

不動産賃借権に基づく妨害排除請求の可否

佐藤義彦

目次

はじめに

一 大審院の判例

一 債権の本質論から妨害排除請求を否定した判例

二 権利の不可侵性から妨害排除請求を肯定した判例

二 最高裁判所の判例

一 賃借権の物権的効力から妨害排除請求を肯定した判例

二 債権の本質論から妨害排除請求を否定した判例

三 むすびに代えて

一 判例の一応のまとめ

二 問題点の若干の指摘

三 卑見

はじめに

有体物に対する直接支配権としての物権と給付請求力および給付保持力をその本質とする債権とを峻別するパンデ

不動産賃借権に基づく妨害排除請求の可否

同志社法学 三一巻五・六号

六三（六四七）

クテン体系を採用したわが民法の下において、債権者としての不動産賃借人は、賃借物件が第三者によって占拠されている場合には、その第三者に対し、自己の有する賃借権に基づいて収去、明渡しを請求することができるのか。できるとすればそれはどのような法的構成によるのか。また、いかなる要件の下においてなのか。

本稿は、これらの諸点について、大審院以来の判例の立場を確定するとともに、それらの中に存在する問題点の若干を指摘することを目的とする。⁽¹⁾以下では、便宜上、年代順に大審院および最高裁判所の判例を取り上げることにする。

(1) 判例および多数の学説は、不動産賃借人が目的物の引渡しを受けたときは、賃借人にも占有権が承認されているので、賃借人は占有訴権(民法第一九七条以下)に基づき、妨害排除の請求ができるとする。また、賃借人は、賃貸人である所有者が占拠者に対して物権的請求権を有するときは、これを代位行使(民法第四二三条)することもできる、とする。本稿ではこれらの問題についてはふれずに、もっぱら、賃借権そのものに基づいて妨害排除の請求ができるかについて、考えてみることにしたい。

一 大審院の判例

一 債権の本質論から妨害排除請求を否定した判例

判例は、当初、債権は第三者に対してこれを主張することができないという理由により、賃借権にもとづく妨害排除の請求は一般的に拒否するという態度をとっていた。「1」は、民法第六〇五条による登記は経由したが引渡しは受けていなかった建物賃借人Xが、賃借目的物を無権限で占拠する第三者Yに対し、その明渡しと損害賠償を求めた

事案であるが、原審において敗訴したXが、(ア)登記を経由した賃借人はその後正当に物権を取得した者に対して對抗
することができる以上、何等の権利を有しない不法占拠者に対しても對抗できるのは、民法第六〇五条の解釈上当然
の結果である。(イ)賃借権が存在する以上は、たとえ登記がなくとも、賃借人が積極的に賃貸する義務を負担すると同
時に、一般の第三者は消極的にその権利を侵害することができなくなる、と述べて上告したのに対し、次のように述
べて、上告を棄却している。

「1」 大審院明治三八年四月一四日判決 民録一一輯五九五頁

「民法第六百五条ノ規定ニ於ケル登記ノ効力タルヤ其登記ヲ為シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル
者即チ其物権取得者タル承継人ニ対シテモ亦其効力ヲ有スト云フ法意ニ過キスシテ其以外ノ第三者トノ関係ヲ規定
シタルモノニ非ス(中略)故ニ賃貸借ノ契約ヲ締結シ之カ登記ヲ為シタルノミニテハ原判決ノ説明スル如ク第三者
ニ対抗スルヲ得サルモノト云ハサルヲ得ス」

上告理由中では、後に権利の排他性および不可侵性として論じられることになる二つの問題が区別して主張されて
いると思われるのに反し、この判決中では、従来の伝統的な理論からは当然の帰結ではあるが、登記を経た賃借人と
目的物の新所有者との関係は、「売買は賃貸借を破る」という原則の例外にすぎず、それ以外になんら特別の意味を
有するものではないと簡単に一蹴している点が興味を引く。⁽¹⁾

賃借権に基づいては妨害排除の請求をすることができないとする判例の立場は、その後大正四年に権利の不可侵性
ということから債権侵害による不法行為の成立を承認した判例が出た後にも、そのまま受け継がれるかのように思わ

れた。「2」は、東京市から土地を賃借したX（対抗要件を備えていたか否かについては不明）が、従前から当該土地を不法に占拠して建物を所有していたYに対し、その明渡しを請求した事案であるが、原審裁判所が、債権侵害が不法行為となるときは債権者はその侵害状態の除去をも請求できるとして、X勝訴を言い渡したのに対し、大審院は、次のように述べて原判決を破棄し、Y勝訴の判決を下したのである。

「2」 大審院大正一〇年二月一七日判決 民録二七輯三二二頁

「故意又ハ過失ニ因リ他人ノ債権ヲ侵害シタル者ハ不法行為ノ責アルコト本院判例（大正三年（オ）第四二五号大正四年三月二十日言渡）ニモ示ス所ナレハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ賃借権ヲ侵害シタル者アルトキハ被害者タル賃借人ハ其不法行為者ニ対シ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ヘシト雖モ損害ノ賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金銭ヲ以テ其額ヲ定ムヘキコト民法第四百七条ニ規定スル所ナルカ故ニ賃借人ハ其占有ニ係ル賃借物ヲ他人ノ為メ不法ニ占有セラレタル場合ニ於テモ占有権ニ基ク訴ニ依リ其物ノ返還ヲ請求スルハ格別賃借権若クハ損害賠償請求権ニ依リ之カ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘキニアラサルナリ」

この判決については、「債権侵害に基く損害賠償は原則として金銭賠償であって原状回復請求権などの生じないことを明にしたもので現行法の解釈としては尤なことであらう。」⁽³⁾との批評もあったように、当時としては、当然の結論のように思われた。

二 権利の不可侵性から妨害排除を肯定した判例

ところが、その直後、大審院は、鯨専用漁業権の賃借人Yが、すでに操業を開始していた海面上において何らの権

限なくして不法に鯉の漁業を行っていたXを相手どって漁業禁止の仮処分を得たため、Xから右仮処分決定の当否を争った事業において、次のように判示してXの請求を棄却した。

「3」 大審院大正一〇年一〇月一五日判決 民録二七輯一七八八頁

「権利者カ自己ノ為メニ権利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ権利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其権利カ物権ナルト債権ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシトス」

この判決は、賃借権に基づく妨害排除の請求を承認したリーディング・ケースと考えられているものであるが、注意を要する点が二点ある。第一点は、物権者および債権者のみならずすべての権利者に妨害排除請求権が認められるかのような説示をしていることであり、第二点は、債権者（賃借人）にも妨害排除請求が認められることの根拠について、「権利ノ性質上固ヨリ当然」としか述べられていないことである。これらの二点についてどのように考えるべきかに関しては、その後の判例およびそれらの判例を批評する形で発表された学説の中で、明らかにされてゆくことになる。

第一の点に関しては、岐阜県知事の許可によって木曾川に沿った堤防敷地および河川敷地につき「永久の占用権」および「大正一一年三月三十一日までの占用権」を取得したXから、何らの権限なく同地上を石置場に使用しまた居住用家屋を建築所有しているYに対し、同地上の使用禁止ならびに石の取払いおよび家屋の収去を求めた事案において、大審院は、「〔右〕占用権ハ物権ニモ属セス又債権ニモ属セサレトモ」、権利にはすべて「対世的性質」があり、これを侵害する者に対して権利者は侵害を排除するに適当な行為を求めることができる⁽⁴⁾と判示した。また、国有地につき

境内として無償の使用権を有している寺院から、何らの権限なくして同地上に家屋を所有して同地を不法に占有している者を相手どって、右使用権に基づき同地の明渡しを請求した事案においても、「此ノ使用権ハ物権タルト債権タルトヲ問ハス不可侵性ヲ有スルモノナレハ之ヲ妨害スル者ニ対シ其ノ妨害ノ排除ヲ請求スルコトヲ得」と判示した。⁽⁵⁾ これらの判決はいずれも、賃借権（あるいは債権）に基く妨害排除請求に関するものではない。しかし、権利者からの妨害排除請求を認容するにあたって、およそ権利にはすべて「対世的性質」、「不可侵性」があるということとその根拠としている。そして、このことは、第二の点、つまり、債権者（賃借人）に妨害排除請求が認められることの根拠について大きな示唆を与えるものであった。

ところで、第二の点に関しては、判例批評の形で末弘教授により発表された見解⁽⁶⁾がその後の学説および判例に大きな影響を与えることになったと思われる。

同教授は、物権に基づく妨害排除請求権は、侵害行為が違法な「事実的侵害行為」であるときは、権利の「排他性」を基礎として認められると解すべきではなく、権利の「不可侵性」にその根拠が求められるべきであるところ、判例によって債権にも「不可侵性」は承認されたのであるから、⁽⁷⁾ 債権（賃借権）侵害があったときは、債権（賃借権）に基づく妨害排除が認められなければならない、と主張された。

この見解を発展させて、その後、権利の不可侵性に基づく妨害排除が認められるには、その妨害が妨害者の故意または過失によって惹起されたものであることを要すること、⁽⁸⁾ 妨害者もまた適法に第二の債権（賃借権）を取得しているときは、第一の債権（賃借権）侵害を理由とする妨害排除請求は認められないこと、⁽⁹⁾ などが論じられた。

このように、「3」の判決以来、学説および判例が、権利の不可侵性（対世的性質）↓不法行為の成立↓妨害排除

請求の認容という図式によって、債権に基く妨害排除の可能性を肯定したと思われたが、昭和に入つて、大審院は「4」において、「2」を引用しつつこれを否定する判決を下したのである。

「4」 大審院昭和五年七月二六日判決 新聞三一六七号一〇頁

「然レトモ第三者カ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ賃借権ヲ侵害シ賃借物ノ占有ヲ不法ニ侵奪シタル場合ニ於テハ賃借人ハ占有権ニ基キ訴ニ依リ其ノ物ノ返還ヲ請求スルハ格別賃借権ニ依リ加害者ニ対シ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノニ非サルコトハ当院ノ判例トスル所ナリ（大正九年（オ）第六百八号事件大正十年二月十七日第二民事部判決参照）」

この判決がなぜ「3」を引用せずに「2」を引用したのか（そして、賃借人からの妨害排除請求を棄却したのか）については不明である。この点について検討するには、事案を先ず紹介する必要がある。

Xは、Y₁所有の本件土地を一箇月一円五〇銭で賃借して貸家を建設し、これをAに賃貸していたところ、関東大震災により右家屋が焼失した。右家屋焼失後Y₂は、本件土地上に建物を建設し、Y₁に対し、毎月四二円を、「使用料ニ相当スル損害料」として支払っている（もっとも、Y₁Y₂間に本件土地についての賃貸借契約が存在したか否かの点については、Y₂はその存在を主張したが、原審裁判所は「之ヲ認ムヘキ証拠ナク」としてその主張を斥けている）。Xは、本訴において、賃貸借存在確認、土地引渡しおよび損害賠償を求めたが、結局、土地の引渡し請求は容れられなかったのである。

「3」は漁業権の賃貸借に関する事案であり、その点で「4」が、「3」ではなく、同じ土地の賃貸借に関する事

案であった「2」を引用したのか、とも考えられないことはないが、「4」においては、右に見たように、Xに必ずしも占有がなかったとは言いきれず、「2」とは事情を異にするのを見るのが妥当であるかもしれない。⁽¹¹⁾むしろ、Y₂は、実質的には、賃借人であったという事情が影響を及ぼしたと考えるのが相当ではなからうか。⁽¹²⁾けだし、権利の不可侵性に妨害排除請求の根拠を求める以上、妨害者がなんらかの権利を有していたときは、妨害排除請求は許されないとしなければならず、その意味で、「3」を先例とすることができないからである。

しかし、その直後、再び賃借権に基づく妨害排除請求を認容する判決「5」が出された。石膏会社であるXは係争土地の登記済賃借人であるが、同じく石膏会社であるYが係争土地上に軌道を敷設したので、その明渡しを求めた事案である。原判決は賃借権に基づく明渡し請求は許されないとしてXの請求を棄却したが、大審院は次のように述べて、原判決を破棄し差し戻した。

「5」 大審院昭和五年九月一七日判決 新聞三一八四号七頁

「依テ按スルニ物權タルト債權タルトヲ問ハス第三者カ之ニ対シ不法行為ヲ繰返ス恐レアル場合ニ於テハ其ノ權利者ニ於テ第三者ニ対シ将来權利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求權ヲ有スル事勿論ナレハ第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアラシカ之カ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為ササル可カラス（大正十年（オ）第六百六十九号同年十月十五日大審院第三民事部判決参照）左レハ原審カ所論摘録ノ如ク判示シ賃借權タル債權ニ基キ賃借ノ目的上ニ存スル第三者ノ妨害排斥ヲ訴求シ得サルモノト解シXノ本訴請求ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ全部破棄ヲ免レス」⁽¹³⁾

(1) なお、この判決は、本文に引用した部分に引き続いて、「然リト雖モ賃借人カ全ク賃借権ヲ行使シ即チ其賃借物ノ引渡ヲ受ケ現実賃貸人ノ為メニ占有スルトキハ登記ノ有無ヲ問ハス民法第九十七条末段ノ規定ニ所謂他人ノ為メニ占有ヲ為ス者トアルニ該当シ此場合ニ在リテハ不法行為ニ因リ其占有ヲ妨害スル第三者ニ対シ占有訴権ヲ行使スルヲ得ヘキコトハ同法条ニ依リ明カナリ」と論ずる。この部分に着目して、多くの学説は本判決を賃借人に占有訴権を認めたりディング・ケースであると評価する。しかし、本文でも紹介したとおり、本件はXに占有がなかった事案であり、それゆえXは結局敗訴しているのであって、占有訴権に関する説示は傍論であることに注意しなければならない。

(2) この判決文は、占有を伴う場合であっても賃借権に基づく妨害排除は認められないことおよび占有を伴う賃借人は占有訴権を行使できることを明らかにしているようであるが、事案は占有を有しなかった賃借人からの請求であったことに注意する必要がある。

(3) 我妻栄・判例民法大正一〇年度(大12)六五頁。もっとも、引き続いて、「只賃借権は―その法律的構成がどの様であらうとも―物に対し特に密接な関係を有する為に、か様な問題が始終生ずるのであるから、裁判所も事件の取扱上も少し実質に触れて行く様にして欲しい。」との要望[?]が付け加えられている。

(4) 大審院大正一一年五月四日判決民集一卷二三三五頁。

(5) 大審院大正一二年四月一四日判決民集二卷二三三七頁。

(6) 末弘巖太郎「[3]の判批」判例民法大正一〇年度(大12)五〇三頁以下。

(7) 大審院大正四年三月二〇日判決民録二二輯三九五頁参照。

(8) 平野義太郎「前掲大審院大正一二年判決の判批」判例民事法大正一二年度(大14)一八八頁以下(もっとも、物権的請求権の場合にも故意または過失を要求するのにかについては不明である)。

(9) 末弘・前掲五〇四頁以下。

(10) 平野・前掲一八五頁以下は、権利の不可侵性に基づく妨害排除請求が認められるべきことは、「我が判例上は動かすことのできぬプリンシプルとなったと考へられる」とされる。

(11) 三島宗彦著・第三者の債権侵害(総合判例研究叢書民法(8))(昭37)一一六頁参照。

(12) もっとも、Y₂による土地の占拠がXに対する不法行為になるとして、損害賠償の請求は認容されていることを見落しては

ならない。

(13) その他、大審院昭和六年四月二八日判決新聞三二七〇号一〇頁および大審院昭和六年五月一三日判決新聞三二七三号一五頁が参考となる。前者は、前掲大審院大正一二年四月一四日判決とまったく同種の事案において、右判決を引用しつつ、無償の使用権を有する寺院からの土地明渡請求を認容している。後者の事案は次のようなものである。賃借人Xは貸借人Yから係争土地を賃借し同地上に貸家を建ててAに賃貸してきたところ、関東大震災によって貸家は焼失してしまった。その後、Aは同地上に自ら家屋を建設したので、XはAを相手どって、占有回収の訴えを提起したが、提訴期間を経過した後の提訴であったため、Xの敗訴となった。他方Yは、Aに本件土地を売却し移転登記を了したので、Xは本訴においてYに対し債務不履行による損害賠償を求めた。Yは、Xの借地権はXがAに敗訴したことによって経済上無価値になっていると上告したが、大審院は次のように述べて上告を棄却した。「然レトモ借地権ヲ有シテ占有セル地上ニ他人カ何等正当ノ権限ナキニ拘ラス家屋ヲ建設シテ該土地ヲ不法ニ占拠シタルトキハ借地権者ハ占有回収ノ訴ニ依リ其土地ノ明渡ヲ請求シ得ルノミナラス借地権侵害ニ因ル不法行為ヲ原因トシテ既ニ生シタル損害ノ賠償ヲ要求シテ間接ニ借地権ノ効用ヲ享有シ得ヘク且ツ土地ノ明渡ヲ請求シテ借地権ニ対スル妨害ヲ排除シ将来自己ノ權利ヲ行使シ得ルモノナレハ自己ノ借地上ニ他人カ家屋ヲ建設シテ不法ニ土地ヲ占拠シタル事実アレハトテ之ヲ互ニ借地権カ経済上価値ナキニ至レルモノト云フヲ得ス」

二 最高裁判所の判例

一 賃借権の物権的効力から妨害排除請求を肯定した判例

戦後になってからは、同一不動産（主として土地）について二重の賃貸借が存在する場合において、一方の賃借人から他方の賃借人に対する妨害排除請求がなされる事案が続出した。

「六」は、Aの所有する石灰石山の一部につきその採掘のための使用収益契約を締結した債権者Xが、その後右土地に隣接する部分について同じくAと右同様の使用収益契約を締結して採掘を始めたYを相手方として、Yの操業し

ている部分についてはXがすでにAから権利を得ているとして、採掘禁止の仮処分を求めた事案に関するものである（Xは、本件係争部分については占有を取得していない）。最高裁判所は、次のように述べて、Xの請求を棄却した。

「六」 最高裁昭和二八年一月四日判決 民集七卷一、二、三、四〇一頁

「しかし、或る特定人間の債権契約は、その契約の当事者間において、債権者は債務者に対し或る一定の作為又は不作為の給付を請求することを得る法律上の権利を取得するに過ぎないものであって、債権者は直接第三者に対して債権の内容に応ずる法律効力を及ぼし第三者の行動の自由を制限することを得ないのを本則とする。ただ第三者の不法行為により債権の侵害され得べきことは近時一般に認められるところであるが、それは損害賠償の請求を認める限度において肯定さるべきであり、これがために債権に排他性を認め第三者に対し直接妨害排除等の請求を為し得べきものとすることはできない。」

この判決を評価する際に注意しなければならない点が若干ある。(ア)原審の事実認定では係争土地についてのXの使用収益権は当初から存在しなかったと判断されているので、右説示部分は傍論にとどまること (イ)右説示部分は、同一土地に対する相互に対抗力を有しない債権的使用権者間での紛争に関するものであること (ウ)ここに「排他性」という語句は、債権を侵害する者に対する妨害排除請求が可能であるという意味だけにおいて使用されており、末弘教授のいわれるような「一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之と相妨ぐべき内容の権利を成立し得ざらしむる効力⁽¹⁾」という意味と必ずしも同一ではないこと⁽²⁾、の三点である。前二点を踏まえたうえで、次の「七」を読むときは、「六」と「七」とは表面的には非常な違いがあるように見えるにかかわらず、必ずしも矛盾す

るものでないことがわかるであろう。なお、「排他性」の理解に関しては、「七」以後に出てくる「物権的効力」という語の理解とともに物権の本質と深いかかわりあいをもつ問題であり、未解決のままであるといつてよいであろう。次の「七」は、同一土地について罹災都市借地借家臨時処理法により対抗力を有する賃借人とこれを有しない賃借人との紛争に関する最初のケースであり、以後の「八」、「九」へのリーディング・ケースとなっている。事案は次のようなものである。

XはAから係争土地を賃借し、同地上に家屋を建築所有していたところ、昭和二〇年三月、戦災に罹り焼失した。終戦後の昭和二二年六月にAは係争土地につきYとの間で賃貸借契約を締結し、Yは同地上に家屋を建築して居住するに至った(家屋について保存登記がなされたか否かは不詳)。そこでXは、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条によりYに対抗できる賃借人として、Yを相手どって建物収去土地明渡を求めたところ、最高裁判所は、次のように述べて、Xの請求を認容した。

「七」 最高裁昭和二八年一二月一八日判決 民集七巻一二号一五一五頁

「民法六〇五条は不動産の賃貸借は之を登記したときは爾後その不動産につき物権を取得した者に対してもその効力を生ずる旨を規定し、建物保護に関する法律では建物の所有を目的とする土地の賃貸借により土地の賃借人がその土地の上に登記した建物を有するときは土地の賃貸借の登記がなくても賃借権をもって第三者に対抗できる旨を規定しており、更に罹災都市借地借家臨時処理法一〇条によると罹災建物が滅失した当時から引き続きその建物の敷地又はその換地に借地権を有する者はその借地権の登記及びその土地にある建物の登記がなくてもその借地権をもって昭和二二年七月一日から五箇年以内にその土地について権利を取得した第三者に対抗できる旨を規定してい

るのであって、これらの規定により土地の賃借権をもってその土地につき権利を取得した第三者に対抗できる場合にはその賃借権はいわゆる物権的効力を有し、その土地につき物権を取得した第三者に対抗できるのみならずその土地につき賃借権を取得した者にも対抗できるのである。従って第三者に対抗できる賃借権を有する者は爾後その土地につき賃借権を取得しこれにより地上に建物を建てて土地を使用する第三者に対し直接にその建物の収去、土地の明渡を請求することができるわけである。」

この判決でキー・ワードとして使用されている賃借権の「物権的効力」とは何を意味しているのかは明確でない。判決文の用語法によれば、「その土地につき物権を取得した第三者に対抗できるのみならずその土地につき賃借権を取得した者にも対抗できる」という効力を指しているようにも思えるが、しかしながら、前者（「その土地につき物権を取得した第三者に対抗できる」という効力）が認められることから直ちに後者（「その土地につき賃借権を取得した者にも対抗できる」という効力）が認められるかについては問題がある。けだし、前者は、要するに、「売買は賃貸借を破る」という原則についての例外を定めたものであるのに対し、後者は二重賃貸借の場合における賃借人の一方に優先弁済権を与えた、つまり、債権者平等の原則に対する例外を定めたものであって、この両者は本質を異にすると考えられるからである。このことは、たとえば、借地上に登記した建物を有する賃借人甲と同一土地につき民法第六〇五条による登記を了した賃借人乙とは、いずれも、その後右土地を譲り受けた新所有者丙には自己の賃借権を主張することができるが、甲と乙との間ではたとえば甲が乙に優先的にその権利を主張できるということがありうることから明らかであるように思われる。⁽³⁾⁽⁴⁾ 仮りに前者から後者が認められるとしても、そのことから直ちに、「従って第三者に対抗

できる賃借権を有する者は爾後その土地につき賃借権を取得し……〔た〕第三者に対し直接にその建物の収去、土地の明渡を請求することができる」かは、なお問題である。けだし、新所有者に対抗できる場合には、賃借人はその新所有者に債権の目的である給付として、建物の収去、土地の明渡しなどを請求することになるが、他の賃借人に対しては給付を求めることができないのは当然であって、第三者である他の賃借人に自己の賃借権を対抗できるということとその者に対し妨害排除の請求ができることは別の問題と考えられるからである。⁽⁵⁾

このように、「七」の理論的根拠には疑問もあったが、その後ほぼ同種の事案において、「八」、「九」と判例が積み重ねられ、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条による対抗力を備えた賃借人は、その後賃借権を取得しこれによって地上に建物を建てている者に対し、その建物の収去、土地の明渡しを求めることができるという判例は確定した。

〔八〕 最高裁昭和二九年二月五日判決 民集八卷二号三九〇頁

「土地の賃借権について、登記その他、その賃借権を以て第三者に対抗し得る要件を具備した場合は、その賃借権はいわゆる物権的効力を有し、その土地につき賃借権を取得した者に対しても妨害排除の請求をなし得ることは当然裁判所の判例の示すところである(昭和二八年二月一八日言渡昭和二七年(オ)第八八三号第二小法廷判決)。原判決が土地の賃借権は債権であるからというだけの理由で、賃借権に基いて、第三者に対しその侵害の排除を求めることはできない旨判示したのは、如上の法理を誤ったものであって、上告は理由あり、原判決は破棄を免れない。」

〔九〕 最高裁昭和二九年六月一七日判決 民集八卷六号一一二一頁

「当裁判所は、本件賃借権をその設定されたときに当然対抗力をそなえこれを侵害するものに対しては妨害排除を求めうる物権的な効力を帶有せしめた特殊な性格の賃借権であると解した原判決の判示を正当とするから(なお、

昭和二七年（オ）八八三号同二八年一月一日言渡、同二六年（オ）六八五号同二九年二月五日言渡当裁判所第二小法廷判決参照）、……」

これらの判例はいずれも、(ア)賃借人間の争いに関するものであり、優先する賃借権を有する者が、劣後する賃借権に基づき賃借不動産を占有している賃借人を相手方として、明け渡し請求をした事案に関するものであり、かつ、(イ)賃借権の優劣は罹災都市借地借家臨時処理法という特別法によって定まっておらず、民法、建物保護法または、借家法により定まっているものではないこと、に注意する必要がある。(ア)の点に関しては、同種の権利間(賃借権と賃借権)における順位の優劣の問題についての考え方を権利者と無権利者間の紛争の解決にどのように適用するのか、として問題になるし、(イ)の点に関しては、主として戦後処理という特別な目的を有する法律からの結論を通常の民事紛争事件に応用できるのか、またその範囲いかんとして問題にされなければならない。

二 債権の本質論から妨害排除請求を否定した判例

右の二点について示唆を与えるのが、次の「一〇」および「一一」である。「一〇」の事案は次のようなものである。對抗要件を具備しない賃借人Xは、賃借土地の一部を地主Aの承諾を得てBに転貸し、Bは同地上にバラックを建築所有していたところ、BはXの承諾を得ることなくこのバラックをYに譲渡したため、Xから土地の明渡しを求めた。原審は、「Yは右バラックを所有し以ってその敷地を占有することによってXの有す右敷地に対する賃借権を侵害するものなることはまことに明かであるから、YはXに対して右バラックを収去してその敷地を明渡さねばなら

ぬ。」と判示したので、Yから上告。破棄差戻。

「一〇」 最高裁昭和二九年七月二〇日判決 民集八巻七号一四〇八頁

「しかし債権者は債務者に対して行為を請求し得るだけで第三者に対して給付（土地明渡という）を請求し得る権利を有するものではない。（物権の如く物上請求権を有するものではない）。それ故Xは土地の賃借人であるというだけで（何等特別事由なく）当然Yに対し明渡という行為を請求し得るものではない。このことは原判示の如くYがXの賃借権を侵害して居るからといって異なる処はない。それ故この点に関する論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。」

本件においてXは占有（少なくとも直接占有）を取得していなかったし、賃借権に対抗力も付されていなかった。かかる事情を考慮して、本判決の結論は従来の判例理論と一致し正当であると批評する者もある⁽⁶⁾。しかし、判例は占有の有無と不法占拠者に対する明渡請求の可否とを必ずしもダイレクトには結びつけていない。このことは前に見たとおりである。また、対抗要件の有無も、賃借人間の争いならともかく、賃借人と無権利者との間では本来問題にならないはずのものであり、従来の判例が対抗力の有無を問題としたのは、いずれも賃借人間の争いであったということを見過しているように思われる。対無権利者との関係でも対抗力が問題になるとするならばそれはどのような意味においてなのか、が明らかにされなければならない。

それゆえ、「一〇」がXの請求を棄却したことの理論上の根拠は、結局、「債権者は債務者に対して行為を請求し得るだけで第三者に対して給付（土地明渡という）を請求し得る権利を有するものではない。（物権の如く物上請求権を

有するものではない。」という点―物権と債権の本質上のちがいに求めざるをえない。つまり、問題は振り出しへ戻ったわけである。

ところが、その後に出た「一一」は、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条による対抗要件を具備した賃借人Xから不法占拠者Yを相手方として土地明渡しを求めた事案であるが、「七」および「九」を引用してX勝訴を言い渡している。

「一一」 最高裁昭和三〇年四月五日判決 民集九卷四号四三一頁

「しかし原審の確定した事実関係によれば、Xの借地権は罹災都市借地借家臨時処理法一〇条により第三者に対抗できるものであることが明らかである。そうしてかかる賃借権に基いて第三者に対し建物の収去土地の明渡しを請求し得ること、当裁判所の判例（昭和二七年（オ）八八二号同二八年二月一八日第二小法廷判決、昭和二七年（オ）三〇六号同二九年六月一七日第一小法廷判決等）の示すとおりである」

「一一」の引用する二つの判決「七」および「九」はいずれも二重賃貸借の事案であり、それがなぜ不法占拠者を相手方とする事案の先例となるのかについての説明はまったくくない。甲乙二人の賃借人中甲の賃借権が乙の賃借権に優先するときは、乙の占有は、甲との関係では、不法占拠と同一であると見るのであろうか。しかし、そうだとするならば、「一〇」におけるXのように、対抗要件を備えない賃借人甲も、不法占拠者乙に対して、妨害排除請求がでなければならないはずである。それゆえ、「一〇」と「一一」（および「七」ないし「九」）とを統一的に理解しようとするならば、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条により対抗力を付与された賃借権に関するものであるか否かが、

結果を左右する唯一のポイントであると言わなければならないことになる。⁽⁷⁾そして、右の結論を導いた論理的な根拠は、結局のところ、見出せず、かかる結果が妥当であるという一語につきるように思われる。⁽⁸⁾

(1) 末弘・前掲五〇四頁。

(2) 「排他性」に関する理解がこのように変わったのは、林良平「物権変動の對抗要件と物権の排他性」神戸法学雑誌一卷二号(昭26)二四七頁以下に影響を受けたのではないか、というのが私の推測である。

(3) 同じような例は、たとえば、特許権についての通常実施権は、その登録をしたときは、その特許権をその後取得した者に対しても、その効力を生ずる(特許九十九条一項)とされていながら、登録を経た通常実施権者は他の実施権者(登録の有無を問わない)に対してはもちろん、多数説によれば、無権利者に対しても、通常実施権侵害による差止め請求権を有しないとされている事例にも見ることができる。

(4) 好美清光「債権に基づく妨害排除についての考察」法学研究(一橋大学研究年報)二号(昭34)二六八頁も、「Kauf bricht nicht Miete」であれば、すなわち賃借権が対抗力を取得すれば(物権となり)物権的請求権を生ずる、という論理の必然性はそこにはない」といわれる。

(5) このことは、たとえば、所有権の二重譲渡において、対抗要件を具備した譲受人は、これを具備せずもしくは後順位の対抗要件を具備した譲受人に対し、自己の所有権に基づき引渡し請求をすることができるのであって、対抗力によって引渡し請求ができるわけではないことから明らかである。つまり、甲の賃借権が乙の賃借権に優先するということからは当然には甲の乙に対する妨害排除請求の可能性は出てこないのである。

(6) 中川淳「本件判批」民商法雑誌三一巻六号(昭30)五七二頁。

(7) もっとも、前述したように、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条によって対抗力を具備するときにはなぜ妨害排除請求が可能となるのかは依然として不明である。

(8) 土地賃借権の適法な譲渡を受け、建物保護法による対抗力を備えた賃借人から、賃借権の二重譲渡を受けて土地を占有する者に対する妨害排除請求を認容した事案であると一般に評価されている最高裁昭和四五年一月二四日判決(判例時報六一四号四九頁)は、次のような事案であり、ここでいう賃借権に基づく妨害排除請求事件ではないと考える。原告Xは昭和二

九年五月六日土地賃借人Bから土地所有者(賃貸人)Aの承諾を得て、B所有の家屋と敷地の賃借権の譲渡を受け、同年一月一日右家屋につき所有権移転登記手続を経由した。他方Yは、右B X間の譲渡に先立つ昭和二八年四月、本件敷地を含む土地の賃借権につき、所有者Aの承諾を得てBから譲渡を受け、本件敷地上に建物(倉庫)を建築所有していたが、その後Aから本件土地の譲渡を受け、昭和三九年七月三日その所有権移転登記手続を経由した。

Xからの借地権確認・妨害排除請求に対し、最高裁判所は、「結局、Yは、本件係争地の賃借権またはその所有権をもってXに対抗できず、したがって、Xは、その有する右賃借権に基づく妨害排除請求権によって、Yに対し、本件倉庫を収去してその敷地部分を明け渡すことを求めることができる」とする原審判断を正当として、上告を棄却している。しかし、本件におけるXとYは、賃借人同士ではなく、建物保護法により対抗要件を具備した賃借人と賃借物件の譲受人との関係であり、XはYに対して賃借土地の明渡しを求めることができるのは当然のことと言わなければならない。

三 むすびに代えて

一 判例の一応のまとめ

以上が、不動産賃借権に基づく妨害排除請求の可否につき、現在までに公表された大審院および最高裁判所の判例のあらましである。これをまとめてみると、次のようになる。

相手方が不法占拠者である場合について大審院は、権利(賃借権)の不可侵性を根拠として、占拠が不法行為になる場合に妨害排除を承認した。しかして、請求者である賃借人に占有があったときは比較的請求が認容されやすいが、占有の有無と請求の認否とは必ずしも直接の関係はないこと、居住者間の紛争と見られる場合、つまり居住用家屋賃借権または居住用家屋建築のための土地賃借権〔4〕。〔2〕もこの事例のように思われる)に基づく妨害排除請求は一件も認容されておらず、営業者間の紛争、つまり営業財産としての賃借権〔3〕。〔5〕に基づく場合だけが認容されて

いること、対抗要件具備の有無との関係は、対抗要件を具備している事例が一件〔1〕しか公表されていないため判断できないこと、などを指摘できよう。最高裁判所の判例としては、対抗要件も占有も具備しない賃借人からの請求を棄却した事例〔二〇〕と罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条による対抗要件を具備した賃借人からの請求を認容した事例〔一一〕とがそれぞれ一件ずつあるが、前者は債権者は第三者に給付を求めることができないことをその理由とし、後者は賃借人間における紛争にあっては対抗要件を具備する賃借人が優先する旨の判例を先例としている。

請求の相手方も賃借人である事例は大審院判例中には見あたらず、最高裁判所はこの場合につき賃借権の優劣（対抗要件の有無）によって決しようとしている。請求者の賃借権に対抗力が備わっているときは、その賃借権は物権的効力を有し、その物権的効力に基づき相手方に明渡しを請求できるとする。もっとも、ここに「物権的効力」とは具体的にいかなる効力を意味しているのかは必ずしも明らかでない。なお、妨害排除請求が認められるために必要な対抗力具備の方法として判例中で明確に承認されているのは、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条による対抗力だけであり、民法第六〇五条、借家法第一条、建物保護法第一条、農地法第一八条により対抗力を有する場合にも同一の結論になるのか、さらには、請求の相手方も対抗要件を具備しているときはどういう結論になるのかについても明らかでない。

二 問題点の若干の指摘

次に、非常に荒っぽいのが、賃借権に基づく妨害排除請求を承認する学説の状態について一瞥を加え、若干の問題点

を指摘してみたい。

(1) 大審院の判例と同じく、物権と債権とを区別することなく、権利の侵害による妨害排除請求権の発生を権利の不可侵性から一般的に承認する見解がある。この説の主唱者である末弘教授は次のように言っておられる。「権利を侵害するは法の禁ずる所である。従て其禁を犯して権利を侵害する者あらば不法行為を理由として茲に『賠償請求権』が生まれる。併し既に損害が生じた場合に之が『賠償』を許す位ならば、何故に其『損害』発生を『予防』すべき妨害排除の請求を許さないか。それは不法行為法理をしてより有効ならしむるものである。」⁽¹⁾と。

この説によるときは、賃借権に基づく妨害排除請求は侵害行為が不法行為となる場合にかぎって認められることになる。賃借人が占有を取得しているか否か、對抗要件を具備しているか否かなどは、不法行為の成否の認定に際し考慮されることになるが、妨害者に故意または過失のあることが必須の要件とならなければならない。⁽²⁾また、この説に立脚するかぎり、相手方も賃借人である場合については何らの解決方法も示すことができない、ということになりやすい。⁽³⁾さらに根本的には、賃借権に基づく妨害排除が可能か否かという議論が、不法行為による被害者は加害者に対してその差止め請求ができるか否かという議論にすりかえられている点を見逃してはならないであろう。

(2) 一般に妨害排除請求権は権利の不可侵性および排他性から発生するという二元論から、賃借人も賃借権の不可侵性から妨害排除を求めることができ、この場合には不法行為による損害賠償請求におけると同一の要件を必要とするが、賃借権が對抗力を具備したときは、物権と同じく、排他性を取得し、この排他性によって妨害排除の請求ができるというのが、柚木説である。⁽⁴⁾

この説については、一面において(1)説に対する批判があてはまるとともに、他面において、「排他性」概念の混用

があるように思われる。けだし、柚木教授は、「排他性」の意義を、末弘教授におけると同じく、「一物が既に一支配権の目的となつている以上、同一物の上に更にこれと相妨ぐべき内容の第二の権利が成立しえない」という効力を意味するものとしてとらえられながら、⁽⁵⁾賃借権に對抗力が備わったときは「排他性」が与えられる、とされるのである。しかし、賃借人が對抗要件を具備した後であっても、同一目的物に関して賃借権が成立しえないということはいはずである。第二の賃貸借契約も、不能を目的とする契約ではなく、有効に締結できる。ただ、對抗要件を備えた第一の賃借人は第二の賃借人に優先するだけの問題である。つまり、ここでは、「排他性」という語が二つの異なつた意味で用いられていることに注意する必要がある。

(3) 最後に、債権の一般的性質としては妨害排除請求を否定するが、物の利用を目的とする債権が何らかの形式における公示方法を伴って物権化した場合のみこれを承認する見解がある。

物権に妨害排除請求権が承認されるのは、物権が客体に対する権利者の直接支配的性格を有することにあるとし、債権においても物の利用を目的とする場合、特に賃貸借においては、物の継続的な使用収益権をその内容とするものであることにかんがみ、賃借人の支配権的要素を認める余地があるとし、このような債権がなんらかの形式による公示方法を伴うことによつて物権化したときは、第三者の侵害を排除する効力を取得するといふのである。⁽⁶⁾

ところで、この説のいう「公示方法を伴うことによつて物権化する」ということの意味には疑問がある。「物権化する」ということの意味は、おそらく、客体に対する直接支配的性格を有するに至る、ということであろう。とすれば、賃借人が占有を取得することによつて公示方法を備えたときは、その賃借権が借家法第一条、農地法第一八条の適用がある場合以外は、對抗要件とは無関係であるが、目的物に対する一応の支配を獲得しているので、「物権化し

た」ということもできるかもしれない。しかし、逆に、占有を取得しないで對抗要件だけが備わったという場合（民法第六〇五条、および、特に罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条の場合）にはなぜ「物権化」するのかが不明である。⁽⁷⁾

より基本的な問題点は、賃借権が物の継続的な使用収益権であり、支配権的要素を有しているとしても、その「支配」は具体的・事実的なそれであって、物権者に認められているところの客体に対する抽象的・観念的な支配権能とはその本質を異にするという点である。もしも、他人の物に対する具体的・事実的な支配が適法化されることをもってその支配権限が「物権化」したということが許されるのであれば、使用貸借についても（ときには、有償・無償寄託、委任までについても）「物権化」が承認されなければならない。

三 卑見

(1) それでは、賃借権に基づく妨害排除請求の可否についてはどのように考えるべきであろうか。この問題についての論議の出発点は、現行法体系が財産権につき物権と債権とを峻別する立法方法を採用している以上、やはり物権と債権の本質論に求めなければならないであろう。

物権の本質は有体物に対する直接支配力にある。この直接支配力は、実定法上、たとえば所有権にあっては、自由な使用・収益・処分を保障するという形で実現される（民法二〇六条）。他方において、物理的な存在である有体物については、直接支配に際して占有を伴う必要がある結果、同一物に対する重複した支配というものを考えることができない。つまり、ある有体物について一人の者に法律上有効な直接支配権を認めるときは、論理必然的に、他の者による同一物の直接支配を排除する権能⁽⁸⁾ 排他力が認められなければならない。

ところが、債権（賃借権）の本質を債務者（賃貸人）に対する請求力（および給付保持力）に求めるときは、権利の客体は債務者の給付であり、債務の目的物（賃借不動産）に対しては直接その効力は及ばないこととなる結果、第三者が債権（賃借権）の完全な履行を妨げているときであっても、論理必然的には、その第三者に対し妨害排除請求をすることは認められないことになる。賃借権が対抗力を備えた場合であっても、売買は賃貸借を破らなくなる結果、賃貸借関係は新所有者と賃借人との間に移されるにすぎず、あるいは、他の賃借人に対する優先弁済力が付与されるにすぎない。いずれの場合であっても、第三者の現実的支配を排除する権能は当然には賃借人に認められない。賃借人に妨害排除請求権を認めようとするれば、結局のところ、利益衡量によらざるをえないように思われる。

(2) ところで、対抗力を備えた賃借権は賃借物の新所有者（譲受人）に対してもその効力を生ずる。それゆえ、対抗要件を具備した賃借人甲は、賃借物を現実に支配している新所有者乙に対して、債務の履行 \parallel 賃借物の引渡しを求めることができる。この点については疑いがない。次に、対抗要件を具備した賃借人甲は、対抗要件を具備しない（もしくは劣後した対抗要件を具備した）賃借人丙に、自己の賃借権をもって対抗できる。もっとも、この場合において丙が賃借物について現実の支配をしているときは、前述したように、甲は論理必然的には丙に妨害排除 \parallel 引渡しを請求することはできない。しかし、先に見たように、新所有者乙に対しては、給付の請求という形ではあれ、賃借物の引渡しを求めることができるのである。一般に所有権は債権よりも強力な権利であるとされていながら、所有者乙は現実支配をしている物を甲に引き渡さなければならぬが賃借人丙はこれを引き渡さなくともよい、とするのは、いかにも均衡を失する。おそらく、この考慮が、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条による対抗要件を具備した甲の丙に対する妨害排除請求を結果的に承認せざるをえないポイントとなっているのであろう。とすれば、同じ論理でも

って、甲は無権利者丁に対しても妨害排除請求をすることができるとしなければならぬ。そして、このことは、甲の具備する対抗要件が民法第六〇五条、建物保護法第一条、借家法第一条第一項、農地法第一八条第一項によるものである場合についても、同じようにあてはまる。

(3) 次に、賃借人甲が対抗要件を具備していない場合には、甲は新所有者乙に対しては自己の賃借権を主張して賃借物の引渡しを請求することはできない。甲が占有を取得しているときも同じである。それゆえ、丙に対する関係について前例のように、所有者乙に対しても主張できるのであるから賃借人丙に対しても主張できるという議論をすることはできない。他の要素を考慮して利益衡量するほかない。

賃借人にも占有訴権が認められることについては、現行法上は、争いが無いといってよい。それゆえ、甲の占有が丙によって妨害されまたは奪われたときは、甲は、丙に対し、占有訴権を取得する。占有訴権を有するのであれば端的に賃借権に基づく妨害排除請求権を認めたらよいという議論も可能だと思われるが、占有訴権と本権に基づく請求とは別個のものとして構成されている（民法二〇二条一項）うえ、もしも占有を有した甲から丙への賃借権に基づく妨害排除請求を承認するときは、結果的には、対抗要件以外のもの（占有）をもって賃借権の優劣を決することになるので、甲は、賃借権を理由としては、丙に対して妨害排除請求をすることはできない、と考えるのが妥当であろう。

無権利者丁との関係については、占有の訴えの提訴期間は限定されていること（民法二〇一条）、しかるに、甲と丁間の紛争解決を短期間に決すべき必然性はないこと、甲の丁に対する妨害排除請求権を認めても賃借人の権利を弱体化するものではなくむしろ賃借人にとって便利なおことが多いこと、などを考慮すると、積極的に解する説にも強く心

を魅かれるが、占有を伴うことよって債権としての賃借権の本質に変更をもたらすものではないこと、賃借人には占有訴権が認められていること、賃借物が権利を有しない第三者に不法に占拠されている場合にこれをその第三者から取り戻して賃借人に引き渡すという賃貸人の債務は、賃借人に妨害排除請求権を承認したことよって当然に消滅するわけではないから、賃貸人にとって便利であるとは必ずしも言えないこと、を考慮し、一応、消極的に解しておきたい。

(1) 末弘・前掲五〇四頁。平野・前掲一八八頁も同旨。

(2) 平野・前掲一八九頁(もっとも、「物に対する直接支配を内容とし且つ公示の事実を具ふる債権例へば不動産賃借権」は「相対的物上権」であって、その侵害の場合には、物権の侵害の場合と同じく、故意または過失を要しないと説くが、その根拠は明らかにされていない)。

(3) この点に関しては、末弘教授自ら承認しておられる(前掲五〇四頁以下)。

(4) 柚木馨「債権に基づく妨害除去請求権」神戸法学雑誌五巻一・二号(昭30)一〇八頁以下。

(5) 柚木・前掲一二八頁。

(6) 中川淳「八」の判批」立命館法学八号(昭29)一三九頁以下、同「七」の判批」民商法雑誌三〇巻四号(昭30)三五八頁。

(7) もっとも、中川淳教授は、他の箇所でも、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条による対抗要件を備えている場合には占有なしに妨害排除請求ができることの根拠を、同法は賃借人が占有を失っている場合を前提としており、妨害排除を認めないときは同法の立法意義を失ってしまう点に求めておられる。そうだとするならば、少なくともこの場合には、賃借権の「物権化」を問題とする必要はない筈である。また、民法第六〇五条の適用を受けるが占有は伴っていない賃借権については、物権処理の考え方からいって、原則として、登記は占有より以上の効力を有するものとされているからこの場合に「物権的効力」を承認することは、「むしろ妥当なことと考えられる」とされる(同「東京高裁昭和三十一年九月八日判決の判批」立命館法学二二号(昭32)一〇五頁、一一二頁)。しかし、「妥当なこと」を法理上どのように理論構成するかが問題なので

はないだろうか。

(8) なお、ここに物権の「排他力」とは、末弘教授が提唱され現在でも多くの学者が主張するような「同一物体上に相妨ぐべき二個以上の権利の併存することを許さない」という意味で使用しているのではない。権利が觀念上の創造物であるかぎり「同一物体上に相妨ぐべき二個以上の権利の併存すること」(たとえば、同一土地上への地上権と永小作権の設定)を承認することは、論理的には、可能であると考えられる。この場合には、有体物の属性(二重の現実的直接支配は不可能)との調和上、併存する権利間で優先順位を定めることによって、解決をはかることができるからである(実定法上、この意味における優先順位は、對抗要件具備の順序によって決せられる)。

(一九七八・一・一九)