

## 「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」というローマ法準則・再考

—サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって—

吉原達也

- 一 はじめに
- 二 市民的占有及び自然的占有
- 三 NSI準則に関する記述の変遷
- 四 小結

### 一 はじめに

さきに「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」(Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest)というローマ法準則(以下本稿ではNSI準則と略記する)をめぐって、若干の考察をする機会を得たが、あらためてこの準則をめぐって、近代の法学文献の中でどのように取り扱われてきたかという点について、補足的な考察を試みた。本稿は、フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー(Friedrich Carl von Savigny, 1779～1861)が『占有法』<sup>(2)</sup>の中で、この準則について論じていることを確認するというささやかな試みである。周知のように、『占有法』は、一八〇三年にギーセンにおいて公刊され、その後生前に五版を重ねたあと、没後の一八六五年、ルドルフ(A. F. Rudorff, 1803～1873)の補訂によりウィーンで刊行された第七版が最終版となっている。<sup>(3)</sup>ここでは、『占有法』初版と第七版の異同を中心にNSI準則に関して考察を進めていくことにしたい。第一部「占有の概念」中、第七章「口

「マ法律家の用語法」の中で、いわゆる市民的占有 *possessio civilis* と自然的占有 *possessio naturalis* について精緻なローマ法文解釈を試みているが、NSI 準則については、その傍論として論じられているにとどまる。当面の関心は、NSI という準則が自然的占有 *possessio naturalis* の場合も市民的占有 *possessio civilis* の場合にもあてはまるとされる事案 [Laufn., S.46 Anm. 4: L. 2. § 1. 2. pro herede] をサヴィニーがどのように理解しているのかを確認することにある。この部分に関しては、初版、第二版、第三版以後との間には内容的に大きな違いがあり、とくに第三版では大幅な加筆が施されている<sup>(5)</sup>。このような変遷を辿るうえで、本稿はまずサヴィニーの占有概念の確認から始めることにしたい。

サヴィニーは、研究の最も困難でかつ重要な部分が占有 *possessio*、とくに市民的占有 *civilis possessio*、自然的占有 *naturalis possessio* に関するものであるとして、この点の結論を第七章の冒頭のところで示している。法的占有 (*juristisches Besitz*) には時効取得制度に関係するもの (*possessio civilis*) と特示命令制度に関係するもの (*possessio schlechthin*) とがあり、両者の差は、前者にあつては時効取得制度との関連上要件が後者よりも加重される (正原因 *justa causa* など) 点にある、とされる。サヴィニーの市民的占有 *possessio civilis* と自然的占有 *possessio naturalis* の分類に関する説について、その概観をまず見ておきたい。

「本来、占有 *possessio* が意味するのは単なる所持の関係、つまり法的ではない自然的な関係を意味する。つまり、たんに自然的な関係は占有 *possessio* 「だけ」で示されるものであり、その対立が附加語を必要とした別の概念が生じない限りは、区別のための形容語を附加する必要などは存しない。さて、この所持はある条件のもとでは法的関係になる。所持が時効取得によつて所有権を生む場合である。この場合に所持は市民的占有 *possessio civilis* と呼ばれるのは、今やこれ以外のあらゆる所持を言葉によつてもこれから区別することが必要になったからである。これ以外の全所持は自然的占有 *possessio naturalis* と呼ばれる。即ち、占有一般の中で、市民的占有のように法的関係にならなかつた種類である。——所持はさらに別の仕方でも法的関係になる。所持が特示命令の基礎になる場合である。この

場合に所持は単に *possessio* と呼ばれるだけであるが、この言葉が附加語なしに、しかも技術的に用いられる場合のこの言葉の意味は、このようなものである。特示命令附占有に対立するそれ以外のあらゆる所持は、同じく自然的占有 *possessio naturalis* と呼ばれる。即ち、さきの法的関係に対する自然的関係であって、市民的占有 *possessio civilis* の際の対立がこの言葉によって示されたのと全く同様な仕方である。——したがって、二つの法的占有、市民的占有 *possessio civilis* 即ち時効取得附占有、及び占有 *possessio*、即ち特示命令附占有が存在する。先に占有概念について生じうる法的な意味変化について述べられたこと〔第五章参照〕は、両者の一方にも両方にも関係する。両者の相互の関係はこうである。即ち、特示命令附占有は完全に時効取得附占有に具っており、後者は前者よりもなお若干の条件が加わったものにすぎない。つまり、時効取得附占有者は特示命令との関係でも常に占有者であって〔註…質権設定者を除く、後掲二二を参照〕、その逆ではない。——自然的占有 *possessio naturalis* は、如上の如く、二つの意味を有するが、いずれも消極的なもの *negativ* であり、単に論理的対立を表示するにすぎない。』〔I. Auth.S.33-34; 7 Auth. S.70〕<sup>(9)</sup>

以下、第七章において、1. 市民的占有 *possessio civilis* と自然的占有 *possessio naturalis*、2. 占有 *possessio*（特示命令附）と自然的占有 *possessio naturalis*、3. 市民的占有 *possessio civilis* と占有 *possessio*（特示命令附）との関係、4. 自然的占有 *possessio naturalis*、5. 占有 *possessio* 一般の順番で、ローマ法律家の用語法の検討がなされていく。

## 二 市民的占有及び自然的占有

1. まず、『占有法』第七章第一節において、市民的占有 *possessio civilis* とその対立物としての自然的占有 *possessio naturalis* が区分されるのであるが、まず「市民的」*civilis* という語についての一般的な考察が提示される。

「市民的 *civilis* は一般的に何よりも二つの技術的な意味を有する。第一に、市民的 *civis* は私法全体を指し、それゆえ、刑法と対立させられる。ここでは私法自体に限定し、刑法については語らないこととする。第二に、それは、私法自体において、万民法にも法務官法にも由来せず、法律<sup>12)</sup>、元老院議決に由来するか、慣習法として発生したものを意味する。この第二の意味から、さまざまな語義変化が生じたが [c.D.1.2.2.5.1<sup>7)</sup>、以下に述べるようにきわめて一般的なものであって、ローマ法律家によって最も頻繁に用いられる。若干の用例を想起すれば、例えば、アグナテリオ *agnatio* だけが市民的 *コグナテリオ *civilis cognatio** [c.D.38.10.4<sup>8)</sup>] と呼ばれるが、他の *コグナテリオ *cognatio** が万民法においても法務官法においても重要な作用を有し、したがって法的関係であるにもかかわらずである。市民的訴権 *civilis actio*、市民的債務 *civis obligatio* などと同様の関係にある。語のこのような意味を市民的占有 *possessio civilis* に適用するならば、それは市民法が認める占有そのものと理解されなければならない。市民法の原則が適用されるか否かに、その存在如何がかかっている。」[1.Auf., S.34-35; 7.Auf., S.71-72]。

他方、市民法全体の中で、その適用が占有を前提とする法が存在する。これが、時効取得であり、それゆえ、「市民的占有 *possessio civilis* は時効取得附占有 *possessio ad usucapionem* と呼ばれる。」時効取得 *usucapio* が市民法に属し、特示命令は、告示由来ゆえに、市民法には含まれない、とされる [1.Auf.35-36; 7.Auf., S.72]。

この点で疑問の余地を残さないために、特示命令を市民法であるとする古代著作家の二つの箇所、キケロ『カエキーナ弁護論』とペトロニウス『サテュリコン』からの用例を取り上げている。

第一はキケロである [Cicero, *pro Caecina* C.12].35<sup>9)</sup>。暴力によって自分の土地に入ること妨害された者も、所謂「追払われた者」*dejectus*として暴力に関する特示命令 *interdictum de vi* を用いることができるということを証明するために、キケロは以下のような事例を持ち出している。

Cicero, *pro Caecina* 12.35: *quatero, si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati non modo limine tectoque aeduum tuarum sed primo*

aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis. monet amicus meus te. L. Calpurnius, ut idem dicas quod ipse antea dixit, iniuriam, quid ad causam possessionis?, quid ad restituendum eum quem oportet restitu? quid denique ad ius civile, aut ad (actoris) [praetoris] notionem atque animadversionem? ages iniuriam?»<sup>(7)</sup>では、私は君におうかがいしたい、もし君が今日帰宅しようとしたところ、武装した集団によって、君の家の敷居や屋内だけでなく、玄関や前庭に入ることも禁じられたとしたら、君はいつたどのような手段に訴えるつもりなのか? 私の友人のルキウス・カルプルニウスは、彼が以前述べたように、人格権侵害訴訟を主張すべしと君に教えた。しかしこのことは占有事件とどのように関わるのか?、回復されるべき者が回復されるのにどのように関わるのか?、市民法や（原告の actoris : Savigny）「法務官 praetoris の」調査と審理とどのように関わるのであろうか?。君は人格権侵害を訴えるのであろうか?<sup>(8)</sup>

この箇所はさまざまな困難な問題を含む箇所であり、弁護論の性格のゆえに、キケロ自身の用法も、文脈に応じて微妙なニュアンスを含み非常に複雑なものとなっている。

「キケロが、人格権侵害訴訟が占有の回復、つまり市民法 ius civile と関係がないことを主張することにより、特示命令を市民法に含めようとしていることは明らかである。しかしここで問題になっている人格権侵害 iniuria は、コルネリウス法 lex Cornelia 以来、公犯罪 crimen publicum であったので、市民法がここで刑法と対置されていることも明らかである。この意味で告示すべてが市民法に属することと争いはないが、市民法の第二の意味についてはそこからは証明されない。それどころか、キケロ自身も『カエキーナ弁護論』の直前のところで、第二の意味で用いている。<sup>(9)</sup>

特示命令が市民法に含まれると思わせる用例の第二はペトロニウス『サテュリコン』（Satyr. C.13）である。

Petronius, Satyr. C.13: dum, ut si nollet alienam rem domino reddere, ad interdum veniret.

「まわりくどい策を弄すべきではない。単刀直入、市民法に訴えて戦うべきだ。」つまり奴が他人の物を元の持ち主へ返そうとしな

いなら、法務官の特示命令に訴えるのだ。」

困難が増幅されるのは、ここで前提となっている事案（盗まれた衣服を所持している第三者を相手方として訴訟がなされる）では、一般に特示命令は可能でないことによる。これまでも解釈者の中には、「特示命令に訴える」*ad interdictum veniret*とは、法務官の裁判権 *Jurisdictio* 一般のことで、その中に所有物回復訴訟 *vindicatio* も含意されうる、とするものもあった。しかしそのことを証明する典拠を発見することは難しく、最も自然なやり方は、ペトロニウスより古いか新しい著作家によって検証される場合、法律の用法に関しては、ペトロニウスを一般にその権威を否定することである。』[1.Auf., S.38; 7.Auf., S.74]。

以上のようにして、キケロとペトロニウスの用例の問題が解決され、特示命令に市民的占有 *possessio civilis* は関わりえないというサヴィニーの枠組みが確認される。

「かくして市民的占有 *possessio civilis* は特示命令に関わりえない。まして市民的占有は他の効果に関わりえない。というのは、かかる効果は何らかの種類の法的占有の効果として妥当しないからである（第三章）。市民的占有 *possessio civilis* については、さらにたいいていのが市民法に属さないという理由付け加わる。引渡が市民法に属するのは、非手中物 *res nec mancipi* について語られる場合である [Ulpian fragm. tit.19 §.7]。先占及び、手中物 *res mancipi* の先占及び引渡によって発生する法務官的所有権は市民法に属さないし、果実採取またしかり、それは主物の法務官的所有権を前提にしているからである。被告が有する証明の自由をいかなるローマ法律家も市民法には数えなかった、緊急避難の法も同様である [L.3.de justitia et jure]。』[1.Auf., S.38; 7.Auf., S.74]

2. 以上のように、市民的 *civilis* の一般的な意味から証明されたことは、古代ローマ法学者の個々の箇所によって確認される。一般に市民的占有 *possessio civilis* が言及される五つの事例 (a~e) を取り上げる。そのうちの最初の二

つの事例から、サヴィニーの主張は明確に証明される、という。残余の事例からは、サヴィニーの見解も他者の見解を確実なしかたで推論することはできないのであり、サヴィニーによれば、「われわれの前提から、私の主張が結果的にそれと矛盾せずに完全に説明可能である」ことを示すに「とどまる。」[1.Aufl., S.39; 7. Aufl., S.39]とされる。

まず、a 及び b は、ライザー (Augustin von Leyser, 1683 ~ 1752) が未解決のままに放置したといわれる二つの法文 (D.10.4.3.15; D.43.16.1.9/10) についての釈義が語られる<sup>(9)</sup>。

### 『占有法』初版 (一八〇三年) ~ 第七版 (一八六五年)

「a 質権が設定されるとき質権者は市民的占有者とはされなく (L.3 §.15 ad exhibendum [=Ul.p. ad ed.24, D.10.4.3.15]):

*Scilicet est adversus possessorem hac actione agendum non solum cum qui civiliter, sed et cum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet: [「この訴訟『提示訴訟』によって訴えられる占有者は占有に市民的に civiliter に拠る者のみならず、自然的に naturaliter に拠る者もそうなることを知らなければならない。例えば Denique 質物を受領した債権者は提示訴訟に拘束される。』*

冒頭の命題の文脈は、ローマの法律家ウルピアヌスが言うように、提示訴訟が向けられるのは市民的占有者のみではない、ということである。ウルピアヌスは、この命題を質権者の例で確める。その際原則 *Regel* から適用 *Anwendung* へのこの移行を示すために *denique* ("so zum Beispiel") という言葉を使うのであり、この言葉はまさにこのような意味のものとしてパンデクテンのいくつかの法文に現れる。当該法文に続く二つの法文 [S.41 Ann.1:D.10.4.4/5] — そのうち第二の法文はウルピアヌス文獻 [告示註解第二十四卷] において当該法文と結びついていたに違いない — において、この例に若干の別の例が付け加えられるが、これらの例は当該の例とともに全体を形成する。こうした関係は当然かつ必然的であり、市民的占有についての誤った概念を持ち出すことがなかったら、おそらく誤ることがなかったであろうほどである。しかるに註釈 *Gloss* は質 [債] 権者 *creditor* の説明で「彼は市民的に *civiliter* 占有する」と註釈する。フ

リター Frider は、本法文から、債権者 creditor が市民的占有者であることを証明しなする [LAufn., S.42 Ann.2: de materia possessionis, C.4 § 13].<sup>(12)</sup> ケベルス Cuper [Ann.3: de nat. poss. P.1.C.3 pag.35]<sup>(13)</sup> はおよそ本法文の文脈を捨つて、denique の言葉で始るのは何か全く新しいことで既述との結びつきはない、しかし同時にさきの命題の中の市民的占有 possessio civilis 及び自然的占有 possessio naturalis にはおよそ可能な場合のすべてが含まれているから、単なる繰返しでもあるに違いない、などと恣意的に考えている。彼が別の方法で当該法文のローマ法律家たちの論理を疑わしめるような解釈に逃げ場を求めるようなこともきつとなかったであろう。

質権者 creditor が質物の市民的占有 possessio civilis をもたないのは確実だから、ローマ法律家たちがこの言葉でどのような概念を考えていたかを示すには、質権者の占有自体にかなる諸権利があるかを決めさえすればよい。これを非常に正確に決めるのは次の法文である。[L.16 de usup. et usuc. [=avol. 4 ex Plautio D.41.3.16]<sup>(14)</sup>

... qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet....

「質物を与えた者は時効取得だけについて占有する。残りの全事項については質物受領者が占有する。」

つまり質権者はどの法的観点についても占有するが時効取得のみは除かれる。したがって彼が否認された市民的占有 possessio civilis が意味するのは時効取得附占有 possessio ad usucapionem [第七版： Usucapionsbesitz] にほかならぬ。[L. Aufn., S.41-42; 7. Aufn. S.76-78]。

3. 次に、もう一つの未解決の法文 D.43.16.1.9/10 について、釈義が試みられる。

『占有法』初版 (一八〇三年) ～第七版 (一八六五年)

「b 市民的占有 possessio civilis を述べる第二の場合には夫婦間贈与の禁止に関する。この贈与によっては市民的占有 possessio civilis は成立しないとされる。」

① ... licet illa (uxor) jure civili possidere non intelligatur.

「妻は市民法上占有するとは認められなご…」 [L.26 pr. de don. int. vir. et. ux. =Paulus 7 ad Sab. D.24.1.26.pr.]<sup>(12)</sup>

② 「何らかの意味での法的占有 (possessio schlechthin) がある」<sup>(13)</sup>

Si vir uxori cedit possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

「夫が妻に贈与により占有を譲るときは、多数の考えでは（この意見はいつものようにここでも黙示に承認されている。実際、ローマの法律家パウルスは自らさらに新しい理由をつけ加える。）妻は占有する、と。事実上のことは市民法によるも否定しようのないことだから。」（つまり市民法は妻の占有を承認はしなご） [L.1. §.4. de poss. =Paulus 54 ad ed. D.41.2.1.4]<sup>(15)</sup>

③ 「その効果は、特示命令である」<sup>(14)</sup>

Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possidet: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit eaque detecta sit, poterit interdictio uti: non tamen si colonus.

「追払われたといわれる占有者は、市民的に占有すると自然的に占有するを問わない。実際自然的占有もまたこの「暴力に関する」特示命令 [de vi] に属する。例えば Denique 夫が妻に贈与し妻が追払われたときでも本特示命令を使用できる。但し賃借人は使用しなご。」 [L1 §.9.10 de vi=Ulpianus 69 ad ed. D.43.16.1.9/10]

右の三法文では市民的占有 possessio civilis は否定される。この言葉で示されるのはいかなる法関係 Rechtsverhältnis であるか？。この贈与により総じて法的占有が成立することは第二法文が明示するところであり、他の二法文もこれに一致する。第三法文はこの占有の効果、即ち特示命令にさえ触れている。しかるに時効取得はこの占有からは生じない。

④ Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.

「夫婦間に贈与が為された場合には、時効取得はなご」 [L.1 §.2 pro donato=Paulus 54 ad ed. D. 41.6.1]<sup>(17)</sup>

したがって(こ)でもまた、否認された市民的占有 *possessio civilis* のもとに考えられているのは、時効取得附占有にほかならない。」  
 (1. *Aufh.*, S. 43-45; 7. *Aufh.*: S. 76-82)

4. 奴隷と占有をめぐる問題について、第二版以後、「市民的に占有しない」*civiliter non possidere* など用例の積義に力点が置かれる。

『占有法』初版(一八〇三年)

「c 市民的占有 *possessio civilis* が現われる残余の箇所からは、ここでは市民的占有 *possessio civilis* がたんに一般的に否定されているので、何ら証明は導かれない。つまりそれらの箇所が全体として、いまや完全に証明されたものとして取り扱われるところの市民的占有 *possessio civilis* の概念から説明されることが示されれば、それで十分であるということである。

それゆえ、奴隷が有する所持は市民的占有として妥当することはない。[L. 38. §. 78. de verb. oblig.; L. 24. de poss.]。この命題が市民的占有 *possessio civilis* に関する我々の概念と矛盾しないことは容易に承認されよう。というのは、奴隷は誰も外国人 *peregrinus* である。つまり市民法に与らず、つまり時効取得が市民法にのみ由来するものであるがゆえに、自己取得に関して無能力である。」[1. *Aufh.*, S. 45-46]

第二版以後第七版まで、この箇所に対応するのは、d の項目に該当する。

『占有法』第二版(一八〇六年) Ⅱ第七版(一八六五年)

「d 二つの法文が奴隷についての *civiliter non possident* 「奴隷は」市民的占有者ではない」という原則を承認する。

① *peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.*

「特有財産は、奴隷がたしかに市民的に占有することができず、自然的に所持するのであって、主人が占有すると考えられている。」

[L.24. de poss.=Iavolenus, 14 *epist.*, D.41.2.24]<sup>(18)</sup>

② 7. Haec quoque stipulatio: "possidere mihi licere spondes?" utilis est. quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videmus. Sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. 8. Plane si "tenere sibi licere" stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat.

『私が占有することを許されるよう君は約束するか?』という問答契約も有効である。この問答契約を奴隷が有効に自らの人格へと受け入れうるか否かについて検討しよう。而して、市民法上奴隷が占有することはないとはいえ、それにもかかわらず、このことは自然的占有へと関係づけられるべきであり、それゆえ、奴隷も又正当にかくのごとく問答契約を要約することは疑われるべきでない。『所持することを自分に許されるよう』と奴隷が要約する場合、かかる問答契約が有効であることは通説である。実際たとえ奴隷が市民手金占有することができないとしても、彼らが所持することを疑うものは誰もいないからである。』[L.38. §. 78. de verb. oblig.=Ulpianus 49 *ad Sab.* D. 45.1.38]

これら二つの法文において、「奴隷は市民的占有者ではなく」*civiliter non possidet*という表現が、あらゆる占有を総じて否定すべく持ち出されているが、それはあくまでも市民法上の原則についてである。したがって、当該の法文は市民的占有 *civilis possessio* にはまったく該当しない。というのは、一方で、奴隷がまったく占有 *possessio* を有しなかったことは確かであり、それゆえ、何故にここでそれにもかかわらず無用の市民的占有について語られるのかその理由がわからないからである。他方、この法文自体、「奴隷はたしかに市民的に占有することはできなく」*civiliter quidem possidere non posset*は、後に示されるように、随所であらゆる法的占有の対立物とされる諸表現 (*tenere, naturaliter tenere*) によって制限される。全体としては以下のような関連となる、即ち、奴隷自体ローマ的概念によれば

万民法由来のものである、しかし奴隷が主人のために取得し、固有の財産を所持することに無能力であるのは市民法に属する。ローマ人自身奴隷が固有の財産を有した他の民族を知っていたからである [cf. S&T, Ann.1]。つまり正しくは以下にいうことができる、即ち、「奴隷が市民的に占有することはない」とは、奴隷が法的占有について無能力であり、この無能力の根拠は市民法にある、ということである。 [7. Aunf., S.86-88]

5. いわゆる集合物に関する論題について、初版 d に該当するのは第二版以後は e である。第二版での変更のうち、「市民的に占有することはない」 *civiliter non possidet* の二つの意味があらためて論じられる。「市民的占有でない」ということについての理由づけの部分が第三版以後では削除され、二つの意味が併記されるにとどまる。

### 『占有法』初版 (一八〇三年)

「d 集合物、例えば車を占有する者は、個々の部分自体、例えば車輪の市民的占有者とは看做されてはならない [Lib.7, §. 1 ad exhibendum]。この場合時効取得が可能でないことは、他の法文から明らかであり [L.23. de usup. et usuc.]; したがって、この場合にも我々の一般的な概念の適用がある。」 [1. Aunf., S.46]

### 『占有法』第二版 (一八〇六年)

「e 集合物の占有者は、個々の部分 (例えば車輪) の占有についていわれる限りで、「市民的に占有することはない」 *civiliter non possidet* [L.7, §. 1.2 ad exhibendum] と言われている。この表現の二つの意味のうちのいずれが、この場合基礎になっているのか、確定することはできない。否定されるのは、市民的占有 *civilis possessio* でありうる。そして本文は我々の説明とも矛盾しない、というのは、かかる場合に時効取得が不可能なことが否定できないからである [L.23. de usup. et usucap.]。しかしすべての占有も——厳密には市

民法上のことであるが——否定されうる。というのは、かの場合に占有が不可能なことが法律家の理性、つまり固有の市民法に基づくことはまったく疑いないことだからである。

以下は市民的占有の限りでのことである。これらの法文すべてにおいて自然的占有 *naturalis possessio* が市民的占有の論理的対立物として（「市民的でない占有」 *possessio, quae non est civilis* として）現れることは想起するまでもない。これ以上のことについては後述。<sup>1</sup> [2.Aufh., S.56-57]

### 『占有法』第三版（一八一八年）Ⅱ第七版（一八六五版）

「e 集合物の占有者は、個々の部分（例えば車輪）の占有についていわれる限りで、「市民的に占有することはない」 *civiter non possidet* [L.7, § 12 ad exhibendum]と書かれている。この表現の二つの意味のうちのいずれが、この場合基礎になっているのか、確定することはできない。否定されるのは、市民的占有 *civilis possessio* でも、すべての占有——厳密には市民法上のことであるが——でもありうる。以下は市民的占有の限りでのことである。これらの法文すべてにおいて自然的占有 *naturalis possessio* が市民的占有の論理的対立物として（「市民的でない占有」 *possessio, quae non est civilis* として）現れることは想起するまでもない。これ以上のことについては後述。」 [3.Aufh., S.62-64; 7.Aufh., 88-89]

## 三 NSI準則に関する記述の変遷

1. NSI準則に関して、サヴィニー『占有法』の各版に変遷があるので、ここでは初版から第七版まで、必要ような限りで対照して提示することにしたい。

『占有法』初版 (一八〇三年)

「e 最後に、「何人も自らのために占有の原因を変更することをせず」 *nemo sibi causam possessionis mutare potest* という原則が設けられており、この原則は自然的占有 *possessio naturalis* の場合も市民的占有 *possessio civilis* の場合にもあてはまるとされる [S.46Ann.4:L.2. §. 1.2. pro herede=*Iul.44 dig. D.41.5.2.1*]<sup>(15)</sup>。法文の後段に 4 つの例が挙げられており、これらの事案では、この関係を通じて市民的占有 *possessio civilis* が否定される、用益賃借人、受寄者、使用借主、家父の権力中ある家息 (パンデクテン法の時代には軍人特有財産以外は所有権を持ち得ない) はかの原則に服することになる。もとよりこれらすべての場合に時効取得が不能であることは自明のことである。

以上が市民的占有についてである。自然的占有が随所で市民的占有の対立物 (つまり市民的でない占有 *possessio, quae non civilis*) として現われることは思い起こすまでもない。これ以上のことについては後述。」 [1 Ann., S.46-45)

2. 『占有法』第二版 (一八〇六年) では、初版の e の項目の順番が変更され、N S I 準則に関して、三番目の c という項目で論じられる。内容的には初版と異なるところは少ないが、典拠が脚注から直接本文の中に組み込まれるという修正がほどこされている。

『占有法』第二版 (一八〇六年)

「c *nemo sibi causam possessioni mutare potest* 原則は、市民的占有 *civilis possessio* だけでなく、自然的占有 *naturalis possessio* にも妥当するところである。 [L.2. §. 1./2. pro herede=*Iul.44 dig. D.41.5.2.1*]<sup>(16)</sup>

*Et propter neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri facienda causa pro herede usucapere posse. Filium*

quoque donatam rem a patre, pro herede negavit usucapere Servius …

それゆえ、用益賃借人、受寄者、使用借主は、利得のために、相続人として時効取得することはでき（*Lucr. facendi causa pro herede usucapere posse*）ない、と解答された。家息もまた家父から贈与された物を相続人として時効取得するということをセルウィウスは否定した。

この四つの事例について、市民的占有 *possessio civilis* は否定される。この法文、たしかに市民的占有 *possessio civilis* に関する私の見解をただちに証明するものではないが、私の見解はそれから非常に見事に説明される。かの四つの事例の場合、使用取得占有が成立しないことは誰もが認めるところであろう。同時に、何故法学者が、当該原則が使用取得占有に制限されるべしという誤りを可能と考えたかが容易に見て取れる。この種の占有の場合には、とにかく、すでに占有の原因 *causa possessionis* が存在しているからである。」

[2. Aufl., S.52-53]

3. サヴィニー『占有法』第三版で、大幅に加筆が施され、その後の版に引き継がれていく。最も大きな変更点は、主として、ガイウス『法学提要』に依拠した、NSI原則に関する歴史的解明への言及である。一八二二年のニールによるガイウス『法学提要』のいわゆるヴェロナ写本の発見がこのような改訂に大きく寄与しているのではないかと考えられる。<sup>21</sup> 第四版は確認できなかったが、第五版まで第三版の内容がそのまま維持されており、第六版では、末尾に使用取戻 *usureceptio* への言及が附加されており、その形が最終版である第七版まで引き継がれていく。

『占有法』第三版（一八一八年）～第七版（一八六五年）

「c」の準則は、市民的占有 *possessio civilis* にも自然的占有 *possessio naturalis* にも適用される。これまでまったく誤解されてきたこ

の準則の意味は、ガイウス『法学提要』[註 G.2.52.6] によって明らかになったが、その発見後もなお誤解は解かれないうままであった。この準則は、第三者の関与があつた場合でさえも「原因を変更することはできない」ことを意味すると思われるかもしれない。しかしこの準則はそのようなことを意味していない。悪意の占有者 *mala fide possessor* がある物を所有者若しくは所有者と信じていた者から購入した場合、それは完全に有効な原因の変更 *causae mutatio* である [註 D.4.3.3.33.1]。逆に、借主が貸主を追払つた場合、同人は *condictionis causa* を現実に *detentionis causa* に変更したのであつて、それによって真の占有 *possessio* を取得した [註 D.4.3.16.12[18]。かの準則は、この変更に対して障害とはならず、この場合、実定的に関わることはない。というのは、貸主は特示命令 *interdictum de vi* によって十分に保護され、追払い行為は時効取得を可能としないからである。

それゆえ、同準則が一般に適用できるのは、一方的な意思による、それ自体適法で有効な原因への変更が可能でありながら、その原因による時効取得が同準則によって妨げられることになる場合である。

第一は、相続人が相続財産の占有を取得しない限り、誰でも当該目的物を「相続人として」*pro herede* 占有し、時効取得することができることとかわる。このような時効取得は、善意 *bona fides* も何らかの権原 *Rechtsitel* も要せず、また、時効取得自体は土地でさえも一年で完成する点で独特である。変更された原因は適法かつ有効であるとしても、一方的であり、善意に基づかないものである。他方、それは、「時効取得の正当原因」*iusta usucaptionis causa* である点で、貸主に対する追払いとは本質的に異なっている。相続財産の時効取得の要件が各個の物の時効取得の場合よりも簡単とされたことについては、ガイウス『法学提要』[Gal.2.52] は、この「不正な占有と時効取得」*tam improba possessio et usucapio* の理由として、相続財産が長く無主の状態にあることによって家祭祀 (*sacra*) の中断を回避するため、また、相続債権者がその請求を實行する相手方を存在させるためであるとする。ガイウスはさらにこれに付け加えて、かかる法がハドリアヌス帝によって変更され、相続人に取得時効完成後であってもこれを無効として扱うことが認められたという。ただしなおそれを認めなければならなかった必然相続人はこの限りではない。——こうした制度にかの古い法準則は次のようにかかわつてい

た。ある者が「買主として」*pro emptore* 取得するか、あるいは受託者として自然的占有を有していたときに、その後所有者が死亡した場合、こうした占有者にとって、如上の「相続人としての時効取得」*usucapio pro herede* はきわめて有利となりえた。買主は、土地であれば、二年間必要であったものが一年で足りた。受託者は、それまでは時効取得できなかったものが、時効取得可能になる。こうした占有者に対して、かの法準則は障害となる。つまり、いったん何らかの仕方でも占有を開始した者が自らの占有を一方的かつ悪意で「相続人としての占有」に変更してはならないということである。このことが当該法準則の真の意味であったことは、ガイウスの「相続人としての時効取得」についての説明と他の法学者の同準則についての表現が一致することから明らかである。「相続人としての時効取得」について、

① *Gai.2.56* : 「この種の占有及び時効取得は利得的と呼ばれる。ある者が他人の物であることを知りつつこれを利得するからである (*haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur, nam sciens quisque rem alienam lucrificat*)」

これと表現が一致するのは、当該法準則についての二つのきわめて明解なユリアヌス法文であり、おそらく上述のハドリヤヌスの命令よりも古いであろう。

② *Julianus 44 dig. D.41.3.33.1* : 「本人が自らその占有の原因を変更することはできないと一般に解答されていることは、ある者が自分が善意によらず占有を知りつつ利得をなすために占有を開始した (*quis scieret se bona fide non possidere et lucrifaciendi causa inciperet possidere*) 限りにおいては、真実である」<sup>(22)</sup>

③ *Julianus 44 dig. D.41.5.2.1* : 「何人も自らのために占有の原因を変更することをえずと一般に解答されることについて、占有は市民的 *civilis* とともに自然的 *naturalis* ともしずれにも理解されるべきである。それゆえ、用益賃借人、受寄者らの所持者は利得のために相続人として時効取得することはべき (*lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*) ない、と解答された」<sup>(23)</sup>

以上の三つの法文から、最後の法文においてユリアヌスが市民的占有と自然的占有にいかなる意味を与えたかは明らかである。それ

までにすでに時効取得中の者（市民的占有）が開始していた占有をより有利な「相続人としての占有」に変更する場合だけでなく、およそ時効取得できなかった者（自然的占有）がそのような変更によって時効取得できるようになることはこの法準則の適用によって認められない。こうした説明によれば、ここで採用された用語法がこの法文の基礎になっている。当該法準則はハドリアヌス帝以来大部分、ユ帝法で完全にその意味を喪失した。『学説彙纂』において、当該準則が多くの場合適用されえないといわれる事例が検証されるのはそのためである。』[3. *Auf.*, S. 56-59; 5. *Auf.*, S. 56-59; 6. *Auf.*, S. 75-80; 7. *Auf.*, S. 82-86]

4. 『占有法』第六版以後、右に引用の部分の末尾に、以下の一文が挿入されている。

『占有法』第六版（一八三七年）〜第七版（一八六五年）

「第二に、当該法準則は使用取戻 *usurceptio* の場合にも適用がある。これも、一方的意思に基づいており、したがって、必ずしも信義に反する見なされるべきではないが、権原なしだったからである。信託債務者が当該物を債権者から借りていた場合、使用取得は当該法源準則により妨げられることになる。』[6. *Auf.*, S. 80; 7. *Auf.*, S. 86]

#### 四 小結

1. 以上で、サヴィニー『占有法』第七章冒頭の市民的占有と自然的占有という論題の部分について、各版を対照しながらその変遷を辿ってきた。ローマ法源において、市民的占有 *possessio civilis* と自然的占有 *possessio naturalis* という語でどのようなことを概念されていたのであろうか。<sup>24</sup> 繰り返しになるが、冒頭にも紹介したように、サヴィニーの論旨を要約すると、次のようなことになるのではないかと考えている。市民的占有 *possessio civilis* とはもっぱら時効

取得へと向かう占有である。これに対して、自然的占有 *possessio naturalis* はかかる効果を伴わない占有である。この自然的占有 *possessio naturalis* は特示命令を出来させるものとそうでないものがあり、その場合、前者が（単なる）占有 *possessio* と呼ばれるものであり、後者が狭義かつ一般的な意味での、自然的占有 *possessio naturalis* である。もう一つの用例「市民的に占有しない」*civili non possidere* も同様に二義的であり、市民的占有の否定という意味と、市民的原因に基づくすべての占有の否定という意味と表現される、という。こうしたサヴィニーの占有理解を踏襲するものも多かったが、批判もまた展開されていた。<sup>(25)</sup> 批判の方向としては、まず、市民的占有 *possessio civilis* は、たんに時効取得附占有だけでなく、特示命令附占有をも示す。それゆえ、自然的占有 *possessio naturalis* も「市民的に占有しない」*civili non possidere* も、サヴィニーが考えるように、二義的ではなく、一義的であり、結果として特示命令とは結びつかない、というものである。もとより、ローマ法源を見る限り、サヴィニー説が批判説かという択一的なものにならないことはいうまでもない。第二のものは、例えばファンゲロー Vangerow<sup>(27)</sup> に代表される説であり、市民的占有 *possessio civilis* は、「所有の意思」*animus domini* をもって所持することであり、他方自然的占有 *possessio naturalis* は、所持はするが、かかる「所有の意思」*animus domini* を持たないか場合か、そもそも目的物が取引外 *extra commercium* であるか、占有者自身が所有者たりえないか、占有が民法上無効な法律行為から生じる場合である。後者の場合には、たしかに「所有の意思」*animus domini* は認められるが、占有の瞬間にはそれはなく、「民法上否定されえない単純に事実的な事柄」*res facti, quae jure civili infirmari non potest* (D.41.2.1.4) と考えられる、<sup>(26)</sup> というものである。こうした占有概念の諸相についてあらためて検討する機会をもちたいと考えるが、NSI 準則に関わる点について簡単に言及するにとどめたい。それはユリアヌスの二つの法文（前掲三三②及び③）はサヴィニーの占有概念と果たして整合的たりうのかという疑問である。ユリアヌスによれば、市民的占有の場合に当該準則の適用があるの

が原則であり、それが自然的占有の場合にも及ぶとされる。もしサヴィニーが当該準則の主要な適用領域を市民的占有の場と考えると、市民的占有を時効取得附占有と理解しようとした場合、この準則が後代には時効取得占有にもはや適用されず、ガイウス『法学提要』によって明らかにされたように、古くは、時効取得権原をより有利な相続人としての時効取得 *pro herede* へと転換しようとする場合にのみに関わっていたとすると、果たしてサヴィニーのように理解してよいのかという疑問に陥るのである。もとより NSI 準則への言及は傍証として間接的に論じられることであるので、ただちにその構想が揺らぐものではないが、第三版以後、ガイウス『法学提要』を踏まえた大幅な変更が逆に矛盾を引き起こしているのではないかと考えられる。こうした点についても稿をあらためて論じることにした。

(1) 吉原達也「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」——一つのローマ法準則の過去と現在——西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧的法伝統』日本民法典百年記念国際シンポジウム、九州大学出版会・二〇〇〇年二月、七五～九七頁。

(2) サヴィニーの『占有法』をめぐっては、小菅芳太郎「サヴィニー『占有法』雑感」『北大法学論集』第二十三卷四二〇～四三八頁。同「サヴィニー法学方法論雑記」『北大法学論集』第二十四卷六四一～六四八頁。木庭顕「Savigny による占有概念の構造転換とその射程」『法の近代とポストモダン』海老原明夫編・東大出版会・一九九三年、一六七～一九一頁。同「法存立の歴史的基盤」東大出版会・二〇〇九年、八七九頁以下の占有概念の再構造化をめぐる論述、サヴィニー『占有法』について、九九二頁以下、とくに九九六頁以下の諸註、同「ローマ法案内」羽鳥書店・二〇一〇年、五三頁以下「法の基本原理は占有である」の節」、とくに六一頁所掲の註を参照。Kenichi Moriya, *Savigny's Gedanke im Recht des Besitzes, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* 164 (Savignyana 6), Frankfurt am Main, Klostermann 2003, XII, 262 S. 辻義教「占有の権原論——*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*——」『阪南論集』社会科学編第四十一卷第二号(二〇〇六年)、一五～二五頁。

- (3) Savigny, F. C. v., *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 1. Aufl., Gießen 1803; 2. Aufl., Gießen 1806; 3. Aufl., Gießen 1818, 4. Aufl., Gießen 1822; 5. Aufl., Gießen 1827; 6. Aufl., Gießen 1837; 7. Aufl., hrg. v. A. F. Rudorff, Wien 1865.
- (4) サヴィニー『占有法』目次を初版によりながら略記すると以下の通り。  
序説 I. 法源一覽 (Quellenkunde) Ⅱ. 参考文献一覽 (中世註釈学派から A. F. J. Thibaut, *über Besitz und Verjährung*, Jena 1802 年)。  
第一部 占有の概念 第一章 研究序説、第二章 所持をして占有たらしめる法的意味 1. 時効取得 Usucapion、2. 特示命令 Interdict。第三章 他の諸関係による反証 引渡 traditio と先占 occupatio、プブリキウス訴権 actio Publiciana など、第四章 ローマ法源における占有論の本拠、第五章 占有は権利か?、第六章 占有は諸権利のいかなる部類に属するか?、第七章 ローマ法律家の用語法 本節の概観 一. 市民的占有 possessio civilis と自然的占有 possessio naturalis、二. 占有 possessio (特示命令附) と自然的占有 possessio naturalis、三. 市民的占有 possessio civilis と占有 possessio (特示命令附) との関係、四. 自然的占有 possessio naturalis、五. 占有 possessio 一般、第八章 用語法に関する研究の続き、第九章 占有の実体的概念、第十章 占有概念の文献史。  
第二部 占有の取得、第三部 占有の喪失、第四部 特示命令、第五部 準占有、第六部 ローマ法の修正。
- (5) Savigny, *Das Rechts des Besitzes*, 1. Aufl., S. 46-47; 7. Aufl., S. 82-86; S. 82 Anm. 1 (= 6. Aufl. S. 75-80; S. 75 Anm. 2) に於いて、当該箇所は第六版で大幅に改訂がなされている。
- (6) 訳文について、小菅・前掲『占有法』雑感「四三二頁註五を参照。Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 1. Aufl., S. 33-34」(S. 82 に図解)；7. Aufl., S. 70 (S. 123 に図解)。なお、「市民的占有」「自然的占有」を著す用語として、初版では possessio civilis, possessio naturalis が用いられるのに対して、第七版ではそれぞれ civilis possessio と naturalis possessio という語順に変わっている。この用語の変化は、すでに一八〇六年の第二版にも見られるので、それ以後の版では、後者の語順の用語が一貫して用いられている。
- (7) キケロ『カエキーナ弁護論』について、吉原達也訳「キケロ『カエキーナ弁護論』(一)『広島法学』第三十四巻第四号(二〇一一年)七十一頁以下、(二)第三十五巻第一号一一頁以下、(三・完)第三十五巻第二号六十六頁以下。事件の概要について、(一)所掲の前註及び末尾の關係文献を参照のこと。柴田光藏「ローマ法における特示命令訴訟の一考察—キケローのカエキーナ弁護論をめぐる—」『法学論叢』第九十四巻三・四号(一九七四年)一一七—一八〇頁。木庭顕・前掲『法存立の歴史的基盤』九九二—九九六頁、九九七頁所掲の註4。
- (8) 訳は『広島法学』第三十五巻一号所掲該当箇所による。『占有法』所掲の引用により訳文を一部修正している。

- (9) Cicero, *pro Caecina* 12, 34: 'fecit equidem quae diis omnia, et ea sunt et turbulenta et temeraria et periculosa. quid ergo est? impune feci; nam quid agas mecum ex iure civili ac praetorio non habes.' 「私は、たしかに何もかも君の言う通りのことを行ったし、たしかにこれらのことは乱暴でも、無謀でも、危険なことでもある。しかしだからどうしたと言うのだ? 私はそのように行ったからといって、別に罰せられることはない。なぜならば、市民法に基づいても、法務官法に基づいても、君は私を訴えることなどできないからである。」と。サヴィニーは、この一文を、「君は所有権回復請求権 vindicatio も特示命令も有なる」というように理解する [1. Aufl., S. 37 Ann. 2; 7. Aufl., S. 73 Ann. 4]。
- (10) ライザー (Angustin von Leyser) に関して、小菅・前掲『占有法』雑感』四二二頁及び註六を参照。 *Meditationes ad Pandectas*, vol. 7, - 3. ed., 1744, Lipsiae (未見) を引用。ヴィーアツカー・鈴木祿弥訳『近世私法史』三九八頁。
- (11) denique の用法について 1. Aufl. S. 43 Ann. 3; 7. Aufl., S. 79 Ann. 1, L. 1 § 9, 10 de v. D. 43. 16. 1. 9/10 [後出] との関連で、二つの法文は相互的に説明可能であり、相互の解釈を結びつけることができる」とする。
- (12) Petrus Friderus Mindanusus I. V. D. *De Materia Possessionis. Commentarius Synopticus. Ad Tri. De Acqvirenda vel Amittenda Possessione*, Giesae, 1614, p. 30.
- (13) cf. Angelus Jacobus Cuperus, *Observationes selectae de natura possessionis*, ed. A. F. J. Thibaut, 1804, Jena, p. 35, 37-38.
- (14) *Lavolens 4 ex Plautio* D. 41. 3. 16: Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit. 「質として与えられた奴隷に関して提示訴訟が提起されるきは、質権者を相手方としてあって、債務者を相手方とするのではない。というのは、質物を与えた者は時効取得だけについて占有する。残りの全事項については質物受領者が占有する。質設定者の占有も附加され得る。」
- (15) 便宜的に本文中に所掲の法文に①～④の番号を振っておく。 Paulus 7 *ad Sab.* D. 24. 1. 26pr.: Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intellegatur, certe tamen venditor nihil habet quod tradat. 「私にある物を売却した者が当該物を私の妻に贈与を原因として与えるよう私が命じ、その者は私の命令により占有を引渡した場合、たとえ妻が市民法上占有するとは認められないとはいえ、それでも売主が引渡したところのものを何ら所持しないがゆえ、その者は免除されるであらう。」

- (15) 原田慶吉『ローマ法』有斐閣・一九五五年、一四五頁。
- (17) Paulus 54 *ad ed. D.* 41.6.1.2. Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessat usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat. 「夫婦間で贈与がなされた場合は、時効取得はない。同様に、夫が妻にものを贈与しそして離婚した場合、カッシウスの回答によれば、時効取得はない。自らのために占有の原因を変更することはできないからである。彼はいう、離婚後の場合には別であり、夫が前妻のものもそのままにしておけば、まさにそのとき彼が贈与をなしたとみなされるように、妻は時効取得することになる。ところで、ユリアヌスは、妻は夫によって贈与されたものを占有すると考える。」
- (18) Iavolenus 14 *epistul.*, D.41.2.24: Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. Nam tunc per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporatiter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non potest, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. Quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit. 「汝の奴隷が、汝が知らずして、暴力により占有するものを汝は占有することはない。汝の権力中のある者が、知らない汝のために取得できるのは体素的な占有でなく、正当な占有であるかである。かくしてその者は特有財産によりかの者に帰属するものを占有する。奴隷を通じて主人も又占有すると言われるとき、もとより、正当原因に基づき体素的に奴隷により所持されるものが奴隷の特有財産中にあり、奴隷がたしかに市民的に占有することはできず自然的に所持する特有財産を主人は占有すると看做される、という至当の理由のゆえである。ところで不法行為により取得されたものが主人の占有に帰属しないのは、特有財産に基づいて取得しないからである。」
- (19) Iulianus 44 *dig.* D.41.5.2.1: Quod vulgo responditur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. 「何人も自らのために占有の原因を変更することをえずと一般に答えられることについて、占有は市民的 (civilis) とし自然的 (naturalis) としいずれにも解されることが認められるべきである。それゆえ、用益賃借人、受寄者、使用借主は、利得のために、相続人として時効取得することはできず (lucri faciendi causa pro herede usucapere posse) ない」と

解答された」。<sup>2</sup> *Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. Cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit.*「家息もまた家父から贈与された物を相続人として時効取得するということをセルウィウスは否定した。即ち、同人は、家息は父存命中自然的占有状態にあったと考えていたからである。家父から相続人に指定された家息が、相続財産中から家父により自らに贈与された物の場合、共同相続人の持ち分について時効取得することはできないというの、それと一貫している。」

(20) 前註を参照。

(21) サヴィニーとニールブルとの交友及び『占有法』への影響関係について、差し当たり、木庭・前掲「占有概念」一七二頁以下を参照。ヴェロナ写本につき、船田亨二訳『ガイウス法学提要』有斐閣・一九六七年解説を参照。

(22) *Julianus 44. dig. D.41.3.33.1: Quod vulgo responderit ipsam sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis scierit se bona fide non possidere et Iucii faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere. 1. 本人が自らその占有の原因を変更することはできないと一般的に解答されていることは、ある者が自分が善意によらず占有することを知りつつ利得をなすために占有を開始した限りにおいては、真実である。そしてこのことは次のように証明されよう。もしある者が所有者でなかったものからそのことを知りながらある土地を購入した場合、その者は占有者として占有するであろう。しかしもし彼が所有者から購入した場合には買主として占有を開始するであろうし、自らのために自ら占有の原因を変更したとはみなされないであろう。もし彼が非所有者から購入しながら、その者が所有者であると考えているときには、同様のことが法であるだろう。同様に、所有者によって相続人に指定され、又は、その者の遺産占有を受領した場合、本人はその土地を相続人として占有を開始するであろう。さらに、もし自ら所有者の相続人又は遺産占有者であると考えるのに正当な原因を有する場合、本人はその土地を相続人として*

占有するであろうし、占有の原因を自らのために変更するとはみなされないであろう。それゆえ、以上のことが占有を保持する者の人格に当てはまるとすると、所有者が生存しようとして死亡しようとして占有を保持しない利益賃借人の場合に適用されないということがどうしてあろうか。そして、たしかに、もし所有者死亡後、その所有者の相続人又は遺産占有者であると考えていた者から、賃借人がその土地を購入した場合には、この者は買主として占有を開始するであろう。」

(23) 前註19を参照。

(24) 占有法論の歴史的展開について、古くは Savigny, *Das Recht Des Besitzes*, 7. Aufl. §. 10; Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* Tübingen, 1848, 註釈学派について S. 103sq. フランクス法について S. 352sq.; 十七・十八世紀について S. 384sq. など。小菅・前掲「占有法」雑感」、木庭・前掲「占有概念」も参照。

(25) 十九世紀における学説の動向について、岩田新『占有理論』岩波書店・一九三二年、三九頁以下を参照。Thon, *über die civilis und naturalis possessio*, *Rhein. Museum*, Bd. IV (1830), S. 95; Puchta, *de civilis possessione*, Lipsiae, 1839.

(26) ファンゲロー「後註27」は、エルプEに名なる人物の草稿が当時回覧されていた事情を伝える。このことについて、Eduard Gans, *Scholien zum Gaius*, Ferdinand Dümmler, 1821, S. 267sq.; Thibaut, *über possessio civilis*, Archiv, Bd. 19 (1835), S. 315-364; Carolus de Reisch, *De antiqua juris romani regula: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest: Dissertatio inauguralis*, Stormo, 1821, 28p. [n. 4] 453。

(27) Karl Adolph von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 1 part. 16. Aufl., Elwert, 1851, S. 396sq.; 2. Aufl., S. 397-398.

本稿は、平成二十二年度科学研究費補助金（基盤研究（C））課題番号 22530008 による研究成果の一部である。