

【書評】石川真人著：＜査読付き論文＞占有は事実か法か—2007 年 10 月 24 日の Bürge セミ—『ローマ法雑誌』1（創刊号）（2020 年）1～25 頁

藤野奈津子

2019 年 3 月 14・15 日に開催された「日本ローマ法研究会第二回大会」での報告に基づく本論文はページ数にして 25 と比較的コンパクトなものである。しかしながら直接的なものに限っても著者は「学会展望（ローマ法学史）」『国家学会雑誌』105 巻 3・4 号（1992 年）143-146 頁 [=“旧稿”] 以来、同様の・関連するテーマで幾度もの考察を重ねてこられた。本論文はそうした研究蓄積をひとつの法文の検討[“Digestenexegese”]を通じてまとめられたものとも考えることもできよう。したがって本来ならば著者の研究全体のなかに本論を評すべきだが、評者にそれはとても困難であった。そこで評者自身もまた“ゼミ”の一受講者となったつもりで法文をめぐる検討に参加し、複雑な時間軸を整理しつつ著者を追体験するように内容の紹介をしていければと思う。

本論文はタイトルが示すとおり「占有は事実か法か」というきわめて困難な、かつ重大な問題に関心を寄せるものである。それに対して著者は議論の中心をなす法文のひとつ、著者によれば「占有」の「とりわけ事実説の根拠」として「よく引用される」「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 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.」の解釈から迫ろうとしている。法

文にはまず著者自身によって次のような邦訳が付される：「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ようとも。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」。そこから著者は、「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についてはサビヌス学派とプロクルス学派の間に争いはなく、問題は後見人の助成がない場合」であって、後者についてはサビヌス学派とプロクルス学派に見解の相違があったが、「〔占有は事実属し法に属さない〕という（法文には出てこないがおそらくサビ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」ることで、法文にあるパウルス説への「道が準備され」たものと考えていたという。

以上の法文理解についてはしかし、すでに旧稿で著者が明らかにされたところであろう。そこで本論文において新たに注目される点とは法文 D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) に想定される「事案」、具体的にはその「当事者と訴権」である。これについてまず著者が参加した

“Digestenexegese”、2007 年 10 月 31 日のミュンヘン大学法学部“Bürgeゼミ”では「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（interdictum unde vi））」[※下線：著者]と解説されたという。論文では、それに続けて著者が 1992 年の旧稿執筆当時に懐いていた考えとその後の自説の検証・修正、そして本論文執筆時点での新たな見解とが、それぞれ節を分かち詳らかにされていく。著者は当初[旧稿執筆時点では]、法文の「事案」とくに「当事者と訴権」について「原告は所有者、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）」[※下線：著者]と想定していたという。そのため上記 Bürge 教授の説に接し「とても驚いた」と明かす。しかし、ゼミでの経験を踏まえ、「当事者」については当初の「被後見人」から「後見人」へと変わり、また「使用取得」は「ローマ法（市民法）上の「抗弁」」には当たらないと見解を修正するに至ったと説明されている。最初の点について著者は「所有者として[domini loco]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」であろうし、また「後見人を被告として訴え」することもできる、すなわち訴訟の「当事者」は「後見人」であるとの結論に達したという。さらに「抗弁」についても、J. Platschek 教授の指摘によるとしながら、「「ローマ法（市民法）上の「抗弁」」は「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」ものであるから、「請求の表示そのものの否定」となる「使用取得」は、これに当たらないと判断を修正したことが述べられる。

さて、著者の本論文執筆に至る経緯を以上のように追うことがで

きるとすれば、Bürge ゼミでの説明[=“Bürge 説”]と著者の現在の見解とのあいだで最も目立つ相違点は、言うまでもなく想定される「事案」の「原告」と「被告」とが互いに入れ替わっていることであろう。けれどもここで著者がより訴えたいのは、法文 D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) が「占有訴権」にではなく「使用取得」に関係しているとの主張であると推察される。Bürge ゼミにおいて本法文と「使用取得」の関連にどのような解説が加えられたのか・あるいは触れられなかったのか、論文からすべてを読み取ることはできない。しかしながら、著者がページの後半ほとんどを「使用取得」にかんする検討に充てていることから、本論文の主題は明らかだと思われる。

この点について著者はまず旧稿執筆当時を振り返り、現行「民法 202 条 2 項」を念頭に「事案」を整理・検証していく。その際、直接には触れられないが、[著者註 29・30 を見ると]著者もおそらく意識されているとおり、仮に「占有者が原告となる場合」、「占有訴権を行使していったんは占有を回復する」ことは少なくともローマにおいてきわめて重要であったろう。なぜなら、それによって彼は占有者として確定され、ついにはその後の本権にかんする訴訟で被告の立場となりうる、すなわち被告適格を得ることができるからである。これは訴訟(立証)における優位性の確保を意味したのであり、したがって[著者はこの点を批判的に振り返るのであるが]「占有者は本権者に勝てない」といった法感覚が仮に現代において広く存在しているのだとしても、そのことから直ちに「(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」と観念されたことにはやや強引な印象を受けざるを得ない。もっとも本論文の重点はこうした旧稿の内容を確かめたうえでなされる著者の新たな

な論証にこそ認められるべきであろう。というのも、その後に O. Lenel[*Palingenesia* ]のパウルス『告示注解』の再構成に基づく詳細な検討が待っているからである[著者は取り上げた法文のほぼすべてに対し邦訳を付した註を施している]。こうして問題の法文を本来の『告示注解』のなかへと戻し、文脈を伴って読み直すことで新たな光があてられていく。

すると著者の綿密な作業により、われわれにとって初めて「使用取得」と法文 D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) との関係を視覚的にとらえ・認識することが可能となるだろう。論文中の 1 ページ相当を用い、まず『告示注解』の配列に従い『学説彙纂』の「収録」法文一覧が対照・整理されている。ところで「占有」と「使用取得」にかんする研究としては、著者も本文および註において言及されたサヴィニーの分析があろう。評者はこの点について論ずる能力を持たない[サヴィニーの占有論自体の考察も行いえない]が、著者も挙げられた先行研究・小菅芳太郎「サヴィニー「占有法」雑感」『北大法学論集』23 巻 2 号 (1972 年) 218-236 頁 [=小菅論文]からの引用によって概略を見ておきたい。小菅論文によれば、「サヴィニーは・・・「占有法」の第七章「ロオマ法律家たちの言葉遣い」」において「この研究の最困難、最重要の部分」である「*possessio : civilis possessio : naturalis possessio*」について、最初に結論となるものを述べているという。すなわち「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、両者の差は前者にあっ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)」点だと明らかにしている。そもそもサヴィニーによれば「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」だが、ある条件のもとでそれが「法的関係」へと転化するという。その条件とはまず「時効取得によって所有権を生む場合」であり、こうしていわゆる「市民的占有」すなわち形容詞を伴った「*poss. civilis*」は時効取得附占有」として「法的占有」となり、他はすべていったん「自然的占有」に整理される。そこへさらに「自然的占有」において「特示命令附占有」（占有訴権付）と、それ以外の「自然的占有」すなわち単なる「所持」という区分が生ずることにより、上記のとおり「特示命令附占有」（*possessio*）もまた法的保護を受ける「法的占有」とされることとなった。すると、法文が示すとおりに“事実”たる「所持をして占有たらしめる法的意味」とは、サヴィニー[を紹介する小菅論文]によれば、「第一に時効取得であり第二に特示命令である」とされ、両者の関係については「特示命令附占有は完全に時効取得附占有に具っており」、「時効取得附占有者は特示命令との関係でも常に占有者であって・・・その逆なのではない」と理解される。

一方、著者が論文の後段で指摘するように、法文 D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) の注目点のひとつは、それが「占有の開始」[“*incipere*”]に関係していることであろう。これについて著者はあくまで起算点としてこの「占有の開始」に着目した場合、それが重要となるのは「使用取得」と述べる。しかし、ここで一度法文を「占有訴権（特示命令）」や「使用取得」といった占有の「効果」から切り離してみるのはどうだろうか。というのも、評者には本法文が占有取得の要件ないしは占有の成立要件そのものを主要なテーマとしているようにみえるからである。実際、著者もあらかじめ言われるとおり、

「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」のであり、「効果」の点から「事案」を想定した場合、それは「占有訴権」と「使用取得」のいずれともなりうるのではないだろうか[だからこそ著者は法文の配置と配列に強い関心を寄せられるのではあるが]。また、先のサヴィニーの理解を共通の前提とした場合、評者には「占有訴権」の「事案」と「使用取得」の「事案」とが必ずしも互いに排斥し合うもののように考えられない。例えば占有を「開始」した者が「使用取得」へと至る過程で占有を奪われるなどした場合には、占有継続（*continuatio possessionis*）という要件が失われ「使用取得」そのものが危機にさらされよう。占有の重要な「効果」である「使用取得」を得られない恐れすらあるから、この間、占有を保護する必要性があること・「占有訴権」の必要とされる場面が生ずることもまた否定はされまいと思う。すると、ときに「使用取得」と「占有訴権」の「事案」は関連し合う・一連の流れのなかにあってもよいのではないか。問い方を換えるなら、サヴィニーの言うように「時効取得附占有者は特示命令との関係でも常に占有者であって・・・その逆なのではない」のだとすると、本論文で著者が「使用取得」を主張することは、それはそのまま「特示命令」の「事案」でもありうるということにはならないのだろうか。

以上、本論文が取り上げる D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) はある種のプリズムのように、研究者がそれにどのような光を・どのように当てるとによってさまざまな分光を生み出し得ると評者には感じられた。その意味で著者も Bürge 説を「完全に否定するものでない」。したがって著者の関心はおそらく本法文が「占有訴権」と「使用取得」のいずれにより強くむすびつくかという点に向けられたもので

あったろう。結論として著者は「パウルス『告示注解』54巻の表題「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」との「私見が成立する可能性」を提示された。その際、主要な根拠となったのは Lenel の *Palingenesia* における法文の配置・配列であったが、法文あるいは諸テーマの置き方については、先に引用した小菅論文もまた『学説彙纂』が「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」が、「告示注解では、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」だと述べる。著者の分析により、たしかに「本法文を含むパウルス『告示注解』第54巻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」とすれば、そこからわれわれはパウルスの「占有」論のいかなる特徴を理解することができるのだろう。また著者は「事案」を「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」と結論されるが、先に触れたように法文の主テーマをむしろ「占有の開始」としたならば、占有の取得そのものをめぐる争いといった新たな「事案」の可能性を探ることはできないだろうか。またその場合にもパウルスの示す見解[とくに最後に述べられた「被後見人が理解力を有する年齢に達している」といういつそう繊細な分類・要件]が法理論上あるいは実務上いかなる役割を演ずるのかなど、興味は尽きない。果たしてこうした豊かな解釈の可能性を含



み、さまざまな法的課題解決の仕方を見せること、それこそが法文と“*Digestenexegese*”の価値であるとは、本論文を通じて著者から最もよく教えられたことがらであった。

最後に、その幅広い研究と問題関心のなかに本論文がどのように位置づけられるかを確かめるため、「占有」、なかでもひとつの法文 D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ed.) に著者が注目された理由についても触れておきたい。著者は F. Horak, *Rationes decidendi : Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, 1. Band*, Innsbruck, 1969 を評した旧稿において、「Horak による分析の具体例として」本法文を取り上げ、詳しく紹介されている。背景には著者がそれより先、E. Ehrlich の『法源論』を検討した際、Ehrlich 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 など)」を主な分析対象としていたこと、「占有は事実には属し法に属さない」というまさに本法文の命題が著者に強い印象を残したことが推察される。冒頭で述べたとおり本論文は著者のこれまでの豊富な研究に基づくものでありながら、考察には一貫して慎重な姿勢が貫かれているのが印象的である。それは個別・具体から出発し「読解を積み重ねて」いくことの重要性を強調していることとも関連してみえる。そのうえで、本法文に想定される「事案」が著者の「私見」のようであるならば、すなわち法文が「使用取得」にかかるものであったとき、「占有」をめぐる議論にどのように新たな面が加わるのであろうか。あるいは論文で注目されたパウルス『告示注解』そのものにかんする研究などとも呼応しつつ、今後、著者がいかなる像をローマの法と社会に結ばれ、法学そのものへと迫っていかれるのか、一読者としてまたローマ法を学ぶ者として、さらなる展開を期待して待ちたい。