

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 (2・完)

清 水 悠

第2章 bona fides の意義

第1節 bona fides = 善意？

- 1 Hausmaninger の先行研究
- 2 「bona fides = 善意」説の限界

第2節 bona fides の具体的内容

- 1 モラル的側面
- 2 善意との関係
- 3 ボナ・フィデース要件具備の時期
- 4 手中物の引渡し
- 5 正当原因との関係—ボナ・フィデースとしての代金支払—

第3章 総括—補足として相対的構成—

※なお、文献の略語、記号については、前号である「古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデース (bona fides) の意義 (1)」に掲げた例による。

第2章 bona fides の意義

第1節 bona fides = 善意？

1 Hausmaninger の先行研究

Hausmaninger は、ボナ・フィデースの内容を検討するにあたって、ま

ず、ガイウス『法学提要』の記述内容を出発点とする。Hausmaninger がガイウスの記述を重視する理由は、『法学提要』の目的と構想にある。ガイウスは、前章で述べたように、法学教師であったとされている。従って、その記述内容において表現されるボナ・フィデースの概念は「初歩的」なものであり、「簡素化」されたものであると推測できるという。確かに、ガイウスの記述内容には法学上の判断実務の多様性が表されていないかもしれない。しかしながら、ガイウスによって記述された内容には、ボナ・フィデースの「核心的な意味」や、少なくとも、「主要事例の報告」が含まれているかもしれない。まずもってこの点こそ、まさに Hausmaninger がガイウス『法学提要』の記述内容を出発点とする理由である。⁽¹⁾

以下の記述はガイウス『法学提要』の一節であり、Hausmaninger が第一にとりあげる史料である。ただし、Hausmaninger はその一部しか引用していない。本稿では、全体を載せた方がより適切であると考え、全体を引用する。

Gai. 2, 43 : Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint eae res siue nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.

ガイウス『法学提要』2, 43 : 「さらに、それらの物が手中物であれ非手中物であれ、所有者ではない者から我々に引き渡された物の使用取得も、我々には資格がある。我々がそれらの〔物〕を、引き渡した者が所有者であると信じたゆえに、ボナ・フィデースで受領しさえすれば、である。」

ガイウスによれば、目的物が手中物でも非手中物でも使用取得できる。また、無権利者から引き渡された物も使用取得可能である。これらは本稿で既に述べた見解と一致するものである。そして、ボナ・フィデースの内容を

検討するうえでは、次が重要である。ガーイウスは、引き渡した者が所有者であると信じたため、ボナ・フィデースで受領した場合に限って使用取得可能であると解していると読める。

Hausmaninger は、このガーイウス『法学提要』の記述を受けて、「ローマの法学生のごとく」、「ボナ・フィデースで受領する」という内容を「引き渡した者が所有者であると信じる」と同視して、ガーイウスの定義としてこれを議論の出発点と考えている。つまり、まずもって、ボナ・フィデースを「譲渡人の所有権に関する信頼 (Glaube)」⁽⁴⁾ であると考えて論考をスタートするのである。

ガーイウスの記述からボナ・フィデースの内容を考えれば、確かに、Hausmaninger が指摘する通り、譲渡人の所有権に関する信頼と解することができる。ただ、ガーイウスは、「ボナ・フィデースとはこういうものである」⁽⁵⁾ と定義しているわけではない。単に、「引き渡した者が所有者である」と信頼した場合はボナ・フィデースであると解しているだけに過ぎないようにも読める。Hausmaninger がいうように、ボナ・フィデースと「譲渡人の所有権に関する信頼」が完全に等号で結ばれる関係であるかは、ここでは措いておくとして、譲渡人の所有権に関する信頼をボナ・フィデースの大きなメルクマールとしてとらえることは可能であろう。

さらに、Hausmaninger は、上記のガーイウスの記述のようなボナ・フィデースの一般的内容を示す手がかりとして次の法文を挙げる。

D. 50, 16, 109 (Modestinus libro quinto pandectarum) : "Bonae fidei emptor" esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

学説彙纂50巻16章109法文 (モデスティーヌス、法学総覧5巻) : 『ボナ・フィデースの買主』とみなされるのは、その物が他人の物であると知らなかった者、または売った者が売る権利を持っている、例えば委託事務管理人も

しくは後見人であると考えた者である。」

モデスティーヌスが述べるには、「ボナ・フィデースの買主」とみなされるのは、当該目的物が他人物であることを知らなかった者、または売主が処分権限を持っていると考えた者である。例としては、相手方を委託事務管理人や後見人であると考えた者であるという。

Hausmaninger は、他人物であると「知らなかった者」、すなわち不知として表現されていることを重視する。つまり、「積極的な確信」と「単なる不知」は言語上だけでなく概念上も異なる。また、Hausmaninger は、この法文の形式面にも着目する。「他人物とは知らなかった者」と「処分権限があると考えた者」というように、消極的なバージョンと肯定的なバージョンを等しく配置することで、モデスティーヌスにとっては両者に違いがないという印象をいだかせるという。

Hausmaninger は、モデスティーヌスがボナ・フィデースについて「信頼」を緩和した「善意」ととらえているのか、単なる「錯誤」ととらえているのか、ここでは判断できないとする。しかし、Hausmaninger が指摘するように、少なくとも最初に挙げたガイウス文においては、ボナ・フィデースは「譲渡人が所有者であるという信頼」と解されたものが、所有者ではないことについての「善意」という範囲まで拡張できるように思う。⁽⁶⁾

Hausmaninger は、そもそも、「信頼」という狭い概念が拡張されたのは「経済活動の現実」を考えれば容易に思いつくことで、本人以外の者が取引に参加する場合についても、同じ発想から導かれると考えている。つまり、Hausmaninger によれば、所有者である本人は取引に登場せずに、実際には所有者に委任された者（例えば委託事務管理人）や所有者の代理人が取引に参加することはままあることである。従って、取得者（買主）は、譲渡人を所有者とみなした場合のように、所有者の「延長された手」、すなわち処分権限がある者であると信頼した場合にも同じルールが適用されるのであ

(7)
る。

Hausmaninger はこうした考えをさらに進める。以下の法文は、受任者に関わるものとして Hausmaninger が引用している法文であり、また、ユスティニアヌス帝の法典編纂委員によって、使用取得のなかでも pro emptore (買主として) の標題をつけられた41巻4章の法文でもある。

D. 41, 4, 14 (Scaevola libro 25 digestorum) : Intestatae sororis hereditas obvenit duobus fratribus, quorum alter absens erat, alter praesens: praesens etiam absentis causam agebat, ex qua hereditate suo et fratris sui nomine fundum in solidum vendidit Lucio Titio bona fide ementi: quaesitum est, cum scierit partem fundi absentis esse, an totum fundum longa possessione ceperit. Respondit, si credidisset mandatu fratris venisse, per longum tempus cepisse.⁽⁸⁾

学説彙纂41巻4章14法文 (スカエウォラ、法学大全25巻) : 「遺言をしていない姉 (妹) の相続財産が二人の兄弟に割り当てられた。二人のうち一方は不在で、他方は現在していた。さらに現在する者が不在者のことの管理を行い、その相続財産のうち土地全体について、自身と自身の兄弟の名義によって、ボナ・フィデースにより買う者であるルキウス・ティティウスに売った。土地の一部は不在者のものであることを知っていたときに、土地全体を長期の占有によって取得するかどうかが問われた。兄弟の委任によって売られたと信じていたならば、長期間を通じて取得しただろう、と〔スカエウォラは〕解答した。」

スカエウォラは、使用取得が成立するかどうかを論じるにあたり、事例を設定する。姉 (あるいは妹) の無遺言相続財産を共同相続した二人の兄弟の事例である。そして、残っている兄弟の一方が不在の他方の事務を管理しており、土地自体は両方の名義で相続財産となっているが、ボナ・フィデース

の買主であるティティウスという人物に土地を売却したという事例が設定されている。仮に、ティティウスが土地の一部が不在者である兄弟の他方に帰属していることを知っていたとすれば、使用取得が認められるか否かが問題となった。スカエウォラは、当該土地について、不在の兄弟により残っている他方に対して売却が委任されていたと信じていたならば、ティティウスは使用取得できると解答している。

文脈上、ティティウスはボナ・フィデースであると認められたから、使用取得可能となったのだろう。しかし、ティティウスは、当該土地の一部が売主のものではないことを知っている。ティティウスがボナ・フィデースと判断されるのは、ボナ・フィデースの本質が取得者（買主）ティティウスの内心的な想定にあるからであり、その想定は、売主に所有者の委任に基づいた処分権限があると信じたことということになりそうである。結局ここまで挙げた法文史料をはじめとする検討を受けて、Hausmaninger は、暫定的にボナ・フィデースを「譲渡人が所有者である、あるいは譲渡人に処分権限があるという取得者の信頼」と位置づける。そして、この暫定的な成果をさらに検証するため、譲渡人の行為能力に関わる事例の検討を開始する。⁽⁹⁾

ボナ・フィデースを善意ととらえる見解は、基本的に、「取得者が譲渡人は所有者ではないと知っていた場合」に加えて、「譲渡人の行為能力などが欠けていることを知っていた場合」にもボナ・フィデースが認められないと考⁽¹⁰⁾えている。従って、こうした欠缺について認識していなかった場合、ないし、譲渡人が所有者である（あるいは処分権限がある）と信じていた場合にボナ・フィデース要件を満たしていると考える。このことから、行為能力の欠缺に関しては、未成熟者 (pupillus)、精神錯乱者 (furiosus) あるいは浪費者 (prodigus) などから、後見人 (tutor) や保佐人 (curator) の助成なしに目的物を取得する者は、この欠缺について認識していなかった、ないし、譲渡人に行為能力があると信じていた場合にボナ・フィデース要件を充⁽¹¹⁾足していると考えられることになる。

実際、Hausmaninger は、使用取得占有者の bona fides について検討した論文の中でこうした譲渡人の行為能力の問題について順次扱っているが、⁽¹²⁾ 本稿では特に、浪費者 (prodigus)⁽¹³⁾ の問題を取りあげてみたい。

Hausmaninger は、譲渡人が浪費者の場合のボナ・フィデースを論じるにあたって、最初に以下の法文を引用する。

D. 18, 1, 26 (Pomponius libro 17 ad Sabinum) : Si sciens emam ab eo cui bonis interdictum sit vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero: dissimiliter atque si a debitore sciens creditorem fraudari emero.

学説彙纂18巻1章26法文 (ポンポーニウス、サビーヌス註解17巻) : 「その者に財産 [の処分が] 禁じられたこと、あるいはその者に相続について考慮のための期間が与えられ [相続財産を] 減少させる権限が無いことを私が知りつつその者から買う場合、私は所有者とならないだろう。そして私が、債権者が詐害されることを知りつつ債務者から買うならば、それとは異なる [結論になる]。」

ポンポーニウスが最初に挙げる例は、“cui bonis interdictum sit” という言い回しから、プラエトルが浪費者に対して、その財産の処分権限を奪う場合のことを示していると考えられる。⁽¹⁴⁾ プラエトルは浪費者の財産管理権を奪うことができたことから、最初の事例は、譲渡人について財産の処分禁止があることを知りつつ浪費者から買う場合であろう。また、二番目の例は、⁽¹⁵⁾ プラエトルが相続人に対して相続の承認前に考慮期間を与え、同時にこの期間内の相続財産の減少を禁じた場合であり、そのような相続人から知りつつ買う例であると考えられる。他方で、最後の例は、買主が当該売買によって売主の債権者が害されることを知りつつ買って、買主は所有権を取得できる⁽¹⁶⁾ ということであろう。

本稿で特に注目するのは消費者に対する扱いである。しかしながら、上記の法文は、所有権の取得一般について述べたものであると考えられる。なぜなら、使用取得に関する文言は一切登場しない。従って、使用取得占有者のボナ・フィデースについて述べた法文とは解されない。ただし、一般に、財産の処分禁止を受けた消費者から、その事実を知って目的物を買った場合、所有権は取得できないということは確認できよう。

Hausmaninger は、さらに、以下の法文を引用する。

D. 27, 10, 10 pr. (Ulpianus libro 16 ad edictum) : Iulianus scribit eos, quibus per praetorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta.

学説彙纂27巻10章10法文首項(ウルピアーヌス、告示註解16巻):「ユーリアーンヌスが記述するには、プラエトルによって財産〔の処分が〕禁止された者たちは、何も誰かに譲渡できない。なぜなら、彼らには〔財産の〕減少が禁じられたので、財産において持たないからである。」

この法文では、ウルピアーヌスがユーリアーンヌスの見解を紹介している。ユーリアーンヌスの見解は、(消費者に対して)財産の管理・処分が禁止された場合には、何らの財産の譲渡もできないというものだ。財産の管理・処分が禁止されたために、財産上持っていないのと同じだからである。

この法文から、プラエトルによって消費者の財産の処分が禁止された場合、消費者は権利の譲渡に関して行為無能力となることが読み取れる。もっとも、Hausmaninger は、この法文の断言的な文言について、買主の所有権取得の可能性を全て排除する趣旨ではないだろうと予想する。そして、買主は、無権利者から買った場合と同様に、一定の要件のもとで使用取得できただろうと推測する。⁽¹⁷⁾

そして、この推測を裏付けるため、またさらに次の法文を引用している。

D. 41, 3, 12 (Paulus libro 21 ad edictum) : Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.

学説彙纂41章3巻12法文 (パウルス、告示註解21巻) : 「プラエトルが譲渡を禁止した者からあなたが買い、そしてそのことをあなたが知っている場合、あなたは使用取得できない。」

パウルスは、プラエトルによって財産の譲渡を禁止された者から買う場合で、その事実について知っている場合には使用取得ができないと述べている。

Hausmaninger が指摘するように、パウルスの見解は、特に浪費者に限ったことではなく、プラエトルによって譲渡が禁止された者一般について述べている。そして、その見解からは、使用取得の成否を取得者の主観的な認識に関連させようという趣旨が読み取れる。加えて、譲渡禁止は、ただちに買主の使用取得をも不可能にするものでもないことが読み取れよう。⁽¹⁸⁾

2 「bona fides = 善意」説の限界

ここまでの法文を検討するかぎりでは、ボナ・フィデースを、譲渡人が所有者ではないことについて、また、譲渡人に処分権限がないことについての善意とする見解とは矛盾しない。ところが、あらかじめ述べておくと、次の法文の解釈をめぐる筆者の解釈と Hausmaninger の解釈との間には隔たりがあることが判明する。次の法文は、筆者の考えでは、bona fides = 「善意」とする見解の危うさが露呈する契機となるような法文でもある。加えて、次の法文は、ユスティニアヌス帝の法典編纂委員によって、使用取得のなかでも特に pro emptore (買主として) の標題をつけて配置されている法文であることから、本稿のテーマとの関わりで特に重要な意義を持つ法文である。

D. 41, 4, 8 (Iulianus libro secundo ex Minicio) : Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit?⁽¹⁹⁾
Nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto daturus pecuniam servos emit, non usucapit.⁽²⁰⁾

学説彙纂41巻4章8法文(ユーリアーヌス、ミキニウス抄録2巻):「ある者が、売主はただちに金銭を消費するであろうと知っていたのに、奴隷をその売主から買った場合には、それでもやはり多くの学者は、彼がボナ・フィデースによる買主であると解答する。そしてそれはより正しい。なぜなら、所有者から買った者がどのようにしてマラ・フィデースによる買主とみなされることであろうか〔いや、ない〕。放蕩者でただちに金銭を娼婦に与えるであろう者から奴隷を買った者が使用取得しない、というのなら別であるが。」

ユーリアーヌスによれば、売主は代金をすぐに消費してしまうことを買主が知りながら、奴隷を買った場合、多くの学者はそのような買主もボナ・フィデースの買主であると考えている。また、ユーリアーヌス自身もその見解に賛同する。その理由は、反語的な表現を用いて説明されている。すなわち、所有者から買った者がマラ・フィデースの買主とみなされることはないという理由である。ここでいうマラ・フィデース(mala fides)とは、ボナ・フィデース(bona fides)の反対概念である。最後に、ユーリアーヌスは、放蕩者(luxuriosus)でただちに金銭を娼婦に与えるような者から奴隷を買った者が使用取得しないというのであれば、話は別であると述べている。

この法文について、Hausmaningerは、浪費者の行為能力に関する項目ではなく、論文の構成としては4章の「ボナ・フィデースの内容と機能」の項目で扱っているが、なんとも奇妙な読み方をする。

まず、Hausmaningerは、この事例の状況を説明するために、二つの選

択肢を用意する。つまり、この事例で実際に起こっている状況として、二つの可能性があるというのである。一つ目の可能性として、代金をすぐに消費してしまうと買主が知っている売主について、誤って浪費者 (prodigus) とみなした、という状況である。二つ目の可能性として、譲渡人が実際に浪費者であり、買主が譲渡人を浪費者と認識していたか、認識すべき状況であったという場合である。なお、二つ目の択肢を提示する際に、Hausmaninger は、「売主は…認識していた」と記述しているが、「買主は」⁽²¹⁾の誤植であろう。さらに、Hausmaninger は、このうち二番目の択肢を排除する。その理由は、前掲 D. 27, 10, 10 pr. の解釈によって、浪費者の処分権限は剥奪されるため、それとの整合性から、浪費者をたやすく所有者とは呼び得なかつたであろうというものである。結局、一番目の択肢を採用し、買主が売主を浪費者と思い込んだだけで、現実には売主に処分権限があった場合であると解している。Hausmaninger の解釈は、この法文においても、ユーリアーナスにとってボナ・フィデースが譲渡人の所有権・処分権限・行為能力に関する信頼であったという点は維持されるというものである。⁽²²⁾

筆者は、この解釈には無理があると考えている。なぜなら、この法文では「ある者が、売主はただちに金銭を消費するであろうと知っていたのに」と記述されていることから、誤って浪費者であると認識していたという読み方は不可能であり、実際は、売主がその後⁽²³⁾に売買代金を費消することについて買主は正確に認識しているからである。従って、Hausmaninger の読み方は、法文上は実際には提示されていない条件を勝手に想定して、そのような解釈に従って読んでいるものと言えよう。

Hausmaninger は、この D. 41, 4, 8 法文を含め、数々の法文を検討した上で、次のような結論を導いている。古典期の使用取得の体系においては、ボナ・フィデースはいくつかの使用取得要件の一つとしての役割を果たした。それは、一定の典型的な取得行為の欠陥、すなわち所有権の欠如あるい

は引き渡した者の譲渡権限の欠如、譲渡人の行為無能力、時として有効な取得行為の瑕疵を補うための機能を持っていた。その概念内容は、古典期の法学者においても、そうした欠缺についての「不知」の中に存在する。例えば、積極的に理解すれば、所有権取得にふさわしい要件の存在に関する信頼において存在する。ボナ・フィデースは古典期法学者によって錯誤とみなされ、一般的な錯誤の原則の下に置かれた。他方で、こうも述べている。「古典期の使用取得のボナ・フィデースと、債務法のボナ・フィデースに含意された倫理的な行動基準との直接の関連は明白ではない。」⁽²⁴⁾

思うに、Hausmaninger がこのような無理な解釈を採用しているのは、ボナ・フィデースが法学上の「善意」に類似した概念であるという見解に拘泥するあまり、史料上に現れた法文の文言を曲解せざるを得なくなっているということに起因するようと思われる。また、そうした見解を前提として、D. 27, 10, 10 pr. の解釈との整合性を保とうとするあまり、不自然な読み方をせざるを得なくなっているとも言えよう。

当然、こうした不自然な Hausmaninger の解釈には批判があり、Harke もその一人である。Harke は筆者と同様、Hausmaninger の不自然な読み方を批判する。⁽²⁵⁾ また、ユーリアーヌスが、「金銭をただちに費消するような売主から、それを知って買った買主はボナ・フィデースの買主か？」という問題について、「ボナ・フィデースの買主である」と考えていると読む点も筆者と同じである。しかし、Harke は、この法文について触れた箇所では、「ユーリアーヌスのいうボナ・フィデースは主観的な善意ではなく客観的な行為道徳である」という見解を示しており、他方で、この法文自体の詳細な解釈を提示していない。また、ユーリアーヌスの判断について、買主が売主の財産に配慮しなければならないという見解を排除していると読んで⁽²⁶⁾いる。こうした点から、この法文独自の解釈としては不十分であり、筆者の見解とも異なる点がある。

以下、この法文の解釈についての私見を述べる。まず、売主に関してであ

るが、財産の処分権限を剥奪された者と考えるのは前提を欠く。この法文では「ただちに金銭を消費する」者であるとは述べられているが、プラエトルによって財産処分権を奪われた者とは一言も書かれていない。⁽²⁷⁾ これまで見てきた浪費者に関する法文は、いずれも処分権限を剥奪された者であったのに対して、この法文の売主は単なる浪費癖を持つ者、いわば、金遣いの荒い者であろう。つまり、浪費癖があるだけでプラエトルによる権限剥奪は受けていないのだから、処分権限は認められ、単にそのような売主の性向を買主が知っていたとしても、所有者から買ったという点には変わりがない。だから、ユーリアーヌスも他の法学者もボナ・フィデースであると考えている。

ただし、ユーリアーヌスは、売主が「放蕩者でただちに金銭を娼婦に与えるであろう者」から買った場合には使用取得しないというなら話が別であると表現しており、含みを持たせている。ここで表現されているのはこういうことだろう。つまり、放蕩者であり代金をすぐに娼婦に与えてしまうような者から、それを知って買った場合には使用取得できないというのであれば、それはその通りだろう、という意味である。「別である」という言葉の中には、話の流れから、「それを知っていれば別である」という内容が含まれていると考える。⁽²⁸⁾ 従って、これは、単に売主の浪費癖を知っていた場合にはボナ・フィデースであるが、代金をただちに娼婦に渡すような、良俗に反する使途まで知っていたらボナ・フィデースではなくなり、使用取得できない場合があるという意味であると解する。

この法文で、ユーリアーヌスが「別である」とする例においては、放蕩者 (luxuriosus) という表現が使われている。これもまた、浪費者 (prodigus) という表現を用いていないという点で、財産の処分権限が剥奪された者ではないと言えよう。放蕩者であることはプラエトルが処分権限を剥奪する事由にはなるが、浪費者とイコールではない。よって、「別である」という例においてもまた、売主には財産の処分権限がある。しかし、買主が、そのような放蕩者の売主が後に代金を娼婦に渡すという、良俗に悖る

ような使途まで知っていたとすれば、ボナ・フィデースではなくなる余地が示唆されている。

この段階で、使用取得要件のボナ・フィデースが処分権限の欠缺に関する善意であるという見解は維持できない。このユーリアーヌス法文からは、買主がボナ・フィデースと認められるためには、単に売主の処分権限が無いということに関する善意が要求されるというのではなく、倫理的・道徳的な要請を満たす必要があるという基準が読み取れる⁽³⁰⁾。

従って、Harke が、ボナ・フィデースが「善意」ではないと指摘する点は本稿の立場と一致しているが、筆者は買主の主観面も関係があると考えており、「物の取得に関連した客観的な行為道徳」ではないと考えるため、筆者は Harke とも見解を異にする⁽³¹⁾。

また、Söllner も、この法文の解釈に関して筆者の立場と異なる。それは、「別である」場合の解釈、つまり、売買代金を即座に娼婦に消費するような放蕩者の売主から買った奴隷の買主が、奴隷を使用取得するかどうかという問題についてである。Söllner は、売買契約はボナ・フィデースの全ての要求に適合しているかもしれないが、それでも買主が一定の事情の下で売買目的物についての所有権を使用取得によって獲得できない場合と考えている。Söllner のいう一定の場合とは、主に、ボナ・フィデースで占有を始めても法律上の使用取得禁止に抵触する場合である⁽³²⁾。これに対して、筆者は、「別である」事例についても端的にボナ・フィデースが認められない場合であると考えるので、本稿の立場とは異なる。

さらに言うならば、Harke と Söllner はいずれも、ユーリアーヌスが、ボナ・フィデースの認定にあたって、売主による売買代金の使途に買主が配慮する必要がないという趣旨を述べていると解しているが⁽³³⁾、筆者は、「別である」場合に関するユーリアーヌスの記述に鑑みて、売買代金の使途に関する買主の配慮が考慮される余地を残していると考える。

仮に、ボナ・フィデースが法学的な「善意」を意味せず、買主に倫理性や

道徳性、誠実性を要求するような要件だったとしても、何も驚くべきことではない。bona fides は、信義や誠実を意味する fides という名詞に bonus (良い、有効な、強い、善良な…etc.) という形容詞⁽³⁴⁾がついたものである。すなわち、無理に直訳すれば「良い信義」あるいは「良い誠実性」というような意味になる。そういった意味では、語源的に見て、また、史料上からも、ローマにおけるボナ・フィデース (bona fides) は法学上の善意を意味し⁽³⁵⁾なかったという Söllner の指摘は正しいものとする。

ただ、ボナ・フィデースが「善意」とは一致しないとみられる例は、この法文において他に無い可能性もある。さらに、実際に買主に倫理的・道徳的な要請を満たすことを買主に求めるものであったのかどうかについては、さらに史料に基づいた立証が必要となろう。また、具体的事例との関係でどのような意義を持っていたのかという検討も必要となる。これらを検討するために、さらに法文史料を検討する。

第2節 bona fides の具体的内容

1 モラル的側面

使用取得要件と考えられているボナ・フィデースが、単なる「錯誤」や法学的な「善意」ととどまらないという「証拠」は、以下の法文によっても見出される。次の法文もまた、ユスティーニアヌス帝の法典編纂委員によって、「買主としての使用取得」の項目に配置されているため、筆者の注目する「買主としての使用取得」の機能との関連では極めて重要な法文である。

D. 41, 4, 7, 6 (Iulianus libro 44 digestorum) : Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat: nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. quod si

emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrumpit, quo vilius mercaretur, non intellegitur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet: et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.

学説彙纂41章4巻7法文6(ユーリアーヌス、法学大全44巻):「あなたの委託事務管理人が、金貨100枚で売ることができた土地を、ただあなたに損害を与えるためだけに、金貨30枚で売却し、買主が知らなければ、買主が長期によって取得することは疑われ得ないのが当然である。なぜなら、ある者が他人の土地を、知りながら不知の者に売ったときにも、長期の占有は妨げられないからである。しかし、買主が委託事務管理人と共謀しその〔委託事務管理人〕を報酬によって墮落させ、それによってより安価に買われていたならば、ボナ・フィデースの買主とは解されず、長期によって取得しないだろう。そして〔返還を〕請求する所有者に対して、〔買主が〕その意思によって売られた物の抗弁を用い始めた場合には、悪意の再抗弁が有用となるだろう。」

ユーリアーヌスは、委託事務管理人の事例を設定する。所有者の委託事務管理人が、所有者に損害を与える意図で、金貨100枚で売れたはずの土地を30枚で売却した。もし、その事実を買主が知らなければ、当然買主は使用取得できる。他人物を売った場合でも、売主が無権利者であると知らなければ使用取得の障害とはならないからである。しかし、買主が所有者の委託事務管理人と共謀して委託事務管理人を買収し安価に買い受けたとすれば、ボナ・フィデースの買主とは認められず、使用取得できない。その際、仮に所有者が買主に対して返還請求し、これに対して買主が売却され引き渡された物の抗弁(exceptio rei venditae et traditae)⁽³⁸⁾を模倣した抗弁で防御しようとしても、所有者は悪意の再抗弁(replicatio doli)で対抗できる。

実は、この法文を根拠として、1872年のC. G. Brunsの論文以来、ボナ・

フィデースが契約の相手方の所有権や譲渡権限に関する錯誤の意味で「善意」を意味したという立場に対して、異を唱える見解が主張されてきた。特に Bruns は、ボナ・フィデースが倫理的概念であり、善意のような心理的概念ではないと考え、ボナ・フィデースが「法律上の取引における信義、誠実、正直さ、良心的であること」を指すと認識していたと言われている⁽³⁹⁾。

それでは、見たところ、買主に倫理的な要求をしているとも思われるこの法文について、「不知」・「錯誤」といった概念でボナ・フィデースをとらえようとする Hausmaninger は、どのように理解しているのだろうか。

Hausmaninger は、先に挙げた D. 41, 4, 8 法文の解釈に比べると、さほど無理なく、かつ巧妙な読み方によってこの法文を解釈する。Hausmaninger は、この委託事務管理人が特定の金額で売るという特別な委任を受けていなかったとしながらも、依頼者の利益を代表する義務を負っているという。委託事務管理人には、確かに形式的には事務管理の枠内で譲渡を行うという権限があるが、所有者の利益に反して故意に行った行為は、古典期の法学者にとって、明らかに処分権限を越えているというのである。従って、委託事務管理人がその依頼者に対して処分権限外の悪事を働くことを知っている買主は、Hausmaninger の考えるマラ・フィデースに該当すると考えている。結局、この事例の買主は、譲渡人が譲渡権限を持たないことを知っているため、ボナ・フィデースではないということになる。⁽⁴⁰⁾

まず、そもそもこの事例は、委託事務管理人が一定の金額で土地を売却するように依頼された事例ではないというのは確かだろうか。そのヒントとなるのが次の法文である。

D. 21, 3, 1, 3 (Ulpianus libro 76 ad edictum) : Celsus ait: si quis rem
⁽⁴¹⁾ meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam
⁽⁴²⁾ eam, non obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.

学説彙纂21巻3章1法文3 (ウルピアーヌス、告示註解76巻): 「ケルス

スは述べている。ある者が私の物を、私が彼に委任した額よりも少ない額で売った場合、〔私の物は〕譲渡されたとはみなされない。そして、私がその〔物の返還を〕請求するならば、この抗弁は私〔の請求〕を妨げないだろう。そして、それは正しい。」

ウルピアーンヌスがケルススの見解を紹介している。ケルススは所有者が依頼した額よりも少ない額で受任者が売った場合、譲渡したと認められないと考えている。「この抗弁」については、21巻3章の標題が“De exceptione rei venditae et traditae (売却され引き渡された物の抗弁について)”であることから、それを指していると理解できる。そして、ケルススは、所有者が目的物の返還請求をした場合にも、買主のその抗弁は所有者の請求に対する防御にならないとする。この見解にウルピアーンヌスも賛同している。

この D. 21, 3, 1, 3 法文の事例と比べてみると、前掲 D. 41, 4, 7, 6 法文の事例では買主に抗弁が認められており、所有者による再抗弁での方策が論じられている。従って、Hausmaninger が指摘する通り、この事例の委託事務管理人は、特定の金額で売るという特別な委任を受けていなかったと考えられる。

しかし、Hausmaninger が主張するような、所有者の利益に反することを知っていた買主は委託事務管理人が処分権限を持たないことにつき悪意であるから、ボナ・フィデースが認められないと構成する見解は、技巧的に過ぎるように思う。D. 21, 3, 1, 3 法文で示されているように、所有者から具体的金額をともなった依頼を受けていれば、権限外の行為として処分権限が否定される可能性があるかもしれない。しかし、この法文の事例においては、委託事務管理人と買主が共謀したからとあって、委託事務管理人の処分権限自体が否定されることはない⁽⁴³⁾と考える。

また、ユーリアーンヌスの事例設定と記述に着目しなければならない。ユーリアーンヌスは、序盤で、委託事務管理人が所有者に損害を与えるために安価

で売った事例を設定している。そして、委託事務管理人の所有者に対する加害の意図を買主が知らなければ使用取得できると考えているようである。仮に、Hausmaninger のいうように、ボナ・フィデースを処分権限の欠缺についての善意と解し、委託事務管理人の背信的行為が処分権限の欠缺につながるというのであれば、その後の事例のユーリアーヌスの記述は過剰である。

つまり、Hausmaninger の考えに則れば、ユーリアーヌスの後半の事例設定は、「委託事務管理人の意図について知っていた場合」で足りるだろう。ところが、その記述内容は、買主が委託事務管理人と共謀し、買主が委託事務管理人を買収し（事実上価格の軽減分の利益を委託事務管理人と買主が分け合ったに等しい）、報酬によって委託事務管理人を墮落させ、安価に土地を取得したという事例である。ボナ・フィデースが、単に処分権限の欠缺に関する善意というのであれば、ここまで買主の悪性を強調する必要があるだろうか。

筆者は、この買主の「悪性」の記述にこそ、ユーリアーヌスの記述の意義があると考え。買主は、この事例のように倫理的に許されない内心的意図を持って取引に臨んだからこそボナ・フィデースが否定され、使用取得が認められないのである。すなわち、ボナ・フィデースは単なる法学的な「善意」にとどまらず、多分にモラル的・道徳的な要請を含んだ概念であると考えられる。その意味で、筆者の見解は、ボナ・フィデースは単なる善意というのではなく、「信義誠実 (Treu und Glauben)」のような倫理的規範であったとする、Söllner の見解に親和的である。⁽⁴⁵⁾

なお、Harke は、このユーリアーヌス法文に行爲道徳的側面を読み取る点は筆者と共通しているが、買主の主観的内容ではなく行為の客観的基準ととらえている点で筆者の立場と異なる。⁽⁴⁶⁾ また、Harke は、古典期ローマ法学において、使用取得要件としてのボナ・フィデースについて二つの考え方があったという考えを前提としており、一方では主観的な「善意」とする者たちと他方では客観的な行為道徳の基準とする者たちがおり、ユーリアーヌ

スは後者であると考え⁽⁴⁷⁾る点で、本稿とは見解を異にする。

本稿では、この段階で、ボナ・フィデースはあくまで主観的な内容を持つものであったが、単なる善意というわけではなく、モラル的・道徳的要請を反映した要件であったと考える。

2 善意との関係

本稿では、ここまでボナ・フィデースに関連する法文をいくつか扱ってきた⁽⁴⁸⁾。そこで明らかになったのは、ボナ・フィデースを「善意」として理解できる法文が多数あるが、それだけにとどまらない法文もあるということである。もちろん、善意という前提で理解可能な法文は本稿で挙げた法文だけではない。しかし、他方で、上述のように、善意として理解するには無理があり、買主にモラル的・道徳的な要求を課していると解される法文もある。

簡単に振り返ってみると、D. 41, 4, 8 法文では、売主がすぐに代金を費消すると知っていただけでは買主はボナ・フィデースであると認められるが、売主が放蕩者ですぐに代金を娼婦に渡してしまうような人物だと知っていたならば買主のボナ・フィデースが否定される可能性が高い。その際、売主には所有権も譲渡権限もあるため、それらの欠缺に関する善意が問題となる場合ではない。また、D. 41, 4, 7, 6 法文では、委託事務管理人の所有者に対する加害の意図を知らずに安く買った買主は当然ボナ・フィデースだが、買主が委託事務管理人を買収し共謀のうえ、安価に買った場合はボナ・フィデースではない。その際、やはり、委託事務管理人には処分権限があるため、その欠缺に関する善意につき問題となる場合ではない。すなわち、両方とも善意か悪意かが関係のない状態で、それ以外の理由によって使用取得の可能性から排除されている。

前者の場合、売主に浪費癖があるうえにすぐに娼婦に金銭を渡すような良俗に反する用途まで知っている点に着目している。また、後者の場合、委託事務管理人の加害意図を知っているどころか、共に共謀して所有者に損害を与えたうえに利益を折半しているので、そのような行為の悪性に着目してい

るのだろう。ただ、上述の通り、ボナ・フィデースが善意を表すという前提で読むことができる法文がいくつもある。この関係をどのように理解すればよいだろうか。

本稿では、これら全てのボナ・フィデースを買主の主観的な意図に関連させるので、考えられるのは、いずれも買主の内心的意図の悪性、反倫理性、反道徳性に着目し信義 (fides) に反するような行いを禁圧する意図に出たものだということである。つまり、信義誠実にかなう振る舞いを要求するものであって、これに反する一場面として、悪意の場合があり、取引相手の資産を気にせず良俗に反する行為を黙認する意図を有する場合があり、相手方に対する図利加害の意図を有する場合がある。従って、いずれもローマ法的な信義則に合致する取引行為の要請に反する行為の類型である。善意であることはボナ・フィデースの一場面ではあるが、そのものではないのである。⁽⁴⁹⁾

この、ボナ・フィデースの構造が持つ特徴について説明するには、古典期ローマからは話が逸れるが、我が国の民法の議論を例にとりて説明するとわかりやすいと考えるので、現行民法の議論を借用する。

現行日本民法の下では、仮に不動産が二重譲渡された場合、いずれの者が当該不動産の所有権を取得するかは民法177条によって決せられる。従って、先に所有権移転登記を受けた者が最終的に所有権を取得する。この際に、177条は第三者の主観的内容に言及していないため、先行する契約の存在について知っていた者も、「自由競争的」に先に登記を取得することで所有権を取得することが認められてきた。しかし、取引のモラルに配慮する必要性から、判例上、単純悪意者と背信的悪意者を区別し、後者が排除されるようになった。このようなルールは、自由競争の範囲とは言えないような、取引のモラルに著しく反する者を177条の適用対象外に置くという機能を持つ。⁽⁵⁰⁾

この177条における背信的悪意者排除の理論は、一般条項としての信義則が適用される場面であり、いわば、信義則が177条の領域へと具体化された

ものである。⁽⁵¹⁾そして、この信義則の適用により、悪意者のなかでも特に悪性の強い者を権利の取得可能性から排除するものと言える。しかし、信義則に照らして取引のモラルに著しく反する者を背信的悪意者として排除することは、逆にいえば、単純悪意者について排除せず、権利の取得可能性を認めることになる。つまり、単純悪意者を残し特に背信的な者を排除することによって、単純悪意者に177条適用の可能性を認める機能をも有していると考えられる。従って、この場合の信義則は、排除の範囲を限定する意義を有していると言えよう。

これに対して、古典期ローマの信義則、モラル的・道徳的な要請は、現行民法の背信的悪意者排除論における信義則とは真逆の機能を持つものである。上述の通り、ボナ・フィデースはローマの信義則やモラル・道徳の要請を反映した概念であり、その一類型が「善意」と考えられることから、一般的信義・モラル・道徳に関する要件を課すことは、善意を超えた高度な倫理的要求を買主に求めることにつながる。古典期ローマにおいては、「背信性」の一類型が悪意であり、ボナ・フィデース要件はむしろこの「背信性」のある取引行為を排除することに主眼があったと言える。あえて言えば、民法177条の第三者の範囲の議論が「背信的悪意者排除論」と呼ばれるのに対して、古典期ローマのボナ・フィデースの要求は「背信者排除論」とでもいうべきものだろう。

こうして見ると、使用取得要件としてのボナ・フィデースは、動的安全の観点から見れば、買主にとって所有権取得の可能性を著しく狭めるものである。177条の第三者の議論においても、悪意と背信的悪意の区別については、裁判官の裁量判断の困難性が指摘されている。⁽⁵²⁾177条の第三者の場合、少なくとも悪意という枠内で限定された判断であるが、古典期ローマのボナ・フィデース概念は、善意を超えて無限に広がりをもつ。加えて、信義則やモラル・道徳に適しているか否かという判断には、その性質上、判断者の主観が入り込み、恣意的な判断がなされやすい。確かに、それが買主に有利

に働く場面があったことは完全に否定できないが、買主に高度な倫理性を要求する以上、多くは買主にマイナスに働いただろう。

3 ボナ・フィデース要件具備の時期

このように、モラル的要素・契約上の信義誠実的な要素を含んだものがボナ・フィデース概念であったが、売買の際には、いつの時点で具備することが要求されたのであろうか。法文史料上、引渡しの時点で必要であったとするものがあるため、占有取得の時点で必要であった⁽⁵³⁾とも言えるが、見解の対立⁽⁵⁴⁾があったことが判明する。

次の法文は、買主としての使用取得の項目として標題がつけられている法文である。なお、この法文については、前章で全体を引用したので、ここでは論点に必要な箇所のみを引用する。

D. 41, 4, 2 pr. (Paulus libro 54 ad edictum) : Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucipiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.

学説彙纂41巻4章2法文首項 (パウルス、告示註解54巻) : 「…なぜなら、明らかに、〔売買〕以外の契約においては以下の場合には引渡しの時期で足りる。つまり、他人の物であることを知りつつ私が問答契約する場合、引き渡された時にそれがその人の物だと考えているならば、私は使用取得するだろう。しかし、売買においては、契約がなされたその時期が考慮される。それゆえに、ボナ・フィデースで買ったことも必要であり、占有がボナ・フィデースで取得されたことも必要である。」

パウルスによれば、売買以外の契約では、引渡しの時点でボナ・フィデースであれば足りる。しかし、売買においては、売買の時点と目的物の取得の

時点でボナ・フィデースであったことが必要である。ただし、以下のような法文も存在する。

D. 41, 3, 10 pr. (Ulpianus libro 16 ad edictum) : Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis.⁽⁵⁵⁾ Et optinuit Sabini et Cassii⁽⁵⁶⁾ sententia traditionis initium spectandum.

学説彙纂41章3巻10法文首項(ウルピアーヌス、告示註解16巻)：「他人の物がボナ・フィデースで買われた場合、使用取得が機能するために次のことが問われる。ボナ・フィデースであるために、我々は売買の開始を吟味するか、引渡し〔開始を吟味するか〕である。そして、引渡しの時期が考慮されるべきとするサビーヌスとカッシウスの見解が〔通説を〕占めた。」

前述のパウルスの見解に対して、ウルピアーヌスは、引渡しの時期にボナ・フィデースが必要であるという、サビーヌスとカッシウスの見解が通説となったと伝える。

こうしたことから、ボナ・フィデースが要求される時期については、古典期の法学者の間で必ずしも一致していたとは言えないだろう。ただ、パウルスは、売買の時点と占有の取得の時点のいずれにおいてもボナ・フィデースを要求する。この理由については定かではない。⁽⁵⁷⁾ 私見では、パウルスの方がより売買の信義誠実の側面にこだわった判断をしていると考える。つまり、売買があった時点でボナ・フィデースを要求するのであるから、ボナ・フィデースが、より売買自体に密接に関わる要件であることが意識される。従って、物的に目的物を受領した時点でボナ・フィデースの有無を判断するだけでなく、売買という原因契約の時点においてもボナ・フィデースの有無を判断することで、他の契約と比べて特に売買におけるボナ・フィデースの信義誠実の側面を重視する立場と言えよう。⁽⁵⁸⁾

ただ、いずれにせよ、両見解とも占有取得の時点でボナ・フィデースをチェックするので (パウルスも売買後引渡し前にマラ・フィデースとなった場合の使用取得を認めるわけではない)、ハードルとしてはいずれが高いとは言えまい。

4 手中物の引渡し

市民法上の所有者から手中物について引渡しによって譲渡された場合、握取行為などの適式な譲渡行為を経っていないので、譲受人はただちに市民法上の所有者になることができない。しかし、このような場合においても使用取得が認められる。

こうした事例について、悪意ではない、あるいは「善意」要件はほとんど⁽⁵⁹⁾意味を持たない、あるいは「善意」要件は非常に緩やかに適用される、⁽⁶⁰⁾といった説明が見受けられる。所有者から手中物が引渡しで譲渡された場合、ボナ・フィデース要件についてはどのように考えればいいのだろうか。⁽⁶¹⁾

引渡しによって手中物が譲渡された場合、譲渡人が所有者であっても、譲受人は適式な譲渡行為を欠いていることを認識しているため、自らが市民法上の所有権を取得できないことを認識している。ただ、譲渡人が無権利者であることを認識している場合には、マラ・フィデースとされる一つのメルクマールとなると考えられるが、この場合譲渡人は所有者である。譲受人は自らがただちには市民法上の所有者になれないということを認識しているに過ぎない。従って、譲渡人の無権利について認識している場合の「悪意」とは本質的に事情を異にするだろう。

さらに、この事例では、ボナ・フィデースと認められる積極的な要因があると考えられる。すなわち、使用取得要件に求められる、モラル的・道徳的要請への適合、売買の信義誠実的要請への合致である。この事例の場合、譲渡人と譲受人は、適式な譲渡行為を欠いているものの、お互いの合意の下で引渡しによる譲渡を選択している。従って、譲受人が市民法上の所有者になれないとしても、譲受人から譲渡人に対する信義に悖るような行為が見受け

られない。この事例においてボナ・フィデース要件が意味を持たない、あるいは緩やかに解釈されると考えるのは、やや不正確であろう。むしろ、このような取得行為については、マラ・フィデースとみなされることは⁽⁶²⁾ないため、ボナ・フィデースと認められると解すべきである。よって、所有者から手中物を引渡しによって譲り受けた者は、積極的にボナ・フィデースと認められるので使用取得が認められるということになる。

5 正当原因との関係—ボナ・フィデースとしての代金支払—

最後に、ボナ・フィデース要件ともう一つの使用取得要件である正当原因(*iusta causa*)との関係について検討する。両者はどのような関係にあるのか、史料をもとに探してみたい。

Hausmaninger は、本稿でボナ・フィデースの具体的内容を検討するにあたって最初に挙げたガーイウスの記述のように、ボナ・フィデースの原則的な意味を示すものとして、以下の学説彙纂の法文を挙げている。ただし、やや長い法文なので、以下では Hausmaninger が引用している箇所に限って検討する。

D. 41, 3, 33, 1 (Iulianus libro 44 digestorum) : Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis scieret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse.

学説彙纂41巻3章33法文1(ユーリアーヌス、法学大全44巻):「自身が自身のために占有の原因を変更することができないと一般に解答されることに関しては、ある者が自分はボナ・フィデースで占有していないと知ってお

り、利益を上げるために占有を開始するかぎりでは、正しい。そして、それは次のことを通じて証明される。ある者が、〔土地が〕その人の物ではない人から、〔それを〕知りながら土地を買った場合、占有者として占有するだろう。しかし、同じ〔土地〕を所有者から買った場合、買主として占有を開始し、自身が自身のために占有の原因を変更したとはみなされないだろう。その者 [= 売主] が所有者であると考えたので、所有者ではない者から買った場合にも、同じことが適用されるだろう。……」

ユーリアーヌスは、一般に法学者達が占有の原因の変更は許されないと答えていると言う。その見解は、ある者が自分はボナ・フィデースで占有していないと思いながらも、利益を得ようと占有を始めるという場合には正しいと言う。その証明は次の例で可能だと述べている。例えば、無権利者からそれを知りつつ買った場合には、「占有者として」占有する。ところが、同じ土地を所有者から買った場合には、「買主として」占有を始めることになる。同様に、所有者であると思い込んだため、無権利者から買った場合にも同じルールが適用されるという。

このユーリアーヌスの説明の解釈については、Hausmaninger の見解に理があるように思う。ユーリアーヌスは直前の法文 (D. 41, 3, 33, pr.) で、“Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, ...” という話題で話を始めている。すなわち、「ボナ・フィデースの買主だけでなく、使用取得が続いて生じるのが常であるような原因に基づいて占有する全ての者たちも…」として、自説を展開している。そして、次の法文である上記の法文は「原因の変更」について述べており、使用取得が認められるような占有の態様に関して、占有の原因を変更することが許されないという話題であろう。

後半の理由については、こういうことだろう。ある者が無権利者から、それを知りつつ購入した場合、単に「占有者として (pro possessore)」占有

する。つまり、「買主として (pro emptore)」というタイトルがつかない。ところが、そのような取得者(買主)が改めて真の所有者から同じ物を買って受けた場合、取引の瑕疵が治癒されて、「自身のために占有の原因を変更した」ということにはならず、買主として占有を開始することができる。では、「占有者として」占有する者が改めて真の所有者から買おうと思ったが、偶然相手が無権利者で、こんどは無権利者であると知らずに買った場合どうか。その場合には、真の権利者から買いなおした場合と同様に、「買主として」占有を開始することができ、「原因の変更」であるとは言われずに⁽⁶³⁾済む。

このようなユーリアーヌスの事例設定は、講学上の技巧的な例を示したものと考えられる。しかし、論理的には一貫している。まさに、ユーリアーヌスの言うように、原因の変更ができないとはいえ、それは、「ボナ・フィデースで占有していないと知っており、利益を上げるために占有を開始するかがりて、正しい」ということになる。つまり、占有原因の変更は禁止されるけれども、真の権利者から買いなおして無権利者からの購入だった状況が追完されたり、真の権利者であると信じて買いなおしたが再び無権利者からの購入だった場合には、原因の変更とはみなされずに、「買主として」占有を始める。

この法文で表現されている「買主として (pro emptore)」は、正当原因を示していると考えられる。従って、これと対をなす「占有者として (pro possessore)」は、正当原因が欠けた状態を示しているものと考えられる。そうすると、ユーリアーヌスの考えに従えば、ボナ・フィデースの有無が正当原因の帰趨に影響を及ぼすことになる。すなわち、ボナ・フィデースであれば正当原因があることになるが、ボナ・フィデースが欠けた場合には正当原因が無いということになりそうである。

次の法文も、Hausmaninger が、自らの主張するボナ・フィデース概念の根拠として挙げている法文である。⁽⁶⁴⁾

D. 18, 1, 27 (Paulus libro octavo ad Sabinum) : Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit: at qui sine tutoris auctoritate ⁽⁶⁵⁾ a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.

学説彙纂18巻1章27法文 (パウルス、サビーヌス註解8巻) : 「その人自身の物であると考えような、誰であってもそのような者から物を買う者は、ボナ・フィデースによって買う。しかし、後見人の助成無くして未成熟者から買う者、あるいは偽の後見人が助成者となり後見人ではないと知って買う者は、ボナ・フィデースによって買ったとはみなされない。サビーヌスが書いたごとくである。」

ただし、この法文については、その類似性から、いわゆる『ヴァチカン断片』に残されている法文の短縮・改変バージョンであると考えられている。⁽⁶⁶⁾ これら二つの史料には明らかに共通性が認められ、また多くの研究者もその点を指摘しているため、以下の史料に従って検討した方がよいと考える。

⁽⁶⁷⁾
 Vat. 1 : Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit uel falso tutore auctore quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et ueteres et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est uerius: nam et fructus suos facit, quia scilicet uoluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam,⁽⁷⁰⁾ desinere eum usucapere.

⁽⁷¹⁾
 ヴァチカン断片 1 : 「後見人の助成が無い婦女からそれを知って手中物を

買う者、あるいは偽の後見人が助成者となり後見人ではないと知って〔手中物を買う者〕は、ボナ・フィデースによって買ったとはみなされない。そしてこのように古法学者達は考え、サビーヌスとカッシウスは書いている。ラベオーはその者が決して「買主として」占有するのではなく「占有者として」占有すると考え、プロクルスとケルススは「買主として」〔占有すると考えていた〕。そして〔後者が〕より正確である。というのも〔買主は〕果実も自分のものにする。なぜなら、確かに〔買主は〕女性所有者の意思によって〔果実を〕収取し、また婦女は後見人の助成無くして占有を移転できるからである。ユーリアーヌスは *constitutio Rutiliana* のゆえに婦女に対価を与えた者は使用取得さえするのであり、使用取得の前に⁽⁷²⁾ 婦女が金銭を提供した場合、〔婦女に対価を与えた〕者は使用取得をやめる〔と考えていた〕。

前掲の D. 18, 1, 27 法文との共通性から、この Vat. 1 についても、パウ⁽⁷³⁾ルスの文章であると考えられている。パウ⁽⁷³⁾ルスが伝える内容は次の通りである。後見人の助成がない、あるいは偽の後見人が助成して、それを知りつつ⁽⁷⁴⁾ 婦女から手中物を買った者は、ボナ・フィデースではないとされ、それが古法学者やサビーヌスとカッシウスの見解である。ラベオーは、このような買主が「買主として」ではなく、「占有者として」占有すると考え、プロクルス、ケルスス、パウ⁽⁷³⁾ルスは「買主として」占有すると考えた。

Vat. 1 の文章は長いので、一応ここまでとしておき、その余の解釈は後述する。

まず、原則として手中物の譲渡の場合に婦女は後見人の助成を必要とする⁽⁷⁵⁾ので、その助成が欠けたり瑕疵があることを認識していた買主は、処分権限の欠缺について認識しており、ボナ・フィデースではない。従って、前掲の D. 41, 3, 33, 1 法文のユーリアーヌスと同様に、ラベオーもボナ・フィデースの欠如を理由に正当原因が欠けると解釈したと考えられる。このラベオー⁽⁷⁶⁾の見解に関する Hausmaninger の解釈には賛同しえない。

次に、プロクルス、ケルスス、パウルスが「買主として」占有すると考えた理由は、次の法文から明らかになると考える。

D. 41, 4, 2, 1 (Paulus libro 54 ad edictum) : Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.

学説彙纂41巻4章2法文1 (パウルス、告示註解54巻) : 「占有の原因と使用取得の〔原因〕は分けられた。なぜなら、ある者が買ったが、マラ・フィデースで〔買った〕と実際に言われるからである。知りつつ他人の物を買った者が使用取得しないとしても、買主として占有するように、である。」

パウルスの見解では、占有の原因と使用取得の原因は分けられている。なぜなら、目的物を買った者は、買ったといえば買ったことになるが、マラ・フィデースで買ったと言われる場合があるからである。他人物を、そうであると知りながら買った者は使用取得しないが、買主としては占有するという。

すなわち、パウルスの見解では、マラ・フィデースで買った者は、使用取得要件としてのボナ・フィデース要件を欠くために、使用取得できないが、買主として占有することは可能であるということになる。つまり、使用取得要件としてのボナ・フィデースを欠いたからといって、占有タイトルに影響はない、従って、正当原因は覆滅されることはない。パウルスは、使用取得要件のボナ・フィデースと占有タイトルを厳密に区別するため、ボナ・フィデースを使用取得要件としてのみ考えており、原因行為である売買の原因 (causa) の問題とはしないと考えられる。プロクルス、ケルススも同様に考えたため、「買主として」占有すると認めたと推測できる。これに対して、ラベオー (D. 41, 3, 33, 1 法文のユーリアーヌスも) は、ボナ・フィデースの欠如が正当原因に影響を与えるという立場をとる。⁽⁷⁸⁾

ただし、プロクルスとケルススは「買主として」占有すると考えてはいるが、ユーリアーヌスが「使用取得[・]さえする」と考えたとの記述との対比で言えば、プロクルスとケルスス（おそらくパウルスも）は使用取得まではしないと考えたのであろう。その理由は買主が「知っていた」ことによるボナ・フィデース要件の欠如であらう。⁽⁷⁹⁾

ここからは、さらに Vat. 1 の後半部分の解釈を試みることにする。

パウルスは、「買主として」占有するというプロクルス、ケルススの見解に賛同し、独自の理由づけをしている。それは買主が果実を取得するというものである。また、買主は女性所有者の意思によって果実を収取し、婦女は後見人の助成がなくても占有自体を移転できるからと述べる。最後に、ユーリアーヌスの見解について、constitutio Rutiliana を理由として、婦女に対価を与えた者は使用取得し、使用取得の前に婦女が金銭を提供した場合には使用取得が阻害されると考えていたと伝えている。

この意味を理解するには、パウルスが、果実の取得についてどのように考えていたかを探らなければならないだろう。

D. 41, 1, 48 pr. (Paulus libro septimo ad Plautium) : Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.⁽⁸⁰⁾

「ボナ・フィデースの買主は、疑いなく、収取することによって他人の物に由来する果実さえもその間に自分のものとする。彼の儉約や労働によって手にした果実だけでなく、全ての果実をもである。なぜなら、果実に関するか

ぎり、彼はほぼ所有者の地位を備えている。つまり、彼が〔果実を〕収取する前でさえも、〔果実が〕土地から離れたときにはただちに、ボナ・フィデースの買主のものとなる。そしてボナ・フィデースで私が買った物が長期間によって〔使用〕取得されうるかは関係が無い。そして例えばそれが未成熟者の物である、あるいは暴力によって占有された物である、あるいは〔属州の〕長官に不法徴収の法律に反して贈与されその長官によってボナ・フィデースの買主に譲渡された物であるとしても〔関係が無い。〕

パウルスによれば、ボナ・フィデースの買主は、他人の物から生じた果実であっても、全て収取により自己のものとするができる。果実に関してはほぼ所有者の地位にあるからである。また、収取するまでもなく、土地から分離した時点でただちにその買主のものとなるという。さらに、その物の使用取得の可否は関係がなく、物の所有者の行為能力や占有取得までの経過は関係がないという。

こうしたことから、売買目的物が他人物であろうと、目的物がいまだ市民法上の所有者に帰属しているにもかかわらず、その果実については、ボナ・フィデースの買主が所有権を取得すると考えられる。また、目的物が例えば盗物であるため使用取得できないとしても、果実の所有権取得は独立して可能であると考えられる。⁽⁸¹⁾従って、Vat. 1 の、果実の取得ができるというパウルスの理由づけは、理由というより、むしろボナ・フィデースの買主と認められた結果であろう。

そして、婦女は手中物について後見人の助成なくして譲渡できなかったという原則は、所有権譲渡ができなかったということであると考えられる。確かに、婦女は握取行為や法廷譲渡という手段を用いることはできなかったが、引渡しによって手中物の占有自体を買主に移転することはできたと考えられる。⁽⁸²⁾従って、ボナ・フィデースの買主は果実の所有権を取得できるということになる。

最後に、パウルスは、ユーリアーヌスの見解について伝えているが、constitutio Rutiliana の内容については、この Vat. 1 以外に伝わっていないため推測するしかない。少なくとも、ユーリアーヌスは、婦女に対価を与えた者は使用取得し、使用取得の前に婦女が金銭を提供した場合には使用取得が阻害されると考えていたと伝えられている。⁽⁸³⁾

まず、Hausmaninger の解釈は次のようなものである。constitutio Rutiliana は、使用取得が完成するまでの間、婦女が代金を返還することにより一方的に売買を取り消すことができるという特権を婦女に付与し、保護するためのものであった。そして、そうした保護で十分なものと考えられたので、買主の代金の支払により、後見人の助成やボナ・フィデース要件は必要とされず、買主は使用取得が可能であるとする。⁽⁸⁴⁾

そもそも、社会生活において婦女の独立が進展することにより、婦女後見制度は大きく後退していったとされている。⁽⁸⁵⁾ Hausmaninger の主張する通り、この constitutio Rutiliana についても、婦女後見制度の成り行きと共に論じられるべきことは確かであろう。⁽⁸⁶⁾ この constitutio Rutiliana が、婦女後見制度の衰退の歴史の過程で登場してきたことも推測できる。従って、婦女の法的地位の確立の過程において、何らかの法令が制定されていたとしても異常なことではなく、婦女が不利益を受けない一定の条件下で、後見人の助成をとまわらない手中物の取引が認められたことはありえよう。しかし、筆者は、Hausmaninger の主張する、ボナ・フィデース要件が必要とされなかったという点については異を唱えたい。従来は保護下に置かれてきた婦女が売主であった場合に、通常の行為能力者を相手にする時ですら要求される厳格なボナ・フィデース要件が不必要とされたというのは、不自然でしかない。

仮に、相手が婦女で後見人の助成がないことを知っていたとしても、一定の条件下で後見人の助成のない手中物の取引が、constitutio Rutiliana や他の法令によって婦女に認められていたとする。その場合の買主は、事実

上、婦女に一定の条件下での処分権限があることを認識しているため、売主の処分権限については善意であるとも言える。しかし、売主が従来であれば完全行為能力を認められなかった婦女であることに注意しなければならない。この vat. 1 の事例の買主は、後見人の助成が無い婦女からそれを知って手中物を買ひ、あるいは、偽の後見人が助成者となり後見人ではないと知って手中物を買っている。

さらに言うならば、婦女後見への配慮を無視したこの事例の買主の振る舞いは、相続財産から当該手中物が逸出することにより、後見人たる宗族員が有していた相続財産への期待権を侵害しているとも考えられる⁽⁸⁷⁾。この事例においては、(たとえ婦女がだまされやすいものとしてローマ人により保護の対象とされていたとしても) 自らの意思で手中物を売却した婦女の利益よりも、宗族員たる後見人が有していた相続への期待権が優先されるべき場合であるかもしれない。

筆者は、この場合の危ういボナ・フィデース要件の充足について、ユーリアーナスにとっての確たるボナ・フィデース要件の充足を与えたものこそ買主による「代金の支払」である⁽⁸⁸⁾と考える。そして、この「代金の支払」は、婦女を売主として取引した場合に唐突に出現してきたボナ・フィデースの要素⁽⁸⁹⁾ではないと考える。

以下は、プラウトゥスの喜劇、『幽霊屋敷』⁽⁹⁰⁾の一節である。

⁽⁹¹⁾
Plautus, *Mostellaria*, 669ff. :

【Tranio】… —de uicino hoc proxumo tuos emit aedis filius.

【Theopropides】 bonan fide?

【Tranio】 siquidem tu argentum reddituru's, tum bona, si redditurus non es, non emit bona…⁽⁹²⁾

プラウトゥス『幽霊屋敷』 669ff. :

TR : 「…息子さんがこのあなたのすぐ近くの隣人から家を買いました。」

TH:「ボナ・フィデースでか [= 本当か]？」

TR:「確かに、あなたが金銭を支払おうとしているならばその通りです。あなたが支払おうとしていないならば、彼はボナ〔・フィデース〕で買ったことにはなりません。…」

この場面は、奴隷トラニーオーが主人テオプロピデースに、主人の息子が主人の不在の間に隣人の家を買ったと報告している場面である。Söllnerによれば、「ボナ・フィデースでか？」は日常語的な文脈においては「実際に？」あるいは「本当に？」を意味する。ところが、奴隷トラニーオーは、この言葉を故意に誤解し、その言葉にボナ・フィデースの特殊な法的意味をこじつけている⁽⁹³⁾。また、この箇所について Kunkel は、「ボナ・フィデースを使った言葉遊びは、トラニーオーが明確に特徴を持った意味で、また観客によく知られた意味で使ってこそ、効果的な作用を持つということを、一度確認すべきである⁽⁹⁴⁾」と指摘している。

そもそも、プラウトゥスの演劇には、こうしたラテン語の多義性を利用した言葉遊びや、多くの法律用語を駆使して観客の笑いを誘っていたことが指摘されている。さらに、喜劇であることを前提とすれば、民衆の笑いを誘えてこそ、従って、民衆がその法的意味を理解できてこそ初めてそのセリフの意味が生じてくる。上述の『幽霊屋敷』をはじめとするプラウトゥスの演劇には、新法や手続法を含み、さらに学説彙纂との対応を分析できるほど詳細な法的知識が散りばめられていたと言われている。こうしたことから、一部のエリートに限らず、民衆にも法的知識が共有されていたと推測する研究者もいる⁽⁹⁵⁾。

私見を述べるならば、こうした法的知識が一般民衆にまで共有されていたという点については懐疑的である。しかしながら、少なくとも、観衆の一人であったはずの法学者や、法的問題に触れる機会の多かった元老院階級など一部のエリート層には、プラウトゥスの演劇に見られる法律問題をネタに

した喜劇的要素が共感を生み出したであろう。

結局、この箇所のパロディの観衆にとっての面白みは、主人テオプロピデースが「本当か？」と言う意味で「ボナ・フィデースでか？」と聞いたのに対し、奴隷トラネオーが、売買契約の基軸となる信義誠実の意味を持ち、また、使用取得要件でもあるボナ・フィデースと同じ意味にこじつけて、主人が売買代金を支払おうとしていれば「ボナ・フィデース」だと答えたことにある。そうすると、観衆にとって、売買代金の支払によってボナ・フィデースと言われるという観念がなければ、この笑いが成立しないことになる。逆にいえば、売買代金の支払がボナ・フィデースにつながるという共通認識が、少なくとも法的知識を有する観衆たちの間にあったからこそ、プラウトゥスの台本のこの箇所が笑いを誘ったのである。

ローマの慣習、特に法的知識を持つ者にとって、代金の支払がボナ・フィデースにつながる要素であったということは大きな意味を持つ。なぜなら、当然、日常の売買をはじめとする法律行為を行うにあたって、ボナ・フィデースの要素として、売買代金の支払が意識されていたということになるからである。また、ボナ・フィデース概念にはローマ人の共通認識が作用しており、従って、例えば売買を行うにあたって共通認識として持っていた取引の慣習が大きく影響していたと推測できる。この共有可能な思想を背景として *constitutio Rutiliana* が制定・適用されたと解されよう。

以上から、上述の Vat. 1 のユリアーナスの見解についても、Hausmaninger のように、ボナ・フィデース要件が不要であると考えではなく、婦女に売買代金を支払った者はボナ・フィデース要件を満たすため使用取得できたと解すべきであろう。ただし、売買代金の支払によってボナ・フィデースが認められたといっても、行為の客観的要素に着目した概念ではない。

思うに、代金の支払は客観的に見れば買主から売主に金銭が移転するという事実に過ぎないが、そこには買主の内心の意図が発露されている。すなわち、そこには代金支払債務を誠実に履行するという買主の意思が表れている

わけである。客観的に表れた外部的事実だけを見れば、客観的要素と言えなくもないが、外的に表明された買主の意図に注目すべきであろう。そして、主観的要素としての「善意」、内心的意図の善性・悪性に注目したモラル的要素との共通項を見出すことができる。⁽⁹⁷⁾ 売買代金の支払は、売買によって生じた債務を誠実に履行するという、買主の主観に着目した要素であると考えらるべきであろう。

以上から、次のことが明らかになった。まず、ボナ・フィデースが否定される場合には正当原因も否定されるかという問題については、肯定と否定、両方の見解があったことがわかった。さらに、ここでわかったのは、使用取得要件としてのボナ・フィデースの要素として売買代金の支払が考慮されると考える法学者もいたということである。つまり、売買によって生じた債務を誠実に履行する意思がチェックされるということである。この要素は、信義誠実を基調とする売買の取引慣行に由来するものと考えられる。

第3章 総括—補足として相対的構成—

最後に、若干の補足の検討をしたうえで、本稿の総括を行う。ボナ・フィデース要件が様々な要素・意義を持っていたことをこれまで確認してきたが、仮に、目的物の転得者が現われた場合、ボナ・フィデース要件はどのように判断されるのであろうか。買主としての使用取得の項目に配置されている学説彙纂の法文を元に検討してみる。

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

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

パウルスによれば、使用取得していた者が、他人の物であることを知っている者に売った場合、使用取得できない。つまり、ある者がいったん使用取得しても、他人の物であることを知っている者との関係では、使用取得できないということになる。

これは、一度前主がボナ・フィデース要件を認められて使用取得したとしても、転得者と真の権利者との関係で再び他人の物であると知っているかどうか、ひいてはボナ・フィデースであるかどうかチェックされるということを示している。すなわち、ボナ・フィデースの取得者が出現した時点で真の所有者の失権が確定するという「絶対的構成」⁽⁹⁸⁾ではなく、真の権利者との関係でボナ・フィデースか否かが検討されるという、「相対的構成」をとっているものと考えられる。

前章では多くの法文を検討してきた。多くの法文でボナ・フィデースを「善意」と読むことが可能であることを確認したが、同時に、「善意」の範疇には入らないボナ・フィデースの要素が見つかった。例えば、倫理的・道徳的要素、また売買の信義誠実の要素が確認された。そうした信義誠実と結びついた売買に由来する取引慣行の一つとして、売買代金の支払がボナ・フィデースの要素となりうることを確認した。こうした要素を要求する背景には、買主が内心において持っている意図が、倫理的・道徳的要請に、また、売買の基礎となる信義誠実的要請に適合しているか否かという考慮がある。

確かに、ボナ・フィデース要件は多くの法文において現代法学でいう「善意」と理解できるが、善意はボナ・フィデースの一要素であって、ボナ・フィデースそのものではない。そういった意味では、本稿は Söllner の見解と認識を共有している。ただし、本稿の立場は、ボナ・フィデースの本質的要素が内心的・心理的要素であることを強調する。多くの事例において、たいていは「善意」によってボナ・フィデース要件が満たされるが、上述の要素の影響を受けて事例ごとにさらに広がりを見せる概念である。

この要件が、上述のような要素をも含んだハードルとして設定されるとす

れば、その趣旨は、ローマ人の倫理的・道徳的規範意識に反する取引行為を禁圧する意図を含んでいると見ることができよう。

また、注目しなければならないのは、本稿で挙げた「善意」を超える心理的要素を示す法文が、いずれもユーリアーヌスの見解であるという点である。ユーリアーヌスにとって、ボナ・フィデース要件の内容は、現代法学でいう善意を大きく超える倫理的・信義誠実の意義を持っていたと考えられる。彼の思想に従えば、ボナ・フィデースは上述のような要素を含んでいるので、判断する者の恣意が介在しやすく、適用される側にとっては予測がしにくい面を持っている。なぜなら、何について知っていれば悪意で何について知らなければ善意というような、そういったレベルの判断では到底収まらないような判断が求められるからである。

しかしながら、ユーリアーヌスの見解を単なる「仲間はずれ」として考えるのは妥当でなかろう。古典期ローマ法学者が、ボナ・フィデース概念について画一的な善意とは考えていなかったという基礎が存在すると考えられる。そもそも、現代法のごとく、物権法・債権法・手続法とカテゴリーを分け、ボナ・フィデースという同じ用語を概念分けして用いていたと考える方が不自然であろう。とはいえ、ユーリアーヌスには明らかな特徴が見られるので、その原因を探ることが今後の課題となろう。⁽¹⁰⁰⁾

加えて、法学者達の見解が対立しているため、ボナ・フィデースが正当原因要件の帰趨にまで影響する可能性があることがわかった。結局、このようにボナ・フィデースの意義や機能を一義的・統一的な概念としてとらえるのが困難であったり、正当原因に関する判断においても見解が分かれているように思われるのは、ローマの法学の学説形成の経緯にも起因していると考えられる。ローマの法学者は、まずもって、体系的な思考をしない。学説彙纂の法文を見てもわかるように、特定の概念を前提とした演繹的な判断をしていないのである。事例ごとに各法学者がそれぞれの判断をしており、悪く言ってしまうと、場当たりの法概念の形成過程のこうした構造から見

ても、買主の利益の観点からは、一定のハードルを越えれば保護されうると
いう要件の告知機能を欠いている。

- (1) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 7; Vgl. Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 30
- (2) ラテン語原文は、FIRA II, p. 55による。
- (3) competere は与格をともなつて、「与格の者に権限がある、資格がある」という用法と考えられる。Vgl. Heumann/ Seckel, S. 83
- (4) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 7
- (5) もっとも、ローマの法学者たちはこうした定義づけをすることを好まなかったとも考えられることから、安易にこうした定義は期待できないだろう。法学者のそうした姿勢は以下の法文からも読みとれよう。D.50, 17, 202 (Iavolenus libro 11 epistularum) : Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset. 学説彙纂50巻17章202法文 (ヤウォレーヌス、書簡集11巻) : 「市民法において全ての定義は危険である。なぜなら、覆され得ないことは少ないからである。」
- (6) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 10-12
- (7) 以上、Vgl. Hausmaninger, a. a. O., S. 12
- (8) 完了不定形が venisse となる動詞は 2 パターン考えられる。一人称単数が veneo となるものと、一人称単数が venio となるもので、いずれも不定形が venire である。前者は「売られる」などを意味し、後者は「来る」などを意味する。文脈から考えてここでは前者であろう。
- (9) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 12
- (10) Vgl. Kaser, RPR I, S. 422
- (11) 以上、Vgl. Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 155f.
- (12) Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 13-41.
- (13) 浪費者 (prodigus) は、D. 27, 10, 1 pr. で、“qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit” と定義されている。すなわち、「出費の時宜と限度を考えないで、自己の財産をばらまき散財することで浪費した者」である。Cf. Berger, p. 655
- (14) Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 37

- (15) このような財産管理の禁止 (interdicere bonis, interdictio bonorum) については、12表法に規定があったとされている。また、浪費者は財産の管理・処分について保佐人 (curator) の保佐に服することとなっていた。Cf. Berger, p. 507; 佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM—12表法原文・邦訳および解説—』(早稲田大学比較法研究所、1993) 92頁以下参照。また、D. 27, 10, 1 pr. 参照。なお、我が国の旧民法11条は、「浪費者」について、「準禁治産者」として保佐人を付することができるとしていた。旧民法第11条：「心神耗弱者及ヒ浪費者ハ準禁治産者トシテ之ニ保佐人ヲ附スルコトヲ得」
- (16) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 37
- (17) 以上、Vgl. Hausmaninger, a. a. O., S. 38
- (18) 以上、Vgl. Hausmaninger, a. a. O., S. 38f.
- (19) 本稿では、文脈から quomodo を、「どのようにして…ののだろうか、いや、ない」というように、反語的な表現と解した。
- (20) 本稿では、nisi forte を、「～というのであれば別であるが」という意味に解した。
- (21) Hausmaninger は二つ目の選択肢の、認識していた主体を “der Verkäufer” とするが、“der Käufer” の誤植であると考え。なぜなら、ここで話題となっているのは、買主の認識であり、売主の認識では意味が通らない。
- (22) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 74ff.
- (23) Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S. 79; Vgl. Söllner, Bona fides, S. 4
- (24) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 80. これに対して、Söllner は、物権法上のボナ・フィデースも債権法や手続法におけるボナ・フィデースと異なる意味を持っていたわけではなく、いずれも信義誠実原則のような、行為道徳と取引慣行の共同体的観念を示すと考える。Vgl. Söllner, a. a. O., S. 1ff., 61
- (25) Söllner も同様に、Hausmaninger の解釈を批判する。Söllner は、「Hausmaninger の試みは、この法文を従来のボナ・フィデースの解釈に調和させようというものだが、説得的ではない。Hausmaninger の仮定は、買主は誤って財産の処分禁止宣告を受けた浪費者から奴隷を買ったと思い込んでいるというものだ。しかし、テキストでは、錯誤は問題になっておらず、売主の意図に関する買主の現実的認識が問題になっている」と述べている。Söllner, a. a. O., S. 4
- (26) 以上、Vgl. Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S. 78f.
- (27) Söllner, Bona fides, S. 4
- (28) Söllner も、() 付きではあるが、“(wie der Käufer weiß) ”、すなわち、「買主

- が知っているように」とつけ加えており、売主が娼婦に費消するというを買主が認識している事例が含まれていることを示唆している。Vgl. Söllner, a. a. O., S. 4
- (29) *luxuriosus* は、豪奢に暮らす者であり、浪費者 (*prodigus*) の宣告を受ける事由、また、保佐人の保佐の下に置く事由となる。Cf. Berger, p. 569
- (30) Söllner も同様に、この法文からユーリアーヌスのボナ・フィデース概念の倫理的側面を読み取るが、後述のように、筆者とは D. 41, 4, 8 法文の読み方自体が異なる。Söllner, *Bona fides*, S. 5. なお、Hausmaninger によれば、ボナ・フィデースを単なる錯誤ではなく、倫理的な行為規範に適合する誠実な信念の表現であるとする論者は、Bruns 以来、この D. 41, 4, 8 法文を引き合いに出してきたようである。Vgl. Hausmaninger, *Bona fides*, S. 74
- (31) Harke は、この法文において使用取得の障害が生じうるのは、次のような場合であると考えている。すなわち、ユーリアーヌスが、ボナ・フィデースという言葉によって善意ではなく行為道徳を指し、ボナ・フィデースを主観的に使用取得の占有者に関連させるのではなく、客観的に物の取得に関連させる場合である。また、そう考えた場合には、「ある者が、売買代金を自己の元に保持しておくことができないような売主から売買目的物を取得する際に、誠実な取得態様が存在するか否か」が問題となるという。Vgl. Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 79
- (32) 以上、Vgl. Söllner, *Bona fides*, S. 4, 15ff.
- (33) Vgl. Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 79; Vgl. Söllner, a. a. O., S. 4f.
- (34) Söllner は、*bonus* という形容詞の用法について、次のように述べる。「*bona* は *fides* と結びついて時折『強力な *kräftig*』、『有効な *gültig*』、『効力のある *wirksam*』 („*valido*“) を意味し得る。法学の文章でも、ボナ・フィデースは時々この意味あるいは副次的な意味を持ち、実際に法務官法 (*ius honorarium*) に基づいた特定の意味では、『有効で効力ある *wirksam und gültig*』の意味を持つ。Söllner, a. a. O., S. 5
- (35) Söllner は、別の論文で、ボナ・フィデースと善意の同一視は、古典時代からの一連の史料とは調和せず、文献学的な調査とも合致しないと述べる。その調査とは、*fides* が最初にキリスト教の影響の下で “*Glauben* (信念、信頼、信仰)” の意味を受容し、それゆえ、古代ローマにおいて譲渡人の所有者としての地位に関する錯誤は「ボナ・フィデース」とは呼ばれ得なかったというものである。また、次のように指摘する。「ローマのボナ・フィデースは行為道徳の準則を包含し、ローマの一群の契約—例えば売買契約のような—の場合に債務の原因を形成し、こ

れら方式自由な契約の訴求可能性を生じさせた。」そして、むしろ、キケローの *de officiis* 1, 7, 23や *de re publica* 4, 7 に基づく定義に従わなければならないと主張する。それによれば、*fides* は “fit, quod dicitur”、すなわち、「言われることがなされる」を意味するという。従って、「ボナ・フィデース」は有効に成立した給付約束を正確に遵守することであり、「マラ・フィデース」はその逆を示していると述べている。「悪意 (Böser Glaube)」は中世になって初めて「マラ・フィデース」をもって表現されるようになったというのである。Söllner, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten*, S. 374f.

- (36) aureus は、高額の金貨で、カエサルによって導入された通貨単位である。100 セステルティウスに相当する。Cf. Berger, p. 370
- (37) 接続詞の *ut* には結果を表す用法もある。しかし、副詞の *solum* (ただ…だけ) があること、また文脈上の意味から、ここでは目的を表す用法と解した。
- (38) Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 79f.
- (39) 以上、Vgl. Söllner, *Bona fides*, S. 5ff.
- (40) 以上、Vgl. Hausmaninger, *Bona fides*, S. 78
- (41) 属格の用法で「価値の属格」である。従って、ここでは「少ない額で」を表すと考える。
- (42) *esse* が省略されていると考える。不定法完了 “alienata esse” となり、『譲渡された』とはみなされない』と解した。
- (43) Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 80
- (44) Harke, a. a. O., S. 80
- (45) Vgl. Söllner, *Bona fides*, S.1ff, 61; Vgl. Söllner, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten*, S. 374ff.
- (46) Vgl. Harke, *Vertrag und Eigentumserwerb*, S. 80
- (47) Vgl. Harke, a. a. O., S.78-84. Harke は、古典期ローマの法学者たちのボナ・フィデースに関する考え方を二種類に分類する。ボナ・フィデースを、主観的な善意と考える者たちと、行為道徳の基準として客観的なものとする者たちがいたという。また、前者は、ボナ・フィデースを取得原因からは切り離された使用取得要件の一つと考えていたのに対し、後者は、取得原因について求められる要求であり使用取得の包括的な要件と考えていたとする。
- (48) 本文では取り上げなかったが、Söllner や Harke は、ボナ・フィデースの内容を紐解くカギとして、錯誤に関する以下の法文も挙げる。D. 41, 3, 32, 1 (Pomponius

libro 32 ad Sabinum): Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in iure erranti non procedat usucapio. 学説彙纂41巻 3章32法文 1 (ポンポニーウス、サビーヌス註解32巻): 「ある者が占有している物を使用取得することが法律を通じて自身に許されていると考えない場合、次のことが言われるべきである。たとえ彼が誤っていても、やはり彼の使用取得は生じない。なぜなら、彼はボナ・フィデースで占有するとはみなされず、あるいは、なぜなら使用取得は法において誤っている者 [=法の錯誤] には生じないからである。」仮に、Hausmaninger の主張するように、古典期ローマの法学者が使用取得要件としてのボナ・フィデースについて錯誤と考えていたのであれば、ポンポニーウスの理由づけは非常に不可解である。ポンポニーウスは、その占有者について、ボナ・フィデースの占有者ではないと述べているので、必然的に、「彼は錯誤の状態にない占有者である」という理由づけになろう。しかし、この事例の占有者は、客観的事実と異なって使用取得できない物であると考えているので、明らかに占有物の使用取得可能性について錯誤状態にある。以上、Vgl. Söllner, Bona fides, S. 19. この法文のボナ・フィデースではないという意味は、この占有者は間違っただけの思い込みをしているために、受領した目的物の所有者になるという想定が欠けている (Harke, a. a. O., S. 84) ということであるとも考えられる。Söllner は、こうした状況について、売買目的物について法律上禁止されているため使用取得による所有権取得が不可能だと誤って思い込んでいる者は、ボナ・フィデースを基礎とする有効な売買契約を締結できない、という思考の流れを展開する (Vgl. Söllner, a. a. O., S. 19)。しかし、この事例の状況に関して売買などの法律行為を前提に考えることについては、慎重を期する必要がある。Lenel も、この法文については、“De possessione et usucapione” の表題の下に分類しているのみである (Lenel, Otto.: Palingenesia Iuris Civilis. Lorenz E. Sierl: Supplementum, vol. 2, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, Graz-Austria, 1960, S. 141)。この法文を根拠に、売買などの取引行為を前提として、当該目的物を取得するという「内心的効果意思」を欠いているために売買契約が成立しないと考えられるのかどうか。そして、使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義として、「売買契約の締結を阻害するような錯誤がある者はボナ・フィデースではない」という含意を認めることができるのか。これが今後の検討課題となろう。なお、Hausmaninger は、この法文の意味は D. 41, 4, 8 法文との関連で初めて明ら

かになるとする (Vgl. Hausmaninger, *Bona fides*, S. 74)。また、Harke は、ボンポーニウスが最後に二つの根拠を挙げている理由について、使用取得の際のボナ・フィデースに関して二通りの考え方、すなわち、善意と考える立場と取得過程の一般的要件と考える立場を反映していると考え。そして、両説に則って、いずれかの見解で使用取得が排除されることを示したものとする。以上、Vgl. Harke, a. a. O., S. 83f.

(49) Söllner, *Bona fides*, S. 3; Söllner, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten*, S. 377

(50) 以上、滝沢聿代『物権法』(三省堂、初版、2013) 77頁以下参照。なお、前掲滝沢は、債権契約のような自由競争取引が肯定されてはいるが、積極的に推進されているというのではなく、物権変動の効果を登記に反映させることを目的として、登記の強制力を強化するために止むを得ず肯定されていると指摘する。

(51) 大河純夫『背信的悪意者』は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について「立命館法学2005年6号(立命館大学法学会、2006) 37頁。なお、前掲大河論文は、信義則を177条の領域へと具体化したものが背信的悪意者論であり、177条の第三者が「反対事実を主張することが信義則上許されない場合を擬人化して」背信的悪意者と表現されているに過ぎないことから、「背信的悪意者は民法177条の第三者に当たらない」という表現は、「誤解を招きかねない定式」であると指摘している。同37頁以下参照

(52) 滝沢『物権法』(注50) 80頁以下参照

(53) Hausmaninger/ Selb, RPR, S. 156

(54) Vgl. Kaser/ Knütel, S. 147; 船田『ローマ法2』493頁参照

(55) この場合の *obtinere* は「優位となる、支配的になる」という意味ととらえた。Vgl. Heumann/ Seckel, S. 384

(56) 文法的には *esse* が省略されており、動形容詞の中性単数対格で、*obtinere* に従属する不定法句の中の述語と考えられる。こうした *obtinere* が通説を表す用法は、他に D. 30, 127などに見られる。Vgl. Heumann/ Seckel, S. 384

(57) この点について、Behrends は、次のように指摘する。すなわち、サビーヌス学派は自然法的な売買—交換 (*Kauf-Tausch*) に固執し、信頼原則の要請に対する顧慮を引渡しの時点で要求した。これに対してプロクルス学派は、「善意」が合意的な金銭契約 (*Geldkontrakt*) の締結時点で存在することを要求した。パウルスは、ユリアーナヌスの後継者として (ユリアーナヌスの改革を精密に表し)、態度表明している。つまり、古典期の金銭売買 (*Geldkauf*) の合意構造とサビーヌス

学派の「ボナ・フィデースで契約された取引 (negotium bona fide contractum)」とを結合させたものとして、両時点でのボナ・フィデースを要求した。以上、Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 32f. また、松尾「所有概念」280頁注11は、売買以外では様々な原因に基づき同一当事者間で行われるのに対して、売買では同一目的物について、「ある一つの原因が実際には存在しなくとも別の原因に基づいて売買が行われる」という可能性が少ないとう、両者の性質の違いに基づいた推測をする。

- (58) なお、現行民法の即時取得についても見解の対立がある。善意・無過失を占有開始時に要求する立場に対して、取引の安全保護のための制度であることを重視し、取引行為の時点で要求する立場がある。石田穰『民法体系(2)物権法』(信山社、初版、2008) 270頁参照
- (59) Kaser/ Knütel, S. 147
- (60) Nicholas, Roman Law, p.123
- (61) クリンゲンベルク、ゲオルグ (瀧澤栄治訳)『ローマ物権法講義』(大学教育出版、2007) 71頁
- (62) Kaser, RPR I, S. 423.
- (63) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 8
- (64) Hausmaninger, a. a. O., S. 9
- (65) この部分には本来ならば必要な“sciens (知りつつ)”が脱落しているという指摘がある。Vat.1との比較に従い、筆者も誤って抜け落ちた誤植の類であると考えられる。Vgl. Hausmaninger, a. a. O., S. 9; Söllner, Bona fides, S. 23
- (66) Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S.18 ;Hausmaninger, a. a. O., S. 9, 14, 14 Anm. 2; Söllner, Bona fides, S. 23; Schulz, CRL, p. 184. また Kaser も、両テキストが部分的に一致することを指摘している。Vgl. Kaser, Max.: Fragmentum Vaticanum I., Labeo Rassegna di Diritto Romano, 7, Jovene, Napoli, 1961, S. 291. さらに、vat. 1 のオランダ語訳においても、「ユスティアーニアヌスの変容 (Justiniaanse metamorphose)」として、D. 18, 1, 27の参照指示がなされている。Cf. Spruit / Bongenaar, Fragmenta Vaticana, p. 14 n. 2.
- (67) ラテン語原文は FIRA II, p. 464による。
- (68) この奪格の名詞の連続については、奪格の独立句 (いわゆる絶対的奪格) であると考えた。すなわち、「偽の後见人 (falsus tutor) が助成者 (auctor) となつて」である。

- (69) *constitutio Rutiliana* については、この Vat. 1 以外に伝わっていない。共和政時代の法学者プブリウス・ルティリウス・ルーフスが作ったものと推測されている。Cf. Berger, p. 409; Spruit / Bongenaar, *Fragmenta Vaticana*, p. 14 n. 1. これに対して、Bauer は、このような法規は存在しなかったと言う。そして、「無頓着な書き手」による誤植の類で、実際には “*Iulianus propter utilitatem constituit*” であり、プロクルスとケルススの説に従えば所有権と占有すべき権利が分離してしまうため、ユリアーナスがそれを回避したものだとする。Vgl. Bauer, Karen.: *Die Rutiliana Constitutio Des Julian*, TR vol. 54-3, Brill Online, 1986, S. 99f.
- (70) 下線部分は Hausmaninger や Kaser の用いる校訂では書かれていない部分である。
- (71) 翻訳にあたっては、オランダ語訳 (Spruit / Bongenaar, *Fragmenta Vaticana*, p. 15) も参照した。
- (72) オランダ語訳によれば、「時効によって取得することを停止する (…*ophoudt door verjaring te verkrijgen*)」である。Spruit / Bongenaar, *ibid.*, p. 15
- (73) Hausmaninger, *Bona fides*, S. 14. これに対して、Behrends は、ユリアーナスに最後の見解の場を与えた「敬意」という形式面が、パウルの原作者性を示しているとする。パウルスが独自の見解を述べる場合にはユリアーナスの学派伝統に則っており、例えばウルピアーナスを体系的に批判する際にユリアーナスを引き合いに出していると指摘する。以上、Vgl. Behrends, *Zum Beispiel der gute Glaube!*, S. 19
- (74) Behrends は、この法文では果実収取が問題とされていることから、この手物はまずもって土地であるという。Vgl. Behrends, a. a. O., S. 18
- (75) Gai. 2, 80; Gai. 1, 192; Vgl. Kaser/ Knütel, S. 95
- (76) Hausmaninger は、筆者と同じ見解を選択肢の一つとして挙げてはいるが、別の解釈をとる。すなわち、Gai. 2, 80を根拠に、ラベオーが、譲渡禁止を拡張的に解釈して、端的に後見人の助成を欠く行為のため売買自体が無効であると考え、「買主として (*pro emptore*)」のタイトルを否定したものとす。しかし、筆者は、D. 41, 3, 33, 1 法文のユリアーナスの見解との整合性から、ラベオーも、ボナ・フィデースを欠くために「買主として」のタイトルが排除されるとしたものと考える。Vgl. Hausmaninger, *Bona fides*, S. 18f., 39
- (77) Hausmaninger, a. a. O., S. 18f.
- (78) こうした法学者の見解の対立に関して、Harke は、ボナ・フィデースを使用取

- 得の包括要件ととらえる見解と、使用取得の一要件ととらえる立場との対立として構成する。Vgl. Harke, Vertrag und Eigentumserwerb, S. 78-84
- (79) Behrends も、この事例のケルススの場合には使用取得占有者と認めていないと考える。ただ、古典期前の果実收取権は「自然的な行為として社会的な信頼原則によって支配された自然法の影響下」にあるという前提で、古典期前の「同格的な信頼原則」から「意思の原理」への転換として、占有については後見なしに処分できたという合法的な女性の意思が根拠となり果実收取権が認められていると構成する。Vgl. Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 33ff.
- (80) repetundae は、政務官や属州長官などの公職者に強要され賄賂として送った物や金銭であって、送った者が返還請求可能なものを指す。Cf. Berger, p. 675
- (81) 以上、Söllner, Bona fides, S. 17f.
- (82) Hausmaninger, Bona fides, S. 19
- (83) オランダ語訳は、わかりやすく、「時効期間の満了の前に (vóór de voltooiing van de verjaringstermijn)」とする。Spruit / Bongenaar, Fragmenta Vaticana, p. 15
- (84) 以上、Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 19f., 39
- (85) Kaser/ Knütel, S. 369. 婦女後見はディオクレティアヌス帝 (位284~305) の治世下でもなお有効だった。Cf. Berger, p. 748. その後遅くともコンスタンティヌス帝 (位【副帝期含む】306~337) の治世下で消滅した。Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 18 Anm. 10
- (86) Vgl. Hausmaninger, Bona fides, S. 20ff. 林「使用取得 (2)」は、女性の法的地位の向上によって、1世紀前半のプロクリス、遅くとも2世紀初期のケルススによって、女性の手荷物売買が正当原因として認められたと考えている。同309頁参照。また、この Vat. 1 についても、買主にとって女性が通常の売主となったということを示すとし、また、Gai. 2, 47/80は、女性の法的地位の確立前に妥当していたものと指摘する。同310頁注53参照。
- (87) Vgl. Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 21f. Behrends は、自らの意思で金銭を得た女性の利益よりも宗族員である後見人の利益が侵害されているとした上で、constitutio Rutiliana の適用により買主の取引の安全が優先されると指摘する。すなわち、手荷物の後見人の同意なくして費消できる金銭 (非手荷物) へと転化したことで、相続に関する見込みが著しく低下しているというのである。しかしながら、代金が支払われた場合とそうでなかった場合を比べれば、金銭

- という形にせよ相続財産として残存する可能性があったという意味で、前者の場合の方が宗族員の利益になったであろう。なお、婦女後見が後見人にとって「自益的」な制度であったという点は、Kaser/ Knütel, S. 369でも指摘されている。
- (88) 代金の支払がボナ・フィデースの一要素であったことは、既に Söllner が指摘している。Söllner, *Bona fides*, S. 24ff.; Söllner, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten*, S. 377
- (89) Behrends は、本稿と同様にプラウトゥス『幽霊屋敷』のこの一節を引用し、支払がボナ・フィデースにつながるという古典期前の根本思想が表れているという。また、ウルピアーヌスの格言“*nemo praedo est qui pretium numeravit*「対価を支払った者は誰でも略奪者ではない」(D. 5, 3, 13, 8)”にも支払が「善意」につながる構造が表れているという。Vgl. Behrends, a. a. O., S. 22, Anm. 22, S. 23f.
- (90) この作品については、いわばプラウトゥスの演劇の雛型的要素を持つものであり、他の作品もこの作品の設計を敷衍したものを見ることができると指摘されている。木庭顕『法存立の歴史的基盤』(東京大学出版会、初版、2009) 722頁参照
- (91) ラテン語の原文は、Plautus : *The Merchant. The Braggart Soldier. The Ghost. The Persian*, Edited and Translated by Wolfgang de Melo, Plautus Vol. III, Loeb Classical Library 163, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2011, p. 384による。
- (92) 劇の台本であるから、口語表現であり、正確には“*redditurus es*”であろう。
- (93) 以上、Vgl. Söllner, *Bona fides*, S. 24f.
- (94) Kunkel, W. : *Festschrift Paul Koschaker*, II. Band, Verlag Hermann Böhlaus Nachf., Weimar, 1939, S. 14
- (95) 以上、五十君麻里子「ローマ大衆の法知識—プラウトゥス喜劇における『笑源』としての法」法政研究 79巻3号(九州大学法政学会、2012) 214頁以下参照
- (96) Behrends は、同時代のローマ人、まずもって観衆として座っていた古典期前の法学者にとって、代金支払がボナ・フィデースにつながるというイメージが一般的であったと述べる。Behrends, *Zum Beispiel der gute Glaube!*, S. 24
- (97) こうした、ボナ・フィデースの「主観的理解」は、「客観的理解」を基礎とする論者によっては、痛烈に批判されよう。前掲木庭『法存立』(注90) 805頁、807頁注4・1・15参照。同著はローマ元首政以降、今日の実定法学に至るまで、主観的理解が客観的理解を「汚染」してきたとし、倫理的原理を持ち込もうとする Söllner を批判する。また、学説彙纂の法文に登場する「主観的な」ボナ・フィデ

ースであってさえ、「倫理」を持ち込むことは不当な扱いであるという。同著の論旨から見れば、本稿も同様に「知性の空疎を暴露する」ものとして批判されることになるだろう。

- (98) 例えば、現行民法94条2項の善意の第三者からさらに転得した者について、判例は、たとえ悪意でも、虚偽表示の無効を対抗されないと考えており（大判刑大正3・7・9刑1475頁）、絶対的構成をとっている。我妻は、端的に転得者が「善意者の地位を承継するからである」という理由を示している。我妻栄『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、2002）292頁。なお、判例通説によれば、第三者が悪意でその転得者が善意であるという場合、当該転得者を94条2項の第三者に含めるという形で保護し、実質的に見て「相対的構成」をとる。難波讓治「虚偽表示における転得者保護」名古屋大學法政論集254号（名古屋大学大学院法学研究科、2014）70頁参照
- (99) Söllner の結論はこうである。「ボナ・フィデースは、古典期ローマ法において誠実（善意）性 Redlichkeit、取引慣行 Verkehrssitte、行為道徳 Geschäftsmoral に基づいた、守られるべき契約準則（“Treu und Glauben”「信義誠実」）である。」Vgl. Söllner, Bona fides, S. 61. ただし、Söllner は取得者の主観面に着目しているのか行為の客観面に着目しているのか、はっきりとは明示していないと思われる。本稿は、ボナ・フィデースは取得者の主観面に着目した概念であるという立場をとる。
- (100) Behrends は Hausmaninger に対して、「統一的なローマ法学」を前提とし、共和政期法学の影響、また帝政期のサビーヌス、プロクルスという両学派の対立の残滓に配慮していないと批判する。Vgl. Behrends, Zum Beispiel der gute Glaube!, S. 18

