

# 占有権とはどのような権利か(一)

——財産法における権利の構造六——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 占有権の論理構造(一) 占有権の事実性と規範性……以上本号
- 三 占有権と所有権 財産法体系における位置づけ
- 四 占有権の論理構造(二) 占有権の現実性と観念性
- 五 むすび

## 一 はじめに

一 占有理論、即ち物を現実支配し管理している事実状態を、その権原の有無を問わずに、そのまま認容し保護するところに認められる占有権を理論的に把握する作業は、私法学における難問であり、占有権を理解することは極めて難解なことだとされている。<sup>(一)</sup>

というのも、占有は事実か権利かという問題については註釈学派以来の論争があるし、<sup>(二)</sup>占有要件論、即ち占有の

成立要件・存続要件として物の所持という体素のほかに、心素として特別の意思を必要とするのかどうかという問題については、ドイツ普通法学時代からの論争がある(第二章一節参照)。

それに加えて、所有権などの本権のほかに、占有権が認められているのは「なぜ」なのか、占有訴権(占有保護請求権)は「どのような」機能を果しているのかという、占有制度の存在理由に関わる根本問題について、多様な見解が主張され、理論的な対立が続いている(第三章七節参照)。

(注一) 富井政章「占有意思と代理占有」法学協会雑誌二八巻一号(一九一〇年)二六頁、同・民法原論第二巻 物権〔有斐閣・一九二三年〕六一頁、石坂音四郎「占有意思論」民法研究第一巻〔有斐閣書房・一九一三年〕五〇三頁(初出・法学協会雑誌二八巻五号・六号・七号〔一九一〇年〕)、岩田 新「占有理論」岩波書店・一九三二年序一頁、末川 博「物権法」日本評論新社・一九五六年「一七九頁、同「代理占有論」末川 博法律論文集IV〔岩波書店・一九七〇年〕七三頁(初出・法と経済一卷一号・三号・四号〔一九三四年〕、於保不二雄・物権法(B)〔有斐閣・一九六六年〕一六四頁。

Vgl. Hedinger, System des Besitzrechtes, 1985, S. 9f.; Mühl, in: Soergels Kommentar zum BGB., Bd. 6, 12. Aufl., 1989, Vor §854 Rdz.1 (S. 30).

(二) 岩田・注(一)八三五頁以下、同「占有理論」(三・完)―主としてイエリグ教授の占有意思論の批評―「法学協会雑誌四七巻一一号(一九二九年)五三頁以下、岡松参太郎・註釈民法理由中巻〔有斐閣書房・一八九七年〕二六頁以下、原田慶吉「占有は権利か事実か―ヒザンチン期に於ける占有觀念―」寛教授還暦祝賀論文集〔有斐閣・一九三四年〕四八七頁以下。

現在でも、ドイツではこの点について論争があることになり、Mühl, N. 1, Vor §854 Rdz. 5 (S. 32); Heck, Grundriss des Sachenrechts, 1930, S. 64ff.; Westermann, Sachenrecht, Bd. 1, 6. Aufl., 1990, S. 79ff.; Joost, in: Münchener Kommentar zum BGB., Bd. 6, 3. Aufl., 1997, Vor §854 Rdz. 9 (S. 27f).

二 占有制度の存在理由・存在根拠について、様々な学説が主張されている原因として、現代の生活関係において占有の営む機能が多様化・複雑化していることのほかに、次のようなことが指摘されている。

即ち、近代の占有制度は、ローマ法のポセッシオとゲルマン法のゲヴェーレとが合流したところに、両制度を一部分ずつ採り入れて成立している。そのために、現行の占有制度に与えられた効果も種々様々なものが含まれており、これを統一的に理解することは困難である。

そこで、わが国における今日の多数説は占有制度の在理由・存在根拠を一元的に把握するのではなく、各種の効果を、①占有そのものを保護する効力・機能と、②本権に関連した効力・機能に分類し、整理した上で、各効果ごとに多元的に捉えることにしている。<sup>(三)</sup>

しかし、占有制度の存在理由・存在根拠を、多数説のように占有ないし占有権の諸効果から多元的に理解するにせよ、あるいは一部の学説のように占有の本権表章的機能に重点を置き、本権との関係において一元的に理解するにせよ、<sup>(四)</sup>このような接近方法によつたのでは、「占有権とはどのような権利か」という根本問題を説明することは出来ない。

というのは、民法一八八条以下に「占有権ノ効力」として規定されているところは、占有権の効力だけではなく、占有に与えられた効力が混在しており、しかも占有の効力に関する規定は占有権の章以外にも点在している。<sup>(五)</sup>

そのために、占有と占有権、およびそれらの効果の三者の区別・連関性が明らかではない。したがって、占有ないし占有権の効力を平面的に分類・整理したところで、「占有権とはどのような権利か」という問題について、明らかにしえないのは当然のことである。

しかしながら、「占有権とはどのような権利か」という問題を明らかにしないで、占有制度の存在理由や存在根拠を明らかにすることが出来るのであろうか。前者の根本問題を解明しないまま、後者の問題を取扱うのは本末顛倒しているのではあるまいか。

注(三) 末川・注(一)物権法一八〇頁以下、同・注(二)「代理占有論」九三頁、於保・注(一)一六五頁以下、舟橋諱一・物権法「有斐閣・一九六〇年」二七二頁以下、我妻 栄<sup>1)</sup>有泉 亨・新訂物権法「岩波書店・一九八三年」四五七頁以下・五〇二頁、稲本洋之助・民法Ⅱ(物権)「青林書院新社・一九八三年」二〇四頁以下。

なお、川島武宜編・注釈民法(7)「有斐閣・一九六八年」四一頁以下「田中整爾」、田中整爾「占有制度には、今日どのような意義、役割があるか」奥田昌道ほか編・民法学<sup>2)</sup>「有斐閣・一九七五年」一五〇頁以下。

(四) 石田文次郎・物権法論「有斐閣・一九三三年」二四二頁以下、柚木 馨<sup>1)</sup>高木多喜男・判例物権法総論「補訂版」「有斐閣・一九七二年」三二五頁・三二七頁。

(五) 於保・注(一)一七〇頁以下・一九一頁以下、田中・注(三)注民法(7)四一頁以下、同・注(三)民法学<sup>2)</sup>一五〇頁以下、同「わが民法における占有の法的地位―現実的物支配と観念的物支配との関連―」占有論の研究「有斐閣・一九七五年」一二七頁(初出・法と政治の諸問題・大阪大学法学部創立一〇周年記念論文集「一九六〇年」、原島重義ほか・民法講義<sup>2)</sup>物権「有斐閣・一九七七年」一四四頁・一七八頁以下「田中整爾」、稲本・注(三)民法Ⅱ二〇四頁、同・注(三)川島編・注釈民法(7)二頁以下、川島武宜・所有権法の理論「岩波書店・一九四九年」一六八頁、同・民法Ⅰ 総論・物権「有斐閣・一九六〇年」一二三頁、星野英一・民法概論Ⅱ(物権・担保物権)「良書普及会・一九七六年」八一頁以下、水辺芳郎「占有制度」星野英一編・民法講座<sup>2)</sup>「有斐閣・一九八四年」二六五頁。

Vgl. Hedinger, N.1.S.13; Mühl, N.1, Vor 8854 Rdz.6(S. 32) u. 8854 Rdz.4(S. 37); Joost, N.2, Vor 8854 Rdz. 2(S. 25); Wolf-Raiser, Sachenrecht, 10.Aufl., 1957, S.18f.; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 13.Aufl., 1985, S.49; Bundt, in: Staudingers Kommentar zum BGB., 3. Buch, 13.Aufl., 1995, Vorbem. zu §§854ff. Rdz. 22ff.(S.73f.) u. Rdz. 34ff.(S.76ff.).

三 占有と占有権・占有(権)の効力の三者が混同されているために、従来の占有論を読み、立法例を見て、占有権の法理を考えると、<sup>(六)</sup>「五里霧中ニ彷徨スルノ感」がすると論評されたこともあるが、この批評は今日の占有論に対しても当てはまるであろう。

というのは、占有権は占有という法律事実を法律要件として生ずる法律効果であり、この一個の物権から民法一八八条以下に規定されているような諸々の法律的效果が流出して来るとする見解が有力であるが、これに対して次

のような捉え方も主張されている。

例えば、民法一八八条以下の法律的諸効果は、占有という事実それ自体に与えられたものとして法律構成すれば十分であり、それら諸効果のうちで占有訴権のみが占有権の固有本来的な内容、ないし本来的な効果であるとか、占有訴権による保護の前提として占有権を位置づけたり、占有訴権によって法的に保障されて占有を継続しうべき権利、ないし占有訴権によって保護された「物の利用」を占有権と認める見解も有力に主張されている。かと思うと、民法一八八条以下の諸効果を発生させる統一的な源泉としての権原として想定される権利が占有権と呼ばれているとする捉え方も見られる。

このように、占有と占有権や、その効果との区別・連関づけは、今日の学説においても明確にされているとはいえない状況にあり、「占有権とはどのような権利か」という問題は、ますます理解し難くなっている。

注(六) 岡村玄治「占有権ノ本体(一)」法学協会雑誌三九卷九号(一九二一年)二頁以下。なお、岡村玄治「占有権ノ本体(二・完)」法協三九卷一〇号(一九二二年)三三頁以下。

因に、水辺・注(五)講座二二六五頁・二九四頁、同「占有制度」法学教室五五号(一九八五年)三九頁は、占有と占有権との関係は必ずしも明瞭ではないし「同旨、星野・注(五)八一頁」、両者を区別することに意味があるのかどうか、問題があるとされる。

(七) 末川・注(一)物権法一七九頁・一八四頁、我妻<sup>一</sup>有泉・注(三)四五六頁・四六〇頁・四六一頁、末弘<sup>二</sup>敏太郎・物権法上巻「有妻閣・一九二二年」二〇〇頁以下・二二二頁以下。

(八) 舟橋・注(三)二七七頁。

(九) 於保・注(一)一七〇頁・一九三頁、田中・注(三)注民(7)四三頁、同・注(五)講義<sup>一</sup>一四八頁・一七九頁、同・注(五)「わが民法」一二七頁・一二九頁、同「占有訴権の機能的変化と占有」注(五)占有論の研究六七頁以下(初出・阪大法学一三号「一九五五年」)。同旨、好美清光「占有権の機能」法学教室第一期四号(一九六二年)一二二頁。

(一〇) 稻本・注(三)民法II四九頁以下・二〇四頁・二三九頁、同・注(五)注民(7)二頁・一一頁以下、川島・注(五)理論一六三頁・一六八頁、同・注(五)民法I一一三頁・一一八頁・一二三頁、松本輝男・注(三)川島編・注釈民法(7)二〇〇頁。

(一一) 山中康雄・占有の理論「日本評論新社・一九五一年」四一頁。

(一二) 川島・注(五)理論一六八頁、稻本・注(五)注民(7)一一頁。

(一三) 舟橋・注(三)三〇〇頁、稻本・注(五)注民(7)一〇頁、榎 梯次・物権法I「有斐閣・一九七一年」二二〇頁。

なお、梅 謙次郎・民法要義巻之二 物権編「有斐閣書房・一九一六年」二九頁は「本章ニ占有權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權利ヲ總括シタルモノナリ」とした後に、自説を展開されている。

Vgl. Hedinger, N.I.S.4f.; Eichler, Institutionen des Sachenrechts, Bd.2, Halbband I, 1957, S.4. 但し、占有を権利とは解さない点が異なる。

四 占有論は民法学における「迷宮(ラビリンス)」といわれている。<sup>(二四)</sup> 占有論に取り組むと、その出口はもとより、中の通路どころか、どこから踏み込んでいけばよいのか、その入口さえ見えないような観を呈しており、「占有権とはどのような権利か」という問題について、一義的に明確な答が出されていないのも当然といえそうである。

しかし、占有制度は人間の社会生活に必要と考えられたからこそ、創り出されたものである。だとすれば、所有権などの本権と同じように、占有権の内部構造を論理的に解明できないことはないはずである。<sup>(二五)</sup>

にも拘らず、占有権の論理構造や占有権の存在理由・存在根拠について、分かり易くて説得力のある理論が形成されていないのは、この問題に接近する方法を見出せないまま、従来の学説を無反省に受け継ぐに止まるか、従来の学説に部分的・表面的な批判を加えた程度の新説しか展開されていないからであろう。

そうであるとすれば、これまでに唱えられて来た様々な学説に学び、その正当な部分を受け継ぎながら、占有制度の全体像を把握することを可能にする、新しい接近方法が必要になる。

注(一四) 末川・注(一)物権法一七九頁、同・注(二)「代理占有論」七三頁、同「占有と所有のあいだ」注(二)法律論文集Ⅳ四七頁以下(初出・立命館法学三九号・四〇号「一九六一年」、同「判例よりみた占有論の迷宮」注(二)法律論文集Ⅳ四九頁・五一頁・五四頁・五九頁(初出・民商法雜誌三一巻六号「一九五五年」、於保・注(一)一六四頁、田中・注(二)講義二一四三頁、同「代理占有」注(五)占有論の研究二七六頁(初出・総合判例研究叢書・民法④「有斐閣・一九六四年」、水辺・注(五)講座二二九四頁、同・注(六)法教五五号三九頁、藤原弘道「占有訴権の訴訟上の機能と仮処分」時効と占有「日本評論社・一九八五年」二五一頁(初出・末川先生追悼論集・法と権利3・民商法雜誌七八巻臨時増刊号「一九七八年」、同・時効と占有 あとがき二七四頁など。

(一五) 結果同旨、石田喜久夫・口述物権法「成文堂・一九八二年」一三二頁。但し、存在 *Schein* と当為 *Sollan* の区別・連関性の捉え方が、私見(第二章七節参照)とは全く異なっている。

五 そこで本稿は、法現象を本質・実体・現象形態の三つの次元に分解した上で、それを総合することによって、その法現象の全体像を把握するとともに、その法現象に近い別の法現象と対比し、両者を区別・連関づけることによって、その法現象の特質を浮き彫りにせんとする私の方法論(二六)を用いて、占有論という「迷宮」の内部構造を論理的に把握しようとするものである。

つまり、まず最初は占有権だけを取り上げて、その論理構造を探った上で、次に占有権と所有権を財産法体系の中に位置づけることによって、両者を区別・連関づけ、占有権の特質や存在理由・存在根拠を掴んだ後に、「占有権の觀念化」について考察して、「迷宮」から抜け出す試みをしようというわけである。

したがって、本稿は占有論という難問題に挑むことにより、私の方法論の有効性を試すことを第一の目標としている。そして、これまでは所有権を中心に考察して来た私なり物権法の基礎理論構築作業に一段落をつけるとともに、私の企業構造論や、私法における「人」の存在構造論において展開している仮説(二七)を基礎づけ、強固なものにする作業という意味を有している。

というのは、右の仮説において、個々の権利・義務を有機的・組織的に一体化して支配・管理している営業財産や生存財産を、法律学から見た「企業」や「人」の実体の静態的側面を成すものと解し、これらの財産に対する権利、即ち営業財産権や生存財産権の法的性質を占有権に近いもの（最広義の占有権）と解しているからである。

注（二六） 拙著・企業と団体の基礎法理「成文堂・一九八九年」一頁以下参照。

（二七） この仮説については、第三章二節において要約して述べるが、より詳しくは、拙稿「法律学から見た『企業』の内部構造―株式会社の法的構造（一）―」佐賀大学経済論集一二巻三号（一九八〇年）一頁以下、同「共同相続財産の『二重の共有』論について（中）―共有と共有・補論三（中）―」佐賀二八巻五号（一九九六年）八一頁以下、同「一人会社の社団性（上）―株式会社の法的構造六の（上）―」佐賀三〇巻五号（一九九八年）一三五頁以下、同「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関性（二）―いわゆる『営業の自由論争』を参考にして―」佐賀三二巻三号（一九九九年）一一四頁以下。

## 二 占有権の論理構造（一） 占有権の事実性と規範性

一 民法一八〇条は「占有権ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス」と規定している。そして、これに対応する形で、二〇三条本文において「占有権ハ占有者カ占有ノ意思ヲ抛棄シ又ハ占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅ス」と定めている。

日本民法の下では「自己ノ為メニスル意思」と「物ノ所持」とが占有権の成立要件とされており、右の両要素が備わるところに、単なる物の所持とは異なった占有が認められ、この占有を法律要件として、占有権という法律効果が発生する反面、そのいづれかの要素を欠くに至れば占有権は消滅することになる。

ところで、占有権の成立要件については、ドイツ普通法学時代に大いに論争されたところである。<sup>二八</sup>物を所持する



こと(体素)のほかに、何らかの特別の意思(心素)を要求する立場は主観説と呼ばれているが、日本民法が採用する「自己ノ為メニスル意思」説は、デルンブルグ(二九)などによって唱えられた見解であり、主観説の最後の段階に位置するものである。

それ以前には、所有者として支配する意思を要するとする説(三〇)や、事実上すべての方向において物を支配する意思が必要であるとする説(三一)が、有力な学説であった。

しかし、主観説によるときは、占有者の内心の意思は刻々と変化するだけでなく、第三者からは意思の有無を知ることが出来ない。のみならず、占有者自身でさえも意思の立証は困難である、という難点を有していると批判されている(三二)。

そこで、占有権の成立要件として、このような特別の意思を要求するのは妥当ではなく、物を所持する意思がありさえすれば、物の経済的利用という利益の享受を保護する要件として十分であるとする、イエーリングの客観説が登場するに至った(三三)。

この客観説において、所持意思は物を所持することの構成分子として所持自体の中に体现されており、意思を所持とは別個独立の要素とは解さないだけでなく、物の所持があれば占有権が成立するのが原則であり、物を所持しているにも拘らず占有権の成立が認められないのは、法律の規定により障碍が設けられている場合の例外である。したがって、この例外を主張する側に、障碍の存在につき立証責任があるとしている。

このような客観説に対して、物が或る人の支配領域内に存在しているという、純粹に客観的な事実的支配状態(三四)がありさえすれば、占有が成立し、物を所持する意思は不要であるとする純客観説が唱えられている。この説によれば、右のように考える方が、物の取得行為がない場合にも占有の成立を認めることが出来るし、意思無能力者や法人の占有をも直接・無条件に認めることが出来るので、妥当であるとする。

注(一八) ドイツにおける占有学説の変遷については、岩田・注(一)一頁以下、石坂・注(一)五〇六頁以下、末川・注(一)物権法一八五頁以下、岡松・注(一)二三頁以下、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六二頁以下、舟橋・注(三)二七八頁以下、石田(文)・注(四)二三五頁以下。

Hedinger, N.1, S.22ff.; Bund, N.5, Vorbem.zu §§854ff.Rdz.6ff. (S.66f.); v. Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes, eine Revision der Lehre vom Besitz, 2.Aufl., 1869, S.5ff.; Derselb., Der Besitzville, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, 1889, S.246ff.

(一九) Dernburg, Pandekten, Bd.1, 1884, S. 392ff. zit. von Jhering, N.18, Besitzville, S. 262. なお、岩田・注(一)五一頁以下。

(二〇) v. Savigny, Das Recht des Besitzes: ein civilistische Abhandlung, 1803, §9 u. §§13ff. (7.Aufl., 1864).

なお、サヴィニイの占有論に対するカンツの影響に『Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz, 1907, S.218ff.

(二一) Windscheid, Lehrbuch des Pandekten, Bd.1, 1862, §149 (Windscheid-Kipp, 9.Aufl., 1906).

(二二) 主観説の難点については、岩田・注(一)六五頁以下、石坂・注(一)五二五頁以下、末川・注(一)物権法一八八頁以下、同・注(一)「代理占有論」九五頁以下、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六四頁以下、水辺・注(五)講座二二七九頁以下、山中・注(一)一四頁以下、田中整爾「客観説による解釈」注(五)占有論の研究一五二頁以下(初出、民商法雑誌三八卷四号「一九五九年・私法二二号「一九五九年」)、山田 晟「ドイツ民法における占有の取得と意思(二)」法学協会雑誌五八卷一号(一九四〇年)四八頁以下。

(二三) イエーリングの客観説については、Hedinger, N.1, S. 31ff.; Jhering, N.18, Besitzville, S. 8ff.; 岩田・注(一)九二頁以下、二〇三頁以下、二四八頁以下、同「占有理論—主としてイエーリング教授の占有意思論の批評—」法学協会雑誌四七卷九号(一九二七年)四五頁以下、石坂・注(一)五一四頁以下、田中・注(二)「客観説」一四一頁、末川 博「イエーリングの占有意思論」注(一)法律論文集Ⅳ六〇頁以下(初出、京都法学会雑誌一三卷五号「一九一八年」)。

(二四) 純客観説については、Bekker, Zur Reform des Besitzrechts, Jherings Jahrbücher Bd. 30, 1891, S.318ff.; 岩田・注(一)二六八頁以下、石坂・注(一)五八三頁以下、末川・注(一)物権法一八六頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六三頁、舟橋・注(三)二七九頁、石田(文)・注(四)三三八頁。

二 ドイツ普通法学時代の占有権論争は、ローマ法源の解釈をめぐる論争という形をとっている。しかし、ドイツにおける占有理論が主観説から客観説へ、さらには純客観説へと展開されて行ったのは、理論に内在している矛盾や欠陥に突き動かされて、理論そのものが要請した発展<sup>(二五)</sup>というよりも、むしろ次のような社会事情が契機となっている。

つまり、「売買は賃貸借を破る」というローマ法の原則の下で、土地や建物の買主によって、前主からの賃借人が不法占有者として追いつて立てられることから保護するために、占有権に着目して、占有の成立要件を緩やかに構成することに、占有訴権（占有保護請求権）による救済の途を提供せんという目的の下に、イエーリングの客観説は考え出されたのである<sup>(二六)</sup>。

そうであるとするならば、「占有権とはどのような権利か」という問題を理論的に解明するためには、右の諸学説のうち、いずれを手がかりにしたらよいかという先決問題を理論的に決めることすら困難になる<sup>(二七)</sup>。

あるいは、主観説のうち、所有者意思説や全面的支配意思説は、所有者の自主占有や盗人の占有権を説明したり、「所有ノ意思」を以て占有するところに所有権の取得が認められる時効取得（民一六二条一項・二項）や、無主物先占（民二三九条一項）の説明には適合するであろう<sup>(二八)</sup>。しかし、地上権者や賃借人のみならず、受寄者等にも占有権を認めている今日の理論状況を前提にすると、これらの説をモデルにすることは適切ではない。

のみならず、これらの説では、物を現実に支配・管理しているところに認められる占有権と、物を排他的に支配する意思を本質とし、排他的支配力という実体を媒介として、物を排他的に支配しうる権能という姿をとって現われる所有権<sup>(二九)</sup>との関連性の方に重きが置かれる反面、占有権と所有権との区別が軽視されることになり、所有権と区別・連関づけることよって占有権の特質を浮き彫りにする手がかりを得ることが難かしくなる<sup>(三〇)</sup>。

他方、右のような主観説とは対極にあつて、所持意思さえも不要とする純客観説についても種々の難点が指摘さ

れているが、人が関与してもいなければ、関知さえしていないにも拘らず、その人の支配領域に物が存在している

というだけのもので、占有(権)の成立を認めるところに、この説の最大の特徴があると同時に、最大の難点がある。

というのは、占有者には利益が帰属するだけでなく(例えば、民一八九条一項)、不利益が帰属することもある(例えば、民一九九条・三二三条一項・七一七条・七一八条一項)。したがって、私的自治の原則、即ち自己決定・自己責任を原則とする近代法の下では、物の所持という事実を基礎にする占有権といえども、本人の意思に関わりなく成立するのは特例であり、このような特例を認めるためには、その旨の規定を必要とする。

だとすれば、本人の意思を不問にして占有権の成立を認める純客観説は、近代法における権利の構造に即していない。まして、占有には義務を伴うことを考えると、意思を無視した構成をすることは、一層適切ではないことになる。

このような批判に対して、賃借人や受寄者も占有訴権の保護を受ける近代法の下では、意思の要素は占有訴権に必要でなく、ドイツ民法が占有の要件として客観的な「物に対する支配」のみを要求する立場を採ったことは、占有訴権の近代的性格によるものとして、高く評価できるとする見解もある。

しかし、「占有権とはどのような権利なのか」を問い、その全体像を探る作業は、単に占有訴権によって保護される物支配の範囲を画する問題に止まるものではなく、占有訴権は占有権の全体構造の中で、どのような位置を占めているのかさえも問う作業なのである。

したがって、たとえ占有訴権に意思の要素は必要でないとしても、占有権そのものの成立や存続・消滅に意思の要素は必要でないのかどうか、を問うことから始めなければならないのである。

かくして、消去法で残るのは、「自己ノ為メニスル意思」説と所持意思を要件とする客観説ということになる。しかし、いずれの学説が占有権の存在構造を理論的に分析するモデルとして適切なのか、その理論的な決め手はない。

とはいえ、客観説をモデルにする場合には、所持意思のほかに「自己ノ為メニスル意思」を必要とするか否かに  
ついて、後から検討を加えることは出来る。しかし、「自己ノ為メニスル意思」説をモデルにする場合には、所持意  
思のほかに「自己ノ為メニスル意思」が必要であることの論証が先決問題となる。

にも拘らず、この点の論証なしに「自己ノ為メニスル意思」説をモデルに採用すると、客観説は占有理論として  
妥当か否か検証されないまま、一旦は分析対象から排除され、「自己ノ為メニスル意思」説が妥当ではないことが論  
証された後に、唯一残された学説として検討されることになる。

このようなことを考えると、まず客観説をモデルにして、占有権の論理構造を分析した上で、所持意思のほかに  
「自己ノ為メニスル意思」という要件も必要なのか、それが必要であるということになれば、「自己ノ為メニスル意  
思」とはどのような内容の意思と解すればよいのか、を検討することにしよう。

以上のような考えに基づいて、右のような順序を踏むことは、「自己ノ為メニスル意思」説に立つ日本民法を時代  
遅れと評し、この意思の要素を出来るだけ緩やかに解して、客観説に近づけようとする通説の態度は妥当か否かを  
検討する上でも適切であろう。

注(二五) 富井・注(一)法協二八卷一号三一頁以下、石田(文)・注(四)二三三頁・二三九頁。

(二六) 岩田・注(一)一八二頁以下、水辺・注(五)講座二二六九頁・二九三頁、篠塚昭次「占有権論争について」論争民法学Ⅰ  
「成文堂・一九七〇年」八九頁以下(初出・法学セミナー一〇九号「一九六五年」)。

(二七) 結果同旨、舟橋・注(二)二八五頁。なお、於保・注(一)一六八頁、林 良平・物権法「有斐閣・一九五六年」一四七頁  
以下。

(二八) 稲本・注(五)注民(七)一二頁によると、旧民法のモデルとなったフランス民法において所有者意思が要求されるのは、取  
得時効の要件(仏民二二二九条)としての占有についてである。

(二九) 所有権を本質・実体・現象形態の三つの次元に分けた上で、これを総合して、その全体像を把握せんとする私の見解に

ついては、拙稿「所有権の論理構造―財産法における権利の構造(一)―」佐賀大学経済論集二〇巻四号(一九八七年)六五頁以下、同「所有権に基づく妨害排除請求権―財産法における権利の構造(二)―」佐賀二一巻三号(一九八八年)一〇五頁以下、

(三〇) 所有者意思説や全面的支配意思説に対する批判については、岩田・注(一)三三〇頁以下、石坂・注(一)五三五頁以下、

Jhering, N.18, Besitzschutzes, S.160ff.; Derselb, N.18, Besitzwille, S.321ff.

(三一) 純客観説に対する批判については、田中・注(五)講義二一四七頁以下・一五二頁以下、同・注(二)「客観説」一四四頁以下・一六二頁以下、水辺・注(五)講座二二九三頁、同・注(六)法教五五号三六頁、山田 晟「ドイツ民法における占有の取得と意思(一)」法学協会雑誌五七巻二二号(一九三九年)四頁以下、同「ドイツ民法における占有の取得と意思(三・完)」法協五八巻四号(一九四〇年)四〇頁・五四頁。

(三二) ドイツ民法において例外的に意思と関わりなく占有権が認められる場合につき、山田・注(二)法協五八巻一号四四頁以下。

(三三) 結果同旨、稲本・注(三)民法II二五七頁、水辺・注(六)法教五五号三六頁、山田・注(二)法協五八巻一号三四頁注(三)。

(三四) 川島・注(五)理論一六六頁以下、同・注(五)民法I一一三頁。

(三五) 因に、伊藤滋夫「民事占有試験(B)―占有の要件についての一考察―」ジュリスト一〇五八号(一九九四年)七六頁・七八頁・七九頁注(6)、同「民事占有試験(B)―占有の要件についての一考察―」ジュリスト一〇六〇号(一九九五年)九三頁は、実務上、占有が大きな問題となるのは、占有訴権に関してではなく、義務の発生根拠としてであるから、占有論は権利の面からだけでなく、義務負担機能の面からも考察すべきことを強調される。

(三六) 我妻―有泉・注(三)四六四頁。なお、岩田 新「占有制度に於けるローマ法とゲルマン法との交流―占有理論の序論―」法学新報四一巻一号(一九三一年)三六頁。

(三七) 末川・注(一)物権法一八八頁以下、於保・注(一)一七一頁・一七三頁以下、我妻―有泉・注(三)四六五頁・四六七頁、稲本・注(三)民法II二一〇頁、同・注(五)注民(七)一九頁、石田(文)・注(四)二四八頁以下、柚木―高木・注(四)三三二頁以下・三四二頁、末弘・注(七)二〇八頁以下など。

三 占有権が成立するためには、物を所持する意思があれば足り、それ以外に「自己ノ為メニスル意思」のような特別の意思を必要とはしないとする客観説をモデルにし、第一章五節で述べた私の方法論を適用して、占有権の存在構造を考察すると次のようになる。

即ち、占有権の本質は「物を現実に支配し、管理する意思」である。この意思は単に内心の意思として存在すれば足るものではない。それは、社会的に承認されることによつて、「物を現実に支配し、管理する意思」を「物を現実に支配し、管理する力」として発現させることを許容されることになる。つまり、現実に物を支配・管理している状態が第三者によつて侵害されたときに、自力救済や占有訴権、ないし占有保護請求権<sup>(三六)</sup>として侵害者に働きかけることを基礎づける。

というのは、「物を現実に支配し、管理する意思」が世間から承認されると、物を現実に支配・管理していない者は、たとえ所有権者といえども、他人が物を現実に支配・管理している状態を侵害してはならないという、不可侵義務を先ずは社会規範によつて課され、国家規範によつて追認されるからである。

にも拘らず、物を現実に支配し、管理している状態が侵害されたときには、物を現実に支配・管理している者、ないし支配・管理していた者は、侵害者に対して侵害の予防や排除を請求したり、侵害された物の返還を請求することが出来るだけでなく、相手方が請求に応じない場合には、一定の限度内で自力救済をすることが出来る<sup>(三九)</sup>し、その限度を越えざるをえない場合には、裁判所の手を借りて原状の維持・回復を図ることが出来る。

このような請求権や自力救済権は、「物を現実に支配・管理する意思(占有権の本質)」が社会的に承認されて、物の所有者に付与された「物を現実に支配し、管理する力」が他者による侵害を契機にして具体的に発動した姿であり、この「現実的支配・管理力」が占有権の実体をなしている。

そして、この「現実的支配・管理力」が占有権の実体として占有権に内在しているからこそ、「物を現実に支配

し、管理している状態」を維持・回復したり、継続することが出来るのであり、「物を現実に支配し、管理している状態」を維持・継続できることが占有権の現象形態をなす。

要するに、「物を現実に支配し、管理する意思」という占有権の本質は、「物を現実に支配し、管理する力」という実体に媒介されることにより、「物を現実に支配し、管理することが出来る権能」という姿をとって表面に現われるのである。

右に述べた占有権の論理構造を、所有権の論理構造と対比して、図式化して整理すると、次のようになる。

	本 質	実 体	現 象 形 態
占有権	特定の物を現実に支配し、管理する意思	現実的支配・管理力	特定の物を現実に支配し、管理する権能
所有権	特定の物を排他的に支配する意思	排他的支配力	特定の物を自由に使用・収益・処分する権能

因に、わが国において占有権に関する専門的な研究の先駆的業績を残された岩田博士は、占有権を物権とするのであれば、その能権的な内容を不問に付すべきではないし、能権と支配権と物上請求権の三者を明確に区別する必要があるが、従来の学説はこの点が十分に説明されておらず、そのいずれを以て物権の内容と見るのか、すこぶる不明瞭であるとされる。<sup>(四〇)</sup>

博士の見解は私見と通じ合うところがあるが、右の三者、さらには意思の要素との関連づけに欠けている。そのために、イエーリング説の紹介の詳細を含めて、博士の著書の分厚さにも拘らず、「占有権とはどのような権利なのか」、その全体像は全く明らかになっていない。



注(三八) 「占有訴権」という表現は訴権法的構成の名残を留めている。したがって、実体法上の権利であることを示すために、「占有請求権」とか「占有保護請求権」という表現 (Vgl. § 861 ~ 864 BGB) を用いる説もある。例えば、星野・注(五)九九頁、三ヶ月 章「占有訴訟の現代的意義—民法二〇二条一項の比較法的・系譜的考察—」民事訴訟法研究第三卷「有斐閣・一九六六年」五〇頁(初出・法学協会雑誌七九巻二号「一九六二年」)、広中俊雄・注(三)川島編・注釈民法(7)一九九頁(民法論集「東京大学出版会・一九七一年」)に収録、同・物権法「青林書院新社・一九八五年」三二七頁、鈴木祿爾・物権法講義「創文社・一九八五年」五二頁。なお、稲本・注(三)民法II三三九頁。

(三九) 日本民法は、ドイツ民法八五九条・八六〇条のように、占有者や占有補助者の自力救済に関する規定を設けてはいない。しかし、占有制度の本質的要求という実質的理由と、民法七二〇条、刑法三六条・三七条・二三八条、刑事訴訟法二二三条を形式的な根拠にして、これを認めるのが、最近では一般的になっている「広中・注(三八)注民(7)一九九頁」。

なお、従来の学説・判例については、明石三郎・自力救済の研究・増補版「有斐閣・一九七八年」二七一頁以下・三二七頁以下、谷口知平・石田喜久夫編・新版注釈民法(1)「有斐閣・一九八八年」二〇五頁以下「安永正昭」。

(四〇) 岩田・注(一)八五五頁以下、同・注(二)法協四七巻一一号六五頁以下。

四 「物を現実的に支配し、管理する意思」は占有権の本質をなす。<sup>(四一)</sup>したがって、この意思が存在しなければ占有権は成立しないし、存続することは出来ない。<sup>(四二)</sup>つまり、占有権が一旦は発生しても、その後、この意思を放棄すれば占有権は消滅する(民二〇三条本文)。

とはいえ、この意思は人の内心に存在していたり、内心において放棄すれば、占有権が発生したり、消滅するわけではなく、物を現実的に支配し、管理している事実の有無を介して社会に表示され、それが社会に承認されることによつて、占有権は成立したり消滅するのである。

したがって、他者の占有物を盗んだ場合、その時点では未だ盗人の占有権は成立しておらず、被害者は自力で取り戻すことが出来る。というのは、被害者の「現実的支配・管理意思」に対する社会的承認の効力、即ち占有権の

実体をなす「現実的支配・管理力」が持続されている反面、盗人の「現実的支配・管理意思」は未だ社会的承認を得ていないが故に、盗人は占有権を取得していないからである。

ここに述べた事態について、従来の学説は「所持」の問題として説明している。つまり、通説によれば、所持とは社会観念上、ある人の支配圏内に物が置かれていて、他人の干渉を排除していると見られる客観的な関係、ないし状態であり、<sup>(四三)</sup>先の盗人の場合、物に対する支配が所持と呼ぶには余りにも弱く、不確定なものであるが故に、占有権を取得しないと説かれている。<sup>(四四)</sup>

しかし、ここに言われている「所持」は、単に人と物との関係を客観的に捉えているにすぎず、権利は人と人との社会的関係の中において承認され、根拠づけられる規範の世界における観念的な存在であることが表に現わされていない。

つまり、占有権も所有権と同じように、「人と物との関係」をめぐる「人と人との関係」であり、「人と物との関係」が社会的に承認されているところに権利は成立することを、明らかにする必要がある。<sup>(四五)</sup> 通説のいう「所持」の社会観念とは、人が物を支配していることの社会的承認であり、規範による根拠づけを得ている状態として捉えなければならぬ。<sup>(四六)</sup>

物を現実的に支配し、管理する意思は、従来の主観説がいうように、所持という体素とは別個独立の心素として、占有ないし占有権の構成要件をなすものではない。かといって、客観説や純客観説がいうように、所持の中に吸収<sup>(四七)</sup>されたり、解消されている<sup>(四八)</sup>のではなく、物を支配・管理しているという事実の中に体现され、物を支配・管理しているという事実を通して客観的に表現されているのである。<sup>(四九)</sup>

つまり、客観的に見て物がある人の支配・管理下に置かれている状態にある場合には、その人は占有権の本質をなす「現実的支配・管理意思」をもって、その物を支配・管理しているのが通常の様である。したがって、彼に占

有権があることを肯定する側が、彼に「現実的支配・管理意思」のあることを主張・立証する必要はない。<sup>(五〇)</sup>むしろ、逆に彼の占有権を否定する側において、この意思が存在しないが故に占有権は成立していないことを、主張・立証する必要がある。<sup>(五一)</sup>

要するに、物を現実支配し管理する意思は一般的・潜在的意<sup>(五二)</sup>思で足り、この意思をもって物を現実に支配・管理しているか否かは、占有取得原因(占有の権原)によって推定されるから、<sup>(五三)</sup>この推定を覆えず側において意思の不<sup>(五四)</sup>存在を証明する必要がある。

例えば、郵便受けに配達されている郵便物が、この郵便受けを設置して利用している人の支配・管理下にあると認められるのは、この人は自己に宛てられた郵便物を受領する意思をもって郵便受けを設置し利用しているからである。

にも拘らず、この郵便受に「ごみ」が投げ込まれている場合、郵便受の設置者には、そのような物を受領する意思を有していないのが通例である。したがって、彼にはこの「ごみ」を支配・管理する意思はないと推定されるのであり、彼にはこの「ごみ」を支配・管理する意思があると主張する側において、そのことを立証する必要がある。このように、占有権は「物を現実に支配し管理する意思」が、物の支配・管理という事実を通して、社会的に承認されるところに成立するのである。したがって、その消滅原因の一つである意思の放棄(民二〇三条本文)も、占有者の内心において行うだけでは足りず、これまで支配・管理していた物を放棄することによって、支配・管理意思を放棄したことを、社会に対して示さなければならないのである。<sup>(五五)</sup>

注(四一) 反対、舟橋・注三二二八頁・二八六頁、川島・注(五)理論一六七頁、同・注(五)民法I一一四頁、稲本・注(五)注民

(七)一九頁、松本・注(一〇)注民(七)二〇三頁・二〇四頁。

なお、稲本・注(五)注民(7)一三頁は川島説・舟橋説を、占有における「意思」の要素は本質的規定概念ではないとする見解とされる。

これに対して、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六五頁、田中・注(一四)「代理占有」三〇一頁・三一三頁、同・注(二二)「客観説」一四五頁・一六二頁以下、伊藤・注(三五)ジュリ一〇五八号七八頁・八〇頁は、「意思」の要素を無視することを批判、ないし疑問視される。

(四二) 同旨、末川・注(一)物権法一九二頁、石田(文)・注(四)二五一頁以下、田中・注(二二)「客観説」一四六頁、伊藤・注(二五)ジュリ一〇五八号八〇頁。

占有意思の存在は占有継続の要件ではないとする説として、末弘・注(七)二二三頁・二二四頁・二四五頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)五一七頁、柚木Ⅱ高木・注(四)三五一頁、中島玉吉「占有要件論」民法論文集「金刺芳流堂・一九二二年」四三三頁・四三六頁(初出・京都市法学会誌八巻八号・九号・一〇号「一九二二年」)。

尤も、占有意思は積極的に放棄されるまでは継続するものとして取扱われるから、この議論に実際的な意味はない「舟橋・注(三)二八八頁。同旨、於保・注(一)一七四頁」。

因に、占有意思のない占有(物の事実的支配)はありえない、とするのがドイツの通説である。Joost, N.2., §854 Rdz.8 (S. 33); Bund, N.5., §854 Rdz.14 (S.91).

(四三) 末川・注(一)物権法一八八頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六五頁、舟橋・注(三)二七九頁以下、石田(文)・注(四)二五六頁、柚木Ⅱ高木・注(四)三二九頁、末弘・注(七)二〇二頁以下など。

因に、ドイツの通説は八五四条の「物の事実的支配」を取引上の通念によって決めるとしているが、ポイントは、これでは何も言っていないのと同じことであり、危険で空疎な形式にすぎないと評している。Bund, N.5., §854 Rdz.6 (S.89).

(四四) 伊藤・注(二五)ジュリ一〇五八号八七頁。

(四五) 拙稿・注(二九)佐賀二〇巻四号八九頁以下。

なお、末川・注(一四)「占有と所有」四一頁・四七頁には、このような趣旨が示されているが、本章七節において検討するように、末川説には占有権の存在構造の論理的説明が欠けているために、占有論を「迷宮」と感じられたのではないだろうかと思われる。

(四六) 因に、岩田・注(一)八五三頁は、占有理論は占有の心素の要否や体素の認定に関して、社会観念説に落ち着くほかはなかったが、それは畢竟、現代の法が占有と認めるものが占有であるという意味であって、占有理論は一寸も片付かなかった

とされる。一部同旨、田中・注(九)「占有訴権」三頁。

(四七) 田中・注(五)講義2一五二頁、同「民法一八五条の解釈」注(五)占有論の研究一九一頁(初出・阪大法学五九〇六〇合併号「一九六六年」)。

(四八) 舟橋・注(三)二八六頁・二八七頁・二八八頁、川島・注(五)理論一六七頁、水辺・注(五)講座2二七九頁、同・注(六)法教五五号三六頁。

(四九) 同旨、末川・注(一)物権法一九一頁、同・注(一)「代理占有論」九六頁、石田(文)・注(四)二五二頁以下、中島・注(四)二四五二頁以下。

なお、客観説からすれば、所持意思は所持に客観化され、所持は所持意思の発現である「田中・注(五)講義2一五二頁・一六〇頁、同・注(二)「客観説」一四六頁・一四八頁以下・一五五頁以下・一六九頁、同・注(四七)「民法一八五条」一八五頁・二〇九頁」。

(五〇) 同旨、田中・注(二)「客観説」一四九頁以下。

(五一) 伊藤・注(三五)ジュリー一〇六〇号九〇頁。

(五二) 末川・注(一)物権法一九一頁、於保・注(一)一七四頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六八頁、石田(文)・注(四)二五〇頁、山田・注(二)法協五八巻一号三二頁・三四頁、林・注(二七)一五二頁、中島・注(四二)四四六頁など。

これに対して、石坂・注(一)五八九頁、山中・注(一)二五頁・二六頁は、意思を擬制するものであり、意思を必要としないの選ぶところはないと批判される。

なお、ドイツにおいても所持意思、事実的支配意思は一般的なものでよいとするのが通説である。Mühl, N.1., §854 Rdz.8 (S.38f.); Joost, N.2., §854 Rdz.10 (S.34); Bund, N.5., §854 Rdz.18 (S.92f.).

(五三) このように解するのが通説となっている「稲本・注(五)注民(二)二頁以下、水辺・注(五)講座2二七九頁、同・注(六)法教五五号三六頁、松本・注(一〇)注民(七)二〇三頁」。

(五四) 同旨、於保・注(一)一七四頁、末弘・注(七)二〇九頁以下、林・注(二七)一五二頁。なお、田中・注(五)講義2一五一頁、同・注(二二)「客観説」一五三頁。

(五五) このように解するのが、わが国およびドイツにおける通説である「松本・注(一〇)注民(二)二〇三頁以下、Mühl, N.1., §856 Rdz.4 (S.47f.); Bund, N.5., §856 Rdz.4ff. (S.119ff.). dagegen: Joost, N.2., §856 Rdz.4 (S.49).」

五 民法一九七条以下は「占有の訴え」について規定しているが、この制度は「他人が占有している状態を侵害してはならない」という不可侵義務に違反する者がいる場合に、占有権の実体をなす「物を現実に支配し管理する力」が裁判所の手を借りて発動し、物を現実に支配し管理する権利である占有権が侵害されている状態から、侵害される前の「あるべき姿」に維持・回復させるために設けられている。

したがって、占有訴権こそは占有権に内在している「現実的支配・管理力」が具体化した姿であり、その意味では占有権から流出する効力ということが出来る。そして、この占有訴権があるからこそ、占有権は「物を現実に支配し管理する権能」としての実をあげることが出来るのである。<sup>(五五)</sup>

尤も、占有訴権は仮処分と結びつく場合を除けば、今日ではさほど機能していないといわれており、<sup>(五七)</sup>その存在理由についても多様な見解が主張されているものの、決定的な理由は見出せない状況が続いている。とはいえ、物権的請求権が所有権を所有権として実効あらしめているように、<sup>(五八)</sup>占有訴権は占有権を占有権として実効あらしめる要素であり、これなくしては占有権は国家規範上の権利ではありえない。

というのは、権利はその内容（権能）を実現してこそ存在価値のあるものである。したがって、占有権侵害が生じた場合、占有権に内在している「物を現実に支配し管理する力」を、裁判外における原状回復請求や自力救済という形で発動させることもある。<sup>(五九)</sup>

この裁判外の請求は国家規範以前に形成されている社会規範上の「占有権」を行使・実現するものであるが、侵害者が応じなければ実効性はないし、自力救済には限界があり、無制約に私力を行使できるわけではない。<sup>(六〇)</sup>それだからこそ、この限界を乗り越えて、強制的に権利内容を実現させるために国家の司法制度が設けられ、「物を現実に支配し管理する力」を裁判所を介して発動する国家規範上の権利として、<sup>(六一)</sup>占有訴権は用意されているのである。<sup>(六二)</sup>

そして、占有権の実体をなす「現実的支配・管理力」の発動として、自力救済権はもとより、占有訴権を行使し

うる間は、たとえ占有物を侵奪されている場合であっても、侵奪者との間では被侵奪者の占有権は消滅しておらず、侵奪者が任意に物を返還するなり、被侵奪者が占有回収の訴えを起して勝訴し、物を取り戻すと、物は侵奪者に移転しなかった、即ち被侵奪者の所持は継続していたことになり、対世的にも占有権は消滅しなかったものとして扱われる(民二〇三条但書<sup>(六三)</sup>)。

占有権から流出する占有訴権を行使しうる間は、被侵奪者は物を所持していないにも拘らず、侵奪者との間では占有権を有しているものとして取扱わざるをえないが、ここに、現実には物を支配・管理するところに認められたはずの占有権は矛盾を内在させることになり、占有権が観念化する萌芽が潜んでいる<sup>(六四)</sup>。

ところで、侵奪者が侵奪物の占有を第三者に移転した場合、この第三者は物を侵奪したわけではない。それどころか、この第三者は占有権を承継取得したともいえるし、彼固有の占有権を原始取得したということもできる。したがって、被侵奪者は右の第三者に対して占有回収の訴えを起すことは出来ない(民二〇〇条二項本文)。

しかし、右の第三者が侵奪の事実を知っている場合には、彼を保護する必要はないどころか、被侵奪者の方こそ保護に値する。したがって、悪意の第三者は侵奪者と同じ立場に立たせて、彼に対しては被侵奪者が有していた「現実的支配・管理力」が及ぶことにしている。つまり、占有回収の訴えを提起することが出来るようにしている(民二〇〇条二項但書<sup>(六五)</sup>)。

なお、交互侵奪の場合、即ちAがBの占有物を侵奪した後、BがAからそれを奪還した場合に、AはBに対して占有回収の訴えを起して取戻せるか、という問題がある。肯定説と否定説とがあるが、そのいずれを是とするかは、Bに認められている占有権に内在する「現実的支配・管理力」を、いつ・どのような形で発動させることが出来るのか、ということにかかっている。

つまり、①Bが社会規範によって認められた「占有権」に基づく自力救済権を行使して、Aから取戻せる場合に

は、Bは国家規範以前に形成されている、社会規範によって認められている「占有権」に内在している「現実的支配・管理力」を行使しうるわけであり、この段階では、Aには国家規範上の占有権はもとより、社会規範上の「占有権」さえ帰属していない。

これに対して、②Bは社会規範上の「占有権」に基づく自力救済権を行使することが不可能になり、国家規範によって認められた占有訴権という形で「現実的支配・管理力」を行使するほかに手段がない段階に入っていれば、Bには国家規範上の占有権しか残っておらず、Aの側に社会規範上の「占有権」が帰属している。つまり、Aは社会規範上の「占有権」を原始取得している。したがって、Bの奪還に対してAの自力救済が許容される場合には、Aは社会規範上の「占有権」に内在している「現実的支配・管理力」を行使して、Bから取戻すことは出来る。

しかし、AにはBとの関係では国家規範上の占有権は認められていない。というのは、国家規範上の占有権は未だBの方に残っているからである。したがって、Aが自力救済によって取戻せなかった場合、Aには占有訴権を行使するという途は未だ拓かれていない。それどころか、Aが自力救済としてBから取戻したとしても、Bは占有回収の訴によりAから取戻すことが出来る。

なお、③Aの侵奪後一年以内にBが占有回収の訴えを起さなかった場合には、Bは国家規範上の占有権を完全に失うことになる（民二〇一条三項・二〇三条）。その反面、AはBに対しても国家規範上の占有権を主張することが出来るようになり、Bの奪還に対して占有回収の訴えを提起しうる。

因に、右の①②③の区分は、占有侵奪に伴う旧事実から新事実への移行に関して、攪乱期―暫定期―確定期に分けた上で、それに応じて救済手段を区別される明石説（六七）に極めて近い。

これに対して、田中教授は、暫定期は攪乱期の中に含まれ、社会秩序内でお旧事実状態の存続がみられていると解してよいから、被侵奪者は自力救済をなしうるとされる（六八）。そして、占有侵奪による新事実状態が確立し、自力



救済の要件を満さなくなつたときに、占有ならびに占有権は確定的に消滅するが、その時期の問題と一年の出訴期間に服する占有回収訴権の規定とは無関係であつて、両者は交錯するものと解されている。<sup>(七〇)</sup>

私見においても、Bが自力救済をなしうる①の段階において、Bは占有回収の訴えを提起することも出来るので、そういう意味において両者は交錯する。しかし、国家規範上の占有権が消滅すれば、それに内在している占有訴権も当然に発生しえないことになるから、両者の交錯は考えられない。というのは、私見ではこの段階は③の段階であり、一年の出訴期間を経過して、国家規範上の占有権もAが取得しているからである。

したがつて、田中説のように、自力救済の要件は満さなくなつてはいるが、占有回収の訴えを起すことが出来るのは、私見では②の段階、即ちBの社会規範上の「占有権」は消滅したが、Aに対する関係で国家規範上の占有権は残存している段階ということになる。それ故に、②の段階を①の段階に吸収させるのではなく、両者は区別すべきであると考ええる。

なお、田中教授は、占有者の自力救済は占有訴権の限界を越えるものとされてお<sup>(七二)</sup>り、占有訴権が自力救済の限界を越えるための制度と解する私見とは逆になっている。というのも、田中説において「占有訴権の限界」とは占有訴権の現実的機能に含まれている限界の問題として扱われてお<sup>(七三)</sup>り、私見のように、社会規範上の「占有権」に基づく自力救済権と国家規範上の占有権に基づく占有訴権との区別・連関づけの問題として考察されているわけではないからである。

注(五六) 占有訴権のみが占有権の本来的效果であるとする見解については、前掲・注(九)参照。

なお、山中・注(一)四三頁・四五頁・七九頁は、占有訴権と善意占有者の果実收取権のみが占有権に基づいて生じた権利、即ち占有権の内容をなす権利であるが、占有権の本質的な権利内容をなすものは占有訴権であり、果実收取権は本質的

な権利内容をなすものではなく、偶然的な権利内容にすぎないとされる。

右の山中説は、占有権の実体と現象形態を区別しないで論じているが、果実收取権を占有権の内容となしえないことは次第で論じるとおりである。

因に、石田(喜)・注(一五)二五五頁は、山中説の掲げるもののほかに、権利適法の推定と家畜外動物の取得も本来の占有権の効力に加えられるが、これは占有という事実に付与された効果と見るべきである。

(五七) 於保・注(一)一七一頁、我妻<sup>一</sup>有泉・注(三)四八八頁以下、川島・注(五)理論一五三頁・一五六頁、田中・注(五)講義二一四六頁・一九二頁、三ヶ月・注(三八)六二頁以下、広中・注(三八)注民(七)一七九頁以下、同・注(三八)物権法三一九頁以下、鈴木・注(三八)物権法六一頁、同「占有訴権制度の存在理由」物権法の研究「創文社・一九七六年」三八七頁(初出・幾代 通<sup>二</sup>鈴木禄爾<sup>一</sup>広中俊雄編<sup>一</sup>民法の基礎知識「有斐閣・一九六九年」)。

これに対して、星野・注(五)一〇〇頁は、占有訴権は自力救済禁止の原則の具体的手段である点に意義があるとされる。Vgl. Bund, N.5.3858 Rdz.2 (S.138); Schwab, Sachenrecht, 20.Aufl., 1985, S.40.

(五八) 拙稿・注(一九)佐賀二〇巻四号九九頁以下。

(五九) このような捉え方をする場合には、自力救済権(自力奪還権)は「占有権」に内在する効力ということになる。同旨、山中・注(一)四六頁・四七頁。Vgl. Sokolowski, N.20, S. 240.

なお、末川・注(一)物権法二四九頁、同「占有訴権」注(一)法律論文集Ⅳ一三九頁(初出・民商法雑誌四巻四号・五号「一九三六年」)は、未だ新しい状態へ移行きらぬ、転化の過程における現存の占有の効力とされる。

(六〇) ドイツ民法八五九条の占有権に基づく自力救済権の成立要件については、明石・注(三九)一二三頁以下・三〇二頁、Muhl, N.1.3859 Rdz.4ff. (S. 58ff.); Joost, N.2, § 859 Rdz.5ff. (S. 64f.) u. Rdz.12ff. (S. 66); Bund, N.5.3859 Rdz. 7ff. (S. 159f.) u. Rdz.17ff. (S. 161ff.).

(六一) 市民社会と国家、したがって社会規範と国家規範、社会規範上の「権利」と国家規範上の権利とを区別・連関づけて捉える私の見解については、拙稿・注(二九)佐賀二〇巻四号九四頁以下、同「社会規範と法規範—経済・国家・法の全体構造と法の内部構造—」佐賀六巻一号(一九七三年)六九頁以下、同「所有権の内在的制約・外在的制約・政策的制約(二)—憲法二九条と民法二〇六条・二〇七条—」佐賀三二巻六号(一九九九年)一六七頁以下、同「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関性(三)—いわゆる「営業の自由論争」を参考にして—」佐賀三二巻四号(一九九九年)一四四頁以下。

(六二) 多くのテキストは、自力救済が禁止されているから、その代償として占有訴権が認められていると説いている。例えば、末川・注(二)物権法一八三頁・二四七頁・二四九頁・二五〇頁、同・注(五九)「占有訴権」一三七頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)五〇〇頁、田中・注(二四)「代理占有」三六九頁、石田(喜)・注(一五)二五五頁・二五六頁など。

しかし、自力救済は国家規範によって禁止されているのではなく、成立要件が厳しく制約され、その行使に大きな限界があるにすぎない。

なお、ここに述べていることは単に表現の違いに止まるものではなく、自力救済と占有訴権の区別・連関性を考える上で重要なことである。Vgl. Eichler, N.13, Bd. 2-1, S. 248; Sokolowski, N.20, S. 240; Schwab, N.57, S.32.

(六三) 民法二〇三条但書の解釈をめぐる諸学説については、田中・注(九)「占有訴権」一頁以下、松本・注(一〇)注民(7)二〇四頁。

なお、岡村・注(六)法協三九卷一〇号四〇頁は、二〇三条但書は占有喪失の事実なかりしものとする法意ではなく、占有の効果を失わざりしものとする法意とされる。

(六四) 鈴木・注(三八)物権法六八頁は「占有ないし占有権なるものは、事実にもとづいているとはいえ、それ自身のうちに、観念化されるべき指向を含む」とされる。

(六五) 民法二〇〇条二項の解釈をめぐる諸学説については、水辺・注(五)講座二二七四頁・二八七頁、同・注(六)法教五五号三八頁、広中・注(三八)物権法三四九頁以下。

(六六) 交互侵奪をめぐる判例・学説については、水辺・注(五)講座二二八六頁以下、同・注(六)法教五五号三八頁、広中・注(三八)注民(7)一九二頁、同・注(三八)物権法三五三頁以下。

因に、ドイツ民法八六一条二項は、不法占有者が瑕疵ある占有取得後、一年以内に奪還された場合には、占有回収の請求をなさないとしている。本条項については Muhl, N.1, §861 Rdz. 6ff. (S. 62f.); Joost, N.2, §861 Rdz. 7ff. (S. 70f.); Bund, N.5, §861 Rdz. 12ff. (S. 171f.).

(六七) 明石・注(三九)一一〇頁、同「占有訴権」谷口知平Ⅱ加藤一郎編・民法演習Ⅱ物権「有斐閣・一九五八年」八四頁以下。

(六八) 田中・注(五)講義二一九五頁。

(六九) 田中・注(五)講義二一七七頁(なお、一九五頁)、同・注(九)「占有訴権」六八頁。

因に、田中教授は、この文脈において「占有の事実性」にこだわっておられるが、「占有権の規範性」を無視、ないし軽視すると、本章七節において末川説に関して指摘するようなことになりかねない。

(七〇) 田中・注(五)講義?一七七頁・一九五頁。

(七一) 田中・注(五)講義?一九四頁。

(七十二) 因に、田中・注(五)講義?一九二頁は「本権者に自力救済がみとめられるところに占有訴権の限界がある」とされる。

同旨、我妻『有泉・注(三)五〇一頁、舟橋・注(三)三一六頁。

六 「物を現実に支配し、管理している」という現在の状態を第三者から侵害されることなく、そのまま維持することが出来る権能が、占有権の現象形態である。つまり、占有権の本質である「物を現実に支配し、管理する意思」は、占有権の実体をなす「物を現実に支配し、管理する力」に裏打ちされて、「物を現実に支配し、管理する権利」として、われわれの目の前に姿を現わすのである。

占有権は、所有権のように物を自由に使用・収益・処分することを法的に根拠づけ、正当化する権利ではなく、現在、物を保存・管理している状態であれば、この状態をそのまま維持することが出来るし、現在、物を利用している状態であれば、この利用状態をそのまま継続することが出来る権利であつて、物の取得や利用を正当化したり、法的に根拠づけるものではない。<sup>(七十三)</sup> 占有権は状態権である、<sup>(七十四)</sup>といわれる所以である。

このような占有権は、本権の有無を問わずに認められる権利であるから、占有権侵害があつた場合には、本権の有無を問わずに占有訴権を行使しうるだけでなく、損害が発生しておれば、その賠償を請求することが出来る(民一九八条・二〇〇条一項。なお、一九九条)。

損害賠償額は利用利益の帰属の侵害に基づく金額と解されているが、<sup>(七十五)</sup>占有権の違法かつ有責的な侵害と相当因果関係のある損害は全て賠償されるべきである。その反面、損害が発生していなければ、賠償義務が生じないのは当然である。

例えば、物の占有者が蔵の奥に仕舞い込んで、単に物を保存しているだけで、積極的に利用することもない状態において侵害された場合には、本権に関連する損害は発生するかも知れないが、占有権そのものに関しては損害は発生しないであろう。この場合、本権に対する侵害と占有権の侵害は明確に区別する必要がある<sup>七七</sup>、両者を混同してはならない<sup>七八</sup>。また、妨害排除に要する費用と損害も区別すべきであり、両者を混同してはならない<sup>七九</sup>。

物を利用している状態、ないし物を利用する計画の下に保存・管理している状態において侵害された場合には、この侵害と相当因果関係にある損害は、単に一個の物に関する被害に止まらない。というのは、物は個々ばらばらに利用されるのではなく、取引先やノウ・ハウ、あるいは個人のライフ・スタイルなどの事実関係（企業については「のれん」といわれる）を核にして、他の物や権利や債務を有機的に組み合わせ、組織的に一体化して企業の営業財産や個人の生存財産として支配・管理されており、企業の営業活動や個人の生存活動と不即不離の関係にあるからであるが、この点については第三章において詳しく論じることにする。

占有権は本権がなくても成立する権利である。したがって、本権なしに他人の物を使用・収益している占有者についても、占有権侵害に基づく損害賠償請求権は発生する。それは、本権者以外の第三者による侵害の場合にもよりのこと、本権者による侵害の場合にも発生するし、占有者が権原のないことについて悪意、即ち他人の物を使用・収益することを正当化し、根拠づける本権を有していないことを知っている場合でも、同じことである<sup>八〇</sup>。

尤も、本権のない占有者と本権者との間では、不当利得や不法行為、さらには事務管理の問題が発生するが、民法一八九条と一九〇条は果実に関して、一九一条は占有物の滅失・毀損に対する占有者の損害賠償責任について、一九六条は占有者の費用償還請求権について規定している。

これらの規定は、いずれも占有権の内容・効力に関わるものではなく、事務管理や不当利得・不法行為の特則を定めたものにすぎない。したがって、山中博士のように、一八九条の善意占有者の果実收取権を、たとえ本質的な

権利内容ではなく、偶然的な権利内容にすぎないと性格づけるにせよ、これを占有権の権利内容とするのは、<sup>(七九)</sup>妥当ではない。<sup>(八〇)</sup>

なお、民法一八九条に関しては、善意占有者に積極的に果実收取権を認めたものなのか、それとも真実の果実権取権者から返還請求や代価賠償の請求があつても、それに応じる義務を免除することを規定したにすぎないのか、<sup>(八一)</sup>解釈が分かれている。

果実收取権は、その権原を有する者に帰属するのであつて、占有権の効力として発生するものではない。<sup>(八三)</sup>したがつて、理論的にいえば、後説が妥当である。しかし、立法者は前説に立っており、一八九条において善意占有者に果実收取権を認める反面、一九六条一項但書で「占有者カ果実ヲ取得シタル場合ニ於テハ通常ノ必要費ハ其負担ニ歸ス」として、均衡を保たせていることを考慮すると、政策的配慮を加味した前説を支持するほかはないであろう。

注(七三) 同旨、於保・注(一)一七〇頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)四六〇頁、田中・注(五)講義Ⅱ一四八頁、林・注(二七)一四八頁。

因に、岡村・注(六)法協三九卷九号七頁以下は、占有権の本体は本権であるとし、岩田 新・物権法概論「同文館・一九二九年」一七一頁は、占有権と本権とは同一内容の権利とされる「但し、後掲・注(九九)参照」。

(七四) 於保・注(一)一七〇頁・一八三頁・二二四頁。

(七五) この点の学説・判例については、水辺・注(五)講義Ⅱ二八七頁、同・注(六)法教五五号三八頁、広中・注(三八)注民(七)一八七頁以下、同・注(三八)物権法三三三頁以下、辻 伸行「占有権侵害に関する一考察(一)——占有権侵害による損害賠償の内容の検討を中心にして——」上智法学論集二三卷二号(一九八〇年)八一頁以下。

(七六) 長久保 武「占有権の価格」判例タイムズ七三号(一九五七年)四九頁。なお、第三章六節参照。

(七七) 後掲・注(一五二a)参照。

(七八) 長久保・注(七六)判タ七三号四九頁。

これに対して、本権の侵害がなければ、あるいは本権を有する者でなければ、損害賠償請求をなしえないとする説として、

於保・注(一)二三四頁、岡村・注(六)法協三九卷九号一三頁以下、鈴木・注(三八)物権法五四頁、広中・注(三八)物権法三二二頁・三二八頁、加藤一郎・不法行為法「有斐閣・一九五七年」一一〇頁、加藤一郎編・注釈民法(9)「有斐閣・一九六五年」六八頁「三島宗彦」、辻伸行「占有権侵害に関する一考察(二)完」―占有侵害による損害賠償の内容の検討を中心に―上智法学論集二三卷三号(一九八〇年)一四三頁。Mühl. N.1, Vor §854 Rdz.15 (S. 35); Schwab, N.57, S. 40. なお、第三章六節参照。

(七九) 前掲・注(五六)参照。

(八〇) 岩田・注(一)八五九頁、田中・注(五)「わが民法」一一二九頁、末弘巖太郎「占有の効力」とくに果実收取権について」民法雑記帳上巻「日本評論新社・一九五三年」二五一頁。

(八一) 民法一八九条の解釈をめぐる学説の対立については、田中・注(三)注民(7)五八頁・六三頁、水辺・注(五)講座二二八八頁、同・注(六)法教五五号三八頁。

(八二) 同旨、末弘・注(八〇)二五三頁。

(八三) 富井・注(一)原論(二)六七九頁、梅・注(一三)五二頁。なお、岡松・注(二)七二頁・七六頁。

七 占有権は物を現実に支配し、管理しているところに認められる権利であり、物を支配・管理する権原があるか否かは問わない。したがって、この側面を捉える場合には、占有権は現実に「あるもの Sein」を、「まさにあるべきもの Sollen」とは切り離して、保護する権利ということになる。

とはいえ、この「あるもの」として認められている占有権が第三者によって侵害された場合、この権利に内在している「現実的支配・管理力(占有権の実体)」が、自力救済権や占有訴権という姿をとって、「あるべきもの」としての姿を維持・回復せんとして発動して来る。

このように、占有権において「あるもの」と「あるべきもの」とが一面では明確に区別されていないながら、他面では結びついているところに割り切れなさや、矛盾を感じられる末川博士は、ここに占有論が迷宮であり、解き難い謎(八四)(八五)(八六)(八七)

である所以を求められている。

しかし、占有権の存在構造を論理的に分析して、占有権における「あるもの」と「あるべきもの」との区別・関性を把握し、占有権の全体像を見定めた上で、さらに占有権における「あるべきもの」と、所有権などの本権が「あるべきもの」とされていることの意味の違いを理解するならば、占有論は解き難い謎でもなければ、迷宮でも何でもないことが分かるであろう。

占有権における「あるもの」とは、私見にいう占有権の現象形態を指している。これに対して、占有権における「あるべきもの」とは、私見にいう占有権の実体に関わることからである。

私見において、占有権の本質をなす「物を現実に支配し、管理する意思」は、内心の意思として存在すれば足るものではなく、社会的な承認を得なければならぬが、社会的承認を得ると、現在の物の所持者以外の者は、「侵害するなかれ」という社会規範上の不可侵義務を課され、ここに物の所持は単なる外界における物理的な事実状態から社会規範上の「占有権」に昇格する。つまり、単なる「人と物との関係」から、「人と物との関係」をめぐる「人と人との関係」に転化する。

その結果、この不可侵義務に違反する者があれば、「占有権」者は一定要件の下に自力救済権を行使するなり、侵害者の意思に働きかけて、原状、即ち不可侵義務違反が発生していない時の、「あるべき」状態に戻すよう請求することが出来るようになる。しかし、それでも効果がない時のために備えて、裁判所の手を借りて強制的に「あるべき」状態を維持・回復する途が拓かれている。ここに、社会規範上の「占有権」にすぎなかったものが、国家規範上の占有権として保護されて、「あるもの」としての権利内容を実現することになる。

因に、民法一九八条の妨害停止に関する費用につき、占有妨害が妨害者の責に帰すべき事由によるのではない場合は、妨害停止を請求する者が自己の費用をもって妨害除去をなすべきであり、妨害者はそれを受忍する義務を



負うに止まるとする説がある。<sup>(八八)</sup>しかし、不可侵義務に違反した状態が出現している以上、この義務違反がない状態、即ち原状に復するという具体的な義務が妨害者に課され、彼の費用によつて右の具体的な義務を履行すべきである<sup>(八九)</sup>と考へる。

さて、末川博士は占有という事実状態も「社会関係として何らかの当為を含む思考上の観念的なもの——権利——と<sup>(九〇)</sup>な」ることや、「共同生活における社会意識において他人が侵害してはならないと考へる」<sup>(九一)</sup>ことに言及されているが、この当為、不可侵義務こそが、占有権における「あるべきもの」「あるべき状態」を示しているのである。

しかし、末川博士は「あるべき状態」を所有権などの本権に求め、占有が正当化されている状態と解されている<sup>(九二)</sup>。そのために、占有権においても「あるべきもの」「あるべき状態」という要素が重要な位置を占めていること、即ちこの要素なしには占有権は占有権たる実効性を有しえないこと、に気付かず、占有権は本権とは違った意味において占有を正当ならしめる権利である<sup>(九三)</sup>ことを、見抜かれなかつたのである。

その結果、「占有権とはどのような権利なのか」ということを理解することを難かしくしてしまい、これを私法学における難問と感ずるようになり、占有論は謎を深めて行くことになる。というのは、「占有権とはどのような権利なのか」が分かつていなければ、準占有や占有権の移転・相続について理解することは出来ないし、末川博士が占有論という迷宮の「奥の院」<sup>(九四)</sup>とされる代理占有について、説明することも出来ないからである。

注(八四) 末川・注(一)物権法一八〇頁、同・注(二四)「判例」四九頁・五六頁・五九頁。

(八五) 末川・注(二四)「占有と所有」四七頁、同・注(二四)「判例」五九頁。

(八六) 末川・注(一)物権法一七九頁、同・注(二四)「判例」四九頁・五四頁・五九頁。

(八七) 末川・注(二四)「判例」五四頁・五九頁。

(八八) 末川・注(一)物権法二五八頁、同・注(五九)「占有訴権」一四七頁、舟橋・注(三)三二二頁、田中・注(五)講義?一九

八頁、鈴木・注(三八)物権法五四頁。

(八九) 同旨、於保・注(一)二二六頁、我妻Ⅱ有泉・注(三)五〇七頁、稲本・注(三)民法Ⅱ二四九頁、石田・文・注(四)三二〇頁、柚木Ⅱ高木・注(四)四〇三頁、末弘・注(七)二九六頁、広中・注(三八)注民(7)一八七頁、同・注(三八)物権法三四三頁(但し、例外を認められる)。

なお、所有権に基づく妨害排除に關しても、同じ議論があることにつき、拙稿・注(二九)佐賀二二卷三号一〇九頁以下。

(九〇) 末川・注(一四)「占有と所有」四三頁。

(九一) 末川・注(一四)「判例」五一頁。

(九二) 末川・注(一四)「占有と所有」四四頁、同・注(一四)「判例」五一頁。

(九三) 稲本・注(三)民法Ⅱ四九頁、田中・注(五)講義2一四九頁、林・注(二七)二四九頁。なお、山中・注(一一)四二頁・四二頁・四三頁・四七頁は、占有権は私力によって妨害されずに「占有を継続しうべき権利」とされる。

(九四) 末川・注(一四)「判例」五一頁。なお、田中・注(一四)「代理占有」二七六頁。Vgl. Hedinger, N.1, S.92.

[未完]