

使用取得（usucapio）による取得は 原始取得か承継取得か ——取得時効制度の源流を求めて——

清 水 悠

- 第1章 序論
- 第2章 現代民法における時効取得の性質に関する議論
 - 第1節 通説的見解—原始取得説—
 - 1 原始取得と承継取得の意義
 - 2 用益権の帰趨
 - 3 担保権の帰趨
 - 第2節 承継取得説
 - 1 用益権と担保権の帰趨
 - 2 登記手続と時効取得主張の実質的側面
- 第3章 ローマ法上の使用取得（usucapio）の性質—原始取得か承継取得か—
 - 第1節 ガーイウスの記述から見る使用取得の性質
 - 第2節 死因贈与された物の使用取得
 - 1 他人物の死因贈与と使用取得
 - 2 不当利得返還請求（condictio）の法理と「取引（negotium）」
 - 3 死因贈与された物の使用取得は誰からの取得か
 - 第3節 使用取得完成後の益権と担保権の帰趨
 - 1 益権の帰趨
 - 2 担保権の帰趨
 - 第4節 相続財産請求
 - 1 使用取得完成後の相続財産請求
 - （1）「相続人として（pro herede）の使用取得」
 - （2）相続財産請求との関係

2 使用取得後の原因 (causa) の不変性

第 4 章 おわりに—使用取得の性質とその後の変化—

【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)

- ・ Bauer, Ersitzung und Bereicherung = Bauer, Karen.: Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht –und die Ersitzung im BGB, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- ・ Berger = Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Serie –Vol. 43, Part 2, 1953, The American Philosophical Society, Philadelphia, Reprinted 1991.
- ・ Hähnchen, Die causa conditionis = Hähnchen, Susanne.: Die causa conditionis: Ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.
- ・ Harke, Vertrag und Eigentumserwerb = Harke, Jan Dirk.: Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht, Duncker und Humblot, Berlin, 2013.
- ・ Kaser/ Knütel/ Lohsse = Kaser/ Knütel/ Lohsse: Römisches Privatrecht, 22. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2021.
- ・ Kaser, RPR I = Kaser, Max.: Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.
- ・ Solazzi, pignus praetorium = Solazzi, Siro.: Il 'pignus praetorium' in D. 41, 4, 12, Studia et Documenta Historiae et Iuris, Vol. 22, 1956, pp.339–341.

〈和文〉 (五十音順)

- ・ 安達 「取得時効」= 安達三季生 『注釈民法 (5) 総則 (5) 期間・時効 §§ 138~174 の 2』 [川島武宜 編] 177–237 頁 (有斐閣、初版、1967)
- ・ 遠藤 「取得時効の効果」= 遠藤浩 「取得時効の効果の一考察」 税務大学校論叢 4 号 29–42 頁 (税務大学校、1971)
- ・ 中尾 「承役地の時効取得」= 中尾英俊 『新版注釈民法 (7) 物権

(2) 占有権・所有権・用益物権 §§ 180~294』〔川島武宜・川井健 編〕962-965頁 (有斐閣、初版、2007)

- ・船田『ローマ法2』=船田享二『ローマ法』第二卷 (岩波書店、改訂版、1969)
- ・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6版、2019)

【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

本稿は、現行民法における時効取得の性質に関する議論をヒントに、古典期ローマ法における取得時効制度である使用取得 (usucapio) による所有権取得の性質を考察したものである。民法に関しては、時効取得の性質が原始取得 (通説) なのか承継取得 (少数説) なのかという対立がある。本稿では、民法におけるこうした議論を参考にして、ローマ法の使用取得が原始取得なのか承継取得なのか、法文史料の分析をもとに解決を試みる。

本稿で主題として扱う使用取得は一種の取得時効制度であるが、もちろん現代民法の取得時効制度とは異なる点もある。筆者の既発表論文でも使用取得制度の概要に触れたうえで論考を始めてきたが、本稿でもまた主題

(1) 本稿では、清水悠「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)」早稲田法学93巻4号 (早稲田大学法学会、2018) 139-141頁の内容に要約的に触れておく。その他、ローマの所有権体系と使用取得制度の詳細については、

はローマ法上の使用取得なので、繰り返しになるが改めて使用取得の意義について触れておく。

使用取得は二つの場面で機能するとされる。第一に、「物が譲渡される方式（例えば手中物を引渡しで譲渡した場合）⁽²⁾における瑕疵を治癒」し、第二に、「その物を譲渡した者の権原に関する瑕疵（例えば無権利者による売却の場合）を治癒」する場合である。第一の場面の代表的な事例は、手中物は単なる引渡し（占有移転）で所有権移転を行うことができないにもかかわらず、握取行為をもって譲渡されるべきところを引渡しで譲渡した場合である。この場合、譲渡人が所有者だったとしても、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、「法務官法上の所有権」を有する特殊な占有者として法務官法上の保護を受けるに過ぎない。第二の場面は、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である。

このような場合に、①使用取得可能な対象であること、②正当原因 (*iusta causa*)、③ボナ・フィデース (*bona fides*)、④自主占有、⑤期間の経過（動産：1年・不動産：2年）、という使用取得要件を具備した者がローマ市民法上の所有権を取得する。②正当原因に関しては、例えば売買に基づいて占有を開始したのであれば、正当原因は「売買」ということになる。なお、③のボナ・フィデース要件は通説的に法学上の「善意」と解釈されてきたが、筆者は倫理的・信義誠実的意義を有していたと解している。

本稿では、日本民法における時効取得の性質に関する見解の対立を概観した後、ローマ法上の使用取得による所有権取得の性質について考察する。まず、使用取得が承継取得であることが法文史料上明らかな事例を検

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 (*bona fides*) の意義 (1)」早稲田法学会誌67巻2号 (早稲田大学法学会、2017) 188頁以下を参照されたい。

(2) 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つの農業用地役権を指す。

討し、その中で不当利得返還請求訴権との関係性について論じる。その後、既存の役権や担保権といった制限・負担が使用取得完成後にどのような扱われるかを検討し、最後に、やや特殊な事例ではあるが「相続人としての (pro herede) 使用取得」と相続財産請求の関係について触れ、結論へと至る。

第2章 現代民法における時効取得の性質に関する議論

第1節 通説的見解—原始取得説—

1 原始取得と承継取得の意義

民法上の所有権の「原始取得」は、「その取得した権利の根拠がその権利を前に有した者の権利にあるのではなくて、その取得によってその権利がはじめて (…「原初的」に…) 成立する場合の権利取得」のことであり、所有権の「承継取得」は、「取得した権利の根拠がその権利を前に有した者 (…前主…) の権利にあり、その権利を同一性を維持したまま取得する場合」⁽³⁾ のことであると説明される。原始取得の場合、前主のもとで付着していた制限・負担を取得者が承継することはなく、これに対して、承継取得の場合には取得者は前主のもとでの制限・負担⁽⁴⁾を承継する。本稿でも、この概念に倣って現代民法及びローマ法上の制度について論じる。

日本民法における時効による取得は、無主物先占、遺失物拾得、埋蔵物発見、添付などととも⁽⁵⁾に、原始取得であるとするのが通説的見解であり、⁽⁶⁾

(3) 我妻・有泉『コンメンタール民法』458頁。

(4) 高橋和之・伊藤眞・小早川光郎・能見善久・山口厚 編『法律学小辞典』(有斐閣、第5版、2016) 328頁。

(5) 我妻・有泉『コンメンタール民法』388頁。教科書・テキストの類では、これらの取得原因とともに特に説明もなく時効取得が原始取得に分類されている。例えば、潮見佳男『民法(全)』(有斐閣、第2版、2019) 164頁；新井誠・岡伸浩 編『民法講義録』(日本評論社、改訂版、2019) 240頁参照。

(6) 安達「取得時効」233頁。

承継取得であるとするのは「少数説」⁽⁷⁾である。

2 用益権の帰趨

上述のように、原始取得の場合と承継取得の場合とでは、取得の対象となる目的物に既存の制限・負担が付着していた場合に、その制限・負担が時効取得後にならざるに於いて差がある。時効による取得を原始取得であるか承継取得であるか、その違いが生じる一つの例が、地役権の負担がついた土地を時効取得した場合の当該地役権の帰趨の問題である。地役権の負担がついたある土地を占有する者が時効によってその土地を取得した場合、時効取得が原始取得であるとする⁽⁸⁾れば、当該地役権は消滅するはずである。これに対して、時効取得が承継取得であるとする⁽⁹⁾れば、当該地役権は時効取得後も残存することになる。

この時効取得後の用益権の帰趨に関連して、民法は289条において承役地が時効取得された場合の地役権の消滅を規定している。地役権に限らず、地上権や永小作権などの用益物権が付着した土地を（用益物権の負担をとみなさないものとして）占有して取得時効が完成した場合、これらの用益権は消滅することについては争いが無いが、地上権や永小作権の帰趨⁽⁹⁾に関しては特に民法では規定されていない。289条がわざわざ明文で置かれている意義に関しては、時効取得が原始取得であるとする立場からは、時効取得者は前主の所有権を承継するのではなく前主の所有権に付着した制

(7) 遠藤「取得時効の効果」32頁；我妻・有泉『コンメンタール民法』323頁。

(8) 我妻・有泉『コンメンタール民法』508頁参照。ただし、占有者が時効によって取得する所有権は「占有の態様」によって左右されるので、「地役権の負担を伴わないものとしての占有」ならば地役権は消滅するが、「地役権の負担を伴うものとしての占有」であれば地役権は残存すると考えられる。以上、我妻・有泉『コンメンタール民法』323、507-508頁。その他、安達「取得時効」235頁；遠藤「取得時効の効果」31-32頁；中尾「承役地の時効取得」963頁；我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、新訂版、1965）481頁参照。なお、各文献が該当する判例として挙げるのは、大判大正9年7月16日民録26輯1108頁である。

(9) 中尾「承役地の時効取得」963頁。

限・負担も承継しないため「取得時効の一般論」からの論理的帰結である⁽¹⁰⁾、この289条は当たり前のことを「注意的に」述べた「当然の規定」と⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾いうことになるだろう。

3 担保権の帰趨

時効取得後の担保権の帰趨に関しても、用益権の場合と同様の議論が存在する。すなわち、時効取得を原始取得であると理解する立場に依拠すれば、上述の用益権の場合と同様に、取得時効完成後には当該目的物に付されてきた担保権は消滅するものと考えられる⁽¹³⁾。

ただし、「抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅」に関する397条に着目すれば、議論はそう単純ではない。民法上、不動産に関しても動産と同様に「占有の継続だけを基本として時効取得を生ずる」と考えられるので、当該不動産につき抵当権が設定されていたとしても、取得時効完成後には時効取得者は「完全な所有権」を取得しその抵当権は消滅するはずである⁽¹⁴⁾。そして、抵当権に関連する397条は地役権に関連する289条と類似した規定でありパラレルに考えることができそうだが⁽¹⁵⁾、時効取得を原始取得

(10) 我妻・有泉『コンメンタール民法』507-508頁参照。また、前掲『コンメンタール民法』508頁は、289条の占有者は無権利者に限らず当該土地の所有者も含まれるとし、その場合、「地役権の存在しない状況における占有を所要の時間だけ継続したときは、その者に対する関係において地役権は消滅する」という理解も提示し、無権利者による時効取得の場合も含めて「取得時効に相当する占有の効果としての地役権の消滅」であるから、290条の「地役権の消滅時効」という表現は不正確であると述べる。なお、後述のように、時効取得は承継取得であるとする見解からは、289条の占有者に承役地の譲受人が含まれないのは不当であるという批判がある。

(11) 遠藤「取得時効の効果」35頁。

(12) 前掲我妻『民法総則』(注8)481頁。

(13) ただし、用益権の場合と同様に、抵当権の存在を「認容した占有」を行っていれば時効取得後でも抵当権は残存し、抵当権を「排斥する占有」を行っていれば「抵当権の負担のない所有権を取得する」ことになろう。遠藤「取得時効の効果」37頁。なお、「排斥する占有」の具体的内容の考察に関しては、同38頁以下参照。

(14) 我妻・有泉『コンメンタール民法』642頁参照。

であると理解する同じ立場でも、397条の存在意義に関しては見解が分かれている。

判例・通説の見解によれば、民法397条は負担のない所有権が時効取得されることによって「⁽¹⁶⁾ 抵当権が反射的に消滅することを規定したもの」と理解されている。さらに、397条は「債務者または債務者ではない⁽¹⁷⁾ 抵当権設定者」について排除していることから、これらの者について⁽¹⁸⁾ 抵当権消滅の効果を制限する意義があり、時効取得を原始取得と考える立場からは「⁽¹⁹⁾ 完全所有権 (Volleigentum) の取得」という「⁽¹⁹⁾ 原則の制限」であるとも理解できよう。

397条の解釈については判例も定まらず「⁽²⁰⁾ 学説の状況も混沌としている」と評する文献があるように、議論が非常に錯綜しているので、ローマ法上の使用取得の性質の検討を主たる目的とする本稿ではこれ以上深入りしない。

第2節 承継取得説

1 用益権と担保権の帰趨

これに対して、比較的古い時代の研究者を中心に、民法の時効による取得は承継取得であるとする説がある。ドイツ民法に関しても取得時効が原始取得か承継取得かの議論は存在し、承継取得説を唱える有力な研究者も存在するようである。⁽²¹⁾ 時効取得が承継取得であると考えれば、基本的

(15) 我妻・有泉『コンメンタール民法』508頁；安達「取得時効」236頁参照。

(16) 松岡久和「判批」『民法判例百選 I 総則・物権』（有斐閣、第8版、2018）118頁；足立清人「判批」北星学園大学経済学部北星論集53巻1号（北星学園大学、2013）114頁；石口修「判批」法経論集194号（愛知大学法学会、2013）116頁注47。

(17) 我妻・有泉『コンメンタール民法』642頁参照。

(18) 前掲石口「判批」（注16）104頁。

(19) 前掲我妻『民法総則』（注8）481頁。

(20) 前掲足立「判批」（注16）114頁。

(21) 安達「取得時効」234-235頁。また、ドイツ民法に関して、Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.13によれば、ドイツ民法典の施行後まもなく「取得時効はそ

には、取得時効完成前に当該目的物に付着していた用益権や担保権などの制限・負担は取得時効完成後にも存続するはずである。

例えば、時効取得は承継取得であるとする立場からでも、地上権が付着した土地を占有している者が当該土地を時効取得した場合には、地上権の負担のない土地所有権を時効取得することができるとするが、原始取得説とは説明の過程が異なる。すなわち、当該土地の「占有者は地上権の負担のある土地を時効取得するとともに地上権をも時効取得すると解することができる⁽²²⁾」ので、結果として混同によって地上権が消滅すると説明される⁽²³⁾。永小作権についても同様の説明が可能である⁽²⁴⁾。

また、地役権の帰趨に関しては地役権という権利の性質自体に着目した説明がなされる。すなわち、上述の地上権や永小作権は「人に付随する権利であるから何びとでも取得できる」のに対し、「地役権は要役地の所有者ないし用益権者でないかぎりこれを取得することができない⁽²⁵⁾」ので、

の意義と目的に従って全ての不当利得返還請求権を排除するのかどうか、あるいは、ある時効取得された物は一定の状況の下でなお不当利得返還請求可能かどうか、という論争が生じたという。さらに、「当初はこの議論においてローマ法は多大な役割を演じ、「時効取得された物の不当利得返還請求可能性に関する議論は今日までずっと続けている」が、今となっては「もはや誰もローマの史料を引き合いに出さない」という。ただ、現代ドイツ民法に関しても、「取得時効に基づく善意の所有権取得」は「終局的なものである」から、「時効取得者は不当利得返還請求権に服さない」というのが多数説であろう。以上、ヴォルフ/ヴェレンホーファー (大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳 訳)『ドイツ物権法』(成文堂、初版、2016) 172頁参照。後述のように、不当利得返還請求権との関係性は、民法上の取得時効が、ひいてはローマ法上の使用取得が原始取得か承継取得かという問題に大いに関わってくる。

(22) 安達「取得時効」235頁。

(23) 岡村玄治「時効取得と即時取得は果して原始取得か」法学新報62巻2号(中央大学法学会、1955) 3頁; 中尾「承役地の時効取得」964頁; 安達「取得時効」234-235頁; 遠藤「取得時効の効果」33頁参照。なお、前掲岡村4頁以下は、動産の即時取得も承継取得であるとして論証している。

(24) 中尾「承役地の時効取得」964頁。

(25) その他、「要役地に従たる権利である」と表現される。安達「取得時効」235頁; 遠藤「取得時効の効果」33頁。

「ただ承役地を排他的に所有の意思をもって占有」しても「地役権を承継取得」できないため、⁽²⁶⁾「占有者は、地役権の負担のある所有権を時効取得するとともに、地役権者の地役権が時効消滅する」⁽²⁷⁾と構成するわけである。従って、地役権に関しては、「承役地所有権の取得時効完成と同時にこれが消滅することを特に明文をもって規定する必要性」⁽²⁸⁾があり、289条はそのために存在しているとされる⁽²⁸⁾。

さらに、時効取得を承継取得とする立場からは、抵当権の消滅に関する397条についても地役権の消滅に関する289条と同様の考え方を⁽²⁹⁾する。一説には、397条は抵当不動産の取得者が抵当権を承認して時効取得した場合には抵当権は消滅しないとする趣旨であるとして、⁽³⁰⁾抵当不動産の旧所有者の所有権は「消滅することなく、抵当権負担のまま…移転したものであって」、この場合の抵当不動産の新所有者は承継取得者であるという⁽³⁰⁾。

2 登記手続と時効取得主張の実質的側面

時効取得が承継取得であることの根拠として、登記実務も挙げられる。つまり、時効取得が原始取得だというのであれば従前の所有権登記を抹消したうえで新たに保存登記をしなければならぬはずなのに、判例が所有権移転登記手続を認容した⁽³¹⁾という事実は時効取得が承継取得であるという理論に適合しているという。

さらに、時効取得が承継取得であることのもう一つの根拠として、時効

(26) 中尾「承役地の時効取得」964頁。

(27) 安達「取得時効」235頁。

(28) 中尾「承役地の時効取得」964頁。

(29) 安達「取得時効」236頁。

(30) 前掲岡村玄治「時効取得と即時取得」(注23) 3-4頁参照。397条については抵当不動産の第三取得者について適用されるか否かについて議論がある。これについては我妻・有泉『コンメンタール民法』642頁参照。289条が承役地の譲受人に適用されるか否かと類似の議論である。安達「取得時効」236頁参照。

(31) 前掲岡村玄治「時効取得と即時取得」(注23) 3頁；安達「取得時効」234-235頁参照。

取得の主張がなされる場面では、「売買が意思表示の瑕疵により無効だったとしても時効で取得した」、あるいは「売主が無権利者であったとしても善意10年の時効によって所有権を取得した」、などのように「仮定的主張」の形式で行われることを挙げる場合もある。⁽³²⁾このような場合に、裁判所は売買契約の無効や売主が無権利者であったか否かを判断せずに「たとい…であっても」時効取得した旨を判示できるので、「結局、時効取得の効果は通常⁽³³⁾の譲渡取得の効果と異なるべきでないことが前提とされている」という。

確かに、時効取得の主張が本来であれば通常の承継取得を主張したい者のある種の方便であることは、取得時効が主張された膨大な数の訴訟事例を分類・分析し取得時効の実際上の機能を検討した内容を含む星野英一論⁽³⁴⁾文の研究成果に鑑みれば、首肯できるところである。星野論文によれば、「当事者が時効取得だけを主張・抗弁する事件はごく少なくて、全体としては、当事者が有効な法律上の原因に基づいて権利を取得したと信じている場合が圧倒的に多い」と考えられ⁽³⁵⁾、また、「全くの侵奪者が保護される事例はごく僅かである」⁽³⁶⁾ため、「善意の承継人を保護する機能を営んでい⁽³⁷⁾る」とされる。あるいは、転得者の事例がかなり存在する点に着目すれば、「取得時効が取引安全を保護する機能を営む⁽³⁸⁾」と評価されるのである。

その他、これまで脚注に挙げた文献以外にも、時効取得が原始取得であるとすることに疑問を呈する見解が存在する。⁽³⁹⁾

ここまでは、現代に生きる我々が用いている民法の取得時効による取得

(32) 安達「取得時効」235頁。

(33) 安達「取得時効」236頁。

(34) 取得時効に関して特に、星野英一「時効に関する覚書—その存在理由を中心として—」『民法論集』第四卷(有斐閣、初版、1978)207頁以下参照。

(35) 前掲星野267頁。

(36) 前掲星野298頁。

(37) 前掲星野266頁。

(38) 前掲星野277頁。

(39) 例えば、三藤邦彦「取得時効制度の存在理由について (一) —とくに所有権法

の性質について各見解を見てきたが、以下では、現代民法にも多分に影響を与えたと考えられるローマ法上の使用取得の性質について検討してみたい。

第 3 章 ローマ法上の使用取得 (usucapio) の性質 —原始取得か承継取得か—

第 1 節 ガーイウスの記述から見る使用取得の性質

我が国における著名なローマ法研究者の一人である原田慶吉は、日本民法がどのような範囲でローマ法の影響を受けているか探り継受の過程を分析する著作⁽⁴⁰⁾の中で、物権の設定・移転に関する意思主義に関してフランス法起源とし、次のように記している。

「それは『引渡、取得時効によりて物の所有権は移転せられ、単なる合意によりては移転せらるることなし』(Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur) との羅馬法の形式主義を回避するに仮装的占有改定を以てし、更には、自然法学者の意思尊重論の影響も手伝って、遂には単純なる合意による物権の移転を認むるに至った歴史を経ている。」

このように、ローマ法の形式主義から現代の意思主義への変遷について著述する中で取得時効、正確にはラテン語の記述に対応する形では

と関連させて— 学習院大学政経学部研究年報 5 (学習院大学、1957) 13頁；来栖三郎「法律家」『来栖三郎著作集 I 法律家・法の解釈・財産法・財産法判例評釈(1) [総則・物権]』(信山社、初版、2004) 55頁。また、来栖三郎「民法における財産法と身分法(三)」前掲所収350頁は、取得時効の趣旨について、「取得時効は決して物権変動の原因たる債権関係の瑕疵を治癒する効力があるものでなくて、有効な債権関係があり乍らただ前主が無権利者であったために物権を取得し得なかった譲受人を保護する制度と解すべきではないか」と指摘している。

(40) 原田慶吉著・石井良助編『日本民法典の史的素描』(創文社、1954) 92頁。なお、本文中の旧字体・旧仮名遣いの記載は筆者が適宜改めた。

usucapio = 使用取得が所有権移転の方法として語られている。原田慶吉の認識としては、ローマ法上の使用取得はまさに承継取得だったのではあるまいか。

実際、法学教師ガイウスが紀元後161年に記した教科書の類であるとされる『法学提要』には次のように書かれている。

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

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

ここで登場する諸概念についての説明は既刊の拙稿⁽⁴¹⁾に譲ることにして、この場面ではガイウスによって所有権の譲渡方法の説明がなされている。その所有権譲渡方法の一群の中に使用取得が登場し、ガイウスは使用取得を所有権の譲渡手段の一種として説明していたことが読み取れる。時効取得の一種⁽⁴²⁾であると考えられる使用取得が、法学教科書とされる文献に所有権移転の方法として記されていたとすれば、その使用取得はまさに承継取得の一種とするのが当時通説であったと考えることもできよう。

ただ、それだけの根拠で使用取得が承継取得であると断じることはいさ

(41) 清水「ボナ・フィデース (1)」(注1) 193頁以下参照。また、使用取得が譲渡方法とされていることの指摘は同195頁。

(42) 例えば、ドイツの研究者はローマ法上の使用取得を *Ersitzung* と表記することが一般的であるが、同用語は現代ドイツ民法の取得時効に対しても使われる。

さか早急であるため、本稿ではローマの法文史料に則ったさらなる分析が必要であると考ええる。

第 2 節 死因贈与された物の使用取得

1 他人物の死因贈与と使用取得

使用取得には、筆者がこれまで主な研究対象としてきた「買主として (pro emptore) の使用取得」をはじめ、「贈与されたものとして (pro donato)」、「嫁資として (pro dote)」、「遺贈されたものとして (pro legato)」、「弁済されたものとして (pro soluto)」、「放棄されたものとして (pro derelicto)」、「相続人として (pro herede)」、さらに補充的な「自己のものとして (pro suo)」など、様々な形態の使用取得が存在すると考えられている。⁽⁴³⁾ 本稿ではまず、史料上確実に原始取得であるか承継取得であるか判別できるタイプの使用取得について検討する。

以下の資料では、死因贈与された物に関して、ユーリアーヌスが見解を披露している。

D. 39, 6, 13 pr. (Iulianus libro 17 digestorum): Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero.

学説彙纂39卷6章13法文首項 (ユーリアーヌス、法学大全17卷): 「他人の物を死因によって私が贈与し、そしてその物が使用取得された場合、真の所有者はその物を不当利得返還請求できないが、私の健康が回復したならば、私 [はできる]。』

ローマ法上の死因贈与とは、受贈者が贈与者よりも長生きするというこ
とにその存立が左右される贈与である。⁽⁴⁴⁾ ローマ法における死因贈与は 3 タ

(43) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.199.

(44) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.494.

イブあるとされるが、この事例で行われている贈与は、贈与者が死亡の危機にある際に受贈者に対して出捐した物がただちに受贈者によって取得されるが、贈与者が危機から逃れたり受贈者よりも長生きした場合には所期されていた目的が達成されないために、「物のために与えられたもの (ob rem dati)」の不当利得返還請求 (condictio) によって返還請求されるというタイプの死因贈与であると考えられる⁽⁴⁵⁾。

ユーリアーヌスによれば、贈与者が他人物を死因贈与した場合に、その物が受贈者によって使用取得されたならば、使用取得によって所有権を失った真の所有者は受贈者に対して所有物返還請求権を行使することができなくなるが、贈与者が死の危険を回避した場合には贈与者自身が不当利得返還請求⁽⁴⁶⁾できるという。

この事例で起こっている状況は、通常の死因贈与、譲渡行為が行われた場合と同じである。すなわち、所有権を失った元々の真の権利者は所有物返還請求権も不当利得返還請求訴権も行使できず、ただ、生命の危機を脱した無権利だったはずの贈与者自身のみが使用取得を完成させた受贈者⁽⁴⁷⁾に対して不当利得返還請求訴権を行使できる。すなわち、この場合には無権利であったはずの贈与者が有効に譲渡行為を行ったかのように扱われ、使用取得完成後の後処理は贈与者と受贈者の間でのみ行われる⁽⁴⁸⁾。

仮に、使用取得が原始取得であって使用取得によって取得された所有権が死因贈与という原因関係⁽⁴⁹⁾とは断絶されているならば、このような処理は不可能であろう。不当利得返還請求も当然遮断されるはずである。さら

(45) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.494; Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.31; Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.56.

(46) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.31-32; Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.56.

(47) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.31-32.

(48) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.32-33.

(49) もっとも、ローマ法上の死因贈与は、ローマ法上の他の贈与と同様に、法律行為そのものではなく、所有権譲渡やその他の出捐の原因 (causa) に過ぎないことは注意が必要である。Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.494.

に、この場合に不当利得返還請求を認めるということは、使用取得によって生じた物権的な結果が不当利得返還 (condictio) の法理によって覆滅されることを意味する。⁽⁵⁰⁾

2 不当利得返還請求 (condictio) の法理と「取引 (negotium)」

ローマ法上の不当利得返還請求 (condictio) の法理は次のように説明される。⁽⁵¹⁾ すなわち、所有物返還請求権 (rei vindicatio) は対象物の所有権を有していることを前提として、その対象物を保持する権利を有しないあらゆる占有者に対して行使可能であるが、所有権が当該占有者に移転してしまつた後にはもはや所有物返還請求権は行使できない。ただし、この場合でも所有権を失つたことが当然に譲受人の利得を正当化するわけではないので、「ローマの法学者たちは、その譲受人が財物を保持する法的理由 (causa) を有しない場合」には、「不当であるとみなされた物権法の結果」の債権法的な修正として、返還請求を認めた。こうして、物権法によって生じた「法的には受け入れがたい結果を緩和するために機能」するものとして、「一定の条件の下で移転された利益の返還請求を認めるための手段」となるのが不当利得返還請求 (condictio) であるとされる。

例えば、不当利得返還請求の性質に関して、ウルピアーヌスは次のように記している。

D. 12, 5, 6 (Ulpianus libro 18 ad Sabinum) : Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.

学説彙纂12巻5章6法文 (ウルピアーヌス、サビーヌス註解18巻) : 「サビ

(50) Vgl. Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.58.

(51) 以下、Cf. Meyer-Spasche, Rita Antonie.: The Recovery of Benefits Conferred under Illegal or Immoral Transactions. A Historical and Comparative Study with particular emphasis on the Law of Unjustified Enrichment (2002) (unpublished Ph.D. thesis, University of Aberdeen), pp.2-3.

ユースは絶えず次のように考える昔の者たちの見解に賛同した。すなわち、不正な原因に基づいてある者のもとにある物は不当利得返還請求される。：そして、ケルススもそういう判断である。」

ウルピアーヌスが伝えるところによれば、サビーヌスが賛同する古くからの見解は不正な原因に基づいて保持されている物は不当利得返還請求されるというものであり、これに対してケルススも賛同している⁽⁵²⁾。一般的に、当該財物の保持が「不正な原因」に基づくものとされれば、既に述べたように、使用取得完成後であっても、占有に至った原因関係との断絶は起こらず、なお不当利得返還請求訴権が生じうるとするのがローマ法的な考え方であろう。

ところで、ローマ法上の不当利得返還請求は、盗の原因に基づく不当利得返還請求 (condictio ex causa furtiva)⁽⁵³⁾ のような特殊な場合は措いておくとして、契約に代表されるような取引 (negotium) の存在を要件とする⁽⁵⁴⁾。この negotium という概念は現代的な感覚ではおおむね「法律行為」ととらえてよいと考えられる⁽⁵⁵⁾が、実際にはそれよりも広い概念であったと考えられている⁽⁵⁶⁾。さしあたり、既に検討した、使用取得完成後に受贈者に対して不当利得返還請求することを贈与者に認める法文を残したユーリアーヌスが、不当利得返還請求訴権に関してどのように考えていたかを見てみることにする。

(52) この法文を引用する Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.56-57は、使用取得によって所有権を失った元の所有者と無権利の譲渡人との間で、後者が前者に対して不当利得返還義務を負う形で調整が行われる可能性を指摘する。

(53) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.365.

(54) Hähnchen, Die causa condictiois, S.27.

(55) Hähnchen, Die causa condictiois, S.27.

(56) Schulz, Fritz.: Prinzipien des römischen Rechts, Duncker und Humblot, Berlin, 1954, S.30. なお、翻訳版の対応箇所は、シュルツ、フリッツ (眞田芳憲、森光訳) 『ローマ法の原理』(中央大学出版部、初版、2003) 49頁。

D. 12, 6, 33 (Iulianus libro 39 digestorum) : Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.

学説彙纂12巻6章3法文(ユーリアーヌス、法学大全39巻):「あなたの敷地に私が建築して、あなたが建物を占有した場合、不当利得返還請求の余地はない。なぜなら、我々の間で何らの取引も結ばれていなかったからである。: というのも、義務のない金額を弁済した者はそのこと自体によって取引の何かを行うからである。: 他方で、自身の敷地に他人によって建てられた建物を〔敷地の〕所有者が占有するときには、何らの取引も結ばない。しかし、他人の敷地に建築した者自身が占有を移転した場合にも、不当利得返還請求訴権は有しないだろう。なぜなら、何も受領者に帰属させるのではなく、〔敷地の〕所有者は自身の物を持ち始めるからである。そして、それゆえに確立しているのは、ある者が、自身は相続人であると考えたので、遺産に属する共同住宅を補強した場合、留置を通じて以外の方法によっては費用を回収できないということである。」

ユーリアーヌスによれば、他人の敷地に建物を建築し、その敷地の所有者が建物を占有しても不当利得返還請求訴権は生じないという。この場合、土地所有者は *supecies solo cedit* (地上建物は土地に従う) というローマ法の原則に基づいて建物についての所有権を取得し、建物を建築した者

(57) Hähnchen, Die causa condictio, S.28; Gai. 2, 73: Praeterea id, quod in

の損失により敷地所有者が利得しているようにも考えられるが、敷地所有者と建物建築者の間では何も取引 (negotium) が行われていないので不当利得返還請求訴権は生じないということであろう。建築者が自ら敷地所有者に対して占有を移転しても、敷地所有者が建物の所有権を取得するのは建物建築者による移転行為が原因ではないから変わらない。これに対して、実際には存在しない債務に基づき弁済を行う者は「そのこと自体によって取引の何かを行う」と述べ、取引 (negotium) に該当すると考えているようである。⁽⁵⁸⁾ この点をとっても、ローマ法上の negotium は我々の用いる法律行為という概念とは一致しない。⁽⁵⁹⁾ いずれにせよ、ユーリアーヌスに

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に建築された物は、たとえその者が自身の名義によって建築したとしても、自然法により我々のものとなる。なぜなら、地上物は土地に従うからである。」

- (58) von Lübtow, Ulrich.: Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischem und geltenden Recht, Duncker & Humblot, Berlin, 1952, S.46によれば、錯誤により非債弁済を行うことが取引 (negotium) に該当することは次のガーイウス文から導かれるという。Gai. 3, 91 : *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.* ガーイウス『法学提要』3, 91 : 「錯誤を通じて弁済した者から、義務のないものを受領した者もまた、物によって債務を負う。; というのも、あたかも消費貸借された物を受領したかのように、『その者と与えるべきであるということが明らかならば』[という文言で] その者に対して不当利得返還請求がなされ得る。そのことから、ある者たちが考えるには、後見人の助成なくして義務のないものを錯誤を通じて交付された未成熟者や婦女は、消費貸借物の交付によるのと同様に、不当利得返還請求により拘束されない。しかし、この債務の種類は契約に基づいて存立するとはみなされない。なぜなら、弁済の意思で与える者は、取引を結ぶよりも解消することを望むからである。」確かに、非債弁済の状態を解消することが取引を解消することであると考えることから、ガーイウスも非債弁済を取引 (negotium) の一種であると考えていたと考えられる。

としては、要件として取引が必要なのであって、単なる事実行為では足りない。この事例の場合のように、古典期のローマにおいては事実行為に基づいて損失が生じ他人が利得した場合には不当利得返還請求権は行使できず、上記法文の最後に記されているように、留置権を行使して費用の償還を求められなかったと考えられている。⁽⁶⁰⁾

このように、ユーリアヌスが不当利得返還請求を認めるに際して、かたくなに取引 (negotium) を要求することから「ユーリアヌスの取引セオリー」と呼ばれることもあるようである。⁽⁶¹⁾しかし、不当利得返還請求の要件として取引を要求することは、ユーリアヌスに限った話なのであろうか。さらに他の法学者が残した法文史料を見てみる。以下は法学者ウルピアーヌスが記したものである。⁽⁶²⁾

D. 12, 6, 2 pr. (Ulpianus libro 16 ad Sabinum): Si quis sic solverit, ut, si apparisset esse indebitum vel Falcidia emergerit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos.

学説彙纂12巻6章2法文首項 (ウルピアーヌス、サビーヌス註解16巻): 「ある者が、義務がないことが明白になったならば、あるいはファルキデ

(59) 我妻・有泉『コンメンタール民法』950-951頁によれば、弁済の内容である給付は法律行為である場合も事実行為である場合もあるが、弁済それ自体は単なる意思表示ではないため法律行為ではなく、準法律行為 (事実行為とする見解あり) とされる。Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.350は、negotium が交わされているかどうかは 'kasuistisch' に、すなわち事例ごとに場当たりに判断されていると指摘する。

(60) Hähnchen, Die causa condictiois, S.28.

(61) Hähnchen, Die causa condictiois, S.27. また、前掲 Lübtow, Beiträge zur Lehre von der Condictio (注58), S.46も、「ユーリアヌスは不当利得返還請求 (condictio) をすべて一般的に取引 (negotium) に起因するものとみなす」と指摘している。

(62) 以下の法文史料は、Hähnchen, Die causa condictiois, S.27 Anm.78において、「condictio との関連で negotium という語」が用いられている例として列挙されているものであるが、内容については検討がなされていないので、本稿ではその内容に踏み込んで考察したい。

ィウス〔法の介入〕が明らかになるならば、取り戻される、として弁済した場合、返還請求の余地があるだろう。：なぜならば、彼らの間で取引が結ばれたからである。』

ウルピアーヌスによれば、債務が存在しないことが明らかになった場合、あるいはファルキディウス法違反⁽⁶³⁾となることが明らかになった場合には取り戻されるという条件で弁済された場合、弁済されたものは返還請求可能である。その理由は、当事者間で取引 (negotium) がなされているからであるという。本文では repetitio という文言が用いられているが、この法文はユスティニアヌス帝の法典編纂委員により「De conditione indebiti (非債の不当利得返還請求について)」の表題の下に配置されており、まさに不当利得返還請求を話題にしていると考えてよいだろう。ウルピアーヌスもまた、不当利得返還請求の要件として、取引 (negotium) の存在を設定していた。また、次のような法文も残されている。

D. 23, 3, 50 pr. (Africanus libro octavo quaestionum) : Quae fundum in dote habebat, divortio facto cum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, uti decem in dotem acciperet et fundum sibi restitueret, ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. Illud ex bona fide est et negotio contracto convenit, ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.

学説彙纂23巻3章50法文首項 (アフリカーヌス、質疑録8巻) : 「土地を嫁資としていた女性が、離婚がなされて〔再び〕婚姻するに至ったときに、男性と次のように取り決めた。すなわち、10〔金〕を〔男性が〕受領し、そして土地を〔女性〕自身に返すように、である。それから10〔金〕

(63) 相続人が遺産から何も得られない状態を防ぐため、遺贈が遺言者の財産の4分の3を超えないように規定し、最低限4分の1は相続人に留保される。Berger, p.552; Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.488-489.

が〔男性に〕与えられて、土地が彼女に返される前に、〔女性は〕婚姻中に死亡した。かのことはボナ・フィデースに基づいており、取引が結ばれたので次のことがふさわしい。すなわち、原因なく夫の支配下に入り始めた場合のように、土地は不当利得返還請求される。』

アフリカーヌスが、⁽⁶⁴⁾嫁資にまつわる法律関係を話題にしている。ある女性が男性に対して嫁資として土地を交付し婚姻したが、一度離婚し再び婚姻することになった際に、男性が新たに10金を受け取り代わりにこれまで受領していた土地を返還する合意があった。男性は10金を受領したが、まだ土地が女性に返還されないうちに、婚姻関係継続中に女性が死亡した。取り交わされていた合意はボナ・フィデース、すなわち信義誠実に則っており、取引 (negotium) も存在するので、法的原因なく男性が土地を占有した場合と同じく不当利得返還請求されうる。アフリカーヌスもまた、新たに10金を交付する代わりに土地を返還するという合意を取引として、不当利得返還請求の要件としている。続けて、ケルススの見解を見てみることにする。

D. 12, 1, 32 (Celsus libro quinto digestorum): Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

(64) 嫁資とは、持参金に相当する財貨であり、婚姻が締結されるのを見越して女性からあるいは主に女性の父から男性に交付されるもので、古典期法では男性が当該財貨の所有者となる。しかし、家庭の維持に貢献するために存在するものなので、婚姻終了の際には妻側に返還しなければならない。Berger, p.444.

学説彙纂12巻1章32法文 (ケルスス、法学大全5巻) : 「あなたが私にもティティウスにも金銭の消費貸借を求め、私は私の債務者に対してあなたに〔金銭を提供することを〕約束するように命じ、あなたは彼がティティウスの債務者であると考えて、あなたが問答契約した場合、あなたは私に対して義務を負わされるか否か。確かに、あなたが私と何らの取引も結ばなかったならば、私は踏みとどまる。：しかし、あなたは義務を負わされると私が判断するのがより適切である。私あなたがあなたに金銭を貸し付けたからではない (なぜなら、それは合意している者たちの間でなければなされ得ないからである)。：そうではなく、私の金銭があなたの手へ渡っており、あなたから私にその金銭が返還されるのが善であり衡平であるからである。」

通常の消費貸借では債権者は債務者に対して不当利得返還請求訴権を有し、金銭消費貸借契約の場合にはこれに相当するものとして「一定の貸し付けられた金銭の訴権 (actio certae creditae pecuniae)」⁽⁶⁵⁾ が考えられるが、ケルススはやや複雑な例を示している。ある者が二人の人物に金銭の貸し付けを求めた場合に、一方が自身の債務者に対して自身に貸し付けを求めた者に金銭を提供するように指示したが、貸し付けを要求した者は他方の債務者だと思い込んで契約が交わされた。この場合、本来あれば自身の債務者から自身に交付されるはずの金銭を、貸し付けを要求した者に譲った形になるので、利益衡量の結果、⁽⁶⁶⁾ 貸し付けを要求した者に対して返還請求を認めたものと考えられる。このことをもって、「ケルススは、金銭を指図により受領する消費貸借の借主が信用供与者の人格に関して錯誤している場合にも不当利得返還請求 (condictio) を認めている」⁽⁶⁷⁾ と評される。

この事例においてケルススは、本来の姿の合意がないものの取引

(65) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.290.

(66) Kaser, RPR I, S.594 Anm.5では、この法文が、不当利得返還請求 (condictio) と「善と衡平 (bonum et aequum)」を結びつける史料として紹介されている。

(67) Kaser, RPR I, S.595.

(negotium) があつたことを重視しており、やはり不当利得返還請求の要件として取引を設定しているものと考えられる。

以上のように、ユーリアーヌスに限らず多くの法学者たちが、不当利得返還請求 (condictio) の要件として取引 (negotium) を要求した。そうであれば、使用取得と不当利得の関係について次のようなことを想起せざるを得ない。

使用取得の完成後に、無権利の死因贈与者から使用取得を完成させた受贈者に対して不当利得返還請求することを認めたユーリアーヌスは、その他の法学者と同様に、不当利得返還請求の要件として取引 (negotium) を要求していた。そして、ある程度の幅があるものの、いずれも当事者間で何らかの取引行為に関連する行為が行われた事例である。つまり、ユーリアーヌスが使用取得を原始取得であると考えて、使用取得の前提となった占有状態が生じた原因関係と断絶させて考えていたならば、取引行為を前提とする不当利得返還請求訴権の行使は認められなかっただろう。

そして、使用取得以外のローマ法上の取得時効制度に関して、完成後において不当利得返還請求訴権が行使されうる事例は、死因贈与された物の事例にとどまらない。次の法文は、ユスティニアヌス帝の法典編纂委員により「非債の不当利得返還請求について (De condictione indebiti)」の表題の下に置かれたパウルの文章である。⁽⁶⁸⁾

D. 12, 6, 15, 1 (Paulus libro decimo ad Sabinum) : Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet. Ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non

(68) Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.58 Anm.11では、物権法上の所有権取得という結果が不当利得返還請求訴権を認めることにより覆滅されることを古典後期の法学者が是認する例として、このパウロス文が挙げられている。

possit, etiam sic recte tecum per indebitam conditionem agerem.

学説彙纂12巻6章15法文1 (パウルス、サビーヌス註解10巻): 「しかし、他人の金銭が交付された場合にも、不当利得返還請求が妥当する。例えばその金銭の占有が取り戻されるためである。: もし、何らかの物の占有 [の移転] について私があなたに義務を負っていると誤って考えて私が引き渡していたとすれば、私が不当利得返還請求したように、である。長期間の前書きを通じて、あなたから奪われえないように、私があなたに占有させていたとしてもまた、そのように正当にあなたに対して非債の不当利得返還請求を通じて私は訴えたいだろう。」

パウルスは、他人の金銭が交付された場合にも不当利得返還請求訴権を行使できるという。ただしこの場合、途中で義務のない物の占有移転や、最後に「非債の不当利得返還請求 (condictio indebiti)」が話題になっていることからわかるように、存在しない債務⁽⁶⁹⁾に基づいて他人の金銭を交付してしまった場合⁽⁷⁰⁾であろう。さらに、パウルスが「その金銭の占有が取り戻されるため」と述べているのはおそらく次のような理由による。既述の通り、本来であれば受領者が所有権を取得した場合に (現代法的発想では) その不当性を正すため債権法上の後処理の問題として不当利得返還請求が存在するが、この事例では有効な弁済がなされていないため受領者に目的物 (金銭) の所有権が移転しておらず、「占有の不当利得返還請求 (condictio possessionis)」のみが認められる⁽⁷¹⁾。

(69) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.18は、おそらく存在しない問答契約債務であるという。

(70) Vgl. Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.18ff..

(71) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.18-19. なお、「占有の不当利得」という概念は日本民法でも用いられた歴史がある。物権変動をもたらす法律行為の無効・取消しの場合に物権が原権利者に復帰するため不当利得返還請求によらずに所有権自体に基づく返還請求権の行使で足りるとすれば「七〇三条以下の不当利得の規定が無用」という、有因主義に対する無因主義からの批判に対し、我妻栄が有因主義の立場から、「いまだ給付受領者の下には給付された物の占有が残っている」ので

またパウルスは、根拠となる事例として占有移転の義務のない物を引き渡してしまった場合⁽⁷²⁾に不当利得返還請求できる点を挙げ、その後、長期間の占有後の法律関係について論じている。この事例の場合、弁済として受領した物を使用取得した場合が問題となりうるため、使用取得であれば「弁済されたものとしての使用取得 (usucapio pro soluto)」であると考えられるが、この事例では「長期間の前書き (longi temporis praescriptio)」が検討されている。「長期間の前書き」は属州において発展したもので、使用取得とはボナ・フィデース (bona fides) や正当原因 (iusta causa) など要件のコア部分を共通する使用取得類似の取得時効の一種であり、所有物返還請求に対する「長期間の抗弁」として機能したが、後には所有権取得の手段とな⁽⁷³⁾った。使用取得と異なるのは、その期間が所有者と占有者が同一区域居住の場合には10年間、異なる区域に居住の場合には20年間という点である。

最終文の「長期間の前書き」と「非債の不当利得返還請求」の関係に関する記述が、他人の金銭に関してであるのか他人物に関してであるのかは争いがあるところである⁽⁷⁴⁾が、いずれにせよ、長期間の占有によって「もはや取り上げることはできない⁽⁷⁵⁾」「所有権類似の占有地位⁽⁷⁶⁾」にある状態においてなお、当該占有者に対して不当利得返還請求が可能であったと理解できよう。

古典期ローマの法学者は使用取得ないし長期間の占有による時効取得を

703条により占有の不当利得返還請求を行使できると反論した点、また、その他日本民法において「占有の不当利得」という概念を用いる問題点については、辻義教「占有の不当利得について」法政論叢19巻 (1983、日本法政学会) 41頁以下参照。

(72) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.19-20は、非債でかつ他人物を引き渡した事例と理解している。

(73) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.201; Cf. Berger, p.645.

(74) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.20によれば、金銭と解釈する研究者が多いが、Bauer は他人物と解釈する。

(75) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.21.

(76) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.21.

原始取得ではなく承継取得であると考えており、だからこそ取引 (negotium) が要件となる不当利得返還請求を、死因贈与された物の使用取得に限らずその他の形態の使用取得の場合にも、使用取得完成後であってもなお認めたと推測することが可能であろう。

3 死因贈与された物の使用取得は誰からの取得か

上述の通り、死因贈与された物の使用取得についてローマの法学者が承継取得であると考えていたとして、誰から取得したものであると考えていたのであろうか。パウルスは死因贈与された物の使用取得に関して次のような法文を残している。

D. 39, 6, 33 (Paulus libro quarto ad Plautium) : Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

学説彙纂39巻6章33法文 (パウルス、プラウティウス註解4巻) : 「死因により引き渡された他人物を使用取得した者は、その物が帰属していたその人から取得したとはみなされず、使用取得の機会を提供した者から [取得したとみなされる]。」

パウルスによれば、他人物が死因贈与され受贈者によって使用取得された場合、原権利者からの取得とはみなされず、「使用取得の機会を提供した者」から取得されたとみなされる。つまり、他人物が死因贈与された場合の受贈者による使用取得は原始取得ではなく、受贈者に対して目的物の占有を取得させた無権利の贈与者からの承継取得であると判断されている⁽⁷⁷⁾。従って、上述の、死因贈与された物の使用取得と不当利得返還請求との関係に関していえば、受贈者に使用取得の機会 (occasio usucapionis) を提供した無権利の贈与者こそが、「受贈者が使用取得によって獲得した財

(77) Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.33.

産の増加の張本人⁽⁷⁸⁾」として扱われる。

このような判断がなされるため、既に検討した D. 39, 6, 13 pr. においては、使用取得により所有権を失った原権利者は使用取得により所有権を取得した受贈者に対して返還請求権を有さず、その代わりに、健康を回復した無権利の贈与者のみに受贈者に対する不当利得返還請求権を付与するのであろう。

Bauer は、「弁済されたものとしての使用取得」、「買主としての使用取得」、「嫁資としての使用取得」、「死因贈与された物の使用取得」、「贈与されたものとしての使用取得」、「遺贈されたものとしての使用取得」など様々なタイプの使用取得を順次検討し、いずれの場合も無権利者が他人物を譲渡し受領者がその物を使用取得するならば無権利者からの承継取得として扱われると解釈している。⁽⁷⁹⁾

しかし、その根拠の多くは状況証拠や周辺の法文史料に頼っており、Bauer が挙げる使用取得のうち直接的な法文史料に照らして確実に承継取得であると断言できるのは「死因贈与された物の使用取得」ぐらいであろう。その他の様々な形態の使用取得が原始取得であったか承継取得であったかを見極めるには、法文史料を元にしたさらなる検討が必要である。

第 3 節 使用取得完成後の益権と担保権の帰趨

1 益権の帰趨

以下においては、日本民法の時効取得が原始取得なのか承継取得なのかに関する議論を紹介した第 2 章と同様に、特に使用取得完成後の役権と担保権の帰趨について論じる。

古典期ローマ法において、目的物の使用取得が完成しても、その目的物に対して設定されていた役権はその目的物の所有権とは別個の存在として、当該役権自体の消滅原因が成就しないかぎり消滅しないと考えられて

(78) Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.56.

(79) Vgl. Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.14-39.

⁽⁸⁰⁾ いるが、次のような法文も存在する。

D. 8, 2, 6 (Gaius libro septimo ad edictum provinciale) : Haec autem iura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucipiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

学説彙纂 8 卷 2 章 6 法文 (ガーイウス、属州告示註解 7 卷) : 「他方で、これらの権利は郊外の農業用の土地の〔役権〕と同様に、一定の時期に不使用によって消滅する。: ただし、次のような相違があることを除く。すなわち、あらゆる場合に不使用によって消滅するわけではないが、近隣の者が同時に自由状態を使用取得する場合には〔消滅する〕。例えば、私の建物の光の妨げとならないように、あなたの建物が私の〔建物〕に対してより高くは建て増しされないという負担を負っている場合に、そして定められた期間にわたり私が私の窓を塞ぎあるいは遮ったならば、次の場合にのみ私は私の権利を放棄する。すなわち、あなたがこの期間にわたりより高く建て増されたあなたの建物を有していた場合である。: いずれにせよ、あなたが新しいことを何もなさなかった場合、私は役権を保持する。同様に、あなたの建物が梁を差し込まれる役権を負い、私が梁を引き抜いた場

(80) 船田『ローマ法 2』487頁; Bauer, Ersitzung und Bereicherung, S.24 Anm.6.

合、次の場合にのみ私は私の権利を放棄する。すなわち、梁が引き抜かれた穴をあなたが塞ぎ、規定された期間にわたりあなたがそのように〔建物を〕有した場合である。：いずれにせよ、あなたが新しいことを何もなさなかった場合、自身の権利が損なわれずに存続する。」

地役権と建物役権には前者が手中物で後者が非手中物であるという違いがあるとされ、地役権の場合には単に不使用により 2 年の期間で「承役地が役権の負担から自由であるという状態」が使用取得されると考えられている。⁽⁸¹⁾ この法文でガイウスは、「自由状態を使用取得する場合」として、⁽⁸²⁾ 単に不使用だけではなく近隣の者の行為が継続することにより建物役権が消滅する例について述べている。一例目は、近隣の建物への採光を確保するために高い建物を立てないという役権の負担を負っている場合に、負担を負わせている建物側の住人が窓を塞ぎ（不使用）、それに加えて役権を負っている側の建物が建て増しされた状態で一定期間存続した場合である。二例目では、隣家の梁が突き通される役権を負担している場合に、負担を負わせている建物側の住人が梁を引き抜く（不使用）だけでなく、負担を負っている建物側の住人が穴を塞いでその状態を一定期間維持することが必要とされる。いずれの場合も、役権を負わせている建物側の住人が不使用であっただけでなく、負担を負っている建物側の住人の何か積極的な行為が必要であると解釈できるので、ただ放置していただければ足りないと考えられる。

役権を消滅させるには、通常、「否認訴権 (actio negatoria)⁽⁸³⁾」を模範とす

(81) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.218.

(82) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.220.

(83) 原告（不動産所有者）が、原告の所有権を否定することなく役権等を有することを主張する被告に対し、そのような権利の存在を否認する (negare) 訴権であり、原告が被告のいかなる権利によっても妨げられない完全な所有権を有することを裁判上で承認されることを目的とした。以上、Berger, pp.343-344；船田『ローマ法 2』528-529頁。もちろん、混同や、土地の一部が私法取引から除外されることや、「有用性」の喪失によっても役権は消滅する。Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse,

る法廷譲渡 (in iure cessio) によって役権者が役権設定者に対して放棄する必要があり、役権が存在しない状態を使用取得することは可能であるが (「自由状態の使用取得 (usucapio libertatis)⁽⁸⁴⁾」)、逆に言えば、目的物を通常の使用取得により所有権取得することで目的物が負っていた役権という負担が必然的に消滅することはあり得ないと考えられる。

従って、使用取得後の役権の帰趨に着目すれば、使用取得が完成しても当該目的物が負担していた役権が完成と同時に消滅することはないので、古典期ローマの使用取得はまさに承継取得型の制度であったと行うことができよう。

2 担保権の帰趨

以下では役権の帰趨に続いて、使用取得完成後の担保権の帰趨について検討する。使用取得後に質権がどうなるかに関しては、まずパーピニアースが残した法文を読んでみることにする。⁽⁸⁵⁾

D. 20, 1, 1, 2 (Papinianus libro 11 responsorum) : Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

学説彙纂20巻1章1法文2 (パーピニアース、解答録11巻) : 「地所が質に供されたとき、名指しして果実もまた質に属するように合意した。買主はボナ・フィデーヌで消費されたそれら〔果実〕を返還することをセル

S.221.

(84) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.220.

(85) Solazzi, pignus praetorium, p.341 n.6においては、本稿の本文中に挙げたパーピニアースの D. 20, 1, 1, 2 および D. 41, 3, 44, 5 が、「担保権は所有権の使用取得によって消滅しないという規範」を示すものとして列挙されている。

ウィウス準〔訴権〕によって強いられないだろう。：というのも、質権の問題は所有権の目的からは分離されているので、質権の原因は使用取得によって消滅させられないことが通説となったからである。：そしてそのことは、一度も債務者のものとならなかった果実においては同じではない。』

パーピニアースは、土地が質入れされた場合に明示的に果実をも質入れすることが合意された事例を示している。その土地を買い受けた者がボナ・フィデースで、すなわち信義誠実に反しないような形で消費した場合には、セルウィウス準訴権によって果実の返還を強制されることはないという。一般的な質権者の対物訴権 (actio in rem) としてはセルウィウス訴権が考えられるが、ここでは質権設定者が質権設定後にその物についての権利を取得する場合としてセルウィウス準訴権⁽⁸⁶⁾による果実の返還が検討されているが、この訴権による果実の返還請求は認められない。確かに質権の問題というのは所有権の目的自体とは切り離されているため使用取得後も質権は消滅しないというのが通説であるが、このことは果実が一度も債務者のものとなっていないので妥当しないとする。

このパーピニアースの説明を解釈してみると、所有権は使用・収益・処分する権利であるが、交換価値を把握する担保権である質権はその所有権に抵触することはなく、両立が可能であるためとも考えられる。理由付けが何であるにせよ、パーピニアースの発想には、使用取得の完成とともにその目的物に付着していた担保権が消滅するという観念がない。なお、この事例で土地を使用取得するのは買主であるから、通常は「買主として (pro emptore) の使用取得」であると考えられる。

また、同じパーピニアースが「買主として (pro emptore) の使用取

(86) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.231, 237.

(87) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.230によれば、ローマ法の質権 (pignus) は占有質の場合と非占有質の場合があり得るが、この事例の場合には非占有質であるから所有権の権能と抵触することがないと考えられる。

得」と「相続人として (pro herede) の使用取得」について次のように記している。

D. 41, 3, 44, 5 (Papinianus libro 23 quaestionum): Non mutat usucapio superveniens pro emptore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim usus fructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventionem constituitur, usucapione rei non peremittitur.

学説彙纂41卷3章44法文5 (パーピニアヌス、質疑録23卷):「買主としてあるいは相続人として生じる使用取得は、質権の追及が損なわれないことを変更しない。:なぜなら、用益権が使用取得され得ないように、所有権の関係によって結合されておらず合意のみによって設定される質権の追及は、物の使用取得によって消滅させられないからである。」

パーピニアヌスは、「買主として (pro emptore) の使用取得」や「相続人として (pro herede) の使用取得」が完成しても質権による追及が存続すると述べる。なぜなら、用益権を使用取得できないのと同様に、合意⁽⁸⁸⁾のみによって設定される質権は所有権とは関係がないため使用取得によっては消滅しないとする。

先に挙げた法文と似ているが、使用取得によって質権が消滅しない理由として、パーピニアヌスは所有権の存在と担保権の存在が直結していない点を挙げる。先の法文同様、担保権の存在が所有権の権能と抵触しないことを重視していると考えられる。さらにここでは、質権が合意のみによって成立する点を加えている。結局この法文でも、使用取得が完成したからといってその物に付いていた担保権が消滅するという発想は、全く見ることができない。

(88) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.220によれば、役権の使用取得は共和政後期のスクリーポーニウス法によって「所有権の自由を確保するために」廃止された。

さらにパーピニアーヌスは、「法務官法上の質権 (pignus praetorium)」と使用取得の関係性について次のような法文を残している。

D. 41, 4, 12 (Papinianus libro decimo responsorum) : Misso legatario in possessionem res pro emptore usucapiuntur salva praetorii pignoris causa.

学説彙纂41巻4章12法文 (パーピニアーヌス、解答録10巻) : 「受遺者が占有へと付与された場合、物は〔相続人によって〕買主として使用取得され、法務官〔法上〕の質権の原因は損なわれない。」

パーピニアーヌスは、遺贈された受遺者が「占有への付与 (missio in possessionem)」を受けた場合、物は相続人により買主として使用取得されると述べる。ここでいう「占有への付与」とは、インペリウム (imperium) の力によって法務官が適用する強制手段で、原告が反対当事者の財産の全部または一部を占有することが許されるものであり、いくつかの目的があったが、その中には債権者を満足させるために債務者財産を確保する目的や、担保のために自発的に行うことを拒んだ債務者に問答契約を通じて特別な義務を負わせるため、というものがあつた。⁽⁸⁹⁾そして、原告がそうした物の保持を許されたのは、債務者財産を手付かずのまま残しもっぱら債権者の利益のために用いられる目的で確保するためであり、付与が最終的には債務者財産の売却へとつながり得たことから、「占有へと付与された者 (missus in possessionem)」の状況は担保を受け取った債権者の状況に相当す

(89) 「相続人により」はラテン語の原文には存在しないが、翻訳では補うものが多く、筆者も相続人によって使用取得される場合であると考え。例えば、オランダ語訳 (Spruit, J.E./ Feenstra, R. / Wubbe, F.B.J.: Corpus Iuris Civilis: Tekst en Vertaling, V Digesten 35-42, Walburg Pers, 2000, p.907) 参照。ただし、Solazzi, pignus praetorium, p.340は、使用取得の主体を相続人ではなく第三者であると考えている。

(90) Berger, p.584.

るものであったが、債務者と債権者の間で話し合いがついた場合、法務官の付与命令は撤回され、占有を明け渡さなければならなかったとされる。⁽⁹¹⁾

この事例では、目的物は使用取得によって「買主として」⁽⁹²⁾使用取得され所有権は相続人に帰するが、受遺者への占有付与は上述の通り担保権のような性質を有するものとして残存し、まさに「法務官〔法上〕の質権 (pignus praetorium)」としてその効力は消滅しない。

ところで、この「法務官〔法上〕の質権 (pignus praetorium)」については古典期のものではないとか、古典期後のインテルポラーティオー (改竄) であるという指摘が多数の研究者によってなされている。⁽⁹³⁾ 確かに、管見のかぎりこの表現はこの D. 41, 4, 12にしか登場しないが、安易に改竄を想定するのを避けるのが昨今のローマ法研究の態度であり、また筆者の是とするところである。上述のパーピニアヌスの論述から考察するに、やはり「買主としての使用取得」が生じた後でも、その目的物に付されていた担保権は消滅しない。

遺贈の場合の「占有への付与」、また使用取得との関係については、パーピニアヌスだけでなくユリアヌスも見解を示しているのだから

(91) Berger, p.584.

(92) 確かに、相続人によって使用取得される場面で「買主として (pro emptore)」使用取得されるのは違和感がある。例えば Solazzi, pignus praetorium, pp.340-341 は、この「文言は控えめに言っても不適當である」と評し、この法文に「挿入されたまたは残った」理由の推測として、「パーピニアヌスが、受遺者への付与の後に相続人の側が相続財産の物を売却したという仮説を検討した」可能性を指摘するが、「なぜこの売却に関連する事実が消去され、そして不可解な 'pro emptore' だけが残されたのか」に関して疑問を残し論考を終えている。

(93) Solazzi, pignus praetorium, p.339. その他、例えば Kaser, RPR I, S.459 Anm.7は「古典期のものではない、あるいはせいぜい専門用語ではない」とする。さらに、Schulz, Fritz.: Classical Roman Law, Oxford: Clarendon Press, 1961, p.412 は、「ピザンチン人」の表現であり「この用語は確かに古典期のものではない」としたうえで、「セルウィウス訴権は純粹にプラエトル〔法務官〕による救済」であり、「いずれの古典期の質権 (pignus) も法務官法上の質権 (pignus praetorium) と言えるから、この表現は「古典期法のもとでは誤解を招いただろう」と指摘する。また、Berger, p.584もこの用語が古典期のものであることを疑う。

検討する。

D. 41, 5, 2 pr. (Iulianus libro 44 digestorum): Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. Quid ergo est? Etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.

学説彙纂41卷5章2法文首項(ユーリアーヌス、法学大全44卷):「保全されるべき遺贈のために占有へと付与された者は、相続人として使用取得する者の占有を妨害しない。:なぜなら、保護のために物を保持するからである。それではどうなるのか?使用取得が完成しても、質の権利を保持するだろう。その結果、彼に遺贈された物が弁済され、あるいはその名義で担保が設定されるまで、[質権は]消滅しない。」

ユーリアーヌスによれば、遺贈を保全するために占有付与を受けた受遺者は、相続人が「相続人として (pro herede)」使用取得する場合の占有を妨げることはない。その理由は、「保管」の目的で物を保持するからであるという。ここでいう保管のニュアンスであるが、付与 (missio) によって作り出される「占有へと付与された者 (missus in possessionem)」の法的状況は物的占有から物の単純な保管と監視 (custodia et observantia) まで異なっていたと考えられている⁽⁹⁴⁾。また、この事例では使用取得占有者の占有を妨害しない態様の付与であるから、「占有を取得せず相続人が遺贈を履行するよう仕向けるために、あるいは担保を提供するように仕向けるために、単に相続財産に属する物を保有する⁽⁹⁵⁾」場合として、非占有型の担保のようなものを想定してもよいだろう。

(94) Berger, p.584.

(95) Solazzi, pignus praetorium, p.340.

ただいづれにせよ、相続人による使用取得が生じても受遺者は担保権を保持し、受遺者に対して遺贈が履行されるまで、あるいはそれに代わる担保が提供されるまでは担保権が消滅しない。「相続人として (pro herede) の使用取得」の場合にも、その使用取得が完成した後であっても、目的物に付着していた担保権は消滅せず残存する。

第4節 相続財産請求

1 使用取得完成後の相続財産請求

(1) 「相続人として (pro herede) の使用取得」

ここまでは主に使用取得完成後の法的状況について、不当利得返還請求との関係、また、役権・担保権の帰趨について考察してきた。以下では、「相続人として (pro herede) の使用取得」に特有の問題ではあるが、相続財産請求との関係について検討する。まず、このような論点に触れる前提として、「相続人としての使用取得」の特殊性について論じておかなければならない。

ローマ法の相続制度においては、相続財産は被相続人の死亡によってただちに取得されるのではなく、家外相続人の場合には承認によって、家内相続人の場合には条件の成就によりあるいは遺言相続人の放棄があった場合に取得された。⁽⁹⁶⁾ローマ人はその間の状態を相続財産が「休止する」(hereditatem (bona) iacere) と考え、盗 (furtum) の対象とはせず、「一時的な無主の財産とみなし、その財産はその存続において将来の相続人のために維持され、財産の担い手を誰も必要としない事象により増加されあるいは減少されうる」存在と考えた。⁽⁹⁷⁾

⁽⁹⁸⁾Kaserによれば、「相続人としての使用取得」にまず必要な要件は次の通りである。「ある者が意図的に物を相続財産に属する物としてつかみ取

(96) Kaser, RPR I, S.720.

(97) Kaser, RPR I, S.720.

(98) Kaser, RPR I, S.721.

ったこと」、**「家外相続人 (heres extraneus) が〔相続を〕まだ承認していない場合あるいは実際に承認している場合に、まだ占有されていない物を〔占有したこと〕**」。⁽⁹⁹⁾そして、「**使用取得期間は土地の場合でも 1 年**」であり、「**ボナ・フィデースは必要とされず、相続財産に属する物 (res hereditariae) としてのつかみ取り (占有) 以外の他の原因 (causa) も必要ない**」とされる。従って、通常の使用取得よりも要件が大幅に緩和されているのは明らかである。

また Kaser⁽¹⁰¹⁾ は、「**相続人としての使用取得は、善意占有者の利益のために、特に遺産占有者 (bonorum possessor)**」⁽¹⁰²⁾のためにも認めるに値する」が、「**善意でない占有者の有利にもなる**」ため、「**その物の権利者に対する重大な過酷さが認識され**」ていたと指摘している。通常の使用取得よりも容易に認められるため、目的物の権利を失う原権利者にとっては確かにある程度の「過酷」な性質を有していたかもしれない。実際に、法学教師とされるガイウスが次のような文章を残している。

Gai, 2, 55: Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

ガイウス『法学提要』2, 55: 「ところで、いったいなぜこれほどに悪

(99) Gai. 2, 53に明示的に記されている。土地自体に着目するのではなく相続財産を総体的にとらえれば、無体物のような扱いになるため、不動産とは異なる扱いがなされた (Gai. 2, 56)。

(100) 対象が相続財産に属することを認識する必要があり、自身が相続人ではないことを知っていてもよい。Kaser, RPR I, S.721 Anm.22.

(101) Kaser, RPR I, S.721.

(102) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.443によれば、相続人 (heres) そのものではないが相続人の地位にある (heredis loco) 者として法務官 (プラエトル) が認めた者であり、相続人と同様に扱われ市民法上の相続人に対する関係で保護されることもある。

質な占有と使用取得が許されたのか。その理は、古法学者たちが、相続財産がより迅速に相続されることを望んだからである。それは、かの時代に非常に重大な関心があった祭儀を行う者が存在するために、また、債権者が追及する相手方を有するために、である。」

ガイウスの言によれば、「相続人としての使用取得」は上述の通りあまりに容易に認められたため、「悪質な (inprobus)」ものであったらしい。認められた理由は昔の法学者たちが望んだためで、一つには、かつて特に重要な関心事だった宗教儀式を行う後継者を確保する目的があった。相続財産の総体の中には宗教的な意義を有する遺物も含まれていたことだろう。またもう一つには、債権者が債務の弁済を要求する相手方を確保するという実利的な目的である。また、ガイウスは次のようにも述べている。

Gai. 2, 56: Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucratiua uocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.

ガイウス『法学提要』2, 56: 「さらに、この占有と使用取得の種類は『代償なしのもの』とも呼ばれる。: なぜなら、誰でも知りながら他人の物を利得するからである。」

つまり、他人の物と知りつつ故意に他人の物を占有して使用取得するという構造を持つ制度であり、占有者が何の対価も負担することなく一方的に他人の損失において利得することができるシステムであったため、「代償なし (lucratiuus)」の使用取得と考えられていた。このように、相続人としての使用取得は「悪質な (inprobus)」ものであり、また「代償なし (lucratiuus)」⁽¹⁰³⁾のものであるから、ガイウスにとっても一般的な法学者にとっても、認めがたいものとなっていたに違いない。

(103) Kaser, RPR I, S.721 Anm.23.

(2) 相続財産請求との関係

上述のような性質を有する相続人としての使用取得は、当然ながら批判が多かったと考えられ、ハドリアーヌス帝によって方策が講じられることになる。その点についてもガイウスが書き残している。

Gai. 2, 57: Sed hoc tempore iam non est lucratiua: nam ex auctoritate diui Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones reuocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

ガイウス『法学提要』2, 57: 「しかし、この時代には既に『代償なしのもの』ではない。: なぜなら神皇ハドリアーヌスの指示に基づいて、そのような使用取得が取り消される⁽¹⁰⁴⁾ように決議がなされたからである。; そしてそれゆえに、相続人は物を使用取得した者に対し相続財産を請求することにより、あたかも使用取得されなかったかのようにその物を追及することができる。」

ガイウスの時代には既に、ハドリアーヌス帝の意向を受けた元老院議決がなされ、このような相続人としての使用取得を無かったことにしたうえに、相続人としての使用取得が完成していた者に対してさえも相続財産請求⁽¹⁰⁵⁾ (hereditatis petitio) を認めた。従って、このような相続人としての使用取得によって取得されていた財産は相続人の手により取り戻されることとなった。

(104) 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) 65頁は、相続人としての使用取得が「廃止された」と解釈し、船田『ローマ法2』501頁は「取消され得べきものとされた」と解釈している。

(105) Kaser, RPR I, S.721-722. 後にマルクス・アウレリウス帝は「奪われた相続財産の罪 (crimen expilatae hereditatis)」に基づき刑事訴追する制度を創設した。Vgl. RPR I, S.722.

本稿では、この法文で登場する相続財産請求について、ローマの相続の性質に言及しつつ少し触れておく。例えば Biondi は、相続の包括的承継という性質に着目して相続財産請求の性質を次のように説明する。

「例えば、ある第三者が相続財産を占有していて…個々の権利についてではなく相続人自身の相続上の地位について異議を唱えるならば、相続人はその第三者に対してそれぞれ関係する多くの個々の訴権を行使しなければならない。；それらが独立しているために多くの訴権が煩わしいことは別にしても、このことは既判事項の食い違いを生じさせ、その結果、法的状況の不確実性をもたらす可能性がある。というのも、ある訴訟に関して原告が相続人と認められ、他の訴訟では認められないということが、よくありうるからである。⁽¹⁰⁶⁾」そして、これらのことまた諸々の不便を避けるために、相続の包括的性質に対応する「包括的な性質を持つ」訴権として、また、「個々の相続上の訴権行使からは独立して、自身の相続人としての地位を守るために一般的な性質のある訴権」として、相続財産請求 (hereditatis petitio) が存在する。⁽¹⁰⁷⁾

従って、被相続人から個々の関係が承継されることだけでなく総体的な形で承継されることが重要視され、「相続財産請求は個々の訴権の合計ではなく、相続の権利 (ius successionis) を保護する」もの、つまり「全体的な単位で承継することを保護する訴権である」と考えられている。⁽¹⁰⁸⁾

相続財産請求は所有物返還請求 (rei vindicatio) に類似した構造と性質を有しているとされ、また相続人としての使用取得が無かったことにされたうたうで相続財産請求を受けるという点で、通常の使用取得完成後に不当利得返還請求を受けられる可能性がある場合と一概に比較することはできないが、使用取得の性質に関して一定の示唆に富む内容があろう。すなわち、

(106) Biondi, Biondo.: Il Diritto Romano, Licinio Cappelli Editore, Bologna, 1957, p.499.

(107) Biondi, *ibid.*, pp.499-500.

(108) Biondi, *ibid.*, p.500.

(109) Biondi, *ibid.*, p.500; Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.482.

使用取得による取得自体が終局的な取得ではなく、使用取得のきっかけとなった占有の取得状況・経緯・取引関係などの、占有取得に至るまでのしがらみを断ち切ることはできず、そもそも原始取得型の取得ではないのである。

2 使用取得後の原因 (causa) の不変性

「相続人としての使用取得」を含め、使用取得は、使用取得占有を開始するに至った経緯等を断絶して原始的に取得する性質のものではなかったという証拠が、次の法文からも得られる。

D. 41, 10, 1, 1 (Ulpianus libro 15 ad edictum): Sed si res mihi ex causa iusta puta emptionis tradita sit et usucapiam, incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere. Sed an desinam ex causa emptionis post usucapionem, dubitatur: et Mauricianus dicitur existimasse non desinere.

学説彙纂41巻10章1法文1 (ウルピアーヌス、告示註解15巻): 「しかし、物が私に例えば購入の正当原因に基づいて引き渡されて、もし私が使用取得するならば、確かに使用取得の前でも私のものとして私は占有し始める。だが、使用取得の後に購入の原因に基づいて〔占有することを〕私がやめるかどうか疑われる。: マウリキアーヌスもやめないと考えたと言われる。」

この記述ぶりから、ウルピアーヌスとマウリキアーヌスは同意見であると考えられる。ウルピアーヌスの見解では、占有の直接の原因である売買が行われて買主が占有する場合には「買主として (pro emptore)」占有を

(110) 例えば、前掲ヴォルフ / ヴェレンホーファー『ドイツ物権法』(注21) 172頁は、時効取得が終局的なものであるがゆえに時効取得者は不当利得返還請求に服しないと説明する。

開始するのは当然のこと、自らが売買の目的物の所有権を自身に移転させることを想定して占有するので「自己のものとして (pro suo)」も占有を開始する。⁽¹¹¹⁾ 使用取得完成後にも「購入の原因」に基づいた占有が存続するかについて論点になったようであるが、使用取得完成前の「購入の原因」は消滅しない。

従って、使用取得は、買主としての使用取得の場合、占有開始の原因となった売買という原因は消滅せず、使用取得完成後も売買に基づいて占有している状態が存続すると考えられる。すなわち、使用取得による所有権取得の直接の原因は使用取得自体ではなく売買に基づいて占有を開始したことであり、使用取得に基づく所有権取得による占有状態は、売買という原因関係からは切り離されていない。

自分自身が相続人ではないと知りながら故意に相続財産に属する物の占有を開始し、「相続人としての使用取得」を完成させた者であっても、その使用取得の結果を否定され相続財産請求によって目的物の返還を強いられてしまうことが是認される要因は、まさに使用取得へと至る占有を開始した原因・態様・経緯が考慮され、使用取得完成後もその占有状態が存続していると考えられたためであろう。

(111) D. 41, 10, 1 pr. (Ulpianus libro 15 ad edictum): Pro suo possessio talis est.

Cum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, et praeterea pro suo: ut puta ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo, item donata vel legata vel pro donato vel pro legato etiam pro suo possideo. 学説彙纂41巻10章1法文首項 (ウルピアーヌス、告示註解15巻): 「自己のものとしての占有は次のようなものである。すなわち、所有権が我々によって取得されたときと我々が思うときに、我々は取得されるその原因に基づいて占有し、またそれに加えて自己のものとして [占有する]。: 例えば、購入の原因に基づいて、買主としても自己のものとしても私は占有し、同様に、贈与されたものあるいは遺贈されたものを、贈与されたものとしてあるいは遺贈されたものとして、また自己のものとしても私は占有するように。」

第 4 章 おわりに—使用取得の性質とその後の変化—

本稿では、日本民法における取得時効の性質に関する議論、具体的には原始取得であるか承継取得であるかという見解の対立を皮切りに、現代民法における原始取得と承継取得のそれぞれの特徴をローマ法史料に反映させ、様々な考察を試みてきた。この章では、総括として、使用取得による所有権取得の性質に関して触れた文献を紹介し私見を述べたうえで、古典期後の変化について若干の考察を行う。

使用取得の性質に関して、例えば船田⁽¹¹²⁾享二は、使用取得を①「事実上の占有を市民法上の所有権とする場合」と②「法務官法上の所有権を市民法上の所有権とする場合」の二つに分類し、①は「原始取得で、使用取得期間の経過により前権利者の権利は完全に消滅して取得者は新たに所有権を取得し、取得者は前権利者が対抗を受けるべきであった抗弁の対抗を受けることはない」と評する。しかしながら、船田自身が「もっとも、客体に設定された役権は所有権とは離れた存在を有して、その特有の消滅原因が発生せぬ限りは、かような使用による取得によっては消滅せず、この点で使用取得は原始取得ではない」と自認している通り、使用取得完成後に役権が消滅しない点、また既述のように、他人物を死因贈与された者（ローマ法の原則では完全に無権利者）の使用取得を承継取得と扱う例が見られる点から、①を全て原始取得と判断するには無理がある。

さらに②について船田は、「使用期間の経過によって市民法上の所有権となるに至った法務官法上の所有権が前権利者の市民法上または法務官法上の所有権にもとづいて取得されたものである限りは伝来取得である」と評するが、むしろ、取引行為を前提とする使用取得はもちろんのこと、およそ様々なタイプの使用取得が承継取得であったと考える方が本稿の考察からは自然であろう。⁽¹¹³⁾

(112) 船田『ローマ法 2』487頁。

(114) また、Harke は「誤想権原に基づく使用取得」に着目し、ケルススや古典後期の法学者が「原則として有効な取得行為という要件に固執する場合」には、使用取得の「支えとなる基礎」は「取得行為によって生み出される原因 (causa)」であり、ボナ・フィデース要件は「善意と理解すれば、譲渡人の処分権限がないことから生じる瑕疵を補うためだけに奉仕する」のであって、彼らは使用取得を「承継的所有権取得の一形式とみなしている」と評する。これに対して、「プロクルスやネラーティウスやユーリアヌスやポンポニウスのように、有効な取得行為がない場合でも使用取得を認める法学者たち」は、「誠実さの要請を、利害関係人の利益と比較して判定すべき包括的な基準とみなし、「そのように、使用取得が有効な取得行為の要求から分離されている場合には、使用取得は承継的所有権取得ではなく原始的的所有権取得へとつながる」と指摘する。加えて、「その原始取得は所有権譲渡の未遂に基づくのではなく、物の取得者と物の従前の所有者との地位の比較考量に基づく」ものであると述べる。このように Harke は、法学者たちの発想を 2 タイプに分類し、それぞれに承継取得か原始取得かという使用取得の性質を対応させている。

しかしながら、既述のように、使用取得が承継取得であるという直接的かつ明示的な証拠は死因贈与された物の使用取得の事例に限られているが、使用取得完成後の役権・担保権の帰趨、また使用取得後の使用取得者に対する不当利得返還請求の可能性、さらに使用取得完成後の相続財産請求を検討すれば、いずれも使用取得が承継取得であったことの証拠となる

(113) 例えば、船田『ローマ法 2』490頁は「放棄されたものとして (pro derelicto) の使用取得」を原始取得と解するが、ローマの法学者は放棄した者が所有権を失い占有者が使用取得によって所有権を取得するという流れを表裏一体として描いている。詳細は、清水悠「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)」早稲田法学94巻1号(早稲田大学法学会、2018)209頁以下参照。従って、放棄した者から使用取得者への承継取得と解することはできまいか、また、使用取得者のところで突然に新規の所有権が発生するというのはローマ人の法的発想になじまないのではないか、等が今後の研究課題として残る。

(114) Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S.84-85.

う。

古典期ローマ法においては、使用取得が完成しても、目的物に付着していた既存の役権や担保権といった制限・負担が消滅することはなく、承継取得的特徴を示している。また、使用取得占有を開始する原点である取引関係・態様・経緯などの原因関係は使用取得が完成しても忘れられることはなく、原因関係と断絶していないからこそ使用取得者が不当利得返還請求を受ける例が存在する。また、相続人としての使用取得のようなある種の使用取得がその経緯・過程に着目して後に立法によって不法とされた場合、完成済みの使用取得の効果は遡及的に否定され、目的物が取り上げられてしまう事例すらある。こうした例は、いずれも使用取得が終局的取得、原始取得ではないという証左となり得るものだろう。

従って、本稿においては古典期ローマ法における使用取得は凡そ承継取得であったと判断する。しかし、ユスティニアヌス帝の時代以降には、使用取得の性質がやや変化していった可能性を示すような法文史料が残されている。具体的には使用取得完成後の担保権の帰趨に関する法文である。

C. 7, 39, 8 : Imperator Justinianus… . Si quis emptionis vel donationis vel alterius cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi adquisierit posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.

勅法彙纂 7 卷39章 8 法文：「ユスティニアヌス帝…。ある者が購入のあるいは贈与のあるいはあらゆる他の契約の権原で他人の物をボナ・フィデーヌで10年あるいは20年を通して占有し、その所有者に対してある

いはその抵当権を主張している債権者に対して長期間の抗弁を自身のために獲得し、そしてその後、偶然の原因によってその物の占有を失った場合、その〔占有者〕が同物を取り戻すための訴権をも有し得ることを、余は定める。なぜなら、誰かが正確に古法を調査したならば、古法もそのことを定めていたからである。」

担保権の負担が消滅するタイプの使用取得は、ユスティニアヌス帝の時代に古典期属州法の「長期間の前書き」という限定的な制度から一般的な仕組みへと発展を遂げたと考えられ、勅法彙纂⁽¹¹⁵⁾に残されたユスティニアヌス帝によるこの法文が根拠とされている。取引行為により他人物の占有を開始した者が、要件を満たして10年間あるいは20年間占有し「長期間の抗弁」の権利を得た場合、所有者に対しても抵当権者に対しても對抗でき、占有を失った場合には取り戻し (vindicare) もできると読める。

ユスティニアヌス帝の時代に至って、完成後に担保権が消滅するタイプの取得時効が登場したとすれば、それは原始取得型の取得時効が登場し始めたことを意味するだろう。ただし、それを見極めるには、古典期時代の「長期間の前書き」がいかにして変形しユスティニアヌス帝時代の取得時効制度へと変貌を遂げたか、調査しなければならない。また、現行民法の時効取得の性質に関する議論に対してはローマ法における使用取得の性質に関する議論が寄与できる点があると考えられ、その後いかなる過程を経て現行民法の取得時効制度につながるのかという研究が、今後の課題として残る。

(115) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.235.