

財産権に於ける排他性(Le caractere exclusif de tout autre)の研究

著者	大森 元次
著者別名	M. Omori
雑誌名	東洋法学
巻	15
号	1
ページ	35-77
発行年	1971-09
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00006107/

財産権に於ける排他性 (le caractère exclusif de tout autre) の研究

大森元次

目次

序

第一、財産権と排他性。

(一) 財産権について

(二) 財産権の不可侵性と排他性

第二、物権における排他性

(一) 物権の排他性について

(二) 物権の効力と排他性

第三、債権における排他性

(一) 債権と排他性の関係

(二) 債権の効力と排他性

(三) 債権に基づく妨害排除と排他性

第四、結語

「財産権に於ける排他性 (le caractère exclusif de tout autre) の研究」

序

近代市民社会の法秩序と資本主義経済の基盤の上に存立する今日の財産関係はその社会関係の多彩な発展に伴って増々複雑な現象形態を呈している。そして経済生活の多様化と流動化に伴って自由所有の原則と自由契約の原則とが相侵することなく実現される為には、所有権を中心とする物権法と契約を主たる発生原因とする債権法を明確に分離する近代財産法の原理は、その解釈と運用に当って種々の部面で吟味を要するものとなっている。

近代民法が *from status to contract* の標語に示される如く歴史的役割を担ってその個人主義的構成と所有権絶対及び契約自由を中心課題とした結果、二〇世紀に入って以来社会的・公共的側面より大きな修正を受ける事となったのは周知の通りである。

また財産関係が複雑化し物権・債権の社会的経済的機能も変容し例えばそこには物権の債権化・債権の物権化現象も見られるのであるが、大陸法系に属する我国の財産法は物権と債権との理論的構造を基礎として俊別され明晰な概念と精緻な理論によってそれぞれ体系づけられたものである。

かくして物権と債権を法律的に考察するとき排他性の有無がその根本的差異とされ両者は全く区別せられるのであるが、ここに於いて債権が単に特定人間の内部関係に止まるが故に第三者の介入に対抗し得ない或いは債権の性質上侵害が成立しない即ち排他性が全く存しないとする従来の理論及び通説が果して如何なる根拠に基づくものであるのか、また理論的にも実際のにもこれが妥当なものであるのか、財産権及び物権との関係ないし対比に於いて本稿で考察せんとするものである。

第一 財産権と排他性

(一) 財産権について

私有財産制度 (System des Privateigentums, propriété privée) は近代初期の段階に於いて諸々の封建的・共同体的諸拘束を排除し私的資本の自由な発展を保障するという歴史的役割を担っていた為にその私的・個人主義的側面が強調せられたのであった。この私的財産 (des Vermögen, propriété) は市民社会の自律的秩序 (経済的には商品交換秩序) に根をおろした市民的自由ないし権利体系の物質的基礎であり最も基本的なものとされ、従ってその尊重と保障は資本主義国家の本質的使命となり我国に於いても憲法の中に規定しこれを保障する。⁽¹⁾

しかしながら資本主義経済の発展による社会関係内部に於ける矛盾の激化に伴って財産権の私的・個人主義的特性は社会的・公共的側面により一定の制限を受けることとなり、ここに国家も私有財産に故なく干渉してはならないが公益の為やむなく個人財産に関与するときは法律の定める厳重な手続に従いまた正当な補償のもとに個人財産も国家が用い得ることとなった。⁽²⁾更に私法上の原則として財産権の行使は公共の福祉に遵わねばならずまたこれを濫用してはならないという法思想が生じて従来の根本原則も修正せられる事となるに至った。⁽³⁾

かかる法思想が生じ財産権に対する国家の干渉を強め役割を増大せしめたことは、国家が国民に不可欠な生活資料としての財貨或いは物資の公平な分配をより保障しさらに強力な手段に於いて保護せんとするものである。而して市

民相互間に於いても各人の財産権は当然尊重する事を要し何人も生存に不可欠なる財貨に対する権利への故なき干渉・侵害から保護せられると共に自由な財産権の行使が保障せられているのである。⁽⁴⁾

この財産権 (Vermögensrechte, droits des patrimoines) は社会生活上必要な外界的利益の享受を目的とする私法上の権利の総称であつて人格的或いは身分的利益の享受を目的とする非財産権 (nichtvermögensrechte) に対する觀念であるが、この区別の標準は必ずしも明確でなく財産権の定義に関する學說も一定していない。

従來の説によれば財産権とは金銭的価値を有する権利または金銭的価値を以て目的とする権利とされており、その由來はローマ法上の債権の目的たる給付は金銭に見積り得べきものである事を要した事による。⁽⁵⁾ 即ちこれはローマ訴訟制度に於いて当初債務不履行の場合に債権者は当該債務者を売却或いは殺害に及び得るものとされていたが、次第に金銭を以て損害を賠償せしめこれ以外に強制執行の方法を認めなくなった結果によるものである。

しかるに近世に及んで金銭的評価をなし得ない無形的利益であつても債権の目的としてこれを保護する必要上 Jhering, Rudolf 等が右のローマ法の主義を否認しその影響のもとに債権の目的につき金銭的価値の必要のない事はドイツ民法のもとに通説となるに至つた。⁽⁶⁾

我民法第三九九条も同じくこの事を明規しており債権が財産権にあらざる場合が存することを認めるが如くにある。これにつき學說は、当初金銭に見積り得ない債権も債務不履行によつて損害賠償債権化し間接には金銭に見積ることが出来るが故に本条は債権が当初評価不能であることを妨げないとの意義を持つものに過ぎないとする。これに対し財産権とは、金銭的価値の有無を問わず全て処分することを得べき利益を目的とする権利を総稱するものとし、

或いは金銭上の価値を要件とする財産権の定義に拘泥せず債権は普通に金銭的価値を有する給付を目的とするから総括的にこれを財産権というのがその事は債権がたまたま金銭的価値を有しない場合であってもよいとする。⁽⁷⁾

しかしながら今日の経済社会の発展は金銭に見積り得ない給付の範囲を著しく縮小せしめた結果として右の諸説を結論づける効用も減少したと思われる。

かくして財産権と非財産権の区別の標準として従来の学説が金銭的価値ないし経済的利益の観点のみより論じてきたのは妥当でなく、むしろ権利の主体に着目して権利者の人格や身分と不可分的に結合する権利即ち人格権及び身分権とを非財産権とし、それ以外の権利即ち権利者の人格や身分から分離して存在する権利を財産権と言ひ得よう。

Mitteis & Deutschs Privatrecht の中で「私有財産は貯蔵されのちの世代の為に用意されたところの労働なのであってそこにこそその社会的な是認が存する……。」と述べているが、財産権も権利者の一身に専属せずその人格や身分から離れて転々と移動し経済取引の目的となる性質を有する点に重要な意義と機能を有するものである。⁽⁸⁾

我民法はかかる財産権を構成する二大理論的範疇として物権 (Sachenrecht, droit réel) と債権 (Forderung, droit personnel) を俊別する他無体財産権或いは選択権及び買戻権等の財産的形成権並びに合名会社社員持分等も財産権として認められる。

(二) 財産権の不可侵性と排他性。

I 権利一般の通有性としての不可侵性は財産権に於いても認められ財産権を侵害することは許されない。⁽⁹⁾ 即ち現

「財産権に於ける排他性 (le caractère exclusif de tout autre) の研究」

在または將來の利益享受を可能ならしめるために法が認めている財産権について権利者以外の何人も権利者の利益享受を全面的または部分的に不能ならしめ或いは権利行使を妨げる事は禁じられているのである。

このように不可侵性は権利存立の為に権利の一般原則ないし外在的側面より財産権尊重という権利の消極的側面を捕えた性質を示すものと解し得る。

而して財産権の侵害は権利自体の存立を害する方法で為されることもあれば或いは権利の内容を現実化する過程即ち権利の行使を妨げる方法で為されることもあり、侵害の方法や態様は各種の権利の内容の差違によってそれぞれ異なることとなる。例えば目的物を直接支配し使用・収益・処分する権能たる物権に於いては客体たる物の毀滅や棄損または物の利用の妨害等によって侵害が生じ、或いは知能的作物を客体とする著作権や特許権の如き無体財産権に於いては権利者以外の者がその目的物を利用する事によって権利者の独占的利用を害する事により侵害が成立する。また債権に於いては給付を為すべき義務ある債務者によって通常為され民法上これは債務不履行責任を生ぜしめ特別な扱いがされている。これに対し債務者以外の第三者によって債権侵害が為され得るか否かにつきかつて議論の存したところであるが、今日では債権もまた権利として当然保護されるべきものとされ債権侵害の成立を認められている。即ち第三者が債権者の作成した受領証書を盗取し弁済を受けた様な場合或いは債権の譲渡人が債権譲渡を知らない債務者から弁済を受けた場合の如く債権の存立自体を害したり、または債権者の権利行使を不法に妨げたような場合である。

かくして財産権侵害とそれに対する救済が私法上如何なる結果を生ぜしめるかは侵害されたる権利の種類と侵害の

態様によって異なることとなる。例えば占有権の侵害に於いては占有の妨害と侵奪を分けて占有訴権が認められており（民法一九一条以下）、所有権その他の物権が侵害された場合には物の返還請求権や妨害排除請求権が生じることとなる。また無体財産権の侵害に於いては著作権法・特許法等で各々独自の救済方法が定められている。⁽¹⁰⁾そして債権に於いても債務者による債務不履行と第三者による債権侵害とを区別し債務内容の強制的実現或いは損害賠償支払等によって保護せられている。

II 財産権はその内容の実現が何らかの事実によって侵害ないし妨害せられた場合にこれを許容する事なくそれを除去し得てこそはじめて人が財産的利益の自由な享受を保障せられたる権利となる。そこで財産権が侵害せられた場合に於いてその侵害の事実が結果的に今日の法律秩序の下で違法と評価せられた場合にのみ救済せられるという消極的な効力が認められるのみならず、侵害をまず排除し得るといふ積極的な効力が原則として内在的に存するものと解し得る。蓋し憲法第二九条にも保障する財産権はその存立にこのような内在的効力が前提要件となっているが故である。

而して不可侵性は既に述べた様に権利一般の通用性としての概念であり財産権の不可侵性とは財産権侵害を禁ずる消極的・外在的側面をとらえた性質に止まるものである。かくして財産権の侵害がかように消極的側面に於いて禁じられるのみならず、侵害が惹起したる場合にその侵害を排除し得る内在的効力が存在しその効力発生の根拠ないしその特質こそ排他性 \parallel 排他的性質 (exclusive charcter, Charakterexklusiv) であると解する。

この侵害を排除し得る性質即ち排他性が各種の財産権侵害の排除態様の根拠として作用し財産権の内容に従ってそ

の救済形態を生ぜしめる事となると解する。

この様に不可侵性即ち侵害してはならないという性質の存する事と侵害が惹起した場合にそれを排除し得る性質即ち排他性の存する事とは同一の事ではなく、侵害の禁止は必ずしも現実的排除の可能（狭義の排除）を含まないものである。

それ故排他性は財産権の内容或いは法構造上一定の制限を受けることがあり、この対立が物権と債権に於いて顕著なものとなる。

しかしながら通説に於ける排他性の定義も必ずしも明確でなく物権的請求権についての根拠に関する学説も紛糾し、また実際上の債権に基づく妨害排除請求の要請にもかわらずその理論的根拠が曖昧な為学説も多岐となっているのであるが、順次排他性の意義を明らかにしこれらとの関係を多面的に考察してみよう。

註

- (1) 憲法二九条I
- (2) 憲法二九条II
- (3) 憲法一三条、民法一条
- (4) 宮沢俊義「憲法II」三九二頁、橋本文雄「社会法と市民法」四〇五頁
- (5) 原田慶吉「ローマ法」一五九頁、船田享二「ローマ法」第二卷三三九頁。第三卷四頁
- (6) ドイツ民法二四一条
- (7) 川島武宣「民法I」四〇頁、水木惣太郎「基本的人権」五〇三頁
- (8) 川島武宣「所有権法の理論」一七〇頁

(9) 宮沢俊義「憲法Ⅰ」三九一頁

(10) 著作權法二八条Ⅰ、特許法一〇〇条以下。

第二 物權に於ける排他性

(一) 物權の排他性について

I 財産權の主要構成部分とされる物權は物を直接に支配し使用・収益・処分し得る所有權に於いて最もその特性を發揮し、その内容が直接支配でありその目的が物である点に於いて債權に対立するものとされる。

物權は同一目的物の上に同時に二個の物權の存立を許さず両立しない物權の併存を認めない排他性のある權利とされる。この様な物に對する直接支配は結局一物權者が支配する範圍内に於いては他人の支配の介入を容認しない事に歸着し、かかる物權に於ける排他性は通説の認めるところである。⁽¹⁾

これはローマ法に於いて「*Duorum in solidum dominium esse non potest*」を原則とし物權には排他性が存するとせられていた事に由来している。⁽²⁾

このような排他性を認める根拠についての學説は、およそ次の様である。

(1) 物權は全ての人に對する權利であり債權は特定人に對する權利であるから前者を絶対權・對世權とし後者を相對權・對人權としてこの物權の絶対性から排他性が生ずるとする。⁽³⁾ しかしながらこの絶対性・相對性による物權・債

権の区別は対比に於いて正確でなく後に債権の相対性の所で詳述する如く絶対性を物権の特性と認め得ないものであり、また近時この絶対性・相対性による物権・債権の区別は否定される傾向にあって、この絶対性からは物権の排他性を理論的に導びき得る根拠となし得ない。(四) 排他性は物権の本質的特性というよりはむしろ公示された支配権に固有な効力或いは特性であるとする。⁽⁴⁾ 確かに排他性を物権の特性ではないとする点は後にも述べる如く認め得るとして、ここで示す公示された支配権に固有な特性というのはおそらく現象面にとらわれた見解と思われるが必ずしもそうと言い得ないしまたそのように限定すべき積極的理由も存しないと解するのでこの説も是認し得ない。(イ) ある物の上に一個の物権が成立するときは同一物上にこれと両立し得ない物権が同時に成立することは認められないという物権の性質或いは特性を指すものとする。⁽⁵⁾ 即ち物権が物権として存立する為に互に相容れない内容の物権が二個以上同時に成立することは法律上不可能なのだとする。この説も不備ではあるが、ともかくこれは同一内容の物権が同時に併存し得ないこと即ち法律上その併存は認められないという事を意味したものと思われるが、これについては後に詳述する。

以上の三説の他は排他性の存在を物権について認めるもその内容ないし根拠については示さないか、或いは物権の特性というに止まりあまり論理的な分析は為されていないようである。尚これらについては物権的請求権の根拠とも関連するので次に再述する。

(二) 物権の効力と排他性

I 物権は排他性が存する事から通常優先的効力と物権的請求権が生ずるとされているが、続いて述べる如く物権的請求権の根拠については学説も分かれている。⁽⁶⁾ またこれ以外に物権の追及的効力を掲げる説もあるが結局右のいずれかに包含せられるものであり特に独立の効力とする理由は認め得ない。

まず物権の優先的効力についてみると。

(イ) 物権相互間の優先的効力。ある物の上に既に物権が成立している以上更に同一物について同一内容の物権は同時に有効に成立し得ず、それ故内容の衝突する物権相互間に於いてはその効力も物権成立の時の順序に従うこととなる。しかし一方に於いてその對抗要件による制限を受けることがあり、例えば抵当権の順位は登記の前後に従うものとなる。更に法律により物権相互間に特殊な順位を認める場合があり、その場合は物権の効力は成立の時の順序に従わない。⁽⁷⁾

(ロ) 債権に優先する効力。債権の目的となっている物に物権が成立した場合には物権の方が優先する。但し不動産物権の変動を生じさせることを請求する債権は仮登記を備えることにより物権に優先する効力を認められ、他方不動産物権も登記を備えなければ何ら債権に優先しない。⁽⁸⁾ そして不動産の賃借権も建物を登記する事によって物権に対し優先する効力を取得することとなる。⁽⁹⁾

この様に物権の排他性もその優先的効力の側面に於いて絶対的なものではなく法政策的に一定の制限の伴う場合の存する事はあるが、原則として物権には排他性の存する事が理解される。

II 物権的請求権と排他性。物権の本来の支配内容の実現が何らかの事実によって妨げられるかまたは妨げられる

おそれのある場合には、物権者がその侵害者に対して侵害の除去または予防に必要な行為を請求し得ることとなる。この物権の効力を物権的請求権 (dinglicher Anspruch, action réelle) 或いは物上請求権といひ、我民法は占有権に関して占有訴権の規定を設けるだけで本権について何ら規定していないが学説・判例の認めるところである。⁽¹⁰⁾

ここでは物権的請求権の認められる根拠ないしその本質と排他性の関係について従来の学説・判例をたどりながら比較検討することとする。

(イ) 絶対権・相対権の区別に基づき物権の絶対性とその根拠を求める説。これによれば第三者の債権侵害による不法行為の成立もまたそれによる妨害排除請求権の成立も共に否定する。⁽¹¹⁾ (ロ)、権利一般の通用性たる不可侵性に根拠を求める説。判例が権利の不可侵性を強調し債権に基づく妨害排除請求権を認めたが、これにつき学説も物権たる債権たるを問わず「不可侵性」は権利一般の通用性であり妨害排除はこの不可侵性より生ずるとして判例を支持した。⁽¹²⁾ 戦前の判例はこれに従っているが具体的には占有を伴う不動産賃借権の場合にこれを認めた。⁽¹³⁾ (ハ)、右(ロ)の不可侵性に不法行為理論を加え更に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認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關的に考慮して妨害排除請求権の存否を決定せんとする説。⁽¹⁴⁾ (ニ)、物権の排他性ないし支配権たる性質に根拠を求め、物権以外の権利についても排他性を備えまたは支配権能を認め得るものについては拡張して妨害排除を認めようとする説。これは次の四つに分けられる。(a) 債権については原則として成立を否定しながらも何らかの形式に於ける公示方法を伴うことよって物権化したもの或いは賃借権が排他性を備えた場合の如く債権と物権の差異として最も根本的な点で両者が同一の効力を持つようになった事を理由として妨害

排除請求権を拡張せんとする。⁽¹⁵⁾ (b)戦後の判例は法律構成的には不可侵性の理論を捨て債権には原則として妨害排除請求権を認めないとし、進めて対抗力を備えた不動産質借権についてこのような質借人は同一不動産の二重質借人或いは無権限で占有する第三者に対し妨害排除請求権を認めた。⁽¹⁶⁾ (c)債権に基づく妨害排除請求権は不可侵性により、物権に基づく妨害排除請求権は排他性により生ずるとする。即ち「排他性の本来の内容は一物上に一物権が成立するとき、これは同一内容を有する物権が重ねてその物の上に成立し得ないという点にあるけれども、この様に適法に設定せられた第二の物権の成立をも排斥し得る効力がある以上違法になされた第三者の侵害の除去を請求し得ることは排他性の当然の効力として是認せざるをえない。」とする。⁽¹⁷⁾ (d)基本的には不可侵性の理論の立場に立ちながら妨害排除請求権の認められる根拠を物権の支配権たる性質に求め、従って特許権・著作権等の如く知能的所産に対する支配権的と認められる権利については勿論、その他債権についても支配的要素のある場合にはこれを認めんとする。⁽¹⁸⁾ (e)、妨害排除請求権を物権の絶対性と表裏をなすものとして物権に固有なものと解しこれを物権以外に拡張することを否定しながらも、他面別途に拡張の効果をあげようとする説。これは理論的にはあくまで絶対権・相対権ないし物権の古典的区別を堅持しながら實際上妨害排除を認める場合を拡張しようとする特徴を有する。⁽¹⁹⁾ 即ち物権的請求権は物権が物に対して有する支配を確保するため妨害者に対し妨害の排除を請求することを内容とする物権の権能だとし物権に固有なものとする。⁽²⁰⁾ それ故占有を取得した利用権的債権（賃借権・使用借権）については占有ないし準占有に基づく妨害排除請求即ち占有訴権によって妨害排除を請求し得るものとする。⁽²¹⁾

以上の学説を検討すると、(1)は旧説に属し後にも詳述するが理論的にも是認し得ず今日ではほとんど支持されていない

ない。(四)は既に述べた様に權利一般の通用性として物權に於いても債權に於いても不可侵性は当然存するものであるが、この權利侵害と侵害排除とは表裏をはなすものとは言え同一の事でもなくまた必ずしもその領域を同じくしない結果妨害排除の根拠となし得ないと解する。(イ)に於いても(四)と同様であるが更に不法行為理論を加えたとしても後にも述べる様に不備を有しこれも是認し得ない。(二)のうち(a)(b)は公示性を伴った物權化理論によって債權にも排他性を認めんとする点は債權の排他性の所で述べる如く是認し得ないが、物權に於ける妨害排除の根拠を排他性に求めんとするのは妥当と解する。(三)に於いても物權的請求權の根拠を排他性に基づくとするのは妥当であるが、二元的にしても債權は不可侵性により妨害排除請求權が生ずるとする点既にみたように是認し得ない。(d)も不可侵性に根拠を置く点妥当でないのみならず事実的支配の保護の為に認められた占有訴權とは異なつて特に支配的な場合の妨害に限定されるべきものではないと解する故にこれも是認し得ない。(ハ)は判例或いは(二)その他の説と同じ様に實際的な面で妨害排除請求を認める場合を拡張し以つて權利の實質的保護を計らんと展開されつつあるものであり法政策的ないし法論的には妥当と思われるが、その根拠を物權の内在的なものに求め物權の性質からの論理的帰結としながらもそれを絶対性に結びつけている点錯誤であり妥当でないと解する。

而して物權的請求權を認めるこれらの學說の紛糾は、まず不可侵性理論及び絶対性・相對性理論に於ける誤解ないし理論構成の不備そして排他性の概念ないし意義についての不明確な点更に債權の社會變化に伴うその現象所謂債權の物權化といわれるものに対する保護の必要性と論理的根拠の不明瞭さ等に起因するものと思われる。

かくして物權的請求權を認める為に導びかれるべき妥当な理論は、物權的請求權の根拠が物權の本質に存するもの

であってその内在的な性質が排他性であり、その排他性より生ずる効果ないし排除態様たるべきものが各種物権的請求権であるという事にならうと解する。

註

- (1) 我妻栄「物権法」八頁・一〇頁、勝本正晃「物権法」一三頁、川島武宣「民法I」九八頁、末川博「民法(上)」一二四頁、舟橋諱一「物権法」九頁。
- (2) 全部にわたって所有権が二人に属することを得ずとするローマ法上の原則
- (3) 我妻「物権法」一〇頁、我妻「債権総論」八頁、於保不二雄「債権総論」八頁・一四頁
- (4) 拙木馨「判例物権法総論」三五頁
- (5) 舟橋・同九頁、同三四頁、未弘・未弘太郎「物権法」一八頁、末川・同一七頁、於保・同一二頁
- (6) 我妻「物権法」三三頁、吾妻光俊「債権法」六頁
- (7) 例えば先取特権(民法三二九条～三三二条・三三四条)
- (8) 不動産登記法二条I
- (9) 建物保護法一条、借家法一条
- (10) 民法一九八条～二〇〇条、我妻「物権法」二〇頁
- (11) 不法行為の成立を否定する旧説・加藤一郎「不法行為」一一二頁、妨害排除請求権の成立を否定する説・富井政章「民法原論II」二五頁・二九頁
- (12) 大判・大一〇・一〇・一五・民録二七輯一七八八頁、大判・民一四八事件評釈(未弘)
- (13) 大判・昭五・九・一七・評論一九卷民一二八〇頁、大判・昭六・四・二八・新聞三三七〇号一〇頁、我妻「債権総論」五七頁
- (14) 舟橋・同三六頁
- (15) 我妻「債権総論」五七頁、同「債権各論中」四二一頁
- (16) 最判・昭二八・一一・一八・民集七卷一二号一五一頁、最判・昭二九・一〇・七・民集八卷一〇号四三三頁

「財産権に於ける排他性 (Le caractère exclusif de tout autre) の研究」

- (17) 拙木「債權に基づく妨害排除請求權」神戸法學雜誌五卷一・二号。
 (18) 川島「物權的請求權」法律學辭典四卷二三四二・二三四三頁、川島「物權的請求權に於ける『支配權』と『責任』」法協五五卷一—号八五頁
 (19) 川島「所有權法の理論」一二八頁・一五九頁、來栖「債權各論」六三頁、好美「債權に基づく妨害排除についての考察」一橋法學(2)二六六頁・二七七頁
 (20) 川島「所有權法の理論」一二三頁
 (21) 川島「所有權法の理論」一二八頁、好美・同二七七頁、來栖・同六三頁。

第三 債權に於ける排他性

(一) 債權と排他性の關係

I 債權 (Forderung, créance) とは債權者が債務者に対して一定の給付 (Leistung, prestation) を請求することを内容とし、債權者が債務者の給付を介して一定の生活利益を獲得することを目的とする權利である。債權は他人の行為を介して将来財貨を獲得する關係である点に於いて、人が現在の財貨を直接自己の生活に充當する關係である物權に対立するものであり、法律的には排他性の有無がその根本的差異とせられている。⁽¹⁾

物權に於いてもみた如く排他性とは両立しない權利の成立を否定する觀念的なものまたは個有の効力とせられ、物權に於いて排他性は認められるが債權に於いて通説はその存在を全く否定している。⁽²⁾これは既に述べたようにローマ法以來債權は債權者が債務者に対して或る給付を請求する權利であつて排他性がないとせられてきた事に由來する。

債権に於いて排他性を論ずる学説をみると次の様である。

(イ) 排他性を否定する通説及びその根拠は、債権は債務者の意思に基づく行為を目的とする権利であって排他性は認め得ず認める事は債権に適さないが故とせられる。⁽³⁾しかしこの排他性は認め得ずとする排他性の意義或いは認める事は適さないとする論拠はあまり明確ではないが、所謂契約自由或いは意思の自由を認める事として法構造上の物権・債権の差異更には原則として債権には公示性が伴わない等の理由による故の否定であろうかと思われる。これらの点については後に分析していく事とする。(ロ) 不特定給付の債権は排他性なく特定給付の債権には排他性があるとする説。これは不特定給付の債権の場合例えば金銭給付の債権の如く無資力の債務者が多々益々債務を負担するも各債権は皆儼然として存立し互に妨げることなく排他性はないとし、「特定給付の債権は、例えば甲が一定の日時の間乙に対し専ら一定の労務に服すべき債務を負担したるときは、甲は更に丙に対して同一日時の間専ら之に等しき労務に服すべき債務を負担しえず、すなわち全く不能の事に属し不能の事につき権利・義務の発生をすることはあり得べからざる事……これ即ち乙の甲に対する債権に排他性のある所以にあらざして何ぞ」とする。⁽⁴⁾ここでは排他性を觀念的なものとしてとらえているようであり、またここで債務の負担ないし成立が不能とするが、乙に対する債務または丙に対する債務が必然的に不能となるものではなくいずれの債務が可能となるかは債務者の意思により決せられる事であって、そもそも履行が為され得るか否かと債権そのものの存立とはこの場合別問題である。ここで一方が債務不履行となる事は債務者の意思による事であって所謂不能論とも内容が異なり、また他方にここで問題となる排他性の存する論拠となり得るものではなくこの説も是認し得ない。(イ) 物権は絶対権なるが故に排他性があり、債権は

相對權であるから排他性がないとする説。これについては既にふれた様に物權が全ての人に対する關係に於いて保護され全ての人が侵害してはならないという義務¹¹不可侵義務を負うものであるから絶対權・對世權であるのに反して、債權は特定人に対する權利であるから相對權・對人權であることから排他性の有無が生じるとする區別はまず對比に於いて正確ではない。⁽⁵⁾ 債權が特定人に対する權利であるとは債權の内容についていう事であり、これに対する物權の特質としては物に対する直接の支配即ち事實關係たる事を掲げねばならず、債權もまた全ての人に対する關係に於いて保護されるべきものであってこの点に物權と債權の差異は存しない。それ故物權の絶対性とせられていた事も如何なる權利にも共通の性質であり物權の特有性とする事を得ず、債權侵害による不法行為を認めざるを得なくなるにつれて近頃ではこの絶対性・相對性による物權・債權の區別はあまり支持されていない。⁽⁶⁾ (⇒) 排他的効力は物權の本質的特性というよりはむしろ公示された支配權に固有な効力であるとする説⁽⁷⁾。これも既に述べたように排他性が物權固有の特性でないとする点は認め得るとして、これを公示された支配權に限定するのは後に述べるように妥当でないが故にこの説も是認し得ない。

以上の様にいずれの學說に於いても物權に於いて排他性を認めるのに反して債權に於いてはせいぞい公示を伴って物權化したとされる債權について認める以外その排他性は全く否定せられてゐる。

II そこで物權に於いて認められ使用されている排他性の意義について分析してみれば、これは次の二つの側面を有するものであると解し得る。

第一の側面は權利の存立に於いて同一目的物につき同一内容の二個の權利が同時に存し得ない事、あたかも同一空

間を占める物体が同時に二個存し得ない如く同一物につき所有権は同時に二個存し得ない (Duorum in solidum dominium esse non potest) 併存の観念的・物理的否定である。即ち物権は観念的に併存し得ずその成立の順序に従い効力を取得しまた併存の外観を呈する場合もその内容を異にするという様な現象に現われている。

第二の側面は権利の内容が何らかの事実によって妨げられる場合若しくはその恐れのある場合その侵害を許容する事なく排除し得る事、即ち物権侵害に於いてその排除態様としての各種の物権的請求権の生ずる根拠となるもの併存の人為的・法律的否定である。ここにはまた物権が対抗力を取得する事によって物権相互間或いは債権に対して優先的効力を認められる様な場合も含まれている。

物権が排他的な権利であり排他性に基づき侵害に対する物権的請求権が生ずるとする以上、右の様な排他性の二側面を認める事は不可欠の要件となると解する。

而して債権に於いてまず排他性の第一の側面は、債権が同時に同一内容のものとして無数に併存する故にと通説に於いて論じられ排他性否定の根拠とせられ、ここに全く否定せられるかの如くであるがこれは債権の併存に対する錯誤に基づく排他性の否定に他ならない。

即ちまず債務者の側面に於いて考察するとき、例えば債権者(A)が債務者(B)に対して一定の給付(C)を為さしめる債権関係(Z)は同一所有権が同時に二個存し得ない如く物理的に併存し得ないものである。つまり債権者(A)が債務者(B)に対して一定の給付(C)即ち債務者にとって右と類似内容の給付を為さしめる債権関係(Z)は右の(Z)と同時に併存するが厳密に即ち観念的に両債権関係が(Z)として併存し得るものではないであろう。

債権關係に於いては物權と異なり同時に同一内容の無数の債権が併存し得るとするも、それは単に債務者の側に於いて同内容の債務が併存するだけの事であり、物權に於いて同一人に異なる物に対する物權が同時に帰屬する事と異なる現象でなく、通説の掲げる目的物と所有者との關係所謂所有權が一個であるとする事は對比に於いて相当しない故に正確な理論ではない。⁽⁸⁾次に同一目的物に対する關係に於いて債権は無數に併存するとするも、右に示した如くこれも同一目的物につき所有權と占有權が併存する如くその併存債権も帰屬を異にし故に内容の異なる債権が併存するだけである。即ち債権は特定人(A)が他の特定人(B)に対して一定の給付を要求する事を内容としており、たとえ内容が類似(同一とはいい得ない)であっても嚴密な意味で債権者或いは債務者たる当事者が変わればこの場には自ずとその債権の内容も異なる事となる。

次に排他性の第二側面についてみると、債権の性質上または法構造上そして契約自由の原則を認める事から同一目的物に対する同内容の債務が同時に債務者の側に併存する事を許し、その事から所謂二重契約も違法性をおびず自由競争の所産として許容され合法且有効に無数の契約關係の成立が可能となり、事実上の侵害も債権に於いては排除し得ずないし侵害が成立せずとする通説に従えばこの側面は否定されるかの如くである。確かに債権關係に於いては法構造上物權に優先的効力を与えられ或いは債務が債務者の意思にかかわる故にいずれの債権者に債務履行を為しても己むを得ないとする事から事実上の債権侵害も排除が否定ないし制限される場合がある。しかしながら否定ないし制限せられる部分の存する事と全く否定せられる事とは同一の事ではなく、次に排他性の人為的否定の側面に於いてみてみよう。

まず債権の対内的効力として債務者が債務の履行を完全に為さず或いは怠った場合には債務不履行に基づく排除の效果として債権者は保護されており、更に対外的効力として例えば債権者でない者が受取証書の持参人（民法四八〇条）として有効な弁済を受けて債権の帰属を失わしめた場合等には第三者による債権侵害として今日の法律秩序の下で違法と評価される限りで不法行為を成立せしめその排除態様として債権者は損害賠償請求権を取得することとなる（広義の排除）⁽⁹⁾。次に所謂債権が物権化したといわれるような場合や債権者取消権の認められる場合の如く必ずしも他の債権と同等に扱われず排除力即ち人為的・法律的否定の認められる場合も存するのである。

而して排他性の第二の側面は債権に於いて二つの部分に区別され、その一は債務者の侵害でありこれは債務不履行として排除され、その二は法構造上或いは債権の性質上排他性が制限ないし否定されている場合であるが更にこの部分に於いても侵害が違法とされる場合即ち第三者による債権侵害が成立しその侵害を排除し得る場合並びに所謂物権化した債権等として侵害或いは妨害を排除し得る部分とがあることになる。

沿革的にみて不法行為の成立は絶対権についての侵害に限られていたが相對権についても所謂「對世的權利不可侵の効力は權利の通有性として独り債権に於いてのみこれが除外例と為すものにあらず」とした判例により債権に對する第三者の不法行為の成立を認められたのである。絶対権・相對権についての従来の見解の誤りはいずれも絶対権については權利の對外的側面を捕えてその効力が對世的であるとか万人が不可侵義務を負うとかいい、他方相對権については權利の對内的側面を捕えてその効力は特定の義務者に向けられるとして、それぞれ異なる側面を問題としていた事に起因する。それ故従来の学説に於いて認められていた債権の相對性の理論は不法行為理論の発達に伴って否定

せられることとなったのであり今日に於いてほとんど支持されない傾向にある。

しかしながら今日債権侵害に於いて不法行為理論を以ってのみ論じられ侵害の救済が計られているのであるが、これは一面に於いて明らかな不備と欠陥を有する。つまり債権が権利 \parallel 財産権とせられる以上その内在的効力より侵害に対する排除を否定される即ち侵害に対する内在的・積極的効力が認められずして侵害が違法と評価せられた場合にのみ救済せられるとする外在的・消極的効力のみしか存しないとする事は是認し得ない。

権利一般の原則として事後救済という消極的な効力のみならず故なき侵害に対する排除の積極的な効力が内在的効力として当然存するものと解し得る。即ち債権侵害状態の惹起と共に本来排除力が生じるもので妨害状態の進行は傍観すべきで事後に於いて不法行為の要件が充され成立したら救済されるとするのではなく、直ちに侵害の予妨或いは差止をなす権利が発生する側面を有しこの点物権たる債権たる差異はなく、またかかる権利の行使は義務的でないであらうと解する。

結局今日の不法行為理論は民法第七〇九条に基づくあくまで結果的責任の追求であり事後救済の為のものであると解する故に不法行為に基づく債権侵害理論ではその救済と保護の一面に欠けるところが生じることとなる。

民法上も自力救済の認められる場合があり(民法七二〇条)これは物権的・債権的たるを問わずまた緊急事務管理(民法六九八条)に於いても排除が違法性を阻却する場合を認めているが、結局これらは債権にも物権と等しくその内在的性質(つまり排他性)より侵害に対する排除力の生ずる根拠の存する事を示すものである。⁽¹⁾

今日論じられている債権侵害が侵害行為の違法性の側面つまり不法行為の要件が充される侵害である場合に成立し

結果的に救済されるとするが故に、これは狭義の債権侵害というべきものを論じるのみである。それ故広義ないし本来に於ける債権侵害は債務者による侵害即ち債務不履行はもとより右の狭義の侵害及び違法であるか否かまた損害が事實上発生するか否かにかかわらず自力救済等が認められる場合並びに妨害排除ないし侵害の差止を認め得べき様な場合等が含まれるものと解する。

かくして物権に於ける排他性について排他性の意義を第一の側面にのみ限定するとしても債権にも排他性は存する事となり更に第二の側面に於いても債権ではそれが制限ないし否定される場合があるとしてもやはり債権には排他性が全く存しないとする事は制限される事と全く否定される事を混同する事であり誤りと言わねばならないであろう。

(二) 債権の効力と排他性

債権は債権者が債務者に対して一定の給付即ち一定の作為・不作為を請求する事を内容とする権利であり、債権の目的は給付としての債務者の行為と共にこの給付を介して一定の財産的価値を獲得することにある。それ故債権の効力としては給付の請求自体に関する効力だけでなく、債権の目的とする財産的価値獲得のための種々の効力が認められこれを大別して対内的効力と対外的効力に分けられる。

I 債権の対内的効力。これは債権者と債務者の関係に於いて債務者が債務の本旨に従った履行をなさない場合即ち債務不履行 (nichtertüfung, inexécution) についての効力である。この債務不履行には履行不能 (Unmöglichkeit der Leistung, impossibilité d'exécution)。履行遅滞 (Leistungsverzug) 及び不完全履行 (Schlechter-

fullung) を含みそれぞれに主觀的要件・客觀的要件が加わつて債務者が賠償義務を負うものである。

而して債務不履行に対して債權者に次の様な救済手段が与えられる。

(イ) 債務内容の強制的實現、債務の履行が可能であるのに債務者が任意に履行しないときは債權者は裁判外で債務者に履行請求を爲したまた裁判所に給付の訴を提起し得るは勿論のこと、履行を命ずる判決が確定しても債務者が履行しない場合原則として債權者は國家機關によつて強制的に債務内容の實現を計り得ることとなる。強制履行の方法として直接強制(民法四一四條)・代替執行(民法四一四條II)・間接強制(民法七三四條)の三つがある。

(ロ) 損害賠償請求權。債務者の責に帰すべき事由による履行不能の場合及び債務の性質上履行の強制をなし得ない場合には、債權者はその給付の代りとなる損害賠償所謂填補賠償を請求し得る事となる(民法四一五條)。

(ハ) 契約解除。債權關係が契約によつて生じたものである場合には債務不履行によつて債權者に契約解除權が発生するが、普通の履行遲滞および不完全履行のうち遲滞に準ずる場合はあらかじめ相手方に催告する事を要する(民法五四一條)。

(ニ) 債權者代位權及び債權者取消權、action subrogatoire, action oblique はフランス民法(一一六條)にならつたものであり債權者が自己の債權を保全するためその債務者に屬する權利を行使し得る權利であり(民法四二二條)、Gäubigeranfechtungsrecht, action révocatoire は債權者を害することを知つてなした債務者の法律行為(詐害行為)を取消して債務者の財産權を回復することを目的とする權利である(民法四二四條)。

そもそも債權は債務者に対する請求權であつて債務者に屬する財産に対する支配權ではなく債務者の財産処分

由は債務の負担と何等かわりないものであるはずである。しかしながら対人執行を認めない現行法の下では債権は究極に於いて債務者の財産によって弁済を受ける他なく、そこで法律は一定の条件の下に債務者の財産に対する債権者の干渉を許すこととし、債務者の積極的行為による財産の減少排除の為に債権者取消権を認めると共に消極的行為（権利の不行使・放置）による減少防止のために債権者代位権を認めたのである。この債権者代位権は単に債務者が第三者に対して有する権利の維持もしくは実現を目的とするに過ぎないのに反し、債権者取消権は債務者と第三者との間に有効に成立している法律行為の効力を奪うものであって、究極に於いて債権がかくも強力なる効力を有するとする事はここにも債権に排他性の存する根拠を示す所以があると解し得る。まさしく物権が適法に併存する場合にはその成立の順序に従うべしとしまた對抗力を取得した場合に優先的効力が政策的に附与せられたるに比べれば、ここに債権の内在的効力の根拠として排他性が当然存すべきものである事を理解し得ると思われる。

以上の様に債権の対内的關係に於いて種々の排除態様が認められ強力な債権の保護がなされているのは、債務不履行が違法である故それらの効力が生ずるとするのではなく債権が本質的にその不履行を排除する効力を有するが故に債務者による債権侵害即ち債務不履行を可能な限り排除し得るとする当然の結果であり、この対内的債権侵害たる債務不履行の各種排除態様の効果の生ずる根拠こそ債権に内在的な排他性であると解し得る。⁽¹²⁾

II 対外的効力。債権侵害 (Forderungsverletzung) は債権の目的の実現が何らかの事実或いは行為によって妨げられることであり、これは既に述べた債務不履行と第三者による侵害即ち不法行為とがあり損害賠償請求権の発生原因 (民法四一五条・七〇九条) とされるものであるが、一般的に債権侵害とは後者を指すのが普通である。⁽¹³⁾

第三者による債権侵害を可能とし侵害者に対し不法行為による損害賠償義務を認めて債権を保護するという立場は初期の学説や判例では否定されていた事は既にみたが、債権の財貨性・譲渡性が増大するに伴い認められ今日では第三者による債権侵害を一般的に肯定されておりその転機となったのが大正四年の大審院判決であった⁽¹⁴⁾ もっとも厳密に言えば右の判決の如く不可侵義務があって後に債権侵害が認められるとすべきではなく、むしろ逆に第三者による債権侵害の可否は債権の性質ないし構造により決せられそれが可能であるときに違法と評価され第三者の不可侵義務が認められるとする見解もあるが、いずれも外面的考察の欠点を有すると解し得る⁽¹⁵⁾

普通債権侵害が不法行為となるには一般の不法行為の要件を充す必要がある事は勿論であるとされ、特に第三者の違法な加害行為により債権の存続ないし行使が妨害されそれを放任することが今日の法律秩序からみて許容されないうちに不法行為とされるのが通説の様である⁽¹⁶⁾

通説として今日如何なる場合に債権侵害が不法行為となるかは侵害の態様や客体からみて違法性のあるものにつき個別的・具体的に検討されている。

(1) 債権の帰属に対する侵害。債権者でない者が債権の準占有者（民法四七八条）または受取証書の持参人（民法四八〇条）として有効な弁済を受け債権の帰属を失わしめる如き行為は債権者に対して不当利得となるのみならず不法行為となる⁽¹⁷⁾

(2) 給付の侵害。他人間に特定物の引渡請求権があるにかかわらず自己の物と称して勝手に売却・滅失せしめる行為、或いは債務者の行為を目的とする債権につき第三者が債務者を誘拐または監禁する行為は、⁽¹⁸⁾ いずれも給付自体を

破壊することにより債務者の責に帰すべからざる履行不能を招来しこれにより債務者は債務を免れ第三者の不法行為が成立することとなる。⁽¹⁹⁾

(イ) 債務不履行への加担。第三者が債務者と共謀して債務の履行を妨害したり若くは債務不履行につき債務者を教唆し幫助する行為は公序良俗に反し或いは刑罰法規に違反するから行為に含まれる違法性の程度に応じて不法行為が成立する。例えば売買の相手方の代理人と通謀して代金差額を授受し売主に損害を与える行為は不法行為となる。⁽²⁰⁾これに対し二重売買のような合法的行為に於いては例え債務者と共謀して債権者を害する意思があったとしてもそれのみでは違法性を認め得ず、⁽²¹⁾このような第三者の共謀行為が詐欺・強迫によるとか不正競争になるとかいうような場合にはじめて違法性をおび不法行為となす。⁽²²⁾以上のような債務不履行につき第三者が加担するときはその債権は原則として債務者の責に帰すべき不履行或いは不完全履行となるが、この場合債権者は債務者に対し損害賠償請求権を取得して債権は消滅せずまたこの様な第三者の行為は債務不履行の縁由に過ぎず相当因果関係の範囲内の原因ではなく不法行為は成立しないと、もし第三者の行為に対し債権侵害による救済方法を認めるとすれば民法四二四条の存立理由がなくなるとする消極説がある。⁽²³⁾しかしながら後にも述べる様に損害賠償請求権は理論上本来の債権に代わるものとはいえ債権本来の内容を実現し得ないようにさせることはすでに債権の侵害といひ得るからこの場合も不法行為の成立を認め得よう。⁽²⁴⁾

(ニ) 債務者の一般財産を減少せしめる行為。第三者がこのような行為をした場合債権者に対する不法行為となるか、即ち債務者の一般財産を減少させることも債権の実行を困難ならしめる点に於いては尚これを債権の侵害行為と

なすべきである。ただ一般財産を減少せしめる行為も正当な法律行為であればたとえそれにより債権の実質的価値が害されても債権そのものの存続に影響がない場合その行為は違法性を欠き不法行為とはならず債権者取消権（民法四二四条）によって解決されよう。⁽²⁵⁾ また一般財産を減少せしめる行為が財産を毀滅するというような事実行為によりなされたる場合も原則として法律行為によりなされたる場合と同様の理由に基づき不法行為とならず、債権者は債務者の無資力なときに限り債権者代位権（民法四二三条）により第三者に賠償を請求し得ることとなる。

以上のように第三者による債権侵害も対外的効力として不法行為の成立によって債権者は損害賠償請求権を取得することとなる。

そしてこの場合第三者による債権侵害は不法行為という外在的・消極的側面よりその侵害が今日の法律秩序のもとで違法と評価された場合に個別的にそして結果的に救済せられるとされている。確かに金銭債権或いは一般の物の売買のように即時に債権関係が完了し結果の生じる場合に於いては以上の様な原則に従う事即ち事後救済も妥当なものであるが、継続的或いは連続的債権関係及び不作為債権関係並びに妨害排除や差止を認め得べき様な場合には単に損害賠償による事後救済は債権の保護の一面に止まるものであり他面の救済ないし保護を無視するものである事は既に述べた通りであり、ともかく不法行為理論によってのみでは債権の妥当な救済と保護に対して不備の存するものである。すなわち結果的な不法行為の成否にかかわらず第三者による侵害状態の惹起に伴い直ちにその侵害の排除ないし差止の権利が生ずる場合が限定されるとしても認め得るのであり、この債権に内在する性質こそ侵害行為の人為的否定の側面である排他性に他ならないと解せるのである。

(三) 債権に基づく妨害排除と排他性。

第三者が債権者の権利行使を妨害する場合に債権者は不法行為による損害賠償を請求し得るだけでなく第三者に対し妨害の排除を請求し得るかというのが債権に基づく妨害排除請求の問題である。

沿革を辿れば大正一〇年の大審院判決が初めてこの問題を肯定し問題解決の端緒を開き「権利者が自己の為に権利を行使するに際しこれを妨ぐる者あるときは其妨害を排除することを得るは権利の性質上固より当然にして、其権利が物権なると債権なるとによりて其適用を異にすべき理由なしとす」との理由により専用漁業権の賃借人が賃借権に基づいてなした妨害排除請求を認めた。²⁶⁾ 続いて同一二年寺院境内地(国有地)上の使用権につき「この使用権は物権たるに債権たるを問わず不可侵性を有するものなれば、これを妨害する者に対しその排除を請求することを得るものと謂わざるをえず」として同じく認めた。²⁷⁾

このような判例理論よりすれば債権に基づく妨害排除は権利の一般通用性としての不可侵性の当然の帰結として一般的に認めるかのようなものであるがその後の判例に於いては否認する場合もあり一様でなく、そこで具体的に判例が妨害排除を是認する場合と否認する場合とをみれば、それを認めるのは占有を内容とする債権についてしかも現に占有を取得した場合か或いは債権が対抗力を有する場合であり次の様に分けられる。

- (a) 既に占有を取得した賃借権。²⁸⁾ (b) 占有を伴わないが対抗力を有する賃借権。²⁹⁾ (c) これに対し占有を伴わず且対抗力のない賃借権その他の債権に基づく妨害排除請求は否認している。²⁰⁾

このような判例に對し學說に於いては妨害排除請求を認めるべきかまた認めるとすれば如何なる場合かにつき分かれており次にその態様と根拠について探ってみよう。

(イ) 当初の判例理論を支持し權利不可侵性の一般理論から當然債權についても妨害排除を認めるべきだとする見解。これは一般物權の効力たる妨害除去の發生根拠を問題とし、この請求權がもし物權の排他性から發生するものであるならば排他性なき債權に同様の効力を認めることは困難となるが故に、はたしてこれが排他性に基づくものか否かを検討する。そして排他性は一物がすでに一支配權の目的となつて以上同一物の上に更にこれと相妨ぐべき内容の第二の權利が成立し得ないとの効力であつて、第二の物權的処分行為を排斥するためには排他性が必要であるが、しかし何らの權限なくして事實上妨害をなす者がある場合にこの妨害を排除するためには何等排他性を必要とせず、ただ侵害が違法であればよいのであつて妨害排除の効力は排他性に基づくものではなくして「不可侵性」に基づくものであるとする。そしてこのように妨害排除の効力が物權の不可侵性にに基づくものである以上債權に於いても同様に不可侵性が存する故これを認めるべきだとする。⁽³¹⁾しかしこの見解も無制限に妨害排除を認むべしとするものではなく、債權が通常公示方法を伴わず従つて一般第三者にとり債權存在の認識がきわめて困難であることから認める要件として債權の存在を第三者が知り得る状態にある事を要求する。結局直接支配と公示方法を具備する不動産賃借權またはこれに準ずる權利の侵害の場合か、または具体的場合に債權の存在を侵害者が知りまたは知り得べかりし場合に限るとする。また妨害排除以外の保護の態様についてはせいぜい妨害予妨に止め債權者への物の返還請求は認めず、この点は以下の見解に於いても同様である。

ところでこの見解は不可侵性理論により排除を可能とするのであるが既に述べた様に不可侵性は財産権侵害を禁ずる消極的・外在的側面を捕えた性質たるに止まるものであり、その侵害の排除の可否は排他性によるものである。またここでの排他性は単に観念的なものともせず第二の物権的処分行為を排斥する効力として用いているが、ともかく排他性の内容に当然排除の可能 \parallel 人為的否定が含まれていると解するが故にこの説は是認し得ない。

(四) 「債権上の所有権」の理論から妨害排除を基礎づける見解。これは債権は今日の経済組織に於いて単に債務者に対する請求権であるに止まらずそれ自体が一個の財貨として扱われ得るものであつてかかる財貨としての債権は所有権の目的として考察され債権者の地位は債権の所有者として理解され得るとし、そしてかかる所有権の効力として債権に対する不法な侵害に対し妨害排除を認めんとするものである。⁶³²⁾しかしこの理論はあまりに技巧的すぎ今日債権の客体が独立の財貨たる地位を取得し債権自体が財産権として所有権と共通の性質を取得してきたと説けば足りるものであり、わざわざ債権上の所有権という理論を構成する必要もないし所有権と債権を質的に同一に扱い得るものもなくその特質を無視するもので妥当でない。⁶³³⁾

(イ) 債権が占有と結合するときは不完全物権となり物権的請求を生ずるとする見解。これは債権が直接間接に「物権」に到達するための手段であつてかかる債権が登記との結合によりまた登記の認められない場合は占有との結合により物権となり、単なる占有と結合するに過ぎないような物権 \parallel 不完全物権の効力として妨害排除を認めようとする。⁶³⁴⁾

(ニ) 債権が公示を伴い物権化した場合に妨害排除を認める見解。これによれば債権に基づく妨害排除の問題は債権にどの程度の法律的保護を与えるべきかという立法政策上の問題であり、公示を伴わない債権に物権的請求権のよう

な保護を与えるのは適當でなく、ただ物資の利用を目的とする債権が公示方法を伴うときはその債権は物権化しているとの理由でこのような場合にのみ債権に妨害排除の効果を認めんとする。⁸⁵⁾

前記(イ)及び(ニ)に於いて不完全物権ないし物権化した債権という表現が用いられているのであるが、そもそも物権と債権は財産権という次元に於いてみれば当然本質を同じくするものでありまた現象に於いても共通点と類似点を有するものである。それ故債権が公示を伴ったという事に於いて物権化したとするのは疑問であり、債権も物権と同じように時代の変遷と要請に従って即ち社会的ないし法政策的に必要となるならば今日の機械文明の発達はその公示方法を作成するのも不可能ではないし、そもそも物権と債権の特質はかかる技術的・外觀的側面に存するものではないはずであり、これは単に債権の社会化現象に過ぎない。勿論現実に法政策上債権にも妨害排除請求を認めるべき要請が存するわけであり、そこに法政策的・法技術的配慮を以て妥当な保護を与えられるべきは当然であるがその根拠は内在的な効力に求められるべきであり外觀ないし現象にのみ重点をおく事は混乱をきたす結果とならう。

(ホ) 妨害排除を認めない説。(a)占有を伴う債権は占有訴権により保護されることは疑いないがそれ以上に債権に妨害排除の請求を認むべきか否かは債権に対してその種の法的保障を与えることが社会的に承認されることと法的に保障可能なことにかかっているとし、今日の債権の性質論からは一般的に認むべきではないとする。⁸⁶⁾(b)債権の相対性を強調し債権は債務者という特定人に対する関係に於いてのみ国家権力により保障されるものであるとし債権の効力としての妨害排除を認めず、債権に伴う占有の効果として或いは債権の現実的行使の状態が準占有を成立せしめるとしてこの準占有の効果として占有訴権による保護を認め且これで十分であるとする見解もある。⁸⁷⁾これらについては既に妥

当な見解でない事を示したのでここでは省略する。

以上の様に債権に基づく妨害排除について学説も分かれているが、ここに債権の排他性の存する事を認める事によってかかる学説の紛糾を除去し得ると共に妨害排除の根拠についても理論的に解決し得ることとなる。更に物権・債権の効力について理論的にその内在的効力を以て統一し得てい・(二)説のように債権の特質を無視する物権化概念を適応する要なく、また現象として支配権的と認められる場合に多く現われているのであるがこのような場合にのみ限定する不備を除去し得、そして法政策的観点より弱体化した債権を回復し法技術的に保障可能な侵害に対する救済範囲を拡大し現実的な債権の保護をなし得るものと思われる。

註

- (1) 我妻「債権総論」八頁
- (2) 未川「民法(上)」一二三頁・一八二頁、我妻「債権総論」八頁・八四頁、川島「民法I」九八頁、勝本「債権法総論」一三頁、鳩山「日本債権法」九頁
- (3) 我妻「債権総論」八頁
- (4) 岡村玄治「志林」一七卷七号一二頁
- (5) 我妻「債権総論」九頁
- (6) 於保「債権総論」一四頁
- (7) 抽木「判例物権法総論」二二頁・三五頁
- (8) 債権の目的物について数個の債務が併存し得るが、これは物権で同一目的物について所有権と占有権が併存する如く併存債権もその内容を異にするものである。物権に対する債権の特質は直接人と人との関係に存するのであり、物ないし事実関係からのとらえ方に重点を置く事は誤りを生ずると解する。
- (9) 我妻「債権総論」七六頁、加藤「不法行為」三五頁

- (10) 大判・大四・三・二〇・民録二一輯三九五頁、加藤「不法行為」一一五頁
 或いはこのように考えると排他性は不可侵性と同様權利一般の通用性となろうと思われるが、少なくともここに於いては
 物權と債權との対比に於いて排他性を債權で全く否定する事を是認し得ない事を明白としたい。その上で債權に於いては
 排他性が制限ないし否定される場合の存する事を認めるべきであろう。
- (11) 我妻「債權総論」、於保「債權総論」、松坂「債權者代位權の研究」・同「債權者取消權の研究」、川島「債權総論」
- (12) 加藤「不法行為」一一五頁
- (13) 大判・大四・三・一〇・刑録二一輯二七九頁、大判・大四・三・二〇・民録二一輯三九五頁
- (14) 我妻「債權総論」八五頁、牧野「民法の基本問題(四)」一九六頁
- (15) 加藤「不法行為」一一八頁・一二〇頁
- (16) 大判・明三四・七・三・民録七輯七卷一二頁
- (17) 大判・大二・八・六・刑集一卷四一〇頁
- (18) 加藤「不法行為」一一八頁、我妻「債權総論」七七頁
- (19) 大判・大五・一・二一・民録二二輯二二五〇頁
- (20) 最判・昭三〇・五・二二・民集九卷七七四頁
- (21) 我妻「債權総論」七九頁
- (22) 勝本「債權法総論(上)」五三頁
- (23) 我妻「債權総論」七八頁、於保「債權総論」七六頁
- (24) 大判・昭八・三・一四・新聞三五三一号一二頁、大判・昭一八・一二・一四・民集二三卷一二三九頁(後者は不法行為と
 したるも不当)
- (25) 大判・大一〇・一〇・一五・民録二七輯一七八八頁
- (26) 大判・大一二・四・一四・民集二卷二二七頁
- (27) 大判・昭六・五・一三・新聞三三七三号一五頁
- (28)

- (29) 最判・昭二八・一二・一八・民集七卷一五一五頁
- (30) 大判・大一〇・一〇・一五・民録二録二七輯一七七八頁、大判・大一〇・二・一七・民録二七輯三三一頁、最判・昭二八・一二・一四・民集七卷一四〇一頁
- (31) 末弘「債権総論」二頁、同「債権各論」一〇二頁、同「民法講話」(上)二六頁、抽木「判例債権法総論」二二頁
- (32) 勝本「債権法総論概論」一三頁、F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des B. G. B., 1929. S. 60 ff.
- (33) 抽木「独逸民法Ⅱ債務法」二頁、林信雄「物権法」三二頁、吾妻「債権法」四頁・六頁
- (35) 我妻「債権総論」五七頁・八四頁、好美「債権に基づく妨害排除」三一〇頁
- (36) 川島「所有権法の理論」一五七頁、来栖「債権各論」六五頁、
- (37) 於保「債権総論」、Ennecerus—Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1954, S2, S913.

第四 結 語

(一) 財産権に於ける排他性は各々の権利の性質或いは内容に従い種々の侵害に対する排除態様の根拠としてそれぞれの救済形態を生ぜしめると解し得るが、今日理論的にも実際のにも問題を紛糾せしめている一つが債権に基づく妨害排除請求に於いてであり、ここに於いても債権に排他性の存する事を認める事によって理論的根拠となし得ると共に實際問題の処理に於いても制限せられる場合はあるとしても救済形態を拡張し法政策的に債権の弱体化を回復し得る事となろう。

ちなみに諸外国に於ける債権侵害に基づく妨害排除についての処理と保護をみるならば、まずドイツに於いてはこ

の妨害排除についてあまり議論されていない。

即ちドイツに於いて一般的な損害賠償に関する規定（ドイツ民法二四九条以下）によれば、賠償の方法は原状回復を原則として金銭賠償を例外とするものとしており、これがそのまま債権侵害の不法行為責任としての賠償に適用されることとなる。それ故占有の取得によって占有訴権により得る場合を除けば結局金銭賠償と同様に不法行為に基づく損害賠償の一般の一適用例に帰する事となる。

従って債権者に対する不法行為＝債権侵害（B. G. B, §823, I）という名目であれドイツ通説・判例のように財産権侵害（B. G. B, §823, II, §826.）*verletzung eines Eigentums*であれ＝の肯定される限りは一般に妨害排除の許されることは当然となる。

そしてその効果たる損害賠償の一態様としての原状回復として債務者への返還のみならず事情によっては債権者自身への直接の引渡をも可能とするのである。

次にフランスに於いては債権に基づく妨害排除も不法行為に基づく損害賠償としての金銭賠償と並んで原状回復が肯定されると共に、具体的場合に於いて裁判官の自由裁量に属するものとされることよって処理される。

例えば二重契約による債権侵害に関して、裁判所は原状回復として既に第一の売買契約を知らずながら不動産を取得し第一の買主より先に登記を完了して第一の契約を侵害した第二の契約を取消し、第二の契約によって無効ならしめられた第一の契約を回復させるのである。第一の売買契約に抵触する悪意の第三者と債務者間に締結された抵当権の取消及び債権譲渡の取消等に於いても同様である。

このように悪意の第三者のなすべき回復は債務者のなすべきそれに準ずることとなり、従って債権者にはこの場合一種の先取特権 (une sorte de privilège) を与える結果となる事をも肯定されている。

更に英米法上に於ける問題は解釈論として大陸法と同一に扱いはれないが、実際上の問題として債権の第三者による侵害を保護している。

即ち法律によって承認された契約關係に干渉すること (to interfere) はその干渉を正当ならしめる事由 (sufficient justification for the interference) がなければ法律上の権利侵害 (a violation of legal right) とならぬ。そして妨害排除請求権も不動産定期賃借権 (estate for years, leasehold estate) の存する場合に土地への侵害 (trespass) が継続する場合に於いて裁判所の自由裁量に属するとはいえ差止命令 (injunction) の請求をなし得るのである。

他方動産に於いては金銭で購い得ない特に個人的価値ある物を除いては返還請求は認めずまた妨害排除も原則として不要としている。

また二重契約の場合、例えば歌手 A が一定期間 B の劇場に専属出演し他所に出ない旨契約したる後 A はその履行を拒絶し Z 劇場に出演するという場合に於いて、裁判所は A に契約通りの出演を強制することはできないが Z に出演する事を禁ずる injunction を発し以って間接的に A に第一の契約の履行をなましめる事を計っている。⁽¹⁾

このように我国に於ける債権侵害に対する救済ないし妨害排除についての学説も不備であって理論上も実際上も体系的な保護を欠くのに對し、ドイツ・フランス・英米法上に於いては多少差異はあるとはいえ債権の本質上は財産権

として実質的な保護を計っているのである。(2)

註

(1) Lunley v, Wagner 13L, Q. Rev, 306 (1897). Restatement §361.

(2) 好美「債権に基づく妨害排除」一九九頁以下。

(二) 排他性について財産権及び物権との対比に於いて債権で否定されている根拠を探り実際に各々に於いて如何に取扱われているかをみてきたが、ローマ法以来債権の対内的側面(特定人と特定人の関係)を捕えて物権の物と入との事実関係に對置し排他性を単に觀念的なものとして捕え各々の異なる側面に適用してきた事に於いて排他性を債権で否定されてきた事とドイツ法継受の觀念的繰りに影響せられた結果今日も物権と債権の俊別に排他性をういられたきたものと思われる。

更に近代契約法の原則たる契約自由が過大評価のもとに權利者は不法を為さずとする所有権絶対の觀念と同様その側面を強調せられてきた事によるものと思われる。

かくしてこの試論は不十分な点があると思われるが排他性を全く觀念的なものとするにせよ或いは人為的否定の側面即ち侵害排除の可能を含ましめるにせよそして債権が人の意思自由を中心とする權利關係としてまた性質上結果的に法構造上排除が制限せられるにせよ、物権に排他性が存するとする以上債権にも排他性が存すると言わざるを得ない事とならう。

物権に於ける物権的請求権も排他性の第二の側面を根拠として内在的な性質より生ずるとする事が単に排他性を観

念的否定の概念として限定し他に根拠を求めるより妥当であり物権に於ける侵害と救済に対する理論的統一を計り得るものとなり、同様に債権に於ける債権侵害に対する救済及び妨害排除請求権の根拠となし得る事によって、まさしく財産権たる物権と債権に於ける侵害に対する排除と救済とその理論的根拠について統一せられる点にこの排他性理論の第一の実益があると解する。

そして排他性を両立しない権利の成立を否定する観念的なもの即ち物理的否定と限定するならば、侵害自体が否定される事となり物権に於ける物権的請求権の根拠ともなり得ないしかかる意義に解すべき積極的理由も存しないであろう。

次に債権の性質上ないし財産法構造上そして契約自由の原則によって相似内容の債権関係が債務者の側に併存してもかかる事実的侵害状態の否定ないし排除が制限せられる契約関係所謂二重契約等に於いて、例えば害意或いは非良心的 (unconscionable) な第三者による侵害のような場合にも契約自由の範疇に入れ得るものではなくかかる侵害状態は排除し得るとする事によって本来存する債権の排他性の再生ないし拡張を計る事こそ時代の要請に合する契約自由の尊重と契約理論を確立し得るものであると思われる。

即ち契約自由として他者を害しても自己の利得を計らんとする近代資本主義的自由精神を認めておく事は決して本来存すべき契約自由ではあり得ず、かかる債務者は勿論害意或いは非良心的な第三者は社会的正義並びに公平の理念によっても許され得るものではなく自由意思尊重の限界を越えるものと思われる。

債権者と債務者間の関係たる所謂債権債務関係に於いて本来この当事者の信頼関係に第三者は介在するものではな

いのであるが、しかし第三者が正当な事由なくその信頼関係を破壊する事は許されないのでありこれも不可侵性の作用として認め得る。そしてもし現実には第三者がその信頼関係に介入ないし破壊してきた場合に損害ないし行為の違法性の有無にかかわらずそれを排除する事即ちその停止または除去する事を要求する権利が人為的否定たる排他性の効力として認められるのである。

例えば一定期間の雇傭契約或いは出演契約等の存する場合に第三者がその社員ないし債務者を勧誘し引抜或いは債務不履行をなさしめその第三者との契約を履行せしめる様な場合に債権者はその第三者に対して当然その行為の停止を要求し得よう。

契約自由或いは職業選択の自由を有するとは言え単に契約条件の有利さの故に第一の契約関係を破棄して第二の契約関係に移るような自由を債務者が有しないのは勿論、第三者にも善意無過失なるか第一の債権者の了解を得たる場合でなければかかる債務者と契約締結の自由を有するものではないであろう。

即ち第一の契約関係に於ける債権者（雇主）は債務者（社員）に対して有する債権に於いて、債務者が第二の契約関係に移ってしまった後にはじめて債務不履行或いは第三者の不法行為に基づく損害賠償請求がなし得るとするのみならず、かかる事態を防止し得るは当然であり第三者が当該契約関係に事実上妨害をなしてきた場合には排他性（契約に基づく）によりその排除態様たる差止を請求し得る事となる。またこのような場合の第三者には害意は要せず悪意が存すれば足りると解する。

またここに於いて債務者が第一の債務を履行するか否かは別問題であるが、債権にかかかる排他性を認める事によつ

て妨害排除を可能とする場合を拡張し或いは場合によって第三者に対し直接物を請求する場合を認め更には再度侵害する者には責任を加重するという政策的配慮も可能であり、このように間接的に債務者に対して債務履行を強制する事に於いて実益がある。また取引上の基本的要請は取引の安全でありまさに信義則である。害意或いは非良心的な第三者の契約を有効として違法性を欠くとしておく事はまさしく債務者に債務不履行をすすめる結果となり信義則の破壊をもたらそう。

次に債権に不可侵性を認められ排他性が存しないとせられた結果、債権侵害の場合に不法行為理論の発達に伴って債権の外在的・消極的側面に於いて債権が保護せられてきた。しかしながら物権に於いて内在的・特殊な排他性により侵害を排除し得且排除態様としての物権の請求権が生ずるとされるのに反し、他方債権に於いては権利乃至概念の一般論・抽象論としての違法性から即ち不法行為という外在的側面から債権侵害が論じられしかも債権に於いては事後救済という消極的側面しか有しない権利とされているのは、財産権としての物権・債権に対しその一方にのみ權利一般に通有する普遍的な概念を個別的・特殊なものに適用せんとする事であり理論上妥当でなく債権の一面の救済を無視し不当に扱う結果となっている。

原則としてまず財産権の内在的効力としての排他性より侵害に応じた各々の排除態様が権利の性質或いは内容上排除の方法・態様の差異を生ずるとしても認められ、次に相關的に外在的側面としての一般概念即ち侵害行為や状態の客観的違法性より論じられるべきものである。

更に債権自体財産権としてその経済的・法的作用ないし機能に於いて物権と同等或いはそれ以上の重要な役割を負

いつつあるとき、これを全く非排他的な権利として公示を伴って物権化したもの或いは侵害が違法と評価せられた場合という側面のみより債権侵害に対する救済が計られんとする事は、論理的に是認し得ないのみならずその経済作用と行程を破壊し且債権を認めた法の目的にも副わないものとしていく事となる。

ここに公示されたものないし対抗力を伴った債権は物権化したと論じられているのは既に述べたように本来の物権と債権の特質を無視するものであり理論の混乱をきたすものであって認め得ない。

これは社会経済の変遷に伴って債権自体が社会化しその領域を拡張ないし多様化され、より強力な保護を要求する事の結果たる現象であり、何ら物権化理論を用いる要なくここに債権の排他性(第二の側面の拡張)により当然保護されるべきものとなり、より物権と債権の俊別意義を明確になし得よう。

物権に於ける排他性も絶対的なものではなく公示ないし対抗力を伴った場合にのみ優先的効力或いは物権的請求権の根拠となり得るとする事は排他性が法政策的・法技術的に制限せられた事を示すものである。

債権に於いても今日の機械文明の発達に伴う技術の進歩は例えば重要な契約関係の公示(コンピューターでの登記)ぐらいは可能とすると思われるし、またドイツ法より導入せられた仮処分殊に「仮の地位を定める仮処分」の場合に裁判官の自由裁量が存する事からこれを広く活用し或い手続の簡略化を計る事によって実用化し債権の保護を拡大し得る事となろう。⁽¹⁾

かくして排他性の二側面を認めることによって債権の排他性の存在を確認し今日の社会的要請に合致した財産法の理論的統一を計り得ると共に法政策上不当に制限せられた債権の弱体化を回復し以って契約関係否社会生活上の命題

たる「契約は遵守すべし」に資とするものと思われる。

註

- (1) ドイツ法より導入せられたとは言えかかる救済手段の存する事はここにも実体法上の権利の存在が前提されている事を示すものであり、債権侵害に対し裁判所は必要に応じて不作為給付命令を判決し得るのであるから、これを広く活用すべきである。