

Detentio について

教授 山内 得立

I

Detentio の思想の發端はイエリングによればローマの「家」にあると云う (Rudolf von Jhering, Der Besitzville 1888, S. 103)。しかしローマ法に於ては未だこの語は術語として用いられていないで、それに相當するものは *possessio naturalis* であつた。それ故に占有理論の最初の大成者サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) はその著 *Das Recht des Besitzes* (1837) に於て *civilis possessio* と *naturalis possessio* との區別を論明することから出發している。彼によれば *civilis possessio* には二つの意味がある、——第一は刑法に對して、それから區別せられたる凡ての私法を意味し、第二には狹義に私法の中に於て、*jus gentium* (又は *prätorische Recht*) から出たものではなく、一つの *lex* 卽ち *senatus consultum* から出たものを、又は習慣法から發生したものを意味する。*civilis possessio* とは從つて市民法によつて認められたところの所有であり、主として *uscapio* 卽ちローマの十二表法に於て、取得時效の要件を満したものととして規定せられている。之に對して *naturalis possessio* にも二義があつて、一は單なる *possessio* から區別せられ、未だ法的に關係なき、字義通りに自然的なる所有を意味し、第二は禁令占有 (*Interdictenbesitz*) として後に至つて護民官の命令 (*edictum, interdictum*) によつて保護せられるに至つたものを云うのである。そして此等の中先ず問題となるのは勿論第一義の自然的所有であつて、

それは最も廣義の所有であり、サギニーによつて指摘せられたように *esse in possessione, tenere, naturaliter possidere, corporaliter possidere* 等々の言葉によつて言表され得るものである。そして或ものが所有せられるということと、所有的關係にあるということが必しも同一でないことは、ポンポニウスの次の語によつても知られ得るのである。—— *idem Pomponius bellissime tentat dicere, est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud, in possessione esse.....* 即ち自然的所有とは未だ法的關係に入ることなしに自然的に或ものを所有し保持する (*tenere*) ことをいうのである。それはまた權利とか責務とかいう觀念なしに、實際的に又は物體的に (*corporaliter*) 所有することである。それは一般に古代に於ける所有の方式であり、所有の原始的形態でもあつたのである。

しかし所有とは抑々何であるか、それは一つの事物と他の事物との近接なる關係であるが、所有は此等の事物間の單な空間的關係ではない。人は船を所有するが、船と水とは最も近接せる空間的關係にありながら水は船を所有するとはいえない。人間と事物との單なる空間的關係からして所有的關係にまで高めるものは果して何であるか。此の問題を明かにとりあげたのは占有理論の第二の大成者ルドルフ・フォン・イエリングである。彼はその著「占有意思論」の第三章に於て、占有關係が單なる空間關係にあらざることを切論している。人間が事物をもつことの第一歩はこれを意識することであるが、意識とか認識とかは之を知ることではあつても、未だ之を有つことではない。所有には意識がなければならぬ。意思なしには所有關係がなりたたない (*ohne Willen kein Besitzverhältnis!* op. cit. S. 22)°。このことはローマ法の根本的觀念であつて、そこには既に意思不能の人々が所有し得るか否かの問題が藏せられていた。たとえ直接に物的にそれに接觸していても知識と意思なしには所有關係は成立し得ぬのである。鎖につながれた囚人は鎖に觸れ、つながれていることを熟知してはいるが、囚人は之を所有しているとはいえない。このことは常識的にも法的にも自明の理であるようであるが特に茲に明説する所以は、例えばヴィンデシャイドのように「所有者は必ずしもその所有について意志する必要なく、意

識することさえ不必要である、これらは法的にはどうでもよい事柄である (Windscheid: Pandekten, Bd. I, S. 148) と論ずる人があるからである。自然的所有に於ける *Intesse* は幾分空間的關係をふくんでいるが、それに於てさえ單なる空間上の接觸は決して所有の事實を構成しないであろう。事物を所有にまでもたらず——*soliciten* するものはショーペンハウエルが考えたように、人間の *Intesse* である。そしてインテレッセは字義的にその中にあることであつて單に表面的に接觸することではない。所有關係とは人間が事物に對して有する關心の認定である。事物に對する關係は必ずしも同時に關心ではない、それに對して近接なる關係を有していても未だ關心を有たないことはあり得る。我々が取るこのとき、我々に許されたる事物であつてもそれを取ろうとしないものはこれに對して關心を有つていないからである、この關心が永續的であるか一時的であるかは問題ではない、興味を引かない人々は遂に忘れられ、興味をもち得ぬ事物はやがて捨て去られるであろう。

それ故にインテレッセは所有の出發點であり、人間をして或る事物に對する無關心の状態からして、或は單なる空間的關係からして何等かの有意的關係へ、又は所有的なる状態に移らしむるところの動機であるといわねばならない。ここに始めて因果關係から明別せられたモチヱツの思想があらわれる。そして關心とは何らかの要求を目的としているから、所有の根柢は意欲にあり意思するところにあることは明かであろう。我々は或るものを手に取る、しかし必ずしもそれを所有するとはいへぬ、時にはただそれを眺めるだけであり、時としてそれを弄ぶ場合もある。人間に於ては時として他の人々から強要せられることもあるが、事物についての關心は常に自己から發動するものであり、我々が之を欲望し意志しない限りそれが如何に近くにあつても何等の關係にも立ち入らぬことを常とするのである。

それ故に、一、我々の意欲が事物によつてそそのかされるということ——それが關心である、——二、意思がそれに對して向けられること、三、その事物への外的な關係を確立することによつて意欲を實現するということ、これらのことが

らが所有關係を成立せしむる三つの要素である。

しかし所有はそれ自ら自己目的ではない、單に目的に對する手段であるにすぎない、それは事物に對する種々なる働きを——即ち事物を使用し (uti)、事物から収益し (frui)、事物を處分する (consumere) ことを目的とする手段である。所有はそれ自ら價值あるものではなく、何らかの或ものを、何か價值あるものを可能にせんとすることを目的としている。壁に懸けられたる繪畫は必ずしもそれが自己の所有であるが故に價值あるものではなく、之を鑑賞することを目的としているであろう。それを所有することの價值あるのは、何時にても之を壁にかかげ眺め得るからしてであろう。若しそれが函に封せられて他人から保管を委託されたものであるならばそのような所有關係は私にとつて何の關心をも惹起しないであろう。たとえ他人から委託されたものであつても何らかの形に於て用益し得るときに、サゼニーの所謂派生的占有 (geleiteter Besitz) が生ずるのである。

事物に向けられたる人間の意思が最も明かなる姿をあらわすところの形式は、それを取る (nehmen) ということ、即ち事物を外面にも認知せられる仕方に於て自己との排他的な關係に引き入れるということである。そしてそれには二つの意義が含まれており、一は積極的に、事物に對する自己の作用の可能性を事實的に確めることであるが、第二に消極的には事物に對する、同様な他人の働きを拒斥せんとすることである。

このことをベツカーはさらに敷衍して、次の如く論じている (Bekker: Zur Reform der Besitzrecht. S. 25. 1891)。物の上に干涉する我々の働きの種類——イエリングはこれを利用の種類 (Verwendungsarten) と云つてゐるが、ベツカーはむしろ影響の種類 (Einwirkungsarten) と名づけるべきである云々——は uti, frui, consumere の外に、第四種として arcere があり、恐らくは又第五種として habere が、或は更に以上の種類があるであろうと信ずる。……arcere とは單に他の人を遠ざけるのみでなく、一般に、他人の物の上に任意に干涉することを排斥するの謂いである、この arcere

は單に *uti, frui, consumere* の相關ではなくそれは獨立した一つの作用である。*habere* は、特に *possidere* から區別せられて、單純に事實に於て所有することを意味するが、これを所有することは同時にそれに於て他人の干涉を却けることである。故にそれはむしろ *arcere* により、近い意味をもつといえよう。ベツカーによれば、物權の作用は要するに、一、物の上への或る交渉であり、二、同時に他人からの侵害に對して自らを護ることを主なる作用としているのである。このことは *Detentio* という語が既にそれをよく表している、この語は *Detendo* にもつながり人間が事物に對し何らかの働きを及ぼすことを意味しているが、語源的にはむしろ *detineo* から由來して、元來は他人の侵入を拒斥して物をそれから護ることを意味しているのである。何人も所有することのできるものは特にその人の財とはならぬであらう。財が *Proprietas* と名づけられるのも特にその人に固有なるものであり、他人がこれを侵略せんとするを甚しく忌むものであるからである。空氣は人間の生存に必需なるものであるが、何人も之を特に己れの財としては考えぬ。「思想」は多くの人人に之を分ち與えることができる、之を他人に與えることによつて自らは貧困するものでなく、却て豊になるものであるから財産として數えられない。それ故に所有の世界は特に物體的 (*corporaliter*) でなければならぬ、*possessio naturalis* は多くの場合 *corpore et tactu apprehendere possessionem* でなければならなかつた。このことはデテンチオの第二の要素として極めて重大である、何となれば後に明かにせられるであらう如く *Detentio* は一方に精神的要素即ち *Intentio* につながるとともに、他方にまた物體的或は物質的なもの即ち *Existentia* とも密接なる關係を有しているからである。しかし我々はこの最後の段階に達する前に、所有に於ける *animus* と *corpus* との相關關係が如何にあるかを特に *naturalis possessio* について今少しく追究して見よう。

所有に於ける *animus* 的要素は即ち意思であり、それなしには所有關係の成立しないことは略々上に於て明かとなつたと思われるが、所有に於ける *corpus* 的要素とは如何なるものを意味するのであるか。

イエリングは之を主として所有意思の現實的な體現の要求に答えるものとして (Erfordernis der realistischen Verwirklichung des Besitzwillens) 考へ次の如く論じている (op. cit. S. 35—36)。

「我々は所有關係を二つの要素に分解する、corpus と animus とがそれである。我々はその前者を、物に對する純粹な空間關係の意味に解し、意思がこの空間關係を利用し、そして占有關係を形成する作用 (Akt) を animus として解する。かくして corpus と animus とは二つの完全に獨立した要素として同一の線上に立ち、恰も animus が corpus なしに可能なる如くに、corpus も animus なしに可能であるかのような錯誤に陥らしむるであらう。かようにして單なる空間關係が animus に先だつて存在する要素としての意義をば得ることになる。そしてコルプスは恰もアニムスのために用意せられたるベッドとなり、アニムスはただそれに入つて寢さえすればよいことになる。しかも實際に於ては animus が corpus なしに存在せざるごとく corpus は animus なしには決して存在し得ない。兩者は必ず同時に成立するものであつて、即ち意思が物に對する關係の中に體現せられるのである。それ故に占有は單なる corpus と animus との共存であり、兩要素の各々に對し既に他方に先だつての存在を、自己自身に含んでいるという如きものではないのであつて、corpus は意思の事實であり決して豫め存在するものでないことは、恰も語られる以前の言葉のようなものである。言語と思想との關係の如く corpus と animus ともまたその通りである。言葉に於いては、今迄は純粹に内部的なものであつた思想が體現する。corpus に於ても、今迄は純粹に内部的なものであつた意思が體現する。其の時に到るまでは、兩者の場合共に、把握せらるべき何ものも存在しない。空間關係はただ、占有意思の實現のために缺くべからざる前提要件という意義を有つていただけである。然るにそれが corpus となるのは、意思がその空間關係に占有關係の刻印を捺した瞬間に於て初めてなりたつのである、……詳言すれば此の場合 animus は第二の要素として、既存の第一の要素に附け加わるのではなくして、彼れ自らが作用することによつて、初めてそれを創作するのである。他人のために握有する場合 (detentor alieno nomine)

には、物に對する關係が、既にそれ自ら *corpus* の性質を帶びており、彼は即ち體素占有 (*corporalis possessio*) 又は自然占有 (*naturalis possessio*) を有するものである。それだけに益々此の場合には、我々も——これを舉證せんとする關心のためにとりあげるのであるが——證人の前でなされた、物を占有せんと欲する旨の意思表示は、その占有所得という結果をもたらすに十分であらねばならぬかの如くである。しかし此の場合にも亦 *animus* が *corpus* の中に實現せられなければならない、それが行われるのは彼が事實上の所有者として振舞うことである。例えば物を讓渡したり、占有主に物を返還することを拒絶したり、その受領に抗議を申し立てたり、占有主が土地に立ち入ることを阻止したりするようなことがらである」。

以上によつて見ると、イエリングが *corpus* として考えたものは意志の現實的實現といったものに外ならぬようであるが、これは彼れ自らも承認しているようにローマ法に於て取扱われた *corpus* の意義とは餘程異つたもののようである。それは著しく近代的な解釋であり、或はむしろイエリング自身の學說——意思は關心の要請であり、あらゆる行爲は利益目的の實現であるとする見解の當然の結果であつて、古代ローマ法學に於ては到底發展しそうな原理である。イエリングの長い説明の中からもこのことを證すべきローマ法の淵源は殆んど引用せられていないようである。古代ローマ法に於て明かに看取せられることは單に所有には *animus* と *corpus* との二要素がなければならぬということだけであつて、意思のないところに所有の概念が成立しないと同じく、單に意思のみあつて現實なる物の把握のないところにも占有の事實が成立し得ないことを舉示したものであつた。否所有の最も原始形態は、むしろ現實なる物の實際的な把握から始まる。それが *naturalis possessio* であり、そこに *naturaliter* とは即ち *corporaliter* と殆んど同意義をもつていたのである。従つて占有に於ける *corpus* とは殆んど物的なる要素を意味するのであつて、イエリングのいう如く、意思の單なる體現としてそこに形成又は創作 (*schaffen*) せられたものではあり得ないといわねばならぬようである。

のみならず抑々イエリングの學説は、その著書の名が示す如く、占有意、思、論であり、所有には *animus* が缺くべからざることを力説するもののであるが、しかし此の意思が占有の全面的事實を構成するものとは考えない、むしろそれを肯定せんとした人が彼の偉大なる先輩であり同時に激越なる論敵であつたサギニーの學説であつて、イエリングは之を單なる主觀説として論難に目も尙足らざる状態であつたのである。占有の事實は單なる意思によつて決定せられるものでもなく、また意思の種類によつて區別せられるものではない、これを決定し或は規定するものはむしろ客觀的な原因——この語法は彼に於て特殊なる意味をもっているのであるが——であると考えるのがイエリングの客觀説であつた。しかも彼がサギニーの所有權論を論難攻撃したのも主としてこの點からしてあつたのである。

イエリングの占有學説は意思を占有の要素とすると言いながら、その實は意思の要件は彼に於て極めて微弱なる力を有するにすぎない。その意思も必ず *corpus* を通じて體現せられ (*verwirklichen*) ていなければならず、而も *corpus* さえ見分ければ、意思は常にその中に嫁體せられているものと見るのではないかとさえ思わしむるものがある。これが彼の原因論 (*Causality*) の大局である、彼の名著 *Der Besitzwille* も「同時に當時支配的であつた法學の方法論に對する一つの批判」と副題せられ、これは明かにサギニーの主觀説に對する激越なる論難に終始している。殊にこの書は一見占有意思を明かにせんとするもののようなのであるが、内實的には *Detentio* という所有形態を論示せんとする點にあつたことは彼の自ら告白している如くである。しかも *Detentio* とは單に意思又は權利を主とする所有に非ずして、むしろ所有の事實、又は物的把握を中心とする占有形態であるに外ならなかつたのである、果してそうであるとするならばイエリングの學説には既に内部に於て大なる破綻を藏しているといえないであらうか。彼が *corpus* を單に外的に與えられた物と見ないで、却つて意思實現の場所と見ることは近代的なる思想であり、我々の考え方とも接近するところ大なるものがあるが、それにしても物とは單に我々によつて創作乃至は體現せられたものと考えることができない。物の物たる所以は我々の意思を越え

でともかくも與えられそこにあるものでなければならぬ。そうでなければ物とは單に我々の意思の外化に外ならず、悪くすればヘーゲルの精神の自己疎外態に外ならぬという觀念論とならざるを得ないであろう。イエリングはこの思想をローマ法の研究から得たと自稱するが、彼の「ローマ法を通じて、ローマ法の上へ」(durch das römische Recht, über das römische Recht)の態度は餘りに後者の方面への過超を暴露しているようである。

ローマ法に於ては所有の概念にはこの二つの要素が必要條件であることが述べられているだけである。例えばパウルスPaulusの語として残されたものに *ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest* (Paulus: Sent. Rec. V. 2. 1.) というのがある。我々は不幸にしてイエリングに同調してこの點からパウルスを目して主觀説の始祖であると見ることも出来なければ、またこの意味の *corpus* をイエリングの如く意思實現の場所と見ることもできないのである。しかしそれに先き立つて我々は *corpus* を主とする所有形態が何故に先ず *Detentio* の概念を構成し得るか、またそれが所有の種々なる形態の間に於て如何なる位置を占むべきであるかを研究して見なければならぬ。

II

Detentio という語はローマ法に於ても用いられている(例えば *quod a nullo corporaliter, ejus rei possessio detineretur, 1. 79D. de solut. 46, 3*)。熟語としても *affectus detinere, in alieno nomine detinere* 等々の如く早くから慣用されていたが、しかし *Detentio* に術語としての意義を與えたのはサザニーであつてそれは物の事實上の支配を (*tatsächliche Beherrschung einer Sache*) 指し、サザニー自身は「凡ての者が物の占有の下に考ふるのは、單にその物の上に、自己の影響を物理的に可能ならしむるのみならず、あらゆる他人の干渉を不可能ならしむる状態 (*Zustand*) である」と考えている、そして「この状態を人は *Detentio* と名づけるが、此の状態は占有の總ての概念に基礎として存するものであり、それ自

身は全く立法の對象でなく、それ自らの概念は決して法律的概念でない」とも云つてゐる。それは謂わば法律以前の所有の状態であり文字通りに自然的なる占有であつて未だ法的なる領域に入らぬものであつたのである。それ故にサザニーは又言う。「Detention に於て存するところは、所有權の實行 (Ausübung des Eigentums) であり、そして其れは、所有權が法律上の状態であるのに相應するところの自然的状態である」(op. cit. S. 3)。そして彼はこの自然的關係たる Detention を以て占有の原始的概念であることを認め、それが占有となるには有意的でなければならぬとして、「詳言すれば占有者たるがためには單に Detention を有するのみならず、之を意欲しなければならぬ」と説き、此の Detention に相應する意欲を *animus possidenti* と稱し、且つ Detention は法律的状态たる所有權に相應するところの物理状態であることを縷述してゐる (op. cit. S. 91)。

以上の點から考察すると、サザニーの Detention は corpus 的なものと殆ど同意義であるように思われる。但しサザニーは占有には *corpus* と *animus* とが必要であると言ひ、そして *corpus* のことは Detention と言わないで *Factum* と譯してゐる。

サザニー以後例えばギンデシャイドも自然占有を Detention として考えたが、ポチエーがそれを自然占有に對立するものとしたのはむしろ異例であらう (Pothier: *Traité de la possession*)。そしてこのことを正面から取り上げて問題としたは勿論イエリングであるが、彼の綿密なる歴史的研究 (占有意思論第八章及び十八章) に拘らず、また彼の革新的な研究方法の提唱にも拘らず尙多くの概念法學の殘滓に禍いされて此問題は容易に解決の成果を得ぬもののである。

この點に關しては畏友故東京商科大學教授岩田新氏の「占有理論」に詳述せられた批判殊にその第三款「イエリングの方法論」を参照

我々の結論を先取していえば、Detention は所有の最も原始的形態であり、歴史的には最も早く見られる事實であるが、法律的には最も晩く認められた權利であるということである。息ネルヅに従えば「物の所有は自然占有から始まつた」

(*dominium rerum ex naturali possessione coepisse*) といふ。そしてそれ故に所有の思想にとつては *Detentio* は最も基礎的なものであり、それが如何に法律以前の狀態からして近代に入つて確固たる方法として認定せられるに到つたかを考察することは、所有の概念の發展をのみでなくその本質を明かにするためにも最も重要なものと思われるのである。のみならず我々はさらにこの *Detentio* によつて精神と物質 (*animus et corpus*) との結合點を見出さんとする。精神は *Intentio* であり、物質は *Extentio* であるとするならばこの中間にあつて兩者に亘るものは——兩者を媒介するものは——まさに *Detentio* でなければならぬと考えられるからである。しかしこれらの點については詳論せらるべき場所を後にもつてである。我々は先ず所有の概念が如何にして起り、如何なる發展の様相を経たかを歴史的に研究しなければならない。

原始時代の人間の生活が、先ず漁獵に始まり、次いで遊牧に移り最後に至つて人間が土地に定着すると共に農業が發達したと考えられるのが普通であるが、この通説に對しても異論がないわけではない。例えばタルドは次の如く説いている。「長い間、發明は最初に狩獵又は漁業に關し、第二には動物の馴致に關し、最後に植物の培養に關して相次いで不變の秩序となつたと信ぜられていた。狩獵又は漁業、遊牧、農業と、人類は一般的に且つ必然的に、この三局面を経て來たとするのが通説である。之は人の擧げ得る、發明の必然的經過の、最も明白なる、且つ確實なる例であるが不幸にしてそれは斷念せねばならぬものである、アメリカ土着の獵民は、ヨーロッパ人の到着するより前に農民となり始めたのであつて、決して牧畜狀態を経過したことはなかつたことが知られている。彼等は狩獵に往くとき犬より外の家畜を有つていなかった。しかしアメリカには飼育に適する他の動物の種類がないことはなかつたのである。」(Tarde: *Transformation*. p. 31)。原始産業の發達は國によつて或はタルドの如き經過をとつたかもしれない。又この發達段階は必しも以上の歴史的順序を経過せず、時としてそれらのものが同時に行われたことも有り得るであろう。しかし人間が地上に生活を始めて以來此等の種々なる生活様式があり得たであろうことは略々確かであろう。地球の表面が人間によつて棲まれるように

なり、所謂 *oikumenē* が成立すると共に、そこに一つの特異なる現象があらわれることとなつた。自然の原野は即ち *physis* であり、未だ境界なく所有主なきものであつたが、それが人間によつて *occupy* せられるようになったとき、所謂 *nomos* の世界があらわれた。*nomos* は *nemō* という動詞から來た名詞であり、分たれる、分割せられることを意味する。ノモスとは分たれたるものの謂いである。自然は分割せられることによつて人間のものとなる。分つということは單に全體が部分に分たれるということだけでなく、分たれることによつてその性格を一變する、分たれたる自然はもはや單なる *physis* ではなく、人間的なる *nomos* となるのである。*nomos* は最初に牧場を意味した。自然の原野は *physis* であるがそこに垣を構え塙をめぐらすことによつて牧場となり、何人かによつて所有せられる領地となる。土地は分たれ領有せられることによつて田畑となり、もはや單なる大地ではなく、耕地となつて人間の所有に入り、或は財となり宅地となり、所領となつて經濟的對象に變貌する。ノモスはまたやがて「法」の意味に轉化せざるを得なかつた、尤も牧場を意味するノモスは *nomos* であり、法を意味するそれは *nomos* であつて、アクセントの差はあるが共に *nemō* に淵源し、分たれたるものの意味を含んでいる。法とは分たれ、所有せられたものについてその秩序と公正とを分明にし、又は維持するものに外ならない。自然から人間的なるもの、即ち社會、經濟、又は法律にうつることによつてノモスがうち立てられ、人間の社會的生活が始まると考えてよいであろう。

人間の生活はこの意味に於て所有に始まりそれに終始する。人間が生き得るのは何らかの物を取得することによつてであるとするならば、人間の生活は何ものかを所有することなしにはあり得ない。漁獵はその一階段であり、牧畜は野生の動物を描え飼育することによつて生活に資せんとする人間の營みである。それは *domesticate* であるが、それから *dominus* の思想が生れたのであらう、イエリングもその「印度ヨーロッパ人前史」に於て「*dominus* という語は、生物（獸類及び人類即ち奴隸）を馴致した人を意味する。アリアン民族が所有という概念を自覺するに至つた経路は、この『馴らす』

ことにあつた。不動産については、原始時代には、私的所有権は存在せず、唯々共同體所有權 (Gemeinde-Eigentum) があつただけである。個人の、物に對する排他的關係は、最初動物について承認せられたのであつて、そしてそれは種々なる相面をあらわした、それに從つて、我々は民族の生活方法の三つの知られたる階段を再現することができる。即ち漁獵によつて生活する民族、牧草が盡きれば、その畜群を率いて移動する遊牧民族、土地に施した勞作に因り定住するようになった農業民族、初めの二階段にあつては、動物について利用したところは、その物質であつたが、第三の階段では、それが土地經濟に對する動力の利用に代つたのである。動物については、馴らすこと、及び從つて動物の所有が三種の異つた形態をとる、それを私は簡単に、器械的馴致、各個の動物に及ぼした心理的馴致、及び動物の種類に及ぼした心理的馴致と稱したい。第一は野獸に對して行われるものであり、人類はただその動物を外部的に強力によつて監護するものである。その強力の罷むと共にその所有權も止む。第二も野獸についてではあるが、之は人が内部的に、自己に對する從屬關係に持ち來たしたもので、自分の許に住み馴らさせたものである。此の場合に單に、その身體のみならず、その精神も強制され馴致せられることになる、それを示す特徴は、その動物に外的自由が與えられた場合にも、家を忘れずに歸つて來ること (animus revertendi) があるのを見ても分るであろう。此の場合には所有者がその動物に對して有する内的繫縛、又は心理的支配の止むと共に、それに對する法律的支配、即ち所有權も止む。第三も家畜について行われるものであるが、此の場合單に個々の動物のみならず、歴史の過程中に、その動物の種族が強制されたのであつて、其の動物は溫順な性質をもつて産れて來る。此の種の動物は法律上動產と一列にあり、占有を失つてもその所有權は消滅しない。無生物たる動產が、所有者に反抗しないのと同様に、此場合には生物が一つの動產となるのである」(「占有意志論」二九二頁註參照)。

所有權が動產から始まつたか又は不動産に淵源するかという問題も學者によつて種々に爭われたが、イエリングは一方に不動産の方が先きであると主張しながら、動物の馴致を以て所有權概念の發生の萌芽であると考えているようである。

それは所有權の第一の意味 *dominus* が動物馴致の *domesticus* から派生されたと考える語源的理由によるものであろう。*dominus* は *domare* から由來し、ギリシア語の *δυναμειν*, *δυναμις* と同じく元來は動物の飼育に關したものであつたからである。人間の生活が自然を征服し支配することに始まるとするならば、それは第一に野生の動物に對して、第二に戰爭による奴隸に對して顯著に見られるが、さらには專制的なる家族に於ける家長の權限にさえ見らるるものであろう。イエリングの不動産先位説は、ローマ市民の所有權 (*dominium quiritium*) が先ず不動産について發達したことに着眼したやや後代の段階を意味したものであろう。所有權が動産について始つたか、不動産に關して成立したものであるかという問題も、要するに狩獵牧畜が農業に先立つか又は並行するか或は却つて農業が先ず發達したかという問題に關聯するものであつて、それは要するに各地の事情と時代の變遷とによることであつて一律に決定し得ぬ問題であるというより外はないであらう。

それよりも更に重大なる問題は、所有ということが抑々個人的なものであつたか或は原始的には共有又は總有的であつたかということである。所有せられたものは財であり、財は個人に分たれたものであるから (*property=proper thing*) 私有的ならざるものは財となることができぬという建前からすれば、所有は本來的に私有的でなければならず、又不動産も殊に土地については總有論が通説であるようであるが、多くの實證的研究者の中にも例えばフェリックスの如く、動産についても徹底的に共同占有權を主張する人もある (*Felix: Entwicklungsgeschichte der Eigentums unter culturgegeschichtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte 4 Bde. 1896*)。この問題は資本主義的所有概念と共產主義的經濟觀との分歧する基本點であつて、極めて重要なものであるが、併しここに立入るには餘りに複雑であり、またそれだけ解決し易からざる問題であらう。ブルードンやマルクス一派の人々が共產制を強く主張することは勿論であるが、峻烈に共產説に反對するフュステル・ド・クランジュの如き人がある (*Fustel de Coulange: Recherches sur quelques problèmes d'histoire 1885*)。ま

たヴィオレーの如く、共同所有權と單獨所有權との、最初からの併存を認めて「或種の動産は慣習上、全く屬人的に個人に屬したが、しかし共同所有權は財産の大多數を占めていた」(Viollet: Précise de l'histoire du droit français, 1886) という人もある。此の問題も單に原理的に一律に論じ得ないものであつて、諸地方と諸時代とに應じてそれぞれなる實證的研究を要することであらう。

三

我々の茲に問題とすべきは、所有に關する種々なる形態である、上に述べられたように、所有の最も廣汎にして基本的なるものは *dominus* であり、それは一般に物を支配し制御する人間の作用を意味するものであつたが、既にローマに於てもそれに對して *possessio* の思想が區別せられて之と併存していたと云われる。前者を「所有」とすれば *possessio* は「占有」と譯せらるべきであるが、此等是如何に區別せられ、又互に關係するのであるか、所有は主として動産に關し、漁獵、牧畜の時代に屬するが、占有は土地に關し、農耕時代に至つて發達したものであると考えるならば一應の區別はつくが、イエリングは所有も占有も共に先ず不動産から發達したものであるとして次の如く論じている。

「古代ローマ法に於ける所有權 (*dominium ex jure quiritium*) は、最初土地と密接なる關係を有し、動産については唯だ土地經濟に役立つもののみを、所有權概念の中に包含していた(例えば奴隸用の獸類)。同様に占有概念も最初は土地について認められ、且つ發達し、然る後初めて動産に移つた。若しこの見解が正しいとすれば所有物取戻請求 (*Vindiciertheilung*) がローマに於ける、最も古い占有の訴訟上の形式であるという考えを今も尙私は維持している」(op. cit. S. 12-3)。さらにイエリングは、所有物取戻の訴 (*vindicatio*) は動産よりも不動産に於て先に發達したことについて次の如く述べている——「*Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumtae in jus allatae erant*」即ち

取戻と嘗て言われたものは、土地から取得し、法律の中にもちこまれたものであるという。換言すれば、所有物取戻請求は最初は唯、不動産についてののみ現われたのである。それが動産に移つたのは、人が動産について、土地から取得する (*sumere ex fundo*) ものを模倣することによつて得られたものである。即ち移されたのは概念であつて行爲ではなかつた。このことは又フェストスに依つて、報告せられている十二表の原則からも明かにされている。即ち *si vindicium falsam tulit,.....fructus duplione damnum decedito* と。若し取戻を不正に行うならば.....果實が二倍の損害賠償を汝が負擔せよというのである。この *fructus* は土地を示す語である。若し同法が動産をも眼中に有つていたならばそれに關しても罰を定めることのできる用語を使用すべき筈であろう。十二表が果實の語に、後期ローマ法の法律家のなしたごとく、利息 (*Interesse*) をも含めしめていたということは、苟も判斷力を具えている者に對しては採用され難いところである」 (*op. cit.* S. 125—126)。

併しイエリングの以上の説は所有物取戻の訴に於ては動産よりも不動産の方が早く保護せられたことを主張しているものであつて假令このことが事實であつたとしてもそこからして所有も占有も凡てがその起源を不動産に、殊に土地にもつていたか否かは分明とならぬであろう。殊に彼が占有の最初の保護として主張する *vindicatio* が彼のいうように専ら占有に關するものであるか、しからずして所有權の保護として承認せられたものであるというのが、むしろ通説であるようである。 *vindicatio* の最も古いものは *rei vindicatio* であるがそれは一般には所有の訴えであると考えられている。デルンブルグはこの點を詳述して次の如く論じている。—— *vindicatio* は占有者たる非所有者に對して、非占有者たる所有者の權利を行うものである。ところが *actio duplex* (雙方的訴) であつた時代に於けるこの訴えは必然的に被告の *contra vindicatio* を包含し、裁判官は必ず原告か又は被告かを所有者として承認しなければならなかつた。然るに後に、一方的訴としての *vindicatio* が承認せられるに至つて、初めて占有の訴とが分離するようになったのである」と (*Dernburg: Entw.*

cklung und Begriff des juristischen Besitzes. 1883)。

イエリングはこの兩者の先後を論じて「占有の方が先であつて、所有は後である。人は所有なしに占有を考えることはできるが、しかし占有なしには所有を考えることができぬ。占有の所では少しも所有權に遭遇しない、その概念についても、その成立及び消滅についても又その保護に就いても。我々は若し必要とならば全占有教理を、ただ一回だけでも所有という語を用いずして説明することができ。しかるに同じ試みを所有について遣つて見るがよい。この場合にも我々は占有を放棄してしまうことができないだろう。全所有教理を通して占有の概念が我々を引きはなさないのである。既に所有教理に於ける第一歩に於て然りなのである。所有概念に於て、占有は所有の内容的要素をなすものとして我々にあらわれる。占有は所有の經濟的利用の、事實上の前提要件をなしている。占有自身はそれ自らとして何の價值をもつていないが、所有者が物に關して、事實上及び法律上の處分をなし得るためには占有が存在していなければならぬ。占有なしには所有は空名であつて、恰も我々の手に届かない、高い所に掛つてゐる物に譬えることができるであらう。次に第二に所有の成立する所に我々は常に占有に遭遇する。即ち、その成立の重なる三つの種類たる、先占、引渡、收得時効は何れも占有を要件としてゐるのである。第三に所有物返還の訴 (rei vindicatio) の形に於て、所有權を裁判上に行使する場合に、我々は又占有に出くわす。即ちこの訴えは占有の喪失を前提としてをり、且つその回復を目的とする。所有の經濟的利用たる、uti, frui, consumere は殆ど訴えの原因とはならない。所有の訴えに於ける爭訟材料は、殆ど絶對的に占有の供給する所である。占有は所有とは獨立である。占有は所有から何ら得るところがない。之に反して所有に在つては訴えに於て占有が外にあらわれている。換言すれば所有は占有をば概念上の前提として有つてゐる。要するに占有は所有から概念的に獨立であり、所有は占有に概念的に従屬するのである。占有概念よりも理論的優越を有つというのが結論である」と。

我々は以上のイエリングの主張を見て特に感ずることは彼の先後優劣の較量が著しく概念的であり論理的であるということであつて、歴史的に果してそれが事實であつたか否かは甚だ疑わしいということである。彼はそれに續いて自己の所論が事實的にも妥當なる所以を實證せんとしているが議論の根據が上の如き論理性にある以上、彼の歴史的的研究なるものが果して信賴するに足るか否かは甚だ疑しいと評せねばならぬであらう。

所有權が占有を伴う——要件とする——權利であることは多くの歴史家によつて明かにせられた所であるが、しかしそれは所有權なしに占有が存在し得る、存在し得た時代があつたかどうかの證明にはならぬであらう。殊にイエリングは所有の問題について所謂客觀說をとり、サギニーの *animus domini* を極力論難する態度をとつたからして、所有の要件として占有を重視するようになったのであつて、此の點からして必ずしも占有が所有に先立つという論果は直ちに得らるべくもないと考へざるを得ないのである。

所有權の問題はローマ法に於ても頗る緊切なるものあり、恐らくは法律の土臺石をなすものであつた。キケロもローマの國家及び都市の建設されたのは専ら所有權の保障のためであるといつたと傳へられている。宗教も有力に所有權を保護したのであり「エガイアの仕方書」(*Weisung der Vegaia*) と稱せられる書には之を直接に世界創造に結びつけたことが記せられている。人間の生活が何ものかの所得の上に立つものであるとすれば、所有の思想は最も力強く生活の根柢に横わつてゐることはいうまでもない。それは動産、不動産を通して最も保護せらるべき、又は監護せられんこと(*custodia*)の願わしきものであつたにちがいない。*custodia* という語はローマ法の淵源にも用いられてをり、サギニーも之を以て「物の保管のために設けられたる特別の施設」の意味にとつてゐる。イエリングはこの語を *Obhut* と譯しているが、それは字義通りに國家の保護を要求するものであつたであらう。ベッカーは *Gewahrsam* という語を用いて物が財となることを表しているが *Gewehre* が一般に物、又は物品を意味するようになったのもそれが法的に保護せられたものであること

を言表しているのである。

ローマに於ては所有權と占有權とが併存していたことは恐らくは事實であつてその孰れが先きであつたかは我々にとつて重要ではない。またこの二つがイエリングのいうように共に不動産について殊に土地制度から發生したものであるか否かもこの際切要なる問題をなさぬ。ただ占有權が土地制度に多くの關係を有したことは次の事情からして明かであると思ふ。それはローマのラティフンディアの制度である。ラティフンディアはもと「ローマの土地」の意味であるが、それが歴史上特殊な意義を有するのはローマの領土に關する經濟的、法律的特異性によるのである。通説によれば、ラティフンディアとは「一個の通常の家庭が耕作し得る土地量以上の所有地」を意味する、それは勿論地理的概念でなく所有的概念であり、經營的思想ではなく量的大きさに關するものであつた。

ローマがイタリア半島の一角に建國した小都市國家であつた時代から漸次その領土を擴大し、遂に地中海世界の王者となるに従つて、國制上に於ても大なる變化を閲したことは勿論である。共和政から帝政へ轉換したとき、ローマはもはや元の都市國家ではなく一つの巨大なる世界であり、東西の廣範圍に亘る諸國家、諸文化圏は一つの政治的力によつて集結せられ、所謂凡ての道はローマに通ずる世界國家の相貌を帯びることになつた。それはアレキサンドロス帝國の如く、特定の個人によつて建設せられた短命なる國家ではなく、ローマ市民の數世紀間に亘る努力と精勵とによる鞏固なる國家形態であつたのである、かくの如き偉大なる事業を達成するためには勿論武力が先頭に立つのであるが、その軍隊の中心をなすものはローマ市民であり、殊に國家の經濟力の土臺をなす農民であつたことも言うを俟たぬ。

所で農民は共和政時代には奴隸に對する自由民として身體的な自由をもつていたのみでなく、官吏の選舉、被選舉、立法政治に參與する自由が與えられていたが、帝政期となるに到つて國家の政治が皇帝個人の意志によつてなされるようになったてからは、元老院や民會は唯名目上の存在となつて漸く政治の中心から遠ざかり、且つローマ市民が帝國の全體に分

散して生活するために、市民全體が政治に參割することも事實上不可能となつた。

一方にローマの領地が擴大すると共に、土地制度についても種々なる特異なる現象が起つた。富めるものの野心は全プロヴィンキアの所有を目指し、果しなく所有地を擴大しようとする熱望 (*cupido agros continuandi*) は宛も熱病の如く彼等の間に蔓延した。共和末期以來、軍隊所有者が政治の實權を握り、共和政の代表者、元老院が政治活動から離れ地方の地主となるに及び、土地に對する執着は愈々熾烈とならざるを得なかつた。皇帝及びその一族は盛に私有財としての土地を確保せんことに努力する。軍人はその軍功に對して土地贈與の恩惠に浴せんとする。カエサルはその軍隊に土地を給與し、アウグスツスも約十二萬の從軍兵士のために土地を買い、彼等を植民するために、土地を分與しなければならなかつた。かくしてラティフンディアの發展が共和制から帝政時代を通じて擴大こそすれ決して停止することなく、富めるもの力あるものは愈々所有地を兼併し増大し、中小土地所有者は漸次その土地を喪失して土地附小作人に轉落せざるを得なくなつた。*colonus* とはかくして生じた新しき農奴階級であつたのである。

このときローマはラティフンディア一元の世界となつたか否かは疑問であり、サルヴィオリの如くこの間にあつても小土地所有者、從つて中小農民階級の健在を實證せんとする人もあるが、ローマ世界の大勢は此の方面に進まざるを得なかつたことは否定し得ないであらう。

ここに於て我々は次の事實に注目すべきである。ラティフンディア制度の發展と共に、土地所有者と實際に之を耕作するコロヌスとの分裂が顯著になつたことがその一である。富める者、力あるものは兼併によつて増大した所有地を全部自己の力によつて耕作することができない。ラティフンディアとは抑々一個通常の家庭が耕作し得る土地量以上の所有地を意味するからして、その發展は自らかかる事態を作うことは勿論である、ところが一方に於て自由なるローマ市民、殊に農民の没落がある。この没落の原因については種々なる説があるが、例えばテニ・フランクの主張するように、戰爭によ

る土地荒廢に加えて、ポエニ戦争以後永年に亘る外征によりローマ市民は勿論ローマの宗主權の下にある自由市、同盟諸市の人民をその産業部門から隔離し、彼等の宗族が負債に苦しみ、その所有地を債權者の手に渡さねばならなくなつたと、及びポエニ戦争後のシシリ島を初めとする屬州の増加により其處から輸入される多量の穀物がイタリア市場を攪亂したことなどが擧げられるであろう。従つて中小農民の没落は愈々土地所有者とコロヌスとの懸隔を大ならしめる結果となつたのである。

コロヌスはローマ土着の自由なる農民であつたが、上の事情により没落の一途をとつて地主邸の周りの場所 (*vici circa villam*) 又は後庭の小舎 (*casae*) に棲んで専ら耕作に従事する小作人となつた。彼等は勿論土地の所有權を有しないが、決して奴隸でなく、ただ耕作地を地主から賃借して生計を立てる人々である、そしてパウルスによれば、この小作關係は通常五ヶ年期限であり (*Iustum*) それには一定の地代が豫定せられ、且つ一切が契約によつて規定せられていた。ローマ法に於ては契約は一方的意志によつて成立するものでなく、双方の合意によつて決定するものであるからコロヌスも此點に於て一種の獨立的人格であつたと見なければならぬ。ウルピアヌスが「コロヌスの使用する奴隸」について語つてゐるから彼等も亦若干の奴隸をさへ使用してゐたのであらう。奴隸はその生活様式が如何に變化しても、依然として奴隸であり彼等は人格としてではなく、物として、道具として取扱れてゐたことは勿論である。しかし四世紀以後に於ては自由にして獨立なるべきコロヌスも人格的自由人でありながら、耕作地に繫縛せられ、身體的自由を失うに到り、遂にコンスタンティヌス帝が自己の屬州人民に發した勅令に見られるように「脱走を企てるコロヌスに對しては、地主は、奴隸に對すると同様に足桎を嵌めることを得る」までになつたのである、そして遂にテオドシウス法に於て見られるようにコロヌスは一種の永久法によつて繫縛せられ、彼等は完全な自由市民の如く自由にその欲することを得ない、假令彼がその耕地を去つても地主は彼を連れ戻す十分な權利をもつようになつた。

コロヌスには多くの種類があり(例えば *originalis*, *ascripti*, *inquini* 等々)決して一樣には論ぜられないが、此等のコロヌスを通して一般にその本質を見るならば、かつて井上教授が明晰に論結せられたように(井上智勇著ローマ經濟史研究一〇一頁)、一、彼等は自由人である、法的には地主と同等の權利の上に立つてゐる、それ故奴隸には不可能な土地私有さえ許されている。二、地主に必ず通告するという條件つきではあるが、彼等は自己の財産を譲渡したり遺贈することができた。三、如何なる法も彼等が裁判の出延を禁じていない。むしろ彼等は時に證人として、時に控訴者として、時に告訴者として出頭する。そのみでない彼等は地主に對してさえ告訴する權利をもつていた。四、教會もコロヌスと奴隸とを決して混同せず、地主の承認する場合にはコロヌスと雖も僧侶となり得たが、奴隸は地主の許可ある場合も教會は之を僧籍に入れることはなかつた。

これ等の事實はコロヌスが自由人として法的社會的承認を受けていたことを明證するものであつて、よし彼等が土地に縛られて「完全なる自由」を喪失していようとも、奴隸になつたのではないことは確かであり、逆に又、奴隸がコロヌスになつたのでもなく、いわばコロヌスは自由と非自由との間に挟まれた雑多な不自由をその性格とすると結論する他はないと考えられる。

この點からして我々の問題に歸つて、ここに所有と占有との區別が何に由つて分岐して來たかを究明すべき手懸りを得ることができると思う。所有は *dominus* であるが、それは主として地主の權利であり、これに對してコロヌスが何等かの所有權を有すとすれば、それは所有から區別せられたる占有權であり *possessio* であると考え得ないであらうか。フュステル・ド・クランジュによれば、コロヌスに對して地主は屢々 *dominus* という語であらわされたという。けれどもそれはコロヌスに對する主人という意味ではなく、土地の主人、土地の所有者即地主を意味するのである。土地の所有者を *dominus* とし、例へば *dominus fundi*, (*Cod. just. XI. 51*) *domini praediorum* (*ibid XI 48*) 等の用語法によつ

て明知することができらるであらう。コロヌスは地主の小作人として經濟的支配下にあるとは言え、決して全體的に地主に隸屬するものではなく、況や地主は奴隸の如くコロヌスを物として所有するのではない。勿論時代の進展につれて、地主とコロヌスとの關係は愈々緊密を加え、人情的にも殆ど主従の關係を醸成し、三五六十年頃の立法者は地主を「コロヌスの保護者」とよんだと伝えられてはいるが、既に四〇〇年頃の法令の上には「誰れかの所有に屬するコロニ」(coloni quos quisque possedit, Cod. just. XI. 48. 14) という表現が用いられているのを見出す。この場合所有をあらわすに *possessio* という語が用いられているのは我々にとつて注意せらるべきである。それは *dominus* ではなくして *possessio* であつた、前者は正當なる法的所有であるが *possessio* は必ずしも法律的な術語としては此場合用いられていないと云える。何となればコロヌスは如何に長年——通常男にあつては三十年、その妻の場合には二十年の時効が定められている——地主に隸屬し、時としては親子二代に亘つて同一の地主の下にあつて殆ど半永久的に土地に繫縛せられているにせよ、コロヌスは決して奴隸ではなく、物品の如く地主に所有せられる理由がなかつたからである。ところが *possessio* は法律用語として用いられるときは所有とは異つた「占有」の意味をもつ、そしてコロヌスは土地に對して所有權を有しないが占有權を有することとなる。勿論彼等には完全なる法的權利が認められず「殆ど土地に捧げられたる奴隸」のようにも見えたのであるが、我々の言わんとするのは、ここに所有とは異つた一つの權利が——占有權が発生しつつあつたのではないかということである。何となれば占有權とは主として貸借權、永小作權、質權等の特殊なる權利を中心として發達したものであり、そしてこれらが地主と小作人との間に發生した、又は發生すべき權利であることは明かである。所有と占有とが分離して、別個の法規となつてからは、それらは互に無關係に存在し得る筈であつて所有者に非る占有者、占有者に非る所有者が存在し得なければならぬ。ローマ法の淵源に於ては、所有と占有とが明別せられていたことは、例えばウルピアンが「所有と占有とは何等共通するところがない」Ulpian in 1. 12, § 1. D. 41. 2. nihil commune habet proprietatis

cum possessione と記し、又 ヴェスレイウスが所有と占有とを混同してはならぬ (Venuleius in 1 §2. pt. D. 41. 2. per-misceri causa possessionis et usufructus non oportet: quem ad modum nec possessio et proprietates misceri debent) ことを述べている。このとき所有を意味する語は *proprietates* であるが、それが *dominus* と同義をもつていたことは例えばウルピアンの次の記述によつても分るであらう。—— *quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor non sit; fieri potest, ut possessor idem dominus sit* (占有は所有から分離せられていなければならぬ。故にこうすることもできる、即ち或る人は占有者であり所有者でない、或る人は所有者であり眞に占有者ではない。又こうすることもできる、即ち同じ人が占有者であり所有者でもある)。我々はこれによつて所有物は *proprietates* とよばれ、その権利は *dominus* であるが、占有が特に *possessio* としてそれから明別せられていたことを知るのである。

然るに所有と占有とが常に随伴して、決して分離すべからざるものであるという説をなすものがある。イエリングはその随一であつて彼の持論として「所有なき所には占有もなく、所有ある所には占有も亦ある」というのである (Hering; Über den Grund des Besitztshutzes S. 145)。そこで所有と占有との外延的結果の證明は二重になすことを要する、(a) 占有は所有よりも遠くは達しないということの證明、(b) 占有は恰も所有と同じ廣さに達するという證明、イエリングはこれらの證明をなすために、種々なる實例——例えば家子の占有無能力等——をあげて説明し、占有は所有權保護のために認められたものであるから、所有權の成立し能わざる場合には占有も有り得ないし、所有權の存在する限り、占有は必ず存在するということを極力主張せんとしている。しかしこのことが「奴隸は一般に何等の權利をも有しないのだからして、占有する能力もない」というほどのことならば勿論のことであつて敢えて論議を要しないであらう。コロヌスは奴隸でないからして所有權を有し従つて占有權を有するのである、所有權のないところに占有權もあり得ない、しかしそれ

にも拘らず或人は所有者であり、或人は占有者であり、又ウルピアンが言つたように、同じ人が所有者でもあり占有者でもあり得るのである。第一の證明、即ち所有のない所に占有もないことは容易に證明することができるが、第二の點即ち所有のあるところに占有があるか否かは不明であるといわねばならぬ。何故なら所有權はあつても必ずしも占有の事實はなく、この事實のないところに所有者が地主として、コロヌスから分岐する所以があつたからである、所有權のあるところには必ず占有權もある、しかし必ずしも占有の實はない。

この二つのものが純然たる法的權利としてはイエリングの言う如く隨伴權をもつてはいるが、法的事實としては必ずしも同一ではあり得ない。但しイエリングの如く、占有は所有權保護のために認められたものであるというならば、彼の言う所も正しいが、占有が所有とは別種の事實であるとするならば、占有權の存在理由も亦別に求められねばならぬである。

抑々隨伴性とは決して兩者の同一性をとくものでなく、互に明別せられていながら密接なる關係のあることを主張するにすぎぬ筈である。それ故に同一人が時に所有者であり、時としては占有者であつても何の差支えもない。イエリングもこのことを認めていた、否認めざるを得なかつたことは次の記述によつても知られよう。「ローマ法の淵源に於てこの二つを區別するのは實際上、又は學理上、占有は所有に對して獨立しているという意味に於てである。占有の問題に對しては權利（本權）は無關係である。占有の所に於ては所有の問題に立ち入ることは本質的に排斥せられる」(op. cit. S. 45)。占有が成立しないならば所有權も亦存在し能わないというならば、意思無能力者は所有者たり得ざることになるではないか。占有のあるにも拘らず所有權の存在しない最も顯著なる場合は、未だ取得時効に達せざる間の占有であつて、單なる *nuda fidei possessor* は如何に長く占有したとても所有權を取得しない筈であるが、イエリングはこれらのことを如何に説明せんとするのであるか。

占有者が單に所有者に限られ、占有のあるところ必ず所有がなければならぬとするならば、占有理論は極めて簡單であるが、古來の法律は、明かに他人の所有權を是認しつつ、その物を所持する場合にも尙占有の成立する場合があることを認めているのである。イエリングはこれを派生占有としたのであるが、占有の特色はむしろこれらの問題に横つていのではないか、イエリングも亦「占有意思論」第十六章に於て質權者、小作人及代理人の占有を説き、十七章には疑わしき占有關係の名の下に、地上權者、容假占有者、事務管理者及び遺失物拾得者等が占有者であるか否かに關して歴史上の考察をなしている。就中賃貸借が彼にとつても占有制度の發展に於て、主役を演じているように見えるからして、占有が、一般に此等所有物の分化發點に於て現われた一つの權益であることはいうまでもないであろう。我々は勿論これらの一々に亘つて仔細に考究することはできないし、またその必要も茲にはないのであるが、例えば永小作權について一瞥を與えて、占有權の如何なるべきかを明にしたいと思う。

四

イエリングによれば永小作權の發端は、公有地の賃貸借から起つたという。そしてそれには運上地 (*ager vectigalis*) と開墾地 (*emphyteusis*) との二があり、そして更に後に至つて此の公有地の永小作に倣つて、私永小作が生じたのである。運上地はローマに於て發生した制度であつて、永久又長期間、運上金をとつて土地を賃貸した。開墾地は樹園又は葡萄園となすために、未開墾地を開墾せしむる目的を以て交付するもので、僅少な年賦金 (*canon*) を納める義務をもつていた。しかしこれはもとギリシア的なものであつて、それについて考えたのはただウルピアン一人であり、後には運上地と同一視せられるに至つた。ヘレニズム世界の王領小作人はローマのコロヌスと類似しているが、ただ異なる點は、彼等が原住村落に密着しているに對し、コロヌスは耕地そのものに繫縛されているということである。開墾地が假令ギリシア起

源のものであつてもローマに於ては漸次運上地に吸収せられるようになったのは自然であらう。短期小作人は掠奪耕をなし、又その期限の終りに、土地に必要な經濟行爲をなすことを怠りがちになるから漸次永小作制度に移つていつたのである。小作人にとつては、固有の利益が最も良い主人であるといわれる。殊に開墾永小作權に在つては、荒蕪地を開拓することは殆ど人の一生を費すべき勞苦多き仕事であるから、若しその地位を保障せられないならば、誰れも之を引き受ける人はなくなる。また運上永小作權に在つても短期小作人と違つて、入費のかさむ土地改良をなし、樹木を植え、工作物を設けることもできる地位に置かれるよう法律が十分なる保障を與えることが必要であつた。それは第一に永小作人の利益のためであるが、又同時に、地主にも之に劣らざる利益をもたらす。それは永小作人に所有者と同一の種々な權利——*revindicatio utilis*, *actio negatoria*, *confessoria*, *interdictum uti possidentis* 等の——を與え之を行使せしむることによつて、地主自ら之をなす勞力と煩雜とを省くことができるからである。よつて國庫、皇帝、都市又は教會の行政機關は好んでこれを賦與するようになったのである。この制度はさらに私永小作權にも及び、ユスチニアン帝が、永小作人の度々變ることを防ぐために、地主に、永小作權の讓渡を禁止することを許し、そして之に對し、高い同意料(*quingagesima pars pretii*)を徴するか、又は地主はその讓渡に同意しないならば、先買權を行使することを得るものとするに至つて、この制度は確立せられるようになったのである。

地上權(*superficies*)も亦ここに問題となる。それは定義通りに、或ものの上部、外面又は表面についてその利用、收益等を許す權利であるが、法律語としては特に土地に結合し、且つ地上に立てられた建物の義として用いられた。地上權者が *petitorisch* にも *possessorisch* にも保護せられていたことは疑いないことであり、護民官は之に對して、地上權固有の禁令を與えた。そして地上權も亦、起源的には國有地について行われ、國家は此場合特に、その建築者を保護するためにその者に土地を賃貸し、之に對し賃借者は一定の年賦金(*solarium*)を拂うべく義務づけられている。古代に於ては地上

權は賃借と混同せられていたが、後には地上權を保護する禁令の中に、*actio in rem utilis* を包含するようになり、且つこの訴は地主が地上權者の占有を奪つた場合にも適用があるとせられるに至つて、地上權の物權的性質が確立するに至つたのである。かく國有地について發生した地上權は都市に依つても實行せられ、後にはそれが又個人間の慣行ともなつた。

地上權者は占有を有するか否かの問題につき、イエリングは部分的地上權と、全部的地上權とを區別し、前者は準占有者に過ぎないが、後者は永小作權と同様、固有の占有者でなければならぬと論じている。部分的地上權とは、他人の住んでゐる家の或る階を占有する場合であり、パピニアンが「生涯の住居權」*quasi loco possessoris* と呼んだものが之に當るのである。全部地上權とは「建物の全部、従つて又土地をも、地上權者が排他的に所持する場合」である。地上權も永小作權も共にローマ古代以來傳統した制度であつてその起源はかなり古いものと見られねばならぬようである。

地上權者が土地の占有者であるとするならば、その所有權關係はどうなるか。地上權者が所有者でないことは既にガイウスによつて表明せられてをり、サギニーも之に賛成しているが、近代に於ては地上權者を利用所有權者と見る傾向も行われてをり、そうすれば所有との區別が判然としないことになる。

占有と所有との關係に就いて、原始法以來の思想の變化を最も明瞭に示すものは、ローマ法の質權の制度であらう。質權には信託質權 (*fiducia*) と動産質 (*pignus*) 及び抵當 (*hypotheca*) との三種があるが、一は質取主へ所有權の移轉するものであり、二は質入主が所有權を保留しつつ、質物の占有が質取主へ移轉するものであり、三は所有も占有も質入主にあつて、質取主は單に一種の物權を取得するに止るものである。*fiducia* は *fedo* より由來し、信任の義であつて、質權者が誠實にその目的に適うように行動すべきことを指し、その約束のことを *pactum fiduciae* と謂つた。*pignus* は *page* 又は *pango* から出た語であつて、固着 *festmachen*, *befestigen* と同じ意であり、*hypotheca* は希臘の *ὑπόθηκη* であり、

下に在る物の意味である。

質權は地上權又は永小作權とは異つて、その客體は土地に縛られていない。抵當は明かに不動産たると動産たるとを問わなかつた。動産質はいうまでもなく動産的なものである。(ガイウスも *pignus proprie rei mobilis constitui* と言つてゐる)。信託質は所有權を他に移轉するものであるから餘程の信用がない限り損失を蒙ることが多いから、所有權を移さずしてただ占有權を與える第二の *pignus* が發達したのであり、我々はここに所有と占有との明確なる區別を見ることができるのである。第三の抵當質は之を伴つて發達した制度であつて、賃借人が質物を供して、借貸滞納の場合には之を保留し得べきことを約するのである。

一般に質權の發達は、所有權の外に尙一つの物權の存在することを我々に意識せしめ、就中これを占有權として確立せしむ點にある。そこで質入主は所有者であり、質取者は占有者であつて二つの物が二人の主人に仕えることになつて、所有と占有とが斷然として分岐せざるを得ないから、我々はそこに占有權の何たるかを明知する便宜をもつものである。但し第三の *hypotheca* は元來質取主が質物を占有するものでなく、ただその下に置くのみであるからそこには占有權の概念が明かにせられていないとも考えられるが、しかしローマ法では *pignus* と *hypotheca* とは同一の權利關係として視られていた(例えばマルチアヌスは、ビグヌスとヒポテカの間には抵當の訴に關しては何らの相異もないと言つてゐる)からして、占有の思想はヒポテカに於ても十分に確認し得るのである。

所有と占有との區別は質權に於て明確に看取せられるようになつたが、さらに役權(*servitus*)に於て我々の考察を強うる種々なる問題をはらむことになつた。役權とは他人の物を利用することが物權と認められる最も顯著な例であつて、語源的には *servus* 即ち曳き進む(*fortschleppen*)の義であり、捕虜を奴隸としたことから起つたことである、その點に於て役權は多く人役權であるが、しかし單に人的關係に止らず廣く他人の物を使用し利益する權利を意味する。例えばローマ

法に於て占有保護を與えている地役權には、通行權 (*interdictum de itinere actusque privato*)、通水權 (*int. de aqua cottidiana et aestiva*)、汲水權 (*int. de fonte*) 等がある。人役權に屬するものとしては、用益權 (*usus fructus*)、使用權 (*usus*)、住居權 (*habitatio*)、及勞役權 (*operae servorum et animalium*) 等が主なるものであつて、その原始的な、且つ通常な形式は、寡婦に人役權を遺贈することや、子が第三者から受けた財産に對する父の法定用益權、又は過失なくして離婚せられた者の受くべき役權等にあつたといわれる。この點からして役權が果して物權であるか又は單なる債權にすぎないかは多くの議論の存する所であり、またこの場合に、占有權が如何なる意味をもつかということも議せらるべきであるが、我々にとつて重大なのは役權に於てこれらのことが問題とせらるるだけ、それだけ役權が所有の問題の一つの過渡點に立つてゐるということである。第一に役權は地上權として土地に關係しているが、*servitus* として元來は奉仕の意味を有し物の用益よりも人の使用關係をあらわしている。それは即ち土地から家に移らんとする過渡を示しているのである。若しイエリングの根本思想——占有は土地から發源し、握有は、ローマの家に淵源を有するという學説が假りに正しいとすれば、我々はこの益權に於て占有から握有への移行を見出すといわねばならない。

次に役權はかなり早く認められ、ローマの古代法は所有權と役權としか知らなかつたとさえ言われるのであるが、人役權の中には物の全體的利用が與えられる場合があつたからして、實際には之を完全に利用することができず、所謂虛有權 (*nuda proprietas*) とならしむる場合が少くなかつたのである。此點に於て役權は單なる權利としては多くの價值を有せずそれが實際に行使せらるることによつてのみ有效であることを、即ち單なる所有であるよりも握有に近からんとすることを示している。我々は占有の問題から漸次 *Detentio* に移らんとするのであるが、この過渡を考えしむるものとして役權が視野に入り來るのである。

此の點に於て忘れてはならぬことは賃貸借 (*locatio conductio*) の問題である。賃貸借はローマ法に於て、占有を有せざ

るものの代表的な例として、つとにパウルスによつて賃借人は占有を有しないことが明言せられている。また賃借人が占有を受くる旨の合意は無効であると定められ、賃借人が死んで、その相續人は賃借關係を知らず、寧ろ其の土地は被相續のものと考え自ら之を占有した場合にはラベオは之を *Detentio* としてゐる (*Labeo in l. 60 § 1. D. 19, 2*)。

イエリングは賃貸借の起源をローマの家族制度から發展したものであるとしたのは注意に價する。例えば或人が家を賃借してそこに住居するとせよ、その時この賃借人は *inquilinus* と呼ばれるのを常とするが、フェスツスの定義によれば、インキリヌスとは、家主と同じ家に住む者の義でありそしてこの關係たるや我々をして親の家に在る子の關係を想起せしむるものがある。そしてそれは共同占有という點からも然うであるが、又人的從屬の側からも然うであつて、家主は賃借人を店子として慈しむと共に、又何時でも門外に放逐することができたのであり、彼れのみがその家權 (*Hausrecht*) を行つたのである。

我々は上に *colonus* を小作人として考えたがこの語源である *colore* には *pflügen* と *verweilen* との二義があり、前者から小作人の意が出てくるが、後者にとれば住居者となりそれは殆ど *quilinus* と同義となるであらう。因に *cultus*, *cultor* 等も同じ語源から生じ、生活に必要な手入をすることを意味するが、それから種々な儀禮や *culture* の意も派生したわけであらう。

イエリングはそこで言う「コルメラの収益賃貸借關係を記述したところ (*Columella: De re rustica II. 7*)」によれば、部分的賃貸借は収益賃貸借の通行の形式であつて、コルメラは常に *coloni* という複數の形を用いている。而もそれは複數の土地についてではなく、一個の土地を占有する場合である。このことからして、土地は全部として賃貸されず、之を區分して賃貸されたことが知られる。大に注意すべきことは、コルメラがこの収益賃借人の關係を記述した方法であつて、之に依れば、収益賃借人は、廣義の家族に算えられているのである。それは父から子に互に相續する關係であつて、即ち

収益貸貸借に於いてもその關係は家族關係に酷似しているのである」(Jhering, op. cit. S. 117—118)。

inquilinus に關聯してローマの家族制度に於て見られるものは *cliens* と *patronus* との關係である、*cliens* はギリシア語の *κλῆς* から由來して「聴く」という意をもち、*patronus* の命令に聽従するもの、即ち「從屬者」を意味する。彼等はパトロンの家族に屬し、その土地の一部を受けて耕作し、パトロンの家畜を牧したが、決して家族員ではなかつた、パトロンは訴訟に於てクリエンスを代表し、その財産及び法律行爲を承諾し、一般に彼等に凡ゆる保護を與えた。クリエンスはパトロンの服従する義務を負い、彼を護衛し、戰爭に従軍した。それは奴隸とも勿論異り、前記のコロスとも同一ではない、家族の一員ではないが、親しく家族に内屬して謂わば、家の子郎黨をなしていたのである。

この場合の *cliens* は如何なる占有を有したと考うべきであるか。ニーブルによればパトロンは自己の占有する公有地 (*ager publicus*) の一部を、クリエンスをして耕作せしめたとし、サギニーは之に同説して「公有地の上に貸與せられた農民財産に關する、パトロヌスとクリエンスとの封地關係 (*Lehen-verhältnis*)」について言つているところを見ると、これは恐らく後に發達した封建制度に類するものであつたであろう。それはコ罗纳トスに於けるように、經濟的關係ではなくむしろ家族的關係であり、パトロンかクリエンスに與えるものは恩惠的利益であつて必ずしも法律的關係でなかつたと考えられる。従つてクリエンスの所有するものは純粹なる占有ではなく、容假的であり、所謂 *precarium* と名づけられるものである。デルンブルグはこの制度の發展につき次の如く説明している (Derenburg; Pandekten II. § 91)。

「プレカリウム (*precarium*) はローマに於て太古時より重要な社會的の、但し單純な事實上の關係であつて、之によりてパトロンかクリエンスに、後には一般に貴族又は富豪が自己に從屬する小民に、恩惠よりして、無償で利益を與えた、それは受領者の信義關係 (*Treueverhältnis*) を創つたが法律關係ではなかつた。何となれば權利は古ローマの觀念に従えば、一定の閉鎖的な限界を有し、その内で形式と規則とが支配していたのであるから。ところがプレカリウムに對しては

その限界の外に在るということがその特色をなしていた。即ちローマの觀念に従えば、プレカリウムは契約に基づくものではない、著し物の返還につき契約が締結されたならば、そ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、如何となれば之は一つの契約によつて支持されるものであり、それはプレカリウムに豫想されたと看做すことができないから。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いた。取戻權の拋棄は法律上無効であつた。……帝政時代に至つて容假占有者の責任を加重し、重過失は之を故意と同一視し、更に遲滯の原則に従つて、偶然の事故に對しても責任を負わしめた。又最後には、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得しめた。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。然るにユスチニアンのパンデクテンには、その外に口約の訴 (*actio praescriptis verbis*) 即ち契約上の訴えが與えられた。之はクラシック時代の後のことであつて、決してこの制度の正しい見解に屬するものではない。」

precarium は *precare* から出たものであつて「懇願」を意味するところからして、その第一の特質は恩惠又は慈惠の種類 (*genus liberalitatis*) に屬し、或は恩惠原因に基く (*ad beneficii causam*) ものであり、従つて第二に何時にても之を取戻しうることを特色としてゐる。恩惠的關係は勿論法律上の關係でない。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 *precarium* であるとするならば、我々はここに所有の問題にづいて一つの新しい概念をもつことができるのである。それは占有から *Detentio* に移るべき一つの契機であつた。我々はここに所有形態としての *Detentio* の問題を改めて考察すべき場所に達し得たのである。

五

以上に於て我々は所有の問題について *dominium* と *possessio* と *detentio* とを區別して、それぞれの意味を明かにし、

併せて所有概念に於けるそれぞれの位を定めんとしたのであるが、それは要するに所有形態としての Detentio の概念を明確せんとすることに最後の目的をもっている。イエリングの「占有意思論」も當時の法學的方法の批判を同時に志すものであつたが、畢竟するにデテンチオの思想を闡明するところに重なる任務をもつていた。彼は當時の概念法學に慊らずして、歴史的の方法をとらんとしたが、その業績が果して彼の志すところを果逐し得たか否かは疑問とせられている。歴史的の研究を通じてその本質を明かにせんとするのは極めて困難な仕事であるが、フュステル・ド・クランジュの考えたように、制度の前に事實がある。法律制度の如きは多くはこの事實の要求からして之に應じて制定せられたものであるとするならば我々は先ず所有の事實とその淵源とをできるだけ究明しなければならぬであろう。概念的に dominium は最も廣く且つ基本的であり、それから possessio と detentio とが分化發展したと考えられねばならぬようであるが、所有の事實は却つて Detentio に於て最も早くあらわれている。前にも言つたように、デテンチオは事實として最も早く、制度としては最も遅く認められたものである。それはイエリングの所謂「野の鳥」として久しく所有權の外に放置されたものであるが、事實としては最も古く人間の社會にくい入つた根本的事實であつたのである。それ故に Detentio の發展は所有概念の發展の歴史と一致するといわねばならぬであろう。歴史を通じて本質を明かにせんとする我々の試みはこの意味に於てであり、しかもこの意味に於てのみ可能であると思われるのである。

Detentio は單に所有の意思でなくその事實であり、單なる權利でなく事實關係を意味している、それは dominare ではなく possidere であり、さらに possidere ではなく in possessione esse である。所有 (έχειν) と所持 (κτείνουσι) とを明別することは既にプラトンに於ても見られる (Platon; Theaetetus 197)。我々は衣服を所有していることと現に之を身につけていることは必ずしも同一ではないであろう。一つの外國語を學び知つていても、之を活用してその外國人と會話するに非ずんば、語學力を所持しているとは言えぬであろう。デテンチオはまさしく所持であつて單なる所有ではない。占有も

亦單に所有權を有するのみでなく、現にそれを占領することであり、*besitzen* 即ちそこに座りこむことである、土地の所有は先ずこの占領から始つた。占有の端緒は先ずこれを手にとり、手中におさめ、手もて握ることに始まる、握有 (*Detentio*) とは即ちこの把握的な所有を意味するのである、従つてここでは所有の意思又は *animus* よりも現實に之を把握しつつある *corpus* がより重要な契素をなしていることも自明である。所有の概念に *animus* と *corpus* との二要素の必要を説かれたことは久しいが、この二要素の消長によつて、所有の種々なる形態が分岐してくることに注目されるようになったのは比較的近代の事に屬する。*dominium* に於ては *animus* が優勢であり *Detentio* に於ては *corpus* が優位を占め、その中間にあるものが *possessio* であるとすれば、この三つの所有形態の關係も大凡知解せられ得るであらう。尤も歴史的には、時間上此の發展の順序にあつたのではなく、恐らくはこの三形態は同時に併存したのであらうが、にも拘らず我々はこれらの區別を明晰に見ることができるのである。また歴史的事實としては、前に述べたようにこの三者は複雑なる關係に於て互に入り交つていたであらうが、にも拘らず我々はこれらを或意味に於て——フュステル・ド・クランジュの用語の意味に於てアプリオリに明別することができるのである。それは概念的アプリオリではなく、謂わば歴史的或は人生觀上のアプリオリである。*Detentio* に最も遅く、漸く近代に到つて強き法的權威が賦與せられるようになったのは何よりも近代的社會觀に據ることは後に説明せらるるであらう。

イエリングによれば *Detentio* の制度はローマの原始時代から存したものであるというが、デルンブルクは、占有と握有との區別は、ローマ帝政時代に至つて始めて生じたものであつて、共和時代の最後に位する *Quintus Mucius Scaevola* はこの區別を知らなかつたか又は少くとも之を標準としては認めなかつたと言つてゐる (*Derenburg: Pandekten I. 394*)。この孰れの説が正しいかを決定することはできないが、この制度が既にローマ時代にあつたことだけは確かであらう。

イエリングは *Detentio* について、一、絶對的なもの、二、家族的なもの、三、契約的な關係とを區別しているが、

第一は例え不融通物又は不在者の土地の類であつて、他人の占有することを許されざる物であり、第二は奴隸又は家、妻の占有であつて、此等は無權利者であり、自ら占有することを許されざるが故に、その占有は單なる握有とならざるを得なかつたものである。第三の契約的握有關係は三者の中最も新しいものであつて、その起源は家族的握有關係よりも新しいと考えられる。何となれば、古代ローマ人は自ら土地を經營し、その力が足りなければ家子、妻子及び奴隸をして耕作せしめたからして土地を他人に賃借する必要はなかつたし、又自ら住家を有せざる貧民は他人の家屋を賃借する者はなく、衣食に窮すれば、奴隸に身を落したからである。

そして第一はローマの家に於て發現したものであり、第二はむしろ「家」からの解放、及びその家以外の關係への轉移であつて、しかも其は先づ土地についての關係への轉移であつた。これに對し第三は動産についての關係への轉移であつた。そしてこのデテンチオという概念を發現せしめたものは、第一の段階に於てはローマの家族制度であり、第二の段階に於ては實際上の利益であり、第三の段階に於ては、それは法律上の推論の結果であつたとイエリングは言う (op. cit. S. 134)。

しかしデテンチオの概念は以上によつて完成したわけではない、後期ローマ法に於ては尙二つの適用の形式が見出される。その一は代理の目的 (Stellvertretungsweck) に應用したことであり、その二は他物權 (ius in re) と結合したことである。此等の點について詳述することは今は避けよう。要するにイエリングの根本思想は、握有概念の原産地はローマの家族制度であつて、それは恰も占有の思想が土地制度に淵源するものと對照せられそして規定せられているのである。

この點は歴史上最も問題となることであつて、果してイエリングの如く、占有と握有とがその起源を異にするものであるか否かは尙歴史家の精密なる研究に俟たねばならぬが、ただ一つ明確なことは、ローマ法に於てはデテンチオが自然的所有 (possessio naturalis) と名づけられていた點からして、それは字義通りに人間の自然的なる状態に於ける所有で

あり、一般庶民の所有の事實であるということである。貴顯又は富豪は力あるが故に多くを所有するが、家子、庶民は人間としてその生存に缺くべからざるものを所得せんとする。それは法以前に又は法以外に、人間の存在の故に所有せられたるもの、又は所有せらるべきものである。前にものべられたように、自然的所有とは第一に廣く、市民法の保護を受けなかつた總ての占有を指すが、第二は禁令占有 (*Interdictenbesitz*) として後に至つて護民官の命令によつて保護せらるるに至つたものを意味するのであるが、イエリシグは別に新しい意見を立てて、*naturalis possessio* の中に *detentio* と *corporalis possessio* とを區別して、後者は單に事實的握有であるが、デテンチオはこれらの中に於ても尙何らかの法律上の保護を受けるものを指そうとする。自然的所有は單にそのままでは所有の事實であつて、何らの法的な意義を有しない。

苟くもそれが握有權として法的意義を有するためには何らかの權利意識を有し、且つそれが保護せられるものでなければならぬ。例えばクリエンテス (隸屬民) とパトロヌス (保護者) との關係は家族關係の代表的なるものであり、それは保護と信賴とによつて結ばれた恩惠的關係であるからして、そこには未だ嚴密なる法的關係は成立していない。ローマの市民法 (*ius civile*) は平等の法的地盤の上に立つ者の規定であるから、本來支配と隸屬との上下關係に於て成立するこのクリエンテスの制度は當然市民法の外に立つべきであつて、保護者は被保護者に對しては倫理的乃至は宗教的責任を負うても法的責任を負うものではない。しかしクリエンテスはパトロヌスに對し、種々なる勞働奉仕をなすのみでなく、保護者の所有地を賦役と物納とを代償として永小作する場合もある、そしてそれはやがて永小作權に發展すべき萌芽を有することは見易き道理であらう。このとき地上的な物を直接に把握するのは *possessio corporalis* であるが、單にそれのみにては未だ *detentio* とはならぬ。それが握有權となるためにはこの地上的物的關係に尙何ものかが加わらねばならぬ。

それ故にデテンチオはクリエンテスの制度に於てよりも、コロナトスの制度に於て稍々その明瞭なる姿をあらわすと云えよう。コロヌスは前述の如くそれ自ら自由市民權を保留し、司法權の主體ともなり得るのであつて、彼とドミヌスとの

關係は、クリエンテスの如き絶對的隸屬關係ではない。コロスは土地に縛られ、クリエンテスは人に縛られているといわれるのは兩者の異別を明説したものとして有名である。勿論コロナトスも長き慣行の後殆どクリエンテスと大差なき境遇に墮したこともないではないが、しかしそれはもともと小作人と地主との關係であつて、郎黨と君主との關係でなかつたからして、握有の法的意義はクリエンテスに於てではなく、コロナトスに於てより明かに見出さるるものといわねばならぬ。

イエリングによればこの問題に最初の發言を與えた法律家はマルツェルスであつて(Marcellus, in I. 12 de vi 43. 16) 彼の取扱つた事件は、賃貸人が土地を賣り、買主が自らその土地を占有せんとしたに對して、賃借人が之に反抗した場合であつた。この場合、マルツェルスは次の如き立場から立論している、即ち「コロスが、入り込む所有者を故意に禁じたのと、その人に所有者が占有を引渡すことを命じたであらうにも拘らず、それを許さなかつた買主とは全く同様である(nihil interesse, colonus dominum ingredi violentem prohibuisset an emptorem, cui jussit dominus tradi possessionem, non admisset)」そしてその意は、所有者自身が来るか、又は他人が彼れの名で来るか全く無關係である。同様に握有者が物を有償契約即ち賃貸借に基いて手に入れたか、又は無償契約即ち使用賃貸借に基いて手に入れたかも全く無頓着である。それは専ら彼れの拒絶に基くという一點に歸する。その拒絶が正當であるならば、然らば彼は事實上反抗をなすべき十分なる權利を有するのであつて、この場合には決して占有侵奪(Besitzentziehung)は存しないということである。

然るにこのマルツェルスの説と外見上反對する如く見える意見がパピニアンによつてのべられている。曰く「賃借人が賃借地の買主の占有を許さなかつた場合、賃貸人が直接に、又は他人により、暴力を以て任意に賃貸借を廢棄することは毫も妨げない」として、賃借人に正當なる拒絶をなすべき餘地を認めていない。イエリングは之を頗る怪むべき決定であり、マルツェルスよりも以後に果してかかる退歩が行われたか。パピニアンの決定は不可解であると白白している(opp.

cit. S. 440)°

こういう法規はあつたにしても握有が漸次一つの權利として認められるようになったことは時代と共に争われない事實であつて、原始時代には全く無保護であつたが、先ず自力防禦による保護と訴によるそれとが認められた、例えば、不正の訴 (*actio injuriarum*) は物の所持を保護するものであつて、占有たると握有たるとを問わず適用された。また賃貸借については前述の侵奪の訴を初めとし、暴力又は隠秘に對する禁令 (*interdictum quod vi aut clam*) があり、又公用地の握有關係に特別なものとして、公流地についての禁令 (*int. de loco publico fruendo*) があげられている。

後期ローマ法に於ては、この傾向は益々顯著となり握有關係は大に占有の保護に接近するようになった。その中有名なるものは、假訴訟 (*summarissimum*) と侵奪の訴 (*acti spoli*) とであろう。これらは嚴密に言えば訴權でなく、訴文に對する抗辯であつたが(サギニーの明説する如く)、實際には、直接に新しい占有の訴が之等の規則の中に含まれているものとして取扱われて來た。例えば、未だ裁判が決定しないとき、明白なる暴力行爲の危險が切迫していて單に裁判官の假處分によつてのみこの危險が避けられるような場合には假訴訟が有功に發せられたのである。

イエリングは握有概念の歴史を詳述したる後、之らをまとめて次の四の點に歸している。

一、原始時代に於ける占有と握有との對立、それは地主と小民との關係であつた。地主は小民に、その土地又は家屋の一部を、勞務、自然給付、又は金錢に對して、其の利用を許した。そして何時でも地主は、彼等を追い出すことができた。小民とはこの場合 *Klienten*, *Pächter*, *Inssassen* 等である。

二、同一物について多數者の利益が、法律上保護せられなければならぬという思想に達したこと、即ち所有者の外に人役權者、地役權者等が保護せらるるに至つた時期である。彼等にとつて *jus in re* が財産に對立すると共に法的所有が物的所有と明別せられるようになった。握有者はここに所有的なる保護 (*possessorische Schutz*) を得ることとなつたのである。

る。

三、第一の思想に基くものであるが、それとはまさに反對の形を取つてあらわれた。即ち占有は、所有者からして、所有者に對立する者に讓渡することが出来る。前者は所有的に無保護であるが、後者は法的に保護せられることになる。これが即ちローマ法の派生占有、プロイセン法の不完全占有の思想である。我々の見地から言えば、事實的な握有者に於て利益が非常に強調せられたことを意味するのである。

四、管理的握有關係 (Prokuratorisches Detentionsverhältnis)。之は全く占有者の利益のためのみに役立つものであつて、即ち占有は占有主の方に存し、代理人の側には單なる握有のみが存在することを認めるものであり、それは利益の思想がもち來すところのものを適切に表したものに外ならない。

要するに占有と握有とを對立せしむる歴史的發展に於て中心的なる意味を占むるものは、利益の思想である。そこにはサギニーの如き *animus domini* はその痕跡だにも見出すことができない、それが古代ローマ法に於て始めてあらわれたときにも亦それから漸次他に移るときにも、——要するに歴史的發展に於ける全過程に於て。所有の事實に役立つものは何處に於ても常に利益の思想であつたのである。この對立が占有意思の中に求めらるべきであるという見解はローマの後期の法律家の抽象であつて、その効果は徒らにローマ法を半世紀以上全く誤解の中に迷わしめたことより外に何ももなく、ローマ人自身が作り上げた所有權とは何の係りもないということだけだつたのである (op. cit. S. 463—469)。

イエリングは以上の如く論じて所謂サギニーの主觀説を徹底的に葬り去らんとするのであるが、これが果して正しいか否かについては多くの疑問があるにせよ、一般に彼の客觀説が *Detentio* の擁護に多くの力を致したことだけは認められねばならぬであらう。何となれば握有とは單なる精神的なる、又は權利的なる所有に非ずして、實質的な、物的なる、——その意味に於て自然的なる所有であり、そこにはアニムスよりもコルプス的なものが主位を占むるものであつたから

してである。イエリングの歴史的研究が極めて杜撰なものであり、彼の歴史的方法が往々にして概念法學の不純なる竄入に煩わされていることは批評家の指摘する如くであるにしても、彼が歴史の發展を通じてデテンチオの思想が如何にその本領をあらわし來つたかを周密に論明した功績だけは何人も認めざるを得ぬところであらう。

尤もイエリングと雖も所有意思が所有概念に不必要であるというのではない、否それなしには一般に所有の成立しないことは彼と雖も亦十分に認めている。代理によつて占有を取得する場合に於てでさえ、代理人自身に意思能力のあることを必要とすること、及び單なる空間關係から握有を區別するものは意思の有無に因ることを認めている。パウルスが他人のために占有を取得する者に占有すべき觀念 (*intellectum possidendi*)、或は少くとも所有すべき氣分 (*affectio tenendi*) のあるべきことを説いたのは有名であるが、イエリングと雖もこれをローマ法の淵源として準據しているのである。しかし占有と握有との區別が何處に求められるべきかについて、サゼニーは専らアニムスに據るに對してイエリングは次の如く論ずる。「握有者に於ける *corpus* と *animus* とは占有に於けるそれは全く同一種であるに拘らず、而も占有が成立しないで、單純な握有の成立する理由は、客觀説は之を法律が或る關係に於てそれ自身完全に存在する占有の事實に、實際上の理由からその效力を引き去るという點にあるとするのである」 (*op. cit.* S. 52—53) と。彼はこの結論に達した經過について亦語つていう。「占有の外部的事實、即ち所謂 *corpus* が存する場合、この派生した占有關係に於て占有が成立するか又は握有が成立するかを決定するものは、占有意思の相違ではなくして、基礎に横わる關係の性質、即ち占有原因 (*causa possessionis*) と予の稱するものがそれであつて、假令當事者の意思又は意圖に相反しても問わないのである」 (*op. cit.* Vorrede, S. 6)。

イエリングの客觀説は勿論アニムスを認めつつも、握有をして占有から區別せしむる所以が、この意思に非ずして、實際的な利益であり、この利益に關する法律上の所置であり、言ひ得べくんば即ち *corpus* であるという點にある。若し

ここにも一種の意志があるとするならば個々の具體的意思ではなく、いわば抽象的意思とでも名づけらるべきものでなくてはならない。買主、盜賊等にはそれぞれの意志があり、賃借人、使用借主の意思も別々である。然るに法律は彼等の固有の意志の結果を引き出し、一方には占有を與え、他方には握有を與えるのである。個人自身が此の意思傾向と及びそれから續出する結果とを知っているか否かはこの場合考察に入らない。法律は各個人の意思を取り扱っているのではなく、抽象的意思を取り扱っているのである。——そして事實に於てはこの意思に代うるに占有原因を以てするのであつて、その點に於て之を原因説 (Casuistik) と呼ぶことができる云云。

所有の概念について彼のいう如く具體的の意思が殆ど何の働きをもなさず、*animus domini* が占有の要件として追放されて然るべきか否かは大に問題であるが、握有が占有から區別せられるクリテリウムが *animus* に在らずして、*corpus* にあるということは充分に認めてよいであろう。我々はイエリングの客觀説を此の意味に解することによつて彼の説を救うことができると思う。我々は *Detentio* を所有概念の種々なる類型の中に於て、最も *corpus* 的要素の優位を占むるものと見る。そして歴史の發展に於て所有は *animus* 的なものから漸次 *corpus* 的なものへ展開したことを見出すのである。それ故にイエリングも結論して言う。「握有關係は、法律上の効果を有する人と物との關係であり、唯だ占有として許さるものよりは弱いだけである。物に對する法律上の關係の階梯に於て握有關係は最後の位置を占めている。第一の段階は、所有權並に所有權から支分した他物權 (*jura in re*) である。第二は善意占有 (*bona fidei possessio*) であり、第三は占有であり、第四は即ち握有である」と (op. cit. S. 51)。

以上の如くデテンチオは法律の發展段階に於ては最後に發達したものであるが、事實としては最初にある所有關係であつた。但しこの原初的握有は所謂 *naturalis possessio* として、實際には有力であるが、法律上未だ何等の保護を受けていなかった。法思想の感覺はむしろこの握有關係が如何に法的概念として生長するかを示す歴史的經路の中に見らるべきで

あろう。卑近なる實例を以ていえば、例えば女中が從來階上の居室を占めていたが、遽かに主人の命によつてそれが地下室に移された場合、女中は之に對して抗議し得るか否かという如きものである。女中が被使用人として全く主人に隸屬するものであるならば、この抗議は何の意味をもたないが、女中と雖も一個の人格であり、被使用人の權利が認められ、さらに向上すると共に主人と雖も之をみだりに左右するを得なくなつたとき握有關係が確立するのである。地主よりも小作人の權力が増進し、借家人がむしろ家主に對し強き權利を主張し得るようになった現代に於て、デテンチオが如何に重要な問題となりつつあるかは人々の周知するところであるであらう。それは勿論法的问题であるが、同時に經濟的關係にも依り、さらに社會觀、人生觀上の根本的な變革によるものである。イエリングの客觀說がさらに一轉して、原因說から一種の目的說に移つたことも此の理由によるものであらう。彼の目的が何を意味するかは、次の語によつて明かである、「目的とは換言すれば、實際的考量 (praktische Erwägungen) であり、それはローマに於て占有の外に、握有を生活中に呼び入れた動機である」(op. cit. S. 364)。それは又彼の Zweck in Recht に於て詳述された點であるが、それは著しく倫理的又は人生觀的な色調を帯びている。何故にローマ人は占有に保護を與えたか、何故に現代に於て握有に多くの法的權利が認められるようになったかは、むしろ人間の生活や社會の構造や人格の尊嚴に關する深き、そして根本的な見方、及びその轉換によつてのみ答えらるべき問題であらう。

我々は以上の考察によつて得た結果は次の如くである。一、所有の形態には dominium, possessio, detentio の三つがある。二、Detentio は所有關係に於て最も早く見られる事實であり、また最も廣く行われた事實であるが、法律的には最も遅れて認められた權利である。三、所有には animus と corpus との二要素を必要とするが、Detentio に於ては corpus 的要素が主位を占めている。そしてこの點からして我々は Detentio を通じて物質の問題に迫らんとするのであり、またそれに肉迫すべき、又はし得る途が啓かれるのであらうことを確信するのである。

On the Detentio

‘Detentio’ means a kind of the meaning of ‘having’.

In the history of human civilization, there are three stages or phases in the development of the idea of having.

1. Dominus

In the nomadic period, the wild beasts were domesticated and the captured peoples compelled to become slaves. This is the first stage of having. The dominus originated from ‘domare’, to domesticate.

2. Possessio

Next, the fields and farms were cultivated and came to be possessions of the human beings.

Nature was divided among the people. Such an act of division is not only a mere act of separation, but also that of forming a new fact of social construction. This is the reason why the idea of nomos originated from physis. In general, the word nomos has two meanings: first of all, ‘pasture’, secondly, ‘law’. Strictly speaking, they are not the same. There is a difference in the accent. The word nomos in the meaning of pasture has its accent on the latter ‘o’ (nomós) and in the meaning of law, on the former (nómos). But in both cases the word nomos originated from the Greek verb nemō (νέμω), meaning ‘to divide’. The natural fields were divided among the people and gradually came to be the domain of the people. This is the way in which the concept of possession appeared.

3. Detentio

In the system of Roman Latifundia, the owner of the territory and the tenant farmers were considered to be quite separate. The tenant farmers were called ‘colonus’. They were not slaves but free people, however they were bounded to the land. The word detentio itself means ‘to occupy’, not merely to have, but to have actually in hand. It does not mean the right of having; on the contrary, it means the very fact of detention itself. According to Prof. Jhering (in his book titled ‘Besitzwille’) the idea of detentio is originated from the system of the Roman household. It indicates the relationship between the dominus (master) and the so-called Pächter.

In this paper I have endeavoured to examine the mutual relationships among those three kinds of forms of having. I have laid especially stress on the elucidation of the idea and fact of detentio. The result which I have attained hereto is summed up as follows: The detentio is most fundamental among the conceptions of having. It already existed in most ancient times, but in modern times it has come to be acknowledged as a lawful right.

Prof. T. Yamauchi