

占有論 : 占有訴権から占有を考える

遠山, 純弘 / TOYAMA, Junkou

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

118

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

73

(終了ページ / End Page)

98

(発行年 / Year)

2021-03-20

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00025499>

占有論

——占有訴権から占有を考える——

遠山純弘

目次

- 一 はじめに
- 二 占有の概念と機能
- 三 占有と本権（所有権）との関係一般
- 四 占有と本権（所有権）との混乱
 - (一) 占有の取得
 - (二) 占有の背後にある権利の保護
 - (三) 交互侵奪
- 五 占有の役割から見た占有と本権（所有権）との関係
 - 四 占有の訴えに対する本権に基づく反訴
 - (一) 旧民法における占有の訴えと本権（所有権）の訴えとの関係
 - (二) 本権（所有権）の訴えの被告としての占有者
 - (三) 民法二〇二条の解釈
- 六 今後の課題——占有概念の再検討

一 はじめに

取引関係が複雑になれば、その取引対象たる目的物をめぐる権利関係——もっとも、権利行使とは名ばかりの実力行

使である場合も少なくないが——も複雑になる。そのような場合に、取引対象たる目的物の権利関係をめぐって紛争が生じたとき、まずは取引対象たる目的物に対する権利（実力）行使を止め、あるいはそれを排除することが必要となる。この役割を果たすのが占有である。

今日では、インターネットやAIを用いた取引が広く行われ、AIやロボット自体が権利の帰属主体となるかという問題とあいまって、取引対象たる目的物をめぐる権利関係——実力行使の関係——は、ますます複雑になっていくことが予想される。そのため、占有の役割も今後ますます重要となろう。

もっとも、周知のように、占有概念や占有訴権の機能を見直そうという試みや、占有と本権、とりわけ所有権との関係を再検討しようという試みは、これまでもしばしば行われてきたところである。しかしながら、それらの論稿の存在にもかかわらず、現在なお占有訴権の存在意義が疑問視され、占有訴権がほとんど機能していないという状況が続いている。⁽¹⁾ もちろん、その理由は、占有概念やその機能がなお適切に理解されていないからであり、その結果、占有が本来果たすべき役割を果たしていないからである。

そこで、本稿は、占有の機能を改めて吟味し、それによって、占有と本権、とりわけ所有権との関係を再検討するものである。そこにおいて、わが国の法律実務や学説がいかに占有を軽視しているかを見ることができらるだろう。

二 占有の概念と機能

占有とは、人と物との間の事実上の関係あるいは物の事実に支配状態を言う⁽²⁾とされる。わが民法典は、第二編物権において、占有について規定を置いている（民法一八〇条以下⁽³⁾）。占有を認めるのは、人と物との間の事実上の関係

あるいは物の事実的支配状態がみだりにかく乱されると社会の平和と秩序を維持することができないために、人と物との間に築かれた事実上の関係や物の事実的支配状態を保護することにある。⁽⁴⁾これによれば、占有は、人と物との事実上の関係や物の事実的支配状態そのものを保護するものであり、そのため、占有を認めたり、占有を保護したりするために、占有者に占有することを法律上正当化する権利、すなわち、本権（所有権）があるか否かは問題とならない。⁽⁵⁾否、むしろ、本権（所有権）を問題としてはならないのである。⁽⁶⁾

三 占有と本権（所有権）との関係一般

しかし、それにもかかわらず、わが国における法律実務や学説の議論を見る限り、占有と本権（所有権）との間に何らかの関連性を見る見解は少なくない。たとえば、末川は、占有と本権とは、さしあたり異なるものであるとしながらも、それでも両者の間には切り離すことができない連鎖があるとする。⁽⁷⁾

「物の支配という『ある状態』を要件として存立する占有権と物の支配をなし得るという『あるべき状態』を本来の性格とする本権とは、本来その存立の基盤を異にするがゆえに時には対立し時には反発するものでありながら、なお両者のあいだにはどうしても切り離すことができない相通じるいくつかの連鎖が存在する。」

それどころか、占有に対する本権の優位性を主張する見解すら存在する。たとえば、田中は、占有と本権とは峻別されるとしながらも、法的現象としては、本権、とりわけ所有権こそが占有の存在基盤であるとする。⁽⁸⁾

「占有は、事実的支配にもとづき事実的物支配秩序を維持する法制度において認められる占有権を成立せしめ、観念的物支配秩序と対立せられ峻別せられる。他面、占有は事実として本権に関連をもたらしめられ、またあるいは本

権の現象形態としてあらわれる。したがって、占有権自体を考察の対象とすることによって占有の本体を解明しないのである。社会現象における法的現象として占有を見る場合に所有権と占有との関連が前面化し、占有は本権ごとに所有権との関連のうちに主要な存在性を有するのである。」

同様に、加藤も、占有秩序に対する本権秩序の優位性を見る⁽⁹⁾。

「社会秩序を根底で支えるのは本権秩序である。したがって、本権を離れた現状維持秩序である占有秩序と本権秩序が抵触すれば、本権秩序が優先するのは当然である……中略……。しかし、本権秩序が不明であっても、また紛争当事者が本権を有していなくても、なお、社会秩序を維持する必要がある。このために、現状破壊行為を現状維持という観点から修復・防止するために本権秩序の補充的基準となるのが占有秩序であり、……中略……。本権の存在が明らかな場合に、法的次元で占有訴権を否定し、不発生とまで考える必要はないが、社会的実体としては占有権は本権に実質的に劣後すると考えるべきものである」。

しかしながら、これでは占有を保護しているのか、本権（所有権）を保護しているのかわからない⁽¹⁰⁾。占有は、人と物との間の事実上の関係あるいは物の事実的支配状態そのものを保護するものではなかったのか。そして、それゆえに、占有を認め、あるいはそれを保護するために、その関係がいかなる原因あるいは権利に基づくものであるかを問題としないのではなかったのか。それにもかかわらず、どうして占有と本権、とりわけ所有権とが関連づけられるというのか。そこで、以下では、具体的な問題の分析を通して、占有と本権（所有権）との関係を考えていくこととする。

四 占有と本権（所有権）との混乱

（一）占有の取得

占有と本権（所有権）との混乱という点では、まず、そもそも占有の判断それ自体において、本権との混乱が見られる。⁽¹¹⁾ 民法一八〇条によれば、占有は、「自己のためにする意思をもって物を所持することによって」成立する。占有の成立に占有意思が必要であるか否かについては、議論があるが、同条が占有の成立に自己のためにする意思を要求していることから、解釈論としては、占有が認められるために、自己のためにする意思を要するとされている。⁽¹²⁾ そして、この自己のためにする意思は、占有を生ぜしめた原因（権原）の性質によって客観的に決せられるとされる。⁽¹³⁾ そのため、たとえば、買主や受贈者のような所有権の譲受人などは、自己のためにする意思をもって所持するのが普通だから、そのような権利者であるというだけで自己のためにする意思を有するとされる。

しかしながら、これは、占有の判断と占有正権原である本権の判断との明らかな混乱である。⁽¹⁴⁾ 占有——正確に言えば、自己のためにする意思であるが——を、それを生ぜしめた原因（権原）から判断するならば、通常、占有が認められると同時に本権があるか否かもわかる。これでは民法一八八条が何のために占有者に本権を推定しているのかまったくわからない。また、本権があれば、あえて占有を用いる必要はない。これでは占有が機能しないのは当たり前である。占有は、人と物との間の事実上の関係である。この関係があれば、占有が認められるのであり、その関係がいかなる原因に基づくかは問題ではない。人と物との関係がいかなる原因に基づくかは、占有正権原、すなわち、本権の判断

にかかるとの問題である。つまり、占有—法的に保護に値する人と物との間の事実上の関係—の判断は、占有の取得原因（権原）の先決問題である。それゆえ、占有の判断にその権原（取得原因）を問題とすることは—たとえそれが占有そのものの判断ではなく、自己のためにする意思の判断にすぎないとしても—明らかな誤りである。⁽¹⁵⁾

（二）占有の背後にある権利の保護

占有と本権（所有権）との混乱あるいは本権（所有権）の重視による占有の軽視は、占有訴権をめぐる議論において、数多く見ることができる。

まず、占有訴権の存在意義をめぐる議論において、占有が本権、とりわけ所有権の保護のために存在すると理解される⁽¹⁶⁾ことがある。所有権の証明は困難である。そこで、事実的支配状態である占有を保護することによって、所有権の保護が図られるとされる。

しかしながら、すでに述べたように、占有を認めるのは、人と物との間の事実上の関係や物の事実的支配状態を保護するためである。ならば、占有訴権は、その保護のためにあるのではないのか。何故ここで占有保護の目的が突如として所有権の保護に変わるのか。⁽¹⁷⁾田中は、適切に次のように述べている。⁽¹⁸⁾

「本来、物を支配する物権は物の事実的支配を通して実現されるのであるが、物権とくに所有権が資本的機能を営むようになると所有権ならびに他物権は観念化され事実的支配状態とは分離することとなる。そして、物に対する支配関係は観念的支配関係と事実的支配関係とにわかれ、物に対する支配秩序の維持のためには、観念的物支配秩序と事実的物支配秩序の二面において規律せざるをえなくなり、国家権力は物に対する事実的支配状態が存する以上それが観念的な権利状態に反する場合であってもまず一応保護することが法治主義の思想にかなうものであり、この保護

のために、現実的な物支配状態を占有とし、これにその法律効果としての占有権を認め、占有することを適法となし、占有に対する妨害を排除することに、本権制度からはなれて占有制度が独自の存在を認められる根拠があるのである。
…中略…

したがって、占有制度の本来的な機能は物に対する事実的支配秩序の維持、つまり占有保護機能にあり、その手段として占有訴権が存するといわなければならない。そこで、占有制度の独自の存在根拠、占有自体を保護する固有本来的な目的ないし根拠は、事実的物支配秩序の維持ということにならざるをえない。」

同様に、我妻も、占有訴権の機能が本権に対する妨害からの救済支援に重点が移ってきたとしながらも、それでもなお実力による妨害の排除に占有訴権の本質ないし重要さがあるとする。⁽¹⁹⁾

「被侵害者が本権者である場合にも、本権に基づいて目的物の返還を求めるについて証明上（例えば所有権の場合）または本権の性質上（例えば賃借権の場合）存する困難が、占有訴権によって回避されることは明らかであり、また、占有侵害を理由とする仮処分が多く利用されることになってみると、とにかく在った状態の復原を強行するという占有それ自体の保護というよりは、本権に対する妨害の救済を支援するという機能に重点が移ったと言えないこともない。しかし、在る状態に対する実力による妨害を排除して、その復原を認める―自力救済を抑止する―という占有訴権そのものの本質・機能の重要さにかわりはないと考える。」

同様のことは、占有訴権の存在意義を債権の利用権者の保護、すなわち、債権関係―たとえば、賃借権―に基づいて占有する者を、第三者による妨害から保護することに求める見解にも当てはまる。

そもそも占有の保護を、所有権であれ、債権の利用権であれ、占有の背後にある権利に結び付けること自体が誤りである。すでに述べたように、占有とは、物の事実的支配状態ないし人と物との事実上の関係である。⁽²⁰⁾ ならば、何故

その保護が問題となると、いきなり占有の背後にあるとされる権利が問題とされるのか。⁽²¹⁾ 占有の成立に際して、その背後にあるとされる権利が問題とされないならば、占有訴権の問題を考える場合にも、占有の背後にあるとされる権利は問題とならないし、問題とすべきではない。民法二〇二条二項は、それをいう。法律が占有を認めたり、占有の訴えを提起したりするのに、本権あるいは占有の背後にあるとされる権利を問題としてはならないと言っているにもかかわらず、何故占有訴権の存在意義がその背後にある権利の保護にあるという話になるのか。実際、占有の保護を占有の背後にある権利に結び付けることのおかしさは、占有(物)侵奪者を想起すれば明らかである。占有(物)侵奪者には占有の背後にいかなる権利も存在しない。⁽²²⁾ しかしながら、占有(物)侵奪者には占有が認められ、占有(物)侵奪者は、占有の訴えを提起することができる。⁽²³⁾ つまり、占有は、物の事実的支配状態ないしは人と物との事実上の関係それ自体を保護するものであって、占有の背後にいかなる権利があるかは、占有の保護とは何ら関係がないのである。

もちろん、民法が占有者に本権を推定していることから(民法一八八条)、占有の保護は、本権、とりわけ所有権の保護や債権の利用権者の保護のためにあるということとは言われない。民法は、占有者に本権を推定し、本権の訴えにおいて、占有者が被告の地位に立つこと、および本権を争う者に占有者に本権がないことを証明させることによって、占有者を保護しているのである。⁽²⁴⁾ 占有者には本権が推定される。その結果、占有者に本権がないことを争う相手方(原告)がそれを証明しなければならない。この証明に原告が成功しない限り、占有者の占有は——本当に占有者の占有に正権原があるか否かに関係なく——保護される。つまり、占有者の事実的支配状態ないしは物との事実上の関係は維持される。これが民法一八八条の意味であって、所有者(本権者)や債権の利用権者を保護するために、占有者に本権が推定されているわけではない。⁽²⁵⁾

(三) 交互侵奪

もっとも、占有保護の目的や占有訴権の存在意義を、その権原（原因）を問うことなく、人と物との事実上の関係を私力によるかく乱から保護して社会の平和な秩序を維持することに求めるとしても、占有の機能の適切な理解に成功しているわけではない。それは、交互侵奪をめぐる議論を見れば明らかである。

Aがその占有する物をBに盗まれたが、その後、BのもとからAがその物を取り戻した場合に、最初にAの占有を侵害したBは、Aに対して、占有の侵害を理由として、占有の訴え（占有回収の訴え）を提起することができるか。

この問題について、学説の一部は、最初にAの占有を侵害したBによる占有の訴えを肯定するが、⁽²⁶⁾下級審裁判例および学説の多くは、最初にAの占有を侵害したBによる占有の訴えを否定している。⁽²⁷⁾否定説の論者たちは言う。交互侵

奪の場合には、Aの最初の占有状態がなお継続しており、その奪還は秩序の回復と認めるべきである。占有秩序のかく乱を始めたBの占有妨害は、Aの妨害よりも非難に値する。Bによる占有回収を認めても、結局、Aによって回収されることになる。そして、交互侵奪の事案においては、紛争の処理は、本権秩序の次元でなされるべきである、と。⁽²⁸⁾

たしかに、占有の訴えによって敗訴しても、本権の訴えを提起することは妨げられないから（民法二〇二条一項）、Bによる占有回収を認めても、結局、Aによって回収されることになるというのはそのとおりである。しかしながら、何故交互侵奪の事案において、Aの最初の占有状態がなお継続していることとなるのか。占有侵奪によって、占有者は、占有を失うのではなかったのか。だから、占有を失った占有者は、占有回収の訴え（民法二〇〇条）によって、占有を回復するのではなかったのか。⁽²⁹⁾また、占有秩序のかく乱を始めたBの占有妨害は、Aの妨害よりも非難に値するということができるのか。さらに、民法二〇二条二項の存在にもかかわらず、何故交互侵奪の事案においては、紛

争の処理は、本権秩序の次元でなされるべきであるということになるのか。いずれについても説得力のある論拠は示されていない。

ここでわれわれは何故占有という概念が認められるかを改めて吟味すべきである。占有を認めるのは、人と物との間の事実上の関係を保護するためである。その関係に対する妨害が発生しそうになっている場合や実際に発生している場合に、その関係がいかなる原因に基づくものであるかを問うことなく、その関係それ自体を保護するのが占有の役割である。占有に対する妨害―それは権利行使の名で行われることも少なくないが―がいかなる理由によって行われているかも、とりあえず棚上げされる。まずはその関係を維持する。その関係を維持したうえで、本権の有無、すなわち、その関係が法律上正当であるか否かが問題とされる。前者が占有秩序の問題であり、後者が本権秩序の問題である。⁽³⁰⁾つまり、占有秩序に関する判断は、本権秩序に関する判断に先立つ。民法二〇二条二項は、このことを明らかにしている。

以上のことは、交互侵奪の事案においても変わらない。わが民法が占有を認める以上、占有秩序に関する判断―人と物との関係の維持―が本権秩序に関する判断―その関係が法律上正当であるか否か―に優先して判断されなければならない。さもなければ、―実際そうになっているが―占有は死んでしまう。交互侵奪の問題を複雑にしているのは、占有秩序と本権秩序の矛盾や抵触ではなく、占有者とその妨害者との関係において、占有を妨害した者に占有を認めることに、その原因がある。⁽³¹⁾

(四) 占有の訴えに対する本権に基づく反訴

同様の問題は、占有者による占有の訴えに対して、本権者が本権に基づいて反訴を提起することができるか、とい

う議論においても見ることが出来る。判例によれば、占有者による占有の訴えに対して、本権者が本権に基づいて反訴を提起することが許される。最高裁昭和四〇年三月四日判決（民集一九卷二号一九七頁）は、次のように言う。

「民法二〇二条二項は、占有の訴えにおいて本権に関する理由に基づいて裁判することを禁ずるものであり、従って、占有の訴えに対し防禦方法として本権の主張をなすことは許されないけれども、これに対し本権に基づく反訴を提起することは、右法条の禁ずるところではない。」

学説でも、最高裁昭和四〇年判決を支持するものが多い。⁽³²⁾二〇二条二項の文言上、占有の訴えにおいて本権に基づく防禦方法の提出は制限されていても、反訴の提起は禁止されていないことや、反訴を禁止しても占有の訴えの被告が本権を主張して別訴を提起することは禁止されていないから、反訴を禁止する実益が乏しいというのがその理由である。たとえば、加藤は、すでに述べたように、占有訴権の意義を現状維持に求めながらも、次のように述べて、占有の訴えに対して、本権者が本権に基づいて反訴を提起することを肯定している。⁽³³⁾

「社会秩序を根底で支えるのは本権秩序である。したがって、本権を離れた現状維持秩序である占有秩序と本権秩序が抵触すれば、本権秩序が優先するのは当然である…中略…」

では、本権の存在が明確な場合には、占有訴権はどうなるだろうか。…中略…占有訴権と本権にもとづく訴えとが正面からぶつかったときには、反訴が認められれば、占有訴権は実質的に機能しない。また、…中略…占有訴権が本権にもとづく訴えと…中略…競合すれば、占有訴権は無用の長物でしかない。本権が明確な社会においては、占有訴権は『おもちゃ』のように本格的とは言えない機能しか發揮できないものである。本権の存在が明らかな場合に、法的次元で占有訴権を否定し、不発生とまで考える必要はないが、社会的実体としては占有権は本権に実質的に劣後すると思われるべきものである」。

しかしながら、何故民法二〇二条二項は、占有の訴えにおいて、本権に基づく裁判を禁止しているのか。占有を認めるのは、人と物との間の事実上の関係に対する妨害が発生しそうになっている場合や実際に発生している場合に、その関係がいかなる原因に基づくものであるかを問うことなく、まずはその関係それ自体を維持することにある。そのうえで、本権の有無が問題とされる。現状（占有秩序）の維持が最優先される。民法二〇二条二項は、このことをいう。そして、この理は、占有者の占有の訴えに対して、本権者が本権に基づいて反訴を提起する場合にも変わらない。占有に関する判断が本権に関する判断に優先されなければならない。そのため、たしかに、二〇二条二項は、文言上は、占有の訴えに対して、本権に基づく反訴を提起することを禁止していないとしても、占有訴えと本権訴えとのこうした関係によれば、占有者による占有の訴えに対して、その被告が本権に基づいて反訴を提起することは許されないのである。⁽³⁴⁾

五 占有の役割から見た占有と本権（所有権）との関係

こうしたいくつかの問題を見るだけでも、わが国の法律実務および学説において、占有がいかに軽視され、本来占有によって判断されるべき問題が本権（所有権）の問題とされているかがわかる。もっとも、占有およびその役割に関する誤解という点では、われわれは、それをすでに民法典の起草者において見ることができる。そして、それが今日、占有と本権との関係の誤解を招く大きな原因となっていることは疑いがない。

わが民法は、占有の訴えと本権の訴えとの関係について、「占有の訴えは本権の訴えを妨げず、また、本権の訴えは占有の訴えを妨げない」とし（民法二〇二条一項）、占有および本権を有する者は、占有妨害者に対して、本

権の訴えと占有の訴えを同時に提起しても別々に提起してもよく、また、一方の訴訟で敗訴しても、なお他方の訴えを提起することができるものとして⁽³⁵⁾いる。さらに、同条は、「占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることができない」ものとし（民法二〇二条二項）、AがBにその占有を妨害されたことを理由として、占有の訴えを提起したのに対して、妨害者Bが自分こそ所有者であって、Aに対して占有物の返還を請求しうる立場にあることを主張しても、その主張を取り上げて裁判をしてはならず、あるいは、Aの占有が何らの権原のないものであることを理由として、その訴えを否定してはならないものとして⁽³⁶⁾いる。このように、民法は、占有の訴えと本権の訴えとを別個独立の訴えとして位置づけている。民法の起草者は、旧民法における占有の訴えと本権の訴えとの関係について、占有の訴えを本権の訴えに含まれるものであると理解した。⁽³⁷⁾そして、現行法では、占有の保護を強化するために、占有を本権とは関係のない、あるいは、それと並んで行使される、一つの別個独立の権利として位置づけたのである。⁽³⁸⁾

(一) 旧民法における占有の訴えと本権（所有権）の訴えとの関係

ボワソナードの起草にかかる旧民法は、占有の判断（訴え）を本権の訴えの先決問題として位置付けていた。旧民法財産編は、占有の訴えと本権の訴えとの関係について次のように規定していた。すなわち、占有の訴えと本権の訴えとは、同時に進行（並行）させてはならず（旧民法財産編二〇七条一項⁽³⁹⁾）、かりに占有の訴えが本権の訴えの後に提起された場合であっても、占有の訴えを先に審理しなければならない（同法同条三項）。また、占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をしてはならない（同法同条二項）。占有の訴えが提起された後に当事者の一方が本権の訴えを提起しても、本権の訴えの手続は中止しなければならない（同法二〇八条一項⁽⁴⁰⁾）。同様に、本権

の訴えが提起された後に被告が占有の訴えを提起した場合にも、本権の訴えの手続は中止しなければならない（同法同条二項）。本権の訴えで敗訴が確定した者は、占有の訴えを提起することができない（同法二〇九条⁽⁴¹⁾）。本権または占有の訴えの被告は、反訴として占有の訴えを提起することができる（同法二一〇条⁽⁴²⁾）。占有の訴えで敗訴した者は、本権の訴えを提起することができるが、敗訴した者が被告である場合には、受けた判決を履行した後に限られる（同法二一二条⁽⁴³⁾）。

このように、旧民法においては、明文上、占有の訴え（判断）は、本権の訴えの先決問題として位置づけられていた。

（二） 本権（所有権）の訴えの被告としての占有者

現行民法の起草者は、このような旧民法における占有の訴えと本権の訴えとの関係から、占有の訴えを本権の訴えに含まれるものと理解した。そして、現行法では、占有の保護を強化するために、占有を本権とは関係のない、あるいは、それと並んで行使される、一つの別個独立の権利として位置づけた。穂積は、民法原案二〇二条（現行民法二〇二条）⁽⁴⁴⁾の起草趣旨の説明において、次のように述べている。

「本案（民法原案二〇二条、現行民法二〇二条―カッコ内、筆者）ニ於テハ占有ハ一ツノ權利デアル本権ヲ証明シナクテモ是丈ケノ權利ハ出来ルモノデアル本権ト云フモノハ占有トハ違ウ占有ハ本権ト並ビ行ハレテ別ノ一ツノ大ヒナル權利デアルト云フ主義ヲ取ツテ居ルノデアリマス」

こうして占有の訴えは、明文上、本権の訴えと切り離されることとなった。

しかしながら、ここに大きな誤解がある。法史的な観点から見れば、本権（所有権）の訴えと占有の訴えとは、本

来、密接な関連を有していた。つまり、所有権の訴えにおいて、占有者には被告たる地位が与えられた。⁽⁴⁵⁾これは、所有権の訴えにおいては、占有者が自己の占有正権原を証明するのではなく、被告の占有正権原を争う者が占有者である被告にそれが無いことを証明しなければならないということを意味する。すなわち、本権（所有権）の訴えにおいて、占有者は有利な地位に置かれる。もっとも、このように、占有者が被告たる地位を取得するとするならば、所有権の訴えの前提問題として、当事者のいずれが占有者なのか、という問題がでてくる。この占有者の決定の手続が占有の訴えである。つまり、本来、占有の訴えとは、本権の訴えから完全に独立した手続ではなく、むしろ、本権の訴えの先決問題たる被告決定のための手続だったのである。旧民法は、この考え方を継承していた。けれども、現行民法の起草者が明文上占有の訴えと本権の訴えとを切り離したことによって、この占有の訴えと本権の訴えとの関係は完全に覆い隠されてしまった。

ただ、この占有の訴えと本権の訴えとの関係は、覆い隠されただけであって、変更されたわけではない。⁽⁴⁶⁾民法一八八条は、「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。」と規定し、占有者に本権が推定されることを定めている。同条の適切な解釈によれば、同条は、占有者が本権の訴えにおいて被告となることを意味している。⁽⁴⁷⁾占有者には本権が推定される。それゆえ、本権の訴えにおいては、占有者は、自己の本権を証明する必要はなく、占有者の本権を争う者が占有者に本権がないことを証明しなければならない。つまり、占有者は、本権の争い——まさにそれが本権の訴えであるが——において、相手方の攻撃をブロックすれば足りる。被告の地位を取得するのである。これによれば、本権の訴えが提起される場合には、すでに占有者が確定していなければならない。さもないければ、訴訟自体が成り立たない。ある者たちがある物に対して、自分こそがその物の所有者であると争う。そうすると、どちらがどちらを訴えるのか。所有権が争われているのであるから、所有権は、訴訟当事者の地位を決定する決

め手にはならない。この場合に、所有権の訴えにおける当事者の地位を定める手がかりとなるのは、妨害が行われる前の状態である。妨害前の状態（人と物との関係）がさしあたり争いのなかったものであれば、その状態（関係）を適法なもの（前提）として訴訟手続を進める。これが占有の思考である。そして、その事実状態（関係）が不適法なものであるとして争うのであれば、それを争う者が原告となって、その状態（関係）が適法なものでないことを証明しなければならぬ。民法一八八条はこのことを言う。

このような法律の考え方によれば、占有の訴え（判断）は、本権の訴えの先決問題である。もちろん、先決問題である占有の訴え（判断）においては、占有は、占有を主張する者がそれを証明しなければならない。他方、占有者が占有の証明に成功すれば、占有者は、本権の訴えにおいて被告の地位を与えられる。そして、占有者には本権が推定され（民法一八八条）、原告が占有者の本権を争うのであれば、本権の訴えの原告が占有者に本権がないことを証明しなければならぬ。⁽⁴⁸⁾ わが国の法律実務および通説は、占有者とその占有を侵害した者との関係において、占有を侵害した者に占有を認めるために、本来問題とならないはずの問題が生ずるのである。占有を侵害した者は、——もともとの占有者との関係では——占有の侵害者であって、その侵害によって占有を取得することはない。⁽⁴⁹⁾ 何故占有を侵害した者が占有という法的に保護される地位を取得するのか。占有の侵害によって占有者の占有は奪われぬ。⁽⁵⁰⁾ 占有を侵害された者は、引き続き物の占有を有する。その占有に基づき侵害された占有を回復する。これによって、物との関係は回復される。あとは占有の侵害者が、相手方は本権を有しないと主張するのであれば、占有者を相手に本権の訴えで本権を争う。もちろん、占有の侵害者が単なる侵害者であれば、本権の証明に成功するはずはない。訴訟はそれで終わりである。だから、本権の訴えの制度は発展しない。わが民法が占有の訴えに関する規定を持ちながら、所有権（本権）に関する訴えの規定を持たないのは、そういうことである。それにしても、占有という制度を有しながら、

占有を侵害された者がその侵害された状態を前提に訴訟をしなければならぬという事態に対して、誰も何も言わないというのは、何とも不思議なことである。⁽⁵¹⁾

(三) 民法二〇二条の解釈

占有と本権あるいは占有の訴えと本権の訴えとの関係を以上のように考えるならば、民法二〇二条は、次のように理解すべきである。

まず、同条一項における「占有の訴えは本権の訴えを妨げ」ないとは、通説的理解に賛成して、占有の訴えと本権の訴えとは別個独立の訴えであり、占有の訴えで敗訴しても、なお本権の訴えを提起することができるということを規定したものと解すべきである。⁽⁵²⁾

これに対して、同項における「本権の訴えは占有の訴えを妨げない」とは、通説が理解するように、本権の訴えで敗訴しても、占有の訴えを提起することができるということを規定したものであると解すべきではない。この文言は、本権の訴えを提起した後でもなお占有の訴えを提起することができるということを規定したものにすぎないと解すべきである。もちろん、原告が本権の訴えを提起した場合において、その訴訟で敗訴した場合には、その者は、もはや占有の訴えを提起することができないと解すべきである。⁽⁵³⁾なぜなら、原告として本権の訴えを提起した者は、相手方を占有者と認めて訴訟をした以上、その訴訟において敗訴した後、改めてその者に、実は自分こそが占有者である、という主張を許すべきではないからである。

さらに、民法二〇二条二項における「占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることができない」ということも通説的理解に賛成して、占有の訴えにおいては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることが

できないということを規定したものであると解すべきである。⁽⁶⁴⁾ もっとも、判例・多数説に反対して、占有者による占有の訴えに対して、本権者が本権に基づいて反訴を提起することは許されない。

六 今後の課題——占有概念の再検討

すでに見てきたように、わが国の法律実務および学説における議論を見る限り、わが国では、占有によって解決すべき問題を所有権（本権）に基づいて解決しようとする傾向が強い。占有で解決すべき問題を所有権（本権）で解決するのであるから、占有は必要なくなる。占有の訴えが機能しなくなるのは当然である。つまり、占有の訴えがその存在意義を失ったというのは、占有の訴えそのものに問題があるわけではなく、占有を働かせるべき場面において、それを働かせないことに、その原因がある。⁽⁶⁵⁾

それでは、占有を働かせるべき場面において、なぜ占有を働かせることができないのかと言えば、それは、占有が適切に理解されていないからである。わが民法が占有という制度を有する以上、わが民法のもとでは、当事者間の権利関係がいかなる状況にあるかはさておき、とにかくまずは占有が妨害される前の人と物との関係あるいは事実的な支配状態が維持されなければならない。⁽⁶⁶⁾ しかしながら、現在の法律実務を見るとどうであろうか。所有物返還請求訴訟では、占有の妨害者が占有者とされ、訴訟が行われている間は、その妨害者が物との関係を維持する。これに対して、誰も疑問を提起しない。かけがえのない占有物は、訴訟の間中ずっと敵の手中にあるにもかかわらず。

今後、AIやロボットの権利帰属主体性の問題とあいまって、インターネットやAI・ロボットによる取引において、取引対象をめぐる権利関係は、ますます複雑になっていくことが予想される。そうすると、権利関係の判断は、

極めて困難となってくる。そこで、権利関係をめぐる紛争が発生した場合に重要なことは、まずもって紛争が発生する前の関係や状態を維持することである。それが占有という制度を有するわが民法の基礎にある考え方である。

もっとも、こうしてみると、われわれにとって重要な問題は、いかなる場合に占有が認められるか、ということである。この問題に関しては、改めて別稿において論ずることとする。

【注】

(1) たとえば、川島武宜『川井健編集』『新版注釈民法(7) 物権(2)』(有斐閣、二〇〇七年)二四六頁以下(広中俊雄・中村哲也執筆)、千葉恵美子・藤原正則・七戸克彦『民法2—物権(第3版)』(有斐閣、二〇一八年)一五五—一六頁(千葉恵美子執筆)などの指摘を参照。とりわけ松岡久和『物権法』(成文堂、二〇一七年)二八一—四頁は、最近の占有の訴えによって争われた判例・裁判例の分析を通して、占有の訴えの役割は、「本権に基づく請求ができないか困難な場合に、意思に基づかずには乱された占有秩序を回復させる機能を有し、平穏な占有秩序を実力による破壊から守るというかなり限定的なものである」としている。

(2) 占有の定義については、石坂晋四郎『占有意思論』『民法研究第一巻』(有斐閣書房、一九一一年)五五二頁、山中康雄『占有の理論』(日本評論社、一九五一年)五頁、末川博『占有と所有』(法律文化社、一九六二年)七頁以下などを参照。

もっとも、より具体的に占有がいかなる場合に認められるかについては、従来、とりわけ占有が成立するために占有者に占有意思を要するかという問題として議論されてきた。この問題について、通説は、わが民法が占有の取得につき、「占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する。」と規定していることから(民法一八〇条)、解釈論としては、「自己のためにする意思」をもって物を「所持する」場合に、占有が認められるとされている(それについて、石坂・前掲論文本注五〇三—四頁、岩田新『占有理論』(岩波書店、一九三三年)三頁、山中・前掲書本注四—五頁、田中整爾『占有論の研究』(有斐閣、一九七五年)一五二頁、我妻栄『有泉亨補訂』『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、一九八三年)四六四頁、川島・川井編・前掲書注(1)一二頁(稲本洋之助執筆)、小粥太郎編集『新注釈民法(5) 物権(2)』(有斐閣、二〇一〇年)一四頁(金子敬明執筆)などを参照)また、判例も同様に占有を取得するためには自己のためにする意思を要するものと理解されている(最判昭和十七年二月一九日民集六卷二号九五頁参照。この判決の理解に関しては、伊藤滋夫『民事占有試験(上)——占有の要件についての一考察——』『ジュリ』一〇五八号(一九九四年)七八頁、小粥編・前掲書本注一八頁(金子執筆)などを参照)。

しかしながら、民法一八〇条によって占有が言い尽くされているわけではない。このことは、代理占有（民法一八一条）、占有改定（民法一八三条）や指図による占有移転（民法一八四条）を想起するだけでも明らかである。これらの場合には、占有の取得者は、物の所持を取得することなくして、占有を取得することができる。もし占有が民法一八〇条の定義に尽きるのであれば、これらの場合には、一物の所持がないのであるから一占有は成立しない。もちろん、これらの場合は、例外であるということもできない。なぜなら、原則には例外があるが、概念や観念に例外はないからである。それゆえ、本稿は、民法一八〇条は、占有についての一般的な定義規定ではないという理解に立つ。もっとも、占有の理解そのものに関する問題については、別稿において論ずることとする。

(3) なお、民法典は、「占有権」として、占有を権利として規定しているが、占有は、事実—もっとも、それは、単なる事実ではなく、法的な評価を踏まえた事実であるが（それにしつつ、Vgl. Hans Prütting, Sachenrecht, 36. Neubearbeitete Aufl., (Beck, 2017), S. 20, Rn.49）—であることから、本稿では、単に占有とすることとする。

(4) 石坂・前掲論文注(2) 五五二頁、末川・前掲書注(2) 三頁以下など。

(5) 船橋諱一『物権法』（有斐閣、一九六〇年）二七二頁、我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 五〇〇頁など。

(6) 民法二〇二条二項は、その表れである。

(7) 末川・前掲書注(2) 一一頁。

(8) 田中・前掲書注(2) 一三二頁。

(9) 加藤雅信『新民法体系Ⅱ物権法（第2版）』（有斐閣、二〇〇五年）二三四頁。

(10) たとえば、水辺も、「占有という事実」は、本権的秩序維持のために、民法上各所において関係づけられている。」とし（水辺芳郎「占有制度」星野英一編集代表『民法講座第2巻物権（1）』（有斐閣、一九八四年）二七五頁）、占有があたかも本権秩序維持のためにあるのかとく述べている。

(11) 権原とは、一般的にはある法律行為や事実行為を正当化する法律上の原因を言う。もっとも、占有の場合には、占有に至ったあらゆる原因を権原と言うとされる。本稿においても、この意味において権原という用語を用いる。なお、占有することを法律上正当化する原因 すなわち、本権の意味において権原を用いる場合には、占有正権原と言う。

(12) それについては、注(2)を参照。もっとも、いかなる場合に自己のためにする意思があると考えるかについては、争いがある（それについて、山中・前掲書注(2) 一八頁以下、田中・前掲書注(2) 一三九頁以下などを参照）。

(13) 我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 四六八頁、船橋・前掲書注(5) 二八七頁など。判例も同様に考えているとされる（それについて、大江忠『第4版要件事実民法（3）物権』（第一法規、二〇一五年）一六三頁などを参照）。もっとも、自己のためにする意思は占有を

生ぜしめた原因(権原)の性質によって客観的に決せられるとした判例として引用される最判昭和五八年三月二四日民集三七卷二号一三一頁、最判平成七年二月一五日民集四九卷一〇号三〇八八頁は(さらに、最高裁昭和五八年判決は、最判昭和四五年六月一八日民九九号三七五頁、最判昭和四七年九月八日民集二六卷七号一三四八頁を引用する)、いずれも時効による不動産所有権の取得が争われた事案であり、そこで自主占有、すなわち、所有の意思の有無が問題とされたものである。そして、これらの判決は、所有の意思は、占有を生ぜしめた原因(権原)の性質によって客観的に決せられるとした。

(14) そもそも占有を生ぜしめた原因(権原)の性質というが、占有を生ぜしめた権原によって自己のためにする意思あるいは占有を判断するというのは、明らかな論理矛盾である。

(15) 実際、占有をその取得原因(権原)から判断することのおかしさは、次の事例を考えれば明らかである。占有侵奪者―われわれの見解によれば、占有侵奪者ではなく、占有物の侵奪者であるが(それについて、五(二)を参照)―に対する所有権に基づく所有物の返還請求が認められるためには、請求者が返還目的物の所有権を有すること、請求の相手方がその目的物を占有していること、および相手方に占有正権原(本権)がないことを要する。もっとも、所有物返還請求訴訟においては、原告は、これら三つの要件を証明する必要はなく、自己が返還請求の目的物の所有権を有すること、および請求の相手方がその目的物を占有していることを証明すれば足り、請求の相手方である被告が自己の占有に正権原(本権)があることを証明しなければならないとされている(最判昭和三五年三月一日民集一四卷三号三七七頁、司法研修所編集『改訂紛争類型別要件事実―民事訴訟における攻撃防御の構造』(法曹会、二〇〇六年)五八頁、大江・前掲書注〔13〕二五七頁、司法研修所編『新問題研究要件事実 付―民法(債権関係) 改正に伴う追補―』(法曹会、二〇〇二年)五八頁など)。

しかしながら、この理解には問題がある。まず、そもそも占有は、占有者を保護するための制度である。何故目的物の返還を請求する原告が―占有を証明するならば、相手方は保護されるのであるから―わざわざ相手方の保護を証明しなければならないのか。また、原告である請求者が、相手方の占有を、それゆえ、―占有はその権原から判断されるから―その占有の権原を証明したにもかかわらず、被告である相手方は、抗弁としていった何を証明するというのか。さらに、最も問題なのは、民法一八八条の存在にもかかわらず、何故被告である占有者は、自己の占有正権原(本権)を証明しなければならぬのか。これらの問題を見ても、占有をその取得原因(権原)から判断するという理解が適切でないことは明らかである。

(16) 占有訴権がなぜ必要なのかについては、議論があり、今日、一つの根拠だけで説明することには無理があると言われている(我妻・有泉・前掲書注〔2〕五〇二頁、鈴木禄弥『物権法講義〔五訂版〕』(創文社、二〇〇七年)八七頁、松岡・前掲書注〔1〕二八〇頁など)。そして、学説は、通常、占有訴権の存在意義を以下の三つにあると説く。すなわち、第一に、現に存在する占有状態が正当

なものであるかどうかを問うことなく、それを私力によるかく乱から保護して、社会の平和な秩序維持に奉仕する役割を果たす。

第二に、本権の証明は困難であるため、それよりも証明の容易な占有を保護することによって、本権の保護に奉仕する役割を果たす。

そして、第三に、債権関係に基づいて占有する者（債権の利用者）を、第三者による占有の妨害から保護する役割を果たす。

(17) 以下に挙げる文献のほか、山中・前掲書注(2) 一二頁、末川・前掲書注(2) 一二〇頁なども参照。

(18) 田中・前掲書注(2) 一〇三―四頁。

(19) 我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 五〇二頁。

(20) それについて、二を参照。

(21) 判例・通説は、占有、より正確に言えば、自己のためにする意思を、占有を生ぜしめた原因から判断するから、こうした誤解が生ずるのである。占有を、それを生ぜしめた原因から判断するならば、占有の判断と同時にその背後にある権利関係も明らかとなる。このように占有の背後にある権利関係を見るから、権利の保護という考え方が生ずるのである。

(22) 占有(物) 侵奪者も占有者となるというのがわが国の法律実務および学説の理解である。法律実務では、所有権に基づく返還請求訴訟では、占有者は、被告となり、占有(物) 侵奪者は被告となるとされている(それについて、注(15)を参照)。学説については、我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 四六八頁、松岡・前掲書注(1) 二六〇頁などを参照。

(23) 後述するように、交互侵奪の事案において、占有(物) 侵奪者が占有の訴えを提起することができるか否かについては、争いがあるが、占有(物) 侵奪者Aが元占有者でない者Bに占有を奪われた場合には、Aは、Bに対して占有の訴えを提起することができる(松岡・前掲書注(1) 二六〇頁)。

(24) しかしながら、驚くべきことに、この占有による本権推定が実務では機能しない。何故か所有物返還請求訴訟では、被告である占有者が自らの本権(占有正権原)を証明しなければならぬとされる(それについて、前注(15)を参照)。

(25) 占有訴権の存在意義を本権(所有権)の保護に求めることに對して、現在では本権の立証の困難さは、登記または占有の推定力や取得時効制度によって減少しており、占有訴権の存在意義を本権(所有権)の保護に求めるのは、占有訴権の存在意義を認める理由として十分ではない、ということが言われるが(それについて、川島Ⅱ川井編・前掲書注(1) 二四八頁(広中・中村執筆)、千葉Ⅱ藤原Ⅱ七戸・前掲書注(1) 一五六頁(千葉執筆)、小粥編・前掲書注(2) 二八六頁(金子執筆)などを参照)、占有訴権の存在意義を本権(所有権)の保護に求めることそれ自体に問題があると言うべきである。

同様に、占有訴権の存在意義を債権の利用権者の保護に求めることに對しても、対抗力のある不動産賃借権の場合には、その権利に基づいて妨害の停止および占有の返還を求めることができ(民法六〇五条の四)、また、賃借人には所有者の妨害者に対する物権的請

求權の代位行使が認められており、債權的利用權者の保護という観点から見る限り、占有の訴えを認める意義は必ずしも大きいとはいえない、ということが言われるが（それについて、川島＝川井編・前掲書注〔1〕二四八―九頁〔広中・中村執筆〕、千葉＝藤原＝七戸・前掲書注〔1〕一五五頁〔千葉執筆〕、小粥編・前掲書注〔2〕二八六頁〔金子執筆〕などを参照）、この理解についても、占有訴權の存在意義を債權的利用權者の保護に求めることそれ自体に問題があると言うべきである。

(26) 柚木馨＝高木多喜男補訂『判例物權法総論（補訂版）』（有斐閣、一九七二年）四一三頁、星野英一「最判昭和四〇年三月四日民集一九卷二号一九七頁判批」『法協』八二卷六号（一九六六年）七八九頁、同『民法概論Ⅱ物權・担保物權』（良書普及会、一九八九年）一〇二―一三頁。なお、大判大正一三年五月二日民集三卷二四四頁は、交互侵奪に関する判例として論じられることがあるが、当該判例の事案においては、占有回収の訴えの原告は、第三者を経由して船の占有を取得した者であり、原告が最初の占有妨害について悪意であるか否かについては問題があるが、原告が直接被告の占有を妨害したわけではない。

(27) 最初の占有妨害者による占有の訴えを否定する下級審裁判例および学説の状況については、中田裕康「占有訴權―小丸船事件」『星野英一＝平井宜雄＝能見善久編『民法判例百選Ⅰ総則・物權』第5版 新法対応補正版』（有斐閣、二〇〇五年）一四七頁を参照。

(28) 否定説の理由づけについては、乾昭三「占有訴權―小丸船事件」『星野英一＝平井宜雄編『民法判例百選Ⅰ総則・物權』第3版』（有斐閣、一九八九年）一五一―一頁、中田・前掲解説注（27）一四七頁などを参照。

(29) 実務では、占有者は、占有侵奪によってその占有を失っているから、占有回収の訴えにおいては、請求者は、元占有者であれば足りるとされる（大江・前掲書注〔13〕二八三頁）。

(30) 田中・前掲書注（2）一〇三―一四頁も参照。

(31) それについて詳しくは、五（二）を参照。下級審裁判例の中には、最初に占有を侵害した者の占有は、法的に保護に値しないとす
るものがあるが（東京高判昭和三年一〇月三〇日高民集九卷一〇号六二六頁）、法的に保護に値しない占有を認めることの意味は不明である。ある状態が法的に保護に値するからこそ、そこに占有を認めるのである。法的に保護に値しない事実に対して、占有を觀念
することの意味は不明である。

(32) 学説の状況については、笠井正俊「占有の訴えに対する本權に基づく反訴」潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ総則・物權
〔第8版〕』（有斐閣、二〇一八年）一四二頁を参照。

(33) 加藤・前掲書注（9）二三三頁、二三四頁（以下の引用は、二三四頁）。

(34) これに対して、原告による本權（所有權）の訴えに対して、その被告が反訴として占有の訴えを提起することは許されると解すべ
きである。そして、被告が反訴として占有の訴えを提起した場合には、本權（所有權）の訴えは、中止されるべきである。

- (35) 我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 五一四—五頁など。
- (36) 我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 五一五頁など。
- (37) 法典調査会『民法議事速記録三』(法務図書館、一九七七年) 一頁(原案二〇二条〔現行民法二〇二条〕の穂積陳重の起草趣旨説明)。
- (38) 法典調査会・前掲書注(37) 一二頁(穂積起草趣旨説明)。
- (39) 旧民法財産編第二〇七条「占有ノ訴ハ本權ノ訴ト併行スルコトヲ得ス
二 判事ハ当事者ノ權利ノ基本ヨリ出テタル理由ニシテ其權利ヲ予決ス可キモノニ基キテ占有ノ訴ヲ裁判スルコトヲ得ス
三 又判事ハ本權ノ訴カ既ニ審理中ニ在ルモ占有ノ訴ノ判決ヲ猶予スルコトヲ得ス」
- (40) 旧民法財産編二〇八条「占有ノ訴ヲ起シタル後当事者ノ一方カ其裁判所又ハ他ノ裁判所ニ本權ノ訴ヲ起シタルトキハ占有ノ訴ノ確定判決ニ至ルマテ本權ノ訴ノ訴訟手続ヲ中止スルコトヲ要ス」
二 本權ノ訴ノ被告カ第二〇二条ニ定メタル如ク其訴訟中ニ占有ノ訴ノ原告ト為リタルトキモ亦同シ」
- (41) 旧民法財産編第二〇九条「本權ノ訴ノ原告ハ訴ヲ取下クルト雖モ其訴以前ノ事実ノ為メニ更ニ占有ノ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ既ニ起シタル占有ノ訴ニ付テハ原告タルト被告タルトヲ問ハス之ヲ継続スルコトヲ得
二 本權ノ訴ニ於テ確定ニ敗訴シタル者ハ占有ノ訴ヲ起スコトヲ得ス」
- (42) 旧民法財産編第二〇二条「本權又ハ占有ノ訴ノ被告ハ其訴訟中反訴ニテ占有ノ訴ノ原告ト為ルコトヲ得」
- (43) 旧民法財産編第二二二条「占有ノ訴ニ於テ敗訴シタル原告ハ仍ホ本權ノ訴ヲ起スコトヲ得
二 占有ノ訴ニ於テ敗訴シタル被告モ亦仍ホ本權ノ訴ヲ起スコトヲ得但既ニ受ケタル言渡ヲ履行セシ後ニ限ル若シ言渡ノ金額カ未定ナルトキハ其言渡ヲ履行スルニ相応ナル金額ヲ裁判所書記課ニ供託ス可シ」
- (44) 法典調査会・前掲書注(37) 二頁(穂積起草趣旨説明)。
- (45) Vgl. Jörs/Kunkel/Wenger (Honsell/Mayer-Maly/Selb), Römisches Privatrecht, 4. Aufl., (Berlin/Göttingen/Heidelberg/London/Paris/Tokyo, 1987, § 55, III, S. 135.
- (46) 上野も、起草者は、占有の訴えから本權の訴えの干渉を排除することによって、本權の訴えよりも一刻も早く確定判決に至ることを期待したとし(上野芳昭「日本法における占有の訴えの役割について」望月社二郎Ⅱ樋口陽一Ⅱ安藤次男編集『法と法過程』(創文社、一九八六年) 八二—一五頁)、現行民法の起草者は、現行法においても旧民法における占有の訴えと本權の訴えとの関連性を受け継いだとしている。

(47) 民法の起草者も、この見解を採っている。民法一八八条のもとになった旧民法財産編一九三条は、「法定ノ占有者ハ反対ノ証拠アリニ非サレハ其行使セル權利ヲ適法ニ有スルモノトノ推定ヲ受ク其權利ニ関スル本權ノ訴ニ付テハ常ニ被告タルモノトス」と規定し、占有者に本權が推定される結果として、明文の規定をもって、占有者が本權の訴えにおいて被告となることを定めていた。現行民法一八八条では、後段の規定が削除されているが、穂積によれば、それは、「書ク必要モナシ又分リ切ツタコトデアリマスルカラ此処ニ之ヲ省イタ」と説明されている（法典調査会『民法議事速記録二』（法務図書館、一九七六年）三三六頁（原案一八八条（現行民法一八八条）における穂積の起草趣旨説明））。

(48) 所有権の訴えでは、原告は、自己に所有権があることを証明するだけでは不十分である。なぜなら、原告が係争物の所有者であるということは、被告の占有の本權を妨げるものではないからである。このことは、当事者間に賃貸借契約や地上権設定契約などが存在する場合を考えれば明らかである。賃貸人・地上権設定者は、賃借物・地上権の目的物の所有者であっても、賃借人・地上権者は、なお本權（占有正権原）を有する。

(49) ここにも法律実務および学説の大きな誤解を見ることができ。所有権の帰属は、——もちろん、對抗要件が具備されていることを要件とするが——絶対的に判断される。ある物の所有者は、誰との関係でも所有者である。BがAからその所有物甲を盗んだ。ところが、Bは、Cに甲を盗まれた。この場合、甲の所有者は、Aのままである。これに対して、占有の判断は相対的である。Cとの関係で、Bに占有が認められるからといって、Aとの関係でも、Bに占有が認められるかといえ、そうではない。Aとの関係では、Bは、あくまで占有の侵害者にすぎない。泥棒に占有があるということの意味がもっと熟慮されるべきである。

(50) 占有の侵害者に奪われるのは、占有物であって、占有ではない。民法二〇〇条の表現は、完全な失敗である。交互侵奪の事案においては、Aの占有物を侵奪したBが、それによってAとの関係において占有を取得することはない。そのため、Bは、そもそも占有の訴えを提起することはできない。反対に言えば、Bの占有物の侵奪によっても、Aは、依然として目的物の占有者であるから、Aによる目的物の回復は、占有者による自力救済であるということとなる。

(51) 現在の法律実務においては、所有物返還請求訴訟では、所有者である原告は、自己の所有物を被告（占有侵奪の場合には、占有侵奪者）に保持された状態で訴訟手続を進行しなければならない。

(52) 我妻Ⅱ有泉・前掲書注（2）五一—五頁など。

(53) すでに触れたように、旧民法も、占有の訴えを本權の訴えに先行させる立場を採用していたにもかかわらず（旧民法財産編二〇七条、二〇八条）、本權の訴えを先に提起しても、本權の訴えに敗訴しない限り（旧民法財産編二〇九条二項参照）、占有者である原告は、占有の訴えを提起することができたと解されていた（Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon*, *accompagne d'un*

commentaire, nouvelle édition, tome I, [Tokio, 1890], p. 446-7, no. 331.)°

(54) 我妻Ⅱ有泉・前掲書注(2) 五一五頁など。

(55) たとえば、占有の訴えが機能しない理由として、わが国では、占有の訴えに簡易迅速な手続が用意されていないということが言われる。これによれば、そうした制度的な欠陥が占有の訴えの機能不全を生じさせているように見えるが、占有の訴えが必要であるならば、そうした手続を用意すればよいだけであり、なぜそれが用意されないのかと言えば、結局、それは、占有の訴えが必要であると考えられていないからである。つまり、占有の訴えによらずとも、所有権(本権)で問題を解決すれば足りると思われるからである。

このことは、次の事例を考えても明らかである。たとえば、所有者がその占有する物を第三者に奪われたとしよう。この場合、占有物を奪われた所有者は、占有物を侵奪した第三者に対して、所有権に基づいてその返還を請求することができるほか、占有回収の訴えを提起することもできる(民法二〇二条一項)。もっとも、こうした場合に、実際に占有回収の訴えが提起されることがどれだけあるだろうか(それについて、松岡・前掲書注「1」二八一—二頁の事例分析を参照)。ここでは占有の訴えに簡易迅速な手続が用意されていないということは、占有の訴えという選択肢を利用しない理由とはならない。所有権の主張ができる場合には、それに基づいて解決しようという観念がわれわれを支配しているのである。所有権に基づく返還請求では、—解釈論としては、占有の侵害者との関係では、対抗要件の具備は不要とされているが(最判昭和二五年一月一九日民集四卷一二号六六〇頁)—占有物を奪った第三者が民法一七七条の第三者に当たるか、という問題—それは占有の訴えでは問題とならないが—を議論しなければならないにもかかわらず。

(56) 交互侵奪の問題において、占有の妨害者による占有の訴えを否定する論拠として、あるいは、占有の訴えに対する本権に基づく反訴の問題において、反訴を肯定する論拠として、訴訟経済、すなわち、占有の訴えを認めても、結局は、本権(所有権)の訴えにおいて目的物を回収されるという論拠が指摘されているが、わが民法が占有という制度を有する以上、当事者間の権利関係がいかなる状況にあるかはさておき、まずは妨害前の人と物との関係あるいは事実的支配状態を維持するというのがわが民法の基礎にある考え方であり、それゆえ、訴訟経済という論拠は、交互侵奪の問題において、占有の妨害者による占有の訴えを否定する論拠として、あるいは、占有の訴えに対する本権に基づく反訴の問題において、反訴を肯定する論拠として持ち出されるべきではない。

* 本稿は、科学研究費(基盤研究(B)、課題番号18H00802「刑事責任の拡散と収斂—人、法人、AI」、研究代表・今井猛義)による成果の一部である。