

# 民法185 = 187条の占有の新権原 = 承継と相続

## 辻 義 教

はじめに

I 占有の相続

II 民法185条と187条

おわりに

### はじめに

論者は前稿で占有をするべき権利、あるいは占有の源になっている法律原因、それを法律学は「権原」というが、それを論じた。ロオマ以来、他人の物を借用して使用し続ける占有者は——他人の物を預っている場合も同じであるが、その限りでその借用物を自己の物——所有物である、と主張することは、使用を始めていかに長時間を経ても不可能である。そういわれて来た。それをいうのが *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*.<sup>1)</sup>「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」<sup>2)</sup> という法理。

それを可能にするには他人の物を使い始めてからのある時点で、それを以後、自己の物とする——刑法的にいうとそれを「横領」というが、そう対世的に、すなわち社会に向って主張する必要がある。逆にいえばその主張があれば、他人の物を借りて使い始めたのであっても、それ以後、一定の年限、現行日本民法典では20年であるが（162条1項）、それを経過すると、他人の所有物を自己の物とする「所有権」が法的に認容される。

その従来、他人の物を借りていたのを、今後は自分の物にするということを対世的に主張す

ることが必要であるとする条項が日本民法典では185条である。そこには二つの場合が提示されている。その一つは「自己に占有を為さしめた者に対し所有の意思あることを表示」することである。他の一つは「新権原によってさらに所有の意思を以て占有を始」めることである。

この二つの場合に、前者の、以後は借りた物を自己の物にすると貸した者に意思表示するというのは明瞭な変更であって判りやすい。後者の場合も、貸主と借主の間で売買の契約が成立したというのならば、しごく当然のことで明らかな点はない。

ただこれら両者についても、日本民法学は、それらは我が民法典が占有に意思要素を必要としている当然の結果であるとみるとかみないとかという点に注意を傾注している<sup>3)</sup>——この点は別に触れる。それ以外に事柄としては、借主に相続があった場合に、相続というのは、前主が死去したとき、その瞬間に相続人が当然にその法的地位を承継するとするものであるのだから（882条、896条）すなわち「相続」とは法規範での考え方の問題であるのだから、その「相続」なるものが、185条にいう「新権原によって占有を始める」場合に、すなわち「新権原」に該当するのかが問われることになる。現実態としては前貸主が死亡し、かつ相続人を欠いている場合、その貸主側との間で一方的にも新権原を創出することは困難になり、借主が独善的に新たに所有者として以後、占有を続けると思うだけで新権原で占有を始めるといえるかどうかということになる。185条をめぐ

る問題の所在は上述の辺にあるとされている<sup>4)</sup>。

人が物を所有している場合、その実体事実を法規範が認容するとき、その人を所有権者という。その人は所有権という権利をもつ、という。したがって所有権という権利とは、上記の場合の法規範による認容のことであり、それはまた、その人が物を所有するという実体事実に対応している。ロオマ以来、法律世界はその実体事実を「占有」とも称して来た。

しかし実体事実を一般に人が観た場合——したがって社会的には、その事実はその人が所有している場合とその他で「もっている」場合とで差異を示さない。すなわち同じ物を所有する、物をもつ、物を事実的に支配するという事実として「現象」していることになる。

したがって人が物をもっている場合に、それを所有者としてもっているのか、借りてもっているのか、預かってもっているのかは、実体事実——占有それ自体からは判明しないし、原因しない。占有はすべて同じ現象事実である。

したがって、人が実体事実として物をもっている場合に、それが所有物として所有しているのか、借りてもっているのか、預かってもっているのかは、その物の支配者すなわち占有者がその物をもつに至った、すなわち占有するに至った原因となる法律原因によって決まることになる。それは結果的に占有者の一存によって決するものでないという意味で、法律世界はそれを *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* と表現して来た。

そうであるから、ある占有者が死去して、ある占有物がある相続人に相続された場合も、相続とは物を不変として従来のその物に係わる人が死去した場合のその人の交代を、かつ時間的に空隙を発生させることなく保障しようとするものである(882条、896条)から、法的原因という——一般化すれば権利=義務という、それは必ずや語彙によって成立しているから、語彙の「継承」という意味をもつ。したがってまた、占有の原因——権原も、そしてそれもまた

必ずや語彙によって成立しているから、その原因——権原も相続によって被相続人から相続人に「継承」される。ないしはある必然をもって継承——相続される。

ところが占有と相続については沿革的にこの問題、上記のように明確なものとして理解されて来たのではない。すなわち法律家によれば、現在においてもそれを否定する説がある。それは一体なぜなのか。それを占有とは所有権事実を指称する法律名儀——語彙である。占有をそう把える把え方で論じてみよう。それが本稿の意図である。

## I 占有の相続

相続は死者の法的地位を相続人に死者が生前保持していた状態で承継させるものである(896条)。したがって相続には、それが自然人の死による問題である以外に二つの原理が存在する。すなわち、相続における被相続人と相続人との間の法的地位は相続財産については相続によって全く変わらないという原理である。またこれは、変えられないといってもよい。次に、相続の対象について相続が上記の性質をもつ法的状態であるとしても、これまた何人も否認することのできない変更が一点存在する。それは何かといえば、相続された場合に被相続権利=被相続財産の権利者が具体的には被相続人Aから相続人aに必ず変るということである。かつまたこの場合、必ずやA≠aであるということである。すなわち相続によって権利は変わることはない。しかし具体的権利者は必ずや変わる。周知のことといえばいえるが、相続というのはそのような二つの原理を帯びている。

相続とは人——自然人の死によって始まる法律問題であることに異論はない——したがって「死」ない法人に相続ということはない。それならば、人が死去するとどうなるか。人の生活——生存競争は、所有権と契約によって行われるのであるから、ある一人の人が死去すれば、所有権者が死去するのであり、履行の終焉

しない契約の一方当事者が死去し、不存在になることを意味する。それはまた、所有権の対象——主として有体物と、履行未了の債権 = 債務——パンデクテン体系下では、の債権者 = 債務者が消えて亡くなることを意味する。

衡平の原則からいうか、法的平和のためのいづれとかは別にして、上記の消失を補充する法的要請——正義の要請は存在する。それは恰も、金銭が甲から乙に支払われたが、その法的根拠が消失していた場合に——法律上の原因なく支払われた場合に、その返還請求権——債権を非契約的に——法定原因として、その出捐者に付与する——不当利得返還請求権、のと同断である。したがって相続とは、人の死を原因として生者である何人かに権利を付与し、あるいは債務を負担させる法定原因である<sup>5)</sup>。

所有物が所有権者を欠けばその物は無主物となる。したがって上記理論は、相続とは所有権者の死亡によって生ずる無主物を回避するための法定原因であるとするものである<sup>6)</sup>。ただ相続についてこの指摘は、法 = 権利 = 義務の名義上の——語彙上の構造をいうものであって、相続がなぜ——その場合、多くは一定の特定当事者にその補充を認容されるか。相続権が付与されるか、という問題を含んで、相続とはなぜ認められるかという「相続の根拠論」とは別の問題であろうと考える。

相続の根拠論としては被相続人の意思によるもの——意思説、家族の生活保障、相続人の扶養説、あるいは血の代価説などが挙げられるようである<sup>7)</sup>。いうまでもなく「相続の根拠論」とは相続の正当化論である。法律学が法規範あるいは成文法の正当化の言説であるとすれば、それは正統な！相続の法理論であろう。しかし、無主物回避という指摘は、法規範の規範構造の指摘を主とするものと考えられる。権利者が無くなったからそれを法的に補填する、とする。それは法規範が言語列で構成されていることから来る一つの必然の指摘、必然的機能の指摘で、正当化を主目的とするものではなからう。

同じことは相続とは資本主義体制の私所有の維持、私有財産制そのもの<sup>8)</sup>、とする指摘についてもいえることである。それは相続の社会経済的——実体的機能の指摘であって、正当化理論は相続を正当化しようとするのは当然のことであり、それを社会経済的機能で批判してみても、目的を異にした理論をたまたま同一論題の俎上に置いているにすぎない。ただ、上記の社会経済的機能論は、それを正当化論に衝突させることで正当化を破壊しようとしているのであろう。それはまた目的を異にするものというべきで、規範的構造論をも含め、それら相続根拠論の諸論はそもそもがすれ違った目的をもつものというべきであろう。

さらに一つ、相続について我が法律世界では、相続とは包括的な権利承継である。あるいは、人格の承継である、などとする言説が一般的に行われる。これらの説は近代民法の当初の説には見られないものであるが、我が法律世界では比較的早くから行われているようである。

ただその意味は、「相続」なるものを一括して理解し易くするという以上のものではないように思う。「包括的な権利義務の承継」あるいは「人格の承継」という括り方は、一見の判り易さに較べて必ずしも適確に相続を説明できるというものでもない。一括してそういえば、共同相続人がある場合に、一旦すべて共有、多数債権者、債務者関係になり、分割後、遡及して単独所有、分割債権、債務になるとすることになる。それを「包括承継」「人格の承継」と注解しなければならぬとも思えない。

これらはそういう類のもので、いわば講壇上の解説の例といえるのではないか。

Iの冒頭に触れたように相続は被相続財産が相続開始の前 = 後で不変であることを前提にして考えられている。すなわち、前権利者が死亡して誰がその被相続財産の権利者に——法的になるか、が考えられるものである。すなわち、人と物という図式でいえば、物は不変であって、人についてその死による変更のみが問題とされるということである。それはさらに逆にい

えば、相続においては法的状態が被相続人から相続人に変わりなく継承されるものである。しかしその法的状態の、具体的権利者=義務者は被相続人Aから相続人aに必ず変更がある。そういうことを意味することになる。

すなわち、利害をめぐって争ったとき、一定の規準によってその利益主張を裁判所によって容認される場合と、他方、一定の負担を求められる場合がある。前者は主張が正しいと認められ、それを換言すると「権利がある」という。後者は「義務がある」という。前者の主張——権利主張と後者の権利否認の主張が対立した場合には、裁判所によって前者が「正しい」と容認され、後者は「正しくない」と否認される。これが権利であり、義務であり、また権利を容認される者を「権利者」、権利否認を否認され、負担を命じられる者を「義務者」という。したがって「権利者」「義務者」というのも人に付された呼称、すなわち名前の一種である。

それらの「権利」「義務」はすべて言葉で構成された一定の規準——それは正=不正の規準であり、言葉によって構成されているから正=不正の規範であり、それを「法規範」という、に合致するか、否かによって判定されているのであるから、すべて語彙によって出来上っている。その「権利」「義務」を前提にすると、相続とは、上に触れているように権利者、義務者が被相続人Aから相続人aに交代することに、そしてそのみに意味があることになる。それは逆にいえば、すべて語彙、言葉によって作り上げられている「権利」「義務」自体には何らの変化も来たさない、ということである。

相続を一般承継、包括承継、人格の承継——それは「身体」の承継ではなく権利者性=義務者性の承継を表現しようとするものであるが、それらすべては、論者が上という語彙で出来上った権利、義務は相続において何ら変わることはないのであり、それを——裁判になれば言渡される当事者になる権利者、義務者の死亡による交代である。それを表現するものでしかない——そこでいう「相続の根拠」とは<sup>9)</sup>、上記の

現象を正統化する説明にすぎない。すなわち、それは一つのイデオロギーの言説に止まる。換言すれば、相続の根拠論とは法理に属さない、ということである。相続の根拠を問うことは所有権の根拠を問うことと同じ謂。そして相続のイデオロギーは私的所有権であることは自明の理。

我が民法学は民法典制定以来、占有と占有権を使い分けて来た。そこで占有権の相続といった場合、どのような問題が生じるかを論じるとすれば、先ず、「占有権の相続」というのは<sup>10)</sup>、名義としての「占有」の相続というに異ならないというべきである。

本稿冒頭にも触れたとおり、占有とは所有権事実の別称である。ただ所有権事實は、事実としては非所有権事実と同一事実として現象する——外観上同一であるから、占有は非所有権事実を含む、有体物権利事実であるということになる。問題はここにいう「事実である」という点であり、事実それ自体は実体事実として生起、変転、消滅して焉む。そのみである。

それを人間認識の一般として、言語認識すると——それは事実の名前を付すことによって始まる、そして法律学はロオマ以来、それを「占有」と名付けて来た。そうなれば「占有」という名称は、名称であって！すなわち語彙による表現であって、語彙——法律学はそれを名義というが、それは事実ではない。そうであるから、占有論は、この占有は事実であるという原則と、その原則を指称する——言語学的にいうと伝達事実 message とする語彙、記号の間を往復するに至る。それが論者のいう占有論の基底的な迷路 labyrinth である。占有論はこの迷路をさ迷って迷路に迷路を加上して来たのである。

占有とは本来が所有権事実であるのだから、法律世界では「所有権」という権利（名称）に対応する権利事実であり、「占有」という名称を必要としない——他主占有についていえば、それぞれの権原に対応した権利、例えば有体物賃借権であれば「ある有体物賃借権」とそれに

対応する有体物賃借権事実を論じれば済む。

それをロオマ法学は基底的に迷い、「占有」と名付けたことによって、「占有」に対応する「占有事実」という対照の迷路に踏み込んで行ったのである。そして人の認識の幣として、法律世界はその占有事実に！さらに「所持」という名前を付したわけである。そうするとここまで、自主占有を念頭に置くと、所有権事実、占有、所持と同一実体に3名義が加上されていることになる。占有主観説=客観説の問題は、その途中に生じた、所有権事実を複数要件化しようとした試行錯誤によって導かれた挿話である<sup>11)</sup>。

占有をめぐる法律問題の、総てと云ってよいが、その論じ方はこの迷路の中の往還である。相続は別に触れているように遺産の不変一定を前提にした権利者——場合によれば義務者、すなわち人の死とそれに対する法定の別の生ける人の交代のことである。したがって相続においては物に対応する人は必ず変更——交代するのであるから、実体事実としては相続開始前と後で絶対的に異なる。それが一つ。他方、物——または権利=義務の帰属者を、その者の死によって生ける別人に交付させるというのであるから、相続による継承とは、必ずや語彙——名義の付け換え、ないしは伝承でしかない。それは法規範が強行する——法定の、であるが、一つの被相続人と相続人間の関係構築、すなわちコミュニケーションの一種である。したがってそれ——相続は、人間の他のコミュニケーションがすべてそうであるように、言語=語彙によって、かつそれによってしか実行されない。ヒトとは言語によってコミュニケーションするサルのことである。ヒト以外のサルはこれを為し能わない——無能である。

したがって占有の相続といったとき、実体事実は必ずや同一ではないから——人すなわち権利者、義務者は必ずや交代するから、相続されるということは不可能である。これが「占有は相続されない」とする法理の根拠である。

他方、所有権事実を指称する「占有」とは、

一つの語彙である。したがって相続とは、語彙——法律世界では権利名義、義務名義——例えば「所有権」「賃借権」等々の法定継承のことであるから、名義としての「占有」は相続可能である。これが占有は相続可能であるとされる根拠である。したがってそれは、精密に言えば、相続されるのは名称——名義としての、語彙としての「占有」というべきである。「観念的占有権」の相続というのはこの語彙の継承の謂に他ならない<sup>12)</sup>。語彙は伝達的手段であるから伝えることに支障はない。相続も伝えることの一つである。ただ上述のように、相続とは被相続物——目的対象すなわち遺産の不変を前提にしているから、名義としての「占有」の相続は、所有権事実——自主占有のみを念頭に置くと、の継承と多くの場合、齟齬を来たさない。相続対象、目的の不変が崩れ、齟齬を来たした場合、その一定不変を回復させるのが相続回復請求権であって、したがってそれは相続それ自体については——占有の相続についても、別問題である<sup>13)</sup>。それが一つ。

他方、上記「占有」という名義の継承というのを、「名称としての占有」にさらに別名称を付与して、問題を整理したと錯覚している説もある。それが「占有権の相続」ないしは相続されるのは事実としての占有ではなく、占有権であるというのがそれである<sup>14)</sup>。したがってこの説の場合、所有権事実——占有——所持——占有権と、迷路の中の往還ないしは加上は4回、ないしは4重に積み上げられていることになる。「占有権の相続」とは、名義——名称、記号としての「占有」の相続と異ならない、というのは、以上のことをいうのである<sup>15)</sup>。

したがって占有取得に二重の法構造があるとする主張は<sup>16)</sup>、占有の、論者のいう基底的な迷路に迷った主張ということが出来る。それは占有の相続を認めるというのが、名義としての「占有」の相続承継を認めるということである。したがってその占有相続人は「占有」を相続した後、多分、程なく物支配事実を実行するのが普通であろう。そうしてその占有相続人はいわ

ば「相続占有事実」を得ることになる。占有の二重構造説のいう二重構造とはこのことをいう。

ただ従来、民法学はこの相続における語彙の承継——権利名称という語彙の法定承継という点を、語彙の承継とは理解していない。それは従来、「地位の承継」とか「人格の承継」とか「社会観念による承継」<sup>17)</sup>あるいは「世人による尊重」<sup>18)</sup>とか説かれている。これらは上記のもの最後の若干、説き方に差異があるが被相続人と相続人の法律上の被相続人の死と別人による承継にかかわらず不変である。そう説こうとするものであると考えられる。ただその説き方には神秘的なところがある。それはいわば教義的といわれるものであるが、理解し易いようで、必ずしも明解なものであるとはいえない。しかしそのいうところは、人格の承継というのではなく、法的人格、自然人の法律上の権利義務の帰属の承継ということである、と理解すれば、それは法的地位の継承ということに収斂する。そうすると、法的状態というのが、争いの当事者に「正しい」と宣言することであり、宣言は必ず言語によって実行される。あるいは言語によってしか実行されない。そういうものであるから、法的地位、権利というもの、その反対の当事者が担荷する義務というものもそうであるが、それは名義、語彙としか扱えられないものである。そうならばそれは結局のところ、論者の説くところに帰着することになる。

他方、占有の相続には今一つの占有事実がありうる。それは占有相続人が占有事実を新に、独自に改変する場合である。それは上にいう相続占有事実が始まる時と同時であるときもあれば離れての時でもありうる。その占有事実は占有相続人の新占有事実である。この占有相続人の新占有事実と上にいう相続占有事実とは別の占有事実である。したがって占有相続人がそうすればであるが、強いていえば占有の相続は「占有」の相続、相続占有事実、そして相続人の新占有事実の三重構造を成すといえる。そし

て最後の占有相続人の新占有事実は、厳密に言えば占有の相続の問題ではないということである。

## II 民法185条と187条

相続と占有についてといえば、前節に論じた意味で相続とは権利=義務の名義すなわち語彙の承継の問題であるのだから、それは「占有」の承継を問題にすることになる。日本民法上、先ず第一に問題となる占有が相続されるかどうかという問題を除くと、明文条項は二つある。第185条と187条である。

### a

民法典はその187条で「占有者の承継人はその選択に従い、自己の占有のみを主張し、又は自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができる」(第1項)「前の占有者の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵をも承継する。」(第2項)とする。

この規定は例えば、他人の持ち山を自家の山と誤認した前主から買受けた者が、前主が誤認して、例えば植林し5年を経て買受け、15年を経過した場合に、買受人は、自己の15年の善意占有を主張して、買受けてから10年を経た時点で取得時効が完成したと主張できる。その場合その者はさらに、前主の善意5年の占有と自己の占有の5年を加算して、結局、買受けて5年で時効取得したと主張してもよい、とする。その最後の場合、前主が善意であるが過失のある場合であったとすれば、買受人は前主の有過失占有という占有の状態——瑕疵を引継がなければならないとするものである。

問題は、これらの場合の中に後占有者が前占有者の相続人である場合を含むか否か。そして相続占有者は被相続占有者の占有を切離して自己固有の占有のみを主張する——被相続占有者が有過失であったときに、相続人の無過失占有のみを主張することができるかどうか。そういうものであった。

裁判所はこの点について相続人は——包括承継人であるからという理由で、被相続人の——上例でいえば過失ある占有のみを主張できる。それはまた上例でいえば、それを切離して自己の無過失の占有を主張することはできない、としていた。

明治12年に土地を買受け、引渡しを受け、平穩公然に占有を始めたが、地券の書換えを怠った被上告人の先々代が、明治15年中に死亡。先代が相続し、同人が同44年中に死去し、被上告人が相続した事例で被上告人が所有権登記を得ているのに対し、上告人がその抹消を求めた(らしい——判例集の記述は明記しないから推測になるが、上告人が原告でその主張に対し被上告人が時効取得で抗弁したようである。その抗弁が、多分、被上告人の所有権登記を得た時点との関係で、先々代の占有、先代の占有と通算しなければならないかどうか争われたのであろう。先々代の最初の占有は買受けて地券を書き換えなかったのであるから、「悪意若クワ過失ニ基ク」としている)。

その事例について大審院は、

相続其他包括名義ノ遺贈等ニ因リ占有権ヲ承継スル場合ニハ其一般承継人ハ前主ノ占有権ヲ承継スルノミニシテ自己固有ノ占有権ヲ取得スルヘキ独立ノ新権原存在セサルカ故ニ一般承継人ハ更ニ新権原ニ因リ新ニ自己固有ノ占有ヲ始ムルニアラサレハ常ニ自己ノ承継シタル前主ノ占有ノ性質及ヒ瑕疵ヲ離レテ主張スルコトヲ得サルモノトス蓋シ相続人ハ被相続人ノ人格ヲ継承シ法律上同一人ト看做サルヘキモノニシテ其他包括名義ノ遺贈等ニ因ル一般ノ承継人モ亦前主タル遺贈者等ノ其物ニ対スル地位ヲ其僣ニ承継スルニ過キス其間新ナル占有ヲ開始スヘキ権原ナルモノ存在セサルヲ以テナリ

という<sup>19)</sup>。

相続人は被相続人の占有を引継ぎ、自己の占有を独立して主張することはできないという判例の理解に対して、学説には当初から有力な異

説があった<sup>20)</sup>。そして我が私法学上、この有力説は以後も維持されて来た<sup>21)</sup>。その学説の動向があったからでもあるが、敗戦後、大審院が最高裁判所になって後、裁判所は187条に関して理解を変更するに至った。最高裁は原告で上告人の先々代が親類関係にある乙——被告、被上告人の先々代から明治三陸津波で毀損された土地の復旧、管理を委ねられ、畑地に復旧し、耕作を続けて来た土地をめぐる争いについて、昭和37年5月18日の判決で次ぎのよういう。

しかし、民法187条1項は(中略)右は——辻注「の」相続の如き包括承継の場合にも適用せられ、相続人は必ずしも被相続人の占有についての善意悪意の地位をそのまま承継するものではなく、その選択に従い自己の占有のみを主張し又は被相続人の占有に自己の占有を併せて主張することができるものと解するを相当とする。……

とし、大審院の大正4年6月23日の判決——民録21輯1005ページ、大正6年2月28日の判決——民録23輯322ページ、および昭和6年8月7日の判決——民集10巻763ページは「変更せられるべきもの」とした<sup>22)</sup>。

上掲の昭和37年の判決が変更せられるべきものとする三つの判決のうちの昭和6年8月7日、民集10巻763ページは寺院敷地内の土地について、元住職の相続人が寺と争ったものである。それは元住職の相続人の占有が相続を新たな権原にする占有であるかどうか、すなわち民法185条に関する。

すなわち187条にいう占有の承継の問題は<sup>23)</sup>、上記大正4年の大審院判決文にも見られるように、相続人が新しい権原によって自己固有の占有を始めれば、当然にその占有の性質、瑕疵の有無は変わることになっている——自動的ないしは必然にというのではないが、というのは、185条は占有の性質、自主占有 = 他主占有の変更、別の用語でいえば容假占有 *possession precario* の問題、権原の変更の問題についての規定である。それに対して187条は、自主占有 = 他主占有という占有の性質の変更以外に善意

= 悪意、過失の有無——占有の瑕疵の変更を含む対象を規定するからである。すなわち185条の変更は必ず187条に含まれるが、187条に含まれる変更——承継はすべて185条に含まれることにならない。その限りで187条と185条は連繫する問題を扱っていることになる。

民法典はその185条で「権原の性質上占有者に所有の意思がないものとされる場合には、その占有者が、自己に占有をさせた者に対して所有の意思があることを表示し、又は新たな権原により更に所有の意思をもって占有を始めるのでなければ、占有の性質は変わらない。」とする。

これは、例えば賃借人が賃借物をいかに永く賃借し続けていたとしても、賃借は賃借であり、賃借物は賃借物であって、賃借人が永く使い続けて来たのだから、以後は自分の物にしようと思うに至っても、その賃借人の「所有物」になるものではない。そういうことを意味する。

それを法律世界はロオマ以来、*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* (D.41,5,2,1)と言慣わして来たことは、論者も前稿で触れた<sup>24)</sup>。したがって賃借人がその賃借物を永きにわたって使い続けて来たから、善意10年、悪意20年——これは賃借という設定であるから、善意ということはないが、その年月を経て時効によって自己の所有物として取得できる。そうなるためには、その賃借人は賃貸人——賃借人にその賃借物の占有を為さしめた者に「今日以降は、この借りた物は私の物にするので、もらって置きます」等という意思表示をしなければならない。

あるいは今一つ、従来、賃借して来た賃借人がある年、ある日、賃貸人からその物を買受け——したがって代金を支払ったとすれば、その物を賃借人が使用し続けているという事実——占有は、当事者以外の第三者から見れば何の変化をも来たしてないののであるが、その賃借物を占有するという事実は、賃借人が使用、収益するというのではなく、時後は所有者が使用、

収益する事実となる。法的にいえば占有は他主占有から自主占有にその性質を変じた。そういうことになる。民法185条はそう規定している。

その場合に、従来、被相続人が賃借していたとき、被相続人が死亡したので、相続人が相続した。その相続人が相続の時から、被相続人は所有権者であったのであり、それを相続したのであるから、それは自己の所有物だと思っていたとすれば、この相続による占有の承継は、上記、民法185条にいう「新権原に因り、さらに所有の意思を以て占有を始」めた場合に該当するか、否かが問題になる。

従来この問題を裁判所は、上記187条の理解の繋がりからも判明するように、否定的に理解して来た。

大正6年2月28日の判決において、大審院は集落17戸で買受け共有して来た山林を共有者中の3戸の戸主を相手にその共有権の確認を求めたのに対し、3人の戸主、共有者が時効取得を主張した係争について、

……占有ノ承継者ニシテ特定承継人ナルニ於テハ其選択ニ従ヒ自己固有ノ占有ノミヲ主張シ又ハ前主ノ占有ヲ併セ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ一般承継人ハ更ニ新権原ニ因リ自己固有ノ占有ヲ始メタルニ非サレハ前主ノ占有ノ性質及ヒ瑕疵ヲ承継スヘキハ当院判例ノ示ス所ナレハ係争山林ニ付キ先代ノ占有ヲ家督相続ニ因リ承継シタル上告人ハ先代ノ占有ノ瑕疵ヲ承継セサル可ラス  
という。

また上にすでに触れた、大審院、昭和6年8月7日の判決は<sup>25)</sup>、寺院の敷地所有権をめぐる、元住職の相続人から買受け、同地を占有していた者と寺院との間の争いについてのもので、同判決は住職相続人から買受けた原告、上告人の取得時効の主張に対していう。

然レトモ権原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其ノ占有者カ自己ニ占有ヲ為サシメタル者ニ対シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新権原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレハ占有ハ



其ノ性質ヲ変セサルモノナルコト民法第185条ノ規定スル所ニシテ相続ニ因リ占有権ヲ承継スル者ハ前主ノ占有権其ノモノヲ承継スル者ナレハ前主ノ占有カ所有ノ意思ナキモノナル場合ニ於テハ相続人ノ占有モ亦所有ノ意思ナキモノニシテ相続ヲ以テ右規定ニ所謂新権原ナリト解スヘキニ非サルナリとする<sup>26)</sup>。

裁判所の上述の理解はその後も維持されていて、大審院、昭和14年9月15日の判決も同じく、

取得時効ノ要件タル占有ニ関シテハ相続人ハ謂ハハ被相続人ノ人格ヲ承継シタルモノトシテ被相続人ト同様ニ取扱ハルヘキモノニシテ相続人自身相続以前ノ新権原ニ基ク新ナル占有ヲ開始セサル限り相続人固有ノ占有ヲ主張スルヲ得ス被相続人ヨリ承継シタル占有ノミヲ主張シ得ルニ過キサルコト

としている<sup>27)</sup>。この事件は、掲示の資料が判決全文を掲げるものでないため、争いの実事関係は詳ではない。しかし理由中に一部触れられている記述によれば、上告人側に固有の占有事実の主張があったようである。したがって同上判決はそれを却けて、相続による被相続人の占有のみを主張できるという立場をとったようである。さらに判旨は、前記事例とは異なり、相続における人格の承継論を述べている。

相続とは被相続人の権利義務の承継である。それを一括して包括的承継である。あるいは上掲、昭和14年判決も掲げるように、それを人格の承継である。法律学はそう理解して来た。論者はこの包括的承継、人格の承継に特別な意味を見出さないのであるが、その相続の理解に規定されて、富井説がそうであったように——それも必ずしも明確にそうであったとは『原理』の記述だけからは判明しないのであるが<sup>28)</sup>、学説、判例ともに、185条の新権原に相続は含まれないとして来た<sup>29)</sup>。

しかし上掲187条に関して触れたように、起草者の一人、梅説は占有を「占有権」という「権利」にしたのであるから、占有の承継も他

の権利と同じである——ここまでは富井説と同説。そうしながら一方で、「占有ナルモノハ一ツノ事実ニシテ」という認識をもち<sup>30)</sup>、裁判所が簡明に権利の同一性承継という原則で判定したのは別異の相続人の占有事実に固執する立論をしている。

『要義』の記述だけでは必ずしも明白にそうと断言できないところがあるが、185条についても、梅説には相続人に別個の権原の取得——相続という権原を認容しているようにも理解できる立論がある。それがあつたためでもあろうと思われるが、判例の一貫した傾向にもかかわらず、相続人にも別個の事実があれば別個の権原を認容するべきであるという学説は維持されて来た<sup>31)</sup>。

その間に上記、昭和37年5月18日判決が出され、同判決が187条事案であるのに185条該当判例をも挙示し、「変更せらるべきものである」とした<sup>32)</sup>。そのためもあって、同判決が185条についての裁判所の理解を変更したのか判例変更なのかどうか論じられた<sup>33)</sup>。

最高裁が上記、昭和37年の判決で、昭和6年の大審院判例をも挙示し「変更せられるべきもの」としたのは、昭和6年の判例の「引用は誤りであつたのではなく<sup>34)</sup>、一つには185条と187条の役割分担の理解が漠然としていたこと、そのためもあって判旨の不備を怖れた。それ以外に、結果論かつ推測になるが、185条の判例も変更しようとする考えがあつたのであろう。ただそれから10年を経てであるが、最高裁判所は185条について従来の判例——ただし大審院の判例を、したがって小法廷で変更するに至った。

すなわち最高裁は、昭和46年11月30日の判決で<sup>35)</sup>、上告人らの父が兄である被上告人から管理を委ねられ、本件建物の南半分に住居し、父が死亡後も上告人の一人であり、父の配偶者かつ他の上告人らの母が居住を続け、北半分の賃料を受取り領得し、被上告人もそれを知っていた。その土地、建物の所有権確認事件で、

上告人らは、右訴外人（辻注——上告人ら

の父)の死亡により、本件土地建物に対する同人の占有を相続により承継したばかりでなく、新たに本件土地建物を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものと、かりに上告人らに所有の意思があるとみられる場合においては、上告人らは、右訴外人の死亡後民法185条にいう「新権原二因り」本件土地建物の自主占有をするに至ったものと解するを相当とする<sup>36)</sup>。

と述べたのである。

この判例変更は一つには明治の民法典制定以後、裁判所が比較的多用した条項の文言による形式的解釈の傾向の一つが、また消滅したという意味をもつ——裁判所は当初、177条には過失要件はないのだから、登記を援用する者に無過失は必要ないとしていた<sup>37)</sup>。それと同じで、185条は「新たな権原」としているのであって、相続は被相続人の権原をそのままに引継ぐのであるから「新たな権原」とはいえない。そういう論理である。そこには占有は事実であるという——その理解の内容が問題なのであるが、占有の実体論は入り込む余地はない。そこにその実体論を入れて理解していたのが梅説であったと考えることができる。そしてこの昭和46年の判決に至って裁判所はその実体論を採り入れたということも可能であろう。

しかしこの判例、論旨において他の判例と等しく占有の迷路のただ中をさ迷っている。すなわち、占有という名儀の相続——これがいわゆる占有の相続であるが、それとその事実すなわち相続占有事実を混同している。この判例にいう「新たに本件土地建物を事実上支配」というのは相続した占有の占有事実にすぎない。それを「新たに」というのなら、その「事実上の支配」が相続承継した占有といかに「新た」なのかを述べるべきで、その論旨は判示のどこにも見当たらない。それは、本来「新た」でないものを「新た」と錯覚しているからなのであるが、したがって上告人の占有が被相続人の占有と同じ所有の意思を欠く占有になるのは当然で、したがってこの論旨は相続を185条にいう

新権原と認めたものとはいえない。すなわち、この判決で判例は変更されていない。したがって、論旨は原審のほうが明確で、この判決が原審と結論を同じくした、上告を棄却したのは判例が変更されていないからである。そう考える。

## b

ロオマ法は占有は事実であるから伝えられない、すなわち相続されないとしていた(L.23 pr.D.41,2)。この事実は伝えられないというのは、動産を除いて事実のもつ本質ないしは実在に関する法則であって——伝えるのは言語である。占有が事実であるならば、占有は伝えられない——承継されない、というのは、したがって不変的に現在する法則である。その法則——規範は、またしたがってロオマ以来、現在も不変の法原理である。その対照において、占有の承継を認容するというのは「占有」という名儀——語彙の承継、したがって相続、譲渡、引渡を認めるということである。

占有は事実であるということには三つの意味がある。その一つは、占有という語彙は物支配という事実を指すという意味である。その二つめは占有とはその物支配事実そのものであるという意味である。しかしこの第二の意味は「占有」というのがいづれにしても語彙であるから第一のものと同意にしかならない。それを論者は占有の第二の迷路と呼んでいる。占有は事実であるという第三の意味は、占有は権利でないという意味で使われる。占有は権利ではないのだから、占有者が一定の権利に基いて物を占有する場合に、占有としてはその占有を根拠付けている——法的に理由付けているすべての権利、法的根拠を捨象してその物支配事実を論じることになる。法律世界で占有を論じる場合に占有が扱われるのはこの第三の意味であることがほとんどである。

そしてこの占有が事実であるという第三の意味での占有を論じる場合、占有は法的根拠からすべて切断されて占有一般として論じられることになる。しかし占有とは何らかの法的根拠、

権利と無関係に法律問題として登場することはない。それは必ずや何らかの権利、その一つは必ずや所有権、それ以外は物支配に関係する物権 = 債権と対立して法律問題に登場するから、その場合占有一般としての占有はその法律問題に覆い被せられ、認識困難な問題と化する。

それを論者は所有権との関係で占有の逃げ水効果と呼んだし<sup>38)</sup>、また、占有の第一の迷宮 = 迷路とも呼んでいる。

この迷宮 = 迷路、論者の主張するように、占有とは（主としては）所有権事実である。一般化するとしても自主占有 = 他主占有をも含んでいるのを限度としていえば、占有とは権利事実——もちろん有体物支配を伴う権利の、である。そう理解すれば、迷路を脱することができる。また在来の占有についての諸解説は無用、というよりも占有をより適切に説明することができることになる。

したがって占有が物と人との間の空間的近さで成立しない<sup>39)</sup>。あるいはその近さが占有成立の要件とならない、というのは、占有が権利問題すなわち法律問題である。ただし権利事実問題あるいは法律事実問題であるからである。しかし他方、その命題が立てられるのは、占有が権利事実問題、法律事実問題であるのに人と物の事実問題一般と抽象して採り上げられるからである。

すなわちそういう意味で占有一般という法律問題は生起しない——存在しない。その立論は机上の空論としてのみ可能な立論で、法律問題としては、最も捨象した立論でいえば、占有は法律事実である。ないしは占有は権利事実である。そう立論するのが限界理論である。

しかるに、取り分け我が民法学は占有論を受容して以来、その「事実性」を人と物支配の事実と法 = 権利を超えて抽象し扱って来た<sup>40)</sup>。そのため占有論をさらに混迷させた。そういうことは可能であろうと思う。

法的ではなく「事実」あるいは「事実上の関係」という意味には三つある。一つは法律関係でない事実あるいは事実関係という意味。普

通、法律学はこれを友誼的關係ないしは好意的關係という。他の一つは法律ないしは権利によって肯定されない、正当化されないという意味。その最も強力な場合は法もしくは権利によって非難される。それを違法、不法あるいは不適法な関係という。第三のものは第二のものに反対で適法な事実であるが、それが権利あるいは法律の認容を満足する事実という場合である。それを法律がある状態の事実にある効果を付与するという場合に、法律の求める状態を法律要件という。したがってそれを満足する事実というのは法律の求める要件を満足する——満足するというのは図型認識で形態が一致することであるが、場合であるから、要件事実という。その要件事実である場合である。

この最後者の場合はその要件事実というのは、言語学がいう記号とその記号が伝達する事実——それを「伝達事実」message というが<sup>41)</sup>、それと完全に一致する。

「占有」というのは占有事実を指す名称である——あるいは名称にすぎない。占有の承継という場合、人は言語動物であるから、二つの承継があることになる。すなわち「占有」という名称の承継と「占有」の指示する占有事実の承継である。普通いわれる占有の観念化とは前者をいう。後者の占有事実とは事実であるから、事実がなければ事実がない。すなわち事実としての占有事実の承継がなければ占有の承継はない。相続による占有の承継ないし占有の相続が成立しないというのはこのことをいう。さらに「占有」という名称の継承とは、法律関係においては、法律関係とは対立当事者という少なくとも二者間の関係であるから、「占有」という名称を譲渡人甲から譲受人乙へ移転、甲から乙へ承継するとは「占有者」が甲から乙に変更するということを指示することになる。しかしこれは占有という名称——法律世界では名儀が甲から乙に移ったことをいうにすぎない。したがって「占有者」というのも単なる当事者を指示する名称、名儀にすぎないということである。さらにしたがって占有者が甲から乙へ変更にな

るといっても、それは占有者と対象有体物の占有事実が変更になることを意味しない。占有者の変更とは名称の変更にすぎず占有事実の変更とは別物である。それが「占有改定」の意味するところである。

そうであるから相続によって占有が移転するというのは、被相続人は必ず死亡しているのだから相続によって当然に占有事実が被相続人に移転することを意味するということはできない。しかし、「占有」という名称、名儀ないしは「占有者」という名称、名儀すなわち語彙が被相続人の死亡のとき——相続の開始時に(882条)当然に相続人が「相続」する、相続人のもとに伝わったと法定するということは可能である(896条)ということになる。

日本民法896条はその一般的効力のなかに「占有」が含まれるか否かを明示しないが、通説は占有を含めると解すのは、上記にいう「占有」という単なる名称、名儀——言語学的にいうと単なる記号が相続の一般的効果のなかに含まれるという以外に意味はない。無い事実は無い。ただし言語、語彙はあると想えばある。したがって相続と占有、ないしは185条にいう「新権原」に占有が含まれるのか否かという問題は、動産の即時取得と占有改定の問題、あるいは占有の観念的移転の問題と同じ問題であるということになる。

占有とは所有権事実のことである。それは法学が、ないしは法律家が、ロオマ以来、所有権に対応する所有権事実の存否の認定をどうするかについて試行錯誤した遺産であって、人間の事実認識と言語表現の試行錯誤の遺産でもある。占有とは事実認識であるため<sup>42)</sup>、占有は結局のところ所有権事実として収斂できず、「権利事実」一般、ただし有体物支配を伴う権利の権利事実一般と抽象化されて現在している<sup>43)</sup>。それを占有論という。

占有がそういうものであるのならば、占有が事実であって、その事実を指示する名称が「占有」であるのだから、占有をめぐる法的関係は占有論の一見の変遷にもかかわらず、不変であ

る。前に触れている占有をめぐる二重の構造の指摘の意味するところがそれであるし<sup>44)</sup>、相続によって占有を継承できるとする理解についても、同じである。

相続と占有という観点からいえば事実は変化すれば、すなわち被相続人が死亡し、相続人が権利を相続すれば、「権利」とは単なる名儀＝語彙であるのだから、被相続人から相続人に同一性をもって継承されるとしても、当事者がAからaに変化したということは厳然たる事実であって、Aとaは同一人ではないのだから、Aの占有とaの占有は別の占有、別の事実である。それも不変である。したがってこの限りで学説あるいは占有理解の変更は外れている。学説、理解がいかに変わろうともこの事実は変わらない。

しかし人が権利事実を「占有」という名称で指称している限り、Aからaに「占有」という名称の承継を認容することは人間認識の一般である。上に述べたように「権利」とはすべて言語によって出来上っている。したがって「占有」が語彙である限り占有も権利と同じく相続され得る。相続によって占有がAからaに承継されるのを認容するというのは(ドイツ民法857条)この人間の言語認識を指しているものである。それはまた権利事実という指示される対象からいえば、過去の事実の記憶であるが、それをaすなわち相続人も主張すること——主張は必ずや言語によって行われる、それを認容するというに他ならない。それをいうのが我が民法187条1項にいう「承継」に相続を含めるということである。

したがって事実である占有が相続できないという点は、占有は相続できるとするドイツ民法の規定§857「占有は相続人に移転する」にかかわらず不変である—— $A = A$ というのはいわば自然科学的事実である。したがってそれは、過去の事実を現在、主張することができるということの意味する。過去の事実は記憶によって主張される。人は記憶も主張も必ず言語によって行う——ヒトは言語を解するサルである

(サルも言語を解せばヒトである)。

占有は事実であるといったとき、事実であるのは人と物——対象物のみである。そして物は引渡すことができるが、引渡しは事実存在としての物が甲から乙の手許に移動したというのみである。それが事実は承継されないという謂。すなわち占有は物支配の事実であるというとき、「支配」というのは事実ではないことを意味する。それは「支配」とは語彙上の産物——マルクス流に言えば正に上部構造、そのものである。したがって「支配」は引渡し、承継が可能である。そうすると、物支配の事実である占有に関していえば、「占有」とは「支配」と同義のかつ同じ語彙であるということになる。

## おわりに

占有とは事実であるとすれば、その事実は複数人によって事実として共有されるとすれば、同時同処に存在するに限られる。したがって事実としては甲から乙へ伝達も譲渡などというものも出来ない。

ローマ法以来、当初、占有は譲渡、相続できないとされたのは、この意味である。しかし、占有は事実であるとしても、「占有」は名儀——法的名称、語彙である。したがって占有事実には「占有」と名が付けられて以来、したがってローマ法の当初以来、事実である「占有」は伝達、譲渡されて来たのである。この法的名儀の譲渡、伝達を事実実体の非譲渡、非伝達に取替えたのが占有の譲渡性、相続性の問題である。そこでは常に、当初譲渡性、相続性が否定されていながら、後に肯定されているのは前記の構造を示すものである。

したがってその理解でいえば、確かに占有には「二重の法構造」を指摘できるのであるが、それはしかし8割方、的外れな指摘である。なぜなら、あらゆる法的名称は実体を指示するものについて「二重の法的構造」をもつからである。

人は識るべきなのである。日本民法典の176

条と177条は「二重の法構造」を成している。それを統一するのはドイツ民法式の登記の公信力付与であるが<sup>45)</sup>、占有を二重の法的構造と論ずる説はそれを二重の法構造と見ないのであろうか。物権に限らず「債権」にも二重の法構造は厳存する。「債権」と債権事実という構造である。

すなわち、占有と相続について、占有は相続されるか？占有の権原の取得に相続は含まれるのか？という二つの間に肯定してみたところで——肯定するのが現在の学説、実務の大勢であるが、事実としての占有が譲渡されない、相続されないという「事実」は、ローマ以来不変なのである。占有が譲渡、相続されているというのは、「占有」——その違いを無意識に表現するのが、占有 = 占有権の対照である、という名儀、名称——語彙である。民法185条にいう「新権原」について相続がその新権原になるか、というのも同断であり、「なる」としてもそれは名儀としての「占有」であり、事実としての占有は、事柄の本質上「ならない」ことに変わりはない。それは学説、判例の変化というより、問題のすり換え——実体事実そのものとそれを指称する名儀——名称、語彙のすり換えである。

本稿の論じたのはそのような「実態」である。

## 注

- 1) D.41,5,2,1
- 2) 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。
- 3) 田中整爾『占有論の研究』有斐閣、昭和50年、162-177ページ。
- 4) 中川淳『相続と民法185条にいう“新権原”』『判例タイムズ』277号、昭和47年8月、58-59ページ。
- 5) この相続が権利 = 義務の付与の法定原因であるということ、相続においては法定相続が遺言相続を超える原則である——相続においては法定相続が第一義的な相続原理である、とするか

否かとは別の問題である。法定相続を相続の一義の原則とするか、遺言相続をそれであるとするかは、相続自体が法定の権利、債権の付与、発生！——継承原因であるという法的性質の中で別個の原理によって立てられる原則である。

そしてそれは歴史的範疇に属するものであって、法原理が自由理念の推論の上に成立する近代法理では、所有権の自由から所有権者の最後の意思 *ultima voluntas* の容認が第一原理とされることになる\*。

\* Savigny, Friedrich Karl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.8, Bei Veit und Comp. Berlin, 1849, s.447.

- 6) 相続は所有権者の死亡による無主物の発生を避けることを目的とする、とする法理は Blacston にもみられるといわれる。

藤野涉, 赤澤正敏訳, ヘーゲル『法の哲学』世界の名著35, 中央公論社, 昭和42年, 405ページ。

- 7) 伊藤昌司「相続の根拠」『民法講座』7. 親族・相続, 有斐閣, 昭和59年, 354ページ以下。  
8) 同上論文, 359-360ページ。  
9) 同上論文, 341-366ページは, 最近の——しかし

それもすでに20年前のものになったが, 相続の根拠学説を中川善之助「扶養説」, 稲子「私的所有の維持説」, 稲本説そして沼説を挙げている。

本文に触れたように相続の根拠という問いがイデオロギーにすぎないのであるから挙げられている説も, 結局, イデオロギー説になっているのは, 事柄の然らしむところである。ただ, そこに沼説を同列に置くのは適切ではないだろう。沼説は法理内の論理構造を指摘しているのであって, それを沼博士は「相続の本質」と表現されているが\*, それは相続を扶養によって正統化する, 相続は資本主義体制内では! 「私的所有の維持」であると, 資本主義イデオロギーを指摘する反資本主義イデオロギーとは次元を異にしよう。

\* 沼正也「近代的相続の本質と機能」『中央大学八十周年記念論文集』中央大学, 昭和40年, 689ページ。

相続根拠論とはイデオロギーであるという問題意識を欠けば, 民法構成の論理的構造の意味も不明に止まらざるを得ないわけで, 沼説の親族法理解を「商品交換法の補完」とみたり——沼説は商品交換法の補完とはみていない。自由競争法の対称とみている。したがってそこに一つの強制をみることに一つの意味があり, 「川島・中川と同様の家族論を共有しており」とみたり——沼説の家族観と川島・中川(善)説の家族観が共有されているとはとても思えない, 「法定相続は死者の意思の推測という法論理を用いた補充的な無主物化回避法であるというにとどまる」\*\*と指摘してみたりしている(361ページ)。それは理論の次元を異にするすれ違った指摘というべきであろう, と思う。

\*\* 国民国家を正統化するために, その核心的構造としての家族を正統化してであるが, ヘーゲルは相続を無主物化回避法と捉えること——それはブラックストンの説でもあるようであるが, 「思いつきの考え」としている——藤野涉, 赤澤正敏訳, 前掲書, 405ページ。

ヘーゲルに対してカントの相続論は意思自由論と自由な所有権から導かれており, 擬制的契約論として立てられている。したがってその相続は, 遺言, 相続契約, 相続人指定を相続取得の例に挙げている——吉澤伝三郎, 尾田幸雄訳, カント『人倫の形而上学』カント全集, 11巻, 理想社, 昭和44年, 147-148ページ。

Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, herausgeben von Karl Vorländer der Philosophischer Bibliothek Bd.42, vlg, von Felix Meiner, Hamburg, 1959, unveränderter Abdruck der Vorländerschen Ausgabe von 1922, s.111f.

またザビニーはその *System* で相続に遺言相続, 法定相続および相続契約の三つの種類を挙げている。そして遺言相続が最も重

要であるとしている。Savigny, *a.a.O.*S.447.

- 10) 鈴木祿弥「占有権の相続」『家族法大系』IV, 有斐閣, 昭和35年, 94ページ以下。

この論説, 法規範を理解するための視点にずれがあるように思う。いうまでもなく, 法規範の理解, 法律問題の理解の視点は, 権利と権利事実, あるいは権利要件と権利要件事実の対照である。占有も法律問題であるのだから, 上記の視点の下でのみ法理論上, 理解される。したがって便宜的に, あるいは安全を図って占有の「きわめて困難な迷宮」をさけるため「占有理論は……適時にふれて行くに止めることにしよう」(95ページ)としても核心を成す上記視点, ないしはそれによる占有についての定見を欠いては, その「応用問題である」「占有権(下点辻)の相続」(94ページ)を適切に論じられるわけがないのである。

この鈴木説は占有の相続を「政策論」と理解するのであるが(96ページ), その理解は当たらないと思う。占有の相続を肯定するか, 否定するかは「占有ないし占有権の本質論」から「極め手を導くべきもので, ないしは導けるもので, それを「導出しがた」というのは(96ページ), 占有の本質の見極めができていないからである。

この点のみからいっても, この論説, その内容に汲むべき点を探せないということは可能であろう。

- 11) 占有を客観説=主観説という視点で把握するのは, 必ずしも適切なものではない。「占有」には占有事実という実体が対応するだけであるのだから, 客観説にいう占有理解は, 占有の成立=認定を占有事実の認定のみで……体素=心素の存否という認定によるのではなく, 認知しようとするにすぎない。すなわちそれがベッカーの客観説なるものの占有論における意義である\*。

したがって客観説とは, 換言すれば占有事実説とも表現できるもので……その場合, 占有とは「権利」ではなく事実であるという占有の定義とどう関係するかが問題となるが, BGB自体, 心素を不要とするという意味で占有客観説を採

用しているとはいえない, ともいえる。すなわちBGBも自主占有=他主占有の区別については (§872) 権原の「類型」によっている。またすなわち, そうしてみると, 占有を客観説=主観説という視点——徴標 *Merkmar* で論じるのは\*<sup>2)</sup>, 間違っている, ということも可能である。そういうことである。

占有主観説と客観説の違いは, 占有の性質, 成立を占有者の主観すなわち意思要素によってするか, 占有の「客観的な事実」によって決めるか\*<sup>3)</sup>, というのではない。占有を占有要件=要件事実によって決めるか, 占有の実体態様——実態の認識によって決めるかである\*<sup>4)</sup>。したがって主観説が占有者の主観的要素によって占有の成否, 性質を決するというのでもなければ, 客観説が占有の主観的要素を必要としないのでもない。強いていえば主観説とは占有要件説であり, 客観説とは占有非要件化説ないしは実態認識説というべきである\*<sup>5)</sup>。

ただ, 客観説論者自身にその認識は乏しく, 主観説批判に——それは主観説理解の裏返しであるが, 不明なものをもつ。本来, 占有主観説とは占有を意思と所持事実<sup>6)</sup>に2分解し, それを法律要件として要件事実を求め, 占有の成立を認容しようとするものである。したがってそこでは占有意思に対し意思事実, 「所持」に対して所持事実の存否を探し, 占有の成否を認める。

それに対してイエリングに始まった主観説批判は, 結局, 意思事実と所持事実の別が不明になる。逆にいえば占有意思事実と所持事実は同じ事実になるということである。それが所持に意思が含まれる云々という指摘であって\*<sup>6)</sup>, 詰まるところ, ベッカーの主張によってBGB §854に収斂するに至った。

そうであるから, 日本民法典180条が「自己の為めにする意思」と「物を所持する」ことによって占有の成否を決するというとき——主観説による立法, それは自己の為めにする意思事実によって意思要素を, そしてその同じ事実が「所持事実」であると認定されれば所持要素がそれぞれ認められるというにすぎない。すなわちそ

れは、日本民法典の如く要素分解してもしなくても同じである。したがって「占有事実」の認否によって「占有」の成否を決すればよい。それをイエリングは「客観説」と命名したにすぎない。

そうすると、185条にいう「所有の意思あること」の「表示」も、所有の意思あることの表示事実の存否によって決せられる。そしてその所有の意思あることの表示事実とは「所持事実」と別異の事実にならない——同じ事実である。したがってそこで主観的要素は「……客観的要素のいかなる変更も主観的要素にかかわりあいのないものとされ、両者はどこまでも対立的要素として存在するものとみられていたのであるから、ここでは主観的要素である意思の表示はつねに明示的な意味あいを具有するものとみている……」とするのは不明な理解となる\*7)。すなわち「主観的要素と客観的要素の両者がどこまでも対立的要素として存在する」という理解が解せないのである。そこには主観的要素と客観的要素についての何らかの誤解があるように思う。確かに主観と客観は対立概念であるが、それを意思と事実の対立概念と同じと捉え、意思を非事実、事実を事実とし、非事実と事実の対立と捉えているのではないかと思える。

しかし法律要素として意思と事実を立てた場合、その要素は意思事実と事実事実(!)の存否の認否に適用されるにすぎず!要素としての「意思」と「事実」はともに事実ではない。その客観説論者にある誤解とは、それである。

\* ) 辻「占有は事実であるとは?」『阪南論集 社会科学編』40巻1号、2004年11月、35ページ。

\* 2) 田中、前掲書、5、132、134ページ。

\* 3) 同上書、180ページ。

\* 4) Bekker, Ernst Immanuel, *Zur Reform des Besitzrechts*, Jhering Jahrbuch, folge2, Bd.30, 1891, s.311.

\* 5) 辻、前掲論文(占有は事実)35ページ。

\* 6) Jhering, Rudolf von, *Besitzwille*, vlg, von Gustav Fischer, Jena, 1889, s.22.

\* 7) 田中、前掲書、182ページ。

12) 鈴木、前掲論文、140ページ。

13) 同上論文、97ページ。

14) そもそもが、我が民法が「占有」を「占有権」としているのはそのためである。それは梅謙次郎、『民法要義』巻2、法政大学、明治40年、38ページ、富井政章、『民法原論』第2巻、有斐閣、大正6年、666ページが明記している。

鈴木、前掲論文、100ページ。山中康雄「相続は地位の承継か」『穂積道悼論文集』有斐閣、昭和27年、368ページ。

15) 占有は事実であるという占有論のもつ基底の迷路の一つにさ迷って、法律学がロオマ以来、そもそもが「占有」というのが所有権論のもつ、そしてそれは占有論の今一つの迷路に迷った結果であるのだが、常套的に見出した——と思つたにすぎないが、出口は、別名を与えるというものである。それは「占有」と「占有権」の対照論にも典型的に見られる。それを「見出した」法律家はその俊敏さに大いに満足したと思われるのであるが、すべてそれは錯覚であった。例えば、

抑モ占有カ事実ナリヤ権利ナリヤハ羅馬法ノ解釈トシテ独逸普通法上最モ争ハレタル問題ノ一ナリ。然ルニ吾民法上ノ解釈トシテ其権利ナルコトニ付キテハ疑ヲ挟ム者従来殆ト之レナク占有権発生ノ法律的原因タル占有ハ事実的關係ニ過キサレトモ之ニ基キテ発生スル占有権ハ一ノ権利ナリトスルコト殆ト学説ノ一致スル所ナリ。而カモ其占有権ノ内容及ヒ性質ノ如何ニ関シテハ今日尚異説ノ存スルコト後ニ説明スル所ノ如シ。

按スルニ一定ノ法律上ノ効果発生スルカ為メニハ必ス之カ原因タルヘキ一定ノ法律要件具備スルコトヲ必要トス、而シテ其一旦発生セル法律上ノ効果ニ加フルニ更ニ一定ノ法律事実ヲ以テストキハ之ヲ原因トシテ更ニ一定ノ法律上ノ効果ヲ発生スヘシ。此場合ニ於ケル第一ノ法律要件ト第一ノ法律上ノ効果ト而シテ更ニ此第一ノ法律上ノ効果ニ第二ノ法律事実ヲ付加セルノ結果発生シタル第二ノ法



律上ノ効果トハ別個ノ事実ニシテ明カニ之ヲ  
 区別スルコトヲ要ス。故ニ又権利発生ノ原因  
 タル法律要件ト権利ト更ニ其権利ニ基キテ発  
 生スル法律上ノ効果トノ混同スヘカラサル素  
 ヲリ明カ也。然ルニ従来占有有力権利ナリヤ事  
 実ナリヤノ論ニアリテハ此点ノ区別必シモ  
 明瞭ナラサリシモノノ如シ。

今吾民法ノ規定ニ付キテ之ヲ見ルニ占有権、  
 占有、占有者、占有物等ノ文字ハ随所ニ之ヲ  
 使用セリ。而カモ其用例必シモ一定セス従  
 ヒテ単ニ文字ノミヲ以テ直ニ其意義ヲ判断ス  
 ルコト殆ト不可能ナルニ似タリ。然レトモ占  
 有権ノ文字ハ常ニ権利タル占有即チ体素及ヒ  
 必素ヲ法律要件トシテ発生スル占有権ヲ意味  
 スルコト疑ナク（民法第180条参照）又単ニ占  
 有ト称スル場合ニアリテモ其意実ハ占有権ヲ  
 意味スルコトアリ。尚其他単ニ占有ト称スル  
 場合ニ於テ或ハ之ヲ単純ナル所持ノ意義ニ使  
 用スルコトアリ。又或ハ

という\*。

上記末弘説の苦しいところは……一定ノ法  
 律要件具備スルコトヲ必要トス（中略）加フ  
 ルニ更ニ一定ノ法律事実ヲ以テスルトキハ  
 ……にあろう。法律要件が具備して法律効果が  
 付与されるというのは基礎的な法律要件 =  
 要件事実論である。したがってその前半分は  
 それを展開しているもので至極もつともなこ  
 とである。しかしそれが後半分になるとなぜ  
 突然、「法律事実」を以てするということになる  
 のか、である。法律事実とは法律要件事実  
 に該当する事実を一般化するという表現である。  
 直截に言えば法律事実とは法律要件事実、要  
 件事実というに均しい。ただ、「法律事実」と  
 はそれを一般化して法律上争いにならない事  
 実ではないという意味を強調して使われると  
 いう点が要件事実論にいう「要件事実」とは  
 異なるのみである。そしてここではその一般  
 的な法律上争いにならない、あるいは法律上  
 意味がある = ないという点は関係がない。そ  
 うであればここではそのいう「法律事実」と  
 は「法律要件事実」と全く同じ意義をもつと

いって不可ない。そうするとどうなるか。

法律事実にはそれに対応する法律が設定さ  
 れていなければならない。すなわち第二に付  
 加されるというのも法律事実に対応する法律  
 ないしは法律要件でしかないことになる。末  
 弘説はそこに「法律事実」と提示して「占有」  
 を念頭に置いて、占有が事実であるから法律  
 事実といっているのであろう。しかしそこに  
 付加されているのは法律要件としての「占有」  
 なのである。そこにいう「占有」とは事実で  
 はなく「語彙」なのである。占有という語彙  
 に対応する占有事実が成立しているときに末  
 弘説のいう第二の効果が発生するということ  
 である。すなわちそこでいう「法律事実」と  
 いうのはなくてもよいということである。

\*末弘厳太郎「占有権ノ相続」『穂積先生還暦  
 祝賀論文集』有斐閣書房、大正4年、955ペ  
 ージ以下。

- 16) 鈴木、前掲論文、104-107ページ。
- 17) 末弘、前掲論文、1004ページ。
- 18) 山中、前掲論文、368-369ページ。
- 19) 大審院判決、大正4年6月23日、民録21輯、  
1007-1008ページ。
- 20) 梅、前掲書、38ページは占有とは事実なのだから  
 相続人が占有を引継げばそれはそれで被相続  
 人の占有と別の事実なので、したがって相続人  
 は187条によって選択的にその占有を主張でき  
 る、としている。  
 これに対し同じ起草者の一人である富井、前  
 掲書、667-669ページは、相続人は被相続人の占  
 有を引継ぐことは他の相続一般、権利の相続と  
 変わりはないとしている。したがって裁判所の  
 当初の理解は、この富井説に沿っているといえ  
 よう。
- 21) 末弘、前掲論文、1011-1013ページ。我妻栄『新  
 訂物権法』民法講義II、岩波書店、1983年、486  
 ページ。
- 22) 民集16巻（5）1075ページ。
- 23) 187条に関してはその他、前占有者が占有の始め  
 善意無過失であったが、承継者が悪意あるいは  
 有過失になった場合に、善意無過失10年の適用

があるのかという問題と、占有代理人が無権限になり、本人の直接占有になった場合に、187条の適用があるいか、という問題がある。

前者を肯定するのが、最判。昭和53年3月6日、民集20巻135ページ。後者について否定するのが、大判。大正11年10月25日、民集1巻604ページ。

24) 辻「占有の権原論」『阪南論集 社会科学編』41巻2号、2006年3月、1ページ。

25) 民集10巻763ページ。

26) 民集10巻774ページ。

裁判所の判例集は出版物としては、その仕上がり粗末、粗雑な印刷物なのであるが、この判例集、他の判例集と同じく杜撰な校正で誤植も多い。その上に、驚くべきことに判決主文が欠けている！したがって摘示の事実と理由の文脈——上告理由を「理由ナシ」と却けているから、多分上告を棄却したのであろう——取得時効の成立を否認、と思われるが、しかし所詮それは推測に止まる。刊行の判例集によっては決せられない。

27) 『法律評論』28巻上、民法、59ページ。

28) 富井、前掲書、667ページ。

29) 我妻、前掲書、[557]472ページ、末川博『物権法』日本評論新社、昭和31年、213ページ。

30) 梅、前掲書、38ページ。

31) 末弘、前掲論文、1012ページは、端的には「相続」それ自体が新権原であるとしているととれる主張があるが、相続人が相続し、所有の意思をもてば他主占有を相続しても自主占有に変じるとする(同上ページ)。我妻、前掲書、[557]472ページは例外的に善意で他主占有を自主占有として相続し、公租公課を自分名で支払っている、所有権者がそれに異議を述べない、という例を挙げ「相続によって客観的権利関係に変更を生じたとき」には、その相続による占有の承

継は、新権原によるものとみるべきだとしている。

また客観説の立場から、田中、前掲書はその178ページ以下で「客観的態様の変更により」「占有の性質転換の可能性を認」める——したがって相続を新権原に含める、とする(196ページ)。

32) 前掲、民集16巻(5)1075ページ。

33) 星野英一「民法187条1項は相続による承継にも適用がある」『法学協会雑誌』民事判例研究、81巻(3号)299ページ。田中、前掲書、192-194ページ。

34) 星野、前掲論文、299ページ。

35) 民集25巻(8号)1437ページ。

36) 同上判例集、1438-1439ページ。

37) 大判。明治45年6月1日、民録18輯569ページ。

38) 辻「占有は事実であるとは？」『阪南論集 社会科学編』40巻1号、2004年11月、37ページ。

39) Jhering, Rudolf von, *Der Besitzwille*, vlg., von Gustav Fischer, Jena, 1889, s.21.

40) 我妻、前掲書[538]は……占有は、物がある人の事実的支配内にあるという客観的關係(所持)を基礎とする……としている。

41) ソシュール、小林英夫訳『一般言語学講義』岩波書店、1940年、95-97ページ。

Saussure, Ferdinand de, *Course in General Linguistics*, tr. Wade Baskin, McGraw-Hill Book Co., New York, 1959, pp.65-67.

42) 辻、前掲論文(占有は事実)35ページ。

43) 末弘、前掲論文、963ページ以下。

44) 鈴木、前掲論文、94ページ以下。

45) 辻「物権変動論」『阪南論集 社会科学編』33巻3号、1998年1月、147-150ページ。

(2006年5月12日受付)

(2006年7月21日掲載決定)