

占有の権原論

— nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest —

辻 義 教

はじめに

- I 占有意思論 animus
 - II 占有の権原 causa — nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.
 - III 占有論の二重の迷路 labyrinthus
- おわりに

はじめに

永年にわたり借家住いを続けている者が、その途中の何時の時からか、永年、住み続けていることでもあるし、この家は自分の家——所有物にしよう。そう思ったとしても、20年を経て、時効によってその家を自己所有の家と認められることはない。

それを法律の世界では「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」¹⁾と云い慣わす。それはロオマ以来の法原理であって、ロオマ法はそれを *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* と表現している²⁾。この場合、上記例示でいえば、借家人がそう思った時点で、それまで律義に支払っていた借賃の支払いを止め、以後、支払いを怠っているとすれば、話は別で、上述の法原理はすなおに働かない。

これを占有の権原論 *title* というが、それはどういう意味をもつのか。それを、占有とは所有権事実である——自主占有の場合、という占有の理解に従って論じてみようとするのが本稿の目的である。

I 占有意思論 animus

a

その表現はイエリングにも見られるのである

が、我が国の占有に関する論説は、占有意思 *Besitzwille, animus* をめぐって、主観説、客観説、純客観説と分け、それが占有、所持の成立要素として必要とされるか、否かとして論じられることが多い³⁾。

主観説は心素と体素を独立した占有要素とし、特別な占有意思は所持を占有にまで高めるとするものである⁴⁾。それに対しイエリングは所持は意思に基くもので、占有は所持と同じものであって、占有の成立を否定する法規範が存在する場合に、その所持は所持に留まるとした。それが客観説である⁵⁾。それに対して外部的に支配関係が認められる場合は所持意思を必要としないのが純客観説であるとする⁶⁾。したがって外部的な支配関係が認められる場合は通常、意思は問題としないが、意思を問題としなければならない場合がある。そこが客観説と純客観説の違いである、という⁷⁾。

そして人が物を所持するのは、物を所持することによりなんらかの利益を享受しようとする意思——それを所持意思と名付け、所持とはその所持意思の発現であると考えべきである、云々と論じる⁸⁾。

確かにイエリングは「占有意思論」を論じている⁹⁾。そして著名な公式、占有を x 、占有意思を a 、所持を y 、所持意思を a とし、体素を c 、法律の規定を n として $x = a + c$ 、 $y = a + c - n$ 云々と占有と所持を提示してみせた¹⁰⁾。そして我が民法学はそこを所持自体が意思を含むのであるから、 $x = c$ となり、 $y = c - n$ とするべきであると批判する¹¹⁾。しかしイエリングが占有意思論で論じたのは所持と所持意思を必要とするあるいは所持は所持意思を含むものである云々という神学論争であったのであろう

か。論者はそれに疑いをもつものであって、イエリングの「占有意思論」の主題は、占有の認識方法の転換でないのか。そう考えるのである。

すなわちイエリングは、主観説は占有 $x = a + \alpha - c$ 、所持 $y = a + c$ 、客観説——イエリングの主張は、 $x = a + c$ 、 $y = a + c - n$ としたあと、客観説は「占有」から始まっており、主観説は所持から始まっているとする。したがってその法律要件 *Thatbestandes* の証明は主観説に従えば占有を主張する当事者の責任であり、その当事者は *animus rem sibi habendi* 「自己のために物を支配する意思」を証明せねばならないことになる。それに対し、イエリングのいう $y = a + c - n$ であれば、「占有」が前提になっているのだから、その存在すなわち外的な占有関係の存在を主張すればよく、占有を主張する当事者が占有意思を証明する必要はないことになるとする¹²⁾。それをイエリングはザビニー以来の占有論を踏まえて *animus* が *detentio* に含まれるとして提示した。その提示は、占有に意思要素を必要とするか否かが主題を成すのではなくて——それは当然、必要なものである、占有事実の存在をどういう場合に認識するか。それが主題であったと理解するべきだろう。したがってそれは占有の証明論である¹³⁾。

イエリングのその指摘はしたがって占有論に画期を為すものであるが、それを一般に主観説 = 客観説と対照するのであるが——「主観説」*Subjectivitätstheorie* というレッテルはイエリングの貼ったものであるが¹⁴⁾、それを主観 = 客観と対照するのでは必ずしもその主張する意味を詳かにしない¹⁵⁾。

上述のようにイエリングに始まるドイツ客観説の主張は、占有が実体事実の認識の問題であるという提示に最大の意味がある。

それに対する、イエリング以前の、イエリングは主としてザビニー説を批判の対象にしたのであるから、ザビニーのといっておいて不可ないと思われるが、その主張は、占有のなかに「占有」という名辞以外の名辞、それを *animus* と *corpus* といったのであるが、それを持込むというところに意味があった。占有という名辞には占有事実しか対応しない——実はそれが所有権事実、場合によれば権利事実と同じもので

あるのだが、ザビニーまでのドイツ法学はそこに「体素」と「占有意思」という名辞を導入し、占有事実を認識しようとしていた。それを不要なことであると指摘したのが、イエリングの『占有意思論』である。

ザビニーはロオマ法を近代社会の中に継承するため、それを講学上 *usus modernus Pandectarum*、省略して単に *usus modernus* というが、ロオマ法を自由意思によって跡付ける、すなわち正統化することを、いわば学的課題にしたのである。したがって物権という権利も、ザビニーにとってはそれが自由意思によってどう証明されるか、それを一般化して論じたのが法律関係論であるが、それが学的課題を成していたわけである。ザビニーは物権について、

……ある物の上に一つの権利を取得し *erwerben*、持ち *haben*、行使 *ausüben* しようとする者は、この目的のためにその場所に赴き、この個々の法律関係について、この地域に支配的な場所の法に自由意思で *freiwillig* 服する。したがって物権 *dinglichen Rechte* はその物が所在する場所の法 (*lex rei sitae* 物の所在地法) によって評価されると主張するとき、この主張は *lex domicilii* 住所地法を当事者の状態に適用するのと同じ理由に関係する。双方とも自由な意思の服従 *freiwilliger Untewerfung* に起因する。

という¹⁶⁾。

ザビニーがそういったとき、実は物の所在地法それ自体はそれに服する所有権者に所与のものとして強要されるものであって——それをギールケの表現に従えば、所有権は歴史的所産である（論理的所産でない）ということになるのであるが、それに触れるところはなく、その所在地の所有権法を自由意思によって受容するところに、近代的所有権法の正統性がある。そう主張することになる¹⁷⁾。

したがってザビニーはその占有論を——ザビニーの占有論は「占有法論」と題されている、所有権および所有権者の意思 *animus domini* との対照で終始することになる。占有は、というよりも事実としていえばそれは *detentio* 所持として始まっているのであるから、所持が使用取得 *usucapio* と特示命令 *interdicto* に係わって

possessio と名付けられているのであるし¹⁸⁾、占有意思 *animus* は所有者の意思 *animus domini* でしかないとする¹⁹⁾。それは一つには、そこにザビニーの占有論が「占有法論」と題されている意味があるのであるが、ザビニーは占有をも自由意思で正統化することを目的としたのであるから、したがって占有を法の側から説こうとしたことに依っている。すなわち法名辞を正しさという価値との相関で説明しようとしたことに依っている。ザビニーの場合の正しさを表現する名辞は自由意思であったのであるが、その場合、物についての法名辞は？といえ、所有権が挙げられる。したがって事実としてあった *detentio* が所有権取得という法律効果を付与される場合に、その *detentio* は法律問題の対象になり、*civilis possessio* と名付けられるのであるし²⁰⁾、それとの対照で *detentio* が *naturalis possessio* と称される²¹⁾。ないしはそれが学的課題として重要とされる。

同じように占有意思 *animus* とは何かといえ、物をめぐる権利である所有権の意思である *animus domini* となるのは、いわばザビニーの理論からは必然的な結果である。しかしそこには占有という観念、すなわち名辞に対応する占有事実という実体を認識するという問題意識は欠けている。その点の指摘はイエリングの、占有が証明問題であるという指摘でもある²²⁾。

しかしそれはザビニーにとっては当然に問題外であって、ザビニーの課題は占有の価値付け、すなわち自由意思による正統化であったと考えるべきであろう。それからすれば、ザビニーの法理一般といってもよいのであるが、それは自由意思による正統化の理論——価値付けの理論、法理であったことになる。

それに対しイエリングの占有論は「占有」という法名辞に対応する実体事実、占有事実の認識の法理であったといえよう。そこで占有が体素と心素によって成立っており、その *animus* が所有者意思であるとしたときどうなるか。そうすると体素事実の認識と所有者意思事実の認識が別個にそれぞれ成立しないことになるに至る。それを指摘するのが、イエリングの「占有意思論」である。そう理解できよう。

すなわちザビニーの占有意思——主観説とは

価値付けの法律学であり、イエリングの占有意思説——客観説とは占有事実の実体認識論、すなわち実体認識の法律学である。この価値付けの法理と実体認識の法理を、イエリングのいう *Subjectivitätstheorie = Objectivitätstheorie* の対照で²³⁾、いわんやそれを訳して主観説 = 客観説の対照で表現する²⁴⁾。それには無理がある。Subject……は主体説、Object……を客体説と訳するのならば少しは妥当かもしれない。論者はそう考える。それに関してさらにいえば、我が学説の占有意思をめぐる主観説 = 客観説の対照とは——純客観説の扱いを含めて、意味の無い立論、ないしはドイツ学説の進展の意味を取違えた立論である。そういうことが可能である。

イエリングに始まる占有 = 所持を客観的に認識するのも、イエリング前のザビニーらの主観説の占有 = 所持の成否の認識も、ベッカーの管理も管理者の管理意思によって成立しているのであるから、多かれ少かれ、必ずや占有者 = 所持者の意思によっている。その点では異ならない。それはある意味では当然で、主観説によっても、客観説によっても論じる対象は同じ「占有事実」「所持事実」なのである。したがって同じでなければ論旨は破綻する。異なっているのは認定の進め方である。すなわち、占有事実を指示する「占有」という名辞を意思と占有事実 = 所持に分けて、意思の存在と所持の存在の認否をしようとするか——主観説、占有事実を指示する「占有」という名辞はそのままにし、「占有事実」があるかないかをいわば直接問題にしようとするか、したがって証明問題とするか——客観説、その違いである。Bekker はその「占有事実」を「管理」*Gewahrsam* と指称している²⁵⁾。しかし名辞を替えているが指示している実体は異ならない。

したがってそれを、法律要件論に引き寄せ、イエリングは訴訟実務上、占有の主張がどうなるかと問題を立てているのであるが、ザビニー説を主観説、意思理論として、その矛盾すなわち不首尾一貫性 *unconsequenz* を批難したというのは²⁶⁾、イエリングの牽強付会ということが出来る。他方、したがって占有意思 *animus* をめぐる主観説 = 客観説の対置は虚妄の問題設定であるともいうことが出来る。

すなわち、ザビニーから始まったとして、近代の占有論が、イエリングのいう主体説から、イエリングの唱えた客体説を経て、ベッカーの純客体説に至る経過とは、ドイツ民法学が、「占有」Besitz, possessio とは占有事実を指示する単なる名称——記号、したがって「占有」自体には何らの内容があるわけではなく、それはすべて実体事実、占有事実の側にある。それを発見していく経過である。そういうことが可能で、そのために沿革的に普通法以来、占有を corpus と animus に要素化して論じて来たのであるから、その沿革に沿うべく animus を扱ったに過ぎない。したがってそこで所持の中に所持意思が含まれているかどうかという課題の設定は²⁷⁾、少なくともドイツ法学の占有論の扱い方には沿ぐわない。そういえるであろう。

b

占有とは権利事実、多くは所有権事実を指称——メッセージとする名辞であるのだから、占有を corpus と animus に要素分解し、占有の成否を認定しようとする。あるいは占有における animus ——占有意思とはいかなるものであるかを問題とする。それを占有意思論といったわけであるが、それは権利事実を指称する名辞を要件化しようとする営為であって、占有が、所有権という所有権事実を指称する権利名辞を要件化しようとする役割を担っているのと重複してある営為である。したがって、所有権事実を指称する名辞は「所有権」であり、それが所有権事実と対応してのみ機能するのは、対象言語一般と異なる。すなわち、それをさらに要件化するということは無用であるし、不可能である。ただ、所有権に対応する所有権事実の認定要素——範疇 criterion を摘示することは可能である。

したがって、占有とは所有権事実を指称する「所有権」とは別の一名辞であるから、上述、所有権と所有権事実についての説明は「占有」と占有事実、所有権事実についてもそのまま妥当する。

すなわち、占有要素論は占有事実の認定要素——範疇 criterion として意味をもつ。そうだとすると、占有事実とは権利事実、所有権事実

であるのだから、占有事実のなかの意思的要素とは、所有権事実、権利事実を構成する意思的要素のことになる。すなわち、権利とは二人の当事者が一つの利害をめぐる争った場合に、その主張が裁判所によって認容されることであるのだから、そして主張とは常に争う当事者の意思の表明——言語による認識、意欲の伝達であるのだから、権利事実とは当事者の間の種々さまざまな利害に関する意思と対象利害 = 物によって構成されていることになる。その当事者の利害 = 物に関する意思が権利事実すなわち占有の意思的要素ということになる。それはまたしたがって、権利事実が当事者の意思を欠いて存在するという事実はない、ということでもある。

そうだとすると、占有を純客観的に事実によってその成否を認定するという事は、占有、あるいは所持に意思的要素があるか、ないかという問題ではないことになる。それは法律問題、法律事実が当事者の意思要素を抜きに存在しない、論じられないということと同じ謂である。それはまた占有をめぐる主観説、客観説、純客観説における占有意思論が何を問題にしているのかという問題でもある。

その場合、主観説で問題にするのは、占有を体素と心素に分けるのであるから、具体的体素事実と心素事実、意思についていえば、具体的、実体的意思事実である。それに対して客観説は占有という名辞自体を心素と体素に分けることはしないで、占有事実が占有であるか否かを問うものであるのだから、具体的、個々の意思事実を問うことはないことになる。

ただイエリングの発想には、占有名辞自体を体素と意思に分け、それに対応する体素事実と心素事実の存否を問うという片鱗が遺っている。それを完全に抹殺して、占有は占有事実が存在したときに成立するという、占有 = 占有事実の対応を明確にしたのがベッカーの客観説、それを一部の人は「純客観説」という。

したがって純客観説が——占有意思という心素はまったく無視してよい——とする説明は²⁸⁾、無意味な説明なのである。それは占有を心素事実と体素事実の存否によって認定するか、占有とは「占有事実」の存否によって認定するかの、

認識の違いを無視し、前者の認識方法で後者の認識方法を批判するものである。問題は前者の認識方法自体と後者の認識方法自体の対照、批判でなければならない。

したがってそれは、所持は所持意思を含むものであるか否かという問題設定についてもいえる²⁹⁾。占有の認定を占有事実の存否によって行うとしながら——客観説、個別具体的に所持に所持意思事実があるか、ないかを批判するのは³⁰⁾、占有という名辞を占有要素と意思要素に分けて、それに対応する実体事実——要素事実の存否を問おうとする主観説の認識方法を混合しているにすぎない。主観説と客観説の違いは認識方法として異質なものであることを見落した論説というべきである³¹⁾。

占有事実とは権利事実、所有権事実であるということを、一般に民法学は、人と物のただ単なる空間的近接関係は占有でも所持でもないという³²⁾。同義反覆であるが、一般に民法学のいう、人と物とのただ単なる空間的関係は占有でも所持でもないという命題は、占有とは権利事実、所有権事実であるということの意味するということである——すなわち権利事実、所有権事実でなければそれは占有事実ではないということである。

上述のように占有要素論とは占有事実の範疇 *criterion* の意味であるが、法律学はそれを占有名辞それ自体を意思 *animus* と体素 *corpus* に分解し、それに対応する事実、したがって意思事実と体素事実の存否を認定して、占有の存否、成否を認定できる。あるいは認定しようとした。それは法律学が法律要件 = 要件事実の対応によって法規範を適用しなければならないとしたからであるが、それは一権利名辞が同権利事実に対応して成立している場合には不要な、ないしは不可能な設定で、所有権について占有を、占有について占有要素を設定した占有論は、したがって、この不要と不可能の中をさま迷ったのである。それが占有は迷路であるという格言の謂。

ザビニーが占有を *animus* と *corpus* に分け、その *animus* に所有者意思 *animus domini* を要するとしたのが³³⁾、伝統的にヨーロッパ法学が受継いだ占有論を、したがって占有要件論を整

理してみせたものである。そのザビニー説を占有の成立は足し算ではなく引き算で考えるべきものであると転覆し、批判したイエリングの占有意思論は、占有要素論が占有要件論ではなく、占有が占有事実を指称するものであって、占有事実の特徴、範疇、*criterion* であるとするに至る嚆矢をなした³⁴⁾。そしてそれはベッカーの「客観説」なるもので³⁵⁾、占有とは占有事実の存否によって認定されるとすることで、いわば終着している。

しかしベッカーのいうところ、そしてそれはイエリングが足し算ではなく引き算としたところに始まるのであるが、その一連のドイツ占有論の変遷は、占有とは占有事実を指称する名辞にすぎない。そして占有事実とは、多くは所有権事実である権利事実である。したがって権利事実が所有権事実であるときは、所有権という名辞は占有という名辞と完璧に重なる。そしてその場合には、所有権 = 占有 = 所持という3名辞は同一の実体事実を指称する名辞である、とする指摘にまで至らなければならないものである。ドイツ占有論も結局はその指摘に至らざるを得ない。

したがって占有意思を俎上に載せるとすれば占有が権利事実を指称する名辞であるとする認識は不可欠で、その認識を欠けば、占有要件論と占有事実 = 権利事実範疇論の間を無自覚に右往左往するに止まる³⁶⁾。

つまり占有ないしは所持における意思要素とは、占有を成立せしめて原因を成す法律行為すなわち意思表示の意思、実体事実の権利意思のことで、占有ないしは所持が権利事実としてのみ法律問題になるのであるから、その権利事実の「権利」の種々相、異同を決している要素に他ならない。

Ⅱ 占有の権原 *causa* — *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.*

無自覚にであるが、占有とは権利事実一般として論じられている³⁷⁾。しかし本来は、占有とは特定の所有権事実である。しかしその所有権事実とは、事実としては他人の物を使用、賃借

する者と同じ事実としてしか見えない。そのために占有が非所有権権利事実——その多くが他主占有として論じられる、として論じられる。したがって占有が権利事実一般として論じられるに至ったわけである。しかし「権利」という具体的な権利はないのであるから、権利事実一般という事実も存在しない。そういう意味で「占有」一般、一般的な占有論は存在しない。その点は、不当利得一般は存在しないというのと同断である³⁸⁾。

すなわち個々に生起する不当利得事例は、必ずや債務なき債務履行——非債弁済か、他人の物権への侵害利得かのいずれかであり、不当利得一般の利得の事例というものは存在しない。ただ、法現象としての不当利得一般を抽象することは可能である。いうまでもなく民法703条がそれである。それと同じ謂で、個々に生起する占有事例は占有一般の事例としては存在しない——この点が重要で、そうであるにもかかわらず、占有論は占有一般として権利事実をも捨象して論じられている³⁹⁾。それが占有の迷路をさらに際立たせている。そういうことが可能である。

占有とはしたがって、本来は自主占有のみを想定し、所有権事実であり、他方、実体事実を見れば非所有権事実でもありうるのだから、他主占有を想定し、非所有権である諸権利事実、場合によれば債権事実でもある。そういう意味で占有とは、権利事実のことであるのだから、そこにいう意思とは、それら諸権利事実を来たす所有権およびその他の権利を生成する法律原因 *causa* を意味することになる。

その点はイエリングの主張する原因理論 *Causaltheorie* のとおりである⁴⁰⁾。したがってロオマ法源にいう *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*⁴¹⁾。「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず⁴²⁾」という章句も、上述のように占有を来たしている法律原因を構成する当事者の意思によって占有がいかなる権利事実であるかを決するものである、という意味になる。

そうであるからそれは、「占有」という法概念の要素、要件であるというものでもない。さらには、占有と所持を分つ要件というものでも

ないことになる。占有意思とは、権利事実である占有を結果する——したがって原因となる *causa* 意思のことで、占有がいかなる権利事実であるかを決する要素である。それは場合によれば当事者の意思——語彙による表示と言語による内心の意思以外に占有事実としては相違を表現しない。すなわち占有事実としては所有権者の所有（権）事実と賃借人の賃借（権）事実決定的な事実の差異を来たさないということである。

したがって占有における権原とは、権利事実を成立させている法的根拠ということになる。それが例えば他主占有——例えば賃借事実であれば、多くはそれは賃貸借契約によるであろうから、同契約。賃借主すなわち占有者からいえば賃借意思ということも可能である。自主占有——所有権事実ということからいえば、それが伝来取得されたものであれば、伝来取得契約が権原を成す。それは占有者からいえば伝来取得意思ということも可能である。

したがって占有における権原とは占有者の意思要素のこともである。そのため、占有における権原論は、占有論における意思要素の問題として、すなわち占有論の相違に従って一見相違して論じられた。いうまでもなく、*animus* が所有権者としての意思を必要とするか否かの一環として位置付けられた。

所有権とは所有権事実が付された名称——言語学的に表現すると、「所有権」とは所有権事実を伝達事実 *message* とする記号、であって、所有権事実を法律学はロオマ以来、「占有」とも称して来た。したがって占有とは、所有権事実そのものであるから——これが占有は事実であるの謂、所有権事実である占有にロオマ以来付されて来た法律効果、例えば取得時効の要件事実である占有であるか否かは、問題の実体事実が所有権事実であるか否か、と同じ謂となる。それはまたしたがって、人が物を使用、支配する実体事実には人がその物を所有してしている場合と他人の所有物を多くは借用してしている場合の二つがあるのであるから、ある一つの物支配、使用という実体事実を所有権者が自己の所有物を使用収益、所有している実体事実であるのか、この場合には他人の物を盗んで自己の

物として使用収益する不正な「所有」者も含まれる——瑕疵ある占有，所有権者から賃借した賃借人が——無償で借りている場合もあるが，所有権者の所有物を賃借権によって使用，収益しているのか否かと全く同じ実体事実の識別のことになる。上にいう賃借人が所有権者の所有物を使用，収益する原因である賃借権を，賃借人のその使用，収益，所持という実体事実の法的原因という謂で「権原」というが，したがって，対象物を使用，収益，所持するという実体事実は，所有権者が自己の所有物を使用，収益，所持する実体事実と実体事実としては第三者には全く同一の事実である。しかしその一方は所有権事実であり，他方は賃借事実であると識別する。それを分ける規準は，上記，権原以外に存在しない。ないしはその二つの実体事実の間には権原の違いという差以外の違いは存在しない。すなわち所有権事実であるか否かは権原によってしか識別されないことになる。そうであるから，また第三者には所有権事実と賃借事実の実体事実は物支配，使用という同じ実体事実として認識されるから，所有権事実であるか，賃借事実であるかは，権原が変わらない限り，どれだけ長期にわたっても変わらないことになる。すなわち賃借人の使用収益事実は，上記権原を表現する実体事実を変更して，権原の変化が当事者，第三者に識別されるに至らなければ，何時までも（永遠に）賃借事実であり続けるのである。これが「自己自ら占有の性質を変更することを得ず」というロオマ法源の謂。

この関係は物支配，使用の実体については，所有権という権利をどう理解するか。したがって占有なるものをどう理解するかによって変化を来たすものではない。そうであるから，それはロオマ以来，法原理として伝承されて来たといえる。それはまた占有の識別——適法な自主占有，不適法なないしは瑕疵ある自主占有，適法な（権原ある）他主占有，仮の占有云々は，実は占有の識別という問題ではなくて，ただ単なる占有の原因を成す法律原因，すなわち法律問題であるということの意味する。それは論者のいう占有の「逃げ水」構造のことであるが⁴³⁾，ただ同時にそれは，占有は権利事実である——権原が不適法，不正な場合には権利事実と全く

同一の実体事実である不正すなわち，非権利事実であるが，そう提示したことの同義反覆でもある。

また逆にいえば，ロオマ以来の法原理，法源である *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* の意味するものは，占有とは「法律問題」である，ということでもある。すなわちここでは「占有」に特有の，ないしは「占有」によってしか解決されない問題は消えて無く，占有を成り立たせている法律問題しかないということである。したがって「占有」にのみ特有の，「占有」にしかない問題は何かといえば，不適法——不正な占有ということになる。なぜなら，不適法，不正のなかに法律原因すなわち「正しい」原因は存在しない（正≠不正）からである。それが取得時効の問題である。

Ⅲ 占有論の二重の迷路 labyrinthus

占有とは占有事実を伝達事実とする用語にすぎない。所持とは所持事実を伝達する。さらにいえば所有権とは所有権事実を伝達する。したがってこの三つの伝達事実は同一の実体である。すなわち所有権事実＝占有事実＝所持事実，したがって所有権＝占有＝所持である——いうまでもなく自主占有に限る。これらの点について論者はすでに別稿で論じた⁴⁴⁾。その場合にイエリングが占有には -n がいないこと，ザビニー説が占有意思——イエリングの表現に従えば α を必要としたというの⁴⁵⁾，「占有」には法律が一定の法律効果を与えている。したがってそれに必要な法律原因を構成する当事者の意思が必要である。ないしは意思がある。それが主観説によって主張された占有意思，イエリングによって主張された -n が存在しないことの意味である。したがってこの二つの意味している実体は同じものである。ただそれをイエリングが -n がいないことと提示したのは，証明論のためである。

そうすると，占有事実以外に所持事実なるものがやはりあるのかと考えられるが，何らの法律効果に結び付かない人と物の関係というのは，法律問題としては論じる必要がないのだから——それが人と物との空間的關係は占有ではな

いという指摘でなければならない⁴⁶⁾。したがって占有でない所持、精確に言えば占有事実でない所持事実というものは存在しない。そうすると、その限りで占有とは所持のことであるとす指摘は⁴⁷⁾、正しい指摘ではある。

問題はその後である。そうであればそれに続いて論じられるべきなのは所持意思が必要か、どのようなものであるかという神学論争ではなく——「占有でないものは所持つまり事実的支配でなく、事実的支配すなわち外部的状态が客観的な関係において支配関係と認められる場合に、それを支える意思が所持意思である。」等と論じる⁴⁸⁾、同じ実体を指称するものなのになぜ一方が「占有」と名付けられ、他方が「所持」と名付けられているかを採り上げるべきなのである。

そうしたときに、ないしはそうするためには、所有権という権利の特性——それはいわば私法学の常識として指摘されているのであるが、曰く、所有権に法律（権利）要件はない、曰く、所有権とは歴史的産物であって、論理的所産ではない等である。それが何を意味するかを探究して後、初めて一定の意味が明かになる。論者はそれが所有権とは価値付けされた名称にすぎないと考え、それはすでに指摘した⁴⁹⁾。

そうしてみると、「所有権」とは所有権事実という歴史的所与に付された記号に過ぎないのであるから⁵⁰⁾、その権利の存否は、その実体事実の図形認識としてしか成立しないものである。1記号すなわち1概念に1実体が伝達事実として対応する点では異なるのに、契約によって成立する債権——法定債権でも同じであるが、それは法律要件——複数の記号すなわち単語と場合によれば論理(仮定の論理 if)によって成立するものと同じものではない。ロオマ以来、法律学はそう理解した。すなわち、所有権は証明できない——それを悪魔の証明 *probatio diabolica* と呼んだ⁵¹⁾、というのがそれである。そのために所有権事実「占有」*possessio* という名辞すなわち記号を与え、その悪魔の証明を廻避できると考えた。その事情に拠っている。占有論は迷路 *labyrinthus* といわれるのは、この事情のことである⁵²⁾。

ところが法律学は同じくロオマ以来さらに、

この占有を説明するために、その「占有」という名辞の伝達事実、したがってそれは占有事実のことであるが、その占有事実「所持」という名辞を付与した。本来、占有とは、自主占有を前提に所有権事実のことであるのだから⁵³⁾、そうすることによって法律世界は、同じ実体事実、「所有権」「占有」「所持」という三つの名辞を付与して来たのである。

ことさらに「占有」と「所持」の名辞を付与したという事情は今一つ別の言語のもつ事情が係わっている。それは、言語は——対象言語はということであるが、その名辞によって一つの実体を伝達するものであるが⁵⁴⁾、それが事実であるときに、その事実それ自体を指し示す場合、あるいは絵画を指し示すことによる場合を除いて、その伝達は言語によってしかできないという構造ないしは特性をもつ。そういう事情である。

「リンゴ」は🍏を指称すると伝達しようとするときに、現物の🍏を手にとって示すか、絵によって示す——まさに上記ではそれを実行しているのであるが、それ以外に人間は「リンゴ」という語彙によってしか伝達することができない。それ以外の方法を、持合せていないということである。それが占有論における占有と所持という第2の迷路となっている。すなわち占有論は迷路 *labyrinthus* といわれるのであるが、その *labyrinthus* は二重構造を成す迷路なのである。

そのため、人間は名辞を異にすれば別のものであるとする——それを分類学は類型分類というが⁵⁵⁾、その特性に規定せられたのが一つの原因となり、他方、実体事実自体を人間が認知するとき、所有権事実が必ず所有権事実とのみ認知できないという実体事実の特性——所有者が持家に住っているのも、借家人が借家に住っているのも実体事実としては同じ住う事実としか見えない。その事情を原因として、ないしはその特性に引摺られて、法律学には、いわば壮大な架空世界 *virtual world* が遺された。それが占有論の世界である。論者はそう考えるが、主観説から客観説へのドイツ学説の遷移はそれを物語っている。そこに至らなければなるまい、ということである。

すなわち占有とは、権利事実、自主占有を念頭におけば、そしてロオマ法上も先ず、自主占有を念頭において問題場裏に挙げられていたのであるが⁵⁶⁾、「所有権事実」のことである。それを法律世界は、ロオマ以来、「占有」possessioと名付けて論じて来た。それは本来「所有権事実」にすぎないのであるから、法律上はいうまでもなく物についての権利——法的名義としては所有権があるのであるから、占有は所有権問題でないとして解しそれを強調して論じられた⁵⁷⁾。それが占有は権利ではなく事実である⁵⁸⁾、とする法命題である⁵⁹⁾。

しかし「占有は事実である」と認識しようとし、権利=実体の別を強調して論じようとしても、そこでは決して逃れることのできない構造に直面する。それは一つの対象の裏表になるのであるが、「事実」とすればそれは単なる事実であって、何らの論述も成立しないということが一つ。そこに物がある。人が居る。その事実は事実であって、それを人が視認してそれで焉む。他方、それを認知し、記憶し、他者に伝達しようとするれば、それを必ずや言語化しなければならなくなる。すなわち人がある物を所持し、使用する事実を「占有」であると認識すれば、すなわち「占有」でなくてもよいのであるが、人が何らかの語彙によって認知、記憶、論述しようとするれば、ないしはすれば、不可欠的にそれはその語彙によって分別、分類することになる。すなわちそこには分別=分類の範疇criterionを必要とする⁶⁰⁾。逆にいえば、そうでなければ人は語彙によって認知、記憶、論述することができない。したがって人は占有のcriterionを探すことになる。それが体素、心素論である。事実自体にその事実を指称する名辞とは別の名辞を与えれば、それは他方で、それを「事実」であるとした性質決定を無効にすることを意味する。論者はそれを占有における基底的迷路labyrinthusと名付けている。

さらに今、一つ。上記の迷路を措いて、占有をロオマ以来の法律世界の扱いで扱ってみてももう一つの迷路——それは基底的な迷路の一つの応用でもあるのだが、に遭会する。それは、所有権事実を「占有」としてみたところ、その事実は所有権事実と賃借事実の差、異別を示す

ところがない事実である。すなわち、第三者がその外観を見て、ある人がある建物に居住しているときに、その実体事実の態様——実態だけでそれが所有者の居住であるのか、賃借人の居住であるのを決定付けることは不可能である。そういう迷路である。

したがって占有には主として所有権の法律効果が与えられるほか、所有権事実が実体事実として他人から——すなわち社会的に観られうる権利事実の種々の権利が取り上げられる⁶¹⁾。逆にいえば所有権を主として「種々の異なった」ものが占有の下で取扱われるのは、占有の上述の理由による。さらにしたがって、それを……「占有権」に関するものではなくして、「所有権」に関するものであり(……略……)これらの諸規定は近代法の体系においてはむしろ所有権の問題としてそれぞれ法典中の当該場所に編入せらるべきものだったのである……、とか⁶²⁾、……占有(権)の効果として一括して扱うのは必ずしも適当でない。……⁶³⁾、などとするのは、上述の占有がいかなるものであるかに思い至らない、占有の迷路に迷った迷言である。問題はなぜそのような「異なった性質のもの」が一括して「占有」と扱われているかと考えることなのである。ないしは一括して扱うのが適当でないとするのなら、「占有」という法理の無用さを論じる展望を示すべきである。その展望を欠いて「一括して扱うのは必ずしも適当でない」とするのは単なる思い付きに過ぎまい。それを、別種のもものが一つに扱われているのは法典編成の方法上の問題であるなどとするのは⁶⁴⁾、少くとも浅薄の謗りは免れまい。迷路、畏るべしである。

そこでその者の居住という事実を決定付けるのは、その者が社会——他人に表示する語彙によってしか決定付けられない。その社会に表示される語彙とは、その居住する者が居住するについて他人と持った関係——それは利害の社会的関係であるから法的関係である。その関係とは多くは契約によって行われるから、契約を形成した意思表示のことである。それは逆にいえば、ある占有事実すなわち所持事実を決するのは、その占有もしくは所持を結果した法的原因であるということである。それをロオマ法は、

nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. と表示したのである、と考えられる。

おわりに

権利にはその権利を認められる実体事実がある。その実体事実があるとき、その実体事実があると認められる者には権利者として権利が認められる。それを法律世界は権利要件と要件事実の問題と称して来た。その権利が所有権であれば、したがって所有権事実にある者が所有権者と認定され、その者に所有権の帰属が認められることになる。

ところがロオマ以来、所有権については、所有権事実を「証明」することができないと理解され、所有権の所在の認定は、その所有権事実を「占有」と名付け、その占有の成立によって行われて来た。それが法律学における占有論である。

しかし占有とはしたがって、所有権事実のことではないのであるから、占有を占有とするのは、本来、占有者が所有者であるという以外にない。それがザビニーの所有権者意思説の意味であるが、それを所有権事実という実体事実から観れば、しかしその事実は所有権者以外の諸種の権利事実でありうる。したがって一般化すれば占有とは権利事実一般をいうことになる。そうすれば占有を占有たらしめるのは、占有者が占有するに至っている原因、その多くは占有者が占有を取得するに至った契約による。契約は申込みと承諾という二つの意思表示によって成立している。したがって占有者が占有を取得するに至った原因とはその意思表示の意思のことである。

これが占有における意思 *animus* の問題であるが、占有がいかなる占有であるかはその占有を招来している原因を構成する意思に依存するということである。それをロオマ法源は *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* と表現している。逆にいえば、そのロオマ法源の意味するところは上記、占有の原因を成す意思のことである、ということになる。

ただヨーロッパ法学、あるいはロオマ法が所有権事実「占有」 *possessio* という別名称を

付与したことから、人間が言語によってする認知機能の特性に規定されてであるが、占有論に複雑な混乱を来すことになった。所有権 = 占有 = 占有事実 = 所持という名辞と実体事実が1000年を経て、いわば幻覚のように点滅するに至ったのである。それが占有の *labyrinthus* 迷路といわれたものである。そしてその *labyrinthus* は基底的に言語がもつ最も奥の *labyrinthus* すなわち実体事実を言わんとすれば事実それ自体で言うことはできない。それは必ずや語彙によってしかできない。⊙自体を言わんとしても、⊙の現物を手にとって指し示すか、ここにしているように⊙の絵を以てするかを除いて「リング」という語彙を以てする以外に遣り方はない。それを論者は基底的 *labyrinthus* と称した。

すなわち占有とは語彙の基底的 *labyrinthus* の上に所有権 = 占有 = 占有事実 = 所持という語彙が現われては消え、消えてはまた現われるという二重の *labyrinthus* の中にある。それを「占有論は逃げ水」といってもよい。本稿はそれらを論じたものである。

注

- 1) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』創文社、昭和29年、96ページ。
- 2) D.41,5,2,1
- 3) 星野英一『民法概論』II(物権・担保物権)良書普及会、昭和51年、86ページ。
- 4) 田中整爾『占有論の研究』有斐閣、昭和50年、140-141ページ。
- 5) 田中、同上書、141ページ。
- 6) 田中、同上書、144ページ。星野、前掲書、86ページ。
- 7) 田中、同上書、144ページ。
- 8) 田中、同上書、142ページ。
- 9) Jhering, Rudolf von. *Der Besitzwille, Zugleich eine Kritik herrschenden juristischen Methode*, vgl., Gustav Hilscher, Jena, 1889.
- 10) Jhering, *a.a.O.S.*, 53.
- 11) 田中、前掲書、142ページ。
- 12) Jhering, *a.a.O.S.*, 54f.
- 13) Jhering, *a.a.O.S.*, 12f.

したがってそれは、「占有意思 *animus* を無視してしまつてよい」という問題ではない。無視してしまつてよいのは、占有を要素分解すること、要素を無視して「占有」には占有事実の証明で足りるということである。強いていえば「要

- 素」自体は無視してよい。それと、占有における意思がいかなる働きをするかは別問題である。確かにそれは「心理的詮索は法技術の合理性に縁遠きスコラの煩鎖主義」であるが、占有における意思の存在が……全く「構成」の上での抑制的のものにすぎない……*というのでは全くない。それも誤解である。
- *川島武宜『所有権法の理論』岩波書店、昭和24年、167ページ。
- 14) Jhering, *a.a.O.* S.16.
 - 15) 詳かにしないところを詳かになったと錯覚してこの問題、すなわち占有における *animus* ないしは意思の問題を採り上げるから、客観説に意思要素は必要ないのか否かという問題設定に陥る*。その問題設定は、イエリングに始まるドイツ占有論の客観説の意味を錯覚誤解しているのである。
*田中、前掲書、140-142ページ。
 - 16) Savigny, Friedrich Karl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 Bd., Bei Veit und Comp, Berlin, 1849, S. 169.
 - 17) Savigny, *a.a.O.* S.170.
 - 18) Savigny, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besitzes*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, unveränderter reprogrfischer Nachdruck der 7., aus dem Nachlass des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrten Auflage von Adolf Friedrich Rudolff, S.69ff.
 - 19) Savigny, (Recht) *a.a.O.* S.110f.
 - 20) Savigny, *a.a.O.* S.70.
 - 21) Savigny, *a.a.O.* S.70.
 - 22) Jhering, *a.a.O.* S.11.
 - 23) Jhering, *a.a.O.* S.16f.
 - 24) 田中、前掲書、139ページ以下。
 - 25) Bekker, Ernst Immanuel, *Zur Reform des Besitzrechts*, Jhering Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, folge 2, Bd.,30., 1891, S.319.
 - 26) Jhering, (Wille) *a.a.O.* S.12.
 - 27) 田中、前掲書、140ページ以下。
 - 28) 同上書、162ページ。
 - 29) 同上書、140ページ以下。
 - 30) 同上書、141-142ページ。
 - 31) 田中、前掲書、144ページは、……したがって、外部的状態が客観的な関係において支配関係と認められる場合にそれは所持意思の具現たる事実的支配であって、客観説においては、通常その意思が問題とされることはないのであるが、とくに意思を問題としなければならぬ場合がありうる。この点において、占有には事実的支

配あればよく所持意思を必要としないとする考え方（純客観説）と対立する。……とし、上記カッコ閉じの個所に注を付し、Bekker, *a.a.O.* S.319ff.を引用している。

確かにベッカーは同以下で「所持意思を必要とする」云々にわたる論述をするところは一切ない。しかし同所でベッカーのいつていることは、物がある人の「管理」*Gewahrsam* 下に入れば、ないしは入っておれば、その物の占有はその者にあると説明しているのみである。

田中説はそれを——占有には事実的支配あればよく所持意思を必要としないとする——ものであると理解し、ビアマン *Biermann* の挙げた有名な例示として——6人の賃借人の居住している1棟の建物の前に燃料が積みあげられた——場合を示し、「客観的な事実支配」以外に意思が必要とされる場合がある、と主張している。

不可解な例示と論説である。上述、ビアマンの例示に、なぜ意思を必要とするのか。不可解なのである。その場合、占有あるいは所持の成立を論じて、意思の必要をいわれるのであるが、占有あるいは所持の成立を問題にするとすれば、誰がその占有を争うとするのであろうか。……（6人）すべての賃借人はその燃料に対して同一の場所的關係にある……から、単に客観的な関係だけではその内の1人である発注者の占有 = 所持を決められないとするものようである。

しかしこの点で第一に指摘すべきなのは、「占有」の成立それ自体という法律問題は存在しないという点である。6人の賃借人の住う共同住宅の前に積まれた燃料に、その6人の内の誰の占有が成立するかという法律問題は成立しない。それを意味するのが、ただ単なる空間的近接関係は占有あるいは所持ではないとする原理である*¹⁾。したがってその賃借人の占有を論じるなら、誰が何を主張するのかを示す必要がある。

しかしその燃料の占有 = 所持を争うとすれば、所有権事実の争いであると考えるのが普通であろう。ただそれ以外に、発注者と燃料供給者間の債務履行事実としても問題になるが、所有権事実とすれば、6人の賃借人相互間と賃借人、燃料給付債務者以外の者と発注者間の争いのいずれかとなる。その場合、いうまでもなくその占有 = 所持を決するのは発注者の売買契約という法律原因である。そして結論からいえば燃料屋と発注者間の争いを除いて、どのような場合でもその発注者の占有 = 所持の成立が認められる。それはその状態が発注者の所持の実態であるからである。そしてそれは自動車の賃借人がその自動車の占有者 = 所持人になるのは、その自動

車の賃借契約という法律原因であるのと異ならない。その6人の例を挙げて客観的關係以外に何かの意思を必要とする例であるとするのは意味がない。発注者以外に占有=所持が成立しないのは、発注者以外の5人とその燃料はただ単に空間的近接関係にあるにすぎないからである。

すなわち、上述のようにベッカーは別に「所持意思を必要とする」としているところはないのであるが、それはまた「所持意思を必要としない」とするところも、全然か否かはともかく、ないのである。そして「管理」Gewahrsamの成否を問題にする^{*2)}。それは何を意味するかといえば、所持の成否の問題に意思の存否を問題にしないとしていると考えるべきなのである。すなわち問題の考え方が違うということである。

したがってそれをあえて意思の存否を問題にするとするのならば、Gewahrsamという問題の立て方では問題を解決できないことを示すべきで、6人の賃借人相互で、その間には燃料の取引に係わる者は注文者以外に存在しないのであるから、その間の争いとすればその燃料の所有の争い以外にないことになる。そこで注文者以外に占有を争うというのは、占有を主張する者がこの場合横領になるが、その横領の実態を実現しているかどうかという問題になるということである。それは1台の自動車が6人の賃借人のいる共同住宅の前に駐車されている場合、その自動車の所持はどの賃借人に成立しているかと異なる。その場合、その自動車の所有者である賃借人に所持ないしは占有が成立しているとするのに異論はないであろう。それは所有者が所有の意思をもつからかという問題と同じ問題でしかない。自動車の所有者である賃借人以外の賃借人は空間的に近接して存在しているだけである。燃料についていえば、注文者にその状態で所持=占有が成立しているのはそれはそれがその注文者が注文したからであり、燃料が配達されてその住居の前に積み上げられてあるというのは、燃料の注文の場合に社会的に成立する風景、すなわち注文=配達=受領したがって所有の実態であるからである。それをBekkerはGewahrsamの成立と表現している。そこに注文者の意思を云々して論じない。それは所持の実態——Bekkerの表現ではGewahrsamがあるかないか、占有の所在はそれによって決まるということである。

*1) Jhering, a.a.O. S.21ff.

*2) Bekker, a.a.O. S.319.

32) Jhering, a.a.O. S.21ff.

33) Savigny, (Recht) a.a.O.S.110.

34) Jhering, a.a.O.S.13. は die Kriterien (das Kriterium)を使う。

35) Bekker, a.a.O.

36) 田中, 前掲書, 139-140ページ。

37) 同上書, 141ページ以下。

38) 川村泰啓「一つの中間的考察」『判例時報』380号(昭和39年9月), 38ページ。

川村教授の表現が今一つ不明確で、具体的な事例においては、論者が本文記述のように個々の非債弁済が侵害利得しかなく、一般的不当利得事例というものはない。そう主張されるのであるが、法観念としての不当利得一般についてどう考えられるかは詳かにしないのである。

39) 田中, 前掲書, 142-144ページ。

それは何も上記田中説に限らないのであるが、我が民法学における占有論は、例えば、

ところで、われわれは、物を所持するとはきわめて観念化され客観化されたかたちにおいてではあるが物を自分の支配内におくことであると解している。とすれば、事実上の力の行使は物の存在を意識し、意思の存在を前提としてはじめて可能であり、場所的關係においていかに身近に物が存在したとしても、そこに意思が欠けている場合には法にとってどうでもよい、法律効果を有しない事実にはすぎないであろう。……

と論じる^{*1)}。その論じ方は物と支配と意思という一般的な論なのである。

占有とはそのようなものとしてあるのではなく、まずは事実としても法律事実としてある。そこから始まる。したがって物を所持すること一般を問題にする必要はないわけで、……そこに意思が欠けている場合には法にとってどうでもよい、法律効果を有しない事実にはすぎない……という論及は本末が転倒している。「法律効果を有しない事実」というのが不明な記述で、法にとってどうでもよい事実は最初から占有の場に登場しないのであるから、それは占有でないものは占有でないとして反覆しているにすぎない。それを転倒し、上記のように論じるのは、占有が法律事実という事実の問題である。単なる事実というのは関係ないということを捨象し、占有が事実であると一般化して論じるからである。対照になっているのは、権利と権利事実という対照の権利と事実、法と事実なのである。

したがって、占有における意思の扱いを、……それ以上に「この事実的支配はいかなる意思を必然的に伴うか」というような心理的詮索は、法技術の合理性に縁遠きスコラの煩鎖主義に墮する……と批判したとしても、等しく占有

が権利事実であることを忘却して論じているため、占有の多元的な規定を……一括して規定することは無意味である。……と*²⁾、誤った指摘をしてしまったことになる。占有が多元的な規定になるのは占有が「権利事実」であって、その「権利」の多元性に依じて多元的であるからであり、それが一括して規定されているのは、「権利事実」一般として一つの観念に括られるからである。それを気付かず、占有を単に「事実」として論じるから、上述の類いの論に至るのである。

*¹⁾ 同上書, 141ページ以下。

*²⁾ 川島, 前掲書, 168ページ。

- 40) Jhering, *a.a.O.* S.10.
- 41) Iul. D.41,5,2,1.
- 42) 原田, 前掲書, 96ページ。
- 43) 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。
- 44) Jhering, *a.a.O.* S.55.
- 45) Jhering, *a.a.O.* S.53ff.
- 46) Jhering, *a.a.O.* S.21ff.
- 47) 田中, 前掲書, 142ページ。
- 48) 同上書, 同所。
- 49) 辻「名前考——所有権の法と言語論」『阪南論集 社会科学編』40巻2号, 2005年3月, 51ページ以下。
- 50) 同上論文, 51ページ。
- 51) Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*, 9 Aflg., vlg., C. H. Beck, München, 1976, S.83.
- 52) 辻「占有の謎=所有権の謎」『阪南論集 社会科学編』38巻1号, 2002年10月, 1ページ以下。
- 53) Savigny, (Recht) *a.a.O.* S.70.
- 54) Saussure, Ferdinand de, *Course in General Linguistics*, translated by Wade Baskin, McGraw-Hill Book Company, New York, paperback edition,

1966, pp.7-17.

- 55) 中尾佐助『分類の発想』朝日新聞社, 1990年, 79ページ以下。
- 56) Savigny, (Recht) *a.a.O.* S.69ff.
- 57) 川島, 前掲書, 151ページ以下。
- 58) 星野, 前掲書, 81ページ。
- 59) 川島博士はロオマの占有訴権占有を……決して、単なる事実ではなく、一つの権利としての性質をそなえているものと認めざるを得ない。……とか*¹⁾、……ただ物に対する事実支配に関係する法律関係を規定しているにすぎず……などといわれる*²⁾。その理解は占有にいう「事実」を権利事実でない、単なる「事実」とされるようである。占有にいう「事実」を非「権利事実」と理解すれば、すべての占有問題は単なる空間的近接の問題になるか、事実の問題ではなくて何らかの権利の問題に性質決定されてしまう。実際、博士の「所有権法の理論」における理解は、そうなっているようである。博士の「占有」理解したがって実は「所有権」の理解自体が何らかの誤解の上に成立していると考えられるのである。
- *¹⁾ 川島, 前掲書, 142ページ。
- *²⁾ 同上書, 168ページ。
- 60) 中尾, 前掲書, 52-53ページ。
- 61) 川島, 前掲書, 168ページ以下。星野, 前掲書, 81ページ。
- 62) 川島, 同上書, 169ページ。
- 63) 星野, 前掲書, 81ページ。
- 64) 川島, 前掲書, 169ページ。

(2005年10月13日受付)
(2006年1月13日掲載決定)