

【書評】田中実「ローマ法大全における盗訴権と占有についての覚書」南山法学 45-3・4 (2022) 337-386

宮坂 渉

「石川や浜の真砂は尽きるとも世に盗人の種は尽きまじ」とはよく言ったもので、古代以来、洋の東西を問わず、盗は不法な行いであった。例えばハンムラビ法典では、窃盗を含む財産罪は重大犯罪とされ、場合によっては死刑が科せられた。他方で、古代アテナイでは、今日の公私の区分とは異なるが、「公訴」で盗の責任が追及される場合は死刑もあり得たのに対して、「私訴」の場合は「罰金」ではなく、盗品の2倍額の賠償責任が科せられた。それでは古代ローマにおいて、盗はどのように観念され、いかに対処されたのか、また、法学者たちはどのような議論を繰り広げたのか、こうした疑問に答えるためのヒントを、本論文は提供してくれる。以下では、本論文を要約した上で、評者の私見を述べることとする。なお、()内の数字は特に断りのない限り本論文のページ数を指す。

「1. はじめに」は古代ローマにおける「盗」の概説から始まる(338-341)。まず、古代ローマにおける盗が民事訴訟の対象であることが示され、「政治システムの破壊」である犯罪に対する禁圧としての刑事訴訟と対比される。次に、盗の特徴が述べられる。すなわち、盗訴権は罰訴権として「取戻訴権や不当利得訴権とは選択的競合関係にな」いこと(338)、現行盗と非現行盗との区別、被害者への罰金(4倍額または2倍額)支払い、である。そして、帝政期には「皇帝権力に基づく刑事裁判管轄」(339)の発生に伴う特殊な盗への禁圧が見られ、盗訴権との選択的競合関係にあったことが指

摘される。これら盗の特徴のうち現行盗と非現行盗との区別および「被害者」への賠償は、後世、カロリーナ刑事法典（1552年）157-158条への影響として認められる（341-344）。ここで著者は、カロリーナ刑事法典の条文に対する注解には「被害者」の解説がないことから、「被害者」すなわち盗訴権の原告適格者の定義に注目する。そして、ローマ法学がそこから「逸脱する立法や慣習法・判例法においても法学の基本的な概念を」担っていた、と推測できるか、「伝統的に盗訴権が保護してきたものは何か」（344）との問いを立てる。

「2. 盗の定義」では、まず、ユスティニアヌス帝の法学提要（Inst. 4.1.1）および同帝の学説彙纂に採録された法文（D. 47.2.1.3 Paul. 39 ad ed.）が紹介される。以下は後者の文言である。

「盗とは、利得目的で（*lucri faciendi gratia*）、物自体であれ、その使用、さらには占有できえ、詐欺的に物に手をつけることであり、盗を行うことは自然法によって禁じられている。*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.*」（345）

前者の文言は、「利得目的で *lucri faciendi gratia*」の部分がない点を除き、後者のそれと同一であり、前者は後者を利用したと推測される。著者は、末尾の「自然法」への言及を本稿の検討対象から除外するとした上で、上記の「盗の定義」を、先行研究を踏まえつつ解説する。

*contrectatio*（346-351）の原義は「手で触れること」であるが、法律用語として「物理的に持ち去る」つまり「移動を前提としている」か、が問題とされる（346）。関連法文とされる Inst. 4.1.6 によれば、*contrectatio* の説明として「寄託物や質物の無断使用、及び使用貸借

の目的外使用」が挙げられる(347)<sup>1</sup>。そして、使用貸借の例として、友人を招待するディナーに用いると称して借りた銀器を家から遠くに運んだ場合、気晴らしで乗るために借りた馬を戦場に連れて行った場合が挙げられる。また、寄託を否認する意思あるいは否認自体は盗に当たらない、とする法文(D. 41.2.3.18 Paul. 54 ad ed.<sup>2</sup>; D. 47.2.68pr. Cel. 12 Dig.)も紹介する(348-349)。このように、一見すると「移動」を前提としているように思われ、著者が紹介する16-17世紀の(典雅?)法学者たち(フィンネン、シュナイデヴァイン)の解説にもそのような見解が見られるものの、著者は、とりわけヨハン・ターボル Johann Otto Tabor の説を基に、「contrectatio とは、物や占有については、移転を基本とし、場合によっては「動かす」(movere)、「持ち去る」(amovere) が分かりやすい指標とはなるも

---

<sup>1</sup> 「ところで盗がなされるのは、奪取目的で (*intercipiendi causa*)、他人の物を持ち去る (*amovet*) ときのみならず、一般に所有者の意に反して他人の物に手をつける (*contrectat*) ときもである。そしてそれ故に、例えば債権者が質物を、若しくは受託者が寄託物を使用し、又はある使用目的で物を受け取りながら与えられたのとは別の使用にその物を移す者は、盗を犯すものである。(・・・評者省略・・・) *Furtum autem fit non solum, cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. itaque sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cuius gratia ei data est, furtum committit.* (・・・評者省略・・・)」(347)

<sup>2</sup> 同法文は「受託者が寄託物を「持ち去ること」なく寄託そのものを否認する意思だけでは占有は寄託者にとどまる、とする古法学者やサビヌスとカッシウスの説を正当としている」(348)。

の、使用について、まさに「端的な」特示命令占有なき、所持者たる使用貸借の借主による、貸主にある「端的な」特示命令占有の侵害と捉え、要件として移動は不要である」との理解<sup>3</sup>を示唆する(351)。

contrectatio に続く *rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* について、著者は Monro の解説にある2つの理解を紹介する。1つは、最初の *rei* を、さらに物自体 *ipsius rei*、物の使用 *usus eius*、物の占有 *eius possessionis* の3つに分類するものである。もう1つは、*vel ipsius* 以下を「加害者の利得の出所として、物自体、使用、占有を挙げている」と解するものである<sup>4</sup>(352)。後者の理解可能性について Monro は4つの理由を挙げる。第一に、「手をつけること *contrectatio*」は使用や占有といった観念的な概念にそぐわないこと。第二に、前者の理解では、「文が途中で止まり」(*gratia* までで?) 「自身の定義を改めている会話のような形になってしまうこと」(352-353)。第三に、バシリカ法典(D.(原文ママ、B.?) 60.12.1.3)では最初の *rei* に対応する語は属格であるのに対して、*ipse*、*usus*、*possessio ipsius* に相当する語が対格として並列されていること(353)。第四に、「三分類は(…評者省略…)近代の学者の想像の産物である」こと。特に第四の理由の史料の根拠として、D.47.4.1.15でウルピアヌスは「盗は占有についてなされる(*possessionis furtum fieri*)」というスカエウォラの言葉の引用を基

<sup>3</sup> 著者は、この理解はガイウス『法学提要』3.195の記述とも整合的である、と指摘する(351)。

<sup>4</sup> 352頁の「the dishonest handling of a thing」(2箇所)は「handling」の誤植であろうか？

に、盗とは占有の問題である（言い換えれば、盗訴権が付与されるのは占有を奪われた者である）と統一的に理解していることが挙げられる（353-354）。

著者は、後者の理解はラテン語の文法上、難がある（352）<sup>5</sup>と指摘した上で、Monro が三分類否定説の根拠として挙げる、休止相続財産に属する法文を取り上げる。

D. 47.4.1.15 Ulp. 38 ad ed.は、休止相続財産に属する物が窃取された場合につき、占有者がいないときは、盗は成立せず、休止相続財産は心素と体素とから成る占有を有しないから、相続財産の占有を開始する前の相続人には盗訴権は付与されない、と論じる（353-354）。

D. 47.2.69 Marcel. 8 Dig.も、休止相続財産に属する物について盗は成立しないことを原則とする。もっとも、被相続人が存命中に、債権者に対して質として与えていたり、借主に使用貸与していたりしたときに、その債権者あるいは借主から窃取された場合はその限りではない、とも述べる。質については、質権者は特示命令占有者なので「盗は占有の問題である」との統一的理解と整合的であるが、使用貸借については、借主は単なる所持者にすぎないので理解が難しい、と著者は指摘する（354-355）。

D. 47.2.14.14 Ulp. 29 ad Sab.では、使用貸借の借主が死亡後、承継前に目的物が窃取された場合が問題とされる。ここでも目的物は休止相続財産に属することとなり、盗は成立せず、借主の相続人に盗訴権は付与されないが、「利害関係のある cuius interest」貸主には盗訴権が付与される（355）。

---

<sup>5</sup> 文法上の理解に関する私見については後述。

ともあれ著者は、Monro の説明から、「盗まれたのはまさに物そのものである」り、上述の定義は「盗訴権の原告となりうる者の「利害関係」について言及するというより、もっぱら加害者にもたらされる利得として、あるいは利益をもたらすものとして、物そのもの、使用、そして占有を挙げている、と理解することができる」と主張し、「法文が、善意占有者や使用貸借の借主が利害関係者として盗訴権を行使することができること（原文ママ、できるとしていること？）と整合的」である、と評価する（356）。

次いで、「盗は占有の問題である」との統一的理解につき、質権者から質物が窃取された場合、すなわち「債務者たる質権設定者が使用取得占有、債権者たる質権者が特示命令占有を有する派生的占有のケース」として、2つのウルピアヌス文（D. 47.2.12.2, D. 47.2.14.6<sup>6</sup>、いずれも Ulp. 29 ad Sab.）と2つのパウルス文（D. 47.2.15pr. Paul. 5 ad Sab., D. 47.2.88 Paul. 1 decr.）を挙げる（356-361）。いずれにおいても原則として質権設定者にも質権者にも盗訴権が付与される点では共通しており、そこから、「盗訴権の目的は特示命令占有と使用取得占有あるいは所有権を別個に保護することにあ」と著者は推論する（361）。他方、盗訴権の賠償額の範囲（4倍額ないし2倍額）につき、パウルス文は、質権者は質物の価額を基準として計算された全額につき訴えることができるが、債権額を超える分は債務者の質訴権により債務者に給付すべきとする。これに対して、ウルピアヌスは、D. 47.2.14.6 で、質物が複数回盗まれたとの事案において、すでに最初の盗について質権者が盗訴権で債務額を回収

---

<sup>6</sup> 同法文（一人の奴隷が複数回窃取されたという特殊な事例）は例外的に質権者に盗訴権が付与されない場合にも言及する。

していた場合、再度の盗について質権者に過失がある場合に限り、質権者は「利害関係」について盗訴権を有すると解する。これにつき、D. 47.2.88の「質物の *pignoris*」に対する標準注釈「これは彼だけに帰属するときには正しい。このことは質物を彼の危険で引き受けた場合である。さもなければその者の過失で窃取されたときは債務を限度として訴える。D. 47.2.14.6で明白に述べたように」が、「二度目の第三者による盗に対して、質権者の過失によるとき、「利害関係」の訴としていることとの矛盾調和<sup>7</sup>として」引用され、標準注釈は「質物の価額が基準となるのは質権設定者又は所有者が盗訴権を有しない場合であると限定的に理解」していることが指摘される(360-361)。

さらに「特記すべきことに、盗訴権の原告適格には、特示命令占有に善意占有の要件が加わる」こと、すなわち悪意占有者、とりわけ盗人には盗訴権が付与されないことを著者は指摘する(361-364)。例えば、D. 47.2.12.1 Ulp. 29 ad Sab.は、悪意占有者にも利害関係があり得ることは認めつつ、「何人も不廉直なことで (*improbitate*) 訴権を得ることはない」<sup>8</sup>とする(361-362)。また、D. 47.2.77.1 Pomp. 38 ad Q. Muc.は、盗人から盗の客体が別の盗人によって窃取された場合に、最初の盗人に盗訴権が付与されないのは、盗訴権を有するためには「自身に利害関係がある」ことに加えてその利害関係が「潔癖な原因 *honesta causa* に基づ」いている者<sup>9</sup>である必要があるから、

---

<sup>7</sup> これが「矛盾調和」かどうかについては後述する。

<sup>8</sup> この立論と類似する法文として、D. 47.2.14.3 Ulp. 29 ad Sab.も挙げられている(362)。

<sup>9</sup> 「潔癖な原因 *honesta causa*」については、D. 47.2.11 Paul. 9 ad Sab.(362)

とする(362-364)。

著者は以上の、Monroの見解を基にした各法文の検討を踏まえて、Mommsenによる盗訴権の原告足り得る利害関係者の五分類(「盗品に対する、a) 窃盗時の所有者、b) 物権〔註70によれば用益権者と質権者〕を有する者、c) 善意占有者、d) 所持者、e) 特定物の引渡しを受ける権利を有する者」(365))を超えて、盗訴権の原告適格者を「何らかの占有を有する者としてまとめることができるか」という問いを立てる(366)<sup>10</sup>。

「3. フランソワ・ボドゥアンとジャック・キュジャース」において、著者は「2.」の末尾で立てた問いにつき、二人の人文主義法学者の見解を基に回答を試みる。

まず、16世紀に活躍したフランソワ・ボドゥアンは、1588年に『スカエウォラ又はムキウス法学の註解 Scaevola, sive commentarius de jurisprudentia Muciana, Basileae』を出版し、ポンポニウス『クイントゥス・ムキウス註解 ad Q. Muc.』38巻から採録された(上述の)D. 47.2.77.1について論じている(366-370)。その前提としてボドゥアンは、同巻から採録されたD. 13.1.16 およびD. 47.2.77pr.を検討する。両法文では、使用貸借または寄託された物を使用することで盗を犯した者は、寄託訴権では悪意でなければ、使用貸借訴権では過失がなければ、責を負わないが、盗を原因とする不当利得返還請求 *condictio ex causa furtiva* では悪意でなく過失がなくとも責を負う、

---

も挙げられている。

<sup>10</sup> 「盗は占有の問題である」との統一的理解(特に使用貸借をこれに含め得るか)に対する評者の疑問は後述する。



とされる。また、D. 47.2.72pr. Iav. 15 ex Cass.では、盗訴権 *actio furti* と使用貸借訴権とが選択的競合関係にあることが示されているが、ポドゥアンは、ここでいう「盗訴権」とは盗を原因とする不当利得返還請求 *condictio ex causa furtiva* のことであったと推測する。その上で、D. 47.2.77.1 について、クイントゥス・ムキウスが最初の盗人に盗訴権を認めないことにつき、仮にその者に利害関係があったとしても、悪意占有者や、盗人であって訴権行使が見苦しい者に盗訴権を付与しないという「ムキウスの準則 *definitio Muciana*」が見いだされる、とし、そうした者には「利害関係がないかのように扱っている」<sup>11</sup>と解説する（366-370）。

他方、「ムキウスの準則」が「緩和される変則的な事例」として、ポドゥアンは、盗人が盗訴権を行使できる場合もある、とする D. 47.2.48.4 Ulp. 42 ad Sab.を挙げる。事案は、衣服の洗濯を請け負った者が注文主の知らない間にまたはその意に反してその衣服を第三者に使用貸与し、その第三者から衣服が窃取された、というものである。請負人は注文主に対して物の保管責任を負うがゆえに、利害関係を有し、盗訴権を有するが、請負人による第三者への使用貸与は盗を構成するがゆえに、注文主も請負人に対して盗訴権を有する。したがって、この場合は盗人が盗訴権を行使できることになる。ポドゥアンによれば、物を直接窃取したのではなく、技巧的に盗を犯したとされる者は、前者ほど「不廉直な」盗人ではないので、盗訴権が認められる、と説明される（370-371）。

続いてポドゥアンは、キケロからトレバティウスに宛てた書簡を

---

<sup>11</sup> この指摘について、ポドゥアンは上述の D. 47.2.11、D. 47.2.12.1、D. 47.2.12.2 を援用している、と著者は述べる（369-370）。

分析し、そこでは上述の休止相続財産からの盗が論じられていたと指摘する (371-372) <sup>12</sup>。

以上を踏まえ、著者は、ボドゥアンの議論につき、「盗訴権の原告適格を分かりやすく説明していた」、そして、休止相続財産の問題を論じることから「盗の観念が、所有権ではなく占有や使用取得の視点から」説明されていた、と評価する。

次に、キュジャースは、パウルス『告示註解』に対する註解で上述の D. 47.2.1.3 における盗の定義について解説している。まず、キュジャースによれば、「手をつけること」は「物がある場所から動かされる」ことであり、それは「不動産を客体から排除するためである」としている (373-375) <sup>13</sup>。次に、「詐欺的 *fraudulosa*」と「利得目的 *lucrifaciendi causa*」については、「基本的に法文の繰り返しである」が、後者について「D. 25.2.21.1 Paul. 37 ad ed.<sup>14</sup>を援用して「自己の利益のために (*lucri sui causa*)」と言い換え」している (375)。

---

<sup>12</sup> この指摘について、ボドゥアンは上述の D. 47.2.69、D. 47.2.70、D. 47.2.71 を援用している、と著者は述べる (372)。

<sup>13</sup> キュジャースがここで D. 20.5.1 Pap. 26 quaest. を援用しているのは、著者によれば、同法文で譲渡の客体が明示的に動産とされていることをキュジャースが「典雅であると評価していた」ことと関係するが、それは「分かりにくい」とされる。

<sup>14</sup> D. 25.2.21.1 は、奴隷が、女主人の命令で、彼女と離婚した元夫の物を持ち去った場合、ペディウスによれば、その奴隷も女主人も盗みを行ったとは言えず、盗訴権が(夫に)付与されることはないので、「移動された物の訴権 *rerum amotarum actio*」が付与される、とするものである。

さらにキュジャースは「目的 *causa*」に「*causa, vel ipsius rei, ..., vel etiam usus eius, possessionisve*」と続けて、「物 *res*」「使用 *usus*」につきそれぞれ法文を援用する。

「物 *res*」については、キュジャースが「物 (*res*) とは、常に所有物 (*proprietas*) を指し示す」と述べることに著者は注目する。援用される D. 47.2.46.1 Ulp. 42 ad Sab. では、用益権者がいる場合の所有者の利害関係が「その所有物 (*proprietas*) が窃取されないこと」とされる。D. 47.2.75 Iav. 4 epist. では、女奴隷の善意買主とその女奴隷の主人とが有する盗訴権の2倍額の基準が問題とされる。買主の方はその利害関係<sup>15</sup>の2倍額であり、主人の方は女奴隷の価額の2倍額であるとされ、ここでも「善意占有者のいる場合の所有権・所有物」が *proprietas* と表現されている (376-378)。

「使用 *usus*」についてキュジャースが援用する D. 47.2.55.1 Gai. 13 ad ed. provinc. は、使用貸借の借主が所有者の意に反して第三者に使用貸与した事案であるが、キュジャースは、この使用貸与が盗となるのは、「他人の物の使用を自己の利益にした (*usum alienae rei in lucrum convertere*)」からであるとして、所有者が「奪われたのは *proprietas* ではなく *usus* である」としている (378-379)。

そしてキュジャースは、「占有 *possessio*」の具体例を挙げることなく「盗というものは「物自体、物の使用、物の占有について」なされるとの結論を導く」(379)。ここでキュジャースが援用するのが休止相続財産の盗についての D. 47.4.1.15 である。彼によれば、「何人にも占有されていない物の盗は行われえ」ず、「相続財産は無体物、つまり相続の権利」であるから占有し得ず、盗の客体には

<sup>15</sup> 買主の利害関係には、「取引費用」(358)が含まれると解されようか。

ならず、「休止相続財産は所有者であるが、占有なき所有者である」から、「休止相続財産に属する物について、盗はなされない」とされる。このことから、「盗がなされるのは常に占有についてであり、そうでなければ盗はありえない、との結論が導き出される」(380)。

その上でキュジャースは、「自己の物が窃取される所有者、その用益が奪われる用益権者、その占有が奪われる善意占有者の三者を挙げ」、「所有者、そして所有権取得の正原因を有している善意占有者は市民的占有が奪われる」のに対して、「用益権者は自然的占有<sup>16</sup>が奪われる」と対比して、「占有が奪われないと、誰に対しても盗が行われるものではない」と論じる(380)。

そこで著者は、「派生的占有ですらない使用貸借の借主が利害関係のある者として盗訴権を有することと占有との関係はどうか」と問いかけ、「キュジャースの言う、*naturalis possessio* にはいかなるものが含まれるかが重要である」と指摘する(381-382)。著者によれば、キュジャースは『観察と修正』(27巻7章)で「自然的占有は、我々が所持する、所持している、使用する何らかの権利であり、「質権、容假占有の権利、使用貸借の権利、特有財産の権利、用益権、賃貸借の権利、係争物の供託や寄託の権利(・・・評者省略)・・・不完全な贈与の権利」を挙げている。他方で、キュジャースは「占有だけの盗」の例として善意占有者を挙げ、その者は「*proprietas* を有しているわけでも、所有者に対しても主張できる *usus* を有して

---

<sup>16</sup> 著者はここで、占有にかんする中世法学の三分類を否定し、二分制を採用したキュジャースに対して、サヴィニーが「首尾一貫しない」とし、「自然的占有に誤った意味を与えたと評価している」ことを伝えている(380-381)。

いるわけでもない」と説明する。

以上のキュジャースの論述は「三類型」と「一元論」とを「整合的に説明」している、と著者は理解する（382-384）。

「4. おわりに」（385-386）では、本論文の要点として3点が示される。すなわち、盗は民事訴訟であり、「私人たる被害者」の「利害関係の有無が原告適格の基準となる」が、「盗人から適格性を奪うために」、「潔癖や不廉直といった基準が加わる」点で「刑法上の犯罪としての盗とは顕著に異なること」。「所有者でない原告が盗訴権によって得るのは、最終的には自らの利害関係のみであり、それ以上の利益は所有者あるいは使用取得占有者に帰属する」こと。「盗の定義」について、キュジャースにおいては「奪われるのは占有であるとの整理が強調される」こと、である。

以上のことから著者は、学説彙纂の諸法文からは、「最終的な罰の局面では所有権の観念が、盗そのものについては占有の観念が出てくる」と主張する。そして、「こうした二重性は、通時的に見た場合、所有権に *contaminé* された、いわゆる古典期法ゆえのことであるか否かを問うための前提となろう」と結ばれる。

以上の要約を踏まえ、若干の私見を述べたい。

まず、本論文で最も興味深いのは、ローマ法上の伝統的な盗の定義につき、「物自体」「使用」「占有」の3分類を盗の類型ではなく、Monroの説を参考に、加害者の利益の出所と解する点である。そして、その根拠となる法文として重要なのが、休止相続財産に関する D. 47.4.1.5 Ulp. 38 ad ed. である。Monroが挙げる理由は説得的であるが、著者も述べるように、Monroの文法上の理解には難がある。

もっとも私見では、Monro の理解とはやや異なるが、文法上、*ipsius* 以下の属格は、「利益 *lucri*」の内容を説明する属格として（訳としては「物自体または物の使用または物の占有という利益を得る目的で」、あるいは、名詞 *lucri* の動詞形 *lucror*（不定法現在 *lucrari*）の意味上の目的語（*lucrari ipsa re*）を表す目的語的属格（例としては *amor matris = amare matrem* 「母を愛すること」（中山恒夫『標準ラテン文法』白水社、1987年、71頁））として（訳としては「物自体または物の使用または物の占有を〔自らの〕利益とする目的で」）説明可能であり、三分類ではない理解もあり得よう。そうすると、盗の定義は端的に、「利得目的で詐欺的に物に触れること」となる。

上記の点に次いで重要と思われるのが、「盗とは占有の問題である」という主張である。この主張は確かに、例えば *D. 47.2.12.2 Ulp. 29 ad Sab.* がそうであるが、質権者から質物が窃取された場合に、質権設定者が使用取得占有を有するのに対して、質権者も派生的占有たる特示命令占有を有するがゆえに、前者のみならず後者も盗訴権を有することと整合的である。しかし、この主張については、なお検討すべき点があるように思われる。第一に、本論文で紹介された諸法文のほとんどにおいて、盗訴権が付与されている当事者は「利害関係 *interest*」を有する者と言われており、「占有」を有する者とは言われていない点である。ただ、この点については、著者の理解（と評者が推測するところ）によれば、盗の定義（盗とは何か）と盗訴権の原告適格（誰に盗訴権が付与されるべきか）とは別個の問題であり、「占有」は前者の問題、「利害関係 *interest*」は後者の問題であって、混同すべきではない、という反論があり得よう。第二に、休止相続財産に属する物について盗が為されることを否認すると

のユリアヌスの見解を伝える D. 47.2.69 Marcel. 8 Dig. は但書で、被相続人が使用貸与していた場合はその限りでないとして述べており、これは被相続人の死亡後、使用貸借の借主の下から目的物が窃取された事案と考えられているが、ここで目的物が依然として休止相続財産に含まれている（したがって「占有」者が存在しない）にもかかわらず、借主に盗訴権が付与される（から例外である）と考えられていたのであれば、著者も指摘するように、単なる所持者である借主に盗訴権が付与される<sup>17</sup>ことは、「盗とは占有の問題である」とい

---

<sup>17</sup> ガイウス『法学提要』3巻206節は、「われわれは、洗濯屋あるいは仕立屋について述べたことを、われわれが物を使用貸与した者にも同様に適用する。というのは、洗濯屋と仕立屋が賃金を取得することにより保管責任を負うように、使用貸借の借主もまた使用の利益を享受することにより同様に保管責任を負わなければならないからである」として、使用貸借の目的物について借主に盗訴権が付与されることを明言している。D. 47.2.14.15 Ulp. 29 ad Sab. も同様である。

D. 47.2.14.15 Ulp. 29 ad Sab.

Non solum autem in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus.

学説彙纂 47 巻 2 章 14 法文 15 項、ウルピアヌス、サビヌス註解 29 巻ところで、使用貸借の借主には、その目的物についてのみならず、その物から派生する物についても、盗訴権が付与される。というのも、その者には目的物の保管責任があるからである。例えば、私が君に奴隷を使用貸与した場合、たとえ、その奴隷が着用している衣服を私が君に使用貸与しなかったとしても、君はその奴隷の衣服についても盗

う理解から説明することは難しいようにも思われる。あり得る解決の一つは、使用貸借の借主も何らかの「占有」を有している、と考えることであり、それ故にキュジャースが「自然的占有」に「使用貸借の権利」を含めたことには大きな意味があると考えられる。もっとも、ローマの法学者たちの思考においてもそうであったかは別の問題である。

例えば、D. 47.2.69 Marcel. 8 Dig.の但書は、使用貸与後に貸主たる被相続人が死亡した場合には、例外的に、目的物の占有は借主に移り、休止相続財産には帰属しないので、休止相続財産に属する物の盗の問題にはならない、という意味での例外（端的に借主から占有が奪われ、それ故に借主に盗訴権が付与される、という「占有」の問題）である、とも考えられる。これに対して、D. 47.2.14.14 Ulp. 29 ad Sab.でも休止相続財産に属する物の盗が論じられているが、こちらは使用貸借の借主が死亡した事案であって、その借主の相続人には盗訴権が付与されない、とされている。ここでは使用貸借の貸主が占有者として当然に盗訴権を有する<sup>18</sup>のに対して、借主の相続人に盗訴権が付与されるかどうかを検討されていることは、借主の存命中は借主自身に盗訴権が付与されるはずであったことが前提となっている、とも解され、上述したのと同様の疑問が生じ得る。

---

訴権で訴えることになる。同様に、私が君に役畜を使用貸与したが、子馬がそれらに付き従ってきた場合も、たとえその子馬自体が使用貸与されたのでないとしても、それについても盗訴権が付与される、と私は考える。

<sup>18</sup> その結論自体は、「盗は占有の問題である」との理解に適合するように思われる。



もっとも、上述のように、「利害関係」は盗訴権の原告適格のみに関わり、盗の定義とは別の問題である、と考えるならば、使用貸借の借主に盗訴権が付与されるのは、借主に「占有」があるからではなく、「利害関係」があるから、との説明が可能である<sup>19</sup>。

もう一つ、本論文で重要と思われるのは、「利害関係」を有する悪意占有者や盗人を盗訴権の原告適格から排除するために、「不廉直（でないこと）」「潔癖」といった要件が加重されている、という指摘である。このことは、「利害関係」は「盗訴権の原告適格」の問題である、という本論文の主張とも整合的である。特に D. 47.2.77.1 Pomp. 38 ad Q. Muc.におけるクイントゥス・ムキウスとセルウィウス・スルピキウス・ルフスの意見対立において、前者の見解の根拠にすでに「潔癖」という要件が見られるのか、それともこれはポンポニウスの見解なのか、という点は興味深い。また、使用取得の「善意」要件に取引倫理的な側面が見いだされるかどうか、という問題とも関連するように思われる<sup>20</sup>。

なお、D. 47.2.88 の「質物の pignoris」に対する標準註釈が D. 47.2.14.6 との「矛盾調和」として引用されていることについて、著

---

<sup>19</sup> その証左として、ガイウス『法学提要』3巻203節「ところで盗訴権は、たとえ所有者でなくても、物の保全に利害関係のある者には付与される。したがって、所有者であっても物が失われぬことについて利害関係があるのでなければ、盗訴権は付与されない」を挙げておく。

<sup>20</sup> この問題については宮坂渉「<書評>清水悠「買主としての使用取得」の研究—*usucapio pro emptore*—」本誌3号(2022)116-143頁、特に122-127頁を参照。

者は「この矛盾調和の当否はともかくとして」(361)と述べるに留まる。私見では、ここで「矛盾」と言われているのは、質物が質権者の下から債務者以外の第三者によって盗まれた場合に、パウルスは、質権者には債権額までの利害関係ではなく (D. 47.2.15 pr.: non credito tenus interest)、質物の全額 (D. 47.2.88: in summam pignoris) についての盗訴権が認められる、と述べているのに対して、ウルピアーヌスは、盗まれたことにつき質権者に過失がある場合には利害関係を訴えることができる (D. 47.2.14.6: si culpa mea, quia interest eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero)、と考えていることであろう、と解される。もっとも、複数回の盗という特殊な事案である D. 47.2.14.6 に限って言えば、著者が「確かに質権者は債務額につき満足を得ているとはいえ、質訴権によって少なくとも質権設定者たる債務者に質物の価額の賠償義務を負う」(357)と述べているように、二度目の盗における「利害関係」は「債権額まで」ではなく、「質物の価額」ということになり、その限りで矛盾はない。これが「矛盾」に見えるのは、註釈が、D. 47.2.14.6 に言う二度目の盗における「利害関係」を、一度目の盗における「利害関係」と混同し、「債務を限度として credito tenus」と説明しているからではないか。むしろ「矛盾」があり得るとすれば、一度目の盗において質権者が盗訴権によって債務額である 10 を取得した、とパーピニアーヌス書いているのが、質権者は盗訴権で債務額までの利害関係しか請求できないことを理由としてであった場合であろう。もっとも、質権者が取得したとされる 10 が、盗訴権によって質物の価額全額を回収した後に、質権設定者から質訴権で請求された超過額が差し引かれ、最終的に取得した額であった可能性もあり、「矛盾」とは断

言できないように思われる。

以上、雑駁ではあるが、私見をもって書評に代えたい。著者は註1で本稿は「ローマ法の変遷を検討するものではなくその前作業である」と記している。本論文では詳細な検討の対象とされていないが、現行盗と非現行盗との区別についてはガイウスがGai. Inst. 3.184において、どの時点で捕らえられたかに応じて4つの説を伝えており、他方でウルピアヌスはD. 47.2.3.2において、第三説を主張するユリアヌスを支持している。盗訴権については法学者間に多様な見解が存在したことを推測させる。私見の中で述べた法学者間の意見対立（の可能性）を含め、「ローマ法大全に収録されている法文の整合的な概観」(337)がどこまで可能か、またそのことにかなる意味があるか、についての著者の見解が明らかにされると思われる、今後の「本作業」に期待したい。