



## 相続と占有権の承継

高木, 多喜男

---

**(Citation)**

神戸法學雑誌, 9(4):483-507

**(Issue Date)**

1960-03

**(Resource Type)**

departmental bulletin paper

**(Version)**

Version of Record

**(JaLCD0I)**

<https://doi.org/10.24546/81004400>

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004400>



## 相続と占有権の承継

高 木 多 喜 男

### 一 は し が き

相続の開始により、相続人は、被相続人の財産を包括的に承継する（民八九五）。このことは、法律上当然に生じ、何等の要式も、又遺産の占有をも要しない。被相続人の死亡という事実だけで遺産が承継されるのである。この場合、所有権の如き觀念的な権利の移転については何等の疑問もないが、財産権には、客体の事実的支配（占有）そのものに基づくもの（占有権（一〇八条）、留置権（二九五条三〇二条））、或は、親念性の不完全なもの（たとえば動産質権（三二九条―占有の継続が對抗要件）もあり、更には、占有と結びついている地位（たとえば、占有を継続することにより時効取得出来るという地位（一六二条）・工作物占有者としての不法行為責任に関する地位（七一七条）等）も存し、これらの取扱が問題となる。

相続人が、相続開始と同時に遺産上の現実の支配を取得した場合には、相続人側の占有が、そのような権利・地位移転のいわばレールの如き働きをする。蓋し、社会通念上、被相続人の占有と相続人の占有との間には、同一性

が保たれている（占有の承継）とみる事が出来るからである（1）。しかし、相続人が、現実的な遺産の支配（管理）を開始するまでと、相続開始時の間に社会觀念上問題となりうる時間の切れ間があるときに於いても、同一結論を承認し得るかは、勿論同日に論じえない。

周知の如く、ドイツ民法（八五七条）・スイス民法（五六〇条）・フランス民法（七二四条）は、明文の規定でこれを肯定している。従つて、ここでは、相続人の占有或は占有権の性質、現実的な占有を取得するまでの間の法律關係が問題の焦点となるだけである。しかし、わが民法は、なんらの規定をも定めず、すべてを解釈に委ねている。故に、その肯定・否定が先づ問題である。通説・判例はその理論構成に於いては、様々の態度をみせつつも、占有に結びつけられている諸効果の源泉、乃至は總体を占有権と構成し、「占有権の相続」という形で問題を取上げ、これを肯定する（2）。しかし、肯定論は、占有という事実に結びついている權利或は地位を、ただ觀念的に相続権（相続資格）を取得したということだけで帰属せしめようというのであるから、その理論構成は容易ではない。事実、そのことを物語るとよく、理論的根拠の上では、帰一するところがなく、しかも、それぞれに於いて無視し得ない難点が含まれているように思われる。財産法と相続法の間に関わる難問の一つであらう。

本稿は、相続法を専攻する者の一人として、予てから抱いていた本問題についての疑問、要転定まりなかつた思索の過程の後の一応の結論を整理したものである。

この問題については、古くから末弘・石田兩博士の優れた論稿があり、更には極く最近、鈴木教授が御研究を発表された。本稿は、屋上屋を重ねる態を憂えるものであるが、ただ、今まで相続理論の側からの考察が比較的軽く取扱われているように感じられるので、この点を特に意識して考えることとした。それから、占有権の相続は古くから、通説・判例が承認し、あまり異論を見ないところであるから、今さら、その是非を論ずる段階ではないかもしれぬ。むしろ、このことを前提として、鈴木教授

が、初めて考察の対象とされたその後の問題を頭上上のほすべきかもしれない。しかし、私自身にとつては、やはり、まずこの点の問題の又興味の出発点であるので、ここから始めることとした。

(1) 山中博士は、占有が事實であるというところから、一般的に、占有の承継取得ということ否定される。「相続は地位の承継か」穂積先生遺傳論文集家族法の諸問題三六九頁。しかし、通説は、社会觀念上、前主の占有が同一性を保ちつつ、後主に移つた場合には占有の承継があつたとみている。たとえば我妻榮、物権法三二六頁、末川博、物権法二〇七頁。

(2) 川島教授は、占有訴権を、(民法上一二三頁)、山中博士はそれに加えて果実取得権をもつて「占有権」の内容とされ、占有の理論、四四頁以下)その他は占有の効果とされる。資本主義民法研究会、物権法一二〇頁以下参照。しかしここでは、一応通説に従ふこととする。舟橋暉一、物権法二七七頁、民事法辞典下巻「占有権」(林良平)参照。故に、たとえば時効取得についても、占有の承継によるかか効果占有権の一内容であると考えれば、占有権の取得から、時効取得を説明出来る。

## 二 相続人には常に所持があるか

わが民法は占有の要素として、所持と占有意思を要求している(一八〇条)。占有意思を嚴格に要求すれば、このことだけで否定されることとなる。しかし、占有意思については、客観説すら強く主張され、しからずとも、殆んどそれに近い解釈がなされている<sup>(1)</sup>。従つてここでは、その点についての解決はすんだものとして、専ら、所持についてのみ論議の焦点を置くこととする<sup>(2)</sup>。

問題の中心は、相続人が相続開始時に、遺産の現実的、支配をしていない場合である。相続人が被相続人と生活を同じくし、生前から遺産上の共同占有者、及至は占有機関であつたときには、被相続人死亡の時に相続人にも所持があり、或は、生前において被相続人に属していた所持が、死亡と同時に、相続人は被相続人の占有機関としてでなく、独立した所持者として帰属することとなると解しうるから、問題の外に置かれねばならない。又、被相続

人が占有機関を通じて占有を有していた場合には、この占有は、占有機関と本人との間の一定の從屬關係に基づくものであるから、これが契約關係から生じたものであると、このような契約上の地位が相続の対象となり、占有は相続人に存することになる。又、直接占有者を媒介とする間接占有にあつても、両者の間に存する、法律關係（代理占有關係）が、相続人に承継されることから、間接占有が承継されることとなる（もつとも、両者の間の關係が事實的關係の場合）。故に、これらの場合も、問題の外に置かれることとなる。

では、以上述べた場合を除いて、相続人は常に相続開始時に於いて所持し占有を有するであろうか。以下、從來主張されてきた肯定説を簡単に紹介し、検討することとする。

一（紹介） (1) 遺産については、第三者が相続人の権利を尊重し、或は、尊重すべく法秩序により保障されているところから、それを侵害しないということの反映として、相続人に、遺産上の事實的支配し所持し占有があると考へ方がある。我國に於いては、山中博士がこの立場に立たれておられる。

博士は次のように主張される。「相続人は、相続により相続財産のうえの所有を取得し、かつも世人もその相続財産を構成する個々のもののためにたいする権利者の権利を尊重して、あえて手をつけようとしないうことによつて、相続財産を構成するすべてのものうゑに、占有を取得しうる……(3)」と。

ドイツに於いても、相続人の占有の性質を説明するに際し、同様の見解がみられる。この考へ方を代表する H. Heymann は、経験則によれば、高度に發達した文化段階では、遺産については、相続人が誰であるかを問わず、第三者は、他人の經濟圏に属するものとして尊重するのであり、今日のわれわれの生活し經濟社会に於いては、相続と共に遺産の事實上の支配状態 (Zuvertägungstehen) が常に相続人に存すると(4)。

E. Strohal も、被相続人の占有に属していたものについては、完全に同じ状態と強度の帰屬關係が相続人の為

生ずることは、法秩序の保障するところのものであると述べている(8)。

(2) 相続が地位の承継であるとする立場からの説明が存する。相続を単に権利・義務の承継と解さず、被相続人の有していた法的地位(事実関係をも合せて)を承継するものと解することにより、相続人は占有をも承継し、占有を取得するとされるのである。穂積博士の見解がそうである(9)。

(3) (1)と(2)の考え方が有機的に結合されている立場がある。末弘博士が主張され、現在に於いても強く支持されている(10)。末弘博士は、相続人は事実上被相続人と同一の地位に立つものであり、被相続人の有した一切の事実的關係は、当然に相続人に移転することは社会觀念の一般に認むることであるとされ、更に、われわれの道徳觀念——一方に於いては死者に対する尊重と、他面に於いては相続人の遺産に対する事実的支配關係を尊重する觀念——は、死者の所持していた物に対する侵奪を許さず、又、相続人がこれを掌握することは何人も不当と疑う者がないのであり、このことから、物の所持は当然、相続人に移転するものと認めることは一般的社会觀念の要求するところであり、相続人は被相続人の人格を承継するとの原則は、この種の事実的の意味に於いて正当なりと認めなければならないと述べておられる。

二 (検討) (1)・(3)は、相続人側の態容を問題とせず、相続人には、常に社会觀念上の所持に占有が存すると考えている。故に、相続人の相続の開始の不知を問わず、遺産に対する地理的な隔りを問題とせず、相続権あるところ、常に占有ありとする結論を導くこととなる。従つて、この考え方は、所持に占有というものを、一定の人と物との場所的關係を不可缺的に包含した概念でありとする立場から、当然に批判の存するところである(11)。ローマ法では、占有の体素たる所持について、古くは、目的物に対する接触或は侵入を要求したとされている(12)。ここでは、所持は、物理的・空間的支配を意味している。しかしながら、現代の如く、物に対する支配秩序が整備され、或は

又、高度の分業關係が成立している社会に於ては、人の物に対する支配も、物理的支配から離れた觀念的な支配が可能であり、更には、第三者を介した支配（占有機關・直接占有者を介しての支配）が存在し得、しかもそれが、占有に結びつけられた諸効果を与うるにふさわしい支配として占有の成立が認められている。M. Wolf は、事實的支配の存在の判断の基準として、空間的關係と並べて法律關係をあげている<sup>(11)</sup>。そして、かかるものとして、占有機關を介しての占有及間接占有を指摘している。このような占有者は、占有機關・直接占有者との間に一定の法律關係（有効であることを要せず、事實上この）に基づいて、物を占有していると認められるという意味である。ここでは、占有は人と物との間の場所的關係を離れた高度の觀念的な占有として成立している。わが民法も代理占有を承認しており、同様のことがいえるのである。しからば、相続人の占有も同列のものとして認めることが出来るであらうか。J. v. Gierke・W. Siebert は、間接占有をもつて、相続人の占有と共に、物の支配なき Besitz (Besitz ohne Sachverschaf) として同質のものを見ている<sup>(12)</sup>。しかし、占有機關を介しての占有であれ、間接占有であれ、第三者の占有を媒介しているものであり、物に対する空間的關係から全く離れて支配關係が認められるのも、それを媒介している第三者の事實的支配があればこそなのであり、これも又、物に対する事實的支配の一つの態容として考えることは決して不自然でない。しかし、相続人の占有にあつては、相続人自身と（前述した如く被相続人の占有が第三者を介しての占有であれば、被相続人とこれらの者の間に存する法律關係を相続しその効果として占有が移転すると解されるからこの場合を除く）目的物との間の直接的關係であるから、同一に断ずることは出来ない。

一般的に承認されている如く、所持の存在には、他人の干渉を排除しうる状態、乃至は干渉するを得ない状態<sup>(13)</sup>を要求し、何等かの程度の物に対する力關係 (Machtverhältnis) <sup>(14)</sup> の存在を所持、及至支配概念の不可缺要素と

考へる限り(16)、空間的關係を全然無視し相統人に常に所持ありとすることは無理である。もつとも、所持概念も、結局、占有概念の一要素として占有に結びつけられる諸効果を帰属せしめるにふさわしい支配状態を意味するのであるから、高度に觀念化され、第三者による遺産の事実的狀態の尊重による侵害の可能性の欠如ということの反射として、所持として評價せられる支配關係が存在すると考へるべき場合も多いであろう。しかし、常にそうであるとするのは、遺産と相統人との間の具體的關係から、所持の存在を導き出すのでなくて、相統人と遺産との間の千差万別ともいいうる具體的關係を無視して、結局、所持の評價を一に、相統人という地位から導くものであるから、説明し難い論理上の矛盾を包含するものである。更にはこのように、所持の存在を相統人の地位と結びつけることは、不自然な結果を生み出すこととなる。よく例にあげられる相統人は東京に遺産はアメリカにという場合は別としても、相統の放棄があつたときには、放棄した相統人の占有の遡及的消滅、次順位相統人の遡及的取得を認めることとなり、又、占有の帰属が遺言の有効・無効(包括取遺者は、相統人と同一)によつて変化することになる。いかに、占有が単なる事実でなく、社会觀念によつて定まる社会關係であつても、相統権という觀念的な要素によつて左右されることを承認するのは不自然である。結局この見解は、所持概念を限度を超えて拡大するものであり、容認することが出来ない。

(2) の見解は、結局に於いて、所持を擬制するものである。相統をもつて地位の承継であるとする理論が、相統法上の難問(たとえば死亡による損害賠償請求権の相統の如き)を手際よく説明する為の手段として生み出されたことは穂積博士の明言されるところである(18)。このように便宜的に生み出された理論であるだけに、その内容はあまいであり、又、この理論の否定的見解も強く主張されている(19)。この点はさておき、その理論が持つ意味は、結局被相統人側に存した事実を相統人側の事実として見る(逆に相統人の事実を被相統人側の事実として見る)(18)

というのであるから、擬制に他ならない。このことは、相続人には、結局、事実としての所持がないということを認めるものである。占有権の相続を絶対的前提としてそのことの説明として、擬制という解釈技術を用いるのならばともかく、(明文の規定をもつて、占有権の相続を認めるドイツに於いて)相続人に占有を擬制する理論は、現在では顧りみられていない。(b)相続人に常に所持あるということの説得手段としては無力である。

(1) 舟橋、前掲書二八二頁以下参照。

(2) 所持には所持意思が必要だとすれば、(田中整爾、「占有規定に関する客観説による解釈の試み」民商法雑誌三八巻四号、三頁以下)これだけで問題は否定されることとなる。ここでは一応、所持意思を必要としないとする通説の立場(これを明言するものとしては、舟橋、前掲書二八一頁)を立つものとする。

(3) 山中康雄「相続は地位の承継か」礎齋先生追悼論文集、家族法の諸問題三六九頁。

(4) Festgabe für Felix Dahm, Bd II, 1905, S. 158f. (佐ノ) 同様に藤田や石川を挙げ。W. Siebert, Die Besitzrechtlich Grundlage der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, S. 12 以下(引用。)

(5) 彼は次のような事例をあげて説明している。被相続人が屋敷をあとにして旅に出たとする。彼が、屋敷及その中にある家具類の上に占有を有することは疑いない。彼は、帰れば屋敷に入り、あらためて、それらの上に支配を取得出来るのである。ところで、もし、旅の途中で死亡したときには、相続人は被相続人と全く同じことをなす。それまでに第三者が占有してしまわない限り、そのような行動を購して、他人の占有と衝突することはない。法秩序は、禁止規定等により、相続人たこのような可敵性の実現を確実なものとすべきである。Der Sachbesitz nach dem B. G. B. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 38, S. 63. かつ彼が「裁判後の著書 (Erbrecht, 1914—総論) によつて、相続人は占有と親密にせられた法律關係乃至法的地位を承継する」と認めておられた。Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd

- (6) 穂積重遠、「相続は権利の承継か人格の承継か」法学協会雑誌、四八巻一号、三二頁以下。同じ説明をするものとして、中川善之助稿、注釋相続法、八四頁、青山道夫、相続法、九四頁。
- (7) 末弘嚴太郎、「占有権ノ相続」穂積先生還曆祝賀論文集一〇〇三頁以下。
- (8) それぞれニュアンスの相異が感ぜられるが、我妻、前掲書三二九頁、舟橋、前掲書三〇四頁、林良平、物權法、一六二頁。
- (9) 石田、前掲書、一四四頁以下。
- (10) 原田慶吉、ローマ法一三九頁。もつとも次第に觀念化し、ビザンチン期には、證書を交付しても、占有の引渡ありとしたと云ふことが出来る。
- (11) M. Wolff-L. Raiser, Sachenrecht, 1957, S. 26.
- (12) J. V. Gierke, Sachenrecht, 1948, S. 12, Siebert, a, a, O., S. 7 ff.
- (13) 我妻、前掲書三二四頁、末川、前掲書二〇八頁、柚木馨、判例物權法論、二八四頁以下。
- (14) O. von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II Sachenrecht, S. 212.
- (15) 間接占有の場合、直接占有者の手によつて、このような状態が作り出されているわけである。
- (16) 穂積、前掲論文一頁以下、特に三二頁以下。
- (17) 柚木、判例相続法論一五七頁以下、山中、前掲論文三六一頁以下。
- (18) 比較的この理論の内容を明かにしたものととして、中川善之助稿、前掲書八三頁。
- (19) Siebert, a, a, O., S. 16f.

### 三 所持なき相続人と占有権の承継

占有権の相続が、ゲルマン法上のゲヴェーレの相続にその承諾を有していることは周知の事柄である。ゲルマン社会にあつては、ゲヴェーレが物權の衣であり、物權はゲヴェーレの形式をとつてのみ現われたのであるから、

相続とは外形的にはグヴェーレの承継なのであつた(グヴェーレの移転的作用)。しかも、ゲルマン社会の家族共同体の構成原理(世代を超えて永続せしめる一継性)から次の世代の家長に当然相続を要求したから、ローマ社会に於けるが如き無主の財産、すなわち *hereditas iacens* (休止財産) — 家外子 (*heres extraneus*) が相続人の場合にはその者のなす相続の承認によつて、相続の効力が生じたのであり、それまでは無主の財産であつた。——は存せず、相続人の意思とは無関係に被相続人の死亡と同時に、グヴェーレが承継された。"Le mort saisit le vif"とは、かかる原則を意味するものであつた。もつとも、多くの場合は、被相続人と現実の生活を共同にする息子又は孫が相続し、これらの者は、不正確な表現ではあるが、いわば遺産の共同占有者の如き地位にあつたのであるから、死亡と同時に現実的グヴェーレを取得しているのであつて、グヴェーレの相続ということは現実的な事柄であつたのである。しからざる場合にあつても(例えば傍系親の如き)、グヴェーレの物権との未分化的性質、土地支配のある程度の観念性は、当然相続の要求と結びついて、グヴェーレの相続を認めたのであつた。遺産の現実的なグヴェーレの取得がなくても、グヴェーレが承継されたのである。(観念的グヴェーレ)。第三者(それからの権利承継人)に現実的グヴェーレが存しても、この観念的グヴェーレに基づいて、現実的グヴェーレを回復し得たのであつた。(グヴェーレの攻撃的作用)。

近代法に於いても、多数の立法例は当然相続の方式をとつており、しかも包括承継の原則が採用されている(ドイツ民法(一九二二条)・スイス民法(五六〇条)・フランス民法(七二四条)。わが相続法も同様である(八九六条)。故に、被相続人の有していた一切の権利・義務が包括的に(一身専属権を除き)法律上当然に相続人に移転するわけである。従つて、この意味に於いて、ここでも、遺産全体の上で、"Le mort saisit le vif"の原則が支配しているといつて可いわけである)。

しかし、物権制度にあつては、ゲルマン社会のグヴェーレ体系とは根本的に異なり、物権殊に所有権は、物の現実的支配から離れた観念的権利として存在し、占有及至占有権の体系とは次元を異にするものとして取扱われている(二〇二条)。

周知の如く、ローマ法上のポセッシオが、単なる事実である(10)ということから、その承継性が否定され、従つて又、その相続ということは承認されなかつた。(家内子 (heres domesticus) については当然相続)。たとえ、被相続人の死亡と同時に、ポセッシオを取得しても、それは新たなポセッシオとされたのであつた(11)。占有制度の本権秩序との分離という面に於いては、近代法上の占有秩序は、ローマ法上のポセッシオ体系を承継したものであり、その意味では、現代占有制度は中心的にはローマ法の影響下にあるといつても可い。又、理論的に見ても、近代法上の占有も事実であることは否定し得べくもないのであるから、ローマ法流に解決されるべきともなしよう。

しかし、他面に於いては、夙に指摘されている如くグヴェーレの影響も強く見られ、本問題の側面について見れば、「占有権の承継性」ということが認められているのである(12)。わが民法上にあつても、占有に結びつけられた諸効果の源泉として、占有権という概念が構成され、その譲渡ということが明文上認められている(一八二条以下)。このことと、包括・当然承継の原則が結びついて、占有権の相続を容認する可能性が生じてくる。即ち、占有権も、一身尊属権でない遺産の一構成要素として、法律上当然に相続されるのではないかと。しかし、占有権の承継性の説明として、占有権が占有に基づく権利であるといふところから、その基礎には占有の承継(前主と後主の占有の同一性)があるとされているのであり(13)、従つて、占有権の承継の一般的理論に立てば、包括・当然相続の原則から、直接的に占有権の相続を結論することは出来ないのである。ただ、相続人が相続開始と同時に現実

的に占有を開始した場合には、被相続人と相続人の固有の占有の間には同一性が社会観念上承認し得るから、占有が承継され、従つて又、占有権は相続されたと解し得る。このことは、占有権の承継性の理論で論理的に基礎づけらる。相続人には常に所持があることにより、占有権の相続の問題を解決づけようとした学説は、占有権承継の一般的理論と調和させる努力であつたのである。

しかし、二に於いて述べた如く、それは所持概念を、限度を超えて拡大しているか、或は擬制であり、従つて被相続人の占有と相続権の存在によつて、占有権の相続を導く「占有権の相続性」の理論は、占有権の承継性とは異つた問題なのである。ドイツ・フランス・スイスに於いては、前に述べた如く、承継性のみならず、更に進んで相続性の承認をも行なつた。しかし、わが國に於いては、ボフソナード民法が、フランス法流に占有権の相続を規定したが(財産篇一九)、民法典は何等の規定をも定めず、解釈に委ねたのである。

問題は、相続人側には常に所持があるということ素直に否定した上で、上述の意味の如き相続性を承認すべきかということである。判例及び多くの学説——富井博士(16)を初めとし、末川(16)・石田(16)・柚木博士(16)・鈴木(16)・田中整爾教授(16)——が、承認しておられる。問題はその理論的根拠である。

先にふれた如く、占有権というものがあくまでも事実たる占有によつて基礎づけられ、その承継の基礎には占有の承継を必要とするとする一般的理論を前提とし、それに固執する限りにおいては、問題は否定されざるを得ない。判例は、「占有権が相続人ニ移転スルハ法律が相続ノ開始ノ事実ニ対シ直接ニ附シタル効力ニシテ……」(大判大正四年二月二八日民録二一輯二二八九頁)とし、包括・当然承継の原則を定める八五九条(旧法一〇〇一条)を根拠とする。又、基本的には、判例と同一見解をとる学説のなかには、更に、一身專屬権でないことが理由としてあげられている(16)。しかし、占有権が承継されるべき遺産の中に包含されるということ、占有理論と無関係に帰結することは出来ないこと

は申すまでもないことであり、相続の場合には、所持と切斷されて承継されるという特殊の占有承継理論が先づ、占有理論の内部で容認されねば、包括・当然相続の原則から、論理的に帰結することは無理である。包括・当然相続の原則から、觀念的な権利の承継は論理必然的に導き出されるが、占有権の如きものについては同日に論じ得ないのである。

それでは、果して、上述の占有理論は絶対的であろうか。多くの立法例は、占有権の相続を認めた。そのことは、特にドイツに於いて、相続人の Besitz の性質論に関して論争をひきおこしたのであるが、それはともかく、現在では、一般的な事後的支配 (faktische Gewalt) を基礎とする Besitz (八五四条一項) とは異なつた、物の支配なき Besitz (Besitz ohne Sachverhaft) という概念が構成され、相続人の Besitz がこれに属するとする (202)。更にいえば、Besitz の成立には、一般的な構成要件(事後的支配)とならんで、被相続人の *Erbschaft* プラス相続の開始という要件(八五七条)が存在し、同一の法的効果が結びつけていると解しているのである (20)。ドイツにおけるこのような概念の成立は、占有権による保護の拡大によりもたらされた、普通法以来の伝統的な占有理論の変質を意味する。わが占有理論にあつても、学説による占有意思の否定及至それに近い解釈、所持概念の高度の觀念化、殊に間接占有の容認は、占有権による保護の拡大を目的とする。とすれば、問題は更に進んで解釈上、一般的に相続人にも占有権を与へ、そこまで、かかる保護を拡大する要ありや否やであり、かかる観点から考察されねばならない。それでは占有権の内容である占有の主たる諸効果の一つ一つについて相続人に必要なりや否やを検討していくこととする。

従来の通説がかかる必要性を当然の事情として、それを疑うべからざる前提の如く考えていた傾向があつたが、最近、西原助教教授が占有権について否定され、占有権の相続を否認された。鈴木教授は、占有乃至占有権の本質論から極め手を導出

しがたいとされ、その実益に問題解決の出発点を求められ、取得時効・占有訴権の二点について、実益を肯定された。本稿も、以上述べた理由から、この点を出発点とする。なお、この場合二つの点が段階的に考えられねばならない。第一には相続性を肯定することによつて、相続人に何等かの利益（又は責任）が存するからであり、第二にはもし存するとすれば、それらを所持なき相続人に帰属せしめる必要性があるからである。

(1) 占有訴権<sup>(26)</sup> 相続人には、同一目的の為に、相続回復請求権があるという理由から、西原助教によつてその実益を否定され<sup>(27)</sup>、鈴木教授がそれに対して反論された<sup>(28)</sup>。

相続回復請求権にあつては、遺産上の本権の存在の立証を要しない<sup>(29)</sup>点に於いて、占有訴権と類似的性格が見られ、しかも、占有訴権が、本権の訴に対して便利さがあるとすれば、この点についてであるから、相続回復請求権の存在は、占有訴権の必要性を無くするもののように一見感じられる。

しかし、比較法的に見れば、たとえば、ドイツでは、一方にあつては、相続回復請求権が認められ、他方では占有訴権も存し、しかも、占有権の相続のもたらした主要なる実益と見られている<sup>(30)</sup>。しかも、ドイツ民法第一章では、占有権の相続を認めなかつた（二〇五二条）のに拘わらず、占有訴権については（その他二・三の権利又は効果と共に）例外的にこれを認めた（二〇五四条）という事情もある。ドイツに於いてどのような実益が存するとされているか、それから、そのことがわが民法上にも妥当するかを検討することとする。

(a) 第一草案の理由書に、相続回復請求権とは *petitorischen Einrede*（本権をめぐつての抗弁）があることがあげられている<sup>(31)</sup>。即ち、表見相続人は自己に本権あること（たとえば被相続人からの質権・賃借権の設定、所有権の譲渡）をもつて抗弁しうる<sup>(32)</sup>。本権に関する争いに転換されることとなる。わが民法の解釈としても同様である<sup>(33)</sup>。しかし、占有訴権にあつては、その性質上、かかる抗弁によつて阻止されることはない。

(b) ドイツ民法の解釈としては、相統回復請求権の相手方を、相統権の帰属を争う表見相続人 (possessor pro herede) に限つてゐる。相統権を主張せず、遺産を占有してゐる者 (possessor pro possessor) に対しては、個別的請求権による回復請求がなしうるのみである(38)。故に、後者を相手方とし個別的請求権を行使する場合には、本権の立証が争の中心となる。この場合、被相続人の占有と相統権を立証するだけで足りる占有訴権の存在は一つの実益である(39)。

しかし、わが民法の解釈としては、その相手方を表見相続人に限定しない。特に第三者保護を目的として、相統争いを出来るだけ短期間に終了させる為に、学説は、その論理的純粋性を犠牲にしても、相統回復請求権制度の適用範囲を拡大し、その相手方を問わないと解している(38)。故に、この点についてはドイツ民法と同一に解し得ない。

故に、実益ありとすれば、(a)の点についてであるが、今日の社会では、本権の証明はさほど困難ではなく(38)、更に、被相続人の占有を立証することにより、本権の存在が推定されることとなるから(5)(参照)、占有権の相統の必要性を迫まる程の強い理由とは考えられない。

しかし、次の点が考察されねばならない。一般的に、占有訴権の実益が主として存在する物権的請求権を伴わない債権的利用権とか、占有訴権によつてのみ回復請求し得る観念性の不完全な物権(39)が、遺産の構成要素であるときには、占有訴権の実益が大きいのではないかということである。鈴木教授は、動産賃借権を例にあげることにより、この点を指摘され、たとえ、相統回復請求権により回復すると構成しても、占有権の相統が前提されていないければならないとされる。更に、このような場合には、賃借物の取戻は相統回復請求権によるとせず、占有訴権による構成すべきとされる(38)。

ところで、鈴木教授の御主張の第一の点についてであるが、ここでは、相続回復請求権と個別的請求権の關係が考えられねばならない。蓋し、相続回復請求権が、単に個別的請求権の束であると考えれば、確かに、占有訴権によつてのみ回復請求出来るような財産が、相続回復請求権による回復請求の対象となるとするには、占有訴権の存在が前提されていなければならぬからである。

判例及び通説は、相続回復請求権をもつて、相続財産取戻の権利であるとし、しかも、個別的請求権の行使でも、それが相続を理由とするときには、相続回復請求権と構成する(第6)。表見相続人の取引の相手方の保護に欠けるわが國にあつては、かかる解釈が望ましいことは申すまでもないが、確かに、このような構成は、相続回復請求権をもつて個別的請求権の集合とする考え方に適合する(第7)しかし、この問題を根本的に取上げるとは別の機会として一応の理解を述べると、純論理的には、相続回復請求権と個別的請求権とは、別箇のしかも異質の存在だと思ふ。後者が、相続の結果承継された権利に基づく回復請求であるに對して、前者は、相続人の地位(相続権)に基づいて、被相続人の占有していた財産の引渡しを求めるものであり、ここでは、そもそもその財産上の個別的請求権は問題の表面には出てこない(故にその立証を要しない)、相続権の存在と、被相続人の占有のみが、ここでは争の焦点である。換言すれば相続回復請求権とは、被相続人のもとにあつた財産状態(占有)を、そのまま相続人が維持することが出来ることを保障する権利なのである。ところが、わが國では、両請求権の終局的目的が共通であるということと、前述した如く、出来るだけ早く相続争いを終らす為には、短期消滅時効を定める相続回復請求権をめぐる争いと構成することが妥当であるという政策的理由から、個別的請求権を相続回復請求権に吸収させてしまつたのである。決して、単なる個別的請求権の集合ではないのである。(第8)

以上のように考えると、相続回復請求権の行使にあたつて、個別的請求権の存在を(動産貸借給にあたつては占

有訴権を) 予定しなければならぬということにはならないであらう。

鈴木教授の御主張の第二点は、このような場合には、相続回復請求権としてでなく、占有訴権と構成することが實際的だとされる。より早く争が終結するからとされる。しかし、事実状態を基礎として仮りの法律関係を一応確定する占有訴権で争を落着かせてしまうことは問題であるし、又、賃借権者として、質貸人の有する所有権に基づく返還請求権を代位行使することが、債権者代位権に関する判例・通説の見解に従えば、認められるのであるから、たとえ、鈴木教授の御主張のように構成しても、占有訴権の存続期間内で争が落着することに於てはならないのではなからうか。結局、占有訴権に関しては、その実益は殆んどないと解する。

(2) 自衛自助権(自力救済権)。占有者が占有状態を維持する為に実力行使を為し得る権利については、わが民法上明文の規定はないが、通説はこれを認めている(42)。(ドイツ民法八五九条参照)。ドイツ民法第一草案は、これについても、その相続を例外的に認めた(二〇五四条)。しかし、この権利は、新秩序が形成された後では行使し得ず、新秩序への移行の過程に於いてのみ可能であるから、現実的に遺産を管理している相続人はともかく(これらにとつては固有の占有がある)しからざる相続人にとつては、かかる権利が実益を發揮するのは、第三者が遺産を侵害せんとする時に、偶然来合せたような稀な場合に限られることとなる。大した実益ではあるまい。

(3) 取得時効。占有権の相続を認める最大の実益であろう(43)。占有権の相続を承認乃至はそれを前提とする判例の大多数が取得時効に関するものであることは、このことを裏付ける(44)。歴史的或は比較法的に見ても、この点に關しては相続人は厚遇されている。占有の相続を認めなかつたローマ法にあつても(45)、又、それを受けたドイツ民法第一草案(八八二条二項)にあつても、共に被相続人について開始された時効は中断することなく、相続人のもとで完成するものとしてゐる。現行ドイツ民法は、更に徹底して、表見相続人が占有を取得したときでも、

表見相続人について経過した占有期間を相続人が算入出来るものとしている(九四四条)。わが民法の解釈としても、第三者の占有が介在した場合は別として、相続開始と同時に、遺産の現実的管理を始めたばかりに、それまで被相続人について進行してきた時効期間を御破算にしてしまうことは、単に相続人の利益の擁護ということだけでなく、取得時効制度の本来の目的が、所有権取得の立証の困難さを軽減することにより、物権取引の安全を保護するというところにある(46)ことから考えても不合理である。

(4) 善意占有者の果実取得権。被相続人が、果実收取権を包含する本権を有しない元物を占有していたような場合に問題となる。被相続人が、既に收取していた果実については、その果実の所有権を相続するが、相続開始後に生じた果実については、かかる権利が存在することは一つの実益と考えられる。

しかし、天然果実の如く元物の利用によつて取得しうるものについては、現実に遺産の管理を初めてから(固有の占有を取得する)この権利が意味を持つてくるのが通常であろう。又、契約関係(たゞえは賃借)を媒介として取得する金銭その他の物に対する請求権である法定果実についても、契約関係が相続される(賃借を例にとれば、その目的物は他人の物ではあるが、他人の物の賃借も有効である(五六〇条参照))ことから、その基礎の上に成立する間接占有が相続されることとなり(固有の占有)、これに基づいて果実取得権を有することとなる。故に、ここでも、大した実益を發揮することにはならない。

(5) 本権の推定的効力。不動産については、登記に推定力があり、占有の推定力は排斥されると解されているから、動産についてだけ、この効力が問題となる。ところで、推定は举证責任に関する事柄であるから、固有の占有を開始する前の相続人について、この推定的効力が実益を發揮するとすれば、相続財産の取戻の訴に於いてであるが、この訴にあつては、相続回復請求権の性質上、遺産上の本権の存在は争の対象とならないのであるから、そもそも、本権の推定ということとは、相続人にとつて不必要なのである(46)。ただ、相手方が、本権の存在を主張し、

争の焦点が相続権でなく、本権の存在となつた場合は別である。しかし、この場合も、占有権の相続を承認しなくとも、被相続人に占有があつたことが立証されれば（占有権の相続を主張するにしても）、被相続人に本権があつたことが推定され、そのことを通じて、相続人に本権が存在することが推定されることとなる。

(6) 工作物・動物占有者の不法行為責任。現実に管理を始める迄に、被相続人の占有していた工作物・動物から、第三者が損害を蒙つた場合に、相続人に責任を帰属せしめる為には占有権の相続を認める必要がある。ドイツ民法第二章案が、占有権の相続を一般的に認めることに踏切つた重要な根拠は、第一草案が、占有訴権の如き権利・利益についてのみ相続を認め、一般的に占有権の相続を否認した為には、占有権に伴なう責任については、固有の占有を開始するまで負わなくともよいとされたことに對する不満にあつた故に、占有権相続の重要な効果とされているわけである。

問題は、このような現実的な管理を始めていない相続人に責任を課することが妥当であるかどうかである。工作物・動物の占有者が重い責任を課されている理由が、危険な物を管理しているということに基いていることを考えると疑問が生ずる。殊に、工作物については、二次的に所有者が、しかも無過失責任を負っているのであるから、被害者の保護という観点からは、常に相続人に責任があるとする必要はない。しかし、遺産のなかの危険な物については、相続人は、速かに、適切な管理を始め、危険を現実化することのないようにすべき立場にあると見るべきであろうし、又、被相続人が危険物を管理していたことにより、一般社会に對して負つていた責任は、相続人に於いてこれを承継すると解することが社会通念に合するといふべきであらう。

以上、占有権の内容たる諸効果の主たるものについて、現実的な遺産の管理を始めていない相続人に占有権を帰せしめるべきかという観点からその実益を考察してきた。その範囲は比較的限られているが、特に、取得時効及

び、工作物・動物占有者の責任の二点において見られる。これらの関係については、占有権の相続を否認することは妥当ではあるまい。所持なき相続人も、占有権を相続するということを認めることはこれらの点で実益を發揮することとなる。

更に、私の、次の点に、むしろ実質的な実益を求めたい。今まで、所持なき相続人に占有権の内容たる効果を帰せしめるべきかという形で問題を取上げてきたが、所持なき相続人とはむしろ例外的なのである。二に於いて述べた如く、相続人に常に所持があることは誤りであるが、他面、現実的な遺産の管理を始めるまでは、所持なしとすることも誤りであろう。所持は、物理的支配を要しない觀念化された關係なのである。遺産上については、第三者は相続人の権利を尊重してそれを侵害しないといふことの反射として、相続人は事実的支配を有するとする見解も、占有關係で相続人と被相続人を一体視すべきとする考えも、特に、高度に觀念化された所持の成立を認めることが可能であることを示唆するものとしては、傾聴されねばならないであろう。更に、相続人が自己固有の直接占有をしていると解し得ぬ場合でも、間接占有を有すると解すべき場合も多かるう。例えば、共同相続人の一人が直接占有を有すれば、それを介して他の相続人に間接占有が成立すると解しうるし、<sup>(49)</sup>、相続人でなくとも、相続人の為に遺産を管理する者が存在すれば、事務管理の關係が成立し、相続人に間接占有が成立することとなる<sup>(50)</sup>。しかし、遺産が誰の手によつても管理されず、放置されているという場合は、むしろ例外であろう。このように考えると、所持なき相続人に占有権の相続を認めるといふ理論は、訴訟法的側面から見れば、(大多數の場合には、眞実存在するところの)所持の立証を要せず占有権の主張をなしうるといふこと帰するわけである。この理論は、実体的側面からのみ見れば、抽象論としてはともかく、實際問題の解決としては、それ程大きな実益を持つものではあるまい。しかし、所持の存在を問わないということは、殊に、現実的な遺産の管理を開始するまでの高

度に觀念化された所持を立証することが、事實上、非常に困難であることを考えれば、相続人(或は被害者)にとつては、舉証責任の面からの大きな実益である。

しかし、この事を認めることは、実体法的には、やはり、所持なき相続人にも占有権を相続せしめるということである(常に所持がある)。換言すれば、占有と切り離なされて占有権を相続するということである。この占有理論の

修正は、明文の規定なきわが民法上に於いては、結局その根拠を、上述の実体法的或は訴訟法実益(相続人の地位の特殊性)と占有理論の弾力性に求めるより他あるまい。元來、占有権の範圍は、占有という事実が社会觀念上の存在であるという名の下に、それによる保護(或は、それに結びつけられた責任)を帰属すべきや否やという利益衡量によつて決定されるのであり、このような占有理論のもつ強度の弾力性は、占有の承継を伴わない占有権の相続を絶対的に否認するものではあるまい。ドイツ・フランス<sup>(6)</sup>の支配的見解は、この可能性を示唆する。それだ、民法が、占有改定・指図による占有移転を認めていることと対比すれば、決して異常ではないであらう。もつともこれらにあつては、当事者間に占有代理關係が成立し、相手方には代理占有が存することになるから、占有権移転の基礎に占有の承継が理論の上では存する。しかし、意思表示だけでなされ、何等外界的變動を伴わないのであるから、占有の承継が存するといつても、理論の上での辻褃といつても過言ではあるまい。占有権の相続も、外形的には、殆んど察るところはないのであるから、所持の移転を問はずして、肯定されてしかるべきであらう。

(1) 末説、前掲書九三七頁以下、石田文次説、「Die Geneva の理論及其發展」財産法に於ける動的理論所収、一三三頁以下。

(2) G. Lepointe, Droit romain et ancien droit français, 1938, p. 298.

(3) 原田、前掲書一三三頁。

(4) J. Brissaud, Manuel d'histoire du Droit privé, 1908, p. 626 et suiv. H. Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1949, S. 236.

(5) (6) Brissaud, op. cit., p. 629.

- (6) 川島、民法曰、一五二頁参照。
- (7) ここでの当然相続とは、ゲルマン法に於けるように、相続人の意思を問わないという意味は含まれていない。被相続人の死亡と同時に法律上当然に遺産に属する権利義務が相続人に承継されるという純全たる技術的意味である。しかし、近代社会では、財産は私的な個人財産であるところから、相続の放棄が認められているから、相続の承認あるまでは、当然承継も一応のもと考えられる。
- (8) H. Bartholomaeus, Erbrecht, 1938, S. 17.
- (9) フランスに於いては、被相続人の死亡と同時に、相続人(嫡出相続人・私生相続人)が、遺産上の権利を取得し、占有しうることを、遺産を saisir すると表現しており(七二四条一項)古き法語の名残りが言葉の上にも表われている。
- (10) 原田、「占有は権利か事実か」算教授遺稿記念論文集所収、四八七頁以下。
- (11) 原田、ローマ法、一一一頁。
- (12) ケヴェーレンから受けついだ占有の権利性は、その承継性(移転性)と相続性に明確に表現されているとされている。
- O. von Gierke, a. a. O., S. 214.
- (13) 一(1)参照。
- (14) 宮井政彦、民法原論、二巻六六六頁以下。
- (15) 末川、前掲書、二二六頁。
- (16) 石田、「相続人の占有権」特に一四六頁以下。
- (17) 榎木、前掲書、三〇七頁。
- (18) 鈴木綠弥、「占有権の相続」家族法大系VI相続(1)、一〇〇頁以下。
- (18) 民法法事典、下巻「占有権の承継」。
- (19) この立場に立つ学説としては、宮井博士説、末川博士説、榎木博士説、田中整爾教授説。

- (20) Siebert, a. a. O., S. 76. J. von Gierke, a. a. O., S. 12. H. Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 1953, S. 72f.
- (21) フランスに於いても、ほぼ同様の見解が現在支配している。嫡出相続人及び私生相続人は遺産を saisir すると定められている(十二四條一項)。かしては、本案の saisine (フランス古法上の占有、古代ドイツ法上の *Geberet* にあたる)を根拠として possession (占有)の相続があるとされたが、今日では、saisine と possession を混同すべきでなく、相続されるのは、占有が結びつけられてくる効果(たとえば占有移轉)だけとされている。M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de Droit civil français, T. IV Succession, p. 317 et suiv. など学説の移り変わりがうかがうが、Dalloz, Répertoire de Droit civil, T. V. (Succession, p. 716)
- (22) Siebert, a. a. O., S. 17.
- (23) 西原道雄、「家督相続により家屋所有権を取得した者は古家屋の占有権を承継するか」(判批)法務七三巻四号四九二頁。
- (24) 鈴木、前掲論文、九六頁以下。
- (25) 石田博士は相続開始後相続人が所持をなすまで、相続財産を無占有の状態に陥すことを防止し、第三者の侵害を防止する為占有権の相続を必要とされる。前掲論文、一四八頁。又無占有の状態にあることは暴力の前にはなり対物的秩序を破壊することとなる理由をかかげる大阪高裁判決(大阪高判昭二四・二・一六、高裁民業二巻一号一頁)もある。しかし、占有権の存在によつて、占有の侵害が防止されるということは疑問である。それに、本権秩序も対物的秩序である。問題は、占有が侵害された場合、占有訴権で回復請求出来るとする必要性ありその面から考察しなければならぬ。
- (26) (23) 参照。
- (27) (24) 参照。
- (28) 川島、民法四一四九頁。山中康雄、「相続回復請求権」家族法大系VI所収、二七頁。
- (29) Wolff-Raiser, a. a. O., S. 43. G. Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 1954, S. 157.
- (30) B. Müglan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, S. 284.

- (31) 現行ドイツ民法について、Kipp-Geing, *Erbrecht*, 1953, S. 367.
- (32) 山中, 「相続回復請求権」二九頁。
- (33) Kipp-Geing, a. a. O., S. 362.
- (34) Staudinger, *Kommentar zum B. G. B.*, Bd. V 9Auf. S. 321
- (35) たゞよぼ山中, 「相続回復請求権」三八頁、川島, 民法四二五二頁、中川簡二六頁以下。
- (36) 川島, 所有権法の理論, 一五〇頁以下参照。
- (37) 川島, 所有権法の理論, 一五〇頁以下、一二四頁参照。
- (38) 鈴木, 前掲論文, 九八頁以下。
- (39) 柚木, 判例相続法論, 七九頁参照。
- (40) かかる見解も強く主張されている。柚木, 判例相続法論, 七八頁参照。
- (41) 山中, 「相続回復請求権」二八頁以下参照。川島, 民法四二四九頁以下参照。
- (42) 我妻, 前掲書三四一頁、末川, 前掲書二七七頁以下、柚木, 判例物権法論三六四頁。
- (43) 鈴木, 前掲論文九六頁。
- (44) 一注(2)参照。
- (44') 大判大正四・六・二三、民録二二輯一〇〇五頁、大判大正四・一二・二八民録二二輯二二八九頁、大判昭和六・八・七、民集一〇巻七六三頁。大阪高民昭二四・二・一六、高裁民集二巻一号一頁。
- (44'') 原田, ローヤ法, 一一一頁。
- (45) 川島, 民法一八八頁。
- (46) 我妻, 債権各論中(山), 二九四頁以下。
- (46') 山中, 「相続回復請求権」二九頁。

- (47) Mugdan, a. a. O., S. 422. Saubinger, a. a. O., Bd. V. Iffl., 1954, S. 273. (Boelmer)
- (48) 鈴木、前掲論文、一一〇頁。
- (49) 事務管理者を介して間接占有の成立することについては、Wolff-Raiser, a. a. O., S. 33.
- (50) フランスについては、注(21)。

### あとがき

以上、本稿も、相続人は所持なくして占有権を相続するとの判例及び多くの学説の探る見解に到達した。これが、最も素直な解釈であろう。しかし、この考え方の最大の弱点は、申すまでもなく一般的占有理論と調和しないことにある。しかるに、従来、この点に焦点を定め、一般的占有理論との関連を究明する努力は、なおざりにされてきたように思われる。このことが、私にとつて大きな不満であり、本稿を草した直接的動機であつた。とはいふもののその実は、占有理論の「迷宮」に踏みこんだままの哀れな姿を、ただ、晒したに過ぎないのかもしれない。御教示をいただければ幸いである。