

本誌創刊号における板持研吾氏の書評（拙稿対応部分）への応答

宮坂 渉

本稿が「応答」する板持研吾氏（以下、評者）の書評（以下、「書評」）は、本誌創刊号 89-162 頁に掲載された「U. Babusiaux, M. Igimi (eds.), Messages from Antiquity」の一部であり、その 109-124 頁に相当する。「書評」は同書の 75-105 頁に所収の拙稿「Corpus ex distantibus in Roman Law. A Basis for Floating Lien in Japanese Law」（評者が「ローマ法における「集合物」(corpus ex distantibus) —— 日本法の集合動産譲渡担保の基礎」と訳してくださった）を対象として書かれている。

「書評」は拙稿を 4 つの部分に分けて、各部の内容を要約しつつ適宜脚註で問題点を指摘し、最後に評者のコメントを付す、という構成を採っている。特に、註 34（「書評」109 頁）において、「本論文のトピックは日本法の英語化が大変に難しく、日本語と日本法を念頭に置いて読める読者には難しくなくとも、英語のみで理解しようとするると困難を生むであろう表現が本論文には頻出する」として、拙稿の英語の拙さをつぶさに指摘しており、英米法に疎い筆者にはたいへん勉強になったこと、評者に厚く御礼申し上げたい。

以下、本稿は、まず総論として評者のコメントに応答した上で、各論として「書評」脚註における指摘に可能な限り対応したい。

「(2) コメント」において、評者は拙稿の主張を「日本法は倉庫在庫などの流動的な集合動産に関して、その構成物の変化を許しつつ集合物それ自体に対して担保を設定して信用供与するという実務上のニーズがあるにも拘らず日本法は理論上の問題を抱えて

いる。ローマ法はこれにうまく対処していたのであり、これを参照すれば現在の日本の問題も解決できる」とするものである」と要約し、「ローマ法をある意味で母法と見つつ、ある意味で比較法研究の対象と見る手法が取られている」と評価している（「書評」122 頁）。その上で、「日本法が集合動産担保に対応できていないという根拠として民法 85 条に定められる「物」の定義が集合物を含み得ないものになっているというが、しかしだからこそ 1979 年の最高裁判決が種類・場所・品質の幅などによってその範囲が特定できるなら集合動産譲渡担保が可能である、と示して一応解決し」、「債務者が営業上、担保設定後にも倉庫等に商品等を仕入れまた販売したいというニーズについても、2006 年判決が通常の営業の範囲内において可能とし」、「学説上も、流動的な集合動産を譲渡担保の対象とする場合には取引上の一体性ないし経済的な一体性が必要であると最高裁が示したものと理解されている」のであって、「日本法が対応できていない、という問題設定は、これらの最高裁判例を紹介することによって、筆者自ら解決済みにしてしまっていないか」と指摘する。また、「理論上または実務上の問題が残っている」としても、「単に最高裁判決以前には 85 条が障壁になっていた、というだけでは、判例理論のどこに問題が残っているかを示したことになる」と述べ、例えば動産譲渡登記制度について、「譲渡担保構成を用いるので「譲渡」の登記となってしまう、譲渡担保なのか純粹譲渡なのか判別できない、など」の問題があるにもかかわらず、拙稿で何ら言及されないことを指摘する。さらに、「ローマ法の理論がなぜ、どのように現行日本法の改善に役立つかということについて論証がなく、抽象的にローマ法を見ると日本法に役に立つと言う

にとどまっている」として、「本論文は、例えば *grex* の扱われる場面として①*usus fructus* の対象となること、②*rei vindicatio* の対象となること、③*usucapio* の対象とならないこと、④*pignus* の対象となること、を述べる」が、「例えば①について、日本で流動的な集合動産について、その果実ないしキャッシュ・フローに対する権利の設定についてニーズがあるかについて是とも非とも述べていないし、それを実現する手段がないまたはあっても大きな問題を抱えているということも述べない」し、「④については集合動産の担保から導入した本論文の趣旨には合うものの、*grex* の質権設定が可能であったことを述べるだけであり、日本でも判例によって集合動産譲渡担保が認められることとなっているので、両者を丹念に比較しなければ得られるものは少ない」と評する（「書評」123-124 頁）。

表題にあるように、拙稿は古代ローマにおける「集合物」概念の検討を出発点としている。他方で拙稿の基礎となった報告を含む 2016 年 2 月のシンポジウムの副題「How can Roman law contribute to current debates in law?」が示すように、日本で「集合物」が問題となる一例として集合動産譲渡担保に触れている。もっとも、史料上、古代ローマにおいて「集合物」が問題となるのは上記の通り担保法に限られず、その意味で焦点がぼやけてしまっている。その上で、指摘の通り、拙稿では日本法の理論的な問題点の析出が不十分であった。そこで補足すると、まず判例理論の限界と理論上の問題点については、「集合物論」と「分析論」との間の議論が挙げられる。例えば商事法務研究会「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」2021 年<sup>1</sup>、31-35 頁は、「第 3 集合動産・集合

---

<sup>1</sup> <https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/dou-tanpohousei> に掲載。

債権の担保化」において、集合動産譲渡担保の法制化に関する考察の中で、いわゆる「集合物論」と「分析論」との間の議論にも言及している。すなわち、判例および通説が採用する「集合物論」が一つの「集合物」の上に一つの所有権（すなわち譲渡担保権）の成立を肯定するのに対して、「分析論」は民法85条の解釈として「集合物」という「物」概念を認めず、所有権（すなわち譲渡担保権）は個々の動産の上に個別に成立する、という考え方の違いがあり、その違いは、対抗要件を備える時期の違いとなって現れる他、設定者の危機時期以降に個々の動産が集合物に組入れられた場合に、否認や詐害行為取消しの対象になるか否か（「集合物論」であれば対象とならないとされる）という問題とも関連しており、「実益のない理論レベルだけの議論だけではないといわれている」<sup>2</sup>。この問題の根本には、担保物権と所有権との違いがある、すなわち、「担保物権であれば、主物・従物、集合物、財団等複数の物や財産を一つの目的物（財産）として、その上に一つの担保物権の成立を認め、個々の動産にはその「効力が及ぶ」に過ぎないものと法的に構成することができる」（その例として抵当権がある）が、「譲渡担保では「担保」を原因としつつも「所有権の移転」という形式を採るため、所有権という形式に拘泥して個々の動産ごとの所有権だけしか認めないか、または、担保という実質を重視して特殊な所有権であり担保に等しい扱いを認め、複数の物の上に一つの所有権の設定・移転

---

<sup>2</sup> 平野裕之「集合動産譲渡担保法理をめぐる判例法の検討：二〇一三年日中韓担保法研究会報告」法學研究：法律・政治・社会（慶応義塾大学）87巻4号（2014年）1-29頁、10頁。

を認めるか」が議論されることになる<sup>3</sup>。これに対して、古代ローマでは「所有権の移転」という形式を採らずとも集合物への非占有担保権設定が認められている。そうであれば、日本でも「所有権の移転」という形式を採らない集合物への非占有担保権設定を認めるべきである、という議論を提起できるのではなかろうか。また、そのことを通じてこそ、「譲渡構成が行われる（行われざるを得ない？）日本法の特殊性が」浮かび上がるのではなかろうか<sup>4</sup>。

---

<sup>3</sup> 平野（前掲註 2）11 頁。

<sup>4</sup> なお、評者が指摘する、集合動産譲渡担保の公示と動産譲渡登記制度とについては、例えば、継続的な売買契約において目的物たる金属スクラップ等の所有権が代金完済まで留保されたが、買主がその金属スクラップ等を含む在庫製品等に集合動産譲渡担保権を設定し、動産債権譲渡特例法 3 条 1 項に規定する登記も備えた事案で、譲渡担保権者は売買代金が完済されていない金属スクラップ等につき売主に譲渡担保権を主張できないとした最高裁判決（最判平成 30 年 12 月 7 日民集 72 卷 6 号 1044 頁）が興味深い。本判決は「継続的売買の目的物に所有権留保が付された場合、その代金が支払済みであることを識別するリスクおよびその主張・立証責任は、譲渡担保権者が負うことになる点」に配慮して所有権留保の成立範囲を限定している（松尾弘「継続的売買の目的物に付された所有権留保特約と集合動産譲渡担保権の優劣」法学セミナー 775 号（2019 年）118 頁）ものの、譲渡担保権者がリスクを負うことにより「本件最判を契機として、在庫品には所有権留保特約が付されることが一般化するならば、譲渡担保権者は所有権留保の存在を織り込んで、担保目的物の在庫管理を強いられることになる」（小山泰史「在庫商品を目的とする所有権留保と流動動産譲渡担保の競合」論究ジュリスト 29 号（2019 年）170-178 頁、176 頁）との

次いで「書評」は、日本法の観点から拙稿で論じ得た（にもかかわらず論じられなかった）問題点として、「例えば集合物への担保権の公示方法はようになっていたか」、「債務者が債務不履行に陥った場合に、どのように担保権を実行するか」等を挙げている（「書評」123-124 頁）<sup>5</sup>。指摘の通り、「史料上の限界」もあってすべてに応答することはできないが、上記の 2 点について付言したい。

まず、非占有担保権の公示については、その方法が発達せず、「時において先んじる者がより良い権利を有する *prior tempore, potior iure*」ことが原則とされていた<sup>6</sup>。次に、担保権の実行一般について

---

問題が指摘されている。動産に対する非占有担保権設定が公示されない以上、必然的に生じる問題であり、現在の登記制度の限界を示しているとも言える。結果として、譲渡担保権者はその設定時に先順位担保権者がいないかを確認することが求められており、非占有担保権の公示制度が発達しなかった古代ローマでも同様ではなかったかと思われる。

<sup>5</sup> 註 42（「書評」111 頁）にも、「動産譲渡登記の制度が用意され、動産の譲渡についての公示方法が導入され」たことに拙稿が言及していない、との指摘がある。

<sup>6</sup> 船田享二『ローマ法』第 3 巻 696 頁、史料としては C. 8.17.3: Ant. a. Varo. Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure. a 213 pp. v id. Oct. Antonino a. iiii et Balbino cons.

勅法彙纂 8 卷 17 章 3 法文「正帝アントーニーヌスがウァルスへ宣旨する。君が農場を担保物として受け取った場合、それがレース・プブリカのために担保権が設定されるよりも前であったならば、君は時

はガイウスが Gai. Inst. 3.79 でその手続を伝えており<sup>7</sup>、他方でスルピキウス家文書からも、競売の実行予定日が競売公示の文書を最初に掲示した日から 30 日目に設定されていたことが明らかとなっているが<sup>8</sup>、*grex* についても同様の手続に服したのではないかと推

---

において先んじているのと同様に、権利についてもより良い権利を有する。213 年 10 月 11 日、アントーニヌスが 4 回目、バルビヌスが 1 回目のコンスルの年に掲示する。」

<sup>7</sup> Gai. Inst. 3.79: Et si quidem uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si uero mortui, per dies XV postea cubit conuenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona ueneant. itaque si uiui bona ueneant, in diebus X legem bonorum uendundorum fieri iubet, si mortui, in dimidio. diebus tandem uiui bona XXX, mortui uero XX emptori addici iubet.

ガイウス『法学提要』3 卷 79 節：存命中の者の財産が売却される場合、その財産は継続して 30 日間、これに対して、死者の財産の場合は 15 日間占有され公示されることを法務官は命じる。その後、法務官は、債権者たちが集まり、そのなかから管財人、すなわち財産を売却する者を選出するように命じる。そして、存命中の者の財産が売却される場合、売却される財産の目録は 10 日以内に、死者の財産の売却はその半分の期間内に作成されるように命じる。存命中の者の財産は 30 日以内に、これに対して、死者の財産は 20 日以内に買主に引き渡されるように命じられる。

<sup>8</sup> 例えば TPSulp. 85 がそれを示している。

pag.2

Ti(berio) Claudio Caesare Aug(usto) V||L(ucio) Calventio Vetere  
co(n)s(ulibus)||III non(as) Octobr(es).||Puteol(is) in foro in porticum

(!) Augusti||Sextiana in parastatica libellus||adfixus fuit, in quo scriptum erat||id quod infra scriptum est:|"Homo Felix, homo Carus, homo||Ianuarius, mulier Primigenia,||mulier Primigenia iunior,||puer Ampliatus, quae mancipia||M(arcus) Egnatius Suavis C(aio) Sulpicio|| pag. 3

Cinnamo f(idei) f(iduciae) c(ausa) HS n(ummo) I pro HS XXVI mancipio||dedit dicebatur,||ven<i>b(unt) pr(idie) idus Octobres primas Putiolis||in foro ante chalcidicum Caesonian(um)||h(ora) III.||Fiducia proscribi coepta est ex XVII k(alendas) Octo(bres)||Ti(berio) Claudio Caesare Augusto V||L(ucio) Calven[t]i[o] V[etere co(n)]s(ulibus)".

ティベリウス・クラウディウス・カエサル・アウグストゥスが 5 度目の、ルーキウス・カルウェンティウス・ウェトゥスがコンスルの年、10 月ノーナエの 3 日前。〔51 年 10 月 5 日〕

プテオリの広場にあるアウグスティ・セクスティアーナ柱廊の直立柱に文書が添付された、そこには以下に書かれていることが書かれていた。

奴隷フェリクス、奴隷カルス、奴隷ヤヌアリウス、女奴隷プリミゲニア、女奴隷小プリミゲニア、少年奴隷アンプリアートゥスが、これらの奴隷を、マルクス・エグナティウス・スアウィスがガイウス・スルピキウス・キンナムスに信託を原因として、26000 セステルティウスのために、1 セステルティウス硬貨でマンキピウム権に与えた、と言われたが、次の 10 月イードゥースの前日〔51 年 10 月 14 日〕にプテオリのカエソニアヌスの〔バシリカの〕張出し玄関の前の広場で第 3 時に売られることになる。

信託の掲示が開始されたのは、10 月カレンダエの 17 日前、ティベリ



測される。もっともその場合、財産目録をどのように作成したのか（頭数をすべて数えるのか）、所定の期間内に引渡しを終えることができたのか（本論文でも述べた通り、群れは季節に応じて牧草地から牧草地へと長距離移動することもあり、遠隔地にいた場合には間に合わないことも考えられる）等の問題が残る。

さらに「書評」は、拙稿が「哲学的・社会経済史的背景を理解することの重要性」を述べるものの、「日本に関してはほとんど示されない」と指摘し、「日本で流動的な集合物に関する担保設定のニーズがある社会経済史的背景は何か」という疑問を呈する。また、「民法 85 条の「物」や判例理論における集合物の哲学的背景」が何であって、「なぜそれに比してローマのそれが参考になるのか」と問う。

前者の疑問への応答は筆者の現在の能力の限界を超えており、今後の課題とさせていただきたい。さしあたり、戦前日本の長野県諏訪地方の繭担保金融について論じる金城亜紀「第十九銀行の製糸金融における倉庫の役割」経済論叢（京都大学）189 巻 4 号（2016 年）39-55 頁、中世以来の日本の非典型担保物権（買戻特約付売買、売渡担保、譲渡担保）について論じる池田雄二「所有権移転型担保の生成・展開史が示唆する担保制度設計における視点」法と経営研究 3 号（2020 年）63-90 頁、をはじめとする両氏の諸論稿を参照していただきたい。後者も、「現行民法が「物」（民 85 条）から「無体物」を排除したのは、正当な態度である」と述べる水津太郎「民法

---

ウス・クラウディウス・カエサル・アウグストゥスが 5 度目の、ルーキウス・カルウェンティウス・ウェトゥスがコンスルの年。〔51 年 9 月 15 日〕

体系と物概念」(吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』商事法務、2014年、62-84頁に所収)をはじめとする諸論稿から学びつつ、今後の課題とさせていただきたい。

それでは以下、「書評」脚註で指摘された個別の点に応答する。

註 35 (「書評」109-110 頁) は、拙稿が「集合物」とその担保化に注目しているが、集合物といっても、拙稿が主として論じる流動集合動産と、流動的でない集合動産とがあり、その区別が明確でない、と指摘する(註 41 (「書評」110 頁) も同旨)。また、註 37 (「書評」110 頁) は、拙稿が譲渡担保の例として挙げたのはいわゆる売渡担保であり、狭義の譲渡担保とは異なる(池田氏の上記論稿 75 頁によれば、「売渡担保は、買戻特約(民法第 579 条)あるいは再売買予約権付(第 556 条) 売買の名義で所有権を移転するが、その際の売買代金は既存債権等と相殺するので、売主買主に債権債務関係が残らない」が、(狭義の) 譲渡担保は「既存債権を消滅させずに、目的物所有権を債権者に移転する」点で異なる) が、拙稿は両者を厳密に区別せずに mortgage と表現している、と述べる。さらに、註 39 (「書評」110 頁) は、譲渡担保を利用するメリットとして抵当権実行手続を回避できることを拙稿は挙げているが、これは不動産譲渡担保についてのみ当てはまるのであって、拙稿が焦点を当てる動産譲渡担保については、質権では「債務者が目的物を手元において事業に活用することができ」ないというデメリットを回避できる、と説明するのが一般的である、と指摘した上で、「英米の場合には mortgage は原則として裁判所での実行手続(受戻権喪失手続 foreclosure) があり、この点、mortgage と訳してしまっていることから、「正式な実行手続を回避できる (can avoid formal

enforcement procedure)」との表現に英米の法律家は混乱するかもしれない」と述べている。

いずれの指摘も至当であると共に、改めて外国語で日本法を紹介する際に注意すべきことを示唆している点でも有益である。

註 47 および註 48 (「書評」112 頁) は、拙稿が日本の「譲渡担保」を問題にするのであれば、比較の対象として、古代ローマの *fiducia cum creditore* を検討するメリットがあるところ、拙稿が、そこで扱うのが主として *res nec mancipi* であること、ユスティニアヌス法典では *fiducia* に関するテキストがインテルポラティオの対象となっている可能性があることを理由として、検討の対象としていないのは、「悪い選択だったのではないか」(註 74 (「書評」124 頁)) と指摘する。

拙稿は古代ローマにおける「集合物」概念の検討を主眼としており、上述したように「譲渡担保」は日本法との対比におけるその一例に過ぎない。拙稿の問題意識は (もちろん「書評」の指摘を得て改めて気づかされた部分大きい)、古代ローマでは、譲渡担保などなくても動産に対する非占有担保権は維持し得たのであって、なぜ現代日本はそこまで譲渡担保にこだわらざるを得ないのか、という点にある。確かに、「譲渡担保」自体を問題とする場合には *fiducia cum creditore* を比較対象とするメリットが大きい点に異論はない。もっとも、ヒツジやウマであれば有体物であり *res mancipi* であるが、群れ *grex* は無体物である。Gai. Inst. 2.17 によれば、無体物であるものは、農業用地役権を除いて、ほとんどすべて *res nec mancipi* であるとされた。 *res nec mancipi* であれば、*fiducia cum creditore* の対象とはし得ないことになる。無論、ガイウスの記述

の妥当性自体が検討の対象となり得るし、*grex* は *res nec mancipi* である、と述べる法文が見つかるわけでもないが、議論が込み入るように考え、検討対象から外した次第である。*fiducia cum creditore* は今後の検討課題としたい<sup>9</sup>。

註 49（「書評」112-113 頁）は、拙稿が群れの遺贈について紹介する箇所、*Pomp. D. 30.22*<sup>10</sup>を引用し、「群れそのものが遺贈されたが、遺言者の存命中に群れに属する家畜が死亡してその数が減少したり、数頭が補充されてその数が増加したりした場合でも、その

---

<sup>9</sup> なお、前掲註 8 に挙げた文書こそ *fiducia cum creditore* の実例であるが、管見の限り、スルピキウス家文書においてこれが登場するもう 1 例は *TPSulp. 90* であり、その目的物も女奴隷であって、集合物を目的物とする例は見当たらない。

<sup>10</sup> *D. 30.22 Pomp. 5 ad Sab. : Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri: et si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse: quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari.*

学説彙纂 30 卷 22 法文（ポンポーニウス、サビーヌス註解 5 卷）群れが遺贈されたが、遺言者の存命中に何頭かの家畜が死亡し、それらの代わりに何頭かが補充された場合、その群れは〔元の群れと〕同一であると解される。もし群れの家畜の数が減少して、例えば一頭の牛だけが生き残った場合、たとえ群れであることを止めたとしても、その一頭は *vindicatio* されることができる。遺贈されたインストラが焼け落ちた場合に、敷地が *vindicatio* されることができると同様である、と。

群れは元の群れと同一であり、受遺者は相続人を相手方としてその群れを *vindicatio* することができる」と述べたのに対して、ここで法文が「遺言者の存命中に *vivo testatore*」と言うのは、「ローマ相続法では遺言による遺贈対象物の特定は遺言作成時に発効するのだろうか。それとも単に、遺言者の死亡により遺言が発行〔ママ〕した際に、遺贈対象とされた物を特定するに際して遺言解釈を行うときに、遺言作成時に特定したものと見る場合にこのような問題がありうる、ということか」との疑問を提起する。

物権遺贈の目的物は、不代替物の場合、遺言作成時及び遺言者死亡時に遺言者に属することが必要とされる<sup>11</sup>。これを原則とすると、遺言者が遺言作成後存命中に群れを構成する家畜が死亡し、何頭かが補充されると、補充分は遺言作成時に遺言者に属していなかったことになり、遺贈の対象から外れる、すなわち *vindicatio* の対象とならない、という可能性が出てきてしまう。ポンポーニウスは、群れは群れで同一であるとして、その可能性を否定したものと考えられる。「書評」が別途指摘するように、遺言者死亡時点と遺贈実行の間に群れの構成が変わる点は別途問題になったはずであるが、目的物の範囲は遺言者死亡時に確定するのであるならば、実際に問題になるのは、遺言者死亡後に群れの頭数が減少していた場合に、その損失分を遺贈義務者が受遺者に対して負担するのか、さらに相続財産占有者がいる場合に遺贈義務者たる相続人が賠償を請求し得るのか、ということではなかろうか。

続いて拙稿が、Ulp. D. 6.1.1.3 が伝えるポンポーニウスが群れ自

---

<sup>11</sup> 原田『ローマ法』413節、船田『ローマ法』4巻768節（Gai. Inst. 2.196を挙げる）。

体の *vindicatio* を認めたことを前提として、Paul. D. 6.1.2 によれば 2 人がそれぞれ群れにおいて等しい頭数 *par numerus* を有する場合に、どちらも群れ全体を *vindicatio* することも、その群れ全体の 2 分の 1 を *vindicatio* することにもならない、と述べているところ、例えば 2 人の所有者が 100 頭の群れにおいて 50 頭ずつ所有している場合に、パウルスが群れの *vindicatio* を否定しているようにも見えるが、ここで注目すべきは *vindicabit* という未来形であり、*vindicatio* が行われた結果、群れ全体が 1 人の手中に帰するのではなく、2 人がその群れ全体の総数の半分ずつを手にするのでもない、という状態を指し示しているとして、例えば 2 人がそれぞれ等しい頭数（例えば 40 頭ずつ）に対する所有権を有し、さらに第 3 者（少なくとも、あるいはそれ以上）が、先の 2 人がそれぞれ有する頭数に等しくない頭数（例えば 20 頭）に対する所有権を有している場合を想定するのに対して、註 50（「書評」113 頁）は、そのような読み方は難しいとして、「二人が半分ずつの割合であれば全体について（取戻しの対象となる意味での）群れが成立しない、または群れが成立するけれども権利行使できる持分権者がいない」との準則を前提として、「*partem dimidiam totius eius*」をいずれかに分けることは、もはや（元の集合物の過半数として把握しうる）群れを分解することになり、やはり一つの群れとしての取戻しはできない」のであって、「現代でも会社株式が A と B に各 50% で保有されている場合、いずれも会社の決定を単独ではなしえず、会社資産を半分に分ける決定も（単独では）なしえない」と同じではないか、と提案する。

筆者は執筆時、「まず過半数を占めれば群れの取戻しをできる」

が、2分の1ずつではできない、という準則が（かりに存在し、ここで適用されているとして）なぜに適用されるのかが理解できず、特殊な事例を想定せざるを得なかった。60頭対40頭の場合と何が違うのか、という疑問に囚われていたためである。指摘を受けて、現代のように、ある会社の株式の50パーセントずつを保有する株主同士は、お互い単独では会社の決定を成し得ない、という状況でもあり得ることは理解できた。なお、註釈 *Glossa* では、①（上記の考え方に近い論拠として）集合物は、ヨリ小さい部分や等しい部分についてではなく、ヨリ大きい部分について認められるべきであり、群れをウィンディカーレすることができるのは、群れ全体の持ち主か、ヨリ大きい部分の持ち主であるから、という論拠の他に、②ここで言われている「等しい数」とは例えば5頭ずつであり、それは群れを成り立たせる数ではなかったから、③共有物としてではなく、偶然に混ざり合っているに過ぎないから、等が挙げられている。残る問題は、群れの事例で、そのような準則を前提に両当事者の持分が2分の1ずつとなっている理由である。両当事者が共同で群れを購入し、敢えて持分を2分の1ずつとし、お互いを縛り合うこともあり得ようが、被相続人が群れを相続財産として遺し、2人の相続人が持分2分の1ずつでこれを法定相続した場合を考えたい。被相続人としては群れの細分化は望ましくないと考えていたのかもしれない（適切でないかもしれないが、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に分割請求権を否定していた森林法186条を違憲とした、最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁を想起した）。いずれにせよ、共有関係の解消は共有物分割請求訴権 *actio communi dividendo* あるいは家産分割請求訴権 *actio familiae*

erciscundae によれば可能であったが、これらの訴訟の審判人は訴訟当事者に財産が帰属することについて裁定する権限が付与された（裁定 *adiudicatio* の権限付与）。これを回避すべく当事者が *vindicatio* を提起しようとし、パウルスがこれを妨げた、とも考えられようか。

註 52 および註 53（「書評」114 頁）では、*Marc. D. 20,1,13 pr.* が、群れに関して非占有担保物権が設定可能であり、群れを構成する個体が担保権設定時の個体とすべて入れ替わったとしても担保権は消滅しないことを伝えているところ、ここでは *pignus* が問題となっており、*pignus* は「担保権設定者から担保権者に対して（占有だけでなく）権原が移転されない類型」であるから、「比較の対象ないし（ありうべき）母法としてローマを見るという観点からは遠ざかってしまう、のではないだろうか」と指摘し、むしろ「アメリカの統一商事法典第 9 編（*UCC Art. 9*）」や拙稿が触れている「フランス商法典の新制度」「にこそむしろ *grex* に係る担保権の後継を見出すことができそうに思われ」る、と提案する。また、「非占有担保であることを強調するためであろうが、筆者は *pignore* をすべて *to hypothecate* と英訳しており、その意向に照らせば「抵当権」と訳す方が日本法からの類推はしやすい面もあるかもしれないが、日本法から見て動産には抵当権は設定できないので、どうせ対応物がないのであれば直訳の方が原語も意識しやすいと思われ、評者はここではラテン語の原語の方に揃える」とも述べている。

筆者は、上述のとおり、動産に非占有担保権（あるいは抵当権）が設定できないため、譲渡担保を用いざるを得ない、という点に日本法の問題があると考えている。むしろ競って権原こそを掴みに行



っているように思われる。その意味で、指摘のようにアメリカやフランス、遡れば古代ローマでできたことがなぜ日本でできなかったのか、という点が正に議論されるべきである。その場合、*pignus* を「質権」と訳してしまうと、日本語理解者は担保権者への占有移転をイメージしてしまうため、それは望ましくないように思われる<sup>12</sup>。UCC 第 9 編やフランスの担保法制については、池田真朗・中島弘雅・森田修編『動産債権担保 比較法のマトリクス』商事法務、2015 年所収の各論稿から学ぶこととしたい。

註 58（「書評」116 頁）で問題となるのは、Pomp. D. 41.3.30.2 が群れの *usucapio* は認められないとしている理由を、拙稿が、*usucapio* の客体は *possessio* の客体でなければならず、*possessio* の *causa* を有するのは *corpus* 単体である個々の動物だけであり、*corpus* 単体の集合体であり、それ自体が *corpus* である *corpus ex distantibus* それ自体が *possessio* の *causa* を有しないのは、これを有すると認めると、*corpus ex distantibus* それ自体の *possessio* の *causa* と、*corpus ex distantibus* を構成する個々の *corpus* 単体の *possessio* の *causa* とが矛盾することがあり得るからである、と説明し、例として、群れ全体が遺贈された後で、一頭が買われてその群れに加えられた場合、受遺者は一方で遺贈された群れ全体を *possessio pro legato* し、他方で後に買われた一頭を *possessio pro*

---

<sup>12</sup> 註 53（「書評」114 頁）でも「*grex* の占有は成立しないとされているが、占有できないものについて *pignus* の対象とすることは可能なのか」との問題を提起しているが *pignus* = 「質権」 = 占有移転という考え方に囚われるべきではないと思われる（もっとも、落ち度はそのように明記していない拙稿にある）。

emptore することはあっても、後に買われた一頭の *possessio* の *causa* が *pro legato* であり、かつ *pro emptore* であることはあり得ない、と述べている点である。「書評」は、「本論文は、矛盾する場合には個物の占有原因を見なければならぬというが、矛盾しない場合について述べない」のであって、「本論文の解釈として、「矛盾する場合がありますので、*corpus ex distantibus* についてはおよそ占有が認められず、したがって時効取得もない」との主張と読むべきかもしれないが、そうであれば「*grex* が売買の対象となる場合には、買主は時効取得に繋がりうる占有原因を *grex* に対して有するということになりうるのではないか」との疑問を提起する。

指摘のとおり、実際に「買い足し」が起きるかどうかはともかく、起きれば群れの占有と群れに加わった個体の占有とは「矛盾する」ので、「*corpus ex distantibus* についてはおよそ占有が認められず、したがって時効取得もない」という趣旨である。このことは「*grex* が売買の対象となる場合」も同様である。売買の後、個体が遺贈されて群れに加わる可能性がある。それゆえ、「*Grex* はそれ自体として売買の対象とならない」とまで考える必要はないように思われる（指摘のような矛盾が生じるからである）。

註 59（「書評」117 頁）は、上述の「時において先んじる者がより良い権利を有する」との原則の例外として、Ulp. D.20.4.5 および Ulp. D.20.4.6 pr.-1 を、拙稿が、「備船契約上の船舶賃借料の支払いに供するために積み荷を担保に融資を受けた場合、当該融資を行った債権者は積み荷に関して船主＝債権者よりも優先権を得る」と解していると述べた上で、ここでは「備船の場合において、積み荷の保全や航行＝運送を実現するために融資され、積み荷が担保に

供された場合には、当該債権者は債権・質権設定が時間的に遅れていても積み荷に関して優先される、と言っているのではないか、「要するに当該ビジネス（海上運送等）が利益を上げる活動をするために必要な資金を調達するために設定された担保権については特に優先する、それによって経営難においても運転資金を調達しやすくしてすぐに破綻せずに済むようにする、という政策的配慮」が示されているだけではないか」と指摘する。

D.20.4.6.1には *vel ut salvae fiant vel ut naulum exsolvatur* とあり、積み荷の保全に加えて、船舶賃借料の支払いを目的とした融資も優先されることが述べられていると解した次第である。賃料の支払いも結局はビジネスに必要な資金調達に含まれる、と解するのであれば、ご指摘の趣旨もあり得ると考える。もっともその場合、この「政策」をウルピアーヌスが近衛長官として自己の判断で策定したのか、皇帝ないしその周辺の意向を反映しているのか、はたまたビジネスに従事する人々の要請を受けてのものか、を別途検討する必要があろう。

註60（「書評」117-118頁）は、*Scaev. D. 20.4.21.1* について拙稿が、大理石商人が石材を担保として金銭を借り受け、その金銭を石材の売主に支払ったところ、その商人は皇帝の倉庫を賃借していたが長年に亘り賃料を滞納していたため、取り立てを引き受けた委託事務管理人が石材の売却を申し立てた事案と解したのに対して、「行政官は、賃貸人であるとしても、倉庫内に持ち込まれた財産については（黙示的には）留置的な権利しか有さず、執行は賃借人の財産一般についてではないのか」、また、「倉庫であれば普通は寄託を用いるのではないか。*Imperial warehouse* はなぜ寄託業という形

で事業経営しないのか。Locatio の方が儲かるのか」との疑問を提起する。

前者の疑問については、註 65（「書評」119-120 頁）にあるように、「本誌編集担当者より、本論文の脚註 76 の D.20.2.3 は倉庫持込物に黙示の担保権設定合意を認め、D.19.2.56 は賃借人が 2 年間不在ないし賃料を不払いとすると、賃貸人は残置物を記録することを役人に許可を求めることができるとするものであり、ユクンドゥスが賃料長期不払いなら麦が差し押えられるため、ファウストゥスが立て替えて賃借人の地位を承継することで 2 年ルールにより差押えを回避する意ではないか、との示唆を受けた」ことで、ご理解いただけたようであり、筆者の説明不足を恥じると共に、本誌編集担当者に厚く御礼申し上げます。後者の疑問については、帝政期に入ると皇帝ないしその縁者等が自己の資産運用を財産管理者（皇帝等の奴隷や被解放自由人）に委ねる例がみられる（例えば北アフリカの皇帝所領経営では、conductores が、locator としての皇帝から農地を賃借した上で、coloni に転貸して賃料を上回る収益を上げようとした例がみられる<sup>13</sup>）。この法文では conductor も自ら倉庫を利用していると想定できるが、空いた部分を転貸していた可能性も否定できない。いずれにせよ、locator は conductor から一定額の賃料の前払いを受けることで資産運用上のリスクを回避していたと考えられ、このサブリース類型こそは諾成契約として locatio conductio である、との見解もある<sup>14</sup>。これに対して寄託契約 depositum は、

---

<sup>13</sup> 古山正人ほか編訳『西洋古代史史料集』（第 2 版、東京大学出版会、2002 年）215-217 頁。

<sup>14</sup> 木庭顕『新版 ローマ法案内 現代の法律家のために』勁草書房、

無償が原則とされ、受寄者からは寄託反対訴権によって、保管のために支出した費用と寄託物がもたらした損害の賠償を事後的に請求できるに過ぎない。また、同訴権を理由に留置権を主張することも許されない。

註 61-69（「書評」118-121 頁）は、スルピキウス家文書（TPSulp.）46 番、53 番、79 番<sup>15</sup>が伝える、「倉庫内の穀物が集合物として非占有担保物権の対象とされる事例」についてである。事案については、「書評」118 頁での要約の通りである<sup>16</sup>。註 65 に指摘されるよう

---

2017 年、175-177 頁、同『笑うケースメソッド 現代日本民法の基礎を問う』勁草書房、2015 年、163-179 頁。

<sup>15</sup> 宮坂渉「ポンペイ近郊出土スルピキウス家文書——金銭消費貸借と倉庫内穀物への担保権設定」筑波法政 82 号（2020 年）69-92 頁、78-82 頁も参照。

<sup>16</sup> 「書評」118 頁は本事案を以下の通り要約する。「3月13日に倉庫管理者（horrearius）であるセレウクス（Publius Annus Seleucus）が、毎月100 セステルティウスの賃料で No.26 の倉庫を、ファウストゥス（Gaius Sulpicius Faustus）に賃貸した（leased）。同倉庫には、13,000 モドゥスのアレクサンドリア産の麦が貯蔵されていると伝えられたがセレウクスとその奴隷によって計量されるべし、と記載された。同15日に、ユクンドゥス（L. Marius Iucundus）が、その13,000 モドゥスのアレクサンドリア産の麦を、ファウストゥスに対して自身の負う2万セステルティウスの負債についての担保のために譲渡した（gave）。別の文書によると、ユクンドゥスはこの2万セステルティウスをファウストゥスから消費貸借として（as mutuum）受領したとされる。そしてユクンドゥスが5月15日までに債務を弁済できない場合には、ファ

に、拙稿の「in case that the debtor as a conductor has not been paid his rent」という箇所にタイポがあり、正しくは（これも指摘の通り）「has not paid his rent」であるが、それによって事案の理解に混乱を与えてしまったことが悔やまれてならない<sup>17</sup>。特にお詫び申し上げる次第である。

その上で、註 61（「書評」118 頁）は、本件を「寄託」の事案と解し（註 62（「書評」118-119 頁）もその理解を前提とする）、また、「担保のために譲渡した（gave…for security of his debts）というのも、まさに譲渡担保のようなことが行われたのか、pignus などを設定したのか、本論文の英語からははっきりしないが、gave であるから譲渡担保を行ったものと見るのが素直に見える（がそれでよいか）」と指摘する。

私見では、当初のユクンドゥスとセレウクス間の関係も、その後のファウストゥスとセレウクス間の関係も、寄託ではなく、倉庫内

---

ウストゥスは 13,000 モドゥスのアレクサンドリア産の麦を売却し、売却益が債権額を超過する場合には超過分を返還し、売却益が債権額に満たない場合には、債務者ユクンドゥス（ないしその相続人）はなお残額につきファウストゥス（ないしその相続人）に対して支払わなければならない、と記載されている。」

<sup>17</sup> なお、註 65（「書評」119-120 頁）の疑問に答えると、ここで伝えたかったのは、仮に「（従来の）conductor としての債務者（すなわちユクンドゥス）が賃料を支払わない場合」、locator（セレウクス）が 2 年ルールにより残置物たる担保目的物を差し押さえるリスクがあり、これを防ぐために、ファウストゥスが（新たに）conductor となることにより、そのリスクが管理された、ということである。

の一定スペースの *locatio conductio* である。そのスペースに置かれた自己所有の小麦について、消費貸借の債務者ユクンドゥスは債権者ファウストゥスのために担保権を設定した（*gave the thirteen thousand modii of Alexandrian wheat for security of his debts*、元のラテン語は *dedisse ... pignoris nomine tritici alexandrini modium millia decem et tria*）。占有については、*locatio conductio* の目的物は倉庫内の一定スペースであるから、セレウクスは小麦の占有には関わらない。ユクンドゥスは、先行研究では小麦輸入商人とも想定されており、占有を保持する。問題はファウストゥスが占有を有するか、有するとしていかなる占有か、である。先行研究（「書評」では「学説」と翻訳されている）ではファウストゥスが賃貸借契約に基づいて小麦の占有を取得した、と考えられている<sup>18</sup>。しかし、拙稿はそのようには考えない。指摘のとおり、倉庫内の一定スペースの賃借人はそのスペースに置かれた他人の物について占有を取得するのではない。他方、史料には、ユクンドゥスはそのスペースに置かれた「小麦を担保の名目で与えた」と書かれているから、なにがしかの占有をファウストゥスに与えたと考えることができる。しかしファウストゥスの占有は、ユクンドゥスの占有すなわち小麦の

---

<sup>18</sup> なお、占有を取得したファウストゥスが「担保物権の対象物の価値の減少などのリスクに備えた」と先行研究が論じているところ、註 63（「書評」119 頁）が、この担保物権が「誰のどの債権を担保することを指しているか不明である」との疑問を呈している。先行研究は、「書評」が指摘するように、「後日設定されるファウストゥスがユクンドゥスから譲渡担保」「として受領したこととなるその担保権である」と解している。

出し入れとその取引からの収益を妨げるべきではない（、なぜなら収益からの借金の返済が滞るおそれがあるからである）。かといって、担保権実行までは何も手出しができないのでは、小麦の管理不全やユクンドゥスによる不当な横流しに対応できない。これらに対して賃借人の地位に基づいて対応することを可能にする、という限りでファウストゥスの占有にとって賃貸借契約は一つの重要な前提となっている<sup>19</sup>。

註 66（「書評」120 頁）は、拙稿が、「倉庫の locator が、賃貸借契約締結時に倉庫内容物に対して自己の賃料債権を担保するための担保権を包括的に設定した場合には、他の債権者に優先する」と述べているところ、「これは単に担保権設定の先後関係に基づく一般ルールを言っているだけではないか」との疑問を提起している。

指摘の通りであり、前の文章で、倉庫の locator がユクンドゥスの賃料不払いを理由として残置物である小麦を差し押さえることが、その小麦に対する担保権の設定を新たに受けたファウストゥスにとってのリスクとなり得る、と述べたことを補足しようとしたものである。これについて、脚註で挙げた先行研究（Klinck）は、ユーリアーヌスの時代までは、すでに担保権が設定されている目的物

---

<sup>19</sup> 前掲註 18 に関連して、拙稿が述べる、「conductor として倉庫内に立ち入り、担保物権の対象たる麦の状態を確認することができる」のもファウストゥスである。これについて、註 64（「書評」119 頁）は「「conductor になったので占有を取得した」からそのようにするのはなく、ユクンドゥスから担保のために譲渡（？）されたからそのようにする、のではないか」、との疑問を提起する。拙稿の理解は本文に述べたとおりである。



に対して重ねて担保権が設定されることは認められていなかった、と述べている。そうすると、ファウストゥスのための担保権設定がそもそも認められなかった、ということになるので、そのような先行研究の理解は、先行研究が挙げる法文史料からは必ずしも導かれない、ということ論じた次第である。

註69（「書評」121頁）では、拙稿が、倉庫の *locatio conductio* において *conductor* には、*locatio conductio* の対象物の管理および運営のための占有が与えられたが、それ以上に、この事案で言えばユクンドゥスがファウストゥスの許可なく対象物を売却して移転するのを防げることで可能にするような占有ではなかった、と理解し、債権者が *conductor* として倉庫を立入禁止にし、債務者が担保権対象物を売却・移転することを防止しようとするれば、債務者の占有に基づく特示命令 (*interdictum*) によって差し止められたはずである、と述べたのに対して、「この理解を前提にすると、ユクンドゥスがファウストゥスに麦を与えた (*gave*) というのは譲渡担保を意味せず、ユクンドゥスはなお寄託者として占有を保持した（質権設定などが行われた？）と見なければならぬだろう」と指摘している。

「なお寄託者として」という点以外は指摘の通りで、ユクンドゥスはなお占有を保持した（のでなければ返済自体が滞りかねないのはすでに述べたとおりである）し、担保権者の横暴にも対抗できた、だけでなく、（これも指摘の通り）担保権者として他の債権者からの妨害には対抗できたはずである。本論文は、古代ローマでは、譲渡担保などなくても動産に対する非占有担保権は維持し得るのであって、なぜ現代日本はそこまで譲渡担保にこだわらざるを得ないの

か、という点に問題意識があること、先に述べたとおりである。

以上、まことに不完全ではあるが、拙稿について「こうした試みの後にこそ対話の可能性が生まれる」（「書評」124 頁）と述べてくださった板持氏の書評への応答としたい（インターネットの時代に 2 年越しの「返信」は遅すぎる気もするが）。