九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

イェーニゲン稿「サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義」（三）

石部，雅亮
大阪市立大学法学部教授

野田，龍一
福岡大学法学部専任講師

https://doi.org/10.15017/1795

出版情報：法政研究. 49 (4), pp.101-132, 1983-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

資料

イェーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』（三）

石部雅亮
野田龍一

目次

序論…（以上第四八巻第一号）
第一篇　総則
Ⅰ　序論［法源］
Ⅱ　人…（以上第四八巻第二号）
Ⅲ　第九款　物
Ⅳ　権利の一般的性質
第一〇款　1　権利の種類
第一一款　2　行使【占有】…（以上本号）
第一二款　3　追求【訴】
第一三款　4　自力救済
Ⅴ　権利の得喪の一般的原因
Ⅵ　期日計算
第二篇　物権法
第三篇　債務法
第四篇　親族法
第五篇　相続法

第九款

Ⅲ　物

ラント法第一部第二章

物とは、この法律によれば、すべて権利または義務の客体たりうるものである。狭義では、その性質または合意によって独立した存在をもち、かつ権利の継続的客体たりうるもののすべてをいう。この場合一般に考えられたのは有体物（corporales res）と無体物（incorporales res）との区別である。[1] 広義の物は［有体物と無体物の］双方を含むが、狭義の物は有体物に限られる。――

ラント法の表現で普通にみられるのは、どの概念であるか。おそらく主要な概念は狭義の方であろう。

第一部第七章、第三条、第四条を見よ。

これらの条文ではまさに物と権利が対置されており、したがって狭義の物のみに限られることになる。[2]

Ⅳ　権利の一般的性質

第一〇款　1　権利の種類

権利の分類は、法典草案序章、第一三八―一四〇（ママ）条でおこな

われている。この条文はラント法になると脱落している。法典草案では人に関する権利（jus personarum）、対人権（jus personale）および対物権（jus reale）という分類がなされた。[3] ラント法にはそれとはちがった分類がある。

対人権（persönliche Rechte）とは、物の占有にかかわりのない、一定の人に対する権利である。[4] したがってこれに属するのは人に関する権利（Personenrecht）と債権（Obligationenrecht）の大部分である。その場合こうした債権が特定物の譲渡を目的とするとき、物を目的とする権利（Rechte zur Sache）と称される。ところでこの表現が普通法で用いられている jus ad rem という表現の翻訳であることは明白である。[5] ラント法第一部第二章、第一二二―一二四条。

対物権（dingliche Rechte）とは、物の占有に関係し、かつこれを考慮して与えられる権利であるが、[6] これには物が物権の主体であるか客体であるかに応じて、物が主体である物権（subjektiv-dingliches Recht）と物が客体である物権（objektiv-dingliches Recht）がある。後者は物に対する権利（Rechte auf die Sache）と称される。[7] 同章、第一二五―一三〇条。

みぎの概念規定によって明らかになる重要な結論は、物権（jus in re）・債権（obligatio）というローマ法の根本概念がなお維持されているということである。[8]

権利の準占有（juris quasi possessio）の場合にはつぎのような分類がある。

一定の行為を求める権利（affirmative Rechte）、すなわちある者に相手方が何かを給付することを求める権利。[9]

忍容を求める権利（negative Rechte）、相手方の異議をうけることなしにあることをなす権利。[10]

禁止の権利（Untersagungsrechte）、すなわちそれに基づき相手方に不作為を要求しうる権利。[11]

第一部第七章、第八〇、八一、八六、一二六―〔一〕二八条。

2　行使【占有】[12]　第一一款

［ラント法］第一部　第七章

普通法ではつぎの通りである。権利をたんに行使することが一定の条件下で権利として保護されうる。すなわち権利の行使または占有の形式的侵害（formelle Verletzung）【暴力、隠秘、許容により占有する（vi, clam, precario possidere）】の場合がそれであり、この場合には占有者が現在、物に対する権利をもっているか否かにかかわりない。占有妨害（Störungen des Besitzes）についても同様のことがいえる。ところでこうした保護が発生するためには、占有者は現に所有権を行使している状態になければならず、すなわち所持（Detention）と自己のために占有する意思（animus sibi possidendi）をもたねばならなかった。したがって心神喪失者は占有をもたず、同様に他人のより良き権利を承認する【他人のために占有する（alieno nomine possidere）】者も占有をもたなかった。また

占有がある場合には占有権が生じ、それは占有者が占有物に対しほかに権利をもつかどうかにはかかわりない。――したがってローマ法では権利と占有という二つの概念が厳格に区別されていた。ローマ法によれば、他人の権利を認めるが、容認せず、無権利であることを自白する者さえ、なお占有とその保護をもつのである。[13]

ところでラント法では占有と権利の厳格な区別がない。両者は入りまじっていてその区別はきわめて困難である。[14]

グレフェル[15]（Grävell）、ラント法による占有と時効[15]（Besitz und Verjährung nach dem Landrecht）とくにその緒言第一六頁は、占有に関してローマ法よりもラント法の方が簡明であるという誤った見解より出発している。

所持（Gewahrsam）【Detention に同じ】と占有

所持をもつ者を所持者（Inhaber）という。本章、第一―三条。この条文によると使用賃借人はたんに所持をもつのみ。[16]

権利の準占有の概念　普通法上、大多数の物権（jura in re）に平行してあらわれるがこの占有の抽象的な概念はラント法にも残っている。本章、第四、五条。

ローマ法上、この概念の適用は物権（jus in re）に限られる。ラント法を文字通りにとれば、占有はすべての権利に拡張されるが、実際上はローマ法と大して差はない。ローマ法で占有が債権に関して意味をもつことはまったくない。債権（obligatio）について形式的侵害を考えることはできず、したがって保護権もないからである。[17]

完全占有（vollständiger Besitz）と不完全占有（unvollständiger Besitz）　本章、第六、七、九条。

完全占有者とは、物を所有物として占有する者である。不完全占有者とは、物を所有物として占有しない者であるが、権利の完全占有者である。[18]――精確にいえばローマ法でも同じであり、表現だけがちがっているように思われる。［したがって、ラント法も］権利占有と物占有を区別する方がよかったであろう。ローマ法上占有をもたない使用賃借人はラント法上それをもち、ここに［ローマ法とラント法の］本質的なちがいがある。だがそのちがいは、精確にいえば、この点ではなく、ラント法がすべてこうした場合に、たとえば用益賃借人、使用賃借人、使用貸借の借主に物権を認める点にあり、論理的に一貫するためにはこうした物権に権利の準占有をも関連づけ、これらの物権に［権利の準占有を］付与しなければならなかったのである。[19]

善意占有（redlicher Besitz）と悪意占有（unredlicher Besitz）　第一一、一二、一四条。

この点ラント法は、悪意占有者（mala fide possessor）と（bona fide possessor）に関するローマ法による。[20]

錯誤占有（unrechtfertiger Besitz）　はラント法の案出であり、権利の錯誤より発生した占有というのがその概念である。[21]

［ラント法上］善意占有、悪意占有の判定は、前主ではなくて、もっぱら占有者本人についてみるべきである。この点ラン

ト法はローマ法と異なる。本章、第四〇、四一条。[22]

所有権発生原因として占有を取得している場合、その占有には**権原がある（tituliert）**という。本章、第八条。[23]

グレフェル、第四、一二頁は、[24]もうひとつ別の分類、すなわち自然的占有と市民的占有があり、前者は有体物の所持と結びついた占有、後者は『ノート第二分冊』有体物の所持のない占有であると考えている。――［グレフェルは］その研究全般にわたり権利と占有をいつも混同している。自然的占有という表現は第一部第二〇章、［第］二五五（ママ）、[25]二七五［条］[26]にあるにすぎず、またそこでこの表現が意味するのは象徴的引渡によらずに取得される占有すべてである。したがってラント法はグレフェルがしたような分類を知らないのである。

取得

ローマ法では握取行為（Aprehension）と意思（animus）が必要であるが、全体をみればラント法でも同様である。第四八条、第四三、四四条。[27]

これを具体的に適用すれば、つぎの通りである。

一、有体物の占有（corporis possessio）に関しては［有体物の］握取行為（Ergreifung）。[28]

未占有物の占有は、第三者が異議を述べない限り、たんに標識によりなしうる。[29]第五〇、五一、五五―五七条。

他人が物を占有している場合、引渡（Übergabe）が必要である。[30]従来の占有者の意思またはその意思に代わる裁判官の判決は引渡にあたる。[31]象徴的引渡。象徴的引渡は任意である。[32]第五八―六五条。[33]

近時の人びとが命名し定めたいわゆる簡易の引渡（brevi manu traditio）[34]や占有改定（constitutum possessorium）[35]もラント法にみられる。第六九―七三条。

二、権利占有に関しても［ローマ法と］大体同様である。

一定の行為を要求する権利は、給付により取得される。

忍容を求める権利は、現実に行為をおこない、しかも相手方の異議が可能であるにもかかわらず、異議が述べられなかったことにより［取得される］。

禁止の権利は、一方が異議を述べ相手がそれに従うことにより［取得される］。しかもたんなる意思表示によって。第八〇、八一、八六、八七条。[36]

取得のこのような態様は、正しいローマ法の理論にまったく一致している。

ローマ法によれば、他人が占有している物を現実にする占有（corporis possessio）場合、その占有取得は引渡によるばかりか暴力による握取行為によっても可能であった。第九六、九七、九八、一〇六条によれば、ラント法はこれとは異なっている。[37]これらの条文では占有権を占有に基づく権利（jus possessionis）といい、そのほかでは占有すべき権利（jus possidendi）という。[38]ラント法では、暴力、隠秘または許容により（vi, clam oder precario）占有する者は占有をもたないが、

では、こうした〔暴力、隠秘または許容による〕取得者とは何なのか。ラント法ではそれはたんなる所持者であるが〔ラント法の規定する〕所持者の概念はそれに適しない。なぜこのような食い違いがあるのかは推測しえない。[39] この点につき法典資料からは何も明らかにならない。ここでは権利と占有を混同しているようにみえる。またこのような結果をまねいている条文の位置の成り立ちも偶然のようにみえる。――法典資料ではまったくローマ法の通りに権利占有と物占有を区別した。それによると物の占有は、その成立の態様にかかわりなくつねに保護すべきものとされる。これについては後に一般化がおこなわれた。[40] だが〔ラント法では〕占有に基づく本来の権利の大半が所持者にあり、[41] それゆえ〔法典草案からラント法への〕こうした変更はすべて実際上大した意味をもたない。

占有の継続と喪失

A　物の場合　第一一一―〔一〕一三条。[42]

所持は物を事実上支配する能力の喪失によって消滅するが、占有は〔その廃止が〕明らかにならない限り消滅しない。明らかになるというのはどういうことなのか、規定がない。それはただ条文の順序より明らかになる。したがって所持は占有よりも早く消滅するのである。このように表現すると、事柄そのものとはちがったことが述べられているようにみえる。事柄の性質からすれば、占有を継続するには絶えず物に近接するを要しないとする方がよい。

占有意思 (animus possidendi) に関してもまったく同様である。占有を取得するには一定の占有意思を要するが、この占有意思がたえずわたくしにあること、すなわちわたくしが、つねにその物のことを考えていることは必要ない。むしろ〔占有の〕喪失に必要なのは占有しないという意思 (animus non possidendi) である。これこそ疑いなくラント法起草者の念頭にあったものである。このことは用例からもわかる。明らかになるというのはまさに所持または占有意思に関する反対の〔行為〕である。

続いて第一一四条以下では喪失の個別事例がある。

第一一六条では、暴力的侵奪、強盗、窃盗により占有は失われたと看做す。[43] 第一一七条では、ローマ法の、意思によって占有が放棄される (in quo animo amittitur possessio) 事例がある。[44] 一層難解なのが第一二二条である。[45] これを反対解釈すれば、他人が暴力、隠秘または許容により占有を取得するとき、したがって瑕疵あるとき、占有は失われない。こうして第一二二条は第一一六条と矛盾するようにみえるが、この矛盾をどのように解決すべきか。第一二二条が述べているのは特殊な事例である。ここで問題となっているのはまず所持であり、つぎに他人が無瑕疵で取得するのか否かを区別する。前者〔無瑕疵で取得する場合〕であれば占有は消滅する。第一一六条は所持の回復が不能の場合を前提するが第一二二条はそうではない。このように両条文はまったく異なった事例について規定し

ているのである。ローマ法には同じ原則があるか。第一二二条(25)にある原則とは実際のところつぎの通りである。他人が現実に占有を取得すれば、第三者は占有を喪失する。他人が占有を取得せねば、わたくしが占有を失ってそれがかれに移ることはない。したがってローマ法と同様である。この点ローマ法では土地に関してだけつぎの特則を設けた。――［従来の占有者が］土地から離れただけでは占有は失われず、他人が握取するまでは継続する。第一二二条で主として念頭にあったのはおそらく土地に関する場合であろう。だがこの条文［第一二二条］は一般的でありその運用も一般的にならざるをえない。ローマ法はつぎのような区別をした。他人による握取行為を知ると、わたくしは暴力によってであれその他の方法であれ、その占有を回復する。そうすれば、わたくしはまったく占有を喪失しなかったと看做される。だがわたくしが暴力によっても占有を回復しえないならば、わたくしは暴力行使の時点ではじめて占有を喪失する。この規定を一般的にしかもちがった仕方でラント法に採り入れようとしたのである。したがって物の所持を瑕疵ある方法で取得する場合でも［他人は］占有保持や占有回収という法的手段を失わない。それゆえ［他人の］窃盗、強盗により［わたくしの］占有はたしかに失われる。この点について第一二二条はまったく規定しないからである。(46)

B　権利占有の喪失(47)

一定の行為を要求する権利は、［従来の義務者がその義務の履行を］拒絶し［相手方が］これを甘受するによる。

忍容を求める権利は、［相手方の］禁止による。

禁止の権利は、［相手方が］それと反対の行為をなすによる。

第一二六―一二八条。

占有に基づく権利(48)

占有に基づく権利の主なものは、ローマ法と同様、他人の占有瑕疵（vitia prssessionis）に対する保護手段、すなわち占有の訴である。わたくしはすべての権利を自力により保護しうるというのがローマ法の出発点である。ラント法で自力救済を許すのは回復不能の損害（damnum irreparabile）の場合だけである。第一四一―［一］四三条。(49)

ローマ法には占有保持の特示命令（retinendae possessionis interdicta）と占有回復の特示命令（recuperandae possessionis interdicta）の分類がある。ラント法では第一四六条で占有回収の訴がローマ古典法と同様包括的に維持されている。(50) だがこの規定は同時にローマ古典法のように［客体を］不動産に限定することを述べているわけではない。(51) 占有保持の訴は第一五〇条で認められている。ここで［占有回収の訴の場合とは異なって］許容による（precario）妨害を述べていないのは［許容による］占有は占有を妨害しえないからである。(52)

ローマ法上これらの法的手段をもつのは占有者だけであるが、ラント法では所持者にもそれが与えられている。第一四六条。［この規定を］字義通りにとれば、そういっているのは暴

力および隠秘(ママ)による占有の場合だけであって、許容による占有の場合や、さらに隠秘による占有の場合ははっきりといわれていない。[53] この条文では前占有者とあるがそれは所持者にも及ぶ。第一四一条では所持者もあらゆる暴力に対し保護をうけねばならず、それゆえまた占有の訴をもたねばならないからである。第一五〇条も所持者を含むと補完的に解釈せねばならないから、たんなる占有妨害の場合にも同様のことがいえる。

第一四四、一四五条では所持者に対する占有者の関係につき[所持者も占有保護をうけるという原則の]例外が認められ、ここでは、その範囲で自力救済を許している。[54] この例外をローマ法と比較すれば、たんに契約に基づく所持者は占有と占有の訴をもたないというローマ法の規定と同視しうるかもしれない。たしかにラント法では使用賃借人等々に占有の訴を与えるが、物権[法の講義]のさいに明らかになるように、こうした人びとには真の占有が与えられるのである。[55] [第一四四条の]所持者という表現はこれらの者を意味しない。かれらは占有者だからである。この規定が指しているのは、それ以外の占有をもたずたんに他人のために所持するその他すべての者であって、たとえば管理人である。[56] ところでそのような所持によっては、その名義で所持をおこなう本人の権利が延長されるにすぎない。所持者は本人のこの占有を自ら保護しうるが、まさにそれゆえに本人自身に対しては占有の訴をもちえないわけである。第一四四条。

いかなる所持者がこれ[第一四六条]に属すのか。[57]

一、文字通りにとれば占有意思(animus possidendi)をまったくもたず、他人のために(alieno nomine)もたない者たちも、占有の訴をもたねばならないことになろう。だがこのようなことを考えてはいない。

二、[第一四六条の]文言は暴力、許容等により占有を取得する者にも及び、これは重要である。したがって瑕疵占有取得者も占有の訴をもち、こうして、このような者は占有をもたないとするラント法の、ローマ法に対する重要な例外が消滅する。このような所持者は真の前占有者に対しても占有訴権を行使しうるのかという問題がここで生じる。[58] だが、たしかにこの占有の訴に対して瑕疵占有の抗弁(exceptio vitiosae possessionis)も許されるわけではなく、そのためローマ法のように占有訴権がこの抗弁により無効となることはない。ローマ法でも、すでにこの抗弁は不動産占有回復の特示命令(interdictum unde vi)に関し消滅した。[59] ラント法にはこの点についての規定がない。一般裁判所法第一部第三一章、第一四、一六条では、その場合裁判官が審問のさいにこの抗弁を考慮することになっている。[60] だが裁判官はどのようにそれをおこなうべきかを述べず、この抗弁の考慮をもっぱら裁判官に委ねているようにみえる。王室裁判所の実務ではこの抗弁をつねに考慮することになっているが、ただしそれが、占有者によって第三者が占有を侵奪されたことに基づく場合は、第三者の権利に基づく抗弁

(exceptio jure tertii) として除かれる。[61]

これらの法的手段の形式に関しては、ローマ法で定められていた。中世では即決占有訴訟 (possessorium sum[m]arissimum) がこれに加わった。ラント法では訴権についてまったく一般的に述べるだけでその形式に特定の名称を与えることをしない。一般裁判所法第一部第三一章、第一条ははっきりと即決占有訴訟に言及している。[62] ここでは即決占有訴訟を占有保持の訴および占有回収の訴として認めているが、後者には限定がある。すなわちこの場合には「「」かれが最近 (neuerlich) 隠秘または許容により占有を侵奪されたとき「」」となっている。最近とはどのような意味なのか。また即決占有訴訟とはどのような意味か。即決占有訴訟だと普通法同様なお通常占有訴訟があるのか。いや、そのようなことは考えられてはいない。占有訴訟に続いておこなわれるのは本権訴訟だけである。同、第一八条。[63] それゆえ「最近」というのは特定の実際的な意味をもつわけではない。即決占有訴訟のほかに通常占有訴訟がおこなわれるか、または即決占有訴訟に関して短期の消滅時効期間の規定がある場合にだけそれは意味をもちえようが、そのような規定もない。「一般」裁判所法第一部第五章、第二七条[64] では即決占有訴訟のほかに本権訴訟と占有訴訟とのあいだを区別すべきでないと明言しているのである。[65]

権利の準占有の場合には、ローマ法では占有者は所有権者と同じ法的手段をもち、物の占有と権利占有が結びつく場合にのみ特別の法的手段をもつ。[66] ラント法では、権利の準占有に関しても占有訴権があると、ラント法第一部第一五章、第四条で、一般的に規定する。[67]

占有においては占有者が善意であり、適法であるということは一般的に推定され、それゆえ占有者はその権原を示すことを要しない。本章、第一八、一七九、一八〇条。[68]

占有者がその権原を示さねばならない例外はつぎの場合である。

一、この推定が所有の自由または人格の自由の推定と衝突する場合。本章、第一八一、一八二条。[69]

二、前占有者がその占有を瑕疵占有 (vitia possessio) により失なったことを証明する場合。本章、第一八五条。[70]

三、物がわたくしの適法な占有より離脱したことをわたくしが証明しうる場合。第一部第一五章、第三四、三五条。[71]

四、裁判官のたんなる裁量により。第一八五条。[72]

いくつかの場合には悪意が推定される。すなわち

a. 権原と前主を示さねばならないのに、この義務を果さない場合。第一部第一五章、第三八、三九条。本章、第一八六条。[73]

b. 遺失物拾得を四週間以上届け出ない場合。第一部第九章、第七一条。[74]

c. 盗物または遺失物の占有を届け出ない場合。第一部第九章、第四一条。[75]

d. 物の占有を裁判官に対し不法に（freventlich）否認する場合。第一部第一五章、第四〇条。[76]

e. 拾得した遺失物の占有を法廷外の質問に対し否認する者。第一部第九章、第七二条。[77]

悪意の単純推定を認むべきかあるいは悪意が実際にあると看做すべきか、すなわちこの推定は［相手の反証を許さない］完全な推定（praesumtio juris et de jure）であるべきか、これらの事例のいくつかでは表現上きわめて疑わしい。前の方の事例［a—d］では完全な推定を考えていないのは明らかであるが、最後の事例［e］では文字通りにとれば疑わしい。だがこの場合にも単純推定であり、それゆえこの推定に対してはなお反証を許しているのである。[78]

訳注

（1）**物の概念**　一般ラント法第一部第二章、第一—三条参照。それによれば、「この法律の意味で、物とは、すべて権利または義務の客体たりうるものをいう」（第一条）、「人間の行為も、またその権利も、他の権利の客体となるかぎり、物の一般的名称に含まれる」（第二条）、「狭義で物というのは、その性質または人間の合意によって独立性をもち、そのため継続的な権利の客体となりうるものである」（第三条）と定められている。A・B・シュヴァルツは、この法典中の物の規定の体系的位置について、ダールエスやネッテルブラットの影響を指摘している。すなわち、一六世紀から一八世紀までの大多数の体系は、ローマ法源を手本として、物の理論を物の法（Sachenrecht）の冒頭のところで扱ってきた。一九世紀になっても、有力な学者がこの方法を踏襲した。これに対して、フーゴー・ハイゼの体系は、後期の自然法学者にまで遡るものである。ダールエスやネッテルブラットは、物の理論を総則に取り入れたが、プロイセン一般ラント法も体系的にはこの影響をうけている。総則に入れるようになったのは、一般的に物を権利の客体としてみる観点によっている。A.B. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: Rechtsgeschichte und Gegenwart, 1960 Karlsruhe, S. 16 f.

一般ラント法の物の定義は、大体において当時の普通法理論のそれに照応している（編纂のさい E.Chr. Westphal, System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Leipzig 1788; Hellfeld, Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem, Jena 1783 が利用されたといわれる。vgl. Koch, Kommentar）。定義を述べる規定のうち、第三条はあまり明瞭でない。普通法理論で、ヘヒナーは、狭義の物を、権利の容体であって、人、訴および行為

でないものとし、ヴェーバーは、人間の行為を除き、所有権の対象、所有権の中に存し、または存しうるものとし、いずれも行為を除外する消極的な定義の仕方をしている（L. J. F. Höpfner, Institutionen, S. 248 f.; A. W. L. Weber, Pandekten, S. 79）。これに対し、第三条は「人間の合意（特定の人の間の契約ではなく、〝取引関係〟とか〝法慣行〟とか解されている）によって独立性をもつ」と「継続的な権利の客体たりうるもの」という二つの積極的なメルクマールを挙げている。行為および行為に対する権利（債権）がこの概念に含まれないとするのが、大方の見解である。

サヴィニーやコッホの見解は、さらにそれを越えて、この規定の解釈に有体物と無体物（körperliche und unkörperliche Sachen）というローマ法の概念区分を持ちこんで、狭義の物を有体物に限定しようとする（Koch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 204）。けれども、右の規定からすればこの概念には、占有、取得時効および所有権の対象となりうるもの、したがって有体物のほか、独立の諸権益（Gerechtigkeiten）、永続的な収益権および物上負担などが含まれるという見解があり（Förster-Eccius, Bd. 1, S. 104）、この方がプロイセン法の立場に忠実であろう。

（2）**権利と対置される物**　第一部第七章、第三条「自己のために支配する意思をもって直接または他人により物を所持（Gewahrsam）する者は、その占有者となる」、第四条「権利を行使する者はその所持者（Inhaber）である」。スワルツによると Gewahrsam の対象は有体物に限られ、権利の Gewahrsam というのは用語法に反するとされ、ここでは有体物と権利の所持がはっきりと区別されている（Simon, Materialien, S. 208 u. S. 604; Koch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 188; derselbe, Kommentar, Bd. 1, Anm. 4 zu §4 d. T.）なお、物と権利が対置される用例は、ほかに ALR Einl. §108; I. 12 §301; I. 19 §1 にもみられる。

（3）**法典草案序章、第一三八―一四〇条**　これは第一二八―一三〇条の誤。「人に関する権利（Jus personarum）とは、国家の市民の身分または人的関係に関する権利義務をいう」（第一二八条）。「対物権（Jus reale）とは、一定の人にかかわりなく、一定の物に対して行使しうる権利である」（第一二九条）、「対人権（Jus personale）とは、その行使が一定の人に対してのみおこなわれる権利である」（第一三〇条）。

（4）**対人権**　第一部第二章第一二二条「物の占有にかかわりなく、一定の人のみが、権利を有し、義務を負うと

き、それは対人的な権利義務と呼ばれる」、第一二三条「対人権は義務者にあるものを与え、あることをなし、許容し、またはおこなわないことを要求する権能を含む」。

(5) **物を目的とする権利** 第一二四条「かかる人的な権利が特定物の譲渡または許与を目的とするとき、物を目的とする権利(Recht zur Sache)と称される」。これは、本文中にあるように、当時の普通法理論で用いられた jus ad rem のドイツ語訳であり、特定物債権にあたる。一般ラント法においては、たとえば二重売買の場合、登記または引渡の時にすでに第三者との間に売買契約があったことを知っていた者に対し、この第三者(先の買主)は自己の権利を主張することができ、そのかぎりで物権的効果を有する(第一部第一章、第二五条をみよ)。ほかにレーン法(第一部第一八章、第四六一条)や複数の賃借人が競合する場合(第一部第二一章、第三五九条)にもその例がみられる。jus ad rem は、債権と物権の中間に位する特異な権利であって、詳しくは、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅——特定物債権の保護強化の一断面—」一橋大学研究年報 法学研究3 一七九頁以下、とくに三〇九頁以下を参照。また、最近では Dubischar, Doppelverkauf und „jus ad rem", JuS 1970 Heft 1, S. 6-12. がある。

(6) **対物権** 第一二五条「権利を行使する権能が、一定の人とかかわりなく、物と結びついているとき、その権利は対物権である」、第一二六条「その客体が物であり、その物がいかなる人のもとに在るかを問わないとき、そのような権利も対物的な権利である」。

(7) **物が主体である物権 物が客体である物権(物に対する権利)** 「物が主体である物権」とは聞き慣れないことばであるが、これには、ある権利を行使する権能が物の占有にかかっていて、当該の物を占有している者のみがこの権利をもつ、という意味が含まれている。物が実際に権利の主体であるわけではなく、人の交替にもかかわらず、権利はつねに物とともに在り、あたかも物が主体であるかのごとき観を呈するので、このように呼ぶ。

一般ラント法では、権利の主体と客体につき、それぞれ persönlich と dinglich の性質が区別されており、その結果、きわめて複雑な権利の分類が出来上った。すなわち、権利はつぎのように分けられる。

① objektiv-dinglichne Rechte 第一部第二章、第一二六、一二七、一三〇条。これはさらに二種類に分けられる。

(a) subjektiv-dingliche Rechte 例、ある村の全農

民がその土地保有のゆえに隣接する森林に対してもつ放牧権（第一二五、一二八、一二九条）。

(b) subjectiv-persöpliche Rechte　この放牧権が、土地を保有せずに村に住んでいる農業労働者（Einlieger）にも与えられる場合には、主体において人的な権利となる。

法典が「物に対する権利」またはとくに修飾語抜きで物権というときは、この二種類の物権を指している。第一二七、一三〇条。

② objectiv-persönliche Rechte　第一二二、一二三、一二四条。これはつぎの二つより成る。

(a) subjectiv-dingliche Rechte　ある人びとが、かれらが土地を保有しているかどうかにかかわりなく、土地の保有者に労務および貢租を提供する義務を負う場合。第一二八条。

(b) subjectiv-persönliche Rechte　ある人が他人に対して労務その他の給付をなす義務を負う場合。第一二二条。

この客体において人的な権利が、さらに「物を目的とする権利」(Recht zur Sache) と純粋の対人権に分けられる。Bornemann, Systematische Darstellung, Bd. 1, S. 414** f.

（8）**物権と債権**　前注に述べた一般ラント法の権利の分類は、後になると、ほとんど無意味だと非難されることになる(Koch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 209; Förster-Eccius, Bd. 1, S. 124 Anm. 6)。

ボルネマンも、主体において、また客体において物権であるという区別に関する規定は、素人を惑わすだけで、みな除去されてしかるべきであり、客体の面で人的な権利と物的な権利（債権と物権）で足ると述べている（Bornemann, Vom dinglichen und persönlichen Rechte, Gans' Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, Berlin 1830-32, S. 422)。サヴィニーも、この分類の中でロマニスティッシュな物権と債権の区別のみを重要視しているのである。思うに、主体・客体において物的な権利と、主体が物的で客体が人的な権利というのは、物＝土地と結びつく人的・物的秩序の法的表現である。村落共同体成員である農民の放牧権、放羊権、肥育飼料権、伐材権などやグーツヘルの隷民に対する賦役請求権などは、共同体的・領主制的体制を形成する重要な要素であるということができる。したがって、かかる体制の解体こそが、人と物の関係を分離・純化させ、人の物に対する意思支配と他人の行為に対する意思支配である、物権と債権の峻別の前提であると考えられよう。

（9）**一定の行為を求める権利**　一般ラント法は、第一部第

七章「占有と所持」の中で権利占有を扱い、その取得の態様に着目して、三種の権利を分類している。その第一が見出しに掲げたものであるが、同第八〇条に「他人が継続的義務として要求する行為を実際におこなう者は、かれからこの行為の反覆を求める権利の占有をその他人に与えることになる」とある。その例として物上負担が挙げられる(Koch, Kommentar, Bd. 1, Anm. 58 zum §80.)。

(10) **忍容を求める権利** 同八一条「相手方が異議を述べえたにもかかわらず、そのような異議をうけずに行為をおこなう者は、相手方に将来この行為を忍容するように要求する権利の占有を取得する」、第一二七条「あることをなす権利(忍容を求める権利)の占有は、相手方がそれを妨げる禁止の権利を取得した場合に、消滅する」。このような権利の例として、通行役権(Weggerechtigkeit)や放牧権(Hütungsrecht)が挙げられる。vgl. Koch, Kommetar, Bd. 1., Anm. 61-64 zum §81 d. Tit. 7. Thl. 1.

(11) **禁止の権利** 同第八六条「ある者が禁止したことにより、相手方が行為をおこなうことを中止する場合、その者は禁止の権利の占有を取得する」、第一二八条「禁止の権利の占有が消滅するのは、相手方がそれと反対の忍容をなす権利の占有をなす場合である」。この権利は、前注の「忍容を求める権利」と拮抗関係に立っている。たとえば、森林の所有者が農民に対し従来忍容していたその森林での放牧を禁止するとき、この所有者は、禁止の権利の占有を取得する。vgl. Koch, Kommentar, Bd. 1., Anm. 69 zum §86.

(12) **行使**[**占有**] 第一部第七章「所持と占有」の体系的位置については、第一章から展開されてきた総則的規定の末尾にあるとするか、あるいは全財産法の中核をなす所有権法への移行の入口にあるとするか、両方の見方が可能であるが(Koch, Besitz S. 18; Heydemann, Einleitung, S. 39)、所有権にとどまらず、すべての権利の叙述に入る前提としての面をもっている。本講義の章立ては、それと異なって、占有を権利の行使と解し、総則の構成部分としている点、注意を要する。前期普通法の理論では、物の占有と権利占有をまとめて、より一般的な概念を設け、これを「権利の行使」としたといわれ、また一般ラント法の審議中にも、テヴェナールのように、「占有は一般的な意味では、権利の行使である」と述べるものがある。vgl. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (Neudruck der Ausgabe 1848) S. 388, S. 412; Simon, Materialien, S. 116. サヴィニーは、本来の占有を物の占有、すなわち所有

権の行使に限定し、権利行使という一般的抽象的概念を定立するのに批判的であるが（Savigny, Das Recht des Besitzes, S.12）、ここではなお古い立場によっているのであろうか。

（13）講義ノートは denn selbst der, welcher das Recht des andern anerkennt und gesteht, daß er kein Recht hat, dennoch Besitz という文章の andern と anerkennt のあいだの上方に小さく、einräumt aber nicht と書き加えられているが、そうすると「他人の権利を認めるが、容認せず」ということになる。ローマ法で、盗人や悪意の占有取得者にも占有保護が与えられたように、本権と事実たる占有が無関係であることを述べようとしたものであろう。

（14）**占有と権利の厳格な区別**　占有が権利であるか事実であるか、という普通法上古くからあった議論は、サヴィニー以後白熱の論争を惹起することになるが、プロイセンの立法者は、この問題に立ち入らずに占有が権利であることを明文で示している（第一三四条）。占有の性質に関する論争は、この法典の編纂時には盛んでなく、「学者の議論」として無視することができたといわれている。占有権の理解にも動揺がみられ、「物権の一般的源泉」（スワルツ）、「時効が物に対する完全な権能を付与するように、占有は物に対する暫定的な権能を与えるもの」（テヴェナール）、「所有権取得の手段」および「所有権の法的推定の効果を生ずる中間的状態」（ゴスラー）と述べるように、本権との連続性を意識して、その前段階ととらえている。スワルツは「占有が物権の一般的源泉とみられる本章では、ただ jus possessionis、すなわち占有の事実または状態から生ずる権利義務についてのみ述べることができる。jus possidendi は、占有の基礎になる権原が異なるにしたがって無限に異なる」として、占有権と占有すべき権利の区別を強調している。第七章は、前半（第一条―第一六〇条）に占有権を、後半（第一六一条―第二五〇条）に占有すべき権利を含むように編集されているけれども、なお前半にも占有すべき権利の規定が入りこんでいる（第一〇条―第四二条、第一三五条）。なお、第一三四条―第一三六条は、占有権と占有すべき権利の対立を、占有権は占有の性質に、占有すべき権利は権原の性質に左右される、と表現している。Simon, Materialien, S.111, 116, 201, 207, 277, 283; Koch, Besitz, S.17 ff.; Heydemann, Einleitung, S.324f. besonders Anm.604; Förster-Eccius, S.16 f.

（15）**グレフェル**（Maximilian Karl Friedrich Grävell 1781-1860）ハレ大学に学び、一八〇九年以来官界に

入り、司法・軍政畑を歩む。その生涯は、法律家・政治家として、プロイセンまたはドイツの歴史に興味深い数かずのエピソードを残している。法律家としてのグレフェルの徹底した法至上主義の考えは、周囲の人びとと軋轢を生ずることになり、一八一八年には職務停止の処分をうけている。かれはこの事件を著書に記して公表し、さらに検閲局に提出した原稿『市民』が当局の忌避に触れ、原稿没収と罰金刑をうけるが、これに不服でドイツ同盟議会に訴を提起するなどしている。この訴訟の結果、秘密遵守義務違反および大臣に対する重大な侮辱の科で罷免、六ケ月の禁錮ならびにあらゆる公職からの追放の判決をうけた。その後も活発な政治的著作活動を続け、断固として理非曲直を明らかにするという立場から、憲法や行政の重要な問題にもはばかることなく自己の意見を述べた。一時大臣カンプツによる登用の試みがあったが、かれはひたすら固辞している。一八四八年の革命のときには、フランクフルト国民議会に議員として選出され、司法委員会に属した。同議会では、最右翼の少数派で、多数派の自由主義的傾向に反対して闘った。かれは熟慮の上一たん態度を決すると、そのときどきの政治状況に合せて変えていくことのできない性格で、かれの議会演説にも賛同者は少なく、提出した多数の修正案も厄介視されるだけであった。一八四九年ガーゲルン内閣辞職の後、ライヒ摂政によって新反動内閣の首班に選ばれたが、その任命発表の議会では、満座の失笑をかい、かつヴェルカー提案による不信任決議をつきつけられた。しかし、かれは、摂政への忠誠義務を楯にとってひるまず、中央権力の崩壊するまでフランクフルトにとどまったという。

かれは法律学の分野でも数かずの著作を残しているが、一般向、実務的なものが多い。本文中に記されているもののほか、Handbuch für praktische Juristen, 1812-19; Commentar zu den Creditgesetzen des preußischen Staats, 1812 (Bd. IV: 1832); Systematische Entwicklung der Theorie von hypothekarischen Protestation, 1815; Gebneraltheorie der Verträge, 1812; Die Lehre vom Nießbrauch, Miethe und Pacht nach preußischem Recht, 1820; Grundsteuer und Katastar 1821; Praktischer Commentar zur allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten 1825-31. (ABD. Bd. IX S. 613-615)。

(15) **ラント法による占有と時効** Die Lehren vom Besitze und von der Verjährung nach preußischem Rechte mit Hinweisung auf das römische und

canonische, Halle 1820 を指す。

(16) **所持と所持者**　第一部第七章、第一条「他人を排除して物を事実上支配する能力を有する者は、その物を所持し、その所持者と呼ばれる」、第二条「専ら他人のためにまたは他人の名において支配する意思をもって、物を所持する者もまた、たんなる所持者である」、第三条「自己のために支配する意思でもって、直接または他人により物を占有する者は物の占有者となる」。一般ラント法では、所持には Gewahrsam（今日では男性名詞であるが、ここでは女性名詞）の語が、所持者には Inhaber の語が当てられている。「事実上支配する能力」というのは、"das physische Vermögen, über eine Sache .... zu verfügen," であるが、このような表現は Höpfner, Commentar, §281 にもみられるので、普通おこなわれていたのであろう。しかし、誤解をまねき易く、技術的な意味で「処分する」（意思表示）と訳される恐れがある。コッホはこれを auf die Sache einwirken と置き換えている（Simon, Materialien, S. 206; Koch, Besitz, S. 11, Förster-Eccius, S. 17）。ここでは一応「支配する」と訳しておいた。またここで、使用賃借人はたんに所持をもつにすぎないとしている点は、後述注(19)を参照。

(17) **権利の準占有の範囲**　プロイセン法は、物の占有と並べて、権利の占有の規定を置いている（第五条「権利を自己自身のために行使する者は権利の占有者と呼ばれる」）。これは、しかし、ローマ法の juris possessio または quasi possessio とは一致しない。ローマ法では占有は本来有体物についてのみ可能であって、そのほかには、役権、永小作権および地上権に権利または準占有を認めたにすぎなかった。これに対し、中世以来、ドイツ法と教会法はさまざまな官職や権利に占有保護を認めた。これはいわゆるゲヴェーレの成立が認められるのと対応し、なんらかの関係で土地・領域支配と結びつくといえるであろう。たとえば、裁判権、レガーリェン、賦役徴収権、狩猟権、司教権、教会僧禄権、教会保護権などがその例である。こうして権利占有の範囲は著しく拡大され、普通法理論では、授与の対象となるあらゆる権利について占有が認められ、身分権の占有すら争いがなかった。これに対応し、一般ラント法も、権利の占有につき明確な限定を設けていない。個別的にみると、レガーリェン、製造販売独占権、教会保護権、十分の一税権、利息付元本その他の収益権、さらに「特別の法律によって一定の身分の人に対する制限が明示的に創設されているかぎり」「他人の自由または所有権を制限する権利」に

ついて占有が認められることを明示している。(II. 14 §26, 35; I. 23 §6; II. 11 §575, 576, 861, 863; I. 7 §191; I. 11 §839; I. 7 §181-183) プロイセン法自体は権利占有の範囲を明確にしていないが、一九世紀になると、債権がこれに含まれるかどうかが論ぜられるに至る。サヴィニーおよびこれに続いてコッホも、債権の占有を否認するが、他方ボルネマンは継続的債権について占有を肯定する。Koch, Besitz, S. 107-116; Bornemann, Bd. 1., S. 564 f.; Bruns, Besitz, S. 432-434. も参照。

(18) **完全占有者と不完全占有者** この概念の定義として一般ラント法はつぎの三条を置く。「物または権利を他人の所有として、しかし自己のために事実上支配する意思をもって所持する者は、不完全占有者という」(第六条)、「物または権利を自己の所有として占有する者は完全占有者という」(第七条)、「物の不完全占有者はその取得する権利の完全占有者である」(第九条)。この占有の分類につき、スワルツはつぎのように解説している。「完全占有と不完全占有の区分が本来事物の性質に基礎をもつことは、私見によればけだし明白である。また、不完全占有者は、たんなる所持者と、大多数の点で一致するとしても、厳密に解すれば、区別される。所持者には、知らずに、なることができるしそうであることができる。これに対し不完全占有にはつねに物を支配する意思があるとみられるのであって、その物の性質が自己の物でなくて、他人の物であるにすぎない。物を所持する者は所持者である。かれがその物を所持する意思をもつと占有者となる。それがその物を自己の物としてもつ意思であると、その占有は完全である。物に対しある種の権利を行使するが、他人の物につき行使する意図を有しているのであれば、その者は不完全占有者である」。これによれば、たんなる管理人は物を所持するも、それを所有者のために支配するので「所持者」であり、用益賃借人は、物を他人の物としてであるが、自己のために所持する意思をもって所持するから、「不完全占有者」である。Simon, Materialien, S. 212.

(19) ここでは不完全占有の概念がローマ法の占有概念と比較されているが、その場合、つぎの点に注意する必要がある。(1)サヴィニーによると、ローマ法上、物の所持者が他人の所有権を前提しているにもかかわらず、物の占有を認められている場合(たとえば永小作権者、質権者、容仮占有者、係争物保管者)、所有者から所持者に占有権 jus possessionis が移転されたと解して、派生的占有 (abgeleiteter Besitz) の概念が立てられた。一般ラント法では、たしかに派生的占有の一部

は、永小作権や質権者の占有のように、不完全占有とみられるが、容仮占有者（I. 21 §231）や係争物の保管者（I. 14 §105 ff.）は、たんなる占有代理人であると看做される。派生的占有は、本来の占有、すなわち市民法上の所有者の占有の例外であるのに対し、完全占有と不完全占有の区別は、占有の対象が自己の物または権利であるか他人の物または権利であるかを基準にする種類のちがいである。また、派生的占有の場合、それと並んでもはや本来的占有は存在しないのに対して、完全占有と不完全占有とは両立が可能である。それればかりか、土地の用益権に質権が設定される場合のように、物または権利の占有が幾重にも重畳することが考えられる。これらの概念は、ドイツ法のゲヴェーレ的観念を取り入れ、当時の複雑化した社会の必要に応じて作られたものといえよう。(2)不完全占有には、ローマ法で準占有が認められる人役権や若干の他物権（たとえば地上権）が含まれる。(3)そのほか、ローマ法では占有が認められないが、一般ラント法では物権とされるため、不完全占有に属する用益賃借人、使用賃借人の占有がある。なお、占有の概念には、伝統的に市民的（法律的）占有（possessio civilis）と自然的占有（possessio naturalis）の区別があったが、法典草案の審議をみると、これが完全占有と不完全占有の区別に対応するものと考えられていたことが判る。すなわち、クラインの草案では、「物を自分自身のものとしてもつ意思をもって占有する者は、完全占有または市民的占有を有する」（第一五条）、「物を所有物として占有しない者は自然的占有者と称される」、「その物を自己の権利によって（すなわち自己自身のためになんらかの利益を引き出すために）占有する者は、自己自身に対する自然的占有者である」（第四一条および第四二条）とある。キルヒアイゼン案もまたこれを踏襲している（第四六六）。他方スワルツはこれを論評して、「市民的占有の基準をなす、物を自己のために有する意思（animus rem sibi habendi）は、まだ所有権を含まない。土地の用益権者がその市民的占有者であることには争いない」と述べている。この場合、自然的占有とは所持にほかならない。かれは、市民的占有と自然的占有の区別の維持に消極的であり、占有者と所持者の区別で足りると主張している。しかるに第一草案の前言で、スワルツは「本来の占有者は所有者の意思をもって占有するか、あるいはそうでないかである。前者がローマ法の意味における市民的占有者であり、後者が自然的占有者である。この草案では、市民的占有は完全占有と、自然的占有は不完全占有と称される。この区別を維持しようというので

あれば、それになにも反対を述べることはないが、完全・不完全という表現の曖昧さを避けるため、自然的占有と市民的占有の名称を維持した方がよくはないかと思うのである」と述べている。完全占有とすると、「物の全体、部分や付属物のすべての占有と解されるのが普通である」ので、この誤解が生ずるのを避けるため、というのが理由である。それにもかかわらず、完全占有・不完全占有の表現は法典に残った。サヴィニーは、市民的占有と自然的占有を、第一に時効取得付占有とそれ以外の所持、第二に特示命令付占有とそれ以外の（所持）と解しているが、これはスワルツの最初の観念と大体照応しているといえよう。なお当時市民的占有と自然的占有の理解はもっと多義的でほかにもいろいろの定義があった（この点、小菅芳太郎「サヴィニイ「占有法」雑感」北法二三巻二一八頁以下をみよ）。Simon, Materialien, S. 11, 15, 49, 113, 118, 115; Savigny, Das Recht des Besitzes, §7; Koch, Besitz, S. 22-45; Heydemann, Einleitung, S. 328; Bruns, Besitz, S. 435f.; Förster-Eccius, Bd. 3, S. 19. 36.

(20) **悪意占有と善意占有**　一般ラント法はまず、占有の適法・不適法を分け、この区別が、占有すべき権利の基礎にある権原の性質と効力に関わる（第一〇条）とした後、占有の善意・悪意の区別に及んでいる。第一一条は「いかなる有効な権原によっても占有していないことを知っている者は、悪意占有者という」と定めるが、これはローマ法の malae fidei possessor に相当する。悪意占有者は不適法占有者であるが、不適法占有者はこれに限られない。善意占有者もまた不適法占有者たることがある。この点につき、錯誤や過失の影響を考慮した第三の概念「適法とされない占有」＝「錯誤占有」(unrechtfertiger Besitz) を設け、たんに事実の知・不知を問題にするにすぎないローマ法とは異なった扱いをしている（次注参照）。

(21) **錯誤占有**　第一二条「誤ってその占有権原を有効と看做した者は、法律の不知によって免責されない」、第一三条「事実のたんなる不知は、占有者の善意をそこなわない。ただし、錯誤者が自己の重過失または通常の過失によってそのような錯誤に陥ったときは別である」。これに対応して、第一に、法律の不知によって占有権原の有効性を誤った者は、「錯誤占有者」と呼ばれ、特別の例外のないかぎり、悪意の占有者と同視される（第一四条）。第二に、事実の錯誤のあった者に過失があった場合、やはり悪意の占有者とみなされる（第一三条後段）。したがって、ローマ法と比べると、それだけ悪意占有者の範囲が拡大されることにな

る。この点に関する立法者の見解は、Simon, Materialien, S. 220.

(22) **善意占有、悪意占有の判定**　「すべての占有承継人において、その占有の性質は、承継人本人が善意であるかどうかによってのみ判断され、その前主が善意占有者であったか悪意占有者であったかによらない」(第四〇条)、「占有承継人が同時に前主の相続人であるか否かで、差違を生じない」(第四一条)。ローマ法では、占有承継人が善意である場合、前主の善意はかれにとって有利にはたらくが、前主が悪意である場合、特定承継人についてはその善意は害されないが、包括承継人については不利になった。一般ラント法は、これに対して、もっぱら承継人自身の善意・悪意を基準とする。スワルツは「新法では、死者と相続人の間の擬制された人格の一体性はもはや認められないから、そのたんなる結果である包括承継人と特定承継人の区別も消滅しなければならないであろう」という。Simon, Materialien, S. 230.

(23) **権原に基づく占有**　「この[完全]占有が所有権を取得しうる法的原因に基づいているとき、権原のある完全な占有が存在している」(第八条)。かかる性質をもった占有は、これに善意が結びつく場合、時効によって、所有権となる(第九章、第五九一条参照)。

(24) **グレフェル、四・一二頁**　これはグレフェルの前掲注(15)の『占有と時効』の三頁注＊のことで、一二頁には該当箇所を見出せない。グレフェルによる分類では、自然的占有とは所持を伴う占有であり、市民的占有とは所持を伴わない占有であるが、後者には(a)所持を失ってもなお占有を失わないとされる場合(第一一二条)や他人に不完全占有を認めたのち従来の完全占有者の占有がなお存続する場合(第一二四条)、(b)権利占有の場合(第四条)、(c)物が標識または象徴的引渡によって引渡された場合(第七四、七五条)が含まれている。このような市民的占有と自然的占有の理解の仕方は、ローマ法の概念が普通法理論や実務において、ドイツ法の観念化されたゲヴェーレと融合して生じたものであろう。グレフェルの分類に対する批判に、サヴィニーと同趣旨のものに Koch, Besitz, S. 52 f. がある。

(25) **第一部第二〇章、二五五条**　第二五五条は第一〇九条の誤。同条によれば、「一定の物に対する質権が直接法律に基づいて発生する場合、その質権者が債務者に対して裁判官の援助をかりてこの物の自然的占有に入るには、象徴的引渡を要しない」。

(26) **同章、第二七五条**　「これらの措置が不十分である場合、質権者は善意で自然的占有を取得した第三者に対

しその質権を行使しえない」。ラント法全体を通じてNaturalbesitz があるのは右の二条のみといわれるが、他にも第一部第一二章、第四五三条に同じ語が見出される。さらに Naturalgewahrsam や Natural-übergabe のような用語 (I. 11 §475; I. 20 §105, 107, 276) もあり、これらはみな、象徴的観念的なものに対して現実的事実的なものを表わしている。

(27) **握取行為と意思** 握取行為に関して第四八条は「占有の握取行為なくしてはいかなる占有も取得されえない」と定め、意思に関しては第四三条に「何人も、物を所持しているといえども、意思をもたずまたはその意思に反して、その物の真の占有者とはなりえない」、第四四条「したがって、或る者が意思を表示する能力を有しないかぎり、自らいかなる占有をも取得しえない」と定める。

(28) **有体物の握取行為** 第五〇条「有体物を占有者の事実的な力の中に取り入れる外的な行為は、本来の意味で占有の握取行為と呼ばれる」。

(29) **たんなる標識による占有取得** 第五五条「何人の占有にもない物の占有の取得は、取得者が、将来それを自己のため使用する意思が明らかとなるような標識をその物に付することによっておこなわれる」、第五七条「たんに標識を付すのみで上述の効果が生ずるのは、それがおこなわれる時点で、第三者がそれに異議を述べないときにかぎられる」。

(30) **引渡** 第五八条「占有が引渡によって取得されるのは、物の従来の占有者が他人のために放棄し、無主となった占有をその他人が取得した場合である」。

(31) **従来の占有者の意思** 「他人がそれによって物を支配することができる場合には、他人のために物の占有を放棄するには、従来の占有者のたんなる意思表示で足りる」(第五九条)。

(32) **裁判官の判決** 「従来の占有者の同意がなくとも、裁判官の命令によって、他人のために占有は放棄される」(第六〇条)。

(33) **象徴的引渡** 「引渡は有形的に手から手へとおこなわれるのみならず、(象徴的に)標識によってもおこなわれうる」(第六一条)、「この標識は、法律に別段の例外のないかぎり、任意に選択しうる」(第六二条)、「ただし、その標識は、一方の当事者については占有放棄の意思と、他方の当事者については占有取得の意思を示すに足るものでなければならない」(第六三条)、「また象徴的引渡は、現実の占有取得行為の妨げとならないような性質のものでなければならない」(第六四条)、「鍵のかかった箱の中に在る商品その他の動産物件は、鍵を手渡すことによって引渡されうる」(第

六五条)。

(34) **簡易の引渡**　「しかし従来の占有者が、従来の所持者に対し占有権を譲渡する意思を、法的に有効に表示する場合、この表示は新たな引渡と看做される」(第七〇条)。

(35) **占有改定**　「従来の占有者が、今後他人のために物を所持するという意思を法的に有効に表示する場合にも、占有の引渡がおこなわれたものと看做される」(第七一条)、「それゆえに自己の物につき用益権のみを留保するという従来の所有者の表示は、この表示がおこなわれる相手方に占有を認めるのに十分である」(第七二条)、「土地の従来の所有者がその土地を他人より使用賃借または用益賃借する場合、この契約は同時に完全占有の譲渡と看做される」(第七三条)。

(36) **権利の占有の取得**　については、第八〇条—八六条。注(9)(10)(11)を参照。

(37) **瑕疵ある占有取得行為に関する規定**　「許されざる私力行使によって物の占有が取得されることはない」(第九六条)、「同様に暴力により強制され、もしくは詐欺によって惹起された行為または忍容は、権利の占有を生じえない」(第九七条)、「隠秘におこなわれた行為によっても、法的意味における占有は、取得されず継続もされない」(第九八条)、「行為、給付または忍容によって本来占有取得が生ずる場合、相手方がそれを先行する義務によるのではなく友誼や好意によっておこなったか、または許容したことが明らかとなれば、いかなる占有権も生じない」(第一〇六条)。

(38) **jus possessionis と jus possidendi**　前注(14)参照。

(39) **瑕疵ある占有取得者**　瑕疵ある占有取得者には、第九六—九八、第一〇六条によって、占有権が否定されている。それに対して、第一四一条、第一四六条は、占有者のみならず、たんなる所持者にも占有権(占有訴権)を認めている。すなわち「所持者および占有者はすべての暴力に対して保護される」(第一四一条)、「上記の規定に反し、ある者から占有または所持が暴力によって奪われるときには、暴力を行使する者がより良き権利を有するや否やにかかわりなく、それが回復されねばならない」(第一四六条)。したがって、瑕疵占有者は、あらゆる侵害にさらされても保護が与えられないのか、それとも保護が与えられるのかが問題となる。ローマ法で占有という場合、占有取得の形式の如何は問われない。強奪者もまた占有者とみなされる。しかし、一般ラント法第一部第七章、第九六—九八、第一〇六条の規定では、この場合、占有権は否認されることになる。占有取得の違法性が影響を及ぼすので、ここには権利と事実としての占有の混同があると

批判されるのである。

(40) **第九六―九八条、第一〇六条の成り立ち** 法典資料(Simon, Materialien; 以下の引用頁は同書の頁を指す)によると、みぎの規定はもともと権利占有の瑕疵ある取得に関するものであった(「クラインの草案」第一〇〇条 S. 23-24, および「キルヒアイゼンの草案」第五八二条 S. 72)。後者の改訂版である「最初の草案」でも、権利占有の取得を扱っているところで、「暴力により強制され、または詐欺による行為もしくは忍容は占有権を生じない」(第九八条)と定められていた。この条文に関しスワルツは、「占有権を生じないばかりか、そもそも占有も生じない。このような方法でのみ権利を行使するに至る者は、占有すべき権利(jus ad possidendum)のみならず、占有に基づく権利(jus possessionis)をもたない」と述べる。かれはさらに、物の占有と権利の占有を明確に区別し、「物の占有はある継続的状態であり、市民社会の安寧秩序を維持するためには、これとある種の権利を結びつけねばならず、その場合、占有者は占有取得の態様にかかわりなく、保護されねばならない。権利行使の個々の行為は一時的な行為であり、必ずしもそれ以上の効果を有する必要はない。……権利を一回行使したことがあるからといって、二度目の行使が許されない場合に、何かが奪われたということにはならない」と説明している(S. 147f.)。「印刷された草案」でも、さきの第九八条は「権利の占有を生じない」(第六八条)と一層明確に規定されたが、これに対し、ゴスラーは、ここで問題となっているのは、権利のみならず、有体物の場合にも生ずる占有の一般的性質であると指摘し、ほかにも多くの意見書に、占有取得の瑕疵は、権利のみならず物にも生ずるので、第六八条などの規定を物の占有を含むよう一般化すべきであるという主張があった。一般ラント法の規定(これは「改訂草案」の第九五、九七および一〇五条と同じ)は、このような一般化に基づいているのである。

なお、本文の「それによると、物占有は……」は、原文では In den Materialien unterschied man ganz nach dem Römischen Recht Rechts(-) und Sachbesitz. Ersterer solle immer geschützt werden ohne Rücksicht auf seine Entstehungsarten となっているが、傍線部分の Ersterer は Sachbesitz(物の占有)を指すべきものと思われる。

(41) **所持者の保護** 第一四一条「所持者および占有者はすべて暴力に対して保護される」、第一四六条「上記の規定に違反して所持または占有が暴力によって奪われるときは、暴力行使者のもつより良き権利にかかわり

なく、回復されねばならない」、したがって侵害に対する保護は、占有者の場合も所持者の場合も変りはないことになる。

また、瑕疵ある行為によって占有は生じないというみぎの規定についても、一般に、かかる行為によって占有を奪われた者に対する関係では、占有権を取得しえないが、それ以外の第三者に対する関係では占有権を取得する、と解されている。さらに瑕疵ある取得者から瑕疵なく取得した者は、瑕疵ある占有者とはみられない。vgl. Koch, Besitz, S. 34f.; Heydemann, Einleitung, S. 364; Förster-Eccius, S. 63.

(42) **所持の喪失と占有の喪失**　「自らまたは他人を通じて物を支配する自然的能力が消滅すると直ちに、その物の所持は失われる」(第一一一条)、「所持を失ってもまだ占有の喪失は生じない」(第一一二条)、「むしろ占有の放棄がおこなわれたことが明らかにならないかぎり、占有は継続しているものと看做される」(第一一三条)。

(43) **第一一六条**　これに反し、占有者が失った所持を回復することが、物それ自体およびその本体に関わる事件によって、不可能となるとき、その占有は消滅する」。後注(46)を参照。

(44) **第一一七条**　「占有者が所持を放棄するさい、物を放棄せんとすることを言語または行為によって明瞭に表示する場合も同様である」。

(45) **第一二二条**　「他人が、前占有者の所持を離れた物の占有を無瑕疵で(第九八条―一〇八条)取得するとき、前の占有は消滅する」。

(46) **第一一六条――一二五条**　は占有喪失の態様についての規定であるが、それを理解するには、まず一般ラント法の基本原則を知ることが必要である。周知のように、ローマ法の原則では、物に対する事実上の支配が不可能になった場合、占有は消滅する。物の現実的基礎が失われて、占有が観念的に存続するということはない。ローマ法には、他人が不法に土地に侵入しても、不在の地主は、侵奪の通報をうけそれを甘受するまでは、占有を継続するという命題があるが、それはあくまで例外である(I. 3 §§7. 8., I. 7., I. 25. §2., I. 17 pr., I. 46, D. XLI. 2)。ローマ法の原則は、継受から法典編纂までの永い過程で、必ずしも純粋には受け入れられず、ドイツ法的要素と混合して変容した。以前より占有していた者は、その意思に反して占有を失わず、従来の占有に基づいて取戻す権利をもっていた。したがって、意思に反して奪われた占有は意思のみで継続するという考え方が成り立つ可能性がある。これは、いわゆるゲヴェーレ論で観念的ゲヴェーレの認

められる場合にあたる。実際注釈学派以来市民的(法律的)占有と自然的占有の概念が、ローマ法と異なって、観念的占有と事実的占有の意味に用いられたりした。現代的慣用期では、自然的占有が失われても市民的占有は意思のみで存続しうるとするのは、疑いのないところであった。一般ラント法は、このような普通法上の見解に従っているとみられるのである。

スワルツは、法典草案の審議のさいに、占有喪失の諸場合をつぎのように区別している。「(a)物それ自体の変更によって、占有者がそれ以上物を所持することができなくなる場合、たとえば物の滅失によって、また第三者によって形態の変更がおこなわれ、物が同一性を失う場合、(b)所有権放棄の場合、(c)従来の占有者の所持から離れた物の占有を他人が取得する場合、ただしこの新しい占有取得行為が暴力、隠秘または許容によっておこなわれるのでない場合に限る。(d)物の占有が従来の占有者から他人に与えられる場合」である(Simon, Materialien, S. 276)。したがって、第一一六条は(a)の場合、第一一七条—一二一条は(b)の場合、第一二二条は(c)の場合、第一二三条は(d)の場合にそれぞれ対応する。このようにみれば、第一一六条の規定が本来予想しているのは、物の本体の変更、たとえば滅失の場合であるから、たとえ所持をもたなくとも、なお他人が占有を取得せず、所持の回復が不可能でないかぎり、占有の意思をもつものは占有を失わない。その結果、物が未知の盗人に奪われて、回復が不可能になったときですら、なお占有は存続する、とスワルツは明言している(Simon, Materialien, S. 275 f.)。サヴィニーが述べているように、暴力的侵奪、強盗、窃盗によって占有が失われたとみなすことが、この規定によって、最初から考えられていたわけではない。かれの解釈は、もっぱらローマ法的観点から導き出されたものと思われる。第一一六条の審議のさい、クライン、キルヒアイゼンの草案および印刷された草案の段階では、たんなる意思のみで占有は存続されない、事件あるいは第三者の行為によって物の事実上の支配が不可能となる場合、占有は失われる、という見解がとられていた。第三者の行為が瑕疵ある行為かどうかで区別されない。しかし、スワルツはこれとは反対の見解を固持したのである。「わたくしは、未知の悪党によって奪われた時計の占有を失わなかった」(Materialien, S. 275)。

第一二二条を反対解釈すると、暴力、隠秘または許容による取得行為によって、前占有者の占有は消滅しないことになるが、これは、第一一六条のサヴィニー流の解釈をとると、矛盾する結果を生ずることになろう。

しかし、法典の起草者の立場では、この二つの条文は矛盾はしないが、物が盗まれて行方の知れないときでも、占有はなお存続するという実際上おかしな結果を生じ、これをいかに処理するかが解釈上の問題となる。Koch, Besitz, S. 195f., 200, 217; Kommentar zu I. 7 §116; Bornemann, Bd. 1, S. 520 ff.

(47) **権利占有の喪失**　第一部第七章　第一二六―一二八条については、注(9)―(11)を参照。

(48) **占有に基づく権利**　占有の効果として、占有権 (Recht des Besitzes) または占有に基づく権利 (Recht aus dem Besitz) が生ずる。jus possessionis ともいう。これは占有すべき権利 (Recht zum Besitz) あるいは jus possidendi と区別される。このような権利の内容について、一般ラント法は第一三七条以下に詳細な規定を置いている。前期普通法の理論では、通常すべての占有権の一覧を掲げるのであるが (Westphal, System 1788, S. 188 f.)、一般ラント法もこのような方向に従っている。たとえば、占有の訴のほか、自力救済権、取得時効、善意占有者の果実取得、占有の善意・適法の推定、占有権原の挙示および証明の不必要、より良き権利を証明しえない者に対する占有者の優位、留置権およびプブリキアーナ訴権が挙げられる (Koch, Besitz, S. 55 f.)。だが、この中には、占有の本来の効果に、それと直接関連のない、占有すべき権利の効果や、一般的法原理の流出物が混じっていて、占有権が分離されていない。たとえば、留置権やプブリキアーナ訴権、自力救済や証明責任の免除などがそうである。一九世紀の理論は、むしろ、個々の権利のカタログを解体させる方向をとる。サヴィニーは『占有権論』では、多数の権利を列挙することに反対で、特示命令と使用取得 (Interdictum und Usucapio) の二つのみを占有の効果として挙げる (Savigny, Besitz, 3. Aufl. §3. S. 11)。

(49) **自力救済**　第一四二条「国家の救済が遅すぎて、取り返しのつかない損失が生ずるのを避けえないとき、[所持者および占有者は] 実力を実力で防ぐ権利をもつ」、第一四三条「同様の事情がある場合、暴力によって所持または占有を奪われた者も、法律で許された範囲で、自力救済を用いることができる」。

(50) **占有回収の訴**　第一四六条および第一四七条では、暴力、隠秘、奸計または許容による占有侵奪に対し占有回収の訴を与えることを規定する。これはローマ古典法の不動産占有回復の特示命令 (interdictum unde vi)、隠秘占有に関する特示命令 (interdictum de clandestina possessione) および容仮占有に関する特示命令 (interdictum de precario) を包摂したも

のといわれる。vgl. Koch, Besitz, S. 213-278.

(51) **不動産** ローマ古典法では、特示命令適用の要件としては、占有の客体は不動産でなければならなかった。一方、動産に関しては、その他の訴権による保護があったから、特示命令による保護は不要であると考えられた。後に、ウァレンティーニアーヌス帝が特示命令の適用を動産にも拡張し、ユ帝法ではこの拡張を引き継いでいる vgl. Koch, Besitz, S. 274 f.; Savigny, Besitz, 3. Aufl. S. 441-443.

(52) **占有保持の訴** 第一五〇条「これらの権利は、暴力により、隠秘にまたは奸計によって占有を侵奪された者に与えられるが、またそのようにして占有を不当に妨害された者にも与えられる」。

(53) **暴力および隠秘による占有** 講義ノートの原文では、Buchstäblich ist es nur gesagt bei der vi und clam possessio, nicht bei precario, ja bei der clam possessio nicht einmal ausdrücklich (下線訳者) が、第一四六条では Ist die Gewahrsam oder der Besitz, obligen Vorschriften zuwider, jemanden mit Gewalt entnommen worden... (下線訳者) であり、原文に und clam とあるのは誤りと考えられる。

(54) **第一四四、一四五条** 「他人の名前で占有しているたんなる所持者に対して、その他人は、つねに自力により所持を奪いうる」、「だが、かかる占有者も公共の安寧秩序を妨げ、または所持者の他の権利を侵害するような不法な暴力を用いてはならない」。

(55) **物権〔法の講義〕** たとえば講義ノート (Jaehnigens Nachschrift) 第五九頁参照。

(56) **第一四四条の所持者** 今日いうところの占有補助者ないし占有機関がこれに属する。スワルツの挙げる例によると、「わたくしが郵便局に金員を届けることを命じた雇人から、それをまた、やむをえない場合は暴力によってでも、取り上げるとしても、その雇人は反抗しえない。わたくしが受寄者のもとに預けた物を、再び取り去ったとしても、その受寄者は占有回収の訴を提起しえない」。Simon, Materialien, S. 284.

(57) **いかなる所持者がこれ〔第一四六条〕に属するのか、** という文章の原文は、„Welche Inhaber gehören hierher?" であり、この hierher は、直前の第一四四条を指しているようにもみえるが、前後関係からすると、第一四六条を意味するものと推測される。

前述のように、第一四六条は占有者のみならず、所持者にも占有回収の訴を認めているが、この原則は、他人のために占有する所持者以外にも適用が拡大されるか。この点につき、コッホは、(1)一般に占有意思を

欠き他人のためにも占有しないたんなる所持者と、(2)瑕疵占有取得者にこの適用を否定し、ここにいう所持者の中に入れない。後者は他人の名で占有するのでなく、自己のために占有しようとする者である。Koch, Besitz, S. 62.

(58) 真の占有者が実力で所持を回復しようとするのに対し、瑕疵占有取得者に占有の訴を認めるかどうかについては争いがある。多くは、この占有の訴に対して瑕疵占有の抗弁を対抗させることによって処理してきた。これは普通法のいわゆる exceptio vitiosae possessionis に基づく。Heydemann, S. 375 f.; Förster-Eccius, S. 96. また、コッホは、この場合、瑕疵占有取得者が真の占有者に占有の訴で立ち向ってもexceptio violentiae possessionis で妨げられるから、瑕疵占有者を所持者より排除しても、結果的には同一である、という。Koch, Besitz, S. 62. しかし、サヴィニーは、本文にみられるように反対の意見である。

(59) **不動産占有回復の特示命令における瑕疵占有の抗弁の消滅**　ユースティニアーヌスはこの抗弁を却け、無効であることは周知のこととしている。Inst. I. 4, 15, §6 詳しくは、Savigny, Besitz, (7. Aufl.) S. 447-450; Koch, Besitz, 2. Aufl. S. 275 参照。

(60) **瑕疵占有の抗弁**　一般裁判所法第一部第三一章、第一四条によれば、「原告が主張する最新の占有が承認され、または証明されるが、これに対し被告が、原告は明らかに悪意その他瑕疵ある方法で占有を取得したことを主張するとき、審問と証拠調べの開始とともに、占有の瑕疵について審理しなければならない」。また第一六条によると、「裁判官は、もっぱら審問により明らかにされた事情および法律の規定に従い、つぎの点を決定しなければならない。…中略…占有状態が十分明らかにならない場合また占有の瑕疵が証明されているため、係争物を裁判所に保管または係争物受寄者に寄託すべきか…後略…」と規定されている。このためプロイセン法は、たんに相手方からの瑕疵占有の抗弁を維持したのみならず、第三者の権利に基づく抗弁を含めて、占有の瑕疵が一般的客観的に不利に働く方向をとったのではないか、とみられる余地がある。ハイデマンによれば、「だが、実務においては、事柄自体および実際の必要に深く基礎づけられた見解、すなわち瑕疵的占有取得の抗弁は、そのような瑕疵ある態様で占有を奪われた者からのみ提起しうるという見解が勝利した」という。Heydemann, S. 275f. 簡単な立法史については ebenda, Anm. 755 を参照せよ。Koch, Besitz, S. 268-270. をも参照。

(61) **第三者の権利に基づく抗弁** 被告がこの抗弁を援用できないことを、一七二一年のプロイセン王国改正ラント法(Das Verbesserte Preußische Landrecht) Buch III. Tit. 5, Art. 2. §4 は明確に規定している。そのほかには法律規定はないが、学説実務とも同じ見解である。vgl. Koch, Besitz, S. 269. Anm. 52; Heydemann, S. 375.

(62) **即決占有訴訟** 一般裁判所法第一部第三一章、第一条「ある者が物もしくは権利の占有を妨害され、またはこの占有を最近に(neuerlich)隠秘もしくは暴力的に侵奪されたとき、即決占有訴訟(Possessorium Summarissimum)がおこなわれる」。即決占有訴訟に関しては、Savigny, Besitz, 3. Aufl. S. 551-563. 参照。

(63) **占有訴訟と本権訴訟** 即決占有訴訟のほかに、通常占有訴訟があるのか。現代的慣用の時代に、従来の通常占有訴訟 Possessorium Ordinarium は、占有すべきより良き権利を対象とする本権訴訟に転化していた。ブルンスによると、「すでに一七八一年のフリードリヒ大王の訴訟法において、普通法の占有訴訟は変更され、Actio Spoli と Summarissimum が一つの訴訟に合併された。それに対して、Ordinarium は、Petitorium と結びついた。この観点はラント法において維持されている。ラント法の当該条文は、すなわち第一三六―一八七条は、旧訴訟法に対応して起草され、訴訟法の規定そのものは、一七九三年の新しい裁判所法第一部第五章、第二七条、第一部第三一章、第一条に完全に採用された。だが、占有の訴がそのためにとった形態は、意図されたほど簡単なものではなかった。なぜなら Ordinarium は必ずしも完全に廃止されたわけでなく、Petitorium と結びついているにすぎないから、基本的にはなお二つの占有の訴があり、その性質については、ラント法にもプロイセンの学説にも、望ましい明晰さは支配していないのである」。Bruns, S. 437 f. この点、サヴィニーは占有訴訟と本権訴訟との明確な分離を企てている。

(64) **一般裁判所法第一部第五章、第二七条**は、「Possessorium Summar. のほかには、訴訟の審理に関して、Petitorium と Possessorium の間に区別はない。占有の問題と実際の権利の問題の決定に必要なあらゆる事実は、同時に一つの訴訟において取り上げられ調査される。したがって権利について下される主たる判決には、同時に占有の種々の性質に応じて、占有のなんらかの効果について判決されるべきである」。また同第一部第三一章、第一八条は、「[即決占有訴訟の]つぎに本案が通常訴訟に至るとき、占有訴訟判決で確

定された仮の地位は、本案について第一審判決がおこわれるまでの間においてのみ有効である」と規定する。

(65) **占有の訴の消滅時効期間**　一般裁判所法第一部第三一章、第一条は、短期消滅時効を示唆する唯一の規定である。すでに Corpus Juris Fridericianum には、これと同文の規定があり、一般ラント法の制定までこれと並んで実体法的には普通法がおこなわれていた。したがって、特別の改正があれば、一般ラント法に明文の規定がなされる必要があったであろう。法典資料で Spolienklage の短期消滅時効の提案に対し、スワルツは、「所有権の確実性よりも公益の確実性をずっと重視しているから、賛成すべき理由は多いが、Spolienklage がつねに Spolienten とその相続人に対してのみおこなわれ、善意の第三占有者に対しては許されないことを考えるならば、外見上短期時効が必要であることも消え失せ、Spolienten に、一層時間を短くすることによって、従来の法律が認めていない保護を与える理由はもはや残らない」と反対している。(Simon, Materialien, 通常の消滅時効期間は三〇年であった。S. 285) Koch, Besitz, S. 282-285; Bornemann, Bd. 1, S. 534*.

(66) **ローマ法の権利の準占有の保護**　この点については注(17)を参照。Savigny, Besitz, 3. Aufl., S. 500-532 をも参照。

(67) **ラント法第一部第一五章、第四条**　「権利の占有者が、その権利を簒奪する他人に対しいかなる範囲でその占有を追求しうるかについては、有体物の占有の場合と同じ原則で判断すべきである」。

(68) **占有の推定の態様**　第一八条「一定の場合や事情において法律がとくに反対の推定を定めていないかぎり、一般に占有の善意が推定される」、第一七九条「占有者はすべてその占有が適法であり、善意であるとの推定をうける」、第一八〇条「それゆえ、占有者は、請求される場合にも、その占有の権原を告げ証明する責を負わない」。

(69) **第七章、第一八一、一八二条**　「だが、人および所有権が自由であるという推定は、占有の適法性の推定に優る」、「それゆえ、ある人が他人の自由または所有権を制限する占有状態にあるとき、その者はこの占有についての権利を告げ、証明しなければならない」。ただし、特別法によって一定の身分の人に対する制限が明示されている場合――たとえば農村居住隷民の自由または所有権の制限――は例外である。

(70) **第七章、第一八五条**　これは第一八四条の誤。「ある人が物の占有を暴力、奸計または詐欺により奪われ

たことを証明するとき、現占有者はその占有の権原を告げる義務を負う」。

(71) **第一部第一五章、第三四、三五条** 「請求の対象である物がその適法な占有より意思にかかわりなく離脱したことを、原告が証明するときは、いかなる場合でも被告は直ちにその占有権原と前主を告げる義務をつねに負う」、「このような請求をうけた占有者の相続人にあっては係争物が相続財産中に含まれていたことを証明するだけで足りる」。

(72) **第七章、第一八五条** 「裁判官が係争事実の釈明のために必要であると思料するときは裁判官に遠慮せず占有権原の告知をおこなわねばならない」。

(73) **第一部第一五章、第三八、三九条、第七章、第一八六条** 第三七―三九条「通常の場合にその前主と占有権原を告げえない者は、物を無償で返還せねばならない」、「これに対し、かれに、その他、利益・損害等に関し悪意占有者の責任を課すためには、この事情だけでは十分でない」、「しかし法廷での質問に対し前主または占有権原の告知を執拗に拒絶し、この両者を知らないかまたは忘れたことを推測させるような事情を証明しえない者は、すべての点で悪意占有者と看做される」、第一八六条「第一八四条、第一八五条の場合にその占有権原の告知を執拗に拒絶する者は、悪意占有者と看做されるべきである」。

(74) **第一部第七章、第七一条** 「遺失物拾得を四週間以上届け出ない者はさらに悪意占有者の推定をうける」。

(75) **第一部第九章、第四一条** これは第一部第一五章、第四一条の誤。「盗品または遺失物の占有を隠す者は悪意取得の推定をうける」。

(76) **第一部第一五章、第四〇条** 「[第三九条と] 同じことは裁判官に対し物の占有を不法に否認する者に対しても生じる」。

(77) **第一部第九章、第七二条** 「法廷外で遺失者によってまたはその名でおこなわれた質問に対し遺失物拾得を全部または一部につき否認する者は悪意占有者である」。

(78) **単純推定と完全な推定** 注(73)―(76)の規定では「悪意占有者と看做されるべきである」、「悪意占有者の推定をうける」または「悪意取得の推定をうける」とあり、これは普通法でいわゆる単純推定 praesumtio de jure である。ところが注(77)の規定は「悪意占有者である」となっている。これを反証を許さない完全な推定 praesumtio juris et de iure とみる説 (Bornemann, System, Bd. 1, S. 525-536) と注(73)―(76)の規定と同様に単純推定とみる説 (Koch, Besitz, 2. Aufl. S. 99; Koch, Kommentar, Bd.

1, 7. Aufl. Anm. 47 zum §72, Tit. 9. Th. 1.）がある。サヴィニーは後者の説である。