

# 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）

清 水 悠

## 第1章 序論

第1節 はじめに—本稿の目的—

第2節 使用取得 (usucapio) の概要

- 1 使用取得 (usucapio) が機能する場面
- 2 使用取得要件

## 第2章 使用取得以外の占有保護手段

第1節 特示命令 (interdictum)

第2節 売却され引き渡された物の抗弁 (exceptio rei venditae et traditae)

- 1 抗弁の構造
- 2 その他の訴権
  - (1) 追奪担保訴権 (actio auctoritatis)
  - (2) 二倍額の問答契約 (stipulatio duplae)
- 3 転得者保護

## 第3章 プーブリキウス訴権 (actio Publiciana)

第1節 プーブリキウス訴権の問題点

- 1 本稿における視点
- 2 プーブリキウス訴権導入の時期

第2節 訴権付与の対象

- 1 史料上にあらわれた対象
- 2 訴権の付与対象に関する論争
  - (1) 本稿の立場
  - (2) Sturm 説
  - (3) Wubbe 説
- 3 その他の対立点

- 4 訴権付与の対象に関する私見
- 第 3 節 プーブリキウス訴権の効果 (以下次号)
  - 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

### 【文献略語表】

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

〈洋文〉(アルファベット順)

Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes = Apathy, Peter.: Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die Actio Publiciana?, Studi in onore di Cesare Sanfilippo I, Giuffrè Editore, Milano, 1982, pp. 21-37.

Berger = Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Serie-se-Vol. 43, Part 2, 1953, The American Philosophical Society,

Philadelphia, Reprinted 1991.

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

Biondi, *Istituzioni* = Biondi, Biondo.: *Istituzioni di DIRITTO ROMANO*, Quarta Edizione, Ampliata ed Aggiornata, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1965.

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

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

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

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

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

Honsell/ Mayer-Maly/ Selb = Honsell/ Mayer-Maly/ Selb: *Römisches Recht*, 4. Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, New York-London-Paris-Tokyo, 1987.

Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana* = Jansen, J. E.: *Usucapio a domino en actio Publiciana naar Romeins en Nederlands recht*, Groninger Opmerkingen en Mededelingen, vol. 27, Uitgave van de Stichting “Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds”, 2010, pp. 27-45.

Jörs/ Kunkel/ Wenger = Jörs/ Kunkel/ Wenger, *Römisches Recht*, Dritte Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949.

Kaser/ Knütel/ Lohsse = Kaser/ Knütel/ Lohsse: *Römisches Privatrecht*, 21. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2017.

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

Nicholas, *Roman Law* = Nicholas, Barry.: *An introduction to ROMAN*

LAW, Clarendon Press, Oxford, 1962.

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

Schulz, Prinzipien = Schulz, Fritz.: Prinzipien des römischen Reschts, Duncker und Humblot, Berlin, 1954.

〈和文〉(五十音順)

・石田『物権法』=石田穰『民法体系(2)物権法』(信山社、初版、2008)

・佐々木『特示命令』=佐々木健『古代ローマ法における特示命令の研究』(日本評論社、初版、2017)

・佐藤『法学提要』=佐藤篤士 監訳(早稲田大学ローマ法研究会訳)『ガイウス 法学提要』(敬文堂、初版、2002)

・清水「ボナ・フィデース(1)」=清水悠「古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義(1)」早稲田法学会誌67巻2号183-234頁(早稲田大学法学会、2017)

・清水「ボナ・フィデース(2)」=清水悠「古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義(2・完)」早稲田法学会誌68巻1号287-337頁(早稲田大学法学会、2017)

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

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

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

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

・松尾「所有概念」=松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法

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

・宮坂「盗品の使用取得禁止1」＝宮坂渉「盗品 RES FURTIVAE の使用取得 USUCAPIO の禁止と権力下への復帰 REVISIO IN POTESTATEM」早稲田法学会誌61巻2号245-289頁（早稲田法学会、2011）

・宮坂「盗品の使用取得禁止2」＝宮坂渉「盗品 RES FURTIVAE の使用取得 USUCAPIO の禁止と権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM（2・完）」早稲田法学会誌62巻1号151-182頁（早稲田法学会、2011）

・吉野『ローマ所有権』＝吉野悟『ローマ所有権法史論』（有斐閣、初版、1972）

・吉野『ローマ法とその社会』＝吉野悟『ローマ法とその社会』（近藤出版社、初版、1988）

・我妻・有泉『コンメンタール民法』＝我妻・有泉・清水・田山『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』（日本評論社、第5版、2018）

## 【記号】

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

## 第 1 章 序論

### 第 1 節 はじめに——本稿の目的——

本稿は、古典期ローマ法における使用取得 (usucapio)、特に「買主としての使用取得 (usucapio pro emptore)」が果たしていた機能を解明するという、大きな構想の一部である。筆者は既に、そのような目的のための第一歩として、ボナ・フィデース要件の意義について論じた<sup>(1)</sup>。

古代ローマにおいては、また当然ながら古典期ローマにおいても、いわゆる「取引の安全」の保護に奉仕する制度と考えられる即時取得制度、表見代理制度、登記制度は存在しなかった<sup>(2)</sup>ので、多数説は使用取得制度がその役割を担ったと考えている<sup>(3)</sup>。筆者は、古典期ローマ法における使用取得 (usucapio) が、買主の立場から見ていかなる機能を果たしていたかを探るという最終的な目標を掲げている。本稿は、その一端として、「買主としての使用取得」の制度上の目的を探るため、それ以外の占有者保護制度を買主保護の視点から検討することにより、いわば「裏から」使用取得の制度的意義を考えようというものである。

本稿では主に、各占有者保護制度の「守備範囲」を検討する。その中でも特に重要なのが、通説的にも使用取得と関係が深いと考えられているプーブリキウス訴権 (actio Publiciana) であり、その構造、目的の検討が主要な課題となろう。具体的には、プーブリキウス訴権は使用取得とどのような関係に立つのか、また、プーブリキウス訴権が有していた守備範囲とは何であるかが検討の中心となろう。そして、このような検討によって浮

(1) 本稿において、時代区分としての「古典期」が指しているのは、アウグストゥスからディオクレティアヌスに至る元首政期である。Cf. Schulz, CRL, p. 1; 清水「ボナ・フィデース (1)」220頁注1。

(2) 清水「ボナ・フィデース (1)」、清水「ボナ・フィデース (2)」参照。

(3) 清水「ボナ・フィデース (1)」186頁以下、221頁。

かび上がる使用取得制度の存在意義とは何か、それが本稿の最終的な目標である。

検討の順序としては、まず、使用取得の概要について述べた後、それを前提として、使用取得以外の占有者保護制度の機能について明らかにする。次に、使用取得と関係が深いプーブリキウス訴権について検討し、その機能と目的について述べる。その中では、プーブリキウス訴権の機能をめぐる学説間の論争について触れることとなろう。そして、使用取得制度とプーブリキウス訴権の関係を探る意味で、最後に期間の経過要件を中心に使用取得要件の検討を行う。

## 第2節 使用取得 (usucapio) の概要

### 1 使用取得 (usucapio) が機能する場面

ローマ法上、市民法体系のみによる救済に不備・不都合が生じた場合にはプラエトル (praetor、法務官) が救済機能を発揮し、法務官法体系による救済がはかられてきた。<sup>(4)</sup> 使用取得制度の登場もまた、そうした背景を前提に登場してきた制度であると言うことができよう。

この節では、使用取得制度が機能した領域について確認し、本稿での検討の前提として、使用取得要件を改めて提示しておく。その後で、次章において使用取得以外の方法による救済方法について論じることになる。ただし、ここで明らかになるのは、使用取得制度がカバーする可能性があった領域であって、使用取得が実際にどのように機能したかはまた別問題である点に注意が必要である。

典型的には、使用取得は二つの場面で機能するとされる。従って、使用取得制度は二つの主要な目的を持っている。第一に、「物が譲渡される方式<sup>(5)</sup> (例えば手中物を引渡しで譲渡した場合) における瑕疵を治癒」し、第二

(4) 詳細については清水「ボナ・フィデース (1)」190頁以下参照。

(5) ここに言う手中物とは、奴隷、牛、馬、ラバ、ロバと、「イタリアの土地」に加えて、4つの農業用地役権である。Gai. 1, 120; 清水「ボナ・フィデース (1)」

に、「その物を譲渡した者の権原に関する瑕疵（例えば無権利者による売却）を治癒」することである。<sup>(6)</sup>

第一の目的の代表的な事例は、手中物が握取行為をもって譲渡されるべきところを単なる引渡しで譲渡された場合である。この場合、譲渡人は権利者であるが譲渡方法に瑕疵があるため、取得者は「ローマ市民法上の所有権」を取得することができず、法務官法上の保護に従って「法務官法上の所有権」<sup>(7)</sup>を得るに過ぎない。第二の目的の事例としては、目的物が他人物であったために譲渡人は無権利者であり、取得者が所有権を取得できなかった場合が考えられる。<sup>(8)</sup>

従って、ローマ法における使用取得に関しては、大きく分けて二つの場合があったということになる。この場合分けを考慮し、「所有者からの使用取得 (usucapio a domino)」と「無権利者からの使用取得 (usucapio a non domino)」<sup>(9)</sup>の二種類の形式があったとして論じる研究者もいる。

上述のような場合において、例えば、目的物の受領者が買主であるとして、いずれの場合も市民法上の所有権を取得していない。いずれの場合も、第三者からあるいは売主自身から、目的物に対する侵害を受けたり目的物の返還請求を受けたりする可能性があり、買主は不安定な地位に置かれるだろう。そして、以下のような5つの使用取得要件を満たして初めてローマ市民法上の所有者となることが可能となる。

195頁以下参照。

(6) Nicholas, Roman Law, p. 122.

(7) この概念が後世の講学上の用語であって、実際には所有者ではなく「法務官によって保護された占有状態」を示すに過ぎないことに注意が必要である。清水「ボナ・フィデース (1)」192頁以下参照；宮坂渉「古典期ローマ法における物の引渡し (traditio) について—引渡しの正当な原因 (iusta causa traditionis) の分析を中心に—」早稲田法学会誌55巻 (早稲田大学法学会、2005) 308頁参照。

(8) 以上、清水「ボナ・フィデース (1)」201頁以下参照。

(9) Cf. Jansen, Usucapio a domino en actio Publiciana, p. 27.

## 2 使用取得要件

使用取得の要件は中世以来5要件として整理され、現在でも通説である<sup>(10)</sup>。この5要件は中世の注釈学派以来の要件として、学術的なヘキサメトロス（hexameter、六歩格）という詩形を用いて、“res habilis, titulusque fides, possessio, tempus,”と伝えられてきた。そして、この5要件は通説的に次のように整理されている：①**使用取得可能な対象であること**、②**正当原因**、③**bona fides**、④**占有**、⑤**期間の経過**<sup>(11)</sup>。

従って、既述のような要因からローマ市民法上の所有権を認められなかった者が、①～⑤の要件を満たして初めてローマ市民法上の所有権を取得するということになる。本稿では、特にプーブリキウス訴権との関係で重要な意義を有する⑤の期間経過の要件について、後に詳述することになる。なお、③のボナ・フィデース（bona fides）要件については、従来通説的に法学上の「善意」と解釈されてきたが、それにとどまらず倫理的・信義誠実的意義を有していたことについては、既発表論文において確認し<sup>(12)</sup>た。

以上を前提として、本稿においては、使用取得以外の占有者保護手段について、特に買主保護の観点から検討することとする。

---

(10) さしあたり、以下の文献も5要件説を前提とする（清水「ボナ・フィデース（1）」228頁注61）。Biondi, Istituzioni, pp. 264-268; Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 154-156; Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.152-154; Kaser, RPR I, S.418-423; Honsell, Heinrich.: Römisches Recht, 8. Auflage, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2015, S.63f.; Nicholas, Roman Law, pp. 122ff.; Thomas, J. A. C.: Textbook of Roman Law, North-Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, pp. 158-163; クリンゲンベルク、ゲオルグ（瀧澤栄治訳）『ローマ物権法講義』（大学教育出版、2007）70-72頁；船田『ローマ法2』487-500頁；吉野『ローマ所有権』92頁。

(11) 以上、清水「ボナ・フィデース（1）」20頁以下参照。

(12) 特に、清水「ボナ・フィデース（2）」287頁以下参照。

## 第 2 章 使用取得以外の占有保護手段

### 第 1 節 特示命令 (interdictum)

まずはじめに、買主に限らず、現に目的物を占有している者に対して、占有という事実状態そのものを保護する手段が挙げられよう。ローマ法においては、占有はそれ自体が単に保護されるという法的効果を持っていたと言われる。占有者は、他者が自身の占有に干渉することを制限し、占有を奪ったあらゆる者から占有を回復するという救済を受けられた。<sup>(13)</sup>それが占有特示命令 (interdicta possessionis, interdicta possessoria)<sup>(14)</sup>である。占有特示命令はあらゆる占有者に適格があったという<sup>(15)</sup>。従って、本稿でいま中心的な問題にしているような、引渡しで手中物を買って占有している者や、無権利者から目的物を買った者も含め、占有者としては保護することが可能である。

Kaser/ Knütel/ Lohsse によれば、特示命令とは次のようなものである。プラエトルは、時として訴権 (actio) の代わりに特示命令を出すことがある。それによって、より目的に合致した方法で原告を満足させるための法的手段を約束する。原告はプラエトルに対して自身の要求を申し述べ、訴訟要件の審査後に、プラエトルが原告の申立てに基づき被告に対して禁止や命令を出す。これらは原告が適法なものとして要求している法的地位を維持しあるいは創設するためのものであるという。<sup>(16)</sup>

特示命令は無権原の妨害あるいは侵奪に対抗して占有を確保するために

(13) 以上、Cf. Nicholas, Roman Law, p. 108.

(14) Schulz によれば、こうした用語は古典期の法学者が用いた用語ではない。しかし、侵奪に対して占有が保護されるという特徴を表すために用いられているという。Cf. Schulz, CRL, p. 444.

(15) Cf. Nicholas, Roman Law, p. 125.

(16) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 473.

奉仕するという意味で、訴権（actiones）とは区別され、その名称は、プラエトルが禁止や命令を発することから *interdicere*（禁止する）に由来すると考えられている<sup>(17)</sup>。また、当初の占有特示命令は国家行政の一つの手段であり、特に公有地についてその占有維持という公的利益に対応するものとして存在したと考えられている。その利益は当然私有地に関しても妥当するものであり、後になると民事訴訟の特別な手続として変容していった<sup>(18)</sup>と考えられている。

このように、紀元前3世紀に創設されたとも言われている特示命令は、初めころには公有地占有に関する紛争での暴力的侵奪などの「特定の行為を禁じるものであった」が、次第に「適用事例を拡大させ」、「共和政末期までに、仮定的な要件の下で特定の作為・不作為を命じるに至り、保護する対象ないし範囲を拡大した」という<sup>(19)</sup>。「行政的」な性質を有するとも言われる特示命令は、「遅くとも共和政後期の段階では、告示で介入を約束した」プラエトルのような「発令権者」に対して、「その介入を求める当事者の申請に応じて、私人間で進行中の紛争を決着させるべく特定の作為・不作為を内容として法廷で発せられる命令」という性質を有するに至ったとされる<sup>(20)</sup>。

史料上では、占有に関する特示命令の種類についてガーイウス『法学提要』の中に記述があるので、見てみることにする。

<sup>(21)</sup>  
**Gai. 4, 143: Sequens in eo est diuisio, quod uel adipiscendae possessionis causa conparata sunt uel retinendae uel recipendae.**

ガーイウス『法学提要』4, 143: 「続いて〔特示命令の〕区分は次のように存在している。すなわち、取得されるべき占有のため、あるいは保持

(17) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 128.

(18) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 128.

(19) 佐々木『特示命令』4頁参照。

(20) 佐々木『特示命令』5頁参照。

(21) ラテン語原文は FIRA II, pp. 182f. による。

されるべき〔占有の〕ため、あるいは回復されるべき〔占有の〕ために用意された。』

この記述から、特示命令には3種類あり、占有を取得するためのもの、占有を保持するためのもの、占有を回復するためのものという分類があることがわかる。こうしたことから、古典期の法学教育では占有特示命令を占有取得の特示命令、占有保持の特示命令、占有回復の特示命令に分類したとされているが、一番目の占有取得の特示命令は初めての占有取得を目的にしていたため、現在の占有状態に奉仕するものではなかった<sup>(22)</sup>。従って、占有保護の観点からは、二番目と三番目の二つの特示命令が重要ということになる。

しかしながら、占有保護のための特示命令は、占有そのものを保護する制度だけあって、その保護も限られたものである。結論の先取りになるが、本稿で問題にしているような買主たちの保護に資するとは必ずしも言えない。従って、ここからは主要な占有特示命令の種類について簡潔に紹介する意味で論を進めたい。また、主要な占有特示命令を紹介するにあたっては、Biondi の記述が比較的簡潔であるから、さしあたり Biondi の記述に則って占有特示命令の種類を紹介することにする。

古典期法において占有保護に資する占有特示命令は二つあることは既に述べた。すなわち、占有保持の特示命令 (*interdicta retinendae possessionis*) と占有回復の特示命令 (*interdicta recuperandae possessionis*) である。

占有保持の特示命令には、占有者が自由に支配を行うことを阻止されたり妨げられたりした場合に占有者を保護する目的があり、自由な支配とは、例えば物を使用したり、土地を耕したり、建物を建築することである<sup>(23)</sup>。古典期法においては、占有保持の特示命令は二つである。すなわち、「あなたたちが占有するように」<sup>(24)</sup> (*uti possidetis*) という特示命令と、「どち

(22) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 129.

(23) 以上、Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 424.

<sup>(25)</sup>らかに」(utrubi) という特示命令である。前者は土地に関するもので、相手方に対して「暴力でもなく秘密でもなく容仮でもなく<sup>(26)</sup> (nec vi nec clam nec precao)」占有する者に適用される。後者はあらゆる動産に適用可能で、最終の1年において「暴力でもなく秘密でもなく容仮でもなく (nec vi nec clam nec precao)」占有した者に適用される。その最終の1年は特示命令が発布された日からさかのぼって起算され、相手方より長い期間占有した者に適用される<sup>(27)</sup>。

占有回復の特示命令は暴力的に排除された者について占有を回復することを目的としている。古典法では二つあるとされる<sup>(28)</sup>。「暴力に関して」の特示命令<sup>(29)</sup> (de vi) と「武装暴力に関して」の特示命令<sup>(30)</sup> (de vi armata) であ

(24) 「あなたが占有するように」というのはラテン語原文の直訳である。文献の中には、その機能を考えて、原文とはかけ離れた「意識」をするものがある。例えば、船田『ローマ法2』353頁は、「不動産占有妨害禁止命令」としている。また、吉野『ローマ法とその社会』132頁は「不動産侵奪の禁止命令」とする。さらに、法律ラテン語辞典によれば、船田『ローマ法2』と同じ翻訳に加えて、「不動産占有保持特示命令」という訳も提示されている。柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（日本評論社、初版、1985）178頁参照。その他、佐々木『特示命令』11頁も「不動産占有保持特示命令」とする。

(25) 同様に、「どちらかに」というのもラテン語の直訳である。船田『ローマ法2』354頁では「動産占有妨害禁止命令」とされている。また、吉野『ローマ法とその社会』133頁では「動産についての侵奪禁止命令」と訳されている。さらに、法律ラテン語辞典によれば、船田『ローマ法2』と同じ翻訳に加えて、「動産占有保持の特示命令」という訳も提示されている。前掲柴田『法律ラテン語辞典』178頁参照。また、佐々木『特示命令』11頁は「動産占有保持特示命令」とする。

(26) 懇請、懇願、要請といった概念を含む。Cf. Berger, p. 648.

(27) 以上、Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p. 425.

(28) Biondiの挙げるものは二つだが、ここで挙げた以外に *interdictum de precario* を挙げるものがある。Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 132; Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 138; 船田『ローマ法2』356頁以下参照。またそれ以外に *interdictum de clandestina possessione* もあるが、前掲Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 132によれば、ハドリアヌス帝の永久告示録に登載されていない。「なぜなら、当時は密かに土地占有から排除することがもはや容易には占有取得とみなされなかったからである。」

(29) ただし、Kaserは“unde vi”とする。Vgl. Kaser, RPR I, S. 144, 222 usw.. そ

る。前者は暴力的な略奪を想定するが、武器を使用しないものであり、発布による占有回復まで 1 年以内に相手方に対し「暴力でもなく秘密でもなく容仮でもなく (nec vi nec clam nec precaio)」占有する者に適用される。後者は重大な暴力<sup>(31)</sup> (vis atrox) を想定しており、占有回復までの間ではあるが期間の定めはなく、あらゆる占有者に適用される。そして、たとえ相手方に対して「暴力であるいは秘密にあるいは容仮で (vi aut clam aut precaio)」占有したとしても適用される<sup>(32)</sup>。

結局、占有保持の特示命令は占有の「保持」に、とりわけ妨害前の保護に奉仕するものであって、自力救済的な干渉の禁止を含んでいるため「禁止的」な要素があるが、それ以外の機能としては当該物の再取得を目的とする「回収的」機能<sup>(33)</sup>を有していると言える。これに対して占有回復の特示命令はもともと失われた占有の「再取得 (recuperare)」を目的としており、返還命令を含んでいるため、「回復的」なものと表現されることがある<sup>(34)</sup>。

このような占有特示命令の制度は、占有の根拠となる権利を持っているか否かに関係なく利用でき、占有を侵害する者すべてに対して利用でき

の他 “unde vi” とするものに、Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 132; Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 137; Jörs/ Kunkel/ Wenger, S. 119; 船田『ローマ法 2』355頁。なお前掲船田は「暴力による占有侵奪に関する特示命令」と翻訳している。また、Berger, p. 510では次のように説明されている。interdictum de vi は「interdicta unde vi の範疇に属し」、unde vi は「物理的な力によって占有を奪われた者のために占有を回復する」機能を有する。

(30) 船田『ローマ法 2』356頁では、de vi の場合と同様、unde vi armata とし、「武力による占有侵奪に関する特示命令」と翻訳する。

(31) 船田『ローマ法 2』356頁によると、「占有侵奪が一隊をなした多数人の暴力によりまたは武器を持った多数人によって行われた場合」であるという。

(32) 以上、Cf. Biondi, Il Diritto Romano, p. 425.

(33) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 129. 本稿では prohibitorisch (verbietend) を「禁止的」と、rekuperatorisch を「回収的」と訳した。

(34) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 129. 本稿では restitutorisch (wiederherstellend) を「回復的」と訳した。

(35)  
た。

しかし、欠陥が無いわけではない。実際、多くの研究者がその欠点について述べているので、主要なものについて紹介することとする。

まず第一に、手続が12表法以来の神聖賭金式法律訴訟に似ており、古めかしく複雑すぎた。<sup>(36)</sup>例えば、占有保持の特示命令が発せられた場合には、相手方が特示命令に従わないならば、原告は特示命令に従わない者を法廷へ召喚して特示命令に基づく訴えを提起した。当該特示命令が双面的禁止命令の場合、すなわち双方に暴力を禁止する命令の場合、「非占有者が占有者の抵抗を排除して客体を取得し」たり、「占有者が非占有者の占有取得に対して抵抗するとき」には、いずれも暴力行使とみなされ特示命令に違反するものとされる<sup>(37)</sup>。仮に被告が暴力行使を否定した場合には、「原告は被告に対して、もし被告が命令に反して暴力を行使していたら罰金を支払う旨の」誓約 (sponsio) をさせる。他方、被告も原告に対して、「もし被告が命令に反した暴力を行使していなかったら原告が被告に罰金を支払う」旨の誓約 (sponsio) をさせることになる。双面的な禁止命令の場合、双方に対して禁止命令が出されているため、「この制約と反対誓約とが立場を替えて行われる」ことになり、結局、誓約が四つ成立することになる。その後、このようにして成立した誓約を原因とした通常訴訟が改めて開始されるが、有責判決を受けた際には誓約が二つあるため、罰金額も倍になる。また、裁判中に目的物を占有していた者は、さらに誓約によって物の返還を約束しなければならないとされる<sup>(38)</sup>。

---

(35) Cf. Schulz, CRL, p. 445.

(36) Cf. Nicholas, Roman Law, p. 108; 吉野『ローマ法とその社会』135頁参照。また、詳細な特示命令発布後の手続については船田『ローマ法2』358頁以下参照。なお、佐々木『特示命令』11頁は、「両当事者が名宛人となる双面的特示命令の手続」が「やや複雑な経過を辿る」のは、「恐らくは最も古くに生成した特示命令だから」であると指摘する。

(37) 船田『ローマ法2』358頁。

(38) 以上、吉野『ローマ法とその社会』134、135頁参照。その他、「後続手続」につき詳細は佐々木『特示命令』11頁以下参照。

このように、占有特示命令を用いて占有状態の保護を模索するという手段は、非常に煩雑な手続きを要し、手間のかかるものであった。<sup>(39)</sup>

第二に、このような手続の複雑性に加えて、占有特示命令はそれを利用することのできる相手の適格性の面でも問題があった。すなわち、占有特示命令による救済は、占有侵奪者に対抗する場合にのみ利用できた。例えば、X が土地を占有しているとして、Y に占有を奪われたとする。X は、Y に対する関係では占有特示命令で土地の占有を回復できる可能性がある。ところが、Y がさらに Z に当該土地を自らの意思で引き渡した場合、X は Z に対して占有特示命令を用いることができないとされている。すなわち、X は直接の占有侵奪者に対してしか特示命令を用いることができない。X が Z から土地の返還を受けるには、X が土地の所有者でなければならない。<sup>(40)</sup> 市民法上の所有権に基づいて所有物返還請求訴訟を提起するしかない。

第三に、占有特示命令によって占有が維持されたとしても、本権（所有権）が認められたわけではない。そういった意味では占有特示命令による解決はある種の迂遠さを持っている。そもそも占有特示命令にかぎり、争う当事者間では占有権原は意味を持たない。「占有侵奪者は自身が所有者であると抗弁することすらできない」とされている。占有特示命令において問題になっているのは、占有そのものなのである。<sup>(41)</sup> 全ての占有特示命令においては、占有のための権利が問題となっているのではなく、現在のあるいは以前の事実上の占有が問題となっている。当事者のいずれ

(39) なお、前掲吉野135頁は、このような占有特示命令の複雑なシステムを庶民が使いこなせたかについて疑問を呈している。というのも、*interdictum de precario* などを別とすれば、暴力で侵奪される側はたいてい小農民であったと推測するからである。

(40) 以上、Cf. Nicholas, *Roman Law*, pp. 108f. なお、Nicholas は、古典法においては動産に関しては必ずしも所有者である必要はないという。なぜなら、動産に関しては、直近の1年間で相手方より長く占有していたことで足りたからだという。Nicholas, *ibid.*, p. 108 n. 1.

(41) 以上、Nicholas, *ibid.*, p. 109.

も、その物についての権利、あるいはその物に由来する権利を引き合いに出すことはできないのである。<sup>(42)</sup> そのことを表しているのが学説彙纂の以下の法文である。

D. 41, 2, 12, 1 (Ulpianus libro 70 ad edictum): Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasset, qui rem vindicavit.

学説彙纂41巻2章12法文1（ウルピアーヌス、告示註解70巻）：「所有権は占有とは何ら共通性を持たない。そして、それゆえに物の返還請求を開始した者について『あなたたちが占有するように』の特示命令は拒絶されない。なぜなら、物の返還請求をした者は占有を放棄したとみなされないからである。」

ウルピアーヌスは、所有と占有が共通ではないと、端的に述べている。そして、所有物返還請求をしたからといって、「あなたたちが占有するように」の特示命令は拒絶されないと語っている。この特示命令は既に述べた通り、不動産に関する占有保持の特示命令である。占有特示命令が認められる理由は、所有物返還請求をしたことが占有放棄には結びつかないか

---

(42) 以上、Jörs/ Kunkel/ Wenger, S. 118. 同様の指摘は、Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 129においても見られる。すなわち、次のような記述である。「全ての占有の訴えに共通しているのは（今日と同じようにローマにおいても）、『占有のための権利に基づく抗弁』（いわゆる『本権の抗弁』）がそれらの占有の訴えに対しては排除されているということである。従って、被告は、自身には所有者として（あるいはその他の物権的権利や債権的権利に基づいて）その物の占有のための権原があるという主張によって自身を防御することはできない。占有特示命令は、占有妨害あるいは占有奪取によって始まった『法の平穩への侵害』の救済を超えては、もはや機能しない。占有訴訟において敗訴した当事者が、自身の所有権（あるいはその他の『占有のための権利』）を援用しようとする場合、彼はこの権利に基づく訴訟において、従って、後続の訴訟において、このことを主張しなければならない。」

らだという。所有権を主張する者が占有を放棄するという例えは奇異にもうつるが、本権に関する訴えと占有保持の訴えは無関係であるということなのだろう。

そして、こうした徹底した棲み分けは、迂遠な結果をも生む。例えば、Yがある土地の所有者で、Xがその土地を占有していたところ、YがXからその占有を奪ったとする。仮に占有特示命令によってXが勝った(Xが占有を取り戻した)としても、この占有特示命令は「短命」である。なぜなら、Yが今度は所有権に基づいて所有物返還請求を提起するからである。Nicholasによれば、こうした本権に関する訴訟と占有特示命令の分離による迂遠さは、自力救済の防止の意味もあったという<sup>(43)</sup>。たとえYが真の所有者であったとしても、XがYの自力救済に対して占有特示命令をもって訴えた場合に、Yが自らの所有権を主張し証明しようとしても、プラエトルはYに対して次のように答えただろうとSchulzは言う。「まずはお前の平穩に対する侵害を正せ。それから我々はお前の権利について議論しよう。私は平穩を侵害する者の権原について議論することを拒否する<sup>(44)</sup>。」

最後に、占有特示命令について次のような時的限界を指摘する研究者もいる。すなわち、不動産に関する占有訴訟においては、訴訟の提起の時点で占有者だった者に限られる<sup>(45)</sup>。また、動産に関しては、既述のように、「どちらかに」の特示命令(動産占有保持の特示命令)は最終の1年において「暴力でもなく秘密でもなく容仮でもなく(nec vi nec clam nec precaio)」占有した者に適用され、その最終の1年は特示命令発布の日からさかのぼって相手方より長い期間占有した者に適用される<sup>(46)</sup>。従って、当該動産の以前の占有者が占有訴訟の前年に、現占有者よりも短い期間しか

(43) 以上、Cf. Nicholas, Roman Law, p. 109.

(44) Cf. Schulz, CRL, p. 445.

(45) Jansen, Usucapio a domino en actio Publiciana, p. 29.

(46) Cf. Biondi, Il Diritto Romano, p. 425.

占有していなかった場合には、その以前の占有者は当該動産の占有を主張する可能性を喪失した。例えば、使用取得の途中にあった占有者が占有を失い「7か月後にその物を見つけ出したとしても、その者は無力だった」<sup>(47)</sup>。

以上のように、占有特示命令制度は、占有そのものを保護するために設けられた制度であり、目的物を買主として占有している者にとっては欠陥も多い。結局は所有権とは何ら関係ないため、第三者から新たな干渉を受ける可能性がある。占有特示命令を通じて得られる保護は単なる暫定的な占有状態の確保であり、本権たる市民法上の所有権の帰趨とは全く関係がないことから、根本的な解決にはなっていないのである。こうしたことから、売買などによって権利を承継した者にとって必ずしもその保護に役立つ制度ではなかったといえることができる<sup>(48)</sup>。さらに直截的で簡便なシステムがなかったか、検討の必要がある。

## 第2節 売却され引き渡された物の抗弁 (exceptio rei venditae et traditae)

### 1 抗弁の構造

そもそも、買主が市民法上の所有者（売主）から手中物を握取行為で譲渡された場合、あるいは買主が市民法上の所有者（売主）から非手中物を引渡しで譲渡された場合には、買主は市民法上の所有者となるため、何らの問題も生じない。しかし、それ以外の場合には、売主との関係でも問題が生じる<sup>(49)</sup>。学説彙纂には、買主に対する救済手段として、「売却され引き渡された物の抗弁」についての法文が残されているので、まずはそれを見

(47) Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, p. 29.

(48) 船田『ローマ法2』536頁は、「特示命令申請の手続が時には担保の設定を要して多くの費用がかかるだけでなく、「特示命令によっては」占有の根拠となる「本権の問題が解決され得なかった」ことが後述のプーブリキウス訴権導入の要因であると予想する。

(49) この点の議論については、筆者の既発表論文の脚注部分において既に触れている。しかし、改めて構造的に解析する意味でも、本稿の主題との関係で論ずる必要がある。清水「ボナ・フィデース（1）」227頁注54。

てみよう。

D. 21, 3, 1 pr. (Ulpianus libro 76 ad edictum): Marcellus scribit, si  
 alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione  
 recte repellendum.<sup>(51)</sup>

学説彙纂21卷3章1法文首項(ウルピアーヌス、告示註解76卷):「マルケッルスは次のように書いている。あなたが他人の土地を売り、その後、自分の物となったと訴えた場合、この抗弁によって正当に防御されるべきである。」

上記の法文はウルピアーヌスがマルケッルスの見解について伝えているものである。マルケッルスが述べるには、他人の土地を売った者は、その後に自分の物であるとして訴えても、「この抗弁」によって防御される。他人物を売った者が、その後自分の物であるとして訴えていることから、他人物の売却後に売主が何らかの方法で所有権を得て所有物返還請求(rei vindicatio)を提起している場合を想定していると考えられる。「この抗弁」については、学説彙纂21卷3章の表題からわかる。つまり、21卷3章の表題は“De exceptione rei venditae et traditae. (売却され引き渡された物の抗弁について),”であることから、「この抗弁」も「売却され引き渡された物の抗弁」を指していることになる。

「売却され引き渡された物の抗弁」は、自分が所有者だと主張する原告に対する、被告の抗弁である。<sup>(52)</sup> 上記の学説彙纂の法文の事例では、他人物

(50) factum は形の上では「中性名詞 factum」と変わらないが、ここでは動詞 facere の受動態完了分詞、あるいは動詞 fio (inf.: fieri) の完了分詞と考えた。また、tuum, factum はいずれも単数対格である。すなわち、不定法 esse が省略されており、“factum tuum esse”が主動詞 petere に従属する対格不定法句である。結局、“petere factum tuum esse”で「自分の物となったと請求する」ということになる。

(51) repellendum は動形容詞で、いわゆる非人称的表現(あるいは id などの主語の省略)と考えた。

の売主、すなわち無権利者が後に買主に対して所有物返還訴訟を提起した場合が想定されている。

しかしながら、この抗弁が適用されるのは売主が売買の際に無権利者であった場合にとどまらない。例えば、手中物（res mancipi）を握取行為（mancipatio）や法廷譲渡（in iure cessio）によらず単なる引渡し（traditio）で譲渡した場合、適度な譲渡要件を満たしていないため、売主が市民法上の所有者であっても、買主は市民法上の所有権を取得することができない<sup>(53)</sup>。従って、売主は依然として市民法上の所有権者であり、買主に対して所有物返還請求訴訟を提起できる<sup>(54)</sup>。しかし、買主に対して目的物を売った当の本人である売主が、依然として市民法上の所有権者であることを理由として、買主に対して所有物返還請求訴訟を提起することは「明らかに不合理」<sup>(55)</sup>であり、「公平の見地」<sup>(56)</sup>から許されるべきではないだろう。それゆえに、無権利の売主から買った場合に限らず、手中物を買ひ市民法上の所有者である売主から引渡しによって譲渡された買主も、売却され引き渡された物の抗弁を利用して保護されると考えられている<sup>(57)</sup>。

なお、こうした手中物の所有者（売主）と手中物の買主との関係について、「クイリーテースの所有者」と「ボニタリーの所有者」との関係として論ずる場合がある。例えば、ある手中物を「クイリーテースの所有者」から買い、引渡しのみによって受領した者は、「ボニタリーの所有権（bonitarisches Eigentum）」を有し、「売却され引き渡された物の抗弁」は譲渡人の「クイリーテースの所有権」よりも買主の「ボニタリーの所有権」<sup>(58)</sup>を強力なものとする、と構成するのである。こうしたことから、ロー

(52) Cf. Berger, p. 460.

(53) Vgl. Kaser, RPR I, S. 403. なお、Kaser は同箇所で、「プラエトルは公示機能が既に消滅した形式行為を不要とみなし、手中物の場合でも形式自由で足りた」と考えている。

(54) Vgl. Kaser, RPR I, S. 403; 林「使用取得（2）」282頁参照。

(55) 前掲林283頁。

(56) 谷口『ローマ所有権』172頁。

(57) Kaser, RPR I, S. 439.

マ法における二重所有権 (duplex dominium) の問題としてとらえる見方もあり、実際にガーイウス『法学提要』にも関連する記述がある。<sup>(59)</sup><sup>(60)</sup>

以上のことから、売却され引き渡された物の抗弁が機能する場面として、代表的な二つの場合として整理できるだろう。第一に、手中物の市民法上の所有者 X が買主 Y に手中物を売り引渡しによって譲渡した。X は Y に対して所有物返還請求訴訟を提起した。第二に、無権利者 X が手中物あるいは非手中物を買主 Y に売り引渡しによって譲渡した。X はその後 (例えば目的物の所有者の相続人になることによって) 目的物の市民法上の所有権を取得した。X は Y に対して所有物返還請求訴訟を提起した。第一の場合、第二の場合、いずれの場合でも Y は X の所有物返還請求訴訟に対して、売却され引き渡された物の抗弁 (exceptio rei venditae et traditae)<sup>(61)</sup> で防衛できる。

(58) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 169. また、オランダの Jansen も同様の構成で説明する。すなわち、使用取得完成までは譲渡人が「クイリーテースの所有権 (Quiritische eigendom)」を有する者、あるいは「クイリーテースの所有者 (Quiritisch eigenaar)」であるとし、その者から手中物を引渡しによって取得した「ボニタリ的の所有権 (bonitarische eigendom)」を有する者、あるいは「ボニタリ的の所有者 (bonitarisch eigenaar)」との関係として描く。以上、Vgl. Jansen, Usucapio a domino en actio Publiciana, pp. 33ff..

(59) Gai. 1, 54: *Ceterum cum apud ciues Romanos duplex sit dominium (nam uel in bonis uel ex iure Quiritium uel ex utroque iure cuiusque seruus esse intellegitur), ita demum seruuum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritum eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, is potestatem habere non intellegitur.* ガーイウス『法学提要』1, 54: 「さらに、ローマ市民の下では所有権は二重であるから (なぜなら、財産中であって、あるいはクイリーテースの権に基づいて、あるいは両方の権利に基づいて、各人のものであると解されているため)、その者の財産中にある場合には、それゆえに奴隷が主人の権力の下にあると我々は言う。たとえ他方でクイリーテースの権に基づいては同人のものでないとしても、である。: というのも、奴隷において空のクイリーテースの権を有する者は、権力の下に持っているとは解されないからである。」なお、ラテン語原文は FIRA II, p. 18f. による。

(60) Jansen, Usucapio a domino en actio Publiciana, p. 34.

(61) 以上、Cf. Schulz, CRL, pp.377f.: Vgl. Jörs/ Kunkel/ Wenger, S. 143.

ただし、この抗弁は所有者が提起した所有物返還請求訴訟に対抗するものなので、Xが市民法上の所有者である場合を想定していることに注意が必要である。従って、買主Yが無権利者Xから目的物を買った場合には、後にXの無権利が追完され市民法上の所有者としてYに請求している場合に限定される。

とはいえ、この抗弁が機能した場面の多くは、一番目の、手中物の市民法上の所有者が買主に手中物を売り引渡しによって譲渡した場合であったと考えられる。無権利者が手中物あるいは非手中物を買主に売り、引渡しによって譲渡したが、その後無権利が追完され所有者となったという場面は、そう頻繁に起こりえた事例ではないだろう。

ちなみに、目的物を買われたのではなくて贈与されたりその他の原因によって引き渡された場合には、売却され引き渡された物の抗弁の代わりに、場合に応じて事実抗弁（*exceptiones in factum*）や一般的な悪意の抗弁（*exceptio doli*）が用いられる<sup>(62)</sup>。

## 2 その他の訴権

### (1) 追奪担保訴権（*actio auctoritatis*）

補足として、以下ではその他に買主保護に資すると思われる訴権について検討する。ただし、以下の保護手段は、売買そのものの成り立ちやローマ法における契約と深く関係するものと考えられるので、別稿において改めて詳細に論ずることとなろう。本稿では、買主保護の手段として紹介するにとどめておく。

まず、譲渡人（売主）が市民法上の所有者であろうと無権利者であろうと、手中物が握取行為によって譲渡された場合に、その手中物が譲受人（買主）から追奪されたとすれば、買主は売主に対して追奪担保訴権（*actio auctoritatis*）をもって代金の2倍額を請求できる<sup>(63)</sup>。ただし、売買代

(62) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 169.

(63) 詳細につき、清水「ボナ・フィデース（1）」199頁。なお、Kaserはこの2倍

金の支払が要件となっている。<sup>(64)</sup>

従って、手中物が握取行為によって譲渡された場合には、売主の無資力というリスクを負うことにはなるが、少なくとも買主が全く保護されず「泣き寝入り」ということはない。とはいえ、追奪担保訴権は所有権の帰趨とは関係がなく、あくまで財産的な損害を補填する意味しかない。そう<sup>(65)</sup>いった意味では、本稿が問題にしているような売買対象物がいずれに帰属するかという問題に関しては根本的な解決にはならないと言うべきだろう。また、買主であっても、握取行為を用いなくて引渡しによって譲渡された場合には以下の例外を除いて訴権を利用できない。

## (2) 二倍額の問答契約 (stipulatio duplae)

上述のような追奪担保責任は、もともと握取行為があったからこそ生じた効果ということができ、それ以外の方法で同様の効果を得ることができた。それこそが二倍額の問答契約 (stipulatio duplae) であって、いわば追奪担保責任を契約上で模倣した「違約罰の特約」のようなものである。その場合、売主は、手中物を引き渡した相手である買主に対して、「将来の追奪」に備えて売買代金の 2 倍額の支払を約束した。<sup>(66)</sup>

二倍額の問答契約は、<sup>(67)</sup>外人との取引における手中物の売買から発生したと考えられている。しかし、非手中物の売買や、法廷譲渡や引渡しによる譲渡の場合など、手中物の取引以外でも利用することができるようになっ

額の性質を「目下のところ損害賠償の総計と理解されている」としている。Vgl. Kaser, RPR I, S. 554. その他詳細につき、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 261ff..

(64) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 262.

(65) 第三者から所有物返還請求訴訟を提起された場合に、その第三者に対抗して取得物を守るために、訴訟において買主を援助するように売主に頼むことができるという意味では、所有権保護に役立つとも言える。しかし、それは握取行為そのものから導かれる効果であって、売主が援助を拒絶したり援助が失敗した場合に生じるのが追奪担保責任 (actio auctoritatis) である。Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 261f.; 清水「ボナ・フィデース (1)」199頁参照。

(66) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 263.

(67) ここでいう外人とは、通商権を有する非ローマ市民である。

たという。さらには、当事者次第で1倍額、3倍額、4倍額といった合意も可能であったと指摘されている<sup>(68)</sup>。

その他には買主訴権（*actio empti*）を用いることが考えられる。これは元来は売主に「欺き（*dolus*）」がある場合にのみ、担保のために存在しており、買主は追奪が起こる前でも訴えることができた。またユーリアーヌスの法文以後は、最終的にすべての追奪の事例でこの買主訴権の利用が可能だったという<sup>(69)</sup>。ただし、やはりこの訴権の本質も賠償であると考えられるので、結局は買主である占有者の保護という意味では所有権如何に関するものではない。

以上で述べてきたことに関しては、複雑な議論をしてきたため、やや構造がわかりづらくなった感がある。そこで便宜のため、ひとまずここまでの議論を図解的に整理してみる。なお、以下の図では、上述の保護手段のうち「売却され引き渡された物の抗弁（*exceptio rei venditae et traditae*）」と追奪担保訴権（*actio auctoritatis*）について整理している（図1）。なお、図中の「○」と「×」は、それぞれ当該訴権を利用できる場合と利用できない場合を表している。また、二倍額の間答契約が交わされていない場合を前提とする。

(68) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 263.

(69) D. 21, 2, 8 (Iulianus libro 15 digestorum): *Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. Quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.* 学説彙纂21巻2章8法文（ユーリアーヌス、法学大全15巻）：「奴隷の売主は、奴隷が売主のものだったという、買主に利害関係のある価値で、買主に責任を負わなければならない。それゆえ、女奴隷の子でも、奴隷が買主の命令によって引き受けた相続財産でも、追奪された場合には、購入に基づいて訴えられ得る。：そして、〔売主が〕売った奴隷を〔買主が〕自由に有するように〔売主が〕保証するという義務を売主が負ったのと同様に、奴隷を通じて獲得された物も、〔買主が〕有するように買主に保証しなければならない。」

(70) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 264.

## 【図 1】

## ●所有者が…

- |        |                    |                              |
|--------|--------------------|------------------------------|
| ・手中物を  | → <u>握取行為</u> で売った | ⇒ 問題無し                       |
|        | → <u>引渡し</u> で売った  | ⇒ 売却され引き渡された物の抗弁○<br>追奪担保訴権× |
| ・非手中物を | → <u>引渡し</u> で売った  | ⇒ 問題無し                       |

## ●無権利者が… (ただし売買後に所有者)

- |        |                    |                              |
|--------|--------------------|------------------------------|
| ・手中物を  | → <u>握取行為</u> で売った | ⇒ 売却され引き渡された物の抗弁○<br>追奪担保訴権○ |
|        | → <u>引渡し</u> で売った  | ⇒ 売却され引き渡された物の抗弁○<br>追奪担保訴権× |
| ・非手中物を | → <u>引渡し</u> で売った  | ⇒ 売却され引き渡された物の抗弁○<br>追奪担保訴権× |

## 3 転得者保護

最後に、使用取得以外の占有者保護手段に関連して、転得者保護について触れておく。本稿では特に、「売却され引き渡された物の抗弁」が転得者に関して果たす役割について論ずる。「売却され引き渡された物の抗弁」は、後述するプーブリキウス訴権 (actio Publiciana) との関係でも重要な意義を有するからである。

さて、売却され引き渡された物の抗弁についての法文で、転得者保護に関連するヘルモゲニアヌスの見解が残されているものがある。すなわち、次の学説彙纂の法文である。

D. 21, 3, 3, pr. (Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum) Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci.

学説彙纂21卷3章3法文首項 (ヘルモゲニアヌス、法の抄録6巻): 「売

却され引き渡された物の抗弁は、物が引き渡された者のためだけでなく、たとえ物が引き渡されていないとしても、その承継者や二番目の買主のためにも、有益である。：なぜなら、物が二番目の買主〔の下〕から追奪されないことは一番目の買主に利害関係があるからである。』

proderit（有益である）というのは、その者にとって当該抗弁が使えるということであろう。従って、ヘルモゲニアヌスの見解によれば、売却され引き渡された物の抗弁は、引渡しを受けた第一買主だけでなく、第一買主の承継者や第二買主も用いることができるということになる。また、その理由として挙げられているのは、第一買主は第二買主が追奪されないことについて利害関係を有しているということである。

従って、売却され引き渡された物の抗弁は、売主から直接買い受けた第一買主だけでなく第二買主も用いることができるということがわかる。<sup>(71)</sup>本来であれば、売却され引き渡された物の抗弁は、実際に売却され引き渡された本人にこそ適格がありそうなものであるが、ヘルモゲニアヌスの見解では、売主が直接に売却しておらず、引き渡してもいない第二買主にこの抗弁を認めている。<sup>(72)</sup>ヘルモゲニアヌスは、その理由について、第一買主は第二買主が追奪されないことについて利害関係を有していることを挙げる。ただ、その理由づけに関しては議論がありそうである。

Kaser/ Knütel/ Lohsse は、この理由について次のように指摘する。まず、売却され引き渡された物の抗弁が、「ある手中物をクイリーテースの所有者から買い、引渡しのみによって受領した者」が用いる抗弁であることを前提とする。<sup>(73)</sup>その上で、次のように述べる。「売主はその買主の利益を尊重しなければならない。」すなわち、その利益とは第一買主が、追奪

---

(71) Jansen は、端的に、売却され引き渡された物の抗弁が「二番目の買主に移転する」と表現する。Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, p. 32.

(72) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 169.

(73) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 169.

を理由として第二買主から売買代金の二倍額の賠償を請求されない利益だという。また、売主が所有物返還請求に成功した場合には次のような「無意味な循環」が生じるという。つまり、第一買主が売主に改めて給付を請求でき、(追奪担保責任を主張していない限りで) 第二買主が第一買主に給付を請求する等々である<sup>(74)</sup>。

他方で、Jansen は、次のように説明する。Jansen もやはり、ここで問題となっている売却され引き渡された物の抗弁が、所有者から手中物を引渡しによって取得したという「所有者からの使用取得占有者 (usucapiens a domino)」の事例であることを前提とする<sup>(75)</sup>。そして、「所有者は売主として阻害されない占有を買主に提供する義務がある」と述べる。この「債務法上の義務」がこの法文の事例にも妥当し、第一買主には、売主として手中物に関する「阻害されない占有」を第二買主に移転する義務があるという。その上で、「占有が(所有権に関する)訴訟において妨げられた場合、売主はその訴訟において買主を援助する義務があり、売主は追奪に対抗して買主を守らなければならない」とする。売主が第二買主に当該手中物の占有を請求する場合、第二買主は第一買主を防御のために召喚し、第一買主は売却され引き渡された物の抗弁によって売主に対しては保護され、第二買主はその前主の助けを借りて所有権訴訟に勝訴することになったという。そこで、第一買主を「召喚するという中間的な手段」をやめ、第二買主に売却され引き渡された物の抗弁を認めたというのである<sup>(76)</sup>。以上が Jansen の説明である。

既に述べた通り、この抗弁が機能した場面は大きく分けて二つあった。しかし、多くの場合は、手中物の市民法上の所有者が買主に手中物を売り引渡しによって譲渡した場合であつたであろう。無権利の追完という場面は、そう頻繁に起こりえた事例ではないという推測にも既に触れた。その

(74) 以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 169.

(75) Cf. Jansen, *Usucapio a domino en actio Publiciana*, pp. 31ff..

(76) 以上、Cf. Jansen, *ibid.*, pp. 32f..

意味では、上記両者の説明が市民法上の所有者から手中物を引渡しのみによって取得した者であることを前提としているのは、首肯できなくはない。

しかしながら、いずれの説明も多少の違和感が否めない。というのも、本稿で述べたような追奪担保責任の本来的な性格から考えると、いずれも、握取行為なく譲渡された手中物に関して追奪担保責任を認めているか、それに類似の効果を認めているように見えるためである。加えて、二倍額の問答契約があったと明示されている事例ではない。

おそらくこれは、ローマ法における売買の発展に関わる議論と考えられる。既に触れた二倍額の問答契約や買主訴権の適用範囲の拡大のように、ローマ法における売買契約の発展の歴史の中での変化を想定できるであろう。すなわち、元来の追奪担保訴権や同様の効果をねらった問答契約や関連する訴権も、その性格を変容させていったことが想像できる。例えば、二倍額の問答契約を締結し取引するのが通例化し、わざわざ握取行為をしていなくても実質的に追奪担保訴権が認められていた場合も考えられる。しかし、そうした経緯は売買契約やそれに付随した契約の発展の体系的な検討なしには語れない。こうした議論は本稿の検討の範疇を超えるので、改めて別稿で論ずる必要があるだろう。

ただ、いずれにせよ、第二買主に売却され引き渡された物の抗弁が認められているという史料上の証拠は動じるものではない。本稿においては、その事実を確認するにとどめ、その余の売買契約の発展に関連する議論は今後の課題としたい。

なお、本稿は買主保護の観点から検討を進めているため、ここまでは転得者についても第二買主に着目してきた。しかしながら、法文上のヘルモゲニアヌスの文言からわかるように、売却され引き渡された物の抗弁は第一買主の「承継者」も用いることができる。従って、事実上、第一買主の全ての権利承継者に拡大される。例えば、第一買主が誰かに贈与した場合でも、その受贈者は、売却され引き渡された物の抗弁を利用することが

<sup>(77)</sup>  
できる。

さらに、売却され引き渡された物の抗弁は、売主の権利を承継した者に対しても用いることができることが、同じくヘルモゲニアヌスの見解から明らかになる。

**D. 21, 3, 3, 1 (Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum): Pariratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.**

学説彙纂21巻3章3法文1 (ヘルモゲニアヌス、法の抄録6巻): 「[売却され引き渡された物の抗弁は、] 同様の理由から、売主の承継者にさえ不利益となる。権利全体について承継したにせよ、せいぜいその物について承継したにせよ、である。」

このように、おそらく、手中物の市民法上の所有者が買主に手中物を売り引渡しによって譲渡したという場合を主たる事例と想定して、この抗弁の適用範囲が拡張されていったと考えられる。つまり、売却され引き渡された物の抗弁は、本来では当該物を売却した売主と直接の買主との間の関係で妥当したのであるが、抗弁を用いる主体として転得者が追加され、また抗弁で対抗する相手方として売主の権利承継者も対象とされた。<sup>(78)</sup>

---

(77) Jansen は、転得者が買主だった場合と比較して、第一買主が第三者に贈与した場合に、第一買主にはその受贈者を保護する義務がない点を指摘する。すなわち、譲渡人が取得者に対して「阻害されない占有を移転するという債務法上の義務があるかどうかは関係がない」という。そして、どのような合意に基づいて履行するかにかかわらず、「譲渡人が手中物を引き渡す場合には常にプラエトルの干渉を正当化するような権利処分が生じる」と説明している。従って、嫁資としてであろうと、贈与としてであろうと、また売買の履行のために引き渡した場合であろうと、その権利処分は同様であるとす。この点をとらえて、「所有からの使用取得占有者の地位」の「物権化」と指摘している。以上、Cf. Jansen, *ibid.*, pp. 32ff..

(78) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S. 169は、「この抗弁が売主の権利承継者、例えば物権的受贈者の不利益になるということは、ポニタリーの所有権がクイリーテースの所有権に勝つということの証明になる」と述べている。

ただし、最後にもう一度付言しておくとして、売却され引き渡された物の抗弁が通用するのは、あくまで、相手方が売主であった場合だけというのが原則である。例えば、売買当時に無権利者だった売主が何らかの方法で民法上の所有権を得て、後になって買主に所有物返還請求をした場合には、売主自身からの請求であるからこそこの抗弁が役に立つ。そして、拡張事例においても、せいぜい売主からの権利承継者に対抗する形でしか用いることができない。

しかし、売主が無権利者で民法上の所有者が他におり、その真の所有者から所有物返還請求を受けた場合も想定できるため、売買の当事者以外の第三者との関係でも保護の方策が必要となる。従って、買主が占有している目的物に関して売買の当事者以外の第三者から干渉を受けた場合について、本稿では更なる検討が必要となってくる。

### 第3章 プーブリキウス訴権（*actio Publiciana*）

#### 第1節 プーブリキウス訴権の問題点

##### 1 本稿における視点

買主が売買目的物を占有している場合に、買主が売主との関係では対抗できるとしても、第三者から目的物の占有について干渉を受けた場合には、どのような結果が生じるのであろうか。使用取得が完成してしまえば、譲渡行為に瑕疵があって占有している買主や無権利者から買った者も、民法上の所有者となることができる。従って、使用取得完成後には自ら所有者として侵害に対処できる。しかし、使用取得が完成する前には民法上の所有権に基づいて権利主張をすることはできず、完成前に占有を奪われてしまう可能性もある。その場合に問題になるのがプーブリキウス訴権（*actio Publiciana*）であると考えられる。

プーブリキウス訴権の性質については謎も多い。当然、ローマ法の研究

者の間でもプーブリキウス訴権の性質については従来から激しい議論が交わされてきた。Diósdi の言を借りれば、プーブリキウス訴権は、どうやら「ローマ法研究の永遠の課題の一つ (one of the everlasting problems of romanistic researches) である」<sup>(79)</sup>。プーブリキウス訴権については論点も多く、本稿において全てを網羅するのは不可能であると考え。本稿では、使用取得制度、特に買主としての使用取得 (usucapio pro emptore) の存在意義を検証するために必要な限りで論ずることとする。

従って、本稿においては、プーブリキウス訴権を用いることができた主体、そしてこの訴権が機能した対象の範囲、そして最後にこの訴権を導入した理由について論じるということになる。そこでは、必然的に使用取得制度との関係性についても触れなければならない。

## 2 プーブリキウス訴権導入の時期

まず、プーブリキウス訴権が導入された歴史的な時期はいつ頃なのだろうか。Diósdi によれば、はっきりとは確証できないものの、Diósdi 自身も支持している通説は紀元前 2 世紀から紀元前 1 世紀にかけてであると考えていると指摘する。そして、Diósdi は特に紀元前 1 世紀に入ってから<sup>(80)</sup>であると考えている。

これに対して、Watson は、紀元後 1 世紀の、おそらくかなり早い時期<sup>(81)</sup>にプラエトルが導入したものだと考えている。

しかし、Kaser をはじめ多くの研究者は、紀元前 67 年にプラエトル (法務官)<sup>(82)</sup> だったクイントゥス・プーブリキウス (Quintus Publicius) によって

(79) Diósdi, *Ownership*, p.154. なお、和訳版として、ディオズディ, G. Y. (佐藤篤士他訳)『ローマ所有権法の理論』(学陽書房、初版、1983)がある。

(80) 以上、Cf. Diósdi, *ibid.*, pp. 155f..

(81) Watson, Alan.: *Roman Law and Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1991, p. 47. なお和訳版として、ワトソン、アラン (龍澤栄治、樺島正法訳)『ローマ法と比較法』(信山社、初版、2006) 56頁。

(82) Broughton, T. R. S.: *The Magistrates of the Roman Republic*, Vol. 2, The Press of Case Western Reserve University, Cleveland, 1968, p. 143.

紀元前1世紀に発案されたもの<sup>(83)</sup>という説を支持している。この説を支持する論者によって、その証拠の一つと考えられているのが次の史料であり、キケロー『クルエンティウス弁護』の一節である。

<sup>(84)</sup>  
Cicero, Pro Cluentio 45, 126: Nuper hominem tenuem, scribam aedilicium, D. Matrinius, cum defendissem apud M. Iunium Q. Publicium praetores et M. Plaetorium C. Flaminium aediles curules, persuasi...

キケロー『クルエンティウス弁護』45, 126: 「最近、私が、プラエトルである D. ユーニウスと Q. プーブリキウス、そしてアエディーリス<sup>(85)</sup>である M. プラエトリーウスと C. フラーミニウスの前で、アエディーリスの書記官であり慎ましい男である D. マトリニウスを弁護していた際に、彼らを説得した…」

以上の史料の中に挙がっている名前のうち、キケロー自身がその前で弁護したと述べている二人のプラエトルのうちの一人、“Q. プーブリキウス”こそ、プーブリキウス訴権の発案者であるとするのが、Kaser らの説である。そしてこの説は、Diósdi のいう紀元前2～1世紀とする「通説」にも、Diósdi 自身の意見にも合致する。

(83) Kaser, RPR I, S. 438 Anm. 2; 谷口『ローマ所有権』174頁注3参照; 林「使用取得(2)」284頁注8。Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.167も、特定のプラエトルには触れていないものの、やはり紀元前1世紀とする。Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 170も同様である。また、Jansen も Kaser を引用し、紀元前67年にプラエトルだった Q. Publicius の創設したものという説に従っている。Jansen, Usucapio a domino en actio Publiciana, pp. 29f., p. 30 n. 16.

(84) ラテン語原文は以下のものによる。Cicero: Pro Lege Manilia. Pro Caecina. Pro Cluentio. Pro Rabirio Perduellionis Reo, Translated by H. Grose Hodge, Cicero Vol. 9, Loeb Classical Library 198, Cambridge, Massachusetts, London, 1927, p. 354.

(85) aedilis の邦訳としては、高等按察官、高等造営官、貴族造営官、高級造営官など、様々な訳があるため、本稿ではラテン語のカタカナ読みそのままにした。

ところが、船田『ローマ法 2』の記述に従えば、プーブリキウス訴権はプーブリキウス (Publicius) というプラエトルによって初めて承認されたことは知られているが、このプラエトルについては何も知られていないので、いつ頃導入されたものなのかは明らかでないという<sup>(86)</sup>。

筆者自身も、多数説が挙げているこの Q. プーブリキウスなるプラエトルがプーブリキウス訴権を導入したかどうかは、確信が持てない。その意味では、上掲の船田が述べることに賛同するものである。ただし、後述のように、この訴権は使用取得 (usucapio) を前提としており、その修正を意図して考案されたものということができる。従って、少なくとも前後関係でいえば使用取得が通用した後に登場したものとは言えよう。筆者としては、使用取得の登場よりは後ではあるが、導入時期不明とする方が正しいと考える。

## 第 2 節 訴権付与の対象

### 1 史料上にあられた対象

時代はそれとして、今度はプーブリキウス訴権の内容について論ずる必要がある。本稿でまずもって検討するのは、プーブリキウス訴権が付与された対象である。これを議論しないことには、プーブリキウス訴権が導入された契機・理由を論ずることもできまい。まずは、法学教師ガイウスが残した史料を見てみることにする。

Gai. 4, 36: <sup>(87)</sup>〈Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana<sup>(88)</sup> uocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem<sup>(89)</sup> nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non<sup>(90)</sup>

(86) 船田『ローマ法 2』534頁。Schulz, CRL, p. 375は、やはり知られていないプラエトルとするが、導入時期を紀元前 1 世紀とする。

(87) ラテン語原文は FIRA II, p. 158による。

(88) 〈 〉部分はヴェローナ写本では欠落しており、校訂者が補った部分である。

(89) eam は rem、すなわち、res (物)を指すだろう。

potest eam EX IVRE QVIRITIVM SVAM ESSE intendere, fingitur rem  
 usecepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit,  
 ueluti hoc modo IVDEX ESTO. SI QVEM HOMINEM A. AGERIVS EMIT<sup>(91)</sup>  
 〈ET〉 IS EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM  
 HOMINEM DE QVO AGITVR EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE  
 OPORTERET et reliqua.

ガイウス『法学提要』4, 36: 「〈同様に、プーブリキウス〔訴訟〕  
 と呼ばれる〈訴訟においては、使用取得が形成される〉。ところで、この  
 訴訟は次の者に付与される。正当な原因に基づいて自身に引き渡された物  
 をまだ使用取得しないで、占有が失われて、その物を請求する者である。  
 というのも、なぜなら彼はその物が『クイリーテースの権に基づいて自分  
 の物である』と主張できないので、物を使用取得したことが形成され、そ  
 して、あたかも彼が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、例えば次の方法で主張する。『〔誰々が〕 審判人となるように。この  
 奴隷を A. アゲリウスが購入し、〈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』そして等々。」

ガイウスによると、プーブリキウス訴権を利用した訴訟では使用取得  
 が形成されるという。「形成される」は、端的に「擬制される」という意  
 味であろう。<sup>(92)</sup> そして、訴権が付与されるのは、正当原因に基づき引渡しを  
 受けたが、使用取得が完成しないうちに占有を失ってしまい、その物に関  
 して請求を立てる者である。ガイウスが最後に挙げている主張の例は売買  
 の事例であるが、その場合には正当原因は売買であると考えられよう。<sup>(93)</sup>

(90) amissa possessione は奪格の独立句（いわゆる絶対的奪格）で、「possessio が  
 amittere されて」= 「占有が失われて」と読んだ。

(91) homo は通常、人を意味するが、売買の目的物という文脈から奴隷と訳すべき  
 である。

(92) 佐藤『法学提要』193頁参照。

さらに、この訴権が付与される理由として、クイリーテースの権に基づいて、従ってローマ市民法上の所有権に基づいて自分の物であると主張できないからであるという。

つまり、正当原因に基づいて引渡しを受けたが、ローマ市民法上の所有権者ではないため、占有を奪われても所有物返還請求訴訟を提起できない。従って、そのような者のために訴権を付与すると述べており、本稿でこれまで述べてきたローマ所有権秩序の発想に合致する。最後にガイウスは、プーブリキウス訴訟においては使用取得が擬制され、市民法上の所有者であるかのように請求できると述べ、その主張方式を例示している。

以上がガイウスの伝えている内容の概要であるが、擬制の性質に関する議論は後で触れることとして、まずもって訴権を付与する対象が問題となろう。ガイウスによると、正当原因に基づいて引渡しを受けた者しか挙げられていない。本稿でこれまで述べてきた事例のうち、非手中物を引渡しで買った者は直ちに市民法上の所有者になるから問題がないとしても、手中物を握取行為によらず引渡しによって譲渡されたために、市民法上の所有者となれなかった者だけを対象としているようにも読めるからである。すなわち、無権利者から目的物を買占しているが、使用取得がいまだ完成していない者は除外されているようにも読めないことはない。はたして、無権利者からの買主はプーブリキウス訴権付与の対象とはならないのだろうか。さらに史料を検討することにする。

D. 6, 2, 1 pr. (Ulpianus libro 16 ad edictum): Ait praetor: “Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.”

学説彙纂 6 卷 2 章 1 法文首項 (ウルピアーヌス、告示註解16巻): 「プラートルは宣言する。『ある者が正当原因に基づいて所有者ではない者から引き渡され、まだ使用取得されていない物について請求するならば、私は訴

(93) 正当原因については、清水「ボナ・フィデース (1)」207頁以下参照。

## 訟を与えよう。』』

上記のウルピアーヌス法文（便宜上以下では「ウルピアーヌス法文（1）」とする）によると、プラエトルは、正当原因に基づき無権利者から目的物を引き渡されたが、使用取得が完成していない物を対象としている。仮に売買の場合であるとするならば、正当原因は売買である。そして、その物に関する請求は先に挙げたガイウス文と同様、所有物返還請求だと考えられよう。また、プラエトルは訴訟を与えると言っているが、これはプーブリキウス訴権を付与するという意味だと考えられる。事実、ユスティニアヌス帝の法典編纂委員は6巻2章に“De publiciana in rem actione”すなわち「物に対するプーブリキウス訴訟について」という表題をつけており、この法文の「訴訟」もプーブリキウス訴訟を指していると考えられるからである。

前掲のガイウス文とこのウルピアーヌス法文（1）を併せ考えると、プーブリキウス訴権は、所有者から手中物を握取行為によらず引渡しによって買い占有していた者、無権利者から目的物を買って占有した者のいずれにも付与されるということになりそうである。

## 2 訴権の付与対象に関する論争

### （1）本稿の立場

ところが、Diósdíによれば、ローマ法研究者の間では大多数（the majority of writers）が所有者から（from the owner）取得した者だけがプーブリキウス訴権を付与されたと考えており、また、その多数説の最大の根拠はインテルポラティーオー（interpolatio、改竄）<sup>(94)</sup>である。結論からいえば、筆者は所有者から取得した者だけでなく、無権利者から取得した者にもプーブリキウス訴権が付与されたとする説を支持する。<sup>(95)</sup>Diósdíによれ

(94) 以上、Cf. Diósdí, *Ownership*, p. 158.

(95) 例えば、Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.167f.; Jansen, *Usucapio a domino en actio*

ば、この論争の発端は無権利者からの取得者にも訴権付与が認められると考える Wubbe と所有者からの取得者にしか訴権付与は認められないと考える Sturm の間で起こったものようである。

本稿は、使用取得との関係でプーブリキウス訴権の機能について検討することが第一の目的であり、また、既に多くの論文においてこの対立について詳細な整理がなされているため、改めて対立点について詳細に触れることはない。加えて、Apathy が「Wubbe と Sturm の対立する見解は完全には論破されえない」と述べるように、本稿はいずれかの見解が完全に正当であるとして賛同するものでもない。従って、本稿では、最低限の対立点の整理をしたうえで私見を提示するということになる。

あえて本稿の立場の基本方針を一言で述べれば、安易に改竄 (interpolatio) を認めずに、忠実に法文史料を検討していくということになる。

## (2) Sturm 説

上述のような見解の対立は、プラエトルが発するプーブリキウス訴権の告示の再構成という土俵で生じたものであって、その研究史はプーブリキウス訴権の「告示再構成の論理の集合である」とも言われる。<sup>(96)</sup>

Sturm は、Wubbe の理論に反論する形で Lenel の見解に賛同し、この系譜に連なるもう一人が De Visscher <sup>(99)</sup> である。以下に Lenel の記述を引用

Publiciana, pp.29ff.; Diósdí, *ibid.*, p.158.; Hausmaninger/ Selb, RPR, S.170f.; Schulz, CRL, pp.376ff.; 吉野『ローマ所有権』228頁; 船田『ローマ法2』534頁以下特に536頁以下。

(96) プーブリキウス訴権に関する学説上の対立については、以下の文献において詳細に整理されているので、参照されたい。Cf. Diósdí, *ibid.*, pp. 154ff.; Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 23; 吉野『ローマ所有権』189頁以下、特に217頁以下。

(97) Apathy, a.a.O., S.24. また、Diósdí, *ibid.*, p. 155もこの論争には決着がついていないと考えている。

(98) 吉野『ローマ所有権』217頁。

(99) Vgl. Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 26.

する。

「またおそらく考慮されなければならないのは、私が正しく再構成したとして、プラエトルのプーブリキウスが次のような認識を持たなかったということである。つまり、その告示が該当する領域の中に二つの場合が区別されうるという認識である。：プーブリキウスはただ単に手中物が正当原因に基づいて引き渡された者を保護しようと望んだ。法学（die Jurisprudenz）が初めて二つの場合—所有者からの取得、非所有者からの善意取得—を分離した。それは、法学がボニタリーの所有者について単なる善意占有者よりも広範な権利を認めたことによる。<sup>(100)</sup>」

このように、Lenel はプーブリキウス訴権の二つの領域における機能を認めながら、なぜか、プーブリキウス訴権はもともとボニタリーの所有者（従って所有者から手中物を引渡しによって受領した者）を保護するために創設されたとし、その理由として古ローマの法律訴訟においてこのボニタリーの所有者が保護されなかった点を挙げる。<sup>(101)</sup>このように、Lenel は基本的に、プーブリキウス訴権の元来の目的は、所有者から手中物を引渡しによって取得した者の保護だと考えている。

これに賛同する Sturm は、次のように述べている。

「所有者からの使用取得が法律上の根拠に基づいており、また、12表法で認められていた一方で、非所有者からの使用取得は慣習法上の改革（eine gewohnheitsrechtliche Neuerung）である。つまり、法学によって初めて導入された改革である。<sup>(102)</sup>」

---

(100) Lenel, Otto.: Nachträge zum Edictum Perpetuum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (SZ), vol. 20, 1899, S. 29.

(101) Vgl. Lenel, a.a.O., S. 29ff.; Vgl. Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 26. Lenel は、他の記述においても同様の趣旨の指摘をする。「私の構成が正しいとすれば、告示と方式書は手中物に関するものである。—非手中物の善意取得へと訴訟を拡張することは法学によって初めて生じただろう。」以上、Lenel, Otto.: Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3., verbesserte Auflage, B. Tauchnitz, Leipzig, 1927, S. 172.

(102) Sturm, Fritz., Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, Revue

このように、Sturm の系統に属する論者は、プーブリキウス訴権が（あるいは使用取得自体も）本来は所有者から手中物を引渡しによって取得した者を保護するために存在していたと考えるわけである。

### (3) Wubbe 説

そもそも Wubbe は、基本的に、プーブリキウス訴権の目的を、正当原因に基づく取得者を保護するものと考えている。<sup>(103)</sup> Wubbe の見解は、伝統的な考え方に反対し、プーブリキウス訴権の本来の機能として、定められた方式を履践せずに取得した者の保護ではなく、「ボナ・フィデースの占有者 (bonae fidei possessor)」の保護を目的としていると考えたもの、と評価<sup>(104)</sup>されている。

実際、Wubbe は、プーブリキウス訴権がもともとは手中物が所有者から引渡しによって譲渡された場合に関する訴権であるとする論者に対し、そうした見解に基づいた告示の再構成を以下のように批判している。

「プラエトルのプーブリキウスによって考えられた仮定 (l'hypothèse) は、それゆえ次のものだという : res mancipi tradita a domino [所有者から引き渡された手中物]。そして、告示は方式の不備を補うことだけ (à couvrir le seul vice de forme) を目的としていたという。この見解は、重大な反論に衝突すると我々は考える。 : …。」<sup>(105)</sup>

なお、Wubbe がこのようなプラエトルの告示の再構成について批判する理由については、後述の私見の部分で触れることとする。いずれにせよ、Wubbe は、プーブリキウス訴権が付与される対象として、無権利者から目的物を取得した者も含める。

---

Internationale des droits de l'antiquité (RIDA), 3<sup>e</sup> série, Tome 9, Office International de Librairie, Bruxelles, 1962, P. 409; 吉野『ローマ所有権』225頁。

(103) Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 29.

(104) Cf. Diósdí, Ownership, p. 154.

(105) Wubbe, F. B. J.: Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne, Revue Internationale des droits de l'antiquité (RIDA), 3<sup>e</sup> série, Tome 8, Office International de Librairie, Bruxelles, 1961, p. 430.

他方で、Diósdí は、次のように述べている。

「プーブリキウス訴権は使用取得の擬制に基づいていたので、この救済は必然的に非所有者から取得した者にも利用できた。使用取得に固有の特徴 (an inherent feature) とは、前主の権原が考慮の外に置かれたままとなり、従ってプーブリキウス訴権が確かに元来からボナ・フィデーヌの占有者 (bonae fidei possessor) にすぎない者を保護したに違いないということである。その限りで私は Wubbe に賛成する。<sup>(106)</sup>」

このように、Diósdí は、少なくとも、プーブリキウス訴権が無権利者からの目的物取得者をも訴権付与の対象とすることに関しては、Wubbe と同様に認める。

### 3 その他の対立点

Wubbe と Sturm の間の対立点はこれだけにとどまらない。例えば、Wubbe は次のように述べる。

「…プーブリキウス訴権の方式書は原告に次の証明を要求しない。；すなわち、原告が握取行為や引渡し時点から、所有者となったかそうではなかったか (soit devenu propriétaire ou non)、という証明である。方式書は、審判人が次のような主張を確かめることだけを強いる。：『ひとたび期間が経過すれば、私は所有者となっただろう « Le délai une fois accompli j'aurais été propriétaire »。』<sup>(107)</sup>」

このように、Wubbe が認めるプーブリキウス訴権の効果は、立証の緩和である。こうした Wubbe の発想は「悪魔の証明」という概念を前提として<sup>(108)</sup>いる。すなわち、過去に占有によって目的物を取得してきた代々の譲渡人を順次さかのぼっていき、全ての前の譲渡人が所有者であったことを

(106) Diósdí, *Ownership*, p. 165.

(107) Wubbe, *Quelques remarques* (注105), p. 422.

(108) Cf. Wubbe, *ibid.*, p. 422; Apathy, *Schutz des Ersitzungsbesitzes*, S. 30ff.; 吉野『ローマ所有権』223頁以下参照。

証明しなくては、自らの所有権取得も証明できないということであり、もともと使用取得自体にはこの「悪魔の証明」から解放する効果があるとする研究者が多い。<sup>(109)</sup>

ところが、Sturm は次のように、「悪魔の証明」という前提を否定する。

「悪魔の証明というドグマは、古典期のものではなく (nicht klassisch)、古典期後やユスティニアヌスの法源にすら基づいていない。その名称のように、その事柄も、注釈にその端を発する中世や近代の考察に由来し<sup>(110)</sup>ている。」

Sturm と同様に、Diódsi もこの「悪魔の証明」という前提を否定する。<sup>(111)</sup>

結局、所有物返還請求 (rei vindicatio) を行うに際しての立証の困難ゆえに、プーブリキウス訴権を用いることでその困難が緩和されたか否かについての議論は、古典期ローマ法において所有権の証明が困難であったか否かという議論を前提としており、こうした議論はもはや水掛け論の様相を呈している。<sup>(112)</sup>

私見を述べるとするならば、筆者自身は、プーブリキウス訴権が立証内容において簡便であることを理由に、所有者がこの訴権を用いることはあり得たと考えている。そもそも、所有物返還請求自体が actio (訴権) であって、「権利を有している原告の訴えではなく、権利を有していると信じ、そしてそれを証明することができる」と信じている原告の訴えである。従って、所有物返還請求とは、所有者の訴えではなく、所有者であると主張する者の訴えである。<sup>(113)</sup>そして、原告の主張が正しいことを確認す

(109) 例えば、Cf. Biondi, *Il Diritto Romano*, p.401; Cf. Gaudemet/ Chevreau, *Droit privé romain*, p. 239. また、清水「ボナ・フィデース (1)」202頁参照。

(110) Sturm, *Zur ursprünglichen Funktion* (注102), S. 364.

(111) Cf. Diódsi, *Ownership*, pp. 160ff.; Vgl. Apathy, *Schutz des Ersitzungsbesitzes*, S. 30.

(112) このような議論のやりとりについては、吉野『ローマ所有権』223頁以下参照。

(113) Wubbe, F.: *Die revindicatio des Nichteigentümers* (D. 41, 6, 2), *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*,

る判決が出た場合に、いわば「回顧的に (rückblickend)」、今回の所有物返還請求は所有者の訴えであったことが確定されるにすぎない<sup>(114)</sup>。従って、所有物返還請求自体が、所有者でなければ提起できない訴訟というわけではなく<sup>(115)</sup>、自身が所有者であると主張したい者がプーブリキウス訴権を選択することは往々にしてあり得たと言うべきであろう。

#### 4 訴権付与の対象に関する私見

既に述べた通り、本稿は Sturm と Wubbe の論争について、いずれの立場をとるかを表明するものではない。事実、Diósdí も、ある部分では Sturm に賛同し、ある部分では Wubbe に賛同しつつ議論を展開している<sup>(116)</sup>。また、Apathy も、いずれかの見解に特に賛同するのではなく、「Wubbe と Sturm の対立する見解は完全には論破されえない」として、「この問題が座礁している」ことを前提に、「対立見解の調停のために」議論を進めているのである<sup>(117)</sup>。また、本稿は、多くの研究者たちが長大な時間を費やしてきたプラエトルの告示の再構成に関与するものではない。

以下では、これらを念頭に置いたうえで、プーブリキウス訴権付与の対象に関する私見を提示するものである。

まず、本稿の方針として既に述べたことであるが、筆者としては法文史料を第一の前提として考えたい。従って、既に挙げたウルピアーヌス法文(1)において、「ある者が正当原因に基づいて所有者ではない者から引き

Herausgegeben von: Pascal Pichonnaz, Nedim Peter Vogt, Stephan Wolf, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, S. 745.

(114) Vgl. Wubbe, a.a.O., S. 746.

(115) 現代日本の民事訴訟でも、「給付の訴えにおいては、自らがその給付を請求する権利を有すると主張する者に原告適格がある」ので、所有権に基づく返還請求権を主張する者には原告適格が認められる。最三判平成23年02月15日集民第236号45頁参照。

(116) Diósdí, Ownership, p. 165では、Sturm と Wubbe のいずれの説にも部分的に賛同することを明示している。

(117) 以上、Vgl. Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes, S. 24.

渡され」という文言があることを重視しなければならない。「所有者ではない者から」引き渡された者が訴権付与の対象となると明示されている以上、無権利者から目的物を取得した者も訴権付与の対象と考えるのが自然であろう。否定するには、必然的に「改竄 (interpolatio)」を主張することが必要となると考える。しかし、少なくとも、改竄を安易に認めるべきではない。

さらに、既に挙げた Gai. 4, 36によれば、ガーイウスは、「正当な原因に基づいて自身に引き渡された物をまだ使用取得しないで、占有が失われて、その物を請求する者」に訴権を付与するとしている。ここでは、手中物を所有者から引渡しによって取得した者と、非所有者から目的物を取得した者とを区別していないと読むことができる。<sup>(118)</sup>従って、無権利者から目的物を取得した者も含むとしても矛盾はない。

また、私見として、以下のような Wubbe の疑問の提起が的確であるように思う。

「実際にプーブリキウス訴権が、プーブリキウスという法務官によって、方式の不備を補うことだけ (à couvrir le seul vice de forme) を目的とされていたとすれば、なぜ彼が方式書の中で si anno possedisset [1年占有していたならば] という擬制を是認したのかうまく理解されえない。彼は si mancipio accepisset [握取行為で受領していたならば] あるいは si (res) in iure cessa ei fuisset [物が] 法廷で彼に譲渡されていたならば] という擬制を是認する必要はなかったのか?<sup>(119)</sup>」

Wubbe の疑問の提起は Sturm らに対する痛烈な批判であるとともに、プーブリキウス訴権の本来的な性質を露わにしているように思う。「占有の継続」と「期間の経過」のみを擬制して、握取行為や法廷譲渡があった

(118) Apathy, a.a.O., S. 25. 前掲 Apathy は、「原告がいわゆるボニタリーの所有者であるか非所有者からの善意の取得者であるかは全く区別していない」と表現している。

(119) Wubbe, Quelques remarques (注105), p. 430.

という事実を擬制しなかったのは、まさにプラエトルが所有権譲渡に必要な形式的行為を履践していないという瑕疵を治癒することだけを意図して<sup>(120)</sup>いなかったという事実を示すことになるからである。

加えて、本来の使用取得が認められるのは、本稿でこれまで述べた通り、所有者からの取得者と無権利者からの取得者の両方である。カテゴリー分けをすることはできるが、そのいずれの類型も使用取得の対象となる。筆者は、これらの類型を区別することは可能であるが、プーブリキウス訴権による保護対象として別異に解し、一方は保護対象から除外するという根拠が希薄であると考ええる。

上記のようなウルピアヌス法文（1）が残されている以上、また、その他の間接的な証拠に鑑みても、無権利者からの取得者もまた訴権付与の対象となると解すべきである。<sup>(121)</sup>

以上より、本稿との関係では、手中物を握取行為によらず引渡しによって購入した者に加えて、無権利者から目的物を購入した者に対してもプーブリキウス訴権が付与されるということができよう。

---

(120) 吉野『ローマ所有権』221頁参照。

(121) 前掲吉野228頁も、「『無権利者から』の取得者を当然に含む」とし、「法務官 Publicius の関心は『一年間占有しなかった』取得者にあるのだから、当然、所有権取得を知らなかった所有権者を含めて、『まだ使用取得していない』者が保護されることに」なり、結局、「『権利者から』の取得か『無権利者から』の取得かという考慮は」、プーブリキウス訴権の「再構成の論理において重要性を失う」という。