

# 占有は相続できない = 「占有」は相続できる

## 辻 義 教

はじめに

I 占有と相続

II 「所持ハ社会的觀念ニシテ」

おわりに

### はじめに

占有とは、「占有」という名辞に対応する実体を見出して、初めて成立するもので、したがって占有論は優れて認識論的——19世紀的にいえば認識論的、言語学の問題である。本来有体物を、であるが、物を所有する権利——いうまでもなく、それを所有権というが、その権利には、社会生活の生態の中で、それを法律学では実体というが、その権利に対応する、社会的に認知される所有の実体——実体の態様であるから「実態」というものが認められる。O. ギールケのいう所有権は歴史的所産である<sup>1)</sup>、という命題はこのことをいう。その実態を、法律世界は別に「占有」とも名付けて来た<sup>2)</sup>。逆にいうと、したがって占有とは、所有権事実のことである、ということになる。そういう意味で、占有とは事実である。法律世界ではそう表現される。それはまた逆にいうと、占有とは権利でないという謂。

これが実は占有のラビリンス labyrinthus 迷宮あるいは迷路といわれるものの実相なのであるが、他方、今一つ占有には迷路がある。それは占有は事実であるとした場合、事実とは現に生成、変化する現象であるから、人間の五感、取り分け視聴覚で認識し、記憶されることは可

能であるが、現象としては変遷して留まるところのない映像でしかない。しかしそれを「占有」と言語化して認識すると——言語化して認識し、思考するからヒトというサルはサルではないのであるが、その「占有」とは、語彙——法律世界はそれを名儀というが、であって、事実——実体ではなくなる。そういう構造をもつ。それが論者のいう占有論における基底のラビリンス labyrinthus である。そういう今一つの迷路 = 迷宮をもつ。

一方その場合の所有権事実は、所有権であるから、冒頭に触れたように有体物を客体とし、それに係わる主体としての人から構成されることになる。すなわち所有権とは人と物の法の一つである。人がこれまた語彙によって作り上げた法人というものを除いて考えると、それを法律世界は「自然人」というが、それは上に触れるように霊長類の一種である。すなわち人は必ずや生まれ——民法3条、必ずや死ぬ——民法882条。民法882条が自然人が死去したとき、相続が開始する、と規定するごとく、権利主体が地上から消えて亡くなれば——遺体は遺されるのであるが、権利事実としての客体——多くは有体物が主体を欠いて遺されることになる。それを、法律は間髪を置かず生ける主体に置換する——すなわち権利者を置き換える。権利者はこの地上では、必ずやこれまた言語化して存在する。人の言語化されたものを「名前」という。したがって権利者の置換とは権利者名の置換でしかない——人間世界は必ずや言語化されているから、それは必ずやそうなる。それをい

うのが、民法882条にいう「相続」である。

これまた逆にいうと、したがって相続とは、権利者名の——死去した旧権利者名に代えて生存する特定人、それを相続人というが、に換える法的操作——名前という語彙の操作にすぎない<sup>3)</sup>。それを法律世界は、「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」(896条)と表現する。

その場合、占有は権利ではなくて事実であるとするとうなるか。それが「占有の相続」という法律問題である。事実を上に触れたように現象とすれば、それは語彙——観念ではないのだから、占有者が死去しても、それはそれ限りのことであり、ある占有者がある有体物を占有していた——所持していたという事実が相続人に承継されるということはないことになる。それがザビニーの指摘した命題である<sup>4)</sup>。

他方、その事実には「占有」という名儀が付されているのであるから、その名儀は「所有権」という名儀と語彙——名儀であるという点で異ならない——占有の基底の迷路。したがって相続されうる。語彙=名儀としては相続されうる。そう考えることも可能である。それはまた上に触れたように相続が被相続人のもっていた法律関係の主体である名前を相続人の名前に付け換えることでしかない。そうであるのだから、ここでも占有は事実であるという性格は——占有は権利でないという性格は無意味になる。したがって占有は相続されうる。そう考えることができる。

この二つの原因、ないし理由、根拠によってドイツ民法は占有は相続されると明記した(BGB §857)。しかしここで二つの側面を注意しなければならない。その一つは、占有の相続とは「占有」という名儀、ないしは「占有者名」という名儀の付け換えにすぎないという点である。それをドイツ法学は「占有権は有体物支配を欠いて移転する<sup>5)</sup>」「例外的にBGBは857条で直接的占有を事実上の有体物支配に依拠することなく承認している<sup>6)</sup>」と表現する。

他方、BGBが占有の相続を承認しているの

は、ザビニーのいう占有は事実であって相続できない<sup>7)</sup>、という命題を否定するものではないのだという点である。事実とは現象であってという上に触れた点は、ドイツ民法の上記規定によって変更されていない。というよりも、そのような事物の本性=本質 *das Wesen* を法規範は変更しない。それが近代法の一つの原理である。

本稿は上記の間を占有の権原を素材にして論じたものである。

## I 占有と相続

### a

占有権の相続を認むべきかどうか、ドイツ普通法時代に争われたものである。……(中略)……わが民法には規定がない。しかし、被相続人の事実的支配の中にあつた物は、原則として、当然に、相続人の支配の中に承継されると見るべきだから、その結果として、占有権も承継されると解すべきである。……というのが<sup>8)</sup>、占有の相続に関する日本の法律世界の「通説」である。

法理論は実体法に関する限り、多くは法律(権利)要件とそれに対応する事実=要件事実の存否の認定によって成り立っている<sup>9)</sup>。それが不思議なことに、事、占有論に限って法理はそれを無視して立てられる——混乱している。それはいうまでもなく、ある一つの命題の然らしむるところである。その命題とは、すなわち「占有は事実である」という命題である。

ところが、ここが占有論の第一の迷路なのであるが——冒頭にも触れたように、論者はそれを占有論における基底の迷路、迷宮 *labyrinthus* といっているのであるが、そこにはあまりにも当然で、したがって誰しものが無視する構造がある。それは「占有は事実である」とした場合——それはそのとおりであるが、あるいはそうであるとしても、「占有」というのは名儀すなわち語彙である。そういう占有論における第一の構造、あるいは性質、特徴が無視、忘却され

ているということである。

すなわち「占有」が語彙でなければ——語彙でない？したがって占有論においても「占有」ないしは要件としての占有とそれに対応する要件事実としての占有事実の対照という構造は、他のすべての法律要件＝要件事実論と別異ではない——同じである。したがって占有論の一つの大きな傾向をいえば、それは占有論が迷路を迷いながら、結局、他の諸権利論と同じ結果すなわち法律要件論そして要件事実論を指向しているということである、そういう点である。

占有論自体がそうであるが、そして日本民法典が占有を「占有権」と表記しているのは、上記の迷路に迷った結果であるが、占有論のなかのほとんどの、そして法律学一般においてもそうであるが、百家争鳴となる論題はその原因を、先ず十中八九とあってよい、上記の点に基因している。占有改定が192条の占有に当るか。相続は185条にいう「新しい権原」に該当するか等。あるいは占有論以外であるが、法人論の実在説＝擬制説。それらはすべて、上記の点すなわち、語彙と実体の迷路に起因している。

占有論の入口とでもいうべき、占有要素論そして主観説＝客観説もそのほとんどを上記の点に負う。すなわち「占有」は名儀＝語彙であるのだから、占有の成立、認知とは占有事実の認知＝認容に尽きる。すなわち、占有とは「占有事実」の成立、存否を認知、認容できれば成立を認容される。ないしはそれに尽きる。それを指摘したのがイエリングに始まる客観説。それは当初は意思要素が所持要素——体素に含まれる云々と説かれた<sup>10)</sup>。それを認識論の問題である。そう指摘したのがベッカー<sup>11)</sup>。ドイツの占有論はそれを受容して、BGB §854に纏めた。そこに客観説の中に意思が必要であるか、ないか等という観点を持込むのは<sup>12)</sup>、お門違いの指摘である。我が民法学はその迷路をいまださ迷っている。ベッカーのBGB草案批判を受けて、BGBが占有要素論を出て、§854を採用したというのは、ドイツ法学がこの「占有」の迷路を脱したという意味をもつ。日本民法学はそれに

気付かず、Gewere論と錯覚しているのである。

「占有」というのは事実ではなく！語彙である。語彙は、元来が伝達の道具である<sup>13)</sup>。ヒトは思い、考え、話すことをすべて言語によって行う。パスカルをなぞっていえば、「人想うゆえに人あり」であり、その想うとは言語、語彙を手段として行う。言語を手段としてしか行えない。したがって言語、語彙は本来的に伝えられるものであるから、「占有」も必ず伝えられる。占有の相続を認めるとはその謂である。他方、語彙は伝えられるもの——実体をもつ。それを言語学はmessageというが<sup>14)</sup>、したがって「占有」という語彙も必ずそれが伝えようとする実体をもつ——その語彙が対象言語である限り。「占有」の実体は人の物支配の事実——実態である。それが、「占有は事実である」という命題の謂。事実それ自体は決して伝えられない。動産のみは引渡すことができるが。したがって占有は相続できない。ロオマ以来、法律世界が占有は相続不能として来たのは<sup>15)</sup>、「占有」の実体が伝達不能という謂。

他方、日本民法典は占有を「占有権」と表示する。ドイツ民法はBesitzとしか表示せず、Besitzrechtとは表示しない。それを日本民法学は、占有という事実に法律が法律効果を付与しているのだから、その占有は占有権である。ないしはそれが、日本民法典のいう占有権である。そう解く<sup>16)</sup>。

「占有」は事実であり、「占有権」は権利であるというのは、所有は事実であり、所有権は権利である、というのといかに異なるのか。あるいは、「占有は事実であり、占有権は権利である」というのは、何を言わんとするのか。同じ思考の流れで「占有は事実であるから、承継、相続されない」（それは「占有は事実であるから譲渡できない」とするに均しい）という命題は立てられる。それらはどのような事情を意味することになるのか。

それはまた、占有は事実であるということをも、「占有権」と言い換えることによって何をも変え得ないということではないのか。

ドイツ民法は、占有の条項を Besitz と表記する。したがってそれは、かつて我が国において「占有権」と翻訳した例があるが<sup>17)</sup>、「占有」と訳すべきものであろう。ただ、ドイツ民法学が占有という事実と権利をどう扱っているかも我が民法学の扱いと同工異曲である。それは「事実」を非法律問題、「権利」を法律問題と対照していると考えられるのであるが<sup>18)</sup>、多分、我が民法学はそれを学んで、上記の類の解を与えているのだと考えてよいと思うが、法律効果を付与された権利であって、物についての排他性をもつから、物権の一種であるとする<sup>19)</sup>。

占有はその所有権の権利要件を無視して！所有権事実の存在によって所有権を認定しようとするものである。したがって占有とは、第一義的には所有権事実である。そうであるが、その場合、所有権事実を事実として観れば、それは賃借権事実と何らの差異をもたない。そのためにそれは所有権事実とのみ称されなくて、例えば賃借権事実を含む権利事実として物支配一般と抽象されて「占有」と名付けられている。そうであるから占有には所有権事実である自主占有と非所有権事実である他主占有があることになる。

占有は第一義的に所有権事実であることにおいて事実である。それを反対に権利でないともいう。法律世界における占有は事実か権利かという問いの意味は第一義的には語彙と実体、権利要件と要件事実かという対照において意味がある。しかし、「占有」とは語彙であって、事実そのものではない。それをいうのが「所持」であり、所持とは別途、占有事実を意味するもので、所持は物支配事実であるという<sup>20)</sup>。しかし所持は事実であるとしても「所持」は語彙であることにおいて、「占有」が語彙であることと差異はない。それはさらに、自主占有についてのみであるが、所有権事実は事実であるといったとき「所有権」が語彙であることとも差異はない。この語彙であることがそれぞれに観念であることになる。占有と所持の観念性とはその語彙性をいうのであり、それぞれを観念であ

るとするのはその語彙が事実を指示していることを見失っているのである。

したがって占有をめぐっては、自主占有を念頭におくと、所有権事実、占有、所持は同義である。かつまた、「所有権」と「占有」と「所持」は同義であることになる。それを他主占有を含めていうと権利事実と占有と所持は同義であり、かつまた（物支配を伴う）権利と占有と所持も同義であることになる。

占有の迷路とは上記、二つの同義群を別異のものとして扱うことによっている。また、したがって各権利に応じた権利事実という占有が成立するのであって、それを捨象した権利事実一般という占有はない。権利一般という権利は、実定法上意味はない。すなわち、具体的には180条にいう占有は存在しないということである。その限りで占有無用論は理由がある<sup>21)</sup>。ただ、権利の原始的取得を結果する占有——取得時効などは、例外である。この場合は、その権利事実——占有に対応する権利が当事者に現に成立しているのではない。結果として法律効果を付与されて、権利を取得する。したがってそれは、論者のいうメタ規範の典型例としての占有となる。すなわち想定される権利を規準として、仮想的に権利事実の存否が判定される。

したがって、上記、例外の場合を除き、占有には、占有としてしか扱えない場合は存在しない。それらすべては、その権利事実に対応する権利あるいは権利要件の問題として論ずることが可能である。それが上に触れた占有無用論の成立理由である<sup>22)</sup>。

占有とは所有権事実を一般化して権利事実、ただし有体物支配を伴う権利事実一般という。したがって物権＝債権事実をいうのであるから、占有の主張に有体物支配事実の主張のみをしても、決定的な主張にならないのである。また同じ謂で、占有を争いの対象にする訴は、占有の成否、多くは取得時効占有の成否であるが、それを肯認＝否認する場合に、裁判所はその認否を本権の成否によって認定しようとする。以下の例はその実例である。

最高裁判所判決、昭和38年3月24日（民37－〔2〕－131）。その事例は巷間、「お綱事件」と称されるもので、「お綱の譲り渡し」というのは熊本県の郡部において当時、慣習として行われていて、親が生存中に農地の所有権の移転と家計処分の権限を特定の一人の子に移転しようとするものである。被上告人である原告は昭和33年正月にお綱を譲り受け、譲り渡した親が昭和40年3月1日死亡したことにより、一旦、共同相続の登記のなされたものを、昭和33年正月から10年を経過した昭和43年1月1日、時効によって取得したことを理由に所有権移転の登記を共同相続人である被告、上告人に求めた。

1審、2審とも「お綱の譲り渡し」による占有取得を肯認し、その取得時効の成立を容認した。それに対し、被告、上告人は相続財産の取得時効の成立は、それを認めると、遺留分の規定が働かないから、厳格であるべきだと主張して上告し、被上告人に占有取得に過失があるとしている。

最高裁判所は、上告人の主張を容れ、被上告人の取得した占有が自主占有であるかどうか疑いがあるとして、原判決を破棄して福岡高等裁判所に差し戻したのである。そこで裁判所が従っている規準は、民法180条が提示している占有が成立しているか否か、すなわち180条に対応する占有事実が成立しているか否かではない。

その事例は、太平洋戦争敗戦後、占領軍原案の日本国憲法の傾向に沿うべく訂正を受けた均分法定相続を避けることもあって、熊本のその地に慣行としてあったといわれる「お綱の譲り渡し」という生前相続——隠居によって農地を単独取得したという原告の主張、したがって訴え提起に際して善意10年の取得時効は成立している。そう主張したものを、熊本地裁が肯認したものである。

ここでは規範要件として法定均分相続を否認する、遺産となるべき農地、資産の単独相続を容認することができるか否かが規準とされている。実体の態様としての占有の実態が、ないし

は162条1項あるいは180条に対応する占有事実が実在するか否か、成立しているか否かが論じられ、争われているのではない。

その間を、論者は別に、占有規範のメタ規範性から扱ったが<sup>23)</sup>、ここでは占有のもつ言語的迷路性から扱っている——同じ構造を同じく扱うのであるから、結論は同じ謂になる。同上事例において、占有が「事実」であるという私法学がもつ一つの規定性から認定するという観点は成立しない。事実からは、そして実体事実としては何人も反論できぬほど明確な占有が成立している。しかしその実体によって所有権取得を認容することは不可能なのである。なぜなら、占有は——一般的定義に反して、事実としての有体物支配 *die Sachherrschaft* ではない！からである。すなわち、占有とは必ずや一つの権利事実だからである。そうであるから、実態として認定されるとすれば、上記、お綱事例についていえば、それは遺産相続事実として成立しているかどうかである。昭和改正相続法上の遺産相続事実としては、遺言相続事実と法定相続事実しか実在してはならない——規範問題、のであるから、したがってそのような占有事実の実在は否認される。ないしはそうであるとしか認定されない。そういうことになる。

ここでは権利と権利事実が平行する。イエリングのいう占有と所有権の平行性 *der Parallelismus*<sup>24)</sup>。あたかも、私的所有権の成立しない対象、例えば公有道路用地には、取得時効は成立しないのと、同じ謂<sup>25)</sup>。

上に触れたように相続というのはただ単に、ある人の死亡によってその人の占めていた法律名義——権利、義務、したがってある人が死して亡くなるのであるから、権利者、義務者名の付け換えにすぎない。一方当事者が死去しているのであるから、その名称の付け換えは、当然には決して生じない。すなわち、相続とは法定原因である。法律の規定によって、権利者名、義務者名、取り分け主として所有権者名を付け換えることを相続という。それを表現するのが「相続人は、相続開始の時から、被相続人に属

した一切の権利義務を承継する」(896条)である。

したがって占有の相続は——それを「占有権」と表記しても「占有」と表記してもいずれも問題は異ならない。同じ謂。他の権利、義務の相続と、問題は何ら異ならない。同じ。占有は相続される。その相続とは「占有」という名儀の相続。それを相続占有者はある日、ある時——それは名儀の相続とそれほど隔てられた日ではないのが普通だろう、その物を事実上占有する。それは相続占有事実である。

それに対し占有相続人が独自に新たな占有事実を——多くはそれは占有事実の改変となって行われるであろう、始める場合がありうる。それは上記の相続占有事実とは別個の占有事実である。それは強いていえば「占有相続人の新占有事実」である。前者と後者は別のものである。我が民法学はそれを同じものと取違えている<sup>26)</sup>。

したがって占有の相続には三つの構造があるといえよう。名儀としての占有の相続——それは占有権の相続といっても同じもの、そして相続された「占有」に対応する相続占有事実、最後が、相続占有者が独自の意思で改変する占有事実である。

したがって所有権という権利名儀の実体、すなわち所有権事実は歴史的所産であるから<sup>27)</sup>、その権利者名儀——名前の付け換え自体、一つの所有権事実であり、したがって歴史的所産であることになる。すなわちそれは、ある時代のある時期によって実態を異にする。

一時代前、一時期前に可能であった歴史的所産が変っておれば、現行に通用することはない。我が法制史でいえば、現行民法206条という所有権事実は明治初年より実体化している。しかしそれは1945年の太平洋戦争敗戦前は、その相続継承に貫徹されることはなく——制限され、生前相続——被相続人の生前死すなわち隠居あるいは家督相続という制肘を受けていた。同敗戦後、その制肘は解かれ、遺産相続、遺言相続、法定均分相続に変化した。

その変化の過程で、人間の社会的文化——上部構造の変化一般がそうであるように、現行の所有権実態の中には過去の実態が遺存してある。その遺存した実態は、所有権に限っていえば所有権事実すなわち占有として主張されるということはあり得る。上記、裁判、昭和58年3月24日(民37-〔2〕-131)にいう「お綱の譲り渡し」とはそういう性格のものである。

したがって同事件の真の法律問題は、争いの時点で生前相続が認められるか、であった。しかしそれは法定法律問題の性格からして自明である。したがって当事者はそれを占有による所有権取得として主張したのである。しかしその主張は故意か偶然か、占有一般の成立と、したがってその善意10年の所有権取得と主張されている。この場合、善意、無過失も争われているのであるが、最も大きな問題はその原告であった被上告人の占有が占有一般それは抽象的権利事実ということになるが、そうではなく相続事実であること、また所有権事実であることである。

上告審において被告＝上告人の遺留分の適用がなくなる点の指摘、および自主占有の証明の指摘は有効な指摘で、その意味するところは、上記、論者のいう争いの事実が遺産相続事実、所有権事実であって、権利事実一般、したがって占有一般でないことである。被告＝上告人側のこの主張は、したがって最高裁の容れるところとなって本件は破棄、差し戻されたと考えるべきである。

この件にも見られるように権利事実すなわち占有一般という占有は観念上のものであって、具体的には実在しない。そうであるから、そこで裁判所を実際に規定する規準は、争いとなる権利事実の「権利要件」である。そしてそれが占有の成否という法律問題として論じられるということである。すなわち裁判所は、

……そして、これらの占有に関する事情が認定されれば、たとえ前記のような被上告人の管理処分行為があつたとしても、被上告人は、本件各不動産の所有者であれば当然とる

べき態度，行動に出なかったものであり，外形的客観的にみて本件各不動産に対する寿一の所有権を排斥してまで占有する意思を有していなかったものとして，その所有の意思を否定されることとなって（辻注——自主占有ではなくって），被上告人の時効による所有権取得の主張が排斥される可能性が十分に存するのである。……(35ページ)。

と述べ，原判決を理由不備の違法を犯しているとは非難している。

他方相続とは，冒頭に触れたようにただ単に権利者名義，それも最も有意味なのは所有権者名義の，その付け換えにすぎない。さらに，占有とは本来的には所有権事実の言い換え別称であって，ただ実体事実の態様からいうと，有体物支配 *die Sachherrschaft* すなわち所持を伴う権利——物権，債権の権利事実である。それを「占有」と称すれば，上記具体性をすべて捨象して名付けられていることになる。我が180条にいう占有もその抽象的占有の謂である。したがって日本民法はその明文規定をもたないのであるが，BGB §857にいうように占有の相続を認めるというのは，前稿でも触れたように<sup>28)</sup>，ある占有者が死去したとき，法的効果として相続人にその「占有者」という名義の継承を認めるということである。したがってそれは法定の占有の簡易の引渡し（日本民法182条2項）と同じ謂をもつことになる。占有の相続と日本法でいえば，民法182条以下の占有の引渡し方法との違いは，182条以下のそれが，当事者の誰かに占有事実＝所持を予定しているのに対し，相続のそれが相続人の占有事実を予定していない点である。

占有とは本来，占有事実であるのだから——権利に対する事実という意味ではない，ある占有者が死去したときは，占有対象——有体物が遺されるだけで，その占有者の占有は消えて亡くなる。それがザビニーのいう，占有は相続できないという意味である<sup>29)</sup>。すなわち，ザビニーのいう占有は事実であるというのは観念に対する非観念という事実の謂である。しかし「占

有」というのは事実ではなく，名義＝語彙であるから，実定的に被相続人から相続人に発信され受信されたとする（法定する）ことは可能である——遺言のある場合は遺言者から受遺者に「占有」という名義＝語彙が遺言者の死亡の時に受遺者に届いたとすることは，語彙というものの性格から，極めて説得的である。それを踏まえれば，無遺言の場合に，被相続人の「占有」が相続人に届く，受信される，継承されるとすることも説得力をもつ。BGB §857のいう占有は相続されるという条項はそうして成立したものと考えられるであろう。

それは冒頭に提示したように，相続の開始——被相続人の死亡の時に占有者名を被相続人から相続人に付け換えるということと同義になる。しかしその付け換えは，あくまでも付け換えであって，被相続人甲のA有体物占有の「占有」という名義＝語彙が法定的に甲から相続人乙に伝えられたということであるのだから，その「占有」とは甲のA占有を伝達対象とする名義＝語彙であるにすぎない。したがってそれはその名称を乙のA占有と付け換えるにすぎないことなる。そこにいう甲のAの「の」，乙のAの「の」とは，占有を発生させている関係——権利をいうのであり，それを法律世界は占有の権原という。したがって相続は，占有に新たな権原を与えることにならないとされて来た<sup>30)</sup>。そしてそれは占有事実は相続されないという指摘とともに，現在においても正しい。すなわち変らない指摘である。そういう意味で日本民法典185条にいう「権原」に相続は含まれない。我が民法世界がそれを含む云々と論じているのは<sup>31)</sup>，占有の相続それ自体ではなく，相続占有者の新権原——横領，無主物先占を含めて，のことである。すなわち問題を取違えているのである。

占有における権原とは，ただ単に占有発生の原因というのではなく，争いの相手方との間のその占有をもたらず法律関係のことである。すなわち自主占有であれば，それは所有権事実であるから所有権で，他主占有であれば，それは

占有をもたらす法律関係である。その権利関係が争いの相手方との間でどうなっているか。その如何のことである。したがって相続占有者が相続後、有体物支配を実行し、それが被相続人の行なっていた占有物支配、利用の実態とは異なる新たな物支配関係であれば、その相続占有者はその新たな物支配関係で、その目的有体物に占有を取得する。その場合、その新たな有体物支配関係をもたらす原因関係が当然に新たな権原になる。そしてそれが相続直後であったとしても、その権原は相続されたものでなく、したがってその権原は相続とは関係のない「新たな権原」である。

逆に、相続占有者が被相続人の実行していた有体物支配、利用と同じ支配、利用実態を続ける場合は、そしてそのように同じ支配、利用実態を続けるのならば、そして多くの相続占有はそのように続けられるのであるが——そこでは相続占有者がその有体物を争うことになる相手方と被相続人が行なっていたと同じ権原——占有発生原因関係に従った目的物支配を続けていることになる<sup>32)</sup>。そして占有の相続には、上記二つのものの他に占有相続人が何らの有体物支配行為を実行しない場合のあわせて三つの場合がある。これら三つの場合の後2者は、いずれも「新権原」のある場合ではない。そうすると、占有の相続なるものには何らの「新権原」も存在することにはならない。つまり相続は、占有の権原になりようがないということである。してみると、相続は185条後段にいう「新権原」に含まれるか否かという問題設定<sup>33)</sup>、あるいは含まれるべきであるとする理解は<sup>34)</sup>、見当違いの問題設定というべきであろう。

しかし、この問題の設定は『民法修正案理由書』<sup>35)</sup>以来のものようであるが、その問題、占有相続人に「新たな」物支配事実、すなわち占有が成立しない限り、成立しない法律問題であろう。なぜなら、相続占有者が相続しただけでは、所持を欠いた被相続人の占有を法的に、名義上承継しているだけであるからで、その相続占有者の善意、悪意にかかわらず、その

占有に何らの変更をも来さないからである。

それは、他人の所有物を借用する他主占有者が、内心で以後その物を自分の物にしようと思うに至ったにしても、その他主占有者が自主占有者に変化するものではない。それと全く同じく、被相続人の善意、悪意と相続占有者の善意、悪意を並べて論じても、占有法理上無意味なのである。

それに意味があるのは、上記でいえば相続占有者に新たな目的物支配が成立する場合のみである。当然その場合、相続占有者はやがて後になって、その物をめぐって争うことになる者を含め——それがほとんどであると考えられるが、その者とその物について何らかの交渉、関係を持ち、その物を使用、収益、支配するであろう。その関係とその支配によって、その相続占有者には自主=他主、善意=悪意、無過失=有過失等の占有——権利事実が成立する。しかしその占有は相続とは無関係な、ただその相続占有者が、その物の占有を始めるに至った契機は相続に違いないが、それとはそれ以外、何の関係をもたない別個の占有——権利事実であることは、すでに上述のとおりである。そしてそうやって初めて、その相続占有者の善意、悪意等、占有の種類、瑕疵等の属性は意味をもつ。そしてその場合、その相続占有者は被相続人の占有をも承継しているのであるから、その占有を併せて主張できることは187条の明文どおりである。

すなわち日本民法学は、民法典制定当初から、この占有の相続を誤解して論じている。その誤解の核心は、占有の相続によって何を相続するのかの誤解であろう。相続によって相続占有者は、有体物支配——それを所持といってほぼ間違いないと考えられるが、それを欠いた「占有」あるいは「占有者」という名儀、名辞、語彙のみを承継するにすぎない。それを所持、すなわち有体物支配実体をも承継する。そう理解し、占有相続人の行う占有事実を占有の相続に含めて誤解して来た。その誤解を塗固しようとして出た一つの説が、末弘説<sup>36)</sup>。「所持ハ社



会的観念ニシテ」<sup>37)</sup>である。

## Ⅱ 「所持ハ社会的観念ニシテ」

法律要件論で法律要件と要件事実を対照した場合、そこにいう法律要件とは観念であることに意味がある。その対照ではある観念と、その観念に対応する事実、A観念とA観念事実が対照されている。したがってそれは観念と事実の当嵌 subsumtion, それがピッタリ一致する場合が requet な要件事実の認定となる。それが法律要件論の一つの意味なのであるが——その対照は言語世界における対象語彙Aとその語彙の伝達するA対象という対照の一つの応用例であることは、論者は別稿で扱っている<sup>38)</sup>。その場合、占有を事実であるとする、この対照がどうなるか。それが占有論の、したがって「占有の相続」という法律問題の要点となる——いうまでもなく、「占有の相続」も法律問題であり、法律問題は、基本的には要件 = 要件事実の対照で理解されるのは当然でもあるからである。

そうすると二つの——性質的には同一の、点の問題となる。一つは、上に提示しているように、法律要件 = 要件事実という「法律要件」とは、観念であるという認識ないしは自覚である。その二つめは、そこが占有論における迷路 = 迷宮に迷うかどうかの岐道でもあるが、占有が事実であるとした場合にも、「占有」は観念であると明晰に理解できるかどうかである。

前節冒頭に掲げたように、しかるに我が通説は占有の相続について「……しかし被相続人の事実的支配の中にあつた物は、原則として、当然に相続人の支配の中に承継されると見るべき……」だというのである<sup>39)</sup>。この理解で、それではどのようにして、占有の相続を肯認することができるのか問われる。そしてそれは、上掲の通説の結論の中では窺い識ることのできない点である。その通説は事実的支配中にある実在物そのものを念頭においており、それが相続人の支配——この支配は事実であるか観念であ

るかは判らない。

すなわち、その通説は被相続人の支配とその対象の物という実体事実を被相続人の死と同時に相続人の支配の中に承継される、としている。被相続人の死とともにその支配という事実は終焉し、被相続人がその対象の物と自己の支配を相続人に死と同時に引渡すという事実は、決して現象しない事実である。それを被相続人の死とともに相続人の支配に「承継されると見るべき」だとするには、被相続人の支配事実について何らかの論理的操作を必要とする。その操作をしない限り、事実は相続されないとしたザビニーの命題どおりになる<sup>40)</sup>。すなわち、相続は相続されないというに止まる。上記通説をザビニーの命題に抗して成立させる操作は、上記通説の背後、ないしは先行する論説の中で行われている。それは、占有という事実を構成する所持という事実の観念化、ないしは所持という事実と観念のすり替えである。

我が民法学が一般的に理解する占有の相続についての問題点は上に触れたように、占有の相続とは何かについてであって、それは、権利と事実の対照をどう理解するかの問題でもある。上掲、末弘説を引いて提示したその理解は、占有を事実、それに対するに相続されるのは「占有権」である。そして所持という事実は社会観念上のものであって、相続されるのは社会観念としての所持という事実である!<sup>41)</sup> そういうものである。

ところで、「観念」とは人の脳中にあるものであろうか、それとも人が生活、存在する外的環境中にあるものであろうか——それが難問で、我々が外的環境といってもその存在と状況を認識するのは、我々の意識すなわち脳中を経てである。それを認識というのであるが、したがって外的に存在するといっても我々の意識という意味において観念を通して外的存在を認知しているのである。したがって難問であるが、観念なるものはしかし、我々の外的環境にあるものではない。脳中にある。

そうであるから、所持を社会観念と定義すれ

ば、その時においてその所持は外的環境にあるもの——現象としての事実ではなくなる。すなわちそれは観念としての所持をいうことになる。ないしは「所持」という観念ということになる。したがって上掲、末弘説によってする通説としての理解も、占有の相続によって相続されるのは観念としての所持である。そういつていることになる。そこを末弘説は「事実上ノ支配ノ移転は論理上不能ナリト」の主張を「余ハ其何故ナルカヲ知ルコト能ハザルナリ」<sup>42)</sup>、論者にいわせれば居直っていられる。その居直りは、末弘博士が迷路を——支配という事実と「支配」という観念の間を迷っていられることの証左である。

すなわち、末弘博士は占有の相続を論じるにあたり、すべてを観念化——論者にいわせれば語彙化し、それを承継できると説明しているに過ぎない。それを博士自身は、唯一最後に残る中核の「所持」について、所持とは社会観念であるとするのが所持の観念化であると気付かずにいられる。そういうことであろう。その限りで、末弘説そして我が民法学も占有という事実は承継されないとし理解していることになる。問題なのは、然く理解していることに気付いていないことである。気付かないのは占有の迷路に迷っているからである。そういう点では、我が通説も、ドイツ民法学と同じく、相続されるのは所持を欠いた——したがって観念的な例外としての占有である<sup>43)</sup>、と理解しているというべきなのである。

確かに通説の近辺には、所持という事実を所持という観念にすり替えることをしないで、占有の相続を肯認しようとする論説も、当然ながら存在する。

その説は次ぎのよう<sup>44)</sup>。

「……相続人の相続による占有の取得は、被相続人のもっていた権利の承継ということによって、作りだされた事実状態である……」にいう「事実状態」とは、現存する相続人、相続人とはその相続の開始時点では必ずや生きて実存する（多くは）自然人である、その人を法定

して「相続占有者」ないしは「占有者」と名付けたことを指す。そして生きてこの世に実存する人は「事実」として実存するのであるから、事実状態といえ、いえる。しかしそれはある生きて実存する者に「占有者」と命名したにすぎないのであるから、生きて実存する者という以外に何らの事実状態が生じたのではなく、単に名称の変更——非占有者から「占有者」への変更があったにすぎない。そういう意味では、単に法的名称の変更にすぎない。

後者を徒過している点において、上記の記述も「占有」という名称——非事実と「占有事実」の別を混同するものである。占有が物支配事実であるとすれば、そのいう「事実状態」とは相続人が生きて実存するという事実以外何らの事実状態をも指すことのできない事実状態である。すなわちこの説は、名儀の付け換えという観念を事実であるとすり替えている。そう理解することもできるわけである。

それに対し末弘説は、ドイツ民法857条の理解に関して——日耳曼法上（辻注——ゲルマン法上）ノ *Erbengewere* ノ場合ト同シク占有ノ事実ナキニ拘ハラステニ例外トシテ占有権ノ存続ヲ認メタルモノナリト解スルモ此種ノ明文ナキ吾民法ノ解釈トシテ此種ノ説ヲ採用シ得サルハ明カナリ。……<sup>45)</sup> とする。その上で我民法上の占有の相続を「占有権ノ相続」とし<sup>46)</sup>、占有権の継続は所持の継続を以て足り<sup>47)</sup>——意思の継続を不要とし<sup>48)</sup>、かつ所持とは「社会的観念」であるから！したがって所持は移転可能であり、また占有の相続は認められるとする。すなわち<sup>49)</sup>、

吾民法上占有権カ移転性ヲ有スルコト並ニ占有権ノ存続ハ所持ノ継続アルヲ以テ足り敢テ占有意思ノ継続ヲ必要トスルモノニアラサルコトハ既ニ之ヲ上述セリ。而シテ又所持ハ社会的観念ニシテ単純ナル物理的観念ニアラス社会一般ノ見解カ一定ノ物ヲ以テ一定ノ人ノ事理的支配関係ノ下ニアルモノナリト解スル以上其物カ現実ニ掌握セラルルト否ト問ハス所持ハ其人ニ存セルモノト云ワサルヘカ

ラス而シテ此關係ハ事実上之ヲ移転スルコトヲ妨ケサルモノニシテ社会一般ノ觀念上其移転アリト認メラルル場合ハ即チ所持ノ移転アリタルモノト云ハサルヘカラス。

とするのである。「而シテ此關係ハ事実上之ヲ移転スルコトヲ妨ケサルモノニシテ」というのは当たり前である。そこで末弘博士は事実を觀念にすり替えているのであるから。それは論理的手品 *trick* である。觀念とは、人間ならば！必ず言語によって、人の脳中に形成されるものである。言語は人が他人と連絡をとりあう、それをコミュニケーションというが、道具であるのだから、したがって基本的に、觀念とは社会的なもので、同語圏内で共通の記憶、理解によって成立しているのである。「之ヲ移転スルコトヲ妨ケサル」ものであるのは、蓋し、当たり前である。

そしてこの論説が、昭和を経た平成の、そして21世紀に入った現在の、我が民法学において上掲、通説の理解を容認させている理解であるといつてよいであろう。

論者は先ず思うのであるが、これは一つの神学論であると。そしてそれは、我が民法学が今一つもつ神学論、法人実在説と完全に軌を一にするものである。そう思う。

具体的に先ず指摘したいのは BGB §857 の理解の占有の事実を欠く例外であることを無視する理由である。同説はそれがゲルマン法特有の *die Erbgewere* と同じものである点、かつドイツ民法は明文でそれを認めている点、その2点において「採用シ得サルハ明カナリ」という。この点が判らない。末弘説は BGB がなぜ §857 を明文化したか、そしてそれがなぜ例外とされるかを閑却に付している。

論者はゲルマン法の *Gewere* 論が、ドイツ法上の占有理解に決定的でないと考えているのであるが、上記の点も *Gewere* 論は理由にならないと考える。*Gewere* 論とは、ドイツ国民が——その点、我が日本人もかなりの点でそうであるが、語彙とその指示対象を重ね合わせて意識して——それを言語学上「被覆」というが<sup>50)</sup>、思

考した歴史的痕跡のことでしかない。ドイツ民法は占有を明文化するについて、*Gewere* 論をいわば清算している。清算したのはベッカー。

次に末弘説は BGB §857 が「例外」であることを認識するならば、原則はどうであるかにも注意を払うべきで、それを一括して、日本民法典上は明文がないから採用できない<sup>51)</sup>、とするのは理由にならない。そう考える。

## おわりに

裁判所を含めて日本の法律世界は明治以来、占有の相続を相続占有者の占有と混淆して理解して来た。ないしは占有の相続について三つの思い込み、あるいは誤解を犯しているということである。相続人が取得した被相続人の占有というのは、「占有」もしくは「占有者」という名儀すなわち語彙のみで、したがってその占有は占有事実を欠き、その占有事実、被相続人が生前すなわち今となっては過去に実行していた占有事実に尽き、相続人の取得した「占有」は所持を欠く例外的な占有である。そういう意味で、相続は何らの占有の権原にならない。

しかし相続占有者は生きた自然人であるのだから——法人については当面度外視する、その相続占有者が相続した占有の目的物について所持を取得するには相続占有者が相続占有物に占有支配を行うことになる——場合によれば相続占有者が何らの占有支配をも実行しない場合もある。それらに三つの場合があることは、本論中に述べた。その間を、日本の法律世界は裁判所を含めて明治以来、平成の現在に至るまでごたませにし、「占有の相続」として論じている。

したがって上に記す、相続占有者が始める占有事実——それは占有支配といつてよいし、所持といつてもよいし、あるいは使用、収益、支配、管理といつてもよい。ドイツ法学の多くは有体物支配 *die Sachherrschaft* というが、その占有を日本の法律世界は、「相続占有」として扱っているわけである。通説がいうとする、相続が権原と認められる場合というのは<sup>52)</sup>、論者

が上にいう相続占有者が始めた占有事実以外の何物でもない。

そしてその占有は、確かに相続人が相続によって承継した占有物についての占有事実であるが、それ以外は相続とは何の関係もない。それは本来の意味での相続占有者の「自己の占有」である。したがってその占有事実を始めるときに相続占有者であるその占有者は、多くは後に争いの相手方となる当事者との間で何らかの交渉、関係をもち、その状態の下でその占有事実を開始する。その交渉、関係状態の内容がその相続占有者が始めた自己の占有の権原となる。したがってその内容に応じて、その相続占有者の自己の占有の種類、性質、瑕疵の有無は規定される。しかしこれもまた、相続とは別個の問題であって、いわんやそれは、相続が日本民法典185条にいう権原に含まれるか否かとは、いかに時間的に即時に接していたとしても、遠く離れた問題である。

日本の法律世界は明治以来、それを混同した誤解の中で、占有論の迷路をさまつているのである。すなわちそれは、世紀を経た壮大な集団錯覚ないしは思い込みである。その源泉は占有の相続の誤解、「占有」と占有の誤解、観念と事実の対照の誤解である。

### 注

- 1) Gierke, Otto, *Deutsches Privatrecht*, 2 Band, herg., Binding, Karl, *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, vlg., Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, s. 348.
- 2) 辻「二つの占有論の法と言語論」『阪南論集 社会科学編』39巻2号, 2004年3月, 25ページ以下。
- 3) 辻「民法185 = 187条の占有の新権原 = 承継と相続」『阪南論集 社会科学編』42巻1号, 2006年11月, 29ページ以下。
- 4) Savigny, Friedrich Carl von., *Das Recht des Besitzes*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1967, unveränderter reprografischer Nachdruck der 7., aus dem Nachlass des Verfassers und durch

Zusatze des Herausgebers vermehrten Auflage von Adolf Friedrich Rudorff., s. 324.

- 5) Wolf, Ernst, *Lehrbuch des Sachenrechts*, vlg., Carl Heymanns, Köln, 1979, s. 84.
- 6) Wolf, Manfred, *Sachenrecht*, 22 Aflg., vlg., C.H. Beck, München, 2006., s. 76.
- 7) Savigny, a. a. o., derselb.
- 8) 我妻栄『物権法』民法講義II, 新訂, 岩波書店, 1983年, [585] 484ページ。
- 9) Rosenberg, Leo, *Die Beweislast*, 5 Afl., vlg., C.H. Beck, München, 1965, s. 6f.  
倉田卓次訳『ローゼンベルグ 証明責任論』全訂, 判例タイムズ社, 昭和62年, 14ページ以下。
- 10) Jhering, Rudolf von, *Der Besitzwille*, zugleich eine Kritik herrschenden juristischen Methode, vlg., Gustav Hilscher, Jena, 1889, s. 53.
- 11) Bekker, Ernst Immanuel, *Zur Reform des Besitzrechts*, Jhering Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, folge 2, Bd., 30, 1891.
- 12) 田中整爾『占有論の研究』有斐閣, 昭和50年, 140ページ以下。
- 13) Saussure, Ferdinand de, *Course in General Linguistics*, edited by Charles Bally and Albert Sechehaye in collaboration with Albert Riedlinger, translated, with an introduction notes by Wade Baskin, McGraw-Hill Book Company, New York, 1966, pp. 7.  
小林英夫訳『ソシュール 一般言語学講義』岩波書店, 改版, 1972年, 19ページ以下。
- 14) Jakobson, Roman, *The framework of language*, Michigan Studies in the Humanities, Horace H. Rackham School of Graduate Studies, 1980, p. 81.  
池上嘉彦, 山中桂一訳『言語とメタ言語』頸草書房, 1984年, 101ページ。
- 15) 相続できないとする—— L 23pr. D41, 2.  
相続できるとする—— L 30pr. D4, 6; 31, D41, 3; 6 §2, D41, 4; 40 D41, 3.
- 16) 末弘厳太郎「占有権ノ相続」牧野英一編『穂積先生還暦祝賀論文集』有斐閣, 大正4年, 956-957ページ。我妻, 前掲書, [535] [537]

460-461ページ。



民法典起草者、梅博士『民法要義』巻之2は「占有権」については占有が権利であるか、事実であるかに関し、その双方を「非ナリ」とし、

……占有其物ハ一ノ事実ナリト雖モ法律ハ此事実ヲ保護スル為メ種種ノ権利ヲ付与スルカ故ニ占有ヲ以テ単ニ事実ニ止マルモノト為スハ不可ナリ然リト雖モ占有其物ヲ以テ直チニ権利ト為スハ亦謬レリ何トナレハ占有者カ占有ヲ為スノ有様ト法律カ之ヲ保護スル為メニ与フル権利トハ自ラ別物ナレハナリ而シテ本章ニ占有権ト謂ヘルハ法律カ占有ヲ保護スル為メニ与フル所ノ一切ノ権利ヲ総括シタルモノナリ而シテ之ヲ物権トシタルハ有体物ノ上ニ直接ニ行ハルヘキ権利ナレハナリとする<sup>\*1)</sup>。

それは占有とは事実であるが、法律がその事実を保護するために種々の権利を与えているのだから単に事実である占有と法律がその事実を与えている諸権利とは別のものである。つまり、法律が権利を与えている限りでそれは権利である。そして「占有権」というのは、この法律の与えている色々な権利を集合したものをいう。そう述べている。

ここで梅説が提示しているのは事実と権利の対照である。しかし論者には、その対照が何を対照にするものであるのかがよく判らない。先ず第一に、法律が事実である占有に種々の権利を与えているというのならば、その事実は「占有権事実」といえることになる。そして「種種の権利ヲ付与スルカ故ニ」といっているのであるから、その対照は法律問題=非法律問題ないしは権利と非権利の対照という意味を第一にするのであらうと思われる。ここでは法律問題とは正=不正の価値付けをされた——権利とは正の価値付け、観念上の問題であり、権利=事実の対照は、観念=非観念の対照でもある。しかし法律問題=非法律問題、ないしは権利=非権利の対照では、非法律問題、非権利がイコール事実には尽きないのである。そうであるにもかか

わらず、梅説のその対照は、非権利がすべて事実でないこと、逆に事実に対する対照は非事実であるが、その非事実とは、法律問題、権利以外に、観念一般であるが、その点に気付いていないのである。

そうであるから、この対照すなわち権利と事実の対照は、観念と事実の対照を採り入れて法律要件=要件事実の対照で説明されるようになる。末弘説であるが<sup>\*2)</sup>、

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從來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。

案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ルキハ之ノ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。既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ヨリ明カ也。然ルニ從來占有カ権利ナリヤ事実ナリヤノ論ニアリテハ此点ノ区別必スシモ明瞭ナラサリシモノノ如シ。……(中略)……而シテ吾民法ハ占有権ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニヨリテ取得セラルルモノナルコトヲ定ムルカ故ニ(第180条)此等ノ所持若クハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テスル所持ノ意義ニ於ケル占有ハ単ニ占有権発生ノ法律要件又ハ其一部タル法律事実ヲ指スモ

ノニシテ権利タル占有権トハ明カニ之ヲ區別セサルヘカラス  
 というのである。

この対照、梅説とは異なり法律要件論を用いている点で同じではない。その言わんとする処は、占有は占有権の法律要件、あるいは法律要件の一部で、法律事実である。占有権の要件ないしは要件の一部であるという点と、法律事実であるという点で占有は占有権とは別のものであり、占有は事実であって、占有権は権利——すなわち非事実である。そう言わんとすると考えられる。したがって、事実は法律上の問題ではなく、権利は法律上の問題である。そういう対照を踏まえてのものであろうと考えられる。

しかし、権利とは法律が法律効果を付与しているものである。そういう定義からすればその提示のとおりで、至極もつともという以外にない。問題は二つ。権利と事実の対照がそれに尽きるのか、というのが一つ。他の一つは、占有を何の説明もなく「法律事実」とする点。占有を法律事実とするなら、何が占有であって占有でないかは、「法律」が規準となるのではないか。その場合、その法律とは何かということになる。

末弘説は法律要件=要件事実論を導入しているのであるが、この場合、その基底は、法律要件=観念で要件事実=非観念すなわち現象という対照であること。当然末弘説はその意識を持合わせていないと思われるのであるが、したがってそれがこの場合の主要な問題であるという意識も欠いている。そうであるから容易に占有を事実であるといって済むと考えていると思われる。すなわち言語学でいう被覆で済ませているのであるが<sup>\*3)</sup>、占有は事実であるが、「占有」は事実でない。それに気付かず無視している。論者のいう迷路を迷っているのである。占有の代りに占有権を占有を要件として法律が法律効果を与えたものと定義するなら、それはそれで尽きる。それならば占有権を認定すべき占有権事実があるわけで、それと占有事実が——末弘説はここで自信がないからであろう、その全部あるいは一部としているのであるが<sup>\*4)</sup>、同じ

ものなのか異なるものなのかを明らかにするべきであろう。しかしそれに至るところは全くない。論者にいわせると、それは論じて行けば同じものになる。すなわち占有権とそれに対応する占有権事実は占有といわれる事実——したがって末弘説もいうように占有は法律事実なのであるが、それと同じものである。そして占有事実とは「占有」という名儀——名辞に対応する事実であるから、すなわち、占有権と占有は同じものである。唯一異なるのは、その占有に法律が一定の法律効果を付与しているから、それを占有権という。この場合に——この場合とは事実であるかどうかを問題にする場合にということであるが、法律が一定の法律効果を付けているかどうかは決定的な問題ではないのである。占有が事実であるかどうかとは、観念と非観念である現象としての事実、すなわち実体との対照を問題にすることである。法律効果は法規範が語彙によってその法律事実に与える、評価、変更のことである。

その主要問題でないものを対照の核にしている点で、末弘説は法律要件論を導入した一見の進歩性にかかわらず、実は梅説を出る処は一步もない。そういうことが可能である。それもあって末弘説は、占有の相続に関して、いとも簡単に、占有を観念と定義し、事実をすり換えるのである。それは法律世界がロオマ以来行なってきたことであるが、占有を所持と言ひ換え、所持が社会的観念である、として行われたすり替えである<sup>\*5)</sup>。

吾民法上占有権カ移転性ヲ有スルコト並ニ占有権ノ存続ハ所持ノ継続アルヲ以テ足り取テ占有意思ノ継続ヲ必要トスルモノニアラサルコトハ既ニ之ヲ上述セリ。而シテ又所持ハ社会的観念ニシテ単純ナル物理的観念ニアラス社会一般ノ見解カ一定ノ物ヲ以テ一定ノ人ノ事実的支配関係ノ下ニアルモノナリト解スル以上其物カ現実ニ掌握セラルト否トヲ問ハス所持ハ其人ニ存セルモノト云ハサルヘカラス而シテ此関係ハ事実上之ニ移転スルコトヲ妨ケサルモノニシテ社会一般ノ観念上其移

転アリト認メラルル場合ニハ即チ所持ノ移転  
アリタルモノト云ハサルヘカラス。……(以下  
略)……

というのである。

本来「占有権」が権利であるといい、権利と  
いうものが、正に価値付けされた名義、名辞と  
いうものであり、名義、名辞というものが観念  
であることに一つの大きな意味がある。所持は  
確かに社会的観念である。しかしその観念に対  
応するのは社会的観念事実である。その事実は  
事実であって！移転することは不可能である。  
それを了解しておれば、このような論述、無用  
なのである。

以上の点を措いて置くとして、末弘説、占有  
権の権利であることを論じるについて、占有権  
は占有という法律事実を要件として成立する権  
利であるとしている。その論はどうなったのか。  
そしてなぜここで占有ではなくて所持なのか。  
その点を疑問に思うのである。所持を上記のよ  
うに観念だというのならば、末弘説のいう……  
此等ノ所持若クハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ  
スル所持ノ意義ニ於ケル占有ハ単ニ占有権発生  
ノ法律要件又ハ其一部タル法律事実ヲ指スモノ  
……とどう関係するのかが問われることになる。

その点結論を先きにすれば上という法律事実  
とは事実を指すのではなくて法律要件という観  
念を組成する部分観念の名称であるから\*<sup>6)</sup>、換  
言すれば部分的法律要件のことになる。したが  
ってこの末弘説、占有は事実であるか否かを論  
じたことになっていないので、それは最初から  
最後まで、「占有」という観念を論じているに過  
ぎない。それが末弘説の故意であったか、無意  
識であったかは別であるが。あるいは末弘博士  
は事実というものを、したがって占有は事実で  
あるということを誤解されていたともとれる。

\* 1) 法政大学、明治40年(訂正増補、第25版)  
22ページ。

\* 2) 末弘、前掲論文、955-958ページ。

\* 3) Saussure, F.de, *op. cit.*, P.67.

\* 4) 末弘、前掲論文、959ページ以下

\* 5) 同上論文、1002ページ以外。

\* 6) 我妻栄『民法総則』新訂、岩波書店、1965  
年、[266] [267] 232ページ。

17) 於保不二雄訳『独逸民法』III、物権法(1)、  
有斐閣、昭和14年、9ページ以下。

18) Wolf, M., *a.a.O.S.* 43, 48.

19) Wolf, E., *a.a.O.S.* 44. 我妻、前掲書 [535] 460ペ  
ージ。

20) Wolf, M., *a.a.O.S.* 76 [161] .

21) 幾代通「登記請求権における実体法と手続法」  
『民商法雑誌』49巻1号、昭和38年10月、4ペ  
ージ。

22) 西原道雄「民事判例研究(昭和28年度)」『法  
学協会雑誌』73巻4号、昭和31年6月、492ペ  
ージ以下。

現在においては所有権の証明は容易であり、  
相続において相続回復請求権が備えられている  
から、そこで占有の相続を問題にする必要がな  
い(495ページ)、というのではないのである。  
それは占有というものが権利事実一般であるか  
らなので、相続においては、占有を除いた権利、  
義務の承継自体に異論はない。そうであるから、  
そこではその権利自体の承継を論じれば足りる  
ということである。事案に即していえば、Yは  
所有者であり、Xは、どのような居住の権原  
をもつか。法理としてはそれを問題にすれば足  
りるということである。そして現に居住するの  
がXであるとすれば、仮令、仮処分の請求であ  
っても、その疎明の法理は別のものになる。し  
たがって裁判所の判定も別異のものになる。そ  
ういう関連である。

23) 辻「占有は権利か事実か? ——メタ規範理解  
による占有の体系的構造再論」『阪南論集 社会  
科学編』31巻3号、1996年1月、1ページ以下。  
「占有客観説のメタ規範論解釈」同上誌、32巻3  
号、1997年1月、39ページ以下。

24) Jhering, Rudolf von, *Über den Grund des  
Besitzschutzes; eine Revision der Lehre vom Be-  
sitz.* neudruck der 2Afl., Jena, 1869, Scientia, Vlg.,  
Aalen, 1968, S. 224.

25) ①大判. 昭4. 4. 10刑集8-174は、公有水  
面の占有は公用廃止がなければ成立しないとす

る。②大判。昭8。11。25新聞3666-11は、海岸防風のための公用財産であった土地も、その効用、構造が永久に滅失して公物の性質を喪つておれば、取得時効は成立する——すなわち占有は成立する、とする。あるいは③大阪地判。昭43。11。4判時566-76は、道路法上の道路には私法上の占有は成立しない、とする。

26) 我妻(昭和27), 前掲書(旧版), [557] 319ページ。田中, 前掲書, 209ページ。

田中説は客観説により主観説を意思要素と所持を対立する要素というのであるが、主観説とは占有を二つの要素に分けて——それを対立すると理解しなければならないとする必要はないわけで、占有の成否を認定しようとするだけで、認定するとすれば一つの係争実体があるだけであることは、いずれの説に立っても変わらない。すなわち主観=客観のいずれの説に立っても主観説事実があるか、客観説事実があるかを問うにすぎなくなる。

所持に意思が含まれて、所持事実があれば占有が成立するというのは、さらに進んでいえば、占有は占有事実があれば成立するということになる——田中説自身それには気付いているようであるが。ただ、主観説が所持と心素に分けるとする理解が所持を実体、意思要素を観念と分けているものであることには気付いていないようである。占有を所持と意思要素に分けても「所持」「意思要素」とも観念であって実体ではないわけで、「所持」には所持事実、「意思要素」には意思要素事実が対応する。そうだとすれば客観説とは一体何なのかが問われることになる。

それと同じ基盤をもつのであるが、田中説は、そもそも占有の相続とは何か、についての明確に提示するところが見当らないこともあって、相続は185条にいう権原に当たらないとする——結論は論者も同じなのであるが、その上占有における権原の理解が曖昧なこともあって、他方で、相続は権原に当たるともいえるともいうなど、その理解が判りにくいのである。

田中説のみではないのであるが、田中説には基本的に、占有を法律関係の中で理解する視点

が欠落しており、ために「……なるほど相続も占有取得原因の一つであるから一権原であるには違いない……」\*1)などと論じることになる。その上、田中説も占有の相続とは何を相続するのかに不明の処をもつため——その二つの見当外れのために！結論は妥当なものに選っているのであるが、論理の運びは判らないものになっている。

つまり権原とは単に占有者の占有取得原因というに止れないのであり、争いの相手方との間での占有取得を齎らす法律原因をいう。その点からしても、相続は相手方との関係ではなく、いうまでもなく被相続人と現在する相続人の関係——法定の、であるが、であって、この限りで権原を上記のものと理解すると、相続は権原でなくなる。したがって「相続人が所有の意思をもって占有をはじめた……」というのは何の意味をもたないことになる。それはまた、占有の相続が所持の継承ではなく、名義の継承、付け換えにすぎないということと一致する。

さらにまた、権原を上記のように理解すれば、占有の性質は権原によって規定されるのであるから、占有の性質の変更の問題は権原の問題とは別個の問題であるということはなく権原そのものとなる\*2)。

\*1) 田中, 同上書, 195ページ。

\*2) 同上書, 同所。

27) Gierke, O., a. a. O. S. 348.

28) 辻(2006), 前掲論文, 29ページ以下。

29) Savigny, F. C. von, a. a. O. S. 324.

30) 末弘, 前掲論文, 1012ページ。

31) 我妻(昭和27), 前掲書, 319ページ, 田中, 前掲書, 209ページ。

32) この指摘は、いうまでもなくというべきか、末弘説も明記している\*1)。

……但シ相続人自身ニ付キテ爾後新ニ占有ノ性質ヲ変セシムヘキ要件具備スルニ至レハ占有権ハ同一性(Idenzität)ヲ維持シツツ而カモ爾後其性質ヲ変スルニ至ルヘシ從ヒテ前者ニ付キテ存在シタル瑕疵ハ毫モ後者ニ影響ヲ及ホスコトナキハ勿論後者ニツキテ新ニ瑕疵



ヲ生スレハ以後占有ハ瑕疵アルモノトナルヘシ。……

というのである。しかしこれは、我妻説が<sup>\*2)</sup>、

……相続がこの新権原であるかどうかは、多少疑問だが、否定する判例・多数説に従う。ただし、例えば、不動産質権者の相続人が事情を知らずに所有権を取得したものと考え、公租・公課を自分の名義で支払い、土地所有者がこれに対し何らの異議を述べない場合のように、相続によって客観的権利関係に変更を生じたときは、新権原となると見るべき場合もあるのではなからうか。……

とするその新権原を認容する状態は、末弘説の指摘する「占有ノ性質ヲ変セシムヘキ要件具備スル」場合と同じであるというべきであろう。そうだとすれば、なぜこの我妻説が提示されるに至ったのかが問われるべきである。

その疑問は、末弘説にみられる我が民法学による占有理解における二つの理解、ないしは理解の不透明さに帰することができると考えられる。その一つは、権利と事実の対照にみられる、観念とその対照としての事実、ないしは意識と現象の無分別。その二つは、相続とは何を承継するのかという点に関する曖昧さ、である。

末弘説が権利と事実を対照するについて、対照しているのは、法律効果が付されるのか否かである<sup>\*3)</sup>。その対照では事実と対照されるのは観念であって、観念と事実の対照が忘却されており、問題は霧中に遺されるわけである。加えて、権利、義務の承継を、「人格の承継」とか「法的地位の承継」と、それらはそれ自体間違っているのではないのであるが、認識の規準 *criterion* としては無用な修辭で自己満足して了っているからであろう。占有の相続を論じるに際しこの点を漠然と「占有権ヲ承継ス」云々と問題を設定し<sup>\*4)</sup>、相続によって承継されるのは法的名義、名辭としての権利、義務、名称としての請求者、義務者名の付け換えにすぎない。問題は単なる「語彙」の継承である。そこに収斂しなかったことによるといえよう。

そこで末弘説にみられるように、占有権に対

して占有を事実とし、占有の承継を所持の承継と置き換え<sup>\*5)</sup>、さらにその「外形的事実」である所持を<sup>\*6)</sup>「社会的観念」とすり換えて<sup>\*7)</sup>、占有の相続を論じて了ることになっている。

\* 1) 末弘、前掲論文、1011ページ。

\* 2) 我妻(1983)、前掲書(物権法——新訂)[557]472ページ。

\* 3) 末弘、前掲論文、955ページ。

\* 4) 同上論文、932ページ。

\* 5) 同上論文、990ページ。

\* 6) 同上論文、987ページ。

\* 7) 同上論文、1003ページ。

33) 鳩山秀夫『民法研究』第2巻、岩波書店、157ページ以下。(『法学協会雑誌』34巻3号、大正5年、「判例研究」大正4年6月23日、大審院第3民事部判決——民録21輯1005ページ。)

34) 我妻(昭和27)、前掲書、319ページ。

35) 論者の手許にあるのは、その電子コピーを製本したものであるが、同本、奥付け等、同書成立を示す記載が一切ない。コピーから窺える事情では帝国議会に提出されたもののコピーとみられる。

36) 末弘、前掲論文。

37) 同上論文、1003ページ。

38) 辻「法と言語——言語認識とメタ構造」『阪南論集 社会科学編』37巻4号、2002年3月、105ページ以下。

39) 我妻(1983)、前掲書(新訂版)484ページ。

40) Savigny, F.C. Von, *a.a.O.S.* 324.

41) 末弘、前掲論文、1003ページ。

42) 同上論文、1005ページ(注15)。

43) Wolf, M, *a.a.O.S.* 76.

44) 山中康雄「相続は地位の承継か」末川博他編『家族法の諸問題』穂積先生追悼論文集、有斐閣、昭和27年、369ページ。

45) 末弘、前掲論文、1002ページ。

46) 同上論文、959ページ。

47) 同上論文、990ページ。

48) 同上論文、986ページ。

49) 同上論文、1002ページ以下。

50) Saussure, F. de, *op. cit.*, p. 67.

- 51) 末弘, 前掲論文, 1002ページ。 187-188, 197, 209ページ。  
52) 我妻(昭和27), 319ページ, 田中, 前掲書,

(2006年10月13日受付)  
(2007年1月12日掲載決定)