

「占有は事実である」とは？

辻 義 教

キーワード

占有, *interdicta possessionis*, *interdictum uti possessionis*, *interdictum utrubique*, *interdictum unde vi*

目 次

- はじめに
- I 有体物占有と債権の準占有
- II *interdicta possessionis*
- III 「その他の占有」とは債権 = 債務事実
おわりに

はじめに

債権と占有については二つの点が論じられて来た。その一つは準占有といわれるものである。すなわち債権の準占有という問題である。他の一つは債権と有体物占有の問題である。後者のこの問題は有体物占有の心素の問題として占有論上論じられた。すなわち、ザビニーがそうであったのであるが¹⁾、心素を所有意思と狭く設定すれば、占有は自主占有に限定されるわけである。それはまた逆に、債権法上の請求権者に有体物占有を認めるべきか、どうかという法政策目的からも問題場裏に挙げられた。すなわち、19世紀が後半に入るとともに社会問題、労働問題の克服を法律学上の課題——それが自由法運動の動因の一つであるが、とすることをドイツ私法学は目的としている。

19世紀の特に後半の占有論は、一つには上という社会問題の解決という課題をもった時代への法律学の解答という側面をもった。そのなかで占有心素論は拡大し、他主占有を有体物占有と認める。それはまた債務法上の請求権者——債権者に、請求の目的有体物の占有を認める

ということである²⁾。それはほとんどは賃借人に占有を認めるということでもあった³⁾。そしてそれは、占有を認められた賃借人に対世的請求権を認めるかどうかであったのであるが、イエリングを経て、ベッカーに至り、純粹に「事実」として有体物支配に占有を認定する。すなわち、占有要素として心素という要素を否定することになる⁴⁾。それをドイツ民法は採用した (§ 854)。

時代に規定されながら18世紀以降、ドイツ法学がたどった上述の占有論の学説の形跡は、今一つ別の意味を提示している。論者はそう説いた⁵⁾。その今一つ別の意味、すなわち占有心素論の主観説から純粹客観説への遷移の今一つ別の意味とは、占有論における心素の放逐ではなく、あるいは心素の放逐に留まらず、占有論における占有要素の放逐を意味する。そういうことであった。

それはさらに、占有から占有要素を放逐することは、占有を実体の直接——要素事実の存否を介さずに、行われる占有の存否——「占有」と称される実体事実の認識、認定を意味する。すなわち、占有の存否は、実体を総体として認定し、占有の成否を判定する。そういうことを意味する。占有の純客観説とは、実体事実を直接、総体として認知しようとするものである⁶⁾。そうすると、占有とは実体事実の態様、すなわちそれは所有権自主占有についていえば、所有権実態であることになる。かつ、他主占有についていえばそれは債権——場合によれば債務の実態であることになる。そうなれば、所有権の実態は「所有権事実」と称すれば足り、債権 = 債務の実態は債権事実 = 債務事実と称すれば足りる。あるいは、しかく論ずれば足りる。そ

うであれば、「占有」とはその実体事実を欠くことになる。そう指摘した⁷⁾。そうであれば、次にそれはどう論じられるべきか。本稿はその一端を論じようとするものである。

I 有体物占有と債権の準占有

論者はかつて債権の準占有を二度にわたり論じた⁸⁾。そこで得た結論は結局のところ以下のようであった。一部で主張されるように、日本民法典でいわれる債権の準占有はフラン民法典 1240 条についてフランス民法学がいう「万人によって債権者と目される者」「万人の錯誤」する非債権者であるといつてよいのである。しかし「万人によって債権者と目される者」債権者であると「万人の錯誤」する者とは、法理上は債権者と（多くは）後になって認められないが、当事者がその行為——弁済、譲渡をなすその時は法理上も原因を伴っており——権利が存在、移転しており、「債権者」は「万人が目して」「万人が（後に、多くは遡って権利が否認され、非債権者とされるから）錯誤」する権利者、債権者であると目される者である。日本民法典 478 条はそのような非債権者への弁済を正規の弁済と認める。そういう条項である⁹⁾。

上述のような場合は、最も典型的には表見相続（884 条——相続回復請求権）にみられるものであるが、それは相続規範のための規範という性格をもつ。したがってそれはメタ規範である、とした¹⁰⁾。

債権の準占有規範——条項がメタ規範であるとするれば、それは債権の準占有の実体がいかなるものであるかをも決することになる。いうまでもなく、メタ規範とは法律要件を欠いた規範のことで規範の適用されるべき実体事実が事実として法律要件化されている！一つの背理的規範のことである¹¹⁾——占有は事実である。したがって債権の準占有といった場合、どのような実体事実になるかといえば、それは債権者ならばこのような者であったであろうような実体の形態——実態を呈する者のことになる。したがってその実体の存否の認定は、幾つかの要件に該当する事実——要件事実の存在の認定によって成立する認定——規格化された事実による

認定ではない。それは全体としての該当の当事者の姿あるいは当事者の風景が、いかに真実の債権者の姿、あるいは風景と重なる——マッチングするか、という認識、認定である¹²⁾。その最もありうる実例は、上述のように後に真実の相続人が現われる前の相続人——表見相続債権者である。そこでは当の表見相続人は過失も、したがって故意は言うまでもなく、債権を相続した——と思っている、のであるし、客観的な姿、風景も非の打ちようもなく債権者の実態を呈する——万人が債権者と目する。したがって債務者は弁済をするであろう。その（表見）相続債権者は当然に弁済を受領するであろう。

しかるに他に真実の相続人が存在しているのであるから、相続債権についていえばそれは、その真実の相続人が被相続人の死の瞬間から相続する（882, 896 条）。したがって上述の、今となっては表見になったその「相続人」は、当初から債権者ではなかったわけである。したがって法理上は完膚なく非債権者である。このような場合を、フランス法学は「万人の錯誤」「万人によって債権者と目される者」という。そう考えるべきものであろう¹³⁾。

そうだとすると債権の準占有とは、債権者である実態を呈する者であるのだから、それは債権という権利がこの世に実在する実体事実——それを法律学は権利事実（この場合その権利は債権という権利であるのだから債権事実）のことをいうことになる。すなわち債権の準占有——占有とは有体物の支配をめぐる有体物占有 Sachbesitz を特定のいうとして、債権という非有体物——無体物の支配をめぐるという意味で、あるいは別異のものとして、準 Quasi を付称して準占有という¹⁴⁾、それは債権という非有体物を占有——事実支配するものではない。そうではなく、債権——その発生原因には契約、非契約があり、その発生原因に規定されて債権——ドイツ法上は債権という用語法はなく債務 die Obligation と表現するが、その内容、したがって債務の本旨は多様であるが、それぞれの債務がそれぞれの実在事実——実体をもつのは当然なことである。そのあって当然なロオマ法でいえば役権使用という実体事実——債務事実ないしは債権事実、それが債権の準占有である。

したがって債権の準占有の準 Quasi とは別に「偽」という意味をもつが、債権の準占有とは有体物でない債権もしくは債務という観念の占有——事実支配ということではなくて、債権 = 債務の実体事実すなわち債権 = 債務事実、あるいは債権 = 債務が現実体に実在する形態をいう。その意味で債権の準占有は有体物占有と別異のものではない。それがドイツ法学が債権の準占有を原則として否認する理由。そう考えてよいように思う。そして債権と有体物占有とのこの関係は、契約上有体物を占有する義務を負う場合、すなわち債務事実である場合についても同じである。

ただ有体物占有と対照するとき、ある点について準占有は有体物占有——精確にいうとその自主占有についてであるが、それと決定的に異質性をもつ。すなわち有体物占有の自主占有とは、本権を所有と想定する占有事実である。そうであるから、自主の有体物占有はその本権が権利要件を設定できないものである。所有権は歴史的範疇である¹⁵⁾。それに対し債権とは、その発生原因が約定のものであっても、法定のものであっても、その権利要件は約定を原因とする場合はその契約に、法定の債権はその条項に必須的に提示されている権利である。したがって債権事実という意味での債権の準占有は、必須的に債権要件を伴う占有であることになる。その債権要件を見出せないということは、けっしてない。そういう異質性をもつ。

II interdicta possessionis

占有は事実であって、所有権は権利である——事実ではない。それが一つの占有論であるが¹⁶⁾、しかしそれでも、次ぎにそれでは、実体事実を前にしてそれが占有であると何によって決する——認識するのか。それが問題となる。そうするとその規準としては権利以外に規準になるものはない——占有論も間違いなく法理論の一つである。そう考えざるをえない。そうすると、自主占有ではそこに現われて来るのは権利としての所有権である——他主占有ではその他主占有の由来する法律関係、債権関係である。しかし占有とは権利ではなく事実である——事

実であったはずである。占有と権利の関係は上記のような追跡関係になる。すなわち、自主占有を念頭におくと、占有を逐って行くと所有権が現われて来る。しかしその所有権を逐って行くと、いつの間にか所有権は消え去り、占有という事実が、ないしは事実である占有が目前に見えている。

それを論者は、占有論は逃げ水——蜃気楼と提示した¹⁷⁾。しかし実は占有論には今一つの逃げ水がある。すなわち占有は事実である。そういったとき、事実としての占有は「占有」ではない!? からである。すなわち「占有」とは語彙である。確かに「占有」とは事実である、としたとき、その意味するところが権利——自主占有であれば所有権、ではないということである。それはそれで法理上は妥当である。

しかし法律学は無視しているのである。占有は事実である、としたとき、実は「占有」とは占有という事実そのものではない。「占有」とは占有という事実を指示する、換言すると事実に対応する語彙である。その点を無視あるいは忘却して論じているのである。

すなわち、占有論が占有を事実であるとしたとき、あるいは占有という事実を念頭に占有を扱ったとき、今一つの逃げ水を扱うことになる。占有を逐うと占有に対応する実体事実が現われて来る。しかしその実体事実を表現——意識し伝達しようとするとき、その実体を提示し、伝達しているのは「占有」という事実ではない語彙である。したがって問題は、占有が事実であるとしたとき、一体何を言わんとするのかということである。それを無視して扱えばその法理は、恰も逃げ水を真水と逐う、武蔵野路中の旅人になる。例えば、

客観説は心素を独立の占有要件としなくて、物に対する事実上の支配 (tatsächliche Gewalt) のすべてに占有権を認め、本権と占有の分離を完成した。故に客観説では、占有の保護は本権 = 規範関係と独立して行われる (占有制度をもって本権の「仮の保護」を目的としていると考える機能論は、まずこの点をよく考慮しておく必要があるように思われる)。即ち、事実上の秩序 (tatsächliche Ordnung) と規範上の秩序 (normative

Ordnung) とが明確に分離せられ、各独立の法律制度とせられているのである。

これに反し、主観説は心素を独立の要件とし、その立証のために、「権原」＝本権＝規範関係に遡る結果、事実と規範とが完全に分離せられず、占有の中に本権的要素を残存せしめている。

とする¹⁸⁾。この主観説＝客観説の対照、判ったようで判らない。「本権と占有の分離の完成」「事実と規範とが完全に分離せられず」の2点について不明なのである。

まず第一点、客観説では占有が本権＝規範関係と独立して行われる、という点。事実上の秩序とは何？占有保護は事実上の秩序によって行われているのか？否！である。占有保護は「占有」秩序によって行われている。「事実上の秩序」に法秩序性は存在しない。すなわち事実上の秩序とは事実ではなくて規範の問題。これは第二の逃げ水を真水と誤解した言説。第二には、主観説では「占有の中に本権的要素を残存」しているという点。この点もよく判らぬ言説。言わんとするのは心素は占有を齎らす法律原因によって左右される点を指すのであろう。しかし占有という事実は、事実それ自体の中に規準は無いのだから、常に自主占有であれば所有権の、他主占有であればその占有を招来する法律関係の規準に左右される。それを無視しているもの。すなわち第一の逃げ水を真水とする誤解である。

他方、債権と有体物占有の問題はロオマ法の、その *usus modernus* を目的としてであるが、法源解釈の問題をも伴っている。すなわち、「汝らが占有すること」という文言で始まる特示命令（不動産占有保持の特示命令）*interdictum uti possidetis* と「そこから暴力によって」という文言で始まる特示命令（不動産占有回復の特示命令）*int. unde vi*¹⁹⁾ は自主占有の争いに供されただけのものであるのか²⁰⁾、ないのか。さらには「暴力であるいは隠秘に」という文言で始まる特示命令 *int. quod vi aut clam* と人格権侵害の訴権 *actio injuriarum* が債務法上の請求権者——債権者に有体物占有を保障していたのではないか²¹⁾。そういうロオマ法源解釈を伴い、ないしは法源解釈を介して論じられた。ロオマ法は体系的な成文法典を備え

ず、個々の事例——争いの解決を通して生成した。したがってロオマ法は英米法と同じく事例法 *Fallrecht* であるといわれる²²⁾。そのロオマ法で知られている訴訟形式の最古のものは²³⁾、当事者双方が一定額の金銭を訴訟の勝敗に賭けること——賭金 *sacramentum* によって行われた。これを神聖賭金による法律訴訟 *legis actio sacramento* という²⁴⁾。訴訟の形式は後に一定の書式を前提にするもの——方式書 *formula* 訴訟手続に移行するが²⁵⁾、ロオマ人の法意識は法という規範条項を抽出して当事者のいずれの主張がその正＝不正に該当するかを検討するという法的思考にまで成熟していなかった——当然といえば当然である。したがってその訴訟手続は、当事者が同等に法的主張をすることを前提にした。したがってその訴訟は、原＝被両告の双方が権利を主張し、双方がそれぞれに原＝被告の立場に立つことになった。ためにこの段階でのその訴訟は両面訴訟あるいは双面訴訟といわれたのであるが²⁶⁾、原告が物の帰属を求める訴であれば——対物訴訟という、裁判所は先ず、現に物を争っている当事者双方にその物を手放すように命じる——平和命令という。その訴訟手続は、原＝被両告のいずれが争いの物を掴む権利をもつかを宣告して終わる²⁷⁾。

その間に裁判所は、原＝被両告のいずれかに暫定的に係争物を掴んでおくことを許した——それを *possessio* といった²⁸⁾、ロオマ法上の *possessio* にはこれよりも古く、公有地の使用 *usus* を起源とするものがある。前者を特示命令占有、後者を市民法上の占有という²⁹⁾。すなわち、争いの目的物を被告が掴んでおくことが裁判所によって許されているときに、裁判所が原告勝訴の判決をする場合には、被告に対し争いの目的物を原告に引渡すように命じる——その場合、ロオマ法は対人的義務付けという概念にも未成熟で、被告にその引渡しを義務付けるということとはしなかった³⁰⁾。そのためにロオマでは物をめぐる争いはその争いの物を誰が掴むか——掴取るかの争い、したがって裁判になった。またしたがって、原告に上述のような場合に、その物を獲得させるために、被告は物の掴取 *possessio* を許されるときは、その返

還を担保するための保証人を立てる必要があった³¹⁾。またそのように対人義務はないのであるから、対物訴訟である所有物の返還を求める訴——に対し、係争物を現に掴取る者は応訴する義務を欠いた³²⁾。さらには、所有権者が自己の所有権を証明するのは、係争物を使用取得 *usucapio* したか、その他の原始取得した自己以前の所有権者にまで遡上して、自己前の所有権者の所有権を証明せねばならないものであった³³⁾。

古典期に至ると所有権返還請求訴訟は誓約による手続か方式書による手続によって行われるようになるのであるが³⁴⁾、そしてロオマにおける訴訟手続は古典期に至っても依然そうであったのであるが、法務官による手続と私人の審判人による実体審理手続という2段階の手続に区分されていた³⁵⁾。前者を法廷手続 *in iure*、後者を審判人手続 *apud iudicem* といった。前者の手続で原告の主張が形式審査されて、法務官によって認容されれば、訴権 *actio* が与えられ、法廷が設置されることになった。続いて法務官によって争点が整理され、私人の審判人による実体審理に移行した。その場合に法務官は原告に訴権付与の認否をし、法廷を設置するのではなく、特別な命令を付与するということが行われた。その命令を、したがって特示命令 *interdictum* といったのであるが、物をめぐる争いで法務官——広くいえば政務官の与えた特示命令が、占有の特示命令 *interdicta possessionis* といわれるものである。したがってこの特示命令は、神聖賭金による法律訴訟での法務官の命じた *possessio* の認容の機能を果たした³⁶⁾。ロオマ法学徒は古典期といわれる後代 AD ~ 200 になって³⁷⁾、その特示命令を占有取得の特示命令 *int. adipiscendae possessionis*、占有保持の特示命令 *int. retinendae possessionis* そして占有回復の特示命令 *int. recuperandae possessionis* の三つに分けるようになった³⁸⁾。他方、訴えには必ずや不法侵害の救済を求めるものが存在するものであるから、ロオマの物をめぐる争いに関しても違法に他人の物への侵害行為を禁じる特示命令 *interdictum quod vi aut clam* と、訴権であって特示命令ではない *actio injuriarum* で

扱われたものにも、物の支配の侵害を、暴力による自力の侵害——それは反対にみれば自力救済であるが、を禁じ、人格侵害を排する限りで、原告の物の支配を保証するという——それがイエリングの主張であるが³⁹⁾、「占有」保証機能を果たすものを数えることができた。ただこの二つの場合には、物の帰属自体は争われていない点が、占有の特示命令の場合と異なることになる。

したがってロオマには占有の特示命令 *interdicta possessionis* として、目的物の違いに応じて「汝らが占有することという文言で始まる特示命令」*interdictum uti possidetis*、「二つの側のどちらにという文言で始まる特示命令」*int. utrobi* と、「そこから暴力によってという文言で始まる特示命令」*int. unde vi* の二つの（前者は二つに分かれるから一見は三つ）の特示命令が知られているが（前者の内の前者 *uti* は不動産について適用されたもので、前者の内の後者 *utrobi* は動産について適用され、ともに *interdicta possessionis* で、後者 *unde vi* は不動産占有の取戻しのもので「不動産占有回復の特示命令」ともいわれる）、さらにそれとは別に暴力を禁じる特示命令と人格権侵害を排する訴権によって保証されたものがあったとされるわけである。

したがってそのロオマの特示命令で遺されているのは具体的な争いの事例であり、その「*possessio*」と称される実体は占有保持の特示命令では所有権についての、したがって所有権事実の諸相である。他方、暴力を禁じる特示命令と侵害訴権の物をめぐる事例は非所有権についての「法律」事実——その多くは契約を権原としてその権利を行使する実体を表わす諸相が遺されていることになる。

法律世界には成文法典の整備のいかん、あるいは学説彙纂方式と法学提要方式の差違にかかわらず、変わらず、したがって基本的に、またしたがってロオマ法の時代——ロオマ法の時代といってもそれは永きにわたり、いくつもの時代区分をもつものであるが、その時代から帯有している問題性、あるいは構造とでもいうものがある。

それは、法律上の争いというものが人と人の

間に発生するものであり、かつ物または財をめぐる発生するものである。そういう点である。すなわち、そうであれば争いは、人と人之間と人と物について発生する。それはまた、必ずやその争いの判定規準である法規範というものに——それは言語による規範体系であるが、それにその二別を齎すものである。

現代の法律上の構造と同じく、ロオマでも賃貸人が賃貸物を第三者に売却した場合、借主は第三者の所有権の要求に服さねばならなかった⁴⁰⁾。もちろん借主は、その場合、貸主に対し損害賠償請求をすることができるから、多くの場合、貸主はその第三者に対し貸借の終了するまで貸借を継続するよう確約を求めるものではあった⁴¹⁾。したがってその確約がなかった場合のことであるが、借主が第三者への引渡しに同意しない場合 (Marcellus, D43,16,12)⁴²⁾、時代によって違いはあるが古典期後～儒帝前には、所有権は売買の実行によって移転したと理解されたから⁴³⁾、新所有権者は買主である第三者であるが、int. unde vi (「そこから暴力によってという文言で始まる特示命令」) が借主に付与された。すなわち、第三者は所有物の取得移転に借主の同意を必要とした。

この事例は、イエリングが占有意思論で取上げ⁴⁴⁾、膾炙するに至った⁴⁵⁾。それを、ロオマでは売買が賃貸借を破らなかつた例である、とイエリングは主張したのであるが、そこでロオマ法はその借主に賃借債権の実体を見ているのである。例えば借家人が借家に現に居住しているその実態は、紛れもなく借主の賃借債権の実体である。その権利実体にロオマ法はint. unde vi という特示命令を付与した。そう考えたい。

またロオマにおいても貸主は目的物を賃借目的を果たすべき状態にする義務を負っていた⁴⁶⁾。したがって、目的物がその状態を外れるようなことがあれば貸主は、その目的物を修繕する義務を負った。それは反面、借主には貸主が目的物の修繕のために立入って来る場合にはそれを受忍する義務を課すことにもなる。しかし目的物を現に支配するのは借主であるから、その立入りを拒む場合はありうる。その場合、D43,17,3,3 でウルピアヌスは、

もしある借家人が家主のする修繕行為を妨げる場合は、家主は借家人がその家で居住することを妨げる意図ではなく、借家人がその家を占有していると観ることを望まないのだと説明すれば、特示命令 uti possidetis 「汝らが占有することという文言で始まる特示命令」は成立する。

としている。それは家主、すなわち借家を所有する所有権者としては所有権の実態事実、借家の修繕をする家主という賃貸債務者の賃貸債務の実態事実——所有権事実あるいは債務事実を提示するものである。それは借家人の居住を妨げることはできないが、借家の修繕の限りでその居住に立入ることはある。uti possidetis は家主に付与される——したがって借家人はそれを受忍しろ、そういう実態を示すものである。他方それは、ロオマ法は所有権と契約上の請求権、義務付けの整理を完成していないから、uti possid. の特示命令は双面的で (同 43,17,3,1)、被告、借主の占有を前提にしている。その被告の possessio とは、いうまでもなく賃借契約上の借主権の権利事実を認識しているものである。

上に記したように古典期後～儒帝前の時代には、売買による売買目的物の所有権は、売買の実行——代金の支払いと目的物の引渡しによって移転するとされていた⁴⁷⁾。したがって売買契約が成立したが、引渡しが行われる前に、その目的物に侵害が加えられれば、int. quod vi aut clam は売主に付与される。そうウルピアヌスがいうのには (D43,24,11,9)、二つの意味がある——そこには今一つ、違法性非難のもつ訴訟手続における性格付けという問題がある。一つは、その売主に所有権事実を観ることである。他の一つは、ロオマでは売主は買主に対し目的物引渡し債務を負わないのであるが、買主が物の占有を得させる義務は負っているのであるから⁴⁸⁾、その債務事実を観るという意味である。

したがって売買契約が行われて買主が目的物を現に支配しているが、代金の支払いも、したがって目的物の引渡し行為も行われていない場合——買主が所有権を得ていないとき、第三者がその買主の支配を侵害すれば、であるが、意味は同じことになる。

すなわち、ある土地の売買が行われ、買主が（「私が買って」と表記されている）その地に住まっているが、まだ売主から引渡し行為を受けていなかった場合に、隣人がその事情を知ってその土地に何らかの侵害行為を行おうとするときに、まだ引渡し行為を受けていないからといって、私にその作為を知らせることなく、侵害行為を実行した場合。私は quod vi aut clam の特示命令を得ることができる、とウルピアヌスという（D43,24,11,11）。

その「私」の立場は、法律要件的には契約上の買主の買主権事実。したがってウルピアヌスが quod vi. の特示命令を付与するというのは、「私」の実態に買主債権事実を観ているからである。ただ買主が引渡しを受けていない事情をその第三者は識っているというのであるが、その第三者は売主の所有権も買主の債権をも争わない。したがってその暴力性を非難して quod vi aut clam の特示命令を許容するというのである。しかし、所有権も売買をも争わないとしても目的物を侵害するのについてであるから、そこで買主に観ているのは単に所有権事実であるということも可能である。それはまた、前掲 D24,11,9 の場合にもいうことのできることで、当事者が所有権を争わないから、ロオマの訴えの手続からは占有の特示命令を付与できない。したがって vi aut clam の特示命令を許容する。しかしそこにロオマ法が観るのは単に所有権事実である。そう、いうこともできる。

その事情は以下の諸例にもいえることで、例えばある土地が、もしある一定の期間内により有利な価格を得られたならば無効にするという条件で売買され、その土地は容仮の権原の下で買主に引渡されている場合は買主が、quod vi aut clam の特示命令を与えられる。しかし引渡しが行われなかったときは、売主がその特示命令を与えられるのに疑いはない、とウルピアヌスという（D43,24,11,12）。

前者の場合は売買上の債権者の実体を土地に引渡されている買主に観、その引渡しが行われなかったときは、法的には容仮 precario のものであったとしてもそうである。逆に売主の下にまだ物が留められている——引渡されない、したがって所有権も売主の下に留まったままであるときには、ただ売

買における所有権の移転については、ロオマ法上、上のように簡明には整理できないのであるが⁴⁹⁾、それが法的には容仮の状態であったとしても、売主に、その売買契約上の権利の権利事実を観ている。それをウルピアヌスはそれぞれに利益があるからだとして述べている。

1筆の土地が、買主がその土地に満足しなければ無効とする、という条件で売買された場合に（試味売買⁵⁰⁾、買主がその目的物を事実上支配しておれば（買主がその目的物を占有しているときに暴力あるいは隠微な侵害行為を受ければ）「そこから暴力によってという文言で始まる特示命令」を付与される。それは、売買が第三者の仲介に左右される場合、何らかの事故の発生に左右される場合、および解除条件が期限付きの場合にも同じである、とウルピアヌスという（D43,24,11,13）。

いうまでもなくこれらの買主は目的物の引渡し請求権者であり、目的物を売主から給付され受領している。したがってそこでは、事柄の当然の事実、すなわち買主権の権利事実、あるいは買主権事実を観ているとみることができる。そしてここでもまた、それらは所有権が争われていないから所有権事実占有の特示命令の問題とされてはいない。しかしそれらの買主の物支配事実は所有権事実であると観ることもできるわけで、占有の特示命令を許容される possessio とはいわれていないにせよ、所有権事実を観ることができるから、quod vi aut clam の特示命令が許容されている。ないしは同特示命令によってその実態事実への干渉が侵害行為であると非難されている。論者はそうみる。

他方、ロオマにおいては優先弁済権としての抵当権というのは広く認識されていない。しかし現代の日本法でいう一般先取特権（日民法典306条以下）に相当する法定の一般抵当権は認められる⁵¹⁾。その場合、その抵当権は優先弁済権として実体の使用、支配事実をもたないから、公的公示方法が整備されていなければ、公示手段を欠いている。そうであるから D43,24,22,2 は、ある家に住まう私と、私の住まうその家の戸口に看板を打ち付けた汝との間の事例をいう。すなわち相手方汝は私の住まうその家に抵当権

が設定されていることを公示する看板を打ち付け、居住者である私が通告することなくそれを外した場合である。その場合、相手方もその家に利益を持つ。利益をもてばその特示命令は与えられるのであるから(43,24,16pr)双方が *int. quod vi aut clam* を求めて争い、双方が利益をもつのであるから、双方にその特示命令が付与されることになる、とベヌレイウスはいう。

ここで抵当権者がそれを公示する看板を抵当物上に打ち付けるとするのは、抵当権という権利が公示する以外に権利事実を欠く権利であるのだから、唯一の権利事実を容認することを意味する。また住まう私が賃借人であれば、住まうという実態は賃借債権の権利事実である——所有者であれば所有権事実である。ベヌレイウスがその双方に特示命令を付与するというのは——それはロオマの訴訟手続の双面性によってはいるのであるが、その双つの権利事実を権利事実であるから否認せず、双方を容認することを意味している。

その場合、双方がその特示命令を求めたとすれば

……一方の手続で、原告としての賃貸人が、賃借人は有責であると主張しても、その効果は、他方の手続で、被告としての賃貸人が、原告(賃借人)の利益の限度迄有責であることによって實際上失われ、それによって、賃貸人自身が拒否した *restituere* (原状回復)は——彼が賃借人の免責に同意しない間に——自然に実現され、相互の暴力の効果は相互に平均され、両者は何物をも得ず、かつ何物をも失わず、物は侵害前の状態に復する。即ち、賃借人の占有は原状に回復し、賃貸人の行為は排除されたこととなる⁵²⁾。

したがってこの場合は、現実の占有者が他に利益を有する者がいても、その事実性に基いて保護される⁵³⁾、と理解するべきものとは考えるべきではない。そうではなく、賃貸人の例ではなく抵当権者の例で考えれば、その場合に意味があるのは、抵当権者の看板を打ち付ける行為は抵当権の権利事実として容認され、他方、現実の賃借居住者がその看板を取り外す行為は、その賃借債権の債権事実として容認される。その点に意味があると考えべきだと思う。

その結果、それぞれの権利事実を来たす権利内容に応じて抵当権者は、抵当権が現実の目的物支配を内容——法律要件としないのだから、看板を打ち付けた——公示したという事実のみを容認され、賃借居住者は、賃借債権が居住を権利要件とするのだから、看板の取り外し行為を容認されて、この特示命令手続は目的を全うする。そう考えるべきではないかと思う。

以上検討したすべての事例は、他になんらかの権原をもつ当事者の、他人の土地または建物に関する事例である。したがってその当事者が全く剥き出しの事実関係に立ってその物と係わっている——単純なる事実というのではない。その限りでその当事者の係わりようは——係わりの実態は、その権原をなす権利の、ないしは法律関係の実体事実関係——それを法律学は要件事実、権利事実という、それである。

Ⅲ 「その他の占有」とは債権 = 債務事実

ロオマ法の法意識と訴訟制度の中で生成した *possessio* と *interdicta possessio* は、ドイツ法学が普通法学以来扱って来た理解、そしてそれは上に摘記した以外、ベッカーの純客観説という理解に至り、それがドイツ民法典 BGB に採用され (§ 854) 今日に至っている⁵⁴⁾。その理解とは異なる理解、それはまたドイツ法学の理解が自覚しない理解——理解としては同じであるが、その理解を異なる理解がある。すなわち純客観説は、占有の成立を物支配事実の実態の認識で理解する。その理解は論者も認識する。しかしそう認識する以外に、その純客観説の理解とは占有の非要件化の理解である、と理解する。それはまた裏返せば、ザビニー以来の *corpus=animus* 論、とり分け *animus* 論が占有の法律要件化への志向であったと理解することである。

その理解は、占有とは、自主占有を念頭に置くと、所有権事実という実態——実体の態様である。そう理解することである。そうすればロオマ法の特示命令占有の、事例法としてのロオマ法が提示する占有は、その特示命令の意味に応じた権利事実——場合によれば義務者の事実としての債務事実、を提示するものである。

そうなるを考える。すなわち占有の特示命令 *interdicta possessionis* で説かれる特示命令占有 *possessio ad interdicta* は、上にいう自主占有の場合の所有権事実を示す。それ以外の、多くは違法の救済を求める訴権あるいは暴力あるいは侵害行為からの保護を保障する特示命令に含まれる物支配の事実とは、「単純なる事実」⁵⁵⁾——それは意味不明な摘示、名称であるが⁵⁶⁾、そうではなく、他主占有の権原に従った権原権利事実、場合によっては義務付けられた事実、あるいは債務事実——その実体事実の態様である。そう考えることができるように思う。

近代の民法学のいう「占有」*possessio* oder *Besitz* は、普通法学以来、上述のロオマの特示命令占有を材料に論じられて来たものである。ただそこには、いかなる特示命令をいかに取扱うか、あるいは論じるかという別個の問題が介在しているのであるが、当初、近代の民法学、ドイツ普通法学は、従来の法学の問題意識を当然に引継いで、所有権の要件化に、いわば代替するものとして占有を要件化しようとする目的をもっていた。そう考える⁵⁷⁾。したがってその目的の下で、例えばザビニーは、占有保持の特示命令 *int. retinendae poss.* と占有回復の特示命令 *int. recuperandae poss.* を材料とした——それは原因でもあれば結果でもあったのであるが、その結果、当然に占有意思はザビニーの場合「所有者の意思 *animus domini*」となった⁵⁸⁾。その問題意識の上に、賃借人に占有を認容すべきだという、その時代の問題意識をもったイエリングは、「暴力であるいは秘かにを原因とする特示命令」および人格侵害訴権において所有権を争わない物支配者に占有を保証していることを主張した。その結果、イエリングは *animus* は *corpus* の中にあると主張するに至ったわけである⁵⁹⁾。

上述のように占有保持の特示命令は、所有権の争いの過程で命じられるものであるから、その実体は所有権事実の実態であることは容易に理解できる。したがって占有保持の特示命令で——広く占有の特示命令でといってもほぼ不可なのであるが、保障された *possessio* ではなく、その他の場合は、ほとんどが契約に基づく——物支配が契約上の義務である場合を除き、

債権の行使実態、すなわち債権の権利事実になっている。

債権の準占有は、債権が必ずや権利要件をもつことに規定されて、権利要件に対応する権利事実である。それに対し、有体物占有の、精確にいうと自主占有は、所有権が権利要件をもつ権利ではないことに規定されて、権利要件に対応する権利事実としてはありえない。それは権利要件を欠いた！権利事実としてある⁶⁰⁾。債権の準占有と有体物占有の間には上述の相違がある。他方、これまた上述のように債権の準占有が、かつてロオマ法学はそう捉えたのであるが、債権という無体権の占有というのではなく、債権を行使する実体事実である。すなわち債権の準占有とは、債権という権利の権利事実——その用語法に従えば債権事実である。そう捉えた⁶¹⁾。そうであれば、有体物占有、精確に言えばその自主占有は所有権事実という権利事実であるのだから、債権の準占有と有体物占有はともに均しく権利事実である。ともに均しく権利事実であるという点において、有体物占有と債権の準占有は同じものである。

そうであるから占有を有体物占有 = 準占有と分類するのは、上述の点において根拠を欠く。占有において意味があるのは、上に記したように所有権事実 = 占有とその他の占有の二別であることになる。それは、有体物占有を念頭において、占有に所有権という権利の非権利取得を認める占有、論じる者によって *modus* といひ、公示的占有といった⁶²⁾。その占有と、その他の占有、それも論じる者によって、固有の占有と称したり、単なる事実である占有とか称した、その占有の二別。それが実は二別するという点では正鵠を射ながら、他方、いかに二別するかについての確ではなかったことを浮き彫りにする。すなわち、それら占有は、所有権事実占有と非所有権 = 権利事実占有に二別される。そういう二別でなければならなかった。

すなわち、固有の占有とか、単なる事実である占有などというものは、どこにもない。いわれている「固有の」ないしは「単なる事実」である占有は、誤解を怖れずにいえばすべて債権の準占有である。すなわち、すべて債権行使の実体という債権事実、あるいは債権事実という

権利事実である——契約由来の債権で、現在いわれる抵当権（物権）をも含めて論じれば権利事実一般、そして物支配を義務とする、いわば債務事実を含めれば法律事実一般、といえる。それ以外の「単なる事実」などという占有は、ロオマ以来法学的問題に供されたことはない。そういうことである。

さらに他方、有体物占有と債権の準占有は、前者が、精確にはその自主占有についてであるが、所有権事実であり、後者は、その多くが契約由来の債権であるが、債権という権利の権利事実であるという違いをもつことになる。そうであれば有体物占有の他主占有とは、他の者のため、その多くは所有権者であるが、ある有体物を占有する。他の者のためとは、他の所有権者の所有権を否定せず、したがって適法に——強暴、隠秘でなくある有体物を占有——事実支配するということであるから、他主の有体物占有者と、多くは所有権者である他主との間には、一つの法律関係が存在することになる。それは他主と占有者という人と人の権利＝義務関係である。そうであるから、その関係は債権関係であるといってよいわけである。とすれば、他主の有体物占有とは、その実体の形態——実態は、債権という権利の権利事実であることになる。

これは要するに占有を自主の有体物占有、他主の有体物占有そして債権の準占有という三つの占有を規準に占有を観たときに、自主の有体物占有が所有権事実であり、他主の有体物占有と債権の準占有が、ともに債権事実であるという異同をもつ。そういうことを意味する。すなわち占有とは何であるか。それを問題にするときに、有体物占有＝準占有、自主占有＝他主占有という、法律学が伝統的に従って来た対照は、その問題の基底的理解に役立たない。ないしはその問題を基底的理解するに寄与しない。そういうことをも意味するということである。

おわりに

論者が別に論じた⁶³⁾、日本民法学の一部にある所有権徴表としての占有と、単なる事実と

しての占有という、占有二分論も、前述のように単なる事実としての占有なるものは実体を欠くものである。すなわち、単なる事実としての占有という実体はなく、ロオマ以来扱われて来た非所有権占有とは、何らかの権利ないしは債権の権利事実＝債権事実である（場合によれば債務事実）。本稿はそう明らかにした。

そうすると、上述のように有体物占有＝準占有、自主占有＝他主占有という対照も、所有権の徴表としての占有＝単なる事実としての占有という対照も、占有の性格付けの意義としては、所有権事実占有＝非所有権（債権・債務）事実占有という対照に収斂する。そういうことになるはずである。

つまり占有とはすべて権利＝義務事実ではない。占有に権利表象としての占有と単なる事実としての占有の二つがあるというのは正確ではない。単なる事実としての占有という事例も、そのすべてはなんらかの権利——権原に基づく事例すなわち権利＝義務事実である。それが権利表象としての占有と異なるというのは、その権利が物所有を目的とする権利——権原、すなわち所有権でないという点のみである。さらにいえばその権利——権原と問題の目的物——多くの場合、不動産との係わりという点からいうと、その権利——権原にその物との係わりを直接的には含まない程に希薄である場合を極限として含む。そしてその極限事例の一部が、債権の準占有といわれる。そう理解できる。

そうだとすれば、それは「占有」という問題がその独自の問題性をもたないものである。あるいは換言すると、「占有」とは、その名辞に対応する実体事実（伝達事実 message）を欠く名辞である。そう意味することになる。そして実に「占有は事実である」という命題はそれを意味した命題である。

またしたがって、占有訴権も他主占有についていえば、債権事実——例えば賃借人の賃借物使用に対して加えられる妨害、一般への排除請求権という意味をもつ。「占有」とは「権利事実」という語彙を呼び出す機能をもつ——ないしはその機能をもつだけの語彙、名辞（メタ語彙）にすぎないのであるから、「占有」訴権も「権利事実」訴権という名辞——そして「権利事実」

という名辞は権利事実という実体をもつ、を呼び出す機能をもつだけである。したがって「占有」という名辞はメタ言語語彙であり、占有訴権を債権——賃借権に基づく法定請求権と表現するか、「占有訴権」と表現するかの問題である。本稿はそう考えたのである。

注

- 1) Savigny, Friedrich Carl von, *Das Recht des Besitzes*, unveränderter reprografischer der 7. Ausgabe, 1864, Wissenschaftliche Büchergesellschaft, Darmstadt, 1967, S.246.
- 2) Jhering, Rudolf von, *Der Besitzwille*, vlg., von Gustav Fischer, Jena, 1889, S.440.
- 3) 篠塚昭次「占有論序説」『早稲田法学』32巻3・4(合併)号, 昭和32年, 413ページ。
- 4) Bekker, Ernst Immanuel, *Zur Reform des Besitzrechts*, Jhering Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, folge 2, Bd.30, 1891, S.311.
- 5) 辻「占有客観説のメタ規範論解釈」『阪南論集 社会科学編』1997年1月, 48ページ。
- 6) 辻「物権変動論, 占有論とパターン認識」同上誌(人文・自然科学編), 36巻3号, 2001年1月, 99ページ。
- 7) 辻「二つの占有論の法と言語論」同上誌(社会科学編), 39巻2号, 2004年3月, 43ページ。
- 8) 辻「債権の準占有」同上誌, 27巻4号, 1992年3月, 55ページ以下, 「債権の準占有の二つの契機」同上誌, 28巻2号, 1992年2月, 175ページ以下。
- 9) 同上論文(「二つの契機」)181ページ以下。
- 10) 同上論文, 176ページ。
- 11) 辻「メタ規範論叙説」同上誌, 28巻4号, 1993年3月, 170ページ以下。
- 12) 辻, 前掲論文(「パターン認識」)100ページ。
- 13) 辻, 前掲論文(「二つの契機」)176-177ページ。
- 14) Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*, 9. Aufl., Vlg., C.H.Beck, München, 1976, S.117 (232)*.
*かっこ内は柴田光蔵訳『ローマ私法概説』創文社, 昭和54年(原著10,11版の訳)のページ数を示す(以下同じ)。柴田博士には上記カーザーの訳書の外, 周知のことではあるが, ローマ法に関して, 『法学ラテン語綱要』玄文社, 1979年, 『法律ラテン語格言辞典』玄文社, 1985年, 『ローマ法ラテン語用語辞典』玄文社, 1980年という著作がある。それら諸著作は, 著述者の知識を読者に伝えるものでなく, 原著を邦語で読むことを可能にするもので, 民法学界を含め, 我が法律学界に真に貢献されるもので, 心から敬意を表わすべきものだと考える。
- 15) Gierke, Otto, *Deutsches Privatrecht*, zweiter Band, Sachenrecht, vlg., von Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, S. 348f.
- 16) 原田慶吉「占有は権利か事実か」杉村章三郎編『筵教授還暦祝賀論文集』有斐閣, 昭和9年, 537-538ページ。
- 17) 辻「所有権の法規範論的特性」『阪南論集 社会科学編』33巻1号, 1997年6月, 26ページ。
- 18) 篠塚, 前掲論文, 419ページ以下。
- 19) ローマ法源原文は, Scott, S. P., *The Civil Law*, the Lawbook Exchange, LTD, Union, New Jersey, U.S.A, 2001の英訳文に拠った。
- 20) Savigny, a.a.O.S. 89ff.
- 21) Jhering, a.a.O.S. 48ff.
- 22) Kaser, a.a.O.S.14 (27).
- 23) derselb, S.315 (623).
- 24) derselb, S.109 (215).
- 25) derselb, S.313 (619).
- 26) derselb, S.92 (181).
- 27) derselb, S.30 (56).
- 28) derselb, S.110 (217).
- 29) derselb, S.82-83 (160-162).
- 30) derselb, S.30 (56).
- 31) derselb, S.110 (217).
- 32) derselb, S.111 (219).
- 33) derselb, S.110 (217).
- 34) derselb, S.112 (220).
- 35) derselb, S.311 (616).
- 36) derselb, S.88 (172).
- 37) derselb, S.3 (7).
- 38) derselb, S.87 (170).
- 39) Jhering, a.a.O.S. 48ff. 篠原, 前掲論文, 423ページ。
- 40) Kaser, a.a.O.S.176 (350).
- 41) derselb, S.176f. (350).
- 42) Scott, *op., cit.*
- 43) Kaser, a.a.O.S. 101f (200).
- 44) Jhering, a.a.O.S. 440.
- 45) 篠塚, 前掲論文, 442ページ。
- 46) Kaser, a.a.O.S.176 (349).
- 47) derselb, S.101 (200).
- 48) derselb, S.169 (335-336).
- 49) derselb, S.166f. (330).
- 50) derselb, S.53 (100).
- 51) derselb, S.125 (249).
- 52) 篠塚, 444ページ。
- 53) 同上論文, 同所。
- 54) 辻, 前掲論文(「占有客観説」)39ページ。
- 55) 篠塚, 前掲論文, 461ページ。

56) 占有保持の特示命令を法源とする占有を権利の現象形態 *modus* である占有とみ、したがって同特示命令を本権的占有訴権と解し、*int. quod vi aut clam* と *act. injuriarum* で保障されている占有を「単純なる事実」であり、したがってそれら二つの *int.* と *act.* を「本来の占有訴権」とみる*。その理解は所有権の権利事実のみを「規範の現象形態」*modus* とし、ほとんどが債権である権利事実を権利事実すなわち *modus* とみない、いわば錯覚に拠って立つ立論といえる。 *int. retinendae poss.* によって支持される実体事実が所有権の現象形態であるならば、債権—債権と構成しなくても単に契約上の請求権であってもよいのであるが、その権利の行使実体、例えば賃借人が賃借家屋に居住するという実態が、なぜ賃借債権の権利事実であってはならないのか。それが論者が本文に提示した「単純なる事実」という提示への疑問なのである。本来、*modus* が所有権のみの現象形態を意味するとするのなら格別であるが、*modus* とは「負担」を原義とするにすぎないものであるし、そもそも「単純なる事実」ならば「今日は晴天也」と同質であり、今日はよい天気であれば、それはそれ

で焉む。法的評価の対象になることなど無いわけである。違法の救済を求めるある実態を裁判所が認容するのは、その実態である実体を法的に肯認するからである。裁判所が肯認する実体は、権利実体といえることができる。その権利が非所有権である場合は非所有権たる権利事実であり、それは「単純なる事実」ではない。上述の論説、それを取り違えている。「錯覚」と評する所以である。

* 篠塚、前掲論文、427 ページ。

- 57) 辻「法と言語——言語認識とメタ構造」『阪南論集 社会科学編』37 卷 4 号、2002 年 3 月、115-116 ページ。
 58) Savigny, *a.a.O.S.* 246.
 59) Jhering, *a.a.O.S.* 49ff.
 60) 辻、前掲論文（「法と言語」）同所。
 61) Kaser, *a.a.O.S.* 117 (232).
 62) 篠塚、前掲論文、461 ページ。
 63) 辻、前掲論文（「二つの占有論」）25 ページ以下。

(2004 年 5 月 14 日受付)

(2004 年 7 月 16 日掲載決定)