

債権である賃借権に基づく 妨害排除効理論の展開と、 その将来的展望についての再検討

——「権利の性質」の実質的機能と「権利の内容」からその保護の
あり方の必要性と許容性についての理論展開・序論——

西 島 良 尚

(目 次)

- 第1 はじめに
- 第2 赤松論文からの示唆
- 第3 赤松『賃借権侵害』が取り上げる若干の裁判例について
 - 1. 「物の利用」の侵害が生活環境や人格の侵害とも密接に関連する裁判例
 - (1) 検討の観点
 - (2) 裁判例
 - 1) ごみ焼却場の建設差止め
 - ①松山地裁宇和島支部判昭和54年3月22日（判時919号3頁、判タ384号72頁）
 - ②徳島地判昭和52年10月7日判時864号38頁
 - 2) 物干し場の利用の確保
 - ③東京地は昭和49年12月12日（判時782号65頁）
 - 3) 盛り土による日照、通風妨害等の排除
 - ④東京地判昭和61年9月5日（判時1243号44頁 [消極]）
 - (3) 若干の検討
 - 1) 裁判例①及び②について
 - 2) 裁判例③について

3) 裁判例④について

2. 「通行権」の裁判例

(1) 検討の観点

(2) 裁判例

1) 「通路の共同利用者間での利用関係の調整」

⑤東京地判昭和63年2月26日（判時1291号75頁）

2) その他の「通行権」の裁判例

⑥東京地判昭和44年3月29日（判タ237号284頁）

⑦大阪地判昭和48年1月30日（判時721号70頁）

⑧東京地判昭和56年8月27日（判時1024号78頁）

(3) 若干の検討

1) 裁判例⑤について

2) 裁判例⑥について

3) 裁判例⑦及び⑧について

3. 「賃借権以外の権利—不可侵性論の残照？」として整理されている裁判例

(1) 検討の観点

(2) 裁判例

⑨東京地判昭和48年10月30日（判時733号70頁、判タ301号152頁、金法722号36頁）

(3) 若干の検討

第4 本稿における一応の「まとめ」

第1 はじめに

債権である賃借権に基づく妨害排除請求権を認める判例・学説の展開は、長きにわたって議論が続いてきた⁽¹⁾。それを受けて、債権法の現代化を目指した「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）は、この判例・学説の展開を踏まえて、2017（平成29）年に成立し、2020（令和2）年4月から施行された民法605条の2と605条の4において明記され、この問題点についての判例・学説の大方の了解事項が立法的に解決された。

この立法により、不動産賃借権による不動産利用について、二重賃

借人を含む第三者からの侵害について、妥当な保護が図られることが明確化されたといえる。その意味では、この問題についてはほぼ解決され、これ以上解釈論として議論する問題点はなくなったといつてよいとの意見も少なくないと思われる。たしかに、この不動産賃借権の妨害排除効を認めるべき場面での、現実の紛争解決は、ほぼ決着がついたと言ってもよいかもしれない。

しかし、この領域に限っても若干の問題は残っている。後でもとりあげるように、対抗力のない賃借権者にも対不法占拠者との関係では妨害排除効を認めるかどうかのお解釈に関する議論の余地がある。そして、その場合に、改正法においても解釈論上認められる余地のある「債権者代位権の転用」を認めれば、いまだ占有取得のない賃借人についてもその保護に欠けるところはないといわれることとの関係についても議論を残している。さらに、改正法では、対抗力ある賃借権においても、妨害予防請求権は認められていないが（民法605条の4）、はたしてそれでよいのか、議論の余地があると思われる。

そして、理論的にもなお根本的な問題を残していると思われる⁽²⁾。それは、「対抗力」のある不動産賃借権者は、目的不動産を譲り受けた新所有者に対し、その賃借人としての地位を対抗でき、新所有者は当然に賃貸人の地位の移転を甘受させられることとなり（民法605条の2：「売買は賃貸借を破らない」）、その意味での一定の範囲での対世効（絶対効）を獲得したとはいえる。しかし、なにゆえ妨害排除効まで出ると考えてよいのか。借地法・借家法、建物保護法、そして、現在の借地借家法における不動産賃借人の保護強化のための立法によって、その譲渡の自由以外は、物権に近い権利として「物権化」しているという現象をとらえ、その「必要性」のある場面で、物権に当然に認められる物権的請求権類似の妨害排除効を認めるという理解（これまでの通説的な理解と思われる）は、何かわかったような印象は受けるが、なお「釈然としないもの」を残している感覚をぬぐい切れない。端的に言えば、その場合の妨害排除効の実質的根拠、それは物権的請求権の実質

的根拠にもかかわるが、その点は、未だに、必ずしも明らかにされていないように思われる⁽³⁾。

しかし、それだけなら、立法で定められた以上、それは説明の問題で、あまり実益がないのではないかという見識もあり、また、「物権化」に基づく立法的解決と理解しておけば十分との意見もあろう。

しかし、この問題は、こと不動産賃借権の妨害排除効の要件・効果の問題に限定されない、第三者の債権侵害による不法行為の成否の問題や、さらには、人格権等の侵害に基づく差止請求など、およそ、いかなる権利に、いかなる場面でいかなる要件の下に、その侵害者に対し、損害賠償請求だけではなく、その侵害の排除を求めることができるのか、そうした広く「権利」の保護のあり方一般の問題に関わる、根本的な問題を含んでいると思われる。

賃借権の妨害排除効を認める判例理論及びその後の下級審の裁判例を検討され、営業により築き上げた暖簾や顧客関係の確保など、のみならず、ごみ焼却場の差止め、私道上の円滑な歩行の確保などの目的にもこの理論が利用され、「居住の確保からよりよい生活の確保へ」ともいえる機能の変化に注目され、「債権に基づく妨害排除請求権の将来的意義」を検討されている学説も登場している⁽⁴⁾。

このような学説の展開は、賃借権に基づく妨害排除効の肯定・否定に関わる問題は、単に不動産の利用の侵害の問題を解決する場面だけではなく、「権利の内容」に照らしてその権利にいかなる保護を与えるべきかという広く大きな問題を内包しているように思われる。

それは、債権者代位権の転用や、(準)共有関係に基づく持分の保護などに位置づけ得るなど、他の制度や理論で解決可能な問題ということでその検討を終えてよいものではないように思える。その内包している根本的な問題に、なお議論が十分に及んでいないように思われるのである。それは、この賃借権の妨害排除効を認めるか、そして認めるとしたらどのような要件の下でどの範囲で認めるかという問題は、権利一般について、広く「権利の侵害」に対する「保護のあり方」を

どのように考えるか、という大きな問題の一つとして、その意味を問うべきではないかと思われるのである。

この賃借権の妨害排除効の肯否に関わる問題についていえば、「物権」と「債権」という財産法体系におけるもっとも基礎的な「権利」の概念的区別を前提に、「物の利用」を内容とする権利だけではなく、人格権等に基づく妨害排除請求権ないし差止請求権なども視野に入れた「権利の内容」に応じた保護の「必要性」が、その「権利の性質」の区別のドグマではなく「実質的根拠」に照らして、どの程度やどの範囲において「保護のあり方」として「許容性」を持つのか、という観点から、より一般的な「共通了解」が得られる何かを抽出することができる可能性がある⁽⁵⁾。

本稿は、その検討を試みる端緒となるものである。

第2 赤松論文からの示唆⁽⁶⁾

赤松秀岳教授は、裁判例の賃借権に基づく妨害排除請求権の肯定場面の拡張的傾向を指摘され、それを肯定的に評価される。その論文の示す方向性は、各権利の内容に基づく必要な保護のあり方として、物権的請求権類似の土俵における妨害排除効あるいは不法行為の土俵における差止請求権などを共通の視点で検討するための契機を内包しているように思われる。

以下、赤松教授の一連の論稿を参照しつつ⁽⁷⁾、そこからさらに広く、「権利侵害」あるいは「利益侵害」に対する、その権利の内容や性質に照らした保護の在り方の「必要性」や「許容性」についての考察の展開の可能性について検討する。その際、赤松教授が整理されている裁判例のうちで、私の上記の問題意識にかかわる裁判例について、私なりの分析検討を試みる。

第3 赤松『賃借権侵害』が取り上げる若干の裁判例について⁽⁸⁾

1. 「物の利用」の侵害が生活環境や人格の侵害とも密接に関連する裁判例⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) 検討の観点

以下の裁判例のグループは、賃借権が生活の基盤であることから、その侵害が「物の利用」自体の侵害だけではなく、それと密接に関連する生活環境や人格の侵害となることを示すものといえる。

原告らの土地賃借権もしくは建物賃借権に対する侵害といえるものが、その生活環境あるいは人格権の侵害とも構成しうる利益である。その利益を、土地あるいは建物の賃借権の侵害と構成したことをどのように評価するかが問題である。

建物所有のための土地賃借権あるいは建物の賃借権はその目的物である土地や建物を利用する権利である。しかし、その「利用」の意義はその利用者の生活や経済的基盤を支えるためであり、そこでの生活の「利益」についてはその不動産の「利用」と密接不可分であり、その「利用」の侵害とみることができる。そうすると、その妨害と評価し得る行為はそのような不動産の「利用」権である賃借権の「侵害」と評価し得ることになる。そして、少なくとも、その「利用」権者の立場においては、そのような「侵害」を排除する「必要性」は、常に存在するといつてよいことになる。

問題は、その「必要性」がどのような場合には「許容」され、どのような場合には「許容」されないかである。それは、その「必要性」を認めることに因って、他者のどのような「利益」が害されるか、あるいはその他者の利益に関わる他の「制度的利益」や「体系的利益」が損なわれることになるのか否かということが問題となる。その対立利益とされるものが実質的にどのようなものかを明らかにしつつ、類型的に考察されなければならないとの発想が導かれる。

その目的不動産の「利用権」が物権であるのか賃借権のような「債権」であるのかという、私法体系の最も基本的な「権利」の分類の基

本概念に関わるものについても、そうした「利用」の侵害に対して「妨害排除」効がどの範囲で許容されるのかその「許容性」が実質的に考察されなければならないと考えられる。「物権」は絶対権であるとか、「債権」は相対権であるとかいう、権利の一般的現象を説明するための「ドグマ」からその「許容性」の可否が直ちに導かれるものではないと考えられるのである。また、物権の物に対する「排他的支配性」および債権の「非排他性」という概念は、単なる現象説明の概念ではなく規範的な意味を有する概念である。しかし、その規範的な意味を強調しなければならない場面とそうではない場面、いわばその実質的な射程範囲は別途問題になりうると考えられる。

このことは「権利」一般の「不可侵性」ということではなく、どのような内容をもつ「権利」が、その内容に対する侵害に対して、どのような場合にどの範囲で守られるべきかという、その実質的に具体的な類型的内容を有する「権利」の実質的な保護のあり方の問題と言える。

その意味で、賃借権、特に不動産賃借権は、赤松教授が指摘されているように、「生活妨害型」の侵害に対して「よりよい生活」の確保のためにも、妨害排除効の根拠となり得るものと考えられる。

しかし、さらに、このことは、不動産賃借権以外の環境に関わる「利益」やより強く保障されるべき「人格権」に対する侵害に対しても、その「必要性」がある限り、上記の意味での「許容性」を常に検討すべきことになる。物権に基づく「妨害排除効」などの物権的請求権は、物権には定型的に認められるべきものだとしても、それは物権固有のものではないと考えられる。「権利」の内容による保護のあり方の「必要性」と、それを認める、上記のような意味での「許容性」が検討されれば、一定のその他の権利にも認められるべき「権利」の効力の問題であると位置づけられる。

そして、その「必要性」と「許容性」の問題を考察する土俵はとりあえず2つの土俵が考えられる。侵害者の「故意又は過失」を問題と

しない客観的な侵害状態だけを前提とする物権的請求権的な効力を認める土俵と、「故意又は過失」も含めて「侵害の態様」を問題として「被侵害利益」の種類・性質との相関的な関連を考察し、「必要性」が強く、かつ、「許容性」が認められる場合を検討する不法行為に基づく（損害賠償請求以外の）差止等の効力を認める土俵と、2つの「土俵」があると考えられるのである。

以下、この観点から、次のような裁判例を若干詳しく見てみることにする。

(2) 裁判例

1) ごみ焼却場の建設差止め

- ①松山地裁宇和島支部判昭和54年3月22日（判時919号3頁、判タ384号72頁）

[事実] 市がアセスメントも住民への十分な説明をせずに、ごみ焼却場を建設しようとしたのに対し、住民537名による建設差止めの仮処分を認めた。

[判旨] 「債務者が本件予定地上に建設を計画しているごみ焼却場を現在のまま建設するならば、（～中略～）債権者らは程度の差こそあれ健康上・財産上の損害を受ける蓋然性が高く、人格権、土地建物の所有権、賃借権に基づいて本件焼却場建設工事の差止め請求権を有すると解され、本件焼却場の建設工事が実施されようとしている以上その差止めを求める必要性がある」とする。

- ②徳島地判昭和52年10月7日判時864号38頁

[事実] Y市が計画しているごみ焼却場は各種公害を発生させる蓋然性が高いので住民Xら159名が、環境権、人格権、土地建物の所有権、水利権、引水権、占有権などのほか、賃借権に基づいて、本件ごみ焼却場の建設の事前差止めとその工事

を求める仮処分を申請した。

[判旨] 「Xほか158名は、程度の差はあれ、第二ゴミ焼却場が建設され創業されることによって、健康上、財産上の被害を受け、その受忍限度を超える蓋然性が高いことが認められるから、人格権、土地（宅地・農地）・建物（居宅・作業場）の所有権・賃借権・占有権・水利権・引水権に基づいてごみ焼却場建設工事の差止請求権を有すると解せられ、右建設計画が実施されようとしている以上、その差止を求める必要があると認められる」

2) 物干し場の利用の確保

③東京地は昭和49年12月12日（判時782号65頁）

[事実] BがAの土地を賃借し建物を建築所有していた。Xは初めこの建物の借家人として居住していたが、昭和19年、Bからこの建物を買受け移転登記を経由し、また敷地については、Bから転借を受けた。昭和36年、本権土地がAからCに譲渡されると、Bが賃借権を放棄し、XはあらためてCから本件土地を賃借している。他方、Xが従来から物干し場として利用してきた本件土地の部分に、昭和40年、Y1が建物を建築・所有し、また、Y2がこの建物に居住している。XがY1に対して、本件土地明け渡しを、Y2に対して建物退去土地明け渡しを請求した。転借地、後に賃借地となった本件土地に係争部分の物干し場が含まれていたのかどうか争点となった。

[判旨] 「《証拠略》を総合すれば、原告X居住建物の実面積は10坪にも満たず、係争土地は、右建物の底地とは言えないけれども、従来から原告Xにおいて物干し場として利用してきた土地であって、原告X居住建物の敷地の一部として、係争土地もまた転賃借の対象に含まれている事実が認められる。」とし、「係争土地の対抗力ある賃借権に基づき、被告Y

1 に対しては係争建物を収去して、被告 Y 2 に対しては係争建物を退去して、いずれも係争土地の明渡を求める原告の請求は理由がある。」と判断した。

3) 盛り土による日照、通風妨害等の排除

④東京地判昭和61年9月5日（判時1243号44頁 [消極]）

[事実] 被告 Y 1 は、1 級建築士である被告 Y 2 に設計・監理を依頼し、自己所有地に1.2～1.6メートルの高さの盛り土を行いその上に本件建物を建築したところ、その隣接地を賃借し建物を所有したり、隣接地上の建物の賃借人らである原告 X ら 6 名が、この盛り土による日照妨害、雨水の流入、圧迫感や景観破壊などを理由に、土地賃借権若しくは建物賃借権に基づき、盛り土の撤去と、不法行為に基づく損害賠償を請求した事件である。

東京都の多摩東部「建築指導事務所」は、建築確認の際には、その添付図面によると本件土地の平均地盤面が道路から1.05メートルの高さとなることから、35センチメートルにするよう行政指導を行ったところ、Y 2 は修正した添付図面に差し替えたが実際には当初の図面通りの工事を行わせた。さらに同建築事務所は、本件建物の完成前に、北側斜線制限（60センチメートル：建築基準法58条）に抵触しているとして、再三違反是正の指導を行い、更に違反是正に必要な部分の工事施工停止を命じたが、これにも従わなかった事実が認定されている。しかし、裁判所は以下のような判断を示した。

[判旨] 盛土の撤去については、以下のように述べて棄却した。「土地の土盛については、建築基準法19条が一定の場合にこれを義務付けているほかは、直接これを規制した法令の規定はないから、原則として土地所有者が自由に行うことができるものと解される。しかし、土盛りを行うことにより隣接土地

の日照、通風、排水等に影響を及ぼす場合があるばかりでなく、建築基準法による建物の高さの制限、北側斜線制限及び日影規制は、いずれも、地盤面からの一定の高さを基準にして規制しているところ、同法施工令2条1、2項によれば、右の地盤面とは、建築物が周囲の地面と接する位置の平均の高さにおける水平面をいうとされているため、土盛を行いその周囲の地面を高くすることが自由に行われるとするならば、右建築基準法上の規制を容易に潜脱することができることになる。そこで、自己所有地の土盛も全く自由というわけではなく、その土盛を必要とする土地所有者側の事情とその土盛によって隣接地等に影響を及ぼす影響等を比較検討し、右土盛を行うことが社会通念上妥当な権利行使としての範囲を逸脱し土地所有者の権利の濫用であると認められるような場合には、土盛を行うこと自体が許されないというべきである。」という規範論を述べる。

そして、「これを本件について検討するに、」として、事実の評価及び規範への当てはめのレベルにおいては次のように述べる。本件土盛が、本件建物の下に駐車場を設けるために行われた「単に土地を効率的に利用するという私益を図る目的で行われたにすぎないこと」また「本件土盛の結果、原告らの隣接地と1.2ないし1.6メートルの高低さを生じることとなったこと、原告らのうち1名が「冬至の日に午後1時半まで日照被害を受けることとなったのを初めとして」「うち3名が日照被害を被ることになったこと」「そのために土盛上の本件建物が建築基準法上の高度地区の北側斜線制限に抵触するとして建築指導事務所から是正に必要な部分の工事停止命令を受けたにもかかわらず工事を続行したこと」については、被告土地所有者 Y1 の「権利の行使としてはかならずしも相当ではないことを一応基礎づけるものである」としつつも、

「しかし、他方において本件土地と原告のうち3名の敷地との境界付近にはもともと高さ1.8メートルの万年塀が存在し、本件土盛を支える擁壁は右の万年塀と同じ高さにされたこと、原告の他の一人の敷地との境界付近にも高さ1.4メートルのブロック塀が存在し、本件土盛を支える擁壁は右ブロック塀よりも0.2メートル高いだけであること、及び本件土盛りはその擁壁内に擁壁よりも低いか同じ高さまで行われたものであること」を認定し、「そうすると、原告ら敷地の日照、通風については右万年塀 やブロック塀によって既にある程度阻害されていたものであって、本件土盛り自体によって変更を受けたとしても、その程度はわずかにすぎないことが推認できる(カッコ内略)」 「従って、本件土盛りのうち原告らが撤去を要求している部分を撤去したとしても、右のような万年塀、ブロック塀及び本件建物が存続する以上、原告らの日照等が改善されるものではないことは明らかである。」として、「本件土盛による原告らの敷地に対する、日照、通風、排水に関する直接の影響はわずかであり、しかも、本件土盛り上の建物による日照被害も社会通念上受忍すべき限度を超えるということとはできないから、本件土盛を行うことが権利の濫用にあたることとまではできないといわざるをえない」として「本件建物が既に完成し、本件土盛の北側部分では、その表面がコンクリートで固められており、しかも本件土盛中には配管等が埋設されている」ことから、「被告Y1にとってはこれらを撤去することは多額の費用を要することが推認できるのであって、原告らの日照等の被害の改善に役立たないにも関わらず本件土盛の撤去を求めることは、この点からいっても妥当ではない。」として、本件土盛の撤去請求について棄却した。同時に、原告らの日照被害の程度等右認定の事実を総合して判断すると、原告らの日照被害はなお受忍限度の範囲内

であると解するのが相当」として損害賠償請求も理由がないとした。

(3) 若干の検討

1) 裁判例①及び②について

賃借権に基づく妨害排除というよりも、それを含んだ、環境権や人格権に基づく、強い「必要性」と「許容性」に基づき妨害排除請求が認められた事案というべきであろう。

2) 裁判例③について

対抗力ある賃借権の敷地自体の侵害ではなくそれに基づく長年物干し場として適法かつ平穩に利用してきた利用権の保護というべき事案である。

3) 裁判例④について

土盛りによる日照等の被害について、原告らが土地賃借権若しくは建物賃借権に基づき、土盛りの撤去を求めた事件であるが、日照や通風に対する侵害は、環境に関わる権利の一種あるいは、その程度によっては人格権の侵害とも構成し得る利益である。

本裁判例では、その結論はともかく、Xらの土地賃借権や建物賃借権そしてそれと密接にかかわる日照や通風等の環境に関わる利益に基づく妨害排除請求の「必要性」は否定できないものの、被告Y1の工事がすでに完成し、被告Y1の土盛り工事を施し固定化した土地及びその上の建物所有権との関係で、その「許容性」を否定したものといえる。

結論について若干言及すれば、このような判断傾向は問題があるといえよう。というのは、東京都の「建築指導事務所」が、建築確認の際には、その添付図面によると本件土地の平均地盤面が道路から1.05メートルの高さとなることから、35センチメートルにするよう行政指導を行ったところ、Y2は修正した添付図面に差し替えたが実際には当初の図面通りの工事を行わせたとか、さらに

同建築事務所は、本件建物の完成前に、北側斜線制限（60センチメートル：建築基準法58条）に抵触しているとして、再三違反是正の指導を行い、更に違反是正に必要な部分の工事施工停止を命じたが、これにも従わなかった事実が認定されている。このようにして強引に完成させた土盛りやその上の建物に対して、妨害排除請求を認めないのは、あまりに私的「所有権」の偏重でその公共性や社会性を無視するものではないか。

あるいは、行政法規やそれに基づく行政機関の命令を無視して、工事を決行し工事を完成させれば、私法上は既得権として保護されるというのでは、公法的規制と私法上の効力は区別されるとしても、それは過剰な区別の類ではないかなどの疑問が生じうる。

このような問題は、その「必要性」と「許容性」についての相関関係を考慮する要素となるものであり、この点どのような各事例においてどのような具体的な社会的要素を重視するかによって、特にその「許容性」の判断は異なりうるものとなる。そこでは、その「許容性」についての、社会認識に基づく「価値判断」が避けられない。しかし、だからといって、それを避けるために旧来の固定的なドグマに法的安定を求めることが常に妥当だといえるであろうか。社会的利益の衡量には一定の「価値判断」は避けられないが、その「価値判断」についても真剣に哲学的な議論を積み重ねていけば、一定の幅や柔軟性はあっても（あってしかるべき場合が多いであろう）、なにが「善きこと」なのかという一定の「共通理解」に至れる可能性があるように思われる⁽¹¹⁾。このあたりの議論になると、軽々な断定は控えるべきであろうから、これくらいにして今後のさらなる検討に委ねたい。

2. 「通行権」の裁判例⁽¹²⁾

(1) 検討の観点

ここでの検討の基本的観点は、上記1. の(1)で述べたことと同様で

ある。ただ、この裁判例の類型は、「物の利用」権のうち、不動産の利用にとってそこへの出入りのための「通行権」は不可欠のものといえる。それが生活の基盤であればまさに「生活権」ともいうべきものである。そしてそれは、健全で平穏な「占有」と密接に関連するものでもある。このような観点から、妨害排除請求権あるいはその一種とされる「袋地」の「囲繞地通行権」の「必要性」あるいは「許容性」が具体的に検討されるべきではないかと考えている。

(2) 裁判例

1) 「通路の共同利用者間での利用関係の調整」

⑤東京地判昭和63年2月26日（判時1291号75頁）

[事実] 隣接して借地権をもち、家屋を所有し、居住しているXYが、公道に出るため通路を共同で賃借していた。Yが通路に専用賃借権を有すると思込み、通路上に自動車を駐車させ、Xの歩行を妨害した。XはYに対して賃借権に基づく妨害排除請求ならびに妨害予防請求として、自動車の撤去と、今後土地上に自動車を駐車させ、簡易車庫、門および門扉等を設置してはならないとの裁判と、損害賠償を求めて本訴に及んだ。Xは借地上の所有建物に登記を具備している。

[判旨] 「本件（通路の：西島注）土地について原告Xも賃借権（建物所有の賃借権に付随するものである。）を有することは」前記二3のとおりであり、被告Yらが右三に記載のとおり、本件土地に日夜、原告X主張の車を駐車させることは原告Xの右賃借権の行使を妨害するものであるから、被告Yらはこれを撤去するべき義務がある。」とし、

「また、被告Yらの前記の主張（請求原因3（一）参照。）によれば、被告Yらが本件土地上に今後、自動車を駐車させ、簡易車庫、門及び門扉等の工作物を設置する虞れのあることが認められ、原告Xは被告Yらに対し、賃借権に基づき、その

妨害予防としてその差止め求める権利があるというべきである。」とする。

2) その他の「通行権」の裁判例

⑥東京地判昭和44年3月29日（判タ237号284頁）

[事実] 分割して賃貸したために公路に接しなくなった土地の賃借人は、民法213条2項の準用により、他に分割譲渡された隣接地につき囲繞地通行権を主張し得るかという事案である。単純化すると、同一の所有者に属するA地、B地、C地があり、まず、A地はXに、B地は別人に賃貸され、B地は公道に接しているが、A地は公道に接していない。XはA地上に登録された建物を所有している。その後、C地はYに譲渡された。最後にC地が譲渡されたために、A地が袋地になった場合にも、民法213条2項が準用され、A地の賃借人Xは、現在Y所有のC地について無償の囲繞地通行権を取得するかという問題である。これに対しYは、A地はその隣接地で公道に接しているB地といまだ同一の所有者に属しており「袋地」ではないし、土地の賃借人自身が囲繞地通行権を取得するいわれもない、と抗争した。

[判旨] まず本判決は、第1の問題として「囲繞地通行権は、隣接する不動産の「利用関係」の調整を目的とする相隣関係の一場合であるから、土地所有権の内容を土地の「価値」に対する権利と「利用」に対する権利とに分けた場合に、後者に関する権利であることは明らかである」とし、民法210条1項が囲繞地通行権の権利義務の主体を他人の土地に囲まれて公路に出られない「土地の所有者」としているが、その理念に照らして「所有者以外の土地利用権者のためにも、その性質に反しない範囲態様において準用されるべきものである」とし、まずB地に対してA地は「袋地」であることを肯定した。

第2の問題としA地が所有者を異にしかつ「公路」に接しているC地との関係で、なお「袋地」と言えるか否かについて、公路に接しているB地はいまだ同一所有者に帰属するとはいえ「C地が譲渡される前にB地上に家屋が立っていて、A地の賃借人がB地を通行するためにはこれを一部取り壊さなければならないが、C地上には何もないので自由に通行できるような場合を考えると」C地の所有者との関係においても、民法212条が「償金を支払うこと」を予定していることにも照らし、「公平な土地の利用関係の調整という目的」からは、なお「袋地」ということができるとする。

そして、第2の問題が肯定されたとして、第3の問題としてA地の賃借人は賃借権者たる地位においてC地に囲繞地通行権を主張しうる場合があるかについて「囲繞地通行権は、囲繞地の利用（通行）を妨げられることが実質的には袋地の利用そのものを妨げられたのと異なることから、～中略～囲繞地通行権はいわば物権的妨害排除請求権の性質をもつものということができる。従って、所有権以外の土地利用権について民法210条以下の規定を準用する場合においても、当該袋地と所有権者を異にする囲繞地について通行権を主張する場合には、当該権利が第三者に対して妨害排除請求をなしうる場合に限られるものと解さなければならない。」として、土地賃借権については賃借権が「対抗力」を備えた場合に限られ、本件原告Xらは借地上に家屋を所有し且つ家屋の所有権取得登記を了して、その借地権につき「対抗力」を備えているから「原告Xらは民法210条1項の準用により、囲繞地通行権の主体たりうるものというべきである。」とする。

そして、第4に、土地の一部譲渡によって公道に接しない土地が生じたときには、他の分割者の所有地に対する「無償の通行権」が生じる（民法213条2項）ところ、本件のようにまず

A地、B地が賃貸された後にC地が譲渡され、Cの譲渡によってA地が「袋地」になったような事情の下では、A地の賃借人がC地について民法213条の準用を認めて「無償の通行権」を取得するか否かという問題については、「隣接土地の利用関係の調整という理念」に照らして、この場合には許されず原則に戻って211条1項の「通行の場所及び方法」に関して「必要最小限」の要件が充足されるかどうかを検討されるべき」とし（西島注：212条の「償金」の支払いも問題となりうる）、最終的に「原告Xらをして本件係争地たる幅員2米（メートル）7糎（センチ）、長さ16米6糎（右事実は検証の結果認める）の被告ら所有地を通行せしめることが、必要にして且つ圍繞地の為に最も損害の少ない方法であるとみるのが相当である」とした。

⑦大阪地判昭和48年1月30日（判時721号70頁）

[事実] 本件道路とその両側にある原告Xらの居住地がすべて元A所有に属するものであったこと、および昭和4、5年ごろから本件道路の南北両側に原告Xら主張の如き家屋が順次建築されはじめた。その後、原告らXの主張の如く、本件道路の北側にある土地がAの相続人Bから財産税として大蔵省に物納されたのち、同省から順次分筆譲渡されるなど、その他の土地も分譲譲渡されたものであることに争いはない。本件道路は、幅員5.5メートル、長さ約36メートルの東西に細長い長方形で、その西端は南北に通ずる公道と接し、その東端も南北に通ずる公道に接する土地であり、その南北両側に原告Xら居住の家屋がある。本件道路は、昭和4、5年頃原告Xら主張の家屋が建築されはじめ、当初から当時の所有者Aから右家屋に居住する者らのための道路として無償使用させるべく提供され、以後、本件道路は右家屋居住者及び付近の住

民により道路として使用されてきた。

被告 Y 1 が、昭和37年4月ころ、本件道路を買い受けるまでの30数年間その所有権は数度にわたり移転していたが道路としての利用状況の変更はなかった。被告 Y 1 は、直前の所有者が本件道路（公募上は「宅地」になっていたとされる）の一部を通路に残しておけば他は自由に使用しても差し支えない旨話していたとし、本件道路上に家屋を建築する予定でこれを購入し、2階建ての建物を建築しようとしたが大阪市長に建築基準法に違反するとしてその工事の中止・建築物の撤去を命じられた。そこで、結局被告 Y 1 は、その氏が商号に付された被告 Y 2 建設株式会が所有又は管理する建築資材や廃材などの本件妨害物件を置いた。その際、被告 Y 1 は、本件道路の北側及び南側に歩行又は自転車で通行することは可能である程度の通路は残しているが、自動車の通行はできず、従前のように自由に使用、通行することは不可能になった。

原告ら X20名は、本件道路の両側の分譲土地を所有し、あるいは同所の土地を賃借して家屋を所有し、あるいは家屋所有者から賃借する者であるが、Y 1 及び Y 2 に対し、①不法行為、②「生活権」の一種としての「日常生活上の使用通行権」並びに「慣行による地役権」、③通行地役権、④囲繞地通行権の、各根拠に基づく妨害排除請求として、廃材などの撤去を求めた事件である。

[判旨] 原告 X らの請求のうち、上記①、②、③については否定し、④を根拠とする原告 X ら請求について、次のように述べて、X らのうち土地所有権を有している者8名についてだけ、妨害排除請求を認め、他の建物所有目的の土地賃借権者あるいは家屋の賃借権者についてはその請求を棄却した。「囲繞地通行権は、袋地を利用価値あらしめる公益上の必要のために隣接地に対し通行権を認めるというものであり物権的請求権

たる性格を有するものと解されるから、圍繞地通行権を主張し得るものは、その袋地につき所有権、地上権、賃借権その他少なくとも物権的妨害排除権能を持ち得る権利を有する者（占有権者を除く）に限られると解するのが相当である。とすれば前記家屋敷地につき賃借権を有するけれどもこれが対抗要件を備えていることの証拠はない者（所有家屋は同姓の息子名義）は物権的妨害排除権能を有せず、袋地上の家屋に居住しているとはいえ、その家屋を賃借し、あるいは、他人の所有家屋に同居しているにすぎない者は、その敷地部分について右の如き権能をもつ権利を有するとは認めがたいので同原告らは固有の圍繞地通行権を有しないというべきである。」

⑧東京地判昭和56年 8 月27日（判時1024号78頁）

[事実] もともと本件の甲土地と乙土地は一筆の土地であり、ともに A 所有であったところ、その一筆の土地を、X1 は昭和4年ころ A から甲土地部分を賃借し、Y も A から乙土地部分を賃借していた。そして乙部分が公道に面しており、乙部分の一部に通路が開設されて使用されていた。その後昭和23年に財産税の物納により大蔵省の所有になり、同25年払い下げのため甲地と乙地に分筆され、甲地は X1 の乙地は Y の所有となったところ、その際も本件通路はそのまま通路として払い下げられた。X2 は甲地の一部を X1 から賃借し同地上に居宅建物を所有している。ところが、Y は、昭和44年、乙地の建物を増築するにあたって本来幅が約2メートルあった本件通路上に約72センチ侵入したうえ、さらに自動販売機5台を設置しその他箱等の物品を置いているため、その通路は狭いところでは、約0.7メートル余になっている個所もあり、常人が傘をさしたまま通行することもできず、やや大きな荷物を搬出入にも困難を感じるほどの状態となっていた。

そこで、X1とX2は、Yに対し、①大蔵省からの払い下げの際「通行地役権」が設定されたといえること、それが認められないとしても①民法213条による圍繞地通行権に基づき通行妨害排除請求、および②そうした妨害により多大に苦痛をこうむっており不法行為に基づく損害賠償（慰謝料）請求を掲げ、昭和53年、本訴提起に及んだ。

[判旨] 大蔵省からの払い下げのさい通行地役権が設定されたとする原告らの主張に対してはその事実を認めるに足る証拠はないとしつつ、「次に、民法213条による圍繞地通行権について考えるに、同条第2項は土地を分割してその全部を同時に譲渡した場合においても類推適用され、これによって生じた袋地の譲受人は、もとの土地残余地に対してのみ圍繞地通行権を取得すべきところ～（中略）～本件の場合、原告X1は甲土地の払い下げによって国（大蔵省）に対し残余地である土地（地番省略）部分に対し民法213条第2項に基づく通行権を取得し、かつ前記のとおり当時すでに本件通路部分が通路として開設されていたのであるから、まもなくこれらの部分の払い下げを受けたB及び被告Yに対し右通行権を主張し得るものというべきである。」とした。

しかし他方で、原告X2については、「袋地の賃借人に圍繞地通行権があるかどうかについて考えてみるに、圍繞地通行権は袋地の所有権の行使が妨げられている状態を回復するために認められたものであって、袋地の物権的請求権の性質を有するものであるから、これを物権以外の利用権に準用するには、該利用権が物権的妨害排除力を是認される程度のものでなければならないというべきところ、原告X2の賃借権につきこれが対抗力を具備していることの主張立証はないから、同原告の主張は採用できない。なおこのように解したとしても同原告としては原告X1に通行権があることの反射的效果

として本件通路部分を通行し得ることは勿論であるから、実際上の支障はないものと考えられる。」とした。

(3) 若干の検討

1) 裁判例⑤について

この裁判例についての赤松教授の位置づけは次の通りである。

「本判決の論理は、Xが建物を所有する甲地の賃借権のもつ」対抗力が、その利用を助ける通路の賃借権にも及び、これに基づき妨害排除請求権が認められる、というものと思われる。～(中略)～結局本判決は、従来の判例理論の延長線上に位置づけられうるものと考えられる。」とされ、「形式的には、借地権と本件(通路の：西島注)土地の賃借権は別個の権利と言えるかもしれない。しかし、玄関から公道に出るには、現実問題として、本件土地を通行しなくてはならない。形式論理ではなく、このような現実の生活事実を即して見る限り、借地上で営まれる生活と本件土地の通行とは一体である。したがって、借地上での利用の継続が特別法により強力に保障され、そのため、その不法な侵害を排除しうらなければ、同様の効力は本件土地の通行まで拡張されなければならない。」⁽¹³⁾とされる。

なお赤松教授は、この賃借権に基づく妨害排除請求権について、「私見は、対抗力を備えた不動産賃借権に本権的な妨害排除請求権を認める判例理論を若干修正し、借地法、借家法などの特別法が適用され、継続性をとくに強力に保障された賃借権については、対抗力の有無を問わず、妨害排除請求権を認めるべきものと解する。これらの特別法は、たとえば、数十年にも及ぶ継続性を保障することにより、賃借人がそこで営む現実の生活事実としての利用の継続を保障している。したがって、この理由の継続が、第三者により不法に侵害されたときには、これを排除する請求権が附与されると考えてよいからである」⁽¹⁴⁾。

これに対して、この裁判例の位置づけに関する以下のような鎌田薫教授の異論がある⁽¹⁵⁾。鎌田教授は次のように述べられる。本判決は、「賃借権に基づく妨害排除ないし妨害予防の請求」といった表現を用いてはいるものの(カッコ内略)、実質的には、共同賃借人の一人が共同賃貸借契約上の利用権限を越えた占有使用を行う場合に、他の共同賃借人が契約内容の遵守を求めうるとしたものと解することができ、その意味では、賃借権の排他性その他の物権類似の性格に基づいて認められる妨害排除請求権の行使の問題ではなく、共同賃貸借契約上の債務の履行を求めたものにすぎないと評価するのが正当であろうと考える。」と評される。そして、「本件では通路の共同利用者間での利用関係の調整が問題」であり赤松説のように「従来判例の延長線上に位置づけることは妥当ではない」との意見に「賛成するものである」と述べられている⁽¹⁶⁾。

このような意見に対しては、私は次のような評価も可能であると考え。たしかに、共同賃借人間の目的物の利用の場面での利用関係の調整の問題ととらえることはもちろん可能である。そしてこのようにとらえることが「妥当」であるという意味は、法的紛争あるいは問題の処理は、具体的な場面に即した具体的な制度ないし規律手段がある場合は、その具体的な規律でできるだけ対応するのが「妥当」であるという意味を含むのであろう。

しかし、そのことは、常に、そうした具体的規律手段以外の規律は認められないという意味であろうか。同じく妥当な紛争解決を導く他の規律手段がある場合は、それも同時に認めることには、実務上の「武器の多様性」を保障する実益もある。このことは、契約責任と不法行為責任の併存・競合を認める実務・通説の立場からも是認されることだと思われる。

そして今ひとつ、赤松教授のような位置づけをすることに以下のような有用性があると思われる。赤松教授が賃借権に基づく妨害排除請求権の延長線上ないし拡張の問題と位置付けられたこと

は、その大きな要因として、「物の利用権」における保護のあり方として一般的抽象的には「保護の必要性（の可能性）」があることを前提として、具体的な妨害排除ないし予防の「必要性」のある場面として、そして、物権・債権という民法の体系的・基本概念の区別の射程外の問題として、その保護のあり方の「許容性」が認められる場面であることを示す一例として、大きくとらえることも可能ではないかと考えられる。

そうした大きな視点からこうした問題を検討することは、権利一般についてどのような場合に妨害排除効ないし差止請求が、物権的請求権類似の土俵における保護手段として、あるいは不法行為の土俵における人格権等に基づく差止請求権による保護手段として、それらを検討する共通の視点を持つことが可能になることを示唆するものであり、その意味で有用性を持つのではないかと考える。

2) 裁判例⑥について

本判決の「判断の構造」が、「袋地の利用」すなわち「物の利用」を内容とする権利の侵害態様である「妨害」の排除請求権の「必要性」を前提にし、その排除請求が「許容」されるかを考慮する判断構造になっていることを意識すべきである。そしてその「許容性」は、他者の権利（ここでは圍繞地の所有権）を制限してでも、その主張が許容されるほど、「物の利用権」を妨害排除という態様の保護の必要性が強いことが問題とされているのである。そして、判例・通説で形成されてきた不動産賃借権者の地位を当該不動産の新取得者（新所有者）にも主張し得るという意味での「対抗力」を備えて、その賃借権の「保護の必要性」が強化されていることに照らして、妨害排除効を「許容」という「判断構造」の本質を意識すべきではないかと思われる。

そこに現れている「妨害排除効の根拠」は、その「物の利用」を保護すべき「必要性」の「強度」と、排除ないし制約される第

三者側の権利・利益について「制約」が「許容」される要素があるか否かの相関的な比較衡量から決せられているのである。そのことを不動産賃借権の「物権化」という現象の説明ないしイメージに仮託された説明がなされてきたのが従来の説明（たとえば我妻・物権法185頁）の本質であったように思われる。その事柄の実質をよりシンプルに言語化すれば、上記で述べたような「判断構造」や正当化「根拠」として表現できるといえよう。端的に言えば「物の利用権」であれば、それが物権であるか否かに関わらず。それが法的な権利である以上「妨害排除請求権」による保護の可能性は抽象的には常に存在しているのであり、ただ、それがどういう場合に具体的に認められるか否かについては、その保護の「必要性」の程度と、他者の権利・利益の制約が「許容」されるかどうかにかかっているとと言えるのである。

3) 裁判例⑦及び⑧について

裁判例⑦の判決が示すように、対抗力ある土地賃借権であれば、物権的請求権たる性格を有する囲繞地通行権を認めうるとしており、対抗力ある不動産賃借権の「物の利用権」たる保護の必要性の強化をはかっているといえる。

しかし、他方で、本件のように被告 Y が本件道路を買い受けるまでの30年数年間も X らの共通の道路として利用されていた状況があり、しかも、被告 Y らの本件道路の使用すべき必要性は必ずしも差し迫ったものとはいえず、また被告ら所有の妨害物を本件道路に置くのは必要不可欠ともいえないことが判決理由中に認定されているにもかかわらず、原告 X らのうち、対抗力のない敷地賃借権あるいは家屋賃借権にすぎないときは、本件道路使用がその居住の利益と密接不可分な場合であっても、裁判所がその保護の必要性を一律に否定したことは疑問の余地がある。たしかに「生活権」というのはいかなる性質・内容の権利か不明確であり、それによって他者の利益をどこまで制約し得るか明確な「権利」

とは言えない。しかし、だからといって、本件のような具体的事情の下において、長年の生活居住の基盤として極めて必要性の高い本件道路の通行との関係での利益があり、少なくとも本件事情の下における「生活権」という言葉で主張したかった原告らの利益は不明確とは言えないと思われる。このような「物の利用」の保護の「必要性」とその「許容性」を具体的事情の下に比較衡量し、「物の利用」に即した妨害排除効を認めることを検討する余地はあると思われるのである。それを具体的に検討する場合に、「物権的請求権」の延長線上の土俵で行うか、あるいは、不法行為の被侵害利益の種類性質と侵害行為の態様の相関関係でそれにふさわしい効果としての妨害排除あるいは差止めの延長線上の土俵で検討するのか、論理的には、いずれの土俵でも検討可能であると思われる。ただし、どちらがその適切な保護のための「土俵」としてベターかは、今後、これまでの裁判例でも問題となった人格権や環境に関わる利益などの事案をあらためて検討してみる必要があるように思われる（当然であるが、後掲注(31)のこれまでの先行業績をふまえなければならない）。

そして、このような観点は、上記⑥裁判例よび⑧裁判例も同様な位置づけが可能であると思われる。

さらにいえば、このような問題は、平穏・健全な「占有」の保護ということにもつながるように思われる。この点、ローマ法の観点からは、公道公水に接し得ない占有の単位は「地役権 (servitus; セルヴィトゥス)」は約定によらなくとも「当然に物的に成立し、隣接地の占有者は通行等を無条件で甘受しなければならない」「隣接する a と b は全く政治的でない善隣友好関係に立つことを要求される。」⁽¹⁷⁾。この健全な「占有」保障の問題が、「物の利用権」本権に基づく妨害排除請求権や人格権侵害等に基づく差止請求権などと、どのように連動するのか、すべきなのか、大変興味深い問題のように思われる。

3. 「賃借権以外の権利—不可侵性論の残照？」として整理されている裁判例⁽¹⁸⁾

(1) 検討の観点

以下の裁判例は、不動産賃借権ではなく、ゴルフ場利用権に基づく請求について妨害排除請求を認めた裁判例である。赤松教授は、「大審院時代をほうふつとされるような不可侵性論が再び持ち出されていることが注目される。」とされ、「戦後の判例としては例外であろうが、最高裁の判例理論によれば、現行法上対抗力を具備する方法が認められていない債権については、後述の債権者代位権の転用の他は、不可侵性論を持ち出す以外、救済の方法がないということか。」と述べられている⁽¹⁹⁾。

(2) 裁判例

⑨東京地判昭和48年10月30日（判時733号70頁、判タ301号152頁、金法722号36頁）

[事実] ゴルフ場会員権者1100名余から選定されたXらに、ゴルフ場経営者Zに対する債権であるゴルフ場利用権に基づき、ゴルフ場を買収し宅地を造成しようとした業者Yに対し工事中止の仮処分申請を、7億円の保証を条件に、以下の[判旨]のように述べて認めた事例である。

その前提として次のような事実がある。Zは、多額の負債をかかえ資金繰りに困り、昭和43年10月21日、Yに対し、本件ゴルフ場のうち約5万坪の本件土地を1坪当たり5000円合計2億6240万円で、買戻し代金1坪当たり6000円、買戻し期間は約5カ月とする特約付きで売却した。その後Zは、その買戻し期限に買戻しをすることができず、ようやく昭和47年10月20日4億316万円余円の弁済供託をなしたが、Yはその効力を否定して本件土地の返還に応じずブルドーザーを入れ宅地造成に着手した。そこで、Zは、Yに対し、上記買戻し特約付き

売買契約が公序良俗に反し無効である等の主張をし、所有権移転登記手続請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分を申請したが、同事件はZが敗訴したために、Xらが本件仮処分申請に及んだ。

〔判旨〕Xらの被保全権利たるゴルフ場利用権に基づく妨害排除請求権の有無について以下のように判断した。まず一般論としては「ゴルフ場利用権が債権である以上、現行法の解釈として、それが第三者に対する対抗力ないし排他性を有するものとは到底解することができない。蓋し、物に対する支配権であって排他性をその本質的属性とする物権と、人に対する権利であってその満足が当該人の自由な意思による給付行為に依存するのを建前とし、排他性は有しないところの債権との区別を厳格に維持することは、民法の基本理念である個人人格の独立と契約自由の原則を実定法解釈の次元で保障するゆえんであって（下線は西島による「下線①」とする）、債権に第三者に対する対抗力ないし排他性を軽々に認めることはできないとし、ゴルフ場利用権は第三者に対する「対抗力」ないし「排他性」についての実定法上の根拠を有する不動産賃借権と同列には扱えないと述べる。

しかし、「凡そ権利は物権であれ、債権であれ、なに人もこれを違法に侵害することは許されない。この意味において債権も不可侵性を有する。」とし、「債権の内容が物の利用を目的とするものであるとき、第三者によって当該物の利用を違法に侵害され、ないしは侵害されようとしている債権者が直接に当該第三者に対して、侵害の排除ないし差止を求めることができるか否かは、周知のとおり争いの存するところであるが、いやしくも債権に前述の意味での不可侵性のあることを承認する以上、これを肯定的に解すべきは論理上当然」とする。

そのうえで、「問題は、物の利用を目的とする債権がいかなる場合に第三者によって違法に侵害されたと言い得るかに在る」とし「第一に債務者が債権者に対し当該物を債務の内容に従って利用させようとしており、その結果として、第三者の侵害行為がないとすれば、債権者が当該物を債権の内容に従って利用できる状態に在る場合でなければならない」「第二に、第三者が当該物につき債務者との間に有効な取引関係に立つものではなく、全くの無権利者でなければならないものと考えられる。」（下線は西島による「下線②」とする）とし、「ゴルフ場利用権も前判示のとおり、物の利用を目的とした債権の一種と解されるのであるから～中略～この権利を違法に侵害し、又は侵害しようとする第三者に対し、直接にその侵害の排除ないし差止を求めることができる」とした。

そして本権では、契約当時の目的物の時価が売買代金の4倍以上であること、買戻期間が約5カ月で比較的短期であったこと、売主Zは金融を望んでいたことなどの事情から、本件買戻特約付き売買契約が担保目的でなされたと認めうる可能性があるかと判断した。さらに本判決は、そうした「担保的構成」がとられる場合には、買戻代金につき利息制限法の適用があること、売主は買主が担保を前提とした清算行為を為すまでは買戻権を行使しうることを明らかにした⁽²⁰⁾。

ただ、直ちに本件買戻約款付売買が売渡担保であると断定することはできないから、被保全権利の疎明に変わる保証提供期間を定めない7億円の「立保障」⁽²¹⁾によって、Xの仮処分申請を認めた。

(3) 若干の検討

この裁判例⑨は、私の問題意識からも大変興味深い論旨を展開している。追って、さらに詳細な分析が必要であると考えている。ここで

は次のことだけを指摘しておきたい。

本裁判例は、たしかに大審院時代の「権利の不可侵性論」を明示的に前提としてはいる。しかし、注目すべきは、以下の論旨である。その妨害排除請求権が認められるか否かについて、債権が「債務者の自由な意思」による給付行為に依存する権利であり、物権と区別される、その「非排他性」は民法の基本理念である「個人人格の独立」と「契約自由の原則」を実定法解釈の次元で保障する趣旨であるとし（上記下線①）、その実質的根拠に照らして必要な場合には債権に基づく妨害排除請求権は否定されるべきであるが、その実質的根拠が働かない場面では、債権であっても「物の利用」を内容とする権利に基づく妨害排除請求権の発生が必要とされかつ許容され得ることがあることを明示していることである。

この論旨は、「物権」と「債権」の区別、その権利の一般的性質である「排他性」や「非排他性」から直ちに、不動産賃借権のような「物権化」をテコとしない妨害排除請求権が肯定される可能性と、その実質的根拠に照らした要件（上記下線②）を明示していることである。このことは、既存の所有権等の物権的請求権は、体系的定型的に一般的にそれが肯定され得る権利であることは当然であるが、それはその他の権利にそれに類した妨害排除請求権等が発生しえないとすることまで意味しないのではないか、「権利」の内容あるいは「性質」を実質的に考慮し、その妨害排除請求権あるいは差止請求権の「必要性」や、その「許容性」の範囲や限界等を、実質的根拠に照らして判断する発想を「許容」してもよいのではないか、という私の問題意識に適合しているように思われる。

第4 本稿における一応の「まとめ」

ここでは、物権と債権との区別をどのような場面でどの程度強調すべきか、すべきではないかという問題や、対抗力未取得の不動産賃借

権に基づく妨害排除効の肯否と関わる物権的請求権の根拠をどうとらえるのかという問題⁽²²⁾について簡単に述べておく⁽²³⁾。

物権的請求権の実質的根拠は何か。それは所有権・用益物権がその客体である物についてそれを使用・収益することを内容とする権利だからである⁽²⁴⁾。その使用・収益を妨げる第三者の侵害を排除する効力が「必要」である（「必要性」の要素）。ただし次に、それがどの範囲で「許容」されるかという問題がある（「許容性」の要素）。物権といえども、それが「許容」される人的な範囲は一律ではない。不動産物権の場合には「登記」がないと、その登記の欠缺を主張する正当な利益がない不法占拠者などに対してしか妨害排除は請求できない「相対性」を有する。

一方、物の債権的利用権といえども、物の使用・収益をする権利内容であることには変わりがない。特に不動産賃借権は、その使用・収益を妨げる妨害行為を排除する効力の「必要性」は強い。しかし、他方で、債権は、一般的には債務者にしかその権利内容（給付行為）を主張することは「許容」されない「非排他的」な「相対的」な権利と構成されている。では債権の「相対性」あるいは「非排他性」とは何か⁽²⁵⁾。

債権は、その内容実現を債務者の意思に依存させる権利であり、特にその発生原因が契約である場合には、その債務者の自由な意思を介して、何人でも後から同一内容の平等な順位の債権者となることが保障され（非排他性）、これが「自由競争」を担保する。したがって、後から債権者となる態様で先に成立した債権の内容を妨害する第三者（例えば二重賃借人）に対しては、原則としてその妨害排除は「許容」されない。債権侵害の不法行為の成立が限定されるのもこの観点からである。しかし、債務者の意思を介さないで債権の内容を侵害する場合には、債権の「非排他性」や「相対性」の制約理由は少なくとも遠ざかる。

この観点から不動産賃借権の「対抗要件」具備は、目的不動産の物権取得者にもその権利内容を主張でき、かつ、二重賃借などの優劣

決定基準でもあるとすれば、その妨害排除等の請求を主張できる人的範囲は、登記ある地上権と同様に広く「許容」される。さらに、対抗要件未取得の不動産賃借人にとっても、不法占拠者については債務者（賃貸人）の意思に関わらない（それが私的自治ひいては自由競争を担保するものであるが）「相対性」「非排他性」の範囲外であり、妨害排除効が「許容」されると解することができる⁽²⁶⁾。

そう考えると、特に対抗要件のある不動産賃借権の「妨害予防請求権」も認めてもよいように思われる。実際上の必要性もあり得るように思える。さらに所有者からの不動産使用借人（民法593条）も不法占拠者を排除することが「許容」されうる⁽²⁷⁾。改正前には使用貸借は「物を受け取ること」が効力発生要件である「要物契約」であったが（改正前同条）、改正民法593条により「諾成契約」化され、占有訴権により保護できない場合が生じ得るからである（未だ占有取得のない使用借権はそこまで保護する「必要性」は低いという意見もありうる。しかし、常にそうであろうか？改正法により諾成契約化された理由にも関わる。）。他方、処分権者からではない純粋な債権的賃借人は、その保護の「必要性」の程度を考慮すると、「許容」されないことになろうか⁽²⁸⁾。

以上、本稿では、「権利の内容」の保護のあり方としてその権利の実質的内容から物権的請求権類似の妨害排除請求権等の効果を認める「必要性」やその程度を検討し、それに対する制度的又は他者の対立利益などの「障害的事由」との関係での「許容性」を検討し得るのではないかという仮説を提示してみた⁽²⁹⁾。

この賃借権等「物の利用権」に即してのこの仮説についても、さらに十分に論証することは今後の課題であろう⁽³⁰⁾。また、こうした発想により、不法行為法の分野で現れている人格権や環境関連の権利・利益の妨害排除請求・差止請求の問題を統一的に理解できるか否かを今後検討する必要がある。客観的な妨害等に基づきその排除請求等が可能な物権的請求権類似の効力と、故意・過失を前提に「違法性」を考察する不法行為に基づく差止請求権との関係をどのように理解するの

か検討する予定である⁽³¹⁾。

以 上

(注)

- (1) これまでの議論の整理については、後掲注(4)「赤松論文」26頁以下、後掲注(23)近江313頁以下を参照。
- (2) この理論的な問題が上記の残された若干の実際上の問題の解決の仕方に影響するだけでなく、さらに広く権利の内容とその保護の在り方の問題に影響を及ぼすと考えている。
- (3) 星野英一『借地・借家法』有斐閣(1969年439頁以下、同444頁注(六)も参照)。
- (4) 赤松秀岳「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」椿夫編著『講座・現代契約と現代債権の展望 第一巻 債権総論(1)』(1990年、日本評論社)25頁以下(「赤松論文」として以下で適宜引用する)。その背景に基礎的・比較法的研究として赤松『物権・債権峻別論とその周辺』(1989年、成文堂)がある。その後、赤松教授には『賃借権の侵害』民法総合判例研究叢書(一粒社、2000年6月)で、関連する裁判例を総合的に整理研究された労作がある。
- (5) 賃借権に基づく妨害排除請求権についての、この観点からの簡単な分析は西島良尚「第三者の債権侵害と妨害排除(605条の4)」伊藤進監修・長坂純・川地宏行編『改正 民法「債権法」における判例法理の射程』(第一法規、2020年)577頁以下を参照。
- (6) 前掲注(4)赤松論文、特に43頁以下参照。
- (7) 前掲注(4)赤松『物権・債権峻別論とその周辺』の研究は、後掲注(29)でも述べるように、私の問題意識にとって、今後さらに精査検討し教えを受ける必要がある研究であると考えている。
- (8) 前掲注(3)同書。ここでは、私の最初に述べた問題意識との関連で、特に取り上げなければならない裁判例に絞って取り上げさせていただく。裁判例の要約については基本的に『賃借権侵害』の要約を参考にしているが、私の問題意識との関連で、事実関係や判旨についてやや詳細に補充している。
- (9) 赤松『賃借権の侵害』33頁以下では、「生活妨害型—「よりよい生活」確保のために」として整理されている裁判例。
- (10) 私の分析の都合上、赤松同書に掲載されている順序や付記する番号は異なっていることをご容赦いただきたい。
- (11) 法解釈学には避けられない「価値判断」について、星野英一博士は以下のように述べられている。「価値そのものの客観的妥当性」は、「歴史において、いくつかの価値は次第に認められてきて、ついにはもはや何人も

(カッコ内略) 否定することができなくなるのではないだろうか」とされ、具体例として「人間の尊厳、平等、精神的自由など」をあげられ、「どのような価値が今日の人類の、狭くとも日本人の否定することのできない共有財となっているかについて、より具体的に検討する仕事が残されているのではないか」とされ、「法学特に法哲学の重大な責務」と述べられている(星野「民法解釈論序説」『民法論集第一巻』(有斐閣、2001年)44頁・初出1968年)。一法学徒に過ぎない私のような者がこのような大家の言説を安易に我田引水すべきではないとご叱責を頂きそうであるが、本稿の問題を離れても、最近とみにこの星野博士の言説に共感を覚えざるをえないことを付記しておきたい。星野博士の論稿と同列に扱えるものではないが、私なりの「気づき」に基づき、「価値」についての「共通了解」のための哲学的トレーニングの必要性を考えた論稿として、西島「法律家および一般市民にとっての必要な「教養」とその学び方を考えるー生きるためのよりどころとすべき普遍的な「価値」を真に身に付けるためにー」流経法学第22巻第1号(2022年7月)1頁を記載しておきたい。

- (12) 「通行権への拡張」として整理(赤松同36頁)されている。
- (13) 赤松「通路の共同賃借権に基づく妨害排除請求権」(法時61巻8号131～132頁)
- (14) 赤松・前掲注(13)132頁。理由づけの詳細については、赤松前掲注(4)『物権・債権峻別論とその周辺』53頁以下を指示されている。なお、赤松論文145頁以下でも同趣旨のことを述べられている。同趣旨の見解を採られるのが近江幸治教授である。後掲注(27)参照。
- (15) 鎌田薫・判タNo698(1989年8月1日)43頁以下本件裁判例評釈。
- (16) 鎌田同45頁。
- (17) 木庭颯『新版 ローマ法案内』(2017年、勁草書房)75頁)。このローマ法の観点、日本民法だとどのように変容しているかについては、木庭『現代日本法へのカタバシス』旧版(羽鳥書店、2011年)159頁以下「占有理解の欠如と深い関係に立つのは、地役権を巡る混乱である。～」以下の記述を参照。なお、日本の私法における民法197条以下占有訴訟の機能不全については、木庭『新版 現代日本法のカタバシス』(みすず書房、2018年)221頁以下参照。
- (18) 赤松・前掲注(8)『賃借権の侵害』42頁。
- (19) 赤松同42頁。
- (20) 妥当な判断と解されるが、この買戻約款付売買の変則担保性については、ここでは、これ以上の言及は控える。
- (21) これについては判タ301号154頁の解説部分を参照。
- (22) 星野・前掲注(3)439頁以下参照。なお同444頁注(六)も参照。
- (23) 近江教授は、「妨害排除請求権というのは、物権の「排他性」故に認められる効力であり、この排他性は対抗要件の具備とは無関係な物権の一

般的特性である」ことを前提に、「物を利用するに際して、排他性を有する物権と同様の保護が必要だからである」とされる。そのような観点から、どのような賃借権が物権と同様の妨害排除請求権による保護に値するかといえば、特別法により「物権化」している賃借権であり、その限りでは「賃借権物権化」根拠説（多数説）が妥当とされる。そのうえで、「特別法によって物権化している賃借権については、対抗力にかかわらず妨害排除請求権が認められると解すべきである。実際上も、対抗要件を備えなければ不法占拠者を排除できないとすることはおかしいであろう。」とされ、「二重賃借権の場合」とは「本質的に異別の問題と考えるべき」とされる（近江幸治「債権に基づく妨害排除請求」『民法と著作権法の諸問題—半田正夫教授還暦記念集』（法学書院、1993年）321頁）。

あくまで物権的秩序を守ることを重視され、その限りで、対抗力を備えれば「物権化」する不動産賃借権について、対抗力具備前であっても、対不法占拠者に対しては登記前の地上権と同様に妨害排除請求権を肯定される。「物権」と「債権」の区別を尊重しつつ実際の妥当性にも配慮した柔軟で手堅い解釈論だと言えよう。

- (24) 担保物権は交換価値を把握する権利内容なのでその内容に応じて排除すべき別異の妨害態様が考えられなければならないが、それはここでは置いておく。
- (25) この「相対性」と「非排他性」の関係も検討する必要があるだろう。いずれも権利の成立が人の「意思」（契約の場合）あるいは「意思に基づく行動」（その他の法定債権）に関わっていると思われる。人の社会的活動においてその「意思」の尊重に基づき債権秩序を構成し、かつ、それが所有権を中心とする強固な物権秩序に基づき自由競争社会を円滑に運営するために不可欠の前提であることに深くかかわっているように思われる。この点の私法秩序の基本的デザインをどう考えるか。強固な物権秩序を守ることに重きを置くか、それを債権の相対性の実質的機能を害さない限度で相対化し、かつ、「自由競争」なるものの「倫理的要素」をどの程度重視するかあるいは希薄にする（「契約を破る自由」をどの程度まで許すか）などなど、政策的価値判断にも深くかかわる問題と思われる。
- (26) 以上の私見は高島平蔵博士の示唆による。同『物権法の世界』（敬文堂、1992年）45頁以下参照。高島平蔵『債権総論』（1987年、成分堂）113頁以下）。
- (27) 天野弘「不動産賃借権者による妨害排除請求権の代位行使という判例理論の再検討（下）」判タ288号35頁以下、高島・前掲注(25)『債権総論』121頁。
- (28) 星野・前掲注(3)440頁。
- (29) 高島博士は、「債権に基づく原状回復請求」の肯否について、「常識的な感覚をも考慮しながら、問題を実質的に検討してみる」必要性を説かれ、

その際、「債権者保護の必要性」「原状回復請求という救済手段の適切性」「侵害者に原状回復の責任を課することの妥当性」の観点からの「規範定立」を主張されている(高島・前掲注(26)『債権総論』119頁)。本稿も基本的に高島博士のご示唆(修士論文(1986年)作成時以来である)によることが大きい。私のいう「権利内容」に即した「権利保護のあり方」として「必要性」と「許容性」の観点は、高島博士の主張される趣旨をややシンプルに表現したもので、これらの観点を含むものである。

(30) なお、私には、高島博士の上記のようなご主張と、前掲注(4)「物権・債権峻別論」における赤松教授のご研究が、同じ方向性を目指しているように思われる。赤松教授は、「ドイツのライザー・エッサー・ケメラーなどの学説について「生活事実の機能的観察をさておいて、抽象的な権利概念からのみ法的保護を導くという思考方法を批判する点では一致している」「前面に出されているのは、当該の法益・権利を機能的な立場からみていく姿勢である。主観的な権利概念へと抽象化せず、生活事実をあるがままに客観的に観察し、ふさわしければ、国家法による救済手段を付与していく。どのような要件のもとにどのような保護手段が認められるか類型化していく。」「生活に即した柔軟な法形成をふたたび取り戻そうとする試みといえるのではないか。」と共感を示されている(赤松同書22頁)。今後も赤松同文献の精査・検討が必要と考えている。

(31) 今後の「差止請求権」の分野の検討においては、沢井裕『公害差止の法理[環境法論集I]』(日本評論社、1976年)、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察—物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯(一)～(八・完)」法学協会雑誌103巻4号・6号・8号・11号、104巻2号・9号、107巻3号・4号(1986年—1990年)、同「人格権に基づく差止請求—他の構成による差止請求との関係を中心として—」民商法雑誌116巻4・5号合併(1997年)、吉村良一「公害差止法理の展開と課題」牛山積先生古希記念『環境・公害法の理論と実践』215頁(2004年)、根本尚徳『差止請求権の理論』(有斐閣、2011年)及び同文献の基礎となった「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察(1)」早稲田法学80巻2号112頁(2005年)～「同(9)」(2008年)の同誌掲載の根本教授の一連の論文、藤岡康宏「不法行為と権利論—権利論の二元的構成に関する一考察—」早稲田法学80巻3号159頁(2005年)ほか、ふまえるべき重要な文献・論文が多い。