

## 第三者による債権の侵害についての一考察

清水谷 隆 寛

- 一 序 説
- 二 違法となる債権の侵害
- 三 妨害排除の請求権

### 一 序 説

第三者による債権の侵害については、かつては債権が相対権であることを理由に、不法行為の成立を否認する見解もあったが、今日においては、物権の場合と同じく、その侵害が違法となることを要件として不法行為の成立を認めることについては、判例学説ともにほとんど異論はない。

しかし、如何なる場合にその侵害が違法となるかについては、一つは債権の性質上、一つは変革期にある現在の市民法原理上物権の場合のように明瞭でない。債権の性質上というのは、債権の場合には、債権は債務者の給付行為を

介して間接に債権の内容たる経済的利益を享受し得る権利である。したがって、債権の侵害は、第三者が債務の履行を妨害した場合と第三者が債権者にこの利益の享受を妨害した場合とに発生する。現在の市民法原理上というのは、かつての市民法原理は、契約の自由と自由競争を基調とした。したがって、すでに他人の債権の目的となっていることを知りながら、第三者が、それと同一内容の債権を取得し、先に対抗要件を備えたとしても、そのような第三者の行為は不法行為とならなかった。同様に、他人が雇傭している同一労働者と二重契約をして、これに履行させた場合にも、権利の行使として違法性がないのが原則であった。この場合、第一の債権者と第二の債権者とは、ともに同一債務者に対する同一内容の債権者として、自由競争の關係に立つものだったからである。したがって、第二の債権者の行為が債権の侵害として行為の責任を問われるのは強行法規または公序良俗に違反する場合に限定せられた。

変革期にある現在の市民法原理は、公共の福祉、信義誠実の原則を基調とする。権利の行使が公共の福祉の原則に反する場合には、その行使は、権利の濫用として、あるいは無効となり、あるいは不法行為となる。権利の行使、義務の履行が信義誠実の原則に反する場合にも同様である。たとえば、すでに他人の債権の目的となっていることを知りながら害意を以て第三者が同一内容の債権を取得し、先に対抗要件を備えさせ場合、他人が雇傭している者であることを知りながら、害意をもってこれと二重契約を締結し、これに契約を履行させた場合、これらの場合には、信義誠実の原則違法として違反となる。これらの事情がからみあって債権の場合には、侵害行為が違法であるかどうかの判断は容易でない。

そこで、債権については、具体的にどのような行為による、どのような侵害が違法となるかを検討することが必要となる。これが債権の侵害について今日検討を要する問題の一つである。

債権の侵害については今一つ問題がある。それは、債権についても、物権の場合と同じく侵害そのものの排除が認められるかどうかという問題である。この問題については、法律に拠るべき規定のないこと、世間にその存在を公示する制度の定めがないこと、したがって排他的効力を与えることが困難であることなどが重なって妨害の排除は一般的には否認されている。しかし古い判例の中にはこれを肯認したものもあり、今日においては、不動産の賃貸借についてではあるが、対抗力(排他性)を備えた特定の賃借権につきこれを肯認している。これが債権の侵害につき検討を要する今一つの問題である。

本稿ではこの二つ問題につき、主として判例にあらわれた事例を中心として検討をすることにしたい。

## 二 違法となる債権の侵害

第三者による債権の侵害は、(一)第三者が債権の帰属を侵害するという形態において、(二)第三者が債務の履行を妨害するという形態において、(三)第三者が弁済の受領を妨害するという形態において、(四)第三者が債権最後の担保たる債務者の一般財産を減少するという形態において行われ、そしてこれらの行為が、信義則、公序良俗、強行法規に違反する場合に違法となる。

とりあえず判例や学説の中から債権の侵害が違法となる場合を拾って見よう。

(一) 第三者が債権の帰属自体を侵害した場合

(1) 第三者が債権の準占有者としてまたは受取証書の持参人として有効な弁済を受けた場合  
債権の準占有者の中には、債権の事実上の譲渡人、表見相続人、預金証書・恩給証書などその弁済を受けるに必要な印章を所持する者、無効な転付命令・取立命令を取得した者などが含まれる。

(2) 第三者が表見代理人として他人の債権を行使しまたは処分した場合

(3) 第三者が他人の無記名債権証書を毀滅し、または善意の第三者にこれを取得させた場合

これらの場合には、債権者をして債権を失わせるから不法行為が成立する。

(二) 信義則に違反した二重譲渡その他の二重契約により既存の債権を侵害した場合

他人がすでに譲受けた不動産または指名債権を、対抗要件を備えない前に、善意で二重譲渡を受け対抗要件を備えてしまった場合、他人が雇傭している労務者を、善意で重ねて雇傭し、他人が演奏させる契約をさせている音楽家を、善意で、同日同時刻に自分の方で演奏させる契約を締結して、これを履行させた場合にも、それが善意であり信義則に反しない限りは不法行為を構成しない。これに反しこれらの二重契約における二重譲受人、二重雇傭者が善意を以て同一不動産または同一指名債権を二重に譲受け、同一労務者または同一音楽家と二重契約を締結した場合には信義則に違反し不法行為となる。次の二判例は山林の二重譲渡の場合において、二重譲受人が第一の譲受人に対するうらみを張らすため、または利益を得るため二重譲渡をしたる場合を公序良俗に反するものとして、これを無効とし、第一の譲受人は登記なくして第二の譲受人に対抗し得るとしている。これらの場合には、二重譲渡は同時に信義則に違反

し不法行為となる。

判例(1) 昭和二六・四・二七最高裁判決(民集一五・四・九〇一)

本件は、山林の二重譲渡の場合において、第二の譲受人 $Y_2$ が、その山林はすでに第一の譲渡人が譲受けて所有しているものであることを承知しながら、未登記を奇貨とし、日頃のうらみを晴らし、第一の譲受人に損害を与える目的を以て、その山林の横領を企てたもので、判決は、第二の譲渡契約を公序良俗に反するものとしてこれを無効とし、第一の譲受人は、第二の譲受人のような背信的悪意者に対しては、登記なくして所有権を主張し得るとしている。

判旨は次のとおりである。

「本件山林を…… $X$ が買受け判示のごとく未登記のまま長年月を経過したこと、 $Y_2$ が……これを充分に承知しながら、判示意图で、判示低廉価格で買受け、判示仮処分に関する経緯の下で登記を得、その仮処分が判示の如く回復されたこと、 $Y_2$ らが判示のごとく刑訴追を受けたこと等に関する原判決の事実認定は、拳示の証拠並びに争のない事実を綜合すればこれを肯認できないことはない。そしてその認定した事実関係の下において $Y_2$ が $Y_1$ と通謀の上本件不動産の横領を企てたものというべく、本件山林につき $Y_2$ と $Y_1$ との間に締結された売買契約は公の秩序善良の風俗に反する行為であって無効たるを免れない旨の原判決の判断はいずれも正当として是認することができる。所論引用の判例はすべて本件に適切でない。それ故原判決には所論の違法はない。」

判例(2) 昭和四三・八・二最高裁判決(民集二二・八・一・一五七二)

本判決も(1)の判決と同じく山林の二重売買であって、第二の譲受人(上告人) $X$ が第一の譲受人(被告) $Y$ のあつて、判示低廉価格で買受け、判示仮処分に関する経緯の下で登記を得、その仮処分が判示の如く回復されたこと、 $Y_2$ らが判示のごとく刑訴追を受けたこと等に関する原判決の事実認定は、拳示の証拠並びに争のない事実を綜合すればこれを肯認できないことはない。そしてその認定した事実関係の下において $Y_2$ が $Y_1$ と通謀の上本件不動産の横領を企てたものというべく、本件山林につき $Y_2$ と $Y_1$ との間に締結された売買契約は公の秩序善良の風俗に反する行為であつて無効たるを免れない旨の原判決の判断はいずれも正当として是認することができる。所論引用の判例はすべて本件に適切でない。それ故原判決には所論の違法はない。」

の譲受人は登記なくして第二の譲受人に対抗し得るとしている。この場合も、判例(1)の場合も第二の売買契約は第一の譲受人が譲渡人に対して有する債権の違法な侵害であると認めることができ、判旨は次のとおりである。

(判旨) 「ところで、実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪患者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、民一七七条にいう第三者に当らないものと解すべきところ原判決の前記事実関係からすれば、上告人は、右登記の欠缺を主張することは信義に反するものというべきであって、上告人は、右登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当らないものと解するのが正当である。なお、上告人が本件山林を買受けた当時におけるその客観的価格が確定されていないことは、前記事実関係のもとにおいて右のように解することの妨げとなるものではないといふべきである。したがって、被上告人は登記なくして所有権取得を上告人に対抗することができるとした原審の判断は正当であって論旨は採用することができない。

(三) 第三者が債務の履行を妨害した場合

これには次のような場合が考えられる。

- (1) 債権の目的が特定物の引渡である場合に、第三者がその目的物を破壊しまたは毀損して履行の全部または一部を不能にした場合
- (2) 債務者の行為を目的とする債権において、第三者が債務者を監禁し、強迫し、または暴行を加えて債務の履行を妨害したる場合

(1)については、売主、贈与者、賃借人などの引渡義務につき、(2)については他人が雇傭せる職工を拘禁して働かせない場合などにこの問題を生ずる。債務者の責に帰すべからざる事情により債務の履行は不能となり債務者は債務を

免れるから第三者につき不法行為が成立する。この点についてはほとんど異説を見ない。(1)については次の判例がある。

大正一一・八・七大審院判決(刑録四一〇)

(事件の概要) 上告人Xは訴外Aらに対し立木を貰い受ける債権を持つていたところその事情を承知している被上告人Yが同じ山林の残りの立木をAから買い受けたのを奇貨とし、Xの貰い受けた立木をも自分のものであると偽って、自分の立木とともにBに売渡しBはこれを伐採した。そのためXのAに対する債権は履行不能となって消滅したので、XはYに対し損害賠償を請求した。原審はA自身Yに対し、損害賠償請求権を有するから、Xはこれを譲受けるかAに代位すべきであるとしてXを敗訴させたので、Xより上告したのが本件である。大審院は次のように判示してXに固有の賠償請求権を承認した。

(判旨) 「債権ノ目的が第三者ノ故意又ハ過失ニ基ク行為ニ因リ滅失シタルカ為履行不能トナリ債権カ消滅シタル場合ニ於テ第三者ノ行為カ不法行為ヲ成スベキモノナルコトハ本院判例ノ示ス所ナリ從テ斯ル場合債務者カ不法行為者タル第三者ニ對シ損害賠償ノ請求権ヲ有スルト否トニ拘ラス債権者ハ其債権侵害ヲ理由トシ自己固有ノ權利ニ基キ直接ニ不法行為者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモノニシテ債務者ガ第三者ニ對シ有スル賠償請求権ノ移轉ヲ受ケ若ハ債権者ニ屬スル右權利ヲ行使スルノ方法ニ依ルニ非サレハ自己ノ權利ノ救済ヲ得ルニ由ナキモノト解スルヲ要セス」

(四) 第三者が債務者と共謀しまたはこれを教唆して債務の履行を妨害し債権を侵害した場合

右に該当するものとしては、次の判決例がある。

(1) 大正四・三・一〇大審院判決(刑録二七九)

(事件の概要) ABCらは、Xから立木を二万円以上でなるべく高価に売却するよう委任を受けたが、右立木を二万七千円で買受ける意思のあるDの代理人Yと共謀し、Xには二万一千円であると偽り、その差額六千円をABCらで着服したのでXからYに損害賠償を請求したのが本件である。原審は、Yは右委任契約の第三者であるから、Yが右契約により生ずるXの債権を侵害

第三者による債権の侵害についての一考察(清水谷)

したとしても不法行為にならないとしたのに対し、大審院は次のように判示して不法行為が成立するとした。

(判旨) 「債権ノ内容タル或特定ノ行為ハ固ヨリ債権者ニ対シテノミ之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為スコトヲ許ササルハ言フ俟タサル所ナレトモ苟クモ權利トシテ法ノ保護ヲ与フル以上ハ他人ヲシテ其權利關係ヲ侵害セシメサル對世的効力ヲ認ムルノ必要ナルコトハ明ニシテ其ノ權利ノ物權タルト債權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ヘカラス若シ之ニ反シ第三者ハ他人ノ有スル債權ニ就キ權利不可侵ノ義務ナキモノトセンカ債權ハ常ニ第三者ノ為ニ蹂躪セラレ債權ノ存在ヲ認メタル法ノ精神ハ終ニ之ガ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ガ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債権者ノ權利行使ヲ妨ゲ之ニ依リテ損害ヲ生セシメタル場合ニ於テハ債権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

翻テ按スルニ原判決ノ確定シタル事実ニ依レハABCト共ニ訴外Xヨリ同人所有ノ山林ノ立木ヲ最低金額二万円ニテ売却スル委任ヲ受ケ其報酬トシテ売買完成ノ上金五千元ヲXヨリ支払フヘク若シ又立木ヲ二万円以上ニ売却セハ其超過部分ニ対シテ尚三分五厘ヲ報酬トシテ支払フヘキニ依リ成ルヘリ高価ニテ売却スヘキ旨ノ依頼ヲ受ケ居リタル処Dノ代理人Yカ右立木ヲ二万七千元ニテ買受クルノ意思アルコトヲ覚知セルAハXニ損害ヲ与ヘ己等ニ不当ニ利益ヲ得ンコトヲ企テYニ対シ右委任契約ノ内容ヲ示シ其犯意ヲ告ケタル処Yモ之ニ加担スルコトナリ一同協議ノ上代金二万一千円トナシ該立木ヲDニ売却シAハBC等ト共ニ現金五千元並ニ立木中ノ落葉樹代トシテ金一千円ヲXニ秘シテDヨリ貰受タル事実ニシテ即チA等ハ委任ノ本旨ニ背キ自己ノ利益ヲ図リテXニ損害ヲ与ヘ又Yハ其犯行ニ加功シタリト云フニ在リテ該判示事実ニ依ルトキハ訴外XトA等トノ間ニハ委任契約成立シ受任者タルAハ前記委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ処理スルノ義務ヲ有スルモノナルヲ以テ原判決認定ノ如ク買主タルDニ於テ該立木ヲ二万七千元ニテ買受クルノ意思ヲ有スル以上ハAニ於テ宜シク該價格ヲ以テDニ買却シ其ノ代金ヲ受領シXニ交付セサル可カラサル債務ヲ有スルモノナルニYニハ右委任契約ノ内容ヲ承知シナカラ受任者A等ト相謀リ同人等ノ利益ヲ図ルカ為メニ売買代金ヲ二万一千円トナシ其差額六千元ヲ前記ノ如クXニ秘シテA等ニ交付シA等カXニ対スル義務ノ履行ヲ不能ナラシメ以テXカA等ニ対シ有スル債權ノ行使ヲ妨ケ之ニ依リテXニ損害ヲ生セメタルモノニシテ即チ右

Yノ所為タル故意ヲ以テ債權ヲ侵害シタルモノナルカ故ニ不法行為ノ原則ニ依リ債権者Xニ対シ其損害ヲ賠償スル義務ヲ免レサルモノトス

(2) 明治四〇・六・二二(大審院判決民録一三・一三・六九八)

(事件の概要) 債権者X(上告人)の支配人代理であるAが、その従兄弟であるY(被上告人)と共謀し、YがXに提供した担保物を脱出させる目的で、XのYに対する担保債権を無担保債権に変更する更改契約をYとの間に締結しXに損害を与えたので、XよりYに損害賠償を請求した事件である。原審は、YがAと共謀してなした更改契約の締結が、AがXに対して負担する雇傭契約上の義務にAを違反させはするが、YはこれによりXがAに対して有する権利を侵害することにはならないとしたのに対し、大審院は、Yの右行為は、Aの義務違反に加担し、XのAに対する権利を侵害したことになるとし、次のように判示した。

(判旨) 「代理人ハ其代理行為ヲ執行スル上ニ於テ本人ニ対シ誠実ナルベキハ当然ニシテ故意ニ本人ニ対シ不利益ノ結果ヲ生セシムルカ如キ行為ヲ為シタルトキハ其損害ヲ賠償スヘキ責任ヲ負フヘキハ勿論ナリトス而シテ本件ニ於テハAカ上告銀行Xノ支配人代理タルヲ奇貨トシ其従兄弟タルXト共謀シYカXニ供シタル担保物ヲ脱出センメントノ目的ヲ以テ更改契約ヲ為シタルモノナル旨ノ主張アリシコトハ原院ノ認ムル所ニシテ此ノ主張事實ヲ事実ナリトスレハ右Aハ代理行為ヲ不誠実ニ実行シタリト認ムヘキハ当然ニシテ其不誠実ノ行為ニ共謀加功シタルYモ亦Xニ対シ損害賠償ノ責任ヲ負フヘキハ当然ノ筋合ナリ然ルニ原院ハ契約カ有効ナルノ故ヲ以テ既ニAニ於テ其職務執行ヲ為スコキ雇傭契約ノ義務ニ違背シタルモノナルコトヲ認メナカラ同人トYトノ共謀ノ結果ナリトノ事実如何ヲ確定スルコトナク轍チYニ損害賠償ノ責任ナキモノトシタルハ不法……」

(五) 第三者が弁済の受領を妨害したる場合(債権の行使を侵害した場合)

債権の行使の侵害は、不動産の賃借権について発生する場合が多い。判例は、第三者が故意または過失によって、他人の賃借権を侵害した場合につき不法行為の成立を認めている。

(1) 大正一〇・二・一七大審院判決(民録二七・三二一)

第三者による債権の侵害についての一考察(清水谷)

係争地所は被上告人Xが東京市より賃借したものであるが、上告人Yは従前より右地所を無権限にて占有し建物を所有しているので、建物を収去し土地の明渡を請求したのが本件である。原審は、賃借権が物に対する支配権であることを理由に、かりに債権であるとしても、第三者の債権侵害は、不法行為となるから、その不法行為が現在なお存在し将来においても継続すべき状態にあるときは、侵害状態の除去を請求し得べきものと解すべきであるとしてXの請求を認めた。

(判旨) 「賃借権は縦令之ヲ支配権ナリ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言ノ要ナシ而シテ故意又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ルタル場合ニ於テモ占有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」

(2) 昭和六・五・一三大審院判決(新聞三二七三・一五)

XはYから借地しその上に貸家を所有していたところ、大正十二年の大震災で全部焼失した。Xの借家人A<sub>1</sub>B<sub>2</sub>A<sub>3</sub>は空地となったXの借地上に無断で家屋を建設したが、Yはその土地をA<sub>1</sub>A<sub>2</sub>A<sub>3</sub>にそれぞれ売渡して移転登記を了した。XからYに借地権侵害を理由に損害賠償を請求したのが事件の概要である。

(判旨) 「借地権ヲ有シテ占有セル地上ニ他人カ何等正当ノ権限ナキニ拘ラス家屋ヲ建設シテ該土地ヲ不法ニ占拠シタルトキハ借地権者ハ占有回収ノ訴ニ依リ其土地ノ明渡ヲ請求シ得ルノミナラス借地権侵害ニ因ル不法行為ヲ原因トシテ既ニ生シタル損害ノ賠償ヲ要求シ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すべきものである。」

ヲ行使シ得ルモノナレハ………」

(3) 昭和三三・七・八東京高裁判決(時報八・七民二二六)

「以上のような関係であるから、控訴人Yらは訴外A寺所有の本件土地をなんらの権限なく占有するものと認めるのほかなく、右A寺に対する賃借人としての債権を保全するためA寺に代位してらYに土地明渡を求める被控訴人Xの請求は正当として容認すべきものである。」

また、Xは賃借人として本件土地の引渡を受け訴外Bに転貸し同人をして占有せしめていたことは前段説示したところにより明かであり、したがってYが昭和二十六年六月十四日以降前記家屋を所有していることは、Yの賃借権にもとづく土地利用を妨げるものであり、言いかえればXの有する賃借権の行使を妨害する不法行為である。したがって、Yは、右不法行為の終了をするまでの間それによる損害を賠償する義務あるものである。

(六) 第三者が債権者を害する目的を以て債務者と共謀しまたはこれを教唆して債務者の一般財産を減少しこれによりて債権者に弁済を受けることを不可能にしましたは不十分にさせた場合

これに該当するものとしては次のような場合などが考えられる。

- (1) 虚偽の債権証書を作成して債務者の財産を差押えさせた場合
- (2) 強制執行を免れさせるため債務者と共謀しまたはこれを教唆して債務者の財産を隠匿し損壊しまたは仮装譲渡させた場合

(3) 債務者と共謀しまたはこれを教唆して債務者にその財産を廉価に譲渡させ贈与させまたはその財産に属する権利を放棄させた場合

判例は、(1)については傍論としてはあるが不法行為の成立を認め(大正四・二〇大審院判決民録三九五)(2)については、家資分散の際にそ

の唯一の財産を隠匿させた事案につき、(大正五・二一大審)(三)については、その財産に属する権利を放棄させた事案につき(昭和一八・二二・二四大審)それぞれ不法行為の成立を認めている。

最後に違法となる債権の侵害についてはなお一つ問題がある。

それは、債権者にとって不法行為として損害賠償を請求することの他に他に救済方法がある場合には、不法行為は成立しないかどうかという問題である。たとえば前掲違法となる債権(一)に列挙した、第三者が債権の準占有者または受取証書の持参人として有効な弁済を受けた場合、第三者が表見代理人として他人の債権を行使しまたは処分した場合、第三者が他人の無記名債権証書を毀滅しまたは善意の第三者にこれを取得させた場合には、債権者はその第三者に対し不当利得を理由とし、または債務不履行を理由として利得の返還または損害賠償を請求し得る。また、前掲違法となる債権の侵害(六)の(3)の場合、すなわち第三者が債権者を害する目的を以て、債務者と共謀しまたはこれを教唆して債務者に責任財産中の財産を廉価に譲渡させ、贈与させまたは放棄させた場合には、債権者は債務者の行為を民法四二四条の詐害行為取消権により受益者または転得者から逸出財産の返還を請求し得る。これらの場合には不法行為は成立しないのではないかというのが一つの問題である。

学説としては両者は成立要件を異にするという理由で両者の平行成立を容認し、債権者にその一を選択させるべきであるとする見解と、他に救済方法がある場合には不法行為の成立は認めらるべきでないという見解が対立している。われわれとしては違法性の認められる限り、次元を異にするものとして両者を平行して承認する見解に賛成したいと思う。

### 三 妨害排除の請求権

債権が第三者によって侵害された場合、不法行為の効果として、損害賠償を請求しうるのは勿論であるが、その侵害が引続き存続する場合において、物権の場合と同じくその侵害の排除を請求することができるかどうかの問題である。前節にならない、ここでも判例を中心として、判例や学説が如何なる場合に、如何なる根拠にもとづきこれを認めもしくはこれを否認しているかの検討から始めることしたい。

#### (一) 判例

判決がなされた時の順序に従い代表的なものを列挙することにする。

##### 1 排他性なきことを理由に妨害排除請求権を否認した判例

大正一〇・二・一七大審院判決(民録二七・三二一)

本件は東京市より土地を賃借したX(被告人)が、従前より右土地を無権限に占有し建物を所有しているY(原告人)に建物の収去、土地の明渡を請求した事件に対してなされたもので、大審院は、排他性は物権の支配権なる性質に由来する物権に特有な性質であること、すなわち、債権にはこの性質のないことを理由に請求を否認している。

(判旨) 「賃借権ハ縦令之ヲ支配権ナリ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必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ノ判例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賠償ヲ要求スルコトヲ得

第三者による債権の侵害についての一考察(清水谷)

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不法ニ占有セラレタル場合ニ於テモ占有權ニ基クテ依リ其物ノ返還ヲ請求スルハ格別賃借權若クハ損害賠償請求權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抑モ被告人ノ請求原因トシテ主張スル所ハ係争地所ハXカ東京市ヨリ賃借シタルモノナル所上告人Yニ於テ從前ヨリ該地上ニ建物ヲ所有シ居リテ之カ明渡ヲ請求スルモ應セサルヲ以テ本訴ニ及フト云フニ在ルコト原判決及ヒ之ニ引用スル第一審判決ノ各事情摘示ニ徴シ明瞭ニシテ自己ノ占有權ヲ侵害セラレタルコトヲ主張スルモノニアラサレハ縦令東京市ヨリ本訴地所ヲ賃借セルモノナルコト及ヒYカ同地所ヲ占有スルハ何等ノ權限ニ基カタルモノナルコト原審決定ノ如クナルニセヨ本訴請求權ハ到底容認スヘキモノニアラサルコト前説明ノ如シ然ルニ原審カXニ損害賠償請求權アルコトヲ理由トシ賃借地ノ明渡ヲ請求スルコトヲ得ヘキ旨判定シタルハ不法ニシテ原判決ハ破棄ヲ免レス

## 2 權利の不可侵を理由に妨害排除請求権を肯認した判決

### (イ) 大正一〇・一〇・一五大審院判決(民録二七・一七八八)

本判決は、専用漁業権についての賃借権の不法の侵害に權利の不可侵または侵害行為の違法性を根拠として妨害排除請求権を認めたもので、妨害排除請求権肯認判決の先驅をなすものである。

(事件の概要) 被告上告人Xは、訴外A漁業組合より専用漁業権を賃借し同漁場にて漁業をして来たが、上告人Yらが無權限にて同漁場で漁業をしたので、Xは右賃借権にもとづき賃借権の確認ならびに漁業差止の本訴を提起するとともに漁業禁止の仮処分を申請し、その決定を得た。Yらは、右仮処分決定を認可した第一審判決、ならびに控訴審判決に対して上告したのが本件である。

(上告理由) 「漁業権ノ賃借借ニ付民法賃借ノ規定ヲ準用スヘキコトハ旧漁業法ニ於ケル御院ノ解釈ニシテ新漁業法ニ於テモ又当ニ然ルベキヲ信ス……既ニ漁業賃借権ヲ債權ナリトセハ其結果賃借人ハ特別規定(民法第六〇五条等)アル場合並ニ第三者カ故意又ハ過失ニ因リテ之ヲ侵害シタル場合ノ外第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス然ルニXノ訴ハ法律ノ特別規定ニ基クモノニアラス即チ自己ノ漁業賃借権ヲ基本トシテYカ何等ノ權利ナク同所ニ於テ漁業ヲナスコトノ不法ヲ鳴ラシYニ對シテ賃借權確認並ニ漁業差止ヲ請求スルモノナルコト既述ノ如シ左レハ其訴ハ畢竟漁業賃借権ノ不法侵害ニ對スル救済ヲ請求スルニ歸ス果シテ然ラハ不法行為ノ救済方法ハ民法第七百二十三條ヲ除ク外唯金錢的賠償ノ請求ヲ許スノミ此以外不法行為者ニ對シ賃借權確認並ニ漁業差止ヲ請求スルカ如キハ法律ノ認ムル所ニ非ス左スレハXノ訴ハ法律ノ認メサル救済ヲ請求スルモノニシテ之ヲ許スヘカラサルヤ明白ナリ」

(判旨) 「然レトモ權利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ヨリテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシトス記録ヲ查スルニX等ハY等ヲ相手方トシテ福江區裁判所ニ對シ本件仮処分ノ申立ヲ為シ其理由トシテ陳述スル所ニ依レハX等ハ長崎県……A漁業組合ノ權利ニ屬スルTヨリO迄一海面(T灣)ノ鯉専用漁業権ヲ同組合ヨリ賃借シ同漁業ヲ為シ来リタルニY等ハ何等ツ權利ナキニ拘ラスX等カ漁業ヲ為スニ際シ之ヲ妨害スルヲ以テ其妨害ヲ禁止スル為仮処分ノ申立ヲ為スト云フニ在リテ同裁判所ハ其申立ニ基キ右妨害禁止ノ仮処分決定ヲ為シタルコト明瞭ナリトス左レハ右決定ハ昌頭説示ノ理由ニヨリ之ヲ正当ナリト認ムヘク原院カ右仮処分決定ヲ認可シタル第一審判決ヲ相当ナリトシY等ノ控訴ヲ棄却シタルハ洵ニ正当ニシテ本論旨ハ結局其ノ理由ナシトス」

(ロ) 權利の不可侵を理由に妨害排除請求権を肯認した判決

### 大正一二・四・一四大審院判決(民集二〇・二三七)

本判決は被告上告人Xの境内地の一部で官有地第四種に屬しXが管理権をもっていた土地を、上告人Yが、なんらの權限なくこの土地の上に建物を所有するので、XよりYに建物の収去を求めた事件に対してなされたものである。

(判旨) 「国有財産法第二十四条第一項ニハ從前ヨリ引続キ寺院又ハ仏堂ノ用ニ供スル雜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當該寺院又ハ仏堂ニ貸付ケタルモノト看做ストアリテ寺院タルXノ用ニ供スル土地即チ春光院境内地カ国有財産ナルコト争ナキ所ニシテXカ同法施行前ヨリ其ノ土地ヲ使用セルコトハ原判決ノ認ムル所ナレハXハ同法施行後ニ於テ

第三者による債權の侵害についての一考察(清水谷)



ハ該土地ニ付無償ノ使用权ヲ有スルコト明カニシテ同法施行前ニ於テモ該土地ハ明治七年太政官布告第二百十号ニ依リ官有地第四種ニ屬シ寺院タルXニ於テ之カ使用权ヲ有スルコトハ明治二十六年内務省令第三十六号ニ依リ之ヲ知ルニ難カラス而シテ此ノ使用权ハ物權タルト債權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妨害ノ排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス本件ニ於テXカYノ用ニ供スル土地ニ対シ賃借權其ノ他何等ノ權利ヲ有セスシテ其ノ地上ニ家屋ヲ所有シ之ヲ不法ニ占有セルコトハ原判決ノ認ムル所ナレハXハYハ対シ之カ妨害排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス然ラハ原判決カXノ本訴請求ヲ認容シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(評釈、平野・判民四五事件)

(ハ) 權利の不可侵を理由に妨害排除請求権を肯認した判例

昭和五・九・一七大審院判決(新聞三二八四・七)

上告人X会社が、登記した賃借権を有する土地の上に、被告Y会社が、勝手に軌道を敷設してXの賃借権を侵害したので、その明渡を求めたのが本件の事実関係である。原審は、債權たる賃借権の場合にあっては、占有訴権によるなれば格別、賃借権の侵害を根拠とする本訴に対しては、私権の保護は与えらるべきでない、としてXを敗訴させたのでXは上告した。大審院は、Xの主張を認めて次のように判示した。

(判旨) 「依テ按スルニ物權タルト債權タルトヲ問ハス第三者カ之ニ対シ不法行為ヲ繰返ス恐アル場合ニ於テハ其ノ權利者ニ於テ第三者ニ対シ将来權利侵害ヲ為スヘカラストノ不作為ノ請求權ヲ有スル事勿論ナレハ第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアラシカカ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為ササル可カラス左レハ原審カ所論摘録ノ如ク判示シ賃借權タル債權ニ基キ賃借權ノ目的上ニ存スル第三者ノ妨害排斥ヲ訴求シ得サルモノト解シ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レス

3 借地借家臨時処理法の定めた對抗要件を備えた債權に妨害排除請求権を肯認した判例

昭和一一・七・一〇大審院判決(民集四・一三・三六)

(原審判旨) 東京控訴院昭和一一・一一・二一(新聞四・一〇二・九)

「昭和十年三月七日訴外BカAヨリ本件敷地ヲ買受ケ同月十三日其ノ所有權移轉ノ登記ヲ了シタルコトハ既ニ説明シタル如ク當事者ニ争ナキトコロナレドモ控訴人YカBヨリ右敷地ヲ賃借セルコトニ付テハ……疎明スルニ足ル証拠ナキノミナラス仮リニシル賃借ノ事実アリトスルモ被控訴人Xカ本件土地ニ付キ有スル賃借權ハ既ニ認定セル如ク大正十二年九月一日ノ震災以前ヨリ存続シ来リタルモノニシテ震災前ニハ其ノ借地上ニ建物ヲ有シ震災ニ因リ滅失シタルモノナレハ借地借家臨時処理法第七条ニ依リ借地權ノ登記ナク又其ノ土地ノ上ニ震災後存スル建物ヲ有セス從ツテ地上ノ建物ノ登記ナクモ此ノ借地權ヲ以テ大正十三年七月一日以後本件土地ニ付キ所有權ヲ取得シタル第三者ナル新地主Bニ対抗シ得ルノミナラス同人ヨリ昭和十年三月十三日右土地ヲ賃借シタリト主張シテ爾後之ヲ占有スルニ至リタルYニ対シテモ亦対抗シ得ルモノト謂フヘク從ツテXハYニ対シテ其ノ賃借權ニ基キ之レカ妨害排除ノ請求權ヲ行使シテ本件家屋ノ収去及其ノ敷地ナル本件土地ノ明渡ヲ求メ得ヘキモノナリト謂ハサルヘカラスYハ臨時処理法第七条所定ノ保護ヲ受クル借地權者ハ其ノ地上ニ建物ヲ所有スルカ又ハ少クトモ外部ヨリ認識シ得ラルル程度ノ土地ノ事実上ノ占有ヲ必要トスル旨主張スレトモ抑第七条ヲ設ケタル所以ハ震災ノ為メニ建物滅失シ損害ヲ受ケタル借地權者ハ或ハ其ノ窮乏ノ為ニ其ノ借地上ニ仮設建築物ヲ建設スルコト能ハサル場合アリ或ハ震災後ノ復興整理ニ迫ハレ仮設建築物ヲ建設スルモ其ノ建物ノ登記ヲ為ササル事情ニ在リテ從來借地人ノ保護ノ規定タル建物保護法ニ依リテ之カ保護セラレサルコトアリ而モ借地權ノ登記ヲ為スニハ地主ノ承諾ヲ得ルコト容易ナラサル結果實際上行ハレ難キコト多キ以テ此等ノ登記ナキ内ニ其ノ土地ニ付キ第三者カ權利ヲ取得シタル場合ニハ借地權者ハ借地權ヲ以テ第三者ニ対抗スルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ此等ノ事情ニ鑑ミ震災地ノ借地權者ヲ保護スル為メニ本条ヲ設ケタルモノナリ從テ同条ニ依リ保護セララルル借地權者ハ震災前ヨリ借地權ヲ有シ震災ニ因リ其ノ借地上ノ建物カ滅失シタル場合ナレハ足り震災後其ノ借地權者カ借地上ニ建物ヲ所有スルコトハ必スシモ要件ニアラス……又借地權者カ外部ヨリ認識シ得ラルル程度ノ土地ノ事実上ノ占有ヲ必要トスルコトハ同条ニハ何等明記セサルノミナラス前記説明ノ如ク同条ノ立法趣旨ニ照ラスモ斯ル要件ヲ必要トセサルモノト解スルヲ相当トスルヲ以テYノ右主張ハ採用スルニ値セス」

(上告審判旨) 「借地借家臨時処理法第七条ハ所論ノ如キ当該土地ニ対スル借地權者ノ占有ヲ必要トスル法意ニ非スト解スルヲ

第三者による債權の侵害についての一考察(清水谷)

相当トスルカ故ニ此ノ点ニ関スル原判決ノ説明ハ正当ニシテ反対ノ見地ニ立脚スル所論ハ理由ナシ」

#### 4 排他性なきことを理由に妨害排除請求権を否認した判例

昭和二八・一二・一四最高裁判決（民集七・一二・一四〇一）

石灰石山の使用権につき債権には排他性がないという理由で妨害排除の請求はできないとした事例である。

（事件の概要） 上告人Xは昭和十八年以来訴外A会社との契約で、本件B石灰山の全地域（旧鉱、新鉱を含む）にわたる土地使用権を取得し占有してきたが、被上告人Yが右新鉱地域に無断侵入して石灰石を採掘しているので、XからYに対し、債権にもとづく妨害排除ならびに占有権にもとづく妨害の停止および予防を求めて仮処分を申請したのが本件である。大審院は債権にもとづく妨害排除請求権について次のように述べてこれを否認した。

（判旨） 「或る特定人間の債権契約は、その当事者間において、債権者は債務者に対し或一定の作為又は不作為の給付を請求することを得る法律上の権利を取得するに過ぎないものであって、債権者は直接第三者に対して債権の内容に應ずる法律的功效を及ぼし第三者の行動の自由を制限することを得ないのを本則とする。ただ第三者の不法行為により債権の侵害されべきことは近時一般に認められるところであるが、それは損害賠償の請求を認める限度において肯定さるべきであり、これがために債権に排他性を認め第三者に対し妨害排除請求等の請求を為し得べきものとすることはできない。果して然らば、仮りにXと訴外A会社との間にX主張のような全地域の使用収益を為し得べき契約が成立したとしてもXがその契約上の債権者として第三者であるYに対する本訴請求を許すべきでないことはその主張自体に照らし明らかであるといわなければならない。」

#### 5 対抗力を与えられた特別の不動産賃借権に肯認した判例

(イ) 昭和二八・一二・一八最高裁判決（民集七・一二・一五一六）

この判決は、債権には原則として妨害排除請求権は認められないが、民法六〇五条により登記した不動産の賃借権、建物保護法第一条により対抗力を有する土地の賃借権および罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条により対抗力を有する土地の賃借権を有する者は爾後その土地につき賃借権を取得しこれにより地上に建物を建てて土地を使用する第三者に対し直接にその建物の収去、土地の明渡を請求することができるとしたもので、この意味において画期的なものである。

（事件の概要） 被上告人Xの父Aは建物所有の目的で、本件土地を所有者Bから賃借し、その上に建物を所有してきたが、その後土地所有権はBからCに移転し、XはAの死亡により借主としての権利義務を相続した。ところがXが借地上に所有してきた建物は戦災により焼失したので上告人Yはその機に乗じてYは、Cから賃借したと称して、本件土地に建物を建てるに至った。そこで、XからYに対して建物の収去と土地の明渡を請求したのが本件の概要である。一、二審ともにXの請求を認めたのでYは上告して

（上告理由） 元来本件土地に対しては、YもXも同様なる債権たる賃借権を有るに過ぎず、Xが別に優位の権利を有するのではなく、且Yは此賃借権を有する土地に家屋を所有し、此所有権に基いて之を使用収益して居り、Xより優位の権限に基いて居るのであるから、賃借人たるXは、其地主たる賃貸人に対して賃借権を主張し、其賃借地を自己に使用せしむる為め之が引渡を求め得るに止り、第三者たるYに対してその侵害排除を要求することはできないことを主張した。

（判旨） 民法六〇五条は不動産の賃貸借は之を登記したときは尔後その不動産につき物権を取得した者に対してその効力を有する旨を規定し、建物保護に関する法律では建物の所有を目的とする土地の賃貸借により土地の賃借人がその土地の上に登記した建物を有するときは土地の賃貸借の登記がなくても賃借権をもって第三者に対抗できる旨を規定しており、更に罹災都市借地借家臨時処理法一〇条によると罹災建物が滅失した当時から引続きその建物の敷地又は換地に賃借権を有する者はその借地の登記及びその土地にある建物の登記がなくてもその借地権をもって昭和二十一年七月一日から五箇年以内はその土地について権利を取得した第三者に対抗できる旨を規定しているのであって、これらの規定により土地の賃借権をもってその土地につき権利を取得した第三者に対抗できる場合にはその賃借権はいわゆる物権的効力を有し、その土地につき物権を取得した第三者に対抗できる

のみならずその土地につき賃借権を取得した者にも對抗できるのである。従って第三者に対抗できる賃借権を有する者は尔後その土地につき賃借権を取得しこれにより地上に建物を建てて土地を使用する第三者に対し直接にその建物の収去、土地の明渡を請求することができるわけである。

(四) 昭和三〇・二一・一八最高裁判決(民集九・二一・一九五)

(事件の概要) 被上告人Xは、本件土地を、訴外Aから賃借し建物を所有していたところ、戦時中強制疎開により除却されたが、戦後疎開が解除されたので罹災都市借地借家臨時処理法九条・二条にもとづき賃借の申出をした。他方上告人Yはこれに先立ちAから譲受けたBとの間に賃貸借契約を結び同地上に建物を建てたが、土地の賃借権もしくは地上建物のいずれにも登記がないからXには對抗できない筈である。したがって建物を収去して土地を明渡せと請求したのが本件の概要である。(なおYは後にBから本件土地を買受け移転登記をしている) 原審はXの主張を容れたので、Yは上告して次の通り主張した。  
(上告理由) 強制疎開における敷地の賃借権者は罹災建物の借主と同様優先借地権は認められるも、処理法には第三者に対抗する要件に付いて規定がないから、建物を建て建物の登記をしなければ其借地権を以て対抗出来ないか、又これを必要としないか  
に付て疑があるが、処理法第十条の借地権者と比較し特に保護する理由がないから、之を消極に解するを至当とする。」

(判旨) 「罹災都市借地借家臨時処理法第二条に基く賃借権は対抗力を有し、したがって、その登記及び地上建物の登記がなくとも、右賃借権設定後その土地につき所有権取得の登記をした第三取得者に対抗し得ると解するのが相当である。論旨は理由がない。」

右は判例の数からいえば十にも満たないが、時代とともに推移する内容の異なる数多くの判例の中から代表的なものを拾い集めたものである。そして判例に現われたケースは、その大部分が土地の賃借権に関するものである。これを時代別に見ると、初期の判例(判例1)は妨害排除請求権を以て、物権の支配権たる性質に由来する物権に特有な排他性にもとづくものとして、排他性を持たない債権にはこれを否認している。ところが、大正一〇年一〇月一五日に

至り(判例2、イ・ロ・ハ)、専用漁業権の賃借権の侵害につき権利の不可侵を理由に妨害排除請求権を認めたとの契機として以来広く権利一般にこの権利を肯認し、昭和一二年七月一日には借地借家臨時処理法に定めた対抗要件を備えた賃借権にもこれを肯認している。(判例3)そして昭和二八年一月四日には(判決4)三転して石灰石山の使用権の侵害に関し債権には排他性がないことを根拠として妨害排除請求はできないとしたが、昭和二八年一月一八日の判決、これにつづく昭和三〇・二一・一八、同三〇・四・五、同三〇・一〇・一八の判決では、民法第六〇五条、建物保護法第一条、罹災都市借地借家臨時処理法第一〇条により対抗力を与えられた土地の賃借権等特に対抗力を与えられた不動産の賃借権に限り、妨害排除請求権を認めることにし今日に至っている。

(二) 学説

学説も判例と表裏して変遷している。

大正中期までの学説は、妨害排除請求権は、物権が支配権であることに由来する排他性にもとづくことを理由に、そして債権には排他性のないことを理由にこれを否認してきた。(例えば鳩山・増訂日本債權法各論下四〇六頁以下、明治三八・四・一四の大審院判決民録一一・五九五頁が賃借権は登記した後でも第三者に対抗し得ないとしたのはこれと同趣旨である)

しかし、これでは債権を第三者の侵害から護ることはむづかしい。そこで、債権の侵害が民法七〇九条の「権利の侵害」に該当することを論証するため案出された「不可侵性」なる概念を妨害排除請求権の場合にも拡張して、これを根拠に債権を含む権利一般に妨害排除請求権を認めようとする学説が現われた。(判例民法大正一〇年一四八事件未弘評釈五〇三頁柚木・判例債權法論上巻三一頁)

この説によれば、排他性は、一つの物がすでに一支配権の目的となれる以上、同一物上に第二のこれとを妨ぐべき

内容の第二の権利を成立し得ざらしむる効力である。従って第二の物権的処分行為を排斥するが為めには排他性を必要とする。これに反し敢って権利によることなく、ただ、事実上侵害をなす者あるに際し、これを排除するが為めには何等の排他性を必要としない。その事実的侵害行為が違法でありさへすればいいわけである……損害が生じた場合に賠償を許すくらいならば何故損害の発生を予防すべき妨害除去の請求を許さないか。……物権に妨害除去の効力を認める以上——排他性こそ有しないが——同じく不可侵性を有する債権について妨害除去の効力を認めていいわけである。(上掲判例民法大正一〇年一四八事件未弘評釈)

しかし、この説では、何らかの権利があり、その侵害があれば、当然に妨害排除請求権が生ずることになり、不当な結果を生ずる。同様のことは前述妨害排除請求権を債権一般に否認する学説についてもいい得る。そこで不可侵性論の立場からも、そして妨害排除請求権否認の立場からも、債権の場合には、物権と異なる理論構成と妨害排除請求権を認める範囲につき何らかの考慮を払わざるを得なくなった。そして次の三つの学説が誕生した。

(1) その一は、債権一般には原則として妨害排除請求権を否認しつつ、例外として、対抗力を附与された特別の不動産の賃借権に限り妨害排除請求権を認めようとする説である。これは、最高裁が、昭和二八年二月一八日の判決以来採用せる判例理論と一致する。(最高裁判決昭和二八・二二・一八民集七・二二・五六頁、同・昭和三〇・四・五民集九・四・四三頁、同・昭和二九・六・二七民集八・六・二二二頁、同・昭和三〇・三・一八民集九・二・一九五頁等) 最高裁によれば、登記を備えた不動産の賃借権(民法六〇五条)、借地上の建物の所有権の登記を経由した宅地の賃借権(建物保護法一条)、羅災都市借地借家臨時処理法第一〇条の対抗力を持つ借地権および同法第二条の優先賃借権は排他性を持ち、したがって妨害排除請求権が与えられる。

(2) その二は、右のほか、占有を条件として対抗力を与えられない土地の賃借権(我妻、新訂債権総論二〇九)、および占有は取得しないが不法に占拠された土地の賃借権(未弘・上掲判例)にも妨害排除請求権を認むべきであるとする説である。

占有は取得しているが対抗力は与えられていない土地の賃借借についていえば、最高裁は、対抗力を与えられない場合には、たとえ占有を取得しても妨害排除請求権はないという(最高裁判決昭和二八・二二・一四〇一頁)。しかし農地の賃借権(農地法一条)と建物の賃借権(建物保護法一条)は目的不動産の引渡によりて対抗力を生ずる。不動産の賃借権は目的物の占有を伴うようになった場合には第三者からもこれを認識することができるようになる。対抗力は認められなくても違法な侵害を排斥する力だけはこれを取得すると解することが不動産利用権を保護する理想に適するといふべきではあるまいか。

占有は取得しないが不法に占拠されている土地の賃借権については、判例は債務者に債務を履行する意思のないとき、または債務者が履行に着手しないときは、債権の侵害は成立せず、したがって損害賠償の請求も妨害排除の請求もできないという。(東京地裁大正一〇・二二・二七新判二二・三・二五) しかし債務者の債務履行の意思の有無や履行に着手したか否かの問題は賃借権の効力に関するところはない。賃貸人は、賃貸契約にもとづいて、賃借人をして占有を取得せしめるよう努力すべき債務を負う。賃貸人がその責務を果さない場合には、賃借人は不法占拠者に対し、直接に妨害排除の請求をなし得べきでなからうか。

(3) その三は、債権を含む権利一般につき、権利の種類、目的、権利侵害の態様、被害者のこうむる犠牲等を総合的に比較考慮して、それぞれの場合に各別に妨害排除を認むべきや否やを決定すべきであるとする説である。(未弘・民法雑記二三六頁以下) これを債権に限っていえば、被侵害利益の種類、性質と侵害行為の悪性の程度を相関的に考慮した上で、さら

に妨害排除を認めることによりて生ずべき犠牲の程度と、これを否認することによって生ずべき不利益の程度とを相関的に考慮した上でその認否を決すべきであるということになる。(舟橋・物権法三六頁以下、三島綜合判例叢書一四三頁以下)

### (三) 判例・学説の検討、むすび

原則としては妨害排除請求権を否認しつつ、例外として対抗力が附与された特別の不動産の賃借権に限り妨害排除請求権を認めようとする最高裁判例(昭和二八・二二・一八八) および学説その一は一応妥当なものといってよい。しかし、学説その二が指摘しているように、妨害排除請求権を対抗力を与えられた特別の不動産の賃借権に限定することは狭きに失する。学説その二がこれにも妨害排除請求権を認むべきだとした賃借不動産の不法占拠者に対しては、賃借権者は、たとい占有を取得していない場合にも妨害排除請求権の行使はこれを認むべきである。しかし、占有を条件として、対抗力を与えられない不動産賃借権にも妨害排除請求権を認むべきであるという学説その二の主張については、現行法上占有を以て対抗要件とされるに至った農地の賃借権(農地法一八条)と建物の賃借権(建物保護法一条)を除いては、たとい、占有を取得したとしても、妨害排除請求権はこれを認むべきでない。但し不動産の賃借権が二重契約によりて取得されたものである場合において、第二賃貸借契約が、信義則に違反し第一の賃借権者を害する目的を以て締結されたものである場合には、第一の賃借権者は、第二の賃借権者に対し妨害排除請求権を行使して、土地または地上建物の収去・明渡を請求し得る。学説その三のいうところの標準はあまりにも抽象的で不確実である。賛成できない。