

物 権 的 請 求 権 (上)

金 山 正 信

- 一 意 義
- 二 性 質
- 三 発 生
- 四 内 容 (以上本号)
- 五 当 事 者
- 六 他 の 請 求 権 と の 関 係
- 七 賃 借 権 に も と づ く 妨 害 排 除 請 求 権

一 意 義

一 ここに「物権的請求権」とは、物権内容の完全な実現が妨げられまたは妨げられるおそれのあるとき、物権者が、その妨害事情につき支配的地位にある者にたいし、妨害事実の排除または豫防のために、一定の行為を請求しうる権利をいう。「物上請求権」ともいう。物権の一般的効力の一つとして挙げられるものである。判例によると、物権的請求権は、「物権が侵害せられるため、その内容に適合せざる状態を生じたる場合に於て、その状態を回復する権利」^(一)

であつて、「事実上の状態が所有権その他の物権の内容に適せざるため、その内容に適せしむることを目的とするもの」という。

かかる物権的請求権は、もともと物権に固有する権利として構成されてきた。物権の本質としての「物支配」を全うせしめるためのものとされてきたのである。ところが、物支配をともなう権利は、物権のみにかぎるものではない。賃借権わけでも不動産賃借権にありては、目的不動産の現実的支配をともなうにいたる権利なるが故に、その「物支配」の側面からみて、これについても物権的請求権の理論を拡張しえないかにつき、近時の論議をみるにいたつていゝる。物権的請求権の法律構成をどこにもとめるか、また、賃借権の性質をどのように解するかによって分かれるであろう。小稿では、わが物権的請求権の一般的な問題点をとりあげ、それが賃借権にまで同じにいうことができるかどうかにつき、わずかながら論及してみる。

(一) 大判大正九年七月一日民録二六輯九七九頁。

(二) 大判昭和三年一月八日民集七卷九七〇頁。

二 物権的請求権は、すでにローマ法においてみられている。所有物返還請求権 (*rei vindicatio*)、所有物妨害排除請求権 (*actio negatoria*) がそれである。ドイツ民法・スイス民法は、所有権にもとづく請求権を規定し、それを他の物権に準用している(^{ド民九八五条以下、ス、民六四〇条二項、参照})。わが民法には、これに対比すべき規定はない。が、判例学説ともにこれを承認し、物権にもとづく「返還請求権」・「妨害排除請求権」・「妨害豫防請求権」の三種の請求権を認めることに異論はない。では、わが民法上、これらの請求権を認むべき論拠はどこにあるのか。そのとらえ方いかんによって、不動産賃借権にも同種の請求権が認められるかどうかの分かれを生ずるであろう。

わが物権的請求権を認むべき根拠として、二つの側面から考察されている。

(1) 理論上の根拠として、従来、物権の「不可侵性」・「絶対性」・「自力救済の禁止」ないし「物権的秩序の平和的維持」などにその論拠をもとめ、およそ権利について円満な状態が妨げられているときは、円満な状態への回復・豫防をはかることが法の目的とするものであり、そのさい自力救済を禁じているが故に、物権的請求権を認むべきである、ともされてきた。しかし、これらでは、物権的請求権の固有の論拠とするには薄弱である。それらは、権利一般に通有するもので、とくに物権なるが故に認むべしとの論拠とはなし難いからである。物権的請求権は、物権がたんに法律上保護されている権利であるということのみにもとづいて生ずるものではない。およそ法律上保護される権利であるかぎり、その行使につき妨害されるときは、その妨害を排除しなくては、権利たる意味を失うであろう。しかし、それは、権利一般に通有することである。もし、物権的請求権の論拠をここにもとめるならば、物権的請求権を他の権利にみられない独自のものとして説く要はないはずである。物権的請求権には、他の権利についてはみられない特有のものがあるとすれば、その論拠は、他の権利にみられない物権特有の権原の性質そのものうちにもとむべきである。

思うに。物権の権原としての特質は、物権が物にたいする直接排他的な支配権であるということにある。物支配にたいする他人の干渉を自ら排斥して、おのが物支配を確立しようところに、物権の物権たる所以があり、他の権利にみられない特質がある。物権の物支配の態様にはいろいろあろうとも、物にたいする直接排他的支配としての法律構成は、物支配についてのいわば自己貫徹性を意味するものである。物権のこの特質からして、物にたいする直接支配が妨害されているときは、その妨害事情の排斥をもとめることが、物権の効果として、法律上当然承認さるべき帰結でなければならぬ。ここに、物権的請求権の固有の論拠がある、と考える。

これにたいし、債権にありては、現行法上、債務者にたいする給付請求権として構成されているにすぎない。債権

の目的が、たとえ物支配をとまなうことによつて達せられる場合といえども、債務者が債権者にたいし、物支配の可能なる状態を作出し、履行としてこれを提供し、債権者がそれを受領しないかぎり、つまり、債務者のかかる行為の媒介なくして債権者が自ら物支配を当然に可能ならしめるものではない。しかも、債権の内容としての債務者にたいする給付請求権は、物権におけるがごとき排他性を当然に有するのではない。債権者の有する給付請求権の実現が妨害されていても、そのことの故に、物権におけるがごとき自ら物支配としての内容を実現しうるといふ意味の自己貫徹性を当然に有するのではない。債権内容の完全な実現のためには、債務者のなす給付結果ないし履行にまたねばならない。債権内容の完全な実現が妨害されている場合といえども、債権者は債務者にたいする給付請求をなしうるとどまる。債権者が、妨害者にたいし、直接に何らかの行為を請求しうるものと構成されてはいない。債権関係は、物権におけるがごとき対世的なものではなく、債権者と債務者の对人的ないし相対的な関係として構成されているからである。その妨害あるにより債務者が給付不能を生じたときは、債務不履行または不法行為の問題として、別に処理すべきものとなる。物権的請求権が、物権に特有のものたる所以である。

また。物権的請求権は、物権者が物にたいする現実的支配の事実としての占有をとまなっているが故に生ずるものではない。権原としての物権が、その内容実現にたいする妨害状態の存するかぎり、物権者がすでに占有を取得していようと、いまだ占有を取得していないとを問わず、権原たる物権の権能として、おのが物支配を可能ならしめるためのものである。ここに、占有訴権とも同視しえない側面がある。占有訴権は、占有を正当ならしめる権利としての抽象的な権原そのものは問わないで、物を現実に支配している事実つまり占有そのものを保護する制度である。占有訴権も、広い意味では物権的請求権の一種たることを否定しないとしても、本来の物権的請求権に比べ、現実的な物支配という仮の地位の保護と物の現実的利用の保護を目的としているところに、次元を異にするものがある。わが民

法も、占有訴権については、とくに明文規定をもって、別にこれを定めている。占有訴権をして、固有の意味の物権的請求権と同視するときは、占有者が占有を奪われ、すでに占有権を失い物権者でなくなったにもかかわらず、物権的請求権としての占有回復請求権を有することの、論理上の根拠はなくなるであろう。現在の物権者でない者が、物権的請求権を有することはありえないからである。また、占有訴権にありては、提訴期間を限定している(民二〇)が、物権的請求権には、かかる限定はない。占有訴権なるものは、本権とは無関係に、物にたいする現実的支配そのものに着眼し、速やかにその原状を回復維持せしめんとするところにその本旨があることによる。これによって維持されるところが、本権関係と符合することにより、確定的な物支配の法律秩序が維持されるにいたる。この意味で、物権的請求権と占有訴権とは、制度上その趣旨を異にするところがある。しかし、両者併存するをさまたげるものではない。本権たる物権にもとづいて取得している占有にたいする妨害事実のあるときは、両請求権が同時に併存する。この場合は、いずれか一方の行使により、現実的な物支配を確立しうるにいたる。これにたいし、物権者がいまだ占有を取得していないとき、おのが物支配を確立せんとする場合に、物権的請求権は、その威力を發揮する。占有訴権にありては、本権の存否を問うことなく、占有事実のみによってこれを判断するから、本権を有しない占有者といえども、これにより物にたいする事実支配を回復しうるところに特色がある。しかし、この場合、本権を有しない占有者は、本権者からの物権的請求権の行使によって、その占有が破られる。占有保護が仮の地位の保護といわれる所以は、ここにつながる。

(2) 物権的請求権を認むべき実定法上の根拠として、わが民法は、ドイツ民法(九八五)・スイス民法(六四〇)のごとき、積極的な明文規定はない。しかし、物権的請求権を認めている間接的な規定がある。民法が、物権としてのもつとも弱い占有権につき、占有訴権を規定している(一九七)のは、他の物権にも当然に認むべきものとされている。のみ

ならず、民法が、占有訴権のほかに「本権の訴」を認めているのは^(二〇)、本権たる物権にもとづく請求権を認めていることを、実定法上の前提としているものというる。なお、第三者異議の訴^(民訴五 四九条)において、所有権・地上権が執行によって不当に侵害されたことを異議の原因としていること、ならびに、破産法において取戻権^(破産八 七条)・別除権^(同九二 条以下)を認めていることも、物権的請求権の実定法上の裏付けとするに足る。

二 性 質

一 物権的請求権が、請求権の一種であることに疑はない。しかし、この請求権を、物権の効力（作用）として生ずるもので独立の権利ではないとみる（物権効力説）か、純粹の債権とみる（債権説）か、独立の請求権ではあるが債権ではないとみる（請求権説）か、説が分かれている。判例は、物権の「作用にして独立の権利にあらず」とし、「物権の効力として発生」するものとみている^(三)。思うに。物権的請求権は、特定人にたいする一定の行為を請求する権利であって、物権の客体としての物を直接に支配する権利自体とは異なる。したがって物権そのものと同視することはできない。また、この請求権は、物権を有することのみにより当然に生ずるものでもなく、すべての者にたいして有する権利でもない。物権の妨害または妨害されるおそれあることを要件として、そのような妨害を生ぜしめていゝる地位にある特定人にたいして有する請求権である。この請求権が、特定人にたいする一定の行為の請求権たる側面からみると、債権に類する。しかし、物権とはなれて独自に存在しうるものではない。それ故に、純然たる債権と同視することもできない。けっきょく、物権的請求権は、物権の効果として生ずるもので、その物権に従属する特殊の請求権とみるほかはない。

二 物権的請求権の性質を、右のように解するときは一

(1) 物権的請求権は、そのよつて生じた物権と運命をともにする。物権者がその物権を他人に譲渡すると、その物権にもとづいて生じていた物権的請求権をも失い、^(四) 譲受人が物権とともに取得する。物権が消滅すれば、その物権にもとづいて生じていた物権的請求権も消滅する。物権的請求権は、そのよつて生じた物権からはなれて独立して存在するものではないからである。それ故に、物権的請求権のみがよつて生ずる物権から独立して譲渡の対象となることはありえない。

(2) 物権的請求権自体が、独自に消滅時効にかかるか。判例はこれを否定する。^(五) 物権的請求権が独立の権利ではなく、また、この消滅時効を許すならば、所有権の恒久性を否定するにいたるからである。これにたいし、近時の学説には、時効制度の趣旨にかんがみ、しかも、物権的請求権と同質の相続回復請求権の消滅時効をみとめる^(四八)の^(四九) 対比して、物権的請求権が消滅時効にかからぬとするは不当である、というものもある。しかし、相続回復請求権を、真正なる相続人たる地位にもとづきその被っている侵害の排除と相続権の内容を自己に回復することをもとめる権利と解するならば、物権的請求権とはよつて生ずる根拠を異にする。のみならず、侵害される権利についても、相続回復請求権にありては、たんに相続財産上の物権のみにかぎるものではないから、両者同視し難いものがある。両者が、制度上の目的を異にしていることに徴すると、相続回復請求権の消滅時効を認めることから、ただちに物権的請求権の消滅時効をも是認する論拠とはなし難いであろう。物権的請求権を独立の請求権とみるとしても、これを独立の請求権とみないとしても、独自に消滅時効にかかることはない。物権にたいする侵害状態が現存するかぎり、物権的請求権は、その物権にもとづいて不断に生じているからである。この意味で、判例の態度を是認する。ただし、物権的請求権が、所有権以外の消滅時効の対象となる制限物権にもとづいて生じているときは、その制限物権の消滅時効と運命をともにする。しかし、これは、その物権的請求権が、右の制限物権からはなれて、独自に消滅時効の適

用があるというのではなく、制限物権の消滅によってそれにもない消滅するまでのことである。

(3) 物権的請求権は、債権的請求権に優先する。物権が債権に優先することによる。物権的請求権は、侵害状態の現存するかぎり、原則として、現在の侵害者がいかなる者であろうとこれを相手方として、その排除または回復の請求をなしうる。債権的請求権は、これと事情を異にし、特定の債務者にたいする所定の行為の請求にとどまる。さらに、特定物の引渡請求の場合、物権的請求権は債権的請求権に優先し、破産の場合には、物権的請求権を有する者は、取戻権(破産法八七条)、別除権(同九二条以下)によって優先的に保護される。

(4) 物権的請求権による妨害排除請求権と、不法行為の効果としての原状回復請求権(民七三二条一項、四)は、同質のものではない。両者が結果において原状回復を生ずることは異なる点もあろうが、物権的請求権としての妨害排除請求は、現になされている侵害状態の排除を現に侵害している者または侵害状態の支配的地位を有する者にたいして請求するもので、過去に侵害の事実を生ぜしめた者を相手方としない。また、この請求の相手方につき不法行為の成立要件を問うの要はない。不法行為にもとづく原状回復は、生じている損害を填補する一つの方法にすぎないから、請求の相手方につき不法行為の成立要件を問わねばならない。両者区別すべきものである。

(三) 大判大正五年六月二三日民録二二輯一一六一頁、大判大正六年三月二三日民録二三輯五六〇頁、大判昭和三年一月八日民集七卷九七〇頁参照。

(四) 大判昭和三年一月八日民集七卷九七〇頁。

(五) 大判大正五年六月二三日民録二二輯一一六一頁、大判大正一三年四月一七日評論一三卷民法四六頁。

三 発 生

一 物権にたいする妨害状態が現存するか、または妨害のおそれのあるとき、この事実を要件として、当然に物権的

請求権が生ずる。この事実が現存するかぎり、物権者が占有を取得していたか否かは問わない。この事実が消滅すれば、物権的請求権も消滅する。この事実の存在につき、妨害者側の故意・過失を問わない。また、その事実が人の行為によるものであろうと否とも問わない。故意・過失にもとづく加害者の違法行為を要件とする不法行為上の損害賠償請求権および損害填補の方法としての原状回復請求権の発生要件と異なる。

二 物権的請求権は、物権にたいする妨害事実のあるすべての場合に生ずるのではない。次の場合には物権的請求権の存否ないし行使についての問題がある。

(1) 物権にたいする妨害事情が正当な権限にもとづいているとき、物権的請求権が成立するか。たとえば、地上権者・質権者・賃借権者など、「本権」にもとづいて目的物を占有している場合のごとくである。この場合、所有者に物権的請求権は成立するが、妨害者たる本権者は、本権にもとづく抗弁権を有するとみる者もある。しかし、本権者の占有取得が、所有者の意思にもとづかないで侵奪したものでないかぎり、所有者の物権的請求権の成立を否定すべきであろう。これらの本権者は、目的物を占有すべき正当な権原を有すること、その占有取得が所有者の意思にもとづくものであるかぎり、その占有が法律上正当なものとして保護されねばならないからである。ただし、その本権が消滅したのちなお目的物を占有しているならば、その後は本権のない占有つまり不法占有となり、所有者に物権的請求権が生ずる。そのさい、契約上の返還請求権と競合することがある。また、法が一定の妨害事実にたいし、物権者に受認義務を負わしているときにも、物権的請求権は生じない。法の直接規定による物権的請求権の否定である。たとえば、立入権(九条二〇)、通行権(〇条二)の場合のごとき、相隣関係にその例をみる。妨害事情を正当な権限にもとづくものとしているのである。

(2) 物権的請求権の行使が、公共の福祉(九条一)に反し、または信義誠実の原則(二条)に反するときは、権利濫用(三三條)に反するときは、

の問題となることがある。その場合には、物権的請求権の行使は許されない。ただしこれは、権利の行使一般の問題であつて、物権的請求権に特有の法理ではない。しかし、権利濫用の判例法理を發展させるにいたつたものは、物権的請求権にかんするものが多い。たとえば、発電用水路完成後は土地所有者の収去請求を認めない^(六)とか、温泉会社の温泉誘湯木管を敷設しある荒蕪地二坪の所有権取得者がこの木管撤去の請求をもとめるは権利の濫用としてこれを否定したい^(七)わゆる宇奈月温泉事件とか、鉄道線路埋立工事により埋立てられた土地所有者からの土砂取除き復旧の請求を否定した^(八)ときは、その例である。物権的請求権の行使によつて、物権者のうける利益と、その行使によつて侵害者または第三者のうける負担または犠牲を比較し、前者の利益が僅少で、後者の被害が甚大なるときは、物権的請求権の行使を権利の濫用として否認してきたものである。ただし、この場合に、物権的請求権の行使を否定することが、他方で、不当利得または不法行為をもつて論ずべき問題をも否定するものではない。別の問題として残ることがある。不当利得の返還または不法行為による損害賠償についての判断の基準と、物権的請求権の行使を許すか否かの判断の基準、すなわちそれぞれの成立要件は、別のものだからである。

(六) 大判昭和七年一月二〇日新聞三五一一号一四頁、大判昭和十一年七月一〇日民集一五卷一四八一頁参照。

(七) 大判昭和一〇年一月五日民集一四卷一九六五頁参照。

(八) 大判昭和十三年一月二六日民集一七卷二〇五七頁参照。

三 物権的請求権の発生する具体的場合については、侵害の態様によつて様相を異にする。

(1) 占有侵奪の事実があれば、それを要件として「返還請求権」が生ずる。占有をともしなわな物権には、理論上この請求権の生ずる余地はない。占有の侵奪は、占有者がその意思によらないで物の所持を失つた場合をいう。したがつて、たとえば、転借人を占有代理人として間接占有を有する賃借人が占有を奪われたとするには、占有代理人

の所持がその意思に反して第三者によって失われられた場合でなければならぬ。^(九) 占有侵奪の事実があれば、それにいたった原因態様のいかんを問わない。判例上の、二三の具体的事例をみると、他人の土地の無断使用の場合、^(一〇) 他人の土地に無断で家屋を建てた場合、^(一一) 賃貸借終了後の不法使用の場合、^(一二) 債権消滅後なお占有している場合、^(一三) のごとく、正権原消滅後になお目的物を占有している場合とか、占有を移転すべき権限を有しない者が占有を移転した場合など^(一四) に生ずる。

(2) 占有侵奪以外の方法による妨害あるときは、それを要件として「妨害排除請求権」が生ずる。物権者が占有侵奪以外の方法で妨害されている事實は、動産についてはほとんどないであろう。したがって、実際上は、そのほとんどが不動産について問題とされてきた。この妨害が、妨害者の責に帰すべき事由に出でたと否とを問わない。^(一五) 侵害が行為によることもある。たとえば、立木の共有者の一人が他の共有者の同意をえないで立木を伐採した場合、^(一六) 他人の工事による水害にもとづく場合、^(一七) 不動産上の権限のない者が物を存置する場合、^(一八) のごとくである。

妨害排除請求権の生ずるためには、物権者が占有を有するにもかかわらず妨害されていること、つまり物権者が占有を取得していることを要件とする説もある。占有を失うならば、返還請求の問題となる、というのである。それならば、この説によると、占有を取得しない物権にありては、妨害排除請求権の成立を否定するにいたるのであるか。思うに、妨害排除請求権を認めるのも、物権者の物支配を確立せしめるためのものである。これにたいする妨害事実があつて、物支配の確立がさまたげられているときは、物権者がそれを排除請求しなくては、物権たるの本質を失うであろう。したがって、妨害排除請求を認めるためには、物権者が、厳密な意味の「占有」を取得していることを要件とすべきではない。たとえば、債務者が抵当山林を伐採するなど滅失毀損する行為によって抵当物を侵害したときは、占有を取得しない抵当権者といえども、右侵害事実の排除請求を認むべきである。^(一九)

- (九) 最高判昭和三四年一月八日民集一三卷一七頁参照。
- (一〇) 大判大正四年五月五日民録二一輯六五八頁。
- (一一) 大判昭和五年八月六日民集九卷七七二頁参照。
- (一二) 大判大正三年一月二日一八日民録二〇輯一一一七頁。
- (一三) 大判昭和一〇年五月一三日民録二七輯一〇三七頁。
- (一四) 大判昭和九年一月六日民集一三卷二二二二頁、大判昭和一三年一月二八日民集一七卷一頁、参照。
- (一五) 大判大正五年七月二日民録二二輯一五八五頁。
- (一六) 大判大正八年九月二七日民録二五輯一六六四頁参照。
- (一七) 大判明治四二年五月一〇日民録一五輯四六三頁。
- (一八) 大判昭和一年三月一三日民集一五卷四七一頁。
- (一九) 大判昭和六年一月二日民集一〇卷九一三頁参照。
- (二〇) 大判昭和二年一月一九日民集一六卷一八八一頁。
- (二一) 大判昭和七年一月九日民集一一卷二二七七頁。
- (二二) 大判昭和三年七月九日評論一八卷民法八一頁。
- (二三) 大判明治三七年三月四日民録一〇輯二三三五頁参照。
- (二四) 大判昭和八年四月二六日新聞三五五八号一六頁参照。

四 物権的請求権は、物権の一般的効力として、いずれの物権にも通有するものである。しかし、すべての物権につき、同様の物権的請求権が一律に是認されうるかについては、検討を要するものがある。物権の内容としての物支配の態様が異なるにより、妨害事情も同様ではなく、したがってその排除というも一律には論定しえなくなるからである。物権的請求権の完全なる姿は、所有権にもとづくものをもって構成される。各種の制限物権については、その特質に応じて、物権的請求権の展開についても変化のあるをまぬかれない。その事例は、権原としての物権の成立・存続に、物の現実支配たる占有を要する場合とか、占有と無関係の物権の場合にみられる。具体的場合をみると、次

のごとくである。

(1) 占有訴権をして、広義の物権的請求権の一種とみるにしても、それは、本権としての物権から生ずるものでないこと先に説いた。物の現実支配つまり占有を、本権とは別の見地に立ってこれを仮りに保護するもので、物の現実的利用を目的とし、本来の物権的請求権と同視すべきものではない。提訴期間を限定している(二〇)のは、この期間の経過により、新たな物的秩序が形成されたとみるのである。物権的請求権には、かかる提訴期間の限定はない。

(2) 地役権は、他人の土地を自己の土地の便益に供する(〇二八)という形における物支配の権利である。この物支配にたいする妨害事実のあるときまたはそのおそれあるときは、その排除または豫防の請求が認められる。ただし、地役権における物支配は、完全なる占有をとまうものではないから、返還請求権ないし承役地の明渡し請求権を有するにいたるものではない。

(3) 留置権は、事実支配たる占有を取得しないかぎり成立しない(五二九)とともに、目的物を占有することがこの権利の存続要件となる。留置権者が占有を失うならば、留置権が消滅する(二三〇)からである。したがって、留置権者が目的物の占有を失うときは、本権たる留置権にもとづく物権的請求権の成立する余地が理論上なくなる。この場合は、占有訴権としての占有回復請求権の問題を残すのみとなる。しかし、占有侵奪以外の妨害にたいしては、留置権にもとづく妨害排除の請求を、理論上は否定すべきではない。ただこの場合、留置権者は、占有にもとづく妨害排除の請求権をも有するが故に、とくに本権たる留置権にもとづく妨害排除の請求権を認める実益は乏しい、というかも知れない。

(4) 動産質は、質権者が質物の占有を取得することが成立要件で(四三四)、質物の占有継続が、質権の第三者にたいする対抗要件である(二三五)。質物の占有を奪われたときは、占有訴権たる占有回収の訴によりてのみその質物を回

復しうるものとしている(三三五)。この場合、本権たる質権にもとづく物権的請求権としての返還請求権を認めない。しかし、質権者にかかる「占有回収の訴」が認められることは、あえてこの規定(三三五)をまつまでもない。占有訴権一般の問題(民二〇)として論定しうる。他方、質権者と占有侵奪者との関係は、物権変動の「対抗関係」に立つものではない。したがって質権者が対抗要件たる占有を失ったとしても、それなるが故に対抗関係に立たない侵奪者にたいし質権の効力を主張しえないとすること、つまり、侵奪者にたいして質権たる本権にもとづく回復請求を認めないのは、理論上の根拠に乏しい。民法の規定(三三五)は、質権者が占有を奪われることにより、あたかも質権が消滅すると考えてからのごとくにもみえる。それも不当である。質権者が質物の占有を失っても、本権たる質権そのものが当然に消滅することはないからである。民法のこの規定(三三五)は、理論的根拠を欠く。のみならず、質権にもとづく物権的請求権を認めないことにより、質権の物権的効力を著しく阻害する。ドイツ民法は、かかる場合、所有権にもとづく請求権にかんする規定を準用して、その権利を確立しうるものとしている(七參照)。立法論として考慮すべき問題である。質権にたいする占有侵奪以外の妨害については、留置権の場合に準じて論定してよい。質権は、目的物を留置することを要素としているからである。

(5) 動産の先取特権において、債務者がその動産を第三取得者に引渡したのちは、その動産につきこれを行うことができない(三三三)から、この場合には、動産の先取特権にもとづく物権的請求権は認められない。この先取特権は、占有を要件とせず、公示方法もないから、第三者が先取特権の存否を知らずしてこれを取得したとき、この第三者を保護する必要があることによる。この第三取得者は所有権の取得者のみを意味し、引渡は占有改定をもふくむ(二六)。先取特権は、目的物の占有を取得するものではなく、その権原の本質としての物支配も、目的物の交換価値の把握という形においてあらわれるものであるから、先取特権にもとづく目的物の返還請求権が認められることは、法理上ありえ

ないはずである。その他の物権的請求権についても、目的物の交換価値を下落せしめるような事情ないし優先弁済権にたいする妨害事実ありたるときに認むべきものとなる。たとえば、特殊の先取特権の目的物につき、滅失・毀損等の事実により、先取特権の内容実現を妨害するような場合には、その妨害事実の排除をもとめ、その妨害のおそれあるときは、妨害豫防請求権を認むべきものであろう。また、特別の先取特権を有する者が、破産財団上に有する別除権^(破九)_(二条)も、先取特権にもとづく物権的請求権を認めてのことである。

(6) 抵当権も物権の一種として、目的物上に一定の支配権を有するものとして構成されるが、この支配は、目的物の交換価値の把握にあって、それにより被担保債権の優先弁済をうけるところにある。したがって、抵当不動産の価値を減少しないかぎり^(二七)は、たとえ第三者が目的物上に妨害を加えても、抵当権者はこれにたいし何らの干渉をなさうべきものではない。しかし、^(二七) 抵当目的物の滅失・毀損等、事実上の行為をもつて抵当目的物の価値を減少せしめ、^(二八) 抵当権を侵害するときは、^(二八) 抵当権者は、物権たる抵当権の効力としてこれが妨害の排除を訴求し得べきは当然である。かかる侵害の生ずるおそれあるときは、その豫防請求をも認むべきである。さらに、判例は、^(二九) 抵当目的物上に存する無効登記の抹消請求も、^(二九) 抵当権にもとづく物権的請求権の行使としてこれを認める。しかし、^(二九) 抵当権は目的物の占有をともなうものではないから、回復請求権ないし返還請求権を有することはない。

(二五) 大判昭和一八年三月六日民集二二卷一四七頁参照。

(二六) 大判大正六年七月二六日民録二三輯一二〇三頁。

(二七) 大判昭和九年六月一五日民集一三卷一一六四頁参照。

(二八) 大判昭和六年一〇月二一日民集一〇卷九一三頁参照。

(二九) 大判明治四二年一二月一〇日民録一五輯九三三頁、大判大正四年一二月二三日民録二一輯二一七三頁、大判昭和一五年五

月一四日民集一九卷八四〇頁、大判大正八年一〇月八日民録二五輯一八五九頁、参照。

四 内 容

一 物権的請求権は、相手方にたいし、物権にたいする妨害事実の排除または、妨害の豫防のために必要な一定の行為をなすことを、請求の内容とする。相手方にたいし、妨害されている物権または妨害されるおそれある物権の、円満なる内容を実現するといういわば自己貫徹性を保障するにもっとも適當とする措置を講ぜしめることである。

各個の場合についてみると。返還請求権は、相手方にたいし占有を返還すべしとの請求である。通常、目的物が、動産なるときは「引渡請求」といい、不動産なるときは「明渡請求」という。妨害排除請求権は、相手方にたいし、現に生じている妨害状態を除去し、原状に復旧せしめることを請求の内容とする。妨害豫防請求権は、相手方にたいし、妨害の生ずるおそれある原因を除き、妨害を未然に防ぐ措置を講ぜしめることを請求の内容とする。相手方の不作為をこの請求の内容とすることもある。たとえば、抵当山林の伐採を禁ずる場合のごとくである。

物権的請求権は、右のほか、損害賠償の請求または妨害豫防請求においては損害賠償の担保をも、あわせて請求の内容となしうる。しかし、この損害賠償請求権は、もともと不法行為上の問題として論ずべきもので、その発生原因たる要件は、物権的請求権の場合と異にするものがあること先に説いた。これをも物権的請求権の内容として訴えしうるというのは、訴訟の便宜上、併合してこれを取扱うにすぎない。

二 費用はいずれが負担するか。この費用は、原状回復または妨害豫防の工事などのために直接に要する費用である。物権が侵害されたことより生ずる損害ではない。妨害状態が相手方の責に帰すべき事由にもとづいて生じたものなるとき、その費用を相手方が負担すべきことについては争がない。問題は、相手方の責に帰すべからざる事由にもとづいて妨害が生じたまたは生ずるおそれのあるとき、いずれがその費用を負担するか、にある。

学説には、相手方の責に帰すべからざる事由によって妨害が生じたときは、物権者自身がその排除をなすことを、相手方をして認容させうるにとどまり、その費用も物権者が負担すべきである、というものがある。わが民法が、不法行為につき過失責任をとることの権衡上からも、相手方につき故意・過失等の要件を欠くときは、もはや積極的な妨害排除行為を請求することはできず、物権者自身のなす妨害排除行為を相手方に認容してもらうほかはない、というのである。この見解によると、たとえば、不可抗力たる洪水により甲所有地の石垣が隣の乙所有地に崩壊したとき、甲は乙にたいし返還請求権を有し、乙は甲にたいし妨害排除請求権を有するはずであるが、甲乙ともにその責に帰すべき事由がないから、たがいに相手方の請求にたいし費用を負担すべき義務はなく、先に請求した者の負担に帰するという不都合を生ずることにならないであろうか。

しかし、右の論者も、物権的請求権をして、客観的に占有侵害状態が存するならば、それが自然力によつた場合であると否とを問わず、原状回復のために、相手方にたいし一定の行為を請求すること、と解しており、その相手方の行為は、目的物の占有を移転する行為または妨害を排除する行為たることに疑をはさまない。しかるに、右の事例の場合、甲の乙にたいする請求の内容は、乙のなす占有移転行為そのものでなくして、甲が自らの費用で乙の土地に入つて自らなす占有移転行為につき、乙はたんにそれを受認すべき義務にとどまるというのであるから、乙に回復行為をなすことを請求の内容としていないことになる。それならば、このような甲の乙にたいする関係は、甲が自己の土地を修繕するための隣地への立入・使用の相隣関係(九三〇)をもつて論定すれば足り、これ以外のところでいう物権的請求権として論ずるの要はなくなるであろう。のみならず、この見解によると、甲の石垣が乙所有地に崩壊のおそれを生じているときも、それが不可抗力による場合には、乙が妨害の豫防を請求するにつき、甲に豫防工事をなすべく請求しえず、乙が自己の費用でこれを補強し、甲はそれを受認する義務があるというにいたるのであるか。甲には故意・過

失の要件を欠くからである。しかし、それでは、乙の費用においてなす補強工事により、甲は不当に利益をうけ、その間に利益の均衡を失するにいたるであろう。以上の場合の費用の負担の論拠を、過失責任の原則との権衡からみるならば、他方で、不法行為上の無過失責任にかんする土地の工作物の所有者の責任(民七二七条参照)の規定が、より一そう右の事例に近接する。土地の工作物の所有者に、相手方の故意・過失を要件としないで賠償義務を負わしているところに照してみると、先の事例で、乙が甲にたいし、甲の費用において妨害排除を請求することを否定すべき論拠はない。この場合、物権的請求権一般の事例通りに、甲もまた乙にたいし乙の費用において返還請求をなしうると解するに理論上の不都合はないと思う。しかも、甲乙たがいの行為は、けっきょく原状に回復するための同じ行為に帰する。同一行為をめぐり、甲乙の請求権が同時に存するが故に、たがいの義務もまた同時に存する。したがって、衡平の見地から、この場合は甲乙たがいに原状回復のための行為に協力すべき義務を負い、その費用もたがいに負担せしめることができるのであるから、けっきょく甲乙共同の負担に帰する、と解してよいのではあるまいか。右の事例で、石垣がいまだ崩壊にいたらず、そのおそれあるときは、乙が甲にたいし豫防請求を有するのみであるから、その費用もまた甲の負担に帰する。かく解することが、土地の工作物の所有者の責任に照しても、より妥当とするであろう。