

論 説

古典期ローマ法における占有者保護
——買主保護の観点から——（2・完）

清 水 悠

第3節 プーブリキウス訴権の効果

- 1 擬制の内容
- 2 真の権利者に対する効果

第4節 プーブリキウス訴権の機能

- 1 ローマ市民法上の所有権の重み
- 2 転得者保護—相対的構成から絶対的構成へ—
- 3 機能に関する仮説

第4章 使用取得要件による制限

第1節 盗物の使用取得禁止とボナ・フィデース要件

- 1 盗物の排除
- 2 比較法的視点
 - (1) 即時取得
 - (2) 取得時効
- 3 ボナ・フィデース要件による制限

第2節 期間の経過要件

- 1 1年あるいは2年の経過
- 2 期間の経過要件の意義
 - (1) ガーイウスが語る制度導入の動機
 - (2) プーブリキウス訴権との関連

第5章 総括

※なお、文献の略語、記号については、前号である「古典期ローマ法における占有者保護——買主保護の観点から——（1）」に掲げた例による。

第 3 節 プーブリキウス訴権の効果

1 擬制の内容

先に挙げたプーブリキウス訴権に関する史料によれば、プーブリキウス訴権は使用取得を擬制するものである。また、その際に想定されていたのは、正当原因に基づく引渡しを受けた者が使用取得完成前に目的物の占有を失った場合である。正当原因は、既公表論文で若干の検討を加えた使用取得要件の一つである。⁽¹⁾

それでは、使用取得のその他の要件はどうなるのであろうか。プーブリキウス訴権の効果でそのまま擬制されてしまうのであろうか。この問題はプーブリキウス訴権の意義や効果とも関わってくる問題なので、さらに史料の検討が必要である。

なお、既に挙げた二つの史料（ウルピアーヌス法文（1）、Gai. 4, 36）は単に正当原因に基づく引渡しがあった場合を中心に述べているが、以下の法文では明らかに売買の事例が表れており（Gai. 4, 36は訴権を付与された者の主張例で「購入」に触れるのみ）、買主に対してプーブリキウス訴権が付与されることがいっそう意識される。

D. 6, 2, 7, 11 (Ulpianus libro 16 ad edictum) : Praetor ait: "Qui bona fide emit." Non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

学説彙纂 6 卷 2 章 7 法文 11 (ウルピアーヌス、告示註解 16 卷) : 「プラエトルは言う。『ボナ・フィデースで買った者は』、と。それゆえに、全ての

(1) 清水「ボナ・フィデース（1）」207頁以下参照。

(2) emit は現在形 3 人称単数か、完了形 3 人称単数か区別がつかない。ここでは完了形としておいた。

購入に効力があるわけではなく、ボナ・フィデースを有する購入に効力がある。従って、たとえ私が所有者ではない者から買ったとしても、私がボナ・フィデースの買主であるということだけで十分である。かの〔売主〕が狡猾な意図で売ったとしても、である。：なぜなら売主の欺き (dolus) は私の妨げとならないであろうからである。』

このウルピアーヌス法文（以下「ウルピアーヌス法文（2）」とする）もまた、プーブリキウス訴権が認められる条件を示していると考えられる。実際、ユスティニアヌス帝の編纂委員によって“De publiciana in rem actione（プーブリキウス対物訴訟について）”という表題が付されている。そして、ここで示されているボナ・フィデースを伴う購入がプーブリキウス訴訟に有益になるとされる。すなわち、ここで述べられているプーブリキウス訴訟を提起する条件は「ボナ・フィデースの買主」である。また、ウルピアーヌスは、ボナ・フィデースの買主であるためには無権利者からの購入でもよいと述べている。これは既に述べた、無権利者からの取得にもプーブリキウス訴権が付与されるという本稿の見解に合致している。

最後に、売主が「狡猾な意図」で売ったとしてもボナ・フィデースの買主であればよいという。その理由は売主の「欺き」が害することはないからである。これは一見すると、売主が欺こうという狡猾な意図を持っていたとしても、そのような意図を知ることにはできず、無権利者の物を勝手に売っているなどとは知らなければ足りるという意味ととれる。その意味では、この場合のボナ・フィデースは売主が無権利であることについての

(3) ただし、林「使用取得（2）」286頁注15は、「始源的な告示」にボナ・フィデースが入っていたと考えることに疑問を呈している。もっとも、告示の再構成については本稿では立ち入らない。ただ、改竄 (interpolatio) の認定を極力避けて、法文史料を最も重視する本稿の立場では、法文にボナ・フィデースの文言が示されていることに重きを置く。なお、Diósdí は、告示の再構成は不可能で、告示が *iusta causa* や *bona fides* に触れたかどうかはあまり重要でないという。なぜなら、これらの要件は使用取得の擬制に内在しているからであるという。Cf. Diósdí, *Ownership*, pp. 157f..

「善意」とも読める。

しかしながら、こうした解釈は、ボナ・フィデースが「善意」、それが否定されるマラ・フィデースの場合が「悪意」という前提に立つ読み方と言える。むしろ、この事例を素直に読めば、売主の「狡猾な意図」や「欺き (dolus)」そのものが買主のボナ・フィデースに影響を与えないと言っていると考えるべきである。その理由は、買主自身には「狡猾な意図」や「欺き (dolus)」がないからであると考えられよう。

この事例においては売主が他人物を売っているが、その場合の「狡猾な意図」や「欺き」は、買主だけでなく真の所有者にも向けられていると考えられる。売主は他人の物を売って、対価として金銭を取得し、買主はただちに所有権を取得しないが、ボナ・フィデースであれば将来的に使用取得する可能性がある。結果として真の所有者は勝手に自己の物を売られて所有権を失う可能性がある。その意味では、真の所有者に向けられた「狡猾な意図」でもある。この意図を買主が知っていれば当然、買主のボナ・フィデースは否定され、買主にも真の権利者に対する害意・欺きが認定されよう。

このように、この事例の場合には、売主の内心的な意図が買主のボナ・フィデースに影響を与えることはないが、仮に買主が売主の（真の権利者に対する）害意・欺きを知っていれば、あるいは売主と買主が通謀していれば、買主のボナ・フィデースが否定されると言えよう。この法文は、ボナ・フィデース要件の具備が（実際には否定されないが）否定されそうな例として、売主に「狡猾な意図」があること、ないし「欺き」があることを挙げる。そして、例示としては、売主が「他人物であると知って」や買主が「他人物であると知らずに」という記述ではない。筆者が既に公表した論文で示した通り、使用取得要件としてのボナ・フィデースは現代でいう法学上の「善意」ではない⁽⁴⁾。むしろ、倫理的要素、売買などの取引における信義誠実的要素を含んだ概念である。この事例において、「他人物であ

(4) 清水「ボナ・フィデース (2)」287頁以下、特に295頁以下参照。

ると知って」ではなく、「狡猾な意図」や「欺き」を挙げている点は、筆者のボナ・フィデース要件に関する見解を補強するものであると考える。

さて、このウルピアーヌス法文（2）と先に挙げた二つの史料との比較で見えてくることがある。先のガイウス文（Gai. 4, 36）やウルピアーヌス法文（1）では、正当原因については触れられているが、ウルピアーヌス法文（2）のようにボナ・フィデース要件には触れていない。逆に、ウルピアーヌス法文（2）は正当原因について触れていないようにも読める。しかし、これは次のように解されよう。ウルピアーヌス法文（2）は「ボナ・フィデースの買主」を要件としていることから、ボナ・フィデースという要素と買主であるという要素に分解できる。すなわち、ボナ・フィデースという要件を備え、かつ、売買によって取得した者ということである。つまり、ボナ・フィデースと正当原因という二つの要素を挙げていると考えられる。

他方で、ガイウス文（Gai. 4, 36）やウルピアーヌス法文（1）はボナ・フィデース要件を挙げていない。これは正当原因に基づく引渡しによる譲渡であることに関係している。つまり、所有者からの非手中物の引渡しは問題とならないため、使用取得が問題となる場合には必然的に所有者からの手中物の引渡しによる譲渡の場合が含まれる。なお、これについては、所有者が手中物を引渡しによって譲渡した場合、使用取得の際にボナ・フィデース要件は意味を持たないとする見解がある。⁽⁵⁾ こうした見解

(5) Cf. Nicholas, Roman Law, p. 123. また、Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, p. 29は、「所有者からの使用取得 (usucapio a domino)」においてはボナ・フィデース要件が要求されないとし、その理由を次のように説明する。仮に、「所有者からの使用取得」においてボナ・フィデース要件が必要だったとすると、当該取得者は手中物の所有権が引渡し (traditio) によって譲渡されると思いは思い得たことが必要であるという。その場合のボナ・フィデースの形式は「法の錯誤」に基づく取引を意味し、ローマ法上では「法の錯誤」は認められないので、このような場合にボナ・フィデース要件を課せば「所有者からの使用取得」自体が不可能になると指摘する。その他に、所有者から手中物を引渡しによって譲渡された者はボナ・フィデースを否定されない (nicht unredlich) とするものに、Kaser/

は、手中物を引渡しで譲渡する際には買主も権利者となれないことを知っていたから、ボナ・フィデース要件はあまり意味をなさないとするものである。しかし、この場合にボナ・フィデースがあまり問題とならないという点は正しいが、ボナ・フィデース要件が必要ではないというのであれば正確性を欠く。所有者から手中物が引渡しで譲渡された場合、ボナ・フィデース要件が不必要なのではなく、所有者から手中物を引渡しによって譲渡されるという行為自体がボナ・フィデースと認められるのである。⁽⁶⁾ いずれにせよ、プーブリキウス訴権が認められる場合にはボナ・フィデース要件があまり問題にならない事例も含まれるので、あえてボナ・フィデースの要件を提示しなかったと考えられよう。

結局、先のガーイウス文 (Gai. 4, 36) が挙げる主張例がプーブリキウス訴権の性質を紐解く大きなヒントになっていると言えよう。その主張例は、「この奴隷を A. アグリウスが購入し、〈そして〉その〔奴隷が〕彼に引き渡され、1年間占有していたならば、そのとき争われているその奴隷がクイリーテースの権に基づいて彼のものであるべき場合には」云々というものだった。これにより、プーブリキウス訴訟における主張が、「1年間占有していたならば」という条件が付いた主張であることがわかる。そして、ウルピアーヌス法文 (1) と (2) から、プーブリキウス訴権を使うことができる者は、単に所有者から手中物の引渡しを受けて占有している者や単なる無権利者からの取得者ではないことが明らかになる。訴権が付与されるためには、ボナ・フィデース要件や正当原因の具備が必要であった。端的に言えば、訴権が付与されるのは、使用取得要件のうち使用取得期間の要件だけが欠けている者である。⁽⁷⁾

本稿で挙げた使用取得要件をもう一度振り返ってみよう。①使用取得可

Knütel/ Lohsse, S. 153. また、このような場合にはボナ・フィデース要件が緩やかに解されるとするものに、クリンゲンベルク、ゲオルグ (瀧澤栄治訳) 『ローマ物権法講義』(大学教育出版、2007) 71頁。

(6) 清水「ボナ・フィデース (2)」311頁以下参照。

(7) Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 170; Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 167.

能な対象であること、②正当原因、③ボナ・フィデース（bona fides）、④占有、⑤期間の経過、である。

まず、①使用取得可能な対象であることが擬制されたりすることは考えにくい。そもそも私権の客体に適さない物が含まれ、後述のように、盗物の使用取得禁止という条件は厳格なものであるから、プーブリキウス訴権においても必要な要件だろう。そして、②正当原因、③ボナ・フィデースが必要となることは既に述べた。さらに、④占有は自主占有を内容とするから、例えば本稿で中心的な問題とする買主であれば認められることになる。結局、⑤期間の経過だけが欠ける者に付与される訴権ということになる。プーブリキウス訴権を定義すれば、使用取得過程にある占有者、すなわち、自主占有者で使用取得可能な物を正当原因に基づき、またボナ・フィデースで取得し、使用取得期間の経過のみが欠けている者に対して与えられる訴権⁽⁸⁾ということになる。

使用取得要件は、後述の通り、相当「ハードル」が高い。それゆえ、そう易々と擬制したり推定されることは許されないような内容を持っている。以上のような四つの使用取得要件については認められることを前提に、期間の経過のみを補うというのがプーブリキウス訴権の実態である。なお、この期間の経過要件については後述する。

こうしたことから、プーブリキウス訴訟は、そもそも使用取得要件をほとんど具備してはいるが、まだ使用取得が完成していないため、市民法上の所有者としては請求できないに過ぎない者にしか提起できない訴訟⁽⁹⁾ということが言える。また、使用取得要件のハードルの高さにとまって、プ

(8) Vgl. Kaser, RPR I, S. 438. また、谷口『ローマ所有権』172頁以下は、「買主が正当な原因 (iusta causa) に基づき、かつ善意で取得したが、使用取得の期間が満了する以前にその占有を喪失した場合」に付与されるとしているが、本文で述べた通り他の要件は問題にならないので、同じ趣旨であろう。さらに、Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 33は、「市民法上は所有者ではなく『単に』使用取得占有者であるということが確定している占有者」をプラエトルが保護するものだとする。

(9) Cf. Diósdí, Ownership, p. 158.

プブリキウス訴権が認められるハードルも相当高い。なにしろ、使用取得要件のうち、期間経過以外の 4 要件を具備しなければならない。ただ、それゆえに、プブリキウス訴権の効力は強力と言ってもよい。すなわち、所有者ではない者が、目的物を使用取得したことが擬制されたために、あたかもクイリーテースの権に基づいて所有者となったかのように（前掲ガーイウス文《Gai. 4, 36》参照）主張できる。つまり、市民法上の所有者のみが主張できるはずの所有物返還請求が可能になるということである。⁽¹⁰⁾

2 真の権利者に対する効果

ここまでで、プブリキウス訴権を行使する場合、市民法上の所有者になったかのように所有物返還請求権を主張できることがわかった。無権利の第三者に対して主張できるのは当然であろう。しかしながら、その行使の相手方に制限はないのだろうか。つまり、プブリキウス訴権を行使できる者は、使用取得過程にある者で期間経過の要件だけが欠けている者であるから、実際は市民法上の所有者というわけではない。既に述べた通り、売買の当事者間では買主として売主に対し「売却され引き渡された物の抗弁」を用いることができるから、売主に対しては対抗できることが明らかになった。しかし、売主以外の第三者が市民法上の所有者であったとして、その所有者に対してもプブリキウス訴権を行使できるのだろうか。

そこで、プブリキウス訴権で対処できる相手方の範囲について述べていると考えられる法文を見てみることにする。

D. 6, 2, 16 (Paulus notum ad Papiniani libro decimo quaestionum) :
Exceptio iusti dominii publicianae obicienda est.

(10) Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 170. ただし、Diósdí, Ownership, p. 165は、「私の見解では、プブリキウス訴権は決して容易化された所有物返還請求権の変化形ではない」と言う。Cf. Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 31.

学説彙纂 6 卷 2 章 16（パーピニアヌス、質疑録 10 卷、パウルの注⁽¹¹⁾）：〔パウルスが注記するには、〕「正当所有権の抗弁はプーブリキウス〔訴権〕にとって障壁とされるべきである。」

この法文は、パーピニアヌスの質疑録 10 卷に対するパウルの注記である。従って、パウルの見解が語られている。それによれば、正当所有権の抗弁（*exceptio iusti dominii*）がプーブリキウス訴権の障壁になる、すなわち抗弁として成立し防御となると読める。

正当所有権の抗弁は、市民法上の所有者である目的物の所有者が、プーブリキウス訴訟で当該目的物の返還を主張する原告に対して用いることができる抗弁である。⁽¹²⁾ さらに、学説彙纂で前掲 D. 6, 2, 16 のすぐ後にあたる法文を見てみる。

D. 6, 2, 17 (Neratius libro tertio membranarum) : *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio "si ea res possessoris non sit" : sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est,*⁽¹³⁾ *potius rem habeat.*

学説彙纂 6 卷 2 章 17 法文（ネラーティウス、備忘録 3 卷）：「プーブリキウス訴権は、物が所有者から奪われるようにという理由で用意されたのではない。そうしたことの論拠は第一に衡平であり、その次に『その物が占有者のものでないならば』という抗弁である。そうではなく、ボナ・フィ

(11) 津野義堂「学説彙纂 6 卷 2 章 プーブリキアーナ対物訴訟について」比較法雑誌 41 卷 1 号（日本比較法研究所、2007）79 頁では、「パウルスがパーピニアヌスの設問集 10 卷に注釈して：」とされている。

(12) Cf. Berger, p. 459.

(13) *potius* は副詞であり、「むしろ」という意味があるが、ここでは形容詞 *potior* の意味を重視して、衡平の観点から相手方よりもっと良く（安全に）持つことができるという意味に解した。

デースで買い、その占有をその〔購入の〕原因に基づいて獲得した者が、より良く物を持つように〔用意された〕。〕

ネラーティウスによると、プーブリキウス訴権を導入した動機は物を所有者から奪うためではない。⁽¹⁴⁾ここでいう所有者 (dominus) は当然、市民法上の所有者である。そして、この制度が所有者からの奪取を目的としていないという根拠は、まず、衡平の観点である。例えば、使用取得の途中にある者が真の所有者から物を奪うことを許すのは衡平に反する。そして、第二の論拠に「その物が占有者の物でないならば」という抗弁を挙げる。これはこの法文の直前に挙げた法文のパウルスの見解とのつながりで理解できる。すなわち、プーブリキウス訴権を行使している占有者に対して、市民法上の所有者による正当所有権の抗弁が「障壁」となり、その抗弁によって敗訴するわけである。プーブリキウス訴権は、使用取得の過程にあるボナ・フィデース要件や正当原因要件を具備した占有者が、市民法上の所有者から目的物を奪取するために創設されたのではない。衡平の観点から、無権利者が使用取得途中の者の占有を奪うのは許されないので、そうした無権利者よりも「より良く」安全に目的物を占有することを認めたものであるとの理解が可能である。

こうして、期間経過以外の使用取得要件を備えた占有者がプーブリキウス訴権⁽¹⁵⁾を行使した場合、真の所有者には負けるということがわかった。しかしながら、「衡平の観点」からいうならば、例えば手中物を引渡しによ

(14) この点について、吉野『ローマ所有権』238頁は、「物を所有権者へ取戻すために考案されたのではない」と解釈している。しかし、これは誤解ないし誤訳であろうと考える。“ut res domino auferatur”とあるので、筆者は、auferreの用法として物 (res 主格) が dominus (domino 与格) から auferre される (引き離される、奪われる) と解釈した。すなわち、所有者から所有物を奪うために創設されたわけではないので、後述のように、真の所有者に対しては行使できないというプーブリキウス訴権の性質に合致する。

(15) Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 170; Vgl. Jörs/ Kunkel/ Wenger, S. 143; 林「使用取得 (1)」292頁参照。

って買主に譲渡した売主に目的物の奪取を許すのも衡平に反するということになりそうである。上記の法文では、単に真の所有者に対抗できないと理解できそうだが、その所有者が当の売主であった場合にもこの正当所有権の抗弁が付与されるのだろうか。さらにこの論点に関する法文を見てみる。

D. 44, 4, 4, 32 (Ulpianus libro 76 ad edictum) : Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertetur et, si ipse eum possideret et publiciana peteres, adversus excipientem "si non suus esset" replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.⁽¹⁶⁾

学説彙纂44巻4章4法文32（ウルピアーヌス、告示註解76巻）：「あなたがティティウスから、センプローニウスの物であった土地を買い、そして対価が弁済されてその土地があなたに引き渡され、その後ティティウスがセンプローニウスのために相続人となり同じ土地をマエウィウスに売ったならば。ユーリアーヌスが言うには、プラエトルがあなたを保護するのがより衡平である。なぜなら、ティティウス自身があなたに土地〔の返還を〕請求するとしても、事実抗弁あるいは悪意の抗弁が用意されて〔ティティウスは〕排除されるだろう。〔ティティウス〕自身がその〔土地〕を占有し、そしてあなたがプーブリキウス〔訴権〕で〔返還を〕請求すると

(16) この in bonis habere (esse) の意味を巡っては古くから様々な議論があるが、本稿におけるテーマとは離れてしまう。筆者の訳では単純に「財産中に持っている」としておいた。Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 386. なお、in bonis esse (habere) の意義の議論については、例えば、Cf. Diósdí, *Ownership*, pp. 166ff.

しても、『自身の物でないならば』の〔抗弁を〕主張している者に対してあなたは再抗弁を用いるだろう。さらにそのことを通じてこの〔ティティウス〕が財産中に持っていない土地を再び〔＝二重に〕売ったとみなされるだろう。』

この法文は二重譲渡やいわゆる「虚有権」などの複雑な問題を含んでいる。しかし、そういった問題は捨象して、本稿で必要な情報のみを抽出して対処することにしたい。従って、第二買主であるマエウィウスとの関係はここではとりあえず措いておく。

ティティウスはセンプローニウスの土地を勝手に「あなた」に売っているので無権利者であるが、後に相続で無権利が追完されている。それをよいことに最初に売った相手である「あなた」に対して市民法上の所有者として土地の返還請求をしている例が示されている。本稿で既に触れたが、売買当時に無権利者であった売主が追完による市民法上の所有権を口実に返還請求をしても、「売却され引き渡された物の抗弁」によってかかる主張を排除できる。上記の法文では異なる抗弁が提示されているが、趣旨は同じである。そして、法文の引用が長くなり過ぎるため本文中では載せないが、脚注で挙げた二つの法文と比較をしてみれば、そのことがよりいっそう明らかになる。D. 6, 1, 72⁽¹⁷⁾法文と D. 21, 3, 2⁽¹⁸⁾法文は、事例に登場する

(17) 売主の振舞いの不相当性を根拠として、プラエトルが「悪意の抗弁」を認める例がある。Cf. Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, pp. 31f.; Kaser, *RPR I*, S. 439 n. 12.

(18) D. 6, 1, 72 (Ulpianus libro 16 ad edictum) : Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summo veres. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris. ; 学説彙纂 6 卷 1 章 72 法文 (ウルピアヌス、告示註解) : 「あなたがティティウスからセンプローニウスの土地を買い代価が弁済されてあなたに引き渡され、その後ティティウスがセンプローニウスのために相続人となり〔ティティウスが〕同じ〔土地〕を他の者に売って引き渡した場合、あなたがより有利となるのがより公平であ

人物まで上記の法文と一致している上に、無権利者であった売主が相続によって所有権を取得し土地の返還請求をするという点まで一致している。

本文で挙げた D. 44, 4, 4, 32法文と脚注に挙げた二つの法文（D. 6, 1, 72, D. 21, 3, 2）を比べて総合すると、買主のプーブリキウス訴権の行使、それに対する売主の抗弁、さらにそれに対抗する買主の再抗弁の構造が明らかになる。すなわち、プーブリキウス訴権によって目的物の返還を請求した場合には、後に所有権を取得した売主は「正当所有権の抗弁」で対抗してくる。これに対しては、「売却され引き渡された物の再抗弁」を主張し、売主の正当所有権の抗弁を排除することが認められているのである。もちろん、その方が「衡平」に適うからである。

この構造は、手中物を所有者から買って引き渡された者でも同じである。すなわち、こうした場合に売主が市民法上の所有者であることをよいことに所有物返還請求をしても、やはり売却され引き渡された物の抗弁で対抗が可能である。⁽²⁰⁾そして、そのような買主が手中物を引き渡した売主に

る。というのも、売主自身がその物〔の返還〕をあなたに請求するとしても、あなたは抗弁によって〔その売主を〕排除するだろう。しかし、〔ティティウス〕自身が占有していてあなたが〔物の返還〕を請求するとすれば、所有者の抗弁に対しては、あなたは再抗弁を用いるだろう。』

(19) D. 21, 3, 2 (Pomponius libro secundo ex Plautio) : Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summo veretur et si ipse Titius eum possideret, publiciana peteres. ; 学説彙纂21巻3章2法文：「あなたがティティウスからセンプローニウスのものであった土地を買いあなたに引き渡され、他方で対価が弁済されティティウスがセンプローニウスのために相続人となり同じ土地を〔ティティウスが〕マエウィウスに売って引き渡したならば。ユーリアーヌスが言うには、あなたを保護することがより優先である。なぜなら、ティティウス自身があなたに土地〔の返還を〕請求するとしても、抗弁によって〔ティティウスは〕排除されるだろう。ティティウス自身がその〔土地を〕占有しているとしても、プーブリキウス〔訴権〕によってあなたは〔土地の返還を〕請求するだろう。」

(20) Vgl. Kaser, RPR I, S. 439. Kaserによれば、この抗弁は法務官法上の所有権

対してプーブリキウス訴権を行使する場合には、正当所有権の抗弁を主張されるが、これに対して売却され引き渡された物の再抗弁で対抗することができる⁽²¹⁾。

ただし、注意しなければならないのは、こうした構造は売主との関係でのみ成り立つということである。すなわち、ボナ・フィデース等の使用取得要件を備えて無権利者から目的物を買った者は、使用取得が完成するまでの間、売買当事者ではない第三者たる権利者からの干渉にさらされる。なぜなら、このような第三者は、使用取得占有者に物を売ったり引き渡したりした本人ではないからである⁽²²⁾。つまり、市民法上の所有者である第三者に占有を奪われて、プーブリキウス訴権を使ってその第三者に返還請求を行っても、正当所有権の抗弁で対抗されてしまう。結局、無権利者から買った者は、使用取得期間が経過して使用取得が完成するまで第三者の干渉にさらされ、期間経過前であれば第三者である市民法上の所有者は当該目的物を取り戻すことができる⁽²³⁾。

なお、これはプーブリキウス訴権全般に言えることだが、相手方から所

を譲渡人の *nudum ius Quiritum* (裸の市民法上の所有権、虚有権) よりも強くするものだという。

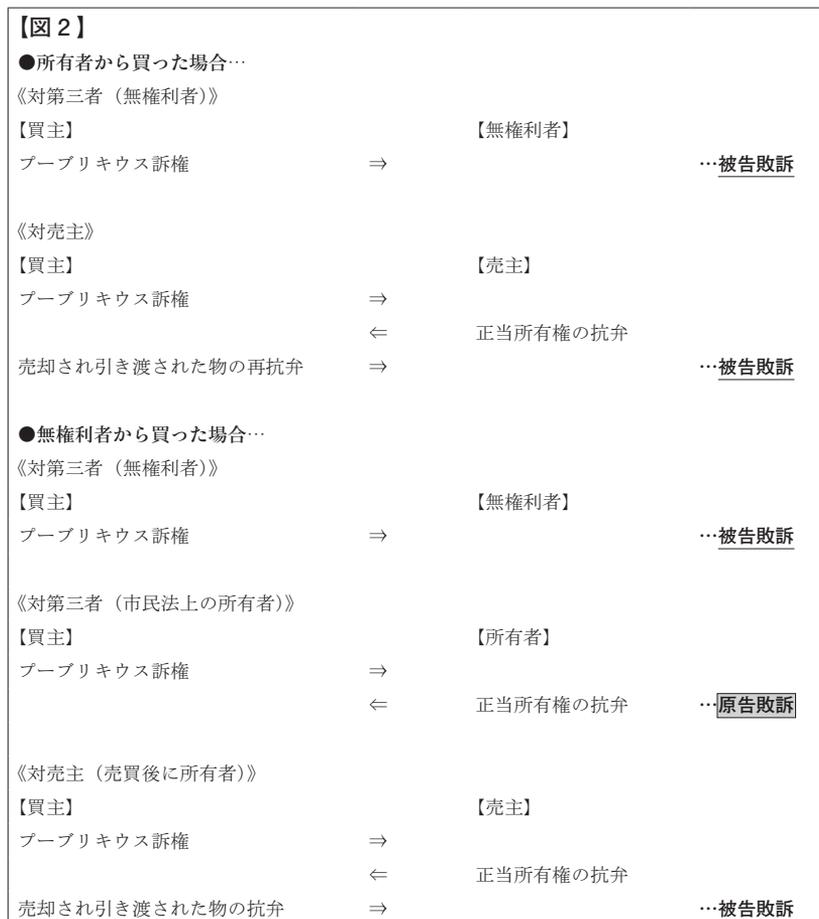
(21) Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S.170f.; 林「使用取得(2)」292-293頁参照。

(22) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 168.

(23) 以上、Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 170; Cf. Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, pp. 30f.. 前掲 Jansen は、市民法上の所有者に対抗する形では保護が与えられないというプーブリキウス訴権の性質を指摘した上で、「非所有者からの使用取得占有者 (*usucapiens a non domino*)」は現代的に言えば「物権 (*zakelijk recht*)」を有しないと言う。また、プーブリキウス訴権が取得者に与える保護は取得者の善意 (*de goede trouw*) に依存しているため、物権とは言えない」と指摘する。このことは、次のようなこととの比較に由来するのであろう。すなわち、Jansen は、そもそも手中物を引渡しで受領したような「所有者からの使用取得占有者」にはボナ・フィデース要件が課されないと考えており (Cf. Jansen, *ibid.*, p. 29)、また、そのような類型の占有者の権利に関しては、地位の物権化 (*de verzakelijking van de positie*) が完成し、その保護も全く絶対的な (*volstrekt absoluut*) ものであって、権利承継者にまで保護が波及するので物権へと転化していると見ている (Cf. Jansen, *ibid.*, p. 33)。

有物返還請求を受けた使用取得占有中の者が対抗する場合には、この訴権は抗弁として機能することになる。

最後に、これまで述べた複雑な議論を整理するため、上述の構造を以下で図解的に表してみる（図2）。



第 4 節 プーブリキウス訴権の機能

1 ローマ市民法上の所有権の重み

上述のように、プーブリキウス訴権は売主自身以外の真の所有者に対しては通用しない。無権利者から目的物を購入して使用取得の途上にある場合に、現れた真の権利者に対してプーブリキウス訴権を行使しても、その真の権利者には正当所有権の抗弁で対抗され、結局、その使用取得占有者は敗れてしまう。そういった真の権利者にも勝るためには、期間の経過を待ち、使用取得を完成させた後にローマ市民法上の所有者として立ち向かうしかない。

既に挙げた D. 6, 2, 17 でネラーティウスが述べるように、プーブリキウス訴権は真の権利者から所有権を剥奪するために作られたわけではないのである。いや、むしろ、筆者の考えではそのような制度の創設は不可能であった。なぜなら、ローマ市民法上の所有権はそれほどの重みを持っていたからである。

ローマ市民法上の所有権がどれほどの重みを持っていたか、そして、それを取得するにはどのような困難を課されたか、それを示す史料上の根拠が存在する。

⁽²⁴⁾
Gai. 3, 80: Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt...

ガイウス『法学提要』3, 80: 「ところで、物は、法上当然に〔遺産に属する〕財産の占有者のものにも財産の買主のものにもならず、財産中のものとなる。他方で、使用取得された場合、はじめてクイリーテースの権に基づいてそのように獲得される。……」

(24) ラテン語原文は FIRA II, pp. 117f. による。

このガイウスが残した文は「物 res」を主語としているが、一般的な物ではなく、前の文脈の流れとの関係で読み解かなければならない。上記の部分だけでも、遺産の占有者や財産の買主という文言により、限定的な事例であることがわかるが、Gai. 3, 77以降は遺産の購入が話題となつて⁽²⁵⁾いる。ただし、死者の財産だけでなく、いまだ生きている者の財産の競売⁽²⁶⁾の話題が含まれており（Gai. 3, 78、Gai. 3, 79参照）、当然、「財産の買主」には破産者や判決債務者の財産の競落人が含まれている。

遺産占有者の場合は措くとして、債務者の財産の競落人であっても、競落の後にただちに競落人の物にはならず、「財産中のもの」となる。そして、使用取得されて初めてクイリーテースの権に基づいて取得される。つまり、使用取得されて初めてローマ市民法上の所有権を取得できるのであつて、それ以前にはそのような所有権は認められない⁽²⁸⁾。

債務者の財産の競落人に対して、このような扱いがなされるのは、およそ現代社会において想像もつかない所有権秩序であろう。プラエトルのような公職者が関与する競売手続⁽²⁹⁾において、たとえ債務者財産の売却という形式をとっていたとしても、その財産を買い受けた者にただちに所有権を

(25) Gai. 3, 77 : Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit ; ガイウス『法学提要』3, 77 : 「さらに、〔遺産に属する〕財産の購入に基づいて我々に生じる承継についても、我々は見てみよう。」

(26) 競売はプラエトルの監督の下で公職者によって行われ、最も高額な入札者 (bonorum emptor) に財産が付与される。Berger, p. 377. すなわち、一定金額で譲渡されるのではなく、当該債権の最高の割当額を債権者に支払う用意がある者に譲渡される。Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 472.

(27) Berger, p. 375によれば、遺産占有 (bonorum possessio) とは、「市民法の相続体系とパラレルな相続体系としてプラエトルによって導入された相続法」であり、市民法体系における「一定の不正を正すために」導入された。「特定の場合において市民法の下で相続権があるか否かにかかわらず、ある者 (遺産占有者) に財産の占有がプラエトルによって与えられる」というものである。「実務上は、heres (相続人) と呼ばれなくても包括承継者と類似した法的地位を有した」とされる。

(28) 吉野『ローマ所有権』209頁参照。

(29) 手続については、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 472.

取得させないというシステムは、現代人にとって驚くべき「所有権変動の保守性」を持っている。

例えば現代の我が国において、不動産について強制執行における強制競売があった場合、当該不動産の所有権は代金納付時に買受人に移転する(民事執行法⁽³⁰⁾79条)。また、不動産担保権の実行としての競売手続の場合にも、強制執行における強制競売の規定がほぼ全面的に準用されるので、競売の効果として買受人は代金の納付によって当該不動産の所有権をただちに取得する(同79条、188条⁽³¹⁾)。しかも、不動産担保権の実行の場合には、担保権が不存在または消滅していても当該不動産の所有権取得の効果は妨げられないこととされており、旧競売法から現行民事執行法への変遷の中で、ますます買受人の地位が保護されている⁽³²⁾。

例えば、現代において不動産の競落人に対し、不動産に関する使用取得(usucapio)の要件に従い占有開始後2年間が経過し使用取得が完成するまで所有権を認めないこととなったらどうであろうか。おそらく競売制度そのものが頓挫することになるだろう。つまり、ローマ人にとっての所有権変動に関する思想そのものが現代の我々とは異なっており、相当に保守的である。「取引の安全」ではなく獲得された権利の安全こそ、ローマ人たちが⁽³³⁾気にかけていることである」というSchulzの表現は言い得て妙であ

(30) 遠藤功・野村秀敏・大内義三 編『テキストブック 民事執行・保全法』(法律文化社、初版、2007) 156頁。

(31) 前掲遠藤・野村・大内『民事執行・保全法』243頁以下参照。

(32) 以上、前掲遠藤・野村・大内『民事執行・保全法』247頁以下参照。なお、前掲247頁以下によれば、所有権取得効果が担保権の不存在や消滅の影響を受けないとする規定は、「民事執行法の制定によって、新たに設けられた規律」である。すなわち、旧競売法下では、担保権不存在の場合の所有権取得について争いがあったが、判例(最判昭37・8・28・民集16巻8号1799頁)は、実体的換価権の欠缺を理由にして所有権取得の効果を否定していた。これに対しては、「不動産競売における買受人の地位」が不安定になり、「競売に対する一般の信用を著しく害する」という批判があり、立法により「競売の公信的効果」が認められたという。

(33) Schulz, Prinzipien, S. 171. なお、和訳版として、フリッツ・シュルツ(眞田芳憲、森光訳)『ローマ法の原理』(中央大学出版部、初版、2003)が参照可能であ

る。まさに、土地などの重要財産の所有権が転々と譲渡されていく利益よりも、既得権ができるだけ守られるという利益に関心があったのであろう。

さらに、放棄物（res derelictae）に関して次のような法文が残されている。

D. 41, 7, 1 (Ulpianus libro 12 ad edictum): Si res pro derelicto habitabit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

学説彙纂41巻7章1法文（ウルピアーヌス、告示註解）：「物が放棄されたものとしてみなされた場合、ただちに我々のものであることが終わり、ただちに占有している者のものとなる。なぜなら、物が取得されるのと同じ方法で、物が我々のものであることが終わるからである。」

ウルピアーヌスによれば、物が放棄されたとみなされると、我々のものであった物が我々のものでなくなり、占有を開始した者のものになるという。理由づけとして、物の取得と同じ方法で、我々のものではなくなるからであるという。つまり、我々によって放棄された物は無主物先占のようにただちに占有者の物となるということと思われる。後半の理由についてはわかりにくいですが、我々の所有権を離れることと、新たな占有者の所有権が表裏一体であることを示していると考えられる。

ところが、以下のような法文がある。

D. 41, 7, 4 (Paulus libro 15 ad Sabinum): Id, quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit.

学説彙纂41巻7章4法文（パウルス、サビーヌス註解15巻）：「放棄され

る。該当箇所は280頁。

たものとしてみなされた物や〔放棄された〕我々が考える物を、我々は使用取得できる。たとえ誰から放棄されたか我々が知らなくても、である。』

放棄されたとみなされた物というのは、前に掲げた法文も同様に、一般に認められたということであろう。しかし、前掲の法文と比較して、「放棄されたものとみなされた」場合についてはただちに占有者の所有物となるのではなく、使用取得が必要であるようにも読める。これは、「〔放棄された〕我々が考える物」の例が含まれていることとの関係では、実際には放棄されていなかった物だからなのであろうか。

しかし、そうではないことが次の法文で明らかとなる。

D. 41, 7, 6 (Iulianus libro tertio ad Urseium Ferocem): Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.

学説彙纂41卷7章6法文(ユーリアーヌス、ウルセイウス・フェロークス註解3巻):「物が放棄物としてみなされた、誤りによって考えた者は、誰も放棄物として使用取得できない。」

この法文によると、放棄物と認められたものであると間違えて判断してしまった者は、使用取得さえ許されない。しかし、先の D. 41, 7, 4 は、使用取得できる事例なので、実際に放棄物と認められ、あるいは放棄物と判断しその判断が誤っていなかった場合であると考えられる。従って、最初の D. 41, 7, 1 と二番目の D. 41, 7, 4 は、いずれも実際に放棄があったと認められた点と同じであるが、後者は誰によって放棄されたかが不明であり、使用取得に関する記述が追加されているという点が目を引く。すなわち、放棄物であっても誰が放棄したかわからなければ使用取得が必要という⁽³⁴⁾ことである。

このように、誰が目的物を放棄したかがわかっており、また、明らかに目的物を放棄したことが認められる場合には、無主物先占のように占有開始によってただちにローマ市民法上の所有権を取得できる。しかしながら、明らかに放棄された物であっても、誰が放棄したかわからない場合には、使用取得を経て初めてローマ市民法上の所有権を取得できる。こうした構造が示しているのは、放棄したのが誰であるかがわかっていることが重要ということである。従って、元々は誰に帰属していた物なのかわからない状態では、簡単に所有権を取得することは許されないということを示している。

ただ、明らかに物が放棄されてそれを取得するという場合に、誰が放棄したかがわかる場面などめったに生じないだろう。むしろこうした姿勢は、できるだけ既得の所有権を保護し、新たに登場した占有者が所有権を取得する場面を制限するシステムが構築されていたと考えられよう。意図的にであろうと無意識にであろうと、占有を離脱してしまった物については、使用取得が完成するまでは、本来の所有者が目的物を回収できる機会が与えられていたのである。

こうした既得の所有権をできるだけ守ろうとする姿勢は、当然プーブリキウス訴権の創設にも影響を与えていたと考えられる。すなわち、筆者は、プーブリキウス訴権によって使用取得期間の経過を擬制しながらも、本来の使用取得完成であれば真の所有者にすら対抗できたはずのところを、真の所有者には対抗できないことにした点が、まさにその影響であると考えられる。プラエトルは、後述のように、使用取得があまりにも所有権取得を制限するような制度であったため、せめてもの修正を試みたが、それでも、ローマにおける市民法上の所有権の「重み」ゆえに真の所有者から権利を奪うことがどうしてもできなかったのである。

(34) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 156.

2 転得者保護—相対的構成から絶対的構成へ—

上述のように、所有権の「重み」に起因する数々の重圧を受けながらも、プーブリキウス訴権には新たな試みがみられる。それらは、元々の使用取得に手を加えることによって、できるだけ取引を円滑にしようという改革的試みであり、プラエトルあるいは法学者たちによる斟酌の痕跡とみることができよう。

以下に挙げる法文は、通常の使用取得において転得者保護に関わると考えられる法文である。

D. 41, 4, 2, 17 (Paulus libro 54 ad edictum): Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.

学説彙纂41章 4 卷 2 法文17 (パウルス、告示註解54卷): 「あなたが買主として使用取得していた物を、他人の物であることを知っている私にあなたが売った場合、私は使用によって取得しないだろう。」

パウルスは次のように述べている。ある者が買主として使用取得していた物を、他人物であると知っている者に売った場合、その転得者は使用取得できない。つまり、ある者がいったん使用取得していても、他人物であることを知っている者との関係では、その目的物は使用取得できないということになる。おそらく、その転得者は元々が他人物であったことを知っているので、ボナ・フィデース要件が否定されるため使用取得できないと考えられる。

これは、一度前主がボナ・フィデース要件の具備を認められて使用取得したとしても、転得者と真の権利者との関係で再び他人の物であるかどうか、ひいてはボナ・フィデースであるかどうかをチェックされるということを示している。すなわち、ボナ・フィデースの取得者が出現した時点で真の所有者の失権が確定するという「絶対的構成」ではな

く、真の権利者との関係でボナ・フィデースか否かが検討されるとい
「相対的構成」をとっているものと考えられる。⁽³⁵⁾

従って売主 A が他人物を売り、ボナ・フィデースの第 1 買主 B が使用
取得できたとしても、他人物であることを知っている第 2 買主 C は（ボ
ナ・フィデースが否定されて）マラ・フィデースとされ、使用取得できな
い。

ところが、プーブリキウス訴権に関しては、以下のような転得者に関す
る法文がある。

D. 6, 2, 7, 12 (Ulpianus libro 16 ad edictum) : In hac actione non oberit
mihi, si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi,
bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emptor, cui
successi, dolo fecisset.

学説彙纂 6 卷 2 章 7 法文 11 (ウルピアーヌス、告示註解 16 卷) : 「この
[＝プーブリキウス] 訴権においては、次の場合には私の妨げにならない
だろう。すなわち、私とその地位を承継した者がボナ・フィデースで買った
ときに、私が承継者でまた私が欺き (dolus) によって [購入を] なした
場合である。：そして、私が承継した買主が欺きによって [購入を] な
したときに、私に欺きがない場合には、[私の] 妨げになる。」

ウルピアーヌスが「この訴権」と述べるのは、6 卷 2 章の表題を見ても
わかるように、プーブリキウス訴権のことである。そして、売主からボ

(35) 以上、清水「ボナ・フィデース (2)」324 頁以下。また、現行民法 94 条 2 項に
おける転得者につき前掲清水 337 頁注 98 参照。また、この法文における転得者に関
して、Cf. Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, pp. 30f.. ただし、前掲
Jansen は、「非所有者からの使用取得占有者からの特定承継による承継者が例えば
悪意だった場合、彼はプーブリキウス訴権によって保護されなかった」とするが、
後述のように、筆者はプーブリキウス訴権の場合には保護されると考える。保護さ
れないのはあくまで通常の使用取得の場合だけである。

ナ・フィデースで買った者から「欺き (dolus)」で購入した者も、そのことが妨げにならずに訴権行使が許されると読める。逆に、売主からの承継者である買主が「欺き」で買った場合は、転得者が「欺き」で買っていなくても、転得者はプーブリキウス訴権を用いることができない。

ここで、ボナ・フィデースの認定の帰趨を左右しているのは、特定の事実に関する知・不知ということではなく、「欺き (dolus)」の存在である。既に述べた通り、筆者の見解では、ボナ・フィデース要件の内容は単なる「善意」ではなく、倫理的要素・信義誠実的要素を含むので、こうした事例構成は不自然なことではない。

この法文と前に挙げた通常の使用取得に関する法文 (D. 41, 4, 2, 17) を比べると、「相対的構成」から「絶対的構成」への修正がなされていることに気づく。すなわち、プーブリキウス訴権においては、一度ボナ・フィデースの者が介在すればそこで権利が確定し、転得者がマラ・フィデースであってもプーブリキウス訴権を行使できる。加えて、先の通常の使用取得に関する法文にはなかったパターンが追加されている。つまり、第一買主がマラ・フィデースで転得者がボナ・フィデースの場合であるが、この場合には転得者に訴権の行使を認めていない。一度マラ・フィデースの買主が介在しているため、その転得者がボナ・フィデースであっても所有権取得を認めないので、ある意味こちらも絶対的構成である⁽³⁶⁾。

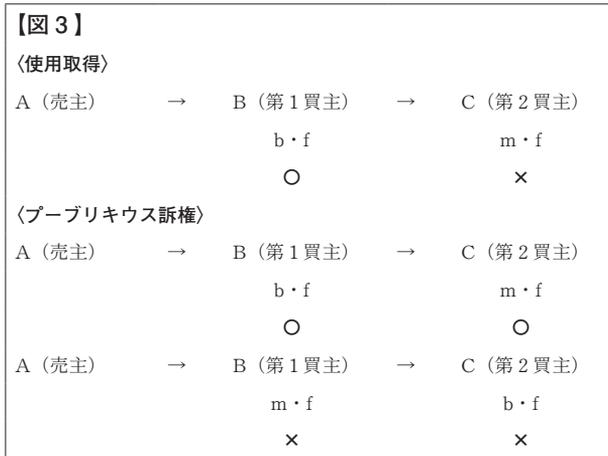
このように、プーブリキウス訴権の場合には、売主 A がボナ・フィデースの第 1 買主 B に売った場合、第 2 買主 C がマラ・フィデースであってもプーブリキウス訴権を行使できる。そして、売主 A がマラ・フィデースの第 1 買主 B に売った場合、B から買った第 2 買主 C はボナ・フィ

(36) 清水「ボナ・フィデース (2)」特に301頁以下参照。

(37) 我が国においては、判例通説によれば、第三者が悪意でその転得者が善意であるという場合、当該転得者を民法94条2項の第三者に含めるという形で保護し実質的に見て「相対的構成」をとる。難波譲治「虚偽表示における転得者保護」名古屋大学法政論集254号(名古屋大学大学院法学研究科、2014)70頁参照；清水「ボナ・フィデース (2)」337頁注98参照。

デースであっても訴権行使は許されない。

以上の、通常の使用取得とプーブリキウス訴権における転得者保護の構造の違いについて、以下の図に示した（図3）。なお、図の○と×は、それぞれ使用取得あるいはプーブリキウス訴権が認められることと認められないことを示している。また、“b・f”と“m・f”はそれぞれボナ・フィデースとマラ・フィデースの略記である。



3 機能に関する仮説

プーブリキウス訴権によって保護された占有は、特に専門的な名称を持っているわけではない。物が「財産中に (in bonis)」ある、あるいはある者が物を「財産中に (in bonis)」持っていると表現される。この言い回しから、後世の解釈者達が「法務官法上の所有権」という名称を抽出したのである。この占有は *possessio civilis* (市民的占有) と呼ばれる場合もある。使用取得のような、市民法上の所有者として認められる効果へとつながる占有だからである。⁽³⁸⁾

(38) 以上、Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 386.

プーブリキウス訴権は、使用取得要件のうち、期間の経過の要件のみを欠く者に認められる。そして、プーブリキウス訴権によって期間の経過が擬制され、あたかも市民法上の所有者であるかのように物の返還請求が許されるのである。すなわち、プーブリキウス訴権の存在意義自体が使用取得制度の存在を前提としている。論理的には、使用取得制度が先に存在し、その後、使用取得が完成したと擬制する機能を持つプーブリキウス訴権が登場したということになる。こうして見てくると、プーブリキウス訴権はその構造上、使用取得制度の存在を前提として、使用取得制度が有するハードルの高さ、特に期間の経過要件を修正する機能を持っていたと言える。

しかしながら、プーブリキウス訴権は売買当事者以外の第三者が市民法上の所有者であった場合には対抗することができない。そして、真の権利者のうち、売買の当事者である売主に対しては抗弁で対抗できることは既に述べた。結局、この訴権は、主に無権利の第三者に対抗したり、先行行為と矛盾する態度をとる売主に対抗する目的があったと言ってよいだろう。無権利の第三者に対処するにしても占有特示命令は不完全な法制度だった。そして、売買当事者以外の第三者が真の権利者であった場合には、プーブリキウス訴権が機能しないため使用取得期間の経過を待たなければならないだろう。

このカテゴリーについては、使用取得による救済が機能する可能性があるため、紀元前 1 世紀にプーブリキウス訴権が登場することによっても、使用取得の期間の要求が実質的になくなるということはないという見解がある⁽³⁹⁾。また、真の権利者に対する関係では、プーブリキウス訴権が使用取得、特に買主としての使用取得にとってかわるという事態は起こらなかったと指摘されている⁽⁴⁰⁾。

しかしながら、逆に言えば、売主ではない真の権利者に対する関係でし

(39) 林「使用取得(2)」293頁。

(40) 前掲林293-294頁。

か、使用取得が独自の機能を発揮する場面はない。むしろ、使用取得が独自に機能する場面を極力抑えようとする意図がみられる。これは、使用取得が所有権譲渡・取得に関して制限的な制度であったことを示している⁽⁴¹⁾と考えられる。そして、使用取得による過度の制限を是正するためにプーブリキウス訴権が導入されたとみてよいだろう。こうして、使用取得が制度上過度に所有権の譲渡・取得を制限したために、取引に支障をきたす場面が生じたため、転得者保護の場面での修正も行われた。しかし、ローマ市民法上の所有権の「重み」ゆえに、真の所有者から権利を剥奪することはどうしてもできなかった。

学説の中には、プーブリキウス訴権がこうした性質を持っていたため、また、買主には売却され引き渡された物の抗弁が認められたため、手中物と非手中物の区別が重要性を失ったという見解もある⁽⁴²⁾。この見解の是非はさておき、古典期の法学者が手中物と非手中物の廃止や握取行為の廃止を唱えたことはなかった⁽⁴³⁾。

そして、プーブリキウス訴権が付与される者も結局のところ、使用取得の完成により市民法上の所有者となるまでは占有者に留まる。つまり、プーブリキウス訴権の効果によって、「あたかも市民法上の所有者であるかのように」所有物返還請求を行えたというだけであり、「市民法上の所有者になった」わけではないという点に注意が必要である。こうしたことは古典期ローマの法学者の傾向、すなわち、古い思考法を捨てることへの抵抗感、保守性を示しているともいえよう⁽⁴⁴⁾。

なお、使用取得は所有権譲渡・取得を制限するために存在し、それによって生じた取引への弊害を是正するためにプーブリキウス訴権が創設され

(41) 制限説につき例えば松尾「所有概念」270、293、349頁参照。

(42) 例えば、Hausmaninger/Selb, RPR, S.120; 林「使用取得(2)」285頁; Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 32ff..

(43) 実際にこうした区別が廃止されたのはユスティニアヌス帝の立法である。Cf. Jansen, Usucapio a domino en actio Publiciana, pp. 35f..

(44) 以上、Cf. Nicholas, Roman Law, p. 127.

たという仮説は、もう少し精度を高める必要があるだろう。なぜなら、前提として、使用取得の困難性を論じる必要があるからである。それゆえ、次章においては、使用取得が認められるためのハードルであるいくつかの使用取得要件が持っていた意義を検証する必要がある。

第 4 章 使用取得要件による制限

第 1 節 盗物の使用取得禁止とボナ・フィデース要件

1 盗物の排除

使用取得の対象物については、また別稿において詳述する必要があるもので、本稿においては、その要点を概観するにとどめる。

使用取得の対象となる客体は、使用取得可能な物 (res habilis) でなければならぬ⁽⁴⁵⁾。買主保護の観点から考察する本稿にあつては、特に「盗物」の使用取得禁止が重要である。そもそも、取引行為において当該目的物が「盗物」であるか否かは外観から見分けがつかない。「盗物」が使用取得から排除されることで、取引行為の瑕疵について使用取得による治癒の可能性は狭くなり、救済の可能性もそれだけ狭められる。従って、当該売買目的物が「盗物」であったか否かは買主にとって大きな関心事であった。実際、当該目的物が盗品かどうかの問題になる場合こそ、まさしく使用取得が問題となる中心的な事例であったという指摘がある⁽⁴⁶⁾。

古典期ローマ法においては、そもそも「盗物」が生じる原因となった「盗」という行為自体が広い概念を持っていた。古典期の法学者の考える「盗」は、窃盗に限らず、今日では詐欺や横領にあたるような事例をも含んでいた⁽⁴⁷⁾。さらに、一たび「盗物」となった目的物は所有者のもとに復帰

(45) 使用取得可能物、特に盗物の禁止について、宮坂「盗品の使用取得禁止 1・2」；清水「ボナ・フィデース (1)」205頁以下参照。

(46) Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 105, 169.

しなければ「盗」という瑕疵は消えず、使用取得の客体にならないため、⁽⁴⁸⁾その後も使用取得ができない。

2 比較法的視点

(1) 即時取得

以下では、やや視点を変えて、比較法的視点から検討を試みる。

我が国の民法においては、動産に関して、192条の即時取得制度が存在するが、「盗取・遺失を原因とする場合」については、例外として占有喪失時から2年間の回復請求が認められている（193, 194条）。この例外規定については、「原権利者と善意取得者との利益衡量に基づくもの」とされているが、2年の間の所有権の帰属について原権利者説と善意取得者説で見解が分かれており、規定自体の内容が「公平に適うものか」についても⁽⁴⁹⁾疑問が呈されている。

193条における「盗品」とは、「窃盗または強盗によって所持を奪われた物」をいい、⁽⁵⁰⁾詐取・横領された物は含まれない。横領に関しては、「所有者の意思には反するが占有代理人の意思に反してその直接占有が奪われたとはいえず」、また、詐欺の場合でも、「所有者の意思に反して直接占有が奪われたとはいえず」⁽⁵¹⁾ないためであると考えられている。盗品概念が限定的⁽⁵²⁾であるのが、ローマ法との大きな違いである。また、日本民法では2年を

(47) Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 169; 宮坂「盗品の使用取得禁止1」252頁以下; 船田『ローマ法2』488頁。

(48) さしあたり、Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154; Kaser, RPR I, S. 419; Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.151f.; 林「使用取得(1)」179頁; 船田『ローマ法2』488頁。また、特に所有者への復帰について、宮坂「盗品の使用取得禁止1」253頁以下、宮坂「盗品の使用取得禁止2」152頁以下参照。

(49) 以上、堀切忠和「即時取得における盗品等の例外についての一考察」日本法学71巻1号(日本大学法学会、2005)243頁以下参照。

(50) 我妻・有泉『コンメンタール民法』408-409頁。

(51) 石田『物権法』282頁。

(52) 例えば、判例として、大判明治41年10月8日刑録14輯827頁参照。要旨は、「民法193条にいう盗品は、狭義に用いられた語辞であり、単に強窃盗の贓物のみを指

過ぎると真の権利者が回復請求する機会は失われてしまうのに対し、ローマ法においては、真の権利者の下へと復帰しないかぎり永久に「盗物」として扱われ、未来永劫にわたり使用取得が不可能である。

また、ドイツ、フランス、スイスでは、いずれも善意取得制度が存在し、取引の安全保護機能を持つものと理解されている⁽⁵³⁾。まず、フランスとスイスでは、善意取得に関して回復請求の期間が定められており、フランスでは3年、スイスでは5年とされている。他方、ドイツでは、盗品について善意取得が成立しない⁽⁵⁴⁾。従って、フランスとスイスでは日本と同様に、一定年数が経過すれば、真の権利者が盗品を回復請求することができなくなる。しかし、ドイツ民法は盗品について善意取得そのものを認めない。ただし、後述のように、盗品の善意取得が不可能であることは、10年の取得時効によってカバーされる。また、後述のように、盗品について善意取得を認めないドイツ法は、所有権に基づく返還請求権自体が30年で消滅時効にかかる。

このように、諸外国の現代法制と比べても、ローマ法の原権利者保護は異質なまでに際立っており、買主などの第三者にとって、「盗」概念の広さや永久に消えない「盗」という瑕疵は、明らかに安全な所有権移転の阻害要因となることが浮き彫りとなる。

(2) 取得時効

取得時効の性質については様々な見解があるが、ここでは特に、継続した事実状態を前提とした権利確定の効果に着目したい。買主保護機能とは少し離れるが、権利確定効果なくして取引の安全は確保できない。ある意

称し、委託物費消の犯罪に関する物件のようなものはこれに含まれない」とするものである。

(53) 石田『物権法』264頁参照。

(54) 石田『物権法』284頁注1；杉浦林太郎「善意取得に関するヨーロッパ各国法制度の比較」法学研究論集37巻（明治大学、2011）282頁、同注17、285頁注36参照。なお、前掲石田はフランス民法の該当条文を「2279条2項」とするが、改正前の条文番号である。Code civilの原文を確認したところ、前掲杉浦の記載「2276条2項」が現在の条文番号である。

味で、権利が新たに確定されることは取引の安全の一場面でもある。少なくとも、時の経過を経て所有権を取得できたという点では、ローマの使用取得制度と取得時効制度は共通している。

まず、我が国の民法は162条1項で、「二十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する」と規定し、同2項で、「十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する」と規定する。

前者が20年で後者が10年と短縮されているのは、後者が善意・無過失の場合の規定だからである。また、「所有の意思」を持った占有、すなわち自主占有であることが必要となるが、「占有取得の原因である事実の客観的性質によって」決まるため、本稿で特に問題にしている買主にも自主占有が認められる。⁽⁵⁵⁾そして、即時取得と異なり、取引行為以外にも適用があるため、取引行為に参加していない第三者も時効取得が可能となる。さらには、客体について、盗品を除外するといった制限がないため、盗品についても時効取得の可能性が開かれている。

このように、我が国の民法が盗品を除外せずに一定の年数の経過による目的物の時効取得を認めていることから、取得時効は、盗品に関してもまた、継続した事実状態に基づいて権利を確定する機能を有していると言えよう。これに対して、ローマ法は、事実状態を追認するよりも、動産の原所有者の利益を最優先している。なぜなら、頑なに盗品の使用取得を認めず、所有者の下へ復帰しなければ永久に使用取得を認めないという法制度を採用しているからである。ローマ法が目指しているものは明らかに既存の権利の保護であり、⁽⁵⁶⁾新たに権利を確定させようという意図は見受けられない。⁽⁵⁷⁾

(55) 我妻・有泉『コンメンタール民法』314, 318頁参照。

(56) 我妻・有泉『コンメンタール民法』314-315頁参照。

(57) Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 171.

さらに、即時取得の検討の場合と同様に、諸外国の立法も見てみることにする。まず、フランスにおいては、不動産に関しては取得時効の定めがあるが、動産に関しては特に取得時効の定めはない。これに対して、ドイツにおける動産の取得時効は、動産について善意占有者が10年自主占有することで完成し、スイスにおける動産の取得時効は、善意占有者が動産を5年間自主占有することで完成する。ドイツ、スイス、いずれにおいても、善意取得が機能しない場合の補完的な機能を有している⁽⁵⁸⁾。そのため、仮に善意取得が認められなくても、盗品につき取得時効が認められることでカバーできる。この中では、動産の取得時効がない点でフランスが異質であるが、そもそも善意取得で取引の安全の確保をはかろうという趣旨であろう。

なお、フランスとスイスにおいては、「窃盗者やその悪意の権利承継者に対しては、所有者の返還請求権は消滅時効にかからないという見解」がとられるが、ドイツにおいては、所有権に基づく返還請求権自体が消滅時効⁽⁵⁹⁾にかかる。従って、ドイツ民法は、真の権利者であっても、30年経てば盗品を取り戻すことができなくなるという立場をとっていることになる。

こうして見ると、ますます古典期ローマ法の既得所有権に対するこだわりが明白になってくる。諸外国を含めた現代法制に比べて、原所有者の保護があまりにも手厚い。物的に目的物に付着した「盗」という瑕疵が永久に存続し、その事実が永遠に使用取得を妨げるという構造は、現代社会に生きる我々にとって、かなり異質な法制度であったと言えよう。

(58) 以上、石田穰『民法体系（1）民法総則』（信山社、初版、2014）986-995頁参照。

(59) フランク、ライナー（常岡史子訳）「所有権に基づく返還請求権の消滅時効」比較法学38巻 2号（早稲田大学比較法研究所、2005）117-119頁参照；デルナー、ハインリッヒ（野沢紀雅・山内惟介編訳）『ドイツ民法・国際私法論集（日本比較法研究所翻訳叢書50）』（中央大学出版部、初版、2003）5頁。

3 ボナ・フィデース要件による制限

筆者が既に、既公表論文で明らかにしたように⁽⁶⁰⁾、使用取得要件としてのボナ・フィデースは、現代法学でいう「善意」そのものではなく、広く倫理的要素や売買の信義誠実的要素を含む概念であって、「善意」はその一部でしかない。むしろ、一義的には定義しがたい様々な側面を含んでおり、事例ごとの多義性を持つ。

こうした要素を持つ要件を設定した場合、起こりうるのは次のようなことであろう。すなわち、判断する者の主観が入り込みやすく、倫理的・信義誠実的に許されざる取引はただちにその効力が否定される方向に働く。

いや、むしろ、筆者はそれこそがボナ・フィデース要件を設定した狙いであったと考える。つまり、この要件を乗り越えるような、ローマ人の取引通念にかなう所有権移転行為のみを認容しようという意図である。使用取得要件としてのボナ・フィデースは、まさに、あらゆる取引行為や目的物の取得行為に関して、ローマ人にとって許容しうるような所有権移転・取得に限って効果発生を認めるという機能を担った。

こうしたことから、ボナ・フィデース要件は、所有権取得・移転について制限的な役割を果たしたと言えよう。

第2節 期間の経過要件

1 1年あるいは2年の経過

プーブリキウス訴権は、既述の通り、使用取得要件のうち期間の経過のみを擬制し、使用取得が完成したのと同様に扱うものである。従って、この訴権でわざわざ擬制した期間とはどのようなものであったかも検討すべきである。

使用取得が認められるためには期間の経過が必要である。史料として、再構成された12表法の法文を見てもいいことにする。用いる再構成には研究者によって多少の差はあるが⁽⁶¹⁾、本稿では Kaser や Biondi が用いている再

(60) 特に、清水「ボナ・フィデース（2）」295頁以下。

⁽⁶²⁾
構成を用いることにする。

**Lex XII Tabularum VI, 3 : USUS AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM,
CETERARUM RERUM ANNUS ESTO.**

**12表法 6 表 3 : 「土地の usus auctoritas は 2 年間、その他の物の
[usus auctoritas] は 1 年間であれ。」**

この usus auctoritas なる概念は非常に難解で、いまだに見解が分かれており決着をみていない。しかし、少なくともこの12表法の、土地については2年、土地以外の物については1年という区分が、使用取得 (usucapio) の場合にもそのまま期間経過の要件として踏襲されているということについては、概ね研究者の見解は一致している。⁽⁶³⁾

このように、12表法時代における2年と1年という区分が、使用取得制度でも維持され、期間経過の要件として機能していたとする論拠の一つには、古典期の法学教師ガイーウスが次のような文章を残しているという事実がある。

⁽⁶⁴⁾
Gai.2, 42: 〈Vsucapio autem〉 mobilium quidem rerum anno completur,

(61) FIRA I, p. 44では、12表法 6 表 3 は次のように記載されている。“Cicero top. 4, 23 : usus auctoritas fundi biennium est, — ceterarum rerum omnium — annus est usus.” また、Brégi は次のような校訂を用いる。「Usus auctoritas fundi biennium est et caeterum rerum omnium annus usus」Brégi, Droit romain, p. 166.

(62) Vgl. Kaser, RPR I, S. 135; Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 151; Cf. Biondi, Il Diritto Romano, p. 400; Biondi, Istituzioni, p. 262; 佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM—12表法原文・邦訳および解説—』(早稲田大学比較法研究所, 1993) 110頁参照。

(63) Biondi, Il Diritto Romano, pp. 400f.; Diódsi, Ownership, p. 147; Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154; Honsell/ Mayer-Maly/ Selb, S. 176; Jörs/ Kunkel/ Wenger, S. 134; Kaser, RPR I, S.418f.; Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.154; Schulz, CRL, p.355; 林「使用取得 (2)」313頁; 船田『ローマ法 2』481頁以下。

(64) 〈〉は、ヴェローナ写本には残されておらず、校訂者が補った箇所である。

fundi uero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

ガイウス『法学提要』2, 42：「〈ところで使用取得は、〉動産のそれは確かに1年で満たされるが、他方、土地と建物のそれは2年で満たされる。そして12表法によってそのように規定された。」

ガイウスによれば、使用取得期間は動産については1年で満了し、土地と建物については2年で満了する。そして、その原則は12表法で定められたことであるという。12表法では「土地」と「その他の物」に分けられていたものを、ガイウスは、土地及び建物と動産に分けている。ガイウスは「土地と建物」としているが、例えば現行ドイツ民法と同様に、⁽⁶⁵⁾古典期ローマ法においては土地と建物は別個の不動産としては扱われなかった。その意味では、土地と建物が別個の不動産として扱われる我が国の民法の不動産概念とは異なる。土地 (fundus) という用語によって、土地と建物を表し、建物が立っている土地をも表した。⁽⁶⁶⁾そのことは、次の学説彙纂の法文で明らかになる。

D. 50, 16, 211 (Florentinus libro octavo institutionum): "Fundi" appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. Sed in usu urbana aedificia "aedes", rustica "villae" dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe "area", rure autem "ager" appellatur. Idemque ager cum aedificio "fundus" dicitur.

学説彙纂50巻16章211法文（フロレンティーヌス、法学全書8巻）：

(65) BGB94条1項1文は次のように規定する。“Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen.”「土地の本質的構成部分に含まれるのは、土地に固定化された物、特に建物である。土地と結合しているかぎりにおいて、土地の生産物も同様である。」

(66) Berger, p.479.

⁽⁶⁷⁾ 「“fundi” という名称によって、全ての建物と全ての地所 (ager) が含まれる。しかし、慣例においては、都市の建物は “aedes” と言われ、田舎の〔建物〕は “villae” と言われる。確かに建物のない場所は都市においては “area” と呼ばれるが、他方、田舎においては “ager” と呼ばれる。そして、同じ ager は建物を伴うと “fundus” と言われる。」

フローレンティヌスは、“fundi” という名称には建物と土地が含まれるという。それに続き慣例的な用語の用法について説明する。都市の建物は aedes と呼ばれ、田舎の建物は villae と呼ばれる。建物のない場所は都市では area、田舎では ager と呼ばれ、ager もその上に建物が立っていれば fundus と称される。従って、fundus (土地) という言葉には土地も建物も含まれるということになる。さらに、土地と建物を物権法上別個の不動産として処理しなかったことは、次のガーイウスの説明からも明らかとなる。

⁽⁶⁸⁾ Gai. 2, 73: Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.

ガーイウス『法学提要』2, 73: 「さらに、ある者によって我々の土地 (solum) に建てられた物は、自然法により我々のものになる。なぜなら、地上建物は土地 (solum) に従うからである。」

ガーイウスによれば、他人が建築した建物も自然法によって、土地の所

(67) fundus の複数主格形である。

(68) ラテン語原文は FIRA II, p. 60 による。

(69) ガーイウスの言う「自然法」は「万民法」と読み替えることが可能である。清水「ボナ・フィデース (1)」194頁; Berger, p. 528; 松尾「所有概念」227頁注 3。なお、Nicholas は、「自然法と万民法は同じ思想の二つの異なる側面を示している」という。Nicholas, Roman Law, p. 55.

有者の物になるという。その理由は、地上建物の所有権はそれが建っている土地の所有権に従うからである。

結局、ガイウスが「土地 (fundus) と建物 (aedes)」という場合には、土地 (fundus) に地上建物が含まれることを前提とすれば、fundus 以上の物を指しているわけではないと言える。従って、ガイウスの記述の意味は、12表法6表3の規定と異ならない。⁽⁷⁰⁾ 古典時代においても、12表法時代の区分に倣い、土地については2年、それ以外の物については1年で使用取得が完成するということになる。⁽⁷¹⁾ そして、論理的に、土地 (fundus) 以外の不動産は独立して観念できないことから、ガイウスのように「それ以外の物」を「動産」と表現することも可能であろう。そうすると、土地については2年、動産については1年で使用取得が完成するという⁽⁷²⁾ことになる。

2 期間の経過要件の意義

(1) ガイウスが語る制度導入の動機

12表法以来の期間の区分が踏襲され、土地については2年、それ以外の物については1年で使用取得が完成するとしても、その期間経過の要件が持っていた意義についてはさらに検討が必要となる。使用取得制度の機能について触れている文献、あるいは触れていない文献においても、使用取得の期間経過の要件が1年あるいは2年であったことについて、「短い」あるいは「比較的短い」と評価するものが散見される。⁽⁷³⁾

(70) ただし、Brégi は、建物はもともと実際上も法的にも土地と一体をなしておらず、12表法の「その他の物」にはおそらく建物が含まれていたという。また、ガイウスが auctoritas 概念を用いた12表法のシンプルな様式を踏襲していないと指摘する。Cf. Brégi, *Droit romain*, p. 166 n. 7.

(71) 林「使用取得(2)」313頁。

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

(73) 以下は取引の安全機能肯定論者の文献で、使用取得期間の長さについて触れるものである。Kaser, RPR I, S. 375; Kaser/ Knütel, S.139; Jörs/ Kunkel/ Wenger, S. 126, Anm. 6; Lübtow, *Hand wahre Hand*, S. 121 (清水「ボナ・フィデース

まずは、期間の経過要件の意義について触れた史料を見てみることにする。次に挙げる二つの史料は、いずれもガイウスが残したものである。

⁽⁷⁴⁾
Gai. 2, 44: Quod ideo receptum uidetur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

ガイウス『法学提要』2, 44: 「そしてこのことは、以下の理由で認められたと思われる。物の所有権がより長く不確定にならないように、である。他方で、使用取得〔完成〕まで占有者には期間が設定されたので、1年あるいは2年の長さは所有者にとって自身の物を探索するのに十分であった。」⁽⁷⁶⁾

D. 41, 3, 1 (Gaius libro 21 ad edictum provinciale): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

(1) 221頁注6参照); Söllner, A.: Einführung in die römische Rechtsgeschichte, Zweite überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1980, S.53; 林「使用取得(2)」317頁。これに対して、Schulzは、一見して短いと思える期間は実質的に見れば長すぎるぐらいだったという立場である。Schulz, CRL, pp. 355f. また、折衷説をとる Diósdí は、12表法以来の期間が短いことを前提に、他の要件を付加することで、動的安全と静的安全の調和をはかったと考えている。Cf. Diósdí, Ownership, pp. 147f. またそれ以外に期間の短さを指摘するものに、Nicholas, Roman Law, p. 122; 吉野『ローマ法とその社会』127頁。

(74) ラテン語原文は FIRA II, p. 55による。

(75) 佐藤『法学提要』62頁は「占有者に認められた…期間は」というように、単なる関係詞として読んでいるが、「占有者には…期間が設定されたので」というように、理由を表す接続詞として読むべきであろう。

(76) 前文との関係で、使用取得が認められることを指していると考えられる (Gai. 2, 43参照)。

学説彙纂41卷3章1法文（ガイウス、属州告示註解21卷）：「使用取得は、公の善のために導入された。すなわち、ある物の所有権が長期間、そしてほぼ常に不確定であることのないようにであった。他方で、定められた期間の長さは、所有者にとって自身の物を探索するのに十分であった。」

ガイウスは、使用取得期間の設定について、物の所有権が不確定な状態のままであることのないように導入されたと考えている。一番目のガイウス文では触れられていないが、二番目の学説彙纂に残されたガイウス法文では、「公の善のため」というように、公益的な理由が加味されている。他方で、両方の法文を総合すると、占有者が使用取得するためには1年あるいは2年の期間が必要となるので、所有者が自己の物を探索するには十分な期間であったという。

これについて、林論文（1978年）は、*usus auctoritas* 準則が機能していた当時においては、1年あるいは2年の期間が、共同体の狭さゆえに真の所有者が自己の物を捜し出すのに十分な期間であったという⁽⁷⁷⁾。ところが、第二次ポエニ戦争による地中海商業の支配を契機として商業が発展し、「領域国家への変貌」によってこの期間の持つ意味も変化したという。そして、そのことを表した叙述が、「所有権を長い間不安定な状態におかないために…導入された」という説明であるという。さらに、*usus auctoritas* 準則時代と比較すると、同じ期間が相対的に短い意味を有しているとい⁽⁷⁸⁾う。

しかし、はたしてそうであろうか。確かに、人口の増加や領域の拡大によって、「真の権利者」にとっては、1年あるいは2年の期間では自己の物を探索できる可能性が減少したと言えるだろう。しかし、それはあくまで「真の権利者にとって」である。商業が活発化し、狭い共同体であった時代とは環境が変化したのであれば、買主にとっては容易に目的物が移転

(77) 林「使用取得（1）」197頁；林「使用取得（2）」317頁。

(78) 以上、林「使用取得（2）」317頁参照。

できるシステムが望ましい。買主保護の観点からいえば、端的に期間要件を短期化あるいは廃止するなど、他の選択肢もあったはずである。しかし、そうした措置はとられなかった。もちろん、ローマの法学者達の保守的な傾向を考えれば、そうした選択は元々なかったのかもしれない⁽⁷⁹⁾。しかし、多くのローマ法研究者が指摘するような、「期間の短さ」という点は、真の権利者にとっての相対的な短さでしかないと考えられる。

これに関しては、他の要件との関わりで期間の意味を考える Schulz の⁽⁸⁰⁾指摘が最も的確であると考えられる。すなわち、既述のように使用取得要件は非常にハードルが高いため、1年あるいは2年の期間経過もそれらの要件との関係で考えるべきである。現代の我々にとって短いと思われる1年あるいは2年の期間経過要件でも、12表法時代においてはローマ人の活動領域が狭いので、真の所有者の所有権を侵害するような可能性は比較的低かったであろう。なにしろ、「盗物」が第三者によって所有権取得されることは厳に禁じられていた。

また、古典期においても、「盗物」概念の広汎性と「盗物」の使用取得禁止、また非常にハードルの高いボナ・フィデース (bona fides) 要件との関係では、1年あるいは2年の期間要件は決して短くはない。つまり、非常にハードルの高いこれらの要件を乗り越えてもなお、使用取得が認められるためには1年あるいは2年待たなければならないのである。そういった意味では、むしろ、1年あるいは2年の期間設定は買主にとって「短い⁽⁸¹⁾というより長すぎる」くらいである。

(79) Diódsi は、共和政期の終わりまでの領土の拡大と人口の増加 (the immense territory and the number of inhabitants) を前提とすれば、従来の使用取得期間は相対的に短くなったという。そのため既得権益が侵害される可能性があり、使用取得期間を延長するという選択肢もあったが、プラエトルや法学者には12表法の規定を変更する権限がなく、ローマの神聖不可侵な伝統に対する重大な罪 (a serious crime against the sacrosanct traditions of Rome) とみなされたはずだという。Cf. Diódsi, *Ownership*, pp. 178f.

(80) Cf. Schulz, *CRL*, pp. 355f.

(81) Schulz, *CRL*, p. 356.

（２） プーブリキウス訴権との関連

加えて、プーブリキウス訴権の性質との関係で明らかになることがある。本稿では、プーブリキウス訴権が、期間の経過以外の使用取得要件を備えた者に対して、期間の経過要件を補完して、使用取得の完成を擬制する制度であったことを確認した。筆者は、このプーブリキウス訴権の機能が持つ意味こそ、使用取得要件の1年あるいは2年の経過が古典期ローマ時代においても決して短くはなかったということの証左であると考ええる。

すなわち、従来の1年あるいは2年の期間設定では、使用取得の過程にあるような占有者が、無権利者から占有を奪われたりするなど、目的物に対する干渉を受けるような事態が往々にしてあったと考えられる。その事態を是正するために、プラエトルはプーブリキウス訴権を導入し、使用取得占有者が「長い」期間を待たなくてもよいような手段を講じたものであると予想できる。プラエトルは、使用取得要件のうちの期間要件を廃止することなく、プーブリキウス訴権によって修正することにより対応したのである。古典期ローマにおいて、1年あるいは2年の期間の経過は、決して「短い」ものではなかったのである。

結局、ガイウスの指摘は、所有者が永遠に不確定なままにしておくのは公益上よくないので、使用取得制度が導入されたという意味と理解できる。すなわち、買主がいつまで経っても所有権を取得できないというのは、公益上も弊害がある。長い間権利不確定のままでは農業生産の観点からみても⁽⁸²⁾公益的な要請に反する。しかし、真の所有者の利益は最大限尊重する必要があるから、1年あるいは2年の期間経過の要件を置くことで、目的物の買主のような占有者の所有権取得に重大な制約を課した。

そして、その1年あるいは2年の期間は、買主にとっては真の権利者か

(82) なお、紀元前168年以降、ローマ市民からの徴税はなくなり、全て属州によって賄われることになった。マイヤー、E.（鈴木一州訳）『ローマ人の国家と国家思想』（岩波書店、初版、1978）227頁参照。使用取得制度自体はローマ市民を対象とし、属州の土地は客体から除外されているので、税収の面での問題はないだろう。

らの干渉や無権原の第三者によって占有を奪われる可能性のある困難な期間であった。そして、その期間中にはプーブリキウス訴権を導入しなければならないほど、無権原の第三者からの侵害の可能性があった。しかし、プーブリキウス訴権は、売主以外の第三者が真の所有者であった場合には、その真の所有者には対抗できないため、1年あるいは2年の期間が満了するまで耐えなければならなかった。

以上より、要件を満たすのが困難な他の使用取得要件を具備した占有者に対して、なお1年あるいは2年の期間の要件を要求することは、買主保護の観点から見ればマイナスでしかない。安全かつ円滑に財貨が移転するという想定は、期間経過の要件によって阻害されてしまうのである。

第5章 総括

本稿では、古典期ローマ法における「買主としての使用取得 (usucapio pro emptore)」の制度的機能を解明するために、使用取得そのもの以外の様々な占有者保護手段を順次検討した。これには使用取得制度の機能をいわず裏から確認する意図があった。その検討により、それぞれの制度の機能やその「守備範囲」が明らかになったが、買主の所有権保護という場面では、ほとんどの占有保護手段が完全な機能を果たしたとは言い難い。ただし、使用取得を修正したものと理解できるプーブリキウス訴権は、買主保護の場面で一定の役割を担ったと考えられる。

従って、本稿ではプーブリキウス訴権の検討に特に重きを置いた。その結果、通常の使用取得は、相手方が売主自身を除く真の所有者である場合にしか独自の機能を果たさないことが明らかとなる。つまり、それ以外の場合にはプーブリキウス訴権でカバーすることが可能である。この点については、まだ使用取得による救済が機能する余地があるため、プーブリキウス訴権の登場によって使用取得がその存在意義を失うことはないとする見解もある。

しかしながら、筆者は、相手方が売主自身ではない真の所有者であるという場合に限って、すなわち、極めて限定的な事態に限ってしか使用取得が救済的機能を発揮しないことこそ強調されてしかるべきであると考えている。ところが、使用取得が限定的な事例においてしか独自の機能を果たさないことを重視する学説は、管見のかぎり見られない。

さらに、その限定的な場合においても、使用取得は1年（動産）または2年（土地）という期間の経過要件を課すため、1年または2年の間は真の所有者が目的物を取り戻すことを可能とするシステムになっていた。使用取得は動的安全に資する制度であったというのが通説の主張するところであるが、むしろ、所有権移転に対して制限的な性質を有していたと考えるべきであろう。そのような想定を前提としてこそ、プーブリキウス訴権導入の意義を正確に把握することが可能である。

もともと所有権取得・譲渡に対して制限的な制度であった使用取得は、しだいに取引や所有権取得そのものに弊害をもたらすようになり、是正の必要が出てきたと考えるべきである。そして、そのような弊害を是正するために導入されたのがプーブリキウス訴権であると考えられよう。使用取得が所有権取得・譲渡について制限的な機能を果たしたことは、上述の期間の経過要件以外の各要件からも明らかである。まず、ボナ・フィデース要件によって、取引行為の際にローマ人に求められる倫理性・信義誠実性に反するような目的物の取得行為を制限した。さらに、「使用取得可能な対象でなければならない」という要件のうち、特に盗物の使用取得禁止によって、所有者の下に目的物が復帰しないかぎり、盗という瑕疵が永久に付着した目的物が使用取得されることを厳に禁じた。結局、プーブリキウス訴権は、使用取得要件のうち期間の経過要件を撤廃する効力を持ったことになる。

プーブリキウス訴権はこの他にも円滑な取引に直結するような転得者保護の場面において「改革」を行っている。その内容とは相対的構成から絶対的構成への転換である。さらに、純粹な使用取得には見られなかった追

加事項も見られる。

このように、プラエトル（法務官）ないし法学者による改革の痕跡がみられるが、売主自身ではない真の所有者に対しては、プープリキウス訴権で対抗することはできなかった。これは使用取得制度による所有権取得・譲渡に対する極度の制限を是正しようとした改革の限界であり、いわば妥協点である。そして、この限界はローマ市民法上の所有権の「重み」に起因している。

本稿の検討で明らかになったのは、プープリキウス訴権の機能と使用取得制度の性質だけではない。それらを通じて明らかになったのは、ローマ人にとっての所有権の重要性とその新たな取得・移転に対する保守性である。新規の取得・譲渡を容易には認めようとしない頑ななローマ人の姿勢に対峙するときには、そもそもローマの所有権概念が我々の想定にあるような近代的所有権概念と一致しないのではないかという疑問すら沸き起こる。

今後の課題は、こうした所有権取得・移転について制限的な態度を貫こうとしたローマ人の歴史的・環境的背景を探り、ひいては、ローマ人が観念していた所有権概念の実態をわずかながらでも検討していくことである。加えて、古典期ローマ法における売買の構造と、その発展の経過を追う必要がある。売買こそ「買主としての使用取得」における正当原因要件に他ならず、その正体を解明してこそ買主の視点から見た使用取得の全体的な解明が可能となる⁽⁸³⁾。

(83) 本稿は、学内研究資金である特定課題「古典期ローマ法における占有者保護の構造—使用取得の機能解明の一端として—」（課題番号：2017S-013）の成果である。この場を借りて御礼申し上げる。