

論 説

果実概念の形成：「女奴隷の子
(partus ancillae) は果実に含まれるのか？」
——果実の帰属と使用取得の可否を中心に——

清 水 悠

第1章 序論

第2章 女奴隷の子と果実の違い

第1節 果実についての規範

- 1 ローマ法における果実
- 2 日本民法における果実

第2節 昔の問題 (vetus quaestio)

第3節 哲学的な理由

第4節 果実に含まれないことの帰結

第3章 女奴隷の子の使用取得

第1節 母である女奴隷が盗物ではない場合

第2節 母である女奴隷が盗物とされる場合

- 1 元物が盗物である場合の果実
- 2 母である女奴隷が盗物である場合の子
 - (1) ユーリアーナスの見解
 - (2) ウルピアーナスの見解
 - i) ユーリアーナスとの一致と差異
 - ii) ウルピアーナスの矛盾？
 - iii) 盗という瑕疵の承継
 - iv) マルケッルスとスカエウォラの見解の紹介
 - (3) ポンポーニウスの見解
 - (4) パウルスの見解
 - (5) 小括

第 4 章 ローマの奴隷と使用取得

第 1 節 先行研究

第 2 節 奴隷の性質

1 奴隷の法的地位

2 奴隷の経済的機能

第 3 節 使用取得の介在——むすびにかえて——

【文献略語表】

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

〈洋文〉（アルファベット順）

Bělovský, Slave Children = Bělovský, Petr.: *Usucapio of Stolen Things and Slave Children*, *Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)*, 3^e Série, Tome 49, Presses Universitaires de Liège, 2002, pp.57-99.

Berger = Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Series—Vol. 43, Part 2, 1953, The American Philosophical Society, Philadelphia, Reprinted 1991.

Buckland, RLS = Buckland, W. W.: *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law From Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1908, Reprinted 1970.

Gamauf, Slavery = Gamauf, Richard.: *Slavery: Social Position and Legal Capacity* (in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Edited by Paul J. du Plessis, Clifford Ando, and Kaius Tuori), Oxford University Press, Oxford, 2016, pp.386-401.

Gamauf, Slaves doing business = Gamauf, Richard.: *Slaves doing business: the role of Roman law in the economy of a Roman household*, *European Review of History—Revue européenne d'histoire*, Vol. 16: 3, Taylor & Francis Online, 2009, pp.331-346.

Kaser, Partus ancillae = Kaser, Max.: *Partus ancillae*, *Zeitschrift der*

Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (SZ), Bd.75, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1958, S.156-200.

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

Linderski, 《Partus Ancillae》 = Linderski, Jerzy.: 《Partus ancillae》. A 《vetus quaestio》 in the light of a new inscription, Labeo: rassegna di diritto romano 33, Jovene, Napoli, 1987, pp.192-198.

Sanna, L'usucapione del P. A. F = Sanna, M. V.: L'usucapione del *partus ancillae furtivae*, Studia et documenta historiae et iuris, N° 74, Lateran University Press, 2008, pp.397-438.

〈和文〉（五十音順）

- ・カンデーラ「ローマ法源の中の動物」 = マリア・テレーザ・ヒメネス-カンデーラ（吉原知志 訳）〈翻訳〉「ローマ法源の中の動物」龍谷法学50巻4号731-774頁（龍谷大学法学会、2018）
- ・清水「占有者保護（1）」 = 清水悠「古典期ローマ法における占有者保護—買主保護の観点から—（1）」早稲田法学93巻4号133-177頁（早稲田大学法学会、2018）
- ・清水「占有者保護（2）」 = 清水悠「古典期ローマ法における占有者保護—買主保護の観点から—（2・完）」早稲田法学94巻1号191-234頁（早稲田大学法学会、2018）
- ・清水「ボナ・フィデース（1）」 = 清水悠「古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義（1）」早稲田法学会誌67巻2号183-234頁（早稲田大学法学会、2017）
- ・清水「ボナ・フィデース（2）」 = 清水悠「古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデースの意義（2・完）」早稲田法学会誌68巻1号287-337頁（早稲田大学法学会、2017）
- ・船田『ローマ法2』 = 船田享二『ローマ法』第二巻（岩波書店、改訂版、1969）
- ・舟橋「天然果実」 = 舟橋諄一「天然果実の意義について」法政研究20巻2-

4 合併号317-326頁 (九州大学法政学会、1953)

- ・宮坂「盗品の使用取得禁止 1」= 宮坂渉「盗品 RES FURTIVAE の使用取得 USUCAPIO の禁止と権力下への復帰 REVISIO IN POTESTATEM」早稲田法学会誌61巻 2 号245-289頁 (早稲田法学会、2011)
- ・宮坂「盗品の使用取得禁止 2」= 宮坂渉「盗品 RES FURTIVAE の使用取得 USUCAPIO の禁止と権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM (2・完)」早稲田法学会誌62巻 1 号151-182頁 (早稲田法学会、2011)
- ・我妻・有泉『コンメンタール民法』= 我妻・有泉・清水・田山『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』(日本評論社、第 6 版、2019)

【記号】

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

第 1 章 序論

ローマ法の世界において奴隷は物として扱われたが、単なる通常の動産ではなく手中物 (res mancipi) として、土地や牛、馬、ラバ、ロバといった農業用大型家畜および農業用地役権と同じく、権利の移転・設定にあたっては握取行為という特別の儀式を要した⁽¹⁾。本稿は、特に女奴隷の子 (partus ancillae) に関するローマ法上の法的処理に関する検討を通じて、現代の民法における果実概念が形成されてきた歴史的背景の一端を探ろうというものである。

本稿では、まずローマ法における果実に関する規律を確認した後、女奴隷の子が果実に含まれるのか否かという論点から出発する。後述のように、ある動物の仔を果実を含めるか否か、また、女奴隷の子を果実を含め

(1) 清水「ボナ・フィデース (1)」195-199頁参照。

るか否かに関しては、法学者たちによる法政策的な配慮があったと想像できる。

女奴隷の子の法的処遇に関する規律は複雑を極め、特に盗まれた女奴隷の子ともなれば、ローマの法学者たちの見解は体系的に整理するのが困難なほど多岐にわたる。さらに、他人物である女奴隷の子、あるいは盗物である女奴隷の子の取得に関しては、使用取得（usucapio）が重要な役割を演じた。

⁽²⁾
使用取得は、ローマ法における短期の取得時効制度であって、①使用取得可能な対象であること、②正当原因（iusta causa）、③ボナ・フィデース（bona fides）、④自主占有、⑤期間の経過（動産：1年・不動産：2年）、という5要件を満たした者に所有権取得を認めるシステムである。

本稿との関わりで重要なのは、まず①の要件であり、まずもって盗物の使用取得禁止が挙げられる。いったん盗物となった物は「盗」という瑕疵が永久に付着したままであり、真の所有者の下に復帰しないかぎり使用取得が不可能である。②の正当原因は使用取得が前提としている取引行為を指しており、例えば売買によって受領した物について何らかの原因でただちに所有者となれなかった場合に使用取得するとすると、通常はその使用取得の正当原因は売買である。さらに、③のボナ・フィデース要件であるが、通説的には特定の事実を知らないことを意味する現代法学上の「善意」と一致するとされてきた。これに対して拙稿では、⁽³⁾善意にとどまらず、倫理的要素をも包含する取引行為に関連した内心の信義誠実性であることを確認した。

本稿では、これらを前提に議論を進める。

(2) 要件について詳しくは、清水「ボナ・フィデース（1）」203頁以下参照。また、清水「占有者保護（1）」139-141頁も参照。

(3) 特に清水「ボナ・フィデース（2）」295頁以下参照。

第 2 章 女奴隷の子と果実の違い

第 1 節 果実についての規範

1 ローマ法における果実

紀元後 2 世紀半ばの法学教師ガイウスは、「自由人と奴隷の区別を人の法の基本とみなした⁽⁴⁾」という点が指摘されている。ローマ法の世界においては、奴隷は（現代法風に言えば）権利能力の主体となることができず⁽⁵⁾動産として扱われた。そして、通常の動産との違いとしては、女奴隷は子を産む可能性があることが挙げられる。女奴隷から生まれた子（partus ancillae）は、母の地位に従って奴隷として生まれてくるのが原則であった⁽⁶⁾。

ただし、子を産む可能性があるのは女奴隷だけではなく、動産として扱われる一般の動物もまた、「生命のある存在としてそれ自体が人間と同様

(4) Gamauf, Slavery, p.387; Gai. 1, 9: Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. ガイウス『法学提要』1, 9: 「また確かに、人の法に関する最大の区分は次のようなものである。すなわち、全ての人は、あるいは自由人であり、あるいは奴隷である。」; D. 1, 5, 3 (Gaius libro primo institutionum): Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. 学説彙纂 1 卷 5 章 3 法文 (ガイウス、法学提要 1 卷): 「従って、人の法に関する最大の区分は次のようなものである。すなわち、全ての人は、あるいは自由人であり、あるいは奴隷である。」

(5) 宮坂「盗品の使用取得禁止 1」253 頁によれば、盗物の使用取得禁止に関する学説彙纂の法文中で、最も多く出現する客体は女奴隷である。

(6) Gai. 1, 82: Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur. ガイウス『法学提要』1, 82: 「これに従いまた、次のことも生じる。すなわち、女奴隷と自由人男性との間に生まれた子は、万民法により奴隷として生まれ、また逆に自由人女性と奴隷との間に生まれた子は自由人として生まれる。」; 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」174 頁注 125 参照。

に繁殖する可能性⁽⁷⁾があった。そして、動物の仔は果実と考⁽⁸⁾えられていたことが以下の史料によって明らかとなる。

D. 22, 1, 28 pr. (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum) :
In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni
et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et
fructuarii.

学説彙纂22巻1章28法文首項(ガイウス、日用・金言集2巻)：「家畜の果実には仔も含まれる。乳や毛や羊毛と同様である。：従って、仔羊や仔ヤギや仔牛はただちに法上当然にボナ・フィデースの占有者や用益権者のものとなる。」

ガイウスによれば、動物の乳や羊毛などの動物の毛と同様に、動物の仔(fetus)は果実に含まれる。そして、それらの動物の仔は、法の規範に従⁽⁹⁾ただちにボナ・フィデースの占有者や用益権者に帰属すると述べている。

ローマ法の規律によれば、果実やその他の切り離された一部は、他の者が所有者に優先しないかぎりには、所有者に帰属する。他の者とは、例えば

(7) カンデーラ「ローマ法源の中の動物」751頁。

(8) ローマ法において「天然果実」と「法定果実」との用語上の区別はなく、一般に「果実」といえば前者を指し、後者は「果実として取扱われる物」とされる。以上、船田『ローマ法2』332頁。D. 5, 3, 29 (Ulpianus libro 15 ad edictum) : Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et iumentorum. 学説彙纂5巻3章29法文(ウルピアーヌス、告示註解15巻)：「明らかに、小作人から受領した対価は果実の状況にある。奴隷の労働もまた、賃料がそうであるのと同じ原因である。：同じく、船や荷物運搬用家畜の運送料である。」

(9) なお、このガイウス D. 22, 1, 28 pr. は、「ただちに法上当然に」用益権者も果実を取得することを示すので、用益権者の場合には収取が必要だとする法文(例えば D. 22, 1, 25, 1) との矛盾が指摘されているが、本稿では詳述を避ける。簡潔な論争の概要については、船田『ローマ法2』450頁以下参照。

⁽¹⁰⁾ 永借人や正当原因に基づくボナ・フィデーアの占有者であり、それらの者は元物からの分離によって果実の所有権を取得する。分離が生じた態様は特に問われない。⁽¹¹⁾ これに対して、通説的には、単なる小作人や用益権者は占有の取得（収取）によって初めて果実の所有権を取得するとされる。⁽¹²⁾

2 日本民法における果実

現行日本民法88条1項もまた、「物の用法に従い収取する産出物」を「天然果実」と定義し、これには牛乳や羊毛が含まれる。⁽¹³⁾ また、一般的に動物の仔も果実として扱われるが、⁽¹⁴⁾ 「物の用法に従い」という文言が「元物の経済的使命に従うこと」であると考え、⁽¹⁵⁾ 「乗馬専用の馬の子」は果実に含まれない可能性が指摘されている。従って、我が国においては、ある特定の種類の動物の仔が果実に含まれるか否かは決して一律・自明のことではなく、一定の場面において当該動物の「用法」に左右される可能

(10) 永借地 (ager vectigalis) はローマという国家やある共同体が所有する農耕地について、また元首政時代には未開墾の土地についても、地代を対価として永借人に貸し出されたが、永借地はいつでも取り上げられる可能性があり、また永借人は使用取得することができなかった。以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.179. 既に、共和政時代には、国家が公有地 (ager publicus) の一部を個々の家父の管理に任せることがあった。以上、Vgl. ibid., S.121.

(11) 以上、Ibid., S.157. 他に、宮坂「盗品の使用取得禁止 2」158頁参照。

(12) Ibid., S.158；前掲宮坂158頁参照。

(13) 我妻・有泉『コンメンタール民法』177頁参照。

(14) 例えば、潮見佳男『民法(全)』(有斐閣、第2版、2019) 40頁；平野裕之『民法総則』(日本評論社、初版、2017) 105頁；河上正二『民法総則講義』(日本評論社、初版、2007) 217-218頁。

(15) 我妻榮『新訂民法総則』(岩波書店、新訂版、1965) 226頁；石田穰『民法体系(1)民法総則』(信山社、初版、2014) 455頁；舟橋「天然果実」319-320頁。ただし、前掲石田455-456頁は、「盆栽の実や乗馬専用の馬の子」を「他の天然果実から区別して扱うだけの十分な根拠はない」とし、天然果実は「元物の有する種々の性質に従い、元物から直接に産出される物」と定義したうえで、「元物の用法に従うとは、天然果実が動物であれば、元物＝動物の有機的性質に従うこと」であるから、「乗馬専用の馬の子も果実である」と解している。

(16)
性がある。

また、現行日本民法においては、天然果実は「元物から分離する時」に「収取する権利を有する者に帰属する」が（89条1項）、収取権者とされるのは、元物の所有者（206条）、賃借権者（601条）、地上権者（265条）、永小作権者（270条）、不動産たる元物の質権者（356条）などである。⁽¹⁷⁾さらに、これに加えて、所有権、地上権、賃借権、不動産質権などの、果実収取権を備えた「本権を持っていると誤信」している「善意の占有者」⁽¹⁸⁾も189条1項により果実を取得でき、不当利得返還請求の対象とならない。⁽¹⁹⁾

ただし、同じ「善意の占有者」であっても、「誤信」の対象となっている本権の性質によっては、適法な果実収取と認められうる当該果実が「用法」の制限を受ける場合とそうでない場合があるとする説がある。従っ

(16) 例えば、「種馬の子」は天然果実だが、「乗馬専用の馬の子」は果実ではないという例が考えられる。舟橋「天然果実」319頁参照。なお、前掲舟橋320-321頁によれば、「元物について収益の権限が設定されたような場合に」において、「元物の収益権の及ぶ範囲を限定するため」に、物の「用法」に従った収取という要件が必要となるのに対し、そうした「収益権の範囲の限定が問題とならない場合」である「元物の所有権移転」の場合には、「用法」の要件は必要ないとされる。

(17) 我妻・有泉『コンメンタール民法』178-179頁。

(18) 既述の通り、使用取得要件としてのボナ・フィデース（bona fides）概念は現代法学でいう「善意」とは一致しないが、現代法の「善意」はローマ法上のボナ・フィデース概念を起源としていることは確かであろう。従って、ローマ法で「ボナ・フィデースの占有者」が果実を取得できたこととパラレルに考えることができよう。

(19) 我妻・有泉『コンメンタール民法』407-408頁参照。なお、ドイツ民法においても、BGB99条1項の定める「物の果実として、物の産出物その他物の用法に従って収取される収穫物」が定められ、果物や牛乳や仔牛が例示される。これらには953条の規定が適用され、原則として「主たる物の所有者」が、分離の態様は問わず「分離によって当然に取得する」。例外として、用益権者や用益質権者などの所有者以外の他人が収取権を有する場合には、954条に従いそれらの者が分離により取得する。こうした「原則・例外ルール」が適用されない場合として、955条に従い一次的に、「善意の自主占有者（872条）またはその善意の利用権者」が果実の所有権を取得する。以上、ヴォルフ/ヴェレンホーフ（大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳 訳）『ドイツ物権法』（成文堂、初版、2016）13、166-168頁参照。

(20) 舟橋「天然果実」323頁は、「自己が賃借権その他の用益権を有するものと信じ

て、以上のごとく、日本民法においては議論の余地なくあらゆる動物が全ての場合に果実として扱われるというわけではなく、一定の場合には目的に沿った法解釈・政策的な考慮が介在する可能性がある。

第 2 節 昔の問題 (vetus quaestio)

ローマ法の世界において、女奴隷の子 (partus ancillae) が果実に含まれるか否かという問題は古くから存在し、⁽²¹⁾ 具体的には女奴隷が出産した子は用益権者に帰属するか否かという問題として現れた。⁽²²⁾ つまり、女奴隷の子が、母である女奴隷の所有者に帰属するか、女奴隷の用益権者に帰属するかという問題⁽²³⁾ が大きな論争になった痕跡がある。共和政末期の主に紀元前 1 世紀に活躍した、当代随一の著述家にして、政治家にして、弁論家にして、哲学者でもあるキケローが、次のような文章を残している。

⁽²⁴⁾
Cic. De fin. I, 4, 12: An, partus ancillae sitne in fructu habendus, disserterur inter principes civitatis, P. Scaevolam Maniumque Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet…

キケロー『善と悪の究極について』1巻4, 12: 「女奴隷の子は果実の中に含まれるべきかどうか」ということが、共同体の指導者たちの間で論じられようか。すなわち、P. スカエウオラとマニウス・マニリウス〔の間で論じられ〕、そして M. ブルートウスは彼らとは〔見解が〕一致しない…」

て占有した者」には「物の用法」に従った産出物のみを取得させるべきだが、「自己が所有者だと信じて占有した者」にはこのような制限がなく、全ての産出物を取得させるべきだとする。

(21) Kaser, Partus ancillae, S.156.

(22) カンデーラ「ローマ法源の中の動物」752頁参照。

(23) Cf. Linderski, 《Partus Ancillae》, p.192.

(24) ラテン語原文は、Loeb Classical Library (<https://www.loebclassics.com>) の、CICERO, De Finibus Bonorum et Malorum (Translated by H. Rackham), Harvard University Press, p.14による。

キケローの文章からは、女奴隷の子が果実に含まれるか否かという問題に関して、当時の見解として決して自明の答えがあったわけではないことが想像できる。また、この文章からは、いずれの者がいずれの見解を採用していたかが明らかではない。しかしながら、法学者ウルピアーヌスが残した法文を見れば、そうした疑問に対する解答が得られる。⁽²⁵⁾

D. 7, 1, 68 pr. (Ulpianus libro 17 ad Sabinum) : Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usum fructum in eo fructuarium habebit. Quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? Et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius.

学説彙纂 7 卷 1 章 68 法文首項（ウルピアーヌス、サビーヌス註解 17 卷）：「過去に問題となったのは、〔奴隷の〕子が用益権者に帰属するかどうかということだった。：しかし、用益権者はその子について〔帰属させる〕地位を有しないという、ブルトウスの見解が通説となった。：なぜなら、人間は人間の果実において存在しえないからである。そして、この理によって、用益権者は子について用益権を有しないだろう。それにもかかわらず、子の用益権が〔遺贈で〕遺された場合でも、その子について用益権を有するのか？子は遺贈されるので、その子の用益権も〔遺贈〕される。」

この法文の 2 語目にある fuit は esse の完了形であり、通常は歴史的完了として、「過去の一回的な行為を記述または報告する」⁽²⁶⁾ときに用いられる。従って、ウルピアーヌスにとっては、論争は解決しており、もはや過去のものであったかもしれない。先に挙げたキケローの文章で残された謎

(25) Cf. Linderski, 《Partus Ancillae》, p.193.

(26) 中山恒夫『古典ラテン語文典』（白水社、初版、2007）76頁。

は、ウルピアヌスによって明かされる。どうやら、女奴隷の子を果実に含めないと考えていたのは M. ブルートゥスの方で、果実に含めて考えていたのが P. スカエウォラとマニウス・マニリウスだったということになる⁽²⁷⁾。ただし、ウルピアヌスが示す「人間は人間の果実において存在しえない⁽²⁸⁾」という理由は、何か哲学的なもののさえ感じさせる表現である。

結局、女奴隷の子を果実に含めないとするブルートゥスの見解が勝り、論争は沈着化したと考えることは可能である。しかし、残念ながらウルピアヌスはブルートゥスの見解がいつ頃に優勢となったかについては語っていない⁽²⁹⁾。また、上述のように、哲学的で釈然としない理由づけを示しており、謎は残ると言わざるを得ない。少なくとも、女奴隷の子が果実に含まれるか否かについては決して自明のことではなかつただろう。

第 3 節 哲学的な理由

上述の通り、ウルピアヌスは、女奴隷の子は果実に含まれないことの原因を説明するにあたって、「人間は人間の果実において存在しえない」という哲学的な叙述を用いているが、さらに別の理由づけも残している。

(27) Vgl. Kaser, *Partus ancillae*, S.156; 船田『ローマ法 2』332頁参照。

(28) 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」174頁注126は、同箇所を「奴隷は奴隷の果実であることはできない」と翻訳している。確かにラテン語の *homo* には奴隷という意味もあるが、後述のガイウス D. 22, 1, 28, 1との比較において、「およそ人たるものは人の果実として存在することはない」という意味に解した方がより適切であろう。

(29) Linderski, 《*Partus Ancillae*》, p.193. 前掲 Linderski は、スカエウォラ、マニリウス、ブルートゥスという三者の関係を考察し、また、アウグストゥスの娘のユーリアがバンダーテリア (*Pandateria*) に島流しにされた後に本土に帰還して暮らしていたというレーギウム (*Regium*) で発見された碑文の内容を検討したうえで、「女奴隷の子は果実に含まれる (*partus ancillae in fructu est*)」というスカエウォラとマニリウスの見解が元来のルールで、それに反するブルートゥスの見解が支配的になったのはアウグストゥス以後の時代であると結論している。Cf. *ibid.*, pp.194-198. これに対して、Kaser, *Partus ancillae*, S.156は、既に紀元前 2 世紀には、法学者たちは女奴隷の子は果実に含まれないと判断したと考えている。

D. 5, 3, 27 pr. (Ulpianus libro 15 ad edictum) : Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere.

学説彙纂 5 卷 3 章 27 法文首項（ウルピアーヌス、告示註解 15 卷）：「他方で、女奴隷の子や、その子らの子はそれにもかかわらず果実であるとは判断されない。なぜなら出産するということのために女奴隷たちは無分別に調達されないからである。それでも、相続財産を増やす。：確かにそれらすべては遺産となるので、疑いないのは、占有している場合、あるいは相続財産が〔返還〕請求された後に害意によって占有しないように振る舞った場合、占有者がそれらを返還しなければならないということである。」

ここでもまず、ウルピアーヌスは、女奴隷の子（またその子の子）は果実に含まれないということを確認している。しかし、その理由として挙げられているのは、「出産するということのために女奴隷たちは無分別に調達されない」という理由である。おそらくウルピアーヌスの意図は、ローマ市民が女奴隷を取得する主要な目的が、決して子を産ませて財産・労働力などの増加を図ろうとしただけではない、ということであろう。ここで挙げたウルピアーヌスの根拠づけは、前節で挙げた D. 7, 1, 68 pr. の根拠づけとはやや趣が異なる⁽³⁰⁾。

(30) この点について Kaser は、「動物の母は仔を得るために保持されたであろうから」、このウルピアーヌスの根拠づけによれば動物の仔は果実に含まれることになり、これに対して、前節で挙げた D. 5, 3, 27 pr. におけるウルピアーヌスの根拠づけに従えば、果実を産出する担い手（Träger）と同種のものは果実と認められないので動物の仔は果実に含まれなかった可能性を指摘し、両法文の根拠づけの矛盾について叙述する。Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.157-158. しかし、動物もまた、その母自体が労働力や毛製品・乳製品の産出のために用いられ、決して仔を増やして財産の増加を図るためだけではなくという意味では、条件的に奴隷と同じで

他に、法学教師ガイウスも、女奴隷の子は果実に含まれるか否かという問題に対して解答を示し、また、独自の理由を示している。

D. 22, 1, 28, 1 (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum) :
Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis
pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes
fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

学説彙纂22卷1章28法文1 (ガイウス、日用・金言集2卷) : 「他方で、女奴隷の子は果実の中に存在しない。従って、財産の所有者へと帰属する。なぜなら、自然の理は全ての果実を人間のために用意したのに、人間が果実の中に存在することは、不合理だからである。」

ガイウスは、女奴隷の子は果実に含まれないと断言する。従って、常に女奴隷の所有者に帰属することになる。そして、ガイウスの示す理由は独特である。すなわち、自然界によっておよそこの世のあらゆる物の果実は人間に供するために存在しているのに、人間が果実の中に含まれるのは不合理だというのである。ガイウスの理由付けは経済的な理由とはかけ離れたものであり、前節の D. 7, 1, 68 pr. で示されたウルピアヌスの根拠づけよりもさらに、哲学的な思考の影響を感じさせるものである。⁽³¹⁾

そもそも、古代ローマないしローマ法の領域において奴隷は特異な存在

あろう。ただし、後述のように、奴隷に関しては通常の動物とは異なる様々な要因があったことは確かである。なお、Kaser が指摘するように (Ibid., S.157)、D. 5, 3, 27 pr. でウルピアヌスが自らの根拠づけとして語っている言葉は、実際はブルトウスの言葉であった可能性がある。

(31) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.158-159. 前掲 Kaser は、ガイウスが、自然が世界の価値あるものの収益を人間の意のままにしたという「人間の宿命」に根拠を見出していると指摘し、アリストテレスに端を発するような哲学の影響を示唆する。Buckland, RLS, p.21は、D. 5, 3, 27 pr. のウルピアヌスも、D. 22, 1, 28, 1のガイウスも、共通して「人間の尊厳に対する尊重」が理由であるとす。これに対して、前掲 Kaser は「後世のこじつけ」と批判する。Kaser, ibid., S.159 Anm. 19.

であった。既述の通り奴隷は動産として扱われ、使用・収益・処分の対象となった。その反面、ラテン語の homo が「人間」という意味を表す一方で、「奴隷」という意味を表すこともあったという事実が示す通り、奴隷は動産としてローマ市民の所有の対象となったと同時に、人類の一種でもあるという独特な性質を兼ね備えている。まさに、「人間」でもある奴隷が人間に役立つものとして創造された物の集合である果实概念に含まれるのは「不合理」であると、ガーイウスが判断した所以であろう。他にも、奴隷は特異な性質を帯びているが、これ以上の考察は後述に譲る。

いずれにせよ、女奴隷の子が果实に含まれるか否かという問いに対して、法学者たちの判断は少なくとも古典期には否定する方向に動きがちだったものの、その理由は様々である。既に見たように、哲学的で決して単純明快な理由付けではなく、やはり古典期時代の法学者にとってもこの問いへの解答は自明のものではなかった⁽³²⁾と言えよう。

第4節 果实に含まれないことの帰結

既に述べた通り、ボナ・フィデースの占有者は元物からの分離によってただちに果实の所有権を取得する。従って、例えば、他人物たる元物を他人物であると知らず、信義誠実に反することがないような態様で買い受けた買主は、当該元物が産出する果实の所有権を取得する。パウルスも次のように述べている。⁽³³⁾

D. 41, 1, 48 pr. (Paulus libro septimo ad Plautium) : Bonae fidei emptor

(32) Linderski, 《Partus Ancillae》, p.198は、「イタリアの農夫や職人」は、「女奴隷の子と家畜の仔がなぜ区別して扱われるべきなのかを理解でき」ず、「法学者たちによって提示された哲学的な説明や正当化」は、普及するようなアピールに欠けていたという。また、Kaser も、「女奴隷の子は果实に含まれない (partus ancillae in fructu non est)」という規律が全国的な賛成を得ていたわけではないと指摘する。Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.160, 197-198.

(33) 以下、清水「ボナ・フィデース(2)」318-319頁参照。他に、Cf. Bělovský, Slave Children, p.87.

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.

「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。果実に関しては所有者のような地位を有するからである。また、収取するまでもなく、分離の時点でただちにその買主のものとなるという。さらに、その物を使用取得できるか否かとは関係がなく、物の所有者の行為能力や占有取得までの経過も関係がないという。売買目的物（元物）が他人物であり、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、売

買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、その果実の所有権取得は独立して可能であると考えられる。

それでは、女奴隷の子が果実に含まれないことの帰結として、どのようなことが生じるのであろうか。動物の仔などの一般の果実と同様に、女奴隷の子は、女奴隷からの分離によってただちに例えばボナ・フィデースの占有者である買主の所有に帰するのであろうか。この問いに関して、法文史料が示す答えは否定的である。例えば、次のような法文が残されている。

D. 47, 2, 48, 6 (Ulpianus libro 42 ad Sabinum) : Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu.

学説彙纂47巻2章48法文6（ウルピアヌス、サビーヌス註解42巻）：「盗まれた馬から生まれた仔はただちにボナ・フィデースの買主に帰属するだろう。当然である。なぜなら、果実に数えられるからである。：そして、女奴隷の子は果実に数えられない。」

ウルピアヌスによれば、盗まれた馬から生まれた仔は、親馬が盗物であるにもかかわらず即時にボナ・フィデースの買主の所有物となるが、その理由は、馬の仔が果実に該当するからである。これに対して、女奴隷の子は果実に含まれないことを確認しており、既述の古典期ローマにおける

(34) Kaser, Partus ancillae, S.166.

(35) Vgl. Kaser, ibid., S.199.

(36) なお、果実とされる物についても、所有権に基づく主張以外に使用取得（ないしプーブリキウス訴権）を主張することが可能である。D. 41, 3, 4, 5 (Paulus libro 54 ad edictum) : Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt. 学説彙纂41巻3章4法文5（パウルス、告示註解54巻）「果実と女奴隷の子と家畜の仔は、死んでいたのではない場合には、使用取得されうる。」また、果実について単なる所有権取得と使用取得を併存的に認める意義については、宮坂「盗品の使用取得禁止2」175-176頁注127参照。

多数説的見解に合致している。従って、明示はしていないが、女奴隷の子は即時にボナ・フィデースの買主に帰属することにはならないであろう⁽³⁷⁾。

しかし、女奴隷の子に関して、上述のような買主に代表されるボナ・フィデースの占有者が、永久にその所有権を取得できないかと言えば、そうではない。ローマ法においては、筆者が主要な研究テーマとして掲げてきた使用取得というシステムが存在する。逆に言えば、使用取得を経なければ（あるいは使用取得制度を前提とするプーブリキウス訴権の行使を経なければ）、ボナ・フィデースの占有者は、盗まれた女奴隷や他人物である女奴隷の子について所有権を取得できなかった⁽³⁸⁾。実際、女奴隷の子の所有権取得に関わる法文においては、ボナ・フィデースの占有者による即時の取得を許容する事例は皆無であり、全箇所にわたり使用取得の可否を問題としている⁽³⁹⁾。

そこで、本稿では、次章以降で女奴隷の子を使用取得する場合の問題点について特に焦点を当てて検討する。

第 3 章 女奴隷の子の使用取得

第 1 節 母である女奴隷が盗物ではない場合

女奴隷の子 (partus ancillae) の使用取得を検討するにあたり、常に問題とならざるを得ないのが、使用取得に関する一般的禁止事項との関わりである。具体的には、使用取得の対象とすることが禁止されていた盗物 (res furtiva) との関係である。女奴隷、またその女奴隷の子も「物」である以上、使用取得対象可能物としての考慮は避けられない。

もし、使用取得の可否を検討すべき対象物が盗物とみなされれば、使用

(37) Cf. Buckland, RLS, p.24; 前掲宮坂158頁参照。

(38) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.199.

(39) Vgl. Kaser, ibid., S.166.

取得の一般原則からして、その時点で使用取得不可能となるはずである。仮に母たる女奴隷が盗まれていたとして、その女奴隷が産んだ子が盗物として扱われるか、扱われない余地があるとすればどのような条件か。実際、母である女奴隷が盗まれていたという事例に関する法文の数は多く、古典期ローマの法学者の見解も錯綜している。

本稿においては、まず、そのような複雑な問題の検討に入る前提として、さほど問題が生じない場合について触れておく。すなわち、母である女奴隷がそもそも盗物とみなされない場合である。母は他人物であるから、即時の所有権取得はできないにしても、盗物ではないので使用取得の余地がある。既に見たように、果実には含まれないとされる女奴隷の子はただちにボナ・フィデーヌの占有者に帰属しないので、子は独自に使用取得されなければならない。⁽⁴⁰⁾ それでは、子が生まれる前に母たる女奴隷が使用取得されていた場合はどうなるのであろうか。ウェヌレイウスは次のように語る。

D. 41, 1, 66 (Venuleius libro sexto interdicatorum) : Cum praegnas mulier legata aut usucapta aliove quo modo alienata pariat, eius fient partus, cuius est ea, cum eniteretur, non cuius tunc fuisset, cum conciperet.

学説彙纂41巻1章66法文（ウェヌレイウス、特示命令録6巻）：「遺贈された、あるいは使用取得された、あるいはそれとは別の方法で譲渡された、懐胎している婦女が出産するとき、子は次の者のものとなる。すなわち、産んだときに彼女が帰属している者であり、懐胎していたときに帰属していた者ではない。」

この法文では、一般的な婦女（mulier）という名詞が用いられているが、使用取得や譲渡の対象となっていることから自由人であるとは考えられず、女奴隷を指している。ウェヌレイウスが述べるには、すでに懐胎し

(40) Buckland, RLS, p.24.

ていた女奴隷が、遺贈されたり使用取得されたりその他の方法で所有権譲渡された場合、その後に子を出産したならば、懐胎中の所有者ではなく出産時の所有者がその子の所有権を取得する。

従って、懐胎中の女奴隷が使用取得されその後に子を出産する場合、その子は誕生の時点でその女奴隷の所有者に帰属し、その子を懐胎したときにその女奴隷を所有していた者には帰属しないため、常に使用取得後の新所有者のものとなる。⁽⁴¹⁾ 逆に言えば、母である女奴隷が使用取得される前に子が出生していれば、子を個別に取得することが考えられる。⁽⁴²⁾

ただし、母である女奴隷が盗物とみなされず、従って使用取得が可能であるという場合には、その女奴隷の子は母である女奴隷とともに使用取得することができる。⁽⁴³⁾ さらに、子の懐胎時期については、使用取得の途上にある占有者が女奴隷の占有を開始する前にすでに懐胎されていたか、あるいは占有開始後に初めて懐胎されたのが問題となり得るが、古典期ローマの法学者は議論していない。⁽⁴⁴⁾ また、子の取得の原因 (causa) がどのようになるかは、後述の通り母が盗物であり使用取得できない場合に大いに問題となるが、少なくとも母が盗物でない場合には母と子の取得原因は同一とされる。⁽⁴⁵⁾

(41) Cf. Bělovský, *Slave Children*, p.92; Buckland, *RLS*, p.24.

(42) Cf. Buckland, *RLS*, p.24.

(43) Kaser, *Partus ancillae*, S.166, 199; 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」159頁。

(44) Vgl. Kaser, *ibid.*, S.166; 前掲宮坂159頁参照。

(45) Kaser, *ibid.*, S.166; Cf. Buckland, *RLS*, p.25; 前掲宮坂158頁; D. 30, 82, 4; D. 41, 3, 33 pr.; D. 6, 2, 11, 4 (*Ulpianus libro 16 ad edictum*): *Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis publicianam habebō.* 学説彙纂 6 卷 2 章 11 法文 4 (ウルピアーヌス、告示註解 16 卷): 「同じくユーリアーヌスが次のように一般的に述べている。すなわち、[母が] 盗 [物] ではない場合には、ある原因に基づいて私は母を使用取得できたが、母が盗 [物] であることを知らなかった場合には、その原因に基づいて私は子を使用取得 [できる]。: それゆえに、全ての原因に基づいて、私はプーブリキウス [訴権] を有するだろう。」

それでは、他人物である女奴隷から生まれた子の使用取得に関して、ボナ・フィデース要件の具備、この事例設定では当該女奴隷が他人物であることを知らないこと、はいつの時点で要求されるのだろうか。その問いには、パーピニアヌスが以下のように答えている。

D. 41, 3, 44, 2 (Papinianus libro 23 quaestionum) : Etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet, nonnumquam tamen evenit, ut non initium praesentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quae bonam fidem habuit, inspiciamus, veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide coepit possidere: non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit. Idem in servo postliminio reverso dictum est.

学説彙纂41巻3章44法文2（パーピニアヌス、質疑録23巻）「とはいえ、使用取得に関する限り、契約の開始ではなく、占有の〔開始が〕考慮されるのが通説である。それでもときに生じるのは、現在の占有の開始ではなく、ボナ・フィデースである、より以前の引渡しの原因を我々が考慮するということである。例えば、ボナ・フィデースで占有し始めたその女〔奴隷〕の子に関してである。：なぜなら、出産するより前に、母が他人のものであると知ったという点で、男児がそれゆえに使用によって取得されないということはないだろう。同じことは、帰国権⁽⁴⁷⁾によって帰還した奴隷において言われた。」

(46) “non contractus” は不適当な語彙という指摘もある。Vgl. Kaser, *ibid.*, S.166-167, Anm. 57.

(47) 敵によって捕囚されたローマ市民は敵の奴隷となったが、ローマの領内に帰還すれば、自由と以前の権利を「帰国権（postliminium, iure postliminii）」によって回復した。ただし、捕囚によって喪失・解消された占有と婚姻に関しては当然には回復しなかった。以上、Cf. Berger, 639；船田『ローマ法2』78-79頁参照；Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.105, 354.

パーピニアーススによれば、使用取得に関しては、通説的には契約時ではなく占有開始時が考慮されるが、時として現占有状態以前の占有開始原因を考慮することがあるという。その例が、ボナ・フィデースで占有を開始した女奴隷であり、その子の使用取得が問題となる場合である。つまり、子の懐胎中にその母である女奴隷が他人物であることを知ってしまったとしても、子の使用取得が阻害されることはない。結局、母である女奴隷の占有取得時にボナ・フィデースであれば足りる。⁽⁴⁸⁾

それ以外に子の出生の時点でのボナ・フィデースを要求する法文は、全て「盗まれた女奴隷 (ancilla furtiva)」に関連するものである。⁽⁴⁹⁾ 以上が、母である女奴隷が盗物とみなされない場合の規律である。

第 2 節 母である女奴隷が盗物とされる場合

1 元物が盗物である場合の果実

既に述べたように、女奴隷の子は果実に含まれないので、即時にボナ・フィデースの占有者に帰属することはあり得ないが、使用取得による所有権取得の可能性が残る。以上では、母である女奴隷が盗物として扱われない場合について見たが、以下では逆に、母たる女奴隷が盗物とみなされる場合のその子の帰趨について考察する。

まず前提として、通常の果実と女奴隷の子との比較を目的に、通常元物と果実の関係において元物が盗物とされた場合の果実の扱いについて検討する。既に挙げたウルピアーヌスの D. 47, 2, 48, 6 では盗まれた馬が例示されており、そのような盗まれた元物から生じた仔 (果実) は、元物が

(48) Kaser, *Partus ancillae*, S.166; Buckland, *RLS*, p.25; Bělovský, *Slave Children*, p.96; 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」159頁。なお、前掲 Buckland は、母の受領の時点での善意を要求する見解につながるのは、子 (partus) が従物であるという発想だとする。また、前掲 Bělovský は、パーピニアーススが “*mala fides superveniens non nocet* 「不意に生じるマラ・フィデースは害しない」” という「共通ルール」を適用したものとする。

(49) Kaser, *ibid.*, S.166-167.

盗物であるにもかかわらず即時にボナ・フィデースの買主の所有物となることが示された。さらに、この問題に関して次のような史料が残されている。

D. 41, 3, 4, 19 (Paulus libro 54 ad edictum) : Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est.⁽⁵⁰⁾

学説彙纂41巻3章19法文（パウルス、告示註解54巻）：「盗まれた羊の羊毛は、確かに盗人の下で刈り落とされた場合には、使用取得され得ない。他方で、ボナ・フィデースの買主の下で〔刈り落とされた場合には〕、逆である。：というのも、果実の中に存在するからには、使用取得される必要はないが、ただちに買主のものになるからである。同じことが、消費された場合には、仔羊において言われるべきである。そして、そのことは正しい。』

パウルスによれば、盗まれた羊（元物）の毛（果実）が盗人のところで元物から分離された場合には使用取得できないが、ボナ・フィデースの買主のところで分離されれば使用取得できる。それどころか、羊毛は果実に該当するので、ボナ・フィデースの買主のところで分離されればただちにその占有者に帰属するから、使用取得も可能なのは当然である。また、「消費された場合」において仔羊も同じだと言う。「消費」という文言を持ち出したのは、正当な取得として不当利得にならないことを強調する意図⁽⁵¹⁾かもしれない。

(50) Kaser, *ibid.*, S.168, Anm. 61は、“si consumpti sint”を古くから明らかなインテルポラーティオー（改竄）とする。

(51) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.157によれば、後に「善意占有者」の果実取得は制限

さらに、パウルスは次のようにも述べている。

D. 41, 1, 48, 2 (Paulus libro septimo ad Plautium): Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnates venierint vel subreptae sint. Et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est.

学説彙纂41卷1章48法文2 (パウルス、プラウティウス註解): 「羊の仔は果実中に存在する。そして、それゆえにボナ・フィデースの買主に帰属する。たとえ、懐胎している〔母羊が〕売却され、あるいは盗まれていたとしても、である。そして、〔ボナ・フィデースの買主が〕乳を自身のものとするのは、たとえ乳が満たされて売却されていたとしても、全く疑われ得ない。: そして同じことは羊毛においても法上のことである。」

初めにパウルスは、羊の仔が果実であることを確認する。そして、懐胎中の母羊が売却された場合、たとえ盗まれていたものだったとしても、その母羊の仔はボナ・フィデースの買主に帰属すると述べる。さらに、元物が譲渡された場合の、その果実の一般原則に従い、乳や羊毛についても同じことが妥当すると言う。この事例では、懐胎中の母羊や乳を満たした雌羊が譲渡され、仔や乳などの果実がボナ・フィデースの買主のもとで分離されたことが想定されていると考えられる。

前章で挙げたウルピアーヌスの D. 47, 2, 48, 6 も、盗まれた元物から生じた仔 (果実) は、元物が盗物であってもただちにボナ・フィデースの買主に帰属するとしていたので、当然、使用取得を主張することも可能だと

され、消費された果実 (fructus consumpti) が、償還義務のない形で最終的にその占有者のもとに留まるだけとなり、現存する果実 (fructus extantes) については物自体とともに (mit der Sache selbst) 所有者に対して返還しなければならなかった。Diocl. C. 3, 32, 22; Inst. 2, 1, 35.

考えていたはずである。しかし、パウルスの見解と合わせて検討すれば、一定のルールが存在がわかる。盗物である元物のボナ・フィデースの買主のもとで果実が分離された場合、その果実はもはや盗物とは扱われず、ただちにその占有者の所有に帰するが、逆に盗人のところで分離された盗物の果実は、それをボナ・フィデースで買い受けた占有者も使用取得できない⁽⁵²⁾。

ただし、動物の仔の扱いについては論争が少なかつただけで、後掲の法文史料から察するに、決して議論がなかつたわけではない。また、ウルピアーヌスの D. 47, 2, 48, 6 については、同じくウルピアーヌスの D. 47, 2, 48, 5 との間で矛盾が生じているが、これに関しては後述する。

2 母である女奴隷が盗物である場合の子

(1) ユーリアーヌスの見解

以上の、元物が盗物である場合の果実の帰趨に対して、母である女奴隷が盗物の場合に、多くの法学者が果実には含まれないとするその子の帰趨について、以下で検討する。以下の場合には、そもそも母は他人物であるため即時の所有権取得は不可能であり、盗物であるため母に関しては使用取得も期待できない。既述の通り、女奴隷のボナ・フィデースの占有者がその子の所有権を取得するには使用取得が要求される。また、既に触れたように、このカテゴリーに属する客体の処理についてはそれぞれの古典期ローマの法学者の見解が錯綜しており、一つずつ検討していくしかない。

盗まれた女奴隷の子を使用取得するにあたっては、次のような点が検討の対象となる。①どのような場合に盗まれた女奴隷の子も盗物とされるか、ひいては、使用取得の対象となり得る女奴隷の子の条件は何か、②どのような占有者が使用取得の主体となれるか、ひいては、どのような原因 (causa) が使用取得の原因として認められるか、また、③いずれの時点で

(52) 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」158-159頁参照；Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.168.

ボナ・フィデース要件の充足が要求されるか、である。⁽⁵³⁾ さしあたり、大きな原則にあたる規律を多く残しているユーリアーヌスの見解から見ていくことにする。

まず、ユーリアーヌスは、盗まれた女奴隷の子の取得に関して、次のような法文を残している。

D. 1, 5, 26 (Iulianus libro 69 digestorum): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.

学説彙纂 1 卷 5 章 26 法文 (ユーリアーヌス、法学大全 69 卷) 「母胎内にいる者は、ほぼ全ての市民法において、自然の理の中に存在していると理解されている。というのも、法定の相続財産もこれら〔母胎内にいる者〕によって回復される。そして、懐胎している女性が敵によって捕まえられた場合、生まれた者は帰国権を有し、そのうえ父のあるいは母の地位に従う。: さらに、懐胎している女奴隷が盗まれた場合、たとえボナ・フィデースの買主の下で出産したとしても、出生したものは盗まれたものと同様に使用によって取得されない。これらのことによって生じる結果が、被解放自由人もまた保護者の息子が生まれ得る間は、保護者のいる者にとって法であることが法となることである。」

ユーリアーヌスは初めに、胎児の性質から説明し、胎児は市民法上「自

(53) 前掲宮坂159頁参照。

然の理の中に存在している」と述べ、胎児による法定相続財産の回復請求について触れている。文脈からして、「自然の理の中に存在」することは、既にこの世に存在する、従って生まれたものと擬制されるということであろう。さらに、胎児の間にその母が敵に捕囚された者の、出生後の帰国権について記している。後半が本稿にとって重要な部分であるが、懐胎中の女奴隷が盗まれた場合には、ボナ・フィデースの買主のところでもまれても、盗物同様に使用取得できないと言う。最後に、被解放自由人にとっても、保護者の胎児が生まれたものとみなされるというルールが適用されることを確認する。

この法文のユーリアヌスの見解の趣旨は、いくつかの事例で「胎児は生まれたものとみなされる⁽⁵⁴⁾」というルールが適用されることを示し、懐胎中に盗まれた女奴隷の胎児にも適用されることを述べるものであろう⁽⁵⁵⁾。従って、既に生まれた子が盗まれた場合と同じように扱われるため、たとえボナ・フィデースの買主のところでも出生したとしても、盗物とみなされ使用取得できない⁽⁵⁶⁾。ただし、この法文でユーリアヌスは、ボナ・フィデー

(54) ローマ法においては、「懐胎されたがまだ生まれていない子」は、「その子の利益になる場合に一定の目的で生まれたものと擬制され」るが、それに関するいくつかの法文史料が残されている。父の死亡後に初めて生まれる子について相続の際に考慮したり、胎児の将来の権利取得に対する期待権確保のため胎児の保佐人 (curator ventris) を付することも可能である。以上、Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.95. また、日本民法においては、損害賠償 (721条)、相続 (886条)、遺贈 (965条) に関して、胎児は既に生まれたものとみなされ、「胎児が後に生きて生まれた時に、あたかも胎児であった時代に権利能力をもっていたかのような取扱い」がなされる。ただし、「胎児中に権利能力を取得するわけではない」ので、例えば、胎児の母が胎児の出生前に胎児を代理して不法行為の加害者に対し損害賠償請求をすることは許されない (大判昭和7年10月6日民集11巻2023頁)。以上、我妻・有泉『コンメンタール民法』32頁参照。

(55) Sanna, L'usucapione del P. A. F, p.397.

(56) Cf. Sanna, *ibid.*, p.397; Vgl. Kaser, *Partus ancillae*, S.169; 宮坂「盗品の使用取得禁止」160頁; Cf. Buckland, *RLS*, pp.25-26; Cf. Bělovský, *Slave Children*, p.90. 前掲 Bělovský は、「母は盗の対象」であり、「その子は盗の時点で既に存在していたため、つまり、盗物の一部となっており」、母の「法的効果を分かち合っ

スの「占有者」ではなく「買主」と記しており、使用取得の主体は買主に限定されているのではないかという疑問も生じる。この疑問については、次の法文で明らかになる。

D. 41, 3, 33 pr. (Iulianus libro 44 digestorum): Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.

学説彙纂41卷3章33法文首項(ユーリアーヌス、法学大全44卷):「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、盗まれた女奴隷の子を使用によって自身のものとする。そして、そのことは法の理によって導入された⁽⁵⁷⁾と、私は判断する。:なぜなら、12表法あるいはアティーニウス〔法〕が妨げとなる場合を除いて、ある者がある原因に基づいて女奴隷を使用取得するその原因に基づいて、次の場合には、子が使用取得される必要があるからである。すなわち、その〔子の〕母が盗まれていたことを知らなかったその時点で、その者の下で〔子が〕懐胎され生まれていた場合である。」

ユーリアーヌスによれば、盗まれた女奴隷の子を使用取得できるのは、ボナ・フィデースの買主に限定されず、使用取得が生じうるような原因に

ていたため」に、「母もその子も両方盗まれたとみなされ」、使用取得から排除されるとする。

(57) アティーニウス法については争いのあるところではあるが、通説的には、盗物(res furtivae)を使用取得の対象から除外した法とされる。Berger, p.548; Kaser/Knütel/ Lohsse, S.152; 船田『ローマ法2』482頁。

基づいて占有している者全てである。とはいえ、もちろん、それら占有者はボナ・フィデースである前提であろう。また、それは法の理に従い導入されたシステムであると言う。さらに、盗物の使用取得禁止に抵触しなかったとすれば母が使用取得されたはずの原因と同じ原因に基づいて、その女奴隷の子は使用取得され、母が盗まれていたという事実を当該占有者が知らない間に懐胎・出生していなければならない。

従って、ユーリアーヌスの見解によれば、使用取得の原因 (causa) となりうるような原因に基づくボナ・フィデースの占有者全てが使用取得の主体となり得る。さらに、母である女奴隷が盗物でなければ使用取得されて⁽⁵⁸⁾いたはずの原因と同じ原因でその子は使用取得されるが、当該占有者のところで懐胎・出生が生じる必要があり、その全期間にわたり母が盗まれていたことを知らなかった場合でなければなら⁽⁵⁹⁾ない。つまり、当該占有者は自らのところで生じたその子の懐胎・出産の間はボナ・フィデースでなければならない。

さらに、この問題に関連してユーリアーヌスが残した法文の中に、次のような二つの文がある。いずれも、ユスティニアヌスの法典編纂委員によって“Pro emptore.”の表題の下に置かれている法文であり、「買主としての使用取得」に関する史料と考えられることから、筆者の主たる研究テーマとの関係でも重要なものである。

D. 41, 4, 9 (Iulianus libro tertio ad Urseium Ferozem) : Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius quasi

(58) 「母と同じ原因」といっても、Kaser, *Partus ancillae*, S.176が述べるように、「母と子が一緒に使用取得される」ことが可能な「母が盗物ではないという場合」とは異なり、この場合には、「母自体が使用取得不能なので、子だけが使用取得される。」

(59) 以上、Sanna, *L'usucapione del P. A. F.*, pp.399-400, 407; Kaser, *Partus ancillae*, S.173, 176; Bělovský, *Slave Children*, pp.88-89; 宮坂「盗品の使用取得禁止2」161頁。なお、この法文についてはZanzucchiをはじめ、多くの学説がインテルポラーティオー(改竄)を主張している。詳細は前掲 Sanna, pp.400-401参照。

emptor usucapere.

学説彙纂41卷4章9法文(ユーリアーヌス、ウルセイウス=フェロークス註解3卷)「自由の合意の対価として盗まれた女奴隷を奴隷から受け取った者は、その〔女奴隷の〕子を買主のように使用取得できる。」

この法文によれば、ユーリアーヌスは次のように述べる。自由にするという合意、つまり、その奴隷を解放するという合意の代償として、盗まれた女奴隷をその奴隷から受領した主人は、売買が行われていないにもかかわらず、買主であるかのように使用取得可能である。

D. 41, 4, 10 (Iulianus libro secundo ad Minicium): *Servus domino ancillam, quam subriperat, pro capite suo dedit: ea concepit: quaesitum est, an dominus eum partum usucapere possit. Respondit: hic dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.*

学説彙纂41卷4章10法文(ユーリアーヌス、ミニキウス註解2卷):「奴隷が、盗んでいた女奴隷を、自身の頭格のために主人に交付した。: その女奴隷が懐胎した。問題とされたのは、主人がその子を使用取得できるかどうかである。〔ユーリアーヌス〕は解答している。: この主人は買主のように子を使用取得できる。というのも、この女奴隷のために主人の下から物が不在となり、ある種の方法で奴隷と主人の間で売却が合意されたからである。」

次に、奴隷が、その奴隷自身によって盗まれた女奴隷を、自らが解放されるために主人に交付した事例である。その女奴隷が懐胎した場合に、主

(60) 原文では、pro capite(頭格のために)と記されているが、「自由になるために」と解釈すべきである。Berger, p.381によれば、caputは、「一般的に、個々人

人によるその子の使用取得の可否が問題となったが、ユーリアーヌスは次のように解答した。女奴隷が主人の支配下に入った代わりに、主人の下から物(解放された奴隷)がいなくなり、あたかもその奴隷・主人間で売買があった場合のような状況なので、その主人はその子を買主のように使用取得できる。

上記の二つの法文のうち、一つ目では、購入の事実はないものの自由の代償として自分の奴隷から盗まれた女奴隷を受領した場合であり、二つ目では、自由の代償として自身の奴隷が盗んだ女奴隷を交付した場合に、奴隷が自らを買い受けたかのような関係を認め、売買からのいわば類推的な拡張が見られる⁽⁶¹⁾。

従って、ユーリアーヌスは基本的に、女奴隷の子を使用取得できる主体はボナ・フィデースの買主であり、よってその原因 (causa) は売買であると考えていた。しかし、やがて売買に類似した状況について類推的に拡張するに至り、やがては使用取得が認められるような原因 (causa) に基づくボナ・フィデースの占有者全てに主体を拡大し、それら全ての原因 (causa) を認めることにした。おそらく、何らかの政策的考慮が働いたものと考えられる。ユーリアーヌス (D. 41, 3, 33 pr.) は「法の理によって」と表現している。

ユーリアーヌスが使用取得可能な原因 (causa) 全てについて容易に認めたと考えるのは正しくないだろう⁽⁶²⁾。そもそも、そのような占有者全てに

を表現する」ために用いられ、「caput liberum (=自由人) と caput servile (=奴隷) の区別」の際にも使われる言葉である。

(61) Sanna, *L'usucapione del P. A. F.*, pp.401-402, 406; Cf. Bělovský, *Slave Children*, p.85; Vgl. Kaser, *Partus ancillae*, S.175-176; 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」161頁参照。前掲 Kaser は、ユーリアーヌスは「奴隷の占有と主人の占有を分離し、主人がその女奴隷を(解放の対価として)買ったものとみな」していると表現する。これは、本来であれば自身の奴隷を通じて主人自身が占有するはずであるから、盗という瑕疵の付着した奴隷による占有が主人にも影響するはずであるが、奴隷による占有と主人による占有を分けて構成する趣旨と考えられる。

(62) 前掲宮坂167頁も、「古典期法学者が一致して保護を与えたのは善意の買主であ

使用取得を認めるのであれば、最初から全ての原因 (causa) について認めると宣言すればよいのであって、D. 41, 4, 9-10で類推的に売買を拡張させる意味はない。なお、「占有する全ての者」とする法文と、「買主」とする法文はいずれも法学大全からの抜粋であり、買主を類推的に拡張したものはウルセイウス＝フェロクス註解とミニキウス註解からの抜粋であるが、同一の出典の内容に矛盾があるようにも思える。しかし、矛盾があるとしても、それは後世のインテルポラーティオー (改竄) であると考える必要はない。個々の事例判断を行うにあたって、結果的に改説した可能性がある。この点に関する考察は後述するが、ウルピアーヌスの場合に生じている矛盾と同じ現象であろう。

(2) ウルピアーヌスの見解

i) ユーリアーヌスとの一致と差異

ユーリアーヌスに続いて、盗まれた女奴隷の子の使用取得に関連するウルピアーヌスの見解を見てみることにする。また、以下では、ウルピアーヌスが紹介するその他の法学者の見解についても検討する。

D. 47, 2, 48, 5 (Ulpianus libro 42 ad Sabinum): *Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu.*

学説彙纂47卷2章48法文5 (ウルピアーヌス、サビーヌス註解42卷): 「懐胎している女奴隷が盗まれ、あるいは盗人の下で懐胎した場合、盗人の下で生まれるにせよ、ボナ・フィデースの占有者の下で〔生まれる〕にせよ、子は盗〔物〕である。:しかし、後の方の事例においては盗の訴権

って、善意占有者一般ではない」ことを重視している。

は生じない。けれども、ボナ・フィデースの占有者の下で懐胎し、そしてその状況で出産した場合、次のことが生じるだろう。すなわち、子は盗〔物〕ではないだけでなく、使用取得もされ得る。〔女奴隷の〕子において〔維持されるべきことと〕同じことは、家畜においても、またそれら家畜の仔においても維持されるべきである。』

ウルピアーヌスが述べるには、ユーリアーヌスと同様に、懐胎中の女奴隷が盗まれた場合、またそれに加えて、盗人のところで懐胎した場合にも、子の出生場所が盗人のところであろうがボナ・フィデースの占有者のところであろうが、その子は盗物なので使用取得できない。ただし、ボナ・フィデースの占有者のところで生まれた子の事例では盗訴権が生じない⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾。そして、ボナ・フィデースの占有者のところで懐胎・出産が生じた場合には、その子は盗物ではなく、使用取得可能である。最後に、この原則は家畜の仔の場合にも適用されると言う。

従って、懐胎中に盗まれた女奴隷の子を盗物とする点はユーリアーヌスと同じであるが、盗人のところで懐胎した子も盗物とみなしており⁽⁶⁵⁾、ユーリアーヌスよりも拡張的である。本来的には、母である女奴隷を盗んだ時点では胎児ですらないので、その子までも盗んだことにはならないはずであるが、この場合にまで盗物としている⁽⁶⁶⁾。そして、ウルピアーヌスが認める使用取得の主体はボナ・フィデースの占有者であり、一般的に使用取得が可能なあらゆる原因（causa）を認めるので、ユーリアーヌスの最終的な見解と一致している。また、ユーリアーヌスと同様に、ボナ・フィデー

(63) 罰金訴権（actio poenalis）の一種で、被害者である私人による訴追であって、一般的には盗まれた物の4倍額（現行盗）か2倍額（非現行盗）が請求される。

Cf. Berger, p.480; Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.311-312.

(64) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.172.

(65) Sanna, L'usucapione del P. A. F, pp.407-408; Bělovský, Slave Children, p.90; Kaser, ibid., S.169-170; 宮坂「盗品の使用取得禁止2」160頁。

(66) Cf. Sanna, ibid., p.408.

スの占有者のところで懐胎・出産が生じることを要求するので、懐胎時・出生時を通じてボナ・フィデースであることを要件としている。こういった意味では、ウルピアーンヌスはユーリアーンヌスの理論を受容したと想像することも可能である。⁽⁶⁷⁾

ii) ウルピアーンヌスの矛盾？

ところが、上記の D. 47, 2, 48, 5 の結論部分には、気掛かりな点がある。すなわち、女奴隷の子に適用されたいくつかの原則が、家畜 (pecus) の仔 (fetus) にも適用されると言うのである。これは、既に挙げた法文 (D. 47, 2, 48, 6, 第 2 章第 4 節) と矛盾し、家畜の仔に関して女奴隷の子に関する場合と同程度の厳格な規制を設けるものである。⁽⁶⁸⁾

ウルピアーンヌスは、盗まれた馬であっても、その仔はただちにボナ・フィデースの買主に帰属すると明言するため、女奴隷の子と同様に扱う前掲の D. 47, 2, 48, 5 とは矛盾が生じる。しかも、いずれもサビーヌス註解の 42 巻からの抜粋であって、矛盾するとなればますます謎は深まる。しかし、同じ現象は、既に触れた通りユーリアーンヌスの場合にも起きていた。ユーリアーンヌスの場合には、同一著作内で使用取得可能な主体を「占有する全ての者」とする事例と「買主」とする事例が併存しており、さらに別の著作では「買主」を類推的に拡張した苦心の痕跡が見られる。こうした混乱は、そもそも動物の仔を果実に含まるか否か、また女奴隷の子について家畜などの一般的な動物の仔と同様の扱いをするか否か、という複雑な考慮の過程で生まれたものかもしれない。

既に挙げた D. 22, 1, 28 pr. (第 2 章第 1 節 1) で、ガーイウスは、動物の乳や羊毛などの動物の毛と同様に動物の仔が果実に含まれることを敢えて

(67) Cf. Sanna, *ibid.*, p.407.

(68) Vgl. Kaser, *Partus ancillae*, S.168, Anm. 64. 前掲 Kaser によれば、§5 の結論部分を §6 の結論部分に移植して解決するか、単純に改竄を主張する説がある。また、Cujacius や Hotomanus は、§5 の結論部分冒頭に否定の副詞を補い、“〈non〉idem” と読む。

示し、また、パウルスによる D. 41, 3, 4, 5（注36）が果実と家畜の仔を別のカテゴリーとしているように見えることを考慮すれば、⁽⁶⁹⁾ 女奴隷の子だけでなく、そもそも動物の仔を果実を含むか否かも自明のことではなく、ローマ人にとっての政策的配慮だった可能性がある。その意味では、日本民法における動物の仔の扱いと同様に（第2章第1節2参照）、一定の場合に果実を含めるか否かについては歴然たる結論があったわけではない。さらに、D. 7, 1, 68 pr.（第2章第2節）と D. 7, 1, 68, 1⁽⁷⁰⁾の対比から考えるに、やはり、動物の仔自体が果実に含まれるかどうかについて議論があったはずである。例えば、果樹の実や乳と比べて、動物の仔は母たる物とは同種の生物であり、いわばその母たる物の「縮小版」であって、両者の性質は根本的に異なる。⁽⁷¹⁾ 動物の仔の処遇についても大いに問題となり得たが、全体的に女奴隷の子の場合と比べて動物の仔の帰属に関する史料が少ないのは、女奴隷の子に比べてさほど問題が生じなかったためであると考えられる。

さらに言えば、ローマの法学者が見解を示す場合の手法として、個別具体的な事例に対する解答という形で示されていたので、ある抽象的な定義や法解釈から演繹的に結論を導いたわけではない。⁽⁷²⁾ 従って、現在では同一

(69) D. 41, 3, 4, 19（第3章第2節1）のパウルスも、羊毛と仔羊を別のカテゴリーに分類している印象を抱かせ、また、仔羊の場合にのみ“si consumpti sint（消費された場合には）”という条件を付しているのも思わせぶりな表現である。

(70) D. 7, 1, 68, 1 (Ulpianus libro 17 ad Sabinum): *Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere.* 学説彙纂7巻1章68法文1（ウルピアーヌス、サビーヌス註解17巻）：「それでも、家畜の仔は用益権者に帰属すると、サビーヌスやカッシウスは考えた。」例えば、Kaser は、“tamen”という言葉に、ウルピアーヌスによるサビーヌス派への批判的な意図を読み取り、ウルピアーヌスが、用益権に関する事例で動物の仔を果実と同視することに疑問を感じていたことや、動物の仔を果実を含めなかった可能性を指摘する。なお、§1と pr. を入れ替える Beseler の説も紹介している。以上、Vgl. Kaser, *Partus ancillae*, S.157, Anm. 11.

(71) Kaser, *ibid.*, S.157; Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.120.

(72) 清水「ボナ・フィデース（2）」326頁参照。

の著作からの抜粋と考えられている内容に、現代人の我々から考えれば矛盾・抵触と感じられるものがありうる。多くの法学者によってバラエティに富んだ見解が示されていた動物の仔や女奴隷の子の帰属・使用取得の可否をめぐる論点においては、余計にそうした混乱が生じやすい。従って、個々の具体的な事例に対する解答を導く中で、抽象的な法解釈に親しんできた我々にとっては矛盾と感じられ、従って、改説したと考えられる判断が存在⁽⁷³⁾しうる。

また、そもそも、同一法学者の見解について相互に矛盾があるからといって、ユスティニアヌス帝時代の法典編纂の過程で生じたインテルポラティーオー（改竄）を安易に想定する⁽⁷⁴⁾のには無理がある。実際、多くの研究者たちによって、学説彙纂の編纂にあたっては矛盾の排除や古典期法学者間の不一致を解消する努力がなされたことが指摘されているけれど⁽⁷⁵⁾も、特に女奴隷の子に対する法的処理が示している通り、法学者間の論争・不一致の証拠があふれており、学説彙纂の編纂の過程で解消されているとは到底言えない。それどころか、この分野に関してはむしろ、古典期の複雑な論争やバラエティに富んだ見解をそのまま伝えようとしているのではないかという疑念すら起こる。事実、D. 47, 2, 48, 5と D. 47, 2, 48, 6はその数字からわかるように、隣同士の法文であって、同一作者の同一著作からの引用である。ユスティニアヌス帝の法典編纂委員が気づかなかったはずはなく、相互の矛盾に気づいた上での意図的な引用であると考えられる。

よって、ウルピアーヌスは盗まれた女奴隷の子の帰趨に関してユーリア

(73) 例えば、宮坂「盗品の使用取得禁止 2」155頁では、同一作者の別々の著作相互間での矛盾の事例であるが、パウルスは「債権者による質物の盗の事例における『権力下への復帰』」に関して改説した可能性が指摘されている。

(74) 容易にインテルポラティーオーを認定しないのは、近年のローマ法研究者の趨勢でもあり、筆者も同様の立場である。清水「占有者保護（1）」175-176頁参照。

(75) 例えば、スタイン、ピーター（屋敷二郎監訳 / 関良徳・藤本幸二訳）『ローマ法とヨーロッパ』（ミネルヴァ書房、初版、2003）44-45頁参照；Vgl. Kaser/Knütel/ Lohsse, S.8.

一ヌスと同様の見解を採用しているが、馬などの動物の仔に関して元物が盗まれていた場合、事例によっては果実として処理したり女奴隷の子と同様に扱い果実から除外して処理したか、あるいは、先後関係はわからないが改説した可能性がある。

iii) 盗という瑕疵の承継

ウルピアーヌスは、使用取得（ないしプーブリキウス訴権）を用いることができる主体について、さらに進んで検討している。例えば、以下の史料である。

D. 6, 2, 11, 2 (Ulpianus libro 16 ad edictum) : Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.

学説彙纂 6 卷 2 章 11 法文 2 (ウルピアーヌス、告示註解 16 卷) : 「ボナ・フィデーヌの買主の下で懐胎された、盗まれた女奴隷の子は、この訴権を通じて請求されるべきである。たとえ、買った者によって占有されていなかったとしても、である。しかし、盗人の相続人はこの訴権を有しない。なぜなら、死者の瑕疵の承継者だからである。」

盗まれた女奴隷の子であっても、ボナ・フィデーヌの買主のところで懐胎していれば、「この訴権」で権利主張ができるとする。また、買主が占有していなくても行使できるが、盗人の相続人は盗人である被相続人の瑕疵を承継するので行使できない⁽⁷⁶⁾という。「この訴権」は、ユスティニアヌス帝の法典編纂委員が第 6 卷第 2 章について “De publiciana in rem actione.” という表題を付している通り、プーブリキウス訴権を指している。この訴権は、使用取得要件のうち使用取得期間の経過要件のみが欠け

(76) 以上、Cf. Sanna, L'usucapione del P. A. F, p.409.

ている者に付与される訴権である。例えば、ウルピアーヌスが従っている⁽⁷⁷⁾と思われるユーリアーヌスがそうであるように、女奴隷の子に関しても使用取得とプーブリキウス訴権は同様に扱われる。

従って、盗まれた女奴隷自体は盗物であるから使用取得できないにしても、ボナ・フィデースの買主のところでは懐胎した子は使用取得可能である⁽⁷⁹⁾。これに対して、使用取得の主体としては、盗人の相続人は被相続人の盗人としての占有者の地位を承継してしまうので、たとえボナ・フィデースであろうと使用取得できないと考えられる⁽⁸⁰⁾。盗人の相続人との関係性によって、その子は盗物として扱われるということであろう。さらに、ウルピアーヌスは続ける。

D. 6, 2, 11, 3 (Ulpianus libro 16 ad edictum): *Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.*

学説彙纂 6 卷 2 章 11 法文 3 (ウルピアーヌス、告示註解 16 卷): 「それでも、時には、盗まれた母が売却されたのではなく〔盗まれていたことについて〕不知の私に贈与され、そして私の下で懐胎し出産したとはいえ、ユーリアーヌスが述べるように、⁽⁸¹⁾ 次の場合には私は子についてプーブリキウ

(77) 清水「占有者保護(2)」196-197頁参照。

(78) D. 6, 2, 11, 4 (注45) 参照。

(79) Cf. Sanna, L'usucapione del P. A. F, pp.409-410.

(80) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.171.

(81) 本稿において詳述は避けるが、D. 6, 2, 11, 3が引用するユーリアーヌスの見解としては訴権行使時のボナ・フィデースが要求されるのに対し、D. 41, 3, 33 pr. (第3章第2節2(1))のユーリアーヌスは訴権行使時ではなく子の出生時でのボナ・フィデースを要求するため矛盾が指摘され、またそれに関連した論争がある。Cf. Sanna, L'usucapione del P. A. F, pp.410ff.; 宮坂「盗品の使用取得禁止2」162-163頁参照。なお、前掲宮坂は、D. 6, 2, 7, 17に登場する「法学大全7巻」が本来の引用元であった可能性を指摘するが、確かに同法文は訴権行使時のボナ・フィデースを要求するものと読めるので、筆者としては妥当な仮説であると考え。そ

ス〔訴権〕を使える。すなわち、私が訴えるその時点で母が盗〔物〕であると知らないときに限って、である。』

いよいよウルピアーヌスは、買主だけでなく受贈者も、つまり原因（causa）が贈与である場合にもプーブリキウス訴権を認容し、従って使用取得が可能であることを確認する。さらに、盗物であることを知らなかった者のところで懐胎していれば、訴権行使の時点でボナ・フィデースの場合にプーブリキウス訴権の行使を認める。もっとも、一般的な使用取得の場合には「プーブリキウス訴権行使の時点」を観念できないため、この時点⁽⁸²⁾を考慮すること自体がプーブリキウス訴権に特有の問題と考えられよう。そもそも、使用取得期間の経過を経ていない占有者にも行使を認める点でプーブリキウス訴権は絶大な力を付与するものであり、いわゆる「悪意占有者」に対して容易に訴権行使を認めることは考えにくいので、訴権行使の時点でボナ・フィデース要件の具備を要求するとしても不自然ではない。⁽⁸³⁾

iv) マルケッルスとスカエウォラの見解の紹介

ところでウルピアーヌスは、自説を展開する過程で、マルケッルスとスカエウォラの見解を紹介している。彼が二人の法学者の見解を敢えて紹介した意図を探る必要がある。

もそも D. 41, 3, 33 pr. はプーブリキウス訴権行使の場面ではない。本文中でも触れた通り、この訴権行使に特有の時点でボナ・フィデース要件が課されたとしても不自然ではなく、その見解をウルピアーヌスとユリアーヌスが共有していたことも想定できる。

(82) 宮坂「盗品の使用取得禁止 2」164頁参照。

(83) Cf. Sanna, L'usucapione del P. A. F, p.411. これに対して、Buckland, RLS, p.27は、「受贈者である場合」ゆえに「提起の時点」まで「善意であり続けなければならない」とし、「無償の原因に基づく使用取得」では「善意は全期間にわたり続かなければならない」と解釈する。

D. 41, 3, 10, 2 (Ulpianus libro 16 ad edictum) : Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum iuvenum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit se putare usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.

学説彙纂41卷3章10法文2 (ウルピアーヌス、告示註解16卷) : 「スカエウオラが質疑録第11巻で書いているのは、マルケッルスが次のように判断したということである。すなわち、牛が盗人の下であるいは盗人の相続人の下で懐胎し、盗人の相続人の下で出産する場合、〔母牛から〕引き離された仔牛は相続人によって使用取得され得ない。:〔マルケッルスが〕述べるには、女奴隷の子が〔使用取得され〕ないのと同様である。これに対してスカエウオラが書いているのは、〔女奴隷の〕子も使用取得できると自身は考える、ということである。:なぜなら、子は盗物の一部ではないからである。さもなければ、〔子が〕一部だったとすれば、ボナ・フィデーの買主の下で出産していたとしても、使用取得され得なかつただろう。」

クイントゥス・ケルウィディウス・スカエウオラとウルピウス・マルケッルスは、いずれも紀元後2世紀後半に活躍した法学者であり、ウルピアーヌスより上の世代の法学者たちである。そのウルピアーヌス⁽⁸⁴⁾が前世代の法学者たちの見解をわざわざ紹介している。

スカエウオラがかつてマルケッルスの判断について記していたようであるが、それによれば、マルケッルスは、牛が盗人のところや盗人の相続人のところで懐胎して盗人の相続人のところで出産する場合には、相続人はその仔牛を使用取得できず、女奴隷の子が使用取得できないのと同じだと

(84) Cf. Berger, p.578, 691.

述べたようである。これに対して、スカエウォラは、子は盗物の一部ではないので、女奴隷の子であっても使用取得できるとする。最後の一文はおそらくウルピアーヌスによるスカエウォラの見解に対するコメントであり、もしスカエウォラがこの事例で女奴隷の子を盗物とみなすならば、ボナ・フィデースの買主の下で出生しても使用取得は不可能だったはずだという意図である。

まずもって目を引くのが、マルケッルスは、多くの法学者が果実とみなしたはずの仔牛と果実とみなされなかった女奴隷の子とを同列に扱っているように見えることである。いずれにせよ本件では、マルケッルスを引用しているウルピアーヌスの見解 (D. 6, 2, 11, 2) やパウルス⁽⁸⁵⁾の見解 (D. 41, 3, 4, 15) を参考にすれば、盗人の相続人は被相続人である盗人の瑕疵を承継するので、その相続人は果実である仔牛も女奴隷の子も使用取得できない⁽⁸⁶⁾と考えられる。

既に述べた、元物が盗物である場合の果実の扱いに関しては、誰のところで分離されたかが重視されるので、結局はボナ・フィデースの買主のところで分離された果実のみが買主に帰属し使用取得も認めるとというのがパウルスの示した条件であった。パウルスの見解に従えば、本件では盗人の相続人の下で分離された果実 (仔牛) については盗物と扱われるため、相続人が譲渡した相手がボナ・フィデースの買主であってもその買主による

(85) D. 41, 3, 4, 15 (Paulus libro 54 ad edictum): Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet. 学説彙纂41巻3章4法文15 (パウルス、告示註解54巻): 「死者の権利に関して承継する相続人は、女奴隷が盗〔物〕であることを知らないその相続人の下でその女奴隷が懐胎しそして出産したとしても、やはり使用取得しないだろう。」なお、Sanna, L'usucapione del P. A. F, p.403は、その相続人がマラ・フィデースとみなされるため使用取得できないと解している。

(86) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.172. 前掲 Kaser によれば、マルケッルスの見解では、「盗人の相続人は、善意であっても被相続人の占有者としての地位を受け継ぐので、それゆえ相続人は仔牛を盗物とし使用取得不可能なものとするから」、「善意の買主」であっても、仔牛であれ女奴隷の子であれ使用取得できないとする。

使用取得は不可能であろう。

また、ウルピアーヌスの見解 (D. 47, 2, 48, 5) によれば、盗まれた女奴隷の子が盗物か否かに関しては基本的に誰のところで懐胎されたかが重視されるから、本件では盗人 (あるいはその相続人) の下で懐胎されているので、ボナ・フィデースの買主であったとしてもやはり使用取得は不可能である。さらには、女奴隷の子と家畜の仔を同列に扱うとすれば、仔牛も盗人 (あるいはその相続人) の下で懐胎された時点で盗物と扱われるので、やはり使用取得不可能である。このように、マルケッルス⁽⁸⁷⁾の事例設定はいずれの思考経路をたどったとしても使用取得は不可能となるように作られている。

マルケッルスが示した事例には過剰な条件が付されているように思われるが、ウルピアーヌス (D. 47, 2, 48, 5) が示すように女奴隷の子に関する規律がそのまま動物の仔にも適用されたとしても、全てカバーできる構成になっている。マルケッルスは、その記述ぶりからもわかるように、女奴隷の子と動物の仔を同視する (従っていずれも果実から除外する) 見解をも視野に入れていたとも考えられ、盗物となる条件に関しては折衷的な見解であった可能性がある。ウルピアーヌスは、D. 47, 2, 48, 5の結論からもわかるように、家畜の仔と女奴隷の子を同列に置くことも視野に入れるようなマルケッルスの見解に賛同する意味で引用し、同様の結論に至ったと考えられる。

他方でスカエウォラは、この事例を前提として、子が盗物の一部ではないことを理由に女奴隷の子の使用取得すら認める。おそらく、仔牛であっても認め⁽⁸⁷⁾ただろう。スカエウォラの見解を素直に読めば、女奴隷の子は誰のところで懐胎されようと、盗人の相続人のところで出生した場合にも、もはやその子は盗物ではないので使用取得可能⁽⁸⁸⁾となる。ウルピアーヌスや

(87) “et partum”、つまり「[女奴隷の] 子も」と表現されているので、仔牛が使用取得されることが前提であろう。

(88) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.172-173.

パウルスであれば盗人の瑕疵を承継する者と考えたはずの相続人によっても、女奴隷の子や仔牛の使用取得を認めたと考えられる。ウルピアーヌスが寸評するように、仮にスカエウォラがその子が盗人（ないしその相続人）のところで懐胎されたことを理由に女奴隷の子を盗物とみなしたとすれば、たとえボナ・フィデースの占有者のところで生まれたとしても、その子は使用取得できないはずだが、スカエウォラはそうに判断しなかった。

なお、パウルスの見解によれば、盗まれた物の果実はボナ・フィデースの買主のところで分離されればただちにその買主に帰属し使用取得も可能であるが、本件では（使用取得の可否が問題になっているから当然）ボナ・フィデースの占有者である相続人のところで仔牛の分離が生じているので、許容範囲であると思われる。しかし、いずれにせよ、盗人のところで懐胎された女奴隷すら使用取得を可能とするスカエウォラは異彩を放っている。スカエウォラの見解は、女奴隷の子を、パウルスが考える場合の通常の果実と同程度の条件で使用取得させることに等しい。つまり、スカエウォラは女奴隷の子を仔牛と同視し、果実を含めて考えていた可能性すらある。スカエウォラの見解はおそらく多数説を形成しなかったが、⁽⁸⁹⁾古典期法学者の見解の多様性を知る上では極めて重要な見解である。

（3）ポンポーニウスの見解

この論点についてポンポーニウスが残した見解はほとんどないが、その独特な見解を披露している法文を見てみることにする。

D. 41, 10, 4 pr. (Pomponius libro 32 ad Sabinum) : Si ancillam furtivam emisti fide bona ex ea natum et apud te conceptum est ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres matrem eius furtivam esse, Trebatius omni modo, quod ita possessum esset,

(89) Kaser, *ibid.*, S.173；宮坂「盗品の使用取得禁止2」160頁。

usucaptum esse. Ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris intra statutum tempus, cuius id mancipium esset, aut si scieris neque potueris certiozem dominum facere, aut si potueris quoque et feceris certiozem, usucaperes: sin vero, cum scires et posses, non feceris certiozem, contra esse: tum enim clam possedissee videberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest.

学説彙纂41卷10章4法文首項(ポンポーニウス、サビーヌス註解32卷)「あなたが盗まれた女奴隷をボナ・フィデースで買い、その女奴隷から生まれ、あなたの下で懐胎されていた〔子を〕あなたが〔次のような態様で〕占有した場合、すなわち、使用取得のために定められた期間内に、その子の母が盗〔物〕であるとあなたが知っていた場合、トレバーティウス〔が述べるには〕、そのように占有された子はあらゆる方法で使用取得された。次のように分けられるべきであると私は考える。すなわち、その子が誰のマンキピウム⁽⁹⁰⁾であるか、定められた期間内にあなたが知らなかった場合、あるいは、あなたが知って所有者に確知させることができなかった場合、あるいは、〔所有者に確知させることが〕あなたにできてそのうえ確知させた場合、あなたは使用取得することができた。：他方でしかし、あなたが知ってできたのに、確知させなかった場合、逆である。：なぜなら、その場合密かに占有したとあなたはみなされて、同じ者が自身の物としても密かにも占有するということはできないからである。」

ポンポーニウスは前半でトレバーティウスを引用している⁽⁹¹⁾。トレバーティウスによれば、ボナ・フィデースの買主のところで懐胎され出生した場

(90) Berger, p.574によれば、最も早期からの法的用語であり、「人や物に対する権力の観念」を表していた。従って、この文脈では、「誰のマンキピウムか」は女奴隷の子の真の所有者が誰であることを表すことになる。

(91) Sanna, L'usucapione del P. A. F, p.415によれば、Cujacius が提唱し多くの研究者が受け入れた仮説として、この法文の引用元はトレバーティウスではなくネラティウスである。

合、使用取得期間内にその子の母が盗物であると知ったとしても使用取得できる。つまり、出生後にマラ・フィデースとなった場合でも使用取得は可能であり、少なくとも懐胎時と出生時にはボナ・フィデースでなければならない点ではポンポーニウスとトレバーティウスは共通している⁽⁹²⁾。

ところが、ポンポーニウスはトレバーティウスの見解を修正し、子の出生後の期間について独特な条件を設けている。すなわち、その子の真の所有者について知らない場合、あるいは誰か知っていてその所有者に通知できない場合、あるいはその所有者に知らせた場合には使用取得できるが、誰か知っていて通知が可能だったのに所有者に知らせない場合には使用取得できない。そして、使用取得できない理由は隠秘に (clam) 占有したことである。すなわち、使用取得が認められる占有は隠秘であってはならない⁽⁹³⁾が、それに反しているとするのである。また、使用取得の原因 (causa) は「自己のものとして (pro suo)」であることが示唆されている⁽⁹⁴⁾。

ポンポーニウスは、少なくとも子の出生時においてボナ・フィデースを要求すると考えられるが、その後の使用取得に至る全期間にわたり占有が隠秘でないことを要求する⁽⁹⁵⁾。このように、トレバーティウスは少なくとも出生時までのボナ・フィデースを要求すると考えられる一方で、ポンポーニウスは出生後の占有態様についても注文をつける見解であって、こういった考慮をする法学者はポンポーニウスを措いて他にいない⁽⁹⁶⁾。さらに、本

(92) Sanna, *ibid.*, p.416.

(93) 清水「ボナ・フィデース (1)」216頁参照。例えば日本民法でも、取得時効について162条で公然性の要件が規定されており、占有取得・保持のために「秘密にして世人の目にふれないように」すると隠秘とされ公然性が否定されるが、186条1項で「占有が公然であること」は推定される。我妻・有泉『コンメンタール民法』322頁参照。

(94) Sanna, *ibid.*, pp.398, 421-422によれば、“pro suo”という原因 (causa) はユスティニアヌス帝による産物であり、インテルポラーティオーであるという説がある。

(95) Sanna, *ibid.*, p.418.

(96) Cf. Sanna, *ibid.*, p.422.

件の使用取得の主体は買主であるから「買主として (pro emptore)」占有するはずであるが、原因 (causa) として「自己のものとして (pro suo)」が挙げられており、これまで見てきた法学者たちとは一致しない。

(4) パウルスの見解

既に、パウルス (D. 41, 3, 4, 15、注85) に関しては、盗人の相続人は当該女奴隷が盗物であることを知らず、その相続人のところで女奴隷が懐胎・出産しても、その相続人は子を使用取得できないことを確認したが、学説彙纂ではそれに続く3つの法文で次のように述べている。

D. 41, 3, 4, 16 (Paulus libro 54 ad edictum) : De illo quaeritur, si servus meus ancillam, quam subripuit, pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum usucapere possim. Sabinus et Cassius non putant, quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret, et hoc verum est.

学説彙纂41卷3章4法文16 (パウルス、告示註解54巻) : 「以下のことについても問題とされる。すなわち、私の奴隷が、〔奴隷が〕盗んだ女奴隷を、自身の自由のために私に交付した場合、私の下で懐胎された子を私が使用取得できるかどうか、である。サビーヌスとカッシウスは、できないと考える。なぜなら、奴隷が瑕疵ある状態で獲得した占有は、主人の妨げになるからである。そして、そのことは正しい。」

D. 41, 3, 4, 17 (Paulus libro 54 ad edictum) : Sed et si, ut servum meum manumitterem, alius mihi furtivam ancillam dederit eaque apud me conceperit et pepererit, usu me non capturum. Idemque fore etiam, si quis eam ancillam mecum permutasset aut in solutum dedisset, item si donasset.

学説彙纂41卷3章4法文17 (パウルス、告示註解54巻) : 「しかし、私の

奴隷を私が解放するように、他の者が盗まれた女奴隷を私に交付し、そして、その女奴隷が私の下で懐胎し出産した場合も、私は使用によって取得することにならない。そしてさらに同じことなのは、ある者がその女奴隷を私と交換していた場合、あるいは弁済のために交付していた場合、同様に、贈与していた場合である。』

D. 41, 3, 4, 18 (Paulus libro 54 ad edictum): Si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. quod si, cum iam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit.

学説彙纂41巻3章4法文18（パウルス、告示註解54巻）：「〔女奴隷が〕出産する前に、他人のものであると買主が気づいた場合、その〔子〕を使用取得できないと我々は述べた。しかし、気づかなかった場合、〔使用取得〕できる。しかし、すでに使用取得〔し始めて〕いたときに、他人のものであると確認した場合、我々は使用取得の開始を調べなければならない。購入された物について通説となったように、である。』

そもそも、上記の3つの法文の占有者については、使用取得の可否が問題となっているという点で、占有者のボナ・フィデースが否定される状況、すなわちマラ・フィデース (mala fides) の状況はあり得ないので、いずれも占有者がボナ・フィデースであることを前提にしてよい。⁽⁹⁷⁾

まず §16でパウルスは、奴隷が自ら盗んだ女奴隷を自身の解放の対価として主人に交付した場合に、ボナ・フィデースの主人のところで懐胎された子をその主人が使用取得できるか否かを問題としている。サビーヌスと

(97) Vgl. Kaser, Partus ancillae, S.175, Anm. 92; Cf. Sanna, *ibid.*, pp.405-406; 宮坂「盗品の使用取得禁止2」161-162頁、181頁注143参照。これに対して、§16と§17は女奴隷が盗物であることについて不知の場合であり、§18は知っている場合であるとして矛盾を解消しようとするのは、Bělovský, *Slave Children*, pp.93ff., esp. pp.94-95.

カッシウスは、瑕疵をともなった奴隷の占有状態が主人にも影響するので不可と考え、パウルスもそれに賛同している。

これは D. 41, 4, 10 のユーリアーヌスが検討したのと同じ事例である。⁽⁹⁸⁾ 本件の盗まれた女奴隷の子はボナ・フィデーヌの占有者のところで懐胎されているので、ユーリアーヌス (D. 41, 4, 9, D. 41, 4, 10) に従えば、類推的に売買類似の事例とみなされ使用取得可能と解されるはずであるが、サビーヌス、カッシウス、パウルスは認めない。その理由は、ローマ法においては奴隷が独立して権利の主体となることはなく、主人が奴隷を介して権利を取得すると解されるため⁽⁹⁹⁾、主人にも奴隷の占有の瑕疵が影響するためである⁽¹⁰⁰⁾と考えられる。おそらく、ウルピアーヌスやパウルスの見解 (D. 6, 2, 11, 2, D. 41, 3, 4, 15) が盗人の瑕疵をその相続人が承継すると述べる場合のように、奴隷による盗を介した占有という瑕疵が主人に影響を与えるので、主人と当該目的物との関係では客観的に盗物と扱われる。⁽¹⁰¹⁾

しかし、続く §17 においては、パウルスは §16 とは異なる要因で使用取得を認めない。§17 は、主人がその所有する奴隷を解放する対価として、第三者が盗まれた女奴隷を交付し、その子がボナ・フィデーヌの主人のところで懐胎され出生した場合にも使用取得できないとする。加えて、交換、弁済、贈与でも不可とする。

この事例では、第三者が盗まれた女奴隷を交付しており、主人に対して盗人による占有の瑕疵が受け継がれるような状況にない。それにもかかわらず使用取得を否定している。考えられるのは、パウルスは使用取得の主

(98) Sanna, *ibid.*, p.404.

(99) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.85, 103.

(100) 注61参照；Vgl. Kaser, *Partus ancillae*, S.175-176.

(101) これに対して、Sanna, *L'usucapione del P. A. F.*, pp.404-405 は、奴隷のマラ・フィデーヌによる占有が主人の妨げになると構成している。しかし、ボナ・フィデーヌ要件は、取引通念に照らして主観的に信義誠実に反しないことと解すべきなので (清水「ボナ・フィデーヌ (2)」300, 305-307, 323-324, 325-326頁参照)、奴隷の主観的なマラ・フィデーヌが事情を知らない主人に伝染すると考えるのは不自然であり、客観的な阻害要因が主人に影響すると解すべきであろう。

体としては買主のみを認め、例示されているような交換、弁済、贈与によって受領した占有者には認めないということである。⁽¹⁰²⁾

既に見たように、ユーリアヌスにおいても、基本的に売買を原因 (causa) として認め、従って当初は買主のみを使用取得の主体と考えていたが、政策的な配慮からそれを類推的に拡大し、次第にあらゆる占有者へと広げていったことを確認した。従って、パウルスが買主のみに使用取得を認めたとしても不自然ではない。ただし、以下で触れるように、パウルスの言う原因 (causa) は売買ではない。

§18が述べるには、子の出生前に当該女奴隷が他人物であると知った場合にはその買主は使用取得できないが、出生の時点で女奴隷が他人物であると知らない買主は使用取得できるので、重視されるボナ・フィデースの基準時は出生であり、その後の主観的な認識は問われない。⁽¹⁰³⁾そして、子の出生後にその子について使用取得の途上である場合には出生時が考慮され、そのことは売買目的物に関して通説だったと述べる。

ただし、§18のパウルスは「他人のもの」としか述べておらず「盗まれた女奴隷」という文言を用いていないため、実際には §16、§17の事例とは異なり、単なる他人物の女奴隷の事例である可能性⁽¹⁰⁴⁾がある。しかし、少なくとも、いずれの場合においても子の使用取得は占有可能な時点、すなわち出生の時点から開始すると考えられるので、単なる他人物の事例で出生時のボナ・フィデースが要求されるとすれば、「盗まれた女奴隷」の事例でも同時点でのボナ・フィデースが要求されると言いうる。⁽¹⁰⁵⁾

ところで、パウルスは使用取得の主体として買主しか認めないように思われるが、使用取得の原因 (causa) としては売買を想定しているのだろうか。ポンポーニウスの例もあるため、確認が必要である。

(102) Sanna, *ibid.*, pp.406-407; 宮坂「盗品の使用取得禁止2」161-162、164頁参照。

(103) Sanna, *ibid.*, p.424.

(104) Cf. Sanna, *ibid.*, pp.424-426.

(105) Sanna, *ibid.*, p.426.

D. 41, 10, 2 (Paulus libro 54 ad edictum) : Est species possessionis, quae vocatur pro suo. hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra caelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus: similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.

学説彙纂41卷10章2法文(パウルス、告示註解54卷):『自己のものとして』と呼ばれる占有の種類がある。というのも、海で陸で空中で我々が獲得する、あるいは河川の沖積によって我々のものとなる全てのものを、この方法によって我々は占有するからである。同様に、他人の名義によって占有された物から生じたもの、例えば相続財産に属する、あるいは購入された女奴隷の子を、我々は我々のものとして占有する。:購入された、あるいは贈与された、あるいは相続財産中で発見された物の果実を、同様に〔我々は占有する〕。』

パウルスは、「他人の名義によって (alieno nomine)」占有された「購入された女奴隷」から出生した子は「自己のものとして (pro suo)」占有されると考える。学説彙纂41卷10章はユスティニアヌス帝の法典編纂委員によって“Pro suo.「自己のものとして」”の表題が付されていて、一連の使用取得に関する法文の一つだと考えられており、使用取得の原因 (causa) の一つであるとされる⁽¹⁰⁶⁾。

この法文でパウルスは「他人の名義で」占有された女奴隷について述べているため、必ずしも「盗まれた女奴隷」について見解を示しているわけではないが、⁽¹⁰⁷⁾少なくとも他人物であることに変わりはない。従って多数説

(106) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.153によれば、いわゆる誤想権原の場合(清水「ボナ・フィデース(1)」208頁以下参照)やその他いくつかの事例のために補充的に創設された権原(Titel)である。

(107) Sanna, L'usucapione del P. A. F, p.427.

は、パウルスの場合には盗まれた女奴隷の子が「自己のものとして（pro suo）」使用取得されるとする。⁽¹⁰⁸⁾ そうであれば、原因（causa）に関するパウルスの見解はポンポニウスと共通している。史料上の根拠がある以上、筆者もまた多数説に賛同するが、pro suo という原因（causa）については謎の部分も多く論点も多岐にわたるため、詳細は別稿に譲ることにして事実のみを確認するとどめたい。

（5）小括

以上、盗まれた女奴隷の子に関する対処について、古典期ローマの法学者たちの多岐にわたる複雑怪奇な種々の見解について見てきたが、一旦この論点に関して大要を記すことにする。

まず、どのような場合に盗まれた女奴隷の子も盗物として扱われるかであるが、この論点だけに限っても、全員に見解が共有されているとは言いがたい。確かに、「盗の瑕疵が付着している占有者の所で懐胎された子」⁽¹⁰⁹⁾ が盗物とされる傾向は強いが、一概にそうは言えない。そもそも、ユリアーナヌスやウルピアーヌスが挙げる「懐胎中に盗まれた女奴隷」の子はこの基準に当てはまらない。

それどころか、スカエウォラは盗人のところで懐胎された子すら盗物としておらず、そもそも女奴隷の子を仔牛などの動物と同じく果実を含める場合があった可能性がある。マルケッルスの場合には、同じく女奴隷の子を動物の仔と同視するが、いずれも果実から除外していた可能性がある。その際、盗物とされる条件に関しては、果実に含まれる場合と含まれない場合の折衷的な見解となり得た。ウルピアーヌスにおいても、やはり、そもそも動物の仔を果実を含めるか、果実からは除外して女奴隷の子と同列に扱うかの迷いがあった。

また逆に、傾向としてボナ・フィデースの占有者のところで懐胎された

(108) Sanna, *ibid.*, p.427; Buckland, *RLS*, p.25.

(109) 宮坂「盗品の使用取得禁止2」161頁。

子であれば盗物と扱われない傾向はあるが、ウルピアーヌス、サビーヌス、カッシウス、パウルス例によれば、ボナ・フィデースの占有者の中で懐胎されたとしても当該占有者との関係では盗物として扱われる場合がある。

次に、使用取得の主体に関してであるが、多くの学者はやはり買主を挙げる傾向にある。たとえ盗まれた元物の果実が帰属する主体であっても、買主ばかりが登場する。パウルスに至っては買主以外に使用取得を認めなかったと解される。そして、ユーリアーヌスも、最初は買主にのみ使用取得を認めたと考えられるが、おそらく政策的な配慮から範囲を拡大し、通常の使用取得が認められるはずのあらゆるボナ・フィデースの占有者に認めた。ウルピアーヌスは広くそれらの占有者に認めた可能性がある。

さらに、使用取得の原因 (causa) については、多くの法学者は取引行為として売買が前提であれば売買、贈与が前提であれば贈与として考えていたと思われるが、ポンポーニウスとパウルスは「自己のものとして (pro suo)」使用取得を認める。

最後に、ボナ・フィデース要件を満たすべき時期の問題としては、多くの法学者が子の出生時点でのボナ・フィデースを要求し、一部にはプーブリキウス訴権の行使時点で要求する史料があるが、プーブリキウス訴権に関する独自の基準時である⁽¹¹⁰⁾。この論点に関して特徴的なのはポンポーニウスで、子の出生時のボナ・フィデースに加え、出生後に隠秘 (clam) で占有しないという条件を付している。

以上が、本稿における「盗まれた女奴隷の子 (partus ancillae furtivae)」の使用取得に関する議論の要点であるが、ここまでの多様性が現れた要因については次章で検討する。

(110) 前掲宮坂164頁参照。

第4章 ローマの奴隷と使用取得

第1節 先行研究

この章では、主に歴史的な観点から、また法的な観点から、前章で触れたような見解の多様性が生じた要因について探る。特に、古代ローマにおいて奴隷がいかなる性質を有していたのか、既述のように通常の動物と異なる扱いをする法学者が多かった理由は何かについて考察する必要がある。さらに、女奴隷の子の法的処遇に関して使用取得制度が果たした役割についても検討を試みる。さしあたり、前章で述べたような様々な古典期法学者の見解が生じた要因等に関して、また一般的な傾向が把握できるのであればその理由に関して、現代の法学者が示した代表的な所見に触れておく。

まず、Sanna は、「古典法においては見解の統一性 “uniformità di vedute” は存在しなかった」と考え、盗まれた女奴隷の子の使用取得可能性、使用取得の原因（causa usucapionis）、「善意 “la buona fede”」が要求される時点に関して様々な見解が生じたのは、法学者たちが懐胎 “concepimento” に持たせた重要性が異なることに起因すると考えている⁽¹¹¹⁾。つまり、各々の法学者ごとに子の懐胎という事実に対する重視の度合いが異なるためであったという解釈である。

これに対して Kaser は、女奴隷の子のような高価な目的物を容易に用益権者に帰属させることをローマ人が望まなかったという発想を前提とし、用益権・嫁資・信託遺贈・使用取得の事例を考察したうえで、果実の場合とは異なり、女奴隷の子がその母たる女奴隷の所有者とは別の者に帰属しないように配慮されていると解釈する⁽¹¹²⁾。そして、子を母のもとに留ま

(111) Sanna, L'usucapione del P. A. F, pp.436-438.

(112) Kaser, Partus ancillae, S.198-199.

らせるという「法政策的な原則 “das rechtspolitische Prinzip”」は、「決して人道的な考慮のみから正当化されるわけではな⁽¹¹³⁾く、子が最も母を必要とする時期に共生させることで子の「経済的価値を “seinen wirtschaftlichen Wert” 維持・上昇」させるものだとする。他方で、この原則に従うか否かは権限を有する者の自由であったことを指摘し、この原則がキリスト教時代には「憐れみと人道の精神」で解釈しなおされたが、その規律自体は既に古典期に存在していたと結論する。⁽¹¹⁴⁾

第 2 節 奴隷の性質

1 奴隷の法的地位

前章までで検討したように、奴隷の子の法的な扱いにあたっては果実から除外して処理する見解が多数であり、また、母たる女奴隷が盗物であった場合のその子の処遇に関しては動物の仔の扱いに比べて極めて複雑な見解の乱立が見られる。同じ手中物に分類される家畜やその他の家畜とはなぜ扱いが異なるのか。

もちろん、既に触れた通り、動物の仔自体も果実を含めない見解を示す法学者がいた痕跡があり、また、女奴隷の子を果実を含めて考えていた法学者がいた裏付けも存在する。しかし、奴隷の法史的・法解釈的性質を検討することは、こうした問題の根底にある法学者たちの発想を探ることに寄与するだろう。

法的には、奴隷は権利の客体たる物 (res) であると同時に人 (personae) であり、現代法風の表現を用いるならば権利無能力であって、手中物 (res mancipi) として主人の所有物とされた。⁽¹¹⁵⁾ 古典期後期の法学者は奴隷制自体が自然法に反することであると認識していたが、万民法上の制度として容認していた (D. 1, 5, 4, 1⁽¹¹⁶⁾参照)。仮に人が奴隷となった場合、

(113) Kaser, *ibid.*, S.199.

(114) Kaser, *ibid.*, S.199-200.

(115) Kaser/ Knüttel/ Lohsse, S.102.

その人は社会的・家的属性を喪失し物と扱われるため、奴隷となることを「社会的な死」と表現する研究者もいる⁽¹¹⁷⁾。ただ、ローマ市民の家父によって「義理の息子」として受け入れられたり、また特異な例ではあるが、逃亡奴隷のバルバリウス・フィリップスのように奴隷制秩序に逆らってプラエトル（法務官）として告示や命令を発出した者もいる⁽¹¹⁸⁾。

奴隷はまさに姿形が人と異ならず、言語を発し意思の疎通が可能なのであって、⁽¹¹⁹⁾それでも通常の自由人とは異なる処遇を受ける例であるから、それだけでも動物と異なる自然的性質を備えた存在と言える。しかし、いずれにせよ法的主体となることが認められなかった奴隷は、法的には物であって、他の動物と同等に扱われたことは間違いない。

2 奴隷の経済的機能

上述のように奴隷は財産無能力であり、主人による財産取得の機関であると考えられていたため、奴隷が獲得した財産は全て所有者たる主人に帰属するので、⁽¹²⁰⁾いわば奴隷が主人のビジネス上の代理人のような役割を果たした⁽¹²¹⁾。むしろこれが、ローマにおいて代理制度が発展しなかった所以であるとさえ言えよう。また、主人による直接的な命令や取得の認識がなくても、「特有財産（peculium）」というシステムを駆使して独立した行為が可能で、⁽¹²²⁾はるか遠い属州においても財産の獲得が可能だった。

(116) Gamauf, *Slavery*, p.386.

(117) Gamauf, *ibid.*, p.386.

(118) Gamauf, *ibid.*, p.387.

(119) Bělovský, *Slave Children*, p.97は、「奴隷が他の目的物と異なり、言語の技術とコミュニケーション能力を備えた、生きている生物である」ゆえに、「奴隷を受領したり買ったりする主人は」その奴隷が「盗まれていたか否かを知る可能性がより高い」ので、法文史料に見られる盗まれた女奴隷の子に関する数々の事例は、「しばしば起こるとは想像しがたい」と指摘する。

(120) Kaser/ Knütel/ Lohsse, S.103; Gamauf, *Slaves doing business*, p.331.

(121) Gamauf, *Slavery*, p.388.

(122) Gamauf, *ibid.*, pp.388-389; Cf. Gamauf, *Slaves doing business*, p.332.

奴隷は、主人によって財産を自由に運用する権利 (*libera administratio*) を付与され、それが特有財産を構成し、あたかも所有者であるかのように資産の処分が可能だった。⁽¹²³⁾ 法的には主人の所有に帰したが、計算上は主人の財産とは分離されていたのである。⁽¹²⁴⁾ 特有財産をうまく運用することは、将来的な解放への期待へとつながり、また逆に主人に対する不忠を理由に没収される可能性もあったので、奴隷にとってのインセンティブへと⁽¹²⁵⁾なり得た。奴隷の中には、その特有財産の中にさらに下位の奴隷である複数の「奴隷の奴隷」を従える者もあり、史料上では16人の下級奴隷を従えていた例もある。⁽¹²⁶⁾

さらに、奴隷は主人のリスク分散の点でも有効な手段であった。奴隷には法廷における当事者適格がなく、主人自身が契約当事者にならない場合には、奴隷の債務は市民法上の債務ではなく、また主人も奴隷の債務に関して⁽¹²⁷⁾ただちには責任を負わなかった。この不備を補うために主人に対して訴訟を提起することが認められたが、⁽¹²⁸⁾主人は個人的に債権者に対して自身の奴隷と契約を行う権限を与えたかぎり⁽¹²⁹⁾で完全な責任を負い、特有財産の事例ではその価値を上限として責任を負った。そして、主人が気に入らない取引は特有財産の負担とすることで、主人が負担しないという選択も⁽¹³⁰⁾できた。

奴隷は子孫を残し純粋な財産の増加を見込める点では家畜などの動物と同様であるが、それ以上に言語を通じた交渉・取引が可能な主人の手足である。そして、主人の経済生活上でその他にも重要な機能を果たした。手

(123) Gamauf, *ibid.*, p.390.

(124) Gamauf, *ibid.*, p.390; Gamauf, *Slaves doing business*, p.331.

(125) Gamauf, *Slaves doing business*, p.335, 339.

(126) Cf. Gamauf, *Slaves doing business*, pp.337-338.

(127) Gamauf, *Slavery*, p.389.

(128) Gamauf, *Slaves doing business*, p.332.

(129) Gamauf, *Slavery*, p.389. *Ibid.*, p.390は、「現代の有限責任会社」に似ていると指摘する。

(130) Gamauf, *Slaves doing business*, p.335.

中物に分類される大型家畜など、ローマ人の社会生活において極めて重要な性質を有する財産として扱われた動物が存在したことは間違いないが、奴隷はそれ以上に重要な社会的機能を果たしていたのである。奴隷の母やその子の法的処遇にあたっては、政策的な配慮が多面的に介入する余地があり、他の分野の法的議論に比べても際立った多様性が見られる要因であろう。

その他にも、主人による一定の懲罰・虐待や利用方法に対する公的な制限や、奴隷に対する保護が与えられる事例、そして（価値を高めるためであるにせよ）高度な教育を受けさせる例など、史料上では人として単なる動物とは異なる処遇が散見される。⁽¹³¹⁾

第3節 使用取得の介在——むすびにかえて——

本稿は、ローマ法上で、現代の民法上の果実概念の形成につながる現象の一端・一過程を考察したものに過ぎない。ただ、それらの現象は、そもそも動物の仔を果実を含めるか、あるいは女奴隷の子を果実を含めるかという前提的な問題に関する大きな論争の足跡を示している。さらに、特定の動物を果実とみなすとしても、元物に関する権利の設定・移転があった場合に、その果実をどのように処理するかについて、法学者たちの議論の形成が読み取れる。

元物が単なる他人物である場合のその果実の法的運命についてはさほど議論はなく、また、盗物ではない女奴隷の子の処遇、元物が盗まれていた場合の果実の処理についても論争はあまり見られないが、女奴隷が盗物であった場合の子に関しては、本稿でかなりの紙面を割いて論じたように、古典期ローマの法学者が示した見解は統一的・体系的考察が困難なほどに

(131) Gamauf, *Slavery*, pp.391-394. なお、Ibid., pp.393-394では、女奴隷が主人の性的要求に応じざるを得ず、いわば報酬として妾・内妻のような関係になる可能性が指摘されており、女奴隷が「ポナ・フィデースの買主」のところで懐胎・出産するという事例設定が多いことが想起される。

多様である。

盗まれた女奴隷から生まれた子はどのような条件で盗物とされ使用取得不可能となるか、使用取得の主体となれる占有者はいかなる者か、従って使用取得の原因 (causa) は何か、使用取得要件の一つとされるボナ・フィデースはいずれの時点で要求されるか、という論点に関して、法学者の見解は繚乱の様相を呈している。古くからの論争として「女奴隷の子は果実に含まれるか？」という問題があったという事実が示しているように、女奴隷の子を動物の仔と同視するか、果実に含まれると解釈するか、という問題は難問であり政策的な配慮が必要だったと考えられる。その政策的な思惑の背景には、奴隷が有していた単なる動物をはるかに上回る社会的・経済的重要性があった。

ただし、いずれの法学者も完全に一致している結論がある。例えば、盗まれた女奴隷に限らず、他人物である女奴隷から生まれた子に関しては、必ず使用取得が必要とされる点である。逆に、法的に果実とみなされれば、もちろん使用取得の主張も可能であるにせよ、ただちにボナ・フィデースの買主に帰属する可能性がある。元物が他人物である場合や、元物が盗物であった場合にも果実の分離がボナ・フィデースの買主のところで生じたことを条件に起こりうる現象である。

他人物である女奴隷の事例、そして、特に盗まれた女奴隷の事例においては、使用取得が一定の役割を果たす。すなわち、たとえボナ・フィデースで当該女奴隷を取得した者であっても、ただちにその子の所有権を取得することを防止し、正当原因 (iusta causa) によって取得の主体を限定し、任意の時点でボナ・フィデース要件の充足を要求することにより信義誠実に反する所有権取得を禁じた。プーブリキウス訴権を用いれば、動産の場合の 1 年の使用取得期間を待たずに権利主張が可能であったが、その際には訴権行使時点でボナ・フィデースが要求される。

つまり、奴隷のような特に社会生活上重要な財産について、使用取得を介在させることによって、ローマ人の倫理観・取引通念に反するような取

得を制限し調整する機能を果たしていたと言える。そして、その制限を厳格にするか緩和するかを巡って、法学者による多岐にわたる論争が展開されていたと考えられる。