

# 戦前の「賃借権に基づく妨害排除」 裁判例の再検討

木 村 和 成

## 目 次

### はじめに

#### 1 裁判例の再検討

- (1) 「賃借権 = 債権」構成からの否定例（明治期）
- (2) 「不法行為」構成からの否定例（大正前期）
- (3) 権利の「不可侵性」構成の登場（大正後期）
- (4) 「不法行為」構成への回帰（大正末期～昭和初期）
- (5) 「不法行為」構成の新展開（昭和初期）

#### 2 裁判例の捉え方

- (1) 裁判例に対する学説の評価・分析
- (2) 整 理
- (3) 私 見

#### 3 権利の一般的性質から妨害排除を認める構成

- (1) 専用漁業権，特に専用漁業権の賃借権
- (2) 河川敷地・堤防の占用権
- (3) 社寺境内での国有地無償使用権
- (4) 小 括

#### 4 不法行為の効果として妨害排除を認める構成

- (1) 裁判例の検討
- (2) 不法行為の効果に関する理論的根拠
- (3) 小 括

### おわりに

## はじめに

わが国の民法典はその財産法において物権・債権峻別体系を採っている<sup>1)</sup>。物権には絶対的効力や排他的効力が認められ、それが侵害された場合には物権的請求権などによる保護を受ける。それに対して債権の侵害の場合には、債権には一般的に（物権との比較において）相対的効力しか認められないため、論理的な帰結として侵害に対する保護は当然には認められないことになる<sup>2)</sup>。

わが国において、物権・債権峻別体系の矛盾が顕在化したのは、とりわけ賃借権の保護についてであった<sup>3)</sup>。わが国の民法典は「賃貸借」を「第三編債権」に据え、賃借権を「債権」として定める。賃借権は法体系上「債権」であるから、賃借権が第三者によって侵害された場合には当然に保護は与えられない。こうした性質をもつ賃借権の侵害に対してどのような保護を与えるかという問題は、物権・債権峻別体系と賃借権の債権的構成から生じる矛盾を民法典制定後初めてわが国の民法学に認識せしめるものであったといえることができる。

賃借権が何らかの形で侵害された際に妨害排除請求を認めることができるかという問題<sup>4)</sup>は、大正10年の大審院判決（大〔三民〕判大正10年10月15日民録27輯1788頁）をひとつの契機として、さかんに議論されてきたものである<sup>5)</sup>。特に戦前においては、いわゆる「不可侵性」理論<sup>6)</sup>によってこれが肯定されてきたとする見解が今日なお多数を占めている<sup>7)</sup>。

「賃借権に基づく妨害排除」に関する問題について、わが国の民法学において専ら議論の対象となってきたのは、「不可侵性」理論をはじめ、賃借権に妨害排除効を認めることの理論的根拠をめぐる問題である。つまり民法学は、伝統的な物権・債権峻別の体系からするならば「想定外」の現象であるこうした問題について、民法典のその体系を維持しつつ解決（救済）を図ることに苦心してきたのである。その意味においては、「賃借権

に基づく妨害排除」は物権・債権の峻別構造を検討する上で不可欠の素材である。

わが国の民法典がその財産法を物権・債権峻別の構造によって規定したのはドイツ民法の影響によるところであるが、そのドイツにおいては如上の議論は日本ほど多くはないという<sup>8)</sup>。ではなぜ日本では(とりわけ賃借権に基づく妨害排除のように)理論構成が錯綜しているのだろうか。その理由のひとつには、好美教授が示唆するように、多くの学説が法律上ないしは事実上に存在する日本的な事情・経緯を十分に解明していないという現実があると考えられる<sup>9)</sup>。

確かに、物権・債権峻別体系の矛盾が顕在化する賃借権侵害のケースについての様々な分析においては、以下でみるように実際の裁判例に対する考察が十分でないと思われる側面がある。また、実際に裁判で問題となっている事案において保護の対象となっている「権利」の性質について検討を加えるものもこれまで多くは見られなかった<sup>10)</sup>。

権利の保護、救済方法を検討するに当たっては、保護や救済の対象となる権利の性質(物権・債権峻別体系との関係)、問題となっている事案の社会的な背景(法状況など)も勘案して総合的に考慮すべきである。本稿は、まず如上の問題について、とりわけ戦前の裁判例を素材としながら、事案の分析(保護の対象となっている権利の性質の分析も含む)とその背景にあるさまざまな事情(当時の法状況などを含む)を明らかにする。次にそれを踏まえて日本における賃借権侵害の際の救済方法を歴史的に跡付けし、どのような手法(法的構成)によって権利の保護(救済)が図られてきたかということにつき解明を試みる。以下は、さしあたり対象を賃借権、とりわけ戦前における賃借権やそれに類似すると思われる権利の侵害からの救済について検証するものである。

本稿は、如上の視点に立って、これまで賃借権(少なくとも債権)に基づく妨害排除に関するものとして扱われてきた裁判例を再検討するものである。以下では、まず、大審院判例及び戦前の下級審判例を検討し(1)、

これらに対する学説の評価・分析をそれに織り込むことによって問題点を更に明確化する作業を踏まえて、裁判例の整理・分析を行い、裁判所がこの妨害排除請求権の問題についてどのような態度を採ってきたかを再検討した上で、抽出された問題を解明する（2）。2での分析によって、賃借権やそれに類似すると思われる権利に基づく妨害排除を認める法的構成は、権利の一般的性質から妨害排除を認める構成、不法行為の効果として妨害排除を認める構成の2類型に収斂することが解明されるのであるが、3では前者、4では後者の構成について若干の検討を加えている。

## 1 裁判例の再検討

これまで「賃借権に基づく妨害排除」に関する研究が対象としてきた裁判例を、法律新聞や法律評論といった裁判例掲載紙（誌）によって補充すると、「賃借権に基づく妨害排除」に関わる裁判例は26に上る。以下ではまずこれらの裁判例を判決年月日順に簡単に紹介する〔【 】の番号は判決年月日順。判決理由中の句読点および（ ）内は便宜上筆者が付したものである〕。

### (1) 「賃借権 = 債権」構成からの否定例（明治期）

現在確認できる最も古い「賃借権に基づく妨害排除」の先例は、明治38年の【1】判決である<sup>11)</sup>。【1】判決は、賃借人が占有訴権による場合は格別、登記を経由した賃借権に基づく妨害排除をも認めない趣旨の判断を示したものである。本判決以降の明治時代、下級審裁判例で「賃借権に基づく妨害排除」認めるものはない。すべてが賃借権は債権であるという民法典の体系に則って、対第三者効を否定するものである。特に【4】は、債権侵害による不法行為の成立をも否定しており、この時代、債権侵害が不法行為にあたるという考え方が未発達、未定着であったことを物語っている。また【5】は「権利の性質上」妨害排除を否定するという構成を

っており、権利の性質上妨害排除を肯定した後述の【9】(大審院判決)などとは全く正反対である。

【1】 大(二民)判明治38年4月14日民録11輯595頁 = 法律新聞283号12頁  
= 法学志林7巻7号49頁〔建物明渡及損害賠償請求ノ件、明治38年  
(オ)第54号<sup>12)</sup>〕

事実関係 X(上诉人)はA(訴外)より本件建物を賃借し、明治36年2月22日にその賃借権の登記を為したが、未だAより当該賃借物の引渡を受けておらず、現実に占有もしていなかった。ところが、Y(被上诉人)が当該賃借物を占拠したため(Yの占拠はXの賃借権取得・登記以前からのようである)、Xは建物の明渡と損害賠償を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]大阪地判・判決年月日不詳 [第二審]大阪控判明治37年12月19日(X上告)

大審院(第二民事部:裁判官不詳<sup>13)</sup>) 上告棄却。

[判決理由] 「……本件不動産ノ賃貸借ニ付テハ上告人カ登記ヲ為シタル事実八原院ノ認ムル所ナリト雖モ、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ズ。抑賃借権ハ債権ノ一種ニシテ賃貸人ト賃借人トノ関係ハ……民法第六百一条、第六百六条及ヒ第六百十五条等ニ規定スル所ナリ。故ニ、賃貸借契約ヲ締結シ、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。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之ノ占有スルトキハ、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。然ルニ原判決ハ斯ル法条ヲ顧ミス単ニ賃借権ハ債権タルノ性質上、其契約者以外ノ第三者ニ対シテハ絶対的ニ權利ヲ主張スルヲ得サルモノト如ク判決シタルハ違法ナリト雖モ、原判決ノ認ムル事実ニ拠レハ本件賃借物ハ上告人カ未タ以テ賃借物ノ引渡ヲ受ケス現実占有ヲ為サ、ルモノナレハ第三者タル被上诉人ニ対シ何等ノ權利モ生セサルニ因リ、結局上告人ノ請求ハ其理由ナキニ帰着ス。」

大審院は事実の概要について言及しておらず、Yが「物権取得者タル承継人」ではない「第三者」であること以外は明らかではない。また本判決は既に登記は了えたが引渡・占有のない賃借人は、「不法行為二因り其占有ヲ妨害スル第三者」に対して妨害排除請求をすることができないとし、賃借人の妨害排除のためには占有訴権を用いることが必要である旨を示しているため、妨害排除の根拠は賃借権ではなく占有権に求められていることになる。

【2】東京地判明治38年11月21日法律新聞321号7頁〔地所明渡請求事件，明治38年（ワ）第1081号〕

事実関係 X（原告）は，明治34年1月21日以降，A（訴外）より当該地所（117坪）を賃借していたが，Y（被告）が当該地所のうち41坪7合5勺の上存在する当該建物を所有して同所を占拠したため，XはYに当該地所の明渡を求めて提訴（なおXは未だ登記をなしていない。またYは，Xの申立に対して，当該建物は明治34年1月29日にAより買い受けたものであり，本件地所についても借地権を取得していたと抗弁した。）

東京地方裁判所 請求棄却。

[判決理由] 「……賃借権は債権なるを以て，賃借人は賃貸人に対して其権利を主張することを得べきに止まり，之を以て第三者に対抗することを得べきものに非ず。従て縦令第三者たる被告が原告の賃借権の目的たる本訴地上に建物を所有して其権利の行使を妨ぐることもあるも，賃借人は賃貸人に対しその妨害を排除して土地の使用収益を為さしむべきことを請求し得るのみにして，本訴に於けるが如く直接に第三者たる被告に対して建物の取払地所明渡を請求することを得べきものに非ざるなり。則ち原告本訴の請求は其請求自体に於て不当なり。」

本事案は，第三者による侵害であり，彼が不法占拠者かどうかは不明である（被告Yは本件地所の借地権を取得し，それゆえに地上権を主張している）。判決は「其請求自体に於て不当」であるとしてXの請求を棄却している<sup>14)</sup>。賃借人は第三者に対して対抗できないとする点においては【1】判決の内容を踏襲するものであると言えよう（但し，【1】のような

「未タ以テ賃借物ノ引渡ヲ受ケス現実占有ヲ為サ、ルモノナレハ」という条件は付されていない)。

【3】 東京地決明治39年2月24日法律新聞349号9頁〔仮処分申請事件，明治39年(ヨ)第31号〕

事実関係 X(申請人)は、明治38年12月22日より、A(訴外)所有の地所315坪6合を賃借していたが、Y(被申請人)が当該地所のうち155坪の地上に石材を貯積して同所を不法に占拠したと主張して、Yに対して本件地所の明渡を求めて仮処分申請。

東京地方裁判所 申請却下。

[判決理由] 「.....賃借権は賃貸人に対する債権に過ぎざるを以て、賃借物の使用収益を妨害する者あらんか、賃借人は賃貸人に対して其妨害を除去し、賃借物の使用収益を完全ならしむべきことを請求するは之を為し得べきも、第三者たる妨害者に対し直ちに其賃借権を主張し以て妨害の停止を請求すること能はざるや論なし。.....然らば申請人の被申請人に対する本案の請求は請求自体に於て已に不当なり。」

本事案も【2】同様、Yを「第三者」とするにとどまる(すなわち裁判所は、Yが不法占拠者かどうかということには立ち入っていない)。そして、「賃借権=債権」との考えから、賃借権の対第三者効を認めず、申請自体が「不当」であるとして却下している。

【4】 東京地判明治39年7月28日(正本作成日)法律新聞374号8頁〔地所明渡及損害賠償請求事件，明治39年(ワ)第271号<sup>15)</sup>〕

事実関係 X(原告)は、明治38年12月1日以降、A(訴外)より当該地所(70坪1合)を賃借していたが、Y(被告)が当該地所のうち27坪2合5勺の上に存在する当該建物を所有して、明治39年2月9日以降、同所を占拠した(なお、Xはこれにより当該賃借物の引渡を受けていない)ため、XはYに当該地所の明渡と損害賠償を求めて提訴(なおYは、本件建物につき自らもAより賃借したものであると主張している)。

東京地方裁判所 請求却下。

[判決理由] 「……第一、民法第四百二十三条に於て債権者は自己の債権を保全する為め其の債務者に属する権利を行ふ事を得と規定し、債権者をして所謂間接訴権を行使することを得せしめたる所以は、債務者の財産は各債権者の共同担保なりとの主義に出で、債権者保護の為に債務者に代りて其の権利を行使して共同担保たるべき債務者の財産減少を拒がしめ以て債権者をして債務者の財産より弁済を受くるの権利を確保したるものなりと解すべきを以て、賃借権の如き債務者の財産に依りて担保せられざる債権は性質上間接訴権の基本となることを得ざるものなりと論定せざるべからず。依て原告の地所明渡の請求は其の原因たる事実の真否を審査するを要せずして失当なり……。

第二、債権が不法行為の目的と為るや否やは議論の存する処なれども、債権は単に債権者債務者間の関係たるに止まりて、一般人に対抗し得べき絶対的効力を有するものにあらざるが故に、性質上債務者の外、之を侵害する事を得ざるものなりと論断するを正当とすべく、而して債務者に依る権利侵害則ち義務の違反が不法行為にあらざること論を俟たざる所なるべきを以て、債権の侵害による不法行為の存在は到底之を認むる事を得ず。或は第三者が債務者の給付すべき目的を毀滅し由て債権者の其の給付に対する請求権を消滅せしめたる時は、其の第三者が必ず損害賠償の責任を負担すべき事、猶ほ他人の所有権を侵害したる場合と同じかるべしと論ずるものなきにあらざるも、所有権の目的たる物件を毀滅に因りて直接に生ずるものにあらずして、其の毀滅の結果惹起せらる履行不能の為に間接に発生するものに過ぎざるが故に、彼是同一に之を論ずるは其の当を得ざるものと云ふべく、故に仮令第三者が賃貸借若くは使用貸借の目的を侵奪し、若しくは毀滅したる場合と雖も、借主は其の賃借権若くは使用権に基きては第三者に対し何等の請求権を有せざるものなりと謂はざるべからず。然らば原告の損害賠償の請求も亦其自体に於て失当たるを免れざるものなり……。」

本事案も【1】～【3】同様、裁判所が事実関係に立ち入らずに判決を下しているため、Yが不法占拠者かどうかは明らかでないが、従来どおり、賃借権が債権であることから対第三者効を認めない構成になっている（なお本判決は債権者〔賃貸人〕を代位して妨害排除請求することも明確に否定）。本判決では不法行為の成立をも否定している点が注目される。【2】～【4】の判決はいずれも東京地方裁判所に係属した事案であり、判決理



由も一貫している。また、いずれも事実関係には立ち入らずに原告の主張を「その請求自体が失当」として斥けている。

【5】東京地判明治43年5月20日法律新聞650号11頁 = 判例彙報7巻29頁〔家屋取払請求控訴事件, 明治41年(レ)第213号<sup>16)</sup>〕

事実関係 X(被控訴人)は、A(訴外)より本件地所を賃借していたが、明治37年2月27日にXがそれをY(控訴人)に転貸したため(この後Yは同地所上に建物を所有した模様)、明治40年3月16日にAより返地命令を受けた。しかしXは転貸を否定し、Yを不法占拠者として妨害排除を求めて提訴に及んだものと推定される。

訴訟経過 [第一審] 東京区判明治40年6月4日(Xの請求が認容され、Yが控訴)

東京地方裁判所 破棄自判。

[判決理由] 「……債権は当事者に於てのみ其効力あるものにして、第三者に対し其効力を及ぼすことを得るは、法に規定せられたる場合に限る。而して賃借権は債権にして賃借物の不法占拠者は債権関係以外の第三者なることを待たざる所なるを以て、賃借権者が右不法占拠者に対し妨害の排除を訴求することを得んには法に規定あるを要すべきにも拘らず、此点に関し規定なきは権利の性質上、賃借権者をして賃借物に対する第三者の妨害を排除することを得せしめざるの法意なり。」

判決理由によれば、本事案も不法占拠者のケースのようである(しかし本判決も事実関係の詳細には立ち入っていないため、Yが不法占拠者ではなく、転借人または賃借人である可能性も残されている)。第三者に対して賃借権の妨害排除効を認めない点で従来解釈を踏襲するものである。ただ本判決においては、「(妨害排除の規定がない限りにおいては)権利の性質上」妨害排除を請求することができないとした点が特筆される。

(2) 「不法行為」構成からの否定例(大正前期)

大正時代に入ると、第三者の債権侵害の可能性を認める末弘博士の不可

侵性理論が現れ（大正3年）、大審院レベルでもこれに追隨する動きが見られた（大〔三刑〕判大正4年3月10日刑録21輯279頁<sup>17)</sup>、大〔三民〕判大正4年3月20日民録21輯395頁<sup>18)</sup>）。第三者の債権侵害が不法行為にあたるのが判例上明確に肯定されるに至り、賃借権の侵害もすなわち不法行為であると考えられるようになる。しかし、不法行為法における処理の場合、その効果としての損害賠償の原則は金銭賠償であるとする明文上の制約（民法417条、722条1項）がある。そのため賃借権保護を不法行為法でもって図ろうとする動きは如上の制約によって阻止される。【6】の大審院判決は、金銭賠償の原則から損害賠償の方法としての妨害排除を否定してこの制約を明言したことから、「不法行為」構成にあっても賃借権に基づく妨害排除は否定されることとなった<sup>19)</sup>。

【6】大（二民）判大正10年2月17日民録27輯321頁＝法律評論10巻民法303頁＝法学志林23巻997頁〔建物収去土地明渡請求事件、大正9年（オ）第608号<sup>20)</sup>〕

事実関係 本件土地に対して賃借権を有するX（被告人）が、従前より本件地上に建物を所有していたY（原告人）に対して本件土地の明渡を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]東京区判・判決年月日不詳 [第二審]東京地判大正9年5月27日法律評論9巻民法577頁〔建物収去土地明渡請求事件、大正9年（レ）第27号、「……賃借権力支配権ナリヤ将タ請求権ナリヤニ付テ八学説ノ一致セサル所ナリト雖モ、賃借権ヲ以テ物ニ対スル支配権ナリトスレハ、其物ニ対シ何等正当ナル権利ヲ有スルコトナクシテ、賃借権ノ行使ヲ妨クル者ニ対シ賃借権者力其支配力ヲ以テ直接ニ其妨害ヲ排除シ得ヘキコトハ論ヲ俟タス。仮ニ賃借権ヲ以テ貸主ヲシテ借主ニ物ノ使用収益ヲ為サシムルコトヲ内容トスル請求権即チ債権ナリトスルモ債務者以外ノ第三者力其行為ニ因リ直接ニ債務ノ履行ヲ妨ケ以テ債権者ヲシテ権利ノ満足ヲ受クルコトヲ得サラシメタル場合ニ於テハ、其第三者ノ行為ハ債権侵害ノ不法行為ト解スヘク、債権者ハ其権利侵害ニ依リテ蒙リタル損害ノ賠償ヲ其第三者ニ対シテ請求スルコトヲ得ヘク、第三者ノ不法行為ニシテ現在尚存在シ、将来ニ於テモ継続スヘキ状態ニアルト

キハ債権者ハ其第三者ニ対シテ其侵害状態ノ除去ヲ請求シ得ヘキモノト解セサルヘカラス。」としてXの請求を認容したためYが上告。]

大審院(第二民事部:馬場憲治・田上省三・磯谷幸次郎・成道齋次郎・三宅高時) 破棄自判。

[判決理由] 「.....賃借権ハ縦令之ヲ支配権ナルト論スル学説アルニセヨ,我民法ニ依レハ一種ノ債権ナルコト同法ノ規定上明白ニシテ,今更多言ノ要ナシ。而シテ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錢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。」

原審では、賃借権の侵害が不法行為であると構成され、妨害排除を認めている(原審の裁判長は「賃借権物権論」者の岡村玄治判事である)。賃借権に基づく妨害排除を認めたものはこの原審判決がおそらく初めてであろう。しかし上告審【6】は、賃借権の侵害を不法行為として、こうしたケースを不法行為法での処理に委ねるといふ原審の採った手法を踏襲しているが、効果の面において損害賠償が金銭に限定されることから妨害排除を認めない(また、大審院は占有権に基づく妨害排除についてはこれを認めるが、Xが占有権侵害を主張していないためにこれも認めていない)。ここにおいて賃借権侵害の救済は、不法行為法をもってしても図られないことになった。

【7】 東京地判大正10年5月31日法律評論10巻民法463頁〔土地使用妨害排除請求事件,大正9年(ラ)第2426号<sup>21)</sup>〕

事実関係 X(原告)は、A(訴外)との間で土地賃貸借契約を締結した

が、その後、当該土地はY（被告）によって占拠されるに至ったためXはYに対して、土地使用の妨害排除を求めて提訴。

東京地方裁判所 請求棄却。

【判決理由】「……我民法上賃借権力債権ノ一種ニシテ物権ニアラサルコトハ……規定上明白ニシテ今更多言ノ要無シ。而シテ債権ハ物権ト異リ、排他性追及性ヲ有スルコト無ク、其効力単ニ当事者間ニ止ルヘキヲ以テ、賃借人カ其賃借ニ係ル賃借物ヲ他人ノ為メニ不法ニ侵害占有セラレタル場合ニ於テモ、賃借権者ハ占有権ニ基ク訴ニヨリ賃借物ノ返還又ハ明渡ヲ求ムルハ格別、賃借権其モノヲ基本トシテ之ヲ主張シテ其引渡返還等ヲ求め得ヘカラサルヤ、其性質上蓋シ当然ナリ。賃借権ナルカ故ニ、故意又ハ過失ニ因リ他人ノ為メニ侵害セラレタルトキハ、被害者タル賃借人ハ、其侵害者ニ対シ、損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘシトスルモ、尚損害賠償ハ原則トシテ金銭ヲ以テ其額ヲ定ムヘク、損害賠償請求権ニ基キ賃借物ノ引渡明渡等ヲ求め得ヘキモノニ非ス。」

本判決は、従来判例の見解をすべて検討の要素としている。すなわち、賃借権は債権であるために相対的効力しか持ち得ず、ゆえに第三者への妨害排除は（占有訴権の場合を除いて）認められないこと、賃借権は権利であるために不法行為の成立する余地があるが、効果としての損害賠償は金銭賠償に限られているため妨害排除は認められないこと、の2点である。本判決は従来判例の考慮した構成をすべて含めて検討して、妨害排除を否定している「まとめ」的な判決内容であると言えよう。

【8】名古屋地判大正10年6月28日法律新聞1900号18頁＝法律評論10巻民法1016頁〔建物収去請求控訴事件、大正10年（控）第45号<sup>22)</sup>〕

事実関係 X（被控訴人）は、大正7年2月17日にA（訴外）より当該建物を買受け、同日所有権移転登記を済ませ、同9年4月29日には建物所有のためにB（訴外）との間で土地賃貸借契約を締結した。しかし、従前よりY<sub>1</sub>（控訴人）が本件土地上に建物を所有しており（大正7年5月14日に建物所有権保存登記済）、さらにY<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>（控訴人）のために本件建物に抵当権を設定した（大正7年5月14日）ため、Xは借地権侵害を理由として本件建物の収去を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]名古屋区判大正10年2月19日(Xの請求を認容したため、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が控訴)。

名古屋地方裁判所 一部破棄自判。

[判決理由] 「……民法上賃借権ハ賃貸人ニ対スル一種ノ債権ニシテ、物権ニアラサルカ故ニ、債権者タル賃借人ハ賃借物ノ使用収益ヲ為ス必要ニ上債務者タル賃借人ニ対シ其引渡ヲ請求シ得ベク使用収益ノ妨害アルトキハ之ガ排除ヲ請求シ得ベキト雖、第三者ニ対シ其引渡又ハ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘキモノニアラス。但債権ニ対シテハ故意又ハ過失ニ因リ之ヲ侵害シタルモノアルトキハ、不法行為ノ原則ニ從ヒ、被害者タル債権者ハ損害賠償請求権ヲ有スヘシト雖、損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキ限り、金銭ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ、第三者ニ対シ、賃借権ノ妨害ヲ原因トシテ金銭以外ノ請求ヲ為シ得ヘキモノニアラス。若シ夫レ賃借人カ賃借物ヨリ賃借物ノ引渡ヲ受けカ占有ヲ為ストキハ、占有権ヲ有スルヲ以テ爾後其占有ヲ妨害スル者ニ対シ、占有訴権ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖モ、未タ賃借物ノ引渡ヲ受けサル以前ニ於テ占有ヲ有スル理由ナク、占有前ニ於テ賃借人カ占有ノ権能ヲ有スルコトハ之ヲ以テ、賃貸人ニ対シ、物ノ引渡ヲ請求スル理由トシテノミ主張シ得ルニ止マルモノト云ハザルベカラズ。……(被控訴人ハ)賃借権ニ基キ其妨害ノ排除トシテ賃貸人ニアラザル控訴人ニ対シ賃借物ノ上ニ存スル建物ノ収去賃借物ノ明渡及該建物ニ関スル登記ノ抹消ヲ求ムルモノニシテ、敢テ占有権ヲ主張スルモノニアラザルコト明白ナルヲ以テ、被控訴人ノ請求ハ其主張自体ニ於テ理由ナキモノト云ハザルベカラズ。」

本事案は、妨害排除請求の相手方は建物所有者であるが、判決の論理構成は【6】と同じで、その流れに沿ったものである。

### (3) 権利の「不可侵性」構成の登場(大正後期)

大審院が【6】判決、引き続いて下級審が【7】・【8】判決で明らかにした不法行為的構成の問題点は、【9】の大審院判決によって克服されることとなった。すなわち、賃借権や債権という概念を包摂する上位の「権利」概念を持ち出して、その不可侵性を理由として妨害排除を認める構成を採ったのである。この構成は【11】・【12】の両大審院判決によっても継承され、ここに賃借権に基づく妨害排除は権利の「不可侵性」により認め

られることとなったという評価が形成された。

しかし【9】・【11】・【12】の各事案は特殊な事情が介在しており、一概にそのような評価を与えることはできないと思われる（詳細は3で後述する）。

【9】 大（三民）判大正10年10月15日民録27輯1788頁＝判例彙報33巻大審院民事判例101頁＝法律評論10巻民事訴訟法539頁＝法学志林24巻568頁〔仮処分当否ノ件，大正10年（オ）第669号<sup>23)</sup>〕

事実関係<sup>24)</sup> Xら（原告・被控訴人・被上告人・2名）は，A（訴外・漁業組合）より鰯専用漁業権を賃借して操業していたが，Yら（被告・控訴人・上告人・10名）が当該漁場において操業を開始した。そこで，Xらは本件賃借権を妨害されたとして，Yらに対して自らの賃借権確認並びに漁業差止の仮処分を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審] 福江区判大正10年1月17日（Xらの請求を認容したためYら控訴） [第二審] 長崎控判大正10年7月6日法律新聞1893号17頁（Yらの控訴が棄却されたため，Yら上告）

大審院（第三民事部：松岡義正・長谷川菊太郎・菰淵清雄・横村米太郎・成道齋次郎） 上告棄却。

〔判決理由〕「権利者カ自己ノ為ニ權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權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ、其權利カ物權ナルト債權ナルトニ依リテ、其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシ。」

本判決により，賃借権に基づく妨害排除が権利の「不可侵性」を根拠に認められてきたとするのが従来<sup>25)</sup>の通説である。この判決をどう見るかは難しい。なぜならば，まず純粋に賃借権に基づく妨害排除の問題ではなく正確には専用漁業権の賃借権の問題ではなく，また本事案は単純な不法占拠の問題ではなく専用漁業権の二重賃貸借の可能性のあるケースだからである。詳しくは3(1)で後述するとして，さしあたり本判決の評価としては，「権利」に基づく妨害排除のケースにおいて，不法行為的構成等における障害を克服するため，権利の「不可侵性」という，民法典には存在しない

が自明のこととして考えられている抽象的な概念でもって、権利者の救済を図ろうとしたということを指摘するにとどめておく。

【10】 東京地判大正10年11月19日法律新聞1942号17頁〔地所明渡請求事件，大正6年(ワ)第73号<sup>26)</sup>〕

事実関係 X(原告)は、明治27年9月27日にA(訴外)との間で土地賃借契約を締結し、同32年5月中に引渡を受け、大正5年12月18日には賃借権設定の登記も済ませた。しかし、明治40年6月以降Y<sub>1</sub>(被告)が、また同41年3月10日以降Y<sub>2</sub>(被告)が当該土地上に家屋を所有してこれを占有したため、XはY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>らに対して地所の明渡を求めて提訴。

東京地方裁判所 請求棄却。

〔判決理由〕「今仮ニ原告主張ノ如キ關係ナリトスルモ原告ガ本件土地ニ付キ有スルハ賃借権ニシテ、賃借権ハ債権ナル以上、……賃借権ガ侵害セラレタリトスルモ、……(賃借権者ハ)第三者ニ因ル債権ノ侵害則チ不法行為ヲ原因トシテ、被告等ニ対シ、損害ヲ賠償ヲ請求シ得ルニ止リ、而カモ右損害ノ賠償ハ我国ノ法律ニ於テハ、金銭賠償タルヲ原則トシ、原状回復ノ請求ヲ認メザルヲ以テ債権タル賃借権ヲ侵害セラレタリトスル原告ハ被告等ニ対シ金銭賠償ヲ求め得ベキヤ否ヤハ別問題トシテ、家屋ヲ収去シテ土地ヲ明渡スベキコトヲ求ムルガ如キ原状回復ヲ請求シ得ベキモノニ非ズ。……賃借権ガ債権タルコト前示ノ如クナル以上、賃借権者ナリト主張スル原告ノ被告等ニ対スル賠償請求権ノ発生スルニハ、第三者ニ因ル債権ノ侵害則チ債権ニ対スル不法行為ノ成立スルコトヲ前提トセザル可カラズ。仍テ如何ナル場合ニ債権ニ対スル不法行為ノ成立アルベキヤヲ審按スルニ、凡ソ債権者ヨリ債務者ニ対スル相対的請求権ニシテ債務者ニ履行アルニアラザレバ其満足ヲ受クベク債務者ノ履行ガ第三者ニ因リテ妨ゲラレタルトキニ於テノミ、第三者ニ因ル債権侵害ノ成立スルモノト云ハザル可カラズ。從テ第三者ニ因ル債権侵害ノ成立スルハ、債務者ガ債務履行ノ意思アリ且ツ之ガ履行ニ着手セル場合ニ、第三者ノ行為ニ因リテ其履行ヲ妨ゲラレ、從テ債権ノ満足ヲ得ラザリシ場合ニノミ限ルモノト為スベク、之ニ反シテ債務者ガ債務履行ノ意思無ク若クハ債務ノ履行ニ着手セザル場合ニ於テハ、債務者ハ債務不履行ノ責ヲ免ル可カラズト雖モ、斯ル場合ニ於テハ、債権者ハ其債務者ヨリ到底債権ノ満足ヲ得ルコト能ハザルモノナルヲ以テ、第三者ニ因ル債権侵害ノ觀念ヲ容ルベキ余地無キモノト云ハザル可カラズ。而シテ債権ニ対スル不法行為上ノ成立ニ如上ノ制限ヲ付

スルコトハ、債権ノ性質ヨリ生ズル当然ノ結果ト云フベク、今若シ如上ノ如キ制限ヲ付セズシテ漫然凡ソ債権ノ満足ヲ得ザルコトニ第三者ガ何等カノ原因カヲ与ヘタルトキハスベテ、債権ニ対スル不法行為ノ成立スルモノトナストキハ、其及ブトコロ広クシテ限り無キニ至ルノ恐アリ。……（又）登記ニ因リテ生ズル効力ハ、単二民法第六百五条ノ規定スル範囲ニ止マリ、人ニ対スル請求権ガ其性質ヲ変ジテ物ニ対スル直接ノ支配権トナルモノニ非（ズ）。

本判決は、債権侵害の成立について詳論している点が特徴的であるが、判決理由は【8】以前の判例法理とほぼ同じである。

【11】 大（二民）判大正11年5月4日民集1巻235頁＝法律評論11巻12号諸法93頁＝判例彙報33巻大審院民事判例421頁＝法律新聞2039号25頁＝法学志林24巻1729頁〔土地使用禁止物件取払等請求事件，大正10年（オ）第809号<sup>27)</sup>〕

事実関係 X（原告・被控訴人・被被告人）は、大正7年11月18日、A（訴外）の許可により、河川敷地の永久の占用権を取得したが、その後Y（被告・控訴人・上告人）は、その地上を自己の石置場を使用し、Xの占用権を侵害するに至った。またXは、大正6年4月1日、Aより同11年3月31日までの堤防敷地の占用権を取得したが、Yがその地上に家屋を建設して所有し、Xの占用権を侵害するに至ったため、XがYに対して石・家屋の撤去を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審] 岐阜区判・判決年月日不詳（Xの請求が認容されたためYが控訴） [第二審] 岐阜地判大正10年6月29日（控訴棄却によりYが上告）

大審院（第二民事部：馬場愿治・大倉鈕蔵・東亀五郎・鬼澤蔵之助・岩本勇次郎） 上告棄却。

[判決理由] 「河川法第三条及第四条第二項ニ依レハ河川敷地並堤防ハ私権ノ目的ト為スコトヲ得ス。従テ之ニ付物権ヲ設定スルコトヲ得スト雖モ、同法第十八条及第四条第二項ニ依レハ地方行政庁ノ許可ヲ受ケタル者ハ之ヲ占用スルコトヲ得ヘキモノニシテ、其ノ占用権ハ物権ニモ属セサルコトハ同法第三条及第四条第二項ノ規定ニ依リテ自ラ明ナリ。而シテ債権ニモ属セサルコトハ其ノ目的地ノ占用ヲ為サシムル行為ノ要求権ニ非スシテ、之ヲ占用スルノ権利ナル



コトニヨリテ明ナレハ、其ノ占用権ハ物権ニモ属セス、又債権ニモ属セサレトモ、地方行政ノ許可ノ範圍内ニ於テ私益ノ為之ヲ占有使用スルコトヲ得ル權利ニシテ、一種ノ財産権タル私法上ノ權利ニ属スルモノトス。……何人ト雖モ他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得サルモノニシテ、苟モ權利タル以上、反対ノ規定ナキ限、其ノ種類如何ヲ問ハス總テ対世的性質ヲ有スルモノニシテ、対世的性質ヲ有スルモノハ唯タ物権ノミニ限ルモノニ非ス。本件ノ占用権モ亦一種ノ財産権トシテ対世的性質ヲ有スルモノナルヲ以テ、之ヲ侵害シタル第三者ニ対シ、侵害ヲ排除スルニ適當ナル行為ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ第三者ニ対シテハ金錢賠償以外ノ請求ヲ為シ得ヘキモノニ非ストノ論旨ハ其ノ理由ナシ。」

本判決も賃借権（あるいは債権）に基づく妨害排除の一類型として分類されるが、少なくとも問題となっているのは「河川敷地および堤防の占用権」であって「賃借権」ではない。本事案の場合、AがXに民法上の賃借権を付与したかのような外観はあるが、厳密には「占用権」である。詳細は3(2)で後述するが、【9】判決の流れを汲むものであることだけは確かである<sup>28)</sup>。また【9】判決とほぼ同旨でありながら民集に登載されているのは、事案や保護の対象となっている権利が若干異なるケースであるからであろう<sup>29)</sup>。その意味においては、権利保護のあり方として、一般的に妨害排除を認めるという法理が本判決によって確定したといえることができる。

【12】 大(三民)判大正12年4月14日民集2巻237頁 = 法律評論12巻諸法166頁 = 判例彙報34巻大審院民事判例280頁 = 法学志林25巻10号90頁〔建物取毀収去請求事件、大正11年(オ)第1130号<sup>30)</sup>〕

事実関係 X(原告・被控訴人・被上告人)は、本件土地(官有地第四種に属する寺院の境内の一部)を管理していたが、Y(被告・控訴人・上告人)は何らの権原なく、当該土地上に建物を所有してこれを占有したので、Xが管理権に基づき当該建物の収去・明渡を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審] 京都区判・判決年月日不詳(Xの請求が認容され、Yが控訴) [第二審] 京都地判・判決年月日不詳(控訴棄却によりYが上告)

大審院（第三民事部：松岡義正・長谷川菊太郎・菰淵清雄・横村米太郎・成道齋次郎） 上告棄却。

〔判決理由〕 「……此（境内地）ノ使用权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ルモノト謂ハサルヲ得ル（大正十年（オ）第六六九号同年十月十五日当院判決参照）」

本判決も【11】と同様の問題点をはらむ。原告が主張したのは「使用权」に基づく妨害排除である。確かにこの使用权はAよりXに与えられたものであり、所有権ではないため、賃借権と類似しているとも言うことができる。さしあたりは、【9】・【11】判決に見られるように権利の「不可侵性」をもって権利者の保護を図る一連の流れの中に位置付けられるとの評価を与えるに留める<sup>31)</sup>。

#### (4) 「不法行為」構成への回帰（大正末期～昭和初期）

【9】・【11】・【12】と、大正10年後半から大正12年にかけて、肯定的判断（肯定例かどうか疑わしいと前に述べたが、ここでは一応肯定例としておく）を示した3つの大審院判例が出て一応の決着を見たかに思われたが、この不可侵性理論は定着せず（やはり【9】・【11】・【12】判決は賃借権にかかわるものではないと考えられていたからであろうか）、その後大正14年から昭和5年前半にかけては否定例が（以前に比して）大量に出ている。その理由は不法占拠のケースにおいて、権利の「不可侵性」構成以前の、賃借人保護に障害のあった「不法行為」構成を採用しているからである。

#### 【13】 東京地判大正14年7月6日法律評論14巻民法760頁〔土地明渡請求事件，大正12年（ワ）第3474号〕

事実関係 A（訴外）は、B（訴外）が大正2年6月頃にC（訴外）より賃借した宅地を転借し、大正4年9月頃、その上に本件家屋を建築し所有していた。その後大正10年6月中に、X（原告）はCの承諾を得てBより本件宅地

に対する借地権を譲り受けたが、その後も引き続きAにこれを転貸しておいた。ところが大正12年2月頃、Aは本件家屋をD(訴外)に譲渡し、同時にXの承諾を経ずに、本件転借権をDに譲渡した。そこでXは同年3月14日、内容証明郵便でもってAに対し、本件土地転貸借契約解除の意思表示を為し、本件転貸借は同日をもって終了した。その後の同年3月26日にDはE(訴外)へ、同年5月23日にはEがF(訴外)へと本件家屋を順次譲渡し、その2日後にはFがY(被告)へとそれを譲渡した。Yは現に本件家屋の所有者として本件土地を占有しており、XはYが本件賃借権<sup>32)</sup>を侵害しているとして、本件土地の明渡を求めて提訴。

東京地方裁判所 請求棄却。

[判決理由] 「凡ソ權利ハ其種類性質ノ如何ヲ問ハス、何人ニヨリテモ不法ニ侵害セラレサル性質即チ不可侵性ヲ有シ、若シ權利ニシテ不法ニ侵害セラレンカ、權利者ハ侵害者ニ対シ、之カ為メ蒙リタル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキコトハ我民法第七百九条カ広ク『權利ヲ侵害シタル者ハ』ト規定セル文句ニ徴スルモ疑ナキ所ニシテ、賃借権ト雖亦此ノ權利ノ通有性ヲ有スルコトハ明カナリ。然レトモ賃借権ハ我民法上債権ニシテ物権ニ非サルカ故ニ、賃借人カ賃借物ノ引渡ヲ請求シ得ル効力即チ本質的効力ハ単ニ賃借人ヨリ賃貸人ニ対スル關係ニ於テノミ之ヲ認め得ヘキ対人的効力ニ過キス、広ク賃貸人以外ノ第三者ニ対スル關係ニ於テ認め得ラルル対世的効力ニアラサルナリ。從テ賃借人ハ賃借物カ賃貸人以外ノ第三者ノ為ニ不法ニ占有セラレタル場合ニ於テモ、賃借権ノ右本質的効力ニ基キ之カ返還ヲ請求シ得サルハ敢テ説明ヲ為ス必要ナキトコロナリ。又、如上賃借権ノ侵害ヲ原因トスル損害賠償請求権ハ被害者タル賃借人カ第三者ノ侵害ニヨリテ蒙リタル損害ヲ填補シ、侵害ナカリシト同一ナル状態ヲ現出セシムルコトヲ目的トスルモノナレハ、苟モ侵害者カ現ニ賃借物ヲ占有シ居リ、之ヲ賃借人ニ対シ返還スルコト可能ナル状態ニ於テハ之ヲ賃借人ニ返還セシムルヲ以テ最モヨク實際ニ適スルカ如シト雖モ、我民法ハ第四百七条ヲ以テ、損害ノ賠償ハ原則トシテ金錢ヲ以テ其ノ額ヲ定ムヘキ旨ヲ明定シ居リ、而モ賃借権ノ第三者ニ因ル侵害ニ付キ、原状回復請求権ノ発生ヲ認メタル規定ナキヲ以テ、占有ノ訴ニヨリハ賃貸人ノ權利ヲ代位行使シテ賃借物ノ返還ヲ求ムルハ格別、賃借権ノ対外的効力ノ一タル右損害賠償請求ニ基キテハ之カ返還ヲ請求スルヲ得サルコト亦明カナリト云ハサルヘカラス。」

本判決も事実関係の確定を避け、「請求自体失当」としてXの請求を棄却しているが、【9】・【11】・【12】判決が妨害排除の根拠として示した権利の「不可侵性」を認めつつも、【8】判決以前の論理（「不法行為」構成）でもって不法占拠者に対する賃借人の妨害排除請求を否定している。なお借地境界確認等請求事件ではあるが、本判決の後に「賃借権八単二賃貸人ニ対シテ物ノ使用収益ヲ請求スル債権ニ過キサルカ故ニ、原則トシテ第三者カ不法ニ此権利ヲ侵害シタル場合ノ外其ノ効力ハ第三者ニ及フヘキコトナキモノト解ス」べきとして、借地境界確認を求めた原告の請求を棄却した東京地判大正14年11月15日法律評論14巻民法843頁 = 法律新聞2503頁14頁がある。

【14】 東京地判大正15年4月15日法律評論15巻民法400頁〔土地明渡請求事件、大正15年（ワコ）第656号<sup>33)</sup>〕

事実関係 X（原告）はA（訴外）の所有する123坪の宅地を建物所有の目的で賃借していたが、大正11年9月29日以降、Y（被告）が当該宅地の68坪5合の地上に建物2棟を所有してこれを占拠したため、Xが賃借権侵害を理由とする土地明渡をYに求めて提訴。

東京地方裁判所 請求棄却。

【判決理由】 「……賃借権ハ、我民法ニ依レハ賃借人ニ対シ物ノ使用収益ヲ為サシムル一種ノ債権ナルコト同法ノ規定上明白ニシテ、賃貸人ニアラサル第三者ニ対シテ賃借権ヲ主張シ、其ノ妨害ノ除去ヲ請求シ得ヘキノ限ニアラス、而シテ被告ノ不法占拠ニ因リ右原告ノ債権タル賃借権ノ侵害アリトセハ、固ヨリ之カ損害ノ賠償ヲ要求スルヲ得ヘシト雖、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処ニシテ、之カ返還ニ依リ、妨害ノ排除ヲ求ムルコトヲ得ス。且賃借権カ其ノ権利一般ノ特質ニ基キ、不可侵性ヲ具備スルモノナリトセンモ、右権利ノ侵害ハ損害賠償ノ原因タルニ止リ、直チニ右不法行為ニ対スル救済手段トシテ妨害除去ノ請求ヲ許容シ得ヘキノ限ニ在ラス。従テ賃借人ハ自己ノ賃借物カ他人ノ為メ不法ニ占有セラレタル場合ニ於テモ、各其要件ヲ具備スルニ於テハ占有訴権若ハ代位訴権ニ基キ其物ノ返還ヲ請求スルハ格別、賃借権ニ基キ之カ引渡ヲ請求スルヲ得ス。」

本判決も「請求自体失当」論をかかげて事実関係について判断をしていない。論理構成は妨害排除を認めない一連の判決と同じである。本判決においては、権利侵害の場合には、その権利の救済は権利の不可侵性に基づいて損害賠償の原因となるのみであり、妨害排除は認められないとしている点が特徴的である。

【15】 東京地判昭和2年2月5日法律評論16巻民法337頁〔地所明渡並損害金請求事件、大正12年(ワ)第3952号<sup>34)</sup>〕

事実関係 X(原告)は、A(訴外)との間で土地賃貸借契約を締結し、当該土地上に建物を所有していたが、大正12年9月1日の関東大震災によって建物が滅失した。その直後、Y(被告)が本件地上に建物を建設し所有していた。その後、本件土地は特別都市計画法に基づく区画整理により換地せられ、Yはその換地上に本件建物を移転建設し、再びこれを占拠するに至ったため、XはYに対して本件地所の明渡と損害賠償を求めて提訴。

東京地方裁判所 請求棄却。

[判決理由] 「賃借権ハ其ノ性質債権ニシテ、賃借人ハ単ニ賃貸人ニ対シ使用収益ヲ為サシムヘキコトヲ請求シ得ルニ過キス。只不動産賃借権ハ其ノ登記ヲ了シ、又ハ引渡ヲ受ケタルトキハ第三者ニ対シ或種ノ対抗力ヲ生スルコトアレトモ、其未登記ナル場合ハ第三者ニ対シ債権タル右賃借権ヲ主張シ、之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス。而シテ本件ニ於テ原告ノ本件土地ニ対スル賃借権ハ其登記ナキコトハ原告ノ自認スルトコロナルヲ以テ、原告カ被告ニ対シ該土地ノ所有権タル賃貸人ノ権利ヲ代位行使スルカ、或ハ其占有権ニ基キ其ノ明渡ヲ求め且被告カ明渡ヲ為ササルニヨリ原告ノ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムルハ格別、右未登記賃借権ニ基キ第三者タル被告ニ対シ、土地明渡及損害賠償ノ請求ヲ為スコト能ハサルモノト謂ハサルヘカラス。」

時代が昭和になってからは、大正12年9月1日の関東大震災に関連した事案が多くなって来る。【15】の事案もその典型である。但し本事案では、XはYを不法占拠者としているが、裁判所はこれを「第三者」とするに過ぎない。

【16】 東京地判昭和4年2月7日法律新報222号26頁〔土地明渡請求事件，大正13年（ワ）第2939号<sup>35)</sup>〕

事実関係 A（訴外・原告の先代）はB（訴外）より本件土地を賃借していたが、大正9年1月25日にAの死亡により、X（原告）が家督を相続し本件賃貸借関係も承継したが、Xは相続当時未成年者であったためC（Xの母）が親権を行使していた。Cは親族会の同意を得ずにY（被告・Cの内縁の夫）と合意の上、Xの賃借権を変更し、大正10年3月、Yは当該土地上に建物を建築した。同年9月7日、CはYと婚姻してY家に入籍し、Xの親権を喪失したがYがXの後見人に選任された。しかし同年11月13日、Yは後見人を免職され、新たにD（訴外）が後見人となり、B・Yに対して本件賃借権変更を取消す意思表示を為した。そのため借地権はXに復帰し、XはYを相手取って占有回収の訴を提起し、大正11年8月9日に勝訴判決を受けた。YはXに本件建物を譲渡、登記手続も完了したが、そのまま建物に居住しその判決の執行を不能ならしめたため、XはYに対して借地権に基づき妨害排除を請求するに及んだ。

東京地方裁判所 請求棄却。

【判決理由】 「……賃借権ハ単ニ賃貸人ニ対シ物ノ使用収益ヲ請求スル債権ニ過キサルヲ以テ、縦令第三者カ賃借地上ニ建物ヲ所有シテ賃借人ノ権利行使ヲ妨クルコトアルモ、直接ニ対シ妨害排除ノ請求ヲ為シ得ヘキ権利ナキモノト解ス可キカ故ニ賃借権ヲ原因トシテハ第三者タル被告ニ対シ原告主張ノ如キ事項ヲ請求シ得サルモノト解スルヲ相当トス。」

本判決も原告の請求を「其ノ主張自体ニ於テ理由ナキ」ことから、これを棄却し、端的に「賃借権 = 債権」構成（明治期の裁判例が採った構成）を採用して、妨害排除を否定している。

【17】 東京地判昭和4年5月13日法律新聞2990号11頁 = 法律評論18巻民訴285頁〔家屋収去土地明渡請求事件，昭和3年（ワ）第471号<sup>36)</sup>〕

事実関係 不明。

東京地方裁判所 請求棄却。

【判決理由】 「……原告ハ被告ノ不法占拠ニ因ル賃借権侵害ヲ原因トシテ、被告ニ対シ原告ノ賃借ニ係ル土地ノ明渡ヲ請求スレトモ、賃借権侵害ニ基ク損害賠

償ノ請求ニ付テハ、原告ニ於テ其ノ主張ノ土地ニ対シ有シ、被告ニ於テ原告主張ノ建物ヲ所有シ依リテ右土地ヲ占有シ居ルコトハ当事者間ニ争ナキトコロナルモ、賃借権ニ対スル侵害ノ事実ニ付キ何等ノ立証ナキニ依リ爾余ノ争点ニ付判断ヲ須フル迄モナ(シ)……。」

事案の詳細が不明だが、賃借権の侵害のケースであることは判決理由より明らかである。但し本事案では原告が賃借権侵害について何ら立証をしなかったため請求が棄却されているものであり、一連の判決の中に位置づけるべきものではないが、賃借権侵害のケースであり、かつ賃借人がその妨害の排除を求めた事案であるため、ここに紹介した。

【18】 東京地判昭和5年5月28日法律新報231号21頁〔土地明渡請求事件、昭和4年(ワ)第1822号<sup>37)</sup>〕

事実関係 A(訴外)はB(訴外)より本件宅地を賃借し、本件宅地上に建物を建築し所有していたが、大正14年6月10日、AはBの承諾を得て本件賃借権をX(原告)に譲渡した。しかし本件建物はC(訴外・Aの債権者)の抵当権の設定を受けていたため、昭和2年6月20日、Cの抵当権実行により本件建物は競売申立されるに至った。同3年3月22日、本件建物がY(被告)により競落されたため、XはYに対して土地の明渡を求めて提訴。

東京地方裁判所 請求棄却。

〔判決理由〕「債権モ亦権利ナル以上、他ノ物権等ト等シク不可侵性ヲ有スルハ言フ迄モナシ。唯物権ト異ルハ不可侵性ノ一属性タル回復請求権ハ之ヲ有セストイフ点ニアリサレハ、今賃借権タル債権カ第三者ニ因リ侵害セラレタルトキハ、之ニ対シ損害賠償請求権ヲ行使シテ其侵害ニ因ツテ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルハ格別、債権自体ノ効カトシテ其債権ノ目的物タル物件ニ付キ、返還請求権(追索権)ハ之ヲ有スルモノニ非サルコト茲ニ新シク説クマテモナカルヘシ。」

本判決では、妨害排除請求の相手方は賃借物の新所有者であるが、裁判所はこれまでと同じように、債権にも権利としての不可侵性を認めつつもそれが侵害された場合の救済方法としては損害賠償としての金銭賠償以外

のものを否定してこれを斥けている。また裁判所は、原告の主張を「其主張自体認容スルコト能ハサルモノ」としている。

【19】 大（四民）判昭和5年7月26日法律新聞3167号11頁＝法律評論19巻民法1145頁＝判例彙報41巻大審院民事判例512頁〔賃借権存在確認土地引渡損害賠償請求事件，昭和4年（オ）第1930号<sup>38)</sup>〕

事実関係 X（控訴人・上告人）はY<sub>1</sub>（被控訴人）より、建物所有の目的で本件土地を賃借していたが、大正12年9月1日の関東大震災により建物は焼失。Xは焼跡の整理後、表札を掲示し、同年10月31日には、Y<sub>1</sub>より引き続き賃借の承認を得ていた。しかし、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>（被控訴人・被上告人）が本件土地上に建物を建築し、Y<sub>1</sub>もそれを黙認していた（その後、係争地は換地へと移転）。そのため、XはY<sub>1</sub>に対して賃借権存在確認請求、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に対して土地引渡及び損害賠償の請求を為した。

訴訟経過 [第一審] 横浜地判・判決年月日不詳 [第二審] 東京控判昭和4年12月6日法律評論19巻民法247頁＝法律新聞3074号14頁（Xが一部勝訴したが、Xが上告。なお二審はとりわけY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に対する土地引渡請求について、「……賃借権八債権ニシテ絶対権ニ非サルヲ以テ、之カ侵害アリタル場合ニハ単ニ損害賠償ヲ請求シ得ルニ過キスシテ、建物収去並ニ土地引渡ヲ求ムルコトヲ得サルハ債権ノ性質上当然ナ（リ）……。」としてこれを棄却<sup>39)</sup>。）

大審院（第四民事部：須賀喜三郎・前田直之助・矢部克己・古川源太郎・岡村玄治） 上告棄却。

[判決理由] 「……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）。」

本判決は、賃借権そのものに基づく妨害排除のケースとしては前掲【6】判決以来の大審院の判断である。結論は否定で、論理構成も【6】と同じである。ここに「賃借権に基づく妨害排除」のケースにおいては、不法行為的構成が採られ、これを否定するという方向性が確定したのであ



る(本判決では、判決理由で【6】を援用してその法的構成が「当院ノ判例」であるとしている)。

(5) 「不法行為」構成の新展開(昭和初期)

【20】は肯定例であるが、これまでと異なり、賃借権の侵害により、その侵害が継続するおそれがあれば将来の不法行為の不作为を求めることができるがゆえに現在の不法行為の妨害排除を認めるという論理構成になっている。ここに不法行為的構成の新たな展開を見ることができる。関東大震災後のいざこざのケースである【21】の否定例を挟んで、下級審判例【22】も同様の構成を採る。

【20】 大(三民)判昭和5年9月17日法律新聞3184号7頁=法律評論19巻民法1279頁=判例彙報41巻大審院民事判例625頁〔土地明渡請求事件、昭和5年(オ)第141号<sup>40)</sup>〕

事実関係 X(上告人)はA(訴外)との間で賃貸借契約を締結し、その旨の登記も済ませていたが、Y(被上告人)が賃借地上に軌道を敷設した。そのためXはYに対して土地明渡を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]不詳 [第二審]松江地判昭和4年12月16日(Xが上告)

大審院(第三民事部=柳川勝二・三橋久美・神谷健夫・佐藤共之・細野長良) 破棄差戻。

[判決理由] 「.....物権債権タルトヲ問ハス、第三者力之ニ対シ不法行為ヲ繰リ返ス恐レアル場合ニ於テハ、其ノ権利者ニ於テ第三者ニ対シ、将来権利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求権ヲ為スルコト勿論ナレハ、第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアランカ、之カ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為ササル可ラス(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)。」

これまで、不法行為の効果は損害賠償としての金銭賠償に限られ、妨害排除は一切認められなかった。しかし本判決は、賃借権の侵害を不法行為

とした上で、現在の妨害の排除のみならず、将来の権利侵害も不法行為の継続のおそれがある限りにおいて、将来に向けた不作为請求をも肯定するものである。つまり、不法行為の構成により賃借権に基づく妨害排除を認めはじめた判決である。ただ後で検討するように、本判決は従来の一連の判決とは全く異なる判決であるにもかかわらず、民集に搭載されていない。

但し、本判決は【9】判決を参照している。【9】判決は先にも見たように、専用漁業権の賃借権について、「権利者カ自己ノ為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依リテ、其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシ」としてその妨害の排除を認めたものである。本判決は、第三者により不法行為が繰り返し行われるおそれがある場合においてその第三者に対して将来に向けた不作为請求権を認めることをまずもって前提としている。それを踏まえて、現在の妨害の排除も可能であるとするのである。【9】判決は後者の妨害排除に関して参照されたものであろう。賃借権に対する不法行為の効果として将来に向けた不作为請求権を原則として考えている点において、本判決は画期的である。

【21】 東京地判昭和5年11月14日法律新報239号27頁〔地所明渡請求事件，昭和5年（ワ）第1595号<sup>41)</sup>〕

事実関係 X（原告）はY<sub>1</sub>（被告）より宅地を賃借し、当該地上に建物を所有していたが、大正12年9月1日の関東大震災で本件建物は焼失。その後、Y<sub>1</sub>は宅地上に建物を建設し、またY<sub>2</sub>（被告）も同地上に建物を建設し、所有するに至った。XはY<sub>1</sub>に対して賃借権確認の訴を提起し勝訴判決を得、それが確定したにもかかわらず、現状は全く変わらなかったため、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対して本件土地の明渡を求めて提訴。

東京地方裁判所 請求一部認容。

〔判決理由〕 「……原告ハ該土地ニ付被告（Y<sub>1</sub>）ニ対スル債権タル賃借権ヲ有スルニ過キス。而シテ、土地ノ賃借権ハ之カ登記アル場合ニ於テ、土地ノ第三取

得者ニ対シ該土地ニ付之カ引渡ヲ求メ得ヘキ追及権ヲ生スルモノニアラスカ故ニ、第三取得者ニアラサル被告(Y<sub>2</sub>)ニ対シ、被告(Y<sub>1</sub>)ニ対スル前記賃借権アル一事ヲ以テ右土地ノ明渡ヲ求ムル原告ノ本訴請求ハ其請求自体失当ナリト謂ハサルヘカラス。」

本判決は、「登記」のない場合において賃借権の対第三者効を認めないという構成を採る。この対第三者効を認める上で「登記」を要求するという構成は本判決が初めてである。

【22】 東京地判昭和5年11月17日法律新報243号22頁〔妨害停止並損害賠償請求事件、昭和2年(レ)第284号<sup>42)</sup>〕

事実関係 A(訴外)はB(訴外)より土地を賃借し、同地上に建物を建設しその一部を通路として使用していた。その後の明治44年5月、Bが死亡したため、賃借権はC(訴外)に承継された。明治45年1月、Cは土地を二分し、建物を含まない部分の賃借権をD(訴外)に譲渡し、建物を含む部分の賃借権をE(訴外)に譲渡した。大正6年11月、Eは賃借権をF(訴外)に譲渡し、Fは翌年1月、さらにY(被控訴人)に賃借権を譲渡し、YはDの賃借地を通行するなどしていた。その後Dは大正11年11月25日、X(控訴人)と婚姻し、Xが賃借権を承継するに至った。そこでXはYに対して、妨害の停止及び損害賠償を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審] 不明。

東京地方裁判所 原判決変更。

【判決理由】 「……債権ト雖モ、第三者力之ニ対シ不法行為ヲ現ニ為シ又ハ将来之ヲ繰返シ行フ恐レアル場合ニ於テハ、現ニ存スル不法行為ノ排除ヲ求メ又将来債権侵害ヲ為ササル旨ノ不作為ノ請求ヲ為シ得ヘキコト勿論ナ(リ)。」

本判決は【20】判決と同じ論理構成をとっており、【20】判決の傾向が下級審レベルにおいても見られるようになっている。

【23】 大(五民)判昭和6年4月28日法律新聞3270号10頁 = 法律評論20巻諸法346頁 = 判例彙報41巻大審院民事判例625頁〔土地明渡請求事件、

昭和5年（オ）第2362号<sup>43)</sup>]

事実関係 X（被上告人）は寺院境内地の使用者であったが、Y（上告人）が本件土地上を占有したため、本件土地の明渡を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]不詳 [第二審]熊本地判昭和5年7月26日（Xが上告）

大審院（第五民事部：菟淵清雄・神谷健夫・古川源太郎・水口吉蔵・中島弘道）上告棄却。

[判決理由]「……（寺院ノ境内地ノ無償ノ）使用权ハ物権タルト債権タルトヲ問ハス不可侵性ヲ有シ、不法ニ之ヲ侵害スル者ニ対シ、寺院ハ其ノ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘキモノトス。是レ既ニ当院ノ判例トスル所ナリ（大正十一年（オ）第一一三〇号同十二年四月十四日当院判決参照）」

本事案は前掲【12】とほぼ同じケースであり、【12】における権利の「不可侵性」的構成を踏襲している。また本判決も民集に連載されていないが、これは事案も結論も【12】判決とほぼ同じであるために連載されなかったと見ることができよう。

【24】大（三民）判昭和6年5月13日法律新聞3273号15頁＝法律評論20巻民法658頁〔損害賠償請求事件，昭和5年（オ）第3005号<sup>44)</sup>〕

事実関係 X（上告人）はY（被上告人）の所有地上に借地権を有していたが、大正12年9月1日の関東大震災により、地上物がすべて焼失した。その後、A<sub>1</sub>・A<sub>2</sub>・A<sub>3</sub>（「従来ヨリYノ借家人」・訴外）がそれぞれ本件地上に家屋を建設し、占有を開始した。そこでXがYに対して借地権に基づき損害賠償を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]不詳 [第二審]東京控判昭和5年11月8日（Xが上告）

大審院（第三民事部：柳川勝二・三橋久美・佐藤共之・細野長良・神原甚造）上告棄却。

[判決理由]「……借地権ヲ有シテ占有セル地上ニ他人力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以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、将来自己ノ権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。」

本判決は借地権侵害のケースで、かつ事案は「損害賠償請求事件」であり、妨害排除のケースではないが、妨害排除についても本判決は、【20】判決の論理構成を採っており、傍論とは言え、新たな「不法行為」構成が定着してきたことを物語る。

また本判決が【20】判決と同じ第三民事部に係属したものであることも興味深い。裁判官の構成もほぼ同じであり（【20】判決は裁判長柳川勝二・三橋久美・神谷健夫・佐藤共之・細野長良、【24】判決は裁判長柳川勝二・三橋久美・佐藤共之・細野長良・神原甚造）、第三民事部は一貫して如上の立場に立っている。

【25】 東京区判昭和7年2月8日法律新報319号28頁〔賃借権確認事件、昭和6年（八）第2549号<sup>45)</sup>〕

事実関係 X（原告）は、昭和3年12月29日、A（訴外・本件建物及び賃借人）の建物に根抵当権を設定し、同4年1月21日、転貸及び賃借権譲渡を為し得る特約付停止条件付賃借権を仮登記した。また同年5月25日には建物にも根抵当権を設定し、同年6月3日、本件賃借権と同内容の賃借権を仮登記した。同6年1月1日、停止条件が成就して及びの賃借権を取得したが、Aは同13日にをB（訴外）に売渡し、同日Bは登記を為し、同年12月12日にはY（被告）のために本登記も為した。その後、YはXに対して賃料の取立てを為したため、XはYに対して賃借権の確認を求めて提訴。

東京区裁判所 請求棄却。

〔判決理由〕 「……賃借権ハ賃貸人カ賃借人ニ其目的物ヲ使用収益セシムルコトヲ其ノ内容トスル債権ニシテ、仮令其登記アリト雖モ、唯之ニ付所有権其他ノ物権ヲ取得シタル者ニ対抗シ得ルニ止リ、一般ノ第三者ニ対シ、作為又ハ不作為

ヲ求ムルノ権利ヲ包含スルモノニアラス。」

本判決も事案は「賃借権確認事件」であり、妨害排除請求の事案ではないが、以前の「賃借権＝債権」構成をとって対第三者効を（登記ある場合にも）否定している。また【20】判決によって承認された不作為請求権も明確に否定されている。

【26】 大（四民）判昭和8年7月8日法律新聞3586号11頁＝法律評論22巻商法503頁＝判例彙報44巻大審院民事判例209頁〔商号使用禁止商号登記抹消手続並損害賠償請求事件，昭和7年（オ）第2310号<sup>46)</sup>〕

事実関係 売肉商X（被告人）は、の商号を使用し（但し商号は未登記）、大正5年より営業し、同12年4月より休業していた。XはY<sub>1</sub>（上告人）との間で商号使用を許可する旨の契約を結んでいた。なお、その契約には、Y<sub>1</sub>がXの営業店舗で営業する場合に限り商号の使用を許可するという特約が付いていた。しかしその後、Y<sub>1</sub>は店舗を移転して営業し、昭和3年10月22日には商号を登記し、同4年10月22日にはそれをY<sub>2</sub>（上告人・特約の存在につき悪意）に譲渡し、翌年10月10日には登記を経た。XはY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対して商号使用禁止、商号登記抹消手続及び損害賠償を求めて提訴。

訴訟経過 [第一審]不詳 [第二審]札幌控判昭和7年6月17日（Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が上告）。

大審院（第四民事部＝須賀喜三郎・神谷健夫・岡村玄治・渡邊久・神原甚造）上告棄却。

[判決理由] 「……自己ノ氏ヲ以テ商号ト為シ、従来営業ヲ継続シ来リタル商人カ一時其ノ営業ヲ休止シ、該営業所ニ於テ同一営業ノ為メ他人ヲシテ其ノ商号ヲ使用セシムルコトヲ約シ、其ノ他人カ営業ノ場所ヲ変更シタル場合ハ、最早該商号ニ付商号登記ヲ為シタル場合ニ於テモ営業ノ場所ヲ変更シタルトキハ之ト同時ニ其ノ抹消登記手続ヲ為サシムヘキ旨ヲ契約スルコトハ決シテ為シ得サルトコロニ非ス。蓋シ未登記商号ノ使用者ハ他人カ同市町村内ニ於テ同一ノ営業ノ為ニ同一商号ノ登記ヲ為スコトヲ阻止スルヲ得ス。又不正競争ノ目的ヲ以テスル同一商号ノ使用差止請求スルコトヲ得サルハ論ナシト雖、当事者間ノ契約ニ因リ冒頭説示ノ如キ債務関係ヲ成立セシムルコトハ敢テ強行規定ニ違反セサルハ勿論、

不当二相手方ノ自由ヲ拘束スルモノト云フヲ得サルコト明瞭ナレハナリ。而シテスル契約ノ締結セラレタル場合ニ於テ、債務者力從來ノ営業所ヲ変更シタル後モ尚同一営業ノ為ニ当該商号ヲ使用スルノミナラス、既ニ為シタル商業登記ノ抹消ヲ為ササル場合ハ一時其ノ営業ヲ休止シタルニ過キサル債権者ハ現ニ商人ニ非スト雖、其ノ契約ノ効カトシテ債務者ニ対シ将来ニ於テ其ノ使用ヲ為ササルヘキコトヲ求め且既ニ為シタル登記ノ抹消ヲ請求シ得キコト勿論ニシテ、債権者ハ債務者ノ債務違反ヲ原因トシテ損害賠償ノ請求ノミニ終始セサルヘカラサル理由ナシ。而シテ第三者力故意又ハ過失ニ因リ債務者ニ加担シテ債務者ヲシテ債務違反ノ行為ヲ取行セシメ、因テ以テ債権者ノ權利行為ヲ妨クルカ如キ場合ニ於テハ、債権者ハ不法行為ヲ原因トシテ第三者ニ対シテモ亦之カ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘキモノナリト解セサルヘカラス(大正二年(れ)第三三四五号当院言渡判決、大正十年(オ)第六六九号同年十月十五日当院言渡判決、大正十一年(オ)第一一三〇号大正十二年四月十四日当院言渡判決参照)。」

本事案が、賃借権に基づく妨害排除のケースであるかどうかはさておき(明らかに異なるが、一部にはこれをそのカテゴリーに含めるものもある)、未登記商号権の侵害を不法行為とし、その効果として妨害排除を認める傾向は【20】判決以来の傾向である。

## 2 裁判例の捉え方

### (1) 裁判例に対する学説の評価・分析

前章で取り上げたこれらの判決を学説はどう評価し、分析してきたのであろうか。主要なものを取り上げつつ、この問題に対する民法学の取扱いを見ると、おおよそ3つに分類できそうである(なお、本文中の【 】は、前章の判例番号と符合している)。

ア) 妨害排除請求の可否と占有の有無とが一致していると捉えるもの

最も多いのが、賃借人が占有を有する場合に妨害排除請求を認め、占有を有しない場合には妨害排除請求を否定してきたと捉える見解である<sup>47)</sup>。いくつか瞥見してみよう。

【表A】 妨害排除請求権の有無と占有の有無とが一致していると捉える見解の分類

	肯定例	否定例
裁判例	【9】【11】 【12】【20】 【24】	【6】【19】 【25】

まず幾代博士は、大正時代以来の判例にはおのずから一貫した理論が形成されており、妨害排除等の請求を認容した事例【9】・【12】・【24】はいずれも占有を伴う債権である場合であり、妨害排除等の請求を却けた事例【6】・【19】はいずれも占有を伴っていなかった場合であるとする<sup>48)</sup>。於保博士もこれに賛成し、賃借権その他債権一般に基づく妨害排除請求について、権利の不可侵性という一般論からすれば、判例上矛盾があるように見えるが（【9】・【11】・【12】と【6】・【19】を対照的に取り扱っている）、判例が一般論に基づいて直接妨害排除を認めているのは、占有を内容とする土地の使用収益権であって、賃借権又は類似の使用権について否定している場合は、まだ権利者が現実に占有を為していない場合である。このように、判例の一般論の具体的適用に当たっては、そこに自ら一貫した理論が形成されていて、具体的適用において何ら矛盾は存しないとする<sup>49)</sup>。

また川島博士は、【9】（不可侵性理論により妨害排除請求を肯定するもの）の系統として【12】・【24】を挙げ、これと相対するもの（債権を相対権と捉えてこれに基づく妨害排除請求を否定するもの）として【6】・【19】を挙げながら、前者は妨害排除請求権者が賃借物を占有している事案であるとし（但し川島博士は後者が占有を具備していないとは明言していない<sup>50)</sup>）、我妻博士も同様に、【6】（同旨【19】）を修正する「画期的判決」<sup>51)</sup>として【9】、この系統に属するものとして【11】・【12】・【20】・【24】を挙げ、【6】・【19】はいずれも賃借人が占有を取得していない場合であり、他はいずれも占有を伴っていると<sup>52)</sup>、占有の有無が決め手となっている旨を力説する。

さらに古山博士は、積極例として【9】・【11】・【12】・【20】・【24】、消極例として【6】・【19】を挙げ、消極例はいずれも未占有・未登記の事例



であるとし、これらは占有の有無によって分類せられるのであり、賃借権に登記ある場合にも否定した例として【25】を挙げる<sup>53)</sup>。

これらの見解を総合すると【表A】のようになる。ただこれらの裁判例には、実際に占有を有していたかどうかなど不明な点が多々あり、後に述べるように、如上の学説はこれらの裁判例を正確に読み解いているものとは言い難い。

(イ) 判例理論は混乱ないしは一貫していないと捉えるもの

(ア)と対峙する形で、判例理論は混乱しており一貫していないと捉える見解が、樫教授、中井教授などによって提唱されている。まず樫教授は、肯定例・否定例への振り分けをすることなく、まず【11】・【12】を「(当該権利の)性質が決定できるまで」<sup>54)</sup>妨害排除の典型例から除外し、いずれも肯定・否定と占有の有無とは無関係であると、(ア)の諸見解を否定し、そもそも【24】は、全くの傍論であり、賃借人の妨害排除請求に関する事例ではないとし、判例自体は一貫していないと捉える<sup>55)</sup>。我妻博士も当初はこのような立場にあったようである。すなわち、肯定例として【9】・【12】・【24】・【26】を取り上げ、否定例として【6】・【19】を挙げ、判例理論は一貫していないとする<sup>56)</sup>。なお(ア)で見たように我妻博士はこの後程なくして説を改めている。

樫教授と同旨の見解を採るのが、中井教授である。中井教授は否定例として【6】・【19】(但し【6】は占有の有無が決め手となっているものではないとする)、肯定例として(「不可侵性」理論による肯定例として)【9】・【11】・【12】・【20】を挙げ、【11】・【20】では明らかに占有の有無は不明であり、【20】に至っては判断において全く触れられておらず、総じて占有の有無が決め手となったとは思えないとする<sup>57)</sup>。水本教授も同様に、「不可侵性」理論による肯定例として【9】・【11】・【12】、否定例として【6】・【19】を挙げて判例理論は混乱していたとし<sup>58)</sup>、また永田菊四郎教授も、肯定例として【9】・【12】、否定例として【6】・【19】を挙げ、判例の態度は確定していないとする<sup>59)</sup>。

星野教授は、通常の賃借権に基づく妨害排除の肯定例は少ないとして【20】を挙げ、逆に多い否定例としては【6】・【19】、特殊の使用権に基づく肯定例として【9】・【11】・【12】・【23】を挙げる。大審院判例の見方として、占有の有無と妨害排除請求権の有無とは必ずしも対応していなかったとする<sup>60)</sup>。

以上の学説はいずれも判例理論が混乱としているとする。しかし次章以下で述べるように、これらの判決群はいずれも時系列的に見れば、賃借権や諸権利の保護に向けて明確な方向性を持っており、これらの分類は妥当でない。

(ウ) その他の分類を試みる見解

(ア)や(イ)の類型と完全には同一視することのできない、三島博士、前田教授、赤松教授、好美教授、吉田豊教授の見解を見ておきたい。

三島博士は、「権利の不可侵性を理由に是認」<sup>61)</sup>した例として【9】・【11】・【12】・【20】・【23】・【24】・【26】(すべて占有を伴っているが、【11】の占有は不明とする)、「占有を具備しない債権に否定」<sup>62)</sup>した例として【6】・【19】(【19】は占有の有無は不明だが、震災後ゆえに占有がなかったのではないかとする)、「対抗要件を具備した債権に否定」<sup>63)</sup>した例として【1】を挙げる。占有をひとつのメルクマールとしている点では(ア)と同じだが、第3の点すなわち対抗要件を具備した債権という類型を設けていることが他とは異なる。

前田教授は、妨害排除請求を否定する判例として【6】、肯定するものとして【1】(具体的には否定)を挙げ、不可侵性理論により肯定する判例として【9】・【11】・【12】を挙げるが、これらはいずれも占有訴権で救済される事例であったとし<sup>64)</sup>、類型的には(ア)と接近している。

赤松教授は、「さまざまな債権につき、妨害排除請求権による保護が肯定されていた」<sup>65)</sup>との視点の下、初期の否定例として【1】・【6】・【19】を挙げ、その後の肯定判例として、【9】・【11】・【12】・【20】・【23】、さらに賃借権侵害の事例ではないが債権侵害に基づく差止請求を認めたものと

【表 B】 吉田豊教授の分類（なお番号のみは本稿の裁判例番号）

積極的 判例	占有訴権によるもの	大（三民）判大正 8 年 5 月 17 日民録 25 輯 780 頁 <sup>(*1)</sup> ，【6】【19】【24】（後三者は傍論によりこれを認めるもの）
	占有取得前の賃借権の侵害の場合に賃借人に債権者代位権を認めるもの	大（二民）判大正 9 年 11 月 11 日民録 26 輯 1701 頁，大（一民）判昭和 4 年 12 月 16 日民集 8 巻 944 頁，大（一民）判昭和 5 年 7 月 14 日民集 9 巻 730 頁，大（一民）判昭和 7 年 7 月 7 日民集 11 巻 1498 頁，大（四民）判昭和 10 年 6 月 29 日法律新聞 3869 号 10 頁，大（二民）判昭和 14 年 5 月 16 日民集 18 巻 557 頁 <sup>(*2)</sup>
	賃借権（むしろ債権一般）そのものによるもの	【9】【11】【12】【20】【22】【23】，大（一民）判昭和 4 年 12 月 16 日民集 8 巻 944 頁 <sup>(*3)</sup> ，東京地判大正 9 年 5 月 27 日法律評論 9 巻民法 577 頁（【6】の原審）
消極的判例	【4】【5】【6】【7】【8】【10】【14】【15】【16】【17】【18】【19】【21】，東京控判昭和 4 年 12 月 6 日新聞 3074 号 14 頁（【19】の原審）	

\* 1 「建物占有回収ノ訴」であり，賃借権に基づく妨害排除の事例ではないと判断したため，前節で示した裁判例には含めなかった。

\* 2 いずれも債権者代位権に基づく妨害排除の可否が争われた事例であり，本稿の対象からは外されている。

\* 3 これは上段の類型にも含まれているが，本類型にも含まれると記述されている。しかし，本事案は明らかに賃借人の債権者代位権に基づく妨害排除の類型である。

して【26】<sup>66)</sup>を挙げる<sup>67)</sup>。

好美教授は，これまで検討してきた見解とは異なり，判決そのものにかなり立ち入った実質的な仕分けをしている。すなわち，「債権たると賃借権たると公法上の使用権たると権利の性質論，個別的特殊性を検討せず，不可侵性理論，不作為請求権なる理論構成で肯定」<sup>68)</sup>するものとして，【9】・【11】・【12】・【23】（但し【11】・【12】・【23】は公法上の使用権であり，独占的な使用権である点ではむしろ物権に近いとする）を挙げ，「賃借権＝債権」物権的請求権否定，の構図を採る例として【6】・【19】を挙げつつ<sup>69)</sup>，【9】・【20】判決のみが不動産賃借権に関する積極判決であるとする<sup>70)</sup>。

最後に吉田豊教授の見解であるが，やや複雑であるので，【表 B】のよ

うにまとめてみた。吉田豊教授は、積極的判例を占有訴権によるもの（但し【6】・【19】は傍論であり、これらは占有を伴わない賃借権に対する無権原の第三者による侵害の類型とする）、賃借人が占有未取得の場合に賃貸人の所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使を認めるもの、賃借権（むしろ債権一般）そのものによるもの（但し【12】は「不可侵性」を明示する唯一の判決であり、【20】は不法行為に基づく原状回復ないし差止請求権の色合い）と分類している。なお、消極的判例は特に下級審において多数に上っていることが明らかにされている<sup>71)</sup>。

これらの学説のうち、最も判決群の実質に近い形でこれらを検討しているのは好美教授であろう。好美教授は、第三者による賃借権の侵害については「（【6】判決までの）占有訴権によるべしとの伝統的な消極的態度」<sup>72)</sup>を捨て、【9】判決において権利の不可侵性に基づく妨害排除をはじめて認めたとし、それに続くものとして【11】・【12】・【20】・【23】判決（但しこれらの判決の間にも【6】判決の流れを汲む【19】判決があるとする）を挙げる<sup>73)</sup>。そしてこれらのうち「不動産賃借権」に関する積極判例として【9】・【20】判決を取り上げる。更に【11】・【12】・【23】判決については、「これらは物権とか債権とかの概念で把えられるか問題であり、いわんや物権と対照をなして自由競争の場で債務者に対する給付請求権として基本的に構成されている債権としての特性を十分に備えた権利ではなかったことを見落としてはなら」<sup>74)</sup>ないと指摘する。この指摘は極めて適切なものである。但し、好美教授は積極的判決とされる【9】・【20】判決におけるそれぞれの法的構成の相違、事案の詳細について触れておらず、その意味においては教授の分類ではなお不十分な点がある（詳細については次項で述べる）。

## (2) 整 理

ここまで、ごく簡単にこれら裁判例に対する民法学の捉え方を見てきたが、そもそも裁判例の内容に対する理解、判断されていることがらが何で

【表C】 肯定例と否定例

		肯定例	否定例	
大審院	6件	【9】【11】【12】 【20】【23】【26】	3件	【1】【6】【19】
下級審	1件	【22】	14件	【2】【3】【4】 【5】【7】【8】 【10】【13】【14】 【15】【16】【17】 【18】【21】

あるかについての理解が異なっており、更に何が問題となっているのか、何が争われているのかという前提からして捉え方が異なっている。

ここで、裁判例を総括的に分析することにより、これらの問題を解き明かす素材を提示してみたい。

(ア) 肯定例と否定例

裁判例をひとまず簡単に肯定例・否定例に分類してみると【表C】のようになる。これによると、大審院・下級審合わせて肯定例は7件、否定例が17件となり、否定例が肯定例を上回る。このレベルでは、少なくとも「賃借権に基づく妨害排除」に関する裁判例は、肯定・否定との間を迷走してきたということが出来る。先例価値のある大審院判決のみをとってもそれは同じで、やはり肯定されてきたとする見解はこのレベルでは排除される可能性がある。なお言うまでもないことだが、肯定例と否定例とを分ける基準は、裁判所が単に妨害排除を認めたか否かというものである。

(イ) 請求の基礎と肯定例・否定例との関係

次に肯定・否定と請求の基礎との関係を示した【表D】を見ると、(ア)で述べた可能性はさらに高まる。すなわち第一に、大審院にせよ、下級審にせよ、否定例は総じて土地ないしは建物の賃借権に基づくものであり、第二に、肯定例のうち、土地ないしは建物の賃借権に基づく妨害排除と言い得るのは大審院・下級審合わせて2件に過ぎず(ここでは、堤防敷地・河

【表D】請求の基礎との関係

	肯定例		否定例	
大 審 院	土地・建物賃借権 堤防・河川敷地の占用権 国有境内地の使用権 専用漁業権の賃借権 商号使用権	【20】 【11】 【12】【23】 【9】 【26】	土地・建物賃借権	【1】【6】【19】
下 級 審	土地・建物賃借権	【22】	土地・建物賃借権	【2】【3】【4】 【5】【7】【8】 【10】【13】【14】 【15】【16】【17】 【18】【21】

川敷地の占用権，国有境内地の使用権，専用漁業権の賃借権，商号使用権が問題となっている5件は後に検討するのでここでは判断を留保しておく），第三に，以上のことから賃借権に基づく妨害排除が認められた事例は大審院で1件，下級審で1件，合計2件，逆に否定された事例は大審院で3件，下級審で14件，合計17件である。

(ウ) 賃借物の引渡・占有，賃借権登記と肯定例・否定例との関係

既に(1)(ア)で見たように，多くの学説は，肯定・否定と占有の有無が符節を合しているとする。最後にその点につき簡単に検討しておく。

俎上にのせた26の裁判例のうち，賃借物の占有・引渡・登記の有無が明らかになっているものをまとめたのが【表E】である。確かに，(1)(ア)で触れた学説が言うように，肯定例と否定例の整合性を保とうとするならば，占有の有無をもって判断したとの仮定も許されるかもしれない。しかし，判決文を読む限り，そして【表E】を見る限り，どう考えてもこれらが判決の決め手になったとはならないのである。【表E】から明らかなように，肯定例のうち，占有があったと認定されているのは1件のみである。否定例についても占有がなかったと認定されているのは1件に過ぎない。結局26の裁判例のうち，占有があったとされているものはわずか1つしかない。

【表E】引渡・占有・登記との関係

		肯定例		否定例	
大 審 院	引渡	× ?	1件(【9】) なし 5件	引渡	× ? なし 1件(【1】) 2件
	占有	× ?	1件(【9】) なし 5件	占有	× ? なし 1件(【1】) 2件
	登記	× ?	1件(【20】) 1件(【26】) 4件	登記	× ? 1件(【1】) なし 2件
下 級 審	引渡	× ?	なし なし 1件	引渡	× ? 1件(【10】) 1件(【4】) 12件
	占有	× ?	なし なし 1件	占有	× ? 1件(【17】) 1件(【4】) 12件
	登記	× ?	なし なし 1件	登記	× ? 2件(【10】【16】) 3件(【2】【15】【21】) 9件

( )は判例番号。?の部分の判例番号を省略しているのは、×のいずれでもないものがすべて含まれるからである。また、はあり、×はなし、?は不明を示している。

(1)(ア)で見たように、わが国の学説の多くは妨害排除請求の可否と賃借物の占有の有無が合致しているとするが、これは明らかに誤りであると思われる。

占有と妨害排除の関係について初めて明確に触れたのは末弘博士であるが、博士は妨害排除について(大〔三民〕判大正8年5月17日民録25輯78頁<sup>75)</sup>を指しつつ)「借家人借地人が賃借物上に占有権を有するときは其占有権に依つて第三者の侵害を防止又は除去することを許さむとする」<sup>76)</sup>ことが第一の方途であるとした上で、「此方法には賃借人がまだ賃借物の占有を得て居ない場合には之を応用し得ない欠点がある」<sup>77)</sup>とする。これを

反対解釈すれば、賃借権に基づく妨害排除は占有を取得した場合のみ可能であるということになり、後に続く学説は博士のこの所説にかなり引きずられた感がある。しかし博士が占有の有無と妨害排除との関係を重視しているふしはなく、誤解はおそらく後に続いた学説が末弘博士の所説の一部分に着目したことによるものと考えられる。また、登記済賃借権にも妨害排除を認めない判決も存在する【10】・【16】）ことも注目されよう。

以上のことから、妨害排除の可否において、裁判所は引渡・登記・占有の有無を基準として判断しているわけではないことが理解される。

但し、各裁判例における賃借権を侵害する相手方、事実関係の詳細についてはなお検討を必要とする部分がある。既に見たように、とりわけ東京地方裁判所の判決のほとんどは、事実関係に立ち入ることなく「請求自体失当」として被侵害者の請求を拒けるものである。その理由については今後更に検討を加える必要がある。

### (3) 私 見

以上、瞥見してきたように、従来の学説は、戦前における「賃借権に基づく妨害排除」にかかわる裁判例を十分に把握しているとはいえない。では、実際の判決に適合的な見方はどのような見方であろうか。

前章では時系列的に裁判例を並べて検討したのであるが、実はその時系列的な並びの中に、賃借権に基づく妨害排除の問題に対する裁判所の法的構成の大きな流れを読み取ることができるのではなかろうか。つまり、肯定例と否定例、更には肯定例、否定例それぞれの中にも共通する法的な判断の枠組みがあるのではないかと、ということである。

実際に、26裁判例の採った法的構成は時系列的に次のパターンに類型化される（下線は大審院判例）。

賃借権を債権であるとして、対第三者効（妨害排除効）を認めないもの。

裁判例【1】～【5】・【7】・【8】・【10】・【13】～【16】・【18】・【21】



賃借権の侵害は不法行為であるが、その効果は損害賠償としての金銭賠償に限定されているとして、妨害排除を認めないもの。

裁判例【6】・【7】・【8】・【10】・【13】～【15】・【18】・【19】

賃借権を権利であるとして<sup>78)</sup>、権利の不可侵性などにより妨害排除を認めるもの。

裁判例【9】・【11】・【12】・【23】・【26】

賃借権の侵害を不法行為であるとして、その効果として妨害排除を認めるもの。

裁判例【20】・【22】・【26】

賃借権に基づく妨害排除は、当初は否定されていたが、種々の法的構成を付加することによって次第に認められる方向へと傾いた、すなわち賃借権やその他の諸権利の保護を厚くする方向へ動いたことは裁判例を見れば理解できる。但し、賃借権それ自体の効力として妨害排除請求権が認められているわけではないことに注意しなければならない。あくまでも何らかの法的構成を採ることによってそれは認められてきたのであり、それゆえ単に「賃借権に基づく妨害排除は肯定されてきた」とするのは誤りである。賃借権それ自体に基づく妨害排除は上に述べたように否定されてきたのである。

むしろ着目されるべきは裁判例の採る法的構成及びその裁判例で問題となっている事案の内容、権利の種類である。とりわけ法的構成には上に掲げた4つのパターンがある。すなわち、当初は賃借権を債権であるとして、債権の性質から第三者に対する効力を否定してきた( の構成)。大正時代に入ると、前述のように第三者による債権侵害が不法行為にあたること判例上認められたために賃借権侵害を不法行為とすることも可能になったが、不法行為の効果は法文上損害賠償としての金銭賠償に限定されるためにその保護は阻害された( の構成)。そのひとつの到達点を示したのが【6】の大正10年2月17日の大審院判決であろう。それ以後の裁判例においては、法的構成が および の観点(つまり賃借権は債権であるから

妨害排除という物権類似の効力は認められず、たとえ賃借権の侵害が不法行為を構成するとしても、その救済は損害賠償としての金銭賠償によってのみ図られ、妨害排除は法の認めるところではない、とする構造）から導かれるようになっている。

ただ、そうした法的構成は民法典体系に対しては妥当であっても、不法占拠などにより賃借権を侵害されている被害者を保護しないということはいさぐさ具体的に妥当性を欠くものであったのだろう。大正10年を境としてこうした問題に対する大審院判決が出され、賃借人保護のための新たな法的構成が提示されるに至る。賃借権やその他の諸権利の保護に当たって、それらを権利という概念に抽象化し（但し、後で指摘するように【9】・【11】・【12】・【23】はいずれも賃借権が問題となった事案とは言い難い）、その一般的性質から保護を図ろうとするもの（もちろん一般的性質を認めつつも妨害排除を否定する裁判例もある）、あるいは賃借権の保護を不法行為の法制度でもって図ろうとするもの（これについても不法行為の効果としての妨害排除を否定する裁判例もある）である。ここに賃借権保護の2つの異なる方向性が見て取れる。

そこで次に、賃借権やそれに類似する権利を保護する　　の法的構成について、少し立ち入った検討を試みる。

### 3 権利の一般的性質から妨害排除を認める構成

権利の一般的性質（不可侵性など）から、賃借権（少なくとも債権）に基づく妨害排除を認めようとする裁判例は、【9】・【11】・【12】・【23】である（【26】については次章で述べる）。これらの裁判例で問題となっている権利はいずれも厳密には賃借権とは言い切れない部分がある（つまり「賃借権に基づく妨害排除」に関するものに含まれるかどうかという問題がある）。本章では各裁判例において保護の対象となっている権利を検討し、当時の法状況・社会的背景などの要素も加味した上で、その法的構成

の意味を明らかにしようと思う。

(1) 専用漁業権，特に専用漁業権の賃借権

【9】判決，すなわち大(三民)判大正10年10月15日は，専用漁業権の賃借人の妨害排除請求を認容した判決(正確には当該漁場を不法に占拠して操業を行う第三者に対する漁業差止の仮処分を認めたもの)であった。この判決は「権利の不可侵性」に基づいて賃借権(少なくとも債権)に基づく妨害排除請求を認めた最初の判決であるとされる<sup>79)</sup>。ここでは「不可侵性理論」をどう捉えるかという問題に取り組む前に先立って，専用漁業権の賃借権の性質をそれに関する当時の法制度ないし漁業法理論などを検討することを踏まえて決定していくことにしたい<sup>80)</sup>。その上で如上の法的構成(「権利の不可侵性」)をもってこうした権利の保護が図られてきた意義について若干述べることにする。

ア) 漁業法の沿革 旧漁業法(明治43年法律第58号)に至るまで

まず漁業法制の変遷を追ってみよう<sup>81)</sup>。江戸時代まで漁業は関係漁村の入会漁業権によって村の住民である漁民の入会によって独占され，その独占漁場の範囲は「磯は地附沖は入会」の原則により，海面については比較的沿岸に近い地元漁村民の独占的な操業が認められ，沖合については自由入会漁業が認められていた。明治維新を経て後の明治8年太政官布告第195号によって海面は官有化され<sup>82)</sup>，漁業を行う場合には公的機関による許可制が布かれたが，漁業区域拡張紛争の頻発に伴い，明治9年太政官達第74号により事実上許可制が廃止されるに至った。

その後制定された「漁業法」(明治34年法律第34号)では再び行政官庁による免許制が導入されるなどしたが<sup>83)</sup>，漁業法上の入会権と漁業権の法律関係の不明確さなどから新たな「漁業法」(明治43年法律第58号)が制定されるに至った<sup>84)</sup>。この漁業法では漁業権を物権とみなし，土地に関する規定を準用するとし(7・8条)，漁業権を抵当権の目的とすることを可能にし，漁業金融上の便宜を加えて漁業権の財産権的性質を高めたと

される。なお新たに入漁権（これも物権とみなされている）が創設され、漁業に関する従来の入会権はこれに整理されている。

(1) 漁業権<sup>85)</sup>

次に漁業権の法的性質や効力などを明らかにし、それが侵害された場合に漁業法がどのような処理を予定していたかについて少し見ておきたい。

漁業権は、一定水面において特定人が独占的に漁業を為し得る特別の権利とされ（それゆえ「水面の」所有権制度と密接な関連があるとされる<sup>86)</sup>）、それから「漁業を為すの権利」<sup>87)</sup>、「特定の水面に於て漁業を為すの権利」、「特定の漁業を為すの権利」<sup>88)</sup>、「漁業権は絶対権」、「漁業権は行政官庁の免許に依り設定せらるる権利」といった定義が派生する<sup>89)</sup>。

また漁業権の法律上の特質として、漁業権は私権であるとされ、「一の財産権」<sup>90)</sup>であり、「一の支配権」<sup>91)</sup>であると捉えられる<sup>92)</sup>。さらに「漁業権は物権」<sup>93)</sup>とみなされ、土地に関する規定が準用されること（漁業法7条）も特質のひとつであるとされる。この点につき漁業権を物権とみなすことから、以下のことが問題となる。まず漁業権が民法上の物権として扱われるのかということについて、民法起草者の1人である富井政章博士は「尚特別法二規定セル……漁業権ノ如キモ物権ト称スヘキニ非サルナリ」<sup>94)</sup>として、漁業権は準物権として扱われることになるとする。次に占有権との関係であるが、漁業権は漁場である水面そのものを土地又は之に準ずる有体物として直接支配することを権利の客体と為すものではないとして、漁業権の行使上水面の占有権は伴わず、準占有権が存在するのみであるとされる<sup>95)</sup>。最後に【9】判決と最も密接に関わる賃借権との関係では、漁業権は賃貸借の対象となり得<sup>96)</sup>、「登録したる賃借権」<sup>97)</sup>の場合に民法の不動産賃貸借の規定が準用されるとされている。

漁業権の効力としては、まず「漁業権者は漁業たる一定水面に於て或る限られたる範囲の漁業即ち或る限られたる範囲の水産動植物の採捕又は養殖行為を為すこと」<sup>98)</sup>ができることが挙げられ、それから派生することとして、「漁業権者は其の権利の内容たる水産動植物の採捕又は養殖を為す

こと自体に於て当該漁場たる水面を使用する関係<sup>99)</sup>を生じること、「漁業権者は権利の内容たる特定の漁業に属する水産動植物の採捕又は養殖を為すこと<sup>100)</sup>」などがある<sup>101)</sup>。後者については、これと「採捕又は養殖行為の結果之に付現実に占有権又は所有権を取得することは別問題<sup>102)</sup>」であり、「直接漁業権の効力に基き其の水産動植物に対し之等の支配権を有し又は取得するものではない<sup>103)</sup>」とされる<sup>104)</sup>。

次に漁業権には不可侵的効力が認められる。それゆえ「漁業権は……絶対権であるから、其の採捕又は養殖行為を妨害する他人の行為<sup>105)</sup>」は漁業権の侵害となり、これを認めた判例（漁業権の侵害を認め、不法行為に基づく損害賠償請求を認めた事例として大〔一民〕判大正5年3月7日民録22輯350頁、漁業権の侵害を否定した事例として行判明治44年3月13日行判録22輯167頁、大〔一民〕判大正5年5月16日民録22輯973頁）もある<sup>106)</sup>。ただ「採捕又は養殖行為を現実に妨ぐるものに非ざるも、漁場内に於ける採捕又は養殖権の漁業価値を毀損する行為<sup>107)</sup>」が漁業権の侵害となるかについては、次のように場合分けして考えられている。まず「漁場内に於ける採捕又は養殖権の目的物たる水産動植物を採捕する他人の行為<sup>108)</sup>」は当然には漁業権の侵害と為すことはできず、例外的に漁業権の侵害を認めるべき場合として、漁業権たる採捕権と同一内容の漁具、漁業方法によって採捕する場合、採捕権の内容に属する以外の漁業方法により同一水産動植物を採捕する行為であっても、その結果漁場内の当該水産動植物の棲息を害し、その漁場価値を量的又は質的に著しく減少または毀損する場合が挙げられる<sup>109)</sup>。次に「漁場内に於ける採捕又は養殖権の目的物たる水産動植物の棲息又は来遊を阻害する他人の行為<sup>110)</sup>」については、漁業権者が現実に採捕または養殖行為を為していない場合は侵害とは言い難いとされ、漁業権の侵害となるケースとして次の3類型が挙げられている。行為の結果、将来漁業権者が採捕または養殖行為を為すに妨害となる事情を生ぜしめた場合、他人の行為が漁業権の目的物たる水産動植物に関する当該漁場における漁業価値を著しく損ない、そのため漁業権の目

的たる採捕又は養殖をなすことが不可能となり、又は著しく困難となる結果を生じた場合、漁業水面における土砂の採取、工作物の設置等により漁業権の行使が妨害される場合、又は漁業価値を著しく損なう場合である<sup>111)</sup>。

なおこのような漁業権の侵害がなされた場合は、不法行為による損害賠償請求が可能（大〔一民〕判大正5年3月7日民録22輯350頁）であり、また物上請求権にもとづく侵害行為の排除又は停止を求めることも可能であり、占有訴権も行使することが可能であるとされる<sup>112)</sup>。以上は漁業権を物権とみなす規定が存在することにより導かれるものであると推察される。

#### ウ) 専用漁業権

本判決で問題となっている専用漁業権について、漁業法は「水面ヲ専用シテ漁業ヲ為スノ権利」と定めていた<sup>113)</sup>。美濃部達吉博士によれば、「専用漁業権は他の各種の漁業権が漁業の性質上独占的排他的なることを要するとは異なり、……唯地元漁村に於ける漁業者の共同の利益を保護する為めに、特に其の独占を認めて居るのであつて、漁業組合に対し且つ其の地先水面に付いてのみ免許<sup>114)</sup>せられるものとされる。また、専用漁業権の目的たるべき漁業の範囲は、漁業法施行規則11条により「他ノ免許漁業ニ該当セスシテ水面ヲ専用シテ為ス漁業」と定められ、定置・区画・特別の各漁業権に属しない漁業をその対象としている。

専用漁業権の侵害について、美濃部博士は「他の者は……営利の目的を以つて業と為すのでなければ、(専用漁業権)の種に属する水産物を(専用漁業権)の区域内に於いて漁獲することも、其の権利を侵害するものではない<sup>115)</sup>」とする。

#### エ) 漁業権の賃借権者の地位

以上の検討を踏まえて、本判決において最も重要となる漁業権の賃借権者の地位について触れておくことにしたい。井出博士は「漁業権の賃借権者は之に依り漁業を営む場合は実質的意義に於て漁業者たるも、漁業権の

賃借権者たるの故を以て常に形式的意義に於ても漁業者なりとは謂ふを得ざるものと解<sup>116)</sup>し、漁業権者・入漁権者は、実際に漁業を営む者でなくても、これらの権利を有する者は實際上その権利に基づき漁業を為す為さないに関わらず漁業者として扱われ、これを形式的意義における漁業者とする。さらに、「漁業権の……賃借権者……等漁業権に依り漁業を為す権利を有する者も亦当然許可を受けたる漁業権者と同一の権利を有する」<sup>117)</sup>とする。但し、漁業法29～31条の許可出願に対する許可処分に対して訴訟又は行政訴訟の途がない。

㊦ 本判決との関係

ここまで漁業法制の側面から、漁業権ないしはその賃借権について検討してきた。最後にこれまでの議論と【9】判決の関係、すなわち専用漁業権の賃借権の性質や保護のための法的構成について検討しておく。

まず権利の性質についてであるが、本判決との絡みで重要なのは、漁業権の賃借権との関係である。井出博士は、「登録したる」<sup>118)</sup>ものには民法の不動産賃貸借の規定を準用すると述べる(但し漁業法においても民法の賃貸借を準用するとの規定はない)。本判決では、Xら(賃借人)の登記の有無は不明であり、またYら(上告人)の上告理由中の「賃料ヲ得テ漁業権……ヲ貸付スル契約ニ民法賃貸借ノ規定ヲ準用スヘキ」(大〔一民〕判明治40年3月16日民録13輯7巻296頁)という部分に関しても、大審院は判断を加えることなくYらの主張を退けている。ただ、Xらに登記がなかったとすれば、井出博士の所論の如き理屈によって妨害排除をすることができなかつたのかもしれない。

次に、専用漁業権と漁業権の賃借権者の地位についてであるが、井出博士は「漁業権の賃借権者は之に依り漁業を営む場合は実質的意義に於て漁業者たるも、漁業権の賃借権者たるの故を以て常に形式的意義に於ても漁業者なりとは謂ふを得ざるものと解」<sup>119)</sup>しており、このようにするならば、漁業権の賃借権者が漁業法上の形式的意義における漁業者たらぬ場合もあるのではないかと、すなわち漁業権の賃借権者は、漁業法上「漁業者」たる



地位に基づく権利を保護されない可能性も存在するのではないかという疑問が生じる。例えば、実際には操業していない場合などである。しかし、本事案では賃借人が実際に操業していたかどうかは不明である。

また、(ウ)で触れた専用漁業権の侵害との関係について、美濃部説における要件論によれば、第三者に「営利目的」がなければ専用漁業権の侵害とは言えないことになる。とすれば、営利目的性の有無が専用漁業権の侵害成否の分水嶺であるということになるが、この点についても判決文から明らかになることは何もない。

以上の検討から、大審院が権利の一般的性質から妨害排除を認めるに至った理由が鮮明となる。ひとつは、本事案の解決を漁業法レベルで図ることは不可能に近いということである<sup>120)</sup>。また、専用漁業権の賃借権の性質については、物権的・債権的いずれとも言い難く、物権・債権の効力として妨害排除を論ずることもまた難しい。

さらに加えて、(ア)の要素が決定的である。江戸時代まで海面はいわゆる民有であったが、維新後に海面は官有化され、漁業をなすには行政官庁による免許を必要することとなった。ここに明治新政府による中央集権体制確立の一側面を見ることが出来る。しかしもともと民有であった海面を官有化したことによって様々な紛争が頻発した。そのために漁業法（明治43年法律第58号）が制定され、再び民有化への道をたどった。つまり、本判決は海面を官有から民有へと再び移行させる時期に出されたものであり、私人の漁業権、その財産権的性質を強化する傾向があったとみることが出来る。その脈絡から、上記の判決に至ったと推測することができよう。

結論的に、少なくとも本判決はこれまで考えられてきたような「賃借権に基づく妨害排除」のケースとは言い難いが、専用漁業権の「賃借権」が問題となっていることから、賃借権の保護を図ったケースということもできるかもしれない。しかし注目すべきは、本判決が賃借権という用語を用いず、あくまでも「権利」という概念を用いたということである。そして、上に述べたような事案の特殊性、それを取り巻く法状況から編み出された



論理が、権利の一般的性質(例えば「不可侵性」)から妨害排除を認めるというものだったのである。その意味において、本判決は必ずしも従来の学説が考えてきたようなカテゴリーに含まれるものではなく、むしろ民法典が規定していない権利の保護を図るためにその一般的な性質に着目して妨害排除を認めた判決であるということができよう。

## (2) 河川敷地・堤防の占用権

【11】判決、すなわち大(二民)判大正11年5月4日は、河川敷地及び堤防の占用権者の妨害排除請求を認容した判決であった。本判決は、前述【9】判決の流れを汲んだ「不可侵性」理論により賃借権(少なくとも債権)に基づく妨害排除を認めたものとして捉えられてきた。ここでは、河川法制ないしは河川法理論<sup>121)</sup>から河川敷地及び堤防の法的性質、その占用権の性質を明らかにすることを通じて、権利の一般的性質から妨害排除を認めた本判決について考察を進めることとする。

### ア) 河川及び河川敷地の法的性質

まず、河川や河川敷地は河川法制やそれに関する学説においてどのように捉えられていたのか。そもそも河川は公物とされ、河川は直接公衆の自由使用に供せられるが河川の目的(実際には「一定の目的」というものは存在しない)を没却させるような方法での河川の流水又は敷地の占用は許されないとされ<sup>122)</sup>、河川など直接公の目的に供用される物は単に財産権の客体として考えられるものでもなく、また私法上の法律行為の目的物ともならないもので、その物の支配は公法的支配に服するのであり、一般の有体物とは区別する必要があるともされる<sup>123)</sup>。また河川は「不融通物」<sup>124)</sup>であり、所有権の目的とならず、明文上(河川法3条<sup>125)</sup>)河川はその公用を廃止されない限り、私権の目的となることはない。しかし、河川法3条がなくとも私権の目的とはなり得ないとする見解もあり、その根拠として「古来吾が国の河川が何人の所有にも属せざるものとして取り扱はれ」<sup>126)</sup>てきたのは、「河川本来の不融通性」<sup>127)</sup>が河川に対する「私人の

所有観念を發達せしむる」<sup>128)</sup>に至らなかったからであるとされる。

このように河川は、古来個々人の自由な意思の下で自由に利用されてきたのであり、河川は何人にも属さないという観念によって把握されてきたのである。一方、河川敷地は「融通物」であり、所有権の目的となるとされる<sup>129)</sup>。また「地所名称區別」(明治7年11月太政官布告第120号)により、河川敷地がすべて官有地第三種に指定され<sup>130)</sup>、河川敷地は官有地となるに至っている。また「官二属スル公有水面埋立並ニ使用ニ関スル件」(明治23年内務省訓令第36号)においては、公有水面または河川敷地を使用せんとする者がある場合は原則的に免許制をとり、公有水面の埋立使用、河川敷地の使用は特にその処分を委任したものを除くほかは内相に稟議する旨を定めている。

(イ) 河川法3条と河川及び河川敷地の関係

河川法3条は、「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」と定める。本判決においても、3条の「私権」について言及されているが<sup>131)</sup>、河川と河川法3条については議論が錯綜している。すなわち同3条の私権を私人の私権と解し、国家又は公法人たる道府県の私法上の関係における権利という意味ではないとする国家私有説<sup>132)</sup>、同3条の私権を私法上の私権と解し国家の公有主義を明言したものとする国家公有説<sup>133)</sup>、「公水ニ付テハ一般使用ト特別使用トヲ區別スルヲ要(シ)、……後者ハ特定人ノ為メニ認メラレタル利益ナル法律上ノ地位ニシテ之ヲ權利ト認ムルヲ正当ト(シ)、……河川法第三条(ハ)……単ニ所有権ノ目的トナルコトヲ得サルモノト解」<sup>134)</sup>して所有権を認めないとする説、同3条中の「私権ノ目的トナルコトヲ得ス」を「無主物となす」<sup>135)</sup>との意味に解し、既に無主物となす以上は私人はもちろん国家又は公共団体であってもこれを所有することはできないという趣旨と捉える無主物説がある。このうち無主物説が多数説を占めるとされる<sup>136)</sup>。なお同3条の趣旨は「河川をして……原則として、国家の統制に服せざる自由なる個人的の権利の拘束から河川を脱せしめて、公益の見地より河川を完全に管理せん」<sup>137)</sup>こと

にあり<sup>118)</sup>、これに照らせば無主物説が最も妥当ということになり、やはり3条は河川を対象とする私権の存在を認めないことを示しているということになる。

また河川敷地と私権の関係をめぐる同3条は、河川の敷地を対象とする私権の存在を認めないことを意味しているとされる。更に河川敷地は公物ではないとされ、河川敷地を対象とする私権の存在が否認されるときは、何人の所有にも属しない全くの無主物となり、私人の所有に属しないのみならず、国家または公共団体の所有にも属しないものとされる<sup>138)</sup>。

(ウ) 河川法4条2項と堤防の関係

次に堤防の性質について少し見ておこう。河川法4条2項は、「堤防、護岸、水制、河津曳船道其ノ他流水ニ因リテ生スル公利ヲ増進シ又ハ公害ヲ除却若ハ軽減スル為ニ設ケタルモノニシテ地方行政庁ニ於テ河川ノ付屬物ト認定シタルモノハ命令ヲ以テ特別ノ規程ヲ設ケタル場合ヲ除クノ外総テ河川ニ関スル規程ニ従フ」と定め、堤防を河川の付属物とする。なお堤防の所属に関しては、地盤が官有(国有)に属するものとみなす明治29年5月25日戊第19号内務省県治局長通牒、堤防の管理権は地方長官に属すと定める「北海道庁官制」・「地方官官制」・明治24年内務省訓令第462号、地盤が市町村有又は民有に属するものであり市町村でその修築保存の費用を負担すべきものと定める明治29年5月12日甲第9号内務省県治局長通牒がある。すなわち、堤防も河川敷地と同様に国有ないしは官有のものとされてきたのである。

(エ) 河川法18条<sup>139)</sup>と河川敷地の占用権、堤防の占用権との関係

ここまでの議論を通して、河川敷地及び堤防はいずれも国有ないしは官有のものであるとされており、特に河川敷地については河川法3条により「私権」の設定ができないとされていることが明らかとなった。ここでは、本判決の焦点である河川敷地の占用権・堤防の占用権の性質・保護などを河川法ないしはそれに関する理論がどのように考えているかを考察しておきたい。

河川敷地の占用とは、「河川の特別使用」、「河川の敷地を独占的に支配する行為」、「河川の敷地に何等かの変更を加えて特定の目的に使用する」<sup>140)</sup>ことを指すとされる。河川敷地の占用権や堤防の占用権は、河川法第3章において「特別使用权」の名称をもって一括的に規定されている。

河川法第3章に規定される「特別使用权」とは、「特定人が河川を排他的独占的に使用し、私人のこれと同等の使用を不可能ならしむるもの」<sup>141)</sup>とされ、行政官庁による許可制が採られている<sup>142)</sup>。この特別使用权の性質については議論が錯綜している<sup>143)</sup>。すなわち公法上の権利であるとする公権説<sup>144)</sup>、私法上の権利であるとする私権説<sup>145)</sup>が真っ向から対立しており、いずれが優勢であるとの判断をつけることはできないが、本判決は明確に「私法上ノ財産権」と構成している。しかしそれが「私権」を意味するのか否かについては明らかではなく、「私権」であれば河川法3条に抵触するが、判決文は「其ノ占用権ハ物権ニモ属セス又債権ニモ属セスアレトモ地方行政庁ノ許可ノ範囲内ニ於テ私営益ノ為メヲ占有使用スルコトヲ得ル権利ニシテ一種ノ財産権タル私法上ノ権利ニ属ス」と述べるに止まり、3条の「私権」との関係は明らかにしていない。

次に、このような特別使用权が他人の不法行為によって侵害された場合の保護について、河川法理論は河川法41条<sup>146)</sup>により損害賠償の請求が可能とする。但しこの見方については、公権説、私権説においてそれぞれ異なり、公権説からは河川の特別使用权は公法上の権利であるが、その侵害は民法の責任であり不法行為を構成すると捉えられ<sup>147)</sup>、私権説からは私権であるために不法行為であると捉えられる<sup>148)</sup>。また末川博士は、本判決に関して「河川法の規定するところに従つて敷地若くは流水の占用を許されて居る如き場合においても……水利権が成立し、……こういう水利権の侵害は、権利者をしてその許容されている水の利用を為さしめないことによつて為されるのであつて、それは一般に違法であるから不法行為を成立せしめる」<sup>149)</sup>とする。このように特別使用权の侵害の場合に損害賠償が認められること自体は、河川法41条が存在することからも争いが無い。

では、本事案のような特別使用権に基づく侵害の排除は、河川法ないしはその理論においてどのように考えられているのであろうか<sup>150)</sup>。まず裁判所に向かって妨害排除を求め得るか否かについては、裁判所が直接その救済に当たることは行政官庁の行為を裁判所が批判することになるとされ、否定的に見られている。また特別使用権は公法上の権利であるから、許容された内容の使用ができるように回復すべきことを行政官庁に請求し得るか否かについては、裁判所に救済を訴えることが不可能に近い状態である以上、これを認めざるを得ないとされる。これについては、河川法22条が「法律、命令若ハ許可ノ条件ニ違背シタル者ハ行政庁ノ命スル所ニ従ヒ其ノ違背ニ因リテ生シタル事実ヲ更正シ且其ノ因リテ生スル損害ヲ予防スル為ニ必要ナル設備ヲナスヘシ」と定めており、河川の特別使用権者は行政庁に対してこれを命ずべきことを請求できるが、河川法上直接違背する者に対しては請求できず、また行政庁が要求に応じない場合は法的救済の道はないと考えられる。この点、特別使用権の保護は不十分にならざるを得ないとされる<sup>151)</sup>。

以上のことから、特別使用権者は河川法上行政官庁に対してのみ不法行為による侵害の排除を求め得るに過ぎないということになるが、判例には特別使用権を私権と見て裁判所に妨害排除を請求し得るとするものがあり<sup>152)</sup>、学説の中にも公権の侵害といえども司法裁判所に妨害の排除を求め得るとするものがある<sup>153)</sup>。

㉑) 本判決との関係

以上のことから、本判決で権利の一般的性質から妨害排除を認めるという法的構成が採られた理由を考えると、ひとつのことが浮かび上がってくる。すなわち本事案をとりまく法状況の特殊性である。

維新前までは河川及び河川敷地は民有であったが、維新後の中央集権国家体制構築の過程の中でそれは官有化された(地所名称区別=明治7年11月太政官布告第120号)。そして、同地の利用に関しては免許制が採られている。ここまでの法状況は<sup>(1)</sup>で述べた専用漁業権のケースとほぼ同じであ

る。以上のことと本判決でも【9】判決とほぼ同様の理由で妨害排除を認めたことを結び付けて考えるならば、政府による土地などの官有化の緩和が顕著であったこの時期に出された本判決にはこうした規制緩和的状況における私人の権利保護の強化という政策的判断を垣間見ることができる。

また本判決はその判決理由中において、「其ノ占用権ハ物権ニモ属セス又債権ニモ属セ」ずとして、当該権利が物権であるか、債権であるかという判別を避けている<sup>154)</sup>。つまり当該権利は民法典に規定されているものではなく、その保護を図るためには権利の一般的性質を持ち出さざるを得なかったのである。更に河川法上、特別使用権侵害による妨害排除請求についての規定はなく、損害賠償を認めるに過ぎない。確かに判例・学説上は妨害排除を認める見解が存在するが、河川法は明文化しておらず、さらに同22条は「法律、命令若ハ許可ノ条件ニ違背シタル者ハ行政庁ノ命ル所ニ従ヒ其ノ違背ニ因リテ生シタル事実ヲ更正シ且其ノ因リテ生スル損害ヲ予防スル為ニ必要ナル設備ヲナスヘシ」と定め、妨害排除は行政官庁によって為される旨を規定している。本判決で妨害排除を認めたことは、私人に妨害排除請求権を認めることを示している。このことからも上に述べたような、従来官有であった土地等を私人の利用に供するためのその私人の権利の強化が意図されていることが更に明瞭となるであろう。

本判決は土地等の官有から民有という一連の流れの中で、権利の一般的性質から妨害排除を認めることによって私人の（民法典に規定のない）権利を強化せしめるものであったということできる。

### (3) 社寺境内での国有地無償使用権

【12】・【23】判決、すなわち大（三民）判大正12年4月14日及び大（五民）判昭和6年4月28日は、国有である寺社境内地の使用権に基づく妨害排除請求を認容した判決であった。本判決も、【9】・【11】判決の流れを汲んだ「不可侵性」理論により賃借権（少なくとも債権）に基づく妨害排除を認めたものとして捉えられてきた。ここでは、国有地に関する法制度

ないしは法理論<sup>155)</sup>に基づいて寺社境内地の使用権の法的性質等を明らかにすることを通じて、権利の一般的性質から妨害排除を認めた本判決について考察を進めることとする。

ア) 国有境内地に関連する法制度の沿革

まず国有境内地に関する法制度が、明治以降どのような変遷を遂げてきたかを見る<sup>156)</sup>。

江戸時代において社寺地は広大な範囲にわたって存在していたが、明治2年の版籍奉還に続いて「祭典法要ニ必需之場所」以外は境外地として土地され(明治3年12月)、「地租改正条例」(明治6年太政官布告第272号)に基づく土地の官民有区分の際、「従前朱印地除地旧領主寄附及び見捨地高内免税地等従来無税ノ地ニシテ民有ノ証ナキモノハ官有地ニ編入スベキモノ」(明治9年3月29日・境内地処分心得書2条)とされ、多くの官有境内地が生じた。また「地所名称区別官有地」(明治7年太政官布告第120号)にも、社寺境内地を第四種官有地とする「地券ヲ発セス地租ヲ課セス地方税ヲ賦セサルヲ法トス 一、寺院大中小学校説教場病院貧院等民有地ニアラサルモノ」との定めがある。さらに「神社、寺院、仏堂境内地使用取締規則」<sup>157)</sup>(明治36年内務省令第12号)においても社寺境内地は社寺関係者の一定目的下での使用を除く使用が禁じられていた。

このように、社寺境内地は従来国有ないし官有ではなかったものの、明治維新による数々の土地改革を経て国有ないし官有となるに至った。しかし大正10年に国有財産法(大正10年法律第43号)が新たに制定され、寺院境内地は「無償貸付地たる」雑種財産とされ<sup>158)</sup>、その後も寺院側に元来国有境内地は沿革的に見て寺院等の所有地であるから、無償にて還付又は下戻すべきものであるとの主張が生じ、昭和14年に至って「寺院等ニ無償ニテ貸付シアル国有財産ノ処分ニ関スル法律」(昭和14年法律第780号)が定められ、寺院境内地の無償譲与への道が拓かれた。

なお戦後に、昭和22年に「境内地処分法」(昭和22年法律第53号)が定められている<sup>159)</sup>。



(イ) 国有財産法の法的性質

次に、国有財産法は民法との関係についてどのように捉えられているか。国有財産は「国家統治権ノ直接ノ発動ニ非ズシテ国家ノ私経済的活動」<sup>160)</sup>であり、その対外権利関係は私法の範囲に属し、民法の支配を受けるが、国家の財産所有は単なる個人の所有権とはその内容実質を異にし、法律関係についても民法の規定に「放任」<sup>161)</sup>することはできないとされ、国有財産法は民法に対する例外規定であり、私法の特別法と捉えられる。

(ウ) 第三者による国有財産の使用収益

寺社などによる境内地の使用収益について国有財産法はどのように定めているのだろうか。

国有財産法4条は、「国有財産ハ雑種財産ヲ除クノ外之ヲ譲渡シ又ハ私権ヲ設定スルコトヲ得ス但シ其ノ用途又ハ目的ヲ妨ケサル限度ニ於テ其ノ使用又ハ収益ヲ為サシムルハ此ノ限ニ在ラス」と定め（この点河川法3条とそれを取り巻く理論と酷似している）、雑種財産（寺院境内地を含む）には「必要に応じて」私権の設定が可能とされ、その私権の内容は「物権ノミナラズ、……債権（例ヘバ賃借権）等ヲ」<sup>162)</sup>をも含むとされる。

(エ) 国有財産法の予定する「無償貸付」と無償使用权

国有財産法は寺院境内地の貸付についてどのように定め、また本判決における問題の中核たる無償使用权について学説はどのように考えているのだろうか。

高山博士は、国有財産法24条により社寺境内地が無償で貸付されたものとみなされている点に着目し、無償貸付の性質について、賃貸料の納付がないから民法上の賃貸借ではないとし、「民法上ハ一ノ無名無償契約ニテ賃貸借ニ類似セル性質ノモノ」<sup>163)</sup>と言わざるを得ないとする。更に民法601条について「『或物ノ使用及収益ヲ為サシムル』トアルモ、使用及収益ノ範囲ハ当該者任意ニ之ヲ定メ得ベク、或ハ使用ノミニテ収益ヲ除外スルコトヲ得ベク、又ハ使用夫レ自体ニ就テモ其ノ範囲ヲ制限シ得ベキモノ」<sup>164)</sup>であるとし、賃貸借の内容たる「使用」には性質上確たる範囲はな



いとす<sup>165)</sup>。しかも普通取引通念上、使用と貸付の区別は社会常識にも合致しないと、ゆえに無償貸付を賃貸借と理解せざるを得ないと捉えている。

㊦ 本判決との関係

本判決で権利の一般的性質から妨害排除を認めるという法的構成を用いたのはなぜか。

2つの事案は「寺社境内地の使用権侵害」であるが、この「使用権」(法文上は「貸付」による使用だが)の性質が問題となる。既に見たように、国有財産法は、この「貸付」による関係が、どのような関係であるかを明記しておらず、民法上の賃貸借と同視することには何ら根拠がない(但し前述のように学説の中には賃貸借と同一視するものもある)。

以上のことから、本判決において、問題は「貸付」の性質論に収斂する。性質を賃貸借と同一視すれば、「賃借権に基づく妨害排除」として整理できないこともないが、いずれの判決文でもその使用権が賃借権であるかどうかについてはもちろん、それが物権・債権いずれのものかについての論及さえなく、「物権債権を問わず権利は不可侵性を有する…」という論法を採る。このように、無償使用権の性質に立ち入ることを回避した上で、「不可侵性」理論に結び付けるという考え方は、(1)における専用漁業権の賃借権、(2)における河川敷地及び堤防占用権についての大審院の判断にも見られたものである。

これらの共通性と本判決を結びつけて考えるならば、如上の社寺境内地の使用権について、それを取り巻く法状況に極めて特殊なものがあつたのではないかという推測が成り立つ。事実(7)で見たように、社寺境内地は明治時代になってから国有化されたが、その後社寺側から社寺境内地は従来社寺の所有に属するものであつたとの反発もあり<sup>166)</sup>、それが大正10年の国有財産法において社寺境内地を無償貸付地とみなす24条に結実したのであつた。この歴史的事実からすれば、本判決は明治政府の土地公有化政策の過程で事実上境内地を接收された社寺側が、境内地を自らの所有に戻そ

うとする一連の動きがあった時期に出されたものであるということが出来る。

以上のことから、本判決においてこの権利による私人による妨害排除を認めたことは、従来官有であった土地等を私人の利用に供するために、その私人の権利を強化しようとする意図を持ったものであることが明らかとなろう。つまり「賃借権に基づく妨害排除」という範疇を超えて、民法典に規定のない権利について妨害排除を認めているのが本判決の特徴である。本判決はこうした視角から検討することによって、このような新たな性格を与えられるものである。

#### (4) 小 括

本章では、権利の一般的性質から妨害排除を認める構成について上のよように検討を加えてきた。ここで得られた結論を簡単にまとめておこう。

上で取り上げた判決はいずれも「権利の一般的性質」から妨害排除を認める構成を採用していた。その理由は次の通りである。

判決で問題となっている海面、河川敷地、堤防、社寺境内地はいずれも江戸時代までは民有であったが、維新後に官有化されたものである。しかし漁業権紛争、社寺境内地返還運動に見られるように、従来民有であった海面等の国有化は人々の反発を招き、段階的に民有化への道が採られていった。その民有化の流れの中で、海面等を私人の利用に供するため、それに関わる私人の権利の保護を強化する必要があったといえよう。如上の判決はいずれもこうした法状況の中にあったものである。その意味で、妨害排除という比較的強い効力をそれらの権利に認めたのであろう<sup>167)</sup>。

しかし、そこでの権利（いずれにも共通するのは何らかの「使用（利用）権」であるということである）はいずれも民法典には規定がないものである。つまり民法典における権利保護制度では対応が不可能なものであり、それゆえに権利の一般的性質である不可侵性などを持ち出して保護を図ったということができよう。その意味において、如上の判決は「賃借権に基

づく妨害排除」を認めた判決と捉えるよりも、むしろそれぞれ歴史的に固有な背景・経過の中で生じてきた(民法典に規定のない)権利の保護について、権利の一般的性質から妨害排除を認めるという法的構成によって民法典に規定のない権利の保護を拡大する意味を持つものであり、かつ「権利」という抽象度の高い概念を敢えて設けてその持つ「不可侵性」などという性質を引いてそれに私法上の保護を与えたものであると性格づけることができるのではないだろうか。

#### 4 不法行為の効果として妨害排除を認める構成

裁判例【20】・【22】・【24】・【26】(但し【24】は傍論)においては、不法行為の効果として賃借権等による妨害排除を認めている。このうち【20】・【22】は明らかに民法上の賃借権に基づく妨害排除を認めるものである。前章で見た妨害排除の肯定例はいずれも保護の対象が何らかの「権利」であり、純粋に民法上の賃借権を保護するものであるとは言い難いものであった。その意味において、【20】・【22】判決のみ(【20】は大審院判決)が、賃借権に基づく妨害排除を(不法行為的構成によって)認めるものであるということができよう。

これらの判決で採られている法的構成は「不法行為の効果」として妨害排除を認めるというものである。正確には、不法行為の効果として現在の侵害の排除を認め、侵害が継続するおそれがあるときには不作为請求が可能である、とするものであり、妨害排除請求のみならず将来の侵害に対する不作为請求も可能であるとしている。こうした構成は、民法典の規定にはないものである。

民法典は722条1項において、「第四百七条ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニ之ヲ準用ス」とし、ここで準用されている417条は「損害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」とするに過ぎない。つまり、損害賠償の方法として、金銭賠償を原則とするのみである。

本章では、こうした事実を踏まえつつ、如上の判決において採られている法的構成について、当時の不法行為を取り巻く法、学説の状況などに立ち入りしながら検討を進めていきたい。

## （1）裁判例の検討

### ア 【20】・【22】・【24】判決

【20】判決（大〔三民〕判昭和5年9月17日）は、第三者の鉄道線路敷設によって土地賃借人の賃借地の利用が妨害されているケースである。こうした純粋な「賃借権に基づく妨害排除請求」のケースにおける法的構成は、従来、賃借権を債権であるとして、対第三者効（妨害排除効）を認めないとするもの、賃借権の侵害は不法行為であるがその効果は損害賠償としての金銭賠償に限定されているために妨害排除を認めないもののいずれかであった。いずれも民法典の規定に対して忠実な判決であったわけだが、本判決は「物権債権タルトヲ問ハス、第三者力之二対シ不法行為ヲ繰リ返ス恐レアル場合ニ於テハ、其ノ権利者ニ於テ第三者ニ対シ、将来権利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求権ヲ為スルコト勿論ナレハ、第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアランカ、之カ妨害ノ排除ヲモ請求（スルコトヲ）得」として、賃借人の妨害排除請求を不法行為の効果として認めた。つまり本判決は、不法行為の効果を損害賠償としその損害賠償の原則を金銭賠償とする民法典の明文規定から離れ、損害賠償と並立する形で更なる救済方法すなわち不作為請求を認めたものである。

確かに、本判決を権利の不可侵性から妨害排除を認めた【9】判決の系列に位置づける学説もある<sup>168)</sup>。これはおそらく本判決が【9】判決を援用している点に着目したものであると思われる。しかし既に述べたように、本判決は、不法行為が行われた場合にまずもって第三者に対する将来に向けた不作為請求権を認めるとしている。【9】判決は妨害排除の部分に関して援用されたものだと考えられ、権利の不可侵性などから妨害排除を認める構成とは構造的に異なる。

さらに、【20】判決から2ヵ月後には東京地方裁判所が、同様の不法占拠者による賃借権侵害のケースにおいて、「債権ト雖モ、第三者力之ニ対シ不法行為ヲ現ニ為シ又ハ将来之ヲ繰返シ行フ恐レアル場合ニ於テハ、現ニ存スル不法行為ノ排除ヲ求メ又将来債権侵害ヲ為ササル旨ノ不作為ノ請求ヲ為シ得ヘキコト勿論ナリ」として妨害排除を認めている（【22】判決＝東京地判昭和5年11月17日）。

また傍論ではあるが、【24】判決（大〔三民〕判昭和6年5月13日）も、借地権侵害のケースにおいて（事案は損害賠償事件であるが）、「借地ヲ不法ニ占拠セラレタル借地権者ハ、占有回収ノ訴ニ依リ其ノ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スルコトヲ得」として、借地権侵害（＝不法行為）に基づく妨害排除が可能であるとする。

上記の3判決から、昭和初期には、賃借権侵害を不法行為と構成し、不法行為の効果として妨害排除請求、妨害予防請求が可能であるとする法的構成が採用されはじめたことが明らかになる。つまり、不法行為の効果を損害賠償とし、その損害賠償の原則を金銭賠償とする明文規定及び従来の裁判例・学説の見解から大きく脱却して、不法行為の救済方法を更に拡大したのである。とりわけ民集に登載されていないものの【20】判決はその端緒となった。少なくとも【20】以前に如上の法的構成で賃借権に基づく妨害排除を認めた判決はない（但し【6】判決の原審がこの法的構成を採用しているが、これは賃借権を物権とする岡村判事の手によるものであり、なおかつ上告審で破棄されている）。本判決は民法の明文規定に反する解釈が採用されたために民集不登載となったのであろうか。

更に興味深いのは、先に指摘したように【20】・【24】ともに第三民事部の判決であるという点である。第三民事部は既に大〔三民〕判大正14年11月28日民集4巻670頁＝法律新聞2529号11頁（いわゆる「大学湯」事件）<sup>169)</sup>において、民法709条における「権利侵害」要件の拡張を行って

る。すなわち、老舗は権利ではないから不法行為が成立しないとした原判決を破棄して、「(民法)第七百九条八故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」とした上で、「其ノ侵害ノ対象ハ或ハ夫ノ所有権地上権債権無体財産権名誉権等所謂一ノ具体的権利ナルコトアルヘク或ハ此ト同一程度ノ厳密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ権利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルルノ利益ナルコトアルヘク」と判示した。本判決は不法行為法にとって一大転換点となった画期的判決であるとして捉えるのが通説的見解であり<sup>170)</sup>、四宮博士は本判決の理論を「社会情勢の推移に合わせて被害者の保護をはかろうとする解釈態度として、一般的に支持されている」<sup>171)</sup>とする。第三民事部は「大学湯事件」に象徴されるように、不法行為法について、被害者保護を篤くする方向性を持っていたと指摘することができよう。【20】・【24】判決はそうした流れの中に位置づけられるべき判決であり、とりわけ【20】判決は、第三民事部が、賃借権侵害を不法行為として認める点では従来の判決と同じだがその効果として妨害排除請求、妨害予防請求を認めるという点において被害者保護に篤く、被害者救済の方途を更に拡大せしめたものであるということができらるだろう。

以上のことから、如上の判決群において不法行為の効果として妨害排除、妨害予防請求が認められた理由は少なからず明らかになるだろうが、更に1点だけ補足的に付け加えておきたい。すなわち【20】・【24】判決で裁判長を務めた柳川勝二判事がフランス法フィールドの学者でもあったことである<sup>172)</sup>。フランス民法1382条<sup>173)</sup>においては不法行為の効果として réparer が予定されており、法典編纂当初はこれを金銭賠償と解していたが、今日の学説では現実賠償と解し、これに裁判官による現在及び将来の損害に対する命令（差止）も含むという<sup>174)</sup>。こうしたフランス不法行為法の動きが如上の判決群にどの程度の影響を与えたかということについては検証されなければなるまい。如上の判決群とそれらの判決を書いた裁判官、そし

てフランス法との関係から本判決へのフランス法の影響も少なからず感ぜられるところではあるが、この点については別の機会に譲ることにしたい。

(イ) 【26】判決

【26】判決(大〔四民〕判昭和8年7月8日)は少し特殊なケースである。事案は端的には商号使用权が不正に使用されたものである。ある売肉商が他人と商号使用許可契約(その売肉商の営業店舗で営業する場合にのみ商号使用を認めるという特約付)を締結していたが、その他人がその特約に違反して商号を使用して営業したため、商号使用禁止、商号登記抹消手続及び損害賠償を売肉商が請求したものである。

大審院はそれを認容し、更に「……第三者力故意又ハ過失ニ因リ……債権者ノ権利行為ヲ妨クルカ如キ場合ニ於テハ、債権者ハ第三者ニ対シ、之力妨害ノ排除ヲ請求」することをも認めた。つまり不法行為の効果として妨害排除を認めたのである。さらに判決理由では、権利の一般的性質から妨害排除を認めた【9】判決(大〔三民〕判大正10年10月15日)、【12】判決(大〔三民〕判大正12年4月14日)が援用されている。つまり、本判決には権利の一般的性質から妨害排除を認める構成、不法行為の効果として妨害排除を認める構成が併存しているのである。

本判決について、不法行為の効果については<sup>(ア)</sup>で触れたので、商号権の保護についての当時の議論を少し俯瞰しておきたいが<sup>(175)</sup>、本判決に対する民法学からのアプローチは実に少ない。わずかに吉田邦彦教授が本事案を債権侵害の一類型として「条件付取引違反誘致型(不正競争型)」と捉えて紹介するのみである<sup>(176)</sup>。

これに対して商法学においては、当時から商号をめぐる議論がさかんに行われていた。すなわち商法における商号侵害に関する規定として、当時は現行の21条・22条、また不正競争防止法も制定前であり、19条・20条が存在するのみであった。この条文がいかなる局面で適用されるかについては、19条・20条はいずれも登記商号に関するものであり、商号は登記することにより排他的使用权が発生し、未登記商号には単に他人から妨害され



ないで使用しうる権利を有するに過ぎないとする見解がある<sup>177)</sup>。なおこの後、昭和13年商法改正により、未登記商号にも排他的使用権が認められるようになったと解せざるを得ないとされる。

ここで本判決を顧みると、商号使用禁止と登記抹消手続を認めた理由は、「被上告人の店舗で営業する場合に限って（同一）商号の使用を認める特約」が存在したことであった。従って本判決は、契約の効力として如上の請求が認められたと捉えるのが妥当であろう。では、なぜ本判決はわざわざ【9】・【12】判決を援用して、権利の一般的性質から妨害排除を認める点に言及したのであるだろうか。その答えは如上の法状況にあらう。つまり商法の解釈上、未登記商号使用者には排他的使用権が認められておらず<sup>178)</sup>、単に「妨害されざるだけの権利」<sup>179)</sup>のみであり、それゆえに妨害排除請求権を有するかどうかについては不明であり、商号使用権を保護する方法が十分なものではなかったのである。また本判決は吉田邦彦教授が指摘するように不正競争のケースとも捉えうるため、本判決後まもなく制定された不正競争防止法（昭和9年法14号）の存在にも注意を払う必要がある。昭和9年の不正競争防止法は、その1条2項において差止請求権を認めている<sup>180)</sup>。本判決が出された昭和8年は当然に不正競争防止法の制定期にあり、本判決は不正競争防止法のひとつの形態である商号の無断使用に関して、権利の一般的性質から妨害排除を認めた【9】・【12】判決を引用しつつ商号使用権の保護を強調したものとみること可能であろう。それに加えて、【20】判決などが不法行為の効果として妨害排除を認める傾向が定着しつつあったためにその構成をも判決理由において敢えて明言したものと思われる。その意味において、本判決は戦前における権利侵害における法的保護のあり方に関して、ひとつの到達点を示しているものといえるだろう。

## (2) 不法行為の効果に関する理論的基礎

(1) で見たように、【20】・【22】判決は不法行為の効果として妨害排除請



求、将来に向けた不作為請求を認めている。しかし民法典における不法行為の効果の原則は損害賠償であり、その原則は金銭賠償であることが規定されている(民法722条1項, 417条)<sup>181)</sup>。ここでは、その規定の枠から離れて不法行為の効果として妨害排除請求や妨害予防請求を認めた【20】判決などの理論的根拠を探るべく、当時の学説の状況を見ておきたい。

㊦ 起草三博士の見解

現行民法典の起草に当たった梅謙次郎・富井政章・穂積陳重の三博士のうち、不法行為の効果、損害賠償の方法に関して明確な発言をしているのは富井博士である。

富井博士は、明治45(1912)年度の東京帝国大学法科大学における「債権法講義」において、損害賠償の方法としては「現状回復」が「理想的救済法」<sup>182)</sup>とした(ここで博士がドイツ法を念頭においていることは明らかである<sup>183)</sup>)上で、「法律ハ不止得ノ策トシテ金銭ヲ以テ賠償ヲナスヘキヲ原則ト」<sup>184)</sup>しているとする。博士はこの金銭賠償以外による救済方法として、「不法行為ノ中止」<sup>185)</sup>と民法723条による名誉毀損に対する謝罪広告を挙げる。後者についてはここでは検討の対象ではないので立ち入らないが、前者は何を意味しているのか。博士によれば、「(不法行為の中止は)何等ノ明文モナキモ当然ノコトト解」<sup>186)</sup>し、それは「不法行為カ生シ居ルニ干セス其ノ終ルヲ待チ居ラサルヘカラス此レ資力者テアレハ損害賠償ハ何ノ効モナシ、如此コトアルヘキ筈ナシ、明文ナクトモ元ヨリ被害者ニ此権利アルハ当然ノコト」<sup>187)</sup>であるからであるとする。この文脈からするならば、富井博士は「不法行為ノ中止」を損害賠償の方法として当然のこととしていたわけであるが、その「中止」が何を意味するのか、即ち差止を意味するのかどうかは定かではない<sup>188)</sup>。その後の『民法原論 第三巻 債権総論』(1929年)では、やはり損害賠償の方法を原状回復と金銭賠償の2つに大別し、前者が「理論上至当」<sup>189)</sup>とするが、「完全ニ損害発生以前ノ状態ニ復スルコトハ實際困難ナル」<sup>190)</sup>場合などがあるために金銭賠償によるほかなく、「實際問題トシテハ寧ロ金銭賠償ヲ原則トスルコト(ガ)便宜」<sup>191)</sup>

であるとする。ここでは「不法行為ノ中止」について何ら触れられてはいないが、富井博士はあくまで損害賠償の方法は原状回復が至当であると考えていたことからすれば、損害賠償の原則である金銭賠償については比較的緩やかに考えていたことが推測できよう。

梅博士は、「金銭ヲ以テスル賠償方法ハ不完全ナル方法ナリ」<sup>192)</sup>としつつ、金銭賠償によれば身体的損害の場合には「其不愉快ノ幾分ヲ補フコト」<sup>193)</sup>ができ、財産的損害の場合は「金銭ヲ以テ殆ト完全ナル賠償ヲ為スコト」<sup>194)</sup>ができるとして金銭賠償の有用性を説く。但し博士は、417条にいう「別段ノ意思表示」については、債務不履行を念頭においたものであって不法行為では予め契約を締結することは事実上ありえないために、「別段ノ意思表示」のみ適用を受けないとする<sup>195)</sup>。

以上のように、起草者たちは、損害賠償の方法について「金銭賠償」の原則を厳格に適用する意図を持っているとは必ずしも言い切れない。むしろ、やむをえず「金銭賠償」の原則を採用したと言わんばかりの記述が目立つ<sup>196)</sup>。但しここで注意しなければならないことは、損害賠償の方法としての金銭賠償の原則が緩やかに解される傾向が起草者の見解に看取されるのであって、起草者は法文通り不法行為の効果が損害賠償であることを念頭においているということである。

(イ) 鳩山・石坂博士による「不作為の訴え」の提唱

以上のような起草者の見解に対して、そもそも不法行為の効果として自明に損害賠償を考えることから脱却しようとする見解が現れる。つまり、不法行為の効果としての損害賠償原則と並ぶ形で、不作為の訴えを制度として考えるのである。とりわけ、次に見る鳩山秀夫博士、石坂音四郎博士はドイツにおける一般的不作為の訴えの理論を参酌しつつ、日本における同理論の導入を試みている。

まず鳩山博士は、セメント工場からの降灰被害に関連して、「工業会社ノ営業行為ニ基ク損害賠償請求権ト不作為ノ請求権」なる論稿を発表した<sup>197)</sup>。ここで博士は、民法が損害賠償の方法を金銭賠償としていること

を踏まえた上で、「不法行為に対する救済」として「若し将来に対して尚損害の継続する虞あるに於ては将来に対して適當の処分を為すことを裁判所に請求することを得る」<sup>198)</sup>とする。博士はその根拠をドイツ法に求め、「不作為の訴」が物権や占有、準占有、氏名権や営業権などの絶対権について明文で規定されているとし(例えば物権については BGB1004 条など)、いくつかの学説を紹介している。

翻って日本法を検討するに、博士は占有訴権のみでは身体・生命などの侵害に対して有効な救済を図ることができないとした上で、「絶対権の本質と占有訴権に関する規定の準用とに依りて不作為の訴権の成立を主張」<sup>199)</sup>する。更に「絶対権の侵害は常に賠償請求権を成立せしむるに止まらずして不作為の請求権を成立せ」<sup>200)</sup>しめ、なおかつ「我民法上不法行為は常に絶対権の侵害行為」<sup>201)</sup>であるがゆえに、「不法行為の成立する場合に不作為の請求権の成立するは我民法の解釈上争ふべからず」<sup>202)</sup>とする。

鳩山博士は同論文において、工場からの降灰被害に関するケースを通してまずこれを差止めるための手段として不作為請求権を念頭におくのであるが、最終的には不法行為の効果としてそれを認めるに至っている<sup>203)</sup>。おそらくこの不作為請求権という思考を日本に初めて導入したのは鳩山博士であろう。

これに続いて、石坂博士はドイツにおける権利侵害予防制度としての「一般的不作為の訴え」<sup>204)</sup>を日本に紹介し、その理論的根拠に欠点があるとしながらも、その判例法の方向性について賛成している。そもそも博士は損害賠償の方法として、原状回復と金銭賠償のみを想定するに過ぎず<sup>205)</sup>、論文「一般的不作為ノ訴(権利侵害ノ予防)」においても、ドイツにおける一般的不作為の訴えに関する RG(ドイツ大審院)判例、エルツバッハー(Elzbacher)、ヘルヴィツヒ(Hellwig)の学説を紹介しつつこれを批判し、肯定すべき根拠がないとしてこれを認めていない<sup>206)</sup>。しかし、これらをもって博士が不法行為の効果としての妨害排除、妨害予防(差止)と認めていないとするのは早計であろう。むしろ博士は、こうし

た保護が認められていないことを端的に法の欠缺とし、民法典は権利侵害の予防に関して「不完全」<sup>207)</sup>であると指摘しているのである。博士は更に「権利ノ保護全キヲ得セシメントセハ予メ権利侵害ヲ予防スル方法ヲ講スルヲ以テ上策ト」<sup>208)</sup>し、「我法典ノ不法行為ニ関スル規定ニ修正ヲ加ヘ不法行為ノ範囲ヲ擴ゲ且一般的不作為ノ訴ヲ認ムヘキコトヲ主張」<sup>209)</sup>している。不作為の訴えを立法論として明確に提唱したのは博士が最初であろう。

このように鳩山博士や石坂博士が紹介し、日本への導入を試みる一般的不作為の訴えというドイツ判例法上の制度は、例えば【20】判決の判決理由「物権債権タルトヲ問ハス、第三者力之ニ対シ不法行為ヲ繰返ス恐レアル場合ニ於テハ、其ノ権利者ニ於テ第三者ニ対シ、将来権利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求権ヲ為スルコト勿論ナレハ、第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアランカ、之カ妨害ノ排除ヲモ請求（スルコトヲ）得」の理論構造と酷似している。ここに日本の判例法におけるドイツ一般的不作為の訴えの制度の受容を見ることができないであろうか。従来さほど注目されなかった【20】判決は、こうした観点からも再評価されるべき判決であろう。

ウ) 末弘・鳩山両博士による展開

石坂博士の諸論稿の発表後まもなく、末弘博士は、その著書『債権各論全』（1918年）において、「損害ノ原因タル事実ガ噴煙、降灰ノ如キ継続的性質ノモノナルトキ又ハ其他将来権利侵害ガ繰返サルルノ虞」<sup>210)</sup>の場合においては事後の賠償だけでは被害者救済は不完全であるとされるが、不法行為の効果としての「侵害予防ノ請求権即チ不作為請求権」<sup>211)</sup>は我が国の民法典の解釈からは認められないとした。但し、「権利ガ物権其他支配権」<sup>212)</sup>である場合に、「之ニ対シテ侵害状態ガ継続シ又ハ侵害ガ繰返サルルノ虞」<sup>213)</sup>ならば、「夫レ自身ノ効力トシテ妨害除去乃至予防ノ請求権発生スルモノト云ハザルベカラズ」<sup>214)</sup>とする。その理由として、支配権は直接物体を支配する権利であるから、権利の本来の内容と現在の状態が一致しない場合には当然の効果としてその不合法状態を発生せしめた原

因の除去する効力を発生すること、占有について占有訴権が認められていることから、それを類推して占有権はもちろんその他の支配権についても妨害除去請求権及び妨害予防請求権を認めることが正当であること、を挙げている<sup>215)</sup>。これによれば支配権たる賃借権には当然に妨害排除、妨害予防の請求権が認められることになる。

既に論文「工業会社ノ営業行為ニ基ク損害賠償請求権ト不作為請求権」(1911年)においてこの問題について検討していた鳩山博士は、『増訂 日本債権法各論 下巻』(1924年)において、立法論として不法行為の効果を損害賠償権の発生のみにとどめるべきかどうかという問題は非常に研究に値すべき問題であると前置きした上で、「損害ノ原因タル権利侵害ノ将来尚反覆セラハルノ虞アル場合又ハ権利侵害ノ尚継続スベキ場合ノ如キニアリテハ将来ニ対スル不作為ノ請求権ヲ認ムルニ非ザレバ権利ノ保護ヲ全ウスルコト能ハザルベク又未ダ不法行為ヲサレザルモ権利ノ侵害セラルベキ虞アル場合ニ於テハ適當ナル予防方法ヲ講ズルヲ適當」<sup>216)</sup>とするべきであるとして、不法行為の効果として一定の要件の下に妨害排除、不作為請求を認めている。ここに、博士の前掲論文における論旨が更に発展せられ、一般化せられていることが明らかである<sup>217)</sup>。

博士によって一般化されたこの命題は、裁判例【20】・【22】・【26】における判決理由文と酷似している<sup>218)</sup>。更に博士は「現行法ノ解釈トシテ損害賠償ノ外如上ノ救済方法ヲ認メントセバ之レヲ不法行為ニ関スル法規ニ覓ムルニ由ナシ」<sup>219)</sup>とするが、「我ガ現行法上全然此ノ如キ救済方法存在セザルモノト解スルハ其結果ニ於テ極メテ不当」<sup>220)</sup>であるとしつつ、「我民法モ既ニ占有権ノ侵害ニ付テハ損害賠償請求権ノ外妨害除去ノ請求権、妨害予防ノ請求権ヲ認ムルガ故ニ占有権ノ如キ仮ノ権利ニ付テ認メラレタル権利保護ノ方法ハ本権タル諸種ノ絶対権ニ付テハ当然ニ之ヲ認ムル法典ノ趣旨ナリシト解シ類推ニ依リテ之等ノ請求権ヲ認ムルヲ正当」<sup>221)</sup>とする。つまり、仮の権利である占有権の侵害の場合には損害賠償請求、妨害排除請求、妨害予防請求が認められているのであるから、絶対権には当然にこ

れを認めるのが法の趣旨であるとするのである。この文脈からするならば、無論賃借権にも妨害排除請求権、妨害予防請求権が認められることとなるう。

末弘・鳩山両博士が、不法行為の効果として妨害排除請求、妨害予防請求を認める理由に共通しているのが占有訴権の存在である。これについては岡村玄治博士も同旨である<sup>222)</sup>。こうして権利救済の新たな方法が解釈論において採用されていった中で、上記【20】判決などが出されたのである。現に【20】判決における判決理由は、鳩山博士の所論とほぼ同じであり、影響の強さをうかがわせる。

#### ㊦ その後の展開

上で見たように、いわゆる「ドイツ民法理論導入全盛期」<sup>223)</sup>とされる明治末期から大正中期にかけて、石坂博士や鳩山博士らによって、ドイツにおける不作為の訴えの制度を日本に導入することが試みられた。しかし、その後（大正末期以降）の学説は必ずしもそれに応じず<sup>224)</sup>、こうした傾向に対してはむしろ消極的なものが目立つ。

その中で、勝本博士、沼博士は石坂博士や鳩山博士の提唱した学説の流れを受け継いでいる<sup>225)</sup>。

まず、勝本博士は、「理論上より云ふときは」<sup>226)</sup>損害賠償は原状回復を原則とするが、「一旦損害の発生したる状態を完全に消滅せしめ原状に復せしむることは、多くの場合に於て不可能なるのみならず、加害状態の排斥、加害の停止等の請求権は、損害賠償の方法として認め」<sup>227)</sup>られないが、「一般に権利保護の請求権として認め得」<sup>228)</sup>るとする。

更に大審院部長を務めた沼博士は、既に生じた損害に対する賠償の方法のみでは不法行為に対する保護は十分ではないとし、「損害の原因たる権利侵害の将来尚回復せらるる虞ある場合又は権利侵害の尚継続すべき場合の如き又或は権利侵害の危険に直面せる如きに在りては此等将来に於ける権利侵害に対する保護として私法上認めらるべき適当なる手段は将来に対する侵害予防の請求権即ち不作為請求権を附与するに在」<sup>229)</sup>るとする。博

士はその根拠については「議論の存する所」<sup>230)</sup>であるとしつつも、占有訴権の類推適用により如上の請求権を認め(この点、鳩山博士と同旨である)、更に【9】・【12】判決を取り上げて如上の請求権を認めた先例であるとする<sup>231)</sup>。但し、博士は「不法行為の効果」としてこれを認めながら、「損害賠償の方法」の項目においては「自然的原状回復主義」及び「金銭賠償主義」のみに言及し、単に「我民法は不法行為及債務不履行に付孰れも原則として」<sup>232)</sup>金銭賠償主義を採用していると説く。博士は明らかに「不法行為の効果」と「損害賠償の方法」を別立てで考えている。

勝本博士、沼博士の見解に共通しているのは、「不法行為の効果」と「損害賠償の方法」を区別して考えていることである。両博士とも、損害賠償の方法については金銭賠償を原則とし、その他の方法については論及しないあるいは認めないが、不法行為の効果として妨害排除や不作為の請求権を明確に認めている。とりわけ沼博士においては、不法行為の効果は損害賠償と妨害排除請求・妨害予防(不作為)請求であり、損害賠償の方法の中に金銭賠償と原状回復が含まれるという構図が見取れる。おそらく勝本博士も同様であろう。また鳩山博士も「立法論トシテ不法行為ノ効果ヲ損害賠償債権ノ発生ノミニ止ムベキヤ否ヤハ頗ル研究ニ価スベキ問題」<sup>233)</sup>であるとの前提に立って、不法行為の効果としての不作為請求権を肯定していた。つまり、不法行為の効果として妨害排除請求や妨害予防(不作為)請求を認めることは、損害賠償の方法に関する民法722条1項及びそれが準用する417条の解釈問題ではない。むしろ侵害された権利を不法行為法制度においてどのように救済するかという極めて一般的な問題に帰着するものである。それゆえに鳩山博士も石坂博士も「立法論」としての不作為請求に賛成するのである。

これに対して一定の歯止めをかけているのが我妻博士であろう。博士は、不法行為の効果は損害の填補を請求しうることであるとし、「現に継続しつつある違法行為の停止又は将来に為されんとする違法行為に対する予防手段の請求」<sup>234)</sup>は認められていないとし、そうした手段は不法行為制度の目



的に適するものであるが、一方で個人活動、企業活動の自由を不当に制限する虞があることを指摘している<sup>235)</sup>。そのため不法行為の効果として一般的に妨害排除、差止を認めることは「立法論としては決して妥当ではな<sup>236)</sup>いが、解釈論としては物権的請求権による妨害排除、妨害予防の例などを挙げながら、「支配権乃至絶対権（無体財産権・人格権等）」<sup>237)</sup>にそれを拡張することにはほとんど異論がないとする。但し債権にもそれを拡張することについては疑問であることから<sup>238)</sup>、賃借権の侵害を理由として妨害排除、差止を認めることにはむしろ否定的であると指摘できようか。末弘・鳩山博士らが唱えた所論、それに影響を受けたと思われる【20】判決などの法的構成が、戦後少なくとも賃借権に基づく妨害排除などの事案において全く姿を消したことは、戦後のこうした我妻法学の興隆に大きな影響を受けたのだろうか。

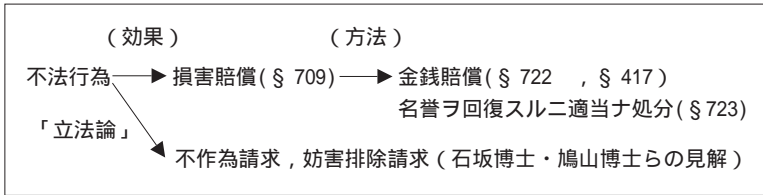
#### (4) 小 括

本章では、不法行為の効果として妨害排除を認める構成について如上の検討を加えてきた。ここで簡単にまとめておこう。

民法709条は不法行為の効果として損害賠償を規定し、更に民法722条1項は損害賠償の方法として金銭賠償を原則とする。しかし、石坂博士や鳩山博士は、その効果としての損害賠償と並ぶ救済方法として不作為の訴えの制度を提唱した。その意味においては、起草者が金銭賠償の原則を緩やかに解していたかどうかという問題と不作為の訴えを認めるかどうかという問題は全く次元の異なるものであることに注意しなければならない（以下の表を参照）。

【20】判決はそうした不作為請求権を肯定しようとする学説の影響を顕著に受けたものである。それらの学説は、ドイツにおける不作為の訴えの理論を少なからず斟酌しているものであり、【20】判決はそうしたドイツにおける不作為の訴えをわが国においても受容したものであると見ることができよう。但し、個々の判決においてはそれぞれに特殊な事情が介在し





ている場合もある ( 例えば【26】判決 )。

【20】・【24】判決はいずれも賃借権の不法占拠者による侵害からの救済が認められたケースであり, 賃借権に基づく妨害排除は, 不法行為の効果として, 将来にわたって侵害のおそれがある場合においてその不作為請求が可能であり, それゆえに現在の妨害排除も可能であるとする構成によって肯定されたものである。その意味で, これらの判決は上に述べたようにドイツにおける不作為の訴えの影響を受けて権利侵害の予防を認め, 賃借権保護を不法行為法によって図るという戦前の賃借権保護の学説・裁判例の到達点であると言っても差し支えなからう。そして【26】判決は, 商号使用権の侵害が問題となったケースにおいて, 如上の不法行為的構成並びに前章で述べた権利の一般的性質から妨害排除を認める構成を並立的に判示しており, 賃借権や民法典などによる保護が薄いあるいはなされていないその他の権利の保護のあり方についても戦前の裁判例の到達点を示すものであろう。

## おわりに

本稿では, 学説がこれまで賃借権 ( 少なくとも債権 ) に基づく妨害排除という枠組において考えてきた裁判例をつぶさに再検証することによって, 戦前における権利侵害の際のその救済方法について明らかにしてきた。

全体的な流れとしては, 裁判所・学説ともに権利保護を拡大する方向で動いてきたということができらるだろう。但しその保護を図るための法的構成には権利の種類に応じて二つの法的構成があった。すなわち権利の一般

的性質から妨害排除請求を認める構成，不法行為の効果として妨害排除請求，妨害予防請求を認める構成である。

前者の構成によって保護された権利は，とりわけ何らかの使用（利用）権で，国有化された土地などを私有化するという一連の国家政策の中で私人の権利として強化される必要性が大きかったものであり，民法典にそれらの権利に関する規定がないという意味において，新たに生成されつつあった権利であったと指摘できよう。また諸権利を「権利」という抽象的かつ高次の法概念によって包括することによって，それが持つ「不可侵性」などの性質からその権利に対する私法上の保護を与え，拡大したという点からは，如上の判決には民法という私法の一般法の枠組みを超えてまで権利保護の拡大を図ったという積極的な評価が与えられよう（逆にこれらを賃借権や債権に基づく妨害排除を認めたものと捉えることには難がある）。それゆえ，民法上に規定をもたないこれらの権利は民法上の規定に依拠してその保護が図られたものではなく，あくまで「権利」の一般的性質からその保護を導き出したものなのである。

後者の対象は専ら民法上の賃借権であり，その侵害を権利侵害として民法における不法行為の効果を拡張することによって保護が図られたものである。更にその背景にはドイツにおける一般的不作為の訴えの影響が見て取れる。そして，それら二つの構成の到達点を示したのが最後の【26】判決であるということができよう。繰り返しになるが，それらはあくまで損害賠償の方法の一形態として不作為請求や妨害排除請求を考えていたものではない。不法行為の効果として，権利の救済のための新たな制度枠組を提示したものである。

これまで賃借権に基づく妨害排除の事例として考えられてきた裁判例は，実は賃借権のみならず，権利（とりわけ使用〔利用〕権）一般に関する救済方法についても論じていた，より守備範囲の広いものであった。つまり如上の諸裁判例は，民法典に規定のない新たな権利についてはそれらを「権利」という抽象度の高い概念に包括することによって民法の枠組みを

超えた保護を与え、民法上の賃借権については民法の不法行為の効果に関する規定ないしは解釈をより押し上げた形で保護を図るというひとつの方向性を雄弁に語るものである。その意味において、本稿で俎上にのせた裁判例からは、戦前においても様々な権利に対応するその法的保護手段が私法上整いつつあったことが明らかになる。

戦前における権利保護のこの方向性は、戦後においても明らかに継承されている。例えば人格権に関する判例がそれを物語っている。人格権に関しては別の論稿にて詳論する予定であるが、人格権も民法典に明確な規定を持たない権利概念である。今や民法709条の「権利侵害」要件は利益にまで拡大されているにもかかわらず<sup>239)</sup>、裁判例は様々な人格的「利益」を人格「権」と「権利」概念に高めて保護を図っている<sup>240)</sup>。利益でも十分に保護され得る現在の不法行為法制度において、なぜわざわざ権利概念に抽象化して救済しようとするのか。そこには戦前の裁判例にあった、民法典に規定はないが保護の必要性の高い利益などを権利概念に抽象化してその権利の性質から不作為請求や妨害排除請求を認めるという手法を看取できる。とりわけ人格権においては、差止請求が裁判例において認められる傾向が顕著であり、戦前における権利保護の二つの方向性（権利の一般的性質から保護する構成、不法行為の効果としてそれを保護する構成）が融合している。その経緯については、予定している別の論稿に譲りたい。

これに加えて本稿において残された課題はなお多い。第一に本稿はあくまで戦前におけるひとつの事例群を捉えて権利保護の拡大を論ずるものに過ぎない。とりわけ、戦前における如上の権利以外の権利が侵害された場合の救済方法、戦後におけるそれについては論及していない。第二にそうした権利の救済方法について、外国法の与えた影響についても十分な検討がなされていない。これらについても、他日を期して臨みたい。

1) 物権・債権峻別体系については、赤松秀岳『物権債権峻別論とその周辺 二十世紀ドイツにおける展開を中心に』（弘文堂、1989年）がある。また今日では、既存の物権・債権概念の枠組みを再検討することによって、財産法の構造そのものへとアプローチする傾

向もある。第66回日本私法学会シンポジウム（2002年）では、「財産法理論の展開」というテーマのもとで物権・債権概念の再構築について検討がなされている。この詳細については、加藤雅信ほか「特集・財産法理論の展開（2002年日本私法学会シンポジウム資料）」ジュリスト1229号（2002年）を参照。その他にも川村泰啓『商品交換法の体系 上』（勁草書房、1967年）、広中俊雄『民法綱要 第一巻総論 上』（創文社、1989年）など、それぞれ独自の観点から財産法の新たな構造を模索しているものもある。

- 2) 鈴木祿弥『物権法講義（四訂版）』（創文社、1994年）354頁以下、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、1992年）4頁以下参照。奥田教授は、物権には不可侵義務が認められるが、債権は直接的には債務者に対する行為請求権であるから第三者による侵害が生じにくいとする。
- 3) 吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991年）3頁は、「従来債権の侵害の研究としては、この領域（＝賃借権の侵害：筆者注）に集中した感じがある（しかも妨害排除の点を扱う）」とする。
- 4) 以下では、賃借人による所有者の妨害排除請求権の代位行使などの場合を検討の対象から除いている。本稿では、債権と規定されている賃借権が、さまざまな形で侵害に対してどのような効力を有しているかということを検討するためである。
- 5) 周知の如く、この問題を対象とする研究は既に多くのものがある。柚木馨「債権に基づく妨害除去請求権」神戸法学5巻1＝2号（1955年）、好美清光「債権に基く妨害排除についての考察」一橋大学研究年報法学研究2（1959年）[以下「好美・考察」と略記]、高島平蔵「賃借権の妨害排除」綜合法学22号（1960年）、好美「賃借権に基づく妨害排除請求権」契約法大系刊行委員会編『契約法大系』（有斐閣、1961年）[以下「好美・契約法大系」と略記]、川村「債権にもとづく妨害排除」ジュリスト300号（1964年）、中井美雄「不動産賃借権に基づく妨害排除 財産権体系と権利保護制度についての一つの視点」立命館法学59号、62号（いずれも1965年）[同『民事救済法理の展開』（有斐閣、1981年）所収、以下「中井・展開」と略記して後者の頁で引用]、新田敏「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39巻3号（1966年）、好美「不動産賃借権侵害と妨害排除、損害賠償」西村浩一編『不動産法大系第3巻』（青林書院新社、1970年）[以下「好美・大系」と略記]、佐藤義彦「不動産賃借権に基づく妨害排除請求の可否」同志社法学31巻5・6合併号（1980年）、吉田豊「賃借権の妨害排除」遠藤浩ほか監『現代契約法大系第3巻』（有斐閣、1983年）、田山輝明「賃借権に基づく妨害排除」半田正夫編『現代判例民法学の課題 森泉章教授還暦記念論集』（法学書院、1988年）、赤松「債権に基づく妨害排除の問題は、なお論ずべき点を残していないか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望第1巻』（日本評論社、1990年）[以下「赤松・講座」と略記]、遠藤「債権に基づく妨害排除 特に不動産賃借権に基づいて」不動産法律セミナー1993年7月号。また判例研究としては、古山宏「不動産賃借権の対外的効力」同ほか『総合判例研究叢書民法（1）』（有斐閣、1956年）、三島宗彦『総合判例研究叢書民法（18）』（有斐閣、1962年）、椿『総合判例研究叢書民法（25）』（有斐閣、1965年）、赤松『叢書民法総合判例研究 賃借権の侵害』（一粒社、2000年）[以下「赤松・叢書」と略記]などがある。
- 6) 未弘蔵太郎「第三者ノ債権侵害八不法行為トナルカ」法曹記事24巻3号47頁以下、5号

27頁以下(いずれも1914年)。不可侵性理論とは、「権利である以上は、これを侵害することは許されず、他人によって侵害され得る権利は不可侵性による保護を受ける」とする権利保護理論である。この未弘理論の登場直後、第三者による債権侵害が不法行為を構成する場合について、「権利ノ通有性」として「対世的権利不可侵ノ効力」があるとした大(三刑)判大正4年3月10日刑録21輯279頁、またこれと同旨の結論を導く大(三民)判大正4年3月20日民録21輯395頁が現れた。これは明らかに未弘博士の不可侵性理論の影響を受けたものであり、この後、この不可侵性理論をして不動産賃借権に基づく妨害排除を認める方向へと裁判所を導かしめたとするのが通説的な見解である。

- 7) 川島武宜『債権法総則講義第一』(岩波書店, 1949年)[以下「川島・債権法」と略記] 76頁以下, 同・法学協会雑誌73巻1号(1956年)[以下「川島・法協」と略記] 109頁以下, 中川淳・立命館法学8号(1954年)[以下「中川・立命」と略記] 137頁, 中川淳・民商法雑誌31巻5号(1955年)[以下「中川・民商」と略記] 49頁, 於保不二雄・民商法雑誌31巻1号(1955年) 53頁, 舟橋諄一『物権法』(有斐閣, 1960年) 28頁以下, 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店, 1964年)[以下「我妻・債権総論」と略記] 82頁以下, 椿・前掲138頁以下, 中井・展開86頁以下, 星野英一『借地・借家法』(有斐閣, 1969年) 436頁以下, 林良平ほか『債権総論(改訂版)』(青林書院, 1982年) 67頁以下, 乾昭三ほか『新民法講義3 不動産法(第2版)』(有斐閣, 1992年) 37頁及び215頁, 奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社, 1992年) 240頁以下, 前田達明『口述債権総論(第3版)』(成文堂, 1993年) 237頁以下など参照。なお, これらには「賃借権に基づく妨害排除」として論じられているもののみならず, 「債権に基づく妨害排除」として論じられているものもすべて含まれている。
- 8) 好美・考察167頁参照。ドイツではなぜこの種の問題が少ないのかというこの指摘についてはなお検証を要すると思われるが, 他日を期して臨みたい。
- 9) 好美・考察168頁参照。
- 10) 椿・前掲138頁以下は, この点につき同様の問題意識を持つ。
- 11) これより先に, 大(二民)判明治27年8月26日(正本作成日)法学協会雑誌12巻937頁(土地使用権争及家屋取払事件, 明治26年第583号)がある。判決文を読む限りでは, これは土地使用権(居住権)の二重譲渡の事案のようであり, 「……土地使用権即ち居住権ヲ二人ニ売買シタル場合ニ際シ, 買受人ニ於ル権利ノ優劣ヲ定ムルニハ先ツ占有ノ何レニアルヤヲ審シ之ニ依リ判定ヲ為スヘキモノニシテ, 単ニ買受ノ時日即チ証書成立ノ日付ニ由ルヘキモノニアラス。何トナレハスル権利ノ売買ニ付テハ未タ第三者ニ対スル公示ノ方法ナキカ故ニ, 動産売買ノ場合ニ於ル如ク占有者ヲ以テ優先者ト見做スハ法律上当然ノ事ナレハナリ。……」として賃借権の二重譲渡の際の賃借権の優劣について判示している。また, 「旧藩時代ニ取得シタル官有池ニ於ケル養魚ノ権」についてこれを「対世権」と捉える東京控判・判決年月日不詳法学協会雑誌13巻236頁〔侵害地復旧事件, 明治26年(ナ)第234号〕もある。
- 12) 学説における本判決の捉え方は次のとおりである。星野・前掲435頁は, 「賃借人が引渡を受けて目的物を占有していれば, 占有訴権を生ずる」例, 椿・前掲121頁以下は妨害排除手段として占有の訴を認めたもの, 三島・前掲118頁は対抗要件を具備した債権に否定

した例として占有を伴えば賃借権そのものに基づいて妨害排除ができることを認めたものではなく、不可侵性理論以前のものと捉え、佐藤義・前掲64頁は「賃借権の本質論から妨害排除を否定した判例」、赤松・叢書2頁は本判決を初期の否定例と端的に捉える。また前田・前掲237頁は、本判決と同旨の判例として大（三民）判大正8年5月17日民録25輯780頁（椿・前掲121頁）を挙げるが、この事案は「占有回収請求ノ件」であり、賃借人が具体的に占有訴権を行使し、それが認められたものである。

- 13) 民録11輯末尾の「大審院民事部裁判長及部員氏名表」によれば、当時の大審院第二民事部は、寺島直（部長）・今村信行・柳田直平・掛下重次郎・清水一郎・大倉鈕蔵・榊原幾久若によって構成されていたとされる。
- 14) 【2】判決を含め、下級審の判決には東京地方裁判所のものが多く、またそのほとんどが「請求自体を失当」として事案の詳細に立ち入らない。資料の制約によりその詳細を知ることが現時点では難しいが、今後なお検討する必要がある。
- 15) 吉田豊・前掲88頁は本判決を消極的判例とする。
- 16) 吉田豊・前掲88頁は本判決を消極的判例とする。
- 17) 大（三刑）判大正4年3月10日刑録21輯280頁以下〔大正3年（れ）第3345号、背任並附帯私訴ノ件〕の判決理由は以下のようなものであった。「……賃借権ハ特定ノ人ニ対シ特定ノ行為ヲ要求スル権利ヲ云フモノナルカ故ニ債権者ハ特定ノ債務者ニ対シテノミ其行為ヲ要求スルコトヲ得ヘク、債務者以外ノ第三者ハ毫モ其要求ニ応スルノ義務ナキコトハ言フ俟タサル所ナレドモ、凡ソ権利ナルモノハ親権夫権ノ如キ親族権タルト物権賃借権ノ如キ財産権タルト問ハズ、其権利ノ性質内容固ヨリ一ナラスト雖モ、何レモ其権利ヲ侵害セシメサルノ対世的効力ヲ有シ何人タリトモ之ヲ侵害スルコトヲ得サルノ消極的義務ヲ負担スルモノニシテ、而シテ此対世的権利不可侵ノ効力ハ実ニ権利ノ通有性ニシテ独リ債権ニ於テノミカ除外例ヲ為スモノニ非サルナリ。世上往々債権ハ唯債務者ヲシテ或行為ヲ為サシムルコトヲ得ルニ止マリ、広ク第三者ニ対シテハ何等ノ効力ヲ及ホスモノニ非サルコトヲ論ル者ナキニ非スト雖モ、此レ頗ル失当ナリ。賃借ノ内容タル或特定ノ行為ハ固ヨリ債務者ニ対シテノミヲ要求スルコトヲ得ヘク、当事者以外ノ第三者ニ対シテ之カ要求ヲナスコトヲ許ササルハ言フ俟タサル所ナレドモ、苟モ権利ニシテ法律ノ保護ヲ与フル以上ハ他人ヲシテ其権利關係ヲ侵害セシメサル対世的効力ヲ認ムルノ必要ナルコトハ明カニシテ、其権利ノ物権タルト賃借権タルトニ依リテ之カ等差ヲ設クヘキ理由ナキモノト謂ハサル可カラス。若シ之ニ反シ第三者ハ他人ノ有スル賃借権ニ就キ権利不可侵ノ義務ナキモノトセンカ、賃借ハ常ニ第三者ノ為メニ蹂躪セラレ、賃借ノ存在ヲ認メタル法ノ精神ハ終ニ之カ貫徹ヲ期スルコト能ハサルニ至ルヤ明カナリ。是ヲ以テ若シ第三者カ債務者ヲ教唆シ、若クハ債務者ト共同シテ其債務ノ全部又ハ一部ノ履行ヲ不能ナラシメ、以テ賃借者ノ権利行使ヲ妨ケ之ニ依リテ損害ヲ生セシメタル場合ニ於テハ賃借者ハ右第三者ニ係リ不法行為ニ関スル一般ノ原則ニ依リ、損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得ルモノトス。」
- 18) 大（三民）判大正4年3月20日民録21輯395頁〔大正3年（オ）425号、損害賠償請求ノ件〕の判決理由は以下のようなものであった。「……権利ハ法律上ノ力ナレハ、権利者カ権利ヲ行使シテ其内容タルカヲ実現スルコトハ他人ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許スヘキニアラス。若シ之ヲ侵害スルコトヲ許スモノトセハ権利ノ内容ハ全ク若クハ十分ニ之ヲ実現



スルコトヲ得サルコトトナリ、権利八有名無実ノモノタルニ終ラン。故ニ苟モ権利ノ内容ニシテ形成権ノ如ク事実上他人ニ於テ侵害ヲ加フルコトヲ得サル性質ヲ有スルモノニアラサル限りハ其支配権タルト請求権タルトヲ問ハス、法律八他人ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許ササルモノナリト謂ハサルヘカラス。茲ヲ以テ特定人ノ特定ノ行為ヲ請求スルヲ主タル内容トスル債権ト雖モ、他人ニ於テ之ヲ侵害スルヲ許サス。若シ故意過失ニ因リ違法ニ之ヲ侵害シタルトキハ不法行為ノ責アル。」

- 19) 【6】判決以前に、東京地判大正8年12月13日法律評論9巻民法753頁〔家屋明渡請求事件、大正8年(ワ)第1195号〕がある。X(被告)がA<sub>1</sub>・A<sub>2</sub>(訴外)より本件家屋を賃借していたところ、Y(原告)がその賃貸借関係の存在を知りながら、A<sub>1</sub>・A<sub>2</sub>より本件家屋を買い受け、その所有権を取得したために、YはXの賃借する家屋の明渡を求めて提訴したケースで、東京地方裁判所は以下の理由でこれを斥けた。「……賃借権ハ物権ニシテ一種ノ他物権ナリト云フヘク、何人ト雖モ之ヲ尊重スヘキハ当然ニシテ、不可侵性ヲ有スルコト勿論ナルカ故ニ、不動産ノ賃貸借ニ在リテハ縱令其登記ナキ場合ト雖モ、其賃貸借アルコトヲ知りテ其不動産ヲ譲受ケタル者ハ、登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ、正当ノ利益ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス。若シ之ヲ反対ニ解シ、登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正当ノ利益ヲ有スルモノトセハ、之レ即チ悪意ヲ以テ他人ノ賃借権ヲ侵害スル不法行為ヲ許容スルモノニシテ、天下善惡正邪區別ナキニ至ルヘシ。……賃借権ハ物権ニ非スシテ債権ナリト仮定スルモ、債権ハ不可侵性ヲ有シ、第三者力故意過失ヲ以テ之ヲ侵害スルハ不法行為ナリ。而シテ其賃貸借ノ登記ナキ場合ニ賃貸人カ其賃貸不動産ヲ第三者ニ譲渡シタルトキハ爾後賃貸人ニ於テ其不動産ヲ占有シテ使用収益ヲ為スコトヲ得サルモノトセハ、之レ即チ賃借人ハ賃借権ヲ喪失シタルモノ若クハ少ナクモ賃借権ヲ行使スルコトヲ得サル状態ニ至リタルモノナルカ故ニ、此ニ賃借権ノ侵害アルモノト謂フヘク、其侵害ハ不法ナルカ故ニ其賃貸物ノ譲渡ハ即チ一面ニ於テ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス。其結果不当ナルコトハ言フヲ俟タル所ニシテ、右ノ侵害ハ譲渡行為ニ無制限ノ効力ヲ認ムルノ結果ナルカ故ニ其譲渡行為ハ畢竟賃借人ノ権利ヲ侵害セサル限度ニ於テノミ其効力ヲ生(スル)……。」

本判決はこれまでの裁判例がいずれも不法占拠者を請求の相手方としていたのとは異なり、賃借権につき悪意の所有権取得者が賃借人に対して妨害排除請求を為したものであり、本稿の問題の射程からは外れる(賃貸不動産が譲渡された場合の新所有者からの侵害をめぐる戦前の裁判例は、本判決のほか大〔二民〕判大正9年10月4日民録26輯1416頁、大〔二民〕判大正10年11月10日民録27輯1913頁などがある)。しかし判決理由中(傍論)に、賃借権を物権とし、不可侵性を有すると考える構成から、賃借人の側からの妨害排除請求が肯定される旨の言明がある。なお本判決では「賃借権物権論」を唱える岡村玄治判事が裁判長であり、その所説の影響が判決理由文に強く表れている。岡村判事の賃借権物権論に関する論稿としては、末弘博士が「不可侵性」理論を示された翌年の1915年の「民法第百七十七条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ」法学志林17巻6,7号(特に7号4頁以下、いずれも1915年)、「再ヒ民法第百七十七条ニ所謂第三者ノ意義及ヒ債権ノ排他性ニ就テ-附賃借権物権論」同18巻4,5号(特に5号77頁以下、いずれも1916年)、「賃借権物権説ト賃貸借ノ当然承継」同22巻1号(1920年)、「賃借権物権論」自

- 由と正義4巻6号（1953年）17頁，「賃借権物権論」私法14号（1954年）2頁などがある。
- 20) 本判決の分析として末弘・法学協会雑誌39巻（1921年）983頁，民事法判例研究会編『判例民事法大正10年度』（有斐閣，1923年）21事件（我妻），中井・展開86頁以下がある。本判決を紹介するものとして，星野・前掲436頁以下，赤松・叢書2頁以下，我妻・債権総論82頁以下，同『民法教材 債権総論』（岩波書店，1939年）[以下「我妻・教材」と略記]50頁以下，松坂佐一『民法提要 債権総論（第3版）』（有斐閣，1976年）17頁，水本浩『民法セミナー4（債権総論）』（一粒社，1976年）14頁，佐藤義・前掲67頁（本判決を「債権の本質論から妨害排除請求を否定した判例」とする），奥田・前掲240頁，前田・前掲237頁，中井『債権総論講義』（有斐閣，1996年）[以下「中井・債権総論」と略記]42頁以下，川島・法協109頁以下，於保・前掲53頁，幾代通・民商雑誌30巻4号（1954年）83頁，吉田豊・前掲87頁（本判決を占有訴権よる積極的判例とする），好美・大系550頁，古山・前掲25頁，三島・前掲99頁，116頁，椿・前掲129頁などがある。このうち，前田教授，我妻・松坂・川島・於保・幾代・古山・三島の各博士の見解は，本判決を占有を具備しない賃借権（賃権）に妨害排除を否定した例として捉えるが，判決文の何れからそれが明らかになるのかは必ずしも明確でない。
- 21) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例とする。
- 22) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例とする。
- 23) 判例彙報33巻大審院民事判例101頁には，大正10年<sup>(イ)</sup>第667号とある。なお本判決の評釈として，末弘・法学協会雑誌40巻（1922年）901頁，民事法研究会・前掲148事件（末弘）[以下「末弘・判民148事件」と略記]がある。その他，本判決に言及するものとして，沼義雄『債権各論 下』総合日本民法論別巻五（巖松堂，1943年）428頁（大審院部長であった沼博士は本判決を「不法行為の効果」の項で言及している），中井・債権総論41頁，同・展開88頁，同・民法判例百選 〔第3版〕（1989年）[以下「中井・百選」と略記]54頁以下，佐藤義・前掲67頁，奥田・前掲241頁，赤松・講座27頁，同・叢書2頁，同・民法判例百選 〔第4版〕（1996年）[以下「赤松・百選」と略記]54頁，吉田豊・前掲87頁以下，好美・民法判例百選 〔第2版〕（1982年）[以下「好美・百選」と略記]86頁，同「賃借権に基づく妨害排除」法学セミナー1981年10月号[以下「好美・法セミ」と略記]29頁，同・大系549頁，柚木馨（高木多喜男補訂）『判例債権法総論（補訂版）』（有斐閣，1971年）16頁，古山・前掲24頁，中川・立命136頁以下，同・民商49頁，川島・法協109頁以下，同・債権法76頁以下，椿・前掲129頁，三島・前掲109頁以下，舟橋・前掲28頁以下，我妻・債権総論82頁，前田・前掲237頁以下，平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂，1994年）121頁以下，水本・前掲14頁以下，松坂・前掲16頁以下，星野・前掲436頁以下（専用漁業権の賃借権を特殊の使用権と捉える），田山・前掲483頁などがある。
- 24) 事案の詳細は次のようなものであった。A漁業組合は大正8年3月10日の総会決議により解散し，9つの漁業組合に分裂，そのうちB漁業組合とC漁業組合が「長崎県南松浦郡有川村鯛ノ浦郷字耳石ヨリ同村太田郷字ヤビツ迄ノ海面（鯛ノ浦湾）」における鰹漁業権を承継取得し，Yら（10名・控訴人・上诉人）はB，C両方から，大正9年9月29日より大正10年3月まで賃借した後，大正11年3月までその賃借期間を延長したが，一方Xら（2名・被控訴人・被上诉人）も，明治45年2月4日に，同月より大正12年3月までの鯛



ノ浦湾における鯨専用漁業権をAより賃借していたようである(原審の判決文要旨を掲載した法律新聞1893号17頁参照)。ただ、大審院は単にYを不法占拠者としている。

- 25) 末弘博士は、「賃借権に第三者の妨害を排除する効力を与へむとする試みは……何れも従来正統法律学の公認したる技術の範囲内に於て極めて遠慮勝ちに試みられたに過ぎ」ず、本判決において「大審院は突如極めて勇敢に『権利者が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権利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其権利ガ物権ナルト債権ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキ』ではないと断言したのであつて、不法行為原理の判例法的発達に於ける画時代的の重要な判例だと謂ふことができ」とする(末弘・法協40巻902頁)。後に3(1)述べるように、この後に続いた学説はこの末弘博士の評釈に大きな影響を受けていると思われる。
- 26) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例とする。
- 27) 本判決の評釈として、末弘・法学協会雑誌41巻(1923年)609頁、民事法判例研究会編『判例民事法大正11年度』(有斐閣, 1924年)34事件(末弘)[以下「末弘・判民34事件」と略記]がある。本判決に言及するものとして、於保・前掲52頁、我妻・債権総論82頁、前田・前掲238頁、平井・前掲122頁(但し本件を公法上の専用権と捉える)、水本・前掲14頁、星野・前掲437頁(但し河川敷地・堤防の占用権を特殊の使用権と捉える)、樫・前掲129頁以下(但し河川敷地・堤防の占用権の性質が検討できるまでは判断を避ける)、三島・前掲111頁以下、赤松・百選54頁、同・叢書4頁以下、同・講座27頁、吉田豊・前掲87頁、古山・前掲24頁、好美・大系549頁以下、同・百選86頁、中井・債権総論42頁、同・展開89頁以下、末川博『権利侵害論(第2版)』(日本評論社, 1949年)327頁(水利権というカテゴリーに分類して本判決を捉える)などがある。
- 28) 末弘博士は、本判決について「大審院が大正四年三月十日及び二十日の二判決を以て確立した『苟モ権利タル以上反対ノ規定ナキ限其ノ種類如何ヲ問ハズ総テ対世的性質・不可侵性・ヲ有ス』との原則及び更に此の原則の飛躍的發展として去る大正十年十月十五日に宣告された『権利者が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権利ノ性質上素ヨリ当然ニシテ其権利ガ物権ナルト債権ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキ理由ナシ』との原則の一適用であるとし、とりわけ後者について「従来独逸法学より承継せられたる物権的請求権の理論を根本的に破壊すべく画時代的の重要性を有するものであ」とする(末弘・法協41巻612頁以下参照)。
- 29) 大審院民事判例集の編纂、編集方針については、大河純夫「大審院(民事)判例集の編纂と大審院判例審査会」立命館法学236号(1997年)に詳しい。
- 30) 本判決の評釈として、平野義太郎・法学協会雑誌42巻(1924年)1149頁、民事法判例研究会編『判例民事法大正12年度』(有斐閣, 1925年)45事件(平野)がある。本判決に言及するものとして、沼・前掲428頁(本判決によって債権侵害に対してもまた妨害排除請求権が認められるに至ったとする)、幾代・前掲83頁、中川・立命137頁以下、同・民商49頁、我妻・債権総論82頁、同『債権総論』(岩波書店, 1940年)[以下「我妻・旧説」と略記]56頁(ここでは寺院の国有地上の賃借権とする)、於保・前掲52頁、舟橋・前掲29頁、奥田・前掲241頁、前田・前掲238頁、平井・前掲122頁(但し本件を公法上の管理権と捉えている)、水本・前掲14頁、永田菊四郎『新民法要義 第3巻上 債権総論』(帝国判例法

戦前の「賃借権に基づく妨害排除」裁判例の再検討（木村）

規出版社、1961年）168頁、松坂・前掲16頁以下、星野・前掲437頁（但し特殊の使用権と捉える）、椿・前掲130頁（但し国有地無償使用権の性質が検討できるまでは判断を避ける）、三島・前掲112頁以下、赤松・百選54頁、同・叢書5頁、同・講座27頁、吉田豊・前掲87頁、古山・前掲24頁、好美・大系550頁以下、同・百選86頁、中井・債権総論42頁、同・展開90頁などがある。

- 31) 平野博士は、本判決を「権利の不可侵性に基く妨害排除の請求が許すべきものである、といふ画時代的の此の二判決（【9】・【11】判決）は、此の基礎の上に、我が判例上は動かすことのできぬプリンシプルとなつたと考へられる」ものとする（平野・法協42巻1151頁参照）。
- 32) 法律評論14巻民法760頁によれば、「原告ハ……借地権ヲ讓受」た〔事実〕の5行目とするが、同10行目ではこれを「原告ノ賃借権」と表現している。
- 33) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例と捉える。
- 34) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例と捉える。
- 35) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例と捉える。
- 36) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例と捉える。
- 37) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例とする。なお同・前掲89頁は、判決年月日を昭和5年2月28日としているが、ここでは法律新報の記載に従った。
- 38) 本判決の評釈として、我妻・法学協会雑誌50巻（1932年）177頁、民事法判例研究会編『判例民事法昭和5年度』（有斐閣、1932年）69事件（我妻）がある。本判決に言及するものとして、吉田豊・前掲89頁、佐藤義・前掲69頁、赤松・叢書3頁、中井・展開87頁、同・債権総論42頁、椿・前掲122頁、130頁、幾代・前掲83頁、三島・前掲116頁以下、於保・前掲53頁、川島・法協109頁、舟橋・前掲29頁、我妻・前掲83頁、同・教材51頁、同・旧説57頁、水本・前掲14頁、松坂・前掲17頁、好美・百選86頁、同・大系550頁、古山・前掲25頁などである。なお、これらはすべて本判決を大審院判例【6】の系譜を引くものだとする。また、吉田豊教授、幾代・於保・川島・我妻・松坂・古山の各博士は、本件の賃借人には占有がなかったとするが、それは判決文からも明らかとなるものではなく、根拠は不明である。
- 39) なお Y<sub>1</sub> も二審判決を不服として上告したが、大審院はこれを棄却している（大〔四民〕判昭和5年7月26日民集9巻704頁＝法律評論19巻民法1258頁）。
- 40) 本判決に言及するものとして、椿・前掲131頁、三島・前掲113頁以下、中井・展開91頁、同・債権総論42頁、奥田・前掲241頁、赤松・叢書5頁以下、同・講座27頁、吉田豊・前掲87頁（本判決を賃借権むしろ債権一般そのものによるもの、不法行為に基づく原状回復ないし差止請求の色合いが強いと捉える）、佐藤義・前掲70頁（本判決を「権利の不可侵性から妨害排除を肯定した判例」の流れに位置づける）、舟橋・前掲29頁、我妻・債権総論82頁、星野・前掲436頁、古山・前掲24頁（本件を賃借人が占有を取得した事案と捉える）がある。なお、中井教授及び三島・舟橋・我妻の各博士は本判決を権利の不可侵性による肯定例とする。
- 41) 吉田豊・前掲89頁は本判決を消極的判例と捉える。
- 42) 吉田豊・前掲87頁は本判決を賃借権むしろ債権一般そのものによる積極的判例と捉える。

- 43) 本判決に言及するものとして、舟橋・前掲29頁、椿・前掲130頁、三島・前掲114頁、赤松・百選54頁、同・叢書6頁、同・講座27頁、吉田豊・前掲87頁、古山・前掲24頁、好美・大系550頁、同・百選86頁、中井・債権総論42頁、佐藤義・前掲72頁注13がある。
- 44) 本判決に言及するものとして、椿・前掲131頁以下(判旨中で賃借人の妨害排除を云々する箇所は全くの傍論であるとする)、三島・前掲100頁、114頁、赤松・叢書7頁、同・講座27頁、吉田豊・87頁、幾代・前掲83頁、川島・法協109頁、我妻・債権総論82頁、同・教材48頁以下、古山・前掲24頁、佐藤義・前掲72頁注13がある。なお赤松教授、三島・我妻の両博士は本判決を権利の不可侵性による肯定例とし、吉田豊教授及び幾代・川島・古山の各博士は本件を賃借人が占有を取得していた事案であるとするがその根拠は不明である。
- 45) 本判決に言及するものとして、古山・前掲24頁がある。
- 46) 本判決に言及するものとして、三島・前掲88頁、114頁(本判決を権利の不可侵性による肯定例とする)、我妻・旧説57頁以下(本判決ではむしろ未登記商号の物権の効力を問題とすべきとする)、赤松・百選54頁、同・叢書6頁(なおここでは賃借権侵害の事例ではないが、債権侵害に基づく差止請求を認めたものとして参考のため例示されている)、同・講座27頁以下がある。
- 47) 以下に挙げる他に、舟橋・前掲28頁以下、松坂・前掲16頁以下、中川・立命136頁以下、同・民商49頁以下などがある。
- 48) 幾代・前掲83頁以下参照。
- 49) 於保・前掲53頁参照。
- 50) 川島・債権法76頁以下、同・法協109頁以下参照。
- 51) 我妻・債権総論82頁参照。
- 52) 我妻・債権総論82頁以下参照。
- 53) 古山・前掲23頁以下参照。
- 54) 椿・前掲139頁。
- 55) 椿・前掲128頁以下参照。
- 56) 我妻・教材45頁以下参照。『民法教材』の出版が1939年、『債権総論』の出版が1940年であるから、1年後には改説したことになる。
- 57) 中井・債権総論41頁以下、同・展開86頁以下参照。
- 58) 水本・前掲13頁以下参照。
- 59) 永田・前掲167頁以下参照。
- 60) 星野・前掲435頁以下参照。
- 61) 三島・前掲109頁。
- 62) 三島・前掲114頁。
- 63) 三島・前掲117頁。
- 64) 前田・前掲237頁以下参照。
- 65) 赤松・叢書1頁。
- 66) しかし赤松・展望28頁では、【26】判決を債権に基づく妨害排除の事例における肯定例の如く捉えているように見える。

- 67) 赤松・叢書1頁以下参照。
- 68) 好美・大系549頁。
- 69) 好美・大系549頁以下参照。
- 70) 好美・契約法大系176頁以下参照。
- 71) 吉田豊・前掲86頁以下参照。
- 72) 好美・契約法大系176頁。
- 73) 好美・契約法大系176頁参照。
- 74) 好美・契約法大系176頁以下。
- 75) 本判決は、建物賃借人（占有継続中）が同建物を占有する者（権原の有無は定かではない）に対して妨害の排除を請求した事案で、賃借人が適法に占有を取得したことを立証しなければ占有訴権をもってその妨害を排除することができないとしたものである。
- 76) これらの判決で問題となっている権利が賃借権であるかどうかという問題は後述する。
- 77) 末弘・法協40巻902頁参照。
- 78) これらの判決で問題となっている権利が賃借権であるかどうかという問題は後述する。
- 79) 中井・前掲41頁，同・展開88頁，同・百選54頁以下，赤松・展望27頁，同・叢書2頁，同・百選54頁，吉田豊・前掲87頁以下，好美・百選86頁，同・法セミ29頁，同・大系549頁，柚木・前掲16頁，古山・前掲24頁，中川・立命136頁以下，同・民商49頁，川島・債権法76頁以下，同・法協109頁以下，榎・前掲129頁，末弘・判民138事件，三島・前掲109頁以下，舟橋・前掲28頁以下，我妻・債権総論82頁，前田・前掲237頁以下，平井・前掲121頁以下，水本・前掲14頁以下，松坂・前掲16頁以下，星野・前掲436頁以下（特殊の使用権と捉える），田山・前掲483頁など参照。
- 80) 漁業法ないし法制に関連する文献としては以下のものがある。漁業法（明治43年法律第58号）に関連して，石黒武重『漁業法』（出版社不明，1931年），渡邊省三『漁業法新論（増補第2版）』（水産社，1931年），原暉三『日本漁業権制度論』（出版社不明，1934年），佐藤百喜『日本漁業法論』（常盤書房，1935年），片山房吉『漁業法要義』（水産社，1937年），井出正孝『漁業法』（日本評論社，1942年），漁業法（明治34年法律第34号）に関連して，熊木治平『実用漁業法解釈（第2版）』（出版社不明，1902年），（現）漁業法（昭和24年法律第267号）に関連して，佐藤隆夫『日本漁業の法律問題』（勤草書房，1978年），金田禎之『実用漁業法詳解（増補9訂版）』（成山堂書店，1994年）がある。
- 81) ここにおける漁業法制に関する記述は，特に断りのない限り，井出・前掲12頁以下，佐藤隆・前掲1頁以下を参照したものである。
- 82) このとき，漁業のため水面を使用する者は官庁に海面の借用を申し出る義務を課せられた。さらに同年の太政官達第215号により，沿海の府県に「漁業のための海面借用の願い出あるときは調査の上，借用料を徴収して」借用を許可すべき旨を通達した。この後，漁業者は借用の出願にあたって各自その漁業区域の拡張を争い，紛争が激発した。
- 83) なおこのとき従来の慣行による漁業免許の特例規定が存在していた。
- 84) なお戦後には新たに漁業法（昭和24年法律第267号）が制定されている。
- 85) 本判決が大正10年の判決であることから，以下の叙述はおしなべて漁業法（明治43年法律第58号）におけるものを基礎としている。

- 86) 井出・前掲49頁以下参照。
- 87) 美濃部達吉『日本行政法下』(有斐閣, 1940年)340頁は、「漁業法に於いて漁業権と称して居るのも、漁業を為す権利と解すべきではなく、……公有水面を独占利用することの権利」であるとする。
- 88) 権利の目的たる水産動植物の採捕または養殖の手段・方法・漁業方法の態様により、漁業法は漁業権を定置・区画・専用・特別の4種に分類している。
- 89) 井出・前掲67頁以下参照。
- 90) 井出・前掲74頁。
- 91) 井出・前掲74頁。
- 92) 井出・前掲74頁によれば、これは「旧漁業法以来通説及判例(「……漁業権八私法上ノ財産権ナルヲ以テ……」とする大〔三民〕判大正4年12月15日民録21輯2192頁,「……漁業権八行政処分ヲ以テ創設スル私権ニシテ……」とする大〔一刑〕判大正11年6月16日刑集1巻347頁)共に」肯定されてきたとされる。なおこれに賛同するものとして、片山・前掲35頁以下がある。また石黒・前掲39頁は、漁業権が無主物の先占漁業権が無主物の先占権であるという理由で私権に分類し、前掲大正4年の判決では旧漁業法の漁業権は相続・譲渡・共有・貸付が許されていることから財産権と捉える(なおこの石黒説については、原典が入手不能であったため、井出・前掲74頁の記述によっている)。これに対し、佐藤百・前掲21頁以下は、漁業権は公共の用に供する水面の使用関係より見て、特許に基づく、国家に対する一種の公物使用に関する公法上の権利関係であり、漁業法が漁業権を物権とするのは漁業法の擬制であると捉え、漁業権が私権であることを否定する(なお、佐藤博士は前掲283頁以下の「漁業権及入会権ノ本質」なる論稿において自説を再検証し、やはり「漁業権……八江戸時代ノ實際ニ見ルモ之ヲ引継ギタル明治ノ制度ニ見ルモ其本質八公物利用ノ公権ニシテ公物法ニ依リ認定セラルベキ性質ヲ有」し、漁業権は公水利用の公権であるとする)。また美濃部・前掲341頁以下は、これら私権説と否定説を折衷せしめ、次のように述べている。「漁業権は国家の特許に依つて成立するもので、其の国家から与へられた権利であり、随つて国家的公権たる性質を有する……。漁業権者相互の間に権利の争ある場合には、法律はこれを行政事件と為し、行政争訟の手続に依つてのみ決し得べきものとして居る(漁業法56条)のは、法律が漁業権の公権的性質に特に重きを置いて居ることを証明するものである。……(また)一面に於いて、漁業権は排他的独占的効力を有する絶対権であり、総ての第三者に対抗し得べき権利であるから、此の点に於いて私権たる性質を有する。」
- 93) 井出・前掲76頁以下参照。
- 94) 富井政章『民法原論 第二巻 物権(合冊版)』(有斐閣, 1923年)13頁以下。
- 95) 井出・前掲78頁参照。
- 96) 現行漁業法30条は「漁業権は、貸付の目的とすることはできない」として漁業権の貸付を禁じる。これは、「漁業権は水面の総合利用という観点から漁業調整の一手段としての範囲で認められた公的性格をもつ権利であり、かつ適格性や優先順位等を判断して免許するという法の趣旨が、自らの意志で経営する者に漁業を営むという利益を第三者から保護しようとするということに鑑み」て制定されたものである(金田・前掲250頁以下参

照）

- 97) 井出・前掲80頁。
- 98) 井出・前掲88頁。
- 99) 井出・前掲88頁。
- 100) 井出・前掲88頁。
- 101) 但し、「其の水面使用関係は漁業権の効力に基くもの」ではなく「当該水面の使用に関する一般的法律関係の効果に基くもの」であるがゆえに、「漁業権の性質上其の行使に当り公物たる漁業水面を一般的使用の限界を超え」て漁業を行うときは、別途河川法などの当該水面の公物使用関係を規定する法令に基づいて特別使用の許可等を取得する必要があるとされる（井出・前掲88頁以下参照）。
- 102) 井出・前掲89頁。
- 103) 井出・前掲89頁。
- 104) これについては大（一刑）判大正11年11月3日刑集1巻622頁＝新聞2062号21頁＝評論11巻諸法388頁が示すところである。「免許ヲ得タル一事ヲ以テ該区域内ノ動植物ノ上ニ当然占有権若ハ所有権ヲ獲得シ得ヘキモノニ非ス」（但しこの判決は専用漁業権の漁場においてその権利の内容を為す漁業の目的物である生真於胡を「不法ニ採取領得シタル行為ハ漁業権ノ侵害」であることは認めている。なぜなら、漁業権の目的たる生真於胡採取の利益を直接侵害することには該当しているからである。）特に専用漁業権については、「所有権ノ如クニ当該区域ノ全水面ヲ排他的ニ占有スルノ権利ニアラサルカ故ニ同漁業権ノ実施ニ妨ケナキ限り何人ト雖モ該水面ノ使用ハ之ヲ為シ得ルモノトス」と判断する大判昭和9年4月7日（民集不登載）がある。これは、鰯追込網漁業を内容とする専用漁場内に某石油会社が棧橋を築造し、専用漁場への鰯の進路を妨げかつこれに発着する船舶の音響により集魚の妨害を為すことを理由とする漁業権侵害に対する損害賠償事件であり、事実審においては、漁業権者側の主張・権利の行使に対する妨害であるとする前記水面の使用は認められなかった（以上につき、井手・前掲89頁参照）。この判決によれば、専用漁業権は所有権とは異なる種類の権利であり、漁業権の実施に來さなければ誰でも当該水面の使用は可能なのであり、それが侵害に当たるかどうかは裁判所の実質的な判断に委ねられていることになる。
- 105) 井出・前掲91頁。
- 106) 井出・前掲91頁以下参照。
- 107) 井出・前掲92頁。
- 108) 井出・前掲92頁。
- 109) 井出・前掲92頁以下。
- 110) 井出・前掲93頁。
- 111) 井出・前掲93頁以下参照。
- 112) 井出・前掲94頁以下参照。
- 113) 佐藤隆・前掲15頁は、「一口で言えば水面の入会権」と捉える。
- 114) 美濃部・前掲345頁。
- 115) 美濃部・前掲344頁。

- 116) 井出・前掲44頁。
- 117) 井出・前掲46頁。
- 118) 井出・前掲80頁。
- 119) 井出・前掲44頁。
- 120) 事案を詳細に顧みると以下の如くであった。A漁業組合は大正8年3月10日の総会決議により解散し、9つの漁業組合に分裂、そのうちB漁業組合とC漁業組合が「長崎県南松浦郡有川村鯛ノ浦郷字耳石ヨリ同村太田郷字ヤビツ迄ノ海面(鯛ノ浦湾)」における鯉漁業権を承継取得し、Yら(10名・控訴人・上告人)はB、C両方から、大正9年9月29日より大正10年3月まで同漁業権を賃借した後、大正11年3月までその賃借期間を延長したが、一方Xら(2名・被控訴人・被告人)も、明治45年2月4日に、同月より大正12年3月までの鯛ノ浦湾における鯉専用漁業権をAより賃借していたようである(長崎控判大正10年7月6日法律新聞1893号17頁)。Xが求めたYに対する漁業差止の仮処分請求につき、第一審の福江区裁判所は「控訴人八毎月月齡八乃至二十二該当スル日(鯛ノ浦湾)ニ於テ一切ノ鯉漁業ヲ為スベカラズ」との判断を下し、この点につき当事者に争いはなかったようである。
- 本事案の特殊性は、原審・控訴審の事実認定によれば実はXらもYらもともに専用漁業権の正当なる賃借人であった可能性があるということである(但し上告審は単にYを不法占拠者としている)。ただ、漁業組合の分裂という特殊な事情が介在したために、「毎月月齡八乃至二十二該当スル日……鯉漁業ヲ為スベカラズ」と部分的に妨害排除を認めた。これはいわば痛み分け的な判断であろう。すなわち、第一審・控訴審は妨害排除をこの紛争の調整機能に利用したともいうことができる。
- 121) 以下においては、大正11年に出された本判決との時期的連関から、河川法(明治29年法律第71号) = なお本法は幾度の改正を経ているので、主に昭和2年法律第3号により改正されるまでのそれ)を中心に検討する。なお河川法に関する文献としては、市村光恵「公水ト私水」京都法学会雑誌4巻2号(1908年)74頁以下、石坂首四郎「河川使用ノ法律關係」京都法学会雑誌6巻6号(1910年)117頁以下、池田宏「最近水利ニ関スル立法ノ趨勢(二)」京都法学会雑誌13巻5号(1918年)52頁以下、安田正鷹『河川法論』(松山房、1935年)、鮎川幸雄『新河川法論』(港出版社、1967年)などがある。行政法と河川法との関連について、市村(織田萬論評)『行政法原理』(宝文閣、1906年)[以下「市村・行政法」と略記]995頁以下、佐々木惣一『日本行政法論總論』(有斐閣、1924年)229頁以下、美濃部・前掲609頁以下、775頁以下。民法と河川法の関連などについて、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 下巻』(岩波書店、1924年)[以下「鳩山・各論」と略記]875頁以下、中島玉吉『民法釈義 卷ノ一(訂正三版)』(金刺芳流堂、1912年)373頁以下。以下の本稿の叙述は、特に断りのない限り、安田・前掲を参照している。
- 122) 安田・前掲17頁参照。
- 123) 美濃部・前掲775頁参照。
- 124) 安田・前掲18頁。
- 125) 河川法3条:河川並其ノ敷地若八流水八私権ノ目的トナルコトヲ得ス
- 126) 安田・前掲18頁。



- 127) 安田・前掲18頁。
- 128) 安田・前掲19頁。
- 129) 安田・前掲18頁。
- 130) これは後に地租法（昭和6年法律第28号）55条、91条が制定されたことにより廃止されている（地所名称区別の廃止）。
- 131) 【11】の判決理由中に、「河川敷地及堤防ノ占用権ハ私法上ノ財産権ニ属スルモノトス」との記述があるが、この「私法上ノ財産権」と河川法3条の「私権」との関係については明確に述べられていない。
- 132) 佐々木・前掲232頁参照。
- 133) 安田・前掲97頁参照。
- 134) 鳩山・各論875頁。
- 135) 安田・前掲98頁。
- 136) 安田・前掲98頁参照。
- 137) 安田・前掲98頁以下参照。他にも同旨のものとして、末弘・判民38事件144頁以下、池田・前掲52頁などがある。
- 138) 安田・前掲100頁参照。
- 139) 河川法18条：河川ノ敷地若ハ流水ヲ占有セムトスル者ハ地方行政庁ノ許可ヲ受クヘシ
- 140) いずれも安田・前掲177頁、210頁。なお河川敷地をありのままの状態を利用する場合は「使用」となり、河川法は「使用」と「占用」を区別している。
- 141) 安田・前掲173頁。
- 142) 許可が制限される場合は次の通りである。治水上の妨げとなる場合、他人の特別使用権を侵害する場合、河川法3条の適用により、私権の目的となることができなくなった土地を従前の所有者もしくはその相続人より占有の出願をなした場合（なおその地が荒地でない場合は、公益を妨げない限りにおいて、北海道庁長官、府県知事の許可を得て占用できる）。
- 143) 議論の詳細及び参考文献については、安田・前掲191頁以下参照。
- 144) 公権説は、その根拠をめぐって公権説内部で見解が分かれている。3条の規定により私権の存在は認められず公法権上の権利であるのは当然とするもの、公法上の制度たる賦与処分によって設定された権利でありその権利たる反面には不可分の義務を負荷せられ、権利の内容として一定の行為を為し得る機能を有すると共に同一内容の行為を為してはならない義務を負っている点に公権の特質を見出すもの、特定人を目当てに賦与された権利であるから、特許官庁の許可を受けるのでなければこれを他人に移すことができないことを公法上の権利の特質とするもの、公法上の理由により変更されるべきことを要件とし、かつ公益上の理由により取消することができる点を公法上の権利の特質とするものなど様々である。これ以上の詳細については安田・前掲193頁の脚注に示された文献を参照されたい。
- 145) 私権説においても公権説と同じくその根拠をめぐる見解の対立がある。すなわち3条は、単に河川が私人の所有権の目的とすることができない旨を規定したに過ぎず、私法上の権利たるを妨げるものではなく、許可を受けた者は、河川使用に関して特別な財産上の利益



を有し、許可を受けた者のみが特別な利益を享受し得るのであり、一般人が等しく利益を享受するのではないから、私権と内容は異ならない(石坂・前掲117頁以下、鳩山・各論872頁参照)とするもの、公法上の権利とすれば河川法21条(本章ノ規程ニ依リ与ヘタル許可ニ依リテ生スル権利義務ハ地方行政庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ他人ニ移スコトヲ得ス)は無用の規定となることをその根拠とするもの、土地収用法7条は、土地収用法の規定を、水の使用に関する権利を収用する場合に準用すべき旨を定めているが、水の使用に関する権利とは、河川占用権であるがゆえに河川法の規定する占用権は私法上の権利であるとするものなどさまざまである。これ以上の詳細については、安田・前掲195頁の脚注に列挙された文献を参照されたい。

- 146) 河川法41条：法律、命令若ハ許可認可ノ条件ニ違背シタル工事、設備、使用、占用、若クハ工作物ノ管理ニ因リ損害ヲ受ケシメタル者ハ其ノ損害ヲ賠償スヘシ
- 147) 安田・前掲202頁以下参照。
- 148) 鳩山・各論871頁、大(二民)判明治39年3月23日民録12輯445頁参照。
- 149) 末川・前掲326頁以下。
- 150) 安田・前掲205頁以下に議論の詳細が述べられている。
- 151) 安田・前掲206頁以下参照。
- 152) 大(二民)判明治37年12月5日民録10輯1551頁。
- 153) 安田・前掲206頁参照。
- 154) 本判決で問題となっている「占用権」は、行政官庁からの許可によって取得されるものであり、賃借権的側面をもつことも確かである。その意味で「賃借権に基づく妨害排除」のカテゴリーにおいて本判決を語ることも可能であるかもしれない。しかし判決文は明確に占用権について「物権ニモ債権ニモ属セス」としているのである。
- 155) これに関する文献としては、市村・行政法1160頁以下、美濃部・前掲559頁以下、高山三平『国有財産法及国有林野法』(法制時報社、1929年)、長谷山正観・民商法雑誌40巻6号(1959年)70頁以下、杉村章三郎ほか『法律学体系コンメンタール 財政・会計・国有財産法』(日本評論社、1964年)、真砂泰輔・宗教判例百選(1972年)88頁以下、大竹秀男「近代的土地所有権の形成 明治初期における社寺地処分の観察を通じて」高橋幸八郎編『日本近代化の研究 上』(東京大学出版会、1972年)、大石真「いわゆる国有境内地処分法の憲法史的考察 その合憲性の問題に寄せて」法政研究66巻2号(1999年)703頁以下[同『憲法史と憲法解釈』(信山社、2000年)に所収、以下前掲論文の頁数で引用]などがある。
- 156) 以下は特に断りのない限り、真砂・前掲88頁以下を参照している。
- 157) 神社、寺院、仏堂境内地使用取締規則1条：神社寺院仏堂境内地ハ左記各号ノ一ニ該当スルモノヲ除クノ外其神社、寺院、仏堂以外ノ者ニテ之ヲ使用スルコトヲ得ス  
一、一時限りノ使用  
二、参詣人休息所等其使用三箇月以内ニ止マルモノ  
三、公益ノ為ニスル使用
- 158) 国有財産法2条：国有財産ヲ分ケテ在ノ四種トス  
一、公共用財産 国ニ於テ直接公共ノ用ニ供シ又ハ供スルモノト決定シタルモノ

戦前の「賃借権に基づく妨害排除」裁判例の再検討（木村）

二、公用財産 国ニ於テ神社ノ用又ハ国ノ事務、事業若ハ官吏其ノ他ノ職員ノ住居ノ用ニ供シ又ハ供スルモノト決定シタルモノ

三、営林財産 国ニ於テ森林経営ノ目的ニ供シ又ハ供スルモノト決定シタルモノ

四、雑種財産 前各号ニ属セサルモノ

なお、美濃部・前掲778頁は、雑種財産を構成する土地物件は国有に属するが公物ではないとする。

同24条：従前ヨリ引続キ寺院又ハ仏堂ノ用ニ供スル雑種財産ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ其ノ用ニ供スル間無償ニテ之ヲ当該寺院又ハ仏堂ニ貸付シタルモノト看做ス寺院又ハ仏堂土地ニ係ル雑種財産ハ其ノ用ニ供スル為必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ無償ニテ第十五条ノ規定ニ拘ラス之ヲ当該寺院又ハ仏堂ニ貸付スルコトヲ得ル

- 159) 本法は、社寺土地・地租改正等によって国有となったもので現に国有財産法によって社寺等に無償で貸し付けてあるもののうち宗教活動を行うに必要なもので、かつ国有地として存置する必要のない境内地については法律施行後1年以内に申請があれば、その社寺等に無償で譲与することができる旨を定め（1条）、譲与しないものについては、時価の半額で社寺等に売り払うことができる旨を規定し（2条）、国有財産法24条の廃止（9条）、譲与・売払を決定したものである旨については、国有財産法24条の規定は、譲与・売払の日まで効力を有する（10条）などと規定するものである。なお本法については、本法と憲法89条の整合性、譲与・売払行為の性質なども問題となっている（最〔大〕判昭和33年12月24日民集12巻16号3352頁など）。また本法1条の要件論に関する判例として東京地判昭和34年4月9日行裁例集10巻4号805頁（真砂・前掲88頁以下参照）。
- 160) 高山・前掲46頁。
- 161) 高山・前掲47頁。
- 162) 高山・前掲120頁以下。
- 163) 高山・前掲127頁。
- 164) 高山・前掲127頁。
- 165) 高山・前掲127頁参照。
- 166) いわゆる「社寺境内地返還運動」である。これについては大石・前掲710頁以下に詳しい。
- 167) 先に述べた好美教授の見解（好美・契約法大系176頁以下参照）はこの観点に近いものであろう。好美教授は【11】・【12】・【23】判決にこの観点からアプローチされるが、如上の検討からこの類型に【9】判決を加えてもよいであろう。
- 168) 例えば好美・契約法大系176頁、佐藤義・前掲70頁など。
- 169) 裁判官は柳川勝二（裁判長）、三橋久美・前田直之助・神谷健夫・井野英一である。なお昭和5年の【20】判決では、前田・井野の両裁判官に代わって細野長良・佐藤共之の両裁判官がこれに携わっている。なお本判決については、大河・前掲165頁以下、川井健『民法教室・不法行為法（第2版）』（日本評論社、1988年）73頁以下、広中『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997年）9頁以下に詳しい検討がある。特に川井・前掲73頁以下は、「大学湯事件」について下級審判決も含めて検討する唯一のものである。
- 170) 広中『債権各論講義（第6版）』（有斐閣、1994年）[以下「広中・各論」と略記] 443頁

以下など参照。

- 171) 四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻)』(青林書院, 1987年)396頁。
- 172) 柳川判事は1868(明治元)年生まれで, 1891(明治24)年に東京帝国大学法科大学を卒業と同時に司法官試補, 1912(明治45)年に大審院判事となっている。なお柳川判事には、『人事訴訟手続法』日本大学38年度第2学年講義録(日本大学, 1895年), 『会社法』早稲田大学43年度法律科講義録(早稲田大学出版部, 1910年), 『日本親族法要論』(清水書店, 1924年), 『商法総則及商行為 総則編』(巖松堂, 1936年)などの著作が多くある。なお辞書として、『模範仏和大辞典』(白水社, 1935年), 『仏和法律辞書』(判例タイムズ社, 1975年)などがある。
- 173) フ民1382条:いかなる行為によるにせよ、過失によって他人に損害を与えた者は、その損害を賠償する義務を負う。
- 174) 大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(三) 物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌103巻8号(1986年)106頁参照。更に詳しくは、同・法学協会雑誌103巻11号(1986年)104頁以下参照。
- 175) 商号権の法的保護については、鈴木竹雄「商号の侵害」川島ほか編『我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究下』(有斐閣, 1965年), 中山信弘「商号・商標の法的保護」竹内昭夫ほか編『企業法総論・現代企業法講座1』(東京大学出版会, 1984年), 西尾幸夫「未登記商号の保護 商法二一条と不正競争防止法一条一項二号の関係」龍谷法学23巻1号(1990年), 竹田稔「商号の保護 ~」発明1994年1号, 2号(いずれも1994年), 小塚莊一郎「商号の保護と使用」法学教室216号(1998年)などがある。
- 176) 吉田邦・前掲586頁以下参照。
- 177) 竹田省・前掲120頁以下参照。
- 178) 西尾・前掲54頁参照。
- 179) 竹田省・前掲122頁。
- 180) 小野昌延『不正競争防止法概説』(有斐閣, 1994年)304頁参照。なお不正競争防止法1条2項は、「不正ノ競争ノ目的ヲ以テ(不正競争行為を)為シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ其ノ行為ノ差止ヲ命スルコトヲ得ル」とする。これに関して原島重義「競争秩序と民法」久留米大学法学30号(1997年)22頁以下は、「これ(昭和9年不正競争防止法:筆者注)は工業所有権保護同盟に関するパリ条約のヘーグ改正条約に加入するための申し訳的な立法であった。当時の経済界に不正競争を排撃しよう、という法意識が基本にあつてのことではなかった。」としている。
- 181) 民法722条1項は不法行為に対する損害賠償の方法について定め、民法417条を準用して金銭賠償をその原則とする旨、規定する。その立法経過については、既に大塚教授による詳細な研究があるが(前掲・法協103巻8号103頁以下)、以下簡単に説明しておく。
- 722条(法典調査会の原案では730条)の趣旨説明には、起草委員・穂積陳重博士が当たっている。博士は同条1項につき、「義務不履行ノ場合ニ於テ(現行民法417条の立法趣旨説明において:筆者注)既ニ説明致シテ置キマシタ如ク先ヅ一般ノ場合ニ当テマスルニハ金銭ガ一番損害賠償ニハ便利デアリマスルカラ夫レ故ニ不法行為ノ場合ニ於テモ矢張り

此規定八当タルノガ当然ノコト思ヒマス」（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録』日本近代立法叢書5〔商事法務研究会，1984年〕428頁）と説明し、不法行為の効果としての損害賠償は原則的に金銭賠償とすることを明言する。少なくとも不法行為の効果に関しては法典調査会では議論らしい議論はなされていない（法典調査会においては、現行722条〔法典調査会原案730条〕に関しては、2項の過失相殺についての議論がほとんどであった）。もはや、不法行為の効果としての損害賠償の原則は金銭賠償であるということが定着していたのであろうか。

この点につき、大塚教授は、現行417条について穂積博士が「旧民法財産編三八六条一項を『其俛二用々』にすぎない」と発言した点に着目し、旧民法財産編386条1項（「損害賠償力主タル訴ノ目的タルトキハ裁判所ハ金銭ニテ其額ヲ定ム」）の立法過程について明らかにしている（大塚・法協103巻8号103頁，116頁以下）。大塚教授の指摘を要約すると、旧民法財産編386条1項は同370条1項（「過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス」）とともにポアソナード原案をそのまま採用したものであり、ポアソナードは金銭賠償原則を念頭におきつつも現実賠償（réparation en nature）を否定していない（大塚・法協103巻8号116頁以下）。更に進めて大塚教授は、フランス法上この réparation en nature には差止も含むと解されているとし、ポアソナードは「少なくとも不法行為に関しては、金銭賠償主義について定める財産編三八六条一項を厳格に適用せず、現物による賠償は避けるにしても、差止については認める余地を残していた」と指摘する（大塚・法協103巻8号117頁）。

大塚教授は、現行民法722条1項が同417条を準用しており、同417条は旧民法財産編386条1項の引き写しであり、更に同386条1項及び同370条1項の起草に当たったポアソナードが差止についてこれを認める余地を残していたことから、現行722条1項における損害賠償の方法を検討する際にはこれに注意を払わなければならないと結論づけている。

- 182) 富井『債権各論 完（復刻版）』（信山社，1994年）[以下「富井・各論」と略記] 216頁。なお本書は富井博士の東京帝国大学法科大学における明治45年度の講義を録取し、これを謄写版にしたものである（五十川直行「富井民法学の現在性 富井政章博士の「債権法講義」に寄せて」富井・各論に添付の榮〔1994年2月〕参照）。
- 183) 周知の如く、ドイツ民法典（BGB）は、その249条前段において、「損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務付ける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない」として損害賠償の方法として原状回復を原則とする旨、規定している。なお条文訳は穂 = 右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社，1988年）58頁（右近）に拠った。
- 184) 富井・各論216頁。
- 185) 富井・各論217頁。
- 186) 富井・各論217頁。
- 187) 富井・各論217頁。この点につき、同『民法原論 第三巻 債権総論』（有斐閣，1929年）[以下「富井・原論」と略記] 226頁以下では、この「不法行為ノ中止」については何ら触れられていない。
- 188) 「差止」の定義・理解については今日においても統一的でない。とりわけ「原状回復」

などとの比較においてそれは顕著である。これについては、四宮・前掲465頁以下参照。

- 189) 富井・原論226頁。  
 190) 富井・原論226頁。  
 191) 富井・原論226頁。  
 192) 梅謙次郎 = 吾孫子勝 = 田代律雄『民法(明治29年)債権 第二章 契約(第四節~第十四節)第三章 事務管理 第四章 不当利得 第五章 不法行為(和仏法律学校明治36年度講義録)復刻版』(信山社, 1996年)115頁[以下「梅・民法」と略記] その他, 同『民法要義 卷之三(訂正増補33版)』(有斐閣, 1912年)62頁, 913頁も同旨であり, 松波仁一郎 = 仁保龜松 = 仁井田益太郎(富井 = 梅 = 穂積陳重校閲)『帝国民法正解』(有斐閣, 1897年)1497頁も同様である。  
 193) 梅・民法115頁。  
 194) 梅・民法115頁。  
 195) 梅・民法116頁参照。  
 196) その他, 岡松参太郎博士は金銭賠償以外の賠償方法は「徒二事物ノ混雜ヲ来タシ其不便歎カラサルベキ」ものであるとして, 民法典においては損害を測定する際に最も便利である金銭のみをもって賠償額を定めることとし, 417条の「別段ノ意思表示」がある場合を除いて妨害排除・差止などの方法を一切認めていないとする(岡松参太郎〔富井校閲〕『七版 註釈民法理由 下巻』〔有斐閣, 1899年〕91頁, 502頁参照) 博士の『民法理由』は現行民法典施行直後の1899年に出版されたものであり, 原則を民法典の規定に極めて忠実に解する傾向が表れている典型的な例であろう。その他同旨のものとして, 菱谷精吾『不法行為論』(清水書店, 1905年)323頁以下, 須賀喜三郎『債権法総論』(明治大学出版部, 出版年不明)125頁以下, 横田秀雄『債権法各論 完』(明治大学出版部, 出版年不明)470頁以下, 同『債権総論(訂正第九版)』(日本大学, 1912年)305頁以下, 飯島喬平『民法要論 完』(巖松堂, 1913年)398頁, 川名兼四郎『債権法要論』(金刺芳流堂, 1915年)202頁以下及び726頁以下, 中島『民法釈義 卷之三 債権総論上(訂正四版)』(金刺芳流堂, 1924年)554頁以下, 村上恭一『債権各論(五版)』(巖松堂, 1924年)579頁以下, 嘉山幹一『改版 債権総論』(敬文堂, 1927年)108頁以下, 穂積重遠『債権法及担保物権法(講義案)』(有斐閣, 1934年)26頁, 岩田新『債権法新論(増訂八版)』(有斐閣, 1941年)96頁, 石田文次郎『民法大要(債権総論)第四版』(有斐閣, 1941年)32頁以下, 戒能通孝『債権各論(再版)』(巖松堂, 1943年)480頁以下がある。  
 197) 鳩山「工業会社ノ営業行為ニ基ク損害賠償請求権ト不作為ノ請求権」法学協会雑誌29巻4号(1911年)[後に同『民法研究 第四巻 債権各論』(岩波書店, 1930年), 同『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣, 1955年)に所収, 以下では「鳩山・不作為」と略記して『債権法における信義誠実の原則』の頁数で引用]  
 198) 鳩山・不作為434頁。  
 199) 鳩山・不作為438頁。  
 200) 鳩山・不作為441頁。  
 201) 鳩山・不作為441頁。  
 202) 鳩山・不作為441頁。

- 203) 同様の問題を扱うものとして松本丞治「煤煙二因ル相隣者間ノ権利侵害」法学志林15巻8号（1913年）82頁以下がある。
- 204) これについては、中井「ドイツにおける権利侵害予防制度の一考察」同・展開に所収、赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え - その法的構成を中心として - 」同志社法学36巻2号（1984年）などがある。
- 205) 石坂『債権各論』（巖松堂，1914年）997頁以下，同『日本民法 第三編債権 第一巻（訂正第6版）』（有斐閣，1915年）357頁以下参照。
- 206) 石坂「一般的不作為ノ訴（権利侵害ノ予防）」法学新報22巻9号44頁以下，10号7頁以下（いずれも1912年）参照〔後に同『民法研究第二巻』（有斐閣，1912年）に所収，以下「石坂・不作為」と略記し，後者の頁で引用〕。
- 207) 石坂・不作為503頁。
- 208) 石坂・不作為478頁。
- 209) 石坂・不作為504頁。
- 210) 末弘『債権各論 全』（有斐閣，1918年）〔以下「末弘・各論」と略記〕1101頁。
- 211) 末弘・各論1102頁。
- 212) 末弘・各論1102頁。
- 213) 末弘・各論1102頁。
- 214) 末弘・各論1102頁。
- 215) 末弘・各論1102頁以下参照。
- 216) 鳩山・各論940頁。
- 217) 鳩山博士同様，日本における不作為の訴えの導入を試みた石坂博士についても所論のその後の発展が期待されたところであるが，博士は1917（大正6）年に41歳で急逝している。石坂博士の業績並びにその評価については，辻伸行「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入 - ドイツ民法理論導入全盛期の民法学の一断面 - 」水本 = 平井一雄編『日本民法学史・通史』（信山社，1997年）に詳しい。
- 218) 末弘博士は「なぜ鳩山先生の『債権法総論』があんなに一般に流行したか」というと，裁判官にとつては，最も簡単な言葉で自分の裁判に理由づけをするに役立つような本が裁判経済からいつて一番便利なんだね。」と指摘する（『日本の法学 - 回顧と展望』（日本評論社，1950年）51頁）。鳩山博士の著作が当時の判決に与えた影響はここからも容易に想像できよう。
- 219) 鳩山・各論940頁。
- 220) 鳩山・各論940頁。
- 221) 鳩山・各論941頁。
- 222) 岡村『債権法各論（再版）』（巖松堂，1930年）736頁参照。岡村博士は損害賠償の方法について，「事前ノ救済」と「事後ノ救済」とを二分して述べる。当時の債権各論の体系書の中でこのように救済方法を明確に二分化して論じているものはない。
- 223) 辻・前掲105頁。
- 224) 実際にこのころに公表された体系書などには不作為請求について論及するものはほとんどなく，不法行為の効果あるいは損害賠償の方法としては金銭賠償（それとの対比におい

ての原状回復)についてのみ論じるものが専らである(脚注196の各文献参照)。

- 225) このほか大審院判事であった前田直之助博士は、論文「債権に対する第三者の不法行為」民商法雑誌6巻(1937年)において、第三者には債権を侵犯してはならない不行為の義務〔博士によればこれは「債権の外的効力、或は債権の絶対的方面」(前掲5頁)とも称される〕があり、そのことから債権は「等しく外的効力、即ち総ての個人……に対する不行為請求権を有す」(前掲5頁)ことが導かれるとしている。
- 226) 勝本正晃『債権総論(上巻)改訂版』(巖松堂,1934年)288頁。
- 227) 勝本・前掲288頁。
- 228) 勝本・前掲288頁。
- 229) 沼・前掲426頁以下。
- 230) 沼・前掲428頁。
- 231) 沼・前掲428頁参照。【9】・【12】判決を不法行為の効果として妨害排除請求権を認めたと捉えるものはこの沼博士の所説のみであろう。先にも述べたように、沼博士は大審院部長の職にあり、大審院判事がこのような見解を有していたことには注意を払わなければならないだろう。
- 232) 沼・前掲430頁。
- 233) 鳩山・各論940頁以下。
- 234) 我妻「事務管理・不当利得・不法行為」新法学全集第13巻(日本評論社,1940年)[以下「我妻・不法行為」と略記]197頁以下。
- 235) 我妻・不法行為198頁参照。
- 236) 我妻・不法行為198頁。
- 237) 我妻・不法行為198頁。この点につき、我妻博士の見解は末弘博士に近い。
- 238) 我妻・不法行為199頁参照。鳩山博士が不法行為は常に絶対権の侵害であるとしていることとは大きく異なる。
- 239) 四宮・前掲397頁、広中・各論450頁以下、加藤『新民法大系 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣,2002年)186頁以下など参照。
- 240) 最(大)判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁(北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決)、最(三)判平成14年9月24日裁時1324号5頁(小説「石に泳ぐ魚事件」最高裁判決)。