

占有は事実か法か — 2007年10月24日の *Bürge* ゼミ —

石川真人

## 1. はじめに

2018年3月18日と19日に京都大学で開催された日本ローマ法研究会第一回大会において、筆者は『学説彙纂』第16巻第3章第31法文（トリフォニヌス『討論録』第9巻）第1項について研究報告をした<sup>1</sup>。本トリフォニヌス法文<sup>2</sup>は、2007年10月31日にミュン

---

<sup>1</sup> 拙稿「ローマ法文読解（*Digestenexege*）の意義 — 2007年10月31日の *Bürge* ゼミ —」『久留米大学法学』78号（2018年）51頁は、この時の報告に加筆したものである（以下、「前稿」という）。また、2019年6月16日、筆者は前稿を基に九州法学会（志学館大学）において研究報告を行なった。報告要旨については『九州法学会会報2019年』33頁を参照。

<sup>2</sup> この法文では、盗人が盗品を寄託した場合、受寄者は寄託物を寄託者たる盗人ではなく真の所有者に返還すべきであるとされる（前稿51頁以下を参照）。なお、研究報告の際、所有者が受寄者に対して所有物取戻訴権（*rei vindicatio*）を行使した場合、受寄者に被告適格は認められるのかという質問があった。これについて筆者は、*Bürge* ゼミでは所有者は受寄者に対して所有物取戻訴権をもつと説明された（受寄者に被告適格があることが前提になっている）としか答えられなかった（前稿62頁注11を参照）が、その後、佐々木健教授から、船田享二『ローマ法 第二巻』（岩波書店、1969年）520頁には「ウルピアヌスは賃借人・受寄者・使用借主のような単なる所持者も、客体を返還する能力を有し、その所持を原告からではなくて第三者から取得した場合に

ヘン大学法学部の Bürge ゼミ (Digestenexegese) で検討されたものである。

翌 2019 年 3 月 14 日と 15 日に同じく京都大学で開催された同研究会第二回大会において再び研究報告をする機会を得た筆者は、2007 年 10 月 24 日の Bürge ゼミで検討された『学説彙纂』第 41 巻第 2 章第 1 法文 (パウルス『告示注解』第 54 巻) 第 3 項 (以下、「本法文」という) を取り上げた。本稿はその報告に加筆したものである。

---

は被告になれるとした」とあり、根拠として『学説彙纂』第 6 巻第 1 章 (ウルピアヌス『告示注解』第 16 巻) 第 9 法文および Jörs-Kunkel, *Römisches Recht*, 3. Aufl., 1949, S. 140, Anm. 7 が引用されている、と指摘された (この場を借りて佐々木教授に感謝の意を表する)。これによれば、受寄者には所有物取戻訴権の被告適格がある (つまり Bürge 教授の説明は正しい) ことになる。もっとも、この文章の直前 (519 頁以下) には「この訴訟〔筆者注：所有物取戻訴権のこと〕の被告はまずいわゆる自主占有者である。これに対して派生占有者がどの範囲で被告となることができるかについては古典時代に議論があり、古い見解は特示命令によって保護される占有者に限ったのに対して」という叙述がある (上で引用したのはこれに続く文章である)。すなわち、「古い見解」(ウルピアヌスはペガススを引用する) によれば、受寄者には被告適格がない (つまり上記質問の趣旨は正しい) ことになる。以上のことから、受寄者の被告適格を否定する見解 (おそらくこれが通説) に対して異論を唱えたウルピアヌス説が『学説彙纂』に採用されたと考えるのが妥当であろう。上記質問に対してはそのように答えるべきであった。

である<sup>3</sup>。

以下では、まず本法文と *Bürge* ゼミの概要と紹介する (2)。次に、後述するように筆者はかつて本法文を扱ったことがあるが、筆者の当時の理解を示す (3)。続いて、*Bürge* ゼミで学んだことをふまえて私見を検証し (4)、さらに、Lenel によるパウルス『告示注解』第 54 巻の再構成の検討を通して、とりわけ本法文の事案の理解について、私見の成立する可能性を探る (5)。

## 2. 法文紹介とゼミの概要

2007 年冬学期の *Bürge* ゼミは 10 月 17 日 (水) に始まった。この日はオリエンテーションが行なわれ、総則およびパンデクテン・システムとインスティトゥツィオーネン・システムについての説明、参考文献<sup>4</sup>の紹介、*Exegese* とは何かの説明、翌週の検討法文 (これが本法文である) とこれに関連する文献<sup>5</sup>の指示などがあった。

10 月 24 日 (水) の二回目のゼミでは、テキスト (モムゼン版)

---

<sup>3</sup> 前稿と同様、可能な限り当日の報告を再現しつつ、報告時に不十分であった点 (とくに本稿第 5 節)、質疑応答の際およびその後ご指摘を受けた点を補足した。

<sup>4</sup> Liebs, *Römisches Recht*; Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*; Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 1967 が紹介された。なお、筆者のメモには Liebs と Kaser/Knütel の発行年についての記載がなく、発行年が言及されたか否かについての記憶もない。

<sup>5</sup> Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1889; Knütel, *JUS* 2001, S.209 が指示された。

および新旧独訳<sup>6</sup>の説明、法務官告示についての説明<sup>7</sup>、参考文献<sup>8</sup>の紹介、ドイツ民法 104 条<sup>9</sup>の説明があった後、本法文<sup>10</sup>が検討された。

D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.)

Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Offilius quidem et

---

<sup>6</sup> Otto/Schilling/Sintenius, *Das Corpus Iuris Civilis*, 1830-1833; Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, 1990-.

<sup>7</sup> Lenel, *Edictum Perpetuum* が紹介された。本書についても筆者のメモに発行年の記載はないが、紹介されたのはおそらく第 3 版 (1927 年) であったように思う。

<sup>8</sup> 10 月 17 日のゼミで紹介された文献(注 4 および注 5 を参照)に Bürge, *Römisches Privatrecht*, 1999 が追加された。

<sup>9</sup> ドイツ民法 104 条は、本文で「次ニ掲ゲタル者ヲ以テ行為無能力者トス」と、同 2 号で「精神活動ノ病的障碍ニ因リ自由ナル意思決定ヲ爲シ得ザル状態ニ在ル者、但シ此ノ状態ガ其ノ性質上一時的ノモノニ非ザルコトヲ要ス」と規定する。なお、訳語は神戸大學外国法研究会『現代外国法典叢書 (1) 独逸民法 [I] 民法總則』(有斐閣、1955 年) 164 頁から転載した。

<sup>10</sup> 本法文は、占有は事実か法 (権利) かが論じられる際、とりわけ事実説の根拠として、『学説彙纂』第 4 卷第 6 章第 19 法文 (パピニアヌス『質疑録』第 3 卷) などともによく引用される。原田慶吉「占有は権利か事実か — ビザンチン期における占有観念 — 」『寛教授還暦祝賀論文集』(1934 年、有斐閣) 489 頁を参照。また、わが国の概説書でも翻訳されている。原田慶吉『ローマ法 — 改訂 — 』(有斐閣、1955 年) 145 頁、船田・前掲書 (注 2) 381 頁を参照。

Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capitant.

ゼミでは、まず参加者（20人前後）が本法文を音読し<sup>11</sup>、次にドイツ語に翻訳する作業が行なわれた。本稿では日本語に翻訳する<sup>12</sup>。

『学説彙纂』第41巻第2章第1法文（パウルス『告示注解』第54巻）第3項

精神錯乱者は〔そもそも〕、そして、被後見人は後見人の助成なしには、占有を開始しえない。なぜなら、彼らは〔物を〕所持する意思をもたないからである。たとえ身体が物に触れているようにも。それはあたかも、眠っている者の手に誰かが何かを置くようなものである。しかし、被後見人は後見人の助成があれば占有を開始しうる。これに対してオフィリウスとネルヴァ息は、被後見人は後見人の助成がなくても占有を開始しうる、なぜなら、この事柄〔占有〕は、事実上属し法に属さないからである、という。この見解は、被後見人が理解力を有する年齢に達している場合に承認しうる。

本法文の当事者と訴権について、原告は後見人、被告は占有侵害者（所有者と称する者）、訴権は占有訴権（占有回復の特示命令

---

<sup>11</sup> 参加者は（Bürge 教授も含めて）、母音の長短を気にせず、子音はドイツ語風に（Cicero を「ツイーツェロー」というように）発音していた。

<sup>12</sup> 訳出にあたっては主に注6および注10に掲げた文献を参照したが、訳語は必ずしもこれらに従っていない。本法文以外の法文の訳出についても同様である。

(interdictum unde vi) <sup>13</sup>であると説明された。この説明は筆者の理解とまったく異なるものであったが、これについては次節で詳論する。

続いて心素 (animus) と体素 (corpus) についての説明があり、さらに占有意思が認められるには、単なる所持の意思では足りず、正原因 (iusta causa) が必要であると説明された<sup>14</sup>。

---

<sup>13</sup> 占有訴権ないし占有回復の特示命令については、木庭顕『法存立の歴史的基盤』（東京大学出版会、2009年）585頁以下、佐々木健『古代ローマ法における特示命令の研究』（日本評論社、2017年）を参照。また、木庭・同書944頁以下で詳細に分析される pro Caecina については、吉原達也「キケロ『カエキーナ弁護論』(1)～(3完)」『広島法学』34巻3号(2011年)135頁、同35巻1号(2011年)91頁、同2号(2011年)52頁 (pro Caecina の邦訳)、同「キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察」『日本法学』80巻1号(2014年)1頁 (書評：佐々木健『法制史研究』65号(2016年)319頁)、佐々木健「古代ローマ占有訴訟における『慣習による駆逐 moribus deductio』(Cic. pro Caecina, 27) と暴力〔不動産占有回復〕unde vi 特示命令」『法学論叢』182巻4・5・6号(2018年)288頁を参照。

<sup>14</sup> Savigny や Jhering などの占有学説については概説的な説明だけがあった。このゼミは、ローマ法を専門的に学ぼうとする学生ではなく、ギムナジウムを出たばかりの新入生を対象に開講され、また上述のように、前の週のオリエンテーションでは総則およびパンデクテン・システムとインスティトゥツィオーネン・システムについて、この週は行為能力や事実と法について、次の週は法源、配分的正義と矯正的正義について説明された (前稿55頁以下を参照) ことからわかるよう

### 3. 筆者の理解

#### (1) 筆者が本法文に関心をもった理由

筆者がかつて本法文をどのように理解していたかを述べる前に、本法文に関心をもった経緯を説明する。

筆者は Horak, *Rationes Decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, 1. Band, 1969 を紹介したことがある<sup>15</sup>が、その際、Horak による分析の具体例として本法文を取り上げた。

筆者が本書を紹介したのは、以下の理由による。当時、「議論」の研究<sup>16</sup>が注目を集めていたが、わが国では古代ローマの法学あるいは弁論術（修辞学）が「議論」との関連で論じられることはなかった。他方、ローマ法学史においては、Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953<sup>17</sup>以来、大議論がある。そこで、Viehweg の問題提起に

---

に、いわば『学説彙纂』の読解を通した法学入門を主たる内容とするものであったため、Bürge 教授は専門的な事柄について立ち入った説明をしなかったのかもしれない。

<sup>15</sup> 学界展望〈ローマ法学史〉『国家学会雑誌』105 卷 3・4 号（1992 年）143 頁以下（以下、「旧稿」という）。

<sup>16</sup> 平井宜雄『法律学基礎論覚書』（有斐閣、1989 年、初出は『ジュリスト』No. 916～928（1988 年～1989 年））、同『続・法律学基礎論覚書』（有斐閣、1991 年、初出は『法学協会雑誌』107 卷 5 号（1990 年）、『ジュリスト』No. 956、960、962（1990 年））など。

<sup>17</sup> 植松秀雄訳『トピックと法律学』（木鐸社、1980 年）は本書第 5 版（1973 年）の邦訳である。

対して法学史の側から応答ないし反論する本書を紹介することにした<sup>18</sup>。

次に、本法文を取り上げた理由を述べる。Horak は共和政末期からラベオ、カピト、メラ（後一世紀初頭）までの時代に見られるさまざまな *rationes decidendi*（「判決理由」ではなく、前提から結論に至る論理のつながり）を分析しているが、それらの中から本法文に注目したのは、筆者がかつて Ehrlich の『法源論』<sup>19</sup>を勉強したからである。すなわち、法学方法論としての自由法論<sup>20</sup>を歴史的に基礎

---

<sup>18</sup> 旧稿執筆時、本書が出版されてからすでに 20 年以上たっており、「学界展望」で取り上げるにはいささか古い文献ではあったが、小菅芳太郎先生の指示に従い、わが国では当時まだ紹介されていなかったこと、また、実定法学と基礎法学との対話にも寄与しうることから、本書を勉強することにした。

<sup>19</sup> Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, 1. Teil, 1902. 拙稿「法曹法の歴史的基礎づけ — エールリッヒの法源論 — (1) (2・完)」『北大法学論集』41 卷 3 号 (1991 年) 1 頁、同 4 号 (1991 年) 1 頁は、Ehrlich がローマ法をどのように見たかを追体験しようとするものである。Ehrlich の法社会学についてまず参照されるべき文献は、今日なお磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、1975 年）である。法源論については、同書 175 頁以下を参照。

<sup>20</sup> Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, in: *Recht und Leben, ausgewählt und eingeleitet von Reh binder*, 1967, S. 170. 拙訳「エールリッヒ『自由な法発見と自由法学』」『北大法学論集』39 卷 1 号 (1988 年) 153 頁は本論文（ウィーンの *Juristische Gesellschaft* における講演）の邦訳である。



づけようとする本書は、*Interpolatio* の主張をほとんどせず、また、法学文献および非法学文献における *ius civile* の用語法を網羅的に分析するなどの点で、前世紀初頭の文献としてはきわめて異例（ある意味、非常に先駆的）である<sup>21</sup>が、非法学文献の中ではとりわけ弁論家として事実問題を法的に扱うキケロの弁論術（*de oratore*<sup>22</sup>など）が主な分析対象となっている。法と事実の関係<sup>23</sup>については後の『法社会学の基礎づけ』<sup>24</sup>でも分析されており、理由づけとして

---

<sup>21</sup> Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1946, p. 72, note 5, ders., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961, S. 87, Anm. 3 は「Ehrlich の『法源論』は誤った方法によって書かれており、否定されるべきものである」と評する。しかし、*Interpolatio* についての考え方が大きく転換した現在、Schulz の指摘がなお妥当するか否かについて、疑問なしとしない。本稿で詳論することはできないが、Ehrlich の『法源論』は再評価されるべきであると筆者は考えている。

<sup>22</sup> 大西英文訳「弁論家について」『キケロー選集 7 修辞学 II』（岩波書店、1999年）所収。

<sup>23</sup> 1992年5月、筆者は法社会学会において法と事実の関係について研究報告をした。本報告は、事実問題にこそ法の問題があるとするキケロの弁論術と Ehrlich の法社会学との関係を論じたものであり、主として *de inventione*（片岡英男訳「発想論」『キケロー選集 6 修辞学 I』（岩波書店、2000年）所収）を分析した。報告要旨については拙稿「事実問題と法（律）問題 — エールリッヒとキケロ — 」『法社会学』45号（1993年）234頁を参照。

<sup>24</sup> Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913. 河上倫逸、M・フーブリヒト共訳『法社会学の基礎理論』（みすず書房、1984年）は本書

「占有は事実<sup>25</sup>に属し法に属さない」という命題が用いられている本  
法文をこの機会に検討したいと考えた。

## (2) 筆者の当時の理解

本法文の当事者と訴権について、原告は所有権者、被告は被後見人（占有者）、訴権は所有物取戻訴権、抗弁は使用取得（usucapio）であると筆者は理解した。

そして、本法文における理由づけの意味については以下のように理解した。すなわち、後見人の助成があれば被後見人が占有を開始しうることについてはサビヌス学派とプロクルス学派<sup>25</sup>の間に争いはなく、問題は後見人の助成がない場合である。この場合、サビヌ

---

の邦訳である。

<sup>25</sup> オリエンテーション（10月17日）の後の最初のゼミで学派の対立について説明されたとしても不思議ではないが、残念ながらこれについてもメモがなく、説明があったどうかの記憶もない。なお、旧稿はオフィリウスとネルヴァ息が活躍した頃に学派の対立があったことを前提にしているが、オッコー・ベーレンツ／河上正二（訳著）『歴史の中の民法 ローマ法との対話』（日本評論社、2001年）110頁以下のように学派の対立を重視していたのではない。むしろ、すでに春木一郎「Sabiniani ト Puroculiani」『法律學經濟學内外論叢』5巻6号（1906年）35頁が指摘するように、各法律問題についてプロクルス学派とサビヌス学派はしかるべき理由に基づいて解決を与えているのであって、一定の主義と称すべきものを有していない、また本法文については、プロクルス学派に属する者として、パウルスは大先輩であるオフィリウスとネルヴァ息の説を採用したわけではない、と考えていた。これについては、現時点でもそのように理解している。

ス学派が（法文には出てこないがおそらく）占有開始を否定するのに対して、プロクルス学派のオフィリウスとネルヴァ息はこれを肯定する。その際「占有は事実には属し法に属さない」という（法文には出てこないがおそらくサピヌス学派も承認している）理由づけが用いられることによって、占有は、法の問題ではなく事実問題として、すなわち、ある事実が占有に該当するか否かという事実の評価（*qualitas*）の問題ではなく、占有があったか否かという事実の存否（*veritas*）の問題として論じられることになる。ここに、後見人の助成がなくても、被後見人が理解力を有する年齢に達していれば占有意思を認めてよいというパウルス説が出てくる道が準備されている、と<sup>26</sup>。

かような理解については、北大のローマ法研究会で報告した<sup>27</sup>上で旧稿を執筆したので、筆者にはそれなりの自信があった<sup>28</sup>。とこ

---

<sup>26</sup> 旧稿 146 頁以下。

<sup>27</sup> 北海道大学法学部（編）『法学部教育・研究年報 7（1991・1992）』（1993 年）152 頁を参照。

<sup>28</sup> 1991 年 10 月 28 日の研究会（注 27）では、事案の理解についてとくに異論は出なかったと記憶している。また、1991 年 12 月に木庭顕先生から電話をいただき、筆者が提出した原稿の一言一句についてご指導を賜った際にも、事案の理解については言及されなかった。いうまでもなく、研究会で異論が出なかったこと、あるいは、木庭先生から指摘されなかったことは、私見の妥当性（これについては次節で詳論する）を証明するものではなく、旧稿執筆時に「それなりの自信があった」理由の一つを述べているにすぎない。

ろが、Bürge 教授の説明はこれとはまったく異なるものであった(だから、説明を聞いてとても驚いたことをよく覚えている)。

旧稿執筆当時、占有者の当事者適格について、占有者が原告となる場合(占有訴権を提起する場合)と被告になる場合(たとえば所有物取戻訴訟を提起される場合)があることは筆者も知っていたが、あえて本法文では占有訴権は問題になっていないと考えたのは、以下の理由による。すなわち、被後見人が本権者(たとえば所有権者)であれば所有物取戻訴権を行使すればよいし、被告が本権者であれば、被後見人が占有訴権を行使していったんは占有を回復することができて(民法 202 条 2 項)、被告が別訴<sup>29</sup>で所有物取戻訴権を行使すると、占有者は本権者に勝てない<sup>30</sup>。したがって、被後見人が

---

<sup>29</sup> 最判昭和 40 年 3 月 4 日民集 19-2-197 は反訴を認めた。本判決を批判的に考察する文献として木庭顕『笑うケースメソッド 現代日本民法の基礎を問う』(勁草書房、2015 年) 1 頁以下および同『誰のために法は生まれた』(朝日出版社、2018 年) 306 頁以下を参照。他方、本判決のように占有保護を求める本訴に対して物権的請求権に基づく反訴を広く認めると自力救済を認める結果になるのではないかという民法学からの批判がある。たとえば星野英一『民法概論II』(良書普及会、1977 年) 102 頁を参照。

<sup>30</sup> 木庭・前掲(注 29)『笑うケースメソッド』17 頁によれば、別訴であれ反訴であれ、被告(本権者)が所有物取戻訴権を行使すると占有者は本権者に勝てないという筆者の理解は「条文の趣旨を理解しない誤った解釈」である。もっとも、「誤った理解」をしているのは筆者だけではない。同書 19 頁以下、木庭・前掲(注 29)『誰のために法は生まれた』338 頁以下を参照。さらに、明治民法典編纂過程における(と

原告であるとすれば、被後見人は本権者であるが、本権の立証が困難である場合ということになるが、そのように理解するよりも、被後見人が被告になる事案（原告は本権者、訴権は所有物取戻訴権）を想定するほうが自然であろう、と。

#### 4. 私見の検証

本節では、Bürge ゼミで学んだことをふまえて、とくに本法文の事案（当事者と訴権）の理解について、旧稿で示した私見を検証する。

##### （1）当事者は誰か？

第一に、本法文の当事者について、Bürge 教授の説明によれば、後見人が原告である。これに対して、私見では被後見人が被告である。

本件訴訟の当事者（原告か被告かについては後述する）は後見人か被後見人かについては、所有者として被後見人の財産を管理する後見人の強い権限を前提にすると、後見人は原告として占有訴権を行使できる（Bürge 説）一方で、本権者は後見人を被告として訴えることもできるし、本権者が被後見人を訴えた場合（私見）も、後見人は被後見人の訴訟代理人として当事者になりうる<sup>31</sup>。

---

くに穂積陳重の) 占有理解については、石井紫郎「占有訴権と自力救済 — 法制史から見た日本民法典編纂史の一齣 — 」同『日本人の法生活』（東京大学出版会、2012年）339頁以下を参照。

<sup>31</sup> 後見人の権限については、原田・前掲書（注10）316頁以下と、そこで引用されている『学説彙纂』第26巻第1章第1法文（パウルス

この点、当事者（Bürge 説では原告）は後見人であるという説明は妥当であり、当事者（私見では被告）は被後見人であるという私見は修正しなければならない。

（２）使用取得は「抗弁」か？

第二に、Bürge ゼミで学んだことと直接の関係はないが、「抗弁は使用取得」とした点についても修正が必要である。

すなわち、現代法においては、「抗弁」は「相手方の申立て又は主張の単なる否認ではなく、これを排斥するために別個の事項を主張すること」<sup>32</sup>とされる。したがって、相手方の所有物返還請求に対して時効取得の主張をすることは「抗弁」であり、実際の訴訟でもよく見られる。

これに対して、ローマ法上の「抗弁」(exceptio) は、「方式書中の特別の附加部分であって、請求の表示は正當なるにも拘わらず、他の事由によって被告の有責判決を排除する目的を有する」<sup>33</sup>。具体例として挙げられるのは無方式の免除契約である。すなわち、債権者が pactum によって債務を免除しても、obligatio の効力は変わらない（債権者には依然として actio がある）が、債権者の請求に対

---

『告示注解』第 38 卷) 序項を、後見人の訴訟代理については、同書 396 頁を参照。船田享二『ローマ法 第四卷』（岩波書店、1971 年）198 頁以下も参照。

<sup>32</sup> 我妻栄（編集代表）『新版 新法律学辞典』（有斐閣、1967 年）376 頁。

<sup>33</sup> 原田・前掲書（注 10）389 頁。船田享二『ローマ法 第五卷』（岩波書店、1972 年）223 頁も同旨。

して債務者には *exceptio* が与えられる<sup>34</sup>。他方、原告の所有物返還請求に対して被告が時効取得の主張をすることは、請求表示そのものの否定であって、「請求の表示は正当なるにも拘わらず、他の事由によって被告の有責判決を排除する」ものではないので、ローマ法（市民法）上の「抗弁」でない<sup>35</sup>。

### （3）占有訴権か使用取得か？

最後に、本法文の訴権（*Bürge* 説では占有訴権、私見では所有物取戻訴権と使用取得）について考える。

本稿の基となった研究報告を行なうにあたり、また本稿を執筆するにあたり、ゼミで紹介された文献および紹介されなかった文献を

---

<sup>34</sup> *obligatio* と *pactum* の関係、*pactum* の効果、「合意 (*pactum*) は守られるべし」の意味などについてはさらに敷衍する必要があるが、別稿に委ねざるをえない。

<sup>35</sup> 取得時効を「抗弁」と理解することの問題性については Johannes Platschek 教授から指摘された。この場を借りて Platschek 教授に感謝の意を表す。なお、使用取得が市民法上の制度であり、ローマ市民以外に適用されなかった不備を補うため、長期間の前書 (*praescriptio longi temporis*)、すなわち、長年にわたり（現在者は 10 年、不在者は 20 年）土地を占有された所有者がその回収の訴を提起した場合、占有者は長期間の占有の抗弁を提出しうることが二世紀末に規定された。原田・前掲書（注 10）112 頁以下、船田・前掲書（注 2）502 頁以下を参照。この場合は長期間の占有の主張は抗弁であるが、旧稿執筆当時そのことは念頭になく、所有物返還請求に対して市民法上の使用取得を主張することを抗弁と考えていた。

参照した<sup>36</sup>が、筆者はこの問題の答えを発見できなかった。しかし、それは当然のことであろう。なぜなら、そもそも占有が開始していなければ、占有訴権も使用取得も主張できない、すなわち、占有の開始ないし占有の取得は、占有訴権と使用取得に共通の前提であるからである。

したがって、本法文の訴権が占有訴権か使用取得かを決することはできないのかもしれないが、少しでも私見が成立する可能性を探るために、ゼミでも参考文献として掲げられた Lenel<sup>37</sup>に依拠して、本法文の出典であるパウルス『告示注解』第 54 巻の内容を次節で見ることにする。

## 5. Lenel による再構成

### (1) パウルス『告示注解』第 54 巻の表題および全体像

Lenel によれば、本法文の出典であるパウルス『告示注解』第 54 巻の表題は「占有と使用取得について」(de possessione et usucapione)

---

<sup>36</sup> ゼミで紹介された文献については、注 4、注 5、注 7、注 8 を参照。ゼミで紹介されなかった文献としては、概説書(原田・前掲書(注 10)、船田・前掲書(注 2)、Jörs-Kunkel(注 2)、Kaser, *Das Römische Recht I*, 1971 など)のほか、『標準注釈』(Corpus Iuris Civilis Iustiniani, 1627) 第 3 巻 402-403、Savigny, *Das Rechts des Besitzes*, 7. Auflage、原田・前掲論文(注 10)、小菅芳太郎「サヴィニィ『占有法』雑感」『北大法学論集』23 巻 2 号(1972 年) 218 頁、木庭・前掲書(注 13)、同『新版 ローマ法案内 現代の法律家のために』(勁草書房、2017 年)などを参照した。

<sup>37</sup> Lenel, *Palingenesia* (注 5) I, S. 1063ff.



であり、以下のように再構成される。なお、左の数字はパウルの通し番号（『告示注解』は83～849）で、カッコ内は『学説彙纂』の表題である。

- 656 : D. 41, 2 (de adquirenda uel amittenda possessione), 1, pr.-1
- 657 : D. 41, 2, 1, 2-16 ; D. 1, 3 (de legibus senatusque consultis et longa consuetudine), 14 = D. 50, 17 (de diuersis regulis iuris antiqui), 141, pr. ; D. 41, 2, 1, 17-ult.
- 658 : D. 41, 2, 3, pr.-5 ; D. 50, 17, 141, 1 ; D. 41, 2, 3, 6-20
- 659 : D. 41, 2, 3, 21-23
- 660 : D. 41, 2, 7
- 661 : D. 41, 3 (de usurpationibus et usucapionibus), 2
- 662 : D. 41, 3, 4, pr.-3
- 663 : D. 41, 3, 4, 3 extr.
- 664 : D. 41, 4 (pro emptore), 2, pr.-9 ; D. 3, 3 (de procuratoribus et defensoribus), 49 ; D. 41, 4, 2, 10-21
- 665 : D. 41, 6 (pro donato), 1
- 666 : D. 41, 7 (pro derelicto), 2
- 667 : D. 41, 8 (pro legato), 2
- 668 : D. 41, 8, 4
- 669 : D. 34, 2 (de auro argento mundo ornamentis unguentis ueste uel uestimentis et statuis legatis), 4
- 670 : D. 41, 9 (pro dote), 2
- 671 : D. 41, 10 (pro suo), 2
- 672 : D. 41, 3, 4, 4-5
- 673 : D. 41, 3, 4, 6-21
- 674 : D. 41, 3, 4, 22-24 ; D. 43, 16 (de ui et de ui armata), 8 ; D. 41, 3,

4, 25-28

675 : D. 18, 1 (de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt), 52

676 : D. 48, 11 (de lege Iulia repetundarum), 8

677 : D. 47, 8 (ui bonorum raptorum et de turba), 3

678 : D. 47, 9 (de incendio ruina naufragio rate naue expugnata), 4

以上の再構成から、パウルス『告示注解』第 54 巻の法文は、大多数が『学説彙纂』第 41 巻に収録されていること、具体的には、656 から 660 が『学説彙纂』第 41 巻第 2 章「占有の取得と消滅について」に、661 から 663 が第 3 章「使用取得の中断と使用取得について」に、664 が第 4 章「買主の使用取得について」に、665 が第 6 章「受贈者の使用取得について」に、666 が第 7 章「放棄された物の使用取得について」に、667 と 668 が第 8 章「遺贈された物の使用取得について」に、670 が第 9 章「嫁資の使用取得について」に、671 が第 10 章「自分の物の使用取得について」に、672 から 674 が第 3 章「使用取得の中断と使用取得について」にそれぞれ収録されていること、そして、『学説彙纂』第 41 巻第 2 章「占有の取得と消滅について」に続く第 3 章から第 10 章においては使用取得が論じられていることがわかる。

(2) 『学説彙纂』第 41 巻に収録されていない法文

上記の再構成によれば、『学説彙纂』第 41 巻以外の場所に収録されているパウルス『告示注解』第 54 巻の法文は、657 の一部、658 の一部、664 の一部、669、674 の一部、675、676、677、678 である。

このうち、657の一部<sup>38</sup>と658の一部<sup>39</sup>は、占有の取得と消滅というパウルス『告示注解』の脈絡から切り離されて、より一般化された形で『学説彙纂』の法源論ないし準則論の部分に収録されたのであろう。664の一部<sup>40</sup>は、受任者ないし事務管理者の使用取得が問題になっている直前の法文<sup>41</sup>との関係から切り離されて、『学説彙纂』第3巻第3章「委任事務管理人と訴訟代理人について」に収録され

---

<sup>38</sup> 『学説彙纂』第1巻第3章第14法文（＝第50巻第17章第141法文序項）：法の ratio に反して受容されたことは類似の事案に拡張されてはならない。なお、以下では、本法文のように『学説彙纂』第41巻以外の場所に収録されている法文については全訳し、それ以外の法文については要旨のみを示す。

<sup>39</sup> 『学説彙纂』第50巻17章第141法文第1項：一人の財産全部について二人が単独相続人になることはない。

<sup>40</sup> 『学説彙纂』第3巻第3章第49法文：受任者（procurator）によって善意の委任者（dominus）の法的地位が劣化してはならない。

<sup>41</sup> 『学説彙纂』第41巻第4章第2法文第9項では、財産事務管理人（procurator）がある物を主人の命で行なった競売で購入した場合と、事務管理者がある物を本人の知らない間に購入した場合が問題になっており、いずれの場合にも使用取得が認められる。

たと考えられる。668<sup>42</sup>に続く 669<sup>43</sup>については、これが遺贈物の使用取得とどのように関係するのか必ずしも明らかでない<sup>44</sup>が、おそらく本来の脈絡から切り離されて、『学説彙纂』第 34 卷第 2 章「遺贈された金、銀、華美な装飾品、香料、衣類・衣服、彫像について」

---

<sup>42</sup>『学説彙纂』第 41 卷第 8 章第 4 法文では、他人物が遺贈された場合、遺贈物が後に小書付によって取り戻されたことを知らずに受遺者が遺贈者の所有物を占有した場合、「ティティウス」に遺贈されたが、ティティウスが二人いて、一方が自分に遺贈されたと考えて占有した場合、いずれの場合にも使用取得が成立するとされる。

<sup>43</sup>『学説彙纂』第 34 卷第 2 章第 4 法文：ある者が紫の布（*purpura*）を仕入れるために被解放者をアジアに送り、遺言で妻に紫の毛織物を遺贈した場合、被解放者が布を購入したのが遺贈者の生前であるときは、布は妻に帰属するとセルウィウスは解答した。

<sup>44</sup> 669（注 43）における遺贈者（保護者）は委任者、被解放者は受任者であるとする、受遺者たる妻に布が帰属するための要件「被解放者が布を購入したのが遺贈者の生前であるとき」が満たされない場合、すなわち、被解放者が布を購入したのが遺贈者の死後である場合は、妻に布は帰属しないという結論になるはずである。なぜなら、遺贈者の死亡によって委任契約は終了し、被解放者は遺贈者のために布を購入したことになるからである。では、布は誰に帰属するのか。おそらく被解放者であろう。なぜなら、遺贈者の死亡後に布を購入し、受遺者のために占有する被解放者は、これを使用取得しうるからである。そう解すれば、669 も使用取得にかかわる法文と位置づけることができる。

に収録されたと考えられる。674の一部<sup>45</sup>は、『学説彙纂』第43巻第16章「暴力および凶器を伴う暴力について」に収録されているため、占有訴権（占有回復の特示命令）が問題になっているようにも見えるが、直前の法文<sup>46</sup>の内容から考えると、やはり使用取得にかかわる法文であると考えられる。675<sup>47</sup>については、使用取得との

---

<sup>45</sup>『学説彙纂』第43巻第16章第8法文：フルキニウスいわく、仮に占有者が所有者でなくても、彼が暴力によって追い出されたとき、占有は暴力によって奪われる。

<sup>46</sup>『学説彙纂』第41巻第3章第4法文第22項では、占有者（予）から暴力によって農場の占有を奪った者（汝）が、自らは占有せず、他の者（ティティウス）に安全な占有（*uacua possessio*）を移転した場合、予は暴力によって占有を奪われたので、占有回復の特示命令が認められる余地もあるが、ティティウスは暴力によって占有を取得していないので、ティティウスは農場を使用取得しようとされる。23項では、所有者（汝）が占有者（予）から害意（*mala fides*）をもって農場の占有を奪い、これを売却した場合、所有者による占有ではないにせよ、暴力によって占有が奪われたので、購入者は使用取得しえないとされる。24項では、相続人と称して農場を占有する者から、これが相続財産に属することを知りながら暴力によって占有を奪った者（真正相続人）は使用取得しえないとされる。

<sup>47</sup>『学説彙纂』第18巻第1章第52法文：〔都市の〕家や〔郊外の〕別荘を破壊し、その結果、より多くの利益を得ること、また、投機目的でこれらの物を売買することを元老院は禁じた。この元老院議決に違反した者に対する罰として、買主については売買価格の二倍額を国庫に支払わなければならないと、売主については売買契約が無効となる

関係が筆者には明らかでない<sup>48</sup>が、676<sup>49</sup>は明らかに使用取得にかか

---

と定められた。〔買主たる〕汝が国庫に二倍額の債務を負っているときに、売買代金を予に支払った場合、〔売主たる〕予については売買契約が無効であるため、汝が予に売買代金の返還を請求しうことは明らかである。この元老院議決は、売却された家や別荘が自分の所有物である場合のみならず、他人の所有物である場合にも適用される。

<sup>48</sup> Lenel は 675 (注 47) の直前の 674 に『学説彙纂』第 41 卷第 3 章第 4 法文第 22～24 項 (注 46)、『学説彙纂』第 43 卷第 16 章第 8 法文 (注 45) および『学説彙纂』第 41 卷第 3 章第 4 法文第 25～28 項を、675 の直後の 676 (注 49) に『学説彙纂』第 48 卷第 11 章第 8 法文を配置している。このうち 25 項では、善意で農場を占有する者から、これが実は別人の所有物であることを知っている者が暴力によって占有を奪った場合、後者は農場を使用取得できないとされる。26 項では、農場の所有者が暴力によって占有者を追い出した場合、占有者が占有回復の訴えを提起すると農場は所有者に戻らないとされる。27 項では、農場の中に通路を所有していても、長期間これを使用していなければ、所有者は通路を失うとされる。28 項では、安全な占有をもつ者が所有者の侵入を妨げても暴力による占有とはみなされないとされる。さらに、676 では、不正誅求に関するユリウス法に違反する贈与や売買による使用取得が禁じられている。この脈絡から、おそらく Lenel は 675 (末尾) を元老院議決に違反して売却された物を買主は使用取得しえないとする法文であると理解しているのではないかと推測される。

<sup>49</sup> 『学説彙纂』第 48 卷第 11 章第 8 法文：不正誅求に関するユリウス法 (lex Julia repetundarum) に違反して前執政官または法務官に贈与されたものは使用取得されえない。同法はこの目的〔不正誅求〕で行なわ

わる法文である。なお、677 と 678 については、『告示注解』第 54 卷「占有と使用取得について」に位置づけられていないので、省略する。

### (3) 私見が成立する可能性

以上のような Lenel の再構成を前提にすると<sup>50</sup>、パウルス『告示注解』第 54 卷の表題「占有と使用取得について」が象徴的に示すとおり、ここで論じられているのはもっぱら使用取得であって、占有訴権ではない。そうすると、本法文を含むパウルス『告示注解』第 54 卷の冒頭では使用取得の前提としての占有の開始ないし占有の取得が論じられている、したがって、本法文においても使用取得の事案が念頭に置かれているという理解は、本法文は占有訴権の事案であるという理解を完全に否定するものでないにせよ、十分に成立しうると考えられる。

この理解は、本法文の前後の脈絡からも正当化されうる。本法文に続く第 4 項<sup>51</sup>では夫婦間での占有移転が扱われるが、次の第 5 項

---

れた〔正常な価額〕より高額または低額の売却と貸借を無効とし、目的物が本来の所有者または相続人の下に戻るまで、その物の使用取得を禁ずる。

<sup>50</sup> Savigny (注 35), S. 41 によっても、パウルス『告示注解』第 54 卷で問題になっているのは占有一般と使用取得である（占有訴権が扱われるのは第 65 卷～第 67 卷）。

<sup>51</sup> ここでは、市民法上、夫婦間贈与は無効であるにもかかわらず、夫婦間で占有移転があった場合、事実（占有）は市民法によって否定されないという理由で、妻が占有するとされる。なお、夫婦間贈与につ

では明示的に「幼児も精神錯乱者も占有を取得し、使用取得する」とされているからである。

さらに、本法文では「占有の開始」が問題になっていることにも着目しなければならない。すなわち、土地については2年間、その他の物については1年間の占有の継続が使用取得の成立要件であるため、使用取得にあつては、いつ占有が開始したかが重要であるのに対して、1年以内に行使されなければならない占有訴権にあつては、いつ占有が侵害されたかは重要であるが、いつ占有が開始したかは問題にならない。

## 6. おわりに

以上の検討から、本法文の事案について現時点で筆者は次のように理解する。すなわち、原告は所有者（と称する者）で、被告は後見人、自主占有者たる被後見人が訴えられた場合も後見人が訴訟を遂行し、訴権は所有物取戻訴権、これに対する被告の主張は使用取得である、と。

本稿ではわずか一法文の事案を明らかにしえたにすぎない。しかし、法文の読解がローマ法学の解明につながると同時に法学（ローマ法であれ実定法であれ）に迫る一つの道であるとすれば<sup>52</sup>、本稿

---

いては小菅芳太郎「法学史における夫婦間の贈与（上）」『北大法学論集』14巻3・4号（1964年）601頁を参照。

<sup>52</sup> 実定法学におけるローマ法文読解の意義については小山昇先生の発言「ローマ法文の読解こそ実定法ではないか」（前稿61頁）を参照。筆者の理解では、先生は「法学」という意味で「実定法」と言われた。



もまったく無意味ではないであろう。今後もローマ法文の読解を積み重ねていかなければならない。