

は願ひを適用して、そして自ら占有するが如くに、又は使用することを許容する如くに。

ドイツ普通法時代の最終の學者たるギントシャイド及びデルンブルグは、共に容假占有を廣義の使用貸借の一種であるとし(文四一、三七六切、文七六、二卷九一切)、而してギントシャイドは、貸主をも拘束せず、又た借主にも返還義務のないことを、其の特色を認めてをり(同上)、デルンブルグも此の點は同様であり、更に氏は貸主の任意の取戻權(Recht auf beliebigen Widerruf)を、特色として認め、取戻權の拋棄は無効であるとする(同上、参照後段引用)。但し氏は容假占有は事實上の關係であつたことを、強調してをり、特に容假占有は使用貸借の訴を、生じないとしてをる(同上)。故に氏は純然たる使用貸借とするのではない。

(三一〇) デルンブルクは、I. 1 pr. D. 43, 26, Ulpianus libro I Institutionum: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tandiu, quamdiu is qui concessit patitur (容假占有は、願ひに依り、其の許容したところの者が忍容する間丈、使用することを許容するものである。)を引き、又たザギニーの引いた *Les Essais* 及び其の他を引用し、そして容假占有の原始的概念には、權利の *Ueberlassung* は含まないことが明白だと、してゐる(文七六、二卷九一切註二)。

然るに現今のフランス法の學者は、容假占有を以つて、使用貸借の一種と、明言してゐる者は、無いやうであり、却つてボードリ・ラカンティヌ及びヌーのごとく、兩者を異るとしてをる者はある(註三〇一引用文献、一三四五號)。是れポチエーが兩者を別物としたことが、今も尙ほ傳統となつて、残つてゐるためであらう。

然らば、容假占有者は占有者であるかの、問題に就いては、ポチエーは第一種の容假占有は、明かに占有であ

るとしてをる(九切引用文二三、一四號)。第二種のものに就いては、明言してゐない。使用借主は單なる握有者であるとしてをること、前述の如くである(参照註三〇〇)。ドイツに於いては、ラウテルバハ(註二三)以來占有説が行はれてをり、ザギニーも容假占有者は原則として占有者であり、例外として明示の約束に依つて、握有のみを受くる場合があるとしてをる(文一、五版三〇六頁、五〇八頁)。ティボーも「許容者は占有又は物又は其の單純なる容假的使用を許される。」と言つてをる(文三、一卷二〇八切)。其の後の普通法の通説は、次第に容假占有者の占有者なることを、承認するに傾いた。之れに反して、フランスに於いては、現在二種の説が行はれてをり、^(三一一) プラニオル及びボードリ・ラカンティヌは、容假占有を全く握有(*detention*)と同意義に解してをるに反し、^(三一二) コラン・エ・キャピタンは、容假性(*precarité*)を以つて、占有の瑕疵の一種であると、認めてをる。

(三一一) ポチエーは容假占有を、他の三種のものと共に、自然占有(*possession naturelle*)の例としてをるのであるが、氏の自然占有とは、ザギニーの所謂第一の意義(参照一六切)に屬するものであつて、即ち市民法の占有——氏の所謂法定占有(*possession civile*)——に對立するものであり、所有權に至りえざる占有の義であつて、握有(*detention*)は含んでゐないのである(九切引用文二三、一四號及び一五號参照)。

ザギニーがブレカグムは原則として占有を移轉すると、してをる根據は、前に註三〇〇ノ二に引用した I. 4 § 1 D. de prec. 43, 26: *Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere.* 然るに、彼れを記憶したことが、吾を必要とする。其の人が容假から有するは、亦た占有することを。(又たザギニーが明示の約束に依つて、單に握有を移轉することもできるとする根據は、I. 10 pr. D. de poss. 41, 2: *Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur*

discessisse a conductione. (若し何人かが前に賃借し、後に容假から得たならば、賃借から承知したと見られるだらう。) 及び l. 10 § 1 ibid.: Idem Pomponius bellissima tempat dicere, . . . precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset, . . . quod si factum est, utrumque procedit. (同じくポンポニウスが最も美事に觸れて言ふ。……容假から斯うも得られた。即ち占有しなかつたやうに。併し占有に於いて在らせられたやうに。……其れが若し事實であり、何かから現れるならば。)

(三二二) 本文引用のテイボー説に對するイエリングの批評は、文八七、二三頁参照。其の後のドイツ普通法に於ける學説は、ギントシャイドに依つて蒐録されてをる(文四一、一五四註四)。之れに従へば、『近時に至つて、各方面からして precario の受領者は、實際 animus possidendi を有することが、主張せられた。』とし、而して Dankwardt, Jahrb. f. Dogm. Bd. 14 S. 303 ff. は、『彼れは占有者である。何となれば、彼れは關係の存続中は、即ち差し當り物の所有權を有するからして、之れを贈與と認むべきものである。』とし、Randa, Besitz S. 675 ff. は『取消に至る迄屬する權利を、實行する者は、其の取消に至る迄は、其の權利を、自己のために、即ち自己の名に於いて、實行する者である。』と言ひ、Uebelode, Arch. f. civ. Prax. Bd. 59 S. 236 は、『汝は物の體素を持つ。其れは汝の思ふ儘にせよ。唯だ子は、予の隨意に物を取り戻す權利を、留保する。』としてをる。ギントシャイド自らは、『ブリカリウムの受領者は、物を自己の物のごとく保持するといふことと、同時に彼れは物を授與者に、其の要求に依り、出し渡すべき意思を有するといふことは、予の考へに従へば、一の矛盾を含むと謂ふべきである。此かる見解が正しいとすれば、受領者は一時的所有者であると謂はねばなるまじ。』と言つてをる(前掲)。Bekker, Besitz bei Könern S. 175 ff. には、容假占有者の占有は、恰も動産質權者の其れと、同様であつて、『何となれば、ブリカリウムと共に、受領者に物に付いての一種の權利が、明け渡されるからである。』としてをる(以上文四一)。尙ほデルンブルグは、『ブリカリストは原則として占有を有する。』と、述べてをる(文七六、一卷一

七三切二、二卷九一切一)。その他 Arnds, Pand. S. 175; Brinz, Pand. S. 64: je nach Umständen; Wächter, Pand. S. 43; Dernburg, Juristischer Besitz S. 63 にも、容假占有者が固有の占有者であつたことを、認めつてをる。

(三二三) Planiol, op. cit. no. 2311: La détection consiste à posséder une chose avec la permission et pour le compte de sompropriétaire. と云ふ握有の定義の下に、之れを全く容假占有と同じに取り扱ひ、la détection ou possession précaire (§ 5 tit.); détenteurs ou possesseurs précaires (no. 2313); possession précaire ou simple détection (no. 2316) と、兩者を全く同一に取り扱つてをる。他の著者に於いても同様である。例へば Baudry-Lacantinerie, op. cit. t. 1 no. 1442 には、possession a titre de propriétaire と a titre précaire とを對立せしめ、前者が animus domini を有する占有者であるに反し、後者は之れを有せざるものといふとして、Au contraire; ceux qui possèdent a titre précaire n'ont pas l'aninus domini: ce sont de simples détenteurs, et non des possesseurs と言ひ、そして其の例として、フランス民法第二二二六條第二項を擧げて、『小作人、受寄者、用益權者、及び其の他の、所有者の物を容假的に握有する者』を引いてをる(同一四三號)。又た Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. 1, 3. ed., p. 877 et s. は、précarité を占有の瑕疵の一種であるとする見解に立ち、即ち所有權を有せざることを、此の瑕疵であるとしてをり(同八七七頁及び八八〇頁)、而してフランス民法第二二三〇條の所有意思の推定に就いて、是れ無容假性の推定(présomption de nonprécarité)であると、言つてをる(同八八〇頁)。

要するに、容假占有は果して占有であるか、否か、甚だ明白を缺いてゐるのであつて、イエリングは之れを、占有か否か疑はしい場合中に入れ(文八七、三八九頁)、又た他の場所で、容假の占有は、占有と握有との間を動搖せるものであるとし、第三者に對しては、占有者として保護せられるにも拘はらず、占有主に對しては、實際

上少しも握有者と區別がつかないと、してをる(同三六八頁)。

八九 容假占有の歴史

容假占有の歴史^(三一四)に就いては、此の制度は既にローマの原始時代から存して、重要な社會的使命を果たしてゐることが、承認せられてをる(文七六、二卷九一切)。しかし其れは最初は、法律的意義を有せず、單なる事實上の關係であつたとされる。此の制度の起源に就いては、ニーブアの説が、一般に採用されてをる。其れは即ち *cliens* と *patronus* の關係から、起つたといふ説である^(三一五)。*クリエンス*(*cliens*, *client*, *Klient*)は、イタリア民族に於ける原始的制度の一であつて、イエリグに從へば、此の語はギリシヤ語の *κλῆν* から來てをり、「聽く」といふ意味であつて、「從屬者」といふと同じである(文八七、三九四頁)。貴族(*patricius*, *patrice*, *Patrizier*)の家族に屬したが、其の家族員ではなかつた。此の貴族のことを *パトロン*(*patronus*, *patron*, *Patron*)と謂ひ、其れから土地を受け取つて、耕作した。パトロンが訴訟でクリエンスを代表し、其の財産及び法律行為を承諾し、一般に彼れに在らゆる保護を與へた。クリエンスはパトロンに服従する義務を負ひ、彼れを護衛し、戰爭に従軍した。降伏した團體がローマに移住し、又は奴隸解放に因り、其の他の原因でクリエンスは非常に増加し、そして次第に平民(*plebs*, *plebe*, *Plebs*)中に這入つて往つた。共和政の終り頃には、此の制度は非常に擴大し、全市が一人のローマの貴族をパトロンに選んでゐたものが、あつた程である。

(三一四)

Precarium の歴史に就いては、充分な研究は見當たらないうやうである。現代に餘り必要のない制度だからであらう。イエリグの研究(文八七、三八九頁以下)は詳細な方であつて、*Colin et Capitant, Cours élémentaire* t. 1, 3. ed., p. 877 にも、占有意思論及び占有保護原因論が引用せられてをる。本文の記述は、主として Meyer, *Konv. Lexikon* に從ふ。尙ほ *Padelleiti, Lehrbuch der röm. Rechtsgeschichte*, S. 129 ff.; *Thering, Geist des röm. Rechts* Bd. 1 S. 23 ff. 参照。

(三一五) *Precarium* は *Patronat* に出たと云ふ。ニーブア説(文三〇、二卷舊版三七一頁)に賛成してをるのは、ザギニー(文一、五版五一四頁)、イエリグ(文八七、三九二頁——参照九〇切引用)、及びデルンブルグ(文七六、二卷九一切)である。モンゼンはローマ史に於いては、ニーブル説に賛成してをり(文三六、一九四頁)、後にローマ國法論(文六〇、二卷四五六頁)に於いて、*ager publicus* の第二種として、*ager publicus* を擧げてをる。

尙ほモンゼンは、上のクリエンスの關係の外に、公有地(*ager publicus*)の占有を、*プレカリウム*の第二の場合であるとした(文六〇、二卷四五六頁)。イエリグは此の考へを誤りであるとし、公有地は都察官(*censores*)に依つて賃貸せられ(六四切引用文八七、一二四頁註一)、而して賃貸借と*プレカリウム*とは、互に排斥するとしてをる(同三九二頁註一——I. 10 § 1 D. 41, 2)。因に公有地の容假占有に關し、ニーブルはパトロンが自己の占有する公有地の一部を、クリエンスをして耕作せしめたとし、ザギニーは之れに賛成して、『*ager publicus* の上に貸與せられた農民財産に關する・パトロンとクリエンスとの間の封地關係(*Lehenverhältnis*)』と言つてをるのであるが(文一前掲)、イエリグは、此の説は其の根據が説明されてゐないと、非難してをる(文八七、三九四頁註二)。

然るに後には、單にクリエンスのみならず、一般に富人と細民との關係に於いて、富者に屬從して、無償で恩

惠的に利益を與へられる場合が、容假占有として認められるやうになつた(文七六前掲)。デルンブルグは、其の後の此の制度の發展に就き、次の如く説明してをる。――

「プレカリウムはローマに於いては、太古時代より、重要な社會的の、但し單純な事實上の關係であつて、之れに依りパトロンがクリエンスに、後には一般に貴族又は富豪が自己に従屬する小民に、恩惠よりして、無償で利益を與へた。其れは受領者の信義關係(*Treueverhältnis*)を創設したが、法律關係ではなかつた。如何となれば、權利は古ローマの觀念に従へば、一定の閉鎖的な限界を有し、其の内で、形式と規則とが支配してをつたから。プレカリウムに對しては、其の限界の外に在るといふことが、其の特色なのであつた。(改行) 即ちローマの觀念に従へば、プレカリウムは契約に基くものではない。若し物の返還に就き、契約が締結されたならば、其れはプレカリウムを生じない。故にプレカリウムからしては、決して使用貸借の訴は生じない。如何となれば、之れは一の契約に依つて支持されるものであり、其れはプレカリウムには豫想されたと、看做すことができないから。(改行) 此の故にプレカリウムの授與者は、自由なる取戻權を有つてをつた。取戻權の拋棄は、法律上無効であつた(D. 12 pr. D. 43, 26)。(改行) 又た容假占有者も、契約的に拘束せられなかつた。容假の禁令(*interdictum de precario*)は護民官が容假占有者に對して、授與者に與へたものであるが、所有權の訴(*vindicatio*)に似たものであつた。其れは状態(*precario ab illo habere*……容假から其れに付いて有つ)、又は不法行爲に、基くものであつた。(改行) 帝政時代に至つて、容假占有者の責任を加重し、重過失を故意と同視し、更に遲滞の原則に従つて、

偶然の事故に對しても、責任を負はしめた(*l. 1. 2. 3. et 4. D. 43, 26*)。又た最後には、不當利得の一般の原則に従つて、占有の返還を請求することをえしめた。蓋し取戻の意思表示後に於ける占有は、原因なきものとなるからであつた(D. 19 § 2 D. 43, 26)。然るにユスチニヤンのパンデクテンには、其の外に口約の訴(*actio prescriptis verbis*)、即ち契約上の訴が、與へられた。之れはクラシック時代の後のことであつて、決して此の制度の正しい見解に、屬するものではない。』(文七六、二卷九一切一)。

但し此の、後期ローマ法に於ける、容假占有の制度の消長に關しては、近世の學問に取つて、充分には明白でないらしく、ザギニーに従へば、『恐らくはプレカリウムは不必要なものとして、全く消滅したと思はれる。若し偶然にも、他の制度(信託質)のために、其れが再び重大とならなかつたとしたらば。(中略) ユスチニヤン法に於いては、此の適用も失せた。』と言つてをり(文一、五版五一六頁)、イエリグは此の説に反對して、『予は之れに對して次のことを注意する。第一に、クラシック時代には、信託質のみにプレカリウムが適用されたのではない。尙ほ他にも適用があつた(次切参照)。就中動産質には日常行はれたところであつた(*Ulpian in l. 6 § 4 23, 26*)。次に、信託質がなかつたら、プレカリウムは消滅したであらうとするのも、實際上の歴史的事情を全然逆倒したものである。若しプレカリウムがなかつたら、却つて新たに發見したに違ひない。(中略) 又たユスチニヤン法に於いては、プレカリウムは其の適用を失つたといふは、何事ぞ! 恰も同法の編纂者は、既に適用を失つたといふ前提の下に、彼の老大な容假占有に關する規定の章を設けでもしたかのやうに。(註―最も大切な

Publiciana in rem actione の章(D. 6, 2)は一七場所、de precario (D. 43, 26)は二二場所を含んでをり、此の場所ハバジリカにも、反覆せられてをる。此の全場所からして、エスチニアンの時には、クラシック時代と同様に、此の制度が重要であつたことをば、示す。』と(文八七、三九四・五頁及び註二)。

九〇 容假占有の職能

(一) 容假占有の歴史が、充分に明白でないためでもあらうが、イエリグは此の制度の職能を論じて、ローマに於いて如何に容假占有が頻繁に行はれたかを、立證せむとしてをる。氏は其の實際的職能に、業務的職能(Geschäftliche Function)と、慈惠的職能(liberal Function)の二があるとして、詳細なる議論を展開してをる(文八七、三九七頁以下)。

(二) 第一に、業務的職能に就いては、當事者間に締結せられた法律行為は、質入と、所有權移轉との、二種であつた。

(一) 質入に就いては、氏は先づローマ法の質權の種類を説き(參照七五切)、而して債權者は一時土地を、債權者に任せて置くことができたが、此の場合には、債權者は唯だ in rem actio に依つてのみ、占有を取得することができるとであつた(參照七六切引用)。加之信託質に在つては、更に取得戻り時効(usureceptio Incurativa)の特色があつた(Gaj. Inst. II 60)。即ち一年の期間の消滅時効であつた。此の二の缺點を免れるために、債權者

は債務者に土地を賃貸するか、又はプレカリウムを與へるかに由つて、免れることができた。長期ならば前者、短期ならば後者を、附した。兩者共に、満期の際直ちに、債權者は占有を取得する地位に在つた。前者では占有者と握有者の關係に立ち、後者では正權原の占有者(justus possessor)と無權原の占有者(injustus possessor)との關係を生じて、何れの場合にも、自力で取り去る權利があつた。債務者が之れに反抗すると、前者では使用占有の禁令(interdictum uti possidetis)、後者では容假の禁令(interdictum de precario)を行ふことができた。又た上述の消滅時効は、前後者共に、占有が特殊な性質を帯びると共に、排斥せられた(文八七、三九八頁)。

イエリグは斯く質入と容假占有との繫屬を述べ、そして之れに四の特色があるとしてをる(文八七、三九九頁以下)。其れは、(イ)授與者の一身に於ける占有に因つて、條件せられてゐな(Julianus in 1. 18 D. 43, 26)。即ち授與者の方に占有があるといふことが、必要件ではないといふ義(同三九九頁、參照文四五、九六頁以下)。(ロ)質入債務者は占有を受くること(文八七、四〇〇頁)。(ハ)不法行為に於ける、質入債務者の責任の制限(Ulpianus in 1. 2 pr. D. 43, 26: aut dolo malo fecisti, ut desineres habere)(同四〇一―二頁)。(ニ)容假占有者に依つてなされたる出費の、賠償請求權の排斥(同四〇三頁)。

然るに之れ等の原則に適合しない原則が、二つある。其れは、(ホ)慈惠性(Liberalität)と、(ク)授與者に任意的取戻(Beliebige Wiedererücklichkeit)のできることとである。前者は特約がない限りは、債權者の自由意思で債務者に容假占有を與へたのである。併し此の點に就いての約束があれば、慈惠性は存しない(同四〇四頁)。

尙ほ此の慈惠性の點に就き、氏は斯う説いてをる(同四〇三頁以下)。――

『新らしい意味のプレカザウム、恐らく最も早く現れたのは、信託質であるが、其れでは、最初は債務者に何の請求をも與へなかつた。其の契約は附隨的な従たる行爲であり、何等法律上の拘束力のない。單に信任(Trust)に因つて認められたものに、過ぎなかつた(参照七五切)。(中略) 従つて當事者間に於いて約束せられたプレカザウムも、亦た同一の見地に立ち、即ち自由な、liberalitasの下に在つた。(改行) 之れは古ローマの法律學が採つた見解點とは謂ひうべきであらうが、如何に新法が此の見解點に固着したかは、理解しかねる程である。信託契約は後に至つては、訴へうべきものとなつた(actio fideiurata—参照同切)。之れに因つて、無方式な合意の拘束力が、認められることになつたのである。其の當然の結果は、プレカザウムにも拘束力を認むべしとする要求であつた。而して此の要求は、實際上の關係に於いて、起つたのであつて、即ち任意に取り戻しうる原則は、新法律學では、業務的容假占有には、適用せられなくなつた(参照後述)。然るに、其れにも拘はらず、理論上は依然慈惠性の概念形式が、行はれてゐたのである。』(文八七、四〇四頁)。

(2) 容假占有の業務的職能として、淵源に現れたものは、賣買契約である。詳言すれば、賣買契約に従つて行はれた二つの契約、即ち代金不拂の特約(Lex commissoria)と、優良提價の特約(addictio in diem)とであつた。^(三一六) 賣主が代金を掛けにする場合に、其の保障として、所有權を留保せむと欲するときは、今日の法律では、所謂所有權留保の特約(pactum reservati dominii)が役立つ。之れに對するローマ法の形式は、プレカザウムであつた。

單純なるプレカザウムとして、物を渡した場合には、引渡人に所有權を移轉する目的ではなくて、單に占有を移轉する目的であつて、即ち容假占有は、依然引渡人の所有權を第一に承認すべき旨の、意思表示を包含したのであつた。』(文八七、四〇五頁)。

(三一六) Lex commissoria は、代金不拂の場合に、賣買を無効とする條件の特約であり、之れに就つては I. 20 D. de prec. 43, 26; I. 3 C. de pact. inter. emt. 4, 51. 又た addictio in diem は、一定期間内に、一層良い値段の申込があつた場合に、賣買を解除する特約であり、之れに就つては I. 11 § 12 D. quod vi 43, 24. 一般に言へば、I. 13 § 21 D. de act. emt. 19, 1; I. 38 pr. D. Damni inf. 39; 2 を見よ(参照文四一、三八七切註一六、文七六、二卷九五切六)。

此の所有權留保の賣買の場合に於ける買主の地位は、略ぼ前述の質入債務者と同様であつた。即ち liberalitas に就いては、全く同様であつて、『其れは恩惠ではないからして……買主は充分占有の上に權利を有つてをり、賣主の返還請求の權利ある事情の生ずる迄は、買主は占有を奪はれることはなかつた。このことはウルピアンに依つて、明言せられてをる(I. 20 de prec. 43, 26)。故に期限の來るまでは、賣主は容假の禁令(Interdictum de Precario)を提起しても、成功することはできなかつた。』(文八七、四〇五・六頁)。斯う言つて、イエリグは『故に外見上の任意的取戻は、此の場合に對しては、理由のないものである。』とし(同四〇六頁)、次に費用償還の原則は、當然其の適用がなく、不法行爲の責任も制限され、買主は注意義務を負はない。又た買主は勿論占有を受けるとして、之れに就いての詳説をなしてをる(同四〇六・七頁)。氏は買主の占有と同時に、此の場合、賣主も

亦た占有者であると、考へてゐるものと思はれる(同四〇七・八頁)。

(3) 更にイエリグは、ローマ法の淵源に現れてはゐないが、自分の考へでは、尙ほローマに第三の業務的職能があつたとし、其れは不在の占有者の代理の場合であると、してをる。即ちローマ人は戦争に往つたり、又た長い旅をする必要もあつた。土地経済は中斷してはならないが、子供や奴隷でもやりはするが、法律上の關係に於いて、缺陷があつた。其れを免れるためには、どうすれば良いか。代理は古法では許されなかつた。併しイエリグは古法に於いても代理人は認められたとし、之を權利負擔者(Rechts Träger—参照文四二、四卷二三頁、二五三頁)と呼んでをる。即ち所有權を前提として、訴訟なり、法律行為なりの、行はれる場合に、信託原因(duciuae causa)で、所有權が移轉せられるのが其れである(Gaj. Inst. II 60)。しかし之れは役に立たぬ場合があつた。即ち全動産を此の信託原因で、所有權移轉(manipatio)をなすことは、許されなかつた。又た *res nec mancipi* は、此の方法で移轉することが、できなかつた。此の場合には、敵地法(Lex Hostilia)が助けに出たことを、説いてをる(文八七、四〇九・一〇頁)。此く説いて、そして氏は上の信託原因に由る所有權移轉を名けて、信託行為(Fiducialgeschäft)と呼んでをる(同四一〇頁)。而して『其れと同じ目的に、予の考へでは、占有に對しては、プレカザウムが役立つた。即ち所有者に對して、信託引受人があると同様に、占有者に對して、容假占有者が、信託的代理人(fiducialischer Stellvertreter)であり、權利負擔者(Rechts Träger)であつた。即ち前引ガイウス(Gaj. II 60) *Siquo tutius res nostrae essent* (何か安全の物が吾吾にあつた)は、パンデクトの *custodiam ei futur ra di-*

dit (彼れに將來に向つて監護を引渡した— I. 38 pr. D. 392)に、相應するものであるとしてをる(同上)。

(三二七) *Lex Hostilia* は紀元前一七〇年に出來た法律であつて、戦争で捕虜となつたローマ人の利益のために、設けられたものであり、訴訟上の代理も之れに依つて、許されることとなつた。

イエリグは此の第三の場合を、就中興味あるものであるとし、而して前述六則の中、任意的取戻の原則は、適用せられる。之れ委任が何時にても取消しうると、同様である。*liberitas* の原則は、其の適用のなすこと、説明を要しない。其の他の原則は皆な適用せられる、としてをる(文八七、四一一頁)。そして以下に、此の代理目的のために、如何にプレカザウムの制度が必要であつたかに就つての、議論をしてをる(同四一一・三頁)。

(三二八) 此くイエリグは、プレカザウムに三の場合のあることを説いて、従つてパウルスが(Paulus in l. 14 de prec.: *magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarium*) (寧ろ即ち贈與と、及び慈惠の原因とを、契約のとよりも、容假は認める。)といふ前に註三〇〇—二に引用した淵源を擧げて、之れを誤りであると、宣言してをる(文八七、四一三頁)。

(三) 第二に、容假占有の慈惠的職能は、ローマ人が一時的に他人に無償で、土地又は家屋の利用を許すことを、要件とした(文八七、四一三頁)。此處でイエリグは此の慈惠的容假占有の二場合として、解放された家子の、家父に對する關係と、被解放者のパトロンに對する關係との、二例を擧げてをるのであるが、其の所説は、内容的に見て、前のクリエンスの場合と、如何に區別すべきものか、甚だ理解し悪い。故にクリエンスの場合に

關する氏の説明をも、此處へ移して、其の説明を對比して見ることにした。

(1)『予もブリガリウムは、原始的には、クリエンスに對するバトゴンの土地貸與であつたといふ。承認から出發する。しかし其の關係は、ザギニーの言ふやうに、法律上の種類のものではなくて、單に風俗の保護(Schutz der Sitte)であつた。』(文八七、三九二頁)。即ちイエリグはバトゴンとクリエンスの關係は、單なる風俗上の關係であるといふ點から、容假占有と區別せむとしてをるのである。そして其の證據として、『クリエンスは裁判所へ出ることができなかつた。其の代りに、バトゴンが出た。故に勿論バトゴン對クリエンスの訴訟は、問題にならない。ザギニーは此の場合を、容假の禁令(interdicium de precario)の適用されない場合だとしてをるが(文一、五版五一二頁)、其れは少くも三つの點を看過してをる。第一に、其れは法律上不可能であり、第二に、其れは實際上不必要であり、第三に、此の禁令は古代には存しなかつた。』(文八七、三九二・三頁)。

斯う言つてイエリグは、フェストス(三一九)を引いて、『バトゴンとクリエンスとの關係は、家父と家子との關係に外ならなかつた。』が、『容假占有(precarium)は法律上からは特有財産(peculium)と、同じ線上に立つものである。』とし(文八七、三九三頁)、『このことからして、其の關係は占有ではなくて、單なる握有でありあつたことが、現れる。』として(同上)、此處で氏の占有の方程式を持ち出して、占有障礙(一三)は此の場合、人的從屬關係であるといふことを論じ(同上)、更に握有の原始的形態は in possessione esse であつたこと(一六切引用文二、一〇頁)を再説して、このことは、クリエンスにも適用せられるとしてをる(同三九四頁)。

(三一九) Festus, Praevium cit. in Ann. 161: agrorum partes perinde ac liberis(土地の一部を、子供と同様に)とあるを、イエリグは其の家子に類似した關係とするの、根據としてをる(文八七、三九三頁)。又た彼れが、クリエンスは其の一部の土地(partes agrorum)の上に、彼れ自身に屬する特有財産たる牛(peculium von pecus)を追つたとしてをることを引用して、之れをドイツの中世に於ける、主君の後園の上に在る Grundholden(土地仁慈)と、對比してをる(同三九四頁)。尙ほ peculium に就いては、註三八二参照。

即ちイエリグはクリエンスの關係を、容假占有の起源として、承認してゐるけれども、其れは風俗上の關係であつたことと、家族關係に類似したこと、特に in possessione esse の關係であつたことを、其の特色であるとするのである。さすれば、其れは全く氏の強調する握有關係の特色(参照一六切)と、同一に歸するのであるが、家族的握有と、容假占有とは、如何に區別すべきであらうか。又た次に述ぶる如く、氏は容假占有はローマの家族の地盤に發生したものとす。然らばクリエンスとは、どちらが先なのであらうか。家族の方が先とすれば、其れは全く握有のことになつてしまふ。風俗上の關係であることに、重點を附さうとすれば、或ひは握有の方が最初から法の保護を受けた點(参照一七切)にでも、區別の標準を發見せうとするのだらうか。又た何時でも撤回しうることに特色を求めらば、握有は占有主に於いて、勝手に撤回することはできないとでも、言はうとするのだらうか。若し又た家族よりは、クリエンスの方が元祖だといふならば、結局握有と容假占有とは、發生の歴史が違ふ丈で、其の性質は全く同じものになりはしなからうか。

(2) 上述のごとく、イエリグは、前の場所(文八七、三九二頁)では、容假占有はクリエンスとパトロンの関係から出發したと言ひながら、後の場所(同四一四頁)に於いては、之れをローマの家族の地盤に發生したものとし、就中父が子を解放した場合に、恰も家子に對する特有財産(peculium)と同様な財産上の地位を、其の解放された子に對して、作らうとする場合に、行はれたとしてをる。そして改めてローマの父權の説明をなし、父が子を解放(emanipatio)した場合に、兩者の關係は、事實上従前の儘に繼續したと、認めることができ、其のために與へられたものが、プレカザウムであつて、恰もベクリウムを同一の關係が創設されるといふことを、反覆して論じ(同四一五頁)、『即ち precarium は、解放せられた子に、家子の peculium と同じ關係を、設定するものであつて、法律上の從屬性を持つた・事實上、經濟上の獨立性(thsächliche ökonomische Selbständigkeit mit rechtlicher Abhängigkeit)が、即ち之れである。人は此の兩語を置き換へることができる。ベクリウムは家子のプレカザウムであり、プレカザウムは解放せられた子のベクリウムである。』(同四一六頁)。precarium と peculium が同じだといふ意味が、何度も反覆詳説されてゐる語調からしても、氏のお得意の主張であつたことが知られる。そして此の場合も、ローマ法の淵源には、少しも現れてゐないが、其れにも拘はらず、之れを認めなければならぬといふことに就き、例に依つて、長い議論が続く(同四一七頁)。

(3) 『更にローマで、自由的容假占有が多分行はれたらうと思はれる他の關係は、パトロンと被解放者(Freigelassenen)との關係である。被解放者に自由住居(freie Wohnung, habitatio)を供給することは、之れパトロンの

慈(Freigebigkeit)に依る・任意的な對象であつた。』(文八七、四一七頁)。そして此の場合にも、最初は何等法の保護がなかつたが、遺贈(Fideikomisse)が訴へうべきものとなつてからは、之れに依ることができた。しかし生存者間には、其の方法は行はれず、依然純粹な事實上の、即ち任意に取り戻しうべき關係、換言すれば、プレカザウムであつた。(同四一八頁)。

以上の二つが、氏の慈惠的容假占有としてをる場合なのであるが、然らば前述のクエリンスの關係とは、如何なる繫屬に於いて在るのか。此の第二の被解放者の關係中には、恐らくクエリンスも含まれるのではないかと、想像されないではないが、クエリンスは單なる風俗上の關係であつたに反し、此の慈惠的容假占有の二場合は、寧ろ法律上の關係と解せられるのであつて、氏は慈惠的容假占有の職能を擧げて、(イ)任意に取り戻しうること、(ロ)故意及び重過失のみに對する責を負ふこと、(ハ)賠償請求權を有せざること、(ニ)占有を有すること、四つを算へてをり(文八七、四一八頁)、特に其の占有を有する所以は、此の制度がローマの家族に其の地盤を有し、恰も娘の婚資(dos)に於ける、息子の特有財産(peculium)に於ける、寡婦の用益權(ususfructus)に於けるが如くに、プレカザウムは解放せられた子、及び無遺言相続人(Intestaterben)を目的とするもので、なければならぬとしてをる(同上)。然らば、プレカザウムは最初クエリンスに發生した時は、單純なる風俗上の關係であつたが、家父又はパトロンと、一般の被解放者との間の關係となるに及んでは、既に法律上の關係に高められたのであると、解して可いのだろうか。或ひは又たプレカザウムもベクリウムも、氏は之れを依然事實上の關係であつ

たと、考へてゐるのだらうか。それにしては、占有者たることの主張と、調和しないことになる。

(4) 更に氏はプレカリウムが亦た、占有と結合せずして、明かに握有と結合する場合のあることを、主張してをる。例へば、或る人が隣人に、建築材料を吾が庭に置くことを許し、火災後、家畜を厩舎に繋ぎ、車を車房に置くことを、許した場合には、其れは寄託でもなく、使用貸借でもなく、許與者は單に土地内に持ち來たることを許した丈であつて、何等の義務をも負擔しない。即ち唯だプレカリウムがある丈である。しかし此の場合には、従來のプレカリウムとは、全く異つて、ローマ法の言葉で謂へば、*possidere*ではなくして、*in possessione esse*であり、其の握有なることは、説明を要せぬところであるとしてをる(文八七、四一九・二〇頁)。

此の場合には、イエリグは一時的關係に著眼してをるらしい。しかし其れを *in possessione esse* の關係であるとすることは、クリエンスの關係に於けると同様である。さすれば氏の所謂共同占有 (*in possessione esse*—参照八一切)と、單獨占有 (*possidere*) に依つて、容假占有者を區別して、前者は握有者たる場合、後者は占有者たる場合とするのかと思はれるが、それにしては、買主の容假占有の場合に於いて、賣主をも占有者であるとしてをるのは、どう解したのか、不明となる。

九一 容假占有の性質

(一) 容假占有は法律上の關係であるのか、又は事實上の關係であるのか、前切に於いて述べたごとく、イエ

リグの説は益す出でて、益す不明なるの感がある。パウルスは容假占有を、法律行為に基くよりは、寧ろ恩惠の原因に基くものとしてをり(註三一八)、ザギニーは恐らくは、エスチニアン時代には、法律上の制度となつたといふ意味からして、容假占有は既に不必要であつたとするものと、思はれる(参照八九切)。然るにイエリグは此のザギニーの、法律上の種類であるといふ説に反對して、其の風俗上の保護であつたとする説を、高調してをり(参照九〇切三)、又たデルンブルグは、徹底的に事實關係説をば維持してをる(参照八九切)。容假占有の起源は、如何にも事實的、恩惠的の關係であつたにもせよ、既に種種なる法律上の保護を與へられるやうになつてからは、之れを單純な事實關係とは見ることができないのであつて、特にイエリグの脚處からすれば、假令握有に過ぎなくとも、既に法律上の關係であり(参照一七切)、況や占有であるとすれば、其れは權利なのである(参照註一六二)。若し容假占有は法律上の關係でないとする説を、貫かうとすれば、デルンブルグのごとく、占有は事實であるとするか(参照五四切)、又は容假占有は、握有とも、占有とも違つた・第三の種類の關係であると、するより外はない。

思ふに諸學者が、容假占有の性質に關して、思ひ悩んだ所以は、其れが *liberalitas* の關係であることに、視點を置きつつ、其の適當なる説明を、見出だし兼ねたためである。容假占有が恩惠的關係であつたことは、ローマ法の淵源に於いても、判然現れてをるところであつて、或ひは慈惠の種類 (*genus liberalitatis*) に屬すとし(註三〇七)、或ひは恩惠原因に基く (*ad benefoii causam*) とし(註三一八)、そして之れを何時にても取り戻しうるること

に結び付けて、此の制度の特色として、考へられてをる。恩惠的關係は勿論法律上の關係ではない。然るに其の恩惠的關係の痕跡を残しつつ、法律上の關係となつたものが、後期ローマ法に於ける容假占有では、なかつたであらうか。即ち其れは既に法律關係であつて、そして恩惠の意思が、法律行為の原因として、效力を有することになつたのである。此の恩惠原因の方に、重點を置いて考へる者は、此の關係を事實關係であるとし、又た法律上の意義を有する點に、著眼して觀察する者は、之れを法律關係であると、したのではなからうか。

(三三〇) 法發展の階段に於いて、恩惠的關係から法律的關係に移る過程として、此くの如き中間關係を生ずることのあることは、日本の貸借に於いても見られることを、其の性質に關する論文に於いて、發見したのである(前掲志林三二卷二號八八頁以下)。

(二) 然らば、容假占有は法律上の關係であるとして、其れより生ずる法効果は、如何なる種類に屬すべきものであらうか。從來此の制度は、當事者雙方に、何等の義務を負はしめざること(九〇切引用文八七、三九三頁及び四一九・二〇頁)を、慈善性の原則の一適用と、認めてゐたやうである。未だ何等の權利義務をも生ぜざる地位が、法効果として認められる場合は、恐らく在りえやう。だが容假占有の場合に於いては、既に不完全ながらも、或る權利が発生してゐたのではなからうか。其れは債權であつたとしても、又た物權であつたとしても、何れにしても考察の目的とはなりうるものと、考へる。

信託質(fiduciar)が債權を發生したことは、既に承認せられてをり(七五切)、又た債權の用語(droit de créance,

Glaubigerrecht)からも、信用(fides, creance, Kredit, Glauben)から來たと云ふことが、想像される。而して容假占有は、後期ローマ法に於いては、主として信託質のために役立つことが、承認せられてをるので(八九切引用文一、五一六頁)あるからして、其れに債權が伴つたとしても、時期的矛盾はない。懇願(precos; precario, Bitt)に因る物の授與は、最も信任を重んずる關係であるから、信用を基礎とする法効果が——既に若し然ういふ法觀念が発生してゐたとすれば——之れに附與せらるることは、寧ろ自然のことと、謂はなければならぬ。此く想像するときは、信託質に於けると同じやうな債權關係が、容假占有にも存在してゐたとするは、必ずしも無稽の説ではない。通常容假占有は、使用貸借とは、隨時の取戻權に依つて區別されてゐるのであるが(註三〇一及び三一〇)、しかし其の事は、債權の存在と兩立しないことではない。從來容假占有の債權關係の方面が、看過されてをつたのは、専ら事實關係であるか否かに、視線を注いでゐたがためであり、そして其れは、専ら物權關係に著眼してゐたためであらう。

(三二一) 民法第五九七條第三項を以つて、容假占有を規定したものとす(參照註三〇一)は、債權關係に於ける容假占有の思想と、相適合するものである。即ち同條は、返還時期を定め、又は使用收益の目的を定めて貸した場合は、恩惠の意思に基くものでないと見、其れ等の定めをしなかつた場合を、恩惠原因に基くものと見たのである。而して通常の使用貸借と容假占有とは、此の一點に依つて區別されるのであつて、他の諸點、就中貸主の使用せしむる義務、借主の返還義務に關しては、雙方全く同一なのである。尙ほ上の場合が容假占有であるとすれば、返還期限又は使用目的を定めて、貸與した場合であつても、隨時の取戻權を留保した場合には、亦た容假占有であり、又た全然當事者の一方又は雙方が、債

務を負担せざる意味の、容假占有を約することも、勿論可能であると、認めなければならぬ。

次に容假占有と物權との繫屬は、例へば信託質に於ける所有權の問題としても、又た例へばバトロンが被解放者に與へた住居權(habitatio)の問題としても、顯著に示されてゐる。しかし之れは從來占有の問題として、考察されて來てをつた。即ち容假占有者であるか、又は握有者であるかが、議論の中心となつてゐたやうである。之れに就いては、次段に述べる。其の見解の如何に依つて、或ひは容假占有者は、物權者たることとなり、又た或ひは然らざることとなつたのである。

(三) 容假占有者は、占有者であるか、握有者であるか、前述の如く(八八切)、甚だ明白を缺いてゐるのであつて、ラウテルバッフ、ポチエー以來の占有説がある(註三一、註三二)に反し、現時のフランスの通説は、之れを握有としてをり(註三三)、既にローマに於いても、單なる握有者であるとした淵源が、あるといふことである。イエリグは、握有か、占有か、疑はしい場合中に入れてをり、そして氏自身の見解も、疑はしいものであるが、結局氏は、握有者たる場合と、占有者たる場合とを、併せ認めてをるものと、謂へる(九〇切)。然らば容假占有者は、何故に占有者であるかの、理由に至つては、亦た頗る疑はしいものであつて、ザギニーは、『何故に占有の移轉を、原則として承認すべきかの理由は、其の懇願が所有者(cognatus)を害しないこと、即ち所有者の取得時効占有は、占有の承認(accessio possessionis)に因つて、繼續して進行すること、而して所有者は其の讓渡した占有を、再び取得するために、固有の占有回復の禁令(interdictum recuperandae possessionis)を有する

ことに、存する。』としてをる(文一、五版三〇六頁)。之れは説明にならない。イエリグの非難することく、『然らば何故に、ローマ人は収益貸借、使用貸借、使用貸借等をも、同じ扱ひをしなかつたか。之れではブレカグウムが特別な扱ひを受くる理由は、少しも説明せられてゐない。』(文八七、三九〇頁)。イエリグ自身は、前に紹介したごとく(九〇切)、クリエンスが握有者に過ぎないのは、其の人的從屬關係が占有障礙(一三)となつてをるためだと、してをるが(同三九三頁)、然らば占有を承認された被解放者(同切引用同四一四頁及び四一八頁)とは、如何なる程度の差異があるのであらうか。又た特に、容假占有者たる握有者と、一般の握有者とは、如何にして區別すべきであらうか(参照九〇切)。畢竟するに容假占有は、單に歴史上の制度であつて、氏の言ふが如く、『容假占有者に占有を與へるのは、何れも緊切なる實際的理由から、出るのであつて、即ち事實上所有者の地位を與ふるに非ざれば、人は其の目的を達することあたはざるが、故である。』(同四一九頁)と説明するより外には、何等理論上の區別の標準は、發見しがたいかの、觀がある。

思ふに、容假占有者は單に債權關係に立つのみであつて、何等物の支配權を有せざるならば、單なる握有者であるべきこと、使用借主又は賃借人と、毫も異なるべき筈はない。又た彼れが現實の物の支配者として、充分なる物權的地位が承認せられたならば、彼れは完全なる占有者であつて、最早所有者は、恣に其の占有を侵すことはできない。例へば、今日の使用借主が、既に完全なる占有者であるならば、債權の消滅したことを理由として、貸主は勝手に物を持ち去ることはできない(参照八七切末段及び註三〇四)。然るに以上兩場合の中間に位して、

所持者が既に占有者として承認せられてはをりながら、所有者は隨意に其の占有を打ち破りうる場合が、存しうべきである。其れが容假占有なのではなからうか。詳言すれば、所持者の側には、占有の構成要素たる *animus* と *corpus* とを、完全に具へてをって、握有者のごとく、他人のために所持するのではないが、其れにも拘はらず、所有者は恰も彼れを握有者と同じに扱ひうる事が、此の制度の根本的特徴なのではなからうか。而して此の特質を生ずる所以は、此の關係が恩惠原因に基くからであると、思はれる。

上の解釋にして、誤りなきものとせば、占有と容假占有とを區別するものは、恩惠原因であり、又た握有と容假占有とを區別するものは、意思である。イエザングの如く、占有と握有とに依つて、占有意思の區別がないとすると、握有と容假占有とは、本質的に區別し難い。之れに反して、主觀説の脚處に據るときは、兩者を區別するものは、實に *animus* である。此の見解に對して、最も貴重な材料を供するは、ニープアが、容假占有の起源はバトロンが其の占有した公有地 (*ager publicus*) を、クリエンスをして耕作せしめたに在ると、してをることであつて、ザギニーも「之れに因つて、此の問題の總べての謎が解ける。」と言つてをる(文一、四六四頁、五版五一四頁)。即ち永小作權の起源と全く同一であつて、其の占有は *animus domini* の占有である(七二切)。又た信託質も、所有權の移轉に對する對策として、容假占有が案出せられたのであつて、之れ亦た *animus domini* の占有である。ザギニーが兩者共に派成占有であるとしたのは(四切)、派成占有といふ思想全體の誤謬に基くためであるが、イエザングが容假占有者は「他人の所有權を實行する意思」を有する(文八七、三九〇頁)とするは、本權と

占有との混同に、出づるものである。恐らくは、占有分離の第一歩を踏み出したものは、此の容假占有なのであつて、之れに因つて、初めて、所有者に對立しつつ、所有意思を有する占有者が、法律上に承認せられたのである。しかし尙ほ、所有者の意思に依つて、何時にても撤廢せられうるものであり、即ち本權が占有を破る力を持つたのであるが、分離の完成と共に、最早本權者の意思を以つて、占有を廢することはできなくなり、兩兩相對峙した・物の支配者となるのである。此の時に至れば、所有者が物の使用を與へた者からして、何時にても回收しうる地位を作らうとすれば、單純なる債權を與へて置くより、外はないことになる。之れが容假占有が、使用貸借に合流して往つた原因で、あらうと思ふ。^(三三)しかし日本民法のごとく、使用借主をも、占有者とする法制に於いては、猶ほ或ひは容假占有を認容すべき、社會上の必要が起るかも知れぬといふことは、既に述べたところである(八七切末段)。

(三三二) イエザングもベアの說(Rair, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 26 S. 293-7)に賛成して、今日の生活では使用貸借で充分であるから、容假占有は抹殺すべきものであるとし、而も尙ほ之れを存置せしむるは、法史的娼態 (*rechtshistorische Co-ketterie*) に過ぎないとしてをる(文八七、四二二頁)。しかしデルンブルグは、ドイツ民法施行後にも、尙ほ容假占有の存しうることを認めてをり(文七六、二卷九一切末段)、フランク註釋書には、今日も尙ほ問題となる諸場合を、例示して、其れに對する諸學説を紹介してをる(Plancks Komm. Vorb. III zu § 593)。

第四款 代理人

九二 代理占有の種々な場合

(一) 占有に關して、代理が問題に入るのは、種々な異つた場合があるに拘はらず、從來其れ等が判然と識別されずに、混雜の儘取り扱はれてをつた。其のために、代理占有の理論を不明ならしめたことが、少くない。先づ必ず、三の場合を區別しなければ、ならないと思ふ。代理人の占有と、占有代理と、間接占有とが、之れである。更に代理には、直接代理と、間接代理とが、區別されてをるからして、之れと上の三場合との繫屬も、考へ合はされなければならない。

(三二三) 代理といふ語はローマ法にはなかつた。パウルスは „Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur” (L. 1 § 20 D. de adq. 41, 8) — 管理人、後見人、又は保佐人に依り、吾等の占有が取得される(と)、個別的に列擧してをる。ドイツでも „Stellvertretung” の語の出來たのは、新しいことで、プロイセン州法には此の語はまだ見えてゐない(同法第一編第七章第四五條參照)。(Heise, Grundriss には „Mittelperson” といふ語が用ゐられてをり、„Stellvertretung” は Mühlentuch, Zeitschrift, 1817 に用ゐられてをる。(以上文七六、一卷一一七切註二)。イエリグはザギニーに倣つて(文一、二六切)、此の Mittelperson を用ゐ(文八七、二七七頁、二九四頁)、又た間接代理人のことを „Ersatzmann” と謂つてをる(同二九四頁、三七九頁、參照文四二、一卷二一二頁以下)。併し氏は direkte u. mittelbare Stellvertretung をも用

めてをる(同三〇四頁)。フランスでは representation が用ゐられてをるが、(例へばプラニオル一卷二九八號以下)、それも新らしい用語であるらしい。同民法には此の語は用ゐられてゐないやうだ。注意すべきことは、同法の委任(mandat)は、全く直接代理の意味の規定であることである(同法第一九八四條)。尙ほ同法は親權者及び後見人の管理權のことは、之れを tutelle と呼んでをる(同第三八九條以下)。

(二) 代理人は、本人のために法律行爲をなすことを、任務とする者である。其の法律行爲が、個別的であるか、又は一定の目的のためにする集團的のものであるかに従つて、特定代理と、包括代理とが區別され、又た代理權發生の原因に従つて、法定代理と、任意代理とが、區別されてをる。之れ等法律行爲の代理に關する規定は、占有の代理に就いても適用あるものと、解せなければならぬ。占有を權利であるとすれば、このことは勿論のことであるが、占有の性質の如何に拘はらず、沿革上、代理人に依る占有取得は、承認せられて來てをる。此の場合の特色は、本人には占有の意思も、體素も、備はることを必要としない點(Chiff.)に在る。

(三二四) 代理人に依る占有の問題は、從來専ら占有の要素の方面からのみ、考察せられてをり、法律行爲の代理の問題とは、殆ど無繫屬に、扱はれて來た。之れ蓋しローマ法に於いては、法律行爲の代理の制度は、充分に發達せず、先づ占有の代理として、觀察に入つたためであらう。其の結果として、今日の法理からは、法律行爲の代理の原則に依つて、判斷せらるべき場合が、皆な占有の代理として、處置されてゐたのであつて、其れは就中、占有意思の要件に關して、例外的制度として、承認せられて來た場合が然うである。ザギニーは、代理人に依る占有取得(Erwerb durch Stellvertreter)の説(文一、二六切)に於いて、第一に、代理人自らが、自己のために占有を取得する意思であつた場合に、Ulpian in l. 13

九二 代理占有の種々な場合

D. de donat. 39, 5 は、主人を占有者であるとしてをるの、引渡の場合丈の例外であつて、此の場合には、引渡人の意思が決定的標準であるとしてをる(同五版三一頁及び註一)。因に、イエリグは之れを自己の客觀說に、引き寄せてをり(文八七、三四六頁)、氏は所有權に就いても、占有と同様であるとして、漁者、獵師、工場の使用人に就き、引渡の外の場合をも、同様に解してをる(同二〇五頁)。第二に、本人が占有意思を有せざる(Ignorantia possessio)にも拘はらず、三つの場合に於いては、例外的に本人が占有を取得するとなし(文一、五版三一三頁)。而してザギニーの擧げてをる三場合とは、一定の法律關係(Juristisches Verhältnis)が必要であるとしてをる(同三一三頁)。而してザギニーの擧げてをる三場合とは、一は特有財産(peculium)であつて、奴隸又は家子が特有財産を取得した場合には、家長は其の事實を知らずとも、自ら占有者となり(L. 1 § 5 de poss.; L. 4 ibid.; L. 41 § 1, L. 24, L. 3 § 12 ibid.)。此の L. 44 § 1 D. 41, 2 はイエリグも引用してをる(參照註一〇〇)。——主人のために、取得時効が進行を始める(L. 1 § 5 de poss.; L. 31 §§ 3, 47 de usurp.) (以上文一、五版三一六頁)。二は後見又は保佐の下にある無能力者であつて(L. 13 § 1 de adq. rer. don.; L. 1 § 20 de poss.; L. 11 § 6 de pign. act.)。後見の權力(auctoritas tutoris)に依つて、無能力者のために、占有をも取得することができる(同三一五・六頁、參照同二四四頁以下)。三は法人であつて、法人は直接に意識する能力を有つてゐないけれども、自由人を通じて、占有を取得することができる。このことは、都市に就いては、直接に明言せられてをった(L. 1 § 23; L. 2 de poss.)。そして他の團體の占有取得には、市に準ずるものとされた(L. 7 § 3 ad exhibendum)としをる(同三二五頁)。以上ローマ法に於いて、代理占有に就き意思の要素に對する例外が認められてをったことは、今日の法律から見れば、代理の效力(參照民法第九九條第一項及び第二項)が附與せられてゐたものであり、殊にザギニーは、委任に基いて、其の履行として占有を取得した場合にも、委任者は占有者となることを認めてをる(同三一三頁)。そして氏が委任は、代理人の占有取得を有效ならしむべき法律關係と謂ひうるかに就いて、論じてをるところ(同三一三頁、三一八頁以下)からも、代理占有の理論中に、現時の代理權の思想が織り込まれてをることを、推知するに足る。

(三) 次に代理人に非ざる者が、他人の占有を維持する場合がある。之れ握有の原始的意義であつて、即ち他人の占有のために、體素を準備する場合である(一一一切)。此の場合には、沿革上、前の場合と區別せずに、扱はれて來たけれども、其れは未だ代理の觀念が、發達しなかつたためであつて(九四切)、既に代理をば、法律行為に關する制度として、確立せしめたならば、代理權を有せざる者が、事實上他人の占有を維持する場合は、之れとは別に觀察しなければならぬ。此の場合を、前の代理人の占有と區別するために、占有の代理と名け、其の體素維持者をば、占有代理人と呼ぶことがでけう。前の場合は代理人としての獨立の法律關係であるに反し、此の場合には、唯だ占有者の手段となり、道具として役立つに、過ぎない。兩者の相異は、第一に、法律行為を目的とする、然らざるとに在る。即ち固有の代理人は、一定の意思表示を爲す者であるに反し、占有代理人は、意思表示を爲すものではない。第二に、一方は代理權を要件とするに反し、他方は之れを要件としない。即ち代理人の占有に在つては、事前若くは事後に於いて、必ず代理權の授與せらるることを必要とするが、今の場合に於いては、代理權はなくとも、占有の事實的要素さへ備はれば可い。此の區別からして、代理權の消滅に因つて、前の意義の代理は消滅するも、後の意義の代理の存続する場合の起りうることは、注意すべきことである(參照民法第二〇四條第二項)。第二に、代理人の占有には、本人の意思を必要としない。法定代理並に包括任意代理に於いては、必然然うであること、上述のごとくであるが、特定代理の場合にも、代理權の授與さへあれば、實

際代理人が占有を取得したことを、本人は知らないでゐても、本人が當然に、占有権を取得する(参照民法第九條)。之れに反して、占有代理に於いては、占有の要素たる *animus* は、少くも主觀説の法制の下に於いては、占有者自身に備はらなければ、ならぬ。

此の第二の意義の場合は、第一の意義のものと共に、代理占有とされてゐるのであるが、果して之れを代理と呼ぶことが、適當であるか否かは、疑はしい。乍併、此の制度が沿革上頗る重要なものであつたことは、明かであつて、即ちローマの家族制度に於いて、家長が家子又は奴隸に依つて、占有を取得し、維持したのは、此の法に依つたのである。故に之れが代理人に依る占有の起源であると考へられ(文七六、一卷一八〇切、文二一、一卷七三切註二後段)、却つて第一の場合との、混雜を生ずる因を爲したのである。しかし今日と雖も、此の第二の意義の制度が、消滅したのではない。特にドイツ民法が、他人のために、其の家事に於いて、又は營業に於いて、又は類似の關係に於いて、物に關する事實上の力を行ふ場合を、規定して、此の場合には、主人が占有者であるとしてゐる(同法第八五五條)のは、恐らくは之れ等の者が何等法律行為に付いての代理權を有せざる場合にも、適用せらるべき規定であつて、即ち第二の意味に於ける占有代理人であらうと、(三三五) 解する。日本民法には、之れに關する直接の規定はないけれども、占有を權利と認めながら、殊更に占有の代理人に就いて規定したのは(第一八一條以下及び第二〇四條)、之れ今の場合の沿革的な事實上の代理に、着眼してゐたがためである。

(三二五) ドイツ民法第八五五條成立の沿革に就いては後述一一三切参照。同條が法律行為に付いての代理權の有無に關せ

ざる場合であることは、學說に於いても承認せられてをり、同條の占有使用人(*Besitzdiener*)は、占有者の道具として、物に關する事實上の力を實行する者であるとして(Staudinger, *Komm. zu § 855, Bem. II, 3, a; vgl. Bekker, aO. cit. in Anm. 338*)、特に其の使用人が代理權を有すると、否とに拘はらなうとせられたる(Staudinger, *aO. Bem. II, 2, b u. II, 3, a; Neumann, Handbuch, Bem. 1, f*)。

かくのごとく、代理人の占有と、占有の代理とは、其の本來の意義を異にし、従つて其の效力に差異を有するに拘はらず、兩者は主要なる一點に於いて、一致してゐる。其れは、代理人が本人のためにする意思を以つて、物を所持すること、之れである。此の共通の點に着眼して、兩者を併せて、代理占有と呼ぶことは、敢て妨げない。唯だ此の點を除けば、兩者は全然別個のものに別れることを、忘れてはならない。

(四) 間接代理(*mittelbare Vertretung*)は代理ではないことが、今日の法律學に於いては、一般に承認せられてゐるが、沿革上其れが代理として取り扱はれて來た理由は、占有の代理の點に在つたかと、想像される。即ち他人のために、占有の體素を具へたことを見て、代理人であるとしたのであつて、其の者が、法律行為をなす資格に、眼を移すことになつて、代理人である場合と、然らざる場合とに、別れたのである。前者は即ち直接代理であつて、後者は間接代理である。要するに代理占有と、代理行為との、觀點を逆轉した結果に外ならない。而して間接代理人が代理占有を有する場合は、代理人の占有ではなくて、占有代理人である。しかし占有代理は、間接代理人の占有と相掩ふのではなく、別に、全く法律行為の代理に無關係な場合(例、受寄者)を含む。故に代理

人の占有と、占有代理と、間接代理とは、互ひに相交錯しながら、夫夫別な領域を有する觀念である。

(三二六) 間接代理が代理であるか否かは、イエリッング時代に於いて、争はれたところであつて、氏はローマ法精神論に於いて、其の代理たることを、否認してをる(文四二、一卷二二頁以下)。其の外、Scheidt の „Zwischperson“ Siegel の „stiller Stellvertreter“ 等の説があつたらしく(参照文七六、一卷一一七切註一三)、しかし普通法の通説は、之れを代理の一種として、indirecte, mittelbare od. unvollkommene Stellvertretung と呼んでをる(文四一、一卷七三頁註二中段、及び同所引用諸書)。デルンブルグも、其の代理たることを、否認してはゐない。しかし間接代理人が法律行為の當事者であり、總べての權利義務を負ひ、本人は何等の權利義務をも有しないことを、認めてをる(文七六、一卷一一八切二)。此の點は全くイエリッングも同説である(後段引用文八七、三〇四・五頁)。

間接代理人が本人のために物を取持した場合に、本人は當然占有者となるかは、疑はしい問題であつて、或ひは今日に於いても、場合に依つて(例、買入の取次)は、直接代理の場合と同一の效力を、認むるとき見解がないではない(参照文七六、一卷一八〇切三)。しかしイエリッングは占有も代人自ら有するとしてをる(後引文八七、三〇四・五頁)。併し通常は、改めて本人に對して、占有を移轉する行為が、行はれる。其の方法は、占有の改定(Constitutum Possessorium)に依るのであつて(参照民法第一八三條)、勿論此の規定は、直接代理人にも、又た、何等法律行為の代理に關係のない場合にも、適用せられうるのであるが、最も頻繁に起こつて來るのは、間接代理人に就いてである。^(三二七)

(三二七) Constitutum Possessorium はイエリッングが、其の客觀說の見地から、最も非難する制度の一であることは、前に紹

介した(註六二)。其の後も議論の的となつたことに就いては、Belker, Besitz beweglicher Sachen, S. 48 ff. u. S. 50 ff. を参照。此の制度が非難せられる焦點は、占有取得に現實的所持の移轉を必要とする原則に、反することに、存するのであるが、間接代理人と本人との間の占有移轉には、此の方法は必然的と謂つて良い位、當然な方法であつて、間接代理人から品物を本人に現送し、改めて本人から間接代理人へ、代理占有を委託せねばならぬとすることは、不通の論である。斯かる説をなす限りは、却つて間接代理人の取得行為に因つて、當然的に本人が占有を有するとする見解を、堅持しなければならぬことにならう。而して間接代理人に就いて、占有改定を認むべしとする以上は、一般の場合に、占有改定に因つて、始めて代理人となる者と、本人となる者との間の法律行為に因つて、代理占有の成立することも、認めて差し支へないことである。外見性がないといふならば、間接代理の場合とて、當事者外の者には、其の法律行為の知れない場合は、多いことであり、又た他人の所に所持のあることが悪いならば、總べての代理占有が、可けないことになる。

(五) 次にドイツ民法は、物の占有者が、用益権者、質権者、収益賃借人、使用賃借人、保管者として、又は類似の關係に於いて、其の關係のために、他人に對して、有期に占有をなす權利を有し、又は義務を負ふときは、其の他人も亦た占有者であるとし、之れを間接占有(Mittelbarer Besitz)と名けてをる(同法第八六八條)。之れに對して、其の用益権者等を、直接占有者(Unmittelbarer Besitz)と呼んでをる。此の直接占有者は間接占有者の占有代理人であるとするのが、同國に於ける通説であり、日本に於いても、之れを代理占有と同義に解せむとする傾向があり、或ひは吾が代理占有は、即ちドイツの間接占有のことであとし、或ひは保管者のごとき者を除いて、間接占有の觀念をば日本にも應用すべきであると、又た或ひは吾が國の代理占有には、代理意思を必要と

する點に於いて、ドイツの間接占有が其の意思の有無を問はざるとは、異となし、而して彼れの間接占有の場合、吾が代理占有の要件に當て欲めて、解釋すべきものであるとする。要するに、間接占有は代理占有であるとするか、若くは代理占有として見解すべきものと、するかである。^(三二八ノ二)

(三二八) 間接占有はドイツ民法第二章案に至つて、初めて認められた制度であり、イエリゲンも間接占有者(mittelbarer Besitzer)といふ語を、同民法草案の批評に於いて、初めて使用してをる(文八七、四九九頁)。しかし氏は間接占有の思想はローマ法にも存在したとなし、即ちガイウスは此の區別を認めて、家子及び奴隸を占有者としたとし(一一一切引用文八七、一一二頁以下)、そして氏は間接占有の關係を、共同占有と解せむとしたやうでもある(參照文八七、一三八頁)。デルンブルグは明かに、間接占有を代理占有の一種であるとし、代理人が外部から認められる從屬關係に立つ場合には、代理人は單なる所持者であつて、本人のみが占有者であり(ドイツ民法第八五條)、然うでない場合には、代理人が直接占有者で、本人が間接占有者であるとしてをる(文七六、一卷一八〇切註一三)。尙ほ間接占有は擬制であるとする説もある^(三二八ノ二)(Biermann, Komm. 3. Buch S. 45; Müller-Erzbach, in Jherings Jahrb., Bd. 53 S. 362; Wendt, in Arch. f. civ. Prax., Bd. 87, S. 49)。しかし通説は之れを眞の占有であると、認めざる(Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 3 S. 54 ff.; Crome, System, Bd. 3 S. 31; Planck, Komm. zu § 868; Stauinger, Komm. zu § 868, IV, a; Warneyer, Komm. zu § 868 I)。(三二八ノ二) 日本民法は間接占有を規定してゐない。其れにも拘はらず、通説は代理占有の規定(民法第一八一條)を間接占有と同義に解し(横田氏物權法一二八頁、中島氏釋義卷二、一一六頁、末弘氏物權法上卷二三三頁)、若くは、意義に於いて異なるも、實際上殆ど同じとする(三瀆氏提要上卷全訂版二五九頁、遊佐氏原理四四六頁、山下氏物權法論上卷二〇六頁)。兩者を異とする説もありはする(富井先生原論二卷六三七頁、松岡氏民法論物權一一〇頁、川名先生物權法要論二

九頁)。——以上法學新報四一卷一號所載拙稿「占有制度に於けるローマ法とゲルマン法との交流」註四九參照。

九三 代理占有の占有者

前切に述べた種々な場合の代理占有に於いて、何人が占有者であるかは、從來頗る争はれてゐるところであるが、其の議論の出發點は、バンドクトに於ける、パウルスの發言であつて、既に述べたごとく^(三二九)(註一九及び註三二二)、吾吾は代理人に依つて、占有を取得するとし、代理人は占有意思を有しないからして、占有者ではないとしてをる。此の占有意思を有しないと云つたことが、イエリゲンをして、主觀說攻撃に向つて、千萬言を費やさしむるに至つた御本尊様なのである。しかし氏の攻撃は兎も角として、代理占有の場合に於ける、本人が占有者であること又は、古來争ひなく承認せられてゐたところであつて、之れに關しては、異説を立てる餘地がなかつたのである。議論は寧ろ、本人が占有者であることを基礎として、其の上に發展して往つたのであつて、第一には、代理人は占有者であるかの問題であり、第二には、占有者は代理人ではありえないかの問題であり、第三には、自ら占有者たる資格と、他人の占有代理人たる資格とは、兼備することをうるかの問題である。而して之れ等總べての問題に纏はつて、現れるものは、共同占有(Mitbesitz)の思想である。

(三二九) L. 1 § 20 D. 41, 2: Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent; nobis non possunt adquirere.

九三 代理占有の占有者

Alioquin, si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt; furtum, ut neque is possidet, cui res tradita sit, quia non habet animum possidentis; neque is qui tradiderit, quoniam cessavit possessionem. 此の譯文は註一九に掲げた。尙ほ註三二三を参照。

共同占有は許すべきものでないとするのが、ローマ法に於ける、一の確定原則として展示されてゐたやうである。^(Cuius)蓋し、占有は事實上の物の支配であるからして、二人が同時に、同じ物を支配することは、事實上不可能なことであつて、若し同時に支配せむとするならば、部分的に支配するより外はない。共同占有不可能の原則は、此の物理的の不可能を、指して謂つたものと、思はれる。然るにイエリグは、ローマに於いては、原始時代からして、共同占有が行はれたとなし、*in possessione esse* が其れであるとして(一六切)、家子及び奴隷は、家長と此の關係に在り(同切及び一一一切)、相續人は被相續人と(六九切)、賃借人は貸貸人と(八一切)、又たクリエンスはパトロヌスと(九〇切三)、何れも此の關係に於いて在つたとする。其の内には、部分的共同占有と解すべき場合(例、同居者、區切小作人)も含まれてゐるが、又た全部的共同占有(例、相續人、一谷小作人)もあつた。更に氏は、役權の發達に因り、準占有の觀念が確立した時を以つて、上の共同占有不可能の原則は全く超越せられたのであると解してをる(一一〇切引用文八七、一三七頁)。併し彼の原則は物理上の不可能を明言したものであるからして、如何なる制度が發展したととも、決して可能となることはありえない。唯だ物理上の不可能を、法律上可能であると、認められたと謂へば、其れ迄であるが、此くの如き極端な擬制は、解釋としては勿

論、假令立法的技術に依つて明言せられたとしても、學問上の價値の頗る乏しいものであることは、疑ひがたいところである。加之、*in possessione esse* を、共同占有の意味に解することも、疑問の餘地のあることは、既に前に述べた(八一切)。かやうに不純な觀念の混入した共同占有の學説が、十九世紀のドイツ法律學に行はれて、其れが代理占有の制度に、重大な影響を及ぼしたことは、吾吾の忘れてはならないところである。

(三三〇) 複數占有(*possessio plurium in solidum*)はザギニーに依つて、詳細に研究せられたところであつて(文一、一一切)、共同占有(*compossessio*)といふ語も、概念も、共にローマ法には無かつたといふことあり(同五版一三七頁)、パウが同じ物を、全部に於いて、占有することは⁽¹⁾不可能なり。Ulpian in l. 5 § 15 D. commodatilis, 6: Celsus filius . . . ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. — 息ツヘルヌスは、……二人の全部に於ける如き所有又は占有を、不可能であるとした。(2)が、確定的な原則として行はれてをった(參照文七六、一卷一六九切註九)。しかし此の原則の適用に就いて、争ひのあつた場合として、ザギニーは、暴力を以つて占有を取つた場合、隱秘に因る占有、並に容假占有に關して研究し(文一、五版一四一頁、一四六頁以下)、そして結論として、『(1)plures eandem rem in solidum possidere non possunt』といふ規則は、規則として、あらゆる時代に、承認せられてをった。(2)此の規則の例外があつたか否かは、争はれた丈に過ぎないが、大なる意義は有つてゐなかつた。(3)ユスチニアンの註釋に於いては、此の規則自身が、一般的な規則として、承認せられてをった。』と言ひ(同一五七頁)、そして更に、『(A)吾が法源の明示するところに従へば、從來の占有が存續する場合には、其の結果は、未だ新しい占有は、始まることのできない。(B)ローマ法が一の新らしい占有を、承認した場合には、同時に之れに因つて、從來の占有を廢したものと、認むべきである。』としてをる(同

一五七・八頁。

若し共同占有の思想が、代理占有の思想と、錯綜することがなかつたら、問題は至つて簡単に解決され、占有者は本人であり、代理人は占有機關に過ぎないことが、端明に承認されたであらうが、彼の思想が混入したために、問題は甚だ複雑となつた。既に最も原始的な家族制度に於いてすらも、奴隸と主人、家子特に相續人と家長とは、共同占有關係に在り、そして此の場合には、家長の利益が強く力壓するが故に、家長のみが占有者であつて、代理人たる家子・奴隸は、占有者とはなりえなかつたのであるが、一度所有者の外の者の、独自の利益が承認されることになると、其れ等の共同占有者が總べて、占有者に高められる。而して、其れが部分的共同占有である、所有者と他の占有者とは、各の異つた對象の上に占有を有すると、考へられた。準占有の思想が即ち其れであつて、所有者は物の占有を有し、他物權者は權利の占有者であるとするものである(七七切)。そして此の場合には、代理關係は度外視することができる。之れに反して、全部的共同占有の場合に在つては、所有者の占有は、他の權利者の占有に依つて代表せられてをると、見るより外はない。さもないときには、所有者は占有者ではないことになつてしまふ。之れが即ち間接占有の思想である。即ち間接占有の制度は、一人が自ら物の占有者でありながら、同時に所有者の代理占有者たる資格を、兼ね有するものであつて、此のごとき構成を可能ならしめた原因は、共同占有の思想なのである。然らば間接代理の場合にも、同様に、本人と代理人とが共同占有者として、共に占有者たることを、承認しても良い譯であつて、現に間接代理を代理と認むる説に於いては、恐

らく然ういふ結論に、到着すべきであらう(例、買入の取次、前切参照)。然るにイエザングは、間接代理は代理ではないとする見地からして(註三二六)、間接代理人のみを單獨占有者と、認めてをる(文八七、三〇五頁)。元來間接代理が代理でないのは、法律行爲に關してであつて、占有の問題は、其れとは別に考察せらるべき筈なのであるが、從來其れが混同されてゐたことと、又た恐らくは、代理人は占有者ではないとする・パウルス以來の傳統的思想が、潜在的に作用したことが、此の結果に導いたものであらう。しかし其れにも拘はらず、既に間接占有の制度が建設されて見ると、少くも間接代理人が、本人に對して、所有權を移轉した場合には、其の保管する物に付いて、間接占有の成立することは、ドイツ民法の見解からは、疑ひのないところである。要するに、種々な思想が混雜したために、占有に關する代理の意義其の者が、頗る不明瞭となつたのであつて、其の結果、本人と代理人との占有關係も、亦た甚だ不明瞭となつたのである。之れを解決するためには、此の制度の沿革を辿つて、理論を鮮明ならしむるより外はない。

九四 代理占有の歴史 (III)

(三三一) 代理占有の歴史に就ては、Hauser, Stellvertretung im Besitze, 1871; Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritten, 1881; Mittels, Stellvertretung, 1885, S. 51ff.; Leonhard, Vertretung beim Fahrnisserwerb, 1899; Kniep, Besitz des BGB, gegenübergestellt dem röm. u. dem gem. Rechte, 1900, S. 210; Kämmerer, Die Zulässigkeit der Stellvertretung

九四 代理占有の歴史

im Besitzerwerb, 1908; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1910; Draganesko, Die Lehre vom Besitzererbe durch Stellvertreter, 1916.

原始時代に於いては、代理の觀念は存在すべき餘地がない。其れは強い擬制を含む制度であつて、餘程發達した法制度に至らねば、人の考へ及ばざるものである(參照文七六、一卷一一八切)。しかしローマの家族制度に於いては、既に屢ば述べたごとく、家長は其の家族を通じて、自ら占有をなすものと、認められてをつた。パウルスは、『其處に同様に、占有の意思と、體素とを認むる。』と言つてをり、イエリグは之れを解して、『奴隸は、corpusに於いて主人を代表することく、animusに於いても、之れを代表する。』としてをる(文八七、二七七頁)。

(三三二・二) Gaj. Inst. II § 89: Non solum autem proprietarius per eos quos in potestate habentis, adquiritur nobis, sed etiam possessio. (然るに、權力に於いて吾吾が有つところの人に依り、單に吾吾の所有が取得されるのみならず、併し占有も亦た。) Cf. § 90 ibid.: An autem possessio adquiritur, quaeritur, quia ipsas non possidemus. (然るに、占有が取得されるかは、疑はれて來た。何となれば、其れ自身を吾吾が占有しないから。) O Paulus in l. 3 § 12 D. 41, 2: nam videtur eas eorumdem et animo et corpore. (即ち其の同じ人の心素と及び體素からと、見られる。)

然るに、後に帝政時代に至つて、更に自由人に依る占有取得が、行はれるやうになつた。其の最初のものは、財産管理人(procurator)に依る場合であつた。是れイエリグが握有概念の發展の歴史中に、詳述してをるものであつて(文八七、一三五頁以下)、氏は後期ローマ法に於ける、握有概念の新たな二適用として、代理目的(Stellvertretungszweck)のために握有を適應せしめたこと、及び他物權(§ 110)と握有とを結合せしめたこと(同一三

七頁以下)を、擧げてをる。其の中前者が今の場合であつて、其れに關する氏の説明は、此うある。——

『家長は家族に依り、占有を繼續し、維持するのみならず、亦た之れを取得することも、できた。然るに握有概念が自由人間の占有關係に應用された際、前者又は取り入れたが、後者の方は、代理を許さないといふ原則に反した(文八七、一一五頁參照)。此の原則に對し、占有の利益のために、例外を作することは、爲されなかつた。是れ占有の性質は、物に付いての法律關係であるといふことを、古代から正當に評量してゐたこと、最も良い證據である。帝政時代の第二の世紀に至るまで、此の原則は固持せられてをつた。』(文八七、一三五頁)。

(三三二) ローマで代理を許さなかつた原則に就き、イエリグは前の方で(文八七、一一五頁)、既に古くから占有の存續に關しては、他の原則が行はれてゐたのであつて、即ち人は自由人に依つて、占有を取得することはできないが、しかし恐らく、之れを主張することはできるとした。之れは甚だ流動性に富んだ對立であつて、此の對立は亦た權利に付いても反覆せられたと言ひ、そして Paulus in l. 24 § 2, D. 29, 1 が、代理人に依つて行使せられた訴(Interpellatio)が、代理不許容の原則に、違反するものではないかといふ疑問をば、排斥してゐるといふことを、述べてをる(同上註二)。自由人に依り占有取得を許さなかつたことに就いては、一一一切引用文八七、一一四・五頁參照。

(三三三) ザギニーが l. 51 D. 41, 2 が、ラベオが代理人に依る占有取得を認めてをること(文一、三一三頁、五版三三〇頁)を擧げて、イエリグは、之れ同所に、custodiam ponere とあるを、不在の買主が樹を買つて、取りに往くまで、一時的に管理するため、Mittelperson を送つた場合であると、認めたのだが、しかし其れには此の場所自身は何等の契機をも、與へない。此の見解は既に後の法律家の證明に依つて、排斥されたものであるとしてをる(文八七、一三五頁註二)。尙ほイエリグは帝政時代の初めには、未だ代理人に依る占有取得が不可能とされた例として、Javolenus in l. 23 § 2 D. 41,

を引き、當時の見解、及びバンデクテンの編纂者の見解も、同様であつたとしてをる(文八七、二九五頁)。

「然るに同世紀の初めに於いて、一の變化の準備ができた。即ちネブチウスは管理人に依る占有は既に承認せられたと」(Neratus in l. 41 D. 41, 3) 彼れ自身には、代理は許すべきものであつた(Neratus in l. 13 pr. D. de A. R. D. 41, 1) 併し猶ほ同世紀の中葉までは、其れは決定するに至らなかつた。ガイウスは尙ほ此の問題を、疑はしとしてをる(Gaj. Inst. II 95)。然るにウルピアンに従へば、此の問題はセエルス帝の制定に依つて、決定せられたといふ(Ulpian in l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7) コデックスの同帝の轉載に依れば、此の原則は既に同帝の時には、實際例に採用せられたとある(D. I. C. de poss. 7, 32)。(文八七、一三六頁)。

(三三四) L. 41 D. 41, 3: *quavis per procuratorem possessionem apisci nos, iam fere conveniat.* (況や管理人に依つて吾が占有を達成することは、既に一致したとせよ) l. 13 pr. D. 41, 1: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine: dominium mihi, id est, proprietatem adquisitur, etiam ignoranti.* (若しも管理人が物を私に、私の委任からして、買ひ、そして彼れは、私の名で引渡されたならば、私に所有権、詳言すれば財産所有権が、取得される。知らなごつて) (Celsus in l. 18, pr. D. 41, 2. にも同主旨の規定がある。Gaj. Inst. II § 95: *tantum de possessione queritur, an per procuratorem nobis adquiritur.* (唯だ占有に就いては疑はれる。管理人に依つて、吾吾に取得されるかが。) 此の最後の淵源は、缺漏して傳へられてをった。故にザギニーは最初、『此の場所は決して主張することはできない。何となれば其れは吾吾に傳はらないからである。』としたのを(文一、一版三二五頁註)、イエリングはスツデムンドの寫本の比較に由つて、此の主張の理由のないことが明かとなつたとし、又たザギニーがGaj. Inst. II § 90 (註三三一

ノ二引用)を看過したことを、非難してをる。然るにザギニーは第四版に至つて、前の場所(ガイウス二卷九五切)は、『今日この形に於いては、此の場所は此處には利用することができない。』と言ひ(文一、五版二二二頁註二)、又た後の場所(前掲二卷九〇切)は、之れを引用してをる(同三一七頁註二)〇 L. 11 § 6 D. 13, 7: *Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem adquiri.* — しかし變更なしに、其の制定は吾吾の皇帝からであり、自由人に依つて、占有を取得することができる。此の淵源はザギニーにも、擧げられてをる(文一、五版三二二頁註一)。そして更に、§ 5 I. 2, 10: *per liberam personam, vel uti per procuratorem placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem.* (自由人に依り、又は並に管理人に依り、單に知つてのみならず、併し又た知らずに、吾吾に占有を取得することが、決まる。聖セエルスの規則に従つて)を引用してをる(同上)。之れに反し、イエリングの引用してをるのは、l. 1 C. 7, 32: *Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem; et postquam scientia intervenit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est.* (自由人に依つて、不知でも亦た、占有を取得し、而して後に知識を得れば、取得時効の條件が初まることは、公平の理由からも、法律學からも、承認せられてをる) (イエリングは、*der Praxis angenommen war (pridem receptum est)*”と言つてをる(文八七、一三六頁)。(此のイエリングの使つたドイツ語の方は、*juris prudentia* の譯語である)と、見られるが、其のラテン語の方は、『長く承認せられてをる。』と譯すべきものと、思はれる。

イエリングは、以上の如く、自由人に依る代理の可能となつたことを説明した後、更に斯う續けてをる。——『之れに依り、握有概念は、從來猶ほ其の適用はローマの家の内に限られてをつたのを、其の家の外に出させたのであつて、同概念は此の最後の發芽に由り、最初から含まれてをつた胚種をして、充分なる發育に到らしめ、

其の有した總べてのものを發現せしめ、發達せしめたのである。占有取得に代理を許すことに因つて、握有概念の歴史的發展は、未だ残つてをった最後の進歩を、なしたのであつて、高地に登つたのである。之れに因り握有は取引生活に對し、ローマの家が既に最初から有してをったと同一な、無制限的適用性を得たのである。其れは占有の取得並に其の維持に對しての同様な法形式が、之れである。〔文八七、一三六頁〕。

イエリグは、恰も自由人が無制限に、直接代理人となりうるかの如く、説明してをるけれども、其の引用せられたローマ法の淵源(註三三四)は、多くは専ら管理人のみに關するものであり、唯だウルピアン(L. 11 § 6 D. 13,7)は管理人の外に、後見人(tutor)を入れてをり、又たセゼルス帝の制定には、廣く自由人(liberam personam)と言つてをるが、其れとて、當時法律學(juris prudentia)に於いて承認せられたものを、指したのであつて、恐らく一般的に廣く代理不許容の原則を破つたものではなからうと、察せられる。然らば管理人に就いては、何故に此の原則に對する例外が、認められたかといふに、當時の管理人は大多數は被解放者であり、即ち其の實際上の關係は、従前の解放前からの家長と家族員との關係の、繼續に過ぎなかつたのである。之れシュロスマンの説明であつて(文六六、一六一頁)、デルンブルグに依つて、贊成せられたところである(文七六、一卷一八〇切二)。パウルスも亦た、前引のごとく(註三二九)、管理人、後見人、及び保佐人に就いて説いてをり、而して、『管理人に依つて吾吾の占有を取得しうるは、公平の原因(utilitatis causa)からして承認せられる。』と言つてをる(註一〇〇引用Paulus, S. R. V, 2, 2)。是れ前に一言したごとく(二六切)、イエリグに依つて非難されたところであ

つて、氏は此の説明を、彼れのI. 1 § 20 D. 41, 2の發言と矛盾するとし、一方は『其れは一の變則である。』とし、他方は『其れは變則ではなく、合理的に必要なものとして、演繹される。』とするものだと言つて、攻撃してをるのであるが(文八七、二七八頁)、しかし此の二の説明は、必ずしも矛盾すると解するには、及ばぬと思ふ。公平の原因(utilitatis causa)を、合理的(rationalis)と對立せしむる可否は、暫く措き、假にパウルスが此の對立を認めてをったとしても、此の二の場所は、相比較すべからざる別異のことを謂つてをるものと、見ることが出来る。即ち、前者は代理不許容の原則に對して、自由人に依る代理取得を認めたことが、例外なのであつて、後者は其の例外的な自由人の代理占有を、従前から行はれた不自由人の場合と、同一に解したのであつて、即ち彼れ等は本人のための占有の手段であつて、自ら animus possidentis を有せざる者であると言つたのであると、解することができる。然すれば畢竟、パウルスの時代には、唯だ原始的の意味に於ける、占有手段としての、代理の概念があつた丈で、今日の意義に於ける直接代理の思想は、存しなかつたのであるといふことの、一の證據として、I. 1 § 20 D. 41, 2を用ゐることが、できるのである。

(三三五) イエリグが utilitatis causa を變則(Singularität)と解するのは、現にパピニアンも utilitatis causa jure singulari receptum(公平原因から變則を受け取つた)と言つてをる(Papinianus in I. 44 § 1 D. 41, 2)。しかし之れに對して氏がI. 1 § 20 D. 41, 2を合理的(rationell)だといふのは、同所でパウルスが animus possidentis を有せざるが故に、占有者でなるとしたことを、指したものであるから、今の問題に就いては、到底斯かる對立は成立しない。しかし一般の問題として、

utilitatis と rationabilis はローマ法に於いては、相對立する概念であつたか否かは、同法の學者に就いて質したいところであるが、例へば前引(註三三四)のコデックスの正文には、現に *ratione utilitatis* と用ゐられてゐる。今日の思想に於いては、合理的と公平とは勿論一致すべき概念であつて、決して對立概念ではない。

イエリグが管理人の握有を、代理目的のためであるとするは、直接代理の意味に解したものであること、氏自ら明白に表示するところである(本切後段引用文八七、三〇五頁及び二九四頁)。獨りイエリグのみならず、ドイツ普通法の時代に於いては、未だ代理人の占有と、占有の手段といふ意味に於ける占有代理とは、恐らく區別されずに、考へられてつたので、自由人が他人のために占有を取得することから、直ちに其れは代理人の占有であるとして、解したものであらうと、想像される。しかし兩者は氣層の違つた高度にあるものであつて、一方はローマ以來の沿革を有つた器械的な制度であり、他方は十九世紀の法律學の造つた——イエリグをして言はしむれば、概念の産物であるところの——文化的制度である。

(三三六) デルンブルグは、『前の場合には通常、代理人に依る占有取得と共に、主人は直接に代理人の把持する物の、所有者となり、第二の場合には、代理人が其の所有者となり、而して其の物を本人に移轉することを要する。』と言つてゐる(文七六、一卷一八〇切註九)。前の場合とは管理人に依る取得の場合で、第二の場合とは、後述する他の自由人に依る場合であると、解せられる。氏は所有權に就いて謂つてをるが、占有に就いては如何に解すべきか、氏の説明の正面からしては、全く不明である。其は兎も角、此處で氏の、主人が直接に所有者となると言つてをるのは、直接代理といふ意味ではないこととは、明白である。之れ氏が全然、ローマに於ける直接占有の存在を否定することに、照らして(本切後段引

用支七六、一卷一八切末段)、疑ひのないところである。

然るに管理人であるか否かは、往往にして不明であり、疑ひを生じた。蓋し、其れは流動的な社會的關係であつたからである。このことが動機となつて、假令管理人でなくとも、自由人に依つて占有を取得することが、妨げないとせられるやうになり、帝政時代の末に至つて、此の發展は完了した(文七六前掲)。之れイエリグが補充人(Ersatzmann)と稱する場合である(註三二三)。然るに通説は、管理人の關係は奴隸制度の遺物であつて、一般の自由人の代理行為が許されるやうになつたのは、其れよりも後のことであり、そして其れは所謂間接代理の制度であつたのであるが、イエリグは之れに反して、間接代理の方が、管理人の代理よりも、先であり、代理占有の原始的な形態であつたと、主張するのである。之れ管理人の占有を、一般の自由人に擴張し、且つ其れを今日の意味の直接代理であると、解釋したことから出た結果であると、思はれる。氏は此の間接代理に就いて、次の如く主張してをる。——

『既に古ローマ法は、此の問題に對して決定すべき、機會を有つた。其れは間接代理(mittelbare Stellvertretung)の關係に於いて現れた。之れが當時取引に於いて、代理目的(Stellvertretungszweck)に對して提供せられた。唯一の形態であつた。予は之れを補充人と呼ぶが、彼れは本人のために、法律行為を締結しはする。しかし此の事情は、其の行為に因つて設定せられた法律關係には、毫も影響を及ぼさなかつた。仲介人(Mittelperson)が、恰も自己自身のために行為したと、同じ權利を有つた。従つて彼れは、彼れが欲するとき、其の取得した權利を、第

三者に移轉することもできた。債權關係に於ける代理人も全く同様であつた。即ち委任者の代りに本人(*principale*)と、及び彼れの外に *stipulatio* の締結に際しては、附屬債權者(*adstipulator*)としての助役(*accessore*)とが、行爲を締結した。(中略) 占有では違つてをつたか。全く同じこと! 占有取得に直接代理が許されるやうになる(上引文八七、一三五頁)前は、間接代理が唯一の形式であつて、而して其れは新法に於いて、直接占有が主張せらるるやうになつても尙ほ、主張せられた。此の場合には、仲介人自身が占有を受ける。(同三〇四・五頁)。

尙ほイエリグは、『後見人に就いても、占有に於ける直接代理が許される前には、補充人として、未成年者のために、占有を取得することができたのであるが、新法になつてからも、尙ほ存続した(1. 2 D. 26, 9; 1. 1 § 20 D. 41, 2)としてをる(文八七、三〇五頁註一)。

ローマに於いては、果してイエリグの主張のごとく、直接代理の制度が發達したか、又は最後まで、間接代理の方法に止まつたかは、尙ほ研究せらるべき事項であるが、ザギニーはモデステイヌスの時に、既に無方式な行爲に就いては、自由な代理が許されたと、してをる。テルンブルグは之れに反對して、直接代理不許容の原則は、ローマでは終に最後まで破られなかつたとしてをる(文七六、前掲末段)。しかし氏がザギニーに對して反對する方法から見るときは、或ひは占有に就いては、直接代理を許したとする主意かとも、想像せられないではな(同上註一一)。

(三三七) *Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium, l. 53 D. de A. R. D. 41, 1: Ea, quae civiliter adquiruntur per eos, qui in*

potestate nostra sunt, adquisitivus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. (吾等の權力の下に在る者に依つて、*jus civile* に従つて取得するものを、例へば *stipulatio* のごとく、其のものを *jus naturale* に従つて取得される。占有も同様である。何等か吾等に占有すべき意思に因り、吾等が取得する)ザギニーは之れを方式的行爲と無方式的行爲との對立であるとすることに反し(*Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2 § 21 ff.*)、テルンブルグは權利の取得と占有の取得との對立であるとするのである。單に其れ丈の説明から現れるところでは、氏は占有取得には、直接代理が許されたことを、承認するものと謂はねばならない。しかし此の場所が果して其の意味に解すべきものか、又は前の諸場合(註三三四)と同様、單なる占有の手段に過ぎないかは、尙ほ研究を必要とする。

要するにローマ法に於いて、占有の直接代理を認めてをつたか否かは、充分明白でない。更に一つ不明なことは、所謂間接占有が、同法に於いて、認められてゐたか、否かである。學者の説明中、直接に徴すべきものはないが(參照九二切)、諸種の方面から、間接に現れるところは、同法には斯かる觀念は、なかつたであらうことである。即ち同時に全部の共同占有は許されないとする原則からも(九三切)、又た所有と占有とは、全く別であるとする原則からも(四七切)、又た準占有は物の占有ではないとして、所有者の物の占有を、理由づけてゐたこと(七七切)、及び所有者が判然占有者として顯れてをる場合には、之れに對立する者は、握有者であつたこと、等は、何れも間接占有の思想とは、不調和なものである。イエリグも、若し間接占有の語をローマ法に應用するとすれば、握有者に對して、占有主たる地位を保留する者を、指すべきものであるとしてをる(九二切引用文八七、五〇〇頁)。然すれば、之れ畢竟、占有手段といふ意味に於ける、占有代理を指すものに、外ならない。

九五 代理占有の發點と終點

以上の歴史的検討より現れるところは、代理占有は先づ占有手段(*corpus*)といふことに源を發し、其れが發展して、占有權の觀念の確立と共に、法律行為の代理の性質を帶ぶるに至つたのであるが、然し尙ほ占有手段といふ意味の代理占有も、消滅したのではない。更にローマに於ける代理不許容の原則が、おのづから間接代理を發せしむる因をなし、又た所有者は占有者であるとする思想が、間接占有なる制度を産むに至つたのである。之れを本論の主題に引き附けて謂へば、問題は、本人と代人の何れが占有者であり、そして其の理由は何處に存するかに在る。簡單に本人が占有者であつて、代人は然うではないと謂へるならば、問題は唯だ、何故にさうであるかを、究むれば可いことになるが、しかし事實はもつと複雑であつて、既に述べたごとく(九三切)、本人が占有者である場合もあり、代人が占有者である場合もあり、甚だしきは其の雙方が占有者であると、考へられてゐる場合さへもある。吾吾は其の各場合に就いて、正否を見極はめねばならぬ。そして其の全體に通じて適用さるべき占有理論を、發見することが必要である。此の研究に關して、特に有用なのは、奴隸は占有者たるべき資格を有せなかつたといふことと、及び間接占有の根本思想は、所有者は占有者であるとするに在ることである。歴史的に見て、前者は代理占有制度の出發點であり、後者は其の到達點であつた。此の兩極端を連絡する思想を、辿りさへすれば、今の問題の根本的解決が、得られるに違ひない。而して此の二つの思想共に、客觀說の地

盤に在ることは、明白である。故に先づ此の問題に對するイエリングの意見を、聽かなければならぬ。

氏はパウルの *animus possidentis* に關する二場所の批評に於いて、此の問題を詳論し(文八七、第一章二七〇頁以下、特に二九五—三〇〇頁)、更に派成占有の目的を論ずるに當つて、之れを再論してをる(同第一章三七九—三八一頁)。兩所を通じての氏の要旨は、占有の區別を、意思に求むることを非難して、或ひは占有とし、或ひは握有とするは、客觀的理由、即ち氏の所謂實際的考量に依ることを、主張したものである。以下に其の要點を擧げる。

氏は、パウルの二場所を批評すると言つて、直ちには其の批評に入らず、先づパウルの他の問題に關する所説を、各所から引いて來て、長い間彼れの棚卸しをやつてをることは、前に述べた通りである(註二〇)。そして、『予は今迄大へん迂り路をした。さうして今や最後に I. 1. § 20 h. t. (D. 41, 2); I. 37 de pign. act. 13, 7 に於けるパウルの *animus possidentis* に達することができた。予は此の迂り路は、決して無益ではなかつたと信ずる。』と言つて、其の辯解をしてから(文八七、二九四頁)、漸く本論に入り、『パウルスは I. 1 § 20 h. t. に於いて、仲介人(Mittelperson)に依る占有取得を取り扱つてをり、そして二の區別をなしてをる。第一は間接代理人(mittelbarer Stellvertreter; Ersatzmann)に關するもので、此の場合、其の者自身が占有を受ける。第二は直接代理人(unmittelbarer Stellvertreter)に關するもので、此の場合本人が占有を受ける。』(同上)。そして此の直接代理の場合にヤブレヌスが『不可能』と言つたこと(註三三三三引用参照)をば、パウルスは『必要』として證明せむ

とし、代理人は *animus possidentis* が缺けてをるから、占有を受け取ることが、できないとする。此處で氏はもう一遍、パウルの演繹法を非難し、古代法は意思の區別ではなかつたといふ主張を、反覆し(同二九五頁)。更に氏は以上を要約して、『彼れ(パウルス)は曰ふ(参照註一九引用)。引渡人は最早占有しない、何となれば、占有を譲渡したから(quiniam cesserit possessionem)。代理人は占有しない、何ぜならば、占有意思を有たないから(quia non habent animus possidentis)。其の結果——本人が其れを受けなきやならないと！他人が占有を失ふ。而して第三者は其れを取得しない。だから私が其れを得るかの如くに！ 奴隸が物を盗んだ。被害者の占有は消滅する。奴隸は占有を取得しない。——然らば主人が其れを取得するか。I. 24 h. t. (D. 41, 2) に従へば、否！パウルスは第三の可能性の残つてをることを看却した。即ち物が無占有となること、之れである。I. 18 § 1 h. t. (D. 41, 2) に従へば、狂人に對する引渡は、其の例であつて、引渡人の占有は消滅する。狂人は其れを取得しない。物は無占有となる。』と(同二九六頁)。

更に氏は、夫が妻に贈與した物に付いて、妻が占有を取得する場合との、比較をなして(同上)から、まだ問題は解決されないと云つて、直接代理と間接代理との區別に、説き及ぼし(同二九七頁)、而して氏は意思決定に關する a と f との區別の問題(註九九)を提げて(同上)、『仲介人の意思は唯だ、委任者のために或る行爲をなすといふ考へさへ、あればよい。結果に對しては、何の知識も意欲も必要でない。』として(同二九八頁)、即ち a (行爲)に對する意欲(Absicht)は必要であるが、f (結果)に對する知識(Wissen)又は意欲(Wollen)は、必要であるとする。

主張し、更にこのことを反覆重論して、『パウルの誤謬は、今や一言にして盡くすことができる。其れは即ち a と f とを取り違へたことである。』とし(同二九九頁)、そして最後に、『然らばパウルスに従へば、間接代理人は *animus possidentis* を有するか。彼れは I. 13 § 2 D. de usurp. 41, 3 に於て、^{Quintus}本來は有しないが、——亦た有するやうでもある(Eigentlich nicht — es ist einmal so)。即ち此の者は自己のために占有する(pro suo possidere)考へはない。しかし其れにも拘はらず、占有し、且つ時効取得するといふのだ。パウルス——彼れは是れで平氣なのである(Paulus — ihn kümmert das nicht)。』と(同二九九・三〇〇頁)。(尙ほ三切引用同三〇〇頁、パウルの占有意思説を葬る詞参照)。更に氏は前に引用したごとく(九四切)、後に至つて直接占有が現れ、間接占有と併存するやうになつてからも、間接占有の場合には代人自身が占有者であることを説き、『此の場合には、仲介人が本人のために占有する意思を有するにも拘はらず、彼れ自らが占有を受ける。即ちローマ人に取つては、占有は他人のためにする意思と、不調和なものではなかつたのである。其れは單に古代に於いてのみならず、最高の法律上の發展の時期に於いても、然うだつたのである。』と言ひ(同三〇五頁)、意思は決して區別の標準ではないことを、主張してをる。

(三三七ノ二) L. 13 § 2 D. de usurp. 41, 3: Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutius (diutius) possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, cum mandati iudicio teneris.

(若し私が汝に委任されたらうならば、土地を汝が買ふやうに。其の原因から汝に引渡すため、長く占有から汝が捕へ

る。汝のため占有するのではないと見ることができたとしても。蓋し少しも違はない。委任の判決から汝が保つのと。)

以上は直接代理と、間接代理との區別に關する・意思の要件に就いてである。兩者の區別の生じた理由に就いては、派成占有の目的論中に述べられてをる(文八七、二九八頁)。其れは即ち、既に直接代理が許されるやうになつた新法の時代に於いても、尙ほ間接代理の方法の存してをつたといふは、全く實際的理由から出てをつたことに、違ひないといふことに在る(同三七九頁以下)。氏の議論は、間接代理は代理占有の原始的形態であつたといふことを、基礎としてをる(同三七九頁に於いて、九四切引用同三〇五頁が引用せられてをる)。そして第二の形態即ち直接代理が出現してからも、間接代理は並行して存在したことを、反覆し(同三〇五頁、同上註一、三七九頁)、そして斯う述べてをる。『其の(併存する)理由は、唯だ實際的なもののみでありうる。如何となれば、若し然うでなくば、間接代理は不完全なものであるとして、完全なものに譲らなければ、ならなかつた筈だからである。併し間接代理は存続した。而も單に受任者に於いてのみならず、後見人に於いても(上引文八七、三〇五頁註一)然うであつた。主觀説の立點からは、之れは全く理解すべからざることであつて、兩場合共に、仲介人は本人のために行爲する意思を、有する(Procurotor, curator, tutor alienae possessioni praestat ministerium: l. 18 pr. D. 41, 2—管理人、保佐人、後見人は他人の占有の役を行ふ)。兩場合共に、同一の債務關係が生ずる。同一の訴が場所を占める(actio mandati, tutelae directae, utilis)。而も一方は占有、他方は握有。何故か? 若しも予が本書に於いて、之れに就いて引證したところの總べてに従ひ、占有問題は利益問題であるならば、然らば上の

兩場合に於ける利益關係の相違が、吾人に解明を與ふるものであらなければならぬ。』(同三七九・八〇頁)。そして以下に此の利害關係の相違に就いて、議論が展開されてをる(同三八〇・一頁)。

(三三七・三) l. 18 pr. h. t. : D. 41, 2. Quod meo nomine possides, possum alienis nomine possidere: . . . Nam possidet, cuius nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.

九六 代理占有の諸場合の検討

(一) 以上イエザングの論評を讀むに付けて、如何に此の問題が、從來、無理解に取り扱はれてをつたかに、驚くより外はない。第一に奴隸制度と、自由人間の關係とが、同一の法域に現れ、第二に親族關係に基く後見、保佐と、契約關係に因る受任者とが、同一に見られ、第三に占有と權利との異同の問題があり、第四に所有權に對する他物權の地位の問題がある。之れ等錯綜した層位に於ける法現象を、同一の代理として見解せうとしたのだからして、到底混亂に終はるべきは、寧ろ當然のことである。以下イエザングの意見を批評しつつ、此の混亂を極はめた問題に、系統を與へたいと思ふ。

代理は握有と同じく、先づ古代の家族制度に始まつたことは、イエザングも承認してをるやうである(參照九四切)。即ち家子又は奴隸が家長の占有の手段として、彼れのために占有の體素を備へてをつたことが、代理制度の發端をなしたのである。然らば、代理人が占有を有せざることは、事物の性質上當然のことであつて、奴隸

は自ら占有者でありあたはなかつたことが、さながら代理人の占有者に非ざる理由を説明するものと、いふべきである。既に此く原始的な握有概念を代理制度の基礎とする限りは、後に此の制度が自由人の上に擴張せられて往つても、依然として同じ思想が繼續したであらうことは、賭易いところである。之れ恰も、イエリグに依つて提唱せらるることく、物の利用が奴隷から賃借人に移つた後も、主人との間の法律上の關係は同一のものが續いたのと、相類似する事實である。さすれば此の自由人たる代理人も、奴隷が *animus possidentis* を有せざると全く同一の意味で、之を有しなかつたのであつて、パウルスは此の事實を説明して、管理人、後見人、保佐人は占有意思を有せぬと、したものであらう。而して管理人の代理は、概して解放前の關係の繼續であつたことが、學者に依つて承認せられてをる(九四切)。後見人及び保佐人に至つては、尙ほ歴史上の研究を必要とするが、少くも其れ等が家族的制度であり、従つて家族的な代理關係の思想が、之れに應用せられ易い地位に在ることは、容易く理解しうるところである。

イエリグは、パウルスが代理人は *animus possidentis* を有せざるが故に、占有者ではないと言つたことをば、其の攻撃正面に取つてをるのであるが、しかし當時占有には、*animus* と *corpus* が必要であると、一般に考へられてをつたとすれば、之れは事實を其の儘に、言明したものであつて、敢て叱むべきところはない。氏は奴隷が物を盗んだ場合と對比してをるが、其れは却つて、客觀說の一弱所を曝露するものであつて、即ち奴隷が主人のために物を取すれば、主人が占有者となり、自己のために物を盗めば、主人は占有者とならない理由は、意思

の要件からして説明するを、至當とするものである。尙ほパウルスが扱つてをるのは、管理人、後見人、及び保佐人であつて(註三一九)、當時既に併存してをつたと想像される。間接占有の場合と、對比すれば、*animus possidentis* の有無が、決定的標準であることは、頗る明白に理解されるところである。

(二) 何故に間接代理の制度は生まれたかに就き、イエリグは餘り説明してゐない。しかし恐らくは、代理不許容の原則が、ローマに行はれてゐたためであらう。間接代理は、眞實に於いては、代理ではない。しかしローマ人が之れを代理と考へてをつたことは、例へばパウルスが、間接代理人を他人のために占有するものごとく、見てをつたこと(前切引用 *1. 13 § 2 D. 41. 3*)からも、窺ひ知られる。實は代理でないものを、代理の目的に利用するは、不自然であるが、ローマ人が古法時代の、代理不許容の原則に固執してゐたために、他人を用ひて代理行爲を爲さしむべき、實際上の必要に應ずるために、間接代理を生ずるに、至つたのであらう。更に或ひは、當時代理は専ら奴隷又は被解放者に依つて、行はれてゐた事實に照らすときは、他人のために行爲する自由人を、彼れ等と同一の地位に置くことは、ローマ市民の感情に適合しなかつたかも知れぬ。之れは雇傭と委任との區別と同様、歴史的研究をなす者の、念頭に保つべき必要ある事柄である。之れ等の法律上並に社會上の理由からして、間接代理人は、自ら獨立の行爲者たる地位を留保しながら、同時に他人のために行爲するものであり、考へられたのであらう。

此く解するときは、間接代理人が占有者たることも、理解しうるのであつて、即ち彼れは、奴隷又は被解放者

の如く、他人の名に於いて行爲する者では、ないからである。詳言すれば、他人のためにする點に於いては、奴隸又は被解放者も、間接代理人も、同一である。唯だ其の行爲より生ずる法律上の効果が、彼れに在つては、行爲者に歸屬しえないか、又は歸屬せしむる意思がないか、であるに反し、是れに在つては、行爲者自ら其の效果を受くべき、意思と資格とを、有つてゐるのである。之れを占有に就いて謂へば、奴隸又は被解放者は、主人に占有を歸せしむべき意思であるに反して、間接代理人は自ら占有を受くる意思である。之れが即ち *animus possidendi* なのである。

要するに、間接代理の生成した理由は、法律上及び社會上の要求に因つたのであり、そして其の直接の理由は、行爲者の意思であつて、此の制度と、原始的な代理制度との併存した理由も、矢張り同様に説明せらるべきものである。然るにイエリグは、此の併存の理由を、専ら利益關係の相違であるとしてをる(前掲末段)。氏の利益とは、意思を働かす動機のことであつて(参照三二切)、實は意思と置き換へても敢て妨げないものであることは、別としても、今の問題に於ける利益は、本人をして法律上の效果を受けしむることであつて、換言すれば、代理制度の目的は、本人の利益である。此の目的考量からしては、間接代理なるものは、存在せしむる餘地がない。然るにも拘はらず、其れが併存した理由は、本人の利益のためではなくて、代人自身の利益のためでなければならぬ。其れを恰も本人の利益のためかかひ言ひ做すは、適當なる目的考量ではない。

(三) イエリグはローマに於ける奴隸及び被解放者の代理占有を以つて、直接代理の意味に解してをるので

あるが(九四切)、其れはしかし今日の占有代理人を指したものであつて、法律行爲の代理人といふ意味の直接代理に、氏が著眼してゐたか否かは、疑はしい(参照九二切)。寧ろ此の時代には、代理行爲と、代理占有とが混同せられてゐたのではないかと、想像される。

しかし代理行爲の意味に於ける直接代理人が、本人のために占有を取得する場合に就いて、觀察することになると、最早利益とか、社會事情とか、其の他何等か客觀的な事項に依つて、問題を解決せむとすることは、全然不可能である。占有代理人としての所謂直接代理は、奴隸の主人に對する關係の遺物であり、當時に在つては、外部から代理關係を知りうべき、客觀的標準が豊かであつた。奴隸は勿論、ローマの財産管理人も、其の資格からして代理關係を推知することが、容易だつたであらう。然るに今日の代理人は、法定代理に於いてすらも、本人の事務と、代理人固有の事務とは、必ずしも外部的に、明白ではない。況や任意代理に於いては、本人のためであるか否かは、専ら代理人自身の意思に因つて、決定せられるより外はない。是れ代理意思は表示せねばならぬとする原則に、到達した所以である(参照民法第一〇〇條)。身分の撤廢せられた今日の法生活に於いては、代理人は獨立な意思主體として、本人のために行爲すると、自己のために行爲するとは、全く其の自由なる選擇に、委せられてをるのである。即ち本人が占有者となるか、代理人自らが占有者となるかが、専ら所持者の意思に因つて、決せられる場合なのであつて、主觀說に依るに非ざれば、到底説明することの、できない場合である。之れをしも客觀的の事情——法律の規定——に依つて、定まるといふならば、其れは恰も法律行爲は法律の

規定に依つて締結されるといふと、敢て異らざるものである。

(四) 以上の外に、尙ほ間接占有の問題が、残つてをる。此の問題に對するイエリグの意見は、かなり前後撞著に陥つてをる。既に述べたごとく(註三二八)、氏は間接占有といふ思想を、既に容假占有の場合に於いて認めてをり(九〇切)、又た役權に於いては、明かに他物權者の外に、所有者も亦た占有者であるとし(一一〇切引用文八七、一三八頁)、之れに因つて、同時に二人以上の占有は不可能であるとする原則が、破られたのであるとしてをる(同上)。然るに氏は間接占有といふ用語は、却つて直接占有者は、單なる握有者として、全然占有の保護を受けなかつた場合に對して、使用してをる(註三二八引用同五〇〇頁)。そして一方には、準占有を祝福して、其の占有に高められたことを、喜んでをりながら(一一〇切)、他方では、ドイツ民法草案が有名無實な占有を作ると言つて、扱き下ろしてをる(一一三切)。迷へるは唯だイエリグ一人ではなくて、ドイツ普通法其の者が、此の問題に就いて、如何にも惑はしき状態に在つたのであらう。

若し二人の占有者が居るとすれば、差しづめ兩者の相互の關係はどうであるかと、聞かなければならないのであるが、イエリグは、『唯だ兩者相互の關係に於いてのみ、彼れ等の共同占有は變更を受ける。而して其の變更は、兩者相互の權利の内容に依つて、定まるのであつて、即ち權利範圍の標準に従つて、占有範圍も決定されるのである。』と、答へてをる(同一三八頁)。併し權利の内容に依つて定めなければならぬならば、其れは既に本權の問題であつて、占有の問題ではないことになる。元來共同占有を不可能とする原則は、事實上の鐵則であ

つて、擬制に依つて動かすことは、できないものである(參照九三切)。間接占有は實に此の不能を、可能なりと認めたところの制度なのである。ドイツ普通法の學者の根本の誤謬は、思ふに、所有者は占有者であるとするところに、在つた。之れ蓋し太古の所有權が占有權と隨伴してをつたことからして、傳統的に誤傳せられた思想なのであるが、其の理由なきことに就いては、既に充分に見たところである(本章第一節)。ローマに於ける長き法發展の間に、占有と所有とが全く分離するに至つたことは、上來の研究に於いて判然と現れて來たところであつて、最早占有者は必ずしも所有者でないと共に、所有者は必ずしも占有者ではない。従つて現在の占有者を以つて、所有者の占有代理人であると思ふことも、亦た誤りである。自己のために占有する意思と、他人のために代理占有者たる意思とは、必ずしも兩立しあはざるものではないと假定しても、尙ほ、客觀的に見た利益には一致しない。私が食べても、貴下の空腹は満たされない。借主が住んでゐることは、所有者自らの居住の可能性ではない。間接占有は、占有が物の事實上の支配たるの本質に、違反するものである。(三三七ノ四)

(三三七ノ四) 私は法學新報所載の論文に於いて、間接占有の制度は、ロマニステンとゲルマニステンとの抗爭の結果、學說の混亂中に生まれ出でた鶴的制度であることを、指摘した。其の直接の支持となつた思想は、權利占有の思想であつて、ゲゼルの影響に因つて、占有を物權の要素であると考へ、一個の目的物の上に數個の物權が存立しうる以上、數個の占有も併存しえねばならぬと、考へたものである(法學新報四一巻一號六四・五頁)

九七 客觀說の一過誤

以上吾等は、代理占有に關するイエリッングの意見を説き、其れを古今の沿革に照らして考察するときは、實に複雑なる異分子が、混然雜居してをるのに、驚くのであるが、しかし其の最も顯著なる特色は、代理占有の觀念が、奴隸制度に始まつて、間接占有の機構に終はつてをることである。此の發點と、終點とを結合して見ると、共に當事者の意思如何を問はず、専ら外部的な事情に依つて占有關係を認定するものであつて、明かに客觀說の地域に在るものである。此の事實は恐らくは、ドイツ民法の制定に對して、イエリッングの學說が強い影響を與へたことを、暗示するものであらう。イエリッングの贊成者たるベッカーが、此の問題に就き、第二草案の批評として、言ふところを見ると、氏は占有補助者(Besitzhalter)の語を用ひて、ローマ法は奴隸(Sklaven, per servum)家子(Hauskinder, per filium)自由代表者(freie Vertreter, per procuratorem)の三場合を、認めてをつたとなし、今日では、此の三者は二に別れるとして、占有使用人(Besitzliener)及び占有媒介者(Besitzvermittler od. Besizmittler)を、擧げてをる(文一〇四、二六頁及び四二頁)。そして氏は、『占有使用人は占有者ではなく、占有者の機關(Organ)であるが、しかし均しく、第三者に對する自救權を、有つてをる。』とし(同四二頁)、之れに反して、『占有仲介人は自ら占有者であり、占有者として、第三者に對する自救權並に裁判上の救済を有つてをる。人は亦た斯う謂ふことができやう。占有使用人は、他人の名に於いて、且つ自己の固有の——しかし勿論期限の定められた——權利からして、事實上の力を行使する者であり、而して反對に、占有使用人に依つて占有する者は、物を自己の監護(Gewahrsam)に於いて有し、眞實の(直接の)占有者であつて、他人の行動に因る實力行使に於いて、

支持されてをるのである。占有仲介人に依つて占有する者は、物を自己の監護に於いて有しない。物は仲介者の監護に於いて在る。しかし此の者と、彼の者との間に存在する特別な關係に由り、此の者の監護が、彼の者に加算せられ、そして彼の者も亦た、占有者と看做さるのであるが、但し單に「間接」占有者としてである。(同四二・三頁)。斯う言つて氏は、兩者の相異點として、第三者に對して訴をなしうるは、占有仲介人に限ること、占有使用人は占有主に對し、自力防禦をなしえないが、占有仲介人は間接占有者に對して、其れをなしうること、及び占有主に對する訴に關しても、兩者は相異なることを、列擧してをる(同四五・六頁)。

(三三八) Bekker, Besitz beweglicher Sachen, 1895, S. 26, 42 ff. 氏は「第三者の協力、數人の占有」(Mitwirkung Dritter: Besitz Mehrerer)と題し(同四二頁)、占有取得(adipisci possessionem)にも、占有維持(reinere possessionem)にも、第三者の協力が行はれるとしてをる(同上)。氏の占有使用人と稱するは、ドイツ民法第二章第七七八條(第一草案には無規定、現行同民法第八五五條)、又た占有媒介者又は占有仲介人と稱するは、第二章第七九〇條(第一草案第八二二條、現行民法第八六八條)である(同上)。尙ほ氏が第二章第七九〇條第二項に依り、占有媒介者が間接占有者に對して、行使しうるものとしてをるのは、同草案第七八三條、第七八四條、第七八九條の諸權利である(同四六頁)。

之れに依れば、ローマの奴隸、家子、管理人の關係が、近世法に展開して、占有使用人及び占有仲介者の關係となつたと、するのであつて、そして其の占有使用人とは、自らは占有者たらざる・占有代理人のことであり、其の占有媒介者又は占有仲介人とは、自ら占有者であつて、即ち間接占有者に對立する・直接占有者のことである。恐らくは之れが、當時のドイツ人の一般の思考法であつたので、即ち間接占有を以つて、奴隸以來の代理占

有の、展開であるとしたのである。其の思考の中心となつてゐるのは、第三者が、占有者のために、占有手段となつてをることと、其の者と本人との間に、或る特別な關係が存在することである。之れ等の點がドイツの法律學者をして、家子、奴隸、管理人の關係と、間接占有とを、同じ目的の法制度であると、見解せしめたのである。然らば占有代理人(所謂占有使用人)と、間接占有の場合の直接占有者(所謂占有媒介者)とは、如何なる點に於いて異なるかといへば、其れは唯だ自ら占有者で無いと、有るとの一點であつて、そしてこのことは、關係の性質を變ぜしむるものではないと、彼れ等には見えたのである。爰ぞ知らむ。此の一點こそは、占有主との關係を、根本的に變改したものであり、其れは最早代理占有の域を脱して、第三者自らを占有者たらしめたものである。自ら占有者たることは、他人の占有手段ではありえない(参照前切末段)。何故にドイツの法律家が、此かる謬見に陥つたかを考へるに、其れは恐らく、意思の效力を誤認したためであらう。即ち奴隸其の他の制度に於いては、身分が代理關係の標準であつて、意思は前面に現れて來なかつた。然るに近世法に於いては、意思が法律關係の重要な因子となつた。このことは近世法學を學ぶ者の、忘却し去るを許さざる事項である。そして之れを正當に把持する限りは、其の意思とは、第三者自らが占有者となるか、本人をして占有者たらしむるかを、決定する意思であらねばならぬのに、第三者をして物を所持せしむる意思を、恰も其れであるかの如く、誤解したのである。此く誤認するに至つたに就いては、確かに、意思を不問に附して、何等か外部的關係の標準を以つて、之れに代へむと務めた占有客觀說の議論が、禍ひを致したことを、看過することはできない。「此の者と、

彼の者との特別な關係」などと謂つて、若し然ういふものを問題とするならば、此の場合、代理權であり、授權行爲であらなければならぬのに、何か目に附くもの、目に立つものをと、探し求めた結果、他物權、賃貸借、等、物の使用收益の關係を捕へて、其れを昔の奴隸、家子の關係に置き換へたことが、此くの如き無法極はまる誤解に、陥らしむるに至つた・原因である。

之れを要するに、代理占有の制度は、奴隸に依る占有手段の關係から、始まつて、今日の占有代理人の關係に移り、身分から意思へと、進展して往つた。更に意思の要素を伸張すれば、法律行爲の代理人(即ち直接代理)の占有に發展しなければならぬのである。然るに十九世紀のドイツ法律學に於いては、此の思想的發展を辿り損ねて——其れは意思の要件を誤認したためであらう、又た意思の因子を否定せむと力めたためでもあらうが——代理人の占有の代りに、間接占有へと曲り込んでしまつた。其れはしかし占有の原理に反するものではない、又た決して代理占有ではない。自ら支配する意思と、他人のために支配する意思とは、決して兩立しない。要するに間接占有の制度は、何れの方面からも、抹殺せられねばならぬものであつて、之れ畢竟代理占有の制度發展の過程に於ける、一偽態であつたと、認むるを以つて、足るものである。斯かるものを排斥すれば、代理占有は専ら主觀說の見地からして、説明せらるべきものであつて、占有代理に於いても然うであるが、代理人の占有に於いても、親權とか、禁治産とかの、客觀的標準が役立つ場合でも、尙ほ具體的の場合に、親權者又は後見人自身の占有か、又は被監督者のための代理占有かを、決定するものは、行爲者自身の意思であり、更に任意代理に於

いては、全然當事者の意思より外には、問題を決定する標準は、存しないのである。

第五款 契約上の保管者

第一項 受任者

九八 委任と代理

委任^(三三九)は従来屢ば、代理と混同せられてをる。故に委任と占有との關係を解明するには、先づ其の代理との關係を考察せねばならぬ。今ま手近な材料に據つて、此の問題を歴史的に、一瞥して置きたい。

(三三九) Mandatum は mandare と同語であり、多分 *nanui od. in nanum dare* であらうとされる。即ち「手中に與へる」、「交付する」の義で、従つて「信頼する」、「打ち任せ」といふ意にも、用ゐられる。

(三四〇) 委任の歴史に就ては、Lenel, *Edictum* § 109; Karlowa, *Röm Rechtsgeschichte* Bd. 2, S. 663 ff.; Irard, *Droit romain*, p. 592 et s.

委任はローマ法史^(九七)に於いては、新しい制度の一である。其れは他の諾成契約(*contractus bonae fidei*)と共に、法律(*lex*)に依つて、初めて認められたものである。其の以前には、之れに代はるべき、個個の訴が許されてをる(例へば *lex Aquilia*, *lex Publilia*)、後に至つて、廣く委任の訴及び反訴(*actio mandati directa et contraria*)が許

されるやうになつた。しかしシセロ(Cicero, *De officiis*, 3, 5, 61)に従へば、此の訴は *lex Aebutia* より前には、存在しなかつたといふことである。だが、諾成契約としては、最も古いもので、既に形式訴訟時代に存在したことが、證明せられてをり、即ち矢張りシセロ^(三二一)(*cit.* 3, 17, 70)に従へば、*Quintus Mucius Scaevola* の諾成契約の訴中には、算入せられてをつた。加之、既に紀元前七世紀の中葉に、二人の護民官に依つて、此の訴が報告せられてをるのである。尙ほ法律(*lex*)に依つて、此の訴が權利(*in jure*)として承認せられる前に、護民官の禁令に依つて、事實上の訴(*actio praetoriae in factum*)として、認められてゐたとされてをる。

(三四一) Cicero, *De officiis*, 3, 17, 70: Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat nanare latissime idque versari in tutelis societibus fideiis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis quibus vitae societas contineretur; in his magni esse iudicis statum, praesertim cum in plerisque essent iudicia contracta, quid quemque cuique praestare oportere.

たしか此のシセロの説明が普通、委任、賣買、貸賃借、組合の四つが最も古い諾成契約であるといふ證據に、引かれるものであつたかと思ふ。シセロの此の著書は *Quintus Mucius Scaevola* (*Pontifex Maximus*) に宛てて、書かれたものであつて、此の *Scaevola* は、紀元前九五年に、コンソルになつた人である。さすれば紀元前一世紀の頃には、既に委任契約は承認せられてゐたものだらう。更に *Sex. Julius* といふプレーターが六三一年に、相續人に對して *actio mandati* を起こすことを拒絶し、又た *M. Livius Drusus* といふ六三四年乃至六三九年の間プレーターであつた人が、之れを許可したことが、傳へられてをる(*Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19; Cf. Cicero, *De domo*, 53, 136.)

然らばローマ法に於いては、受任者は直接代理人であつたか、間接代理人であつたかに就いては、今日まで明

隙に説明した文献を見当たらない。同法に於いては、委任と代理とを、區別すべき用語はなく、一樣に *mandatum* と呼んでをつた(文四一、二卷四〇九切註八)。加之、委任者(*mandans, mandator*)といふ語はあつたが、受任者に相當すべき語はなかつた。そして種々な意義に用ゐられる *procurator* といふ語を、之れに宛ててをつた(文七六、二卷一一五切註二)。このことは、同法に於いて、まだ代理の思想の發達しなかつたことを示すものであると、思はれるが、此の *procurator* の關係に就いては、イエリグと、他の學者との間に、意見が岐れてをり、通説は之れを間接代理であつたとするに反し、イエリグは直接代理であつたとすること、前切に紹介した通りである。此の問題に關する淵源として、ギントシヤイドに依つて引用せられてをる L. 42 § 2 D. 3, 3 に從ふ^(三三二)委任の訴(*actio mandati*)は、所有者と管理人との間に通常存在する債務から、發生する。然し委任債務なきに拘はらず、均しく發生する場合がある。其れは管理人自身の事物に於いて、給付し(*in rem suam procuratorem praestamus*)、即ち裁判の當事者として辨濟することを、約束した(*nomine iudicatum solvi promittimus*) 場合である。之れに依つて見ると、管理人自身の事物として、其の名に於いて裁判を受ける場合には、委任契約(*contractus mandati*)の有無に拘はらず、委任の訴(*actio mandati*)の許される場合のあることが、判る。さすれば、之れ間接代理ではなかつたかと思はれる。

(三三二) L. 42 § 2 D. 3, 3: *Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine*

iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideissor rem procuratorem dedit.(主人と管理人との間に存在するを例とするところの其の債務から、委任の訴を生ずる。然るに委任の債務が締結されないにも拘はらず、均しく結果する。何となれば、管理人自身の物に於いて給付せるを以つて。判決を彼れの名義で辨濟すべきことを約束する故に、仍ち若し其の約束から何等かを給付しただらうならば、委任ではなく、しかし賣買から、若しも遺産を賣るならば。或ひは前の委任原因から所爲しなければならぬならば、例へば、保證人が被告管理人を交付するからして。)

然るに、ドイツ普通法の學者は、之れを直接代理と解してをり、委任は通常代理權(*Vollmacht*)を含むとし、唯だ時として、委任なくとも、代理權の發生する場合があるとしてをる。此の *Vollmacht* とは、代理人自身の名に於いて行爲する資格ではなくて、直接に本人自身が行爲したと同一の効果を、生ぜしむべき授權である^(三四三)(文七六、二卷一一五切)。しかし同法に於いては、代理と委任とは、別物と考へられてをり、上述のごとく、委任なくして代理の存することを、認め、又た委任の定義に於いても、法律行爲又は其の他の行爲をなすことを、目的とすると言つてをる(文七六前掲、文四一、二卷四〇九切)。然るにフランス民法に至つては、委任と授權行爲とを全く同一視し、委任又は管理とは、或る人が他人に、委任者のために、且つ其の名に於いて(*pour le mandant et en son nom*)、或る事をなすべき力を、與ふる行爲であると、規定してをる(同法第一九八四條)。此のフランス民法の見解は、其の儘吾が舊民法に受け入れられ、而も其の名稱を委任と謂はずして、明かに代理と呼び(同法財産取得編第二二九條)、そして御鄭寧にも、代理人が委任者の利益のためにするも、自己の名を以つて、

事を行ふときは、其の契約は仲買契約であると、斷つてをる(同條第二項)。之れボワソナード氏が、當時に於ける通説を、其の儘規定に取り込んだものと、察せられる。^(三四四)

(三四三) デルンブルグは本文引用のとき、Vollmachtの定義を與へて、そして Laband, in Goldschmidt Zeitschr., Bd. 10 S. 205; Hupka, Die Vollmacht, 1900 を引用してをる。第一卷の代理の所にも、同様に『法律行為を自己の代りに(an seher Staat) 實行すべき旨の、本人の授權である。』としてをる(文七六、一卷一九切)。ギントシャイドも『他人の名に於いて法律行為を締結する権利』としてをる(文四一、一卷七四切)。併し此の見解には反對説があつた。Schlossmann, Stellvertretung § 21 ff. ギントシャイドも、Vollmacht は授權者の名に於いて行動すべきには限らないとし、例へば、私は何人かに、私の物を彼れの名に於いて賣却すべき Vollmacht もありうるとしてをる。しかしキツプは其の補足に於いて、此の種のものには Vollmacht とは別な名稱を、用ゐる方が良くと言つてをる。之れが新らしい學説であらう(同所にキツプに依つて引用せられた Regelsberger, Rd. 1 § 163 I; Brinz-Iohann, Rd. 4 § 582 No. 17; Ienel, in Jahrb. f. Dogm. Rd. 36 S. 3 ff. 参照)。

(三四四) 日本に於いて、代理權は委任に因つて發生するとせられるやうになつた沿革に就いては、拙著日本民法史八二頁参照。

此のドイツ及びフランスに於ける學説は、果してローマ法の見解に適するものであるか否かは、疑はしいと思ふ。ローマに於いては、直接代理の思想は發展するに至らずして終はつたことが、ドイツ普通法の通説に依つて承認せられてをる(九四切)。そのことと、委任の訴を直接代理と解することは、矛盾する。恐らくはローマの actio mandati は、代理人自身の名に於いて、他人のために訴へうる場合ではなかつたであらうか。前引の淵源

の nomen iudicatum(註三四二)は、代理人自身が、判決に指定された訴訟當事者となる義ではないだらうか。このことは、前に代理制度の沿革中に研究した如く(九四切)、代理が奴隸制度から發展したことから、思ひ合はせることはできなかつた。然るに被解放者が管理人として、管理をなすやうになつてからも、最初は主人自ら、又名に於いて、訴へうるやうになり、其れが即ち委任の訴(actio mandati)では、なかつたのだらうか。上に引いたローマ法の淵源から、通常委任には代理が随伴するが、委任のない代理もあると解するのは、解釋上から謂つても、不自然である。委任に代理が伴ふといふことは、見えてはゐない。唯だ委任の訴がある文である。そして委任契約からでなくとも、委任の訴をなしうるものが、認められてをるのであつて、即ち他人のために、自己の物を給付した者は、受任者でなくとも、委任の訴を利用しうるといふのである。簡単に言へば、受任者ではない者を、受任者と同一に取り扱ふといふ迄であつて、代理權のことが含まれてゐるとは、解しえないのである。特にドイツ普通法に於いても、Vollmacht を直接代理の意味に解することは、必ずしも確定の説ではなかつたのであつて、現にギントシャイド自身にも、『授權は、授權者の名に於いて行為をなすことに就いて、行はれるには限らない。予は例へば、何人かに予の物を固有の(彼れの名)に於いて、讓渡すべきことを授權することもできる。』と言つてをる(註三四三引用文四一前掲、尙ほ同註参照)。之れ明かに、間接代理の場合である。思ふに、代理の觀

念の未だ不明瞭であつた時代からして、傳統的に *mandatum* といふ語が行はれてをり、長い間の因習によつて、何時の程にか、委任と代理の兩觀念を混同するに至り、そして更に直接代理の思想が發展してからも、矢張り同じ用語の中に、其れを織り込んだのであらう。^(三四五)

(三四五) ローマに代理といふ語のなかつたことが、此の混同を生ずるに至つた。直接の原因ではあるが、しかし其れはローマ人自らが、混同した證據には、ならないのであつて、寧ろローマ人は代理の觀念を知らなかつたのだといふ見解の方が、本文所述の諸理由からしては、眞實に近い想像のやうに、思はれる。勿論之れは、更に歴史的研究を要することではあるが。而して其の研究に就いて興味ある一事は、『本人の名に於いて』といふ語が、最初から直接代理といふ意味に用ゐられてゐたか、或ひは最初は唯だ間接代理の意味に使はれてゐたものが、何時しか、直接代理の意味を得るに至つたのではないか、といふ點である。或ひは委任と代理の混淆を生ぜしめた主たる動因は、此の『本人の名に於いて』といふ語であつたではなからうかとさへ、想像されるのである。前出の *nomen iudicatum* と共に、大いに研究すべき問題である。

何れにせよ、委任と代理とが、截然區別されるに至つたのは、ドイツ民法以後のことである。既に同國普通法の學說に於いても、兩者を分離する思想は存在し、單に前述の、委任なくして代理の存する場合のみならず、更に代理なしに委任の與へられる場合をも、認めてをつた。ギントンシャイドも、『勿論法律行爲を行ふべき委任中には、亦た授權をも含むことができるが、しかしこのことは、必然的な事項ではなく、委任は亦た、受任者が自己のために行爲すべきことを、目的とすることもありうる。同様に亦た授權が委任なしに、與へられることもありうる。』と説いてをる(文四一、一卷七四切註一a)。此の見解はドイツ民法に至つて、明瞭になり、同法は判然と、代理及び授權と、委任とを區別して、規定した(同法第一六四條、第一六六條、第六六二條)。日本民法の規定は、此の點に就いて甚だ曖昧である。代理と委任とを、別な觀念としてをることは、全くドイツ民法と同様であるが(民法第九九條、第六四三條)、しかし代理權は委任に因つて生ずる旨を、規定してをる(同法第一〇五條、第一一一條)ために、解釋上の議論を生じた。之れは、*mandatum* が委任と代理とに混用せられた用語上の沿革を辿りさへすれば、困難なく解決されることであり、^(三四六)既に今日に至つては、委任は代理權を發生せしむるものではないといふことが、確定的に、承認せられるやうになつた。

(三四六) 民法の「委任に因る」の語は *mandatum* の混用から出てをることは、既に拙著日本民法總論に於いて、指摘した(同三三三頁)。その他、委任は代理權發生を目的とする法律事實ではないことは、既に今日では、一般的に承認せられたことと、謂つて可からう。

九九 委任と占有

委任に於いて、占有が問題となるのは、受任者が委任者のために、物を保管する場合であつて、委任事務遂行のために、物の保管義務を發生することが、稀でない。即ち受任者が第三者から取得した物を、委任者に引渡をなす迄の間、保管をなすことがあり(參照民法第六四六條)、又た委任者から交付せられた物を、委任の目的に従

つて、保管をなすこともある。何れの場合に於いても、受任者は善良なる管理者の注意を以つて、其の物を保管する義務を負ふ(民法第四〇〇條及び第六四四條)。然らば、之れ等の場合に、受任者は其の物の占有者であるか否かは、上の二の場合に従ひ、區別して考へなければならぬ。^(三七七)

(三四七) フランス民法の下に於いては、受寄者は直接代理人であるからして、勿論占有者ではない。ドイツ民法に於いては、受任者が委任者の名に於いて、委任事務を遂行する場合には、委任者が直接占有者であり、受任者が自己の名に於いて行爲する場合でも、外部の事情に因つて、委任者は間接占有者であるとされてをる(Staudinger, Komm. zu §. 853, Bem. II, 3, b; vgl. Leonhard, Vertretung beim Fahnenwerb, 1899; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1910, S. 154 ff.)。

受任者が委任者のために第三者から取得した物に付いての占有關係は、委任が直接代理であるか、間接代理であるかに従つて、異つた結果を生ずる。直接代理人が本人のために物を取得した場合には、其の物に關する本權が何であるにもせよ、其の本權と共に、占有權も亦た、當然に本人に歸屬すべきは、明白である。之れに反して、間接代理人の取得した物は、當然には本人の占有には、歸屬しない。前款に於いて研究したところに従へば(九六切)、間接代理人は自ら占有者であつて、本人が占有を取得するためには、新たに占有移轉行爲の行はるることを、必要とする。或ひは此の場合をも間接占有であるとする考へ方が、成立しないとも限らない(參照ドイツ民法第八六八條及び註三四七)。間接占有といふ思想の採用すべきことは、前に説いた(九七切)。加之、今の場合に於いては、間接占有を適用するためには、委任者が物の所有權を取得しなければならぬ。然るに其

の所有權移轉行爲は、同時に占有移轉の意思表示であると、認めることができるものであつて、即ち占有改定の場合に外ならないのである(參照註三二七)。次に或ひは、委任は法律行爲に關しては、間接代理に過ぎないにせよ、本人のために取得した物に付いては、常に占有代理人としての關係が、成り立つといふ考へ方も、想像せられないことはない。しかし此の種の自由立論の價値を定むるに就いては、常に嚴密なる歴史的検討が、加へられることを、必要とする。

受任者が委任事務處理の必要上委任者から受け取つた物に付いては、一層に、受任者は代理占有者であるとするの見解が、成り立ち易い。委任を以つて、直接代理であるとすれば、勿論受任者が何れの方面から受け取つた物に付いても、本人が占有者であつて、受任者は代理占有者である。又た間接占有説も、今の場合に於いては、前の場合よりは、餘程簡單に了解される。其れは此の場合には、普通、委任者が所有者だからである。更に委任を以つて間接代理であるとする説に於いても、受任者が委任者から受け取つた物は、彼れのために保管することを、引き受けたのであつて、即ち受任者は法律行爲の代理人ではなくとも、占有代理人として、代理占有をなすものであると、解することができる。そして、物に關する委任の中心觀念を、若し此の占有代理人たる點に、置かうとするときは、單に今ま問題としてをるところの、委任者から受け取つた物に付いてのみならず、前に述べたごとく、第三者から取得した物に付いても、代理占有が當然的に成立すると、解され易い傾向を有する。恐らくは之れが、委任を以つて直接代理であるとする説の、思想上の基礎では、なかつたであらうか。即ち物に關す

る委任に着眼して、受任者が委任者から受け取つた物の占有代理人であることからして、彼れを法律行為の代理人にまで、擴張して考へたのである。

しかし論理的自由討究は暫く止めて、歴史的見解に立脚するときは、ローマ法に於ける受任者は、恐らく間接代理人に過ぎなかつたであらうことを、前切に於いて明かにした。現時の法律學に於いては、委任と代理とは、明白に區別されてをる。さすれば唯だ、委任に伴つて、代理權が授與された場合に於いてのみ、上述の直接代理人としての、代理占有が成立するのであり、然らざる場合に於いては、委任者から受け取つた物に付いては、通常は占有代理人であり、其の他の物に付いては、受任者自ら占有者であつて、委任者を占有者たらしむるがためには、個別的に占有移轉行為が行はなければ、ならない。特に注意すべきことは、委任者から受け取つた物と雖も、通常に代理占有者であるといふに止まり、個個の場合に於いて、受任者の利益のために、委任者から占有權が讓渡されることも、妨げなからうと思ふことである。然らば結局、受任者の所持する物の占有者が何人であるかは、總べて個個の場合の當事者の意思に従つて、決せられなければならないのであつて、客觀的に定めることはできない。即ち此處にも、主觀說の一理由がある。

100 第二項 受寄者

寄託^(三三八)(depositum)は物の所持を移すことの、顯著な場合であるが、ローマ法以來、受寄者は占有者とされず、單

に寄託者のために握有をなすものと、認められた。^(三三九)日本民法の下に於ける見解も、同様である。之れを占有者の地位に高めたのは、ドイツ民法が初めてである(同法八六八條)。

(三三八) Depositum, deponere は積み下ろす義。

(三三九) 受寄者を握有者とする淵源は、I. 3 § 206, D. 41, 2; I. 7 § 1 D. 16, 3. *§ 1. 3 § 20 cit.: Sed si is, qui apud me depositi, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videtur causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.* (しかし若し、私の所に寄託し、又は使用貸した人が、其の物を私に賣り、又は贈與したならば、私は見られないだらう、占有の原因を私に移すとは。私は如何にも占有したのではないからして。)を引いて、寄託の場合に占有の移らないことは、原則としては疑ひがないとしてをる(文一、五版三〇三・四頁)。氏が寄託を、握有が時として占有を伴ひ、時として之れを伴はざる場合に入れてをるの(參照註二三)、専ら係争物保管の場合に着眼したためなのである(一〇一切)。ブリッツも受寄者は、握有者であるとした(文三七、六四頁)。○ドイツ民法に於いては、受寄者の場合には、間接占有の成立することが、明言せられてをる(同民法第八六八條)。ストロハルは受寄者の占有を、遺言執行者、破産管財人と共に、管理占有(*Verwaltungsbesitz*)と名けた(文一〇八、一五頁)。日本に於いて受寄者を占有者と明言してをるのは、末弘氏物權法上卷二三五頁であつて、通説は之れを占有者ではないとしてをる。

寄託の歴史に就いては、前に使用貸借の所で述べた(八六切)。即ちジダルに従へば、此の契約は信託契約から分化したとするのである。しかし寄託は他の使用貸借又は動産質よりも、早く法律上の保護を受けてゐたのであつて、既に十二表法に於いて、不信實なる受寄者に對する一の罰則があつた(Paulus, coll. 10, 7, 11) (文一四〇、五三六頁)。又た後に至つて、善意の訴(*actio bonae fidei*)に依つて保護せられたのも、寄託は他の契約よりも、先

であつた(同五三八頁及び同所引用)。

(三五〇) シドルが寄託、使用貸借及び動産質の沿革を、共通に考へてみる理由は、主として三者が性質上相類似してをるためであるらしい。氏は三者の類似點として、(イ)三者共要物契約であつて、そして三者共に所有権を移轉しないこと。(ロ)三者共に善意契約(contrat de bonne foi)であつて、且つ不完全雙務契約であることを、舉げてをる(文一四〇、五三八、九頁)。因にギントシヤイドに従ふと、actio bonae fideiは(§§ 28-30 I. de act. 46)、被告が其の給付すべきものを、信義及び誠實に従つて(ex fide bona)、行はなければならぬことから、出た名であつて(文四一、四六切註四)、後に至つては、要式契約から actio stricti iuris を生ずるに對して、不要式契約からは、總て actio bonae fidei を生じたといふことである(同上註五)。

ローマの寄託は無償であつたとせられる(文七六、二卷九二切一1188, § 9 D. 16, 3)。然るに有償の寄託(民法第六五九條、商法第三五三條)に在つては、自己のためにする意思を有するものであるとして、之れに占有を認めむとする説がある(註三四九)。しかし報酬は、他人のために保管をなす勤勞に對する對價であつて、物其れ自身の利用ではない。受寄者を此の意味に於いての占有者とするは誤りである。然らば、受寄者に占有を與ふる合意は、有效であるかといふに、使用寄託(民法第六五八條)及び消費寄託(同第六六六條)は、即ち其の場合である。しかし單に保管をなさしむるのみのために、占有を移轉する合意は、效力を認むべきものでなからう。不必要だからである。自己のためにするとは、自ら物の利用者となる意味に、解すべきものと考へる。

特別の場合を除く外、一般には、受寄者は單なる握有者である。其れは、寄託者のために、占有の構成要素を

準備することを職能とするものであつて、即ち占有代理人といふ意味に於ける代理占有者の、代表的な例である。従つて受寄者は通常、寄託者の代理人として、法律行為をなし、又は訴を提起することは、できないのであるが、しかし占有の侵害に對しては、特に訴を提起する資格を、與へられてをる(民法第一九七條後段)。

(三五二) 民法第一九七條後段の規定は、自ら占有者たる代理人には、不必要な規定である。唯だ事實上の占有代理人に對して、必要のある規定である。而して同條が、代理人自身の名に於いて、訴ふる意味であることは、通説に依つて、承認せられてをる(梅先生要義二卷七六頁、富井先生原論二卷七一七頁、中島氏釋義卷之二、二〇九頁、遊佐氏概論五四一頁。反對説—末弘氏物權法上卷二八八頁、三浦氏提要三〇六頁)。(參照志林三二卷五號七一頁註三)。但し之れは代理人たる資格に於いて、固有の訴權が與へられた途であつて、之れに因つて、代理人が占有者に高められたものと解するは、必要の程度を超えた解釋である。

101 第三項 係争物保管者

係争物保管(係争物保管)とは、或ひは、一時總べての人の處分を止める目的で、行はれる寄託であるとし(文四一、二卷三八〇切)、或ひは、將來の結果に従ひ、一方又は他方へ返還すべきことを約して、數人に依つてなされる寄託であるとする(文七六、二卷九三切二、文一四〇、五四一頁)。其の最も主なる場合は、訴訟物を保管せしむる場合である(D. 17 D. 16, 3; 1. 110 D. 50, 16; 1. 11 § 2 D. 4, 8)。しかし其れが唯一の場合ではなく、外にも例へば、數人の相続人間の遺産證書の場合もあつた(1. 5 D. 10, 2; 1. 5 C. 3, 33)。必要上一般化せられた言

葉が、1. 6 D. 16, 3 に與へられてをる。此の淵源に従つて、通説は上述のごとく説明するのであるが、併し之れには反對説があつて、訴訟の目的物の保管を以つて、固有の場合であると、考へる者もある。^{(三五二)(三五三)}

(三五二) Sequester は媒介者の意味であり、ギントシャイドに従へば、此の語は secus = anders, nicht so から來た語であつて、即ち傍らにある者、一方又は他方の側に居ない者、といふ義であつて、従つて當事者でない者 (Unparteilichen) を意味し、更に發展した意義は、Mittler, Vermittler, Versöhner, Zwischenhändler, Kuppler を指した(文四一前掲註二、參照ポット下掲一九頁以下)。

(三五三) Sequestratio の意義及び要件に就つては、Muther, Sequestration u. Arrest im röm. Recht, 1856; Boigt, J., Der Besitz des Sequesters nach röm. Recht zur klassischen Jurisprudenz, 1888; Nikonoff, Die Lehre von der Sequestration nach röm. Recht, 1894. 尙ほ其の歴史に就いては、上掲の諸書、特にポットの外、カロツ文八〇、六〇七頁以下。

(三五三(二)) L. 11 § 2 D. de Recept. 4, 8: Quod ait praetor: Pecuniam compromissam accipere nos debere, si res apud arbitrum depositae sunt, etc.; 1. 5 D. Familie erisc. 10, 2: Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, . . . aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent; 1. 6 D. depos. 16, 3: Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur; 1. 17 § 1 ibid.: Rei depositae proprietas apud deponentem manet; sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet; 1. 110 D. de verb. sign. 50, 16: Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deponerunt: dicitur ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contentant, committitur; 1. 5 C. 3, 38 (?).

何れにせよ、係争物保管が、寄託の一種であること又は、争ひなく承認されてをるところである。^(三五四) 従つて其の起源も、通常の寄託(一〇〇切)より、遅くとも、早くはありえなかつたであらう。唯だ其の通常の寄託と異るところは、凡そ次の諸點にあるとせられてをる。(イ)係争物保管は、當事者の合意に依つても、行はれたが、又た裁判官の命令に依り、強制的にも行はれた(文四一前掲)。(ロ)返還を受くる者は、必ずしも寄託者ではなく、後の事情に由つて、確定すべき権利者である(文七六、一卷一七三切、文一四〇、五四一頁)。(ハ)通常の寄託は、ローマでは、動産に限られたが、係争物保管は、不動産に付いても行はれた(文七六、二卷九二切文六四前掲)。(ニ)通常の受寄者は、握有者であつたが、係争物保管者は、占有者であつた(文七六、一卷前掲及び二卷前掲、文一四〇前掲)。

(三五四) 故に寄託に關する一般の規定が、適用される(L. 5 § 1, § 2; 1. 12 § 2 D. 16, 3)。尙ほギントシャイドは、物を第三者に交付すべき旨の契約は、寄託ではなく、委任か、賃貸借であるとし、しかし此の場合も、係争物保管と呼ばれてをることが、あるとしてをる(L. 9 § 3 D. 4, 3—文四一、二卷前掲)。

(三五五) 係争物保管が裁判所の命令に依つて行はれることのあるのは、ギントシャイドの説明するところであり(文四一、一卷前掲註七、二卷前掲)、そして裁判所自身が保管者となつた場合も、あるとされる(Vgl. z. B. 1. 5 C. 7, 65)。ケルンブルグも強制的に行はれる場合のあることを、承認してをる(文七六前掲)。淵源の引用はない。

係争物保管者の占有は、ドイツ普通法に於いて、最も議論となつた。ザギニーは既述のごとく(註三四九)、寄託は原則として、占有を與へざるに對して、例外として、係争物保管の場合には占有の移轉することを認め、し

かし其れは唯だ、當事者が明示的に定めた場合に限るとして、『物の所有權が返還の請求を受け、しかし物は第三者(sequester)の許に寄託される場合には、當事者は、此の第三者が占有を有すること、及び此の占有に因つて總べての從來の取得時効が中断せらるべきことを、明示的に定めることができる。而して是れ寄託の結果として、占有が變更を來たす唯一の、場合である。』と、説明してをる(文一、五版三〇四頁)。爾來之れが通説となつてゐた。^(三五六)

(三五六) 係争物保管者を占有者と認むるは、Lauterbach, Pand. §§ 8-10; Pothier, op. cit. no. 15; Savigny, Besitz § 12; vgl. Rudorff, aO. S. 665; Arndts, Pand. S. 175; Randa, Besitz S. 21; Wächter, Pand. S. 43; Dernburg, Juristischer Besitz S. 64; Strohal, Sachbesitz S. 15.

『此の種の占有移轉に關する明示的な決定は、稀であつて、容易に實際的でないことは、之れを許さなければならぬ。吾吾の考へに従へば、係争物保管者は常に占有を有する。通常は從來の占有者は、恰も質權設定者のごとく、係争物保管者を通じて、取得時効に關して(ad usucapionem) 繼續占有する。しかし當事者は、從來の取得時効中に、係争物保管の時を算入しないことを、約束することはできた。このことを言つてをるのは、唯だ 1. 39 D. de poss. 41, 2 であるが、尙ほ之れと一致するは、1. 17 § 1 D. depositi 16, 3 であつて、即ち受寄者は、彼れが係争物保管者である場合に於いてのみ、占有者なのである。』(文七六、一卷前掲註五)^(三五七)

(三五七) 此處にデルンプルグに依つて引用せられた二淵源は、共にザギニーが上述の説明中に引用してをるものである。

Ol. 39 D. 41, 2: Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res: nam si omnitendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum: ad usucapionem possessio ejus paribus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. (區別のあることを、私が推察する。如何なる精神で、物が係争物保管者の所に寄託されるか。即ち若し占有を抛棄する原因から、そしてこのことを、公に同意したならば、取得時効に關し、此の當事者の占有は進行しない。しかし若し監護原因で寄託するならば、取得時効に關し、彼れの占有を勝利的に進行することが、確定する。) Ol. 17 § 1 D. 16, 3: Rei depositae proprietates apud deponentem manet; sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est: nam tum demum sequestrer possidet. (寄託した物の所有權は、寄託者の所に存続する。そして占有も亦た。但し係争物保管者に寄託したのでない限り。即ち其の場合には、係争物保管者のみが占有する。) 此の淵源は前に註三五三ノ二に引用したものである。

イエザングは係争物保管者を、派成占有關係の目的論(文八七、一六章)中に、取り扱つてをり、『係争物保管者は受寄者である。故に單純なる握有を受くべき筈である。しかし若し然うだつたら、どういふ結果になるか。係争物保管者は雙方の争ひの當事者の、何れかの要求に依り、物を出し渡さねばならない。彼れ等は其の時まで、占有者であるからして、若し保管者が拒めば、彼れ等は暴力を用ひることが、できるだらう。此くのごとくは、係争物保管の全目的が空に歸すべきは、手に取るごとくである。保管者の獨立性は、此の制度の實際的目的を達するに、缺くべからざる要件である。』と言ひ(同三八二頁)、『係争物保管者の占有關係は、知らるることく、烈しい争ひの的となつてをるものであるが、予は此處で詳細に立ち入ることは、できなす。唯だ 1. 17 § 1 D. 16,

3及び1.33 D. 412の二場所を、如何に解してをるか、簡単に述べる。前者が卒直な言葉で、係争物保管者に占有を與へてをることは、疑ひの目的でありえざるところである。故に占有の移轉は、當面に行はなければならぬ。この法律家は制限を考へてゐない。若し第二の場所から制限を發見せむと欲するならば、其の一は占有を拋棄する原因(*omitendae possessionis causa*)と稱せられるもの、及び他の一は監護原因(*custodiae causa*)と稱せられるものが、其れである。此の *possessio* を占有の義であるとせば、其れは監護原因での寄託(*deposito custodinae causa*)の場合には、否定されることが、明かである。』と言つて(同三八二・三頁)、以下上引の淵源の文字に就いての、議論に入つてをる。そして更に、『若し係争物保管者は、故意に取得時効を中斷する場合の外は、單純なる握有を受けるとすれば、其れは寄託は其の性質上、握有を與へられるものであるといふところに、其の最後の理由があるやうに、思はれる。しかし此の結論は、契約關係の性質に拘はらないことは、既に收益貸借及び委任に於いて、見た。彼處で、永小作人及び補充人が、何等の支障なしに、占有を有するとせば、此處でも、係争物保管者に占有を與ふるに、何等の支障はない。彼れを單なる握有者と認めむと欲する者は、之れに因つて、如何にして係争物保管の目的と合致しうるかに就き、説と答へとを立てねばならない。』(同三八三・四頁)。

以上に依り、議論は主として、ドイツ普通法の學者間に起こつたことが、知られる。そして其の主因は、元來寄託とは異つた性質の制度を、寄託の一種であると認めたところに、出發すると考へる。沿革上其れは寄託から分化した制度であり、従つて寄託の規定も、適用を持續したには相違ないが、しかし法律關係の主要なる内容に

於いて、全く寄託とは別物になつてしまつてをる。既に寄託の特色たる・寄託者は何時にても返還を請求しうる權利(參照民法第六六二條)が、失はれてをり、又た受寄者は返還せられるや否やさへも、不明な場合があつて、時としては、第三者へ交付する場合も、あつたらしい(參照註三五四)。殊に最も重大な點は、此の法律行為の目的は、物の保管よりも、寧ろ主として當事者の處分を阻止することにあつたと、解せられる。此くの如く、實質に於いて全く異つた制度を、其の沿革に拘泥して、寄託としての見地から解決せむとしたことが、ドイツ普通法の學者を、苦しめた主たる原因で、あつたと思はれる。

ザギニーの言のごとく、寄託者が係争物保管者に占有を與ふることを、明示した場合に限り、保管者は占有者となるとする見解は、寄託の見地からすれば、或ひは正當であらうが(一〇〇切參照)、しかし此の説が、此の制度の目的を達しあたはざることは、イエザングの言ふ通りである。ローマ法の淵源も、係争物保管者を占有者としてゐたとする・デルンブルグ及びイエザングの一致した意見が、正しいのであらう。

しかし問題は其れで盡きるのではない。寧ろ何故に然らば、ローマ法は之れに占有を認めたかといふ點に存する。イエザングの實際的考量は、萬能膏ではあるが、其れ丈では、法律學が満足しない。ザギニーは此の場合にも、一種の派成占有としてをるのだが(文一、二五切)、之れ迄に研究して來たところからは、派成占有なる觀念は、ローマ法の認めざるところであり、其れは寧ろ固有の占有、即ち *animus domini* の占有であり、そして其の外に尙ほ同法は、準占有を認めてをつた。ローマ法が果して、係争物保管者に占有を與へてをつたとしたら、其

れは固有の占有であつたか、或ひは準占有であつたかは、蓋し興味多き問題である。若し之れを後者とすならば、物の利用の外に、物の保管も亦た、獨立して占有の内容をなしうることを、認めたことになる。しかし準占有といふ觀念は、恐らく物の使用、収益に限つたであらうと想像されるし、又た此の思想は新らしいものであつて、——此の點は尙ほ、歴史的研究を重ねなければ、斷言の出來かねることではあるが、——恐らくは係争物保管は、其れよりも前から、行はれてゐたらうと、想像される。以上の假定を許すとすれば、係争物保管者の有した占有は、*animus domini*の占有であつたと、謂はなければならぬ。其れは如何にして説明されるか。所有權が移轉すること、恰も信託質の場合のごとくであると解するか、さもなくば、所有權は従前通り留保されて、唯だ其の所有者から、事實的支配を切り放して、之れを保管者に與へたのであると、する外はない。此の後の見解は、とりもなほさず、所有と占有との分化作用であつて、やがてローマ法に於ける、所有と占有との分離の進展に於ける、一過程を示すものと謂ふことが、できるのである。

ザギニーが、係争物保管者を握有者とせうとしたのは、寄託者の取得時効の中断を慮ることが、一理由であつたかと、察せられる。之れはしかし、繼受占有の理論に依つて、適當に調攝しうべき、技術上の問題に過ぎない。此の種の技術的問題に就いては、後に結論に於いて觸説する。又た裁判官の命令に依つて生ずる係争物保管は、當事者の意思に基づく法律行為ではないとする説が、成立しうるかも知れぬ。之れは裁判は意思表示ではなく（参照民法第四一四條第二項）、又た強制執行は債務者の履行ではないとする（参照民事訴訟法第五七四條）と、同

一の考へ方である。しかし裁判及び仲裁は、和解（民法第六九五條）に代はる方法であつて、此の意味に於いて、當事者の意思に源由するものと、謂へる。裁判所が當事者の意思に干渉するは、其の意思の發動を促す作用である。此の點に於いて、裁判と、意思の効力との間に、連絡がある。

因に現行法の、債務消滅のために行はれる・供託の制度は、係争物保管の制度と見合はせて、其の性質を研究すべきものである。しかし今は之れに論及する餘裕がない。

第六款 契約外の保管者

1011 第一項 事務管理者

事務管理(negotiorum gestio)^(三五八)は他人のために、或る行爲をなすものであつて、或ひは他人の事件に於いて行動す(in fremden Angelegenheiten thätig werden)とも(文四一、四三〇切)、或ひは他人の財産の管理に干與する(s'intervenir dans l'administration du patrimoine d'autrui)とも、謂はれてを(文一四〇、六三五頁)。若し其の管理の目的物のある場合には、其の物の占有は、本人に屬するか、又は事務管理者に屬するかの、問題を生ずる。しかし此の問題は、從來未だ餘り論ぜられてゐなかつたやうである。^(三五九)

(三五八) *Negotium = nec + otium* (nicht + Unthun); *gestio* は *gere*, *gero* = *tragen* 持つ、*negotiorum gestio* は事務

の實行(Ausführung des Geschäfts)の義である。negotia gerereも同義に外ならぬ。

(三五九) 事務管理と、占有との關係は、普通のローマ法の文献には見當たらぬ。本論の研究に於いて、初めて此の問題が、吾々の視界に入ったのは、マンドラーが事務管理者及び發見者を、占有者であるとなし、イエリグは、通説に依れば、疑ひもなく握有を認むべきところと言ひ、氏もマンドラー説に賛成してをることであつた(八切)。イエリグ自身も後に、占有か否か問題となる場合(文八七、第七章)中に此の兩者を論じて、共に占有者としてをる。其の外には、差し詰め見當たらぬ。吾が國に於いても、通常は學者は之れに論及してゐない。獨り末弘博士が、拾得者と共に、事務管理者をも、占有者であるとして、マンドラー及びイエリグと符合する見解を、立ててゐる(同氏物權法上卷二二頁)。

事務管理は初めは、受任者、後見人、又は保佐人が、事務を遂行する場合をも、併せ含んだとされてをる。ギントシヤイドは此の廣意の場合をnegotia gerereと呼び、淵源に於いても、此の説を、例へば委任の結果、事務を行ふ場合に、使用してゐたとしてをる(D. 3 § 1 D. 20, 4)。そしてこのことからして護民官の時代にも、此の廣義が基礎となつてゐたのであつて、さうした一般的なnegotiorum gestioの制度からして、各個の特色を有つた事務執行の場合が、分岐して、獨立な債權形態として、承認されるに至つたのではないかといふ。ウラザク(三六〇)の説を、注意すべき説明であると言つてをる(文四一、四三〇切註一a)。デルンブルグも亦た此の説に賛成して、若し初めて事務管理に關するエディクトが發せられた時に、既に委任の訴(actio mandati)又は後見の訴(actio tutelae)が存在してゐたとしても、其れは文字通りに解すべきでなく、寧ろ新要素、即ち「委任のない」點を、強調する必要があつたためだと、解すべきものとしてをる(文七六、二卷二二二切註三)。此の見解に對しては、反對説

があつた。委任の訴は、前述のごとく(九八切)、形式訴訟時代から知られてをつた。又た後見の訴も早く起つて、事務管理の訴(actio negotiorum)の適用は受けなかつたと、いふことである。之れに反して、保佐人(curator)に對しては、事務管理の訴が適用せられた。しかし少くも帝政時代の末期には、保佐人も利用の訴(utilis actio)の適用を受けるやうに、なつたであらうとせられる(文七六前掲註四、及び同一二二切註七)。

(三六〇) Wlassak, Zur Geschichte der negotio gestorum, 1872, S. 24; vgl. Windscheid-Kipp, § 430 Anm. 1a; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 121 Anm. 3; dagegen, Brinz, Pand., S. 633; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 672 Anm. 1. シルモシゼロの時には、事務管理は未だ知られてゐなかつたといふ理由から、反對説をなしてをる(文一四〇、六三五頁)。

事務管理が委任と、同根であるか否かに就いては、此くの如く議論があるが、何れにせよ、事務管理は、護民官に依つて認められた新制度であつて、其れより古く遡るものではない(文一四〇、六三五頁)。そして事務管理者は、原始的には、訴訟に於ける代理人を指したものであると、謂はれてをる(文七六、二卷二二二切註二)。

(三六一) L. 3 pr. D. de neg. 3, 5: si quis negotia alterius gesserit, iudicium eo nomine dabo(若し何人かが他人の事務を遂行したてあらうならば、彼れの名で訴訟を興へるであらう。)—之れは間接代理か、直接代理か、判然しない。

事務管理が委任と同一の制度で、あつたとすれば勿論、又た假令起源が違ふにしても、兩者は目的を同じうすると考へられてをる以上、占有の問題に就いては、兩者が同一に取り扱はれて來たことは、見易い。之れに對して、マンドラーは、次のごとき見地からして、事務管理者自ら占有者であるとする説を立てた。即ち、「反對説

に従へば、其の物は恐らく數年間、數十年間、占有なしに過ぐすべきであらう。何となれば、占有主は仲介人に依つて、占有を取得したことを、全く知らないからして、占有は之れに歸することを、えないからである。』とし(文六四、二頁)、而して、之れを『全く占有保護を缺くことの不利』と言ひ、又た『目的適應上の要求と、法律的論理の結果との不調和』と呼び、結局占有意思は、物を他人のために所持する意思で、差し支へないとするに至つたことは、既に前に紹介したところのごとくである(八切)。

イエリグに従へば(文八七、四二七頁)、古ローマ法に於いては、事務管理者は、發見者と共に、占有者であつた。新法に至つて他の代理制度、即ち委任及び後見に、採用せられた直接的占有取得(ummittelbare Besitzerwerb)の影響により、事務管理者も、之れ等と同様に、單なる握有者とするに至つた。但し本人が當然に、占有を受けるのではなくて、其のためには、本人の承認(Ratifikation)を必要とした(UPIAN in l. 42 § 1 D. 41,2 Paulus S. R. V, 2, 2)。然らば其の承認以前は、どういふ状態であるかに就いては、ローマの法律家に何も言つてゐなう。唯だ承認に因つて、所有及び占有を作ると、言つてをる丈である。イエリグは此の承認に至る迄の間は、事務管理者が占有者であるとし(参照文八七、三五二頁)、『其の理由は實際的である。若し之れに單純なる握有を與へたならば、本人から決定を與へる迄の間は、全く保護のない占有状態を、生ずるからである。』と言ひ(同四二七頁)、そしてローマの法律家の見解に就いての、疑ひを述べてをる(同四二八頁)。要するに氏の理由は、全くマンドリーと同一である。

(三六二) l. 42 § 1 D. 41, 2: Procurator, si quidem mandante rem domino emerit, proinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem (管理人が、若しも何か委任されて、物を主人に買つたであらうならば、直ちに此の者が占有を取得したであらう。然るに、若しも彼れ自身に買つたであらうならば、決して何の有效なものをも、主人は買つた物を有たなう。) O Paulus S. R. V, 2, 2: Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. 此の場所は前に註一〇〇に引用し、同所に譯文を出した。

問題とされてをる場合は、管理人が委任なくして、獨立に物を買つた場合である。淵源に於いても、此の場合には主人は占有者でないとし(前掲 l. 42 § 1 h. t.)、マンドリー及びイエリグは、管理人自らを占有者であるとする。本來此の場合は、先づ管理人は主人の直接代理人であるか、間接代理人であるかの點を、決めて掛かねばならぬものであり、其の解答の如何に依り、占有の所在は異つて來る(九六切)。而して、管理事務の範囲内に於いて、主人のために物を買つた場合は、専ら代理、若くは委任の原則に依つて、解決せらるべきものであつて、事務管理の問題は生じない。其の問題が生ずるのは、管理人が其の管理事務の範囲を超えて、行爲をなした場合である。そして其の場合の生ずるは、勿論管理人には限らないことである。

今ま其の一般の事務管理に就いて、考へて見ると、恰も委任に於いて、直接代理の場合と、間接代理の場合とが、ありうると同様に、事務管理者が代理意思を以つて、即ち無權代理行爲として、本人のために物を取得する場合と、又た代理意思なしに、即ち自己の名に於いて他人のために、其の取得行爲を爲す場合とに、別ちうる。

前の場合に於いては、本人の追認を得る迄は、其の無權代理行為の効力は不確定であつて(參照民法第一一三條及び第一一七條)、従つて占有も亦た、何人に屬するか不明の状態に、在る。之れイエザングの所謂第三の可能性の一例であつて、暫く無占有の状態に在るものと見て(九五切引用文八七、二九六頁)、恐らく差し支へぬであらう。併し之れは甚だ稀な場合であることを、忘れてはならない。寧ろ通常は、事務管理者の意思は、後の場合に屬するであらう(參照民法第七〇〇條但書、第七〇二條第三項)。そして此の場合に於いては、事務管理者自身が占有者となること、間接代理に於けると(九六切二)、全く同様である。

マンドラーもイエザングも、事務管理者が、本人のために物を取得した場合のみに、著眼してをる。しかし其の外に、本人の物を、其の委託を受けずして、管理する場合がある。此の場合に於いては、占有は通常は本人に屬し、管理者は其の占有代理人に過ぎない。しかし亦た本人の占有に屬せざる場合もありうる。其の最も著しきは、遺失物の場合である(六七切及び一〇三切)。又た稀に、本人が其の意思に因つて、管理者に占有を附與する場合も、想像することができる(參照民法第六九七條第二項)。

第二項 發見者及び拾得者

一〇三 埋藏物及び遺失物の意義

發見(invenire)^(Crim)といふ語は埋藏物(thesaurus)にも、又た遺失物(pecunia perita)にも、使用されてをり、近世の學者も兩者に共用してをる。日本民法が埋藏物發見と遺失物拾得とを區別するに至つたのは、前者は唯だ所在を覺知するを以つて足り、後者は所持を取得することを必要とするを考へたからである。ローマ法の淵源にも、遺失物に就いては、持ち去る(ablatu)^(Crim)といふ語を用ひてをる。

(三六三) Thesaurus, thesaurus, thesaurus は *θησαυρός* から來た語であつて、貯藏物、特に金銭又は金銭的有價物を、指した。遺失物の方は、淵源にも *pecunia perita* と用ひられてをる。 *invenire* は發見、*ablatio* は auferte と同義、「持ち去る」、又は「運び去る」の義。ドイツ普通法の學者は、埋藏物、遺失物共に、發見者(Finder)といふ語を用ひてをる。イエザングの論じてをる發見者は、遺失物の場合である(次切)。ドイツ民法は、埋藏物に就いては、entdeckenと言ひ(同法第九八四條)、遺失物に就いては、finden u. an sich nehmenと言ひてをる(同法九六五條)。フランス民法は埋藏物に就いて發見(trouver)を用ひ(同法第七一六條)、遺失物をも、埋藏物と同様に扱ふものとしてをる(同法第七一七條第二項)。學者は遺失物、埋藏物共に發見者(inventeur)に屬するものとしてをる(voy. Baudry-Lacantinerie t. 1 nos. 1345 et s.)。

(三六三ノ二) L. 31 § 1 D. 41, 1: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exiat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenit, quod non alterius sit. (埋藏物は古い何か財産の包置であつて、其の財産の記憶が存しない。即ち既に所有者を有さない程に。故に即ち發見した者の所有になる。何となれば他人がゐないから。) O. 1. 76 D. 6, 1: si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat (若しも埋藏物であつたのでなく、然し多分失はれた財産。例へば錯誤に因つて、其の所屬した人から。決して其れのあつた人から、其れを持ち去られたのではない。)

ローマ法の觀念に従へば、埋藏物は長い間土地に隠されてゐた有價物で、最早其の所有者を知ることのできな
くなつたものを謂ふ(文七六、一卷二〇六切一)。之れに反し、地上に現れてをる物で、多分何人かが錯誤に因つ
て、遺失したであらうと見える物は、埋藏物ではない。そして其の所有權は、遺失者に屬した。今日の法律に於
けるがとき、一定の所有者捜索の手續を経て、其の出現しない場合には、發見者又は拾得者の所有に歸せしむ
るといふ制度は、ローマにはなかつた。

(三六四) 動産中に藏された物をも、埋藏物とするは、最近に至つて、發達した思想である(參照文七六、一卷二〇六切四
及び同所註一〇に引用の諸文献)。フランス民法は、未だ土地(fonds)を要件としてをる。廣く「物」といふやうになつたの
は、日本民法及びドイツ民法に初まる。

埋藏物發見及び遺失物拾得は、今日の法律思想からは、全く同一の法理に屬するものであるが、ローマ法で
は、違つた制度としてをつたこと、上述のごとくである。之れ埋藏物の方は、發見の時に、既に所有者が定まる
に反し、遺失物の方は、所有者を捜索せねばならなかつたためと、思はれる。而して此の相違の由つて來つた
原因は、埋藏物は所有者のないものと、考へられてゐたためかと、想像せられるが、然うではなくて、添附(ac-
cessio)の原則が適用せられたためであると、されてをる。此の思想は、既に古代ローマに於いて、存したといふこ
とである(Plautus Trinumus I, 2 v. 104)。就中、共和政時代の法に於いては、埋藏物が土地所有權の從物であ
つたことは、明白であつたとされる(D. 3 § 3 D. de poss. 41, 2; cf. I. 2 § 39 D. de or. juris 1, 2)。此の頃

までは、埋藏物は埋藏と同時に、土地所有者に歸屬したのであつて、發見者は何等の權利をも有しなかつたこと
と、察せられる。然るに、ハドリアン皇帝の時に至つて、埋藏物は發見者と、土地所有者とに、半分宛歸屬する
ものとし、但し發見者が故意に其の土地を捜し求めた場合には、全部が土地所有者に歸するものとした(§ 39 I.
2, 1; I. 1 § 3 C. 10, 15)。尙ほ神聖所(locus sacer)で、偶然に發見された埋藏物は、全部發見者に屬し、又た宗
教所(locus religiosus)で、發見されたものは、或ひは全部發見者に屬すとし、或ひは半分を國庫が取得するともし
た。即ち上述ハドリアン帝のインスティトゥートの規則(§ 39 I. 2, 1)は、locus sacer et religiosus 共に、全部を發
見者に與へてをり、之れに反して、パンデクト中の規則(D. 3 § 10 D. 49, 14)は、後者に付き、半分を國庫に、
歸屬せしめてをる。

(三六五) 埋藏物の歴史に就つては、Bechmann, Lehre vom Eigentumserwerb durch Accessio, 1867; André, Die Lehre vom
Schatz, 1884; Czycharz, Die Eigentumserwerbarten bei Glück, Bücher 41, 42, Bd. 1, 1887; Pampaloni, Il concetto giuri-
dico del tesoro, in: Per l' VIII centenario della univ. die Bologna studi giuridici e storici, 1888; Sokolowski, Philosophie
im Recht, Bd. 1, 1902, S. 111 ff.

(三六六) ドイツ普通法の學者間に、ローマの埋藏物發見の法理に就いての、意見が分かれた。一は之れを先占(occupatio)
と(Rechta, Pand. § 154; Arnolds, Pand. § 154; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 154; Brinz, Pand. Bd. 1 § 148)。他は添附
説に依り、埋藏物は土地所有者に屬すとし、而して發見者は埋藏物を再び人類社會に返還した功績に因り、法律の力で、
半分の所有權を與へるとする(Dernburg, Kritische Zeitschr., Bd. 1 S. 148; Czycharz, a.O. S. 207)。兩説の結果の相異

は、(イ)發見を以つて足ると、占有を必要とする、(ロ)發見者が全部を保有したときの効果を、異にすると、にある(參照文七六、一卷二〇六切二)。要するに根本の問題は、埋藏物を無主物とする見地から出發するか、添附の原則の適用を認むるかの、相違にある。

埋藏物は無主物と考へられたか、又は土地の従物と考へられたかは、猶ほ疑問であるが、何れにせよ、前の所有権は消滅したものと、考へられてゐたことが、判る。之れに反し、遺失物は遺失主の所有に屬してをり、拾得者が其れを自分のものとする、既に前に一言したごとく(六七切)、窃盜罪(Furtum: 1. §§ 4-9 D. 47, 2)が成立した。又た拾得者が拾得物を所有者に返還する考へを有すると、其れは事務管理であるとされ、即ち事務管理者として、遺失主の利益に於いて支出した費用の、賠償を請求することができた。然るにイエリグは事務管理説に反對して、發見者は遺失主の間接代理人(即ち氏の所謂補充人—Ergänzungsmann)であると、主張してをる。^(三六七)ローマ法では、拾得者には拾得の報酬を受くることは、認められず、又た假令長く遺失主が現れない場合でも、拾得者は其の所有権を取得しなかつた。之れ埋藏物との根本的相異である。然るにドイツの地方法で、官憲の保管の下に、公告の手續をなし、拾得者をして所有権を取得せしめ、若くは取得時効が完成するものとし、又た所有者の現れた場合には、拾得者は報酬を受くるものとした。或ひは此の規則を、一般のドイツ普通法の制度であると主張する説もあつた。^(三六八)此の制度がドイツ民法にも取り入れられ、又た日本にも輸入せられたのである。

(三六七) 拾得者の法律關係は、ローマ法では、判然しなかつたのだらう。事務管理とするのはギントシャイドの説であり

(文四一、一卷一八四切註七)、デルンブルグも同説であるが(文七六、一卷二〇六切五)、どちらにも淵源は引かれてゐない。イエリグの事務管理反對説は、大切に述べる。因にデルンブルグは、一方に此く事務管理説を採りながら、他方に於いて、占有の點に關しては、大切に述ぶるが如く、發見者に係争物管理人の準用を、認めてをるのである。以つて、此の關係の、當時の學者に未だ充分に解明されてゐなかつたことを、知るに足る。

(三六八) 遺失物拾得に關する今日の制度を、ドイツ普通法の一般的規則と主張したのは、Delbrück, in Jahrb. Dogm. Bd. 3, 1858, S. 1 ff. であつて、所有者が現れないと、發見者は發見の時からしつ(ex tunc)所有者となり、又た所有者が現れると、發見報酬を受けるとした。ギントシャイドは、此の説は其の證明が充分でないとしてをる(文四一前掲註七末段)。

斯くの如く、埋藏物と遺失物とは、其の生成の沿革を異にするけれども、今日の法律では、兩者は全く同一に取り扱はれ、埋藏物と雖も、獨立の所有者のありうることを、豫想してをり(參照民法第二四一條)、又た遺失物として取り扱はるる物の中にも、無主物の混入してをることは、想像し易いところであつて、そして法律は此の場合を、別な規定に従はせてはゐない。故に現行法の問題としては、占有に關しても、兩者を全く同一に見解して、差し支へなす。

一〇四 發見及び拾得の法律關係

(一) 發見者の占有關係は、ドイツ普通法に於いて、大いに論議を惹起したところであつて、^(三六九)同國に於いては、現行民法の下に、總べて一樣なる占有者となつて、問題は終熄したのであるが、日本民法の下に於いては、

今日までも疑問が残されてをる。ドイツに於ける發見者の占有に關する論議は、實に占有主觀說に對する爆彈であつたのであつて、其の爆彈を投じた者は、イエリグに依つて、マンドグリーであるとされてをり、之れを主觀說の新發展であるとして、賞揚されてをるのであるが(八切)、ギントシャイドに従へば、其れより既に二十年前に、ヴルンコエニヒが、同じ雜誌で、同じ意見を發表してゐたと、いふことである(文四一、一四九切註七)。其の後、續續として、發見者占有說が發表されて往つた。勿論之れに對しては、最後まで、反對說があつたのであるが、しかし通說が、次第に、發見者に占有を認めねばならぬといふ意見に、傾いて往つたのは、恰もさながら客觀說發展の過程を、示すものであつたのである。

(三六九) 發見者を占有者とする說の主張者は、ギントシャイドに従ふも、矢張りマンドグリーであるが(參照註三五九)、既に其れよりも餘程前に、Warnkönig, in Arch. f. civ. Prax., Bd. 13 S. 169 に依つて、同意見が發表されてゐた。其の他 Kuntze, aO. S. 67 ff.; Dernburg, Pand., Bd. 1 § 173 a. E.; Jhering, Besitzville S. 422 ff.; Hirsch, S. 678 ff.; Hölder, in Krit. Viertelj. Bd. 34 S. 248 ff.; Hass, Die Klagen des Verlierers gegen den Finder, 1890, S. 18; Buchholz, Die gefundene Sache, 1893-4, § 11; Lenzel, in Jahrb. f. Dogm. Bd. 36 S. 60 ff. 發見者の占有を、疑はしむとするは、Weiss, Das Recht des Finders, 1890. 決定的に反對するは、Freitag, Die Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache, 1896.(以上文四一、一四九切註七)。此くの如き議論を経て、ドイツ民法草案は、發見者に同法の所謂所持(即ち不完全占有)を、與ふるに至り(同草案第九一〇條)、終に現行ドイツ民法に至つては、他と一樣なる占有者となつた。日本では、此の問題は未だ多く論ぜられてゐない。川名先生は非占有說(物權法要論二五頁)、末弘博士は占有說(物權法上卷二二二頁)。

之れ等占有說の中、マンドグリーの論旨は、既に紹介したごとく(八切)、占有意思は單純に、物を他人のために所持する意思たることを以つて、足るとするにあつた。クンツェは、若しかすると自己のために有する意思(die Sache eventuell für sich zu haben)を理由とし、ヒルシュは、發見者は所有者に回復の可能性を開くために、物を支配する意思を有することを、理由としてをる(參照註三六九引用文四一前掲註七)。之れ等を除いては、デルンブルグの準係争物保管說、及びイエリグの補充人說は、積極說の代表的なものである。又た消極說の代表者としては、ギントシャイドの事務管理說を擧げうる。

(二) 前掲諸說中、代表的なものに就いて、拾得及び發見の性質、又た從つて其の占有の所在を、考察するときは、凡そ次の如くである。

(1) 發見者が正直に、所有者を探し出して、遺失物又は埋藏物を返還せむとする場合は、之れ明かに、他人のために事務を管理するものといへる。然るに、イエリグは此の說に反對してをる(文八七、四二二頁以下)。其の理由は、要するに次の四點にある。即ち(イ)事務管理者は一度始めた管理を、終了せしむる義務がある(D. § 2; 1. 21 § 2; 1. 31 § 2 D. 3, 5)。然るに發見者は發見後投棄しても可い(同四二二頁及び同所註二)。(ロ)發見者は物を所有者に返還すべき意思を、有すると共に、若しかすると自分のためにする意思(eventueller Wille)が、其の背後に立つてをる(同四二三頁)。(ハ)ローマ法の淵源に於いて、事務管理の訴(actio negotiorum gestiti)は、發見者には適用されず、所有者が物の返還を訴へるには、盜取に因る不當利得(condictio furtiva)・盜取の

訴(actio furtiva)、返還請求の訴(actio ad exhibendum)であつた(同上)。(ニ)今日の立點からしては、尙更のこと、發見者に關する法律が適用せられるので、事務管理の見解は破れる(同四二四頁)。

思ふに、(イ)發見者にも、管理繼續の義務は認めなければならない。例へば、表通りで拾つた物を、横丁へ捨てたら、どれ程遺失主に迷惑をかけるか、知れぬ。既に管理繼續が本人のために不利益であれば、途中で止めることができるし(參照民法第七〇〇條)、又た緊急已むをえざる事情のある場合には、繼續義務は免除されると解すべき餘地があるし(參照同第六九七條)「其事務の性質に従ひ」、及び第六九八條)、(ロ)若しかすると自分のものとするとする。或然的意思は、多くの場合に於いては、現在の意思決定ではない。「人のものとするか、然らざれば自分のものとする意思」は一個の意思連續として、即ち單一なる意思として、存在しえないことはない。しかし其れは寧ろ稀な場合であつて、通常は、其の何れか一方が決意される。他の方は氏の所謂背後に立つところの別な意思に過ぎない。(ハ)第三の理由は、氏の非常なる誤解であつて、所有者が訴を提起するのは、發見者が自分の方からして、事務管理をしないからであつて、即ち氏の所謂正直な發見者(ehrlicher Finder)でなく、不正直な發見者の場合である。其れは勿論今の場合には、入らない。(ニ)第四の理由は有力である。發見者が埋藏物又は遺失物を、警察署へ届け出でて、官廳の手に保管せしむるは、未だ何人のためとも、意思の決定せざるのが、普通であらうし、又た假令其の意思は明瞭であつても、既に警察署に交付し終はれば、最早全く占有關係は消滅する。然らば、之れを事務管理であると謂つたところで、拾ひ上げてから、届け出でるまでの、時間であつ

て、特に法律上の問題とするに、足りないであらう。しかし現行法の下に於いても、所有者の知れてをる場合には、官廳へ届け出づるに、及ばない(遺失物法第一條第一項)。此の場合に、發見者が遺失主の所へ持參するは、矢張り事務管理といふのが、至當と思ふ。

(2) 發見者を間接代理人、即ちイエザングの所謂補充人であるとする説(參照註三二三)は、頗る簡単に説明せられてをるのであつて、何故に發見者は占有を取得するかを論じて、其の最後に、「發見者は補充人として占有を取得する。——之れで總べての困難は廢止される。」斯う言つてをる丈である(文八七、四二六頁)。何故に發見者は補充人であるかといふ理由は、全く説明されてゐない。氏が補充人なる概念には、發見者は含み、事務管理者は含まないのだといへば、其れ迄であるが、しかし若し、廣く代理人に非ざる者が、他人のために行為する場合であると解するならば、事務管理者をも含むことになる。又た若し、本人のために或る事を爲すべき、契約上の義務者といふ意味であるとすれば、事務管理者も含まない代り、發見者も亦た其の内には含まれないことになる。或ひは氏は補充人といふ語を、此處では無權代理人といふ意味に用ゐたのではないかと、想像されるが、さすれば、事務管理の一場合であるといふことになる(一〇二切)。要するに此の補充人なるものは、性質の不明な觀念である。

(3) 發見者を係争物保管者に準ずるとする・デルンブルグの説は、「普通法の意味に於いては、發見者は係争物保管者と同様に、占有保護を與へられなければならない。何となれば、彼れの地位は、準用せられるから。」

といふのであつて(文七六、一卷一七三切註六)、専ら占有の點に就いて主張されるものではあるが、占有の點に就いて、準用のあるためには、一般の點に就いての、類似がなければならぬ。然るに其の類似といふは、物に付いての権利關係が不明瞭であるといふ點であつて、其の他には何の類似もない。寄託契約の存しないのは勿論、係争關係も存しない。或ひは拾得者が官廳に交付した場合には、其の官廳を係争物保管者に準ずるならば、幾分意味をなすけれども、しかし之れに従へば、拾得者は占有を失はねばならないことになる。其れは却つて氏の主張を裏切ることになるものである。

(4) 更にイエリグは、其の客觀説の立點からして、此の問題を解決せむとしてをり、更めてマンドグー其の他の主觀説を詳評した(文八七、四二四・五頁)上で、『予の學説では他と同様、此處でも占有意思は問題にならない。發見者は物を自ら(Si sich)取る。之れに因り彼れは、現行法の規定が、拒絶せざる限りは、占有を受ける(文八七、一八頁、五五頁、三六二頁)。』と言ひ(同四二六頁)、以下にローマ法の淵源に於いて、此の障害的規定は決して存しなかつたことを、縷説してをる。同法が悪意の拾得者を、盗人として取り扱つたことは、或ひは占有者としての一理由となるかも知れぬが、善意の拾得者に就いては、猶ほ疑問である。

(三) 以上に依り、今の問題は、ドイツ普通法に於いては、未だ充分なる解決を見ざる間に、片附いてしまつたことが、知られる。吾々の現行法上の問題として、然らば之れを如何に見解すべきかに就いては、種種に場合を區別する必要がある。

(1) 發見者が自己のためにする意思で所持する場合、即ち埋藏物又は遺失物を隠匿する場合に於いては、彼れは明かに占有者である。所有權の問題としては、其の占有物が無主物であつた場合には、先占に因つて、所有權を取得するか、又は遺失物法に違反する無効の行爲として、所有權を發生せしめないかは、別な問題として残るけれども、占有の問題としては、何れの場合にも占有者である。遺失物を無主物なりと信じた場合でも、反對に無主物を遺失物なりと信じた場合でも、然うであつて、唯だ占有の瑕疵が問題となる丈である。悪意の場合には、客觀説ならば勿論、主觀説に於いても、占有者としての要件は總べて備はつてをる。

(2) 發見者が法規に従つて、官廳へ届け出でた場合は、獨立に觀察しなければならぬ。一度官廳に物を交付すれば、最早發見者の占有は問題とならない。何となれば、官廳は發見者の占有代理人ではないし、殊に發見者は官廳から物を取り戻すことのできないのは、彼れが占有者でないからである。此の場合には、占有は遺失主にも屬せず、發見者にも屬せざる場合である。然らば發見者が官廳に届け出づるまで、占有を有したか否かといふ問題は、大した實益のない問題である。

(3) 残るところ、議論の中心となるのは、發見者が官廳に届け出でずに、しかし遺失主のためにする意思を以つて、所持を繼續する場合である。此の場合には、義務なくして、他人のために、其の財産を保全する場合であるからして、現行法上事務管理と解するが、最も自然的な見解であると思ふ。故に前に述べたごとく(一〇二切)、無權代理の場合と、又た代理意思なしの、恰も間接代理に相當する場合とが、ありうる譯であるが、届け出

でもせず、代理意思でもなしに、遺失物、埋藏物を所持する者があつたとしたならば、寧ろ多くは、悪意の拾得者であつて、事務管理者ではないであらう。故に今ま問題としてをる事務管理の場合には、第三者から物を取得する事務管理とは反対に(参照一〇二切)、間接代理的な場合は、稀有の例外であつて、通常は無権代理人と認むべきものである。従つて、発見者自身は占有者ではない。然らば此の場合、遺失主は占有者であるかの問題は、既に述べたごとく(六七切)、遺失の意義に關連して、甚だ不明瞭に扱はれてゐるのである(参照註二一九)、遺失主は遺失の時に、占有を喪失すると解するが、至當と考へる(同切)。さすれば、此の場合も亦た、官廳へ届け出でた場合と同様、物が無占有となる場合である。^(三七〇)

(三七〇) 有主物が無占有となる場合のあることは、イエリグが奴隷又は狂人に對する引渡に就いて、主張するところであるが(九五切引用文八七、二九六頁)、吾吾は其の外に、無権代理行爲(一〇二切及び本切末段)、並に官廳の保管(本切)に於いて、同じ結果を發見した。而して、このことは所有と占有との分離に就き、一材料を提供するものであつて、即ち所有権は占有なしに存續しうることを、確證するものに外ならぬ。

第三節 占有制度の歸趨

第一款 派成占有

一〇五 派成占有の意義

本章に於ける、上來の沿革的研究に因り、原始所有権は、動産に付いては、占有権であり(五八切)、不動産に付いては、先づ團體權として發生したために、後世の公所有権、又は共有權の胚芽として、現れてをり、其れが個人の單獨所有權として成立するに至つた時も、命令權的な性質を含んでをつた。之れに反して、不動産に付いて先づ發芽した個人の權利は、占有権であり(六〇切)、特に其れが法律概念に凝結した時には、先づ公有物に對する個人の支配權として、會得せられた(六二切、七一切、七三切、八九切)。以上の場合に於ける占有の内容は、勿論所有權的なものであつて、凡そ物の支配權が唯だ一種である間は、占有も亦た一種しかありえない。即ち物を支配する權原が、所有權であり、現に支配してをる權能が、占有權である。一方は原由に因つて定まり、他方は意思と實力とに、法律上の效力が賦與される。其れが *animus* と *corpus* なのであつて、其れが *animus domini* であると説明する必要を生ずるのは、所有權の外的本權が發生してからの、後のことである。ローマに *animus domini* という語のなかつたと、唱へられてをること(参照五切)は、最も良く此の消息を物語るものである。然るに後世に至つて、其の當時の法現象に於いて、所有者のみならず、多くの者が占有を與へられてをることとを、目撃した法學者が、學問上の説明のために、*animus domini* を産み出したのである。そして又た、其の結果として案出せられたものが、派成占有であり、更に *animus domini* の占有に對立するものとして、準占有、及び更に後に至つては、握有の觀念を生じた。要するに *animus domini* の占有は、原始法的な、現實的な制度であつて、派成占有、準占有、及び握有の三者は、概念的な、法律學の產物である。故に今ま之れ等の後發的な法

制度の、發展の方向を概観することに因つて、占有制度の歸趨を知りたいと思ふ。

派成占有(*abgeleiteter Besitz*)なる語は、本論第一章第一節中に、屢ば現れてをることく(特に四切、五切、一〇切、一一切七)、主觀説の學者に依つて、用ゐられてゐたものであつて、其の要約は、イエリグの主觀説に對する検討中に、述べられてをる(一〇切)。要するに其れは、*animus domini*を有せざるに拘はらず、ローマ法に於いて占有者と認められてをつた者を、指す語である。しかし其れは準占有(*quasi possessio*; *juris possessio*)ではないのであつて、準占有は上に研究した如く(七七切)、役權から發達した制度であつて、他物權(*jus in re*)を有する者の占有であるが、派成占有は、*animus domini*の占有でもなく、準占有でもなく、其の中間に位するもので、固有の占有(*possessio*; *Sachbesitz*)に屬するものである。後に他主占有(*die Sache für sich zu haben*)といふ觀念が發展するに至つたのは、此の派成占有に對する討究からして、導火せられたものではあるが、しかし他主占有は、所有意思に非ざる總べての占有(民法第一八五條)を指すものであつて、即ち派成占有と、準占有とを、併せ含むのである(註二四に引用した諸例參照)。尤も今日の準占有(民法第二〇五條)を、若しドイツ普通法の學者と同一に解するとしたならば、他主占有は結局派成占有と同意義に、歸すべきであるが、其の如き解釋は未だ嘗て聽かない。

最も注意すべきことは、派成占有なる觀念は、ローマ法には認められてをらず、従つて、之れに相當する用語もなかつたのである。其の起源に關しては、既にイエリグに依つて、研究せられたところであつて(四切引用

文八七、二四六頁以下)、之れに従へば、此の觀念の最初に現れたのは、ラウテルバッハであつて(參照五切)、*possessio naturalis ratione formae*と呼ばれたものが、之れであつた(四切)。*abgeleiteter Besitz*といふ語は、ザギニーに依つて創定せられたものかと、思はれる(文一、五版九一頁、一〇四頁以下)。尙ほドネルスには、派成占有の思想は現れてゐなかつたことが、イエリグに言はれてをり(五切引用文八七、二五〇頁)、而して使用賃借人及び收益賃借人と列べて、質權者、用益權者を、占有者に非ざる者として、擧げてをる(同切)。フランスに於いても、ポチエーは所有意思ある占有(*possession animo dominantis*)に對立せしめて、單純なる自然占有(*possession purement naturelle*)の語を用ひ、そして其の第四種として、所有權を移轉するあたはざる性質の權原から出た占有を擧げ、質權者、用益權者、係争物保管者、容假占有者を、之れに屬せしめてをる(九切)。即ち永小作權者及び地上權者は、ドネルスに依つても、ポチエーに依つても、明言せられてゐない。恐らくは、*animus domini*の占有と、傳統的に見解してゐたのであらう。此の傳統がラウテルバッハを刺激して、其の基礎をば理性(*ratio*)に求めむとせしめたものと、思はれるが、しかし合理的形式の自然占有(*possessio naturalis ratione formae*)といふ用語は、果してイエリグの言ふごとく、派成占有の意味であつたかは、疑はしい。之れを所有者の占有が讓渡されると解したのは、ザギニー独自の創案ではなかつたであらうか。しかし内容的には、兩人の符合は顯著であつて、イエリグの指摘に従へば(四切)、ザギニーは質權者、永小作權者、係争物保管者、容假占有者を、之れに屬せしめ、ラウテルバッハは更に、地上權者、用益權者、及び封臣を、入れてゐたといふことである。

(三七二) キルケ文庫に就いて涉獵したところに依ると、ザギニー以前には、*abgeleiteter Besitz* といふ語は、全く現れてゐない。ザギニー以後には、Brunn, *Erörterungen*, 1831, § 295 には、所有権占有者は他物権占有者に、占有を譲渡(*abtreteln*)しうるものとし、Puchta, *Pand.*, 7. Aufl. 1857, § 125 は *Abgeleiteter Besitz* と表題し、そして此の語を適切であるとして、賞讃してをり、Bluntschli, *Deut. Privatrecht*, Bd. 1, 1853, S. 242 には「ロー法にも既に *abgeleiteter Besitz* が認められた」と説明してをり、Arndts, *Pand.*, 2. Aufl. 1855, § 135 には *abgeleiteter juristischer Besitz* としをり、Brinz, *Pand.*, 1857, S. 64 には「占有は一度成立すると、引渡に依つて移轉しうることを認め、之れを *sog. abgeleiteter Besitz* と稱し、*Panda, Besitz*, 3. Aufl. 1879, § 24 は「非常に廣く権利占有を認め、地上権者、永小作権者も権利占有者であるとして、多数説が之れを *abgeleiteter Sachenbesitz* とあるとするのを、誤りであるとしてをる(同五二八頁註一七)」。氏は一方に於いて、動産質権者は占有者ではないとしてをる(同五二五頁乃至五二七頁)。即ち此の頃からして、派成占有の思想が、疑はれ出したことが、推察せられる。以下次第に此の語は消滅した。尙ほ Girard, *Droit romain*, 6. ed. 1918, p. 275 et note 1 に *possession dérivée* に關する記述がある。

尙ほ禁令占有(*Interdictenbesitz*)といふ語が、主觀説の學者に依つて、往往に用ゐられた。之れに就いては、ザギニーは其の著書の初めの方で、占有の種類を説明して、斯う言つてをる(文一、五版四〇・一頁)。——『原始的には、*possessio* は單純な握有(*Detention*)を意味した。即ち法律的不な自然的關係であつた。此の語に依つて名稱せられたものが、單純な自然的關係であることは、未だ他の概念が現れて、其れに對立するために、此の語に附加語を附する必要の生ずるまでは、何等附加語に依つて表示することを、要しなかつた。然るに此の握有が、一定の要件の下に、法律關係となり、即ち握有は取得時効(*Usucapion*)に因つて、所有に到達した。

此の時に至つて、其の握有は *civilis possessio* と稱せられ、そして初めて、總べての他の握有をも、用語に依つて區別すべき必要を生じた。之れを *naturalis possessio* と呼んだ。之れ即ち、*civilis possessio* のごとく、法律上の關係とはならざる *possessio* の、總稱である。然るに握有は亦た、尙ほ他の方法に依つて、法律關係となつた。即ち護民官の禁令(*Interdict*)の設定するもの、之れである。之れは單純に *possessio* と稱した。之れ此の語が附加語なしに用ゐられて、而も尙ほ専門的に用ゐられてをる場合の、此の語の意義である。此の禁令占有(*Interdictenbesitz*)に對立する總べての他の握有は、再び *naturalis possessio* と呼ばれた。之れ即ち彼の法律的關係に對立する・自然的關係を意味するのであつて、全く *civilis possessio* の場合に、此の *naturalis possessio* に依つて對立が名稱せられたと、同一の方法である。之れに因り、法律上の占有には、二種あることになる。一は *possessio civilis* 即ち取得時効占有(*Usucapionbesitz*)であつて、他は *possessio* 即ち禁令占有(*Interdictenbesitz*)である。^(註一七)兩者相互の關係は、禁令占有は全部取得時効占有中に含まれてをる。唯だ後者は、尙ほ前者よりも多くの、或る要件を有することにある。故に取得時効のために (*ad usucapionem*) 占有する者は、常に亦た禁令の關係に於いても占有する者であるが、其の反對は、然うは往かなす。(同四一頁)。

(三七二ノ二) ザギニーは此處に註を設けて、*Usucapionbesitz* に就つては「1. 16 D. 41.3 de usurp. に此の語が用ゐられて、*ad usucapionem tantum possidet*」(取得時効に對してのみ占有する)と言ひ、*Interdictenbesitz* に就つては「1. 9 D. d. R. V. 6.1: *possessionem quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utriusque*」(使用占有の禁令又は雙方的禁令から、場所

を有つこの占有(を引用してをる。尙ほ前者に就いては L. 1 § 15 D. de poss. 41, 3 (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem が参照せられてをる(文一、五版四一頁註一))。

此の相異の内容は、更に先の方で、説明せられてをる。『上に占有には二種あること、即ち possessio civilis-1、 possessio とがあることを、説いた。然らば兩者の關係はどうか。(中略) 禁令に依る權利は、 possessio を前提要件とする。しかし其の外には、何も必要でない。暴力を以つて占有を取得した者すらも、此の權利を用ゐることが出来る(§ 6 I. de interd. 4, 15)。(中略) 取得時効も possessio を前提要件とする(D. 25 D. de usurp. 41, 3)。(故に占有を失へば、取得時効も止む(D. 5 eod.))。しかし其の外に尙ほ善意(bona fidei)と正權原(justa causa)とがなくてはならない。之れに因り、兩者の關係は斯うである。時効占有(Usucapionbesitz)は禁令占有(Intdictenbesitz)よりも、尙ほ若干の要件を多く有つてをることであつて、而して後者は常に前者を包含してをる。(中略) ローマ法が有つてをつた。此の二種の法律上の意義は、決して、法律上の占有を分割する基礎に、立つてをるものではなく、唯だ或る法律上の占有が單純に存すれば、其れは單に禁令の保護のみを設定し、更に他の要件が加はれば、亦た取得時効をも、結果に有つといふ丈のことである。』(同七一・二頁)。

之れに依れば、禁令占有は、唯だ護民官の與へた禁令に依る保護を受ける占有、簡單に謂へば、取得時効の原因とはならない占有、といふ丈の意味であつて、即ち所有者から派成したといふ意味は、少しも含まれてゐない。然るに學者が往往派成占有の代りに、此の語を用ゐてをるのは、内容的に見て、派成占有は唯だ禁令の保護

のみを受けたことからして、ローマ法の言葉の缺亡を補ふためである。しかし之れに因り、却つてローマ法には、派成占有の觀念の無かつたことを、知るに足るのである。

(三七一ノ三) 第一章に擧げた主觀説の學者中、テイボーは『全體に於いて排他的に、自己の名に於いて、有體物に關する總べての Interdicta が許されてをる者は、固有の意義に於ける占有者と稱せられる。』とし、マツケルダイは『占有者の意思が……單に jus ad interdictum のみに向けられる場合』と言ひ、之れを possessio ad interdicta とあるとし、エミンング・イッゲルハイムは明かに『占有が他人に讓渡された場合』を abgeleiteter Besitz とし、之れを Interdictenbesitz と言つてをる。又たフリッツも『Interdictenbesitz に必要な animus』の一般に適用すべき原則を問題にして、之れを『所謂 abgeleiteter Besitz の種々な場合』と考へてをり、更にミュンレンブルフは最も明白に、『此の者には唯だ Interdictenbesitz のみが許される。之れ今日通常 abgeleiteter Besitz と稱せられるところのものである。』と言つてをる(以上六切引用)。其の後の文献に於いては、例へば、Bekker, Recht des Besitzes bei Römern, 1880, S. 181 に係争物保管者の占有に就き、Interdictenbesitz の語を用ゐてをり、又た Wächter, Pand. Bd. 2, 1881, S. 42 は、廣く質權者、係争物保管者、容假占有者、及び封臣に就いて、此の語を用ゐてをる。

派成占有に關するザギニーの意見は、既に前に紹介したごとくであつて(五切及び一一切七)、即ち氏は、『然るに占有は權利として認めらるべきものであつて(文一、五切)、而して其の限り、讓渡しうべきものである。故に恰も彼の場合に於いては、固有の、原始的の占有者は、占有の權利を、彼れのために所有權を實行する者、即ち従來の觀念に従へば、占有者として認むべからざる者に、讓渡することが出来る。即ち原始的占有者、即ち握有

と *animus domini* とに基く者の外に、尙ほ一の派成せる占有があつて、其れは他人の原始的占有に基くものである。此の派成占有と、原始的占有との總べての相違は、*animus possidendi* に存するのであつて、握有に於いては、兩者は全く同様である。即ち *animus possidendi* は、原始的占有に在つては、*animus domini* として考へられなければならないのに、派成占有に在つては、從來の占有者から移轉せられた *jus possessionis* に、行はれる。」と言つてをり(文一、五版一〇四頁)、そして然らば如何なる場合に、派成占有ありと認むべきかに關しては、『派成占有は併し決して、實際上の占有者が適用せむと欲する總べての場合に於いて、適用されるのではない。何となれば、之れには占有の原始的概念からの變例を含むのだからして、其れは唯だ現行法が明示的に適用せむとしてをる場合にのみ、承認すべきものである。』と、言つてをる(同一〇五頁。參照一切七)。

而して氏は第二章占有取得の所で、派成占有のことに論及して、『派成占有の特徴は、前占有者が彼れの *jus possessionis* を、所有權なしに移轉することに存する。之れに因り、占有取得行爲は毫も總べての他のものと異るところがなく、依然一定の意慾が之れと結合してゐなければならない。しかし此の意慾は單純に *jus possessionis* を取得することに、差し向けられなければならない。物を自己の物として扱はうと欲する(*animus domini*)は、今の場合には、到底不可能である。何となれば、他人の所有權を、明示的に承認してをるからである。(改行) 茲に於いて、派成占有の諸場合をば完全に説明することが、問題となる。換言すれば、其れは總べての法律行爲に於いて、一般的に握有が所有權なしに移轉せらるるものを探求し、而して其の各に在つて、果して *jus possessio-*

nis が同時に握有と共に移轉されるか、否かを決定すべきである。』と言ひ(文一、五版二七八・九頁)、そして總べての法律行爲を分けて、決して派成占有を生ぜざる場合(同一三切)、常に派成占有を生ずる場合(同一四切)、及び時として派成占有を生ずる場合(同一五切)の、三場合としてをる(同一七九頁)。其の第一種は狹義の管理人、使用借主、賃借人、ローマの訴訟に於ける *missio in possessionem*、他物權者の五があり、第二種は永小作人及び質權者の二であるとし、第三種は時として握有を、又た時として占有を移轉するとして、寄託と、容假占有とを、擧げてをる。(以上に就き本章第二節各場所參照)。尙ほ氏は、派成占有は例外であるから、特に證明せられ、及び明言せられてをる場合の外は、承認すべきものでないことを、再言してをる(同一七九頁)。

此の派成占有に關するザギニーの意見は、彼れの學敵たるティボーにも、禁令保護の許された固有の占有であるとして、承認せられ、終に *Interdictenbesitz* といふ名稱に依つて呼ばれるやうになり(註三七二ノ二及び三)、そして此の學説は十九世紀の殆ど全般に互つて、學界に一般に承認せられて、をつたものと思はれる。イエリグが主觀説の著しい進歩であると賞揚したマンドラーの學説の、發表されたのは、一八八〇年のことであつて(八切)、其の時までは、依然此の派成占有説が、勢力を維持したのである。^(三七二)

(三七二) イエリグは其の學生時代に、主觀説の講義を聽いて、*animus domini* と *abgeleiteter Besitz* との當惑に、頭を悩ませたことを説いてをるが(六切)、併し占有意思論以前に於いては、未だ之れを打倒する機會に達しなかつたものか、占有保護原因論に於いては、權利占有に就いては、後述のごとく(一一〇切)、大いに賞讃してゐるが、派成占有には言及

してゐない。そして氏は *animus domini* に就いて、簡単に *animus domini* 説を批評して、此の *animus domini* と *alieno nomine detinendi* との對立は、氏の占有は所有權の事實性であるといふ見解に依つてのみ、満足な説明を發見する。』と言つてゐる(文四五、一九一頁)。即ち同書に於いては、猶ほ氏が *animus domini* を承認してゐること又は、明白であるが、然らば所謂 *animus alieno nomine detinendi* は何を指したのか、明白でない。次の説明を讀んで見ても、派成占有の思想は、表面に出てゐない。氏の派成占有攻撃の鋭鋒は、同著以後に於いて研かれたものであることが、知られる。

ラウテルバッハ以來、合理的自然占有者として、考へられて來た者の中、封臣は除いて、其の他の者の有した占有は、本章の研究から現れたところに従ふと、總べて *animus domini* の占有者であつたことは、最も注意に値するところであり、而して其れは、決して所有者から傳來した占有ではなく、彼れ等自身が、所有者と比肩すべき、固有の占有者であつたのである。即ち永小作權(七二切)及び地上權(七四切)は、共に公有地の占有に始まつてをり、後に私有地に移るに及んでも、彼れ等は *dominus* として取り扱はれた。質權に於いては(七六切)、最初は所有權が移轉したが、初めて、所有權とは別な、獨立な物權として承認せられたときには、占有も亦た所有權から分離して、所有權とでも、質權とでも、どちらとでも併存しうるところの、獨立な權利となつた。そして此の所有と占有との分離の、第一步を踏み出したものが、容假占有であつた(九一切)。此の時に初めて、所有者に對立しつつ、所有意思を有する占有者が、法律上に承認せられたのであつた。而して既に所有と占有とが別な法制度として、獨立して存在しうるに至つた上は、其の所有者的な占有を内容とする他の權利が成立すべきは、

當然であつて、其の最も適例は、用益權であり(七八切)、特に虛有權の場合に於いては、其の所有權的な内容であることは、最も顯著である。又た係争物保管も(一〇一切)、所有者的な占有の一例であつて、即ち若し所有と占有との分離前であつたならば、信託質に於けると同様、所有權を移轉しなければ、此の法律行為の目的を達しあたはなかつたのであるが、既に兩者が分離した上は、所有者から占有を切り離して、保管の目的を達することが、できたのであつた。要するに所謂派成占有なるものは、所有と占有との分離の過程に於いて、所有者外の者が、所有者と同一なる物の支配を、現實的に行ひうる力が、法律に依つて承認せられた場合であり、其の現實的占有權者が、種々な名稱を以つて、呼びなされたに外ならぬのである。

一〇六 派成占有の心素

ドイツ普通法の學者は、所有と占有とが、ローマ法に於いて、確然分離した別の制度であることには、心づかなかつた。其のために派成占有は、如何なる意思を要素とする占有であるかに就き、頗る説明に苦しんだ。所有者に非ざる者が、所有意思を以つて占有するといふことは、一の怪奇であつた。特に彼れ等の受け入れた法律學に於いては、既に準占有の制度が、充分に發展してをり、所有者に非ざる占有者は、準占有者であるべき筈なのに、而も所有者の占有を有する理由は、最も詮索の的とならなければならなかつた。ザギニーは、占有は權利であることを根據として、所有者の占有權が讓渡されるのであると、説明したのであるが(參照一切七及び一〇

五切)、しかし其れならば、何人に對しても讓渡しうべき筈であつて、特に派成占有者とせられた者に丈に讓渡しうる理由は、説明せられない。故にザギニーも、之れを變則であるとする外はなかつた。此くて學界に非常なる波瀾を捲き起し、種種なる學說が相次いで生まれた。其れは皆な、派成占有説への抗議であり、そして其れは、占有客觀説樹立の、過程であるに、外ならなかつた。

最初には、占有意思は種種なることを妨げぬとする説が、發展したやうであつて、フジツの『所謂派成占有の種々な場合に應じて現れるところの、種々な種類の意思』といふ提唱に従つて、ベルンコニヒの永小作權者意思(animus emphyteutae)、デュ・ロワ其の他の地上權者意思(animus superficaris)が主張せられたことが、報告されてをる(註三六)。之れ等は殆ど學問的脫線に近いものであるが、之れに對し、次第に占有意思を一種類として、説明せむとする氣勢が、熟して往つたのであつて、其の最初の試みは、マンドグリーに依つてなされたのであり、氏は占有意思を、『自己を法律上の占有者たらしむべき意思』であるとし、此の意思は能く、物を他人のために所持する意思と、結合しうるとして、派成占有を解決せむとしたのであつた(八切引用文六四、二六頁)。此の考へは猶ほ未熟なるを免れなかつたのであるが、デルンブルグに至つて、占有意思は、『物を自己のために、排他的に、事實上、支配すべき意思』であるとし、そして此の意思は總べての種類の法律上の占有に、共通であるとして(八切引用文七六、一卷三九二頁、七版四〇八頁)、茲に日本民法に依つて正繼された如き、新しい自己意思説が、確立するに至つたのである。

(三七三) マンドグリー説は、前にも挙げたごとく(註三六九)、ギントシャイドに依つても、引用されてをるのであるが(文四一、一四九切註七)、其處には斯うある。『マンドグリーは考へる。占有意思が握有意思と區別されるのは、唯だ其の意思が、他人の占有を繼續すること、又は他人に占有を取得せしむることに、向けられてゐるのではなくて、寧ろ自ら占有者たらむと欲する點に、存すると。しかし之れは、占有意思は占有意思であるといふと、異ならないではないか。』と。

此の新主觀説の確立と共に、派成占有者は皆な、固有の意義の、占有者に高められたと共に、從來 animus domini と同義に解せられてゐた animus rem sibi habendi が、全く別な意義を得るに至つたのである。ザギニーは此の兩語を全く同一に取り扱つてをったことは、前に引いたごとく(五切)、占有意思を説明して、『自己の所有權の上に向けられた意思の場合であつて即ち、animus possidendi は animus domini 又は animus rem sibi habendi に依つて、説明せられなければならない。』と言つてをる(文一、五版九二頁)ことからして、知られる。然るに同じ場所にザギニー自ら引用してをるテオフィルスは、イエリグに依つても、animus domini の典據であるとせられてをるのであるが(五切引用文八七、二五〇頁)、其の後の研究に因り、此のテオフィルスに始まり、クレーヤチウスに依つて引用せられた *dux* *sear* *curios* は、ドネルスの *afechus dominantis*、又はボッキングの *animus dominantis* と共に、結局 *animus possidentis* といふパウルスの用語と、同じ意味であると、さるるに至つたのである(五切、四九切、参照五二切)。斯かる曲折を経て、終に *animus domini* 説が崩壊すると共に、派成占有といふ觀念も、全く學界から葬り去られたのである。

派成占有に對する抗爭は、此くして一方に於いて、新主觀説の興起を促すと同時に、又た他方に於いては、占有意思は所持意思を以つて足るとする。所謂客觀説の建立を見るに至つたのである。其の傾向は既に幾分、ファイファー其の他の學者にも、現れてをつたが(參照三〇切)、斷然と所持意思説を主張したのは、勿論イエリグである。氏は派成占有を所有意思説の結果であるとして、斯う言つてをる。「派成占有に關しては、其れは通説が *animus domini* の避くべからざる結果として、維持するものであるといふ以上には、予は言ふべき何物をも有たない。如何なる實際的理由が、此の無實な變則の動機となつたかといふ問題に關しては、何等の報告も與へられてゐない。通説は不言の理由を以つて、助けとしてをるのであつて、即ち、ローマ人は歴史的及び實際的な理由で、然う定めたのであつた。」(文八七、一五四頁)。之れファイファーと同主旨である(參照三〇切)。イエリグの意味は、ローマ人は何の區別をも、立ててゐなかつたものを、主觀説が *animus domini* などを持ち出したから、餘儀なき結果として、派成占有が生まれたといふに在る。氏の主觀説の辨證論的構成(文二第六章)、及び其の内部的批評(同第一四章)は、全部此の見地から爲された説明であるが、特に主觀説の辨證論的構成の第六則、及び第七則に於いて、派成占有に對する氏の意見が、明示されてをる。

其の第六則に於いて、氏は *animus domini* に就いての批評(五〇切引用)をなした後、派成占有との關係に論及して、次の如く述べてをる(文八七、三三三頁以下)。——

「假に以上に述べた攻撃が總べて維持し難いものであつて、占有は所有の實行であるとすれば、占有者は所有權

を行使する意思を有せなければならぬといふことになる。然るに此の定義は亦た不適合である。何となれば、このことは賃借人にも適用があることと、なるからである。故に概念的な方向轉換の必要がある。ザギニーは意思を自己の所有權を行ふ場合と、他人の所有權を行ふ場合とに區別して、之れに因つて其の方向轉換を爲した(上引文一、五版九二頁參照)。併し之れは占有に對しては、満足でない。何となれば、占有意思は、自己の所有權を行使することに、向けられなければならないからして、(中略) 他人を所有者として承認する者は、占有者ではないといふことになる。若しローマ法が彼れにも亦た、一定の關係に於いては、占有を與へたとすれば、其れは誠に遺憾千萬な結果である。(改行) 此の占有意思の相違が占有關係に及ぼす影響の、理由に關しては、吾吾はザギニーに聽かうとしても、全く無益である。彼れが之れに關して發言した唯一の場合には、「彼れ(所持人)が、他人の所有權を實行する意思——即ち今は等しく其の他人の所有權を承認(文一、五版九二頁)——を有するならば、然らば其の中には、握有を占有に高むべき *animus domini* は、存在してゐない。」とある丈である(文一、一〇九頁、參照五版九二頁)。何故に然うなのか。之れに就いては、吾吾は何の答へをも受けない、此の答へを與ふることは、ザギニーには困難であつたに違ひない。何となれば、意思の相異が、所持者の法律上の地位に影響を及ぼすといふことは、何物に依つても正常化されず、且つローマ法に於いて、毫末の支持點をも、發見されざるものであつて、反對に同法は積極的に、自己の權利を實行するか、又は他人の權利を實行するかは、他の法律關係に於いては、全然無關係であることを、證明するをうべき地位に、在らしめる。(文八七、三三三頁)。

其の例として氏は債權讓受人が讓渡人の債權を行使し、用益權の賣買に於いて、買主は唯だ用益權の實行のみを受け、權利自體は受けないことを、擧げて、『結論。人は他人の權利を實行して、而も尙ほ、權利を自己のものとして實行する者と、同様に、保護せられることができる。——其れ故に、他人の所有權を實行する者の人格に於ける占有關係は、握有の性質を、認めなければならぬとする思想は、何等の根據のないものとして、現れる。……今や吾吾は問はう。結局 *animus possidendi* から何が残つたか。答へ。何物も！』と(同三三四頁)。そして以下に、占有を所有權の行使であるとするこの誤つてをること、ローマ法では他人の權利を行使する者にも、同様の保護を與へたことが、再言されてをる(同三三五頁)。

更に第七則に於いて、氏は既に第六則の批評中に現れてをる。派成占有を以つて變則とする意見に對する。批評を述べてをる(一一七七)。而して此の點が所有意思説の致命傷となつたのであつて、本切初頭に述べたごとく、之れに反對する學説が相次いで生まれ、十九世紀中頃以來の占有理論は、皆な此の點に向つて、集注したのであつた。イエリッングの所説の骨子も、茲に存するに外ならぬ。氏は言ふ。

『派成占有は其れ自身、一の特例(*Singularität*)を包含するとする主張は、絶対に正當でない。吾人が依據すべき簡單なる事實は、實に斯うである。ローマ法では、派成占有の場合に、占有が成立することもあり、又た握有の發生することもある。前者が變則であるといふ意味は、ローマの法律家には、毫も發見することができない。此の對立の結果に達するとき學説は、既に其の出發點に於いて、誤つてをり、ローマの法律家が全然知らない

見解を、ローマ法に搬入するものである。吾吾は何が此かることを餘儀なくせしめたかを、知つてをる。其れは即ち、若し派成占有を變則であると謂はないとすれば、此の *animus domini* の學説を維持することが、できなくなるからである。』と(文八七、三三六頁)。

此處で氏は前に紹介した(註五四)机の脚の例を、引いてをるのである。そして、『派成占有なる範疇の樹立は、主觀説の破産の意思表示(*Banquerotterklärung*)である。或る規則は之れに矛盾するもの、即ち例外を許す。しかし概念は然らず。』と(三七七頁)。(三七七頁)。そして以下にザギニーの所説、『占有は權利と認められ(參照文一、五切)、而して其の限りに於いては、讓渡しうべきものである。故に固有の、原始的占有者は、占有の權利を、自己のために所有權を實行する者に、讓渡することができる。(中略) 即ち *animus possidendi* は、原始的占有に在つては、*animus domini* として考へられねばならなかつたが、派成占有に在つては、從來の占有者から讓渡された *jus possessionis* の上に、行はれる。』(文一、一一九頁、一〇五切引用五版一〇四頁)といふに對して、詳細な批評が下だされてる(文八七、三三八・九頁)。

(三七四) 原文 „Eine Regel verträgt Widerspruch d. i. Ausnahme, ein Begriff nicht.“ 尙ほ氏が主觀説の破産と言つてをるのは、此の場合の外に、もう一つある。即ち序文中に、*animus domini* 説のごとく『抜本的に破産に至らしめたもの』(*gründlich Banquerott gemacht*)と言つてをる(一一七六引用)。即ち氏に従へば、所有意思は主觀説の破産原因で、其の支拂停止の意思表示が、派成占有の樹立なのである。

一〇七 占有唯一性と原始所有觀念の遺傳

フ、イ、フ、ア、ーが派成占有者の占有は、ローマ法の淵源に於ける用語からは、恰も當然的に理解されてをるとした(参照三〇切)は、此の問題の核心に觸れたものであつて、イエリグに依つて強調されるごとく(前切参照)、派成占有を以つて、變則であり、例外的制度であるとする見解は、確かにローマ法の占有理論には、適合せざるものであるに、違ひない。ザギニーが此の説を工夫し出したのは、亦たイエリグの言ふがごとく(前切末段)、所有意思説を維持するためであつたであらう。そしてザギニーは其の説の根據を、占有は權利であるとして、權利の讓渡性に置くのであるが(参照一〇五切)、假令讓渡を受けたにもせよ、既に所有者の占有を實行しつつあるならば「永小作人自らの所有意思ではない。故に派成占有を認むるとしたら、所有意思説は根底から瓦解することになる。其れを明かにしたのは、實に十九世紀後半期の學者の功績である。乍併、派成占有を打倒したからといつて、所有意思説も當然否定されることにはならない。唯だ所有者から占有を讓渡されたといふ點が、否定される丈であつて、彼れ等自らが、固有の *animus domini* の占有者であることは、能く概念的にも成立しうるが、特に歴史的検討に於いて、顯著な事實である。イエリグはマッケルダイに對する批評中に、所有意思と派成占有との概念上の關係を、三様に區別しうるとし(文八七、二四〇頁)、(イ) *animus domini* を原則、*animus ad interdicta* を例外と見る。(ロ) *animus domini* は、ローマ法が占有を認めてをる總べての場合に存在

する。(ハ) *animus possidentis* を、*animus domini* と *animus ad interdicta* とに分ける。斯う三個の可能を認めてをる。

此のイエリグの解剖表を一覽して、吾吾が直ちに氣附くところは、第二表である。之れ本章に於いて研究して來た歴史上の考察からして、最も明確に示現された事實であつて、即ち質權者、永小作人、地上權者等は、原始時代に於いては所有者であり、後に所有と占有とが分化するに至つて、本權者としては既に所有者ではなくなつてからも、占有者としては *animus domini* の占有を有したのである。ローマ法は決して *animus ad interdicta* なるものを認めなかつたので、従つて其れは *animus domini* に對する例外でも、亦た *animus possidentis* が、*domini* と *ad interdicta* との二種に別たれたたでも、なかつた。然るに近世の法律學者は、ローマ法を研究するに際し、直ちに發達した法規に著眼して、遠く原始法時代から出立することを、知らなかつたために、所有と占有とが如何にして分化したかの過程に、思ひ及ばなかつたのである。今の問題に就いて、彼れ等の眼中に映じた最初の制度は、恐らくは先づ十二表法の *usucapio* であつたであらう。そして此の時に於いては、所有と占有とは、既に分離して觀念せられてをり、所有權に到ることを得べき、*civilis possessio* の思想が、發展してゐたのであつた(一六切引用ザギニー文一、五版四二頁)。通説は其處を出發點としたのであり、そして此の所有に到達すべき占有が *animus domini* の占有であり、其れが占有の原始的意義であると、考へた。従つて、所有に到達しえざる占有の發現に會した時には、彼れ等は之れを「占有の原始的概念からの變例を含む」ものであると、考へ(ザギ

ニー一〇五切引用文一、五版一〇五頁)、其の結果は遂に、派成占有なる概念を捻出せざるを、えなかつたのである。歴史に眼を開けと言つて教へた者は、イエリグであつた。之れ實に通説の惰眠を破る警鐘であつて、後世の法律學は之れに對して、全幅の尊敬と感謝とを、イエリグに拂はねばならぬ。唯だ、其の歴史的考察を、イエリグ自らに従つて實行されることを望むのは、無理であつた。其れは最初からローマ法の正文と、形式論理との氛圍氣の中に育つた法律家としては、誠に已むをえないことであつたらう。其の結果、氏の所謂歴史的考察なるものは、*animus domini*を否定して、更に最も概念的所持意思なるものを、抽象するに至つたのであるが、爰ぞ知らん、吾吾が太古に立ち戻つて、自然生活から、初めて法思想の胎生した當時の状態を究むると、其處には唯だ一つ *possessio animi domini*のみが、存在したのであつた。

要するに、近世の法律學は *dominium*を、發達したローマ法の所有權の意義に、解して來たのであつて、即ち *animus domini*とは、絶對無限の支配意思であると、考へたのである。其の如き意思は、勿論所有者の外には有らぬし、又た有つては相濟まないことである。しかし *domare*の語源は、イエリグに従へば、動物を馴らすことであつて(五八切)、即ち具體的な物の支配の義である。*animus domini*を此の原始的な意義に解するとし、たならば、物を具體的に、現實的に、支配する意思といふ意味であつて、苟も自ら物を支配する者は、皆な此の意思を有しうるのであり、敢てローマ法の意義の所有者には限らないのである。而して此く *animus domini*を解するに就き、有力なる一の支持を與ふるものは、ザギニーが特定の目的(例へば果實のため)に物を保持する場合

も、他人を所有者と認めない限りは、*animus domini*を有する者であると、してをることである(五切引用文一、五版九二頁註一)。即ち自ら支配者たる意思が決定的標準なのであつて、其の支配の制限的たるとは、問はないのである。他の語を以つて言へば、*uti, frui, consumere*の何れかを自己のためにするところの者、即ち自ら物の使用者たり、収益者たり、消費者たる意思を有する者が、*animus domini*の占有なのである。此くの如く、*dominus*の語の原始的意義に遡つて解するときは、ザギニー後の學者に依つて、*animus domini*とは別な意義を附せられた *animus sibi habendi*が、再び同一の意義に歸ることになるのであつて、そして又た、普通法の學者に依つて、頻りに氣にされた文字上の議論、例へば *animus domini*か、*dominandi*(所有すること)か、*dominantis*(所有する)か、又た其れは *animus possidendi*(*possidentis*)と同義か否か、等の問題(参照五切)は、殆ど其の意義を失ふのであつて、課題は決して斯かる用語上の區別に存するのではなく、法概念の進化の過程に於いて、何れの階段に把持點を求むるかに、存するのである。

之れを要するに、所謂派成占有なるものは、此の原始的意義に於ける、*animus domini*の占有が、既に本權と占有との、截然分化した後の法制度に、遺傳したものに外ならぬのである。(三七五)

(三七五) 占有論の諸書に於いて、所有權に關しては、専ら所有權無き者の占有を問題にし、其の他の權利に關しては、其の權利者自身が占有者であるか、否かを、論じてをる。之れ所有者自身に就いては、占有の有無を觀察する必要のないことと、及び占有は唯だ一種のものしかないことを、不言の内に示すものである。即ち占有の唯一性と、其の所有性とは、

法律學が不知不諱の間に承認してをるところの、傳統なのである。

第二款 準占有

一〇八 準占有の範圍

ローマに於いて、準占有(*quasi possessio*)、權利の占有(*juris possessio*)、又は權利の準占有(*juris quasi possessio*)の名を以つて呼ばれたのは、役權者の占有であり、而も積極的役權に限り、そして其の占有者と認められたものは、個別的に列擧せられてをつたことを、前に述べた(七七切、特に註二六〇)。然るに中世以後に於いて、占有の保護が著しく擴張されたことが、傳へられてゐるのであるが(一九切)、ランダの報告に従ふときは、『寺院法に於いては、自治團體、僧院及び寺院、並に地方に對する總べての教界及び俗界の主權に付き、種種な教會の官職並に位階、及び其れに結合された慈善財産及び扶持金に付き、官職の任命權、保護權、名譽權、特權、物上負擔(就中一割税)に付き、及び配偶者相互の婚姻上の權利に付き、準占有(*quasi possessio*)を認めた。』そしてローマ法及び寺院法の基礎に立つて、中世のイタリー、フランス、ドイツの俗界の法律は、全く寺院法の學說並に判例が行つたと同一の、占有保護の形態を受くるに至つたといふことである(文六一、五二九頁以下)。かくて老なる發展を受けて、『十四世紀以後の普通法の判例に於いては、親權又は婚姻權の如き人權に付いても、土地負

擔、破門權、主權に付いても、疑ひもなく、占有が認められて來た。争ひとなつたのは、唯だ單純な債務に關してであつたが、判例は之れには占有を認めなかつたが、しかし尙ほ保護すべき、保有狀態(*status percipiendi*)があるとした。』(同五三六頁)、『十七世紀及び十八世紀の學說及び判例も、決して上と異なるものではなかつた。ザギニーの著書(一八〇三年)に至つて初めて、其れ迄無制限に擴張して來た權利占有に對す——反動(*Reaktion*)が始まつたのである。』と、ランダは言つてをる(同五三七頁)。

中世に於ける異常なる發展の、跡を受けて、近世が受け入れた權利占有の範圍に關しては、ポチエーに依つても亦た、適切な材料が供給されてをる。氏は準占有(*quasi possession*)の語を用ひて、次の如き説明を與へてをる(文二三、二七八頁以下)。——

『無體物(*choses incorporelles*)、詳言すれば、權利に於いて成立するもの(*quae in jure*)は、眞實に於ては、眞實且つ固有の意義の占有を受けない。しかし眞實に於て、準占有を受け。 *jura non possidentur, sed quasi possidentur* (權利は占有されない。しかし準じて占有される)。(改行) 此の權利の準占有(*quasi-possession d'un droit*)は、其の權利が屬してをる人が、其れに於いて有する享受中に、存在してをる。(改行) 例へば、予が*dix-me*(一割税)、又は *champart*(地稅)を取り立てること因つて、予は *dixme* 又は *champart*の權利に付き、準占有を有すると看做され、人が其れを予の所持することの證明に因り、予に承認することの證書に因り、予に *cens*(納金)なり、*arrangée*(年金)なりを支拂ふことに因つて、予は *fer*(永借權)、*censive*(年貢)、又は *rente foncière*

(土地定期金)なり、*rente constituée*(法定定期金)なりの権利に付き、準占有を有すると看做される。(改行) 予が或る財産の所有者の面前で、予の役権が其の財産に於いて予に爲すべき権利を與ふる事項を、爲すときは、予は其の役権に付き準占有を有すると、看做される。(改行) 予の役人が土地に爲す司法行爲に因り、予の裁判官の開いた審級に、訴訟關係者の出廷することに因り、及び裁判官が不參者に對して宣告した缺席に因り、予は其の土地に關する裁判權に付き、準占有を有する。(改行) 一般的に、予が何等か或る權利に付いて、有するところの享受、其の中に一の準占有が存する。『文二三、三八號二七八頁』。

ポチエーは自ら無體物と謂ひ、權利に於いて成立するものと、謂つてはをるが、しかし訴訟の問題を除けば、上の列擧は皆な、税金と、役權とに、關してをり、大部分は土地に付いてであるが、少くも、物を目的とする權利であると、思はれる。物を目的とせざる權利にまで、準占有を擴張することは、ポチエーの説明の正面からは現れざるところであつて、其のためには、更に別な解釋技術が、行はなければならない。

ザギニーが、ローマ法の後に於ける占有概念の變更を、説いてをるのに依ると、『占有は、ローマ法に従へば、單に所有權と *jura in re* とに關した。後には、特に寺院法に依つて、占有は總じて其の可能な、あらゆる權利の上に、擴張せられねばならなかつた。(改行) 併て全占有法の目的とするところは、單純に權利の實行(*Ausübung des Rechts*)を、全く權利自體の存在をば顧みず、一定の形式の侵害に對して、保護することに存したからして、此の保護は單に、此の形式の侵害が考へられうる種類の、權利にのみ限られ、而して此の如き權利

は、所有權と *jura in re* との外には、存しなかつた。唯だグリスト教會及びヨーロッパ諸國の憲法に依つて、或ひはローマ人の知らなかつた・或ひは個人の權利を認めたとは頗る距つた・權利が創造せられ、而して土地の占有及び利用と、結合せしめられた。寺院及び其の財産の占有に就き、僧正の權力の實行は、即ち其れであり、又た國家の權力の、又は其の個々の分權の、同様なる關係が示されてをるのは、諸侯の土地主權であり、又た各財産占有者の管轄權である。最後にドイツ法から生じた・地代(*Grundzinsen*)・一割税(*Zehnten*)及び賦役金(*Frohdien*)の如き、物上負擔(*Reallasten*)も、同様の關係である。總べて之れ等の權利に在つては、所有權の場合と類似の、單純な權利實行の保護が考へられる丈であつて、此の種の權利の占有は、其の實行の方法に於いて承認せられ、常に土地の占有、詳言すれば、土地所有權の實行に、歸するのである。』と(文一、五版五六二・三頁)。斯う言つて、氏は明かに、『此の種の權利の實行は……土地の占有とは考へられない迄も、其の準用として考へらるべきこと、全くローマの *juris quasi possessio* と同じである。何となれば、之れ等の權利に在つても、強力的侵害の考へらるること、役權の場合と同様であつて、即ち單純なる權利實行の保護を生ずること、役權の場合に、既に、ローマ法に依つて定められたと、同様である。』としてをる(同五六三頁)。此處迄は全くポチエーと同じである。然るに氏は、實際寺院法が僧正の此の種の權利を保護した(*e. 2 de reat. spoliat*)外に、更に身分の占有(*Besitz der Rechte des persönlichen Zustandes*)、特に婚姻の場合に就して、同法が規定してをつたこと(*e. 8, 10, 13 X ibid.*)を説き(同五六五頁)、又た債務の占有(*Besitz der Obligationen*)も、可能なることを説いて(同五六五

頁、五六七頁)、其れは併し唯だ一つの場合に限るとして、『即ち或る人が資本に對して、利子を受け取つたときは、此の受領に因つて、資本並に將來の利子の上の權利の占有を、取得しなければならない。』と言つてをる(同五六七頁)。

此くザギニーが、物を目的とせざる權利にまで、準占有の概念を承認せざるをえなかつたのは、恐らく當時、ドイツの普通法に於いて、此の觀念を擴張する傾向が、強かつたためであらう。イエリグに至ると、最も鮮明に、此の概念をあらゆる權利に擴張してをる。氏は其の占有保護原因論に於いて、準占有(Quasiposs.)と標題して、次の如く主張してをる(文四五、一五八頁以下)。

『吾吾が權利に付いての占有(Besitz vom Recht)に到達したとすれば、占有の實際的動機が、法に於いて存するからであつて、然らば占有概念を、總べての權利——其の權利が、權利の事實性(Thatsächlichkeit des Rechts)と稱しうべきものが存し、詳言すれば、其の權利が繼續的、外見的實行に適合すべきもの——に擴張したことは、單に完全に理解しうることであるのみならず、其れは此の事實を、占有の法律上の形態の最後の、必要的完結に對するものとして、包含するのである。如何にして人は、反對に物理的支配といふ見解點からして、占有概念の此かる擴範に到達しうべきか。——其の擴範たるや、彼の見解點自身からは、何物をも保留してゐないのである。物といふ因子も、物理的支配といふ因子も。更に彼の無用な占有の根本理念を、極端な無知にまで誣告するところの此の占有の漫畫の動機は、何であつたか。——其れに對しては予には、さつぱり判らない。若しザギニー説

に正直であらうとするならば、準占有は、何とも理由の附けやうのない變則であつて、今迄に法に於いて現れた・最も亂暴な概念錯誤であると、すべきものである。——橋渡しとなるのは、兩方の占有の形式共に、權利の實行を含むといふ思想文である。そして若しザギニー(文一、一九二頁、五版一六七頁)も此の橋を用ゐたとすれば、彼れ自ら自己に不忠實であるといふ譏りを、免れないのである。彼れが權利の實行といふ概念に助けを求むる瞬間に於いて、彼れは、物に關する物理的支配なる思想は、決して第一位の、獨立した意義を、占有に對して有するものではなく、即ち亦た全占有理論の基礎として、役立ちうるものではなく、其れは單に第二位の意義が與へられるに過ぎないのであつて、即ち所有權の場合の、權利の實行といふ思想が、表現されてをる形式に過ぎないことを、承認したものである。此く物理的支配の思想に代ふるに、權利の實行の思想を以つて、占有の根本理念であるとするときは、論理的思考の結果は、占有の最後の動機は、單に其の權利自體に於いて求むべきものであるといふことに、歸する。而して一度此の方向に進むと、其の結果は當然に、權利と占有との並行運動の發見、及び最後に、占有保護は完全なる權利保護の缺くべからざる補充であることの洞察に、達する。即ち之れに依り、從來説明して來た・所有權と物の占有との間の並行性の思想は、吾吾の近世の慣習法に因つて實行せられて來た準占有を、總べての占有に近づきうる權利の上に、擴張したことに於いて、一の支持となる側柱を發見するのであつて、其れは此の思想自身の上に、最も明るい光りを投げ返すものであり、且つ吾吾が、物の占有の上のみに、適用せむとするときは、所有權の事實性として見解しなければならなかつたところの、占有の理念

をば、一般的に、權利(繼續的行使と結合された)の事實性として、構成することを、可能ならしむるものである。』(文四五、一六〇頁)。

(三七六) イエリグも準占有の起源は、役權にあるとしてをる(參照七八切)。特に氏は地上權を固有の占有の如く主張してをるが(七三切)、他の場所では地上權を人役權と共に、權利の占有であるとし(文八七、一三七頁)、而して、『人役權か地上權か、何れが先に準占有の保護を受けたかに就いての、積極的證據は缺けてをるが、しかし其の内部的理由からしては、前者の方が、此の關係を説明することは、疑ひがない。前者の方が後者よりも遙かに、其の必要が多かつた。』としてをる(同一三九頁)。

即ちイエリグの見解に従へば、苟も繼續的行使を要件とする權利ならば、總べて準占有が成立するのであつて、物理的支配の有無を問はず、又た必ずしも、有體物に關することを、必要としないのであつて、そして氏は此かる廣汎なる制度が、ドイツの近世の慣習法に於いて、養成せられたとするのである。しかしザギニーが債權の準占有を特定の場合に限つたことは、別にしても、イエリグ當時と雖も、果して此くの如き一般的な準占有が、通説に依つて承認せられてつたかは、幾分疑はしいのであつて、ギントシ、イドは權利占有(Rechtsbesitz)を説明して、『法律上の占有は、物に關する其の全體的關係に於ける事實上の力と、及び物を其の全體的關係に於いて、自己の有とする意思とが、必要であるが、しかし之れに因つて、個個の關係に於いて、物に關する事實上の力と、及び此の關係に於いて物を自己の有とする意思とが、法律上無意義であると、謂ふのではない。寧ろ此くの如き關係は、物の占有と同様な、法律上の意義を有し、——唯だ之れを、物の占有又は固有の占有と謂は

ずに、權利の占有と稱すると言ひ(文四一、一五一切)、又た同主旨を約言して、『占有は物に關する意思的事實的支配である。即ち物の占有は、物に關する其の全體的關係に於ける、意思的事實的支配であり、權利の占有と稱せられる場合は、其の事實的意思支配が、物を其れ是れの、個個的關係に於いてする場合である。』としてをる(同一六三切)。即ち氏は唯だ物に關する事實的支配に、限つてゐるのである。しかし氏は尙ほ既述のごとく(註二四五ノ二)、地上權者を權利占有者であるとし、又た動産質權者をローマ法に於いて固有の占有者としたのは、『疑ひもなく、猶ほ權利占有が發展しない時代に、起つたことである。』として(同一六三切註二)、若し權利占有發展後であつたならば、其の占有が與へらるべきものであるとする意味を、示してをる。然るにデルンブルグに至ると、權利占有の章中に、役權占有(Servitutenbesitz)の説明を置いてをる程であつて(文七六、一卷一九〇切)、即ち氏に従へば、全然ローマの準占有と同じ範圍が、承認されてつたのである。

イエリグと時を同じうして、廣く準占有の概念を形態したのは、ランダであつて、氏は上述の如く、中世に於ける權利占有の擴大を説いて(本切上段)、十九世紀に於けるオーストリア法も、亦た大體同一の見地に立つてをるとするのであつて(文六二、二四切)、先づ氏は、『何よりも先に、此處には原則を立てなければならぬ。其れは總じて權利の存しあたはざるところには、權利占有の可能も排斥される、といふことである。何となれば、權利占有は或る權利の内容の實行の事實的可能性(factische Möglichkeit der Ausübung des Inhalts eines Rechts)であるからだ。』と宣言し(同一六一頁)、而して、オーストリア民法は權利占有をば、財産權の範圍に限つてをるか

らして、狹義の人格權(Personenrecht, Zustandsrecht)並に親族權に付いては、占有は排斥されるとし(同五一八・九頁)、財産權中では、權利占有として、第一に役權を擧げ(同五二三頁)、第二に動産質權を論じて、前に紹介したごとく(註二五二)、其の占有を否定し、『何となれば、質權の主たる内容は、質物を讓渡する權能であり、然るに讓渡即ち質權の内容の實行は、一回の行爲に依つて實行せられるからである。』としてをる(同五二五頁)。之れに反して、地上權及び永小作權は、通説が派成占有としてをるのは誤りであるが(註三七一)、權利占有の中に入るべきものであるとしてをる(同五二八頁及び同所註一七)。次にオーストリア民法第一二二九條乃至第一三二條に規定してをる者(Erhpächter, Erbsmann, Bodenzinsmann)の利用所有權も、權利占有であるとする(同五二八頁註一七、參照註二四〇ノ二)。又た權利占有に屬する第三の種類として、物上負擔、破門權、年金、使用貸借又は貸貸借より生ずる權能の如き、債權的權利を擧げ(同五三九・四〇頁)、『債權に付いての占有を、原則的に不可能と宣言すべき根據は、存してゐない。』と言ひ(同五四八頁、參照同五五一頁)、第四の種類として、現物權(Realrecht)を擧げ、『現物權とは、現物に結合してをつて、時時の所有者に屬する權利をいふ。』と定義して、種々な例を擧げてをる(Realservitut, Zehntrecht, Gewererecht, Patronatrecht)(同五五四頁)。最後に、權利占有の第六種として、相續權を擧ぐべきかを論じて、『相續權に付いての占有は、不可能である。蓋し相續權の内容は、占有に必要とするが如き、物に於ける相續的實行とは、認め難いからである。』としてをる(同五五七頁)。

ランダの意見は、一見非常に廣く、權利占有を擴張したかの如くであるが、内容的に検討すると、さまで極端に擴張した譯ではなく、財産權に限り、相續的權利の實行を要件とするものに、限つたのであるから、恐らくはイエリッングの説から生ずる結果よりは、寧ろ幾分狭いものであらうと思はれる。ランダ、イエリッングの後を繼いで、最も廣く權利占有を擴張したのは、ベッカーである。氏は既にローマ人占有權論(文六五、一八八〇年)に於いて、從來派成占有と考へられたものを、全部權利占有であると明言した(同一七一頁以下、特に八切引用同一八一頁結論)。ランダは質權者の占有を否定したに對して、ベッカーは其れをも、權利占有に入れた(同一七五頁以下)。更に氏は占有法改正論(文九五、一八九一年)に至ると、『確かにローマに於いては、最初は單に物の占有(Trei Possessio)に關してのみ、確定した教理が建設せられ、後に至つて他人の物に於ける權利(jura in re aliena)の所にも、占有(juris quasi Possessio)が成立すべきことの、洞察に達し、其の權利と占有との關係は、物の占有と所有權との關係が、準用せられるものとし、之れに従つて、人は總じて所有占有(Eigentumsbesitz)を、斷然主要のものであるとし、他の總べての占有の場合は、附屬物として認め、獨立の考量を要求することなしに、單純に所有占有の模範に従ふべきものとするに、慣れた。』と言ひ(文九五、三頁)、自ら其の獨立の考量を與へてをる(同一八切及び一九切)。之れに従ふと、氏は權利占有(Rechtsbesitz, juris quasi Possessio)の語は、寧ろ役權の占有の義に解してをる如く、『疑ひもなく、此の占有も亦た、權利の侵害として、觀察に入る。此の占有が法律上の占有(jus possessionis)であることも、均しく確かなことである。尤も其の範圍に關しては、疑ひがないではない

けれども。』と言ひ(同一一四頁)、そして其の法律上の保護を研究して、田野地役權(Rustikalservriten—同一一四頁以下)、家屋を取得した場合(同一一七・八頁)、及び動産に付いての役權占有(同一一八・九頁)に就いて、説明してをる。更に氏は、『其の他の占有の種類の中で、最も興味あるものは、無體物、高尚な労働の産物、並に名稱に付いての權利に、相應するものである。徹底的には此の種の占有は、所有占有よりも、寧ろ所謂權利占有(sog. Rechtsbesitz)に比すべきものであつて、即ちパウルス(三七六ノ三)の言葉は、適用せられないのである。之れ等の權利が排他的の性質であつて、單に一人にのみ法律上の占有を與ふるものであるとしても、其の占有自體は決して排他的のものではない。』(同一一九頁)。斯う言つてから、氏は精神産物に付いての占有(Besitz an Geistesproduktion—同一一九頁以下)、商標の保護(Markenschutz—同一二二頁)、商號權(Firmenrecht—同一二三頁)、氏名權(Recht an bürgerlichen Namen—同一二三・四頁)に就いて、其の法律上の保護を論じてをる。次に氏は債務(Obligationen)にも論及して、『債務に在つては、辨濟及び受領行爲(Solutions u. Acceptationshandlungen)を、占有行爲(Besizakte)と稱するに、多く反對するものはないと、思はれる。此の占有行爲に、特別な法効果を結合することが、適當であるか否かは、別の問題である。』と言ひ(同一二四頁)、以下に取得時効、登記との關係を説いて(同上)、一般的に權利侵害に基く占有の効果は、債務にも應用すべきものとしてをる(同一二五頁)。

(三七六ノ二) ヌッカーは此處へ、Paulus: non magis eadem possessio apud duos esse potest quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto(私が立つところの其の場所に於いて、汝が立つと見られるより以上に、同じ占有が二人のところ

に在ることはできない。)を引用してをる。

即ちベッカーは、權利占有といふ言葉は、寧ろ役權者の占有と解してをるのであつて、其れが恐らく普通法の通説であつたかと、推知される。しかし氏は權利占有に比すべきものとして、精神産物及び名稱に付いての占有を、承認せむとしてをるのであつて、是れ今日の語で謂へば、無形財産權(Inmaterialgüterrecht)に伴ふ占有である。更に氏は債務に關しても、其の辨濟並に受領行爲をば、占有行爲であるとしてをるのである。要するに氏の所説は、イエザングの權利の事實性を、最も忠實に展開したものに、外ならぬのである。

以上の如く、イエザング及びベッカー等の強い意見にも拘はらず、權利占有の制度は、同國の成法の採用するところとはならなかつた。尤もプロイセン州法には、之れに關する規定があり、『權利を實行する者は、其の權利の所持者とす』る旨(同法第一編第七章第一四條)が、明言されてをつたが、其れとて主として、役權占有に着眼されてをつたやうである。(三七七)ドイツ民法第一草案は、占有者は animus domini を有する者に限るとして(同草案第七七七條)、準占有の觀念を認めなかつた。是れ頗る學者の非難を招いた點であつて、但し同草案は、單純なる所持者にも、占有の保護を與へてはをるが(同第八一九條、第八二〇條)、しかし其れは物の所持者に限つてゐた。第二草案に至つて、其れ等の物の所持者は、皆な占有者に高められ(同草案第八三八條)、所謂役權占有も、地上權占有も、區別なく、一樣に固有の占有者となつたが(文一〇四、二四頁)、其の代り、準占有といふ語も不必要となり、特に物に關せざる權利の占有なるものは、全く除外されるに至つたのである。

(三七七) ドイツ民法第一草案が準占有を認めなかつたのは、占有をローマ法の固有の占有に限らうとしたためであり、このことに對しての非難は、Gierke, Entwurf, 1889, S. 31, S. 297 f.; Bekker, Reform, 1891, S. 3 に述べられてゐる。又た同民法第二草案に對しては、Bekker, Besitz beweglicher Sachen, 1895, S. 24 f. 参照。

以上に因り、著しく感知されることは、近世特に十九世紀初頭の法律に於いて、如何に尨大な準占有の制度が、存してをつたかといふことであつて、其れは一方に於いては、派成占有の領分からして、多くのものを取り込まうとした。地上権は其の最も顯著なものであるが、質權も、係争物保管も、本來ならば準占有に屬すべきものと、考へられた形跡がある。然らば容假占有は、若し占有であると彼れ等が解したならば(参照八八切)、尙更のことであらう。次に他方に於いては、準占有はローマ法以來の役權占有の外に、土地負擔其の他役權的な占有をば、其の廣大な領域としてをつた。更に近世的な無形財産權にも準占有を擴張し、債權にも應用する試みが行はれたのである。即ち當時に於いては、實に多種類な占有の部門が、區別されたのであつて、其れを系統立てると、ローマ法以來の、所有意思の占有と、準占有との、二種類の大別は維持されてをつたものと、見て良ろしい。そして前者が、固有の占有と、派成占有とに別れ、後者が、役權及び役權的な占有と、無體物の占有とに別れた。又た最後のものは、更に無形財産權の占有と、債權的占有とに別れる。そして以上の全體を、他人の權利を承認するか否かに依つて、自主占有と、他主占有とに、區別することができたのである。

一〇九 準占有の要素

(一) 準占有は如何なる體素から成立するかは、イエザングの關心を有つた點であつて、氏は前切に述べたごとく(八一切)、所有權の事實性を擴張して、權利の事實性といふ觀念に依つて、準占有の要素を説明すると共に、之れを以つて占有の體素の、第一義的のものであるとし、而して此の基礎に立つて、物理的支配説を攻撃してをるのである。此の準占有の體素は、物の事實上の支配ではないといふ思想は、同じ著書に於いて、更に展開されてをる(文四五、一九二頁以下)。そして其れは前に引用した(七七切)・ザギニーの準占有を以つて權利の實行であるとする説(文一、五版一六七頁)に對して、なされてゐるのである。——『占有は權利の事實性である。——しかし尙ほ、物理的支配説と雖も、物の占有から、權利の占有に達するためには、所有權の實行といふ概念を、助けに引かなければならなかつた(ザギニー文一、一九二頁、五版一六七頁)。然るに、何故に物に關する物理的支配の概念と、所有權の實行といふ概念とは、相掩ふかといふ・手近に横はる問題に、直面することをせず、又た何故に、物の占有に在つては、權利の實行は物理的支配と結合するが、しかし準占有に在つては疑ひもなく然うでないのかを、辨解することをせず、彼れ等は急ぎ足に、爾く内容に富んだ見解點の前を、通り過ぎてしまつた。——此の見解點は唯だ寸時舞臺に現れた丈で、其の役を勤めるが否や、忽ち消えてしまつたのだ。實に、占有の本質は物理的支配に於いて存するとする豫斷たるや、ザギニーをして(文一、一九三頁、五版一六七頁)、準占有

に占有といふ名を請求する権利をすら、争はしむる程に、甚だしいものであつて、而して此の同名の使用——此の両者が内部的に同種類であることを、法律的抽象からして記録したことを認識したことに就き、最も適切なる證據——をば、單に言葉の不足に因つて生じた・已むをえざる用語(*dira necessitas*)と、認めしむるに至つたのである。之れ恰も、準占有に關する禁令が、此の關係を指稱するに用いた言語(*usus* & *fructus*)を、何かの附加語を加へて、例へば“*usus juris*”とでもして、準占有にも應用するのに、ローマ人が困難をしたとでも、いふやうなものだ！(改行)ローマの法律學で、*juris possessio*といふ用語を以つて、役權關係の事實性を呼んだことは、予の眼には、同法律學が *possessio* の語で、所有權に就いて考へてをつたものを、役權關係に擴張するのに、妨げのないとしてをつたこと、最も良い證據であつて、詳言すれば、其れは物に關する物理的力ではなくて、しかし所有權の事實性であつたのである。(文四五、一九三頁)。

此處に最も興味深き課題がある。其れは十九世紀の法律家は、準占有は物の物理的支配ではないといふ前提に、立脚してをつたといふことである。ザギニーは此の前提からして、準占有を占有とするは、言葉の缺亡から出る餘儀ない例外であるとし、イエリグは、準占有に物理的支配が必要でないのは、一般に占有に其れが不必要なためだと、反對論理で逆襲する。豈に圖らんや、ローマ人は、準占有も亦た物の物理的支配であると、考へてゐたのであつて、其の最も重要且つ明白な證據は、既に前に述べたごとく(註二六〇)、ローマに於いて、準占有の保護を與へたのは、唯だ有體物の使用又は収益を目的とする場合に限り、特に無體物に付いては、占有の保

護を否定した淵源が、少くなかつたことである。即ち *res* 又は *reus* を内容とする占有が、準占有なのであつて、其れは既に後期ローマ法の思想に於いては、*dominus* の占有ではなくて、之れと對立するものであるからして、*quasi possessio* と呼んだのである。而して又た之れを *juris possessio* とも呼んだ譯は、*uti, fructus* は物を支配する權限(*jus, Refugnis*)だからである。即ち *juris possessio* は *rei possessio* に對立する語であつて、今日の法律思想を以つて謂へば、物の制限的支配と、無制限的(一般的)支配との、區別である(參照七八切)。然るに之れを物の支配ではないと考へたことが、抑もの迷ひ初めであつて、其れから極端に迷ひ續けた末が、債權の準占有から、無形財産權の準占有にまで、落ちて往つたのである。しかし其れは、ローマ人の知らないことだ。

役權占有が *res* を構成事實とすることは、イエリグに依つても、承認せられてをるところであつて、氏は占有意思論に於いて、『人役權並に地役權に於ける準占有も、此の *res* の上に按配されてゐるのである。之れは彼れ等を規定した禁令の常用語であつて、即ち *juris possessio* は *usus* なのである。』と明言してをる(三八切引用文八七、四八七頁)。このことと、權利占有は權利の事實性であるとする主張とは、甚だ調和し悪いものであつて、第一に、*res* を物の支配でないと考へるのは、物の支配といふ觀念其れ自體を、不可解に陥るものである。第二に、若し *res* は物の支配であつて、そして其れが準占有の内容をなしてをることを、認むるとするならば、之れ經濟上の利用が、占有の體素であることを、是認するものであつて、氏の占有の體素に關する意見が、根本的に覆ることになる(參照三一切)。そして所有權の行使たる使用、収益、處分が、固有の占有の體素であり、役權

の行使たる使用が、準占有の體素たることに於いて、兩者は性質上異るところがないことになる。第三に、若し氏の権利の事實性の主張、即ち占有意思論に於ける、經濟的利用の前提説を、維持しつつ、然らばEの前提要件、即ち役權の事實性は何であるかと求むれば、其れは恐らく、氏の所謂法律的、道德的、經濟的、社會的、實際的に保障せられたる・物を使用しうべき状態(参照三九切)を指すに、外ならぬだらう。では其の物の使用の前提要件たる状態は、所有權の場合と、果して違ふであらうか。其れが同じであるとすれば、氏の所有意思を否定する見解からは、役權に於いても、固有の占有が成立しなければならぬ筈であつて、ローマ人が準占有を認めたる理由が、説明せられないことになる。

要するに、氏の準占有に關する見解は、氏の所有意思説に對する否認が誤りであるか、又は權利の事實性、即ち經濟的利用の前提要件の主張が、誤りであるか、又は其の雙方が誤りであることを、指示するものである。

(二) 準占有の心素は、イエリグに従へば、上述の權利の事實性に於いて體現せられた・一般の占有意思であらう。然るにベッカーは其の純客觀説の見地からして、特に役權占有に就いて、*animus*の不必要なことを、強調してをる。氏は占有改正論に於いて、次の如く論じてをる(文九五、一一六―一八頁)。――

『如何なる困難を、占有意思の確定が、既にローマ人に與へたかを示す例として、例へば *fr. 25 D. quem. serv. 8.* で、最も嚴重なアニムス信者のパウルスすが、自ら信じない *quis se creditis* と言つてをる。^(三七ノ二)之れに因つて、*opinio domini* と *animus domini* との、學校的な區別は全く拭ひ去られて、そして占有者と稱せられるのは、絶

對に善意の占有者(*gutgläubiger Besitzer*)丈である。このことは、思ふにパウルスの考へ中には無かつたのであつて、そして彼れは、恐らくは、彼れの用語を訂正せむとする意嚮を、示したものであらうといふことを、承認するにしても、何れにせよ、必要な *Animus* を、言語を以つて、適切に言ひ現すことの困難は、之れに因つて、明かにされるのである。(改行) *Animus* は消極的役權の占有に在つて、最も良く證明されるやうに、見える。意思(*animus*)のなき禁止は、與へられない。禁止の意思表示は *Animus* の體現である。(中略) 通常の地役の占有に在つては、人は問題となつた實行行為に於いて、働いてをる意欲(*Volens*)の中に、*Animus* を認めむとしてをる。錯誤に因り、又は洪水に因り(*propter inundatio*)、其の他偶然に起つた事項は、占有行為としては、觀察に入らない。之れが結果は、狂人や小兒は一般に占有行為をなさないといふことになる。(改行) 家屋を取得した場合に、其の家が種々な權利者に屬することを、予が知らないならば、人は其の不知と、及び其の結果たる無意欲とのために、役權占有を否定することができるか。此處にも再び吾吾は、疑ひもなく、意思作用ではないところの、*Corpus* を有つのであつて、其處に *Animus* の存在又は不存在は、全く結論することができない。或ひは最初其の設備をなした際に、恐らくは *Animus* を認めなければならぬといふか。設備者は或ひは錯誤をして、彼れが建て増しを爲し・又はバルコンを取り附けた墻壁を、自分のものと思つたかも知れぬ。又或ひは彼れは其の墻壁が他人のものであることを知つてはゐたが、しかし自ら全く權利を行使する意思(*animus ius exercendi*)を有せず、墻壁の主人――不在者であつたか、病人であつたか――が、其れを氣附かぬか、又は叱責しないこと

を、望んだかも知れぬ。若し此の設備が數人の手に渡つたとしたら、果して、準占有は其の中の一人の主人が、*animus jus exercendi* を把持した時に始まるとすることが、實際の法なのか、學問的狂想なのか。又た如何にして、此の *Animus* は外部に表すことができるか。水滴が十年も長い間、今ま在る如くに、落ち続けてゐたことを、予が證明した。そして實に其れは狂暴でも、隱秘でも、容假でもなかつた (*nec vi nec clam nec precario*) のであつて、總べての隣地の主人は、其の水滴を知り、默示的に其れを受忍してゐたのだ。待て、と隣人の辯護士が言ふ。貴様は未だ “*qui sine animo usus esse videtur, usus non esse videtur*” (彼れが意思なしに使用が認められてある。使用が認めらるべきでない。) を證明しないぞ。即ち猶ほ全時の間、*juris exercendi animus* を有つてゐたことを、證明しなければならぬぞと。裁判官は其れを聽かなきやならぬだらうか。』

(三七七ノ二) *L. 25 D. quem serv. 8, 6: Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure tui se credidit.* (役權から使用は認められない。又た彼れは使用すべき自己の權利から自ら信する者でもない。)

ベッカーは方角を取り違へてをる。役權關係には甚だ自然現象が多い。流水とか、日光とか、空氣の流通とか。ベッカーの擧げた雨滴も、又たバルコンや建物の立つてをること其れ自身も、單に建物が在り、雨曝しになつてをるといふ丈ならば、自然界の一事實である。山中の古城を想像せられよ。此の自然現象を、法現象たらしむるものは、何か。其れは地役權設定行爲であり、又た現に他人の物を利用してをる占有行爲である。どちらも意思の發動である。前者は本權の問題であり、主として所有者の側の意思(特に例へば地役權の遺贈)を要件とす

る。後者は占有の問題であつて、専ら現在の利用者の意思を要件とする。之れが根本の出發點である。若し意思の要素を否定するならば、役權關係は單なる自然界の出來事に止まり、何等法律上の意義を觀取することのできないものである。そしてこのことは、單に役權のみならず、地上權に就いても、永小作權に就いても、全く同様であることを、注意せられたい。即ち意思が根本的審判者である。其の餘のことは、總べて末の問題であり、技術法學の問題である。就中意思の横暴を許さず(參照一切八)、一定の表示行爲に因つて、適當に外部から窺知せられるやうに(參照三三切及び三四切)、法律制度を構成することは、之れ主として立法技術の問題であり、又た或る外部的事實の存するに際して、之れを意思の發現と見るか、又は意思の否認と解するかは、専ら解釋者の態度の問題である(參照四五切)。要するに、占有の構成事實の問題は、意思の外見性といふ問題に歸するのであつて、イェザングの權利の事實性の主張も、畢竟占有意思の外見性の提唱に、外ならぬのである。そして其れは別して役權關係に於いて重大となるのであつて、ベッカー及び隣家の辯護士の如く、十年も前から此の家に人が住んで、そして水滴は落ち続けてゐた事實を承認しながら、尙ほ之れを以つて、役權行使の意思の發現と認むることを拒まうとする者が、現れて來るのである。此の點を解決したものが、彼の地役權は繼續且つ表現のものに限つて、時効取得を許すとする規定(民法第二八三條)である。之れ不繼續、不表現のものには、占有意思の外見性が充分に具はらないと、見たからである。しかし繼續、表現の利用關係が、悉く地役權を發生せしむるのではない。意思に基かざる自然現象は、百年續いたとて、法律上無意義なる光風流水である。此く觀じ來るとき

は、役權關係こそ、最も明白に占有意思の要素を止揚するものであつて、ベッカーは逆を考へたのである。

然らば其の準占有意思の内容はと謂へば、既に上述からして明かなることく、個個の場合の利用關係に應じて、必要なる實力支配をなす意思である。雨滴を落とす、バルコンを維持し、水を引き、燃料を取る行爲に因つて、發表された意思である。其れは所有意思ではなくて、制限せられた支配意思である。

一一〇 所有者と準占有者との關係

上來の研究に因り、ローマ法の準占有は、所有意思のない者が、物を利用する場合に關するのであつて、物に關せざる場合までも、包含するものではないことが、明かになつた。然らば其の有體物の利用と、所有者の物の利用とは、如何なる繫屬に於いて在るのであらうか。之れ實に準占有の法理をば、最も晦昧ならしめた問題である。今ま本章全體の考索を辿つて、此の問題を概念的に明確ならしめたい。

イエリグは、準占有概念の發生したことを以つて、握有が占有に高められたものであると、解し、次の如く説明してをる(文八七、一三七頁以下)。

「この(握有が占有に高められた)ことは、握有概念の内部的發達史に對して、其の概念が今ま迄に上つた。又た上ることのできた。最高の階級をなすものである。其の前の階級に於いては、同概念は猶ほ、占有に對立する境界線の、内部に在つた。然るに、此の階級に至ると、其の境界線を越えて、占有保護の因子、即ち從來彼れを占

有と區別してをつた因子が、權利占有の形に於いて、彼れ自身に採用されたのである。如何に巧妙に、法律學も亦た、此の權利占有なる概念を採用することに因つて、關係をば正しく整理し、法律的概念に近づかしむるに努めたかといふに、其れは之れに因つて、事實に於いて、法が占有教理に關する二の原則を、超越するに至つたことである。其の一は、即ち握有は占有の保護を受けないとする原則、他は全部的複數占有(*compositio plurium in solidum*)は不可能であるとする原則、之れである。用益權者は單なる握有者である。然るに彼れは保護せられ、即ち之れに因つて、實際上は占有者となつた。之れ恰も、現今の多數の立法例に於いて、賃借人が然うであるのと、全く同様である。しかし彼れの外に、傍らにもう一人、占有の保護を受ける者が居る。所有者即ち之れである。而して之れに因つて、上の第二の原則が棄てられ、實際上吾吾は此の場合には、同時に二人の占有者を有することに、なつたのである。このことは、第三者に對する關係に於いては、全く明白に現れ、即ち用益權者は、占有侵奪及び妨害に對して、全然物の占有者と同様に、保護される。唯だ兩者相互の關係に於いてのみは、彼れ等の共同占有(*Mitbesitz*)は、變更を受ける。而して其の變更は、兩者雙互の權利の内容に依つて定まるものであつて、即ち權利範圍の標準に従つて、占有範圍も、決定されるのである。(文八七、一三八頁)。

此う言つて氏は、「此の權利占有なる概念の建設に因り、從來占有學說の陥つてをつた矛盾が、取り除かれたのであつて、彼れは吾吾に、ローマ法律學の最も幸福なる技術的技巧を、示すものである。」と祝福してをるのであるが(同一三八頁)、しかし共同占有の不可能なることは、事實上の不能を意味するものであつて、如何なる技

巧を以つてするも、此の事實を變更することはできないこと、既に前に論じたところである(九三切)。果して然らば、準占有は所有者の法律上の地位に對して、如何なる影響を及ぼしたであらうか。

凡そ所有者が、物の全き占有を有する間は、他人は決して占有者ではありえない。同時に二人以上の全部的占有を不可能とする原則は、此の場合に著眼したものである。吾が立つ所に、汝の立つと認むることは、其れは背理であり、事實上不可能なのである。此の場合、他人が若し物から利益を收むることを許されたとすれば、其れは恩惠的關係であるか、又は單なる債權關係に過ぎないかであらう(八一切、九一切)。然るに或る時に至つて、實際、所有者外の者が占有者として承認せられたとしたならば、所有者の占有が、内容的に見て、其れ支縮少したものと、見なければならぬ。亦た實際上然うなのであつて、例へば、一軒の家の地階に、住居權者の占有が承認せられたとすれば、所有者の占有は二階以上に減り、十石の泉に、五石の用水地役權が設定せられたとすれば、所有者の利用は、内容的に五石に減ずる。共同占有不可能の原則が破られたと稱しうるは、思ふに此の場合を指して謂つたものであつて、其の實に於いては、内容的區分占有であつて、全部的共同占有ではないのである。準占有の思想は、全く此の場合を把握するものであり、其の意味に於いては、之れを共同占有と稱することをば妨げないのであるが、しかし準占有を權利占有であるとした見解は、之れとは別な觀點から下だされたものであると、解しうるのであつて、其れは即ち三を權限であるとする見方(一〇九切)である。之れ物の支配者たる地位に著眼しないで、物より利益を受くる權限に、著眼したものである。之れが準占有は、物の占有ではない

といふ見解を、生じた根本の理由なのであるが、此の見方からは、寧ろ占有といふよりは、本權の問題である。而して占有を内容とせざる物の受益權は、債權でないとするれば、物權的請求權であらう。今日の物上負擔(Real Burden)の性質は、恐らく之れに屬すべきものと思ふ。然るに此の見方は、所有者外の者に、物の全部の占有が移つた場合に於いても、反對に所有者の方に應用されるのであつて、例へば所有者が、永小作人から一定の收穫物を受け取る權利は、占有を内容とせざる・單なる物上負擔としても、見解されうるのである。又た就中用益權者が物の全占有を有し、所有者は虛有權を有するに過ぎざる場合(七七切)は、其の最も顯著な例であつて、即ち所有者は、全く占有をも有せず、又た物上負擔としての受益權をも有せず、單に將來物の返還を受くべき或然的物上請求權を有し、若くは其れさへもなく、所有權といふ空名を有するに止まる場合もありうる。此の場合に於いて、若し所有者の占有をも認むるとすれば、間接占有の思想に落ちるより外はないのであるが、間接占有の思想の誤りであることは、既に説いた通りである(九六切、九七切)。

以上の検討に因り、準占有に關して、共同占有といふ見解點の許されるのは、所有者と準占有者とが、部分的利用をなす場合丈である。何れか一方が全部の利用をなす場合には、共同占有ではない。又た部分的利用の場合にも、雙方を物の占有者と解してこそ、共同占有は成り立つのであつて、準占有を受益權の占有であると解するならば、客體の違つた二個の占有が、併存する丈であつて、正しい意味に於いての、共同占有ではない。然らば準占有は本來、上の兩見解の何れに従つた觀念であるかといふに、恐らくは、共同占有の場合丈を指した觀念で

あらう。若し受益権の占有の義であるとすると、物に關せざる權利にまで、此の觀念を擴充する傾向のあることは(參照 切)、暫く措いても、所有者が受益権を有する場合には、之れを準占有であると謂はねばならぬこととなり、所有權の準占有なるものが成立することになる。其れは餘りに奇抜過ぎるであらう。

此く準占有の意義を決定して見ると、其れは所有者外の者が、一定の方向に於いて物の制限的支配をなす場合の、占有であつて、今日の法律に於いて他主占有(參照民法第一八五條)と呼ばれるものが、其れである。従つて此の關係に於いては、最早準占有といふ制度は消滅し、用語も必要となつた。然るに、物に關せざる權利の占有を、準占有と認むることは、ローマ法の解釋からは、現れざるところであるが、現に準占有の制度を存置する法制(參照民法第二〇五條)に於いては、其のローマ法の認めなかつた意味に、此の語を解するより外はない。何となれば、ローマ法の意味に於いては、其れは不必要だからである。其の内容に就いては、尙ほ後に論ずる(一一二切四)。

第三款 握 有

一一一 握有の原産地

イエザングの占有意思論は、一面から謂へば、*animus domini* 説を打破することを、目的とするものである

が、他の一面から見ると、握有制度の擁護のために、書かれたものであると、謂つて差し支へない。同書全般に互つて、反覆し、強調されてをる氏の主張は、握有を以つて、占有の本體であり、其の基本的な關係であるとするに在つて、即ち握有と占有とは、本質的には全く同一のものであり、唯だ外部的理由のために、一方は占有、他方は握有と、區別附けられてをるに過ぎない。而も其の區別たるや、唯だ法律の保護の程度に、差違がある丈であつて、其れは主として占有主の利益のためであるとする。此の主張からして、氏の議論には、占有と握有との區別の撤廢を劃策する方面と、反對に、握有の保存を希望する方面とがある。今ま上來觀察したところを綜合し、又た取り残して來た氏の主張點から、重なる材料を補つて、握有制度の過去及び將來に關する氏の意見に對し、此處に結論的考察を加へて置きたい。

氏の學說の出發點は、ローマの家を握有の原産地であるとなし、そして其れを占有關係の基本的形態であるとするところにある(一六切、二〇切、八二切、等)。即ち『ローマの家は、握有關係の歴史の出發點であり、相對的握有關係の原産地であり、故郷である。』と言ひ(文八七、一〇三頁)、『握有概念は、ローマの國民的法觀念の原始的概念に、屬する。』と言ひ(同一〇四頁)、『握有概念はローマの家に於いて、始めてローマ人の自覺に入つたのである。』と言ひ(同上)、而して此の握有が、既に完全に占有の要素を具へてをると、するのであつて、即ち『握有は、占有と同一なる要件に、結合される。即ち *corpus* と、*animus* とが、之れである。』と言ひ(同四三頁)、又た『占有意思は毫も役に立たない。其の意思は、握有者と占有者とに依り、完全に同一である。』と言ふのである

(同五二頁)。此の出發點から立つて、然らば如何にして、家子又は奴隸が占有者ではなかつたことを説明するかと謂へば、其れは即ち氏の所謂外部的障害(一〇)の見解からなされるのであつて(二〇切、特に註八五)、『例へば家子が父の死んだといふ誤報を耳にし、又は奴隸が無効の遺言に依り、其の無効なることを知らずに、相続人に指定された場合の如き、之れである。彼れ等の占有關係は、其の *animus rem sibi habendi* にも拘はらず、握有たる性質を有する。何となれば、彼れ等に從來此の性質を刻印してゐた理由、即ち權力關係(*Gewaltverhältnis*)——此處は家父の權力の義)が、存在するからである。』(同五八頁)。又た『あらゆるローマ人は、家子は法律上所有の能力のないことを、知つてをつた。^(三七八)しかし關係の事實上の適用に關しては、彼れ等は既に、均しく家父の生存中からして、共同所有者として、認めてをつた。^(三七八)而して法律家さへも、此の見解に關心することを、避けなかつた。又た家子の家に於ける占有關係も、通俗人にさへも決して不可解でなかつた。即ち家子は、法の意味に於ける占有(*civilis possessio*)ではないが、しかし自然的意味に於ける占有(*naturalis possessio*)を有することを、知つてをつた。』(同七〇頁)。

(三七八) 家子を共同所有者とすることに就いては、ローマ法精神論(文四二、二卷四版二一一頁註、二三四頁參照)。同所に正文に引用されたローマ法律家の説明も、擧げてある。尙ほ本書に於ける家子を共同占有者とする説明(六九切)參照。

要するに、家父の權力の存在することが、家子又は奴隸の占有をして、握有たらしむる原因であるとするのであつて、このことを證明するため、ガイウスの説明(*Gaj. Inst. IV § 153*)を引^(三七七)つてをる(文八七、一一二頁)。

(三七九) *Gaj. Inst. IV § 153: Possidere autem videtur non solum, si ipsi possidemus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro juri non subjectus sit, qualis est colonus et ingenuus*(然るに占有すると吾吾が認められるのは、自ら吾吾が占有する場合のみならず、亦た吾吾の名で他人が占有に於いて在る場合にも。其の者が吾吾の權利に從屬しないとは雖も、此くの如きは、小作人及び借家人が之れである)。尙ほ註二七二及び註二七三參照。

そしてイエリグは言ふ。『ガイウスは此處では、自己の又は直接の占有(*eigener od. unmittelbarer Besitz: ipsi possidemus*)と、間接に他人に依る占有(*der mittelbar durch andere Personen: nostro nomine aliquis in possessione sit*)とを、區別してをり、而して彼れは後者に關し、家族的握有關係と、契約的握有關係との區別を、基礎に置いてをる。彼れが後者に就いて發表してをる方法は、如何に彼れが此の兩者の關係を考へてをるかを示すものである。即ち彼れが収益賃借人及び使用賃借人に就き、吾吾の權利に從屬しないとは雖も、吾吾のために握有するものであるとしてをるのは、嚴格に解すれば、吾吾の名で占有すること(*nostro nomine possidere*)は、本來、吾吾の權利に從屬すること(*nostro juri subjectum esse*)に依つて、條件されてゐることを、示すものである。後者(即ち權利從屬)がないのに、前者(即ち握有)が現れることは、彼れには特異として行はれ、其れに就いて特に注意する必要が、促されたのである。之れ予が從來述べて來たと同一の思想であつて、其の思想が此處に、ガイウスに依つて、發表されたのである。其の思想とは即ちローマの家が握有關係の原產地であるといふこと、之れであつて、握有の常規の形態は、家子及び奴隸に依る其れであつて、之れ等の者からして、後に至つて初め

て、握有の形態が収益賃借人及び使用賃借人に、移つて往つたのである。『文八七、一一二頁』。此う言つて、尙ほ氏はガイウスが他の機會に於いて(Gaj. Inst. II 90)、家長の權力内(in manu mancipiove)に在る者を通じて、家長が取得する場合を語つてをる際、彼れが占有と所有とを區別して、所有は之れ等の者に依つて取得することができるが、占有の方は疑はしいとしてをることを、擧げて、其の議論に入つてをる(同一一三頁以下)。

(三八〇) Gaj. Inst. II § 90: an autem possessio adquiritur, quæri solet, quia ipsas non possidentur. 此の譯文は註三三一ノ二に掲げた。そして此の淵源が後には、ザギニーにも引用せられてをることは、前に註三三四に述べたところである。其れは古ローマ法に於いて、奴隸又は家子の外に、家長の權力内に在つた者を指してをるのであるが(文一、五版三一七頁)、ザギニーは其の權力を manus と mancipium との、二に別けてをる(同上)。前者は古ローマ法に於ける、妻に對する夫の權力を、指した語であり(文七六、三卷六切)、最初は manus とは結婚と同義であつたと、いふことである(同上註一)。しかし此の權力は、ユスチニアン法に於いては、痕跡を止めてゐない(文四一、四九〇切註一)。次に後者は mancipatio の方式で取得した地位を指すのであつて、res mancipii をいふものと思はれる。さすれば、主として奴隸を指すものの如くであるが(參照文七六、一卷六七切二)、上述の奴隸に對する權力との區別は、今は明白でない。或ひは解放せられた家子又は奴隸を指すのか。之れ等の者が家長に對して特殊な關係に立つたことは、イエリグの説くところであり(九〇切)、相續に於いても、sui heredes と共に、法定相續權を有つてをる(文七六、三卷一四〇切一)。因に manus の下に在る妻も、相續に就いては、家子と同一に扱はれたといふことである(文四一、五七六切註二)。

イエリグは、此の淵源からして、二つのことが判るとしてをる。『第一に、ガイウスの時には、尙ほ奴隸と

同様に、家子に付いても、占有を認めたこと。此の意見は、後の法律學では捨てられ(Paulus in l. 1 § 8 D. 41, 2) 而して予の知る限り、ユスチニアン法集中には、何の痕跡をも残してゐない。(中略) 第二に上のガイウスの場所から現れるところは、古代の法律學は、單に人に關する法律上の權力は、占有を取得するためには、不足であるとしたこと。權利を取得するには、此の權力で充分であつた。故に家長の權力内(in manu mancipiove)は家長のために、權利を取得することはできる。之れに反し、自由人には其れはできない(Gaj. Inst. II 86, 95)。然るに占有取得に對しては、人に付いての占有を、必要とした。唯だ奴隸と家子のみは、吾吾が占有するからして、吾吾のために占有を取得することができる。此の不思議は何處から來るか。之れ蓋し法律的對偶(Juristische Symmetrie)の觀點であつて、吾吾が古代の法律學に於いて、屢ば遭遇するところなのである。このことは予は他の場所に於いて、多數の場合を擧げて證明した^(三八〇)。此處に其の章句を引けば、權利は權利を作り、占有は占有を作る。古代の法律家には、人に關する單なる法律上の權力が、占有に必要な現實的、物理的實力を媒介したとするのは、法的不趣味(inelegantia juris)であり、法律的技術の法則に反するものであると、思はれたのだらう。之れに反して、自ら占有してをる人に依つて、占有を取得することは、其の關係の必然的結果であるとされた。占有してをる人を、私が占有するならば、私は彼れが占有する物をも、占有するのである。——此の者は道具と認められ、其れを以つて、私自らが占有を握む長い手なのである。此の觀點の適用に依り、法律學は亦た、主人自ら占有してゐない奴隸に依り、取得した物の占有は、主人には屬しないとした(D. 21 pr. D. 41, 1 ; l. 54 § 4 ibid.;

1. 1 § 6 D. 412)。(文八七、一一三一五頁)。

(三八一) Jhering, Geist des röm. Rechts, Pt. 3, 4. Aufl., S. 625 ff.

以上イエリグに依つて擧げられてをる場合の内、家長が其の人を占有するが故に、亦た其の者の所持する物をば、占有するといふ場合は、其の奴隸又は家子は、明かに家長の占有手段である。之れに反して、家長の占有に屬せざる奴隸の場合、及び其の他の權力關係(in manu mancipiove)に在る場合は、家長との身分關係は前と異つてゐるけれども、何れにせよ、占有者は家長か、又は他の者かの一人であつて、雙方が共同占有者であつたのではない。最も問題となるのは、収益賃借人及び使用賃借人の場合であつて、イエリグは之れを、吾吾の名で占有する(nostro nomine possidere)場合に對し、間接に他人に依つて占有する(nostro nomine aliquis in possessione esse)場合であるとし、本來は吾吾の名で占有するは、吾吾の權利に從屬する(nostro juris subjectum esse)のであるが、此の場合は例外であるとしてをるのである。乍併、ガイウスは或ひは、氏の所謂間接に他人に依つて占有する場合中に、吾吾の權利に從屬する場合と、然らざる場合とがあるとしたのかも知れぬ。即ち奴隸の場合と、賃借人の場合であつて、そして其の何れもが、吾吾の名で他人が占有に於いて在るのである。此く解すれば、雙方共に in possessione esse なのである。

以上から現れるところは、要するに握有の原始的意義は、家長の占有の corpus を構成してゐたといふことであり、其の特色は、身分關係であつたと、謂へるのであつて、詳言すれば、家長と家族との身分的從屬關係が、占有問題解決の基礎となつてをり、イエリグの言葉で謂へば、in possessione esse である(一六切)。此の語は共同占有者といふよりは、寧ろ占有の客體といふ意味ではないかとの疑ひは、前に述べた(註二七五)。特に家族の場合には、家子及び奴隸は、獨立の人格が與へられてゐなかつたのであつて、假令彼れ等が、事實上如何なる意思を有つてゐたにもせよ、其の意思は全く法律上の意義を有たなかつたことが、強い印象となつて再現されるのであつて、即ち彼れ等の行ふ・物の支配は、單に家長の占有手段としてより外の、意義をば有しあはざるものであり、毫も獨立の概念として成立することの、できなかつたものである。

此く解するときは、イエリグが握有を以つて、占有の基本的形態であるとすることも、幾分疑はしいのであつて、寧ろ其の握有を體素として成立する・主人の占有が、占有制度の出發點であらうと思はれる。そして其餘の者の握有が、次第に主人の占有の性質に近づいて往つた。其れが即ち占有制度發展の過程なのである。

一一二 握有の新意義の發展

ローマの原始法に於ける、握有の觀念は此くの如く、家子又は奴隸が家長の占有手段として、占有の體素を構成してゐたことであつて、之れ naturalis possessio の本來の意義であつたかと、思はれる。然るにイエリグは、既に述べたごとく(一六切、特に註七〇)、自然占有の二義を區別してをるのであつて、一は握有といふ義であり、他は占有の體素といふ義である。而して氏の意見に従へば、家子及び奴隸の家長に對する關係も、又た其の

後に發展したとされる・賃借人の賃借人に對する關係(八〇切)も、共に握有關係であつたとし、氏の所謂家族的握有關係と、契約的握有關係とに依つて(一六切、特に註六七)、別段な差異を立ててゐない。然らば氏の占有の體素といふ意味に於ける自然占有は、何れの場合を指したのであるか、不明であつて(參照註七〇)、是れ氏が握有を最初から、法律の保護があつたものの如くも言ひ、又た最初は無保護であつたかの如くにも説いてをることと、相俟つて、握有の正體を晦昧ならしめ、占有理論全體に、一つの謎を投げ掛けたものである(參照一七切、二〇切、八一切二)。若し握有の原始的觀念は、前切に述べた意味の、自然占有であつて、家族的握有關係は之れに屬し、後に契約的握有關係が發達するに至つて、別の意義が自然占有に附加され、そして初めて法の保護を受けるに至つたのだとすると、歴史的意義にも適ひ、且つ握有が最初無保護にあつたこと(參照一七切)の説明も、立つのであるが、此くては、奴隸の所持を以つて、占有の本體的なものであるとし、法律上の性質に於いて、毫も家長の占有と異るところがないものとして、兩者は對等な共同占有者であり、唯だ異なるところは、法律の規定(一七〇)に依つて、外部から妨げてをつたに過ぎないとする・氏の根本の主張が、覆ることになる(參照二〇切)。之れが氏をして不明ならしめた原因である。乍併氏の此の根本の主張は、家族的握有に關する氏自身の説明から現れるところからも、既に幾分疑はしいものであること、前切に述べたところである。本來奴隸が占有者たりえざることは、人格のないためであつて、即ち全く内部的理由に基くものであるのに、氏が恰も外部的障害のために、占有者たることを阻止されてをるかの如くに、解することが、根本的缺陷の横はるところである。

然らば、家族的握有關係よりも後れて、發生したと認められてをる・氏の所謂契約的握有關係なるものは、前者とは、如何なる異同を有するかといふに、イエリグは、*in possessione esse*であつたことからして、兩者を全然同一に解してをる如くである(參照八〇切及び八一切)。即ち、雙方共に、占有者に對して人的從屬關係に立ち、且つ雙方共に、同じ意味の共同占有者であつたのであつて、共に占有の本體としての、獨立な意思と體素とを、具備してをり、共に單なる外部的障害に因つて、占有に高まることを、阻止されてゐるに過ぎない。加之、氏は契約的握有關係には、自益的と、管理的の區別のあることを、認めてをるが(參照一六切)、其れさへ、既に家族的握有に於いても、行はれてをつた區別であると、してをるのである(註六七)。即ちイエリグの説明からは、發生の時の前後と、一方が身分關係であり、他方が契約關係であることの外には、何等の區別も現れて來ないのであるが、しかし根本の礎石としての、人格があることを、イエリグは看却してをりはせぬか。之れは契約關係といふ言葉が、既に指示する當然のことだと、謂へば其れ迄ではあるが、このことからして、一方は器械的な關係であつたに對し、他方は意思の關係に變じたことが、兩者の基礎的區別なのである。家族的握有關係に於いても、家子又は奴隸の意思は、占有意思として働いてゐたと、稱せられるけれども、其れは單なる事實上の意思であり、未だ何等の法律上の效力を有しなかつたのであつて、此の時代には、管理的握有と、自益的握有とを、區別することも、不必要である。此の區別が法律上の意義を生じたのは、契約的握有關係發生後のことである。此の時に至ると、家族制度も原始法時代から脱して、家族にも特有財産(*peculium*)を有する法律上の資格が、

承認せらるるに至つた。^(三八二)即ち其の範圍に於いては、家族にも人格が賦與されたのである。イエリグは或ひは此の時代に著目して、握有の原始的意義を把握せむとしてをるのではないかと、考へられるが、しかし此の時代に於いても、特有財産に付いては、家族は單獨占有者であり、家長の財産に對しては、従前と同じ器械的な意義の、占有手段が續いたのであらうと、思はれる。之れに反して、契約的握有關係の方は、自由人の意思に基立してをり、假令 *in possessione esse* たる點に於いては、前者と同様であるにしても、最早自然的意味に於ける體素ではなかつたのであつて、一人の人格者の行爲が、他の人格者の法律範圍に交響するのであつて、其處に後世の代理制度の胚芽が、見られたのである(參照九四切)。

(三八二) Peculium の起源に就くは、Mandry, Ueber Begriff u. Wesen des Peculium, 1869; derselbe, Das gemeine Familienfugterrecht, 2 Bde., 1871 u. 1876. 固有の特有財産は、後に *peculium profectium* と呼ばれたもので、^(三八三) 家父の許容に依つて生じ、法律上は家父に屬してをじた (*veluti patrimonium filiorum filiarumque, item serorum*: § 10 I. de act. 4, 6; 1. 47 § 6 D. de peculio 15, 1—文七六、三卷三二切註五)。最初は特有財産は之れ一つであつたが、帝政時代に至つて、戦陣特有財産 (*peculium castrense*)、公務特有財産 (*peculium quasi castrense*)、及び其の他の所謂 *peculium adventitium* を生じた(同切二、文四一、五一八切註一)。そして此の時代に至ると、最早特有財産の性質は失はれて、法律上からも、特有者の権利となつた(文七六、前掲及び同切註四)。特有財産は家子には限らなかつたので、フェストスに従へば、*clens* が牛を特有財産として有つてゐたといふことである(註三一九)。イエリグも *precarium* は *peculium* と併存したことを、説いてをる(九〇切)。此の制度が容假占有よりも、後くはないことは、推知されるが、*colonus* 又は *inquinnus* よりも、早か

つた否かは、尙ほ研究を要する。

更にイエリグ自身の意見に従へば、握有者は單に占有主の管理人としてのみならず、自己の利益のために握有することも、承認されたといふのである。若し此の主張を許すとすれば、其れは握有者自身の利益(意思)が、法律上の承認に達したことを、意味するものであつて、之れ即ち、握有が權利たる性質を帯ぶるに至つたことの、萌芽を示すものであると、謂はなければならぬ。氏が握有は最初から、法の保護を受くるが如く、受けざるが如き説明をしてをるのは、此の自益的握有關係なるものの正體を求むることに依つて、其の消息を知りうべきであらう。蓋し他人のために管理する丈ならば、本人が保護さるるを以つて足り、管理者の固有の保護を必要としないが、之れに反して、握有者自身の利益が法の承認に達したとすれば、其れは必然的に、握有者の固有の保護を、有せねばならぬからである。

然らば、握有者の固有の利益は、何時の頃から、法律上の承認に達したであらうか。フェストスが、インキリヌスは家長と同じ家に住む者であるとし(註二七二)、又たクリエンスは土地の一部を子供の如くに耕作する者とし(註三一九)、又たコルメラが、コロヌスは家長の占有に於いて生まれた者としてをる(註二七三)のは、何れも未だ之れ等の關係が、單純なる恩惠的關係であつたことを暗示するものであつて、イエリグも、當時のクリエンスは、未だ法律上の關係ではなく、専ら風俗上の關係であつたとし(九〇切)、又たインキリヌス及びコロヌスは、何時でも、家主から放逐されたとしてをる(八〇切)。此くの如き恩惠的關係に、法律上の意義があつたと解

するは、其れ自體一つの概念錯誤である。イエザングの主張點は、家長との關係に於いては、無權利であつたけれども、第三者に對しては、自救權としても、又た訴としても、保護が與へられたといふに在るが(一七切)、其れは家長の權利に對する保護であつたと見て、毫も差し支へないものであつて、強ひて概念上の矛盾を犯して迄も、彼れ等の固有の利益が法律上保護せられたものとして、維持せらるべきものではなからう。故に握有者自身の利益が、法律上の意義を有するに至つたのは、更に遙かに後のことと、見なければならぬ。

而して、之れ等の者の利益が、所有權として、初めて法律上の承認に達したものは、イエザングの主張するごとく(九〇切)、恐らく特有財産であつたであらう(參照註三一九)。又た初めて占有の保護を受けたものが、恐らく容假占有であつたであらう(九一切三)。そして其の後更に、種種なる役權が發達するに従つて、夫れ夫れ他物權として、又は準占有として、保護を受けて往つたのでもあらう(參照七七切及び一〇八切)。然るに、此の法發展の過程に於いて、遂に最後まで、物權としても、占有としても、保護を與へられることなしに、取り残されたものがある。賃借人(七九切)、及び使用借主(八七切)が、其の最も著しいものである。然らば之れ等の者は、最後まで、自益的保護を與へらるることなくして、終はつたのであるか。之れが十九世紀の法律學者の雙肩に投げ掛けられた問題であつて、時勢の要求が彼れ等をして、明かに、否と答へしめたのである(三〇切)。そしてイエザングが、彼れ等も握有者として最初から占有者であつたと、勇敢に握有本體論を提唱したために、法と事實との分界を不明ならしめ、又た自益的握有と、占有代理との限界をも、混同せしむるに至つたのであるが、氏がプ

ロイセン州法の採つた不完全占有の主義に、賛成し(一一四切引用文八七、四六二頁)、そして氏自ら之れ等の新立法に依つて、賃借權が他物權(§ 855)となつたことを、主張してをるところから見れば(八四切引用同四六三頁)、結局準占有説に落ち著くものかと察せられる。しかし其れは近世の法律に於いてのことであつて、其の以前に於ける、所謂自益的握有なるものの正體は、終に捕捉し難いのである。

思ふに、此の問題は單純なる形式論理に依つては、解明し難いものであつて、此の握有關係の特色は、契約が身分の内に蔽入してをることであり、即ち既に身分法より、契約法に移りながら、身分法の境域に於いて、契約の效力を決定せむとするところに、根本の理念が存在し、此の關係をして一の變態的な法制度たらしめたものと、解せられる。一言にして謂へば、身分が契約に籠を掛けてをるのである。故に既に契約としての效力を、發揮せねばならぬ程度に、達してをりながら、身分の外框のために、外部に發現し兼ねてをつたのである。其の法律上の意義を有するが如くに見えつつ、而も物權でも占有でもなく、稍ともすると、單純なる恩惠的關係に過ぎざる觀を呈したのは、全く之れがためである。法發展の過程に於いて、終に其の外框を破つたものは、契約として充分なる效力を發揮し、物權となり、占有となつた。然るに或る種の關係は長く此の域に達しあはなかつた所以は、恐らく資本主義の影響であり、ローマの大地主主義が、契約的握有關係の存続を利としたがためであつて、イエザングも、握有の「實際的考量としては、占有主の利益が、其れである。」と言ひ(文八七、三六五頁)、又た「握有はローマ人に取つては、收益賃借人及び使用賃借人と、所有者との關係をして、細民を富人の手に持ち

來たすの形態を、執らしむることに、役立つた。」と言つてをる(同四三二頁)。此の地主の經濟上の利益が、社會的に勢力を占めてをつたことが、彼の變態的身分關係を、長く存続せしめたのである。而して此の身分法的な思想が、法律家を支配してをる間は、借主等は自然占有者に止まるものと、刻印せられてをつたのであつて(参照八一切末段)、彼れ等は決して、固有の占有は勿論、準占有にすらも、達しえなかつたのである。其れにも拘はらず、契約法上の効力が、身分法の外框を、内部から刺激した結果として、技術的に不自然に産み出だされたものが、借主等の債權的使用收益權なのである(參照註二七六)。

之れを要するに、契約的握有關係なるものの、法律上に有した意義は、身分的制約のために、占有に到りあたはざる契約の効力、であつたのである。其れは對世的効力を有せざるものであるからして、對人權として解せらるるより外なかつたので、そして此の債權的効力の發現したのは、信託質又は容假占有に、債權が隨伴しえたであらうこと(七五切及び九一切二)と、考へ合はせると、相當に早い頃のことであらうと、想像されるのであつて、特に賃借權に關しては、ローマ法が既に概念的技術法學の域に達し、且つ借主等が所有者の恩惠のみに手倚るものでないことが、社會的に承認せられた時に於いて、此の占有に到りあたはざる契約の効力なるものが、承認せられたのである。其れは何時のことであつたかは、文明史家の意見に聽くべきものであるが、イエザングの如く、既に原始法時代からして、法の保護を有つたとすることは、到底想像し難いところである。

一一三 ドイツ民法草案の『所持』

十九世紀に於ける占有論は、一方からは、*animus domini*を非難する情勢と、他方からは、當時猶ほ未だ握有者に止まつた者をして、占有に高めしめむとする努力とが、合して、終にドイツ民法に於いて、新しい占有の性質を建造するまでに、機運を熟せしめた。然るに同民法草案に於いて、占有(*Besitz*)と、所持(*Inhabung*)、即ち握有との、區別が維持されたことが、端なくも世論を惹起し、特にイエザング及びギルケに依つて、猛烈なる攻撃が放たれた。イエザングの非難は、*animus domini*を不可とする方面と、所持が眞實に於いては占有となつたことを、不當とする方面とから、成つてをる(文八七第一章、四七〇頁—五三四頁)。即ち握有を以つて、占有に高めむとする主張と、握有を維持すべしとする主張とが、並び行はれてをるのである。前者に就いては、既に前に紹介した(三八切)。此處には主として、後者に就いて論ずる。之れ現在——賃借人及び使用借主等が、既に占有者に高められた後に於いても、尙ほ握有制度は其の必要があるとする。提唱なのである。

(三八三) 占有意思論第一章ドイツ民法草案の批評の一章は占有の二要素たる・*corpus*と*animus*とに分けて、論ぜられてをる。其の前者は既に三八切に於いて紹介した。本切に於いては、専ら後者に就いて取り扱ふ。但し其の*animus domini*を攻撃する部分は、既に屢ば現れた意見であり、又た當面の問題に關係がないから、能ふ限り省略する。従つて以下に述ぶるは、主として握有保存論に關する。

(三八四) ギルケは其の民法草案論に於いて、専ら *Eigentumswille* を攻撃し、『國語を壊亂し、草案自身の技巧的用語の奴隷たらしめむと威嚇するもの、一層悪い一例は、*Besitz* と *Inhabung* の教理である。之れ既に此の術語は、最初から思想に於いて間違つてをるのであつて、ドイツの法自覺を嘲笑するところの概念構成から出てをり、其の概念構成たるや、草案のロマネステンの傾向が、幾分かローマ法自身をも覆したものである。』と言ひ(文八五、三〇頁)、そして以下に、或る財産に *Verus* *Cherere* を有する者も最早『占有者の名』を有せざることを、非難してをる(同三〇・一頁)。尙ほ同二八四頁以下にも、同主旨が反覆せられてをる。

ドイツ民法草案は、占有と所持を區別したが(同草案第七九七條)、しかし其の所持者には占有者の法律手段が與へられてをる(同第八一九條、第八二〇條)。イエリグは之れを、『本書(占有意思論)に於いて述べ來たつたところの對立(即ち占有と握有)に、基本的な變改を與へたものである。』と言ひ(文八七、四七〇頁)、『草案に依つて、此の關係に於いて行はれた更新を、予は悦びを以つて祝した。但し其の更新は、予の考へでは、唯だ一點に於いて、正しい標準を越えてをる(同五〇三頁以下)——即ち握有を認めないために生ずる不都合な場合)。若し其れさへなかつたなら、予は草案に批評をなすべき、何の契機をも有たなかつたであらう。』と言ひ(同四七一頁)、そして草案の所持の三場合(同草案第七九八條第一項、同第二項、第八〇四條以下)を簡単に検討してから(參照註一二七)、更に斯う述べてをる。『ロマネステンの學說の見地からして、予は草案がローマの占有理論に與へた形態を、簡単に表徴すれば、草案はローマの握有概念を全然投棄したものであつて、握有者が實際上、占有者となつたのである。草案の所持者は、ローマの占有者の總べての權利を、有つてをる。單に第三者に對する關係に

於いてのみならず、占有者に對しても、然うである。唯だ一つ、彼れに占有者たるに缺くるところのものは、名である。占有者といふ名文は、絶對的に、自己又は他人に依つて實行される事實上の力と、物を自己のものとして有する意思とが、結合する者に、留保せられてをる。草案は此の意思のことを、占有意思(*Besitzwille*)——草案第七九七條)と呼んでをるが、之れを從來の術語で謂へば、*animus domini* である。之れに因つて、*animus domini* 説は、從來未だ達することあたはざりし一の勝利を、祝しうるのであり、立法者に依つて、同學説が無制限に採用せられたことを、誇りうるのである。其れは即ち、ローマ法が尙ほ、派成占有なる形に於いて、*animus domini* に對立せしめてをつた邪魔物が、取り除かれたこと、之れである。』(同四七六頁)。(三八五)

(三八五) ドイツ民法草案の批評は、占有意思論の最後の章であり、そして其れは現に進行しつつある法典編纂の實際問題に關するせむでもあるか、本章には特に感情的な表示が多い。そして所說の内容は、大部分は從來同書中に論じ盡くされたものであり、従つて、現在に於いても、握有制度の必要であることの主張に關するもの外は、各事項の記述は、比較的簡単に簡單であつて、重に興奮した感情の詞を列ねて、草案の態度を攻撃したものであるが、其の要旨としては、既に今ま本文に擧げた序言を以つて、盡きてをる。

以上、事實上の力に關する説明を終はつて、占有意思の説明に入つてからも、全く以上に引用したと、同じ主旨が反覆されてをるのであるが、其の紹介は後に廻はして、氏の用ゐてをる單語を少し擧げて見る。先づ氏は此の占有意思の規定は、草案の占有理論中最も疑はしいものであるとし(文八七、四九一頁)、『徹頭徹尾間違つた』

(durch u. durch verfehlt)——『animus domini の學說を維持せむとする。全然禍ひされた試み』(gänzlich verunglückter Versuch)に外ならず。』——『純粹な學理的理念』(eine rein doctrinäre Idee)(同四九二頁)であり、『ローマ法とローマニストの學說の不幸なる妥協(unglückliches Compromiss mit dem römischen Recht u. der romanistischen Theorie)といふの外なく』(同四九八頁)、占有と握有との區別を維持したのは、單に所有意思説の『學理的理念』(doctrinäre Idee)のためであるが(同五〇〇頁)、『草案のなした此の區別は、全然不正當なもの(eine völlig unberechtigter)であり、』(同上)、草案中に、此の位『徹頭徹尾不眞實で、且つ全然不健康(durch u. durch unwahr u. gänzlich ungesund)な點はない。』(同五〇一頁)。又た所持意思を必要とするのも間違つて(verfehlen)をる。何となれば、占有意思との名のみの對立(angelicher Gegensatz)に就き、千人中の一人も觀念(Vorstellung)を有つ者はないから。』(同上)。『此の問題は概念法律學(Begriffsjurisprudenz)の地域に、移さるべきものである。』(同五〇一頁)。——『若し此の範疇に屬する者百萬人中、唯だ一人でも、之れ(意思の區別)を肯定する者があつたら、予は降參する。』(同五〇二頁)。『草案の科に歸すべき、全體中最も悪い點は、草案が所持に對して立てた見解點を、攻撃すべき手段を、草案自らが與へてをることに、存する。』(同上)。——『草案の概念的構造(Begriffliche Construction)は、終に空疏なる名目論(leerer Nominalismus)に終はる。』(同五〇二頁)と。此くて氏は、占有と所持とが、草案に於いては、實質上區別のないことを、主張して(同四九二頁)、結局有名無實の對立であるとするのが、本章の主眼なのである。占有者も、占有といふ名ばかりであり、所持者にも缺くところは、占有といふ名

ばかりであり、そして草案自身の見解は、單なる名目論に終はつてをるとするのである。^(三八六)

(三八六) 『名ばかり』といふことが、随分何遍も繰り返されてをる。——『唯だ一つ彼れ(所持者)に缺くるものは、名(Name)である。』(文八七、四九三頁)。『占有主には何が残つてをるか、名より外には何にも! (Nichts als der Name!)。』(彼れの占有はローマの所有者の nudum jus Quiritium である。』(同上)。『所持者は彼れ(占有者)のために、事實上の力を行ふといふ保障は、純粹なる嘲弄(reiner Hohn)である。』(同四九四頁)。『占有者には占有に就き、名(Name)より外には、何物も残らない。』(同上)。残るところは單なる『空名』(nudum nomen)である(同五〇〇頁)。

此くして氏は、『予は名目論が草案に於いて培養した花を、摘み蒐める。』と言つて(同五〇二頁)、(イ)事實上の力の毫末の外観すらも、存してゐない場合にも、事實上の力だとし、(ロ)實際には占有でないものを、占有とし、(ハ)實際には占有であるものを、所持とし、(ニ)眞實に於いては、物を自己のために有する意思であるものを、他人のために物を有する意思とすること、四者を列挙してをる(同五〇二・三頁)。之れ總べて、氏の占有意思論全巻を通じての主張を、再現したものに外ならぬ。而して氏は、此の徹頭徹尾誤つた animus domini 説の學理的理念を、『草案に於いて、完全に削除しうべき』ものであることを、主張し(同四九二頁)、そしてこのことを、自己の義務觀念に訴へて、『吾吾の將來の法典が、無益なる學理的理念(doctrinäre Ideen)を採用したといふ非難に對して、防禦するために、予の能ふ限りの總べてを爲すことは、予の義務であると思ふ。』と言ひ(同上)、更に批評を終はつてから、その章の最末に於いて、『予は予の草案批評を終へた。草案に對して、従つて亦た吾

吾の將來の法典に對して、途上に石を投ずる者の一人に、予自ら加はるといふことは、決して愉快なことではなかつた。」と言ひ、そして八つのコマで切つた長い文章を續けて、其の最後に、「法律家として發言の義務のあつた場合に、黙してゐたといふ非難を、蒙つてはならない」旨を、述べてをる(同五三四頁)。

要するに氏の主張の核點は、草案がローマ法の占有理論の形骸を守りながら、其の實質は變更してしまつたといふ・非難に存する。氏は之れを占有者の方面からと、握有者の側からとに、別けて説明し、そして附隨の事項として、相續の訴、及び占有の訴に觸説してをる。其の占有者の側からの説明は、占有者といふ名の空なることを、氏はローマの虚有者に比してをる。「彼れの占有は、ローマの所有者の虚有權(*nudum jus Quiritium*)である。之れユスチアンの稱した如く(*Justinian in l. un. C. de nudo jure 7, 25*)、「何等秘密から區別すべきものない・一度も見えたこともなし、事物に於いて示されたこともない名」(*nomen, quod nihil ab aenigmatate discrepat nec unquam videtur nec in rebus apparet*)である。所持者が彼れのために、事實上の力を行ふとは、謂はれたであらうけれども、彼れは法律に依つて誤られないやうに、氣を注げたかも知れない!、彼れが直接に事實上の力を有つとすれば、彼れの占有を襲ふ在らゆる者に對して、自力の權利が與へられてをる。然らば彼れが間接に、所持者に依つて占有する場合にも、同一の權利が與へられなければ、ならない筈である。——何となれば、彼れが直接に占有するか、或ひは間接に占有するかは、彼れが兎も角兩場合共、占有者として適用されなければならぬとしたら、敢て言ふに足らないところである。従つて又た、單純に彼れのために事實上の力を實行し、物を

彼れのために保管する所持者をも、其の者が物を抑留する場合には、占有者は廢止しえなければならぬ筈である。専らこのことを法律上可能ならしめむがために、ローマ人は所持者をば握有としたのである。放逐權はローマ人は占有意思の相違といふ見解の、單純な論理的結果として、之れを引き出したのではないのであつて、——このことは既に前に、第七章で述べたが、——放逐權は全握有の、唯一の實際的動機、目的であつたのである。然るに草案に従へば、占有者は所持者を廢止することができない。彼れが其れをすれば、自力禁止を犯したことになる(草案第八一四條)。之れに反して、所持者の方には自己防衛の權利があり、而して其れで效果のない場合には、法の保護が與へられてをる。又た契約に依つて定めた所持の期限が、終はつた後も、占有者は、物の返還を強制するために、占有の訴を有せず、唯だ契約の訴を用ゐることが、できる丈である。(改行) 所持者は占有者のために事實上の力を行ふといふ・法律が占有者に與へてをる保障は、純粹なる嘲弄である。〔同四九三・四頁〕と。其れから同じ主意の説明が續いて、下の方で、又たもう一べん同じ主旨を約言して、「ローマ法に於いては、占有は占有主に屬し、而して握有者には屬せしめられなかつたとするものは、尤もな理由があつた。何となれば、前者は單純な間接占有者であるとしても、實際上は、直接占有者の總べての權利を有つてをり、後者は、占有法上、全く無保護であつたからである。然るに此の關係も亦た、草案に依つて全然變形せられ、ローマの握有者は實際上占有者に高められ、彼れに缺くところのものは、名より外の何者でもない。之れに反して、握有者に對立するところの、外見上の占有者は、純粹なる飾り物であり、ローマの市民法上の所有者(*Dominus ex jure*

Quiritium)の一側面たるより外のものではない。』(同四九九・五〇〇頁)。その他、『所持の場合に關し、意思の性質を強調することは、先づ第一に、千人中の一人も、占有意思の外見上の對立に就き、觀念を有つてゐないことからして、既に誤つてをる。』とし(同五〇一頁)、『次に、此の問題は概念法學の領域に、移さるべきものであつて、——元來典型的な収益賃借人なり、質權者なりが、草案の考ふるがごとく、占有者のために事實上の力を行ふといふことが、果して眞であるか。』と疑ひ(同上)、『しかし草案の科に歸すべき、最も悪い點は、草案の所持に對して立てた見解を、攻撃すべき手段を、草案自らが與へてをることである。』とし(同五〇二頁)、そして結局、『草案の概念的構成は、空疎なる名目論に終はる。』としてをる(同上)。之れ等の章句は、既に前に列挙したところである。

(三八七) 相續と占有との關係の問題も、草案がローマ法の理論に従ひながら、其の内容を變へた一例として、占有者の地位が不當に不利益なものとなつたことを示すために引かれてをり、占有は相續人に移轉しないといふローマ法の教則が、草案にも留保されてをるが、しかしローマ法に此の原則の維持されたのは、占有禁令並に自力の權利を認めないことを、前提としてをるのに、其の結論文が留保されて、其の前提は廢止せられた、といふに在る(文八七、四九九頁)。

以上兩方面からの非難は、要するに、他人のために事實上の力を行ふ者に、占有の保護を與ふることが、不可であるといふ一點に歸する。そして氏は此の見地からして、『從來の握有者が所持者となり、即ちローマ法の意味に於ける占有者となつたために生ずる』不都合な場合の例を、列挙してをる(文八七、五〇三頁以下)。そして

『予の從來の説明の結果として、ローマの握有概念は立法上缺くべからざるものであるといふ原則を、建てることのできると信ずる。』と言ひ(同五〇九頁)、『然らば法典は占有と所持(握有)との區別を、何處に立つべきか。』の問題に就き、(イ)家族的握有關係(häusliches Detentionsverhältnis)、(ロ)管理的握有關係は(prokuratorisches Detentionsverhältnis)、(ハ)一時的握有關係(momentanes Detentionsverhältnis)の三の場合を、主張してをる(同五〇頁以下)。しかし其の中で、氏は(ニ)無償的握有關係(ungeltliches Detentionsverhältnis)のことを説いてをり(同五一七頁以下)、又たドイツ民法草案批評の章の、初めの部分で、(ホ)不融通物(res extra commercium)同草案第七九八條第一項)、及び(ヘ)物の一部(Bestandtheile der Sache)同條第二項)に就いて、簡單な説明を與へてをる(同四七二頁以下)。之れ氏が將來に於いても、尙ほ握有關係を維持すべきものと、主張する諸種の場合なのである。今ま各所に在る説明を纏めて、其の要點を、次切に於いて紹介する。

注意すべきことは、主としてイエザングの此の反對論に刺激せられて、現行ドイツ民法は、既に述べたごとく(註三二五)、家事、營業、又は類似の關係に於いて、物に關する事實上の力を行ふ場合には、主人のみが占有者であることを、規定するに至つた(同法第八五五條)こと、之れである。日本民法に於いては、占有代理人に關する規定(民法第一八一條)の解釋に依つて、決せらるべきものであることも、既に前に述べた(九二切三)。

一一四 握有制度存廢の検討

(一) 家族的關係に於いては、イエザングは主人のみを占有者と認めて、主人のために物を所持する者は、單なる握有者たらしむべきものであるとし、そして氏は下婢(Dienstmädchen)が自分の寢室を、家根裏からして、地下室へ移されるのを拒んだ場合(文八七、五〇三頁)、及び主人が旅行から歸つて來たのを、戸を締めて入れない場合(同五〇四頁)を、例に取つて、中世のドイツ法は、ローマ法の進入前に、既に此の場合を正當に取り扱つてをり、奴僕(Knecht)は主人の物に關して、ゲゼレを有たないとした(Sachsenspiegel III 6 § 1)。又召使(Dienstboten)に就いて言つたことは、家子(Kinder im Hause)に就いても同様であつて(同五〇五・六頁)、中世のドイツ法も然う定めてをり、即ち家子は其の利用に任された物に付いて、ゲゼレを有せぬとした。之れに因り、『ドイツの家に於ける占有關係は、全くローマの家と同一であつたことが、知られる。家子、召使、奴隸は、親又は主人から、其の使用に任され、又は經濟的利用を許された物の上に、占有を有せなかつた。このことは、予は將來の法典にも、^(三八九)負擔せしむべきものであると思ふ。』と言つてをる(同五〇六頁)。

(三八八) 奴僕(Gewere)に關しては、Heusler, Gewere S. 279 を、又家子の Gewere に就いては、derselbe, Institutionen des deut. Rechts, Kl. 2 S. 16 を見よ。家子は其の利用に任された物に付いては、Gewere を有たなかつたが、其の贈與された物に付いては、之れを有してゐた。尙ほ他人のために土地を讓渡する者は Gewere を有せなかつたことに就き、Stobbe, Handbuch S. 16 参照。之れ等は皆なローマ法的な臭ひのする制度だと思ふ。

(三八九) 現行ドイツ民法第八五條中に、家族及び家事雇人を含むことは、疑ひがなく(Staudinger, Komm. zu § 855 Bem. II 2 a u. 3, a)。日本民法に於いては、第一八一條の外、第八〇四條が適用される。

(二) 管理的關係に就いては、^(三八〇)イエザングは、炭を停車場へ取りに行く車力(Fuhrmann)、旅行鞆を運ぶ使丁(Dienstmann)を例に引き(文八七、五〇六頁)、『之れ等の場合、予が所持者に物を予のために渡した場合は、其れが彼れのために行はれた場合と、對立してをり、予が物を必要とするときは、實力で取り返す權利が、尤もな方法として、拒まれることのできない場合なのである。』と言つてをる(同五〇七頁)。そして此の管理關係に就いては、氏はプロイセン州法の取つた方針を、賞讃してをる。即ち『プロイセン普通州法が、握有者の法律關係の實際的形態に關して、なしたる變更は、予の眼には、一般にローマ及び吾が國に於ける古來の歴史中、最も意義多きものであると稱しうべきものである。其の變更は、斯ういふ點にある。自益的握有關係に於けるローマ法の握有者には、不完全占有者(unvollständiger Besitzer)と云ふ名の下に、占有の保護を與ふることとし(同法第一編第七章第一一條)、之れに反し、單純なる所持者(blosser Inhaber)、其れは即ち予の語では、管理的握有者なのであるが、其れに關してはローマ法の見地に止まり、其の者をして、自己の名に於いて占有せしめたる者は、自力に依り、何時にても、其の監護(Gewahrsam)を廢することができ。』と規定した(同第一四四條)。しかし之れに對する制限を附して、『但し斯かる占有者と雖も、公の靜穩及び安全を亂し、又は所持者の他の權利(Gerechtnisse)を亂すべき、不法なる私力を、用ゐることをえない。』としてをる(同第一四五條)。(同四六二頁)。イエザングは之れを、ローマ法と同一の思想に歸つたものとして、スワレーの功績を賞揚してをる(同上)。

(三九〇) 現行ドイツ民法第八五條に、此の種類に屬するものが含まれてをることは、明白である。註釋書には、召使

(Dienstbote)は、家事使用人に入れ(Staudinger, Komm. zu § 865 II 2 a)、旅行靴を停車場へ取りに往く使丁(Dienstmann)は、其の他類似の關係中に列しを(ebenda II 3 a)。そして雇傭期間の長短は、問はないとされてを(Re. G. E. Juristische Wochenschr. 1908, S. 527)。

(三) 一時的握有關係に就いては、イエリグは、前に握有の保護に關して擧げられた(一七切引用文八七、四八頁)と同じやうな、劇場でオペラグラスを借り、又は鐵道で旅行案内を借りた場合を、例に擧げて(同五〇七頁、五一三頁)、そして「何人も疑ふ者はなからう。若し此の場合に、物が返還を拒まれるならば、予は自力を用ゐる權利を有することを。」と言ひ(同五〇七頁)。又た前に同じ場所に於いて引かれた(一七切引用同四八頁)・公の料亭で備付品を利用する場合に就き、「公の料亭で任意の利用に任されてをる物、例へば椅子とか新聞とかを、予が持つてをる場合に、營業主が、例へば其れは常得意客の席であるとか、又は新しい新聞を挿し入れるからと言つて、返還を請求した場合も、全く同様である。勿論之れ等は、前述の場合(運送人等の場合)のごとく重大ではないから、誰も裁判所へ往く者はない。之れ等は日常生活の法律學に屬する(參照註八七)。換言すれば、之れ等は單に學問的利益を有つてをる文で、何等實際的利益は有つてゐない。しかし何故に裁判所へ往かないのかと謂へば、此の場合どんな通俗人でも、どちらの方が正當であるかを、知つてをるからだ。……其れは即ち國民も亦た、占有と握有との區別を知つてをる、示すものに外ならない。」と(同五〇七頁)。

注意すべきは、氏の所謂一時的握有關係なるものの中には、賃貸借又は使用貸借は含まれてゐないこと、之れ

である。氏は賃貸借も短期に締結しうることを認めて、料理屋の椅子や、オペラグラスに付き、賃貸借の成立した場合に就いて、詳述し(同五一六頁)、其の結論として、「故に一時的賃貸借關係を、自力を正當化する目的のために、一時的握有關係中に入れる必要はない。此の場合には、物を自己のために受け取るといふ見解が、完全に維持せられる。」と言つて(同五一七頁)、賃借人の占有者たることを、承認してをり、又た使用貸借の成立しうることをも、認めて、「予が友人に、彼れの旅行案内又はオペラグラスを、旅行に携帯することを乞ひ、料亭の主人に、大なる好誼を以つて、椅子を一つ貸してくれること、又は新聞を家に持ち歸ることを、乞ふ場合には、予は法の意味に於ける使用貸借(Commodat im Rechtsinn)を、締結したのであつて、予は上に述べたところ(文八七、五一四頁)に従ひ、占有を取得する。換言すれば、使用貸主の自力は、排斥せられる。」と、言つてをる(同五一八頁)。

即ち氏の所謂一時的握有關係は、總べての、短期に他人の物を利用する場合を、指すのではない。然らば其の法律上の特性は、何處に求むべきかに就いて、氏自ら其のクザテウムを樹てて、(イ)無償なること(Dienngeltlichkeit)、(ロ)對在者間に於いて、直ちに費消する(ソ)即時消費(Consumption unter Anwesenheit)の二を擧げてをる(同五一八頁)。氏は前者に依つて賃貸借と、後者に依つて使用貸借と、區別する考へなのであるが、其れは、兩方共成功しない。鐵道の座席は勿論であるが、公の料亭の椅子や、新聞とても、大抵は無償ではない。又た對在者間には、使用貸借が成立しないとする見解は、殆ど解するに苦しまざるをえないのである。其處で氏

は、氏の一時的握有關係なるものを特色づけるに、法律上の意義のないことへ、持つて往つてしまつた。『當事者雙方に、何等債權的效力を生ぜず、全然法律上無意義なる、社交生活の好誼的行爲(Gefälligkeit des geselligen Lebens)の範圍内に、在るものである。』とし(同五一七頁)、又た『予が劇場で何人かからオペラグラスを借り、汽車中で旅行案内を借り、サロンに備へ付けてある椅子や、新聞を用ゐるのは、法の意味に於ける使用貸借ではなく、法律上は無頓著な社交生活の行爲であつて、予は占有を受けず、握有を受ける。換言すれば、授與者に、與へた物を自力で取り去る權能が、屬してをる。』としてをる(同五一八頁)。

一體法律上の意味のない・單なる社交上の行爲を、法律問題として取り扱ふのは、變なことで、況や之れを民法中の規定として採用することを、主張するなどは、殆ど眞面目には考へられないことである。氏は行爲は社交上の取引であつても、其れに因つて取得した物の所持には、法律上の意義があると、考へてをるのであらうが、其れは當時未だ法律事實の觀念が、明瞭とならなかつたためであつて、法効果を生じあたはざる事實行爲も、法効果の原因たる現實行爲も、共に一樣に事實上の行爲と考へた結果である。社交上の行爲は、前者であつて、後者ではない。従つて、之れに因つて取得した物の所持も、法律上の問題とすることはできない。

(四) イエリグは一面に於いて、賃借人及び使用借主の占有者であることに、賛成すると同時に、他面に於いて、總べて契約期間經過後に、物を抑留する者に對し、前占有者から抑留の訴(Klage wegen Vorenthaltung)を提起せしむることを、主張してをる。之れ占有の訴に關するドイツ民法草案の規定に對する改正意見として、

主張されたところであつて、氏の同草案の批評に於ける最後の論點である。即ち同草案には、占有の訴(同草案第八二二條)として、所持取戻の請求(Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung—第八一九條)、及び侵害廢止の請求(Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung—第八二〇條)の二者を、規定したのに對し、氏は第三種の占有の訴として、占有物抑留の訴を加へよと、主張したのである(文八七、五二五頁以下)。

(三九一) イエリグは、草案が *actio* を *Anspruch* としたのは、改善でなくて、改悪であるとし(文八七、五二二頁)、又た *auf* は *wegen* でなければ、ローマ法の用法と違ふとしてをる(同五二四・五頁)。

イエリグは握有が占有に高められたために、從來の占有主に、不利益を及ぼしたことを説いて、『所持者に占有の手段を與へたために、占有者の法律上の地位に、著しい缺陷を生じた。即ち彼れは物の返還を、唯だ契約上の訴に依つて、強制するより外はない。ローマ法では、彼れに、不動産に付いては、使用占有の禁令(*interdictum uti possidetis*)、動産に付いては、雙方的禁令(*interdictum utrobi*)を、與へてをつたが、此の兩者共に、契約上の訴に比し、二重の利益があつた。即ち本權的(*petitorisch*)な抗辯の排斥せられたこと、及び刑罰を伴ふ(*cum periculo agere*)ことであつた。此の後の危險が被告に見えてをるので、原告は容易く、明け渡させることが、確かであつた。』と言ひ(文八七、五二五頁)、『予の眼には、此のローマ法の考へは最も健康なものであつて、而して、吾吾は其れを捨てては可けないといふ・意見である。勿論古ローマ法の有したとき、擴がり誤つてをり、正しい限界を超えてをつた。しかし正しい限界内に於いては、予は此の思想を、立法上最も價值高きもの

と、考へてをる。』とし(同五二六頁)、そして斯ういふ意見を提出してをる。即ち『収益貸借又は使用貸借の時期が終はつたのに、借り手が出て往かず、新らしい借り手が入らうとする場合に、迅速な保護を與ふべき、法に對しての緊急な要求がある。前の借り手の物を街路上に積み出すか、又は後の借り手も一所に家に留まるか。……動産の場合でも、遲滞なく出し渡すべき、非常なる必要がある。例へば旅行に立つ時、歸れば直ちに要る金を、封じて人に預けて往つたのに、歸つて來たら返さない場合の如き、之れである。』と言ひ(同五二六・七頁)、『常に著しく測定すべき罰金を以つて、威嚇し、且つ之れを、執達吏をして、適當なる方法を以つて、執行せしむること』を、主張してをる(同五二九頁)。そして氏は此の提議と、占有理論とを、如何に調和せしむべきかに就いて、詳細に論議を盡くしてをる(同五二四―五三四頁)。

イエザングの考へ方が、如何に債權者主義に傾いたものであるかは、敢て細説を須むざるところであるが、氏は恰も、債權者といふ者は、決して誤解もせず、嘘言も吐かぬものと、考へてゐるかの如くである。幸ひにして此の提議は、ドイツ民法の採用するところとならなかつたが、若し採用せられたならば、賃借人等が占有に高められたことは、殆ど有名無實となつたであらう。又た氏の抑留の訴は、幾許の範圍に適用すべきものか、不明であり、氏の引例に依れば、賃借人と受寄者とが現れてをる丈であるが、若し之れを、總べての契約關係に應用すべきものとしたならば、永小作權者も、地上權者も、用益權者も、皆な刑罰を以つて所有者から脅迫せられることになり、最も極端なる所有者主義が實現せられて、占有の獨立は全く失はるるに至ることであらう。此の提唱

は實に、氏が所有と占有との分離を認めてゐなかつたことを、仄示するものである。

(五) 不融通物(*res extra commercium*)は、イエザングが絶對的握有關係と稱するものであつて(一六切)、ローマ法に於いては、占有は成立せず、握有のみが成立したと、主張してをるものである(一七切引用文八七、四八頁、六四切引用文四五、一三頁)。然るに、ドイツ民法草案の批評に於いても、同草案が物に付いて所有が不可能な場合を、所持であると規定してをる(同草案第七九八條)の對し、反對を表示してをる(文八七、四七二頁以下)。其の主旨は、ローマ法では、所有のない處には占有もないといふ原則があつたために、不融通物は握有とする外はなかつたのだが、今日此かる規定を置くは、『藥局方の變はつた後の、處方箋である。』と言ひ(同四七三頁―註一二七引用)、之れ *animus domini* 説の所産に過ぎないとし、『之れ前條に於いて、占有意思に對して立てた要件、即ち物を自己のものとして有するといふ原則のためであつて、所有しあたはざる物に付いては、此の意思は排斥されるといふのである。だが此かる原則は、在らゆる實際的現實性の缺けた・論理的結論の外には、何物もないのであつて、草案に於ける *animus domini* の團栗の一つである。』と、斷じてをる(同四七四頁)。

元來氏の、不融通物には占有が成立しないとす。ローマ法の見解自體が、甚だ疑はしいものであつて(參照六四切)、今ま其の見解の捨てられたことは、慶賀すべきであり、且つドイツ民法が、草案第七九八條の規定を削除するに至つたのは、氏の攻撃の成功を語るものではあるが、しかし之れに因つて、問題が解決せられたのは、ないのであつて、假令所有意思説は捨てても、又た假令純客觀説の見地に立つたとしても、苟も占有を以つ

て、権利の事實性であるとし、何等かの権利を随伴せねばならぬものとする限りは、不融通物に付いては占有の成立しあたはざることは、決して變はるところがないのである。即ち不融通物の上に占有の成立しうることは、本權と占有との、完全なる分離を認めた上に於いて、始めて許されうべきことなのである。^(三九二)

(三九二) 今日も尙ほ、公用物の上には取得時効の成立しないとする説は、相當に廣く行はれてゐるやうである。之れ占有の獨立性を認めざるところから、生ずる結果に外ならぬのである。

(六) 物の一部(wesentlicher Bestandteil)に付いても、ドイツ民法草案は所持が成り立つことを、認めてをつた(同草案第七九八條)。イエリグは之れをも非難してをる(文八七、四七四頁以下)。此の規定も、物の一部には特別な所有權は不可能であることから、來てをるのであつて、論理上は正當であるが、其の實際上の結果の不當であることをば、同草案が物の一部、就中住宅の區分せられた間(Wohnungsraum)の所持者に、占有を與へてをること(同草案第八一六條)と、對比して、論評してをる(同四七四・五頁—參照註一二七)。

しかし此の問題も、同草案第七九八條の削除に因つて、解決せられたのではない。物の一部に占有の成立せざること、寧ろ事實上の鐵則であり、このことは、占有に於いては、所有權に於けるよりも、一層切實である。但し物が區分せられた場合に、別個な支配が可能である限りは、各部の上に占有の成立することも、^(三九三)亦た占有が物の事實上の支配なる見解點からして、承認せられうる。然らざる限りは、共同占有であるか、又は占有者の占有を妨げざる程度に於いての利用が、許される丈であつて(例、居候)、此の最後の場合が、恐らくは本來の *in*

Possessio esse の觀念であり(參照註二七五)、そして其れは、前述の社交的取引の場合と同様、全然法律外の關係であらうと思ふ。^(三九四)

(三九三) 現行ドイツ民法第八六五條は物の一部、就中區分せられた居間又は其の他の間の、占有を認めてをり、註釋家は之れを部分占有(Teilbesitz)と稱して、如何なる場合に部分占有は可能であるかは事實問題であるとしてをる(Ströhal, Der Sachenbesitz nach dem BGB, 1897, S. 33; Kress, Besitz u. Recht, 1909, S. 275 f.; Emmeerus-Wolf, Sachenrecht, 8. Be-
arb. 1929, § 5 II; Staudinger, Komm. zu § 865)。其の例として擧げられてをるのは、土地、船舶、箆筒等の區分、廣告用の壁又は塀の類である。そして『各場合の状況及び取引觀念に従ひ、特別な實力關係(besondere Gewaltverhältnis nach Lage des Falles u. der Verkehrsausschauung)の存する場合に、之れを認むべきものとしてをる(Staudinger a.O. 1, c)』。之れ物の個數に關する見解と、同一であつて、此の特定の關係に於いては、別物と見るといふと、敢て異なるのである。
(三九四) 占有意思論第十九章は、最終の章であるためか、又は走卒に書かれたためであるか、どうもイエリグの自家撞著が多いやうに、思はれる。法律上無意義な單なる社交上の行爲を、民法に規定することを、提議したり、前に賃借人の占有者となつたことを、祝福してゐながら、本章へ來て、突如、非常に強い所有者の權力を主張したり、又は所有者が果して間接占有者であるならば、直接占有者との間に、相互の占有訴權に就いての、觀察が爲されなければならないのに、氏は當然に、契約の訴丈しか残らないと考へてをり、又は不融通物は、氏の權利の事實性説からは、必然的に占有無能力でなければならぬのに、却つて其の説を攻撃したり、骨を折つて同書を通讀して來た讀者は、最後の章に至つて、著者自身のために投げ飛ばされさうである。之れは恐らく氏の眞意ではなからう。

一一五 現行法上の握有、不完全占有、代理占有

(一) 握有制度の歴史的研究に於いて、イエザングが握有概念の外部的制限、及び其の内部的制限と呼んだごとく(一八切)、握有は一方からは、次第に其の適用範圍を縮小して往き、最初は所有者のみが占有者であると、考へられてつたものが、漸時所有者外の者が、固有の占有者となり、又た準占有者となるに至つた。之れと同時に、又た他方からは、握有者を無權利とする思想が、次第に弱まつて往つて、即ち依然握有者として残りつても、其の法律上の保護が、高められて往つたといふのである。其れは主として、假訴訟(actio summarissimum)及び侵奪の訴(actio spoli)を指したものと、見て良ろしい(参照一八切後段及び一九切)。此の法律上の保護の擴張した握有を、前述した第二義の握有(一二二切)に對し、第三義の握有と、呼んで可からう。然るに其の第三義の握有も、遂に十九世紀の新立法に依り、占有に高めらるるに至つた。客觀説の勢力下に在るドイツ民法に於いては、勿論のことであり、新主觀説を採用した日本民法の下に於いても、亦た然うである。此處に至つて、外部的制限と、内部的制限とが、雙方から接近して來て、遂に隔壁を破つたのである。然らば此の時に至れば、最早握有制度は不必要となつたかといふ問題に對し、新たにイエザングは、占有者の利益を保護するために、握有を存置すべき必要をば、高調してをるのである。そして其れは、法律上の保護の點からと、及び握有の範圍の點からと、兩方面からの觀察に置かるべきものである。

(二) 握有者は、如何なる法律上の處置を與へらるべきかに就き、イエザングは、ドイツ民法草案の批評に於いても、氏の最初からの態度(一七切)と同じく、自力防禦と、訴との、二の觀點から見てをるのであるが、第三者に對しては、握有者と雖も、占有者と同様、自力及び訴を用ゐるとするのが、氏の當初からの強い主張であり、握有が占有に高められたことを祝福するのも(参照八四切)、専ら其の故であると思はれる。然るに氏は、其の握有者が占有の保護を受くるに至つたために、從來の占有者の占有が害せられてはならないと、考へてをるのであつて、其れを防がうとするのが、氏の新しい握有の提唱なのである。

即ち氏は、家族的關係、管理的關係、又は一時的關係に在る場合に於いては、占有者は實力を用ゐることができるとしてをる(前切引用文八七、五〇三頁、五〇六頁、五〇七頁)。之れ言ふ迄もなく、相手方には自力防禦を許さない主旨であつて、結局返還を拒む相手方の實力行爲は、違法であるが、返還せしむるための、占有者の實力行爲は適法であると、いふことになる。しかし勿論此の問題には、善良の風俗、特に手段の違法性の問題が、觀察に加はるからして、實際上の結論は、常に同一ではなからうが、最も簡單なる形態としては、主人が黙つて持ち去るのを、保管者は傍觀すべき義務があることになる(参照註三〇四)。主人が物に實力を加へうべきことは、占有の本質上疑ひのないところであつて、其れが相手方の人格に對する侵害とならざる程度ならば、其の意思に反して持ち去るとも、差し支へなからう。但し如何なる程度を以つて、人格に對する侵害と解すべきかは、各社會、各時代の法感覺——即ち現代の社會觀念——に従つて、定まるべき事項である。

上述したことは、相手方が占有者でない場合に限るのであつて、相手方も占有者たることを、承認するに於いては、如何に解すべきか疑問である。之れ所謂間接占有の思想に於いて、生ずる問題であつて、或ひは兩方共に各の物に實力を加へるとするか、又は兩方共に加へないとすべきかであらうが、イエリグは之れに就いて考察してゐない。しかし氏が使用貸借の成立する場合には、使用貸主の自力は排斥されるとする(前切引用文八七、五一八頁)ところから見ると、間接占有者の自力防禦権はないとする。主旨であらう。然らば直接占有者たる借主の方は、貸主が取り返しに來たのを、自力を以つて防禦しうるのであらうか。間接占有を否定すれば、積極に解せねばならぬ。間接占有を肯定すれば、如何に解すべきか、依然として不明である。何れにもせよ、間接占有なる思想の誤つてをすることは、既に述べたところである(九六切四及び九七切)。

次に訴に關しては、イエリグの主張するがごとき、抑留の訴は不可である。何故に貸借及び使用貸借に限り、斯かる訴を認むるかは、解し難いことであり、若し總べての契約關係に擴充するとすれば、之れ占有制度を根本的に破壊するものである。又た假に、契約期間經過後は、借主は握有者に戻るものとせば、貸主は占有者として、通常の占有訴權を行使しうべきであつて、敢て抑留の訴に依ることを、必要としないのである。然るに、貸主は現在に物を所持しないのであるからして、其の訴の原因を説明するには、勢ひ本權の問題に遡らねばならないのであつて、寧ろ最初から、本權の訴を提起するの、優れるに如かないのである。

故に占有主と、握有者との關係に於いては、本權の訴に依るか、又は通常の占有の訴に依るを以つて、足る。

然るに却つて、握有者と第三者との關係に於いては、握有者に固有の占有訴權を許すべき、實際上の必要の起ることが、少くなからう。就中占有主のための代理訴權を、證明する暇のない場合の如き、之れである。此の必要に應じたものが、他人のために占有する者の占有訴權(民法第一九七條後段)であつて、之れ所謂不完全占有の思想であり、イエリグが大いにスワレーの功績を賞揚しつつ、推奨してをるところであるが(一一四切)、握有制度の法律上の意義は、結局に於いて、重に此の一點に懸かるものと、思はれる。

(三) 然らば握有は如何なる範圍に於いて、猶ほ存続せしむべき、必要があるのか。前切の研究から現れるところに依ると、社交上の關係とか、占有者の好意の許容とか、全然法律上の意義のない場合が、今日の社會生活に於いても、起りうることを見た。之れが恐らくは、*naturalis possessio*の固有の意義であらう。而して其れは、全然法律上の意義のないものであるからして、之れを法律上の問題とするは、不必要であり、又た誤りでもある。次に不融通物に付いては、苟も占有と或る權利との隨伴性を認むる限りは、占有は成立するに由ないのであつて、其の占有は、専ら、本權と占有との分離の前提に於いてのみ、成立しうるところである。公用物の上に占有が成立しうるかは、長い間争はれたところであるが(六三切)、之れが占有理論の *Kardinalpunkt* なのであつて、之れを肯定すると、否定するとは、全問題に對する解決を、支配するものに外ならぬのである。而して、既に兩者の分離を承認した以上は、最早本權の運命は、占有を左右するには、足りないものであつて、即ち貸借權其の他借主の權利が消滅したことは、占有をして握有に變ぜしむるものではない。賃借人の占有は、賃貸借を原

因として發生すると考へるのは、本權と占有との獨立を認めざる結果であつて、其の分離を認めるならば、占有は賃貸借とは別な、獨自の原因（民法第一八〇條）に因つて、發生するのであつて、高賃貸借は、占有意思推定の資料（同第一八五條）たるに過ぎない。そして此の推定は、賃貸借消滅後までも續く。しかし其れは賃貸借の效力ではないのだからして、別の意思を表示して、占有の性質を變更することができる。占有と本權との分離を認むるに非ざれば、此かる變更はありえない。

此く觀察し來たるときは、結局握有として残るものは、イエザングの所謂家族的握有の場合と、及び管理的握有の場合とのみである。而して之れは代理占有を意味するものに外ならぬのであつて、其れには、代理人の占有と、占有代理人とが區別されるけれども（九二切）、何れも代理人は占有者ではなく、本人の占有機關として、占有の要素を準備するに過ぎない。占有者は本人のみである。代理人自らは握有者であつて、其れはイエザングの所謂握有の原産地たる、ローマの家庭に於いて、行はれてをつたところの、握有の意義であり（一一二切）、そして其れが自由人の契約關係に移つて、意思の因子が働くに及んで、第二義のものとなり（一二二切）、更に代理人自ら固有の占有の訴を有するに至つて、第三義のものとなつた（本切一）と、解しうるのであつて、此の最後の見解點に於いては、握有が不完全占有に變じたのである。そして此く握有が法律上の制度となつたことは、亦た其れが法律行爲の代理の目的とも、なりうるに至らしめた所以であつて（參照九七切）、斯くして握有は、代理占有（即ち代理人の占有—民法第九九條、並に占有代理—同第一八一條）といふ意味に於いて、現行法上の制度として、存続しつゝあるのである。

然らば其の握有と、代理人自身の固有の占有とは、如何にして區別すべきかと謂へば、一に代理人自身の意思に依るの外はない。このことは既に論じた（九七切末段）。同所に於いて、間接占有なる觀念は、客觀說の一過誤であることを、指摘したが、今の問題に就いても、若し意思の因子を捨てて、握有と占有とを區別しうると、解する者があるならば、更に一つの誤りを重ねるものである。ドイツ民法は、家事とか、營業とか、その他類似の客觀的要件に依つて、區別をなしうるか如くに、規定してをるけれども（同民法第八五五條）、苟も或る事業に屬する物は、悉く主人の占有に屬すとすれば、知らず、然らざる限りは、其の事業内に於いて、主人の占有に屬する物と、所屬員の占有に屬する物とが、區別されなければならない。例へば、家内に在る物は、全部家長の占有であるとするか、さもなくば、家族の占有に屬する物を區別すべき標準が、與へられなければならない。然らば其の標準は如何にして規定するか。假に所有權を持ち出すとしたならば、其れは最早占有の問題ではなくなる。又た假に社會觀念説に據るとしても、其れは結局は、意思の因子に對する・解釋の態度の問題である（參照四五切）。其の解釋方法の如何に依つては、問題は如何様にも循環させることができるであらうけれども、最も卒直に、自己のためにすると、他人のためにするとを、決定しうるものは、實に代理人自身の意思である。

第三章 結 論

第一節 占有制度の沿革

第一款 古代の物の支配權

一一六 ローマ法の正文に現れた占有

占有理論に關するイエリグ教授の鋭利なる論説を、長い間、考察して來た私の結論は、不幸にして、垂惠的なものではなかつた。前世紀に至る迄の學界に、通常行はれてをつた・思辨と論理とに依る研究方法は、勿論贊成し難いものであつて、イエリグ教授が、此の方法論を排撃して、専ら實際的、且つ歴史的な方法を、主張せられた(二七切)に對しては、^(三九五)滿腔の敬意を以つて、贊成を表するに躊躇しない。そして教授が、従前の通説のローマの歴史上根據なきものであることを、各制度に就いて、痛烈に指摘せられるのに對して、其の確信ある態度と、及び教授が其の目醒ましき征戰に於いて、敵を全滅せしめ、自ら之れと代はつて、『新らしい文献期に、自己の名を刻印せしむるに至つた』^(三九六)成功とを、信用して、全部、教授の主張を受け容れたい願ひである。しかし然

うした敬虔な念慮を抱いて、占有意思論を通讀して往つた間に、歴史に立脚した研究とは、果して斯うした研究を謂ふのであらうかとの、疑問に閉ざされざるを、えなくなつたのである。教授の精細なる淵源的探究には、敬服せざるをえないのであるが、其處にしかし、教授の雄大なる學說の全構成の、基礎的破綻がありはしないであらうか。教授自ら告白せらるること(三九七)、占有理論の研究は、教授の學者的全生涯を盡くしての、勞作であつた。四十年の間の精力を籠めて、只管ローマ法の淵源を捜し求められたのであつて、終には眼が悪くなつて、其の探索を思ひ止まらねばならなかつたのである(参照五切)。此の非常なる努力に對しては、驚嘆を禁じないのであるが、しかし斯やうな方法の研究は、精しければ精しい程、事物の全體的構造は、看却せられ易いのである。教授は餘りに淵源に念を入れ過ぎたために、遂に淵源のために、事物の真相を掩はれたのでは、ないかと思ふ。少し酷評かも知れぬが、教授の所謂歴史的研究なるものは、ローマ法のテキストを精讀して、之れを自分の都合の良いやうに解釋することを、意味したのではないかとさへ、思はれる位である(参照二八切)。其處に占有意思論の根本の缺陷が伏在する(三九八)。

(三九五) 占有意思論は、「同時に法律學に於ける通説の方法の批評」といふ傍題を有つてをる。之れに關する同書序文中の説明参照(二七切引用文八七、序文九頁)。又た兩説の戦ふべき戰場は、現行されたローマ法の制度であるといふ説明をも参照(同切引用一〇・一頁)。(法協雜誌所載拙稿註九)。

(三九六) 之れは、イエリッゲのザギニーの占有權論(文一)に對する賞讃の一句である(文八七、二四六頁—参照四切)。同

じ讚辭は頓てイエリッゲ自身の占有の諸著に對して、應用せらるべきものである。(法協拙稿註一〇)。

(三九七) 占有意思論が、四十年以上も掛かつた勞作であることは、同書の序文中にも見えてをるが(二二切引用文八七、序文七頁、尙ほ参照註九〇)、更に此の仕事が教授の全生涯を盡くしたものであるといふ述懐が、披瀝されてをる(一一切引用同三三五頁)。而して教授が如何に熱心に、ローマ法の淵源を涉獵せられたかは、あの浩瀚な *corpus juris civilis* 中に、*animus possidentis* といふ語が、唯だ二箇所使用されてをることを、確信され(同八一頁及び二六九頁以下、参照三切)、又た *animus domini* といふ語は、未だグロツサトレンにも知られてゐなかつたことを、確言するに至つた(同二四八頁以下、参照五切)一事からも、推知することができる。(法協拙稿註一一)。

(三九八) イエリッゲ教授の方法論に對しては、私は既に批評をなした(註八引用商學研究八卷三號所載拙稿「占有意思論に現れたるイエリッゲ教授の方法論」—本書二八切及び二九切)。私自身は歴史的方法を如何に解してをるか、前掲(註二一六)文化諸科學論集所載拙稿「法律學に於ける理論と歴史との交錯」に於いて、其の一端を開示した。吾吾は決して歴史を看却してはならない。しかし歴史其の者が常に解釋を必要とし、批判が行はれる。このことに就いて、前掲の商學研究の論文の結語として述べたところを、此處に掲げて置きたい。——『現實論者は歴史を批判し、現代を指導する權利を、有たない。彼れは唯だ、事實を報告する丈の能力しか、賦與されてゐないのである。幸ひにして吾がイエリッゲは、事物を縱横に批判し、將來の露趨を教へた。然り、彼れは單なる現實論者ではなかつたのである。』しかし後から思ふと、之れはまだ、現實論者の事實の報告其の者に、既に解釋が行はれ、批判が下されてゐるといふことには、氣が附いてゐない。

ローマ法の正文に、根據を求むる限りは、占有と所有とは、判然として別物であり(註二〇六)、従つてグロツサトレン以後に發達した法律學(三九七)も、總べて兩者を別物とする基礎に立つて、そして兩者の關係を如何に解決す

べきかの問題に就いて、考慮を費やしてをつた。之れ即ち占有保護の原因に關する諸學說であつて(五四切)、其れ等の學說中、如何に占有を所有に對立せしめてをるものが多いかは、既に見たところである(五五切)。直接に占有と所有との繫屬を、認めてをる學說のみならず、占有保護の原因を、所有の保護とは別に考へてをるものも、其の思想の中心には、所有權が位置してをるのである。このことは、占有理論解決のために甚だ重大な點であつて、其れに就いては尙ほ後に述べたい(一一三〇切)。イエリグも亦た、占有を以つて所有の地位であるとする見解に立ち(五四切)、所有と占有との隨伴性の承認から出發して(六二切)、更にローマ法に於いて、占有の保護を受けてをつたのは、所有者ばかりではなくて、所謂派成占有者(五切、一切七、七〇切以下、一〇五切以下)、又は準占有者(七七切、一〇八切以下)なるものあつたことに氣附いてから、所有權の事實性の主張を擴張して、權利の事實性といふ構想に移つた(一〇九切)。そして之れ等の占有に共通な *animus* は、何であるかと探し求めたのである。遂に、ローマ法の正文には、*animus domini* は一回も使用せられてゐないことを、突き止める迄の苦心は、誠に察するに餘りあるところである。

(三九九) 占有を以つて蓋然的所有權であるとする説は、イエリグも古くからの説であるとしてゐるのであるが(文四五、二五頁)、デルンブルグに従へば、既にグロツサトーレン中に、代表者を出してゐた説である(五四切引用文七六、一卷一七〇切註五—*Glossa in vacuum ad l. 13 C. 4, 19*)。(法協拙稿註一三)。

一一七 太古の人類の有した唯一の物權

原始時代に於ける物の支配權は、何であつたかの問題に就き、一度ローマ法の正文から離れて、權利生成の沿革に就いて、探求することになると、太古に於いて、人類の有した唯一の物權は、占有權であつたことが、法律史、經濟史、及び一般文明史の文献を通じて、諸家の見解を綜合した結果として、極めて明瞭に、觀取されることなのである。このことに就いては、既に前章に於いて、現在の學界に提供されてをる種種な學說に就き、一通りの検討をなしたと信ずる。既に述べたごとく(五六切)、此の問題は、原始時代の所有權は何であつたかといふ問題として、頗る諸方面の學者に依つて、論戰せられてをり、そして其れは、所有權の起源に就いての考察と、又た所有權理論としての研究とに、別れてをるが、しかし原始時代に關する史料は、甚だ乏しいのであるからして、勢ひ理論的考察に依つて、歴史を補足せうとする傾向のあるのは、餘儀ないことと謂ふべきである。而して、諸家の議論の焦點は、主として土地制度に關してをり、通説は、家族又は團體の共有を、其の原始制度であつたと、認めてをる(註一九八)。此の原始共有説に對して、フュステル・ド・クランジュの如く、最初から單獨所有權であつたとする主張もあり(註二〇〇)、又た或ひは單獨所有權と共同所有權との併存を認め、そして後者の方が、前者よりも遙かに多かつたとする・ギオレ教授のごとき説もあり(註一九一)、又た土地は共有でも、私有でも、抑も所有の目的物では、なかつたとする・ヒルデブランドの如きがあり(註二〇一)、更に此の所有權

否認説の一變體として、ゲルマン人の古代の土地制度を、共有制度ではなくて、公所有権であつたとする・ドブシュの説もある(註同上)。之れ等諸説の詳細に關しては、前に五九切に於いて研究したところを、参照せられたる。特に留意されることは、之れ等の議論に現れてをる所有概念は、頗る占有概念と混同されてをるといふこと、之れである。之れ蓋し、自然状態に於いては、未だ所有概念の缺けてゐたところからして、往往、共同占有(Gemeinbesitz)といふ語が使用せられたが(参照五七切)、之れは上の概念缺亡の表示として、現れたものであらうとせられる^(E00)。寧ろ最初は、所有も占有も同じものと見られてゐたと、考へられるのであつて、然るに其れが別物として考へられるやうになつたのは、ローマ法の所有権が確立した後のことなのである。同法の所有権は、最初から占有権と並んで、發達したものの如く(四七切)、特に所有権を直接に世界創造に結び付けて、強い保護を與へたとされてをり、そしてローマ市民の所有権(Dominium ex jure Quiritium)は、不動産から始まつたとされてをるが(註一九五、参照註一五九)、其のローマに於いてさへも、原始法時代に於いては、所有権は専ら自然占有(naturalis possessio)から取得されたとして(註一五八)、占有と所有とは必ず相隨伴したことが、承認されてをることは、注意に値するところである。此くローマ法に於ける所有は、占有とは別な概念であるが故に、後世の學者も、特に占有を所有とは異つた意味に使用する場合には、必ずローマの占有制度をば、念頭に置いてをるのである。例へばマルクス及びエンゲルスの、土地は専ら種族所有に屬し、各人の之れに對する權利は、單なる占有であるとする見解は、^(E01)明かに、此の兩者を別個の概念と認めたものであり、又た例へばヒルデブランドが、土

地は共有にも、私有にも屬しないと見る見解も、恐らく此の基礎に立つものであつて、現に氏は明白に、原始時代には、土地は何等の價值を有せず、土地所有権は存在しなかつたが、其の占有、即ち利用權(Besitz od. Nutzungsgrecht)は存在したと言つてをること、前に述べたことである(五九切)。

(E00) Felix, Entwicklungsgeschichte des Eigentums, Bd. 4 S. 40.

(E01) Marx u. Engels, über Feuerbach (1. Tl. der „Deutschen Ideologie“, herausg. von Rjazanov, Marx-Engels Archiv, Zeitschr. des Marx-Engels-Instituts in Moskau, Bd. 1, S. 205 ff.) 福田氏前掲「唯物史觀の再吟味」一二七頁引用参照。

次に動産に付いては、多くの學者は、最初から單獨所有権の存在したことを、承認してゐるやうである(註一九一)。尤もフュリックスの如く、或る自然民族間には、廣い友誼心と、連帶的傾向と結合した・強い慈善心からして、徹底的に共同占有が行はれたとする説が、ないではないけれども(註同上)。然らば動産所有権の發生したのは、土地所有権の成立よりも前のことか、又は後のことかといふ問題は、其の動産所有権は、占有権といふ意味であつたか、又は其れとは別の意義であつたかといふ問題と、相關連して、猶ほ考究せらるべき問題であつて、之れに就いては、前章に於いて(五八切)種々な疑點を區別して、解説を試みて置いた。要するに其れ等の諸點に對する觀察の如何に依つて、或ひは占有事實説ともなり、或ひは法秩序とは別な秩序に屬する制度であるとする見解も、生じうべきものである(同切末段)。何れにせよ、最も原始的な動産の支配は、若し之れを權利と名けるならば、其れは占有権であつたことが、諸家の意見並に引例からして(同上切)、さして困難なしに、結論

されるのである。而して此の主旨は、特にイエザング教授自身の見解からも、觀取しうるのであつて、即ち教授は、アザヤ民族の間には、未だ財産權の觀念は、殆ど發展してゐなかつたとしてをるが、しかし又た、同民族が初めて所有といふ概念を得るに至つた経路は、動物を馴らす (Tomare) ことに、在つたとなし、不動産に付いては、原始時代には、私的所有權は存在せず、唯だ共同體所有權があつた丈であつて、物に對する個人の排他的關係が、承認せられたのは、此の動物を馴らすことに始まつたと、説いてをる (五八切引用参照)。之れ明かに、占有と所有とを、同一概念と見たものである。尙ほ教授はローマの所有概念に就いても、其の示現したのは、分捕品に付いてであつたと、説いてをる (註一九二)。

(四〇二) 尙ほ所有權理論の方面からして、眞實の物の支配權は占有權であるとする見解に達してをるのは、アルドンである。氏は其の激烈なる所有權否定論に於いて、あらゆる方面より、所有權の不可能なることを論じ、そして物の利用のためには、唯だ占有權を許しきへすれば良いとしてをること、既述のごとくである (五六切末段)。其の他所有權理論に就いては、註一八六に引用した・拙稿「アルドンの所有權否定論に對する批判」参照。

以上に依り、原始時代の物の支配權は、不動産に付いても、又た動産に付いても、占有權的なものであつたことが、略ぼ推知せられるのであるが、更に私は、諸家の學說を基本として、狩獵及び遊牧時代、農業時代、並にローマ法の所有權確立後の、三時代に區別して、考察を試み (六〇切一)、そして所有權發展の趨向は、個人無權利の状態より、個人の占有の保護に移り、更に其の個人の占有權を目して、眞實の所有權であるとする思想に、

進まむとしてをることを、知つた (同切二)。而して動産に關しては、此の思想は早くより發展してをり、寧ろ最初から各個人の占有權が、單獨所有權として、承認せられてをつたと解すべき、豐富なる理由が存するのである (參照同切末段)。即ち問題は主として不動産に懸かるのであるが、其の著しい特色は、不動産支配權は團體權として、發展したことであつて (參照前引諸切、特に五九切後段)、個人所有權は遙かに後に至つて、恐らく、完全な意味では、ローマに至つて初めて、團體所有權に倣つて、製作せられたものである。而して不動産支配權と占有との繋屬は、二方面に於いて現れてをり、即ち初めて發生した團體的支配權は、占有權であつたこと、及び個人が初めて不動産に付いて取得した權利は、占有權であつたこと、之れである。要するに、不動産に付いても、動産に付いても、原始所有權は占有權であり、そして彼れは團體權であり、是れは個人權であつた。唯だ最後まで疑問として残るのは、其の原始所有權は、果して固有の意味の權利であつたか、といふ點である。

思ふに、人類の法生活の初期に於いては、素より判然たる權利思想は存在しなかつたであらう。しかし假に然うしたものがあつたとすれば、其れは確かに占有權であつた。現實に河岸溪谷中の地をトして棲み、禽獸果穀を取るに從つて需用した者が——假に權利者といふ言葉を用ゐるものとしたならば——權利者なのであつた。此の時に於いては、人が物の上に有する支配權は、唯だ一つ此の現實の意味に於ける占有より、外にはなかつた。然るに生活の發展と共に、現實に占有してゐない者でも、或る思想上の基準からして、之れを權利者であると判斷することが、次第に行はれるやうになつた。其の基準は必ずしも、一樣ではなかつたかも知れぬ。其れが神勅