

時効取得要件における「原因」の意義：古典期ローマ法研究

ポール, エリック
ブリュッセル自由大学法学部

西村, 重雄
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3861>

出版情報：法政研究. 70 (3), pp.103-150, 2003-12-18. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

時効取得要件における「原因」^{カウサ}の意義*

——古典期ローマ法研究——

エリック・ポール

西村重雄 訳

一節 序論および編成

本稿の対象とする論題は、古典期ローマ法の法学者達の理論における時効取得 *Erstizung* とその要件に同じく連関する多数の問題に我々を導くことになるであろう。とりわけ、時効取得「原因」^{カウサ} *Erstizungs-cause*、すなわち、ローマ法研究文献にいわゆる「使用取得正原因」¹ *iusta causa usucapionis* は、ローマ法研究者の間で長年にわたり多数の論争、対立する見解を生む源となっている。従って重すぎる荷を背負い込まず、また読者にあまり多くの忍耐を強くないようにすることがとくに重要である。そのためにこの論題を二つの観点で限定する。

まずここでは古典期ローマ法における通例の時効取得を問題とする。つまり、有効な取得原因 *Erwerbsgrund*——売買、贈与、物権遺贈 (*legatum per vindicationem*)、等々——が占有獲得 *Besitzerwerb* の基礎となっていることを常

に前提としている。この出発点をとるので、自ずから、ローマの法学者達が取得原因欠如の場合に善意獲得者に時効取得を許した事例は⁽²⁾ここでは論じないこととなる。また、取得原因があると誤想した場合に法学者の何人かが例外的に時効取得を許した事例である〔いわゆる〕権原誤想 Putativitel 問題も除外される。⁽³⁾〔更に〕「相続人」取得時効の特例（ガイウス、『法学提要』二巻五二―五八節）および、「使用取戻」 usureceptio（同、二巻五九―六一節）も同様である。また、Titel pro suo「自己物」〔時効取得〕権原 Titel pro soluto「弁済」〔時効取得〕権原についても付随的に言及するに止まる。「使用取得」 usucapio の原則事例が解明されれば、その変則事例の意義を正確に把握し、その特性を正しく理解することがより簡単である〔と考えるからである〕。

「使用取得」の〔以上の限定を加えて〕残った問題領域を更に狭めることが望ましい。本稿は依然として広い問題群の中で私が最重要と考える三つの問題に限定する。その第一は「使用取得」における「(正)原因」(iusta) causa の概念内容に関するものである。これが言うまでもなく根本問題であり、その解決がそれに続く次の二つの問題を解く鍵となっている。〔すなわち〕一方では、「使用取得」における「原因」causa と「善意」bona fides の関係についての問題であり、ローマ法研究者の間で見解が完全に対立している。この第二の問題は他方で「次の」第三の問題に導く事となる。すなわち、時効取得要件の体系の中で「原因」^{カウサ}と「善意」は正確には相互にそもそもいかなる関係にあるのか、の問題である。

これらが以下の論究の中心となる三つの問題領域であり、本稿はこの序節のあとこれに応じて三節に分けられる（二―四節）。三つの問題領域のそれぞれに、数個の命題を立て、利用可能な法史料を土台として理論的分析によりそれらの命題を証明し、説明することに努める。最重要の第一の問題領域（二節第一款―十一款）において、関係命題の論証のため法史料中軸となる五法文について立入って論ずる。⁽⁴⁾〔次いで〕「原因」^{カウサ}と「善意」の関係についての簡潔な命題のあと学説彙纂（以下学と略称）四一卷四章二法文一項の詳細な論究を行う（三節一―四款）。古典期時効取得要件の体

系についての若干の命題を述べ本稿を閉じる（四節一款―七款）。

二節 第一問題領域。「使用取得（正）原因」の内容——ローマの法学者達の理解

命題

一款 ローマ法についての研究文献、体系書、教科書において古典期の時効取得権原 *Ersetzungstitel* すなわち「使用取得（正）原因（権原）」(*iusta causa (titulus) usucapionis*) について説明されているものは、ローマ法史料に即せず、従って不正確で欠陥のあるものである。このことが、ローマ法研究者間において学説対立を招き、また、「使用取得」領域でのこの概念とその正確な意義に関する多数の問題を生み出した主原因である。⁽⁵⁾

二款 「従来の」ローマ法研究で考えられている「使用取得正原因」**iusta causa usucapionis* は法史料中の全く異なる二つの「原因」^{カウサ}概念を基礎としている。この二つ（の「原因」^{カウサ}）をローマの法学者達はその理論および用語上、根本的に区別したのに対し、ローマ法研究者は単純に同じものと考えた。「買主として〔占有〕」*pro emptore* ような時効取得「原因」^{カウサ}を、取得「原因」^{カウサ} *Erwerbs-causa* である「売買」*emptio* の用語上の言い換えと不当にも見なしている。このことが、「使用取得」に関する今日の学説における大部分の問題の震源である。

三款 ローマの法学者達にとっては、「原因」^{カウサ}に基づき使用取得する「*usucapere ex causa*」という表現における「原因」^{カウサ}（時効取得原因 *Ersetzungsgrund* ないし時効取得権原としての「原因」^{カウサ}）は、「原因」^{カウサ}に基づき受領する（又は「引渡す」*accipere/tradere ex causa*（取得原因ないし取得権原 *Erwerbstitel* としての「原因」^{カウサ}）とは全く異なる意味を有する。「ローマの」法学者達の判断、理由、命題に現れるこの区別は、とくに個別の時効取得権原の多くの専門用語

の中にはつきりと示されている。すなわち多数の個別の時効取得権原の例が、「使用取得する」*usucapere*と結合して、例えば「買主として」*pro emptore*、「受贈者として」*pro donato*、「嫁資として」*pro dote*、「弁済として」*pro soluto*と表現される。これに対し、取得原因は「受領する」*accipere* (*recipere*) 又は「引渡される」*tradi*と結合して「売買原因により」*ex causa emptionis*、「贈与原因により」*ex donatione*、「嫁資原因により」*dotis nomine* (*dotis causa, in dote*)、「債務原因により」*debiti causa* (引渡され保持される)と表現されている。多数の関係法文史料が存在するにも拘わらず、一度たりとも「売買原因に基づき使用取得する」**usucapere ex causa emptionis*、あるいは「買主として引渡す」**tradere pro emptore*といった表現に出会わない理由は時効取得権原と取得権原は理論的にちがったものであることから明らかとなる。

四款 個別の *pro-Titel* (「として」〔占有〕) 権原) および一般的・補充的な *Titel pro suo* (「自己物として」〔占有〕) 権原) は、「使用取得する」*usucapere*と結合して、ある占有特質 *Besitzqualifikation* を示し、それは複数の要件——取得権原、占有の瑕疵なきことおよび「善意」——を備えた占有、換言すれば、取得時効占有 *Erstzungsbesitz* を示している。従って、取得時効権原は、占有獲得によつてはじめて成立し、それ故〔時間的に〕占有獲得の後のみ存在する特別の占有特質である。「買主として」〔占有〕) *pro emptore* のような時効取得権原 (以下簡略に *pro-Titel* (「として」〔占有〕) 権原 *pro-Titel*)、末尾解説参照) は、「売買」のような取得権原とは理論的に明らかかな特徴において区別される。本節五—七款 (時効取得権原につき)、同八—九款 (取得権原につき) においてこれらの特徴について更に詳細に論ずる。

五款 「として」〔占有〕) 権原 *pro-Titel* は獲得された占有に関する。

一項 「として」〔占有〕) 権原 *pro-Titel* は、占有獲得なしには存在しえない。既に述べた (四款) ように、それ (「として」〔占有〕) 権原 *pro-Titel*) は占有獲得により始めて成立し、占有獲得の後に存続する。従って、それは常に、

占有が既にあることを前提とし、その獲得行為には全く関係しない。この点において、それは「善意」「悪意」あるいは、「暴力で」vi「隠秘に」clam「容假により」precarioのようなその他の占有特性とは根本的に異なる。⁽⁶⁾従って、ローマ法史料中占有獲得および「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」関連の多数の法文中に、「買主として（又は）嫁資として引渡す」*tradere pro emptore, pro doteあるいは「買主として（又は）嫁資として受領する」*accipere pro emptore, pro doteといった表現に出会わないことは決して偶然ではない。「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」は従って特定の占有の種類 Arten の特徴を示すものである。このことから、ローマの法学者達は占有をさまざまに「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」に従って細分し、これらの権原により特徴を示された占有を時々「占有の種類」genera possessionum と呼び、より頻繁には「占有の亜種」species possessionis と呼んでいる（パウルス、学、四一巻二章三法文二二項、ガイウス『法学提要』二巻五二、五六節、パウルス、学、四一巻一〇章二法文）。

二項「使用取得」についてのローマ法の周知の定義も、獲得された占有を基本的時効取得要件として前提している。⁽⁷⁾このことは「占有継続」continuatio possessionis という用語から明らかである。なぜなら、「占有」possessio とは、獲得された占有を想定している場合にのみ占有の継続 Bestand と言いえるのであって、その獲得行為を想定している場合はそうではない。最後に、この考察は、「……として使用取得する」usucapere pro……という法文中に大量にみられる表現と一致する。「使用取得」の定義に照応して、「……として使用取得する」は、「……としての占有」possessio pro を獲得し、その占有が一年又は二年存続することによる所有権取得の過程 Vorgang を意味するものとしてのみ理解される。

六款「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」は数種の特徴を備えた占有を指すものである。

一 項〔前述の〕「使用取得」定義の基礎となっている占有は特質を備えた占有である。⁽⁸⁾ローマの法学者達の理論によれば、そのような占有は、「正原因」——売買あるいは贈与のような取得原因——を要件とする自主占有では足りない。

その定義、および「……としての使用取得する」*usucapere pro* 類型の「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* は、時効取得、占有すなわち、数種の要件〔特質ないし特性〕を備えた占有 *mehrfach qualifizierten Besitz* を基礎とする。

二項 時効取得占有はいずれも、まずもって占有意思と事実的支配により表わされる占有獲得を要件とする。このことを前提として、「さらに」〔買主〕取得時効占有は売買を要件とする自主占有のみならず、とりわけ、占有が「瑕疵なく」*sine vitio* かつ「善意」で獲得されたこともまた要件となっている。このことは多数の法文によって確認されることである。瑕疵なきことにつき、パウルス、学、四一卷二章五法文、パーピニアヌス、同巻八章八法文以上二法文連結、ウルピアヌス、学、四巻二章一四法文二項、「善意」につき、ユーリアヌス、学、四一卷三章三三法文序項および一項、ポンポニウス、学、三五巻一章一〇法文、パウルス、学、四一卷四章二法文一項。

七款 「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* は取得時効占有の特性を示す占有特質の総括と解釈される。一般概念「使用取得原因（*権原*）」もこれと同じ。

一項 「ローマの」法学者達の専門用語では、「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* は、その占有が時効取得占有として適格であると表示する機能を有する（本節六款）。それは特質を備えた占有の特性を表示するのであるから「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* そのものを占有特性表示として解釈することができる。それは複数の要件を備えた特定の種類の占有、すなわち、取得時効占有の特性を示すので、「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* を総括的占有特性表示と理解しうる。それは、いくつかの個別的占有特性（「正原因」、「正当に」もしくは「瑕疵なく」、「善意」）をある個別の「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* もしくは補充的「一般的な」自己物として〔占有〕」*権原 Titel pro suo* のもとにまとめる。一般的時効取得原因、すなわちローマ法史料中の「使用取得原因（*権原*）」もまたこのように理解される。なぜなら、このもとにさらに、「さまざま」な「として〔占有〕」*権原 pro-Titel* がまとめられているからである（ユーリアヌス、学、四一卷三章三三法文序項、パウルス、学、同巻四章二法文一項）。

二款「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* においても、上位概念である「使用取得原因」*causa usucapionis* においても、当該占有が時効取得占有に必要な占有要素すべてを備えていることを表現している（本節四款、七款一項）。これらの占有要素——「正原因」、「正当に（瑕疵なく）」「善意」——は、時効取得権原の構成部分ないし要素となっている。時効取得権原はそれ故、これらの占有要素がすべて揃って「はじめて」存在することとなる。これらの要素の一つ、例えば占有獲得の「瑕疵なきこと」を欠くと、時効取得権原は存在しえず、その結果、時効取得が成立しえないこととなる（パーピニアヌス、学、四一巻八章八法文）。

三項 最後に、上述の個々の占有要素は相互に法理論上全く独立のものであることがはっきりと強調されるべきである。すなわち、法的に独立の要素であり、法学者達がそれぞれの要素につきそれぞれに固有の基準により検討評価するものである。「つまり」占有意思並びに事実的物支配、取得原因、占有の瑕疵なきこと、取得者の善意は相互に無関係な基準によりその特性に応じて精査される。

八款 取得原因。その特徴的要素。

一項 取得権原には「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* が持つ特徴（本節五―七款）のどれひとつもない。このことは、売買、贈与、物権遺贈、等々の如き取得原因が「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* と根本的に異なるものであることに由来する。獲得された占有の特性を表示する占有特質である「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* とは異なり、取得原因は法理論上、占有（獲得）と全く独立している。ローマ法研究者の見解とは反対に、このことは自主占有 *Eigenbesitz* の取得原因すべてに妥当するをはっきりと強調すべきである。取得原因は占有獲得に無関係に成立、存続し、法学者達は、占有とは独立の、それぞれちがった基準に従って、それが有効か否かを判断する。

二項 この特徴が次の第二の特徴と関連する。すなわち、取得原因は占有獲得に論理的に先行するのみならず殆んど常に時間的にも先行する。法史料においてこのことはときおり強調される。⁹⁾

三項 古典期法学者達がしばしば売買、贈与について日常用語に従って「売る・買う」*vendere/emere*ないし「贈る・贈られる」*donare/donari* [どうう表現]で、一語でもって、取得原因と占有供与 *Besitzverschaffung* ないし占有獲得を表現することと上記の特徴とは矛盾しない。このような用語法から、古典期法学者達は取得原因と占有獲得を理論的に必ずしも常に区別していなかった、ということは誤った推論であろう。¹⁰⁾ 理論と用語法を混同すべきでない。

四項 最後に注記すべきは、取得原因に関しては常に、占有取得 *Besitzerlangung* により所有権取得の十分な理由となる、一つの個別の取得要件事実が問題となるということである。すなわち、売買、贈与、物権遺贈、嫁資設定である。これとは反対に、この取得原因に対応する、占有特性表示としての「として」[占有]「権原 *pro-Titel* は複数の占有要素を含む（上記本節七款一項）。例えば、「プーブリキウス訴権」*actio Publiciana* において、「買主として」*pro emptore* 占有したと主張する者は、有効な売買を立証するのみならず、この原因に基づき¹¹⁾、つまり、売主の協力のもとに（「瑕疵なく」、占有を得たことをも立証しなければならない。というのは、パウルス、学、四一卷二章五法文（下記本節一一款二項参照）から明らかのように、買主でまた占有者でもあるが、「買主として」*pro emptore* 占有していないということもありうるからである。

九款 取得原因（「引渡正原因」「占有正原因」「取得正原因」）概念の内容

ローマの法秩序が取得原因としていかなる過程ないし事情 *Umstand* をその都度認めたかは関係法史料から推論される。さまざまな取得原因は更に法史料で見られる類型、すなわち、「引渡（正）原因」*(iustae) causae traditionis*、「占有（正）原因」*(iustae) causal possidendi*、「取得（正）原因」*(iustae) causae adquirendi* に細分される。

一項 「引渡正原因」概念の豊富な法史料に照応する内容は、次のようなものと言えよう。すなわち、ある物の「引渡」*traditio* により自主占有を得させ、さらに（可能ならば）所有権を得させることを是認する事情である。これらの事情は極めてさまざまな要件事実を含む。売買の場合はこの事情は売買契約 *contractus venditio/emptio* 自体の中に

ある。これに対して、他の場合は、両当事者が合意している移転目的、Übertragungszweck、すなわち、「贈与目的」donandi causa、「嫁資設定目的」dotis causa, dotis nomine, in dotem、「貸与目的」credendi causaが「正原因」となる。これらの場合、および、例えば「目的故の供与」datio ob remの場合にも、自主占有の獲得さらには（可能ならば）所有権の取得を是認しないし正当化する事情は、法秩序の承認する移転目的で、両当事者間にそれにつき「約束（合意約束）」conventio (pactum) が成立しているものに存する。「引渡」そのものはこの事情中に含まれない。ローマの理論によれば、例えば問答契約債務の弁済の場合は、「弁済」solutioでも「適式な履行行為」⁽¹²⁾ die ordnungsmäßige Erfüllungsgeschäftでもなく、現実に存在する債務ないし両当事者が存在すると考えた債務 (debitum)⁽¹³⁾ が「正原因」となるということを確認すべきである。これは従来のローマ法理解と異なる。「従来の」ローマ法研究者の見解は法史料に即応せず、分析に耐ええないもので、それ自体で自己矛盾である。⁽¹⁴⁾

二項「占有（正）原因」の概念⁽¹⁵⁾およびはるかに広い「取得（正）原因」の類型⁽¹⁶⁾はまとめると次のように記述される。ある物の占有取得により自主占有、さらに（可能ならば）所有権が取得されることを是認する事情である、と。ここでもまた非常にさまざまな要件事実が問題となる。とりわけ注目に値するのは、原始的占有取得の場合に、占有獲取 Besitzergreifungにより自主占有および所有権が取得されることを是認する事情である。例えばカーサーなどのローマ法研究者の見解とは異なり、⁽¹⁷⁾ これらの事例では「占有」獲取そのものが「正原因」となるのでなく、当該物の法的状況⁽¹⁸⁾ すなわち、その物が「放棄物」res pro derelicta habitaである、とか「無主物」res nulliusであるとか、家外相続人の未だ占有していない「相続財産目的物」res hereditariaであるといった事情が「正原因」となることを確認すべきである。これらの場合でも「正原因」が占有獲得と独立かつその以前に存在することが、例外なく妥当する。

三項 取得原因についての〔前記一項、二項の〕二つの内容記述について大切なことは、占有獲得そのものは決して「（正）原因」^{カウッサ}、すなわち、自主占有獲得および所有権取得を是認する事情、の要素とはならないということである。取

得原因〔こそ〕が自主占有の取得を根拠づけあるいは正当化するものである。従って、*“引渡”* ないし *“占有獲取”* そのものを根拠づける事情の一要素と考えることは背理である。

一〇款 本節二一九款命題の補完およびまとめ

「として〔占有〕取得」権原 *pro-Titel* (占有特性表示) と取得原因 (占有とは独立の取得要件事実) の相違は以上から三種の仕方でも可能となった。

一項 ローマの法学者達が時効取得権原と取得権原を区別したことを我々はすでに確認した。二つの「原因」概念が存在し、それは法学的範疇、要素、機能において、さらにまた大抵は、用語法でも異なる。「使用取得」領域において「原因」に言及するときは、いずれの「原因」概念に関するものかを読者に正確に示すことが将来的にはローマ法研究者に対して期待されよう。今日の文献では、両概念の混淆によって多数の不明瞭および誤解が生じている。

二項 「本研究により」はじめて時効取得権原としての「原因」の概念内容の法史料に即応する記述が可能となった。ローマの法学者達は、実際、専門的一般概念である時効取得権原を知っており、それは正確に記述されている。しかし、ローマの法学者達はこの概念のもとに、ローマ法研究文献の中で普通「使用取得正原因」* *iusta causa usucapionis* と名づけられているものと全く違ったものを理解していた。従って、本節一款で示唆した激しい論争の対象となった二つの問題はもはや存在しなくなった〔ことになる〕。「ローマにおいては」明確な一つ概念が存在したが、統一的用語、専門的表現を持たなかった。ローマ法研究者は「今まで」概念と用語、理論と言葉遣いを正確に区別しなかった〔といえる〕。上位概念たる時効取得権原は法史料中には、「使用取得が生ずる原因」 *causa quam usucapio sequitur* (ユーリアヌス、学、四一卷三章三三法文序項、パウルス、学、同章四法文三項) 「使用取得の正原因」 *usucapionis causam iustam* (ユーリアヌス、同章三三法文三項)、「使用取得原因」 *causa usucapionis* (パウルス、学、四一卷四章二法文一項) 「原因に基づき使用取得する」 *usucapere ex causa* (ユーリアヌス、学、同卷三章三三法文序項、ウルピ

アーヌス、学、六卷二章一法文四項」という表現で示される。のちには「(使用取得) 権原」titulus (usucapionis) 「という表現」でも時として「として」[占有]「権原 Pro-Titel」が示された(ウルピアーヌス、学、五卷三章一三法文一項、四一巻九章一法文序項、ヘルモゲニアース、学、同巻三章四六法文、勅法彙纂〔以下勅と略〕七卷三四章四法文(デイオクレティアース、マクシミアーヌス両帝)。ローマ法研究文献にみられる**iusta causa usucapionis* (「使用取得正原因」)という表現はこれにぴったり同じ形では法史料中一度も出てこないということに注意を払うべきである。

三項 最後に、二つの「原因」^{カウサ}概念のこの区別によつて、従来のローマ法研究文献に見出されるよりも正確な、取得原因としての「原因」^{カウサ}の概念内容の記述が可能となった。「ここでは」取得原因の用語法に関し、所見の一つを示すとどめる。「古代の」ローマの法学者達の理論とは異なり、「現代の」ローマ法研究者の見解によれば、売買、贈与、嫁資設定の如き、取得原因が時効取得権原であり、「これらが」時効取得を主張する際に訴訟においても立証されるべきものであるという。しかし、「ローマの」法学者達は、奇妙なことに、「使用取得する」*usucapere*と結び合せて、「売買原因により」*ex causa emptiois*、あるいは「贈与原因により」*ex causa donationis*、「嫁資原因により」*dotis causa, dotis nomine*という表現を一度たりとも使用していない。⁽¹⁹⁾ローマの法学者達が「買主として」*pro emptore*、「受贈者として」*pro donato*「嫁資として」*pro dote*を本当にただ単に取得権原の言い換えの表現としてのみ考えたとしたら、なぜ上記の表現を避けたのか、という問題が生ずる。ローマ法研究者はこの問題を解いていない。

四項 ローマ時効取得権原である「使用取得原因」の概念内容についての、第一のかつ最重要の問題に関わる我々の結論

「使用取得原因」^{カウサ}*causa usucapionis* は客観的要素と主観的要素から成り立つ。ローマの理論は、取得原因が先行すること、占有獲得に瑕疵なきことという要件と並んで、取得者の善意も、一体として判断される時効取得権原の構成要素と見る。この概念上の一体性は、二つの因子に負っている。すなわち、一方では、占有獲得時にこれらの三要素が充足

されること、他方、占有獲得に際しそれらが構成する共同性である。三つの個別の占有特性が対象となり、それらが法学者の理論および用語法で一つの共通の分母、すなわち、時効取得占有に必要な占有特質、のもとに集められたのである。このことは法史料において、一方では、「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* (個別および「自己物」*pro suo*) により、他方で、時効取得原因という一般概念についてのさまざまな表現 (本節一〇款二項) により現れている。

従ってローマの法学者達の視点からすると、「買主」時効取得占有を生むのは、売買のような取得原因のみではなく、占有についての三つの要件充足である。取得原因は時効取得権原の第一次的要件をなすものではあるが、それと同一ではない。「売買と引渡が一緒になって」⁽²⁰⁾ではなく、売買、瑕疵なきことおよび善意(の三要件)を充足する時効取得占有が、時効取得のその他の要件の存在する場合に、「買主」時効取得を生じさせるのである。

時効取得権原(「買主として」*pro emptore*)と取得権原(「売買」*emptio*)を同じものと取扱うローマ法研究者の見解は法史料に沿わず、従って、誤りであることとなる。「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* を取得原因の言いかえの表現と単純にみなすことはできない。「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* と取得権原はローマの法学者達にとっては、相異なる事柄である。この基本的区別から出発してはじめて一連の法文を正しく理解しうる。

我々の命題とこれまでの分析は、一般的な確認と考察に基づいている。それにつき、「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* および取得原因に関する極めて豊富な法史料が確実な経験的基礎 *ein festes empirisches Fundament* と信頼しうる出発点を提供する。いまや上述の諸命題の正当性を若干の重要法文の個別解釈によって基礎づけることが重要である。すなわち、学説彙纂法文、パウルス、学、四一卷二章三法文二二項(「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* と取得権原の関係)、同人、同章五法文(「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* の構成要素としての占有の瑕疵なきこと)、ユーリアーヌス、学、同卷三章三三法文序項および一項(「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* の構成要素としての「善意」および一般概念「使用取得原因」、同人、同法文三項(「使用取得の正原因」*usucapionis causa iusta* の概念)である。

一一款 「使用取得原因」概念の諸命題を基礎づける主要法文分析

一項 「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」と取得原因は区別すべきこと

パウルス、学、四一卷二章三法文二一項（『告示注解』五四卷）「占有の種類 genera possessionum は我々のものでないものを取得する原因と同じだけの数がある。例えば、買主として、受贈者として、受遺者として、嫁資として、相続人として、加害物委付として、あるいは、自己物として、「すなわち」、陸上あるいは海中で、もしくは、敵から獲取したものの、または、我々自身が形あるものにしたもの、についての如く。結論はむしろ、占有する種類 genus possidendi は唯一つであり、その亜種 species が無数であると言わなければならない。」

説明 パウルスは、占有の種類、すなわち、「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」によりその特性の示された占有の種類は、自分の物でない物を取得する法的原因、すなわち取得原因と同じだけの数がある、という命題から始める。パウルスは次いでその例を挙げる。「例えば」velut「買主として」「受贈者として」等々（の占有）。その最後のものとして、「自己物として」〔占有〕「権原 Titul pro suo」を挙げる。この段階ではじめて、取得原因が明言されるが、一つのみでなく複数（の取得原因）が挙げられる。パウルスは原始的な占有獲得および所有権取得の三つのちがった要件事実を挙げ、それらはそれぞれが「自己物として」占有となる。「ここでは単に例が示されている（sicut）にすぎない。学、四一卷一〇章二法文にこれより多い目録がみられる」。「自己物として」占有があるとされるのは、陸上若しくは海中で獲取したものの、敵から戦利品として略取したもの、または、自らが新しく創出したものに関する²²である。「ここで」パウルスは、明らかに「加工」*specificatioを念頭に置いている。

演 講 従って「自己物として」占有権原 Besitztitel pro suo があるということは、個別取得原因それぞれについて対応する特定の名を有する」として「占有」権原 pro-Titel というものがある訳ではないということになる。補完的=一般的占

有特性表示である「自己物として」占有のもとには、取得原因としてその基礎にある全くさまざまな要件事実が含まれる（からである）。従って、パウルスは「自己物として」占有特性表示が、冒頭命題に矛盾するが故に、その命題を修正する。すなわち、「結論はむしろ」（*et in summa magis est*）ただ一種類の（要件具備の）占有があり、そして「無数の亜種」（*species infinitae*）がある、ということである。ここで、「ただ一種類」*unum genus* という用語は「自己物として」〔占有〕「権原（*Titel pro suo*）のみに関するのか、それとも、挙示の「として」〔占有〕「権原（*pro-Titel*）すべてに関するのか、の問題が生じる。換言すれば、多数の「占有の種類」*genera possessionum* に代って唯一の種類（*unum genus*）たる「正原因に基づく占有」*possessio ex iusta causa* があると考えるのか否かである。ここではその答を出さないままに先に進む。

「として」〔占有〕「権原（*pro-Titel*）（占有特性表示）」と取得原因（占有とは独立の取得要件事実）」とを区別しなかったが故に、この法文はローマ法研究において今まで、正しく理解されたことはなかった。（従来）一般に、パウルスは「取得原因」*causae adquirendi*（という表現）で、「として」〔占有〕「権原（*pro-Titel*）」を考えており、それは、ローマ法研究者の見解によれば、対応する取得権原、すなわち売買、贈与、物権遺贈等々の言い換えの表現にすぎないものである、ということから出発している。²³ この誤解のために、解釈する者がこの法文の急所を逃すこととなっていた。そのほかに、この誤解から『ローマ法用語大辞典』*Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* において、この法文中のすべての「として」〔占有〕「権原（*pro-Titel*）（用語）」を誤った場所に収録することとなった。すなわち『大辞典』においてこれらすべては「……として取得する」**adquirere pro……* 表現の例証として示されている。しかし、そのような表現は、この法文にも関係法史料のどこにも見当たらないものである。このパウルス法文に「……として取得する」**adquirere pro……* の用語がないにも拘らず、また、「……として占有する」**possidere pro* および「……として使用取得する」**usucapere pro* という多数例証される用語類型にも拘らず、このような誤りが執筆者に生じたことについてその人を責

める訳にはいかない。「なぜなら」ローマ法研究がすべてこの点で誤っていたからである。それは、分析の一般的誤りである。

本文法が十分な根拠もなく修正の嫌疑をかけられたのは自然の成行である。それについてここで立入ることは余計なことである。「本文法の」内容はあらゆる点から古典期のものであり、パウルスに典型的なものでもある。もつとも、法文が「原文の一部の」省略を受けたものである可能性はある。

二項「買主として」「弁済として」等々の「として」「占有」権原は占有獲得の瑕疵なきことを要件とする。

パウルス、学、四一巻二章五法文（『告示注解』六三巻）「私があなたに問答契約に基き〔奴隷〕ステイクス〔を与える債務〕を負っているが私がこれを〔未だ〕引渡さないのに、あなたが占有を取得したなら、あなたは強盗である。同様に私がある物を売り未だそれを引渡さない場合に、もしあなたが私の意思なしに占有を取得したなら、あなたは買主として占有するのでなく、強盗である」。

〔訳〕 私はあなたに問答契約に基づきステイクスを負っているが、あなたに（未だ）その者を引渡さなかった。あなたがその占有を（私の意思なしに）取得したなら、あなたは「強盗」である。同じことが次の場合もあてはまる。もし私がある物を売り（未だ）引渡していない場合に、あなたが私の意思なしにその占有を取得したなら、あなたは買主として「占有するのでなく、強盗」である。

説明 問答契約債権者あるいは買主は、債務者の同意なくして債務の目的たる物の占有を取得したなら、「強盗」として占有する。すなわち、「占有者として」pro possessore（単なる自主占有者として）占有する。⁽²⁴⁾

本法文は「として」「占有」権原pro-Titelと取得原因を単純に同じものとする、ローマ法研究者の見解を極めて明確に否定する。とりわけ、売買事例の例示は私の命題を極めて良く説明する。パウルスは、買主が売主の意思なしに売

買目的物の占有に入ったなら「買主として」占有しない、と強調する。この判断は「買主として」「という用語」の意味にとって啓発するところが大きい。有効な売買があり、売買目的物の「占有」獲得者はその買主である。それにもかかわらず、占有するこの買主は、買主として「占有しない。このことから、「買主として」「占有」は専門用語として技術的意義を持ち、日常用語のそれとは全く異なることが明らかとなる。

ある人が、買いかつ売買目的物の占有者であるという理由だけでは「買主として」占有するものではない。この占有特性表示「『買主として』占有」は——ちなみに、正当なる自主占有を示すところの「として」「占有」「権原 pro-Titel」すべてと同じく——売買が先行することと並んで占有獲得の瑕疵なきことを要件とする。占有は売買を根拠として取得される必要がある。すなわち、売主の協力のもとで「引渡」により、あるいは、——自力による「占有」獲得 Erbreitung の場合は——少くとも売主の意思に反しないこと「である」。この第二の要件が欠落すると、「ローマの」法学者達は当該占有を、それぞれ取得原因に対応する「として」「占有」「権原 pro-Titel」とは分類しない、すなわち、このパウルス法文の二つの提示例でいえば、「弁済として」ないし「買主として」「占有するもの」としては見做さない。ここでこの二つの例について言明されたことは、古典期学者すべての見解に一致する。これに関し意見の相違を示唆する法史料は全くない。

では、「として」「占有」「権原 pro-Titel」の要件である瑕疵なきことはいつ存在するのか。ここでは「次のように」區別すべきである。例えば、放棄物あるいは未占有相続財産目的物の場合のように、前占有者が存在しない場合は、「占有」獲取（原始的獲得）によって常に瑕疵なき占有を取得する。「これに対して」、前占有者がある場合には、引渡（正原因に基づく引渡）により承継的に、あるいは前占有者の同意のもとで「占有」獲取（「先占」 occupatio）により、占有が獲得された時にかぎり占有は瑕疵なく獲得されたこととなる。パーピニアヌス、学、四一卷八章八法文（『質疑録』二三卷）「受遺者が引渡しによらない占有を瑕疵なくして得たなら、受遺物の使用取得がある」は後者の事

案例を述べる。

「暴力で」あるいは「隠秘に」獲得された占有は瑕疵あるものである。ウルピアヌス、学、四卷二章一四法文二項「暴力を用いた者は〔単なる〕占有者として占有する」。ポンポニウス法文、学、四一巻一〇章四法文序項末尾の言明「同一物を自己物として占有し、同時に隠秘に占有することはできない」は、他の「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* すべてにも妥当する。ローマの理論によれば、例えば「買主として占有しかつ隠秘に」* *pro emptore et clam* 占有することもありえない。というのは、ウルピアヌス、学、四三巻一七章三法文序項（『告示注解』六九卷）において「私は正原因により占有するがあなたは暴力によりあるいは隠秘に占有する」と鋭く対比して表現されていることから明らかのように、「正原因に基づく占有」 *possessio ex iusta causa* と「不当占有」 *iniusta possessio* は互いに両立しないからである。

本項冒頭の法文における問答契約債権者並びに買主の「強盗として」の瑕疵ある占有に関し、なお次の点を指摘しなければならぬ。ローマの法秩序には、このような事例でのむき出しの自力による占有獲取は法的平和の侵犯となるので、ローマの法秩序はこれに対して制裁を課したのである。上述のパウルス法文では最も軽微な例が挙げられている。有効な取得原因が存在するにも拘わらず、その占有は、それぞれ「弁済として〔占有〕」ないし「買主として〔占有〕」とはされず、「強盗」の占有（「占有者として〔の占有〕」）と分類される。買主が売買代金を未払いの場合は、ユーリアヌスは、これに加え事情によっては、買主に対する「盗訴権」 *actio furti* を付与する（ユーリアヌス・ウルピアヌス、学、四七卷二章一四法文一項）。最後に、マルクス・アウレリウス帝は、債権者が「債務者の物を債務者自身から債権者に引渡されなかつたのに理由なく *tenere* 占有する」事例につき、債権者はその債権を失う旨定めた（カッリストラトゥス、学、四八卷七章七法文及び四卷二章一三法文連結）。

演 講

債務の目的物の占有を自力で獲取した債権者は「強盗として」すなわち、「占有者として」占有する。この占有権原

はこれまで取扱ってきた」として「占有」権原 *pro-Titel* の正反对物であり、その意味は、後者の意味との対比だけでも正当に理解される。「として」占有」権原 *pro-Titel* はローマ法研究の中で今までは決して本当には理解されていなかったのであるから、この表現「『占有者として』占有」についても同じことが当てはまる。この表現は、「として」占有」権原 *pro-Titel* の概念内容および「使用取得原因」概念の探究に極めて重要である（いくつかの）法文中にみられる。従って、パウルの本法文の論述を、ローマ占有理論に特徴的なこの占有特性表示に関する若干の短い言及で締めくくりたい。

「占有者」占有」 *pro possessore* 権原は、すべての他の「として」占有」権原 *pro-Titel* との対比で、消極的占有特性表示といいうる。後者は必ず正当な自主占有、つまり、取得原因と占有の瑕疵なきことを要件とする占有である。それに対し前者「『占有者（占有）』」では、占有意思ある占有ではあるが正当な自主占有ではない。これにはさまざまな発生原因がある。あるいは、そもそも法秩序の承認する取得原因を欠く（例えば、ウルピアーヌス、学、五卷三章一一法文一項、同、一三法文序項結合）こともあり、あるいは、取得原因が瑕疵あるか無効であり、取得者がそのことを承知している（「知った上で」 *sciens*、例えば、ウルピアーヌス、同上二三法文一項）こともある。さらに、占有が瑕疵なく得られていない場合も、「占有者として」占有すると言われる（パウルス、学、四一巻二章五法文、ウルピアーヌス、学、四卷二章一四法文二項）。

最後に、古い時代の法学者の見解で、ユリアーヌス、（学、四一巻三章三三法文一項）およびポンポニーウス（学、三五巻一章一一〇法文）が従うものによれば、取得権原に基づき瑕疵なしではあるが正当でない譲渡者から「知った上で」獲得した占有者の占有は、「占有者（占有）」と分類された。²⁵ 時効取得占有の第三要件である「善意」のみが欠けていても、これらの法学者達は取得権原に対応する「として」占有」権原 *pro-Titel* を否定したのである。しかし、ウルピアーヌス（学、五卷三章一三法文八項）、パウルス（学、四一巻四章二法文一項）のような晩期古典期の学者はこ

の見解をもち採らない⁽²⁶⁾。それ故、「占有者（占有）」権原は、事実上、時効取得占有を表示する「として（占有）」権原 Pro-Titel の否定的対比概念となっている。もつとも、「占有者（占有）」権原には占有意思と並びもう一点後者との共通の要素がある。すなわち、その他の「として（占有）」権原 Pro-Titel と同じく、この消極的占有特性表示も、獲得、済みの占有の特徴を表示している。法学専門用語に「占有者として獲得する」* *acquirere pro possessore* という表現が見当たらない「のはこのことに基づく」。

一 一款三項 「善意」も時効取得権原の構成要素。「買主として（占有）」権原および上位概念「使用取得成立原因」。簡潔な二つのユーリアヌス法文、学、四一卷三章三三法文序項および一項が、この法学者（ユーリアヌス）においては、「善意」なくして「買主として（占有）」権原 *Titel pro emptore* は存在しえないことを示している。別の表現をすれば、ユーリアヌスは、「善意」もまた常にこの「として（占有）」権原 Pro-Titel の構成要素であるとしている。ちようどローマの法学者すべてが占有獲得の瑕疵なきことを「として（占有）」権原 Pro-Titel の「不可欠な」要素と考えたのと同様である。はじめの法文から更に、ユーリアヌスでは、時効取得権原としてのすべての「として（占有）」権原 Pro-Titel に「善意」が要素となっていることが明らかとなる。この法文は、法学者達が、「時効取得占有であることを示す占有特性表示」という技術的意味での「時効取得原因」（時効取得権原）という上位概念を知っていたことを証する、伝承法史料中最も古い法文である。このこともこの法文が重要であるゆえんである。しかしまず第二の法文から説明を始める。

一目 ユーリアヌス、学、四一卷三章三三法文一項（『法学大全』四四卷）「ある者が知った上で土地を所有者でない者から買ったなら、占有者として占有する」。

〔訳〕 土地をその所有者ではない者から、知った上で買い（そして引き渡されて保持する）者は、単なる自主占有者

として占有する。

この法文は、ユーリアーヌスが古い法原則「何人も自分で占有の原因^{カウサ}を自分に有利に変更しえない」*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*を扱う重要な法文の中から採ったものである。しかし、ここでの関心はこの法原則⁽²⁷⁾ではなく、「買主(として)」「占有権原と「善意」の関係である。この引用の一文から、ユーリアーヌスにおいては、「買主として」「占有権原を「占有」獲得者の「善意」に係らせているということが逆に分る⁽²⁸⁾。というのは、この法学者は悪意買主の占有を売買および瑕疵なき占有獲得があるにも拘らず「買主として」「占有」ではなく、「占有者として」「占有」と分類するからである。つまり、ユーリアーヌスは、古典期の他の法学者とは異なり、占有権原 *Besitztitel* と時効取得権原 *Ersitzungstitel* の区別をしない。⁽²⁹⁾「買主(として)」「占有権原は、ユーリアーヌスにおいては、一義的なもので必ず「善意」の要素を含むものである、換言すれば、「それだけで」常に時効取得権原でもある。他の「として」「占有」」「権原 *pro-Titel* についても同じことが妥当したことを疑う理由はどこにもない。

ユーリアーヌスのこの判断を「極端」⁽³⁰⁾であると考えてはならない。(早期)古典期の他の法学者達もまた「として」「占有」」「権原 *pro-Titel* が取得原因と占有の瑕疵なきことのみならず、取得者の「善意」要件をも含むと考えていたと理解される。この見解は、ポンポニーウス法文、学、三五卷一章一一〇法文においても見出される。⁽³¹⁾その法文は、ある人が「候補自由人」から、相続人達の意に反し (*in vitis hereditus*) それを知った上で (*sciens*)、「候補自由人」がその自由を得るためにその人に与えるべきとされた(特有財産中の)金員を受領した〔事案〕に関する。従ってここでは、「引渡正原因」は(解放)条件の履行目的である。ポンポニーウスは、奴隷は自由となる (*liber quidem fit*) が、受領者はその金員を「占有者として」占有し、従って相続人達はその引渡を請求しうると判断している。従って、ポンポニーウスとユーリアーヌスは「として」「占有」」「権原 *pro-Titel* と「善意」の関係に関し同意見である。しかしこの見解

は後になって否定されることとなった。

ここで検討の対象としているユーリアーヌス法文(三三文一項)の解釈から、取得原因と「占有」権原 pro-Titel の区別がいかに重要であるかが重ねて明らかとなる。ローマ法研究文献においては、この区別を意識せずに「(正)原因」と「善意」の関係について論じられる。そのためこの法文に関し、ユーリアーヌスのもとでは「原因」と「善意」とが明確に区別されていなかったが、これに対してパウルスは、学、四一卷四章二法文一項において「原因」と「善意」を明確に区別する⁽³²⁾といわれても、このことは取得原因としての「原因」の意味にはいずれにしても当てはまらない。ユーリアーヌスおよびポンポニウスは、パウルスやその他の法学者と同じ様にはつきりと、取得原因としての「正原因」を「善意」⁽³³⁾から区別している。時効取得占有領域で、売買、贈与、物権遺贈等々のような取得原因を、この「時効取得」占有につき同じく要件となっている「善意」(主観的占有要素)から明快に区別しないローマの法学者がかつて存在したという証拠はただ一つもない。

このことは、売買に関し、買主の「善意」はすでに契約締結の時点で必要であるとする古いプロクルス学派の見解⁽³⁴⁾についても当てはまる。時間的に同時であることは「必ずしも」その両者が理論上連関していることを意味するものではない。売買の場合でも、「売買」と「善意」は理論的に全く独立の要素で、それらの要素を法学者達は全く違った基準で判断し、訴訟での立証責任役割もそれぞれ異なる⁽³⁵⁾。しかし、のちに(三節四款)明らかとなるように、時効取得原因としての「原因」の意味についても、ユーリアーヌスとパウルスは見解がちがうというハウスマニングの主張は当たっていない。それ故、複数の占有要素を含む占有特性表示としての「占有」権原 pro-Titel が、時効取得占有のみを示すもの(ユーリアーヌス、ポンポニウスの見解)か、それとも、悪意取得者の「正原因に基づく」占有をも示すものかについてののみ、古典期法学者達において見解のちがいがあった、と確認すべきである。

講 演

最後に、どの時点で「善意」が必要かの問題との関連で、ユーリアーヌスの本法文につきなお次の点に言及する。本

法文では、「買った」emeritと表現される。「買う」enereという単語は、他の個所でもしばしばあるようにここでも、「買い、引渡をうけて保持する」と解釈すべきである。ユーリアーヌスが明らかに「善意」の欠如を売買契約締結時ではなく「引渡」による占有獲得時点で判断しているということによつてはこの用語法は何ら変ることがない。ユーリアーヌスもまたこのサビーヌス派学説に従ったのである。このことは、ウルピアーヌス、学、六卷二章七法文一七項に明示的に証される。「ユーリアーヌスは『法学大全』七卷に記している。買った物の引渡は善意でなされるべきである、従つてもし知つた上で他人の占有を得た者は、プーブリキアーヌス訴権を行使しえない、なぜなら、使用取得できなかったであろうからである、と」。この法文の事実関係は、学説彙纂四四卷から引用の我がユーリアーヌス法文に的確に対応する。この引用された（ユーリアーヌス著作の）文章は、ユーリアーヌスが「ここで検討している」学、四一巻三章三三法文一項においても、占有獲得の時点での「善意」の不存在を前提としていたことにつき信頼に足る証明を与えるものである。⁽³⁶⁾

二目 次いでユーリアーヌスの別の文章、すなわち、同じ第三三法文の冒頭文を論ずる。「善意」は「買主」時効取得権原のみならず、すべての時効取得権原の要素となつていゝことがその法文から、積極的に明らかとなる。

ユーリアーヌス、学、四一巻三章三三法文序項（『法学大全』四四卷）「善意買主のみならず、使用取得が生ずるのを常とする原因カウッサに基づき占有する者はすべて、盗物である女奴隷の出生子を使用により自分のものとする」。

〔訳〕 善意買主のみならず、時効取得が生ずるのを常とする原因に基づく占有者はすべて、盗まれた女奴隷の子供を時効取得により自分に取得する。

一見すると、ここで「買主」時効取得権原が述べられていることはおそらくは直ちには明らかではないかもしれない。

しかし、よく考察すると、この文脈での「善意買主」という語句は、「買主として占有する者」としてのみを解釈すべきものであることが明白である。このことは、善意買主のみならず、「……に基づき占有する者すべて」*omnes qui possident ex……*、という一般化から推論される。占有する善意買主が問題となっているのである。この占有している買主が時効取得もする、というのであるから、「買主」時効取得占有者 *Ersitzungsbesitzer pro emptore* のみが問題となりうるのである。⁽³⁷⁾ このことが確定すると、今度は、「使用取得が生ずるのを常とする原因」*causa quam usucapio sequi solet* という表現の意味もまた決まる。「買主として占有する者」*qui possident pro emptore*（「善意買主」という意味）と「……原因に基づき占有する者すべて」*omnes qui possident ex causa……*」の平行的表現から、この「原因」^(カウサ)は、上位概念として、「買主として〔占有〕」*pro emptore* のような「として〔占有〕」*pro-Titel* を指すことが結論として引き出される。⁽³⁸⁾ これら「として〔占有〕」*pro-Titel* と同じく、「原因」^(カウサ)も、時効取得占有の特性を表示する占有特質として解釈すべきであり、しかも、個別の「として〔占有〕」*pro-Titel* と補充的＝一般的な「自己物として〔占有〕」*Titel pro suo* の両者をあわせ含む一般概念として理解すべきである。

このように、ローマ人は、実際に「時効取得権原」という上位概念を知っていたが、取得原因の意味においてはなく、時効取得占有の特性を表わす占有特性表示 *Besitzqualifikation* の意味においてである。ここで手短かに、ファン・オヴェン、ハウスマニンガー⁽³⁹⁾ 両氏に見られる〔本目冒頭法文である〕学、四一卷三章三三法文序項の「カウサ」概念の誤解について言及する。「カウサ」を「状況」あるいは「時効取得状況」と理解することをめぐるものである。この二人の学者はこの概念内容を立入って論じ分析したわけではないが、「その著作において」時効取得状況（という表現）で、時効取得占有または時効取得占有者の法状況のみが考えられうることは明らかである。*causa usucapionis*（「使用取得状況」^(カウサ)）のこの解釈は、実際にも、パウルス、学、五〇巻一六章三五法文において証される。そこではこの表現は、原状回復義務の対象物について「回復する」*restituere* と結び合せて使われる（「使用取得状況も果実も」*et*

usucapionis causam et fructum)。ホイマン＝ゼツケルは〔その『ローマ法用語辞書』Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts〕この法文中での表現全体の意味を非常に広く「物の利用および便益すべての総体」と記述する。更に、ユーリアーヌス、学、四一卷四章七法文四項において「使用取得する状況カウサにあった……としても」*quantis……in ea causa fuerit ut usucaperet* という表現に出会い、そこでは「状態」*Lage*、「状況」*Situation* という解釈はすぐに分かる。従って、上述の学者が、我法文の「カウサ」という用語も「状況」の意味であると理解しようとしたことは分らない訳でない。しかし、ユーリアーヌスの本項冒頭法文で *causa* が使用されたその特別の文脈は前記の法文とはちがうことに、全く注意が払われなかった。

「カウサに基づき占有する」*possidere ex causa* という表現における「カウサ」が時効取得占有を指す可能性は一切ありえない。なぜなら、占有状況あるいは時効取得占有に基づき占有するというのは法的に背理である。占有は占有によって特性が与えられるものでない〔からである〕。ある人物が、自分は時効取得占有している、という状況にあると見出すことはある。しかし、次のことは奇異に感じられる。すなわち、ファン・オヴェンが、我がユーリアーヌス法文〔学、四一卷三章三三法文序項〕に関し、しばしば「自らを……の中に見出す」と表現し、ユーリアーヌス法文に「原因カウサに基づき占有する」*possidere ex causa*〔という表現〕ではなく、あたかも、本来に「の状況カウサにある」*esse in causa*とあり、またのちに本文に、「原因に基づき使用取得する」*usucapere ex causa*〔という表現〕が出てくるかのように述べている。⁽⁴⁰⁾しかし「文脈こそ最モ重要ナリ」。一つの単語の、従って「カウサ」という単語についても文脈連関にそれぞれ対応する意味は文脈からのみ引き出される。「*possidere ex causa* (原因カウサに基づき占有する)」は、「*esse in causa* (その状況カウサにある)」とは同じでない。この単純な事実を上記両学者は看過してしまった。しかしこの誤った解釈の根本原因は、明らかに、ローマ法研究が取得原因(自主占有を是認し、その獲得に先行する一定の事実)としての「原因カウサ」と、時効取得権原(獲得された占有の一定の特性表示)としての「原因カウサ」を区別しなかったことに存する。

この区別をすることなしには、*causa quam usucapio sequi solet* (使用取得が生ずるのを常とする原因〔という表現〕)の意味は理解しえない。

四項 上位概念「使用取得正原因」

ユーリアーヌス、学、四一巻三章三三法文三項 (『法学大全』四四卷)「私が土地を請求しようとしたティティウスが、私に占有を渡したなら、私は使用取得の正原因を有する」

「私」は、ティティウスに対しある土地の返還請求訴訟を起すことを意図した。「土地を請求する」*fundum petere*という用語は、「物取戻訴権」*rei vindicatio*あるいは「プーブリキウス訴権」を指す。ティティウスが訴訟を避け、「私」に占有を明渡す場合は「私」が時効取得しうる。ユーリアーヌス曰く、「私」たる者は、「使用取得の正原因」*usucapionis causa iusta*⁽⁴¹⁾、すなわち、法的に認められた時効取得原因を有する、と。ユーリアーヌスはこの表現でもって、同法文序項での、「使用取得が生ずるのを常とする原因」と同じくここでもまた、取得原因ではなく時効取得占有の特性を示す占有特質を表示している。「もし彼が占有を渡したなら、私が……有する」*si……possessione cesserit……habebo*という表現はこの解釈に決定的に有利である。ティティウスが「私」に自発的に占有を譲り、しかもその後(「もし」〔占有を〕渡した) *si cesserit* (接続法未来完了形) はじめて、「私」は「使用取得原因」をもつ(「もつであろう」*habebo* (直説法未来形))。時効取得原因は占有獲得によつてはじめて成立し、ここでもまたそれは、——時効取得占有に必要で三つの占有要件をすべて含む——占有特性表示⁽⁴²⁾として解釈されるべきである。

占有が瑕疵なきことという前提要件はここで存在することに疑問の余地がなく、また、ユーリアーヌスは、「私」の「善意」を明らかに前提としてみるとみられるので、この時効取得権原がいかなる取得原因に基づくかの問題のみが残る。その際、占有譲渡そのものと、これに対応する「私」の占有獲得を一つの取得原因として見做すという誤った理論

に出来るだけ落ちないようにすべきである。取得原因は自主占有獲得および所有権取得を是認する事情であり、この〔占有〕獲得に先行し、それ故、取得原因がこの二つの要素を基礎として占有（獲得）と合体する、あるいはそれを含むことは決してありえない（本節八款一項、九款三項）。〔本法文の〕事実関係の記述から理解されるように、そのことはこの特殊事例についても変りはない。

土地に対するより有力な権利を証明する用意が「私」にあることは、ティティウスに対し「対物訴権」*actio in rem*を提起しようとする意図から推論しうる。ティティウスがより強い「私」の権利を暗黙に承認していることは、訴訟に至る迄に土地の占有を放棄したことから明らかとなる。両当事者の行動の推認から、両当事者は土地に対する「私」の（より強い）権利について同じ見解である、と結論するのが許される。両当事者の承認する、土地に対する「私」の権利がここでは取得原因、すなわち「私」の自主占有、そして（可能ならば）時効取得、を是認する事情となる。占有の瑕疵なきことと「善意」と並んで、事実連関の中で黙示的に含まれるこの取得原因が、時効取得原因の基本的要素であり、それをユーリアヌスがその判断において「使用取得の正原因」*usucapionis causa iusta*と表示したものである。従って、ローマ法関係体系書、教科書の「*iusta causa usucapionis*（使用取得正原因）」という用語の唯一の根拠であるこの表現は、ローマ法研究者に広く受け入れられている。取得原因」という意味を支持するものでない、と確認すべきである。ユーリアヌスはこの法文おける時効取得権原を「として〔占有〕」権原 *pro-Titel* のひとつの名で呼んでいない。ただ、「自己物として〔占有〕」権原という補充的「一般的時効取得権原が問題となりうるだけである。この特殊事例においては他の〔時効取得〕権原は殆んど考えられないであろう。

三節 第二問題領域。「原因」^{カウサ}と「善意」の関係に関するローマ法研究上の論争

命題

一款 「使用取得」関連領域における「原因」^{カウサ}および「善意」が理論的に相互に完全に独立の要素であるか否か、あるいは、反対に「原因」^{カウサ}は「善意」を要件とする——「原因」^{カウサ}の一要素としての「善意」——ものかという問題は非真正問題である。

二款 ローマ法研究者における相対立する見解、すなわち、無連関説（ステインチンク⁴⁴、ボンファンテ⁴⁵、一九三九年までの通説）対「善意」の「正原因」必須要件説（ファン・オヴェン、マイヤー・マリイ⁴⁶）は、取得原因（占有と無関係な取得要件事実）としての「原因」^{カウサ}と時効取得権原（時効取得占有の占有特性表示）としての「原因」^{カウサ}を区別する場合に限り、双方の見解とも正しい。

三款 厳しい対立の解消は、すでに命題二節七款、とりわけ、同款三項および一一款三項に述べられている。取得原因としての「原因」^{カウサ}と「善意」は相互に独立の占有要件であり、相互にいかなる理論的關係ももたない。これに対して、時効取得占有の適格があるとするものとしての「原因」^{カウサ}は「善意」を要件とする。つまり、「善意」は時効取得原因、つまり「使用取得原因」の構成要素の一つである。「買主として使用所得する」*usucapere pro emptore*という表現において、「買主」時効取得権原は「善意」の要素もまた含む。ローマの法学者達の間でこれについて意見の相違は一切ない。晩期古典期においてもその事情に何ら変更はなかった。

ここで、ローマ法研究のこの論争にこれ以上の詳細には立入らない。ただ、この連関での「善意」に与えられるべき意義をもう一度想い起したい。そのことについてすでに二節一一款三項（注二八）に示した。「善意」が時効取得権原

演 講

の一要素であることが最も明確となる法文においては、前主（讓渡人）の所有権あるいは讓渡権限に対する信頼、ないしは、その欠缺についての不知（他人のものであることを知らない）*nescire rem alienam esse*、という意味が問題となっている。従って、「善意」の最も一般的で、史料に極めてしばしば出てくる意味である。法史料においてしばしば、この意味での「善意」の欠如は次のような形で表現される。すなわち「知った上で他人の物を取得する」(*sciens rem alienam possidere/emere*)。このことは、法史料中「原因」と、「善意」の関係の問題に関する最重要法文である以下のパウルス法文においても該当する。

四款 占有「原因」と時効取得「原因」の相違…二種類の占有特性表示

パウルス、学、四一卷四章二法文一項（『告示注解』五四卷）「占有原因と使用取得原因は異なるものである。なぜなら、ある者は買ったが悪意である、と正当に言われる。例えば、知った上で他人の物を買った者は、使用により取得することはないが、買主として占有する」。

〔訳〕 占有原因と時効取得原因は別のものである。というのは、ある者が（実際に）買ったが悪意であるというのは適切な言明である。それ故、知った上で他人の物を買った者は（買主として）時効取得しないけれども、買主として占有する。

長いパウルス法文⁴⁷、学、四一卷四章二法文のこの項は、我々の論題、とりわけ、「使用取得原因」の意義および「原因」と「善意」の関係の問題領域にとって、多くの点において重要である。法文は、「元来の文の一部が」省略されたかもしれないが、内容的には古典期のままであることは疑いがない。修正の嫌疑は一切理由がない。第二文の表現が銘文の如く短いとしても、言葉と内容ともに明快である（「からである」）。それにも拘らず、かかる法文について、従来の文献において的確な解釈がなされなかったことは、とりわけ次の二つの理由から説明される。その第一は、従来占有

特性表示としての「原因^{カウサ}」と取得原因としての「原因^{カウサ}」を区別してこなかった。まさにとりわけこの法文については、正しいな解釈は「原因^{カウサ}」の上述の第一に挙げた解釈に係っている。第二に、ユーリアーヌス、パウルスおよびその他のローマの法学者達が「使用取得原因」概念に付与した意味に対する洞察を欠く人々はいずれも、この法文の正確な内容を理解しないままに終らざるをえない。

それ故、まずこの学説彙纂法文が正確に述べていることを探求すべきである。そのために、悪意であるが「正原因に基づき」獲得された占有に関する古典期法学者の論争との連関で、ウルピアヌス、学、五卷三章一三法文八項にも簡潔にはあるが、立入ることが必要となる。そのあとで、占有権原と時効取得権原についてのローマ法理論に関し、この法文からいかなる結論を引き出しうるかの問題について答が与えられる。この問題は、「原因^{カウサ}」と「善意」の関係の問題と切離しようない仕方ではないで結びついている。

本款冒頭の法文において正確には何が問題となっているのか。法文の記述は、一般的に表現された見解から始まる。すなわち、占有原因は時効取得原因と異なる概念である。この見解が悪意買主の例により二段構えで、簡潔に理由づけられる (nam)。第一は、売買があった (quis emisse) が悪意である (sed mala fide) と説明する見解を正当である (vere dicitur) とする。⁽⁴⁶⁾ 次いで、第二に、この売買事例が冒頭命題の説明の展開に役立ち、末尾の文はこの命題にぴったり沿う。すなわち、知った上で他人の物を買引渡しを得るものは、「買主として」(「使用取得原因」 causa usucapionis) 時効取得しないとしても、「買主として」(「占有原因」 causa possessionis) 占有する。

「占有原因」と「使用取得原因」は、相異なる「として」(占有)「権原 pro-Titel」(ここでは「買主」占有原因と「買主」時効取得原因)を指示しており、それ故、相異なる占有特性表示として解釈すべきである。取得時効「原因^{カウサ}」は、時効取得占有、すなわち、取得原因(売買)、瑕疵なきこと、善意の要件を備えた占有、の特性を指示するものである。「これに対し」ここで念頭に置かれている占有「原因^{カウサ}」は、ただ、取得原因および瑕疵なきことのみを要件とする占有

——すなわち正当な自主占有ではあるが時効取得占有ではない——の特性を指す。つまり、「悪意」*malae fides*の基準に従い、二種の占有権原ないし占有特性表示を区別すべきである。このことが、冒頭命題の理論的本質である。

本文法における「原因」〔の用語〕によって、少くとも取得原因、つまり本例では売買、が考えられていないことが明らかである。「買主」占有原因、および「買主」時効取得原因は双方とも有効な売買を前提とする。売買という取得原因に関しては、占有「原因」は時効取得「原因」とは異なる、などとはそもそも言いえない。従ってこの法文もまた、「原因」を、いくつかの要件を具備し、上位概念として「占有」権原 *pro-Titel* を含むところの、占有特性表示として解釈することを確認する。この解釈によつてはじめて、パウルスが冒頭文で立てた占有「原因」と取得時効「原因」のちがいに納得のゆく説明が出来ることとなる。⁽⁴⁹⁾

従つて、「原因」を取得原因として解釈する可能性は全くない。冒頭の文では、二種類の占有特性表示が問題となる。しかし、この解釈は本当に的確なのか？ ユーリアーヌス、学、四一卷三章三三法文序項および三項につき、文脈から明らかとなつたので、その解釈の可能性は否定された（二節一三款三項）が、冒頭の法文でも、*causa usucapionis*を「時効取得状況」と拡大した解釈することは不可能なのか？ ここでもまた、文脈が冒頭文を「占有状況」と時効取得状況はちがう」と解釈することを否定するのか？ その答は、その通りというしかありえない。すでに確認した（二節一三款三項）ように、「時効取得状況」は、「時効取得占有を指しうるのみで、同様のことが「占有状況」にも妥当する。すなわち、この単語によつてある決まつた占有種類が考えられ得るのみである。しかし、このような解釈は、この種の解釈を排斥する文脈の決定的諸要素を看過している。「まず第一に」最後の文中での「買主」占有権原が決定的である。*causa possessionis*（「占有原因」）という表現はただこの権原に関しうるのみである。なぜなら、「売買」という取得原因は連結点としては一切ありえないからである。そうではなくて、「買主として」*pro emptore* というのは占有特性表示である。だから、「カウサ」は上位概念として、占有特性表示としてのみ解釈される。しかしなお、今まで気付かれ

かなった重要な文脈上の特徴がある。それは、「正原因に基づく」が「悪意」で獲得された占有の評価をめぐる古典期学者の論争に、この法文を歴史的に位置づけることである。

パウルスが、この法文で古典期法学者間のある論争に対しその態度を明らかにした、という事実には、従来何ら注意が払われていなかった。その争点は、「正原因に基づく」悪意取得者の占有の性質をどう分類するかの問題である。この種の占有を否定的に「占有者として」(「の占有」と分類する、ユーリアーヌスおよびポンポニーウスの見解は、すでに、二節一一款三項で見たところである。しかし、その見解が争われていたこと、ウルピアーヌス自身はそれを否定したことが、ウルピアーヌス、学、五卷三章一三法文八項からはじめて明らかとなる。⁵¹⁾ ユーリアーヌス、学、四一卷三章三三法一項および本款冒頭パウルス法文におけるように、ここでも「悪意」買主が問題である。ここでは知った上で他人の相続財産を買う者である。ウルピアーヌスは、その占有を「占有者(占有)」と分類する何人かの学者(*quidam*)の見解とは反対に、その者は「強盗」ではない(*nemo enim praedo est*)とし、我法文のパウルスと同じく「相続財産の」買主として(*ut emptor universitatis*)と考える。このウルピアーヌス法文の詳細にここでは立入らない。⁵²⁾ この法文を、これに関する法学論争の証拠として、また、学、四一卷四章二法文一項「本款冒頭法文」におけるパウルスの態度を位置づけるその背景としてのみ挙げる「からである」。従って、冒頭法文に立戻る。

パウルスの場合には、ウルピアーヌスとはちがって、否定した見解に対する批判は表面に表現されていない。それ「否定した見解」によれば悪意買主の占有を「占有者(占有)」と分類される、ということには言及されていない。しかし、「なぜならある者は買った……と正当に言われる」という語句から、パウルスが反対の意見を持つある法学者の議論に与みすることが推論される。「悪意」買主が「買主として」占有するということパウルスの判断を、言及のない「占有者」占有特性との対比で理解しなければならぬ。これを確認することによって、本款冒頭の法文の議論文脈での一つの本質的特徴が与えられる。法学者間での論争に対応して、この法文もまた、悪意取得者の占有にいかなる占有特性

を与えるべきか——つまり、売買事例では「買主」占有か「占有者」占有のいずれか——の問題をめぐるものである。つまり、ある特定の占有をどのように分類するかという法的問題である。このような脈絡の中では、占有「カウサ」ないし時効取得「カウサ」を「状況」あるいは「事情」と解釈する可能性は全くない。占有をある占有状況によって分類できない「からである」。「使用取得原因」*causa usucapionis*につき「時効取得状況」と解釈することはここでは、ユーリアーヌス、学、四一卷三章三三法文序項および三項（二節第一款四項）における「カウサ」についてと全く同じく、自己矛盾である。この結論によつて、占有「原因」^{カウサ}および時効取得「原因」^{カウサ}を相異なる占有特性表示であるという上述の概念規定が終局的に確証される。

我々は次に、占有権原および時効取得権原について、ならびに「原因」^{カウサ}と「善意」の関係についてのローマ法理論に關し、この法文からどのような帰結が引き出しうるのかの問題に移る。ローマ法研究文献においては、パウルスがここで表明する新たな見解の射程が正しく評価されていない。とりわけこの学説彙纂法文において、取得原因と時効取得原因の区別がローマ法研究の中でなされていないことから意趣返しにあってゐる。従つて、「時効取得占有を特徴づける占有特性表示」という狭義の「使用取得原因」というローマの概念を認識していなかった。そのことによつて、パウルス53の占有原因と時効取得原因の区別が、理論的および用語の点で正確にはいかなる帰結となるか、もまた洞察されなかつたのである。

この法文での言明の射程は、解釈者何人が考えたよりはるかに狭いものである。一方でユーリアーヌス、ポンポニウス、他方でパウルス、ウルピアーヌス間の違いは、ただ、「正原因による」「悪意」取得者の占有のついてのちがつた判断に関するのみである。すなわち、ユーリアーヌスとポンポニウスはこれらの者の占有を「占有者」占有と分類し、これに対し、パウルス、ウルピアーヌスは、個別の「として」「占有」権原 *pro-Titel* と取得者の悪意との無関連を強調する。彼ら「||パウルス、ウルピアーヌス」はそれ故、有効な取得原因がある場合、正当な自主占有から出発し、

従つて悪意売買の場合に、「買主として」占有から出発する。

時効取得占有の要件たる善意の欠如は、この新しい見解に従えば、悪意取得者の「正原因により」得た占有を「占有者〔占有〕」と分類しない。ここでの黙示的な理由づけはおそらく、このような取得者の占有を、窃盗あるいは強盗の占有と同じであると判定することは出来ない、ということであろう。というのは、盗人の占有とちがって、その占有はいづれにしても取得原因と占有の瑕疵なきことが基礎となつてゐる。ウルピアーヌスは、この連関で売買事例についてとりわけ売買代金の支払（「という事実」）を強調する。「代価を支払った者は強盗でない」（学、五卷三章一三法八項、五〇卷一七章一二六法文）。パウルスのもとではこの論拠はない。パウルスは、悪意の買主は、たとえどんなに「悪意」であるにせよ、いづれにせよ買ったのである、とのみ強調する。更に、このパウルス法文では、ウルピアーヌスの「上法文」学、五卷三章一三法文八項と比較すると、一般化がみられる。すなわち、売買事例が法文のはじまりにある一般的に表現された見解——占有原因と時効取得原因は異なる概念である——の根拠づけに役立っている。ちなみに、この一般化はパウルスにはじめて由来するものでなく、盛期古典期に遡るものであることが、他の学説彙纂法文から明らかとなる。しかしこれ以上立入らない。

時効取得「原因」^{カウッサ}に関しては何らの変更がないことが強調されるべきである。ユーリアーヌスおよび他のすべての盛期古典期法学者と全く同様に、パウルス、ウルピアーヌスの理論によれば、「善意」は時効取得権原（「使用取得原因」）の要素とされていた。これと異なる意見の法学者が一人でもあり、「善意」が時効取得権原の要素でない、と考えた者があるとかいうことはどの法文からも出てこない。従つて、悪意取得者の「正原因に基づく」占有が、「買主として」〔占有〕「受遣者として」〔占有〕等々と権原あるものとされ、否定的に「占有者〔占有〕」とは分類しない、という見解（学、五卷三章一三法文八項、四一卷四章二法文一項）が貫徹した後にも、ローマの法学者達は、時効取得「原因」^{カウッサ}が「善意」を要件とすることを堅持した。このことは、「…として使用取得する」類型についてのみならず、例えば、パウ

ルス、学、四一巻二章三〇法文五項、同巻三章一五法文序項におけるように、時効取得占有に関することが文脈から明らかとなる場合は、「…として占有する」類型についても妥当する。それ故、パウルスもまた、常に他の法学者すべてと同じく、「善意」を時効取得「原因」^{カウサ}——それが同時に占有権原でもあることは当然である——の要素として見てい⁵⁴る。

ローマの立場からするといかに「善意」が、時効取得権原の逸すべからざる要素と感ぜられたかは、個別の「として占有」権原 Pro-Titel に関する法史料の用語上の二つの特徴から明らかである。消極的に、法学者は時効取得占有を表現するにつき、「として占有」権原 Pro-Titel に「善意」を組み合す表現を一度たりとも使っていないことが、法史料から明らかとなる。「すなわち」「(売買原因に基づき)買主としてかつ善意で占有する」といった表現を法史料に見出そうと探しても無益である。もし、少くともパウルス、ウルピアーヌス以来は、「買主として占有」と「善意」が理論的に相互に完全に独立の要素であったとしたら、このことをどう説明すべきか。「従来の」ローマ法研究者はこの問題に答えるべきがない。

これに対して、法史料において、明示的には、ウルピアーヌス、学、四一巻一〇章一法文、パウルス、同巻二章三法文四項において、さらに黙示的には、パウルス、学、同巻三章一三法文二項において「買主として、かつ、自己物として」pro emptore et pro suo というような時効取得占有を示している表現が使われ、しかも、盛期古典期学者マウリキアーヌス以来、見出されるのか。この問題に対しても、ローマ研究文献中には、満足すべき解答はない。しかしこの問題は、悪意買主の「買主」占有「原因」^{カウサ}と善意買主の「買主」時効取得「原因」^{カウサ}を区別する新しい見解が貫徹したのちに、「…として占有する」が複数の意味をもつことになったことから説明される。詳細についてはここで立入らない。ただ一点だけここで強調する。すなわち、学、四一巻四章二法文一項〔「本款冒頭法文」に証される時効取得原因〔「善意」を含む〕と悪意取得者の占有原因の区別は、用語法上、「占有する」possidere と組み合される個別の「とし

て「占有」権原 *Pro-Titel* [「……として占有する」] が多義的となる帰結を生んだ。というのは、これ以降、「買主として」「占有」、あるいは「受贈者として」「占有」のような権原は善意の要素を含むこともあり、含まないこともあるからである。「使用取得する」と結ぶ場合 [「……として使用取得する」] は、常に時効取得占有を示す。「占有する」と結ぶ場合は、もはやユーリアヌス、ポンポニウスの場合にそうであった（二節一款三項）のようには、一義的ではない。というのは、悪意取得者も今や「買主として」または「受贈者として」占有しうることとなったからである。しかし、この「……として占有する」という表現も、文脈から時効取得占有を指すことが明らかとなることもありうる（パウルス、学、四一卷二章三〇法文五項、同巻三章一五法文序項）。

四節 第三問題領域。ローマ時効取得要件の体系、特に取得原因としての「原因」^{カウサ}

および「善意」の位置

命題

一款 古典期ローマ法の時効取得には、相互に独立の三要件のみがある。すなわち、(一) 要件を備えた占有 (*possessio pro*) (二) [その占有対象物が] 時効取得可能物 (*res *habilis*) であること (三) 一年もしくは二年の占有の継続 (*continuatio possessionis*)

二款 原因^{カウサ} (取得原因)、占有の瑕疵なきこと、「善意」は、要件を備えた占有ないし時効取得占有の、相互に理論的に独立の占有要件として、これの低位に位置し、だから上述の上位の三つの時効取得要件とは何ら関係がない。

三款 注釈学派理論の時効取得五要件 (「時効取得可能物」「権原」「善意」「占有」「期間」) は、法史的にも理論的

にも維持しきれずまた講学上も時代遅れとなっており、九百年後の今、ローマ法体系書、教科書から消滅するときである。「そうでなくても」少くとも、理論的および講学的手本としてのそれは、歴史的研究方法をとる現代のローマ法研究のより正確な基準に従い批判的再検討に服すべきである。

四款 時効取得要件の古典法体系においては、取得原因、占有の瑕疵なきこと、取得者の善意を要件を備えた、「使用取得」に不可欠な占有が第一次的要件である。このような占有には、常に「体素と心素による」corpore et animo 占有獲得が前提となっている。何らかの事情から占有意思と事実的物支配に基づく、かかる占有獲得がないということが生ずると、当然のことながら、「使用取得」に適格の占有ということは言えない。この観点でのみ、時効取得領域で「占有」の要件が、「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」に含まれる占有特質とは関係なしに、役割を演ずることがありえよう。パウルスが学、四一卷三章四法二—四項——そこでは、占有意思が使用取得との関係で明示的あるいは黙示的に役割を演じている——においてこれを「占有」要件と結びつけず、何人が時効取得しうるかの問題と結びつけている(学、四一卷三章四法文序項参照)ことは、目を引く。

五款 従って、注釈学派理論および今日のローマ法研究者の多数とはちがひ、古典期法学者の理論によれば、「原因」(取得原因)と独立に自主占有あるいは特示命令占有として分類される、時効取得要件たる「占有」はない、ということを確認すべきである。ローマの法学者達にとつては、時効取得占有が中心の問題である。⁽⁵⁵⁾ローマの時効取得の理解には、我々に伝わる「使用取得」定義(ウルピアーヌス『法範』一九章八節、前述二節五款二項)が、今なお理論的、講学的に最も適切な出発点である。その際、ローマ人と同じく取得時効権原と取得原因の区別から出発することは当然前提とされる。この定義は本質的なものを含む。すなわち、時効取得は(いくつもの要件を具備した)「占有」(…としての占有) Possessio pro)を、法定の期間を中断なく保持し続けることによる所有権取得である。

六款 ユースティニアヌス帝法については、期間の変更、イタリアの土地と属州の土地間の相違の解消および用

語上の細分化を別とすれば、全体として見れば、時効取得要件の構造は同じであった。

七款 最後に、サヴィニー、リッコボーン、カーサーの見解とは異なり、ローマの「使用取得」理論において *possessio civilis* (「市民法占有」) という概念はいかなる役割も果していない、と確認すべきである。

*本稿は筆者が二〇〇三年一月、九州大学法学部の同学西村重雄氏らとの共同研究のため渡日行った講演に手を加えて成ったものである。長年の秀れた文化伝統を今に生かす日本に敬意を表すと共に日欧間の学問的交流の一層の展開を期待する。

注

(1) 参照。L. Vacca, *Usucapione, Diritto Romano*, ED, XLV, (Milano 1992), 989-1020. とりわけ一〇〇二頁注四六「正当原因に關しその概念ははなはだしく不透明である」。

(2) ガイウス、学、六卷二章一三法文二項、パウルス、学、四一卷四章二法文一五項、同卷三章一三法文一項および同卷四章二法文一六項、ウルピアヌス、学、六卷二章七法文二項および四項。これらの法文に關し、とりわけ H. Hausmaninger, *Die 'bona fides' des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München 1964, 13-41.

(3) プロクルス、学、二三卷三章六七法文、ネラティウス、学、四一卷一〇章五法文、ユリアヌスアフリカーヌス、同卷四章一法文、ケルススウルピアヌス、同卷三章二七法文。権原誤題問題に關し、Th. Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei der 'usucapio'*, Graz-Köln 1962, H. Hausmaninger, op. cit. (o. Anm. 2), 42-69, H.H. Jakobs, *Error falsae causae in Festschrift Flume, H.H. Jakobs—B. Knobbe-Keuk—E. Pickler—J. Wilhelm* (Hrsg.), Köln 1978, 43-99, K. Bauer, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB*, Berlin 1988.

(4) 以下の学説彙纂法文に關する。学、四一卷二章三法文二二項、同章五法文、同卷三章三三法文序項、一項、三項。

(5) とりわけ、「使用取得正原因」* *iusta causa usucapionis* について各学者の叙述が極めて異なり、批判の対象となった。参照、例えば、J.C. Van Oven, *TR16* (1939) 451-452. のボンファンテ、フォルの定義について。ファン・オヴェン自身は、「ローマの法学者は時効取得権原という専門概念をもたずまた持とうと努めなかった」という見解である。M. Lauria (Studi Arangio-Ruiz, IV, 1953, 503.) も同じ意見である。「使用取得正原因」は学説の一大幻想にすぎない」。類似の見解がハウスマニンガー、前掲書、九六頁、バウアー、前掲書、四三頁にみられる。

(6) 参照、ハウスマニンガー、前掲書、九三頁、「彼〔ロンバルディ〕はその際、次のことを看過している。すなわち占有のそ

れぞれの特性は獲得行為と結びついている（参照、たとえば、「暴力により、隠秘に、容假占有により占有する」）のが基本である。その際『善意で占有する』も例外をなさず、善意の占有獲得の特性を表示している。ハウスマニンガーの見解は、挙げられた占有特性については正しい。しかし、この主張は「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」に関しては妥当しない。これ〔として〕〔占有〕「権原」それ自体は、その構成要素とは異なり、〔占有〕獲得行為には結びつかず、獲得行為によってはじめて成立するものである。後述、二節一〇款四項参照。

(7) ウルピアヌス『法範』、一九章八節「使用取得は一年あるいは二年の占有の継続による所有権の取得である。動産については一年、不動産については二年」。モデステイヌス、学、四一卷三章三法文「使用取得は法律の定める期間の占有継続による所有権の取得である。」この定義につき、Th. Mayer-Maly in Studi Betti, III, Milano 1962, [453-504], 456-460.

(8) このことは、ローマ法研究文献にしばしば言及されるが、占有を分類する占有要素については一致をみていない。M・カーサーの場合は、さまざま著作にいくつかの表現がある。例えば、BIDR 64 (1961) 92 「というのは、その占有が、権原を別すれば、『善意』および期間経過の要件を具備することが、その者〔「時効取得者」〕に利益となる」。Das römische Privatrecht², I, München 1971, 418-419. 「前古典期、古典期においては『使用取得』は一年もしくは二年の間存続する要件を備えた占有による所有権取得の要件事実である」。最後に Kurzlehrbuch¹⁶, München 1992, §, 25, II, 2. 「時効取得は自主占有 (possessio) を要件とするが、その占有は共和政後期以来、更に『正原因』 iusta causa の要件によつて possessio civilis (市民法占有) として分類された」。B. Schmidlin-C.A. Cannata, Droit privé romain², I, Lausanne 1984 (1988), 192-193 「使用取得は、特質を備えた占有による所有権の原始取得という効果がある。要求される特質は、あるいは占有取得の客観的・主観的条件、あるいは期間経過までの占有の継続である」。P. Voci, Istituzioni⁴, Milano, 1994, 262 「使用取得は特別の要件を備えた、一定の期間の、物の占有の継続による所有権の取得である」。

(9) 最も知られているのはパウルス、学、四一卷一章三一法文序項「単なる引渡は決して所有権を移転しない。引渡がそのためになされるところの売買あるいはその他の正原因が先行してはじめて〔所有権を移転する〕」。パウルス、同巻三章四八法文「もし売買が先行しない場合は」、勅、三卷三二章二四法文（ディオクレティアヌス、マクシミリアヌス両帝、二九四年）「法の理は、正権原が先行しないならば占有する者が所有権を得ることを禁ずる」、法学提要、二卷六章序節末尾「……占有の正原因が先行して物の所有権が取得される」。

(10) このことはとりわけ、カーサー、前掲『ローマ私法』、一卷四一七頁に対する批判である。カーサーは、「古典期の見解は売買そのもの、また贈与等々に、つまり、引渡で実現される目的合意の中に所有権を移転させる過程がある」と考える。私は、この考えは法史料に即応しないと考える。そもそも、カーサー、同書、四一六―七頁の記述は、多くの点で不正確で理論上批判の対象と

なる。例えば「現実売買あるいは信用売買」を「目的合意」のもとにこの有力なローマ法学者（「カーサー」）が含まれることは私の理解を超えているところである。更に下記二節九款一項参照。

(11) 参看、パウルス、学、四一卷一章三一法文序項（注九に引用）「そのために引渡がなされところの（売買あるいはその他の正原因）」。

(12) この表現は A. Pernice, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 2, 1, Halle 1895 (Nachdr. Alen 1963), 401 に由来する。M. Kaser, RPR, I, 421 はこれに従う。

(13) ここでは最も重要な根拠法文のみを掲げる。パウルス、学、三七卷六章一一法文「それは贈与に基づいてではなく債務の原因に基づいて占有するとみられる」。パウルス、学、四六卷三章九八法文二項「債務の原因に基づき支払われた物」、ヘルモゲニアヌス、学、四一卷三章四六法文「債務の原因で物を受領した者は弁済として使用取得する」。ヘルモゲニアヌス法文において、時効取得権原（「弁済として」*pro soluto*）と取得権原（「債務の原因で」*debiti causa*）の区別がとりわけくっきりと表現されている。従って時効取得権原（「弁済として」）に関しても、その基礎となっている取得原因——実際に存在している、または、両当事者が間違つて存在していると考えている、例えば問答契約に基づく債務——は占有獲得と独立にかつ先立って成立していることがあてはまる。「支払原因で」*solvendi causa* という表現（ユリアーナヌス、学、十二卷一章一九法文一項、同、四一卷三章三三法文三項、パウルス、学、六卷二章四法文。なお、ガイウス、『法学提要』三卷九一節「支払いの意図で」*solvendi animo* も参照）および「弁済として」*pro soluto* という表現（パウルス、学、四一卷三章四八法文およびヘルモゲニアヌス、学、四一卷三章四六法文）から、ローマの法学者達が「弁済」*solutio* を「引渡（正）原因」*iusta causa traditionis* として見なしたと推論されない。それは理論的分析の欠陥に基いて生じたローマ法研究の誤った見解である。

(14) これらの命題についてはここではこれ以上論じない。「自己物として」〔占有〕「権原 *pro suo* および「弁済として」〔占有〕「権原 *pro soluto* については別個の研究を近く発表する予定である。

(15) アフリカーヌス、学、九卷四章二八法文末尾、パーピニアーナヌス、『バチカン精華集』二六〇、二六一節、ポンポニアウス、学、四一卷三章二九法文。

(16) これは、「引渡（正）原因」*iustae causae traditionis* も「占有（正）原因」*iustae causae possidendi* をも含むものであり、「プーブリキアーヌス訴権」との連関で、ガイウス、学、六卷二章一三法文序項（「物の取得の何らかの正原因が存在し」）において、また、「として」〔占有〕「権原 *pro-Titel* により特性が示される占有の基礎となっている様々な取得原因を表示するため、パウルス、学、四一卷二章三法文二二項（「我々のものではないものの取得原因」）で見られる。このパウルス法文につき後述、二節一一款一項。

(17) M・カーサーにおいては取得原因と占有取得の混同について、繰返し述べられ、その際、取得の「正原因」*iustae causae* のもとに「引渡」あるいは「獲取」もまた一緒に含められている。例えば *Kurzlehrbuch*, 16. Aufl. 1992, § 19 III ; § 24 IV., *Das römische Privatrecht*, I, 416-417.

(18) 法学者達は「(物が) その状況にある」(*rem*) *in ea causa esse* という表現で、物のこの法的状況を示した。ポンポニウス¹⁾、*四一巻七章五法文序項* (放棄物)、ネラーティウス²⁾、*パウルス*、*学*、*四七巻一九章六法文* (相続財産目的物)。

(19) 個別の時効取得権原の場合は常に「として使用取得する」*usucapere pro* と表現されるという用語法規則は例外が一つあることによつて確認されることとなる。すなわち、早期古典期の法学者ヤウォレーヌスは「遺贈として使用取得する *pro legato usucapere*」に代えて「遺贈のために *legatorum nomine*」という表現を使う (*学*、*四一巻八章五法文*、*七法文*)。

(20) 例えば、*E. Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts*, Darmstadt 1955, 464.

(21) 他の「として」[占有]「権原 *pro-Titel* の場合には、それぞれに対応する取得原因〔売買〕、「贈与」「物権遺贈」等々)を個別に言及することは余計である。というのは、これらが冒頭の命題を確認することは直ちに明らかであるからである。占有を分類する個別の「として」[占有]「権原 *pro-Titel* のそれぞれに、常に個別の取得原因が対応する〔からである〕。これに対して「自己物として」[占有]「権原 *Titel pro suo* においてはこのことが明らかに当てはまらない。更に「相続人として」[占有]「権原 *Titel pro herede* もまた全く異なる二つの取得要件事実が基礎にある。すなわち、相続(その場合は真正相続人の占有に関する)、あるいは「獲取された物が〔本当の〕相続人の未占有相続財産目的物であるという事情(非相続人の「相続人として」占有)〔の二つ〕である。」

(22) “……であるものについて *in his quae*……” という表現から、列挙の事例において、それぞれの取得原因をなすのは〔占有〕獲取〔そのもの〕でなく、当該目的物の法的状況〔無主物〕*res nullius*〔敵の物〕*res hostium*〔自加工物〕*res quae ipsi*……*fecimus*〕であることが明らかとなる(上述二節九款二項)。

(23) 従つて、パウルスが「として」[占有]「権原 *pro-Titel* により特徴づけられたさまざまな「占有の種類」(*genera possessionum*) を提示する「例えば」*velut* を「占有の種類」*genera possessionum* と結びつけるのではなく、「取得諸原因」*causae adquirendi* と結び付けてしまったのである。その点に「……として取得する」**acquirere pro*……という『用語大辞典』における誤解を招きやすい見出語が由来する。これにつきなお本文に記述。

(24) ウルピアーヌス、*学*、*五巻三章一一法文一項*「しかし、盗人は占有者として占有する」。

(25) これについて後述、二節一一款三項。

(26) これについて後述、三節四款。

- (27) 法文全体についての秀逸の釈義がハウスマニンガー、前掲書、五八―六八頁に見出される。
- (28) 本法文の後半から、ユーリアーヌスのもとでは「買主（として）」占有権原は「善意」を要件とすることが明示的に明らかとなる。すなわち「しかし、同一物を所有者から買えば買主としての占有を開始しており、自ら自分に有利に占有原因をカウサ（カウサ）は見られるべきでない。もし非所有者から、その者が所有者であると考えて買った場合であっても同じ法規律に服すべきである」。
- (29) これについては後述三節四款（パウルス、学、四一卷四章二法文一項、ウルピアース、学、五巻三章一三法文八項）。
- (30) たとえば、ハウスマニンガー、前掲書、三四頁注二一〇。また参照、八頁「ユーリアーヌスの独特の観念」および七七頁注二〇。『極端』ということはいえず、せいぜいのところ法学者の見解のちがいでいうる（「のみである」）。悪意の相続財産購入者の場合につきウルピアース、学、五巻三章一三法文八項がそのこと（「見解のちがいの存在」を示している（前注参照））。
- (31) ポンポーニウス（学、三五巻一章一〇法文）、『書簡集』九巻「候補自由人が相続人達の意に反して特有財産からテイティウスに金員を与えるとしても、その者は自由となる。しかし、相続人達の意に反し、かつ（そのことを）知った上で（解放金を）受領したテイティウスはその金員を占有者として（のみ）占有するとみられ、（支払いに）反対であった者（相続人）達はその金員を取戻しうる」。
- (32) ハウスマニンガー、前掲書、一八一―一九頁、七六頁注二〇参照。また八六頁参照「パウルスは、古典期学者の中では最もはっきりと『善意』と『正原因』を区別した」。
- (33) 「善意」は時効取得権原の要素であることが明確となる法文中においては、常に、この概念のある一定の意味が問題となつてゐる。「すなわち」「前主（譲渡人）の所有権あるいは譲渡権限（がある）と信ずること、または、その欠如について不知（nescire rem alienam esse）」という意味である。それは「善意」の最も一般的で史料に極めてしばしば記される（通例の）意味である。参看、ハウスマニンガー、前掲書、七一―二頁、四二頁。この意味の「善意」の欠落は、法史料ではしばしば「知った上で他人の物を買うまたは占有する」（sciens rem alienam emere または possidere）と表現される。悪意取得者はその前主が権限のないことを知っている。
- (34) 参照、ネラーティウス、学、六巻二章一七法文「善意で買ひその原因に基づき……占有を得た者」qui bona fide emit possessionemque……ex ea causa nactus est. 「その原因に基づき」 ex ea causa の語句はウルピアース、学、六巻二章七法文一六項における「そのため」eo nomine の表現と全く同様に、占有獲得に先行する善意の売買を指するものである。サビーヌス派の古典期通説（学、四一卷三章一〇法文）は周知のように、その他のすべての取得原因と同じく売買についても、占有獲得時に占有者の「善意」を要求する。パウルス（学、四一卷三章四八法文と同巻四章二法文序項結合）——ユースティニアース帝はその見解に学、六巻二章七法文一七項における修正（「考える者はない」nec quisquam putet）によつて従う——は、売買の事例では、契

約締結時および売買目的物の引渡時の二つの時点での買主の善意を要求する。私はハウスマニンガー、前掲書、八一—九三頁の關係法文の解釈に殆どの点で同意する。

(35) 参照。前述二節七款三項。

(36) なお、ユーリアーヌス、学、四一卷四章七法文四項（『法学大全』四四卷）とこれについてハウスマニンガー、前掲書、八九—九二頁参照。

(37) ユーリアーヌスがしばしば「善意買主」という表現を抽象的に時効取得占有者につき使用していることをハウスマニンガー、前掲書七六頁注二〇が指摘するのは正当である。しかしこの指摘はもつと正確にすべきである。第一に、この表現は「抽象的に」何らかの時効取得占有者について使用されるのではなく、正に具体的にある特定の時効取得占有者、すなわち「買主」時効取得占有者に使用されている。更に、この表現を使用するのはユーリアーヌスに限られず、他の法学者においてもしばしば見られる（参照、ユーリアーヌス、学、四一卷四章八法文、同巻一章三九法文と並びトゥリユフォニーヌス、学、四九卷一五章一二法文八項、スカエウオラーウルピアーヌス、学、四一卷三章一〇法文二項、パウルス、同章四法文一九項および同巻一章四八法文序項、ウルピアーヌス、学、六卷二章三法文一項）。ハウスマニンガーは更に、多数の「善意で買う」事例を指摘するが、それは同じく「買主」時効取得占有者に関するものである。

(38) 従って「カウサ」が「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」を示すところではどこでも、「カウサ」という表現はある特定の占有種類を特徴づける「占有特性表示」として解釈すべきである。例えば、ポンポーニウス、学、四一卷四章六法文序項、および勅、七卷二九章一法文（時効取得権原としての「原因」）、パウルス、学、四一卷二章三法文四項（占有権原としての「原因」）。

(39) ファン・オヴェン、前掲論文、四三八、四四一、四四三頁。ハウスマニンガー、前掲書、八頁および九六頁は *causa* (*usucapionis*)（〔使用取得〕カウサ）を「時効取得状況、*Erzitzungssituation*、時効取得状態、*Erzitzungsstufe*と理解する。

(40) 「*causa*」のは、ある者が女奴隷を——十二表法あるいはアティニウス法が障碍とならない限り——原因により使用取得するその原因に基づき、「女奴隷の出生した」子を——その者のもとで、その母親が盗まれた奴隷であることを知らない時点で、懐胎され出生した場合には——使用取得することは当然である。二度使われる「原因」はここでもまた、売買、贈与のような取得原因ではなく、「として」〔占有〕「権原 pro-Titel」を指すのは明らかである。

(41) 法史料の中でこの法文においてだけこの表現が上述のローマでの意味での上位概念たる時効取得権原の表示のために使われる。そういうわけで法学の技術的用語でもない。そのことは、ここでも、用語配列順の意外さからも明らかとなり、また、このユーリアーヌス法文の冒頭においてすでに、この概念のそこで使われる記述からみてとれる。しかし、「使用取得の正原因」*usucapionis iustam causam*の表現に専門的概念を見出しえない、とファン・オヴェン、前掲論文、四三七—八頁が考えるなら、正しくない。

法学理論上の正確に決定可能な一つ概念であり、他の法学者のもとでも類似の用語の形で出会う。(上記二節一〇款二項)。法的領域でいたるところそうであるように、ここでも概念と用語、理論と表現法の混淆を避けるべきである。

(42) 「状況」 *Lage* という解釈はここでもまた文脈を理由に拒否されるべきである。なぜなら、ローマ人の用語法に従えば、ある者が(時効取得)状況にある (*in causa esse*) ことはありうるが、この状況を有する (*habere*) ことはありえないのである。
* *habere possessionem ad usucapionem* (「使用取得に向う占有を有する」というが如き表現は、専門法学用語の観点からすると奇怪な用語である。

(43) 既にファン・オヴェン、前掲論文、四三七頁。もつとも、法史料は何ら引用されていない。この連関で重要なのはユーリアーヌス、学、四一卷四章七法文四項(第一文)およびパウルス、同卷三章一五法文二項である。両法文から、他人物の「善意」占有者が時効期間完了前にその占有を失い、のちに再び占有を得た場合に、占有再獲得時になおあるいは再び善意でなければならぬことが明らかとなる。両法文について、ハウスマニング、前掲書、八一頁、八九―九一頁。

(44) R. Stinzing, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, Heidelberg 1852.

(45) P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, Vol. II, *la proprietà*, Parte II, Roma 1926, 249 [Neutr. Milano 1968, 334] 『正原因』「善意」は独立の要件であり、……いかなる理論的連関もない。また同じく例えば M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 423 も「少くとも晩期古典期法学者パウルスおよびウルピアーヌスは時効取得要件『正原因』および『善意』を、完全に別個、独立」とみなした」という見解である。

(46) ファン・オヴェン、上記論文、四四五頁『善意』なしには『正原因』は存在しないということ証明するに、簡潔な概観が十分であろう……。マイヤー・マレイ(前掲注三) 四一頁は「原因」と「善意」のからみ合い」と述べる。

(47) この法文もまた、学説彙纂四一卷の長大な他の法文(例、四一卷二章一法文、三法文、三章四法文)と同じく、パウルスの、「占有および使用取得」を論ずる告示注解五四巻に由来する。参看 O. Lenel, *Paligenesia I* (Neutr. Graz 1960) 1063-1072.

(48) ここでパウルスは売買について契約締結と目的物引渡の両時点における買主の「善意」を要件とすることを想起すべきである。参照、これにつき、学、四一卷四章二法文序項、同卷三章四八法文、両法文につき上記注三四。

(49) 更に、「自己物として」[占有]「権原」*Titel pro suo* は、パウルス、学、四一卷二章三法文二一項、同卷一〇章二法文(これにつき二節一一款一項)から明らかとなるように、第三の占有の種類、すなわち、占有および所有権の原始的取得の場合における所有者占有、を示す。

(50) 同旨、ハウスマニング、前掲書、九六頁。

(51) ウルピアーヌス、学、五卷三章一三法文八項(『告示注解』一五巻)「もしある者が知った上で他人の相続財産を買った者は、

占有者としてのように占有する。従ってこの者に対し相続財産を請求しうる、といく人かの学者は考える。私はこの見解を正しいと考えない。なぜなら、代金を支払った者は盗人ではないからである。しかし、相続財産の買主として準「訴権」により責任を負う。

(52) この点につき下記注五三および本文。

(53) このことは、ファン・オヴェン、前掲論文、四四五頁に明白である。彼は、パウルスにとっては「悪意買主」に「買主」として「占有を付与する（利益はない）。実務的帰結はいずれにしても存在しなかった」とする。ここでファン・オヴェンは、ローマ方式書訴訟において多数の訴権および特示命令の被告適格のためには、「相続人占有」*possessio pro herede*あるいは「占有者占有」*pro possessore*が必要であることを完全に看過している。他の占有権原（「買主占有」、「受贈者占有」等）に基づいて占有するものを相手方としては訴権がそもそもなかった（例えば、パウルス、学、一〇巻第二章二五法文七項、ヘルモゲニアース、学、二九巻四章三〇法文、勅、七巻三四章四法文〔ディオクレティアース、マクシミアース両帝〕か、それとも、準訴権としてのみ与えられた（相続財産取戻に関し、学、五巻第三章一三法文八項。〔しかし〕ファン・オヴェンは十分な根拠もなく修正の可能性を主張）。「正原因に基づく」悪意取得者の占有特性表示についての法学者達の論争は従って全くもって実際の帰結を有したのである。古典期法学者に関しこれ以外のことは考えられない。

(54) このことは、明示的にハウスマニング、前掲書、一八一―一九頁、七七頁注二〇、八六頁と反対である。「原因」^{カウサ}のさまざまな意味を区別することなく、パウルスはユーリアースと異り、「原因」^{カウサ}と「善意」を厳格に区別をする、と簡単に言うわけにいかない。前述二節第一款三項一目、注三二対応本文参照。

(55) 史料中には、時効取得占有は、「……」として使用取得する「*usucapere pro*……」^{カウサ}として占有する「*possidere pro*」^{カウサ}「占有するのは使用取得に……」*possidere ad usucapionem*と表現される。（ユーリアース―パウルス、学、四一卷第二章一項一五法文、ヤウオレーヌス、学、同巻三章一六法文、ユーリアース―ウルピアース、学、四七巻第二章一七法文三項）。

解説

本稿は、本年一月二〇日の法政学会におけるブリュセル自由大学法学部教授エリク・H・ポール Eric H. Pool氏講演原稿（ドイツ語）に修正を加え、六月に送付をうけたものの邦訳である。

ポール教授（一九三九年生）は、アムステルダム大学古典言語学科博士課程を一九六七年に了えたのち、法学部に転

じ、H・アंकム教授の下でローマ法の研究および教育に携り、一九九八年より現職（あわせて、アムステルダム大学でも引続き教育・研究に従事）にある。法文の分析につき、西洋古典学の蘊蓄を傾け長考を重ねる研究者タイプである。論文の数は多くないが、いずれも極めて高く評価されている。本講演は従来の時効取得論の抜本的再検討を迫るものと思われ、非力を省みず訳出を試みた。「」は訳者が補ったものを示す。なお行届かぬところが多くあり、教授の意を十分伝え得ているかと案ずるところである。御教示を賜れば幸いである。

ローマ法においては、すでに十二表法（紀元前五世紀中葉）に、動産については一年、不動産については二年の「使用」*usus*によって成立する「使用取得」*usucapio*という時効取得制度を規定していたとされ、元首政期（法學史上古典期と称される）を通じても「(正) 権原」「(正) 原因」「善意」を要件として維持された。属州土地について発達した「長期間の前書」*praescriptio longi temporis*（十年又は二十年の占有につき訴訟上の保護を付与）とがユースティニアヌス帝のもとで統一され、不動産につき「長期間の前書」として十年又は二十年の占有、動産につき「使用取得」として三年の占有を要件とした。この他、ユースティニアヌス帝法では、「最長期間の前書」**praescriptio longissimi temporis*といわれる制度により、「(正) 権原」、時効可能物の要件を欠いても、三十年又は四十年の占有により所有権取得を認めた。

本稿は、古典期の「使用取得」について論じており、「(正) 権原」を問わないユ帝法にいわゆる「最長期間の前書」については関与しない。すなわち、「(正) 権原」「善意」を要件とするいわゆる短期時効取得について対象とする。ちなみに、ローマ法には、動産の即時（善意）取得制度、不動産の登記等制度も存在しない。

（短期）時効取得の要件については、本文四節にあるように、中世ローマ法の注釈学派以来、五要件、すなわち、「取得可能物」「(正) 権原」「善意」「占有」「期間」が必要とされ、講学上その影響は今日にまで及んでいる。要件相互の関係については、ドイツパンデクテン法学における盛んな議論があり、サヴィニーは「権原」を「善意」の一事情と考

えるものといわれ、一方では、ヴィンドシヤイドのもとでも錯綜した法文の調和的解釈の努力が功を奏せず、他方、一八五二年にステインチンクの「(正) 権原」「善意」の相互独立説が提出され、それがローマ法研究者の間では長らく通説となった。この問題の再検討の口火を切ったのが、ファン・オヴェンの一九三九年の論文である。関係法文の丹念な検討の作業が、それまで隆盛を極めた修正(インテルポラーティオー)研究に対する反省の中で、マイヤー・マリ、ハウスマニングなどの論著によりかねて進行していたところであるが、なお、「原因」論を含め透徹した像が提示されるころまで至っていなかった。本稿は、ローマ法史料にあらわれる *causa* の使用例すべてについての「経験的」分析により、古典期法学者のもとで「取得原因」と「使用取得原因」*causa usucapionis* が明確に圧別されていたが、中世ローマ法以来区別せずに論じているため議論が混乱していることを明らかにしたところに意義がある。

従来の論者では、「権原」(「正) 原因」)「善意」の関係につき、法文に則したいわゆる腑に落ちる説明に出会えなかったところであるが、本稿はその点論旨自体は極めて明快である。すなわち、時効取得には三つの基本的要件、時効取得可能物、占有および期間があり、このうち、占有は更に「取得原因」(「正) 権原」) (すなわち、売買、贈与あるいは原始取得など)、瑕疵なきこと、「善意」(相手方が所有者であることないし譲渡権限あることについて) の三つの要件を具備していることである。従来は、多くは「カウサ」*causa* は自主占有、所有権取得を基礎づける売買、贈与などの「取得原因」を指すものとの前提に立って論じ進められてきたが、ローマの法学者は、明快な意識の上に、「カウサ」*causa* をこれとは別の概念として、「時効取得を可能とする要件完備の占有」を指示しており、この両者をまず区別すべきである、とする。このことによつて、「取得原因」と「善意」の関係、その内容が明らかとなる。

原文では *der pro-Titel* と略称される用語は、「*usucapere pro……*」では必ず「時効取得占有」権原を指すが、「*posidere pro……*」では「瑕疵なき自主占有」権原または「時効取得占有」権原を指すので、とりあえず「として」(占有)「権原」として統一した(ユーリアヌスまでは「時効取得占有権原」と理解されそれ以降はじめてちがいが生ず

ることについては本文参照)。また、「取得原因」に依じ、それぞれの時効取得適格占有が「買主時効取得権原」「贈与時効取得権原」などと名づけられるが、原始取得などの各種の場合については、「自己物時効取得権原」*pro suo*と名づけられる。

おそらくは、読者の質問は、このような「使用取得」はローマにおいて何のために規律され、どのような歴史的経緯で成立したのか、ということであろう。教授の言葉によれば「経験的に法史料から言いうることは以上のことである。それ以上は空想にわたる。我々ローマ法研究者はこれだけ豊かな法史料を与えられており、まずそれを的確に把握、理解するのが基本的任務である。従来あまりに多くの時間と労力が空想のために費やされてきた。その一例がここにある」。

関連して論じられるべき問題の多くが別稿に留保され、おそらくは、それらを含めてはじめて本稿の評価が下されるものと思われる。たしかに、論文の体裁も表現も一般の型に沿ったわかりやすいものとは言えず、また訳語の推敲が行届かないため理解をむづかしくしているであろうことは認めざるをえない。しかし、本稿は、古典期ローマ法についての従来の研究のあり方について反省を促すこととなると共に、ローマの占有論は時効取得の占有を中心に構成されているので、取得時効の構造論の出発点となるのみならず、占有論一般の再検討の契機となるであろう。

また更に、時効取得の「正権原」をめぐる学説の混迷を深めているフランス民法(例えば、Henri et Léon et Jean Mazeaud, *François Chabas, Leçons de droit civil II, 2 Biens 8^e ed. Paris, 1994, n° 1501*)についてはとりあえずおくとして、フランス法的構成に基づく旧民法をドイツ民法草案に倣い「権原」を削り「善意無過失」に「転換」した日本民法の(短期)取得時効についてその問題点を認識する良い機会となるかもしれない。たとえば、「権原」についての理解を殆ど失った結果、(占有論の混迷と相まって)相続を「新権原」と見做す見解(これをフランス民法、ドイツ民法共に明文で否定)を採る最高裁判例を生むに至っていることはもっと注目されてもよい、と思われる。

講演

なお、訳語は原則として原田慶吉『ローマ法』（有斐閣）昭二四、に拠り、また邦語文献として林信夫「ローマ売買法における使用取得制度の機能（一）（二）」法学、四二卷二、三号（昭五三）がある。

なお本稿は平成十四年度文部省科学研究費特定領域「古典学の再構築」（代表 中谷英明神戸学院大学人文学部教授）計画研究 番号一一一六四二五八によるものである。

訳者 西村重雄