

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)

宮 坂 渉

- 1 はじめに
 - 1.1 問題関心
 - 1.2 アティーニウス法の存在について言及した史料
- 2 盗 FURTUM と盗品 RES FURTIVAE
 - 2.1 盗と使用取得の禁止
 - 2.2 盗品 RES FURTIVAE
- 3 権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM
 - 3.1 所有者が物の占有を正当に取得すること
 - 3.2 奴隷を介した「権力下への復帰」
 - 3.3 自由人を介した「権力下への復帰」
 - 3.4 所有者が占有を取得しない場合
 - 3.5 自分の物として取得すること (以上第61巻2号)
- 4 古典期法学者によるアティーニウス法の解釈
 - 4.1 「盗まれた者」か、「所有者」か
 - 4.2 インテルポラーティオ
 - 4.3 パウルスの見解の変更
 - 4.4 債権者との信託 FIDUCIA CUM CREDITORE
 - 4.5 他人物 RES ALIENA の質入
- 5 盗品の果実と女奴隷から生まれた子
 - 5.1 盗品の果実の使用取得
 - 5.2 盗まれた女奴隷から生まれた子
 - 5.3 小括
- 6 おわりに (以上本号)

4 古典期法学者によるアティーニウス法の解釈

4.1 「盗まれた者」か、「所有者」か

上述のように、債権者に質入した債務者自身が債権者から質物を盗んで第三者に売却した事例について、古典期法学者の見解は対立しているように思われる。パウルス D 41.3.4.21が伝えるカッシウスは、質物は所有者である債務者の権力下に復帰し、債務者から買った第三者は使用取得することができる、と述べる。⁽⁹¹⁾ モデスティヌス D 41.4.5はこの見解を支持する。

学説彙纂41巻3章4法文21項⁽⁹²⁾(パウルス、告示註解54巻)

質入された物を債務者が盗んで売却した場合、その物は使用取得されることができる、とカッシウスは書いている。なぜなら、質入した所有者の権力下に復帰したと解されるからである。もっとも、彼を相手方として盗訴権で訴えることができる、と。そのことは正しく言われている、と私は考える。

これに対してパウルス D 41.3.49は、パウルス D 41.3.4.6におけるアティーニウス法解釈に忠実なラベオー D 41.3.49に反対して、その場合に債務者は盗を犯すのであって、質物は盗まれた質権者の権力下に復帰しなければならない、と述べる。⁽⁹³⁾ フィリップス帝 C 7.26.6はこの見解を支持する。

学説彙纂41巻3章49法文⁽⁹⁴⁾(ラベオー、論述集⁽⁹⁵⁾(パウルスにより要約)5巻)

盗品は、所有者の権力下に復帰してからでなければ、使用取得されることはできない。パウルス：逆の場合もあるかもしれない。すなわち、君が私に質入した物を、君が盗んだ場合、その物は盗品になる。しかし、私の権力下に属したならば直ちに、使用取得されることができる。

後者の見解は、パウルス D 41.3.4.6で伝えられているアティーニウス法の

文言（「盗品は使用取得されない。但し盗まれた者の権力下に復帰した場合はその限りでない」）に忠実であるように思われる。これに対して前者の見解は、ラベオー D 41.3.49 およびパウルス D 41.3.46 において述べられている、「盗品は所有者の権力下に復帰してからでなければ、使用取得されることはできない」という古典期法学者のアティーニウス法解釈に忠実である。

この対立（特に D 41.3.49 におけるラベオーとパウルスの部分的対立）をどのように説明するかについて、これまで様々な見解がローマ法研究者によって提示されてきた。以下ではそれらを紹介した上で、新たな解釈の可能性を付け加えることにする。

4.2 インテルポラーティオ

インテルポラーティオとは、ユースティーニアヌス帝が、学説彙纂および勅法集の編纂にあたり、その素材となった古典期の法学者たちの著作物および古典期以降の皇帝の勅法に対して、それらを6世紀当時の時代状況に適合させようとして行ったテキストの修正である⁽⁹⁶⁾。「権力下への復帰」にかんしても多くの研究者が、古典期法学者の著作に対するインテルポラーティオの箇所を明らかにして、古典期法学者本来の見解を復元することで説明しようと試みている。そのうち本稿で紹介するのが ALBANESE と THOMAS⁽⁹⁷⁾ である。

ALBANESE は、この対立の原因を次のように考えた。カッシウス以降のサビーヌス学派と、プロクルス学派（特にラベオー）の間には、アティーニウス法の解釈について見解の対立があった⁽⁹⁸⁾。サビーヌス学派（そしてこれを支持するパウルス）が、「権力下への復帰」が生じるには、盗まれた者（例えば質権者）の権力下に復帰するの でなければならない、と考えていたのに対して、プロクルス学派は所有者の「権力下への復帰」を要求した⁽⁹⁹⁾。そしてこの対立は古典期末期まで続いた⁽¹⁰⁰⁾、と。したがって ALBANESE によれば、サビーヌス学派に属する権威ある法学者であるカッシウスが、プロクルス学

派に属するラベオー D 41.3.49の説に賛成していると考えるのは困難である。そこで ALBANESE は、パウルス D 41.3.4.21がインテルポラーティオを受けている、と考える⁽¹⁰¹⁾。

ALBANESE によれば、パウルス D 41.3.4.21は本来、盗品 RES FURTIVAE ではなく暴力によって占有された物 RES VI POSSESSAE について述べていた。すなわち質入れされた物を債務者が暴力によって奪って売却した場合が論じられていた。カッシウスは(当然パウルスも)、質入れされた物は所有者の権力下に復帰したとは解されない⁽¹⁰²⁾ので、その物は使用取得されることはできない、という見解であった。

さらに ALBANESE は、債務者による質物の盗の事例について、ラベオー D 41.3.49の見解とパウルス D 41.3.49の見解とは対立していたのであるから、ラベオー D 41.3.49と整合的なパウルス D 41.3.4.6はインテルポラーティオを受けている、と考える⁽¹⁰³⁾。ALBANESE によれば、パウルス D 41.3.4.6はラベオーの見解を引用しているに過ぎず⁽¹⁰⁴⁾、本来は *acceptum est* の後ろに *a La-beone* という文言があった。パウルス自身は、債務者による質物の盗の事例については、使用取得することができるようになるには、盗品は盗まれた者(債権者)の権力下に復帰しなければならない、という見解を述べていた。したがって、パウルス D 41.3.4.6とパウルス D 41.3.49とは矛盾しない⁽¹⁰⁵⁾。

THOMAS は、ALBANESE と異なり、アティーニウス法の解釈についてラベオーと初期サビーヌス学派との間に対立はなかった、と考える⁽¹⁰⁶⁾。すなわち「権力下への復帰」が生じるには、所有者の権力下に復帰しなければならない、という点で当時の法学者の見解は一致していた。THOMAS によれば、パウルス D 41.3.49における *simulatque* から *venerit* までが古典期以降の挿入であるか、*in meam potestatem* が *in tuam potestatem* の間違いである⁽¹⁰⁸⁾。いずれの読み方によっても、D 41.3.49におけるラベオーとパウルスとの部分的対立は解消される。他方、フィリップス帝 C 7.26.6とモデスティヌス D 41.4.5その他の史料からは、ユリアーヌス以降、債務者によって抵当権が

設定された物が債務者によって売却された事例について、議論があったと予想される。⁽¹⁰⁹⁾

4.3 パウルスの見解の変更

ALBANESE も THOMAS も、法文の大幅なインテルポラーティオを主張している点で、恣意的であるとの批判を免れ得ない。⁽¹¹⁰⁾ ERBE⁽¹¹¹⁾や KASER⁽¹¹²⁾、最近では GÖHLERT⁽¹¹³⁾によって主張されたこの見解は、我々に伝えられているテキストをそのまま受け入れることを可能にする。

パウルス D 41.3.49は『Labeo の論述集 PITHANON の抜粋』5巻から採録されているのに対して、パウルス D 41.3.4.6や D 41.3.4.21は『告示註解』54巻から採録されている。『Labeo の論述集 PITHANON の抜粋』は『告示註解』よりも時間的に先に書かれている。そこで、パウルスが前者を著した後で、債務者による質物の盗の事例における「権力下への復帰」にかんする見解を変更した可能性がある。

4.4 債権者との信託 FIDUCIA CUM CREDITORE

債権者との信託は、信託者（たいていは債務者）が受託者（債権者）に握取行為 MANCIPIATIO あるいは法廷譲渡 IN IURE CESSIO によって手中物 RES MANCIPII の所有権を移転し、それに伴う信託合意 PACTUM FIDUCIAE において、被担保債権が弁済されたか消滅した場合に、受託者が再度の握取行為あるいは法廷譲渡によってその物を返還することを約束する、行為である。担保権を設定する行為として、債権者との信託と質 PIGNUS とは共通しており、両者はすでに古典期には同化し始め、古典期末には債権者との信託は不使用に帰した。ユースティーニアヌス帝は、古典期の史料に現れる債権者との信託を質に置き換えるインテルポラーティオによって、債権者との信託を古典期の史料から取り除いた。⁽¹¹⁴⁾

ここで問題となっている対立を解消するために、パウルス D 41.3.49は本

来、質ではなく債権者との信託について論じていた (*id quod mihi pignori dederis*ではなく *id quod mihi fiducia dederis*)、と考えたローマ法研究者は数多い。⁽¹¹⁵⁾ この説によれば、パウルス D 41.3.49は次のように考えていることになる。債権者との信託によって、受託者(債権者)が信託物の所有者になる。その所有者から信託者(債務者)が信託物を盗んだ場合、その物は盗品になる。この盗品は、受託者(債権者)の権力下に復帰したならば直ちに、使用取得されることができる。というも、受託者(債権者)は所有者であり、盗品は所有者の権力下に復帰したからである、と。したがって、D 41.3.49におけるラベオーとパウルスとの部分的対立は解消される。

ALBANESEは、D 41.3.49においてラベオーの見解とパウルスのそれとは対立していた、との前提から、この説を次のように批判している。パウルスは、「盗品は所有者の権力下に復帰してからでなければ、使用取得されることはできない」というラベオー D 41.3.49の説とは「逆 *contra*」の場合が考えられるかもしれない、と述べている。ところが、その説を論駁するためにパウルスは、盗品が所有者の権力下に復帰する事例を提案している⁽¹¹⁶⁾、と。

4.5 他人物 *RES ALIENA* の質入

パウルス D 41.3.49 (JOHANN FEHE 版の標準註釈付ローマ法大全では D 41.4.4に配置されている) に対する註釈 *in meam* では、債務者から質入された物は、債務者の所有物ではなく、他人物 (*res*) *aliena* であった、と述べられている。⁽¹¹⁷⁾ しかし、債務者ではない第三者の所有物であったとすると、その物が債権者の権力下に復帰し、使用取得されることを認めることは、アティーニウス法の主旨に反するのであって、ほとんど考えられない。

唯一の可能性は、本来は債権者が所有していた物が、何らかの理由で債務者の手に渡り、債務者とその物(債務者にとっての他人物)を、それが自分の所有物であるとは知らない債権者に質入した、という事例である。そのような事例はユーリアーヌス D 41.4.7.7⁽¹¹⁸⁾に見られる。その後、債務者が質物を

盗んで売却しても、第三者が使用取得することはできない。「権力下への復帰」が生じるには、真の所有者である債権者の権力下に復帰しなければならない。

問題は、「債権者との信託」説に対して ALBANESE が加えたのと同じ批判が、この「他人物の質入」説に対しても加えられる可能性がある、ということである。⁽¹¹⁹⁾ 言い換えれば、ラベオー D 41.3.49、そしてパウルス D 41.3.4.6 や D 41.3.4.21 と比べて、パウルス D 41.3.49 では何が「逆 contra」なのか。

ALBANESE は、債務者による質物の盗の事例について、ラベオーの見解とパウルスのそれとは対立していたとの前提に立つ。その対立点とは、「権力下への復帰」を「所有者の権力下への復帰」と解するのか、それとも文言に忠実に「盗まれた者の権力下への復帰」と解するのか、という点であった。つまり誰の権力下に復帰するのか、についてラベオーとパウルスとは「逆 contra」であった、というのが ALBANESE の見解である。しかしその見解を維持するために、他の法文の大幅なインテルポラatioが避けられない点で、これを支持することはできない。

これに対して「債権者との信託」説も「他人物の質入」説も、「所有者の権力下への復帰」と解する点ではラベオーとパウルスとの間に見解の対立はない、と考える。その意味では ALBANESE の指摘するように「逆 contra」ではない。しかし、ラベオーが「所有者＝債務者」の権力下に復帰しなければならない、と解するのに対して、パウルスは「所有者＝債権者」の権力下に復帰しなければならない、と解する点で、ラベオーとパウルスとは「逆 contra」である、と考えられる。

そのように考えた上で、「債権者との信託」説と「他人物の質入」説とを比較するならば、確かに「他人物の質入」が生じる可能性は低い。しかしゼロではない。そして、そうであるからこそパウルスは、「逆の場合もあるかもしれない immo forsitan et contra」という控えめな表現でラベオーの原則に対する例外を付け加えた、と考えられる。これに対して「債権者との信託

託」説は、ALBANESE に比べて少ないとは言え *fiducia cum creditore* に対するインテルポラティオを想定している。学説彙纂全体としてそのようなインテルポラティオがあったと推測することはできても、D 41.3.49に限定してそれを証明することは困難である。それゆえ私見では、「他人物の質入」説が最も説得的である。

5 盗品の果実と女奴隷から生まれた子

物に対する権利の帰属という問題と、その物から生じる果実の帰属という問題とは密接に関連している。⁽¹²⁰⁾ とりわけ盗品の使用取得にまつわる問題において、果実の帰属は、現行法におけるのと同様に古典期ローマ法においても、大きな論点であった。⁽¹²¹⁾⁽¹²²⁾

古典期ローマ法において、果実は原則として分離時に元物の所有者の所有物となる。例外的に、果実を収取する権利を有する者がいる場合、その者の所有物となる。例えば永借人や善意占有者（主に善意の買主）は分離時に、⁽¹²³⁾ 用益権者は収取時に果実の所有権を取得する。果実には、土地から産出する農作物（穀物、葡萄、オリーブなど）だけでなく、⁽¹²⁴⁾ 家畜の仔も含まれる。これに対して、⁽¹²⁵⁾ 女奴隷の子は奴隷であるが、⁽¹²⁶⁾ 果実には含まれない。それゆえ、女奴隷を善意で占有する者は女奴隷の子を分離時すなわち出産した時点で直ちに自分の所有物とすることはできない。

他方、使用取得については客体が果実であれ、家畜の仔であれ、女奴隷の子であれ、⁽¹²⁷⁾ 何ら違いはない。

5.1 盗品の果実の使用取得

盗品の果実については、盗人の所で分離が行われた場合、盗人は直ちに所有権を取得することもなく使用取得することもできないのは当然として、彼からそれを買った善意の買主も使用取得することはできない。しかし、元物の占有を善意で「原因 CAUSA」に基づいて取得した者の所で分離が行われ

たならば、分離によって直ちに所有権取得される。⁽¹²⁸⁾これに対して盗人の相続人は、分離によって直ちに果実の所有権を取得することはないばかりか、その果実を使用取得することもできない。⁽¹²⁹⁾

5.2 盗まれた女奴隷から生まれた子

女奴隷が盗まれた場合、その女奴隷を使用取得することは、所有者の権力下に復帰するのでない限り認められない、という点では古典期法学者の見解は一致している。しかし、その女奴隷が生んだ子を使用取得することができるのか、という問題については、古典期法学者の見解は一致を見ていない。

この問題については、主として次の3点が論じられている。第1に、盗品である女奴隷が子を生んだ場合、その子は盗品か否か。第2に、女奴隷の子を使用取得するための「原因 CAUSA」として認められるのは何か。第3に、善意が必要とされるのは、女奴隷の占有を取得した時点か、子の出生の時点か。

これらの論点は、盗品の使用取得禁止という本稿のテーマにとって重要であることは言うまでもないが、「原因 CAUSA」や善意という使用取得の要件が絡んでいることから、使用取得制度全体の研究にとっても重要である。それだけに本稿では、第2、第3の論点にかんしては古典期法学者の見解の相違を指摘するに止め、それについての詳細な検討は別稿に譲ることとする。むしろ本稿にとって重要なのは第1の論点である。特に、善意の占有者が女奴隷の占有を取得した時点と、女奴隷が懐胎した時点との関係が問題となる。

ちなみに、女奴隷が盗品でない場合、女奴隷もその子も共に使用取得されることができる。その子が懐胎されたのが、使用取得占有者が女奴隷の占有を取得する前か後か、という問題は古典期法学者によって論じられていない。「原因 CAUSA」は女奴隷についても子についても同一とされる。⁽¹³⁰⁾善意は、女奴隷の占有を取得する時点でのみ要求される。⁽¹³¹⁾

5.2.1 盗品である女奴隷が生んだ子は盗品か

学説彙纂41巻3章10法文2項(ウルピアーヌス、告示註解⁽¹³²⁾16巻)

スカエウォラは質疑録の11巻で、マルケッルスは次のように考えていた、と書いている。すなわち、雌牛が盗人の所あるいは盗人の相続人の所で懐胎し、盗人の相続人の所で出産した場合、〔雌牛から〕分離された子牛が盗人の相続人によって使用取得されることはできない、と。同じ理屈で、〔盗まれた〕女奴隷の産んだ子も、できない、とマルケッルスは述べている。けれども、スカエウォラは、〔女奴隷の生んだ〕子も使用取得することができる、と自分は考える、なぜなら、〔女奴隷の生んだ〕子は盗品の一部ではないからである、と書いている。そうではなくて、盗品の一部であるとしたら、〔女奴隷が〕善意の買主の所で〔子を〕出産したとしても、〔その子が〕使用取得されることはできなかつたであろう。

3世紀の法学者ウルピアーヌスD 41.3.10.2によれば、2世紀後半の法学者マルケッルスが、雌牛が盗人あるいは盗人の相続人の所で懐胎し、盗人の相続人の所で子牛を出産した場合、盗人の相続人は子牛を使用取得することができないのであるから、女奴隷の子も使用取得することはできない、と述べたのに対して、2世紀末の法学者クウィントゥス・セルウィディウス・スカエウォラは、女奴隷が盗品であっても、その女奴隷から生まれた子は盗品ではないのだから、盗人の相続人は女奴隷の子を使用取得することができる、と述べている。

しかし、スカエウォラの見解は他の古典期法学者によって支持されなかつた。大多数の古典期法学者の見解によれば、女奴隷が、盗まれる前に懐胎していた場合⁽¹³³⁾、あるいは盗まれた後で盗人の所で懐胎した場合⁽¹³⁴⁾、誰の所で出産しようとも、生まれた子は盗品である。さらに、盗人の相続人の所で懐胎した場合も、生まれた子は盗品である⁽¹³⁵⁾。したがって、女奴隷の子を使用取得す

るには、女奴隷が善意占有者の所で懐胎したのでなければならぬ。⁽¹³⁶⁾

問題は、どのような基準によって女奴隷の子は盗品とされるのか、である。単純に考えると、子は母の身分に従うのであるから、盗品である女奴隷から生まれた子は盗品である、ということになる。しかし、その答えはウルピアヌス D 41.3.10.2によって次のように反駁されている。彼は、もしそうであるとしたら、善意の買主の所で出産したとしても、生まれた子はやはり盗品であり、使用取得されることはできなかったはずである、と述べている。他方でウルピアヌス D 6.2.11.2は、盗人の相続人は盗人の瑕疵を相続する、と述べている。⁽¹³⁷⁾したがって、盗の瑕疵が付着している占有者の所で懐胎された子が、盗品とされるのである。

5.2.2 何が女奴隷の子を使用取得するための「原因 CAUSA」として認められるか

生まれた女奴隷から生まれた子を使用取得する要件としての「原因 CAUSA」について、古典期法学者の見解は分かれている。ユーリアヌス D 41.3.33 pr. は、一般に使用取得の「原因 CAUSA」として認められている原因に基づいて女奴隷の子を占有する者は、その子を使用取得する、と述べている。⁽¹³⁸⁾

ウルピアヌス D 6.2.11.3および D 6.2.11.4は、プーブリキウス訴権にかんする法文においてユーリアヌスに依拠して、善意の買主だけでなくその他の使用取得の「原因 CAUSA」、例えば贈与に基づいて占有する者もまた、女奴隷の子を使用取得することができる、と述べている。⁽¹³⁹⁾

さらにユーリアヌス D 41.4.9および D 41.4.10は、奴隷が、自分を解放するのと引き換えに、盗んだ女奴隷を主人に与えた場合も、主人は女奴隷の子を使用取得することができる、なぜなら、この場合、主人と奴隷の間で売買契約が締結されたと見ることができ、主人は善意の買主と解されるからである、と述べている。⁽¹⁴⁰⁾

パウルス D 41.3.4.18も、善意の買主が女奴隷の子を使用取得することを認

めている。

これに対してパウルス D 41.3.4.16は、サビーヌスとカッシウスの見解を引用して、奴隷が、自分を解放するのと引き換えに、盗んだ女奴隷を主人に与えた場合、主人は女奴隷の子を使用取得することができない、と述べている。⁽¹⁴²⁾ またパウルス D 41.3.4.17は、自由人が盗んだ女奴隷を、主人の奴隷として解放する目的で主人に与えた場合、さらに、交換、弁済、贈与の場合も、主人は女奴隷の子を使用取得することができない、と述べている。⁽¹⁴³⁾

5.2.3 善意が必要とされるのは、女奴隷の占有を取得した時点か、子の出生の時点か

古典期法学者の多くは、女奴隷が盗品である場合、女奴隷が子を出産した時点で占有者が善意であることを要求する。⁽¹⁴⁴⁾

これに対してウルピアヌス D 6.2.11.3は、盗品である女奴隷が贈与された場合、受贈者がプーブリキウス訴権を提起するには、「訴訟を提起する時点で quo experiar」善意でなければならない、と述べている。

学説彙纂 6巻2章11法文3項（ウルピアヌス、告示註解⁽¹⁴⁵⁾16巻）

盗品である女奴隷が、売却されたのではないとしても、盗品であると知らない私に贈与され、私の所で懐胎し出産した場合、ユーリアヌスが述べるように、私が訴訟を提起する時点で女奴隷が盗品であると知らない限り、子についてプーブリキウス訴権が私に付与される。

ウルピアヌス D 6.2.11.3は「ユーリアヌスが述べるように」と述べているが、ユーリアヌス D 41.3.33 pr. すなわち『法学大全』44巻は、女奴隷が子を出産した時点で善意であることを要求していることから、その矛盾が指摘されてきた。⁽¹⁴⁶⁾ CUJACIUS は quo et pariat と、⁽¹⁴⁷⁾ MOMMSEN は「女奴隷が出産した時点で quo ea pariat」と読むことを提案している。⁽¹⁴⁸⁾

そのような読み方はいずれも、ウルピアヌス D 6.2.11.3がユーリアヌ

スの『法学大全44巻』を引用していることを暗黙の前提としている。しかし、別の可能性も考えられる。

学説彙纂 6 巻 2 章 7 法文17項 (ウルピアーヌス、告示註解⁽¹⁴⁹⁾16巻)

ユーリアーヌスは法学大全7巻で次のように書いている。買われた物の引き渡しは善意で行われることを要する。したがって、他人物の占有をそうと知りながら承継した場合、彼がプーブリキウス訴訟を提起することはできない。なぜなら、彼は使用取得することができないからである、と。我々 [ユーリアーヌスとウルピアーヌス] がそのことを次のように理解しているとは誰も思っていない。すなわちある者がプーブリキウス訴訟を提起することができるためには、他人物であることを引渡しの開始時に知らなかったことで十分である、と。そして、次のように理解していると誰もが思っている。すなわちその時点 [訴訟を提起する時点] でも善意の買主であることを要する、と。

ユーリアーヌスは『法学大全』7巻で、「買われた物の引き渡しは善意で行われることを要する」と書いているが、ウルピアーヌスによれば、ユーリアーヌスもウルピアーヌスも、その意味を「他人物であることを引渡しの開始時に知らなかったことで十分である」とは理解しておらず、「その時点でも善意の買主であることを要する」と理解している。

「その時点で tunc」は決して明確な表現ではないが、原文の語順から考えて直近にある「プーブリキウス訴訟を提起する Publiciana experiri」時点を示していると考えられる。つまり、他人物の買主がプーブリキウス訴訟を提起するには、訴訟を提起する時点で善意であることを要する、とユーリアーヌスが考えていた可能性がある。すなわちウルピアーヌス D 6.2.11.3が引用していたのは、ユーリアーヌスの『法学大全』の44巻ではなく、7巻であった可能性がある。

5.3 小括

古典期法学者はほぼ全員が次のように考えている。女奴隷が、盗まれる前に懐胎していた場合、あるいは盗まれた後で盗人の所で懐胎した場合、あるいは盗人の相続人の所で懐胎した場合、生まれた子は盗品である。したがって、懐胎後に女奴隷を正当原因に基づいて善意で取得し占有する者であっても、その子を使用取得することはできない。他方、盗まれた女奴隷が、これを正当原因に基づいて善意で取得し占有する者の所で懐胎した場合、生まれた子はもはや盗品ではない。したがって、女奴隷を占有する者はその子を使用取得することができる、と。要するに、盗の瑕疵が付着している占有者の所で懐胎された子が、盗品とされる。

使用取得の要件である「原因 CAUSA」については、ユーリアーヌスが「原因 CAUSA」の範囲に何ら制限を加えておらず、ウルピアーヌスもユーリアーヌスに従っているのに対して、パウルスは売却を原因とする場合を除いて使用取得を認めない。

もう1つの要件である善意については、古典期法学者の多くが、女奴隷の占有者が子の使用取得を開始する時点すなわち子が生まれる時点で善意であることを要求する。これに対してウルピアーヌスは、盗まれた女奴隷から生まれた子を係争物とするプーブリキウス訴訟にかんして、訴訟を提起する時点で善意であることを要求している。もっともこれは、使用取得の問題というよりは、プーブリキウス訴訟に固有の問題である可能性がある。

6 おわりに

本稿で提示した問題について、史料を検討した結果得られた知見は次の通りである。

「2. 盗 FURTUM と盗品 RES FURTIVAE」では次のことが明らかになった。盗品の使用取得禁止が問題となる具体的な盗の事例は、こんにち盗として観

念されている物の盗(窃盗)に限られず、使用の盗(横領)や占有の盗(自己の物の窃盗)をも含んでいた。盗品としての出現数が最も多いのは女奴隷であるが、非手中物である羊も史料に現れている。アティーニウス法制定当時とは異なり、古典期には盗品の使用取得禁止が手中物と非手中物の区別なく適用されていた。

「3. 権力下への復帰 REVERSIO IN POTESTATEM」では次のことが明らかになった。「権力下への復帰」の可否は第三者の使用取得によって所有権を脅かされる所有者の利益を考慮して判断される。奴隷を介した「権力下への復帰」については、「盗まれたことを主人が知った」のか否かを第1の基準、盗品が「自分の権力下に復帰したことを主人が知っているか否かを第2の基準として、第三者の使用取得が主人にとって不意打ちになるか否かが判断される。自由人を介した「権力下への復帰」については、主人と奴隷という権力関係に類似の関係においては、後者の基準のみで判断されるが、契約関係においては契約の内容も考慮される。

「4. 古典期法学者によるアティーニウス法の解釈」では次のことが明らかになった。債権者に質入した債務者自身が債権者から質物を盗んで第三者に売却した事例について、古典期法学者の見解、特にラベオーの見解とパウルスのものとは対立しているように思われ、これについて様々な見解がローマ法研究者によって提示されてきた。その中でも「他人物の質入」説が、インテルポラーティオを想定することなく、かつ最も説得的な説であると考えられる。したがって、「所有者の権力下への復帰」と解する点では古典期法学者、とりわけラベオーとパウルスとの間に見解の対立はなかった。

「5. 盗品の果実と女奴隷から生まれた子」では次のことが明らかになった。盗品である女奴隷が子を生んだ場合、その子は盗品か否か、については、盗人およびその相続人のように、盗の瑕疵が付着している占有者の所で懐胎された子は盗品とされ、使用取得されることができない。他方、盗まれた女奴隷がこれを「原因 CAUSA」に基づいて善意で取得し占有する者の所

で懐胎した場合、生まれた子はもはや盗品ではなく、使用取得されることができる。

以上の検討結果から、次のように言うことができる。

アティーニウス法の規定は、古ローマ法の神聖賭金による対物法律訴訟においては、握取行為を経て手中物を取得し一定期間継続して占有した者が援用する USUS AUCTORITAS に対して、追奪を主張する者がその援用を阻むことを可能にしていた。手中物の売買に要式行為である握取行為を必要とするがゆえに、転々と譲渡されることが容易には考えられない古ローマ法においては、他人物を善意で買った者は、保護されるどころか盗人として追及された。

前古典期を迎えると、信義誠実に基づく諾成契約としての売買を原因として、手中物・非手中物の区別なく引渡しがなされるようになったがゆえに、転々と譲渡されることが容易に考えられ、(善意)買主の保護を図る必要性が増した。訴訟形態が法律訴訟から方式書訴訟へと変化し、USUS AUCTORITAS が意味を失ったのに代わって、使用取得が登場した。

しかし、古典期ローマ法の方式書訴訟としてのレイ・ウィンディカーティオにおいても、手中物であれ非手中物であれ、その使用取得を援用する者に対して、追奪を主張する者がその援用を阻むことをアティーニウス法は可能にした。その意味でアティーニウス法に規定された盗品の使用取得禁止は、使用取得を援用する者に対する抗弁であった、ということができる。

他方で、依然として広範な盗観念が維持されていたことから、アティーニウス法が取引の妨げになることもしばしばであった、と予想される。そこで古典期法学者は、盗品であっても、その使用取得を認めることが所有者の利益に反しない場合、例外的に使用取得を解禁した。その意味で「権力下への復帰」は、使用取得を援用する者の再抗弁であった、ということができる。⁽¹⁵⁰⁾

このような変化に歩調を合わせるかのように、「権力下への復帰」にかん

する古典期法学者の多岐に亘る議論は、ラベオーを端緒としている。彼の後を受けてプロクルス学派を確立したプロクルスは勿論、サビーヌス学派の巨頭カッシウスでさえ、「権力下への復帰」についてはラベオーに従っている。こんにち我々に多くの知見を与えてくれるガイウスはこの問題について沈黙している。それ自体が1つの謎であるが、いずれにせよ「他人の動産を善意で占有する者が使用取得することはほとんどない」という彼の言説は、「権力下への復帰」にかんする古典期法学者の活発な議論を踏まえるならば、控えめに見積もるべきである。古典期法学者の議論の集大成がパウルの『告示註解54巻』である。その記述からは、古典期法学者の個別具体的な議論を理論化しようとする姿勢を読み取ることができる。他方で、例えば抵当権設定者による自己の物の盗について、あるいは女奴隷から生まれた子の使用取得について、依然として古典期法学者による議論が続けられたことも確かである。最終的にパウルの成果は、ガイウスに心酔していたユスティアーニアヌス帝もこれを無視することはできず、『法学提要』2巻6章に反映された。

最後に、盗まれた女奴隷から生まれた子の使用取得の可否にかんする、古典期法学者の議論を注意深く観察した結果から明らかとなるのは、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って、善意占有者一般ではない、ということである。特にパウルスは、善意の買主以外の者には、盗まれた女奴隷から生まれた子の使用取得を認めない。ここから、使用取得における「原因 CAUSA」とは何か、その範囲について古典期法学者に見解の対立はあるのか、それは引渡しの正当原因 IUSTA CAUSA TRADITIONIS とどのような関係にあるのか、という疑問が浮かび上がる。これらの疑問に答えることが次稿の課題である。

(91) 学説彙纂41巻4章5法文(モデスティーヌス、法学総覧10巻)「私が君に質入した物を、私が盗んで、それを売った場合、〔買主の〕使用取得については疑問とき

れる。使用取得〔占有〕の期間が有効に進行するのが正当である。」D 41.4.5 (Modestinus 10 pand.): Si rem, quam tibi pigneravi, subripuero, eamque distraxero, de usucapione dubitatum est: et verius est utiliter cedere tempora usucapionis.

(92) D 41.3.4.21 (Paulus 54 ad ed.): Si rem pignori datam debitor subripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici.

(93) 勅法集 7 卷26章 6 法文 「フィリップス帝が顧問会と相談の上命じたので宣示する。物が抵当に入れられ、その後債務者によって売却されたことが証明された場合、その物があたかも盗品のごとく使用取得されることができなかった、ということとは明らかである。」C 7.26.6: Imperator Philippus a. cum consilio collocutus dixit. Cum sit probatum rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi.

(94) 言語の pithana は本来、納得することができる、説得的な論述、という意味であるが、ここでは、ラベオーによって著された、個別の事例に対する判断を集成した書物の題名である。パウルスはこれを 8 巻に要約し、ラベオーの文章を伝えるだけでなく、批判を加え、あるいは自身の見解を付け加えている。ADOLF BERGER, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia: American Philosophical Society, 1953, p. 632 (Pithana); HERBERT HAUSMANINGER und RICHARD GAMAUF, *Casebook zum römischen Sachenrecht*, 10. Auflage, Wien: Manz, 2003, S. 60, Anm. を参照。

(95) D 41.3.49 (Labeo 5 pithana a Paulo epit.): Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: immo forsitan et contra: nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, erit ea res furtiva facta: sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit.

(96) およそ1960年代までのローマ法研究者たちは、その修正の範囲については実質的な内容の変更にまで及ぶものが数多くあると考えており、テキストの修正箇所を明らかにする、いわゆるインテルポラーティオ研究が盛んに行われた(原田慶吉、『ローマ法』〔改訂〕、有斐閣、1955年、31頁以下参照)。しかし今日では、インテルポラーティオは主としてテキストの省略や用語の統一に限られ、実質的な内容の変

更がなされることはあまりなかった、と考えられている。KASER/KNÜTEL (前掲註1) § 1, SS. 7f.

(97) J. A. C. THOMAS, *The theftuous pledgor and the Lex Atinia*, Studi Scherillo, 1, Milano, 1972, pp. 395-404.

(98) ALBANESE (前掲註13) p. 37.

(99) ALBANESE (前掲註13) pp. 40-41.

(100) ALBANESE (前掲註13) pp. 27-28によれば、債務者によって抵当権が設定された物が債務者によって売却された事例にかんするフィリップス帝 C 7.26.6とモデスティーヌス D 41.4.5とは、古典期末期においても、この問題について見解の対立があったことを示している。

(101) ALBANESE (前掲註13) p. 30.

(102) ALBANESE (前掲註13) pp. 31-34. その根拠は次の2点である。第1に、D 41.3.4.21が盗品について述べているのは配列上問題がある。というのも、パウルの告示註解54巻から抜粋された D 41.3.4の配列上、盗品の使用取得について述べられているのは D 41.3.4.6から D 41.3.4.14までであって、D 41.3.4.22から D 41.3.4.27までは暴力によって占有された物の使用取得について述べられているからである。第2に、そうであるとすると、カッシウスの見解として、質物は所有者である債務者の権力下に復帰したと解される、と述べている D 41.3.4.21は D 41.3.4.25の内容と相容れない。というのも、D 41.3.4.25では、所有者が土地の占有者を暴力で追い出した場合、所有者の権力に復帰したとは解されない、というカッシウスの見解が伝えられているからである。GIANCOLI (前掲註44) pp. 406-407は ALBANESE の見解を支持する。これに対して ASTOLFI (前掲註44) p. 502は ALBANESE の見解に反対する。

学説彙纂の編纂者は、全体としてラベオーの見解とパウルの見解との対立の痕跡を抹消すべく、カッシウス本来の否定的な(所有者の権力下に復帰したとは解されない、という)解決を「ひっくり返して」、quia から potest までを付け加えた。

(103) ALBANESE (前掲註13) p. 37.

(104) ALBANESE (前掲註13) p. 37によれば、D 41.3.4.7冒頭の Labeo quoque ait もそのことを根拠付けている。

(105) ALBANESE (前掲註13) pp. 37-38.

(106) THOMAS (前掲註97) によれば、パウルスは D 41.3.4.6でアティーニウス法について述べた後、D 41.3.4.20までは所有者からの盗の事例を扱い、D 41.3.4.21では

所有者による盗の事例を扱った。それについてカッシウスを引用するだけで多くを論じていないということが、古典期初期にはアティーニウス法を自己の物の盗に適用することについて法学者の見解が一致していたことを示唆している (p. 398)。D 41.3.4.25は不動産占有回復特示命令 INTERDICTUM UNDE VI の問題であって、アティーニウス法やプラウティウス法とは関係がない (pp. 397-398)。D 41.3.4.6で述べられているアティーニウス法解釈をラベオーに帰する理由は何もない (p. 399)。

- (107) THOMAS (前掲註97) p. 401. 一般にラベオーと、サビーヌスおよびカッシウスとは「同じ道筋を辿った」(p. 397)。
- (108) THOMAS (前掲註97) p. 402.
- (109) THOMAS (前掲註97) pp. 403-404. 学説彙纂47巻2章19法文6項(ウルピアーヌス、サビーヌス註解40巻)「ところで、所有者が質入された物の盗を犯すと解されるのは、占有しているか留置している債権者から奪った場合だけでなく、占有していない時点で奪った場合も、例えば質物を売った場合、である。この場合にも所有者が盗を犯すという事は確定している。ユリアアーヌスもそのように書いている。」D 47.2.19.6 (Ulpianus 40 ad Sab.): *Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit.* 学説彙纂47巻2章67法文首項(前掲註41)も参照。
- (110) ANKUM (前掲註11) p. 20, n. 18.
- (111) WALTER ERBE, *Die Fiduzia im Römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 35, Anm. 4.
- (112) MAX KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, S. 40.
- (113) GÖHLERT (前掲註25) S. 140.
- (114) KASER/KNÜTEL (前掲註1) § 31, SS. 149-150.
- (115) ANKUM (前掲註11) pp. 26-27によれば、このインテルポラーティオは C. F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, II, 1831, S. 97, Anm. 16と F. MANCALEONI, *Il Filangieri*, 23, 1898, SS. 667ff. によって提唱され、C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4 a ed. curata da G. Grosso, Milano, 1953, p. 314. n.6と B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, Palermo, 1920, p. 133, n. 2 によって支持された。
- (116) ALBANESE は次のように述べている。パウルス D 41.3.49が債権者との信託について論じていた、という説を採用するならば、本来は全く逆の事例が挙げられて

いた、と考える必要がある。すなわち受託者（債権者）であり所有者でもある者が、信託者（債務者）に信託物を（例えば懇願に応じて PRECARIO）委ねた後で、その信託者（債務者）から信託物を盗んだ、という事例である。その場合、パウルスは、「権力下への復帰」は受託者（債権者）すなわち所有者が盗むことによって生じるのではなく、信託者（債務者）の手に戻ることによって生じると考えていたことになる。しかしながら、そのような推測も支持することはできない。というのも、D 41.3.49は明らかに債務者が債権者から盗んだ事例について述べているからである、と。ALBANESE（前掲註13）pp. 24-25.

最近になって ANKUM は、NOORDRAVEN による信託の研究を基礎に、この説を修正している。BERT NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, S. 180によれば、古典期法学者はしばしば信託者のことを *dominus* と呼んでいた。ANKUM（前掲註85）pp. 26-27は次のように述べている。パウルスの念頭にあったのも、法律用語ではしばしば信託の場合に *dominus* という言葉で信託者が言い表される、ということである。かくしてラベオー D 41.3.49の見解に接したパウルスは、*dominus*（パウルスによれば信託者）の権力下に復帰するのではなく、もう一方の者（パウルスによれば受託者）の権力下に復帰すべき事例もあるのではないか、と慎重に自問した。そして、債権者との信託において、盗の時点での真の所有者は受託者である、と考えた。そこで、*dominus* である信託者（債務者）によって盗まれた物が、*dominus* ではない受託者（債権者）の権力下に復帰することを求めた。その要求は、実際にはラベオーによって定式化されたルール（「盗品は所有者の権力下に復帰してからでなければ、使用取得されることはできない」）に合致していた。学説彙纂の編纂者は、*fiducia cum creditore* を *pignus* へと機械的に置き換えただけで、このような対立を生じさせるとは考えていなかった。

(117) *Corpus iuris civilis iustinianei, studio et opera Ioannis Fehi. Reimpressio phototypica editionis 1627.* Osnabruck: O. Zeller, 1965-1966, tomus, p. 489; Sed hic aliena, non debitoris erat.

(118) 前掲註90参照。

(119) 前掲註116対応本文参照。

(120) 池田恒男「果実収取権」民法判例百選Ⅱ債権〔第五版 新法対応補正版〕別冊ジュリスト176号（2005年）120頁「果実収取権は、所有権の最も中心的な内容をなし（民206条・89条参照）、所有権の移転がある場合には通常これに随伴する。所有権の権能の積極的な側面を表現する果実収取権は、所有権の消極的な側面を表現す

る保存管理費用負担及び危険負担と対をなす概念といえよう。非本権者たる占有者と本権者との取収果実と支出費用の扱いをめぐる調整規定(民189条以下)も、これらの所有権法に通底するような原則を前提とする。」

- (121) その代表例として、盗品である土木機械バックホーの善意占有者による即時取得、被害者の回復請求、善意占有者の代価弁償請求が問題となった最判平成12年6月27日民集54巻5号1737頁がある。この判決の解説・評釈は数多く存在するが、ここでは安永正昭「民法194条に該当する善意占有者の使用収益権」民法判例百選I総則・物権[第6版]別冊ジュリスト195号(2009年)136-137頁を挙げるに止める。
- (122) MAX KASER, Partus ancillae, ZSS RA 75 (1958), SS. 156-200. 最近の研究としては、PETR BÉLOVSKÝ, Usucapio of stolen things and slave children, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 49, 2002, pp. 57-99; MARIA VIRGINIA SANNA, L'usucapione del partus ancillae furtivae, SDHI 74, 2008, pp. 397-438がある。
- (123) MAX KASER, RPR I, § 102, II, S. 427; KASER/KNÜTEL(前掲註1) § 26, S. 129.

学説彙纂22巻1章25法文1項(ユーリアーナス、法学大全7巻)「ティティウスが善意で買った他人[売主とは別の者]の土地に、私が穀物を播いた。善意の買主であるティティウスは取収された果実を自分の所有物とするか。私は次のように答えた。土地から取収された果実は、奴隷たちが彼らの労働によって獲得した物によく似ていると解されるべきである。なぜなら果実の取収においては、それから芽が出る種に対する権利よりも、それから果実が取収される物に対する権利が考慮されるからである、と。それゆえ次のことを誰も決して疑わない。すなわち私の土地に君の穀物を私が播いた場合、刈っていない穀物も刈り入れによって集められた穀物も私の所有物になる。また、善意の買主は果実の取収において、土地の所有者に認められるのと同じ権利を有している。さらに、誰によって種が播かれたのであれ、果実は用益権者に属するのであるから、このことはむしろ、果実の取収においてより良い権利を有する善意占有者にも認められるべきではないか。たしかに果実は、用益権者によって取収されるまでは、用益権者の所有物にはならないが、いかなる仕方であれ土地から分離されたならば、善意占有者の所有物になる。例えば、果実は、土地から分離されたならば直ちに、永小作地を有する者の所有物になる。」D 22.1.25.1 (Iulianus 7 dig.): In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus

fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo umquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

学説彙纂22巻1章25法文2項 (ユリアーナヌス、法学大全7巻) 「善意の買主が種を播いた。果実を収穫する前に、土地が他人物であると知った。買主は収取によって果実を自分の所有物とするのか、ということが問われた。果実の収取にかんする限り、土地が追奪されるまでは、〔買主は〕善意の買主であると解されるべきである。なぜなら、私が善意で買った他人の奴隷は、私が追奪を受けるまでは、私の物からあるいは彼の労働に基づいて、私のために取得することになるからである。」
D 22.1.25.2 (Iulianus 7 dig.): Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi, bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquirat, quamdiu a me evictus non fuerit.

学説彙纂41巻1章48法文首項 (パウルス、プラウティウス註解7巻) 「善意の買主は、果実を収取することによって、それが他人物の果実であっても、さしあたりそれを自分の所有物とする。善意の買主の入念な世話によって産出された果実だけでなく、すべての果実を、である。なぜなら、果実にかんする限り、善意の買主は所有者として扱われるのがほとんどだからである。したがって、善意の買主が果実を収取する前であっても、土地から分離されたならば直ちに善意の買主の所有物になる。私が善意で買った物が長期間の前書によって取得されることができるとかどうか

は重要でない。例えば、その物が未成熟者の所有物である場合、あるいは暴力によって占有された物である場合、あるいは不当徴収法に違反して属州総督に贈与され、彼から善意の買主に譲渡された場合である。」 D 41.1.48pr. (Paulus 7 ad Plaut.): *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.*

(124) 学説彙纂41巻1章48法文2項(パウルス、ブラウティウス註解7巻)「ヒツジの仔は果実に含まれる。それゆえ、たとえ〔ヒツジが〕懐胎中に売られたり盗まれたりしたとしても、その仔は善意の買主に属する。ヒツジの乳も、たとえヒツジが乳を満たした状態で売られたとしても、善意の買主のものであることは確かに疑いようがない。羊毛についても同じルールが適用される。」 D 41.1.48.2 (Paulus 7 ad Plaut.): *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.*

(125) 万民法上、生まれた子は母の身分に従う(*qui nascitur matris condicionem sequitur*)。佐藤『ガイウス 法学提要』(前掲註2)24頁、1巻82節「このことから次のことも推測される。すなわち、女奴隷と自由人の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、そしてこれとは反対に自由人の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、ということである。」

(126) 学説彙纂7巻1章68法文首項(ウルピアーヌス、サビーヌス註解17巻)「かつて問題となったのは、用益権に服する奴隷から生まれた子が用益権者に属するか、である。しかし、用益権者は奴隷の子に対して用益権を有しない、というブルトゥスの見解が有力であった。なぜなら、奴隷は奴隷の果実であることはできないからである。それゆえ、用益権者は奴隷の子に対して用益権を有することにならない。それでは、奴隷の子の用益権も遺贈された場合、用益権者は奴隷の子に対して用益権を有するのか。奴隷の子は遺贈されることができるのであるから、奴隷の子の用益権も遺贈されることができることになる。」 D 7.1.68pr. (Ulpianus 17 ad

Sab.): 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 1 項 (ウルピアーヌス、サビーヌス註解 17 卷) 「もっとも家畜の仔は用益権者に属する、とサビーヌスやカッシウスは考えていた。」 D 7.1.68.1 (Ulpianus 17 ad Sab.): Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere.

学説彙纂 47 卷 2 章 48 法文 6 項 (ウルピアーヌス、サビーヌス註解 42 卷) 「盗まれた馬から生まれた仔は直ちに善意の買主に属することになる。それは正当である。なぜならその仔は果実に数え入れられるからである。これに対して、女奴隷の子は果実に数え入れられない。」 D 47.2.48.6 (Ulpianus 42 ad Sab.): Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu.

- (127) 学説彙纂 41 卷 3 章 4 法文 5 項 (パウルス、告示註解 54 卷) 「果実も、〔懐胎中の〕女奴隷の子や家畜の仔も、死産したのでなければ、使用取得されることが出来る。」 D.41.3.4.5 (Paulus 54 ad ed.): Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt.

一般に、使用取得は所有権の原始取得の一態様である (前掲註 1 引先参照)、と理解されていることからすると、果実に含まれない女奴隷の子はともかく、果実あるいは果実に含まれる家畜の仔については、善意占有者は分離時にその所有権を取得するのであるから、使用取得によって所有権を原始取得する余地はないのではないか、という疑問が生じ得る。SANNA (前掲註 122) p. 407, n. 25 によると、例えばウルピアーヌス D 47.2.48.5 (後掲註 134) は、盗まれた女奴隷から生まれた子と同様に、盗まれた家畜から生まれた仔も、善意占有者の所で懐胎され生まれたならば、使用取得される、と述べているが、それに続くウルピアーヌス D 47.2.48.6 (前掲註 126) は、盗まれた馬から生まれた仔は直ちに善意の買主の所有物となる、と述べている。なるほど近代的な実体法的思考からすればそのような疑問が生じるのも頷ける。しかし古代ローマ人の訴権法的思考からすれば、使用取得占有を開始している、ということは特別な意味を持っていた。それはプーブリキウス訴権 ACTIO

PUBLICIANA を有する、ということである。所有権に基づく訴権である物のウィンディカーティオ REI VINDICATIO とは別個の訴権であるプーブリキウス訴権は、前者に比べて所有権の証明責任の点で(古典期ローマ法におけるそれが、いわゆる「悪魔の証明 probatio diabolica」であったか否かは検討の余地があるとしても)原告すなわち所有者に有利であったとされている。要するに、果実あるいは家畜の仔の善意占有者は、分離時すなわち使用取得占有開始時に、物のウィンディカーティオとプーブリキウス訴権とを有することになる。それは元物あるいは家畜が盗品であっても同じである。BĚLOVSKÝ (前掲註122) pp. 87-88は、女奴隷から生まれた子の使用取得は、その子が果実に含まれないがゆえに、分離時すなわち出産時にその子の所有権を取得することができない善意占有者を所有者にする特別の手段である、という趣旨のことを述べているが、果実あるいは家畜の仔の善意占有者にも使用取得が可能である以上、その論述は説得力を欠いているように思われる。

(128) 学説彙纂41巻3章4法文19項(パウルス、告示註解54巻)「盗まれた羊たちの羊毛が盗人の所で刈り取られた場合、使用取得されることはできない。けれども、善意の買主の所で刈り取られた場合には、逆である。羊毛は果実に含まれるから、使用取得される必要はなく、直ちに買主のものになる。同じことが子羊にも、子羊が消費された場合には、言われるべきである。そのことは正しい。」D 41.3.4.19 (Paulus 54 ad ed.): 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. 学説彙纂47巻2章48法文6項(原文・試訳は前掲註126)も参照。

(129) 学説彙纂41巻3章10法文2項(原文は後掲註132、試訳は註132対応本文)。

(130) 学説彙纂30巻82法文4項(ユリアーナス、法学大全33巻)「ユリアーナス。パンフィリアから生まれた子が私に遺贈されたが、私はパンフィリアを買って、パンフィリアが私の所で出産した場合、私はその子を贈与の原因に基づいて有していると解されることはできない。なぜなら私はその子の母を買ったからである。その子が追奪された場合、買主訴権が付与される、というのがその根拠である。」D 30.82.4 (Iulianus 33 dig.): Iulianus. quod si legatum mihi est quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum et ea apud me peperit, non possum videri partum ex causa lucrativa habere, quia matrem eius mercatus sum: argumentum rei est, quod evicto eo actio ex empto competit. 学説彙纂

41巻3章33法文首項(原文・訳語は後掲註138)も参照。

- (131) 学説彙纂41巻3章44法文2項(パーピニアース、質疑録23巻)「使用取得にかんしては、契約締結時ではなく、占有開始時〔に善意であったか〕が考慮されるべきである、と言われている。もっとも場合によっては、現在の占有の開始時ではなく、それ以前の引渡しの状況を、すなわちそれが善意であったかどうかを、我々は考慮すべきである。例えば、善意で占有を開始した女奴隷の子についてである。すなわち生まれるよりも前に、母である女奴隷が他人物であると知っていたとしても、子は使用取得される。同じことは、帰国権によって帰還した奴隷についても言われる。」D.41.3.44.2 (Papinianus 23 quaest.): 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.
- (132) D 41.3.10.2 (Ulpianus 16 ad ed.): 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.
- (133) 学説彙纂1巻5章26法文(ユーリアース、法学大全69巻)「胎児はほとんどすべての市民法において、この世のものである〔ヒトである〕と解されている。例えば、法定の相続財産は胎児によって回復される。懐胎した妻が敵によって捕らえられた場合、生まれた子は帰国権を有し、父か母の地位を引き継ぐ。さらに、懐胎した女奴隷が盗まれた場合、たとえ善意の買主の所で出産したとしても、生まれた子はあたかも盗品であるかのように使用取得されない。その論理的帰結として、被解放自由人も、保護者の息子が生まれる可能性がある限り、保護者を有する者〔庇護民〕が従うルールに従う。」D 1.5.26 (Iulianus 69 dig.): 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.

- (134) 学説彙纂47巻2章48法文5項(ウルピアーヌス、サビーヌス註解42巻)「懐胎した女奴隷が盗まれた場合、あるいは盗人の所で懐胎した場合、産まれたのが盗人の所であろうと、善意の占有者の所であろうと、産まれた子は盗品である。しかし、後者の場合には、盗訴権は生じない。これに対して、〔女奴隷が〕善意の占有者の所で懐胎し、そこで産んだ場合、産まれた子は盗品でないばかりか、使用取得されることができる。〔女奴隷の〕子について見られるのと同じことが家畜についても、その仔についても見られる。」D 47.2.48.5 (Ulpianus 42 ad Sab.): 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 pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu.

- (135) 学説彙纂41巻3章4法文15項(パウルス、告示註解54巻)「死者の権利を相続した相続人は、女奴隷が盗品であることを知らず、その彼の所で女奴隷が懐胎し、出産したとしても、やはり使用取得することはない。」D 41.3.4.15 (Paulus 54 ad ed.): Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet.

- (136) もっとも、逃亡している女奴隷の子は常に盗品である。学説彙纂47巻2章61法文(アフリカーヌス、質疑録7巻)「逃亡している女奴隷が自分自身の盗を犯すと解されるように、その子も〔女奴隷が〕触れることによって盗品となる。」D 47.2.61 (Africanus 7 quaest.): Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intellegitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit.

- (137) 学説彙纂6巻2章11法文2項(ウルピアーヌス、告示註解16巻)「盗まれた女奴隷から生まれた子は、善意の買主の所で懐胎されたならば、たとえ買主によって占有されていないとしても、この訴権で請求されるべきである。しかし、盗人の相続人はこの訴権を有しない。なぜなら、彼は死者の瑕疵を相続するからである。」D 6.2.11.2 (Ulpianus 16 ad ed.): Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei

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

(138) 学説彙纂41巻3章33法文首項 (ユールアーヌス、法学大全44巻) 「善意の買主だけでなく、使用取得がそれに続くのが常であるところの原因に基づいて占有する者はすべて、盗まれた女奴隷の子を使用取得する。そのことは法理によって確立されている、と私は考える。なぜなら、12表法やアティーニウス法が妨げとなるのではない限り、ある原因に基づいてある者が女奴隷を使用取得することができるのであれば、その原因に基づいて次の場合に〔女奴隷の〕子が使用取得されるのは当然だからである。すなわち、その子が彼の所で、その母は盗品であると彼が知らない段階で、懐胎され産まれた場合である。」 D 41.3.33pr. (Iulianus 44 dig.): 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.

(139) 学説彙纂6巻2章11法文3項 (ウルピアーヌス、告示註解16巻) 「盗品である女奴隷が、売却されたのではないとしても、盗品であると知らない私に贈与され、私の所で懐胎し出産した場合、ユールアーヌスが述べるように、私が訴訟を提起する時点で女奴隷が盗品であると知らない限り、子についてプーブリキウス訴権が私に付与される。」 D 6.2.11.3 (Ulpianus 16 ad ed.): Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignorant 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巻2章11法文4項 (ウルピアーヌス、告示註解16巻) 「同じユールアーヌスが一般的に述べている。母である女奴隷が盗品でないならば、ある原因に基づいて私は女奴隷を使用取得することができるが、そのような原因に基づいて、私が〔盗品である〕女奴隷の子を使用取得することができるのは、女奴隷が盗品であることを私が知らなかった場合である。それゆえ、それらの場合には常に、私はプーブリキウス訴権を有することになる。」 D 6.2.11.4 (Ulpianus 16 ad ed.): 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 habebam.

- (140) 学説彙纂41巻4章9法文(ユーリアーナス、ウルセイウス・フェロークス註解3巻)「自由を約束するのと引き換えに奴隷から〔彼によって〕盗まれた女奴隷を受け取った者は、女奴隷の子をあたかも買主のように使用取得することができる。」D.41.4.9 (Iulianus 3 ad Urs. Ferozem.): Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius quasi emptor usucapere.

学説彙纂41巻4章10法文(ユーリアーナス、ミニキウス註解2巻)「奴隷が、盗んだ女奴隷を自分の自由のために主人に与えた。女奴隷は懐胎した。問われたのは、主人は女奴隷の子を使用取得することができるか、ということである。〔ミニキウスは〕次のように答えた。この場合、主人はあたかも買主のように子を使用取得することができる。なぜなら、主人はその奴隷をこの女奴隷と引き換えに失うのであって、そのような仕方では奴隷と主人との間に言わば売買が締結されたからである。」D.41.4.10 (Iulianus 2 ad Minic.): 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.

- (141) 学説彙纂41巻3章4法文18項(パウルス、告示註解54巻)「出産する前に他人の女奴隷であると買主が気付いた場合、買主は〔子を〕使用取得することができない、と我々は述べた。これに対して買主が気付かなかった場合、できる、と。すでに〔子の〕使用取得〔占有を開始〕してから、他人の女奴隷であると知った場合、使用取得〔占有〕の開始時〔すなわち出産時〕を我々は考慮に入れるべきである。例えば物を買った場合には、それが通説である。」D.41.3.4.18 (Paulus 54 ad ed.): 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.

- (142) 学説彙纂41巻3章4法文16項(パウルス、告示註解54巻)「以下のことについて問われる。私の奴隷が、盗んだ女奴隷を、彼女を解放するために私に与えた場合、私の所で懐胎された女奴隷の子を、私は使用取得することができるか。サビーヌスとカッシウスは、できない、と考える。なぜなら、その占有は、奴隷が正規の

手続によらずに取得したのであって、主人を害するからである、と。これは正しい。」 D 41.3.4.16 (Paulus 54 ad ed.): 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.

- (143) 学説彙纂41卷3章4法文17項 (パウルス、告示註解54卷) 「さらに、私が私の奴隷として解放するようにと、ある者が私に盗まれた女奴隷を与え、その女奴隷が私の所で懐胎し、出産したとしても、私は使用取得することはできないであろう、と。ある者がその女奴隷を私〔の物〕と交換した場合、あるいは弁済として与えた場合、さらに贈与した場合も、同様である、と。」 D 41.3.4.17 (Paulus 54 ad ed.): 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.

BĚLOVSKÝ (前掲註122) pp. 93-95は、パウルス D 41.3.4.16および D 41.3.4.17が使用取得を否定しているのに対して、パウルス D 41.3.4.18が使用取得を肯定していること理由を、パウルス D 41.3.4.16および D 41.3.4.17は占有者が悪意の事例であり、パウルス D 41.3.4.18は占有者が善意の事例である、と説明している。しかし BĚLOVSKÝ の論述は、パウルス D 41.3.4.16および D 41.3.4.17が、パウルス D 41.3.4.18と同様に、善意の買主について述べている、との誤解に基づいていて、支持できない。SANNA (前掲註122) pp. 405-406は、使用取得するためには常に善意が要求されるのであるから、パウルス D 41.3.4.16および D 41.3.4.17が悪意占有者の事例であるとすれば、使用取得の可否を論じる意味がない、と述べている。

- (144) 学説彙纂41卷10章4法文首項 (ボンポーニウス、サビーヌス註解32卷) 「君が盗まれた女奴隷を善意で買い、君の所で懐胎され、その女奴隷から生まれた子を君が占有していたところ、使用取得が成立する期間内に、その子の母が盗品であると君が知った場合、トレバーティウスは、そのように占有されている子は、いずれにせよ使用取得される、と〔述べている〕。私は以下のように区別されるべきであると考え。すなわち、〔使用取得が成立する〕期間内に、その子が誰のマンキピウム権に属するか、君が知らない場合、あるいは知っているが所有者に知らせることができない場合、あるいは知らせることができてなおかつ知らせた場合、使用取得することができる。これに対して、君が〔その子が誰のマンキピウム権に属する

か] 知っていてかつ〔所有者に知らせることが〕できたにもかかわらず、知らせなかった場合、使用取得することはできない。なぜなら、その場合、君は秘密裏に占有したと解され、同じ人が自己物として *pro suo* かつ秘密裏に占有することはできないからである。』 D 41.10.4pr. (Pomponius 32 ad Sab.): *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, usucaptum esse. ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris intra statutum tempus, cuius id mancipium esset, aut si scieris neque potueris certiore dominum facere, aut si potueris quoque et feceris certiore, usucaperes: sin vero, cum scires et posses, non feceris certiore, contra esse: tum enim clam possedis videberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest.* 学説彙纂41巻3章4法文18項(原文・試訳は前掲註141)、学説彙纂41巻3章33法文首項(原文・試訳は前掲註130)も参照。

(145) 原文は前掲註139。

(146) S_{ANNA} (前掲註122) p. 410以下を参照。

(147) C_{UJACIUS}, Opera VII, 371; X, 405.

(148) もっともバシリカ法典15巻2章11法文では、*ἐν τῷ κινεῖν* になっている。詳しくは S_{ANNA} (前掲註122) p. 411を参照。

(149) D 6.2.7.17 (Ulpianus 16 ad ed.): *Iulianus libro septimo digestorum scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse.*

(150) GÖHLERT (前掲註25) S. 144.

上智大学でのローマ法研究会にご参加の諸先生方からは、本稿で取り扱いました法文の解釈について貴重なご意見を頂戴しました。この場を借りまして感謝申し上げます。