

金銭の取戻し (vindicatio nummorum)

宮 坂 渉

はじめに

一 法文史料における金銭の取戻し

1 事例の分類

2 所有者が自ら引渡した金銭を取戻す場合

(一) 寄託

(二) 夫婦間贈与

(三) 譲渡権限のない者による引渡し

3 所有者でない者が引渡した金銭を所有者が取戻す場合

(一) 奴隸

(二) 家子

(三) その他

4 小括

二 金銭の取戻しと金銭の費消

1 金銭の費消にかんする研究者の諸見解

2 学説彙纂一二・一・一九法文一項

3 小括

金銭の取戻し (vindicatio nummorum) (宮坂 渉)

三 非債弁済の事例における金銭の取戻し

- 1 史料の検討にあたって
 - 2 学説彙纂二四・一・三九法文
 - 3 学説彙纂四六・三・一四法文八項と二二・六・二九法文
- おわりに

はじめに

金銭を所有していた者（原所有者）⁽¹⁾が、その意思によらずに占有を喪失した場合、物権法上どのような保護を受けることができるであろうか。

民法上、金銭は有体物であるから、他の動産と同様に扱われるとすれば（民法第八五条、第八六条二項）、金銭の原所有者たるAが、たとえばBに金銭を盗まれたり、騙し取られたとしても、金銭の所有権はBに移転しない。それゆえ、金銭がBから転得した第三者Cのもとにある場合も、Aは所有権にもとづいてCに返還請求することができる。Cは民法一九二条の金銭の即時取得を主張するしかないが、金銭が盗まれたものであれば、なおAは民法一九三条によつて二年の間にその返還を請求することができる。⁽²⁾しかしながら、このように善意で占有するCに対して無償で返還を請求することができる⁽³⁾とすると、金銭の流通性が害されることになる。

そこで、金銭の流通性を図るためには、原所有者の所有権にもとづく金銭の返還請求権を制限する必要がある。わが民法では、金銭の所有と占有が常に一致する、という法理が戦前から戦後にかけて提唱されて以来、民法に規定はないけれども、判例で認められ、⁽⁵⁾学説においても通説とされた。⁽⁶⁾それによれば、金銭の原所有者はその占有を喪失す

ると同時にその所有も喪失し、その占有を取得した者にその所有も帰属することになる。したがって、原所有者の保護は、個別具体的な貨幣に対する物権的返還請求権によるのではなく、不当利得返還請求権や不法行為にもとづく損害賠償請求権といった債権的請求権によってなされる。金銭の所有権を証明することが困難であるという現実的な要請からも、この見解は今日も基本的に支持されている。⁽⁷⁾

古典期ローマ法では、金銭の占有を喪失した原所有者は、占有者に対して金銭の取戻し (*vindicatio nummorum*) を提起することができる、とするいくつかの法文史料が伝えられている。取戻し (*vindicatio*) とは、ローマ市民法の所有者が客体の占有を喪失した場合に、客体を占有する者に対して、所有権の確認およびそれにもとづく客体の返還またはその価額の支払いを求める訴訟である。⁽⁹⁾したがって、それらの史料によれば、金銭の占有を喪失した者は依然として所有者であり、所有権にもとづく保護を求めることができることになる。

これに対して、金銭の取戻しについて述べている法文にしばしば登場するのが、*exstare* と *consumere* との二者択一である。それによれば、金銭が現存する (*extant nummi*) ならば、対物訴訟である取戻し (*vindicatio*) ができ、金銭が費消された (*nummis consumptis*) ならば、対人訴訟であるコンディクティオ (*condictio*) を提起することになる。⁽¹¹⁾すなわち、金銭が費消されたならば、原所有者は所有権にもとづく金銭の返還を請求することができなくなる。

それでは、古典期ローマ法は、金銭の流通性という取引の動的安全と、所有者の権利保護という取引の静的安全のどちらを、どのような場合に、どの程度重視したのであるか。それとも、それとはまったく異なる文脈で、金銭の取戻しと費消とが語られたのであろうか。その答えを導く鍵となると思われるのが、費消 (*consumere, consumptio*) である。けれども、その意味するところについて、研究者の見解は一致していない。⁽¹²⁾

もう一つ、金銭の取戻しの可能性にかんして問題になるのは、ガリーウスの法学提要が伝える非債弁済の事例における、弁済された客体の帰属である。⁽¹³⁾私は前稿で古典期ローマ法における物の引渡し（*traditio*）とその正当な原因（*iusta causa*）について論じた。⁽¹⁴⁾その際、有効な債権債務関係が存在しない場合にそれを有効と信じて弁済した場合、その弁済を原因とする引渡しによって弁済された物に対する所有権は、相手方に移転するの否か、という問題を検討した。

今日なおこの問題にとつての出発点とされている *Kaser* は、これを積極的に肯定する。⁽¹⁵⁾以下に彼の論文の一部を引用する。

「たとえそれによって解消されるべき有効な *obligatio*（債務）を欠いている場合も、あるいは *obligatio*（債務）は存在するが、給付がそれと対応していない場合も同様に、*traditio ex causa solvendi*（弁済を原因とする引渡し）は実際に所有権をもたらすことが可能であった。そのような場合でも所有権が移転する、ということが説得的に推論されるのは、*indebitum solutum*（非債弁済）の *condictio*（コンディクティオ）について伝えられていることからである。Gai.3.91とそれに対応する法文によれば、*qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit*（錯誤により弁済した相手方から債務ではないものを受領した者は）、Gai.3.90の *mutui datio*（消費貸借）による場合と同様に、*re obligatur*（物によって債務を負担する）。これらの法文全体では、もっぱら *condictio*（コンディクティオ）のことが話題となっており、弁済の受領者が所有者となることが前提とされている。もしこの所有権取得が疑問とされるのであれば、この事例では *rei vindicatio*（物の取戻し）が示されていないなければならない。しかしそれについてはひとつも史料がない。金銭の場合も、*nummi extantes*（金銭が現存するならば）*vindicatio*（取戻し）を提起することができ、*consumpti*（金銭が消費されたならば）*condictio*（コンディクティオ）を提起することができる。という意味で「非債弁済について述べている史料は」ない。⁽¹⁷⁾」⁽¹⁶⁾は筆者が補った

それゆえ、Kaserの見解に従えば、有効な債権債務関係が存在しないにもかかわらず、存在すると信じて弁済した所有者は、弁済した物を受領者から取戻すことはできず、コンディクティオで請求することになる。そして、このことは金銭が弁済された場合にも当てはまる。すなわち、金銭の非債弁済の場合に、*exstare* — *vindicatio* と *consumere* — *condictio* との二者択一について述べている史料は存在しない、と Kaser は考⁽¹⁸⁾える。けれども、Kaser による費消 (*consumere*) の理解に対しては、Wacke が批判を加えている。⁽¹⁹⁾ それゆえ、この問題も再度史料に即して検証する必要がある、と私は考⁽¹⁹⁾える。

したがって本稿では、第一に、金銭の取戻し (*vindicatio nummorum*) について述べている法文史料を整理し、全体を概観する (一 法文史料における金銭の取戻し)。それによって、古典期の法学者たちがどのような場合に金銭の取戻しを問題にしたのかを明らかにする。第二に、費消 (*consumere, consumptio*) が何を意味しているのかについて、法文史料に即して考察する (二 金銭の取戻しと金銭の費消)。第三に、金銭の取戻しと費消について述べている法文史料のなかに、非債弁済にかかわる史料が本当に存在しないのか、ということを検証する (三 非債弁済の事例における金銭の取戻し)。最後に、本稿での検討が、古典期ローマ法における物の引渡し的全体的な理解とどのように関連するかを述べる (おわりに)。

一 法文史料における金銭の取戻し

1 事例の分類

法文史料における金銭の取戻しの事例は、大きく二つに分類される。一つは、金銭の所有者が自ら引き渡したが、何らかの理由で所有権が相手方に移転しないため、これを取戻す事例である。この範疇はさらに、(一) 寄託、(二)

夫婦間贈与、(三) 譲渡権限のない者による引渡し、の三つに区別することができる。もう一つは、所有者でない者が引き渡した金銭を、所有者が取戻す事例である。こちららも、引渡した者が(一) 奴隷である場合、(二) 家子である場合、(三) その他の場合、の三つに区別することができる。

2 所有者が自ら引渡しした金銭を取戻す場合

(一) 寄託

寄託は、受寄者が寄託者のために無償で保管し、寄託者の請求に応じて返還することを約束して、寄託物を受領することにより成立する。寄託者が所有者であっても、物の引渡しによって所有権は移転しない。通常、寄託物の返還については寄託訴権で对人的に請求されるが、以下の場合には取戻しが問題となる。

ウルピアース、学説彙纂四二・五・二四法文二項(告示注解第六三卷)⁽²⁰⁾

「両替商の財産が競売される場合、優先権を持つ者に次いで、先順位にあるとされているのは、公の信義にしたがつて両替商に金銭を寄託した者である。しかし、たとえば金銭を寄託して両替商から利息を受け取った者は、他の債権者たちから区別されないし、それは正当である。というのも、一方は消費貸借であり、他方は寄託であるから。しかし金銭が現存している場合には、それを受寄者から取戻すことができるし、取戻す者は優先権を持つ者よりも先んずることになる、と私は考える。」

ある者が両替商に金銭を寄託していたが、両替商が破産した場合、寄託者は優先権を持つ者に次いで満足を受けることになる、とされていた。しかしウルピアースは次のように判断した。寄託者が利息を受け取っていた(すなわち両替商が寄託者の金銭を運用して利益を上げていた)ならば、それは不規則寄託(*depositum irregulare*)であり、

消費貸借と変わらないので、他の債権者たちに優先して満足を受けることはできない。一方、金銭が現存している場合、寄託者は優先権を持つ者よりも先にそれを受寄者から取戻すことができる。

アフリカーヌス、学説彙纂一五・一・三八法文首項（質疑録第八卷）⁽²¹⁾

「私が家子に十金を寄託した、そして特有財産に対して寄託訴権で訴える。たとえ家子が父に何も債務を負担しておらず、十金を保持しているとしても、「家子が」その他に何の特有財産も持たないのでなければ、父は責任を負うべきでない、と〔彼は〕考えた。というのは、この金銭は私の物でありつづけるので、特有財産に属さないからである。さらに、誰であれ他の者が特有財産に対して訴えた場合、「私の金銭が特有財産として」考慮に入れられることがない、ということとは疑いがない、と〔彼は〕述べている。したがって私は提示訴訟を提起し、提示された物を取戻せばよい、と。」

寄託された金銭は受寄者の所有とはならない。第三者が受寄者を訴えた場合も、寄託された金銭が受寄者の財産として訴訟の対象になることはない。それゆえ寄託者はいつでも受寄者から金銭を取戻すことができる。

(二) 夫婦間贈与

古典期ローマ法において夫婦間贈与は基本的に禁止されていた。⁽²²⁾ それゆえ夫婦の一方が他方に贈与として金銭を引き渡しても、金銭の所有権は移転せず、取戻すことができる。

ウルピアヌス、学説彙纂二四・一・三三法文一項（サビーヌス注解第三六卷）⁽²³⁾

「逆に、妻が夫に年金を与えた場合、これは妻に返還され、「妻は」現存する分を取戻すことができるだろう。私が考えるに、妻がコンデイクテオで訴えることができるのは、「夫が」利得した分についてである、というのは、夫が妻に支払う年金ほど、妻が夫に与える年金は慣習的ではなく、むしろ不適切であって、性の本質に反しているから

である。」

年金(annuus)も贈与とみなされるので、夫婦間贈与の禁止規定に抵触する。それゆえ金銭は夫の物にはならず、金銭が現存するならば妻はそれを取戻すことができる。

ユーリアヌス、学説彙纂一四・一・三九法文(ミニキウス注解第五卷)⁽²⁵⁾

「夫が妻に金銭を贈与しようとして望んで、自分の債務者に対して要約することを妻に許した。妻は問答契約を要約した後で、金銭を取得する前に離婚した。夫はその全額を請求すべきなのか、それとも、贈与を原因とするそのような約束のために、何の訴権もないのか、ということを私は問う。そのような問答契約は無効である、と私は答えた。しかし諸約者「債務者」がそうと知らずに妻に弁済した場合、金銭が現存しているならば、債務者はそれを取戻すことができる。自分の訴権を夫に与える用意がある場合、「債務者」自身は悪意の抗弁によって防衛されることになる、したがって夫はその金銭を債務者の名義で取り戻すことになる。けれども、金銭が現存せず、妻が利得したならば、夫がそれを請求する。というのは、債務者は悪意の抗弁で防衛されるのだから、妻は夫の財産から利得した、と解されるからである。」

贈与を原因とする問答契約もまた無効である。このユーリアヌス文は「三 非債弁済の事例における金銭の取戻し」において詳述する。

(三) 譲渡権限のない者による引渡し

ここで、譲渡権限のない者とは、後見人の助成のない未成熟者(pupillus sine tutoris auctoritate)⁽²⁶⁾、心神喪失者(furiosus)、自分の財産を処分することを禁じられている者すなわち禁治産者(is cui bonis interdictum est)をいう。彼らは、ある物の所有者であっても、その物を有効に処分する権限を持たない制限行為能力者である。この範疇はさ

らに (a) 弁済と (b) 消費貸借の場合とに分類される。

(a) 弁済

ウルピアヌス、学説彙纂四六・三・一四法文八項 (サビーヌス注解第三〇卷)⁽²⁷⁾

「後見人の助成のない未成熟者が弁済することはできない、ということとは明らかである。にもかかわらず金銭を与えた場合、受領者の物とはならず、取戻すことができる。確かに、費消されたならば、〔未成熟者は債務から〕解放されるであろう。」

ガレイウス、学説彙纂二六・八・九法文二項 (厲州告示注解第一二卷)⁽²⁸⁾

「未成熟者がいかなる事情によるのであれ後見人の助成なくして弁済したならば、〔弁済は〕無効である、というのは、所有権を移転することはできないからである。けれども、債権者が善意で未成熟者の金銭を費消したならば、未成熟者は解放されることになる。」

後見人の助成のない未成熟者は譲渡権限がないので、所有権を移転することはできない。それゆえ、債務を弁済するために金銭を引き渡した場合も金銭は受領者の物とはならず、未成熟者はこれを取戻すことができる。けれども、債権者が善意で、すなわち未成熟者であると知らずにあるいは後見人の助成があると信じて、受領した金銭を費消したならば、未成熟者は債務から解放される。

ウルピアヌス、学説彙纂一一・六・二九法文 (討論録第二卷)⁽²⁹⁾

「場合により、次の人々にも返還請求が認められることがある、たとえば未成熟者が後見人の助成なくして、あるいは心神喪失者が、あるいは自分の財産を処分することを禁じられている者が、弁済した場合である。なぜなら、このような人々について一般に返還請求が認められていることは疑いがないからである。たとえば、金銭がまだ現存して

いるならば、彼らはそれを取戻すことができる、けれども、金銭が費消されたならば、コンディクティオを提起する余地がある。」

ここでウルピアヌスは、金銭が費消されたならば未成熟者はコンディクティオを提起することができる、と述べているが、これは、未成熟者は債務から解放される、と述べた学説彙纂四六・三・一四法文八項と判断が食い違っている。これについても「三 非債弁済の事例における金銭の取戻し」において詳述する。

(b) 消費貸借

ガイウス、法学提要第二卷八二法文⁽³⁰⁾

「未成熟者が同じこと〔金銭の貸付〕をしたとしても、後見人の助成なくして金銭を受領者の物とすることはできないので、債権債務関係を結んだことにならない。それゆえ未成熟者は、〔金銭が受領者のもとに〕現存しているならば、自分の金銭を取戻すことができる、すなわち金銭を請求すること〔ができる〕」

弁済の場合と同様に、未成熟者は他人に貸し付けた金銭を、それが現存するかぎり取戻すことができる。金銭が費消された場合、ユリアヌスの学説彙纂二二・一・一九法文一項によれば、未成熟者はコンディクティオを提起することになる(「もし未成熟者がその後見人の助成なくして金銭を貸し付けた場合、未成熟者はその費消によってコンディクティオを有する」*Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit ... consumpta pecunia conditionem habet.*)。このユリアヌス文については、「二 金銭の取戻しと金銭の費消」において詳述する。

3 所有者でない者が引渡した金銭を所有者が取戻す場合

この範疇にかんして重要なのは、金銭の引渡しが所有者の意思によらずに行われることである。所有者でない者の主

たる例が、(一) 奴隷と (二) 家子である。それぞれに弁済と消費貸借の事例が見出される。

(二) 奴隷

(a) 弁済

パウルス、学説彙纂一一・一・三一法文一項(ブラウティウス注解第一七卷)⁽³¹⁾

「私はあなたの奴隷をそうと知らずに盗人から善意で買った。その奴隷はあなたに帰属する特有財産から奴隷を買って、それが私に引き渡された。〔…中略…〕特有財産たる金銭に帰属する分を、もし現存しているならば、〔奴隷の〕主人は取戻すことができるが、特有財産にかんする訴権で売主に代金を支払う義務を負う。〔金銭が〕費消されたならば、特有財産にかんする訴権は消滅する。」

奴隷が主人の知らない間に別の奴隷を買って、特有財産に属する金銭で売主に代金債務を弁済した場合、金銭が現存しているならば、主人は売主から取戻すことができる。ただし主人は売主に対して代金債務を負う。金銭が費消された場合、主人は売主から取戻すことができなくなるが、売主に対しても代金債務を負わない。

ユーリアヌス、学説彙纂一五・一・三七法文一項(学説大全第一二卷)⁽³²⁾

「あなたがあなたの奴隷に八金で下働き奴隷を買うことを任せましたが、彼は十金で買って、八金で買ったとあなたに〔手紙で〕書いた。そしてあなたはその八金をあなたの金銭から弁済するよう彼に任せましたが、彼は十金を弁済した。この場合、これを理由としてあなたが取り戻すことになるのは二金のみである、しかしもちろんこの売主には奴隷の特有財産から〔二金〕支払われるであろう。」

奴隷が弁済した十金のうち、金銭の所有者である主人が売主から取戻すことができるのは、許可を与えた八金を除いた二金についてのみである。ただし売主は奴隷の特有財産から二金の支払いを受けることができる。

ユーリアーヌス、学説彙纂四六・一・一九法文(ミニキウス注解第四卷)⁽³³⁾

「奴隷が主人の知らない間にある者のために保証し、これを理由として金銭を弁済した。問われるのは、主人が、弁済を受領した者に返還を請求することができるのか、ということである。彼「ミニキウス」は答えた、重要なのは、いかなる名目で保証したのか、ということである、と。すなわち特有財産の範囲で保証した場合、特有財産から弁済された物もはや主人が返還請求することはできないが、主人の財産から弁済した物は取戻されることになる。けれども、特有財産の範囲を超えて保証した場合、主人の財産から弁済した物が取戻されると同時に、特有財産から弁済した物はコンディクティオで請求される。」

奴隷がなした保証が特有財産の範囲内かどうかにかかわらず、主人の財産から弁済された分を主人は受領者から取戻すことができる。

(b) 消費貸借

ウルピアース、学説彙纂一二・一・一一法文二項(告示注解第二六卷)⁽³⁴⁾

「逃」奴隷が金銭をあなたに貸し付けた場合、主人はあなたにコンディクティオを提起することができるのか、が問われる。特有財産の管理が認められた私の奴隷があなたに貸し付けたならば、「金銭は」私の物からあなたの物になる。けれども、逃亡奴隷やその他の奴隷が主人の意思に反して貸し付けても、「金銭は」受領者の物にならない。それではどうなるのか。もし金銭が現存していれば、金銭は取戻されるし、悪意で占有が放棄されたならば、提示訴権を提起しうる。悪意なく「金銭が」費消されたならば、私はあなたにコンディクティオを提起することができる。」

ポムポニーウス、学説彙纂四六・三・一九法文(サビーヌス注解第二二卷)⁽³⁵⁾

「私の逃」奴隷が、自由人として振舞っている間に、私から窃取した金銭をあなたに貸し付けた。ラベオーが言うに

は、あなたは私に債務を負う、そして彼が自由人であると考えてあなたが彼に弁済したならば、あなたは私から解放される、しかしあなたが他人に逃亡奴隷の指示で弁済したか、「弁済した後」彼が裁可した場合、解放されない、というのは、最初の事例では、「弁済によつて」金銭は私の物となり、あたかも私に弁済したかのように解されるからである。」

ウルピアースによれば、逃亡奴隷が主人の意思に反して金銭を貸し付けても、金銭は受領者の所有とはならないので、主人は金銭が現存していれば取戻すことができるし、費消されたならばコンディクティオを提起することができる。けれどもポムポニウスによれば、逃亡奴隷が主人から盗んだ金銭を貸し付けた場合、受領者は主人に債務を負う、すなわち金銭は受領者の所有となる。

Fuchs は、ポムポニウス文の受領者は金銭を費消した結果、消費貸借の債務者として債務を負つたにすぎず、逃亡奴隷は主人の同意なくして承継的にその所有権を移転させることは決してできなかった、と述べている。³⁶これに対して Kaser は、Fuchs の解釈を否定し、ウルピアースとポムポニウスとの間に意見の対立があつた、と考へる。³⁷私が考へるに、ウルピアースは、主人の意思に反して貸し付けても金銭は受領者の物にならない、と述べている。けれども、ポムポニウス文からは、逃亡奴隷が主人の同意なくして貸し付けた、ということは推測できても、それが主人の意思に反していた、とまでは言えないのではないか。すなわち、ポムポニウス文の逃亡奴隷の貸付は、主人の同意を得てはいなかったが、その貸付は主人の意思に反していなかった、それゆえ金銭は受領者の物となり、受領者は主人に対して債務を負うことになる。

(c) その他

弁済や消費貸借以外にも、明示されていないが、おそらく主人の金銭をその意思によらずに使用する事例が存在す

る。

プロクルス、学説彙纂三三・二・六七法文（書簡録第七卷）⁽³⁸⁾

「プロクルスはその孫に挨拶する。結婚し、嫁資の名目で金銭を夫に引き渡した女奴隷は、自分が女奴隷であると知っていたようにいまいと、その金銭を夫のものとすることはできない、そして、その〔金銭〕は、たとえば使用取得されたのでないかぎり、その名目で夫に引き渡す前の持ち主の物でありつづける。同じ夫のもとで解放がなされた後であっても、その金銭の状態を変更することはできない。したがって、離婚がなされたとしても、〔女奴隷は〕嫁資の法によってもコンディクティオによっても正当に返還を請求することはできないが、金銭の持ち主は正当にそれを取り戻す。」

奴隷の解放が遺言により条件あるいは期限付きで行われる場合、奴隷は条件の成就あるいは期限の到来までは相続人の奴隷であるが、相続人の意思とは別に、自由人になる期待を有する者として、候補自由人（*stultus*）と呼ばれる⁽³⁹⁾。金銭を与えることを条件として解放される場合、他人（とりわけ主人）の金銭を与えることができるかが問題になる。

ウルピアヌス、学説彙纂四〇・七・三法文五項（サビーヌス注解第二七卷）⁽⁴⁰⁾

「十金を与えるときは自由人たるべし、と命じられた者が五金を与えた場合、全額を与えなければ、自由人にはなれない。それゆえ、その間、主人は五金を取戻すことができる。しかし、残額が弁済されたならば、それまでその所有権が移転されなかったところの金銭はもはや他人の物となる。したがって、先になされた譲渡は未確定であり、金銭はさかのぼって受領者の物となるのではなく、残額が弁済されてはじめて受領者の物となる。」

候補自由人である奴隷が遺言で指定された者に主人の所有である特有財産から金銭を与える場合、条件の全額を与

えるまでは金銭の所有権は移転しない。それゆえ主人はそれを取戻すことができる。全額が与えられた時点で、金銭の所有権は移転する。

ウルピアヌス、学説彙纂四〇・七・三法文九項（サビーヌス注解第二七卷）⁽⁴¹⁾

「他人から金銭を窃取して相続人に与えた場合、〔候補自由人は〕自由にはならない、というのは、金銭を受領者から取り上げることができるからである。〔金銭が〕消費され、決して取り上げられなくなった場合、自由が認められることは確かである。」

候補自由人が他人の金銭をその意思によらずに遺言で指定された相続人に与えた場合は、たとえ条件の全額が与えられても、金銭の所有者は金銭を相続人から取り上げることができるので、候補自由人は自由人にならない。けれども、金銭が消費された場合、候補自由人は自由人になる。

(二) 家子

マケドー元老院議決⁽⁴²⁾によって、家子⁽⁴³⁾に対する金銭の貸付は禁止された。家子に金銭を貸し付けた者には、家子を相手取っての訴権が付与されない。家子が任意で弁済した場合には、弁済は有効であり、その返還を請求する訴権は家子に付与されない。

(a) 弁済

ウルピアヌス、学説彙纂一一・一・一四法文（告示注解第二九卷）⁽⁴⁴⁾

「元老院議決に反して貸し付けられた家子が金銭を弁済した場合、父による金銭の取戻しにはいかなる抗弁も対置されない。しかし、債権者によって金銭が消費された場合、マルケッルスはコンディクティオは生じないと述べた、というのは、コンディクティオが与えられるのは、所有権が受領者に移転した場合に、それにもとづいて訴権が生じ

うるような原因にもとづいて「金銭が」支払われた場合にかぎられるのであって、提示された事例では「訴権が」生じないからである。それゆえ、錯誤により元老院議決に反した貸付金が弁済されても、コンディクティオは生じない。」

家父は家子の債権者から金銭を取戻すことができる。それでは、債権者によつて金銭が費消された場合はどうなるのか。マルケツルスによれば、コンディクティオは生じない。なぜなら、家子の債権者に対する弁済は有効であつて、債権者は不当に利得したのではないからである。

(b) 消費貸借

ウルピアース、学説彙纂一四・六・三法文二項(告示注解第二九卷)⁽⁴⁵⁾

「ユリアース自身が一二巻で述べているように、家子が〔別の家子に〕貸し付けた場合、〔マケドール〕元老院議決は適用されない、なぜなら、たとえ家子が特有財産を自由に管理することができたとしても、消費貸借は成立しないからである。というのは、家父は、特有財産の管理を任せた際に、特有財産を浪費することを彼に許したわけではないからである、と。それゆえ、家父は依然として金銭を取戻すことができる、と彼は述べている。」

家子が別の家子に金銭を貸し付けた場合、ユリアースによれば、家子は特有財産から金銭を貸し付ける権限を与えられていないので、消費貸借は成立しない。それゆえ、所有者である家父は金銭を取戻すことができる。

(三三) その他

奴隸や家子といった金銭の所有者の権力に服する者以外が、所有者の知らない間に金銭を引き渡す事例はわずかである。この場合にも、所有者はそれを正当に取戻すこと(recte vindicare)ができる、ということを次の法文は述べている。

ヤウォレーヌス、学説彙纂二二・六・四六法文（ブラウティウス注解第四卷）⁽¹⁶⁾

「相続人の名義で、〔相続人に〕義務付けられていない遺贈を、相続人自身の金銭から弁済した者は、自分で返還を請求することはできない、しかし相続人が知らないうちに彼の金銭を引き渡したのであれば、所有者〔たる相続人〕はそれを正当に取り戻すであろう、と彼「ブラウティウス」は言う。同じことが有体物一般に当てはまる。」

4 小括

以上の分類から、寄託の場合およびマケドー元老院議決に反する貸付に対して弁済した家子の場合を除き、*exstare*と*consumere*との二者択一（金銭が現存するならば取戻すことができるし、費消されたならばコンディクティオを提起する）が見出される。また、伝えられている金銭の取戻しの事例の多くは、引渡す者が譲渡権限を欠いている事例である。

二 金銭の取戻しと金銭の費消

1 金銭の費消にかんする研究者の諸見解

このように、金銭の取戻しにかんする事例に再三登場するのが、*exstare*と*consumere*との二者択一である。そして、*consumere nummorum*によって、金銭の所有者の取戻しは切斷される。¹⁷この*consumere*がいかなるものであるかについて、研究者の見解は大きく二つに分かれる。一つは、原所有者の金銭が受領者の金銭と不可分に混和すること、という見解（以下、混和説）であり、もう一つは、原所有者から受領した金銭を受領者が支出すること、という見解（以下、支出説）である。

(一) 混和説

混和説の支持者は、次の法文をその拠り所とする。

ヤウォレーヌス、学説彙纂四六・三・七八法文(カッシウス注解第一一巻)⁽⁴⁷⁾

「他者の金銭が、その者の知らないあいだに、あるいはその意思に反して、弁済された場合、他者の物でありつづける。金銭が分かつことができないほどに混和されたならば、受領者の物となる、とガイーウスの書物に書かれている。その結果、所有者には、与えた者を相手どつての盗訴権が帰属する。」

ヤウォレーヌスが引用するガイーウス・カッシウスの書物によれば、ある者が、金銭の所有者の知らない間に、あるいは知っていたとしても所有者の意思によらずに、その金銭を他人に弁済した。その金銭が受領者の金銭と不可分に混和してはいない限り、金銭の所有は原所有者のもとにとどまる。したがって原所有者はそれを取戻すことができる。その金銭が受領者の金銭と不可分に混和してはじめて、金銭は受領者の所有となる。したがって、混和説の支持者は金銭の費消と金銭の混和とを同等視する。⁽⁴⁸⁾

しかし、金銭の費消と金銭の混和とを直接結びつける法文史料は存在しない。⁽⁴⁹⁾ それゆえ、混和説の支持者である Fuchs は、次のように推論する。⁽⁵⁰⁾

ある者が対物訴権で訴える場合、物 (res) を指定しなければならぬ。⁽⁵¹⁾ 実物 (corpus) が現存している場合、取戻すことができるのであるから、corpus は res である。⁽⁵²⁾ それゆえ、corpus が現存していない場合、すなわち混和 (commixtio) が生じた場合、ヤウォレーヌス文によれば、それを取戻すことは妨げられる、つまり原所有者は金銭の所有権を失う。

一方、債務者が他人の金銭で弁済した場合、金銭が現状のまま (nummus integris) ならば、弁済の効果を何ら生じ

させない、すなわち金銭は債務者の物であり、取戻すことができる⁽⁵³⁾が、債権者が金銭を費消した (nummos consumpsisset) ならば、弁済の効果を生じさせる⁽⁵⁴⁾、すなわち金銭は債権者の物となり、債務者は金銭の所有権を失う。したがって 'corpus nummorum est = nummis integris' であり、'corpus nummorum non est = commixtio = nummos consumpsisse (混和 = 金銭の費消) である。しかも Fuchs は、金銭の混和は「引き渡された金銭は原則としてもはや (そのようなものとして) 存在しない」というほどに頻繁であったので、金銭の取戻しは「古代ローマにおいてもほとんどまれな現象である」と考えていた。⁽⁵⁶⁾

(二) 支出説

これに対して、もう一つは、原所有者から受領した金銭を受領者が支出すること、という見解 (以下、支出説) である。混和説を批判し、支出説を支持する *Basu* の見解は、大略すれば以下の通りである。⁽⁵⁷⁾

他人の金銭が自分の金銭と混合することが *consumere nummorum* である、とはどの史料も述べていない。しかも、金銭の混和 (*Vermengen*) は通常の費消 (*consumere*) の理解とは相容れない。本来、費消 (*consumere*) によって物 (ワイン、オリブ油、穀物) は完全に消滅する。金銭も「不断の交換という使用方法によってある意味で消滅するとみなされる」⁽⁵⁸⁾ので、これらの物に近いとするならば、費消する者自身がその実物を失うということは、金銭の費消を意味する。しかしそのことは、金銭の混和の場合には当てはまらない、なぜなら、混和した者は実物を保持し続けるからである。費消する者自身がその実物を失うというのは、金銭の支出 (*Ausgeben*) についてのみ当てはまる。

したがって、金銭の費消とは金銭の支出であり、他人の金銭を支出した者は受領者を金銭の所有者にする。それゆえ、この「特殊準則」によって、何者も自分自身が持つよりも多くの権利を他人に与えることはできない、という準則⁽⁵⁹⁾は破られている。それでも、一般的な経験が教えているように、ローマ人は彼らの法準則を硬直的に、かたくなに

適用したのではなく、それが彼らにとって正しいと考えた場合には常に例外を認めた。

さらに、古典期ローマにおいては、高額の支払いの場合、受領された金銭は個別に保管されたのであり、混和されることはなかった。⁽⁶⁰⁾そして、そのように受領された金銭が再び新たな支払いに利用されることもあった。そのことは古典期ローマの貨幣制度の考察から導き出される。⁽⁶¹⁾

それによれば、古代においては、金銭的価値は貨幣の金属の含有量に依存する、という考え方が今日よりも強固であった。他方で、国家の貨幣制度は、流通している貨幣が本場に規定の金属を含有していることを保証する技術的制度的な前提を持たなかった。貨幣は損耗によってのみその価値を減じるのではなく、むしろ様々な方法で偽造され、改鋳された。⁽⁶²⁾そのような貨幣が流通していることが古典期ローマでは前提とされていた。そこで、貨幣をその品質 (probias) につき検証する (spectare) 貨幣検査員 (nummularii) が活躍した。⁽⁶³⁾

ローマにおいて、金銭の支払いは通常貨幣の枚数を数えることによって行われた。数えられた金銭は袋に詰められ、封印され、貨幣検査員のもとへ検証のために持ち込まれた。⁽⁶⁴⁾そして貨幣検査員によって検証され、金銭が再度詰められた袋には、両替商の券 (tesseræ nummulariae) を取りつけるのが慣例であった。⁽⁶⁵⁾

検査員によって検証された個々の金額はその管理下で再度他の金銭と混合することなく、以前それが入れられていたのと同じ袋に戻され、封印されて保管された。このようなプロセスはおよそ日常的なものではなかった。店舗や市場などにおける取引では、支払いは小額であり、金銭はおそらく普通の金庫に入れられ、すぐに他の金銭と不可分に混合してしまう。他方で、高額の支払い、たとえば消費貸借の給付や返還、土地や奴隷の売買代金、嫁資金の支払いの場合、取得された金銭はたいがい個別に保管された。個々の袋は出所と内容についての書き付けがつけられ、堅固な家の金庫 (arca) に保管された。

(三) Wacke による支出説への再批判

Kaser の見解に対しては Wacke が次のように批判している。⁽⁶⁶⁾

両替商の券 (tesserae nummulariae) の使用は真正の金銭寄託に限定されたであろう。⁽⁶⁷⁾ 両替商の券で識別される袋は金銭の支払いにとって適当でなかった、なぜなら両替商の券は袋に入れられている金額の多寡については何も表示していなかったからである。⁽⁶⁸⁾ さらに、そのような両替商の券は紀元前九六年から紀元後八八年までのものが残されているだけで、⁽⁶⁹⁾ 古典期盛期以降の時代のものは残っていない。また、史料上も、受領された金銭がそのまま支払いに再利用されることはほとんどない。⁽⁷⁰⁾ それゆえ、受領された貨幣が再び新たな支払いに利用されることもまれであった。また、受領された金銭は一定期間のみ個別に保管されたにすぎず、混和されることが前提とされていた。⁽⁷¹⁾ だが Fuchs の言うように、⁽⁷²⁾ 金銭の取戻しが法学者の理論上の産物にすぎないというわけではなく、一定の場合には取戻しが可能であった。⁽⁷⁴⁾

さらに Wacke は、支出説そのものが consumerare にかんするアプリアナ考察にもとづくものであり、⁽⁷⁵⁾ 法文史料と矛盾していると主張する。これを立証するために、Wacke はユーリアヌスの学説彙纂二二・一・一九法文一項を解⁽⁷⁷⁾ 釈する。以下では Wacke の解釈の妥当性を検証する。

2 学説彙纂二二・一・一九法文一項

(一) 法文

ユーリアヌス、学説彙纂二二・一・一九法文一項 (学説大全第一〇卷)

(1) Si pupillus sine tutoris auctoritate (a) crediderit aut (b) solventi causa dederit, consumpta pecunia (a)

金銭の取戻し (vindictio nummorum) (宮坂 渉)

conditionem habet vel (b) liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum qui accepit pervenisse. (2) quapropter si eandem pecuniam is, qui (a) in creditum vel (b) in solutum accepit, alii porro (a) in creditum vel (b) in solutum dedit, consumpta ea et (a) ipse pupillo obligatur vel (b) eum a se liberabit et (a) eum cui dedit obligatum habebit vel (b) se ab eo liberabit. (3) nam omnino qui alienam pecuniam (a) credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui accepit; (b) item qui in solutum dedit, liberabitur ab eo qui accepit.

「(1)もし未成熟者がその後見人の助成なくして(a)金銭を貸し付けた場合、あるいは(b)債務を弁済する目的で支払った場合、未成熟者はその費消によって(a)コンディクティオを有する、もしくは(b)解放される、なぜなら、その金銭はその行為によって受領者のもとへ帰属したように理解されるからに他ならない。(2)それゆえ、受領者が(a)貸付金として、あるいは(b)弁済を目的として受領したままにこの金銭を、受領者が(a)貸付金として、あるいは(b)弁済を目的として、他の者に転供与した場合、受領者はその費消によって(a)自らは未成熟者に債務を負う、もしくは(b)未成熟者を自分から解放する、と同時に受領者は、(a)「第二の」受領者を債務者とする、もしくは(b)「第二の」受領者から解放されるであろう。(3)というのは、一般に、他人の金銭を(a)貸し付けた者は、その費消によって受領者を債務者とし、(b)同様に、金銭を弁済のために支払った者は、受領者から解放されるからである。」(記号(1)、(2)、(3)、(a)、(b)は、原文についてはWackeが、和訳については筆者が挿入した)

(二) 第一文（基本事例）

未成熟者がその後見人の助成なくして金銭を(a)貸し付けた、あるいは(b)弁済した場合、金銭が現存しているならば取戻すことができる。⁽⁷⁸⁾ 金銭が費消されたならば、(a)受領者に対するコンディクティオを有する、あるいは(b)債務者は解放される。⁽⁷⁹⁾ Kaserも認めているように、⁽⁸⁰⁾ *consumere nummorum* は受領者によってなされる。

(三) 第二文 (發展事例)

未成熟者がその後見人の助成なくして金銭を(a)貸し付け、あるいは(b)弁済し、その第一受領者がさらに第二受領者に(a)貸し付けた、あるいは(b)弁済した。金銭が費消されたならば、(a)未成熟者は第一受領者に対して、第一受領者は第二受領者に対してそれぞれコンディクティオを有する、あるいは(b)未成熟者は第一受領者から、第一受領者は第二受領者からそれぞれ解放される。

Wackeによれば⁽⁸¹⁾、この場合 *consumere nummorum* は第二受領者によってなされると考えられるし、Kaserもそのように述べている。⁽⁸²⁾ けれども支出説によれば、第一受領者が第二受領者に貸し付けた(弁済した)、すなわち支出した時点で費消が発生するはずである。それなのになぜ、ユーリアーヌスも(そしてKaserも)、第二受領者における再度の費消を要求するのか。

(四) この矛盾を認識していたKaserは、「この *consumpta ea* を「真正でない」か、「正しくは最後の文にあるべき言葉を、誤って一つ前で先取りしてしまった写本家の間違いか、あるいは紛らわしいゆえに粗悪な注釈のどちらかである」と述べた。⁽⁸³⁾ けれども、Wackeが正しく指摘しているように、これを削除すると、今度は第一文と第二文が同じ状況について述べていることになり、ユーリアーヌスが事例を分けた意味が分からなくなってしまう。それだけでなく、(3)の一般化された結論において、「他人の金銭を(a)貸し付けた者は」、それだけで金銭を費消したことになり、「その費消によって」と繰り返す意味がない。⁽⁸⁴⁾

さらにKaserは、ユーリアーヌスは第一受領者を悪意であるとみなしていた、と推測する。⁽⁸⁵⁾ すなわち、他人の金銭を支出した者は受領者を金銭の所有者にする、という「特殊準則」は、受領者が善意の場合にのみ通用する。⁽⁸⁶⁾ 第一受領者は、自分が後見人の助成のない未成熟者から金銭を受領したので、金銭の所有権を取得できなかった、というこ

とを知っていた。そして、この悪意の第一受領者が金銭を再度貸し付けたか弁済のために支払った相手方である第二受領者が、はじめそれを善意で費消した。これにより、第二文の *consumpta ea* も問題なく彼の主張に合致する、と述べた。これに対して Wacke は、史料によれば、ユーリアーヌスは第一受領者を善意であるとみなしているに違いない、と述べている。⁽⁸⁷⁾ 貸付金の受領者は善意の費消の場合のみコンディクティオの対象とされる。⁽⁸⁸⁾ 弁済の場合も、ガイウス、学説彙纂二六・八・九法文二項によれば、債権者が善意で費消したならば、未成熟者は解放される。⁽⁸⁹⁾

Wacke は、第二文の *consumpta ea* が第一受領者の行為を再帰的に指し示している、すなわち「それ(第一受領者の支出)でもって金銭が費消されたので」と解釈できる、という可能性も否定する。⁽⁹⁰⁾ 史料によれば、消費貸借の場合も、弁済の場合も、*consumere* は時間的に新しい出来事であつて、受領者の行為とみなされなければならない。⁽⁹¹⁾

以上から、ユーリアーヌス文および第二文の *consumpta ea* を整合的に解釈する唯一の方策は、第一受領者が第二受領者に貸し付けた(弁済した)ことをもって費消が発生するとは認めない、すなわち支出説を放棄することである、と Wacke は述べる。⁽⁹³⁾

(五) それゆえ、Wacke によれば、ユーリアーヌス文は次のように理解されるべきである。⁽⁹⁴⁾

第一文においては、第一受領者が受領した金銭を費消する前であれば、後見人の未成熟者は金銭を取戻すことができ、第一受領者が(たとえば自分の金銭との不可分な混和によつて)自ら費消した場合、未成熟者は直ちにコンディクティオを有した、あるいは債務から解放された。

これに対して、第二文においては、第一受領者が受領した金銭をさらに貸し付けた、あるいは弁済した場合、第二受領者が金銭を費消する前であれば、未成熟者は第二受領者から、金銭を取戻すことができた。第二受領者が金銭を費消して初めて、未成熟者は第一受領者に対してコンディクティオを有した、あるいは債務から解放された。した

がって、Kaiserによつて主張された「特殊準則」は、ユーリアーヌスにおいては認められなかったし、おそらく一般に通用しなかった。⁽⁹⁵⁾

(一六) 私も、Wackeによるユーリアーヌス文の解釈および支出説に対する批判には基本的に賛成である。しかしながら、Wackeがここでコンディクティオの前提としての所有権の承継・移転がなされた、とする点には疑問を抱かざるを得ない。⁽⁹⁶⁾ Wackeは、「受領者における金銭の費消でもって、*datio*の効果が事後的に完成された」と述べている。⁽⁹⁷⁾ すなわち、未成熟者は制限行為能力者であるため、金銭の所有権を相手方に移転することができないが、金銭の費消によつて、*datio*すなわち所有権移転の効果が事後的に完成される（“gestreckten” *datio*）⁽⁹⁸⁾ といふ。そして、その理由付けである *non alia ratione, quam quod factio eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse* を “weil es so anzusehen ist, als ob das Geld durch sein (wirksames) Handeln an den Empfänger gelangt wäre” [その金銭は彼〔未成熟者〕の（有効な）行為によつて受領者のもとへ帰属したように理解されるから]と解釈する。さらに、「通常は直ちに生じる、コンディクティオにとつての前提である所有権移転は、これによると、逐次的に実現される」と述べており、⁽⁹⁹⁾ ここでWackeは明らかに、未成熟者から受領者への所有権移転を想起している。しかしWacke自身が費消とは混和であると述べており、⁽¹⁰⁰⁾ 混和とは原始取得であるから、Wackeの思考は一貫していない。

これに対して、私は、ユーリアーヌス文の *factio eius* [その行為によつて] は *consumpta pecunia ab eo qui acceperit* [受領者が金銭を費消したことによつて]と解釈すべきである、と考える。なぜなら、費消すなわち混和がなければ、未成熟者のいかなる行為によつても受領者が所有者となることはないからである。むしろに *intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse* も重要である。⁽¹⁰¹⁾ *intelligere* は、ドイツ語では *auffassen, einsehen, verstehen* の他に、*etwas annehmen, für etwas ansehen* などが用いられる。つまり、*intelligere* は、本来はさうでないものをさうであるようにみな

す、仮定するということの意味している。以上のことから、この箇所は次のように解釈すべきである。所有者である未成熟者が金銭を貸し付けた(弁済した)が、後見人の助成がないから所有権は移転しない。そして受領者の費消により、受領者は所有者となった。それゆえ、未成熟者は所有権を失い、取戻すことはできなくなった。けれども、所有者であった未成熟者から、所有者となった受領者へ、あたかも所有権が移転したものと仮定して、未成熟者はコンディクティオを認められた(債務から解放された)。この理解が、*exstare*と*consumere*との二者択一原則が貫徹する事例に当てはまらないとする理由は何もない。

3 小括

金銭の費消にかんする研究者の諸見解は二つに分けられる。一つは、受領者の金銭との不可分の混和説、もう一つは受領者による支出説である。学説彙纂二二・一・一九法文一項の検討の結果、前者の見解が妥当である。したがって、金銭の原所有者がその占有を喪失した場合、その金銭が占有者の金銭と不可分に混和することで費消されるまでは、原所有者は金銭を取戻すことができる。費消されたならば、原所有者は金銭の所有権を失い、費消した占有者が所有者となる。しかし、あたかも所有権が移転したものとみなされ、原所有者は、金銭を貸し付けたならばコンディクティオが認められ、金銭を弁済したならば債務から解放される。ただし、消費貸借の場合、原所有者と費消者との間に転得者が介在するならば、原所有者は転得者にコンディクティオで返還請求することはできても、費消者に対しては返還請求することができなくなる。

三 非債弁済の事例における金銭の取戻し

1 史料の検討にあたって

金銭の取戻しについて述べている法文史料を検討した結果、金銭の非債弁済の場合に、*exstare* — *vindicatio* — *consumere* — *condictio* との二者択一について述べている史料は存在しない、とする Kaser の見解とは相容れないと思われる事例が二つ見つかった。以下ではその史料の解釈を通じて、Kaser の見解に対するアンチテーゼとなりうるかどうかを検証する。

1-2 学説彙纂二四・一・三九法文

(一) 法文

ユーリアームス、学説彙纂二四・一・三九法文^(原)(ミニキウス注解第五卷)

① *Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit:* ② *quaero, utrum vir eam summam petere debeat an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset.* ③ *respondi inanem fuisse eam stipulationem.* ④ *sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, vindicare eam debitor potest:* ⑤ *sed si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebitor ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur.* ⑥ *sed si pecunia non exstat et mulier locupletior facta est, maritus eam petet:* ⑦ *intellegitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.*

「①夫が妻に金銭を贈与しようとして望んで、自分の債務者に対して要約することを妻に許した。妻は問答契約を要約した後で、金銭を取得する前に離婚した。②夫はその全額を請求すべきなのか、それとも、贈与を原因とするそのような約束のために、何の訴権もないのか、ということを私は問う。③そのような問答契約は無効である、と私は答えた。④しかし諾約者「債務者」がそうと知らずに妻に弁済した場合、金銭が現存しているならば、債務者はそれを取戻すことができる。⑤自分の訴権を夫に与える用意がある場合、「債務者」自身は悪意の抗弁によって防衛されることになる。⑥したがって夫はその金銭を債務者の名義で取り戻すことになる。⑦けれども、金銭が現存せず、妻が利得したならば、夫がそれを請求する。⑦というのは、債務者は悪意の抗弁で防衛されるのだから、妻は夫の財産から利得した、と解されるからである。」(丸付き数字は筆者が挿入した)

この法文は、学説彙纂第二四卷第一章「夫婦間贈与について」に採録されており、ミニキウス (Minicius) という一世紀の法学者が著したある法的事案に対する見解について、二世紀の法学者であるユーリアーヌスが書いた注釈書から引用された、とされている。

(二) 最初に①の事実関係を確認する。夫は、妻に金銭を贈与するつもりで、自分(夫)の債務者に対して金銭を支払うよう問答契約で要求する (stipuletur 要約する) ことを、妻に許可した。そこで、妻は夫の債務者と問答契約を締結した。しかし金銭を取得する前に、妻は夫と離婚した。

この事実関係から、次のような法的関係が生じる。夫が妻に債務者と問答契約を締結することを許可する場合、通常は、夫、妻、債務者の三当事者の了解の下、夫 (Delegat 指図者) が債務者 (Delegat 被指図者) に対して、その債務を妻 (Delegatar 指図受取人) に対して負うよう指図する⁽²⁰⁾。この指図は義務設定指図 (delegatio obligandi) と呼ばれる。それにもとづいて、妻は夫の債務者に、たとえば quod eo (あるいは marito meo) debes, mihi dari

spondesne? 「あなたが彼（あるいは私の夫）に与える物が、私に与えられるようあなたは誓約するか?」と要約し、債務者が spondeo. 「私は誓約する。」と諾約することで、妻と夫の債務者との間で問答契約が締結される。この問答契約は、更改 (novatio) を発生させる。⁽¹⁰⁾ それによって、夫の債務者と妻との間に新しい債権債務関係が成立し、夫と債務者との間の債権債務関係は消滅する。

(二)次に注目すべきなのが、②における問いと③における答えとが、正確に対応していないことである。すなわち、utrum vir eam summam petere debeat an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset 「夫はその全額を請求すべきなのか、それとも、贈与を原因とするそのような約束のために、何の訴権もないのか」という問いに對して、respondi inane[m] fuisse eam stipulationem 「そのような問答契約は無効である」という答えが成り立つためには、何らかの前提が隠れている、と推測せざるを得ない。

そこで、②の問いについて詳しく検討する。まず、問いの前半部分 utrum vir eam summam petere debeat 「夫はその全額を請求すべきなのか」であるが、夫は誰に請求するのだろうか。可能性は二つ、妻か債務者かである。しかし妻は priusquam pecuniam auferret, divorcium fecit 「金銭を取得する前に夫と離婚した」ので、妻は夫から請求されるべき金銭を何も持っていない。⁽¹⁰⁾ したがって、残るは債務者である。債務者が夫から請求される可能性があるのは、元来あった夫に対する債務である。しかし、妻と夫の債務者との間で締結された問答契約によって、更改が発生し、夫と債務者との間の債権債務関係は消滅したはずである。これが依然として存続しているとすれば、それは妻と夫の債務者との間で締結された問答契約が無効の場合である。なぜ無効なのか。それは、この問答契約が夫から妻への贈与にもとづいており、それゆえ夫婦間贈与の禁止規定に抵触する可能性があるからである。⁽¹⁰⁾ したがって、 utrum vir eam summam petere debeat 「夫はその全額を請求すべきなのか」という問いの背後には、「問答契約は無効なのか」

という問いが隠れていると考えるべきである。

次に、②の問いの後半部分 an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset「それとも、贈与を原因とするそのような約束のために、何の訴権もないのか」である。この文はさらに、ea promissione propter donationis causam と actio nulla esset に分けて考えるべきである。Donationis causam は、(1)では問答契約の原因である。(2)では問答契約の諾約を指しており、奪格形は原因の意味を与えている。したがって、ea promissione propter donationis causam は、「夫から妻への贈与を原因として、妻と夫の債務者との間で締結された問答契約のために」と解釈されるべきであり、actio nulla esset「何の訴権もない」の原因ともなっている。次に、誰を原告とし、誰を被告とする訴権が何もないのか。②における問い全体が、urum / an / 「か、それとも」か」という選言の形式を取っており、かつ問いの前半では、夫を原告、債務者を被告とする訴訟がある、ということについて述べられていることから、ここでは反対に、夫を原告、債務者を被告とする訴権は何もない、ということが述べられている、と推測できよう。そして、妻と夫の債務者との間で問答契約が締結された場合に、夫が債務者を訴えることができないのは、問答契約が夫婦間贈与の禁止規定に抵触せず、有効に締結された結果、更改によつて夫の債務者と妻との間に新しい債権債務関係が成立し、夫と債務者との間の債権債務関係が消滅した場合である。したがって、an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset という問いの背後には、「問答契約は有効なのか」という問いが隠れているのである。

それゆえ、②において問われたのは、「このような問答契約は有効なのか、無効なのか」ということであつた。それは③の答え「そのような問答契約は無効である」とも正確に対応する。

それでは、③の答えはミニキウスのものか、それともユーリアヌスのものか。Lenelは respondi「私は答えた」

の主語を *Mincius* であると断定する。⁽¹⁰⁾ しかし *Sturm* は、*Lenel* は自己の見解の理由付けをしていない、そして、この問題は一義的に決定することはできない、と述べている。⁽¹¹⁾ *Lenel* の *Palingenesia* を見ると、*ミニキウス* を引用している (*ex minicio, ad minicium*) 学説彙纂の *ユーリアヌス* 文において *respondere* (*respondi, respondi*) が用いられている場合、*Julianus* という主語が明示されていないならば常に、隠れた主語は *Mincius* であるという理解のもとに注釈がつけられており、それ以上の理由は述べられていない。これだけでは、*Sturm* が述べるように、*respondi* が誰の答えかを判断するのは困難である、と私は考へる。

これに対して④以降は、それまでとは違う者によって書かれていると思われる。なぜなら、ここから突然、妻を表す語が *uxor* から *mulier* へ、夫を表す語が *vir* から *maritus* と変わっているからである。したがって少なくとも④以降は、*ミニキウス* を引用した *ユーリアヌス* の見解であると私は推測する。

(四) ③では、妻と夫の債務者との間で締結された問答契約は無効であると判断された。なぜなら、この問答契約も夫婦間贈与の禁止規定に抵触するとみなされたからである。それゆえ、夫と債務者との間の債権債務関係が存続し、債務者は、夫に対しては弁済の義務を負っているが、妻に対しては弁済の義務を負わないことになる。しかし、④ *si promissor mulieri ignorans solvisset* 「諾約者〔債務者〕がそうと知らずに妻に弁済した場合」*si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest* 「金銭が現存しているならば、債務者はそれを取戻すことができる」。すなわち妻との間で締結した問答契約が無効であると知らずに債務者が弁済した場合、金銭の所有者である債務者は、金銭が現存しているならば、それを自分の所有物であるとして取戻す (*vindicare*) ことができる。

(五) 夫の債務者は妻に対して弁済した金銭の取戻しを提起することができるが、その結果いかにかわらず、夫に対しては依然として弁済の義務を負っている。そこで、⑤によれば、債務者は妻に対する *actiones suas marito*

praestare「自分の訴権を夫に与える」ことができる。このような訴権譲渡は当然、夫が債務者に、元来の債務を請求しないよう何らかの形で約束することを前提となされたと思われる。それにもかかわらず夫が元来の債務につき債務者を訴えた場合、債務者は *doli mali exceptione se tuebatur* 「悪意の抗弁で防御する」ことができた。⁽¹¹⁾

とはいえ、ガリーウスが述べているように、訴権（債権）はなるほど無体物であるが、有体物を他人に譲渡する方法（握取行為、法廷譲渡、引渡し）で移転することはできず、そうするには義務設定指図による更改が必要であった。⁽¹²⁾しかしその場合、訴権を「与えられた」者は自分の名義で訴えたのに対し、ユーリアヌス文は、*maritus hanc pecuniam debitoris nomine* 「夫はその金銭を債務者の名義で」取戻す、と述べている。義務設定指図の他に、更改の効果を発生させる方法としては、争点決定 (*litis contestatio*) と訴訟委任 (*mandatum ad agendum*) が利用された。一般に、法廷手続において争点決定がなされると、元の債権債務関係が消滅して、被告は原告に対し判決を受ける義務を負った。さらに有責判決が下されると、争点決定（判決を受ける義務）が消滅し、判決債務の弁済義務を負った。⁽¹³⁾古典期には、この仕組みが更改に援用された。債権者が他人に債権を譲渡しようとする場合、債権者はこの者に訴訟の代理を委任した。⁽¹⁴⁾彼らは債権者の名義で請求の表示をなしたが、判決権限付与の表示は彼らの名義にすることによって、争点決定後、被告は彼らに対して義務を負うことになる。これにより、彼らは取り立てた物を自分の物として保持することが認められた⁽¹⁵⁾（自分のための委託事務管理人 *procurator in rem suam* あるいは自分のための訴訟代理人 *cognitor in rem suam*）。⁽¹⁶⁾ユーリアヌス文でも、夫は訴訟代理人として委任され、*debitoris nomine* 「債務者の名義で」妻に金銭を請求することができた、と考えられる。

(16) 最後に、⑥ *pecunia non exstat et mulier locupletior facta est* 「金銭が現存せず、妻が利得した」場合である。金銭が現存しないのであるから、夫はもはや取戻して妻を訴えることはできない。したがって、*maritus eam petet*

「夫がそれを請求する」のはコンディクティオによる他はない。

夫は、ここでも取戻しの場合と同様に、*debitoris nomine*「債務者の名義で」請求するのだろうか。それとも、ここでは自分の名義で (*suo nomine*) 請求するのだろうか。

maritus eam petet「夫がそれを請求する」理由として、⑦ *intellegitur (enim) ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest*「債務者は悪意の抗弁で防御されうるのだから、妻は夫の財産から利得した」と解される」ということが挙げられている。厳密には次のような関係である。

① *maritus eam petet*「夫がそれを請求する」のは、*intellegitur (enim) ex re mariti locupletior facta esse mulier*「妻は夫の財産から利得した」と解される」からである。

② *intellegitur (enim) ex re mariti locupletior facta esse mulier*「妻は夫の財産から利得した」と解される」のは、*debitor doli mali exceptione se tueri potest*「債務者は悪意の抗弁で防御されうる」からである。

③ を見ると、*debitor doli mali exceptione se tueri potest*「債務者は悪意の抗弁で防御されうる」のは、夫が債務者に対する訴権を断念する代わりに、債務者が妻に対する訴権を夫に与えたからである。その訴権によって夫は金銭を自分の物にすることができはるはずであった。それゆえ、妻が利得したのは夫の財産（となるはずの金銭）からであった、と解されるのである。

したがって①は、自分の財産から利得された物を自分（の名義）で請求する、という当然のことを述べているにすぎない。

それでは、債務者が妻に対する訴権を夫に与える前に、妻が金銭から利得した場合はどうか。金銭は債務者の所有物であり、債務者の財産から利得されたことになったであろう。夫は債務者に対する債権を有するだけであり、妻が

金銭から利益を得ても、夫の財産から利得されたことにはならなかった。それゆえ、債務者は債務者の名義で妻に対してコンディクティオで請求し、同時に、依然として夫に対して債務を負ったであろう。

(七) ここで検討の結果を簡潔にまとめると、次のようになる。

夫は、妻に金銭を贈与するつもりで、自分の債務者に、その債務を妻に対して負うよう指図した。この指図にもとづいて、妻は夫の債務者と問答契約を締結した。金銭を取得する前に、妻は夫と離婚した。債務者は、この問答契約が有効である、と考えて弁済した。しかし実際は、問答契約は夫婦間贈与の禁止規定に抵触し、無効であると判断された。ユリーアヌスは、問答契約債務を負っていると信じて弁済した債務者に、妻に対する取戻しを認めた。また、妻が金銭から利得した場合は、債務者は妻に対するコンディクティオを提起することができたであろう。しかし、いずれにしろ問答契約は無効であるから、依然として債務者は夫に対して元来の債務を弁済する義務を負っている。そこで債務者は、夫が元来の債務を請求しないよう何らかの形で約束することを前提として、妻に対する自分の訴権を夫に与えることができる。それにもかかわらず夫が元来の債務につき債務者を訴えた場合、債務者は *domini exceptione se tuebatur* 「悪意の抗弁で防御する」ことができる。訴権譲渡がなされた場合、夫はいまだ金銭の所有者ではなく、取戻しについては債務者の名義で訴えることになったが、取戻した金銭は夫の物とすることができた。それゆえ、妻が金銭から利得して取戻しができなくなった場合、妻は夫の財産から利得したと解され、夫は妻に対してコンディクティオを提起することができた。

このように、問答契約が無効であるにもかかわらず、問答契約債務を負担していると信じた債務者の弁済は、非償弁済 (*solutio indebiti*) である、と私は考える。それゆえ、Kaser の見解に従えば、ここでは金銭の所有権は妻に移転し、債務者にはコンディクティオが認められるはずである。⁽¹⁰⁾ それにもかかわらず、ユリーアヌスは、債務者に妻

に対する金銭の取戻し (vindicatio nummorum) を認めている。すなわち、債務者は依然として金銭の所有者である。これは Kaser の見解と矛盾するように思われる。⁽¹²⁾

それゆえ、本文は、「非債弁済」の受領者は弁済を原因とする引渡し (traditio causa solvendi) にもとづいて直ちに金銭の所有権を取得するので、弁済者は取戻し (vindicatio) ではなく、最初からコンディクティオを提起することになる、そして、そうでない事例は一つもない、とする Kaser の主張⁽¹²⁾に対する、アンチテーゼとなりうるのではないか。

3 学説彙纂四六・三・一四法文八項と一二・六・二九法文

(一) 法文

ウルピアヌス、学説彙纂四六・三・一四法文八項 (サビーヌス注解第三〇卷)⁽¹³⁾

「後見人の助成のない未成熟者が弁済することはできない、ということは明らかである。にもかかわらず金銭を与えた場合、受領者の物とはならず、取戻すことができる。確かに、費消されたならば、「未成熟者は債務から」解放されるであろう。」

ウルピアヌス、学説彙纂一二・六・二九法文 (討論録第二卷)⁽¹⁴⁾

「場合により、次の人々にも返還請求が認められることがある、たとえば未成熟者が後見人の助成なくして、あるいは心神喪失者が、あるいは自分の財産を処分することを禁じられている者が、弁済した場合である。なぜなら、このような人々について一般に返還請求が認められていることは疑いがないからである。たとえば、金銭がまだ現存しているならば、彼らはそれを取戻すことができる、けれども、金銭が費消されたならば、コンディクティオを提起する

余地がある。」

(二) 先にも述べたように、この二つのウルピアース文は、後見人の助成のない未成熟者が金銭を弁済し、債権者がその金銭を費消した場合の法的帰結について判断が食い違っている。すなわち、一方では未成熟者は債務から解放されると述べており（学説彙纂四六・三・一四法文八項、以下④法文）、他方では未成熟者はコンディクティオを提起することができる（学説彙纂一一・六・二九法文、以下⑤法文）と述べている。

Fuchsは⑥法文が古典期の判断であることを否定する⁽¹²⁵⁾。Wackeは、⑥法文はもともと消費貸借について述べていた、と改ざんの可能性を指摘している⁽¹²⁶⁾。これに対してKaserは、古典期においてはまだこの問題について法学者たちの見解は一致しておらず、⑥法文はその論争の途中経過を伝えているのではないか、と述べているが、その態度は鮮明ではない⁽¹²⁷⁾。

(三) 私は、⑥法文は改ざんされておらず、なおかつウルピアースは④法文でも⑥法文でも一貫した主張をしていると考える。まず、④法文については何の問題もない。そして⑥法文については、これが学説彙纂第一二卷第六章「債務ではないものの返還請求について（de conditione indubiti）」に置かれていることに留意すべきである。すなわち、⑥法文は非債弁済にかんする事例の可能性があり、と私は考える。非債弁済の事例では取戻しは問題にならない、と考えるKaserや他の研究者たちは、⑥法文で取戻しについて言及されていることから直ちに、その可能性を否定するであろう。しかし、そのような前提自体を疑うこともできよう。それゆえ、⑥法文においては、未成熟者は債務が存在しないにもかかわらず、存在すると信じて弁済したと仮定して、④法文と比較して見よう。まず、金銭が現存している場合、④法文でも⑥法文でも、未成熟者は金銭を取戻すことができる。これに対して、金銭が費消された場合、④法文では未成熟者と債権者とのあいだに債権債務関係が存在するため、未成熟者を債権者から解放する、という解

決が可能である。けれども、⑧法文では債権債務関係は存在しないため、そのような解決は図れない。したがって、非債弁済のコンディクティオを認めるほかはない、ということになる。

このように、⑧法文が非債弁済を前提として考えると、両法文を整合的に解釈することができる。逆に言えば、非債弁済の場合に金銭を取戻すことができることを前提としても、類似する法文との間に何ら矛盾が生じないことになる。すなわち、①法文を含めた制限能力者の事例だけでなく、所有者の知らない間に奴隷が弁済した事例のよう⁽¹⁸⁾に、有効な債権債務関係が前提にあると考えられる事例においては、一貫して債務者の解放が述べられているのに対して、②法文および問題のガイウス、法学提要第三卷九一法文のよう⁽¹⁹⁾に、非債弁済の事例においては、コンディクティオが述べられていることは、単なる偶然には思えない。

以上の私の見解は無論仮説の域を出るものではない。けれども、伝えられているテキストを変更することなく、関係法文全体を整合的に解釈することができるという点では、考慮する意味があるのではないか。

おわりに

金銭の取戻しの事例は、所有者が自ら引渡しした金銭を取戻す場合と、所有者でない者が引渡しした金銭を所有者が取戻す場合に大別される。さらに前者は、寄託の場合、夫婦間贈与の場合、譲渡権限のない者による引渡しの場合の三つに、後者は、引渡した者が奴隷の場合、家子の場合、その他の者の場合の三つに分けられる。寄託の場合およびマケドー元老院議決に反する貸付に対して弁済した家子の場合を除いて、*extare*と*consumere*との二者択一が見出される。伝えられている金銭の取戻しの事例は、その多くが引渡し者の譲渡権限の瑕疵にかかわるものである。他方、奴隷や家子といった金銭の所有者の権力に服する者以外が、所有者の知らない間に金銭を引き渡す事例はわずかであ

る。これは、そのような場合、金銭の取戻しよりも、盗訴権で追及することが一般的であったからであると思われる。金銭の費消にかんする研究者の諸見解は二つに分けられる。一つは、受領者の金銭との不可分の混和、もう一つは受領者による支出、である。学説彙纂二二・一・一九法文一項の検討の結果、前者の見解がより妥当である。したがって、金銭の原所有者がその占有を喪失した場合、その金銭が占有者の金銭と不可分に混和することで費消されるまでは、原所有者は金銭を取戻すことができる。費消されたならば、原所有者は金銭の所有権を失い、費消した占有者が所有者となる。しかし、あたかも所有権が移転したものとみなされ、原所有者は、金銭を貸し付けたならばコンディクティオが認められ、金銭を弁済したならば債務から解放される。ただし、消費貸借の場合、原所有者と費消者との間に転得者が介在するならば、原所有者は転得者にコンディクティオで返還請求することはできても、費消者に対しては返還請求することができなくなる。

それゆえ、古典期ローマの法学者たちは、金銭の取戻しなのかコンディクティオなのかという選択を、費消すなわち混和という基準で判断した。そこには、古典期法学者の利益衡量というよりは、古代において、金銭の価値は貨幣の金属の含有量に依存し、金銭は物としての性質をなお色濃く有していた、という歴史的に特殊な要因を見出すことができる。けれども、金銭の取戻しが、制限行為能力者および所有者の意思によらない権力服従者が金銭を引渡す事例に集中していることからすれば、古典期の法学者たちが、原則としては金銭の流通性を重視しながらも、場合により原所有者の意思を尊重し、保護しようとした、と推測することもできよう。

しかしながら、これはあくまでも推測にすぎない。現実に費消すなわち混和がどれくらいの頻度で生じていたのか、そして金銭の取戻しはどれほど行われていたのか、という問いに答えるには、法文史料の検討だけでは限界がある。非法文史料や考古学、古銭学といった広範囲に及ぶ知見が必要であり、私には直ちにそれに答えることはできない。

今後の課題としたい。

夫婦間贈与にかんする法文（ユーリアーヌス、学説彙纂二四・一・三九法文）および未成熟者の弁済にかんする法文（ウルピアーヌス、学説彙纂四六・三・四法文八項と二二・六・二九法文）は、非債弁済の事例において *exstare* — *vindicatio* と *consumere* — *condictio* との二者択一を否定する、Kaser の主張に対するアンチテーゼとなる可能性がある。しかし非債弁済一般について *exstare* — *vindicatio* と *consumere* — *condictio* との二者択一が貫徹するとまで現時点では言えない。これについても今後、さらなる検討を要する。

検討の結果を引渡しおよび引渡しの正当原因 (*iusta causa traditionis*) という側面から見ると、(寄託の場合とはともかく) 夫婦間贈与の場合を除いては、*causa* を欠く金銭の引渡しによって所有者の取戻しが生じる、という事例はなかった。むしろ、引き渡す者が譲渡権限を欠いている事例がほとんどであった。これは、前稿で述べたように、引渡し (*tradere*・*traditio*) が現れる法文において、引渡しの原因 (*causa traditionis*) についての言及がほとんどなかったこと、そして、それよりも譲渡権限が問題になる事例が多かったこと、と符合する。

したがって、あくまで推測でしかないが、ここでもやはり、古典期の法学者たちが *causa* よりも譲渡権限の有無の問題を法的问题として数多く取り扱っていた、という傾向を見て取ることができるように思われる。しかし、そうだとともに、古典期において引渡しの原因 (*causa traditionis*) は重要な問題ではなかったとか、引渡し (*traditio*) による所有権移転に正当原因 (*iusta causa*) は必要ではなかった、ということに決してならないの言うまでもない。紙幅の都合上、本稿では、金銭の取戻しの訴訟法的側面からの説明、金銭の消費と使用取得との類似性にまでは踏み込めなかった。いつか稿を改めて論じたい。

以上、課題は山積しているが、これをもってひとまず筆を擱きたい。

- (1) わが民法におけるこの問題を概観するにあたっては、西島良尚「金銭の管理と帰属について」(1)・(2完)、「金銭の所有と占有の一致」の法理の若干の検討」ZB「八二〇号八九頁以下・八二二号・二〇頁以下、能見善久「金銭の法律上の地位」『民法講座(別巻)』有斐閣、平成二年、一〇一頁以下(以下、能見「金銭の法律上の地位」と省略する)、加藤雅信「新民法体系Ⅱ 物権法(第2版)」有斐閣、平成一七年、二六二頁以下を参照した。
- (2) かつて判例は金銭について即時取得の適用を認めていた(大判明治三五・一〇・一四刑録八輯九卷五八頁)。
- (3) 能見「金銭の法律上の地位」(o. A. D. 一〇二頁以下)。
- (4) 末川博「貨幣とその所有権」『物権・親族・相続(末川博法律論文集4)』岩波書店、昭和四五年(初出、経済学雑誌第一卷第二号、昭和二二年)二六三頁以下、川島武宜「所有権法の理論(新版)」岩波書店、昭和六二年(初出、昭和一四年)一七八頁以下、一九七頁。
- (5) 「金銭は、特別の場合を除いては、物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えるべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから、金銭の所有権者は、特段の事情のない限り、その占有者と一致すると解すべきであり、また金銭を現実に支配して占有する者は、それをいかなる理由によつて取得したか、またその占有を正当づける権利を有するか否かに拘わりなく、価値の帰属者すなわち金銭の所有者とみるべきものである。」(最判昭和二九・一一・五刑集八卷一一号一六七五頁)これは民事事件においても踏襲されている(最判昭和三九・一・二四判時三六五号二六頁)。
- (6) 我妻栄「改出版物権法(民法講義Ⅱ)」岩波書店、昭和二七年、一四五頁、舟橋諱「物権法」有斐閣、昭和三五年、二二四頁。
- (7) 能見「金銭の法律上の地位」(o. A. D. 一〇二頁以下)けれども、不当利得返還請求権や損害賠償請求権は金銭債権であり、消滅時効にかかると、相手方が破産した場合には、他の債権者と同等の地位で弁済を受けるにすぎないことから、所有権にもとづく返還請求を検討する余地がある。そこで、金銭の流通性保護と金銭所有者の保護との調和を図る字説が登場した。四宮和夫「物権的価値返還請求権について」『私法学的新たな展開(我妻栄先生追悼論文集)』有斐閣、昭和五〇年、一八三頁以下、好美清光「贓物である金銭と即時取得」金判七三三号、昭和四二年、二頁以下、同「注釈民法7」有斐閣、昭和四三年、九九頁以下、加藤雅信「判評一九八号、昭和五〇年、二三三頁(判時七八〇号一四五頁)以下、同「財産法の体系と不当利得法の構造」有斐閣、昭和六二年、六六八頁、広中俊雄「物権法(第2版増補版)」(青林書院、昭和六二年)二五七頁など。
- (8) 本稿で引用するローマ法文の翻訳に際しては、原文にないが筆者の内容理解のための解釈につき(1)、原文にある語句の直訳に対する筆者の解釈につき「」を適宜補充した。
- (9) 船田亨二「ローマ法」岩波書店、昭和四四年(以下、船田と省略する)、第一卷五四頁。
- (10) *condictio* は、従来「不当利得返還請求(訴権・訴訟)」と訳されてきたが、たとえば消費貸借における貸付金の返還請求など、不当利得ではないが *condictio* で請求する事例がままある。それゆえ本稿では *condictio* はコンディクティオと訳する。
- (11) *Tit. D. 24. 1. 39* (後掲注10以下対応本文参照)；*Gal. Inst. 2. 82* (後掲注30および対応本文参照)；以下同)；*Ulp. D. 12. 1. 11. 2* (後掲注34)；

D. 12. 6. 29 (後掲注⑧)；D. 24. 1. 33, 1 (後掲注⑨)；D. 42. 5. 24, 2 (後掲注⑩)；Paul, D. 12. 1. 31, 1 (後掲注⑪)

(12) Johannes Georg Fuchs, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, 191ff. (以下「Fuchs」を省略する)を参照。

(13) カイウス、法学提要第三卷九「法文」また、錯誤により弁済した相手方から債務ではないものを受領した者も「物」を受領したことに伴って債務を負担する。すなわち、「弁済した者は、受領者が、あたかも消費貸借物を受領したかの如く、受領者を相手方として『彼が与えること』を要する」ことが明らかであるなら「は」にこのロンドンディクタイオを提起する「こと」が必要だ。(Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset....)

(14) 拙稿「古典期ローマ法における物の引渡し」(traditio)にこの「引渡し」の正当な原因(iusta causa traditionis)の分析を中心とし、「早稲田法学雑誌第五巻」平成一七年「二六七頁以下」(以下「拙稿」)早誌五巻を省略する)。

(15) Herbert Hausmaninger und Richard Gamauf, *Casebook zum römischen Sachenrecht*, 10. Aufl., 2003, 104 (Fall 69)を参照。

(16) Max Kaser, *Zur iusta causa traditionis*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, Terza serie, 64 (1961), 61ff. (以下「Kaser, BIDR 64」を省略する)。

(17) Kaser, BIDR 64 (o. A. 16), 70f.

(18) Max Kaser, *Das geld im römischen sachenrecht*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 29 (1961), 169ff. (以下「Kaser, TR 29」を省略する)に於て「べ」法文史料の検討がなされたこと。

(19) Andreas Wacke, *Die Zahlung mit fremdem Geld*, BIDR 79 (1976), 49ff. (以下「Wacke, BIDR 79」を省略する)。

(20) Ulp., D. 42. 5. 24, 2 (63 ad ed.). In bonis mensulari vendundis post privilegia portorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt, sed enim qui depositis nummis usuras a mensularis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito aliud est enim credere, aliud deponere, si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicari ante privilegia.

(21) Afr., D. 15. 1. 38pr. (8 quaest.). Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculo, quamvis nihil patri filius debeat et haec decem tenear, nihil magis tamen patrem dammandum existimavi, si nullum praeterita peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculi, denique quolibet alio agente de peculo minime dubitandum aut computari non oportere, itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.

(22) ウルピアーヌス、学説叢書二四・一「三法文一〇項」(サビーンヌス注解第三三卷)「夫婦間の贈与は禁じられている、その結果、それにかかわるいかなる行為も法上当然に無効である、という」ことを知っておくべきである。それゆえ贈与されたものが有体物である場合、その引渡しも有効とはならない、また、「贈与が」要約者に対して諾約されたり、受領間答契約によってなされた場合も有効ではない。なぜなら、夫婦間で贈与を原因としてなされることは法上当然に無効だからである。同「一一項」(サビーンヌス注解第三三卷)「そこで、ある者がその妻に金銭を与

えた場合、それは彼女のものになるとは考えられない」というのは、いかなる有体物も彼女のものにならないことは明らかだからである。」、船田(6. A. 9)、第三卷三三二頁以下。

- (23) Ulp., D. 24, 1, 33, 1 (36 ad sab.) Si uxor marito annuum versa vice praestiterit, restituatur ei hoc et poterit vindicare id quod exstat: credo poterit et condicere, in quantum locupletior factus est, quia non tam sollemne est annuum, quod maritus uxori pendit et quod uxor marito praestat, immo incongruens est et contra sexus naturam.
- (24) ウルビアーヌス、学説彙纂二四・一・三三法文首項(サビーヌス注解第三六卷)「妻が年金を要約した場合、婚姻継続中にそれを問答契約に基づいて請求することはできない。しかし、婚姻継続中に夫が死亡したことが公になった場合、私が考えるに、年金も贈与とみなされるので、元老院議決に基づいて問答契約が確定される。」
- (25) Iul., D. 24, 1, 39 (5 ex minic) 原文は後掲注10以下対応本文を参照。
- (26) 以下、本稿においては特に明記のない限り、未成熟者とは後見人の助成のない未成熟者のことを述べているものとする。
- (27) Ulp., D. 46, 3, 14, 8 (30 ad sab.) 原文は後掲注10を参照。
- (28) Gai., D. 26, 8, 9, 2 (12 ad ed. provinc.) Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest: si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus.
- (29) Ulp., D. 12, 6, 29 (2 disp.) 原文は後掲注10を参照。
- (30) Gai. Inst. 2, 82 At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate pecuniam, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicuti extant, id est eos petere....
- (31) Paul., D. 12, 1, 31, 1 (17 ad plaut.) Servum tuum impudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est... quod ad peculiares nummos atinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit....
- (32) Iul., D. 15, 1, 37, 1 (12 dig.) Si servo tuo permisseris vicarium emere aureis octo, ille decem emerit et tibi scripserit se octo emisse tuque ei permisseris eos octo ex tua pecunia solvere et is decem solverit, hoc nomine duos aureos tantum vindicabis, sed hi venditori praestabuntur duntaxat de peculio servi.
- (33) Iul., D. 46, 1, 19 (4 ex minic.) Servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine pecuniam solverat: quaerebatur, dominus posse ab eo, cui soluta esset, reperere, respondit: interest, quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculii fideiussit, tunc id, quod ex peculio solverit, reperere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aequo vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit.
- (34) Ulp., D. 12, 1, 11, 2 (26 ad ed.) Si fugitivus servus nummos tibi crederit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur. et quidem si servus meus,

- cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis, quid ergo? vindicari nummi possunt, si extrant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.
- (35) Pomp., D. 46, 3, 19 (21 ad sab.) Fugitivus meus, cum pro libero se gereret, nummos mihi subreptos credidit tibi: obligari te mihi libeo ait et, si eum liberum existimans solveris ei, liberari te a me, sed si alii solvisses iussu eius vel is ratum habuisset, non liberari, quia priore casu mei nummi facti essent et quasi mihi solum intellexerat....
- (36) Fuchs (o. A. 12), 211f.
- (37) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 196, A. 91.
- (38) Proc., D. 23, 3, 67 (7 epist.) Poculus nepoti suo salutem, ancilla quae nupst dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere eaque nihilo minus mansit eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur, nisi forte usucaptea est, nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit, itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per conditionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicari eam.
- (39) 鑿田 (o. A. 9) 鑿田論: 一五四三ノ。
- (40) Ulp., D. 40, 7, 3, 5 (27 ad sab.) Si decem iussus dare et liber esse quinque dei, non pervenit ad libertatem, nisi totum det: interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest, sed si residuum fuerit solutum, tunc etiam id alienatum, cuius ante dominum non erat translatum, ita pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen, ut non retro nummi fiant accipientis, sed tunc, cum residua summa fuerit exsoluta.
- (41) Ulp., D. 40, 7, 3, 9 (27 ad sab.)...sed nec si alius subripuerit nummos et heredi dederit, ad libertatem perveniet, quia avelli nummi ei qui accepit possunt, plane si sic consumpti fuerint, ut nullo casu avelli possint, competet libertas.
- (42) 学説叢書第一四卷第六章「マクローニオの家庭権」(De senatus consulto Macedoniano) を参照。
- (43) 家子 (filius/filia familias) は家父 (pater familias) の家父権 (patria potestas) に服する者であり、結婚して子孫がつつめなば、彼が家子とあつてはありえなかつた。
- (44) Ulp., D. 12, 1, 14 (29 ad ed.) Si filius familias contra senatus consultum mutuat pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicitur, sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare conditionem, quoniam totiens conditio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominum ad accipientem transisset: in proposito autem non esset, denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem.
- (45) Ulp., D. 14, 6, 3, 2 (29 ad ed.)...quemadmodum ipse dicit iulianus libro duodecimo, si filius familias crediderit, cessare senatus consultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii

administrationem permittit: et ideo vindicationem nummorum patris superesse ait.

- (46) Iav., D. 12, 6, 46 (4 ex plaut.) Qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest: sed si ignoranter herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos recte vindicabit. eadem causa rerum corporatum est.
- (47) Iav., D. 46, 3, 78 (11 ex cass.) Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepti in libris gavi scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competere.
- (48) Fuchs (o. A. 12), 192. 彼以前におけるこの見解の支持者に「ジュゼ」 Fuchs, 190, A. 16.
- (49) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 197.
- (50) Fuchs (o. A. 12), 194ff.
- (51) パウルス、学説彙纂六・一・六法文(告示注解第六卷)「ある者が対物訴権で訴える場合、物(res)を指定しなければならない、…とていうのは、物(res)という呼称は種類物ではなく、特定物を指し示すからである。」(Si in rem aliquis agat, debet designare rem …: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.)
- (52) アレクサンデル・セウエールス、勅法集三・四一・一法文「あなたが引き合いに出すように、自由人であると確定している者によって、あなたの父の遺産から奪われた金銭の美物が現存している場合、あなたはそれを取り戻すこと、あるいは提示訴権で訴えることを妨げられない。」(Si ex patre corpus nummorum, quos ablatos ex patris tui hereditate ab eo, quem liberum esse constitit, adlegas vindicare eos vel ad exhibendum agere non prohiberis…) ; Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 104を参照。
- (53) パービニアヌス、学説彙纂四六・三・九四法文首項(質疑録第八卷)「債務者から他人の金銭の弁済を受けた者は、金銭が現状にある状態、債務の履行を請求しつづけるか、か受領した物を提供しない場合、悪意の抗弁で退けられる。」(Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris pergit petere quod sibi debearit, nec offerat quod accepit, exceptione doli summovebitur.)
- (54) ホムボニウス、学説彙纂四六・三・一七法文(サビーヌス注解第一九卷)「しかし、債権者がその金銭を悪意なく費消した場合、彼のためにその金銭を弁済した者は、(債務から)解放される」(… sed si creditor eos nummos sine dolo malo consumpsisset, is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur…)
- (55) Fuchs (o. A. 12), 211.
- (56) Fuchs (o. A. 12), 235f.
- (57) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 197ff.
- (58) エースティニアヌス、法学提要一・四・一二法文(Inst. 2, 4, 2: in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguuntur)
- (59) ウルビアーヌス、学説彙纂五〇・一七・五四法文(Ulp., D. 50, 17, 54: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)
- (60) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 198f.

- (65) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 171ff.
- (66) バウルス、意見集五・二五・一法文「金貨や銀貨を偽造したり洗淨したり鑄直したり削ったり碎いたり細工をした者は」(quive nummos aureos argenteos adulteraverit laverit corruperit raserit corrupterit vivaverit)・ウルピアヌス、学説彙纂四八・一〇・八法文(「フロロンスルの職務」)「誰ひあれ金貨を削りたり浸したり偽造した者は」(Quicumque nummos aureos partim raserit, partim tinxerit vel finxerit)・Kaser によれば、洗淨する(lavare, tingere)はおそらく、銅貨を模造する場合には薄い銀メッキをするために、シルバーノルトの溶液で洗淨したことを指している。Kaser, TR 29 (o. A. 18), 176.
- (67) Rudolf Herzog, RE 17, 1415ff. (Nummularius) (以下、Herzog, RE 17を省略する。)彼らは当初は銀行に勤める者であったが、後に独立した職業人となり、紀元後3世紀以降には国家の役人となった。Herzog, RE 17, 1416.
- (68) アフリカーヌス、学説彙纂四六・三・三九法文(質疑録第八卷)「あなたに金銭を弁済するつもりで、あなたの指示で封印された金銭を、証明がなされるまで貨幣検査員に寄託した場合」
- (69) Herzog, RE 17 (o. A. 63), 1416ff.
- (70) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 97ff.
- (71) Fuchs (o. A. 12), 201; バウルス、学説彙纂一六・三・二九法文首項Ⅱ意見集一・二二・五法文Ⅱモーセ法およびローマ法の対照一〇・七・五法文「私が封印された財布あるいは銀貨を寄託し、受寄者が私の意思に反してそれを手をつけた場合、その者を相手取った寄託訴権も盗訴権も私に帰属する。」
- (72) Herzog, RE 17 (o. A. 63), 1419f.; Kaser, TR 29 (o. A. 18), 177, A. 25; Fuchs (o. A. 12), 200.
- (73) Fuchs (o. A. 12), 203.
- (74) そのような再供与を伝えているのは、たとえばバウルス、学説彙纂一六・一・二九法文首項(女性が、それを直ちに他人に貸し付けるために、仲介者として貸付金を受領した、というのは、貸し付けた者は貸付を必要としている者の支払い能力に疑いを持っていたから)である。Wacke は、ウルピアヌス、学説彙纂一・二二・一四法文首項も挙げている。Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 99; けれども私はその法文がこの事例に該当しなことを考える。

(71) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 99f.

(72) 前掲注55および59対応本文を参照。

(73) Fuchs (o. A. 12), 220.

(74) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 108f, 112f.

(75) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 56f.

(76) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 64.

- (7) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 57f.
- (78) ガーイウス、法学提要第二卷第八二法文（前掲注30および対応本文）を参照。
- (79) 債務者はコンディクティオを有するとした二二・六・二九法文については、「二 非債弁済の事例における金銭の取戻し」で論じる。
- (80) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 209.
- (81) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 64.
- (82) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 210.
- (83) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 210f.
- (84) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 65f.
- (85) Max Kaser, Zur Frage einer *condictio aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen, 1969 (以下「Kaser, Festschr. Felgentraeger」), 280, A. 16.
- (86) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 202.
- (87) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 66f.
- (88) ユースティニアヌス、法学提要二・八・二法文「貸付金を誰かに後見人の助成なくして与えた場合に〔…中略…〕貸し付けた金銭が受領者によって善意で費消されたならば、コンディクティオを提起することができる。もし悪意で〔費消されたならば〕、この金銭につき提示訴訟を提起することができる。」
- (89) 前掲注28および対応本文を参照。
- (90) Wacke によれば「この説は Philipp Eduard Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien: eine *civilistische Monographie*, Stuttgart, 1882, 49f. に於てのみ見られる。Kaser 自身(74)の解釈に懐疑的である。Kaser, TR 29 (o. A. 18), 210, A. 137.
- (91) ウルピアーヌス、学説彙纂二二・二・二九法文二項（告示注解第二六卷）「それゆえ、パーピニアヌスは質疑録の第8巻でこう述べた。私が他人の金銭をあなたに消費貸借として与えた場合、あなたがそれを費消するまでは、あなたは私に拘束されない。」ポムポニウス、学説彙纂四四・七・二四法文二項（法範単巻）「同様に、ある者が他人の金銭を貸し付けを原因として与え、さらに健全な精神ではなくなった場合、その後その金銭が消費されたならば、心神喪失者にコンディクティオが取得される。」
- (92) ポムポニウス、学説彙纂四六・三・二七法文（前掲注54）、ウルピアーヌス、学説彙纂二二・二・二四法文（前掲注44および対応本文）を参照。
- (93) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 72.
- (94) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 71f.
- (95) Wacke, BDR 79 (o. A. 19), 70f.

- (96) 一応断っておくと、私は、あらゆるコンディクティオについて、その前提となる所有権移転を否定しているわけではない。あくまで、金銭の費消(混和)という限定的な状況について述べているのである。
- (95) Wacke, B IDR 79 (o. A. 19), 60f.
- (94) 上のキルペ方自体は Heinrich Siber, Retentio propter res donatas, Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XI. anno del suo insegnamento, III, Palermo, 1936, 256ff 田本中郎。
- (93) Wacke, B IDR 79 (o. A. 19), 61f.
- (92) Wacke, B IDR 79 (o. A. 19), 75.
- (91) Hermann Gottlieb Heumann und Emil Seckel, Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., neu bearbeitet, Jena, 1907, 277 (Intellegere) を参照した。
- (90) Fritz Stumm, Julian D. 24. 1. 39 neu erklärt, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 79 (1962), 108ff. (以下「Stumm, SZ 79」を省略する)；上の論文を「それまでの研究書の断片的な検討に対して、全体的に俯瞰しようと試みて」。
- (89) 古典期ローマ法における指図については、上村一則「古典期ローマ法における指図の法的性格」久留米大学法学第四〇号、平成二十三年、一頁以下が詳しい。
- (88) Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, 647ff. (以下「Kaser, RPRl」を省略する)；船田 (o. A. 9) 第二卷五八八頁以下を参照。
- (87) Stumm, SZ 79 (o. A. 102), 111.
- (86) 前掲注82を参照。
- (85) 拙稿、早誌五五卷 (o. A. 14) 二九九頁、船田 (o. A. 9) 第三卷三〇〇頁。したがって、この問答契約によって引渡しがなされた場合、問答契約債務を原因とする引渡し (traditio causa solventi) であって、贈与を原因とする引渡し (traditio causa donatis) ではないことに注意すべきである。拙稿、二八五頁。
- (84) Stumm, SZ 79 (o. A. 102), 113ff. ea promissione propter donatis causam et wegen jenes schenkungshalber abgegebenen Versprechens 又翻訳せる可能性を検討してその (1) のラテン語訳は Schneider, in der Übersetzung des Corpus Iuris von Otto Schilling-Sintenis II, Leipzig (1831), S. 762)。彼は「この翻訳に対して文法上異論を唱える人々は多量だが、このラテン語訳から適切な意味内容を見出すことは多量である」というのは、債務者は妻に対して贈与するつもりではないからである」と述べている。これに対して、私はこの翻訳を支持するし、この翻訳は私の考察とも合致する。私と Stumm との間で見解が異なるのは、schenkungshalber の schenkung を Stumm は債務者による妻への贈与、と考えているのに対して、私は夫による妻への贈与、と考えているからである。
- (83) Stumm, SZ 79 (o. A. 102), 117f. 117f. 117f. propter donatis causam et propter novationis causam 又言ふ換へてラテン語では propter 1) のラテン語

理解が可能であると考えているが、私にはそのように言い換える必要はないと思われる。

- (10) Lenel, *Palingenesia I*, Neudruck Graz (1960), Sp. 488 A. 2.
- (11) Sturm, SZ 79 (o. A. 102), 109, A. 6.
- (12) アフリカーヌス、学説彙纂四六・三・三八法文二項(討議録第七卷)「妻に贈与しようとした夫が自分の債務者に、(妻に)弁済しよう命じた場合も、同じことが当てはまる。すなわち、(この)でも、金銭は妻の物とはならないので、債務者は債務から解放されないが、債務者が妻に対して持つロンドンディクティオを「夫に」与える場合、債務者は抗弁によって夫から防御されるであろう。」
- (13) *Gai. Inst.* 2, 14を参照。
- (14) *Gai. Inst.* 2, 38を参照。
- (15) *Gai. Inst.* 2, 39を参照。
- (16) *Gai. Inst.* 3, 180を参照。
- (17) *Gai. Inst.* 4, 83を参照。
- (18) *Gai. Inst.* 4, 86を参照。
- (19) 佐藤謙士「ローマ法史Ⅱ」敬文堂、平成六三年、二五四頁。
- (20) Kaser, *BDR* 64 (o. A. 16), 70f.
- (21) Kaser, *TR* 29, 224 (o. A. 18) 4ユーリアヌス文に言及している。けれども、そこではあえて問答契約および弁済のことに触れず、贈与の問題¹⁾すなわち夫婦間贈与の禁止²⁾によって *causa donationis* を欠くために、所有権が移転しない事例であるとして処理しようとしている。しかし、Kaser自身が *BDR* 64に述べているように、贈与が *causa* とされるのは、「贈与が現金取引として即座に実行された場合のみ」であり、本文のように「問答契約で交わられた贈与の約束を履行するために」何かが譲渡される場合は、*causa solvendi* の事例である。さらに彼は Kaser, *Festschr. Festschriftreger* 292, A. 83におおてユーリアヌス文に触れているが、これを概観することである。
- (22) Kaser, *BDR* 64 (o. A. 16), 71.
- (23) *Ulp.*, D. 46, 3, 14, 8 (30 ad ed.) *Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est, sed si dederit nummos, non fiet accipientis vindicarique poterunt, plane si fuerint consumpti, liberabitur.*
- (24) *Ulp.*, D. 12, 6, 29 (2 disp.) *Interdum persona locum facti repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is cui bonis interdicitum est solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur, et si quidem exstrant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condicito locum habebit.*
- (25) Fuchs (o. A. 12), 229.
- (26) Wacke, *BDR* 79 (o. A. 19), 63, A. 60.

- (127) Kaser, TR 29 (o. A. 18), 208.
(128) ハウルス、学説叢纂二二・一・三二「法文」項（前掲注31および対応本文）を参照。
(129) 前掲注13を参照。
(130) 拙稿、早稲五五巻（o. A. 14）三三〇頁以下。