

占有の本訴に対する本権の反訴

菊池 定信

目次

- 一 問題の所在
- 二 学説の状況
- 三 判例の評価
- 四 若干の検討

一 問題の所在

一 民法二〇二条一項は、「占有ノ訴ハ本権ノ訴ト互ニ相妨クルコトナシ」と定め、また、同条二項は「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」と規定している。この占有の訴えと本権の訴えとの関係をどのように解すべきかに関しては、民法学の分野のみならず訴訟法学の立場からも、種々の見解が主張されており、現在では、定説を見出せない状況にある、といってよい。しかし、ここでは、右の両者の関係を総合的に検討しようとするものではない。これに関する根本的かつ詳細な検討は他に譲ることとし、本稿では、それに関連してこれまでしば

しば取り上げられてきた占有の本訴に対する本権の反訴の当否について実質的に考察してみることを主たる目的としている。

二 右の主題に関する代表例として、建物の買主または賃借人（以下、占有者という。）が建物の占有を妨害する登記済の二重買主または賃貸人（以下、本権者という。）に対し、占有保持の訴え、（以下、占有の本訴という。）を提起したところ、本権者が所有権もしくは賃貸借の終了に基づき建物の明渡しを求める反訴（以下、本権の反訴という。）を提起した場合に関するものがある。この場合、問題となるのは、本権の反訴を訴訟上許すべきでないとして却下すべきか、それともその双方の訴えを認めてそれぞれの請求につき実体判断をすべきか、そしてその双方の請求を認容するような場合には、それぞれの給付判決に基づき合理的に執行することが可能か、などであった。これらは、民法のみならず、訴訟法にも関係する問題となる。

これには、三つの立場ないしは見方が考えられる。その一つは、本権者の違法な自力救済をまず問題にすべきであると、自力救済禁止の趣旨を貫徹する立場から、反訴の提起を許すべきではないとする見解である。その二は、占有の訴えの独自性、本権との無関係性を原則にして本訴及び反訴の提起を許すものの、仮の権利にすぎない占有と本権との関係では、占有保護ないしは自力救済禁止の趣旨は後退せざるをえないとする立場から、本権の反訴請求に理由がある場合には、占有の本訴請求を消極に解すべきであるとする見解である。その三は、占有の訴えの独自性、本権との無関係性を強調する伝統的見解に立ち、しかも本権の反訴を否定する理由もないとして、双方の請求につき実体判断をすべきものとする見解である。これによれば、双方とも認容する場合には、本権者に対しては妨害を排除させ、かつ占有者に対しては建物の明渡しを強制することになる。

三 以上のように、占有の本訴に対する本権反訴の許否については種々の考え方や見解が提起される。そこで、まず、占有の訴えと本権の訴えに関するこれまでの主な学説を概観しておきたい。

従来の通説的見解は、占有の訴えと本権の訴えとの関係につき次のように説明する。すなわち、占有の訴えは、事実的支配状態をそのまま維持・回復することを目的としているのに反し、本権の訴えは、実質的な権利に基づいて在るべき支配状態に回復することを目的としている。従って、それぞれの訴えは、同一の利益をもたらす場合であっても、その制度目的を異にするから、全然無関係なものとして取り扱われるべきである。それゆえ、その双方の訴えを同時に提起しても別個に提起しても、また、一方で敗訴した後で他方を提起しても差し支えない。このように双方の訴えは別個・独立のものであるから、占有の訴えの当否を判断するには、もっぱら占有関係によるべきであって、本権に関する理由に基づき審判してはならない、というのである。要するに、占有の訴えの独自性、本権との無関係性を強調するのが伝統的な見解である。

しかし、右の通説的見解に対しては、従前から、多くの疑問・批判がある。これには、民法二〇二条の解釈論や立法論にとどまらず、訴訟法学の立場からは、主として訴訟物論を前提とした見解が提起されるなど、多岐にわたっている。

その第一は、基本的には、通説的な見解に与しながらも、占有の訴えと本権の訴えとを完全に無関係なものとして取り扱うときは、種々の疑問を生ずる場合があるとし、その修正を試みる見解である。主として民法学者に多い。すなわち、占有権は、仮の一次的な権利にすぎないから、本権と競合する関係においては、究極的には、本権によって決定されるべきであるとして、占有の本権に対する従属性を指摘する見解である。例えば、本権の訴えを提起しうる場合には、これに並行して占有の訴えを提起する実質的な意義を認めがたいとか、本権訴訟が確定しているのに、改めてこれと矛盾する占有訴訟を認める理由がない、などというのである。

その第二は、いわゆる新訴訟物理論に立つ訴訟法学者から提起された見解である。すなわち、民法二〇二条一項は、占有の訴えと本権の訴えを別個の訴訟として規定したのではなく、占有保護請求権と本権的請求権とが別個のものであることを規定しているにとどまり、これが訴訟上主張された場合にどう把握するかは、訴訟法学の課題であるとする。そして新訴訟物理論の立場では、占有保護請求権と本権的請求権とは同一物の返還等を求めうる原告の法的地位（受給権ともいい、これが訴訟物となる）を理由あらしめる二つの視点（攻撃方法）であるにすぎないのであるから、それぞれの請求権に基づき訴えを提起すれば、二重起訴の禁止（民訴法三三一条）に触れ、また、一方の請求権のみを主張して敗訴の判決が確定した後、他方の請求権を訴訟上行使することは、前訴確定判決の既判力（同法一九九条）に抵触することになる、というのである。

四 以上、これまで民法二〇二条が定める占有の訴えと本権の訴えとの関係について主な学説を概観してみたのであるが、そこには、その前提として占有の訴えの独自性、本権との無関係性を徹底して占有保護の必要を強調し、あるいはこのような把握を疑問視して占有を本権に従属させるべきであるとする立場があり、また、もっぱら自力救済禁止の原則を顕在化させこれを貫徹する立場もある。さらには占有本訴と本権反訴との関係を実質的政策的な視点から考察しようとする立場があるなど、占有訴権の存在意義ないしは占有保護に関わる根本的な対立があるように思われる。そこで、以下では、本稿の主題を検討するに必要な範囲で、これらの立場に立つ諸説の中から主要なものを紹介してみることとする。

二 学説の状況

〔一〕 通説的見解とその修正

一 民法二〇二条に関する通説的見解は、その一項を次のように説明する。その代表的な学説を紹介してみよう。

民法二〇二条一項の趣旨は、所有者が自分で占有していた物を窃取された場合に、「窃取された所有者は、本権の訴えと占有の訴えとを、同時に提起しても、別々に提起してもさしつかえなく、また、一方で敗訴しても、さらに他方を提起してもかまわない——一方の既判力は他方に及ばない——としたのである。社会の事実関係の平面において、一定の者の占有が侵害されたかどうかを決定すべき占有の訴えと、実質的権利関係の平面において、その者の所有権の完全な支配（占有）を回復させるべきかどうかを決定する本権の訴えとは、反対に決定されることがあっても少しも不都合はなく、また、一方の決定は、他方の決定を導くものでもないからである。」⁽¹⁾と。

また、所有者であり、かつ占有者である者がその占有を侵奪された場合には、占有回復請求権と所有物返還請求権とが訴訟法的にも実体的にも一応無関係に独立して両立しうること（両者についての法条競合論を取り入れる余地がないこと）を民法二〇二条一項が明示しているものと解し、「……こと占有回復請求権と本権による返還請求権との関係については、両者が別個の訴訟物となることは、民法二〇二条一項により法定されており、その意味で、同項は、民事訴訟法の特別規定である、……」⁽²⁾という見解もある。

次に、民法二〇二条二項の意味するところは、「イ）例えば甲が乙に占有を奪われたことを理由として、占有回収の訴えを提起したのに対して、侵奪者乙が自分こそ所有者であって甲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してはならないということである。あるいは、甲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、その訴えを否認してはならないということである。そうでないと在るべき状態に関係なく在る状態を保護しようとする占有制度は根底から崩れることになるからである。」⁽³⁾

二 以上の見解は、要するに占有の訴えと本権の訴えとの無関係性、前者の独自性を強調するのであるが、これに対し、本件主題のような関係においては、本権の訴えの優越性（占有の従属性）を指摘する見解がある。すなわち、「占有権は、それ自体独自の存在理由をもっているが、本権に対する関係においては、一時的又は仮の権利にすぎない。だから、占有関係も、究極的には、本権の訴えによって決定されることになる。したがって、本権の訴えにおいて占有すべき権限がないことが確定した後では、占有の訴えを許す実益はない……」⁽⁴⁾と解し、あるいは、占有の訴えで敗訴しても、本権の訴えを提起して勝訴することができるが、先に本権の訴えで勝訴し、その判決が確定した場合においては、占有の訴えを提起することができない、という見解である。⁽⁵⁾ いずれにしても、両請求の併合訴訟では、占有の訴えの従属性を指摘し、その実効性を疑問視する見解が少なくない。⁽⁶⁾ しかし他方では、占有の訴えは自力救済禁止の原則を具体化する手段とすべきであり、この点にその積極的な存在意義を見出すべきであるとして、本権者の違法な自力救済の場合にこそ占有の訴えを認める実益がある、と強調する見解もある。⁽⁷⁾

（二）新訴訟物論に基づく見解

一 民法二〇二条一項は、占有請求権と本権請求権とが別個のものであることを定めたものであるにすぎず、それが訴訟上主張された場合に、どう取り扱われるかは、同条項により決すべきではなく、訴訟制度上判断すべき課題である、という見解がある。すなわち、「民法二〇二条一項は、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

であることを宣言する意味をもつものとしてのみ意味があるという方向に徹底すべきものである。別個な請求権である以上、本権に基づく引渡請求権に対しては有効な対抗手段でありうるものが、占有に基づく請求権に対しては有効な対抗手段とならぬことがありうるのは当然である。それが裁判に現われれば二〇二条二項の規定する如き現象となる。かくて二〇二条一項は、同条二項と相まって、両請求権は性質上別個のものであることを、規定の仕方を異にしつつ裏と表から表現したにすぎないものとなる。」⁽⁸⁾と。そして、「一方で占有請求権のみを主張し、多面本権に基づく同一給付訴訟を別訴として起こしてきたときに二重訴訟にふれるとみるか、ふれないとみるべきかは、……訴訟制度において、何が紛争の単位を決定するモメントとなるかによってきまる。新訴訟物理論は、この場合に、同じ物の引渡を裁判上求めるものである以上、二重の紛争を禁止した方が紛争の分断を肯定するよりよいと考える。」⁽⁹⁾また、「一方のみで敗訴したあとで改めて別の方で訴えを有効に提起できるか、換言すれば既判力は相互に及ぶか否かも、二〇二条一項を引き合いに出して事を決すべきではない。それも紛争解決の一回性ということをどこまで貫くのが訴訟制度としてよいかの判定できまる。新訴訟物理論は、同一物の引渡を求める以上、一回勝負でよいと断ずる。」⁽⁸⁾という見解である。

二 以上のように、新訴訟物理論の立場によれば、占有権と本権に基づきそれぞれ訴えを提起すれば重複訴訟の禁止規定（民訴法三三二条）に抵触し、またその一方につき敗訴判決が確定すればこれに既判力を生じて、後訴は許されないことになる。これらの点で、この見解は従来の通説の見解と対立するのであるが、占有の本訴に対する本権の反訴を許容すべきか否かについては、これを肯定する。⁽⁹⁾ 占有訴権（占有保護請求権）は仮処分命令の被保全権利となり、また第三者異議の訴え（民執法三八条）の異議事由にもなりうるのであるから、わずかながらその存在意義を認めつつ、しかも訴訟法上の取扱においてもこれを物権的請求権の一種と解するならば、占有の訴えに対する本権の反訴

(本権の本訴に対する占有の反訴も同じ) は当然に許される、というのである。そしてさらに、占有の訴えに対して本権反訴の提起のないまま原告勝訴の判決が確定しても、本権は失権しないが、その逆の場合の占有権は失権するという。占有権と本権とが対立関係にあるときは、終局的には本権の所在によって解決するのが民法の建前であることなどを理由とする。⁽¹⁰⁾

- (1) 我妻榮「有泉亭補訂」・新訂物権法「民法講義Ⅱ」(岩波書店、昭和五八) 五一四頁。同旨の見解としては、末川博・物権法(日本評論社、昭和四〇) 二六七頁、舟橋諄一・物権法(有斐閣、昭和四〇) 三二七頁、川島武宜・民法Ⅰ「総則・物権」(有斐閣、昭和四五) 一一二頁、松阪佐一・民法提要「物権法」(有斐閣、昭和五三) 一一八頁、於保不二雄・物権法(上)(有斐閣、昭和四一) 二二二頁、石田喜久夫・物権法(日本評論社、昭和五二) 一〇三頁、星野英一・民法概論Ⅱ「物権・担保物権」(良書普及会、昭和五四) 一〇二頁、原島外・民法講義Ⅱ「物権」(有斐閣、昭和五二) 二〇三頁(田中担当)、遠藤外・民法(2)「物権」(有斐閣(昭和五三) 一八九頁等。
- (2) 鈴木祿弥・物権法講義四訂版(創文社、平成六) 六五頁。なお、鈴木教授は、かつては、所有者でありかつ占有者である甲がその占有を侵奪された場合に、甲は、占有回収請求権と所有物返還請求権の両者を有するが、「甲の訴訟は、結局、目的物の返還を求めるものであって、ただ、その理由づけの仕方が二つあるにすぎない。そのいずれかについて、甲が立証に成功すれば、甲は勝ち、そのいずれも立証しえなければ、甲が負ける。かりに、甲がその一方のみを主張し(他方は主張しないで)、その立証ができずに敗訴すれば、その既判力の結果、甲は他方を理由として再び訴えを起こすことはできない。甲がいずれか一方を理由として訴えを起こし、のち、他方を理由として別訴を起こすことはできない(二重起訴の禁止)」と解していた(物権法講義 昭和四四年一四三頁)。ただしその後、本文記述のように説を改めた(前掲物権法講義四訂版六六頁)。
- (3) 我妻「有泉亭補訂」・前掲新訂物権法五一五頁。なお前註(1)の文献も同旨。
- (4) 於保・前掲物権法(上) 二二三頁。同旨の見解として、末川・前掲物権法二六八頁、舟橋・前掲物権法三二八頁、田中整爾外・民法講義Ⅱ「物権」(有斐閣、昭和五二) 二〇三頁等。
- (5) 北川善太郎・物権「民法講義Ⅱ」(有斐閣、平成五) 一四四頁。

- (6) 於保・前掲物権法(上) 二二三頁、鈴木・前掲物権法講義七〇頁、幾代外・民法の基礎知識(有斐閣、昭和三九) 八五頁(鈴木担当)、田中外・前掲民法講義Ⅱ「物権」二〇四頁、稲本洋之助・民法Ⅱ「物権」(青林書院新社、昭和五八) 二四二頁等。
なお、ドイツ民法では、不法の侵奪者がその侵奪した物の上に本権を有することを確定する判決があった場合には、占有権は消滅する旨(BGB 八六四2)を規定して、占有権は本権に対する関係では、仮の権利として位置付けられている。わが国においても、占有権の本権に対する仮の権利性を反映して、既に判決等により本権関係と物的支配状態との合致が確定している以上、いまさらこれと矛盾する占有訴訟を認めるべきではないとする解釈論も考えられる、と指摘する見解がある(好美清光「占有権」新民法演習物権(有斐閣、昭和四四) 八七頁)。
- (7) 星野英一・民法概論Ⅱ「物権・担保物権」(良書普及会、昭和五四) 一〇〇頁以下。
- (8) 三ヶ月章・民事訴訟法研究第三卷(有斐閣、昭和四一) 五八頁・五九頁。同旨の見解としては、小山昇・訴訟物論集(有斐閣、昭和四一) 一一六頁、広中俊雄・物権法第二版(青林書院、昭和六〇) 三六二頁、新堂幸司・民事訴訟法第二版(筑摩書房、昭和六〇) 二二四頁、青山善充「占有の訴と本権の訴との関係」民法の争点(ジュリスト増刊) 一一七頁等。なお、青山・前掲論文によれば、民法固有の守備範囲としては、占有請求権と本権請求権とは別個の権利である、ということをも明らかにするをもって足り、「そのように構成された請求権が訴訟上主張された場合について、その訴訟物をどう把握するかは、本来、訴訟法学の課題である。」とし、さらに、「新訴訟物理論の立場に立てば、占有保護請求権といふ、本権的請求権といつても、所詮、同一物の返還——というただ一回の給付を求めうべき原告の法的地位——受給権ともいう。これが訴訟物をなす——を理由あらしめる異なる視点——攻撃方法——であるにすぎない。したがって、右二つの請求権に基づき別々の裁判所に提訴すれば二重起訴の禁止(民法二二二条)に触れ、また、既判力は物の返還を請求しうべき法的地位の有無という訴訟物のレベルで生ずるため、一方の請求権のみを主張して敗訴した場合、後日他方の請求権を訴訟上行使することはできなくなるわけである。」という(一一七頁)。
- (9) 三ヶ月・前掲民事訴訟法研究第三卷五八頁、青山・前掲「民法の争点」一一九頁等。
- (10) 青山・前掲「民法の争点」一一九頁。なお占有訴訟は、満足の仮処分によって実現される権利であり、本案訴訟上の権利になりえないものと解し、この立場から右仮処分に対する本権反訴はもとと認められない、という見解もある(小林秀之・角紀代恵・手続法から見た民法(弘文堂、平成五) 一三六頁)。

三 判例の評価

一 占有保全の訴えに対し所有権に基づく反訴が提起された事案に関し、最高裁判所は、次のように判示して本権の反訴を許容した。

「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、従って、占有の訴に対し防御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⁽¹⁾」。

反訴を許容する右判決をどのように評価するか。積極的に肯定する見解、消極的ながら肯定する見解、そして否定する見解に分かれる。

積極的肯定説においても、その考え方・根拠を異にしている。すなわち、反訴は防御方法ではなく別個の請求そのものであるから、これを認めても民法二〇二条二項に抵触しないこと、本権の反訴は占有の本訴と民法二二九条に定める牽連性を有するなどとする解釈論に立って、右判決を積極的に支持する見解がある⁽²⁾。また、民法二〇二条二項はそれ自体意味がなく、同条一項の説明規定と解すべきであり、従って本権反訴の許否については同条二項の問題であるよりも、同条一項の関係において検討されるべきであるという考え方から、あるいは、訴訟法上の取扱においては、占有訴訟はその特異性を失い通常の物権的請求権によるのと区別すべきでないという理由から、本権反訴は許容されるべきものと解して右判決を支持する見解もある⁽³⁾。

消極的肯定説は、占有の本訴とこれに対する本権の反訴の双方につき認容する右判決を本権者の侵害の違法性を宣言する意味で意義があるという。しかし反訴の許否に関しては、訴訟法上の取扱における占有訴訟の特異性の喪失、自力救済禁止の実効性及び反訴を許す実益などを総合して考えるならば、あえて不適法として却下するほどの必要性はないが、逆に積極的に肯定する理由も見当らない、というのである⁽⁴⁾。

以上に対し、本権の反訴を許すべきでないとする見解がある。すなわち占有訴権の意義はもっぱら自力救済禁止の趣旨の具体化であるとし、これを貫徹するためには、占有訴訟に併合される反訴を許すべきではないこと、もしこれを許すならば、本権者の違法な自力救済をそのまま認める結果となり、ひいては、自力救済を認める範囲が拡張されるおそれもある、と指摘して右判決の立場を批判する見解である⁽⁵⁾。

二 その後、東京地裁の判決であるが、原告の占有回収の訴えに対し、被告が本権に基づく反訴を提起した事案において、原告の請求を正当としつつ、「被告の反訴請求は、すでに被告が本件店舗の占有を取得しているのであるから、原告が右引渡しを被告から受けた後に被告の明渡請求権は顕在化すると解すべきで、この限度で理由がある。」と判示して被告に対し本件店舗の引渡しを命じ、原告に対してはその引渡しを受けた後に店舗の明渡しを命じた⁽⁶⁾。

右判決は、占有の本訴請求及び本権の反訴（予備的反訴）請求の双方を認容して民法二〇二条一項の趣旨を尊重しつつ、究極的には本権に決定的な意義を認めたものである。この判決に対しては、目的物が一旦占有者に回復する取扱をする以上は、本権の訴えとは別に占有の訴えを認めてこれに独自の地位を与えた民法の趣旨を活かすことになること、また自力救済禁止の趣旨は、右判決が占有者に本権とは無関係に目的物の占有を回復する点でも活かされていること、そして占有が本権に対抗できないものであれば、占有の回復後、即座に本権者に目的物を引き渡すのが実体法の要請である、と評価して右判決の立場を支持する見解がある⁽⁷⁾。

占有の本訴に対する本権の反訴（菊池定信）

- (1) 最判昭和四〇年三月四日民集一九卷二号一九七頁。
- (2) 従来の通説的見解が明らかにする解釈論であって、最高裁判決前の下級審判決、すなわち昭和二九年三月四日の大阪高裁判決（下民集五卷三号二八七頁）及び昭和三三年六月一日の東京高裁判決（下民集九卷六号一〇五四頁）においても、本文に掲げたような理由に基づき本権の反訴は不適法ではないと判示している。
- (3) 三ヶ月章・民事訴訟法研究第三卷五八頁、伊東乾「判例批評」判例評論四一六号一四三頁、青山善充「占有の訴と本権の訴との関係」民法の争点一一九頁等。
- (4) 奥田昌道「判例批評」民商法雑誌五三卷四号六一六頁以下。
- (5) 星野英一「判例研究」法学協会雑誌八二卷六号七八九頁、船越隆司「判例解説」続民事訴訟法判例百選一〇六頁。もっとも船越・続民訴判例百選では、さらに民法二〇二条二項は占有の訴えと本権の訴えの両請求を切離して、その牽連性を失わせているものと解し、従って牽連性を欠く本権反訴は民法二二九条により不適法である、と主張する（同百選一〇七頁）。
- (6) 東京地裁判決昭和四五年四月一六日下民集二二卷三・四号五九六頁。
- (7) 石川明「判例解説」昭和四五年重要判例解説（ジュリスト増刊）一一〇頁。

四 若干の検討

一 占有の本訴に対し本権の反訴が許されるか否かは、既に概説したように、これまで種々の立場・考え方から検討されており、その見解も多彩である。そのうち、筆者としては、占有保護の独自性、本権との無関係性を基本にすべきものと考えている。もっとも、これに対応した特別の手續が存しない現行訴訟法のもとでは、占有の本訴に対する本権の反訴を許し、この併合訴訟において、簡易迅速に占有保護を図るべきであり、そのために、占有の本訴につき一部判決（民法一八三条）をなすべきものと解する。なお本権の本訴に対する占有の反訴の場合の後者についても同

様に解すべきである。以下に、その理由について説明してみよう。

二 まず、本権反訴の許否に關してである。この点、本稿の冒頭に掲げた事例のように、本訴請求と反訴請求との目的物が同一である場合には、民法二二九条が定める反訴要件、すなわち両者の牽連性は充たされているものと解すべきであり、またかかる併合を禁止する旨の定めがない現行法のもとでは、理論上本権反訴の提起を積極的に否定すべき理由は見当たらない。⁽¹⁾

問題は、反訴を許した場合と許さない場合の占有保護についての実質的な比較検討に關してである。本権の反訴を許すと、占有訴訟の迅速な解決が妨げられること、あるいは自力救済禁止の趣旨が活かされず、ひいては違法な自力救済を結果的に認めるおそれがあることなどを主たる理由として、本権の反訴を許すべきでないとする見解がある。⁽²⁾ たしかに、占有訴訟事件を簡易迅速に処理すべき必要性はあるとしても、現行法のもとでは、そのための特別の訴訟手續が認められているわけではない。そこで通常の手續に従い占有事件に本権訴訟の併合を認めるとすれば、審理が煩雑になり訴訟の遅延をまねくおそれもある。しかし他方では、当事者の訴訟追行上の負担が軽減され、相互に資料を利用できるなどの利点がついて、統一した審理を期待できる面もある。さらに係属中の占有事件について迅速な処理の必要性が認められるのであれば、弁論の制限・分離（民法二二三条）や一部判決（民法一八三条二項）が可能である。かりに反訴を認めないとしても、別訴として提起された本権訴訟が併合される余地もありうる。このようにみると、本権の反訴を否定してみたところで、それが必ずしも占有保護の要請に資するとは限らない。

次に、自力救済禁止の趣旨を強調して反訴を許さないとする見解に關してであるが、かりに反訴を許さないとしても、本権別訴の提起が認められるのであるから、問題は、占有訴訟と本権別訴との個別訴訟の場合と、反訴を認める併合訴訟の場合とで、いずれが自力救済禁止の趣旨を貫徹しうるかである。この点、論者は、本権の反訴を否定する

方が目的物を占有者に留める期間が少しでも長い可能性があるもので、それだけ自力救済禁止の趣旨を貫きうると指摘する。しかし、それは占有訴訟の判決が先になされた場合にのみ当て嵌まることであって、本権別訴の判決が先に確定した場合、あるいは双方の訴訟の判決時点で隔たりがないような場合は妥当しない。そうであれば、むしろ反訴を許す併合訴訟において占有事件を迅速に処理するのが適切であり、そのために一部判決の可能性を検討するのが適切であるように思われる。

三 占有訴権の存在意義ないしは占有権と本権との関係をどのように把握すべきかは、実体法の場面と訴訟の場面とは必ずしも同断に論じることができない。⁽³⁾ 民法学者の間では、占有訴権の存在理由・根拠について、通常、法秩序の維持（自力救済の禁止）、本権の簡易保護等を目的とする独自の存在意義を強調する立場から、仮の権利にすぎない占有権は本権との関係では一定の譲歩を強いられるとして本権との調和を指摘する見解まで存するが、しかし実体的視点からいえば、占有者は本権の有無にかかわらず保護されるべきであり、また、本権者といえども自力によってその権利の回復・実現を図ることを許さないものと解さなければならぬ。これが実体法秩序の要請するところである。そうであれば、本権に対する関係においても、占有訴権の存在意義ないしは占有保護の必要性はならぬ変わるところがない、と解すべきであろう。ことに自力救済禁止の趣旨を貫徹する手段として占有訴権の存在意義を強調しようとするのであれば、本権者による侵害か、それとも無権利者による侵害かで占有保護に軽重を設けるのは適切でない。実体法の領域では、占有権の独自性、本権からの無関係を基本にして一律に占有を保護しようとする解釈論を展開しなければならない。

占有訴権に右のような存在意義を認めて占有保護を貫徹しようとするのが実体法の要請するところであるとすれば、これを訴訟の場でどのように配慮すべきかが次に検討されるべき課題となる。この点、多くの学説は、前述したように占有保護の独自性、本権との無関係性をそのまま訴訟の場にも反映させようとする。⁽⁴⁾ しかし他方、反訴の許否に関しては、もっぱら形式的な解釈論を展開してこれを肯定する。その結果、占有の本訴と本権の反訴の双方の請求に理由があるときは、前掲昭和四五年の東京地裁判決のように、本権者に対しては占有者への引渡しを命じ、かつ占有者に対しては本権者への引渡しを命ずる、というように一見矛盾した判断をしている。この矛盾を回避するため、本権に基づく判決を将来の給付判決と解し、それぞれの給付判決に基づく強制執行では、占有者に占有を取得させた後、即時に本権者に目的物を回復させる執行方法が可能であるという。⁽⁵⁾ しかし、このような理論構成は成り立ちうるとしても、それでは、実体法の要請する占有保護を実質的に無視しているといわざるをえない。多くの学説は占有保護の必要を強調していながら、反訴を許す訴訟の場においては、その点をほとんど顧慮していないのである。また、占有権の存在意義に懐疑的であり、従って占有保護の譲歩を指摘する学説にあっても、右の対処方法を一応評価するのであるが、しかし、かかる判決・執行の取扱をするかぎり、實際上、本権に対する占有訴訟は有名無実化するのではないか、という懸念を抱く。⁽⁶⁾

四 占有権の存在意義自体に見解の差異はあるものの、その意義を是認する以上は、訴訟の場においても、実質的な占有保護を実現することができるように配慮されなければならない。このような視点から、筆者は、占有事件についてはとくに弁論を制限しあるいは分離するなどして、一部判決をなすべきであると解したい。そうすることにより、現行法の通常手続のもとでも、占有訴訟を迅速に処理し、占有保護の実質を適えることができるものと考えている。のみならず、判断の矛盾を回避する関係から一部判決の許されない場合があるものと解されているが、そうであれば、同様に一部判決を強制すべき場合を認めることができるはずである。占有本訴に対し本権反訴が提起された場合の併合訴訟では、まさにそれに該当し、これによって実体法上の要請に応えることができるものと解する。

- (1) 詳しくは、高島義郎「訴訟係属中の訴え」小山外編・演習民事訴訟法（青林書院、昭和六二）七七〇頁。
- (2) 島田礼介「民法二〇二条の一考察」民事法特殊問題の研究一七頁・一九頁、星野英一「判例研究」法学協会雑誌八二巻六号七九〇頁。
- (3) 占有権と本権とがそれぞれ次元を異にした別個のものと構成する実体法のもとでは、その占有に基づく訴えと本権に基づく訴えとの双方を独立して認めなければならない。しかし訴訟の場では、さらに訴訟法その他の規制が作用するから、これらを総合し合理的に判断して両者の関係を位置づける必要がある。例えば訴訟の場では、本権ある占有者が提起する本権の訴えと占有の訴えについて選択的併合等の訴訟形態が考えられている。
- (4) 占有保護の独自性、本権との無関係性を徹底しようとする見解は、これをそのまま訴訟の場においても貫徹しようとする。例えば占有の訴えと本権の訴えを別々に提起しても、またその一方で敗訴した後に他方を提起しても差し支えないと解するなどである。しかし訴訟の場では、それらは二重起訴の禁止に触れないか、また既判力に抵触しないかが問題となる。
- (5) 詳しくは、石川明「判例解説」昭和四五年度重要判例解説（ジュリスト増刊）一二〇頁参照。
- (6) 占有の本訴と本権の反訴の双方につき本文に述べたような判決・執行がなされるとするのであれば、占有の訴えを提起する実益はほとんどないように思われる。わずかに本権者の侵害の違法性を判決中で確認したにすぎないものとなる。それだけでは実際には本権者に対する占有の訴えは機能せず、このことが占有者に対する本権者の違法な侵害が横行する結果になるのではないかと危惧せざるをえない。