

占有権

担当：松尾 小瀧 長谷川

第 1 節、総説

I、占有権の成立と態様

民法 180 条

占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する。

1、占有権とは

人が一定の態様で物を支配している状態 (占有) に対して与えられる法的保護の総体を示す概念 (物支配の結果として認められる地位)。これを指して占有権と言う。

※ 所有権——人が物に対して及ぼす (何らかの) 排他的支配を正当化する権利 (排他的物支配の源泉たる地位)

2、占有権の物権性

1) 民法第 2 編「物権」——第 1 章「総則」

第 2 章「占有権」=物権¹?

第 3 章以下「所有権」「地上権」「永小作権」

2) 物権としての異質性

- ・ 占有者は 177 条及び 178 条の第三者にあたらぬ
- ・ 債権者たる賃借人、使用貸借人、受寄人等も占有権という物権をもちうることになる

3、要件

- ① 物の所持
- ② 自己のためにする意思の存在

4、要件の検討

(1) 物の所持

物の所持——ある者が物を支配していると評価する事ができる客観的状态²

¹ 「占有権=物権」我妻 460 頁、石田 23 頁、「反対説」舟橋 278 頁

² 佐久間 257 頁

① 物理的支配がない場合³

建物の場合、現実にそこに居住していなくても、施錠してその鍵を保管していれば所持があるとされた他、施錠されていない建物について、隣家に住み、常に出入り口を監視して他人の侵入を容易に制止できる状況にしていた建物占有者に所持を認めた⁴。

② 物理的支配がある場合の例外⁵

他人の物をごく一時的に借用しているだけの場合や、他人の物を奪ったが追跡を受けている場合などには、支配が未確立であまりに不安定であるため、法律効果の基礎とするに値せず、所持は認められない。

(2) 自己のためにする意思（占有意思）⁶

自己のためにする意思——物の所持によって事実上の利益を受けようとする意思

※ 事実上の利益とは

積極的に利益を受けることのほか、物の所持によって法的不利益を免れうること⁷

※ 自己のためにする意思は現実に存在する必要はなく、一般的・潜在的に存在すれば足りる。⁸

5、代理占有（間接占有）

民法181条

占有権は、代理人によって取得することが出来る。

① 意義

直接の所持が占有代理人にあるならば、占有代理人だけでなく、本人にもその物の占有が認められる⁹。

② 占有代理人とは

占有代理人は、本人に代わって意思表示をする者（99条以下で言うところの代理人）ではなく、本人に代わって占有をする者を言う。

※自己占有（直接占有）——占有者が物を直接所持する場合

³ 我妻 465 頁、佐久間 257 頁

⁴ 最判昭 27・2・19 民集 6 卷 2 号 95 頁

⁵ 佐久間 257 頁

⁶ 加藤 216 頁 自己のためにする意思を不要とする見解（客観説）もある—石田 286 頁

⁷ 佐久間 257 頁、我妻 468 頁 後者の例として佐久間は、保管をゆだねられて物を所持する者は、物の所持を失うと、寄託契約上の義務違反による責任を問われる可能性がある。その不利益を避けられると言う意味で事実上の利益があるとしている。

⁸ 佐久間 258 頁、我妻 468 頁、加藤 217 頁 佐久間によると、一般的・潜在的に存在するかどうかは、物の所持を生じさせた原因の性質から客観的に判断するものとされている。

⁹ 佐久間 259 頁、加藤 218 頁

③効果

代理占有においては、本人も占有代理人も占有に基づく権利を有し、義務を負う。

※占有取得が代理人を介して行われる場合には、平穩、公然、善意、無過失といった占有の態様は、原則として占有代理人について判断される¹⁰

④要件

代理占有の要件を直接定める規定はないが¹¹

1)占有代理人の所持

2)その者と本人の間に代理占有を基礎付ける関係（代理占有関係）があること

※代理占有関係¹²—物の所持者と本人の間に、前者がそのものを後者にいずれ返還するものとして占有することになる原因がある場合に認められる

6、占有補助者（占有機関）

本人が物を他人に所持させている場合に、代理占有と異なって、本人だけに占有権が認められ、物を所持する他人に占有権が認められないこともある。この場合の他人を占有補助者（占有機関）と言う。占有権が認められない理由としては、自己のためにする意思が占有補助者にはないからとされる¹³。

Ex)動物占有者の責任（718条）など¹⁴

II、占有権の移転と消滅

0、占有権の原始取得

占有権は、占有と言う事実を法律要件として生ずる法律効果である。したがって、占有が原始的に取得されるときは、これに基づいて、占有権も原始的に取得される。

具体的には、(a)権限の性質から見て、「自己のためにする意思」のある者について、(b)ある物がその人の事実的支配内に入ったと認められる客観的な事実が成立することである¹⁵。

¹⁰ 大判大正 11・10・25 民集 1 卷 604 頁、同大正 11・11・27 民集 1 卷 692 頁 ただし、101 条類推—本人に悪意や過失があるときは、本人は代理人の善意や無過失を主張できない（佐久間 260 頁）。

¹¹ なお、第 3 の要件として「当事者に代理占有に向けた意思があること」を要件とする見解も有力である（三瀧 277 頁等）

¹² 我妻 477 頁、鳩山 107 頁 例えば、物の賃貸借や使用貸借、地上権や永小作権の設定、寄託、代理受領などがこの原因に当たる（これらの契約が無効であり、または効力が消滅しても同じである）。また、物の所有権移転を生じさせる契約などの無効・取り消し・解除もこの原因に当たる（佐久間 260 頁）。

¹³ 佐久間 261 頁、川井 104 頁

¹⁴ 川井 104 頁（最判昭 37・2・1 民集 16 卷 2 号 143 項）他、最判昭 35・4・7 民集 14 卷 5 号 751 頁など

¹⁵ 大判昭 15・10・24 新聞 4637 号 10 頁、大判昭 10・9・3 民録 27 卷 1640 頁、大判大 14・6・9 刑集 4 卷 378 頁

1、占有権の移転

(1)占有権の特定承継

占有権は、当事者間の移転に向けた行為（引渡し¹⁶）によって移転する（特定承継）。具体的には、現実の引渡し（182条1項）、簡易の引渡し（182条2項）、占有改定（183条）、指図による占有移転（184条）により、移転する。

① 現実の引渡し

文字通り目的動産を現実に引き渡すこと。不動産の場合¹⁷、家屋の引渡しの際に鍵を渡すとか、土地の引渡しの際に権利証を渡すなど。

② 簡易の引渡し

すでに買主が目的物を所持している場合に、当事者の意思表示のみによってなされる引渡しのこと。不動産の場合、小作人として土地を占有した物が土地所有賢者からこの土地を買い受けたときには、当事者間の意思表示だけで土地の引渡しがあったとされる判例がある¹⁸。

③ 占有改定

代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する意思を表示した時には、本人はこれによって占有権を取得する¹⁹。

④ 指図による占有移転

代理人によって占有をする場合に、本人がその代理人に対し以後第三者のためにそのものを占有すべき旨を命じ、その第三者がこれを承諾した時は、その第三者は占有権を取得する。

(2)占有権の包括承継

占有権は相続や法人の合併により、包括承継される²⁰。

※理由・占有権の基礎としての所持は必ずしも厳格に捉えられる必要はない。

- ・被相続人の下で進行してきた取得時効が死亡により無駄になる。
- ・相続財産の侵害に対して占有訴権が行使出来ないことになる。

2、占有権の消滅

占有権は、目的物の滅失により消滅するほか、次の事由により消滅する。

¹⁶ 佐久間 262 頁 引渡しによる占有権の移転は、特に動産物権譲渡の対抗(178条)と即時取得(192条)について重要な意味を持つ。

¹⁷ ただし、社会観念によって現実的支配の有無は判断されるべきであり、事情によっては、不動産の引渡しの合意だけで足りることもある(大判大9・12・27民録26輯2087頁等)。

¹⁸ 大判明44・12・16民録17輯819頁

¹⁹ 本人と占有代理人の間には、寄託、賃貸借のような占有代理関係が存在しなければならないが、その関係は占有権の譲渡の時点で存在すれば足り、事前に存在する必要はない(川井108頁)。

²⁰ 最判昭和44・10・30第23巻10号1881頁

(1) 自己占有の消滅事由

自己占有の場合には、占有意思の放棄または所持の喪失²¹により、占有権は消滅する(203条本)

① 占有意思の放棄

占有意思の放棄のためには、積極的な意思表示を必要とし、単に内心で占有意思を有しなくなったというだけでは足りない。

② 所持の喪失

物の所持の喪失の有無は、各場合につき具体的に決する。劇場内の売店を再三の催促に関わらず2年8ヶ月も使用しない場合は、所持の喪失があるとされる²²。

(2) 代理占有の消滅事由

代理占有の場合には次のいずれかにより消滅する。

- ① 本人が占有代理人に占有させる意思を放棄すること(204条1項1号)
- ② 占有代理人が自己または本人以外の第三者のために物を所持する意思を本人に表示すること(同2号)²³
- ③ 占有代理人が物の所持を失うこと(同3号)

第2節 占有の効力

目的：占有という事実的支配の保護

効力の分類：

- I、占有の本権表章機能に基づく効力
- II、占有に基づく本権の取得
- III、占有に基づく義務負担
- IV、占有そのものの保護

²¹ 佐久間 262 頁、我妻 517 頁、加藤 239 頁 所持の喪失による消滅は、占有者が占有回収の訴え(後述)を提起し、これに勝訴した場合には生じなかったものとされる(203条但書)ただし、訴えの提起だけでは足りず(大判昭 15・10・24 新聞 4637 号 10 頁)、また勝訴しただけでも足りず、勝訴により現実に物の占有を回復した時に、占有の継続が擬制される(川井 137 頁)。

²² 最判昭和 30・11・18 裁判集民 20 号 443 頁

²³ 我妻 518 頁 占有代理人が単にその表示をするだけでは足りず、占有代理人が本人に対して物を返還するべき地位を消滅させる表示でなければならない(佐久間 263 頁)。

I、本権表章機能に基づく効力

188条：占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

本権表章機能とは：

- ・占有をしている者に、本権があると推定されること。
理由：占有者は本権を有するのが普通という蓋然性がある。(不法占有は稀)
所有権を有することの証明は困難。(悪魔の証明) → 立証困難の救済
- ・権利の取得原因、発生原因まで推定されない。本権を適法に取得したかどうかは不明である。
- ・占有者—非占有者間の争いにおいて、権利推定の規定は基本的に適用される。

例外→4

- ・推定の効果は、第三者(債務者の占有物の差押債権者など)も援用できる。

1、推定される権利：本権、つまり占有を正当化する権利が推定される。

一般に本権は所有権であると推定される。²⁴

(民186I…所有の意思をもって占有するという推定)

ただし、所有の意思がないという外形的事実があれば、所有権の推定は覆り、その他の本権が推定されることがある。

(ex. 動産賃借権²⁵、借地権²⁶、受寄者の権利)

2、推定の期間：現在の占有者はもちろん、過去のある時点の占有者も、その時点での本権推定を受け、さらに、その間の期間についても権利存在の推定を受ける。

ただし、過去の時点で本権の不存在が立証されれば、現在の推定も破られる。

3、推定の効力：a)本権の効果を求める者は、占有を立証するだけでよい。本権の効果を争う者が、本権のないことの立証責任を負う。

(法律上の権利推定説)²⁷

問題点…本権が存在しないことの立証は、その発生原因がないことの立証を要するはずであり、それはほとんど不可能である。したがって、占有者は相当手厚い保護を受けるが、占有を有しない権利者の権利主張は相当困難になる。

b)通常、占有者の有利な防禦方法であるが、本人に不利に働くこともある。

ex. 建物の賃貸人は、その建物に賃借人が備え付けた動産について先取特

²⁴大判大正10・3・2新聞1834号17頁 大判大正13・9・25新聞2323号15頁

²⁵大判大正4・4・27民録21輯590頁

²⁶大判大正13・11・15判例彙報36巻上(民)183頁

²⁷事実上の推定説：本権の効果を求める者が本権の立証責任を負う。

本権の効果を求める者が、占有を立証すると、裁判官に本権が存在することの心証が形成される。ただ、相手方が本権の存在に対する合理的疑いを生じさせる立証に成功すれば、本権効果を求める者は、本権取得原因を立証しなければならない。(我妻)

権を有するが（313条2項）、賃借人がその動産につき所有権の不存在を争うには、みずから立証しなければならない。

c)占有の推定は、攻撃的に用いられることもある。

ex.未登記不動産の所有者が妨害排除請求するという場合、自己の所有権を立証する必要がない。

4、推定の制限：占有の立証は容易だが、推定を覆す本証は難しい。よって、本権の推定を広く認めることは、占有者を過当に保護し、真の権利者を著しく害する結果をまねくおそれがある。

そこで、本権推定が働く範囲を相当限定する必要がある。

(推定が働かないとき、占有者は、本権取得原因を主張立証する責任を負う。)

a)所有者等との関係では、推定は働かない。

占有していることが、所有権喪失原因になりかねないし、当事者間においては、権利の存在それ自体を争っているのだから、推定が働かないのは当然である。権利の「存在」それ自体の証明は立証の問題であり、当事者は、権利の取得を立証する必要がある。

ex.所有権に基づく返還請求²⁸、賃借人と所有者間での賃借権の存否²⁹

※即時取得を争うときは、本権の推定は働く。なぜならば、即時取得では動産取引の簡易・迅速な取引実現を図ることを目指しているからである。

占有者Aが、所有者Bに動産甲の即時取得を主張するとき、Aは、甲の売買契約を締結したこと、それに基づいて甲の引渡しを受けたことを主張するだけでよい。即時取得の要件である、善意、平穩、公然は186条1項で推定され、無過失については、前主の所有権が188条で推定されるから、Aは前主の所有権を信じてよいとされ、よってこれも推定される。Bが、Aの悪意過失を主張立証しなければならない。

b)不動産の占有にも推定は働くが、制限がある。³⁰

①188条を根拠に、登記手続請求はできない。³¹

登記には、権利の存在とその取得原因が記載されるが、取得原因は188条で推定されない。

②不動産登記がある場合、188条は適用されない。

²⁸ 大判大正6・11・13民録23輯1776頁

²⁹ 最判昭和35・3・1民集14巻3号327頁

³⁰ 不動産占有には、本権推定力を認めない見解もある。

理由1. 占有による本権推定力は、沿革的に動産を対象としている。

2. 不動産については、登記によって不動産に関する権利の公示を一元的に行うことが目指されているため、登記以外の方法により権利の存在を示すことを認めるのは望ましくない。

3. 不動産の場合、動産の場合以上に所有者以外の者による占有が珍しくなく、所有権存在の蓋然性がそもそも高くない。

ただ、この見解でも、不動産登記がない時だけ占有に推定力を認める説もある（我妻490頁）

³¹ 大判明治39・12・24民録12輯1721頁

不動産登記にも、権利推定力があり、その推定力の基礎には、名義人が登記通りの権利を有することにつき高度の蓋然性が認められる。そして、その蓋然性は不動産の占有者が所有権を有することの蓋然性の程度をはるかに超えている。そのため、不動産登記の権利推定力と、占有の権利推定力が衝突する場合、登記による推定の優越を認める。

登記の推定力によって、占有の推定力が排除されるわけではない。よって、第一次的に登記に推定力を与えるが、それが破られたときに、第二次的に占有者が本権の推定を受ける。

c)未登記不動産の占有には推定が働く。

より高度な蓋然性を有する登記がないので、占有がある場合の本権存在の蓋然性がゆらがない。

II、占有に基づく本権の取得

- ・ 取得時効 162 条
 - ・ 即時取得 192 条
 - ・ 家畜外動物拾得 195 条
 - ・ 無主物先占 239 条 1 項
 - ・ 遺失物拾得 240 条 等
- } 原始取得
占有という事実状態を法律要件とし、所有権取得という法律効果が発生する。

即時取得と、家畜外動物拾得は、占有者が本権を有しないと判定されたときの、事後処理規定であり、民法における善意者保護の制度を形成したものである。

(ここでは、取得時効以外をとりあげる。)

1、無主物先占 239 条 1 項

所有者がいない (=無主物) 動産を所有の意思をもって、占有することで所有権を取得する。

2、遺失物拾得 240 条

占有者の意思によらず所持を離れたもので、盗品でないものを三ヶ月占有することで所有権を取得する。

所有の意思は不要である。

遺失物法で詳しく規定されている。

3、家畜外動物の拾得 195 条

条文が、即時取得 196 条と並ぶが、即時取得は取引安全を図る目的であるのに対し、本条は所有権取得原因の 1 場合にすぎない。

要件：・対象は家畜外動物³²—社会通念上、人の支配に服しないで生活するのを通常とする動物で、所有者がいるもの。(擬似野生動物)³³

・占有者が占有開始時点で善意であること。

善意—他人が飼育していたことを知らないこと。飼育者があると信じていたが、その人が誰かを知らない場合は悪意である³⁴。

・動物が逃失した時から、1 ヶ月以内に飼育主から回復の請求を受けないこと。

効果：動物の所有権を取得する。

4、取得時効 162 条

- ①二十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する。
- ②十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する。

a) 占有継続の立証

- ・取得時効の効果を求める者に主張立証責任がある。
- ・2 つの時点での占有を立証すればよい。(その間の占有は継続していたという法律上の推定を受ける。186 条 2 項)
- ・取得時効の効果を争う者は、その間のいずれかの時点で占有者が占有を失った³⁵と主張立証しなければならない。

b) 占有の承継

① 占有期間の合算

占有の承継人は、その選択に従って、自己の占有のみを主張する(分断主張)か、前の占有者の占有を併せて主張する(併合主張)ことができる。(187 条 1 項)

○占有の承継人：承継人には、特定承継人³⁶だけでなく、包括承継人も含まれる。

³⁷相続人は、被相続人の占有の相続により当然承継するものの(観念的承継)、独自の占有をするに至ることもある。そのため、相続人独自の占有のみを主張することも、被相続人の占有の承継を主張することもできる。

³² これに対し、野生動物は無主物であるため、取得者は 239 条で所有権を取得できる。逃げてきた家畜は遺失物であるため、240 条の問題。

³³ ペットはもちろん、サル(山村では野生動物だが、都会では家畜)、ライオン、九官鳥なども家畜。熊、狸、狐、イタチ、雀などで所有者がいる場合は、家畜外動物。

³⁴ 大判昭和 7・2・16 民集 11 卷 138 頁

³⁵ 占有喪失事由：任意で占有中止・占有の意思喪失・他人によって所持を奪われた(占有回収の訴えを提起すれば、占有は継続する) 164 条 203 条

³⁶ 大判大正 6・11・8 民録 23 輯 1772 頁

³⁷ 最判昭和 37・5・18 民集 16 卷 5 号 1073 頁

○前の占有者：直前の占有者だけでなく、先立つすべての占有者（占有承継されてきた³⁸かぎり）をも含む。所有者の占有も承継できる。³⁹

②瑕疵の承継

占有承継人が併合主張を選択した場合、前の占有者の瑕疵も承継する。（187条2項）

○「その瑕疵」：取得時効の完成を妨げ、あるいは、困難にする事情。

所有意思の不存在、占有開始時の悪意・過失、暴行もしくは脅迫または隠匿による占有。

○承継者に瑕疵がある場合：所有意思の不存在、占有開始時の悪意・過失⁴⁰、暴行・脅迫、隠匿によって占有開始した者は、善意無過失の前主の占有を承継できる。よって、短期取得時効を援用することができる。⁴¹
理由—善意無過失で始まった占有が途中で悪意に転じても、時効の完成は妨げられないこととの均衡。

しかし、取引安全の観点から、10年の取得時効は、占有時に善意無過失の者を保護する規定であり、悪意で占有を開始した者を保護することは制度趣旨に反するとする反対意見もある。この学説では、自らの占有を善意・無過失で開始した者のみを162条2項で保護すべきであるといえる。

c)取得時効の要件

①所有の意思をもってする占有（自主占有）

○所有の意思：所有者と同じように、物を排他的に支配しようとする意思。

所有の意思の有無は占有取得原因の客観的性質⁴²で判断する。（ex.売買契約、窃盗）占有者の内心の具体的意思で判断されない。

占有取得原因が無効であっても、所有の意思は否定されない。

所有の意思は、186条1項で推定⁴³される（186条1項）→取得時効の効果を求める者は主張立証不要。⁴⁴

※所有の意思をもたないでする占有を他主占有という。

³⁸ 間接占有が自己占有になった場合、187条の適用はないとされた。間接占有が自己占有になることは、同一占有の継続であり、占有の継承ではないからである。（大判大正11・10・25民集1・604頁）反対説あり（我妻486・487頁）

³⁹ 大判昭和9・5・28民集13巻857頁

⁴⁰ 占有が、A（善意7年）→B（悪意8年）→Cと承継された場合、CがAB両方の占有を併せて主張することができ、その場合、最初の占有者（=A）の占有開始時点において、善意・無過失の存否を判定する。よって、CはABの占有を併せて10年に善意取得が可能である。（最判昭和53・3・6民集32巻2号135頁）

しかし、162条2項は192条と異なり、前主の占有を信頼して取引関係に入ることを前提にしているものではないとして、反対する学説も多い（我妻）

⁴¹ 最判昭和46・4・23・民集102号293項、最判昭和53・3・6民集32巻2号135頁

⁴² 最判昭和45・6・18判時600号83頁

⁴³ 法律上の推定においては、ある事実が立証された場合、何らかの権利・法的効果やそのほかの事実が推定されることになる。それに対し、186条1項では、占有の立証があると、その占有が所有の意思があるものであり、平穩・公然であるものとされる。そこで、通常法律上の推定とは異なるため、186条1項の「推定」は、暫定真実と呼ばれている。

⁴⁴ 最判昭和54・7・31判時942号39頁

・推定をくつがえす事実

- ・占有取得原因が、性質上所有の意思がないものであること。
ex. 賃貸借契約、使用貸借契約、用益物権の設定
- ・外形的事情（他主占有事情）が存在すること。
占有中に、真の所有者なら普通とらない態度を示した。
あるいは、真の所有者なら当然取るべき行動をとらなかった。⁴⁵
＝他人の所有権を排斥して、占有する意思がないことの表れ。
ex. 登記手続をとらない⁴⁶、固定資産税滞納⁴⁷
※これらの具体的事情がただちに他主占有事情となるわけではなく、他主占有事情ありという評価を根拠づける要素の1つになるだけである。

○他主占有から自主占有への転換（185条）：

- ・他主占有者が、自己に占有させた者に対して、所有の意思のあることを表示すること。
（＝意思の通知）
- ・他主占有者が、自主占有権限を新たに取得し、この新権限に基づいて占有を始めたとき外形的・客観的に認められること、つまり事実的支配が独自の所有の意思に基づくと認められること。⁴⁸
（＝自主占有事情）
ex. 登記済証、固定資産税の納税

○他主占有の相続と時効取得

他主占有を相続したとき、自主占有に転換しないかぎり、相続人は取得時効を援用することはできない。

- ・理由：相続人が相続財産のなかに含まれていた賃借物などを相続人の所有物と誤解し、所有者のごとく行動することが多い。
被相続人の取得時効が容易ならば、賃貸人などの所有者の保護が薄くなってしまう。
- ・時効の援用方法：他主占有を承継した相続人の占有が自主占有に変わるためには、185条の新たな権原により自主占有を開始する必要がある。
つまり、相続人が新たに当該不動産を事実上支配することにより占有を開始し、所有の意思があると認められる（自主占有事情がある）場合

⁴⁵最判昭和 58・3・24 民集 37 卷 2 号 131 頁

⁴⁶最判昭和 58・3・24 民集 37 卷 2 号 131 頁

⁴⁷最判平成 7・12・15 民集 49 卷 10 号 3088 頁

⁴⁸最判平成 8・11・12 民集 50 卷 10 号 2591 頁

には、新権原による自主占有を認めうるとした。185 条が典型的に想定するような売買や贈与といった新権原がなくても、相続のときから自主占有になる。⁴⁹

②占有の平穏性と公然性

- ・ 186 条 1 項で推定される。

③善意・無過失

善意：186 条 1 項で推定される。

通説・善意＝本権を欠くことを知らないこと⁵⁰

悪意＝本権があることに疑いをもっていること

近江説・善意＝本権を欠くことを知らないこと

悪意＝本権を欠くことを知っていること

無過失：186 条 1 項で推定されない。⁵¹

また、188 条の適用もない。⁵²

→取得時効の効果を主張する者に主張立証責任がある。⁵³

第三節 占有者と回復者の間の法律関係

I 総説・意義⁵⁴

本権が存在する場合、すなわち賃貸借、地上権などの法律関係がある場合は、占有物における費用償還請求権の有無や範囲についてはそれらの法律関係によって規律される。

しかし、本権が存在しない場合、すなわちそれらの正当な法律関係が全然存在しないか、または外形上存在してもそれが無効ないし取り消されたときには、上記の如き関係がない。

一般には不当利得、不法行為に関する規定により処理されるが、それだけでは不十分なので、189 条～191 条、196 条において、善意・悪意に分けて詳細な規定をおいて処理を図る。

以下では、類型ごとにその処理をみていくことにする。

⁴⁹最判昭和 46・11・30 民集 25 卷 8 号 1437 頁

⁵⁰大判大正 9・7・16 民録 26 輯 1108 頁、最判昭和 43・12・24 民集 22 卷 13 号 3366 頁

⁵¹最判昭和 46・11・11 判時 654 号 52 頁

⁵²即時取得では、推定される。

というのは、即時取得の要件である、善意、平穏、公然は 186 条 1 項で推定され、無過失については、前主の所有権が 188 条で推定されるから、A は前主の所有権を信じてよいとされるからである。

⁵³大判大正 8・10・13 民録 25 輯 1863 頁

⁵⁴ 我妻＝有泉 496 頁

II 果実・使用収益について

Case1

晋三は、友人の太郎から N 町にある建物 D を月額 600 万、5 年契約で借り、事務所として使用していた。ところがそれは太郎が祖父の茂に無断で 2 年前に貸したものだ。茂は立ち退きを求めるとともに以下の請求をした。

- ① 太郎に対して、2 年間の賃料相当額 1 億 4400 万円を請求した。
- ② 晋三に対して、2 年間の D の使用収益として 1 億 4400 万円を請求した。

1. 善意占有者の取り扱い

条文

善意の占有者は、占有物から生じる果実を取得する。(189 条 1 項)

イ) 趣旨

本来、占有者には果実を収取する権利はない。

しかしながら、民法は、果実がある場合に、果実収取権があるように誤信している善意取得者を保護し、その取得を認めている。その理由としてあげられるのは、

- ① 善意占有者は収取した果実を取得するのが通常であり、それを返還させるのはあまりにも酷である⁵⁵。
- ② 権利者に自らの権利の防衛について怠慢があることが多い⁵⁶。
- ③ 元物を占有する者は資本や労力を投下している⁵⁷。

ロ) 果実の範囲・種類

元の占有していたものから実際に得た収益⁵⁸。

天然果実（自然的産物）、法定果実（客観的金銭評価＝物の使用の対価として受けるべき金銭その他の物）の両方がある。(民法 88 条)

では、使用収益は含まれるのか？

⇒判例は認めず、法定果実と同視している。(大判大 14・1・20 民集 4 卷 1 頁)

ハ) 果実を「取得」の意味

(1) 果実が現存していない場合

善意占有者が消費したのであるから返還する必要がないことは争いがない。

(2) 果実が現存している場合

⁵⁵ 我妻=有泉 493 頁、同旨川井 120 頁

⁵⁶ 川井 120 頁、佐久間 281 頁

⁵⁷ 佐久間 281 頁

⁵⁸ 近江 193 頁

① 現存利益の返還を肯定する説⁵⁹

占有者には本権がない以上、果実は元物の所有者に帰属する。

② 現存利益の返還を否定する説(通説)⁶⁰

189条の趣旨を、自分には本権があると信じて占有物に資本や労力を投下した者を保護することに求める。

ニ) 善意の意味

占有者が果実を取得する本権、すなわち果実収取権を併せ持つ本権である所有権、永小作権、地上権、賃借権、不動産質権を有していると誤信していること。

初めから果実収取権を伴わない留置権や動産質権があると誤信した者は189条による保護の対象外である⁶¹。

ホ) 果実と不当利得との関係

条文

法律上の原因なく他人の財産または労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼしたものは、その利益の損する程度において、これを返還する義務を負う（703条）

189~191条の規定は、元物返還ないしそれに付随する争いを想定しながら、善意者の返還義務の範囲を現存利益に限定し、悪意占有者の返還義務の範囲を果実をも含む全部義務と規定したものととらえられる⁶²。

そのうえで、悪意占有者の果実返還に関する190条と、悪意受益者の利得返還に関する704条とでは、程度の差はあれ返還義務を負うという点では同じである反面、善意占有者に関しては、189条によれば善意占有者(正確には悪意を立証されていない占有者⁶³)は果実の返還を一切免れるが、703条によれば現存利益の分だけは返還しなければならないことになる。

そこで、所有者は占有者に対して703条に基づく利得返還請求はできるのか。

① 請求否定説(通説)

189条は、善意占有者に果実の終局的な取得を認める規定⁶⁴であり、不当利得の特則であるから、703条の規定は排除される、とする。

判例もこの立場を取る。(大判大正14・1・20民集4巻1頁、最判昭和42・11・9判時506号36頁)

② 請求肯定説(有力説)

単なる占有による果実の収取の場合には189条1項によって解決すべきであり、契約関係があり、その解除があったときや取り消された場合の不当利得については不当利得に関する規定を

⁵⁹ 我妻 494 頁

⁶⁰ 舟橋 310 頁、川井 122 頁

⁶¹ 川井 120 頁、近江 194 頁

⁶² 加藤 236 頁

⁶³ 佐久間 282 頁

⁶⁴ 佐久間 282 頁

修正して適用するべきとする。契約関係の清算としての性格を重視している。

へ) 果実と不法行為との関係

条文

故意過失によって他人の権利または法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を迫う。(民 709 条)

趣旨

189 条 1 項は無過失までは要求していない。つまり、過失があっても善意でさえあれば果実を取得できる。そこで問題になるのが、善意有過失の占有が不法行為を構成するかどうか、すなわち所有者が占有者の過失を立証して、709 条によって果実相当額の損害賠償を請求できるのか、である。学説は分かれている。

① 不法行為を肯定する説

善意占有者の果実收取権と不法行為の成否は別問題であり、189 条 1 項を援用して不法行為責任を免れることはできない⁶⁵。また、悪意占有者に関する規定の 190 条は 709 条を排除する趣旨を含まず、また 709 条に先だって適用されるものでもないとして請求権競合を認めている(判例⁶⁶)。

② 不法行為を否定する説(通説)

善意取得者に果実收取権がある以上、過失者についても不法行為責任を否定する。

その説明として、本来果実取得権のない善意占有者に果実取得を認める 189 条の立法趣旨を過失に拡張しているので、その限りで不法行為責任の要件が欠如するとするもの⁶⁷、不法行為責任が免責される、とするもの⁶⁸がある。

2. 悪意占有者の取り扱い

条文

悪意の占有者は、果実を返還し、かつ、すでに消費し、過失によって損傷し、または收取を怠った果実の代価を償還する義務を負う(民 190 条 1 項)

悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。この場合において、なお損害がある場合は、その賠償の責任を負う。(民 704 条)

イ) 趣旨

190 条 1 項は、悪意占有者について、果実ないしその代価の返還を規定する。この場合における悪意とは、果実を取得する権能のある本権がないことを知っていたということである。悪意受益者に対する不当利得責任を定めた 704 条の特則として位置づけられる。

⁶⁵ 我妻=有泉 495 頁。

⁶⁶ 大判昭和 18・6・19 民集 22 卷 491 頁、最判昭和 32・1・31 民集 11 卷 1 号 170 頁

⁶⁷ 近江 194 頁、同旨川井 121 頁

⁶⁸ 末弘巖太郎「民法雑記帳上巻」255 頁以下

この規定は、同条 2 項によって、暴行・脅迫・隠匿による占有者についても準用される。

また、189 条 2 項により、善意占有者が本権の訴えにおいて敗訴した時は、その訴えの提起の時から悪意占有者とみなされる。たとえ占有者の善意という確信に変わりがないとしても、それはあくまで占有者の主観的意思に過ぎず⁶⁹、訴え提起後の果実取得を占有者に認めることは妥当ではないからである⁷⁰

これにより所有者の返還請求権発生の起算点は、訴えの提起時となる。したがって、占有者は占有開始時から訴えの提起時までに取り出した果実を返還する必要はない。

敗訴の例として挙げられるのは、占有者が建物所有権取得登記抹消の訴え⁷¹、境界確定の訴えに敗訴した時⁷²などである。なお、判例はその反面、本権の訴えで敗訴しても当然に不法行為責任が生じるものではない、とする。⁷³

ただし、不法行為の要件が満たされれば悪意占有者の義務と同じく不法行為の成立が認められる。

Ⅲ 占有者の損害賠償義務について

Case 2

Case 1 において、晋三がタバコを吸っていたら火が引火して火事になり、D の一室が丸々滅失した。

条文

占有物が占有者の責めに帰すべき事由によって滅失し、または損傷した時は、その回復者に対し、悪意の占有者はその損害の全部を賠償する義務を負い、善意の占有者はその滅失または現に利益を受けている限度において賠償をする義務を負う（民 191 条本文）

イ) 趣旨

善意の自主占有者の信頼の保護と賠償範囲の軽減。

その理由として、本来、不法占有者は占有物を所有者に返還すべき立場、すなわち物を真の権利者たる所有者のために保管すべき立場（善管注意義務）にあるので、その責めに帰すべき事由によって占有物に滅失損傷が生じれば、賠償義務が生じる。

しかしながら、そのようなものであっても、所有権を有すると信じていたのであれば、自分の物として扱うのが当然であり、善管注意義務や、自己の責めに帰すべき事由による滅失損傷発生時に賠償義務を当然に負うべきとするわけにはいかない。

ロ) 悪意占有者、他主占有者の取り扱い

①悪意占有者

⁶⁹ 近江 194 頁

⁷⁰ 我妻=有泉 494 頁、同旨川井 122 頁

⁷¹ 前掲大判大正 14・1・20

⁷² 大判昭和 4・2・14 評論 18 卷民 976 頁

⁷³ 前掲大判昭和 18・6・19、最判昭和 32・1・31。なお、同旨我妻=有泉 495 頁。

191 条本文により、全額の賠償義務を負う。

②他主占有者

所有の意思のない占有者は、善意であるときであっても、全額の賠償をしなければならない(191 条但書)

他主占有者の例

借借人、質権者、受寄者など。

借りたり、一時的に預かったりしているので所有の意思があるとはいえないので、賃借権のように占有正権原があると信じていた場合であっても、自らの責めに帰すべき事由によって占有物の滅失損傷があれば全額の賠償義務を負う。

他主占有者はその善意悪意に関わらず、所有意思がない以上いずれ他人に占有物を返還せねばならず、したがって物の保管について注意義務を負う。

IV 占有者の費用償還請求権

1. 必要費の償還

Case3

Case 1 において、建物 D が前年秋に台風で被害を蒙ったため、その修復費用として 3000 万円を茂に請求した。

条文

占有者が占有物を返還する場合には、その物の保存のために支出した金額その他の必要費を回復者から償還させることができる。ただし、占有者が果実を取得した時は、通常必要費は、占有者の負担に帰する。(民 196 条 1 項)

(1) 必要費とは？

物の保存、改良に必要な費用⁷⁴。

但書により、占有者が果実を取得していた場合は、通常必要費は請求できない。

(2) 必要費の分類

① 通常必要費

普通に使っていたら生じる物の損耗の修復費、物にかかる税金の負担といったもの。

② 臨時必要費

天災地変による物の損傷など。こちらは果実を取得していても 196 条本文の適用を受ける。

2. 有益費償還請求権

Case4

⁷⁴ 川井 124 頁

晋三は、建物 D のトイレを改造して、ウォシュレット付にした費用として 2000 万円を茂に請求した。

条文

占有者が占有物の改良のために支出した金額その他の有益費については、その価格の増加が現存する場合に限り、その支出した金額又は増価額を償還させることができる。(196 条 2 項本文)

有益費とは？

通説

占有物の改良に費やし、占有物の価値を増大させる費用⁷⁵とされる。

反対説

物をどのように扱うかは所有者が決めるべきことであり、利得の押しつけは好ましくない。したがって単に物の価値が増大したと言うだけでは不十分な説明であり、それが行われなければその物の通常の利用にも支障を来たしかねないと認められることを必要とするべきである⁷⁶、とする。

では、何をもって、有益と判断するのか？

⇒占有者の使用収益権限の有無で判断。

① ある場合

その使用収益をする権利を実現するために物が通常備えているべき状態を確保するために必要な措置であるかどうか。

② ない場合

その物の通常の利用のために物が備えているべき状態を確保するために必要な措置であるかどうか。

3. 費用償還請求権の履行期

履行期の到来は、占有者が占有物を所有者に返還するとき。(196 条 2 項本文)

しかし、有益費発生の原因となった改良行為などが行われた時に悪意であった者に対する有益費の償還については、回復者は裁判所に期限の許与を求めることができる(同但書)

留置権との関係

占有者の費用償還請求権は、民法 295 条 1 項本文にいう、「他人の物の占有者」の、「その物に関して生じた債権」にあたる。

⇒占有者は、これを被担保債権として、債権の弁済を受けるまで留置権を行使できる。

ただし、その債権が弁済期になければ行使できない(同但書)。

⁷⁵ 川井 124 頁、近江 196 頁等

⁷⁶ 佐久間 286 頁

また、同2項は不法行為による占有の開始には留置権を否定している。

では、自己に占有正権原がないことについて悪意で占有を始めた者についてはどうか？

⇒判例は295条2項の類推適用によって解決を図る⁷⁷。これによると、回復者は占有者が費用支出時に悪意であったことを立証するだけで占有者の留置権を否定できることになる。したがって、この場合、回復者には196条2項を適用する実益はない。

第4節 占有訴権

1. 占有訴権の意義

イ) 定義

占有が侵害された場合やそのおそれがある場合に、その回復やその予防措置を求める権利のこと。占有が正当な権原に基づくものであるか否かを問わない。なお、訴権という名前がついてはいるものの、裁判外でも行使することができる実体法上の請求権である。そして、占有訴権に基づく訴えを占有の訴えという。

ロ) 種類

次の3つがあり、それぞれ物権的請求権に相当する。それぞれの内容に関しては後述する。

- ①占有保持の訴え。妨害排除請求権にあたる。
- ②占有保全の訴え。妨害予防請求権にあたる。
- ③占有回収の訴え。返還請求権にあたる。

ハ) 機能

①本権の保護

所有権など、物権たる本権を有するものは、物権的請求権に基づく請求ができるが、物権の立証、とりわけ所有権を有することの立証は、非常に困難である。(悪魔の証明といわれる)このときに、証明しやすい占有を利用することによって本権の保護を図る。

②社会秩序の維持

民法が、正当な権利者と雖も自力救済をすることは許されないという前提に立って、社会秩序の維持のために、物に対する事実的支配状態、現実的支配を一応保護するというもの⁷⁸。

③債権的利用の保護

賃借人、請負人などの物権的請求権を持たない者に対して、物の利用を妨げられない最低限の保護を与える。

⁷⁷ 大判大正10・12・23民録27輯2175頁、最判昭和41・3・3民集20巻3号386頁

⁷⁸ 我妻=有泉500頁

しかし①～③のいずれもが大した意味を持っているとは言えない。

①について、本権の証明は登記や占有に推定機能があるので、それらを利用すれば困難ではない。②について、現行の民法では占有訴権について簡易迅速な手続は用意されておらず、本権による反訴が出れば事実上敗訴してしまうため、あまり意味を持たない。簡易迅速さであれば仮処分手続がある。(旧民法には存在した。)

また、社会秩序維持とは言っても、民事裁判は私人の訴訟提起がなければ始まらないので、あまり多くを期待することはできず、刑法によってむしろその目的を達せられるべきである⁷⁹。

③について、それが最も重要になるのは不動産賃借人の保護である。しかし、占有訴権によらなくても、他の制度による保護が十分に図られている。(賃借権に基づく妨害排除請求権や返還請求権など)

したがって、事実上占有訴権が意義を持つのは、自力救済の禁止という点に求めざるを得ないと思われる⁸⁰。しかしながら、これを絶対的に禁止することも無理があり、①私力を直ちに行使しないと、後の訴訟によって権利の実現が困難になること、②私力の行使が、緊急の権利確保に必要な限度を越えないことを要件として、その場合に限り認められるべきである⁸¹。

2. 占有訴権の当事者

①原告

占有者(197条前段)である。占有者が正権原を持つかどうかは問わず(判例⁸²)、悪意占有者も占有訴権を有する(判例⁸³)。

また、自主占有者だけでなく、他主占有者でもよく、直接占有者でも間接占有者、すなわち占有代理人による占有者でもよい。また、「他人のために占有する者」でもよい(同条後段。例：受寄者、賃借人(判例⁸⁴)など)。

一方、単なる占有補助者ないし占有機関は占有訴権はない。

※197条の注意規定性

古くは、197条に言う者は、自己のために占有するものではないため、特別の規定を要した。しかし、今日は判例通説共に占有の意思を緩やかに解しているので、注意規定に過ぎないとする⁸⁵。

②被告

現在の、占有の侵害者、妨害者。

占有者の意思に反する侵奪が要件。始めは占有者の意思に基づいて生じた状態が後にその意思と相容れなくなった場合は侵害があるとはいえない⁸⁶。

損害賠償請求の相手方は、自らその損害を生ぜしめた者であって、故意過失が要件であるため、

⁷⁹ 内田 424 頁

⁸⁰ 内田 424 頁

⁸¹ 近江 183 頁、同旨我妻=有泉 500 頁

⁸² 大判大正 4・9・20 民録 21 輯 1481 頁

⁸³ 大判大正 13 年 5・22・民集 3 卷 224 頁

⁸⁴ 大判明治 38・4・14 民録 11 輯 595 頁

⁸⁵ 我妻=有泉 504 頁以下

⁸⁶ 大判昭和 7・4・13 新聞 3400 号 14 頁

特定承継人は含まれない。

3. 各請求の内容

①占有保持の訴え

占有者がその占有を妨害されたときは、占有保持の訴えにより、その妨害の停止及び損害の賠償を請求できる。(198条)

例) 占有する土地に建設資材放置、占有地に騒音、振動による被害が発生、などの場合。

イ) 要件

①請求者による目的物の占有、②その占有を妨害されたこと。

損害賠償請求の場合は、①、②に加え③損害発生とその額、④前記③と②の間の因果関係、⑤侵害者の故意過失。

妨害とは、200条の侵害にいたらない程度とされ、多少の侵害があっても、社会観念上認容される場合を含まず、自然現象の場合を含む⁸⁷。

ロ) 効果

占有の妨害の停止及び損害賠償。

停止とは、妨害の除去による原状回復である。

※損害賠償請求権について

実質的には不法行為を理由とするものである。占有侵害を理由とするので、内容は利用利益の賠償になる⁸⁸。

ハ) 訴えの提起期間

妨害の存する間又はその消滅した後一年以内に提起しなければならない。(201条本文)

ただし、工事により占有物に損害を生じた場合において、その工事に着手した時から一年を経過し、又はその工事が完成した時は、これを提起することができない。(同条但書)

②占有保全の訴え

占有者がその占有を妨害されるおそれがあるときは、占有保全の訴えにより、その妨害の予防及び損害賠償の担保を請求することができる。(199条)

例) 隣人の土地で土砂崩れが発生しそうなときなど。

イ) 要件

①請求者による目的物の占有、②その占有を妨害される危険の発生、③妨害予防のために、訴えにおいて求める措置を講じる必要性。損害賠償請求担保の要件は、①、②に加え、③その損害が生じた時に請求者が被る損害額である。この際に相手方の故意過失は要求されない(通説⁸⁹)。

ロ) 効果

妨害の予防又は損害賠償の担保を請求できる。担保の種類は、保証のように人的担保であっても、

⁸⁷川井 129 頁

⁸⁸佐久間 290 頁

⁸⁹ 我妻=有泉 508 頁、川井 130 頁

抵当権のように物的担保でもよい。また、損害賠償の担保、妨害の予防双方を請求することはできない。いずれかの請求によって目的が達成されるからである⁹⁰。

ハ) 訴えの提起期間

妨害の危険の存する間（201条2項）。この場合、工事により占有物に損害を生ずる恐れがある時は、同条1項但書の規定を準用する（同条但書）。

③占有回収の訴え

占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる（200条1項）。

イ) 要件

①請求者による目的物の占有、②侵奪者による目的物の占有。損害賠償請求の要件は、①②に加え、③損害発生とその額、④③と②の間の因果関係、⑤侵奪者の故意過失。また、侵奪者の特定承継人に対してすることはできない（200条2項前段）。ただし、その承継人が侵奪の事実を知っていたときはこの限りではない（同後段）

ロ) 効果

侵奪された目的物の返還、侵奪によって生じた損害の賠償。

ハ) 訴えの提起期間

占有を奪われたときから1年以内になければならない（201条3項）。

4. 交互侵奪

Case 1

のび太は、空き地で遊んでいたらスネ夫とジャイアンにいじめられてニンテンドーDSを盗られた。怒ったのび太はドラえもんの道具を借りて、2人をやっつけてDSを取り返した。

このような場合、侵奪者スネ夫とジャイアンからの占有回収の訴えを認めるとするならば、改めて、元の占有者であるのび太からの占有回収の訴えを認めるべきか？

学説

侵奪者からの占有回収の訴えを否定。

その根拠として、訴訟経済上問題がある、最初の占有者の占有が継続している、占有秩序の上では占有者の方が侵奪者よりも上、ということがあげられる⁹¹。

判例

侵奪者の占有回収の訴えを認めたものがある⁹²。自力救済の禁止を重視。

5. 占有の訴えと本権の訴えの関係

①占有権と本権が同一人物に帰属する場合

⁹⁰ 川井130頁

⁹¹ 我妻=有泉509頁、川井131頁等

⁹² 大判大正13・5・22民集3巻224頁(百選I68事件。小丸船事件)

Case 2

① A が所有し占有する軽井沢の別荘用地に、B が勝手に資材を置いて資材置き場にした。

占有の訴えは本権の訴えを妨げず、また、本権の訴えは占有の訴えを妨げない（202 条 1 項）。
この場合、A は本権の訴えと占有の訴えを別々にできるか？一方で敗訴した場合に他方で訴訟提起できるか？

競合説（通説、判例⁹³）

本権を持ち出す状況ではない時に、占有の訴えは実益を発揮するが、一方の訴えを提起して同時にまた後日他方の訴えを提起しても再訴は禁止されておらず、一方で敗訴してもその判決の既判力は他方に及ばないから他方の訴えの提起を妨げない、とする。

民事訴訟上の旧訴訟物理論に基づく。

非競合説

どちらも目的物の返還を求めると同じ結果を求めるものであり、一方の判決の既判力はもう一方にも及ぶべきである。にもかかわらず、一方で負けると一方で訴訟を提起できるということは、相手方に大きな負担をかけることになり、訴訟経済にもかなわない。

民事訴訟法上の新訴訟物理論に基づく。

② 占有権と本権が別人に属する場合

Case 3

B は、A が所有する芦屋の家の登記名義を勝手に自分名義に書き換えて、これを C に売却した。これに気づいた A は、実力で C を排除しようとするも、C は妨害の停止を求めたので、A が所有権に基づき明け渡しを求めた。

占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることができない（202 条 2 項）
この場合、A は C の提起した占有の訴えに対して、本権、すなわち所有権に基づく反訴を提起できるか？

※ 反訴とは…訴訟係属中に同じ手続の中で、被告が原告を相手方として提起する訴訟。認められれば、原則として本訴と同時に審理され、判決が行われる。

否定説

A の反訴を認めない。

反訴を肯定すると、Case 3 において本訴の判決の主文は「A は所有する物を C に引き渡せ」となるが、反訴の判決の主文は「C は、A から引渡しを受けたときは、これを A に引き渡せ」ということになり、結果的に本訴に基づく強制執行は無意味になり、A の占有状態が維持されることになる。したがって、占有保持、占有回収の訴えの時反訴は許されないとする。ただし、占有保全の訴えの時は本権者に占有侵奪がなく反訴を肯定してよいとする⁹⁴。

⁹³ 大判大正 4・5・5 民録 21 輯 658 頁

⁹⁴ 川井 136 頁

肯定説（通説・判例⁹⁵）

A の反訴を肯定する。

202 条 2 項は、占有の訴えに対して防御方法として本権の主張をすることを禁ずるが、本権に基づく反訴の提起まで禁じてはおらず、反訴を許容しても一応本訴も許容される。このことから、A の自力救済禁止は宣言されることになり、したがって C の本訴は無意味ではない。また、同規定の趣旨を貫くのであれば、占有の訴えが本権の訴えよりも先に行われることが制度上保証されていなければならないが、現行法には存在していない。

参考文献

川井 川井健「民法概論 2 物権 第 2 版」（有斐閣 平成 17 年）

内田 内田貴「民法 I 総則・物権 第 4 版」（東京大学出版会 平成 20 年）

加藤 加藤雅信「新民法体系 2 物権法 第 2 版」（有斐閣 平成 17 年）

我妻＝有泉 我妻栄・有泉亨「新訂物権法（民法講義Ⅱ）」（岩波書店 昭和 58 年）

佐久間 佐久間毅「民法の基礎 2 物権」（有斐閣 平成 18 年）

近江 近江幸治「民法講義Ⅱ 物権法 第 3 版」（成文堂 平成 18 年）

山本敬三教授 民法第 2 部平成 19 年度講義レジュメ

大村敦志 「基本民法 I 総則・物権総論」（有斐閣 平成 17 年）

山本敬三 「民法講義 I 総則 第 2 版」（有斐閣 平成 17 年）

⁹⁵ 最判昭和 40・3・4・民集 19 卷 2 号 197 頁