

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）——

松尾 弘

* 文献略号表

はじめに

一 ローマ法における所有概念

1 ローマ法と社会的基礎

2 ローマ法における所有概念

二 ローマ法における所有物譲渡の諸方法

——所有物の帰属関係確認から所有物譲渡へ——

1 概観

2 法廷承認 (in iure cessio)

3 握取行為 (mancipatio)

4 引渡 (traditio) の体系

三 ローマ法の所有物移転における当事者の「意思」の効果

1 概観

2 条件、期限および付随的合意の効果

3 錯誤、詐欺、強迫および未成年者等による譲渡行為の効果

4 付論——法規違反または習俗違反の譲渡行為の効果——

つづひ

* 〈文献略号表〉(アルファベット順)

本稿において、以下の略号は、それぞれ併記のもの(∴以下)に対応する。

BIRKS (ed.), *New Perspectives*:

Peter BIRKS (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas* [1989, Oxford Clarendon Press].

BUCKLAND, *JRL*:

W. W. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* [3rd ed., 1966, Cambridge University Press].

C:

Codex Iustinianus, in: *Corpus Iuris Civilis, Volumen Secundum, Codex Iustinianus* [recognovit et retractavit Paulus KRUEGER, Nachdruck der 11. Aufl., 1954, 1989, Weidmann].

D:

Digesta, in: *Corpus Iuris Civilis, Volumen Primum, Digesta* [recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, 24. Aufl., Nachdruck der 17. Aufl., 1963, 1988, Weidmann].

DIÓSDI, *Ownership*:

György DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* [AKADÉMIAI KIAD, 1970] (佐藤篤十・西村隆著・谷口貴都訳『ローマ所有権法の理論』[学陽書房、一九八三年]) .

船田一、II:

船田享一『ローマ法』(岩波書店、第一巻・改版・一九六八年、第二巻・改版・一九六九年)。

Gai:

GAIUS, *Institutiones* I ~ IV, in: *The Institutes of Gaius* [translated by W. M. GORDON and O. F. ROBINSON with the Latin text of Seckel and Kuebler, 1988, Cornell University Press].

HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR:

Heinrich HONSELL = Theo MAYER-MALY = Walter SELB, *Römisches Recht* [4. Aufl., 1987, aufgrund des Werkes von Paul JÖRS = Wolfgang KUNKEL = Leopold WENGER].

Inst.:

Institutiones, in: *Corpus Iuris Civilis, Volumen Primum, Institutiones* [recognovit Paulus KRUEGER, 24. Aufl., Nachdruck der 17. Aufl., 1963, 1988, Weidmann].

JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR:

Paul JÖRS=Wolfgang KUNKEL=Leopold WENGER, *Römisches Recht* [2. Aufl., 1935, Springer Verlag].

KASER, EB:

Max KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* [2. Aufl., 1956, Bohlau-Verlag].

KASER, DRPR I, II:

Max KASER, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt* [2. Aufl., 1971], *Zweiter Abschnitt* [2. Aufl., 1975, C.

H. BECK].

LEVY, WRVL:

Ernst LEVY, *West Roman Vulgar Law, The Law of Property* [1951, American Philosophical Society].

Lex XII Tab:

Lex XII Tabularum (佐藤篤十『LEX DUODECIM TABULARUM——十二表法原文・邦訳および解説』[早稲田大学比較法研究所 一九六九年]).

NICHOLAS, IRL:

Barry NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law* [1962, Oxford Clarendon Press].

SCHULZ, CRL:

Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law* [1951, Oxford Clarendon Press].

『史料選Ⅰ』:

『久保正幡先生遷曆記念・西洋法制史料選Ⅰ・古代』(創文社、一九八一年)。

THOMAS, TRL:

J. A. C. THOMAS, *Textbook of Roman Law* [1976, North-Holland].

はじめに

1 わが国における取引法の基本原則を定めている民法の諸規定は、周知のように、原因契約の効果として所有権移転の発生を認めるフランス民法系の規定(一七六条)¹⁾と、ドイツ民法と同様に、債権契約のほかに物権契約の存在をも前提とする規定(五五五条など)²⁾とから構成されており、それゆえに、フランス法とドイツ法を折衷した「混血児的、二重的性格」をもつものとみられている。³⁾

したがって、所有権の移転に関する一七六条は、ひとまず、フランス法と同系の「意思主義」¹⁾に属するとされ、ドイツ法系の「形式主義」と対置されてきたにもかかわらず、その具体的な内容に関しては、何らかの形でドイツ法的な解釈を容れることの適否がつねに問題にされてきた。こうして、本条はわが民法典の根幹をなす規定の一つであり

ながら、いまだその体系的な解釈は確立されていない。

そこで、本研究は、フランス法主義とドイツ法主義の「雑種」として成立しうる日本的な「意思主義」理論の可能性を模索することを最終目標とし、そのうち本稿は、この目標に向けられた一連の考察の出発点に位置している。以下、本論に入る前に、本研究がローマ法の分析から出発すべき理由と、本研究の基本的視点について述べておきたい。

2 所有権移転に関する法規定をフランス民法を典型とする「意思主義」と、ドイツ民法を典型とする「形式主義」を両極に置いて理解するという方法は、近年、再認識を迫られているように思われる。すなわち、例えば、売買の合意のみによって所有権移転を生じさせるものとみられてきたフランス民法においては、とくに不動産売買に関しては、公証人の下での証書作成等、比較的煩雑な形式的手続が必要とされるに至っている。⁵ 他方、ドイツ法においては、不動産所有権譲渡のために必要とされる所有権譲渡の合意 (Auflassung) および登記手続が、実際には登記所における一連の比較的簡便な手続で行われており、あるいは、とくに戦後は、登記手続自体が緩和され、むしろ公証人の面前での Auflassung の表示と証書作成手続の比重が高まっている旨の指摘もされている。⁷ したがって、このかぎりでは、フランス法とドイツ法が実質的にはかなり接近しているとも見受けられる。

他方、フランス法においては、売買契約に際して売主の錯誤または買主による詐欺あるいは強迫があっても、契約が法律上当然に無効になったり、契約取消の意思表示によって所有権がただちに復帰するのではなく、無効訴権に基づく訴えによる裁判所の判決が必要とされている。⁸ これに反して、ドイツ法においては、錯誤、詐欺および強迫による意思表示の取消により、法律行為は遡及的に無効になる旨が規定されている。⁹ したがって、この点では、所有権移転の効果が当事者の「意思」に依存する度合はドイツ法の方が強いとも言えよう。

以上のように、今日においては、所有権移転に関する「意思主義」の意義について、これを「形式主義」と対置させることの適否や、「意思主義」と言われるときの「意思」の意味をも含めて、「意思主義」の原点にまで遡って再検討する必要性が高まっている。¹⁰⁾

そのためには、所有権譲渡の「意思主義」が、いつ、何のために、どのような法理論の対抗物として形成されてきたかを検証することが不可欠であり、その際には、「意思主義」理論がまず最初に克服の対象としたローマ法の「引渡主義」¹¹⁾の体系を十分に理解しておかなければならない。本研究がローマ法の考察から出発する理由はここにある。

そして、このようにして「意思主義」の本来的な内容を再確認することは、従来から「意思主義」の典型とみられてきたフランス法の諸規定を歴史的に相対化してみることを可能にする一方、「形式主義」として特徴づけられてきたドイツ法に潜在する「意思主義」的な側面を明らかにすることへと通じる。そして、これによって、これまでの「意思主義」対「形式主義」という対立図式の当否を再検討し、両法の本質的相違の所在を整理し直したうえで、これらフランス法およびドイツ法を主として継受したわが民法の制定経緯を確認し、あるべき解釈論の提示を試みることに、本研究のプランの概要である。

3 つぎに、本研究の基本的視点としては、いわゆる物権行為の独自性、公示性などといった所有権譲渡の要件のみならず、これらの諸要件と所有権移転の効果との関係、とりわけ無因性との関係、さらには、善意取得ならびに取得時効制度との機能的関連性をも解明することにより、「意思主義」の意味を体系的に理論化することを重視している。そこで、本研究では、つぎのような「分析枠組み」を設定することにする。

すなわち、①所有権がA→Bと移転する通常の形態における譲渡の要件、②所有権がA→B→Cと移転する過程で、

AB間の契約が失効した場合の所有権移転の効果、③所有権がA→BおよびA→Cと二重に譲渡され、さらにはC→Dと転譲渡された場合における所有権帰属の決定基準、および④Aの所有物をBがAに無断でCに譲渡する契約をすることによって、Aが所有権を失い、Cが所有権を取得する場合の要件である。そして、①に関する法原則が、②ないし④の問題領域においてどのように展開されているかに注目してゆきたい。

4 以下、本稿でも、以上のような視点に基づいて考察を進めるが、その前に、まず本論の「一」では、ローマ法における所有概念を概観しておく。これは、一つの社会において通用している所有概念というものが、所有物譲渡のしくみにどのように反映し、両者がどのような関連性をもつかを確認するためである。

ついで、「二」において、ローマ法における所有物譲渡法の全体像を概観したうえで、個々の譲渡方法に関して具体的分析を行い、とくに、前述3の「分析枠組み」で示した①、③および④の問題領域を扱う。そして、「三」では、同じく②の問題領域を中心にして考察する。

最後に、ローマ法における所有物譲渡法のしくみを、ローマ法的所有概念との関連において体系的に把握するための試論を提示し、本稿に続く考察のためにいくつかの結論を整理しておきたい（「むすび」）。

[1] 本条をどのように解釈すべきか、という問題はひとまず措き、少なくとも本条の制定経緯において、それが旧民法を経て、フランス民法の諸規定（とくに七一一条）の影響を受けていることについては、認識の一致が得られよう。滝沢津代『物権変動の理論』（有斐閣、一九八七年）一六五頁参照。もっとも、後掲注10参照。

[2] このほか、物の所有権移転へと通じうる契約に関して、五四九条、五八六条、五八七条、六三二条（五五九条参照）、六八九

条、六九六条等参照。

- [3] 奥田昌道「ドイツ法」伊藤正己編『岩波講座・現代法⑭・外国法と日本法』（岩波書店、一九六六年）所収二三三頁。
- [4] フランスならびにドイツの民法テキストでは、“consensualisme”, “Konsensprinzip” などの表現が用いられている。
- [5] 鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割（一）、（二）完——『フランス法主義』の理解のために——」『早稲田法学』五六巻一号（一九八〇年）三二頁以下、五六巻二号（一九八一年）一頁以下参照。
- [6] 好美清光「物権変動をめぐる現在の問題点」『書齋の窓』二九九号（一九八〇年）五頁以下参照。
- [7] 椿寿夫『右近健男編』『ドイツ債権法総論』（日本評論社、一九八八年）一九九頁〔尾崎三芳〕、七戸克彦「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性——『ドイツ法主義』の理解のために——」『慶應義塾大学・法学研究』六二巻二二号（一九八九年）二七七頁以下参照。
- [8] フランス民法一一七条参照。
- [9] ドイツ民法一一九条、一二三条および一四二条参照。また、いわゆる無因性理論も解釈上かなり緩和されている（vgl. Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. I [12. Aufl., 1980] Eini. zu §§ 104-185, Rz 57; § 142, Rz 8; Walter ERMANN, Handkommentar zum BGB, Bd. I [7. Aufl., 1975] § 142, RdNr. 8; PALANDT, BGB [Beck'sche Kurz = Kommentar, 49. Auflage, 1990, C. H. Beck] Überblick v. § 104, 3, f.)。
- [10] ちなみに、ドイツ法を典型とする「形式主義」との対置において一七六条の「意思主義」を位置づけることは、必ずしもわが国におけるこれまで唯一の理解の仕方ではなく、とりわけ民法制定直後には、これと異なる把握の仕方もあったことに注意すべきである。すなわち、現行民法の起草者の一人である梅博士は、一七六条が、「羅馬法」の引渡主義に対して、当事者の意思を尊重した「新主義」を採用したものであるとしていた（梅謙次郎『民法要義・卷之二』〔有斐閣、初版・一九九六年、明治四四年訂正増補改訂復刻・一九八四年〕五頁以下）。

また、同じく起草者の一人である富井博士は、物権の設定または移転のために「外形ノ方式」を必要とするか否かで「意思主義ト形式主義」を区別する一方、物権の設定または移転を「債権的契約カ法律ノ力ニ依リテ」生じさせる「民法系ノ主義」と、「物権契約ノ効果トシテ物権ノ移動ヲ来ス」「独法系ノ主義」を区別する。そして、わが民法については、「普通ノ説ハ民法ノ主義ヲ踏襲シタルモノト為スニ在ル如シ」とみながら、「余輩ノ所見ニ依レハ我民法ノ原則ハ右両主義ノ何レトモ相異ナル所アリ」とし、とくに物権の設定および移転を債権契約の効果とみるフランス法は、「立法ノ基本トセル意思主義ト符号セサルモノト謂フヘシ」と批判していた（富井政章『民法原論・第二卷』「有斐閣、初版・一九〇六年、大正二二年合冊版復刻・一九八五年」四五頁以下、五四頁以下。傍点引用者）。

しかしながら、すでに岡松博士は、「意思主義、民法系」と「形式主義、独法系」を「二大主義」として対置し、「本法ハ民法系ニ則リ意思主義ヲ採用ス」として、一七六条の今日的な理解の仕方を示していた（岡松参太郎『注釈民法理由』「有斐閣、一八九六年」四六七頁以下）。

[11] この点については、例えば、松尾弘「グロチウスの所有権論（二・完）」『一橋研究』一四卷四号（一九九〇年）一三三二頁参照。

一 ローマ法における所有概念

1 ローマ法とその社会的基礎

ローマは、周知のように、紀元前八世紀ないし七世紀の都市国家に起源を發し、初期の王政から、紀元前六世紀末以降に共和政へ、そして、紀元前一世紀末以降には元首政へ、さらに、三世紀末以降は専制君主政へと移行した。このような経緯の中で、ローマの法律としては、すでに王政期に、伝承上のローマ王らによる諸立法（leges regiae）

を中心に収録された最古の法典——これを最初に編纂した共和政期の大神官 C. Papirius の名にちなんで『パピリウス法典』(ius Papirianum)と呼ばれている——があったとされている。¹⁾しかしながら、本稿では、今日のわれわれの法律にまで通じるような基本的な法概念と法理論の萌芽を生み出した最初の母胎としてのローマ法に注目することとし、その場合には、現在まで伝承されている共和政期以降の諸法源に考察の視点を絞ることができるとする。²⁾すなわち、『十二表法』(451-449 B. C.)、民会 (comitia) の決定である法律 (lex)、平民会決議 (plebiscitum)、政務官 (magistratus) の告示 (edictum)、元老院議決 (senatusconsultum)、および以上の諸法源を理論化し、解説した法学説である。³⁾そして、これらの諸法源を今日に伝える原典としては、著名な『市民法大全』⁴⁾のほか、ローマの法学者ならびにその他の諸学者による著作がある。⁵⁾

もつとも、これらの諸法源のほかにも、ローマには慣習をはじめとするいわば生きたローマ法があったはずであるが、今日まで承継されたローマ法の概念と論理を考察対象とする本稿の問題関心からは、第一次的には前記の諸原典に収められたテキストの法命題に着目することができよう。しかし、これらを「ローマ法」として定義することはやはり不正確であるので、本稿で「ローマ法」という場合には、より柔軟に、原典のテキストの諸命題と現実の生きた法秩序を両極として、両者間に含まれる規範群をひとまず包括的に表象するものとする。

ところで、これらローマの諸法源の形成に関しては、とりわけ法律家の役割が重視されている。すなわち、ローマでは、紛争当事者のみならず、裁判を行う官庁や審判人に対しても、名望家層が法律顧問または代理人として意見を与えており、また、契約に際しての契約類型や政務官の告示なども、法律家の協力の下に作成された。さらに、これらの法律家たちは共和政期には法学教育に携わり、帝政期になると彼らの一部には解答権 (ius respondendi) が与え

られ、その意見は裁判をも公的に拘束した。これらの諸活動を通じて、法律家の見解はローマ法の形成に決定的な影響を与えたものとみられている。⁶⁾

では、なぜ他ならぬ共和政期のローマにおいて、近代以降の法形成にも——直接的にであれ、間接的にであれ——素材を提供するような普遍的な概念と論理の萌芽が誕生しえたのであろうか。この問題は、ローマ法を起点とする考察を行う前提として、本来ならば最初に答えられるべきものであるが、私の乏しい知識と洞察力のゆえに、本小稿の段階では十分に論じることができない。そこで、この問題に関連すると思われる共和政期ローマの社会的特色のうち、共和政の原理およびそれに基づく経済ならびに社会構造の変化について、以下の考察の前提的知識として必要なかぎり一言するにとどめざるをえない。

周知のように、ローマの共和政は、地中海貿易によって富を蓄積したラテン人貴族により、従来のエトルリア貴族による支配を打倒して樹立された。その結果成立した政治構造は、①王政期以来の貴族からなる元老院 (senatus)、②民会 (comitia)⁷⁾、および③民会から選出される数種の政務官 (magistratus)⁸⁾の間で、権限を分割し均衡させるといふ原理に立脚していた。⁹⁾さらに、各々の政務官は相互に他の政務官を制約するとともに、政務官の中には他の政務官および元老院に対して平民の利益を養護する護民官の制度も設けられた (94 B.C.)。

このような様々な形での諸権限の分割と相互制約に基づくローマ共和政の理念は、現実には、大土地所有者と奴隷との対立、奴隷の反乱鎮定を契機にした元老院を中心とする門閥派 (optimates) と民会を中心とする民衆派 (populares) との抗争、貴族 (patricii) たる保護者 (patrons) と被保護者 (clients) との身分闘争等が起り、新貴族層 (nobilitas) が形成されるなど、その基盤は必ずしも安定してはいなかった。しかし、かえってそれにより、貴族の特権は次第に

廃止され、非貴族層との法的差別が一般的に撤廃されるなど、共和政の原理がオリエンタ的な支配原理に対抗するものとして制度的にも確立されたことは、画期的なものとみられている。¹¹かくして、ローマ市民は、たとえ被保護者であっても、もはや保護者を介することなしに契約を結び、政務官選挙権を行使するなど、平等な法主体となるに至った。また、共和政期には、土地貴族の土地所有を制限し、平民との対立を緩和する試みもしばしば行われた。¹²

このような内部的対立の調整を背景として、共和政下のローマは、イタリア半島におけるラティウム平原の諸都市およびギリシャ植民都市を勢力下に置いて同盟都市網を拡大した。さらに、第一次および第二次ポエニ戦役(264-241 B.C.; 218-201 B.C.)を経て、ローマは周辺のマケドニア、ベルガモン、カルタゴ、エジプト、ガリアなどを征服して属州(provincia)とした。そして、このような対外進出に伴い、共和政下のローマでは、社会および経済の構造が大きく変化した。

すなわち、食料ならびに原料の供給地および販売市場としての被征服地とローマとの間には交易が発達し、また、外征により多数の奴隷がローマへ流入して商品生産に使用された。その結果、ローマでは、元来の穀物生産のほかに、畜産物、葡萄酒、オリヴ油等の農産物ならびに鉄器等の工業製品の生産力が増大し、これを営む小家族ないし単婚家族の経済的独立性が高まった。そして、これを契機にして、血縁関係を紐帯とする氏族制度の分解が一層促進され、各小家族は、家父長(pater familias)の絶対的支配権(patria potestas)の下に、¹³固有の宅地と庭畑地を永続的に私的に占取するようになった。これがいわゆるherediumである。¹⁴そして、herediumを中核とする私有地(ager privatus)はローマ市民たる資格の物的な象徴となり、これが各家族に家父長に帰属することへの社会的承認が、逆にまた、各家族に家父長の自立性を強化し、保障したものとみられる。¹⁵

このようにして、ローマ法に独自の概念と論理を生み出した社会的基盤としては、共和政期における共同体内分業の進展と生産力の拡充に伴う血縁的規制の弛緩、財産私有主体としての私的個人⇨家父長の確立、貴族層から平民層への法主体の拡張、およびこれら私的諸個人の自由かつ平等な相互交渉関係を特色とするいわゆる「古典古代的共同体」の存立¹⁶⁾を看過することができないであろう。ちなみに、部族的な血縁制的組織が確固として存続し、部族共同体自体が土地の主要部分の占取主体となっていたいわゆる「アジア的共同体」においては、各家族による土地の私的占取が進展しなかった結果として、私的個人の幼弱性と私的所有の欠如が指摘されている。¹⁷⁾

では、以上のようなローマ的共同体における所有とは、いったいどのような観念だったのであるか。

[1] E・ギボン／中野好之訳『ローマ帝国衰亡史・Ⅶ』（筑摩書房、一九九〇年）二二一頁以下参照。HONSELL＝MAYER-MALY＝SELB, *RR* S. 4.

[2] なお、ローマ法の時代区分には様々な方法があるが（船田Ⅰ・八頁および同所注1、吉野悟『ローマ法とその社会』〔近藤出版社、一九七六年〕三頁参照）、政治形態の変化に法学の展開を織り混ぜた比較的細かな指標としては、①共和政初期（c. 600 B. C.～202 B. C.）¹⁸⁾ ②共和政末期（202 B. C.～27 B. C.）¹⁹⁾ ③古典期前期（27 B. C.～96 A. D.）²⁰⁾ ④古典期盛期（96～193）²¹⁾ ⑤古典期後期（193～284）²²⁾ ⑥古典期後（284～527）および⑦Iustinianus 帝時代（527～565）という区分法がある（柴田光蔵『ローマ法学』碧海純一ほか『法学史』〔東京大学出版会、一九七六年〕所収三〇頁以下）。この区分方法は、吉野・前掲書のそれとも基本的に一致している。

[3] Cf. NICHOLAS, *JRL*, pp. 14 ff. また、元首政期以後については、様々な形での皇帝の命令（*constitutio, edictum, decretum, rescriptum, mandatum, etc.*）も加えられる。

- [4] 『民法大全』(Corpus Iuris Civilis)は、一五八三年、フランスの法学者Dionysius Gothofredus(1549-1622)が、Institianus 帝による法典編纂の産物である『学説彙纂』(Digesta, 530)、『法学提要』(Institutiones, 533)ならびに『勅法彙纂』(Codex, 529)および法典編纂後の勅法(五三五年以後)を後に集成した『新勅法』(Novellae)の四つを一体にして出版するに際し、『教会法大全』(Corpus Iuris Canonici)に対抗して付けた名称である(P・ヴィノグラドフ/矢田一男ほか訳『中世ヨーロッパにおけるローマ法』[中央大学出版部、再版一九八四年] 三二頁訳注19参照)。
- [5] 例えば、Varro, Cicero, Seneca などの諸著作のほか、Gaius の『法学提要』(Institutiones) Ulpianus の『法律抜粋』(Ulpiani epitome) Paulus の『意見集』(Pauli sententiae)などが知られている。
- [6] M・ウェーバー/世良見志郎訳『法社会学』(創文社、一九七四年) 三二二頁以下参照。
- [7] 民会の構成員は、財産額に応じた投票によって選出されたため、騎士および上級歩兵が中心になった。
- [8] これは、執政官(consul)、神官(lex sacrorum)、財務官(quaeator)、按察官(aedilis)、法務官(praetor)、戸口総監(censor)および護民官(tribunus plebis) からなり、それぞれ定員二名、任期一年であった(ただし、戸口総監は任期一年半で、五年ごと)に選出された。
- [9] これら諸権限の分割は、ポリュビウス(Polybius)、キケロ(Cicero)らによっても推奨された。そして、ローマにおいては、国家権力の究極の源泉は国民(populus)にあったと解されている(Ulpianus D. I. 4. 1)。もともと Ulpianus D. I. 3. 31も参照。
- [10] J・ブライケン/村上淳一/石井紫郎訳『ローマの共和制』(山川出版社、一九八四年) 一六頁以下、二二頁以下参照。
- [11] 中村勝己『一般経済史』(筑摩書房、一九七八年) 七六頁以下参照。
- [12] 例えば、『リキニウスⅡセクスティウス法』(lex Licinia Sextia, 367 B. C.)、護民官(Tiberius Gracchus (162-131 B. C.)による土地分配法(133 B. C.)などである。
- [13] 家族構成員に対する家父長の絶対的支配権は、小家族が民族的結合から切離され独立するに際して生成された強力な権限の

「諸刃」の性格の一面であったと考えられる。

なお、『十二表法』によれば、氏族構成員が第三順位の相続人とされており (*Lex XII Tab.*, 50)、共和政期においても依然として氏族制が残存していたかにもみえるが、これは同じ氏族の名前をもつ者を意味したにすぎないと解されている (史料選 I 二九頁注 17 [佐藤篤士])。

[14] 大塚久雄『共同体の基礎理論』(岩波書店、一九五五年)五九頁以下、とくに七二頁以下、中村・前掲書七七頁以下参照。そのほか、次第に、耕地へ、さらに最終的には放牧地 (*ager compascuus*) にも私的所有が拡張されたとみられる。しかし、ローマには公有地 (*ager publicus*) も存在しており、とくに紀元前二世紀初め以降は征服地の三分の一または三分の二が公有地とされ、これは貸付地または必要と能力に応じて自由に開墾する先占権が認められた土地となった。

ちなみに、伝説的な史料の中には、すでに王政期において *heredium* (または *ager*) の分配が行われたことを記述するものもあるが (*PLINIVS, Naturalis Historia*, 18. 2. 7; *VARRO, De re rustica*, I. 10; *CICERO, De re publica*, 2. 14. 26; etc.)、これらは史実としての信憑性に欠けるのみならず、そこでの *heredium* ないし *ager* は、農業的生産の基礎となりうるにはあまりに狭すぎる庭地にすぎず、このことはかえって、当時はまだ大部分の土地が共同所有状態にあったことの証左ともみられている (*DIÖSDI, Owerschib*, pp. 30 ff. [邦訳・三三頁以下])。そして、ローマにおいても、私的所有の制度は、家具、衣服、装身具などの身近な消費物資から、家畜、奴隷といった生産に関わる動産を経て、最後に不動産に及んだと推測されている (*Vgl. HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 143 f.; DIÖSDI, Owerschib*, pp. 5 ff.)。

[15] 大塚・前掲書七三頁参照。もともと、ローマ市民たる地位を表す *civis Romanus* ないし *civitas Romana* の語は、少なくとも共和政期には存在せず、いわんや「ローマ市民権」といった抽象的な権利の概念は、当時はまだ存在しなかったとみられている (ブライケン/村上 II 石井訳・前掲書一四頁以下)。

[16] 大塚・前掲書七八頁参照。

2 ローマ法における所有概念

前述のように、ローマの共同体においては、すでに私的所有がかなり強力に認められていたとみられるのであるが、ローマ法には所有の定義は見出されず、^[1]統一的な所有概念はまだ確立されていなかったと考えられている。しかし、以下では、所有に関して原典に見出される諸概念を手がかりにして、ローマ法的所有概念の特色を明らかにしてみよう。そのような諸概念としては、①「私のものであること」(meum esse)、②支配性(dominium)、③固有性(proprietas)、④「財産中にあること」[もじこ]」(in bonis esse [habere])、⑤「使用し、収益し、所持し、占有すること」(uti frui habere possidere)などが挙げられる。

(a) 所有に関するこれらの諸概念のうち、最も古く、またローマ的な所有概念の基底をなすと考えられるのが、「私のものであること」(meum esse)の概念である。これは、所有物返還請求のための対物訴訟(actio in rem)において、原告および被告がそれぞれの所有を主張するために用いた方式の中にみられるものである。すなわち、Gaiusによれば、「返還請求した者〔原告〕は打棒(testuca)を保持した。それから、彼は目的物、例えば奴隷(homo)それ自体を掴んで、つぎのように述べた。『私は市民法に基づいて(ex iure Quiritium)、この奴隷が私自身の主張のとおり私のものであること(meum esse)を宣言する。私が述べたように、見よ、棒(vindicta)を当てがった。』。と同時に彼は、この奴隷に棍棒を押し当てた。彼の相手方〔被告〕も同じように述べ、行なった」とされている。^[2]

このように「私のものである」という所有の主張方法は、打棒の使用を伴ったことに特徴があるが、これについて、

Gaius はやらにじぎのように解説している。「打棒は、あたかも槍 (hasta) のように、正当な支配性 (iustum dominium) のある種の象徴 (signum) として用いられた。と言うのは、敵方から捕獲をした者たちこそが「捕獲物は」自分のものであるということ (sua esse) を正当な支配として最も強く信じていたからである。それゆえに、百人法廷 (centumvirale iudicium) においては槍が前に置かれている」⁷³ここでは、「私のものである」に象徴されるローマ的所有概念の元来の意味は、槍をもって実力により敵方から奪い取られた支配であったことが示されている。そして、かような所有概念は、⁷⁴“iustum dominium” という表現からも窺われるように、一定の方法に則った実力による支配は、同時に正当な支配でもあることを含意していたと解される。

ついで、元首政期になると、所有関係を表す概念として、「支配性」(dominium) および「固有性」(proprietas) が比較的多く用いられるようになった。Dominium は、当初は各種の支配を意味していたが⁷⁵ Labeo や Seneca では物の所有を表すために用いられている。他方、proprietas は、元来は固有性、特色などを意味していたが、やはり Seneca の諸著作などにみられるように元首政初期になって、ある者への物の帰属として、私的所有の意味に用いられるようになった。⁷⁶もつとも、proprietas — 場合によっては proprius — は、古典期になるまでは所有を表す法律言語としては使用が避けられ、また、古典期には用益権 (usufructus) と対比するためにとくに好んで用いられており、より広く使われるようになったのは古典期後である。⁷⁸

(b) ローマ法上の所有概念としては、さらにこのほかに、「財産中にあること」[「め」こと] (in bonis esse [habere]) および「使用し、収益し、所持し、占有すること」(uti frui habere possidere) の概念が存在したが、これらは、dominium 概念の射程がある一定の所有関係に限定されたことと関連している。すなわち、物的な支配権限としての

dominium は、当初は、奴隷、イタリアの土地など、後述するようにローマ市民法において譲渡方法が限定されていた物がローマ市民に帰属していることを表し、これはとくに dominium ex iure Quiritium と呼ばれた。したがって、これらの客体が他人の利用に供されている場合、これらの客体が所定の譲渡方法によらずに譲渡され、現実の占有が移転された場合、またはこれらの客体以外の物の支配が問題になった場合については、別個の所有概念が必要になつたと考えられる。

すなわち、Gaius によれば、「ローマ市民の間には、二態様の所有 (duplex dominium) があるとされている (つまり、ローマ市民の奴隷は、財産中において [in bonis] あるいは市民法に基づいて [ex iure Quiritium]、または両者に基づいて存在するものと認められる) ので、われわれは、まさに奴隷が所有者 (dominus) の財産中にある場合には (si in bonis eius sit)、たとえその奴隷が同時に市民法に基づいては所有者のものではないとしても、その奴隷は所有者の権限の中にある (in potestate domini esse) と言うであろう。なぜなら、奴隷についてたんなる市民法 (iudicium ius Quiritium) に基づく所有 [をもつ者は、[その奴隷に対する] 権限 (potestas) をもつとは認められなからである」^[6]

ここでは、ローマ法上の所有には少なくとも二つの形態があることが指摘されている。すなわち、一つは、客体が所有者に帰属することを意味する dominium ex iure Quiritium であり、もう一つは、客体が現実に所有者の権限 (potestas) の中にある状態を意味する in bonis domini esse である。そして、Gaius は後者をも dominium の範疇において捉えている^[6]。もちろん、Gaius も言うように、同一人がこの両者の dominium をもつことは可能であるが、それが別々の者に分属することもあるとされている。これは具体的にはどのような場合であろうか。

これについて Gaius は、所有者の財産中にあること (in bonis domini esse) の例として、握取行為 (mancipatio) などの特別の方法によってのみ譲渡されるいわゆる手中物 (res mancipi) が、握取行為等の所定の方式によらずに引き渡され、取得者がその占有を獲得した場合を挙げている。¹²¹ 他方、客体を財産中に (in bonis) もたない、たんなる市民法 (nudum ius Quiritium) に基づく所有者 (dominus) は、その客体の用益権者 (usufructus) に対しても、さらには善意占有者 (bonae fidei possessor) に対してさえ、より劣った権限 (minus ius) をもつ、とされている。¹²² このように、Gaius によって記述されたローマ法上の所有概念は、たんなる市民法 (nudum ius Quiritium) に基づく所有 (dominium) のように、客体たる物が主体に帰属するという抽象的關係をも含意するに至っているものの、なおその本質は、物に対する現実の支配権限 (potestas) を中核にするものとして把握されており、かかるローマ法的所有の核心は、財産中にあること (in bonis esse) という概念によって表現されたうえで、所有 (dominium) の概念に包摂されたとみることができる。¹²³

最後に、属州の土地については、占有 (possessio) および用益 (usufructus) のみが認められた。これは、属州の土地に対する所有権類似の権利として、使用し、収益し、所持し、占有すること (uti frui habere possidere) と表現されていたとみられているが、¹²⁴ Gaius はこれをも dominium として認めている。¹²⁵

(c) 以上のように、ローマ法上の所有概念は、とりわけ dominium 概念に示されているように、物の現実的支配を中核としており、物の主体への帰属といった観念は、たしかに成立しているものの、所有観念としてはまだ薄弱であったとみられる。

そして、ローマ法上の所有観念について、とくに譲渡法との関連で注意すべきは、ローマ法においては所有権

(dominium)と物(res)とが同一視されており、その結果、権利(ius)の移転ないし承継という觀念もローマ法には存在しなかったと考えられていることである。^[17]このことから、ローマ法研究者の中には、少なくとも古典期以前の法に関しては、dominiumの譲渡とは、譲渡人のdominiumを移転することではなく、譲渡人のdominiumを消滅させて、譲受人にもう一つのdominiumを創設することであった、と説明する者もある。何れにせよ、ローマの法律家は、譲渡に関しては、「物を移転すること」(transfere rem)について述べるのがむしろ一般的であったことに留意しておかなければならない。^[18]そこで、以後、ローマ法上のdominiumに対しては「所有物」という訳語を用いることにする。本稿の表題をあえて「所有物譲渡法」とした所以はここにある。

以下の考察では、このようなローマ法的な所有概念が所有物譲渡法の構造をどのような形で規定していたか、という点に注目してゆくことにする。

[1] 所有の定義は一四世紀になつて、さむゆる註解学派によりはじめに試みられた (cf. BARTOLUS de Saxoferrato, *Opera quae nunc extant omnia* [Basileae, 1588-1589] ad D. 41. 2. 17, n. 4; BALDUS de Ubaldis, *In praelectiones in totum Codicem Iustinianum locupletissimus* [Lugdunum, 1561] Comm. ad C. 5. 9. 3, n. 1)。

[2] *Gai. IV. 16.*

[3] *Ibid.*

[4] Gaiusによる以上の記述は、神聖賭金による対物法律訴訟 (legis actio sacramento in rem) の方式に関するものであるが、この記述から、KASERは「古ローマの所有觀念とは他方当事者に対してのみ主張可能な「相対的權利」にすぎなかったとして」(KASER, *ER. S. 6 ff., 277 ff., 364 f.*; ders., *DRPR I. S. 124 f.*)。これに対しては、いくつかの反論が提起されている

(DIOSDI, *Ownership*, pp. 121 ff. [佐藤ほか訳・一四一頁以下] ; Alan WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic* [Oxford, 1968] pp. 91 ff. ; Luigi CAPOGROSSI COROGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei (iura praediorum) nell'età repubblicana I* [Milano, 1969] pp. 64 ff.)。この問題については、この訴訟方式における所有観念が事実的支配性の強いものであったこと、その場合には、当該事実的支配の正当性を——とりわけ窃盗や強奪から——識別する基準が重要であったことなどについての検討と併せて、所有物保護法に関する別稿に譲る。

[5] ちなみに、ローマにおける所有概念は、当初は家父長 (*pater familias*) が家 (*familia*) の財産に対しても物的な支配と家の構成員に対しても人的な支配の両者を包括する未分離の権限であり、これは握取行為 (*mancipatio*)、所有物返還請求 (*vindictio*) および使用取得 (*usucapio*) の対象とはは一致してはとみられてはる (HONSELL = MAYER-MALLY = SELB, *RR. S.* 146)。「の意味で、ローマ的所有概念の一つとして *mancipium* を挙げ、これが後に *dominium* によって代わられたとすべき見解がある (Ferrand DE VISSCHER, *Studia et documenta historiae et iuris*, 2 [1936] pp. 263 ff., 23 [1957] pp. 26 ff. ; vgl. KASER, *EB. S.* 180 ff.)。

[6] *Labeo D.* 18. 1. 80. 3 (「何れとも、その所有 (*dominium*) について訴えが提起されている物については、これを買主に引き渡すのでなければ売却したとは認められえない。しかし、これは賃貸借 (*locatio*) またはその他の種類の契約である」 ; *SENeca, de beneficiis*, 7. 5. 1「各人は自己の財産の私有権 (*dominium*) をもつてはる」 ; *ibid.*, 7. 6. 3「賢者も心ではあらゆるものを所有しているが、法律的に、所有権 (*dominium*) のうえからは、自分自身のものだけを所有しているのである」 [茂手木元藏訳『セネカ道徳論集(全)』(東海大学出版会、一九八九年) 六九一頁以下])。

[7] *SENECA, de beneficiis*, 7. 4. 2「すべてのものの支配は王に所属する (*pertineo*) が、その所有 (*proprietas*) は個々の市民に所属する」 ; *ibid.*, 7. 6. 2「このものの所有権 (*proprietas*) は各個人の間にはばらばらである」 [茂手木訳・六八九頁、六九二頁] ; vgl. KASER, *EB. S.* 310 ff. mit Fn. 22-26.

[8] KASER, *EB*, S. 311 f.

[9] *Gai*. I. 54.

[10] これは、所有主体の側からみて、*alius in bonis habere*とも呼ばれてゐる (*Gai*. II. 40)。

[11] *Gai*. II. 41: cf. *Ulpiani epitome*, I. 16.

[12] 例えは、奴隷が他人から取得した物は、その奴隷の利益権者または善意占有者によつて取得される (*Gai*. III. 164-166; II. 88)。

[13] Cf. *Ulpianus D.* 50. 16. 49. したがつて、物を財産中にもつ (*rem in bonis habere*) 者は、その物の引渡を請求する者に対しては抗弁 (*exceptio*) を提出することができ、また、その物の占有を失つた場合には、返還されるべき物についての訴権 (*actio ad recipiendam rem*) をもつた (*Modestinus D.* 41. 1. 52)。もつても、この者も、その財産中にもつ奴隷を市民 (*civis*) にしたり、その後見人 (*tutor*) になるために、奴隷を解放することはできなかつた (*Gai*. I. 17. 167)。しかし、使用取得期間が経過することにより、物を財産中にもつ者は法律上完全に (*pleno iure*)、すなわち財産中におけるのみならず市民法に基づいても所有者となつた (*Gai*. II. 41)。なお、ロー民法における *in bonis* 概念の様々なヴァリエーションに関しては、Hans ANKUM and Eric POOL, *Rem in bonis meus esse and rem in bonis meam esse: Traces of the Development of Roman Double Ownership*, in: BIRKS (ed.), *New Perspectives*, pp. 5 ff. 以下に参照。

[14] *Lex agraria* (111 B. C.); vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 147 mit Fn. 4; KASER, *DRPR* I, S. 402 mit Fn. 13, S. 439.

[15] *Gai*. II. 7.

[16] Helmut COING, *Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“*, in: *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit* [1959] S. 7 ff., 11 f.; vgl. Ludwig Raiser, *Artikel „Eigentum“, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. II [1929] S. 772, A. I.

[17] すなわち、ローマ法では、譲渡に関しては物支配の即物的な移転が重視され、その結果、債権譲渡や債務引受も知られてい

なかつたことと知られていゝ。(KASER, DRPR I, S. 222 f.; 412 f.; SCHULZ, CRL, pp. 211 ff., 343 ff.; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 155; cf. THOMAS, TRL, p. 151 and note 3)。³⁾ 権利移転の思想については、それが古典期後に起源をもつとの見解 (DE FRANCISCUS, *Il trasferimento della proprietà* [1924] p. 249) に対して、すでにそれが古典期の法には次第に現われつつたとの見解 (HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 155 mit Fn. 7) が対立してゐる。

[18] THOMAS, TRL, p. 151 and note 3.

[19] *Gal.* II. 22, etc.; cf. SCHULZ, CRL, p. 343 ff. のところ、主として古典期末期の法律家の著作には、“transseo dominium”, “transfero dominium”, “translatio dominium” などの表現も知られ (Ulpianus D. 12. 1. 14; D. 41. 1. 20 pr.; etc.)、⁴⁾ あるものはすでに *Labeo* (D. 18. 1. 80. 3) には “transferre dominium, translatio dominii” などの表現も見出される。しかし、⁵⁾ 当時 “dominium 自体が、それが存立する対象である物 (res) と同一視されてゐたとみられることは前述のとおりである。のみならず、これらのテクストにはインテルポラテオが施された疑いがあり、Justinianus 帝の法典編纂の時点ですらまだ存在してゐなかつた” との見方もある (THOMAS, TRL, p. 151 and note 5)。

二 ローマ法における所有物譲渡の諸方法

——所有物の帰属関係確認から所有物譲渡へ——

1 概観

通例、「所有権の承継取得」の方法として、ローマ法には握取行為 (*mancipatio*)、法廷承認 (*in iure cessio*) および引渡 (*traditio*) という三種類の行為があったとされ、握取行為は手中物を、引渡は非手中物を、そして法廷承認はこの両者を対象とした、とされている。¹ しかしながら、たとえ古典期に限定するとしても、ローマにおいてこれら三種の行為がそのように並列的に機能分担をして実際に活用されていたのか、また、これらの異なった譲渡方法がなぜ併存したのか、ということとは、まだ十分には明らかにされていない。したがって、以下では、これらの譲渡方法の構造と生成過程を分析し、それぞれの譲渡方法の相互関係をより動態的に把握することによって、ローマの所有物譲渡法のしくみをより実体に適合した形で捉えることを試みてみよう。

まず、Gaius の『法学提要』は、物の譲渡方法をつぎのように整理している。すなわち、①自然法 (*ius naturale*) による譲渡方法として引渡 (*traditio*) が、他方、②市民法 (*ius civile*) による譲渡方法として、握取行為、法廷承認および使用取得 (*usucapio*) が挙げられている。² この分類方法は、後に Gaius の『法学通論』 (*Res cottidianae*) では、①万民法 (*ius gentium*) ——「自然的理性によって、すべての人々の間でまったく等しく維持されている」——による場合と、②市民法 ——「われわれの共同体 (*civitas*) の固有の法」——による場合とに置き換えられているが、その際、万民法による譲渡方法は市民法によるそれよりも古いものとされている。³ ここで注意すべきは、ロー

マ法学においては、冒頭に述べた三種の譲渡方法のうち、握取行為ならびに法廷承認が、引渡とは妥当の仕方が異なるものとして理解されていた、ということである。そこで、本稿においては、まず、各種譲渡方法の妥当範囲、とくにそれらが用いられた主体および客体に注意しながら再検討する。

なお、これら三種の譲渡方法の発生順序に関しては、これまでも学説上争われてきた。まず、市民法上の取得方法としては、後述するように、引渡が——Justinianus 帝の法典編纂に際して——最後に法的承認を得た点については争いが無い。しかし、先のGaiusの記述からも窺われるように、最も単純な譲渡方法としての引渡は、取引の実態のレベルではおよそ最も古いものではないか、との疑問が生じるのはむしろ当然であろう。実際、「十二表法」には、引渡による移転を前提にしているとみられる法文も存在する⁵⁾。そこで、引渡に関しては、およそ人間の共同生活において存在すると考えられる素朴な意味での引渡と、ローマ法の最後の段階に至って法的に確立された引渡の体系（後述4）との相違が確認される必要があるであろう。

つぎに、握取行為と法廷承認の先後に関して見解が対立している。すでに「十二表法」では両者とも確認されていた、と言われている⁶⁾。また、「両者はそれぞれ起源を異にしたとの指摘もあり⁶⁾、その先後関係を確定することはきわめて困難である。

しかし、本稿にとってより重要な問題は、それぞれの譲渡方式がローマにおける所有観念ならびに所有秩序とどのような関連性をもち、なぜ、またどのようにして法的に形成されたのか、ということである。このような観点からは、第一に、たんに譲渡行為それ自体のみならず、これとともに所有秩序を支えているその他の法制度、とりわけ所有物返還請求訴訟などの所有物保護制度との関連にも注目する必要がある。第二に、ローマの政治、経済および社会の変

遷、そしてそれに伴う所有秩序の変化が、所有物の譲渡方式にどのような影響を与えたか、という点が確認されるべきである。

以下では、これらの諸点に留意して、ローマにおける所有物譲渡行為の構造と機能を分析することにする。叙述の順序については、おおよその指標として、①譲渡に際して目的物の帰属関係を公的にかつ最終的に確認し、決定する制度の形成、②この制度を前提にしつつも、当事者のより強力なイニシアティブに基づいて、より簡便に目的物の移転を有効ならしめる、共同体構成員による自律的制度の形成、そして、③譲渡に際しての当事者の主観的意図をより強力に、またより多様な意図を譲渡の効果に反映させる制度の形成、という観点を重視し、これに従って考察を進めてゆくことにする。したがって、このような叙述の順序は、各種譲渡行為の実際の発生順序と必ずしも一致しているとは限らない。しかし、考察に際しては、資料的に可能なかぎり、各制度が形成された時期についても留意することにより、実態からできるだけかけ離れないようしながら、体系的な理解に努めてゆきたい。

[1] *Ulpiani epitoma*, 19. 3; 19. 7; 19. 9; vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 155 f.

[2] *Gai. II*, 65.

[3] *Gaius D.* 41. 1. 1 pr. *Gaius* による市民法と万民法の定義について、より詳しくは、*Gai. I. I* 参照。もともと、*Gaius* は、万民法と自然法とをほぼ同義に用いていたともみられている。ローマ法学における自然法と万民法の関係に関しては、葛生栄二郎「中世スコラ学における自然法と万民法との関係」、『上智法学論集』二九卷一号（一九八六年）一六八頁以下参照。

[4] 後見に服する女子からその所有する手中物を引き渡された者は、この女子が後見人の助成をえて引き渡した場合にのみ、使用取得しうる (*Lex XII Tab.*, V. 2)。船田 II・四五三頁参照。

[5] Paulus, *Fragmenta quae dicuntur vaticana*, 50 (『十二表法は握取行為と法廷承認を確言している』).

[6] 船田Ⅱ・四五三頁注⁵。

2 法廷承認 (In iure cessio)

(a) すでに述べたように、ローマ法においては、少なくとも古典期以前には、所有権ないし権利の移転または承継という考え方は知られていなかったとされており、それゆえに、ローマ法上の譲渡に関しては、譲渡人の *dominium* が消滅し、取得者の下で同じ内容の *dominium* が新たに発生した、と説明する学説もある。¹これはあまりに技巧的な仮定であるとの印象も受ける。しかし、かと言って、ローマ法における権利移転思想の欠如を、抽象的思考に対する法学者の嫌悪に由来するたんなる用語法上の問題であるとし、²当時の譲渡の観念も、今日われわれが所有権譲渡に対してもつ観念と実質的には同じものであった、と理解してよいかには、なお躊躇せざるをえない。むしろ、本稿では、かかる譲渡観念の相違にまず注目したい。そして、先のような技巧的仮定によってあえて説明しようとしたローマ法的な譲渡観念の特色を最も顕著に示していると考えられるのが、法廷承認 (In iure cessio) の制度である。³

法廷承認の成立時期に関しては、『十二表法』の成立期である紀元前五世紀半以前という以外確定的な資料はなく、握取行為との相対的な先後関係についても、①法廷承認が、握取行為の満たしえなかった効果を補充するために握取行為よりも後に形成されたとみる握取行為先行説⁴と、逆に、②それぞれの譲渡方式に用いられている式語の内容からみて、握取行為が法廷承認から派生したとみる法廷承認先行説⁵とが対立している。また、③これらに対して、両者を同時期のものとする見解もある。⁶ここでは、この問題に対する結論はひとまず措いて、法廷承認の手続、適用範囲、

効果などから確認してみよう。

(b) 法廷承認の方式は、Gaus の『法学提要』にはつぎのように記述されている。すなわち、――

法廷承認はこのように行われた。すなわち、都市の法務官「または属州の長官」といった、ローマ人民の政務官の面前において、法廷承認を受けようとする者が、物を掴んでつぎのように唱える。「私は、市民法に基づいて、この奴隷が私のものであると述べる」。そして、それから、彼がこの奴隷の返還請求をした後で、法務官は、法廷承認を行おうとする者に対して、彼が対抗して返還請求をするかどうかを尋ねる。彼がそうしないと述べるかあるいは沈黙する場合には、政務官は、返還請求した者にその物を判決して与える。そして、これは法律訴訟と呼ばれる。これはまた、属州においては、長官の面前において行われうる。⁷

このように、法廷承認は、取得者が譲渡人に対して所有物の取戻訴訟を提起するという形式をとって行われた。これは、古ローマ法の神聖賭金による対物法律訴訟 (legis actio sacramento in rem) の手続を模造したものであるとみられている。⁸ この手続においては、取得者がイニシアティブをとり、すでに目的物が取得者の所有物であることを前提にした主張を行い、その帰属を法務官 (または属州長官) が確認する――右の方式の中では「その物を判決して与えること」(eam rem adicere) ――という手続が中心になっている。⁹ その結果、譲渡人による譲渡の表示、取得者による受領の表示などといった譲渡ないし移転の過程は、法廷承認の手続面にはまったく表れてこなかった。したがってまた、売買、贈与など、譲渡の法的原因も法廷承認の方式に挙げられることはなく、それゆえに、法廷承認は

「無因的行為」であった、とみられている。¹⁰⁾

このように、少なくとも手続ならびに方式という外面的特徴からみるかぎり、法廷承認には物の「譲渡ないし移転」というイメージはかなり希薄である。では、この「譲渡ないし移転」という性質の希薄さは、法廷承認の実際の機能からみた場合にはどうであつたらうか。

(c) 法廷承認がその機能を主として發揮した客体および行為に関しては、いくつかの見解が主張されている。例えば、①法廷承認の主要な適用領域は、譲渡人が一方的に出捐する無償行為であつたとするもの¹¹⁾、②私人である数人の証人の面前で行われた握取行為とは異なり、より強力な国家権力に支えられた法廷承認は、不動産の譲渡など、共同的規制を加える必要性のある行為に際して意味をもつたとみるもの¹²⁾、③手中物については握取行為、非手中物については引渡というより簡便な譲渡方法があつたことから、法廷承認は、価値の高い非手中物を公的な手段により、十分な公示を伴つて譲渡するという目的のために創設された、とするものなどである。¹³⁾

しかし、法廷承認の機能に関して筆者がまず注目したいのは、それが必ずしも物の譲渡には限られなかつた、ということである。すなわち、法廷承認は、不動産役権 (ius praediorum) および用益権 (usufructus) の設定にも用いられ、むしろ、そのためにこそ主たる機能を發揮した¹⁴⁾。しかも、Gaius の『法学提要』では、手中物の移転の場合には、たとえ法廷承認が握取行為と同様の効果をもつとしても、ほとんどつねに握取行為が行われたとされ¹⁵⁾、そのうえで、法廷承認の固有の機能として、これら役権や用益権の設定の例が挙げられている¹⁶⁾。このことは何を意味するものであろうか。例えば、用益権の設定に関してはつぎのように解説されている。すなわち、——

用益権は、法廷承認のみを受けられる。というのは、自己に固有のもの (proprietas) の所有者 (dominus) は、他人が用益権をもち、彼自身はたんなる自己に固有のもの (nuda proprietas) を維持する、というようにして、法廷において用益権を他人に認めること (cedere) ができるからである。¹⁷⁾

ここで注意すべきは、法廷承認は、他人に用益権を設定する場合のように、目的物の帰属関係を明確にしておく必要が高い場合にとくに用いられていた、ということである。そして、Gaius はこの場合のために、目的物の利用を伴わない純粋な財産帰属を意味するものとして、"nuda proprietas" の概念をとくに導入しているのである。もっとも、Gaius によれば、これら用益権や不動産役権は、「非有体物」(res incorporales) として、一応「物」(res) の範疇に入れられており、この意味では、法廷承認も非有体物という一種の物の譲渡に用いられた、と言うことも可能であろう。しかし、その実質的内容または機能からみれば、法廷承認は、一つの目的物をめぐって複数の者が関与するこれらの場合に、物の帰属関係が複雑化することによって生じうる紛争を回避するために、政務官という公的機関の介入をえて、その帰属関係を公的に確認することにこそ最大の意味をもっていた、と考えることができる。

法廷承認の機能として、Gaius が『法学提要』で挙げるもう一つの主要な例は、相続財産 (hereditas) に関する場合である。すなわち、一般的に、「相続財産もまた法廷においてだけ承認 (cessio) を受けられる」とされ、具体的には、遺言がないために、法律によって相続財産が帰属する者 (is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas) が、相続を承認して相続人になる前に、法廷において他人に相続財産を承認する (cedo) 場合には、この者が相続人 (heres) になる、とされている。¹⁸⁾

これは、相続財産の帰属に関して問題が生じうる無遺言相続に際して、法律によって定められた者とは異なる者への相続財産の帰属に対する、国家的な関心に基づく介入とみることもできる。¹⁹⁾

以上のように、法廷承認は、都市における土地、相続財産全体といった社会的にもきわめて重要な財産をめぐり、その帰属がとくに問題になりうる場合について、これを明確かつ公的に確認するという機能——いわば帰属確認機能——を本来の特色としてもっていた、と考えることができる。²⁰⁾

なお、法廷承認を利用しうる主体の範囲に関しては、法廷承認はローマ市民——具体的には、家父長——に固有のものであり、²¹⁾家父長権に服している子、妻、奴隷などに対しては、法廷承認によって物を与えることができなかったとされている。その理由としては、子、妻、奴隷などには、「彼ら個々人に帰属する自己のものはけつして存在しないので、存在しない自己のものを彼らが法廷において返還請求することはできない、ということが明らかに妥当であるからである」(cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conueniens est scilicet, ut nihil suum esse in iure vindicare possint)²²⁾と述べられている。²³⁾ここにも、法廷承認を受ける者への財産の帰属確認がその主たる機能であったことが表されていると言えよう。

また、このようにみえてくると、法廷承認の利用に際しては、手中物および非手中物という区別が必ずしも意味をもっていない、という印象を受ける。学説の中には、法廷承認が元来は手中物のみを対象とした、との見方もあるが、²⁴⁾そもそも手中物と非手中物とが区別され、握取行為の制度が整えられるよりも、法廷承認の方が古い起源をもつという可能性は十分にある。²⁵⁾

(d) つぎに、法廷承認の効力についてみると、その最大の特徴は、法廷において政務官の判断を経て行われるとい

う手続に由来する公示性である。²⁵この公示性のゆえに、①取得者は盗取の嫌疑を免れ、また、②第三者が目的物を侵害する場合には、侵害の排除を訴求するために、取得に関する具体的な法的原因を証明することなしに、法廷承認が行われたことを援用するだけで足りた。これが法廷承認のもつ無因性である。²⁶

しかし、法廷承認の効力は、それが訴訟の形式をとって行われたことからすべての者に対して及んだのか、それとも、取得者が真の所有者から返還請求を受けたときには目的物を返還しなければならなかったのか、という点については、必ずしも明確ではない。法廷承認に「一事不再理の原則」を当てはめることによって、第三者に対する効力を肯定する見解がある一方、²⁷第三者からの追奪の可能性を肯定する見解もある。²⁸また、法廷承認の効果の無因性を訴訟方式の利用に根拠づける見解も、それが法廷承認に一種の公定力を認めたものと解すれば、第三者に対する効力を肯定する趣旨と解される。²⁹何れにせよ、この問題は、法廷承認がその構造上依拠した対物法律訴訟の効力一般の問題、さらには、この訴訟制度に支えられていたローマの所有秩序の一般的理解へと通じる問題であり、ローマの所有秩序と所有物保護法に関する別稿に譲る。

(e) 最後に、法廷承認に際しては、いくつかの約款の付加が認められた。まず、①用益権の留保が可能であった。³⁰これは、法廷承認の通例の効力を具体的なケースにおいて一部変更するような当事者の意思の効果と解釈することもできるが、むしろ、先にみた用益権の設定の場合の裏返しであり、この場合にも目的物の帰属関係を公的に確認する必要性が高かったためと考えられる。つぎに、②このような法廷承認の方式自体に組み込まれた約款のほかに、法廷承認と並んで行われる付随的合意として、信託の合意 (*factum fiduciae*) および問答契約 (*stipulatio*) を付けることが可能であった、と解されている。³¹これらについても、当事者の意思が法廷承認の効果に影響を及ぼした結果である

とはただちには言えないであろう。すなわち、前者では、財産の帰属とその経済的実質との間にずれがあり、財産の帰属関係と合意内容を確認しておく必要性が高かったほか、それが法律による相続の規制を回避する手段としても用いられたために、国家的な関心も少なくなかったと考えられる。また、後者では、法廷承認の効力として真の所有者である第三者に対する効力を否定する見解によれば、代金支払後に追奪されうる場合に備えて、実際上必要不可欠なものであったと考えられる。³²

(f) 以上にみえてきた法廷承認は、譲渡方法として訴訟方式を用いた点で特殊性をもつが、類似の現象はギリシャおよびゲルマンの法にもみられることが報告されている。³³このことは、財産の帰属確認機能を本質とする法廷承認的な方法は、譲渡法の生成史においてははかなり一般的に現れた一段階であることを推測させる。³⁴

では、一歩進んで、譲渡当事者の行う譲渡ないし移転行為の過程が譲渡方式の中に登場し、さらに進んで、譲渡当事者の意思内容がより一般的に譲渡の効果に反映されるような譲渡制度は、ローマ法ではどのような形で、またどの程度まで発達したのであろうか。以下、これについて考察を続けることにする。

[1] 前述一2注18および該当本文参照。

[2] SCHULZ, CRL, p. 344. 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(一)」『民商法雑誌』六六卷三号(一九七二年)四五二頁参照。

[3] In iure cessioは、「法廷譲歩」、「法廷譲与」、「法廷譲渡」などとも訳されるが、本稿では後述のように、この制度の特質を、法務官による譲渡人に対する物の帰属の否認と譲受人に対する物の帰属の承認とみることから、あえて「法廷承認」と訳出した。

- [4] KASER, *EB*, S. 199. また「*in*」の見解によれば、握取行為に比して法定承認は「完成された訴訟手続と高度に発達した法律学を前提とするがゆえに、必然的に新しい」とされる (*ibenda*, S. 140, Fn. 9)。
- [5] SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio* [1904]; HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain* I [1927] p. 491; Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* [14. ed., 1968] p. 200, n. 2; Gerhard von BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV [1920] S. 100, 307 A 1; Ulrich von LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in: *Festschrift Paul Koschaker* II [1939] S. 113 ff., S. 124.
- [6] THOMAS, *TRL*, p. 156 and note 51.
- [7] *Gal.* II, 25.
- [8] KASER, *EB*, S. 199 mit Fn. 2; HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 104 f. mit Fn. 2, 3.
- [9] 法務官のたよりの“*addicere*”なる“*addictio*”の意味を、当事者による行為の「確認」として解釈するキリヤツトは、¹⁴ M. WLAŚSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*——Römischeschrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis——, *SZ (Rom.)* 25 [1904] S. 81 ff., S. 90 ff. 参照¹⁵。
- [10] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 105; KASER, *DRPR* I, S. 134.
- [11] Franz LEIFER, *Altrömische Studien* IV: *Mancipium und auctoritas*——Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem. II. Teil——, *SZ (Rom.)* 57 [1937] S. 112 ff., S. 224 f.; THOMAS, *TRL*, p. 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.
- 取行為によつてした場合には「たとえ売買の形式を仮装するにすぎない」「*manus*による握取行為」(後述3参照)によつたとしても、その方式の中に「買うこと」(*emere*)という文言が入つていたために、後になつて行為の無償性が争われる危険性があった、とされる。もっとも、この点については、握取行為のもつ公示機能により、取得者はその取得原因を援用することゝを免れていたのでから、無償性についても証明する必要はなかつた、とも考えられる (KASER, *EB*, S. 200, Fn. 4)。

- [12] Ernst SCHÖNBAUER, Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf, *SZ(Rom.)* 52 [1932] S. 195 ff., S. 242 f.
- [13] KASER, *EB* S. 200 f.
- [13-a] Cf. NICHOLAS, *IRL*, p. 63, note 3.
- [14] *Gai.* II. 22, 25, 27. 後述4(a)注1参照。
- [15] *Gai.* II. 29 ff.
- [16] *Gai.* II. 30. また、都市の不動産役権 (*ius praediorum urbanorum*) も「法廷において認められること (*in iure cedit*)」だけが可能である。これに対して、「農村の不動産役権 (*ius praediorum rusticorum*)」の設定は、「握取行為による」ことができた (*Gai.* II. 29)。
- [17] *Gai.* II. 28. しかし、それらは「引渡 (*traditio*)」を受け容れることは容易ではない (*ibid.*)。
- [18] *Gai.* II. 34-35. ただし、この法定の相続人が債務を負っている場合には、依然としてこの者が相続人に留まった (*Gai.* II. 35)。ちなみに、後になって権利移転に関する著名な原則となる「何びとも自己のもつ以上の権利を他人に移転することはできない」 (*Ulpianus D.* 50. 17. 54) の法命題は、「元来はこのことに関して言われたものであり、債務を負っている法定の相続人は、債務だけを切り離して、相続しうる財産だけを譲渡することはできない」ということを指していたとみられている (*Ulrich von LÜBTOW*, Hand wahre Hand — Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in: *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag* [1955, Verlag Franz Vahlen GmbH] S. 119 ff., S. 144 ff.; HOETNIK, *Rechtsgelände opstellen* [1982] p. 97 ff.; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR* S. 155)。また「遺言で指定された相続人は、相続財産について他人に法廷承認をすることはできない」 (*Gai.* II. 36)。
- [19] 船田 II・四七二頁は、これが「法廷譲歩が用いられた典型的な場合」であるとし、「かかる譲渡は国家構成の単位を変更するに至るといふ意義をもつので、政務官の面前で行なわれたと想像される」とする。

[20] また、法廷承認は、後見人の職務の移転にも用いられたが (Gal. I. 168-172)、ここでも、後見人の職務の重要性に鑑みれば、法廷承認の帰属確認機能が役立ちえたとみうる。

[21] Gal. II. 65.

[22] Gal. II. 96.

[23] 船田 II・四七三頁注 1 参照。

[24] ちなみに、握取行為は手中物を、引渡は非手中物を、そして法廷承認はこの双方を対象とした、という Ulpianus の「法律抜粋」にみられる区別 (前述 1 注 1 該当本文) は、古典期末期のものであることに注意しなければならない。また、法廷承認が非手中物の譲渡に用いられたのはそれほど古くからではなく、とみられている (vgl. Max KASER, Neue Studien zum altrömischen Eigentum, SZ (Rom.) 68 [1948] S. 131 ff., S. 185)。

[25] JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 126 f., Anm. 5; THOMAS, TRL, p. 155. しかも、法廷承認における公示は、政務官が協力した結果、後にみる握取行為におけるよりもずっと効果的であった。

[26] KASER, EB, S. 202 mit Anm. 13. ちなみに、無因性の根拠を公示性ではなく、訴訟方式の利用に求める見解もある (JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 126 f., Fn. 5)。この見解は、法廷承認による財産の帰属確認に一種の公定力を付与するものである。

[27] 船田 II・四七二頁および同所注 1 に引用の諸文献、鎌田・前掲論文四五八頁以下および同所注 2 参照。 Cf. BUCKLAND, TRL, pp. 233 ff.

[28] この見解によれば、売買を原因とする取得者がすでに代金を支払っていた場合には、取得者 (買主) の危険が比較的大きかった。すなわち、買主は、後述する握取行為による場合とは異なり、売主に対して追奪担保責任を問うことができなかつた。のみならず、法廷承認の場合には代金についての合意が方式中に入っていなかったことから、取得者は代金の合意および支払を

証明して代金を取り戻すことすら容易ではなかったとみられている。したがって、取得者としては、問答契約によってこの危険に備える必要があった、とされている (KASER, *EB*, S. 202)。

[29] 前掲注26参照。

[30] Paulus, *Fragmenta Vaticana*, 50.

[31] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 106.

[32] KASER, *EB*, S. 202, 前掲注28参照。

[33] Vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 105, Fn. 4.

[34] しかし、法廷承認は、役権設定のために準引渡 (quasi traditio) および認容 (pactentia) の方法が発達するに従い、その有用性を減じて衰退したとされ、最終的には Justinianus 帝の法典編纂に際し、原典からも削除された (cf. *Inst.* I. 12. 8; C. 8. 47. 11)。

3 握取行為 (mancipatio)

(a) 譲渡行為の方式中に、物の譲渡ないし移転としての取引過程がより明確に現れてくるのは、握取行為においてである。

握取行為は、『十二表法』に記述がみられることから^[1]すでに『十二表法』の制定以前から行われており、しかも、古典期の法においてもまだ一般的な譲渡方法であったとみられている。^[2]

握取行為の方式については、Gaius の『法学提要』につきのように記述されている。すなわち、――

握取行為は、……一種の架空の売買である。それは、ローマ市民に固有の権利の一部でもある。それは、以下のようにして行われる。五人より少なくない成熟したローマ市民が証人として呼び集められ、ほかに、銅の秤をもち、秤持ちと呼ばれる同一の資格をもつ者がいる。握取行為を受けようとする者は、客体を掴みながら、つぎのような言葉を唱える。すなわち、「私は、この者が、ローマ市民法によって私のものであることを宣言する。そして、この者はこの銅と銅秤によって、私に買われよ」。それから、彼は銅片で秤を打ち、この銅片を彼が握取行為によって「その者から客体を」受け取るうとする者に、代金として与える。³

この握取行為に用いられている文言（右引用文中「」内の式語）の前半は法廷承認の式語（前述2(b)と、また、後半は銅と秤による取引（*negotium per aes et libram*）または——相手方に一定の給付を義務づける——拘束行為（*nexum*）における文言と共通のものである。¹かかる方式上の折衷性から、握取行為が法廷承認および銅と秤による取引ないし拘束行為に由来するものである、と言うことは性急かも知れない。しかし、このような方式上の特色が握取行為の生成経緯を反映している可能性は十分にある。

その際に注意すべきは、この式語には一見奇異な点があることである。と言うのは、譲受人が「私のものであることを宣言する」と述べた後に、本来はその取得原因であるはずの売買について「私に買われよ」と述べていることである。しかし、これについてはつぎのような説明が可能である。すなわち、まず、現実の占有移転がないにもかかわらず物および所有権が移転する、ということについての適切な観念が存在しなかった当時のローマにおいては、物の移転と同じ効果を生じさせる唯一の方法は、取得者が「私のものである」と言ったことに対して、所有者たる譲渡人

および証人がなんらこれを否定しないことである。このことは、すでにみた法廷承認に典型的に当てはまるが、法廷承認の式語と共通のものを用いている点で握取行為にも当てはまる。⁶⁵そして、初期ローマの比較的小規模の共同体においては、例えば、Aが、それまではBに属すると知られていた物について自分の物であると主張し、しかも、そこに居合わせているBがAの主張を争わないときには、Aが今やその物の所有者になったということが明白であり、その場合にはもはやAの主張の根拠——元来Aのものだったのか、AがBから買ったのかあるいは贈与を受けたのか、等々——は重要ではなかったと考えられている。⁶⁷これはまさに、法廷承認がもつた物の帰属確認機能が、証人の面前でのより簡易な手続によって行われるに至った握取行為にも承継されたとみることができる。

ついで、目的物と交換されるべき銅片と秤持ちが導入された後には、握取行為においても、この銅片の移転と引き換えに目的物の移転が行われている、という観念が現実味を帯び、これによって、その移転原因に関する譲受人の第二の言明である「私に買われよ」⁶⁸が、最初の言明の後に付加され、こうして一見奇妙な握取行為の方式が形づくられたと推測することができよう。⁶⁹

このように握取行為の基本構造は、①法廷承認の中心的機能であった目的物の帰属確認、および②銅片に象徴される代替物との「引き換え」という観念に媒介された目的物の移転という二つの要素から成り立っていたとみることができる。⁷⁰

以下では、まず、握取行為に特有の性格である、他の物との引き換え \parallel 移転という観念について考察し（以下(b)、(c)、ついで、物の帰属確認機能について検討することにする（以下(d)）。

(b) まず、物の譲渡ないし移転としての性格を一段と強めた握取行為の形成に対しては、銅と秤による取引という

制度が少なからぬ影響を与えたと考えられる。実際、銅と秤による取引のいくつかの形態のうち、握取行為はそのもっとも重要なものである、と位置づける見解もある。¹⁰⁾ 何れにせよ、銅と秤による取引は、それまで法の平面には登場してこなかった現実の取引、とくに、物の譲渡、債務の設定、債務の弁済などが、はじめて法的世界にその姿の一端を現したものとみることができる。

すなわち、ローマにおいても、イタリア人相互間の財貨交換は、その発展段階の初期には、品物と品物の交換によって行われた。その際には、牧人や農民の財産をつねに一定の基準で評価しうる手段であった家畜 (*pecus, pecunia*) が一般的価値基準とされた。しかし、すでに紀元前一〇世紀初頭には、金属、とくに銅 (*aes*) が価値基準および支払手段として現れたと考えられている。最初は形が整えられていない銅 (*aes rude*) または棒状の銅が、必要に応じて小銅片 (*raudensula*) に砕いて用いられ、後には、そこに交換手段として適格であることを確認する印が付された。これらの場合には、その価値は秤によって量られた。ちなみに、鑄造されたいわゆる貨幣というものが現れたのは紀元前四世紀であったと考えられており、それは刻印されたおりの重量をもつ青銅貨 (*aes grave*) であった。

そして、銅と秤による取引は、貨幣が発達する以前に、銅片が通常の支払手段であった時代のものであり、それが取引行為の重要な一部である支払行為の方式として法的に確認されたものである。¹¹⁾

もっとも、ローマにおいても実際の取引では、多くの物が無方式または特定の方式に拘束されることなく個々のケースに適した方式で譲渡され、取得されていたと考えられる。しかし、そのうち、土地、奴隷、一定の家畜など、比較的価値の高い客体を目的とする取引、および消費貸借債務の設定ならびに弁済などの重要な取引は、それらが確実に履行されたことを確認するために、支払行為が儀式的かつ公開の方式に則って行われるようになったことから、

まず最初に法的規制の対象として浮かび上がってきたものと考えられる。それが銅と秤による取引であった。¹²⁾

それらのうち、譲渡による物の移転過程における代価支払の側面を象徴的に方式化し、これによって、代価支払と「引き換え」に行われているはずである目的物の移転を間接的に観念するという構造をもつに至ったのが握取行為である。したがって、それは、元来は現実売買の方式であったとみられている。¹³⁾

ところが、その後、かかる握取行為の構造的基盤は崩れてゆく。とりわけ、鑄造貨幣が導入され、しかも貨幣の重量ではなく、そこに刻印された数额的な価値が取引の標準とされるに従って、銅を秤で量って引き渡すという銅と秤による取引もつ現実的意味は次第に薄れていった。¹⁴⁾ また、すでに第一次ポエニ戦役(264 B. C.)前に導入されていたとみられる銀貨の使用もこれに拍車をかけたであろう。さらに、代金支払が目的物の引渡とは別途に行われるようにもなってきた。¹⁵⁾ では、このような背景のもとで、握取行為は譲渡行為としての意義をただちに喪失したのだろうか。

しかしながら、実際にはそうではなかった。すなわち、握取行為は、元来その核心部分の一つであった銅と秤による取引が形骸化した後にも、独立の譲渡行為の方式として存続したのである。しかも、握取行為は、現金売買以外の目的のためにも行われるようになり、古典期においては、売買、贈与、遺贈、嫁資設定、信託としての合意、担保としての合意、問答契約または負担付遺贈に基づく債務の履行、加害者引渡(*noxae deditio*)などを原因としても行われた。¹⁶⁾ これらは何れも、銅と秤による取引の形式をとったたんなる象徴的な代金支払によって行われた、「一ヌムス貨幣による握取行為」(*mancipatio nummo uno*)である。そして、かかる握取行為の方式、とりわけ銅を秤量して引き渡すという行為の抽象化により、握取行為には所有物取得としての効果のみが残存し、これによって握取

行為はすでに述べたような諸原因からは独立したいわゆる「無因的な法的行為」になった、と言われている。¹⁷ しながら、握取行為という方式の抽象化と握取行為の効力の無因性とをただちにあるいは言葉の上でのみ結び付けることは、必ずしも正確ではないであろう。

おそらく、握取行為の方式の抽象化は、直接的には、現金売買以外の新しい取引形態を規制するという新たに生じてきた経済的要求に対して、従来から握取行為に関して用いられてきた伝統的法概念を合理的に解釈し、その概念を拡張することによって対処しようとしてきたローマ法律学の保守的性格に由来するものであろう。¹⁸

しかし、さらに問題なのは、実質の意味をすでに失っていた銅と秤による行為が、なおしばらくは実際に行われていた理由である。これについては、銅と秤による行為も含めた儀式的形式に対してローマ人がもっていた特有の観念に注目する必要がある。すなわち、抽象的な所有権の移転という観念をもたなかったローマ人にとっては、物の譲渡とは、譲渡の現実の過程そのものをまさに履行していることを、当事者ならびに第三者が確認することであったと考えられる。しかし、譲渡が煩雑に行われるなどして、現実にかような確認行為をすることが困難または煩雑となる一方、譲渡の方法が普遍的に行われうる一般的な方式として確立される必要性が感じられるようになり、その結果、物の譲渡過程を反映した象徴物を用いた行為が、まさに物の譲渡そのものとして観念された、と考えられる。¹⁹ 銅と秤による取引であった。したがって、現実売買以外の諸取引に握取行為が拡張された後にも、象徴的取引行為がすなわち譲渡である、という観念が存続したかぎりにおいて、握取行為の無因性を肯定する余地があるであろう。しかし、この意味における無因性は、公示力の強さを基盤とした法廷承認における無因性とは異なり、物の譲渡ということに対する人々の一般的な観念ないし意識そのものに由来していることに注意しなければならない。

ちなみに、ローマ人は、このような象徴的かつ儀式的な方式の履行が経済的に煩わしいと考えられるようになった場合ですら、この方式自体をただちに廃止するのではなく、その方式の履行を「仮装する」という手段を採った。²⁰すなわち、握取行為が実際には行われていなくとも、それが履行された旨を書面に記載するという代替手段が採られるに至ったのである。²¹このことから、象徴的行為 \parallel 実体そのものという観念が、ローマ人の間でいかに根強かったかを窺い知ることができよう。

(c) つぎに、かかる握取行為によって譲渡されえた客体に関しては、Gaiusがつぎのように解説している。すなわち、――

奴隷も自由人もともに、また握取行為の対象にすることができる動物のように、このようにして握取行為の対象にされる。この範疇の中に数えられるのは、牛、馬、らばおよびろばである。さらにまた、イタリアの土地のように、それ自体が握取行為の対象になりうる都市および農村の土地も、このような方法で握取行為をされるのが通例である。

土地の握取行為がその他の握取行為と異なっているのは、握取行為が可能な奴隷ならびに自由人といった人間、また同じく動物は、それらが現にそこになれば握取行為がされえない、ということにおいてのみである。例えばちようど、握取行為によって取得する者は、握取行為によって彼に与えられる物それ自体を掴むこと (adprehendere) が必要である、というようにしてである。しかも、物が手によって (manu) 掴まれる (captur) がゆえに、握取行為 (mancipatio) と呼ばれるのである。反対に、「土地の場合には」現にそこには土地が握

取行為をされるのが習わしである。²²⁾

ここにも示唆されているように、握取行為は、元来は動産の譲渡のために案出されたものであり、それゆえ、土地の私的所有および譲渡可能性に先行したとも考えられている。²³⁾

また、握取行為の客体について、Gaius はつぎのようにも解説している。

さらに、物は握取行為がされる (res Mancipi sunt) か、あるいはされない ([res] nec Mancipi [sunt]) かである。……[前者は、イタリアの土地における不動産権またはそのような土地における建物、奴隷ならびに牛馬、らば、ろばのように通常は駄獣として飼ひ慣らされた動物、および農村の役権である。] 都市の役権は、握取行為されない。元老院属州土地税を負担する土地および元首属州土地税を負担する土地は、握取行為されない (nec Mancipi sunt)。

しかし、通常飼ひ慣らされる動物は、それらが生まれるやいなや握取行為されうるとわれわれが言うときには、「われわれの学派の権威者たちはそうであると考えるのが」、他方において、もう一つの学派の Nerua, Proculus およびその他の権威者たちは、それらが飼ひ慣らされていたのでなければ握取行為されえない、と考えている。そして、もしそれらがあまりに野生的であるために飼ひ慣らすことができなければ、それらが通常は飼ひ慣らされる年齢に到達する時に握取行為されうるとみなされるべきである、と彼らは考えている。

……

さらにまた、多かれ少なかれ、無体物は握取行為されない (*nec mancipi sunt*) が、農村の役権は例外である。と言うのは、それらが無体物に数え入れられるにもかかわらず、それらは握取行為されるということが知られているからである。

握取行為される物 [手中物] (*res mancipi*) と握取行為されない物 [非手中物] (*res nec mancipi*) との間には、さらに大きな相違がある。

と言うのは、非手中物は、それらが有体物であり、かつ、そのために引渡 (*traditio*) を受け入れるならば、引渡それ自体によって法律上完全に (*pleno iure*) 他人のものとなる (*alterius ius*) からである。²⁴

ここでは、物が握取行為されること (*res mancipi esse*) またはされないこと (*res nec mancipi esse*) から、いわゆる手中物 (*res mancipi*) と非手中物 (*res nec mancipi*) が区別されている。手中物は、Gaius の例示にもあるように、私的所有に服する土地、地役権、奴隷、一定の家畜など、農業経営上の主要な生産財であったと解されているが、同時にそれは、戸口調査による財産評価表に記載されるべき物 (*res censui censendo*) でもあった、とする見解もある。²⁵しかし、手中物と非手中物との区別においては、先の引用の最後の部分にも示唆されているように、それがたんなる引渡 (*traditio*) によって、法律上完全に (*pleno iure*) 他人のものとすることができたかどうか、という点が最終的には重視されている。

すなわち、握取行為においては、譲渡人の所有物は握取行為それ自体によって移転されると観念されたことから、所有物の引渡は必要ではなかった。もっとも、動産たる手中物の譲渡の場合には、握取行為と同時にまたはそれに続

いてただちに引渡が行われたであろうから、このことはさほど意味をもたない。これに反して、握取行為が行われた所とは別の場所にあるイタリアの土地を譲渡する場合などには、握取行為に固有の移転觀念がとくに意味をもったと考えられる。²⁷⁾

(d) 以上、(b)および(c)では、握取行為の方式にみられる基本的要素のうち、物の移転的機能について考察した。そこで、つぎに、もう一つの基本的要素である物の帰属確認機能についてもみておこう。なぜなら、握取行為は、それが譲渡方式としては物の移転という觀念をかなり濃厚にもつようになった一方で、それはたんに物の移転のためにだけ用いられたのではなかったからである。例えば、握取行為は、手中物の移転のみならず、農村の役権の設定にも用いられた。これは、握取行為のもつ物の帰属確認機能によるものであり、しかも、法廷承認よりも簡易な手続で行われた。しかしなお、国家的な見地からその帰属確認が法廷承認によってのみ行われえた客体がまだ存在していたことにも注意しなければならない。²⁸⁾

さらに注目すべきことに、Gaiusの『法学提要』における握取行為の最初の解説は物の譲渡についてではなく、女性(femina)を自分の妻とし、夫権(manus)に服させる方法についてであった。いわく、――

今度は、われわれの夫権に服するような人々 (personae quae in manu nostra sunt) についてみてみよう。

.....

男性も女性もちょうど「同じように」権限をもつのが習わしであるが、ただ女性だけが夫権に服するようになる。

かつては、三つの方法で、夫権に服していた。すなわち、習慣によって (usu)、小麦菓子「の共食」によって (farreo)、そして、買入れ婚によって (coemptione) である。

.....

買入れ婚によって、つまり、握取行為によって、すなわち、一種の仮装売買 (imaginarie venditio) によって「女性たちは」夫権に服するようになる。と言うのは、五人より少なくない成人のローマ人の証人を、そしてまた秤持ちをあなたがたは招き入れ、夫 (vir) がその夫権に服する妻 (mulier) を買う (emo) ののである。^[28]

女性を男性の夫権に服させるという当時の婚姻観念によれば、婚姻に際しては妻が夫に帰属することの確認こそが重要であったと考えられる。したがって、ここで握取行為が用いられたとしてもなんら不思議ではない。そして、握取行為はこのほかにも、養子縁組 (adoptio)、家父長権からの奴隷または子供の解放 (emancipatio) などにも用いられた。これらの場合においては何れも、家父長への養子、奴隷、子供などの帰属の有無の確認が主要な関心事となっており、この点で握取行為の機能が發揮されたものと解される。^[29]

さらに、握取行為は遺言 (testamentum) の方式としても用いられた。これについても、家族ないし財産 (familia pecuniarique; familia, id est patrimonium) の帰属変更として遺言を捉えれば、それが握取行為に適したものであったことが理解される。そして、この握取行為による遺言は、死が差し迫っていることから遺言のために年一回開かれる集会で遺言をすることができない者のために認められたものであり、その際には、証人の面前での手続がとくに重視されている。すなわち、受遺者は家族および財産が自分のものであることを、そして遺言者は遺言書の内容どおりに

遺贈され、与えられることを、証人の面前で「公然と述べること」(palam nominare)が強調されている。³¹⁾ かつでは、とくに遺言のための握取行為がもつべき公示性が強調されることにより、握取行為の帰属確認機能が明らかにされているとみることができる。

以上に見てきたように、握取行為の方式の二重性は、その機能の二重性をそのまま反映しており、そのうちでもどちらかと言えば、法廷承認の主たる機能であった帰属確認機能が、握取行為の場合にも依然としてその基礎になっていたと考えられる。しかしまた、このような機能をもつ握取行為の客体は法廷承認以上に広がりを見せ、その中から物の譲渡ないし移転行為として握取行為を特徴づける要因が生じてきたものと考えられる。

なお、握取行為による物の取得は、法廷承認とは異なり、家父長権に服する奴隷などによって、彼らの家父長ないし主人のために行われることも可能であるとされた。³²⁾ したがって、握取行為による物の移転機能は、その主体の範囲に関しても、法廷承認よりも一歩前進したと言えよう。

(e) さらに、握取行為の効果についてみておこう。

握取行為の効果としては、追奪担保責任の発生、取得者に対する盗取の嫌疑を排除すること、取得過程の適法性の証明をたんなる握取行為の証明によって容易にしうること、などが挙げられている。³³⁾

ここではまず、握取行為の効果が「所有権の移転」ではなかったことに注意しなければならない。ちなみに、握取行為によって譲渡された物の所有は、不動産については二年間、その他の物については一年間の経過によって確定された(後述4(c)参照)。

また、握取行為は、取得者によるたんなる事実上の握取行為と譲渡人ならびに証人などの関係者がこれになら異

議を唱えないことからなっており、それ自体としては譲渡人に何らかの義務を発生させるような行為ですらなかった。したがって、例えば、他人の物を握取行為によって譲渡したとしても、そのこと自体からは、譲渡人にはなんら責任は生じなかったものとみられる。³⁵

しかしながら、他人の物を、あえて証人まで召集して公開の場で握取行為によって譲渡し、さらに取得者から代金をも受領するという行為は、窃盗にも比すべき不法な行為である、と觀念された。³⁶こうして、不法行為的または刑罰的な性格をもつ責任として、そのような場合に取得者が他人から所有物返還請求訴訟を提起されてその物を失った場合には、譲渡人は、取得者に対して、受領した代金の二倍額を賠償することを命じられた。³⁷

したがってまた、譲渡人が未成年者から取得した物を握取行為によって転譲渡し、転得者がこの未成年者から追奪されたような場合には、所有者から取得した譲渡人には不法行為的または刑罰的な非難が加えられないゆえに、転得者が譲渡人に対して請求できる賠償額は二倍額ではなくて、転得者が追奪されたのと同じだけの「正当なもの」(iusta res)にとどめられた。³⁸

さらに、譲渡人およびその相続人は、取得者への賠償に先立ち、目的物の所有者であると主張する第三者との間で、取得者に代わって、自己の計算における訴訟代理人 (procurator in rem suam) として、または取得者自身による訴訟で争点決定がされた後にはいわゆる補助参加人として、第三者から目的物を防衛するために訴訟を遂行しなければならなかった、と解されている。³⁹

もっとも、握取行為の効果としての追奪担保責任について直接的に述べたテキストは、原典にはないことに留意しなければならない。以上に引用したテキストは、何れも売買契約または担保の問答契約に関するものである。しかし

ながら、これら売買契約または問答契約における担保責任は、元來は現実売買としての握取行為に結びつけられた効果であり、それがその後、握取行為によらない売却にも拡張される一方、¹⁰外国人が当事者であった場合または非手中物の譲渡の場合には、問答契約により、買主が売買目的物を所持することが自由であること (*stipulatio habere licere*)、および目的物が追奪されたときには売買代金の二倍額を売主が支払うこと (*stipulatio duplae*) を売主が買主に対して約束するのが通常であった、と解されている。¹¹

他方、仮装売買としての一ヌムス貨幣による握取行為においては、それが売買目的で行われた場合を除いて、こうした担保責任は生じなかつたと解されている。¹²

なお、以上のような担保責任を、握取行為の所有権移転効果に付随して発生した債権的效果として把握する見解もある。¹³しかし、握取行為においては、その方式の内容からみても、目的物自体の即物的な移転がもつばら注目されていることからすれば、握取行為が、占有を妨害されないこと、追奪を受けないこと、さらには完全な所有権を与えられること、といった抽象的な利益を取得者に与える行為であったとは解しがたい。したがって、担保責任が所有権移転効果から派生したものと考えることはできないであろう。

そして、握取行為の効果が以上のようなものであつたとするならば、代価支払との引き換えとして觀念された物の移転という効果も、いまだ事実上のものにとどまり、せいぜい、他人の物を渡しておきながら代価を受け取つたことの不法性に対する制裁として追奪担保責任を生じさせたにすぎず、¹⁴握取行為による所有物の移転効果は、それ自体としてはきわめて弱いものであつた、と結論づけることができよう。

そこで、このことからの当然の帰結として、ローマ法では、握取行為のもつ所有物移転効果の不完全さを補完する

ための制度が必要とされた。これが *usus auctoritas* の制度である。^[45]

この制度について Cicero は、『土地の *usus auctoritas* は二年間、その他の物の *usus auctoritas* は一年間であれ』 (*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*) と述べつゝ^[46]、^[47]の *usus auctoritas* は、『古典期の使用取得 (*usucapio*) の原型であり、すでに『十二表法』に規定があったとされている。^[48]

Usus auctoritas は、その制度内容の理解のしかたとも関連して、様々に翻訳されているが、^[49]その効果としては、一般に、物の占有者は、先の引用に示された区別に従い一年または二年の経過後には、その物を返還請求するあらゆる者に対して保護された、と解されている。^[50]

その際には、取得者が第三者から所有物返還請求訴訟を提起されたことが前提になっているが、この場合にローマ法では、取得者の物支配の保護は、まず第一次的には、取得者の前主（譲渡人）による担保責任の履行に依存したことから、ここでの *auctoritas* はやはり譲渡人の追奪担保責任を意味するものと解釈しうる。そして、一年間または二年間の経過後には取得者の物支配が完全に安定した保護を受けることと、その場合には譲渡人の担保責任がもはや意味をもたないこととの因果関係を何れに解するにせよ、この所定の期間は、譲渡人の担保責任の存続期間とみることが出来る。したがって、本稿では、『*usus auctoritas* を、『譲渡人の担保責任 (*auctoritas*) の有効【期間】 (*usus*)』と読むことにする。^[51]

つぎに、『*usus auctoritas* が実際に問題となった所有物返還請求訴訟 (*rei vindicatio*) では、もっぱら手中物 (*res mancipi*) の追及および返還が争われたことから、*usus auctoritas* の制度の対象も手中物であったと考えられる。^[52]そして、このことは、『*usus auctoritas* の制度が機能的には握取行為による手中物の移転効果を補完するものであったこと

とを示している。

さらに、一年または二年の経過後に第三者から返還請求を受けた取得者は、*usus auctoritas* による保護を受けるためには、この期間占有したことだけでなく、売買契約などの取得原因 (*causa*) をも立証しなければならなかったか否かについては、肯定説と否定説がある。^[51]

なお、*usus auctoritas* の制度は、外国人に対しては適用されなかったとされている。すなわち、「外国人に対しては、担保責任は永遠である」(*adversus hostem aeterna auctoritas*)。^[51] このテキストの解釈については、三つの可能性がある。つまり、①取得者が外国人である場合には *usus auctoritas* による保護は与えられない、という意味か、②取得者に対して外国人が所有物返還請求訴訟を提起してきた場合には、譲渡人の追奪担保責任には時間的制限がない、ということか、あるいは、③譲渡人が外国人である場合には担保責任には時間的制限がない、という意味の何れかである。これについては、*usus auctoritas* の意味が前述のように譲渡人の担保責任の期間制限であったとすれば、③の解釈が最も自然であろう。^[51]

また、*usus auctoritas* が譲渡人の担保責任の存続期間制限であったとみるならば、もし譲渡人が他人から盗取または強奪した物を握取行為によって譲渡し、または他人の物であることを知りながら譲渡した場合には、譲渡人のために担保責任の存続期間を制限する必要はまったくない。ちなみに、Gaius は、使用取得 (*usucapio*) について、「『十表法』は盗取された物 (*res furtivae*) が使用取得されることを禁じ、『ユリア法およびプラウティウス法』 (*lex Julia et Plautia*) は暴力によって占有された物 (*res vi possessae*) が使用取得されることを禁じている」とする。^[51] 同様に、他人の物であることを知りながら、これを「詐取する意図」(*affectus furandi*) で売却することは盗取 (*furtum*)

であり、そのような物もまた使用取得されえないとされている。¹⁵⁷ 他方、これらの場合とは異なり、例えば、非相続人が他人から借りていた物または寄託を受けていた物を、「それが相続財産であると信じて」売却したり贈与したりした相続人は、窃盗を犯したことはない。「なぜなら、詐取する意図がなければ窃盗は犯されないからである」。

これら使用取得に関する Gaius の記述は、使用取得の原型とみられる *usus auctoritas* についても基本的には妥当するであろう。しかしながら、*usus auctoritas* があくまでも譲渡人の担保責任の制限であったことからすれば、使用取得 (*usucapio*) と同様に *usus auctoritas* も盗品に対しては全面的に適用が排除された、という点まで類推しうるかは疑問である。むしろ、*usus auctoritas* の適用除外は、使用取得 (*usucapio*) の適用除外よりも狭く、あくまで譲渡人自身がその目的物を盗取あるいは強奪した場合、または譲渡人自身が他人の物を詐取する意図をもって売却した場合に限定されたとみる余地があり、むしろその方が自然であろう。¹⁵⁸

すなわち、当該目的物が譲渡人に取得される以前の段階で盗取もしくは強奪され、または譲渡人以前に他人からの賃借物もしくは受寄物を譲渡してしまった者がいた場合には、譲渡人からこのような他人物を取得した者は、*usus auctoritas* によって結果的には非所有者から取得しえた、と考えられる。¹⁵⁹ そして、このように解釈してこそ、他人の物が取得者の手を離れ、被盜取者に対してではなく、真の所有者に回歸 (*reversio ad dominum*) した場合にとくに、取得者による取得を否定し、「他人の物であるにもかかわらず、かつてどこかで」忍び込んだであろう物の担保責任は永久であれ」と規定していたと言われる『アティニア法』(*lex Atinia*, 2 C. B. C.) の意味が浮かび上がってくる。¹⁶⁰ こうしてみると、*usus auctoritas* が握取行為―追奪担保方式における物の移転効果の不完全さを補完する制度として生み出されたものであることが、あらためて理解されよう。

このような *usus auctoritas* は、その後、古典期になると、いわゆる使用取得 (*usucapio*) として要件および効果がさらに整理された。しかし、使用取得は、物の譲渡方法がより弾力的に拡張され、とくに握取行為とは別の譲渡方法である引渡 (*traditio*) がローマ法上の譲渡方法として一般化してきたことと深く関連している。そこで、使用取得については、引渡による譲渡との関係に留意しながら、あらためて検討しよう (後述4)。

(f) 最後に、握取行為の効果がどの程度、当事者の意思または合意に依存させられえたかについてみておこう。

握取行為は、厳格法上の行為 (*actus legitimus*) として、物の譲渡を象徴的に表現する一定の方式に則って行われた儀式であり、その有効性はもっぱらその方式性から引き出されたとみられている。⁶¹ それゆえに、握取行為の効果を当事者の意思によって修正することになる条件 (*conditio*) や期限 (*dies*) の付加は認められなかったとされている。⁶² しかしながら、ある一定の付随的合意を握取行為に付加することは認められていたようである。すなわち、信託の原因 (*fidei fiduciae causa*)、贈与の原因 (*donationis causa*) といった法的原因の表示、用益権の留保 (*deductio usufructu*) などである。⁶³

また、握取行為の所定の方式が取得者によって述べられる前に、譲渡人が証人の面前で、握取行為の目的物につき、とくにその性質、欠陥、優先権ないし役権の存在、付属物などについて言明 (*nuncupatio*) を行い、それを書式で作成した約款 (*leges*) を付すことが認められた。すなわち、これら握取行為において言明された約款 (*leges mancipio dicitur*) には法的効果が与えられ、⁶⁴ これを前提にして握取行為を行なった取得者は、この約款に拘束されるものと考えられた。したがって、このような手続が取られたかぎり、握取行為の効果にも当事者の意思ないし合意が具体的に反映された。⁶⁵

さらに、握取行為に際して、握取行為とは別個独立に当事者を義務づける付随的合意も認められた。これには、権利または物の瑕疵に対する担保責任を設定するための問答契約、信託の合意 (pactum fiduciae) などがあった。⁶⁵⁾

(g) 握取行為は、古典期の法においてはまだ通例のものであったが、書面による証拠がたえず増加するに従い、握取行為が実際には行われていなくとも行われた旨を記載した書面がしばしば作成されるようになった。⁶⁶⁾ さらに、たんなる引渡 (traditio) による手中物の譲渡にも法務官法上の保護が認められるに至った。⁶⁸⁾ その結果、握取行為は、古典期後、すでに四世紀には消滅したとみられている。⁷⁰⁾ そして、最終的には、手中物と非手中物の区別とともに握取行為を削除した Justinianus 法典に至って、名実ともに姿を消してしまった。⁷¹⁾

[1] 前述1注5参照。また、『十二表法』には、「拘束行為と譲渡行為 (mancipatio) とをなすさいに、言葉で言明したるときそれは法たるべし」(Lex XII Tab. 6. 1: 『史料選I』二二頁〔佐藤篤士訳]) とのテキストもあったとされる。さらに、後述注11の引用文 (Gai. I. 122) 参照。

[2] Cf. Gai. II. 25. 後述4^{a)}注1参照。

[3] Gai. I. 119.

[4] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 105, Fn. 3. 船田II・四六一頁。

[5] 前述12注16、19および該当本文参照。

[6] 法廷承認および握取行為における譲受人のこの言明「……私のものであることを宣言する」は、神聖賭金による対物法律訴訟 (legis actio sacramento in rem) における当事者の主張と同じである。ただ、法律訴訟においては、両当事者が「私のものである」と主張した点においてのみ、法廷承認および握取行為と異なっていたにすぎない。

- [7] THOMAS, *TRL*, p. 154.
- [8] THOMAS, *TRL*, p. 154 and notes 33, 34.
- [9] そのほか、握取行為の方式に関する様々な説明のしかたについては、船田Ⅱ・四六〇頁注1参照。
- [10] 銅と秤による取引は、そのほかに、消費貸借債務の設定(狹義の拘束行為「nexum」)および債務からの解放(銅と秤による并済「solutio per aes et libram」)のために用いられた(HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S.* 99 f. 101)。
- [11] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S.* 99; THOMAS, *TRL*, p. 152. ちなみに、Gaius は、握取行為における銅と秤の使用について、*ius* のように述べている。「*namque*、銅と秤が利用される理由は、久しく銅のみが貨幣として使われていたからである。[そのようなものとして] アース (*as*)、二倍のアース、二分の一アースおよび四分の一アースがあった。そして、金貨または銀貨は用いられていなかった。[これらのことは] われわれが十二表法から理解することができるとおりである。これらの貨幣の効力と権能 (*vis et potestas*) はそれらの数にではなくて重量にあった。……」(*Gai. I.* 122)。
- [12] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S.* 100.
- [13] Cf. THOMAS, *TRL*, p. 152. 船田Ⅱ・四五八頁。
- [14] もっとも、鑄造貨幣が導入されるより一世紀以上も前に、すでに紀元前五世紀中葉には、銅の計量と引渡は象徴のないし仮装的なものになっていたとの見方もあり(NICHOLAS, *JRL*, p. 63)。*namque*の時期を紀元前三世紀中葉とみるものもある(船田Ⅱ・四五九頁)。
- [15] しかし、実際の代金額は、前述した譲受人の言明の第二の部分において述べられ、これによって、現実の売買代金額が方式の中に取り入れられていたとも考えられてくる(THOMAS, *TRL*, p. 152 and note 13; KASER, *DRPR I.*, S. 414, Fn. 17)。
- [16] KASER, *DRPR I.*, S. 414. *namque* Gaius *namque* 握取行為を「仮装の売買」(*imaginaria venditio*) と表現しつつも(*Gai. I.* 113, 119)。

[17] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 101. 船田Ⅱ・四六〇頁。握取行為の無因性の根拠としては、①握取行為が方式行為であったこと、および②握取行為がその実現のために締結されたところの、目的規定ないし原因 (causa) が、握取行為の方式には明示的に挙げられなかったことから、握取行為の有効性がこれらの目的關係に従屬させられたかどうか疑わしいことなどが挙げられてくる (vgl. JOSS=KUNKEL=WENGER, RR. S. 126 mit Fn. 4; KASER, DRPR I, S. 133)。とりわけ、「一スラムス貨幣による握取行為の場合において」「買われよ」(emptus esto) という式語のほかに、例えば、「贈与の原因で」(donationis causa)、「信託の原因で」(fidei fiduciae causa) などとつたような、当事者間の合意の基礎にある目的規定ないし原因 (causa) を握取行為の方式中に取り入れることは、非常に困難であったとみられてくる (KASER, DRPR I, S. 47; ders. EB, S. 135, Fn. 6; Ulrich von LÜBROW, Hand wahre Hand—Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in : *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag* [1955, Verlag Franz Vahlen GmbH] S. 119 ff., S. 169 ff.)。

これに反して、握取行為の法的原因が方式中に表示されたことを肯定し、握取行為の無因性を否定するのは、Josef Georg WOLF, *Causa stipulationis* [1970] S. 143 ff. である。

[18] ウェーバー/世良訳『法社会学』三五八頁、三六一頁参照。

[19] ウェーバー/世良訳『法社会学』三五四頁参照。

[20] ウェーバー/世良訳『法社会学』三五四頁参照。

[21] 船田Ⅱ・四六八頁。ちなみに、ローマにおいては、すでに共和政末期には、証書作成は取引実務において通例のものとなり、とりわけ口頭の方式行為である問答契約ならびに握取行為、および消費貸借ならびにその返済に関しては、証書作成が規則的に行われていたと考えられている。しかし、これらの行為の証書化は、古典期末までは行為の効力を形成する要素とはみられず、たんなる証拠手段であった。

他方、証人による証言 (*testatio*) に対しては、すでに共和政末期には、証言によらない証拠方法の方が選ばれるようになっており、このことが銅と秤による取引にも影響を与えていたのかも知れない。その場合には、行為者本人または第三者による自筆証書 (*chirographum*) が重要なものとされ、それによって、法的行為の過程が実際に行われたことが証明されたものとみられた。

なお、三世紀の初めになると、法的行為は、それまでの私的な証書によってのみならず、官庁による記録の下で (*apud acta*) 行われるようになり、さらに帝政後期になると、特定の官庁に私的行為の記録を委託する勅法が発せられた。その中には、こうした方式を践むこと (*insinatio*) が法的行為の効力要件にまで高められたものもあった。例えば贈与である。しかし、通常の証明方法は、営業的な公証人 (*tabellio*) が証人の助力を得て作成する私的な証書であり、その場合には、証書作成は行為の効力要件とはなっていないかつとみられている。

帝政時代の証書として現在知られているものは、碑銘のほかは、大抵は蠟板に記されたものであり、内容的には、握取行為、売買、賃貸借、組合、消費貸借、問答契約、文書契約、遺言ならびに数多くの受領証である (vgl. HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S. 109 ff.*)。

[22] *Gal. I. 120-121.*

[23] THOMAS, *TRL*, p. 153.

[24] *Gal. II. 14a-19.*

[25] KASER, *EB. S. 6 f.; ders., DRPR I. §§ 9 (II) 1; 32 (III) 1; THOMAS, TRL*, pp. 129 ff.; JÖRS = KUNKEL = WENGER, *RR. S. 126 mit Fn. 1-2.*

[26] Cf. CICERO, *pro Flacco*, 79-80; JÖRS = KUNKEL = WENGER, *RR. S. 126*, Fn. 3.

[27] Cf. THOMAS, *TRL*, pp. 153, 134 ff.

[28] 例えば、都市の役権の設定である (*Gai.* II. 29)。

[29] *Gai.* I. 108-113.

[30] この点については、ローマでは物権法的な支配権と家族法的な支配権とが元来は一体となっていたことから、その後次第に所有権と家父長権とが区別されるようになったにもかかわらず、家族法上の支配権 (家父長権) の創設または放棄も依然として握取行為によって行われた、と説明されるのが通常であり、ここでの握取行為のいわば借りの性が強調されている (HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR.* S. 102)。しかし、これまで述べてきたように、握取行為を譲渡行為の側面でのみ捉える見方自体にやや偏りがあり、むしろ握取行為は、物の帰属確認機能を基礎にしつつ、物の譲渡行為としての色彩をも次第に強めていった、とみるべきであろう。

[31] *Gai.* II. 101-105.

[32] これは、握取行為の方式を若干修正することによって行われた。すなわち、「私は、この物が市民法に基づいて、私の主人 (dominus) である Lucius Titius のものであることを宣言する。それはこの銅とこれらの秤によって、彼に買われよ」 (*Gai.* III. 167)。

[33] KASER, *EB.* S. 109 f.

[34] KASER, *EB.* S. 128.

[35] Cf. *Pauli sententiae*, 2. 17. 1.

[36] Cf. *Pauli sententiae*, 2. 17. 1-2; vgl. KASER, *EB.* S. 115 ff., bes. 120 ff.

[37] Cf. *Pauli sententiae*, 2. 17. 3; Ulpianus *D.* 21. 2. 21. 1; vgl. KASER, *EB.* S. 126 ff.; THOMAS, *TRL.* pp. 284 ff. それゆえ、

この二倍額の意味は罰金と解される。ちなみに、窃盗訴訟における二倍額 (非現行窃盗訴訟)、三倍額 (家宅搜索で盗品が発見された場合) において、所持者に対して被盜取者が提起する盗品発見訴権および盗品を持ち込んだ者に対して所持者が償還請求

するための盗品持込訴権) および四倍額(現行窃盗訴権および盗品搜索拒否訴権)の罰金については、*Gai.* III. 186-192; HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR.* S. 225 f., 358 ff. 参照。

[38] Cf. Iulianus *D.* 21. 2. 39.

[39] Cf. Ulpianus *D.* 21. 2. 21. 2; Celsus *D.* 21. 2. 62; Papinianus *D.* 21. 2. 66. 2; Venuleius *D.* 45. 1. 139; CICERO, *pro Caecina*, 54; *id.*, *pro Murena*, 26; PROBUS, *notae iuris*, 4. 7. 56. その際には、握取行為が一定の公開性を備えたことから認められた窃盗の嫌疑の回避や取得原因の適法性の承認は、第三者との所有権訴訟に際して取得者側に有利に作用したものと解される。

[40] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR.* S. 311 mit Fn. 3.

[41] VARRO, *rerum rusticarum libri* III, 2. 2. 6; 2. 3. 5; 2. 4. 4; 2. 10. 5; Pomponius *D.* 21. 2. 16. 1. 10. 1. 後に、これらの問答契約が行われていなくとも、担保責任を実現するために、買入れに基づいて訴えること (*agere ex empto*) (講学上のいわゆる買主訴権 [*actio empti*]) が認められた (Ulpianus *D.* 21. 1. 31. 20; *id.* *D.* 21. 2. 37. pr.; Pomponius *D.* 45. 1. 5. pr.; Ulpianus-Neratius *D.* 19. 1. 11. 8)。しかし、すでに古典期盛期の法学者たちは、追奪の場合にも、一倍額ではなくて、たんに買主の被った損害分の賠償を買入れに基づき訴権 (*actio ex empto*) として認めさせた (Iulianus *D.* 21. 2. 8; Iavolenus *D.* 21. 2. 60; Paulus *D.* 21. 2. 70)。

[42] KASER, *EB.* S. 126. それに反して、およそ一ヌムス貨幣による握取行為は担保責任を生じさせず、その結果、売買に際しては倍額担保の問答契約 (*stipulatio duplae*) がとくに行われたとすの見解もある (Alfred SÖLLNER, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten in romanistischer Sicht*, in: *Festschrift für H. Conig zum 70. Geburtstag: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*, Bd. I [1982] S. 376 mit Fn. 43, 44)。その根拠は、売買契約書に握取行為と倍額担保の問答契約とが併存していたことと求められる。

[43] 船田Ⅱ・四六六頁注4参照。

[44] また、瑕疵担保責任 (Paulus D. 19. 1. 4 pr.; Labeo D. 18. 1. 78. 3; Gaius D. 18. 6. 16; Pomponius D. 19. 1. 6. 4; Ulpianus D. 19. 1. 13 pr., etc.)、土地の面積 (modus agrī) に対する担保責任 (Pauli sententiae, 2. 17. 4) などは、売買契約が実際に握取行為の基礎になっていた場合にのみ根拠づけられたことからすれば、売買契約の効果としてとらえられるべきであらう。

[45] Usus auctoritas に関する詳細な研究として、吉野悟『ローマ所有権法史論』(有斐閣、一九七二年) 四八頁以下がある。

[46] CICERO, *topica*, 4. 23; id., *pro Caecina*, 19. 45; vgl. KASER, *DRPR I*, S. 135.

[47] *Lex XII Tab.*, 6. 3; cf. *Gay II*, 42, 54, 204.

[48] ①この二語を同格に捉え、接続詞が省略されているとみる解釈によれば、「占有の継続」および譲渡人の担保責任に立脚する法的地位」として (KASER, *DRPR I*, S. 135) ② usus を auctoritas に係る属格 (genitivus) とする見方によれば、「物の使用のための担保責任」の存続期間」, ヲトツ (MAYER-MALLY, *Studien zur Frühgeschichte der usucapio*, SZ [Rom.] 78 [1961] S. 253 ff.) ③ auctoritas を担保責任としてではなく、所有権に非常に近い法的地位とみる立場によれば、「物の占有を有する法的地位」 [auctoritas の方を属格と捉えて] 「占有権の有効性」 [usus を奪格 (ablativus) とを捉えて] 「物の占有による支配権」として解釈されつゝる (JORS = KUNKEL = WENGER, *RR*, S. 134; 『史料選Ⅰ』三〇頁以下 [佐藤篤士])。

[49] SOLINER, *a a O.* (n. 42), S. 370 f. これに反して, usus auctoritas の効果は、所定期間の経過後には、第三者に対する取得者の防衛手段が、法廷への前主の召喚およびこの者による訴訟遂行から、証人の召喚およびその証言による合法的な取得原因の証明へと移行したとし、しかも後者の証明は、五人以上の証人を伴って行われる握取行為では比較的容易であった、との解釈もある (*ebenda*, S. 372 ff.)。

[50] つまり、譲渡人のためにその担保責任を時間的に制限したことが、取得者の法的保護を必要とすることに通じたのか

(HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 174; MAYER-MALY, a a O. [n. 48], S. 225) 'あるいは逆に' 所定期間の経過後は取得者が第三者の追及から保護された結果、譲渡人の担保責任がもはや不必要になったとみるか (SOLLNER, a a O. [n. 42], S. 370, Fn. 29) 'とらうかとせむる。'

これについては、一方では、譲渡人の追奪担保責任の履行が——いわゆる「悪魔の証明」(probatio diabolica) 的な状況がローマ法の下で現実には存在したかどうかはひとまず措くとしても——非常に負担の重いものであったと推測されることからすれば、その責任期間を制限すべきであるという要請が働いたことは十分に考えられる。他方、譲渡人が裁判所に現れなかった場合の危険や、その証明が失敗した場合の危険——これは時間が経つにつれて一層増大する——などからすると、それ自体不安定な追奪担保制度に依存する期間を制限することは、第二次的に、取得者のためにも必要であったと解される。かくして、両者の要請は併存可能であったとも考えられる。

[51] Vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 173.

[52] Cf. PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations* [1972] pp. 38 ff.

[53] 取得原因の立証をも要したとみるのは、SOLLNER, a a O. [n. 42], S. 371 であり、その立証を免れていたとみるのは、KASER, DRPR I, S. 135 である。

[54] *Lex XII Tab.*, 3. 7; cf. CICERO, *de officiis*, 1. 12. 37.

[55] したがって、使用取得 (usucapio) の資格をローマ人に固有の権利とする *Gai. II. 65* の記述は、このテキストとは直接には関係がなると解される (vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 174 f.)。

[56] *Gai. II. 45*; cf. Iulianus *D.* 41. 3. 33. 『暴力に関するプラウティウス法』(lex *Plautia de vi*) は紀元前七八年〜六三年に、『公的および私的な暴力に関するユリア法』(lex *Iuliae de vi publica et privata*) は紀元前一七年に制定された。

[57] *Gai. II. 50*; cf. *C. 7. 27. 2*; *C. 7. 26. 7*.

[58] なぜなら、第三者がその物は盗品であった、ということを中心し立証することによって譲渡人の担保責任の存続期間制限が破られるならば (HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S.* 175) 将来そのような第三者が現われる可能性が存在するかぎり、譲渡人の担保責任は実際上は永久的なものとなり、存続期間の制限を付した意味はほとんどなくなってしまったと考えられるからである。

[59] もっとも、このことがローマ人の間ですでに「非権利者からの取得」と意識されていたかどうかは別問題である。むしろ、当時の譲渡観念そのものが、今日のように絶対的な所有権の存在を前提とした「所有権の移転」ではなく、握取行為などの方式に象徴され、一定期間の譲渡人の追奪担保責任に支えられたかたちでの事実性の強い「物の移転」であったことからすれば、譲渡人自身に盗取その他の法的非難が帰せられない以上、この者からの取得は、たとえ他人の物であったとしても、まさに完全な取得であったとも考えられよう。

かくして、ローマ法では、「自己のもつ以上の権利を他人に与えること」(plus iuris quam ipse haberet ad alium transferre) ができた、と考えられる。ちなみに、しばしば引用されるこれと反対のテクスト (Ulpianus *D.* 50. 17. 54) が、元来は非所有者からの取得を禁止したものでなかったことにつき、前述 2 注 18 参照。

[60] Cf. Gellius, *noctes Atticae*, 17. 7; Paulus *D.* 41. 3. 4. 6. なぜなら、もしすでに「十二表法」がおよそ盗品およびこれと同視される他人の物について *usus auctoritas* の適用を排除していたとすれば、わざわざ「アティニア法」によって、所有者への回帰の場合だけ *usus auctoritas* の例外を設ける意味はなかったと考えられるからである。また、「アティニア法」の法文における「忍び込んだであろう物の」(quod subreptum erit, eius rei...) という表現も、盗品一般についてではなく、譲渡人が知らないそれ以前の段階で他人の物が取引過程に入り込んだことを暗示しているように解される。

[19] THOMAS, *T.R.L.*, p. 153.

[20] Papius *D.* 50. 17. 77; THOMAS, *T.R.L.*, pp. 243 ff.

- [63] Paulus, *Fragmenta Vaticana*, 50; *Gay*. II. 29, 33.
- [64] 「拘束行為および握取行為を行う際に言葉で言明したとき、それは法たるべし」(*Lex XII Tab.* 6. 1)。
- [65] Vgl. KASER, *DRPR* I, S. 414 f.
- [66] *Pauli sententiae*, 2. 17. 2. 2. 13; *Gay*. II. 60.
- [67] なお、三五五年の Theodosius II 世の法律は、いまだ握取行為に言及している (*Codex Theodosianus*, 8. 12. 7)。
- [68] THOMAS, *TRL*, p. 155.
- [69] 後述 4 (f) 参照。
- [70] THOMAS, *TRL*, p. 155, さらに、握取行為はすでに二世紀中葉以降はかろうじて証明されたにすぎず、現実にはもはや行われていなかった、と推定する見解もある (vgl. KASER, *DRPR* I, S. 415, Fn. 19)。
- [71] Iustinianus は、握取行為および法廷承認に代えて、たいていは引渡 (*traditio*) の語を差し入れた (KASER, *DRPR* I, S. 414 f.)。

4 引渡 (*traditio*) の体系

(a) これまでみてきたように、ローマにおける所有物譲渡法は、必ずしも物の譲渡に固有の方法ではなかった法廷承認から、譲渡行為としての性格を次第に強めた握取行為へと進展した、と考えることができよう。それに伴い、これらの譲渡法によって規制された客体も、都市における土地、相続財産全体など、社会的にきわめて重要な財産から、奴隷ならびに牛、馬、その他の家畜、イタリアにおける農村の土地など、ローマ社会の構成単位である小家族の生産活動にとって不可欠な財産へと次第に拡大されていったとみられる。そして、握取行為が定着するようになると、法

廷承認は讓渡のためにはあまり行われなくなったとされており、¹こうしてローマの讓渡法は、握取行為による、握取行為される物 (*res mancipi*) Ⅱ いわゆる手中物についての法になった。

しかし、これらの讓渡方法によって規制されてこなかった動産や屬州の土地、すなわちいわゆる非手中物 (*res nec mancipi*) については、讓渡法はどのように形成されたのであろうか。

ここでまず第一に注意すべきは、これらの客体については、問答契約、売買、贈与、遺贈など、所有物を他人に与えるための様々な手段に関する規範が個々の形成されていたことである。

しかしながら、紀元前二世紀頃になると、これら所有物を他人に与えるための諸契約のみでは、物の讓渡ないし移転には不十分であると意識されるに至った。例えば、紀元前一世紀の文法学者 *Varro* は、つぎのように述べている。

「他人の物が私の物になるには、何かが介入する必要がある、しかも所有者を変更するための問答契約も金銭の支払も全体からみると十分なものではない」。²こうして *Varro* は、羊の売買に関して、「たとえそのこと「問答契約」が行われたとしても、計算がされたのでなければ、羊の群の所有者は変わらなかった」としており、³ここで「計算する」(*anunero*) とは、羊の数を数えて引き渡すことであつたと解されている。⁴こうして、非手中物をはじめとする物の讓渡方法としては、「引き渡すこと」(*tradere*) が、紀元前二世紀には定着していたとみられている。⁵

ところで、*Gaius* は、非手中物の移転に関してつぎのように述べている。

手中物と非手中物との間には、さらに大きな相違がある。

と言うのは、非手中物は、それが有体物であり、かつ、そのために引渡を受け入れるならば、引渡それ自体に

よって法律上完全に他人のものとなるからである。

したがって、もし私が売買に基づいてであろうと、贈与に基づいてであろうとまたはその他の原因によってであろうと、あなたに衣類または金あるいは銀を引き渡すならば、私がその所有者であるときには、その物はただちにあなたのものになる。⁶

ここで解説された引渡 (*traditio*) に関しては、以下の三点が問題になる。第一に、Gaius が「私がその所有者であるときには」、「引渡それ自体によって法律上完全に他人のものとなる」としている引渡の方法とその効果である。ここでは、引渡による所有物の移転効果が、法廷承認や握取行為との比較において検討されなければならない。第二に、Gaius によれば、引渡による所有物の移転は、売買、贈与、その他の「原因によって」 (*ex causa*) 行われなければならないとされているが、この「原因」の意味、およびそれが欠けた場合の引渡の効果を明らかにする必要がある。そして、第三に、Gaius によってはとくに解説されていないが、引渡による所有物移転の要件としての代金支払の必要性である。これらの問題について、以下順次検討し、所有物譲渡に関するローマ法の到達点を明らかにしてみよう。

[1] 「一般には、実際多かれ少なかれつねに、われわれは握取行為を行う。と言うのは、より大きな困難を伴って法務官または属州の長官の面前で、われわれ自身が友人の面前で行い、利益も必要性もないからである」 (*Car. II. 25*)。

[2] VARRO, *De ra rustica*, 2. 1. 15; cf. DIÓSDI, *Ownership*, p. 143 (佐藤ほか訳・二二〇頁)。

[3] VARRO, *De ra rustica*, 2. 2. 6; cf. DIÓSDI, *Ownership*, p. 142 (佐藤ほか訳・二一九頁)。

[4] Cf. DIOSDI, *Ownership*, p. 142 (佐藤ほか訳・二二〇頁) それゆえ、Varro はこれに続けて、売主が羊を「引き渡さない場合には」(si non tradet) 有責判決が下されること (damnaré) を述べている。

[5] DIOSDI, *Ownership*, p. 143 (佐藤ほか訳・二二二頁) ちなみに、原典には、引渡 (traditio) が「十二表法」の制定当時すでに認められていた取得形態であった旨の記述もあるが (Inst. 2. 1. 41)、「この原典の信憑性には疑問がないわけではない。また、引渡が古くから存在したことについては、使用取得の発達によって証明される」との見方もあるが (cf. THOMAS, TRL, p. 179)、引渡のその後の発展経緯は不明であり、引渡に関して今日知られている法的な叙述は、古典期以後のものである。

[6] *Gal.* II. 18-20.

(b) 引渡は、最も単純な譲渡方法であるとともに、「物の移転」が最も即物的な形で觀念されうる譲渡方法である。それゆえ、法廷承認や握取行為においては希薄であった移転思想 (Übertragungsgedanke) が、古典期以後、ローマ法に次第に浸透していったとされること¹⁾の背景には、引渡が法的な譲渡方法として認知され、普及していった経緯があったと考えられる。

引渡の具体的な方法としては、譲受人が現実的に目的物を支配する状態に置かれればよく、物を直接に交付することのほか、例えば、①野外の牛などは焼印を押すことによって、土地などはそれに近接した適切な場所から取得者に範囲を示すことにより、あるいは貯蔵庫の品物はその貯蔵庫の前で鍵を与えることによって、②また賃借中の物などは「たんなる意思」(nuda voluntas) を示すことによって引き渡すことが可能であった。③さらに、売主が引き続き保管、賃借、利益などをする場合には、いわゆる占有改定 (constitutum possessorium) ——この名称自体は中世以

降のものである——が認められていたとされている。⁶⁾

しかし、ローマ時代には、古典期後においても、引渡がこれ以上に簡易化ないし抽象化されることはなく、象徴的引渡や証書による引渡、さらには合意のみによる物の移転などはまだ認められていなかったことに注意すべきである。⁷⁾

問題となるのは、このような引渡の効果である。すでにみたようにGaiusは、有体物は「引渡それ自体によって、完全な権利において他人のものとなる」とするが、その前提として、「私はその所有者であるときには」という限定を付している。これに関しては、『学説彙纂』につきのようなテキストが見出される。①「物の引渡は、それを引き渡す者がもっていただけのものしか、その物を受け取る者に移転してはならないまたは移転することはできない。したがって、土地に所有をもっていた者は引渡によってそれを移転するが、彼が所有をもっていなかったならば、その土地を受領する者に移転することはない。」(traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transferet).⁸⁾ ②「何びとも自」のもつ以上の権利を他人に移転することはできなく」(nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habere).⁹⁾ ③「私は、権利がその者から私に移転すること」(non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit).¹⁰⁾

これらのテキストは何れも、前述のGaiusの叙述とともに、非権利者からの取得を否定する趣旨である。そして、これらのテキストに基づき、ローマ法は非権利者からの取得を承認しなかった、というのが従来の伝統的な理解であ

る。¹⁵しかし、これらのテキストを当時のローマ法そのものと理解してよいであろうか。この点について私は、他人の所有物を譲渡できないという今日の觀念からすれば当然の法原則を、ことさらに繰り返して強調している法文¹⁶の存在にむしろ奇異な感じを覚える。これらのうち、②は、少なくとも元来は、法定の相続人が債務を負っているときには、その相続財産を法廷承認によって第三者に承継させることはできない、ということの意味していたことは前述したとおりである。¹⁷また、これらのテキスト自体がインテルポラティオを施された可能性についてはひとまず度外視するとしても、これらの法文をただちに当時のいわば生きたローマ法とみることはできないであろう。なぜなら、古典期後期から古典期後にかけて、同旨の法命題を再三にわたって強調する法文の存在は、民衆法のレベルではむしろ、非権利者の処分によっても所有物を取得しうる、との觀念が三世紀になっても依然として生きており、だからこそ、これと対決するために、法曹法のレベルでは正反対の原則が強調された、と考えることができるからである。すなわち、民衆法においては、自己の所有物を侵害した者に対して所有者は、不法な侵害行為をそれ自体を根拠にしてその物の返還を請求することができるにとどまり、不法な行為によらずに取得した者に対しては、その物を追及することはできない、との古い觀念が根強く残っていたものとみられる。¹⁸したがって、ローマ法においては古典期後になっても非権利者からの善意取得者による即時取得が法制度として承認されていなかったという事実は、¹⁹前述の諸テキストの法規則が現実にも徹底されていた結果としてではなく、むしろ逆に、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ことから、取引が一層活発になった古典期後においても、とくに善意取得の制度を設けることへの要請がそれほど高まらなかったことによる、とみることもできる。

以上のようにみてみると、引渡 (traditio) による物の移転効果は、ローマ民衆法のレベルでは、実際上かなり強

いものであった、言うことができない。

では、引渡による物の移転効果に関するかような民衆法と法曹法とのギャップは実際にどのようにして調整されていたのであろうか。これについては、古典期以後のローマ法において、いわゆる非権利者からの取得を法規則のうえでも承認し、引渡による物の移転効果を法的に補強していた時効取得の諸制度がもっていた意義を検討する必要がある。

[1] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR. S.* 155.

[2] Cf. Ulpianus *D.* 18. 6. 1. 2; *D.* 15. 1.

[3] Paulus *D.* 41. 2. 1. 21; Modestinus *D.* 46. 3. 75. 後たうむる「長手の引渡」(traditio longa manu)であり、たんに目的物の場所を教えるだけでは不十分で、実際に目的物を指し示すことが必要であった (NICHOLAS, *IRL*, p. 118)。

[4] Papinianus *D.* 18. 1. 74; Gaius *D.* 41. 1. 9. 6; *Inst.* 2. 1. 45. ヲウビム、倉庫の前への引渡が必要とされた。その点でこの方法は、現実的に可能な物理的引渡であり、うむる象徴的引渡とは観念されてはなかつた (NICHOLAS, *IRL*, p. 119)。

[5] Gaius *D.* 41. 1. 9. 5; cf. *Inst.* 2. 1. 44, 45; Ulpianus *D.* 6. 2. 9. 1; Celsus *D.* 21. 2. 62 pr.; Pomponius *D.* 41. 3. 32 pr.; Julianus *D.* 41. 3. 33. 1. 後うむる「短手の引渡」(traditio brevi manu)である。

[6] Celsus *D.* 41. 2. 18 pr.; Ulpianus *D.* 6. 1. 77; Honorius et Theodosius *C.* 8. 53 [54]. 28; cf. William M. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by traditio* [1979, Aberdeen] pp. 13 ff., 182 ff. and notes 56, 57. もつて、譲渡人が用益権などの権原に基づいて目的物を留保する旨を記載した書面の交付が必要であったとも考えられる (BUCKLAND, *TRL*, p. 227)。

これに反して、占有改定は古典期にも、やがにそれ以前にもなかったとして、疑問を提起する見解もある (Fritz SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* [1916, Tübingen] S. 73 ff.)。

[7] KASER, *DRPR* II, § 242 (V) 3, S. 283; THOMAS, *TRL*, p. 183. これに反して、譲渡の本質は次第に書面に具体化された合意となり、譲渡と書面の引渡とが同一化した結果、握取行為と引渡とは書面による譲渡において結合した、との見方もある (NICHOLAS, *JRL*, p. 120)。

[8] Ulpianus *D.* 41. 1. 20.

[9] Ulpianus *D.* 50. 17. 54.

[10] Paulus *D.* 50. 17. 175. 1.

[11] Fritz SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* [Neudruck, 1954, Berlin] S. 105, 158 ff.; Martin WOLF = Ludwig RAISER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*: 3. Bd., *Das Sachenrecht* [10. Bearb., 1957] S. 247; Heinz HÜBNER, *Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht: ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes* [Universität Erlangen, 1955] S. 17 mit Fn. 5; Fritz STIRM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, Revue internationale des droits de l'antiquité* [1962] p. 411; KASER, *DRPR* I, S. 413.

[12] ほかの註文の如く Antoninus C. 6. 2. 6; Diocletianus et Maximianus C. 6. 2. 10; Antoninus C. 7. 26. 1; Diocletianus et Maximianus C. 7. 27. 2 などの勅法参照。

[13] 前述 2 注 18' *Gai.* II. 35 参照。

[14] Vgl. Wilhelm FELGENTRAEGER, *Antikes Lösungsrecht* [1933] S. 47 ff. ちなみにこのような場合、ギリシャ法およびゲルマン法によれば、所有者は一定の要件の下に、例えば非所有者からの買主に対して売買代金の額を支払うことにより、その物を受け戻すことができたとされている。いわゆる受戻権 (Lösungsrecht) である。ローマ人がこのような受戻権を認めたかどう

かは必ずしも明らかではなからず (Vgl. KASER, DRPR II, S. 276 mit Fn. 17)。

[15] LEVY, WRVL, pp. 173 ff.; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR, S. 155.

(c) 時効取得の諸制度

古典期および古典期後におけるローマ法の原典には、占有を一定期間継続することによって所有者たる地位を取得する方法として、①使用取得 (usucapio)、②長期占有の抗弁 (longi temporis praescriptio)、③訴権消滅時効、および④最長期占有の抗弁 (praescriptio longissimi temporis) の諸制度が見出される。

(a) 使用取得は、すでに Gaius の『法学提要』に市民法上の譲渡方法の一つとして挙げられており (前述 1 参照)、その期間は、動産 (res mobilis) は一年、土地および家屋 (fundus et aedis) は二年とされている。¹⁾

しかし、その他の要件および効果は、古典期後期および古典期後の原典から知られているにすぎない。それによれば、使用取得は「占有 (possessio) がなければ与えられない」²⁾。そして、その占有は暴力的に (vi)、恩惠的貸与によつて (precario)、または隠秘的に (clam) 取得されたものであってはならない。³⁾ すなわち、その占有は、自己のものとしての占有 (possessio pro suo) でなければならず、そのためには、使用取得の適法原因 (iusta causa nunciacionis) が存在しなければならなかった。これに関して、原典にはつぎのような叙述がある。

自「己」のものとしての占有 (possessio pro suo) とはつぎのようなものである。すなわち、所有物 (dominium) であることを理由として手に入れられているとわれわれが考える場合、およびそれに基づいて取得されるような

原因 (causa) に基づいて、そしてさらに自己のものとして (pro suo) われわれが占有する場合である。例えば、売買の原因に基づいて (ex causa emptiois)、私は買主として (pro emptore) か「自己」のものとして (pro suo) 占有する。さらに、贈与または遺贈が行われた場合には、私は受贈者として (pro donato) または受遺者として (pro legato) 占有することに加えて、自己のものとして (pro suo) 占有する。

しかしながら、もし物が適法原因に基づいて (ex causa iusta)、例えば売買の原因に基づいて私に引き渡され、そして私が使用取得するならば、なるほど私は使用取得以前に私のもものとして (pro meo) 占有し始める。しかし、使用取得の後には、私は売買の原因に基づいて占有することを止めるのではないかが疑問とされる。Marcianus は、「売買の原因に基づいて占有することを」止めるものではない、と判断したと言われている。⁶⁵

ここでは、売買、贈与、遺贈などの適法原因に基づく占有と自己のものとしての占有とが観念上は区別されながらも、両者は一体的なものとして、再び自己のものとしての占有という広義の概念に包摂されている。これは、自己のものとしての占有という概念が、無主物先占、附合などの場合も含め、およそ所有物取得に通じうる占有の態様ないし類 (genus) を示すものであっただけでなく、承継取得に関しては、売買、贈与、遺贈といった個々の適法原因を列挙しても完全には網羅されえないその他の適法原因を表すための補充的カテゴリーでもあるという、二重の機能をもっていたことよっている。⁶⁷したがって、使用取得の要件としては、個々の適法原因の存在ということが、自己のものとしての占有という要件をも実際上は包摂しつつ、非常に重要なものであったと考えられる。⁶⁸

ちなみに、物の引渡を受けた者が、個々の適法原因が存在しないにもかかわらず、それが存在すると信じた場合

——いわゆる誤想権原 (Putative) に基づく占有の場合——にも使用取得が可能かどうか、古典期において争われた。これについては、①売買、贈与、嫁資設定、遺贈などが現実に行われていない場合には使用取得は起こらず、それらが存在すると信じ (existimo)、物の占有を善意で (bona fide) 取得した者であっても、自己のものとして使用取得しえないとする見解がある。¹⁵⁾

しかし、②原則的には①を支持しつつも、例外的に、売買などが存在すると信じて取得した者の誤解 (error) が正当な原因 (iusta causa) をもつ場合、例えば、ある物を購入することを命じられた奴隷 (servus) または代理人 (procurator) が、実際にはその物を買ったのではないにもかかわらず、買ったと説明して主人に引き渡したような場合には、使用取得することができるとする見解もある。¹⁶⁾

また、③売買とその他の契約を区別して考える見解もある。すなわち、買主として占有する者とは実際に買った者である (pro emptore possidet, qui re vera emit) ことから、買ったと信じて物の引渡を受けても、実際に売買がなければ使用取得しえない。しかし、自分が債務を負っていると信じて物を引き渡したり、問答契約に基づいて引き渡す場合には、受領者は使用取得しうる、とする。そして、このように区別する理由については、売買では、もし善意の売主を保護するとしても、売買契約の存在に関する善意は契約締結の時点において問題となるのに対して、その他の契約においては引渡の時点における善意が問題になるからである、と説明されている。¹⁷⁾

つぎに、このような適法原因の存在に関する善意——いわば取得行為自体の適法性に関する善意——とは別の問題として、使用取得のためには、取得という結果が生じることの適法性に関する取得者の善意 (bona fides) が必要であったとされている。¹⁸⁾ すなわち、「引渡をした者が所有者であると信じた」こと、または目的物が売主自身のもので

あると信じたことである。¹³ また、後には、相手方を売主の代理人 (Procurator) または後見人 (Tutor) であると信じたと、売却権限 (ius vendendi) をもつと信じて買った者も「善意の買主」であるとされた。¹⁴

もつとも、このような意味における善意がいつからいつまで必要とされたかについては、ローマ法上の原則は必ずしも簡明ではない。例えば、売買の場合には、購買 (emptio) の時点を基礎にして判断するのか、あるいは引渡 (traditio) の時点を基礎にして判断するのが争われており、Ulpianus は、引渡を基礎にすることに固執する Sabinus および Cassius の見解が基準にされるべきであるとしている。¹⁵

また、取得者が目的物の引渡を受けた時点では善意であったが、その後、使用取得期間経過前に、この物が他人に属することを知った場合が、「問題とされている」(queritur)。そして、Pomponius によれば、そのような者は「善意の占有者ではないのではないか」とされる一方で、このような者も「長期間」(longum tempus) の経過によって目的物を法的に取得することが認められ、この場合には、「ある者が善意で占有するか悪意で占有するかは、事実「上の問題」に属する」にすぎない、と述べられている。¹⁶ これが使用取得を認めたものなのか、あるいは後にみる「長期占有の抗弁」(longi temporis praescriptio) を認めたものなのかは明らかではない。何れにせよ、「不意に襲う悪意は善しなく」(mala fides superveniens non nocet) との命題は、占有の全期間に互る善意を要求した中世教会法の命題に対するアンチテーゼとして、中世の民法学者によって創られたものであることに注意しなければならない。¹⁷ ただし、贈与されたものとして (pro donato) 占有する場合には、使用取得期間中の事後的な悪意も使用取得を妨げた、と解されている。¹⁸

なお、以上にみてきた適法原因 (iusta causa) および善意 (bona fides) の要件は、紀元前二世紀になって形成さ

れたものであり、それ以前には、引き渡された物に対する事実的な力のみが重要であった、とされている。¹⁹⁾

使用取得期間については前述したが、この期間は、占有者に対して所有物返還請求訴訟が提起され、争点決定 (*litis contestatio*) が行われても中断されなかったとみられている。²⁰⁾

使用取得の客体については、握取行為される物 (手中物) も、されえない物 (非手中物) も使用取得可能であるとするテキストがあることに注目すべきである。²¹⁾ ここでは、握取行為の客体との対比にあえて言及されていることから窺われるように、*ius auctoritas* が元来は握取行為の補完制度として手中物を対象としたのに対して、握取行為の客体とはなりえなかった非手中物の引渡についても物の移転効果の補完機能を営むことに使用取得本来の存在意義があつたことが、このテキストによつて示唆されている。そして、このテキストは、握取行為が現実的な機能を停止し、物の譲渡方法としては引渡が中心的な役割を果たし始めた古典期後の状態を前提にした再整理とみるべきであろう。

使用取得が不可能な物として、通常は盗品または暴力によつて占有された物 (*res s. possessa*) が挙げられている。²²⁾ しかしながら、すでに *ius auctoritas* に関して述べたように、取得者自身またはその譲渡人が盗取または強奪をした場合以外に、盗品であることをもつてただちに使用取得が否定されたかどうかは、少なくとも原典からは明らかではない。Gaius の『法学提要』でも、他人の物を盗取または強奪した譲渡人から取得した者は、たとえ善意で (*bona fide*) 買ったとしても使用取得する権利をもたない、とされているにすぎない。²³⁾ 他方、盗取の概念がいわゆる横領の場合にまで拡張されていたことには注意を要する。²⁴⁾ なお、妻が男系親の後見人の同意なしに譲渡した手中物は、使用取得されえなかつた。²⁵⁾

また、役権は使用取得されえなかつたが、役権からの解放ないし自由 (*libertas servitutum*) は使用取得によって実現された。²⁶⁾ さらに、「われわれの国庫に属する物」 (*res fisci nostri*) は使用取得されえなかつた。²⁷⁾

使用取得の効果は、「法律によって定められた期間の占有の継続による所有物の付加 (*adiectio domini*)」である。²⁸⁾ これは、*usus auctoritas* の効果が直接的には譲渡人の担保責任の存続期間制限にとどまったのに対して、使用取得の効果は一步進んで、引き渡された目的物が取得者の所有物とされるに至つたことを示している。

しかしながら、使用取得が、絶対的権利としての所有権の制度を前提にして、非権利者からの取得として意識されていたかどうかは、ただちには首肯されえない。²⁹⁾ と言うのは、使用取得は、原始的取得の方法としてではなく、握取行為および法廷承認と並んで、譲渡 (*alienatio*) の範疇において捉えられているからである。³⁰⁾

もっとも、使用取得は占有の獲得、すなわち引渡に付随する効果であり、引渡による物の移転効果を補強する機能をもっていた。その結果、本来ならば物の引渡後に第三者から所有物返還請求訴訟を提起されたときに問題になつた使用取得の要件が、あらかじめ引渡の要件として意識され、制度化されるようになったとしても不思議ではない。とくに、この意味では、引渡による譲渡の要件として最も多くの論争を引き起こしてきた、引渡の適法原因 (*iusta causa traditionis*) と、前述した使用取得の適法原因 (*iusta causa usucapionis*) との関係が注目される。この問題については、(d)で詳しく考察する。

(β) つぎに、使用取得が認められなかつた場合、とくに、引渡を受けた者が外国人であつたり、客体が属州の土地であつた場合には、長期占有の抗弁 (*praescriptio longi temporis*) が認められた。³¹⁾ その要件は、占有の正当な開始 (*iustum initium possessionis*)³²⁾ および一〇年 (現在者間 [*inter praesentes*]) または二〇年 (隔地者間 [*inter*

absentes]) の占有継続である。¹⁸¹

また、長期占有の抗弁の効果については、所有者からの返還請求の訴えを排除するにとどまったのか、さらに進んで、占有者に実体的な権限をも与えたのかは明らかでない。¹⁸²

しかし、この制度は、帝国の全自由人に市民権が付与され（二二二年）、また、イタリアの土地と属州の土地との区別が排除されるに伴い、存在意義を弱めたと考えられる。

(γ) さらに、Constantinus 帝は、取得者の善意・悪意や適法原因の有無にかかわらず、四〇年間の占有継続によって、目的物（金銭を除く）に対する所有者の追及を阻止する制度を設けた。¹⁸³ Theodosius 二世は、このようにいわば訴権消滅時効の制度について、三〇年の要件を設けた。¹⁸⁴

(δ) このような状況下で、Iustinianus 帝は従来の諸制度を再整理するに至った。まず、使用取得 (usucapio) は、三年間の占有継続による動産の取得として、長期占有の抗弁は一〇年間（同一州に居住する者の間）または二〇年間（異なる州に居住する者の間）の占有継続による不動産の取得として認められた。¹⁸⁵ つぎに、訴権消滅時効は、占有者の善意は要求するものの、適法原因は必要とせず、三〇年または四〇年の経過によって認められる最長期占有の抗弁 (longissimi temporis praescriptio) として整理された。¹⁸⁶

以上の概観からは、使用取得期間の長期化が認められる一方で、比較的長期間の占有継続の場合には善意ないし適法原因の要件が外される傾向がみられる。このことの意味についてはただちに詳かにしえないが、勅法の背景には、現実には少なからず行われていたとみられる非所有者からの取得を国家的に抑制する企図があった一方で、それを貫徹するとあまりに長期間の経過後には訴訟上煩雑な事態が生じることから、これを避けようとする企図があったも

のと考えられよう。

- [1] *Gai.* II. 65, 42. なお、相続財産 (hereditas) の使用取得については *Gai.* II. 55 参照。
- [2] Licinius Rufinus *D.* 41. 3. 25.
- [3] Papinianus *D.* 41. 8. 8; Paulus *D.* 41. 2. 5.
- [4] 占奪者は「*自己の占有して占有するべきものとして使用取得した*」(pro suo possidendo usuccepit: Proculus *D.* 23. 3. 67)。
なお、*自己の占有して占有が、暴力による、恩恵的貸与によるまたは隠秘的に行われた占有と対比された*ことについては
Laurens WINKEL, *Usucapio pro suo and the Classification of the causae usucapionis by the Roman Jurists*, in: BIRKS
(ed.), *New Perspectives*, p. 218 参照。
- [5] Ulpianus *D.* 41. 10. 1. 44 及び *自己の占有して* Papinianus, *Fragmenta Vaticana*, 260; Paulus *D.* 41. 2. 3. 4 参照。
- [6] Paulus *D.* 41. 10. 2.
- [7] Cf. WINKEL, *op. cit.* (n. 4), pp. 218, 220.
- [8] 個々の違法原因としては、*既述のものではなく、嫁資として (pro dote) 相続人として (pro herede) 犯罪人引渡として (pro
noxae dedito) なるもの* (cf. Paulus *D.* 41. 2. 3. 21)。
- [9] Celsus in: Ulpianus *D.* 41. 3. 27.
- [10] Africanus *D.* 41. 4. 11. 25 及び Papinianus *D.* 41. 3. 44. 4; Neratius *D.* 41. 10. 5 参照 (vgl. Werner FLUME/Alexander
HOLLERBACH et al. (ed.), *Rechtsakt und Rechtsverhältnis — Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken —*
[Ferdinand Schöningh, 1990] S. 62)。
- [11] Paulus *D.* 41. 4. 2 pr. 同様の趣旨は Paulus *D.* 41. 3. 48 にも採られているが、その意味するところは必ずしも明らかで

はない。結局、弁済 (solutio) や問答契約 (stipulatio) 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。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、引渡の時点までそのように信じられていなければならぬ、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。なお、誤想の問答契約に基づく使用取得を認めるテキストとしては、ほかに、Pomponius D. 41. 10. 3 がある。

[12] この要件は、すでに古典期前に形成されていたとみられている (cf. *Fragmenta Vaticana*, 1)。

これに反して、ローマ法における "bona fides" とは、今日にいわれる「善意」(guter Glaube) ではなく、"fides" = "fidei quod dicitur" (「言われたことが行われる」) との定義 (CICERO, *de officiis*, I. 7. 23; *de re publica*, 4. 7) にも表れているように、有効に成立させられた給付約束が確に厳守され、履行されることを意味し、"mala fides" はその反対のことを意味した、との解釈もある (vgl. SÖLLNER, a. a. O., S. 375)。この見解によれば、bona fides は、買主に関しては代金の支払を意味したと考えられている。この解釈は、所有権概念が未発達段階におけるローマ法の所有物譲渡は、譲渡人に所有権の移転を義務づけるものではなく、譲渡人に取得者のための担保を保証させることによって成り立っていた、との認識に基づいている。そして、この解釈によれば、使用取得の要件である適法原因とは、占有者のために譲渡人に担保責任を生じさせた要件事実——具体的には売買、問答契約など——として捉えられている。したがって、それは元来は握取行為に限られたが、後には売買契約をも含むようになり、そもそも売主の担保義務自体が bona fides に基づいて成立した、と解されている (SÖLLNER, a. a. O., S. 375)。

しかしながら、私はこの見解には与しえない。この見解は、握取行為に関してたしかに当てはまる——したがって、前述した *usus auctoritas* に関する説明としては正しい——が、引渡による譲渡は握取行為による譲渡とはかなり事情を異にして

いる。とりわけ、引渡による譲渡は、握取行為のような儀式によらない無方式行為である一方、引渡の過程それ自体によって表象される即物的觀念に媒介されて、物の移転という色彩が一層強められたと考えられる。この場合、譲渡の有効性が譲渡行為の抽象的かつ象徴的な方式に依存することはもはやなくなった一方、引渡の有効性は譲渡人が所有者であったかどうかによって存する、ということが端的に意識されるようになったのはむしろ当然であろう。したがって、*usus auctoritas*とは異なり、使用取得においては、譲渡人が所有者であるか否かについての取得者の善意が、新たな要件として浮かび上がってきたとしても、不思議ではないであろう。なお *iusa causa* と *bona fides* との関係については *ya*らに、J. C. van OYEN, *Iusta causa usucapiendi*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 16, pp. 434 ff. 442 参照。

[13] *Gal.* II. 43; *Paulus D.* 18. 1. 27.

[14] *Modestinus D.* 50. 16. 109.

[15] *Ulpianus D.* 41. 3. 10 pr. *ya*らに、弁済および問答契約に関して、引渡の時点を基準にすると解されるものとして、*Paulus D.* 41. 3. 48; *D.* 41. 4. 2 pr. 参照。

[16] *Paulus D.* 41. 1. 48. 1.

[17] Cf. *Corpus iuris canonici*, 20. 10. 2. 26.

[18] LEVET, *Revue historique de droit français et étranger*, 12 [1933] pp. 1 ff.

[19] WINKEL, *op. cit.* (n. 4), p. 221.

[20] すなわち、争点決定後に使用取得期間が満了して目的物を取得した占有者は、自分に悪意 (*dolus*) がなかったことが確定されるまでの間、目的物を損なわないことを保証するために、原告に対して目的物を引き渡さなければならなかったが、この場合の占有の中断は使用取得を妨げなかった (*Gaius D.* 6. 1. 18, 20)。

[21] *Ulpiani epitome*, 19. 8.

[22] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 176.

[23] *Gal.* II. 49. 46a; Iulianus *D.* 41. 3. 33. pr. 6 『十一表法』および『アティニア法』に言及することとまっている。ちなみに、讓渡人が、他人の奴隷であることを知りながら (*sciens servum alienum*)、その所有者の意思 (*voluntas domini*) によらずに売却することは窃盜 (*furtum*) であるとみられ、これについて取得者が善意であったとしても使用取得は認められなかった (Diocletianus et Maximianus C. 7. 26. 7)。

[24] *Gal.* II. 50; vgl. SÖLLNER, a. a. O., S. 377.

[25] *Gal.* II. 47.

[26] Paulus *D.* 41. 3. 4. 29.

[27] *Instit.* 2. 6. 9.

[28] Modestinus *D.* 41. 3. 3.

[29] なお、Gaius は使用取得の効果について、「所有者からわれわれに引き渡されたのではない物〔つまり、非所有者から引き渡された物〕の使用取得がわれわれにとって可能である」として居る (*Gal.* II. 43)。

[30] Cf. Paulus *D.* 50. 16. 28; Venuleius *D.* 41. 1. 66; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 172 mit Fn. 11. 前巻一参照。

[31] 外国人については Modestinus *D.* 44. 3. 3; Marcianus *D.* 44. 3. 9. 属州の土地については Diocletianus et Maximianus C. 7. 33. 7; C. 7. 33. 5 (*praescriptio longi silentii*) 参照。

[32] *Pauli sententiae*, 5. 2. 4. これは使用取得の適法原因 (*iusta causa usucapionis*) に対処することを考えられよう。また、Gordianus 帝以後はこれに加えて善意の必要が与えられた (C. 5. 73. 1 [238 A. D.]; Diocletianus C. 4. 26. 10. 1; C. 7. 22. 2; C. 7. 33. 2. 9. 10)。

[33] Severus et Antoninus C. 7. 33. 1.

[34] ちなみに、占有期間中に訴えが提起された場合には、——使用取得の場合とは異なり——時効の進行は中断された (Severus et Antoninus C. 7. 33. 1; Diocletianus et Maximianus C. 35. 7)。

[35] *Codex Theodosianus*, 4. 11. 2(349 A. D.).

[36] *Codex Theodosianus*, 4. 14. 1(424 A. D.).

[37] C. 7. 31. 1(531 A. D.).

[38] C. 7. 39. 8, 9(528, 529 A. D.); vgl. KASER, *DRPR* II, S. 287.

(d) 引渡の適法原因 (*iusta causa traditionis*)

引渡による譲渡の第二の問題点(前述(a)末尾参照)は、引渡の適法原因の要否である。これについては、「けっして、たんなる引渡 (*nuda traditio*) それ自体が所有物を移転 (*transfere*) するのではなく、売買またはその他の適法原因 (*iusta causa*) がこれに先行し、それに続いて引渡が行われたであろう場合にのみ、所有物は移転する (*dominium transferri*)」⁶¹⁾とされている。ここでは、引渡という譲渡方法によって所有物が「移転する」(*transfere*) ことが明示的に述べられているが、その要件として、適法原因 (*iusta causa*) の存在が挙げられている。⁶²⁾

通例、適法原因としては、売買、贈与、消費貸借、嫁資設定、債務の弁済などが挙げられるが、その範囲はなんら閉じられたものではなく、法務官および裁判官は、個々の事例において、これらの典型的な取得原因を越えて、例えば、企図された効果を引き起こすために物を与える、目的のための付与 (*datio ob rem*)、和解 (*pactum*) に基づく

給付などをも適法原因として承認することができた、とみられている。³⁾

これら適法原因が引渡による譲渡の要件とされた理由およびその法的性質については、とくにこれらの原因が事後的に欠けた場合の移転の効果や、原因が存在しないにもかかわらずであると誤信して引き渡された場合の移転の効果などをめぐり、激しい論争が展開されてきた。これに関しては、以下のような諸見解がある。

(a) まず、引渡の原因とは、所有物を譲渡し、譲り受けるという両当事者の意図ないし意思を立証するための外部的事実であり、第二次的な重要性をもつにすぎなかった、とする見解がある。⁴⁾ その根拠は、引渡に関するテクストの中に、Gaiusの『法学通論』(res cottianae)における叙述として、「引渡によってわれわれのものになる物(Res)は、万民法の下でわれわれによって取得されるのである。と言うのは、自己の物を他人に移転する意図をもつ所有者の意思(voluntas domini)が有効であることほど自然的衡平に適ったことはないからである」との引用があり、ここでは引渡の原因(causa)に代えて、当事者、とくに所有者の意思が強調されているからである。⁵⁾

この見解によれば、売買契約が締結されたら両当事者が考えて引渡をしたならば、実際には売買契約の締結を妨げる事情があったとしても、譲渡人の所有物は譲受人に移転した、と解されている。例えば、譲渡人が売買のつもりで物を引き渡し、譲受人がそれを贈与と考えて受領したとする。この場合には、譲渡人が後にこの誤解に気付いたとしても、物はすでに移転して譲受人の所有物となっており、譲渡人は、非債弁済に基づく不当利得返還請求権(condictio indebiti)によって賠償を求めることができたにとどまる、と言うのである。その根拠として、つぎのIulianusのテクストが引用される。

われわれが引き渡された客体に関してたしかに合意はするが、しかし原因について一致していない場合に、引渡が有効ではないという理由を私は見出さない。例えば、私自身は、遺言に基づいてあなたに土地を引き渡す義務を負っていると考え、そして、あなたは、問答契約に基づいてそれが与えられるべきであると考えた場合である。と言うのは、私があるあなたに贈与として貨幣を引き渡し、そして、あなたがそれを貸金として受領する場合でさえ、われわれが与えることおよび受領することの原因に関して一致していないということは、所有物 (proprietas) をあなたに移転することの障害ではないからである。⁶⁾

このテキストは、引渡による所有物の移転のためには両当事者が抽象的な所有物移転の意図をもっていれば十分であり、後に不当利得に基づく返還請求権が発生しうることとは別として、ともかくも所有物自体は移転したことを示している、と解釈されている。⁷⁾ かくして、引渡の原因について、譲受人が譲渡人とは異なった理解をしていた——いわゆる誤想原因 (putative causa) ——という場合でも問題はなかった、とされている。⁸⁾

ちなみに、この見解によれば、使用取得の原因は、引渡の原因とは異なり、現実に存在するものでなければならず、いわゆる誤想原因では不十分であった、とされる。なぜなら、使用取得は目的物が売主の所有物であることについての取得者の善意 (bona fides) に対して与えられた効果であり、善意という取得者側の事情のみによって所有物の取得を生じさせたので、せめて取得の原因それ自体は現実に存在するものでなければならなかったからである、と言うのである。したがって、この見解によれば、例えば、遺言によって与えられたと信じて占有した物を使用取得するためには、実際に遺贈が行われていなければならなかった。これに反して、引渡による所有物の移転は、そのような取

得者の善意に基づく効果ではないことに加え、引渡の原因は、ある物を引き渡し受領するという両当事者の意図を立証する手段であったことから、前述のように誤想原因でも十分であった、と言うのである。その結果、引渡の原因は使用取得の原因よりも立証が容易であった、とみられている。⁹⁾

(β) 以上の見解に対しては、引渡の原因はやはり有効な原因でなければならず、たんに両当事者が有効な原因が存在すると考えただけでは十分ではなかった、という異論がある。この立場によれば、まず、先の見解(α)が依拠したテキストの理解に対して、それとは異なった解釈がされている。

まず、Julianus D. 41. 1. 36 (前述注6該当引用文参照) に関してである。このうち、土地が譲渡人によって遺贈として引き渡されたが、譲受人は問答契約の履行として受領した、という第一ケースについては、先の見解(α)は、遺贈および問答契約の双方または一方が不在または無効の場合でも、所有物を移転するという両当事者の意図は共通していることから、引渡は有効である、とみている。しかし、そのような解釈よりは、譲渡人が問答契約によってその土地を譲受人に与える約束をし、さらにこれを遺言の内容にも加えていた、という解釈の方が現実的である、とされる。¹⁰⁾ この場合には、問答契約と遺贈という双方の原因が存在したのであるから、Julianus は原因が現実存在する状況を前提にして引渡による所有物移転を肯定していたことになる。したがって、これは引渡による所有物移転の無因性を認めたものではない。¹¹⁾

つぎに、譲渡人が贈与のつもりで金銭を引き渡したが、譲受人が消費貸借のつもりで受領したという第二ケースが問題になる。これに関しては、先の Julianus の法文に対するアンチノミーとして、後々、一九世紀のパンデクテン法学に至るまで長い解釈論争を巻き起こすことになった Ulpianus のテキストがある。すなわち、――

私があなたに贈与として貨幣を与えたが、あなたがそれを消費貸借として受領する場合、Iulianus は贈与はな
いと書いている。しかし、それは消費貸借なのであろうか。私は、消費貸借ではなく、むしろ金銭は受領者のも
のにはならない (non suo) と考える。なぜなら、「受領者は」それとは異なった期待 (opinio) によって受領し
たからである。それゆえに、もし「受領者が」それを消費する場合には、コンディクチオ (condictio) によって
「返還を」義務づけられている。にもかかわらず、彼は悪意の抗弁 (exceptio doli) により、金銭は授与者の意
思に従って消費された、というように對抗することができる。¹²

Ulpianus によるこの記述から間接的に窺われるように、Iulianus は第二ケースについて消費貸借が成立すると判
断しようである。つまり、Iulianus は、金銭が交付され、借主が消費貸借として受領したのであれば、消費貸借を
原因として引き渡されたのではない場合でも消費貸借が成立し、借主は金銭の所有者になるということを肯定したこ
とになる。¹³では、このことは、所有物を移転し、受領するという両当事者の抽象的な意図が一致していれば、たとえ
その原因について不一致があっても、引渡によって所有物が移転することを Iulianus が一般的に認めたことを意味
するであろうか。

そこで Iulianus の見解に反対する Ulpianus の見解をみてみると、先に引用したテキストから明らかなように、
Ulpianus は Iulianus の第二ケースについて、消費貸借の成立を否定している。その理由は、Ulpianus によれば、消
費貸借の成立のためには目的物の交付と交付原因についての両当事者の意図の合致が必要であるとみられていたこと
によると考えられる。¹⁴

では、このケースにおいて Ulpianus は、所有物の移転についてはどのように考えていたのであるうか。と言うのも、Ulpianus は、消費貸借は存在しないとしながら、譲渡人に所有物返還請求権を与えるのではなく、不当利得返還請求権を指示している。このことは、先の見解 (a) が解釈するように、Ulpianus が所有物移転を認めたことを示すものであろうか。この点については、(a) の見解に反対する立場によれば、Ulpianus は所有物移転を認めたのではなく、「もし「受領者が」それ「金銭」を消費する場合には」としていることから窺われるように、所有物返還請求権によって返還されるべき目的物(金銭)が消費された結果、この訴権を用いることができないことから、その代替手段として、受領者に不当利得返還義務を課したものと解される。そして、そうであるからこそ Ulpianus は、受領者が返還義務を免れる根拠として、所有物の移転ではなくて、悪意の抗弁による返還義務の免除を主張したと考えることもできよう。⁹⁵⁾

(γ) ここで私見を整理しておこう。まず、Iulianus と Ulpianus の見解の相違をみるならば、それは消費貸借の成立という限定された場面において、しかも消費貸借を成立させる原因をどのように捉えるかという点に關してであった。この点については両者の見解はたしかに異なっていた。しかし、引渡によって所有物が移転するためには何らかの「適法原因」が必要であるということ自体については、両者の見解は一致していたと考えられる。

そして、この「適法原因」としては、有効な債務を成立させるような贈与や消費貸借は存在しなくとも、贈与行為、消費貸借としての受領行為などがあり、しかも引渡 (traditio) の原因 (causa) としても「適法」(iustus) と解されたとすれば、所有物移転が認められたであろう。しかしながら、これはけっして、たんなる抽象的な所有物移転の意思による物の移転を認めたものではなく、あくまでも適法な原因行為を必要としている点で、依然としてい

わば有因主義の枠内にあったと言うことができよう。そして、かかる適法原因の解釈は、ローマ的所有概念とも一致したのであろう。つまり、有効な契約に基づく権利移転の唯一で完全な連鎖の世界を構築していなかったローマ法では、物支配の現実的移転が存在し、かつ、物の移転を引き起こした当事者の行為に、かかる移転を否定することによってサンクションを加えるに値するような非難すべき欠陥がなければ、物の移転が認められ、こうして獲得された新たな物支配は、まさにローマ法的所有以外の何物でもなかったと考えられる。

つぎに、先の見解（*a*）が立脚する古典期の法律家たちの叙述についても検討してみると、所有者の意思ないし意図について述べられたテキストが、必ずしも引渡の原因を指しているのではないことが明らかになる。例えば、Gaius の『法学通論』で述べられた「所有者の意思」(*voluntas domini*) による移転 (cf. D. 41. 1. 9. 3) とは、①「所有者の意思」に従って行為する者——例えば、所有者の支配に服する子、奴隷など——による引渡でも十分であること、および②譲受人に貸貸中の物の引渡は、所有者の「たんなる意思」(*nuda voluntas*) によって可能であること (前述 (b) 注 5 および該当本文参照) を意味しており、引渡の原因とは別のことを述べている。¹⁷⁾

こうしてみると、引渡の原因を、所有物を移転し受領するという両当事者の意図を証拠づける手段として理解するといった観念は、古典期の法律家の見解には見出されることが分かる。のみならず、古典期後、とくに Justinianus の時代においても、所有物移転に関する「所有者の意思」に言及されたテキスト (*Inst.* 2. 1. 40 ff.) は、今述べた Gaius の『法学通論』の叙述 (cf. D. 41. 1. 9. 3) に全面的に従っていることからすると、古典期後においても、引渡の原因の核心を所有物の移転ないし受領に関する両当事者の抽象的な意図とみるような理解は、まだ存在していなかったと考えられる。¹⁷⁾

私見としても、ローマ法における引渡による所有物の移転は、当事者双方が現実にもつていた主観的な意図に対し与えられた効果と言うよりは、むしろ一定の適法原因に基づく引渡という客観的な行為ないしは事実そのものであり、それに基づいてさまざまサンクションを生じさせた原因となる事実であつて、当事者の現実の意図ないし意思は法の平面にはまだ明確に現れていなかったものとみられる。¹⁸⁾

ところで、(β)の見解によれば、引渡の原因は使用取得の原因(前述(c)(α)参照)と関連があると考えられている。その根拠は、引渡の原因に関する原典のテキストが非常に少ないのに比べ、使用取得について述べられた箇所が際立って多いこと、引渡の原因を扱っているテキスト(とくに、先に引用した D. 41. 1. 36 および D. 12. 1. 18 pr.)にしても、あまり一般的でも現実的でもないケースを扱っており、より典型的な売買などについては論じられていないこと、引渡の有効な原因が存在しない場合に譲渡人の所有物が譲受人に移転するかどうかに関する最も重要な問題、すなわち、譲受人から取得した第三者と譲渡人との優劣関係ならびに第三者の保護手段について論じられた箇所が原典にはないこと、などである。¹⁹⁾かくして、この見解によれば、引渡の原因と使用取得の原因とは同一であつた、との結論が導かれている。²⁰⁾

この見解は、引渡の原因に関するテキストに比べて使用取得の原因に関するテキストがずっと多いのは、前者があまり問題にならなかつたのに対して後者がしばしば問題になつたからであり、その理由は、後者が譲受人の所有権の証明手段として重要性をもつていたからである、との認識に立脚している。²¹⁾すなわち、目的物に対する譲受人の所有権が争われた場合、また譲受人がその目的物を第三者から回復しようとする場合に、譲受人がその所有権を立証するために、その目的物が前主から適法原因に基づく引渡によつて移転し、しかもその前主が所有者であつたことを最

初の原始取得者（あるいは使用取得者）にまで遡って証明するか、または使用取得という独立の原因によって取得したことを立証しなければならなかったとされている。とりわけ、前者の証明における前主の所有権の立証は、——中世の法学者によって「悪魔の証明」(probatio diabólica)と呼ばれたほど——困難であったことから、²²¹所有権の立証に際しては、使用取得とその原因が実務上ずっと重要になったとみられているのである。

しかも、使用取得の期間は、古典期においては、不動産では一年、不動産では二年であり、また使用取得期間経過前でも、使用取得のその他の要件を満たしている占有者は、プブリキウスの訴権 (actio Publiciana) によって物の回復を求めることができたことなども、使用取得の実際上の機能を高めたと考えられている。²²²こうして使用取得は、非所有者からの取得の場合のみならず、所有者から取得したが所有権の証明が必要なきに、²²³実際上の便宜的手段として用いられたこともあったとされる。

また、ローマ法においては、裁判官は所有権に基づく返還請求に際して、原告がその所有物であると主張する物があったとえ盗品であったとしても、被告よりも原告が優先する権限をもつならば、²²⁴真の所有者をはじめ原告よりも優先する権限をもつ者からの追及可能性を残したまま、原告がひとまず所有者であると確認することで事足りたであろう、とみられている。²²⁵そのかぎりでは、ローマ法は依然として、原告と被告のうちどちらがよりよい権限をもつかを相対的に判断した法律訴訟手続 (legis actio) におけるのと基本的には同じ状況下にあったと解されている。²²⁶そして、そのような相対的所有秩序の下では、絶対的所有権を基礎付けうる唯一の手段として、使用取得がきわめて重要な機能を担っていたとされるのである。

私見としては、引渡の原因と使用取得の原因との関係については、結論的には (β) の見解に与したい。²²⁷しかしな

がら、使用取得の存在意義を相対的所有秩序の補完機能において、または困難な所有権証明の回避手段として理解する点については、(β)の見解にも賛成できない。その理由は以下のとおりである。

第一に、ローマ法の所有秩序を相対的所有秩序として特徴付けること自体、絶対的所有権という近代的な権利概念のフィルターを通したローマ法理解に基づいており、ローマ法では適法原因に基づく引渡によって生じた占有状態が一定期間継続すること自体、ローマ法的な所有を正当化する完結した事実であったと考えられる。

したがって、第二に、ローマ法における使用取得は、非権利者からの取得の制度でも、原始取得者にまで遡る前主たちの所有権の有無を問わないことによって所有権証明を免除する制度でもなかった、と考えられる。すなわち、それは、第一次的には、適法原因に基づく引渡によって原則として生じている所有物移転に対して、窃盜、強盜、横領などを行なった譲渡人自身によるそうした盜品などの譲渡行為の悪性に対するサンクションとして、かような場合にはたとえ引渡がされていたとしても所有物移転を認めないという例外をつくることであつたと考えられる。

そして、第三に、以上のようなローマ法的な所有秩序ないし所有觀念の下においては、使用取得の機能は、しいて言えは適法原因に基づく引渡による所有物移転効果の補完であつた。そして、そうであつたとすれば、引渡の適法原因と使用取得の適法原因が一致することになつたのは、むしろ当然であろう。

このように、引渡の原因は、これを明示的に要求するテキストがあるものの、使用取得の原因との機能的な関係により、それ自体としてはあまり問題にならなかつたと考えられる。それゆえにであろうか、引渡の原因を一定の仕方と抽象的に定義づけたテキストは存在しない。そこで、これをあえて整理しようとするれば、個々の契約や処分行為ごとに個別的に確認しなければならないであろう。例えば、①贈与、嫁資設定などの現実行為においては、引渡の原因

は事実上の交付の時点における譲渡の法的目的に關する合意、つまり贈与原因ないし嫁資の原因の中に存在した、とされる。²⁷⁾ ②売買においては、有効な売買契約それ自体の中に存在した (cf. Paulus D. 41. 4. 2 pr.; D. 41. 3. 48)。

③消費貸借については、引渡の原因は貸主による物の交付と借主による貸借の意図である、とする見解があった (Iulianus D. 41. 1. 36)。²⁸⁾ ④また、問答契約および遺贈に基づく債務の履行に際しては、引渡の原因は、債務を根拠づける問答契約または遺贈の中にはなく、給付によって債務から解放されるといふ給付の性格に關する合意、つまり弁済原因の中に存在した、とされている。²⁹⁾

このように、ローマ法における引渡の原因は、必ずしも今日の債権契約のような原因行為であるとは限らなかつたとみられている。³⁰⁾ その際、引渡の原因の意味に關しては、②と④との間にとくに大きな相違がある。すなわち、②においては、例えば、買主として (pro emptore) 受領する者は、売買契約が有効に締結された場合にのみ物を取得する。これに反して、④においては、例えば、たんに誤想的な問答契約に基づく給付でもよかつたとされる。³¹⁾ なぜなら、前者にとつては原因の全体が本質的であつたのに対して、後者にとつては引渡と直接に結びつけられた履行の合意が本質的であつたからである。こうして、前者は有因的であつたのに対して、後者は無因的であつた、とされるのである。³²⁾

そして、このような相違の根拠は、それぞれの行為の歴史的沿革に求められている。すなわち、古典期の法の売買契約は、義務づけ行為と履行行為とを区別しない一体的な現金行為としての古い売買形態の名残りからまだ完全には解放されていなかった。³³⁾ これに反して、給付物の取得原因としての弁済 (solutio) は、方式に則つた莊嚴な義務づけ行為による債務者の拘束状態を解消するための、特別の解放ないし購いの行為 (solutio) に由来する。それゆゑ、弁済は、それに先行する義務づけ行為に対してかなりの独立性を与えられた行為であり、それ自体が物の取得原因とみ

なされた、と云うのである。³³

しかし、ここで注意すべきは、②と④の相違は使用取得に関してまったく同様に生じていた、ということである。³⁴そして、使用取得の原因を基礎にして引渡の原因を理解するとすれば、この相違の根拠についても、まずは使用取得に関する論争状況が考慮に入れられなければならない。³⁵

以上の考察をまとめるとつぎのようになる。すなわち、ローマ法では、物の引渡および受領に関する両当事者の意図の合致があれば有効な原因が存在しなくとも物が移転するといった、いわゆる無因性を認めたテキストは存在せず、つねに何らかの原因が意識されていた。その理由は、物の引渡および受領による譲渡に際しては、物自体の即物的な移転が核心的な意味をもった結果、所有物移転としての物の移動とそうではない物移動とを区別するためには、譲渡行為自体が適法かつ有効か、ということが自然と注目されるに至ったと考えられるからである。この意味では、引渡による所有物の移転は有因的であったと言ってよからう。³⁶

しかしながら、他方、引渡の原因は、使用取得との関係で実務上はあまり問題にされなかったという点にも留意しなければならない。³⁷その結果、引渡の有効な原因が欠けている場合に、物の移転の効果がどのように扱われたかという点は、以上に検討したテキストにおいては依然として曖昧である。そこで、この点をより明確にするためには、引渡の有効な原因が欠けた場合の効果を個別具体的に確認する必要がある。³⁸

[1] *Paulus D. 41. 1. 31. pr. なお*、このテキストにおいて、適法原因が「先行し……たであろう」(*praecesserit*)という部分は、元来は、適法原因が「生じていたであろう」(*processerit*)であり、それが後に誤って伝えられたとの指摘もある (*Dean*

MIQUEL, *Mechanischer Fehler in der Überlieferung der Digensten*, SZ [Rom.] 80 [1963] S. 237 f.)°

[2] このテクストのほかに、引渡に際して適法原因ならし原因を要求するものとして、*Gai. II. 20* (前述(参考)) ; *Iulianus D. 41. 1. 36* (後述) ; *Ulpianus D. 12. 1. 18 pr.* (後述) ; *D. 12. 5. Ulpiani epitome. 19. 7* などがある。

[3] 前掲のテクストのほか、*Inst. 2. 1. 41. Gai. III. 91. Gaius D. 44. 7. 5. 3* などがある (vgl. KASER, *DRPR I. S. 416 f.*; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S. 158*)°。

[4] THOMAS, *TRL*, p. 180; BUCKLAND, *TRL*, p. 228. けれど、とくにイギリスのローマ法学者の伝統的な見解である。

[5] *Gaius D. 41. 1. 9. 3* (なお、*Inst. 2. 1. 40* の同文)。同じのは、同一の著者 (*Gaius*) が、引渡による物の移転の要件として、『法学提要』では原因を要求しているながら、(*Gai. II. 20*: 前述(参考) 該当本文参照)、『法学通論』では所有者の意思を問題にしてゐることに注目して、*Gaius* は原因 = 所有者の意思と解釈した、と理解されてゐる。HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR. S. 159 f.* も、この『法学通論』のテクストが古典期のものであるならば、すでに二世紀において、引渡による譲渡のためには原因の代わりに譲渡意思が要件とされており、さらに、この要件は古典期後にも承継され (*Inst. 2. 1. 40*)、ついでに売買代金支払前でも当事者の意思のみによつて所有物が移転するといふ構成 (*Diocletianus C. 4. 50. 9* [294 A. D.]) を導いたものとみてゐる。

これに反して、古典期については、『法学提要』の方を重視して、引渡による物の移転には原因が必要であつたが、*Iustinianus* の時代においては *Inst. 2. 1. 40* (引渡によつてもまた、自然法に従い、物がわれわれに取得される。と言うのは、自分の物を他人に移転しようという所有者の意思 [voluntas domini] が有効であるとみなされるほど自然の平衡に合致することはないからである。……) にみられるようにもはや原因は要求されず、所有者の抽象的な譲渡意思で足りた、という折衷的な理解をするものも多し (cf. D. PUGSLEY, *Was Iusta Causa Necessary for Traditio in Roman Law?*, *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* [1974] pp. 13 ff.)°。

[6] Iulianus D. 41. 1. 36. なお、ある者が貸与のつもりで与えた物が、贈与のつもりで受領された場合には、貸与であれば所有物の移転は意図されないことから物は移転せず、所有物に基づいて返還請求権 (rei vindicatio) が認められた、と解されている (THOMAS, *TRL*, p. 180, note 44)。

[7] かかる Iulianus の意見は、古典期の法学者の中でも最も進歩的であり、物権的合意の承認に接近している、とまで評価する見解もある (HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR*, S. 159)。ちなみに、Iulianus は、他人物売買に関しては、買主からの追奪前であっても売主の担保責任を認めたとされている (cf. Africanus D. 19. 1. 30. 1)。

[8] このほか、原因となる取引が無効または不存在の場合、さらには、それが違法な目的のために行われた場合ですら、所有物を移転する意図 (intentio) があり、移転行為自体が禁止されていないければ (cf. Ulpianus D. 24. 1. 3. 10)、「所有物移転が認められた」との見解もある (BUCKLAND, *TRL*, p. 228, note 8; cf. D. 12. 5 passim)。

[9] THOMAS, *TRL*, p. 180 and note 43; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR*, S. 159.

[10] 遺言から生じる債務と問答契約との結合に関しては、Paulus D. 41. 3. 15. 3 参照。ちなみに、「問答契約がされていれば、たとえ遺贈が無効であったとしても、受領者は使用取得しえた (cf. Hermogenianus D. 41. 3. 46; Paulus D. 41. 3. 48)」。なお、前述⑨注11参照。

[11] Robin EVANS-JONES and Geoffrey D. MCCORMACK, *Iusta causa traditionis*, in: BIRKS (ed.), *New Perspectives*, pp. 103-104.

[12] Ulpianus D. 12. 1. 18 pr. 20-21, D. 12. 5 passim 参照。なお、かかる Iulianus および Ulpianus の法文の解釈をめぐる一九世紀パンテクテン法学における論争状況については、海老原明夫「一九世紀ドイツ普通法学の物権移転理論」『法学協会雑誌』一〇六巻一号(一九八九年)二八頁以下参照。

[13] もっとも、後に、F. C. von Savigny は、これとは異なり、Iulianus も消費貸借を否定したと解釈したことにつき、海老原・

前掲論文二七頁以下参照。

[14] すなわち、金銭の受領者は、これを引き渡す者の考えと「異なった判断をもって受領したのであるから、それを受領する当事者の財産にはならない」とするのである。

[15] 悪意の抗弁を正当化しうる根拠としては、①贈与として金銭を引き渡した者がその意図を撤回して不当利得返還請求をすることの不公平さ、②贈与として金銭を引き渡した者の意図を受領者が知ったうえで浪費した場合の受領者の期待などが考えられる (cf. EVANS-JONES = MACCORMACK, *op. cit.* [n. 11], pp. 105-106)。

[16] *Gains D.* 41. 1. 9. 4-6. #た' *lavolens D.* 44. 7. 55 #た' 「所有物 (dominium) を移転するであろうすべての場合において、契約の両当事者による欲求 (affectus ex utraque parte) が合致しなければならぬ。と言うのは、売買、贈与、賃約またはその他の種類の契約においては、両当事者の意欲 (animus utriusque) が一致するものでなければ、始められたどのようなことであっても効果をもたらさえないであろうからである」と述べられている。しかし、この叙述も、引渡の原因に代えて両当事者の抽象的な欲求または意欲が所有物を移転する、という意味であるとはただちに解釈されえない。むしろ、両当事者の意欲の一致に基づく有効な売買、贈与などの契約が、引渡の時点においてもなお存続していなければならない、ということが主張の核心であろう (cf. EVANS-JONES = MACCORMACK, *op. cit.* [n. 11], pp. 108-109)。

[17] EVANS-JONES = MACCORMACK, *op. cit.* [n. 11], p. 109. #た' *Flume* も、適法原因の要件は、これらのテスト (*D.* 41. 1. 9. 3; *Inst.* 2. 1. 40) の存在にもかかわらず、古典期後においてもなお維持されていたとみている (*FLUME, a. a. O.* [c], n. 10], S. 53)。

[18] したがって、引渡においては引渡の原因以前にその意図が原初的な観念であり、物理的な移転および受領を伴った両当事者の意図こそが物理的な移転の効果を決定したとする理解 (BUCKLAND, *T.R.L.* p. 228) には与しえない。

[19] W. M. GORDON, *The Importance of the iusta causa of traditio*, in: BIRKS (ed.), *New Perspectives*, pp. 128 ff.

- [20] したがって、引渡の原因の内容に関しては、古典期の取得時効法からの帰納的推論が許される、とされる (JORS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 127 f., Fn. 9)。⁵⁾ さき、この問題をもぐる論争状況にうつすは、H. R. HOETINK, *Justus titulus usucapionis et iusta causa tradendi*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 29 [1961] pp. 230 ff. 参照。
- [21] Cf. GORDON, *op. cit.* (n. 19), pp. 130 ff.
- [22] Cf. Robert FEENSTRA, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge*, in: *Mélanges Meylan*, I [Lausanne, 1963] p. 91.
- [23] Cf. Ulpianus D. 6. 2. 1. 1: FEENSTRA, *op. cit.* (n. 22), p. 91. なお、プブリキウスの訴権については、さらに後述(f)注6および該当本文参照。
- [24] Cf. GORDON, *op. cit.* (n. 19), p. 133.
- [25] Cf. *ibid.*
- [26] なお、引渡による所有物移転には有効な原因が要求されたのに対して、使用取得のためにはいわゆる誤想権原で十分であったという解釈もあり、この見解は、使用取得については適法原因のほか適法原因の存在についての善意が、紀元前二世紀頃から別個の要件として区別されてきたと主張してゐる (KASER, *DRPR* I, S. 421 mit Fn. 20, S. 422 f.)。しかし、かような見解は、原典のテクストからは十分には確認されえない (前述(c)注9—11参照)。
- [27] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 158.
- [28] JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 127 mit Fn. 10-12; cf. Paulus D. 6. 2. 4; Hermogenianus D. 41. 3. 46.
- [29] Vgl. HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 157 f.
- [30] Iulianus D. 41. 1. 36 (前掲注6該当引用文)の第一ケースにおける判断もまた、前述(e)の見解によれば、問答契約によるものとしての取得の「抽象的」性質に基づくとされる (JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 128, Fn. 13)。

[31] JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 128. しかして、④における履行の合意自体を引渡の適法原因と解すれば、弁済としての引渡も有因的であるとして解し得る (cf. EVANS-JONES = MACCORMACK, *op. cit.* [n. 11], p. 101-102 with note 13)。

[32] Vgl. Ernst RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* I [7. Aufl., 1915] S. 440; JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 128, 226 f.

[33] JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 128.

[34] Paulus D. 41. 4. 2 pr.; D. 41. 3. 48.

[35] 前述(c)注9-11および該当本文参照。

[36] EVANS-JONES = MACCORMACK, *op. cit.* (n. 11), pp. 99 ff.

[37] Cf. GORDON, *op. cit.* (n. 19), p. 135.

[38] 後述三'とくへに2参照。

(e) 代金支払の必要性

引渡による譲渡に関する第三の問題点(前述(a)末尾参照)は、売買を原因とする引渡においては物の移転のために代金の支払が必要であったかどうかである。Justinianusの『法学提要』によれば、これに関してはすでに『十二表法』に規定があったとされる。すなわち、――

もし例えば贈与あるいは嫁資の原因に基づいて、またはその他の原因に基づいてどのような方法によっても引

渡がされるならば、移転が行われることには疑いがない。しかし、売却されそして引き渡されたという原因に基づいては、買主が売主に対して代金を支払い、またはその他の方法で、例えば保証人や担保物が与えられることによって満足させたであろう場合にのみ買主に取得されるのである。このことはたしかに十二表法によって定められている。にもかかわらず、万民法によって、つまり自然法によってつぎのことが論証されるということが正当に言われている。すなわち、へしかし売却した者が買主の信用 (fides) に従ったであろう場合には、物はただちに買主のものになるということが言われるべきである。¹⁾

売買に基づく引渡の場合に、代金支払または保証人あるいは担保物の付与がなければ物の移転が行われぬ、というところが「十二表法」に規定されていたかどうかについては、この Justinianus の『法学提要』の記述にもかかわらず異論があるが、²⁾ 少なくとも、代金支払と保証人または担保物の付与とを同等にみる思想は、貨幣制度がまだ十分に発達していなかった「十二表法」当時の自然経済を前提とする法に合致したとみられている。³⁾

古典期の法学説としては、所有物の移転と代金支払との関連性を肯定するものもたしかにあるが、⁴⁾ この関連性をむしろ明確に否定するものもある。⁵⁾ そして、一般的には、所有物の移転は引渡それ自体によって生じる、とみられている。⁶⁾ そして、代金支払は売主の追奪担保責任を発生させるものにすぎない⁷⁾ したがって、古典期の法は、引渡による所有物移転の明白な要件として代金支払を要求してはいなかったと解される。⁸⁾

ちなみに、売主が代金支払前に目的物を引き渡したとしても保護を受ける方法としては、条件付賃貸の制度があった。すなわち、売主は買主が代金を支払うまで目的物を貸与することとし、「もし代金が支払われなければ物は買わ

れなかつたものとする」とした。そして、代金が支払われなければ、「物は買われなかつた」ことになるのみならず、売主は賃貸に基づく訴権 (actio ex locato) により、賃料相当額の支払を請求しえた。⁹⁾ これは機能的には今日の所有権留保に該当するとも解されるが、この場合、引渡によってすでに所有物の移転が生じているのか、代金支払時にはじめて所有物移転が生じるのかは明らかではない。賃貸自体が条件付きであることから前者のようにも解され、そうだとすれば、この制度は代金支払なしの所有物移転を補助する機能をもっていた、とみることもできよう。

また、古典期後においても、Diocletianus 帝は所有物移転のための代金支払の必要性を熱心に否定していた。¹⁰⁾

ところが、五世紀になると、所有物の取得が代金支払に依存することを述べるテクストがにわかが増えてくる。¹¹⁾ として、古典期後は一般に、①売買は代金支払によつてはじめて拘束力をもち、②代金支払が買主を所有者とし、売買目的物の引渡を請求する権利を買主に与え、③果実に対する権利を買主に与えた、とみられている。¹²⁾ すでに引用した Justinianus の『法学提要』のテクストはこの流れに沿つたものである。すなわち、それは貨幣経済および信用経済の後退を背景にしており、¹³⁾ 自然経済への部分的な復帰により、代金支払と引渡との関連性が再び強く意識され、古い時代の現金売買において妥当していた原理が Justinianus 法において蘇つたものと解されている。¹⁴⁾

したがつて、所有物移転のために代金支払を要求する古典期後のテクストも、代金支払のみによる所有物移転を認められたものではなく、引渡に加えて代金の支払をも必要としたものと解される。

もっとも、Justinianus の『法学提要』は、代金支払または担保物あるいは保証人の供与による移転のみならず、売主の買主に対する信用による所有物移転を自然法なし万民法上のものとして承認し、強調している。こうした信用による所有物移転もまた、すでに目的物の引渡が行われていることを前提にしていると解されるが、なおそれは、

厳密に言えば、たんなる引渡のみによる所有物移転とは異なる。なぜなら、ここでは、売主が買主に与えた信用というものが、売主に満足を与える代金支払に匹敵するという意味をもっているからである。したがって、そのかぎりにおいては、代金支払に代わる所有物移転の要件として、Justinianus 法は売主の意思的要素をも考慮に入れるようになったことが注目される。^[5]

[1] Inst. 2. 1. 41. なお、『十二表法』には、「物が売られたところでは、たとえその物が引き渡されていたとしても、代金が支払われ、または保証あるいは担保が与えられ、こうして売主が満足するまでは、その物はけっして買主によって取得されない」(Lex XII Tab. 6. 3)との法文もあったとされる。

[2] 例えば、売買による所有物移転のための代金支払という要件は、ギリシヤの影響を受けたビザンチン人がはじめて導入したものであるとし (Fritz PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld* [1916] S. 70, 88 f.)、『法学提要』で言及された『十二表法』の法文は追奪担保訴権の要件に関するものであったとする見解や (Fritz PRINGSHEIM, *Greek Law of Sale*, pp. 179 ff.)、代金支払は、権利の瑕疵担保責任の発生要件としておよび所有物移転に関する証書以外の証拠手段として、古典期後の単俗法に由来するものであり、『法学提要』に引用されたような内容の規定は、『十二表法』には存在しなかったとする見解 (SCHINDLER, *Festschrift Duden* [1977] S. 558, 566) などがある。

[3] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 162.

[4] 「売却されたものは、代金がわれわれに支払われ、あるいは代金のために保証が行われ、または何らの保証もなくわれわれが買主を信用したであろう場合にのみ受領者のものになる」(Pomponius D. 18. 1. 19)。

[5] 「物が買主のものになるであろうためには、代金が支払われたとか、あるいは代金のために保証人が与えられたとかはまっ

たく重要ではない。しかし、保証人に関してわれわれが述べたことは、どのような方法であれ合理的にあたかも代金が支払われたかのように、例えば保証人または担保物が与えられることにより、代金に関して売主に満足が与えられる場合に、より十分に受け容れられるべきである」(Gaius D. 18. 1. 53)。ここでは、代金支払と保証人または担保物の付与との等置は認められている。

[6] 例えば、「引渡それ自体によって法律上完全に他人のものとなる」、「……引き渡すならば、……その物はただちにあなたのものになる」(Gai. II 19-20: 前述(a)注6 該当引用文参照)、「まず第一に、売主は物自体を与え、つまり、引き渡さなければならぬ。そして、この物は、もし売主がその所有者 (dominus) であつたならば買主を所有者とする。しかし、売主がその所有者ではなかつたならば、代金が支払われまたはそのために担保が与えられた場合に、追奪を原因としてのみ (tantum evictionis nomine) 売主に責任を負わせる。しかしながら、買主は売主に代金額を与えることを強いられる」(Ulpianus D. 19. 1. 1. 2)。もつと、Gaius D. 41. 1. 43. 2では、「ある者の奴隷が第三者の用益権に服しているときに、この奴隷がさらに別の奴隷を購入して引渡を受けたとしても、「代金が支払われる前には、誰が所有 (proprietas) を取得するであろうかは不確定である」とし、代金が用益権者の財産 (pecunia) から支払われたか、かの奴隷の所有者の財産から支払われたかによって誰のものであるかが決まるとされている。しかし、これは必ずしも所有物の移転一般に代金支払を必要としたものではない。なお、Alexander C. 4. 54. 3 (後掲注9) 参照。また、プブリキウスの訴権 (後述(f)注6 該当本文参照) を行使するためには、売買代金の支払は必要ではなかつた (Gaius D. 6. 2. 8)。

[7] Ulpianus D. 19. 1. 11. 2 (前注参照) ; cf. *Pauli sententiae*, 2. 17. 1.

[8] HONSELL=MAYER-MALY=SELB. RR. S. 162 f.

[9] Paulus D. 19. 2. 20. 2; Iavolenus D. 19. 2. 21; Paulus D. 19. 2. 22 pr. なお、場合によっては、代金支払前に引き渡された目的物は仮借的 (precario) に買主の手中にある (penes emptorem esse) ものとして、売主は代金全額が支払われるまでこ

の物を把握するに (consequi) ができた (Ulpianus D. 43. 26. 20)。もっとも、売主が仮想的権原によらずに、たんに引き渡した場合でも、一定期間内に代金の支払がなければ目的物が回復される旨の約款があれば、所有物返還請求権 (rei vindicatio) は行使できなくとも、売却に基づく訴権 (actio ex venditio) によって訴求しえた (Alexander C. 4. 54. 3)。

[10] C. 3. 32. 12; C. 4. 38. 8-9, etc.

[11] *Novellae Valentiniani* III [451 A. D.], 32 pr.-32. 3.

[12] Vgl. KASER, *DRPR* II, S. 278.

[13] BÜRGE, *SZ (Rom.)* 99 [1982] S. 128 ff.

[14] Vgl. JÖRS = KUNKEL = WENGER, *RR*, S. 129 f.

[15] Cf. Pomponius D. 18. 1. 19 (前掲注 4) もちろん、この点の意思的要素 = 信用はつねに物の引渡と結びついており、所有物譲渡の意思ないし合意が全面的に引渡に代わる、ということころまでは進んでいない (vgl. KASER, *DRPR* II, S. 283)。

なお、Justinianus の法命題 (*Inst.* 2. 1. 41) はギリシヤ法思想の影響をも受けている、との指摘がある一方に (JÖRS = KUNKEL = WENGER, *RR*, S. 130 mit Anm. 23) 'これを否定する見方もある (HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR*, S. 163)。

ちなみに、ギリシヤ法については、「ギリシヤ法は現金売買の原理を放棄しなかった。ギリシヤ人にとっては、売買は金銭と品物との交換と同一視されている。彼らは、代金の支払なしには売買を思い描くことができない。——所有権は代金支払によって取得される」とのテーゼが知られている (Fritz PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale* [1950] pp. 90 ff., 204)。つまり、ギリシヤ法では、目的物が買主に引き渡されたとしても、売買代金の支払があるまでは、目的物は売主の所有にとどまった一方、代金の支払があれば引渡がなくとも、目的物は買主の所有物になった、と解されている (Johannes HERMANN, *Zum Eigentumserwerb beim Mobilienkauf nach griechischem Recht*, in: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* [1976] S. 618)。

つうしてギリシヤの売買法では、引渡には固有の役割が与えられていなかったが (cf. DIOSDI, *Ownership*, p. 141 with notes 17, 18 「佐藤ほか訳・二一七頁以下」) その理由については大別して二つおりの説明がなされている。第一に、ギリシヤ法における代金支払の必要性を交換思想 (Tauschgedanke) ないし代替原則 (Surrogationsgrundsatz) または有償性の原理 (Prinzip der Entgeltlichkeit) によつて説明する見解がある。これは、売買による物取得の核心を当事者間の客観的な利益バランスの維持に求めるものである (Fritz PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld* [1916] S. 4 ff., 34 ff.; E. SEIDL, *Aegyptische Rechtsgeschichte der Seiten- und Ferserzeit* [1956] S. 40 ff.; do., *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 20 [1952] p. 108)。

第二に、これに反して、代金支払による物の取得を売主の意思の効果であるとする見方がある。その中には、売買契約が代金の獲得を目的とする売主の目的的処分 (Zweckverfügung) であり、この目的が達成されるまでは、たとえ目的物が買主に引き渡されてもその所有物とはならなかつたとみるもの (H. J. WOLFF, *Die Grundlage des griechischen Vertragsrechts*, SZ [Rom.] 74 [1957] S. 63 ff.; KRÄNZLEIN, *Eigentum und Besitz im griechischen Recht des fünften und vierten Jahrhunderts v. Chr.* [1963] S. 77 ff.)、売主による売買代金の受領行為を、売主が所有物を放棄しこれを買主のものとする意思決定であるとみるもの (HERMANN, *a. a. O.*, S. 619 ff., 622 ff.) などがある。

本稿では、これらを詳細に検討する余裕はないが、ひとまず第一の見解に与しておきたい。その理由は、①ギリシヤの売買法においては、売主が物を移転する行為よりも、買主が代金を支払うことによつて物を取得する行為が中心とみられ (vgl. HERMANN, *a. a. O.*, S. 618)、「それゆえに、譲渡人の意思による所有物の移転、つまり「所有権の譲渡」(Übertragung des Eigentums) という概念はギリシヤ法では用いられるべきではないとされてゐる」と (KRÄNZLEIN, *a. a. O.*, S. 78; L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne* [1955] p. 206; A. EHRHARDT, *Instita causa traditionis* [1930] S. 160) ②ギリシヤ法では「信用売買 (sale on credit) は目的物の取得のためには不十分であり (PRINGSHEIM, *op. cit.* [The Greek Law of Sale] pp. 262, 266)、「少なくとも、仮装的な代金受領証を売買証書に挿入することおよび公証された擬制的な消費貸借債務の証書を

交付することが必要であったとされていること(WOLFF, a. a. O., S. 30 mit N. 12; HERMANN, a. a. O., S. 625 mit Fn. 22)などである。

以上のようにみえてくると、ローマ法、とくに Iustinianus 法に対するギリシヤ法の直接的な影響は、さほど重視されるべきではなからう。

(f) 引渡の適用範囲の拡大

古典期においては、引渡は非手中物の讓渡方式であつたが¹⁾ 手中物が引き渡された場合にも、取得者は、法務官法上の保護を受けることができた。例えば、売主が自分の所有物ではない土地(手中物)を売却し、握取行為または法廷承認の方式を踐まずに買主に引き渡したとする。その後、売主は相続その他の方法でこの土地の所有者となつたので買主に所有物返還請求訴訟(rei vindicatio)を提起した場合、法務官は買主に対して「売却されて引き渡された物の抗弁」(exceptio rei vinditae et traditae)を付与することによって保護した²⁾。この抗弁は、買主からの転得者(emptor secundus)をも含めた承継人(successor)にも認められた³⁾。他方、この抗弁は、売主の権利を「包括的に」(in universum)承継した者に対してであろうが、「まさにこの「特定の」物において」(in eam rem)承継した者に対してであろう⁴⁾が主張することができた、とされている⁵⁾。

さらにまた、売主が他人の土地を売却し、代金の支払も受け、この土地は買主に引き渡されていたとする(… traditus fuerit)。その後、売主は所有者からこの土地を相続したので、これを第三者に売却して引き渡したとする(… tradiderit)。この場合——ただし、現在の物の占有は第一買主にあることが前提になっている——について、

Julianus は「第一のあなた」〔「買主」を保護することが衡平である〕(aequius esse priorem te tueri) と述べている。⁹⁵

これに反して、買主が土地の占有を失った場合については、「もし Titus 〔「売主」自身がこの土地を占有する場合には、買主は「プブリキウスの訴権によって」(Publiciana) この土地の返還を訴求することができた。⁹⁶

このように、握取行為または法廷承認によらずに引き渡され手中物は、「あなたたち」〔「取得者」の財産中にもたせられる〕(in bonis tuis efficitur) とされ、このような取得者はその物を「財産中にもつ」(in bonis habere) と言われた。⁹⁷そして、このような取得者の地位は、市民法上の所有 (dominium ex iure Quiritium) ではないが、やはり dominium のもつ一つの形態 (dominium in bonis) であるとまづ言われた。⁹⁸

そして、取引圏の拡大に伴って外国人をも含めた商取引が活発化し、また、譲渡に際しての煩雑な儀式が衰退するに連れて、引渡は譲渡の通常の形態となった。⁹⁹そして、Justinianus 法では、承継取得の唯一の形態となった。¹⁰⁰

しかし、ローマ法における所有物譲渡法の発展は、引渡による譲渡の段階にとどまり、証書の交付などによる象徴的引渡すら認められず、いわんや所有物譲渡の合意のみによる移転は認められていなかったことに注意しなければならない。¹⁰¹

[1] Vgl. JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR. S. 127; HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 156.

[2] Ulpianus D. 21. 3. 1.

[3] Hermogenianus D. 21. 3. 3 pr. しかもこの場合には、まだ転得者に目的物が引き渡されていなくとも、転得者には抗弁が認められた。なぜならば、転得者が追奪されないことは買主にとっても利益になったからである、とされている。

[4] Hermogenianus D. 21. 3. 3. 1.

[5] Pomponius D. 21. 3. 2. など Ulpianus D. 44. 4. 4. 32 も同旨。したがって、売主が第一買主に対して土地の返還を請求してきた場合には、第一買主には「売却されて引き渡された物の抗弁」または「事実において同等と認められる抗弁あるいは悪質な詐欺の抗弁」(exceptio in factum comparata vel doli mali) が認められた。後者は、とくに売買以外の原因による取得の場合に認められたとされる (HONSELL=MAYER-MALY=SELB. RR. S. 540)。もっとも、すでに第一買主に引き渡されてい
る土地を売主が第三者に引き渡すことがどのようにして可能なのか、ここで想定されている事例は必ずしも明確ではない。

[6] *Idem* このプブリキウスウの訴権に対して売主が、買主に売却した土地は「自分の財産中にはなかったその土地を再度売却したとみなされていた」と再抗弁することができ、売主は第三者に対して「自己の財産中にはなかったその土地を再度売却したとみなされていた」と再抗弁することができた (Ulpianus D. 44. 4. 4. 32)。もっとも、以上のテキストによると、第二買主に目的物が引き渡されてしまった場合に関しては直接的には述べられていない。プブリキウスウの訴権も、「売却されて引き渡された物の抗弁」のように、売主のみならずその承継人にも提起することができたか、あるいはこの点についての沈黙は、売主によってすでに第二買主に引き渡されてしまった物にははや返還請求されえなかつたことを意味するのか、不明である。

ちなみに、*Gai.* IV. 36 は、プブリキウスウの訴権においては、適法原因に基づいて (*ex iusta causa*) 物の引渡を受けた者が使用取得する以前に占有を失った場合、この占有の回復を請求するために、彼がその物を使用取得したかのように、つまり、「あたかも市民法上の所有者になったかのように」擬制される、と解している。そして、今日の学説は、この訴権はあらゆる第三者に対して提起することができ、ただし、市民法上の所有者だけは、「真の所有者の抗弁」(*exceptio iusti domini*) を提出することができたとみている。そして、この市民法上の所有者が請求者に対する譲渡人またはその承継人であった場合には、この者が提出した真の所有者の抗弁は、「売却されて引き渡された物の再抗弁」(*replicatio rei venditae et traditae*) または「悪意の再抗弁」(*replicatio doli*) によって對抗された、としてみる (HONSELL=MAYER-MALY=SELB. RR. S. 540)。

たしかに、原典には、真の所有者の抗弁はプブリキウスウの訴権を阻止するために提出された、とするテキストがある

(Papinianus D. 6. 2. 16)。しかし、このテキストは、真の所有者以外の者はプブリキウスの訴権を阻止しえなかつたとするものではなく、真の所有者が売主などの譲渡人ではない場合には、真の所有者の抗弁を提出できることを示したにすぎず、例えば、売主から適法原因に基づいて目的物の引渡を受けた第二買主がプブリキウスの訴権に対して抗弁を提出しうる余地を排除してはいない、ともみうる (cf. Neratius D. 6. 2. 17)。

[7] *Gal.* II, 40-41.

[8] *Gal.* I, 54.

[9] THOMAS, *TRL*, p. 179; KASER, *DRPR* II, § 242 (I) 1; (IV) 1; JÖRS = KUKEL = WENGER, *RR*, S. 126 ff. なお、鎌田・前掲論文『民商法雑誌』六六卷三号（一九七二年）四六〇頁以下参照。

[10] THOMAS, *TRL*, pp. 179 ff.

[11] Vgl. KASER, *DRPR* II, S. 283. 例えは、Diocletianus の法律 (293 A. D.) は、「物の所有 (dominium rei) は、たんなる合意 (nudum pactum) によってではなく、引渡 (traditio) ならびに使用取得 (usucapio) によって移転される」(C. 2. 3. 20) としていた。

三 ローマ法の所有物移転における当事者の「意思」の効果

1 概観

これまで考察してきたように、ローマの譲渡法が到達した引渡の制度においては、物の即物的な移転が所有物の移転として認められたために、必然的に譲渡行為自体の適法性ないし有効性に強い関心が払われることになった。その

結果、盗取者自身による譲渡行為や、売買その他の適法原因を欠いた譲渡行為による所有物移転が否定された。その際、適法原因とは、それ自体が独立した譲渡の要件であり、所有物を移転し、受領しようとする両当事者の意図の証明手段などではなかった。したがって、両当事者が適法原因が存在しないにもかかわらず存在すると誤信していたり、別々の原因を考えていた場合には、たとえ所有物を移転し、受領するという抽象的な意図が一致していたとしても、所有物の移転は認められなかった。この点では、ローマ法の引渡主義においては、所有物の移転が当事者の意思に依存する度合いはそれほど強くはなかったと言ってもよからう。

しかしながら、すでにローマ法においても、所有物の移転を当事者の意思に関わらせるいくつかの制度が存在していた。あるいはまた、いったん成立した適法原因の効力が、当事者の精神的要素の欠陥などを理由として、当事者の一方の行為によって否定されることがあり、この場合にもかかる精神的要因が所有物移転の効果に及ぼす影響が問題になる。本章では、これらの側面からの検討を加えることにより、ローマ法の引渡主義における譲渡当事者の意思の効果さをさらに深く検討してみよう。

2 条件、期限および付随的合意の効果

(a) 当事者の意思により、法的行為の効果を将来発生しうる一定の事実依存させる制度として、すでにローマ法では、条件 (*conditio*)、期限 (*dies*) などが認められていた。¹このうち、条件の付加は、問答契約 (*stipulatio*) および遺贈 (*legatum*) に際して早くから行われていた。²とくに、片務契約としての性質をもっていた問題契約は、条件の付加が認められることにより、機能的には、双務かつ諾成契約であった売買契約と同様の経済的目的を果たしてい

たとみられている。例えば、「もし、私があなたに一〇〇〇セステルスを支払うならば、あなたは奴隷の *Thax* を私に与えることを約束するか？」というような場合である。¹³⁾

もっとも、若干の行為に関しては、条件の付加は認められなかった。すなわち、「家父長権からの解放 (*emancipatio*)、弁済受領問答契約 (*acceptilatio*)、相続の承認 (*hereditatis aditio*)、奴隷の選択 (*servi optio*)、後見人の付与 (*datio tutoris*) などのように、期限 (*dies*) または条件 (*conditio*) を受け容れない (*non recipio*) 厳格法上の行為 (*actus legitimi*) は、時間または条件を付加することによって、全体として無効とされる (*in totum vitantur*)」¹⁴⁾ これらの諸行為は、いずれも元来が方式行為 (*Formalakt*) または国家の行為 (*Staatsakt*) (後見人の付与の場合) であつたことに注意すべきである。¹⁵⁾

条件が不能、不法または反倫理的である場合には、¹⁶⁾ 誠意訴訟 (*Bonae fidei iudicia*) に服する行為は無効とされたと解されている。¹⁷⁾ しかしまた、厳格法上の訴訟 (*iudicia stricti iuris*) に服し、しかも形式に拘束され、無因的行為であつたとされる問答契約 (*stipulatio*) においても、不能の条件 (*impossibilis condicio*) が付されたときはまったく効力がなく (*nihil valeo*) または無価値である (*nullius momenti esse*) とされた。¹⁸⁾ また、反倫理的な問答契約 (*turpis stipulatio*) は無価値である (*nullius momenti esse*) が、¹⁹⁾ 問答契約に付加された条件が反倫理的な行為に向けられていた場合には、訴権の否認 (*denegatio actionis*) または詐欺の抗弁 (*exceptio doli*) が法務官によって認められた。²⁰⁾

これに反して、遺言 (*testamentum*)、とりわけ遺贈 (*legatum*) および相続人の指定 (*institutio heredis*) の場合には見解が分かれ、サピヌス学派によれば、例えば不能の条件が付された場合であっても、そのような条件は存在しないものとみなされ、²¹⁾ あたかも無条件 (*sine conditione*) で行われたかのように拘束力をもつ、と解された。²²⁾

このような条件が付された場合、条件が成就するまでの浮動期間においては (pendente conditione)、行為の効果は発生せず¹³、所有物譲渡の場合には、譲渡人が依然として所有者にとどまるものとみられた¹⁴。しかしまた、条件付行為の条件成就前の効力は「無」ではなく、条件の成就によって権利を受ける者の利益¹⁵は、条件の成就以前においても保護されたと解されている。とくに本稿との関連では、いわゆる中間処分、例えば、すでに条件付きで遺贈されている所有物の譲渡は、効力をもたなかった¹⁶。

しかし、一層重要な問題は、条件を付された行為の効力が、条件成就の場合に行為時まで遡及したかどうかである。Mittels の『ロー民法』以来、通説は遡及効を一般的に否定している¹⁷。また、原典にも、遡及効の否定に有利なテキストが見出される。すなわち、条件付売買契約においては、①危険の移転は条件が成就した時であり、②また、条件成就が未決定の間に目的物が買主に引き渡されたとしても、それによって買主の使用取得期間が進行することはない。③さらに、条件の成就が未決定の間に収取された果実は売主に帰属する、とされている^{18,19}。

これに反して、遡及効を肯定する見解があり²⁰、原典にも、遡及効を肯定する趣旨のテキストが見出される。例えば、①AがBから条件付問答契約によって金銭を借り受け、自己の所有物を担保に提供し、ついで、Cからも金銭の消費貸借を受けて同一の所有物を担保にしたところ、その後A B間の契約に付された条件が成就したとする。Aが支払不能となった場合に、この担保物に対して優先する権限をもつのは、BかCか。これについて、Gaiusは、「条件がいつたん満たされた場合には、その帰結は、問答契約が行われた時点においてなんら条件が付されていなかった場合と同様の効果をもつであろう。これがより優れた見解である」と述べている²¹。もっとも、Gaiusも、A B間の貸借が、問答契約によっては行われず、Aがたんに、「もし金銭を借り受けた場合には、この財産を担保に提供する」とBに約

束しておいて、Cから借り受けた後にBからも借り受けた場合には、最初にAが金銭を借り受け、目的物を担保に供したところのCが優先する、と判断している。その理由は、AB間においては、「AC間の消費貸借」よりも先に合意がされているにもかかわらず、彼「B」から先に金銭を受領することができなかったからである」、とされている。²²⁾

また、②「もし、条件の成就が未決定の間に買主かあるいは売主が死亡したであろう場合には、条件が成就したであろうならば、ちょうど過去における購買によって契約されたかのように、彼らの相続人もまた拘束される、ということが知られている」。²³⁾

さらに、③「購買も売却も売却される目的物「res」なしには認められえない。にもかかわらず、将来の果実や「家畜の」子であっても、それらが産出または出産された時にただちに「それらについての」取引「negotium」が行われ、売却が行われたものとみなす、とすることによって正当に購入される。しかしながら、売主がそれらを産出または出産されないように企てたであろう場合には、彼は購入に基づいて訴えられること「ex empto agi」がありうる」。²⁴⁾ また、④「もし、家子が条件付きで問答契約をし、解放され、その後条件が成就したであろう場合には、訴権は家父に帰属する。と言うのは、問答契約においては、われわれが契約をする時点で注目されるからである」。²⁵⁾

しかしながら、卑見によれば、原典におけるこれら遡及効の肯定的態度は、条件付行為一般に関する遡及効の肯定ではなく、個々の事例ごとに、何らかの実際の根拠に基づく限定性をもっていると解される。例えば、前記①のテキストの場合には、ローマ法における問答契約の特殊な地位が決定的であるように思われる。と言うのは、遡及効の承認は、法的行為によってどのような効果をもたらすかということについての当事者の意思がより強力に承認されるこ

とを意味するものであろうが、そうであるとすれば、①のテキストにおいては、問答契約に限らず、たんなる合意による場合にも遡及効が認められたはずであろうと考えられるからである。また、前記②のテキストのように、同一のテキスト (Paulus D. 18. 6. 8 pr.) の中に、遡及効に対する肯定的部分のみならず、否定的部分 (注18および該本文参照) も併存していることは、ローマ法では、遡及効の肯否に関する統一の見解が存在していなかったことを窺わせる。そして、前記テキスト②は、遡及効の有無の問題というよりは、むしろ、条件付契約自体の拘束力の問題であろう。また、同③の後段の効果は、条件付行為の遡及効に基づくというよりも、売主による条件成就の妨害に対するサンクションともみうる。²⁶⁾ さらに、同④では、まさに問答契約ならではの特殊性に言及されている。

それゆえに、結論的には、ローマ法における条件付行為の遡及効は、当事者の意思が広く法的に保護されたことの一般的な帰結としてではなく、個々の具体的事例における合目的な考慮に基づいて認められていたと考えられる。

(b) 以上は、今日にいわゆる停止条件に関するものである。これに対して、いわゆる解除条件がローマ法上認められていたかについては、近年においても論争が続いている。²⁷⁾

そこで、関連するテキストを確認してみよう。まず、売買契約に関しては以下のものがある。①「もし、解除約款付きで (commissoria lege) 土地が売却されたであろう場合には、購買は、条件付きで契約されるとみられるよりもむしろ、条件付きで解除される (sub condicione resolvit) とみられる」²⁸⁾ ②「土地が期限付きで「高価申込の留保付き」(in diem) 売りに出されるたびごとに、その購買が純粹なものではあるが条件付きで解除されるのか、それとも反対に、むしろ条件付きの購買なのか問題となるべきことである。そして、私にとっては、何が行われたのか、ということが実際により重要であると思われる。なぜならば、もし、例えば、よりよい条件が告知されたことによっ

て廃棄される、というようにしてこれが行われたならば、条件に従って解除される購買は純粋な購買であろう。しかし、もしこれに反して、よりよい条件が申し出られなければ購買が完成される、というようにしてこれが行われたならば、条件付きの購買であろう。⁹²⁾ ③「もし、物が、気に入らなかつた場合には購買されていなかつたというようにして売られていたならば、条件付きで売られるということではなくて、条件付きで購買が解除されるということが知られている」。⁹³⁾

今日の学説によれば、これらの売買の場合をはじめとして、誠意によって (ex fide bona) 訴求可能な債権債務に關しては、すでに早くから解除条件の付加が認められていたと解されている。⁹⁴⁾ しかしながら、これらのテキストは、あくまで債権のないし对人的關係における売買契約の効力を問題にしていることに注意すべきである。したがって、さらに進んで、これら解除留保付売買などが所有物譲渡の効果にどのような影響を及ぼしたのか、とくに、代金不払、高価申込などの留保条項が現実化し、売買契約の効果が消滅させられた場合に、同時に、所有物譲渡の効果までも否定され、所有物が売主に復帰したのかどうかは、前述のテキストからは明らかではない。この点については、後述(d)であらためて検討する。

つぎに、問答契約、遺贈などの嚴格法上の債権債務には、解除条件の合意を付加することも許されなかつた、とする点で、今日の学説は一致しているようである。⁹⁵⁾ もっとも、法務官は、これらの行為に付された約款などを、停止条件的に条件付けられた無方式の解消合意、すなわち、合意約款 (pacta conventa) として取り扱い、それに基づいて合意の抗弁 (exceptio pacti) または悪意の抗弁 (exceptio dolii) を認めたとみられている。⁹⁶⁾ また、役権についても、解除条件および終期が抗弁によって維持されたとみられている。⁹⁷⁾

しかしながら、所有権、自由「奴隷の解放」、家父権など、その内容が時間的な制限に馴染まない諸権利の創設または譲渡に際しては、解除条件の付加はまったく許されず、特別の保護もみられなかったとされている。³⁵ これらの場合においては、解除条件または期限の付加は行為全体を無効にした、と解されている。³⁶ しかしながら、それらのテキストの解釈としては、条件の部分だけが削除され、残りの部分は完全な行為として効力をもったとみる余地もあろう。³⁷ また、所有権については、売買に際しての解除または取戻しの合意の物権的な効果を肯定することにより、例外を指摘する見解もある。³⁸

このように、ローマ法においては、当事者の意思によって法的地位の存立自体に制限を設けることはまだ一般的には認められておらず、したがって、所有物の移転が当事者の意思を基準にして自由に行われるという段階にはまだ達していなかったと言つてよからう。そして、解除約款などの承認は、個人の意思を基準にした契約解釈の帰結としてではなく、取引における実際上の必要性を考慮したうえで特定の類型に限って認められた、契約の特殊類型として理解すべきであろう。さらに、合意された約束の抗弁または悪意の抗弁による保護も、あくまで抗弁としての、しかもいわゆる停止条件的に構成された限定的な保護であったことに注意すべきである。

(c) ローマ法においては、使用貸借、賃貸借など、制度の本質からして必然的に存続期間があるものを除いては、いったん創設された法律関係は永続的なものであると觀念された。それゆえに、「ある時点までの期限」(dies ad quem) (いわゆる終期) を付された法律関係を作り出すことは、法的に不可能であるとされた。³⁹ したがって、ローマ法では原則として、「ある時点からの期限」を付した法律関係の創設のみが問題になった。⁴⁰

期限 (dies) の付加に関しては、本質的には条件と同様のことが当てはまったとされている。⁴¹ すなわち、嚴格法上

の行為 (actus legitimi) に対する期限 (いわゆる始期) の付加は行為の無効化をもたらした (ただし、問答契約を除く)。もつとも、厳格法上の行為に対していわゆる終期が付加された場合には、むしろ法務官による保護が認められたとされている。⁴⁵ また、厳格法上の行為のうちでも相続人の指定は、たとえ期限が付加されたとしてもその付加が削除され、被指定者はただちに相続財産を取得したと解されている。⁴⁵

このほかの行為については、期限の付加が認められたと解されている。しかしながら、その効果としては、①義務づけ行為に期限が付加された場合には、(停止) 条件の場合とは異なり、債務はただちに成立し、その履行期だけが延期されたにすぎないとされる。⁴⁴ ②他方、そうであったとすれば、所有物譲渡などの処分行為に期限が付加された場合には、停止条件の場合と同様に、所有物などの取得自体が延期されたとみられるであろう。⁴⁵ ただし、この点についての論証は不十分であり、少なくとも原典には、条件の場合とは異なり、期限の付加による所有物移転時期の延期を明示的かつ一般的に肯定するテキストは見出されない。⁴⁶ それゆえに、ローマ法において所有物譲渡に対する期限の付加が一般的に認められていたかどうかは、必ずしも明らかではない。

(d) 最後に、契約に付された付随的合意について、売買契約を中心にして検討してみよう。これには、すでに(b)で触れたように、①売買代金不払いの場合には売買を解除する旨の約款 (lex commissoria)、②ある期限までは最高価申込者を与えることの留保 (in diem addicio)、および③売買目的物に不満の場合には解除する旨の合意 (pactum dispicientiae) がある。

これらは、売主のために①、②、または買主のために③、取引における現実的要請に基づいて認められた効果であると解される。⁴⁷ 問題は、これらの付随的合意の効果として、買主から売主への所有物の復帰までもが生じたの

か、とりわけ、目的物が第三者の手中に移転していた場合にはどうであつたか、ということである。

これらの付随的合意に関して、解除条件の存在を認める見解の中には、所有物の移転が生じたうえで、その復帰が認められたと解釈するものがある。⁴⁹ ちなみに、このような考え方によれば、所有物譲渡自体にも解除条件を付しえたことを実質的には認めることにならう。⁵⁰

これに反して、これら売買に付された付随的合意は、所有物の復帰までは生じさせなかつたとみる見解も根強く存在している。⁵¹

原典には、この点について明示的に述べたテキストは見当たらないようである。が、例えば、同じく売買に際しての付随的合意である先買権 (*ius protimesis*) の留保については、買主がこの合意に違反して、売主以外の第三者に目的物を転売した場合には、売主には売却の訴権 (*actio venditi*) が与えられ、買主に対する損害賠償請求が認められるにとどまつた、と解されている。⁵² そして、このことからの類推が許されるとすれば、売買に付された付随的合意の効果が所有物の復帰にも及んだかどうかは、否定的に解されであらう。

ローマ法では、以上のほかに、売買に際しての付随的合意として、すでに、買戻約款 (*pactum de retro emendo*)、⁵³ 奴隷売買に際しての一定の条項⁵⁴などが認められていた。しかしながら、これらの付随的合意の承認は、個々の事例における合目的な要請によるものであり、売買当事者の意思を基準にしてあらゆる法的効果の形成を認めるといった一般的な態度からの帰結ではなかつたと解される。したがって、売買等に伴う付随的合意の類型や効力は、今日の場合同比べてかなり限定されていたことに注意しなければならぬ。⁵⁵

以上のように、ローマ法においては、所有物譲渡それ自体に関する合意が効力をもつ範囲は、近代の法制に比べる

と一般的に制限されたものであったとみることができよう。

[1] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 91; THOMAS, TRL. p. 233; KASER, DRPR I, S. 253 ff.

[2] 例えば、条件付自由人 (*staber*) の遺言による解放に関して、「奴隷が、『もし彼が私の相続人に一〇〇〇セステルスを支払うならば』という条件に従うことによって解放されることが命じられているならば、たとえ彼が相続人によって譲渡されなかった場合であっても、彼はその買主にこの金銭を弁償することによって、彼の自由を獲得するであろう。そして、これは、十二表法によって命じられてゐる」(*Ulpiani epitome*, 2. 4. vgl. JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 84, Fn. 3; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 91 mit Fn. 3)。

[3] THOMAS, TRL. p. 234. このように、片務的かつ方式的契約であった問答契約への条件の付加が認められたことは、双務的かつ諾成的契約としての売買契約の承認と密接に関連しているように思われる。ちなみに、このような条件は、今日の英米契約法における「約因」(*consideration*) に該当するものと解される。

[4] Papiñanus D. 50. 17. 77; vgl. JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 84 mit Fn. 4; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR. S. 91 mit Fn. 4.

もっとも、これらの諸行為が、暗黙のうちに (*tacite*) 期限または条件を付して行われた場合には、期限が到来または条件が成就することによって有効に作用することがありえた (Papiñanus D. 50. 17. 77)。

[5] なお、ここで挙げられている家父長権からの解放 (*emancipatio*) は、握取行為 (*mancipatio*) にインテルポラティオを施したものであり、元来は、握取行為も含め、秤を用いた行為 (*libracte*) 一般について、したがってまた買入れ婚 (*coemptio*) にも条件付加の制限が妥当したと解されている (vgl. KASER, DRPR I, S. 255)。

[6] 例えは Modestinus D. 28. 7. 27 pr. : *Pauli sententiae*, 3. 4b. 2 (いずれも相続人の指定に関する)。

[7] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR*, S. 92; cf. Marcianus D. 44. 7. 31 (「不能の条件に結びつけられた問答契約が無価値であるのみならず、さらに、購買や賃貸借のようなその他の諸契約もまた、挿入された不能の条件によって、同じように無価値である。と言うのは、二人またはそれ以上の者による合意によって行われることにおいては、すべての者の意思が注意され、そのような者たちのこうした行為においては、不可能であることを知っていて付加された条件のゆえに、行われることは無である」とみなされる、という考慮が疑いを容れないからである)。ここでは、行為の無効の根拠が、当事者の意思に求められている点が注目される。

[8] *Iust.* 3. 19. 11; Marcianus D. 44. 7. 31 (前注参照)。

[9] Pomponius D. 45. 1. 26.

[10] Pomponius D. 45. 1. 27 pr. (訴権の否認) ; Paulus D. 45. 1. 134. pr. (詐欺の抗弁)。

[11] Ulpianus D. 35. 1. 3.

[12] これに反して、プロクリアヌス学派は、遺贈は問答契約の場合と同様に無効 (*inutilis*) であるとし、Gaius も「このような区別の適切な理由 (*idonea ratio*) が与えられることはほとんど不可能である」としている (*Gai.* III. 98)。しかしながら、生存者間において行われる契約の場合——ここでは、反倫理的な条件を付された契約などを申し込まれた相手方は、ただちに自己の意思を表明しうる——と、そうではない場合——ここでは、反倫理的な条件の付加について、受遺者にも非難の原因が帰せられるとは言い難い——とで区別することに、合理性がまったくないとは言えないであらう (cf. THOMAS, *TRL*, p. 238)。

また、善良の風俗 (*boni mores*) に反する契約をすることはできないとされていたが (*Pauli sententiae*, I. 1. 4)「奴隷の解放、遺言その他の行為に際して、善良の風俗に反する条件が付された場合には、そのような条件は書かれなかったものとされ、条件としての効力をもたず、条件がない場合と同様の効果が認められた (Marcianus D. 28. 7. 9, 14; *Pauli sententiae*, 3. 4b.

2)。

[13] したがって、例えば、条件付契約における債務者が、条件の成就前に債務を弁済した場合には、非償弁済に基づく給付物の取戻請求 (*condictio indebiti*) が認められた (Pomponius D. 12. 6. 16. pr.; Ulpianus D. 12. 6. 18)。これは、条件と期限との重要な相違である (後述(c)および注44参照)。

[14] Ulpianus D. 24. 1. 11 pr. (夫婦間の死因贈与 [mortis causa donatio] に関して)、「条件が成就するまでの」間に目的物 (*res*) があたりに受贈者のものになるのではなく、死亡が生じた時にようやく受贈者のものになるのである。それゆえに、中間時においては、その所有物 (*dominium*) は贈与者のところに残っている」：cf. *Ulpiani epitome* 2. 2; Ulpianus D. 40. 7. 16. なお、期限の場合との相違につき、後述(c)および注46該当本文参照。

また、浮動期間中に譲渡人が死亡した場合には、所有物移転の効果は——少なくとも古典期の法の下では——生じなかった (BUCKLAND, *TRL*, p. 230 with note 7)。

[15] これは、「責任へと移行されることの期待」 (*spes debitum iiri*) と観念され、例えば、条件成就前に契約当事者が死亡しても、条件成就後にその相続人が、またはその相続人に対して、履行を求めて訴えることができたとされている (Paulus D. 18. 6. 8 pr.; *Inst.* 3. 15. 4)。そして、条件成就前における当事者間のかような法律関係は、責務のない債権債務関係 (*an obligatio without a debitum*) であったと理解されている (cf. THOMAS, *TRL*, p. 236)。

[16] *Gains D.* 30. 69. 1 (「もし、条件付きで遺贈された奴隷を相続人が譲渡したならば、その後条件が成就したであろう場合であっても、それにもかかわらず、受遺者からは取り戻されえず、また、遺贈は消滅させられないのである」)：cf. Paulus D.

11. 7. 34.

なお、この問題について、Kaser は独自の解釈をしている。すなわち、例えば、所有物を条件付きで譲渡した者は、条件の成就前はまた所有者であるから、この物を別の者に有効に譲渡することができるが、条件が成就した時点で、後者の譲渡があ

らためて裁減 (unfallig werden) した'とする (KASER, DRPR I, S. 255)。

- [17] Ludwig MITTELS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* [1908, Leipzig] S. 172 ff.; vgl. KASER, DRPR I, S. 256 Fn. 46.

- [18] Paulus D. 18. 6. 8 pr. (①—③)に関する; Paulus D. 41. 4. 2. 2 (②)に関する。

- [19] また、買主自身の物の条件付購買——売主からみれば、一種の他人物売買——も有効であったということは (Marcellus D. 18. 1. 61) '条件成就の時点において目的物が売主の所有物になっていることが、このような売買の成立要件と解されていた結果である' (cf. THOMAS, TRL, p. 235)。

- [20] Theo MAYER-MALY, in: Labeo, *Rassegna diritto romano*, 14 [1968, Neapel] S. 298 ff.

- [21] Gaius D. 20. 4. 11. 1.

- [22] *Ibid.*

- [23] Paulus D. 18. 6. 8 pr.

- [24] Pomponius D. 18. 1. 8 pr.

- [25] Paulus D. 45. 1. 78 pr.

- [26] ちなみに、条件成就の妨害に対しては、成就の擬制が認められた (Iulianus D. 35. 1. 24; Ulpianus D. 50. 17. 161)。

- [27] ローマ法における解除条件の存在を否定する最近の見解としては、Werner FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, in: *Festschrift für Max Kaser* [1976] S. 309 ff. がある。なお、後掲注48後半部分参照。

- [28] Ulpianus D. 18. 3. 1.

- [29] Ulpianus D. 18. 2. 2.

- [30] Ulpianus D. 18. 1. 3.

[13] Vgl. KASER, DRPR I, S. 257; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR, S. 92 f.; PETERS, Die Rücktrittsvorbehalte des

römischen Kaufrechts [1973], 112 ff. 反転する見解として FLUME, a. a. O. (n. 27); Wolfgang ERNST, Periculum est emptoris, SZ (Rom.) 99 [1980] S. 216 ff., S. 222 f. があつた。

[32] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR, S. 92; KASER, DRPR I, S. 257; cf. Pomponius D. 30. 55.

[33] Paulus D. 44. 7. 44. 2; vgl. MITTELS, a. a. O. (n. 17), S. 179, Fn. 52; KASER, DRPR I, S. 257 mit Fn. 56.

[34] JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR, S. 84, Fn. 5.

[35] Diocletianus Fragmenta Vaticana, 283 (所有権について) : Paulus D. 40. 4. 33-34 (「奴隷の解放による」自由は、ある時点まで「制限して」与えられることはできない。／それゆゑに「Sichus はそれから一〇年経つまで自由であれ」というようなことが「遺言に」書かれていたならば、時間の付加は余分なものである。); Paulus D. 1. 7. 34 (「もし、家子が養子縁組によってあなたに、例えば、三年後にこの同じ者を養子縁組によって私に与える」というような約定の下に与えられていたならば、何らかの訴権が存在するかどうか」ということが問題である。そして「Labeo は、訴権は存在しないと考えている。なぜならば、一時的な家子をもつとしよう」とは、われわれの習慣に適合しないからである。);

[36] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR, S. 92.

[37] 前掲注35に引用したテキスト参照(そこでは、いったん行われた奴隷解放および養子縁組の有効性が前提になっているともし解される)。

[38] KASER, DRPR I, S. 258 mit Fn. 62, 112 ff. についてはさらに後述(2)参照。

なお Ulpianus D. 13. 7. 13 pr. は、債権者Aが、債務者Bから受領した質物(pignus)をCに売却し、その際AC間でBがCに売買代金額を支払ったならば、BはCからその物を取り戻すことができる、との約定が付されていた場合を扱っている。そして、Iulianusの見解として、Bは質物に関する訴権(actio pignoratitia)により、Aに対して、AのCに対する売買に基づ

く訴権 (actio ex vendito) の行使を命じるか、またはBが直接にCに対してその物の返還を請求するか、あるいはBが事実訴権 (actio in factum) によって直接Cに訴求することができる、とされている。Kaser は、このテキストから解除条件付所有物譲渡の存在を推論しようとしているようである (adenda, Fn. 62)。

しかし、このケースでは、質物の譲渡 (流質) が問題になっており、AC間で有効に行われた所有物譲渡が、BからCへの金銭支払によってあらためて効力を失った事例とみうるかは疑問である。また、もしそのような事例とみられるとすれば、BにはCに対する所有物返還請求権 (rei vindicatio) が認められたはずであろう。

[39] Inst. 3. 15. 3 (『もし、『生きている間は毎年金一〇を与えることをあなたは約束するか?』というようにしてあなたが問答契約を結ばされるならば、債権債務は純粹に行われたものとみなされ、永続させられる。というのは、ある時点まで義務を負わされるということは、不可能であるからである。しかしながら、相続人が「それを」訴求することに対しては、合意の抗弁によって防がれるであろう』)。なお、注33該当本文参照。

[40] THOMAS, TRL, p. 233.

[41] HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR, S. 94; KASER, DRPR I, S. 258 mit Fn. 64 f. 前述(a)参照。もともと、期限の到来は確定であったことから、例えば、ある者に用益権が設定され、かつ、その者にこの土地が期限付きで遺贈された場合には、この者はすでにこの時点から、用益権者の担保問答契約 (cautio fructuaria) に基づく義務から解放された (Ulpianus D. 7. 9. 9. 2)。

[42] Iulianus D. 45. 1. 56. 4; Paulus D. 44. 7. 44. 1. など、注33該当本文および注36参照。

[43] Papinianus D. 28. 5. 34; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, RR, S. 91, Fn. 4.

[44] THOMAS, TRL, pp. 233-234, cf. *Gai.* III. 124; Inst. 3. 15. 2; Paulus D. 45. 1. 46 pr. したがって、期限到来前に債務者が弁済することは自由であり (Celsus D. 46. 3. 70) したがって弁済をした債務者は、期限到来前といえども、非償弁済 (condictio

indebiti)を理由にして金銭の返還を求めることはできなかった (Paulus D. 12. 6. 10)。なお、条件の場合に関し、前掲注 13 および該当本文参照。

[45] MITTEIS, a a O. (n. 17), S. 190, Fn. 83; KASER, DRPR I, S. 258 mit Fn. 66; cf. Ulpianus D. 7. 9. 9. 2 (＝前掲注 41)。とくに所有物譲渡の引渡主義の下では、物の引渡の時点とは別に所有物移転の期限を設定することは、ほとんど意味をなさなかつたと考えられる。

[46] Vgl. HONSELL＝MAYER-MALY＝SELB, RR, S. 94, Fn. 28. なお、条件の場合に関し、前掲注 14 および該当本文参照。

[47] このうち、とくに①は、普通法以後の所有権留保の合意 (pactum reservati domini) と同様の機能をもつものとして、とりわけ割賦支払に際して用いられたとみられている。また、②は不動産取引において重要な役割を果たした。すなわち、多くの競合する買主の集合する場所に持参して競り売りし、譲渡することのできない不動産については、いったんある買主に売却した後でも、一定期間内であれば、売主はより高い代金を支払う買主を捜すことができ、これによって一定の競争状況を確保するところがまた (vgl. HONSELL＝MAYER-MALY＝SELB, RR, S. 320)。

[48] もっとも、停止条件の付加も可能であり、その場合には条件成就前には所有物は移転していないので、その復帰は問題にならない。停止条件が解除条件かの選択は、当事者の意思に依存した、とされる (vgl. HONSELL＝MAYER-MALY＝SELB, RR, S. 321, Fn. 17; Ulpianus D. 18. 2. 2 pr. Ⅱ前掲注 29 該当本文：該当箇所は「私にとっては、何が行われたのか、とどうしてが実際により重要であると思われる」[mihi videtur verius interesse, quid actum sit] である)。

これに反して、解除条件の存在を否定する見解としては、このものがある。FLUME, a a O. (n. 27), S. 309 ff.; Franz WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht* [1932] S. 31 ff.; SIEG, *Quellenkritische Studien zur Bessergobtsklausel (in diem additio) im römischen Kaufrecht* [1933] S. 10; LEVY, *Gesammelte Schriften* II [1963] S. 262; Rudolf HENLE, *Die rechtliche Natur der in diem additio beim Kaufvertrage*, in: *Festschrift Paul Koschaker* II

[1939, Verlag Hermann Bälous Nacht] S. 169 ff., S. 188 ff.; Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *La Compravendita in diritto romano* I [1952, Neudruck 1961], II [1954] S. 405 mit Fn. 2; PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts* [1973] S. 93 ff.

[9] Uwe WESEL, Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, *SZ (Rom)* 85 [1968] S. 94 ff., S. 99 ff.; HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 321, Fn. 18.

[5] Vgl. KASER, *DRPR* I, S. 258 mit Fn. 62; Ulpianus D. 13. 7. 13 pr.; D. 39. 6. 29. なお、前掲注35-38該当本文参照。

[15] Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano* II/2 [1928, 1968] pp. 277 ff.; WIEACKER, *a. a. O.* (n. 48), S. 45 ff.; LEVY, *a. a. O.* (n. 48), S. 267 ff.; PETERS, *a. a. O.* (n. 48), S. 164 ff. (ただし、解除条件の存在自体は肯定する); FLUME, *a. a. O.* (n. 27), S. 309 ff.

[25] Paulus D. 19. 1. 21. 5 (「もし、私があなたに土地を、あなたは私以外の他人にはそれを売らない」というようにして売ったであろう場合には、あなたが他人に売ったであろうときには、訴権は、その名前について言う」と、売却に基づくものである。); Hermogenianus D. 18. 1. 75 (「土地を、一定の地代で『売主』自身が賃借する、それを『やらに』売る場合には他人にではなくて『売主』自身に売る、あるいは何か類似のことが約定される、というようにして売った者は、約定したことを完全にするために、売却に基づいて訴えることが許さるゝとある。); vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, *RR*, S. 321 mit Fn. 22.

[35] Proculus D. 19. 5. 12 (「この場合、売主は、事実についての審判 [iudicium in factum] によって保護される」とする); Alexander C. 4. 54. 2 (買主が返還を拒絶する場合には、前書きされた文言による訴権 [actio praescriptis verbis] または売却に基づく訴権 [actio ex vendito] が売主に与えられるであろう、とする)。

[54] 奴隷の売主自身の安全のために、奴隷が一定の場所から外に運び出されること (Papinianus *Fragmenta Vaticana*, 6:

Ulpianus D. 18. 7. 1; Paulus D. 18. 7. 9) 女奴隷が売春をやられなると (Ulpianus D. 2. 4. 10. 1; Paulus D. 18. 1. 56; D. 18. 7. 9; Alexander C. 4. 56. 1) 奴隷が解放されることまたはやれなると (Papinianus D. 40. 1. 20. 2) など、売却の条件とする場合である (vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 321 f. mit Fn. 23-25) これらの条件が守られなかった場合には、売主にはその奴隷に対する一種の物的な権限¹、すなわち、実力拿捕 (manus injectio) が認められ、その結果、その奴隷は再び売主の所有物になったとされる (cf. *Papinianus Fragmenta Vaticana*, 6; Paulus D. 18. 1. 56)。しかし、これは、奴隷を事実上取り戻した売主のための合目的かつ消極的な保護であり、所有物の復帰を正面から認めたものではない。なぜなら、売主による取戻しに際しては、所有物返還請求権 (rei vindicatio) が認められているのではないからである。

[55] Vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 322 mit Fn. 26-27.

3 錯誤、詐欺、強迫および未成年者等による讓渡行為の効果

(a) つぎに、所有物移転行為における当事者の意思に欠陥があった場合の所有物移転の効果という側面から、考察を加えておこう。

ローマ法においては、古くは、法的行為の効果は方式から引き出され、方式に従って行われた法的行為は、たとえそれが行為者によって意欲されたものではなかったとしても、効力をもったとされている¹。もともと、その後は次第に、行為者の意欲に基づいて行為の効果が捉えられる傾向にあったようであるが²、ローマにおいては依然として、行為における主観的な意欲は客観的方式と不可分一体のものとして観念されていたとみられることから、行為の主観的要素が欠けた場合の効果については、ローマ法上の取扱いをさらに個別的に考察しておく必要がある。

(b) 錯誤 (error) に関しては、錯誤の対象に従つてつぎのような区別が見出される。すなわち、錯誤が人または物の表示のみに関する「名目における錯誤」(error in nomine)、人または物の同一性に関する「客体における錯誤」(error in corpore)、および物の実質に関する「客体的実質における錯誤」(error in materia; in substantia; in qualitate) などがある。^[4]

これらのうち、古典期の法においては、客体における錯誤のみが顧慮され、売買をはじめとする諾成契約などの無方式行為においてのみならず、問答契約、遺言などの方式行為においても、契約は完成していない (imperfectus)、または義務を負わせないとされた。^[5]

これに反して、たんなる名目における錯誤は、無方式行為においても、方式行為においても、行為を成立させた。^[6] また、客体的実質における錯誤も、古典期の法においては原則として取り上げられなかった。^[7] ただし、売買契約に關して、両当事者が売買目的物の性質に関する誤った觀念から出發した場合については、その効果が争われた。すなわち、ワインの代わりに酢が、金の代わりに銅が、銀の代わりに鉛が、男奴隷の代わりに女奴隷が、純銀の家具の代わりに銀メッキを施された家具が売られた場合などについて、Iulianus および彼に従つた Ulpianus は、契約は完成しないとみたのに対して、^[8] Marcellus は、契約は成立したとみた。^[9] これについては、錯誤が比較的軽微である場合には売買は無効となり、比較的輕易である場合には有効であると判断されたともみられる。^[10]

ここで、所有物讓渡との關連で注意すべきは、原典には、錯誤によつて契約 (contractus) などが「無効の」(nullus) ないしは「有効でない」(inutilis) といった表現が見出されるにもかかわらず、これらは、そのような契約を原因としていったん讓渡された所有物が復歸するとか、最初から讓渡がなかつたことになる、といったことまでは意味しな

かったということである。¹¹⁾すなわち、錯誤の効果として原典に見出されるのは、①履行請求に対する抗弁事由としての契約の不成立ないし未完成 (*imperfectum*)、および②履行後において、特別な場合に限り法務官によって認められた原状回復 (*in integrum restitutio*) であり、¹²⁾讓渡人が錯誤を理由にして所有物返還請求訴訟を提起する、といったことは認められていない。¹³⁾

(c) つぎに、強迫および詐欺の効果についてみてみよう。

(a) まず、暴力または強迫による (*vi metusve causa*) 行為は、方式行為でも無方式行為でも、市民法上 (*iure civili*) 有効であった。したがって、例えば、強迫による握取行為によっても目的物は相手方の所有物となった。これは、一つには、その行為が「強いられたにもかかわらず意欲された」 (*tamen coactus voluit*) とみられたからであり、もう一つには、共和政末期以降、法務官による救済手段が導入され、これによって市民法上は行為の有効性が維持されたままでも、實際上不都合はなかったからである。¹⁴⁾

このうち、法務官による救済手段としては、すでに紀元前一世紀に法務官 *Octavius* の告示により、暴力 (*vis*) または強迫 (*metus*) によって取得された物の返還を求める訴権 (*Octavius* の方式書による) が導入され、これが普及して法務官法上の保護手段が創設された。¹⁵⁾すなわち、「暴力または強迫によって行われたであろうこと」 (*quod vi metusve causa gestum erit*) は「有効ではなく」 (*ratum non habeo*) とされ、強迫の下で物を讓渡した者には原状回復 (*in integrum restitutio*) が認められた。この保護手段は、強迫による讓渡が行われなかったであろう状態を標準とし、この強迫行為に基づいて何かを取得したあらゆる者に向けられる対物訴権 (*actio in rem*) として、法務官が各事例の状況に従って形成したものである。¹⁶⁾

また、原状回復をしなかった者に対しては、法務官の告示により、強迫によってされたことについての訴権 (*actio quod metus causa*) も認められた。これは、損害額の四倍 (一年後には損害額のみ) を求める刑罰的訴権であった。¹⁷⁾

強迫を理由とするこれらの訴権が、強迫者のみならず、強迫者からの転得者に対しても提起されえたかどうかについては、ローマ法学者の間でもすで見解が分かれていたようである。すなわち、ある者たち (*quidam*) は、強迫によって物を取得した者から善意で (*bona fide*)、その物を購入した者、贈与を受けた者および遺贈を受けた者は、その物を回復する義務を負わされない (*non teneri*)、と判断した。¹⁸⁾

これに反して、これらの転得者に対しても、原状回復を求める訴権または強迫によってされたことについての訴権を認める見解もあった。その根拠としては、強迫 (*metus*) を被った者を害しないようにすること (*ne captivus esse*) が必要であること (*Vivianus* の見解)、他人の行なった強迫によって利益 (*praemium*) が獲得されてはならないこと (*Pedius* の見解)、これらの訴権は対物訴権 (*actio in rem*) であることからすべての者に対して (*adversus omnes*) 回復請求できること (*Marcellus* および *Iulianus* の見解)、などが挙げられている。¹⁹⁾ ここでは、対物訴権の一般的に性格による形式的な理由づけとともに、転得者よりも被強迫者の方が保護されるべきであるとの実質的な価値判断が働いていることに注意しなければならない。²⁰⁾

さらに、法務官は、強迫による行為に基づいてある給付を義務づけられた者が給付の履行前である場合には、強迫の抗弁 (*exceptio metus*) を認めた。²¹⁾

(β) つぎに、詐欺に関しては、取引上の駆引きの枠内であるとみられるような甘言に乗せること (*circumscribere*) —— いわゆる善良な詐欺 (*dolus bonus*) —— は、少なくとも古典期末までは許容されていた。²²⁾ 他方、悪質な詐欺によっ

て (*dolo malo*) 引き起こされたまたは影響された行為も、善意による取引 (*negotia bonae fidei*) を除いては、強迫によって引き起こされた行為と同様に、方式行為か無方式行為かに関わりなく、市民法上は有効であった。²³⁾しかし、法務官によるつぎのような救済が認められた。

まず、詐欺によって損害を被った者には、その他の訴権に訴える根拠がないときには、詐欺者に対して損害額の賠償を求めて、詐欺に関する訴え (*actio de dolo*) を提起することが認められた。²⁴⁾ただし、すでに原状回復がされた場合には、この訴権に基づく判決は回避された。そのかぎりでは、この訴権は原状回復の間接的な強制手段にもなった。しかし、このほかに独立して、詐欺に基づく原状回復訴権 (*in integrum restitutio propter dolum*) が認められていたかどうかは争われている。²⁵⁾

つぎに、法務官は、詐欺に基づいて義務を負った者が履行前の場合には、履行を求める詐欺者の訴えに対して、詐欺の抗弁 (*exceptio doli*) を認めた。²⁶⁾

以上のようにみえてみると、詐欺が所有物譲渡の効果を否定する作用は、暴力または強迫に比べてもさらに一層弱いものであったと考えられよう。

(d) 最後に、精神的能力が未成熟な者による譲渡行為の効果についてみておこう。ローマ法では、幼児 (*infans*)、すなわち、言葉を話すことができない者 (*instinctus* 帝法では七歳未満の者) は、いわゆる完全な行為無能力者であり、しかも、後見人の助成 (*auctoritas tutoris*) なしに自己の人格において占有を取得しうるか、したがって、使用取得をしうるかどうかさえ、古典期には争われていた。²⁷⁾

これに反して、幼児期より上の未成熟者 (*impubes infantia maior*)²⁸⁾ は、①贈与の受領、債務の免除など、もっぱ

ら利益を受ける行為であれば単独で行うことができた一方、②債務の履行、消費貸借の承諾など、財産の減少または負担設定を意味する行為には後見人 (tutor) の協力を必要とした。^[81]しかし、③売買、貸借およびその他の双務的契約のように、利得と負担をともに含む行為は、後見人の協力なしに行うことができた。もともと、このような行為は、いわゆる跛行的取引 (negotium claudicans) であり、相手方にとっては契約が成立し義務が生じるが、未成年者 (pupillus) は義務を負わないとみられた。^[81]しかしながら、Pius 帝の勅令により、そのような行為によって得た利得は再び返還されなければならないものとされた。^[81]

なお、精神錯乱者 (furiosus) の行為の効果は、その精神活動の障害が影響しているかぎりにおいて、幼児のそれと同じであった。ただし、正常な精神状態に戻った中間期 (diligencia intervalla) の行為は有効であった。^[81]

また、財産処分禁止の宣告 (interdictio honorum) によって取引能力 (commercium) を剝奪された浪費者 (prodigus) の行為の効果は、ただちに無効ではなく、幼児期より上の未成年者の場合と原則として同様であったと解されている。^[81]

なお、売主が精神錯乱者 (furiosus) または未成年者 (pupillus) であった場合については、古典期の法律家たちは、購入 (emptio) は無効 (nullus) であるにもかかわらず、買主が売主は健全な精神 (mens sana) をもちまたは成熟者 (pubes) であると信じる (puto) 場合には、使用取得すること (usucapere) は可能である、と判断した。^[81]

さらに、紀元前二〇〇年頃には、早期の成年が有害な結果をもたらすことを顧慮して、『プラエトリウス法』 (Lex Plaetoria) が発せられ、二五歳未満の者は新たに未成年者 (minor [viginti quinque annorum]) とされて、保佐人 (curator) による保護が図られた。^[81]さらに、法務官の告示により、未成年者が無経験または無思慮によって不利益な契約を締結したときには、原状回復 (restitutio in integrum) が認められた。^[81]ここで注目すべきは、未成年を理由

とする売却物の取戻しは、相手方である買主に対してのみならず、第三者に対しても認められたことである。³⁸

また未成年者ではあるが、すでに成熟者（注28参照）となった者が締結した契約は、原則として有効であったが、³⁹ここでも、先の法務官告示の要件の下で、未成年者に原状回復の救済が与えられた。⁴⁰

(e) 以上の考察からつぎのことが明らかに became したものと思われる。まず、ローマ法においては、錯誤、強迫、詐欺および未成年者等による行為は、必ずしも契約およびこれに基づく所有物譲渡の効果に影響するものとはみられていない。

もっとも、これらのうち、客体の錯誤、客体の実質に関する錯誤、強迫、詐欺、未成年者および未成年者による行為などの効果が、契約の効果に何らかの形で影響することもあったが、その際にも、譲渡の効果が否定されることによって、移転した所有物がただちに復帰し、または最初から移転しなかったものとみなされて、所有物返還請求訴権 (*rei vindicatio*) に基づく給付の取戻しが行われる、といったことは認められていない。すなわち、これらの場合に、すでに給付された物の取戻しが認められたとしても、それは主として法務官による救済手段としての原状回復であり、場合によっては法務官の判断によって第三者からの回復も認められたが、それは所有権に基づく返還請求ではなかった。また、いまだ給付が履行されていないときには、錯誤の場合には契約の未完成ないし不成立であったが、強迫または詐欺の場合には履行請求に対する抗弁という形で救済が行われたのであり、必ずしも、最初から契約の無効が前提とされていたわけではない。

以上のような状況の下では、所有物譲渡の適法原因である契約等において、当事者の意思的要素に何らかの欠陥があった場合については、譲渡それ自体の効果ということに限って言うならば、ローマ法はいわゆる無因主義的な解釈

をとっていたと言えよう。しかしながら、ローマ法においては、錯誤の一定の場合および幼児ならびに精神錯乱者による行為を除けば、当事者の意思的要素に何らかの欠陥があったとしても、売買などの原因契約自体が有効とみられていたので、少なくともそのような場合は、有因主義の範疇に含めることもなお可能であろう。もつとも、錯誤による契約の無効がただちに所有物譲渡の無効や所有物回復請求の法的手段をもたらす旨の一般的法命題は、原典には見当らない。そして、この場合、錯誤による契約の無効が適法原因の不存在と評価されたのかどうかは明らかではない。

他方、錯誤、強迫、未成年などを理由とする原状回復の承諾を、ローマ法の譲渡法の中にどのように位置づけるべきかは問題である。私見としては、法務官による原状回復の許容が、譲渡の適法原因が存在しないと欠けていることを理由とするものではなく、原状回復を認めるべき新たな原因の発生に基づくものとみられることからすれば、これら原状回復の承認は、ローマの譲渡法の有因主義とはひとまず別個のもの、つまり、かかる有因主義に従っていったん行われた所有物譲渡とは矛盾しないものと考えることができよう。

もつとも、統一的な所有秩序という観点からみるならば、一方では所有物の移転を認めながら、他方では原状回復を認めるローマ法には、一見矛盾があるようにも思われる。しかしながら、適法な原因に基づいて物の現実的支配を移転するという譲渡法の原則の中に、原状回復の制度自体を包摂することも不可能ではなからう。その場合には、原状回復に際しては、法務官が適法と認めた新たな原因に基づいて、新たな所有物譲渡が生じたものとみることもできよう。

[一] Vgl. KASER, DRPR I, S. 234. それゆえに、古い法観念によれば、仮装行為ですらその方式に従って拘束力をもつたとみられ

つゝる (*obenda*, S. 243)。

[2] まず、共和政末期には、最も厳格な方式が要求されていた遺言においても被相続人の現実の意思が顧慮されるに至った (Celsus D. 33. 10. 7. 2)。

ついで、古典期には、無方式の合意 (*conventio*) においては言葉 (*verbum*) よりも契約両当事者の意思 (*voluntas contrahentium*) に注目することが望ましくなれ (*Papinianus* D. 50. 16. 219)。¹⁾ さらに、方式行為、例えば問答契約 (*stipulatio*) においても両当事者の合意 (*conventio*) が要求され (*Ulpianus* D. 2. 14. 1. 3)。²⁾ それが冗談で (*per iocum*) または理解を例示することのために (*demonstrandi intellectus causa*) 行われたも債権債務 (*obligatio*) は生じないことされた (*Paulus* D. 44. 7. 3. 2)。³⁾ かつ、方式行為である遺言による所有物移転に条件を付すことも認められるに至った (*Ulpiani epitoma*, 2. 2. 前述 2 参照)。⁴⁾ なお、仮装婚姻 (*simulata nuptia*: *Gaius* D. 23. 2. 30)。⁵⁾ 夫婦間での贈与の禁止を回避するための仮装離婚後の贈与 (*Iavolenus* D. 24. 1. 64)。⁶⁾ 贈与のために仮装された売買または質貸 (*Ulpianus* D. 18. 1. 36; D. 19. 2. 46) などの仮装行為は無効とされたが (以上のテクストのほか、古典期後の勅令として) *Diocletianus et Maximianus* C. 2. 4. 21; C. 4. 2. 6. 1; C. 4. 22. 3 参照)。⁷⁾ いわゆる心裡留保は行為の効果に影響を与えなかった (遺言に関する和解について) *Celsus* D. 2. 15. 12)。⁸⁾

[3] KASER, *DRPR* I, S. 234 ff.

[4] *Ulpianus* D. 18. 1. 9. 1, 2; *Paulus* D. 19. 1. 21. 2; vgl. JÖRS = KUNKEL = WENGER, *RR*, S. 108 mit Fn. 14; KASER, *DRPR* I, S. 238 mit Fn. 27.

[5] *Ulpianus* D. 18. 1. 9. pr. (つゝるを不合致 [*dissentire*; *dissensus*] の事例); *Ulpianus* D. 28. 5. 9 pr. -2.

[6] *Ulpianus* D. 18. 1. 9. 1; *Marcellus* D. 32. 69 pr.; *Ulpianus* D. 45. 1. 32; D. 30. 4. 6 以下、財産の四分の一を遺贈するつもりで二分の一と書いてしまったときには、遺贈者は四分の一の遺贈を主張して防衛されること (*defendi*) ができたとされ (つゝる (*Paulus* D. 30. 15 pr.))。

[7] Paulus D. 45. 1. 22. なお error in substantia は「性状錯誤」とも訳されている。ローマ法源における性状錯誤については、野田龍一「グローチウス以前における性状錯誤論(一)」、『福岡大学法学論叢』二九卷一・二・三・四号(一九八五年)二四六頁以下参照。

[8] Iulianus D. 18. 1. 41; Ulpianus D. 18. 1. 9. 2.

[9] Cf. Ulpianus D. 18. 1. 9. 2; vgl. JÖRS = KUNKEL = WENGER, RR. S. 109 mit Fn. 15, 16; KASER, DRPR I, S. 238 mit Fn. 24.

[10] E. g. Ulpianus D. 18. 1. 11. 1. ちなみに、野田・前掲論文(注7)は、売買を無効とする性状錯誤を「本質的性状錯誤」と呼び、これとたんなる性状錯誤との区別の基準として、売買目的物を「異種物」(aliud)とする性状の存在という客観的判断基準に注目しておられる。

なお、いわゆる動機の錯誤に該当すると考えられる、誤った原因(falsa causa)による行為は有効であるとされた(Gaius D. 35. 1. 17. 2; Ulpiani epitome, 24. 19. 遺贈に関する)。また、行為者の考えつゝる(sentio)ことが明らかである場合には、表示が誤っていても行為者の考えとおりのことが効力をもった(Iavolenus D. 34. 5. 28 [29]: 遺贈に関する。もっとも、遺贈者の言葉に曖昧さ[ambiguitas]がなすときには、行為者の意思[voluntas]は問題とされない、このテキストもある[Paulus D. 32. 25. 1])。さらに、契約の両当事者に共通した錯誤の場合、錯誤が著しいときには契約は有効ではなく(non valeo; nullus)とされた(Ulpianus D. 18. 1. 14. 金だと思つて銅を売買; Iulianus D. 18. 1. 41. 1. 純銀製だと思つて銀メッキの机を売買)。

[11] たしかに、原典には、引渡のように物によつて(re)の契約または債権債務であっても、それらが合意(consensus)を含んでいなければ無効(nullus)である、このテキストも存在する(Pedius, in: Ulpianus D. 2. 14. 1. 3)。しかし、このテキストでは、要物契約としての消費貸借の特殊性が考慮されなければならない。また、そもそも錯誤が一般的に合意の不存在として——したがって、消費貸借を無効とする事由として——捉えられていたかどうかにも争いがある(vgl. HONSELL =

MAYER-MALY=SELB, RR. S. 122 f. mit Fn. 26-30)°

- [21] Ulpianus D. 27. 6. 1. 6; *Gai.* IV. 53, 125.
- [22] Vgl. KASER, *DRPR* I, S. 242.
- [23] Paulus D. 4. 2. 21. 5; Celsus D. 23. 2. 22; vgl. KASER, *DRPR* I, S. 243 f.; *Gai.* IV. 117. *φειδιστος* '誠意訴訟' (*bonae fidei iudicia*) '諸法律' '元老院議決などにより' '若干の領域に関しては強迫による行為の市民法上の効力が否定された' 'とみられてゐる' (vgl. HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 127)°
- [24] CICERO, *actiones in C. Verrem*, II. 3. 65, 152; Ulpianus D. 4. 2. 1. 3.
- [25] Ulpianus D. 4. 2. 9. 4, 6-7; Gordianus C. 2. 19. 3.
- [26] Ulpianus D. 4. 2. 14. 1.
- [27] Cf. Ulpianus D. 4. 2. 14. 5. *したがって* 'その場合には' '強迫を理由とする訴権は強迫者に対してのみ提起された' (vgl. Fritz SCHULZ, SZ [Rom.] 43 [1922] S. 240 ff.; Gerhard von BESELER, *Studi in memoria di Aldo Albertoni* I [1934] pp. 425 ff.; dens., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I [1910] S. 71 ff.; Ulrich von LÜBTOW, *Der Edictstitel* > *Quod metus causa gestum erit* [1932] S. 168 ff.)°
- [28] Ulpianus D. 4. 2. 14. 5; id. D. 4. 2. 9. 8; vgl. KASER, *DRPR* I, S. 244 f. mit Fn. 25.
- [29] なお '強迫によつてられたらうといつての訴権による高額の罰金は善意の第三者を脅かしたが' 'これは' 'この第三者が判決を受ける前に原状回復をすることによつて回避されたし' 'しかも善意の第三者は完全な原状回復ではなく' '現にもつてゐるだけの物を返還すればよかつた' 'とみられつゝ' (KASER, *DRPR* I, S. 245 mit Fn. 26-28)°
- [30] Ulpianus D. 44. 4. 4. 33; cf. *Gai.* IV. 117, 121; *Inst.* 4. 13. 1. *この抗弁は* '第三者が強迫を行つた場合にも認められた'。
- [31] Paulus D. 19. 2. 22. 3; cf. Ulpianus D. 4. 3. 1. 3.

- [23] KASER, *DRPR I*, S. 246 mit Fn. 38; HONSELL = MAYER-MALY = SELB, *RR S.* 127 f.
- [24] Ulpianus *D.* 4. 3. 1. 1. $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 法務官 Aquilius Gallus $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 詐欺に関する方式書 (formulae de dolo) が告示の中に取り入れられた $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ (CICERO, *de officiis*, 3. 14. 60)。
- [25] 肯定 $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ LEVY, *SZ (Rom.)* 68 [1951] S. 410 ff.; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* [1973] pp. 327 ff. $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 肯定 $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ Otto LENEL, *Das Edictum Perpetuum* [3. Aufl., 1927, Neudruck, 1956] S. 115 f.; WACKE, *SZ (Rom.)* 88 [1971]; KUPISCH, *In integrum restituito und vindicatio utilis* $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ (vgl. Iulianus *D.* 11. 1. 18; Marcianus *D.* 4. 1. 7. 1; KASER, *DRPR I*, S. 246 mit Fn. 42)。
- [26] *Gai.* IV, 119. $\mu\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 誠意訴訟 (bonae fidei iudicium) におけるは、抗弁がされなくとも原告の詐欺が顧慮されたとみられる $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ (vgl. KASER, *DRPR I*, S. 246)。
- [27] Decius *C.* 7. 32. 3 ($\mu\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 贈与された物の占有取得という特別の事例に関する) ; Paulus *D.* 41. 2. 1. 3 (原則として使用取得を否定) ; id. *D.* 41. 3. 4. 2. (使用取得を肯定)。
- [28] 当初は性的成熟 (pubes) に到達していないことを標準としたが、共和政末期以来、一四歳未満を標準とする傾向にあった (lex coloniae Genetivae Iuliae, 98; cf. JÖRS = KUNKEL = WENGER, *RR S.* 87)。¹⁾ この見解はプロトクリマヌス学派によって主張されたが、サビヌス学派は個別的な性的成熟を標準とする $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ に固執した (*Gai.* I, 196; Ulpiani *epitome*, 11. 28)。²⁾ Iustinianus 帝 $\nu\lambda\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 男性は一四歳、女性は一二歳で成熟者になるとした (*C.* 5. 60. 3)。³⁾
- [29] Cf. *Inst.* I, 21 pr.
- [30] *Inst.* I, 21; Ulpianus *D.* 19. 1. 13. 29.
- [31] Cf. Ulpianus *D.* 26. 8. 5. pr. -1 ($\mu\epsilon\tau\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon$ 後見人との契約に関する)。
この利得返還は、未成熟者に対する不当利得返還請求権によって行われたが、その起源は争われている (vgl. JÖRS =

KUNKEL=WENGER, RR. S. 88, Fn. 5)°

[32] *Gai* III. 106; *Pauli sententiae*, 3. 4a. 5; vgl. JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR. S. 88.

[33] Cf. *Ulpiani epitome*, 12. 1-3; Ulpianus D. 27. 10. 1 pr.

[34] Cf. Ulpianus D. 12. 1. 9. 7; D. 12. 6. 29; D. 27. 10. 10 pr.; D. 45. 1. 6; Pomponius D. 18. 1. 26; vgl. JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR. S. 88 f.; HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 97 f.

[35] Ulpianus D. 6. 2. 7. 2; Paulus D. 41. 4. 2. 15, 16; vgl. JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR. S. 128 mit Fn. 15; HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 158 f. mit Fn. 26. ちなみに、この場合に買主がノンリキウスの訴権をもつか否かについては、Ulpianus (*ibid.*) 15に定めた。Paulus (*ibid.*) 15に定めた。

[36] Vgl. JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR. § 193. 3.

[37] Cf. Ulpianus D. 4. 4. 1. 9 pr.

[38] Iulianus D. 21. 2. 39 pr.

[39] *ユベリ* Gaius D. 45. 1. 141. 2; Paulus D. 44. 7. 43; Modestinus D. 45. 1. 101; Diocletianus C. 6. 30. 12.

[40] しかし、三世紀頃には、Diocletianus 帝の勅令 (C. 2. 21. 3) により、未成年者がその保佐人の同意なくして締結した売買契約は無効であるとされた。ちなみに、当時は、未成年者が保佐人の設置を求めたときには、この者は独立の財産管理を放棄したことになる、それゆえ、保佐人なくしては義務を負うことも財産を処分することもできない、という思想が現れていたとされる (Vgl. JÖRS=KUNKEL=WENGER, RR. S. 88)°。

4 付論——法規違反または習俗違反の譲渡行為の効果——

最後に、補足的に、所有物移転の効果に影響を与えた要因として、法規違反または習俗違反の譲渡行為についてもみておこう。

ローマ法においては、一般的に、法規違反の行為に対するサンクションは、違反行為によって形成された法的地位を奪うことではなく、むしろ比較的穩健なものであったとされている。¹⁾以下では、物の譲渡の事例を中心に、若干の考察をしてみよう。

(a) まず、法規または習俗違反の行為であっても、物の移転または処分自体は否定されなかったと考えられる場合として、つぎのようなケースが見出される。

① *Lex Cincia* は、一定範囲の親族を除き、一〇〇〇アース以上の贈与を禁じていたが、同法律違反の贈与が行われても、その贈与は取り消されなかった。²⁾

② 夫が妻の嫁資不動産を譲渡した場合には、夫および取得者にとってはその行為は有効であったが、妻にとっては無効であった。³⁾

③ 債権者を害する目的で、『アエリア・センチア法』(*lex Aelia Sentia*) に反して行われた奴隷解放の場合には、奴隷解放者 (*manumissor*) は解放行為に拘束されたが、債権者はこの解放を取り消すことができた。⁴⁾

(b) これに反して、物の移転ないし処分自体も否定された可能性があるケースとしては、以下のものがある。

① 担保設定者が債権者との合意および法律に反して担保目的物を第三者に売却した場合には、この売却は無効であるとされた。⁵⁾

②自分を相続人に「指定」しないならば何かその分だけのものを与えることを被相続人に問答契約によって約束することは、善良の風俗 (*boni mores*) に反することから無効 (*inutilis*) である。⁶⁾

③ある者が、まだ生存しているその最近親者 (*proxima cognata*) の財産を贈与したとしても、その贈与は無 (*nullus*) である。そして、この者がその後当該財産を相続したとしても、そのような性急な行為は善良の風俗および万民法 (*ius gentium*) に反するがゆえに、相続上の訴権 (*actio hereditaria*) は否定されるべきである、とされた。⁷⁾

④夫婦間における贈与が法律上当然に (*ipso iure*) 無効とされた特定の物件については、夫婦間で贈与が行われても、その引渡 (*traditio*) もまた有効ではない。⁸⁾

⑤属州長官の命令に反して奴隷が解放された場合には、奴隷は自由にはならない (*ad libertatem non pervenio*)、とされた。⁹⁾

(c) これら法律または習俗違反の行為による物の移転ないし処分に関して、譲渡人ないし処分者と転得者ないし第三者との関係を問題にしたテキストは、(a)②および(b)①以外には、残念ながら見出しえなかった。このことは、譲受人と転得者との間の譲渡行為に法的な欠陥がなければ、移転の効果が認められたことを意味するものであろうか。これについては引き続き検証作業を進めてゆきたい。

[1] HONSELL=MAYER-MALY=SELB, RR. S. 117.

[2] *Ulpian epitome*, I. I. また、*lex Furia*によれば、遺言によって一〇〇〇アース以上を受領することは禁じられていたが、これに違反した場合のサンクションは、受領者に四倍額の罰金を課すことにとどまった (*ibid.*, I. 2).

- [3] *Novellae Justiniani*, 61.
- [4] Alexander C. 7. 8. 5.
- [5] Marcianus D. 20. 5. 7. 2.
- [6] Iulianus D. 45. 1. 61.
- [7] Paulus D. 39. 5. 29. 2.
- [8] Ulpianus D. 24. 1. 3. 10.
- [9] Marcianus D. 40. 9. 9. 2.

むすび

1 以上、本稿では、ローマの所有物譲渡法について、最初に予備的作業として、ローマ法独自の所有概念を検討し、ついで、所有物譲渡の方式、客体、主体、効力などを中心に譲渡法の形成過程を追いながら、ローマ法が到達した引渡主義の構造を分析し、最後に、所有物移転の効果が、譲渡当事者の意思的要因によってどの程度規定されていたかを検証した。

もとより本稿は、「はじめに」で述べたように、近代法の所有権譲渡理論における「意思主義」の形成史を解明する研究の最初の部分にすぎない。しかし、本稿に続く考察をより建設的なものとするためにも、ここでひとまず結論を整理しておきたい。

2 ローマの讓渡法は、最初は、物の讓渡に固有の制度としてではなく、物の帰属関係をめぐる紛争を解決するための訴訟制度、すなわち、物の帰属関係の確認を主たる機能とする法廷承認に端を発し(前述二二)、ついで、物の帰属確認機能とともに、物の讓渡行為としての色彩を濃くした握取行為が生成され(同二三)、最後に、物の移転機能を中心とする引渡の制度が法的平面に浮かび上がってきた(同四)、と考えることができる。

このような讓渡方式の發展過程においては、それぞれの讓渡方法を用いることができる客体および主体の範囲も、おそらくその時々々の社会的要求に応じて、次第に拡大されてきたとみられるのであるが(同二二(c)、三(c)、(d)、四(a)、(f))、その反面、讓渡の効果では切り落とされた要素もあつたことに注意しなければならない。つまり、官吏の面前で一定の方式に則り、公開の手續として行われた法廷承認のもつ、物の帰属を確認ないし決定する機能(同二二(d))は、この煩雜な手續を緩和して、共同体員による、より私的で簡易な移転手續である握取行為へ、さらには、もっぱら物の即物的移転を手がかりとする引渡へと讓渡方式が移行するにつれて必然的に弱められた(同二三(e)(a)、4(b)(β))。その結果、握取行為および引渡においては、とくに物の帰属決定効果の弱さを補強する制度が不可欠であつた。

すなわち、対価提供との引き換えに目的物の移転が觀念された握取行為では、物の移転効果は讓渡人の担保責任に依存していたが、この必ずしも十分でない担保制度を補完するために、*usus auctoritas* の制度が生成された(同二三(e)(β))。

さらに、物の移転手續としては最も簡便で、それゆえ非常に多くの客体を対象にすることができた引渡においては、その簡便さの反面として、法的に有意義な所有物移転行為としての引渡と、非所有者によるあるいは適法な原因を伴わない事実上の物移転とを識別することがとくに重要になつた。その結果、引渡による讓渡に関しては讓渡行為自体

の適法性が自ずと要求されるに至り、そのためには適法原因の要件とともに、使用取得の制度がかなりの重要性をもつたと考えられる(同二4(c))。すなわち、使用取得に際しては、適法原因のほかに、目的物が譲渡人以外の者の所有物であることについての善意が要求され、さらには、譲渡人自身が他人の物を盗取、強奪、または詐取した場合に所有物移転が否定された。そして、これらの諸要件はいずれも、引渡による譲渡および譲受行為自体の適法性の要求に包摂されるものである。

このように、ローマの所有物譲渡法の構造は、物の帰属確認機能と物の移転機能を二大要素として、一方の要請を十分に満たそうすれば、必然的に他方の機能を犠牲にせざるをえなかった状況下で、最終的には、物を最も簡便に移転する機能を重視した引渡およびこれを補強する使用取得へと収斂した。そして、正当な適法な行為による物の即物的移転と、その結果として生じた現実的支配状態の創出が、物の譲渡に關して法的に重要な意味をもったことの根底には、ローマの所有觀念自体が、物が主体に帰属するという抽象的關係を含意しつつも、なお物の現実的な支配性を最も重視していたという事情があったと考えられる。その際、ローマの所有概念における「帰属」という觀念は、今日における絶対的な所有觀念——私的所有物の対象になる物は特定の主体に絶対的に属するとの觀念——ほどには強くなかったと考えられる(同二2、とくに(d))。

なお、引渡を機軸とするローマ法の所有物譲渡においては、対価支払がそれとの引換えとして表象される目的物の移転を觀念的に媒介していた握取行為の場合とは異なり、また、当事者間の客観的な利益バランスの維持を重視したギリシャ法とも異なり、代金支払は所有物移転の決定的要件にはなりえなかった。また、所有物を譲渡し、受領しようとする当事者の意思ないし合意も、せいぜい代金支払に代わる——つまり、信用売買を可能にするだけの——意味

をもちえたにどどまった(同二4(e))。さらに、証書の交付による引渡の代用すら、ローマ法的所有概念の下では認められなかった(同二4(f))。

3 つぎに、以上のようにしてローマ法が到達した引渡による所有物譲渡法の構造を、「はじめに」3で提示した分析枠組みに従って、さらに詳細に整理してみよう。

①まず、所有物がA→Bと移転する通常の譲渡の要件は、売買その他の適法原因に基づいて、物を引き渡すことである。ここで、適法原因とは、たんに所有物を移転し、受領するという両当事者の意図を証拠づける手段ではなく、それ自体独立した不可欠の要件であって、適法原因の不存在は所有物移転を妨げた。この意味で、ローマ法における所有物譲渡の引渡主義は、いわば有因主義と結び付いていた。他方、引渡については、その簡易化がどの程度認められていたか、とくに占有改定の肯否に関しては争いがある(同二4(a)、(b)、(d))。

②つぎに、所有物がA→B→Cと移転する過程で、A・B間で行われた契約などに際して当事者の意思的要素に何らかの欠陥があっても、所有物移転の効果は一般的には否定されなかった。しかしながら、この帰結は、いわゆる無因主義として評価されるべきではない。なぜなら、ローマ法では、たとえそのような欠陥があった場合でも、売買などの原因契約の存在自体がただちに否定されることはなく、そのかぎりでは、このようなケースも有因主義の枠内において捉えることができるからである。^Iそれゆえに、かかるローマ法の有因主義は、近代法における意思主義の帰結なしそのコロラリーとしての有因主義とは意味内容が異なり、あくまでローマ法の適法原因+引渡主義の下での有因主義であった。しかし、このような意味においては、引渡主義と有因主義との結合が必然的であるということに注意すべきである。

さらに、Aが未成年者の場合、Aが客体そのものについてまたは客体の重要な性質について錯誤に陥っていた場合、およびAが強迫を受けた場合には、とくに法務官告示に基づいて、AはCに対しても給付物の原状回復を請求することが認められた（なお、Aが詐欺を受けた場合に関しては、不明確である）。しかし、この帰結は、ローマ法の引渡主義および有因主義に従って行われた所有物譲渡の効果と遡及的に否定するものではなく、法務官によって承認された特別の「適法原因」に基づく新たな所有物譲渡とみることもできる。²

かくして、ローマの譲渡法は、引渡主義十有因主義十原状回復における遡及効否定という構造をもっていたと言うことができよう（同三三）。

③さらに、二重譲渡に関するローマ法のテキストはきわめて少ない。これは一つには、引渡による譲渡制度においては、二重譲渡はほとんど生じえなかったからであろう。

しかし、例えば、AからBに売却されていたん引き渡されている物が、過去に何らかの理由に基づいてAからCへと売却されていたん引き渡されていた場合について、いわゆる「売却されて引き渡された物の抗弁」は、——形式的にはBにもCにも妥当するが——もっぱら第一買主Bのために役立ったとするテキストがある。もつとも、この場合、目的物の占有はBにあり、これに対してA「またはC」が返還請求しているという状況が前提になっているので、このテキストを単純に第一買主の優先理論と解することはできないであろう。他方、これとは逆に、Bが目的物の占有を失っている場合については、まず、売主Aが目的物を占有しているのならば、買主BはAに対してプブリキウスの訴権によって目的物の返還を請求することができた。しかしながら、第二買主Cが目的物を占有している場合については明確なテキストが存在しない。そして、少なくとも、原典はCが優先する余地を完全には排除しておらず、

また仮にそうであったとしても、ローマの譲渡法の基礎である①の原則（「適法原因＋引渡」主義）とは矛盾しないものと考えられる（同一4(f)）。

④最後に、ローマ法は時効取得以外には非所有者からの取得を認めていなかった、という従来の理解は、必ずしも首肯しうるものではない。なぜなら、ローマ法的な所有秩序の下では、所有概念それ自体が物の現実的支配に基づく事実性の強いものであり、これに加えて、物の即物的移転を手がかりとする引渡による譲渡においては、譲渡人自身が盗取、強奪または詐取した物をさらに引き渡したなど、譲渡行為自体の適法性を非難しうる事情が存在しない場合には、適法原因に基づいて引渡がされた以上、たとえ今日で言えば非所有者からの取得であったとしても、所有物としての取得が認められたと解されるからである。もつとも、そのような取得は、非所有物からの取得として意識されていたというよりは、むしろ完全な所有物取得にほかならなかったと考えられる。と言うのも、ローマ法上の所有は、物の現実的支配を本質としていたことから、法的に正当な所有とそうではないたんなる物支配とを区別する基準は、究極的には、物支配の取得行為自体の正当性ないし適法性に求めざるをえず、この点について問題がない以上、完全な所有として認められたと考えられるからである。

したがってまた、かような引渡主義の体系の下では、いわゆる即時取得の制度が存在しなかったのは、むしろ当然であったと考えられる。

さらに、このような認識を前提にすると、ローマ法上の使用取得の位置づけまたは機能についても、再検討する必要がある。すなわち、ローマ法では、すでに少なからず——今日に言う——非所有者からの取得が認められていた以上、そのうえにあえて使用取得を認めることの必要性が不明瞭になるからである。この問題は、それ自体さらに

本格的な検討を要するが、ここではひとまず、以下のように解しておきたい。すなわち、これまで考察してきたようなローマ法の所有秩序の下で、使用取得の存在意義を機能的にみるならば、その主眼は、非所有者からの取得を創出することではなく、むしろ、事実上行われていた非所有者からの取得を抑制するために、使用取得期間内であれば、たとえ他人の物であるとは知らずに取り引きされた物の善意の取得者に対してさえ、目的物の返還請求が行われる余地を認めようとすることにあったと考えられる。³⁾ 実際、使用取得に必要な期間は、とくに帝政期の国家法によって次第に長期化されていった(同二4(c))。

4 以上が、ローマの所有物譲渡法における引渡主義の体系の生成過程、基本構造および具体的内容である。

もっとも、ローマ法においても、所有物の移転に停止条件を付すことが認められており、しかも、条件成就前における買主による中間処分効力が一定の場合に否定されるなど、所有物移転の効果が当事者間の合意によってある程度は規定された点で、意思主義的とも言うべき処理が個別的にみられなかったわけではない(前述三二)。しかしながら、これらの場合においても、当事者間の合意どおりの所有物移転のためには、最終的には引渡が不可欠であり、また、条件の成就に際しての遡及効は、必ずしも当事者間の意思に基づく効果として一般的に認められていたわけではない(同三2(a))。

ところで、ローマの所有物譲渡法がかかる引渡主義を採っていたことについて、われわれは、これを今日の法制度と比較して、遠い過去のアルカイックな遺物として片付けてしまうことはできないであろう。むしろ、それは今日の譲渡法の仕組みに対してもある程度は並列的に捉えられるべきであろう。なぜなら、ローマ法における引渡主義は、物の現実的支配を重視したローマ法独自の所有觀念に規定されつつ、法理論的にもきわめて一貫した一つの体系を形

造っているからである。そのような体系が生成された経緯から、われわれは譲渡法を分析するための一般的な手がかりを得ることができるであろう。そして、中でも重要なものは、所有物譲渡法の構造というものは、究極的にはその社会に普及している所有観念によって規定されているということ、そして、このことは、所有観念というものが、当該社会において物支配の正当性が最終的に何に求められているかという正義論に通じていることからの必然的な帰結であること、という一般的認識である。そして、われわれは、かかる一般的意識に基づいて、今日の所有権譲渡法のしくみ、ひいては所有制度そのものの歴史性や相対性を理解することができ、そのうえではじめて、今日あるべき譲渡法の姿を考えることができるであろう。

そこで、続稿においては、ローマ時代以降における所有概念の変遷と譲渡法の構造的変化との相互関係にとくに注目して考察を進め、引渡主義の体系から意思主義の体系への「転回」の模様を明らかにしてゆきたい。

[1] ただし、客体における錯誤をはじめとする一定の錯誤の場合および幼児ならびに精神錯乱者による行為の場合に、原因契約の存在が否定されたかどうかは、必ずしも明らかではない(前述三三(e))。

[2] なお、このような原状回復が肯定された背景にあったものは、直接にAとCの利益を対比してどちらを保護すべきかといったような比較考量的価値判断ではなく、例えば強迫に関しては、他人が行なった強迫によって何びとも利益を得てはならないこと、害悪を被った者に対しては保護や償いがされるべきこと、などといったような因果論的な思考方法であった(前述三三(c)) (a) (c)。

[3] もっとも、すでにローマ法においても、所有物の帰属という観念が強まるにつれて、使用取得のもつ意味や機能も、非所有者からの取得という方向へと次第に変わりつつあったことも、十分に考えられる。

【一九九〇年一月三〇日稿】