

民法二〇二条の訴訟法的考察

勅使川原 和彦

第一章 問題の所在

第二章 占有侵害と占有の保護

第一節 占有訴権と自力救済との関係

第二節 占有侵害と占有訴権（占有訴権の目的）

第三章 占有保護の訴えに対する本権に基づく訴え

第一節 民法二〇二条の沿革

第二節 民法二〇二条の読み換え作業の検証

第三節 占有に基づく訴えに対する本権に基づく

反訴の適法性

1 日本における判例・学説の展開

2 ドイツにおける判例・学説の展開

3 態度決定——仮処分との関係の考察も交えて

第四節 本権についての判断が占有保護訴訟に

与える影響

1 考察の前提

2 本権勝訴判決「確定」の場合——BGB

八六四条二項の解釈論的導入の検討

3 本権勝訴「未確定」時の執行抵触の問題

——仮執行、関連して仮処分

第四章 結びに代えて——若干の補足的考察

第一節 現在の仮処分実務の考え方

第二節 訴訟物論との関係

第一章 問題の所在

「太古において、人類の有した唯一の物権は、占有権であつた」⁽¹⁾。

もちろんここにいわれる「占有権」なるものは、占有と所有が未分化であつた時代の原始的な物の支配をもし権利と名づけるならば、という留保の下ではあるが、いずれにせよ、人類にとつて、占有という事実が外部的に示す本源的な意味合いは次のようであろう。一般的に（現在でも幼児の玩具の奪い合いを見てもわかるとおり）、それを占有する者に、「所有者」的な利用を許し、周囲もそれをあえて疑わない。しかし、いったんその者の占有を疑うものが自らの「占有をする権利」を主張して出現した場合、だからといって新しく登場した者が眞の「占有をする権利」の持主かどうかはわからないのであるから、それまで容認していた占有者に引き続いて利用を許し、闖入者の方に「証拠」を要求する。証を立てて初めて、「占有をする権利」をもつと認められた者にその物の占有が引き渡される。こうしたことは日常生活では当たり前のように行われる。

法律家はこれに理屈をつける。

占有制度は従つて、周知のごとく人類の歴史の非常に古くから登場する（沿革については後に、必要な限りで概観する）。そして、占有侵害の起きた局面では、占有訴権と呼ばれるものが用意された。しかるに、現在では、この「占有訴権」の意義を狭小に考へる見解が少なくない。それは何故なのか、また、そうした見解は正しいのか、占有訴権の意義が狭小に解されれば当然訴訟法上もそれは冷淡な取り扱いを受けようがそれは適切なのか。もちろん占有

訴権はそれぞれの社会環境に応じてその機能を異にするものであろうが、事実的な物支配秩序の維持という側面は共通する。主として、わが民事訴訟法の母法国であり、「占有訴権」の内容がわが国同様民法上に規定されるドイツの判例・学説に示唆を得ながら、事実的な物支配秩序の維持は訴訟法上どのように貫徹されるのが最も適当であるのか、その理論的再検討を行うのが本稿の目的である。非常にクラシカルなテーマをあえてとり上げたのは、私が生まれる何年も前から、いわゆる新訴訟物理論の台頭と平仄をあわせ、民法二〇二条の規定の読み換え作業が行われ、「占有訴権」の意義そのものに懐疑的な表明が多くなされていることに、ささやかな疑念を抱いたからである。こうした「占有訴権」無意義化の推進力となっているのは、実務において本案の「占有の訴え」のみが提起されることは少ない、という事情であると思われる。しかしながら、「占有の訴え」の実務における利用度の低下は、もちろんいずれは確定された本権に道を譲るといふ暫定性が嫌われるのであろうが、そのほかに、純理論的な理由によるものというよりも、まず第一に仮処分制度の発達、そして「占有の訴え」に対し本権に基づく反訴を許したために、日本では非常に時間がかかるものとなってしまったこと、その結果「占有訴訟」を利用する実益がなくなり、当事者が利用しなくなったこと、そしてかかるものとしての「占有訴訟」を利用しようとする当事者に対し、何か別の悪い意図があるのではないかと勘ぐる実務的感覚、悪しく勘ぐられても仕方のないような利用の仕方をする当事者の存在、といったような諸理由によるところも大きいと考えられる。しかし、後半の諸理由は、専ら「占有訴訟」が日本の実務においては民法の起草者が希求した迅速な処理を全く図っていない、という一点に主たる原因がある。こうした処理が果たして妥当であったのか、妥当でないなら訴訟法上どのように処理されるべきなのか、について一度徹底的に洗い直しておく必要を感じるのである。これは、本案としての占有の訴え（以下「占有訴訟」と

いこの独自の矮小化に対するささやかな抵抗である。こうした問題意識から、前記の諸点につき、占有保護制度の訴訟法上のあり方の再検討を試みたい。

さて、わが国においても法治国家原則が市民に要求している規制の一つが、自力救済の抑制である。その意味するところは、私人の他人に対する私的な実力行使は許されないといいこと、そして国家が代わって実力行使を独占することである⁽²⁾。そこで、本稿は、まず第一に、一般的に占有侵害と占有の保護を確認するにあたり、占有訴権と自力救済との関係如何を確定することから出発することにする（なお本稿でいう自力救済は民事法上の意味で用いられること、もちろんである）。

(1) 岩田新『占有理論』（昭七）七五一頁。

(2) Vgl. *Lopau, Der Rechtsschutz des Besitzes*, Jus 1980 S.502.

第二章 占有侵害と占有の保護

第一節 占有訴権と自力救済との関係

占有訴権にしても自力救済にしても、ここでの目的は占有の保護である。そこで保護される占有はそもそも事実か権利か、というドイツ普通法時代の論争に論及するのは本稿の目的ではない。明らかにわが民法は、民法典第二

章で占有という事実を権利として保護する立場をとった。それは「占有ハ本權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。」⁽³⁾という起草委員の説明からもうかがえるとおりであるが、占有権は物権の章におかれたにもかかわらず、他の物権とは異なり、支配しうる権利ではなく、支配している事実それ自体を保護するための権利なのであって、排他性も優先的効力もない。民法典第二章で定められた占有の効果を数々の実質的要件となっているのは「占有」という事実状態そのものであって、法律要件が一定の他の法律効果を発生せしめる一般の物権（権利の実現を目的とする）と異なり、法律要件の内容たる「事実的支配」それ自体が法律効果に移行する（例えば占有訴権による保護は、他人の違法行為によって失われた空間的支配の維持・回復を目的とする）。法律要件の存在が法律要件の内容たる「事実的支配」の存続を保護し、法律要件自身の存続が法律効果を生ずるのに必要である、⁽⁴⁾というはなはだ堂々巡りの特異な「権利」なのである。⁽⁵⁾この点で、ドイツ法が占有効果の源泉としては占有権なる概念を認めず占有それ自体に諸効果を付与しているのは、思考経済上は簡素で理解しやすい（ドイツで Besitzrecht という語は、例外もあるが、一般には「占有をなす権利」と同義か、占有およびその保護と関連するすべての規範としての占有法を意味していることは、各種文献からうかがえるところである）⁽⁶⁾が、いずれにしても「占有（権）」は事実状態とはいいいながら単なる事実（握持）ではない。社会秩序の一部に組み入れられたものとしての事実状態を初めて「占有」といい、保護が与えられるのである。保護の源泉を、法的保護が与えられるが故に「権利」と呼ぼうが、保護される特殊な地位を持つ「事実」状態と見ようが、実質内容は共通していることがここで確認されれば本稿の主題との関係では充分である。

いまここに、現存する物の支配状態に占有があり、そこにある者が占有の侵害行為を行う。この侵害行為から侵

「害者のもとに侵害状態が固定化するまでの短い期間は、占有の「攪乱」期間⁽⁷⁾あるいは「転化 (Warden)」の期間⁽⁸⁾と呼ばれているが、この期間に自力救済（ないし自力防衛）が許されることは、今日ドイツなどのように明文の規定のないわが国においても一般的に肯認されている⁽⁹⁾。

しかるに、侵害者のもとに侵害状態が固定した（すなわち元の占有者と支配が併存したり、新支配が成立したりした場合、もはや自力救済は禁止され、代わって国家が占有状態の回復行為を行うべく、元の占有者にいわゆる「占有訴権」が与えられる⁽¹⁰⁾。従って、わが国の現行の民法の起草者たちの言葉を借りれば、「治安ヲ害サナイ平穩ノ場合デモ」「自ラカラ以テ之ヲ回復スルト云フヤウナコトハ」「占有回復ノ方法トシテハ認メテオラヌ⁽¹¹⁾」のである。占有が侵害された場合には占有者個人の力による自力救済が問題となる可能性が大きいため、公権力による保護を認め私人の実力の行使（訴訟を離れての救済手段）を禁圧するという考え⁽¹²⁾が、立法者においても充分に意識されていたといえよう。

同じ占有状態の回復を目的としつつ、自力救済は私人自らの私力行使の正当化根拠になるものであり、「占有訴権」は真正の請求権である。従って自力救済は緊急性を要件とするが、「占有訴権」においては特に緊急性は要件ではない。では次に、「占有訴権」の要件とともに、これによる占有の保護を確認することにする。

(3) 法務図書館史料・法典調査会民法議事速記録（以下「速記録」と略す）(三三)（昭五一）二頁の穂積（陳）委員発言。

(4) 平野義太郎「占有における自力救済」法学志林二七巻五号（大一一四）三五頁以下参照。

(5) 民法一七九条二項は占有権に混同を認めないが、その理由がこうした理解を裏打ちする。すなわち、民法修正案理由書によれば、「物権中獨り占有権ハ特別ノ性質ヲ有シ特別ノ保護ヲ受クルモノニシテ假令所有權ト共ニ同一人ニ歸シ或ハ他ノ權利ノ目的タル場合ニ於テ其權利ト共ニ同一人ニ歸スルモ之ヲシテ消滅セシムル必要ナキノミナラス占有權ハ次章ニ於テ規定スル如ク諸種ノ訴權ニ

依リテ本権ノ有無ニ關セス特別ノ保護ヲ受クルモノナレハ本條第一項及ヒ第二項ノ場合ニ於テ占有權ヲ消滅セシムルトキハ此保護ヲ失ハシムル結果ヲ生スルヲ以テ本條第三項ニ於テ占有權ニハ第一項及ヒ第二項ノ規定ヲ適用セサルコトヲ示セリ」と。

(6) 辻伸行「占有權侵害に關する一考察(一)」上智法学論集三卷二号(昭五五)八八頁参照。

(7) 我妻榮『民法教材II物權法』(昭七)三四一頁ほか。

(8) 末川博「占有と所有」(昭三七)九七頁。

(9) わが国の自力救済の学説については、明石三郎『自力救済の研究』(増補版、昭五三)二六三頁以下参照。なお、小野村資文「占有訴権・保全訴訟と緊急自力救済」近大法学八卷二号(昭三四)一頁以下。

(10) 厳密に言えば、占有訴権が与えられるのは、新占有の確立するまでの暫定期(侵害後一年以内)であり、それを過ぎ新占有が確立するとその新占有者の支配状態が占有保護の対象となる。

(11) 速記録(一)三六四頁の穂積(陳・土方委員発言。ところで、自力救済に關し、「英米法のように、自力救済を認めることを原則としながら、実力を行使しうる場合、および行使しうる実力の限度について詳しい例外を設けるという方法でも」許されざる自力救済による不利益を避けることができる、とする見解がある(田中英夫、竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(昭六二)一一一頁以下)。もちろん選択肢としてはそれも充分可能であろうが、しかし、日本法が自力救済の禁止にあたってそれを採らなかつたことは、ここでの立法者の説明からも看取できる。ただそれが、果たして「法の實現における私人の役割の軽視」とまで言い切れるかは疑問である。

(12) 末川・前掲九四頁。

第二節 占有侵害と占有訴権(占有訴権の目的)

* 本稿ではわが民法が一九七条以下に規定する広義の占有訴権のうち、損害賠償請求権はこれを考察の対象としない。損害賠償請求を除いた占有保護に關する部分について、占有保護請求権ないし占有保護の訴えという用語を用いる。ドイツ民法は、Besitzschutzanspruchとして、損害賠償とは独立して八六一条以下数条が規定されており、Besitzschutz-

Klageという表現が一般に用いられている。本稿で占有訴権というとき、その内容は占有保護請求権を指す。⁽¹³⁾

占有侵害には、現行法上大きく二つの種類（保護手段は三種類）がある。

一つは、占有の妨害である。これは、既存の占有状態に対する部分的侵害であり、既存の占有者の意思に反して新しい部分的支配関係が既存の物支配と継続的に併存するものである。これに対して民法は、占有を保存・継続する目的で妨害の停止を請求できる占有保持の訴え（民一九九条）を規定する。しかも立法者によれば、ドイツ法と異なり瑕疵占有者でも請求できる。⁽¹⁴⁾ 妨害の停止とは、部分的な侵害状態を除去して従前の占有状態の完全性を回復することである。なお二〇一条はこの訴えを「妨害ノ存スル間」または「其止ミタル後一年内」に提起することを要する旨を一項に規定する。この点につき、妨害の停止を求める請求権は妨害の存続している間でなければ行使できないとして、妨害の止んだ後一年という除斥期間を損害賠償請求権のみかかわるものと解する見解と、妨害を占有妨害「行為」（動的妨害）とそれにより生じている占有妨害「状態」（静的妨害）とに分け、前者は「存スル間」、後者は「止ミタル後一年内」に提起しなければならないと解する見解とに別れている。⁽¹⁵⁾ しかし、占有訴権による占有保護は元の占有が新占有にとって代わられるまでの一年の暫定期間に付与されるという観点からしても、妨害行為から一年妨害がなければ、妨害者が妨害行為をする意思をなくしたものととして訴え提起の必要を認めないものと考えられる点からみても、⁽¹⁶⁾ 後者の見解を妥当と考える。もつとも、妨害行為が反復される恐れがある場合、行為の間隔が短く継続しているときはまだ妨害が止んでいない、ともいえるし、行為の間隔が広く開き、次にいつ反復されるか客観的にいっても不明になったならば、次に述べる占有保全の訴えによればよいともいえよう。しかし、妨害

状態の存続し続ける間を「妨害ノ存スル間」とし、その間はいつまでもこの訴えを提起可能とするならば、元の占有はいつまでたつても新占有にとつて代わられることはなくなる。妨害を放置する者に、すでに社会秩序の一部となっている新しい事実支配状態をいつでも壊すことを認めるならば「占有」の本質に反するであろうし、そのような帰結を認める者はいないであろう。⁽¹⁷⁾

また、妨害の恐れがあるときは、占有保全の訴えにより、妨害の予防または損害賠償の担保を請求することができる(民法一九九条)。妨害の恐れとは、具体的な事情の下において一般の経験法則に従い客観的に判定される、将来妨害を生ずる可能性(危険)があることを意味する。

占有の侵害の第二は、占有の侵奪である。侵奪とは、既存の支配関係を占有者の意思に反して事実上全面的に奪い去ることである。質量的に部分的な支配関係が従来の支配関係と併存する占有妨害と異なり、完全に独立の支配関係をなすものである。⁽¹⁸⁾これに対しては、いったん失った占有を回復・取還する目的の占有回収の訴えを提起することができる(民法二〇〇条)。従来の支配関係から新支配関係への転化は済んでしまった場合であるが、その際秩序を破壊する手段がとられた場合には秩序破壊状態を無条件に追認することは占有制度の本旨に反するので、侵奪を要件に現占有者より旧占有者を保護するわけである。Gierkeはこれを、従来の占有の置き土産(Uberbleibsel)と⁽¹⁹⁾いう。この訴えも侵奪後一年内に提起しなければならない(民法二〇一条三項)。

こうした占有の妨害・侵奪は、占有者の意思によらずに行われ、しかもそれが法律上認められたものでないとき、

侵害ということが出来る。暴力に限らない。⁽²⁰⁾ドイツ法ではこれを民法上「不法の私力（verbotene Eigenmacht）法の禁じた私力」（BGB八五八条一項）という。占有訴権は、この不法の私力による占有に対する現在の侵害の除去・予防によって占有状態の完全性の回復・維持をはかるものである。しかも回復にあたっては迅速に保護が与えられねばならない。それは速やかに占有を取り戻したい私人から自力救済を取り上げた法治国家の責務であり、侵害者に新たな事実状態の固定化ひいては別個の秩序の形成を許さないためにも、占有制度に内在する本質的要請ともいえるべきものと考えられる。占有保護請求権の発生要件は、当該目的物の占有の事実とこれに対する「侵害（不法の私力行使）」の存在であって、これに尽きるが、そのような簡易なものになっているのは、迅速の要請に資するのである。

ところで、こうした不法の私力による占有侵害に対する占有訴権の目的はどのように考えられるであろうか。占有訴権の目的に関する学説もまた多岐にわたり、それに立ち入ることはできないが、それらの論稿⁽²¹⁾に従って代表的な見解だけを掲げておく。すなわち、占有訴権をして、機能的側面にのみ着眼し所有権の保護に奉仕するものとする所有権保護説（Jhering）、あるいは物の利用保護とする債権の利用権者保護説（川島⁽²²⁾、次に、占有妨害を不法行為上贖罪されるべき人格への攻撃とみて人格に対する保護とする人格保護説（Savigny）、あるいは意思侵害に対する保護とみる意思保護説（Puchta）、そしてドイツとわが国の通説といわれる平和秩序維持説（Kohlerほか）がある。占有は法秩序ではなく平和秩序の制度（所有は法律上の支配だが、占有は事実上の支配であって、たとえ法がなくともとりあえず維持されるべき秩序に属する）として、一般的平和秩序の維持ないし保障を占有訴権の目的とみるわけである。とはいえ現実には法があるわけであり、占有の保護は法的平和に資する（法秩序を全からしめる）ともいえる。いず

れにしても、社会の平和秩序の維持、その発現として秩序ある集団生活において認容されない自力救済の禁止に根拠を求めるものである。

思うに、各説は、それぞれ、現象の各個に目を向ければ、妥当する場面があり、逆にいえば一元的に説明するものとはなりにくい。どうしても二つの側面が対置されてくるのである。すなわち、占有を保護するのは、占有者が有するとみなされる何らかの利益のため「第一の観点」なのか、あるいは、占有を保護することによって占有者の何らかの利益以外のものを守る（占有者の利益はその反射として得られるにすぎない）ため「第二の観点」とみるのか、である。しかもこの二つの側面は、両方とも、占有訴権に求められた目的なのである。基本的に、ある占有者の平穩な占有を争う者が現れた場合、一人の占有を他方が不法の私力をもって侵害したならば、どちらが真の占有権限者であるかが裁判上明確になるまで、いずれに占有の利益を得させるか、という観点から考えれば、侵害者に利益を得させてはならない。仮に侵害者が占有権限者であったとしても司法手続によればよいのであって、不法な私力によってはならない。こうして、従前の占有者が占有の利益を得ることになる。そこには、通常は平穩な占有者に占有権限があるという蓋然性、あるいは、背後にある本権の立証が比較的困難であること（いわゆる「probatio diabolica」悪魔の証明）⁽²³⁾ほどではなくとも、不法な私力が行使されたか否かが決定的であり占有権原は問題とならない占有訴訟と比較すれば、本権の有無の判断にはより多くの時間と費用を要するし、そもそも本権の立証はしばしば困難であり⁽²⁴⁾る）からの保護といった利益が付随する。より積極的には、他の当事者のよりよき権利が判決によって確定されるまでは、物は占有されることによりその有機的価値（経済的利益も含む）において占有者に維持し続けられるべき（Heck）⁽²⁵⁾点に、占有者の利益をみ、保護の必要を考えることができる。保護されるべき「占有」は、時効成立に至

らないまでも、ある程度の時間を経た平穏な事実的支配であるから、何らかの黙示の利用権ともいうべきものも認められるのである。ここまでは第一の観点（占有者の利益保護）である。その利益の回復に際しては攪乱期を過ぎたら自力救済を禁じ、自力救済のもつ「迅速な」利益回復の側面を制度的に代替するために簡易迅速な占有訴権が用意されたのが、第二の観点からである。以上のように個人的利益の保護を平和維持的手段によらしめるという考え方からは、一般的平和秩序の維持はもともと公共の利益に関することであるから、そうした公共的利益は警察的刑法的保護をはかるのが筋、という批判²⁵⁾はあたらない。警察的刑法的保護では、（実力行使の抑制作用としての平和秩序維持ははかられても）個人の利益回復は実現されないからである。すなわち、一般的平和秩序維持、というのは、占有侵害状態を許さないために占有訴権を与えるという目的的側面（その一部には占有訴権があるが故の不法私力行使の抑制作用も含まれよう）と、占有侵害に対しても攪乱期を過ぎたらもはや自力救済を許さない（代わりに占有訴権を付与する）という手段的側面が表裏一体で存在し、前者のみを念頭におくときは何故秩序維持が私人に任されるのかの説明できないところを先の批判が衝いているのである。しかし、秩序維持の手段的側面が個人の利益保護に結びつけられていると考えれば、その批判は妥当しないといえることになるのではなからうか。ただこのように考えるときは、第一の観点が主たる内容に考えられており、第二の観点は従たるものであることになる。

しかし、いわゆる占有訴権が、一般的平和秩序の維持・保障のみをストレートに考えている（第二の観点からしか存立理由が考えられない）場面があるのもまた、事実である。例えば、盗人にも占有訴権がある、とされる場合がそうである。ただしこの場合には、無権利者との関係では格別、元の持主との関係では占有者個人に維持すべき利益というものを措定するのは困難である。あるいはこの「盗人の占有訴権」の場合は、元の所有者との関係では、ま

だ「占有の攪乱期間内」として元の所有者の私力行使を適法な「自力救済」とみることで、否定される可能性はあろう。しかしながら、以上のことは、第二の観点はあってもなくてもよいのだということの意味するのではない。

占有保護は、Faustrecht(拳)の権利、実力で利益実現をはかる強者の権利)を押しとどめるものである、とか、Faustrechtないし Selbsthilfe (自力救済)への誘因 (Anreiz)を失わしめようとしているのだ、ということとはドイツの占有保護に関する議論に当然のように強調される観点である。⁽²⁶⁾この観点は、かなり政策的ともいえるだけに、当然意見の対立が明らかになるだろう。すなわち、「正当な法的手続を経ないでなす違法な権利行使ないし権利状態の作出に対し、民事法的に、常に一旦原状回復をさせて行為の違法性を宣言し、かつ、その結果を除去せしめるか、あるいは刑事法上の処罰に委ねるにとどめるか」⁽²⁷⁾という考え方の対立である。これについて、わが民法の起草者の考え方は明白に民事法的な保護を是とする観点に立つ。⁽²⁸⁾刑事法上の処罰に委ねるといっても、例えば窃盗罪で本権説を貫徹するような場合には不可罰であろうし、違法行為の抑制機能しか果たしえないだろう。同じ抑制作用でも、違法な実力行使には原状回復のサンクションがかかる(しかもそれは実力行使の被害者によって、である)ほうが抑制的機能の実効性を高めると考えられるし、平和秩序維持の「担保」としてはより有効であろう。

このように考えてくると、占有訴権の目的は、占有者個人の利益保護、平和秩序維持の手段という二つの側面を、両者不可欠のものとして端的に認めるべきであろうと思ふ。⁽²⁹⁾

以下は、以上のような占有保護の観点を基礎として、具体的に占有保護請求権について考察をしていくことにする。

(13) 占有訴権のうち損害賠償請求権に関する論稿として、辻・前掲注(4)および「占有権侵害に対する一考察(二)」上智法学論集

二三卷（昭五五）三三〇号参照。

(14) 前掲注(3)・速記録(二)三七二頁。今は必ずしもそう解されていないようである（特に交互侵奪の議論）。

(15) 広中俊雄『現代法律学全集・物権法第二版増補』（昭六二）三三六頁以下参照。

(16) 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』（復刻版 昭五九）八三頁、岡松参太郎『注釈民法理由上巻』（明三二）一一四頁。

(17) 損害賠償請求については純然たる不法行為の規定によらしめるドイツ法では、占有保持訴権もまた不法の私力行使後一年経過すると消滅する（BGB八六四条一項）。

(18) 民法修正案理由書一九八条理由でも、その区別は明らかにされている。

(19) 山田晟『ドイツ物権法』上巻（昭一九）一二二頁。

(20) そもそも占有訴権は、ローマ法的 Possessio に由来する。Possessio は訴訟手続において法務官が禁令 Interdictum を発して訴訟終了まで当事者一方の事実的支配を保護するに始まる（二年間の訴え提起期限の要件もこの命令に由来するという）。この保護が一般化することによって本権と異なる占有が一般的に認められるに至った。ドイツではそれまでゲルマン的 Gewone が行われていたが、ローマ法の継受によって、Gewone の名称は消滅する。しかし、ローマ法の継受は、正確にはイタリアの学説判例、特に寺院法の影響を受け、しかも当時の実情にあわせたものとしてドイツ化されたものであり、その中にゲルマン法思想は汲みとられている。例えば、ローマ法の強暴による土地の占有侵奪に関する禁令の内容は、やがて動産に拡張され、暴力による以外にも拡張されて占有回復の訴え (actio spoli) になった。暴力的侵奪より広い「意思によらない」侵奪という概念がはっきり刻印されている。占有訴権の歴史的沿革については、山田・前掲書六九頁以下、原田慶吉『日本民法典の史的素描』（昭二九）九四頁以下、赤坂昭二「占有の訴と本権の反訴」立正法学二巻四号（昭四四）五五頁以下、Denburg/瀬田・山口合訳『獨逸民法論 第二巻物権』（明三二）七三頁以下、岩田・前掲書注(一)に詳細である。なお、「占有の侵奪」といいうるためには、占有者の意思に反したというだけではたりず、占有移転行為自体が反社会的違法性を帯有していなければならない、とする簡裁判決がある（越谷簡判昭三六年二月八日下民集一二巻二号二五七頁）。

(21) 岩田・前掲書注(一)三四六頁以下、奥田他『民法学2』（昭五〇）一五三頁以下（田中整爾）、鈴木祿弥『物権法の研究』（昭五一）三八七頁以下参照。

(22) 川島武宣『新版 所有権法の理論』（昭六二）一二四頁以下。

- (23) Reichert, Ist gegenüber den Klagen aus §§861, 862 BGB Widerklage zulässig auf Feststellung, daß der Beklagte ein Recht zum Besitze habe? JZ 1922, 216. 明石・前掲書注(6)一一九頁以下。
- (24) 上野芳昭「日本における占有訴訟の役割について」広中先生還暦『法と法過程』(昭六一)八二六頁以下。
- (25) 藤原弘道「占有訴権の訴訟上の権能と仮処分」末川先生追悼『法と権利』(昭五三)一一八四頁。
- (26) 例えは、Hagen, Besitzschutzklage und petitorische Widerklage - eine Fehlkonstruktion?, Jus 1972, S.125, Spiess, Die Auswirkungen der petitorischen Widerklage auf die Besitzklage, JZ 1979, S.718, Gursky, Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mobilarsachenecht, JZ 1984, S.605, BGH NJW 1979, 1360, 452。
- (27) 奥田昌道「占有の訴えに対して本権に基づく反訴を提起することの許否」(昭四〇年三月四日最一判 判批)「民商法雑誌五三巻四号(昭四一)一〇七頁。
- (28) 速記録(三)一一二頁によれば、本権を持つ者であるから占有物を侵奪しても何も悪くなかったということとは言わさない、「占有物へ兎二角一旦返シテ相当ノ手続ヲ之ヲ得ナケレバナラヌ」という精神なのだ、と穂積(陳)委員は説明している。
- (29) Vgl. Westermann, Sachenrecht 4.Aufl. 1960, S.56.

第三章 占有保護の訴えに対する本権に基づく訴え

第一節 民法二〇二条の沿革

わが現行民法で、侵害された占有の迅速な原状回復をはかっていると目される規定は二〇二条である。この二〇二条の沿革についてはすでに優れた論稿⁽³⁰⁾が多いが、ここではそれを簡単に要約するとともに、一八頁に簡単な沿革図を掲げておく。

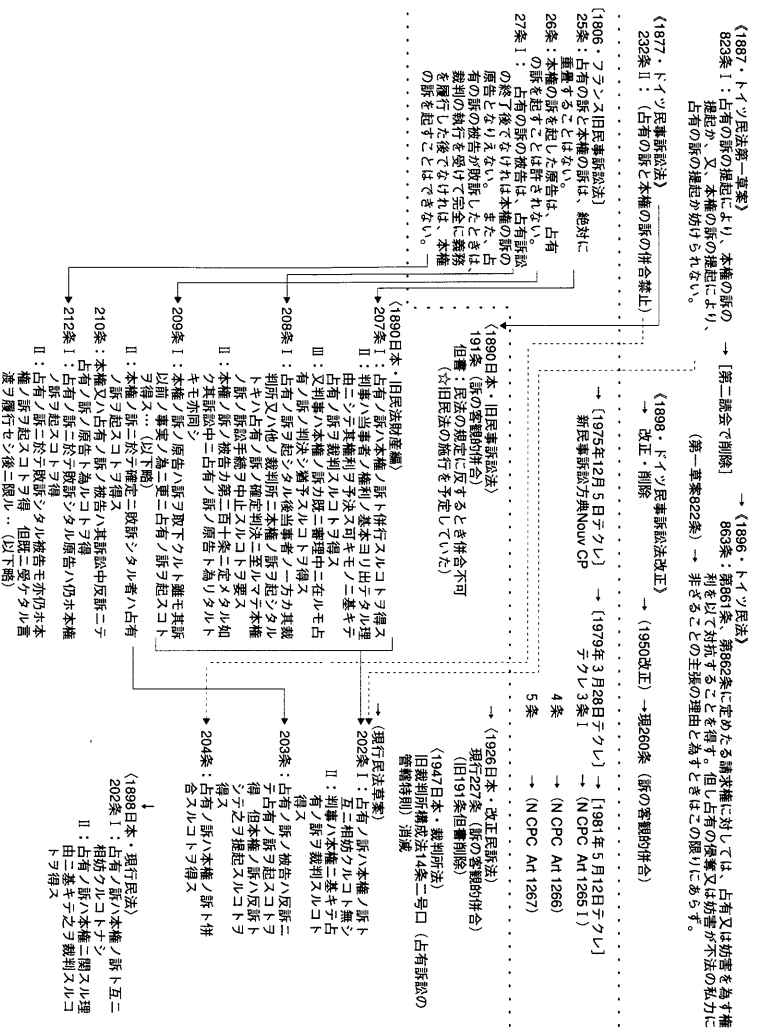
ボアソナードにより起草されたわが国の旧民法は、もちろんフランス法的な色あいをもち、占有訴権に関する手続的規定も、若干の点でフランス法の占有訴訟とは異なりつつも、かの「占有訴訟と本案訴訟との重畳の禁止」(non cumuli)の原則——本権の訴えを提起した場合に占有の訴えが失権すること、占有訴訟開始後はその終了まで本権の訴えを提起できないこと、占有訴訟の敗訴被告は当該判決の内容を完全に履行しない限り本権訴訟を起させないこと、本権訴訟に対し別訴による占有訴訟が起されると先行する本権訴訟は中止されること、といった内容を包括したものである」という核心を移植されたものであった。すなわち、旧フランス民法二五〇―二七条ならびにそれを補充する法理論から、ボアソナードにより、旧民法（財産編）二〇七―二二二条の規定が成立したわけである（文言については後掲図参照）。しかし、これらはいわゆる法典論争によって日の目を見ることなく、フランス法に代わりドイツ法的思惟に彩られた現行民法草案では、二〇二条―二〇四条の三ヶ条に縮減される。しかし新民法でも、占有の訴えにおける本権関係の抗弁性否定、占有の訴えに対する本権反訴の禁止（草案二〇三条）や占有の訴えと本権の訴えの併合禁止（草案二〇四条）といった規定を残すことにより、立法者は旧民法で特別訴訟としての占有訴訟が果たすはずであった役割（それは単に所有権の立証がしばしば困難であることへの手当てのみではない）を、ドイツ式訴訟法の下でもできる限り同様に果たさせようとしていたものとみられる。さらに、草案二〇三条・二〇四条が専ら訴訟法に委ねるという理由から削除され、草案二〇二条二項の字句を若干修正し現在に至ったわけである。ここで二〇二条一項は、ドイツ法では自明として削除された規定（ドイツ民法第一草案八二三条一項）に範をとっている。また同条二項は、条文上フランス法的占有訴訟の理論の系統を引いている。もともととは、フランス流の「non cumuli」の原則」からすれば当然

に導き出されてくる内容であったが、しかし、フランス式の「non cumuli」の原則」を捨てたはずの現行民法草案でも、(ドイツ式である)二〇二条一項から導き出されるものと起草者は説明している(後掲本節(B)参照)。同項の内容的な面を見ると、ドイツ民法第一草案八二二条(占有の訴えにおける本権に関する抗弁の排斥。―法典調査会民法議事速記録では、このドイツ民法第一草案八二二条は、同八二三条とは違って、現行民法草案二〇二条の参照条文としては掲げられていないが、全く参照されなかったものとも考えにくい)を継ぐ現行ドイツ民法八六三条とほぼ同旨である(なお後述するが、今日このドイツ民法八六三条の法意として理解されている「占有訴訟の迅速のため」ということを、二〇二条二項の趣旨として起草委員が説明している)。二〇二条一項・二項がその内容とする、占有の訴えと本権の訴えが相妨げないこと、および占有の訴えが本権に関する理由によっては裁判できないことは、ローマ法的占有訴訟の基礎概念といわれるが、結局、二〇二条は一項も二項も、できた内容の血筋をたどればローマ法に行き着くのである。

さて、その中で、本稿との関係でいくつか顧慮に値する事項をより具体的に掲記するならば、次のようになる。

(A) non cumuli の原則をとり完全に占有訴訟が特別訴訟であるフランス法を、不動産のみならず動産にも拡張して導入した旧民法はもとより、⁽³²⁾現行民法も、起草者の見解では、占有訴訟は「訴権」そのものであった。⁽³³⁾ただそれが現行民法起草者側が期待したもろもろの特別手続の整備をみず(占有訴訟と本権訴訟の併合の禁止・本権反訴の禁止は訴訟法の問題として削除されたのだが、一九二六年の民事訴訟法改正では―おそらくはドイツ民事訴訟法改正の影響も受けて―併合を禁止しうる規定も削除された)、あるいは一九四七年の裁判所構成法の廃止に伴い、同法一四条二号ロにおける占有訴訟の区裁判所専属管轄の特則が消滅し、「訴権」とみても、それに対して占有訴訟が特

早法七〇卷一 号（一九九四）



1897・トイツ民法第一草案

823条 I：占有の訴の提起により、本権の訴の提起により、占有の訴の提起が効力にない。
27条 I：占有の訴を起すことは許されない。
28条：本権の訴を起すことは許されない。
29条 I：占有の訴を起すことは許されない。

1897・トイツ民事訴訟法

232条 II：(占有の訴と本権の訴の併合禁止)

1906・フランス旧民事訴訟法

1906条：占有の訴を起すことは許されない。
210条 I：占有の訴を起すことは許されない。
212条 I：占有の訴を起すことは許されない。
209条 I：占有の訴を起すことは許されない。

27条 I：占有の訴を起すことは許されない。
28条：本権の訴を起すことは許されない。
29条 I：占有の訴を起すことは許されない。

1890日本・旧民法(財産編)

207条 I：占有の訴を起すことは許されない。
208条 I：占有の訴を起すことは許されない。
209条 I：占有の訴を起すことは許されない。

1898日本・現行民法

202条 I：占有の訴を起すことは許されない。
202条 II：占有の訴を起すことは許されない。

1896・トイツ民法
→ [第二編を削除]
883条：第862条に定めたる請求權に對しては、占有又は妨害を爲す權は、別當の妨げを以て之を行使す。但し占有の防禦又は妨害が不法の助力に非ざることを主張の理由と爲すべきは此に限りならず。

1899・トイツ民事訴訟法改正
→ 改正・削除

1975年12月5日テケル
→ 新民法訴訟法典Novu CP

1979年3月29日テケル
→ テケル3案I

1981年5月12日テケル
→ [N CPC Art 1265(1)]

1986日本・改正民法
→ 現260条 (條の客観的併合)

1926日本・改正民法
→ 現行227条 (條の客観的併合)

1947日本・裁判所法
→ [旧裁判所構成法14条] 2号口 (占有訴訟の管轄特別) 消滅

1890日本・旧民法(財産編)

207条 I：占有の訴を起すことは許されない。
208条 I：占有の訴を起すことは許されない。
209条 I：占有の訴を起すことは許されない。

1898日本・現行民法

202条 I：占有の訴を起すことは許されない。
202条 II：占有の訴を起すことは許されない。

1899・トイツ民事訴訟法改正
→ 改正・削除

1975年12月5日テケル
→ 新民法訴訟法典Novu CP

1979年3月29日テケル
→ テケル3案I

1981年5月12日テケル
→ [N CPC Art 1265(1)]

1986日本・改正民法
→ 現260条 (條の客観的併合)

1926日本・改正民法
→ 現行227条 (條の客観的併合)

1947日本・裁判所法
→ [旧裁判所構成法14条] 2号口 (占有訴訟の管轄特別) 消滅

1890日本・旧民法(財産編)

207条 I：占有の訴を起すことは許されない。
208条 I：占有の訴を起すことは許されない。
209条 I：占有の訴を起すことは許されない。

1898日本・現行民法

202条 I：占有の訴を起すことは許されない。
202条 II：占有の訴を起すことは許されない。

別訴訟だとみられる手続制度が存在しなくなったこと。⁽³⁴⁾ 現在では単なるアクチオシステムの残滓として、実体法上は占有請求権とみるべきである、という見解⁽³⁵⁾が広く普及している。

(B) 二〇二条一項に含められた趣旨がどのようなものであったのか。二〇二条は旧民法の二〇七条から二〇九条までの三ヶ条に修正⁽³⁶⁾を加えてこれを一ヶ条としたものであるが、修正の柱は、占有の訴えと本権の訴えが各独立の訴えであるという主義をとったことである。その意味の第一は、旧法では、占有の訴えを早く運ばせるために、併行を禁止し(旧二〇七条一項)、占有の訴えが起こされれば本権の訴えの手続を必要的に中止したが(旧二〇八条)、占有は本権と並び行われる別の一つの大きい権利であるという考えからその規定を除いた。しかし、このようにしても、「手続上少シモ早く占有ノ訴ヲ運ハセルト云フコト」には少しも差障りがないと考えられていた⁽³⁸⁾というのである。意味の第二は、本権の訴えの下に占有を含むものというところから、本権の訴えの原告が訴えを取下げると他に占有の訴えを提起できなくなった(旧二〇九条一項)、本権の訴えで確定的に敗訴したものは占有の訴えを起こすことはできないとされていた(旧二〇九条二項)⁽³⁹⁾が、これもやはり占有は本権の下ではなくこれと並び行われるものとして、本権の訴えの取下げは占有の訴えの提起の妨げとならず、本権の訴えまたはその判決は決して占有の訴えまたはその判決の妨げとはならぬ、ということである(従って旧二二一条一項は当然に継承されていることになる)⁽⁴⁰⁾。その意味の第三は、とにかく侵害された物を一旦占有者に返させる、という旧二二一条二項の精神が、二〇二条一項の中にこめられているということである。本権の訴えで勝つということを頼みとして占有侵害が悪くなかったとはいわせない⁽⁴¹⁾、占有の訴えをあくまで本権の訴えから独立させる、という趣旨である。なお前述したように二〇二条一項は、法典調査会速記録には、比較参照条文として、ドイツ民法第一

草案八二三条を掲げている。ドイツでは第一草案八二三条一項は自明のものとして第二読会で削除されたが、日本ではドイツ法的思惟を明文で残したわけである。それは、旧法典のフランス法的規整からの転換を明らかにする意味もあつたらうし、何よりも起草者が、本権の訴えの性質上占有の問題を含むことがしばしばあり、それ故に明文がないと本権の訴えで決せられたことで占有の訴えを別に起こせなくなるという可能性が生ずることを恐れたからであつた。⁽⁴³⁾

(C) 二〇二条二項は、旧民法二〇七条二項と主義を同じくしている。フランス占有訴訟理論を承継しているわけである。⁽⁴⁴⁾ 起草者によれば、同項は第一項からでた結果にすぎないのではあるが、占有の目的物と本権の目的物が同じ物であると本権についてのある事柄が占有の訴えを決するような場面があり、明文の規定をおかないと本権に由来する資料から占有の訴えを判決する恐れがあるかもしれないが、それを許すとそのために「占有ノ訴ノ方ヲ滞ラセルト云フ憂ガアリマス」という理由で明記したのだとされる。⁽⁴⁵⁾ つまり草案二〇三条但書（占有の訴えに対する本権反訴の不可）・同二〇四条（占有の訴えと本権の訴えの併合禁止）と共に、占有の訴えの迅速な進行を目指したのである。この目的は、草案二〇三・二〇四条は審議過程で削除されたとしても、少なくとも明定された二〇二条二項において依然として残るはずである。⁽⁴⁶⁾ ドイツ民法八六三条に同種の規定があるが、この規定が、占有者に、不法の私力により侵害された占有状態の迅速な回復を可能ならしめようとしていることは一般に承認されている。⁽⁴⁷⁾

(30) 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卷』（昭四一）一頁以下、原田・前掲注(20)、上野・前掲注(24)八二〇頁以下、赤坂・前掲注(20)五九頁以下。

(31) 三ヶ月・前掲三四頁以下。

(32) 『ボアソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈 第二編物権(司法省) 四九八頁以下。例えば同書の第七一八条一項は「占有ノ訴権ハ本権ノ訴権ト併セ行フコトヲ得ス」としており、これに対応する旧民法二〇七条一項の「訴」という文言が「訴権」そのものであることは明らかである。

(33) 起草委員の発言の中に「占有ノ訴ト云フ特別訴権」という表現が見られる。例えば、前掲注(3)・速記録(二)三六六頁。

(34) 二〇二条は当初は「訴権」の峻別を意味しており、管轄面の特則が裁判所構成法の廃止で消滅したときから、「請求権」の別個性を意味するものになった、と説くものに、広中「民法二〇二条の解釈に関するおぼえがき」ジュリスト六九七号(昭五四) 八二頁。

(35) 川島編・注釈民法(7)(昭四三)一七九頁(広中)〔広中・前掲書注(15)三三三頁以下に同じ〕、星野英一『民法概論II』(昭五九)九九頁、田山輝明『物権法』(昭六二)一八四頁、川井健『設例民法学2物権法』(昭五五)一一八頁ほか多数。なお現行民法の草案審議の中にも、二〇二条一項を占有権と本権は別なものだというのが趣意、という理解を示す委員もいる(速記録(三)一六頁、土方発言―ただしそれについての訴えも別だといひ、もちろん決して現在の新訴訟物理論に立っているわけではない)。

(36) 何故の修正かは、ドイツ法式の民訴法典の存在の影響と考えられているようである。三ヶ月・前掲四三頁以下、上野・前掲注(24) 八二二頁参照。

(37) 前掲注(3)・速記録(三)一頁。

(38) 速記録(三)二頁。

(39) この点については留保を付けておく必要がある。もともと旧二〇九条のもととなったのは、フランス旧民法二六条であるが、それは本権の訴えの「提起」が占有訴権を失権させるのであって本権の確定判決による失権ではない。それはフランスにおいて旧二六条を再録した一九七九年三月二八日のデクレ四四条(現・フランス新民事訴訟法典二二六条)でも同じであり、占有妨害の被害者は黙示的に占有訴訟的保護の利益を放棄したとの理念により、失権が正当化されると言う(Perrot, Cours de Droit judiciaire prive I II Les Cours de Droit ↑若林安雄・ペロー「民事裁判法講義」(翻訳)近大法学三五卷一・二号(昭六二)四一六頁)。しかし前掲・修正民法案注釈(ボアソナード起稿)五二二頁はすでに本権確定敗訴判決の効果としている。起草者が占有の訴えだけを別に起こせなくなる例として念頭においていたフランス民法二六条(速記録(三)三頁)と旧二〇九条一項とはズレがあるのである。

むしろ起草者は、本権敗訴確定判決後でも不法の私力があれば占有の訴えを提起できるといふこと、そして、占有の訴え係属中に下級審で本権の訴えの原告勝訴判決がでもそれだけでは占有の訴えに何らの影響を与えないといふこと（速記録（三）二二頁および一頁）を企図していたのであつて、占有の訴え係属中に先に本権の訴えが「確定」してしまつたときはまだ明白に考えのうちに入つていなかったのではなからうか。なぜなら起草者は、本権訴訟が併行するのはごく狭い場合であると考えており（速記録（三）六頁）、しかも、占有訴訟は早く決するのが通常であると考えていた（速記録（二）三六六頁）からである。

(40) 速記録（三）二二頁。

(41) 速記録（三）一一頁。

(42) Vgl. Protokolle der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III. Sachenrecht.

S.45.

(43) 速記録（三）三二頁。

(44) 現在のフランスでも、一九七九年三月二八日のデクレを経て、一九八一年五月二二日のデクレを受けたフランス新民訴訟法典（二一六五条三項に、占有訴訟の証拠調べは本権に関するものを対象にできない旨の規定がある。

(45) 速記録（三）二二頁。

(46) 三ヶ月・前掲四五頁が、二〇二条を「議長のかかり強引な議事整理によつて」削除を免れた「人為的な記念物」、と断ずるのはかなり恣意的な速記録の読み方ではないか。現に、その後の整理会では二〇二条削除論は議にのぼらず、議会では削除案が否決されている（広中・前掲書注（15）（三二六頁））のであるから、起草者の考へた意図は（当初の目論見全体ではなかつたとしても）立法として二〇二条の中に残つたものと考えねばならない。ちなみに、三ヶ月・前掲四四頁が、現行民法草案二〇二条二項から、フランス流の「判事ハ」といふ文言が削られた理由を、ドイツ式民事訴訟への転換といふ文脈の中で把握しているのも、疑問がある。この「判事ハ」といふ文言は、既にずっとその以前、旧民法の草案（七一八条二項）の審議の段階で、削つても意味が分る、とか、訴訟法ならば宜しいが民法では如何なものか、といふ理由で、削除が議論されており、再調査にまわされているのである。法律取調委員會・民法草案第二編財産ノ部第一六回議事筆記（日本近代立法資料叢書8・昭六二（一五二頁以下））。ただ再調査案議事の席では、「先づ斯ウ云モノデシヨウ」「宜シウ御座イマシヨウ」と簡単に原案に決したので、旧民法二〇七条二項にそのまま「判事ハ」と残つていたのである（法律取調委員會・民法草案財産編再調査案第五回議事筆記（日本近代立法資料叢書11・昭六三（一〇六頁以下））。そ

してまた、その旧二〇七条二項を継いだ現行民法草案二〇二条二項の法典調査会審議における「判事ハ」の削除論に、右以上の理由は何も現れていないのである（速記録（三）一一頁）。

(47) Vgl. BGHZ 53, 166/169, BGHZ 73, 355/358, USW.

第二節 民法二〇二条の読み換え作業の検証

非常によく典拠とされる三ヶ月教授の論文『占有訴訟の現代的意義』（前節注（30）掲記は、民法学者にも大きな影響を与えたようである。二〇二条の歴史的沿革を比較法的・系譜的に明らかにした労作であるこの論文では、新訴訟物理論には「占有ノ訴権」が「本権ノ訴権」と別物であると読まれる二〇二条が剣が峰であったため、同条一項は単に「占有に基づく請求権」と「本権に基づく請求権」が別であるという趣旨に読まなければならない、ということに主眼がおかれた。この点は、立法当初とは別に、特殊訴訟としての手続的手当がなくなってしまう今、実体法上の規定であることを考えて、現在ではそのように考えることも首肯されうる。現に多数の民法の教科書は、占有訴権でなく占有保護請求権という用語を用いるものもあるし、⁽⁴⁸⁾ 法文に従い「占有訴権」という言葉を用いる場合も一種の物権的請求権として「占有に基づく請求権」と称する方が妥当である、という留保を付するのである。しかしながら、同教授が、訴権法的構成からの脱却を強調するあまり、起草者が希求した占有訴訟の迅速の要請までも完全に抹殺し、二〇二条二項をほとんど無価値な規定と読み換えてしまったことは、行きすぎた面があったといわざるをえないように思われる。

教授は次のように述べる⁽⁴⁹⁾（傍点筆者、以下同じ）。「嘗つて占有訴訟によってでなければ果されなかつた機能の相当

部分は、より迅速、より簡便な仮処分制度によって一〇〇%まかなわれうる。こうしたところで占有訴訟の特異性を如何に強調しても、それは遂に仮処分に対立する本案訴訟にすぎぬものである以上、到底仮処分程の迅速簡易性を自らのものとはなしえぬのである。それであるとすれば占有訴訟の簡易迅速な解決を如何に主観的に希望しても、一面において訴訟制度全般の中のバランスの考慮から限度があるうし、又事実、現行訴訟制度はそうした必要性を承認していないのである。逆に仮処分制度の定着という制度的現実を無視して占有訴訟の特異性を説き続けることは現在ではあまり意味がないといわざるをえない」と。

まず「相当部分」という表現であるが、教授においては、ほぼ九分九厘というもののようである。それが仮処分制度によって本当にまかなわれているのか。教授は「まかなわれうる」というが、現にまかなわれていなければ、架空の事実で現実の制度を骨抜きにする論となりかねないであろう。また、かりにまかなわれていても、それ故に立法者が要請したことを無意味と決めつけることにも躊躇される。仮処分制度ほどの迅速性は確かに手続上の違いから、可能ではないとはいえる。しかし、後述するドイツ法のように占有保護の本案訴訟自体が(制度保障の欠缺にもかかわらず現実の運用として)迅速に行われることは不可能ではないし、本案訴訟によることのメリットもあるのではないか。仮処分制度については、考察対象が大きいので章を改めて論ずることにする。

次に、「訴訟制度全般のバランスの考慮」に注を付してレントの物権法 (*Lent, Sachenrecht, 5. Aufl. S.26*) の教科書を示唆として掲げている。すなわち「現実提起される占有訴訟の数からみれば、占有請求権の実際の意義は誠に少い。それは実際は、単なる仮の規制に止まるものであるし終局的解決は結局は本権訴訟でもたらされるものであるから、占有訴訟を行おうという志向は強いものではない。占有訴訟も単に仮の規制に関するものであるのだ

るから、実は民訴による仮の地位を定める仮処分という、より迅速な又より廉価な方法が、占有訴訟と重なり合っているのである。」という部分を引用する。しかし、これはミスリードの危険の大きい引用であつたといえる。何故なら、さらに次のような記述が続くのである。すなわち「しかし、我々は、それ故に占有保護の法的規整が實際的意義がないと考へてはならない。というのは、まさにそうした法的規整によつてもたらされ、かつ保護されている自救行為の抑制が、全市民の意識の中に非常に深く浸透し、その結果不法の私力の事件数が非常に縮減されているからである。この点で我々は占有保護の法的規整の非常に強い効果をみとめることができるのである」と。これは現在 *Lent* の教科書を引き継いだ *Schwab* 及び *Pritting* の改訂版⁵⁰でも変りなく記述されている。こゝでいう占有保護の法的規整は、前述したとおり、判例も含めて一般的に、侵害された占有状態の「迅速な回復」を意味するのであつて、特に B G B 八六四条二項をもつドイツでは、占有保護の訴えが本権に引きずられて遲滞されては（占有保護請求権の消滅により）抑制的效果など期待すべくもなくなつてしまふのである。その意味で、占有訴訟の迅速性が仮処分制度と競合することをもつて、占有訴訟の迅速を抹殺するのは、少なくともドイツ法の示唆を受けたものとはいえないこととならう。

さらに、三ヶ月教授は次のように憶測される。「日本のように占有訴訟について何等迅速の配慮を示していないところで、とくに占有だけを主張してわざわざ通常訴訟としての占有訴訟を起してくる——第三者異議や仮処分の本案としてではなく——場合は、むしろ動機は他にありはしないかと一応疑つてみるというふうになるのではないかと思われるし、それも無理からぬことのように感じられる」と。こうした憶測は、確かに現在の実務を見る限り、無理からぬことかもしれない。しかし、実は、立法者の意図に反し占有訴訟について何等迅速の配慮を示さないよ

うにみえる、実務の現状の方に問題があるともいえるのであって、現在の日本法が三ヶ月教授のいわれる如くドイツ法的思惟に彩られたものならば、少なくともドイツ的な配慮(この点は後に再説)はされてしかるべきであろう。そしてまた、こうした憶測の誤りは、次のように指摘されよう。まず、仮処分を使う使わないは当事者の自由であることは当然であり(本案によることのメリットも考えられよう。後に再説)、仮にことさら本権者を害しようという意図の訴え提起ならば、通常の濫訴者の問題と同じであって何も占有の訴えに限らない。また、占有だけを主張するという点に由来する前述の憶測もまた、次のことから誤りであることがわかる。すなわち、この憶測は占有権にかつて認められていた原則〈*dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est*〉(再び直ちに返還しなければならぬ物の引渡しを請求する者は、悪意をもって請求しているのである)⁽⁵¹⁾と同一であるが、しかし、この原則はとうの昔に破られ、本権者の望ましからぬ自救行為を抑制することは民法上確立されているのである。⁽⁵²⁾ そもそも、占有保護請求権は本権者が不法の私力を行使したからこそ発生したのだということを念頭におくべきであろう(不法の私力のないのに占有訴権を持ち出す場合はそもそも占有の訴えの成立以前の問題であるし、それならばむしろ占有訴訟の審理を迅速に行い、占有保護請求権が原告にないことを迅速に確定した方が本権者にもメリットが大きいともいえよう)。そこで民法の認める占有保護請求権を訴訟で主張すると「悪意」を憶測されるといふならば、よほどそちらの方が、本権者の不法の私力行使を結果的に認めさせようとする暗黙の「悪意」を感じざるをえない。

以上のように、二〇二条の歴史的沿革を起草者の見解やドイツ法から再検証するとき、三ヶ月教授の非常に高名な論文にも、再考を要する点があったといわざるをえない。そうした点をふまえた上でそれに立脚して、具体的な

「本権反訴」の問題の考察に移ることにする。

(48) 広中・前掲書注(15)三三三頁。

(49) 三ヶ月・前掲注(30)六三、六四頁。

(50) *Schwab*, Sachenrecht 22. Aufl. 1989, S.42, *Schwab-Pritting*, Sachenrecht 24. Aufl. 1993, S.50.

(51) Vgl. *Lieberwirth*, Lateinische Fachausdrücke im Recht 2. Aufl. 1988, S.98.

(52) Vgl. *Lobau*, aaO. (Fn.2) S.125, *Schwab-Pritting*, Sachenrecht 23. Aufl. 1991, S.42.

第三節 占有に基づく訴に対する本権に基づく反訴の適法性

1 日本における判例・学説の展開

占有に基づく訴え(possessorische Klage)に対し、本権(占有をなす権利 *Recht zum Besitz*)に基づく反訴(*petitorische Widerklage*)の提起が許容されるか、という問題について、まず、日本の判決例を追ってみる。

(A) 高松高判昭和二六年三月二四日(下民集二卷三号四二九頁) *反訴不適法

〔事実の概要〕 占有本訴原告は、昭和一六年訴外人から存続期間二〇年でA漁場の漁業権を賃借し引渡しを受けて、同漁場に定置網を設置しこれを使用占有してきたところ、昭和二一年四月、原告の意思に基づかず、被告がA漁場に突如定置網を設置し、原告の占有を侵奪妨害したため、占有権に基づき、被告に対し、右定置網の撤去および将来同漁場内に立ち入って漁業をしてはならない旨の差止めおよび損害賠償を求める訴えを提起した。これに対して被告は、昭和二〇年右訴外人から、A漁場における漁業権の譲渡を受け、昭和二一年三月移転登録

を受けたから、たとえ原告が右訴外人から本件漁業権を賃借していたとしてもその登録を経ていないのだからこれをもって被告に対抗しえないと抗弁するとともに、さらに占有本訴原告に対して、右漁業権取得に基づき原告の本件漁場に設置した定置網等の撤去ならびに同漁場に立ち入って漁業をすることの禁止および損害賠償を求める反訴を提起した。

〔判旨〕 まず占有本訴に対する被告の抗弁を、民法二〇二条二項に従って排斥した上で、反訴について次のように判示した。「被告の反訴について審案するに占有の訴に対し防禦方法として本権に関する主張を為し得ないことは前説示のとおりであるから、これと牽連する本権上の反訴を提起することは許されないものといわなければならない。」

（B） 大阪高判昭和二九年三月四日（下民集五卷二号二八七頁）*反訴適法

〔事実の概要〕 占有本訴原告は、訴外賃貸人甲から本件家屋を全部賃借した上で右賃貸人甲の承諾のもと、訴外乙に二階の洋室三間を転貸していた。被告（夫婦）は、昭和二三年訴外甲から本件家屋を買受け所有権移転登記も經由し、本件家屋賃貸人としての地位を承継して、自己使用の必要に基づき原告に賃貸借契約の解約と本件家屋貸間の明渡しを求めた。しかし原告が応じなかったため、別に家屋を用意して転借人乙にこれを提供、それと引き替えに本件居室に入居することを乙と合意し、乙と入れ換えに平穩に本件居室に入居した。原告は、被告に対し、被告による本件居室の占有侵奪を主張して本件居室につき占有回収の訴えを提起した。それに対し、被告は占有侵奪を否認した上で、本件家屋全部の賃借権消滅の確認および明渡しを求める反訴を提起した。原告は控訴審になって、反訴の不適法却下を主張した。

〔判旨〕 まず、占有侵奪は、直接占有者の意思によつていたか否かにかかつており、間接占有者の意思に反すると否とは問わないので、本件では直接占有者の完全な合意により居室を明け渡された以上、占有侵奪はなかつたとして、占有本訴を棄却した。そして、反訴につき次のように判示した。「占有の訴については本権に関する理由に基いて之を裁判することを得ないから本権上の理由を攻撃又は防禦の方法として主張することを得ないが反訴は本訴である占有の訴に対する防禦方法ではなく、独立の攻撃（請求）そのものであるから、占有の訴に対し本権上の理由に基づく反訴を提起することは何等妨げないこと占有の訴につき本権上の理由に基づく請求を併合することを禁じないのと同様である。而して控訴人が被控訴人等に対し本件居室につき占有回収の本訴を起したのに対し被控訴人（本訴被告）は占有侵奪の事実を否認した上、右居室を含む本件家屋賃貸借約申入に基づく賃貸借終了確認乃至目的物返還請求の反訴を提起したものであるから、反訴の目的である請求が本訴の防禦方法に牽連することは認められないが、それが本訴の目的である請求に牽連するものと解すべきであるから被控訴人の本件反訴は何等不適法のものではない。」

（C） 東京高判昭和三三年六月一日（下民集九卷六号一〇五四頁） *反訴適法

〔事実の概要〕 占有本訴原告は、本件建物を被告に賃貸していたが、訴外人の居住する右建物の一部（三部屋）の明渡し請求事件の執行力ある和解調書に基づき明渡しの強制執行をなし、執行を完了して即時に原告が右三室を占有するに至つたところ、執行吏が立ち去ると直ちに、被告はその長男他一名と共に原告や執行に居あわせた弁護士の制止もきかず暴力を振るつて、右三室に動産を搬入した上、施錠して、使用侵入不可の貼り紙を施した。原告は、この占有侵奪に基づき占有回収の訴えを提起し、被告は和解契約違反と賃借権を有する旨抗弁し、和解

解除に基づく賃貸借契約存在の確認を求める反訴を提起した。

〔判旨〕 まず、被告の抗弁を本権に基づくものとして排斥し、占有本訴を認容した。次に反訴の適法性については、次のように判示した（反訴請求自体は理由なしとして棄却した）。「被控訴人（占有本訴原告）は、防禦方法として本権に基づく反訴は許されないと主張するが、反訴は独立の請求であって防禦方法ではない。占有の訴と本権の訴とは、本質的にその基礎を異にし目的を別にするので、占有の訴を裁判するに当たっては、本権に関する理由によることができただけであって、併合が禁じられるわけでもないから、占有の訴に対して起された本権に関する反訴もそれだけで不適法と云うことはできない。」

（D） 最一判昭和四〇年三月四日（民集一九卷二号一九七頁） *反訴適法

〔事実の概要〕 訴外Aは本件土地を所有していたが、昭和三二年四月一日訴外Bに売却し、次にBはこれを四月一八日占有本訴被告に売却した。同日この三者は所有権移転登記手続を中間省略でなす旨を合意したが、翌日は書類の不備で登記に至らなかった。被告は既に五万円を支払っていたが、登記未了のため残代金の支払いをしなかったところ、Bは金員を必要とする緊急な事情に迫られたため、登記の早急な実現・売買代金の早急な入手を期待できないものと考え、被告に受領済の五万円の返還ならびに売買契約の解消を申し出、四月二一日頃A・B間の売買契約を合意解除して、相互の有する建物を交換して差額分をAがBに支払うものとし、Aは本件土地を占有本訴原告に売り渡してその売却代金を右差額分にあてた。この間に、被告はBに前渡金五万円の倍額返還を求めて売買契約解除の申し出に応ぜず、同年七月九日移転登記を完了し、同日Bに対し残代金を支払った。他方、原告はAから同年一月二一日本件土地の引渡しを受け、翌二二日自己所有の建物を移築して補修工事を

行なつた。その工事の際、被告は暴力団員風の男を含む二名を伴い、現場に至り、原告の夫に対し、建物を取り片付けるよう申し向け、応じなければ右建物撤去のため暴力を行使するかもしれぬような氣勢を示したため、原告の夫はことを荒立てぬため、被告等の言い分をのんだ誓約書をしたためてその場をおさめたが、その実全く右誓約書の趣旨を実行する意思がなかった。その後被告は右同様再三原告に退去を迫つたので、原告は被告に対し、立入禁止等の仮処分を申請し、同月二十七日「被控訴人（本訴被告）は自ら又は第三者をして本件土地に立入り又は右土地について控訴人（本訴原告）の占有を妨害するような行為をしてはならない」旨の判決を執行された。そして、原告は本訴において、「被告は原告の占有を妨害してはならない」旨の判決を求める占有保持の訴えを提起した。これに対し、被告は、反訴を起こして本件土地の自己の所有権に基づき建物収去土地明渡しを求めた。原告は本案前の抗弁として、反訴の却下を求めた。

一審は、原告の占有が現在妨害されていないとして本訴請求を棄却し、他方、反訴に対する本案前の抗弁につき「法律上占有の訴は本権に関する理由にもとづいて裁判をすることができないという制限が存するだけで、占有の訴につき本権に基づく反訴の提起を禁ずる趣旨の規定は存しないから」としてこれを採用せず、本件では登記を有する被告の所有権取得は原告に優先するとして、反訴請求を認容した。

二審は、反訴請求を認容するとともに、一審で棄却された本訴請求をも「控訴人（本訴原告）が被控訴人（本訴被告）から暴力を以て右移築建物を撤去し以て右土地の占有を妨害される恐れある事態が現に存するものと認めらるの外なく控訴人が前記のとおり本件土地を占有している以上、この占有権に基づき予め右妨害を阻止し以て控訴人の右土地の占有保全を求める本訴請求は正当」として認容した（なお原告の称する占有保持の訴えは、請求の趣

旨及び弁論の全趣旨から占有保全の訴えと解さねばならない、としている。原告は、控訴では反訴に関する本案前の抗弁を撤回していたが、上告の際、理由として、事実認定に関するもののほか、占有の訴えに対し本権に基づく反訴の提起は牽連性を欠き、反訴の性質から反訴は不適法で民法二〇二条二項に違背する旨を主張している。

〔判旨〕 上告棄却。「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ければ、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えにおける請求と対比すれば、牽連性がないとはいえない。」

(E) 東京地判昭和四五年四月一六日(下民集二二卷三・四号五九六頁) * (反訴適法が前提)

〔事実の概要〕 占有本訴原告は、本訴被告の有するマーケット(魚屋・八百屋等七軒で構成)の一部である本件店舗を食肉販売のため賃借していた。その賃貸借契約には、マーケットの一部店舗の長期休業は顧客の不便から他の店舗の売り上げにも影響を及ぼすとして、賃借人が賃貸人に無断で休業したときは契約を解除できる旨の特約が付されていた。原告は、本件店舗の従業員が二名退職したため、補充がつくまで本件店舗を休業することを被告に申し入れたが、被告はこれに明確な承諾を与えずにいた。被告は昭和四二年九月一八日に原告に対し本件店舗の営業再開を求めたが、(他に二軒店舗を有し十数名の従業員を擁する原告は営業再開の申し入れに応ずることは可能と認められるにもかかわらず)原告が営業再開をしなかったため、同年一〇月一日に被告は原告の占有を奪って明渡しを断行し、同年一〇月三日に原告に対し契約解除の意思表示をした。そこで、原告は、被告に対し本訴たる占有回復の訴えを提起し、予備的に、仮に右店舗の引渡しが不能のときは一定額の損害賠償を支払うよう求めた。

これに対して本訴被告は、本訴原告に対し、所有権と賃貸借終了に基づき目的物引渡しを求める反訴を提起した。
「判旨」 まず、昭和四二年一〇月三日頃の本件店舗についての賃貸借契約の終了を認定した。そして「原告の本訴第一次請求中本件店舗の引渡しを求める部分は正当であるがその余の部分は理由がなく（本訴第二次請求は、右本件店舗の引渡し請求が理由がないことを条件とするものであるから判断の限りでない）、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。」なお、仮執行の宣言については、本訴、反訴とも必要性がないからこれを付さないこととする。」

以上、（E）判決例を除く）判決例からうかがえる反訴適法・不適法の理由付けは次の諸点にまとめられる。

《反訴不適法論》

〔A〕占有の訴えに対し防禦方法として本権に関する主張はなしえないから、そのような防禦方法と牽連する本権上の反訴の提起は許されないこと。

《反訴適法論》

- ① 反訴は防禦方法ではなく独立の攻撃、独立の訴えであるから民法二〇二条二項の文言に反しないこと。
- ② 占有の訴えと本権の訴えの併合を禁じる明文規定がないこと。
- ③ 本権反訴は、占有本訴の請求と牽連性が認められ、民訴法二二九条の要件を満たすこと。

次に、日本の学説の状況を通観してみる。日本では、古くはほとんどこの問題について論じられていなかったが、前記（D）の最高裁判決に関して多くの判例批評が公にされた。その大半は、反訴適法論である。

《島田説》

おそらくこの問題について本格的に論じた最初の論説が、島田礼介「民法二〇二条の一考察」⁵³であり、本権反訴不適法論である。その根拠とするところは、次のようである。二〇二条はただ単に占有の訴えと本権の訴えの切斷を明らかにするに止まらず、あわせて占有の訴えを迅速に解決（審理・判決・執行）せんとする趣旨をも規定したものである。しかるに本権反訴を許容したときは、本権に関する審理に相当な日時を要し、物に対する事実的支配とその侵害の事実のみを証明すれば容易に判決に熟する占有の訴えが、本権の反訴に引きずられて解決を遅延させられる恐れがある、と。特に、島田判事はドイツ民法八六四条二項と同趣旨の解釈論を導入するので、本訴と反訴が同時に認容判決の言渡しをうけた場合、占有の勝訴判決は、確定となって執行可能となるや、即時に当該判決に表示された請求権が消滅したものととして請求異議の訴えの対象とされることがあり、これでは本権の訴えと別個に占有の訴えを認め独自の地位を与えた民法の趣旨を全く没却する、と主張される。そして、占有の訴えの審理遅延の恐れに対しては本訴と反訴を分離すれば済むという反論に対して、初めから分離を予定し、かつ分離することによつてのみ正当化されるような反訴を認めることは、理論的に不都合であるし実際のにも意味がない、とされる。

《三ヶ月説》

三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義」⁵⁴は、もちろん、反訴適法論である。第一に、訴訟法上これを禁止する規定が

ないことを理由として掲げる。第二に、そもそも二〇二条は本権に基づく請求権と占有に基づく請求権が性質上別個であることを表現したにすぎないとし、第三に、占有訴訟の迅速性の要請はいくら主観的に要求しても仮処分という、より迅速簡便な制度の前には意義は薄いとみ、本権の主張とぶつかれば占有訴訟の機能的意味は消滅するとして、本権請求と占有保護請求の両すくみでもやむなしとされる。もっとも、両すくみでも、占有訴訟の方を却下する、というような解決には躊躇され、和解の勧告や、占有訴訟被告に物の返還を命じ、本権反訴原告には引換給付判決を与える（これはまさに前掲（E）判決の対処方式であった）といったことを主張される。

*教科書・コンメンタールでは、反訴適法論が多数説である。⁽⁵⁵⁾ これらの中には前記以外の適法論の根拠付けは見あたらないようである。

*判例批評⁽⁵⁶⁾では、反訴適法・不適法論の根拠として次のものが前記に加わる。

《反訴適法論・続》

① 反訴を許さなくても別訴の提起は認められる。本権の反訴を拒否して本件についての争いを別訴によられば、同一目的物をめぐる数個の訴訟が併行することになって訴訟経済にも反し、関連する紛争を一個の訴訟で解決する利益を捨てることになる。⁽⁵⁷⁾

②（島田論文の弁論分離論についての批判に対し）場合によっては本権の存否について当事者間にさして争いがなく、

あるいは決定的な証拠が存するという事情から、本権の反訴についての併合審理が、それほど占有訴訟を遅延させないこともありうる。従って本権の反訴を許した上で、もし迅速な保護を与えられるべき占有権者の利益を害すると認められる場合には、本訴と反訴の弁論を分離し、占有本訴についての判決を急げば（一部判決の可能性）、本権反訴を一般的に拒否するよりも、より妥当な結果を導くことができる。⁽⁵⁸⁾

⑤ 仮処分制度が完備し、機能しているところでは、被侵害者に目的物を一旦取り戻すのは仮処分によりうるので、反訴を否定する必要はない。⁽⁵⁹⁾

⑥ 本権反訴について請求を認容する判決が下されるとしても、本権者側の違法な侵害の不当を宣言し続けるという意味で、決して占有の本訴に関する認容判決は全く無意義にはならない。⁽⁶⁰⁾

《反訴不適法論・続》

⑦ 自力救済禁止の趣旨の具体化のために、自力救済者に対する制裁として、目的物が占有者の手許に留まる期間がより長くなる可能性が大きい反訴否定論の方が好ましい。しかも、仮処分では、占有者の仮処分が常に認められこれに対する侵害者の異議が常に否定されるとは限らないために、仮処分があるが故に自力救済の禁止の趣旨が充分実現されるとはいえない。⁽⁶¹⁾

⑧ あるべき権利関係とは別個に、侵害行為の不当なるが故に現状を回復できることに占有の訴えの本質があるのであって、侵害の不当性を宣明するだけの占有認容判決など、占有の訴えの本質からすれば、やはり無意義に帰してしまっているといわざるをえない。本権者は実力で物を奪い、後に反訴を提起すれば占有制度の機能を減殺で

きる、というのでは、それはもはや占有の訴えでなくなるに等しい。⁽⁶²⁾

この他、反訴不適法論のB)に対し、反訴適法論の側から、自力救済禁止の趣旨は占有本訴原告に本権と無関係に一度目的物の占有を回復する点で活かされるのであって、その回復している時間の長短ではない、⁽⁶³⁾という反論がなされており、また、わが国では自力救済の禁止が強調されすぎており、もう少しこれを緩和すべきであって、反訴も適法視されてよいという見解も現れている。極端なものとしては、自力救済禁止の趣旨を目的物の回復にみたところで、返してもらったものを即座にまた返すというのでは理論倒れだとして、非本権者对本権者の場合では二〇二条二項は適用がなく、占有の訴えに対し防御方法として本権の主張をなすことも許される、とする見解もあるが、⁽⁶⁵⁾これはあまりにも法の趣旨を逸脱するものであって、到底成立する解釈論ではあるまい。

また、占有訴訟を特別訴訟とするフランス法のような解決を立法論的には望ましいとしつつ、自力救済禁止の趣旨や、占有訴訟の保全的役割(特に、共有関係における保存行為としての占有訴訟、を強調する)、フランス法との解釈の差から生まれた債権的利用関係における占有訴訟の保護領域の拡大等に、占有訴訟の積極的な意味を与えて反訴不適法論を説く立場⁽⁶⁶⁾も存する。

ところで、看過すべきでない指摘として、(A)判決の用いた不適法論論拠A)について、防禦方法とのみの牽連を問題としたところに欠陥があると指摘し、確かに相殺禁止債権を訴求する反訴は、反訴の形式的要件(防禦方法との牽連)は満たしても、この反対権(Gegenanspruch)の主張は(訴訟法上はもちろん)実体法上抗弁として適法に提出できないものであるから反訴は認められない。しかし、占有本訴に対する本権反訴については、(単に反訴は抗弁でな

く本訴とは別個独立の新たな訴えの提起であるという形式的根拠のみならず）反対権の主張が本訴請求と牽連する点に、許容根拠を見い出すべきだとする見解⁶⁷がある。この見解は、後に（本章本節3）再検討する。

さらに、この問題について近時、有力な不適法論が発表されている。

《木川説》

木川統一郎「占有保護の訴と本権に基づく反訴」⁶⁸は、比較法的にドイツ法を概観して、反訴不適法論と反訴適法論を総括したのち、次のような反訴不適法論を展開される。

第一に、民事訴訟法二二九条の反訴の要件にいう牽連性は、適法なものである（その趣旨は反訴と本訴と一緒に審理して一挙に双方の請求について判決できるような関係にあること）必要があり、抗弁として不適法である相殺禁止債権を訴訟物として反訴を提起することが不適法なと同様、本権反訴の場合も二〇二条二項が抗弁性を否定しているの
であるから牽連性を不適法ならしめる。

第二に、適法論⁶⁹に対しては、まず一部判決が実務上活用されていないことをあげる。現在の日本の実務状況は、たとえ一部判決をする状態に到達していても、全部の請求を隅々まで調べて攻撃防禦の尽きた段階で一挙に全体について判決する。占有訴訟と本権訴訟を一緒に審理しても、二〇二条二項で、本権に基づく請求は本訴に対して抗弁性をもたないものであるから、本権の資料は占有保護訴訟には一切使えないにもかかわらず、占有保護請求と本権請求を一緒に審理・判決するのである。弁論分離も裁判所の裁量が働く規定であって、占有保護訴訟の迅速性を保障するには不十分である。占有本訴と本権反訴が同一の手続で一緒に審理される場合には訴訟準備も広範におよび、

訴訟準備の角度から占有本訴が遅延させられるという面も見逃せない。にもかかわらず、本権反訴を認めれば、通常は概ね一回の期日で証拠調べが完了するはず(本権のほうが先に結論が出るとか、占有侵奪の存在に結論が出る方が難しいなど)という場合は、稀有である)の占有訴訟が、通常は相当の日時を要する本権の反訴に完全に引きずられてしまう。こうしたことは占有保護の簡易迅速性からみて不適當であつて、やはり反訴は不適法とされねばならない、とする。

ここから新たに次の不適法論の論拠を抽出できる。

《反訴不適法論・続》

[D] (適法論^⑤に対し) 日本では、一部判決が活用されておらず、弁論分離も裁判所の裁量によるので、占有訴訟の迅速性を保障しない。

[E] 本権反訴を許すと実務的に訴訟準備が広範になり、占有訴訟はさらに遅延する。

(53) 島田礼介「民法二〇二条の一考察——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『民事法特殊問題の研究』七頁以下。

(54) 三ヶ月・前掲注(30)五三三、五九頁以下。なお教授はこの中で、ドイツでは反訴適法説で学説・判例が帰一しているとみてよいとされるが、少なくとも学説上はそうとはいえない(後述)。

(55) 末弘巖太郎『物権法 上』(昭一〇)二九三頁、鈴木祿弥『物権法講義(三訂版)』(昭六一)五六頁、前掲注(35)注釈民法(7)一九七・一九八頁、広中・前掲書注(15)三六七頁、岩松Ⅱ兼子編『法律実務講座民事訴訟編』2巻(昭三四)一八七頁、中野Ⅱ松浦Ⅱ

鈴木編『民事訴訟法講義（補訂第二版）』（昭六一）五〇九頁、新堂幸司『民事訴訟法（第二版補正版）』（平三）四六五頁ほか。これに対し、教科書では僅かに星野・前掲書注35）一〇二頁が、本権者の自力救済を認める結果になることに疑問を呈する（同旨、星野・法学二九卷二号（昭四〇）二三七頁書評）。

(56) 前掲(D) 判決の賛成評釈として、伊東乾・判例評論八三三号（判例時報四一六号）（昭四〇）一六頁、上村明広・岡山大学法経学会雑誌一五卷三号（昭四〇）九二頁、青山善充・民法の争点（昭五三）一三二頁、八木良夫・法学研究四〇卷四号（昭四二）五二五頁、広中・民事訴訟法判例百選（二版）昭五七）一四〇頁、中野貞一郎「反訴」判例演習講座民事訴訟法（小室編）昭四八）二八七頁。反対評釈として、星野・法学協会雑誌八二卷六号（昭四二）七八二頁（占有保全の訴えに限り反訴を許す）、船越隆司・続民事訴訟法判例百選（昭四七）一〇六頁。賛否を明確にしないものとして、島田・民法判例百選Ⅰ（二版）昭五七）一五四頁、奥田・前掲注27）、大村敦志・民事訴訟法判例百選Ⅰ（平四）一六五頁。解説として、森綱郎・法曹時報一七卷六号（昭四〇）五四頁。また、前掲(E) 判決の評釈として、石川明・ジュリスト四八二号（昭和四五年重要判例解説）昭四六）一一八頁。この中で石川教授は、前掲(E) 判決に賛成される。

(57) 中野・前掲一九三頁。

(58) 中野・前掲一九三頁。まことにともな見解であるが、他の反訴適法論者はむしろ遅延やむなし、と考えているようである。例えば、青山・前掲一三六頁など。

(59) 星野・前掲評釈注(56)七八八頁参照（三ヶ月教授の意見という）。

(60) 伊東・前掲一四三頁、奥田・前掲注(27)一一四頁。広中・前掲書注(15)三一九頁はそうした意義を認めつつもここでの「意義」は本来国家対個人の関係で発動されるサンクション（刑法・刑訴法・警察官職務執行法五条）の中にむしろ見いだすべき、とする。

(61) 星野・前掲評釈注(56)七八九頁以下。

(62) 船越・前掲一〇七頁。

(63) 石川・前掲二二〇頁。ただし、反訴を認めれば、現状では占有本訴と本権反訴が一つの判決で認容されることがあるのは不適法論のいうとおりであり、そうした「両すくみ」の場合、占有者に強制執行によって従前の占有が回復されない可能性もある。そうした場合にはこの反論は成り立たないのではないか。

(64) 米倉明「自力救済」法学教室一七号（昭五七）二三頁。なお同三〇頁では「コストダウン」の考慮も見逃すべきではないという。

(65) 三谷忠之「本権の訴と占有の訴の関係 民法二〇二条解釈試論」大阪経法大法学論集一号(昭五二)一四三頁以下。

(66) 若林安雄「本権の訴と占有の訴——日本法の場合——」判例タイムズ三五五号(昭五二)五〇頁。

(67) 赤坂・前掲注(20)八一頁以下。

(68) 木川統一郎「占有保護の訴と本権に基づく反訴」『民事訴訟法重要問題講義・中』(平四)三四八頁以下。

2 ドイツにおける判例・学説の展開

次に、日本法と同じく、占有保護に関して特別訴訟制度をとらないドイツ法での(占有保護に関する限りで)主要な判決例・学説の展開を追ってみる。日本法よりかなり古くからこの問題は意識的に論じられているが、反訴に関する規定のし方の違い、日本法にない民法上の規定の存在などから、日本とは問題処理の論議に差異があり、興味深い理論展開がなされている。ドイツでも反訴適法論が多数であり、連邦最高裁(BGH)の判例も反訴適法論をとっているが、不適法論も依然として有力である。

* なお、以下の記述に関連するいくつかの規定を、参考のため次に掲げておく。

BGB⁽⁶⁹⁾(民法) 八六三条

第八六一條(占有侵奪に基づく占有回収請求権)、第八六二條(占有妨害に基づく占有保持請求権、引続きの妨害の恐れに基づく占有保全請求権)に定めたる請求権に対しては、占有または妨害行為をなす権利をもって対抗することをえない。ただし占有の侵奪または妨害が不法の私力でないことの主張の理由とするときはこの限りでない。

BGB 八六四條

①第八六一條、第八六二條により生じた請求権は、不法の私力行使の時より一年を経過したとき消滅する。ただし、その以前に裁判

上これを行使したときはこの限りでない。

②不法の私力行使後、確定判決によって、加害者が、その加害行為に相当する占有状態の回復を請求することができる物の上の権利を有することが確定したときもまた同じ。

ZPO（民事訴訟法）三三条《反訴の特別裁判籍》（二項略）

①反対請求が訴えをもつて主張された請求またはこの請求のために提出された防禦方法と関連するときは、本訴の係属している裁判所に反訴を提起することができる。

ZPO一四五条《弁論の分離》（三項略）

①裁判所は、一個の訴えをもつて提起した複数の請求を分離した訴えにおいて弁論すべき旨命じることができる。

②被告が反訴を提起したが、反対請求が訴えをもつて主張された請求と法的関連がないときもまた同じである。

ZPO三〇一条《一部判決》

①一個の訴えにおいて主張した数個の請求中の一つのみ、もしくは一個の請求の一部のみが裁判に熟するとき、または反訴が提起された場合で、本訴もしくは反訴のみが裁判に熟するときは、裁判所は終局判決（一部判決）をもつて裁判しなければならぬ。

②裁判所は事件の状況から相当でないと認めるときは、一部判決をしないことができる。

(a) RG（ライヒ最高裁判所）一九八九年五月二八日第三民事部判決（RGZ 23, 396） * 反訴不適法

「事実の概要」原告は、係争水域の曳網漁業についての占有を認め、この占有への爾後の妨害を中止し、既に

なされた妨害により惹起された損害を賠償することを求めた。それに対し被告は、係争水域において曳網漁業をする排他的権利は被告に帰属すると抗弁し、同時に原告に対して、原告には当該水域での曳網漁業権が帰属しないこと、および当該水域での一切の妨害を中止する義務があることを認める判決を求めて反訴を提起した。

一審・二審では、この反訴は不適法として却下された。

「判決理由の概要」 占有の訴えに対する本権反訴は適法か否かの問題を裁判するためには、ZPO二三二条二項（筆者注・一八九八年削除。占有の訴えと本権の訴えの併合禁止の規定）ではなく、専らZPO三三三條のみが決定的である。この規定がその文言に従って解釈されるならば、提起された反訴は適法であるようにみえる。というのは、占有の確認と妨害に対する保護に向けられた本訴と、排他的権限の確認と同時に反訴被告からの一切の侵害に対する反訴原告の保護を訴求している反訴との間には、訴訟物において牽連性が認められるし、いずれにしても反訴と本訴請求に対して提出された防禦方法との間には牽連性が存するからである。しかし、文言のみに従っている解釈は法的思考ではない。法が、占有本訴に対して不適法な抗弁を、反訴の形で事実上行うことにより適法にするとは考えられないからである。反訴を認めるためには、本訴請求自体、または、本訴に対して提出された適法な防禦方法との法的関連が必要である。こうした解釈からは、反訴と本訴との間には、（両訴は、先決関係でもなく、要件を共通にしてもいないから）法的牽連性がないので、他方また、本権に基づく抗弁は占有の訴えに対しては許されないから、そのような不適法な防禦方法とは法的関連はないので、反訴の不適法却下は適切である。

この後、一九二一年に、*v. Krosigk* による論説が発表されている。⁽¹¹⁾ 其中で防禦として禁じられている主張を反訴の拠り所として用いることができるか、ということが論じられている。この点につき *v. Krosigk* は、ZPO三三三條が単に訴訟上土地管轄だけを規定するものか、反訴の適法性に関する実体的規定でもあるのか、というドイツ特有の議論（日本では民訴二三九條が反訴の適法要件であることに争いはない⁽¹²⁾）から始める。前掲（a）判決は、後者をとり、従って、防禦方法としての本権に基づく抗弁が被告に禁止されているならば、防禦方法としての本権に基づく

反訴もまた禁じられねばならない、という命題がたてられたのである。v. Krosigk はこれに対し、もし反訴の形で本権に基づく抗弁が即座に裁判されねばならないならば（そのとき反訴は本権の訴えを別訴で提起するよりも事実上ずっと強い防禦となる）、抗弁が反訴の形をとることは、法律上の禁止の回避と事実上みなされるべきであって、反訴は不適法と見なされねばならないが、しかし、ZPO 一四五条二項は、本訴に対して提出された防禦方法とのみ牽連性があるような反訴を被告が提起したならば、裁判所は本訴と反訴を別の手続に分離することを命じることができる、としており、もし本権の抗弁が許されていたらそれは本訴の棄却へと導くのに対し、本権の反訴は分離されてしまうことがある以上、防禦の力は抗弁ほど強くなく、せいぜい別訴の提起と同程度の防禦作用を有するにすぎない。従って、本権の別訴が許される以上、本権に基づく反訴を異別に取り扱うべき理由はなく、ZPO 三三条からは、反訴は適法とみなされねばならない、と論するのである。

これに対し翌一九二二年、Reichert が反論している。⁽⁷³⁾ 曰く、第一に、本権請求を別訴によらせることができるからといって、訴訟法上反訴を適法にする根拠にはならない。第二に、v. Krosigk の考えでは、もし弁論の分離がなされなければ、本権反訴は（裁判をなすに熟すれば）一部判決によって不適法却下されなければならないことになる。分離されなければ法律上の禁止の事実上の回避であって不適法だからである。そしてそもそも弁論分離は、訴訟手続の明瞭性（Übersichtlichkeit）が害される危険を回避するものを目的とするものであって、反訴を適法にするものではない、と。

その後、これといった判決は見出せず、⁽⁷⁴⁾ 一九七〇年のBGH判決に至る。

(b) BGH (連邦最高裁判所) 一九七〇年一月二三日第五民事部判決 (BGHZ 53, 166) * 反訴適法

〔事実の概要〕 原告は三二三号地と三二四号地からなる土地の所有者であった(三二四号地は公道沿いにあるが三二三号地は囲繞地である)。隣接する一〇号地は原告の舅の所有で、この土地に建てられた家屋に原告は家族と居住していた。原告は一九五〇年代末、訴外Sに三二四号地を売却し、その際(売却地を真直にするために)原告の舅も自己の土地の一部を譲渡した。ところが、一九六〇年原告の舅は破産に陥り、破産管財人は一〇号地を被告に売却したので、原告とその家族は一〇号地の家屋を明渡し、三二三号地に建てたバラックに移った。三二三号地は囲繞地なので、原告等は訴外Sに売却した土地の境界沿いに被告の土地を通っている三メートル幅の通路を通じて公道に出ることになった。しかし、被告は一九六三年五月一八日に、この通路を被告の土地から仕切る囲いを、訴外Sの土地の方へ移設したので、一メートルすれすれの通路だけが残されることとなった。原告は、占有侵奪および占有妨害に基づく占有保護の訴えを提起し、LG(地裁)は、被告に三メートル幅の通路の侵害を禁じ囲いを元の設置場所に戻すよう命じる一部判決を下し、この一部判決は確定した。これに対し、被告は、本訴原告が被告の土地を原告の土地への通路として用いるのを中止しなければならぬ旨を命じる判決を求めて、反訴を提起した。LGはこの反訴を斥けたが、OLG(上級地裁)は反訴を認容し、原告の上告は奏功しなかった。

〔判決理由の概要〕 控訴審裁判所は、ZPO三三条で要件とされている反訴で主張された被告の請求と本訴請求との牽連性を法的考慮なしに所与のものと思なし、この規定が反訴についての特別裁判籍のみを規定しているのか、さらに反訴の適法性の要件までも規定しているのかという争いのある問題を未解決のままにした。しかし、こうした把握に対する上告人の攻撃はあたらぬ。本訴請求と反訴で主張された請求の牽連性は、原告が通路の

占有の保護を求め、反訴はまさにこの占有の存続に対して向けられていることから明らかであり、本訴請求の一部と反訴の目的との牽連性は法的な性質のものでもあるからである。従って、ZPO三三条の牽連性が事実的な性質のもので足りるかに触れる必要はないのである。そしてまた、ZPO三三条にいわゆる牽連性および反訴の適法性を肯定することは、占有保護請求権(BGB八六一、八六二条)に対しては原則として占有をなす権利または妨害行為をなす権利に基づく何らの抗弁も提出し得ない(BGB八六三条)ということには、矛盾しない。

BGB八六三条は、占有者に、不法の私力または占有妨害により侵害された占有状態の迅速な回復を可能ならしめようとしている。それ故、反訴を認めた上で、占有保護請求権の審理・判決は、まず本権反訴請求について弁論を行い、長時間かかる証拠調べを行うことによって、遅滞せしめられてはならない(筆者註・つまり通常は占有保護請求から弁論・証拠調べを行わねばならないということになろう)。しかしながら反訴を認めても、占有本訴が裁判をなすに熟したら裁判所は、本権反訴も裁判をなすに熟すのを待たずに、本訴に関して一部判決により裁判しなければならぬ(ZPO三〇一条)のであるから、反訴が本訴に関する裁判を遅延させるといふBGB八六三条の趣旨・目的から導き出される疑念は払拭される。LGもまさにそのように行なったのである。そしてまた、本訴被告には、自己の本権を訴えによって無制限に主張していくことは禁じられていない。BGB八六三条による抗弁性の否定はそれをも何も変えるものではない。本権の訴えが裁判をなすに熟したような場合には、相手方は、占有保護請求権についてまだ裁判されていないうちには本権の裁判をなお後回しにする、ということを求める何らの請求権も有しない。従って占有保護の訴えに対する本権反訴は、BGB八六三条に掲げられた範囲内でのみ適法なのではない。

その後、一九七九年二月に至って相ついでBGH（連邦最高裁）の判決が出た。一つは第八民事部、もう一つは第五民事部の判決である。両者とも本権反訴を適法と解し、さらに第八民事部の方は占有本訴と本権反訴が同時に裁判をなすに熟し両方とも理由ありとされる場合には、たとえ本権が確定しなくてもBGB八六四条二項の準用により占有本訴を棄却すべしといひ、第五民事部の方はやはり本訴と反訴が同時に裁判に熟した場合で、本権反訴が適法であり上告審で本権に理由ありとされる（＝本権確定）ならば、本権確定と同時にBGB八六四条二項で占有保護請求権は消滅するのだから、占有保護の訴えが棄却されるべきである、とし、いずれも（若干依拠の仕方は異なるが、日本民法にはない民事判決の構成要件的效果（Tatbestandswirkung）を定めるBGB八六四条二項という規定を用いて）占有本訴の棄却を導いている。従つて、議論の主眼は本権反訴の適否よりも、適法を前提として、本訴反訴が共に理由ありとされた場合の処理の仕方にある。

(c) BGH（連邦最高裁判所）一九七九年二月二日第八民事部判決（BGHZ 73, 335）*反訴適法

〔事実の概要〕原告は、一九七五年一月に博労である被告から一七五〇〇マルクでDuell号という馬を購入した。しかし、原告の主張によれば交換権（Umtauschrecht）は留保し、Duell号に満足しなかったため、一九七六年五月に両者は交渉の結果、被告は原告のもとへDuell号を引き取りに行き、一三五〇〇マルクという価格のFormosa号なる雌馬を吟味のために原告に引き渡した。原告は、Formosa号購入を決め、その旨を書状をもって一九七六年七月五日に被告に通知した。しかるに、被告は交換を認めず、一九七六年七月八日にFormosa号を原

告の了解なしに回収した。これに対して、原告は保管人（Sequester）としての執行官にこの雌馬の引渡しを命ずる仮処分を得た。その間に、雌馬は子馬を生んだ。両当事者は、互いに（被告は控訴審で提起した反訴をもって）執行官を通じての雌馬の引渡しについての相手方の同意を請求した（原告は占有保護請求権と所有権に基づく引渡し請求権をあわせ主張し、被告は本権のみを主張した）。それに加えて、原告は被告に一九七六年七月九日以来の利用補償と子馬の引渡しを請求した。LGは本訴を認容したが、OLGは本訴を棄却し、原告に雌馬の引渡しに同意すべき旨の反訴認容判決を下した。原告の上告は奏功しなかった。

「判決の骨子」 まず、一九七〇年の判決（前掲（b））に賛成して本権反訴を適法とした。そして、その場合、本訴と反訴を両方認容すると、被告も原告も各々が相手方への馬の引渡しに同意しなければならなくなってしまう、それを次のような理由から、BGB八六四条二項の準用によって処理すべしとした原審を支持した。

すなわち、占有保護に関する諸規定は、同時に裁判をなすに熟し本権に基づく反訴が理由あることが明らかになったにもかかわらず、BGB八六一条に基づく回復請求を認容することを裁判所に強制するかどうか、という問題は、BGB八六三条にもBGB八六四条二項においても規定されていない。この法規の欠缺は次の解釈で埋められる。BGB八六三条の抗弁制限（Einwendungsbefreiung）の趣旨は占有者に不法な私力により侵害された占有状態を迅速に回復することを可能ならしめるということであり、占有保護請求権の裁判による実現が、まず本権に関するの弁論や長い証拠調べを行うことによって、遅滞せしめられてはならない。しかし、BGB八六三条という規程は例外のないものではなく、BGB八六四条二項という限界がある。物の上の占有は最終的には反訴原告に帰属するということが裁判所には確立しており、BGB八六四条二項の立法趣旨⁽⁷⁵⁾からしても、事情は

八六四條二項の文言どおりの場合に匹敵する。従って、かかる場合には、本権に基づく反訴請求が認容され、たとえ本権請求が確定していなくとも）BGB八六四條二項の準用によって、占有本訴請求は棄却されるべきである、と。

(d) BGH (連邦最高裁判所) 一九七九年二月二三日第五民事部判決 (NJW 1979, 1359) *反訴適法

〔事実の概要〕 被告は、D道路の下方斜面にある所有地に一九七三～七四年に家屋を建てたが、その際当初の土地を排水路が通ることになった。原告が、被告の照会に対し、被告の排水管が原告の土地を通ることを認める否かにつき最終的な決断を知らせる前に、被告に委託された建設会社は、一九七三年一二月末に、変更された計画(一九七四年一〇月七日建築監督局認可)に沿って排水路を移した。原告は、被告が不法の私力行使したと主張し、被告による排水路の除去と元の状態への回復を請求した。被告は反訴によって、排水路を原告が受忍するよう求めた。LGは反訴請求についての証拠調べに基づき、被告に土地の表面の原状回復をするよう命じ、その他の点では本訴を棄却し、反訴を認容して原告に排水路を受忍するよう命じた。OLGは、被告は不法の私力によって原告の占有を侵害したが、こうした特殊なケースでは、不法に惹起された状態の除去についての原告の利益は、排水路の受忍を求める被告の請求権の後に後退しなければならない(Hessen 相隣権法 Hessisches Nachbarrechtsgesetz 三〇条一項参照)として、LGの判決を支持した。原告の上告は奏功しなかった。

「判決の骨子」 一九七〇年の（b）判決をひきつつ、反訴を適法とし、そして、相隣権法の絡むこのように特別なケースでは、不法に惹起された状態の除去についての原告の利益より、排水路の受忍を求める占有本訴被告の請求権が優先する、とした控訴審判決を支持した。曰く、…ヘッセン相隣権法三〇条一項によれば、被告が排水網への接続をそれによらなければ過度に高いコストでしか行うことができず、その導管権（Leitungrecht）による当該土地への侵害が些細である場合には、原告は、隣人の排水管が自己の土地を通るのを受忍しなければならない。被告の反訴請求はこの要件を充たすので認容される。しかも、上告審でのかかる裁判と同時に、原告は排水路移転を受忍しなければならないことが既判力をもって確定されるのであるから、原告の占有保護請求権は消滅する（BGB八六四条二項）。それによって、上告審裁判所では、控訴審裁判所の本訴についての結論（占有本訴棄却）も結果的に正当化される。もし、本訴と反訴を両方認容すべきとして占有本訴が本権反訴の「論理的瞬間（logische Sekunde）」前に確定したと考えたとしても、被告はZPO七六七、七六九条による請求異議の訴えとそれに伴う執行停止命令という手段で本訴請求の執行を妨げることになろうが、それは占有保護規定の趣旨・目的と調和しない形式的な法律論であらう…と。

なおNJW誌でこの判決に付されたコメントでは、（望ましくならぬFausstechtへの刺激を失わせるため物に対する外形的支配関係を維持することによって法的平和を守ろうとする）占有保護請求権の裁判による実現が、本権に関係する弁論や証拠調べの長時間かかる手続により遅滞されてはならない、という占有保護の根本思想にもかかわらず、本件手続は、LGでは、その前に一部判決によって本訴について裁判するということもなく反訴に関して長時間かけて鑑定人による証拠調べが行われた、ということを批判的に指摘した上で、しかしながら、ここでのように、

今や上告審で本訴と反訴が同時に裁判に熟し、同時に既判力をもって本権に基づく請求権が裁判されるような場合には、判示されたような理由から、BGB八六四条一項が適用され本訴が棄却されるべきである、としている。

次に、これらに対する学説の展開をみてみる。

一九七〇年の(b)判決に関して論説を展開したのはHagen⁽⁷⁶⁾である。Hagenは、反訴の適法性に関してこのBGHの判決に賛成する。そして、次の問題を指摘する。すなわち、例えば占有保護請求権に基づき妨害停止を求める本訴と本権に基づき妨害行為の受忍を求める反訴が同時に認容されるような場合、被告は妨害行為の停止を命じられ、原告は妨害行為を受忍するよう命じられるということになるが、そうした帰結⁽⁷⁷⁾がいかにグロテスクであるかは執行手続において明らかになる。両当事者が各々の勝訴当事者としての地位に固執したならば、彼らは各々ZPO八九〇条⁽⁷⁸⁾により、互いに罰金か拘留(現在は、秩序金・秩序拘禁、という)かを相手側に決めさせ、それこそ「死に至る勝利」(zu Tode siegen)となる可能性がある。しかも、このことは本訴被告が本権請求を別訴によらしめる場合にも発生し、本権反訴に特別に該当する問題ではない、と彼は主張する。そして、次のような例を提示する。

「Aは、Bにある機械を所有権留保のもと引き渡したが、Bの支払遅延のために、契約を取り消した。Bは、工場の維持がその機械にかかっているので機械の返還を拒んだ。その結果、Aは、私的な襲撃班(Rollkommando)を組織して力づくで工場に押し入り、その機械を持ち去った」。

この場合、Aの物権的債権的請求権には関わりなく、BはBGB八六一条一項により占有の回収を求めることができる。もちろん、AはAで本権に基づく引渡し名義(Herausgabebetitel)を手に入れて執行官を介在させて執行する

ことは差し支えない。法は、この執行法上の「いったりきたり（Hin und Her）」を自覚的に甘受しており、それによつて、債権者を望ましくない自救行為へ向かわせる一切の誘因を失わせることが期待されている。しかしながら、これにもBGB八六四条二項という限界がある。BGB八六四条二項の立法趣旨は、「不法の私力の行使後確定判決により、加害者とその加害行為に相当する占有状態の回復を請求しうる物の上の権利を有することが確定した場合、他方当事者にその占有請求権の追求をさらに可能ならしめるなら、それは無意味な面倒事（zwecklose Weigerung）をもたらすであろう。というのは加害者は、自己の既判力をもつて確定された権利に基づき、占有請求権の追求の結果を直ちにまた取り消すことができるであろうからである」とか、本権に関する請求が確定すれば「占有に基づく原状回復は、そのあとに実体権に相應するような原状回復が続くものであつて不必要な迂路（unnötiger Umweg）となりかねないであろう」という理由から、占有請求権の消滅「petitorium absorbet possessorium（本権の訴えは占有の訴えを消滅させる）」を正当化している。本来はそうした「不必要な迂路」は占有の趣旨・目的に適うはずである。彼は、しかし何故「迂路」は既判力をもつて確定される場合だけ「不必要」とされるのか、と問い、裁判所の高権的行為としての仮執行力のある判決や仮処分が本権に基づく不作為請求権を執行する場合にも八六四条二項が類推適用されて、占有に基づく不作為の訴えは「さしあたり理由なしとして（als zur Zeit unbegründet）」棄却されるべきだと主張する。従つて彼は、先ほどの襲撃班の例でいえば、それは占有侵奪であるので、Aはまず本権の確認判決を得て、占有回収の訴えに勝訴したBが機械を回収した後、返還請求訴訟を提起して取り戻すべし（その間、Bは取り戻した機械で工場を運営し、場合によっては利益を得て未払代金が支払可能になるかもしれない）とする。また、それが占有妨害の事案であるなら、Aは仮処分でも仮執行（仮執行宣言にもとづく強制執行）でも行えばBGB八六四

条二項類推適用で、Bの占有回収の訴えを「一時的棄却」に追い込むことができ、「執行戦争」の回避を可能ならしめるという結論をとることになる。

また、自救行為の誘因を作出してしまつとして、一九七九年の二つの判決(c)(d)の結論に反対する論説を發表したのはSpies⁽⁸³⁾である。本訴反訴が同時に裁判をなすに熟したときには、占有保護の訴えを棄却するというBGHの処理に彼はまず、費用規定からの疑念を呈する。ZPO九一条一文(日本民訴八九条)の費用裁判の原則によれば、本訴原告(反诉被告)は、それ自体は理由ありとされた占有の訴えの費用も負わされる可能性がある。訴訟物が同一であれば、裁判所費用法(GKG)一九条一文により、費用は単一の価値に基づいて算定されるであらうが、訴訟物の同一とは、原則的には本訴請求と反訴請求が一方を承認すれば他方が否定される関係にある場合であつて、占有本訴と本権反訴のうち若干のものは訴訟物の同一性を欠くことになり、両方の価値の総額から算定され(GKG一九条一項二文)、それ自体では理由ありとされている本訴の費用を、原告が負担させられる恐れがあつて不当だとする。これは少なくとも日本では問題にならない可能性がある。前記日本の(E)判決では、本権反訴の現在の給付の訴え(占有侵奪事案ですでに侵害者のもとに占有があつたにもかかわらず、目的物の引渡しを求める反訴であつた)に対して、理由なしとして棄却する⁽⁸⁴⁾のではなく、占有本訴も認容し、本権反訴に将来給付判決を付与し(本訴被告に本訴原告への目的物の引渡しを命じ、本訴原告に右引渡しを受けた後同一目的物を明渡すよう命じた)、訴訟費用も二分して両当事者に命じたからである。いづれにしても重要な問題ではないと思われる。重要なのは、次の指摘である。前掲一九七九年(c)判決の事案では、もしRosenberg-Schwab⁽⁸⁵⁾がかつて懸念したような、反訴が適法であるなら

ば占有本訴も本権反訴も認容すべきだという考え方だと、完全にアポリアになる。というのは、占有本訴原告も本権反訴原告も、執行官を通じての雌馬の引渡しについての相手方の同意を請求しているからである。すなわち、確かに、両方の訴えとも、意思表示をなすことに向けられており、「執行戦争」はありえない(既判力の発生と同時に意思表示を擬制される(ZPO八九四条)のであって物理的にいえば強制執行はない)。しかしながら、各当事者は、保管人による馬の引渡しについて相手方の確定的同意を互いに有することになってしまふのである。このアポリアを抜け出るためには、BGB八六四条二項の類推適用という手段もやむなし、とする。しかしながらそれは、反訴を適法と解したことからそのようなアポリアに陥つたのであって、反訴が適法かどうかはなお疑問がある、と彼は考えるのである。そこで、Speersは、第一に、反訴が本訴に関する裁判を遅延させるような場合にのみBGB八六三条の趣旨・目的に照らして疑問が導き出されるのであり、そうした疑念は一部判決によって払拭される、と一九七〇年の(b)判決は述べたが、現に(d)判決の事案ではLGはそのようにしなかったではないか、と指摘し、第一に、(c)判決の事案では、原告の請求は占有のみならず本権にも依拠しており、本権に基づく反訴は本権に基づく本訴に対しては疑いなく適法であるから、(第八民事部のように)二つの請求の基礎に依拠している原告の申立てを一つの請求と評価する限り、本権に基づく反訴は適法となるやにみえる。しかし、原告自身が本権の訴えを占有保護訴訟に導き入れたとはいえ占有保護を放棄したとみるべきではなく、原告の請求は原告が最善を欲しているというように解釈されるべきであるうえ、BGHは以前に占有保護の訴えを主たる申立て、本権に基づく訴えを従たる申立てと疑いなく解釈したのであり、そうであるならば、なお主たる申立てである占有の訴えとの関係での本権反訴の適法性が明らかにされる必要がある、という。

しかし、第二の指摘は、問題ではないと思われる。原告に請求の併合や訴えの変更が認められることに対応し、被告にも原告に対する請求の審判のために本訴手続を利用することを認めるのが公平である、という原・被告間のバランス論が、反訴制度の根拠の一として説明されるところであり、⁽⁸⁷⁾ そうであれば原告が本権についての問題を訴訟に引き入れた以上、本権に基づく反訴は排斥されえないと解すべきであろう。Schneider⁽⁸⁸⁾は、裁判所はZPO三〇〇条に基づきいずれの実体的請求権が最初に裁判可能とされているかにかかわらず、裁判がなしうるや裁判しなければならぬのだ、と主張する。

Schneiderは、裁判されるのは訴訟上の請求・訴訟物であり、裁判所を拘束しているのは主たる申立ておよび従たる申立てであって、主たる根拠・従たる根拠ではないのだ、ということとその理由付けに於いて、実体的請求権（本権に基づく請求権と占有に基づく請求権）は法条競合ないし請求権競合の関係にあると解しているが、Speissの引用したBGHのいうように占有の訴えを主たる申立て、本権の訴えを従たる申立てと解するならばあたらぬことになる。翻って日本のいわゆる旧訴訟物論では、この場合を選択的併合と解しているので、やはり、裁判所は占有の訴えと本権の訴えとどちらを先に裁判してもよいのであるから、原告が本権と占有と両方を持ち出している場合でも、本権の訴えに対する本権の反訴が許されるのは当然だ、という反訴適法論がなお妥当しうることになる。また、日本の反訴不適法論者も、原告が占有保護請求と本権請求を並べて主張して訴えを起している場合には、原告は、訴訟物を限定し争点を限定し証拠を限定して簡易迅速に自己の占有保護請求権を実現することを放棄しているものであるから、本権反訴は適法である、⁽⁸⁹⁾と解している。

さて、この占有本訴に対する本権反訴の問題について、ドイツの教科書・コンメンタールはどのように解説しているであろうか。第一に占有本訴に対する本権反訴の適否、第二にBGB八六四条二項の「確定判決」という要件にもかかわらず、Hagenのように、本権についての仮執行力しかない判決や仮処分でも、「一時的」に占有保護請求権の消滅を認めるか、第三にBGB八六四条二項を確定判決「後」の不法私力行使の場合にも適用を認めるか、⁽⁹⁶⁾という二点からおおむねの整理を試みてみる。

* 第一の問題（本権反訴の適否）。

反訴の適法論は、MünchKomm z. BGB 2. Aufl. 1986, §863 Rn. 9 (Joost), Palandt BGB 50. Aufl. 1991, §863 Rn. 3 (Bassenge), Soergel BGB 12. Aufl. 1989, §863 Rn. 4 (Mühl), Westermann, Sachenrecht 4. Aufl. 1960, §24 II 4, Baur, Sachenrecht 15. Aufl. 1989, §9 III 1, Stein-Jonas ZPO 20. Aufl. 1984, §33 Bem. IV 3 (Schumann), MünchKomm z. ZPO 1992, §33 Rn. 26 (Patzina), Blomeyer, Zivilprozessrecht 2. Aufl. 1985, §61 II c, Thomas-Putzo ZPO 17. Aufl. 1991, §22 2a, などである。反訴を適法とする根拠は、概ねBとHの前掲判決の理由付けと変わらぬ。

反訴不適法論は、Staudinger, BGB 12. Aufl. 1989, §863 Rn. 6 (Bund), Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Vollkommer BGB 6. Aufl. 1991, §861-864 Anm. 4 (Jauernig), Planck, BGB 5. Aufl. 1933, §863 Bem. 4 (Brodmann), Wieczorek, Zivilprozessordnung 2. Aufl. 1976, §33 C III d, Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht 15. Aufl. 1993, §98 II 2c, などである。本権反訴を不適法とする根拠としては、第一に、反訴の防

禦方法との牽連性との関係で、そもそも防禦方法は適法であるものでなければならぬが、BGB八六三条で許されないとされている本権の抗弁は、相殺禁止債権による相殺と同様、防禦方法として不適法であり、それに依拠する反訴もまた不適法である、とか、第二に、迅速な審理により、不法の私力によって変更された占有状態を迅速に原状回復し、とにかく占有訴訟の終了まで不法の私力行使に対するサンクションが働かないということがないようにするというBGB八六三条の抗弁制限の趣旨・目的からすれば、本権の反訴は不適法とされねばならない。そこで適法論は、弁論分離・一部判決により上記の趣旨は活かせるというが、BGHは包括的な審理という訴訟経済的な利益を重視しており(前掲(d)の事案参照:弁論分離も一部判決もなされず、しかもまず本権につき長い証拠調べがなされた)、実務上もそれに従うだろう(結局は占有保護の精神がないがしろにされる)、ということがあげられている。最近の教科書でもSchwab-Prütting, Sachenrecht 24. Aufl. 1993, §14 III 4は、前記(c)事案を例題にとり、同判決の結論をBGB八六三条からみて極めて疑問であるとし、結局、反訴という訴訟手続上のトリックによって、自力救済禁止が破られている、という厳しい見方を示している。

*第二の問題(本権についての仮執行力しかない判決や仮処分でもそれが維持される間は占有保護請求権は消滅すると解するか)。

占有保護請求権の消滅は、BGB八六四条二項の文言どおり本権勝訴の「確定判決」に限られる、とするものには、前掲MünchKomm. z. BGB-Jostがある。もし仮執行力しかない本権勝訴判決や本権者のための仮処分に占有保護請求権消滅の効果を認めるなら、それは占有保護の憂慮すべき空洞化であって、それが正しいとされるなら、

そもそも本権反訴は不適法とみなされねばならないだろう、と述べる。

基本的には、本権に關する仮執行力しかない判決や仮処分では占有保護請求権は消滅しない、としつつ、本権者に有利な仮処分については、それが有効な間は、国家の高権的行為として占有訴訟において顧慮されねばならないとして、当面の占有訴訟において占有の訴えを棄却に導く効果を認める（BGB八六四条二項による占有保護請求権の消滅は最終的な占有の訴えの棄却を意味するが、仮処分の場合それが効力を失ったとき占有の訴えを提起することを妨げない）見解が、多数説と思われる。BGB-RGRK 12. Aufl. 1979, §864 Rn.3 (Kregel) および、前掲 Soergel-Mühl, Palandt-Bassenge の見解である。それに対し、国家の高権的行為として占有保護を抑え込むという考慮は仮処分でも仮執行力のみがある判決でも変わらないとして、Hagen のように、仮処分も仮執行力ある判決も、それが維持される間は占有保護請求権が排斥されると説くものは、前掲 Staudinger-Bund である。

*第三の問題（本権勝訴確定判決「後」の私力行使でもBGB八六四条二項適用ありと考えるか）。

確定判決「後」でも適用あり、とするのは、前掲 MünchKomm. z. BGB-Jost, BGB-RGRK-Kregel, Westermann である。その根拠としては、第一に、BGB八六四条二項の趣旨は、確定判決が最終的にあるべき占有状態と一致するなら、それでもなお占有保護請求権者に占有保護を得させるのは（その後すぐに本権者は既判力ある本権の勝訴判決によって物を取り戻すのであるから）「不必要な迂路」だとすることにあり。第二に、確定判決前に私力の行使をした本権者には本権勝訴確定判決で占有保護請求権の消滅という構成要件的效果が与えられるのに、確定判決後の私力行使だとそれが与えられないということではできない。第三に、占有保護による占有が、本権による占有に優先さ

れるのは確定判決までである。第四に、裁判所による確定的な権利の確認と不法な私力の行使との間に、法的に重要な事情の変化があったならば、そもそも現在の占有権限の確定的確認が欠けているのであるからBGB八六四条二項の適用はない、と考えればよい、ということがあげられている。

同項の文言どおり不法の私力行使後の本権勝訴確定判決に限り占有保護請求権消滅とするものに、前掲Palandt-Bassenge, Jaernig, Staudinger-Band, Westermannその他 Schwab-Putting, Sachenrecht 23. Aufl. 1991, §14 III 4がある。おそらく多数説である。その根拠としてあげられているのは、第一に、確定判決後の法律状態に変更がありうる(例えば占有すべき権利が判決確定後消滅していることもある)ということ、第二に、自己の権利の存在について確信が強くなればなるほど、不法な私力に訴えようとする誘惑も大きくなるものであるから、強制執行によらずFaustrechtに向かうのを許さないためにも、文言どおりの解釈でなければならぬ、⁽⁶²⁾ということである。

- (69) BGBの翻訳は、外国法典叢書・独逸民法III物権法(復刊版 昭三〇)二二頁以下を参照した。なお()内は筆者が加筆。
- (70) ZPOの翻訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』(法曹会 平五)によった。
- (71) v. Krosigk, Ist gegenüber der Klage des bisherigen Besitzers wegen Besitzentziehung die Widerklage zulässig auf Feststellung, daß der Beklagte ein Recht zum Besitz habe?; JW 1921, 732.
- (72) 岩松二兼子・前掲注(55)一八五頁。
- (73) Reichert, aO. (Fn. 23) S. 216.
- (74) RGZ 50, 11は、この問題について態度決定をしなかった。他の理由からこの点を裁判せずに済んだからである。なお、OLG Dresden OLG 15, 328は反訴不適法論という点であるが参照できなかった。
- (75) BGB八六四条二項の立法趣旨については後述注(79)および当該箇所本文参照。
- (76) Vgl. Hagen, aO. (Fn. 26) S. 124 ff.

- (77) Hagen はこれを「執行戦争 (Vollstreckungskrieg)」と呼ぶ。Vgl. Hagen, aaO. (Fn.26) S. 127.
- (78) ZPO 八九〇条には、不作爲または忍受の強制として、一項で「債務者が作爲をしない義務または作爲の実施を忍受する義務に違反して作爲するとき、第一審の受訴裁判所は、債権者の申立てにより、各個の違反行爲について債務者を罰金または六月以下の拘留の刑に処する。合一刑は、二年の拘留を超えてはならない。罰金の最高額には制限がない。」と規定されている（法務資料四一六号『ドイツ強制執行法』〔昭五七〕の訳による）。ただし、これは、一九七五年一月一日以前の民訴法であり、現在では、罰金は「秩序金」、拘留は「秩序拘禁」に変えられ、個々の秩序金の額は五〇万マルクを超えてはならないものとされている。
- (79) Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Reichstagsdrucks. Nr. 87a der IV. Session der 9. Legislaturperiode, 1895/96 S. 113.
- (80) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht, S. 131. 以下これに関連して、債務者について ZPO 七六五 a 条、八一一条、八五〇条のような執行制限 (Vollstreckungsschutz) がある場合には、その限りでは本権者は占有者から直ちに物を取り戻せないものであるから、BGB 八六四条二項では、正確には判決の確定した時に占有保護請求権が消滅するのではなく、執行制限が無くなったときにもようやく消滅するものというべきである、と説くものも、*Further, Anwendbarkeit des §864 Abs. 2 BGB bei Vollstreckungsschutz*, NJW 1955, S. 698 ff.
- (81) Hagen の主張は、仮処分につき OLG のいくつかの判決が、婚姻事件で「仮処分命令はそれが維持される間は、事実上確定判決と同一の効力を有する」とか「仮処分は、それが取り消されない間は国家の高権的行爲として他のあらゆる裁判所に對し拘束力を有する」と判示したことに、依拠している。Vgl. Recht 1901, 284 Nr. 1020, JW 1932, 1401. (ただし「これには Mathiessen の批判的なコメントが付されている」) JW 1932, 3640, Hagen, aaO. (Fn.26) S. 126.
- (82) なせ妨害停止の場合のみに限定するのかというと、Hagen は占有侵奪（→占有回収の訴え）の事案では、侵奪者が既に物を占有しているから、本诉被告は常に本権の確認判決のみが可能であり、占有本訴原告が物をとり戻した後、返還請求訴訟を行わねばならないとする。その間、占有本訴原告は、取り戻した占有を経済的に有意義に役立てうる、と主張（Vgl. Hagen, aaO. (Fn.26) S. 126.）。しかし、前掲一九七九年（c）判決は、本権反訴は確認判決でなければならぬ、という上告の主張をとらなかつた。Vgl. BGHZ 73, 355/359.
- (83) Vgl. *Spiess*, aaO. (Fn.26) S. 717 ff.; *Gurwsky*, aaO. (Fn.26) S. 605. 同旨。

- (84) *Lohan, aaO. (Fn.2) S. 504.* また、占有回収の訴えに対する本権反訴は、給付の訴えならば、既に反訴原告は占有者なのであるが故に、理由なしとされるであろうから、通常は本権反訴は確認判決となるだろうという。ただ、彼は確認判決でも占有回収の訴えの執行を妨げる、と述べるが、たとえ本権者でも確定するまでは占有者に元の占有状態が回復されるべきだという視点からは *Hagen* のいうとおり本訴原告のもとに物が戻り、しかる後反訴原告は引渡しを求める訴えを提起することになると考えるべきであろう。もとより、本権確認判決が確定したとき占有本訴勝訴原告が執行を行なっていなければ、*Spiess, aaO. (Fn.26) S. 718.* のように、*BGB* 八六四条一項に基づき、請求異議事由にあたることは考えられる。
- (85) *Vgl. Rosenberg-Schub, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. 1977, §99 II 2c Ann.15.*
- (86) *Vgl. BGH, Der Betrieb 1973, 914.*
- (87) 中野・松浦・鈴木編・前掲注(5)五〇八頁。
- (88) *Vgl. Schneider, Fragen des Besitzschutzes, JZ 1961, S. 368.*
- (89) 木川・前掲注(68)三七六頁、島田・前掲注(53)一八頁。なお、フランス法では、本権の訴えの提起自体が占有訴訟的保護の利益の放棄とみなされて、占有請求を失権することについては、注(39)参照。
- (90) 前掲外国法典叢書二三頁は、学説判例は確定判決後の私力行使の場合でも本項の適用ありと解している、と記しているが、現在の学説は適用を否定するのがむしろ多数である。
- (91) *RGZ 107, 258ff.* もまたこれを肯定する。
- (92) *von der Furber, aaO. S. 699* は、かかる場合には不法の私力が既判力の基準時にはまだ発生していない以上、占有保護請求権はそもそもそれまで発生しておらず、消滅は問題にならない、という。

3 態度決定 — 仮処分との関係の考察も交えて

以上、日本及びドイツの判例学説の展開を通観したが、そこから顕著にわかる日本とドイツの違いは、ドイツではあらゆる文献で目にするのできる、占有訴訟の審理は迅速に進められねばならないという観点の主張が、日本ではごくわずかであるということである。⁹³⁾ ドイツでは、日本民法二〇二条(二項)にあたる *BGB* 八六三条は占有

の迅速な保護に資するものであることを前提として、むしろ、反訴の適法を主張する判例・学説がござって、先に弁論・証拠調べを行い、本権に引きずられる恐れあるときには弁論を分離し、こうして通常は早く裁判をなすに熟する占有保護請求を一部判決することで、占有訴訟の迅速な審理の要請には反しないとして、反訴適法論を正当化している。⁽⁹⁴⁾ それに対し、ドイツ法の影響を色濃く受けたはずの日本では、立法者の意図は明らかにドイツの判例・学説が現在でも一致して認めている趣旨と同じであったにもかかわらず、新訴訟物理論の論者によって、民法二〇二条全体が単に「占有に基づく請求権と本権に元づく請求権は別個のものである」という意味しかもたない、というところまで矮小化され、それを支持する民法学者に、「起草者の期待はむなししいものに終わったというほかない」と断じられるまで⁽⁹⁵⁾ になってしまったのである（この点で、三ヶ月論文の影響の大きさに改めて思いをいたさざるをえない）。しかるに、BGB八六四条二項を有益な示唆とみる民法学者は少なくない。しかし日本のように反訴を認めるほとんど本訴と反訴を一緒に判決するのが「常識」であるところで、占有訴訟の優先審理をなさずに本権確定による占有訴権消滅をもし説くとすれば、それは占有保護は全く意味のないものとすると同義である。本権者は、自力で物を奪還し、被侵害者から占有の訴えを提起されねばよし、よしんば提起されても反訴を提起すれば、不法私力行使によって得た結果を実質的に追認されるのである。怪我を負わせたりすれば格別、実際にこうした民事事件での不法の私力行使（暴力によるとは限らない）が警察的刑罰的サンクションを負わされることなど、あまり現実的な想定ではないように思われる。また、本権がない、ということとは法感情に照らして、民事法的占有保護を必要としない場合が多いであろうが、現実にはそのような場合ばかりとは限らない。卑近な一例をあげれば、自動車をローンでディーラーから購入する際、セールスマンとの交渉で契約書には記載しないオプション品のサービスを口

約束したとする。ところがディーラーから届けられた車にはそのオプション品が付けられていなかったもので、割賦代金の支払をオプション装着まで停止するとディーラーに通告する。するとディーラーは、契約書の「代金不払により本契約が解除せられたときは、買主は自動車の使用権を失い直ちに自動車を売主に返還するものとする。買主が直ちに自動車を売主に返還しないときは、売主またはその代理人は予告なく買主の使用または管理に属する土地建物に立入り、自動車の占有を回収しこれを搬出することができる。買主はこれを妨げることができないばかりでなく損害賠償を請求することができない」旨の条項⁹⁶を盾に、強引に車を引き上げてしまった、というケースがそうである。このケースでは、本権の存否に関して種々の議論はできようが、仮に本権が否定されても、とりあえず占有保護は考えたいところである。また、そもそも本来型としての占有保護請求権、すなわち、占有取得から相当期間が経過して何らかの形の黙示の使用権が成立していると認められるような「占有」を基礎にし、その「占有」に不法の私力が加えられて発生した占有保護請求権は、民法が認めたものである。その場合、本権に関する議論以前に、不法の私力行使以前の占有状態が回復されなければならない。こうした意味での「占有保護」の把握の差が、日独の本権反訴適法論の立論の差になっているように思われる。

ところで、日本の反訴適法論者が掲げる反訴適法の論拠のほとんどが、実は反訴を認めても差し支えないという消極的なものであり、反訴を認めるべき積極的論拠になっていない⁹⁷ことに注意を要すると思われる。たった一つ、積極的に反訴を認めるべき論拠は、前掲論拠①にいう「訴訟経済」である。もともとこれは、もし、右にみてきたように占有制度の趣旨を認めるならば、そうした趣旨を含んだ実定法規の要求を、訴訟経済の観点に劣後させるこ

とは問題が残らう。⁹⁸。そしてまた、もともと民法起草者は、占有本訴に対する本権反訴を禁ずる規定（草案一〇三条但書）を想定していたのであり、削除されたのは、専ら、訴訟法に委せるべきだとされたからであって、その部分では、反訴の適否にとって立法経過は決定打とはならない。

私が考察すべき問題点に据えたいのは、相殺禁止債権が抗弁とできず、しかもそれを反訴で訴求することも許されない⁽¹⁰⁾のと同様に、民法二〇二条二項で抗弁性を否定されている本権請求が反訴として不適法となる、と解さない理由は何であるのか、ということである。反訴の要件論につき、ごく一般的な教科書・コンメンタールでは、本訴の防禦方法との牽連性に関して、「防禦方法は反訴の提起当時に現実に提出され、かつ実体法上可能で訴訟法上提出が許されるものでなければならぬ」と書かれて⁽¹⁰⁾いる。前掲注(67)であげたような見解のように、防禦方法だけとの牽連では、抗弁として適法であることを要するが、本訴請求との牽連があればそれは問題にならない、というのが大方の説明なのであろう。相殺禁止のケースでは防禦方法との牽連しか問題にならないが、本権請求権と占有保護請求権の場合は（防禦方法とも牽連するが）目的物の同一があるから請求の関連性が認められ、たとえ抗弁として許されなくても、反訴は適法だといっているのである。しかしながら、防禦方法に適法性を要求するのは、「防禦方法が現実に審理されるのでなければ、反訴請求を同一手続内で一括して審理する実益が認められないから」⁽¹⁰⁾だと説明される。本権請求権は占有保護請求に対する防禦方法とも牽連するので、もちろん反訴請求を同一手続内で一括して審理する実益に欠けるはずである。実際、民法二〇二条二項によれば、本権についての資料は占有保護訴訟の裁判には一切使えないのである。また、相殺禁止のケースと占有对本権のケースとを、本訴請求との関連のあるなしで区別するのは、論理的に若干欺瞞がある。仮に相殺禁止債権が本権請求と関連していたら、反訴は適法とされたで

あろうか。相殺禁止債権は本訴の防禦方法とだけ牽連していたから不適法なのであろうか。否、であらう。相殺禁止債権は、いずれにしても相手方債権に対抗できない、と解されるのである。その意味で、前掲 Wiczorek ZPO が、³³³の細目次で、「訴訟法以外の法により禁止される反訴」として相殺禁止債権の場合などと並べて占有訴訟の場合をおいてあるのは、示唆的である。今のところ断言は差し控えるが、牽連性以外の適法要件として、「訴訟法以外の実体法規が本訴請求に対する関係で権利主張を制限していないこと」ということが考えられているのではなからうか。そもそも、本訴請求と牽連するか本訴の防禦方法と牽連するかは別は反訴にとって本質的なものではないように思う。現行民事訴訟法は旧民事訴訟法二〇〇条、二〇一条に比べて文言上は大修正が加えられたが、その一番大きい相違は現行民事訴訟法が、旧法に別段の規定のなかった反訴の要件を、本訴の目的たる請求または防禦の方法と牽連するときに限る、と明確に規定したことであった。なぜ、このような制限になったのかは、民事訴訟法改正調査委員会速記録^(忠)によれば、同一の口頭弁論において裁判する便益を考えて反訴の提起を許すところ、あまり便益のない場合に反訴を許すとかえって訴訟手続を繁雑ならしめるから、これ位の（牽連性による）制限が一番訴訟上の便利を図る目的を達するに適當であらう、と考えられてのことであった。もちろん、その規定の文言はドイツ民法に学んでいる。本訴請求との関連よりも広く防禦方法との関連までも含ませたのは、反訴が証拠調べの共通からの訴訟経済を主眼とする制度として考えられたからである。そして、あるいは本訴請求自体との関連より広く、防禦方法との関連で反訴を認める反面として、防禦方法の「適法な」提出を要求したのだ、ということも考えられるかもしれない。しかし、それは正しくない。関連の対象の存在という意味で、本訴請求については本訴の適法な係属、防禦方法については本訴に対する適法な提出が要求されているのである。^(忠)占有本訴に対する本訴の抗弁は、

法文上はそれを理由として裁判できないとあるだけで、提出が許されていないということではない、というならそれは強弁である。それを理由として裁判できないというのは、提出しても裁判所は顧慮しない（してはならない）ということと同義であり、それはすなわち、「提出が許されていない」ことを意味するからである。

このようにみえてくると、なぜ、本訴請求との牽連性があるから（実は防禦方法とも関連しており、しかもその防禦方法の提出が許されないにもかかわらず）、防禦方法との関連の面は黙殺して、反訴の適法をいいきれるのか、疑問な面が出てくるといわざるをえない。前述のBGHの判決は、正當にも、本訴請求との牽連性をもって反訴の適法性を肯定しつつも、本権の抗弁性の否定から生ずる右のような疑念を次のような法理論をもって克服したのである。すなわち、占有の訴えで本権に基づく抗弁の抗弁性が否定されるのは、それによって占有請求権の迅速な実現が妨害されるのを防ぐためである。それならば、占有請求から優先して弁論・証拠調べを行い、本権請求のために占有訴訟が遅延する恐れがあるなら弁論を分離し、占有請求が裁判をなすに熟したなら直ちに一部判決をすれば、この抗弁性否定の趣旨を害することはない。特に、日本の規定の仕方とは異なり、反訴の場合でも、原則的に占有本訴が裁判をなすに熟したら一部判決をしなければならぬ（ZPO三〇一条一項）、占有本訴認容判決には、担保を条件とせず職権で仮執行の宣言が付されなければならない（ZPO七〇八条九号。ただし同七一、七二条）ということがその論拠を強めるといえる。従って、このように審理すれば、反訴をなお適法と解することは問題ない、というわけである（この意味で相殺禁止債権を訴訟物として反訴を提起するのは区別することが理論的に可能になるわけである。相殺禁止のケースではこうした訴訟上の取り扱いで適法性を可能にする理論的余地はない）。

以上のような考察から、本権反訴適法論と不適法論の優劣について評価を試みるならば、民法一〇二条一項には、BGB八六三条についてドイツの判例学説が一致して認めるように、占有請求権の迅速な裁判による実現が期待されている、とみる立場からは、現状では、占有保護の貫徹のためには本権反訴不適法論の方が優れているといわざるをえない。

適法論④⑤には今直前で述べた疑問があるし、⑥に対しては、前述したように訴訟経済の観点をもって、実体法上の占有保護の要請より優先してよいか疑問がある。適法論⑥には不適法論③の反論が正当だと思われる。適法論⑥は、現実的な理由として重要だが、本権訴訟が別訴による限り、占有訴訟が遅滞させられる可能性はゼロであつて、そもそも民法一〇二条の問題はなくなるのであるから、むしろあえて反訴でやる必要はない、ともいえるだろう。

唯一、反訴適法論が活かされる可能性は、不適法論④にもかかわらず適法論⑥の趣旨を徹底することである。すなわち、BGHがとつたような反訴適法論をとつて、占有請求の本訴についてまず第一に弁論を行い、証拠調べをし、裁判をなすに熟したら本権反訴が裁判に熟すのを待たずに一部判決をし、仮執行宣言を付すること(これを本稿では、**占有先審理原則**と要約する)を原則化するのである。占有保護の趣旨を確実に活かし、しかも、占有本訴の審理で出てきた資料を本権反訴の方で利用でき(訴訟経済)、もし、占有保護の訴えが理由がないことがわかれば(これはもともと早く決着するものを先審理するから通常すぐわかる)直ちに一部判決で棄却するのだから、占有保護の訴えを本権者に損害を与える目的にのみ使おうという濫訴者との関係でも、決して本権者に酷にならない、まことに調和の

とれた審理原則であると思われる。こうした原則をとつて初めて、抗弁ではなく反訴であつて本訴請求との牽連性はあるから適法、などという形式的な適法根拠論を超えて、民法二〇二条二項にもかかわらず反訴の適法性を維持する、実質的根拠が成立する可能性が生じるのである。

ところで、日本で占有先審理原則を確立するためには、ドイツと異なりいくつかの難点がある。第一に、前述したように、日本では、関連性のある反訴は、原則として審理の重複や裁判の不統一を避けるために弁論分離や一部判決をすべきでない⁽¹⁰⁾、とされることである。ドイツでは、裁判所は、一部判決を原則として「しなければならない」職責があるのであるが、日本では、民訴法一八三条によつて一部判決は裁判所の裁量に任されているのである。しかしながら、日本の民訴法も旧法（二二六条）では、全くZPO三〇一条と同一の規定だったのである。これが何故現在のような規定になったのかは、改正の際の資料によれば、訴訟の一部が裁判をなすに熟したときは、「現行法（筆者註：大正一五年改正前の旧法）と同じ様に一部の判決をする方が極めて便利でありますから」と述べ、旧二二六条一項後段（ZPO三〇一条一項後段と同じ）と二項（同二項と同じ）については、「別に明文はなくとも……一部の判決を為すことを得と云ふので其事情に依つて裁判官が決するのでありますから、斯う云ふ規定は必要ないと云ふので」現一八三条にはおかなかつたというのである。これらの説明からすると、立法者は、旧法の「原則Ⅱ職責」と「例外Ⅱ裁量」の関係を、「原則Ⅱ裁量」ということでまとめてしまったようである。ことさら、一部判決を原則職責とすることに問題があるとみて変更をしたわけではないように思える。日本の現在の学説が、関連性ある反訴に、原則として弁論分離や一部判決を認めないのは、一部判決をした後、これに対して上訴があると残余の部分と異なる審級で審判されることになり、関連した審理が以後二手に分かれ、かえつて不便や不経済を招き、かつ解決が不統

一になる危険があるから、主要な争点を共通にする以上、一部判決は許されない、というのである。しかしながら、占有本訴と本権反訴の場合、その懸念は当たらないように思う。占有本訴の争点となる事實は、占有の侵害があつたか否かであつて、本権関係とは大半の争点を共通にしないし、それどころかしてはならないのである。解決の不統一にしても、もとより本権関係と占有関係は別個に成立するのであるから、一部判決をしなくとも前掲（E）判決のように双方認容という結論が出るのである（しかも現在の給付請求である反訴に将来給付判決を付するという技巧を弄さねばならなかつた）。むしろ、占有本訴について一部判決を与えて仮執行宣言を付した方が、妨害された占有状態を速やかに回復する目的に適ううえ、訴訟費用の問題もなく（前掲注（83）参照）、執行衝突のような「グロテスク」な結果を招かないで済むのである。メリットは明らかに一部判決にあるように思う（特に本権も有している占有原告にとつてのメリットは大きい。本権反訴を提起する者がこそが本権を有していない濫訴者である場合も考えねば不公平であろう）。そしてまた、裁判官の裁量権とは、実体法の命じる保護の実現を無視する自由を意味しないはずである。

次に、こうした占有先審理原則をとつた場合、本権を有するのが明らかかな者にとつて反訴によるメリットがあるのか、ということである。かえつて別訴による方が迅速に本権に基づき物の占有権限を確立する可能性がないわけではないからである。しかしながら、通常は占有本訴は速やかに証拠調べが完了するはずであり、そんなに深刻な遅滞ではないだろうし、反訴によればある程度証人などの事實関係で重なりあう資料を本権反訴の方に利用できるのであるから、そうしたメリットと、占有先審理によつて本権反訴の審理が後回しにされるデメリットとを、本権者が自分で秤にかけて選択すればよいであらう。

さらに、占有先審理原則の重大な部分を占める仮執行宣言の問題がある。これなくしては、何のための占有先審

理か、となるからである。日本では、仮執行宣言を付するか否かは、担保の条件も含めて、原則的に裁判所の裁量に委ねられている。しかしながら、旧法（五〇一条、五〇五条）は仮執行の宣言を付すべき場合を具体的に列挙しており、その標準は現在でも必要性の有無を判断するのに一つの参考になるとされている。⁽¹⁰⁾ その旧法によれば、占有に関する訴えには、申立てにより仮執行の宣言を付すべきものとしていた。仮執行宣言の担保については、「被告が原告主張の事実を全部認めて何も抗弁を提出していない場合には、無担保で仮執行の宣言を付するを相当とする」というが、不法の私力行使が認定されれば、かかる占有妨害から速やかに元の占有状態を回復することはむしろ国家として当然の責務であって、担保を要求するのは筋が通らないように思う。ドイツ法のように、原則的に占有保護勝訴判決には仮執行宣言を担保なしで付すべきであろう。その点で、本訴・反訴を認容しつつ双方に仮執行宣言の必要なしとした前掲（E）判決（もつとも、もちろん占有先審理など眼中になく、同時に本訴・反訴の認容判決「反訴は正確には将来給付とされた分だけ一部認容ではある」が下されたのだが）には疑問の余地がある。まさに、ここで占有者に不法な私力によって妨害された占有をいったん回復することこそ、裁判所に要請されていることなのであり、占有本訴認容判決にのみ仮執行宣言を付すべきではないか。⁽¹¹⁾ いくら本権反訴認容判決を将来給付にしたところで、既に占有は不法の私力によって占有本訴被告（反訴原告）の下にあるのであって、いまだ確定したわけではない「本権者」たる占有侵奪者に占有（それに伴う利益）を得させることに、すなわち結果的に占有侵奪の結果を追認することに、疑問は残るのである。（E）事案では、確かに占有本訴原告が営業をしない（占有の利益を享受していない）ための、仮執行の必要なし、という判断であったと思われる。しかし、私見のように占有者の利益をも占有保護制度の存在理由に含める立場ならば可能性としては格別、占有保護制度の目的を「一般的平和秩序維持」一本で説明す

る立場からすれば、この場合でも、仮執行宣言を付さないのは疑問の余地なく反対されよう。

以上のように、占有先審理原則について難点を克服する可能性を探し出せても、さらに、反訴不適法論から、次のような批判もある。すなわち、証人は侵奪の事実の有無および本権関係について共通することがありうるが、そうした場合、同じ証人を占有訴訟について尋問し、そこで仮執行宣言付き判決を行い、本権に関しては次回にゆつくり証拠調べを行う、などということは、現在の裁判所の状況からみて到底実務的に実行不可能な状態にある⁽¹¹⁾、と。加えて、「占有先審理」はあくまで実体法によって要請される行為規範的な原則であって、これに裁判所が従わなかったからといってサンクションがあるわけではない。ドイツでもそれは同じであり、それどころか前述のように、先審理しなかったことにより本訴反訴が同時に裁判をなすに熟すると(双方理由ありとされても)、BGB八六四条二項の準用により占有本訴が棄却されるという結論をとるBGHの(c)判決もあるのである。ただし、ドイツでは一審の占有本訴認容判決の段階で、既に仮執行により従前の占有状態が回復されている可能性はある(c)判決事案でもLGでは占有本訴が認容されていた。

証人の共通については、占有本訴がそこで裁判をなすに熟すであろうのに対して、おそらく本権反訴についての証拠調べはそれにとどまるものではないであろうし、同時に裁判をなすに熟すまで占有本訴が待たされるということとでなければ、その限りで同一証人の尋問による占有本訴の遅延を甘受することは、反訴の経済的利益との調和に鑑みても、首肯しえないことではないうに思う。しかし、BGHの(c)判決のように(ただしこの(c)事案自体は、占有本訴原告が本権と占有保護請求権を併せ主張しており、占有保護の迅速性はもともと問題にならない事件である)、占有先審理をせずに、常に同時に裁判をなすに熟したら占有本訴棄却というのでは、反訴を適法とすることへの疑

念が復活する。占有先審理は、制度的保障がない。制度的保障を求めるのは、立法論でしかない。また仮に、占有先審理原則違反の手續違背の訴訟運営についてのサンクションを考えたとしても、それは裁判所への内なる原則遵守への圧力にはなりえても、それ自体は意義の薄いことのように思う。なぜなら、占有先審理が求めているのは「迅速」ということであって、それは違背されれば取りかえしはつかない性質のものであり、迅速な占有状態の回復はサンクションがあってもはや不可能であるからである。

ドイツの反訴適法論者と異なり、日本の反訴適法論者が、以上のような可能性を否定し、現在の占有本訴が本権反訴に完全にひきずられる実務を追認して、いかに迅速を主観的に希望しても「占有の訴え」が迅速に運ぶことはない、と断ずるならば、それは適法論にとつては理論的な自殺行為に等しいと思われる。また、実務が迅速に運ばないことをもって、起草者の説明にもかかわらず条文の方が「迅速性」の趣旨をもっていないと解釈するならば、それは論理が逆さまである。またそれでもなお、民法二〇二条の「占有保護の迅速性」に基づく抗弁性の否定にもかかわらず、本権反訴を適法と解するならば、相殺禁止債権に基づく反訴も適法と解さなければなるまい。

さて、ここまで意図的に考察を控えてきた問題がある。仮処分との関係である。反訴適法論の中に、仮処分があるから占有訴訟自体はもはや迅速に進行させる必要はなく、従って反訴を否定する必要はない（適法論^⑧）という見解があり、仮処分そのものの検討を別に必要としていたからである。また、そうした見解は、占有訴訟の「迅速性」は、今や仮処分制度が相当部分を担っており、だから占有訴訟独自の意義はない、とする思考にも共通する。まず

これが正否かを検討する必要がある。

占有の迅速な保護を占有仮処分の上に担わせようとする根拠の一は、沿革的なもののようにである。すなわち、ドイツにおいて、ローマ法の継受とともに、起源的には占有妨害のケースを対象とした普通占有訴訟(Possessorium or *dianrium*)と占有侵奪のケースを対象とした占有回収の訴え(Spolienklage, *actio spolia*)のほか、この二つの訴訟の複雑化の故に(あるいはまた、通常訴訟の審理中に、*Interimstikum*へ一時仮の処分)をなすことが往々にして必要であったために)最簡易占有訴訟(*Summarissimum*)が設けられたのであるが、この最簡易訴訟は、ドイツ帝国民事訴訟法には規定されなかった。それを仮処分(仮の地位を定める仮処分)が担うこととしたからである。そして、「仮の地位を定める仮処分」の適用範囲の拡大傾向から、占有訴訟の機能を仮処分に代替させるのが適当とするのである。しかし、これはワツハが正当に指摘しているように、⁽¹⁵⁾仮処分が代替したのは、最簡易占有訴訟であって、前二者の訴訟まで代替したわけではない。前二者の訴訟は占有保護請求権として実体権化されたのであって、こうした実体権を空文化するならばそれは訴訟法学の勇み足ではなからうか。

そもそも占有保護の訴えの機能を仮処分が代替するというのなら、民事保全法二三条二項の「仮の地位を定める仮処分」命令による満足的仮処分(断行の仮処分)⁽¹⁶⁾であることがまずは前提である。というのは、占有状態の回復が図られなければならないのであるから、執行官に保管させるのみでは不十分であり、少なくとも執行官保管の下で債権者(占有権者)の使用を許すか、より完全には直接に占有権者への引渡しがなされねばならないからである。この満足的仮処分は、本来は判決手続により慎重に審理されるべき筋合いのものを、処理の迅速性が要求されるために債務者審尋の方法により決定手続によって処理されているものである。それ故、占有の本案訴訟によって仮執行

宣言を付与するときは、疎明でなく証明によつてゐる点で、占有訴訟の被告にとつて仮処分より手続的保障は厚いといえる。そしてまた、占有妨害事案での満足的仮処分は、実務的にみられることは仄聞するものの、占有侵奪事案での「占有回収」を目的とする満足的（断行）仮処分は、（理論的には充分可能であろうが）實際的に認められるのであろうか。ドイツでは、占有保護請求権が特別に迅速を必要とするものであることに鑑み、物の返還（Herausgabe）を求める仮処分が、判例上も承認されているようである。⁽¹¹⁷⁾それは「消費」（Verbrauch）のためではなくて「使用」（Gebrauch）のためのものであること、⁽¹¹⁸⁾無論である。ただし、場合によっては占有訴訟の判決が下るのを待つことができる（従つて仮処分の理由が存しない）ならば、それは認められないこともある。⁽¹¹⁹⁾そしてまた、ただ不法の私力の行使があつたというだけでは仮処分は命令されず、なお仮処分の「必要性」（例えば、妨害者において住居の必要が極めて差し迫つたものであるならば、仮処分が出されないこともありうる）が審理されねばならないのである。⁽¹²⁰⁾仮処分は迅速を旨とするが、それは相手方の自由を制限してまでも迅速を必要とする現実レベルの「必要性」のゆえであり、占有保護請求権のように、不法の私力とそれによつて惹起された占有状態を許さないという公的側面をも含む意味での、法的レベルの「迅速」の要請（もちろんそれは仮処分の「必要性」判断の大きな積極要因となるのではあるが）と、大部分で重なりうるとはいへ、必ずしも一致しないようにも思われる。すなわち、とりわけ、満足的仮処分は、疎明により事実上判決の先取りをするわけであるから、債務者の苦痛の考慮の必要もそれだけ大きく（占有保護請求権の存在が証明されたわけではない）、債権者の側と、債務者の側との、利益状態の衡量がストレートに「必要性」判断に入り込むうえ、必要性もより高度のものが要求されるわけであり、⁽¹²¹⁾そうした仮処分と、前述のように不法の私力行使が証明されて（占有保護請求権が原告に存在することが明らかに）占有本訴勝訴判決が出れば仮執行宣言が原則と

して付されるべき占有訴訟とを、「迅速」の一語の共通性をもって完全に代替する思考は、論理構成としては困難な
のではなからうか。「迅速」の実をあげようとすればするほど、仮処分申請時点での「迅速であるべき」必要性」は
高度に要求されるはずであり、そのために占有保護のための「仮処分」の発令が困難になることも考えられる。あ
るいは、「疎明」で事実上の給付を実現する以上、仮処分発令にある程度慎重な審理が要求されるべきとも思われ、
そこでかかる時間は、占有訴訟について反訴を許さない(または反訴を許して占有先審理を行なった)場合と、「迅速性」
に格別の差異がなくなり、それならばしつかり証明という手順を踏む方が被告にとっても利益があるといえる可能
性もあろう。

確認的に繰り返せば、次の点が、(占有先審理による)占有訴訟+仮執行(仮執行宣言に基づく強制執行)という手続
と、占有仮処分の手続による場合との決定的な差である。すなわち、仮の地位を定める仮処分の訴訟物は、実体的
権利関係における債権者の法的地位から生じる保全機能であり、その存否は、「被保全権利」と「保全の必要性」
の二つの要素から判断される。占有仮処分においては、少なくとも「被保全権利」の判断においては本権を考慮に
入れることはできない(後述第三章第四節3参照)のに対し、「保全の必要性」、すなわち「占有関係に争いがあるた
めに債権者に生じる著しい損害または急迫の危険を避けるため」必要であるか否かの判断において、侵害者の本権
に基づく主張を考慮することが可能であり、その際、占有権限の存否あるいは侵害者の本権の有無を考慮できると
いうのが、実務上も一般的に採用されているといわれる。⁽¹²⁾ ここでは、債権者が本権を有しない場合には、特別の事
情のない限り保全の必要性を否定する、という見解もあり、⁽¹³⁾ そうすると、必ずしも民法上の占有保護が仮処分によ
って与えられるとは限らないことになるのである。

仮処分の本案化に対して、民事保全法が登場したが、いまだに仮処分がうまくファンクションしていない側面もあるといわれ⁽¹²⁶⁾、しかし、満足的仮処分(特に明渡し断行の仮処分等)について、債務者審尋等も一層慎重に行われるのはむしろ当然のことであろう⁽¹²⁵⁾。そもそも、権利実現の遅きに失する危険を防止するという保全処分の目的からすれば、場合によっては占有訴訟の判決が迅速に下り、仮執行宣言が付されるのを待つことが可能である限り、満足の仮処分の必要性は少なくなるわけである。とりあえず占有侵害者に対する移転禁止の仮処分をえて、できる限り速やかな占有本案訴訟の進行および仮執行によって侵奪された占有を回復するというのが、実は最も妥当な解決といえる場合もあるのではないかと考えられるのである。

コストの側面も、また考えられる。仮処分命令は、基本的に担保をとって行われるものであり(民事保全法一四条一項)、特に満足的(断行)仮処分においては、おおむね担保を立てないで命令されることはないであろう⁽¹²⁸⁾。しかも、保全異議の申立てがなされれば仮処分を続行するために担保を増加しなければならない可能性もある(同法三二条一項)。この点で、ドイツ法のように原則として無担保で出されるならば仮執行の方がメリットがある。ただし、この点は可能性論ではある。

次に、占有に関する本案訴訟をかかると仮処分に従たるものとみる見解も、検討しておく。現行法上は本案訴訟の存在を予定している⁽¹²⁹⁾ので(例えば民事保全法三七条参照)、占有訴訟について、仮処分の本案訴訟としての役割を否定する学説は(後述の「実体的経過規定」論者を除き)おおむね無いといってよろしいかと思う(あるいはまた、民法三〇二条・三二三条で必要とされる占有訴訟の役割は法文で明定されている以上否定されえない)。しかし、占有訴訟はそうし

た形式的役割で、仮処分に従たる地位にあるべきものなのであろうか。この見解が認める占有保護のための仮処分は、あくまで、自力救済が可能なところ裁判所に救済が求めたのであるから、仮処分を与えるべきだという（それ自体では正當な）根拠に基づくものであり、その結果、自力救済の代替としての非常に短い期間（占有の攪乱期間）でしか、かかる仮処分が認められない。民法上要請されている占有保護請求権は一年は訴求が認められているが、それを代替するわけではないのである。占有訴訟は本権反訴に引きずられて遅くしか進行できない、という実務の現状が変化しないであろう、という前提（この認識は、残念ながら日本の学説・実務にはほゞ共通のものであり、しかもおそらくは正しい）に立って、仮処分にその役割を持たせよう、という意図からこの見解が主張されているわけであるが、結果的にはおおむね自力救済の代替として、極めて限られた期間内に仮処分を認めている（それ自体はまことに正當である）にすぎない。占有侵害後、占有が一旦外形的には侵害者のもとに固定化するに至って（ \parallel 占有の攪乱期間が過ぎて）も、それが社会的に平穩な秩序に組み込まれるまでの間——すなわちわが民法上は一年間——は提起が許される、占有本案訴訟の代替的機能が果たされるわけではない。従って、論者の認める仮処分は、本来占有訴訟が役割を果たすことを要請されていない期間を主眼としているのであり、占有訴訟を補完するものではない（ \parallel ）もそれを従属させるものではない。

最後に、民法上の占有保護請求権を、単なる仮処分の発令要件とみなす見解も考察しておきたい。この見解がよって立つ「実体的経過規定」という概念には、もともと立法論ではないかとの疑念も表明されている。^(四)また、この説の提唱者たる Leibold は、本案訴訟が「本権の有無」についてなされるときには占有保護請求権に関する規定は実

体的経過規定になる、と説き、本案訴訟が占有保護請求権についてなされる場合には実体的経過規定は問題にならないとしているわけであるから、この見解の論者は、どうしても、本案訴訟は本権、仮処分訴訟では占有権、と守備範囲を分けること⁽¹³⁰⁾になる。しかし、このことは、民事訴訟上の保全処分が、被保全権利に関する本案訴訟を前提とする応急的措置であつて、通常訴訟での権利と仮処分での権利は同じである、という通常の考え方を否定してかかることになり、反訴適法論者からさえ賛同に「躊躇」⁽¹³¹⁾されている。「実体的経過規定」論そのものの可否は措いても、こうした見解は、次の点でいまだ論理的な難点が感じられるように思う。すなわち、こうした見解は、そもそも占有訴権が、沿革的にはもっぱら略式訴訟において主張される権利だったとして（この点、沿革的に最簡易訴訟のみが仮の地位を定める仮処分へと代替され、普通占有訴訟・占有回収の訴えは占有保護請求権として実体権化されたこと自体を非難しているかのようで、いわば民法の方が間違えているといわんばかりである）、通常訴訟において本権に関する争いが解決するまでの間、とりあえず一応の解決を図るためのものであるから、仮処分申請書の記載から申請人の本権の不存在が明白であるときには占有訴権の認められるべき基礎を欠いているから申請を却下すべし、とする。これには二つの点で疑問がある。第一に、「本権に関する争いが解決されるまで」というのは本案訴訟で確定されて初めて「解決」といえるのではないか。相手方の「自分が本権者だ」という主張も、それまでは主張にすぎないであろう。第二に、占有訴権が、占有をなす権利の有無にかかわらず保護されるべき権利だという点を看過している。占有保護請求権を本案訴訟で主張されえない権利とみる、実体法の空文化の側面は、（私見は反対であるが）実体的経過規定に対する見解の違いとして措いておくこともできる。しかし、占有保護請求権自体の背後に本権を問う姿勢は、そもそも占有保護請求権の存在自体と相いれないものであつて、それならば「占有訴権」を実体的経過規定などと

いつて仮処分の基礎におくことも無意味となろう。本権に基づく仮処分より占有に依拠する方が簡單確實といながら、占有に基づく仮処分において、「被保全権利」の判断の段階で本権の有無を考慮するのであれば、態度が一貫していないように思う。

ここで、明確にしておきたいのは、私見が仮処分の機能を否定しようとしているものではない、ということである。占有に基づく仮処分は占有訴訟と併行して有効に用いるべきである。ただし、仮処分があるから占有訴訟は迅速である必要はないとして反訴を適法と考えることは、妥当でない、と主張しているのである。

占有訴訟の扱いは日独の実務で前述のように異なっている。異なること自体は一向に差し支えないが、日本において理論的な難点はなかったのか。何故、(必ずしも占有訴訟に完全に代替する機能を果たしているわけではない現時点での)仮処分によらずに占有訴訟を用いると「迅速」に保護されないことが、正当化されねばならないのか。何故、互いの利点を活かしつつ占有訴訟と仮処分とが併行して迅速な占有保護を図ってはならないのか。そうすることが妥当でないならば、その根拠は何か。

私は、こうした疑問に対する説得的な回答を、現在の日本の大方の反訴適法論や仮処分の占有保護機能代替論から明確に得ることはできなかった。

従つてこの問題に関する私の一応の結論は、次のとおりである。

占有先審理原則が確立される限りで、反訴適法論は認められるべきである。仮にそれが不可能と片付けられるなら、

反訴は不適法と解さざるをえない。仮処分は、占有保護の迅速なる実現にとつて確かに運用次第で有効であるが、だからといって占有訴訟の迅速を否定する理由にはならない。

(93) わずかに、兼子ほか「条解民事訴訟法」(昭六一)八九二頁(竹下守夫)は、占有本訴審理の遅れる恐れがあるときは、まず占有本訴の審理を行うべきだ、とする。

(94) これはドイツではほぼ実務上の常識に近いものとみられる。例えば、ドイツにおける司法修習生用のある簡便なテキストでは、占有本訴は、その要件の簡易なるがために、本権反訴より早く判決をなすに熟するのが通常であり、そこで一部判決を下すことができ、そのようにすれば占有保護請求権が速やかに貫徹され、本権に関する裁判は後回しにされるからBGB八六三条と抵触することにはならない」と説明している。Vgl. Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 1992, S.388.

(95) 広中・前掲書注(15)三一七頁。

(96) かつてこのような条項が散見された(現在は消えたと思われる)ことにつき、米倉・前掲注(64)二九頁参照。なお、契約相手方に債務不履行があつた場合に目的物を引き揚げるという現象は日常的との指摘がなされている。しかし、これは相手方の経済的破綻により権利の実現が危うくされ、いわば緊急の債権保全策として、正規の民事司法による余裕のない場面の現象であるとされる。佐藤鉄男「緊急時の権利実現方法としての物の引揚げ——自力救済の近似的正義の限界と効用——」三ヶ月先生古稀祝賀「民事手続法学の革新 下巻」(平二)三四六頁以下参照。これは「許される」自力救済の範囲拡大の問題であつて、「許されない」自力救済に代替すべき占有保護請求権の問題とは場面を異にする。

(97) 奥田・前掲判批注(27)一一四頁、星野・前掲判批注(56)七八八頁参照。

(98) Vgl. Gamsky, aaO. (Fn.26) S.605.

(99) 前掲注(3)・速記録(三)四頁〜一七頁の議論参照。確かに実質的な反対論もあつたが、その一つですら暴力による占有妨害事案では反訴不適法と考えていたようでもあり(速記録(三)五頁、横田委員発言)、ともかくも議論の大勢が「訴訟法の問題だから削除」という趣旨であつたのは疑いない。

(100) ただし、菊井・村松「全訂民事訴訟法(II)」(平成)二五四頁、上村・前掲判批注(56)三五五頁は、牽連関係ある防禦方法は理由あるものに限らないから、として相殺禁止に反する相殺債権に関する反訴につき、不適法とすることに疑問を呈しているかのよう

である。

(101) 新堂・前掲注(55)四六五頁、岩松Ⅱ兼子・前掲注(55)一八三頁、『基本法コンメンタール民事訴訟法(2)・第四版』(平四)五頁「小島武司」、鈴木(正)Ⅱ鈴木(重)Ⅱ福永Ⅱ井上『注釈民事訴訟法』(昭六〇)三七九頁など。中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木編・前掲注(55)五〇九頁は「実体法上抗弁が限定される場合は、反訴もその制限に服する。」と述べて、根拠付けているが、民法二〇二条は抗弁制限とみていないようである。

(102) 新堂・前掲注(55)四六五、四六六頁。

(103) 民事訴訟法改正調査委員会速記録(昭四。以下、民事速記録と略す)四九二頁(松岡委員発言)。

(104) 岩松Ⅱ兼子・前掲注(55)一八七頁。

(105) 私がここで正当といったのは、本権抗弁制限と反訴の適法性の関係について、日本とは異なり、実に正当な論証の道筋をたどっているということであって、なおその論証の中身が適法性を根拠付けるに足るものかは、まだ検討する余地がある。例えば、BGHの論理では、占有について先に弁論・証拠調べがなされなければ、反訴は許されないものとされなければならないだろう。しかし、本文について述べたようなアポリアを避けるために、本権請求について先に長い証拠調べをした事実でBGHは同時に裁判をなすに熟した両訴請求のうち、占有請求を棄却したのであった。勿論、反訴の適法性は公益性の要求によるものではないから占有原告の責問がなければ治癒する(vgl. *Schneider*, aaO, (Fn.88) S.368)とみる可能性はあるが、占有原告が本権反訴の適法を争っているならなお問題は残ろう。また木川・前掲注(68)三二二頁は、本訴反訴が一挙に判決できる関係にあるということが反訴の「適法」の趣旨だとするので、おそらくは、このように占有請求を先に判決しなければならぬならば、そのことをもってしても本権反訴は「不適法」であるといえることになろう。

(106) *Speers*, aaO, (Fn.26) S.718ff.は、かかる濫訴者を権利濫用ないし信義則違反として扱うことを示唆する。しかし、日本ではかかる信義則による訴権の否定には消極的である。中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木編・前掲注(55)三二二頁。

(107) 新堂・前掲注(55)四六七頁、なお三八六頁参照。

(108) 民事速記録六八三頁、六八五頁。

(109) 菊井Ⅱ村松『全訂民事訴訟法(Ⅰ)補訂版』(平五)一二四八頁。

(110) 菊井Ⅱ村松・前掲『(Ⅰ)』一二五一頁。

民法二〇二条の訴訟法的考察

(11) ドイツでは、ZPO七〇八条九号が占有保護認容判決に無担保で仮執行宣言を付するとして、不法の私力によって生じた請求権には、その請求権を迅速に貫徹すべき優越的利益がすでにあり、従って占有勝訴原告は直ちに占有侵害者に対処しうる、とも説かれてゐる。Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 44AufL. 1993, Rz. 59. 行った意味で、占有保護を認めた実体法は、既に仮執行の「必要性」をも優先的に与えてゐる、と解することは不可能是なからう（仮処分については、vgl. Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rz. 252.）。

なお、仮執行宣言の必要性は、後述する仮処分における「保全の必要性」と異なり、第一に、勝訴者の権利の確定を判決の確定まで待たせることが適切でないこと、第二に、判決が上級審で取り消される可能性が少ないか、取り消されても原状回復が容易であること、のどちらかが満たされれば認められるのが実務上の取り扱いといわれる。また、明渡しを命ずる判決では債務者に与える苦痛が大きく、上級審で取り消された場合も原状回復が困難なため、仮執行宣言が付されることはかつては比較的少なかったが、近時はこの種の判決にも仮執行宣言が付されることが多くなつたとされる。『基本法コンメンタール民事訴訟法（一）』第四版（平四）二七〇頁以下「高橋欣二」参照。不法の私力行使者たる占有侵害者（彼は既に私力をもって苦痛を与え、法は被侵害者への原状回復をこそ命じている）との関係では、明渡しを命ずる判決でも右のような苦痛や回復困難といった考慮は不要であらう。

(12) 木川・前掲注(68)三七四頁。

(13) そこから、民法上の占有訴権の要件に関する規定は、実体法上の占有保護請求権の要件を定めたものとみる限り「空文」であつて、本権確定まで暫定的に占有状態を規整するための仮の地位を定める仮処分（論者は占有仮処分、と称する）の「発令要件」とみるものに、藤原・前掲注(25)二九九頁。同旨、長谷部由起子「仮の救済における審理構造（三・完）」法学協会雑誌一〇二巻九号（昭六〇）九二頁以下。小林秀之「『手続法からみた』民法序論——製造物責任、債権者代位権、情報請求権、占有訴権を例にして——」三ヶ月先生古稀祝賀『民事手続法学の革新 上巻』（平三）九九頁以下も、これに賛成する。

(14) 山田・前掲書注(19)八三頁以下、Demburg/瀬田・山田・前掲注(20)八二頁以下、松浦馨「保全訴訟の沿革」吉川先生還暦「保全処分の体系 上巻」(昭四〇)七四頁参照。

(15) 松浦・前掲七四頁。

(16) この用語の使い分けについては山木戸克己「満足の仮処分」吉川還暦「保全処分の体系 下巻」(昭四一)八〇八頁以下（特に八一七頁注一四）、吉川大二郎「満足の仮処分の性質」民商法雑誌五三巻一号（昭四〇）三頁以下参照。また、「係争物に関する仮処

- 分」にすぎない点については、前述の沿革の他に、山口和男「占有訴権を被保全権利とする仮処分について」日本法学三二巻四号(昭四二)一六七頁、藤原・前掲注(25)三〇〇頁参照。
- (17) Stein-Jonas, ZPO 20. Aufl. 1988, vor §935 Bem. IV 3 (Grunsky), *Wetzorek, Zivilprozessordnung* 2. Aufl. 1981, §940 B I a 1, C III.
- (118) Thomas-Putzo, ZPO 17. Aufl. 1991, §940 Bem. 4 b.
- (119) Rosenbergl-Gaul-Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht 10. Aufl. 1987, §76 II 2 e) bb. しかし「必要性」は存するとみるのが大原則である。Vgl. Brox/Walker, aO. Rz. 163.
- (120) LG Frankfurt NJW 1980, 1758, mit Anm. v. Wolf.
- (121) 丹野達「保全訴訟の実務 I 普通保全訴訟」(昭六一)三〇一頁。山木戸・前掲八一六頁は、「最も強い程度の必要性が要求される」として。
- (122) 大阪地裁保全研究会(栗原壯太)「占有権に基づく仮処分」判例タイムズ八一八号(平五)一三頁以下。太田豊「保全訴訟における被保全権利の同一性(二)」判例評論一七八号(判例時報七一八号)(昭四八)一二五頁は、現状は「実質的に見れば占有権を被保全権利とする仮処分が本権に関する理由にもついで裁判されているのと異なるところはない」という。
- (123) 東京地裁保全研究会「占有権を被保全権利とする仮処分」『民事保全実務の諸問題』(昭六三)二三四頁。
- (124) 木川・前掲注(68)三六四頁。なお私的に「うまくファンクションしていない」のはどういふ場合かとお聞きする機会を得たが、木川弁護士によれば、仮処分も決して迅速とはいえないことが往々にしてある、ということであった。いまだに、判決と一緒に出る仮処分命令もあるとのことである。
- (125) 丹野・前掲三二三頁、三五〇頁。
- (126) 丹野・同三五四頁は、断行の仮処分での保証金の高額の傾向を指摘する。
- (127) 山口・前掲一六七頁以下。
- (128) 山木戸・前掲八四一頁は「本案訴訟は、被保全権利の訴訟的確定をつうじて、実質的には、疎明にもついでなされた仮処分」の可否を正式の訴訟手続における証明によって審査するという機能をもつ」とされる。
- (129) 野村秀敏「保全訴訟と本案訴訟」(昭五六)一九〇頁以下。

(130) 長谷部・前掲一〇〇頁。

(131) 高橋宏志「訴訟物論について（三・完）」法学教室一一七号（平二）八五頁。

(132) 長谷部・前掲一〇一頁、一〇三頁。柳川真佐夫『新訂保全訴訟（昭四一）一一二頁は、かかる場合保全の必要性を否定しうるという。』

第四節 本権についての判断が占有保護訴訟に与える影響

1 考察の前提

不法な私力による占有侵害は、本来たとえそれが本権者によるものであっても許されてはならない。占有者が占有することの有機的価値を望む限り、必ず元の事実状態に復帰せしめることが必要なのであって、決して不法な私力による占有侵害が結果的に容認されるような結論を導いてはならない。以上が問題を考えるにあたって念頭におかれなければならない原則である。ここでの考察の前提として、まずこの姿勢を明らかにしておく。

2 本権勝訴判決「確定」の場合 — BGB八六四条二項の解釈論的導入の検討

起草者は、non-cumulの原則を廃棄した民法典で、「占有物ハ兎ニ角一旦返シテ相当ノ手續ヲ得ナケレバナラヌ」という、占有訴訟の判決内容の現実的履行を確保しようとする意図をもって、占有の訴えと本権の訴えが独立であるという主義をとった。ここでも、依然として「手續上少シモ早く占有ノ訴ヲ運ハセル」⁽¹³³⁾為の手段として、占有訴訟を本権の理由で裁判することの禁止、本権併合の禁止、本権反訴の禁止をおいた（後二者は専ら訴訟法の問題として

削除されたことは既述)。しかし、そこでは、別訴として係属された本権訴訟が先に確定した後も占有訴訟が延々続き、占有勝訴になると、物を一旦返す、となることの不自然さ（これは本権反訴を認めようと認めまいと生じうる）を起草者も自覚していたと考えることは可能である⁽¹³⁾。しかるに、BGB八六四条二項にある、不法の私力行使後の本権訴訟確定判決による占有保護請求権の消滅効は、現行民法に継受されなかった。その理由は不明であるが、旧民法(財産編)二〇九条二項の規定のし方が、ただ単に本権の訴えで確定的に敗訴した者は占有の訴えを起こすことができなるとするものであったために、占有訴権が発生する前に本権勝訴が確定したら二度と占有訴訟を起こせないということを否定したかったあまり、不法の私力行使後、すなわち占有保護請求権が発生し占有訴訟が係属した後に併行した本権訴訟が、占有訴訟より先に確定的に勝訴した場合を別に規定する可能性を明確に考慮せぬまま現行民法草案を作成したのではなからうか(なお前掲注(39)参照)。つまり、本権確定判決後の不法の私力行使に対して、占有訴訟を提起する可能性さえ消さなければ、さらに迅速に手続を行って仮執行を得て占有状態の回復を図ることができるとすれば、なお解釈論的に、BGB八六四条二項の趣旨を導入する可能性は残されていたといえよう。

*従って、ドイツにおける、BGB八六四条二項の文言にもかかわらず、不法の私力行使「前」に本権勝訴判決が確定した場合(本権確定判決「後」の不法私力行使の場合)でも、占有保護請求権を消滅させようとする見解(第三章第三節2参照)の日本への導入は、それを許さない立法が厳として存在する以上、解釈論ですらできないことにならう。もとより、ドイツでもこうした解釈に反対する多数説の論拠は、はなはだ説得力がある。特に、Schwabのいうように、自己の権利の存在について確信が強くなればなるほど、不法の私力に訴えることが魅力的に思えてくるものであるから、本権確定判決後、強制執行によらず不法の私力に訴えても、占有保護請求権は相手方に

発生しないというのであれば、それは *Faustrecht* を許さないという占有保護の趣旨に背馳する思考であろう。そしてまた、確定判決後の法律状態の変化について、*MünchKomm Z BGB-Jost* のように、かかる場合はそもそも現在の占有権限の確定が欠けていると考えれば足りる、とみても、それについての争いが占有訴訟にもち込まれれば占有保護請求権の迅速に反しよう。ドイツ法においても BGB 八六四条二項の文言通り、不法の私力行使「後」とする多数説に従うべきである。

では、BGB 八六四条二項のような結論を、解釈論として導入する積極的根拠は如何に考えられるのか。

占有訴権が、ローマ法の *possessio* に起源を有することは既に述べた。そこで意図されていたのは、訴訟終了まで、当事者一方の事実的支配を保護することであった。そうした意味での占有訴権の趣旨が、いまだに現在規定されている占有訴権にあると考えることができるならば、占有訴訟係属中に本権訴訟が確定した場合には、占有訴権が根拠をなくし棄却されるということも是認されよう。

あるいはまた、占有訴権は、占有の帰属に争いがあるとき、本権秩序が「確定」するまでは、外形的に占有状態を有していた（しかもその迅速な回復を要求する）占有者に占有の有機的価値等の利益を得させるといふ、占有者の利益保護の目的を有するとみる立場からは、本権秩序が「確定」した以上、既に占有者に回復されるべき利益がなく、従って、もはや保護の必要がなく占有訴権は基礎を失う、と考えることは不可能ではない。

*この点、本権勝訴確定「後」の不法私力行使の場合でも、確定した以上、占有者に占有保護請求権によらしめ

る基礎がないと、一見考えられるようである。しかし、この場合、本権勝訴までに不法の私力行使がないので、占有保護請求権も生じておらず、本権勝訴確定後、本権者が、強制執行によらずに私力行使し、相手方に占有保護請求権を自ら発生させているのである。勝訴確定後に、強制執行をしないまま本権者が本権を失う(例えば売買等で所有権を移転することもありうる)ので、その後不法の私力行使し占有保護請求権を発生させた場合、本権秩序は厳密には確立していないともいえるのである。そしてまた、かかる場合に本権者が既に得た債務名義をもって占有勝訴原告が取り戻した占有を再び取り戻すことは直ちにはできない。請求異議の訴え(民事執行法三五条)の対象となりうるからである(この点、占有訴訟係属中に本権勝訴が確定した場合には、本権勝訴当事者は確定と同時に強制執行をなしうるのであるから、この場合とは明確に異なる)。従って、少なくとも請求異議の訴えにおいて基準時後の新事由を主張立証をしている間は、民事執行法三六条による執行停止の可能性、さらにはその立証に成功すれば民事執行法三七条による執行停止の可能性があるので、必ずしも占有保護請求権を認め、占有訴訟を認めることが無意味であるとはいえない。さらに占有保護請求権の消滅を期する侵害者に、再び本権訴訟で本権の確定を要求しても、前訴の既判力を援用できる(被侵害者に基準時後の新事由を主張・立証させる)ので、この程度の負担は、強制執行によらず不法の私力行使によってこうした結果を自ら招来した者に負わせても不当ではない、と考えるべきである。いづれにしても、立法趣旨からすると二〇二条一項の明文をもって、本権確定判決後の不法の私力行使を理由とする占有の訴えの提起は、許されねばならないのである。⁽¹³⁶⁾

現実に、本権訴訟が占有の訴えよりも早く確定するということは、現実の問題として次の三つの場合に想定する

ことができる。すなわち、まず、第一に、本権訴訟被告（占有被侵害者）が本権訴訟原告の本権（あるいは被告が自らにあると信じる何らかの利用権）について争わないか、第二に、本権の訴えが早く提起されたにもかかわらず、占有妨害が止んだ後、ないし占有侵奪の後、占有被侵害者が占有保護訴訟（一年以内）はしばらく提起しないでおり、しかも本権訴訟について上訴することもしない場合である。この場合、占有被侵害者が、本権は争わないが占有侵害の違法性は宣言してもらいたい、と望む当事者である可能性はある。しかし、事実上こうした占有保護の訴えは、単なる占有権の確認を求める訴えにすぎない。本権を争わないということは、占有の帰属も争わない、すなわち占有保護（占有状態の回復）を求める意思もないということに帰着しうるからである。また仮に、一瞬でも占有状態が回復するなら、侵害者の本権を認めて本権者に直ちにまた占有を取りかえされてもよい、という意思であるとしても、そのような原告に占有を回復する価値が認められるであろうか。占有することの有機的価値を欲していない者に、保護に値する価値はないと考えるべきではなからうか。⁽¹³⁾

BGB八六四条二項の立法趣旨は、不法の私力行使後、占有保護請求権を訴求しない場合はもちろん、占有保護訴訟が係属していても被告に本権についての勝訴判決が確定すれば、占有に基づく原状回復をしても、続いて直ちに本権に相応する占有回復がなされることになり、そうした場合の占有に基づく原状回復は不必要な迂路である、というものであった。占有請求権の本質による必然的な根拠というより、非常に法政策的な考慮であって、それゆえ立法として明文をおいたのであろう。しかしながら、こうした考慮は、占有保護請求権も訴訟という制度を経由するだけに、制度の適切な運用という観点から無視できない側面をもっている。

しかしながら、第三に、十分な証拠を揃えた本権者が、裁判所の手など借りるのは面倒だとして、自力執行を図

り、長いこと平穩に占有していた占有者が泣き寝入りせず占有訴訟を提起したので、本権訴訟を別訴で提起して確定を急ぎ、實際に占有訴訟の一審判決より早く勝訴確定してしまふ、というような場合が考えられる。この場合、不法の私力行使があつたのに、占有保護の訴えを棄却するという結論をただそのまま維持すると、かなり意図的な不法の私力行使を容認する結果になってしまう。かかる例外的場合のために別の方策を考えねばならない。この場合には、実務がいかに迅速に事件の処理をすすめたとしても、占有訴訟の判決を待つ余裕がなく、まさに仮処分が必要性が極めて高いといえる場合である。満足の仮処分によつて（そしてそれによつてのみ）とにかく元の占有状態の回復をはかるべき背景が整つていたのである。私は本権反訴適法論を理論的に（民法二〇〇条から）疑念のないものにする意味もあつて占有先審理を主張したが、日本の反訴適法論の中に仮処分に機能を代替させようとする見解が多いのは、現在の日本の実務では、占有訴訟が全く形骸化しているために、すべて右の第三の場合に類似した結果になりうるからである（ただし、仮処分では現実には本権者の本権を考慮にいれているので、右の場合に、実務が仮処分とりわけ満足の仮処分の必要性を常に認めるかは若干疑わしい）。しかし、不法の私力行使後の本権勝訴確定判決による占有保護請求権消滅効を解釈論として認めていくには、占有先審理が前提である（日本の実務の現状のように、本権反訴を認めて、占有本訴をひきずつて一緒に審理し、引換給付判決を出した上で、占有勝訴判決に仮執行宣言を付さないならば、本権者の不法の私力行使は、一度も原状回復なきまま、占有保護請求権の消滅という形で結果的に容認されてしまふ結果になる恐れがある）。そして占有先審理の形で迅速な占有保護が果たされる限り、占有保護のために認めるのは現状では仮執行より困難な要素を含む、満足の仮処分に依拠する必要は、必ずしもない（ただし、もちろん仮処分は本案訴訟よりも早く手続が進行するのが当然であるから、可及的速やかな占有状態の回復という意味では、そのような占有仮処分が認

められるのであれば、その方が望ましいことはいうまでもない。その上で右の第三の場合のような限られた場面では、占有訴訟の補完機能を満足的仮処分を果たしてもらわない限り、不法の私力行使後の本権確定による占有保護請求権消滅効は認め難いものとなる。そしてこの段階で仮処分という手立てをとらない者には、消滅効を認めて差し支えないということになろう。

以上のような考察からすると、不法の私力行使後の本権勝訴確定判決による占有保護請求権の消滅効は、あくまで右のような前提の下でならば、解釈論として日本に導入できるように思われる。訴訟上、本権確定により占有保護請求の主張自体が理由をなくしたものとして棄却する方向が考えられるのではなからうか。また、占有訴訟の基準時以後なら請求異議事由となりえよう。⁽¹³⁾

しかし、このことは、BGHの(c)判決のように、本権未確定時にまで及ぼされると考えられてはならない(もともとこの(c)事案自体は、占有本訴原告が本権と占有保護請求権をあわせ主張しているので、占有保護請求権の迅速性は問題にならず本権反訴も適法と解されるべき事案であった)。とはいえ、占有先審理のもとで本権反訴適法とされたとして、BGHの(d)判決の事案のように、上告審で占有本訴・本権反訴が同時に既判力をもって「確定」する場合には、右(c)事案の下級審での処理と異なり、原審で占有本訴が(BGB八六四条二項的処理により棄却されることなく)認容され、既に仮執行をもって元の占有状態が占有被侵害者に回復されていること、および、民法九二条の準用などで訴訟費用が適切に分担されることを前提として、同様の処理を認めることはできよう(この(d)事案で原審が本訴を認容しなかったのは、もともと相隣権についての特別法によって占有侵害が受忍されるべき法的要請があった

からである。しかしながら、例えば占有侵奪の事案で、日本では占有本訴・本権反訴双方同時に理由ありとする場合、本権反訴の方を将来給付にするという処理も示されている。このようにすると訴訟費用の問題もなく、原審で占有本訴認容判決に仮執行宣言が付され、強制執行が行われていれば、上告審で右の判決が確定すると、既に占有侵奪者（反訴原告）から占有被侵害者（本訴原告）に引渡しがなされているので、本権反訴に対する将来給付判決は条件が成就したものととして、本権者は物を占有者から取り戻せる（そもそも占有先審理原則のもとで本権反訴が処理されていれば、かかる事態は生じないはずである。しかし、それでも例外的に同時に裁判をなすに熟すことはありうる。）。では、日本におけるこうした処理は、法的に適切なものであろうか。

占有侵奪の事案では、物の占有が既に侵害者のもとにある以上、本権反訴は常に確認の訴えでなされるべきではないか、との疑念のあることは、前述した（第三章第三節2参照）。現在の給付請求に条件付きの将来給付判決を付与すること自体は是認しうる可能性があるとしても、そもそも確認の訴えによるべきものを、現在の給付請求をしたのに、反訴とは独立した占有本訴を認容する関係で、条件付き給付判決を下すことの可否については、なお一層の検討が必要なるように思われる。すなわち、もともと目的物が相手方にあつて、ただ履行期が未到来であるために現在の給付請求の量的一部認容として将来給付判決を下すのと、目的物は既にこちら側にあるのに現在の給付請求を行い、それに対し、あくまで別の訴えである占有本訴認容によって占有が反訴被告（本訴原告）に戻されるという将来の状況を前提にして（あるいはこの点は本権反訴に対し占有侵害が抗弁として成立するならば、それを容れたものとみることも可能か）、手元にある目的物の引渡し請求を認容する（釈明によって将来の給付請求を予備的に追加させるのであればともかく）のとは、考へ方は一緒でよいのであろうか。特に、「原告の現在の給付請求に対し、裁判所が履行期

未到来とか、条件未成就で未だ即時の給付を命ずることができないと認定したときには、原告の請求を全部棄却し、将来の給付を命ずることをしないのが、妥当な取扱い」であり、「現在の実務の大部分も、このような取扱いをしている」とする見解^(地)にたてばなおさらである。にもかかわらず、占有本訴に対する本権反訴の関係では、本訴反訴は同一に裁判になすことをむしろ常識として（日本では占有先審理によって占有本訴の一部判決を行うという発想は「常識」にはないということのようである）、本権反訴に条件付き（将来）給付判決を下すことを示唆する見解が少なくなく、その根拠は単に執行抵触を避ける便宜としか意識されていないようである。

この問題にいま深く立ち入る余裕はないが、やはり、釈明によって将来給付請求を追加させるべきであり、そうでなければ、これこそ主張自体理由なしとして棄却されるべき筋合いではなからうか。物権的請求権に基づく給付請求の場合には、本権の中間確認の訴もないのに量的な一部認容として本権の確認判決を付与する、あるいは黙示の本権についての中間確認の訴えがあったとして本権の確認判決を付与し、その余を棄却する、という可能性も困難であるように思われる。自分の手元に物があるこのような場合を、その所有権確認請求によらず（占有先審理をしない日本の現在の実務で）所有権に基づく返還請求の反訴によった者に、彼自ら惹起した占有侵奪を理由として占有を引き渡すことと引換に返還請求を認めたいえ、占有保護請求認容判決には仮執行宣言を付さない、日本の（E）判決のような態度は、ただその理論的側面だけを抜き出してみると、占有保護制度の体のいい潜脱を裁判所がわざわざ工夫して与えているようにもみえる。

また、このとき、本権反訴を現在給付の訴えである妨害予防請求として、認容してよいとする可能性もある。このようにすると、原告は本訴認容により占有を回収してよいとされると同時に、反訴認容により被告の占有を奪つ

てはならないとする、内容矛盾の判決が下されることになる。解決は執行法・実体法の領域にまかされるといふが、そこで、本権を優先させる解釈をとるならば、占有本訴に対し強制執行を認めないのに請求認容判決を出す、ということになり、その意義に疑問が残る。⁽¹³³⁾しかしこの場合、占有本訴認容判決にのみ仮執行宣言を付するということができれば、占有保護の実をあげられるとともに、将来の本権確定によって直ちに占有が本権者に帰属しうる、という適切な解決が得られる。⁽¹³⁴⁾そもそも、本権者であろうと、占有を侵害したものは占有をとにかく一旦返さなければならぬ、本権確定まで妨害者が占有の有機的利益を保持し続けることは認められない、という民法二〇二条の命ずる趣旨・本問題の考察の前提からすれば、このような解決が支持されるべきである。

しかしながら、本権請求が反訴でなく別訴によつた場合、本権の方に先に仮執行宣言付き判決がでてしまう可能性、あるいは、反訴の適否にかかわらず、本権に基づく仮処分が、占有保護請求権に基づくものより先にでてしまう可能性⁽¹³⁵⁾がある。この場合、原則的には先行するこつした執行処分が優先してしまつから、占有保護の実があがらない恐れがある。この問題について、次節で検討する。

(133) 前掲注(3)速記録(三)二頁。

(134) 上野・前掲注(24)八二四頁。

(135) 島田・前掲注(53)一五頁。

(136) 既に不法の私力行使があり、占有保護請求権が生じている場合にのみ、占有保護請求権の消滅を認めるものとして、広中・前掲書注(15)三六八頁。

(137) 占有権確認の訴えの適否については、近時東京高裁の判決が出た(東京高裁平成三年八月二八日判決、判例タイムズ七七七号二一三頁)。占有権は法律上の権利ではあるが、事実状態に基づくもので、単なる占有権の確認では現在の権利・法律的地位の不安定

の除去に寄与することはないとして、占有権確認の訴えを不適法としたものである。

(138) 本権訴訟が上告審に係属していると、もはや反訴が提起できないが、占有訴権の行使期間がなお残されているときには、まだ確定しているわけではないから、占有訴訟を別訴で提起できることはもちろんである（青山・前掲注(56)一三六頁同旨）。ただし、本文のような解釈が可能なら、本権が確定したら、別訴での占有保護請求は棄却される。

(139) 青山・前掲注(56)一三七頁同旨。このような解釈は、あるいは、「本権の理由で占有訴訟を裁判するもの」と考えられるのではないかとの誹りを受けるかも知れない。しかし、本権者の自力救済が不法の私力行使にあたらないとして、占有保護請求権の成立が否定されることがある（この場合本権うんぬんより、自力救済である、とか、黙示の承認がある、ということによって占有保護の必要性が否定される）のと同様、占有保護訴訟の係属中に、占有保護の必要性のないことが明らかになることで、占有保護請求を棄却する際、保護の必要性のないことを明らかにするものが、たまたま本権の確定であったということがいえるのではなからうか。このように解しても、本権が確定しているものであるから、本権の審理のために占有訴訟が遅延するということはありえず、民法二〇二条二項の趣旨には反しない。なお、八木・前掲判批注(56)一三〇頁は、本権者の適法な自救行為の抗弁を主張させることにも懐疑的である。しかし、適法な自救行為は、「不法の私力」の成立も否定するが、もともと結果的にあらゆる権利に優越する性質のものである。その主張者がたまたま本権者であったからといって否定されるべきではない。なおBGB八六三条参照。

(140) 例えば、確定期限未到来の場合につき肯定するものに、鈴木重勝「申立事項と判決事項」『新実務民事訴訟法講座(3)』（昭五七）三六七頁以下。この問題については、後藤勇「現在の給付請求と将来の給付請求」判例タイムズ六九〇号（平元）四頁以下に判例・学説の整理がなされている。

(141) 後藤・前掲一〇頁。

(142) 例えば、三ヶ月・前掲注(30)六二頁、伊東・前掲注(56)一四三頁、高橋・前掲注(131)八六、八七頁。

(143) 高橋・同八六頁以下参照。

(144) しかし、栗原・前掲注(12)一二頁は、（本権反訴があれば、占有本訴も引きずられて同時に判決される、という日本の現状を前提とした上で）本権反訴との関係で、占有保全の訴え、占有保持の訴えの場合、それぞれ本権訴訟の執行を優先し、占有回収の訴えでは、占有権者の占有取得を条件とする明渡し請求の場合にのみ、ひとまず占有訴訟による執行が可能となるだけで、その他は本権訴訟の執行優先とする。その理由は、同・二六頁によれば、本権に基づく反訴の認容判決があっても、占有訴訟の認容判決が優先的

に執行されるべき根拠はない、というものである。しかし、私見によれば、(本権反訴訟認容判決が確定したならばともかく)むしろ本権者自ら生ぜしめた占有保護請求権より、確定したわけではない本権の仮執行を優先させることの根拠こそ疑わしい。この場合に本権の執行を優先することは、まさに「占有物ハ兎ニ角一旦返シテ相当ノ手續テ之ヲ得ナケレバナラヌ。後トノ本権ノ為メニ不法ノ行為ヲ抹殺シテ仕舞ウトカ本権ノ為メニ不法ノ行為ヨリ生スル不便ヲ免レル然ウ云フヤウナコトハ許サヌ」(速記録(三)一二頁)はずが、裁判所が公然とこれを「許して」いるということになる。

(145) 丹野・前掲注(四)三六〇頁、一五〇頁参照。

3 本権勝訴「未確定」時の執行抵触の問題 — 仮執行、関連して仮処分

不法の私力行使後に、本権請求が反訴でなく別訴によつた場合、占有訴訟よりも本権訴訟の方に先に仮執行宣言付き判決が下されることはありうる。これは、後から、占有保護勝訴判決に付された仮執行宣言によつて、占有被侵害者が元の占有状態を回復しようとしても、先行する本権者の仮執行に抵触し、先行する本権者の執行利益が優先してしまふ可能性がある、ということである。しかし、こうしたことは、占有被侵害者が、本権(あるいは、自分に生じていると信じる何らかの利用権)を争わない姿勢のときにのみ問題とならう。本権被告(占有被侵害者)は控訴すれば、民事訴訟法五二二条によつて仮執行の執行停止を得られる可能性がある。この規定の運用については、実務の大勢は、申立てがあつた以上、本条による執行停止の裁判をしなければならぬといつて⁽⁴⁶⁾いることである。にもかかわらず、本権勝訴原告の仮執行をそのままにするのは、占有保護の放棄であつて、仮執行に対して請求異議の訴えが起こせない(民執三五条一項)こともあわせ、本権に基づく仮執行の優先を受忍することになつてもやむをえないものと解することもできよう。あるいは、本権訴訟で仮執行免脱宣言の申立て(民訴一九六条三条)をして

おくこともできたのである。

しかし、本権訴訟の原告が、予め不法の私力行使後直ちにその結果を維持せんがための、本権に基づく仮処分を得たと仮定すると、問題は厄介になる。だが、初めから不法の私力によらず物の占有を仮処分を取り戻していれば、そもそも占有保護請求権を生じないのだが、不法の私力を行使しながら、占有被侵害者が占有保護請求権を被保全権利とする仮処分等をする前に、占有被侵害者に対し爾後の妨害禁止（不作爲）を命ずる仮処分を得る、ということは許されるであろうか。かかる本権者から仮処分申請があつても、そもそもこれを許してはならないと考えるべきである。現在の客観的状态からみれば仮処分の必要性が一見認められそうな場合であつても、その原因となる行為を債権者自らが行なつた場合など緊急状態を債権者自ら招いた場合には、必要性が阻却される。⁽¹⁴⁾ そうであるならば、占有侵害者のかかる仮処分は、自らの不法私力行使の結果を高権を用いて維持しようというものであつて、裁判所はそれに手を貸すべきでなく、また貸してはならないということからしても、債務者を審尋する（本仮処分は仮の地位を求める仮処分の一種であるから、原則として債務者が立ち会える審尋または口頭弁論の期日が一度は開かれる。民事保全法二三条四項本文⁽¹⁴⁾）段階で、そのような占有侵害の疎明を受けたならば、必要性なしとしてかかる仮処分を発令すべきではないだろう。一部の見解のように、自力救済の代替として（予防請求を除き）占有攪乱期間にのみ、先に占有保護の仮処分がでているれば、これに抵触する内容の本権に基づく仮処分は自己の不法な侵害を正当化しようとするものであつて、必要性がないとして許容すべきでない、とするのは、—それ自体は正当だが—それだけでは狭すぎるであろう。自己の不法な侵害を裁判所の手を借りて正当化しようとしているのは、占有の攪乱期間の前

後にかかわりない。⁽⁴⁸⁾

仮に発令されてしまった場合⁽⁴⁹⁾、保全異議が認められ、かかる仮処分が取り消される要件は極めて嚴格であるが(民事保全法二六、二七条)、占有侵害の疎明をもって「保全命令の取消の原因となることが明らかな事情」(民事保全法二七条)に該当するという可能性も考えられてよいように思う。⁽⁵⁰⁾

*付随的な問題が二つある。第一に、既に第三章第三節3で若干触れたが、占有請求権を被保全権利とする仮処分申請事件について、本権の存否に関する判断を考慮することの可否の問題である。これについて従来の判例および通説の見解⁽⁵¹⁾は、被保全権利としての占有請求権の存否の判断に、本権請求権の理由をもち込むことを否定する。それは民法二〇二条二項という法制下では、本案訴訟においてすら排斥しえないような理由(占有請求権を本案の理由で排斥できない)をもって、本案の請求の存在が一応存在するものと認められれば足りる仮処分訴訟で、仮処分命令を発する要件としての請求を、否定しえない、ということが根拠である。しかし、以上のことは、被保全権利存否の判断には妥当するとしつつも、仮処分の「必要性」の存否の次元で本権に関する判断を考慮しうる、とする見解⁽⁵²⁾が既にあり、それが現在では実務上も一般に採用されているといわれる。ただし、そこで常に本権なき限り「必要性」なしとされるのであれば、本権者の自力執行が野放しになる恐れが生じて妥当ではない。第二に、占有保護請求権に基づく仮処分に対する本権者の損害賠償請求の可否の問題がある。非本権者である占有者が占有保護請求権に基づく仮処分執行を維持したため、本権者が物利用を妨げられた場合、本権者はその期間の損害の賠償を請求できないかという問題である。これについては適法な仮処分である以上、損害賠償請求権は

否定されるとした高裁判決がある。⁽¹⁵⁴⁾この事案では、まだ本権が確定していなかったが、もしその確定判決がでて、占有仮処分 of 被保全権利が消滅し仮処分が取り消されたならば、違法な仮処分として事実上過失を推定し、不法行為責任を問う（判例理論で確立⁽¹⁵⁵⁾）ということは、この後あつたかもしれない。無権限占有者であることが明らかになる本権確定の段階で、その期間の損害賠償責任を認めればよいと思われる。その際、無過失責任とするか、判例のように不法行為の一般原則によるものの過失を事実上推定するという経路を経るかについては、一応判例理論に従っておきたい。

以上のように解さない限り、本権の確定までは保護を求める従前の占有者が占有の利益を有すべきであつて、占有侵害者が依然として占有侵害によつて結果される占有の利益を享受してはならない⁽¹⁵⁶⁾（ただ本権者であることが確定すれば、「確定後」占有被侵害者のもとに占有状態が回復された期間の損害賠償を請求しうる可能性はある）、という占有保護制度に、一貫性をもつて合致しない。本権者は、それが真の本権者ならば、不法な私力によらずに正当な手続を経ればよいのであつて、一旦そうした不法な私力を行使した以上、本権の確定まで物の占有を従前の占有者に返還しなければならず、自らは本権の確定だけを急がねばならない。それはかかる本権者に限り、酷な要求ではない。

確かに、現実の実務では、占有訴権を被保全権利とする仮処分の多くが、当該物件の占有をなす権利（本権）の疎明ができないための窮余の策として予備的に申請され、結論からしてそのほとんどが却下相当の事案である、といわれている。しかし、そのほとんどがあえて本権との関係を持ち出すまでもなく、占有保護請求権の要件としての、占有（事実支配）の存否ないし不法の私力行使の存否に対する判断で解決されているといわれ⁽¹⁵⁷⁾（本案訴訟においても同

様である⁽¹⁴⁸⁾、本来の意味で占有保護が図られるべき場面ではなく、これをもって占有訴権の意義の薄いことを説くのは誤りである。

また、同時に、被保全権利として第一次的に主張されている本権の存在があいまいな場合でも、相手方による実力行使に行きすぎが目立つ事案においては、申請が認容されることが多い⁽¹⁴⁹⁾、ということも指摘されており、また民事暴力の事案では、債務者審尋も行わず、直ちに断行の仮処分を出しているということもあり⁽¹⁵⁰⁾、こうした緊急の場合には、占有訴訟では及ばない迅速な仮処分の機能が大いに活かされよう。こうした意味でも、民法の要請する迅速な占有の保護に、占有訴訟をより迅速な仮処分が補完するという占有保護に最も寄与する形で、民事訴訟法が応えるという、民事法的な整合が好ましく思われるのである。

(146) 菊井II村松『全訂民事訴訟法(III)』(昭六)五九〇頁以下。なお、占有保護請求の認容判決に仮執行宣言が付され、本訴被告が控訴した場合は同じことは妥当しないと考えるべきである。なぜなら、本権関係すら抗弁とならず、とにかく不法の私力行使の事実が一旦証明されたならば、可及的速やかに占有状態を回復すべき占有保護の趣旨からすれば、仮執行宣言の付された占有保護判決は本条による裁判に馴染まないと解されるからである。ちなみに、本権の訴えにおいて債務者勝訴の第一審判決がなされた場合に、占有権を被保全権利とする仮処分を取り消すべき事情変更(旧法関係・現民事保全法三八条)があるといえるかについては、否定する判決がある。札幌高裁昭和四〇年四月三〇日判決下民集一六卷八〇一頁。

(147) 丹野・前掲注(121)三〇一頁。

(148) 民事保全法二三条四項但書は、債務者を呼び出すと執行妨害がありうるような、非常に緊急性ある場合だけに適用がある。ジュリスト九六九号『民事保全法の運用と展望』(平二)一六頁以下参照。

(149) 本権に基づく仮処分と占有保護請求権に基づく仮処分について、その発令の先後にかかわらず、私見と同様、占有保護請求権に基づく仮処分を優先すべきとするものに、加藤一郎『判例民事法昭和二七年度』(昭四一)三三三事件評釈一四〇頁以下。

(150) その場合、「本権者の求める仮処分の内容は、通常占有訴権者妨害排除による原状回復と占有物の返還請求を拒むための妨害予

防を内容とする不作為を求める仮処分であるから、その執行は、右仮処分決定の占有訴権者に対する送達によって終了するので極めて短期間に行われ終了する」ことを指摘するのは、山口・前掲注(116)一七八頁。

(151) 末川・前掲注(8)一二五頁は、占有回収請求権の認容判決の確定をもって事情変更（民法旧七四七条）にあたるとした、大審院昭和八年四月二五日判決（民集一二卷七三二頁）を紹介する。ただ、判決の確定を待っているのは、現実的に占有回復が遅れて占有保護が実質的に無意味になってしまう恐れが大きい。やはり、かかる場合の本権に基づく仮処分は発令すべきではないし、かつまた、本文に述べたような解釈が必要になってくると思われる。

(152) 大審院第一民事部昭和十一年一月九日判決・民集一五卷三二号一九五九頁（評釈：菊井維大・『判例民事法昭和十一年度』〔復刊 昭二九〕一三三事件、中野峯夫・民商法雑誌五卷（昭一二）一一一四頁、一賛成一）、最高裁第三小法廷昭和二十七年五月六日判決・民集六卷五号四九六頁（評釈：末川博・最高裁民事判例批評昭和二十七年度Ⅱ三三事件、加藤・前掲一三七頁、土井王明・判例タイムズ二二号（昭二七）四七頁、一いずれも判旨に賛成一）、兼子編『判例保全訴訟上卷』二四頁（なお、本権の有無で保全の必要性の程度が問題になる余地はありうるかもしれない、という）、北川弘治「占有権を被保全権利とする仮処分申請事件において本権の存否に関する判断を考慮することの可否」判例タイムズ一九七号『仮差押・仮処分の諸問題』（昭四一）三八頁。

(153) 柳川・前掲書注(132)一一二頁。なお、三ヶ月Ⅱ中務「戦後の仮処分判例の研究」三ヶ月『民事訴訟法研究二卷』（昭三七）所収四四頁は、占有の訴えが紛争を迅速に解決する制度としての機能を事実上喪失している以上、本権の訴えと分離することそのこと、ひいてそれを仮処分の運用に反映せしめることの妥当性に何か割り切れぬ感を抱かぬでもない、という。

(154) 東京高裁昭和十一年一月一日判決（判例時報四七一号三二頁）。これについての判批である好美清光・判例評論一〇二号（昭四二）一〇三頁は判旨に反対する。

(155) 最高裁昭和十三年二月二四日判決民集二二卷一三三号八四頁。伊藤真「原状回復の制度」ジュリスト九六九号（平二）二二二頁参照。なお、違法な仮処分と損害賠償の問題については原田保孝「違法な保全処分による損害賠償責任」判例タイムズ七一〇号（平元）二八頁参照。

(156) こうした経済的利益の観点からは、前述したドイツの文献には散見するが、日本ではあまり意識されていないように思う。

(157) 山口・前掲注(116)一六九頁参照。

(158) 藤原・前掲注(25)二八七頁以下。

(159) 藤原・同二九四頁。

(160) 前掲ジュリスト九六九号一七頁（研究会における園尾氏発言）。

第四章 結びに代えて——若干の補足的考察

第一節 現在の仮処分実務の考え方

ここまで、いささか純理論的に、占有保護を訴訟手続上貫徹する方策を探究してみた。しかしながら、ドイツと異なり、日本の実務は、民法二〇二条二項に表現された占有保護の実体的独自性を「ドグマ」であるとして、その貫徹を避ける傾向がある⁽¹⁶⁰⁾。それは、三ヶ月論文による「占有保護の手続的独自性」の「消滅」という断定が大きく影響したと思われるが、制度的な保障こそなくとも、実体的独自性あるものには、その独自性を手続の独断で打ち消すことをせず、できる限り運用で、実体的独自性からの疑念が生じないように扱うという姿勢が、ドイツにはあって、何故、優秀な実務家たちが揃う日本では行われぬのか、という悔しさにも似た気持ちだが、消えないのである。占有保護請求権は、ただ占有しているということだけでは生じないのであって、不法の私力の行使があつて初めて生じる請求権だということが、時として忘れられているのではないか、という疑念すら生じるのである。訴訟における確定前の自称本権者の主張する「本権」を考慮にいれるために、彼によって引き起こされた占有侵害からの占有状態の（迅速であるべき）回復を遅らせ、それどころか結局回復を行わないという帰結に導くのは、それが真

実本権者であったとしても、彼の自力執行を容認していることにほかならない。民法を無視しなければならないほどの必要性が、そこに見受けられるとは思えない。

近時、占有訴訟は日本では機能しないとの前提の下ではあるが、「保全の必要性」を考えるにあたって、正当にも「単なる事実状態としての占有にすぎないものであっても、これが法的保護の対象とされている以上、その喪失は『損害』にあたらず、これに対する実力による侵害が『急迫の危険』にあたらないということは難しく、原則としてこれらが『損害』、『急迫の危険』にあたることを肯定しなければならぬ」という観点を示した上で、占有仮処分を類型的に考察する実務研究ノートが発表されたので（前掲注⁽¹²²⁾大阪地裁保全研究会・栗原判事補）、実務の現状を知る好個の資料として、検討しておきたい。

そこではまず、占有訴権が主張される際の類型として次の三つが掲げられている。⁽¹²³⁾すなわち、第一に「権原補充型」（占有者に一応占有を基礎づける権原があるがそれが対抗力のないものであるため、それを補充するものとして占有訴権が主張される場合）である。占有訴権が機能を發揮する典型例である、本権の範囲に争いがあり侵害者・被侵害者共に本権の疎明ができない場合（土地境界に関する紛争等）は、この「権原補充型」に類似するものと考えている。第二に「無権原型」（占有者に当初から占有権原がない場合）である。そして、第三に「権原喪失型」（占有者が当初は賃借権等の占有権原を有していたが、解約等によりこれを喪失した場合）である。さて、こうした三つの類型で「保全の必要性」を考える際、次のことが考慮に入れられる。すなわち、本案訴訟を経た結果終局的には占有を全うできないか、運命にある占有者が、仮処分によって保護されることは、仮処分の暫定性という制度目的に反するのではないか、という疑問と、占有訴訟不機能により占有仮処分に委ねられる秩序維持機能の要請、という二つのファクターの調

和である。そこで導き出される結論⁽¹⁰⁾は、第一に、「権原補充型」および「無権原型」で侵害者にも本権がない場合は、占有者が本案訴訟の結果占有を喪失する運命にあるとはいえないから、仮処分の暫定性からくる疑問は生じず、「保全の必要性」を肯定できる。第二に、「無権原型」のうち侵害者が本権を有する場合は、占有者にそもそも占有保護請求権が成立しない攪乱期間では、保全の必要性はない。他方、占有取得から相当期間が経過しており、何らかの形で黙示の使用権が成立していると認められるような場合には、「権原補充型」「権原喪失型」として扱う。しかし、本権者が占有者に占有権原を与えたときまでは認め難い場合には、占有者に占有状態が確立していても、「保全の必要性」を否定する、という。第三に、「権原喪失型」の場合には、占有者が、受任者・受寄者のように当該目的物の占有に固有の利益を有しない者であって、これに対する委任者・寄託者たる本権者が侵害者であるときは、原則として、保全の必要性を否定する⁽¹⁰⁾。占有侵害の損害は金銭賠償で填補可能だから、というのがその理由である。ただし、無権利の第三者からの侵害に対しては保全の必要性が認められる、とする。他方、賃借人・使用借人のように占有に固有の利益を有する者である場合には、諸々のファクターを総合勘案した上で、実際には必要性を認められる場合が多いのではないか、という。その理由として、この類型では、少なくとも当初は正当な権原に基づいて目的物を占有していた以上、侵害者の必要より、継続していた事実状態の保護に重点がおかれやすいこと、また、この類型では、主位的には占有権原の主張があつて予備的に占有訴権の主張がなされることが多いが、仮処分の審理で占有権原喪失の心証を抱いたとしても、なお最終的な判断は本案訴訟に委ね、それまでは継続した事実状態を保存しておきたいという心理が働く、ということが挙げられている。

若干長い紹介になったが、実務の一場面において、「保全の必要性」がどのように考えられているのかを知るのについて、非常に参考になる。少なくとも実務において、「保全の必要性」の中で本権関係が考慮に入れられるとしても、本来的に占有請求権が成立しうる場面では、本権の考慮にもかかわらずかなり広く「保全の必要性」が認められる可能性がある、ということがそこに看取できる。民法二〇二条から生ずる疑念には眼をつむって本権反訴は適法とし、日本の実務では占有先審理など考えられない、という現実には縮念を抱く限り、なお、占有仮処分は占有訴訟に代わって占有保護請求権の実現を担ってもらおうとすること自体は、理論を捨てても、とにかく不法の私力行使前の占有状態をより迅速に回復するという実益をとる、という意味においてのみ、現実的選択としてやむを得ないことであろう。そしてまた、占有訴訟が、私見のように運んだとしても、占有仮処分がそれよりなお迅速に民法上の「占有保護」をはかることは、もちろん好ましいことである。

そこで、右の実務例に見る「保全の必要性」否定の場合のうち、次の二つの場合に、なお、占有仮処分でなく占有訴訟でならば占有保護が認められえたか否かを検討しておきたい。まず第一に、「無権原型」で、占有者に占有状態が確立しているのに、本権者が占有者に占有権原を与えたままでは認め難く、「保全の必要性」を否定する、という場合である。ここで考えられているのは、例えば盗人に盗まれたまま逃走され（占有を放任したわけではなく）長期間経過したが、ようやくその盗人を発見し、思わず目的物を取り戻したという場合であろう。そのようなケースでは、対第三者的には格別、元の持主との関係では「占有の攪乱期間」が継続しており、そもそも盗人に占有保護請求権が認められない場合である、と解することも不可能ではなからう（そこまで言わなくとも、右のような場面では、単純に、法的手段をとる余裕がなかった、ということ、正当な自力救済であったとして、「不法の私力」に該当しない、

とみることもできよう。ちなみに占有訴訟で許される抗弁は、原告に「占有」の事実がないこと、そして被告の占有侵害行為が「不法の私力行使」にあたらぬこと（および、私見によれば、本権勝訴判決が確定したこと）である。⁽¹⁶⁵⁾ 例えば、被告から原告に占有が奪われた占有の攪乱期間であるため、被告の行為は正当な自力救済であるという抗弁が、それであり、右のような場合は、抗弁が容れられれば、占有訴訟でも原告の請求は棄却される可能性がある。従って、右のような場合は、占有仮処分において、「必要性」か、または「被保全権利」の存否の段階で否定されても差し支えないケースである、ということもできなくはないであろう。第二に、受任者・受寄者の占有を、委任者・寄託者たる本権者が侵害した場合である。この場合、被侵害者は、明らかに民法一九七条によって占有訴訟的保護の対象である。占有訴訟では、本権者が「不法の私力」を行使したことは明らかであるから、占有保護請求原告が勝訴するであろう。しかし、占有仮処分においては、「保全の必要性」の判断に本権関係をもち込む以上、金銭賠償による填補可能性をもって「保全の必要性」を否定することは、充分ありうることである。ただし、受任者・受寄者とはいえ、占有に固有の利益を有しないとは必ずしもいえないであろうし、不法な自力執行を許さない、ということを重視すれば、「保全の必要性」ありとする可能性も否定できないであろう。

(161) 五十部豊入「占有権に基づく妨害禁止の仮処分」丹野II青山編『裁判実務大系4 保全訴訟法』（昭五九）二四〇頁。

(162) 栗原・前掲注(122)一一頁以下。

(163) 栗原・同一四頁以下。

(164) この結論は、占有訴権の本来的性質には反する。末川・前掲注(8)一〇〇頁以下参照。

(165) BGB八六三条参照。この極めて限られた範囲では、確定した本権関係も当然に絡んでくることになる。

第二節 訴訟物論との関係

本稿は、占有保護請求権と所有権が分属する場合を主たる考察の対象としているので、訴訟物論との関係は本稿のテーマにとつては付随的なものである。しかも訴訟物（訴訟対象）理論は、それだけでも非常に広範で複雑な考究を必要とするものであるから、ここでは、この問題につき、その要点だけを簡略に述べることにする。

まず簡単に日本の各訴訟物理論⁽¹⁶⁶⁾によるこの問題についての回答を、演繹してみる。論述の便宜上占有侵奪の事案を一応念頭におく。日本では、通常、民事訴訟法一九九条一項の「主文ニ包含スルモノ」⁽¹⁶⁷⁾既判力の客観的範囲⁽¹⁶⁸⁾に訴物たる権利関係の存否についての判断、というテーゼが前提になる。第一に、判例実務のとり、いわゆる旧訴訟物理論（旧実体法説）によれば、実体法上の請求権ごとに訴訟物を分けるのであるから、当然占有保護請求権と本権に基づく物権的請求権とは別個の訴訟物であり、前者のみを求める裁判の既判力は、後者を求める裁判に及ばない。従つて、占有保護訴訟の敗訴原告は、（それ以前に占有保護訴訟の被告が本権訴訟で確定的に勝訴していない限り）本権に基づいて訴えを提起しても、それは前訴の既判力によつて遮断されることはない⁽¹⁶⁹⁾。これは、少なくとも占有訴権と本権請求権に関する限り、民法の起草者が意図していた結果である。第二に、新訴訟物理論である。日本の新訴訟物理論は、給付訴訟では、相手方から一定の給付を求めうる法律上の地位があるとの権利主張をもって訴訟物とらえる。そして、実体法上一回の給付のみが正当化されるか、二回以上の給付が正当化されるか、をもって訴訟物を特定するという。占有保護請求権と本権請求権は請求権競合として、実体法秩序が一回の給付しか是認しな

いので、訴訟物は一個であり、従って、前訴で占有保護請求権しか主張・立証・審理されずに敗訴判決が下されても、この判決の既判力によって本権に基づく訴えは遮断されてしまう。第三に、新実体法説である。日本の新実体法説はまだ統一の見解があるわけではないが、一つの生活事象が複数の法規のもとに包摂される場合でも、実体法秩序としては法的かつ経済的にみて一個同一の給付を是認するにすぎないときは、一個の請求権のみが成立するという。占有保護請求権と本権請求権が「法的かつ経済的にみて一個同一の給付」かどうかは回答の分れ目になるが、実体法上の返還請求権は一個しか成立しないとみているようである。従って、前訴の既判力により、本権に基づく後訴は遮断されることになる。

次に、ドイツの各訴訟物理論⁽¹⁶⁾から回答を演澤してみると、様相はかなり日本と異なる。日本の旧訴訟物理論と同じ(旧)実体法説はもちろん、新訴訟物理論すなわち訴訟法説のうち、訴訟上の請求の要素として「申立て(Antrag)」と「事実関係(Sachverhalt)」をみる二肢説(zweigigliedrige Streitgegenstandslehre)と呼ばれるドイツの通説・判例でも、または、訴訟物としては「申立て」のみを基準とする一肢説(eingliedrige Streitgegenstandslehre) ⁽¹⁷⁾でも、占有保護請求権に基づく訴えだけを提起した原告は、改めて本権に基づく訴えを提起することを妨げられない。二肢説においては、占有保護の訴えと本権の訴えとは事実関係が異なるために、占有保護の前訴の既判力は本権の後訴に及ばない。日本の新訴訟物理論はいわば一肢説であるが、少なくとも本問題に関する限り、ドイツの新説とは帰結が異なる。日本の新訴訟物理論によれば、係争物件の返還を求める訴えを、占有侵奪の事実だけを主張して提起した場合でも、何ら主張されなかった本権関係も含めて、請求棄却の判決の既判力が、本権に基づく後訴に及ぶ

わけである。しかし、ドイツの一般説は、裁判所に提出された訴訟資料に基づいて「申立て」に関してなされた裁判に、既判力が生じると考えるので（既判力と訴訟物の乖離がある。この点で日本のテーゼと異なっている）、ここでのケースでは、何ら主張されなかった本権関係については、既判力は及ばない。すなわち、占有侵奪の事実だけを主張して敗訴した前訴の返還請求棄却判決の既判力によって、本権に基づく後訴は遮断されないことになるはずである。さらに、新実体法説では、ドイツでも論者によって若干の相違があるが、Georgiadisのように、一つの実体法上の請求権への統合は、単一の目的という観点のもとで行われねばならないとし、BGB一〇〇七条に基づく返還請求権（最終的な規整を目的とする）とBGB八六一条に基づく占有保護請求権（迅速な裁判を目指す）の競合の場合は、請求権は複数であることを肯定しようとする新実体法説論者もいる。⁽¹⁰⁾ それによれば、占有侵奪の事実を主張した原告の請求棄却判決の既判力により、本権に基づく後訴の提起は遮断されないことになろう。

このように、ドイツの各訴訟物論によれば、基本的に、占有保護訴訟の敗訴原告は改めて本権に基づく訴えを提起することが可能である、と考えることができるのに対し、日本では、かかる場合に新訴訟物理論も新実体法説も本権に基づく後訴を遮断することを目指すようである。しかし、日本でも、新訴訟物理論をとっても、占有保護請求権の特殊性を重視するならば、訴訟物は別であると解することは可能との指摘もあり、⁽¹¹⁾ 加えて、そもそも前述の訴訟物と既判力のテーゼ自体を揺るがす見解も数を増しつつある。また、占有秩序と本権秩序は、訴訟法的にも実体的にも一応独立扱いであり、法条競合論は容れられる余地がない、⁽¹²⁾ ともいわれる。また、新訴訟物理論の訴訟物構成にとって、民法二〇二条一項が妨げにならないこと（民法二〇二条一項の「訴」という文言を「請求権」とおき換

えて読むこと⁽¹³⁾までは一応論証されたとしてもよいであろう。しかしながら、この条文が各訴訟物論にとって根拠となる決め手となるわけでないこともまた、肯認される。⁽¹⁴⁾

日本の新訴訟物理論によれば、基本的には、占有に対して不法な私力の行使があつたか否かの問題に否定的な判断が下つただけで、本権関係は一切審理されていなくても、占有被告は、占有という一時的な事実状態の帰属のみならず、本権という永続的な権利の帰属まで、ほぼ結果的に手に入れられることになる。

これはいかにも不当である。何らの主張も立証もされない事実関係に、なぜ裁判所の判決の効力が及んでしまうのであろうか。前述の日本の既判力の客観的範囲についてのテーゼによって、同一訴訟物の範囲では、提出されない事実にも既判力の遮断効が及ぶ、とすることではもちろん理由にならない。本権請求権と占有請求権を同一の訴訟物の範囲内とすることに、異を唱えているからである。原告が占有請求権のみを主張する限り、民法二〇二条一項によって被告は本権関係を抗弁にできないのであるから、実体法的に本権関係が主張も立証もされないことが命じられているのであって、にもかかわらず日本の新説によれば、かかる審理による判決によって被告は、ほぼ本権的地位まで結果的に手に入れる（原告によって本権に基づく給付請求をされることはなくなるといふ意味で）ことになってしまう。原告が本権関係までもち出せば、あるいは、もち出すことが必要視されれば、失権効を及ぼすことができようが、原告に本権請求権の提出まで事実上強要することは不当である。占有原告にとっては、本権関係を主張せずに占有関係だけを主張して、迅速に目的を達成する手段をとる正当な法的利益があるのである。この点では、仮処分制度の存在は、占有訴訟で本権まで主張立証することを事実上強制され、占有訴訟が遅延してもよい（本権の

立証のための努力・準備は占有訴訟を速やかに提起することをも妨げる」という正当化根拠にはならない。常に占有仮処分が占有訴訟に完全に代替するわけではないからである。論理的にも、仮処分制度があるから、何ら主張も審理もされなかった本権関係にも既判力が生じてよい、などという主張は全く成り立たないであろう。

そもそも、占有を侵奪された者は、原告が主張もせず裁判所が審理もしなかった本権の問題については、改めて別訴（本権訴訟）を提起できるという保障があつて、初めて、安心してあえて迅速な保護のみを、占有保護の訴えのみを提起することによって得ようと試みる⁽¹⁷⁾ことができる。占有侵害状態を排除する占有訴訟の決着後、これによって落着かない紛争に本権の立証・審理の努力を傾注することは、決して好ましくないからぬ単純な紛争の蒸し返しとはいえない。侵害者に本権立証の自信がなければ、とりあえず事実状態を回復する占有訴訟限りで落着する占有を巡る紛争も少なくないであろうし、それにもかかわらず、あくまで最終的な権利帰属を争おうとするものについて新たに訴訟制度を利用させても差し支えはない。占有訴訟の被告についても、原告に後になつて本権の争いをもち出されたくないのであれば、本権の確認を（別訴ないし占有先審理の下での反訴において）予め請求しておくことはできるのである。また、本権について争いがあつた場合、平穩に占有していた占有被侵害者ではなく、占有を侵害した者に本権訴訟を提起させるのは妥当であり、そこでは、本権訴訟において、占有被侵害者が被告の地位に立てるといふ実益がある（所有権を立証することなく、占有を回収しうる実益がある）といふことも充分に顧慮されるべきであらう⁽¹⁸⁾。

ここで、訴えの目的自体は「物の返還」が認容できるかどうかを決定することであつて、占有が侵害されたか否かを決定するのはその手段にすぎないとし、「物の返還」という点に利益主張の単一をみ、従つて請求も単一であるとする見解は、所有権返還請求が「恒久的帰属のための」物の返還に利益があるのに対し、占有保護請求が「迅速⁽¹⁷⁾

な」物の返還に利益がみられるべきことを看過している。右の両請求は、決して同一人に同一の利益をもたらすものであるとは、断言できないのである。占有保護請求における「占有状態の回復」の側面が、たまたま「物の返還」という現象面で本権請求と重なりあっているにすぎない。占有という事実状態の回復は、本権関係にかかわりなく「迅速に」果たされねばならないのであって、占有保護請求権を根拠付ける事実が非常に簡素であり、かつ、本権関係の排斥を排していることが、それに奉仕しているのである。占有保護の利益主張は、占有が侵害されたので時間がかかっても物が返ればよい、ということではない。目的は、可及的速やかに占有状態が回復されることにあるのである。こうした時間的屬性を切り捨てると、占有保護請求権なるものは存在の意味を失うように思われる。日本の新実体法説もこうした屬性を視野の外においた上で、「同一物の給付」であるから「法的・経済的に同一の給付」だとするようであるが、占有保護請求権が占有という事実状態をとにかく回復すれば足りるという権利であるとし、給付もそういう意味で本権に基づく給付と同じであるとしか認めないのであるならば、そのとおりである。しかし、それは誤りであって、かような屬性の切り捨ては訴訟法による実体法の改変ではなからうか。

以上の諸点に鑑みると、やはり、占有保護の訴えで、仮に「不法の私力の行使」の立証に失敗して請求棄却判決が確定した原告でも、同一物に関して本権に基づく訴えを提起できると解すべきである。既判力の扱いについては、少なくとも、こと占有請求権と本権請求権の關係に限る限り、新説はドイツの理論の方が適切であり、日本の徹底した一肢説ともいふべき新訴訟物理論の結論、日本の新実体法説の帰結は、不当であると考ええる。

(166) 中野||松浦||鈴木編・前掲注(55)一三七頁以下を参照。

- (167) 兼子一「裁判の脱漏と判断の遺脱との差異―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(七)』(昭四五)三五一頁以下参照。
- (168) Vgl. *Rosenberg-Schub*, *Zivilprozessrecht* 14. Aufl. 1986, §96 III.
- (169) 木川・前掲注(68)三五五頁以下。
- (170) Vgl. *Georgiades*, *Die Anspruchs Konkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, 1968, S.233 ff.
- (171) 大村・前掲批判注(56)一六五頁。
- (172) 鈴木祿弥・前掲『物権法講義』注(55)五六頁以下。
- (173) 奥田昌道「請求権概念について」法学論叢八二卷二・三・四号(昭四三)二四九頁以下参照。
- (174) 伊東・前掲注(56)一四三、一四四頁。
- (175) 上野・前掲注(24)八三八頁。
- (176) 上野・同八三二頁。
- (177) 小山昇「所有権返還請求と占有回収請求について」北大法学部十周年記念論文集(昭三五)二七頁以下。

以上、民法二〇二条を訴訟法の観点から考察してきた。しかし、仮処分など執行に関する部分は、実務についての知識が充分でなく未熟な考察に終った。また、訴訟物の問題が絡む終章第二節についても、将来、より深い考察が必要であり、これらについては他日の再考を期したいと思っている。

占有訴訟の形骸化は、いくつもの論稿で目にした。その形骸化の故に、「占有訴訟」を利用する実益が無くなり、その結果当事者の不利用につながり、それに、本権反訴を許し、しかも占有先審理を行わない実務が拍車をかけている。民法の起草者たちが希求した、占有保護のための迅速な処理は、一部の民法学者に「起草者たちの期待はむなしなものにおわった」と冷やかに断じられるまでになった。確かに、占有保護請求権については、これまで当事

者の濫用的な利用がなされることが多かったことはあろう。しかし、真に保護されるべき当事者に、現在のようない取り扱いは果たして妥当であらうか。形骸化しても差し支えないのか。占有の訴えに本権の訴えが絡むとき、そこでは占有保護訴訟を結果的に骨抜きにする志向が席巻しているのではないか。こうした疑問を内包しつつ、現行の占有訴訟の処理が、民法二〇二条からみて、あるいは訴訟法上、執行法上の観点からみて、妥当であるのか否か、また妥当でないならどのような取り扱いをなすべきなのか、と理論的な道筋を考察してきたつもりである。しかし、これが成功したかどうかはおぼつかない。ともあれ、従来日本では必ずしも充分意識されてこなかった、若干の考察に値する論点を提示できたものと考えている。むろん、これらはいずれもまだ未熟なものであり、将来のより深い考察の課題としたい。

なお、比較法的な考察対象としては現行法制の母法たるドイツ法を選択したが、占有保護制度そのものの必要性を探究する面では、英米法の考察もまた有益であるに違いない。⁽¹⁷⁸⁾資料は若干手元に集めたものの、今回は触れることができなかった。これもやはり、他日を期したい。

(178) 比較法制史的には、例えば、甲斐道太郎「英国不動産法における占有と所有（其の一）中世」法学論叢五八巻二号（昭二七）一三五頁および同「同（其の二）近世近代」甲南論集三集（昭二九）一頁、有泉亭「英国動産法における占有と所有」法学協会雑誌五八巻二号（昭一五）一頁などは著名。英法では占有侵奪に対する救済も結局金銭賠償を原則としたという興味深い説明がみられる。