

書評：清水悠「買主としての使用取得」の研究—*usucapio pro emptore*—

宮坂 渉

本論文は清水悠氏によって2019年10月24日に早稲田大学大学院法学研究科に提出された学位申請論文である。審査の結果、著者には2020年3月15日に博士（法学）の学位が授与されている。なお、本論文とその概要ならびに審査報告書は早稲田大学リポジトリにて公開されている（<http://hdl.handle.net/2065/00073805>）。評者は審査に携わっており、本来は本論文を論評すべき立場にないのかもしれないが、本誌編集委員会の依頼をいただき、謹んでこれをお引受けした次第である。

本論文は4部構成となっている。それに先立つ「序言」において、本論文は、使用取得制度は「取引の安全」を確保する制度である、との多数説を否定する「極めて挑戦的な内容となっている」（本論文6頁（以下、頁数は断りのない限り本論文））ことが宣言される。

「第1部 使用取得要件としてのボナ・フィデース (*bona fides*) の意義」では、使用取得要件の一つとしてのボナ・フィデース (*bona fides*) の内容を「ある事実を知らないこと」すなわち「善意」と理解した上で使用取得の機能を「取引の安全」の確保であるとする、通説（35頁以下）が批判される（46頁以下）。本論文は、主に2つのユーリアーヌス文（D. 41, 4, 8 (*Iul. 2 ex Minicio*) と D. 41, 4, 7, 6 (*Iul. 44 digestorum*)）の検討から、「ボナ・フィデースは単なる法学的な「善意」ととどまらず、多分にモラル的・道徳的な要請を含んだ概念であると考えられ」、倫理的に許されない内面的意

図を持って取引に臨んだ「買主は・・・ボナ・フィデースが否定され、使用取得が認められない」と主張する(59頁)。そして、「ボナ・フィデースはローマ的信義則やモラル・道徳の要請を反映した概念であり、その一類型が「善意」であると考えられることから、一般的信義・モラル・道徳に関する要件を課すことは、善意を超えた高度な倫理的要求を買主に求めることにつながる」のであって、その要件充足の「判断には、その性質上、判断者の主観が入り込み、恣意的な判断がなされやすく、ボナ・フィデース要件は「動的安全の観点から見れば、買主にとって所有権取得の可能性を著しく狭める」ものであった(62頁以下)、と結論する。

「第2部 占有者保護——買主保護の観点から——」(これについては林智良「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(一)(二・完)」法制史研究69号(2020年)269-271頁も参照)では、使用取得以外の占有者保護制度(特示命令、売却され引き渡された物の抗弁、追奪担保訴権、二倍額の問答契約)とその機能とが整理された上で(79頁以下)、プーブリキウス訴権(*actio Publiciana*)が論じられる(93頁以下)。同訴権は、使用取得の完成前には、買主は「市民法上の所有権に基づいて権利主張をすることはできず、完成前に占有を奪われてしまう可能性もある。その場合に問題になる」とされる(93頁)。同訴権が付与された対象については、「手中物を握取行為によらず引渡しによって譲渡されたために、市民法上の所有者となれなかった者だけ」(96頁)なのか、それとも「無権利者から目的物を買って占有した者のいずれにも付与される」(97頁)のか、についてローマ法研究者の間で論争があることを指摘しつつ(97頁以下)、史料を端的に受け止めるな

らば、後者の見解を採用すべきであることを主張する(101頁以下)。また、同訴権は「使用取得過程にある占有者、すなわち、自主占有者で使用取得可能な物を正当原因に基づき、またボナ・フィデースで取得し、使用取得期間の経過のみが欠けている者に対して与えられる訴権」であり、使用取得要件のうち期間の経過を擬制することで、「所有者ではない者が、目的物を使用取得したことが擬制されたために、あたかもクイリーテースの権に基づいて所有者となったかのように」、「市民法上の所有者のみが主張できるはずの所有物返還請求」を可能とする訴権とされる(106頁)。その上で、真の権利者に対する効果については、真の権利者が売主でもある場合には、同訴権提起に対して権利者から提出された「正当所有権の抗弁」を、「売却され引き渡された物の再抗弁」で退けることができるが、真の権利者が売買に関与していない第三者である場合には、「正当所有権の抗弁」を退けることができず、敗訴することが指摘される(106頁以下)。「そういった真の権利者にも勝るためには、期間の経過を待ち、使用取得を完成させた後にローマ市民法上の所有者として立ち向かうしかな」く、「ローマ市民法上の所有権はそれほど¹の重みを持っていた」(傍点は著者)のであって(111頁以下)、そこには「既得の所有権をできるだけ守ろうとする姿勢」(115頁)が影響を与えている、と論じられる。そして、それこそが使用取得要件において盗物の使用取得禁止、(著者の考える)ボナ・フィデース要件、期間の経過要件(119頁以下)という「高いハードル」が要求される理由であり、期間の経過要件を撤廃したプーブリキウス訴権導入の意義である、と説明される(129頁)。

「第3部「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——」（これについては拙評「清水悠 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」法制史研究 70号 (2021年) 413-415頁も参照) では、「古典期ローマ法における使用取得制度が所有権の取得に関して制限的な機能を果たしたという具体的な実例を示す」(130頁)として、女奴隷の子の法的処遇について論じている。「女奴隷の子が果実に含まれるか否かという問題・・・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」、それとも「母である女奴隷の所有者に帰属するか」、という問題はすで共和政末期に論じられていたが、ウルピアーヌスは、D. 7, 1, 68 pr. (Ulp. 17 ad Sabinum) において、これを「昔の問題 (vetus quaestio)」とした上で、「人間は人間の果実において存在しえない」ことを理由に果実には含まれないとした(133頁以下)こと等、法学者たちの見解は「哲学的で決して単純明快な理由付けではな」かった、と評される(137頁)。その帰結として「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・フィデーヌの占有者である買主の所有に帰する」ことはなく(138頁)、それゆえに女奴隷の子の使用取得が問題となることが説明される。そして、母である女奴隷が盗品でなく、出産前に使用取得された場合には、その子も出産時の女奴隷の所有者に帰属することに争いはないのに対して、盗品である場合には法学者の見解が錯綜していること、もっとも「いずれの法学者も・・・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」結論が完全に一致していること、が指摘される(139頁以下)。このことは、一方で、「法的には「物」で」ある

が「人として単なる動物とは異なる処遇」も見られる奴隷は「重要な社会的機能を果たしていた」のであって、「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」、それが「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」と説明され（161 頁以下）、他方で、「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」と評価される（164 頁）。

「第 4 部 結語」（164 頁以下）では、「「買主としての使用取得（*usucapio pro emptore*）」は、取引の安全を担保するために存在していた制度ではない、と序言が確認された上で、「むしろ、ローマ人にとっての取引通念・倫理観に基づく要求に違背するような取引行為を戒め、原権利者の権利を第一義的に優先し、新規の所有権取得・移転を容易には認めないための制度」と再定義される。さらに、その背景として、「重要財産についての取引では特に相互の信頼関係が重視され、フィデース（信義）を基調とした人的関係を基盤とする社会構造が存在したこと」が挙げられる。

まずは総論として、通説に対する挑戦という本論文の発想は、著者の言うように独創的であると言えよう。また、概ね 2010 年前後までの内外における使用取得研究文献を一通り踏まえていることは、評者を含む今後の研究にも大いに資すると共に、先行研究に対する本論文の批判の有効性をも高めていると評することが可能であろう¹。しかしながら、方法論として、特に第 1 部、第 2 部に顕

¹ もっとも、要件論について Pool の重要な論稿である、Eric Pool, “Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss”: Erwerbsgrund

著であるが、検討の対象とされる時代が極めて無限定である。例えば第 1 部であれば、扱われている法文はユーリアーヌスからモデスティヌスまで、ヴァチカン断片まで含めれば法文中に登場する法学者はラベオーにまで遡るし、第 2 部であれば、キケローが引用する共和政末期のクウィントゥス・プーブリキウスから 3 世紀末のヘルモゲニアヌスにまで及ぶ。その約 300 年間で政治体制や社会構造、それらを背景とした取引活動が均一であったはずはなく、そうであれば「ローマ的信義則やモラル・道徳の要請」、ローマ市民法上の所有権の「重み」そして奴隷の「社会的機能」は当然に転変していたことが予想され、(法学者ごとの研究を試みた第 3 部を除いても) それらを等閑視したと解されかねない本論文は、歴史研究としては(自戒も込めてであるが) その説得力に大きな留保を付さなければならぬ。すなわち、第 1 部であれば、まず使用取得を論じる以上、*usus auctoritas* と *usucapio* の関係、*usucapio* 導入の理由、その時代的社会的背景についての論述があつて然るべきであろう²。

(emptio) oder Besitztitel (pro emptore)?, in: Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas, Pretoria/South Africa 2010, 314-334 が扱われていない点は惜まれる。これについては拙稿「*usucapio pro suo* のオントロジー」津野義堂【編著】『オントロジー法学』中央大学出版部(2017年) 63-168 頁所収(以下、宮坂「*usucapio pro suo*」)、64-66 頁ならびに註 5 で言及した。

² この点で、林信夫「ローマ売買法における使用取得 (*usucapio*) 制度の機能 (一) (二・完)」法学(東北大学) 42 巻 2 号(1978年) 161-198 頁(以下、「林信夫論文」と省略。特に 197 頁では、当時の人々の

特に、市民法上の真の権利者を保護するとの意識が強力であった時代に使用取得が導入されたとするならば、その導入はそのような人々の意識に反するものであり、困難ないし障害が予想される。にもかかわらず導入されたからには、それなりの理由があったはずである。それに加えてなお、使用取得要件としてのボナ・フィデース導入の理由と時代的社会的背景とが問われよう³。そして、第 2 部については、なんとといってもプーブリキウス訴権の導入の経緯がより詳細に論述されるべきであろう。

次に各論として、各部ごとに若干のコメントを付すこととする。第 1 部では、ボナ・フィデースが「善意」とどまらず、モラル的・倫理的な要素も含み得ることについては評者も賛同する。問題となるのは「取引の安全」であるが、本論文では、そもそも「取引の安

意識は、自己の物がその意に反して 2 年ないし 1 年他人のところにあるにもかかわらず異議を唱えなかった場合には、その物に対する権利を失っても仕方ない、というものであり、そこに握取行為を経た買主を保護すべきとの要請が加わった結果、国家権力によって *usus auctoritas* 準則が定立され、結果的に機能として「取引の安全」が保護された、と説明される)、同 42 卷 3 号 (1978 年) 278-320 頁 (特に 278 頁では、要式売買から諾成売買への移行に伴い、握取行為と共に廃れた *usus auctoritas* に代わり、諾成売買法においてその役割を担うものとして *usucapio* が登場した、と説明される)がなお参考になると共に、現在の研究水準から再検討されなければならない。

³ これについてはさしあたり、Theo Mayer-Maly, *Studien zur Frühgeschichte der usucapio III*, ZSS RA 79 (1962) 86-107、特に 97-100.

全」とは何か、の明確な定義は為されないまま論が進んでいく。そこでやむなく、使用取得制度が「取引の安全」を確保することに貢献したことを肯定する学説⁴を整理する叙述（35 頁以下）から察するに、「取引の安全」とは「無権利者からの取得者であっても、一定の場合には権利取得を認めることで、真の権利者を犠牲にしても、取得者を保護すること」であることを前提として考えるならば、売買における「取引の安全」の確保とは、無権利者からの買主を無

⁴ 「古典期ローマ法においては、取引の安全の確保に資する制度は、登記制度・善意取得制度などがなかったためほとんど発展したとは言えないが、唯一、取得時効＝使用取得の制度が取引の安全の保護に奉仕した」という Kaser 説、「ローマ法では無権利者・無権限者からの取得者は善意であっても所有権を得ることができなかったが、そうして得た善意の占有を基礎として使用取得が完成すれば所有権を取得できる」として、「無権利者からの善意取得」に関する条文」であるドイツ民法 932 条の法思想との共通性に触れている Kunkel 説、「ローマ法上の使用取得は取引の安全を担保していた法制度であり、またドイツ法との近似性を指摘する点では前掲の Kunkel 説と共通している」Lübtow 説、「使用取得が認められることで取得者の善意が報われる場合にも、とりわけ取引の安全（Verkehrssicherheit）に奉仕する」とする Hausmaninger 説、「無権利者からの取得」という使用取得の効果を指摘し、「現行ドイツ民法上の善意取得制度であり、取引の安全保護システムの代表格である」BGB932 条以下を引き合いに出す Söllner 説が挙げられている。これに対して、上述の林信夫説は、「取引の安全」との文言は用いるものの、その意味するところは上述の学説とは趣を異にするように思われる。

限定に保護することではなく、この取引であれば権利が得られるはず、と考えて取引に入った買主の期待を保護することであると思われる。そうであれば、そこにはそのような買主の期待を保護すべきである、という価値判断が含まれるのではなかろうか。そして、その価値判断に基づいて、保護すべき買主には当然に一定の資格が要求されるのではなかろうか。その資格には、売主が所有者でない、あるいは譲渡権限がないことを知らない、ということはもちろん、著者が主張するように、ボナ・フィデースに反しない倫理的な取引態様である、ということも含まれよう。しかしながら、そうすると、ボナ・フィデースを「善意」と解するのであれば、取引通念・倫理観をも含むと解するのであれば、使用取得要件としてボナ・フィデース要件を設定すること自体が、結果として、一定の資格を満たした買主の、権利取得への期待を保護する、という意味での取引の安全に資することは否定できないように思われる。

これとも関連して、本論文では使用取得要件とりわけボナ・フィデース要件が買主による所有権取得にとって高いハードルであり、「取引の安全」の確保にとっての障害であったことが強調される。しかしながら、まずもって「ハードルが高い」とはどのような意味か。「一般的信義・モラル・道徳に関する要件を課すことは、善意を超えた高度な倫理的な要求を買主に求めることにつながる」というのであるから、「善意(=不知)」要件よりは「一般的信義・モラル・道徳に関する要件」の方が「高い」ということは言えるかもしれない。仮にそうであるとしても直ちに、当時の買主たちが後者の「高い」要件を満たすことが困難であって、結果として「取引の安全」が確保される事例は少なかった、ということにはならない。こ

の要件の趣旨には「ローマ人の倫理的・道徳的規範意識に反する取引行為を禁圧する意図」が含まれている(76頁)、というのであれば、そうした規範意識を備える買主たち(を含むローマ人)にとってはそのような要件を満たすことは当然のことであって、さして「高い」要件ではなく、「取引の安全」は容易に確保された、という可能性もあろう(現代人にとって高く見えるハードルも、古代ローマ人にとって同じように高く見えていたとは限らない)。それでもこの主張を論証しようとするのであれば、当時の買主たちの倫理的・道徳的規範意識は一般に低かった(、したがって、彼らにとってもハードルは高く見えていた)、ということを行わなければならないが、それには少なくとも、非法史料を含めたより広範な歴史研究が必要であろう。

次に、その要件充足の「判断には、その性質上、判断者の主観が入り込み、恣意的な判断がなされやす」い、ということが指摘される。しかし、この「判断者」とは誰を指すのか、本論文では明らかにされない。確かに、方式書訴訟における審判人にしろ、特別審理手続における裁判官にしろ、人によって価値観が異なることは確かである。もっとも、彼らとて「ローマ人の倫理的・道徳的規範意識」をある程度共有しているのではないか。特に審判人は、元老院議員階層ないし騎士階層に属する者たちで構成されるリストから任命されるのであるから、規範意識の共通性は高かったのではないか。また、そうした規範意識から逸脱した判断については、ケンソルにより *nota* が付されることはなかったとしても、階層内での監視にさらされていたのではないか。さらに、彼ら判断者に法的助言を行うのがローマの法学者の重要な役割ではなかったか。そうした助言

をまったく無視して判断を下し得たのか。以上の点を考察することなしに、ボナ・フィデース要件充足の判断が恣意的な傾向を有していた、と即断するのは無理があるように思われる。

さらに、ここまではボナ・フィデース要件が「ローマ人の倫理的・道徳的規範意識」を反映しているとの著者の前提に従ってきたが、そもそもこの「ローマ人」とは誰を指すのか。ローマ市民権保有者か、ローマ人から *commercium* を付与された者も含むのか。しかし、通例、ボナ・フィデースは誠意契約や誠意訴訟にも関係するとされている。すなわち、紀元前 3-2 世紀のポエニ戦争を経て、ローマが地中海の覇権を掌握し、地中海商取引において重要な役割を果たすようになると共に、ローマ経済の中心も農業から商業へと移行し、貨幣経済も発達する中で、*peregrini* がかわる取引における紛争解決を担う外人係法務官の設置と方式諸訴訟の創設とを契機に、諾成売買を初めとする契約に法的保護が与えられ、これらの契約の基礎を成すのがボナ・フィデースであった、というのが一般的な説明である⁵。とするならば、ボナ・フィデース要件自体にローマ市民権保有者等の規範意識が反映されていたとしても、その規範意識は

⁵ 林信夫論文（二・完）（註 2）270-281 頁。281 頁註 33 では、「即ち、諾成売買においては、誠意訴訟（*bonae fidei iudicia*）における方式書の *ex bona fide* 条項にも表現されているように、善意がその基礎をなしており、従って、諾成売買に関連している諸制度も、それぞれの特殊性に応じて現象の仕方が同じとはいえないものの、善意と結合していると推測されるのであって、かくして、買主のための使用取得における善意もその根は同じであると考えられるということである」と述べられている。

peregrini らが有する地中海商取引における商慣行からの影響を受けたものであったのではないか。あるいは、極端に言えば、外人係法務官の法廷では、伝統的なローマ市民権保有者等の規範意識とはまったく異なる規範意識に基づいて法的判断が下されていた可能性はないか（もしかすると、国際商事仲裁あるいはアテナイの「商業裁判 $\delta \acute{\iota} \kappa \alpha \iota \acute{\epsilon} \mu \pi \omicron \rho \iota \kappa \acute{\alpha}$ 」⁶のようなものを想定した方がよいのかもしれない）。さらに言えば、本論文が依拠するユーリアーヌス法文が書かれた紀元後 2 世紀に至るまでに、ボナ・フィデースに関わる規範意識がまったく変化しなかったとは考えづらいのではないか⁷。

⁶ 杉本陽奈子「紀元前 4 世紀アテナイの商業裁判に関する訴訟と証言」西洋史学 269 号（2020 年）1-17 頁を参照。

⁷ その意味では、ヴァチカン断片（自体がいつの史料なのかはともかく）におけるユーリアーヌスの見解の解釈にプラウトゥスの喜劇の前提をそのまま持ち込むことも問題があろう。なお、小林標『ローマ喜劇 知られざる笑いの源泉』中公新書、2009 年、355-363 頁によれば、プラウトゥスの喜劇が分類されるところのパリウム劇（ギリシア風衣装の喜劇）を含め、喜劇の創作は紀元前 2 世紀で終わり、プラウトゥスの喜劇の上演はキケローの時代にも行われていたが、その作品が残されたのは上演用としてではなく読み物として歓迎されたからであり、プラウトゥスの作品は語法の古風さが文学者の関心を呼んだとされる（紀元後 5 世紀に『クエロルス』なる、プラウトゥスの『黄金の壺』を模倣したと思われる（とはいえ散文の）作品が作られたが、これも上演用ではなく、少人数のグループでの朗読用と考えられている）。ユーリアーヌスの時代に『幽霊屋敷』がテキストとして読まれた可能性

第2部については、使用取得以外の占有者保護制度とプーブリキウス訴権、そしてそれらの機能に関して極めて簡潔に整理されている点を高く評価したい。その上で、いくつかの疑問点を列挙する。

まず、プーブリキウス訴権が使用取得の高いハードルを緩和するものとして登場した(106頁以下)とされているが、仮にそうであるとして、緩和することになった背景にはどのような事情があったのであろうか。また、全体の論旨とも関連して、「高いハードル」の一つであった期間の経過要件を撤廃した点にプーブリキウス訴権の意義があった、との主張については、ハードルが高いからこそ下げる意味がある、という暗黙の前提に立っているのではないか。プーブリキウス訴権の意義がその点にあるならば、盗品の使用取得禁止やボナ・フィデース要件といったハードルを下げる方が効果的であるように思われるが、そうならなかったのはなぜか。むしろ2年ないし1年という期間は、プーブリキウス訴権導入時には要件として有名無実化していた、すなわち高いハードルではなくなっており、それゆえに「撤廃」された、という可能性はないか。

次に、真の所有者からの所有物返還請求に対して、プーブリキウス「訴権」が抗弁として機能する、との叙述(110頁)は説明が不足しているのではないか。これは単に、所有物返還請求の提起者が真の所有者でなければ売却され引渡された物の抗弁が使えるが、真の所有者であれば使えない、ということではないのか。

さらに、プーブリキウス訴権をもってしても占有者が取引に関与

はあり、上演されていた可能性も否定できないが、そこで描かれた情景の背後にあるとされる意識が後世においてどこまで共有可能であったかについては、慎重になるべきであろう。

していない真の権利者に劣後することは、真の権利者の保護意識が強いことの現れであるとされるが（111 頁以下）、買って引渡しを受けた使用取得占有者が、取引に関与していない真の所有者に劣後するのは、具体的にどのような場合か、説明が必要ではなからうか。他人物売買が典型的と思われるが、真の所有者がまったく関知していないこともなくはないが、そればかりではあるまい。そうすると、真の所有者が売主の譲渡権限を事後的に追認する手筈になっていたが、売買契約の内容が真の権利者の納得するところでなく、追認が為されないため、市民法上の所有権を買主が取得できない場合、ということになるであろうか。

加えて、些末な点であるが、転得者保護について、使用取得が相対的構成と言えるのに対して、プーブリキウス訴権は絶対的構成であるとされ、後者は取引の円滑化のために法学者が認めたと説明される（115 頁以下）が、絶対的構成を採った場合に、どのようにして取引の円滑化が図られるのであろうか。それに関連して、「私がその地位を承継した *in cuius locum successi*」とは「私が買った」ということに限定して理解できるか。相続は考えなくてよいか。さらに、D. 6, 2, 7, 12 (Ulp. 16 ad edictum)⁸に登場する「欺き *dolus*」

⁸ 以下、本論文から適宜ラテン語原文と著者による翻訳とを抜粋する。

本論文 116 頁「D. 6, 2, 7, 12 (Ulpianus libro 16 ad edictum) : *In hac actione non oberit mihi, si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emptor, cui successi, dolo fecisset.*

学説彙纂 6 卷 2 章 7 法文 11〔評者：これは 12 の誤りか〕（ウルピアヌス、告示註解 16 卷）：「この [=プーブリキウス] 訴権において

(116 頁以下) とは何を指すのか。

本論文はボナ・フィデースを、例えばパウルスが D. 41, 4, 2, 17 (Paul. 54 ad edictum) ⁹で述べるような、単に他人物であることについての不知、とは解さないので、ここでも「欺き」は「倫理的要素・信義誠実的要素を含む」ということになろう。そうすると、本論文が倫理的・信義誠実的規範に反する例として挙げる、D. 41, 4, 7, 6 (Iul. 44 digestorum) ¹⁰にあるような、買主が売主の委託事務管

は、次の場合には私の妨げにならないだろう。すなわち、私はその地位を承継した者がボナ・フィデースで買ったときに、私が承継者でまた私が欺き (dolus) によって〔購入を〕なした場合である。：そして、私が承継した買主が欺きによって〔購入を〕なしたときに、私に欺きがない場合には、〔私の〕妨げになる。』

⁹ 本論文 115 頁「D. 41, 4, 2, 17 (Paulus libro 54 ad edictum) : Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.

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

¹⁰ 本論文 57 頁「D. 41, 4, 7, 6 (Iulianus libro 44 digestorum) : Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat: nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corruptit, quo vilius mercaretur, non intellegetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet: et si adversus petentem dominum uti coeperit

理人と共謀して不当に安価で購入した、ということが考えられようか。なるほど、「私が承継した」ところの買主（すなわち「私」の「前主」）がそのような「欺き」によって買った場合には、「私」は共謀に加担していない、という意味で「私に欺きがない」ということが言えよう。これに対して、「前主」に「欺き」がない場合に、「私が欺き (dolus) によって〔購入を〕なした」とはどういうことか。「私は」は「前主」を欺いて買ったということか（ここでも、「買った」場合に限定できるか）。それとも、「私」は「前主」の委託事務管理人として、「前主」に売った者を、「前主」の知らないところで、欺き、何も知らない「前主」から承継した、ということか。後者であるとする、と、「私」が「前主」を藁人形として利用

exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.

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

しているのを咎め立てしないようにも見え、そのことが「取引の円滑化」ということで正当化されるのであろうか¹¹、という疑問が浮かぶ。

第3部については、すでに上記の拙評で述べた点は繰り返さないこととする。その上で、盗まれた女奴隷の子の使用取得に関する法学者の諸見解についていくつか付言したい。

まず、ユーリアーヌスは使用取得の可否を、懐胎後の占有取得か懐胎前のそれかで区別している（143頁以下）が、その現実的な理由として、懐胎後については、生まれた子の父が女奴隷の主人である可能性は考える余地があるように思われる。それにしても、懐胎時がいつかは誰がどのように主張立証していたのであろうか。例えば子の出生時から逆算するにしても¹²、そもそも奴隷一人一人の誕

¹¹ いわゆる相対的構成・絶対的構成を論じる場合には、「善意」「悪意」で考えるが、それでも、悪意の転得者が善意の第三者を藁人形のように利用した場合には、信義則上、第三者性が否定されとの見解もあるところであり、「欺き」の場合はなおさらではないであろうか。

¹² 懐胎時の特定は嫡出推定との関係で古くから問題とされていた。ゲッリウス『アッティカの夜』3巻16項12は、十二表法にまで遡るこの問題について、ハドリアヌス帝がある法廷紛争において、昔の哲学者や医学者の見解を調べ上げた上で判断を下したことを伝えている。アウルス・ゲッリウス、大西英文訳『アッティカの夜 1』西洋古典叢書（京都大学学術出版会）2016年、221-222頁「さらに、人の出産に関して、書物に書かれているのを読んだ事例以外に、ローマで、次のような出来事があったことも、私は知った。善良、実直な性格で、貞潔さでは定評のある、さる女性が、夫の死後、十一月で子どもを産

んだが、まるで彼女が夫の死後に妊ったかのように、妊娠期間を理由に、彼女に対して訴訟が起こされたのである。その根拠は、十人委員会が制定した法に書かれていた。人は十ヵ月目で生まれ、十一ヵ月目には生まれないという一文であった。しかし、神君ハドリアヌスが、訴訟を審理し、胎児は十一ヵ月目にも生まれるという裁決を下した。この案件の裁決そのものを、私も実際に読んだことがある。その中で、ハドリアヌスは、昔の哲学者や医学者の見解を調べ上げた上で、その決定を下した、と語っている。」これに続いて、16 項 24 まで、この問題についての、ヒポクラテスら様々な人々の考え方をゲッリウスは伝えている。

Bruce W. Frier and Thomas A.J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, 2004, 300-301 は、上記のゲッリウスのテキストに加えて、下記の学説彙纂法文を挙げる。なお、D. 38, 16, 3, 11 は十二表法の文言を伝えていると解されている。

D. 1, 5, 12 (Paulus 19 resp.) : *Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.*

学説彙纂 1 巻 5 章 12 法文 (パウルス、回答録 19 巻) : 子が 7 か月で完全な形で生まれるということは、最も見識ある者であるヒポクラテスの権威のおかげで、今や受け入れられている。したがって、合法婚姻の開始から 7 か月目で生まれた者は嫡出子であると考えられるべきである。

D. 38, 16, 3, 11 (Ulpianus 14 ad Sab.) : *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.*

学説彙纂 38 巻 16 章 3 法文 11 項 (ウルピアヌス、サビーヌス註解

生日を記録していたのであろうか¹³。

次に、「ウルピアーヌスの矛盾」（148 頁以下）についてである。

14 卷)：〔父の〕 死後 10 か月を超えて生まれた者は法定相続人には加えられない。

D. 38, 16, 3, 12 (Ulpianus 14 ad Sab.): De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore videri natum, nec videri in servitatem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesium secundum diem esset manumissa.

学説彙纂 38 卷 16 章 3 法文 12 項 (ウルピアーヌス、サビーヌス註解 14 卷)：ところで、182 日で生まれた者について、次のようにヒッポクラテスは書き、神皇ピウスは神官団に勅答した、正当な時期に生まれたと解されるのであって、奴隷身分に生まれたとは解されない、その者の母が 182 日より前に解放されていたのであれば、と。

¹³ カール＝ヴィルヘルム・ヴェーバー著、小竹澄栄訳『古代ローマ生活事典』みすず書房、2011 年、262-263 頁によれば、少なくともローマとエジプトでは、アウグストゥス以降、嫡出子は役所に届け出る必要があり、マルクス・アウレリウス帝はこの出生登録簿を全属州とあらゆる法的身分の子どもにまで拡大した(参考文献として Hist. Aug. Marc. Aur. 9 が挙がっている)。父親は、子どもの誕生後 30 日以内に証書を発行してもらわなければならない、その原本は所轄官庁の公文書庫に保管され、控えが両親に渡された。その証書はローマ市民権の証明に役立てられた、とされる。これが正しいとすると、ユーリアーヌスの時代にはまだ(もちろんそれ以降もマルクス・アウレリウス帝の命令がどこまで実行されたかは定かでないが) 奴隷一人一人の誕生日を公的に記録していた可能性は低いと思われる。

本論文が指摘するように、ウルピアーヌスは、一方で D. 47, 2, 48, 6 (Ulp. 42 ad Sabinum)¹⁴において、「馬の仔が果実に該当するから」という理由で、「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・フィデーヌの買主の所有物となる」と論じた上で、「女奴隷の子は果実に数えられない」と述べて、馬の仔と女奴隷の子との取り扱いを区別している(138頁)が、他方で D. 47, 2, 48, 5 (Ulp. 42 ad Sabinum)¹⁵では、「懐胎中の女奴隷

¹⁴ 本論文 138 頁「D. 47, 2, 48, 6 (Ulpianus libro 42 ad Sabinum) : Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei meptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu.

学説彙纂 47 卷 2 章 48 法文 6 (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ただちにボナ・フィデーヌ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。」

¹⁵ 本論文 148 頁「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 pepererit, 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・フィデーヌの占有者の下で〔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は生じない。けれども、ボナ・フィデーヌの占有者の下

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」が、「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」ず、「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」とし、「最後に、この原則（原文では「同じこと idem」）は家畜の仔の場合にも適用される」と述べて、家畜の仔と女奴隷の子との取り扱いに区別を設けていない（148-149 頁）。

この「矛盾」について本論文では、①動物の仔が果実に含まれるかどうかについては法学者間に見解の相違があり、「ローマ人にとっての政策的配慮だった可能性」、②法学者の見解は「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」可能性、③「改説した」可能性が指摘されている（150 頁）。③改説については、Lenel の *Palingenesia*¹⁶ (Ulp. 2885) でも両法文は連続しているとされ、評者としては考えづらい。

これに対して①法学者間の見解の相違に近い考え方として、Lenel は脚註で、*Sabini haec esse suspicor et pertinere ad superiora Sabini verba.* と述べている。すなわち Lenel は、D. 47, 2, 48, 5 のう

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。』

¹⁶ Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis*. vol. II, Graz : Akadem. Dr. u. Verlagsanst., 1960, 1169-1170.

ち冒頭の Ancilla から bonae fidei possessorem までは、ウルピアーヌスではなくサビーヌスの言葉であり、sed in hoc 以下はこのサビーヌスの言葉に対するウルピアーヌスの註解である、と解している。さらに、Idem から in partu までは D. 47, 2, 48, 6 の冒頭に置かれるべきとし、その上で、これもサビーヌスの言葉であり、Ex furtivis 以下もこのサビーヌスの言葉に対するウルピアーヌスの註解である、との読み方を示唆している。そうすると、D. 47, 2, 48, 5 でサビーヌスは、懐胎している女奴隷が盗まれた場合も、盗人の下で懐胎した場合も、盗人の下で生まれたのであれ、ボナ・フィデーヌスの占有者の下で生まれたのであれ、子は盗物である、と述べ、D. 47, 2, 48, 6 では、これと同じこと (Idem) が家畜と家畜の仔にも当てはまる、と述べたことになる。これに対してウルピアーヌスは D. 47, 2, 48, 5 におけるその註解で、まず、ボナ・フィデーヌスの占有者の下で女奴隷が出産した場合には盗訴権は生じない、さらに (sed)、ボナ・フィデーヌスの占有者の下で懐胎し、かつ出産した場合には、子は盗物ですらなく、使用取得され得る、と異論を唱え、そして、D. 47, 2, 48, 6 では、女奴隷とその子に当てはまるのと同じことが家畜とその仔にも当てはまるか、という点でもサビーヌスの説に異論を唱え、馬から生まれた仔は果実に数えられるが、女奴隷の子は数えられない、との理由で、盗まれた馬から生まれた仔は直ちにボナ・フィデーヌスの買主に帰属するのが当然である、と主張していることになる。この点について本論文は、パウルス文 (D. 41, 3, 4, 19 (Paul. 54 ad edictum) および D. 41, 1, 48, 2 (Paul. 7 ad Plautium)) を引用し、「盗物である元物のボナ・フィデーヌ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」というルールが存在していた、と述べている(142-143頁)¹⁷。そのようなルールの存在を前提とすれば(もつとも、ウル

¹⁷ 本論文 142 頁「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 sint⁵⁰, quod verum est.

学説彙纂 41 卷 3 章 19 法文(パウルス、告示註解 54 卷):「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。」

「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

ピアースもそのようなルールを採用していたかどうか自体はなお論証を要するが)、これはこれで筋は通る。しかし、Lenel の言う通りの箇所がサビーヌスの言葉かどうか、証明する術は少なくともこれらの法文内には見いだせないように思われる。ウルピアースのサビーヌス註解の他の箇所とも照合して検討する必要がある。

他方で、私見では、②個別具体的な事例に対する解答であった可能性もあるように思われる。ここでは、(1) どのような場合に子は盗物となるか、(2) ボナ・フィデースの買主を相手方とする盗訴権が生じるか、(3) 子がボナ・フィデースの買主に帰属するか、帰属するとして直ちにか、それとも使用取得をもってか、という問題が議論されている。採録元であるサビーヌス註解 42 巻は「盗について De furtis」の巻であるとされていることからすると、「同じこと idem」とは盗に直接関係する問題、すなわち (1) と (2) のみを指示しているのではないか。すなわち、事例に応じて、女奴隷の子と動物の仔を同じように扱うべき場合もあれば、異なった扱い方をすべき場合もある、ということではないか。

さらに、「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」という事例について、ユリアース文 (D. 41, 4, 10 (Iul. 2 ad Minicium)) が使用取得を肯定するのに対して、パウルス文 (D. 41, 3, 4, 16 (Paul. 54 ad edictum)) はサビーヌスとカッシウスと共に使用取得を否定することを¹⁸、本

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。」」

¹⁸ 本論文 146 頁「D. 41, 4, 10 (Iulianus libro secundo ad Minicium) :

論文では前提となる見解の相違として説明している。すなわち、「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

Servus domino ancillam, quam subripuerat, 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。』」

本論文 156-157 頁「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 卷) : 「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。』」

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」、ユーリアーヌス (D. 41, 3, 33 pr. (Iul. 44 digestorum)) が「法の理によって」と表現する「何らかの政策的考慮が働い」たために、「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」(147 頁)。これに対して、サビーヌス、カッシウス、パウルスによれば、ローマ法上「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、主人にも奴隷の占有の瑕疵が影響」し、「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」(158 頁) と本論文は述べる。

しかし、続く D. 41, 3, 4, 17 (Paul. 54 ad edictum)¹⁹では「主人

¹⁹ 本論文 157 頁「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 卷) : 「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。」

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」た事例であり、「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」にもかかわらず、パウルスが使用取得を否定している。これについて本論文は、「パウルスは使用取得の主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」と説明している。

そのような理解を否定するつもりはないが、他にも、奴隷ないし第三者（おそらくその奴隷の関係者）が解放の対価として盗品である奴隷を主人に交付すること自体が、著者の言うローマ人の取引通念・倫理観に反するとされた、と考える余地はないか。

最後に、*usucapio pro suo* について（159 頁）は、本論文でも今後の検討課題とされており、詳細に検討することは控えたい。ご関心があれば拙稿を参考にいただければ幸いである²⁰。

²⁰ 宮坂「*usucapio pro suo*」（註 1）、特に 151-155 頁。拙稿の論旨のみ挙げるが、「トラーディティオの正当原因に基づく *possessio* に共通して含まれる、*dominus* として使用収益処分を行うという意思が、*possessio* を *pro suo* と評価し得る要素であり、パウルスが D. 41, 10, 2 (Paulus libro 54 ad edictum) で述べるように、これは「*possessio* の原始取得にも当てはまることは明らかである。そして、パウルスは D. 41, 2, 3, 4 (Paulus libro 54 ad edictum) で、「我々は同じ物を複数の *causa* に基づいて *possessio* することができる。例えば次のように考える者たちがいる。*usucapio* した者は、*pro emptore* でも *pro suo* でも *possessio* する、と。」と述べており、*pro suo* とそれ以外の *pro-Titel* とは排除し合わない。それゆえ、購入された女奴隷から生まれた子については、*usucapio pro emptore* が主張されることも、*usucapio pro suo*

以上、ただひたすらに疑問点を列挙したに留まり、書評の体を為していないが、これらの疑問は著者に向けられていると同時に、評者自身ならびに読者に向けられたものでもある。本論文の結語にあるように、「ローマ人にとって「ローマ市民法上の所有権」が持っていた意味をわずかながらでも探っていく」ことが、ローマ法研究者に課せられた使命であると同時に、ローマ法研究の醍醐味であるとも言えよう。

以上

が主張されることもあったと考えられる。