

我が国における「物権的請求権」概念の推移：旧民法から現行民法に至まで

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部博士課程二年

<https://hdl.handle.net/2324/6269>

出版情報：慶應義塾大学大学院法学研究科論文集．25，pp.79-97，1987-03．慶應義塾大学法学研究会
バージョン：
権利関係：



我が国における「物権的請求権」概念の推移

——旧民法から現行民法に至るまで——

七 戸 克 彦

(博士課程二年)

一 序にかえて

二 旧民法

(一) 物権の意義(本質)及び効力

(二) 本権訴権

三 現行民法

(一) 立法過程における議論

(二) 立法直後の学説

四 結びにかえて——現行法解釈論に向けて

一 序にかえて

現行民法に明文がないにも拘らず、所有権を始めとする物権が侵害され、または侵害される虞れがあるときに、所有権者等の物権者が侵害者に対して、右侵害を排斥する権能を有することについては

我が国における「物権的請求権」概念の推移

全く争いが無い。この権能は今日、「物権的請求権」ないし「物上請求権」と呼称され、占有訴権の規定にならって、物権的返還請求権、妨害排除請求権及び妨害予防請求権の三者に分類されている。

しかしながら、右「物権的請求権」の根拠・性質・要件・効果の内容に関しては、周知のように、大いに争いがある。⁽¹⁾ 右対立からは、「物権的請求権」をめぐる諸問題が物権と債権の本質論及び請求権一般の性質論に深く根差していることが理解されるが、しかし、後に詳述するように、今日学説が説くドイツ法的な物権と債権の徹底した峻別論と「請求権」概念、更には「物権的請求権」概念は、現行民法成立後の学説継受の結果であって、旧民法・現行民法の制定時において、起草者が右概念を採用したわけではないのである。となれば、これらドイツ法に由来する諸概念を、現行民法典のうちフランス法・旧民法を継受した条文につき、何ら顧慮することなくそ

のままの形で当てはめることに關しては問題はないのだろうか。かかる不調和が、物權の請求權をめぐる學說の対立、のみならず所有權論、物權法論一般に影響を及ぼしてはいないだろうか。⁽²⁾かかる観点から、本稿では、旧民法で認められていた各種の「対物訴權」とは如何なるものか、また、これが現行民法にどのような形で承継されているか、という点に焦點を当てて、問題解決のための糸口を探ることにしたい。⁽³⁾

二 旧民法

(一) 物權 *droit réel* の意義（本質）及び効力

1 物權の本質

ボアソナード旧民法財産編二条は、フランス法と異なり、物權 *droit réel* の定義に關する明文規定を置いていた。同条一項は次のように規定する。「物權ニハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且總テノ人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノニシテ主タル有リ從タル有リ」⁽⁴⁾。

草案注釈によれば、右の定義は、人權 *droit personnel* との対比の上で、物權に認められる次の二つの性質 *double caractere* を掲げたものである⁽⁵⁾。即ち、第一は、直接に *directement* 物の上に *sur une chose* 行使される *s'exercer* こと⁽⁶⁾、即ち物上權（対物權）*jus in re*, "*droit sur une chose*" たる性質であり、これは今日いわゆる直接支配性である。これに対して、債權 *droit de créance* ないし人權は、人に対して要求する *s'adresser* もの⁽⁷⁾、即ち、対人權

jus personam, "*droit contre une personne*" たる性質を有するに過ぎない⁽⁸⁾。第二は、目的物についての侵害 *entreprise* あるいは權利主張 *prétention* によつて妨害 *obstacle* をなすところの、万人に対して對抗できる *opposable à tous* 性質、即ち絶対權 *droit absolu* たる性質であつて、これに対して人權は、相對權 *droit relatif* たる性質を有するに過ぎない⁽⁹⁾。

2 物權の効力——追及効及び優先効

ところが、これに先立つ司法省での講義において、ボアソナードは、物權・人權の区別の実益として、次の三点を挙げている。

第一 物權ヲ有スル者ハ直チニ之ヲ其物上ニ執行スルヲ得ルト雖トモ人權ハ義務者ニ対シテ之ヲ行ヒ若シ其請求ニ応セサルニ於テハ裁判ノ方法ヲ以テ其義務ヲ尽クサシム羅典ノ「ジュス、イン、レー」（物上ノ權）「ジュス、イン、ペルソナ」（人ニ対スル權）ノ語ハ蓋シ此ノ區別ヨリ來ルモノナリ

第二 爰ニ他人ノ所有品ヲ占有スル者アリトセンニ此占有者若シ直ニ之ヲ返還セハ固ヨリ爭論ノ起ル無シト雖トモ万一其返還ヲ拒ムニ至リテハ前述ノ人權ニオケルカ如キ固ヨリ裁判ノ方法ヲ以テ之ヲ取戻スヲ得可シ故ニ此一点ニ付テハ人權ト物權ト相類スレトモ亦他ニ至重ノ差異アリ即チ其物品ノ占有者ハ何人タルヲ問ハス之ヲ出訴スルヲ得ルニ因リ若シ訴訟中ニ該物品ノ他人ノ手ニ移ルアレハ又必ス現占有者ニ対シテ之ヲ請求スルヲ得人權ノ場合ニハ然ラス出訴シテ已レノ敵手トナス可キモノハ独リ其義務者ニ止マルモノトス……

第三 所有者ハ己レノ物品ノ占有者ニ対シテ其取戻シヲ要求シタノ權利者即チ人權ヲ有スル者ト共ニ其義務ノ執行ヲ要求スル場合ニ於テ其權利者若シ數人ナルトキハ或ハ義務者ノ財産ヲ分配シテ各々其要求スル所ヲ

減少スアルモノ占有者ノ占有セル物品ノ所有者ハ物權ヲ以テ之ヲ取戻ス
ニ付占有者若シ失敗セシトキハ必ス其物品ノ全部ヲ返還セサル可カラス

ここにいう第一の性質は、草案注釈における直接（支配）性の説明と一致するが、ここでは絶対性が物權の本質として掲げられていない点に注意を要する。ところで、右と全く同様の説明は、旧民法理由書で再び繰り返され、ボアソナードは、第一の直接支配性が物權の主たる効力 *effet principal* であつて、他方、第二・第三に挙げられているもの（これらは今日いわゆる追及効、及び——所有權の一般債權に対する——優先的効力であることは言うまでもないであろう⁽¹⁰⁾）が、右直接支配性から導かれる効力である、としている⁽¹¹⁾。かように、物權・人權の本質ないし定義を物上權・对人權の区別——物の上になされる直接 *immédiat et direct* 支配權か・人に対する行為要求權か——に求め、追及効（權）*droit de suite*・優先効（權）*droit de préférence* の二者を右直接支配性という定義ないし本質から導かれた物權の効力とみることは、ボティエ以来のフランスにおける通説の立場と一致する⁽¹³⁾。

3 物權の本質をめぐる学説——対物權説・对人權説

ところが、物權・債權の本質ないし定義を物上權・对人權の区別に求めることに對しては、次のような批判が有力に唱えられていた⁽¹⁴⁾。即ち、權利及びこれに必然的に対応して存在するところの義務は、人と人との關係において初めて觀念し得る社会生活上の概念であり、これを人と物との間に認めることは無意味である、というものであり、しかして右反對説（これは对人權（關係）説ないし汎債權説 *théorie*

personaliste ou obligationnelle と呼ばれる）は、右義務の内容を万人が他人の物の所有權を侵害してはならない不作為義務（一般的不作為義務 *obligation passivement universelle*）と構成し、物權・債權の區別（従つてまた物權の本質ないし定義）を、絶対權・相對權の區別——万人に對して右義務違反を問ひ得る（即ち權利が存する）か・特定人に對してのみ問ひ得るか——に求めたのである⁽¹⁵⁾。

右の、物權・債權の區別の基準を物上權・对人權に求めるか（これは対物權（關係説）と呼ばれる⁽¹⁶⁾）、絶対權・相對權に求めるか（对人權（關係）説という對立、換言すれば、物權の効力である追及効及び優先効を直接支配性によつて説明するか・絶対性によつて説明するかという對立は、既に旧民法制定当時、十分認識されていた。

ボアソナード自身は、物權においては他人の物を侵害してはならないという一般的な不作為義務を觀念する必要はないとして対物權説に立つことを明言していたが⁽¹⁷⁾、旧民法においては、対物權説に對する先の批判を免れるために、従来は直接支配性から導かれてきた追及効との論理的重複を認識しつつ、对人權説の基準である「万人に對する對抗可能性」絶対性」を、物權の定義に加えた⁽¹⁸⁾と見うる。

(二) 本權訴權 *action pétitoire*

さて、上述のボアソナードの説明では、物權の効力として追及効と優先効の二点が挙げられていたが、このうちの追及効に關して、占有の侵奪に對する所有權者の救済方法が「裁判ノ方法ヲ以テ之ヲ取戻ス」もの、即ち訴權 *action* である点には注意を要する。

旧民法は、財産編二条に掲げられた物権のうち「主たる権利」の各々と「従たる権利」のうちの第一「地役権」について、それに対応する対物（物上）訴権 *action réelle* の明文を置いていた。これは占有訴権 *action possessoire* と本権訴権 *action pétitoire* に分かれるが、後者の存在を正面から規定している点が、旧民法の、フランス法と異なる大きな特徴である。以下、条文を列挙すると――

(a) まず、所有権 *propriété* に関しては次の如き規定がある。

【財産編三六条】

①所有者其物ノ占有ヲ妨ケラレ又ハ奪ハレタルトキハ所持者ニ対シ本権訴権ヲ行フコトヲ得但動産及ヒ不動産ノ時効ニ関シ証拠編ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス

②又所有者ハ第百九十九条乃至第二百十二条ニ定メタル占有ニ関スル訴権ヲ行フコトヲ得⁽²⁰⁾

(b) また、用益権（用益権 *usufruit*、使用権 *usage*、住居権 *habitation*）に関しては――

【財産編六七条】

①用益者ハ虚有者及ヒ第三者ニ対シ其収益権ニ関スル占有及ヒ本権ノ物上訴権ヲ行フコトヲ得

②又用益者ハ用益不動産ノ働方又ハ受方ノ地役ニ付キ自己ノ權利ノ範囲内ニ於テ占有ニ係ルト本権ニ係ルトヲ問ハス要請又ハ拒却ノ訴権ヲ行フコトヲ得

③右執レノ場合ニ於テモ第九十八条ノ規定ヲ適用ス⁽²²⁾

(c) 一方、旧民法においては物権であつた賃借権（賃借権 *bail*、永借権 *emphytéose*、地上権 *superficie*）に関しては――

【財産編一三六条】

賃借人ハ其權利ヲ保存スル為メ賃貸人及ヒ第三者ニ対シテ第六十七条ニ記載シタル訴権ヲ行フコトヲ得⁽²⁴⁾

(d) また、約定地役権 *servitude établie par le fait de l'homme*⁽²⁵⁾ に関しては――

【財産編二六九条】

①要役地ノ所有者ハ自己ニ屬スト主張スル地役ニ付キ占有ニ係ルト本権ニ係ルトヲ問ハス要請権ヲ行フコトヲ得

②又承役地ナリトノ主張ヲ受ケタル不動産ノ所有者ハ其争フ地役ノ行使ヲ拒ミ又ハ之ヲ止マシムル為メ占有ニ係ルト本権ニ係ルトヲ問ハス拒却訴権ヲ行フコトヲ得⁽²⁶⁾

1 物権 *droit réel* と対物訴権 *action réelle* の関係

ここでまず問題となるのは、物権に対する物上訴権の位置付けである。これは、実体権 *droit* と訴権 *action* の関係をどう見るとどう一般問題と深く関係するが、この点に関して、財産編三六条の基となつた草案三七条につきボアソナードは次のように説明する。

所有物取戻の權利 *droit de revendication* というものが、時として所有権の定義の中に加えられることがある。即ち、上述三一条「所有権の定義に関する規定」で宣明した三つの權利 *droits*（直接支配性の内容である使用 *user*・収益 *jouir*・処分 *disposer* 権の三者を指す）の他に、これを加えるのである。⁽³⁰⁾

フランス民法典は、取戻訴権 *action en revendication* を不動産的權利 *droit immobilier* とする規定につき（五二六条）、部分的に、この觀念を採用しようである。

しかし、この理論はあまり正確ではない。なぜなら、取戻訴権は本来

の意味における *proprement dit* 権利 *droit* ではなくして、権利侵害者 *usurpateur* に対する物権の行使 *exercice du droit réel* だからである。従って、取戻 *revendication* をもって所有権を構成する「実体的」権利 *droit* の一つとみることは、債務者に対して債権者の有する対人訴権 *action personnelle* をもって債権 *droit de créance* の要素 *élément* とみるのと同様に、不正確である。訴権 *action* は実体権 *droit* ではなくして、実体権の制裁 *sanction*、即ち、実体権を実効 *valoir* あらしめるための手段 *moyen* なのである。⁽³¹⁾

このように、取戻訴権の性質は、それ自身が実体的な権利——所有権の要素 *élément* ——なのではなくして、実体権たる物権が有する訴訟法上の効果 *effet* に過ぎず（これは後の、物権的請求権の性質に関する物権的効果説に相当する）、また右訴権の目的は、これを通じて実体権 *droit* の存在を認知し *reconnaitre*、実効性を持たせる *valoir* ところにあるとされる。⁽³²⁾

一方、右の如き、実体権たる物権の裁判上の反射にすぎない物上訴権を、フランス法と異なり、敢えて明文で規定した理由は、先述の財産編二条に掲げた物権の定義から導かれるところの追及効、即ち、実体的側面において「所有者が、目的物を不当に *indument* 手中に収めるあらゆる者から、取戻す *revendiquer* ことができること」の重要性に鑑みると、右追及効を実質的に担保するところの訴訟法の次元において、法的保護手段が存在することを、明文をもって宣明しておくことが望ましいと考えたからである。⁽³³⁾

2 本権訴権の体系

かような趣旨から明定された本権訴権は、他方において、ドイツ

我が国における「物権的請求権」概念の推移

法のような統一的な所有権保護制度の体系を呈していない。問題は、所有物取戻訴権 *rei vindicatio* に対する否認訴権 *actio negatoria*, *action négatoire* 及び確認訴権 *actio confessoria*, *action conlessoire* の要件と、それら相互の位置付けに係っている。

(1) 沿革及び比較法

(a) ローマ法における所有物取戻訴権・否認訴権は、所有権保護のための制度として統一的な形で認識されていたわけではなかった。⁽³⁴⁾

まず第一に、両訴権行使の要件である「占有侵奪の方法による所有権侵害」「占有侵奪以外の方法による所有権侵害」の意義を問題としなければならない。ただし、この時代の取戻訴権においては、本案審理の前提となる被告適格の領域で、被告の「占有」の有無が問われることを通じて、被告が所有権行使の行態をとっているか否かが判断され、他方、否認訴権は、被告が役権・用益権等を僭称する場合にこれを否定する制度と観念された結果、被告が右役権の行使という行態によつて所有権を侵害しているか否かが問題とされたからである。⁽³⁵⁾ 従つて、かような「所有権者対所有権者（『所有権行使者としての占有者』）」「所有権者対役権者」という法律上の紛争を前提とすることの帰結として、この時代の取戻訴権・否認訴権は、単なる事実的な侵害を、当然に救済対象とするものではなかった。⁽³⁶⁾

第二に、否認訴権において、制限物権の存在を主張して争う者は、相手方の所有権の存在自体は認めていることから、所有権の存否が争点として現れず、ために、所有権の保護のための制度とは考えられなかった。即ち、右役権の否認訴権に対応するのは、取戻訴権で

はなくして、役権者の側から所有者に対し役権の存在を認めさせる訴権、即ち確認訴権と考えられていた。⁽⁴⁰⁾

(b) フランス法は、取戻訴権・否認訴権・確認訴権の三者をいずれも本権保護のための制度とみているが、しかしながらこれは、先述の如く占有訴権との対比における位置付けであり、本権訴権内部の体系付けは、右のローマ法の体系を基本的に承継するものである。⁽⁴²⁾

(c) これに対し、ドイツ普通法学は、従来役権者の権利の存否を視点の中心に据えてきた右否認訴権を、所有権者の視点へと据え直すことにより、統一的な所有権保護制度(所有権自由の訴 *Eigenums-Ischheitsklage*)に組み込んだ。即ち、取戻訴権・役権否認の訴の要件である「侵害」の内容を、所有権僭称・役権僭称という法律次元での侵害に留まらず、広く事実的侵害にまで拡大しつつ、右否認訴権を、役権確認の訴の対応物としてではなく、所有物取戻訴権の対応物と構成するに至ったのである。⁽⁴³⁾ 他方、確認訴権も、その相手方を所有権者以外の者へと拡大させることによって、所有権と制限物権という類推関係の下に取戻訴権に対応することとなった。⁽⁴⁴⁾

(2) 旧民法

さて、ポアソナード旧民法の体系は、ローマ法・フランス法の系譜を離れるものではない。

まず第一に、ポアソナードは、取戻訴権と用益権・賃借権に基づく確認訴権とは、所有権と制限物権の性質 *nature* の違いに基づく回復内容の差を除くほかは、同一の名称 *noms*、同一の目的 *objet* を有するとし、両者を共に本権保護を目的とする制度として統一的

に理解する。⁽⁴⁶⁾ もっともこれは、あくまでも占有訴権との対比において論じられること、フランス法と同様である。⁽⁴⁷⁾

第二に、否認(拒却)訴権は、実際には、所有者にとっては主要な訴権であるところの取戻訴権の一変形 *variante* に過ぎないとみ⁽⁴⁸⁾ る。即ち、取戻訴権も否認訴権も、所有権の保護、即ち、自己の所有物の自由 *liberté* を取戻す *revendiquer* という点においては同一目的を有するのであって、そこには相手方の侵害の態様の違いがあるに過ぎない。⁽⁴⁹⁾ この限りでは、取戻訴権と否認訴権は、共に所有権保護のための制度として統一的に理解され、その結果、両訴権は共に財産編三六条の規律するところとされている。⁽⁵⁰⁾

しかしながら、右「侵害」の態様の違いこそが問題であって、旧民法の否認訴権は、ローマ法以来の「所有権者対役権者」という構図を基本的に維持している。プロジェの説明を引用しよう。⁽⁵¹⁾

取戻訴権は、不当に行使 *exercer* あるいは侵奪 *usurper* されている対人地役権 *servitude personnelle* あるいは対物地役権 *servitude réelle* から、目的物を免れさせる目的を有する場合には、特別な名称をとる。この場合においては、所有者は未だ彼の土地を占有している *posséder* ので、彼はこれを取戻す *revendiquer* と言うこともできなく⁽⁵²⁾ し、また、これを回復する *reconquérir* ことを目指すと言うこともできない。所有者は単にその自由、即ち解放 *affranchissement* を要求する *réclamer* に過ぎない。従って、所有者は、彼の所有権を主張する *affirmer* ののではない、なぜなら、この権利は争われていないのである。所有者は、相手方によって主張された地役権を争い、否認する *dénier* のみだからである。

かように、否認訴権は、その実質においては所有権保護のための制度であることが認識されつつも、相手方の役権主張というファクターを顧慮する結果、所有権の存否という側面が争点として出てこない。また「占有侵奪以外の方法による所有権侵害」という成立要件が、役権の行使を指す以上、ドイツ法・現行日本法解釈論にいわゆる妨害排除請求権においては捕捉可能な、役権の行使と評価されない事実的な所有権侵害を、当然には含まない⁽⁵⁴⁾。一方、取戻訴権も、その要件である「占有」概念を通じて、「所有権者対所有権者」というローマ法以来の訴権体系固有の構図を遵守するようである⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾。

三 現行民法

(一) 立法過程における議論

以上のような旧民法の物権の意義及び効力、また、「本権訴権」の性質及び体系は、現行民法の立法過程において変更を受けたか。

1 物権の意義ないし本質

まず、物権の定義についてはどうか。

立法過程における議論においては、現行民法における物権の意義(本質)が「矢張り既成民法ノ第二条ニアル定義ト同ジヤウナ意味ニ用キルコトニナツテ居ラウカト察シマスガ」との土方重委員の質問に対し、穂積陳重委員は旧民法と同様の物権の定義、即ち「財産権ノ一種デアツテ此物ノ上ニ行ハレ而シテ総テノ人ニ対抗スルコトガ出来ル」ものを指すと回答している⁽⁵⁷⁾。対物権説と対人権説の定義

我が国における「物権的請求権」概念の推移

を合併したところの「直接支配性」と「絶対性」という物権の定義は、現行民法においても維持されていることが理解される。

2 本権訴権

(1) 本権訴権に関する規定を置かなかった理由

さて、現行民法の起草者が「物権にもとづいて物権的請求権が生ずるのは当然のことであってあえて明文を置くまでもないと考えていた」⁽⁵⁸⁾ことは、既に再三指摘されているところである。もつとも、ここで想定されていたものが、果してドイツ法的な「物権的請求権」概念であつたかどうかが問題なのであるが、この点を留保して、ひとまず立法過程における説明を確認しておこう。

(a) まず、所有権の意義に関する説明に際し、梅謙次郎委員は先の財産編三六条について触れ、同条にいう「本権ノ訴ハ之ハ所有権ニ限ルモノデナク総テノ權利ニ付テアリマスカラ若シ然ウ云フコトヲ書クナラバ各權利ニ付テモ本権ノ訴ヲ起スコトヲ得ルト書カナケレバナラヌ然ウ云コトハ寔ニ煩ハシイカラシテ省クコトニシマシタ」と述べる⁽⁵⁹⁾。

(b) また、梅委員は(約定)地役権に關しても、「既成法典財産編第二百六十九條ニハ訴權ノコトヲ規定シテアリマス是レハ既ニ所有權ニ付キマシテモ訴權ノコトハ掲ゲナイト云フコトニナリマシタカラ此処デモ無論省クコトニ致シマシタ」⁽⁶⁰⁾と説明している。

(c) 以上に対して、賃借権については若干問題がある。梅委員は次のように述べる。「ソレカラ第百三十六條モ削リマシタ……本案デハ是迄訴權ニ關スル規定ハ掲ゲナイコトニシテアリマス殊ニ此百三

十六条ノ規定ノ如キハ明文ヲ置カクテモ知レ切ツタ事柄デアリマスカラソレデ外国ニハ少シハ例ハアリマシタケレドモ本案ニハ掲ゲマセヌ⁽⁶¹⁾と。先述の如く、ボアソナード旧民法が賃借権を物権としたのは、これに追及効を付与しようとしたためであつた。右追及効が物権の本質の論理的帰結として演繹されるものであり、また、振り返つて追及効の有無こそが物権・債権の区別のメルクマールとされる以上、賃借権に右追及効を付与するためには、これを物権と構成する以外にはなかつたはずである。ところが、梅委員の右の説明は、現行民法が賃借権を債権と構成しているにも拘らず、賃借権に追及効が認められることを当然の前提とするかの如きである。

(2) 「訴権」と「請求権」の關係

ところで、物上訴権に関する規定を置かなかつたことは、直ちに現行民法が物権的「請求権」体系を採つたことの根拠とはならない。けだし、訴権体系を採るフランス法においても、物上訴権の定義規定が存在しないからである。そこで次に、問題の、対物「訴権」から物権的「請求権」への移行の有無を考察しよう。

(a) この点を判断する素材としては、強制履行に関する四一四条（原四〇八条）をめぐる議論が参考にならう。同条は、旧民法の「直接履行ノ訴権」を継受した規定とされ、また、右規定は当然の事理であるから削除すべしとの主張に対して、これが排斥されてゐる⁽⁶⁴⁾。右議論の限りでは、旧民法と同様、現行民法起草段階においては、債権の「効力もしくは作用として、相手方に対して、現在即時の履行を求める権能⁽⁶⁵⁾」を有するものは対人訴権と捉えられていたの

であり、（狭義の）債権的請求権概念の存在は否定されてこよう。⁽⁶⁶⁾

(b) その一方、占有訴権に関して、四一四条における議論と極めて類似した訴権規定排除の主張がなされていることが注目される⁽⁶⁷⁾。言うまでもなく、今日債権は、狭義の債権的請求権という概念を介在させて、訴訟上の行使を待つまでもなく即時履行を貫徹し得るものとして観念されてゐる⁽⁶⁸⁾。これに対し、占有権における権利確保は、訴訟上の行使を待つて初めて発動すると理解され、占有訴権の規定は、四一四条と異なり、占有権の有する実体的な給付保持力の宣言規定とは見られていない⁽⁶⁹⁾。しかしながら、立法段階の議論においては、実体権が履行強制力を有するのは当然で、敢えて明文で規定する必要はない、との主張が排斥されている点で両者は極似しているのであつて、ここで四一四条を単なる宣言規定と解するならば、占有訴権の規定も宣言規定と解さなければ首尾一貫しないであろう⁽⁷⁰⁾。

(c) さて、さような占有訴権と、相隣関係上の権利（法定地役権）とをバラレルに論ずるのが梅委員の説明であつた。このことから、立法過程においては、給付保持力ある「狭義の物権的請求権」概念が観念される余地がなかつたことが、充分予測されるであろう。

以上に加えて、後述の立法直後の学説の状況や、二〇二条その他の「本権ノ訴」をめぐる議論から推察する限り、現行民法は、フランス法・旧民法の「訴権」概念及び「物上訴権」概念——更にはその分類——を承継しつつ、簡明を旨とする基本的立法方針に照らし、フランス法と同様、物上訴権に関しては定義規定を省略することにした、とみるのが穩当であらう。

(二) 立法直後の学説

次に、立法直後の学説の主なもの概観してみよう。

(a) 松波仁一郎＝仁保龜松＝仁井田益太郎・帝国民法正解は、旧民法の物権の定義を検討を通じて、物権の意義を明確化する⁽⁷¹⁾。即ち「直接ニ物ニ対スル中間接ニ物ニ対スルハ実ニ物権ヲ他ノ權利ト區別スル標準ノ一ナリトス」と述べて直接支配性をその基準とし、そこから追及権を導く一方、旧民法の定義のうち絶対権たる性質に關しては「決シテ之ニ依テ二者ノ區別ヲ為スコトヲ得サルヘシ」と述べて、これを否定するのである⁽⁷³⁾（対物権説）。

(b) 岡松参太郎・註釈民法理由は、物権の定義を「物権トハ直接ニ物ヲ支配シ一般ニ對抗スルヲ得ルノ私權ナリ」とし⁽⁷⁵⁾、これを直接支配権たる性質と絶対権たる性質とに分ける⁽⁷⁶⁾。ここでは、物権の本質をめぐるドイツの学説も細かく引かれている点が注目されるが、岡松は概ね旧民法の定義に従ったと見て間違いあるまい⁽⁷⁷⁾。

一方、岡松は物権の効力として次の四点を挙げる。その第一は「物権ハ權利者ヲシテ物ヲ支配セシム」⁽⁷⁸⁾、第二は「物権ハ対物訴訟ヲ生ス」⁽⁷⁹⁾、第三は「物権ハ優先權ヲ生ス」⁽⁸⁰⁾、第四は「物権ハ追及効ヲ生ス」⁽⁸¹⁾である。ここで注目されるのは、第二番目に対物訴訟が挙げられている点であって、岡松もまた、フランス法・旧民法の「物上訴権」の体系を維持するものと言ってよからう。

(c) 梅謙次郎・民法要義は、物権の定義（本質）につき次のように言う――「物権トハ物ノ上ニ直接ニ人ノ行為ヲ為スコトヲ得ル範圍

ヲ云フ」⁽⁸²⁾。ここでは、直接支配性のみが示され、絶対性が挙げられていない（対物権説）。これを受けて、物権の効力は、「物権ハ物ノ上ニ直接ニ行ハル結果トシテ優先權⁽⁸³⁾（droit de préférence）ト追及權⁽⁸⁴⁾（droit de suite）トノ二効力ヲ生ス」⁽⁸⁵⁾とされる。

(d) ここまでの学説が、先述したボアソナード旧民法の体系をほぼ承継していると解し得るのに対して、富井政章・民法原論の時代になると、ドイツ法系の「物権的請求権」⁽⁸⁶⁾概念の継承が看取される。

物権の本質につき対人権説に立つ富井は、「物権ノ目的」を「直接、或物（特定物）ヲ支配、利用スルコトニ在ル」（直接支配性）としつつ、これを絶対権たる性質に求める学説は右事理を消極的側面から論じたものであると述べ、「物権ノ定義」を「物権トハ或物ニ就キ一定ノ利益ヲ享クル絶対權ヲ謂フ」と、絶対性を中心に説明する⁽⁸⁷⁾。

一方、物権の効力は、右定義から「何人タリト問ハス之ヲ侵害スル者ニ対シテハ原状回復又ハ損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得ヘク又同一物ニ付キ凡テ反対ノ利益ヲ有スル者ニ対シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ」⁽⁸⁸⁾とされ、このうちの後段――これを富井は「絶対的効力」と呼ぶ――は、更に次の三つに分析される。即ち、第一は「一般ノ債權ニ優先スル効力」、第二は「後ニ発生シタル物権ニ優先スル効力」、第三は「物ノ所在ニ追及スル効力」である⁽⁸⁹⁾。

問題は第三の効力であって「普通ニ所謂追及權トハ是ナリ」とされる一方、「之ニ反シテ債權ハ右ニ示ス如キ物上請求權ヲ生スルコトナシ」⁽⁹⁰⁾とされるのである。もっとも、富井が「訴権」

と「請求権」の違いをどのように考えていたかは明らかではない。⁽⁸⁹⁾

このように、当時の学説の争点は、物権の本質を直接支配性⁽⁹⁰⁾に求めるか・絶対性を求めるか、という点に集中しており、そこから物権の特性としての追及効を演繹することに主眼が置かれた。そして、この対立は、債権としての賃借権の対外的効力や、第三者の債権侵害⁽⁹²⁾あるいは一般的不作為の訴の位置付け⁽⁹³⁾といった具体的な解釈論の領域に反映されるが、そこでは次第に、絶対性はおおよそ権利一般の通有性であるとの認識が一般化するに至っている。他方、かかる問題意識自体に内在する限界から、訴権と請求権の異同、あるいは先述の物上訴権の要件と物権的請求権のそれとの違いについては、ほとんど注意が向けられないまま、大正年代に入るやドイツ法導入による物権的請求権の体系的理解を指向する研究が続々と登場するに及んで、フランス法・旧民法に由来する「物上訴権」の系譜は、今日に至るまで顧みられることなく忘れ去られてしまったのである。

四 結びにかえて——現行法解釈論に向けて

以上の概観から、現行民法は、少なくとも立法段階においては、ローマ法・フランス法・旧民法の系譜を引く「物上訴権（取戻訴権・否認訴権・確認訴権）」の体系を想定しており、また、それが今日我々が考える「物権的請求権」の体系と著しく異なっていることが理解されたのであり、従来の学説が右沿革に目を向けることなく、現行民法の諸規定にドイツ法系の物権的請求権概念を当てはめてき

たことには、疑問を抱かざるを得なくなった。では、かかる物上訴権の系譜は、現行民法解釈論の何れの側面に影響を及ぼすか。

(a) まず問題となるのは、今日の学説が物権的請求権の形式的根拠を、占有訴権、動産先取特権、動産質権等の条文に求めている点であらう。これらの条文はフランス法・旧民法の系譜を引くか、あるいはこれに起草者が独自の改良を加えたものであって、ドイツ法との系譜的・体系的な繋がり⁽⁹⁵⁾は、何れも否定される。

一方、実質的根拠に関しては、今日もなお支配権説・絶対性説・排他性説等の学説が対立するにも拘わらず、かつて大いに問題とされた対物権説・对人権説の論争とそこでの成果が、全く忘れ去られてしまったように見受けられる。⁽⁹⁶⁾旧民法・現行民法の起草者が、右の物権と債権の属性の違いに基づく演繹論の上に、立法を行ったと解される以上、現行法の体系の正当な解釈のためにも、いま一度そこでの議論を再検討してみる必要があるのではないだろうか。

(b) また、物権的請求権の性質——とりわけ物権それ自体からの独立性——に関する物権的効力説、請求権説、債権説等の対立は、ドイツ法の継受以後、主として、物権的請求権も消滅時効にかかるとするBGB一九四条の解釈論との関連において生じたものと解せられるが、⁽⁹⁷⁾しかし、ここでも物上訴権は消滅時効にかからないとするフランス法からの系譜的考察が必要となつてこよう。⁽⁹⁸⁾

(c) 更に、物権的請求権の成立要件である、物権の「侵害」の意義についても、ドイツ法と同様に事実的侵害を当然に含むとしてよいのか、⁽⁹⁹⁾相隣関係法・不法行為法との役割分担をにらみながら、物

上訴権の系譜から、改めて検討する必要がある。⁽⁹⁹⁾

(d) 物権的請求権の効果をめぐる問題、とりわけ、他の請求権との競合問題⁽¹⁰⁰⁾や、返還請求権と妨害排除請求権の「衝突」、あるいは費用負担の問題⁽¹⁰¹⁾に關しても、個々の訴権の要件と適用範囲に照らした、沿革的考察が求められよう。

勿論、本稿で提起した疑問は、ひとり「物権的請求権」内部での論争に留まらないのであつて、この他にも問題となる事項は尽きないが、しかし、紙面に制約のある本小稿で、論点の全域とその詳細に触れることは到底不可能であつた。他日、従来の「物権的請求権」概念に対するアンチ・テーゼであるところの、「物上訴権」体系の系譜的考察の上に立つて、具体的な解釈論を展開することを約束して、ひとまずここで筆を置くことにする。

(1) その詳細は、好美清光・注釈民法6・八三頁(昭和四二)、佐賀徹哉「物権的請求権」民法講座2物権(1)・一五頁(昭和五九)。

(2) かかる観点からフランス法・旧民法の「物上訴権」の系譜を根拠に解釈論を展開しようとする試みは、既に個別的な領域においては、なされてきた。なかでも取戻訴権における被告適格の問題から一八五条の占有の推定力を捉える藤原弘道・時効と占有・一七九頁(昭和六〇)や、同じく取戻訴権を機軸に一八九条以下の「占有者」「回復者」の意義を理解せんとする伊藤高義「民法第一八九条以下における『占有者』『回復者』の意義」(一)「名大法学論集四二号九三頁、四三三頁七七頁(昭和四三)、更に、ローマ法源に遡って物上訴権一般の構造を検討し、これを現行日本法解釈の指針とする江南義之教授の一連の論文(④「所有物取戻ノ訴(rei vindicatio)の法律構成について」民法

我が国における「物権的請求権」概念の推移

商五八巻四号三頁(昭和四三)、②「物権・債務の概念分類について」(一)「完」民商六三巻三三三頁、四号三一頁、五号二〇頁、六四巻一六頁、二二九頁(昭和四五・四六)、③「不動産役権(Sevitutes Praediorum)即 地役権について」神奈川法学七巻二二二頁(昭和四六)、④「準所有権訴訟(rei vindicatio utilis)について」(一)「完」民商七七巻一七九頁、二二六頁(昭和五二)が注目される。なお、訴権の構成を探る最も古い見解として、川島武宜「物権的請求権に於ける『支配権』と『責任』の分化」(一)「完」法協五五巻六号二五頁、九号三四頁、一一号六七頁(昭和一一)。

(3) 現行民法制定後から今日に至るまでの「物権的請求権」概念の発展については、他日、詳論の機会があろう。この点については、さしあたり、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号五四頁(昭和五二)を参照。

(4) 同条と、その基となった草案二条との間に変更はない。本条の直接の目的は物権法定主義及び「主たる権利 droit principal」・「従たる権利 droit accessoire」の区別の宣明にあつたが、しかし、一項に物権の定義を掲げたのは、第一条における物権・人権の区別を受けて、その重要性を考慮したためである。Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2^e éd., t.1, 1882, n°4, p.22 (以下「Projet」と略) ; Boissonade, *Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, t.2, 1891, p.4 (以下「Exposé」と略)。

なお、フランス民法典(C.C.)と略記)・プロジェ・旧民法成文の三者の対照は、Boissonade, *Projet, nouv. éd.*, t.1, 1890 巻末の条文対照表 *table de concordance* に于て。

(5) Boissonade, *Projet*, t.1, n°4, p.22.

- (6) Boissonade, loc. cit.
- (7) Boissonade, loc. cit.
- (8) Boissonade, *Projet*, t. 1, n° 4, p. 23.
- (9) ボワソナード氏起稿（加太邦憲＝瀬田三郎＝藤林忠良訳）・民法草案財産編講義一物権之部・一六〇頁以下（訳者識明治二二）。
- (10) フランス法・旧民法下の学説には、追及効・優先効の例として担保物権のみを挙げるものがある。しかし、ボワソナードの叙述は、これを物権全体の通有性として捉えるものであり、この理解自体はフランス法・旧民法下の学説においても変わるところがない。
- (11) Boissonade, *Exposé*, t. 2, p. 8 et s.
- (12) *Oeuvres de Pothier* (par Bugnet), 1846, t. 1, p. 38 et s., t. 9, p. 101 et s. この点は、既に前田孝階・民法財産編講義第一部卷之1・二五頁（出版年不明）が指摘してゐる。
- (13) 紙面の制約上、とりあえず Aubry et Rau, *Droit civil français*, 7^e éd., t. 2 par Esmein, 1961, §172, n°54 et s., p. 85 et s.; Weill et Terré, *Droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., 1979, n°243, p. 257 et n°247, p. 260 et s.
- (14) フランスにおける学説の対立について触れた邦語文献として、ジュオン・デ・ロングレー（福井勇二郎訳）「対物権と対人権の区別に関する史的考察」(一)完「法協五九巻二号一七九頁、三号三八九頁（昭和一六）、福井勇二郎・新刊紹介・ルネ・カピタン「物権の本質に就て」法協五九巻四号六二八頁（昭和一六）、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察」(一)完「法学論叢九八巻五号二七頁、九九巻二号三六頁、九九巻四号六二頁（昭和五）がある。
- (15) かかる対人権説は、フランスにおいては、前世紀末にオルトラン、ロガン、プラニオール等により嚆矢を放たれ、その後彼の弟子達によつて更に敷衍された。佐賀・前掲注（14）・(一)・三一頁。なお、ドイツにおいても、古典的物権概念に対して、物権の本質を権利保護の絶対性に求める学説（訴訟理論）、財貨の帰属権能にあるとする学説（帰属理論）が対立する。好美清光「債権に基づく妨害排除についての考察」一橋大法学研究二二・三〇頁注（12）、二四五頁注（3）（昭和三四）。同様の対立は、イギリスにも存在する。
- (16) 富井・後掲注（84）・六頁、ジュオン・デ・ロングレー・前掲注（14）・(一)・二頁。
- (17) ボワソナード・前掲注（9）・二人権之部・六頁は、次のようにいう。「抑々義務ハ人権ト対峙スト雖モ物権ト相對セス稀ニ相對スルノ論ヲ主唱スル者アリト雖モ決シテ然ラス」プロジェクトにおいてもこの立場は維持されてゐる。即ち、物権の普遍的な性質とは「人の物との間の直接的な関係」"une relation directe d'une personne avec une chose" による（*Projet*, t. 1, n°5, p. 24）。
- (18) 前田・前掲注（12）・三〇頁は、この点に関して次のように述べる。「畢竟スルニ法条ニ定義ヲ掲クルハ其意義ヲ明カニスルヲ以テ目的トナスカ故ニ道理上重複ニ渡ルノ慣レアルモ為メニ其意義ヲ明カニシ統者ヲシテ疑ヲ其間ニ存スル無キニ至ラシムルハ成文法ノ目的ヲ達スルモノト云フヘキナリ」
- (19) 本権訴権は権利の淵源 *fond du droit*、即ち原告が真に物権を有するか否かを裁判するのに対し、占有訴権は単に原告が物権を事実上行使していた *exercer*（即ち占有していた *posséder*）か否かを確認するに過ぎない。Boissonade, *Projet*, t. 1, n°67, p. 94.
- (20) 本条は草案三七条に由来するが、草案においては、本権訴権・占有訴権に関する条項が第一項にまとめられ、二項には地役権 *droit de servitude* に対して所有者のなす否認訴権 *action négatoire*、三項に

は裁判管轄及び訴訟手続が規定されていた。起草者は、一項の本権訴権中に、取戻訴権と否認訴権の両者が当然に含まれるとみて、二項を削除しようである。

- (21) 旧民法において三者は「第二章 用益権、使用権及び居住権」の章下に規定され、「使用権ハ使用者及ヒ其家族ノ需用ノ程度ニ限ルノ用益権ナリ 居住権ハ建物ノ使用権ナリ」(財産編一一〇条一項・二項、草案一一六条、C. c. 六三〇・六三二・六三三条)とされる結果、後二者についても六七条の適用をみる。

- (22) 草案七〇条に、三項が付加されたのみで(九八条は本訴訟に不参加の当事者の利益に関する規定)、他の部分に変更はない。

- (23) 旧民法において三者は同一の章下に規定され「永賃借トハ期間三十年ヲ超ユル不動産ノ賃貸借ヲ謂フ」(財産編一五五条一項)とされる。一方、ポアソナードは、地上権を永借権の一種としている(Boissonade, t. 1, n° 6, p. 24)。なお、旧民法がフランス法と異なり賃借権を物権とした理由の一つが物上訴権の付与にあったことが、先の物権・債権の区別との関連において重要である。この点については小柳春一郎「ポアソナード民法草案における賃借権」山梨大法経論文集三三号一二頁以下(昭和六〇)参照。

- (24) 同条の基である草案一四四条に関する説明は——、既に草案一三七条(財産編一一〇条・賃借人の賃貸人に対する本権訴訟への参加及び損害賠償請求権)においては、賃借人が対物訴権を有することが前提とされていた。本条は、賃借権が物権であることの重要性に鑑み、右の原則を明定したものである。もともと、賃借権の定義に関する草案一二四条(財産編一二五条)から、用益権に関する六七条の規定が、賃借権にも準用されることは疑いがない。Boissonade, *Projet*, t. 1, n° 194, p. 252; *Exposé*, t. 2, p. 135.

我が国における「物権的請求権」概念の推移

なお、ポアソナード旧民法が、賃貸人が賃貸借終了により返還を求める場合に、対人訴権と対物訴権の訴権競合を認めていることが注目される(財産編一四三条・草案一四四条)。もともと、その他の場合に訴権競合を認めるか否かは、明らかではない。

- (25) 旧民法における地役権 *servitude foncière* は、ローマ法の伝統に従って、法定地役権 *servitude établie par la loi* と約定地役権に分けられ(財産編二二四条・草案二二七条)、前者に属する権利は、「隣地ノ立入又ハ通行ノ權利」「水ノ疎通、使用及ヒ引入」「経界」「囲障」「囲障等の」互有「他人ノ所有地ニ対スル眺望及ヒ明取窓」「或ル工作物ニ要スル距離」の七款に規定された。現行民法起草者は、右法定地役権が「詰ル所土地ノ權利ノ作用」ないし「所有者ノ權利ノ範圍」を定めたものに過ぎないとして、これを「所有者ノ權利ノ限界」の節下に規定した(法務大臣官房司法法制調査部監修・法典調査会民法議事速記録一・七三九頁〔梅謙次郎発言〕(日本近代立法資料叢書1、昭和五八——以下単に題名のみで引用する)。ポアソナードも、これを所有権の一般規定に包摂すべきか悩んだが(Boissonade, *Projet*, t. 1, n° 347, p. 418)、結局、理論的難点を意識しつつ、旧来の分類に従うことの利益が大きいと判断したのである(n° 348, p. 419 et s.)。

- (26) 本条は草案二八九条に由来するが、一般に要請訴権・拒却訴権には、先に見た法定地役権に基づくもの——今日いわゆる相隣関係上の権利——も含まれてくることに注意を要する。

- (27) Boissonade, *Projet*, t. 1, n° 66, p. 92.

- (28) 同条を承継した財産編三〇条は、次の通り。「①所有権トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ謂フ ②此權利ハ法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ズ」。

- (29) Boissonade, *Projet*, t. 1, n° 53, p. 79 et s.; *Exposé*, t. 2, p. 42, 43.

かる所有権の定義はC. c. 五四四条を承継したものであるが、右定義が直接支配性を問題としている点において、先の対物関係説と对人権説の争いを想起された。

- (30) ローマ法がそうであった、とボアソナードは言う（ボアソナード氏・仏国民法財産論講義三二頁（司法省版、明治一七））。

- (31) フランスにおける通説である。訴権体系を採るフランス法・旧民法につき、実体権と訴権の関係一般を考察した邦語文献は——その体系上の相違の持つ重要性が切実に認識されているにも拘わらず——ほとんど存在しない。さしあたり、註釈フランス新民事訴訟法典・六七頁（法曹会、昭和五三）を挙げておく。

- (32) Boissonade, *Projet*, t. I, n°66, p. 92.

- (33) Boissonade, *Projet*, t. I, n°100, p. 142; *Exposé*, p. 44 et p. 69.

- (34) Boissonade, *Projet*, t. I, n°66, p. 92.

- (35) Boissonade, *loc. cit.* なお、ブロンニエには、イタリア民法四三九条の引用がみられる。

- (36) ローマ法以来の物権的請求権概念について体系的に触れた論稿は比較的少ない。物上訴権一般については、さしあたりカーザー（柴田光蔵訳）・ローマ私法概説・五五頁以下、六一頁以下（昭和五四）、川島・前掲注（2）・（一）・三〇頁以下、取戻訴権については、伊藤・前掲注（2）、江南・前掲注（2）④、否認訴権については、玉樹智文「妨害除去請求権の機能に関する一考察」林良平還暦記念・現代私法学の課題と展望（中）・二七頁以下（昭和五七）参照。

- (37) 法律訴訟の時代においては、当事者はどちらも所有権を主張することを要し、従って「所有権者対所有権者」という構図が明確に取れた。所有権主張が被告の占有の取得という行態の問題として評価され、被告適格の領域で処理されるようになったのは、方式書訴訟の時

代以降である。船田亨二・ローマ法第二巻・五一五頁以下（昭和四四）、カーザー・前掲注（36）・二二五頁以下。

- (38) 伊藤・前掲注（2）・（一）・四一頁注（7）、玉樹・前掲注（36）・一三三頁。

- (39) (a) 取戻訴権の被告適格は当初自主占有者に限定され、他主占有者を直接相手取ってこの訴権を行使することはできなかったが、古典期末期には、これが単なる所持者にまで拡大されている。また、ユスティニアヌス帝以後、過去に占有し悪意で右占有を断念した者は擬制的占有者と評価され、この者への損害賠償をも取戻訴権の範疇で処理されるに至って取戻訴権と不法行為の領域は相互に交錯する結果となった。カーザー・前掲注（36）・二一八頁以下。

- (b) 一方、否認訴権の適用領域も、ユスティニアヌス帝の時代において、単なる事実的な所有権侵害にまで拡大している。そのために用いられた理論構成は、事実上の妨害者が実際に役権行使と同一と評価し得る行態をとっている場合には、彼に現実に右役権が存在するか否かを顧慮することなく權利占有者と評価し、通常の役権主張者と同様に扱う、というものである。従って、この理論によっても、相手方の事実的妨害が役権行使と評価できない場合には、否認訴権への組込みは不可能であった。カーザー・前掲注（36）・一六六頁、玉樹・前掲注（36）・一三四・一三五頁。

- (40) カーザー・前掲注（36）・二三三頁、玉樹・前掲注（36）・一三四頁。

- (41) さしあたり、Weil, *Droit civil. Les biens*, 2^e éd., 1977, n°823, p. 452 et s. et n°660, p. 565.

- (42) さしあたり、川島・前掲注（2）・（一）・四三頁以下。

- (43) 伊藤・前掲注（2）・（一）・六九頁以下、玉樹・前掲注（36）・一三五頁以下。BGBにおいて取戻訴権・否認訴権は共に「所有権に基づく

請求権」の節下に規定されるに至った(九八五条・一〇〇四条)。

- (44) 地役権に関するBGB一〇二七条は一〇〇四条を準用し、地上権に関する一〇一七条・用益権に関する一〇六五条・質権に関する一二二七条は所有権に基づく請求権の規定一般を準用する。

- (45) ここでは、先の(前掲注(20)(25)(26)参照)地役権の体系上の相違が問題となる。ポアンナードは、用益権・質権に基づく確認訴権と法定地役権に基づく確認訴権の二重構造を考える。即ち、彼は、今日いわゆる相隣関係に基づく権利を、所有権者のみならず用益権者・質権権者に認める結果、右制限物権者が隣地所有権者について有する確認訴権と、用益地なれし賃借地所有権者に対する確認訴権とが、同じ「確認訴権」の名称の中に捉えられるのである。同様に、法定地役権(相隣関係)に関する否認訴権と、それ以外の制限物権に関する否認訴権の二重構造も想定される。Boissonade, *Projet*, t. 1, n°101, p. 143 et s.; *Exposé*, t. 2, p. 70.

- (46) Boissonade, *Projet*, t. 1, n°100, p. 143; *Exposé*, t. 2, p. 69 et s.

- (47) Boissonade, *Projet*, t. 1, n°67, p. 93 et no100, p. 143; *Exposé*, t. 2, p. 70.

- (48) Boissonade, *Projet*, t. 1, n°101, p. 144.

- (49) Boissonade, *loc. cit.*

- (50) 例えば前田・前掲注(12)・二一九頁以下は両者を並列的に論じる。

- (51) Boissonade, *Projet*, t. 1, n°66, p. 93.

- (52) こゝにいう「(地)役権 *servitude*」が、広く用益権・質権等を含む概念であること、ローマ法・フランス法と同様である。

- (53) この点は更に、「所有物ノ占有ヲ妨ケラレタル場合即チ他人ノ所有地上若クハ所有物上ニ地役権用益権使用権住居権等ヲ有スルヲ主張シ以テ所有権ノ公使ヲ妨クルトキ」(前田・前掲注(12)・二二〇頁――

傍点七戸)という表現に端的に現れている。

- (54) この点に関するポアンナードの明言は見出せなかったが、土地工作物責任に関する財産編三七五条(草案三九五条)の説明(Boissonade, *Projet*, t. 2, n°285, p. 282)等から推断する限り、フランス法と同様不法行為 *faute* の領域で処理されると見たようである。

- (55) フランス法・旧民法において、取戻訴権における被告適格を有するものが自主占有者に限定されることについては、さしあたり、藤原・前掲注(2)・一九五頁注(17)。

- (56) なお、これと関連して、所有権主張の衝突の典型事例であるところの二重譲受人間の紛争で行使される訴権が何かが問題となる。ローマ法においては、不動産の第一譲受人が第二譲受人に対してなす所有権に基づく返還訴権 *rei vindicatio* と、対人訴権たる不当利得 *condictio* に基づく返還訴権とが、訴権競合の問題を生じていた。これは一九世紀以前のフランス法においても同様であったようだが、ポアンナードは不当利得に関する草案三八九条(財産編三六九条、C. c. 一三七九条及び一三八〇条)につき、契約によって直ちに所有権が移転する以上(意思主義)、第二譲渡は実体的に無効な譲渡であり(フランス法・旧民法において他人の物の譲渡は「無効 *nullité*」である)、従って第二譲受人が所有権を取得するいわれはなく、他方、第一譲受人は完全なる所有権者であるとして、不当利得に基づく対人訴権を排除し対物訴権 *in rei vindicatio* の適用のみを認めている。Projet, t. 2, n°268, p. 271 et s.

- (57) 民法議事速記録一・五七〇頁。なお、物権の効力(追及効及び優先効)一般について論及した部分は、速記録中に見出されない。

- (58) 佐賀・前掲注(1)・一七頁、好美・前掲注(1)・二九頁。

- (59) 民法議事速記録一・七四四頁。

我が国における「物権の請求権」概念の推移

(60) 民法議事速記録二・二五三頁。

(61) 民法議事速記録四・三四七頁。

(62) 我が国において、いつ、いかなる経緯でドイツ法の「請求権」概念が導入されるに至ったか、という点に関する学説史的な考察も未だ充分にはなされていない。ドイツ法的解釈を展開した優れた研究として、奥田昌道・請求権概念の生成と展開・二〇七頁以下(昭和五四)、江南・前掲注(2)②。なお、起草者はBGB第一草案の物権的請求権の規定を、明らかに参照している(後掲注(95)(c))。

(63) 同条は、旧民法の規定を、一部を除き、「文章ヲ改メタズケ」(民法議事速記録三・五五頁〔穂積発言〕)に過ぎない。

(64) C. c. が債務不履行に対する法的保護を損害賠償をもって原則としていた(一一四二条)のに対し、旧民法は強制履行を原則とする旨を規定していた(財産編三八一条)。現行法立法過程では「法律ノ規定ト云フモノハ必ず制裁力アルモノト云フコトハ分ツテ居リマス其制裁力ハ何処カラ出テ来ルカナバ裁判ノ結果カラ出テ来ル義務ノ履行ヲセヌケレバ裁判所ニ持ツテ来ルコトハ当然ノコトデアル然ニ此処ニ持ツテ来テ夫レ丈ケノ事ヲ態々書テ置クノ必要ハ些ツトモナイト思ヒマス」との磯部四郎委員の同条一項削除案(民法議事速記録三・六〇頁)が否決されている(六二頁)。

(65) 請求権概念の広狭二義につき、奥田・前掲注(62)・二二四頁以下。
(66) 奥田・前掲注(62)・二八三頁は、同条が果して実体法規定であるのか等が争われ始めるのは明治四〇年代以降であり、民法起草者及び民法施行直後の学説が、フランス民法・旧民法と同様の訴権的な捉え方をしていた点を、鋭く指摘する。

(67) 民法議事速記録一・六八五頁。議論の経緯を追跡すれば——
まず、占有保持の訴以下の三箇条につき「何々ノ訴ニ依リ」ト云

フヤウニ其訴名ガ定メタルヤウナ訳デアリマスガ……此民法ニ於テ斯ウ云フ事ヲ入レルノハ可笑シイト云フ非難ハアリマスマイカ唯「障害ノ停止又ハ之ト共ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」ト云フコト丈ケニシテ何ゾ惡イト云フコトカラ斯様ナ規定ニナツタノデアリマセウカ」との菊池武夫委員の質問があった。これに対し、穂積委員が「之ヲ言ハナケレバ惡ルイト云フノデアリマセヌ併ナガラ之ヲ置キマシタ理由ハ一ツハ前ニ申シマシタ通り歴史上ノ理由モアリ一ツハ斯ウ云フ特別ノ訴権ニハ特別ノ符牒ヲ付ケテ置ク方ガ便利デアラウト思ヒマシタカラ置キマシタ」と説明したところ、鳩山和夫委員が「占有保持ノ訴ニ依リ」という文言の削除案を提出。これに対し、梅委員が「今度ノ所有権ノ所ニモ訴名ヲ引ク必要ガ起ツテ来マスガ夫レヲ削ツテ仕舞ウト何条ト云ツテモ訴ノ名ガナイト余程まづいカラ何ウカ是ハ成ル可ク御置キヲ願ヒマス」と答えたのを受けて、鳩山委員は「夫レ丈ケノ理由ナラバ此所ヲ『停止又ハ之ト共ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得』トシテモ不都合ハナカラウト思ヒマス」と反論している。しかし、この議論はその後直ちに採決され、鳩山修正案は賛成少数で否決されてしまった。なお、ここで梅委員の言う所有権の部分で引かれるべき「訴名」とは、旧民法においては法定地役権とされていた相隣関係における権利を指すものらしい。

(68) 例えば、奥田・前掲注(62)・二二八頁注(2)は、四一四条を債権の給付保持力の宣言規定とみるべきだとする。

(69) BGBは占有に基づく二種の請求権を規定しており(八六一・八六二条)、現行日本法解釈論が、四一四条の存在に拘らず債権的請求権を想定し、他方、物権的請求権概念を導入するならば、ここでも占有請求権と言わなければ体系的に整合しないはずである。にも拘らず、この点については今日全く問題とされていない。

(70) この問題は、共有物分割請求権、詐害行為取消権等「裁判所ニ請求スルコトヲ得」との表現を取る条文一般に波及して行くのであり、右の表現を単なる宣言規定と解するか・本来は訴訟法に入れられるべき訴訟手続に関する規定とみるか・それとも権利行使の実体的な要件とみるかは、現行民法の解釈論全域で跛行性を生じている。これは今後大いに検討を加えられるべき問題であらう。

(71) 第二編物権編・八四頁以下（明治三〇）。

(72) もともと同書は、物権・債権の区別を「権利カ直チニ物ノ上ニ行ハル、カ又ハ特定ノ行為ニ対シテ行ハル、カニ依リテ区別セラル」のは「恐ラクハ我旧民法ノミナラン」という（八八頁）。

(73) 例としては「自己ノ時計ヲ他人ニ奪ハレタルトキ」及び「自己ノ抵当物タル土地、家屋カ他人ノ所有物トナル」ときの二者が挙げられている（九一頁）。かように、所有権の追及効と担保物権の追及効とが等質的であることに、学説上争いはない。なお、前掲注（10）参照。

(74) 九九頁以下。更に同書は「世人ニ対抗シテ何人モ之ヲ妨クルコトヲ得サルハ權利一般ノ性質ナルヲ以テ物権ノ定義ニ限リテ殊更之ヲ言フヲ要セス又素ヨリ物権、債権ヲ区別スルノ標準ト為ラサルナリ」という（一〇一頁）。ここの「絶対性」は、後という（権利一般の）「不可侵性」と同義とみられているのであり、後の絶対性説・不可侵性説との間に、用語上の齟齬を来たす。

(75) 中・物権編二頁（明治三〇）。なお、ここで「対抗」というのは、単に「主張」と同義である（二三頁）。今日「対抗」の用語は主に対抗問題を念頭に用いられるが、フランス法・旧民法を通じて対抗 *opposable* の用語に、さような限定的な意味はない。

(76) 二一・二三頁。なお、岡松は絶対権を「対世権」と呼んでいる。

(77) 岡松は物権の本質につき対物権説を採る（二頁以下）。

我が国における「物権的請求権」概念の推移

(78) 五頁（これは他人に対し行為を要求する必要があることを指す）。

(79) 五・六頁（これは被告適格を有する者が誰かという点に着眼した効力の指摘であり、「何人ト雖トモ之ヲ侵害シタル者被告ト為リ即チ物権ニ於テハ未來ノ被告ハ不確定ナリ」とされる）。

(80) 六頁（ここでは物権相互間の優先的効力が問題とされている）。

(81) 六頁（但し、そのためには対抗要件の具備が「条件」となるという一方、これと第二の対物訴訟との関係は明らかではない）。

(82) 卷之二物権編（二五版）一頁（明治三四）。なお、最後の版である三二版（明治四四）では「物権トハ物ノ上ニ自己ノ行為ヲ施スコトヲ得ル法律上ノ力ヲ云フ」という表現に改められている（一頁）。

(83) なお、ここにいる優先権とは一般債権に対する優先的効力を指し、追及権の例としては、譲渡によつて従前から存在する制限物権が害されないことが挙げられている（二五版）一・二頁）。

また、二二版一頁では、優先権の原語として *Vorzug* が、追及権の原語として *Verfolgungsrecht* が、各々加えられている。ドイツ法への傾斜を示すものとして興味深い。

(84) 第二巻物権上・一一頁（明治四三）。更に「物権ノ本質（講話）」法学大家論文集民法之部上巻五四三頁（明治四三）、「私権分類ノ標準（絶対権、相対権ノ区別）」法協二三卷一・二頁（明治二八）。

(85) 一二頁以下。

(86) 二五頁（絶対権」の部分に傍点がある）。

(87) 二五頁以下。第二の効力の例として富井は地上権と抵当権を挙げ、後者がフランスの学説で通常言われる「優先権」であるとしている（二七頁）。一方、前段に述べるところは、不法行為請求権と推察され、この点ではボアソナード旧民法と軌を一にするように思われるが、そこでの故意・過失の要求と物権の「侵害」との関係はどうみていた

のかは、明らかにならない。

(88) 二九頁。しかも、これは債権者平等の原則と対比されて論じられる。

また、富井は、對抗要件が追及力の「著大ナル制限」であるとする。

この点については、更に、松本重敏「我民法ニ於ケル物権ノ対抗力ヲ論ス」法協一七卷六号四三四頁（明治三二）参照。

(89) 例えば、占有訴権につき「妨害停止ノ請求権」（傍点七戸）と述べた箇所がある（第二巻物権下・七二三頁（大正三三））。先の立法過程における議論（前掲注（67））を想起されたい。

(90) 大塚勝太郎「物件ニ対スル義務、果シテ悉ク消極ナル乎」法協六四号三三五頁（明治二二）、二上兵治「相對權ノ絶對的効力」法協二二卷一〇八頁（明治三七）、藤崎朋信「對世權對人權ノ區別」法協一三卷七八三頁（明治三八）、三澤信三「物權債權ノ區別ニ就テ」志林八卷一二号五七頁（明治三九）、「所有權ノ本質ニ付テ」志林一三卷三九一頁（明治四四）、志田鉦太郎「物權ノ性質ニ關スル學說」法学大家論文集民法之部上卷五三一頁（明治四三）。

(91) 旧民法以来、質借權の對外的効力に關しては大きな関心が向けられ、そこでは先述の權利の屬性からの演繹論が展開された。本稿で掲げた文獻の該箇所のほか、飯野謹一「質借人ノ權利ハ物權ナリヤ人權ナリヤ」法協一四卷六〇五頁（明治二九）が興味深い。

(92) 例えば、池田寅二郎「第三者ニヨル債權ノ侵害」法協二四卷一〇号一四三八九頁（明治二九）は「權利ナル以上ハ其種類ノ如何ヲ問ハス必ラス他人ノ不法干渉ヲ許サルノ力ヲ有スルモノニシテ之ヲ排除力ト云」い、右排除力は物權・債權を問はず生ずるとしている。しかも「對世權（Right in rem）トハ排除力ノ点ヨリ權利ヲ觀念シタル名稱ニシテ本来獨立ノ存在ヲ有スル權利ニアラス之ヲ對世權ト云ヒ絶對權ト稱スルハ語稍妥當ナラス況ヤ對人權若クハ相對權ト對立スル權利

ノ一大部類ナリトスルハ固ヨリ正當ノ觀念ニ非ス」という。

(93) 志田鉦太郎「請求權ノ本質」法協二五卷九号二二一九頁（明治四〇）、川名兼四郎「不作為ノ債權（一）（二）」法協二六卷七号四五六頁、一〇号八二三頁（明治四二）、「請求權」法協二八卷五号八〇一頁（明治四三）、鳩山秀夫「工業会社ノ營業行為ニ基ク損害賠償請求權ト不作為ノ請求權」法協二九卷四号五九九頁（明治四四）、池田寅二郎「『ニュウサンス』ニ就テ（一）（四）」法協二九卷四号五三五頁、五号七三六頁、六号九〇九頁、八号二二五〇頁（明治四四）。以上本稿に掲げた諸資料からは、旧民法以来のフランス法対イギリス法の争いが、次第にドイツ法中心に変化して行くのは、現行民法制定後の明治三〇年代後半から四〇年代にかけてであり、また次第に、對人權説の基準であつた「絶對性」が、權利一般の通用性と觀念され始めたことが看得取れる。

(94) さしあたり、川名兼四郎・物權法要論（三版）・六〇頁以下（大正六）、鳩山秀夫「所有權より生ずる物上請求權（一）（二）」志林二三卷二九頁、四号一頁、二三卷二四四頁（大正九・一〇）。

(95) (a) 占有訴權との關係についていえば、そもそも BGB における物權的請求權・占有に基づく請求權は、規定の上では對应的に二種に分類されており（前掲注（43）（69））、ただ、妨害排除の法文が予防的不作為請求も規定するため、學説が右法文の内容を二つに分類したに過ぎない。我が国の物權的請求權の三分類は、これを導入したもので、大正期になって初めて登場するのである。他方、日本民法一九八条以下の占有訴權の三分類は、フランス法・旧民法を基本的に承継するものであり、現行法起草者は、旧民法における保持訴權・新工告発訴權・急害告発訴權・回収訴權の四種の占有訴權を、第一のものを占有保持の訴、第四のものを占有回収の訴とし、第二・第三のものに若干の

変更を加えて占有保全の訴としたに過ぎない。従って、右三分類への再編成はドイツ法の体系とは全く無関係であり、ドイツ法を継受した物権的請求権の構造を、これに対応させることは適当ではない。なお、三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義」——民法二〇二条一項の比較法的・系譜的考察——」民事訴訟法研究第三巻四二頁（昭和四二）参照。

(b) また、動産先取特権に関する三三三条は、旧民法債権担保編一四八条、一六〇条、現行民法原三三二条に由来するもので、ここでもドイツ法との関係は認められない（民法議事速記録二・五二九頁）。

(c) もっとも、動産質権に関する三五三条からは、起草者のドイツ法の物権的請求権体系への一瞥が看取できると言えないこともない。

ただし、起草者は、BGB第一草案一一五五条（現行一二二七条）が動産質権者に所有者と同一の権利の行使を認めていること（前掲注（44）を勘案しつつ、右物権的請求権を排除する旨の立法を行ったと解されるからである（民法議事速記録二・六六八頁）。

(96) 対物権説は支配権説に、対人権説は絶対性説に、排他性説は物権を直接支配性と絶対性の二つから基礎付ける旧民法以来の定義の現行民法成立後の解釈に各々対比される（なお「排他性」「不可侵性」なる語は、この時代「絶対性」と同義で用いられている）。また「對抗（力）」は（絶対性から導かれた）追及効と同義であり、一方「對抗要件」は右追及権行使の条件ないしは（追及効に対する相手方の抗弁という意味での）追及効の制限の意味で用いられている。従って、今日の学説が「對抗要件」主義の根拠を、物権の直接支配性・絶対性・排他性・不可侵性等に求めるとき、そこには右「對抗」の意味の彼此混同があることが理解される。これらは「追及効」の意味における「對抗力」の根拠であっても、右追及効の制限としての「對抗要件」主義の根拠ではあり得ない。

我が国における「物権的請求権」概念の推移

(97) かかる学説の対立が顕在化するのもまた大正期以降であり、大判大正五年六月三日民録二二輯一一六頁がその動因となったものと思われる。今日の基本書の中で消滅時効との関係を意識するものとして、我妻栄『有泉亭補訂・新訂物権法』二三頁（昭和五八）。

(98) C. c. 二二六二条は全ての訴権が三〇年の消滅時効にかかると規定するが、フランスの学説は、所有権が時効にからないことを論じ、かつ第三者が取得時効によって所有権を取得するまで右第三者は所有権者たり得ないから、それ故所有者は右第三者に対する返還訴権を失う理由はない、とする点で、ドイツの学説と顕著な対比を示す。さしあたり、伊藤・前掲注（2）・（一）・四〇頁注（4）。

(99) 明治末期より争われている一般的不作為の訴の物権的妨害排除請求権への取込みというドイツ法的解釈は、明文なき我が現行法下では、今日でもなお成功していない。ここでは旧民法における法定地役権（相隣関係法）及び不法行為（とりわけ工作物責任）の守備範囲を検討する必要がある。

(100) 契約に基づく請求権との関連では、前掲注（24）参照。なお、フランスでは、取戻訴権と契約に基づく訴権とは競合せず契約当事者間では後者のみが行使される（七戸克彦「不動産物権変動における對抗力の本質」慶大大学院法学研究科論文集二三号九四頁注（82）（昭和六一））。また、不当利得との関連については、前掲注（56）を参照。

(101) ここでは、返還訴権と否認訴権の要件論における「自主」占有の解釈が問題となってくる（前掲注（55））。

(102) 物権的請求権が行為請求権か忍容請求権かという問題であるが、これもまた大正期以降に顕在化したものである。ただ、この問題を最も明確な形で浮かび上がらせたのは川島・前掲注（2）であらう。