

# 役権および用益権のウースーカピオおよび プーブリキアーナの訴え

宮 坂 渉

- 0 問題関心
- 1 問題の所在
- 2 先行研究
  - 2.1. インテルポラティオ説
  - 2.2. 真正性肯定説
  - 2.3. 私 見
  - 2.4. 新たな疑問
- 3 スクリーポーニウス法
  - 3.1. 法学的要因説
  - 3.2. 経済的要因説
  - 3.3. 法学的要因説からの反論
  - 3.4. 経済的要因説からの反論
  - 3.5. 若干の検討

役権および用益権のウースーカピオおよびプーブリキアーナの訴え(宮坂)

## 4 用益権と役権の保護

4. 1. 返還請求訴権 VINDICATIO
  4. 2. 特示命令 INTERDICTUM
  4. 3. その他
  4. 4. プーブリキアーナの訴え
    4. 4. 1. 用益権あるいは地役権の返還請求訴権との関係
    4. 4. 2. 用益権および役権にかんする特示命令との関係
- 5 おわりに

## 0 問題関心

津野教授の著書『オントロジー法学』（中央大学出版社、二〇一七年）はその冒頭の「はしがき」において、「外国の法と社会の歴史を研究してきた私達の反省は、私達は、ともすると外国語を日本語で置き換え、あとは日本語で考え、てしまうこと、そして日本の制度や思想にあてはめてはじめて理解した気になってしまう傾向があることだ。〔改行〕漢字（中国文字）そのものに意味が在ると教えられる私達は、言霊（ことだま）とでもいうものに取り憑かれがちである。〔訳語の統一〕というモットーや、西洋文を構成する単語をひとつひとつ日本語に置き換えてそれを繋げていくのが忠実な訳だという考え方は間違つて」<sup>(1)</sup>おり、「名辞（ターム）だけでなくその表現で考えられている思想（概念）とそれが指し示している現実連関を理解することが大切」<sup>(2)</sup>であると述べている。

その一つの例として津野教授が挙げるのが、IN BONISという表現である。日本では、「IN BONISは「財産の中

に持つ」と置き換えられるとして、そこから正しい理解が出てくると考えている研究者が多い<sup>(3)</sup>。しかし、「アंकムとローとポールが、さらに徹底的に学説彙纂に出てくる IN BONIS LESSE (イブ、ESSE の誤りか) 系の諸表現の分析を行った」結果、確かに「IN BONIS ESSE 系の表現の中には、「財産の中に持つ」「財産の中にある」という一般的な広い意味の場合があるには違いない。しかし、法務官によって絶対的に保護されるような、まさに法務官法上の所有権と表現するにふさわしい事態を意味している場合が少なくない」ということが明らかとなった<sup>(4)</sup>。

この「法務官法上の所有権」とは、古典期ローマ法において、「市民法上の所有権」とは区別される所有権であった。「古典期ローマ法では所有権移転の方法として四つの制度があった」。すなわち、マンキパティオ MANCIPIATIO、法廷譲渡 IN IURE CESSIO、トラデーティオ TRADITIO、そしてウースーカピオ USUCAPIO である。そのうち「トラデーティオ」は万民法上の制度であり外人 peregrini も使えたが、それ以外は市民法上の制度であり、市民間でのみ用いることができた<sup>(5)</sup>。この市民法上の所有権の移転方法の一つがマンキパティオ MANCIPIATIO であった。そして、「マンキパティオで他人に所有権移転(譲渡)される物」は「マンキピ物 RES MANCIPII」と呼ばれた<sup>(6)</sup>。

そして、津野教授は「法務官法上の所有者」を以下のように説明する。「所有者が売って引き渡したが、それがマンキピ物だったために、市民法上の所有権が即時には移転しなかった。しかし、この買主は法務官によって絶対に保護されるウースーカピオ占有者になる。彼は売主であるいまだ市民法上の所有者よりもっと強く法務官に保護される。抗弁によって占有を奪われないだけでなく、占有を失っても、市民法上の所有者からさえ取り戻せる。(改行)これは、「法務官法上の所有者」と表現するにふさわしい法権利上の地位である。しかし、この状態の人を古典期のローマ法学者は DOMINUS とは呼べなかった。そのために、「物が IN BONIS にある人に帰属する」という決まっ

た表現を用いたのである。その法的地位は、通説のとおり、売られて引き渡された物の抗弁と反抗弁およびプーブリキアーナの訴えによって保護される。なるほどプーブリキアーナの訴えは、ウースーカピオ占有者一般に用いられる。プーブリキアーナの訴えが法務官法上の所有者の訴えなのではない。しかし、真正所有者から占有を取り戻すことができるのは、市民法上の所有者から売られて引き渡された法務官法上の所有者だけであった<sup>(7)</sup>。すなわち、「法務官法上の所有者」は、「市民法上の所有者」からの市民法上の所有権に基づく返還請求 REI VINDICATIO を<sup>(8)</sup>売られて引き渡された物の抗弁<sup>(9)</sup>によって退けることができるだけでなく、占有を失ったとしても、今や占有する者に対して、その者が「市民法上の所有者」であったとしても、プーブリキアーナの訴え ACTIO PUBLICIANA によって返還請求することができるのである<sup>(10)</sup>。

ところで、津野教授が指摘したように、このプーブリキアーナの訴え自体は、「法務官法上の所有者」だけでなく、「ウースーカピオ占有者一般」にこれを提起することが認められる<sup>(11)</sup>。というのは、三世紀前半の法学者ウルピアースの、プーブリキアーナの訴えを創設した法務官告示の文言を伝えると考えられる法文は、「もし、正当原因に基づいて引渡された人が物をいまだウースーカピオしないうちに占有を失った場合には、私は訴訟を与えよう<sup>(12)</sup>」と述べているからである。

津野教授によれば、ウースーカピオとは「資格のある（一定条件を備えた）占有（Pro-Titel）を持つ占有」が、中断なく一定期間（動産一年、不動産二年）継続したときに成立する<sup>(13)</sup>。「pro-Titel」を持つ占有とは、例えば PRO EMPTORE であれば、①占有者が買主であること、②占有に瑕疵がないこと、③（非所有者からの買の場合）買主がボナ・フィデース BONA FIDES であること、を含意する概念である<sup>(14)</sup>。津野教授によれば、非所有者からの買の場合には、ボ

ナ・フィデースであることに、④ウースーカピオ可能物であること RES HABILIS が付け加えられなければならない<sup>(15)</sup>、とされる。この「資格のある占有」者が「ウースーカピオ占有者」である。

「ウースーカピオ占有者」は、⑤ウースーカピオに必要な期間 TEMPUS が経過し、ウースーカピオが成立すれば、民法上の所有者となる。民法上の所有者は、目的物の占有を失っても、民法上の所有権に基づく返還請求することができる。しかし、まだウースーカピオが成立していない時点で占有を失った場合、民法上の所有権に基づく返還請求することができない<sup>(16)</sup>。そこで法務官は、「ウースーカピオが成立していると擬制して」、ウースーカピオ占有者が「あたかも民法上の所有者にすでに成っているかのように」、プーブリキアーナの訴えを用いて返還請求することを認めたのである<sup>(17)</sup>。

以上のことから、「ある者がウースーカピオ占有者であるとすれば、その者はプーブリキアーナの訴えを用いることができる者である」と定式化することができる。

さらに、津野教授によると、プーブリキアーナの訴えが認められるようになると、民法上の所有者であっても、プーブリキアーナの訴えの要件、すなわちウースーカピオの要件をも満たす者であれば、プーブリキアーナの訴えを用いて返還請求する者が現れた。なぜなら、自分が民法上の所有者であることの証明よりも、ウースーカピオの要件具備の証明がはるかに容易だったからである<sup>(18)</sup>。

これに対して近時、ウースーカピオの要件、特にポナ・フィデースとウースーカピオ可能物とが有する意味を検討した上で、両者の要件具備の証明は占有者にとって「高いハードル」であった、したがってウースーカピオは所有権取得・譲渡について制限的な機能を果たした、そのような弊害を是正するために期間の経過という要件を補完するこ

とで導入されたのがプーブリキアーナの訴えであった、しかしそれとて真の所有者が売主以外の第三者である場合には対抗できなかった、その背景にはローマ人にとつての所有権の重要性とその新規取得・移転に対する保守性があった、と論じるのが、清水論文<sup>(19)</sup>である。

津野教授が区別したように、ウースーカピオが認められる場合は二つ、所有者がマンキピ物を正当原因に基づいて引渡しただけの場合と、非所有者がウースーカピオ可能物をボナ・フィデースで正当原因に基づいて引渡した場合とであるとすると、「買主保護」を念頭に置く清水論文が主に対象とするのは後者の場合であつて、プーブリキアーナの訴えの導入経緯も後者を想定して論じられている。そうすると、前者の場合にはじめてプーブリキアーナの訴えが導入された、とする津野教授とは理解が異なる、ということになる。<sup>(20)</sup>

私見では、両者の理解の相違は、ウースーカピオ要件具備の証明の難易についての、そして、ウースーカピオならびにプーブリキアーナの訴えが所有権を巡る紛争において果たした役割についての理解の相違に基づく。この相違について正面から裁定を下す意図を本稿は有しない。本稿は、この争点についての議論を豊かにすべく、ウースーカピオならびにプーブリキアーナの訴えについては所有権という主戦場に隣接する、それとは異なる主戦場が存在することを紹介し、いわば側面から従来の主戦場を眺めた場合に得られる視野を提供しようとするものである。

## 1 問題の所在

前節で確認した定式、すなわち「ある者がウースーカピオ占有者であるとすれば、その者はプーブリキアーナの訴

えを用いることができる者である」が真である場合、その逆もまた真であろうか、すなわち、「ある者がプーブリキアーナの訴えを用いることができる者であるとすれば、その者はウースーカピオ占有者である」と定式化することができるであろうか。ウルピアーヌス【史料①】によれば、この定式も肯定されるかのように思われる。

【史料①】

D.6.2.9.5 (Ulpianus 16 ad ed.)

*Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.*

学説彙纂六卷二章九法文五項（ウルピアーヌス、告示註解一六卷）

この訴権はウースーカピオされることができないものについて、例えば盗品について、あるいは逃亡奴隷については、適用されない。

「この訴権」とは「プーブリキアーナの訴え」である。<sup>(21)</sup>そして、例えば盗品については、古くは一二表法により、その後紀元前三世紀末から二世紀初めに制定されたと考えられているアティーニウス法により、そのウースーカピオは禁止された、と考えられている。<sup>(22)</sup>ウースーカピオされることができない物の占有者は、ウースーカピオの要件の一つであるウースーカピオ可能物要件を満たさないため、ウースーカピオ占有者とは言えない。したがって、「ある者がウースーカピオ占有者でないとすれば、その者はプーブリキアーナの訴えを用いることができない者である」との定式は真であるということが出来る。そうすると、その対偶である、「ある者がプーブリキアーナの訴えを用いるこ

とができる者であるとすれば、その者はウースーカピオ占有者である」との定式も真であるということができる。ところで、二世紀末から三世紀にかけての法学者パウルスは【史料②】<sup>(23)</sup>で、役権 *SERVITUS* を設定するウースーカピオはスクリーポーニウス法という法律によって廃止された、と伝えている。

【史料②】

D.41.3.4.28 (Paulus 54 ad ed.)

*Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem suscipit lex Sclbonia, quae servitutum constituerebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute; itaque si, cum tibi servitutum deberem, ne mihi puta liceret alius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.*

学説彙纂四一巻三章四法文二八項（パウルス、告示註解五四巻）

役権からの自由がウースーカピオされることができ、ということ<sup>(24)</sup>はヨリ正しい。なぜなら、スクリーポーニウス法<sup>(25)</sup>は、役権を設定するウースーカピオを廃止したが、役権を取り除くことで自由を与えるウースーカピオを廃止したのではないからである。それゆえ、私が君のために、例えば一定の高さ以上の建物を建てる<sup>(26)</sup>ことが私には許されない、という役権を負わされている場合、定められた期間、一定の高さ以上の建物を私が持ったならば、役権は取り除かれることになる。

そうすると、スクリーポーニウス法によって禁じられているためにウースーカピオできない役権については、これ



をプーブリキアーナの訴えで返還請求することができない、という【仮説①】が得られる。

他方、二世紀の法学者ガイウス【史料③】は、法律による禁止とは別の理由で、ウースーカピオできない物があると述べる。

【史料③】

D.41.1.43.1 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*

学説彙纂四一巻一章四三法文一項（ガイウス、属州告示註解七巻）

無体物はトラデーティオもウースーカピオも認められないことは明らかである。

ガイウスによれば、無体物についてはトラデーティオによってもウースーカピオによっても所有権取得することができない<sup>(27)</sup>。

ところで、ガイウス【史料④】によれば、役権も用益権 *USUS FRUCTUS*<sup>(28)</sup> も無体物であるとされる。

【史料④】

Gai Inst 2.14

*Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus,*

役権および用益権のウースーカピオおよびプーブリキアーナの訴え（宮坂）

obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum....

ガイウス、法学提要二卷一四節

無体物とは触れることのできない物である。権利からなるもの、例えば相続財産、用益権、いろいろな仕方ではた債権債務関係等である。相続財産の中に有体物が含まれること、土地から収取される果実が有体物であること、さらに、ある債権債務関係により我々に帰属するものが、多くは、例えば土地、奴隷、貨幣のような有体物であることは重要でない。なぜなら、相続権それ自体、使用収益権それ自体、そして債権それ自体は無体物だからである。都市および農業地役権もこれに属する。……

例えば土地が用益権の客体である場合、その使用収益によって得られる果実は有体物であるが、用益権は権利 IURAであって、触れることができない物であるから、無体物 RES INCORPORALESとされる。そして、役権(都市および農業地役権)も無体物に属するとされる<sup>(29)</sup>。

そして、二世紀後半から三世紀にかけて活躍した法学者であるパウルス【史料⑤】<sup>(30)</sup>が、役権はウーストカピオされることはできない、と述べている。

【史料⑤】

D.8.1.14pr. (Paulus 15 ad Sab.)

Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur: idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

学説彙纂八巻一章一四法文首項（パウルス、サビースス註解一五巻）

農業地役権は、たとえ有体物に付着しているとしても、やはり無体物であり、それゆえウースーカピオされない。さらに言えば、地役権とは、一定期間継続して占有するものではないがゆえに、である。というのは、誰も永遠に、継続的に通行して、その占有が決して遮られないと解されることはできないからである。同じことは都市地役権にも当てはまる。

パウルスによれば、役権は土地という有体物に付着して設定されるが、役権自体は無体物であるから、ウースーカピオできない<sup>(31)</sup>。同じく無体物である用益権についても同様であると考えられる<sup>(32)</sup>。そうすると、無体物であるためにウースーカピオできない役権と用益権については、これをプープリキアーナの訴えで返還請求することができない、という【仮説②】が得られる。

しかしながら、ここに一つの法文がある。

役権および用益権のウースーカピオおよびプープリキアーナの訴え（宮坂）

## 【史料⑥】

D.6.2.11.1 (Ulpianus 16 ad ed.)<sup>(33)</sup>

Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

学説彙纂六卷二章一一法文一項(ウルピアーヌス、告示註解一六卷)

引渡された用益権について訴えがなされる場合、プーブリキアーナの訴えが与えられる。都市地役権が引渡しによって、または認容によって設定された場合も同様である(例えば、ある者が、引水管が自分の家を通ることを容認する場合である)。農業地役権も同様である、というのは、この場合に引渡し〔による設定〕も認容〔による設定〕も保護すべきことは明らかだからである。

ウルピアーヌス【史料⑥】によれば、用益権が引渡された場合<sup>(34)</sup>、または都市地役権 *SERVITUS URBANORUM PRAEDIORUM* もしくは農業地役権 *SERVITUS RUSTICORUM PRAEDIORUM* が引渡しもしくは認容 *PATIENTIA* によって設定された場合<sup>(35)</sup>も、プーブリキアーナの訴えが与えられる、とされる。

そうすると、この法文は、一方で、スクリーボーニウス法によって禁止られているためにウースーカピオできない役権については、これをプーブリキアーナの訴えで返還請求することができない、という【仮説①】と、他方で、無体物であるためにウースーカピオできない役権と用益権とについては、これをプーブリキアーナの訴えで返還請求す

ることができない、という【仮説②】と矛盾する。この矛盾に関する議論（2 先行研究）が、前節で述べた、ウースカピオならびにプーブリキアーナの訴えについての従来のもとは異なる主戦場である。

## 2 先行研究

### 2. 1. インテルポラテイオ説

前節で示した法文間の矛盾を解決するために、多くのローマ法研究者は、【史料⑥】が学説彙纂の編纂者たちによるインテルポラテイオ（改変）の対象となった、と想定してきた。<sup>(36)</sup> インテルポラテイオ説の主な根拠は、第一に、本来のウルピアーヌスのヴァージョンでは *Publiciana* と *datur* との間に *non* があった、したがって「プーブリキアーナの訴えは与えられない」と述べられていたが、後に学説彙纂の編纂者たちによって削除されたとの想定は、役権と用益権とのウースカピオを否定する古典期の他の法文とも、ユースティニアヌス帝期におけるスクリーポーニウス法の廃止とも符合すること、第二に、「都市地役権 *servitibus urbanorum praediorum*」の例として、通常は農業地役権に数えられる「引水権 *aquae ductum*」が誤って挙げられていること、第三に、引渡しあるいは認容による用益権の設定はユースティニアヌス帝期になって初めて法的に保護された、との理解である。<sup>(38)</sup>

### 2. 2. 真正性肯定説

これに対して近年はその真正性を肯定する研究も見られる。<sup>(39)</sup> その根拠としては、第一に、古典期後期には長期間の

前書がウースーカピオに代わるものとして現れたこと、第二に、ウースーカピオが認められない場合でもプーブリキアーナの訴えが認められる場合があったこと、第三に、役権や用益権を取引の対象とする要請がある一方、市民法上の方式には限界があり、これによらない引渡しや認容による設定を法的に保護することが求められていたこと、が挙げられる。<sup>(44)</sup>

### 2.3. 私 見

私見では、【史料⑥】がインテルポラテイオを受けた可能性を完全に否定することはできないが、その真正性を肯定する論拠もまた一定の説得力がある。<sup>(46)</sup>

かりに【史料⑥】が真正であるとすると、【史料①】から導いた「ある者がプーブリキアーナの訴えを用いることができる者であるとすれば、その者はウースーカピオ占有者である」との定式は偽であるから、その対偶である、「ある者がウースーカピオ占有者でないとすれば、その者はプーブリキアーナの訴えを用いることができない者である」との定式も偽であるということになる。そうすると、【史料①】をそのように解した前提である、「ウースーカピオされることができない物の占有者は、ウースーカピオの要件の一つであるウースーカピオ可能物件を満たさないため、ウースーカピオ占有者とは言い難い」という理解が誤っていたことになる。すなわち、「ウースーカピオされることができない物の占有者」を「ウースーカピオ占有者でない者」と不当に一般化したのが誤りであったと言える。それでは、この理解のどこを正せばよいのであろうか。二つの可能性がある。

第一に、そもそもウースーカピオ可能物件は、非所有者がボナ・フィデースで正当原因に基づいて引渡した場合

にのみ適用されるとの理解に立つならば、【史料①】が前提としているのもそのような場合<sup>(47)</sup>だけである、と考えることができる。そうすると、「ある者が、非所有者からボナ・フィデースで正当原因に基づいて引渡されたが、ウーサーカピオされることできないとされていた物の占有者であるとすれば、その者はプーブリキアーナの訴えを用いることができないう者である」と定式化することができる。この定式も、【史料⑥】で引渡しまたは認容によって用益権または役権を設定する者が市民法上の所有者であるとすれば、【史料⑥】と整合的である。

第二に、【史料①】で例として挙げられている盗品あるいは逃亡奴隷は共に有体物であるから、「ウーサーカピオされることできないもの」とは「ウーサーカピオされることができない有体物」のみを指す可能性がある。そうすると、「ある者がウーサーカピオされることができない有体物の占有者であるとすれば、その者はプーブリキアーナの訴えを用いることができない者である」と定式化することができる。この定式は、無体物である役権と用益権とについてプーブリキアーナの訴えを認める【史料⑥】とも整合的である。

## 2. 4. 新たな疑問

しかしここで、上述の二つの可能性から、【史料⑥】について新たな疑問が二つ生じる。一つは、第一の可能性によると、役権のウーサーカピオを廃止したスクリーポーニウス法は、引渡しまたは認容による用益権または役権の設定が非所有者によって為された場合のみを対象とし、市民法上の所有者によって為された場合を対象としなかったことになるが、果たしてそのような理解は可能か、という疑問である。この疑問に答えるには、なぜスクリーポーニウス法が役権のウーサーカピオを廃止したのか、を検討する必要がある（3 スクリーポーニウス法）。

もう一つは、古典期において、無体物である役権と用益権とについてプーブリキアーナの訴えが認められたとして、なぜ、そしてどのような場合に、用益権あるいは役権の権利者は、プーブリキアーナの訴えを用いる必要があるのか、という疑問である。この疑問に答えるには、特に古典期における用益権者あるいは役権者の保護手段とその射程とについて検討する必要がある（4 用益権と役権の保護）。

### 3 スクリーボーニウス法

そもそも、スクリーボーニウス法は史料上【史料②】でしか言及されないので、これがいつ制定されたのか、について争いがある。また、【史料③】【史料④】【史料⑤】でみたように、古典期において無体物である役権はウースーカピオできないとされていたのであるから、なぜ民会立法でこれを廃止する必要があるのか、その必要性についても疑問が提起されている。<sup>(49)</sup>

#### 3. 1. 法学的要因説

まず考えられたのは、農業地役権、特に最古とされる四つの地役権（通行権 *iter*、道路権 *via*、駄獣荷車通行権 *actus*、引水権 *aqueductus*）がマンキピ物とされたこと、そしてマンキピティオの手続では、権利取得者がその客体を掴むことを要した<sup>(50)</sup>ことから、これらはおそらく有体物であった、あるいは有体物的性格を有した（通行する場所である土地あるいは水を引くための引水管がこれらの権利の徴表であった<sup>(51)</sup>）、したがってウースーカピオも可能であった、後に、農業地役



権も無体物とされたため、これらのウースーカピオはスクリーポーニウス法によって廃止された、ということであった。<sup>(52)</sup>

### 3. 2. 経済的要因説

これに対しては、そのような役権概念の理論的変更は、法学における解釈によって解決できたはずであって、立法を要しなかった、との批判が向けられ、スクリーポーニウス法の意義はその経済的な側面から考慮されるべきであり、役権のウースーカピオの廃止は土地所有者の保護にあった、と主張された。<sup>(53)</sup>

そして、この経済的な観点から、通行権や引水権といった農業地役権のウースーカピオは、そのための通路部分や引水路部分にあたる細長い承役地がその所有者によって使用できなくなることから、事実上、土地の細分化をもたらした、と推測された。そして、そのような事態が生じた例として、Tomulescu は、第二次ポエニ戦争<sup>(54)</sup>における長期間の兵役により、兵役に就いた農民が農地に不在の間に、役権のウースーカピオによって農地が細分化されることを防ぐため、スクリーポーニウス法が、彼ら小規模農家、プレブスの利益のために可決された、として、スクリーポーニウス法の制定年を前二一六年とした。<sup>(55)</sup> 他方で、Capogrossi は、ハンニバル戦争後に発展した大規模な土地所有に基づくラティファンディア経済に言及し、独自の通路、水源、引水管のネットワークを持っていたラティファンディウムは、自己のために他人の土地または水源にアクセスする必要はまったくなかったのであって、役権のウースーカピオの影響はそれほど大きくなかったが、土地の最適な使用のために何よりも重要なのは所有権の自由であり、広大な土地のどこかで生じるかもしれない通路や引水管の役権のウースーカピオは、不快で経済的に不利な結果をもたらす

脅威とされた、と論じて、スクリーボーニウス法の制定年を、ルーキウス・スクリーボーニウス・リポーが護民官を務めたとされる前一四九年とした<sup>(56)</sup>。

### 3. 3. 法学的要因説からの反論

Rainer はまず Tomulescu の見解を否定する<sup>(57)</sup>。Rainer によれば、イタリアの小規模農民層の衰退は、彼らの負った過剰な債務と、第二次ポエニ戦争の勝利によってイタリアに流入した安価な労働力とを原因として急激に生じたのであって、Tomulescu がスクリーボーニウス法制定の主要因とする隣人による役権のウースカピオは完全に副次的な要因であった。また、その後も小規模農民層の救済策は、グラックス兄弟によってようやく検討されたに過ぎず、しかも実現されなかったのであって、これらはスクリーボーニウス法が小規模農民層の独立と生存とを保証することができなかったことを示している、とされる。

その上で Rainer は、よく知られた<sup>(58)</sup>キケロー『カエキーナ弁護』<sup>(59)</sup>の一節を挙げて、その裁判が行われたとされる前六九年には古来の農業地役権がまだウースカピオ可能であった、という仮説と、これを踏まえてガイウス・スクリーボーニウス・クーリオが護民官に就任した前五〇年がスクリーボーニウス法の制定年であるという仮説についての議論を紹介し、その仮説が誤りとは言えない、と些か曖昧ながら、それらの仮説を支持し、制定年にかんする Tomulescu への<sup>(60)</sup>Capogrossi の見解を批判する。

Pro Caecina 26, 74... Fundus a patre relinquitur potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium.

non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.

#### キケロー『カエキーナ弁護』七四節

たしかに父は土地を遺贈することはできる。しかし、土地のウースーカピオつまり、それは訴訟の不安と危険の終わりを意味するのであるが――は、父によってではなくて、法律によって与えられるのである。たしかに引水権、汲水権、通行権、放牧権は父に由来する。しかし、これらすべてが有効な権能を有するのは市民法によるのである。<sup>(61)</sup>

この前後で（六五七九節）キケローは、原告アエプティウスの行動には武装暴力に関する特示命令が適用されるとの主張（四九一六四節）に有利な、法学者アキリウス・ガツルスの特示命令解釈に従うべきであることを主張すべく、そして、著名なクীরリウス事件を引用して特示命令の文言に固執する原告側弁護人を批判すべく、衡平の理を尊重すべしとする法学者を批判する者は市民法を軽蔑していることになるが、市民法が存在しなければ、所有権であれ、農業地役権であれ、法によって保護されるものは何もない、として、市民法の権威を法学者アキリウスと結び付けて、賞賛している。<sup>(62)</sup>

さらに Rainer は、ウースーカピオの要件に正当原因とボナ・フィデースとが導入されたことは、役権のウースーカピオによる土地所有者に対する侵害の可能性を非常に小さくしたのであろう、との Capogrossi の提案をとらえて、それらの導入は Mayer-Maly の研究によれば前二世紀であり、<sup>(63)</sup> そうであれば Capogrossi がスクリーボーニウス法の

制定年として主張する前一四九九年にその法律は本当に必要であったのだろうか、と疑問を呈する。<sup>(64)</sup>

Ramer 自身は、前一世紀においてもなお、古来の農業地役権の有体物的性格は衰えておらず、それがウースーカピオ可能かどうかはまだ定まっていなかったが、これらを、他の農業地役権や都市地役権をも含む包括的な「他人の物における権利 iura in re aliena」へと統合しようとする法学上の解釈が存在し、それを背景としてこの議論を終わらせたのがスクリーポーニウス法である、と主張し、この法律は所有権とは区別される物的権利としての役権という概念の標準化への重要な貢献を果たした、と評価している。<sup>(65)</sup>

### 3. 4. 経済的要因説からの反論

これに対して Capogrossi は、共和政期における民会立法の泰斗である Rotondi の理論に立ち返る。<sup>(66)</sup> Rotondi によれば、私法制度は神官団と法学者によって展開されたのであって、民会立法は私法分野に散発的にしか介入せず、介入したとしてもそれは護民官主導によるもので、「この分野で立法上の生産に属する部分は、数と内容の両方の点で非常に二次的だ」<sup>(67)</sup> あって、私法分野は「プレプス集会の議決から、本質的に例外であり通常の展開からの逸脱である修正以外の何も受け取らなかった」<sup>(67)</sup>。

そこから Capogrossi は、「民会立法には法理論の問題や法学者の不確実性を解決する理由以外の理由があるに違いない」として、前二世紀という年代には拘らないとしつつ、一方で無体物とされた「通行権 iura itinerum」および「引水権 iura aquarum」は、他方でマンキピ物の範疇から除外され得ず、占有特示命令で保護されさせたのであって、「これらの極小の土地の所有権を移転することで、その社会的利点と比較して、農業資産に過度の負担をかける、

この自由そのものを可能な限り圧縮することは、法学ではなく、この法律の権威ある介入が達成できることであった」として、スクリーポーニウス法は農業地役権一般のウースカピオの禁止を導入したのではなく、特に「通行権 iura itinerrum」および「引水権 iura aquarum」のウースカピオのみを除外した、との理論を展開した。<sup>(69)</sup>

### 3. 5. 若干の検討

以上で引用した研究者たちが参照した膨大な文献も、またそれ以降に登場した文献もすべては精読できず、軽々に私見を提示することは控えたい。

その上で、上記の研究者たちの見解には、スクリーポーニウス法の制定の主たる要因を、法学的要因、すなわち法学内部における役権概念の理解に求める方向性と、経済的要因、すなわち共和政ローマという一歴史社会における経済事情に求める方向性とに大別することができる。<sup>(71)</sup>

Rainer が指摘するように、前二世紀にウースカピオの要件として正当原因とボナ・フィデースとが導入されたとすると、Capogrossi が主張していた前一四九年時点では、経済的要因、すなわち役権のウースカピオが土地所有者にもたらすデメリットはさほどないように思われ、事実、Capogrossi 自身も年代特定に拘らない旨を示し、また、「通行権 iura itinerrum」および「引水権 iura aquarum」とマンキピ物概念の関係性という法学的要因に接近していると考えられる。

他方、Capogrossi が引用する Rotondi が述べるように、私法分野における民会立法の果たした役割は限定的であったとすると、Rainer の見解は、包括的な法概念である「他人の物における権利 iura in re aliena」への地役権の統合

に、なぜスクリーボーニウス法という立法が必要とされたのか、という事情を十分に説明できていないように思われる。また、そのような事情を経済的要因から説明することが困難となる限りで、スクリーボーニウス法の制定年を前六九年以降とすることにも疑問が残る。

これに対して、前三世紀の第二次ポエニ戦争の時期をスクリーボーニウス法の制定年代と措定する Tomiasescu の見解は、Rainer の批判にもかかわらず、かりに役権のウースーカピオが、小規模農民層の経済的基盤を破壊した主要因であった、とまでは言えないとしても、土地所有者に対して不利益を及ぼす可能性があったことは想定され、その限りで同法の制定理由としてはあり得ると考えられる。<sup>(72)</sup>

さらに言えば、Tomiasescu が念頭に置くウースーカピオは、隣人が勝手に土地を通行したり引水管を敷設したりして、一定期間が経過すれば地役権をウースーカピオすることができる、というものであって、正当原因とボナ・フィデースとが導入される以前の予想される状況とも符合する。そして、スクリーボーニウス法はこの状況を改善するために導入されたが、その他の要因とも相まって、その効果は限定的であった。そこで、今度は前二世紀に導入された正当原因とボナ・フィデースの要件が、今度は効果的に、勝手に土地を通行したり引水管を敷設したりした役権の占有者を排除した。と同時に、承役地の非所有者が要役地所有者のために地役権を設定しようとした場合についても、役権のウースーカピオの成立を規制した。

それでは、ケケロー『カエキーナ弁護』においてなお農業地役権のウースーカピオと市民法の重要性が語られたこととはどのように説明されるのか。これこそ、市民法上の所有者が、その所有する承役地に、要役地所有者のために地役権を設定しようとしたが、市民法上の方式であるマンキパティオもしくは法廷譲渡によらず、法務官法上の設定行

為によつた場合については、スクリーボーニウス法の効果は及ばなかつたことを表していると考えられる。

したがつて、役権のウースーカピオを廃止したスクリーボーニウス法は、引渡しまたは認容による役権の設定が非所有者によつて為された場合のみを対象とし、市民法上の所有者によつて為された場合を対象としなかつた、という理解は可能である。<sup>(73)</sup>

## 4 用益権と役権の保護

古典期における用益権者あるいは役権者の保護手段については、両者に共通する手段と、個々に認められた手段とがあつた。

### 4. 1. 返還請求訴訟権 VINDICATIO

法務官告示には、市民法上の所有権に基づく返還請求<sup>(74)</sup>に倣つて、用益権の返還請求訴訟権<sup>(75)</sup>と役権の返還請求訴訟権<sup>(76)</sup>（ACTIO CONFESSORIA）とが規定されていた。

### 4. 2. 特示命令 INTERDICTUM<sup>(77)</sup>

法務官告示は、土地の占有者が暴力により占有を侵害された場合に下す特示命令につき定めている。<sup>(78)</sup> これと同様の機能を有する特示命令が用益権者と地役権者とにそれぞれ付与された。<sup>(79)</sup>

役権および用益権のウースーカピオおよびプリーキアーナの訴え（宮坂）

また、民法上の所有権に基づく返還請求では、当事者のいずれに原告または被告の役割を割り振るかを定めるために、法務官が発する特示命令が用いられた<sup>(80)</sup>。これと同じ機能を有する特示命令が、民法上の所有権に基づく返還請求と同じく対物訴権 ACTIO IN REM とされる役権の返還請求訴権（認諾訴権<sup>(81)</sup>）ならびに用益権の返還請求訴権<sup>(82)</sup>についても認められた。

さらに、対物訴権では、相手方に応訴義務がないが、被告が応訴しないことで問題解決が滞ることを防ぐため、特別の訴権または特示命令が用いられた<sup>(83)</sup>。

#### 4. 3. その他

用益権については、その設定に基づき用益権者が物を受領する際に、この物を返還する旨約束することを強制される、担保問答契約が法務官告示に規定されている<sup>(84)</sup>。

#### 4. 4. プーブリキアーナの訴え

それでは、用益権および地役権に認められた上記の救済に加えて、プーブリキアーナの訴えが認められる必要性ならびに他の救済との相違点はどこにあったのであろうか。

#### 4. 4. 1. 用益権あるいは地役権の返還請求訴権との関係

すでに見たように（2 先行研究）、【史料⑥】が真止であるとする、用益権が引渡された場合、または都市地役



権もしくは農業地役権が引渡しもしくは認容によって設定された場合も、プーブリキアーナの訴えが与えられる。プーブリキアーナの訴えは、民法上の所有権に基づく返還請求を模倣して創設されたので、<sup>(85)</sup> 用益権に関するプーブリキアーナの訴えは用益権の返還請求訴権が、役権に関するプーブリキアーナの訴えは役権の返還請求訴権（認諾訴権）が提供したのと同様の救済を提供したと考えられる。

すなわち、一方で、用益権に関するプーブリキアーナの訴えは、ある物の民法上の所有者Aが、ある者Bのためにその物の用益権を設定しようとしたが、民法上の方式である法廷譲渡によらなかった、あるいは、物権遺贈を定める遺言の文言に誤りがあったので、法務官法上の設定行為である引渡しによって設定がなされたことになり、Bは用益権を取得することができなかった場合に、Bを原告、Aを被告として提起され、用益権設定の正当原因があり、その行使に瑕疵がないならば、Bに用益権があることが確認され、Aに対し、Bにこの用益権を回復させるよう命じ、この回復がなされない場合には、金銭の給付という形をとる有責判決がなされる、という救済を提供する。<sup>(86)</sup>

他方で、役権に関するプーブリキアーナの訴えは、民法上の所有者Cが、その所有する承役地に、要役地所有者Dのために地役権を設定しようとしたが、民法上の方式であるマンキパティオもしくは法廷譲渡によらず、法務官法上の設定行為である引渡しまたは認容によったので、Dは地役権を取得することができなかった場合に、Dを原告、Cを被告として提起され、地役権設定の正当原因があり、その行使に瑕疵がないならば、Dに地役権があることが確認され、Cに対し、Dにこの地役権を回復させるよう命じ、この回復がなされない場合には、<sup>(87)</sup> 金銭の給付という形をとる有責判決がなされる、という救済を提供する。

## 4. 4. 2. 用益権および役権にかんする特示命令との関係

プーブリキアーナの訴えは、民法上の所有権に基づく返還請求を模倣して創設されたので、用益権および役権にかんする特示命令が民法上の所有権に基づく返還請求との関係で有する意味は、用益権および役権のためのプーブリキアーナの訴えとの関係においても、当てはまると考えられる<sup>(88)</sup>。

## 5 おわりに

本稿では以下のことを明らかにした。

ウースーカピオとプーブリキアーナの訴えとの関係は、「ある者がウースーカピオ占有者であるとすれば、その者はプーブリキアーナの訴えを用いることができる者である」と定式化することができる。

逆に、「ある者がプーブリキアーナの訴えを用いることができる者であるとすれば、その者はウースーカピオ占有者である」という定式は、用益権が引渡された場合、または都市地役権もしくは農業地役権が引渡しもしくは認容によって設定された場合も、プーブリキアーナの訴えが与えられる、とする【史料⑥】と、一方で、スクリーボーニウス法によって禁じられているためにウースーカピオできない役権については、これをプーブリキアーナの訴えで返還請求することができない、という【仮説①】とが、他方で、無体物であるためにウースーカピオできない役権と用益権については、これをプーブリキアーナの訴えで返還請求することができない、という【仮説②】とが矛盾するため、維持できない。

先行研究は、【史料⑥】をインテルポラティオと考える説と、真正性を肯定する説とに分かれる。【史料⑥】がインテルポラティオを受けた可能性を完全に否定することはできないが、その真正性を肯定する論拠もまた一定の説得力がある。

国会立法であるスクリーポーニウス法が役権のウースーカピオを廃止した理由については、法学的要因を重視する説と、経済的要因を重視する説とに大別される。

役権のウースーカピオが土地所有者に対して不利益を及ぼす可能性があったことを同法の制定理由とし、前三世紀の第二次ポエニ戦争の時期をスクリーポーニウス法の制定年代と措定すると、ウースーカピオ要件である正当原因とボナ・フィデーストが導入される以前の、役権のウースーカピオが容易であった状況とも符合する。スクリーポーニウス法はこの状況を改善するために導入されたが、その他の要因とも相まって、その効果は限定的であった。そこで、今度は前二世紀に導入された正当原因とボナ・フィデースの要件が、勝手に土地を通行したり引水管を敷設したりした役権の占有者を排除した。と同時に、承役地の非所有者が要役地所有者のために地役権を設定しようとした場合についても、役権のウースーカピオの成立を規制した。これに対して、市民法上の所有者が、その所有する承役地に、要役地所有者のために地役権を設定しようとしたが、市民法上の方式であるマンキパティオもしくは法廷譲渡によらず、法務官法上の設定行為によった場合については、スクリーポーニウス法の効果は及ばなかった。キケロー『カエキーナ弁護』においてなお農業地役権のウースーカピオと市民法の重要性が語られたことはこれによって説明される。したがって、役権のウースーカピオを廃止したスクリーポーニウス法は、引渡または認容による役権の設定が非所有者によって為された場合のみを対象とし、市民法上の所有者によって為された場合を対象としなかった、

という理解は可能である。

無体物である役権と用益権とについて認められたプーブリキアーナの訴えは用益権の返還請求訴権ならびに役権の返還請求訴権（認諾訴権）が提供したのと同様の救済を提供した。

すなわち、一方で、用益権に関するプーブリキアーナの訴えは、ある物の民法上の所有者Aが、ある者Bのためにその物の用益権を設定しようとしたが、民法上の方式である法廷譲渡によらなかった、あるいは、物権遺贈を定める遺言の文言に誤りがあったので、法務官法上の設定行為である引渡しによって設定がなされたことになり、Bは用益権を取得することができなかった場合に、Bを原告、Aを被告として提起され、用益権設定の正当原因があり、その行使に瑕疵がないならば、Bに用益権があることが確認された。

他方で、役権に関するプーブリキアーナの訴えは、民法上の所有者Cが、その所有する承役地に、要役地所有者Dのために地役権を設定しようとしたが、民法上の方式であるマンキパティオもしくは法廷譲渡によらず、法務官法上の設定行為である引渡しまたは認容によったので、Dは地役権を取得することができなかった場合に、Dを原告、Cを被告として提起され、地役権設定の正当原因があり、その行使に瑕疵がないならば、Dに地役権があることが確認された。

以上から明らかのように、古代ローマの用益権および地役権にとってウースカピオそしてプーブリキアーナの訴えは、一貫して民法上の所有者からの用益権および地役権の取得を容易にする機能を果たした。したがって、ウースカピオは用益権および地役権の取得にとって「高いハードル」ではなかった。スクリーポーニウス法は用益権および地役権の取得に歯止めをかけようとしたが、これも「高いハードル」とはなり得なかった。「高いハードル」と

なつたのは、ウースーカピオの要件として導入された「正当原因」と「ボナ・フィデース」であつた。

本稿で紹介した用益権と役権という主戰場から、これに隣接する所有権という主戰場を眺めるならば、まずもつて見えてくるのは、ウースーカピオが認められる二つの場合、民法上の所有者からの場合と非所有者からの場合との区別を意識することの重要性である。次に、これを踏まえてウースーカピオならびにプーブリキアーナの訴えの機能を考察するならば、確実に言えるのは、それらは民法上の所有者からの用益権および地役権の取得を容易にする機能を果たした、ということである。

もちろん、以上のことは用益権と役権という主戰場から所有権という主戰場を眺めた際に見える景色であり、後者においては、前者からは見えない伏兵が潜んでいるかもしれない。しかしながら、二つの主戰場は地続きであり、ときには両者を俯瞰的に観察し、ときにはそれぞれに接近して検討し、これを繰り返して大きな見取り図を作り上げていく必要がある。

その意味で、共和政期からユースティニアヌス帝期までを視野に含めると、対物訴権のうち、民法上の所有権に基づく返還請求は、あくまで民法上の所有権の領域に限定されていたが、プーブリキアーナの訴えによる救済が実現する権利は、その領域を超えて、所有権のみならず用益物権も含む、現代の「物権」概念と同様の概念に接近していた可能性を見て取ることが可能である。他方で、現代の「物権」概念とは異なり、プーブリキアーナの訴えによる救済が及ぶ対象は、有体物だけでなく無体物も含み得る。その点で、近時の「物権」概念を巡る議論にも資する可能性があると考える。

最後に今後の課題を示す。本稿で問題とした、ウースーカピオすることができない者にもプーブリキアーナの訴え

が認められる別の例が、パウルスによって伝えられている<sup>(89)</sup>。

D.6.2.12.2 (Paulus 19 ad ed.) *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.*

学説彙纂六卷二章一二法文二項(パウルス、告示註解一九卷)ウースーカピオされることができない、*vectigalis* 地所およびその他の地所について、凶らずもボナ・フィデーヌの私に引渡された場合、プーブリキアーナの訴えが認められる。

この法文については、「*vectigalis* 地所およびその他の地所」の意味等、本稿で紹介した主戦場ですでに数多くの論戦が展開されてきたが、本稿では筆者の能力の不足からまったく検討できなかった。再戦の機会を伺いたい\*。

- (1) 津野義堂編著『オントロジ―法学』中央大学出版部、二〇一七年(以下、津野『オントロジ―』と省略) i 頁。
- (2) 津野『オントロジ―』iii 頁。
- (3) 津野義堂「第一章「法務官法上の所有権」のオントロジ―」、津野『オントロジ―』所収(以下、津野『オントロジ―』第一章と省略、初出は『比較法雑誌』四二巻四号(二〇〇九年)一一三五頁)、二二頁。
- (4) 津野『オントロジ―』第一章一九頁および二三頁。
- (5) 津野『オントロジ―』第一章一七頁。
- (6) 津野『オントロジ―』第一章一六頁。同頁によれば、「「マンキピ物」*RES MANCIPII*の内包の意味を簡潔に定義することは不可能である。それは「マンキピ物」*RES MANCIPII*が歴史的に成立した概念だからである」。「最も正確だと考えられる」

のはフィリップ・メラーンの定義であり、「それは「農作業や軍役で家父の労働を助ける奴隷や馬などの重要財産が中心をなし、それにその他の財産が付け加わったもの」という理解」である (Philippe Meylan, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, FR 31 (1953) 192ss.)。

(7) 津野『オントロジー』第一章二二―二三頁。

(8) 森光『ローマの法学と居住の保護』中央大学出版部、二〇一七年(以下、森(二〇一七)と省略)六一頁によれば、その方式書は次のように再構成されている。

*Iudex esto. Si parerem qua de agitur ex iure Quiritium A' A' esse neque ea res arbitrio iudicis A' A' restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A' A' c. s. n. p. a.*

汝は審判人となれ。もし訴訟の対象となっている物がクイリーリースの法により原告に属することが明らかであり、そして審判人の裁定により原告に返還されないならば、審判人よ、その物の価格相当額の金銭を被告が原告に支払うよう判決せよ。もし明らかでないならば、免訴せよ。

同書六二頁によれば、「この訴権では、原告が対象たる物に対し所有権を有していることの確認と、その物の返還が求められる。これが認められるのは、原告がこの物につき *ius Quiritium*〔市民法上の所有権〕を有することが証明された場合である。この証明がなされたにもかかわらず被告が物を返却しない場合には、金銭の支払いが求められる」。

(9) なぜなら、後述註(12)するように、占有を失った者による「プーブリキアーナの訴え」に対して、「市民法上の所有者」は「正当な所有権の抗弁」EXCEPTIO IUSTI DOMINIIを提出することができるが、この抗弁に対して、「市民法上の所有者」から売って引渡された者だけは「売られて引渡された物の再抗弁」REPLICATIO REI VENDITAE ET TRADITAEを提出することができるからである。

(10) Luigi Capogrossi *Colognesi, Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondaria nel diritto romano*, Cigno Galileo Galilei, Roma, 1999 (以下、Capogrossi (1999) と省略) 156-157「したがって、現在の考えによれば、*exceptio rei venditae et traditae* ad actio Publiciana とは、何よりも、*a non domino* の取得者の *bona fides* を保護するのではなく、市民法上無効の行為による *res mancipi* の購入を保護することを目的としなければならなかったことは注目値する」。

(11) もちろん、津野『オントロジー』第一章二八頁が指摘するように、「プーブリキアーナの訴え」が「初めから非所有者か

役権および用益権のウースーカピオおよびプーブリキアーナの訴え(宮坂)

らの引渡し事例に適用されたと考えることはできない」ことに注意すべきである。註(18)も参照。

- (12) 告示文言の翻訳は、津野義堂「第二章 古典期ローマ法において非所有者から二重に売られて二重に引渡された物がウースカビオによって所有権取得されウースカビオ占有中に失われた占有がプブリキアーナによって回復される法理のオントロジー」、津野『オントロジー』所収(以下、津野『オントロジー』第二章と省略、初出は『比較法雑誌』三七巻四号(二〇〇四年)一一二六頁)、四七頁。

同四八―四九頁では、「プブリキアーナの訴え」の方式書の文言が、Nikolas Benke, Franz-Stefan Meißel, Übungsbuch zum römischen Sachenrecht, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien, 1993, 143ss に基づいて、次のように示されている。

請求表示 INTENTIO 「もし、その奴隷を原告が買い、彼(原告)に引渡がなされており、(彼が)一年間の(継続した)占有を完了していたと仮定すれば、「取り戻しを」争われている奴隷が、市民法上の所有権で原告のものになっていたにちがいない[必然的]なら、「正当な所有権の抗弁 EXCEPTIO IUSTI DOMINII」もし、その物が市民法上の所有権で被告のものでないなら、「売られて引渡された物の反抗弁 REPLICATIO REI VENDITAE ET TRADITAE」あるいは、被告が争われている土地「奴隷の誤りか?」を、原告に売って引渡したのだから」仲裁条項 CLAUSULA ARBITRARIA 「その物が返還されないかぎり」判決 CONDEMNATIO 「その物が持ったと同額の金銭を、審判人は、被告が原告に賠償する責任があると判決せよ。もし、証明されないなら、免訴せよ(訴えを退けよ)。」

- (13) 津野『オントロジー』第二章五九―六〇頁。

- (14) Eric Pool, Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss: Erwerbsgrund (emptio) oder Besitztitel (pro emptore)?, Libellus ad Thomasiur: essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas, Pretoria: Unisa Press, University of South Africa, 2010, S. 314-334 (以下、Pool と省略) 319; 宮坂渉「usucapio pro suo のオントロジー」、津野『オントロジー』所収、六五頁。

- (15) 津野『オントロジー』第二章二七―二八頁。ウースカビオ可能物でない物の代表例が盗品 RES FURTIVAE である。これについては、宮坂渉「盗品 RES FURTIVAE の使用取得 USCAPPIO の禁止と権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM (1)(2・完)」早稲田法学会誌六一巻二号(二〇一一年)二四五―二八九頁、六二巻一号(二〇一一年)一五一―一八二頁(以下、宮坂(二〇一一年)と省略)を参照。



(16) なぜなら、民法上の所有権に基づく返還請求の方式書の請求表示「もし訴訟の客体である物が民法上原告のものであることが明らかなら、(Si pariet rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse.)」(宮坂試訳)が定める要件を満たさないからである。

(17) ガイウス『法学提要』四卷三六節(翻訳は、津野『オントロジ』第二章四七―四八頁)「このアクチオ(訴訟)が与えられるのは、正当原因にもとづいて引渡された物をいまだウースカピオしていない人が占有を失って「占有回復を」訴える場合である。すなわち、その物を民法上の所有権にもとづいて彼の所有であると請求表示できないので、ウースカピオが成立していると擬制して、そうしてあなたかも民法上の所有者にすでに成っているかのように、「法務官は」次のように争点決定する。「だれそれは」審判人となれ。もし、その奴隷を原告が買い、引渡を受けており、一年間占有を継続していたとすれば、民法上彼の所有になつてはらずである」とすれば、云々。」

(18) 津野『オントロジ』第二章五四―五五頁、「実用上、トラデーチオや所有権にもとづく返還請求より、ウースカピオやプブリキアーナのほうが、はるかに頻繁に用いられ、残された法源史料の数も桁違いに多い。承継取得の証明は、前主の処分権力さらに前主の承継取得の成立まで遡つて証明することが必要になる可能性があり、それは悪魔的な証明と呼ばれるほど困難である。これと比べると、ウースカピオの証明ははるかに容易だった。REI VINDICATIOの要件は、「私が(民法上の)所有者である」というきわめて単純なものである。しかし、その証明は困難である。プブリキアーナの擬制、ウースカピオの制度自体が、それは、「取引の安全」というサヴィニーの思い付きとはちがうが、法権利の安定を図る法政策的配慮である。このことから、民法上の所有権を取得していても、REI VINDICATIOでなくプブリキアーナで権利の実現を図る人がでてくる」。

(19) 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) (2・完)」早稲田法学九三巻四号(二〇一八年)一三三―一七七頁、九四巻一号(二〇一八年)一九一―二三四頁(以下、清水(二〇一八)と省略)。

(20) これに関連して、前者の場合については、ボナ・フィデース要件もウースカピオ可能物要件も要求されないとするならば、清水論文にいわゆる「高いハードル」は存在しないことになる。他方、津野教授の「ウースカピオの証明ははるかに容易だった」との指摘が後者の場合にも及ぶとするならば、その理解は、清水論文が述べる、ボナ・フィデース要件もウースカピオ可能物要件も「高いハードル」であったとする理解とは対立することになる。

- (21) そのことは、この法文がユースティニアヌス帝の学説彙纂六卷二章「プーブリキアーナ対物訴訟について De publiciana in rem actione」に採録されていることから、また、ウルピアーヌス『告示註解』一六卷の主要な話題が、市民法上の所有権に基づく返還請求 REI VINDICATIO と並んで、プーブリキアーナの訴えであることから (Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis, ex officina Bernhardi Tauchnitz, 1889* (以下「Lenel, *Palingenesia*」) 省略, v. 2, 511-514 (n. 561-575))、明らかである。
- (22) 宮坂 (二〇一一) 註(15) 二四六—二五三頁。
- (23) 森 (二〇一七) 註(8) 五八頁によれば、「自らの敷地の境界を越えて近隣の土地を利用しようとする場合」に「地役権を有している必要がある。地役権には、農地地役権 (通行権や引水権) と都市地役権と」がある。
- (24) これについては、森光「第4章 *usucapio libertatis* のオントロジー」津野『オントロジー』所収、一六九—二三七頁を参照。
- (25) 詳細については、「3 スクリーポニウス法」にて後述する。
- (26) 「役権がウースーカピオされる」とはどのような意味か、については後述註(30)。
- (27) ここでトラデーティオとしてウースーカピオが所有権移転との関連で話題になっていることは、この法文がユースティニアヌス帝の学説彙纂四一卷一章「物の所有権取得について De acquirendo rerum dominio」に採録されていることから、また、ガイウス『厲州告示註解』七巻においても、市民法上の所有権に基づく返還請求ならびにプーブリキアーナの訴えが話題になっていることから (Lenel, *Palingenesia*, v. 1, 201-203 (n. 150-159))、明らかである。なお、本文文も含め、中世における無体物の「占有」にかんする理解を伝えるものとして、田中実/佐々木健「アゾー『勅法彙纂集成』第七卷第三三章「占有の取得および保持について」の邦訳と解説(1)」南山法学二九卷二号(二〇〇六年)、特に二二九—二一八頁、二〇四—二〇〇頁、一九五—一九四頁。
- (28) 森(二〇一七) 註(8) 三〇頁によれば、「用益権は、元来は扶養のためのものである。もっとも典型的には、相続人にならない被相続人の構成員(例えば妻)のために、一定の財産の使用・収益をその者が生きている限りという形で与えるためのものである。」「しかし、古典期の学説の中で、遺贈によらず、また明確に区切られた期限を付した上で用益権を設定することも認められた」。同書二〇一頁によれば、「ある物に用益権が設定された場合、この権利を有する者は、この物を使用し

たり、この物からあがる利益を取得することができるが、物の実質を維持したまま利用するという制限に服する。(改行) この権利は、一身専属的な権利である。したがって、元来、これは譲渡も相続もできないとされていた。(改行) 用益権の対象となる物として、Gaiusは、農地、建物の他、奴隷や家畜をあげている。この他、船や衣服が対象となった例もある。他方、用益権の設定される物は、使用・収益の後返還されることを要するため、「原則として」「消費物に用益権を設定することはできない」。

(29) 役権と用益権の設定については、森(二〇一七)註(8)一〇一—一〇二頁および二〇三—二〇八頁ならびに当該頁で用される文献を見よ。以下、本稿に関わる限りで要点を挙げる。

市民法上、役権は無体物であるがゆえにこれをトラローディティオで設定することはできない。ところで、都市地役権は非マンキピ物であるのに対して、農業地役権はマンキピ物であるとされる(Gai Inst 217)。それゆえ、原則として、都市地役権の設定は、マンキピオによることはできず、法廷譲渡によるしかないが、農業地役権はマンキピオによっても設定することができる(Gai Inst 229)。もっとも例外的に、地役権を留保しつつ土地をマンキピオによって譲渡することで、マンキピオによって地役権を設定することができる(fr. vat. 47, Paulus 1 manual)。

他方、用益権は無体物であり、かつ非マンキピ物であるので、その設定は法廷譲渡によらなければならぬ。(Gai Inst 230)。また、古典期法学者たちは物権遺贈による用益権設定を認めている(Gai Inst 2194)。さらに、家産分割訴訟や共有物分割訴訟における裁定による用益権設定も認められる(fr. vat. 47a, Paulus 1 manual)。森(二〇一七)註(8)二八八頁も見よ。

これに対して、今日、法務官法上の設定行為と呼ばれている方式として、マンキピオも法廷譲渡も認められていない属州の土地における役権と用益権とは、無方式の合意および問答契約によって設定されることができた(Gai Inst 231, D. 7.1.3 pr. (Gai. 2 rer. cott.))。また、後述(註(34)および(35))するように、引渡しと認容とにより設定されることもできた。

(30) 本稿では、「役権がウースーカピオされる」とは、①市民法上の所有者Aが、その所有する土地(承役地)に、隣地(要役地)所有者Bのために地役権を設定しようとしたが、市民法上の方式であるマンキピオもしくは法廷譲渡によるべきところ、これによらず、法務官法上の設定行為によったので、Bは地役権を取得することができなかったが、地役権設定の正当原因があり、その行使に瑕疵がなく、一定の期間を経過した場合に、Bが地役権を取得すること、あるいは②ある土地

役権および用益権のウースーカピオおよびプリーキアーナの訴え(宮坂)

(承役地)の市民法上の所有者でない者(非所有者)Cが、隣地(要役地)所有者Dのために地役権を設定しようとしたので、Dは地役権を取得することができなかったが、地役権が付着する有体物(例えば引水権における引水管)が盗品でなく、地役権設定の正当原因があり、要役地所有者がボナ・フィデースに基づいており、その行使に瑕疵がなく、一定の期間を経過した場合に、Dが地役権を取得すること、と考える。

他方、地役権を留保しつつ承役地をマンキパティオによって譲渡することで地役権を取得する場合、①承役地の市民法上の所有者Aがマンキパティオを行わなければ、Aは市民法上の所有者のままであり、他方、②承役地の非所有者Bはそもそもマンキパティオを行わず(行っても効力が生じない)、AもBも地役権をウースーカピオする余地がない。

さらに、後述註(46)するように、③要役地に建つ建物を長期間の前書によって取得することで、結果的に都市地役権を取得することができる、という場合もある。

なお、「用益権がウースーカピオされる」とは、④ある物の市民法上の所有者Aが、ある者Bのためにその物の用益権を設定しようとしたが、市民法上の方式である法廷譲渡によるべきところ、これによらなかった、あるいは、物権遺贈しようとしたが、遺言の文言に誤りがあったので、法務官法上の設定行為である引渡しによって設定がなされたことになり、Bは用益権を取得することができなかったが、用益権設定の正当原因があり、その行使に瑕疵がなく、一定の期間を経過した場合に、Bが用益権を取得すること、あるいは⑤ある物の非所有者Cが、ある者Dのためにその物に用益権を設定しようとしたので、Dは用益権を取得することができなかったが、その物が盗品でなく、用益権設定の正当原因があり、Dがボナ・フィデースに基づいており、その行使に瑕疵がなく、一定の期間を経過した場合に、Dが用益権を取得すること、と考える。もっとも、Capogrossi (1999) 註(10) 165-166によれば、古代ローマにおいて用益権の存続期間は一代代とされ、用益権者の死亡は権利と共にその負担を消し去るので、用益権のウースーカピオが目的物の市民法上の所有者に与える負担は、役権ほどではなかった。

(31) パウルスは、地役権がウースーカピオできない理由をもう一つ付け加えている。すなわち、地役権は、その目的物を一定期間継続して占有することができるから、という理由である。というのも、目的物を一定期間継続して占有することがウースーカピオの要件の一つであるが、例えば通行地役権は、通行に供する道路を通行権者が占有し続けること、すなわち、永遠かつ継続的に通行して、他人によってこれが遮られることのないようにすることは、およそ不可能だからである。

これに対して、日本の最高裁（最判平成一七年三月二九日判時一八九五号五六頁）は、「本件地役権の内容は、通行の目的の限度において、本件通路土地全体を自由に使用できるものであると解するのが相当であるから、本件車両を恒常的に駐車させることによって本件通路土地の一部を独占的に使用することは、本件地役権を侵害するものといふべきであ」と述べて、地役権に基づく妨害排除請求権を認めている。

また、取得時効の一般的要件（一六三条）を満たした上で、「継続的に行使され、かつ、外形上認識することができる」（二八三条）ならば、地役権の取得時効も可能である。継続的に行使されない場合、例えば通路を開設せずに他人の土地を通行する場合、必要な時だけ水を汲み取る場合などは、承役地所有者が近隣の情誼からこれを黙認していることが多く、それにもかかわらず地役権の負担を負わせるのは妥当でないから、とされる。

なお、通行地役権について、最高裁は、「継続」の要件を満たすには、「承役地たるべき他人所有の土地の上に通路の開設を要し、その開設は要役地所有者によってなされることを要する」と判示している（最判昭和三〇年一月二六日民集九卷一四号二〇九七頁）。

(32) 用益権については管見の限り、ウースーカピオできないとする法文は見つからなかった。なお、パーピニアヌスは以下の法文で「用益権がウースーカピオされることはできない」と述べている。

D.41.3.44.5 (Papinianus 23 quaest.) Non mutat usucapio superuentens pro emptore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim usus fructus usucapi non potest ita persecutio pignoris, quae nulla societate domini coniungitur, sed sola conventionione constituitur, usucapione rei non peremittitur.

学説纂集四一卷三章四四法文五項（パーピニアヌス、質疑録二三卷）「買主として」あるいは「相続人として」という占有資格でウースーカピオが生じるとしても、担保物の追求が可能であることに変わりはない。というのは、用益権がウースーカピオされることはできないのと同様に、担保物の追求も、所有権と関係しているのではなく、合意のみによって定められているのであって、その物のウースーカピオによって無効とされることはないからである。

パーピニアヌスによれば、所有者がそれに担保権を設定したところの物を買った者が「買主として」という占有資格で、あるいはその物が属するところの遺産占有の付与を法務官から受けた者が「相続人として」という占有資格で（Ulrike Babusiaux, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, UTB Verlag, Stuttgart, 2015, 68-69を参照）、その物をウー

スーカピオした場合、それにもかかわらず担保権者はその物に設定された担保物を追求することができる。なぜなら、担保物の追求は「所有権と関係しているのではなく *nulla societate domini contingitur*」すなわち担保物の所有権が担保権設定者から離れても可能であり（例えば D.20.1.2 のように）、担保権が設定された地所を、担保権設定者でない売主からボナ・フィデースで買った買主が、これをウースーカピオした場合、「合意のみによって定められる *sed sola conventionē constituitur*」、すなわち担保権の消滅について当事者間に合意があるのでない限りは可能（例えば D.20.6.8.6 のように）、担保権設定者が担保権者の了解を得て第三者に売却した場合）だからである。

以上の内容からすると、「用益権がウースーカピオされることはできない」とは、用益権の目的物が第三者によってウースーカピオされた場合でも、用益権は無効とならない、との趣旨であり（本法文に対する註釈 *Glossa* も、*per usucapionem proprietatis* と、そのように理解している）、用益権自体のウースーカピオについて述べているのではない、と考えられる（なお、註釈は、用益権自体がウースーカピオできないのは、用益権が無体物だからである（*ipse autem ususfructus per se etiam non potest usucapi, cum incorporalis sit*）と述べている）。

(33) 森（二〇一七）註(8) 二〇七一—二〇八頁ならびに二一一—二一二頁を見よ。

(34) 森（二〇一七）註(8) 二〇六一—二〇八頁によれば、引渡しあるいは認容による用益権の設定は、法務官法上の設定行為と呼ばれ、古典期法学者たちによっても支持されていた。

D.7.1.25.7 (Ulpianus 18 ad Sab.) *Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat quotiens iure legati usus fructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum, videndum, et vera est Pegasi sententia, quam et Iulianus libro sexto decimo secutus est, omni fructuario adquiri. 学説纂纂七卷一章二五法文七項（ウルビアーヌス、サビーヌス註解一八卷）とここで、用益権の目的物から、あるいは労務から取得することができるが我々が述べることは、用益権が遺贈の法に基づいて設定された時から適用されるべきなのか、それとも引渡しあるいは問答契約あるいはその他の仕方で「設定された」場合もか、検討しよう。そして、すべての用益権者に取得される、とするペーガスの見解が正しい、ユーリアーヌスも一六巻でそれに従っている。*

これに対して、引渡しあるいは認容による用益権の設定はユースティニアヌス帝期になって可能とされた、との従来の通説と、それに対する反論については、Thomas Finkenauer, *Verbindlichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im*

Klassischen römischen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010 (以下、Finkenauerと省略) 346-355を見よ。

森(二〇一七)註(8)二〇七—二〇八頁は、「用益権の引渡による設定というときの引渡は、所有権譲渡の際のそれと同様、単なる占有の移転ではなく正当原因に基づくものであることを要する。その正当原因にあたるものとして、史料中に、贈与や売買が出てくる」として、売買につき次の法文を引用する。

D.18.682 (Paulus 33 ad ed.) Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usum fructum mihi vendas, nam priore casu etiamsi statim moriens, nihili mihi heres tuus debet, heredi autem meo debetur, si tu vivis, posteriore casu heredi meo nihili debetur, heres tuus debet.

学説集纂一八巻六章八法文二項(パウルス、告示註解三三巻)君が私に用益権を売った場合、君だけのものである使用収益権を売ったのか、それとも君のものである有体物そのものに対する用益権を君が私に売ったのか、が重要である。というのは、前者では、たとえ君が直ちに死亡したとしても、君の相続人は私に何ら債務を負うことにならないが、君が生きているならば、私の相続人に対して義務を負うことになる。後者では、私の相続人に対しては義務を負うことにならないが、君の相続人は義務を負うことになる。

森(二〇一七)註(8)二二三—二三四頁は、「この法文では、二つのタイプの用益権の売買が問題になっている。すなわち、まず第一に、既に設定されている用益権の用益権者による譲渡である。第二に、所有者が売買を通じて用益権を譲渡するということである。後者は、むしろ売買による用益権の設定というべきであろう」と区別し、「第二のタイプの場合、私 が売買により新たに用益権を取得したことになる」と述べている。後者の「売買」が、上述の、引渡しによる用益権の設定において要求される「正当原因」ということになろう。

他方、二二四頁で「ここで問題にしたいのは、もちろん第一のタイプについてである」と述べた上で、二二五頁では、「これとは別のウルピアーヌス法文(D.7.4.29.1, Ulp. 17 ad Sab.)において用益権の売買すなわち譲渡につき、「売買(およびそれに引き続いてなされる引渡)により用益権が移転するという法的構成を Ulpianus がとっているとはいえない」と、二二七頁では「Paulusと Ulpianus は……売買と引渡により用益権が移転するという法的構成をとるまでには至っていない」と述べているが、これらはいずれも第一のタイプに言及していることに注意すべきである。後述註(86)も参照。

役権および用益権のウースコーピオおよびプリアーナの訴え(宮坂)

- (35) 森(二〇一七)註(8)一〇一―一〇二頁によれば、引渡しあるいは認容による役権の設定もまた、法務官法上の設定行為と呼ばれるとして、次の法文を挙げる。  
 D.8.3.12 (Ulpianus 2 inst.) *Traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris.*  
 学説彙纂八卷三章一法文二項(ウルピアヌス、法学提要二卷)役権の引渡しと認容とがプラエトルの責務を生じさせることは明らかである。  
 ここに言うプラエトルの責務 *officium praetoris* について、Finkenauer 註(34) 351-352 は、D.6.2.11.1 が挙げるプープリキアーナの訴えだけでなく、例えば役権の保護のための特示命令にも関連する、と述べる。
- (36) 森(二〇一七)註(8)一二二頁。それらの研究者の網羅的なりすとその見解の要約については、Ferdinando Zuccotti, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in: *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. *Atti del Convegno in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, LED, Milano, 2011, 277-531, 404-408, nt. 212-215 を参照。Zuccotti, 413-415 及び nt. 227 は、【史料⑥】について、ウルピアヌスのヴァージョンでは *non* が挿入されていたこと、構文が不自然であること、役権は特示命令で保護されたこと等が考えられることから、インテルポラテオ説に立つ。
- なお、この見解を採るローマ法研究者の中には、引渡しまたは認容によって地役権の設定を受けた者は、プープリキアーナの訴えではなく、準訴権 (Gerhard von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Bd.3, Mohr, 1913, 171.)、事実訴権 (Mario Bretonne, *finzioni e formule nel diritto romano*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31 (2001) 295-313) あるいは特示命令 (Zuccotti, 414-415) に基づいて保護された、と考える者もある。
- (37) M. Kaser/R. Knitel/S. Lohsse, *Römische Privatrecht*, 21. Auflage, München, 2017, 173, § 28.16 によれば、「古典期の終わり頃に、属州の土地に対する長期間の前書 *longi temporis praescriptio* が役権 *servitutes* に基づく (在地者間では一〇年後、不在者間では二〇年後、上述 25.15 を参照)、定着し、それをユースティニアヌス帝はすべての土地に拡張した (C.7, 33, 12, 4)」。インテルポラテオ説によれば、その結果、役権についてプープリキアーナの訴えを認めないとする【史料⑥】が修正された。
- CJ.7.33.12.4: *Imperator Justinianus : Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporatae, quae in iure consistunt.*



veluti usus fructus et ceterae servitutes. (a 531 d.V. K. Dec. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. Cc.) ユースティニアヌス帝勅法集七卷三三章一二法文四項：ユースティニアヌス帝が「近衛長官イオアンヌスに」宣言す。物が有体物〔旧仏訳は *des choses corporelles*〕でなく、権利から成る無体物、例えば用益権やその他の役権である場合にも、同じことが遵守される。(531年11月27日、コンスタンティノポリスにて、ランパディウスとオレステースが執政官に就任後)

なお、長期間の前書 LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO 及び Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, American Philosophical Society, 1968, 645 によれば、ウースカビオに似た制度で、民法上ウースカビオの対象とならなかった属州の土地について用いられた。すなわち、土地の返還を請求する原告に対して、土地の占有者は、正当原因を有し、ボナ・フィデースに基づいて取引した者であつて、さらに、その土地を一〇年(両当事者が同一の都市にいる場合(在地者間 INTER PRAESENTES)) または二〇年(両当事者が別々の都市にいる場合(隔地者間 INTER ABSENTES)) 占有したならば、この前書を抗弁として提出することができた。ユースティニアヌス帝期には、ウースカビオと長期間の前書とが融合し、動産についてはウースカビオ、不動産については長期間の前書、という呼称が用いられるようになった。

(38) その他に、servitibus とは、舊格形の文中での位置づけ、ビザンチン期の表現とされる forte 「都市地役権」と「農業地役権」との間の挿入句等もインテルボラティオの根拠とされる。

(39) 森(二〇一七)註(8) 二二二頁、註(46)。

(40) 註(32) を参照。

(41) Dieter Nörr, Die Entstehung der longi temporis praescriptio, Studien zum Einfluß der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen 156), Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1969, 55-57 によれば、時間の経過をもつて役権の取得を認める一群の法文がある。例えば次の法文である。D8.5.10 pr. (Ulp. 53 ad ed.) si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.

役権および用益権のウースカビオおよびプブリキアーナの訴え(宮坂)

学説彙纂八卷五章一〇法文首項（ウルピアヌス、告示註解五三卷）ある者が長期間の使用と準占有とによって引水管の権利を取得した場合、その者がその権利について、いつ水が引かれたのか、例えば遺贈その他に基づいて、と証明する必要はなく、例えば、自分は長年に亘って、暴力によらず、隠秘でなく、容假でなく、ususを占有した、と示すことで、彼は準訴権を有する。

Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. München, C.H. Beck, 1971, 444-445 は、この「記憶を超える時代 unvordenklicher Zeit」から行使されてきた役権の承認という考え方が、古典期後期には長期間の前書によって霞んだ、と述べている。Nörr は、*longa possessio* は長期間の前書に材料を提供したのではあるが、それとは異なって期間が定められておらず、長期間の前書と密接に対応するものであったとは言えない、と評価している。

- (42) Peter Apathy, *Actio Publiciana ohne Ersitzungsbesitz*, *Sodalitas, Scripti in onore di Antonio Guarino*, Jobene, 1984, v. 2, 749-758 は、ウースーカピオ占有を前提とせずにプブリキアーナの訴えが認められた例として次の三つの法文を挙げる。D.6:2.9.6 (Ulpianus 16 ad ed.) *Si servus hereditarius ante aditum hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amisit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset. municipes quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione.*

学説彙纂六卷二章九法文六項（ウルピアヌス、告示註解一六卷）

相続財産に属する奴隷が、相続承認前に、ある物を買ひ、自らにその占有が引き渡されたが、これを失った場合、相続人が、あたかも彼自身が占有していたかのごとく、プブリキアーナの訴えを用いることは正しい。自治市民も、その奴隷に物が引き渡されたならば、同じ状況にある。

D.6:2.15 (Pomponius 3 ad Sab.) *Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.*

学説彙纂六卷二章一五法文（ポンポニーウス、サビーヌス註解三卷）私の奴隷が、逃亡中に、所有者でない者から物を買った場合、プブリキアーナの訴えが私に付与されるべきである、たとえ引き渡された物の占有を私が彼を通じて取得しなかったとしても。

D.6:2.11.2 (Ulpianus 16 ad ed.) *Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem*

petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est, sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.

学説彙纂六卷二章一一法文二項(ウルピアヌス、告示註解一六卷) 盗まれた女奴隷が、善意の買主の家にいた間に子を身ごもった場合、「子は」たとえ買主によって占有されていなかったとしても、買主はこの訴権で子について訴えることができる。けれども、奴隷を盗んだ者の相続人はこの訴権をもたない、なぜなら彼は死者の瑕疵を承継するからである。

- (43) Cosima Möller. Die Servituten: Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht: mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB. Wallstein, 2010. 353-356; Finkenauer 註(74) 352-353.

- (44) Finkenauer 註(34) 352-353.

(45) 上記(註36) 対応本文以下) 第一の点は、*non*が入っていたはずはない、との証明が不可能であり、その意味で完全に否定できない。もっとも、後述するように、役権のウースーカピオを廃止したスクリーポーニウス法は、引渡しまたは認容による用益権または役権の設定が非所有者によって為された場合のみを対象とし、市民法上の所有者によって為された場合を対象としなかった、と考えるならば、ウルピアヌスのバージョンに*non*の存在を想定する必要はなく、編纂者たちが*non*を削除したと考える必要もない。

上記第二の点は、森(二〇一七) 註(8) 二〇一一頁、一四頁によれば、*domum* は住居として利用される都市の建物も指し得る。そうすると、その建物の地下に他人の家に水を供給するための引水管が通ることはあったと考えられ、その引水管のための地役権が都市地役権と呼ばれることもあったと考えられる。したがって、【史料⑥】の当該箇所が「誤り」であるとは一概には言えない。

上記第三の点は、すでに近時の学説(註34) によって反駁されている。

- (46) 上記(註39) 対応本文以下) 第一の点は、インテルポラティオ説がスクリーポーニウス法の廃止をユースティニアヌス帝期に措定するために、ユースティニアヌス帝が長期間の前書をすべての土地における役権に拡張したことを援用するのに対して、長期間の前書による役権の取得の登場をより早く古典期後期に措定しようとするものと解されるが、註(41) に挙げた *Nörr* は、史料に現れる *longa possessio* 等は、長期間の前書との関係は薄かったと考えており、長期間の前

役権および用益権のウースーカピオおよびプリーキアーナの訴え(宮坂)

書による役権の取得が古典期後期に措定され得るかは疑問が残る。

他方、役権そのものを長期間の前書によって取得することを否定しつつ、要役地に建つ建物を長期間の前書によって取得することで、結果的に都市地役権を取得することができる、とする古典期の法文もある。

D.41.3.101 (Ulpianus 16 ad ed.) Hoc iure uitur, ut seruitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.

学説彙纂四一巻三章一〇法文一項(ウルピアヌス、告示註解一六巻)我々は次の法を用いる。すなわち、役権そのものが長期間の前書によって取得されることは決してできないが、〔要役地に建つ〕建物と一緒にあれば、できる。

上記第二の点は、いずれの法文も、相続人による相続承認前、奴隷の逃亡中、盗品である女奴隷による懐胎中、と請求者に占有が帰属していない例である。【史料⑥】では、用益権も役権も無体物であって、請求者に占有は帰属していない。したがって、ウースーカピオ占有者でなくても、プープリキアーナの訴えを用いることができる、との主張を支持する根拠となるように思われる。

上記第三の点については、「4 用益権と役権の保護」にて後述する。

(47) 註(30)の②の場合である。

(48) 註(30)の①の場合である。

(49) Capogrossi (1999) 註(10) 93-94; J.M. Rainer, *Nochmals zu den Gründen und der Datterung der 'Lex Scribonia'*, ZSS RA 104 (1987) 631-638 (以下、Rainer (1987) と省略)。

(50) Gai Inst. 1.119: Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam tenent, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRTITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPITUS ESTO HOC AERE AENEAEQUE LIBRA: deinde aere percipit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

ガイウス、法学提要一巻一一九節……ところで、マンキパティオは、上述のように、ある種の仮装売買である。これ自体もローマ市民に固有の法であり、この行為は次のようにして為される。すなわち、五人より少なくないローマ市民である成熟

男性の証人、および同じ資格の者がもう一人、つまり銅製の秤を持ち、秤持ちと呼ばれる者の立会いのもとで、マンキピウム権に受け入れる者が銅塊をつかんで、次のように述べる。「私はこの奴隷をローマ市民法上の権利に基づいて私のものであると宣言する。そして、これは銅と銅製の秤によって私に買い取られよ」と。次に銅塊で秤を打ち、その銅塊を「マンキピウム権」に受け入れる者が、あたかも代金のように与える。

- (51) Rainer (1987) 註(49) 633-634 を参照し、引用される文献を見よ。
- (52) Moritz Voigt, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik* (Separatdruck aus den Berichten der philol. hist. Klasse der Königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften 1874), 特記 26 (未見) Capogrossi (1999) 註(10) 96 以下 103-104; Rainer (1987) 註(49) 631 の引用に参照。Capogrossi (1999) 註(10) 95-96 にみられる Giuseppe Grosso, *Le Servitù Prediali nel Diritto Romano*, Torino (以下 Grosso を省略) 29 は Voigt の示唆を完全に反映したとみられる。
- (53) Giuseppe Branca, *Non uso e prescrizione*, Scritti in onore di Ferrini, Milano, 1947, vol. I, 169-191; E. Levy, *usureceptio servitutis*, *Studi in onore di E. Albertario II*, Milano, 1953, 221-230, 229; Alan Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968 (以下 Watson を省略) 23-24; Rainer (1987) 註(49) 632; Capogrossi (1999) 註(10) 97-98.
- (54) 同時期前後の法律 DEX については、原田俊彦「前二四一年から前二一九年までのローマの法律」早稲田法学八七巻三号(二〇〇二年) 六九三-七三三頁、同「ハンニバル戦争期の浪費に関する法律について」早稲田法学八八巻二号(二〇〇三年) 一六四頁を参照。
- (55) Constantin St. Tomulescu, *Sur la loi Scribonia "de usucapione servitutium"*, RIDA, 17, 1970, 329-343, 特記 337-343.
- (56) Luigi Capogrossi Colomesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'Età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1969, 特記 450-451.
- (57) Rainer (1987) 註(49) 632-633.
- (58) Capogrossi (1999) 註(10) 98-99 にみられる「一六世紀に遡る」。
- (59) 佐々木健「古代ローマ占有訴訟における「慣習による駆逐 moribus deductio」(Cic. pro Caecina, 27) と暴力〔不動産占有権および利益権のウースーカピオおよびプリーキアーナの訴え(宮坂)

- 回復」unde v. 特示命令「法学論叢一八二巻四・五・六号（二〇一八年）二八八―三二七頁（以下、佐々木（二〇一八）と省略）。
- (60) Rainer (1987) 註(49) 635-636.
- (61) 邦訳は吉原達也訳「キケロ『カエキーナ弁護論』(三・完)」広島法学三五巻二号(二〇一一年)六六一―五二頁、六三頁。
- (62) 吉原達也「キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察」日本法学八〇巻一号(二〇一四年)一一―三七頁、二四―二五頁を参考にした。アキリウス・ガッルスその人の紹介と、彼に対するキケロの賞賛については、林智良「ガイウス・アキリリウス・ガッルス C. Aquilius Gallus の周辺―共和政末期ローマの政治的・社会的・法学的文脈において―」法と政治（関西学院大学法政学会）六二巻一号II（二〇一一年）一九七―二二五頁、特に一九七―二〇三頁を参照。
- (63) Theo Mayer-Maly, Studien zur Frühgeschichte der usucapio III, ZSS RA 79 (1962) 97-100.
- (64) Rainer (1987) 註(49) 636-637.
- (65) Rainer (1987) 註(49) 637-638.
- (66) Capogrossi (1999) 註(10) 91-92.
- (67) Giovanni Rotondi, Osservazioni sulla Legislazione comiziale romana di diritto privato, Società Editrice Libreria, Milano, 1910, 4-25. Rotondi によれば、「共和政の始まりから帝政の最初の世紀全体まで、史料が直接的または間接的に知らせている約八〇〇の提出法案のうち、私法の領域に分類されるに値するものは三〇にも満たな」かった。Rotondi を一つの画期とするローマ共和政初期の立法史については、原田俊彦『ローマ共和政初期立法史論』啓文堂、二〇〇二年、Rotondi の評価については特に一九―二二頁を見よ。
- (68) 占有保護の特示命令については後述 4. 2. 特示命令 INTERDICTUM を見よ。
- (69) Capogrossi (1999) 註(10) 109-126.
- (70) 例えは G. D'Angelo, Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum, AUPA, 56 (2013) 9-26 (「要約」を読む限り、D'Angelo は、スクリーボーニウス法の制定年を前五〇年頃から元首政開始までとし、同法は農業地役権のみならず都市地役権にも適用され、承役地所有者にとって不当な USURPATIO を防止するのが目的であった、と主張する)。この理解は、同法による禁止までは、都市地役権もウースーカピオすることができた、という前提に立つ。

これに対して、Watson 註(53) 23は、都市地役権をウースカピオすることができた、との考えに否定的である。Capogrossi (1999) 註(10) 84-91は、「まだ疑問視されていない意見によると」「都市地役権が前二世紀の前半に導入された(同書88)とした上で、都市地役権も建物を占有することによってウースカピオすることができた」といってGrosso (註52) 189の見解を、「隣人の高度超過によって違反されるに至った場合にのみその享受が明らかになる、servitus altius non tollendiのいかなる形の占有も想像することが私にはできない。これらの例に続けることができるのが、まず第一に、最も重要な*iura luminum*である」(同書86)として批判している。

(71) J. M. Rainer, *Überwindung des Erbsungsverbotes von Dienstbarkeiten der lex Scribonia durch Ulpian, Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013 (以下、Rainer (2013) と省略) 279-288, 279.

(72) 第二次ポエニ戦争終結後も小規模農民層の困窮が続いたことも、私法分野に対する民会立法の影響は副次的であった、とするRonoldiの見解とは整合的である。

(73) この理解に立つ限り、スクリーポーニウス法制定後に登場した農業地役権ならびに都市地役権については、スクリーポーニウス法による規制の対象から完全に外れていた可能性も、同法の制定趣旨に副う限りで規制された可能性も、古来の農業地役権と同様に完全に規制された可能性もあると考えられる。もともと、【史料③】【史料④】【史料⑤】が無体物である役権のウースカピオを否定していることからすると、前二者の可能性が高く、そうであれば、ウースカピオが否定されるに至ったのは、Rainerの主張するような、地役権を「他人の物における権利*iura in re aliena*」に統合しようとする法学者の営為による、と考えることになろう。

(74) 註(8)を見よ。

(75) 森(二〇一七) 註(8) 二二〇—二二一頁によれば、この訴訟は「用益権者が用益権を請求するための訴権」であり、「用益権の存否を問題にし、これがあることが明らかになったならば、原告にこの権利があることが確認される。そして被告に對し、原告にこの権利を回復させるよう命じる。この権利の回復がなされない場合には、金銭の給付という形をとる有責判決がなされることになる。用益権の返還請求訴権は *rei vindicatio* と異なり、当初、用益権者は所有権者のみを被告として提起できたと考えられている。しかし古典期の議論の中で拡大し、あらゆる占有者を被告とする形で提起が可能となった。詳しくは同書二八五—二八七頁ならびに芹澤悟「用益権に関するユリアヌスの法的判断について」*亜細亜法学*四一卷二号

役権および用益権のウースカピオおよびプリーキアーナの訴え(宮坂)

(二〇〇七年)二九—五三頁を見よ。

(76) 森(二〇一七)註(8)一一〇頁によれば、認諾訴権とは、「要役地の所有者が地役権の存在を主張するための」訴権であり、例えば、より高く建てさせない地役権の文言は次のように再構成されている。なお、承役地所有者が被告であり、要役地所有者が原告であり、市民法上の所有権に基づく返還請求と同様、原告が挙証責任を負うとされる。

*Si parat A. A.° ius esse aedes suas altius tollere invito N.° N.°, quanti ea res erit [...] tantam pecuniam...*

被告には自己の建物を原告の意思に反してより高くする権利がないことが明らかであるならば、その物の価格につき……

同書七三頁によれば、「地役権を巡る紛争にあつても、用益権と同様、地役権者の方から認諾訴権 (*actio confessoria*) で訴えるべきか、それともこの存在を否定している所有者の方から、否認訴権で訴えるべきかという問題が生じる」ことがあつた。詳しくは同書七三—七五頁を見よ。

(77) 古代ローマの特示命令については、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(二〇一七年)(以下、佐々木(二〇一七)と省略)特にix頁ならびに一—四〇頁、本稿との関連では特に一九—二二頁とそこに引用された先行研究を見よ。なお、同書八六頁は、「本書では、当時の意味での「私道」一般には通行権に関する特示命令による保護が与えられたものの、これを直接には考察の対象としていないことを付言する」としている。なお同書八八—八九頁は、「古代ローマ世界の道路は、少なくとも特示命令の適用に関して、「公道 *via publica*」、「私道 *via privata*」、「里道 *via vicinale*」という三種に分かれたれ、「公道」は公有地を通るものを指すようであるが、本書はこれを狭義における用法と解する。というのも本書は、第一に「私道」で所有者しか通行出来ないものは「公道」とされないのに対し、万人に使用が許されるものは「公道」とも解される」とし、註(9) *v. D.43.8.223 (Ulp. 68 ad ed.)* を挙げる。同法文によれば、「私道は二様に解される事が出来、一つには、他人の土地へ連なるように、役権が設定された土地にある道路、いま一つには、土地に連なる道路であつて、全ての人にその道路を通じて往来することが許され、執政官の道からその道路へと出て、そしてこれに村へと連なる道路、通り、又は通路が後続するもの、である」(佐々木訳)と述べることから、通行権に関する特示命令による保護が与えられた当時の意味での「私道」には、少なくとも「役権が設定された土地にある道路」が含まれた、ということができよう。

占有保護手段としてのウースーカピオと特示命令との関係、特にその「欠陥」(複雑過ぎる手続、相手の適格性の制限、



本権に関する訴訟との分離による迂遠さ、そして時的限界)については、清水(二〇一八)註(19)一四二—一五一頁を見よ。

- (78) 森(二〇一七)註(8)七七—八二頁。同書八〇—八二頁によれば、この特示命令が「認容されるには、申請者が有していた占有が、名宛人との関係において瑕疵あるものでなかったことが求められる。〔改行〕申請者は、名宛人から対象物を暴力または隠避〔秘?〕により奪って占有していたり、懇願的借用として対象物を名宛人から受け取っている場合」、その占有には瑕疵があるとして、申請が認められなかった。この申請は占有侵奪の後一年以内になされることを要した。「法務官がこの特示命令の申請を認めた場合、占有侵奪者は、侵奪した土地・建物を申請者に返還し」、それらが果実を生じている場合には果実を返還し、損害が生じているならば損害を賠償しなければならないほか、侵奪時にその土地・建物内にあった動産等も返還しなければならない。

- (79) 森(二〇一七)註(8)二九〇—二九二頁。同書二九二頁によれば、「用益権者は占有者ではないので通常の *unde in* 特示命令の適用はない。しかし用益権者による使用・収益の事実を保護する必要があることから、この特示命令が導入された」。

- (80) 森(二〇一七)註(8)八四—八五頁によれば、市民法上の所有権に基づく返還請求においては、*UTI POSSEDETIS* 特示命令が「訴訟の対象となっている建物に関し、君たちが相手方との関係において、暴力、隠避〔秘?〕または懇願的借用(容仮)により占有しているのでない〔*nec vi nec clam nec precario: possidetis*〕ならば、君たちの占有を禁止するような暴力の行使を私は禁ずる」という文言で法務官告示に規定されていた(D.43.17.1. pr. (Ulp. 69 ad ed.) が伝える文言に基づく。他方、フェストゥスが異なる文言を伝えていることについては、同書八四頁、註四八ならびに佐々木健「L・ラプルーナの暴力 *vis* 論(一)——特示命令論の為に——」法学論叢一五五巻一号(二〇〇四年)一三〇—一四五頁(以下、佐々木(二〇〇四)と省略)、特に二二七—一四〇頁を参照)。この特示命令は占有保持のための特示命令に分類され(Gär. Inst. 4.148)、市民法上の所有権に基づく返還請求に先立ち、「当事者のいずれが占有者として被告の地位につき、またいずれが原告の地位につくかをこの手続で法務官は決定」した。「原告に拳証責任が負わされるため、被告の地位を得る占有者の方が所有権をめぐる裁判で有利な地位にたつことになった」。

これについて、佐々木(二〇〇四)一三九—一四〇頁によれば、「不動産占有保持(あなた方が占有しているように)」の特示命令は、第二次ポエニ戦争以後に支配層が占有した公有地 *ager publicus* に関して、社会秩序を乱す「暴力」を抑

制するべく創設されたと考えられる」とした上で、「瑕疵ある占有の抗弁」すなわち *nec vi nec clam nec precario possidētis*「よつて、現占有者の占有に瑕疵がある場合には前占有者が保護され、瑕疵ある占有者に対する暴力は「暴力を為すこと *vim facere*」の禁止対象から除外されたのである。このように、暴力等によつて得られた占有は、それによつて奪われた占有に比べ保護に値しないと考えられたということは、この抗弁が挿入された当時暴力の応酬による土地の占有争いが絶えなかったことを示している。……「瑕疵ある占有の抗弁」が挿入されるに至るまでは、法務官は特示命令を発しないことで暴力による占有侵奪を抑制したと考えられる。公有地の利用に端を發した「暴力を行うこと」の禁止は、ローマ法史における暴力との戦いに寄与した」。

そして、佐々木(二〇一七)註(77)一四頁によれば、「禁じられた暴力行使は、両当事者が予め合意して言わば象徴的に行われることもあり、そうした暴力行使を相手方が実行しない場合も生じ得る。……このように相手方が更なる手続に協力しない場合、更には自らが先行する特示命令に基づき提起した後続訴訟で勝訴していた場合にも、一方当事者の申し出に基づき二次的特示命令が発せられることがあり、これにより命令権に基づいて申請者への占有付与が命じられ、申請者に占有が返還されることも、申請者の占有を妨害することが禁じられることもあった」。このような当事者間の駆け引きについては、佐々木(二〇一八)註(59)特に二九七―三〇七頁を見よ。

(81) 森(二〇一七)註(8)五三頁によれば、「農業地役権については、各種の特示命令により地役権を行使している状態(地役権の準占有)が保護され、準占有を有している者が被告となる。これに対し、都市地役権については、こうした特示命令は排水溝利用に関する特示命令の他は存在しない」。同書二九五頁註(21)には、前者の一つである私道の通行に関する特示命令が紹介されている。

D43.19.1 pr (Ulp. 70 ad ed.) Praetor ait " quo itinere actusque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto."

学説彙纂四三卷一九章一法文首項(ウルピアース、告示註解七〇卷)「訴訟の対象となつてゐる私人の人行権や家畜通行権または人・家畜通行権を、この一年内に君が相手方との関係において暴力、隠秘または懇願的貸借によらずして利用したのであれば、君の利用を制限しようとする暴力の行使を私は禁止する。」

Capogrossi (1999) 註(10) 88は、都市地役権が前二世紀の前半に導入されたのと「同時に、または数十年後、引水と通行の権利も*iura in re aliena*として構成されると、「準占有者」の特示命令*de iure actiue privato*および*de aqua*が導入された」と述べている。佐々木(二〇〇四)註(80)が説明する特示命令導入の経緯に鑑みれば、役権についても、前世紀という混乱の時代に、その設定を巡って当事者間に暴力の応酬があったことは十分に考えられる。さらに言えば、スクリーボーニウス法による、また無体物である「他人の物における権利*iura in re aliena*」への統合によるウースカピオの制限によって、当事者間で紛争を決着させる手段は大きく制限されていた。それゆえにこれらの特示命令の導入が要求された、とも考えられるし、これらの特示命令の持つ意味は大きかった、と言うことができる。もともと、占有特示命令には前述註(77)の「欠陥」もあり、そこにプープリキアーナの訴えが認められるべき余地があったと考えられる。

(82) 森(二〇一七)註(8) 二八九―二九〇頁によれば、「法務官告示の中には、*ui possidetis* 特示命令と類似の機能を持つ、用益権者の準占有を保護するための」準 *UI POSSEDETS* 特示命令が存在した。「この特示命令は、用益権者としてある物を使用・収益している者の使用・収益の事実を保護するためのものである……申請者に用益権が帰属しているかを問題にせず、単に使用・収益の事実があったこと、さらにそれが相手方との関係において瑕疵のないものであったことに基づき申請者を保護」した。

(83) 森(二〇一七)註(8) 一一一頁によれば、市民法上の所有権に基づく返還請求では、動産について特示訴権 *ACTIO AD EXHIBENDUM*、土地・建物については *QUEM FUNDUM* 特示命令が用いられた。後者では、訴訟の対象物を占有している被告に対し、その物を原告に戻すよう命じられ、原告がその物の占有者となった。同書五三―五四頁ならびに一一一頁によれば、これと同様の手続が都市地役権に関しても存在したと推測されている。また、同書二二―二三頁によれば、用益権については、物の使用収益ができていない用益権者が原告として、この物を現実に使用収益している者を被告として用益権の返還請求訴権を提起したが、被告が応訴しない場合に、*QUEM USUMFRUCTUM* 特示命令により、被告の使用収益が禁じられ、原告にこれが許可された。

(84) 森(二〇一七)註(8) 二二三―二四頁。同書二一―四頁によれば、「故意・過失によらずに滅失した場合でも、用益権者が不適切な利用の仕方、すなわち善良な者の裁定に反した利用をしていた場合には損害賠償が必要となる。また、用益権者はこの担保問答契約に基づき物の保管責任 (*custodia*) 責任を負うべきものとされる。こうした場合、この担保問答契約に

役権および用益権のウースカピオおよびプープリキアーナの訴え(宮坂)

基づき請求がなされることになる」。

なお、担保問答契約が締結されなかった場合、用益権設定者の相続人は物を市民法上の所有権に基づく返還請求することができた。

D.7.9.7pr. (Ulpianus 79 ad ed.) Si usus fructus nomine re tradita satisfactum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit, quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.

学説彙纂七卷九章七法文首項（ウルピアヌス、告示註解七九卷）用益権のために物が引き渡されたが、〔担保問答契約による〕満足が与えられなかった場合、相続人は物を市民法上の所有権に基づく返還請求することができる、とプロクルスは述べる。たとえ用益権のために引き渡された物についての抗弁が提出されたとしても、再抗弁が提出されるべきである。この見解は理に適っている。さらに、問答契約自体も締結されることができようであろう。

(85) 註(12) 対応本文参照。

(86) 森(二〇一七)註(8) 三〇八頁は、「用益権の買主は、新たな用益権者になるわけではない。したがって、買主の保護は、用益権の返還請求権を用いることはできない。そこで、このような買主の保護のため *Publicius* 訴権が活用された」と述べている。ここで言う「用益権の買主」とは、註(34)で取り扱った D.18.6.82 について同書三三三—三三四頁が区別するうちの第一のタイプにおける「買主」、すなわち「既に設定されている用益権」の「譲渡」をその「用益権者」から受けた者であると考えられる。そうすると、第二のタイプにおける「買主」、すなわち「売買による用益権の設定」を受ける者が、同書二〇七—二〇八頁が述べるところの「正当原因」を要求されるのに対して、第一のタイプにおける「買主」は、同書二二五頁および二二七頁が述べるように、パウルスもウルピアヌスも「売買と引渡により用益権が移転するという法的構成を」とっていない以上、「正当原因」を要求されない、と考えられる。そうであれば、この第一のタイプにおける「買主」は、プープリキアーナの訴えの要件である用益権設定の「正当原因」を満たさないので、プープリキアーナの訴えで保護されないように思われる。

(87) *Rainer* (2013) 註(71) 279–280 および 286–288 は、註(41)で取り扱った D.8.5.10 pr. を初めとするウルピアヌス法文が、ウルピアヌスがスクリーポーニウス法による役権のウースーカピオ禁止を克服することに成功したことの証左である

として、ウルピアヌスを高く評価する。D&I0 DEでは、ウルピアヌスは、長期間の使用と準占有とによって引水管の権利を取得した者は、その正当原因について証明する必要はなく、ただその行使に瑕疵がなかったことを証明すれば、準訴権を有する、と述べている。Rainerによれば、この「準訴権」とは地役権の認諾訴権のそれである。Rainerは、この準訴権と地役権のためのプーブリキアーナの訴えとの関係については沈黙しているが、それは、スクリーポーニウス法による役権のウースカピオ禁止がプーブリキアーナの訴えの付与を妨げたからである、と考えている可能性はある。もつとも、Rainerは【史料⑥】についても沈黙している。

この点について、Capogrossi (1999) 註(10) 153-181、特に173-178を【史料⑥】に引用し、Grosso (註52) 210がその関係について言及し、「役権の行使が、これを容認すること、開始された場合、ここにE Bonisのそれと類似した法務官の保護が与えられた可能性がある、たとえそれが直接 actio Publiciana ではなくたとしても、というのは、これはウースカピオを擬制しており、それは役権と利益権については不可能であったからである」と述べたことを伝えている。そして、Grossoとは異なり、ウースカピオできない ager vectigalis についてプーブリキアーナの訴えを認める、パウルスによる D6.2.12.2 を引き合いに出して、ウルピアヌスの時代には、役権あるいは利益権にプーブリキアーナの訴えを認めるという、それ自体が市民法の観点からはあり得ない、これらの権利のウースカピオが生じた、という擬制を通じて、権利の単なる事実上の享受を認めることで、単なる「占有者」はただちに保護されるに至った、と述べる。「これはまさに、市民法上の制度のために開発されたスキームの純粋さに違反することなく、ローマの法学者がとることができた最後のステップであった」。もつとも Capogrossi も、この準訴権と地役権のためのプーブリキアーナの訴えとの適用範囲については述べていない。私見では、両者の適用範囲は完全には重ならない。この準訴権は「長期間の使用」を要件としているが、これは註(41)でも述べたように、「記憶を超える時代 unvordenklicher Zeit」から行使されてきたと言えるほどの期間の経過を必要とするので、そこまでの期間が経過していない場合には、この準訴権は付与されないと考えられる。これに対して、地役権のためのプーブリキアーナの訴えは、期間要件がないので、正当原因と役権の行使に瑕疵がないことさえ証明できれば付与される。(88) すなわち、プーブリキアーナの訴えについても、一方で UTI POSSIDETIS 特示命令と同様の機能を果たす特示命令が、当事者のいずれに原告または被告の役割を割り振るかを定めるために用いられ、他方で、応訴義務のない被告が応訴しないことで問題解決が滞ることを防ぐため、QUEM FUNDUM 特示命令と同様の機能を果たす特示命令が、被告の地役権の行

役権および利益権のウースカピオおよびプーブリキアーナの訴え(宮坂)

使あるいは使用収益が禁じられ、それが原告に認められた、と考えられる。また、前述註(81)のとおり、暴力の応酬を禁じると言う点で占有特示命令には「欠陥」があり、プーブリキアーナの訴えが必要とされた。

それゆえ、Zuccotti註(36) 43-45およびH. 227は、役権は特示命令で保護されたこと等から、プーブリキアーナの訴えは不要であると考え、それゆえ【史料⑥】についてインテルポラテリオ説に立つが、支持できない。

(89) 森(二〇一七)註(8) 二〇七頁。

\* 献辞…津野先生(といつものように呼ばせていただく)に初めてお目にかかったのは、筆者が法制史学会東京部会で初めて報告させていただいた時であった。その際、「今度、中大での研究会にお出でなさい」とのお声をかけてくださり、お言葉に甘えて研究会に出入りすることをお許しいただいた。以来一六年、いつもは温かく、時には厳しく、筆者の研究に助言を下さり、ヨーロッパでの国際学会にも(妻ともども)連れて行ってくださった。先生の編著の一部の執筆を任せていただく光栄にも預かった。その準備のため、湯河原の大学寮での合宿に出かけたことも良い思い出である。受けた字恩には遠く及ばないが、まずは本稿をもって御礼を申し上げたい。先生の古稀を謹んでお祝いいたしますとともに、今後ますますのご健勝とご活躍とを心から祈念いたします。

(筑波大学人文社会系准教授)