

鼎談

ヨーロッパ私法基本概念の検討

ハンス・ハッテンハウアー

『民法の基本概念—歴史的・法解釈学的入門—』を読む(2)

田 中 実
伊 藤 司
平 林 美 紀

第3章 物

第4節 解決されない占有問題

H：次に占有の問題に移りたいと思います。最初に、近代法解釈学の基盤を築いたとされるサヴィニー（1779-1861）が若き私講師として占有論で実質的な学問的デビューを飾ったこと、この理論によって彼がたちまちヨーロッパの著名な学者となったことが書かれてあり、「サヴィニーがこの占有論でそれまで支配していた闇に光をあて、彼の『占有の法』（Das Recht des Besitzes, El Derecho de la posesión）は法律学の単行論文のお手本になった」という法哲学者のシュタールの言葉（『法哲学』1. 1. 3. § 49）が引用されています。前にも述べたように大学院の講読の授業で『現代ローマ法体系』は講読教材でしたが、正直、『占有論』は、法制史分野の方以外にはあまり馴染みがないのではないのでしょうか。

T：ある法制度を例えば学位論文のテーマにする場合に、関連するローマ法源に直接あたって詳しく検討するというサヴィニーのスタイルは、ヨーロッパの法学論文のお手本になったのだと言えます。日本の旧民法の生みの親フランスのボワソナードも、民法典の日本人の起草者たちも、こうした伝統に則って学位論文を書いていますよね。Hattenhauer は、シュタールの言っていることは今のヨーロッパの法学部の人間にも理解困難であろう、そしてローマ法を法源として民法を論じているパンデクテン法学の叙述方法は、今日ではあまりにも馴染みのないものになっている、と述べています。もちろんサヴィニー以前の学位論文もローマ法を扱っているにはいるのですが、一般的には質量ともに貧弱で一見すると矛盾した法文に対し、すでに踏襲されてきた説明を無難に整理しているものが多かったのでは、との印象を持ちます。

I：私たちが学生の頃に読んだ物権法の教科書では、占有論の冒頭で、19世紀初頭にサヴィニーが、占有には体素（corpus）といわれる所持（detentio）に加え心素（animus）つまり何らかの意思が必要であるとする主観説を確立し、これに対して19世紀末にイェーリングが占有とは原則的に所持であるという客観説を提唱したことがエピソードとしてあげられていました。そして「ローマ法の解釈としての学説の当否が、直ちに今日の占有制度としての当否を決定するものでないことは明らかである」（我妻＝有泉『新訂物権法』〔541〕463頁）と述べ、「自己のためにする意思」を要件とする日本の民法180条についても「現代法の立法論としては、遅れたものである」として、占有として保護すべき範囲を拡張する政策から、客観説の構成を正当とする、といったことが述べられていました。今日の教科書や講義ではエピソードとしてすらこうした論争に言及しないのではと思います。T先生の中世法学者アゾーの占有論の翻訳（『南山法学』29巻2号）の注によれば、この占有論の対立について、今日ではドイツの物権法の教科書でも詳しく扱っているものが少なく、むしろフランスではなおもカルボニエなど代表的な教科書で言及されているとあります。法思想史の分野では、サヴィニーについては、いわゆる歴史法学を唱えたことや、フランスにならってドイツで統一的な法典編纂を主張したティボーとの法典論争で、早急な民法の法典編纂に反対したことが紹介されています。しかし肝心の法解釈学上の功罪については専門的な論文を読まない限り具体的には概観すら知り得ないのが実情ではないでしょうか。法思想史は、どちらかというとな法学部の学生が民法解釈学を勉強して直面する問題からは離れた話題の分析が中心になってきたような気がします。サヴィニーは、高校の世界史の教科書にすら名が挙げられることがあるのに、名前だけを覚えさせられるだけの法律家になってしまっていますね。

T：I先生に占有およびサヴィニーについての知識について問題点を述べていただきました。そうですね。サヴィニー研究は、専門家の中ではドイツ社会の変遷の中で彼をどう位置づけるかが議論され、さらに未公開講義録の発掘がなされることを通じてますます深化されてきましたが、他方で学生や法律家が持つ共通の知識基盤は貧弱になってしまった、と思います。彼が法源に即してローマ法の占有を整合的な説明に成功し、しかもその手法を使ってローマ法の解釈を組み替えを行い、その作業の中で用いられた概念がパンデクテン法学を通じて我が国の民法や民法学ひいては法律学に入ってきたわけですね。しかしその手法がそれ以前のヨーロッパの普通法学とどこが違っていたのか、外在的な知識社会的な分析ではなく、内在的な、つまり彼の法解釈学説の内容に即した視点からの分析が必要なはずです。とりわけ占有論についてのその意義、重要性は、1993年になって木庭顕先生の「Savignyによる占有概念の構造転換とその射程」（海老原明夫編『法の近代化とポストモダ

ン』所収）によって注意が喚起されました。木庭先生の昨年（2009 年）出版された大著『法存立の歴史的基盤』の英語のタイトルは、Roman Origins of the Law of Possession となっています。ともに非常に難解で、基本的な概念の把握に自信がないうちにこの鼎談で立ち入ることはできませんが、我々の時代が取り組まなければならない作品です。とりわけ冒頭で、占有という概念を駆使することで、非法律家の常識と法律家の考え方がいかに異なっているか、さらにはその概念を駆使しているとはいえ占有が法律家にとっても如何に厄介な代物かが印象的に語られています。

H：Hattenhauer の叙述を理解するために、もう少しローマの占有の基礎知識を具体的に述べていただけますか。

T：仮に、古代ローマでの発展や、ローマでの公有地をめぐる 19 世紀の歴史学の議論などを括弧に入れるとしても、なかなか明晰に説明する自信はありません。しかし、日本での占有の勉強とのかかわりで、若干話をしておく必要があります。ローマの占有を理解する場合、出発点として、今日の客観説から離れること、つまり占有と所持を区別する「心素」の持つ意味をきちんと把握すること、それから占有権という物権に類似の秩序があるという観念を疑って見る必要があると思います。ローマでは、占有の取得には心素と体素が必要ですが、不動産占有の体素が失われた場合、心素を失わなければ、占有回復ではなく占有保持の訴えがなされること、それからこの不動産占有保持の特示命令の方式書の中に、「相手方との関係で、暴力によらず隠秘でもなく容仮占有によるのでもなく（占有しているように）」という、いわゆる瑕疵占有条項があるため、占有の保持は訴訟の局面では排他的であるけれども、いずれが占有を保持しているかどうかは相手方との関係で変わる相対的なものであることを押さえておく必要があるかと思います。つまり不動産について言うと、仮に私が体素を失っていても、暴力によって相手方が占拠を始めたときは、占有訴訟で、私は「占有が回復」されるのではなく「占有を保持」していることが確認され、相手方に対して、私の「占有してる状態」に暴力、実力行使が禁じられるわけです。それから、今日では、直接占有、間接占有と難なく二種類の占有を想定していますが、サヴィニーが占有を体系的に理解するにあたり、広い意味での所有意思のない者は占有者ではないことを基本とし、質権者と質権設定者との間に生じる占有関係は、派生的占有として、例外的に位置づけられ、なぜそれが生じたかを個別に説明するというアプローチをとっていることも重要です。派生的占有を別に論じる手法はまさにサヴィニーの卓見とされています。質権者、容仮占有者、係争物受寄者並びに永借権者及び地上権者の占有について、派生的変則的な占有として個別に検討することは、20 世紀の明晰なローマ法の教科書、例えばイタリアのヴォルテッラの『ローマ私法提要』にも踏襲されています。ヴォルテッラによれば、例

えば質権は我々からすると抵当権との対比で占有移転型担保物権とされるわけですが、もともと担保は所有権移転型から先に発達したために、その沿革から質権者にも変則的に占有訴権が与えられたのだ、と説明するわけです。

H：なるほど、ありがとうございます。そういう観点から現行法の説明を読み直すと面白いと思いました。相手方との関係で瑕疵があるかどうかでいずれが占有を保持しているかが決められること、さらに占有が排他的であることなどからすると、占有の交互侵奪の議論も、別の把握が可能ですね。

T：そうだと思います。もっとも、ローマの占有論自体は決して新しいテーマではなく、サヴィニー以前、12世紀のいわゆるローマ法の再生時代に直ちに難問であることが認識され、何世紀にもわたって議論されてきたものです。法的に正当な原因のある所有権とも、単なる物理的支配である所持とも異なり、法的な正当性を取りあえずは括弧に入れて、相手方との関係での暴力（実力行使）、隠秘、容仮といった瑕疵なき占有を保護する占有訴権に支えられた占有概念を理解することは法学者にとっても困難だったわけです。先ほど言及いただいた、京都大学の佐々木先生との中世法学の翻訳は、占有の取得と喪失、つまり占有の効果ではなく占有の成立要件の問題を扱ったものです。占有訴権及び使用取得の成否といった効果の面からアプローチするものではありませんが、占有の心素や体素といった我々にも馴染みの道具立てを使ってローマの占有の把握が試みられています。占有と所持の線引きは、占有訴権の有無にかかり、占有の中では、使用取得にかかる、つまり一定の要件がととのえば所有権に昇格する市民的占有と、使用取得にかかることなく占有訴権の保護を受ける、すべての占有が有する属性を持つものの、単なる占有がある。サヴィニーは、こうした体系的な把握に成功したのみならず、そのスキームで我々に伝わる史料・法源は整合的に説明しうる、ということを示しました。とりわけローマ人の自然的占有概念に2つの用例があったことを発見し、それまでラビリンスに陥っていた説明を払拭したわけです。この点については小菅芳太郎先生の論文「サヴィニー「占有論」雑感」（『北大法学』第23巻第2号）があります。しかしこうした体系的説明のみならず、法源を理解する中で、占有と非占有との線引きをすることのどこに意味があるのかを把握し、さらに当時の歴史学の成果を敏感に感じ取り、ローマでの公有地の法律関係、属州の土地をめぐる法律関係を考えた点にも、彼の功績があるかと思います。サヴィニーと、当時のローマ史研究者ニープールとの関係は法学史上非常に重要なものとされています。この問題は、最初に述べたように、ここではこれ以上言及しません。

H：Hattenhauer は、占有をめぐる問題は、単にアカデミックな問題というのではなく、土地の近代的な登記簿が整備されていなかった当時にとっては、法実務で重要であったと書いていますけれど。

T：サヴィニー家は、もともとブルゴーニュ、ロレーヌ地方の出で、信仰上の理由からドイツに移った貴族階級に属しています。

I：そういえば今でもサヴィニーという銘柄のとても美味しいブルゴーニュ・ワインがありますね。村上淳一先生の「貴族サヴィニーの民事訴訟」（村上淳一編『法律家の歴史的素養』）は、サヴィニー自身がトラークス農場主であったことを興味深く報告されていますね。

H：はい、ヘッセン-カッセル邦伯から授封されていたトラークス農場をめぐる紛争が二つ紹介されています。興味深いですし、また占有論の理解にも役立ちそうなのでそのうちの一つを少し詳しく紹介させて下さい。

この農場では、農場を賃借しその小作人が自己の計算において農業経営する形態と、農場主サヴィニーの計算において使用人である管理人が経営する形態があったのですが、1814 年以降はもっぱら小作人によって経営されていました。サヴィニーは 1839 年にこの小作関係を解消し、管理人経営にすることを決断したようです。そしてその 1839 年に、アルプシュタット村にある牧草地で羊に草を食ませようとするサヴィニー側と、沼地を牧草地にした村側とで衝突が生じました。村側は、この牧草地はかつて入会地でであったが、1836 年に村民たちの間で分割された、と主張して裁判になります。サヴィニー側はこの土地はトラークス農場に属すると主張しますが、その際に本権訴訟ではなく不動産占有保持の特示命令を用います。そして、その目的は本権訴訟での証明責任を相手方に負わせるためのものであった、とされています。そして控訴審は、サヴィニーは干拓によって占有の体素を失っていると判示します。もっとも裁判所も体素のみならず心素を失ってはじめて占有が喪失される、とする解釈があることを認めていたこと、さらにサヴィニーは、封建的な分割所有権が廃棄される 1848 年革命前に、さらに上級所有権を巻き込むことになる複雑な本権訴訟を望まなかったことなどなど、興味深い説明が続きます。もう一つの事件も、放牧権をめぐる近隣村との争いです。最終的にはサヴィニー側がその権利を放棄し消却金を受け取ることで決着します。詳しくは述べませんが、サヴィニーは占有保持の特示命令を用い認められるのですが、認められた占有は役権の存在推定には用いることができない、とされてしまうのです。

I：占有の本権推定力については、ゲルマン法起源だとされる日本の民法 188 条を思い出しますが、Hattenhauer は、ドイツ民法 1006 条を挙げていますね。そこでは、「動産の占有者は、物の所有者であるとの推定を受ける。金銭・無記名証券を除き、盗品、遺失物その他の占有離脱物については、前占有者に対しては適用されない」（Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst

abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt) ことが規定されています。1006条はもっぱら動産についてのものです。これに対し、我が国と異なり、ドイツ民法ではさらに別の条文 891 条が「不動産登記簿に権利が登記されたときは、その権利は登記された者に属すると推定される」(Ist im Grundbuche für jemand eine Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe) と定めて、不動産登記簿の推定力を認めています。これを Hattenhauer は、近代的な登記占有 (Buchbesitz) と呼んでいるようですね。こうした制度のない時代のドイツでは、不動産の所有者も、まずは不動産占有保持の特示命令という占有訴訟を行い、その上で、所有権の推定を受けるということになっていたのだ、と述べています。このあたりの説明の理解に、先のサヴィニーの農場の訴訟は助けになりますね。Hattenhauer は、近代の占有訴訟、つまりドイツ民法 861 条以下の、日本民法 200 条以下の占有の訴えはわずかな役割しか演じていないのに、19 世紀までは占有訴訟は並はずれて重要な訴訟であった、としています。

T: 今日でも迅速な占有訴訟が活発に利用されているといわれるイタリアの占有法については岡本詔治先生の『イタリア物権法』があります。イタリア法では、占有の要件や訴権の種類など伝統に則った構成をとっていますから、ローマ法の理解にも助けとなります。さて、サヴィニーは、占有そのものの効果としては、占有訴権による保護を受けることと、使用取得の要件となることだけであり、それ以外のものは占有の効果ではない、占有には本権推定力などなく、それは被告の立場から生じる優位にすぎないことを強調しています。これについては後でも触れます。これもこうした前近代の訴訟を念頭に理解しないといけないと思います。Hattenhauer がこうした背景を手短に説明した上で、サヴィニーの占有論を紹介しているのは有り難いですね。サヴィニーがこの問題に取り上げた段階で、山のような夥しい数の研究文献が立ちはだかつていたとありますが、実際、彼の『占有の法』の最初を見ますと、釈義学志向のものと、体系志向のものに分類されて、それまでの膨大な文献が挙げられ、重要なものには簡潔なコメントが付けられています。サヴィニーの弟子たちは、彼がまさにこのゴルディオスの結び目を解いたと考えたが、逆にまたその後多くの占有の研究文献が膨らんでしまうことになった、と Hattenhauer は幾分皮肉をこめて書いていますね。未成年者でも、盗人でも、占有を行使できるので、まさに事実なのですが、なぜこの事実法に法的な保護が与えられなければならないのか。単なる事実だとすると法的保護は演繹されません。法とは、非法律家からすると、不法な事実に対して矯正を目指すものであるはず。他方で物の占有は所有権の成立の前提となっています。事実がいついかなる態様で権利になるのでしょうか。このように問うて、Hattenhauer はたたみかけるように説明しています。

つまり、歴史的に見ると占有は所有権よりも古い。占有取得は所有権取得の前提

であるのみならず、占有の継続が所有権成立を証明し担保してきたのであり、占有の法的保護を認めないで所有権論を構想することなどできない。他方で事実から権利への転換を的確に定め解釈することは成功しそうにない、ということです。

I：そしてカント『人倫の形而上学』5節を挙げていますね。

「外的な客体を私のものであると言いたいときには、私はその客体を何らかの形で占有していなければならない。というのも、さもないとこの客体を私の意思に反して侵害する者は同時に私を侵害することにはならず、従って私に損害を与えるものではないからである。それ故に外的な私のものやあなたのものが存在するようにしたいならば、叡智によってのみ理解できる占有（本体的占有 *possessio noumenon*）をありうるものとして前提としなければならない。それから経験的な占有（所持）は現象として現れる占有（*possessio phaenomenon*）にすぎない。もともと私が占有している客体は、ここでは先験的な（超越論的な）分析の中で生じるように考察されるのではなく、物それ自体として考察されるのであるのではあるが。」

カントの引用に続けて Hattenhauer は書いています。

「単なる外的な現象以上のものである占有が可能なものであると言えるために、疑問を簡潔な形で述べる際に非常に厳密であること、そして自身の認識論に立ち戻ることがカントには必要であった。法律家にはもっと厄介であった。彼らは占有とは何かを告白しなければならないだけでなく、その告白から実際に取り扱いが可能な行動指針を演繹しなければならないのであるから。法学者にとっては占有の性質の問題は占有保護法の対象の問題と切り離すことができなかった。この最初の問題にサヴィニーは解答していた（『占有の法』第7版第5節）」

このように、カントの占有論は、経験的現象界と異なる叡智界に位置づけられる占有について述べていますが、我々法律家は、占有の訴えが行使できない所持と、占有との線引きに関心がありますから、すぐには接点が見いだせないような気がしますね。占有の議論は占有保護の問題と切り離せない、という Hattenhauer の指摘は鋭いと思いました。T 先生がさきほど中世法学の占有の定義のところで示唆されていたと思います。カントの占有論について何か日本語で読める研究文献がありますか。

T：そんなにフォローしていないのですが、比較的最近の論文として、菅沢龍文「定言命法によるカントの私法論—叡智的占有とウルピアヌスの定式—」『法政大学文学部紀要』第48号があります。いずれにしても、私も Hattenhauer が引用しているカントのこの部分を読んでいて I 先生と同じ感想を持ちました。ここでの援用されているカントの説明の主眼は、やはり、彼の認識論に対応させて、空間・時間という直感的な認識による占有と、感性界とは別の物自体にかかわる叡智界の占有の

区別をすることにあるのでしょうか。しかし仮に感性的占有を所持、叡智的占有を占有と考えるとして、心素と体素を使つての我々のスキームとの関係はどうなるのでしょうか。Hattenhauer では、この後、サヴィニーの第5節の冒頭に近い部分の引用がありますが、その前後を含めて紹介しておきましょう。占有は権利か事実かの問題に答えているところです。

サヴィニーはまず「さてローマ法において占有の持つ意味が定められた。占有はどれも使用取得又は特示命令に関わるのであり、何か法的なものとしての占有に関わる法律の規定はすべて、使用取得又は特示命令の可能性を定める以外の目的を持ってはいない。」と述べ、占有の意味は、効果の点では、あらゆる占有が持つ効果つまり占有訴権の保護を受けるという効果と、市民的占有が持つ効果つまりさらに要件が加わった場合の占有には、時効によって所有権を取得する効果に関わることに尽きる、としています。例えば権利の推定などは、占有者が被告になった場合に被告である立場から生じることはあっても、それは占有から生じる効果ではないことを強調しています。この性質をふまえておけば、二つの難問に難なく答えることができるとして、第5節から第6節にかけて次のように述べています。手許にある各国語（英、仏、伊、西）訳を参考にしながら訳してみましょう。

「以前から説の分かれてきた二つの疑問があるが、今やそれに答えるのは困難ではないであろう。第一の疑問は、占有は権利とみなされるのか事実とみなされるのかであり、第二の疑問は、占有が権利であるならばどのクラスに属するのかわかる。第一の〔占有は権利か事実かの〕疑問に関しては、占有自体はそのもとの概念からすれば（seinem ursprünglichen Begriffe nach, segun su naturaleza primitiva, according to the original notion of it, d'après sa nature primitive, di sua propria ed original natura）単なる事実であることは明白である。それに法律効果が結びつけられていることもまた同様に確かなことである。従つて占有は事実であると同時に権利でもある。つまりその本来の性質（Wesen, nature, natura）に従えば事実であり、その効果の点では権利に等しく、この二様の関係は細部全体にわたつて（für das ganze Detail, para el desenvolvimiento de la teoría, to keep in view throughout, pour tous les développements de la théorie, per l'intero Dettaglio in questa materia, per tutti gli sviluppi della theoria）、非常に重要である。・・・第二の疑問は占有はいかなるクラスの権利に属するかである。・・・債務法に属することが示される。ローマ法においてはその〔債務法という〕概念は厳密に定められているものと前提できる。」

H：先ほどサヴィニー自身が当事者であつた占有訴訟の紹介では、その目的は本権訴訟での証明責任を相手方に負わせるためのものであつた、と述べられていたのですが。

T：いずれが占有者なのかが確定された上で、所有権に基づく返還請求訴訟がなされると、なるほどこの本権訴訟では占有者が被告となりますから、原告が所有権を証明しなければならないことになります。しかしこれは被告という立場から生じることであって、占有からの効果ではないということでしょう。占有者が占有物の上に行使する権利の適法推定を定める民法 188 条は、ゲルマン法起源だと言われていますが、この条文についてはどのように説明されていますか。

I：スイス民法だと、所有者から権利を取得した占有者は、この所有者に対して推定は援用できないとあり、我が国でも、判例では、所有者たる賃貸人に対して適法な賃借人との推定を受けるわけではないことが確認されています。我妻＝有泉先生の『新訂物権法』（〔593〕490 頁以下）ですと、例えば適法に用益権を推定されるが、対抗力のある権利を有すると推定しているわけではない、例えば売買によって賃貸借を破る場合を考えればいい、というように対抗力を介在させて説明がなされています。しかしそうした地震売買や二重売買を考えないとして、所有権に基づく明渡請求又は引渡請求の場合、被告に占有権原がないことを主張証明する悪魔の証明を強いるべきではなく 188 条の適用がない、というのがその判例で確認されています。この問題は、加藤新太郎他『要件事実の考え方と実務』の最初の方の要件事実の意義のところで、実体法の代表的な教科書でははっきりと説明がなされていない問題だとして挙げられます。また占有正権原の存在は、被告が主張証明すべき抗弁事実であるのか、正権原は所有権に基づく返還請求権の発生障害事実であるのかが議論されています。

T：学生がかけている眼鏡を教授が自分のものだから返せといった場合にどうなるかという例を用いて穂積重遠先生が講義で述べられたエピソードが、我妻先生の『民法案内』に紹介されているのですが、これにひっかけて山野目先生が面白い閑話休題を書かれていますね（大塚直他編『要件事実論と民法学の対話』167 頁）。ここでもやはり所有権に基づく返還請求権の原告が所有権を主張証明するのは、何も占有者の適法権原推定によるものではないと説明されていると思います。そうだとすると今日 188 条はどのような機能を担っているのですか。

I：民法 188 条は、「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。」と規定していますが、この推定の意義は容易には理解しがたいものがあります。まず、不動産を占有している者は登記上所有者となっている者からの返還請求に対しこの条文を根拠に返還を拒むことができるか、という問題について通説は否定的です（我妻＝有泉『新訂物権法』（〔592〕490 頁など、なお大判大 15.12.25 民集 5 巻 897 頁参照）。したがってこの条文は動産にしか適用されないことになるでしょう。次に、動産の占有者に対して所有権者が所有権に基づいて返還請求をする場合に、この条文はどのような役割を演ずることになるのでしょうか。

原告たる所有権者は、所有権者であると言うだけではたりず、当然自己の所有権を主張立証しなければならないでしょう。これを占有者が民法188条により推定を受けているので、その推定を破るために主張立証責任が課されているのだと解することも可能ですが、そもそも原告である以上自己の請求を基礎づける根拠を主張立証しなければならないことは当然であって、民法188条が存在するからであるとはいえないと思われます。このように「この推定の制度は、被告として防御的立場に立つ占有者にとっては、とくに必要というわけではない」（鈴木禄弥『物権法講義五訂版』90頁）のです。それでは、この条文は不要なのでしょうか。この条文が機能するのは、まさに先に述べた場合の原告たる所有権者が自己の権利を立証する場面です。この原告は占有をしていないのですから、自己の所有権を主張立証するのはなかなか困難です。おそらく前主から売買によって所有権を取得したという主張をすることなどが考えられます。この場合売買契約の存在は立証が容易ですが、その前主が正当に所有権者であったことも立証しなければならないとなると、さらに前前主はどうであったのかというように所有関係をさかのぼって立証していかなければならないことになるでしょう。まさにこの点に民法188条の意義があり、前主が占有していたことを立証すれば、その前主の占有は正当な権限（所有権）にもとづくことが推定され、その前主から取引によって所有権を譲り受けた原告の所有権も立証されることとなる、というわけです。

T：なるほど。被告ではなく原告を証明の困難から救済してやるというのですね。確かに、この条文の文言からは直ちに理解しがたいですね。それに、そもそも動産の買主なら、売買契約に基づいて善意・無過失で占有を開始した場合、192条の即時取得によって所有権を取得して保護されますから、前主の占有が適法であったことに遡る必要はなく、その意味で188条は不要ですね。そうすると適用範囲はますます限られるのでは、と思います。それから186条の推定との関係も気になります。それはともかく、民法の改正論議の中で188条や関連条文も検討がなされていますか。

H：民法の改正については、鎌田薫早稲田大学教授を委員長、内田貴法務省民事局参与（前東京大学教授）を事務局長とする「民法（債権法）改正検討委員会」と、前にお話ししましたように私も参加させていただいております、加藤雅信上智大学教授を代表とする「民法改正研究会」の動きが活発です。ただ、前者は、そのグループ名からも明らかな通り、債権法の改正に主眼を置いていますので、それとの関係で民法総則も改正の対象としていますが、占有（権）に関する改正提案は見当たりません。他方、後者は担保物権を除く財産法すべての改正を目指しており、占有（権）に関する改正案を条文のかたちで公表しています。以下、改正案について、民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学界有志案 仮案の提示』（法律時報増刊、

2009年10月〕によって簡単に紹介させていただきます。まず、目を引くのは、現行法では「占有権」（「第2編 物権」「第2章 占有権」）とされている標題が、「占有」（第2編 物権」「第1章 総則」「第2節 占有」）と変更されている点です。残念ながらこの改正案についてはいまだに詳細な改正理由・改正趣旨が公表されていないので、改正案作りの際の私の記憶でしかありませんが、占有とは、「占有」という事実を占有訴権によって、本権の立証が難しい場合などに短期間かつ暫定的に保護する仕組みであって、所有権を典型とする物権とは異なるものであるという認識が背景にあります。また、改正案122条として新設されている条文も興味深いです。標題は「占有に基づく請求権の劣後的性格」とされていて、条文の第2項はこんな文言になっています。「占有訴訟と、本権に基づく訴訟が別個に提起され、それぞれの訴訟の結論が矛盾するときは、本権に基づく訴訟の結論が優先する。」ご存知の通り、占有の訴えと本権の訴えとの関係は、訴訟物論との関係で、古くから民法でも訴訟法でも議論されているところですが、本権の訴えと占有の訴えとが抵触した場合の調整が必要であることが説かれてきました。この改正案122条は、その点を明文化したものでしょう。それからご質問の現行188条（占有物について行使する権利の適法の推定）についてですが、その条文との関連で、通説の見解に従い、登記により権利の推定が図られる規定が新設され、同じ125条にまとめられています。現行188条は改正案125条1項としてそのまま維持されています。

125条1項 占有者は、占有物について行使する権利を適法に有するものと推定する。

2項 登記名義を有する者は、登記上の権利を適法に有するものと推定する。

3項 前項に基づく登記による本権の推定は、第1項に基づく占有による本権の推定に優先する。

T：ありがとうございます。占有権から占有へというのは、歴史的にみても比較法的にみてもうなづけると思いますね。それから最後に教えていただいた登記による権利推定は、さきほどI先生にお話いただいた登記占有（Buchbesitz）を日本でも条文化するものだと思えることができるのでしょうか。

I：Hattenhauer は、占有は権利か事実かという問題に続いて、もう一つの問題、つまり占有保護権の対象が何か、を扱っています。そして物そのものではないことには議論はなかったが、占有保護の目的は占有権そのものとしたエドゥアルド・ガンズ（1797-1839）の説は一般的に受け入れられず、サヴィニーおよび弟子のプフタは、占有保護の目的を占有者つまり物を占有している人格であるとしていたと述べています。私法における法的保護はすべて人格の保護であるとするのは、理性法論の伝統に連なるものであるとも説明されています。所有権の保護は所有権者の保

護であり、占有の保護は占有者の保護だということです。それから、占有が債権法に入るというのも、今日では考えにくいですね。Hattenhauer にはその後にサヴィニー『占有の法』第6節の引用がありますが。

T：今日では、占有は民法の中で物権法の中に位置づけられますが、しかし所有権及び他物権と同列に置くわけにはいかない、と一般に考えられています。これに対してサヴィニーは占有訴権は不法行為訴権であるとしています。考えてみれば、先にお話した瑕疵占有条項があり、占有訴訟は相手方との関係で変わるわけですから、ある時点での占有秩序を物権秩序のように確定することはできません。では相手方との関係で占有を侵害することは、物権に対する侵害ではなく、その行為そのものを不法行為と捉えるのが正しいことになります。このような説明は、もともとは事実である占有を保護するために、法務官によって不法行為を理由とする救済が与えられる、事実つまり不法ではなく法的ではないものに法的救済が与えられることで占有は法的なものになる、という説明を理解するのに助けになるかと思います。

ありがたいことに、ガンスの講義の翻訳として、マンフレッド・リーデル編『ガンス法哲学講義 1832/33—自然法と普遍法史』（法律文化社）が出版されました。その補遺「歴史法学はとの論争」に占有論が比較的詳しく述べられています。サヴィニー批判はともかく、ガンスが占有者の所有意思を特殊意思、所有者の所有意思を一般・普遍意思と捉えられていることは、ドイツ観念論との接点が見出せるのではないか、と思いました。これについてはサヴィニーからの批判を Hattenhauer が述べています。

ちなみに Hattenhauer が引用している箇所は、初版には見られず、1837 年の第 6 版で第 6 節に付加された部分です。目下、19 世紀の法学文献はインターネット上のサイトで読むことができますが、1865 年 ヴィーン版（1990 年復刻版）だと、この追加部分（Zus. der 6. Ausg.）といったように記されていて便利かと思います。先ほど各国語訳を若干利用していましたが、ブリュッセルで出版された仏訳 *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, (trad. par Jules Beving)、ロンドンで出版された英訳 *Treatise on Possession or the Ius Possessionis of the Civil Law*, (tra. by Sir Erskine Perry)、ナポリとサレルノで出版され仏訳や旧伊訳の問題点を指摘している伊訳 *Trattato del possesso decondo i principii del diritto romano*, (trad. Raffaele Andreoli) も、マドリッドから出版された旧西訳 *Tradado de la Posesión según los principios de Derecho Romano* も第 6 版からの訳ですから、ここでも追加として別に加えられた形で読むことができます。Hattenhauer が引用しているサヴィニーの箇所を、その前後を含め省略せずに紹介しておきましょう。

「占有は、まずは物に対する単に事実上の支配として、従って（不法とは異なる）

非法＝法でないもの（Nichtrecht, non-legal condition）として、法的には中立的なものとして現れる。にもかかわらず占有は一定の侵害に対して保護され、そしてこの保護のために、まるで権利であるかのように占有の取得と喪失についてルールが打ち立てられる。先に述べた保護されることと後に述べた権利に類似した取り扱いがなされることの根拠（der Grund, le fondement, il fondamento, the ground, el fundamento）を述べることで、これが課題である。さてこの根拠は、かの事実状態と占有している者との結びつき（die Verbindung, la liaison, la congiunzione, the connection, la union）にあり、それらが侵害されないことによって、占有は常に同時に人格が侵されることになるような態様の侵害に対し保護されるのである。つまり人格はあらゆる暴力に対して安全であるものとされる。人格に暴力がなされるとこれは常に不法である。そしてこの不法は様々な効果をもたらす。我々はこの観点からまずは二つの両端にあるケースを考察しよう。第一のケースはこの暴力が単に人格に関わりそれ以外には何にも関わらない場合である。第二のケースは、暴力が人格の他に同時にこの人格に帰属する権利に例えばその者が所有している物にも関わる場合である。第一のケースは、市民法においては（ここでは刑事法については触れない）人格権侵害（インユリア）の訴えの効果を発生させるだけである。第二の場合には侵害された所有権に保護を与えるのに暴力は決して要件ではない。所有権は暴力がなくともそれ自体が保護されるのである。にもかかわらず、二つの不法が結合すると固有の効果を生じることがあり、暴力強奪物訴権（actio vi bonorum raptorum）はこれに属する。—この2つの両端のケースの中間に、人格に加えられた暴力が同時に占有を妨害し侵奪するというケースがある。この場合には人格の他に独立した権利が侵害されているわけではないが、しかし人格の状態（Zustand, l'état, the condition, stato, el estado）に人格の不利益となるような変更が加えられ、そして人格に対する暴力という形をとる不法は効果をともなって完全に償われるのである。それは、いかなる事実状態に暴力がなされたかをはっきりさせ、それに保護が与えられることによってなされる。これが占有訴権の真の根拠であり、それは、そしてかの状態の性質を厳密に考察するとよりはっきりするのである。」

- I：もともと占有という法的権利があるわけではないけれども、一定の事実状態に実行行使がなされた場合に、法的効果が生じる。ではなぜその場合に法的効果が与えられるのか。それは人格への攻撃であり、しかも人格に結びついた占有という固有の事実状態であるという説明だと理解しました。ちなみにサヴィニーは、この追加の箇所から先に出てきたガンスについて、占有を特殊意思、所有権を一般・普遍意思に結びつけて説明しているが、いかに（おそらくは全く不法な）事実が法的保護を受けることになるのかの問題に答えていないとしています。サヴィニーはここに人格侵害という考えを投入しているわけですね。

H：今日だと、不法行為法の保護対象は、「権利」に限定されず、「法益」も含まれますから、「人格侵害」と言わなくとも、心素を伴う体素という「占有」というもとの事実状態が「法益」とされているというように説明できるかな、とも思いました。でも不法行為というとはずは損害賠償請求と考えますからこの点は違和感があります。

T：そうですね。ただ、不動産占有保持の特示命令では、特示命令発給後の手続きで、暫定占有中の果実返還にいくら支払うかについて競わせて、高額提示者に暫定占有を与え、その後、敗訴の場合に支払う金銭についての問答契約を締結させるという手続きに移るとされています。ここに損害賠償金の予定という性質を見ることができるとも知れません。このあたりは難しいです。

I：法典論争で、当時のドイツで法典編纂は時期尚早であるとしてそれに懐疑的ないし反対の立場をとったサヴィニーに対立して、ドイツにおける一般法典の編纂を主張したティボーは、この問題でも、占有の保護は人格を保護するのだというサヴィニーに対して、法的平和の保護を主張していることが書かれています。別の言い方をすると、私的制裁や自力救済を禁止し、国家の裁判権と執行機関に委ねることであった、と説明されていますね。占有の保護は法的平和の保護であるとするティボーの主張の方が、今日の民法学者にはわかりやすい気もしますが、しかし事実状態をなぜ法的平和と言うのか、と問われると難しいですね。Hattenhauerの説明はこうです。人格侵害と法的平和の二つの理論が以下の展開の特徴を示している。以後の立法者はいずれの立場をとるのかを決断しなければならなかったはずだけれども、ドイツ民法典起草者は、賢明なことに、占有の定義を回避し、854条では、「物の占有は物を事実上支配することによってこれを取得する。」(Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.)と定めるだけにして、占有保護の方に条文の重点がおかれたのだ、というのです。

T：定義規定を回避して、占有の取得要件を定める、というのは、ボワソナード民法から現行民法への転換を想起させますね。しかしまずは占有とは何かを予め定義する方向と、占有訴訟で保護される事実状態であるとして保護の方から占有を理解する別の方向は、すでに中世法学に見られるとされています。

I：保護について Hattenhauer は、

ドイツ民法 858 条 占有者からその意思によらないで占有を侵奪し又は妨害する者の行為は、法律が侵奪又は侵害を許さない限り、違法である（禁止された私力）。禁止された私力によって取得した占有は瑕疵あるものである。瑕疵は、承継人が占有者の相続人であるとき又は取得にあたって前の占有者の占有の瑕疵を知っていたときに、その承継人に対抗するものとする。(Wer dem Besitz ohne

dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht) . Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muss der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.)

を挙げています。

H：これについても、日本の民法には、第二文にあたる瑕疵の承継についての規定が187条2項にあります。肝心の第一文がありません。先ほどの定義規定の削除なり不採用の特徴があらわれていますよね。それから以前紹介した独逸民法典の翻訳ではEigenmachtが私力と訳されています。私が利用している比較的詳しい独和辞典でもその訳語が採用されていますが、あまり馴染みのある言葉ではありませんね。

T：そうですね。通常の自力救済にあたる単語はSelbsthilfeですが、Eigenmachtは辞書によっては「自力行使」とも訳されていますが、占有に対する「実力行使」の場合に用いられるようですね。例えばBeck社の専門用語辞典（Conte / Boss, *Dizionario giuridico ed economico 2 tedesco - italiano*）では、verbotene Eigenmachtに（gegen Besitzer）spoglio illegale 占有者に対する不法侵奪という単語が当てられています。

I：そして、Hattenhauerは、この規定が823条2文の、他人の保護を目的とした法律違反による損害賠償請求権を予定しているが、ドイツの判例は、例えばローマとは異なり今日では占有者とされる賃借人が隣地から石油が流れて占有を侵害された者には、823条の損害賠償を認めずに、占有は、第1文のその他の絶対権として保護されるとした、としていますね。

T：Hattenhauerが引用している判例は、当時のドイツ帝国最高裁判所（ライヒ裁判所）民事判例集（第59巻）に登載されており、南山の大学図書館でも読むことができます。私は自分の研究関心の関係もあり、情けないことに最近判例を読むことが少ないので、この機会に読んでみましたところ、他の論点からも興味深いものでした。

H：確かに判例について、後に先例として機能している部分の理論的な要旨が伝わっていきませんが、実際に読んでみると、思いもしない問題を孕んでいることに気づかされることがありますよね。

T：少し煩瑣かも知れませんがそのまま紹介しましょう。ドイツ民法典が施行された直後に、占有者である賃借人が、賃借権に対する第三者の違法な侵害に基づき損害賠償請求が可能かを論じたものです。

被告は1902年10月以来飲食店を経営し、原告は隣接家屋で石油卸業を営んでいました。被告は1902年10月に、壁を通じて石油がしみ込んで部屋中石油の臭いが

し、火災の危険もあると主張し、原告に対して暫定的に2000マルクの額の損害賠償を請求しました。ところが原告はこれを拒否しただけでなく、被告には損害賠償請求権がないことの確認を求めて訴えました。第一審裁判所は、原告の側から絶えず石油が防火壁にしみ込み、住居には臭いがし、火災の危険があるため人が住むには適していないという理由で、行政命令に基づき賃借家屋を立ち去らなければならなくなったという被告の主張にそった判決を下します。これに対して控訴裁判所は原告の主張を認め、被告は上告するのですが、棄却されます。最高裁判所の判決理由はこうです。

「損害を与えるイミッシオーンの差止め（民法906条）又は損害を与える工作物（Anlage）の除去（民法907条）を請求する所有権に基づく訴え（Eigentumsfreiheitsklage）は、賃借人には帰属しない。賃借人の権利は債権的な性質を有する（Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd.54 S.233）のに対して、所有権に基づく訴えはその概念からして所有者にのみ帰属するのである。他の者が所有権に基づく訴えを用いることができるのは、法律がその権能を明示的に与えている場合のみである。民法典では、地上権（Erbbaurecht）（1017条）、用益権（1065条）、地役権（Grunddienstbarkeit）（1027条）および制限的人役権（beschränkte persönliche Dienstbarkeit）（1090条）〔公共団体構成員の便益のための若しくは軍隊の訓練用の土地利用や居住権など〕に關してのみである。所有権に基づく訴え（Eigentumsfreiheitsklage）の権能を有する者には906条907条で保障されている権利があるが、その他に、隣地者の過失がある場合には彼らが、民法823条1項に基づき損害賠償を請求できることは疑いをえない。なぜならこの規定の言う、違法な侵害が損害賠償義務を生じさせる「その他の権利」に物権や他の絶対権が入ることは争いがないからである。争いがあるのは、第三者間で成立する債権に対する違法な侵害が、823条の要件が存在しないときに、損害賠償義務の根拠となるかどうかである。ライヒ裁判所は（Entsch. in Zivils. Bd.57 S.353）否定説にくみしたが、この問題を今一度検討してもこの説を放棄するにはいたらなかった。しかし控訴審が間接占有の承認によって行われる賃借人の権利に対する有責な侵害に対して823条の適用を否認しているのは不当である。賃借物の引渡し・明渡しによって、賃借人の権利は純粋な債権以上のものになる。もはや単に当事者間に権利義務が成立するのみならず、占有によって認識できる賃借権を誰もが尊重しなければならない。しかしそうであるならば債権債務上賃貸借関係にあるわけでない者からの損害を与える違法な侵害は、損害賠償請求権を発生させるのである。この損害賠償義務は、823条1項及び2項から演繹される。ある者が占有することによって尊重しなければならない賃借物を、賃貸借契約で追求される目的に従って、妨害されることなく使用することに対する賃借人の権利は、まさにすべての者によって尊重されなければ

ばならないのであるから、823 条 1 文が扱っている絶対権に属するという説が正当化できる。858 条は占有者から彼の意思によらず占有を侵奪すること又は占有している彼を妨害することを違法であるとしているのであるが、これは占有の保護を目的としている。そして占有妨害は賃借物に対する損害を与えるイミッシオンに見出すことができる。これらの構成のいずれが優先されるべきか、あるいは両者は並存しうるかどうかにについて判断を下す必要はない。なぜならその争いは単に理論的な意味しか有さないからである。

従って控訴審に従うことができないのではあるが、その判決はもう一つ別の判決理由を有しており、上告は棄却しなければならない。つまり控訴審は、原告が、占有によって保護されている被告の賃借権に対して違法に侵害したことは証明されず、壁に石油がしみ込んでいることは、被告がその住居を賃借したときにはすでに生じていたことが証明された。被告が原告に予期させたのは、占有妨害の訴えであって、損害賠償の訴えではない。従ってすでに妨害されていた占有に入る者が、その後続く妨害に対して損害賠償を根拠づけることがありうるかどうか、またどの程度そうなのかは議論しないでよい。いずれにせよ損害賠償請求は、違法に損害を与える行為が原告の権利を侵害したことを要件としている。賠償を請求する者がすでに損害を与えられた状態でその権利を取得したときは、その要件が欠けている。上告は、この説に反駁するために、損害を与えられた権利が取得されるときには、侵害のきっかけが与えられていた例を挙げ、現実の損害は権利取得後にはじめて生じたときには、損害賠償請求権が取得者に生じる、との主張に結びつけた。この説の正しさはしかし未決のままにしておいてよい。なぜなら本件では、被告が賃借した時には賃借物は完全に損害を受けていたのであるから。原告の行為は家屋所有者及び場合によってはそれ以前の賃借人の権利に向けられ、以前の賃借人に損害を与えていた。損害を受けていた物の買主は、その売買以前に売主のところでその物に損害を与えた者を相手方として請求できないのと同様に、傷を受けた住居の賃借人は、賃貸借契約以前にその住居に対して損害を与えていた者を相手方として損害賠償請求を提起できないのである。」

H：裁判外で損害賠償を請求された者が、債務不存在の確認訴訟を提起しているのですね。そして裁判所は、すでに不法な侵害がなされている物件を賃借したのだから、として原告の主張を退けているのは、とても興味深いですね。この判決の中で、占有が 823 条のいう絶対権とされているのですね。

T：ドイツ民法の 823 条の条文を確認したいのですが。

I：はい。ドイツの不法行為の条文は、フランス法の規定にそった日本の 709 条とは異なった構造を持っています。

823 条 故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその

他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対してこれによって生じた損害を賠償する義務を負う。

他人の保護を目的とする法律に違反した者もまた同じ義務を負う。法律の内容によれば過失なくしてもその法律に違反することがありうるときは、過失がある場合にのみ賠償義務を生じる。(Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschulden ein.)

この条文の「その他の権利」に占有が入る、というのでしょうか。

T: 占有の位置づけはその後のドイツでどうなされているのか思い、版を重ねた物権法の代表的な教科書にあたってみました (Friz Bauer, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 11. Aufl.)。そこでは、占有保護を説明するところで、占有の訴えによるのではなく、他の私法規定に基づく占有保護として、不法行為法上の保護が述べられています。そして823条2文の「その他の権利」は絶対権であること、占有は絶対権ではないが、占有が占有する権利によって強化されているときには (wenn er durch ein Recht zum Besitz eine Verstärkung erfahren hat)、この規定のいう絶対権と同じ位置づけがされる、とあります。判例としては、2階で歯科医を開業していた賃借人が、1階の賃借人の工事による相当な騒音被害について、906条の受忍限度を超えしかも然るべき配慮を欠いたために過失があるとして、損害賠償を請求できる (862条の占有侵害訴訟なら被告の故意過失は要件ではないが、工事の差止め Unterlassung しかできない) と判示した事件が挙げられています。つまり占有そのものが直ちに絶対権一つであることは否定されているようですが、賃借権のような占有する権利が付与されると絶対権となり、不法行為の保護対象となるという意味で、Hattenhauer の引用した判例を踏襲しているのでしょうか。ローマでは心素を欠いた賃借人は占有の保護を受けないことは別にしても、瑕疵占有条項によって占有は相手方との関係に左右される相対的なものだという理解からは相当にずれたものになっているのがわかります。

H: それにしても、石油がしみ込んで継続的に侵害があるときに、賃貸借契約前から侵害があったのだから、損害賠償の請求権はあくまでその契約前の所有者なり前の借主といった占有者にしかないという論法は、容易には納得し難いと思います。日本の教科書でとりあげられる「賃借権に基づく妨害排除請求権」の議論を思い起こせば分かりますが、不動産賃借権の保護は強化されていますので (いわゆる「賃借

権の物権化」)、賃借権そのものに基づいて侵害者に対して妨害排除請求できると考えてもよいですし、債権者代位権の転用によって、賃貸人（所有者）の有する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使するという構成もありうるでしょう。

I：それと、賃借権という債権が占有によって強化され絶対権と同じ位置づけがされるという論法は、以前お話に出てきた『法律家の歴史的素養』の討論で石部先生が紹介されている近代の物権・債権峻別以前の構成—賃借権は対人権だけれども、物の占有を取得することによって対物権に変化するという流動的な構成を想起させますよね。