

フリッツ・シュルツ

# 「古典期ローマ私法」(VI)

(第V部 債権債務関係の法)

早稲田大学ローマ法研究会

佐藤 篤士 監訳

Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1961, Oxford University Press  
(Part V Law of Obligations)

本邦訳は Oxford University Press より翻訳が認められたものである。

## 目 次

### 第Ⅴ部 債権債務関係の法

#### 序説

#### 第1章 契約法

1. 序
2. 問答契約一般（以上第55巻1号）
3. 問答契約の特殊な型態（以上第55巻2号）
4. いわゆる文書契約
5. 要物契約一般
6. 消費貸借と使用貸借
7. 寄託と質
8. いわゆる無名要物契約（以上第56巻1号）
9. 諾成契約一般
10. 売買（以上第56巻2号）
11. 賃約
12. 組合
13. 委任（以上第57巻1号）
14. 法務官法上の無方式契約

#### 962 概念

- i. 債務の弁済期日の約束 963 告示と方式書 964 要件 965 効果  
966 機能 967 他人の債務の弁済期日の約束 968 古典期以後の法
- ii. 銀行業者の引受契約 969 銀行業者の引受契約
- iii. 仲裁引受契約 970 仲裁引受契約
- iv. 船主、旅館の主人、厩舎の主人の引受契約 971 船主その他の引受契約

#### 補論 贈与と加入

- i. 贈与 972 概念と形態 973 キンキウス法 974 負担つき贈与
- ii. 加入 975 ウェッラエウス元老院議決

#### 第2章 不法行為法

##### 1. 序

- 976 不法行為と不法行為から生ずる債権債務関係の概念 977 古典期の

罰金訴権の機能とその消滅 978 本書の扱う範囲

## 2. 盗

i. 概念 979 定義はできない 980 持ち去ること 981 不法な使用  
982 占有侵奪のない盗 983 物の受領による盗 983 a 抵当権設定者  
による抵当の譲渡 984 詐欺は盗でない 985 破壊は盗でない 986  
客体 987 所有権のもとにある物 988 所有者の意に反して 989 悪  
意と盗をなす意思 990 利得 991 盗はつねに占有侵奪とはかぎらない  
992 領得

ii. 古典期の盗の定義の推定 993 サビームス 994 D.(47.2) 1. 3.

iii. 盗から生ずる訴権 995 概観 996 非現行盗訴権 997 現行盗訴  
権 998 暴力強奪物訴権 999 評価 1000 誰が盗訴権について権限を  
持ったか 1001 誰が暴力強奪物訴権に対する権限を持ったか 1002 盗  
訴権の罰金的性格 1003 暴力強奪物訴権の罰金的性格（以上本号）

## 14. 法務官法上の無方式契約 (*pacta praetoria*)

(559)

### 962 概念

これまでローマ市民法によって認められた契約について述べてきたが、次にいわゆる法務官法上の無方式契約、すなわち法務官法上の訴権を生ぜしめる無方式契約 (560) に目を転ずることにする。すでに述べたように (前述, 802), *pacta praetoria* という用語は古典期の法律家たちの知るところではなく、また彼等はけっしてこれらの場合に *pacta* とは表現していない。しかしながら実際には、これらの合意は約定であり、無方式の契約であるから、われわれも伝統的で便宜であるこの用語を用いてもいいだろう。本書でこれを論ずる箇所は諾成契約の後が適当である。議論を古典法、より正確にはハドリアヌスの『告示録』に限定する。そしてこの目的からは若干の簡単な検討で十分であろう。実際これらの約定は他と比較すれば、それほど重要ではない。

#### i. 債務の弁済期日の約束 (*constitutum debiti*)

### 963 告示と方式書

1. 「金銭の弁済期日の約束について」(*de pecunia constituta*) という標題のもとで、法務官は、(ハドリアヌスの告示録に従えば) つぎのような言葉で訴権を与えることを約束した。

「金銭債務の支払期日を約束する者については、私は彼を相手方とする訴訟を承認しよう」(*Qui pecuniam debitam constituit se soluturum esse, in eum iudicium dabo.*)

この文脈における *constituere* の意味は、「確認すること」、「確証すること」ではなくて、債務を支払うべき特定の期日を定めることである。Dが問答契約で1月1日にCに対し100〔金〕を支払うことを約束した場合、これを *constituere* と呼ぶこともできたが、それはこの告示条項の意味における *constituere* ではない。それは期日の確定が契約の要素であって、金銭債務の弁済期日を約束すること (*constituere debitam pecuniam*) ではなかった。告示の *constitutum* は債務の存在を条件としたのである。しかし、Dが1月1日にCに100〔金〕を支払うことを問答契約によって約束し、その後CとDが合意して、その債務は来る7月1日に支払われるものと

した場合、これは告示の意味における弁済期日の約束、すなわち既存債務の履行のために特別の合意によってなした期日の確定であった。この行為から法務官法上の金銭の弁済期日の約束訴権 (*actio de constituta pecunia*) が発生した。その方式書は残っていないが、レーネルの再構成は正しいにちがいない。というのは、この方法でつくられた方式書によってのみ、この制度全体の起源と機能の理解が可能となるからである。方式書はもちろん事実に基づいて作成され (*in factum concepta*)、それによって原告が元の債務額のみならず、その支払遅滞による損害賠償をも得られるように作成されている。

「もし被告が原告に 1 万セステルティウスの支払期日を約束したのに、約束し (561) たことを行わず、約束されたものが行われなかったことが、原告によるものではなく、かつ約束した時に上記金銭が債務であったことが明白ならば、そのものが有する額、その金銭について、審判人よ、被告が原告に対して有責であると判決せよ。…」 (*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia constituisse se soluturum, neque fecisse quod constituit neque per Aulum Agerium stetisse quo minus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.*)

*neque fecisse quod constituit* (約束されたものが行われなかった) という言葉は、*quanti ea res est* (そのものが有する額) が債務額及び遅滞による損害賠償を包含していることを示している。この訴訟において原告は賭金 (*a wager of law*) を要求することができた。原告の請求に応じて、被告は、自己が敗訴した場合には、原告が法務官法上の訴権により請求した額の 2 分の 1 を支払うことを誓約 (*sponsio*) によって約束しなければならなかった。他方、原告は、被告が勝訴した場合、同一額の半分を支払うことを約束しなければならなかった (2 分の 1 訴訟額の誓約と再約 *sponsio et restipulatio demidiae partis*)。この 2 分の 1 は罰金と考えられ、誓約は罰金の誓約 (*sponsiones poenalis*) であったが、法務官法上の訴権自体は罰金訴権ではなかった。だからこれは弁済期日の約束者 (*constituens*) の相続人を相

手どっても認められ、また一定期間内に提起する必要もなかった（それは1年訴権 *actio annua* ではなかった）。

#### 964 要件

法源 D. (13. 5) 18. 1. 実質的には真正である；D. (13. 5) 30 [duobus] *pecuniam* <quam tibi debet> *constituerit* <se> *tibi aut Titio* <solutuum> [etsi stricto] <ipso> *iure* [propria.....constitutae]；[tamen] <tamen> <sed petente te>. Beseler, Z xlv (1925), 439 及び Koschaker, Z lxiii (1943), 475 参照；D. (13. 5) 1. 8. 実質的には真正である。Astuti, 2. 217.

2. 弁済期日の約束は、債務がすでに存在する場合にのみ行うことができた。告示録は金銭債務について（金銭の弁済期日の約束について *de constituta pecunia*）しか述べていない。事実その範囲はもともとはもっと狭いもので、確定貸金訴権（*actio certae creditae pecuniae* 前述, 809）によって執行しうる金銭債務に限定されていた。しかし、法律家たちは解釈によって弁済期日の約束の本来の範囲を拡大したのであった。問答契約または消費貸借（*mutuum*）によって一定量の代替物の引渡の義務を負う場合、その債務の弁済期日も同様に約束できた。要するに、確定金銭（*certa pecunia*）または確定量（*certa quantitas*）によるものであれば、いかなる債務（たとえば買主の代金支払債務）も明らかに弁済期日の約束をなす基礎としては十分であると考えられた。弁済期日の約束は特定債務（*debitum*）についてのみできたので、弁済期日の約束は、元の債務額を越えることはできず、また元の債務と異なる項目を含めることもできなかった。

#### 965 効果

法源 前項要件の項参照

3. 弁済期日の約束には更改（前述, 815）の効果はなかった。したがって元の債務の発生が問答契約によるものであれば、その場合債権者は債務者に対してふたつの訴権、つまり問答契約に基づく訴権（*actio ex stipulatione*）と金銭の弁済期日の約束に関する訴権（*actio de constituta pecunia*）とを有した。もちろん債務者は1 (562) 度支払いさえすればよかったし、またたとえ問答契約から生ずる債務が弁済受領問答契約（*acceptilatio* 仮装弁済 *imaginaria solutio*）によって解消された場合でも、

債務者は法務官法上の訴権に対しては抗弁によって保護された。しかし元の債務が他の方法、すなわち履行または仮装弁済によらないで消滅した場合、法務官法上の訴権はそのまま残った。つまり弁済期日の約束は、これが行われた時に債務が存在することを条件としているけれども、その債務の存続とはかかわりがなかったのである。

次の例を考えてみよう。Dが問答契約によって100〔金〕をCに負い、Sが参加誓約人（前述、839）として同額のこの100〔金〕を負った。その後Sは誓約によって（*ex sponsione*）自己の債務の弁済期日を約束した。そこで誓約人の債務が誓約人の死亡によって解消された（前述、852）ことを想像してみよ。さてSが死ねば、誓約による債務は消滅するが、弁済期日の約束から生ずる法務官法上の訴権はそのまま残り、Sを相手どって成立した。さらにフリーウス法（*lex Furia*）によれば、誓約人は2年の経過後に解放された。だからこの期間の経過後、Sは誓約による債務から解放されたが、彼を相手方とした法務官法上の訴権はそのまま残った。

#### 966 機能

4. この複雑な装置の目的は何であったか。債務の弁済期日の約束の実際の機能は何であったか。この問題は活発に論じられてきており、今日では明確な解答を与えることができる。法務官法上の訴権は、債務者の死亡や期間の経過によって主たる債務が消滅することから債権者を保護したが、弁済期日の約束の主な目的は次のようであった。確定貸金訴権において、債務者遅滞（*mora debitoris*）の場合に損害賠償が認められなかったことを想像してみよう（前述、813）。債務者が問答契約によって7月1日に100〔金〕を支払わねばならないのに、その日に支払わなかったとすると、債権者は確定貸金訴権では債務者遅滞による利息を得ることはできなかった。なぜならば、方式書の判決（*condemnatio*）（前述、809）は確定（物・金銭）の判決（*condemnatio certa*）であったからである。この点について弁済期日の約束はひとつの救済をもたらした。というのは、法務官法上の訴権の方式書は、審判人に支払い遅滞に対する損害賠償を許与する権限を認めたからである。これが弁済期日の約束の主な目的であったし、またそうあり続けた。さらに2分の1訴訟額の誓約は債権者にとって一層有利なものを含んでいた。すでに述べたように（前述、



964), 弁済期日の約束は、元来、確定貸金訴権によって実現しうる債務にのみ関するものであった。したがってここで告示による救済が必要であったことは明らか (563) である。その後、弁済期日の約束は他の種類の債務に拡大された。しかし、もし一定額の金銭が遺贈によって残された場合も、事情は同じであった。というのは、受遺者は債務者遅滞の場合、遺言訴権(*actio ex testamento*) によって損害賠償を請求することができたからである。もちろん弁済期日の約束にかかわる債務が誠意訴権で実行できた場合 (たとえば売主訴権 *actio venditi*), 債権者は「信義により」(*ex fide bona*) という方式書の文言によって誠意訴訟 (*iudicium bonae fidei*) で遅滞に対する損害賠償を請求できたし、また弁済期日の約束に含まれた利益は2分の1訴訟額の誓約だけだった。しかし法務官がこの救済を発明したのはこのような債務のためではなかった。

#### 967 他人の債務の弁済期日の約束 (*constitutum debiti alieni*)

法源 *Paul. Sent.* (2.2) 1.

5. これまで考えてきたことは、債務者と債権者の間の弁済期日の約束 (自己の債務の弁済期日の約束 *constitutum debiti proprii*) の場合のみであったが、告示は他人の債務の弁済期日の約束をも規定した。DがCに問答契約によって100 [金]を負った。この債務についてAはCと弁済期日の約束をした。この結果、CはDを相手どっては問答契約に基づく訴権を、Aを相手どっては法務官法上の訴権を有した。これは保証に類似しており、このことは法務官によって実現された。この場合にも法務官法上の訴権は罰金訴権 (前述, 963) でなかったが、1年以内に限り行使することができた (1年訴権) し、また約束者の死亡によって終了した。法務官は、さきほど述べた参加誓約人 (前述, 963) に関する原則を模倣し、ただひとつ1年をフリーウス法の2年に置き代えたにすぎなかった。他人の債務の弁済期日の約束は、確かに問答契約を必要としない一種の保証であった。けれどもこれは主として賭金の危険があまりに大きかったために、信命 (*fideiussio*) の代用としては十分ではなかった。

#### 968 古典期以後の法

6. 古典期以後の時代になると、この技術的な制度はすべて、あまりに密接に方

式書訴訟手続と結びついたので、衰退した。賭金はまったく姿を消し、自己の債務の弁済期日の約束はもはや行われなくなった。他人の債務の弁済期日の約束は存続したが、531年のユースティニアヌスの立法（C. 14. 18. 2）によって信命に同化された。したがっていかなる種類の債務もこの時代には弁済期日の約束をなす基礎となりえた。問答契約（信命に必要である）を後方に押込め、それを無方式契約（564）に代えようとするユースティニアヌスの傾向は、この場合にも明らかである（前述、561）。

## ii. 銀行業者の引受契約

### 969 銀行業者の引受契約（*receptum argentarii*）

この引受契約は、銀行業者が顧客の債務を支払うことを約する無方式契約であった。AがCに100〔金〕を負った。Aは、銀行業者Bにこの同一の金額100〔金〕を支払うことについてCと約束するよう（弁済を引受けること *recipere solvi*）依頼した。Bがこれを約束した場合、法務官はCに銀行業者を相手どっての特別の法務官法上の訴権（引受訴権 *actio recepticia*）を与えた。この引受契約は他人の債務の弁済期日の約束に酷似していたので、ユースティニアヌスはこの両者を合体させたのである。

*recipere* はこの意味のほかに、以下の二つの *recepta* のように「記された、またはまかされた業務の執行を負うこと、引受けること、受託すること」を意味した。たとえば、Cicero, *Divin. in Caecil.* 8. 26 は次のように言う。「私は、この裁判において、シキリア人の訴訟の引受けがローマ人のものの受託であると判断する。」（*ego in hoc iudicio mihi Siculorum causam receptam, populi Romani susceptam esse arbitror.*）

## iii. 仲裁引受契約

### 970 仲裁引受契約（*receptum arbitrii*）

当事者双方は、紛争を仲裁に委託し、仲裁人を指定する契約を締結できた。もちろん指定された者にはこの職務を引受ける義務はなかったが、彼が無方式契約によって受託した（仲裁を引受けること *recipere arbitrium*）場合、彼は、私法によって（*iure privato*）ではないが、義務を負った。当事者は彼に対する訴権をもたな

かったが、法務官は命令権 (*imperium*) によって、つまり罰金の宣告 (*multae dictio*) や差押え (*pignoris capio*) によって彼を強制できた。しかし法務官が強制権を適用したのは、当事者がふたつの違約罰問答契約によって判決の執行を保証した場合のみに限られた。それゆえ原告と被告は各々、自己が仲裁人の判決に従わなかった場合、罰金を支払うことを他方に約束しなければならなかったのである。告示は次のように述べている。

「金銭〔の支払い〕についての仲裁契約の締結後に仲裁を引受けた者については、私は彼が判断をなすことを強制しよう」(*Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam.*)

金銭〔の支払い〕についての仲裁契約の締結 (*pecunia compromissa*) とは2つの違約罰問答契約 (相互諾約 *com-promissa*, 相互に諾約した) を指しており、これが仲裁契約に *compromissum* という名称 (もちろん英語の *compromise* と翻訳されるものではない) を与えたのであった。

iv. 船主, 旅館の主人, 厩舎の主人の引受契約

971 船主その他の引受契約 (*receptum nautarum, etc.*)

法源 D. (4. 9) 5; (4. 9) 1. 1, 完全に元のままではない。D. (4. 9) 3. 1; Lenel, Z xlix (1929) 1 ff. をあわせて参照。重要な碑文として *ILS* 7478 を参照。

これらの引受契約は、船主 (*nauta*), 旅館の主人 (*caupo*), 厩舎の主人 (*stabularius*) が、船舶, 旅館, 厩舎内に預った物品の安全につき責任を負う (物品が (565) 安全たるべきことを引受けること *rem salvam fore recipere*) 無方式の契約であった。法務官は告示で次のように宣告した (Lenel, *Edict.* § 49)。

「船主, 旅館の主人, 厩舎の主人が、各々のものが安全であることを引受け、返還しないかぎり、私はこれらの引受人を相手方とする訴訟を承認しよう」(*Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.*)

告示と方式書の文言によれば、これらの引受契約に伴う責任は無限であったが、古典期の法学者はこれを保管 (*custodia*, 前述, 885) の責任に縮小した。またこれ

らの場合に編纂者たちは保管を保管における注意 (*diligentia in custodiendo*) に変えることをしなかった。この責任は明示的な合意に基づいていた。この合意にはなんらの方式も必要ではなかったが、船舶、旅館、厩舎への物品の搬入だけでは十分でなかった。しかしユースティーニアヌス法のもとでは、物品の搬入は合意を意味した。

なぜこれらの場合のために特別の訴権が法務官によって創設されたのか、疑問を提起する人がいるかもしれない。船主、旅館の主人、厩舎の主人との契約は多くは賃約 (*locatio conductio*) であり、賃貸人と賃借人は保管の責任を負った (前述, 941)。しかし告示上の責任は元来保管に限定されたものではなく、古典法においてさえ、貸主訴権 (*actio locati*) または借主訴権 (*actio conducti*) は必ずしも十分な救済手段ではなかった。客が物品を旅館の自分の部屋に持込んだ場合には、賃貸人は確かに借主訴権のもとでは保管に責任を負わなかった。学説彙纂のあるテキストが断言するところによれば、旅館の主人を相手方とした法務官法上の訴権が必要とされたのは、旅館の主人が窃盗と協同するかもしれない、信用できない人であったからであった。だがこれは厳格な責任を正当化しようとする、古典期以後の愚かな試みであった。確かに旅館の主人の評判は悪いものであったが、それは法務官がこの訴権を導入した理由ではなかった。船主と厩舎の主人の評判は悪くなかったが、それでも法務官は同じ厳格な責任を課した。船主は告示条項の中で冒頭に述べられてさえいる。したがってこの古典期以後の正当化の試みは明らかに抛棄されるべきであった。

ユースティーニアヌスの形式における (すなわち黙示的契約としての) 船主その他の引受契約は、残存する唯一の法務官法上の契約である。それは現代大陸法における運送業者や旅館業者の責任に対するひとつのモデルとして役立った。

(中村達, 谷口貴都)

## 補論 贈与 (*donatio*) と加入 (*intercessio*)

(566)

### i. 贈与 (*donatio*)

#### 972 概念と形態

法源 D. (12. 1) 18pr. *acceperit* まで。

1. 贈与は契約ではなかった。そうした理由から、贈与はおよそ契約法のなかで論じられることはありえないのだが、伝統的に債権債務関係の法の範囲においてそれが位置づけられているので、われわれはそれを契約法に対する補論の中に組み入れることにした。

古典期の贈与は、当事者の一方の財産を相手方の出捐により増加させ、その行為が贈与原因 (*donationis causa*) によりなされることに当事者双方が合意している法律行為であった。「贈与原因により」という言葉は、せいぜいのところ消極的なやり方で定義されうるにすぎない。つまり、財産を増加させることが受贈者を富ませる以外のいかなる法的目的をも持っていないことに当事者双方が合意した場合、行為は「贈与原因により」なされたことになる。

DがCに100〔金〕を支払う義務があって、AがCにこの金額を支払ったとしよう。AはCに贈与をなしたのではなかった。Aは弁済原因 (*solvendi causa*) により支払いをなしたからである。他方、DはAの出捐により富むことになる。D (567) はCに対する負債を免れるからである。しかしながら、Aの支払いはいつもDへの贈与を意味するとは限らない。たとえば、AはDの受任者(*mandatarius*) または事務管理人 (*negotiorum gestor*) として行為したのかもしれない。しかし、Dを富ませることが支払いの唯一の目的であることにAとDが合意した場合には、Aの支払いは、Cに関しては弁済 (*solutio*) であり、同時に、Dについては贈与なのである。この合意は支払いに先行していてもよいし後になされてもよいのだが、もし合意がなされなかったならば（そして、財産を増加させることに對し別のなんらの原因もなかったならば）、財産を増加させるのは不当とされて、Dは原因なき不当利得返還請求訴権(*condictio sine causa*) に対して責任を負わされた。

このように、ある者の財産を他の者の出捐により増加させることになるあらゆる法律行為が贈与であると言えるだろう。すなわち、それらは、引渡 (*traditio*)、握取行為 (*mancipatio*)、問答契約 (*stipulatio*)、要式免除契約 (*acceptilatio*)、不請求に関する無方式合意 (*pactum de non petendo*) である。売買さえも贈与原因によりなされることがある。つまり、AがBに物を売却し、その際に、当事者双方が、代価はその物の等価格以下で（この場合Bが受贈者）あるいは等価格以上で

(この場合Aが受贈者)あることに合意した場合である。このような贈与との混合行為(negotium mixtum cum donatione)は、贈与の法が部分的に適用された売買である。たとえば、もしそのような売買が夫婦間で行われたとすれば、夫婦間贈与は禁止されていたのであるから、それは無効であった。

贈与原因(causa donandi)に基づく合意は、いかなる贈与にも等しく必要とされたが、そのような合意とは別個になんら贈与の意思(animus donandi)の必要性は存在しなかった。古典期のテキストの中にこの意思(animus)を見出すときは、われわれはいつもインテルポラティーオーであることを認めなければならない。

贈与に関するこの大ざっぱな説明にはある程度の限定が必要である。使用貸借(commodatum)、寄託(depositum)、委任(mandatum)は贈与のいかなる種類のものでもない。また、信命(fideiussio)は、債権者に対するものも主たる債務者に対するものもいずれも贈与ではない。相続人指定(institutio heredis)も遺贈の遺留分も贈与ではない。遺言人がAを指定し、Bを補充指定(substitutio vulgaris 通常補充相続人指定)したと仮定してみよう。Aが相続財産の受領を拒絶した。そこで相続財産はBに帰属することになった。たとえそのような結果に対してAとBが合意していたとしても、これは贈与ではない。

われわれは、すでに死因贈与(donatio mortis causa)については取り扱ったことがあり、ここでは、生前贈与(donatio inter vivos)に限定する。

### 973 キンキウス法 (lex Cincia)

法源 *Fr. Vat.* 275, 310, 311, 312. 最初の文章; D. (39. 5) 21. 1. 最初の文章 [immodicae]; [donationis] <legis Cinciae>; (39. 5) 24. [supra.....legis].

2. 古典法のもとでは、ある種の贈与が禁止された。すでにわれわれは夫婦間の贈与については述べた。前 204 年のキンキウス法は、一定額を超える贈与を一般的な言葉で禁止した。特定の者たち、おそらく近親者への贈与だけはこの禁止から除外された (personae exceptae 除外された人びと)。この禁止についてはきわめてしばしば言及され、また『ヴァティカン断片』(*Fragmenta Vaticana*) には「キンキウス法注解」(ad legem Cinciam) という表題が見られるのであるが、キンキウス法によって確定された額に関して、法源はずっと一貫して沈黙を保っている。法

学者たちは、この法律を不完全法 (*lex imperfecta*) とみなした。したがって、禁止された贈与も市民法(*ius civile*)によれば有効であった。しかし、法務官は、贈与者がまだ完全に贈与を果たしていなかった場合にきり (*donatio imperfecta* 不完全な贈与)、贈与者に対する抗弁 (*exceptio legis Cinciae* キンキウス法の抗弁)を承認することによってだけだが、この法律を執行したのである。完全な贈与 (*donatio perfecta*) はもはやどこからも排撃できなかった。さらにまた、この抗弁は、贈与者が贈与を撤回することなく死亡した場合には、悪意の反抗弁 (*replicatio doli*) によって無効とすることもできた (キンキウス [法の抗弁] は死亡によって取り除かれる *morte Cincia removetur*)。

次のような事例を考えてみよう。(1)引渡によって贈与者が受贈者に手中物を引き渡していた。贈与者は所有物取戻訴訟 (*rei vindicatio*) を援用して受贈者を訴えることもでき、また、もし被告が贈与されかつ引渡された物の抗弁 (*exceptio rei donatae et traditae*) を援用したならば、贈与者はキンキウス法の反抗弁 (*replicatio legis Cinciae*) を援用してそれに対抗することもできた。(2)贈与者が手中物を引き渡さないで握取行為によってそれを受贈者に譲渡した。受贈者が所有物取戻訴訟を援用して贈与者を訴えた場合、贈与者はキンキウス法の抗弁により保護された。(3)贈与者が問答契約によって受贈者になにかを約束した。もし受贈者が問答契約に基づく訴権 (*actio ex stipulatione*) により贈与者を訴えたならば、贈与者はキンキウス法の抗弁によって保護された。しかし、贈与者がその約束を果たした場合には、贈与は完全 (*perfecta*) となり、もはやどこからも排撃できなかった。『ヴァティカン断片』(*Fr. Vat.*) 266 に言及された非債弁済の不当利得返還請求訴権 (*condictio indebiti*) は確かに偽造されたものである。キンキウス法は古典期以後の時代に廃止された。これは、『テオドシウス法典』(*Codex Theodosianus*) 8.12.4. でそれについて言及されているので、438年以後生じたに違いない。ユースティニアヌスはその他の制限を導入したが、それは、時期に編纂者たちがキンキウス法により課せられた制限に取って代えたものであった。

#### 974 負担つき贈与 (*donatio sub modo*)

法源 *Fr. Vat.* 286 (前述, 825参照); C. (4. 6) 2 [*condictionis*]; (8. 53)

9 [incerto.....verbis] <condictione>; [ut.....provideat].

3. 負担つき贈与とは、受贈者との無方式合意によって、贈与者が、自分またはある第三者のためになんらかの履行をなす義務を受贈者に課した贈与であった。たとえば、ある者が、贈与者または第三者に生涯にわたってフラットを提供する義務をAに課し、贈与原因によって彼に家屋を与えることもできた。古典法のもとでは、負担 (modus) は強制しうるものでなかった。贈与者も第三者も履行を求めるため (569) の訴権を持っていた。しかし、贈与者は、不履行の場合には贈与を撤回し、不当利得返還請求訴権を援用してその物の返還を求めることもできた。一定の期間が経過した後に、受贈者が受贈した物を第三者に渡すことを要求された場合、古典期のある皇帝たち (その名は不明である) は、第三者に履行を求めるための訴権を認めた。ユースティーニアヌス法のもとでは、受贈者が負担を履行しなかった場合には、贈与者は不当利得返還請求訴権を有し、さらにまた、その履行を求めるための前書訴権 (actio praescriptis verbis) を有した。また前書訴権は、受贈者が履行をなすことを要求された第三者のためにも認められた。

用語法に関して、専門的な意味での負担 (modus) は、古典期の法学者たちには知られていなかった。もっとも、彼らはそれが描いている法現象には熟知していた。テクニカル タームとしての負担 (modus) はユースティーニアヌスの『ローマ法大全』(*Corpus iuris*) に見出される。すなわち、D. (35. 1) 表題「遺言書に書かれた条件、請求原因の表示、原因および負担について」(De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur)。C. (6. 45) 表題「負担つきで遺贈されまたは信託遺贈されて残されるものについて」(De his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur)。C. (8. 54) 表題「負担つきでまたは条件つきでまたは特定期間の後になされる贈与について」(De donationibus quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur)。

ii. 加入 (intercessio)

975 ウェッラエウス元老院議決 (senatus consultum Vellaeianum)

法源 D. (16. 1) 2. 1.



加入は、贈与と同じように特別の契約ではなかった。古典期の加入の概念は、ウェッラエウス元老院議決を根拠としていた（ネロ治世下のものであり、伝統的に言われるように46年のものではない）。これはまさしく反動的法律で、その当時反動の中心となっていた元老院の一般的態度に従ったものであった。元老院は、ふたたび古いローマの原則を宣言したのである。すなわち、「女子が男の義務を果たすのは正当でない」(*mulieres virilibus officiis fungi non est aequum*) し、そうした理由から（「弱い性」*imbecillitas sexus* を理由としてではない）、女子が他人の負債のために自ら責任を負うことになるような法律行為をなすこと（他人のために被告となること *pro aliis reae fieri*）を禁止した。この皮相的で不体裁な言い回わしの法律は、明らかにふたつの事例をさしていた。つまり、(1)保証（誓約 *sponsio*, 信約 *fidepromissio* および信命 *fideiussio*, 前述, 839 以下）(2)直ちにその金銭を他人に渡すような女子に金銭の消費貸借をなすことである。

この元老院議決のテキストは、『学説彙纂』(D. 16. 1. 2) によって伝えられるにすぎない。編纂者たちは、誓約と信約を無効として、伝統的な *placeret* 〈一般 (570) に認められる〉に代えて不体裁な *oportet* 〈すべきである〉とした。*mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae* という文章は、「女子が他人のために(*quibus=pro quibus*) 介入してその者のために女子に与えられる金銭の消費貸借」を意味する。

これを基礎として、古典期の法学者たちは、加入の技巧的な概念を発展させた。それを一般的で理解しやすい定式によって正確に定義することはほとんど不可能である。われわれは単に、加入とは、女子が経済的にみれば自分自身のものでない負債のために責任を負うようなあらゆる法律行為であったと述べることはできても、この定義は個々の事例を引き合いに出すことによってはじめて理解しうるものとなるにすぎない。

一例をあげれば十分である。セイア (Seia) が C に金銭の消費貸借を申し込んだとしよう。C が D に貸金を与え、D はそれをセイアに渡した。他方、セイアは信命人として C に義務を負った。法的にみれば、セイアは D の負債を負担したが、経済的にみると、それは彼女自身の負債であった。このように、元老院議決はは

っきりと信命に言及しているけれども、信命はこの事例においてはその禁止に該当しなかった。

元老院議決に該当した女子の法律行為は、市民法によれば無効ではなかったが、法務官は法務官の職務 (*officium praetoris*) に基づいて方式書に挿入された抗弁 (*exceptio senatus consulti Vellaeani* ウェッラエウス元老院議決の抗弁) を承認した。

「ウェッラエウス元老院議決注解」(*ad senatus consultum Vellaeianum*) という表題のもとでは、法務官告示はそのような抗弁を取り扱わ<sup>な</sup>かったが、法務官が女子の介入によって損失を蒙った債権者に認めたふたつの訴権については取り扱っている。

1. DはCに100〔金〕を支払う義務があった。セイアは、Dから同額を受け取らずに更改(前述, 815)によって債務を負担した。そこでセイアはその抗弁により保護され、CはDを相手方とする自分の訴権を失った。法務官は、擬制的な方式書 (*formula ficticia* : 「もしセイアが加入しなかったとすれば、その場合被告——この場合D——は原告に100〔金〕を与えることを要するならば、……」 *Si Seia non intercessisset, tum si Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oporteret*……) を用いて、Dを相手どった新たな訴権(回復訴権 *actio restitutoria*) をCに認めた。

2. CはDに金銭の消費貸借をなすよう準備した。Cはセイアの介入によってセイアに貸金を与え、セイアはそれをDに渡した。法務官は、消費貸借に基づく訴権 (*actio ex mutuo*) を有していたCがセイアの介入によりそれを失ったので、Dを相手どってCに訴権(設定訴権 *actio institutoria*) を認めた。

この不幸にみまわれた法律は、ユースティーニアヌス法にはわずかな修正を施されただけで存続され、さらに修正されて、中世から近代に至るまで大陸法に存続された。南アフリカ連邦では、今日でもなお効力を有している。古典期の加入の法は、古典期の法律解釈の技術についての教訓的な例として、いまだに興味深い。また、それは共和政末期において到達された女子の家父権免除に対する反動の始まり (571) を示しているので、なお興味深いものがある。 (西村 隆誉志)

## 第2章 不法行為法

### 1. 序

(572)

976 不法行為 (delictum) と不法行為から生ずる債権債務関係 (obligatio ex delicto) の概念

法源 Gai. 3. 88; 3. 182. Gai. 4. 182 と *Inst. Inst.* (4. 16) 2 を比較せよ。編纂者たちは、市民法にいかなる基盤も持たず純粹に法務官法上の救済であったので、ガーイウスが慎重に排していた悪意訴権 (actio de dolo) をこれに加えた。さらにまた、D. (44. 7) 1 pr.

有力な古典期の法学者たちの法律用語においては、delictum とは、市民法 (ius civile) によって罰金的な債権債務関係 (obligatio ex delicto) と罰金訴権 (civilis actio poenalis 市民法上の罰金訴権) とを生じさせる非行を意味した。法学者たちは、時には delictum の代わりに maleficium という言葉を用いた。罰金訴権の一般的性格についてはすでに述べてあるので、読者には、われわれが先に指摘した点をもう一度読んでもらいたい。

このように delictum (maleficium) と obligatio ex delicto は市民法に限定された。たとえば悪意訴権のような、名誉法上の罰金訴権が存在したが、それらに関しては、このような言葉は用いられなかった。

crimen (犯罪) というのは、古典期の法学者たちによると、刑法によって罰を科せられる非行を表わすのに用いられた。

以上が、古典期の指導的な法学者たちの用語法であり、おそらくそれはまた元首官房の用語法でもあった。しかしながら、有力な法学者に属していなかったガーイウスは彼独自のやり方をとった。すでに前に指摘したとおり(前述, 789), ガーイウスはそのすべてというわけではないが、特定の法務官法上の罰金訴権を obligationes ex delicto とみなした。古典期を通じて彼の説を継承する者はみられなかったが、古典期以後の法学者たちがガーイウスの考えを採り、それをさらに発展させたことは明らかである。すなわち、古典期以後の法学者たちは、市民法と名誉法との融合によって、原則として古典期の用語をすべての名誉法上の罰金訴権に適用

させていったのである。crimen もまた、今や罰金訴権を生じさせる非行を示すのに用いられた。

本書では、古典期の用語法を無視して、古典期以後の用語法を採用することにする。というのは、われわれとしては、市民法をも名誉法をも包摂する用語を望んでいるからである（前述，790）。そのような理由から、われわれは不法行為を次のように定義する。すなわち，delictum とは、市民法によるものであれ名誉法によるものであれ、罰金的な債権債務関係と罰金訴権とを生じさせる非行である。

### 977 古典期の罰金訴権の機能とその消滅

(573)

古典期の罰金訴権は、有形無形の利益に対し強力な保護を与えるものであった。それにもかかわらず、これらの訴権の範囲が広範囲にわたっていることは、われわれにとって驚くべきことである。古典時代の文化、とりわけその法文化の中では、これらは非常に原初的で古い様式を持っていたと思われる。というのは、今日、われわれは、国民に刑罰を科すのは原則として国家の義務であり、私法は損害賠償を求める訴訟に限定されるべきだと考えるからである。つまり、私法上の罰金訴権は無形的な利益の保護（人格権侵害訴権 *actio iniuriarum*）についてのみ正当だと考える。しかしながら、ローマの刑法は、共和政末期にはまだ民事法の水準にはるかにおよばなかった。すなわち、内乱と戦争の二世紀は、行政活動を麻痺させ、刑法の発展を妨げていたのである。また査問会（*quaestiones*）の制定法は十分なものでなかった。このようにして、罰金訴権は不十分な刑法を補うものとして機能した。

Pollock and Maitland, *History*, ii, 1911, 522 を参照せよ。「エドワード一世の治世下、わがイギリスの立法者たちのお気に入りの考えとは、『悲嘆にくれている当事者』に2倍額とか3倍額の損害賠償額を与えることであった。彼らは、国王の役人であれ一般臣民であれ、正義に照らして犯罪者を訴追するのにはたらくべき『公的告発』やあらゆる訴訟手続にほとんど信頼を寄せていなかった。損害を蒙った者からはむしろそれ以上のことが期待されたのであった。もし彼らが彼にむだ骨折りをさせないとすれば、彼は感動したことであろう。そこで、イギリスに特徴的なやり方で、罰は民事訴訟の過程で科せられるべきものとした。それは数倍額の賠償金という形態をとった」。これは、共和政末期におけるローマ

の法状況をも適切に言い表わしているものである。

元首政のもとでは、刑事裁判はさらにいっそう迅速に処理されたが、私法上の罰金訴権はそのまま修正されずにおかれた。それらはハドリアヌスの『告示録』に編纂され、古典期全体を通じて効力を保った。もっとも蓋然性があるのは、裁判官が被害者に対して損害賠償額を査定する権限をも与える競合的な刑事訴訟手続が、とくに属州において、実務のうえでしだいに私法上の罰金訴権に取って代わるようになったことである。しかし、古典期の法学者たちは、ローマでは一般にこの発展になんら注意を払わず、罰金訴権に関する法があたかも現行法であるかのようにそれを熱心に論じ続けた。古典期以後における罰金訴権の歴史はいまだに不明瞭である。ユースティーニアヌス法ですら、十分に分析されてこなかったのである。しかし次のことはきわめてはっきりしている。すなわち、罰金訴権はユースティーニアヌスによって廃止されなかったということである。たとえば、『学説集纂』のひとつの長い表題が盗訴権 (*actio furti*) に充てられた (*D. 47. 2*)。もっとも、その表題の最後のテキストにおいて、編纂者たちは、「今日では、被害を受けた当事者はむしろ刑事裁判所に告訴するほうを選んでいる」(*meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi*) [*D. 47. 2. 93*] と告白してはいた。編纂者たちが多くのインテルポラティーオーによって、とりわけ重疊性の原則を制限することによって、罰金訴権の罰金的要素を最小限度に抑えたこともまた確かである。近代のローマ法においては、罰金訴権は漸次単なる損害賠償のための訴権へと発展した。イギリスでは、それらはエドワード一世治世下の立法者たちにとってひとつの模範として役立った。

#### 978 本書の扱う範囲

数多くの、広範囲に多様化している罰金訴権について、完全な概観を示すことがわれわれの目的とするところではない。われわれは、一般的により重要性を持つ数例を選び出して、これらの事例によって、古典期の罰金訴権の性格とユースティーニアヌスの編纂者たちの傾向を描き出すことにしたい。

## 2. 盗 (*furtum*)

### i. 概念

### 979 定義はできない

われわれは、盗（furtum）を窃盗（theft）と言い換えるのに慣らされているが、ローマの盗が現代の窃盗とは非常に大きく違っていたということを念頭に置くかぎ（575）りでは、今後ともそのように言ってさしつかえないであろう。古典期の盗の概念は、共和政期と古典期の法学の技巧的で好ましからざる創造物であったし、それははなはだしく異なる諸事例を包摂しているので、抽象的な定式を用いて、正確で理解しやすい定義を行うことはほとんどできない。そこでわれわれは、典型的な事例を考察するにとどめなければならない。

### 980 持ち去ること

法源 Gai. 3. 195, 199, 200; D. (47. 2) 15. 1; 20. 1.

1. つねに主役の座を占めていた盗（furtum）の原初的な事例は、その語源から明らかとなる。ギリシア語の *φύρ* と同じように、fur は fero 〈運ぶ〉（*φέρω*）に由来し、それは他人が占有または所持する動産を持ち去った者を意味した。盗（furtum）は、窃盗の行為も盗品もともに含むものであった。権力に服する人びともまた盗の客体となりうるものであった。そのため、この第1の場合には、他人が占有し、所持し、または他人の権力のもとにある客体が持ち去られるあらゆる場合が含まれた。したがって、ある者が自分自身の物を盗むこと（自分の物の盗 *furtum rei suae*）さえありえたのである。たとえば、質権者は質物の占有者（possessor）であった。そこで、もし質権設定者が質権者から不法に彼の占有を奪った場合は、質権設定者は盗について責任を負ったのである（Gai. 3. 200）。

### 981 不法な使用

法源 Gellius 6. 15. 2 = Seckel-Kübler, i, 17 = Jolowicz, Digest, xlvii, 2, p. 131; Gai. 3. 195, 196.

2. 早くも紀元前2世紀には、法廷の慣行によって、盗（furtum）のもともとの概念が本来の用語の意味にかかわりなく拡張されていた。ある者が他人に物を委託し（寄託 *depositum* または使用貸借 *commodatum*）、後者が合意事項に反するやり方でその物を使用した場合、彼は盗について責任があるとされた。クィーントゥスはムーキウス＝スカエウォラ（紀元前82年歿）は次のように主張する。

「ある者に管理するように与えられた（寄託）ものを彼が使用した場合、あるいは彼が使用するために受け取った（使用貸借）ものを、受け取ったときは別の事柄のために使用した場合、彼は自ら盗について義務を負ったのである。」  
(Quod cui servandum datum est [depositum], si id usus est, sive quod utendum accepit [commodatum] ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit.)

このことから、もし受寄者が寄託物を使用したならば、彼はその物を使用する権限を持っていなかったのであるから、盗をはたらいたことになる。使用貸借の借主が契約に反するやり方で使用貸借物を使用した場合、彼もまた盗について責任を負った。もし質権者が質物を使用し、あるいは〔質物〕売却の合意 (pactum de vendendo) によって、権限がないのにその物を譲渡したならば、彼は盗をはたらいたことになる。これらすべての事例においては、もちろん持ち去ることはまったく問題となっていない。

### 982 占有侵奪のない盗

(576)

法源 Gellius 6 (7). 15. 1 = Jolowicz, l. c.; Gellius 11. 18. 13 = Seckel-Kübler, i, 74 = Jolowicz, 132; D. (47. 2) 25 pr.; Gellius 11. 18. 21 = Seckel-Kübler, i, 73 = Jolowicz, 133; Gai. 2. 50.

3. 用語の本来の意味からはるかに離れて、盗 (furtum) の概念を拡張することは、共和政期の法学者たちの立場からすれば好ましい考え方ではなかった。原則は非常に苛酷なものであったし、それらはそのようなものとしてラベオーが正しく記述している（先鋭で苛酷な訴訟 *acria et severa iudicia*）。だがしかし、古典法学はなお、さらにそれを拡張する方向へと進んでいった。盗の境界は、1世紀にはなお流動的であった。サビーヌスは土地の盗を主張した。それは成功しなかったが、彼の試みは、盗の範囲がまだ確定されていなかった (*sub iudice*) ことを示すものである。遺失物の発見者がそれを自分のものとする目的で拾得した場合には、彼は盗をはたらいたことになる、という原則を確立したのは、おそらくサビーヌスであった。

「他人の遺失した物を利得をなす目的で持ち去った者は、誰のものであるかを

知っているか否にかかわらず、彼は盗について拘束される。」(Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur sive scit cuius sit sive nescit.)

したがって、善意の買主が、後に所有権を取得していなかったことを知った場合に、もしその物を譲渡したならば、彼は盗をはたらいたことになる。明らかに、これらの事例においては、盗は占有侵奪ということを含んでいなかった。

### 983 物の受領による盗

法源 D. (13. 1) 18. 最初の文章；(47. 2) 43 pr.；52. 21；67. 4.

4. 元首政期の法学者たちは、盗(furtum)の第4の事例を知っていたと思われる。Aは、Bが所有権を取得すべきであるという合意に基づいて、Bに動産を引き渡した。なんらかの理由により、その引渡(traditio)が無効となり、そしてBはそのことを知った。この場合、Bは物を受領することによって、盗をはたらいたことになる。またたとえば、本人であることについて錯誤があった場合には、その引渡は無効であった。Aは、誤ってBがCだと思い込んで、Bに金銭の消費貸借をなした。もしBがその錯誤について知っていたならば、彼は金銭の受領によって盗をはたらいたことになる。さらに、「ある者が非債の金銭をそうと知りながら受領した場合には盗であった。」(furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit) Aは、Bに100[金]を負っているものと誤信して、Bにその金額を支払った。もしAがBになにも負っていないことをBが知っていたならば、その引渡は無効であり、Bは金銭を受領することによって盗をはたらいたことになる。

### 983a 抵当権設定者による抵当の譲渡

4 a. ある者がある動産を抵当として与えていた。後に、彼は債権者の許可なしにその客体を第三者に譲渡した。これは、『学説彙纂』の3つのテキストでは盗(furtum)とみなされる。

(1) D. (47. 2) 6 pr. [sive.....obligaverat] という文言は明らかに改ざんされたものである。(2) D. (47. 2) 19. 6. このテキストは奇妙だと思われるし、純粋なものではありえない。Huvelin, *Études sur le furtum* (1915), 560. (3) D. (47. 2) 62. 8. ある小作人(colonus)が自分の地主に対して果実を抵当に入れた。後に、



彼は地主の許可なしにその土地から果実を持ち去った。サルウィウス特示命令 (interdictum Salvianum) は小作人を相手方としてのみ提起されたのであるが、ユリアーヌスは、地主からそれを奪った小作人を相手どって盗訴権 (actio furti) を認めたと思われる。

#### 984 詐欺は盗 (furtum) でない

(577)

法源 D. (47. 2) 52. 21; 67. 4; 52. 15; 43. 3 (実質的には純粹なもの)。

5. 詐欺は盗ではなかった。この場合、適切な訴権は悪意訴権 (actio de dolo) であって、盗訴権 (actio furti) ではなかった。しかしながら、詐欺が 4. で述べたような状況を招いたときには、詐欺をはたらいた者は、つねに共犯者として盗訴権に責任を負ったのである (助言と助力によってなされた盗 furtum ope consilio factum)。

明らかに同一の法源に由来するものであるが、ウルピアヌスもパウルスも伝えている次の事例 (D. 47. 2, 52. 21 と 67. 4) を考えてみよう。資産家 C は、信用ある者に金を貸し付けることによって、一定額の金銭を投資することを望んだ。C がセーイユスに依頼したところ、セーイユスはティティウスを推薦してきた。C は調査して、ティティウスが実際資産家であることを知った。さて、セーイユスは、センプローニウスをティティウスだと装って、彼を C のもとへ連れていった。C はセンプローニウスに金銭を与えたが、センプローニウスは詐欺であることを知っていた。明らかにこれは 4. に該当する事例である。というのは、C は本人であることについての錯誤に基づいて行為したからである。したがって、センプローニウスは金銭の受領によって盗をはたらいたことになるが、セーイユスもまた共犯者として盗訴権に責任を負った。もしセンプローニウスが詐欺についてなんらのことも知っていなかったならば、C はただセーイユスを相手どって悪意訴権 (actio de dolo) を有したにすぎない。

メラ (Mela) の有名な決定についてのテキスト (D. 47. 2, 52. 22) は改ざんされているに違いない。この場合に適切な訴権は悪意訴権であった (D. 4. 3, 18. 3 と比較せよ)。

#### 985 破壊は盗 (furtum) でない

法源 D. (47. 2) 31 pr. (純粹なもの) ; (47. 2) 58 (実質的には純粹なもの) ; (9. 2) 27. 21. Gai. 3. 202 を参照 ; D. (47. 2) 22 pr. [quod.....contrectaverit] ; D. (47. 2) 27. 3 [tantum] ; [etiam] ; D. (19. 5) 14. 2 [damni dandi.....faciendi] ; (4. 3) 7. 7 [si non.....misericordia] ; (41. 1) 55. 最後の文章 (summam その他), 実質的には古典期のもの。

6. 物を破壊することや悪化させることは、けっして盗(furtum)ということにならない。そして、この場合、適切な訴権はアクィーリウス法(直接 directa または事実 in factum) 訴権 (actio legis Aquiliae) であった。矛盾するテキストは改ざんされたものとみなすべきである。もしある者が悪意(dolus malus)によって物を破壊することなく物の損失を惹起した場合、彼は盗をはたらいたことにはならなかったが、共犯者として盗訴権に責任を負ったものと思われる。

Aは籠に野鳥を入れていた。Bが悪意により籠をあけ、小鳥が飛び去った。AはBを相手どって、悪意訴権またはアクィーリウス法準訴権(actio legis Aquiliae utilis)を有したが、盗訴権は持たなかった。ティティウスが手に貨幣を持っていた。セーイユスがそれを叩き落とした。彼の共犯者センプローニウスが、このときそれをわしづかみにして持ち去った。センプローニウスは盗をはたらいたことになり、そしてセーイユスは共犯者として盗について責任を負った(助言と助力によってなされた盗 furtum ope consilio factum)。

法学者たちが盗と認めたこれらの事例を調べてみると、われわれは直ちに、これらのすべてに共通ないくつかの特徴に気がつくのである。

#### 986 客体

1. 盗(furtum)の客体となりうるのは、動産または権力に服する者だけである。すでに述べたように、サビーヌスは盗を土地に拡張しようと試みたが、成功しなかった。

#### 987 所有権のもとにある(in dominio) 物

2. 物は、必ずしも奪われた人によって所有されていたのでなくとも、誰かに所有されていなければならない。

ある者が私の土地で野生の動物を捕獲した場合、彼は盗をはたらいたことにはな (578)

らなかった。さらに、休止相続財産 (*hereditas iacens*) に帰属する物については、それは所有権のもとに (*in dominio*) はなかったので、盗をはたらくということはありません。なぜ法学者たちがこの原則を放棄できなかったかについては、すでに前に説明したとおりである。

#### 988 所有者の意に反して (*invito domino*)

3. 盗は、被害を受けた当事者の意に反してなされたものでなければならない。

#### 989 悪意 (*dolus malus*) と盗をなす意思 (*animus furandi*)

法源 *Paul. Sent.* (2. 31) 1; *Gai.* 3. 197 と *Inst. Iust.* (4. 1) 7 を比較せよ。D. (47. 2) 25. 2 [*furandi animo*]; (47. 2) 39 は、*Paul. Sent.* (2. 31) 12 と 31 を参照。D. (47. 2) 83. 2; (47. 2) 22 pr. [*quod.....contrectaverit*]; (9. 2) 41. 1 (インテルポラーティオー); (47. 2) 46. 7 (実質的には古典期のもの); (47. 2) 43. 6. 「知っている」(*sciret*) という代わりに「判断すべきである」(*iudicare deberet*) というサビーヌスの文言 (*Gellius*, 11. 18. 20) は不正確である。

4. 加害者は悪意により行為したものでなければならない。過失によりなされた盗 (*furtum culpa commissum*) というようなものはまったく存在しなかった。

もし遺失物の発見者が、所有者によって遺棄されたものであると信じたので、それを自分のものとする目的で拾得した場合、その者は盗人 (*fur*) ではなかった。また、もし彼が所有者のところへ持っていく目的でそれを拾得した場合も、彼は盗をはたらいしたことにはならなかった。

古典期以後の法学者たちは好んで盗をなす意思 (*animus furandi* または *adfectus furandi*) について触れており、これらの用語が古典期のテキストの中に入り込んだ。時には、これらの用語がただ悪意 (*dolus malus*) の代わりとして使われているにすぎない場合には、そのようなインテルポラーティオーは害のないものである。しかしながら、時には、盗をなす意思が悪意と区別されて、古典期の法学者たちが盗と認めていた事例において、盗をなす意思がないことを理由に盗が認められなかった場合もある。他方、加害者が盗をなす意思により行為した場合でも (たとえば、もし彼が法律証書を破棄した場合)、物の破壊は盗とは呼ばれなかった。

## 990 利得 (lucrum)

法源 D. (47. 2) 55. 1 (実質的には古典期のもの) ; (19. 5) 14. 2 [damni dandi.....faciendi]。

5. 加害者は、自分の行為の直接的結果として、なにものかを取得したのでなければならぬ。すでに述べたように、破壊は盗(furtum)ではなかった。しかし、特別な利得をなす意思 (animus lucri faciendi) は必要とされなかった。時には、古典期のテキストの中に、利得をなす意思またはこれと類似の表現が見られる。これらのいくつかは改ざんされたものである。しかしながら、ゲッリウスが残したテキストにおいて、サビーヌスが、「他人の遺失した物を利得をなす目的で持ち去った者は、盗について拘束される」(Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur) という場合、「利得をなす目的で」(lucri faciendi causa) は単に「悪意により」(dolo malo) を言い換えたものにすぎないのであるから、それについてはなんらの異論も生じない。

## 991 盗 (furtum) はつねに占有侵奪とはかぎらない

6. 盗は時には占有に対する侵害であるが、第3のグループに見られるあの事例ではそうではない。確かに遺失物の盗は占有侵奪ではない。また、もし善意の買主が、後に自分が所有権を取得していなかったことを知ったが、それにもかかわらずその物を譲渡した場合には、彼は盗をはたらいたことにはなるが、占有に対して侵害を加えてはいない。したがって、古典期の法学者たちは誰も、占有していない物について盗をなすことは考えられないと主張することができなかったのである。

D. 47. 4. 1. 15 は純粋なものではありえない。「ウルピアーヌス告示注解第38 (579) 卷。スカエウォラは、占有について盗がなされると言う。[それに続けて、もし誰も占有者がないとすれば、彼は盗がなされることを否定する]」(Ulpianus libro XXXVIII ad edictum. Scaevola ait possessionis furtum fieri [denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri].) ケルウィディウス=スカエウォラ (Cervidius Scaevola 2世紀末の人。クィーントゥス=ムーキウス=スカエウォラは、それよりも前の D. 47. 4. 1. 10 が示すように、まったく関係ない) がこのテキストを書いたというのはありえない。「それに続けて……否定する」(deni-

que.....fieri) は思慮を欠いた註釈に違いない。

## 992 領得 (contrectatio)

7. サビーヌスが、テクニカル タームとしての *adtrektare* 〈触れること〉と *contrectare* 〈手に触れること〉という言葉を用いた最初の人であったことは明らかである。これらの古ラテン語の言葉の本来の意味は、「触れること」、「手に触れること」であったが、サビーヌスはそれに特別な法的意味を与えた。彼は、盗 (*furtum*) と認められ、ないしは認められるべきすべての行為を示すのに適切な用語を探して、そして、この *adtrektare* と *contrectare* を選び出したのである。彼の選択したところは一般に認められた。もちろん、本来の意味に取れば、それらの用語は非常に広いものであった。もし A が B の衣服を引き裂いた場合、確かにこれは「手に触れること」であったし、この言葉の通俗的な意味で *contrectare* であったが、その行為は、法的な意味では *contrectare* でなかった。というのは、物を破壊することや損傷することは盗とみなされなかったからである。しかしながら、法学者たちは、法的用法と一般の用法との間にそのような食い違いはあっても、惑わされることがなかった。領得 (*contrectatio*) が今や技巧的な法律用語となった。一方で、身体的接触は明らかに必要とされなかった（もっとも、アクィーリウス法 *Lex Aquilia* が「身体によって *corpore*」損害を与えられた場合にだけ適用されたことを想起すべきである。後述, 1006)。他方で、いく種類かの「触れること」（たとえば、物を破壊すること）の中には、法的な意味で *contrectatio* でないものがあつた。何が *contrectatio* であるかという問題には、盗とみなされたあらゆる行為だと答えなければならない。古典期の法学者たちは、個々の事例を取り扱うに際して、これが通俗的な意味で「手に触れること」であるかどうかを聞いて問わなかった。むしろ彼らは、これが盗と認められる加害行為であるかどうかを問い、彼らがこの問いに肯定的に答えたときには、その行為を法的な意味で「領得」(*contrectatio*) と呼んだのである。

### ii. 古典期の盗 (*furtum*) の定義の推定

## 993 サビーヌス (Sabinus)

古典期の法学者たちは、盗についての定義をまったく持っていなかった。マスリ

ウス＝サビーヌス (Masurius Sabinus) は、とりわけ盗の理論に関心を示したが、彼はそれに定義を与えなかった。もし彼が定義を与えていたとすれば、サビーヌス派に属するガーイウスがそれについて述べたことであろう。ゲッリウスは、サビーヌスの『市民法論』 (Libri iuris civilis) の中にふたつの定義を見出したと考えた。(580)

Gellius, 11, 18, 19-21 : 「ところで、ある人が、内証で盗み取りあるいは秘密裡に奪取する者だけが盗人であると考えないように、最高の賢者たちによって、何が『盗』であるかが正確にかつ最も厳密に定義されたところを見過すべきでないとい私は考える。次の言文は、サビーヌスの『市民法論』第2巻からのものである。すなわち、『他人の物に触れた者は、自分がその所有者の意に反してそれを〔なしていると〕判断すべきときは、盗につき拘束される。』同様に他の章において〔次のように言う〕。『他人の遺失した物を利得をなす目的で持ち去った者は、誰のものであるかを知っていると否とにかかわらず、彼は盗について拘束される。』」 (Quam caste autem ac religiose a prudentissimis viris quid esset furtum definitum sit, praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit. Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: Qui alienam rem adtrexavit, cum id se invito domino [facere] iudicare deberet, furti tenetur. Item alio capite: Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit, sive nescit.)

実際、法律家でないゲッリウスは誤って定義だと信じたのだが、これらはそうした定義ではなく、むしろ、簡潔な文体で示された言説 (dicta) であり、サビーヌスはそのような文体でその標準書を書いたのであった。ゲッリウスは、それらをもとの文脈から分離したので、その結果、今日では定義のように見えるのである。

第1のいわゆる「定義」は、物を委託された者 (受寄者、使用貸借の借主、賃借人、質権者、上に述べた第2のグループ) によって、物が不法に使用された場合にのみ関連している。そのことは、ガーイウスの 2. 195, 196 を見れば、非常に明確となる。この文脈では、サビーヌスの言文は完全に正しいものである。もしこれを盗の定義として一般的に取るならば、「他人の」 (alienam) という言葉

は、自分の物の盗 (furtum rei suae, Gai. 3. 200) というような事例もあったので、誤りであろう。「物」(rem) という言葉もまた、権力に服する自由人の盗があった (Gai. 3. 199) ので、不正確であろう。

第2の「定義」は、遺失物の発見者がそれを自分のものとした場合にのみ関連する。

994 D. (47. 2) 1. 3.

D. (47. 2) 1. 3 が定義として役立つように、編纂者たちによって意義づけされたことは確かであるが、このテキストは編纂者たちによって改変されたのであって、それを書いたとされるパウルスによるものではない。

D. (47. 2) 1. 3 ; 「パウルス告示注解第39巻。盗は、あるいは物それ自体の、あるいは物の使用すらの、あるいは占有すらの利得をなすことを目的とする、不正な領得である」(Paulus libro XXXIX ad edictum. Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.)

ラテン語の文献全体で, *fraudulosus* <不正な, 故意の> は、『ラテン語彙集成』(*Thesaurus Linguae Latinae*) が明らかにして反論の余地がないように、このテキストにしか現われていない。古典期の法学者たちは、耳慣れない言葉を使うのを厳格に避けたのであるから、パウルスがそれを書いたのでなかったのは確かであろう。パウルスが、「あるいは物それ自体の……あるいは占有すらの」(vel ipsius…… possessionisve) というぎこちない表現をしたこともありえないことである。それらは *lucri* にかかるが、「物または使用または占有の利得をなすこと」(*lucrum facere rei vel usus possessionisve*) というのはラテン語の表現でない。「物により利得をなすこと」(*lucrum facere ex re*) または「物を利得すること」(*lucri facere rem*) が正しいであろう。いずれにしても、一般に教科書に記述される三つに分けるやり方——すなわち、(1)物の盗 (*furtum rei*) (2) 使用の盗 (*furtum usus*, たとえば寄託物を使用する受寄者) (3) 占有の盗 (*furtum possessionis*, たとえば質物を盗む質権設定者) ——は、古典期のものではなく、人を誤まらせるものである。古典期の法学者たちは、物の盗(*furtum rei*)

だけを知っていた。受寄者が寄託物を使用した場合、これは物の盗 (furtum rei) であつた。この物は盗物 (res furtiva) となり、盗訴権 (actio furti) は、その (581) 物の2倍額について提起された。研究者としてはこの三つに分けるやり方をまったく無視すべきである。それはこのテキストにしか現われていないのである。

古典期の法学者たちは、盗についてまったく定義を持っていなかった。『学説彙纂』の「盗について」(*de furtis*) という標題のもとにある長いテキストを読みると、直ちに、それらが特殊な事例について論じていて、定義を述べているのではないことに気がつくのである。

### iii. 盗 (furtum) から生ずる訴権

#### 995 概観

古典法では、そのような訴権が多く知られていた。そして、それらはハドリアヌスの『告示録』にすべて収録されたが、そのすべてが「盗について」(*de furtis*) という標題のもとに収録されたとは限らなかった。われわれは、レーネル (Lenel) の『告示録』(1927年)を参照してこれらの訴権の一覧表をあげるだけで満足し、一般に重要性をもつ訴権だけ、つまり、非現行盗訴権 (*actio furti nec manifesti*)、現行盗訴権 (*actio furti manifesti*) および暴力強奪物訴権 (*actio vi bonorum raptorum*) についてだけ論じることしよう。

古典期の盗に基づく訴権 (*actiones ex furto*) の一覧表。

1. 非現行盗訴権 (*actio furti nec manifesti*, Lenel, pp. 322, 324)
2. 盗品保持盗訴権 (*actio furti concepti*, Lenel, p. 322)
3. 盗品転置盗訴権 (*actio furti oblati*, Lenel, p. 322)
4. 梁木組立訴権 (*actio de tigno iuncto*, Lenel, pp. 322, 330)
5. 現行盗訴権 (*actio furti manifesti*, Lenel, pp. 322, 332)
6. 盗品搜索拒否盗訴権 (*actio furti prohibiti*, Lenel, p. 323)
7. 盗品不提示盗訴権 (*actio furti non exhibiti*, Lenel, p. 323)
8. 船主、旅館の主人、厩舎の主人を相手方とする盗訴権 (*actio furti adversus nautas caupones stabularios*, Lenel, p. 333)
9. 奴隷集団が盗をはたらいたとの主張がある場合 (*si familia furtum fecisse*



dicetur, Lenel, p. 335)

10. 徴税請負人の奴隷集団が盗をはたらいたとの主張があるとき (quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur, Lenel, p. 335)
11. 暴力強奪物訴権 (actio vi bonorum raptorum, Lenel, pp. 391, 394)
12. 火災, 倒壊, 難破, 船が強奪された場合について (de incendio ruina naufragio rate nave expugnata, Lenel, p. 396)
13. 徴税請負人が暴力で奪い取ったとき (quod publicanus vi ademerit, Lenel, p. 387)

#### 996 非現行盗訴権 (actio furti nec manifesti)

法源 Gai. 3. 190; 4. 182.

1. Actio furti nec (=non) manifesti。この訴権は盗のあらゆる場合に援用された。これは、盗まれた客体の2倍額について、12表法に基づいて創設された市民法上の訴権であった。その方式書 (formula) は、もちろん法に基づいて作成された (in ius concepta) もので、一部はガーイウスによって伝えられており、レネルが再構成している。有責判決は破廉恥 (infamia) を含んでいた。

#### 997 現行盗訴権 (actio furti manifesti)

法源 Gai. 3. 184, 189; Gellius 11. 18. 6-8=Jolowicz, p. 132.

2. Actio furti manifesti。これは、客体の4倍額についての法務官法上の訴権であった。その方式書 (formula) は、もちろん事実に基づいて作成された (in factum concepta) ものであったが、伝えられてはいない。有責判決は破廉恥 (infamia) を含んでいた。

現行盗 (furtum manifestum) は、明白な盗を意味し、法的な意味では、盗人 (582) が窃盗行為中に捕えられた場合の盗を意味した。この用語の正確な意味は、ガーイウスの時代にもなお論議されていたが、われわれは、このどちらかというどと退屈な議論については扱わないことにしよう。

manifestus は、一般のラテン語の用法では、「明白な」、「明らかな」を意味する。その語源はまったく明らかでない。Rabel, Z lii (1932), 473 f. を参照。

12表法のもとでは、罰はきわめて苛酷であった。自由人の現行盗人 (fur mani-

festus) は、笞で打たれ、政務官によって盗をはたらいた相手方に一生帰属するものとされた（帰属確定 *addictio*）。奴隷の場合には、笞で打たれ、死刑に処せられた。この法は、紀元前2世紀にもなお効力を有していた。というのは、大カトーが演説（Gellius, 11. 18. 18）で、「私有物について盗をはたらいた盗人たちは、拘禁の状態にあって、かつ足枷をつけて生涯を送る」（*fures privatorum furtorum in nervis atque compedibus aetatem agunt*）と言ったとき、彼は帰属確定を念頭に置いていたに違いないからである。しかし、紀元前2世紀ないし紀元前1世紀に、法務官はこの苛酷な罰を適用するのを避け、これに代えて現行盗訴権を導入したのである。これは共和政期における人道主義的な動向のひとつの結果であった。最近、この訴権はもっと後の時代に、つまり元首政期の最初の10年間に現われたものと主張されているが、これはほとんど考えられないことである。すなわち、われわれがこれから見るように、それが暴力強奪物訴権よりも後の時代であるとは考えられない。いずれにしても、この訴権はサビーヌスの知るところであった。

#### 998 暴力強奪物訴権 (*actio vi bonorum raptorum*)

法源 Gai. 3. 209; 4. 182.

3. 暴力強奪物訴権は、客体の4倍額について（1年が経過した後では、単価額について）の法務官法上の訴権であり、「もし悪意により奴隷集団が武装されて、あるいは集められて、……ある者の財産が暴力によって強奪されたとの主張がある場合」（*si dolo malo hominibus armatis coactisve……cuius bona vi rapta esse dicentur*）という強奪の事例について提起された。その方式書（*formula*）は、事実に基づいて作成された（*in factum concepta*）。有責判決は破廉恥（*infamia*）を含むものであった。

この訴権は紀元前76年に、法務官 M. テレンティウス・ワルロー・ルクッルス（M. Terentius Varro Lucullus）によって導入された。当時すでに、現行盗訴権が存在していたに違いない。そうでなければ、強盗（より極悪非道なる盗人 *fur improbius*）は、単なる現行盗人よりもより良い立場にあったことになる。ルクッルスは、現行盗訴権を知っており、それを強奪の事例に適用したのである。特別な訴権が必要とされたのは、強盗が窃盗行為中に捕えられてはいないので、現行盗

人 (*fur manifestus*) でなかったからであった。

#### 999 評価

4. 現行盗と非現行盗の区別は素朴なものである。というのは、罪があることに (583) ついてはこのふたつの事例の間にまったく違いがないからである。時には非現行盗人 (*fur nec manifestus*) のほうが、捕えられずに盗をはたらくというように、もっと危険な者ですらあった。しかしながら、この区別は、他の原初的な体系においても見られるのであって、少しも不可解なものでない。始源的な法は証拠に関しては慎重である。素朴な裁判官の目から見れば、盗は盗人が窃盗行為中に捕えられた場合にのみ完全に証明された。そしてそのときにだけ、盗が明白であり、もっとも苛酷な罰を科すことが正当と認められた。もちろん、この区別は古典時代には時代錯誤となった。それにもかかわらず、これはユースティーニアヌス法においてさえも保持されたのである。

現行盗訴権が導入されてからは、もはや盗人は共和政期の法にあった死刑に服することはなかった。より重大な事件は公刑法に該当したが、この場合にも死刑が科せられることはなかった。元首政期の刑法においてさえも、死刑はまれにしか適用されなかった。それは、ローマの人道主義 (*humanitas*) の特徴的な姿であった。近代ヨーロッパの体系では、窃盗に対する死刑は、18, 19世紀を経て廃止されていたにすぎない。

#### 1000 誰が盗訴権 (*actio furti*) について権限を持ったか

法源 Gai. 3. 203-7; *Coll.* (10. 2) 6; D. (47. 2) 15 pr. [*sed praestabit*]; (47. 2) 88 (純粋なもの)。

5. (現行, 非現行) 盗訴権は、共和政期の準則によれば、物の安全に対して利害関係を持つ者によって援用された。「盗訴権は、たとえ所有者でないとしても、物が安全であることに利害関係がある者のために認められる」(*furti actio ei competit, cuius interest rem salvam esse licet dominus non sit*, Gai 3. 203)。しかしながら、古典期の法学者たちは、この格言の適用を解釈によってかなり制限した。彼らは共和政期の法格言に代えて、別の抽象的格言を置かなかったが、実際は、彼らが事例を議論する際には、つぎのような準則を守っていた。

(a) 原則として、所有者は盗訴権について権限を持っていた。これは自明のことである。

(b) ある者が保管 (custodia) について責任を負い、それゆえに盗による物の損失について責任を負った場合には、もし彼に支払能力があるならば、彼は盗訴権に対する権限を持っていたのであり、それを有したのは彼だけであった。

たとえば、使用貸借の借主は保管について責任を負った (前述, 885)。もし使用貸借物が第三者によって盗まれた場合には、使用貸借の借主は、彼に支払能力があるならば、盗訴権について権限を持っていた (彼に支払能力がなければ、使用貸借の貸主 commodator がその訴権を有した)。そして使用貸借の貸主は使用貸借の借主を相手どっては使用貸借訴権しか持っていなかった。使用貸借物の価格が50 [金] であったとしよう。貸主は借主から50 [金] 獲得できた。という (584) のは、借主に支払能力があったし、彼は保管責任に基づいて盗による損失に対し無条件に責任があったからである。使用貸借の借主のほうは、非現行盗人 (fur nec manifestus) からは100 [金] を請求できたし、また現行盗人 (fur manifestus) からは200 [金] 請求できた。50 [金] を超えた額は借主の危険に対する割増金 (premium) であった。

債権者 C は、20 [金] 請求のための質物 (価格は100 [金]) を受け取っていた。質権者は保管について責任を負った (前述, 885)。F によって質物が盗まれた場合、質権者は、(非現行盗の場合には) 200 [金] について盗訴権を持っており、彼は質権設定者に100 [金] を支払う義務を負った (質訴権 actio pigneraticia, 前述, 900)。

(c) 自分の物の盗 (furtum rei suae) の場合には、物を盗まれた者は、その所有者を相手どって盗訴権を持っていた。質権設定者が質権者から質物を盗んだ場合、質権者は所有者を相手どって盗訴権を有した。

これらの3つの準則が盗訴権のあらゆる場合を包摂するかどうかは疑わしい。ある者が保管について責任を負うという場合をめぐる論ずることもできるのである。しかしながら、3つの準則それ自体はもはや議論の余地のないものである。いずれにしても、それらは古典期の法学者たちを指導した原則であった。編纂者たちは、

古典期の保管責任を保管における注意 (*diligentia in custodiendo*) に対する単純な責任に矮小化したが、彼らはそのような古典期の準則を修正しなければならなかった。彼らは「盗訴権は利害関係がある者のために認められる」(*actio furti ei competit cuius interest*) という共和政期の格言を字義どおりの意味にとって、古典期のテキストを無残に、また不注意にも改ざんしたのであった。その結果、われわれの法源に、とりわけ『学説彙纂』の「盗について」(*de furtis*) という標題のもとにおいて、明らかににはなはだしい混乱をひきおこした。したがって、とくにこの問題を扱った研究のいくつかは無批判にそれを取り上げているので、上に述べた古典期の準則がいまだに争われているが、それは驚くにあたらないことである。困難なテキストをもう一度検討する余裕はここにはない。われわれはユースティーニアヌス法を入念に調べることに興味がない。

1001 誰が暴力強奪物訴権 (*actio vi bonorum raptorum*) に対する権限を持ったか

6. 暴力強奪物訴権に対して誰が権限を持っていたか。この場合、保管責任は強盗による損失についての責任を含まなかったので (前述, 885), 盗訴権に関する準則は適用されなかった。このため、(市民法上の *iure civili*, あるいは法務官法上の *iure praetorio*) 所有者だけがこの訴権に対する権限を持っていたと思われる。しかしながら、これに関連するテキストは数が少なく、それらは改ざんされている。

1002 盗訴権 (*actio furti*) の罰金的性格

法源 D. (47.4) 1. 19; C. (4.8) 1; Gai. 4. 8; D. (47.2) 55. 3; *Paul. Sent.* (2. 31) 13; C. (6. 2) 12; (3. 41) 5.

7. (現行, 非現行) 盗訴権は、前に説明した一般原則に従う純然たる 罰金訴権 であつた。とくに、この訴権は盗人の死亡とともに消滅し、重疊性の原則が適用さ (585) れた。つまり、2人の盗人が共同で盗をはたらいた場合、盗訴権は彼らのそれぞれを相手どって提起されて、その結果として、非現行盗の場合においては、物を盗まれた者は2度も繰り返してその2倍額を獲得した。法源は、「全部にわたって拘束されること」(*in solidum teneri*) について、まったく正しく述べているが、これが連帯性のこと (前述, 827) ではなく、重疊性のことであることを強調するにはお

よばない。もしある者が現行盗をはたらき、もうひとりが共犯者として（助言と助力によって *ope consilio*）行為した場合、盗人を相手どっては現行盗訴権が提起され、共犯者を相手どっては非現行盗訴権が提起された。そしてそのために、物を盗まれた者は全部で4倍額に2倍額を加えた額を獲得した。さらにまた、盗訴権とあらゆる物追求訴権（*actio rem persequens*）とは競合することもあった。このように、被害を受けた者は盗人を相手方とした盗訴権と、それに加えて、その占有者——もちろん、盗人本人である場合もあったが——を相手方とした所有物取戻訴訟（*rei vindicatio*）を持っていた。これらの準則は古典期以後の全期を通じて修正されずに残され、ユースティーニアヌスによってすら保持されていた。

### 1003 暴力強奪物訴権（*actio vi bonorum raptorum*）の罰金的性格

8. 古典期の暴力強奪物訴権も純然たる罰金訴権であり、古典期の法学者たちでそのことについて争った者は誰ひとりとしていなかった。Gai. 4. 8 は改ざんされているに違いない。

Gai. 4. 8 ; 「われわれは、たとえば盗訴権によって、〔および人格権侵害訴権によって、さらに、ある者たちの意見にしたがえば、暴力強奪物訴権によって〕罰金だけを請求する。実際、物それ自体についての返還請求訴権も不当利得返還請求訴権もわれわれに認められる」（*Poenam tantum persequimur velut actione furti [et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum] ; nam ipsius rei et vindicatio et conductio nobis competit.*）

これは、暴力強奪物訴権の罰金的性格についてわれわれに若干疑いを抱かせるただひとつのテキストであり、そのような理由だけでも、このテキストは信憑性がない。ガーイウスは D. (47. 8) 5 における問題にはまったく疑いを持っていない。「および人格権侵害訴権によって……暴力強奪物訴権によって」（*et iniuriarum.....raptorum*）という文言は註釈に違いない。それに続く、人格権侵害訴権（*actio iniuriarum*）には適用できない文章から、インテルポラートイオーであることが明らかとなる。

ユースティーニアヌスの編纂者たちは、4倍額についての暴力強奪物訴権（*actio vi bonorum raptorum in quadruplum*）の罰金的性格を縮小した。この

訴権はここに混合訴権 (*actio mixta*) となったのである。

*Inst. Iust. (4. 2) pr.* ; 「ところで、4 倍額はその全部が罰金であるのではなくて、われわれがちょうど現行盗訴権の場合に言ったように、罰金のほかに物の請求がある。しかしながら、物の請求もその4倍額に含まれ、そのため、罰金は3倍額となる」(*Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit.*)

おそらく、これはすでにユースティニアヌス以前の法であったか、あるいは少なくとも、ユースティニアヌス以前の法学者たちによって主張されたものであろう。*Gai. 4. 8* におけるインテルポラーティオーは、このようにして説明づけられるであろう。

(西村 隆誉志)