

本権の訴と占有の訴の関係

——民法202条解釈試論——

三 谷 忠 之

- I. はじめに
- II. 占有の訴と本権の訴との関係
- III. 占有の訴と本権に関する理由

I. はじめに

占有の訴と本権の訴との関係を規定している民法202条は、民事訴訟法の分野では、旧訴訟物理論と新訴訟物理論との対決の場^①となっており、また最近においては、占有に基づく訴に対する反訴として本権に基づく訴が許されるか否か^②に関して、議論の対象になっているのである。

ところで、占有が侵害される場合としては、次の二つの態様が考えられよう。第一例として、本権者が別におり、非本権者の占有を更に非本権者が侵害するというように、本権者の関与しない形での非本権者同士の争いの場合。第二例として、本権者と非本権者との間における争訟が考えられる。

従来から議論の対象として前提にされてきたのは、もちろん右に示した第二例の場合である。そして、第一例の場合について、民法202条との関係がどうであるかは、全くといってよい程に無視されている^③。民法202条を解釈するにあたって、特に第二例を前提にし、しかも本権者に占有と本権との二つに救済方法を与えることにより、種々の疑義が生じている。というのであれば、一層のこと、そういう前提をとらなければよいのではなからうか。以下に考察を加えてみよう。

- 注① 鈴木正裕「〈クエスチョン・ボックス〉新訴訟物理論と民法」法学セミナー192号 88頁以下参照。
- ② 島田礼介「民法第二〇二条の一考察——占有の本訴に対する本権の反訴について——」道工隆三先生還暦記念論集・民事法特殊問題の研究 7 頁以下参照。
- ③ なお、平野義太郎「占有における自力救済」法学志林 27巻 5号 545頁以下参照。

II. 占有の訴と本権の訴との関係

(1) 民法 202条 1 項「占有ノ訴ハ本権ノ訴ト互ニ相妨クルコトナシ」に対する通説的な解釈論によれば、所有者が自分で占有していた物を窃取された場合において、窃取された所有者は、所有権を理由とする返還請求の訴と占有権を理由とする占有回収の訴（民法200条）とを、同時に提起しても、別々に提起しても、また、一方で敗訴した後他方を提起しても差支えない、というのである。

この民法における通説の理解が、民訴理論における旧訴訟物論の正当性を根拠づけるものである、と旧訴訟物論者は主張する。すなわち、民法 202条 1 項は、占有回収の請求と所有物返還の請求とが別個の請求となることを認めている、というのである。したがって、訴訟物が異なるのであるから、別々に訴を提起してもよいし、同時に提起された場合には選択的併合として取り扱われることになる^⑤。また、占有に基づく訴で敗訴したとしても、本権者は、占有訴訟の判決の効力に反することなく、更に本権の訴を提起することができるのである^⑥。

右のような旧訴訟物論に対して、新訴訟物論者は、次のように民法 202条 1 項を理解する。要するに、民法 202条 1 項は占有請求権と本権請求権が別個に成立する独立の請求権であることを宣言しているにすぎない、と理解して、両請求権の同時主張の場合などについて右とは異別の解釈論を提唱しているのである^⑦。

(2) ところで、これらの議論において前提とされているのは、はじめに述べ

た第二例である。第二例（本権者対非本権者）において、本権者に二つの救済方法、すなわち、旧訴訟物論では占有の訴と本権の訴という二つの法的救済手段、新訴訟物論では占有請求権と本権請求権という二つの請求権が認められるというのは、一つのドグマにすぎないのではなからうか。

確かに、本権の一種である所有権が侵害された場合には、物権的請求権として、所有物返還請求権、所有物妨害排除請求権、所有物妨害予防請求権が認められる。占有権侵害についても、民法上は、占有回収の訴（民法200条）、占有保持の訴（民法198条）、占有保全の訴（民法199条）という三種の占有の訴が認められている。しかしながら、第二例における本権者に二つの救済方法を認める明文の規定は存していない。

(3) それでは、民法202条1項は、どのように理解すべきなのか。本条項を、まず第一例（非本権者対非本権者）を念頭に考えてみよう。

当事者の双方が、そもそも本権を有していない場合には、これらの者に本権に基づく訴が認められることはない。このように、本権者の関与していない争いにおいては、占有訴権でしか争いえない^⑧。本権の訴が認められるのは本権者だけである。民法202条1項は、第一例の場合において、占有の訴が認められることを宣明しているのである。そして、もちろん本権者には、本権の訴が。第二例の関係で、本権者に二つの救済方法を認める趣旨ではない。

第一例について民法202条第1項を右のように理解するということは、裏を返せば、本権者には本権の訴が認められるにすぎない、ということの意味するわけである。そして、第二例（本権者対非本権者）の関係においては、非本権者に占有の訴が認められるわけではないのである。この関係においては、本権、つまり占有すべき権利が物を言うのである。非本権者には、占有をもって本権者に対抗する権利はなく、占有訴権は、もはや認められない。本権が現われてきた以上、占有すべき権利を問題にしないで、占有だけを云為することに、どれだけの意味があるのか疑問である。

第二例において、本権者には本権の訴しか認められない、という点については、今少し論ずる必要がある。本権者には占有の訴は認められないと解すると、本権の証明について困難を感ずるが占有については容易に証明できる本権

者の保護に欠けることになる、という反論が考えられる。しかしながら、そういう事態がそれ程多いか疑問があるし、またそういう事態を考慮して本権者にも占有訴権を一般的に認めるとすれば、議論は再び振出に戻るようになってしまう。^④ところが、私のように解すれば、占有の訴を提起してくる原告は、自己に本権が属していないことを自白しているようなものである。そうなると、おそらく非本権者同士の争い、すなわち占有訴訟は激減するであろう。自分が不法行為者であること、つまり占有権限なき者であることを自認して、わざわざ占有訴権を行使する者は、それ程いないであろう。そして本権者も、占有の訴が認められないのであるから、平素から自己の本権存在の証拠について十分顧慮しておくことになろう。^⑩

かくて、本来のあるべき姿が法的にも保護されることになる。占有すべき権利を有している者に、法的にも保護が与えられることになり、あるべき姿が実現されるわけである。

したがって、民法 202 条 1 項は、新旧両訴訟物論の対決の場ではないことになる。

注④ 我妻栄・物権法348頁、中川善之助編・基本法コンメンタール民法I 247頁〔関口晃〕。

⑤ 兼子一「裁判の脱漏と判断遺脱との差異——占有回収請求と所有物返還請求は訴訟上同一の請求か」実例法学全集・民事訴訟法上巻353頁以下。

⑥ 兼子・民事訴訟法上巻356頁。

⑦ 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3巻57頁以下。

⑧ 主張すべき本権が何もない占有者にとっては、やはり占有訴訟は一つの可能性なのであり、そうした限られた状況を前提すれば占有訴訟こそ裁判上の保護を求める唯一の窮極的なルートなのである、三ヶ月・民事訴訟法研究第3巻63頁。

⑨ 本権に基づく訴よりも占有の訴の方が、手続が迅速に行なわれる、といっても、そのための手続規定は全く存在していない。

⑩ このことは、予防法学上からも望ましいことである。

Ⅲ．占有の訴と本権に関する理由

(1) 第二例の場合（本権者対非本権者）を前提にして、民法202条2項「占有ノ訴ハ本権ニ関スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス」については、非本権者が提起した占有の訴に対して、本権者たる所有者が所有権に基づいて反訴を提起することが許されるか、ということが議論されてきている。

この論争に対しては、最判昭和40.3.4（民集19巻2号197頁）^⑪が、「民法二〇二条二項は、占有の訴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、従つて、占有の訴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。そして、本件反訴請求を本訴たる占有の訴における請求と対比すれば、牽連性がないとはいえない」と肯定的に判断して、一応の決着をもたらした。

しかしながら、この判例のように解した場合、判決主文はどのように書かれるのであろうか。右最判の原審である仙台高等裁判所は、本訴が占有保全の訴の事例であるが、

「被控訴人Yは別紙目録（一）記載の土地に対する控訴人Xの占有を妨害してはならない。

控訴人Xは被控訴人Yに対し別紙目録（一）記載の土地の上にある同目録（二）記載の建物を収去して右土地を明渡せ。」

と判決した。更に、店舗の占有回収の本訴に対し、所有権と賃貸借契約終了に基づき右店舗の明渡を求める反訴が提起された事案について、東京地判昭和45.4.16（下級民集21巻3＝4号596頁）^⑫は、

「本訴被告（反訴原告）は、本訴原告（反訴被告）に対し、別紙目録記載の店舗を引渡せ。

本訴原告（反訴被告）は、本訴被告（反訴原告）に対し、右引渡しを受けた後、右店舗を明渡せ。」

と判決している。

本権の訴と占有の訴の関係（三谷）

かかる両すくみの形が出た場合について、「裁判所は和解の勧試の規定（民訴一三六条）を活用して、結局は占有訴訟を試みても無意義になることを占有訴訟の原告に納得させる努力を払い、和解により解決するよう努力すべきである」とし、そして、「和解が成立しないで両当事者とも判決して欲しいと要求するときは、やむをえないから、法に忠実に、占有訴訟は理由あるか、本権反訴は理由あるかを別々に判断し——それが民法二〇二条二項の意義であろう——場合によっては双方に給付命令を与える——たとえば占有訴訟被告にはとりあえず物の返還を命じ本権反訴原告には、将来の給付判決を与える等——¹³という結果になってもやむをえないと割りきるべきであろう」という主張もみられる。この説に従ったと思われるのが、まさに右に紹介した東京地裁の判決であろう。

これらの議論においても、第二例（本権者対非本権者）の非本権者に占有訴訟が認められるということを前提にしている。いくら、やむをえないとしても、将来給付の判決をしてみたところで、返してもらった物を即座にまた返すというのでは、世人が納得するであろうか。理論倒れとしか思われぬ。

(2) ここでも、第二例の関係においては、非本権者に占有の訴が許与されることなし、と解すれば、話は簡単になる。本権者対非本権者の関係では、本権が物を言うのであり、非本権者の占有の訴は却下されるにすぎない。¹⁴本権による反訴（反訴は本訴が不適法でも許される）が提起された場合にも、上述のような将来給付の判決ではなく、本訴却下・反訴認容の判決が下されることになる。両すくみの事例の判決の仕方に苦慮することは全くなくなるのである。

相手方に本権があることが判明する場合には、占有の訴という法的救済手段が許されないのであるから、民法202条2項に違反するようになる。しかしながら、民法202条2項は、本権者対非本権者の関係を規律するものではないのである。本条項は、本権者の関与しない第一例（非本権者対非本権者）の関係について定めた条文なのである。

民法202条2項と第一例との関係は、以下のとおりである。第一例とは、前述したように、本権者の関与していない非本権者同士の争いの事例である。非本権者は、もちろん本権を有していない。占有すべき権利、つまり本権を有し

本権の訴と占有の訴の関係（三谷）

ていない者同士の争訟である。そういう者同士が争う場合にのみ占有の訴が許されるのであるから、当事者が本権を有していないことを理由にして占有の訴を排斥することはない。占有すべき権利を有していないから、本来ならそういう者に占有を与えるべきではないが、本権者が全く関与していないゆえに、そのような者同士では現実の事実状態のみに基づいて裁判することになる。^⑮

注⑩ 本件についての判例解説等は、非常に多い。最近でも、船越隆司・続民事訴訟法判例百選106頁以下、奥田昌道・セミナー法学全集4 民法Ⅱ178頁以下、中野貞一郎・判例演習講座民事訴訟法287頁以下等。

⑫ 判例解説として、石川明・ジュリスト482号118頁以下がある。

⑬ 三ヶ月・民事訴訟法研究第3巻62頁。

⑭ この点では最判とは逆に、「占有の訴に対し防禦方法として本権の主張をなすこと」も許される。

⑮ 占有を侵奪された甲が占有回収の訴を提起した事例で、「被告乙が甲も盗人であることを立証し、いわばどちらも盗人同志であることが明らかになったのちに、国家が甲の請求に手をかす必要があるかどうかは、少なくとも立法論上は問題がなくはないであろう」との指摘（鈴木禄弥「普通の物権的請求権以外に占有訴権の制度が存在することには、どんな意味があるか」民法の基礎知識85頁）もある。

