

資 料

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(5) 完

吉原達也編

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』目次

緒論

本論

第一編 総則 (総論)

第一章 法 (以上本誌第 32 卷第 3 号)

第二章 人 (本誌第 32 卷第 4 号)

第三章 物

第四章 法律事実及び権利

(以上本誌第 33 卷第 1 号)

第五章 法律行為 (本誌第 33 卷第 2 号)

第二編 物権 (Ⅲ-27)……………72

第一章 占有 (Ⅲ-27)……………72

第一節 占有の意義及び種類 (Ⅲ-27)…72

第二節 占有の得喪 (Ⅲ-30)……………74

第一款 占有の取得 (Ⅲ-30)……………74

第二款 占有の意思 (Ⅲ-31)……………75

第三款 握取 (Ⅲ-33)……………76

第四款 占有取得の成立 (Ⅲ-37) …78

第五款 占有の喪失 (Ⅲ-38)……………78

第三節 占有保護 (Ⅲ-40)……………80

第一款 占有保護種類 (Ⅲ-40) ……80

第二款 占有維持の訴え (Ⅲ-41) ……80

第三款 占有回復の訴え (Ⅲ-44) ……82

第二章 所有権 (Ⅲ-47)……………82

第一節 所有権の性質 (Ⅲ-47) ……83

第一款 物権及び所有権の大意 (Ⅲ-47)…83

第二款 共有 (Ⅲ-49) ……83

第三款 土地所有権の成立 (Ⅲ-49)…84

第二節 所有権の原始取得 (Ⅲ-53)…85

第一款 総説 (Ⅲ-53) ……86

第二款 先占 (Ⅲ-53) ……86

第三款 加工 (Ⅲ-54) ……86

第四款 果実 (Ⅲ-56) ……87

第五款 埋蔵物 (Ⅲ-57) ……87

第六款 土地の増加 (Ⅲ-58) ……88

第七款 不動産と動産との結合 (Ⅲ-59)…88

第八款 動産と動産との結合 (Ⅲ-61)…89

第三節 所有権の取得時効 (Ⅲ-62)…90

第一款 取得時効の種類 (Ⅲ-62)…90

第二款 尋常取得時効 (Ⅲ-64)…91

第三款 非常取得時効 (Ⅲ-69)…94

附録 千賀鶴太郎博士出題京都帝国大学

法科大学試験問題「羅馬法」(抄)…95

あとがき ……96

(参考) 千賀鶴太郎博士回想録抄 ……96

(以上本号)

*千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』については、『広島法学』第 32 卷第 3 号 117-124 頁所収の解題を参照されたい。

（Ⅲ-27）第二編 物権

第一章 占有

第一節 占有の意義及び種類

（一）占有 *possessio* は事実上に於て物を支配して居ることを云う。近世民法家中には占有を一つの権利なりと説く人あり。然しローマ法にありてはこれを決して権利と認めて居らずとは淵源〔法源〕に徴して明白なり。即ち物を支配する権利を所有権と云う。物を支配する事実を称して占有と云うなり。所有者と占有者とは通常同一の人なり。時としては二者が互に分離する事あり。占有を所有権と離して論ぜざるべからず。占有は前述の如く権利に非ず。然し権利的の効果が三つあり。

第一は、占有は一種の訴権ありて法律上保護を受く。其の訴権は *interdicta* [特示命令] [に基づく]。但しこの保護は原則としては権利上の問題を現在より解決することを目的とせるに非ず、社会の秩序を保つためにしばらく当事者の一方に占有を許し他の一方に占有を禁ずるを目的となす。

第二は、占有は時効によりて所有権を取得することなり。但しかかる時効を生ずるには若干の条件の具備することを要する。尚このことは取得時効にて説明す。この二個の効果を称して占有上の権利 *jus possessionis* と称す。

第三は、占有は無主物に対しては直ちに所有権を生ず。（Ⅲ-27 裏）この場合を先占と云う。

（二）ローマ法に於て所有者に非ずして占有者と認めらるる場合は下の如き場合なり。

第一は、自から所有者と見做して占有する場合なり。かかる場合に善意と悪意との別あり。例〔え〕ば窃盗強盗の如きは悪意によりて占有者となる。

第二は、託与 *precarium* によりて占有する場合〔なり〕。これは報酬を受けずして他人の使用に物品を供し、いつでもこれを取戻すことを得るものなり。

第三は、永借権 *emphyteusis* 又は地上権 *superficies* によりて占有する場合〔なり〕。但しこの第三の場合は異論あり。或る人はこれを所謂準占有 *quasi possessio* と見做すなり。〔これに付いては〕後に説明す。

第四は、質権 *pignus* によりて占有する場合なり。但し抵当権 *hypotheca* の場合にも期限来りて抵当〔物〕を引取れる場合に又占有を生ず。

第五は、係争物保管 *sequestratio* によりて占有する場合なり。これは（Ⅲ-28）物の所有又は占有について争いを生ずるとき、第三者をして争いの終るまで其の物を預からしむるなり。

（三）占有の正しきと正しからざるとの点よりこれを類別して下の如く分つ。

第一、正当占有 *justa possessio* と不正占有 *injusta possessio* に分つ。正当又は不正と云うことに二つの意義あり。則ち占有が客観的に正当、不正なる場合と主観的に正当、不正なる場合の区別なり。主観的の不正占有を *vi clam precario* に占有すると云うなり。*vi*とは腕力によりてとの意味なり。*clam*とは隠密に計るの意味なり。*precario*は〔託与に〕よつての意味なり。これは所有者からよく返還せよと請求するにもかかわらず返還するを怠る場合を云う。これをローマ法上主観的の不正占有と云う。後世の民法家は不徳占有 *vitiosa possessio*〔瑕疵ある占有〕と云う。

第二、善意占有 *bonae fidei possessio*〔及び〕悪意占有 *malae fidei possessio*。善意占有とは占有者が自から占有する権利ありと考〔え〕たる場合なり。但しこの考へはたとい誤認なりとするも、其の誤認は恕〔ゆる〕すべき理由なかるべからず。又悪意占有とは、これに反して自から占有する権利なきと知りながら尚占有する場合なり。

(四) 占有と云う文字に広義と狭義との区別あり。以下に述べたるものは狭義の占有なり。則ち自己の所有物と見做して占有するものは *interdicta*〔特示命令〕の保護付せらる。これ狭義の占有なり。後世の民法家は或はこれを法律上の占有と称す。(Ⅲ-28 裏) 而して広義の占有と区別す。されば広義の占有とは如何と云うに、即ち所持 *detentio*をも含蓄せるものを云う。*detentio*は新成語なり。所持とは事実上に於て所持することにて、我が所有物と見做さ〔れ〕ず又 *interdicta*の保護も付せられず。

所持の主なる場合を挙ぐるに、第一、全く意思なくして物を所持する場合。例〔え〕ば、精神錯乱者が他人の物を盗み或は精神錯乱者が無主物を拾い取り、或は人が睡眠中に其の人の懷中に品物を入れてなり。

第二は所有者の機関として物を所有する場合。例〔え〕ば、直接代理人又は受任者又は受寄者或は奴隷等は主人の機関なり。それ故に〔奴隷は〕主人の所有物又は占有物を所持するのみなり。家子の如きも古ローマ法にありては如何なるものを所持するとも、真正の占有者は家父と見做さる。

第三、賃借人、小作人等もローマ法上は所持者に過ぎず、而して所有者をして真正の占有者と見做す。

第四、占有の許可 *missio in possessionem*、これは真正の占有と見做されず。唯所持にて一種特別 (Ⅲ-29) の質権を有するものとなる。これを質権のところにて説明せん。

第五、*Digesta*の中に自然的占有 *naturalis possessio*、民事的占有 *civilis possessio*の

文字あり。其の他に尚占有する *possidere* と云う動詞に自然的に *n[aturaliter]* 又は民事的に *c[iviliter]* の副詞を添えたところもあり。この意味は如何と云うに議論あり。然し我輩の見るところにては、単に所持に過ぎざるを悉く自然的と云い、真正の占有の中にも質権等によりて占有することを自然的と云う。ドイツの *Savigny* はよく取得時効を生ずる占有を民事的と云い、其の他の場合は所持と真正の占有との別なく、悉くこれを自然的と云うなり。

第六、共同占有 *conpossessionis* とは、二人以上が一物を権利上に分割して共同に占有することを云う。*Digesta* の中にはこれを「多くの人が不分離の分にて物を占有する」*plures rem pro indiviso (pro partibus indivisis) possident* と称す。かくの如く不分離の分にて二人以上が占有することが出来る。これに反して一つのものを形体上に分配して共同に占有することは実際不可能なり。例〔え〕ば、生馬を占有するに、甲人は頭を占有し、乙人は胴を、丙人は足を占有することを得ず。

第七、二人以上において同時に同一物を各別に占有することあるや否やと云うに、これは原則としては不可能なり。然し或る例外の場合には法理上あたかも可能なるかの如く認むる場合あり。例〔え〕ば、甲人が或る品物を善意に占有する間にこれを乙人に質に入れたりとす。かかるときは乙人はこれを占有し且つ *interdicta* [特示命令] (Ⅲ-29 裏) の保護を受く。然し質の後に取得時効を生ぜるときは、甲人が其の所有者となる。法理上は取得時効の点においては甲人が尚占有を継続すると同一効果あり。

第八、〔準〕占有（権利占有）*quasi possessio*。これは地役権の形にて認めたる物権を占有することを云う。この場合にては物権が成立せるや否やをしばらく不問に置き、たとい其の物権は法理上成立せざるも、実際に於てこれを行使せる以上はこれを準占有と認む。時効によりて其の物権を取得するなり。凡て準占有は *interdicta* [特示命令] の保護を受くる点に於て真正の占有と変るところなし。尚曰く地役権の中にて、ことに用益権の場合においては、古くは権利者が其の用益物を占有するものと見做すなり。後に至りて其の用益物は所持せるに当たる、用益権を所持せるなり。永借権や地上権にもこれによりて説明す。

(Ⅲ-30) 第二節 占有の得喪

第一款 占有の取得

真正の意思なきと認めらるるものは占有（狭義の占有）を取得するを得ず。これは小児又は精神錯乱者の場合なり。但しかかる場合には後見人の如き法定代理人が本人の意思を代表して本人のために占有することを許さる。但し小児の場合にては

自己の考えにて自ら進んで占有することを得ざるも、若し他人が小児に或る物品を引渡すときは小児はこれによりて占有者となる。

次に、財産を所有する能力なきものは又自己のために占有を取得する能力もなし。それ故に奴隷の如きは若し物を占有するときは主人のためにこれを占有すると見做さる。家子の如きも古くは財産を私有する能力なかりき。唯家父のために占有することを得たり。然し後には家子も所有権の能力を有す。従いて自己のために占有することを得るに至る。

占有せらるべき目的物は私有物となる資格を具備せざるべからず。それ故に不融通物は一切これを占有することを得ず。又占有せらるべき目的物は必ず他物と分離して別に一体となることを要す。それ故に組成物の一部分を他部分と分離せずして占有することを得ず。例 [え] ば、家屋を占有せずして其の窓又柱のみを占有することを得ず。但しこれには取得時効の点について例外あり。

(Ⅲ-31) 占有が成立するには占有の意思と物体の支配との二つのものが存在せざるべからず。Digesta の中にはこれを説明して曰く、「外形の活動と意思とによりて占有を開始す」Apiscimur possessionem corpore et animo [D. 41, 2, 3, 1, Paulus] という。通常民法家は animus [心素]、corpus [体素] の二つを要素と称せり。

第二款 占有の意思

[占有の意思] animus possedendi。これは自己のために占有するという意思を云う。他人のために占有する意思あるときは代理人と云うこととなる。代理人は単に所持者にて占有者に非ず。真正の占有者は本人又被代理者なり。それ故に自己のために占有する意思ある場合に限りて自から占有者となることを得るなり。然し如何なる場合にもこの意思あれば必ず占有者となると云うにあらず。法律上この意思の有無如何にかかわらず、必ず所持者と見做し占有者と決して見做さざる場合あり。例 [え] ば、賃借人又は小作人等は法律上必ず所持者と見做さる。それ故にこの場合によりては、たとひ自己のために占有する意思あるとしても法律上この意思が存在して居ることを認めず。但し賃貸人又は地主が時として積極的行動によりてこの意思を表示するときは、則ち賃借人又は小作人の資格を失う。Justinianus 法典によりて占有の意思は大略かの如く解釈すべきものなり。

然しこれには種々の異論あり。(Ⅲ-32) 例 [え] ば Savigny の説によると真正の占有を取得するには所有者たる意思 animus domini の存在することを必要とすと。而してこの意思が存在せざるときは或は所持となり或は伝来占有となる。伝来占有とは質権者の場合の如く他人を所有主と認めるところは所持と異なるところなきも、然し interdicta [特示命令] の保護を受くる点に於て真正の占有と異なることな

しと。然しローマ法の淵源〔法源〕を徴するに *animus domini*〔所有者たる意思〕を以て占有成立の要素とならず。

Digesta 中の淵源〔法源〕には、占有者たるの意思 *animus possidendi* 或は *animus possidentis* の文字が出ず。それ故に Savigny の説は淵源〔法源〕と符合せず。Jhering の説は全く Savigny とは全く正反対に主〔張〕す。占有と所持とは意思の点において異なるところなし。占有の意思とは決して自己のために占有するの意思と云うことに非ず、単に占有すると云う意思なり。それ故に占有と所持と相異なるところは決して意思の点に有せず、所持は唯外部に障害あるために占有となること能〔わ〕ずと云うのみと。例〔え〕ば賃借人は如何に占有せんと欲しても占有し得ざる理由は、賃貸人が初めより占有者となっておるためであり、換言すれば賃貸人と云う占有者が存することが外部の障害なり。

Jhering の説も又ローマ法の淵源に符合せず。*Digesta* の中に占有の意思を説くところを見るに、自己のために占有すると云う意思なることは文字の前後の連絡にて明白なり。又 Jhering の説によるとローマ法にてたしかに所持と見做すべき場合も(Ⅲ-33) 占有の中に入れざるべからざる矛盾を生ず。例〔え〕ば、甲人が乙人の直接代理人としてある品物を受取る。而して乙人のもとにこれを持ち来る。然るに乙人はそれは誤解なりとして受取らず。甲にはやむなく一時自己のところにて其の品物を預かる。この場合には乙人が占有を拒絶せるがために甲人がしばらく所持するのみ。然るに Jhering の説によりてこれを推論するに、乙人が占有を拒絶せることによりて、甲人の所持は全く外部の障害をまたずに直ちに真正の占有となる筈なり。然しローマ法の法理上はかかる変化を許さず。

第三款 握取

(一) 占有の成立には前述の如く其の意思の外に当該物品を我が支配の下におくことを要す。則ち *corpus* が必要なり。この *corpus* を民法家はこれを握取 *apprehensio* と云う。而して握取と云うことに二種あり。其の一は片面的握取、其の二は引渡によって生ずる握取なり。

(二) 片面的握取とは、占有せんと欲する自己より握取せんとするなり。これを *occupatio*〔専占、先占〕と云う。*occupatio* は広義に用う。無主物を先占する場合のみならず、窃盗強盗等の場合の如く、他人の所有物を盗み取り又奪取することもこの中にあり。次に、片面的握取によりて占有を生ずるには十分に握取の実が挙がらざるべからず。例〔え〕ば野獣を占有する(Ⅲ-34) 場合に、唯これを追い又傷つけたるのみにては握取とならず。全くこれを殺すか或は又全く生捕るか二通りなり。他人の所有物又は占有物を占有する場合には先方が全く其占有を失えるまでは占有

の実が拳 [が] らず。それ故に他人の不動産を占有する場合には、先方が我を追い出さんとして追出すことを得ざるとき、或は初めより我れを追い出す勇気なきときに限りて初めて我れに占有の実が拳がされると認めらる。たとい他人の地所に入りて居住しても先方にて知らざる時はまず握取とは見做されず。

(三) 引渡より生ずる握取とは、先方が該当物品を我れに引渡し、我れはそれを握取する場合を云う。この場合は片面的握取と異なりて必ずしも外形上の握取するを及ばず。唯其の品物を支配する実力あれば足る。動産の場合にて一例せん。例 [え] ば、先方より当該物品を当方の家又は蔵に持ち来りて引渡す。こちらにては少しも手を動かさずして占有するなり。其の物品は尚先方の蔵の中にあるも、先方より我れに其の蔵の鍵を渡すときは、鍵を受取れるときにすでに其の品を占有せるなり。或は其の品物が尚先方の家にて他の家のもとの混合するも、若し其の品物に何らかの標目をつけて区別してあるときは、我れにおいて占有せることとなる。不動産の場合には相方立合の上にて引渡すこと、文書の上にて引渡すこととの二通りあり。而して相方立合の [もと] 引渡す場合は、相方の人が当該地所に行きて引渡すことが正式なり。(Ⅲ-35) 然し或は相方の人が地所まで行かず近隣の高台に上がりて其の地所を見下ろして、先方がこれを引渡し当方にて諾するときは占有が成立す。引渡すに於て文書の上にて引渡すと云うことを書ける場合には、受取人の方にて更に片面的に握取する必要あり。則ち受取人又は其の代理人が其の地所の中に入りて初めて占有が成立するなり。

(四) 引渡より生ずる握取の場合において外形上にては引渡もなく握取もなくして既に占有の成立する場合あり。かかる例外の場合三つあり。

第一、占有者が変じて所持者となる場合あり。例 [え] ば甲人が己れの家を乙人に売却し又は贈与することありとす。しかるに相方同意の上にて直ちに甲人が其の家を売り、依然としてこれに居住するとす。かかる場合には旧所有主なる甲人は変じて所持者となる。乙人は新たに所有権を兼ねて占有者となる。外形上は引渡も握取もなきなり。かかる場合を称して占有上の約束 *constitutum possessorium* [占有改定] [と云う]。

第二、所持者が変じて占有者となる場合。例 [え] ば、これまで住みたる家を買取の類なり。この場合にでも新たに引渡も握取もなし。この場合を称して *brevi manu traditio* [短手による引渡] [と云う]。然しここに注意すべきは *Digesta* の中には *brevi manu* [短手による] をこれよりの他の意義に用う [ることあり]。己れが受けとるべき物品を自から受けとらず、己れより再び売却もしくは贈与する人に引渡しむることなり。(Ⅲ-36)

第三、占有者が変りても所持者は変らぬ場合。例 [え] ば、甲人が己れの家を乙人に売ったりとす。然るに其の家の在来の賃借人が乙人の代理人なる場合なり。この場合には其の代理人が引渡の通知に接したるのみにて、所持者は変らず。

(五) 占有の取得は必ず原始取得なり。継受取得に非ず。或る論者は引渡より生ずる握取の場合を継受取得と見做すも誤りなり。握取の形が引渡の手續きを履むのみにては、占有の取得其のものはやはり原始取得なり。其の [例] は下の如し。

第一、引渡人が従来唯所持してゐるものを詐偽又は錯誤によりて我が所有物又占有物として引渡すことありとす。かかる場合にも受取人はやはり真正の占有者となる。決して引渡人の所持を継受せず。

第二、引渡人の占有には不徳或は悪意の欠点あり。然るに受取人はこの欠点を継受せず正当占有者もしくは善意占有者となる。

(Ⅲ-37) 第四款 占有取得の成立

(一) 間接代理人はたとい主人のために占有するも先ず自から一度占有者となりて然るのちに主人にこれを引渡すなり。直接代理人は初めより自から占有者とならず主人を占有者となす。ローマ法にありては直接代理人として占有を取得する場合にはもとは法定代理人の外には唯他権者のみなり。共和帝政のときに至りて商業家事管理者に限りて主人の直接代理人として占有することを許さるることとなる。又其の後に至りて遂に管理者に非ずとも他人のために占有取得の直接代理をなすことを許さる。

(二) 直接代理人が主人のために占有を取得するには下に述べる三つの条件を必要とす。第一は代理人が当該物品を事実上支配すると云うことなり。第二は代理人に占有を代理する意思なかるべからず、但し其の物品を受けとるときに当りて必ずしも代理人として受取ることを明言するを得ず。其の物品を引渡す方の人がこれを代理者に引渡すと思ひしことが明瞭なるときは、占有取得の代理は成立す。第三は主人は代理人によりて占有する意思あることなり。但し委任なくして占有取得を代理させざるときは、主人がこれを追認するに非ざれば、其の占有は成立せず。

(Ⅲ-38) 第五款 占有の喪失

(一) 占有を喪失する場合が四つあり。

(第一) 占有物が全く消滅し又は不融通物となる場合なり。

(第二) 占有者の死亡する場合。相続人は決して占有を相続せず、必ず新たに占有を取得する必要あり。取得時効は死亡のために中断せず。この点に於ては相続人はあたかも占有を相続せるものの如くに取扱わる。但し第三者が来りて自分にて占有する場合はこの限りに非ず。

(第三) 占有者が占有物を放棄し或は他人にこれを引渡す場合なり。但し小児或は精神錯乱者が占有者なるときは、代理人の手を経るに非 [ご] ればこれを放棄することを得ず。これを引渡すことを得ず。

(第四) 占有の実力を失う場合なり。但し占有物の存在を一時知らざる場合は尚占有を失えるに非ず。例えば己れの書物を如何に探すも見出し得ず、何れ [にせよ] 我が家の中にあらんと知るときは占有を失うに非ず。家に飼育する犬猫の如きものは門外に出でて歩くも時々我が家に帰るときは其の占有を失えるに非ず。或いは死ぬまで [?] 或いは道に迷えて帰らざる時は占有を失うなり。又不動産の場合に容易に占有の実力を失わざるものと見做す。例 [え] ば、或る人が我が不在に來りて我が地たる住居に腕力を以 (Ⅲ-39) て我れを放逐して侵入するも、我が占有を失わず。我が其の侵入者を自己の力にて放逐することを得ざるか、或はそれを欲せざる時は凡そ其の占有を失うなり。

(二) 占有者のために賃借人又は代理人の如き所持者の存する場合には以上の原則を通用するなり。例 [え] ば、占有者が死亡すれば占有を失うも、所持者が死亡してもこれがために占有を失わず。何となれば、占有者は所持 [者] の死亡如何にかかわらず占有の実力を得るなり。又所持者が或は故意に所有物を放棄し、[或は] 精神錯乱になりて以前の如くこれを所持し又は管理し得るときは、占有者にて尚実力を失わず。以上は従來の占有権は未だ消滅せず。かく占有者のために所持者の存する場合も、所持者のなき場合と同一の原則を適用するなり。然しこれに二つの例外あり。

第一は占有者は既に占有の実態を失うも、在來の所持者尚依然として所持するとき、其の占有は未だ消滅せず。例 [え] ば、地主が腕力をもって追放されて再び帰らざるも、小作人が追い出され [ご] る以上は、其の地所を地主が占有せりと見做さざるべからず。

第二、不動産の場合には其の所持者が第三者のために所持を失えるとき従來の占有者は尚これを知らずとも其の占有は既に消滅せるものと見做さる。例 [え] ば、小作人の不在に乗 [じ] て第三者が理不尽にもそれを握取せるときは、小作人は或はこれを追い出さんとつとめ又或は追い出すを好まず、かかる場合には地主はたといこの出来事を一切知らずとも (Ⅲ-40) 既に其の占有を失えるものとす。但し小作人の悪意又は不法過失のために其の不動産を害するときはかかる場合には、地主がこれを知りながら自己にてこれを取戻し得ず又自からこれを取戻すことを好まざる時、初めて其の占有は消滅す。

第三節 占有保護

第一款 占有保護種類

占有の保護は専ら *interdicta* [特示命令] に依る。これは元來は *praetor* が其の警察權に公の秩序を維持するために個人に対して発する命令なり。然るに後に至りて民事に關して關係者の双方の言を聞いて一定の要件が具備するときには、一方をこの命令にて保護することとなる。ここにおいて *interdicta* は一種の訴權となる。然し *interdicta* は原則として權利問題を根本的に解決することを目的とせず。この点において普通の訴權と異る。今占有に關する *interdicta* を大別して三つとす。

第一. 占有維持の訴權	} 命令	<i>interdictum retinendae.</i>
第二. 占有回復の訴權		<i>interdictum recuperandae.</i>
第三. 占有創設の訴權		<i>interdictum adipiscendae.</i>

(Ⅲ-41) 上の三種の中について第三種は占有其のものを保護するにあらずして占有する權利を保護するなり。例 [え] ば、受遺者が相続人の手を経ずして自から遺贈を持ち行くときは、相続人は一つの占有創設の訴えによりて一先ず其の遺贈物を占有することを得。この訴えを稱して *interdictum quod legatorum* [遺贈占有引渡特示命令] [と云う]。この場合には相続人はたとい遺贈物を引渡す義務あるにせよ一先ず他の遺産と共に占有する權利あり。この權利を保護するのが占有創設の訴權なり。これに反して第一種、第二種の *interdictum* は唯占有其のものをしばらく保護するのみなり。元來占有する權利あるや否やの問題はしばらくにおいて問わず。それ故權利上の問題は *interdicta* の外に別に起訴してこれを解決する必要あり。例 [え] ば、真正の所有者 [と] 不真正の所有者の間で、第一種若くは第二種の起訴により、遂に不真正の所有主が勝利を得て占有を維持し或はこれを回復すとす。真正の所有主は更らに所有權の訴えを起こして根本より權利上の問題を解決す。自ら当該物品の占有をも合せて回復することとなる。第一種、第二種の訴權は純粹なる占有取得の性質を有す。それ故これを下に説明す。然るに第三種は權利上の問題に係るものなり。それ故にここに論ずる必要なし。

第二款 占有維持の訴え

(一) 占有維持の訴えはもとは二種ありき、即ち第一種は *interdictum uti possidetis* [不動産占有維持の特示命令]、第二種は (Ⅲ-42) *interdictum utrobi* [動産占有維持の特示命令] [なり]。これは *praetor* が *interdictum* の命令を発するとき其の書面の冒頭に書せる文字なり。それ故、唯これのみにては意味なし。

第一種は不動産の占有を維持する性質のものなり。即ち實際起訴せるときに實際其の不動産を占有せる人を保護するなり。

第二種は動産の占有を維持する性質のものなり。即ち原被告間に一箇年の間に(他の一方より)久しく其れを占有せる人を保護するなり。然るに二種の訴は後に至りて混合して一つとなれり。即ち *interdictum uti possidetis* を動産の場合にも適用することとなる。

(二) *interdictum uti possidetis* の訴えにては原告が先ず自分が占有者なるを宣言す。且つ被告が自己の占有を妨害せんと企てたるを証明せざるべからず。ここに占有を妨害せんと企てたることは最も広き意義に解釈するなり。即ち占有を妨げ又は占有を奪わんと欲する者は必ずしも實際有形的に表わるることを要せず。例 [え] ば、被告が自から口頭にて占有者なりと主張せるのみ [にても]、尚占有を妨害せんと企てたるものと見做さる。又被告は占有を妨害することの必ずしも悪意あるを要せず、全く善意にて妨害の挙動をなすもの [に対しても] 訴えを起すことを得。

(三) 原告が被告其の人に対して直接に不徳占有の地位に立つときはこの訴えによりて勝つことを得ず。[例えば] 原告が被告の所有物又は占有物を盗み取り又強奪せるときは、或は被告よりかねて託与 [*precarium*] にて受取れるものを返還することを怠れるときは、(Ⅲ-43) たといこの訴えを起すも失敗す。かかる場合には被告が原告が不徳占有者なる抗弁をなし、其の品物をかえて原告より取戻すことを得。それ故被告はこの場合には普通訴訟と異なり、消極的に勝利を得るのみに非ず。積極的勝利を得ることを得。

(四) *interdictum uti possidetis* は元來占有維持の訴えなり。然し時としては事実上占有回復の訴と同一になること有り。例 [え] ば、甲人が乙人に対して直接に不徳占有の地位に立てるとき、乙人が原告となりて訴を起すとしても、かかるときは乙人は事実上既に占有を失えるも [の] からして占有の維持とは云うことを得ず。占有の回復を請求することとなる。かかる場合において *interdictum uti possidetis* は学理上占有維持の訴えと認むることを得るや否やの問題あり。*Digesta* の中には *Ulpianus* の曰く、かかる場合にも事実上すでに占有を失える人をも理想上尚占有者として見做す。この説によればこの訴はかかる場合にも占有維持の性質ありと見ることを得。*Paulus* は、これとは反対にかかる理想的の占有が成立することを許さず。但し *Paulus* はかかる場合にこの *interdictum uti possidetis* を適用し得るや否やを説明せず。

(五) *interdictum uti possidetis* によりて占有を保護する要点は下の如し。

第一、当事者の一方に占有を許すこと。第二、他の一方に其の占有を妨げることが禁ずること。若し現に其の占有の障害となるべきものあるときは一切其れを除き去らしむ。第三、占有を妨げられたる外に損害を蒙れるときは其れを賠償せしむ。

(Ⅲ-44) 第三款 占有回復の訴え

占有回復の訴えに四種あり。

第一、interdictum de clandestina possessione 秘密の占有についての〔特示命令〕

これは不動産を隠密に握取せる者に対して起訴するなり。然しこの訴権は Jus [tinianus] 皇帝以前に全く消失せり。但しこれについて詳細のことはわからず。

第二、interdictum de precario [託与についての特示命令]

これは託与によりて我が物品なりを他人の使用に供せるのちに我れから提供するにかかわらず先方において其の返却を怠るときこれを起訴するなり。この場合は実は託与の制度を保護するものなり。占有其のものを保護することを意味せず。

第三、interdictum de vi privata 腕力 [についての特示命令]

これは己れが占有せる不動産を他人が腕力を以て奪い取れるときに起訴するなり。

第四、interdictum de vi armata 武装せる [暴力についての特示命令]

これは多数の人が兵器を以て群集して不動産を奪取せるときに起訴するなり。

この四の中にて第三種と第四種は其の効果においても同一に非ず。例 [え] ば、第三種は不徳占有の抗弁あるときは敗訴となる。第四種はかかる抗弁を一切採用せず。又第三種は一箇年して時効を生じて消滅するなり。第四種は決して (Ⅲ-45) 時効を生ぜず。尚この外にも其の効果において多少変わるところあり。然るに後に至りて第三種と第四種とは全く混同して一つとなれり。この混同せるものを称して単に interdictum de vi [暴力についての特示命令] 或は interdictum unde vi [暴力による占有侵奪についての特示命令] と称す。これはこの interdictum の命令書の冒頭の文字なり。

(Ⅲ-46) 唯その占有に妨害を加えたるのみにてこれを利用するを得ず。Jus [tinianus] 皇帝の時に至りては、原告の不在に乗じて被告が秘かに其の地所を握取せる場合にも、この訴えを利用することを許すこととなる。次にこの訴えの被告は自から不正当の行動をなせる人なり。但し他人の委任を受け直接代理人としてかかる行動をなせるときは本人則ち被代理者が被告となる。其の代理人は被告とはならず。もし又其の地所が第三者の手に渡って占有せらるることあるも、第三者は被告とはならず。又被告は不徳占有の抗弁をなすことを許されず。これはもとの interdictum de vi armata [武装せる暴力についての特示命令] と少しも変わらず。次にこの訴えの占有を保護する要点は何かと云うに、第一、侵奪せる地所を返還せしめること。但しそれを返還し得ざるときは代価を支弁せしむ。第二、侵奪せるときに現存せる果実其の外一切の凡ての物品を返還せしめるなり。第三は損害を賠償す。

第四は一箇年の間は侵奪のために取得のみを返還す。第五、侵奪者の相続人は、侵奪のために受けたる利益のみを返還するのみなり。

(Ⅲ-47) 第二章 所有権

第一節 所有権の性質

第一款 物権及び所有権の大意

(一) 物権とは直接に有体物に対して享有する権利を云う。この権利の中にて唯一種の方面に限りて直接に有体物を利用するものあり。則ち地役権、地上権、質権、永借権はこの種の権利なり。これに反して一切の方面に於て直接に有体物を支配する権利を称して所有権 *proprietas, dominium* と云う。それ故所有権は物権の中にて最も重大なるものなり。而してこの所有権を有せるものを所有者 *dominus* と云う。其の他の物権は皆他人の所有物に対する権利 *jura in re aliena* と云う。所有権が他の物権のために制限せらるるときは、其の制限せられる方面に於て所有権を実行することを得ず。ことに所有権が地役権の一種なる用益権に制限せられたるときは、其の産出物は悉く用益権者の所得となる。而して所有者は少しも其の利益を受くることを得ず。かかる所有権を称して単純なる所有権 *nuda proprietas* [空虚な所有権、使用収益権を欠く所有権] と云う。

(Ⅲ-48) (二) *jus civile* によれば、前述の如く、*res mancipi* [手中物] は *mancipatio* [握取行為]、*in jure cessio* [法廷譲渡] の方法によらざれば、これを他人に譲渡す [る] ことを得ず。若しこれらの方法によらずして *res mancipi* [手中物] を他人に引渡せるときは、これを買取れる人は前述の如く、外形上は真正の所有権を取得せず。然し実際はこれを有すると異ならず。かかる場合にては在来の所有者は尚定義上のみにては所有権を有す。かかる所有権を称して *nudum jus Quiritium* [ローマ市民法上の空虚な権利] [と云う]。而して実際の所有者は *in bonis esse* [財産中にあるという権利] を有せりと云う。この種の物権は名義上にては無論所有権なき故所有権の訴えの保護を受くることは得ず。然し *actio Publiciana* なる訴権 [プブリキウス訴権] を有す。其の他に抗弁 *exceptio rei venditae et traditae* [売却し引渡されたる物の抗弁] あり。この [in] *bonis esse* [財産中にある] なる物権は *Jus-tinianus* 法典の中にはこれを全く真正の所有権となせり。

(三) 善意占有はもとより所有権に非ず。然し実際にては所有権に類似せる二つの効果を有す。[第一、] それは果実則ち産出物は其の占有物より分離せる後に善意占有者の所得となる。第二、占有物は他人の手に渡れるときは *actio Publiciana* [プブリキウス訴権] の訴えによりて善意占有者がこれを取戻すことを得。但し善意占

有者が正当なる名義 *titulus* を以て占有せりとのことを証明せるに非れば、この訴権を利用することを得ず。(Ⅲ-49) 真正の所有権に対するときはこの訴権には効力なし。

第二款 共有

(一) 共有権即ち共同所有権 *condominium* は権利上において一物を分割して二人以上共同所有する場合を云う。所謂不分離の部分を二人以上の多くに配当するものなり。決して形体上の部分を配当するに非ず。ここに不分離の分とは所有物其のもの部分なるか、或は所有権の部分なるかに問題あり。*Digesta* 並びに *Codex* の中には所有物其のものを権利的に分割するが如く書せるところ多し。然るに *Celsus* の言には所有権の分割にて所有物其のもの分割に非ずと論ず [*D. 13, 6, 5, 15, Celsus / Ulpianus*]。この *Celsus* の説によりて其の後の学者 *Pomponius, Ulpianus, Modestinus* 等の人は皆これの説に賛成す。

(二) 共有者 *condominus* は各自に外の共有者に関係なく独立して下に述べる権利を共有す。即ち、第一、共有物の使用及び果実の配当を受くるなり。第二、共有物の自己の割前だけは任意に売却することを得。或は質又は抵当に入ることを得。又これについて用益権を設定することも得。第三、共有物の破壊を予防するために相当の処分をとることを得。但し破壊予防のためにあらずして共有物の外形、性質を変換し又はこれを改良せんと欲するときは外の共有者の同意を経ること必要なり。第四、共有権及び占有より生ずる訴権は、すべて共有物についても (Ⅲ-50) 利用することを得。且つこれらの訴えを起すために決して他の共有者の同意を経ることを要せず。各自別々に訴えを起すことを得。

(三) 各共有者は他の共有者に対して常に其の共有物を分離せることを請求することを得。ここに共有物を分離することは必ずしも其の物品を形体的に分離するに非ず。一例せば金剛石の如き不可分物は或はこれを売却して其の代価を分配す。或は共有者の一人にこれを与えて他の共有者には相当の金額を与うると云う如き。皆共有物の分離と見做さる。共有物分離の請求権は、契約又は遺言等によりてこれを除却し得ず。又管理上の便宜のために一定の期間中はこれを実行することを猶予することを得。例 [え] ば、共有物が田地なる場合に秋の収穫が終るまでは猶予することを契約することを得。又或る例外の場合は、共有物に特別の性質ありて売却によりてもこれを分離することを得ざるとき [なり]。例 [え] ば、一個の井戸を隣地のものが共有する類なり。

(四) 共有物分離の訴 *actio communi dividundo*。これは唯に共有物の分離を請求するのみに用うるに非ず。其の他に共有者の相互間の義務についてこの訴えを利用

するなり。第一は、共有者の一人が重過失のみならず相対的過失によって他の一人に損害を加えたときにこれを賠償せしむる場合に利用す。第二は、共有者の一人が産出物を自己の割前より多く取得せるとき公平の配当を請求する場合に利用す。第三は、共有者の一人が共有物保有のために他の共有者の負担までを立替えて費用を支出せるとき、其の立替金の償還を請求 (Ⅲ-51) する場合に利用す。但し他の共有者はたとひ初めより其の費用を支出するに同意せず又知らざるときにてもこの負担を免るることを得ず。

第三款 土地所有権の成立

(一) 土地の所有権は地上の空中に向っても又地下に向っても實際人が達するところまで存在するなり。但し空中に向つての範囲は Jus [tinianus] 法典の中には甚だ簡単明白にては書せられず。然し後世のローマ法学者は空中に向いて際限なく所有権の達するものと解釈す。地下の方に向う範囲は Jus [tinianus] 法典の中に明白に出ず。古ローマ法によれば、鉱物を採掘することは全く其の地所の所有者の任意なりき。然るに後に至りては地方によりて例外習慣を生ず。即ち所有者は相当の償金を受けて他人に其の採掘を許す義務あるものとなるところもあり。次に土地の所有権は公衆の利益のために多少制限せらるるものなり。例 [え] ば、我が地所に如何なる建築物を造るも勝手なるも警察規則を守らざるべからず。ローマ法にても公益保全、財産保護、建築上の見地より種々警察規則を作る。又国家経済上の利益より土地の所有権を制限することもあり。例 [え] ば、河岸の地所には船を曳くものの通路を許すの義務あり、の如し。

(二) 二個以上の地所が互に接近せるとき其の所有権の行使のために一方又は双方をのために多少制限することあり。(Ⅲ-52) 若し契約によりて個々の場合に限りてかかる制限を設くときは則ち地役権を生ず。然るに法律上一般にかかる制限を設くときは所謂隣地権なるものを生ず。隣地権なるものは下の如きものなり。

第一、空気又は流動体の形にて多量の不潔物を隣地に流出することを許さず。普通の竈の煙は止むことなし。然し製造場の煙が隣家を覆い來ることは許さず。

第二、樹木の枝が隣の家屋を覆うを許さず。隣人は時宜によりては其の樹木全部を伐り採ることあり。又樹木の枝が隣の田地を覆う場合は其の枝が 15 ペデス pedes (foot) [歩尺] 或はそれ以上に達するときはこれを伐り採ることを要せざるも 15 ペデス以下の枝はことごとくこれを伐り取らざるべからず。但しこの 15 ペデス以上或は以下について Digesta 中の文面が甚だ不明瞭なるために、これについて異論あり。異論とは 15 ペデス以上の枝はかえつてこれを伐り採ることを要す。而して 15 ペデス以下の枝はこれらを伐り採ることを要せずと。又我が樹木根が隣

地 [に] 出でるときは、隣人はこれを有害と認むるときは任意にこれを除去することを得。又我樹木の果物が隣地に落ちたるときは我れは隣地に行きてこれを拾い取れることを得。

第三、十二表の法律によれば凡て [そ] 家屋は隣地の [境] 界より 2 ペデスだけ離してこれを作ることを要す。然しこれはローマ帝国普通の法規とはならざりき。後に至りて東 [ローマ] 帝国の Zeno 皇帝の勅令によりて新たに家屋を作るときは隣の家屋より少なるとも 12pedes を離してこれを作ることを要することとなる。然し古き家屋を破壊して新築する (Ⅲ-53) ときは隣家ともとの通りに接近して建てるを許す。但しこの場合には人家とは距離 10 ペデス以内なるときはもとより高く建つるを得ず。隣家に向きたる窓数をもとのものより多くすべからず。尚この外に Zeno 勅令には建築上の隣地権について詳しく記載せらる。

第二節 所有権の原始取得

第一款 総説

所有権の原始取得の種類を四つに大別す。第一 先占 *occupatio*、第二 加工 *specificatio*、第三 附随 *accessio*、第四 取得時効 *praescriptio acquisitiva* の四つなり。第三を更らに五種類に小別す。第一種は果実、第二種 埋蔵物 *thesaurus*、第三種 土地の増加、第四種 不動産と動産との場合、第五種 動産と動産との場合。この中取得時効は一節を設けて述べん。

第二款 先占

先占とは無主物を我が所有物となさんとする意思を以て其の占有を取得することなり。この場合には我れは其の占有取得と共に其の物品の所有者となるなり。ここに無主物とは先ず海中の魚類、(Ⅲ-54) 空中の鳥の如く初めより所有者なきものはこの中に入る。そのみならず従来の所有者が故意に己れの所有物を放棄せる場合は無主物となる。但し止むなく放棄せるは無主物とならず。難船の時に船を軽くせんとして海中に放棄せる品物は占有は失うも無主物とならず。家禽獣類は若し道を迷いて再び帰り来らざるときは占有を失うも無主物とはならず。これに反して野生の禽獣を生禁せるときは其の囿又は籠を出でて自然の生活状態に帰るときは占有を失うとともに無主物となる。又野生の禽獣はたといある人の所有地に棲むも又無主物なり。それ故に、訴えにても [ママ] これを先占によりて所有物とすることを得。但し其の地主は他人が我が地所に入りて捕らえることを禁ずることを得。其の侵入者に対しては *interdictum uti possidetis* [不動産維持についての特示命令] の訴えを起すことを得。侵入者の得たる禽獣はたとい我が地所にて得たるものも侵入者の所

有物となる。

第三款 加工

加工とは他人の所有物を材料として新らしき物品を製造する場合を云う。例 [え] ば、乙人の所有せる材木を以て机を作れる類なり。この場合は何れが其の所有者となるかの問題について種々議論あり。Sabiniani [サビヌス派] の学派によれば、材料の所有者は他人の製造のために所有権を失わずと。これに反して Proculiani [プロクルス派] の学派によれば (Ⅲ-55) 製造加工のために製造者が其の物品の所有権を取得するの説なり。この第二説がローマにおいては遂に一般に採用せられたり。このことについても尚他の問題あり。製造者が悪意にて他人の材料を使用するときには尚所有権を取得するや否や。Digesta によりてこれを見るに純粋の Proculiani はこれについて如何なる説を有せしや明瞭ならず。然し中立学派は Paulus の説によれば悪意の場合には所有権を取得せざるを論ず。又 Institutiones の中には善意の場合にも両説を折衷して下の如き規則が設けらる。第一、加工の後に再びもとの材料の状態に回復するを得る場合に限りて材料の所有者は加工のために所有権を失わず。例は金属を熔解して器具を作れる場合なり。第二、加工者の材料と他人の材料と混合せる場合には加工者が其の製造物の所有者となる。例えば加工者の金属と他人の金属とを混合して器具を製せる如き場合なり。尚終りに曰く、凡て上の加工の場合にありては善意の時と雖も被害者にはもとより訴権あり。所有権を失わざる場合には所有権の訴え、即ち所有物回復の訴え [rei vindicatio] を起すことを得。所有権を失うときは不当利得の訴えを起すことを得。又悪意の場合には所有権の訴えを起すことも得。又窃盗の場合には所有権の訴えか又或は *condictio furtiva* [窃盗に基づく不当利得返還請求訴権] の訴えを起すことを得。尚其の他 *actio furti* [窃盗訴権] の訴をかさねて起すことを得。*condictio furtiva* [窃盗に基づく不当利得返還請求訴権] は原物を (Ⅲ-56) 返すか又原物の最高価格を賠償す。*actio furti* [窃盗訴権] は処罰の意味を有す。この訴えによると元価の二倍 [額]、現行犯にては元価の四倍 [額] を弁償す。この二つの訴えは二重に起すことを得。

第四款 果実

果実の意義は前述せり。それ故に果実の取得について述べん。土地の所有者、永借権者は果実が土地、主物、草木等より分離すると同時に取得す。然るに小作人は握取してこれを初めて取得す。其れ故に、握取せざる前に第三者がこれを盗み取るときは、所有物回復の訴えは小作人より起すことを得ずして、地主より起さざるべからず。用益権者 [について] は Justinianus 皇帝以前には説が二つあり。則ち一説は分離によりて取得すると同じ、他の一つは握取によりて取得すると見做す [とい

うものなり]。Jus [tinianus] の Digesta によるときにすべて果実は原則としては用益権者が握取して初めて取得することとなる。然し牛馬と家畜のみは分離則ち出産と共にこれを取得するなり。而して奴隷の子は悉く奴隷の所有者の所得となりて用益権者の所有とならず。主物の善意占有者は如何。これは其の果実を分離によりて取得す。主物の真正の所有者はこれを取得せず。然し所有者が主物について所有権の訴え、[即ち] 所有物回復の訴を起こせるとき、善意占有者は其の起訴の時に其尚現有せる果実を返還する (Ⅲ-57) 義務 [あり]、且つ其の起訴の時以来判決に至るまでの間に収獲し得べき一切の果実を弁償する義務あり。

第五款 埋蔵物

埋蔵物とは、有体物が久しく地中に埋めてありて遂に其の所有者を探知し得ざるものを云う。所有者を探知し得ずの文字を重く見ざるべからず。若し所有者を探知し得るときはたとひ地中に埋めたるもローマ法はこれを埋蔵物として取扱うことを許さず。これに反して地中に埋めてあることは埋 [蔵] 物なる解釈の要素に非ず。例 [え] ば、金庫の中に金を入れて別に地中に埋めた場合、若し久しくなりて所有者わからざるとき、やはりこれを埋蔵物として取扱うなり。埋蔵物を発見するときは誰れの所有に帰せるかと云うに古ローマ法にては地主の所有に帰せるなり。共和帝政時代、当時これについて種々の学説ありき。或は地主の所有に帰すると云う説あり。或は発見者の所有に帰するあり。或は国庫の所有に帰する説あり。Hadrianus 皇帝はこれを定む。埋蔵物を折半して半分を発見者に与え、他の半分を地主に与うることとす。若し其の地所が公有物なるときは一半は国庫又は自治体の所得となる。但し発見者が故意に埋蔵物を探して掘出すときは、悉くこれを地主又は国庫、自治体に引渡す。又寺院又は墓地の如く神法物中より偶然に埋蔵物を (Ⅲ-58) 発見せるときは Jus [tinianus] の Institutiones によると悉くこれを発見者に付与することとなる。Digesta の文面によるときは其の半分を国庫の所得することとす。かくの如く前後符合せざるは全く法典編集者の相違なり。以上は埋蔵物の場合なり。他人の遺失物の所有についてはローマ法にては発見者は全く遺失物を取得せず、しばらくこれを管理して所有者の出ざるを待ちて返還す。所有者は保管の費用を支弁するのみにて何等の報酬を与えず。

第六款 土地の増加

水岸に添う囲い入れ地、これに限りて起るものなり。かかる増加に四種あり。第一種、浅洲 alluvio。これは河岸に接する水底が漸々に埋まり岡となり、或は沿岸の面積となり、半島を生ぜる場合なり。かかる増加は沿岸の所有者の所得となる。[第二種、] 沖積地 avulsio [寄洲] とは洪水等のために或る河岸の土地が流れ行きて

他の場所に付着するなり。かかる場合には其の土地を失いし人が其の地を再び持ち帰ることを得。其の土地を流れて久しく放置して樹木の根までが新地に固着するときは其のときを持ち帰ることを得ず。この場合には新所有者が土地の増加によりて偶然に取得せる利益に (Ⅲ-59) 相当する多少を旧所有者に弁償するのみなり。第三種は河底燥涸地 *alveus derelictus* [旧河床] なり。これは或は水源が全く涸れるか又流れ方が変じて従来の河底が岡となれる場合なり。この場合には兩岸の所有者がこの地の中央より左右に分けてこれを取得す。第四種は新島 *insula nata* [なり]。この新島は河流の中に生ずるときは兩岸より其の距離をはかりて最近の岸の所有者がこれを取得す。若し其の島の一角が右岸に近く、他の一部は左の岸に近づけるときは兩岸の所有者は其の島を分割して各自個々近接せる部分を取得す。故に左の岸に数多の所有者あるときはこれらの所有者が各自が所有せる土地の岸に対する分尋 [ママ。] のみを分割して取得す。上の四種の土地の増加は皆河岸の地所に附随するなり。それ故に別に握取を要せず。

第七款 不動産と動産との結合

この場合に二種あり。第一は移植 *plantatio* 及び播種 *satio* なり。甲人の所有せる草木を乙人の地所に植えるとき其の草木が根を張れるときは乙人の所有となる。甲人の所有せる種を乙人の地所に播けるときも其の種より生ぜる草木も又乙人の所有となる。(Ⅲ-60) 凡そこれらの場合には何人かこれを植え又は播きたるとを問わず又善意と悪意とを論ぜず。凡そ其の草木は地所に附随す。被害者の訴権は事情如何によりて異なる。善意にて我が地に他人の植木を殖えたるときは単に不当利得を返し、悪意なるときは一切損害を賠償す。若し他人の木を盗めるときは *actio condicticia* [不当利得返還請求に関する訴権] にて訴うることとなる。第二、築材混用 *inadificatio* の場合なり。これは甲人の所有の材料、例えば材木の如きものを乙人の建築の中に混用するときは前の第一種とは異なりて其の材料の所有者は決して所有権を失わず。然し其の材料が建築に混用せらるる間はこれを壊して取戻すことを請求することを得ず。唯偶然にそれを取り毀つときは其の材料を取戻すことを得。其の建築物の所有者は損害賠償の義務あるや否や、若し其の混用が材料の所有者の所為なるときは其の義務なし。建築物の所有者が混用せるときは、材料の所有者は一種の訴権 *actio de tigno juncto* [梁木組立訴権] によりて、混用の善悪を問わず、材料の原価に二倍するものを請求することを得。而してこの訴えによると、善意の場合には材料の所有権を先方に譲渡し、悪意の場合はこれをなさず。又悪意が窃盗の場合にはこの訴権のために尚多くの訴権あり。

(Ⅲ-61) 第八款 動産と動産との結合

これに三種あり。

第一種、附合 *adjunctio* とは主物に従物が附合する場合を云う。二物がこの附合によりて互いに密着しこれを分離することを得ざるときは従物は主物の附随〔物〕となる。従物の所有者は其の所有権を失い主物の所有者がこれを取得す。ここに但し主物とは二物の中で物理上基礎となれるものを云う。決して価格の高低によりて区別を立つるに非ず。例〔え〕ば、白布を他人の染色料を以て染めたるときは其の染料は如何に高価にても白布の所有者がこれを取得す。然しこれに例外あり。絵画の場合には、若し画工が他人の布地と知らずしてこれに画けるときは、布地は画工の所有となる。

第二種、混和 *confusio* とは二人以上別々に所有するところの同種類又は異種類の流動体、金属が互に混入し或は熔解して一体となる場合を云う。若しこの混和を再び分離することをを得る場合にはこれを分離してもとの如く各の所有者に配当するなり。分離することを得ざるときは、其の混合物について共有権を生ず。各共有者の割前は混和したところの各原料の代価に応じてこれを確定するなり。但し其の混和が加工の性質を有するときはもとより加工の原則を適用するなり。

第三〔種〕、混合 *commixtio*、これは同種類若くは異種類の計量物、例〔え〕ば穀物の如きが互に混合する場合なり。（Ⅲ-62）この場合にはたとひ其の混合を分離することを得ざる場合にても共有権は成立せず。各原料の所有者は己れの原料の分量だけ其の混合物を分けて所有す。但し例外あり。甲人の有する貨幣が乙人の有する貨幣中に混入せるときは、其の貨幣は乙人の所有となる。甲人は其の所有権を失う。以上の三種の場合において被害者にはもとより種々の訴権あり。或は不当利得の訴え或は損害賠償の訴え等を起すことを得。

第三節 所有権の取得時効

第一款 取得時効の種類

Jus [tinianus] 皇帝以前には所有権の取得の時効に二種類あり。則ち第一種は *usucapio*〔使用取得〕と称す。第二種は長い時の時効 *longi temporis*〔長期間の前書 *praescriptio longi temporis*〕〔なり〕。第一種は十二表〔法〕中にもこれ有り。それ故に純粹なるローマ市民に限りて *jus civile* によりてこれを享有するを得たり。この時効によれば不動産は二箇年間占有してこれを取得す。動産は一箇年の間占有してこれを取得する。然るにこの時効は *jus civile* に基くものにて、ローマ市民の権能なきものは一切これによりて所有権を取得するを得ず。ローマ市民と雖もローマが侵略せる地方の不動産をこれによりて取得するを得ず。かくの如く *usucapio*〔使用取

得] は一般に (Ⅲ-63) 適用することを得ず。ローマの領地が増加し交通が頻繁となるに従いて他種の取得時効を必要とするに至る。

而してこの欠点を補うために第二種の時効を設けることとなる。この時効はもと誰れが作れるかと云うに、これはもとは当時の地方長官 *praesides* の政令に出でたるものと思わる。この時効によればローマは外国人との別も又動産と不動産とを論ぜず十箇年もしくは二十箇年の間これを占有して取得時効を完了するなり。即ち所有者と占有者とが同一の地方に居住せるときは十箇年にて時効を生ず。同一の地方に居住せざるときは二十箇年にて時効を生ずるなり。

Jus [tinanus] 皇帝以前には以上の如く *jus civile* と *jus gentium* に基く取得時効ありき。*Jus [tinanus]* 皇帝が 531 年の勅令を以てこれを改正せり。この二種のものを混化して別に新規の取得時効を作る。この新定の時効は動産は三箇年不動産は十箇年又は二十箇年にて時効を生ずることとなる。ローマ市民と外国人との区別なし。又伊太利地方との区別を全く廃止す。注意すべきは新定の時効の名目について疑問あり。注釈家は新定時効中動産に属する部分 [を] *usucapio* と呼び、不動産に関する部分を *praescriptio* [前書] と称す。然しこれは当時皇帝の意思にあらず。当時に是を合併してローマ人がこれを如何に呼べるか疑問なり。方今民法家はこれを尋常取得時効と称す。何となればこれに対して非常取得時効なるものあり。これは訴権時効にて所有権を取得する場合なり。

(Ⅲ-64) 第二款 尋常取得時効

Justinianus 皇帝の新定の取得時効によりて所有権を取得するには五個の要素が全備することを要す。若し其の中の一つの要素を欠くときは時効を生ぜず。第一、所謂時効を生じ得べき物品 *res habilis*。第二、占有 *possessio*。第三、名義 *titulus*。第四、善意 *bona fides*。第五、期間 *tempus*。

(一) 占有が尋常取得時効を生ずるには当該物品が *res habilis* の性質あるを要す。而してこの性質を備えざる場合は [以下の如し]。第一、不融通物にはこの性質なし。但し皇帝政府が民事上に共有するものにて全く不融通物にあらざるものにも又時効を生ぜず。第二、窃みたる動産、腕力にて剥奪せられたる不動産は *res habilis* の性質を失う。又官吏が賄賂として受けとれるものも同様なり。各 *res habilis* の性質を失える物品も再び所有者の手に帰り来るときはたちまちこの性質を回復す。第三、土地の境界に争いを生ぜるときは其の境界は *res habilis* の性質を失う。第四、凡そ未成年者の所有物はこの性質を欠く。第五、凡そ法律上譲渡を禁ぜらるる物品はこの性質なし。例えば、相続人が遺贈物を禁止に背いて売却せるときは、其の買主は時効によりてもこれを取得することを得ず。

（二）占有が尋常時効を生ずるには該当物品を自己の所有物と見做して占有することを要す。但し共同占有物をも自己の（Ⅲ-65）共有物と見做せる場合には共有権の時効を生ずる。所持の場合は時効を生ぜず。而して元來所有者が自己の所有物と見做さずして所持する場合も時効を生ぜず。質権又係争物管理等のために占有せるときは時効を生ぜず。

（三）占有が尋[常]時効を生ずるには先ず其の占有に名義の備わるを要す。名義とは外観において占有とともに所有権をも取得せるかの如き形勢あるを云う。売買により該当物品を所有し占有すると云うは売買が占有の名義なる。然し其の売買はもとより欠点なかるべからず。例えば売主が誤りて他人の品物売ることもあるべし。或は売主が精神錯乱者にて行為能力を欠ける場合をもあるべし。かくの如く欠点あれども然し尚外観においてはあたかも売買によりて売主が所有権を取得せるが如き形跡あるなり。かかる形跡あることが時効[取得]のために必要なり。上の例の如く名義は通常欠点ある法律行為なり。則ち売買、贈与、遺贈等の欠点あるものが名義となる。然しときとしては名義となるべき法律行為が事実上全く存在せざるも然し主観的にこれを存在せるが如く信じたるときはやはりこれを名義と見做す。例[え]ば、商店の番頭が主人のもとに手紙をやりて何某より送れる物品は買い取れるを主人に通知し主人はこれを信じたり。然るに番頭は其れを蔵に蔵せるのみにてこれを買取れるにあらざる事案、かかる場合には全く売買は成立せず。然し尚売買の名義ありて時効を生ず。名義の説明はローマ法にありても時代（Ⅲ-66）によりて異なる。Digesta 中の学説も一致せず。

（四）占有が尋[常]時効を生ずるときは其の占有が善意 *bona fides* より生ずることを要す。例[え]ば、名義となるべき法律行為に欠点があるとしても全くこれを知らずして完全なる法律行為なりと誤認するなり。要するに、錯誤のために該当物品を我が所有物と見做して、善意にこれを占有する場合にありて時効を生ず。但し其の錯誤は占有者の不注意より生ずるを得ず。又決して法規的錯誤な[る]を得ず。例[え]ば占有者が精神錯乱者よりこれを買取るとき買主が売主を一見すれば錯乱者なることは明白なり。然るにこれに注意せず。かかる場合には其の占有はたとい善意なりとしても時効を生ぜず。或は其の占有者は法規を知らずして精神錯乱者にも行為能力ありと思つてこれを買取れるときはこれ法規的錯誤にてこの場合も時効を生ぜず。それ故占有が善意より生じて時効を生ずる占有者の不注意によらずして事実的錯誤なる場合に限る。占有が善意より起るときは占有取得の初めより時効に至るまで善意が間断なく継続するを要するや否やの問題なり。ローマ法にありては善意がかく間断なく継続するを要せず。占有取得の初めに占有者は後に至

りて錯誤なりしを発見する。善意はもはや存在せず。然し時効は生ず。但し売買の場合にては売買の契約を結ぶときと其物品を受領するとき、この二つの時に善意が存在せざるべからず。

(Ⅲ-67) (一) 占有が尋常取得時効を生ずるには法定の期間が終るまで其の占有を継続することを要す。動産は三箇年占有し、不動産は十箇年又は二十箇年占有するを要す。この期間中に時効を中断する出来事を生ずることあり。かかる出来事に二種あり。

第一、占有者に対して所有権の訴えが起るときは中断す。かくの如く起訴のために一度中断せるときは尋常取得時効の間は二度開始し、然しこの時効中断は相対的のものにて絶対的のものに非ず。原告に対して中断するものにて第三者に対して中断せず。例 [え] ば、真正の所有者は原告に非ずして第三者なりとす。かかるときは真正の所有者 [たる第三者] に対しては中断せず。

第二、占有者が該当物品の占有を失うるときに時効は中断す。若し再び其の占有を回復するときは時効の期間は新たに開始す。例 [え] ば] 或る動産を二箇年占有してこれを失い、再びこれを回復してさらに一箇年占有するも、この場合には前後合して三箇年になれども、これにては時効を生ぜず。其の動産を回復せる後に更に三箇年占有して初めて時効を生ず。かく同一の人で同一のものを二度占有せるときも其の二度の占有の期間を合併することを許さず。若し二人の人が前後時を異にして同一のものを各別に占有せるときは尚更前後の期間を合計することを許さず。然しこれに二種の例外あり。(一) 占有者が死亡せるとき、相続人が当該物品を新たに占有する場合なり。其の相続人はこの場合にありては時効の点に限りあたかも占有を相続したと同様に取扱 [い] うる。旧占有者の死亡のために時効は中断せず。(Ⅲ-68) 其の時効の期間は新旧占有を合併して計算するのみならず、旧占有者の死亡の後尚相続人が新たに占有せざる期間も共に計算することを許す。且つ相続人は善意に占有せざるも遺産人の占有が善意に起れるときは時効は生ずるに妨げられず。これに反して相続人は善意に占有するも遺産人の占有が悪意なるときは時効を生ずることなし。(第二) 他人の占有物を其の所有物と見做して売買にて個物移転により新たに占有せる場合。この場合には新旧占有がともに善意なるときは時効はあたかも中断せざるものの如く取り扱わる。新旧占有を合併して其の時効の期間を計算す。但し旧占有は善意なれども新占有は悪意なるときは時効は中断せるままにて新たに回復開始せず。されば旧占有は悪意なりしも新占有は善意なりし場合は如何。Jus [tinianus] 皇帝の Novellae [新勅法] の 219 号によると、真正の所有者において己れの物品がかくの如き形にて譲り渡されたることを知れる場合には時効を生

ず。然らざる場合には時効を生ぜず。

(六) 前述の時効の期間、動産三箇年、不動産は十箇年、二十箇年は連続時にて計算するを通則とす。例外の場合には不連続時にて計算することあり。例 [え] ば我が材木が他人の建物に混用せらるるとき、其の材木は其の建物と偶然に分離するまではこれを取戻すことを得ず。又建物の所有者も又其の材木を時効によりて取得するには其の分離の時より起算して三箇年を満了せざるべからず。これに反して既に占有せる材木を建築に混用せ(Ⅲ-69)るときは時効は混用のために中止することなし。例 [え] ば、二箇年半材木を占有し、然る後に建築に混用せりとす。かかるときは其の材木はたとい建築と再び分離せざるも唯半箇年にて時効満了す。これ Labeo の説なり。然しこれについて当時ローマの学者の間にも異論あるなり。

第三款 非常取得時効

所有権の訴えは通常三十箇年、例外の場合には四十箇年にて時効によりて消滅す。この訴権時効は Jus [tinianus] 皇帝以前には決して占有者のために取得時効を生ぜざりき。それ故に真正の所有者がこの訴権時効の満了後偶然に該当物品を握取するときはかかるときは我が所有物として取扱うことを云う。第三者がこれを偶然握取するときは旧来の占有者は interdicta [特示命令] の actio [訴権] を利用するを得て所有権の訴えを利用することを得ず。かくの如く所有権の訴は時効によりて消滅するも所有権其のものはこれがために消滅せず。Jus [tinianus] 皇帝の以前の状態なり。然るに Jus [tinianus] 皇帝は善意占有の場合に限りてこの訴権時効に取得時効の効果あるものと改正す。この改正によりて占有者が善意なるときは所有権の訴えが消滅するときに旧所有者に対しても第三者に対しても真正の所有者となる。この特別の取得時効を後世にては非常取得時効と云う。

(Ⅲ-70) (二) 非常取得時効は訴権時効より生ぜるものなり。訴権時効の成立に必要な条件は又非常取得時効にも必要なり。訴権時効が或る事情のために中止する場合は非常取得時効も中断す。訴権時効の期間は有用時にて計算するときは非常取得時効も同様なり。要するに訴権時効の成立について論ずることは悉くこれを非常取得時効にも適用す。

(三) 非常取得時効が尋常取得時効に対する関係如何。凡そ尋常時効を生ずる場合には非常時効の訴、効能なし。これに反して尋常時効の生ぜざる場合に非常時効の効果限らる。例 [え] ば、盗まれたる動産、奪われたる不動産は善意占有者において唯非常時効によりてこれを取得することを得。又名義なくして占有せる物品も非常の時効によりてのみこれを取得することを得。この名義について異論あり。善意と名義とは分離することを得ず。善意ある場合には名義あり。非常時効は善意あ

るを要するを以て間接に名義あることを要するなりと。然しこの説は事実と相違す。善意ある場合にかならずしも名義なし。如何なる名義にて占有するか表れる場合あり。かくの如く名義を表示せる場合にはやはり非常時効が生ず。又問題あり。善意占有が許すべからざる錯誤又は法規的錯誤に基づくときは如何と云うに、これについて学者の中に二説あり。即ちかかる善意占有を時効を生ずると生ぜざるとの二説あり。然し Codex の中に見ると、このことを論ぜることが C. 7, 39, 8 にあり。(Ⅲ-71) Jus [tinianus] 皇帝は単に悪意ある取得のみを除外す。錯誤又は法 [規] 的錯誤は非常時効には妨げなしとす。

[第二編 物権 第一章 占有、第二章 所有権 了] [以上筆記録 Ⅲ 了。] (完)

附録 千賀鶴太郎博士出題京都帝国大学法科大学試験問題「羅馬法」(抄)

京都帝国大学法科大学試験問題は、一部ではあるが、『京都法学会雑誌』の「雑報欄」に収録されていた。しかるに、同誌第 11 卷第 7 号 (大正 5 <1916> 年 7 月刊) 以後、「雑報欄」廃止 (ただし、「本会ニ特有ナル記事等ハ隨時卷末ニ掲載シ」とのこと。) のため、その収録は、第 2 卷 (明治 40 年刊) ~ 第 10 卷 (大正 4 <1915> 年刊) 掲載分で終了している。千賀博士は、大正元 (1912) 年 9 月以来法科大学において再び羅馬法の講義を担当されているが、上記「雑報欄」により、当初の 3 年間分について羅馬法の試験問題の内容を知ることができる。

大正元 (1912) 年度羅馬法 (大正 2 <1913> 年 6 月施行科目試問)

1、edictum perpetuum (永続政令) トハ何ソヤ 2、消滅時効ノ大意ヲ述ヘヨ

『京都法学会雑誌』第 8 卷第 8 号 (大正 2 年 8 月刊) 256 頁

大正 2 (1913) 年度羅馬法 1 (大正 3 <1914> 年 5 月施行科目試問)

1、強制法ノ意義及種類ヲ説明セヨ 2、res Mancipi [i] トハ何ソヤ

『京都法学会雑誌』第 9 卷第 7 号 (大正 3 年 7 月刊) 246 頁

大正 2 (1913) 年度羅馬法 2 (大正 3 <1914> 年 6 月施行科目試問)

1、習慣法トハ如何ナル要件ヲ備フル時ニ成立スルカ 2、汚辱トハ何ゾヤ

『京都法学会雑誌』第 9 卷第 8 号 (大正 3 年 8 月刊) 232 頁

大正 3 (1914) 年度羅馬法 (大正 4 <1915> 年 1 月施行科目試問。「新規定ニ依り年限短縮 [編者註：四年制⇒三年制] ノ結果本年 6 月ニ施行スヘキ科目試問ヲ繰上ケ 1 月 11 日ヨリ開始シ同 30 日ニ終了セリ)

1 成文法ヲ説明セヨ 2 人格減少トハ何ゾヤ

『京都法学会雑誌』第 10 卷第 3 号 (大正 4 年 3 月刊) 229 頁

以上

あとがき

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』筆記録を5回に渡って連載してきた。本筆記録は、緒論として、ローマ法史概略、法源論、法解釈論に始まり、以後、ローマ私法が、パンデクテン・システムの構成に沿って、第一編 総則 人、物、法律行為、第二編 物権 占有、所有権について概説され、所有権の取得時効のところまで終わっている。これ以後、別の年度に債権法、親族法、相続法等の講義が行われたかどうかは不明である。因みに、千賀博士のあと、昭和2（1927）年度に京都帝国大学で行われた春木一郎博士「羅馬法」特別講義の記録（吉田五郎編・春木一郎講述『ローマ法講義』八幡大学法経学会、昭和45〈1970〉年刊）では、ローマ法史概観とローマ法源論を中心とした緒論に始まり、本論では法律要件、人法、物権法、債権法、家族法まで私法全般がカバーされている。千賀博士述「羅馬法講義」の活字化に当たって、文章の欠落、矛盾など、必ずしも十分に解決できなかった問題も多く、今後の課題としておきたい。この口述筆記録を通じて、解題にも記したように、瀧川幸辰博士や末川博博士らの回顧に語られる千賀博士のローマ法講義が実際にどのような内容をもったものであったか、ひいては帝国大学法科大学におけるローマ法講義の目的は何に置かれていたのか、その一端を知ることができるであろう。

千賀博士のローマ法講義自体は、前述の春木博士の講義と同様、オーソドクスな形式をとっており、基本的には緒論（歴史的概観）ないし総論（法解釈論）にも一定の比重が置かれた、パンデクテン講義であった。この筆記録と同筆の手になる暁道文藝博士の民法講義筆記録を見ると、その内容は当然パンデクテン・システムによる講義であるが、冒頭に置かれる緒論ないし総論、その中でもとくに法解釈論に一定の比重が置かれている。民法総論が民法のみならず法学全般の入門を兼ねるのが、民法講義の伝統的なスタイルであったが、千賀博士のローマ法講義も同じような講義理念のもとで構成されており、その当時の法学教育の一翼を担ったことを窺わせるものとなっている。千賀博士が滞独中に聴講しおそらく読んだであろう Dernburg の Pandekten、Pernice の Labeo、Sohm の Institutionen などがベースになりながら、独自の選択が試みられている。

そうした独自の姿勢は、千賀博士が晩年に試みられた『ユ帝欽定羅馬法学説彙纂』第一巻、第七巻という二冊の原典翻訳にも示されている。この翻訳の特徴は、原典の直訳が各法文の註釈として記され、そこからいかに翻訳本文が形成されるかその思考過程を辿ることができるという構成になっている点にあり、千賀博士のローマ法原典翻訳にかけの息づかいを感じさせる。本筆記録でも同じような千賀博士の息

づかひが随所に感じとることができるように思われる。ローマ法の独特の用語が頻出する講義自体、受講する学生にとって、ある意味では判じ物の世界であったであろう。しかしパンデクテン・システムに沿った講義の中で、随所に挟まれる多くの具体的事例は、たんに抽象的な法律論にはとどまらない、講義に対する千賀博士独自の工夫が込められている。こうした講義の内容にかかわる個々の問題点、原典翻訳を含めて、千賀博士の「ローマ法」全般についてあらためて検討する機会を持ちたいと考えている。最後に、本筆記録の活字化にあたってご協力いただいた谷本菜摘さん、吉原丈司氏にあらためて感謝の意を表します。

(参考) 千賀鶴太郎博士回想録抄

吉原丈司・吉原達也編『千賀鶴太郎博士 (1857～1929) 著作目録 (初稿)』は現在 Web 版として以下に掲載されている (平成 21 <2009> 年 5 月 5 日初出以後随時更新中。なお、下記の註番号は、平成 21 年 12 月 25 日作成補正第 12 稿のもの)。

<<http://home.hiroshima-u.ac.jp/tatyoshi/senga001.pdf>>

- ・千賀鶴太郎「余の修養法」『弘道』第 221 号 (日本弘道会事務所、明治 43 <1910> 年 8 月 1 日刊) 12～13 頁⇒Web 版『著作目録』註 2 に掲載
- ・千賀鶴太郎「羅馬法研究の必要」『太陽』第 28 卷第 14 号 (大正 11 <1922> 年 12 月 1 日刊 <11 月 29 日印刷納本>) 112～118 頁 (『Web 版日本近代文学館』(太陽) <<http://yagi.jkn21.com/>> 参照) ⇒WEB 版『著作目録』未掲載
- ・千賀鶴太郎「回想談」『小松原英太郎君事略』(小松原英太郎君伝記編纂実行委員会、大正 13 <1924> 年 11 月 30 日刊。復刻本：大空社、伝記叢書 55、昭和 63 年 10 月 25 日刊。小松原英太郎：1852～1919) ⇒Web 版『著作目録』註 3 に掲載
- ・千賀鶴太郎「組織の材幹」(「山縣元帥追憶百話」中の一つ) 入江貫一 (1879～1955) 『山縣公のおもかげ 附 追憶百話』(増補再版、偕行社編纂部、昭和 5 <1930> 年 6 月 25 日刊) 358～359 頁。最近山口県マツノ書店復刻本あり、平成 21 <2009> 年 4 月刊との由、未見。山縣有朋：1838～1922 <大正 11 年 2 月 1 日逝去、85 歳>) ⇒Web 版『著作目録』註 41 に掲載