

不動産賃借権に基づく妨害排除請求について

西 牧 駒 蔵

目 次

第一章 序 論

第二章 対抗力のない土地賃借権に基づく妨害排除請求

第三章 結語にかえて

注

第一章 序 論

不動産賃借権それ自体に基づく妨害排除請求権を認めるべき
か否かにつき、判例では、対抗力（登記——民法第六〇五条、
建物保護法一条、罹災都市借地借家臨時処理法二条、一〇条）
を備えた土地賃借権者は、その土地につき二重に賃借権を得た
第三者に対し妨害排除を請求できる（最判昭和二八・一二・一

八民集七卷一二号一五一五頁、最判昭和二九・二・五民集八卷
二号三九〇頁、最判昭和二九・一〇・七民集八卷一〇号一八一
六頁、最判昭和四五・一一・二四判時六一四号四九頁）。また、
対抗力を備えた土地賃借権者は、権原なく土地を占有する第三
者に対しても、妨害排除を請求できる（最判昭和三〇・四・五
民集九卷四号四三二頁）ともいう。多数の学説はこれに同調し
ている。

これに反して、対抗力を備えない土地賃借権者は、無権原で
占有する第三者に対しても、そしてまた占有を得ていても、賃
借権そのものに基づいては妨害排除を請求できないというのが
判例の態度である（最判昭和二七・九・二〇民集八卷七号一四
〇八頁）。学説に、対抗力のない土地賃借権者にも無権原で占
有する第三者に対して、妨害排除を認めるべきであると主張す

る説が少なからずあり、この点、判例と学説とが態度を異にしている。

この問題、すなわち対抗力のない土地賃借権に基づき、無権原で土地を占有する第三者に対して妨害排除を認めるべきであるか否かにつき、少しまゝを試みてみる。

なお、家屋賃借権についても同じようにあてはまると考えられる。

第二章 対抗力のない土地賃借権に基づく妨害排除

請求

(一) 判例は土地賃借権に基づく妨害排除請求権の根拠をその対抗力に求め、「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の効力を有し、その土地につき物権を取得した第三者に対抗できるのみならず、その土地につき賃借権を取得した者にも対抗できる」(最判昭和二八・一二・一八民集七卷一二号一五一五頁、最判昭和二九・二・五民集八卷二号三九〇頁)という。しかし、賃借権の対抗力(民六〇五条)とは目的物に物権(主に所有権——売買は賃貸借を破らず)を取得した者に対して賃借権を主張できるということを意味するだけであるから、二重

に賃借権を有する者に対する妨害排除請求権の有無を、まるで物権の二重譲渡における対抗力によって決するように、判断するのは非論理的である。仮に物権と同じように考えたとすると、不法占拠者に対しても対抗力を備えなければ妨害排除できないということになり、対抗要件たる不動産登記の場合に物権取得者は、不法占拠者には登記なくして対抗できることとあいられない。もっとも、罹災都市借地借家臨時処理法による賃借権についての対抗力は別で、罹災後一定期間に限り対抗力を認められ、劣後する賃借権・物権に優先する。

次に、対抗力の備わる土地賃借権に基づき、権原なく土地を占有する第三者に対して、妨害排除請求権が認められるのかにつき、妨害者に対する妨害排除請求権を肯定する(最判昭和三〇・四・五民集九卷四号四三一頁、本件は臨時処理法一〇条の対抗力に基づき不法占拠者に建物の収去土地の明渡を認め、最判昭和二八・一二・一八、最判昭和二九・六・一七を引用した)。

(二) それでは、対抗力の備わらない土地賃借権に基づき権原なく占有する第三者に対して妨害排除請求が認められるかにつき、上述のように、判例は否定する(最判昭和二七・九・二〇民集八卷七号一四〇八頁、本件は対抗力も占有もない土地賃借

人から、無権原で土地の一部に立っている建物の所有者に土地明渡を請求したが、認められなかった⁽⁵⁾。それでは判例上、どういう解決があるのか。もし対抗力のない土地賃借権者に占有が備わっても、土地賃借権に基づく妨害排除を請求できない⁽⁶⁾（好美「賃借権に基づく妨害排除」判例百選八六頁、最判昭和二八・一二・一四民集七卷一二号一四〇一頁⁽⁶⁾）。むしろ占有訴訟による妨害排除を選ぶべきである（大判大正八・五・一七民録二五輯七八〇頁、本件は占有取得後に賃借物を奪われた賃借人が占有回収の訴によりうる旨判示。判民大正十年度二一事件（我妻））。

(三) もし対抗力も占有も備わらない土地賃借権に基づき無権原で占有する第三者に対する妨害排除請求は、債権者代位権の転用（拡大適用）により、妨害排除請求を認めている（大判昭和四・一二・一六民集八卷九四四頁、最判昭和九・九・二四民集八卷七号一六五八頁）。しかるにこの債権者代位権の転用による妨害排除請求の認容には、有力な反対説がある（天野弘裁判官——当時）。債権者代位権の転用を認めれば、第三者に不利益が生じ、不法占拠者が賃借人からの直接妨害排除請求の場合ならば賃借人に対抗できる抗弁が、賃貸人の所有権に基づく物権的請求権の代位行使なら、第三者は賃借人に対して抗弁

を対抗できないことになる（代位権の迂路を経て抗弁が回避される——代位権の迂回性⁽⁷⁾）。ここから、賃借権に基づく妨害排除請求を直接認める考えがでてくることになる。

(四) 賃借権に基づく妨害排除請求権を認めることに反対する第一理由は、物権債権の峻別という財産法大系である。物権は有体物に対する直接支配権であり、直接支配を妨害する者（無権原者）に対して、直接的物支配を回復するために物権者自ら直接に妨害排除を請求できる（物権的請求権）。債権は特定人に対して特定行為を請求する権利であり、債務者に対してのみ債務の履行を請求しうるところの相対的権利にすぎない。したがって賃借権のような他人の物の利用権であっても、賃借物を直接支配することは論理的に認められず、もっぱら債務者（賃借人——所有者）を媒介として間接支配をなすにすぎないと解され、賃借物に対する賃借人による利用（その前提としての現実の支配——観念的には間接支配）を妨害する無権原の第三者に対する賃借人の妨害排除請求は、いわば論理必然的に否定される⁽⁸⁾。

この常識ともいえる否定論に対して、無権原の第三者に対する賃借権の妨害排除請求を肯定される説がある（吉田⁽⁹⁾）。次のごとくいう。

「制限説」では物権の目的物に関して何ら正当な権原を有しない無権原者は「第三者」に含まれない。無権原者は所有者に對抗して主張すべき権原を有しない以上、所有者は登記なくして對抗しうることになる。これは物権自体の効力の主張に関する問題であり、物権変動の對抗問題ではない。自己の土地の利用を妨害する無権原者に対して、未登記すなわち対抗力をまだ具備せず、したがって排他性のまだない所有権に基づいて、妨害排除を請求しうる。伝統的な民法理論によれば、排他性のない所有権したがって物権は、賃権に限りなく近い物権であるはずであり、賃権、したがって対抗力を備えていない賃借権にも、無権原者に対する妨害排除請求が与えられてよいことになる。……こうして吉田説は、本来の妨害排除に関する限り、判例学説のとる「対抗力」理論は否定さるべきであるとして、次に妨害排除の原理的構成に移る。いわく。

賃借権と地上権はひとしく他人の物の利用権でありながら、賃借権は賃権、地上権は物権であるが故に、「利用」の次元における妨害排除請求の可否が区別されている。……しかも判例学説はともに実際にはこうした結論を修正している。借地期間や譲渡・転賃について異なった取扱いがなされるのに反して、「利用」の側面、いいかえれば物支配権の側面において、両者

は全く区別されない。無権原の第三者による土地の不法占拠、すなわち借主の土地利用に対する妨害の排除請求は、もちろん「利用」の次元における問題であるから、地上権者に妨害排除請求が認められるならば賃借権者にも認めてよい。賃借権を「支配権」と把握し、妨害排除請求権が付与されるべき法的根拠は次のように構成する。近代商品交換社会における私的所有は（交換）価値の全面的帰属を意味する。近代民法上「所有権」が有体物の上の私的所有と規定される（民八五条）ところから、「所有権」はまず「有体物に対する直接支配権」として構成される。こうして私的所有における「絶対性」（所有者による物支配が天下万人との関係において主張しうること）は「所有権」においては、まず交換される商品体の排他的支配の確保、すなわち「排他性」として貫徹される（「物一権主義を内容とするいわゆる「排他性」とは異なる。以下「固有の排他性」という）。そのための手段が他人（非所有者・非権利者）の侵害に対する妨害排除請求権（いわゆる物権的請求権）である。さて、この「直接支配権」としての所有権は、現実の態様としては「使用」権（能）、「収益」権（能）として現われるのである（民二〇六条）が、「非」所有者が他人の所有物を利用しうるのは、所有者との「契約」を媒介として、時間を限って

所有権における使用・収益権（能）を譲りうけるからにはならない。こうして他人の物の利用権が時間ぎめで譲渡された所有権における使用・収益権（能）を法的根拠とする以上、当該利用権が不動産賃借権のように有体物の占有を含んでいる場合には、所有権同様「有体物に対する直接支配権」であり「固有の排他性」、したがって妨害排除請求権をも承継することになる。他人の物の利用権一般に妥当する限り、地上権を代表とする用益物権はいうまでもなく、賃権とされる賃借権についても例外なく妥当する。こうして用益物権・賃借権とともに「有体物に対する直接支配権」として構成され、そこから「固有の排他性」、「妨害排除請求権」といった効力が派生する。原理的に賃借権に基づく妨害排除請求権を肯定することが、こうして可能となる。

さらに伝統的民法理論が問題を否定したのは、体系的構成上の誤解に基づくという。すなわち、在来の民法学は、「他」物権群が——「物権法定主義」に服せしめられるという全く別個な理由から——第二編物権中に収められてある編別に幻惑されて、「他物権」群を所有権と合わせて「物権」概念という「類」的構成物にまで抽象したうえ、先の所有権が「有体物に対する直接支配権」であることから派生していた諸効力を、不

当にも「物権の属性」として「他物権」に関する限りは、物権法定主義からの属性にすり代えるという誤りを犯してしまった。こうして「所有権」、およびこの所有権から派生してくる「有体物に対する直接支配権」一般へ向って開かれていたはずの先の諸効力は、所有権および「他」物権のみに限定されて、賃借権に閉ざされる結果になったのである、と（吉田説）⁽¹⁰⁾。

次に、利益衡量論の立場からこの問題に取り組まれるのは星野教授である。次のようにいわれる。対抗要件具備前で占有取得前の賃借人の妨害排除請求は認めるべきものと考ええる。……裁判外の問題としても、賃借人が直接不法占拠者に対して「自分が借りたから明け渡せ」と主張する法律上の根拠を認めるべきであり、不法占拠者に「お前には明け渡せ」という権利はない」といわせるべきではあるまい。賃借人にとっても賃借人が直接不法占拠者を相手にしてくれば便利である。……物権と賃権との区別であるが、所有権と他人に行為を請求する賃権のように、権利の内容それ自体から必然的に生ずる区別は別として、内容的には他人の不動産を使用する権利である点に全く差異のない賃借権と地上権においては、そのような区別はなく、差異は全く実定法上のものないし沿革的なものにすぎない。ところが妨害排除請求権については、実定法上これを別異に扱う

旨の規定がない。沿革的に賃借権は弱かった。……しかし建物保護法以来賃借権の強化はかられ、立法例でもこの点で物権賃権の限界が一樣でない。したがって「理論的」にどちらかでないければならないとする根拠はどこにもない。実質的な考慮だけが決め手であるが、この問題は賃貸人対賃借人の関係、つまり賃借人の権利を強化すれば賃貸人の権利が弱くなるようなものではないから、深刻な利益考慮を要しない。相手は無権原者であり、……これを認めることは賃貸人にとって便利なことであってどこにも影響するものでない。賃権者代位権の転用を認める判例の結論に賛成する。しかし理論構成として……もはや一歩を進めて賃借権に基づく妨害排除請求権を認めるのがよい⁽¹¹⁾。と。そして星野説では、相手が無権原者である以上、権利濫用理論で制限されることは別として、主観的要件や民法七〇九条などの要件は必要でないし、不法行為に基づく原状回復とは解しない⁽¹²⁾。

吉田説、星野説に共通する一つの点は、賃借権の不動産を利用する権利に着眼したことである。この事実上の利用権、以下吉田説によると「所有権における使用・収益権(能)」というが、この事実上の利用権を持つのは賃借人であり、賃貸人との賃貸借契約により賃貸人の物の利用権が時間きめで譲渡された

のである。この利用権が有体物の占有を含んでいる場合に、所有権同様に「有体物に対する直接支配権である」。契約により譲渡された利用権、すなわち支配権が、契約により譲渡されたからといってやはり直接支配権である、と原理的に説明され、この直接支配権に基づき、無権原で占有する第三者に対する妨害排除請求権が発生するのである、とこう結論づける。その補強資料として、さらに「非」所有者による物支配はつねに所有者との「契約」に媒介されざるをえないが、この契約に媒介された「非」所有者による物支配そのものまでが「絶対性」をもつてはならない⁽¹³⁾。「相対的でなければならない」ということに帰結しない。いや、むしろ、その逆であると原理づけられる。

これに対して星野説は、賃借権と地上権とは、不動産使用権である点で区別なく、実定法上や沿革上から結論がでないの⁽¹⁴⁾で、実質的考慮だけが決め手であるとされ、賃借人の権利を強化すれば賃貸人の権利が弱くなるようでないから深刻な利益考慮は要しない。相手は無権原者であり……これ(妨害排除)を認めることは賃貸人にとり便利でありどこにも影響しない(星野説)。こうして賃借権に基づく妨害排除を他の要件を考慮せずに認められる。賃借人・賃貸人・無権原の第三者の立場を考慮される点に特徴があり説得力がある。

無権原で他人の土地を占有する第三者の態度をどのように評価すべきかにつき一言する。不法行為の領域では、他人の土地を他人の土地と知りつつ無権原で使用・収益する行為は禁止規範に違反した「故意」行為である。しかしまた、他人の土地を他人の土地であることを知らないで（いわゆる事実の錯誤）無権原で耕作する行為も、「非」所有者が社会生活上必要な注意をはたらかすことによって他人の土地であることを知りえた場合には、彼の行為は注意義務規範に違反した「過失」行為である⁽¹⁴⁾。この第三者の主観的事情は、単に無権原であるという表現ですましているが、内面の故意・過失にまでふみ込みこれを第三者の行為の態様を認定する一資料とすべきではないか。この事情があれば、不法占拠者に「お前には明け渡しという権利はない」といわせるべきではあるまい（星野教授⁽¹⁵⁾）と思われる。

一判例（占有使用妨害禁止仮処分命令申請事件）が、對抗要件（公示方法）または法の認める優先的効力を有する場合に限るという態度をすてて、物の利用を目的とする債権（ゴルフ場利用権）が第三者によって違法に侵害されたと言いうるためには、（一）債務者が債権者に対し当該物を債務の内容にしたが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したがって利

用できる状態に在る場合でなければならない（債権者代位権によるときはかかる要件は不要であるから、その限りにおいては、債権者代位による場合よりも要件が厳しくなる）。（二）第三者が当該物について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、という（東京地判⁽¹⁶⁾）。評者は「権利不可侵性」が「妨害排除請求」のディメンションで、より周到な理論的装置のもとに、颯爽と再登場してきた、とされる⁽¹⁷⁾。なお、本件の第三者は所有者と一応認められるので、妨害排除は否定された。ただし、仮処分では妨害排除を認めた。第三者の占有権限の有無が不明である（別訴に繫属していた）ので、本件の結論でやむをえないであろう。

（五）妨害排除についての複合構造を認める立場から澤井教授は、一方で妨害排除機能が、物権の絶対性から導かれるように、債権が絶対権的内容を有すると考えられる場合に、他方では高度の不法行為性（被害利益の性質・重大性と侵害行為態様の悪質さの相関関係の衡量）が認められる場合に、妨害排除・差止請求が認められるべきである。……判例では、対抗力（排他性）があるほどの賃借権については、同時に妨害排除力（絶対性）もあるという価値判断が存在するとみるべきであろう。……占有を伴う賃借権には認めるべきだとするのが多数説だと

いえるが、不法占拠者に対しては、占有取得前でも認めるべきだとする有力説もあり、これが妥当であろう、とされる（澤井説⁽¹⁸⁾）。

妨害排除の複合構造についての、債権の絶対権的内容を有すると考えられる場合は当然として、他方の高度の不法行為性の場合を挙げられたのは、妨害排除を不法行為に基づく損害賠償請求の一段階レベルアップした救済と位置づけられ、単なる不法行為性では足らず高度の不法行為性に限定されたと思われる。もしそうだと仮定すれば、第三者の不法占拠や無権原の占有者というだけでなく、占有行為の悪質さまでが判断材料にとりこまれていることになる。単なる第三者の故意・過失にとどまらず、行為をめぐるあらゆる事情が考慮されるはずである。高度の不法行為性の認定には、たとえば賃借人の土地の利用目的（居住か営業か）、賃借期間（過去何年経過したか、今後は賃借契約が更新されたのか、まだ残存期間があるのか）、賃借人と不法占拠者との今に至るまでの経過、不法占拠者の侵害の仕方（社会・取引慣行に合致するか、それとも全く取引業界の常識に反する態様か）等を詳細にとり上げ無権原による占有の実態を明るみにだしてはじめて、不法占拠の高度の不法行為性が判断できるようになる。

これは、例の舟橋博士の提唱される相関関係説、被侵害利益の強固さの程度と侵害行為の悪性の度合いとを相関的に考慮するのみならず、妨害排除の実現を認めることによって生ずべき侵害者の犠牲の程度と、妨害排除を否定することによって生ずべき被害者の不利益の程度なども相関的に考慮して、妨害排除請求権の存否を決定すべきであるとする説に近いものを感じるのである。この相関関係説には批判がある。たとえば、この説には相関関係の判断がなぜ妨害排除の根拠になりうるかの理由が抜けているとする⁽¹⁹⁾。しかし、賃借人が不法占拠者に対して、妨害排除を請求できても、なんら不都合は生じていないのである。逆にその請求を否定した場合、なんとなく不法占拠者が救済され権利者が救済をはばまれたように映る。

それに対抗力を備えた不動産賃借権が、妨害排除請求を認められるとの判例上の準則が、どこまで適用範囲を拡大するかという問題を扱う場合に、賃借人と第三者との関係や第三者の侵害行為の態様にまで立ち入って、個別具体的な事情をみて、侵害行為の悪質さを認定しなければならないであろう。

一例を挙げる（東京地判昭和五八年十一月一日四）。XはY₁から二〇年間旧建物を店舗として賃借し使用してきた。昭和四八年頃Y₁との間でXがY₁に旧建物を明渡し、Y₁は旧建物所在地

上に新建物を建築し、その一・二階部分をXに賃貸する旨の合意ができ、Xは右合意に基づきY₁に対し旧建物を明渡した。その後新建物建築工事中、X・Y₁間に新建物の賃貸条件の改正について紛争が生じ、Y₁は右一・二階部分を第三者に賃貸することも辞さないとの態度を示したため、Xはその可能性が高く、そうなればXは営業基盤（洋菓子製造販売及び喫茶・バーラーの経営）を失って多大の損害を被る結果となるとして、Xは自己の賃借権を保全するため、Y₁を相手に賃借権に基づき処分禁止の仮処分を申請し、その旨の仮処分命令を得て登記がなされた。Y₁は新建物完成後もXに一・二階部分を賃貸しようとして、かえってY₂に一階部分を賃貸して引渡しを了した。Xは主位的に、Y₁に対し前記賃貸借契約に基づき新建物一・二階部分の引渡し、及び右引渡しの遅滞による逸失利益の損害賠償を請求するとともに、Y₂に対しY₁の所有権に基づく妨害排除請求権の代行行使またはXの賃借権に基づき、新建物一階部分の明渡しを求め、予備的に債務不履行または不法行為に基づく損害賠償請求を求めた。注目される、XのY₂に対する賃借権に基づく明渡請求について判決は認容したが、理由は次のようである。Y₂はXの競業者（洋菓子製造・販売）であり、Xに対し従来から商道德を逸脱した競争行為を行ってきたおり、Y₂はXが本件一

・二階部分について賃借権を有し、その権利を保全するために本件仮処分を得て、その登記が経由されたことを十分承知しながら自らの利益を追求するため、あえてXが右部分において営業することを妨害し、Xに打撃を与えることを知悉したうえで、Y₁から本件一階部分を賃借しその引渡しを受けたものであるから、Y₂は背信的悪意者であるとし、Xの賃借権は對抗要件を具備した場合と同様の権利の保護が与えられるべきものとして、XのY₂に対する本件一階部分の明渡請求を認容した。

つまり本件判決は、処分禁止の仮処分・登記が経由されていること、及びY₂が背信的悪意者であることを重視し、對抗要件の具備した不動産賃借権の場合と同様にY₂に対する妨害排除請求を認めている。妨害排除を認めてきた範囲を広げたものである⁽²⁾。

処分禁止の仮処分の登記につき、Xは自己の賃借権を保全するための手段を尽したわけであり、このような場合は仮処分登記に對抗力を具備したのと類似の効果を付与してもよいであろう。またY₂の背信的悪意者につき、善意・無過失者の保護を、権利喪失者の帰責性との比較衡量を前提として行おうとする公信力説などの最近の對抗問題によれば当然であり、また背信的悪意者論によっても右のようなY₂の行為は自由競争の範囲を逸

脱し、取引秩序に反するとして否定的評価が加えられる。⁽²²⁾

こうして、背信的悪意者であるという事実から取引上尊重するに値しないことが、仮処分の登記と相まって、出てきて、保護に値しない妨害排除請求認容、となったのである。不動産賃借権に基づく妨害排除を認める場合が、これからも拡大されていくと予想される。その時、賃借人と第三者との間のあらゆる事情が、特に第三者の侵害行為の悪性についての判断がなされていくであろう。不法行為の場合の侵害行為の悪性の程度と妨害排除の場合の侵害行為の悪性の程度とは異なるといえ、一義的に説明するのは容易でなく、具体的事案の中からおのずと発見されるものであろう。

第三章 結語にかえて

対抗力のない賃借権自体に基づく妨害排除請求につき、認める学説が最近ふえてきている。原理上も利益較量的にも、不法行為と関連づけても、さらに相關関係のにも、一応説明されているように思える。しかし、何かもう一步判例を前進させる理由が不足しているのはなぜであらうか。賃借権の保護の必要性が今後ますます叫ばれていく事態を目前にしているのに。

注

(1) 最判昭和二八・一二・一八民集七卷二二五号一五五頁は、いわゆる「二重賃貸借」関係にある場合で未占有第一賃借人から臨時処理法一〇条によって対抗力を具備するという理由で、占有第二賃借人に対する妨害排除を肯定したケースである。

(2) 好美「不動産賃借権の侵害と妨害排除、損害賠償」不動産法大系Ⅱ五六〇頁、同「賃借権に基づく妨害排除」法セ一九八一年一〇月号二八頁、星野・借地・借家法四四〇頁、天野「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」判タ二八六号・二八八号・一九七三年、青野・債権総論共著三七頁・成文堂一九八三年、平井・債権総論八八頁・一九八六年、吉田「賃借権の妨害」現代契約法大系第三卷八四頁・有斐閣一九八三年、川村・商品交換法の大系七八頁・勁草書房一九七二年、椿・債権総論六〇頁・有斐閣選書、奥田・債権総論(上)二四五頁・筑摩書房一九八二年、内田「二重賃貸借の対抗問題と明渡し請求」判タ五三六号一四六頁、米栖・契約法三四七頁。

(3) 平井・前掲書八六頁。この場合、対抗力を備えるとは引渡(賃借者に占有の取得)を含む(借家法一条)。

(4) 平井・前掲書八六頁、奥田・前掲書二四三―二四四頁、水本浩・債権総論一六一―一七頁・一粒社、同・債権総論三三頁・有斐閣一九八九年。なお水本教授は対抗力なき不動産賃借権に基づく妨害排除請求は認められず、賃借者代位権で解決される(水本・前掲書三〇頁・有斐閣)。中井「債権に基づく妨害排

除」判例と学説³（森島昭夫編民法Ⅱ（賃権）三七頁・一九七七年。中井教授は臨時処理法にいう「対抗力」も民法六〇五条と題旨といわれる（中井・前掲判例と学説³三七頁）。

(5) 最判昭和二九・七・二〇（土地明渡請求事件）民集八巻七号一四〇八頁。「賃権者は債務者に対して行為を請求し得るだけで第三者に対して給付（土地明渡という）を請求し得る権利を有するものではない（物権の如く物上請求権を有するものではない）。それ故被告人は土地の賃借人であるというだけで（何等特別事由なく）当然上告人に對し明渡という行為を請求し得るものではない……」。

(6) 排他性ある賃借権について妨害排除を認める判例理論は肯定すべきであり、……目的物に対する直接的な利用権能についての妨害排除の請求をも認められるに至ったといつて妨げあるまい……すべての土地の賃借権が目的物の占有を伴うようになった場合には、その目的物と緊密な事実上の關係を生じ、第三者からもこれを認識することができるようになるのだから、これを根拠として——排他性を認められなくとも——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ないか、と我妻博士は主張されたが（新訂賃権総論八六頁、岩波書店昭和三九年）、批判として①判例が排他性概念を使っていない、②排他性と対抗力を混同している、③排他性が「対抗力」としても賃借権における対抗力から直接妨害排除を導くことはできぬ（水本・前掲一八頁・一粒社、中井・判例と学説³・三六頁、奥田・前掲書二四三頁、星野・前掲書四四一頁）。

(7) 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（上）（下）」判タ二八六号二八八号、平井・前掲書八八頁。なお前田・口述賃権総論二一六頁（成文堂一九八八年）は、この不都合を「信義則」で対処する、といふ。

(8) 吉田・前掲書八五頁。

(9) 吉田豊・前掲書一〇三一—一〇四頁、一〇六頁、川村・前掲書。

(10) 吉田・前掲書一一〇頁、川村・前掲書七九—八〇頁。

(11) 星野・前掲書四三八—四四〇頁。

(12) 星野・前掲書四四一頁。星野教授は妨害排除請求権の「理論的根拠の必要性は疑問だとされる。「理論的根拠」は後から学問的に帰納・整理する道具としての意味はあるが、そこから実践的結論を導くための原理としては意味を持ちえない（同・四四三—四四四頁注（五））。また近代法において賃権は第三者に對して効力がないのが原則であるなどという抽象論も、ある時期のある国の考え方を一般化したにすぎず、妥当でない。妨害排除請求権を認める根拠は、端的に、不動産賃借権の今日における特殊な地位とその保護の必要性とに求めるべきであり、これだけで十分である、と（星野・民法概論Ⅱ一三二頁）。

(13) 川村・前掲書三七—三八頁。

(14) 川村・前掲書一二五頁注（一）。

(15) 星野・前掲書四三九頁。

(16) 東京地判昭和四八年一〇月三日（判時七三三三七〇頁、判タ三〇一—一五二頁、金融法務七二二—七三六頁）。

(17) 石田『西村評釈・判タ三〇七号七五頁。』

(18) 澤井・債権総論(補訂版)八〇—八二頁・有斐閣一九八八年。

基本的に「第三者の債権侵害が、債務者に不法行為に基づく損害賠償請求権のみならず妨害排除・差止(妨害停止・予防)請求権までもたらすかということも、結局物権と異質な債権にいかほどの法的保護を与えるべきかという政策上の問題である」(澤井・同七九頁)。

(19) 舟橋「物権法」三六—三七頁(法律学全集・昭和三五年)。これを支持するもの、三島・総判民四一四三頁。

(20) 水本・債権総論三一頁・有斐閣一九八九年。

(21) 判時一一一六号八二頁(昭和五九年)。

(22) 内田「二重賃貸借の対抗問題と明渡し請求」判タ五三六号一四六頁。内田教授は、本件のような場合、不動産賃貸借に基づく妨害排除請求としてではなく、二重賃貸借の対抗問題、明渡し請求としてその性格を明確にして論ずるべきだとされる(同一四九頁)。

一九九〇・八・一

〔追記〕 無権限と無権原との二通りの表現は、ここでは、無権原に統一させていた。いた。