

古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデース (bona fides) の意義(1)

清 水 悠

第1章 序 論

第1節 はじめに 一問題の所在一

第2節 使用取得制度の概要

1 ローマ物権法の概要

(1) ローマ法上の所有権概念

(2) 手中物 (res mancipi) と握取行為 (mancipatio)

2 使用取得 (usucapio) の適用場面

第3節 使用取得要件

1 通説的理解—5要件論—

2 Poolの新要件論—3要件論—

3 各要件の内容

(1) 使用取得可能な対象であること

(2) 正当原因 (iusta causa)

(3) 占 有

(4) 期 間

(5) bona fides

第2章 bona fides の意義

(以下次号)

第1節 bona fides = 善意?

1 Hausmaninger の先行研究

2 「bona fides = 善意」説の限界

第2節 bona fides の具体的内容

1 モラル的側面

- 2 善意との関係
 - 3 ボナ・フィデース要件具備の時期
 - 4 手中物の引渡し
 - 5 正当原因との関係—ボナ・フィデースとしての代金支払—
- 第3章 総括—補足として相対的構成—

【文献略語表】

本稿において、以下の略語はそれぞれ併記されたもの(=以下)に対応するものとする。

〈洋文〉(アルファベット順)

Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube! = Behrends, Okko.: Zum Beispiel der gute Glaube! Wie wirkt der „gute Glaube“ oder das „Vertrauensprinzip“ auf das Vertragsverhältnis und das Besitzrecht des Käufers? Ein Kontroversenbericht als Spiegel der Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Herausgegeben von: Pascal Pichonnaz, Nedim Peter Vogt, Stephan Wolf, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, S.13-38

Berger = Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Series-Vol. 43, Part 2, 1953, The American Philosophical Society, Philadelphia, Reprinted 1991

Biondi, Il Diritto Romano = Biondi, Biondo.: Il Diritto Romano, Licinio Cappelli Editore, Bologna, 1957

Brégi, Droit romain = Brégi, J.F.: Droit romain: les biens et la propriété, Ellipses Édition Marketing S. A., Paris, 2009

Diódsi, Ownership = Diódsi, G.: Ownership in ancient and preclassical Roman law, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970

FIRA I ~ III=Fontes iuris Romani anteiustiniani I ~ III, ed. Riccobono, S., Baviera, J., Ferrini, C., Furlani, J., Ruiz, A., Firenze, 1968, 1972

Gaudemet/ Chevreau, Droit privé romain = Gaudemet, J. / Chevreau, E.: Droit privé romain, 3 e édition, Éditions Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009

Harke, Vertrag und Eigentumserwerb = Harke, Jan Dirk.: Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht, Duncker und Humblot, Berlin, 2013

Hausmaninger, Bona fides = Hausmaninger, H.: Die bona fides des Ersitzungs-

besitzers im klassischen römischen Recht, Verlag Herold, Wien-München, 1964

Hausmaninger/ Selb, RPR = Hausmaninger/ Selb :Römisches Privatrecht, 9., völlig neu bearbeitete Auflage, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2001

Heumann/ Seckel = Heumann, H./ Seckel, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Auflage, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1971

Kaser/ Knütel = Kaser/ Knütel: Römisches Privatrecht, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014

Kaser, RPR I = Kaser, Max.: Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971

Nicholas, Roman Law = Nicholas, Barry.: An introduction to ROMAN LAW, Clarendon Press, Oxford, 1962

Schulz, CRL = Schulz, Fritz.: Classical Roman Law, Scientia Verlag AALEN, Darmstadt, 1992

Söllner, Bona fides = Söllner, A.: Bona fides – guter Glaube?, SZ122, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2005, S.1-61

Söllner, Der Erwerb vom Nichtberechtigten = Söllner, A. : Der Erwerb vom Nichtberechtigten. Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Bd. 1, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, S.363-381.

Spruit / Bongenaar, Fragmenta Vaticana = J. E. Spruit / K. E. M. Bongenaar.: Fragmenta Vaticana. Collatio. Consultatio. Scholia Sinaïtica. Probus., Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen. Verzameling van prae-justiniaanse juridische geschriften met vertaling in het Nederlands, vol. 4, De Walburg Pers, 1987

〈和文〉(五十音順)

・谷口『ローマ所有権』= 谷口貴都『ローマ所有権譲渡法の研究』(成文堂、初版、1999)

・林「使用取得(1)」= 林信夫「ローマ売買法における使用取得 (usucapio) 制度の機能(一)」法学42巻2号161頁以下(東北大学法学会、1978)

・林「使用取得(2)」= 林信夫「ローマ売買法における使用取得 (usucapio) 制度の機能(二)」法学42巻3号、278頁以下(東北大学法学会、1978)

・船田『ローマ法2』= 船田享二『ローマ法』第二巻(岩波書店、改訂版、1969)

・松尾「所有概念」= 松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法の構造—

所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史のおよび体系的理解に向けて（I）—
横浜市立大学論叢〈社会学系列〉41巻3号201頁以下（横浜市立大学学術研究会、
1990）

・宮坂「物の引渡し」=宮坂渉「古典期ローマ法における物の引渡し（traditio）
について—引渡しの正当な原因（iusta causa traditionis）の分析を中心に—」早稲
田法学会誌55巻267-318頁（早稲田大学法学会、2005）

【記号】

本稿において用いられる〔 〕は、基本的に、原典、原文には無いが、理解を容易
にするために筆者が挿入的に適宜補った箇所であることを表す。また、[] は、原
典、原文にある語句について、理解を容易にするために筆者が説明的に適宜補った箇
所であることを表す。

第1章 序 論

第1節 はじめに—問題の所在—

本稿は、古典期ローマ法において使用取得（⁽¹⁾usucapio）、特に「買主とし
ての使用取得（⁽²⁾usucapio pro emptore）」が有していた機能を解明するた
めの一助に過ぎない。本稿においては、そのような目的のための第一歩とし
て、ボナ・フィデース要件の意義が論じられる。

古代ローマにおいては、もちろん本稿が考察対象とする古典期ローマにお
いても、いわゆる「取引の安全」の保護に奉仕する制度と考えられる即時取
得制度、⁽³⁾表見代理制度、登記制度は存在しなかつた。⁽⁴⁾例えば、登記制度を例
にとってみる。Kaserによれば、エジプトで生み出された登記簿のようなも
のはローマに流入せず、高度に発達したローマの測量技術の成果をローマの
法学者達が利用することはなかつた。そして、ローマとイタリアで承認され
た土地台帳は私法上の取引に奉仕することはなかつた。⁽⁵⁾

ただし、ローマ法上、いわゆる「取引の安全」の保護に奉仕した可能性が
ある制度が存在した。それが使用取得（usucapio）である。実際、ローマ

法上の使用取得制度に関しては、それが「取引の安全」に奉仕したと考えるのが管見のかぎり多数説である。⁽⁶⁾ 本稿は、古典期ローマ法における使用取得 (usucapio) が、特に買主の立場から見ていかなる機能を果たしていたかを探るという最終的な目標の一翼を担うものとして、要件の一つであるボナ・フィデース (bona fides) の意義を検討してみようというものである。ボナ・フィデース要件は、使用取得要件の一つとして設定されていることから、例えば買主にとってハードルの一つとなり得る。

使用取得要件としてのボナ・フィデースが持っていた意味については、後述するように、古くから法学上の「善意」と解されてきた。そして、現在もそれが「通説」的地位を占めている。古くからのボナ・フィデース＝「善意」説が現在においても通説的地位を占めていることの一因として、Hausmaninger の体系的な研究が挙げられる。ところが、近年、Söllner をはじめとする研究者が、こうした「通説」的見解に対して果敢に挑戦する動向が見られる。Hausmaninger を筆頭に使用取得要件としてのボナ・フィデースを「善意」として体系的・一義的にとらえる立場に対しては、本稿も懐疑的な視線を向ける。次章において詳述するように、学説彙纂をはじめとする使用取得に関連するローマの史料上に表れるボナ・フィデース概念について、「通説」的見解はもはや支持できない。

しかしながら、突然、使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義を滔々と述べ始めても、読者は当惑することであろう。また、ボナ・フィデース要件を紐解くには、どうしてもローマ法特有の「学術用語」を用いた論述が必要となる。現に、学説彙纂をはじめとする史料においては、そうした概念の説明が必要な語句が頻出する。

そこで、本章においては、論を展開する大前提として使用取得制度がいかなる構造を持っていたか、その背景も含めて概観を眺めてみることになる。ただ、そのためには、使用取得制度の前提となっているローマ法上のシステムについても触れておかなければなるまい。古典期ローマ法において重視さ

れる概念・用語への配慮も必要となろう。そして、使用取得制度が前提とする法体系、背景を確認した後、次章において改めて使用取得要件としてのボナ・フィデース (bona fides) の意義を詳述することになる。

次章においては、まず、使用取得要件としてのボナ・フィデースがいかなる内容を持っていたのかについて、Hausmaninger の先行研究が提示される。その後、Hausmaninger 説の限界を指摘した上で、本稿の立場を表明することとなろう。ただ、そうした論述の展開の前提としても、やはり使用取得制度の概略的説明やその他の用語の概念設定が必須となろう。

つまり、本章において最初に論じられるのは、本稿が主要な目的とする使用取得制度、特に「買主としての使用取得」の要件としてのボナ・フィデース (bona fides) の意義を理解するために大前提となる、ローマ法上の法制度である。さらに、通説的立場では使用取得が成立するためには5要件を満たすことが必要とされており、各使用取得要件の概要についても触れなければならない。とはいえ、本稿の中心的課題はそれら要件の一つである、ボナ・フィデース要件の意味内容を探ることであるから、その他の要件に関しては必要なかぎりで触れるに留まる。なお、後にボナ・フィデース要件の意義を論ずる際に関連性を持ってくるので、特に使用取得要件の一つである正当原因要件については多少紙面を割いて論ずることになる。

第2節 使用取得制度の概要

1 ローマ物権法の概要

(1) ローマ法上の所有権概念

使用取得制度が登場し、古典期において独自の発展を遂げる以前には、いわば過渡期的な段階があり、後の使用取得制度も多分にその頃の影響を受けていると考えられる。そもそも学説には、古代ローマにおいては最初から所有権が観念的・絶対的な支配権として存在していたわけではないとする、いわゆる「相対的所有権」を支持する立場がある。現代社会に生きる我々が観

念するような絶対的所有権なるものが、当初からあったか否かについては議論がある。所有権が観念的で絶対的なものとして認識されるようになったのは、せいぜい紀元前1世紀ないし前2世紀ごろであるとする見解もある⁽⁷⁾。

こうした立場からの概観は次のようになる。後の古典期ローマ法において通常では「所有者」を表す言葉であった dominus は、史料上、紀元前3世紀から前2世紀にさかのぼる史料で既に見ることができるが、その時期の dominus は「所有者」を意味するのではなく「奴隷の所持者、主人」を意味した。カトーの農業に関する著作の中で用いられている dominus という言葉は、場合によっては「土地の所有者」と訳すことが可能ではあるが、より正確には「主人」や「賃貸人」を指すという。所有者を指す専門用語として dominus が出現するのは、ウェッローやケケローのような紀元前1世紀の著述家たちが登場してからであるとされる⁽⁸⁾。古典期の所有権概念は長い発展の成果であり、農業的な時代であった古ローマ期の所有権概念は古典期の所有権概念よりもさらに広いということになる⁽⁹⁾。

Kaser によれば、共和政後期の段階では、古ローマ法時代の所有権概念とは明らかに異なる特徴があるという。すなわち、法的思考が進展したことや学問的な考察方法が始まったことにより、古ローマ時代とは対照的な区別が可能であるとする。古ローマ時代においては「所有権」が多様な権利をカバーしていたのに対して、共和政後期の段階では「所有権」は二つの要素によって概念が限定できるという。すなわち、第一に「占有」とは厳格に区別され、確固たる準則と結合した「絶対的所有権」が形成されたことである。また、第二に制限物権が所有権から分離・独立したことである。確かに、古ローマ期における所有権は単なる事実上の支配を意味するわけではなく、「物を所持するための権利」として発展した。ところが、共和政後期においては、物についての「完全な権利」としての所有権と「単なる事実上の支配」としての占有が厳格に区別されていることを見出せるという。こうした経過を経て所有権は「絶対的な」権利へと形成されていった。つまり、共有権者

が複数人いる場合を別とすれば、ただ一人のみが「所有者」と認められるということになる。ただし、所有者として認められるためには、一定の条件、すなわち、物権法上保護された者として万人に対して対抗できる地位を与えるにふさわしい条件を満たしていなければならない。仮にそうした条件を満たし「所有者」となった場合、侵害に対しては、所有物返還請求(reivindicatio)が認められる。それに対して、条件を満たさないため「所有者」と認められないが、その者を保護すべき場合には、プーブリキウス訴権(actio Publiciana)を始めとする、その他の手段によって保護される。以上が Kaser による記述の概要である。⁽¹⁰⁾

本稿が対象とする古典期法も以上のような発展の延長上にある。ただし、ここまでで述べた「所有権」の内容はあくまで「ローマ市民法上の所有権」の話である。ローマ法史の中では、市民法上の所有権と並んで他の所有権概念が登場する。それがいわゆる「法務官法上の所有権」や「名誉法上の所有権」と呼ばれるものであり、「ローマ市民法上の所有権」とは区別される。そうした「法務官法」・「名誉法」の発展を担ったのは法務官(プラエトル、praetor)である。学説彙纂に残された以下の法文を見ると、市民法と法務官法が区別されていたことがわかる。

なお、本稿においては、その最後に至るまでラテン語の原文とその翻訳が登場する。翻訳にあたっては、できるだけ原文のラテン語に忠実な、いわば逐語訳的な訳出を心掛けた。その方が原文に伝わっているラテン語のニュアンスを伝えるのに適していると考えたからである。しかし、ややもすると、あまりに直訳調の文章になっており、日本語として一瞥して理解可能なものになっていないかもしれない。そうした不備についてはそれに続く筆者の解釈や脚注で適宜補うものとする。また、本稿で引用した学説彙纂の法文は Mommsen=Krüger 版による。

D. 1, 1, 7 pr. (Papinianus libro secundo definitionum): lus autem civile

est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.

学説彙纂 1 卷 1 章 7 法文首項 (パーピニアヌス、定義録 2 卷): 「ところで、[12表] 法、プレブス [平民会] 決議、元老院決議、元首の裁決、法学者の権威に基づくものが市民法である⁽¹¹⁾」

D. 1, 1, 7, 1 (Papinianus libro secundo definitionum): lus praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

学説彙纂 1 卷 1 章 7 法文 1 (パーピニアヌス、定義録): 「プラエトルたちが、公の利便のゆえに、市民法を援助し補完し修正するために導入したものが法務官法である。名誉あるプラエトルについてそのように呼ばれたため、名誉 [法] とも言われる⁽¹²⁾」

上掲の学説彙纂の法文から読み取れるのは、プラエトル (praetor) たちが、公の利益のために、市民法を補い、修正するために導入した法が法務官法であるということである。形容詞 honorarius は名誉に関するニュアンスもあるが、ラテン語上、「無償の」という意味もある。「無報酬のプラエトルについてそのように呼ばれたため」と考えた方が正確かもしれない。というのも、プラエトルを始めとする公職者たちは全て無報酬で職務を遂行していたからである。

Nicholas によれば、プラエトルは新しい訴訟の形式を創設し新しい事実問題に合わせて古い訴訟形式を変更することで、新しい権利を作り出した。プラエトルは、個人が起こした訴訟について救済を認める機能も有していた。イギリス法の訴答手続のように、ローマにおいても実際の審判手続が開始する前に、当事者間の争点を明確にする手続があった。従前から二段階に分かれていた訴訟手続は、特に共和政後期以降になって方式書手続が導入さ

れ、次のようなものとなった。第一段階のプラエトルの面前での手続は、争点決定の内容を記す方式書(formula)を書き上げることに費やされた。第二段階の審判人(judex)の面前での手続は、方式書に書かれた争点の審判に充てられた。プラエトルの書いた方式書は審判人に対して向けられており、原告が正しいと証明されれば被告を咎めるように、そうでなければ被告を放免するように指示されていた。従って、プラエトルの機能は審判することではないが、例外的に訴訟の事実問題に合致するよう新しい方式書を認めることもあった。⁽¹³⁾

このようにして、プラエトルは従来の市民法では保護されなかった者たちに対しても訴権を付与し、救済の道を開いていったのである。そして、このようにして形成された法系統を法務官法、あるいは名誉法と呼んだのである。

市民法と法務官法という二つの法系統は様々な影響を与えたが、それは所有権秩序として例外ではなかった。所有権についても「市民法上の所有権」と「法務官法上の所有権」という二つの系統が形成されることになった。論点としてはやや先取りになるが、以下の「(2) 手中物(res mancipi)と握取行為(mancipatio)」の項目で述べるように、ローマ市民法秩序では所有権の譲渡に関して厳格な形式主義が重視された。従って、そのような形式を適式に履践しない取引についてはローマ市民法上の所有権が認められないという場合が往々にしてありえた。例えば、手中物(res mancipi)と呼ばれる目的物の譲渡に関しては、握取行為(mancipatio)と法廷譲渡(in iure cessio)という譲渡方式のみが認められており、いずれも厳格な手続の履践を要求している。そこで、そうした譲渡行為に瑕疵があった場合にも、またプラエトルによる救済が発揮されることになるわけである。

ただし、「法務官法上の所有権」が後世の講学上の用語であり、ローマ人が用いていた概念ではないことには注意を要する。講学上の「法務官法上の所有権」は、所有者であることを表しているのではなく、「法務官によって保護された占有状態」を示すに過ぎない。⁽¹⁴⁾ 本稿において、「法務官法上の所

有権」というテクニカル・タームを用いる場合には、決して所有権そのものを指しているわけではないことに留意されたい。

Kaserによれば、プラエトルは市民法上の要請を満たさない物権的地位の取得者に対して保護を認めている。そうした保護は、被保護者に対して市民法に基づいた所有者と同列に扱ったり、時として市民法上の所有者に優先させる場合すらある。しかし、そうした場合であっても、物権法上の法学的なタイトルとしては、「法務官法上の所有者」が「市民法上の所有者」と呼ばれることはない。あくまで法務官法上の所有者は「法務官法上」の所有者であって、正式に「所有者」と呼ばれるわけではない。「所有者」というタイトルは市民法上の所有者に留保されたままなのである。⁽¹⁵⁾

(2) 手中物 (res mancipi) と握取行為 (mancipatio)

次に、ローマ法における所有権の承継取得方法について見てみることにする。ローマ法上の所有権の取得方法については、ガーイウス『法学提要』に記述がある。

Gai. 2, 65 : Ergo ex his, quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam ciuili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est ciuium Romanorum.

ガーイウス『法学提要』2, 65 : 「従って、我々が述べたことから、次のことが明白である。ある物は自然法によって譲渡され、その種の物は引渡しによって譲渡される。ある物は市民〔法によって譲渡される〕。なぜなら、握取行為や法廷譲渡や使用取得の法はローマ市民の固有のものだからである。」

このガーイウスの文章から明らかになるのは、一つには、自然法に従って引渡しにより譲渡される場合があり、もう一つには、ローマ市民に固有な市民法に従って握手行為や法廷譲渡や使用取得により譲渡される場合があると

いうことである。ガイウスは「自然法」を「万民法」と同じ意味で用いていたと考えられており、自然法は万民法と読み替えることが可能であろう。⁽¹⁷⁾ここでいう万民法は、ローマ市民間でのみ適用される市民法と対立する概念として用いられており、全ての民族に適用される法であると考えられる。

我が国の通説によれば万民法は次のような歴史的過程で形成された。すなわち、市民法秩序はローマ市民のみに適用されるルールであるため、外人との取引が活発化すると、ローマ市民と外人間の取引行為を規律するような法システムが必要となる。紀元前242年頃には外人掛法務官 (praetor peregrini) が設置され、外人の関わる法的な紛争を処理する役割を担った。必然的に、そこで生成される法体系は市民法とは異なり、ローマ市民であると外人であるとを問わず、全ての人々に適用されるルールとなる。こうして万民法 (ius gentium) が形成された。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

谷口『ローマ所有権』の記述に従えば、古ローマ法時代は「家父長制的経済社会」であり、分業・専門化もほとんど見られず、「生産から消費に至るまでの経済循環の過程は家の内部においてほぼ完結」していた。また、「日常の消費財や装身具は隣人や外来の商人から購入することはあったが、恒常的な商品交換という形で社会的広がりをもった取引はほとんど見られなかった。」そのような時期においては、売買は諾成契約として存在せず、「代金と物とが即時に交換される現実売買が一般的であった」とされる。⁽²¹⁾古ローマ時代の財貨は基本的に農業生産によって生じたものであり、商業や手工業を基礎とするものではなかった。⁽²²⁾

上掲の『法学提要』を記したガイウスは、法学を教えることを職業としていた無名の法学者であった。彼が著述家として活発に活動したのはアントーニーヌス・ピウス帝 (在位 紀元後138-162年) の時代であり、少なくともハドリアヌス帝 (在位 紀元後117-138年) の時代の極めて初期には既に生まれていたとされている。⁽²³⁾ガイウスが古典期の法学者であったことは明白である。しかしながら、上述のガイウスによる取引行為の区分は、現実売

買を主体とした古ローマ法時代の取引のシステムを色濃く残した記述であり、古典期においてもまたそうした古い時代の法システムが維持されていたと考えられる。

古ローマ期以来、こうした現実売買の機能を果たす取引行為としては、握取行為 (mancipatio)、法廷譲渡 (in iure cessio)、引渡し (traditio) が存在していた。握取行為と法廷譲渡はローマ市民にのみ認められる制度である。法廷譲渡はプラエトルの面前で行う必要があり⁽²⁴⁾、引渡しは有効な原因関係を前提とした有因的な無方式の譲渡方法である⁽²⁵⁾。

握取行為は、財産取引として手中物 (res mancipi) を対象とし、それに対して法廷譲渡は手中物および非手中物を対象とした。他方で、引渡しはローマ市民だけでなく外人との取引にも用いることができ、非手中物のみを対象とした⁽²⁷⁾。そして、ガーイウスは、本稿で扱う使用取得も市民法上の譲渡方法の一つとして記述している。この点は注目すべきである。筆者が特に関心を抱いている、古典期における使用取得の機能とも密接なかわりがある記述に他ならないからである。

手中物と非手中物の区別は、ローマ法の歴史の中でも古いものの一つと考えられている。そして、手中物は、後述の様々な手続上の履践を要する握取行為か、プラエトルの面前で行われた法廷譲渡によってしか譲渡できなかった⁽²⁸⁾。ローマの物権法において手中物と非手中物の区別は歴史的な重要性を有するものでもある。なぜなら、手中物の譲渡は、古風で負担となる形式の利用、つまり握取行為と法廷譲渡の形式を用いることを要求するからである。ただ、そうした形式的要求があるから手中物・非手中物が区別されるのではない。むしろ、そうした形式的要求が証明しているのは、手中物がそれほど重要で、古代からの分類に基づいていたということである。手中物を譲渡する場合の手続は、その重要性を強調するような形式主義に従わなければならなかった⁽²⁹⁾のである。

ここでいう手中物に含まれる概念を示す文章がガーイウス『法学提要』の

中に残されている。

Gai. 1, 120: ⁽³⁰⁾ Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.

ガイウス『法学提要』1, 120: 「隷属する人々も自由人も、この方法によって [= 握取行為で] 『譲渡』される。動物にも手中〔物〕であるものがあるが、それに数えられるのは牛、馬、ラバ、ロバである。同様に、「イタリア〔⁽³¹⁾の土地〕」がそのような種類であるが、praedia rustica と同じく praedia urbana は、それ自体も手中〔物〕であり、同じ方法によって [= 握取行為で] 譲渡されるのが慣習である。」

この文章から牛、馬、ラバ、ロバと、「イタリアの土地」が手中物であることが読み取れる。「隷属する人々も自由人も」とあるが、「隷属する人々」とはまさに奴隷であり、手中物であったと考えられている。自由人は当然、手中物ではない。しかし、自由人もまた、握取行為の形式で（あるいは形式を借りて）「譲渡」される場合があった。本稿の論題からは外れてしまうので詳述は避けるが、マンキピウム⁽³²⁾権の設定の場合などが考えられよう。また、praedia rustica と praedia urbana という概念区分が登場するが、機能的な区分であろう。⁽³³⁾一言で翻訳するのは難しいが、praedia rustica は郊外にある農業用の土地と考えられる。ただし、郊外に存在していても建物は praedia urbana と考えられている。また、建物に接続する庭は praedia urbana であるが、ブドウの栽培など商業目的で耕作されている場合は含まれない。⁽³⁴⁾いずれにせよ、「イタリアの土地」の範疇に入れば、両者とも手中物と扱われるということであろう。

ガイウスの挙げた奴隷、牛、馬、ラバ、ロバと、「イタリアの土地」に

加えて、4つの農業用地役権が手中物であったと考えられている。⁽³⁵⁾

ところで、ガイウスは、動物には手中物に含まれるものがあるとしておきながら、その動物を牛、馬、ラバ、ロバに限定している。ここで羊など、他の家畜が含まれていないのはなぜであろうか。考えられるのは、農耕の重要性に起因しているということである。現代のように機械化された動力が一切存在しない古代においては、農耕を営む際に、牛、馬、ラバ、ロバ、が主な動力源であった。イタリアの土地も、やはり農地の確保という観点からは欠くことのできない不動産であって、古ローマ時代の農業の重要性を示す証左であるといえよう。この文章自体はガイウスが古典期に残したものであるから、古ローマ時代の法制度そのものを示すものではない。しかし、古ローマ時代の農業生産の重要性に起因する⁽³⁶⁾手中物の区分が、その後も維持されていたことを示していると考えられる。

つまり、第二次ポエニ戦争（紀元前218-201年）を経て地中海圏の支配を掌握し、一大商業国家へと変貌を成し遂げたローマが、古典期においてもなお、古ローマ期の農業生産を重視した法制度を維持していたということである。そのことは、古典期時代でもやはり農業生産の重要性に変化がなかったことを示すとともに、ローマの法・権利体系が保守的な傾向を内在しており、法制度を時代に合わせて容易に変動させることを好まなかったことを示しているともいえよう。

本稿の対象とする古典期より後の話であるが、東ローマ帝国においてはこの手中物と非手中物の差は無くなった。そのため握取行為も実務的でなくなり、法律顧問たちはもはや法的ではなく物理的な区別である、動産・不動産の区別を優先した。ついには、ユスティニアヌス帝の531年の勅令によって⁽³⁷⁾手中物・非手中物の区別が廃止された。

さらに、本稿の論点との関係で特に触れておかなければならないのは、握取行為である。握取行為に瑕疵があれば、物に対するローマ市民法上の所有権が認められない。ガイウスは、『法学提要』1,119において奴隷の購入を

例にとり握取行為の方式を伝えている。それによれば、5人より少なくないローマ市民たる成熟男子の証人、および同一資格の「秤持ち」と呼ばれる者が同席し、物を取得しようとする者が物を持ったうえで次のような式語を唱える。

“HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QUIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQUE⁽³⁸⁾
MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA”⁽³⁹⁾”

「私は宣言する。この奴隷はクイリーテースの権に基づいて私のものである。そしてこの銅と銅の秤によって彼が私に買われるように。」

そして、奴隷の買主は銅片を使って秤を押し下げて（あるいは叩き）、相手方にこの銅片を代金として渡す。こうして手中物についての所有権譲渡が完成する。ここで出現する「クイリーテースの権」は、ローマ人の古い時代の法に関わるものであり、ローマ社会の厳格な形式的法律制度に関係すると言われている。後に古典期になると法務官法（*ius praetorium*）や万民法（*ius gentium*）と対比して用いられることになった。⁽⁴⁰⁾従って、ここではまさにローマ市民法上の所有権を取得したことを示している。後にこの握取行為の形式を借りた、形式的な取引行為も登場する。それが「1ヌムスの握取行為（*mancipatio nummo uno*）」である。その場合、買主は硬貨で秤を叩き、譲渡人に対して「象徴的に」1枚の硬貨があたかも代金の価値を持つかのように（*quasi pretii loco*）引き渡され、実際の売買代金は鑄造貨幣によって別の機会に支払われた。⁽⁴¹⁾

そして、仮に手中物を対象としたにもかかわらず、厳格な手続に違反したなど、握取行為自体に瑕疵があった場合、ローマ市民法上の所有権は認められない。例えば、適適な握取行為を行わず売主が手中物を単なる「引渡し」によって移転した場合、市民法上の所有権を取得できないということになる。その場合、プラエトルが認めた法務官法上の所有権しか認められないため、買主は「法務官法上の所有者」として制限的な保護しか受けられないことになる。

それでは、もし適式に握取行為を履践して目的物の譲渡がなされた場合であって、当該目的物が売主の物ではなかった場合、すなわち、目的物が他人物であった場合、いかなる法的関係が生じたのであろうか。この場合には、買主は真の所有者から返還訴訟を提起される可能性がある。真の権利者によってこのような返還訴訟を提起された場合、握取行為の「付随的効果」として、売主に対して、真の権利者（第三者）との訴訟で買主を援助することを請求できる。仮に売主がこのような援助を拒絶した場合や、売主の援助の甲斐なく買主が敗訴し目的物が追奪された場合には、買主は売主に対して支払った代金の2倍額を請求できた。ただし、握取行為が適式に行われた場合には、握取行為の目的物が売主の物ではなかった（他人物）場合はもちろん、売主の物であった場合にも第三者（自称所有者）から返還訴訟を提起される可能性があるのであるから、そのような場合にも売主は買主を裁判上で防御する責任を負う。さらに、売主が援助を拒絶したり援助の甲斐なく買主が敗訴して目的物が追奪された場合には、やはり売主は買主に対して受領した代金の2倍額を支払わなければならない。握取行為は、第一に、目的物が売主の物である場合には手中物の市民法上の所有権を取得させる行為であるが、第二に、一種の追奪担保責任を発生させるという債権的効力を有した。この、買主（取得者）が売主（譲渡人）に求償（償還）の方法で売買代金の2倍額を請求できるという担保訴権を追奪担保訴権 (actio auctoritatis) とい⁽⁴⁴⁾う。

2 使用取得 (usucapio) の適用場面

上述のような法制度を前提として、使用取得 (usucapio) 制度が登場した。ここにおける記述は使用取得制度の概要を記すにとどめ、詳論については後の記述に譲ることになる。ただ、使用取得制度が大まかに言ってどのようなものであったのかについて触れなければ、各使用取得要件の概要やボナ・フィデース要件の持っていた意義について触れても何ら実りのないものになってしまう。従って、ここでは、最低限使用取得制度の概要に触れてお

く必要がある。

使用取得 (usucapio) という名称は *usu capere* という言葉に由来するので、*usus* という手段による取得と考えられ、この *usus* は占有を示す非常に古い言い回しである。⁽⁴⁵⁾ 細かく分析すれば、*usu* は *usus* の奪格形であり、*capere* は「つかむ」という意味であることから、語源的には「*usus* によってつかむ」という言葉から派生した表現である。⁽⁴⁶⁾

学説彙纂においては、41巻4～10章の標題で各種の使用取得制度が挙げられている。すなわち、*pro emptore* (4章)、*pro herede* (5章)、*pro donato* (6章)、*pro derelicto* (7章)、*pro legato* (8章)、*pro dote* (9章)、*pro suo* (10章) である。講学上はこれに *pro soluto* も加わる。Bauer によれば、「現行ドイツ民法の教育を受けたロマニストたち」は、所有権取得の方法を厳密に区別することに慣れており、使用取得を法律行為上の取得以外の方法に分類する。しかし、これは *usucapio pro herede* (相続人として) と *usucapio pro derelicto* (放棄物として) にしか妥当しない。そして、*usucapio pro emptore*、*pro soluto*、*pro dote*、*pro donato*、*pro legato* はそれぞれ、売買、弁済、嫁資設定、贈与、物権的遺贈に関わる使用取得であって、法律行為的な側面を持っている。⁽⁴⁷⁾ このうち、本稿において着目するのは特に *usucapio pro emptore* = 「買主としての使用取得」である。⁽⁴⁸⁾

使用取得 (*usucapio*) は、ある程度の段階を経て成立したと考えられる。すなわち、古ローマにおいて、従って *usus auctoritas* ⁽⁴⁹⁾ 準則が通用していた時代において通常想定されていた目的物の譲渡方法以外に、新しい譲渡方法が生じるようになって発展してきたと考えられている。そうした段階的発展を経て *usucapio* の機能は拡大していった。例えば、手中物 (*res mancipi*) は握取行為 (*mancipatio*) や法廷譲渡 (*in iure cessio*) によって譲渡されなければローマ市民法上の所有権が移転されない。仮に、手中物が引渡し (*traditio*) の方法で譲渡された場合には、市民法上の所有権は取得されないはずであるが、使用取得によって市民法上の所有権を取得させることが検

⁽⁵⁰⁾
討されるようになる。

もちろん、既に述べた通り、そうしたある意味不完全な物権取得者に対しては、プラエトルが救済機能を発揮し、法務官法上の所有権が認められるようになったので、使用取得完成前から法務官法上の所有者として保護される。従って、所有者である譲渡人が正当原因に基づいて (ex iusta causa、詳細は後述) 手中物を単なる引渡しで譲渡した場合、使用取得完成前には法務官法上の所有者として保護される⁽⁵¹⁾。また、法務官法上の所有者が目的物の占有を失った場合の救済手段も考案された。例えばプーブリキウス訴権 (actio Publiciana) である。しかし、この訴権自体が使用取得制度全体の機能的 content そのものに関わってくるため、詳論は別稿に譲ることにする。ただ、少なくとも、市民法上の所有権を得られなかった者に対して、市民法上の所有権を取得させる方策が考案されたのは画期的であろう。

使用取得制度は二つの主要な目的を持っている。第一に、「物が譲渡される方式 (たとえば手中物を引渡しで譲渡) における瑕疵を治癒」し、第二に、「その物を譲渡した者の権原に関する瑕疵 (例えば無権利者による売却) を治癒」⁽⁵²⁾ することである。

第一の目的の代表的な事例はいくつか考えられるが、一つには既に述べたように、手中物が握取行為をもって譲渡されるべきところを単なる引渡しで譲渡された場合であろう。この場合、譲渡人は権利者であるが譲渡方法に瑕疵があるため、取得者は市民法上の所有権を取得することができず、法務官法上の保護に従って法務官法上の所有権を得るに過ぎない。また、握取行為は厳格な手続の履践 (例えば 5 人以上の証人や秤持ちの同席など) を要求するが、それを果たさなかったため握取行為自体に瑕疵があり、そのため市民法上の所有権を獲得できなかった場合も考えられる。

また、第二の目的の事例としては、目的物が他人物であったために譲渡人は無権利者であり、取得者が所有権を取得できなかった場合が考えられる。その他、そもそも譲渡人に目的物の処分権限がなかった場合が考えられよ

う。すなわち、ローマ法上、譲渡人に行為能力が欠けるため、処分権限が認められない場合が想定される⁽⁵³⁾。

第一の目的の場合、すなわち、物の譲渡方式に瑕疵があった場合、既に述べた通り譲受人は法務官法上の所有者として限定的な保護を受け、例えば譲渡人に対する抗弁⁽⁵⁴⁾やプーブリキウス訴権を用いることができよう⁽⁵⁵⁾。そして、使用取得の完成によって初めて市民法上の所有権を取得する。これに対して、第二の目的の場合、すなわち、譲渡人が無権利者であった場合には、善意取得制度のないローマ法の下においては、譲受人もまた無権利者である。ただし、一定の要件を備えた無権利者からの譲受人は、法務官法上の所有者にはならないが、bona fide possessor (possessor bonae fidei、ボナ・フィデースの占有者)として、やはり制限的な保護を受けると考えられている。Kaserによれば、第一の目的の場合、法務官法上の所有権をより良いものへと「格上げ」する効果があり、第二の目的の場合、存在しなかった所有権を取得させることになる⁽⁵⁷⁾という。

ただし、従前では市民法上の所有者として保護されなかった目的物の取得者が、使用取得の完成によって市民法上の所有者として保護されるようになったといっても、無条件で保護されるわけではない。使用取得が完成するためには、1年あるいは2年の期間の経過をはじめとする、一定の要件(「通説」的には後に提示する5要件)を満たす必要がある。

しかし、逆に言えば一定の要件さえ満たせば、使用取得を主張する者にとっては所有権取得の証明責任が軽減されたことになる。それは取引行為で目的物を取得した者だけでなく、第三者から返還請求を受けた真の所有者にとっても有利に働く。例えば、使用取得(usucapio)が完成している場合には、次のような不可能に近い証明責任から解放される。すなわち、過去に占有によって目的物を取得してきた代々の譲渡人を順次さかのぼっていき、全ての前の譲渡人が所有者であったことを証明しなくてもよい(いわゆる「悪魔の証明」、⁽⁵⁸⁾probatio diabolica)。

第3節 使用取得要件

1 通説的理解—5要件論—

使用取得制度自体は、ローマ市民法上の所有権を取得するための制度であり、属州の土地には適用されなかった。属州においては *longi temporis praescriptio* (長期間の前書) と呼ばれるシステムが適用されていた。機能的に見て両者は共通の性質を有しており、全古典期を通じて相互に原理や要件が流入していたと考えられている。しかし、古典期においては二つの法制度は区別されていた。すなわち、使用取得制度 (*usucapio*) は市民法上の所有権 = クイリーテースの権に基づく所有権 (*dominium ex iure Quiritium*) に服する物を対象とし、また、ローマ市民のために機能した。それに対して、長期間の前書 (*longi temporis praescriptio*) は属州の土地を対象とし、また、ローマ市民でない者のために機能した⁽⁵⁹⁾。つまり、使用取得制度は、ローマ市民のために用意された制度であり、市民法上の所有権 (クイリーテースの権) に服する可能性がある物にしか適用されなかった⁽⁶⁰⁾のである。

ともあれ、使用取得の要件は中世以来5要件として整理され、現在でも通説的立場を占めている⁽⁶¹⁾。この5要件は中世の注釈学派以来の要件として、学術的なヘクサメトロス (*hexameter*、六歩格) という詩形を用いて、*“res habilis, titulusque fides, possessio, tempus,”* と伝えられてきた⁽⁶²⁾という。そして、この5要件は通説的に次のように整理されている：①使用取得可能な対象であること、②正当原因、③ *bona fides*、④占有、⑤期間の経過

2 Poolの新要件論—3要件論—

これに対して、近年、Eric Pool という研究者がこれまでの通説的な5要件論を批判し、3要件論を唱えている。

Pool論文 (2003年) は、「法史的にも理論的にも維持できず、教育上も時代遅れな5要件 (*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*) についての注釈学派の学説は、900年を経た今、ローマ法の手引書や教科書から消え

去るべき時である⁽⁶³⁾」と主張している。Pool 論文が通説的な5要件を批判する要因は次のようなことにある。すなわち、古典期ローマの使用取得要件とされる使用取得の正当原因について、ローマ法に関する文献、手引書、教科書の説明が、ローマの史料に照らして不正確で欠陥がある (ungenau und mangelhaft) 点である。また、そのことが、現代のローマ法学者間で見解が対立する主要な原因であり、正当原因の概念と正確な意味に関する多くの問題の主要な原因でもある⁽⁶⁴⁾という。

また、Pool はこうも述べている。現代のローマ法学者のいう使用取得の正当原因 (iusta causa usucapionis) は、史料において起源の異なる causa 概念を基礎としている。ローマ時代の法学者は基本的にそれらを学説上も言語使用上も区別したが、現代のローマ法学者は単に同視したと指摘する。そして、次のように述べる。「不当にも、pro emptore (買主として) のような使用取得原因 (Ersitzungs-causa) が取得の原因 (Erwerbs-causa) である emptio の用語上の互換要素とみなされている。これが、使用取得に関する今日の学説のほとんどの問題の誘因である。⁽⁶⁵⁾」

このように、現代に至るまでの通説に批判を加えた上で、次のような3要件を提示する。すなわち、①資格のある占有 (possessio pro)、②使用取得可能物 (res habilis)、③1年あるいは2年の間中断なく占有を維持すること、である。さらに、①の資格ある占有の下に、相互に理論上独立した占有要件として、① causa (取得原因)、②占有に瑕疵がないこと (sine-vitio-Sein des Besitz)、③ bona fides (ボナ・フィデース) が存在する。⁽⁶⁶⁾

以上のように、Pool 説は新しい3要件説を提示するものであるが、本稿としては、こうした要件論の構造を詳細に述べるのは本意ではなく、使用取得要件の一つとしてのボナ・フィデースの意義を論じることが目的である。

実際、通説的にも、また Pool の新説に依拠しても、ボナ・フィデースの意味内容に関しては法学上の「善意」とすることについて争いはない。つまり、Pool は従来の5要件を解体し、①の「資格ある占有」に取得原因、瑕

疵なき占有、bona fides を置くものであるが、5 要件説によって順に検討していく場合と、Pool の 3 要件説によって検討していく場合には、「構造的」な差異は生じるが、ボナ・フィデース要件が有していた意味について「内容的」な差はないというべきだろう。

従って、本稿においては、従来の 5 要件説に則って検討を進めていく。Pool 説による旧来の要件論に対する批判に関しては、要件論の「構造上」の処理も含めて、今後の課題ということにしたい。

3 各要件の内容

(1) 使用取得可能な対象であること

以下では、通説的な要件構造に則って各使用取得要件の概要を述べていくが、論述の都合上、上述の①～⑤の順序では論じないので、留意されたい。

まず、使用取得の客体の問題である。上述①の要件、使用取得可能な物 (res habilis) は、ローマ市民法上の所有権に服しうる物に限られる。⁽⁶⁸⁾ 市民法上の所有権に服しうる物といっても無数にあるので、理解のためには、対象から除外される物を挙げた方が良いだろう。学説彙纂には、使用取得の対象物について、次のような法文が残されている。

D.41, 3, 9 (Gaius libro quarto ad edictum provinciale) : Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.

学説彙纂41巻3章9法文(ガーイウス、属州告示註解4巻):「特に有体物が使用取得を受け入れる。神聖物、聖護物、ローマの民衆と国家の公物、同様に自由人は除外される。」

この法文によると、無体物は使用取得の対象とならないようである。使用取得自体が占有に基づいているので、実際に占有可能な物にしか適用されない。つまり、有体財産にしか適用されず、役権などの無体財産は除外され

⁽⁶⁹⁾る。また、奴隷ではないので、所有権に服するはずのない自由人もまた対象とならない。問題は、神聖物、聖護物、公物の概念である。

まず、公物であるが、これは国家あるいは *civitates* の所有に属するもので、一般的に国家は私権に介入しないため私的所有の対象からは除外されるものとされる。また、これには公共の用に供される物 (*usus publicus*) が含まれ、公道、広場、河川、湖、水道などが考えられる。⁽⁷⁰⁾ また、神聖物 (*res sacrae*)、聖護物 (*res sanctae*) は、宗教物 (*res religiosae*) と共に、神法物 (*res divini iuris*) とされ、私権の対象とならない。神聖物は神に捧げられた物であり、神殿、像、祭壇、祭祀具などである。聖護物には都市の城壁や城門、また私人の土地の境界が含まれる。これらもまた、神に守護された物として宗教的な意義を有しているのであろう。そして、宗教物は死者崇拜のために供した物であり、まずもって墓地が挙げられる。これらは冥府の神 (*dii Manes*) に捧げたものである。⁽⁷¹⁾

その他にも使用取得の対象から除外される物があり、結局、対象から除外されるのは次のような物である。すなわち、公物 (*res publicae*)、神法物 (*res divini iuris*)、「盗物 (*res furtivae*)」、暴力で占有された物 (*res vi possessae*)、また元首政期以来、国庫の物 (*res fisci*) も除外されたことになる。⁽⁷²⁾

このうち、特に、使用取得について買主の視点から考察する本稿にあっては、「盗物」の除外が重要である。なぜなら、売買の目的物が盗品ではないかと問題になる場合こそ、まさしく使用取得が問題となる中心的な事例であったとも考えられるからである。⁽⁷³⁾

そもそも、取引行為において当該目的物が「盗物」であるか否かは外観から見分けがつかない。「盗物」が使用取得可能物から排除されるとすれば、それだけ取引行為の瑕疵について使用取得による治癒の可能性は狭くなり、救済の可能性もそれだけ狭められる。従って、当該売買目的物が「盗物」であったか否かは買主にとって大きな関心事だったと言えよう。

さらに、「盗物」といっても、今日この字から我々が想像するような概念と、古典期ローマ法における「盗物」概念とは一致しないであろう。「盗」の客体となった「盗物」が広い概念を持っていたのは、そもそも「盗物」が生じる原因となった「盗」という行為の概念自体が広い概念を持っていたことにも起因していた。古典期の法学者の考える「盗」自体が幅広い概念を持っており、窃盗に限らず、今日では詐欺や横領にあたるような事例をも含んでいた。⁽⁷⁴⁾

(2) 正当原因 (iusta causa)

使用取得はさらに上述②の要件、正当原因 (iusta causa) という要件を要求する。引渡し (traditio) は正当原因をともなって初めて所有権取得が可能とされるのであるが、同様に、使用取得も法秩序によって認められた取得原因を必要とする。⁽⁷⁵⁾ 正当原因は、譲渡人にとっては所有権を譲渡する意思を、譲受人にとっては所有者となる意思を明らかにする法律行為である。⁽⁷⁶⁾ 従って、使用取得が機能する場面においては、ある取引行為に瑕疵があったために所有権取得が成功しなかったという場合に、その瑕疵が無かったとするならば当該取引の効果によって当該占有者が所有者となっていたはずの、その当該取引を指している。つまり、既に述べた通り、手中物を譲渡して相手方に市民法上の所有権を取得させるためには握取行為などの要式行為が必要となるが、手中物の売買を引渡し (traditio) で行った場合に使用取得が問題となるときには、「売買」が正当原因である。本稿で特に問題としているのは「買主としての使用取得 (usucapio pro emptore)」であるから、まず触れなければならないが、買主としての使用取得の正当原因は当然「売買」である。⁽⁷⁷⁾

同様に、使用取得制度に分類される他の制度についても触れておくことにする。上述の買主としての使用取得 (usucapio pro emptore) の正当原因が、pro emptore という取得タイトルを通じて「売買」であると理解されるように、他の使用取得制度も同様に理解される。例えば、usucapio pro

donato は pro donato (贈与として) が正当原因を示しており、usucapio pro dote は pro dote (嫁資として) が、usucapio pro soluto は pro soluto (弁済として) が示している。そして、pro soluto について言えば、問答契約あるいは債権の遺贈に基づいている⁽⁷⁸⁾。

正当原因の説明を始めるにあたって冒頭で述べたとおり、使用取得も引渡しも正当原因を要する。しかし、引渡しの場合と異なり、使用取得の場合には証明の要求が緩和されており、場合によっては有効な原因 (causa) が存在することについての単なる信頼で足りるとされ、従って、ドイツの研究者のいう Putativtitel (誤想権原、想定の権原) で足りるとされるのである⁽⁷⁹⁾。ただし、使用取得の正当原因と引渡しの正当原因を同一視することについては問題視されており、売買においても使用取得の正当原因よりも引渡しのそれの方が厳格であったという指摘がなされている⁽⁸⁰⁾。

なお、上述の誤想権原についての問題はローマ法の使用取得を論ずるにあたっては一大論点であり、古典期ローマの学者間の見解の相違も激しいので、かなりの分量を割いて詳述する論稿も多い⁽⁸¹⁾。誤想権原の問題は、売買について言えば、買主が本当は存在しない売買を存在すると思い込んでいた場合に生じる。つまり、客観的には有効な売買契約が存在しない場合であり、買主は売買の存在につき錯誤に陥っている場合である⁽⁸²⁾。本稿はボナ・フィデース要件の意義、特に買主の立場から見たその意義を論じることを目的としている。従って、実際には存在しない取引行為・取得権原を存在すると思い込んでいた買主に関して、その保護を論じることは本稿の目的の範疇から外れるものとする。

なぜなら、売主の処分権限を信頼して取引に参加した者と異なり、客観的には存在しない有効な取引行為が存在したと思っ込んでいる者については、保護の必要性がそもそも低くなるし、また、買主保護云々をもって論ずべき主体ではないだろう。例えば我が国の民法でも、即時取得の要件として、譲渡人が無権利者であることを除いて瑕疵のない有効な取引であったことを要

⁽⁸³⁾
求している。

また使用取得の機能する場面としては、握取行為によって譲渡されるべき手中物を引渡しによって譲渡した場合も想定されており、この場合も売買自体に瑕疵がある場合にあたるということもでき、買主の保護を考慮するような問題ではないのではないかという疑問も生じうる。しかし、握取行為が欠けた場合にも売買は有効に成立していると考えてよいだろう。すなわち「債権的」には当事者の売買契約は成立しており、合意の下で引渡しによって譲渡されたため「物権的」に所有権移転の効果が認められない場合と考えられよう。こうした場合にも、有効な売買によって購入したにもかかわらず所有権が取得できない場合であるから、買主の地位を論じる意義はあろう⁽⁸⁴⁾ (古典期に至って手中物を単なる引渡しのみによって譲渡することが慣例化していたとすれば、なおさらである)。以上より、本稿では誤想権原の問題は論点との関係で必要なかぎりで触れるにとどまる。

買主としての使用取得については正当原因 (*iusta causa*) が売買であることは既に確認したが、最後にその売買の有効性の問題が残る。すなわち、正当原因があるというためには、「有効な」売買であったことが必要とされるか否かという問題である。そこで、この問題について古典期の法学者がどのように考えていたか知るため、学説彙纂の法文を確認してみる。以下の法文は、ユスティニアヌス帝時代の法典編纂委員によって、「買主としての使用取得 *usucapio pro emptore*」の項目に分類されている。すなわち、学説彙纂の41巻4章に置かれている法文である。まずは、原文のラテン語にできるだけ忠実に翻訳し、その意味内容を取りつつ解釈してみたい。

D. 41, 4, 2 pr. (Paulus libro 54 ad edictum) : Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo et si

putem me vendidisse et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.

学説彙纂41巻4章2法文首項(パウルス、告示註解54巻):「実際に購入した者は買主として占有する。そして、その者の考えにおいて自身が買主として占有していると思っているだけでは足りず、購入の原因が下地となる必要もある。しかし、私がそうする義務があると考えつつ、それを知らないあなたに引き渡すならば、あなたは使用取得するだろう。それでは、なぜ私が売ったと考えて引き渡すとすれば、あなたは使用によって取得しないのか。なぜなら、明らかに、他の契約においては以下の場合には引渡しの時期で足りる。つまり、他人の物であることを知りつつ私が問答契約する場合、引き渡された時にそれがその人の物だと考えているならば、私は使用取得するだろう。しかし、売買においては、契約がなされたその時期が考慮される。それゆえに、ボナ・フィデースで買ったことも必要であり、占有がボナ・フィデースで取得されたことも必要である。」

さらに、使用取得の正当原因(iusta causa)に関連する法文として多くの研究者が挙げている⁽⁸⁵⁾学説彙纂の法文を併せて参照することにする。

D. 41, 3, 48 (Paulus libro secundo manualium): Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum

esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.

学説彙纂41章3巻48法文 (パウルス、便覧2巻): 「そうする義務があると考えつつ私があなたに引き渡す場合、次のような場合にのみ使用取得が生じる。すなわち、あなたも義務があると思っている場合だけである。異なるのは、私が売却の原因に基づいて拘束されていると思い、それゆえ私が引き渡す場合である。なぜなら、この場合、購入が先行しなければ、買主として使用取得する余地がないからである。相違の原因は次のようなことにある。すなわち、他の原因においては弁済の時期が考慮され、次のようなことは関係がない。つまり、私が問答契約する時に他人の物であると知っていたか否かということである。なぜなら、あなたが弁済するときに、私があなたの物であると思っていたということだけで足りる。他方で、購入においては、契約された時期も弁済がなされた時期も考慮される。買わなかった者は買主として使用取得できず、そして他の契約におけるのと同様に、弁済された物として〔使用取得すること〕もできない。」

これらの法文はいずれも同じ法学者パウルスが残した見解であるが、非常に難解である。現に、多くの研究者が両法文を論旨不明、不明瞭な文章としている。⁽⁸⁶⁾ また、既に触れたように、本稿では誤想権原の問題には立ち入らないことにしているが、まさに誤想権原の問題が如実に出てくる法文である。加えて、これから特に次章で詳述するボナ・フィデース (bona fides) 要件の問題も出てきている。ここにおいてこの法文を参照する意図は、使用取得の正当原因として売買が必要であるとしても、その売買が有効である必要があるかという問題を解決するためである。従って、その問題の解決に資するかぎりでの法文の意義を読み解いてみることにする。とはいえ、上記の翻訳はできるだけ原典のラテン語に忠実に訳したものであるから、意味内容を

考えつつ、具体的に読み解く必要がありそうである。

まず、最初の法文の序盤は良いだろう。実際に購入した者が買主として占有する者とされ、「買主として占有している」と思っているだけでは不十分で、実際に売買という原因がなければならないという趣旨である。次に、引渡し義務があると思いついた者が、その事実につき善意の相手方に引渡しをした場合、相手方は使用取得できる。ところが、(実際には存在しない) 売買契約があったと思いついて引渡しをした場合、相手は使用取得できないという。理由として挙げられている箇所の「他の契約」は、単に「引渡し義務があると考えた」場合と「売ったと考えた」場合が対比されている趣旨からして、「売買契約以外」と読み替え可能である。

従って、それ以下の文章は次のような意味になる。売買契約以外の契約では、他人物であることについて悪意で契約をしても、引渡し時に「その人の⁽⁸⁷⁾物」=引き渡した者の物であると考えている場合、つまり、善意であれば使用取得可能ということになる。これは、契約時には他人物であり、引渡し時までに引き渡した者が所有権を取得していたと、受領者が信じた場合を想定しているのだろう。それに対して、売買契約の場合には、契約時に善意の判断がなされる。従って、契約時にもボナ・フィデースで契約し、取得時にもボナ・フィデースで受領することが必要となるという。もっとも、翻訳で「ボナ・フィデース」とカタカナ書きのままにしていることに疑問を抱くかもしれないが、後述のように、ボナ・フィデース=善意とするには検討の必要があり、ここではカタカナのままにしておく。

次に、二番目の法文について解釈してみよう。まず、譲渡人が引渡し義務の存在について思いついている場合において使用取得可能な場合を限定し、双方が共に引渡し義務が存在すると思いついている場合に限っている。しかし、売買を前提とした使用取得の場合、売却の原因=売買契約の存在が先行することを要求する。そして、最初の法文と同様、売買とその他の契約を区別する論旨から、「他の原因」は売買以外の原因と解せよう。そして、後半

の内容の趣旨は最初の法文の趣旨と類似したものと予想できる。

以上のような解釈を前提に、再び学説彙纂41巻4章2法文首項、そして学説彙纂41巻3巻48法文について、原典への忠実性を無視してかなりわかりやすく翻訳すると、次のようになるろう。:

学説彙纂41巻4章2法文首項 (パウルス、告示註解54巻):「実際に購入した者が買主として占有する者である。そして、自分が買主として占有していると心の中で思い込んでだけでは足りず、購入の原因が存在する必要がある。しかし、私に引渡し義務があると考えて、〔引渡し義務がないことについて〕善意のあなたに引き渡すならば、あなたは使用取得するだろう。それでは、なぜ私が売却したと思ひ込んで引き渡すならば、あなたは使用取得しないのか。なぜなら、明らかに、売買契約以外においては以下の場合には引渡しの時期に〔善意であれば〕足りる。つまり、他人の物であることを知って私が問答契約する場合、引き渡された時にそれが譲渡人の物だと考えているならば、私は使用取得するだろう。しかし、売買においては、契約の時期に〔善意〕が考慮される。それゆえに、ボナ・フィデースで買う必要があり、占有がボナ・フィデースで取得されたことも必要である。」

学説彙纂41巻3巻48法文 (パウルス、便覧2巻):「私に引渡し義務があると考えて私があなたに引き渡す場合には、あなたも〔私に〕引渡し義務があると思っている場合にのみ、使用取得できる。これと異なる場合は、私が売買原因に基づいて義務があると思ひ、そのために私が引き渡す場合である。なぜなら、この場合、購入が先立って存在しなければ、買主として使用取得する余地がないからである。相違の原因は次のようなことにある。すなわち、売買以外の原因においては弁済の時期が考慮され、私が問答契約する際に他人物であるを知っていたか否かは関係がない。なぜなら、あなたが弁済時に、私があなたの物であると思ひていたということでも十分である。他方で、購入においては、契約時にも弁済時にも考慮される。購入しなかった者

は買主として使用取得できず、そして売買契約以外と同様に、弁済された物として〔使用取得すること〕もできない。」

これら両法文は難解性が指摘されている通り、論旨が明瞭とは言えず、いくつか謎は残る。しかし、本稿のここでの論点は、買主としての使用取得の要件としての正当原因要件について、売買が有効であったことが必要とされたか否かである。その論点との関係で読み取れることに限定し、また、誤想権原の問題や bona fides 要件の問題にはあまり立ち入らないことは既に述べた。

パウルスは、誤想した売買契約に基づいた物の引渡しと、弁済を対置させている。そして弁済に対応する債務がなくても、使用取得が完成するためには、正当原因としては（双方が錯誤に陥ったために起こった）弁済の合意で足りると考えているようである。しかし、パウルスによれば、売買の場合には取得者の「思い込み」では足りず、購入の原因 (causa emptionis) が存在しなければならず、従って、売買契約が現実に存在し有効なものでなければならぬと⁽⁸⁸⁾考えているのだろう。両法文からは、売買を前提とした使用取得の場合と弁済や売買以外の契約の場合は区別され、少なくとも、売買の場合には有効な売買契約が正当原因として必要であり、その他の場合には有効な契約が存在していなくても存在を信じ込んでいけば足りるということが言え⁽⁸⁹⁾そうである。

ところが、ウルピアーヌスは、ケルススの見解について次のように伝えている。

D. 41, 3, 27 (Ulpianus libro 31 ad Sabinum): Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit,

quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit, idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

学説彙纂41巻3章27法文(ウルピアーヌス:サビーヌス註解31巻):「ケルススは34巻において次のような人たちは間違っていると述べる。すなわち、ボナ・フィデースでその物の占有を獲得した者は誰でも、自分に買われたあるいは贈与されたと信じていれば、買ったか否か、贈与されたか否かに関係なく、自身の物として使用取得できると考える人たちである。なぜなら、次のような場合には、遺贈された物としても、贈与された物としても、嫁資としても使用取得は効力がない。すなわち、何らの贈与、嫁資、遺贈もない場合である。そして同じことは訴訟の評価においても適用される。実際にある者が訴訟の評価に従わない場合、使用取得できないことになる。」

この法文は、ウルピアーヌスが法学者ケルススの見解を伝えているものである。ケルススは他の法学者の見解を誤りとして批判している。他の法学者のなかには、ボナ・フィデース要件を具備して占有していれば、贈与や売買の原因がなくてもその存在を信じていれば使用取得を認めるという見解があるようだ。しかし、ケルススは正当原因なくして使用取得が生じないと考えており、誤想権原を認めないと考えられるだろう。この法文からは古典期の法学者の間でも誤想権原の問題について見解の相違があったことが読み取れる⁽⁹⁰⁾。実際に、正当原因についても、無効な正当原因に基づく使用取得や、正当原因が欠ける使用取得を認めていると思われる法文が散見される⁽⁹¹⁾。

繰り返しになるが、本稿では誤想権原の問題については、必要な限りでしか立ち入らない。こうした古典期法学者の見解の相違は、誤想権原の問題をどのように考えるかという点に帰着するのだろう。しかしながら、誤想権原の問題になると見解の相違があるとしても、有効な正当原因が存在している場合をスタートラインとしていると考えてよいだろう。つまり、通常の基本

的な使用取得のパターンでは、有効な正当原因が要件として備わっていることが必要であり、その有効な正当原因の存在について誤想した場合の処理について見解の相違があると考えてよいだろう。すなわち、誤想の問題はイレギュラーなパターンであり、一般的な使用取得の問題については、有効な正当原因が存在することが前提となっていると考えられる。

以上より、買主としての使用取得が認められるためには、正当原因として売買が必要であり、かつ、原則としてその売買契約が有効なものであったことが必要となる。従って、売買契約の存在とその有効性を要求することによって、占有状態を所有権取得に向けられた占有に限定し、使用取得の可能性を制限する趣旨に出た要件ということができよう。なお、正当原因(iusta causa)の要件は bona fides の要件と関係しているとされており、その問題については bona fides について次章で詳述する際に触れることとし、ここではこれ以上立ち入らない。

(3) 占有

次に、上述④の要件、占有について述べようと思う。使用取得は「占有」を要件とするが、古くから言われているように、possessio あるいは usus⁽⁹⁴⁾こそ基本的な要件であり、使用取得の基礎である。この占有は自主占有(ドイツ法の Eigenbesitz)⁽⁹⁵⁾を指しており、瑕疵のない占有でなければならないとされる。すなわち、所有の意思を持った占有であり、かつ、暴力・秘密・容假(懇請)による占有であってはならない(nec vi nec clam nec precario)⁽⁹⁷⁾。

買主としての使用取得を中心的な課題とする本稿にあっては、売買を前提とした使用取得を第一に考えなければならない。先行して売買が存在している状態では、目的物の譲受人は当然売買を前提として占有していると考えられる。従って、譲受人は所有の意思を持って占有しているということは認められよう。

(4) 期間

最後に、上述⑤の要件、期間である。使用取得が認められるためには一定

期間の経過が必要である。通説的には、古典期の使用取得 (usucapio) も、12表法時代以来の *usus auctoritas* 準則の期間を起源として踏襲していたとされる⁽⁹⁸⁾。従って、土地につき2年、その他の物につき1年の占有という区分になる。つまり、使用取得しようとする対象物が土地の場合2年の期間が経過することが必要となり、対象物が土地以外の場合には1年の期間が経過することが必要となる。

また、「盗」、追放、戦争捕虜、法律行為上の譲渡など、事由の如何にかかわらず、占有を失った場合には、使用取得は中断するとされる (usurpatio)⁽⁹⁹⁾。例えば、学説彙纂に残されている文章において、ガーイウスは次のように述べている。

D. 41, 3, 5 (Gaius libro 21 ad edictum provinciale) : *Naturaliter interruptitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur vel alicui res eripitur. Quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interruptitur possessio, sed adversus omnes. Nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne: ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa.*⁽¹⁰⁰⁾

学説彙纂41卷3章5法文 (ガーイウス、属州告示註解21卷) : 「ある者が暴力によって排除され、あるいは物がある者から奪われる場合、自然に占有が中断される。そして、その状況では、奪う者に対してだけでなく、全ての者に対して占有は中断される。その状況では、〔占有を〕中断させた者が所有者であるか否かは全く関係がない。さらに、各々が自身の物として占有するか、無償の原因に基づいて占有するかすら関係がない。」⁽¹⁰¹⁾

上述のガーイウスの文章によると、物理的に占有から排除される場合には、占有が自然に中断するという。「自然に」というのは、おそらく物理的な観点と関連しており、客観的・事実的な占有を失った場合には中断が生じ

ると考えられよう。⁽¹⁰²⁾そして、中断が対世効を持ち、占有を中断させた主体や、中断された占有の原因についても関係がないとする。まさに、客観的・事実的な占有状態の有無のみに着目していると考えられよう。

以上より、使用取得が認められるためには、物理的に中断することなく、土地については2年、その他の物については1年の占有が継続することが必要となる。

(5) bona fides

最後に、上述③の要件 bona fides (ボナ・フィデース) について触れる。bona fides の意味内容については、現代の研究でも長い間ドイツ法の“guter Glaube”、すなわち、法学上の「善意」と同視されてきた歴史がある。⁽¹⁰³⁾周知の通り、法学用語の「善意」はある事実について「知らない」という意味で用いられる。⁽¹⁰⁴⁾

しかしながら、bona fides=善意という等式は、なにも現代になって突然現れてきた発想ではない。例えば、ローマ法の使用取得は、無権利者から物を買った場合においては、物を善意で (in gutem Glauben) 取得した者に認められると考えられてきた。すなわち、この場合の使用取得は、譲渡人が所有者ではなかったということを知らなかった者にしか認められないと考えられてきた。そして、史料にたびたび登場する概念“ボナ・フィデース (bona fides)”は、中世以来、譲渡人の所有権に対する取得者の“guter Glaube (善意)”として理解されてきたのである。⁽¹⁰⁵⁾

また、特に、ドイツ語で書かれたローマ法に関する文献について、次のようなことが言われている。すなわち、ローマ法の物権法分野では bona fides は「善意」を意味するが、債権法や手続法の分野での bona fides はそれと異なる概念を意味しているという見解が通説化しているとされる。そして、後者の分野では、特に誠意契約や誠意訴訟に関するかぎり、bona fides は信義誠実 (Treu und Glauben) を意味すると理解できるといえる。⁽¹⁰⁶⁾⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾

物権法の分野では、特に本稿で問題としている使用取得 (usucapio) に

関して、多数を占める見解は、ボナ・フィデース (bona fides) が目的物取得者の主観的な善意を意味しているとするものである。従って、多数説は、ボナ・フィデースが「譲渡人の所有者としての地位や処分権限に関する取得者の錯誤」を意味するものと考えている。Söllnerによれば、今日のこうした見解は、まずもって、一つの論文の見解を拠り所としているという。それは、本稿でもこれから扱う、1964年に発表された H. Hausmaninger の古典期ローマ法における使用取得占有者のボナ・フィデースに関する論文である⁽¹⁰⁹⁾。

確かに、管見の限りでは、bona fides = 「善意」説が通説化しているように思われる。現に、使用取得制度を論ずるにあたって、bona fides が善意を表すという前提で論を展開する文献が散見される⁽¹¹⁰⁾。他方で、基本的なテキストにおいても、ローマ法上の bona fides が今日でいう「善意」とは一致しないという指摘をするものがある⁽¹¹¹⁾。

はたして、「通説」の見解は正しいのであろうか。ボナ・フィデースが使用取得要件とされている以上、どのような見解をとるか決めなければならぬまい。そして、実際にボナ・フィデースが何を意味していたかを検討しなければならぬまい。本稿で特に問題としている買主の立場から見た場合には、ボナ・フィデース要件こそ使用取得が認められるために乗り越えなければならないハードルの一つだからである。ボナ・フィデース要件の持つ内容、あるいは機能によっては、買主にとって高いハードルが課されている可能性がある。従って、これから、ボナ・フィデースが有していた意味、またその要件が有していた機能を探ることになる。

上述の Söllner の指摘によれば、今日の使用取得要件の bona fides = 「善意」説は Hausmaninger の見解を拠り所としている。また、国内の研究者においても、Hausmaninger の研究を前提に論述するものがある。例えば、林論文 (1978年) は、「善意の内容については、ハウスマニンの研究にほとんど付け加えるものがない⁽¹¹²⁾」として、ボナ・フィデース要件が善意を意

味するという前提で論を進めている。さらに、宮坂論文(2011年)は、ボナ・フィデースに関して Hausmaninger の先行研究を「上回る研究は現わ⁽¹¹³⁾れていない」と指摘している。

こうした指摘に鑑みると、使用取得要件としての bona fides を論じるにあたって、Hausmaninger の先行研究は避けて通れまい。従って、以下においては、まず Hausmaninger の研究を俎上に載せて、Hausmaninger の見解を紹介しながら論評を加えつつ検討してみたい。

なお、所有者が手中物を引渡しによって譲渡した場合には bona fides 要件はほとんど意味を持たないという指摘⁽¹¹⁴⁾、あるいは、市民法上の所有者から単に引渡しによって譲渡を受けた法務官法上の所有者は bona fides 要件の具備を否定されないという指摘⁽¹¹⁵⁾がある。この事例においては、譲受人は市民法上の所有者にはなれないと知っている。つまり、本来ならば握取行為や法廷譲渡を用いて譲渡されるべきものと知りながら、合意の下で単なる引渡しにより目的物を譲渡されていることから、譲受人は適式な譲渡行為の要件を満たしておらず、市民法上の所有権を取得できないと知っているはずである。しかしながら、この事例においても、後述のように、決して bona fides 要件が不必要になるという趣旨ではないと考えられる。これについても bona fides の内容と深く関わってくるため、次章において述べることにしたい。

(1) 本稿で論を進めるにあたって、時代区分としての「古典期」が指しているのはアウグストゥスからディオクレティアヌスに至る元首政期である。Cf. Schulz, CRL, p. 1

(2) usucapio pro emptore は「買主としての使用取得」と訳される場合もあるし、その方が一般的であると考えられる。例えば、船田『ローマ法2』489頁参照。これに対して、林「使用取得(1)」、林「使用取得(2)」は、「買主のための使用取得」とする。

(3) ただし、松尾「所有概念」270頁は、「法曹法のレベル」ではなく「民衆法のレベ

- ル」では「実際には少なからず非権利者からの善意取得が認められていた」とする。
- (4) 林「使用取得 (1)」161-163頁
- (5) 以上、Kaser, RPR I, S.375
- (6) 別稿において改めて詳述するつもりであるが、使用取得制度が「取引の安全」の確保に奉仕したか否かという問題に関して、各研究者がいかなる立場をとっているかについて概略を記しておこうと思う。もちろん、全ての研究者の見解を網羅できているとは思わないが、立場を(示唆的にでも)示している主要な研究者の見解を分類すると以下になると考える。【取引の安全肯定説】Kaser (Vgl. Kaser, RPR I, S. 375; Kaser/ Knütel, S. 139)、Kunkel (Jörs/ Kunkel/ Wenger, Römisches Recht, Dritte Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, S. 126, Anm. 6; <Kunkel 執筆部分であることについて比較のため> Vgl. Jörs, P.: Römisches Recht : Geschichte und System des römischen Privatrechts, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1927, S. 85)、Lübtow (von Lübtow, U.: Hand wahre Hand – Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin-Frankfurt a. M., 1955, S. 121f)、Hausmaninger (Hausmaninger, Bona fides, S. 39f)、林信夫 (<usus auctoritas 準則につき> 林「使用取得 (1)」193-197頁; 林「使用取得 (2)」317頁以下)、Söllner (Söllner, A.: Einführung in die römische Rechtsgeschichte, Zweite überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1980, S. 53) 【取引の安全否定説】Schulz (Schulz は、ローマ人にとって既得権の安全が最重要であるとし、使用取得制度の存在を前提としながらも、取引の安全保護システムの存在自体を否定している。Vgl. Schulz, Fritz.: Prinzipien des römischen Rechts, Duncker und Humblot, Berlin, 1954, S. 171; <翻訳版として> フリッツ・シュルツ (眞田芳憲、森光訳) 『ローマ法の原理』(中央大学出版部、初版、2003) 280頁; <その他特に「盗概念」によって使用取得が制限されたことについて> Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 105, 169; <使用取得期間による負の要因につき> Cf. Schulz, CRL, pp. 355-356)、松尾弘 (松尾「所有概念」270、293、349頁参照) 【権利安定化説】津野義堂 (津野説は、取引の安全までは至らないが、法権利の安定を図る法政策的配慮と考える。津野義堂「古典期ローマ法において非所有者から二重に売られて二重に引渡された物がウースーカピオによって所有権取得されウースーカピオ占有中に失われた占有がプーブリキアーナによって回復される法理のオントロ

ジー」比較法雑誌37巻4号《日本比較法研究所、2004》19-20頁参照)【折衷説】
Diódsi (Diódsi 説は、使用取得制度が動的安全・静的安全のいずれの要請をも満たすように設計されているとする立場である。Cf. Diódsi, *Ownership*, pp.144-148)
 なお、本稿においては原典を直接用いたが、翻訳版として、ディオズディ, G.Y. (佐藤篤士他訳)『ローマ所有権法の理論』(学陽書房、初版、1983)が参照可能である。最後に私見を述べるならば、筆者は、特に買主としての使用取得 (*usucapio pro emptore*) に注目すると、使用取得制度が「取引の安全」の確保に奉仕したという「多数説」の立場には懐疑的である。

(7) 谷口『ローマ所有権』1頁

(8) 以上、Cf. Diódsi, *Ownership*, p.135. 同様な指摘をするものに、吉野悟『ローマ法とその社会』(近藤出版社、初版、1988) 143-144頁

(9) Vgl. Kaser/ Knütel, S.128

(10) 以上、Vgl. Kaser, *RPR I*, S. 373. なお、プーブリキウス訴権は、紀元前67年にプラエトルだったクイントゥス・プーブリキウス (Quintus Publicius) によって紀元前1世紀に発案されたものだという説が多数説であろう。以上、Kaser, a. a. O., S. 438 Anm. 2; 谷口『ローマ所有権』174頁注3参照; 林「使用取得(2)」284頁注8; Broughton, T. R. S.: *The Magistrates of the Roman Republic*, Vol. 2, The Press of Case Western Reserve University, Cleveland, 1968, p. 143. しかし、その性質については謎が多い。当然、ローマ法の研究者の間でもプーブリキウス訴権の性質については激しい議論が交わされてきた。Diódsiの言を借りれば、プーブリキウス訴権は「ローマ法研究の永遠の課題の一つ (one of the everlasting problems of romanistic researches) である (Diódsi, *Ownership*, p. 154)。」プーブリキウス訴権については論点も多く、本稿において詳述するのは不可能であると考えため、別稿に譲る。

(11) 本稿において学説彙纂の翻訳を作成するにあたっては、以下の各国語訳を適宜参照した。【旧独訳】Otto/ Schilling/ Sintenis: *Das Corpus Iuris Civilis (Romani)*, Scientia Verlag Aalen, 1984. 【新独訳】Behrends, Okko/ Knütel, Rolf/ Kupisch, Berthold/ Seiler, Hans Hermann: *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, Bd. 2~4, C. F. Müller, Heidelberg, 1995~2005. 【蘭訳】Spruit, J. E./ Feenstra, R. / Bongenaar, K. E. M.: *Corpus iuris civilis : tekst en vertaling*, Walburg Pers, 1994~. 【仏訳】Hulot, H./ Berthelot, J. H./ Tissot, P. A./ Bérenger Fils, A.: *Corpus de Droit Civil Romain en Latin en Français*, Tom 6,

- Scientia Verlag Aalen, 1979. 【英訳】 Scott, S. P.: The Civil Law - Including the Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo -, from the edition of 1932, AMS Press, New York, 1973. 【英訳】 Watson, A.: The Digest of Justinian, Vol. IV, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania, 1985. 【和訳】 江南義之『「学説彙纂」の日本語への翻訳Ⅱ』(大学図書、1992)。その他の言語の翻訳版(スペイン語など)については、筆者の言語能力に限りがあることから、参照できなかった。
- (12) praetorum は複数属格であるが対象属格のようにとらえ、完了分詞 nominatum の不定形 nominare は「～という表現で呼ぶ」というニュアンスととらえた。Vgl. Heumann/ Seckel, S. 370
- (13) 以上、Cf. Nicholas, Roman Law, pp. 19-24
- (14) 以上、宮坂「物の引渡し」308頁参照。
- (15) 以上、Vgl. Kaser, RPR I, S. 374
- (16) ラテン語原文は FIRA II, p. 58による。なお、翻訳にあたっては、佐藤篤士 監訳(早稲田大学ローマ法研究会訳)『ガイウス 法学提要』(敬文堂、初版、2002)も参照した。以下の Gai. についても同様である。
- (17) Berger, p.528; 松尾「所有概念」227頁注3。なお、Nicholas は、「自然法と万民法は同じ思想の二つの異なる側面を示している」という。Nicholas, Roman Law, p. 55
- (18) こうした「通説」は近年では説得力を失い、プラエトル職増員につき軍事的・政治的要因を挙げる説が有力となりつつある。学説の動向につき、原田俊彦「ローマ共和政初期における公職の裁判権力について—対物訴訟の場合—(1)」早稲田法学89巻4号2頁以下(早稲田大学法学会、2014)参照
- (19) 通商権を有する非ローマ市民を指す。
- (20) 以上、万民法の形成につき、Cf. Berger, p. 528; 林「使用取得(2)」276-277頁参照。
- (21) 以上、谷口『ローマ所有権』1-2頁参照
- (22) 林「使用取得(1)」190頁参照
- (23) Cf. de Zulueta, F.: The Institutes of Gaius, Part II, Commentary, Clarendon Press, Oxford, 1967, p. 1
- (24) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 54

- (25) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 141
- (26) 「手中物」・「非手中物」という翻訳はやや不正確というきらいもある。例えば、*res mancipi* という原語を生かし「マンキピ物」と翻訳するという手段もある。例えば、津野義堂『法務官法上の所有権』のオントロジー 比較法雑誌42巻4号 1-35頁(日本比較法研究所、2009)参照。しかし、本稿においては我が国のローマ法学の伝統に従い、旧来の翻訳に依拠して、便宜上「手中物」・「非手中物」とした。
- (27) 谷口『ローマ所有権』2頁。なお、谷口『ローマ所有権』では法廷譲渡は「法廷譲与」とされ、船田『ローマ法2』では「法廷譲歩」、松尾「所有概念」では「法廷承認」と表記されている。
- (28) 以上、Cf. Brégi, *Droit romain*, p. 53
- (29) 以上、Gaudemet/ Chevreau, *Droit privé romain*, p. 222
- (30) ラテン語原文は FIRA II, p. 31による。
- (31) Nicholas によれば、『イタリアの土地』とは厳密にはローマ市民の所有権に服しうる土地であり、ゆえに元々はローマの土地だけだった。ローマ市民権が拡大すると、ローマ市民の所有権に服しうる土地は、イタリア(半島)全域を含みまで拡大した。その後、いくつかの特権的なコミュニティの土地が *ius italicum* の承認によってイタリアの土地のように扱われたことを除けば、不合理にも拡大は停止した。」Nicholas, *Roman Law*, pp.105f. n.4. イタリア権(*ius italicum*)とは、「プリニウスに初出の述語」であり、「土地法上イタリアの土地、すなわち支配共同体の母地…と同等に扱われる権利」である。弓削達『ローマ帝国の国家と社会』(岩波書店、初版、1987) 24頁
- (32) *mancipium* は法学的な用語としては初期のものに属する。人や物に対する支配の概念を表す曖昧なものだったが、後には様々な用法が示される。握取行為(*mancipatio*)もその一つであろう。もちろん、手中物(*res mancipi*)にもその連想が反映されている。また、*personae in mancipio* は、他権者養子縁組(*adoptio*)や家父権免除(*emancipatio*)や加害者委付(*noxae deditio*)にともない握取行為によって他人に「譲渡」される自由人という意味している。以上、Cf. Berger, p. 574. 船田によれば、妻に対する家父権は夫権(*manus*)、子孫に対するものは *patria potestas* として考えられるようになり、妻や子孫以外の、何らかの原因で家族に入り家父権に服する自由人に対するものは、これらと区別して手権(*mancipium*)と呼ばれたという。以上、船田『ローマ法2』84頁参照

- (33) ただし、佐藤『法学提要』(注16) 33頁は、*praedia urbana* を「都市ローマの土地」、*praedia rustica* を「地方の土地」と翻訳しており、地域的な区分であるかのように読めるが、Berger (注34) によれば、機能的な区分である。前者は「建築用地または建物のある土地」で、後者は「農業用地」であり、「土地のある場所も標準とはされるけれども、…この区別を市街地と田舎の土地との区別と考えるべきではない。」船田『ローマ法2』326頁本文及び注1
- (34) 以上、Berger, p. 642
- (35) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 113, 164
- (36) 林信夫「ローマ私法史研究における客観的要因と主観的要因 —小菅芳太郎氏のご教示に接して—」専修大学法学研究所紀要6号〔民事法の諸問題Ⅱ〕125-152頁(専修大学法学研究所、1980) 138頁注5は、手中物を「共同体にとって重要な財貨」と定義する。これは、Kaser が、手中物をローマの「古い農村時代において最も価値の高かったもの (sie im bäuerlichen Zeitalter die wertvollsten Güter waren)」とすることへの批判でもある。Vgl. Kaser/ Knütel, S. 113. 「共同体にとって重要な財貨は多くの場合高価でもあるが」、逆が成り立つとは限らないので、Kaser の分類は「不明確」であるという。「貴金属は手中物でない」からである。
- (37) 以上、Cf. Brégi, Droit romain, p. 55
- (38) *hominem* は *homo* の対格で、通常であれば一般に人を指すが、売買の対象物であることから奴隷と翻訳すべきであろう。
- (39) ラテン語原文は FIRA II, p. 31 による。
- (40) 以上、握取行為の手續につき、船田『ローマ法2』455-456頁；広中俊雄『広中俊雄著作集1 契約とその法的保護』(創文社、初版、1992) 114頁；吉野『ローマ法とその社会』(注8) 120頁；林「使用取得(1)」186-187頁；佐藤『法学提要』(注16) 33頁
- (41) Berger, p. 532
- (42) Söllner, Bona fides, S. 21. その他、握取行為の象徴化については、谷口『ローマ所有権』14-16頁参照。なお、林信夫論文(1978年)は、これを「ローマ内部における形式主義の崩壊の一つを示すもの」とする。林「使用取得(1)」190-191頁
- (43) 広中『契約とその法的保護』(注40) 136頁は、銅衡行為(握取行為)が紀元前4世紀中葉以降の貨幣制度の整備と共に実質的意義を失ったとする。
- (44) 以上、握取行為の二次的効果について、船田『ローマ法2』464-465頁参照。また、Vgl. Kaser/ Knütel, S. 52. なお、握取行為の効果としての追奪担保責任の性

質については争いがある。それについては、谷口『ローマ所有権』17-46頁参照。Kaserをはじめ通説的には不法行為責任説のようである。また、Söllnerも同様である。売買目的物の追奪によって、譲渡人が売買代金として引き渡された銅片を受領していることから、非現行盗(furtum nec manifestum)を犯したことを意味するという。その不法行為について譲渡人は、『法学提要』3,190に伝わるように、12表法に基づいて、盗んだ財産の2倍の価値の責任を、従ってこの事例では譲渡人によって不法に取得された売買代金の2倍額の責任を負ったとする。Vgl. Söllner, Bona fides, S. 20f.

- (45) Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 400. なお、Schulzは、ususが古共和政期において possessio を意味していたとする。Cf. Schulz, CRL, p. 355
- (46) ただし、Brégiは、usus capereで「取る (prendre)」、より正確には「使用をつかむ (tenir l'usage)」であるという。Cf. Brégi, *Droit romain*, p. 166
- (47) 嫁資(dos)とは、主に新婦の父親から新郎に交付される物で、持参金の意味がある。通常は婚姻締結の前に渡されるが、事後でも可能である。古典期法では夫が嫁資の所有者となるが、離婚の際には妻やその相続人たちに返還することを要した。Cf. Berger, p. 444
- (48) 以上、Vgl. Bauer, Karen.: *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht –und die Ersitzung im BGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, S.11
- (49) 使用取得制度が登場する以前には、いわゆる usus auctoritas 準則と呼ばれる制度の時代が存在したと考えられている。しかしながら、本稿は使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義について述べるのが主たる目的である。また、usus auctoritas 準則を巡っては様々な論点があり、その内容を概略的に把握するのにも困難が伴う。論述の範囲やスペースも限られているので本稿では触れない。usus auctoritas 準則の内容や詳細な論点については、次の文献を参照されたい。谷口『ローマ所有権』47頁以下
- (50) 以上、Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 401
- (51) Vgl. Bauer, *Ersitzung und Bereicherung* (注48), S. 11f.
- (52) Nicholas, *Roman Law*, p. 122
- (53) Hausmaningerは、譲渡人の行為能力が欠ける場合として関係法文を挙げながら順次事例を検討している。そこで挙げられているのは、例えば、mulier(婦女)、pupillus(未成熟者)、furiosus(精神錯乱者)、prodigus(浪費者)、heres suspectus(疑いをかけられた相続人)である。Vgl. Hausmaninger, *Bona fides*, S.

13-41. なお、今日では「精神錯乱者」という表現はやや不適切な表現かもしれないが、我が国のローマ法学の慣例に従い、この表記を用いた。

- (54) 例えば、「売却され引き渡された物の抗弁 (exceptio rei venditae et traditae)」が考えられる。D. 21, 3, 1 pr. (Ulpianus libro 76 ad edictum): Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum. 学説彙纂21巻3章1法文首項 (ウルピアーヌス、告示註解76巻): 「マルケルスは次のように書いている。あなたが他人の土地を売り、その後、自分の物となったと訴えた場合、この抗弁によって正当に防御されるべきである。」「売却され引き渡された物の抗弁」は、自分が所有者だと主張する原告に対する、被告の抗弁である (Cf. Berger, p. 460)。この学説彙纂の法文の事例では、他人物の売主、すなわち無権利者が後に買主に対して所有物返還訴訟を提起した場合が想定されている。しかしながら、この抗弁が適用されるのは売主が売買の際に無権利者であった場合にとどまらない。例えば、手中物 (res mancipi) を握取行為 (mancipatio) や法廷譲渡 (in iure cessio) によらず単なる引渡し (traditio) で譲渡した場合、適度な譲渡要件を満たしていないため、売主が市民法上の所有者であっても、買主は市民法上の所有権を取得することができない (Vgl. Kaser, RPR I, S. 403)。従って、売主は依然として市民法上の所有者であり、買主に対して所有物返還訴訟を提起できる (Vgl. Kaser, a. a. O., S. 403; 林「使用取得 (2)」282頁参照)。しかし、買主に対して目的物を買った当の本人である売主が、依然として市民法上の所有者であることを理由として、買主に対して所有物返還請求訴訟を提起することは「明らかに不合理 (前掲林283頁)」であり、「公平の見地 (谷口『ローマ所有権』172頁)」から許されるべきではないだろう。それゆえに、無権利の売主から買った場合に限らず、手中物を買って市民法上の所有者である売主から引渡しによって譲渡された買主も、売却され引き渡された物の抗弁を利用して保護されると考えられている (Kaser, a. a. O., S. 439)。結局、この抗弁が機能する場面は代表的な二つの場合として整理できるだろう。第一に、手中物の市民法上の所有者Xが買主Yに手中物を売り引渡しによって譲渡した。XはYに対して所有物返還請求訴訟を提起した。第二に、無権利者Xが手中物あるいは非手中物を買主Yに売り引渡しによって譲渡した。Xはその後 (例えば目的物の所有者の相続人になることによって) 目的物の市民法上の所有権を取得した。XはYに対して所有物返還請求訴訟を提起した。第一の場合、第二の場合、いずれの場合でもYはXの所有物返還請求訴訟に対して、売却され引き渡された物の抗弁で防御できる。以上、Cf. Schulz, CRL, pp.

377f.; Vgl. Jörs/ Kunkel/ Wenger (注6), S. 143. 既述の通り、譲渡人(売主)が市民法上の所有者であろうと無権利者であろうと、手中物が握取行為によって譲渡された場合に、その手中物が譲受人(買主)から追奪されたとすれば、買主は売主に対して追奪担保訴権(*actio auctoritatis*)をもって代金の2倍額を請求できる(Vgl. Kaser, a. a. O., S. 554)。従って、手中物が握取行為によって譲渡された場合には、売主の無資力というリスクを負うことにはなるが、少なくとも買主が全く保護されず「泣き寝入り」ということはない。

(55) Cf. Nicholas, *Roman Law*, pp.125ff.; Cf. Watson, Alan.: *Roman Law & Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens and London, 1991, p. 47

(56) Cf. Nicholas, *ibid.*, p. 125. なお、Nicholas は、法務官法上の所有者は所有者を含む万人に対して保護され、*bona fide possessor* は所有者を除く万人に対して保護されたとする。

(57) Vgl. Kaser, *RPR I*, S. 136

(58) Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 401. 同じく、Gaudemet/ Chevreau も、悪魔の証明(*prevue diabolique*)を免除されるので所有者自身にとっても有益であるとする。Cf. Gaudemet/ Chevreau, *Droit privé romain*, p. 239

(59) 以上、Cf. Biondi, *ibid.*, p. 401

(60) Gaudemet/ Chevreau, *Droit privé romain*, p. 239; Cf. Biondi, Biondo.: *Istituzioni di DIRITTO ROMANO*, Quarta Edizione, Ampliata ed Aggiornata, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1965, p. 263

(61) さしあたり、5要件説を前提とするものとして、Biondi, *Istituzioni* (注60), pp. 264-268; Hausmaninger/ Selb, *RPR*, S.154-156; Kaser/ Knütel, S. 146-147; Kaser, *RPR I*, S.418-423; Nicholas, *Roman Law*, pp.122ff.; Thomas, J. A. C.,: *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, pp. 158-163; クリンゲンベルク、ゲオルグ(瀧澤栄治訳)『ローマ物権法講義』(大学教育出版、2007)70-72頁; 船田『ローマ法2』487-500頁; 吉野悟『ローマ所有権法史論』(有斐閣、初版、1972)92頁

(62) Cf. De Koninck, Constant.: *Beknopte Encyclopedie van het Romeinse Recht*, Maklu Uitgevers, Antwerpen, 2000, p. 443; Vgl. Kaser/ Knütel, S. 146; Cf. Thomas, *ibid.*, p. 163; 宮坂渉「盗品 *RES FURTIVAE* の使用取得 *USUCAPIO* の禁止と権力下への復帰 *REVISIO IN POTESTATEM*」早稲田法学会誌61巻1号

- (早稲田法学会、2011) 246頁参照
- (63) Pool, Eric.: Zur Bedeutung und Stellung der „CAUSA“ im System klassischer Ersitzungsvoraussetzungen, *Ius Romanum et orbis iurisprudentiae universalis. Studia in honorem Vieslai Litewski*, 2003, S. 59
- (64) 以上、Vgl. Pool, a. a. O., S. 38
- (65) 以上、Vgl. Pool, a. a. O., S. 38f.
- (66) Pool, a. a. O., S. 39
- (67) Pool, a. a. O., S. 59
- (68) Kaser/ Knütel, S. 146
- (69) 以上、Cf. Brégi, *Droit romain*, p. 168
- (70) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel, S. 113
- (71) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel, S. 112f.
- (72) Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154
- (73) Vgl. Schulz, *Prinzipien* (注6), S. 105, 169
- (74) Cf. Thomas, *Textbook* (注61), p. 159; Vgl. Schulz, *Prinzipien*, S. 169; 宮坂「盗品の使用取得禁止1」(注62) 252頁以下; 船田『ローマ法2』488頁
- (75) Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 155
- (76) Gaudemet/ Chevreau, *Droit privé romain*, p. 240
- (77) 船田『ローマ法2』489頁参照
- (78) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel, S.146. なお、Bauerによれば、「使用取得の正当原因」は「法秩序によって承認された取得原因についての合意」の下での物の引渡しが行われることが必要である。従って、引渡しなくして「使用取得の正当原因」は存在しない。買主としての使用取得の *pro emptore* というタイトルは、物が売買契約に基づいて買われた物として引き渡されることによって初めて成り立つということになる。Vgl. Bauer, *Ersitzung und Bereicherung* (注48), S. 41f.
- (79) Kaser, RPR I, S. 412
- (80) 宮坂「物の引渡し」285頁以下、特に288頁以下参照。同様に、吉野『ローマ所有権』(注61) 96頁は、使用取得の正当原因と引渡しの正当原因を同一視することに問題があるとし、「史的にも個々の『原因』に差があり、また構造的にも差がある」とする。また、引渡しの正当原因に関する論争につき、松尾「所有概念」285頁以下参照
- (81) 例えば、Vgl. Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 54ff.; Mayer-Maly,

Theo.: Das Putativtitelproblem bei der Usucapio, Hermann Böhlaus Nachf., Graz-Köln, 1962

- (82) 通説的には、法の錯誤があれば使用取得できないという原則、そして、錯誤の許容可能性に関しては通常問題とならないという原則があったと考えられている。従って、取得者が当該欠缺を知っていたか否かということが問題となるのであり、取得者が当該欠缺を知らなければならなかったか否かということが問題となるのではない、とされる。さらに、こうしたことから、オーストリア民法との違いが指摘されている。以下は、ABGB（オーストリア一般民法典）326条第1文である。“Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer, ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre.”「蓋然性のある原因に基づいて、自身が占有している物を、自己のものとみなす者は、善意の占有者である。悪意の占有者とは、自身の占有状態にある物が他人に帰属していることを知っている者、または状況からそのことを推測しなければならない者である。」Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 156
- (83) 我妻・有泉・清水・田山『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』（日本評論社、第4版、2016）411頁参照
- (84) なお、林「使用取得（1）」174-175頁は、この類型を、「『取引の安全』との関わりで論ぜられる性質のものではなく、むしろローマにおける形式主義の崩壊との関わりで議論されるべきものである」と考えている。
- (85) さしあたり、谷口『ローマ所有権』126頁；宮坂「物の引渡し」287頁以下；松尾「所有概念」275頁、280頁注11参照。Vgl. Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S. 67; Vgl. Jörs/ Kunkel/ Wenger (注6), S.128 Anm. 13
- (86) 谷口『ローマ所有権』128頁；宮坂「物の引渡し」288頁；松尾「所有概念」280頁注11参照。なお、前掲谷口論文は、古典期の特徴たる「論旨の明快さを欠いた」古典期以降の時代の文章である可能性を指摘するが、「本質においては古典期のもの」と異ならないと言われている点も指摘している。前掲谷口128頁参照。
- (87) なお、上記翻訳では9行目以下で「その人の物だと考えている」としたが、「あなたのもの」とする翻訳がある。谷口『ローマ所有権』127頁；宮坂「物の引渡し」287頁参照。これはその前の事例との関係で「あなた」と「私」の間の設例がなされているため、意識したものと考えられる。すなわち、原典では“illius esse”と

されているため、直訳すれば「かの者の物である」ということになるので、「あなた」や「私」以外の第三者であるが、設例とその理由づけという文脈上、「あなた」と解した方がわかりやすい。

(88) 以上、Vgl. Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S. 68

(89) 宮坂「物の引渡し」288頁参照。なお、松尾「所有概念」280頁は、売買と弁済やその他の問答契約が区別された理由について、弁済や問答契約は「それ自体がさらに様々な原因に基づいて同一当事者間で行われる可能性があるので、個々の特定の原因が存在していなくとも、弁済や問答契約が一般的に存在すると信じられていれば足りる一方、引渡しの時点までそのように信じられていなければならない、と意識されたのに対して、売買では、同一の目的物について、ある一つの原因が実際には存在しなくとも別の原因に基づいて売買が行われる、という可能性が比較的小さいことから、すでに契約締結の時点において、売買の原因の現実的な存在が必要である、と意識されたのであろうか」と予想する。

(90) Behrendsによれば、プロクルス学派は誤想権原を認めることを拒絶する。誤想権原の認容は古典期前の体系の影響であるという。Vgl. Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 32f.

(91) Vgl. Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S. 54ff.

(92) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 146

(93) Bignardiによれば、パウルスをはじめとするセウェルス朝期の法学がいわば学説の推敲や長い歴史の到達点であるが、ボナ・フィデースに関してはいくつかの「不一致」が見られるという。事実、ボナ・フィデースが負っていた機能については混乱が見られ、こうした「不一致」については正当原因 (iusta causa) の基準を補助する機能の名残であると考えることで「部分的」には克服できるという。Cf. Bignardi, Alessandra.: Brevi considerazioni sulla funzione della buona fede nell' "usucapio", in particolare nel pensiero di Paolo, Il ruolo della buona fede oggettiva nell' esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. 1, CEDAM, Padova, Venezia, Treviso, 2003, pp. 209f.

(94) Biondi, Istituzioni (注60), p. 264

(95) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 146

(96) 船田『ローマ法2』488頁

(97) Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154

- (98) さしあたり、Biondi, *Il Diritto Romano*, pp. 400f.; Diódsi, *Ownership*, p. 147; Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154; 林「使用取得(2)」313頁。なお、12表法6表3は次のように再構成されている(Vgl. Kaser, RPR I, S. 135)。Lex XII Tabularum VI, 3: **USUS AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM, CETERARUM RERUM ANNUS ESTO**。12表法6表3:「土地の *usus auctoritas* は2年間、その他の物の [*usus auctoritas*] は1年間であれ。」この再構成に用いられている史料として挙げられるものは、次の3つ、すなわち、キケロー『トピカ』4, 23、キケロー『カエキーナ弁護』19, 54、ガーイウス『法学提要』2, 42である。これらの史料についてはいずれも信憑性が高く、12表法期の法文を正確に伝えているものとされている(谷口『ローマ所有権』49頁)。
- (99) Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154f.
- (100) *alicui* は不定代名詞 *aliquis* の与格であるが、これは *eripere* という動詞の用法で、与格の者から対格の物を奪うという使い方によるものと考えられる。従って、*alicui* は対象物の占有者を表し、占有を奪われる者を指している。
- (101) *lucrativa causa* は、直訳すれば「利益的原因」であるが、対価的な支出なしに占有していることだと考えられる。Cf. Berger, p. 383
- (102) 船田『ローマ法2』488頁参照
- (103) Vgl. Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 78
- (104) Bignardiによれば、ローマの法文でボナ・フィデースが「他人の権利を侵害することを知らない」者の状況を指すという、ネガティブな表現で表されたことは、ローマの法学者たちによって意図的に考案されたものであるという。実際に表れた効果は「立証責任の転換」であると述べる。すなわち、使用取得占有者には占有の原因 (*causa usucapionis*) またそのような権利を構成する事実の立証責任が負わされ、他人の権利を「知っていること」につき使用取得を争う相手方当事者が立証責任を負ったのだという。Cf. Bignardi, *Brevi considerazioni sulla funzione della buona fede nell' "usucapio"* (注93), pp. 212ff.
- (105) 以上、Vgl. Söllner, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten*, S. 374
- (106) 誠意契約 (*contractus bonae fidei*) は誠意訴訟を提起できる古典期の契約であるが、この用語自体はユスティニアヌス帝時代にできた。全ての諾成契約と要物契約が含まれる。Cf. Berger, p. 414
- (107) 誠意訴訟 (*iudicia bonae fidei*) は契約に関する訴訟であって、方式書に「ボナ・フィデースに基づいて (*ex fide bona*)」という条項が入る。それにより審判人

- (judex) は、争われている問題について信義の原則に則って判決する権限が与えられる。すなわち、被告が原告に対して何を支払うか評価する権限が与えられる。この訴訟は諾成契約や要物契約に基づいている。Cf. Berger, p. 520
- (108) 以上、Vgl. Söllner, Bona fides, S. 1
- (109) 以上、Vgl. Söllner, a. a. O., S. 1 f.
- (110) さしあたり、Brégi, Droit romain, pp. 170f.; Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 155f.; Honsell/ Mayer-Maly/ Selb: Römisches Recht, 4. Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, New York- London- Paris- Tokyo, 1987, S.178; Jörs/Kunkel/ Wenger (注6), S. 136; クリンゲンベルク『ローマ物権法講義』(注61) 70-71頁; 林「使用取得(2)」308頁以下; 船田『ローマ法2』492頁以下。また、Gaudemet/ Chevreau, Droit privé romain, p. 240は、ボナ・フィデース要件 (la bonne foi) を法の道徳化を示すものと考えているが、内容は「正当原因の存在に対する信頼と真の所有者から取得したという確信」と解しているので、ボナ・フィデースを「善意」と考える系統に属するだろう。
- (111) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 147. Kaser/ Knütel は、BGB932条2項や937条2項の「善意」とは一致しないと指摘する。BGBの兩条文は以下のようなものである。932条2項: “Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.” 「その物が譲渡人に帰属していないことを取得者が知っている場合、または重過失のために知らない場合、その取得者は善意ではない。」937条2項: “Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht.” 「取得者が自主占有の取得の際に善意でない場合、または後に所有権が取得者に帰属していないことを知った場合、取得時効は排除される。」また、ローマ法の bona fides がドイツ法の善意の模範とされたことを指摘する。
- (112) 林「使用取得(2)」308頁
- (113) 宮坂「盗品の使用取得禁止1」(注62) 269-270頁注6
- (114) Cf. Nicholas, Roman Law, p. 123. しかし、第2章で述べるように、この見解は不正確であろう。ボナ・フィデース要件の意味がないのではなく、ボナ・フィデースが認められるため問題にならないが正しい。他に、この事例ではボナ・フィデース要件が「非常に緩やかに適用される」という指摘がある。前掲クリンゲンベル

ク『ローマ物権法講義』(注61) 71頁参照
(115) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 147