

【書評】佐々木健「ティベリス氾濫とローマ的差止（又は妨害排除、あるいは物権的請求権）」法学論叢 192 卷 1-6 号 297-365 頁

吉原 知志

書評対象となる本論文（以下、単に「本論文」と称する）は、ティベリス川氾濫による流下物に関する学説彙纂第 39 卷第 2 章第 9 法文第 1 項（D. 39.2.9.1）を主たる題材に、現代に「物権的請求権」<sup>1</sup>の概念のもとに議論される状況との比較・考察を行っている。本論文著者によれば、D. 39.2.9.1 の内容は、ティベリス川の氾濫による流下物の所有者（A）が残留地から当該流下物を持ち出すことについて、残留地所有者（B）に妨げられないよう特示命令が発せられるが、それは持ち出しのための立ち入り・搬出による未発生損害を担保する問答契約が供される限りで、ということになる。ここには、流下物所有者 A の取戻しの利益と、流下物の残留地所有者 B の原状回復に対する利益との間の調整が見出され、この調整模様を現代の「物権的請求権」の行使される状況と比較し、批判的考察を行うというのが筋立てである。その書評である本稿は、本論文著者がこのような考察を通じて「物権的請求権」概念に対し行う懐疑表明を、評者の専攻である現代／日本／実定法学の文脈に乗せることを通じて、ささやかながら応答を試みることを内容とする。このような作業は、本論文を「ローマ

---

<sup>1</sup> 本稿では、物権的請求権という概念の明証性に対して異議を留めるため、通して「」を付して表記することにした。「権利」、「請求権」、「所有権」、「物権」など他の基礎概念も同様である。

法」を参照した比較法研究<sup>2</sup>として位置付けた上で読み解く営為であり、法解釈学内の即自的な議論では見失われる視点を明るみに出すことを目指している。他方で、本論文著者が周到に掲げる D. 39.2.9.1 の関連研究からは、この法文を断面として観察される豊潤な社会史・文化史の諸相も窺える。しかし、評者にはこれを追跡し評価する能力・準備はなく、そちらの方面に立ち入れていないことにはお詫びをせざるを得ない。このような内容でも、本論文に対し 1 つの側面からは光を当てることとなり、問題状況の解明に資するところがあれば幸いである。

D. 39.2.9.1 の状況を、いったん現代／日本／実定法学の前提とする「権利」ないし「請求権」概念のコードによる説明に置き換えてみよう。すなわち、A が「所有権」を有する流下物が、B が「所有権」を有する残留地上に漂着して残留したままである状況を考える（以下、「流下物残留状況」と称する）。この状況では、まず、残留地上に流下物が存在するだけでは、B が流下物を占有したとは必ずしも言えない、ということが確認される必要がある。というのも、「物権的請求権」は、占有侵奪の有無により返還請求権、妨害排除／予防請求権に分かれるとされるからである。占有に心素と体素をどれほど厳密に要求するかを措いても、B の一切の認識・所作のないまま突如出現した流下物に対して、B に法的保護に値するような支配はないと考えるのが一般的と見られる。そのため、残留地不動産を所有する B が A に対して不動産所有権に基づく妨害排除請求ができるのとは対照的に、流下物の占

---

<sup>2</sup> 佐々木健「ローマ法の参照例」法時 92 巻 4 号（2020 年）40-41 頁。

有を失ったAがBに対して求めると見られる、流下物をBの支配領域である不動産から取り出したいという「返還」の請求は、Bはこれを占有していないことから“空振り”に終わってしまう（“空振り”といっても、「給付の訴えにおいては、その訴えを提起する者が給付義務者であると主張している者に被告適格があり、その者が当該給付義務を負担するかどうかは本案請求の当否にかかわる事柄であると解すべきであるから、上告人の右訴えは、適法なものというべき」とした最判昭和61年7月10日判時1213号83頁の命題を前提とするならば、本案判断がされて請求が棄却されることになる<sup>3)</sup>。しかし、これでは「所有権」に基づく物の支配が貫徹されないと考えた学説は、第4の「(物権的)請求権」として、Aが行う引取行為をBが受忍することを内容とするAの請求、いわゆる「引取請求権」を考案する<sup>4)</sup>。Aの引取(行為の受忍)請求が認められることで、BがAに対して妨害排除請求をできるのと裏表の関係として、AはBに対して自らの引取行為の受忍を求めることができることになる。その上で、「妨害の責任者がその排除の費用を負担しなければならない」<sup>5)</sup>との前提を置くことで、計数的にも平仄の合った解決が謳われる。すなわち、流下物

---

<sup>3)</sup> この判決の解説として、拙稿「判批」山野目章夫ほか編『マンション判例百選』(有斐閣、2022年)60-61頁参照。

<sup>4)</sup> 山田晟「物権的請求権としての『引取請求権』について」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第三巻』(有斐閣、1983年)9-12頁。BGB1005条、867条に範を取る(条文は後掲注(22)を参照)。この論文は、本論文311頁注(9)で紹介されている。

<sup>5)</sup> 山田・前掲注(4)20頁。

をBが積極的に留置しない限り（すなわち、占有者とならない限り）、「妨害の責任者」はAのままであるから、BがAに妨害排除請求をするとAが自らの費用負担のもと妨害排除を行うこととなる。他方で、AのBに対する引取請求も、Aが自らの費用負担で引取行為を行うことを内容とするので、費用負担者の所在が一致するのである。流下物残留状況に対する現在の法解釈学の出した答えの1つは、このようなものである<sup>6</sup>。

---

<sup>6</sup> かつては、流下物所有者Aの返還請求権と残留地所有者Bの妨害排除請求権が「衝突」するという問題認識のもとに調整が試みられていた（川島武宜『民法I総論・物権』（有斐閣、1960年）108頁、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960年）46-47頁、松坂佐一『民法提要物権法〔第四版・増訂〕』（有斐閣、1985年）9-10頁。最近のもので、大村敦志『新基本民法2 物権編 財産の帰属と変動の法〔第3版〕』（有斐閣、2022年）101-102頁は簡単な記述に留まるがこのグループに入るだろうか）。

その後、「侵害」ないし「妨害」を行っている者はAだけであってBではないと認定するものが現れる（星野英一『民法概論II（物権・担保物権）』（有斐閣、1976年）22頁、我妻榮〔有泉亨補訂〕『新訂物権法（民法講義II）』（岩波書店、1983年）264頁。最近のもので、大場浩之『物権法』（成文堂、2023年）89頁は簡単な記述に留まるがこのグループに入るだろうか）。

そして、最近では本文のように、Bには流下物に対しそもそも「占有」がなく、Aの返還請求は成り立たないが、引取請求が考えられるとする説明が普及するに至った（広中俊雄『物権法〔第二版〕』（青林書院新社、1982年）251-252〔252頁注(11)に後掲注(22)書籍所収の小川論文が紹介される〕、264-267頁、石田穰『物権法』（信山社、2008

以上の説明は、一見、流下物残留状況の当事者の利益／不利益の所在を余すところなく考慮し、「権利」の割当てを通じて適正な秩序実現を図るもののように見える。しかし、そのようにして映し出される「権利」の“静止画”は、「権利」実現の過程という“モーション”の契機を十分に含むものではない。「権利」を実現する“動画”とするためには、もう一段別の考慮が必要となる。その考慮とは、AがBの所有する残留地に立ち入って持ち出し作業を行うという事実行為に伴って生じうる損害発生の可能性であり、まさしく本論文が重視する事情である。

確かに、上記の引取請求権の構想でも、民法198条を参照することで、Aに対し、引取行為に伴い発生する損害について無過失損害賠償義務を付随的に課すことが、併せて提案されている<sup>7</sup>。そ

---

年) 45-53、66-68、79、89-92 頁、舟橋諄一ほか編『新版注釈民法(6) 物権(1)〔補訂版〕』(有斐閣、2009年) 171-176 頁 [好美清光]、河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012年) 25-26 頁、松岡久和『物権法』(成文堂、2017年) 35-38 頁、安永正昭『講義物権・担保物権法〔第4版〕』(有斐閣、2021年) 23-26 頁、藤原正則『物権法〈物権・担保物権〉』(新世社、2022年) 26-29 頁、石田剛ほか『民法II 物権〔第4版〕』(有斐閣、2022年) 17-18 頁 [石田剛]、山野目章夫『民法概論2 物権法』(有斐閣、2022年) 136-142、151-152 頁〔なお、169 頁では占有訴権の活用場面として、前掲注(2)の佐々木論文が紹介されている]、佐久間毅『民法の基礎2 物権〔第3版〕』(有斐閣、2023年) 334-337 頁、吉田克己『物権法III』(信山社、2023年) 1603-1605 頁)。

<sup>7</sup> 山田・前掲注(4)12-15 頁。

して、この無過失損害賠償義務は、本論文に登場する未発生損害担保問答契約と類似するようにも見うる。しかし、実体的な損害賠償義務の存否を判断するためには、故意・過失のみならず、損害の範囲、因果関係など他の要件認定のための審理を要することになる。あるいは、Aが賠償義務を履行する資力を維持できるかも不確定要素となる。事前の請求を認めるにしろ、実体的審理を要する「請求権」として構想する限り、鈍重さは捨てきれない。未発生損害担保問答契約が「未発生」損害について「担保」するものであることと機能を同じくするとは言えないだろう<sup>8</sup>。

本論文著者が強調するのは、「事態の緊急性・必要性」の観点である。すなわち、流下物が残留地に付合すると、Aの引取りは不奏功に終わることになる。Aが引取請求を行うのは、少なくともA自身は流下物の価値を高く評価している状況であり、付合によって“請求棄却”される帰結を回避する「緊急性・必要性」が、特示命令を与える要因だったとされる。その際に「だからと言って、除去に対する暴力的な妨害まで許される訳ではなく、排除しなければならない。ここに、差止ないし妨害排除の思考、その限りで物権的請求に類すると見える姿がある」（307頁）と指摘され

---

<sup>8</sup> 佐久間・前掲注(6)337頁は、残留地所有者Bは、流下物所有者Aの立ち入りにより発生した損害や流下物の保管費用につき、それらを被担保債権として流下物に留置権を行使できると指摘しており、確かに留置権の活用は注目に値する。しかし、状況の想定次第では引取りで生じる「未発生」の損害の扱いが問題となりそうなこと、本論文の強調する「緊急性・保全性」への配慮の点で、あくまで本論文の見地からは不足を感じる。

ることが重要である。ここに表れる「残留地所有者の利益」への配慮こそが、上に示した“モーション”の動因となる。すなわち、①「Aの未発生損害担保問答契約の提供」を前提とした②「特示命令」という2つの要素が合わさった措置が用意されることにこそ、流下物残留状況の適正な紛争解決の姿があるのであり、①②いずれの要素を欠いても（すなわち、「引取請求権」では、①損害回避措置性も②緊急措置性も十分でないと見うる。工夫の余地があるにしても、少なくとも保全手続に大きな“借り”を作らなければならない）、通時的に参照に値する法文とはなり得なかったのである。本論文著者が、「本権思考」では「霧消」すると警鐘を鳴らす「喫緊の課題、つまり保全や仮処分の視点」（311頁注(9)）とは、そのようなものとして理解することができるだろう。その際留意すべきは、本論文著者は提示訴権を介した本権追求的な争い方の存在も紹介しており（302-307頁）、「物権的請求権」を「本権思考」で捉える余地がないという趣旨を含むのでは全くないということである。本論文著者の意図するところは、今日「本権思考」に集約されている紛争解決方法は、確かにその半ばまではまさに「本権」をめぐる争いなのだとしても、もう一半には、本来「保全や仮処分の視点」に立つ「本権」外の「思考」が働いている、ということを示すことにあったと思われる。

上記の読み方が正しければ、“比較法”論文として見たときの本論文の限界は、そのタイトルに「妨害排除、あるいは物権的請求権」とあるにもかかわらず、D. 39.2.9.1に見られる流下物残留状況の解決が、正確に今日の「物権的請求権」で語られる状況と対応しているわけではない、ということに表れるだろう。言うなら

ば、「事態の緊急性・必要性」が強調される点から「これは本権たる物権的請求権とは峻別されるところの占有訴権の研究である」という「本権思考」論者の“退避口”を残すものとも見うるのである。このことは本論文著者自身が誰よりも自覚的であり、「このように、史料①〔評者注：D. 39.2.9.1〕における残留地保有者のような、相手方の契約締結に依存する地位を、本稿では物権と呼び、従って担保を求めることが出来ることを以て、『物権的請求権』と呼ぶこともない。」(307頁)、「本権に基づく所有物取戻訴訟 *rei vindicatio* に注目すれば、別の姿が見出されるのかもしれない。本稿筆者には、その一種とも解される相続回復請求 *hereditatis petitio* 関連史料(学説彙纂第5巻第3章)の分析以外に、準備がない。」(308頁)との記述から窺える。

とは言え、本論文著者の意図は、あえて「引取請求権」の場面を取り上げることで、「物権的請求権と占有訴権の峻別」自体に疑問を投げかけるところにもあったとも思われるところである。すなわち、AがBの意に反してその不動産に立ち入るという緊迫した状況を、「本権思考」で語る事がそもそもできるのか、この問いかけ自体を先決問題として鋭く突きつけることに意義があったと見うるのである。この視点のもとでは、延いて「物権的請求権」が静態的に物の支配状況をあまねく覆い尽くすという捉え方自体が論題となりうる。結局、D. 39.2.9.1に見られる「事態の緊急性・必要性」からの特示命令の利用が、今日の「物権的請求権」と全く同じではないにしても、全く異なるわけでもなさそうである、ということが“比較法”論文としての本論文の主張の核心と思われる。すなわち、今日「物権的請求権」を行使することで



実現されると考えられている法状況と、「ローマ法」における同様の法状況を比較したとき、整理の仕方、法的な捉え方自体に不整合があること、それ自体を露わにすることに、本論文著者の狙いがあったとも思われるのである。

そのような「物権的請求権」と「ローマ法」との間に走る“断層”を意識することで、「物権的請求権」の“地層”がどのように見えることになるのか、評者が感じたところを、雑駁な形になるが、以下で示してみたい。これは、第一に「物権的請求権」とは何か、第二に「本権」とは何か、という順で、今日の基礎概念に再考が迫られているという認識を明らかにする作業となる。

第一に、「物権的請求権」は何を目的として行使されるのか、という根本的な問題に立ち返った議論が喚起される。本論文著者が「ローマ法」を通じて強調する流下物残留状況の紛争の実質は、「事態の緊急性・必要性」である。翻って、今日、ひとまず「物権的請求権」の本案審理は保全手続の利用とは区別される。しかし、それでは当該本案審理はどういう意味で「本権」訴訟なのだろうか。「物権的請求権」を行使する訴訟は、一般に「所有権に基づく」物権的返還請求権を訴訟物とする」などと称するにもかかわらず、所有権は法的観点にすぎず、本案判決の所有権それ自体の存否に関する判断には既判力が生じない、とするのが今日の一般的理解である。あくまで「物権的請求権」の存否が判断されるにすぎないのであって、その根拠となる「所有権」とは区別されるのである。そのような「物権的請求権」の発生機序として、「物権的請求権は、その瞬間々々において物権の侵害状態（またはその発

生の危険)があることによって生じるのであって、侵害状態等が継続する場合にはそれが継続する限度で刻々と新たな請求権が生ずると考える可能性を排除できない<sup>9</sup>と説明する見解がある。このような機序を明らかにする意義は、物権的返還請求訴訟の被告が占有を第三者に特定承継させた場合に、第三者が占有を開始することで原始的に新たな物権的請求権が発生するのであって、旧被告の義務の承継があったわけではなく、したがって既判力の拡張は生じない、とする立論を行うことにある<sup>10</sup>。この理解をめぐっては現在活発に議論されている。承継執行を可能とすることにより、後訴の利益を否定することが、司法資源の有効活用の観点から必須であること<sup>11</sup>までには、近代裁判制度の利用者の良識として大方の諒解が得られるのだとしても、そのような執行法上の都合とは峻別された、実体的権利たる「物権的請求権」について本案判断を行う必要性は、改めて問われざるを得ない<sup>12</sup>。結局、物権的

---

<sup>9</sup> 山本克己「物権的請求権と既判力の作用」論叢 180 巻 1=2=3 号 (2018 年) 27 頁。なお、この捉え方についてさらに立ち入った検証が必要であることにつき、同 30-31 頁注(4)を参照。

<sup>10</sup> 山本克己「物権的返還請求権と口頭弁論終結後の承継人」高田裕成ほか編『民事訴訟法の理論』(有斐閣、2018 年) 998-999 頁、同「判批」高田裕成ほか編『民事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』(有斐閣、2023 年) 173 頁。

<sup>11</sup> 笠井正俊「口頭弁論終結後の承継人に対して判決効が作用する場面について」徳田和幸ほか編『民事手続法制の展開と手続原則』(弘文堂、2016 年) 568-569 頁。

<sup>12</sup> 手続法上の考慮を重視し既判力拡張を肯定する笠井・前掲注

請求権が占有の状態を核として生成されることを通じて、いかなる紛争の解決が目指されているのか、ということが実体法の面からも改めて検討される必要がある。「物権的請求権は占有が移転されてしまえばそれまでの権利である」と解することは（占有移転禁止の仮処分は、もちろんいったん傍に置いて）、一見、所有者の地位を不当に弱めているようで、物権の侵害は当該侵害者との間でしか争いようがない、という当然のことを前提に「請求権」がそもそも構成されている、という割り切った説明の仕方もできるように思われる。

以上のような議論を紹介しながら評者が背後にもつ問題意識は、繰り返しになるが、「物権的請求権」を行使する訴訟において解決が図られる紛争とは一体何なのか、という疑問である。「物権的請求権の存否である」という実定制度の内的視点に立つ答えに対しては、「物権的請求権という実体的権利の存否確認によって解決される争いは何か」という問をもってさらに問い返すことになる。評者は、「物権的請求権」の内容には、それを訴訟により実現することを通じて、少なくとも「権利」実現の過程で派生しうる争いも一括して解決する、広い意味での紛争解決（の一回性）の趣旨が込められているのではないか、と考える<sup>13</sup>。近時の民事法研

---

(11)566-567 頁の主張に対する反論として、あくまで実体法上義務の承継がないことを前提に考えるべきとする山本克己「物権的請求権と確定判決の既判力・執行力についての覚書き」共栄法律事務所編『法の理論と実務の交錯』（法律文化社、2018年）288-292 頁がある。

<sup>13</sup> 山野目・前掲注(6)139 頁は、物権的請求権の性質を考えるための観点として「紛争の実効的な解決の追求」を掲げ、同 137、153 頁な

究は、そのような想像を裏付けるもののように思われる。実体法の面では、物権的返還請求権の内容を行為請求権と解すると占有者に積極的な持参給付の義務を課す根拠に欠け、忍容請求権と解すると回復者が占有者の支配領域内に立ち入ることで紛争が拡大する、として両者ともに排し、物権的返還請求権の内容を占有者が自らの支配領域の境界にまで移動させるものとする解釈<sup>14</sup>がある。この解釈は、「権利」実現の過程を「物権的請求権」の内容に積極的に取り込んでいく点で上記の問題意識と方向性を共通する。そして、この方向の先には、物権的返還請求権の執行手続も上記の内容実現の限りで行われるものとする手続法上の考察が必要となるだろう。手続法の方に目を向ければ、今日の民事執行法のもとでは、直接強制、代替執行、間接強制という執行方法の類型強制的意義が薄れ、執行可能な義務でありさえすれば間接強制を利用可能となっていることが論点となる。すなわち、強制執行の観点から見れば、流下物残留状況におけるAの引取請求も、Aの引取行為を妨げないBの不作為義務と構成して間接強制による執行が考えられそうである。そのように間接強制を介して縦横無尽に強制執行の方法を考案してよいのであれば、「物権的請求権」の第一の制度目的をAの物支配回復に兎にも角にも置く、という

---

ど随所の解釈でこの観点が活かされている。本稿は手続の側面に多く着目したため、これと同一の視点となるかは不明だが、方向性には賛意を表したい。なお、物権的請求権を解説する同書第3章は、前掲注(6)の文献の中では現在の議論の集大成、かつ到達点と目される。

<sup>14</sup> 根本尚徳「物権的返還請求権と自力救済の禁止」都築満雄ほか編『民法・消費者法理論の展開』（弘文堂、2022年）631-634頁。

発想もまかり通りそうである。しかし、物の取戻しという直接強制か、せいぜい代替執行（の併用）が考えられそうな場面で間接強制金の脅しのもとで自在にAの引取行為が許される、との運用には、違和感も拭えない。そのような違和感を覚える見地からは、代替的作為債務に間接強制を課す際には、その内容を損害賠償の範囲内にとどめておくとする解釈提案<sup>15</sup>が注意を惹く。義務の執行方法は、間接強制を背景に縦横無尽に考案できるとするのではなく、義務の履行方法についてある程度の実体法的範型を用意し、そのもとで間接強制も一定の枠組みに従ってのみ利用できると解することが適切ではないかとも思われるのである。かつて（2017年民法改正前）「執行方法の類型強制」があったとするならば、そこに込められた法的考慮について、思考を放棄せず、さらに深く考えていく必要があるようである。

このようにして「物権的請求権」の論点を改めて見直すならば、行為請求権か忍容請求権かという伝統的な対立軸に囚われず、「物権的請求権」が“とどのつまり”何を請求する権利なのか、という本質問題を正面から議論するべきと思われるのである。上に見たような形で「権利」実現の過程を具体的に捉えて実体法上の内容を明らかにし、手続をそれと整合的な形で用意するという作業が必要とされるとの発想は、「本権」の確認それ自体を目的とせず、紛争の実質を捉えてそれを解決するための制度を構想することを終極目標と捉えることに帰する。このように制度を構想していく営為が、「ローマ法」から見て果たして特殊近代的であるの

---

<sup>15</sup> 安永祐司「抽象的不作為請求・判決と強制執行に関する考察（五・完）」論叢 185 卷 6 号（2019年）68頁。

か、それとも通時的に何か共通するものがあるのか、気になるところではある。いずれにせよ、さらに領域を広くとった分析・議論が繰り広げられていくことが期待される。そこに一実定法専攻者としてあえて「本権」研究に向けた注文を足すならば、「相隣関係」の解明に水を向けておきたい。なぜなら、上記の引取請求権自体、「引取請求権に対する忍容義務の根拠は、相隣関係規制の法律の規定の精神にもとづく信義の原則によるものと解さなければならない」<sup>16</sup>と論じられるように、この文脈では相隣関係の参照が正当化規範を供給する役割を果たしているからである<sup>17</sup>。もとより本論文は、一方で、流下物残留状況は「相隣」関係を前提としないことで、あえて相隣関係から離れた一般的な形で議論を行う適例を選択したと言いうるし（現代／日本／実定法学では、盗人に自動車を残置された事例〔判例〕が多く用いられる）、他方で、相隣関係への概括的な言及（298頁）や、関連法文である史料①D. 39.2.7.2、史料②D. 39.2.9.2（304-306頁）が相隣関係状況と想定しうることから、本論文の考察内容と相隣関係との関連性には十分に含みもたされていると見ることもできる。しかし、現代では「規定の精神」とか「類推適用」など適用の限界を「相隣」関

---

<sup>16</sup> 山田・前掲注(4)11頁。

<sup>17</sup> 2021年民法・不動産登記法改正審議では、相隣関係上の管理措置請求の規律を明文化することを通じた利害調整も提案され（「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する中間試案」PDF版〔法務省HP、2024年2月5日最終閲覧〕22-23頁）、物権的請求権一般への反射的影響も取り沙汰されたが、管理措置請求規定は採用されなかった。

係に限定しない議論がされているところであり、「相隣関係」の射程について、さらに声の上がることもあえて望んでみたい。

「物権的請求権」とは何かという問題を考えていくと、第二の「物権」とは何かという問題に必然的に突き当たる。なぜなら、今日の「物権的請求権」は、本論文著者が強く疑問を投げかける「本権思考」の産物であり、「本権思考」を疑う以上、「物権的請求権」の発生源に当たる「物権」の捉え方についても改めて考えざるを得ないからである。

「本権思考」を起点とする今日の一般的な考え方では、「物権」が物の絶対的支配を許容する権利として定義された後、これを保障する道具として演繹的に「物権的請求権」が導出される。しかし、流下物残留状況の考察を通じて本論文著者が明瞭に示すのは、そのような考察が一見「本権」を強く保障しているように見えて、制度全体として見たときには実は「本権」の適切な保障となり得ていない、ということである。つまり、Aの流下物「所有権」の主張を貫徹させるということは、残留地への立ち入りを認め、Bの残留地「所有権」の保障に後退を迫るということを意味するのであり、要するに物権相互の“調整”の視点に著しく欠けるのである<sup>18</sup>。このことは就中、未発生損害担保問答契約の存在を強調する点に表れている。本論文著者の別稿にかかる、「占有訴権に

---

<sup>18</sup> 松岡・前掲注(6)33-34頁は、物権的請求権が相手方の故意・過失を問わず行使されることの基礎として、相手方に不適法な状態からの回復以上に不利益が生じないことを強調しており、請求者・相手方両者の調整の観点を重視する本稿と問題意識が近接すると思われる。

関する規定を根拠に、これを類推適用するかのように、物権的請求権を三種で語り、『強い』所有権を保護するのは『当然』であるとして同様の訴訟構造・訴訟物を想定するのは、困難を伴うことが明白である<sup>19</sup>との警句は、上記の演繹的な「本権思考」に警鐘を鳴らすものと言える。

「本権思考」、ないし「物権」からの演繹的思考から離れた「物権的請求権」の捉え方とはどのようなものであろうか。妨害排除、妨害予防、ないし差止請求権に関する比較法研究では、「物権的請求権」の「侵害」要件としての「妨害」について、『占有に対する抵触』とは、結局、権利に対する抵触を意味する<sup>20</sup>との原形観が示されており、請求者の法的地位と侵害者の法的地位との衡量の契機を概念に組み込む必要性を表すように思われる。あるいは、演繹的な物権的妨害排除請求権理解のもとでは、所有物に対する事実的な影響全般に対して「物権的請求権」が行使されか

---

<sup>19</sup> 佐々木・前掲注(2)40頁。

<sup>20</sup> フランス古法を起源とする *action possessoire* について、大塚直「フランス法における *action possessoire* (占有訴権) に関する基礎的考察」学習院大学法学部研究年報 23号 (1988年) 309頁。さらに、否認訴権を起源とするドイツの妨害除去請求権について、私人の権利領域の重なり合いを問題とする権利篡奪説について、同「生活妨害の差止に関する基礎的考察 (五)」法協 104 卷 9 号 (1987年) 1326 頁は、上記フランス法との類似性を指摘する。権利篡奪説については、川角由和『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』(日本評論社、2019年)の研究がある。



ねないことへの違和感に、裏付けを与えるものとも言える<sup>21</sup>。このような形で「物権的請求権」を精密に考察する必要性は、「物権的請求権」に関する具体的な規定をもたない日本でこそとりわけ深刻である。なぜなら、同じく「本権」ないし「請求権」の思考を建前とするドイツであっても、BGB1005条、867条という規定による利害調整が存在するのであり<sup>22</sup>、安易な概念論のみで解決が図られるものではないことは十分に予想されるからである。少なくとも今日に至る研究の蓄積からは、「物権的請求権」の規定を「明文ヲ置カナクテモ知レ切ツタ事柄」<sup>23</sup>とはおよそ言えないだろう。

---

<sup>21</sup> 佐々木・前掲注(2)39頁では、占有保全の仕組みにつき、二段の占有付与の手続による他の占有訴権と異なった性質が示されている。

<sup>22</sup> BGB1005条「物が物の所有者以外の者の占有する不動産の上にあるときは、物の所有者は、不動産の占有者に対して、第八六七条に定めたる請求権を有する。」

BGB867条「物が占有者の支配を離れて他人の占有する不動産の上に移ったときは、その物が何人かにより占有されない間は、不動産の占有者は、右の占有者にその物の搜索及び引取を許容しなければならない。不動産の占有者は、その搜索及び引取により生じた損害の賠償を請求することができる。不動産の占有者は、損害の発生のおそれがあるときは、担保が供せられるまで搜索及び引取の許容を拒絶することができる。但し、遅延のために危険が生ずるときは、拒絶は許されない。」

訳は、小川保弘『物権法研究』（法律文化社、1985年）10頁のもの。同13-24頁が、条文を踏まえた利害状況の考察を行っている。

<sup>23</sup> 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四』

それでは、このような「物権的請求権」をめぐる議論から遡って「物権」を考えたとき、どのような姿が見えてくるだろうか。

この問に対し、明瞭な像はいまだ見出されていないと思われる。しかし、「物権的請求権」概念の源流には「物上訴権」として条文を用意していた旧民法があることを想起するなら<sup>24</sup>、「物権の絶対性」が公理となる以前の、物への支配を内容とするという素朴な理解が手がかりになるかもしれない。他方では、「絶対的な物権／相対的な債権」の峻別体系の源流を明らかにする研究<sup>25</sup>や、権利が通有する不可侵性とは異なる物権の本質を模索する議論<sup>26</sup>もあ

---

(商事法務研究会、1984年) 347頁〔1895年6月18日開催・第95回法典調査会・梅謙次郎発言〕。

<sup>24</sup> 現行法の制定前後で物上訴権から物権的請求権に変質した過程の考察として、七戸克彦「我が国における『物権的請求権』概念の推移」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 25号(1987年) 79頁がある。

<sup>25</sup> 水津太郎「ヨハン・アーペルの法理論」法研 82巻1号(2009年) 425頁参照。この論文は、本論文 364頁注(35)で参照されている。その他、学説史研究として、赤松秀岳『物権債権峻別論とその周辺』(成文堂、1989年)なども参照。

<sup>26</sup> 佐賀徹也「物権と債権の区別に関する一考察(一)～(三・完)」論叢 98巻5号 27頁、99巻2号 36頁、4号 62頁(1976年)。物権を、物支配の契機から離れて、不可侵義務を中核とした万人との法的関係の束として観念する「債権説」の意義を、「主観的権利が対他的な、法的評価を通して保護されるべき価値をもつ財価であることを、社会的関係のモメントを強調するために、事実的な物支配のモメントを意識的に無視することによってより鮮明なものにしたと評するこ

り、現行法体系を相対視する視点も得られるだろう。その先に、「物権」の捉え方として、物への支配という素朴な理解への回帰を目指すか、帰属の契機に純化するか、かように展望は広がっているが、差し当たり次のようなことを指摘しておきたい。

「物権的請求権」を行使する訴訟が、物の支配をめぐる直截的な争い方なのだとすれば、それとは別に「物権」を観念する意義が問われる。本論文でもこのことは積み残しの課題のように見受けられる。上に論じた紛争の（一回的）解決の視点からは、今日、「物権的請求権」の行使に併合して、あるいは中間確認の訴えを活用して「本権」の存否についても本案判断を受けることが推奨されていること<sup>27</sup>が注目される。「本権」の存在意義は、差し当たり、このようにしてまさに「物権的請求権」の発生源から紛争の“根”を断つことにあると思われる。そのような“根”の断ち方として、上記のように「本権」の存否をめぐる直截的に争うことに限られるとするのか、あるいは「物権的請求権」行使に伴う事実上の影響を考慮して例えば複数の「物権的請求権」相互の間で調整を行う訴訟の途も拓くか<sup>28</sup>、など考え方はいろいろあると思わ

---

とができる」（「(二)」58頁）とまとめる。なお、物に対する権利であるかを問う「対物性」と（人的）義務者の介在を問う「直接性」の違いにつき、阿部祐介『抵当権者の追及権について』（有斐閣、2018年）154頁注(110)、307頁も参照。

<sup>27</sup> 山本(克)・前掲注(10)「判批」173頁、山本弘『民事訴訟法・倒産法の研究』（有斐閣、2019年）291頁。

<sup>28</sup> 諫早湾干拓事件につき、漁業関係者 X らの国 Y に対する堤防開門請求と、干拓地農業関係者 Z らの国 Y に対する開門差止請求との間

れる。あるいはさらに、「物権的請求権」の「侵害」要件を、上記のように権利間の抵触を本質的な要素とするものと捉え、実は「物権的請求権」の行使には「本権」主張の要素を読み取ることができるのだとするなら、判決効の範囲を「本権」の存否にまで拡張することなども、視野に入るのかもしれない。いずれにしても、「物権的請求権」に「物権」相互の調整の契機を組み込んだ上で、改めて「物権的請求権により何を求めることができるのか」ということの検証作業を経た先に、初めて現代の「物権」概念が見えるものと思われる。ドイツ法に比しても「極めて純粋無垢」<sup>29</sup>と評される日本の「『強い』所有権」観念について、単にこれを法意識のみに帰せしめるのではなく、物権理論の思考停止が加担しているということはないのか、内省が求められている<sup>30</sup>。

---

の調整として、ZらがXらに対し、第三者異議訴訟、ないし「開門“請求”の差止めを求める民事訴訟」の提起が考えられ、「紛争の適切な解決のためには、Zらにはこうした訴訟の提起が期待されていると言える」とする、異智彦「判批」自研92巻9号（2016年）150-151頁の主張を念頭に置いている。

<sup>29</sup> 星野英一ほか「シンポジウム 近代的土地所有権の基本問題」日本土地法学会編『近代的土地所有権・入浜権』（有斐閣、1976年）79頁〔北川善太郎発言〕。

<sup>30</sup> “調整”の機序を含まない「『強い』所有権」観念が法実務を混乱に陥れている例は、随所に見出される。いわゆる「後継ぎ遺贈」の場面では、相続人の「所有権」を制約する遺贈を認めることで、「第一次、第二次受贈者及び第三者の相互間における法律関係が必ずしも明確でなく、殊に、第二次受贈者において自己の取得すべき遺贈利益を

実体的な「物権的請求権」の議論の紹介・検討に多く立ち入りすぎた本稿は、書評というには逸脱を犯したかもしれない。しかし、「事態の緊急性・必要性」を念頭に置いた手続が用意されるということは、その奥には終局的・実体的な物の支配に関する秩序があるはずだと思われる。そのような全体像の必要性を指摘して、最後に一応書評であることのアリバイとしたい。

(2024年2月5日脱稿)

---

有効に確保する方法がないため、第二次受贈者の立場は極めて不安定であるばかりか、第一次受贈者が遺贈利益を他に処分したり、第一次受贈者の債権者がこれを差押えたような場合、実際上の問題として複雑な紛争を生ずる虞がある」とした福岡高判昭和55年6月26日家月36巻3号156頁、遺言書の解釈の不十分さを“口実”にこれをさらに破棄し差し戻した最判昭和58年3月18日判時1075号115頁の態度は、あたかも「所有権」の“崇りに触れる”ことを虞れるかのようでもある。石綿はる美「遺言における受遺者の処分権の制限（七・完）」法協131巻9号（2014年）1769頁は、「所有権者である処分権者の処分の自由」への制約に慎重な姿勢を崩さないフランス法と対比すると、日本法はむしろ処分権制限に「比較的寛容な立場に立つのではないか」と指摘する。“柔構造”のはずが、運用の仕方によってかえって“耐震性”を損なっている疑念を抱かせる（同「遺言における受遺者の処分権の制限」私法77号（2015年）170頁は、上記研究を踏まえ、「物権法の理念を変容させるような制度・考え方が相続法にあるのか」という点」の検討の必要性も指摘している）。