

占有の謎 = 所有権の謎——占有の今一つの意味論

辻 義 教

はじめに

- I 法と言語 = 権利と実体
- II 所有権記号における占有の意味論
- III パターン認識におけるメタ規範と占有論の意味論
おわりに

はじめに

論者は夙に占有を扱って、占有規範というものが、法律要件を備えないもので——占有は事実である、その成否は、所有権実態を規準として所有権より引照し、そのあるべき実態と認定されるべき実体事実の実態を比較対照し——論者はそれを先に形態認識と提示して来たのであるが¹⁾、精確にはパターン認識の図型の重ね合せによる画像認識と表現するべきものである²⁾、その成否の認知を行う。そういう規範であり、それは要件事実との対応を前提に法律要件を備えその成否を認知する規範——それを対象規範と提示した、とは別異の規範である。それを論者はメタ規範と提示した³⁾。

占有の他にメタ規範としては表見代理、債権の準占有、不当利得が挙げられる。しかしこのメタ規範なるものの、特に占有については、言語の message 実体との対応——記号論からすると、今一つ別個の関係 message ——意味を提示することができるように思う。本稿はそれを提示しようとするものである。

I 法と言語 = 権利と実体

a

言語は記号であって⁴⁾、人は「リンゴ」と言ったとき、話者と聞き手（発信者と受信者）の間にリンゴとは●であるという共通の理解が存在する場合、●という内容を伝えることができる。それが対象言語である記号としての言語の機能である⁵⁾。その「リンゴ」を記号といい、話者から聞き手に伝えられた●を message という。この message というヨーロッパ語に相当する一語の語彙を日本語はもたず、「伝達内容」と解説文的に翻訳されている⁶⁾。また●が話者から聞き手に伝えられた message としての●であるかないかを認知するとき、すなわち人が message としての●と、認知対象の実体の●を同定するとき、二つの方法を用いる。それはともにパターン（形態）を認識する方法であるが、その一つは分類学が専ら用いる方法で、●から●であることを決定付ける幾つの特徴を抽出し——分類学はそれを criterion という、その存否の認知によってするものである。他の一つは●を画像として重ね合せ、図型として一致するか否かという2値判断でその同一性の認知を得る——リンゴという category を決定するかのいずれかをするのであるが⁷⁾、この点は当面の問題より少し外れる。したがってここで問題にするのは、リンゴという記号によって伝えられる内容 message としての●が、リンゴという言語の指示する実体であるという点である。

他方、法規範は必ずや言語によってしか成立

しない。言語が伝える内容 message には実体以外に論理の認識もあるが、言語による論理の認識も当面の問題からは少し外れる。したがって言語による実体の伝達（場合によればその認識）に限るとして、法規範世界における法と実体の間には、上に述べた言語を記号として実体を message として伝えられた内容という間と同じ関係が成り立つ。

例えば n という成文法上のある権利、あるいは一つの財もしくはサービスについて争う一方の当事者の利益主張を肯認する n という法理上の理由——不文法上のもの、成文法上のものがあるが、多くはそれを権利というのであるが、それが問題になっているとき、争う当事者の双方は互いにその相手方の n の成立を争うのである。裁判所はその双方の主張と、その主張の実体上の存否の証明、それを立証というが、その双方を聴聞する——口頭弁論手続。その上で、成文あるいは不文法上の n という法律名義の意味を確定し——文言解釈、法律上の争い、当事者のいずれの立証が、その n 名義事実に該当するかを判定する——争いの事実の法律要件該当性のリケット liquet な認定。その判定が裁判官の心中に形成されたとき——心証の形成、裁判所は審理を尽したことになる——弁論の成熟。裁判所は n なる法律上の根拠に該当する当事者が原告であればその請求を認諾し——原告勝訴、それが被告の抗弁であれば原告の請求を棄却する——原告敗訴。この場合、n を請求するについては n に該当する実体事実の存在を原告が立証、その存在の心証を裁判所に形成させることができなければ、原告がその不利益を蒙る。したがってその n については原告に立証の責任があることになる⁸⁾——それが証明責任である。法規範はそのように適用される。

上述の過程——過程とは process のことであるが、その過程を法律世界は訴訟手続あるいは単に訴訟、手続ともいう、そのなかの口頭弁論手続とはまさに弁論、すなわち言語の遣り取りそのものの過程である。その遣り取りされた法律名義の解釈——法律上の争いとは、一つには

メタ言語過程であるし、一つにはある言語についてその社会で共有されているはずの伝達内容すなわち message を確定する過程のことである。

当事者が口頭弁論手続中とする立証というのは、法律名義すなわち言語が伝達する内容、すなわち message に相当する実体が存在する、あるいは存在しないという実体事実の提示のことである。裁判所が要件事実、構成要件該当事実をリケット liquet に認定するというのは、言語 message に相当する事実の存否を、裁判所が明確に認知したということである。したがって心証の形成というのは要件事実の認定についていえば、message 事実の存否、リングに相当する●であるか、ないかを認知するに至る認識過程をいうことに他ならない。

売買代金の請求額を争う当事者が、契約中売買目的物の鉛筆代金を契約するについて、「替」という語彙をめぐる、一方がそれを単価——今風にいえば@であると主張し、相手方はそれを否認する⁹⁾。その場合、双方に鉛筆の売買契約を締結したことについての争いはなく、その「替」という語の意味が争われ、それを裁判所は@単価であると認定する。それはその争いの事実の当事者が一員であったその時代の、その取引世界において「替」という言語によって共通に理解されていた「替」というその語——記号の伝達すべき内容 message を裁判所が確認し、提示していることになる。したがってその間の替という契約上の語をめぐる訴訟手続、それは替という用語の解釈問題であり、それはメタ言語の応酬の場ということになる。

しかる後、替が単価を意味するのであるから、裁判所が買手は総「替」の金額を売手に支払えと命じるのは、替の実体事実の存在を認定し、すなわちその事実の存在の心証を得て、替という対象言語の実体の同定を認知、決定し (category を決定し) それを争いの双方の当事者に伝達していることになる。ただその実体事実の認定について、当事者の間には、替の message の争い以外の争いはなかったのである

から、その実体事実の認定について、裁判所は替の要件、特徴を提示、その特徴事実の存在を指摘することもなく、あるいはその認知過程すなわち立証を経ることもなく、売買代金の支払いという結論である法律効果の実行を命じている。

ウィリアムスは語彙の曖昧さを取上げて、asylum, accident, committee, animal, fish, spirit, person, governor etc. の多義性を挙げる¹⁰⁾。asylum とは本来、逃避のことであったし、accident は何らかの出来事一般をいった。committee は本来、何かを委ねられた人一般をいったものが、委ねられた人の集合——委員を意味するに至っている。animal は元来は肺呼吸する with breath —— breath を「息をする」と訳すると鰓呼吸も息の内。本来、breath はそうではなく肺呼吸で息をする場合だけであるらしい、被造物一般をいったものが、魚を含む非植物である生物を指す。fish は水中棲物の鰓呼吸する脊椎動物より広い。spirit とは本来 breath のことであった、等々である。

それをウィリアムスはそれらが法的文書で使われた場合、その文意の把握が困難になること。あるいは裁判官はえてして語彙の古い意味を捨て、新しい意味を採用することに緩慢であることを指摘する。






ウィリアムスの指摘する点は確かに指摘のとおりであり、その内容も尤もなものである。しかしそれらは法規範で用いられる場合を観れば、それ以外の問題点をもつ。あるいは表現を換えれば、それ以外の問題点がより重大なものであるのではないか。そう思う。

まず、ウィリアムスの取上げた語彙は、基本的な自然言語の法規範内での用法についてである。したがってそれが法規範関係内で使われるとすれば、それをウィリアムスは英米法的に法的証書で用いられた場合と表現している、問題は二つある。一つは、ある自然言語の指示するもの——対象は、それが用いられた時と処の言語外的、社会的理解によることである。したがってそれが、その語彙の当初のものとは異なっ

ているのは当然である。ウィリアムスの指摘する語彙の ambiguity とはほぼ、これで尽きている。

第二には、ある語彙の、その時の意味を問うとはその語彙の性質によってさらに二つある。その一つは、その語彙が統語語彙であれば、それが論理認識に及ぼす意味である。日本語で、例えば「は」は主語助詞であるという類。その二は、その語彙が名詞であれば、そしてウィリアムスはすべてそれを挙げていっているのであるが、その意味とは、その語の対象の何を特徴として、争いの実態がその実体に該当するか否かを分類することである。法律学は、上にいう特徴を法律要件といい、該当するか否かを法律要件(構成要件)該当性の問題(証明責任の問題)という。これらの点は、ウィリアムスの指摘には悉皆、出ない。

以上、ウィリアムスが採り上げている語彙の ambiguity には、ウィリアムスが意識していない、論者にいわせれば本来の ambiguity が存在する。それは、語彙の意味、指示する対象が時の経過によって変遷する、あるいは同時代的に複数存在する、これが multiple meaning であるが、ということとは異質な ambiguity である。すなわち、例えば fish といったとき、fish の指示するものが何であるかを、2 値的に決する規準を言語というものは備えない。そういうことである。

それは逆にいうと、fish といったとき、人はいかに fish を認識するかといえば、自から有するという形態の記憶と、認知しようとする (対象)の形態を対照して=その相違を認知しているにすぎないからである。すなわち、上にいう認知の方法を形態(パターン)認識というのであるが、対象を指示する語彙による人間の認識は、すべて上述のパターン認識によっている。したがってその形態が水中の生物という形態であれば、fish の認知は水中の生物(で動くもの)ということになる。語彙の ambiguity とは本来、人間の言語認識のこの側面に拠っている。ウィリアムスにはその点の問題意識が全く欠落しているのであり、法律

学にとって法と言語について最も重要な点は、この点であるから、その論説は、法と言語の問題を採り上げながら¹¹⁾、その核心を外したものになっているのである。

b

そうであるから所有権という権利についていえば、法律関係中で所有権が争われる場合は、話者から聞き手に所有権という語彙が伝えられたというのと同じ意味をもち、そうだとすれば、その話者と聞き手の間に共有されている所有権実体——それを法律世界は所有権事実というのが message として伝えられたということを意味する。そして法律世界は単なる言語世界とは異なり、争いの世界であるから——当事者が争うことを前提としない、すなわち「諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しよう」（日本国憲法前文第2段）というのならば、その世界は法律世界ではない。単に話し=聞くという世界ではなく、所有権を譲渡し、譲り受けるという、そしてそれが争われる。それが法律世界の所有権という言葉の世界である。

すなわち法律世界において、所有権が甲から乙へ譲渡されたか否かが争われるとき（甲=乙が所有権の譲渡の合意をしたか否かが争われるとき）は所有権事実が甲に遺されてあるか、譲渡され乙の許にあるかが争われることになる。それが民法176条、所有権の移転は当事者の「意思表示」すなわち言語の発話、聞知だけで効力を生じるとする謂——すなわち、所有権という権利名辞を移転すると伝達されておればそれで足りるとする。その次に問題となるのは、その譲渡されたか否かの所有権実体が譲受人の許にあるかないか、あるいは誰の許にあるか——したがって問題は所有権が譲渡されたか否かではなく、その実体の認知が遺されていることになる。それが民法177条の謂であるが、それは今しばらく措く。

今ここでは所有権あるいはその譲渡が問題になるとすれば、所有権とはまさに言語であるか

ら、言語としての所有権の理解からすると、その所有権の譲渡という言語の伝達が伝える内容 message は何であるか。それを扱うことになる。

いうまでもなく日本民法は——以下に述べるその構造においては、ドイツ民法、フランス民法そして英米法においても（英米法は不文法であるが）同じなのであるが、所有権条項（206条）の他に占有についての条項をもつ（180条）。その206条は精確に言えば所有権についての法律効果を提示するものであり¹²⁾、180条は占有（日本民法典は「占有権」と表記する。この点はロオマ継受法のなかで希有な立法例であるが、別論に属すからここでは立入らない）の要件（定義）を掲げるものである。

そして民法典は186条で占有権原の適法性の推定という法律効果、および192条で動産所有権の譲渡における占有の公信性の効力を提示する。それによって占有者の所有権取得という法律効果を認める（ただ所有権の取得方法は、いうまでもなく他にもあり——239条以下、そこにおける占有と所有権取得の間にはより多く説明すべき点がある。そしてその一部は論者も古く論じたが¹³⁾、占有と所有権の構造に従ったものであるから、それもここでは立入らない）。すなわち、日本民法典そして現在のロオマ法を継受する諸法では、所有権条項——そしてその本体はすべて所有権の法律効果規定なのであるが、その他に占有についての条項——主として占有訴権条項をもち、その占有取得を介して所有権取得の法律効果を認めるという構成、構造をもつ。

すなわち上述の日本民法典の所有権=占有の条項構成は、先ず所有権なる権利が単に名辞語彙として提示されているにすぎず、その権利の要件（権利要件）を提示することはないこと。そして物支配の実態を意味する内容を掲げ（180条）それに「占有」という名称を付与していること。そして最後にその「占有」なるものに所有権の推定（186条）、所有権の伝来的取得の効果（動産に限ってであるが——192条、なお所

有権の原始的取得と占有についてはここでは省く)を付与していることを示している。

Ⅱ 所有権記号における占有の意味論

a

先のⅠでは、法規範あるいは権利とは必ずや言語によって、そして言語によってしか提示されないのであるから——したがって cogito ergo sum. とは「我、言語を話すゆえに我あり」ということになる、法規範あるいは権利、所有権が問題になるときに、それが言語によって提示されるものであるということによって、言語というものの性格によってどう理解されることになるかを提示した。そしてその次に問題になるのはその実体の存否の認知——法律世界ではそれを事実認定というわけであるが、それである。

一般にある言語が伝達する内容 message に該当する実体を認知する場合、人がその存否を2値的に、 $A = \text{非}A$, $1 = 0$ に認知できる規準を求め、その存否の認知で、実体の認知を実行する。その規準が分類学でいう criterion であり¹⁴⁾、情報処理ではパターン認識における特徴抽出である。法律世界ではそれを法律要件という。その点については先に別論で扱った¹⁵⁾。

その場合、先に触れたように所有権という権利は特異な権利である。すなわち所有権はその特徴を抽出することができない。ないしは、法規範世界がロオマ以来するように、所有権の法律要件を求めても得られなかった——所有権は歴史的存在である¹⁶⁾。言い換えれば所有権は法律要件ないしは権利要件のない権利である。したがって所有権の法律問題においては所有権を代表する特徴事実の実存を求め、あるいは所有権の権利事実の実存を求め、所有権の存否を認定するという認知過程は成立しない。所有権はそういう特性をもつ権利である——それが所有権の謎。

他方、法律学はロオマ以来、占有という事実を介して、所有権を推定するという、いわば法

律学の原理に悖る背理を犯している。そうであるならば、ロオマ以来法律学が犯すその背理は、所有権が権利名辞という言語語彙であることといかに関係するか。それが問われるべきである。

そう問うとき、占有をめぐるヨーロッパないしは継受ロオマ法学の理解は、占有なるものが物支配の、ないしは所有の実態事実であることを提示している。そう理解できるのである——占有論、占有意思論そして占有客観説の提示するもの。そうであるとすればその所有権、占有条項の構造の意味するものは次のようになる。

すなわち、ロオマ法学、ヨーロッパ継受法学は所有権という権利について、それが権利要件(法律要件 Tatbestand)を提示できないものである。したがって所有権という権利について権利事実(要件事実 Tatbestandmässigkeit)を認定できない。そう考えた——らしい¹⁷⁾。そうであるから、別途、人間社会は現実世界の実存であるのだから、所有権事実は捜せなくとも、人の物支配という実体事実——所有の実態は常にかつ必ず実存する。その実存実態に「占有」という名辞を与え——名称を付け、その「占有」を介して所有権という権利名辞言語の実体の存在であると認定する。そういう過程を示している。そう見ることができる。

しかしそれは言語論としてみれば、占有とは所有権の実体、すなわち占有とは所有権という権利名辞言語によって伝達されるべき内容 message である。そう見ることができる。そうだとすると、所有権を占有を介して認定するというのは占有に所有権事実を認知し、その占有に所有権事実と認定する！ というのであるから、その認知過程で「占有」なるものは全く無用の仲介概念ということになる。

ただその場合さらに一つの問題がある。すなわち、占有が事実であるというとき、その占有の認識とは所有権を問題にする場合とは異なる。所有権とは単なる権利名辞すなわち単なる語彙の問題に止まる。そこで問題になるとすればその語彙によって伝えられる内容 message

のみである。そして法律学はそれを所有権、取分け近代的所有権が帯有する法律効果——日本民法でいえば206条の内容がそれであるとして来た（ドイツ民法学も同じ¹⁸⁾。

それとは別に占有を事実であるとしたとき、それには人間の言語使用の普遍的特性によって、占有という名辞の message が別途発生するとともに、事実であるのだからその事実の実存の認識という問題をもつ——その認識をいかなる規準によっていかにするのか。すなわち占有論には直截的に証明論が伴っているのである。占有意思論はその二つをない交ぜにして扱われ、結局それが実態の認知の問題であると提示したのが Bekker であり¹⁹⁾、ドイツ民法典はそれを採用した。そうみることができるとする。

法律学が上にみるように、ロオマ以来犯す占有の背理は先ず、占有とは所有権事実であること。それを無意識の内に識り——それを近代私法学 *usus modrenus* のなかで意識化して提示した。それがイエリングの *Grund*²⁰⁾。その所有権事実の成立を先に認知し——それがなぜ可能であり、いかにするのかはさらに次に問われるべき問題、実体事実の認定から、法律適用の過程を逆立ちさせて所有権の成立を認める——認知の倒立。そういう法律学の認識の倒立の光景——背理が浮かび上って来る。そういうことであろうと思う。

すなわち、I.bにいう所有権と占有のロオマ以来の取扱いは、占有を所有権事実——実体とし、それによって所有権を認定する、法律適用過程の転覆である。それが所有権が言語語彙であることから見た、法律世界における所有権 = 占有の構造のもつ意味ではないか。

b

繰返すことになるが、法律世界は所有権が I.bにいうような特性をもつ権利であるから、いかにして来たか。それが占有なるものの法律世界における所在であることは a に述べた。すなわち、権利による支配というのではなく、権

利すなわち法的正統性の彼岸にある物支配の事実、これは人の生活とは現実の営為であるから、必ずや人間社会に実存する。法律世界はその実存する物支配事実から所有権を推定するという魔術を行使しているのである（民法188条、192条——原因と結果のすり換え）。法律世界とは、前に触れたように権利によって争いの当事者のいずれの主張事実が正しいかを裁く——分ける、権利該当事実を立証する請求者に権利効果を認容する世界である。そこに支配事実によって支配権を推定するという過程——法理の背理を持込む。それが占有法理である²¹⁾。したがって、その法理によれば、所有権者から物を奪って物支配を獲得した盗人が所有権を得ることになる。それは法律世界にあつては、あつてはならないものである。しかしそれがある。

すなわちロオマ以来、法律世界においては所有権が権利要件を提示できない権利であるから、一般の法律ないしは権利の機能を逆立ちさせて、物支配事実を「占有」として法律世界に持ち込み、その現実在の事実の法的正統性すなわち権利を付与しているわけである。

問題はその所有権と占有についてロオマ以来とられている構造のもつ意味である。それを問うとき、所有権のもつ言語性を問うべきなのである。すなわち「所有権」は言語である。したがって必ずやその言語に対応した伝えられるべき内容すなわち message としての実体を伴うものが存在する²²⁾。法律学がロオマ以来扱って来た所有権と占有の I に述べた構造は、先ず第一にその言語と message の構造を法律世界が無意識に識り、その構造に従っていたことを意味する。しかしそこには二つほど上という言語の構造から外れる異状がある。

その一つは、上という転覆「逆立ち」の点である。すなわち人の言語による対象の認知は言語が先ずあり、それによって伝えられる内容 message があり、その message によってそれに該当する実体事実の認知をすることによって行われる。それに反してその「逆立ち」によって、占有によって所有権を推定する法律世界で

は message 該当事実を前提に、それに「対応する」言語を推定するという認知が行われている点である——逆立ちだからそうなる。

第二に法律世界あるいは法律学は、ロオマ以来その所有権という言語の伝える内容すなわち message に該当する実体事実、それは「所有権事実」でしかありえないのであるが、それに「占有」 *possessio* という名辞言語を付与した——名前を付けてしまったという点である。そうすることによって法律学は一つの「解き難い難解さ」²³⁾ を法律世界に持ち込むことになったわけである——それが占有の謎。

すなわち、占有を取上げるに至ったロオマ法学は、所有権に法律要件を求められないがゆえに、その権利事実すなわち占有を取上げ、その権利事実を法律要件化しようとした。それは実は正鵠を射た取扱い方であったのであるが、ロオマ法学はさらにその法律要件事実を法律要件要素を求めようとした。それが占有要素論であるが、占有論とは所有権の法律要件探しであったということである。

したがってロオマ法学以来の法律学の、上に述べた所有権 = 占有の取扱いは、所有権が特徴の抽出を不可能とする権利である。換言すれば、所有権が法律要件に分解できない権利である。ないしは所有権とはいかなる権利であるかという権利要件を提示できない権利である。

他方占有が、所有権の権利実体である。したがってそれは事実であり、かつ所有権という権利の *category* の変遷するに応じて変遷する、ないしは変遷して来たものである。したがってその実体の実態を定義——要素事実化することも、実体に応じる権利名辞がそれを不可能とするのであるから、不可能事である。そういう権利名辞言語とその言語の伝達する内容 message に対応する実体事実の実態認知の構造。その構造にロオマ以来の法律学が弄された証跡。そう表現することもできる。

したがって、ロオマ法が *usus modernus* に構成されるとき、あるいはドイツ普通法学が、ドイツ民法典 BGB という一つの総括をするに

当り、所有権 = 占有について、現在伝承されているような（現行日本民法典あるいは BGB の構成にみるような）所有権 = 占有の分節構造を否定することがあってもよかつたわけである。

すなわち、Bekker がその分節の上に、占有を占有者の物支配の実態という事実即してその成否を認定するとしたのを²⁴⁾、所有権の成否に直截する。すなわちその間に占有 *possessio od. Besitz* を介することなく、所有権の成否を所有権者の所有の実態という事実即して認定する。そういう、強いていえば所有権あるいは物支配法理の占有なるものからの訣別。そういう *usus modernus* があってもよかつたわけである。

しかしいうまでもなく、ロオマ以来それができないと考えられたからこそ「占有」が論じられた。あるいはそれゆえにこそ「占有」を介して所有権の成否を認定した。それが可能と考えられたなら、占有を論ずることも、占有を介することも必要なかった。

したがって現在の民法学の課題は、上にいう *usus modernus* がとられることがなかった、あるいはそれが不可能であると考えられたのはなぜであるか。そういうことになる。

そうである。しかしそうではない。そうであるのは、要件事実を求められるのは法律要件がなければならないからである。所有権に権利要件が求められないからこそ、占有を必要とする。したがって、所有権 = 所有権事実（占有）という対応は成立しない。

すなわち所有権と占有を所有権 = 所有権事実の対応とすることは、所有権という権利に法律要件を必要としないとすれば可能なわけである。ロオマ法学はそれをできないと考えた。したがってその問題は権利に権利要件、あるいは法律要件を求めるということが、いかなる意味があるか。それを提示することでもある。

Ⅲ パターン認識におけるメタ規範 と占有論の意味論

a

規範と実体との関係からすると、法規範には二つの異質な規範が存在する。その一つは、権利要件または法律要件をもち、それに対応する権利事実または要件事実の存在が認定されると、その規範に付された法律効果が与えられるものである。普通考えられている法規範とはこれである。他のものは法律=権利要件が欠け、ないしは法律=権利要件を求めることができず、権利名辞のみが掲げられ、それに対応する権利事実ないしは要件事実が求められないもので、それにもかかわらずその権利名辞に法律効果のみが与えられている。そういう規範である。論者は前者を対象規範とし、後者をメタ規範として提示した²⁵⁾。

したがってメタ規範とは求められるべき法律要件（権利要件）、すなわち category を欠いた規範である。ただその category の欠損にはそれぞれのメタ規範で違いがある。表見代理は無権代理である点である。すなわち「無権」（無法）代理なのだから代理の「法」的 category は「無」。我が民法における不動産物権変動の場合は、176条と177条および占有条項が統合されていないからである。債権の準占有は、債権の非「所有」——債権の所有とは所有権の所有と同じ調で、言語としては成立しないが、すなわち非債権（者）についてであるから、債権の category は働かない。不当利得は、債権を欠いた「債務」の給付、あるいは所有権を欠いた他人の物よりの利得であるのだから、債権の category、所有権の category が働かないことによる。したがって上記の四つのもは実体事実の状態を指称するものである。そういう意味でそれら四つのもは占有と同じく事実である。

それに対し、占有では所有権という権利があるのだから、所有権の category は機能させ得るようにとれる。それをロオマ法学は所有権に権利要件（法律要件）を捜せないゆえに

category の特徴を欠く占有を想定した。その想定の中での category の特徴の欠如である。その点、メタ規範の他の四つのもは占有では法律（権利）要件 category の特徴の欠如が拠って来たる所以に違いがある。

要約するとメタ規範には三つの種類のものがあり、先ず第一には法規範に特有の性質から、category 自体を提示できず、新たに権利もしくは法律事実名辞すなわち法定の category とそれに応じる法律効果のみを付与しているもの、表見代理、債権の準占有、不当利得がある。第二に本来それは法律要件 category の特徴を創出するためのものであったのであるが、創出の構成が不徹底——三位一体の欠如のために category の特徴の機能を喪うに至っているもの、日本法の不動産物権変動（176条、177条）。最後に category は確固として歴史上、恒常的に成立しており、したがってその category に該当する事実も実存するのであるが、その category すなわち権利名辞が権利要件すなわち category の特徴を欠く、あるいはその category の特徴を捜せないために求められたもの——占有（その限りで占有は登記なき時代の登記の役割を果たしたもので、ないしはそのために案出されたものである。かつ、それは所有権事実であるにかかわらず別個の「占有」という名辞を付与されている）。その三つのものがあるということになる。

ただ占有と他の四つのもに相違があるとしても、そのいずれもが求められるべき category の特徴すなわち法律要件を欠くのであるから、その実体への適用は、要件に対応する要件事実の存否を認定（認識）してすることは不可能である——その限りで証明を要件事実の立証とする証明論は成立しないことになる。主要事実がない！ その点メタ規範では、法律要件を備える普通一般の規範——対象規範における規範の適用とは適用の様相を異にすることになる。

b

所有権 = 占有の問題を、所有権を言語ないし

は記号，占有をその message 信号ないしは伝えられるべき内容とする。あるいは所有権をいうまでもなく権利名称，占有をその権利事実と考える。他方，所有権という権利名称はその求められるべき権利要件（法律要件）すなわち category の特徴を欠く権利であり，占有を所有権という権利の認知実体であると考え。しかもその占有の category はその認知実体を識別するための特徴を抽出できないものである。したがって，所有権という名辞の伝達すべき内容 message に対応する実体事実を求めるについては，所有権の実態という category 図型を想定し，その図型と占有実態図型を重ね合わせることによってしか，その権利 category の決定（認識）はできないことになる。それ以外にかかる場合言語 message の実体を認識する方法はない。

所有権と占有の間には上述のような関係が成立する。繰返していえば，所有権という権利記号は，その形態（パターン）を認知するについて，その存否を2値的に認知できる特徴パターンを抽出できない権利名称（記号）である。そのために法律学は，ないしは法律世界は，ロオマ法以来，所有権の実体の実態を，所有権とは別個に占有として想定する——それが「占有は事実である」という法理の謂²⁶⁾。その上で，占有という実体の成否を介して，所有権という権利の存否=取得を認知する。そうであるから占有とは所有権の実態という事実である——占有を占有事実の存否のみで「客観的」に認知すべきだとする占有客観説は，上にいう「実態という事実である」という点についての説である。所有権と占有の間は，ないしは占有とは，権利名辞とその伝達内容そしてその内容に応じる実体事実の認識に関して，上のような意味をもつ。

ロオマ以来法律学が所有権という権利名辞の伝達すべき内容 message を所有権事実とはいわないで，占有という別個の名辞を付与した。そこから発生した現象（認知の混乱——占有の迷路 labyrinth ——謎）の一つが，占有そ

れ自体に一つの法律効果を与えるというものである。すなわち占有とは詰るところ所有権事実であるのだから「占有」を介さず，前述のようにその事実と直接，所有権の法律効果を付与する。それで足りたのであるが，権利は権利要件を求め，その要件に対応する要件事実の認定によってのみ認容される。そう考え，それ以外の権利事実の認定の方法があり得ることを識らなかつた。ために法律世界はそれに「占有」*possessio od. der Besitz* という別名辞を付与した。しかし法律世界にとっては，上にいう「それ以外の権利事実の認定の仕方」が分明でありさえすれば，占有に権利推定（日本民法典186条は適法性の推定）即時取得（192条）という法律効果を与え，占有=所有権事実という対応（占有の所有権 message 性）を認定する。それで足りたはずである。

ところが，所有権事実と占有という「固有の」名辞を付与してしまえば，それはそれで必然的な人間の知的，言語現象の発生を招来する。すなわち，占有という名辞の message 伝達内容は何か，という問題が提起される。それが占有事実という占有の今一つの意味である。そこから法律世界は占有事実である占有のもつ法律効果を提示する。それが占有のもつ占有訴権（取戻し請求権等）その他の事実としての占有のもつ法律効果という問題の一つの意味である。

いうまでもなく上述の前者が一部学説のいう *modus* としての占有の法律効果であり，後者がその他の占有の事実上の法律効果といわれるものである²⁷⁾。換言すると，占有のもつ *modus* としての法律効果とその他の法律効果という「二重写し」の二つの法律効果とは²⁸⁾，占有が単に所有権という権利名辞の伝えられるべき内容 message にすぎないのに，法律世界がロオマ以来それに「占有」という別名辞（記号）を付与した。そのための人間の認知における必然的結末ということである。そこにあるのは，その双方がそれぞれ別個の法律効果を認むべき占有である²⁹⁾，という意味ではない。

すなわち占有論の混乱——占有の謎、それは迷宮 labyrinth ともいわれるが³⁰⁾、それには二つの意味がある。そういうことである。その一つは、占有が本来、所有権の message 実体である。それにもかかわらずロオマ法はそれに「占有」 possessio という、所有権とは別個の言語名辞を与えたことである。そうなれば言語の記号としての特性から³¹⁾、占有という名辞言語がそれによって伝える message 実体をもつことになる。その点が一つ。

そうであるから、占有を逐って行くと所有権が見えて来ることになる。それは、占有が所有権の message 実体であるから、当然の結論である。しかし、その所有権を逐うと、所有権は忽然と姿を消して、占有が目前に見えるに至る。それも、所有権が権利要件を提示できない、ただ単なる記号にすぎないのだから、当然の結論である。その間を占有論は堂々と巡る。人の意識というものは、覚束ないもので、道に迷った経験のある人は覚えがある。同じ順路をグルグルと回わる——人はそれをキツネに憑かれたともいう。すなわち占有論は確かに labyrinth である。この点、論者は別に触れたことがある³²⁾。

他の一つは、法律学が規範を実体に適用する場合には、規範を法律要件に構成し、それに対応する要件事実の実存もしくは成立を求める。その遣り方、アルゴリズムと行ってよいと思うが、それによって占有を理解しようとした。法律学はロオマ以来それを信じ込んで来た。その点である。すなわち、占有はいかなる要素によってできているか。法律世界はそれを占有要素論というのであるが、そう問題を設定した。言うまでもなく corpus, animus 論。多くは animus に収斂して、占有論とは占有意思論として百家騒鳴を演じた³³⁾。

しかし顧みればそれは法律学が錯覚した最大のものであることが、あるいは法律学の最大の錯覚が占有の前提に存在したことが分るはずであった。すなわち所有権がいかなる権利であるか、という課題である。法律学はそれを棚

に上げて、占有のみを論じていた。比較的早く僅かに占有を論じるのに所有権にも焦点を当てたのは、若い日のイエリングであった。

イエリングは占有を所有権の message という解の出し方はできなかった。しかしイエリングはそれを「並行」 parallelismus と提示した。その占有に対する所有権は、本来、権利要件を提示できない権利であるから、占有が法律世界に導入されたのである。イエリングが parallelismus と提示したとき³⁴⁾、所有権=占有を所有権=所有権事実と提示できれば、その時点でドイツ法学の占有論は Bekker を必要としなかったのである。

また、イエリングにその理解がなかったために、イエリングの占有論は占有意思論 (1889) という俗論に入り込んだ。そういうことも可能である。

所有権に権利要件を求めることができないがゆえに、所有権とその対象物の間をその権利実体としての占有が仲介している。そう理解できれば、占有を体素と心素という二つの要素(要件)に分け、その心素がいかなる心素であるか³⁵⁾。そういう課題が占有論の俎上に上ることはなかったはずである。占有が要素に分けられるのなら、占有要素を所有権の権利要件とすればよい。それがなぜできないのか。

その点に直感したのが、いうまでもなく Bekker の客観説。Bekker は³⁶⁾、

……動産上の占有は animus と corpus の二つの具備 zusammentreffen によって取得されるのではなく……(中略)……物が取得者の勢力 Bereich 内に、そしてその取得者の勢力を我々は「家屋の力」 hauslich Gewalt とか「管理」 Gewahrsam と呼ぼうと思うのであるが、そこに入ることによって獲得されるのである。……

そう記す。すなわち Bekker の記すところは、占有の成否を animus, corpus の存否によってするのではないとする。それは物が何人かの管理下、勢力下にあるかないかによってするということ。そうであるからそれは、何らかの絞り込ま

れた「占有の」形態（パターン）——特徴によってするのではなく、全体としての形態（それが実態）の如何——管理下あるいは勢力下にあるか、ないかによってするというのである。

したがってそれは、心素 *animus* を占有から排除した——確かに排除しているのであるが、そういうことに意味があるのではないことになる³⁷⁾。すなわち Bekker の占有客観説とは、占有が要素に分けられるものでないとする点に意味がある——この点、今少し精密には *corpus* のもつ意味を詳かにする必要があるが。あるいは Bekker の客観説とは、占有が要素に分けられるものでないと主張する説である。そう理解しなければならない。

所有権が権利要件をもたず、したがって所有権事実を要件事実の実存として認知（証明）できないとすれば、そして占有が所有権事実であるとするならば、換言すると占有とは所有権という言葉の伝達すべき内容 *message* の実体である。そうだとすればその占有という実体の認知を人はいかにして行うか。それが次に問われねばならない。その問いは Bekker の占有客観説なるものが³⁸⁾、認知論からすれば、いかなるものであるか。その問いと同じ謂になる。

ロオマ以来の法律学は占有要素論、*animus* 論に関してイエリングがその *Grund* の中でプフタを引用して「占有文献が混乱し、際限なく氾濫している」³⁹⁾、と述べた大論争を重ねて来た。それは占有を *corpus* と *animus* に要素化し、さらにその *animus* がいかなる意思であるか。ロオマ継受法のドイツ法学はそう論じ、BGB 編纂の時に至り、占有とはその客観的な状態によってその成否を決められるべきだとする Bekker の説が主張され、BGB はそれを採用した (§ 854)。

問題は、それが法律学でいう占有論といわれるものであったとってよいのであるが、諸説のもつ認知論上の意味である。その意味を検討するとき、Bekker 説に至る前の諸説は、イエリングが「占有意思論」で数式化して提示しているように $a + \alpha + c$ または $a + c$ と表現

されるものであるから⁴⁰⁾、それは占有を要素化するものである。そういうことができる。要素化するというのは占有を $a + \alpha + c$ とすれば、 a 該当事実、 α 該当事実、 c 該当事実の実存が認められれば、占有 *Besitz* の成立を認めるというものである。そう提示していることになる。

それに対し客観的な物支配の状態が社会的に——それを法律学は「外部的」に——というのであるが⁴¹⁾、認められる場合には、占有意思にかかわらず占有の成立を認める。それが Bekker の客観説であるが、そこでは先ず占有意思 *animus* が占有の成立論から除かれている——もちろんそれについて大小の異論が立てられているが。そうであるから客観説というのは占有と客観的 = 外的物支配状態を等置する説であり、それは占有を要素化するものでないという意味をもっていることになる。

すなわち上の二つの占有論は認知論からすると、前者の占有を $a + \alpha + c$ とするのは、占有を占有要件に分け、その要件事実の成立を以って占有の成立を認定しようとするものである。後者の占有を外的客観的状态の成立を以てするというのは⁴²⁾、占有と外的客観的状态を比較対照して、占有の成立を認定しようとするものである。そういうことができる。それはパターン認識にいう二つの方法、すなわちあるパターンから特徴を抽出してその特徴の存在によって *category* の決定をする方法と、図像を重ね合わせることによって求めるべき *category* 図像の存否を決定する——それを *matching* という、方法、その二つの方法に他ならない⁴³⁾。

C

分類学が *criterion* を抽出し、同定を得⁴⁴⁾、法律学が法律要件を提示し要件事実の存否の認定をする⁴⁵⁾。それらは認知論の見地からすれば、パターン認識（形態認識）における特徴抽出に当るものである。あるいは、分類における *criterion* の存否、法律世界における要件事実の認否の判定とは、認知一般にいう形態認識にお

いて抽出された特徴の存否を認知することによって認知を求めるもの——範疇 category の存否を認知することである。その点を、論者は夙に指摘した⁴⁶⁾。そうであるとすれば、その特徴とは、したがって criterion, 法律要件 (構成要件 Tatbestand) とは、求めるべきパターン (範疇形態 categorical pattern) の存否に必須的に、かつこの世で (現象世界) 唯一つ連結するパターンのことになる。

すなわち、その特徴が存在すれば必ずや求めるべきパターン (形態) は存在する。そういう「特徴」をもつ形態を得ることである。そして場合によれば、あるいは可能であれば最も望ましいのはその特徴を数値によって得ることである。そうであるから、その特徴とは絞り込まれた形態 (パターン) であるということになる。ないしは認知論でいう特徴抽出とは、パターン (形態) の絞り込みのことである。そういうことになる。

したがって先ず所有権が権利要件をもたないというのは、所有権を所有権として決定付ける特徴ある形態を絞り込めなかったということである。また所有権に権利要件を捜せなかったために占有を求め、なおかつその占有の認知をも占有要素、取分け animus のいかに係わらず、corpus の客観的 = 外的状態——管理下にあるか、勢力下にあるかどうかによって認める⁴⁷⁾ (したがって corpus は占有の体素という要件であるから、それによって占有の存否を決するという占有客観説は、一見、要件 = 要素論に立った立論の形をとっていることは注意する必要がある)。その認定は、占有についても占有を決定付ける特徴——形態 (パターン) を絞り込み得なかった。そういうことを意味する。

したがってロオマ法学以来の占有論の、したがってロオマ以来の占有の謎の一つの意味は、占有とは物支配の実体の実態であるのだから—— Bekker の表現に従えば「勢力下にある」「管理下にある」⁴⁸⁾、法律 (権利) 要件を抽出できない、あるいは決定的な特徴を絞り込めない所有権に、したがって権利とは権利要件を提示

して初めてその要件 (権利) 事実を認定できるものであるのだから——ロオマ法はそう思い込んでいた、所有権は所有権事実を認定できない権利である。その所有権に権利 (要件) 事実の認定ではなくして、その対応 (message) 事実 (の認定) を要件に対応する要件事実の認定をすることなく「占有」と名付けて提供する。そこにある。そういうことが可能である。

そうだとすると、その占有の提供する所有権という権利名辞 (記号) の伝達する内容 message に対応する事実の存在の認定とは、一体いかなる認定であるのかが問われるべきである。そう問うならば、その認定は事実実態の認定であるのだから、またその message の認知は、要件すなわち特徴の抽出 (パターンの絞り込み) とそれに対応する事実——要件事実の同定すなわち特徴抽出による category の決定ではないのだから、その認知は事実実態という形態 (パターン) をそのまま重ね合せて行なわれる事実の同定 (図型の重ね合せ—— matching による画像認識) による実体事実 (権利事実) の決定という意味をもつ。そういうことになる。ただこの認知は、人間が目視によって対象を認識する、例えば猫を見て「猫」を認識する。あるいは写真を見て、何人の写真であるか、行違う人の顔を見て何人であるかを視認する。人の最も一般的な認知方法である。その際、人は猫の何かの特徴を取り出して、その特徴の有無によって猫であるかないかを認知しているのではない。それは図像と図像を重ね合わせ、経験として有する図像と目前の猫を同定しているのである。それを情報処理学は図像認識と称しているだけのことである。したがって逆にいうと、占有とは上にいう人間の最も一般的な、すなわちありふれた認知の方法を、権利の成否認定の場に持込む。そういう意味をも有する。そうすると、そこに占有要素論、取分け animus 論の辿った遷移、そしてそれが BGB では Bekker の客観説を採用するに至った過程ないしは結論。その意味するものが理解されるに至ると考えられる。それは詰るところ、画像と

してのあるいは光景としての所有の実態である。

またそれは、Bekkerの客観説が、そしてそれを採用したBGB § 854がもつ意味でもある。すなわちそれは、ロオマ法がロオマ以来行なおうとして来た、所有権と占有の存否の認定を要件事実の存否の認定で行なおうとした。その営為からの訣別であり、人が普通一般に行う視認という認知の方法で権利事実の存否を認定する。そういう認知方法に還る——振り出しに戻る。そういう意味をもつ。

すなわち占有法理とは、法律世界に法律要件(権利要件) = 要件事実(権利事実)という認知(権利認定)以外に、図型の重ね合わせによる認知——図像認識である、いわば法律図型(権利図型) = 実体図型(権利実態)という認知(権利認定)の別がある。あるいは法律世界にも人間の認知、取分けパターン認識における特徴抽出による認知とパターン図型の重ね合わせによる図像認識の別に応じた権利 = 権利事実の構成の違いが存在するということである。

またしたがってその逆を言うこともできるのであって、ロオマ法学以来法律学が、所有権が単に権利名辞という記号であることに気付き——それはあり得べからざることではあったであろうが、さらに人間の实体認識に、特徴抽出を以てする認識と実体の実態という図型を重ねさせてする画像認識の別がある⁴⁹⁾。それに気付くことができたとすれば、所有権の存否の認定に占有を介してするという、ロオマ法学以来の構成を必然とすることはなかった。所有権の実態という図像と所有権の実態事実の比較対照 *matching* によって所有権事実の存否の判定をすればよかったのである。そういうこともできるのである。あるいはBekkerの客観説の意味はBekkerが僅かに占有とは物支配の図像であることに無意識ながら気付いた。そこにあるともいうことができる。

すなわち占有が本来、所有権という名辞の *message* 実体である。そうであるとすれば、所有権と占有の間に今一つ別の(結論が別になる

わけではないが) 関係を形成することもできることになる。

すなわちロオマ以来(この発想は東アジア世界には希薄である。それはプラトンのイデア論、デカルトの二元論にみられるヨーロッパ世界の知的特性でもある)、上に触れたように法律世界は所有権を占有によって推定するという規定の仕方をして来た。占有者の権利は適法なものと推定され(188条)取引の相手方の占有を信頼した動産の占有取得者は、権利を即時に取得するとされる(192条)。そうすることによってロオマ法の *usus modernus* 以来、法律学は、占有——権利の推定——所有権という推論によって所有権と所有権 *message*、すなわちそれはまた、所有権 = 所有権事実であるが、そう対応させた。そういう意味をもつ。したがってそこにドイツ法が登記に公信力を付与するにつき、占有による所有権取得——時効取得を禁じる (§ 900) 意味を識るのである。

おわりに

他方ロオマ法の *usus modernus* は不動産所有権について登記をもつ。日本民法典では177条であるが、ドイツ法はそれによって所有権取得を公信する(BGB § § 873, 900, 928)。その構成も上に触れる所有権 = 占有の言語記号としての所有権とその伝達されるべき内容の実体である占有という構造と異ならない。ただここでは登記が当初から合目的的に合成されたものであるために——少くともドイツ法においては、所有権事実と別個の名辞を付与し、それと所有権という権利名辞が乖離して関係を混乱させるということではなかった。

すなわち、登記とは所有権事実を創出するためのものである。換言すれば創出された所有権事実、それが登記の謂。登記を所有権事実とするに至らなかった場合は、日本法にみられるように所有権 = 占有と同じ混乱、ないしはそこには占有も立入って来るのであるから、ロオマ以来の所有権 = 占有という以上の錯雑した名辞 =

実体関係を来たすことになる。民法典上フランス法も日本法と同じ状況にある——これは逆。日本法は先ずフランス法を写したのであるから（ボアソナード民法）日本法はフランス法と同じ状態にあるというべき。ただフランス法学は事態を少なくとも無意識下に認識しており、民法典成文上の上記の不備を法律実務によって補正していると考えられる。それがフランス公証人、公正証書実務。

すなわち公正証書による不動産物権変動を強いることによって、民法典成文上にある登記が所有権事実になるということの不備を彌縫する。フランス法では公証人、公正証書がそう機能する。日本法が幕末、明治当初、フランス法を継受しようとしたために、公証人、公正証書という法律実務は成文民法典に遅れることなく導入された。しかし日本法学の側に上にいう所有権事実を合成する機能という問題意識が欠けていたために、公証人、公正証書実務というものは、高々執行力ある債務名義という意味以上に機能するには至っていない。

ただ、不動産物権変動におけるこれらの問題は抵当権が目的物を売る権利を売るという特性——派生的権利性 *derivativity* をもつ。それゆえに占有は性質上機能せず、登記という権利事実を不可欠にする。その点をも含めて別に扱いたいと考えている。

注

- 1) 辻「物権変動論, 占有論とパターン認識」『阪南論集 人文・自然科学編』36巻3号, 2001年1月, 87ページ。
- 2) 鳥脇純一郎『パターン情報処理の基礎』情報科学こんせぶつ9, 朝倉書店, 1998年, 64ページ以下。
- 3) 辻『メタ規範論叙説』阪南大学叢書60, COMPRESS, 平成13年。
- 4) Saussure, Ferdinand de, *Course in General Linguistics*, translated Wade Baskin McGraw-Hill Book Company, New York, 1959, reprtd., 1966, p.65-67. (小林英夫訳『一般言語学講義』岩波書店, 1940年 [改版1972年] 95-97ページ)
- 5) Jakobson, Roman, *the Framework of Language*, Michigan Studies in the Humanities, Horace H. Rackham School of Graduate Studies, 1980, p.86. (池上嘉彦, 山中桂一訳『言語とメタ言語』勁草書房, 1984年, 108ページ)
- 6) 文部科学省『学術用語集』言語学編, 日本学術振興会, 平成9年, 312ページ。
- 7) 鳥脇, 前掲書, 64ページ以下。
- 8) Rosenberg, Leo, *Die Beweislast*, 5Aflg., vlg., C. H. Beck, München, 1965, S.90. (倉田卓次訳『ローゼンベルグ証明責任論』全訂版, 判例タイムズ社, 昭和62年, 107ページ)
- 9) 大判, 昭14. 3. 24, 新聞4415-18。
- 10) Williams, Glanville, *Language and the Law*, *The Law Quarterly Review*, vol.61, 62, 1945, p.179-181.
- 11) 碧海純一『法と言語』日本評論社, 1965年, 7-8ページでは, この言語によるパターン認識が, 言語を介してなんらかの力を加え人をして一つの型(パターン)に合致させる「社会統制」と理解されている。この理解は法と言語を理解する視座としては方向が違っているように思う。言語を介して何らかの力を加えて人をして一つのパターンに合致させるのが法であるという視座では法と言語がいかに係わっているかというその実相は見えて来ないであろうと考えられるのである。
- 12) 星野英一『民法概論II』物権・担保物権, 良書普及会, 昭和51年, 111-114ページ。
- 13) 辻「占有権の体系的構造」関西法政学会編『法政論叢』9巻, 1972年, 22ページ。
- 14) 中尾佐助『分類の発想』朝日選書409, 朝日新聞社, 1990年, 52ページ。
- 15) 辻「不特定概念とメタ規範要件」『阪南論集 社会科学編』34巻4号, 1999年3月, 28-30ページ。
- 16) Gierke, Otto, *Deutsches Privatrecht*, zweiter Band, Sachenrecht, vlg., von Duncker & Humblot, Leipzig, 1905 S.348f.
- 17) ロオマ法(学)に敬意を払って「らしい」と述べておく。
例えば宅地内に埋蔵されている財宝(der Schatz), さらに例えば江戸時代の先人が家敷中に埋蔵した金銀貨を想え, その占有取得についてロ

オマ法はその埋蔵の認識を持った時か、その財宝の直接的な獲得を得た時かのいずれかの時にその占有を認める。それは認識あるいは直接的な獲得を要件化するものである——因みに、それについてイエリングは*、その財宝の埋蔵された屋敷を屋敷とした時、それを保管 *custodia* の成立した時とする (s.164)。

* Jhering, R. von, *a.a.o.*

- 18) Baur, Fritz, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 11Aflg., Vlg., C. H. Beck, München, 1981, S.215f.
- 19) Bekker, Ernst Immanuel, *Zur Reform des Besitzrechts, Jhering Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, folge 2, Bd., 30, 1891, s.311.
- 20) Jhering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzschützes; Eine Revision der Lehre vom Besitz*, neudruck der 2Aflg., Jena 1869, Scientia vlg., Aalen 1968.
- 21) *derselb*, s. 3.
- 22) Saussure, F. de, *op. cit.*, p.65-67.
- 23) Jhering, R. von, *a.a.o.*, S.2.
- 24) Bekker, E. I., *a.a.o.*, S.311.
- 25) 辻「メタ規範論叙説」『阪南論集 社会科学編』28巻4号, 1993年3月, 167ページ。
- 26) 辻「占有は権利か事実か?」『阪南論集 社会科学編』31巻3号, 1996年1月, 8-11ページ。
- 27) この点の指摘は篠塚, 山中, 杉之原の諸説が鮮明である。篠塚昭次「占有論序説」『早稲田法学』32巻3・4号, 昭和32年, 181ページ以下, 山中康雄「占有の理論」末弘巖太郎代表『法律学体系第2部 法学理論編』64, 日本評論社, 昭和26年, 56ページ以下, 杉之原舜一「表見的受領者に対する弁済者の保護」(二)『法学協会雑誌』46巻9号, 昭和3年, 52ページ以下。

篠塚説のいう「modus 占有」山中説のいう「公示的占有」杉之原説のいう「*Rechtsschein* を伴ふ占有」とは、所有権という権利名辞の伝える内容 *message* に対応する、ないしは該当する事実すなわち所有権事実である占有のことである。また篠塚説のいう「固有の占有」山中説のいう「単なる占有」杉之原説のいう「物の所持自体である占有」とは、それら3説のいうようなものではなく、所有権 *message* 該当事実に「占有」という別個の名

辞を付したがために発生した占有という名辞言語の伝える内容 *message* である「占有」事実——これを占有が発生するに至る認知過程に応じて表現し直すと、「所有権事実事実」ないしは「所有権該当事実に該当する事実」ということになる(占有論が *labyrinthus* になるのは当たり前——但、表現が「事実事実」ないしは「該当事実該当事実」となっている。すなわち、メタ化している。その点に注意を払うべきである)。

したがって上記, 単なる占有, 固有の占有あるいは物の所持自体である占有とは占有を名辞として扱う——恰も権利として扱うことであるから, 所有権という名辞すなわち言語の伝達は, その言語が相手方に到着すると成立する(176条)ごとく, その占有の移転も「占有」という名辞が相手方に到着すると成立する, 占有の移転についていえばその合意のみで移転することになる——人と人との交流 *communication* は言語の送受によって行なわれる。それが占有改定(183条)。しかしそれは所有権事実の移転ないしは「占有該当事実」の移動, 相手方への到着はなく, 単なる言語名辞の送受があるのみであるから, 所有権事実の移転を前提にした占有の効力すなわち所有権の実存は認知されないことになる。これが上記3説のいう *modus* 占有, 公示的占有ないしは *Rechtsschein* を伴ふ占有の移転には占有改定が含まれないとする*, 意味である。それは所有権事実「占有」という名辞を付したことによる病理的結果である。

* 篠塚, 184ページ, 杉之原, 55ページ, 山中, 62ページ。



論者が上記の点を先きに占有の現実性契機と表現したのは**, 占有の所有権事実という意味を, 言語 = 記号論に立たず説明したことによる。

** 辻「占有の現実性契機と占有改定」『阪南論集 社会科学論』26巻4号, 1991年3月, 47ページ。

- 28) 篠塚, 前掲論文, 182ページ。
- 29) 同上論文, 181ページ。
- 30) 末川博『占有と所有』法律文化社, 1962年, 32ページ。

- 31) Saussure, F. de., *op. cit.*, p.65-67.
- 32) 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, 17ページ以下。
- 33) Jhering, R. von, *a.a.o.*, S.1.
- 34) Jhering, *a.a.o.*, S.209., は die Thatsachlichkeit des Eigenthums といい, また die bloss thatsachlichen Existenz des Eigenthum という (S.223)。それらはともに *tatsach* であって *Tatbestand* ではない。Jhering の *Grund* における最末尾にはさらに所有権と占有の並行 der *Parallelismus* を提示したあと (S.224), die *Sichtbarkeit des Eigenthums* とも提示されているが (*derselb*)、問題は *bestand* というか否かであって, Jhering が占有に所有権の *bestand* と提示するところはない。
- 35) 田中整爾『占有論の研究』有斐閣, 昭和50年, 139ページ以下。田中説は占有要素としての *animus* を否定しようとする。そういう点において確かに客観説なのである。しかし, 同説は占有を非要素(無要素)に理解するという発想を備えない。それが客観説と純客観説の異同にとられる一因とみられ, また Bekker 説の中核を理解しようとしないうちに繋がると思われる。すなわち Bekker 説の意味は, *animus* を否定するということにあるのではなく——確かに否定するのであるが, 占有を要素的に, すなわち占有要素該当事実の認定によって占有を認定するということ, それをしない。そういうところがあり, 田中説はその点を解そうとはしないのである。
- 36) Bekker, E. I., *a.a.o.*, S.311.
- 37) 田中, 前掲書, 173-176ページ。
- 38) Bekker, E. I., *a.a.o.*, S.311.
- 39) Jhering, R. von, *a.a.o.*, S.1.
- 40) Jhering, Rudolf von, *Der Besitzwille; Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, vlg., von Gustav Fischer, Jena, 1889, S.53.
- 41) 田中, 前掲書, 139ページ。
- 42) 同上書, 152-170ページ。
- 43) 鳥脇, 前掲書, 25-63, 64-130ページ。
- 44) 中尾, 前掲書, 52ページ。
- 45) Rosenberg, D., *a.a.o.* S.1.
- 46) 辻「法律要件 = 要件事実認識と2値認識」『阪南論集 社会科学編』37巻2号, 2001年9月, 19ページ以下。
- 47) Bekker, E.I., *a.a.o.* S.311.
- 48) *derselb*, S.311.
- 49) 鳥脇, 前掲書, 25-63ページと64-130ページ。

(2002年6月20日受付)
(2002年8月9日掲載決定)