



| | |
|------------------|---|
| Title | サヴィニィ「占有法」雑感 |
| Author(s) | 小菅, 芳太郎 |
| Description | 資料 |
| Citation | 北大法学論集, 23(2), 218-236 |
| Issue Date | 1972-10 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/27926 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 23(2)_P218-236.pdf |



サヴィニイ「占有法」雑感

小菅 芳太郎

ロオマ法講義の意味の一つは、それが西洋法文化の一構成要素だからであろう。ところで、この点の簡潔な叙述としてはヴィアツカア「ヨオロッパとロオマ法」(一九六一年)があるが、その最初の方法論的部分を要約すれば、ヨオロッパ精神・社会ないし法学はその形成過程でロオマ法に学ぶにつれてこれから独立していくのであり、ロオマ法の遺産との直接的接触の最後の段階ではその直接的作用は漸減過程の終点に達する、という。私なりに言換えてみれば、ロオマ法という文化的要素がヨオロッパ法学として転生していくことはロオマ法がその他の諸要素と絡みあい混淆してこれを生むことであるから、西洋法文化形成におけるロオマ

法の役割という観点を立ててみても、その叙述の実体は西洋近代法の形成を論ずることと同じにならざるをえない、といえようか。実際、右論文に帰って、ロオマ法の遺産との直接的接触の最後の段階たる歴史法学派の部分の書方を要約すると、歴史法学派という複雑な現象の核心は体系的概念的な法学の建設にあること、「我々の関連で」⁽⁴⁾ いえば同学派はロオマ法を活性化したのであるがそれは自然法学をロオマ法に引戻すことよってであった、というのである。

以上の見方を受容れるならば、まず講学上の影響があるろう。古代ロオマ法史の教科書には附録として中世・近世ロオマ法の概要

がつくのが普通であるが、少くも歴史法学派をこのような形で講ずることは止めねばならなくなろう。また、これに伴い新たな問題も生じよう。しかしそこまで進む前に、さきのような概観、即ち歴史法学派という歴史的具体的存在においてロオマ法とその他の諸要因がいかに複雑に絡みあっているかを、具体的に納得しなければならぬ。差当りサヴィニイ、その最初の作品「占有法」——とくに所謂「形式的」⁽⁵⁾「占有概念」——におけるロオマ法的要素の有効範囲について、私なりにイメエジをもつことが必要になった。

* *

一 サヴィニイは法学教授になる早々、パンデクテン全五〇巻の最後の一〇巻を講義した。最初から順々に始めるとあとの方が跣足になるからである。その際、講義は「直接に法源から」準備したので、占有の部分(D. 41. 2. 占有の得喪、D. 43. 16. 諸特示命令)に一番関心が集中した。「法源から」すれば、占有につき当時支配的な諸概念や諸説は非常に訂正を要すると思われるからである。難解かつ実際的重要性のゆえに却って彼を惹きつけたこの対象について一書を仕上げたのが「占有法」(一八〇三年)である(第四版序文)。まず冒頭に(序説)、占有関係諸法

文は法源のどこに在るかの一覧表(一. Quellenkunde)および、中世註釈学派以来本書公刊直前までの、即ちのちにかの法典論争で相対することになるチポオの「占有と時効」(一八〇二年)に至るまで三五点の参考文献一覧表(II. Literaturgeschichte)が示される。第一部「占有の概念」、第一章「序説」の始めでは、従来の占有研究書の慣例はその異常な困難を歎くことから書始めることだとして、ライザア(一七四〇年代)を引合に出す。そこで指示されたライザアの箇所、自然的占有と市民的占有との区別に關する項目を開いてみると、まさに古典法律家の遺してくれた混乱を歎じたのち、両用語を載せる法文二二(D. 43. 16. 1. 9. D. 10. 4. 3. 15)を例示するだけで彼自身の所見はなく、普通説かれてきた所に譲っている⁽⁶⁾。法源には両用語を定義した法文がないので、註釈学派以来諸説紛々なのである。サヴィニイが「占有概念の文献史」(第一〇章)で整理しているように、両概念区別の基準がおかれたのは、まず占有要件たるアニムス(心素)の有無であり、のちに占有効果(保護)の有無に移された。後者が正解の方向なのであるが、前記のチポオでは議論の中にアニムスの語が依然介在し、他方未解決の難点もあつて、説明は冗長である。

(次述二末尾)

二 チポオは簡単な第一部「占有の本来の性質」で、単なる事

実状態たる所持を実定法が保護（防禦・獲得・回復）する必要が生ずるが、これに値する占有はその行使の意図（*animus detinendi*）を具えたものでなければならず、このようにして本来の法的占有概念が生ずる（§ 2）という。次に本論に当る第二部「実定法律により法的に仕上げられ規定された占有」、第一章「本来の意味では占有するのに、実定法律により非占有者とみなされる者の諸事例」では、実定法（ロオマ法）は一般的原理を立てていないから諸事例を論理的連関なしに列挙せざるをえないと前置しながら、まず第一節「本来の占有者、および *nuda detentio* とされる者」（§ 8, 9）で、ロオマ法上狭められた占有者（占有の保護・回復を目的とする裁判上の強制手段をもつ者）の概念、即ち所有者（*animus domini*）・永借人・質権者・*sequester*・プレカリスト（以上 *a. sibi habendi* ; *possidendi* ; *tenendi*）に対して、これから除かれる用益権者・賃借人・使用借主・受寄者を対立させる。次に第二節「本来の概念では占有者なのに、例外的に占有者とみなされぬ者の諸事例」として、A 取引から除外された物を占有する・B 自由人が占有される・C 占有された者自身が占有する・D 権力服従者が占有する・E *poss. vacua* が引渡されたのではない・F 物が別の物と結合された・G 物が加工された・H 判決により占有が否認された・I 被相続人の占有に瑕疵がある・K 占

有者自身が「占有原因」を変更した・L 夫婦間受贈者が占有する・M 質物所持者が時効取得の観点から問題にされる・N 意思能力ある家男が占有を取得した・等の諸場合を列挙する（§ 10）。このあとに問題の第三節「自然的占有と市民的占有」の叙述が来る（§ 11）。前二節の両様の法的占有概念に対応して自然のおよび市民的占有の区別の仕方にも広狭二通りあり、広義の法的（市民的）占有（第一節参照）がさらに狭義の法的（市民的）占有と然らざる（自然的）占有（第二節参照）とに区別されるのだという⁽¹¹⁾。従前の説よりは確かにわかり易いものかもしれないが、実定法律（ロオマ法源）で法的占有を否定されたもの（自然的占有）とこれに該当せぬもの（市民的占有）という言方以上には、両様の区別相互間にも、それぞれの区別仕方の中でも、論理的連関がつけられないことはチボオ自身が自認していること既述の通りである⁽¹²⁾。

三 これに対してサウイニイでは解釈原理（*regula*）⁽¹³⁾の発見に成功し、説明は段違いに明晰である。「占有法」の第七章「ロオマ法律家たちの言葉遣い」ではこの研究の最困難、最重要の部分は *possessio* ; *civilis possessio* ; *naturalis possessio* に関する⁽¹⁴⁾。この点の結論を先に出している。法的占有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*)とあり、兩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(正原因など)点にある。⁽¹⁶⁾サヴィニイは如何にして法源に忠実な、それゆえに明晰な解釈に到達したのか。この第七章に先行する部分での作業を私なりの順序で紹介してみると、彼は、ロオマの立法者と法律家たちが占有を何処で論じているかを調べている。パンデクテンでは、所有権の自然法的取得方法(D. 41. 2)と時効の説明(D. 41. 3)とを架橋する位置に占有論がおかれ(D. 41. 2)、時効取得制度は占有の正確な知識なしには理解できぬという配列であり、他方、特示命令はずっと離れておかれている(D. 41. 2)。告示註解では、占有論そのものは告示にはないにも不拘これを論ぜんとした法律家たちが各自最適と思う所へこれをはめこんだため、占有論の本拠はまちまちであるが、いづれにせよ取得時効または特示命令に結びつけられている(第四章)。これ以外の関係、引渡や先占などは占有法の問題ではない(第三章)。かくて、「所持をして占有たらしめる法的意味」(第二章)は第一に時効取得であり第二に特示命令である。概念の存在理由をこの法制度上の効果から看破することよつて、彼は古典法学に忠実な、それゆえに明晰な解釈に成功したといえよう。⁽¹⁷⁾

四 ライザアが歎きつつ放置した問題の法文の1つD. 43. 16.

1. 9/10は「自然的占有者も特示命令(*de vi*)を使え。Denique 夫から贈与を受けた妻もこの特示命令を使えるが、賃借人は然らず」との趣旨のものであつた。普通に読めば受贈女と賃借人との差別を理解するに苦しむ。チボオではこの自然的占有は狭義の分類におけるものゆえ賃借人はこれから除外されるのだと解決するが、その際の自然的占有の意味は広義のその場合同様特示命令の保護不存在という以上には規定していなかつたから、自然的占有はまず特示命令の保護なきものと観念され、したがつて、本法文で受贈女に「*de vi* 特示命令」が与えられるのはまさに特別例外であり、これ以外の特示命令(*uti possidetis: utubi*)が与えられることはない、ということになる。⁽²⁰⁾サヴィニイが批判する⁽²¹⁾ように、今度は特示命令間の差別という難問が代りに現れる。これに対してサヴィニイは、さきに発見した解釈原理(三)を適用しつつ、また逆にこれを検証しつつ、問題の法文の前後に、従来は孤立的に使われていた諸法文を配して次のように説明し尽す。受贈女には、(1) *possessio civilis* なし(D. 24. 1. 26. p.)、(2)何らかの意味での法的占有(*possessio schlechthin*)はある(D. 41. 2. 1. 4)、(3)その効果は、特示命令である(本法文: D. 43. 16. 1. 9/10)、(4)時効取得ではない(D. 41. 6. 1. 2)。⁽²²⁾したがつて *poss. civilis* は時効取得附占有である、と。サウ

資料

イニイが登場した時には典雅法学的、古典主義的方向への決着は既にフウゴオによってつけられており、「占有法」の名声はその解積学的、教義学的能力にあると参考書で異口同音にいわれているのももつともである。

* * *

このような抜群の能力は何に由来するのか。個人の資質は別として、三で見たとように、サヴィニイは実によく古典ロオマ法を研究しその卓越した点(法学の方法)を理解したが、逆にいえば、古典ロオマ法源は彼が引出したような論理性を内在的に具えており、彼の教義学的構成力を育てたともいえる。この意味ではサヴィニイにおけるロオマ法の意味は実に大きい。

しかし、同時に、何故かほどに古典ロオマ法源に惹かれたのかは、彼において典型的な当時の歴史・文化観の動因⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾なしには理解できない。また、彼の抜群の教義学的構成力についてイメエジが具体的になるほど、その諸動因の中でも当時の学問論の影響を思わざるをえない。

こうみてくると、ロオマ法的要素という観点のみに固執することの限度が私なりにわかってきた。このことは私の場合、本稿の始めに記したように、少くも近世ロオマ法を古代ロオマ法史の附録のかたちで講ずることを不可能ならしめる⁽²⁸⁾。

(一) Weacker, Europa und das römische Recht. Verborg-

heit und Fortdauer, in: Vom römischen Recht. 1961, 288. 本論文 (op. cit. 288-304) は「若干の出発点」「ボローニア」「人文主義」「歴史法学派」「今日のロオマ法」の部分から成る。最初の部分の紹介、吉野「最近のドイツの法史家のいう法文化の連続 (Kontinuität) に ついて」(法学雑誌一四卷一号昭四二年) 一一一頁以下、石部「ドイツにおける近代私法史の近時の動向」(同上四号昭四三年) 八〇頁。(一般に参照、鈴木祿弥訳「近世私法史」)

最初の「若干の出発点」を吉野、石部両氏の紹介となるべく重複せぬよう要約すると、このような一般的な主題(ヨオロッパにおけるロオマ法の諸作用)を扱うためのパスベクティヴは、「ヨオロッパの反省」以来活発な中世個別研究によって次のように変わってきている。

(1) 従来の古代末断絶説に対して、新しいルネッサンス観が「ヨオロッパの精神と社会」の確立たる一二世紀を越えてさらに求められ、結局は「エゲ海に生れた地中海的西方的世界の一体性と連続性」に帰着した。この新しいパスベクティヴは、まず、「ボローニアの裂目」(「再生」説、鈴木訳三六頁註一四)を埋めるに至った。「ロオマ法は卑俗法のかたちで常に生統けていたに止らず、共通な法理念の普遍的地平として、また最終の実定的審級として、ほとんど一瞬たりとも初期中世から消去したことはない。」「参照、世良・法学一九卷一号五五頁註三四)

(2) 新しいピアスペクティヴ(「地中海的西方世界の歴史的連続」)は、次に、ヨオロッパにおけるロオマ法的作用仕方をどう見るかも変えた。従来「再生」や「継受」(外來法の)とされていたものは、「ヨオロッパ精神の自己実現」、「一つの個性形成」のいろいろな局面であり、「結局は、英、スカンデナヴィアのポロニア市民法に反対する決断と、大陸の、とくに南、中欧の共通法 ius commune 選択との、対立なのである。」「かくて、継受の古典的素材や技術的私法それ自体に狭められていた従来の視野は消滅し、ますます関心をそそるのは、ヨオロッパのロオマ法との関係の中に現れる考方 *forma mentis* 即ち、学習と教授の歴史であり、バンデクテン出現がヨオロッパに呼び起したエリイト形成と合理的支配との新技術である」。

(3) 新しいピアスペクティヴは、さらに、「隠れつつ存続する」(ゲエテの「あひる Ente のように」から)なる副題で示した「両極性」をよくわからせてくれる。各時代の法学がロオマ法に学べば学ぶほどますます「ヨオロッパ法学の自己実現」かくてまた「古代からの解放」が進む(吉野、石部前出頁に詳しい)。このように古代ロオマ法の権威(素材的接触)の諸相が次々に消去したのは、「法学が分析的釈義、トピック、カズイスティックから、近代法学の公理、体系、概念へと進むための高価な出費ではあった」。「以下におけるヨオロッパとロオマ伝統との三回の画期的出会い(ポロニアの学問の始め、フランス・オランダ

の人文主義的典雅法学、および、サヴィニイの歴史法学派と所謂バンデクテン法学)の特性描写では……ヨオロッパの精神と社会との構造の展開過程が中心になる。……したがって我々が扱うのは、各時代独自の方法の現れと、各時代の専門家エリイトの形成とである。」

なお、後続の「ポロニア」の部分に要約すると——ポロニアの法学建設の特色たる三技(*Trivium*)のユ帝法典(*Corpus Iuris*)への適用、その後のヨオロッパの理論と現実へのポロニアの作用という従来の正当な説に加えて、「我々の関連では」ポロニアの精神的前史(早期中世の教養伝統との連続)とヨオロッパの公生活の合理化を担った世俗的知的エリイト層(「十一世紀末以来のカノン法学が『法的教会 *Rechtsgemeinschaft*』を創ったように、西・中欧の新エリイトが統治・行政・裁判を合理化して近世の法的国家を創った)の精神的形成とが問題である。後者については、ユ帝法典とくにバンデクテンへの三技の適用という「論理的操作は、個々のテクスト(*Texts*)を越えて、これをテクスト全体の関連の中に位置づけさせ、かくて、矛盾なき教説組織 *Lehrgebäude*、即ち、外形的意味では体系ではなくてもグロッサという万遍無い装置のかたちで *einem durchlaufenden Glossenapparat* の教義学を生んでいった。」註釈学派の次に中世盛期大学の法・神・哲三学部に通通なスコラ的方法の諸特色としては、(a)テクストの絶対的權威と、それにも不拘、そこから実践的命題を自由に引

出しうる仕組になっていること〔「ロオイングの研究につき佐々木、法協八五巻八号二三—三五頁」〕。(b) 分析的・非綜合的手段 (distinctio 等) の優位が、一般概念や体系の建設、ひいては法学の自律化 *autonome Geistesigkeit* のためには、やはり妨げになっていたこと、等。結びとして、「ポロニアの諸起源の概観を終るに当たっては、この、ほかならぬ早期の時代が、古代後期伝承群の殿と直接に接触していたにも不拘、ロオマ法学の精神から非常に隔った所に来てしまっていることに一言費さぬわけにはいかない。」

「人文主義」の部分——早期人文主義のプラトン主義は、テクストの言葉を越えて諸教説の中にアイデアを再認識しようとする。「教えるというのは、法やその細目に内在するアイデアを生徒の中に呼醒し、かくて彼を経験的特殊的なものからアイデアの普遍的なものへ導くこと、である。」「この要求からして法学的人文主義は法学の自律的体系化へと突進んだ。のちに一八世紀理性法や一九世紀バンデクテン法学で自己実現する近代的学問形態を初めて先取したのである。」〔「ポロニア」の部分の(b)参照。〕

(2) SZ 72 (1955) 29 後出註 25 N i に訳出。

(3) 「ロオマ法は技術的法学の領域を遙かに越えて、倫理と国を、それどころかヨオロッパ、社会そのものを育て、変え、自己自身へもたらした」(286) という書出しの印象が強烈だったので、本文で次に要約する歴史法学派の段まで読進んだ時、言葉尻をとらえれば、ロオマ法ではなくて歴史法

学派が主語になったともいえる書方、さらにロオマ法以外の諸要因、なかでも自然法的要素にロオマ法に勝るとも劣らぬ仕方で言及している書方の微妙な喰違いに、私ははじめは戸惑ってしまった。

(4) 便宜上、本文に関連する部分(以下のb、但し符号は引用者) 以外にも同学派の項全体を要約、訳出しておく。

〔a〕 サヴィニイの「占有法」は仏・和の典雅法学の方法の復活で、この二つの人文主義の間には、ロオマ法が初めて法学の主人公たるを止めた理性法の時代があるが、ロオマ法はここでもまた「隠れて存続していた」(副題・註1 (3)) といえる。「理性法の建設者、即ち一六世紀の偉大なスペイン人たちとグロチウスは、第一級の人文主義者である。自然法の数学化以前にはロオマ法は、諸宗派や諸民族・種族の間において鼎の軽重を問われなかった唯一の法基盤であり、理性法の時代にあっても独得な仕方で共通法 *communis* であり続ける。国際法はグロチウスの法の一般理論がそうなように、たいていは、人文主義の解釈によるロオマ法なることが多く、このようにロオマ法はギリシャ・ロオマ哲学、教父の書、聖書と並んで古典古代の諸典範 *exempla antiquitatis* として使われている」。

〔b〕 「それにも不拘、真実は、歴史法学派が、幾世紀を」とび越えて、長い理性法の支配ののち、ロオマ法そのものをもう一度革新したことである。この、ポロニアと典雅法学に次ぐ人文主義によるロオマ法学の大建設の最後のもの

は、ことのほか輻輳した現象である。その核心は、公理から個別命題に至るまで徹底的に概念化された、欠缺なく体系化された私法学というものをドイツに、またその境界を超えて、構築したことである。我々の関連では、ロオマ法に対する歴史法学派の功績だけとりあげるのではなく、それは、自然法によって体系化された法理論を再びロオマ法に結びつけたことである。こうして歴史法学派は、近世初期最大の法学的潜勢力たる自然法をもう一度、ユス・コムウネという強力な伝統の基盤に連戻した。と同時に、第一次産業革命の世界の中でロオマ法のために最終回の文化的品位と現実性とを回復してやったのである。もっと簡単にいえば、自然法の実定化、ロオマ法伝統の現勢化、これが歴史法学派の取支決算である」。

〔c〕「この最後のロオマ法への回帰を助けた特殊な諸媒介を観察すると、これは、ヨオロッパで一七六〇年以降充溢した、バロック教養にとって代った高貴な、じみな古典主義（鈴木訳四五二）から切離しえぬ。歴史法学派がロマン主義から相続したものは、歴史の発見ということをそのせいでと誤記しようともせぬ限りは……少い。何故なら、驚くべきことに、この最後の絶対的静態的教養学が形成されたのは、批判的文献学の客観的精神から、かつ、歴史の発見によってなのである。このパラドクスを説明するには、ヨオロッパの政治的文化的旧制復帰という二度と繰返されぬ特定の瞬間が歴史と教養学との創造的結合を招来し

たのだと言わざるをえない。これ以後、パンデクテン法教義学と眞の法史とは分裂して止る所を知らない」。

〔d〕「この、ヨオロッパ法学と古代遺産の最後の直接的接触においてもまた、あの両極性法則が貫徹している、古代のただ中に深く入りこんだ答は何かというところ、成熟して自ら自己を実現しゆく精神をとことんまで解放したこと、この精神がこの最終的自立のおかげで、自らを育んだ者にとられざる目で眺めうるに至ったこと、である」。

(5) 寺田・新法四八卷一八号八一、田中整・阪法四号一四八註七、戒能（法律思想家評伝）九三註一。後註14、18。

(6) 「自然的占有と市民的占有との間の曖昧な区別を論ず。

占有論を同様に少からず混乱させているのが、ロオマの法律家たちが我々の法にもたらした自然的占有と市民的占有との間の区別であって、L 1 § 9 de Vi et vi armata [D. 43. 16] や L 3 § ult [15] Ad exhibendum [D. 10. 4] を見ればすぐわかる。彼らの説明はますます曖昧なので今では誰もこの混乱を取除くことができない。昔の解釈者たちもまたこの問題をもつれさせて、遂には彼ら自身が自分のしょうとしていことがわからなくなる程である。さあ御覧、もし出来るものなら、ソノオの Summa tituli C. de Adquirenda et retinenda possessione n. 14 sqq. を私に説明してほしい。ヤン in L 1 pr. de Adquir. vel amit. poss. an. ロイヤウス ad Tentorium vol. 2. disp. 21 § 1 lit. F. はこれが理解でき、あの卑俗な

區別はアゾオによって徹底的に追払われたのだ、唯一種の占有、即ち、自然的占有だけが規定されているのだ、とまで思いこんでいるほどである。さらに加えて一層晦渋なのがトレウトレルス in vol. 2 disp 21 であって、バコヴィウスはこれが説明に努めるのだが彼自身が分明とはいえない。私もまた癒し難い傷を承認する。私は自身でこれを十分に癒すことは敢てせずに、差当り、一層よい道がみつかるまでは、近時の解釈者たちに従っておく。彼らは、到る処で明かな困難を何とか取除こうとして、市民的占有者および自然的占有者の言葉は法律上二重の意味をもつという。即ち、或る場合には、市民的占有者とは所有権の意思 *animus domini* をもつ者にして自然的占有者とはこれをもたぬ者、或る場合には、市民的占有者とは物を体素によらずして心素により *non corpore sed animo* 所持する者、自然的占有者とは体素による者だと。」Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, vol. 7 (Lipsiae, 1744), Spec. 151: de variis *possidendi modis*, med. 4. 鈴木訳三九八頁。

(7) 「占有自体の概念をあらゆる側面から決定した後、残るところは、近時の法律家たちがこの概念をどう決定してきたかという歴史的問題 *historische Frage* に答えることだけになった。沢山の、非常に争われている占有の諸定義は概して全くつまらない。全論争の目はこういう諸定義自体の表現におかれて、ロオマの法律家たちのそれではないから。ロオマの法律家たちの場合と同様ここでも肝心な点は

自然的占有と市民的占有の決め方であり、これに関する主な意見 *Meinungen* を迎えることにしよう。いちいち反駁するなどは殆んど必要ない。どれを見てもおよそ釈義的演繹 *exegetische Deduction* のない意見ばかりであり、単なる意見を一般的に批判するなら既述 (§ 7 [註 15]) の私自身の叙述で間に合っているからである。……(p. 139)

「最古の意見〔アゾオなど、區別の基準を占有概念の實質的要件、*アニムス*におく〕と同じく古くからと思われるもう一つの意見は、市民的占有と自然的占有の區別はこれを悉く占有の法的効果に関係させるから、ロオマの法律家たちの考えていたことを一層正確に記述している。即ち、市民的占有とは、ロオマ法によって(何らかの観点で)見認された、つまり自然的占有に優先する種類の占有である、と〔以下三群〕……第一群は、真理に最も近いものだが、およそ占有につきありうべきあらゆる効果を具える占有を、つまり時効取得附占有も所有者自身の占有も市民的と呼ぶ。これに対して自然的占有と呼ぶのは、何かが欠ける、つまり特示命令は可能だが時効取得が不可能な占有である。……この説明の(適用の次元での)欠点は当面の問題でないから)唯一の欠点は自然的占有に付せられた意義が正しくないことだけである。……この群の著作家たちは……Pothier *Pandectae Inst.* Lib. 41, Tit 2 und : *traité de la possession* Chap. 1. Art 2. ……第二群は、區別全体を第一群よりずっと単純に考える。市民的占有は単に *posse-*

§. 10. としか呼ばれぬこともあり、時効取得を可能ならしめるものだが、これに対立するのは自然的占有 (esse in possessione, non possidere) しかなく、したがって、これは、真の Possessio (特示命令の権利) の有無を問わず残りのあらゆる場合を含む。第一群同様市民的占有の説明は正しいが、特示命令附占有が単なる所持から区別されていないのは重大な欠点である。……この群の著作家たちは……: Domat, lois civiles, Partie I, Liv 3, Tit 7, préambule. ……最後の第三群は、およそ法的占有はことごとく、時効取得の基になるものであれ特示命令の基にしかならぬものである、市民的占有のものに、どの法的占有に単なる所持 (possessio naturalis, esse in possessione, non possidere) が対置されているのかには全然おかない。この意見の特色たる欠点は市民的占有の決め方が全然正確でないことだ。……この意見は、ロオマの法律家たちが市民的占有は承認すべきではないと明白に断じている或る場合 (とくに夫婦間贈与の場合) をおよそ法的占有から排除せざるをえなくなるが、かかる適用において他のどの意見よりも不正確になってしまふ [以下および註 21]。……この群に属する著作家は……: Cuperus, de natura possessionis, p. 1. Cap. 3. 4. ……: Thibaut über Besitz §. 11. ……: クベルス [次註 8 参照] は自然的占有の概念から (つまり消極的概念から) 出発し、それは非法的占有と解せざるをえぬと言ひ、かくて市民的占有を自然的占有に論理的に対置され

たもの、したがって法的占有一般だと規定する。……さて自然的占有にはない法的占有の諸効果とは、クベルスによれば何か? 時効取得のみならず、何よりもまず特示命令もまたこれに属する。ところでたまたま或る種の特示命令についてはそれが市民的占有の外でも通用することがパンデクテンの中で明白である (L. §. 9. de vi. [II D. 43. 16. 1. §].)。そこで、若干の特示命令だけが法的占有に属することになり、完全に次のように概念規定をせざるをえなくなる。…法的 (civilis) な占有とは、時効取得か或いは少くも in possidetis および uti possidetis の効果あるもの、非法的 (naturalis) な占有とは、右以外の効果、例えば unde s. 特示命令はありうるとしても右の諸効果に限る限りこれを全然たぬものである。いろいろな特示命令の間にこのような実質的な区別をつけるのが正確でないことはあとで特示命令自体を論ずるときに証明されるが、何故 de i. 特示命令がその他の特示命令より法的性質が少いのかは格別の議論なしにもおかしから、いかに恣意的な非論理的な占有の呼方がロオマの法律家たちに押つけられることになるか明かだ。……(p. 142. §)

「以上の概観の中で私は、通常の諸欠点を免れている唯一人の著作家に言及せずには来た。その名はドネルスで、彼には以上のような用語研究上の誤りはなく、どの群にもいられない。しかし彼は占有をロオマ法全体の体系の中でしか論述しなかつたから、ロオマ法の言葉遣いをあらゆる

誤解からはっきり確実に救出せよとすればほかに方法は無いのだというような諸根拠からこれを導出し、異論に対してこれを貫徹することは彼の計画にはなかったのだ。そして、彼の体系全体の関連の中で明白に表明された占有論でさえ全然利用されずに来たのだから、彼の用語研究もまた全然気づかれずにきたのは驚くに当らない。」(p. 153)

(8) Thibaut, *Über Besitz und Verjährung* 1802. pp. 1-60. チポオは Cuperus の説に依る (p. 20 n. 4) ので、サヴィニイのクベルス批判は同時にチポオに対するそれになる。

(9) ここでの法的占有には、当時の自然私法の考があるように思われる。第一章の末尾には次の本論ともいうべき第二部への導入と題する一節 (§ 6) がおかれ、次のようにいう。「以上に述べた本来の法的占有の概念が占有の素材における唯一の原理だとすれば、占有論は実に簡単なものになるだろうが、実定法律が法的擬制により沢山の變更を加えた結果、本来の占有の代りに全く新しいものが現れ、これと本来の占有とは名前のほかには共通性なしといえるほどである。即ち、本来の意味では占有しないのに法律上は占有するものと扱われる場合が沢山あるし〔第二部第二章〕他方、本来の意味では現実に占有するのに非占有者とみなされる場合も沢山ある〔第二部第一章〕……しかし、法律による變更が証明されえぬ限りは、本来の占有概念から結果することはすべて維持されざるをえない。つまり、自然的な法的占有の諸教説が占有なる素材の根本諸原則を

提示するのであり、法的に仕上げられた占有の諸教説に含まれるものは諸例外にすぎない。」(傍点は引用者)

(10) ここでの「本来の」意味はさきのいわば自然私法的なそれ (§ 2) ではなくて、ローマ法源(実定法)上のもの(原田一三七)であり、次の第二節でまたさらに狭められた占有概念 (§ 10) に対するもの。なお「本来の」と訳出した原語は *ursprünglich* あるいは *eigentlich* であるが、使い分けられてはいない。

(11) 「第三節 (§ 2) … 以上の諸前提からして、永いこと誤解されてきた自然的占有と市民的占有の区別はたやすく説明できるしわかり易くなる (n. 4, p. 20)。次の二つの主要な、この語の意味を正確に区別しさえすればよいのだ。即ち、(1) 一般的な意味で、*possessio naturalis* の語で理解されているのは、*animus possidendi* との結合なしに考えられた限りでの、物体所持なる単なる事実。つまりこの意味での自然的占有が意味するのは、(a) 法的な *animus tenendi* (§ 8, 9) と全然結合していない所持。他人の物を占有するが上述の本来の占有者でない者 (§ 6) はすべて自然的占有者の名前で示され、用益権者、受寄者、賃借者、使用借主がそうである (n. 1, p. 21)。 (b) *animus tenendi* と結合してはいるがこの心素から切離されてそれ自体として考えられたときの所持なる事実 (n. 2, p. 21)。この意味での自然的占有に対立する *possessio civilis* とはローマ人が単に *possessio (schlechthin)* と呼んだもの、即

ち、本来の法的占有にはかならぬ (n. 3, p. 21)。②狭い意味で、*possessio naturalis* の語で理解されているのは、*animus tenendi* を僭称はするが法律が占有を承認しない者。この意味で、例えば父から贈与された家男、奴隸、および、夫から妻に贈与された物が問題とされるとき、妻、に自然占有が帰せられる (n. 1, p. 22)。これに対する市民的占有の表現が示すのは法律により是認されているか或いは存在するとみなされている限りでの本来の法的占有である。つまり、この狭い意味での自然的占有および市民的占有の区別の基礎にあるのは、本来の占有の概念 (註 9) (本稿註 9) ではなくて、ロオマ人のもっと狭い言葉遣いで占有 (§ 8) である。この意味での自然的占有者および市民的占有者は、両者が一緒になって、第一の意味での市民的占有者を構成する。これに対して第一の一般の意味で自然的占有をもつにすぎぬ者はこの第二の狭い意味では自然的占有者の表現の中にははいらない。というのは、ここでは本来の占有がさらに分類されているだけであって、この分類の中にはいるのは、一般原則により本来の占有をもつ者だけだからである。こう見てくるとはつきりするものが、普通に考えれば全然無意味な I. 1. § 9, 10 de vi et armata でのウルピアヌスの文章であって、これは、市民的占有者でも自然的占有者でも *unde si* 特示命令を使える、つまり夫から贈与された妻もまた使える、がしかし、賃借人は使えない、と言うのであるが、解決はいともたや

すい…ウルピアヌスは自然的占有の語を狭い意味に使っており、だから、法の一般原則によれば彼にはおよそ占有はないから法律により否認される占有もまたこれに認めえぬ以上、賃借人をここには算入できないのである。」

(12) 前註のチボオの叙述の (1) (b) は先占などに関し、(2) の事例には附合や加工も含まれる (本文 F G) が、サヴィニイでは占有法の問題ではない (註 18)。また、チボオではアニムスは法的占有と同義ゆえ、この語の使用必然性はない。

(13) 有名な「指導原理」。世良 (註 25) 五一、山田巖・法哲講座四卷四六註一一、木村亀二・法協四〇卷九号八八。

(14) その後論争点は「アニムス」(占有の「実質的」概念、註 5、18、16 参照) に復帰した。世界名著事典のイエリング「占有意志論」(五十嵐)、田中整・阪法九号七六註二(原田・寛遺祝四五参照)、田村・法と政治二六卷一三八。

(15) 「本来、*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である。……これ以外の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、この所持は或る条件のもとでは法的関係になる。所持が時効取得によって所有権を生む場合である。この場合に所持は *civilis possessio* 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っ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 *naturalis possessio* 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った

種類である。——所持はさらに別の仕方での法的関係になる。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。特示命令附占有に對立するそれ以外のあらゆる所持は、同じく *naturalis possessio* と呼ばれる。即ち、*yo* の法的関係に對する自然的關係であつて、*civilis possessio* の際の對立がこの言葉によつて示されたのと全く同様な仕方である。——したがつて、二つの法的占有、*civilis possessio*、即ち時効取得附占有、および *possessio*、即ち特示命令附占有が存在する。

……特示命令附占有は完全に時効取得附占有に具つており、後者は前者よりもなお若干の条件が加わつたものにならざる。つまり、時効取得附占有者は特示命令との關係でも常に占有者であつて〔註：質權設定者を除く〕、その逆なのではない。——*Naturalis possessio* は、以上のようなわけで、二つの意味をもつが、いずれも消極的なものであり、單に論理的對立を表示するにすぎぬ。[Savigny, *Recht des Besitzes*, 7. ed. 1865, p. 70 s. (p. 123 に図解あり)]

(16) 現在の歴史的なローマ法研究においても、クンケルのような權威によつて維持されている。「古典法が仕上がつた占有理論をもつていたのは市民法の領域だけのように思える、市民法では所有權取得の資格ある正原因の *ex iusta causa* 占有を *possessio civilis* とし、これ以外のあらゆる

占有構成事実、とくに他主占有を *poss. naturalis* として兩者を區別した。名譽法上の *poss. ad interdicta* は、それ自体としては右の對立組合せには組入れられなかつた。——このようにローマ法律家の理論では特示命令附占有は正原因の自主占有の背後にすつと退いてしまつてゐるのに對して、普通法や現在の教義學では逆に、関心の前面にあるのは特示命令附占有である。——古代には技術的呼方が欠けていたから普通法はこの占有のために法的占有 *Juristisch-er Besitz* の表現を鑄造した。[Kunkel-Jörs, *Röm Privatrecht* II n. 4. 但し、Kaser *RP* 1 (1. ed.) 326 n. 6; 船田「ローマ法」第二卷(昭四四年)三六六頁註四。]

(17) Sav. *Beitz* p. 47 に一覽表がある。「本拠」(素材の在場所)につき、小菅・北法・一七卷一頁二頁註一 a。

(18) 「兩者以外には占有の効果として妥当しうるような法は見出せないという主張の一般的な基礎は、ローマの法曹は今呼んだばかりの兩者以外の關係で占有の存在 (*Dasein*) を決定しようと試みたことは決してない、ということである。この基礎は以下の用語法研究のうちに初めて完全に明確に出ることではあるが……。」[traditio, occupatio ではなく、占有自体は、所有權が取得された瞬間に初めて始るのであつて、*Beitz als eigener, dauernder Zustand* が、取得された所有權の基礎だつたのではない。占有取得法の *corpus* の部分が所有權論に借用されるにすぎぬ。(p. 33 s.)]

(19) 古典法の概念は、理性法論におけるような意味での現実

遊離性は存在せず、実定制度のサンクションとの関連で規定されていた(差当り小菅・法学史における夫婦間の贈与・北法一四卷三・四号三三頁註一五)。サヴィニイから見れば日本民法典の占有制度の規定の仕方は体系的ではなからう(参照、川島「所有権法の理論一六八」)

(20) *Thib. p. 25 n. 3. 本文二L, 註7 (第三群), 11(2).*

(21) 「チボオによれば特示命令附占有が市民的占有と呼ばれるのは、たまたま偶然などというものではなく、特示命令というものが市民法つまり実定法に属するからである。しかしそれならば、*priv. 特示命令は、少くも、 uti possidetis 特示命令よりも実定性、市民性が少いのだろうか？ 実際のところ、前者は市民的占有なしにも適用されるといふのに、首尾一貫せぬこと紛れもなく、原則は例外をもちうるという注意書で以て安心させられてしまうかもしれぬ人と私は争うつもりはない。」(155)*

(22) 本文に関係するのは以下の訳出個所の後半(b)である。

前半(a)はライザアの放置したもう一つの法文 D. 10. 4. 3. 15 (註6 対応本文) の釈義。

(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) :

▲この訴訟(提示訴訟)によって訴えられる占有者は占有に *civilitas* に拠る者のみならず、*naturaliter* に拠る者もそうなることを知らねばならぬ。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、ロオ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。彼はこの命題を質権者の例で確めるのである。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”) の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多くの法文に現れるのだ。...

：「しかるに」註釈 *Gloss* は *creditor* の説明で「彼は市民的に *civilitas* 占有する▼と註釈する。……クベルスはおよそ本法文の文脈を捨てて、*denique* の言葉で始ま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 *civilis* および *naturalis possessio* 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。

……質権者が質物の *civilis possessio* をもたぬのは確実だから、ロオマの法律家たちがこの言葉でどんな概念を考えていたかを示すには、質権者の占有自体にどんな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.) :

▲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 *civilis possessio* が意味するのは時効取得附占有にはかならない。

(b) *civilis possessio* を述べる第二の場合は夫婦間贈与の禁止に関する。この贈与については *civilis possessio* は成立しないとされる：

L 26 pr. de don. int. vir. et ux. ▲妻は民法上占有するとは認められず……▼

L 1 § 4 de poss. ▲夫が妻に贈与により占有を譲るときは、多数の考えでは *plenique putant*▼(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、ロオ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。事実上のごとは民法によるも否定しようのないことだから。▼(つまり民法は妻の占有を承認はしない)〔原田「ローマ法」一四五〕

L 1 § 9, 10 de vi. ▲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とを問わぬ。実際自然的占有もまたこの特示命令(*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。但し賃借人は使用できぬ▼

右の三法文では *civilis possessio* は否定される。この言葉で示されるのはどんな法関係 *Rechtsverhältnis* か。この贈与により苟くも法的占有が成立することは第二法文が明示するし、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ふれている。しかるに時効取得はこの占有からは生じない…

▲夫婦間に贈与ありしとき時効取得はない▼(L 1 § 2

pro donato)

したがって(23)でもまた、否認された *civilis possessio* 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ぬ。』(pp. 76-82)

(23) ランツベルク…「……かくして、ついに現れるのが、外面的スタイルに対応するあの内面的スタイル、あの古典的に統一された構築であって、ここでは、根本原則 *Regel* が諸適用や諸例外に担われて、またどの適用命題や例外命題も逆に残りの個別命題の総体や基本命題やに担われて、こうしてすべてが不可分に全体に結びつけられて現れている。」(24)「個々の解釈論は、少くも古典法曹の諸法文に關係ある限りでは、すべてが合して一種の予定調和を生出している。我々は、ここで初めて、あの演繹に甘やかされて時代に対して帰納が味わいあるものになったのだと確信してよい。フウゴオの方法は承認されざるをえなかったが彼の作品は読みづらく利用し難いものだった。サヴィニイは歴史的経験的基礎によりながら、形式上と同様実質上も完成されて調和ある全体を提供した。占有法の出現以来何十年に亘ってロオマ法論文(モノグラフィ)が成功するために自明のこととされたのは、当該法源史料の全体を無欠缺に出来るだけ衝突なく整頓しているような一個ないし幾つかの根本観念を提示するに成功せねばならぬということだった。法体系全体とは言わずとも少くも各法制度ごとにそういう根本観念を見つけることに、際限ない努力と探求

が費された。」(195, Gesch. III. 2)

クンケル・「ゲルマン的ゲヴェレ概念、カノン法、加えて鈍重な普通訴訟法が重なりあつて生じた諸理論のためにロオマ占有法の輪郭や本来の意味はわからなくなつていだが、これが今やサヴィニイのロオマ法源主義のみに基づく叙述の中で、ことのほか印象的な純粋さ、完結さでもう一度その姿を現したのである。この法は、概していえば、従前の普通法の実務や学説がロオマ法源から作つていたものよりはずつと実務的であり、それどころか多くの点でずつと役に立つ(ずつと明確で手頃だから)ということが明らかになつた。占有の分野でこそまさに粗くて多声音を発している法源素材から指導的諸観念を、しかも、まれにしか不自然さなく引出しえたサヴィニイの解釈技術 dogmatische Kunst がこの奇蹟を成就したのである。こういうものは、しばしば飛躍する手の入方が不揃なフウゴオの諸コンベンディウムにも、その他従前の法学書にも、ドネルスを別とすればどこにもなかつた。実際、かれはサヴィニイがその叙述に前置した文献批判の中でおよそ非難を免れている唯一人のひとである。……多くの若き研究者がサヴィニイの生前死後に占有法に携つたが、コルプス・ユリスの内容を最終的には矛盾なき統一として理解するといふ彼のしたようなことが必要ない純歴史的研究を別とすれば、ロオマ占有法自体の叙述に関する限りは、サヴィニイを凌駕したものはいない。」J 1962, 460

(24) 山田巖・法協六八巻一号一〇(「使命」ロオマ法の章の

訳出) cf. Kaser, Meth. d. röm. Rechtsfindung 74 n. 107.

(25) ヴィアッカア Fr. C. v. Savigny. SZ 72 (1955) は「公

刊された「法学方法論」を資料として「当時の理想主義哲学の学問論」(I. c. 33)の意味での法学の革新という観点からサヴィニイの統一的理解を試みた(世良「サヴィニイ」・近代法思想史の人々・所収、吉野(本稿註一)一四二以下参照)。この作業は言い換えれば生成的歴史観(磯村・法律時報二八巻六号七〇頁註二)を含む綱領論文の意味を軽くすることであり(III・3)、他方、前記「学問論」の

車の両輪の一つに歴史がある。そこでサヴィニイの歴史理解を再考する必要が生じ、古典主義の文化・歴史観からこれが説明される(III・4 a bb)。「学問論」のもう一半、サヴィニイの哲学の概念の検討を終えたのち、ヴィアッカア論文の最後の部分(IV)は、サヴィニイの現代的意義の核心を以上の作業ののちに探るときは、「綱領作成者とか自然法反対者、それどころか歴史家という論点さえますます取残されたものになつてしまい、それだけ次の点が浮出してくる」という。即ち、「一七七〇—一八三〇年間のドイツ精神運動の古典的一節の意味で初めて法学を、新たな文化国民の自己理解のための諸学問へ仲間入りさせた最初の人である……」、2 法文化の一部としての、自律性を具えた法学の建設(カントの自由・法概念の受容、前記「学問論」の実現の確証としての「内的体系」の建設) 3 文化

・歴史観の展開としてのヨオロッパ共通法学の再興、という点である。(吉野一四三)

文化・歴史観に関係する部分を以下に紹介しておく。法学方法論の部分は、世良、吉野、磯村・石田古稀所収、矢崎・法学セミナー一四号一〇頁以下に譲る。

Ⅲ3・サヴィニイの作品理解に必要な、発展に乏しい人間像、保守的な出自・政治思想の考察をうけて、綱領論文を作品全体の中でふさわしい釣合に引戻す問題にはいる。

「後期自然法的法典編纂の拒否は、それ自体としてはあまりあり一貫しているが、これを民族精神と結合すると解釈が困難になる。そのような結合をすれば主権国家の反伝統的な法律作りに対する不傷が一層よくわかることにはなるが、サヴィニイが法形成の基礎を国家のかたちに組織された民族の立法にも、また就中ここに、おいていた(Syst 121-22)という当然なことが隠されてしまう。綱領をいなかの特別な動機〔法律作り拒否〕に押やることが許されるなら、綱領以外ではあのように完結的な作品全体を一層矛盾なく説明できることにならう。綱領を排除すれば……残るものは、既に一八〇〇年に、とくに一八〇二・三年の方法論講義で表明された、自分の哲学不向きな感情と一体の純粹演繹拒否であり、また、△占有法▽で公然たる、粗悪な時代の粗悪な教説の外皮の中から純粹な教説をそれにふさわしく復元するという考方である、さらに、△中世ロオマ法▽という、早期・盛期中世のロオマ法的教養・文献

の連続観のもとにロオマ法の革新をすぐにもする気にならせている、ずっと前からの構想である。法律とその解釈〔石田・阪法一〇号五七註九、七六註一、矢崎一一〕の優位は方法論講義から△体系▽に至るまで引続き力強い。」

Ⅲ4・綱領の遮光作用をどけてみると、諸矛盾解決の最後の鍵たる彼の歴史と哲学の観念が確められる。(a)歴史概念——aa保守的生活感情として。bb文化的歴史哲学。綱領でのヘルダア的な歴史概念・発展概念は彼の他の主著ではそれほどには展開されず、彼はむしろ典雅法学以来の情熱的好古家であるが、さらにその背景をみると、「サヴィニイは、当時ドイツの教養Bildungという雰囲気恐らくは非常に典型的な態度なのであろうが、文化 Kultur は文献のことと理解した註：Bartl 119 △文献の粗悪な▽時代は即ち、△法文化の沈んだ▽時代〔世良五〇〕。ここには一代前の文化概念、即ち人文主義の bonae litterae、啓蒙の Brieftexte も作用している)。したがって法文化は法文献のことと理解した(註：Meth. S2 △歴史的に、即ち、全体との関連で、読むこと▽△すべてを読むこと、即ち少くも全文献を知ること▽〔服部訳八二〕……)。別人にはないことだが、サヴィニイは、今や可視的な法象徴のかたちで目に見えてくるのは一代前の民族精神なことを、またロオマの法曹を大家たらしめるのは実践なことをあれほど心得ているのに、その彼がやっと忙しくなるのは、手書本や印刷本が彼に語り始める時、換言すれば法が学問に、少くも△文

献Ⅴになる時なのだ(註…体系第一巻に至っても躊躇せずⅤに「学問法Ⅴ」にとくに広いスペースをさく、p. 68-100)。中世ロオマ法史のあとの部分……「cc歴史は実定法学の方法(歴史と哲学との結合)の中に位置づけられるべきもの。〔吉野註二〇七対応本文は訳し過ぎか〕

N・I…法を文化伝統としてみることはロオマ法の文化的価値を知ることであると、サヴィニイに寄せて、次のような、既述「ヨオロッパとロオマ法」(本稿註一)の骨子ともいうべきものが附記されている。「サヴィニイのロオマ法偏重を批判したあのように多くの人たち〔ゲルマニスト〕の誤解は、古代の遺産に帰って自己形成に努めるあの過程がもつ生活形成力を低評価したことにある。事実、ヨーロッパの諸基礎が置かれてのち、これを動かす法思想の革新が三回に亘ってロオマ法のルネサンスから発したのである…イルネリウスの、典雅法学の、および歴史法学派の第二人文主義のそれ。たとえロオマ法の書かれた理性 *ratio scripta* の直接的な作用は、ますます複雑になる体系化現象とともにますます減少してるとしてである。法學上の人文主義にかかる生活形成力が何故与えられたのかといえは、およそ法学に必要なもののなかには、普通は法律それ自体には具わってはいない歴史的文化的權威というものがあるが、ヨオロッパの場合にはこれが古代の諸手本の宝庫の中に恒存してきたからである。この関連をサヴィニイ自身が強調している Syst. Vorrede 31 (A. II) (ロオマ

法の教育的価値)にもまた、他の精神的諸領域にも認められると同様な、吾人の時代と古代との関係が存在する。Ⅴ」

N・3…最後の、長いこと閉ぢこめられていたサヴィニイの使命は、ヨオロッパ共通法 *ius commune europaeum*, 諸国の法の限界や条件を超えた大陸民法学、なる理念の確保いな再建だったように思える。現実の諸法の歴史的被制約性のみならず民族的被制約性の闘士たるサヴィニイがこの遂行者だというのは一見奇妙かもしれぬが、次のことを想起せばよい。△民族精神Ⅴ(註△民族共同体 *Volksgeist* *emenschaft*Ⅴとさえいわれる、Syst. 14 u. 5) は国民の歴史的個性のことではあるが、これを共同の文化的形成の精神、それどころか文献的教養の精神(註 PRG 235 (鈴木訳四七七) 民族は形成体験を通じて生成した精神的文化的共同性の理想的個性)としてサヴィニイがいつも真摯に考えていたのには変りはない。だから彼のヨオロッパ的使命は見易い理である(註、Vgl. PRG 228 u. Anm. 27: 236 当時の自生的歴史体験に反対してヨオロッパの全体文化に向う彼の決断)。既に△使命Ⅴの中で、ドイツにおけるロオマ法の受容こそ△文化と法との健全な平行を保存したので。現代諸国民の全文化は依然国際的だからⅤと言っていた(鈴木訳前出頁)。全ヨオロッパにロオマ法が適用されているという一体性はサヴィニイの晩年になっても疑問の余地はない。△体系Ⅴの始めで (I, 41), ドイツにおける現代ロオマ法の△特別な変容Ⅴはほとんどが帝国法律の

中にしか含まれず、△思ったより重要でない▽と確言している。……このヨオロップ的使命は一九世紀に豊かな実を結んだ。その精神のもとにサヴィニイは体系第八巻で現代国際私法の基礎をおきえたのみならず、彼のヨオロップ的影響は直接の仕方でも偉大な諸国民の法文化を二様に結合した。第二のドイツ人文主義の精神からのロオマ法の革新によって、彼はイタリア人、フランス人、オランダ人の松明を引継ぎ、一九世紀に法史研究のヨオロップ的一体性を保存した(註・Koschaker Europa 275 ff.)。さらに、彼の建設した民事法学方法論の効果があまねくヨオロップ大陸をよぎることによって、彼はヨオロップ諸国民の私法の精神と形式を相互に近づけ、その一体性の意識を強めた。我々が今日サヴィニイを記念するとき、我々に属する一員のみならず全世界に属する学者を記念するのだと考えてよいのだ。」「共通法によるサヴィニイ解釈、吉野一三九、一四四、一四七のほか田中耕・法哲論集(一七一)

(26) Schaffstein, S. Z. 72 (Germ) 167: 「第二の人文主義の旗のもとに古典文献学は再び諸学の女王になった。当時の学問は△規範的態度▽の拒手で、F. A. Wolf やフンボルトをして独自の世界像を展開せしめていたので、理想主義哲学と肩を並べ手を携えて多数の個別諸学を一個の全体へと繋ぎあげる役割をこれと分ちあったのである。この文献学の運動に法学を参加させたのがサヴィニイとその学派だった。法学の革新、つまり普通法の上塗りの下からロオ

マ法を取戻すには、文献学的に正確な法源解釈を必要とする。この新しい方法の範を示すのが彼の多くの作品である。」「Göppel: 「フンボルトやサヴィニイが歴史的有機体的思考に転じたときもまた、新人文主義が最重要因の一つになっている。国民文化の有機的一体性にフンボルトの目を初めて開かせたのはほかならぬギリシャ研究だから。」「マイネッケ矢田訳・世界市民主義と国民国家一五〇註一四、西村・セミナー二〇号六九」……同じことをサヴィニイ自身が示す。民族精神による法の成立、慣習法の優位、なるテエゼを彼の眼にみえるようにさせてくれる好例は、何よりもまずロオマ法成立史だったから。古典的実例は、人文主義者にとつて、普遍的に通用する原則*regulae*の証拠である。」「なお、神崎・法と政治一五巻二号一四二。

(27) 差当り、カント以前からの形式主義的学問観につき栗城・法学雑誌一七巻三号三九註三一、「歴史」と「体系」につき磯村・前掲時報四号一二頁、Pütterにつき世良・法学一八巻四号二〇註一一、栗城・前掲一二巻四号一二註九、一四。カントの理論理性とフウゴオにつき広浜・国家四九巻八号、磯村・石田古稀所収二二註二四、実践理性とサヴィニイにつき矢崎(註25)一二(反対、磯村・前出一八註一七)。

(28) なお、西洋法の諸特質のうちロオマ法が決定しているものとしてヴィアッカがあげる特性は、Wabersの「形式性」に近い。参照、石部(註一)八九註二六。