

Title	所有権者に課せられた債権的拘束と物権的請求権
Sub Title	Zum dinglichen anspruch des obligatorisch gebundenen eigentümers
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.9 (1967. 9) ,p.53- 79
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19670915-0053

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.

所有権者に課せられた

債権的拘束と物権的請求権

新 田 敏

- 一 はじめに
- 二 判例及び従来の学説
- 三 債権関係による所有権又は所有権者に対する拘束
- 四 「占有をなし得る権利」の性質
- 五 私見
- 六 総括

一 はじめに

物に対する直接支配が侵害され又は侵害の虞れがある場合に、その侵害を除去し又は侵害を予防するために、物権者の行使し得る物権的請求権をめぐつては、わが民法典がそれに関する規定を欠いていることから、理論上及び實際上数多くの困難な問題が提起され、その多くは未だ充分な解決に至っていない。

なかでも物権的請求権は行為請求権なのかあるいは単なる忍容請求権なのか、⁽¹⁾不可抗力によつて物権侵害が生じた場合の

物権的請求権の内容⁽²⁾、他の請求権すなわち不法行為、不当利得、契約から生ずる請求権と物権的請求権との関係⁽³⁾、さらには物権と独立して物権的請求権のみが時効によつて消滅する⁽⁴⁾か等の問題がその代表的なものといえよう。しかしながらこれらの問題が提起された個々の問題の解決に向う限り、現在のところそれは殆んど理論上の問題であるに留まり、実際的な問題との関連性に乏しいように思われる⁽⁵⁾。物権的請求権の研究が今日の民法学にとつて重要な意味を持つているのは、近代社会生活のなかで生み出されそして生み出されつつある各種の利益の法的保護を考えるに当つて、その利益が支配権的性格を持つて現われる限り⁽⁶⁾、民法上最も重要且つ典型的な権利保護の形式である物権的請求権の拡張可能性の理論が、直接その解決の鍵を提供し得る点にある。従つて右に挙げた主として理論上の諸問題をも含めて物権的請求権の究明には、このような問題意識を欠くことは許されないのであらう⁽⁷⁾。

ところで右のように物権的請求権の拡張可能性がわれわれの主要な関心である反面において、同時に物権的請求権の発しないしは行使の限界づけという問題が實際的必要性をもつてその解決を迫つてゐる。その一つは権利濫用禁止に関する問題である。権利の濫用は物権の行使に關してのみ生ずるものではないが、物権的請求権として発現する場合は権利の行使として最も強力であることから、その原理の把握に當つて、物権的請求権行使の限界如何がその問題の中心を形成することは疑いない⁽⁸⁾。

他の一つは物権者が債権的拘束を受けている場合における物権的請求権の問題である。もつともこの問題も、たとえば所有権者が貸貸人として物の占有使用を許している賃借人に対し、その物の返還を請求し得るかという形で提起される限り、それを肯定する学説は見当らないから、単なる理論づけの問題として現在のところ實際上の意味は少ない⁽⁹⁾。

しかしながら物権者が債権的拘束を受けている場合の物権的請求権の問題が、実体法的観点において端的に裁判所に表われる紛争との接点を持つのは、貸貸の目的物とされていた物が所有権者の許可なく契約当事者以外の者の手に渡つたときで

あつて、このようなときには物権的請求権はどのような内容として発現するかがまさに問題の核心をなしている⁽¹⁰⁾。そしてこの解決をめぐる判例と学説は尖锐な対立を示し⁽¹¹⁾、学説の側も必ずしも一致した見解に到達してはいない⁽¹²⁾。そこで以下に無断転貸借あるいは無断賃借権譲渡に基づいて、原貸借借の目的物を占有している者に対する所有権者の物権的請求権を中心にして、所有権者に課せられた債権的拘束と物権的請求権について若干の考察を試みたいと思う。

- (1) 行為請求権とするもの、中島玉吉・民法釈義(二)物権編上三〇〇頁、石田文次郎・物権法論三八九頁、末弘巖太郎・物権法(上)卷三七頁、今泉孝太郎・物権法論一〇七頁。忍容請求権とするもの、近藤英吉・物権法論一一頁、鈴木祿弥・物権法講義一八七頁以下。原則として行為請求権としながら特別な場合に忍容請求権とするもの、末川博・物権法三六頁及び四四頁以下、我妻栄・物権法二〇頁及び一六九頁、柚木馨・判例物権法総論四一〇頁註(五)及び四一八頁、舟橋諱一・物権法四六頁、川島武宜・所有権法の理論二二八頁。なお於保不二雄・物権法(上)は行為請求権とされつつも、物権の論理的効力である忍容請求権と、物権の社会的・政策的効力である行為請求権という概念上の区分をされている。
- (2) 前註(1)において特別な場合に忍容請求権と解しようとする立場は、この問題と関連する。その他物権的請求権と責任の問題を論ずるものとして、川島武宜・「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化」法学協会雑誌五五卷六号、九号、一一号。特に一一号七四頁以下。
- (3) 我妻栄・「法律行為の無効取消の效果に関する一考察」民法に於ける所有物返還請求権と不当利得との関係―春木先生還暦祝賀論文集二二三頁以下、鈴木祿弥・「法律行為の無効と給付物の取戻し」法学雑誌九卷三・四号三七九頁以下、同民法の基礎知識一五〇頁以下。
- (4) 川島武宜・民法総則四三八―九頁、舟橋・前掲四一一頁、末川・前掲三六一―七頁。
- (5) 物権的請求権の消滅時効に関するものとして、大審大正五年六月三日民一判決民録二二輯一一六一頁、同大正六年三月三日民一判決民録二二三輯五六〇頁、同大正一一年八月二日民二判決民集一卷四九三頁。近時では大阪地裁昭和三十六年一月二九日判決判例時報二九一―一九頁。
- (6) 準物権といわれるいわゆる無体財産権の他、人格権・営業権に関連するものが指摘し得る。
- (7) 拙稿「賃借権に基づく妨害排除請求権に関する一考察」法学研究三九卷九号はこの方向で摸索するものである。
- (8) いわゆる宇奈月温泉事件(大審昭和一〇年一〇月五日民三判決民集一四卷一九六五頁)を典型的なものとし、東京地裁昭和二十七年九月八日判決下級民集三卷九号一二〇七頁、横浜地裁昭和二十六年二月二七日判決下級民集二卷三号二九六頁等。
- (9) 訴訟上の取扱いにおいて、被告が原告との契約によつて占有をなし得る権利を有するときに、その債権関係の存在を原告のみが主張している場合にも、原告の返還請求を否定すべきかという点で、所有権者と契約の相手方との物権的請求権に関する法律構成の実益が主張されている。東孝行・「所有権の私法的制限に関する一考察」―占有すべき権利による制限を中心として、神戸法学雑誌一〇卷四号。同旨好美清光・注釈民法

(6)六三頁。ドイツにおいては、占有をなし得る権利 (Recht zum Besitz) をめぐり、ドイツ民事訴訟法における欠席手続との関連において、ドイツ民法九八六条一項の効果を抗弁 (Einrede) と捉えるべきか異議 (Einwendung) と捉えるべきかで多くの議論がなされている。その大要は既に東氏の論文で紹介されているし、この問題は本稿で論じようとする目的と直接関係しないので、それに譲ることとする。

(10) この問題に関する判例として、大審明治四〇年一月二十九日民一判決民録一三輯二四頁、同昭和七年八月二日民五判決民集一一卷一八〇一頁、同昭和十三年八月一日判決全集五卷一七号九頁、同昭和十五年二月三日民五判決民集一九卷四三三頁、最高裁昭和二十六年四月二七日二小判決民集五卷五号三二五頁、同昭和二十六年五月三十一日一小判決民集五卷六号三三五九頁、東京高昭和二十七年九月九日判決民集五卷一三三〇頁、最高裁昭和四十一年一月二日二小判決民集二〇卷八号一六四〇頁。

(11) ほほ確定している判例を支持するもの、金山正信・同志社法学一四号一四六〇七頁、加藤永一・法学一八卷二号一一六頁。判例に反対するもの、勝本正晃・契約各論第一卷二四五頁、鈴木祿弥・総合判例研究叢書民法(三)三七頁、中島・前掲二三三四頁、四宮和夫・判例民事法昭和一五年度版八八頁、我妻・前掲一六七頁、舟橋・前掲四三三〇四頁、泉久雄・法学一八卷一号二一九頁、星野英一・判例民事法昭和二十六年版一二六頁、広中俊雄・注釈民法(四)二二五頁、好美・前掲七六頁。

(12) 前註(11)で判例に反対する立場にあるものでも、勝本博士・鈴木教授は基本的に異なつた立論をされている。

二 判例及び従来の学説

〔判例〕 賃貸人(所有権者)の承諾を得ずに転貸し、しかも賃貸人が原賃貸借を解除することなく、転借人に対し賃貸人に直接引渡すことを求めた事案については、明治四〇年一月二十九日の大審院判決である。そこでは賃貸人が転借人に対し直接自己に引渡すべしとした請求を斥けて、次のように言っている。すなわち、「Aカ被告原告人ニ転貸シタリトスルモ其転貸借ハ当然無効ニアラスシテ単ニ賃貸借契約ヲ解除スルノ原因タルニ外ナラス然ルニ原告人カAニ対スル解除ノ催告ニハ賃料ノ不払ヲ原因トセシノミナレハ原院ハ其点ニ付テ解除ノ効ナキコトヲ判示セリ既ニ原告人トAトノ賃貸借契約ノ解除ハ其効ナクシテ存続スルモノトスル以上ハ原院カ原告人ニ於テ本件ノ物件ヲAニ賃貸スルノ義務アルモノトナシ被告原告人ニ対シ直接ニ其引渡ヲ求ムルコトヲ得サル趣旨ヲ判示セシハ適法ナルコト論ヲ俟タサルヲ以テ」上告理由なしとして⁽¹⁾いる。

ところが昭和七年八月二日の大審院判決は同じく無断転貸借の事案について「賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得シテ其ノ権利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ賃借物ヲ転貸シタル場合ハ縱令其ノ当事者間ニ於テ該讓渡又ハ転貸借カ有効ニシテ且尚存続スルモノトスルモ之ヲ以テ賃貸人ニ対抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相当トス從テ賃貸人ノ承諾ナキ転貸借ニ至リテハ当該賃貸借ノ解除サレタルト否トニ拘ラス賃貸人ヨリ転借人ニ対シ何時ニテモ転借地ノ明渡ヲ請求シ得ルモノト断セサル可ラス」としてそれ以後の同種の事件の先例となつた。その後昭和十三年八月一〇日及び昭和十五年二月二三日の大審院判決も、同様の理由によつて賃貸人の請求を認容している。

最高裁になつてからもこの判例は踏襲され無断転貸借について「この場合、土地の所有者たるXは民法六一二条二項に基いて、Bに対する賃貸借を解除すると否とにかかわらず、……（所有権者にその占有を対抗できない占有者たる）Yに対して、直接本件土地の明渡を請求し得るものと解すべきである」とし、無断賃借権讓渡についても、不法にその家屋を占有しているものとして明渡請求を認め、その理由として「民法六一二条二項」の法意は、賃借人が賃貸人の承諾なくして賃借権を讓渡し、又は賃借物を転貸し、よつて第三者をして賃借物の使用又は収益を為さしめた場合には、賃貸人は賃借人に対して基本である賃貸借契約までも解除することを得るものとしたに過ぎないのであつて、所論のように、賃貸人が同条項により賃貸借契約を解除するまでは、賃貸人の承諾を得ずしてなされた賃借権の讓渡又は転貸を有効とする旨を規定したものでない」としている。さらに最近の最高裁判決は、賃借権の無断讓渡について「論旨は、賃貸人の承諾なしに賃借権の讓渡がなされた場合でも、賃貸人が賃貸借契約を解除しないかぎり、直接自分に賃貸借の目的物の引渡（明渡）を賃借権讓受人に請求することはできないと主張するが、右解除をしなくても賃貸人は讓受人に対し賃貸借の目的物の明渡を求めうることは、すでに当裁判所の判例であつて、所論は採用できない」として昭和二六年五月三十一日判決を援用している。

右に見たように第一の判例を除き、昭和七年以来判例は一貫して、無断転借人あるいは無断賃借権讓受人に対し直接自己

へ返還請求する権利を、賃貸人（所有権者）に認めているのである。

〔学説〕 この問題をめぐつて学説は四つに分かれる。第一説は判例と同一の立場に立ち次のように主張する。「無断賃借権譲渡あるいは無断転賃借により）譲受人又は転借人が、その目的物を占有するならば、賃貸人に対する関係においては、何らの正権限なくして之を占有するものであるが故に、この占有は不法占拠となる。したがつて所有者たる賃貸人は、かかる不法占拠者に対し、己が所有権に基いて直接その返還を請求し得べきものである。……その請求は賃貸借契約の解除されると否と、又は賃借人の承諾を得たると否とにかかわらない。何故ならば、かかる転借人が、賃貸人に対する関係においては、目的物の占有を正当ならしむる事由を有しないかぎり、賃借人との間に賃貸借関係あるとの事実藉口して賃貸人の請求を拒否し得べきものではないからである。」⁽⁷⁾

この判例と同様の立場に全く対立する第二説は、「賃貸人が賃借人に対し賃貸借契約を解除せざる限り、賃貸人は目的物に關し自己が占有し、使用収益する権利を抛棄せるものなれば、自己が之等の権利を行使し得ざることを理由とする各種の請求権は第三者に対しても有効に行使用するを得ないものと云ふべきである」⁽⁸⁾「賃貸人の承諾なき転賃借は転借人より賃貸人に対抗し得ざるは勿論であるが、然し乍ら其故に、転借人の有する占有が直ちに賃貸人に対し不法占有となるものと云へない。蓋し賃貸人が賃貸借を解除せざる迄は、賃借人の占有は適法にして、転借人は賃貸人に対する関係に於ては、賃借人に代はり代理占有を為せる関係にあるからである。即ち転借人は賃借人の履行補助者たる地位に立つ。従つて賃貸人が賃貸借を解除せざる以前に於ては、転借人に対して直接に占有、使用、収益の停止を請求することは出来ぬ。従つて又、解除せずして自己に目的物の返還を請求することは出来ない」とする⁽⁹⁾。

第三説は基本的には第二説に立ちつつも、第二説によれば、賃借人がその意に反して賃借物の占有を奪われた場合にも、賃貸人には間接占有にもとづく占有訴権しかないことになり不当であるとし、それを若干修正して「賃貸人が自己の直接使

用収益の権利を断念して目的物を賃借人に委ねた以上、爾後賃借人との有効な取引関係を媒介として賃借物を占有している第三者に対しては、賃貸人は賃借人を経てのみこれを排除しえ、直接第三者に対しては権利を行使しえず、これに反して、賃借人の意思に反して占有を取得した第三者に対しては、直接に権利を取得する¹⁰⁾と主張する。第二説及び第三説は第三者の占有取得が賃借人との間の有効な契約に基づく限り、所有権者のその第三者に対する物権的請求権を否定する点で共通し、その根拠を所有者が自己の意思で直接使用収益する権利の行使を断念した点に求めている。

第四説は、前二説と異なり所有権者の物権的請求権の行使を認めつつも、第三者に対し賃借人に引き渡すべきことのみを請求し得ると解するもので通説といえよう。その理由として「賃貸人（所有者）が有するところの所有権に基づく返還請求権は、無制限の内容を有するものではなく、賃借人の占有を正当ならしめる債権によつて制限されたものであつて、その範圍内においてのみ存在すると解すべきだからである」¹¹⁾「賃貸借契約の存続する限り、賃貸人（所有者）は、賃借人に対し、所有権に基づく返還請求権自体を有しないと解すべきであり、さらに一步を進めて、返還請求権の直接の相手方が占有を正当ならしめる債権を有しなくても、第三者が占有を正当ならしめる債権を有する場合には、それによつて返還請求権が制限され、その範圍内においてのみ存在すると解するのが妥当である」とする。この説について注目されるべきことは、この説の主張者の多くが、同様の場合を規定するドイツ民法九八六条一項を援用していることである。¹³⁾

通説の多くが援用しているドイツ民法九八六条一項とは次のような規定である。「占有者又ハ占有者ガ占有ヲ為ス權利ヲ承継シタル間接占有者ガ所有者ニ対シ占有ヲ為ス權利ヲ有スルトキハ、占有者ハ物ノ返還ヲ拒ムコトヲ得。間接占有者ガ所有者ニ対シ占有者ニ占有ノ讓渡ヲ為ス權限ヲ有セザリシトキハ、所有者ハ、占有者ニ対シテ、間接占有者ニ物ノ返還ヲ為スベキコトヲ請求スルコトヲ得、若シ間接占有者ガ占有ヲ回收スルコト能ハザルトキ又ハ之ヲ欲セザルトキハ、自己ニ対シテ返還スベキコトヲ請求スルコトヲ得。」わが民法に規定のない外国法を援用する場合には、たとえ体系的にはほほ共通する

としても、その規定の持つ立法目的ないしは合理性を可能なかぎり明らかにされるべきものように思われる。

この規定の前段についてはかなり明確な意図が見られ、Motiv は引渡請求権は「所有権者のもとに留存している権利の内容に相応する状態の回復を目的とするもの」⁽¹⁴⁾であつて、「返還請求の被告に物についての権利が帰属し、その権利の内容に従つて被告が物を所持する権能を有している場合には、その権利は所有権者の権利に優先する」⁽¹⁵⁾としているが、中段の内容は第一草案には存在しない。普通法上も、物権的請求権に向けられる抗弁として認められたのは、占有者の有益費支出の抗弁、占有者の留置を内容とする物権の抗弁及び所有権者がその物を占有者に留めておくことが義務づけられているという抗弁の三つに過ぎなかつたのである⁽¹⁶⁾。この中段の規定は第二草案の修正という形で採り入れられたもので、その理由は、返還請求権によれば、所有権者自身への物の返還という結果になり、それでは所有権者はただちにその物を間接占有者に再び渡さねばならなくなつて不都合だからであるといわれている⁽¹⁷⁾。しかしながらこの理由はそれ以後の学者によつて必ずしも支持されているわけではなく、多くのテキストはこの規定の効果あるいはそれと合わせてその適用範囲を説くだけである⁽¹⁸⁾。この規定の根拠を説くものとしては、「間接占有者を保護するものである」⁽¹⁹⁾、あるいは「自分自身への引渡しによつて、所有権者は間接占有者の権利と調和せず且つ契約に反することを要求することにならう。またもし所有権者がまずもつて自分への引渡しを要求し得るとするならば、その場合にはその物を直ちに賃借人へ再び交付しなければならぬであろうからそれは無意味な迂路である」⁽²⁰⁾とするのが注目されるに過ぎない。

しかしこれらの理由は充分な合理性を有するとは思われない。所有権者と間接占有者の権利の調和が第三者への権利行使で何故問題になるのか。また賃借人が契約によつてその物の占有を第三者に引渡した場合に限定すれば、自らの意思で使用収益権を移転してしまつている間接占有者（賃借人）を何故に所有権者の権利を制限してまで保護しなければならないのか。またこの間接占有者は第三者に対しその契約の効力として返還請求し得ないにも拘らず、所有権者の権利行使によつて返還

請求し得るのと同じ結果になるのは論者の立論に従えば不都合ということになりはしまいか。

右に見たように、わが国の通説の多くが援用するドイツ民法九八六条一項中段も充分明白な根拠を有しているわけではないとすれば、われわれはまずもつて所有権者が債権的拘束を負う場合に、如何なる理由によつて、如何なる拘束が物権的請求権に及ぶのかを考察しなければならない。

- (1) 前掲民録一三輯一卷二六一七頁。
- (2) 前掲民集一一卷一八〇四―四五頁。
- (3) 前者前掲全集五卷一七号九頁、後者前掲民集一九卷六号四三三頁。
- (4) 前掲民集五卷五号三二七頁。
- (5) 前掲民集五卷六号三六一頁。
- (6) 前掲民集二〇卷八号一六四二頁。
- (7) 金山・前掲一四六一七頁、同旨加藤・前掲一一六頁。
- (8) 勝本・前掲二三〇頁。
- (9) 勝本・前掲二四五頁。
- (10) 鈴木・前掲三七頁、同民法雑誌二七卷五号六六頁。
- (11) 星野・前掲一二六頁。
- (12) 星野・前掲一二六一七頁、同旨中島・前掲二三四頁、四宮・前掲八八頁、我妻・前掲一六七頁、泉・前掲二二九頁、舟橋・前掲四三―四四頁、広中・前掲二一五頁、好美・前掲七六頁。
- (13) ドイツ民法九八六条一項を援用するもの、中島・前掲二三四頁、四宮・前掲八八頁、星野・前掲二二六頁、好美・前掲七六頁。
- (14) Motiv, III S. 399.
- (15) Motiv, a. a. O., S. 421.
- (16) Windscheid-Kipp, Pandekten I, 1906, S. 1005-6.
- (17) 東孝行・「所有権の私法的制限に関する一考察」(統)―拘束関係にある所有者の第三者に対する所有権にもとづく請求権―神戸法学雑誌一一卷三号三四頁参照。

所有権者に課せられた債権的拘束と物権的請求権

- (18) Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 1008. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 275-6. Fichler, Institutionen des Sachenrechts I, 1954, S. 58. Julius von Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 1959, S. 114. Hedemann, Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1960, S. 175-177.
- (19) Wolf-Raiser, Sachenrecht, 1957, S. 321-2. Westermann, Sachenrecht, 1960, S. 141.
- (20) Lent-Schwab, Sachenrecht, 1964, S. 164. 同書 Berg, J. v. Staudingers Kommentar, III, 1. Teil S. 785.

三 債権関係による所有権又は所有権者に対する拘束

物権と債権の峻別を基礎とする古典的見解に従えば、所有と占有が分離した場合には常に所有権者に物権的請求権が発生する。そして相手方が占有をなし得る権原を有するときには、抗弁権を有するに過ぎないと考えられた。⁽¹⁾

ところがかつては絶対権・完全権と考えられた所有権も、各種の公的私的制約を受けるとする法思想の趨勢に従ったのであろうと思われるが、⁽²⁾所有権者が賃貸人として債権契約の当事者となつてに過ぎない場合であつても、賃借人の抗弁権行使をまつまでもなく、物権的請求権は生じないとする立場が、充分な根拠を示しているとは考えられないにも拘らず、通説の地位を獲得するに至つて⁽³⁾いる。もつとも所有権者が賃貸人であるときには、契約が有効に存続する限り賃借人からその目的物を取り戻せないという結果では同一であるから、それが制限物権が設定されていると同様な意味で所有権の制限と見るか、あるいは所有権者の人的拘束と見るか、それとも賃借人の抗弁権による否定と見るかを確定しなければならぬ緊急性は学説の側になかつたとも考えられる。

しかしながら所有権者が債権的拘束を受けていることによつて物権的請求権を行使し得ない理由を明確にしていなかったことが、無断転借人等に対する物権的請求権行使についての態様把握を困難にしている大きな原因のように思われる。

ドイツではこのような場合のための規定である BGB 九八六条一項があることによつて、古くからこの所有権者による物

権的請求権行使に対する占有者の拒絶権をめぐつて議論がなされて来ている。それらの殆んどはドイツ民事訴訟法における欠席手続との関連において、この占有者の権利を抗弁 (Einrede) と見るべきか、それとも異議 (Einwendung) と見るべきかという点に集中されているが、⁽⁴⁾ その中でわが国の通説とはほぼ同様の立場にある *Raiser* の主張が注目される。

Raiser は B G B 九八六条一項の解釈に當つて、その第一の作業として物権法の中で不変のものと考えられている諸命題・諸概念を再検討すべきことを主張し、その対象としてまず所有権者がその直接占有を欠くとき且つ欠く限り、引渡請求権は常に必然的に所有権者に帰属しなければならないとする命題をとり上げる。そしてこのような命題はローマ法には存在しなかつたし、普通法及び現行物権法の *Vindikation* (返還請求権) 原理は、所有権者自身が占有していない場合には保護されるべきことを言つているが、如何なる範囲で保護されるべきかといふことは言つていない。その限界は B G B 九八六条が規定しているのであるとして次のように主張する。⁽⁵⁾

九八六条においては所有権者の保護の必要性よりも占有者の保護の必要性を優先させており、この法状況の理解の鍵は、所有権もまた一般にそれに付与されている抽象的・不変的性格を奪われている点にある。⁽⁷⁾ 所有権が特殊な内容の物的支配権であるという点においてはこれを疑う必要はない。しかしながらこの権利は包括的・複合的な所有権者の法的地位の中に埋没されており、この法的地位は、私的公的種類の多様な権利及び義務をそれ自体の中に包含し、常にその目的規定 (*Zweckbestimmung*) に従ひ多くの段階化及び分化をなし得る。⁽⁸⁾

そのように見れば、自己の物を賃貸しあるいは寄託した所有権者は、それによつて単に債権関係を創設するだけではなく、所有権者としての法的地位が変更することを認めることは困難ではない。またこの変更は、単なる債権契約の締結と結合するのではなく、法的な意味においては、それに相応する処分を意味する占有の譲渡と結合するのである。そしてこの法的地位は、返還請求権に関しても、この債権関係の特別規定と結合し、偶然の占有者に向けられるような即時の引渡請求権

を排斥するのであって、これが九八六条の正しい意味である。⁽⁹⁾ 結論として、

(一) Vindikation (返還請求権) は、一般に次の場合に排斥される。所有権者が占有者 (あるいは間接占有者) と、占有の移転によって遂行される特別な債権関係に結合され、且つそれによって所有権者の地位が変更されている場合。

(二) 所有権者の地位を形成する債権関係が何らかの理由によって効力を生じない場合 Vindikation は存在する。また競合する不当利得に基づく請求権を妨げない。他方占有移転と結合された時間が経過したという場合には、債権関係はそれによって消滅するのではなく決済されるべきものであるから、以前と同様以後も Vindikation は排斥されたままである。所有権者の保護に役立てられるのは契約上の返還請求権である。同様のことは債権関係が債務不履行によつて清算関係 (解除あるいは損害賠償) に変形した場合にも妥当し、契約上の請求権行使だけが認められる。

(三) それ故に所有権に基づく返還請求権が存在するのは、占有者のその占有取得あるいはその者の上位占有者の占有取得が、所有権者の有効な処分に基づいていない場合である。⁽¹⁰⁾

この *Paisier* の主張の特色は、所有権者の法的地位という表現をとりつつも、所有権の目的的拘束を強調していることから、債権関係による所有権の直接制限的効力の承認にあると思われる。それ故にこの見解は、債権はたとえそれが有体物上の占有の設定を目的とする場合であつても、物との法律関係を形成し得るものではなく、人的な給付関係に尽きるとする伝統的な視点に対して、新たな観点を提供するものである。

しかしながらこの主張に見られる占有者の保護を所有権者の保護に優先させているとする点は、BGB 九八六条一項を根拠とするものであるから、そのような規定を持たないわが民法の解釈論として直ちにこれを採用入れることはできないであろう。従つてわれわれは占有者の保護を所有権者の保護に優先させるためにはより一般的根拠を明確に提示しなければならぬ。

Paiser の主張する所有権の社会的經濟的拘束性ということについては今日殆んど異論は見られないし、⁽¹¹⁾ 一九世紀民法学が強調したいいわゆる所有権の絶対性という觀念も決して歴史的根拠を有しないことも学者の指摘するところである。⁽¹²⁾ しかし占有権原者と所有権者の問題を、はたして Paiser が主張する私法および公法における所有権者の包括的且つ全体としての法的地位の問題まで還元し得るであろうか。ここでは所有権者の占有者に対する物の引渡しを求める権利が問題となつてゐるに過ぎず、そこで説かれてゐる社会的經濟的な所有権の目的的拘束という広い意味における所有権の制限とは異質の問題といえよう。それ故に債権的権原による占有権によつて所有権に基づく物権的請求権の発生は阻止されるというためには、所有権概念の軟化 (Auflockerung)⁽¹³⁾ という現象を強調するだけでは、その根拠とはなし得ないように思われる。⁽¹⁴⁾

ところで基本的には Paiser と同様伝統的所有権觀念の反省すべきことを主張し、所有権の私法的制限という立場をとり、それに加えて各当事者の法的地位を考察することによつて、わが民法の下においても BGB 九八六条一項と同一の効果を認め得るとする東氏の見解がある。

東氏は、賃借人が目的物を回収不能とするか又はそれを欲しない場合は所有権者自身への返還を認めるが、そうでなければ占有すべき権利者 (賃借人) への返還請求のみを所有権者に認めるとする。すなわち所有権者は賃借人に対する関係では拘束関係にあるが、その拘束関係はそれらの間の関係にとどまるのであつて、それを越えて第三者に及ぶものではない。それ故に所有権者を十分に保護しようとするれば、返還請求権を認めなければならぬ。しかしそのことは直ちに所有者自身への直接返還を意味するものではなく、原則として賃借人 (占有すべき権利者) への返還と解する。⁽¹⁵⁾ その理由として、

(一) 具体的妥当性の観点。所有者が契約当事者を措いて第三者に対し自己への返還を請求し、その物の占有を取得したと仮定すると、法律上は、所有者が中間者との契約を解除しないかぎり、それらの間に拘束関係が存在して中間者は所有者に対して賃借権の内容として占有の引渡を請求しうる。これを事実関係に反映させると、結局所有者は第三者から目的物

を取戻してさらに中間者に引渡したという関係になる。これは無用な関係を認めることにならないか。⁽¹⁶⁾

(二) 形式的確実性の観点。所有者の法的地位について見ると、中間者との賃貸借契約を解除しない限り、所有者は中間者との間では目的物の占有を与えその許に留保するという拘束関係に立ちつつ、他面第三者との間ではそのような拘束関係になく所有権にもとづく返還請求権を有する。つぎに中間者の法的地位を見ると、所有者と中間者との間には中間者に占有を与え留保することを一内容とする拘束関係が存在する。だからもし所有者が目的物を占有していたら中間者へ引渡さねばならず、所有者は中間者の占有を尊重しなければならない。また中間者の第三者に対する関係は、無断転貸、賃借権の無断譲渡の場合は有効な契約関係に立つて拘束関係が存在するが、目的物を侵奪された場合は占有訴権及び賃借権等の本権にもとづく救済権が与えられる関係にある。また第三者の法的地位を見ると、彼は所有者との関係では単なる侵奪者の場合のみならず、中間者を通じてなした無断転借、無断の賃借権譲渡を受けた者の場合も、前述のようにその転借・賃借権の譲渡につき所有者に對し對抗しえないから、所有者によつて否認され得る法的地位にある。だから第三者は所有者にとつては結局所有権の侵害であつて、彼に對し所有権に基づく返還請求権が生ずる。

以上のような所有者、中間者、第三者の三者の法的地位を考慮すると、所有者は中間者に対して拘束関係に立ちながら、第三者に對して所有権に基づく返還請求権を有することになつて、所有者は第三者に對して所有権に基づいて目的物の返還請求をなしうるが、その内容は特別な事情がない限り中間者への返還であると解すべきである。もしこの結論を認めず所有者自身への返還を認めると、彼に過多の内容の請求を与えることになるとともに、中間者の占有すべき権利を一時なりとも侵害する結果を認めることになる。⁽¹⁷⁾

東氏によつて分析された三者の法的地位は、それぞれの有する権利内容から切り離して同一平面で考察し得るものとすれば、まさしく指摘された通りと言うことができよう。その点の批判は第五節で試みることにして、その前に、従来閑却され

ていた債権的権原に基づく「占有をなし得る権利」(Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen)を分析することによつて、所有権に基づく物権的請求権との関連を追求しようとする研究を次節でとり上げることとする。

- (1) 中島・前掲二八三頁以下、Windscheid, a. a. O., S. 985 und 1005, 普通法時代に物権者の債権的制約が物権及び債権の本質に反すると主張されたことについて、Vgl. Motiv, a. a. O., S. 421
- (2) 末川・前掲二七五頁以下、我妻・前掲一六五頁、舟橋・前掲三四二頁参照。同旨、東・前掲論文神戸法学一〇巻四号五五頁、好美・前掲注釈民法(6)六二頁
- (3) 末川・前掲四二一三頁、我妻・前掲一六七頁、舟橋・前掲四三頁、柚木・前掲四一六―七頁、川島・民法一〇五頁、於保・前掲三三頁等。
- (4) 東・前掲論文神戸法学一〇巻四号参照。
- (5) Ludwig Raiser, „Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz“, Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 135.
- (6) Raiser, a. a. O., S. 135.
- (7) 法規は法命題を包含するもので、法理論を包含するものではないから、不十分な認識による理論で法規を強要することはできないとする。Raiser, a. a. O., S. 137.
- (8) Raiser, a. a. O., S. 137. この法的地位を常に同質の支配権に濃縮するのは、学問的な抽象の過程であつて、それによつて得られた狭い所有権概念は、法技術的便宜という利益をもたらしたが、他方で法的形成可能性の貧困化を結果し、その例としてドイツ財産法上の Treuhänder (信託)があるとする。S. 137―8.
- (9) Raiser, a. a. O., S. 138―9.
- (10) Raiser, a. a. O., S. 139―40
- (11) Raiser, a. a. O., 後述の Roman を強調して、Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung, 11, August, 1961, S. 465 ff.
- (12) この点については最近の歴史的比較法的研究として Franco Negro, Das Eigentum, 1963, がある。
- (13) Raiser, a. a. O., S. 138
- (14) 仮にドイツ民法九八六条の規定が軟化現象の一つであるとすれば、彼が問題としているのはこの規定であるから、一種の循環論に陥ち入ることになると思われる。

所有権者に課せられた債権的拘束と物権的請求権

六八 (二二六四)

(15) 東・前掲神戸法学一二卷三号三五五—六頁。

(16) 東・前掲神戸法学一二卷三号三五七頁。

(17) 東・前掲神戸法学一二卷三号三五七—九頁。

四 「占有をなし得る権利」の性質

所有権に対する債権関係による直接的制限を主張する前節の見解に対し、債権的権原に基づく「占有をなし得る権利」の性質を「関係的支配権」と捉え、所有権に対する拘束はその効果であるとする主張がある。⁽¹⁾これは一方で近時の学説の一つの傾向であるいわゆる物権化というような認識によつて、法律概念を曖昧にする態度を批判し、他方でむしろこの概念の厳格な認識の上に立つて、その権利に内在する固有の目的に従つた類型的な概念構成を提唱している。この主張者 Dieterichsen によれば、

第一に債権的占有権原者は、その契約の相手方との純粋な給付関係に限定されるものではなく、占有移転を求める請求が履行されることによつて、それと並んで物との関係そのものもまた発生する。そして占有権原者は、自己の権利によつてその物に作用を及ぼし得るし、(債権的合意の枠内で)その物の運命を決定し得るのである。⁽²⁾そして債権的占有権原者の権利と、物に関連するが占有権原のない債権者の権利とを比較し、ピアノ所有権者である隣人に日中は演奏させないことを目的とする債権契約として、前者についてはそのピアノを日中賃借するという契約、後者については日中ピアノを演奏しないという不作為債務を内容とする契約を例に挙げて、同じく債権契約であつても両方の契約の効果には原則上の区別が存在すると主張する。すなわち単なる不作為給付の契約の場合においては、その請求権に対応する所有権者の純粋な拘束であるのに対し、賃貸借契約の場合には、債権者にその物の支配権が帰属する物の拘束である。従つて前者は *Raiser* の意味における所

有権者の地位の拘束であり、後者は所有権の負担であるとする。この場合いづれの方法によつても *Paisier* 流の考え方に立てば所有権者の地位は侵害されていることになる。それ故にこの二の区別から指摘されるべきことは、所有権者の地位の拘束ということではなく、賃貸借は、当事者相互の債権的關係を越えて、賃借人に物それ自体に作用を及ぼす権原を帰属させるということである。しかもこの場合に意味する占有は、事実上の影響可能性としての占有ではなく、占有をなし得る権利の問題なのである。⁽³⁾

第二に債権に基づく占有権は制限的物的権利という性質によつて構成されなければならない。所有権の内容たる占有権は、物権の設定によつてのみ縮減されるのではなく、債権的占有権原者への物の引渡しによつても縮減される。そして占有権原者は完全権が縮減されている範囲での占有権能を保持するのであつて、その占有権が物権に基づくものか債権に基づくものかは重要ではない。支配権の適法な制限は他の支配権によつてのみ可能である。この解決は返還請求権が占有を権原づける債権關係によつて排斥される理由を理解させる。すなわち債権關係そのものはこの効果を持つものではなく、その債権關係から流出する占有をなし得る権利が、物に対する支配権としてその内容によつて所有権者の引渡請求権を阻止するのである。⁽⁴⁾

第三に賃貸借契約は賃借人が他人の権利を行使するものではなく、關係的支配権の許容すなわち内部關係における設定の権利移転である。債権的権原によつて占有している者は、所有権者に由来する適法な自己の権利によつてその物を占有しているのであつて、所有権者の単なる行使機関として占有しているのではない。すなわち所有権者は占有権の交付によつて、自らの物権的支配力の一部を拋棄していることになる。このことは所有権者はその占有行使の移転をいつでも撤回できるわけではなく、占有権原者を容假占有者 (*Prækaristen*) から区別することからも明らかである。「寄託」及び「委任」におけるその撤回性はこれらの法律關係の性格の中にある。⁽⁵⁾

——右のように権利の機能面における賃借権の支配権性を指摘しつつ、他方において、権利存立の関係性について次のように論ずる。

しかしながら占有をなし得る債権的権利は全体としては物権ではない。

第一にこの権利を第三者に貫徹し得ない。すなわち占有権原者に対し占有の移転を義務づけられている所有権者は、第三者に対して他の方法で有効に占有権を設定し得る。例えば所有権者は、偶然あるいは第一の賃借人に対する禁止された私力の行使によつて、その物を再び占有した場合には、その物を再び有効に賃貸し得るのである。なぜならば関係的占有権の設定による所有権の負担は、第三者に対する再度の同一内容の負担を妨げないからである。⁽⁶⁾第二に債権的権原に基づく占有権には絶対的保護が欠けている。すなわち物権的権原に基づく占有権はその原因関係の存在から独立しているのに対し、占有をなし得る債権的権利は、人的な法律関係に基づけられその有効性に結合されているのである。従来債権的権原に基づく占有権の物権的内容を強調すればする程、それにつれて債権的構成要素を看過することになつて注意をしなければならぬ。第三にこの権利は所有権者に対して存在するという関係においてのみその支配権(所有権)を制限するのである。

それ故に賃貸借 (Miete)・使用賃借 (Leihe) あるいは類似の法律関係に基づく占有権の場合には、一方において物権的権原による占有権の保持者に帰属していると同様の物的支配権能が見られ、他方において債権にとつて典型的な法律関係の債権契約の当事者への制限が見られるのである。すなわち権利の存立は所有権者の人的義務に依存しているが、その物は占有権原者の支配下に置かれている。かくして債権関係に基づく占有をなし得る権利は、物に対する関係的支配権 (ein relatives Herrschaftsrecht über eine Sache) である。⁽⁷⁾そしてこの占有をなし得る権利はその債権関係の枠内においてのみ Vindikation 排斥の効力を持つのである。⁽⁸⁾

Diederichsen の主張の要は右に述べた通りである。この債権的権原に基づく占有をなし得る権利を關係的支配権と捉える見解は概ね正当と思われる。もつとも關係性の一つとしてこの権利には絶対的保護が欠けるすなわち債権契約の有効性と結合されているとする点は、周知の如くドイツ民法においては物權行為の無因性がとられていることに關連するもので、わが民法上ではこの点を特に考慮する必要はない。⁽⁹⁾ また占有をなし得る権利は所有権者との關係においてのみ存在するとする点については、支配権について秀れた考察を試みながら、權利存立の条件と權利の機能の混亂があるように思われる。何故ならば債権契約によつて唯一の処分権者である所有権者に拘束が繼續している限り、その使用収益権は完全に債権者のみに歸屬しているはずであつて、新たにその物の所有権を取得した者を除いては、すなわち無權限な全ての第三者に対し自己の使用収益権を主張し得ると見るべきである。⁽¹⁰⁾

このように賃借権及び使用借権の支配権性は、目的物の引渡がなされた以後は、法律上正当な権原に基づいて他人の行為を媒介とすることなく、その物から利益を享受し得るすなわち使用収益権を行使し得るといふ点にある。⁽¹¹⁾ また Diederichsen によつてくり返し債権的権原に基づく占有権 (das obligatorische Besitzrecht) あるいは債権的な占有をなし得る權利 (das obligatorische Recht zum Besitz) という表現が使われているが、ここでいう占有は単なる事実上の支配を意味するのではなく、使用収益権の行使として理解されなければならない。⁽¹²⁾ この意味において Diederichsen が使用収益権の伴わない寄託あるいは委任による物の占有を、使用収益権を伴う賃借権等と區別するのは、前節における Kaiser のあらゆる債権關係を一括して所有権者の地位の拘束と捉えることと比較して、はるかに秀れた考察と言えよう。受寄者・受任者の有する占有はまさに事実上の支配であつて、支配権と見ることはできないし、いかなる意味でも所有権の制限とはなり得ない。従つてこれらの者は、たとえ占有することが利益である場合であつても、所有権者の返還請求に対しては抗弁を提出し得るに過ぎないと考えなければならない。

賃借権がこのように支配権でありながら関係的であるということは、物権的権利との比較でいえば、所有権者（賃貸人）からの独立性の程度の問題ということにならう。すなわちその権利の発生・存続において賃貸人と密接に関わり合っているということである。所有権者以外の者との賃貸借契約も債権契約としては有効であるが、それは当事者間の効力であつて、真実の所有権者からの返還請求を拒否することはできない⁽¹²⁾。また *Diederichsen* によつて指摘されてはいないが、賃借権の関係性として、賃借人側の債務不履行などの契約違反及び無断転貸・賃借権の無断譲渡などによつて、契約期間内であつても消滅せしめられる可能性の存在を挙げることができる。

- (1) *Uwe Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965.*
- (2) *Diederichsen, a. a. O., S. 90. 同書 Hans-Martin Pawlowski, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht, 1961, S. 58 ff. besonders S. 65—6.*
- (3) *Diederichsen, a. a. O., S. 91—2. 事実上の支配について言われる占有は高々その物との関連で行為をなし得る事実上の可能性に過ぎないのに対し、賃借権に基づく占有はその物について権利行使をなし得ることを強調するものとして、Vgl. Pawlowski, a. a. O., S. 61.*
- (4) *Diederichsen, a. a. O., S. 29. さらにこの所有権の負担は、完全権から分離・独立した占有権であつて、BGB 九八六条の規定は、その語法と位置からして全ての占有権の内的同質性の上に立つているとする。S. 93.*
- (5) *Diederichsen, S. 97—8.*
- (6) 同書 *Pawlowski, a. a. O., S. 68.*
- (7) *Diederichsen, a. a. O., S. 93—5.*
- (8) *Diederichsen, a. a. O., S. 103.*
- (9) もともとわが国においても物権行為の無因性を主張する立場がある末川・前掲七五頁以下。
- (10) この点の認識を欠くために第三者による妨害に対し、本権的妨害排除請求を否定することになる。Vgl. *Diederichsen, a. a. O., S. 96. わが国においては、建物保護法・借家法・農地法等による保護を受けられる限り、又は民法六〇五条によりその賃借権を登記しているときには、新たにその物の所有権を取得した者に対して、自己の使用収益権を主張し得るのである。*
- (11) 前掲拙稿法学研究三九卷九号三八頁以下参照。
- (12) 物権法上單一概念と思われている占有が、実は二つの異なつた占有概念を含んでおり、一方は事実上の支配としての占有であり、他方は権

利行使としての占有であることについては、前掲拙稿法学研究三九卷九号四〇頁以下参照。

(13) Pawlowski は、この場合でも賃借人は全く権利がないわけではなく、賃借人が善意であれば利用によつて得た収益を所有権者に返還しない、⁽¹⁾ とも良いと主張するが (a. a. O. S. 62)、その指摘は正当であるとしても、本稿で取り上げる問題とは直接関係はない。

五 私 見

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し得ることを内容とする権利であることに基づき、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。⁽¹⁾

この物権的請求権はその発生要件すなわち物に対する直接支配が妨害され又は妨害される虞れがあるという要件が、客観的に充足されている場合であつても、物権又は物権者が法的拘束を受けているときには、その発生の態様は同一ではない。その物権の客体たる物にその内容を制約する支配権が適法に成立している場合には、その権利者との関係において物権的請求権は生じない。それに対してその法的拘束が単に物権者の行為に向けられているに過ぎないときには、物権的請求権の発生は妨げられない。それ故に占有を内容とする制限物権の設定があれば、その制限物権者との関係では物権的請求権は発生しないし、債権契約がなされても、その債権の内容が債権者の使用収益権の行使であり、且つ現実⁽²⁾にその物を支配しているときには、これは「関係的支配権」であつて、その債権は物権的請求権の発生を阻止する。現に物を占有している賃借権・使用借権はこれに属する。これに対し、使用・収益を目的としない債権関係に基づいて物を占有している者に向けられるときは物権的請求権は発生する。この場合には事情によつて相手方は抗弁を提出することにより引渡を拒絶し得る。これには、所有権が移転した後に売主がその物を占有している場合、委任事務の処理として物を占有する場合及び寄託が含まれる。

「関係の支配権」である債権の場合には、その権利の成立及び存続は貸貸人（所有権者）の人的義務に依存しているから、貸貸人の承諾を得ずになされた転貸あるいは賃借権譲渡によりその物を占有している者に対しては、直接なんらの制約なしに物権的請求権を行使し得る。これらの無断転借人あるいは無断賃借権譲受人は、賃借人との関係では「関係の支配権」を設定的に取得するが、所有権者（原貸人）に対して主張し得るなんらの権原も有しないからである。その点において一般の不法侵害者と異なるところはない。⁽³⁾ 原賃借を解除するか否かを問わない。⁽⁴⁾ この場合には所有権者が賃借人に許容した使用収益を逸脱しあるいは逸脱する虞れがあり、第三者が無権原で使用収益しているのであるから、所有権者はその所有権を防御するために物権的請求権を行使し得るのである。⁽⁵⁾

この点について原賃借契約を解除しない限り、賃貸人は目的物に關し使用収益権を拋棄ないし断念しているとして、所有権者の物権的請求権の行使を否定する見解があるが賛成し得ない。賃借人の使用収益権は関係の支配権としてあくまでも所有権者の契約上の義務に依存しているのであつて、理論上第三者に対する所有権者の物権的請求権の行使を否定し得る根拠は見あたらない。賃貸人が使用収益権を一般的に断念あるいは拋棄しているという構成は賃貸人の意思に反すると思われるし、仮にそう言い得るとしてもそれは賃借人との関係においてである。⁽⁷⁾ 無断転借人あるいは無断賃借権譲受人の有する占有をなし得る権利はたとえ賃借人の意思に基づくものであつても、⁽⁸⁾ その権利の関係性からして所有権者には主張し得ないと見なければならぬ。

次に東氏の所説を中心として私見の立場から通説の論拠を検討して見よう。

まず形式的確実性として所有権者、中間者、第三者につきそれぞれ法的地位を根拠とする点であるが、所有権者に課せられている拘束はあくまでも中間者に対するものであつて、第三者に対しては如何なる意味においても拘束を受けてはいない。先に述べた私見の発展として、所有権者の物権的請求権の発生を阻止し得るための賃借人側の条件である占有を欠いて

いるのであるから、賃借人すらもはや物権的請求権の発生を阻止し得る地位にはないのである。従つて賃借人が占有を失つたときは、すでに所有権者との関係で物権的請求権の発生を阻止し得る者は全く存在しないと見るべきである。第二に所有権者に直接返還請求権を認めることは、所有権者に過多の内容の請求権を与えることになる点であるが、所有権者が自己の物を無権限で占有している者に対し、自己への返還を請求することは、当然の権利行使といふべきである。論者は、中間者に対する拘束を強調するが、所有権者がその物の占有を取得し且つ契約を解除することなくその物を保持し続ければ中間者に対し債務不履行の責任を負うのであつて、決して所有権者に過多の保護を与えることにはならない。第三に所有権者に対する直接返還を認めることは中間者の権利を一時的なりとも侵害する結果を認めることになる点であるが、これは二つに分けて検討する必要がある。まず無断転貸・無断賃借権譲渡の場合には、中間者が自らの意思で第三者にすでに占有を移転している⁽⁹⁾のであつて、第三者に対して賃貸しあるいは賃借権を譲渡することによつて得られる利益を侵害することにはなるかも知れないが、その利益はそもそも所有権者に対抗し得ない法律関係に基づくものである。また第三者によつて侵害された場合については、中間者が自ら賃借権⁽¹⁰⁾又は占有訴権によつて返還請求すればそのような問題は生じないし、賃借人がその権利を行使しないのであつて、所有権者が直接自己への返還を請求したとしても、それが直ちに中間者の権利の侵害といふ得るのであろうか。仮りにそれによつて中間者の権利を侵害する結果になるといふ得るとしても、それはまさに法律上物権に与えられる保護と債権に与えられる保護の差異といわなければならない。物権的請求権は物権の侵害がある限り、最も効果的な方法によつてその侵害を排除し得べきものである。この場合についていえば第三者による不当な使用収益を完全に停止させることである。賃借人と第三者との間に契約関係が存在する場合には、賃借人の意思によつて占有移転がなされているのであつて、中間者への返還請求によつては右の実効性が確保されるかどうかは疑わしい。それ故に自己への返還請求を承認することが物権に相應する保護であり、賃借人の債権は債務不履行責任の追及という形で保護されており、

それで足りるといえよう。第四に具体的妥当性の主張として、中間者への引渡しを要求させる方が直截的であるとするとあるが、直截的であり得ることを否定するつもりはないが、そのことから直ちに所有権者への引渡しを一般的に否定する理由にはなり得まい。確かにBGB九八六条一項中段は原則的には中間者への引渡要求を規定しているが、そうでなければならぬ法論理的必然性は見あたらない。この規定を中心に秀れた考察を見せたDiederichsenもその根拠を示していないし、Paiserは結論の段階でこの結果を述べるだけで、所有権者の法的地位の変更とする以外の根拠を示してはいない。従つてそのような効果はまさにこの規定が存在することにあると考えるべきであろう。必ずしも法体系上の論理的必然性があるとは思われないこのような処理を、そのような規定を持たないわが民法の解釈として採り入れることには賛成し得ないし、それを要求する明白な実際の必要性も見当らない。第五に中間者が占有回収を不能とするかあるいはそれを欲しないときは、例外的に所有権者自身への返還を認めるとする点であるが、それを例外と見るか原則と見るかが問題であろう。無断転貸あるいは賃借権の無断譲渡によつて占有を第三者に与えている中間者については、その中間者自身の行為から、少なくとも自己がそれを占有する意思を拋棄していることは明らかであるし、中間者と第三者間の契約が存続する以上、中間者は所有権者の承諾を得る義務を負っているすなわち有効な賃借権を取得させるべき義務を負っているのであるから、客観的には一応占有を回収する意思がないと推定できはしまいか。また第三者に侵奪された場合ですら、中間者が占有を回収する積極的意思を有するならば、自らの権利を行使すると考え得るのではないか。

通説は中間者(賃借人)への引渡請求のみを認めることによつて、所有権者の権利行使を制限しつつ、中間者の保護を意図しているようにも思われる。⁽¹¹⁾しかしこの中間者は自己が使用する必要性はなくなつているのであるから、所有権者と対立する利用権者の保護の観点を探り入れる場面ではないし、本来無断転貸又は無断賃借権譲渡という客観的に違法な行為をしていることから、はたして所有権者の権利行使を制約してまでこの者を保護するに値するのであるか。この法律関係にお

いて保護されるべき且つ保護に価するのは所有権者だけである。支配権を支配権たらしめる法的効果である物権的請求権を、他の保護に価する何者かの利益を擁護するという目的もなく、また必ずしも正当といえない法律構成のために制限することは許されないといふべきである。⁽²¹⁾

- (1) 拙稿法学研究三九卷九号三六頁参照。
- (2) 物権的請求権は物権の対外的効果であつて、物権から独立した權利ではないから、一般の債権によつてその發生が阻止されることはない。拙稿法学研究三九卷九号三六頁参照。
- (3) 同旨金山・前掲一四六―七頁、加藤・前掲一一六頁。
- (4) 判例が一貫してこの見解をとつてゐることは第二節で述べた。民法六一二条二項は賃借人に対する制裁を目的としたことについては法典調査会民法議事速記録〔日本学術振興会版〕三三卷九四枚目参照。従つて第三者に対する効力とは無関係である。
- (5) 物権的請求権が債権的請求権と本質的に異なるのは、權利侵害に対する防禦的機能にあるとするもの、Casjen Peters, „Die Ansprüche aus dem Eigentum“, AOP 153, Heft 5, S. 459.
- (6) 勝本・前掲二三〇頁、鈴木・前掲三七頁。
- (7) 同旨好美・前掲七六頁。
- (8) 鈴木・前掲三七頁。
- (9) そうでなければ民法六一二条の意味における転貸借・賃借権譲渡にならない。我妻・債権各論中卷(四五八―九頁、松坂佐一・民法提要債権各論二二〇頁)。
- (10) 賃借権に基づいて返還請求し得ると解する。賃借権に基づく妨害排除について、拙稿法学研究三九卷九号二三頁以下参照。
- (11) 好美・前掲七六頁、Wolf-Raiser, a. a. O., S. 321―2, Westermann, a. a. O., S. 141.
- (12) もつとも形式的に法主体が変更しただけで実質的な法主体が変更していないような場合で、所有権者が賃借人に許容した使用収益を逸脱していないことが明白であるときには、物権的請求権を行使し得ないとする余地はある。東京地昭和三〇年六月一日判決下級民集六卷六号一一三六頁、最高裁昭和三六年四月二八日二小判決民集一五卷四号一一二頁、最高裁昭和三八年一〇月一日三小判決民集一七卷九号二二〇二頁。

六 総 括

物権者に債権的拘束が課せられている場合に、その債権関係の当事者に対する物権的請求権が生ずるか否かは、相手方の権利の性質によつて異なる。相手方の権利が貸借権・使用借権であるときは、それは「関係的支配権」であるから物権的請求権の発生を阻止する。相手方の権利が所有権者の行為にのみ向けられているか、あるいは占有することが債務の内容であるときは、その発生要件が充されている限り物権的請求権は発生する。相手方は場合によつて抗弁を主張し得るに過ぎない。関係的支配権を有する者が、その物の占有を所有権者の承諾なしに第三者に移転した場合には、所有権者は、原賃貸借を解除することなしに、その第三者にその物を自己に返還すべきことを請求し得る。

通説は主として所有権の完全性・絶対性の制約を根拠として、中間者（賃借人）への返還のみを認めようとするが、これは、一般に原則として肯定されている所有権の社会的経済的目的による拘束と関り合うものではなく、単に一個の物権的請求権の問題に過ぎない。さらに通説が、この場合に物権的請求権の行使を承認しながら、他の何者かの保護の必要性からではなく、必ずしも正当とは思われない法律構成のために、その権利行使を制約しようとすることには賛成できない。その点において、唯一の保護の必要な物権者のために一貫して自己への返還請求を認めている判例の態度は高く評価されるべきである。

なお昭和四十一年の借地法改正において新設された「九条の二」により、土地賃借権について建物の譲渡に伴つてなされる第三者への賃借権譲渡又は転貸により賃貸人に不利となる虞れがない場合には、賃借権の譲渡又は転貸に関する賃貸人の承諾に代る裁判所の許可の制度が採り入れられたので、その規定の適用を受ける範囲では賃貸人の承諾に関連する紛争の減少が予想される。しかし建物及び動産の賃借権・使用借権についてもこの問題は生ずるのであつて、その解決のための理論の

重要性は変わらない。前述の明治四〇年一月二十九日大審院判決は動産に関するものであり、昭和二六年五月三十一日最高裁判決及び昭和二七年九月九日東京高裁判決は家屋に関するものである。

また本稿でなされた考察は、有体物以外のものすなわち無体財産権ないしは他の支配権的利益について成立する賃貸借類似の関係をめぐる問題にも有用であると思われる。

〔完〕