には——物権と債権の差異として最も根本的な点で物権と同一の効力をもつこととなるのだから——物権の通有性たる妨害排除請求権を認めるべきであろうと⁽³⁰⁾されるに到つた。さらに最近この見解に次のように説明を補足されている。すなわち排他性が認められるということは外界の物資の直接的な利用を——これと両立しない権

利がその後成立することを否定しながら——一層強固にするものであるから、その目的物に対する直接的な利用権能についての妨害排除の請求も認められるとまず第一次的に「排他性」にその根拠を求め、占有を伴うようになった場合についても、その目的物と緊密な事実上の関係を生じ、第三者からもこれを認識することができるようになるのだから、違法な侵害を排斥する力だけはこれを取得するとされ、⁽³¹⁾ここでは緊密な「事実上の関係」と「第三者からの認識可能性」に根拠を求め、並列的に妨害排除を承認されている。

この教授によつて示された二つの根拠の内、賃借権が対抗力を備えることによつて「排他性」を有することを理由にして妨害排除請求権を認められることには賛成し得ない。

なぜならばわが民法上対抗問題は、その制度目的及び物権移転の意思主義とからして、同一不動産又は動産上の両立し得ない物権相互間の効力問題であり、対抗力は両立し得ない物権相互の優先的効力であると解すべきである。⁽³²⁾それ故にこそ不法占拠者に対しては対抗要件を具備しなくともその権利を行使し得るのである。⁽³³⁾以上のように対抗力とは権利の変動状態（流通関係）を前提とする権利の効力なのであつて、静止状態（非流通関係）における権利の発現ではないから、この対抗力から導き出す「排他性」を根拠にして、妨害排除請求権を認められることは、理論上極めてその正当性が疑わしい。もつとも教授は先に見たように最近「排他性」が認められることは、外界の物資の直接的な利用を一層強固にするものであるからとして、単に「排他性」だけを問題とすることから脱皮されて、静態における賃借権の効力に注目され始めたように見受けられ、この点において対抗力を取得した賃借権の非取引関係における実質的価値を根拠とする好美氏の見解に近づくものと思われる。

好美氏は不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を二つの点から根拠づけられる。第一点は賃借権が対抗力を取得したという点である。但し我妻説と異なるところは「排他性」に結合するのではなく、対抗力の取得によつて自由競争・債権者平等

の原則の確保、物権への故なき干渉の排除等、物権・債権峻別の目的とすることへの配慮が、物権と同様に法律上不要ならしめられたという点を強調される。第二点は、諸特別法によつて一連の物権的諸効力を附与されることによつて、対抗力ある賃借権を理念型債権から物権へと生成発展しつつあるものとして把握すべきことを主張される。⁽³⁴⁾ なお後には第三点として、対抗力ある賃借権は「対抗」の前提として、当該賃借物が第三者に有効に譲渡されうるものが、したがつて物権の成立要件と同様に、その物の処分権者によつて締結された賃借権に限られると解される法的限定があるので、理念型債権と異なり物権的妨害排除を承認しても第三者を不当に害することがあり得ないことを強調されている。⁽³⁵⁾

この説は、比較法的にあるいは法史的に債権に妨害排除請求権を認めることの不当を論じ、且つ従来の学説が絶対性・不可侵性・支配権性・排他性というような概念操作によつて妨害排除請求の認否を考察したことに反省を求めめる点で高く評価出来るものである。そして第一点は従来の学説が不充分とはいへ賃借権の物権性を論証しようとしたのとは逆に、理念型債権に妨害排除請求権を与えることの不当性の認識の上に立つて、対抗力をそなえた賃借権はそれと異質なものであることを主張するものである。そして第三点も同様の方向にあるといえる。ところでこの論拠は、理念型債権に対して妨害排除請求権を否定するだけであつて、積極的に対抗力ある不動産賃借権に妨害排除請求権を認むべき根拠を提示するものとはいえない。また第三点については、「対抗力」の取得を問題とするのは、無権利者との賃貸借契約でも債権契約は有効であるから、その賃借権に基づいて妨害排除請求権を認めるのは、所有者を不当に害することになるといふことを指摘されるのであろうと思われ⁽³⁶⁾。しかしこの問題は所有者との関係をどう把握するか、すなわち債権に基づく妨害排除請求権を賃貸人でない所有者に対してまで行使することを認むべきかどうかというところで、これを否定することが妨害排除請求権と矛盾するとは考えられないがこの点については後述する。むしろ賃借権の債権性を前提として考えるならば全くの無権限者による侵害行為のみを妨害排除の対象として考えればそれで必要にして且つ充分といえるのではないか。とすれば「対抗力」ある賃借権で

あるかどうかということが妨害排除を認むべきか否かの決定的要素とは考え得ないように思われる。次に第二点については、全体として対抗力が取引関係における当該権利に関する者の優劣を決する問題であるという点について、我妻説と同様の誤解があるように思われるがそれはともかく、物権に生成発展しつつあるということでは未だ物権ではなく、むしろ氏の言われる第一点の観点で妨害排除請求権が否定されるべきでないならば、この点で既に物権に固有のものという前提がくずれているのであるから、如何なる内容の権利あるいは利益ならば妨害排除請求権によつて保護されるべきかということを考究すべきであり、少なくともその方がより發展的方向における思考であるといえよう。

最後に妨害排除請求権は、不法行為において損害賠償請求権が認められると同様の観点から、「権利」に限らず法的保護に値する利益であれば認められるとし、その場合には被侵害利益の強固さの程度と侵害行為の悪性の程度との相関関係において行使の適否を判定すべきであるとする主張を検討しておきたい。⁽³⁷⁾

この説によれば妨害排除の場合には、不法行為の場合と違つて、その効果として具体的な原状回復の事実状態を生じ、それがまた当事者双方にとつて新たに重大な利害関係を生ずることになるわけであるから、妨害排除の実現を認めることによつて生ずべき侵害者の犠牲の程度と、妨害排除を否認することによつて生ずべき被害者の不利益の程度なども相関的に考慮して、妨害排除請求権の存否を決定すべきであるとする。⁽³⁸⁾

ここで主張されている物権・債権という伝統的枠から脱け出て、その権利の保護にふさわしい解決のための理論を用意しようとする意図は充分理解し得る。しかしながら当事者の利害関係に重大な影響を与える妨害排除請求権を、このような個別具体的で定型化の困難な基準で認めることは疑問であると言わなければならぬ。妨害排除請求権が認められるべきか否かはあらかじめその権利の性質からして画一的に定められるべきであり、この説の意図する具体的妥当性は、その事件の個別性において、一般原則の適用により獲得されるべきである。⁽³⁹⁾

- (1) 川島・前掲理論一三三頁。
- (2) 川島・前掲理論一二九頁、傍点原文。
- (3) 川島・前掲理論同頁。
- (4) 川島・前掲理論同頁、なお教授は、判例を占有又は準占有の効果として妨害排除請求権を容認していると理解されており、その例として、判例が妨害排除請求権の前提について「権利者が自己のために、権利を行使するに際し。」と言っており、その文言は「権利の現実行使の状態」すなわちいわゆる「準占有」を表現するものと解せられるのであり、同書一三〇頁。同旨前田耕造「第三者による債権の侵害」愛知大学法経論集一六集二八―九頁。
- (5) 末弘・前掲物権法三八頁、末川博・物権法三四頁、我妻・物権法二〇頁、柚木・前掲物権法三七頁、川島・前掲理論一三三頁等。
- (6) 川島・民法I一〇三頁。
- (7) 川島・前掲民法一〇四頁、前掲理論一三二―三三頁。
- (8) 物権とされる権利の中でも、物権的請求権による保護が否定されている権利として、留置権(二九五条三〇二条)、動産質権(三四四条三五二条三五三条)、動産先取特権(三三三三条)の存在することは、物権固有という観点から離れてより実質的な考察を可能とすると考えよう。
- (9) 川島・前掲理論一五九頁以下、前掲民法一一―一二頁、同旨好美・前掲法学研究二二七八頁。
- (10) 末川・前掲一八三頁、我妻・前掲物権法三一〇頁、舟橋・前掲二七六頁、於保不二雄・物権法(上)一六七頁。なおローマ法について、Paul Scholowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 80 ff. 参照。
- (11) この説に対する批判としては、平和秩序の維持を目的とするのは占有訴権に限らない(川島・前掲民法一一―一頁)、法秩序の維持は本来刑法によつて果されるべきである(鈴木祿弥・民法の基礎知識八〇頁)がある。前者については決してこれのみで秩序を維持しようというのではなく、これは権利の実現は原則として国家の専権に属するということの現われに過ぎないことが指摘出来る。後者については、国家法秩序全体に関する規定は民法上占有訴権にとどまらない、民法九〇条七〇八条もまさにそれに関する規定であることが指摘出来る。従つてこれらの批判は正当とは言えない。
- (12) 我妻・前掲物権法三一五頁、末川・前掲一九〇頁、柚木・前掲物権法二八七頁、舟橋・前掲二八五頁。
- (13) 大正四年三月一〇日判決刑録二一輯二七九頁。
- (14) 学説の上では、大正三年既に末弘博士によつて、不法行為との関連で権利の「不可侵性」が論じられている。「第三者ノ債権侵害ハ不法行為ト為ルカ」法曹記事二四卷三号五号参照。本稿では妨害排除の問題に限定しているのでこの点の詳論をさける。この問題については好美・前掲法学研究二二四〇頁以下に詳しい。
- (15) 大審大正一〇年一〇月一五日民三判決民録二七輯一七八八頁、同旨大審大正一一年五月四日民二判決民集一卷五号三三五頁、大審大正二二

年四月一四日民三判決民集二卷五号二三七頁。

(16) 末弘・前掲論文法曹記事五号三二頁以下および四六頁以下。

(17) 判例民法大正十年度版五〇三頁、前記大審院大正一〇年一〇月判決の批評である。

(18) 平野義太郎・判例民法大正一二年度版一八九頁、前註15大審院大正一二年四月一四日判決の判例批評である。

(19) 袖木・前掲物権法三九頁。

(20) 好美・前掲法学研究二四八頁、舟橋・前掲二九頁。

(21) 前掲判例民法五〇四頁。

(22) 末弘博士もこの場合不法行為も成立しないとされる。前掲法曹記事二四卷五号六六頁。

(23) 末弘・前掲法曹記事二四卷五号三二頁。

(24) この意味で、袖木教授が侵害の対象たる権利を認識しまたは認識し得べかりしものであることを必要とされるとされるのは、不可侵義務を前提とする限り正当とされるべきである。

(25) 我妻・債権各論中卷(一)四二二頁、好美・前掲法学研究二二八六頁以下、明石三郎「占有訴権」(民法演習Ⅱ)九〇頁、中川淳・民商三〇巻四号一二二頁、古山宏「不動産賃借権の対外的効力」(総合判例研究叢書民法上)三五頁。

(26) この点は既に好美氏が指摘され、「具体的には第二取得者への対抗力優先効を意味するタウトロギー的論理にすぎないようである」と述べられる。前掲契約法大系Ⅲ一八三―四頁。

(27) 債権総論(旧版)五七頁。

(28) 最高裁昭和二八年二月一四日一小判決民集七卷二二号一四〇一頁、最高裁昭和二八年二月一八日二小判決民集七卷二二号一五一六頁。

(29) 前者について、最高裁昭和二九年七月二〇日三小判決民集八卷七号一四〇九頁等。後者について、最高裁昭和二九年二月五日二小判決民集八卷二二号三九〇頁、同昭和二九年六月一七日一小判決民集八卷六号一一二二頁等多数。

(30) 債権各論中卷(一)四二二頁。

(31) 新訂債権総論八四―五頁。

(32) 於保・前掲物権法二二四―五頁、同旨舟橋・前掲三四頁、好美・前掲契約法大系Ⅲ一八四頁。従つてこの批判は最高裁の一連の判決にも向けられる。

(33) 通説である。判例も不法占拠者については、民法一七七条でいう第三者に該当しないことを明らかにしている。大審明治四三年二月二四日判決民録一六輯一三一頁他多数。

(34) 好美・前掲法学研究二二八六―八頁。

賃借権に基づく妨害排除請求権に関する一考察

賃借権に基づく妨害排除請求権に関する一考察

三六 (一〇三二)

(35) 好美・前掲法学研究3四二四―五頁、および同掲契約法大系Ⅲ一八四―五頁。

(36) 好美・前掲法学研究2二三三頁はこのことを指摘する。

(37) 末弘・民法雑記帳(上巻)二三八頁、舟橋・前掲三六頁以下、同旨三島宗彦「第三者の債権侵害」(総合判例研究叢書民法18)一四二頁以下。

(38) 舟橋・前掲三六頁以下。

(39) 同旨好美・前掲契約法大系Ⅲ一七八―九頁、我妻・前掲新訂債権総論八六頁。

三 私 見

イ 権利効果の発現形式としての妨害排除請求 物権的請求権とは、物権が物を直接に支配して利益を享受することを内容とする権利であることに基つき、物に対する直接支配が妨害され又は妨害の虞れがある場合に、物権者が、その妨害又は妨害の危険を現に生ぜしめている者に対して、妨害を除去し又は妨害を予防して直接支配を可能とすることを請求し得る権利である。それ故にこの物権的請求権は、物権から独立した請求権⁽¹⁾あるいは債権に準ずる権利⁽²⁾というような物権とは別個の権利⁽³⁾ではなく、法律上物を直接に支配して利益を享受する権利の対外的効果と考えるべきである⁽⁴⁾。この権利が特定人に対して特定の行為を請求する権利として発現するのは、物権の侵害が人間の行為あるいは人間に帰属する物によつて行われる限り、物権者の権利を全うさせるために、その侵害者あるいは侵害物の占有者ないしは所有者に、その除去・予防を請求する⁽⁵⁾という現象型態をとることによるに過ぎない。そして物権が物から利益を取得する権利であることから、これに対して客観的侵害行為がある限り、国家法秩序がそれを放任することは法がその様な権利を認めることを無意味にするから、侵害者に故意過失がなくとも、妨害排除がなされ得るのである。従つて物権的請求権は物権そのものの効果発現の形式であるから、権利の有無にかかわらず事実上の支配が侵害されたときに認められる占有訴権とは、その発現形式は類似していてもその法律的機能は全く異質のものといわなければならない。なぜならば占有訴権の制度目的はあくまでも自力救済の禁止と対応す

るものであつて、⁽⁶⁾ 権利実現行為についての国家による独占を意図するものだからである。

物権的請求権は先に述べたように、物権の効果の対外的発現形式——権利の静態における対外的効果——であるから、この権利行使が問題とされる局面はあくまでも客観的権利侵害が発生している場合である。そして客観的権利侵害が存在する限り、実質的権利者は、その権利の公示・対抗力とは全く無関係に、その侵害者を排除し得るのである。ただ実体上兩立し得ない物権が複数存在し、それに基づいて権利行使に出た者相互間では、権利の変動があつた場合の優劣を決めるため法定された客観的な事実（登記・引渡）によつて、優先的権利者の権利が保護されることになる。しかしこれは権利の流通関係における効果の問題であつて、権利の静態における対外的効果の問題と見るべきではない。それ故に物権的請求権は絶対的効力を有するものであつても、先に物権を取得した者が、第二の取得者の行為を物権的請求権によつては阻止し得ない。

次に妨害排除請求権は物権的請求権に固有なものとする考え方は正当ではない。妨害排除請求権が物権に固有のものであることは、いわゆる無体財産権である特許権（特許法一〇〇条・実用新案権（実用新案法二七条）・意匠権（意匠法三七条ⅠⅡ）・商標権（商標法三六条）・著作権（著作権法三六条Ⅰ）および営業権（不正競争防止法Ⅰ）についても実定法上認められていることから明らかである。また特殊なものではあるが親権についても親権者に子の引渡請求権を認めている。⁽⁷⁾ 無体財産権等について法律が規定を置いて妨害排除を認めているのは、これらの権利（利益）を法律上認めるためには妨害排除の効果が必要であるためであつて、単なる政策的なものではない。それ故に重要なのは妨害排除請求権はその権利内容に相応する保護として認められる効果であるから、妨害排除請求権そのものもその権利内容によつて規定されるものであるということである。⁽⁸⁾ このように妨害排除請求権は権利の「不可侵性」（それに対応する不可侵義務）という抽象的命題から論理演繹的に導かれるのではなく、あくまでもその権利の性質から、そのような権利を容認する国家法秩序が、その権利を貫徹させるための効果として生じさせるものなのである。従つてその権利の認識可能性⁽⁹⁾ ということは、妨害排除請求権を認むべきか否かの前提問題で

はあり得ない。ただ認識可能性がない場合には不法行為の成立要件たる過失がないということにより損害賠償責任を免れることになる。これはむしろ過失責任主義の当然の結果であり、この点に妨害排除請求権と不法行為責任の根本的差異があるといえよう。

それでは債権一般について損害賠償で保護されるべきか、妨害排除請求権によつて保護されるべきかを簡単に検討して見よう。問題はあくまでも、債務者の給付行為（債権者に対して一定の利益を移行する行為）に対して加えられる侵害行為——利益移行を阻止しないしは移行される利益を低減せしめる行為——に限定される。いわゆる二重契約者の問題は、債権者の権利主張に関するものではなく、自由競争が如何なる範囲で認められるべきかの問題だからである。⁽¹⁰⁾

「与える債務」については、引渡義務履行の過程で、その目的物に対して第三者による侵害行為があつた場合には、その侵害は第一次的には債務者の所有権ないしは占有権の侵害であるから、債務者が妨害排除の請求をなし得る。そしてこの場合はあくまでも債務者の支配領域内の問題であるから、債務者の意思にまかせるべきであつて、債権者に自己の権利としての妨害排除を認めるべきではない。ここでは債権者の利益取得は債務者の行為のものにかかつている。「為す債務」については、債務者が、第三者の事実上の行為によつて、債務を履行出来なくなる場合に、その妨害排除を認めるべきかどうか問題となるが、この場合も債権者に妨害排除請求権を認むべきではない。このように、債権者がその利益を他人の行為を媒介として取得する場合には（これが理念型債権なのであるが）、あくまでも債務者の人格尊重の観点からして、その履行行為は債務者の自由意思にかからしむべきであるからである。⁽¹¹⁾

かくして残されたものは、その債権関係の中に、債権者が、自己の行為により且つその行為から生ずる利益が直接自己に帰属する関係が含まれる賃借権及び使用貸借権である。賃貸借契約が締結されることによつて、債権者は債務者に対する目的物の引渡請求権と、その物を使用収益し得る権利を取得する。そして目的物の引渡を受ける以前においては、債権者は債

務者の行為（引渡）を請求し得る地位にあるに過ぎない。この点では一般の債権と異なるところはない。しかしながら目的物の引渡がなされればそれによつて債務者の債務は通常一応履行が終了したことになり、それ以後は債務者には収益せしむべき義務（むしろ収益を妨げざる義務といえよう）が継続していることになる。そしてこの時点から、債権者はその目的物について使用収益権を行使し、他人の行為を媒介とすることなしに直接その物から利益を享受し得る。これを他の学者の表現を借りれば「債権に基づく占有者は、自己の権利によつてその物の上に作用を及ぼすことができ、また（債権契約の枠内で）その物の運命を決定し得る¹²」。そして所有者との関係においてはその物は債権に基づく占有者に帰属する¹³。と云うことになる。ここで所有者との関係でというのは、債権が相対的關係であるという概念に囚われているのであつて、その債権契約により唯一の処分権者である所有者者に拘束が継続している限り、その使用収益権は完全に債権者のみに帰属しているのである。そしてその物の占有が債権者に保持されている限り、現実の（可能性ではなく）使用収益権は法律上有効に債権者に帰属していると言い得る。もつとも賃貸人は占有が債権者に移転されている場合であつても、その契約に従い収益せしむべき義務を負っている。しかしながら侵害行為があつた場合にその事実を知らない限り債務者は債務不履行責任を負わない。また侵害行為を知つた債務者がその妨害排除請求権を行使した場合には、それがたとえ不充分であつても、もはや債権者は代位権を行使し得ない¹⁴から、その場合債務者に故意過失があつても債権者は債務者に債務不履行責任を追求し得るに過ぎないし、故意過失がない場合には債権者は債務者との関係では救済されない。この点で単に給付請求権妨害の場合と賃借権妨害の場合との実際上の差が見られる。

以上見たところから、賃借権はその目的物の占有を取得したときから、法律上有効に現実の使用収益権が賃借人に帰属し、賃借人は自らの行為のみによつて（他人の行為の媒介を要せず）、その物から直接利益を享受し得るのである。この自らの行為のみによつて権利客体から利益を取得する権利については、権利者は自らの妨害排除請求権を行使し得ると解すべきで

ある。物権に認められる物権的請求権の根拠もまさにこの点にあるし、無体財産権についても同様である。また賃借物に対する妨害行為があつても義務者である賃貸人が直接それを知り得る機会がないということも、妨害排除請求権を認めることを適当とする一つの理由として挙げる事ができよう。

口 妨害排除請求権と占有 物権法上單一概念と思われている占有が実は二つの異つた占有概念を含んでいる。それは「事実上の支配」としての占有と「権利行使」⁽¹⁵⁾としての占有である。そして民法は前者には権利推定的効果(二八六条)と占有訴権(一九七条以下)とを与え、後者には本権取得的效果、すなわち全面的に本権に昇格するものとして、無主物先占(三九条)・家畜外動物の取得(二九五条)・取得時効(二六二条)、部分的に本権と同様に取り扱われるものとして、善意占有者の果実取得(二八九条)・毀滅に対する責任の軽減(二九一条)・費用償還請求権(一九六条)を与えている⁽¹⁶⁾。そして、賃借権が妨害排除請求権によつて保護されるために占有を必要とすることは先に述べたが、妨害排除請求権が認められるかいなかを権利の内容から導き出そうとする本稿の目的のために、その必要とする占有がいずれの意味の占有であるかをここで特に考察しておきたいと思う。

事実上の支配(占有意思と所持の結合)としての占有は、いわゆる権利の不可侵性に対応する不可侵義務を前提にし、そこから妨害排除請求権を導き出す場合には、重要な意味を持つている。この説に立つ場合に妨害排除請求権を認めるためには論理的に権利は認識しまたは認識し得べかりしものでなければならぬから、占有はまさにこの認識可能性を与えるものとして把握されるのである⁽¹⁷⁾。しかしこのように占有を権利の認識可能性として賃借権保護と結合することには賛成し得ない。先にも指摘したように占有には確かに権利推定的効果が与えられ、これが公示としての機能もはたしてはいるが、占有が賃借権を認識せしめると見るのは困難である。また使用収益権の公示と見るとしてもそれは所有権の内容でもある。さらに妨害の排除は、客観的に無権利者による侵害行為があつた場合に、侵害者の責任要件を考慮せずに、認められるべきもの

である。それ故に妨害排除請求権との関係ではそもそも認識可能性ということの問題になり得ないことは既に指摘したところであり、妨害排除請求権が認められている無体財産権（特許法一〇〇条等）を考えればこのことは明らかである。

かくして賃借権保護の要件としての占有は「権利行使」の意味における占有と考えなければならない。そしてこの権利行使は賃借権の客体である賃借物の使用収益権の行使である。そしてこの権利行使は、利益を享受する限りでは他人の行為による媒介を必要としないこと、すなわち自己の行為により且つその行為から生ずる利益が直接自己に帰属するということがある。この権利行使という意味での占有の保持に賃借権と他の債権との根本的差異がある。従つて未だ占有を取得していない賃借人には、この意味での現実の使用収益権を取得していないから、妨害排除請求権の行使を認めるべきではない。この場合でも賃貸借契約が締結されている限り、使用収益を取得し得る可能性は存在する。しかしこの可能性は債務者の意思にかかつていたのであつて、物権に基づく物権的請求権が自己の意思のみによつて、その客体から利益を収取し得ることにその根拠があることからして、妨害排除請求権は認められない。この時点では債権者代位権による保護に限定される。

このように賃借人が妨害排除請求権を行使し得るためには占有を必要とすると解すべきであるが、このことは不動産の賃借人の保護のための諸立法の規定からも推知される。借家法上の賃借権（一多 および農地法上の賃借権（一八条、三二条）が、不動産上の権利の公示は全て登記簿上でなされるべきであるという原則を修正してまで、引渡を対抗要件としたのは、賃借人の登記協力が得られ難いという理由の存在も否定し得ないであろうが、引渡を受けた後の賃借権が、以後の取得者との関係で、はじめて保護に価すると理解すべきである。また建物保護法が、建物の保存登記で代用するのはその時点から完全な借地権の行使があると考えられたものと実質的に理解し得るであろう。勿論先にも述べたように対抗要件はあくまでも権利変動があつた場合の権利相互間における優劣判定の基準としての機能を持つものであつて、権利侵害を排除する権利は、それを必要とする権利そのものの効果として考えるべきものであるから、妨害排除を認むべき権利であるかどうかと、対抗要

件の取得とは本来無関係なものである。従つて借地権の場合、土地の引渡があれば未だ建物の保存登記がなくとも、借地人は賃借権に基づいて妨害排除を請求し得るものと考ええる。逆に占有を取得しない限り、民法上の對抗要件(六〇五条)を充していた場合であつても、賃借権に基づく妨害排除請求権を認むべきではない。

かくして賃借権による妨害排除請求権が認められるためには、権利行使としての占有を必要とするという立場からは、戦前の大審院の判例が不可侵性理論をとりながら、多く占有を伴つた使用収益権について、その賃借権に基づく妨害排除を認めて来たことは、その理論附けに問題とすべき点はあるとしてもこれを高く評価すべきである。

これに反し最高裁判例は⁽¹⁸⁾もつぱら「対抗力」を根拠にしている。これが理論上不当であることは第二章で指摘した。建物の保存登記を怠つた賃借人あるいは無効の保存登記であつた場合の賃借人が、新土地所有者に対抗出来ないということはまさに「対抗」の問題である。最高裁の理論からすると、これらの場合借地に対する侵害行為があつても、借地人は賃借権に基づいて侵害者に妨害排除を請求し得ないであらう。実際上の結果から見ても不当のように思われるがどうであらうか。もつとも正面から占有を伴い且つ對抗要件を満さない事件が最高裁では未だ取扱われていないので、現在の段階ではそれに対する推測しか許さない。最高裁の今後の動向を注目したい。

- (1) 我妻・前掲物権法二二頁。
- (2) 柚木・前掲物権法四〇九頁。
- (3) 末川・物権法三五頁は、物権から派生して常に物権に依存する別個の請求権であるとされる。
- (4) 大審昭和三年一月八日民一判決民集七卷一二号九七〇頁。Uwe Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, S. 41.
- (5) 物権が支配権であるとされることと矛盾するものではない。Vgl. Casjen Peters, „Die Ansprüche aus dem Eigentum.“ ACP 153, S. 458.
- (6) 末川・前掲一八三頁。Vgl. Hans-Martin Pawlowski, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht, S. 14 ff.
- (7) 我妻・親族法三三二頁参照。

- (8) 親権について、我妻・親族法三三二頁参照。大審大正二二年一月二九日民二判決民集二卷二二二頁等は親権者に子の引渡請求権を否定。
- (9) 抽木・前掲物権法三九頁。
- (10) この点を考察したものととして、好美・前掲法学研究3四〇六頁以下参照。
- (11) 同旨好美・前掲法学研究3四〇五頁。
- (12) Diederichsen, a.a.O., S. 90.
- (13) Diederichsen, a.a.O., S. 93.
- (14) 我妻・前掲新訂債権総論一六六頁。最高裁昭和二八年二月一四日民集七卷二二二頁一三八六頁。
- (15) 権利(財産権)の事実上の行使は「準占有」と理解されている。しかし用語法上「準占有」は物の占有を欠く場合について使用されるのが通常であるから、誤解をさける意味で「権利の行使」という表現を使用する。
- (16) โรม法においてはより古くは、二つの異つた占有概念が見られた。占有訴訟上の占有の概念は、その上に権利を取得し得なかつた公有地の保護の場合に発達せしめられたものである。それ故にこの種の占有の場合には権利というものを考えなかつたのである。この占有と異なるもう一つの占有概念はいわゆる *usus* であつて、これは *usufructus* (取得時効)の前提であつた。必然的にこれにはある(主張される)権利に基礎づけられていた。この両種の占有は以後の発達の過程で混合されたのである。Pawlovski, a.a.O., S. 69-70.
- (17) 柚木・前掲物権法三九頁。我妻・前掲債権総論(旧版)五七頁も占有による公示を強調される。新訂版八五頁では目的物と緊密な事実上の関係を生じたことと、認識可能性の両方を指摘される。
- (18) 大審院の諸判例、第二章註15参照。
- (19) 最高裁昭和二八年二月一八日二小判決民集七卷二二二頁一五一五頁その他。

四 総 括

物権的請求権は物権から独立した権利と考えるべきではなく、それは静態における物権の効果の対外的発現形式と見るべきである。そしてその効果が認められる基礎は、物権がその目的物から権利者の意思のみで直接利益を取得し得る権利である点にあり、そのような権利を容認する国家法秩序は、それ故に公示對抗とは無関係にまた侵害者の責任要件を考慮するこ

となしに、物権者のみの意思によるその侵害の排除を認めるのである。そして「権利行使」の意味における占有を取得した賃借権は、その時から権利者の意思のみで目的物から使用利益を取得し得るという点で、物権ではないが固有の妨害排除が認められるべき権利といえよう。そしてこの観点から使用賃借権者にも固有の権利として妨害排除請求を認め得る。

本稿の結論に対して加えられるであろう批判として、債権契約としては目的物の所有者以外の者との間でも有効に成立し得るから、その債権者に妨害排除を認めることは、所有者（又はそれとの間の賃借人）を不当に侵害することになるといふものが考えられる。私見によれば妨害排除が認められるのは占有を取得した賃借人であるから、事実上この批判を受けるような場面はほぼ回避されると思われるが、理論としては所有者の権利行使を阻止することは出来ない。妨害排除は、その権利の静態における対外的効力の発現形式であるから、この場合には（債権であるという）権利の内在的制約を免れないからである。一例として親権に基づく子の引渡請求権の場合においても親権の内在的制約から来る相対性は起り得るのではない。但し賃借権の「権利行使」の結果取得された使用収益は、賃借人が善意である限り、所有者との関係でも返還する必要はない。他方所有者以外の者に対しては妨害排除の請求をなし得ることになる。この意味で賃借人の妨害排除は相対的なものでしかないと言えるが、権利内容に応じて妨害排除の認否を決定すべしという本稿の立場からすれば、妨害排除を認めることによつて逆に相対的権利が絶対的権利に変質するものではない。

そして本稿で主張された妨害排除請求の要件としての占有は、物の上のみ成立する「事実上の支配」ではなく、「権利行使」の意味であるということは、妨害排除について流通関係における権利相互間の効果の基準である公示・対抗から切り離すだけではなく、物権以外の権利、とりわけ近代文明生活の中で保護の要請が強まるであろう各種の社会生活上の利益に妨害排除請求権を認める機会を与え得ることになる。