

占有の概念

—占有理論研究のためのノート—

山内 義 廣

1. はじめに

我々の人間社会をとりまいている法律的な関係は、国家と個人との関係を規律する公法上の法律関係と個人と個人との関係を規律する私法上の法律関係より成り立っている。特に、私法上の法律関係は、個人対個人との関係を規律しているがために、法に規定されている私権が種々の社会関係の中で個々人とどのような意味を持つかによって、その存在が意味づけされる。

私権の代表的なものとして、所有権 (Eigentum) があげられるが、その権利は、社会生活において欠くことの出来ない財産的価値ある物を対象としているものであり、人間と物との関係を社会的に意義づけるものである。我々は所有権について考える際に、人間が物を支配している現実の支配状態を考えねばならない。つまり、現実に物を支配している状態としての「占有」 (Besitz) を考えねばならない。

このように、所有権と占有権との関係は、表裏一体の関係にあるといっても過言ではないが、私法上は、共に別個独立した物権として法律的意義を有する。

本稿では、占有制度の社会的作用と占有の意義、また、占有権が他人によって侵害又は侵害される虞れのある場合どのような権利行使が出来るか

という占有訴権の問題、さらに、占有者の費用償還請求権の問題を中心に、占有権に関する一般的考察を試みようとするものであり、内容的には、文字通り研究のための前提作業の域を出るものでないことをお断りしておきたい。

2. 占有制度の社会的作用と占有の意義

(1) 占有制度の系譜とその社会的作用

人間の社会生活関係の中で、人間が物を支配する形態には、所有権のように実際に物を支配することなしに、その支配可能性を実体とする実体的な支配関係と現に物を支配するにいたった契機が正当であるか否かにかかわらず、物に対する直接の事実的な支配関係とがある。占有制度は、後者の、物に対する直接の事実支配関係を規律する制度である。つまり、占有制度は、外部的な支配関係を一応正当なものとしてこれを保護し、この事実的な支配関係が、侵害又は侵害される虞れがある場合に、物の事実的な支配者たる占有者に種々の権限—例えば、占有訴権や損害賠償請求権など—を与えたものである。このような占有制度の社会的作用は、いったいどこにもとめたらよいのだろうか。

現代法の占有制度は、一方ではローマ法系の占有制度 (Possessio) と他方では、ゲルマン法系の占有制度 (Gewere) の両者の制度を承継しているものである。

ローマ法の Possessio では「あるべき状態」と「ある状態」、つまり、真実の権利と事実を分離し、「ある状態」を単なる事実として保護しようとするわけである。それゆえ、事実状態が侵害又は侵害される虞れがある場合には、占有訴権によって妨害の除去を主張出来る。

この Possessio の社会的作用については、その保護を人格に求めるもの (Savigny の主張)、所有権者を保護するもの (Ihering の主張)、占有者の

意思を保護するもの (Windscheid の主張), 社会平和の維持を保護するもの (Dernburg の主張) など説があるが, 一般には, 物の事實的支配の維持を目的として社会の秩序維持を保護する立場が認められている。

ゲルマン法の *Gewere* では, 「あるべき状態」と「ある状態」とを一致した観念でとらえ, 物に対する現実の事実支配の状態を中心として, この利用権の保護を目的としたものである。もちろん, 真の支配権をともしない *Gewere* は, 最終的には真の支配権に破られる。このような *Possessio* と *Gewere* の根本的差異は, *Possessio* では, 真実の権利とは別に, 現実の支配状態自体を保護するのに, *Gewere* では, 現実の支配が真実の権利に基いたものであると否とにかかわらず, 一応真実の権利に基いた現実の支配状態であるとしてその外形を保護するものである。それゆえ, ローマ法は, あくまでも, 占有の訴訟は占有の訴訟にとどまるが, ゲルマン法では, 占有に関する範囲で解決されない場合は, 終局的には, 本権との関係で解決されることになるわけである。

我が民法の占有制度は, このローマ法及びゲルマン法の占有制度を承継するものであり, その性格は, 一方では, 占有訴権に, 他方では, 権利の推定や即時取得の制度にあらわれているのである。そしてその目的とするところは, 物の事實的な支配状態を一応正当なものとして認め, かつ取引の安全を保護することにある。

(2) 占有の意義

1. 占有理論の問題は, 占有権の基礎たる占有とはいかなるものであるかの問題であり, 占有の外部的要素である占有と単なる所持との区別の標準をいかなるところに求めるかの問題である。占有は, 人間が物を現実に支配するという事実 (客観的な支配関係である所持) に基礎を置いていることには疑いがないが, その場合すべての所持を占有というか, あるいは所持という客観的事実の他に, さらに, ある特定の意思が必要であるかど

うかの問題である。

単なる所持と意味のある所持とのいずれが法律上の占有として、法律要件としての占有権の成立を裏づけるかは、占有権の効果として種々の点にあらわれてくる。この点の立法主義として、主観説と客観説とが対立している。

主観説では、占有は、客観的な事実支配たる所持の他に、なんらかの意思を必要とする。そして、その意思がどのような意味をもつかによって、占有と所持とを区別しようとする。

この意思のもつ意味にしたがって、3つの説が考えられる。まず、第1は、所持の他に、所有者と同様な支配を事実上実行しようとする意思—所有意思 (*animus domini*)—が必要であるとする説 (所有者意思説) であり、第2は、所持の他にあらゆる方向で物を支配する意思—支配をなす意思 (*animus dominandi*)—が必要であるとする説 (支配者意思説)。第3は、所持の他に、自己のために所持する意思 (*animus rem sibi habendi*) が必要であるとする説がある。

客観説では、占有制度の趣旨より、物を支配する客観的事実たる所持だけで占有は成立し、特別な意思は必要としないとする。イエーリングの主張する立場である。イエーリングの場合には、所持のほかに、多少の意思は必要であるが、その意思は、主観説でいう特別の意思ではなくて、物を支配するについて生ずる利益が所持自体の中に当然に具現しているという意味の意思である。この説がさらに発展した、純粋な占有という事実によって占有は成立するというベッカーを中心とする純客観説がある。

主観説で、所持の他に要求される「特別な意思」とは、サヴィニーの主張する「所有の意思」から、ヴィンドシャイドの「支配する意思」へ、そして、デルンブルヒやプアイフェルの「自己のために物を所持する意思」へと、変化してきている。この意思内容の変遷は、人間の社会生活の変化にともなって占有制度の保護機能が変化してきたことによるものである。

一般に、占有制度は、社会のめざましい変化とそれにとまなう占有保護の事実的範囲の拡張とによって、主観説から客観説へ、そしてさらに、純客観説へと発展してきた。

Ⅱ．我が民法上の占有は、民法第180条に「占有権ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス」と規定されている。つまり、物に対する現実の支配たる所持と「自己ノ為メニスル意思」とによって、民法上の占有は成立する。これは、占有理論における主観説の中のデルンブルヒの立場をとるものである。

我が民法の占有の成立要件の要素である「所持」は、物理的支配形態として現実にその人の支配に属するという意味ばかりでなく、観念的な支配形態として観念的にその人の事実的支配に属するという意味を持つ。つまり、占有は物理的意味において成立するばかりでなく観念的意味においても成立するものである。それゆえ、「所持」は、人間の社会的な関係において認められる物に対する関係であり、人間が直接に物を支配する場合だけにかぎらず、他人を介しても成立しうる。その場合に、本人と他人の関係が問題になる。

まず第1に、代理占有の場合である。この場合、直接占有している代理人の占有が、第三者によって侵害された場合には、代理人は、自分自身の占有が侵害されたことによって、侵害の程度に従って一連の占有権にとまなう法律上の効果を主張出来る。間接占有者たる本人も、占有にとまなう法律上の効果を主張出来ることはうたがない。第2は、他人が占有補助者の場合、つまり、他人が単なる本人の所持機関として独立の所持者たる地位を有しない場合である。この場合には、占有補助者の所持は成立せず、第三者の妨害に対して占有権にとまなう法律上の効果を主張出来ない。例えば商店の店員と主人の関係のような場合である。

次に「自己ノ為メニスル意思」であるが、この意思は自分の利益のために所持する意思をいい、自分と自分以外の他人のためにする二重の意思が

存在する場合もありうる。この占有意思の有無の判断については、占有意思が実際にあるかどうか個人の内心に立ち入って判断すべきではなく、あくまでも、物を所権するに至った原因について、客観的に具体的事情を考慮して判断すべきである。

我が民法の立法例は、種々の点で時代遅れの感がないではない。まず第1に、占有制度が、社会秩序の維持を目的とするものであるために、変化しやすい所持者の意思を占有の成立主要件とすることは、占有関係を複雑にする。第2に、この所持者の意思の真意を外部的に認識出来ないし、占有者自身も、自己の内心の真意を証明出来ず、それによって自己の占有保護を受けることが出来ない場合が生ずる。このような意味で、占有の成立要件たる意思的要素を、占有制度本来の社会的作用をいま一度顧みて、出来るだけ緩慢に解しなければならないのではないか。

Ⅲ．民法上の占有概念と刑法上の占有概念を比較検討した場合に、民法上の占有概念がそのまま刑法上の占有概念として考えられるわけでない。

刑法上の占有は、民法上の占有と概念上混同を避けるために、「所持」、「管理」、「支配」、「保管」という表現が用いられている。

刑法上の占有とは、物に対する現実的な事実的支配をいう。それゆえ、民法上の占有とは次の点で異なる。

民法上の占有では、体素としての所持のほか心素としての「自己のためにする意思」が必要であるが、刑法上の占有では、この意思は必要ではない。そして、民法上の占有は、代理人によっても取得出来るが、刑法上の占有は、代理人によつては取得されえない。さらに、相続によって民法上の占有は移転するが、刑法上の占有は、ありえない。このように、刑法上の占有は、刑法の保護する法益と民法の保護する法益の相違から、民法の「占有」概念より現実的な概念として把握されなければならない。

3. 占有訴権

民法における占有制度は、物に対する客観的な事実支配が、真実の権限に基づくものであるか否かにかかわらず、それを一応真実の支配として法律上保護し、社会の秩序の維持を目的とするとともに、取引の安全を保護することを目的とする。それゆえ、真実の権限に基づいて支配されていると考えられる客観的な事実支配が第三者によって侵害又は侵害される虞れがある場合には、事実支配者たる占有者に第三者の侵害の排除を請求出来るようにしなければならない。このような請求を内容とする権利—侵害の程度により訴権の種類は異なるが—が占有訴権である。

この権利は、事実と権利を一応分離して考えるローマ法のポッセシオの理論に基づくものであり、占有権の効果の中でも最も重要なものである。民法上、第197条～202条に規定されているが、以下、これらの規定の解釈に重点を置きつつ占有訴権について一般的考察を試みる。

(1) 占有訴権の性質

民法上、占有訴権とは、「占有保持の訴」・「占有保全の訴」・「占有回収の訴」をいい、物に対する客観的な事実支配たる占有が侵害された場合、占有者が占有権にもとづいてその占有の侵害を排除するための権利である。また、これは一定の法律条件のもとで、完全な占有状態の回復を目的としてなされる一種の物権的請求権であることから、他の物権一般について認められる性質を有するが、占有権が、物に対する客観的な事実支配たる占有を基礎とするがゆえに、所有権やその他の支配権に基づく物権的請求権とは機能上異った特色をもつ。つまり、所有権その他の物権は、真の「あるべき状態」を予想しているものであるけれども、占有権の場合には、「現にある状態」をその基礎にしているので、現実的であり、しかも、占

有訴権は侵害以前の占有の状態を速やかに回復するのが目的とするので迅速性を有するものである。民法上、占有訴権には、「自力救済」が禁止され、また、本権の訴と別個に提起することの出来るのもこの特性に基づくものと考えられる。

占有訴権は、単に完全な占有状態の維持又は、回復を目的とするばかりでなく、占有が侵害された場合に、それから生じる損害を償うための損害賠償請求権をも内容としている。もちろん、この請求権は、物権的請求権ではなく、債権的請求権であるが、便宜的に、占有訴権の内容に加えたのにすぎない。この損害賠償請求権は、その侵害が、故意又は過失にもとづいた場合になされるわけで、そうでない場合には単なる占有状態の回復を内容とするものになる。¹⁾

(2) 占有訴権と自力救済との関係

占有訴権は、前説でのべたように、物に対する客観的な事実支配たる占有が侵害された場合に侵害を排除し、かつ、損害が生じた場合には損害賠償請求が出来るという内容の権利である。その背景には、現に存在している支配状態が、事実の権限にもとづいているか否かに関係なく、一応客観的事実として保護し、真実の権限を有する者といえども勝手に自力によって自己の占有を回復することは出来ないという「自力救済の禁止」の前提に立っている。法は、現実に自力救済を禁止した反面、公権力による救済として、占有訴権を認めたのである。

それでは、なぜ占有訴権は自力救済を禁止したのか。本来、占有制度が、物に対する客観的な事実支配の保護と取引の安全とを保護するためのものであるがゆえに、自力救済を認めた場合には、社会の平和・秩序、ひいては取引の安全が維持されなくなり、法が占有制度を認めた意義がなくなるからである。

自力救済は、占有訴権の存在の背景で禁止されているとはいうものの、

すべての場合に禁止されなければならないだろうか。つまり、真実の権利を持つ者の自力救済さえも許さない趣旨であろうかという問題である。

一般には、正当な権利者が自己の権利を侵害された場合に、自力で救済しなければ後に公権力による権利の実現が不可能か又は著しく困難である場合に、自力救済を認めないと正当な権利者の保護には不十分であるといわねばならない。占有制度は、社会の平和・秩序の維持や取引の安全を維持するために正当な権利者の権利を犠牲にすることではないので、一定の要件のもとで自力救済を認めるべきである。²⁾ この場合一定の要件は、厳密に解釈される必要がある。刑法における正当防衛（刑法第36条）や緊急避難（刑法第37条）の規定は、公権力の行使を待ついとまがない急迫不正の侵害に対して、自力でその権利行使をすることを認めたものであるが、この場合における「急迫不正ノ侵害」の「急迫」の意味とか、「現在ノ危難ヲ避クル為メ己ムコトヲ得サルニ出デタル行為」の意味の解釈のように、厳密に解釈されるべきである。

つぎに、「真実の権利者」という条件をつけずに、占有者全般について、自己の占有侵害にたいして、自力で防衛・救済できるであろうか。この問題は、前にのべた自力救済の出来る範囲が拡張出来るかどうかの問題である。

ドイツ民法（第859条）及びスイス民法（第926条）では、占有制度が物に対する客観的な事実支配をそのまま保護することが本旨であるがゆえに、その支配事実が侵害された場合には占有者が真に権限があるか否かにかかわらず、占有者は不正な侵害に対して自力救済が出来る旨を規定している。

(3) 占有訴権の当事者

(i) 占有訴権の訴において、誰が原告となり、被告となるかは、占有権が誰れに帰属するかによって異なるばかりでなく、占有訴権の種類によっ

ても異なる。

占有訴権の主体、つまり占有の訴において原告たるべき適格を有する者は、原則的には占有権者であるが、「他人のために占有をなす者」もまた同様に解してよい。自己占有者の場合には、別段、問題はないが「他人のために占有をなす者」については多少の問題がある。

占有の代理人については、本人のために占有をなす意思を持つと同時に自己のためにも占有をなす意思を有する占有者と、ただ、本人のためにする意思だけを有し自己のためにする意思をもたない占有者とがある。前者は、二重の占有、つまり、直接占有と間接占有が問題となり、後者は、占有補助者（本人の占有機関）が問題となる。

前者については、直接占有者たる代理人も、間接占有者たる本人も、ともに占有者には違いないので、ともに占有訴権の原告になりうる。直接占有者の占有訴権の内容は、実際に占有している事実が侵害された場合の内容であるが、間接占有者の占有訴権の内容は、間接占有者が直接占有者の占有による利益を認め、それによって自己の占有を成立させているので、直接占有者の完全な占有の維持と回復を目的とするものである。そして、間接占有者の侵害があったかどうかの判断は直接占有者たる代理人の占有が侵害されたか否かによって判断されることになる³⁾。

次に、本人のために占有意思をもち自己のために占有意思をもたない単なる占有の機関にすぎない占有補助者は、占有訴権の原告となりうるか。これは、占有訴権の認められる根拠がどこにあるかの問題と一致する。つまり、占有訴権は、本来、占有者の占有が侵害された場合に認められるもので、物の所持についてなんらかの利益をもつ者が行使できる権利である。それゆえ、占有補助者のような、独立の占有を持たずしかも占有についてなんら独自の利益を持たない者は、この権利行使が出来ない。よって、その原告とはなりえない。

(ii) 占有訴権の相手方は、占有の侵害者である。この侵害者は、現に侵

害をなしている者、またなす虞れのある者、さらに過去において侵害をなした者を意味する。⁴⁾占有侵害の事実に対しては被告人の故意・過失は必要ではなく、単なる侵害事実だけでこの訴権が成立する。⁵⁾さらに、本権の有無にかかわらず、占有を侵害した者も被告人とされる。このことから、代理占有における間接占有者が、直接占有者の占有を侵害又は妨害したような場合には、直接占有者は、間接占有者たる本人を被告として原状回復を求めることができる。例えば、賃貸人が二重賃貸したような場合には、従来から賃借していた者は後に賃借した者又は賃貸人を相手に、占有訴権を行使できる。

代理占有において、間接占有者は、直接占有者の占有訴権の被告人となりうるけれども、直接占有者は、間接占有者の被告人とはなりえない。というのは、代理人たる直接占有者は、間接占有者たる本人の意思にもとづいて物を占有しているのであって、その者の占有が、当初において侵害とはならないからである。なお、直接占有者が間接占有者のために占有をなす根拠を失った後にも継続して占有しているような場合には、間接占有者は、占有訴権によってではなく、本権の訴によって自己の占有を回復すべきである。

占有補助者の被告人たる地位についてはどうであろうか。前にも述べたように、占有補助者には占有という事実はないから原告たりうる資格はないが、被告人たる資格の場合には、占有する事実について利益を有するか否かに関係なく単なる占有侵害という事実さえあれば足りるので資格はあると解してもさしつかえない。

(4) 各種の占有訴権

占有訴権は、占有に対する侵害の内容にしたがって「占有保持の訴」・「占有保全の訴」・「占有回収の訴」に分けられる。「占有保持の訴」と「占有回収の訴」とは、ともに事実たる占有が侵害された場合に提起する訴であり、「占有保全の訴」は、事実たる占有が侵害される虞れのある場合

にその占有侵害を予防するために提起される訴である。以下これらの占有訴権の要件及びその内容について考察する。

(i) 占有保持の訴（民法第 198 条）

占有保持の訴とは、占有が妨害された場合に、その妨害を停止させかつ損害賠償を請求する物権的請求権の一種である。

a. 要件。この訴が成立するためには、現に占有の妨害せられたことを要する。侵害の程度は、部分的な侵害で足りかつその侵害の事実が継続していなければならない。妨害か侵奪かは、具体的事情を考慮して判断しなければならないが、侵奪の場合には、占有権者の占有が独立の支配を失った場合である。⁶⁾

b. 内容は、「妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコト」である。この場合、妨害の停止とは、妨害された占有状態をもとに戻す原状回復の意味⁷⁾であり、原状回復がされたかどうかは、具体的な事情を考慮し、社会の経験法則によって判断されるべきである。損害賠償請求権が行使される場合は、妨害者の故意・過失によって妨害の停止や原状回復が不能になった場合である。⁸⁾

c. 提訴期間については、民法第 201 条 1 項に「妨害ノ存スル間又ハ其止ミタル後 1 年内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス」と規定されている。つまり、提訴は、占有の妨害の停止ヲ求める訴であるがゆえに、妨害が現に存続してなければならない。妨害が止んだ後にする提訴は、損害賠償の請求についてだけであり、期間は 1 年とされている。この期間は、除斥期間と解されている。工事による占有の妨害については「其ノ工事着手ノ時ヨリ 1 年ヲ経過シ又ハ其工事ノ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス」と規定されている。（民法第 201 条 1 項但書）

(ii) 占有保全の訴（民法第 199 条）

占有保全の訴とは、占有者が自己の占有を妨害される虞れがある場合に、将来に対する自己の占有を保全するために提起する訴で、将来起こるかもしれない占有妨害の予防を請求するか又は妨害が生じた場合に、妨害者の損害賠償債務のためにあらかじめ損害賠償の担保を請求するか、いずれか一方を請求することを目的とする物権的請求権の一種である。

a. 要件。この訴が成立するためには、占有権の妨害される虞れがあることである。「妨害される虞れ」とは、将来占有妨害が生ずるであろうという場合と過去に妨害のあった後再び妨害の虞れがありうる場合及び現に妨害がありさらに妨害が拡大される虞れのある場合が考えられる。その意味では、占有保持の訴の要件である「妨害セラレタルトキ」と本条の「妨害セラルル虞レアルトキ」の要件とは区別しがたい場合がある。かつて判例では、所有権に基づく物権的請求権で、所有権妨害排除請求と所有権妨害予防請求権との併存を認め⁹⁾た。占有権においても同様に解し、占有保持の訴と占有保全の訴とが併存する場合もある。なお、占有保全の訴を提起し、その後に妨害が生じたことによって占有保持の訴を提起する必要があるかについてはその必要はない。というのは、占有保全の訴は、その性質上、妨害が生じた場合にその妨害の除去をも請求していると考えてよいからである。

次に、この訴の行使の要件として、一度侵害が生じ、その後その侵害に基いて侵害の虞れがある場合でなければ提起出来ないかという問題がある。これは、その提訴の要件を厳格に解するわけだが、民法の解釈としては、必ずしも侵害事実がなくても、将来おこりうる可能性が大きければよい¹⁰⁾と考える。判例上も、所有物妨害予防請求権についてこれを認めている。

b. 内容。占有保全の訴の内容は、「妨害ノ予防又ハ損害賠償ノ担保」を請求することである。この請求権は、占有侵害の虞れのある原因を排除

し、妨害を未然に防ぐ措置を請求するためのものである。請求権者は、この両者を併せて請求することは出来ずいずれか一方を請求するのみである。なお、請求の方式については、侵害の虞れのある具体的な事情を考慮して決定すべきである。この妨害される虞れがあるかどうかの判断は、占有者の個人的な主観によって判断されるべきでなく、現に存在する具体的な事情の下において、客観的に社会の一般経験法則に即して判断されるべきである。¹¹⁾

損害賠償の担保は、将来妨害が発生した場合に、その損害賠償債務の担保とするために供されるもので、不法行為に基づく損害賠償を担保するものではない。それゆえ侵害者の故意・過失は必要ではない。

c. 提訴期間. 提訴期間については、民法第201条2項に「妨害ノ危険ノ存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生スル虞アルトキハ前項但書ノ規定ヲ準用ス」と規定されている。つまり、提訴の要件として、妨害の危険が現に存在することが必要であり、その危険が在続している間はいつでも提訴出来る趣旨である。工事によって損害が発生する虞れのある場合は、工事着手の時から1年経過した場合又は工事が竣成した後には提訴出来ない。この1年間という期間は、除訴期間と解すべきである。

(iii) 占有回収の訴（民法第200条）

占有回収の訴とは、占有が、他人によって奪われたときに、自己の占有物の返還を請求するとともに損害賠償をも請求する物権的請求権の一種である。この訴は、物に対する占有者の事実的支配による占有が完全に奪われた場合に提起される訴である。

a. 要件. この訴が成立するためには、「占有ヲ奪ワレタル」ことである。つまり、占有者が自己の意思に基づかずに他人によって占有が完全にうばわれた場合である。

この占有回収の訴は、従来の占有関係が侵奪という事実によって新しい占有関係に転化した後に提訴されるもので、その保護するものは、現在の事実状態ではなしに過去の事実状態である。その理由は、本来、占有制度自体は、現に存在する事実状態を保護するものであるが、過去の事実状態の現在の事実状態への転化の原因が、社会秩序を破壊する方法による場合に、なおも、新しい現在の事実状態を保護するというのは、かえって秩序を破壊することになるからである。

この「占有者の意思に反して奪われた」とは、種々な場合があり、それぞれ具体的事情を考慮して占有者の意思に反した侵奪があったかどうかを判断しなければならない。

(イ) 欺罔行為（詐取行為）によって、旧占有者が新占有者に物を交付した場合には、旧占有者は、欺罔されたといっても自らの自発的な意思によって占有を移転する旨を表示したわけで、侵奪されたという概念にはあてはまらない。それゆえ、欺罔によって物を交付した者、つまり、旧占有者は、占有回収の訴は提起出来¹²⁾ない。

(ロ) 当初、占有者の意思に基づいて物が交付された後に、占有者の意思に反して、新占有者がそのまま継続して占有している場合、例えば、貸借関係において、貸借期間が徒過したにもかかわらず賃借人が依然として占有を継続している場合などは、賃借人の侵奪はないと解する¹³⁾。このような場合には、賃借人は、本権の訴によって回収すべきである。

このように、現占有者の占有が、それを得る当初、旧占有者の意思に基づくような場合には、占有の侵奪があるとはいえない。

(ハ) 占有を奪われ、占有回収の訴を提起出来る者が、侵奪者から占有物を奪うような場合、被侵奪者に占有回収の訴を認めてよいかが問題となる。例えば、乙によって占有を奪われた甲が、その後、乙から占有物を奪還した場合、乙に占有回収の提訴権があるかどうかである。判例では、小舟を盗まれた者がそれを盗んだ者から奪還した場合に、小舟を盗んだ者に

占有回収の訴を認める¹⁴⁾。しかし、学説では、被奪還者に占有回収の訴を認めず奪還者の最初の占有状態が継続していると解してその奪還を認める¹⁵⁾。

次に、侵害した占有者の特定承継人に対して、占有回収の訴は提訴出来るかどうかの問題がある。この場合、特定承継人が、悪意¹⁶⁾で侵奪した物であると知っていたような場合には、侵奪された者は、この者に対しても占有回収の訴は提訴出来るが、善意であった場合には、善意の承継人の利益を害することは出来ないから、占有回収の訴は提訴出来ない。

b. 内容. 内容については「物の返還」及び「損害賠償の請求」である。

c. 提訴期間. 訴の提訴期間については、民法第201条3項に「占有回収ノ訴ハ侵奪ノ時ヨリ1年内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス」と規定されている。この1年間という期間は、占有制度の趣旨にかんがみ、除斥期間と解すべきである。

4. 占有者と回復者との法律関係 —特に占有者の費用償還請求権について—

占有者と回復者との関係は、物を実際に支配している者と占有物の返還請求する者との関係である。この場合、占有者と回復者との間には種々の法律関係が生ずる。まず、他人の物を占有している者が、占有物を毀損もしくは滅失させた場合に、占有者と回復者との間には賠償義務の法律関係が生じ、第2には、物を占有する者が、その目的物の保存・管理に対して費用を費した場合、占有者と回復者との間にそれを請求する法律関係が生ずる。特に、占有者については、善意・悪意が問題とされ、それによって賠償義務の範囲や費用償還請求権の内容が変わってくる。

ここでは、特に、占有者の費用償還請求権について、その成立、性質及

び効果などについて一般的考察を試みる。

(1) 占有者の費用償還請求権については、民法第196条1項では、占有者が占有物の保管について費した必要費について規定し、2項では、占有者が占有物を改良するために費した有益費について規定している。

費用とは、占有者が占有物について費した費用のことで、これは、一般に必要費・有益費・贅沢費の三種に分けられる。民法上は、必要費と有益費について規定している。

必要費とは、物の本来の機能を維持するために必要でありかつその物上の権利を保持するについて支出される費用¹⁶⁾で、修繕費とか養飼料のような物の保存に必要な費用や租税¹⁷⁾などのような物の管理に必要な費用である。

必要費は、通常的必要費（一般に、必要であるとされる費用）と臨時の必要費（一時的に特別に必要とされる費用）とに分けられる。例えば、占有物を修理するための修繕費や租税のようなものは、通常的必要費であり、天災等特別の事情の変化によって支出される費用が臨時の必要費である。

有益費とは、物を利用・改善し、その物の経済的価値を増加せしめるために費やされた費用である。例えば、下水や道路の開通に費した費用や庭に盛土した費用¹⁸⁾、家屋の前の道路にコンクリートの工事を施したり、電灯を設置するに費した費用¹⁹⁾、店の模様替のために雨戸を新調した費用²⁰⁾などである。

この必要費・有益費という概念は、絶対的概念ではなく、相対的概念であって、支出した具体的事情を考慮して費用が有益費であるか必要費であるかを判断しなければならない。

占有者の支出した費用の性格が、必要費であるか有益費であるかの判断によって、占有者の費用償還請求権の内容は異なる。つまり、占有者の出費が必要費である場合には、回復者の主観的事情や占有者の善意・悪意に

かわりなく、回復者は、占有者の費用償還請求に対して償還義務を負う。例えば、租税の場合の如くがそうである。ただ、占有者がその占有物から果実を取得した場合には、普通の必要費は占有者が負担し特別な必要費だけを請求することになる。(民法第196条1項但書)

必要費の場合には、現に、占有者の出費行為の客観性とその判断の基準になるが、有益費の場合には、占有者の出費行為が回復者にとりどれだけ価値があるかという回復者の主観的事実の考慮が判断の基準になる。

(2) この必要費や有益費を支出した占有者は、占有物を返還するに際して費用を回復者に請求出来るが、その費用償還請求権の根拠はどこにあるかを考えねばならない。

これには、2つの考え方がある。1つは、事務管理説ともいうべきもので、占有者の占有物に対する出費行為は、事務管理であって、それゆえ、回復者(本人)に請求出来るという考え方である。

この考え方では、占有者は、他人のために占有をする場合ばかりでなく、自己のためにも占有する場合があるから、占有者の費用償還請求権の根拠としては適当でない。

次に、占有者の占有物に対する出費行為によって法律上原因なくして回復者が利益を持つのは法の公正理念に反するという不当利得制度の趣旨から、占有者に費用償還請求権を認めるという考え方である。

本来、回復者は、必要費については当然に出費すべきであり、有益費についても占有物の財産的価値の増加によって利益を有しているわけであるから、その出費行為者が占有者である場合には、回復者の取得する財産的利益は他人の犠牲のもとに得られたことになる。この占有者と回復者との利益の衡平を保つために、占有者に費用償還請求権を認めたと考えてよい。

(3) この費用償還請求権は、占有者の回復者に対する権利であるが、代理占有における直接占有者及び間接占有者の回復者に対する費用償還請求

権は、どのように解すべきか。

代理占有は、本人とその代理人という単純な関係ばかりでなく、本人の代理人の代理人という場合も考えられ、同一物について何重にも代理占有が成立する場合がある。例えば、甲から賃借している物を乙が丙に転貸した場合、乙及び丙は、甲に対して費用償還請求権を有するかどうか。乙及び丙が、ともに同一占有物について出費行為をしたような場合には、直接占有者たると間接占有者たるとを問わず、回復者（本人）に対して費用償還請求権を行使出来ると考えられる。

次に、占有者の費用償還請求権の対象である回復者は、占有者との関係でどのような法律関係にある者であろうか。

一般には、占有者の出費行為によって利益を得た占有物の所有者である。ただ、占有者は、占有物を直接に返還しなければならない者に対して費用償還請求権を行使するであろうから、そのような意味では必ずしも占有物の所有者とはかぎらない。

占有者及び所有者が、占有物の占有継続中に交替が生じた場合はどうか。例えば、甲から賃借している乙が、その占有権を丙に譲渡した場合、乙の甲に対する費用償還請求権は特約がないかぎり丙に移転すべきである。ただ、丙が原始的に占有を始めたような場合には、丙は別段不利益をこうむるわけではないから乙に費用償還請求権を認めるべきである。また、乙に賃貸している甲が、その物の所有権を丙に譲渡した場合、特約がないかぎり、乙は甲に対して費用返還請求権を行使するだけである。この場合、丙にとって、甲・乙間の関係は無関係だからである。

このように、占有者が交替した場合には、原則として現占有者に費用償還請求権を認めるべきであり、また、所有者が交替した場合には、返還当時の所有者に対して占有者の費用償還請求権を認めるべきである。現に、占有者の出費行為によって利益を得たものは、返還当時の所有者であるからである。

(4) 占有者が回復者に対して費用の償還請求をした場合に、占有者と回復者とはどのような法律関係に立つのか、これが占有者の費用償還請求権と留置権との関係である。

占有者の費用償還請求権は、「他人の物について生じたる債権」(第民法 295 条)であるから、占有者は自己の債権の弁済を受けるまでは占有物を留置することができる。ただ、この留置権は、占有者が占有物を返還する際すなわち費用償還請求の時期に成立するのであって、請求以前及び請求後に成立することはない。つまり、占有者の費用償還請求権の履行期到来の際にはじめて成立するのである。

占有者の回復者に対する留置権は、必要費については占有者の善意・悪意にかかわらず成立するが、有益費については、悪意の占有者にかぎって「裁判所ハ回復者ノ請求ニ因リ之ニ相当ノ期限ヲ許与スルコトヲ得」としている。裁判所が回復者に期限を許与した場合には、占有者の留置権は消滅することになる。また、留置権は、占有者の占有取得の原因が不法行為による場合には成立しない。

注 1) 大判・昭・9・10・19民集13巻1940頁。この判例では、妨害行為は、故意・過失に基づくことを要することを明言している。

2) 学説は、肯定的である。我妻栄著「物権法」341頁：平野義太郎「占有における自力救済」法学志林27巻5号545頁以下。

3) 東京地判・大・14・3・14・法律新報39号20頁。

4) 大判・昭・7・4・13・評論21巻諸法243頁。

5) 大判・大・5・7・22・民録22輯1591頁。

6) 東京地判・大・13・2・19・評論2241号21頁。

7) 大判・大・5・7・22・民録22輯1592頁。

8) 大判・大・5・7・22・民録22輯1592頁。

9) 大判・大・9・5・14・民録26輯704頁。

10) 大判・昭・7・11・9・民集2277頁。大判・昭・12・11・19・民1881頁。

11) 大判・大・10・1・24・民録27輯221頁。この判例では、土地侵害について妨害の有無の判断を示している。

12) 大判・大・11・11・27・民集1巻696頁。

- 13) 大判・昭・7・4・13・評論21巻諸法244頁。
- 14) 大判・大・13・5・22・民集3巻224頁。
- 15) 我妻栄著,「物権法」,346頁など。
- 16) 大阪控判・明・43・5・11・新聞648号11頁。この判例では保存費の意味を明言している。
- 17) 大判・大・15・10・12・評論16巻民130頁。
- 18) 東京控判・大・7・3・16・新聞1395号24頁。
- 19) 大判・昭・5・4・26・新聞3158号9頁・評論19巻民1314頁。
- 20) 大判・昭・7・12・9・法律新聞社編大審院判例(6)・民事334頁
・大判・昭・8・5・13・法学2巻12号106頁。

参 考 文 献

外国文献

- (1) Ihering : Besitzwille, 1889.
- (2) Ihering : Über der Grund des Besitzeschutes 2.Aufl, 1869.
- (3) Dernburg : Pandekten 7. Aufl, 1902. Bd1.
- (4) Savigny : Das Recht des Besitzes, 7. Aufl, 1865.
- (5) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl.
1906. Bd1.

日本文献

- (1) 末川博著:「占有と所有」
- (2) 平野義太郎著:「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」
- (3) 田中整爾著:「占有論の研究」
- (4) 田中整爾著:「所有権の取得・占有権の取得・代理占有」総合判例研究叢書民法(24)
- (5) 中義勝著:「刑法における占有の概念」総合判例研究叢書刑法(4)
- (6) 我妻栄著:「物権法」(民法講義Ⅱ)