
論 説

ローマ法大全における盗訴権と 占有についての覚書

田 中 実

1. はじめに
2. 盗の定義
3. フランソワ・ボドゥアンとジャック・キュジャース
4. おわりに

1. はじめに

本稿は、盗訴権と占有の問題について、ローマ法大全に収録されている法文の整合的な概観を試みるものである。まずは、ローマ法の盗訴権につき一般的に解説し、*digressio* ないし *excursio* として近世の刑事法典に対する影響を確認した後に、ローマ法大全に見られる盗の定義を若干詳しく検討し、ローマの盗概念についての基本的な知識を得ることとする¹⁾。こうして得た

1) 従って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。また, Grancesco Giglio, *The Taxonomy of the actio furti. Between Ownership and Commerce*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* Bd.134 (2017), S.106–146 のように盗訴権を a legal control of a thing, the circulation of goods の保護として把握するのではなく、伝統的に理解されてきた占有の観点から検討するものである。二次文献については、歴史的展開を研究する Marco Antonio Fenocchio, *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in diritto romano. 'Detrahere alteri aliquid'*. Per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende. Ph.D. thesis, Università degli Studi di Padova, 2008 が詳細である。例えば十二表法以来の不法領得概念の拡張として変遷を叙述するものとして, Biagio Petrocchi, *L'appropriazione indebita*, Napoli 1933, p.10–24, 帝政期法学者間の変遷を検討する

知識を基に、二人の人文主義法学者ボドゥアンとキュジャースの解説に助けられつつ、盗訴権と占有の問題につき明確な観念を得ることにする。

刑事司法 (iudicium publicum) は政治システムの破壊を禁圧しそれに対処するものであり²⁾、共和政ローマでは、刑事法は刑事裁判そして査問法廷設置と密接に関連づけられている³⁾。従って、当然のことながら、通常の窃盗や詐欺は民事裁判に委ねられる。但し民事の盗訴権は取戻訴権や不当利得訴権とは選択的競合関係になく、あくまで罰の意味を持ち、独立して、私人たる被害者は、「盗人が目指していた場所に到達する前に (priusquam eo loci rem pertuleri, quo destinaverat)」盗品を持った状態で捕縛された現行盗 (furtum manifestum)⁴⁾には盗物あるいは利害関係の4倍額、到達後に (pertulit quo destinavit) 捕縛された非現行盗⁵⁾には2倍額の罰金支払を求める。これが法の本来の姿であ

ものとして Bernardo Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, [Estratto dal vol. XXIII. degli Anni del Sem. Giuridico di Palermo], Palermo 1953, idem, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* [Estratto dal vol. XXV. degli Anni del Sem. Giuridico di Palermo], Palermo 1957がある。なおD.47.2の法文の区切りについては Mommsen 大版に依拠し補正している。

- 2) 簡潔には、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 (2017) 23–29 頁を見よ。さらに同『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会 (2009) 140 頁, 153–154 頁, 1080 頁, 及び同『笑うケースメソッド II 現代日本公法の基礎を問う』勁草書房 (2017) 32 頁, さらに同『政治の成立』東京大学出版会 (1997) 364–370 頁を参照。しかし、例えば Mommsen 以降の代表的なローマ刑事法の叙述の特徴をまとめる Francesca Pulitanò, Sull “autonomia” del diritto penale romano. Prime considerazioni, in: *Teoria e storia del diritto privato*, n. 11, Napoli 2018, p. 1–29 を参照してもこうした視点は見られないように思われる。
- 3) これはローマ刑法史の特徴であり、Mommsen や Santalucia につき Pulitanò, Sull “autonomia”, p. 4–5, p. 10–11 を見よ。従って、犯罪とされ常設査問法廷が設置される公金横領罪 (peculatus) を、「公金」や「占有」概念を用いて、公犯罪ではない盗との区別を試みると、犯罪概念が見失われる。木庭顕「「客殺し」のインヴェルティエーノ、ロマニスト風」『現代日本法へのカタバシス』羽鳥書店 (2011) 85 頁以下を見よ。Vgl. Theodor Mommsen, *Römischen Strafrecht*, 2. Aufl., Leipzig 1899, Aalen 1990, S. 764–772, Joseph Duquesne (tr.), *Le droit pénal romain*, tom. 3, Paris 1907, p. 70–80, Bernardo Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2^e, Milano 1998, p. 128, Wilhelm Rein, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig 1844, S. 679–690.
- 4) D.47.2.3.2 (ウルピアニス『サビヌス註解』41 卷)
- 5) D.47.2.6 (パウルス『サビヌス註解』6 卷)

る⁶⁾。なるほど十二表法には、現行盗に対する制裁が被害者の裁量に委ねられない場合の市民団「関与」による手続 (addictus 又は adiudicatus)、夜盗 (fur nocturnus)、及び、疑義があるとはいえ、昼間の武装・防衛盗 (fur diurnus qui se telo defendit) に対する被害者による制裁の手続、皿と紐による搜索 (quaestio lance et licio) による現行盗化、並びに、非現行盗 (furtum nec manifestum) との和解における2倍額の法定が見られるが、いずれも被害者への罰金支払による禁圧の手続を精緻に規範化したものである⁷⁾。

帝政期になっても通常の盗訴権が存続するが、盗がポリス事項と把握されことに伴う禁圧の変容が見られ⁸⁾、相続財産略取 (expilatio hereditatis)⁹⁾や墳墓侵害 (sepulcri violato) など特殊な窃盗に対する皇帝権力に基づく刑事裁判管轄が生じる。すでにアウグストゥス帝の下で設置された首都長官 (praefectus

6) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 739, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 41. 現行盗と非現行盗の区別は、現行盗に厳酷な対処が定められていたものの、十二表法段階でも確認できる。S. 750. Vgl. Dieter Flach, *Das Zwölfartengesetz. Leges XII tabularum*, Darmstadt 2004, S. 57, S. 181–189. Contardo Ferrini, *Diritto penale romano*, Roma 1976, p. 177–178.

7) ローマの刑事法における通常の窃盗罪の内容については、Santalucia, *Diritto e processo penale*, supra not. 3, p. 60–65, Theodor Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 733–759, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 34–64, Albert Desjardines, *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité, et spécialement dans le droit romain*, Paris 1881, Rein, *Das Criminalrecht*, supra not. 3, S. 293–314 を、十二表法については、Aulu-Gelle (René Marache (éd.)), *Les nuits attiques*, tom. III, livr. XI–XV, Paris 1989, 2002, liv. XI, cap. XVIII, 6–14, p. 25–26, Flach, *Das Zwölfartengesetz*, supra not. 6, S. 57–61 を参照。

8) 帝政期の変容の詳細は、Bernardo Santalucia, Crimen furti. la repressione straordinaria del furto nell'età del principato, in: *Derecho romano di obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 2008, p. 785–797, anche in: *Altri studi di diritto penale romano*, Milano 2009, p. 389–406 を見よ。すでに共和政期に都市の秩序維持に設置された tresviri capitales は、奴隸、外人、下層民の不法に対する懲罰などポリス事項について管轄を有し、刑事裁判とは関係がない (decretum との対比での libellus)。

9) 盗訴権が成立しない中でこれが告発対象となり犯罪とされるのはマルクス・アウレリウス帝の時代である。cf. D. 47.19.1, D. 47.19.2.1. Vgl. Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 777–780, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 87–89. 後に述べるように、相続財産は domina (所有者) としての主体であり、所有権の主体とはなれても占有の主体とはなれないため、盗の被害者たりえず相続財産略取には別の対処が必要であった。

urbi) 及び首都警備隊長官・夜警長官 (praefectus vigilum) がしだいに真の刑事裁判権を行使することになるのである。通常の盗についても、被害者は2世紀前半に特別審理手続を選択できたが¹⁰⁾、あくまで民事裁判が原則である¹¹⁾。

さらに、D.47.2.57.1 (ユリアヌス『法学大全』22巻は、夜警長官 (praefectus vigilum)¹²⁾や属州総督 (praeses)¹³⁾の面前での手続によって盗人に有責判決が

10) 特別審理手続は pro tribunal ではなく de plano で行われ、205年カラカラ帝段階での C.2.11.8 につき、Santalucia, Crimen furti, supra not.8, p.394) は体罰なき (citra verbera fustium) 盗の有責判決を正規の民事裁判として民刑併存の証左とするが、Marco Balzarini, In tema di repressione “extra ordinem” del furto nel diritto classico, in: *Bullettino dell’istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, vol.72 (No.11), 1969, p.203–311 のように特別審理手続での区別と見ることもできると思われる。拙稿「シブランドゥス・シッカマ (1571–1622) と百人官法廷」『南山法学』43巻3・4合併号(2020) 130–134頁さらにD.48.2.6を参照。

11) Santalucia は、反対説もあるが、ゲッリウス『アッティカの夜』が現行盗につき4倍額訴訟を述べる箇所(11.18.10)を挙げている。つまり«si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur.» (Aulu-Gellu, *Les nuits attiques*, tom. III, supra not.7, Liv. XI, Cap. XVIII, p.26) から、被害者は2世紀前半に特別審理手続を選択できたとする。そしてウルピアヌスの時代になると(D.47.2.93), 民事で訴えることが可能である (poterit civiliter agere) が大抵は記名告発による刑事訴訟が行われる (nunc furti plerumque criminaliter agi) としつつも、あくまで盗人の支払能力の欠如によると説明する。cf. Santalucia, Crimen furti., supra not.8, p.397–398, p.402. ちなみに、すでに Rein は盗に対する制裁の変遷を述べ、後に挙げるように、定義に fraudulosus が加わることなどを指摘した後、盗人の支払不能の場合に被害者にとって民事訴訟では不十分であると感じられたとしており (Rein, *Das Criminalrecht*, supra not.3, S.314 ff.), Santalucia と類似の説明が見られる。とはいえあくまで民事が原則である。cf. Santalucia, Crimen furti, supra not.8, p.400 (Coll. 7.4.1 (Ulp. 8 off. proc.)), p.401 (D.47.14.1.4).

12) 帝政期のパウルス『首都警備隊長官・夜警長官の職務について単巻書』(D.1.15.3pr.–1) は、アウグストゥス帝による首都警備隊長官・夜警長官 (praefectus vigilum) の設置、そして放火犯、家宅侵入犯と並んで、窃盗犯、強盗犯、贓物隠匿犯に対するその裁判管轄、癡猛な事案に対する首都長官 (praefectus urbi) の裁判管轄を報告する。Santalucia, Crimen furti, supra not.8, p.224. Suet. Aug.30.1–2; Paul.-Ulp. D.1.15.1–3; Dio Cass.55.26.4–5. 後者の裁判管轄につき、Mommsen は、«Die schon unter dem früheren Principat sich geltend machende Concurrent hat im dritten Jahrhundert den delictischen Privatprozess und nicht minder das Quästionsverfahren zurückgedrängt» と描く。彼の援用する D.1.12.1pr. は omnia crimina に言及している。Mommsen, *Strafrecht*, supra not.3, S.777–780, Duquesne (tr.), *Le droit pénal romain*, tom.1 p.319.

13) 属州総督には神物窃盗などと並んで通常の窃盗の刑事裁判権が帰属したことが明言されている (D.1.18.13pr.)。

下されたときは、盗人は例えば標準註釈によれば鞭 (verbera) による厳しい罰を受ける危険もあったため、被害者は単額が返還されるだけであっても盗訴権を失うとしており、ここには、盗訴権との選択的競合関係や刑罰回避の実際が伝えられている¹⁴⁾。

こうしたローマ法の観点から窃盗について 1552 年のカロリーナ刑事法典を読むと¹⁵⁾、157 条は、一定額以下の窃盗犯が「安全な場所に到達する前に (ehe er damit in seine gewahrsam kommt)」¹⁶⁾ 叫喚や捕縛を受けない場合、非公然の小窃盗 (ein heimlicher und geringer diebstahl)¹⁷⁾ とし、支払能力があれば、被害者 (der Beschädigte, laesus, la personne lésée) に対し 2 倍額の支払を命じ (so soll ihn der richter darzu halten, so es anderst der dieb vermag, dem beschädigten den diebstahl mit der zweyfach zu bezahlen.) ている¹⁸⁾。拘禁はあくまで未払の場合であり (ubi fur eiusmodi mulctam persolvere nequit, pro poena incarceretur), しかも罰金刑との関係でまずは被害者への単額支払が優先される¹⁹⁾。とりわけこの単額支

14) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 892–893. Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 227–228, Santalucia, *Crimen furti*, supra not. 8, p. 224–225, n. 130. cf. D. 48.18.2, D. 1.15.3.5. Valerio Neri, *La criminalità comune a Roma e nelle città dell'Occidente la repressione del furto in età tardoantica*, in: Beatrice Girotti et al. (a cura di), *Città e capitali nella tarda antichità*, Milano 2020, p. 141–152 はキリスト教の影響にも触れる。簡潔には Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2éd. p. 65–68, Paris 2006 (3 版未見)。

15) 上口裕『カロリーナ刑事法典の研究』誠文堂, 388–398 頁 (157–158 条), 416–418 頁, 563 頁 (170 条), 埜浩『フランス・ドイツ刑事法史』信山社 (1992), 212–213 頁 (157–158 条), 217 頁 (170 条)。以下, 理解の助けになるように括弧書や脚註にラテン語訳やフランス語訳を付すこともある。

16) « ad suum locum tutum, seu ad suam custodiam », « se reciperet, attendre sa retraite »

17) « tale furtum pro clandestino ac levi habetur », « vol caché et petit »

18) « iudex omnino eo compellat adigatque furem, ut si modo tantum possideat, laeso, cuive ablatum est furtum in duplo reddat », « il se condamné de payer le vol au double à la personne volée, s'il en a les moyens »

19) « soll der beschädigte mit derselben einfachen vergleichung des diebstals (aber mit der übermaß nicht) der obrigkeit geldbuß vorgehen », « la peronne volée sera préférée à l'amande pécuniaire pour la réstitution de la simple valeur, mais non pas pour l'excédent de ladite valeur »

私の部分については、正文を想定するにせよ加筆を想定するにせよ²⁰⁾、前掲の法文 (D.47.2.57.1) にあった単額支払を念頭に置いたローマ法の影響が推測できる。これに対して 158 条は、「安全な場所に到達する前に」捕縛された場合に、公然窃盗 (ein offener diebstall, manifestus furtum, vol public) として、まずは公に晒され笞刑及び追放刑を定める一方で²¹⁾、良き出自であり改善の見込みがあるとされるときは²²⁾、被害者に対する盗品の 4 倍額の支払が認められる場合があると²³⁾。そしてこの 4 倍額支払以外は、前条の規定が準用される。このように、少額の窃盗とはいえ、一般に糾問訴訟を代表するとされる法典にあっても、被害者のための罰訴権を通じた窃盗に対するローマ法の禁圧観念が影響を与えていることが観察できる。また D.47.2.3.2 (ウルピアヌス『サビヌス註解』41 巻) における「盗人が目指していた場所に到達する前に (priusquam eo loci rem pertuleri, quo destinaverat)」と、「in seine gewahrsam (ad suum locum tutum, sa retraite)」との近似に注目することも不当ではなからう。実際、158 条の公然窃盗 (ein offener diebstall) も仏訳の «vol public» はともかく、ラテン語訳はまさに現行盗 (manifestum furtum) である。ダニエル・クラーク (1622–1678) の註解書を繙くと²⁴⁾、157 条の積義 (exegesis) にお

20) 削除主張については上口『カロリーナ』(前註 15) 394–395 頁参照。

21) «in pranger gestellt, mit ruthen ausgehauen und das land verboten», «publico maestro seu infami torqui impositus virgis caedatur, ei que ditio interdicitur», «il soit condamné au carcan, à être fustigé et banni du pais»

22) «Wäre aber der dieb ein solch ansehnliche person, dabez besserung zu verhoffen.», «Porro si fur reputata aut celebris persona esset, de qua melior spes esset», «Si le voleur se trouvoit être une personne de telle condition, que l'on en dût espérer de l'anebdenent»

23) «mag ihn der Richter jedoch ohn der Oberkeit zulassen und verwilligung nicht bürgerlich und also straffen, daß er dem beschädigten den diebstahl vierfältig bezahlen.», «iudex quidem, sed non citra magistratus permissionem et consensum, civiliter et ita quidem corrigat, ut laeso, seu cui ablatum est, furtum in quadruplo rependat», «le juge ... pourra civiliser la procédure, et lui faire payer au quadruple la chose volée»

24) Daniel Clasen, *Commentarius in constitutiones criminales Caroli V. Imperatoris*, Lipsiae 1718.

いて、盗の分類として、最初に挙げられるのがこの現行盗と非現行盗の区別であり、ローマ法と同様の理解である²⁵⁾。先駆的とされる18世紀の独羅辞典では²⁶⁾、今日のドイツ刑法において民法上の占有 (Besitz) と区別するために占有・(さらにローマ法によれば)所持の意味に用いられる *Gewahrsam* には²⁷⁾、今日と同様に *Verwahrung* つまり *custodia* のほかに、*verwahrter Ort* として *tutum, locus tutus* の意味が当てられている。盗人が意図した盗品の安全な保管場所であると解すると、これもローマ法と整合的に理解できよう。同じ辞典の、形容詞 *öffentlich* には、最初に *offenbar, bekannt* の意味として *manifestus, apertus* が当てられ、「den Staat oder die Commun betreffend, dahin gehörig」や「allen gemein, allen Leuten einer Stadt gehörig」として

25) Clasen, *Commentarius*, supra not. 24, p.513: «AD Artic. CLVII. De furtis:… II. Furti Divisio. Furtum dividi solet in manifestum et non-manifestum. Manifestum furtum dicitur, quod redditur, manifestum, antequam fur ad locum destinatum veniat, ein öffentlicher diebstahl. Et est, quando … deprehenditur, antequam ad domum vel locum destinatum pervenit: … Non-manifestum seu clandestinum furtum ein heimlicher diebstahl est, cum fur cum re furtiva non deprehenditur … antequam eo se recepot, quo rem furtivam deportae destinaverat, id est eo die cum furto manere volebat (D.47.2.4, D.47.2.5.3, D.47.2.8.»

26) Immanuel Johann Gerhard Scheller, *Ausführliches und möglichst vollständiges lateinisch-deutsches Lexicon oder Wörterbuch*, Leipzig 1784 (初版は前年). Dietfried Krömer, *Lexikographie*, in: *Der Neue Pauly*, Bd.15.1, Stuttgart/Weimar 2001, Sp. 131–149.

27) 例えば葡萄酒の買主が委託して保管者を送った場合に一種の心素のようなもので占有を取得すると述べる D.41.2.51 (ヤウォレスス『ラベオ遺作抄録』5巻)を援用して、「Ich apprehendire den Bseitz dadurch, daß die Sache in meinen *Gewahrsam*, in meine *custodia* gebracht wird.」と説明される。Art. *Besitz* (Georg F. Puchta), Julius Weiske (Hrsg.), *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft*, Bd.2, Leipzig 1840, S.57. 刑法については樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」『東京大学法科大学院ローレビュー』8号(2013)155頁を見よ。条文上 *in seinem Besitz oder *Gewahrsam** と言換えに用いられることもあるが、ドイツ法学において生じた区別から直接占有のみを指すのに用いられ、*detentio* との区別が曖昧となってゆく。松生光臣「刑法上の占有概念の法的性質について」『法政研究』(九州大学)80巻2・3合併号(2013)309–362頁、さらに Michael Maxim Cohen, *Organbesitz und Organgewahrsam*, Berlin 2016 を参照。

の publicus の説明が続く²⁸⁾。ここにはローマ法とのより近い関係が想定できる。ちなみにカロリーナ 170 条は委託物の横領について盗概念を用いており²⁹⁾、これもまたローマ法の観念である³⁰⁾。

さて、ローマ法との関連で本稿が注目するのは、むしろ被害者 (der Beschädigte, laesus, la personne lésée) に対する罰金支払というローマ法の観念の被害者、別の言い方をすれば盗訴権の原告適格者の定義である³¹⁾。やはり「被害者」を想定するカロリーナ法典の先の条文に対するいくつかの逐条註解書を見たところ、この「被害者」の解説が見当たらない。このことから、ローマ法・普通法の議論で十分であると考えられていた、ローマ法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ローマ法学が担っていた、との推測が可能であろうか。この「被害者」あるいは「被害」を考察することから、今日の刑法とは異なり、伝統的に盗訴権が保護してきたものは何かを今一度考えるきっかけを得るのが本稿の目的である。

28) 拙稿「Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について」『南山法学』33 巻 3・4 合併号 (2010) 345–392 頁参照。

29) «Welche mit eines andern gütern, die ihm in gutem glauben zu behalten und zu verwahren gegeben sezn, williger und gefährlicher weiß dem gläubiger zu schaden handelt, solche missthat ist einem diebstahl gleich zu straffen», «Qui circa res alterius, quas bona fide apud se depositas, custodiendas et conservandas recepit, in praeiudicium domini vel deponentis aliquid dolose agit, illud delictum aequè ac furtum puniri meretur», «Celui qui aura sciemment et frauduleusement disposé du bien d'un autre, dont la conservation et la garde lui aura été confiée. commet une action, qui doit être punie ainsi qu'un vol»

30) 木庭顕「「客殺し」」(前註 3) 94–95 頁註 8 を見よ。cf. Petrocelli, *L'appropriazione*, supra not. 1, Battaglia, *Furtum*, infra not. 35.

31) 不動産に対し市民法上の盗訴権が適用されないことの説明に私的所有の成立を用いる Mommsen も、窃盗につき不同意の要件を説明する箇所では «gegen den Willen des Betheiligten» としており、«contrairement à la volonté de la personne lésée» と訳されるように、Betheiligter は所有者ではなく被害者である。Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 742, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 44–45, Santalucia, *Crimen furti*, supra not. 8, p. 224–225, n. 130.

2. 盗の定義

さて、ボドウアンやキュジャースの解説を理解するための予備知識として、ローマ法の盗の定義を見ておこう。有名なのは法学提要と学説彙纂の以下の法文である。

Inst. 4.1.1

盗とは、物自体であれ、その使用、さらには占有でさえ、詐欺的に物に手をつけること (*contrectatio rei fraudulosa*) 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 vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admitttere.

D.47.2.1.3 パウルス『告示註解』39巻

盗とは、利得目的で (*lucri faciendi gratia*)、物自体であれ、その使用、さらには占有でさえ、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 admitttere.

二つの法文の定義は大方同じであり、前者の法学提要には後者のパウルス法文が利用されたと考えられるが、後者には、「利得目的」があり、前者では削除されていることが目につく。末尾の自然法への言及については本稿では検討から外し³²⁾、以下解説しておこう。

32) 末尾につき、所有権導入以前の自然状態での盗の不存在を述べる啓蒙期の無理解に関しては、例えば Fenocchio, *Il momento*, supra not. 1, p. 82–99, Gai. 3.194 と比較せよ。さらに以下のフィンネンを参照。«Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat ὀπάνν Salimas. de Usur. cap. IX. puta quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero quum ius naturae vel absolutum sit vel hypothecum; facile

仮に「手をつけること」と訳した *contrectatio* は厄介な概念ではあるが、一般的には、原義は手で触れること (*toccamento, maneggiamento*) であり、法律用語としては物理的に持ち去る (*asportatio, spostamento materiale*) との観念が入ってくると説明される。つまり移動 (*eine Sache von seinem Ort wegbewegen*)³³⁾ を前提としている³⁴⁾ というのである。もともと Mommsen は客体の単なる接触 (*Anrühren, simplement touché*) を既遂であるとして原義の用例も挙げており³⁵⁾、法文の整合的な説明を目指すなら検討の余地がある。ユスティニア

patet, posito dominio, furtum ipsi rectae rationi non absolute sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorff. de I. N. et G. Lib. III. [sic. VIII?] Cap. 3. §. 24. HEIN (?) » Arnoldus Vinnius, *Commentarius in quatuor libros institutioinum*, Lugduni 1767, p. 813b–814a.

33) 挙げられる, D.41.2.3.18 (パウルス『告示註解』54巻)は寄託物の *contrectatio* (後掲), D.25.2.3pr. (パウルス『サビヌス註解』7巻)は、離婚後の *contrectatio* に言及し, D.13.1.20 (トリポヌス『討論録』15巻)は、「盗人は常に遅滞にある」ことにつき、物の *contrectatio* につき、奪う (*auferre*) べきではなかった物の返還と表現しており、直ちに「移動」を示すと解する必要があるか不明である。

34) Z.B. s.v. *contrectatio*, in: Samuel Oberländer (Hrsg.), *Lexicon Iuridicum Romano Teutonicum*, Nürnberg 1753, Köln 2000, Erich Damerow *Das furtum possessionis im römischen und heutigen Recht*, Bromberg 1912, S.20–29, William W. Buckland, *Contrectatio*, in: *Law Quarterly Review*, vol.57, Issue 4 (1941), p.467–474, 近年のものとして David Pugsley, *Contrectatio*, in: *Irish Jurist*, vol.15, No.2 (1980), p.341–355, David Ibbetson, *The Danger of Defintion: Contrectatio and Appropriation*, in: A.D.E. Lewis, *The Roman Law Tradition*, Cambridge 1994, p.54–72 を見よ。

35) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S.743, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p.46. 例えば Dahm は外的な構成要件として *äußere Bemächtigungshandlung* とし、「*Contrectatio* kann schließlich auch die Vernichtung einer Sache sein, wenn der Täter sich damit einen Gewinn verschafften will.」とするが、その際 Bartolus ad D.47.2.27.3 を援用している。法文は文書の持去りではなく文字の抹消による盗訴権の成立を述べており、バルトルスを見ると (Bartolus, *Commentaria in secundam Digesti novi partem*, Venetiis 1585, fol.114rb), «*Dicitur hic, quod qui corrumpit tabulas, tenetur actione furti. ... R[ogerus] hic subauditur, quod non amovet, scilicet tamen et hanc tenet ... quia delectio illa non potest fieri sine contrectatione*» として、持去りなしの *contrectatio* を明言する。Georg Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchung über die Beziehung zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XIV. Jahrhundert*, Berlin 1931, S.460–462, s.v. Furo (P. Vico), Furto, in: *Il Digesto italiano*, vol.XI, parte seconda, Torino,

ヌス帝段階の理解の入門として、まず参考になるのは Inst. 4.1.6 である。

Inst. 4.1.6.

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*) と時のみならず、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。例えば、ある者が、友人を正餐に招待する予定であるとしてその使用目的で銀器を受け取り、そしてそれを家から遠くに持ち運び、あるいは古法学者たちが、馬を戦列にまで連れていった者について書いていたことであるが、ある者が気晴らしで乗るために使用貸借した馬をどこかより遠くへ駆ったときがそうである。

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. veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem [acies] equum perduxisset.

この法文では「奪取目的 (*intercipiendi causa*, um *wegzunehmen*, um *entziehen*)」が加わるが、注目すべきは、*movere* と対比させて、*contrectare* を窃盗の要件としていることの説明に、寄託物や質物の無断使用、及び使用貸借の目的外使用を挙げていることである³⁶⁾。

1892–1898, p.956b, «*si ponga la mano sulla cosa ... In diritto romano invece, la contrectatio poteva verificarsi in vari modi ...*». 例えば Carpzov の *vera et ficta contrectatio* (S.9–14) や *furtum proprium* と *f. improprium* の区別など、この概念の普通法における詳細な研究として Petrocelli, *L'appropriazione*, supra not. 1, p.36–47, Federico Battaglia, *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Pavia 2012 を見よ。

36) この意味で、所有権観念に淡泊なローマ法にはそぐわないことはともかく、判例が「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する」ことであるとする「領得」の定義の前半部分「権利者を排除し」が使

他方で、以下の D.41.2.3.18 (パウルス『告示註解』54 卷) は、*contrectare* によって寄託者たる被害者は (寄託後も当然に有する使用取得及び特示命令) 占有をやめるが、受託者が寄託物を「持ち去ること (*amovere, amotio, sottrazione*)」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ピヌスとカッシウスの説を正当としている。

D.41.2.3.18 パウルス『告示註解』54 卷

あなたのもとに寄託された物を盗む目的であなたが手をつける (*contrecteris*) とき、私は占有することをやめる。しかしその物をその場所から動かさずに (*non moveris*)、[寄託された物であることを] 否認する意思で有しているとき、私は占有者にとどまる、と古法学者の多数も、サピヌスも、カッシウスも正しく解答した。なぜなら、手をつけることなしに盗みはなされえないのであり、心素による盗みは認められないからである。

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

法文が対比しているのは³⁷⁾心素としての否認する「意思」と体素である。ここでは *contrectatio* が体素として評価される行為と捉えられている。従って、*contrectatio* に加え、「持ち去ること (*amovere*)」、あるいは「動かすこと (*movere*)」を要件に加えるというのではなく、むしろこうした動きによって占有喪失がはっきりするとしており、寄託の否認意思だけでは「盗」の成立には不十分であるとするのが法文の趣旨であるとも読めそうである³⁸⁾。しか

用窃盗を除外する機能を担っているとされるため、*contrectare* は今日の「領得」には一致しないと言える。もっとも *furtum* を *ferre* (tragen) に関連づけること (D.47.2.1pr.) が早期にそぐわなくなったことにつき、Damerow, *Das furtum*, supra not. 34, S.21 を参照。

37) Lenel のパリンゲネシアによれば、先のパウルス『告示註解』39 卷は盗みの章、パウルス『告示註解』54 卷は占有と使用取得の章である。Otto Lenel, *Paltingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889, Graz 1960, 208 col. 1063–1072.

38) ドイツ人でユトレヒト大学の法学教授マテウス (Antonius Matthaeus, Anton Matthäus, 1601–1654) は、学説彙纂の刑事法関連の章に対するおそらく最も標準的な解

し、この法文では否認の単なる意思を超え、受託者が寄託者に対して実際に否認した段階のことが述べられていない。これを明確に述べているのは次の法文である。

D.47.2.68pr. ケルスス『法学大全』12巻

寄託（の事実）を否認しても盗を行うものではない（否認自体は、ほとんど盗に近いが³⁹⁾、盗ではないから）。しかし奪う目的で（*intervertendi causa*）⁴⁰⁾占有を取得するときは盗を行う。彼が、寄託として保持していたのに、自己の物としたその指輪を指にしようが指輪の小箱に入れようが違いはない。

Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactylitheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.

ちなみに、法学提要の詳細な解説を行うアルノルト・フィンネン（Arnold Vinnen, Arnoldus Vinnius, 1588–1657）が、「*contractare* とは、物に手を触れ、そしてその場所から動かすことである（*Contractare est rem manu tractare et loco movere*）」として、先の D.41.2.3.18 と並んで挙げているのが、D.10.4.15（ポンポニウス『サビヌス註解』18巻）である⁴¹⁾。法文は、自己の農場に他人の埋蔵

説書で、この法文を援用して説明し、その前半で *movere* と *contractare* を *vel* で結んでいるが、言換えではなく並列であると明言できない。Antonius Matthaeus (B. C. Stoop/M. L. Hewett (ed.)), *On Crimes: A Commentary on Books XLVII and XLVIII of the Digest*, vol. I, Cape Town 1987, p.47. «... l.3. §. sed so re, 18. D. de adq. vel amit. poss. (D.41.2.3.18) praeter inficiationem requirit ut res loco moveatur, vel furti faciendi causa contractetur: si loco non moveris, inquit, plerique veterum, et Sabinus et Cassius responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur.»

39) この「盗に近い（*prope furtum*）」は本来的な盗と非本来的な盗の区別に用いられてきた。Battaglia, *Furtum*, supra not. 35, p.99.

40) 一般的に *intervertere* は所持を占有に変更するというで横領（*unterschlagen*）に対応させられることが多いが、占有と結びつけて奪うこと（*entziehen*）の意味にも用いられ、後に（後註110）を見るように、キュジャースは盗の定義一般に用いている。

41) Vinnius, *Commentarius*, supra not. 32, p.812b, vgl. Mommsen, *Strafrecht*, supra

物があるときに「動かすこと (movere)」がない限り、その他人に掘出しを認めなくともあなたは占有しておらず、盗訴権は成立しないとしている。被害者の利用可能性を奪ってはいるが、占有を奪った盗の実行行為段階にはなく、「手をつけていない」段階であると考えられることもでき、movereを積極的に要件に加えていると読む必要はないと思われる。事実、この法文からフィンネンが引き出しているのは、盗は有体物そして動産についてのみ認められることだけである⁴²⁾。これに対してシュナイデヴァイン (Johann Schneidewein, Johannes Oinotomius, 1519–1568) は盗の要件を六つであるとし、その最初にはっきりと *contrectatio* を挙げて、「物のある場所から別の場所に持ち去ること (quod scilicet amoveat rem de loco ad locum)」として、D. 41.2.3.18 を挙げて⁴³⁾。

こうした中、刑事法の専門文献で、「手をつけること」(*contrectatio*) を素直にまとめていたのは、管見ではヨハン・ターボル (Johann Otto Tabor, 1604–1674) である⁴⁴⁾。彼は、「*contrectatio* は、有体物の持去りだけを示しているというように大雑把に (*crasse*) 理解してはならず、若干技巧的に (*subtilius*)、別に

not. 3, S. 739, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 41. 以下の不動産を客体から排除する説明には Gai. 2.51, D. 47.2.25pr. (*verum est quod plerumque probant fundi furti agi non posse*), D. 41.3.38 = Inst. 2.6.7. (Fn. 1) が挙げられ、この二つの法文は指摘されていない。

42) Vinnius, *Commentarius*, supra not. 32, p. 812b. « Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti. » 実際、現行法の説明で *déplacement* が要件とされるときは不動産を窃盗罪の客体から除外するのに用いられているようである (Michèle Laure Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 8^e éd., Paris 2018, p. 132–133.) が、すでにローマでも見られる立論である。

43) Johannes Oinotomius, *Commentarius in quatuor institutionum libros*, Venetiis 1735, fol. 319b. もっとも、この要件の根拠として D. 47.2.1.1 « sola cogitatio furti faciendi non facit furem » を挙げて、*sola cogitatio* は盗とならないことを示すためであるとする。盗訴権が成立しない夫婦間の「移動」「持去り」を表現する訴権 (*actio rerum amotarum*) の章に掲載された D. 25.2.3 (『サビヌス註解』7巻) では、離婚後には盗訴権が生じるとする説明に *contrectat* が用いられている。

44) Johannes Otto Tabor, *Criminalium Definitionum Racemationes cum variis delictis*, in: *Tractati*, vol. II, Lipsiae 1688, fol. 28b. Vgl. Battaglia, *Furtum*, supra not. 35, p. 351.

何か正当な原因に基づいて自己のもとにある物であっても、詐欺的にそれを使用、又は消費・処分するときもそうである」としている⁴⁵⁾。以上のことから、*contractatio* 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のの、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理解するのが妥当であろうか。実際、古典期の史料が以下のように対比させていることにも整合的である⁴⁶⁾。

ガイウス『法学提要』3.195

ところで盗とは、ある者が奪取目的で他人の物を持ち去る (*amovere*) ときのみならず、一般的には、所有者の意に反して、物に手をつける (*contractare*) ときもである。

Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam inuito domino contractat.

次に、二つの法文 *Inst.* 4.1.1 及び *D.* 47.2.1.3 の *contractatio* にかかっている属格の部分 «*rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*» について考察しよう。学説彙纂の盗に関する章を周到に検討・翻訳・解説する Monro (1835–1908) は、この部分の理解につき二つの可能性を提示する⁴⁷⁾。一つは、利得目的 (*lucri faciendi gratia*) の部分がない法学提要にも通

45) «*Neque enim contractatio ita crasse accipienda est, ut amotionem corporalem tantum notet, sed aliquanto subtilius, si qui etiam fraudulenter re, quae alias ex iusta quoque causa apud se existit, non iure utatur vel abtatur. l. 7. et 8. C. h. (C. 6.2.7, 8)*»

46) Mommsen も、*contractatio* を *Ansichnehmen* として、使用権の限度を不法に侵害すること (*die delictische Ueberschreitugn des Gebrauchsrechts, la violation délictuelle des limites du droit d'usage*) を *contractatio* に含め、使用権のない受託者 (*Depositär*) (*Gellius*, 6.15.2 [後註 53], *Gaius* 3.195, *Inst.* 4.1.6) と質権者 (*Faustpfandgläubiger*) (*D.* 47.2.55pr.) を挙げている。Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 736, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 38–39. *Gai.* 1.195 は paradigmatico であるとされる。Fenocchio, *Il momento*, supra not. 1, p. 51.

47) Charles Henry Monro (tr.), *Digest XLVII. 2. De furtis*, Cambridge 1927, Appendix I, p. 116–120.

じる理解であり、最初の物 (res) について、後にそれを物自体 (ipsa res)、物の使用 (usus rei)、そして物の占有 (possessio rei) さえ、と三種に分類している、という解釈である。この理解によるとき、彼は、「the dishonest handling of a thing in order to make gain, the handling, that is, either of the thing itself or of the use or possession thereof」と英訳する⁴⁸⁾。これに対して、利得目的 (lucri faciendi gratia) が削除された法学提要にはあてはまらないが⁴⁹⁾、別の可能性として、盗を「詐欺的に物に手をつけること」としつつ、その物を三分類するのではなく、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可能性を指摘する。この場合には、「the dishonest handling of a thing in order to make gain out of the thing itself or else out of the use or possession thereof」と英訳される。この後者の理解は、ラテン語では、属格の *lucri facere* 型として⁵⁰⁾「ある物から利益を得る」のは、「*lucri facere aliquid*」であり、「*lucrum facere alicuius*」ではないので、正しくは、D.47.2.1.3 では「*lucri faciendae rei gratia*」でなければならず、文法上の難がある。

にもかかわらず、Monro がこの理解の可能性を挙げる理由は、第一に、「手をつけること (contrectatio)」が、使用や占有といった観念的なものを扱うのに適さない単語であること⁵¹⁾、第二に、最初の理解だと文が途中で止ま

48) 英法では、贓物の蔵匿、運搬、処分などの関与行為を処罰対象とする、贓物関与罪に *handling stolen goods* との表現が用いられる。David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford 1980, s.v. *Handling stolen goods*.

49) 従って、以下の理解にはテオピルス『法学提要ギリシャ語義解』は参考にできない。

50) H. Menge, *Repetitorium der lateinischen Syntax und Stilistik*, 12. Aufl., Leverkusen 1955, S. 57 (76. Anm. 1.), E. C. Woodcock, *A New Latin Syntax*, London 1959, p. 53, 72.5. ii, A. Ernout et al., *Syntaxe latine*, Paris 1953, p. 55 (§ 68).

51) Cf. Alan Watson, *The Definition of furtum and the Trichotomy*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 28 (1960), p. 197–210 も指摘している。Watson は、三分類の誤りを Haloander が「*contrectatio fraudulosa*」と *rei* を削除したことにも求めるが、この読み方は、*Frates Kriegelii* 版が欄外註に指摘があるものの、指摘・踏襲されてきたわけではない (Gothfredus, Gebauer)。これに対し、例えば Ferrini, *Diritto penale romano*, supra not. 6, p. 184–185 は、D.47.2.1.3 を「盗とは、利得目的で

り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である。第三の理由として、バシリカ法典 (D.60.12.1.3) が援用される。実際、法文は、*«κλοπή γάρ ἐστὶν ἀπατηλὴ τοῦ πράγματος ψηλάφοις ἐπὶ τῷ κερδᾶναι αὐτό ἢ χρῆσιν ἢ τὴν νομὴν αὐτοῦ»* であり、最初は *«τοῦ πράγματος ψηλάφοις»* として *res* が属格であるのに対して、後は *«αὐτό, χρῆσιν, νομὴν αὐτοῦ»* と、*ipse, usus*, そして *possessio ipsius* が対格として並列されており最初の *πραῖγμα* の言換えではない⁵²⁾。

第四の理由は、なるほど前者の理解は三分類に合致するが、三分類は学説彙纂に頻繁に見られるものではなく、ローマの法学者たちによって認められたというよりも近代の学者の想像の産物である、というものである。事実、D.47.2.1.15 (ウルピアヌス『告示註解』38巻) は、三分類ではなく、「盗は占有についてなされる (*possessionis furtum fieri*)」, と統一的に占有についての盗と述べており、それ以外に使用や占有についての盗という表現は見られない。もっとも Monro が占有のみで統一的に把握する根拠として挙げているのは、休止相続財産が生じる事例を扱う以下の法文である。

D.47.4.1.15 ウルピアヌス『告示註解』38巻

スカエウオラは、盗は占有についてなされると述べている。要するに、占有者がいないときは盗が行われることを否認しているのである。従って、[主体と

の物に対する許害的行為である。その行為は直接に物自体に及ぶ場合もあれば、物の使用又は占有に及ぶ場合もある」*«Il furto è un azione dolosa sopra una cosa a fine di lucro; tanto se essa azione cada direttamente sulla cosa medesima, quanto se invece sull'uso di esse o sul p possesso.»* とする。

- 52) 管見では、すでにキュジャースのラテン語訳も *«contrectatio rei fraudulosa lucri faciendae rei gratia, vel usus vel possessionis eius»* と理解し、*«lucri faciendae rei gratia»* として、続けて二つの属格を並列させている。しかしギリシャ語では、属格に対比される対格並列がより明白である。ちなみに、以下のように、キュジャースの「物の例としての奴隷、期限を超過した所持、質物・寄託物の所有者としての占有」とするスコリア訳も有益である。*«f. Gratia. Rei, ut si abstulero servum tuum. 物 Usus, ut si datum mihi ad diem utendi causa ulterius detinuero. Possessionis, ut si datum quasi pignus vel depositum possideam quasi dominus.»* Iacobus Cuiacius (interpret.), *BASILIKWV Liber LX.*, Lugduni 1566, p. 94–95.

しての、休止] 相続財産は、事実と心素からなる占有を有しないから、[休止] 相続財産には盗はなされない、[というのである]。しかも、占有は、占有する前には相続人にはない。なぜなら相続財産は、相続財産に属するものだけをその者に移すのであって、相続財産の占有はなかったからである。

Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.

法文は、スカエウォラを援用して、主体としての休止相続財産は心素と体素を備えるべき占有を有することはなく、承継する相続人にも盗訴権が成立しない、とする。このことを説明するために、統一的に盗は占有についてなされると述べているのである⁵³⁾。では、客体の面からこの相続財産に属する物についての盗についてはどうか。これに答えるのは以下の法文である。

D.47.2.69 マルケッルス『法学大全』8巻

(休止) 相続財産に属する物について盗がなされることをユリアヌスは否認していた。但し、偶々被相続人が質として与えていたり、又は使用貸借していたときはこの限りではない。

53) 休止相続財産には占有者も所有者もないとの説明もあるが、主体としての相続財産が体素欠如ゆえに占有者になれないのである。Cf. A. J. B. Sirks, *Furtum and manus/potestas*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 81 (1960), p. 495, Fenocchio, *Il momento*, supra not. 1, p. 144–152. ちなみにゲッリウス『アッティカの夜』(6.15.2) は、スカエウォラ『市民法論』16巻の言を伝える。「その者に保管するように与えられたものを使用したとき、又は使用するよう受領したものを受領した目的以外の目的で使用したとき、盗で拘束される。」*«Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit.»* Aulu-Gelle (René Marache (éd.)), *Les nuits attiques*, tom. II, livres V–X, Paris 1978, 2002, Liv. VI, Cap. XV, 2, p. 68. 次の、使用が認められた場所から家畜を移動した *furti damnatus* (Gell. 6.15.1) については Martin Pennitz, *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres . . .* (Gellius 6,15,1). *Überlegungen zum furtum usus*, S. 147–148, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.*, Bd. 134 (2017), 相続法の説明として, Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. 1, Milano 1967, p. 216 がある。

Hereditariae rei furtum fieri Iulianus negabat[e], nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat:

このように相続財産が主体である間は占有者にはなりえないので盗は生じない。その例外として挙げられる質については、特示命令占有者である質権者が存在するので彼が被害者となる。使用貸借の借主については、単なる所持者にすぎないので占有保護だと理解が難しい。この点につき以下の法文を加えることができる。

D.47.2.14.14 ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻

物が使用貸借されていたが、使用貸借の借主が死亡した。〔休止〕相続財産に対して盗は行われず、それ故に物が使用貸借された者（借主）の〔承継後の〕相続人も訴えることはできないものの、使用貸借の貸主は盗訴権で訴えることができる。質物についてあるいは賃貸物についてもまた同じである。実際、相続財産には盗訴権は取得されないにせよ、しかし利害関係のある他の者には取得されるからである。

Si res commodata est et is cui commodata est decesserit: quamvis hereditati furtum fieri non possit et ideo nec heres eius cui commodata est possit agere, tamen commodator poterit furti agere: idemque et in re pignerata vel in re locata. licet enim hereditati furti actio non adquiratur, tamen alii, cuius interest, adquiritur.

使用貸借の借主の死亡後、承継前に盗が行われた。契約責任が発生するときは利害関係が生じるが、貸借の客体としての物は休止相続財産に含まれ、やはり物理的な所持、体素が観念できない。もちろん自然人の場合、貸主は盗訴権を得る。使用貸借の借主の所持の問題につき占有で括ることができるかがポイントであるが、これは後述するとして、再び Monro に戻ると、三分類が盗ではなく *contractatio* についてであるとしても、彼に言わせれば、「使用に手をつけること (*contractatio rei, handling a use*)」といった表現、つまり *usus* と *contractare* の結びつきは学説彙纂に通例知られるものではない。実際 *contractatio* は常に物について言えることである。

このように Monro の説明に接すると、物の盗を、厳密に物自体の盗、使

用の盗、占有の盗という三つに分類したというのではなく、盗まれたのはまさに物そのものであると考えることも可能になる。そして定義においても、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しものとして、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。この理解だと、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と整合的であり⁵⁴⁾、加えて先に挙げたガイウス『法学提要』(3.195)にも対応する。

さらに、上述の「盗は占有について行われる (possessionis furtum fieri)」との統一的説明については、考える必要がある。その際、以下の法文からは教えられることが多い。法文は、質権者から質物が窃取されたときの法律関係は、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を述べている。

D. 47.2.12.2 ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻

しかし物が質物として与えられたときには、我々は物がその者の財産中にないにもかかわらず質権者にも盗訴権を与える。それどころか、我々は第三者を相手方としてのみならず所有者自身を相手方としても盗訴権を与えるであろう。ユリアヌスもこのように書いていた。しかも所有者自身にもまた〔盗訴権が〕与えられることがよしとされており、そして〔所有者が〕盗訴権の責めを負うのではなく、訴えるときにこのようになる〔盗訴権の責めを負うこともあれば、訴えることもある。＝推測に基づく伝統的な読み方⁵⁵⁾〕。それ故に、両者〔質権者と所有者〕

54) Ferrini は、三分類は *contractatio* の形式についてのことにすぎないとし、*furtum usus* は *usus* 一般を言うのではなく、あくまですでに物を所持している事例であることを指摘し、盗人は単純な占有以外に取得しないという。Ferrini, *Diritto penale romano*, supra not. 6, p. 185. もっとも、Ferrini の理解は一般的ではないとして非難されることになる。Petrocelli, *L'appropriazione*, supra not. 1, p. 22–24.

55) Mommsen や Monro は *non* を削除する推測を受け入れ、否定辞 *non* を例えば *non-numquam* (時には) と読んでこのように理解する。否定辞の削除 (*expungere*) は、フランチェスコ・ジョヴァネッティ (Francesco Giovanetti, Franciscus Zoanettus, 1510–1586, *Restitutiones ad libros L. digestorum*, in: Opera, Marpurgi 1600, cap. XII, p. 484) が *non* を *idem* に読み替え、これは、キュジャース (Cuiacius, *Observationes et Emen-*

に利害関係があるので両者に盗訴権が与えられるわけである。しかし質権者には常に利害関係があるのか、債務者〔所有者〕が支払不能であるときだけなのか。そしてポンポニウスは、〔質権者は〕質物を有することに常に彼の利害関係を持っていると考えており、このことをパピニアヌス『質疑録』12巻も是認している。そして、債権者〔質権者〕には常に利害関係があると見られるのがより正しいのであり、そしてユリアヌスもしばしばそのように書いていた。

Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non [nonnumquam=Momm- sen, Monro] teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papi- nianus libro duodecimo quaestionum⁵⁶⁾ probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.

法文は、質権者に「も」盗訴権が、第三者のみならず所有者を相手方として与えられることをユリアヌスから確認する。所有者が盗人でないときはと

dationes, lib. XI. cap. XI, lib. XVI. cap. XXX, in: Opera, tom. III, Neapoli 1758) がバシリカ法典に依拠して non の削除提案を行って以来の伝統的な推測である。もっとも、ポティエは反対していた。Robertus Josephus Pothier, *Pandectae Iustinianae in novum ordinem Digestae*, tom. IV, Parisiis 1819, p. 323a–b, D. 47.2. XLIX. n. 3. 「所有者自身が窃取すれば質権者は責めを負わないが、にもかかわらず盗訴権で訴えることができる。物が自分から窃取されないことについて、別の理由つまり債権担保ゆえに利害関係がある。これが否定辞を維持しての真に正しいの意味である。たとえキュージャース『観察と修正』11巻11章が否定辞削除の見解であり、バシリカ法典に欠けていようとも私はそれを削除する必要はないと考える。」*«Creditor, quum extraneus rem pignoratam ipsi surripuit, teneatur ob illud Furtum Contraria actione Pignorati- tia, eo quod rem, ut debebat, non custodierit. Quum ipse dominus surripuit, certe non tenetur; et nihilominus Furti agere potest: alia enim de causa eius interest rem ipsi non esse subreptam, scilicet ob securitatem debiti. Hic sensus germanus est, ser- vata negatione: quam [quum] detrahi necesse non puto, quamvis Cuiacius Observ. XI. 11. eam detragendam censeat, absitque ille a Basilicis.»*

56) Lenel, *Palingenesia*, supra not. 37, col. 837.

もに利害関係があるから、所有者にも盗訴権が与えられることが是認される。そして質権者は常に利害関係を有するのか、債務者が支払不能のときのみかを問うている。つまり質権者については、特示命令占有を奪われたとしても弁済を受けることができるなら最終的には利害関係がないとも言えそうである。しかしパピニアヌスを援用し、さらに末尾でユリアヌスも加え、常に利害関係があるとする。法文は「利害関係」の内容に触れないが、質物の売却が直接できないといった取引費用や⁵⁷⁾、弁済を受領したときに質直接訴権 (actio pignoratitia directa) に基づき質物の返還義務を考えればよいであろう。

このことを含め、より教えられることが多いのは、複数の盗を想定する D. 47.2.14.6 (ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻) である。

D. 47.2.14.6 ウルピアヌス『サビヌス註解』第29巻

同人 (パピニアヌス) は書いている。「私に対して10の債務があったために質物として与えられた奴隷が窃取された場合であって盗訴権によって私が10を取得したときに、再び奴隷が窃取された場合には、私には盗訴権は帰属しない。なぜなら私は一度取得していたので私には利害関係がないからである。このことは、私の過失なしに窃取されたときにはそうである。なぜなら、もし私の過失でならば私は質訴権で責めを負うので、利害関係を訴えることができるであろう。しかし [私に] 過失がなければ、疑いもなく、訴権は所有者に帰属するのであり、この訴権は債権者 (質権者) には帰属しないと見られる。そしてこの判断を、ポンポニウスも『サビヌス註解』10巻で是認している。

Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest eo quod te-neor pigneraticia actione, agere potero. quod si culpa abest, sine dubio domino

57) lex commissoria の争いは別にして、Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 1993, p. 432, Wolfgang Kunkel/Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 198–199. Max Kaser/Rolf Knütel – Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München 2017, S. 188–189 を参照。

competere actio videtur, quae creditori non competit. quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat.

法文は、質権者がすでに最初の盗に基づく盗訴権で債務額を得ていたとき、彼には自身の過失によらない再度の盗に基づく盗訴権が与えられない、とする。この場合、所有者あるいは債務者に盗訴権が帰属する。しかし再度の盗が質権者の過失によるときは質直接訴権で責めを負うわけだから利害関係が発生し盗訴権が与えられるとする。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。ここで援用されるのはポンポニウスである。

では、第三者たる盗人に対する盗訴権を行使するとき、質権者は現行盗の場合4倍額、非現行盗の場合2倍額を訴えるのであろうか、それともこうした罰の請求は質権設定者にのみ認められるのであろうか。この点を論じているのが、D.47.2.15pr. (パウルス『サビヌス註解』5巻)である。

D.47.2.15pr. パウルス『サビヌス註解』5巻

その質物が窃取された質権者(債権者)は、盗訴権で、債権額までの利害関係ではなく、全額について完全に訴えることができる。しかし債務を超えるものについては質訴権によって〔質権者は〕債務者に給付するものとする。

Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit.

このように、質権者もやはり罰訴権で訴える以上、彼にとっての利害関係たる債権額を限度としない(non credito tenus)罰の訴えが提起されるが、債務額を超過する取得分は債務者へ給付しなければならない。そうだとすると被害者たる質権者にとっては加害者に罰を科す意味がなくなり、それは債務者に帰属することになる。つまり罰訴権が罰を与えることで保護しているのは、最終的には特示命令占有ではなく、使用取得占有あるいは法文にあらわれているように所有権であるとも言えそうである。もっとも、「全額について(in solidum)」に対する標準註釈は、「……そして債務額を超えて有するものはすべて債務者に返還する。D.13.7.22及びD.20.1.21.3のように。債務と

債務の倍額を保持し (debitum et duplum debiti retinere), それ以上を返還すると述べる者もいるけれども⁵⁸⁾として超過額はすべて債務者に返還すべきことを確認するが, 興味深いことに, 罰の意味を質権者つまり特示命令占有者の利益とする説の存在を伝えている。もっとも, この説に従う場合であれば, 「債務と債務の倍額」と述べているが単額の基準となるのは債務額であろうか。この疑問に答えるのが, 以下の法文である。

D. 47.2.88 パウルス『勅裁録』1巻

質権者には, 債務のではなく質物の全額に対する盗訴権が帰属する。しかし債務者(質権設定者)自身が質物を窃取したときは, そうではなく, 彼は債務の全額とその利息に対する盗訴権で訴えられることが是認されている。

Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.

このように, 盗人が第三者であったときは, 質権者はまずは盗訴権で債権額 (summa debiti) ではなく質物の価額 (summa pignoris) を基準とした請求を行い, 債権額を超過する分は質訴権によって債権者に帰属することになる。債務者自身が盗人であるときは, すでに盗訴権の段階で債権者は利息を含めた債権額を請求することになる。もっとも「質物の (pignoris)」に対する標準註釈は, 先に見た D. 47.2.14.6 (ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻) 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として, 「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⁵⁹⁾, として, 質物の価額が基準となるのは質権設定者又

58) *Gl. in solidum.* «... et quod amplius debito habet. debitori reddit totum: ut s. de pigno. act. l. si pignore (D. 13.7.22). et supra de pign. l. si inter. §. fi. (D. 20.1.21.3) licet quidam dicant debitum et duplum debiti retinere, ...»

59) *Gl. pignoris.* «hoc est verum ubi competit ei soli: quod est cum suscepit pignus suo periculo: vel cum culpa eius subtrahitur alioquin credito tenus agit: ut s. eod. l. cum. §. idem scribit. (D. 47.2.14.6) ubi plane dixi. Acc.»

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する。この矛盾調和の当否はともかくとして、このように質権者が有する派生的占有としての特示命令占有に注目すると、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であり、保護されるのが質権者である場合は担保債権額を超過する罰を取得することなく超過分は最終的に質権設定者又は所有者に帰属する。

加えて、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。以下の法文は、Mommsen, そして Santalucia も援用せず一般的にあまり言及されていないようにも思われる⁶⁰⁾。

D. 47.2.12.1 ウルピアヌス『サビヌス註解』29 卷

しかし盗訴権は悪意占有者には与えられない。確かに物は彼の危険にあるので、彼には物が窃取されないことについての利害関係があるものの、しかし何人も自らの不廉直によって (de improbitate sua) 訴権を得ることはなく⁶¹⁾、それ故に悪意ではなく善意占有者にのみ盗訴権が与えられる。

Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.

法文は、盗訴権が端的な占有あるいは特示命令占有を保護するというだけでなく、使用取得占有に関わる善意占有を要求しているという点で、重要な制約を課している。悪意占有者には窃取されないことについての利害関係が

60) Vgl. Theodor Schimmelpfeng, *Hommen redivivus*, 2. Bd., Cassel 1858, S. 562, Dominicus Albanensis, *Promptuarium Universorum Operum Jacobi Cuiacii*, Neapoli 1763 を見よ。

61) 不廉直 (improbitas) は、この法文以外に、いわゆるレセブツム責任を負う者たちの属性 (D. 4.9.3.1), 及び遺言で解放された主債務者の信命保証人を訴える相続人 (D. 46.1.49pr.) に用いられている概念であり、いずれについても aviditas や insatiabilis といった経済的貪欲のニュアンスがあると思われる。cf. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, tom. II, Patavii 1771, s.v. improbitas. レセブツム責任については野田龍一先生の一連の作品があるが、さしあたり野田龍一「レセブツム責任の適用範囲——前期普通法学と法典編纂」『福岡大学法学論叢』46 卷 2.3.4 合併号 (2002) 185–228 頁を見よ。

あることを認めつつ、「何人も不廉直なことで訴権を得ることはない」(nemo de improbitate sua consequitur actionem) というのである⁶²⁾。そして受託者の場合につき、類似の立論を行うのが、以下の法文である⁶³⁾。

D.47.2.14.3 ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻

ところで、その者のもとに物が寄託された者(受託者)が盗訴権を有するかどうかを見よう。そして〔寄託は過失責任を負わず〕悪意のみの責任であるから彼は盗訴権を有していないとするのが正当である。なぜならもし悪意がなければ〔責めを負わないのであるから〕その者の利害関係とは何であらう。しかしもし悪意で行うときは、なるほどすでにその者には〔寄託者から訴えられるという〕危険があるが、しかしその〔=受託者の〕悪意に基づいて盗訴権を得てはならない。

Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti actionem: quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.

関連する考え方を表すものとして例えば以下の法文がある。

D.47.2.11 パウルス『サビヌス註解』9巻

利害関係がある者は潔癖な原因が介入するときに訴権を有する。

Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest.

同じく、「潔癖な原因 (honesta causa)」を要件としつつ、盗人からの盗を論

62) 法文の理由の部分につき、Monroが挙げているのは、本稿で次に紹介する二法文 D.47.2.11 (パウルス『サビヌス註解』9巻)、D.47.2.77.1 (ポンポニウス『クイントゥス・ムキウス註解』38巻)の他、盗まれた盗人には盗訴権が付与されないとする D.47.2.14.4 である。Monro, *Digest XLVII. 2*, supra not. 47, p. 7-8.

63) Antonius Schultingius, *Nota ad digesta seu pandectas*, Tom. 7. pars I, Lugduni batavorum 1832, p. 161 も D.47.2.12.1 を支えるものとしてこの法文を援用する。これに対し、彼は盗訴権が認められる例として、請負人が注文者の意に反して使用貸借として貸した物が盗まれたときの保管責任を負う請負人に盗訴権が成立し、注文者には請負人を相手方とする盗訴権が成立するとする D.47.2.48.4 (ウルピアヌス『サビヌス註解』42巻)、及び盗まれた奴隷が盗人から盗を犯した場合に盗人に主人を相手方とする盗訴権を認める D.47.2.68.4 (ケルスス『法学大全』12巻)を挙げているが、前者は保管責任の例であり、後者は奴隷の行為により主人が盗人に improbitas であると主張できなくなる例であらう。

じ、セルウィウスの説を排して、クイントゥス・ムキウスの考えを是認する、より詳細な以下の法文は、ここまでで我々が達した認識を深めるものである。

D.47.2.77.1 ポンポニウス『クイントゥス＝ムキウス註解』38巻

ある者が他人に盗をなしそして彼が盗んだものを別の者が彼から盗んだとき、所有者が後の盗人を相手方として自己の物の盗について訴えることができるのであり、最初の盗人は〔訴えることが〕できない。奪われた物が安全であることは最初の盗人ではなく所有者の利害関係であるから。これらのことをクイントゥス・ムキウスが述べており、それは正しい。なぜなら、盗の不当利得で責めを負うのだから物が安全であることは盗人の利害関係であるにもかかわらず、しかし自身に利害関係がある者であって盗訴権を有するのは潔癖な原因に基づき利害関係がある場合であるから。我々は、奪われた物の所有者が誰もいないかいそうにないときには盗人が盗訴権を有すると考えていたセルウィウス〔スルピキウス・ルフス〕の判断を用いない。そうした場合に、だからといって利益 (lucrum) を得る期待がある〔にすぎない〕者に訴権〔利害関係〕が⁶⁴⁾属するとは解されないからである。従って所有者がいずれの盗人に対しても盗訴権を有することになり、一方を相手方として盗訴訟を始めても他方を相手方とする訴権も存続することになる。しかし〔二人の盗人は〕違う行為に基づいて責めを負うのだから、盗の不当利得についてもそうである。

Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. haec

64) ゴドフロワの註記以来 Mommsen の推測にいたるまで *interesse* とする理解がある。Monro も «even then a man is not regarded as having an interest who only has a prospect of making gain.» として D.42.7.72.1 (Iavolenus, ex Cassio, lib. 15) を援用する。法文は «*interesse autem eius videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset*» として、時効成立前の「相続人としての占有者」が盗訴権を得ないことにつき、損害を受けることになろう者と利益を得る期待のある者とを区別し、後者に利害関係を認めていない。こうして彼も、*interesse* への修正を支持する。Monro, *Digest XLVII. 2, supra not. 47, p. 103–104.* 後に検討するボドゥアンも *interest* と修正法文を前提としている。cf. Balduinus, *Scaevola, infra not. 79, col. 553.* 本稿では修正をすることなく、主語を *elle* (l'action) と解する新仏訳 (Dominique Gaurier) のような理解と併記している。

Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia conditione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest. nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc eius esse [interesse] intellegitur, qui lucrum facturus sit. dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et conditionem, quia ex diversis factis tenentur.

このように、別の価値観から、悪意占有者が罰訴権を行使するのを認めない考え方があり、こうした法文から、何に対して盗がなされるか、あるいは盗訴権により追求されるものが何なのかの議論とは違うレベルにこの準則を位置づけるのが妥当であろうか⁶⁵⁾。

ちなみに、自己物窃盗を明白に述べているのは、以下の法学提要の法文である。

Inst. 4.1.10

ところで時に自己の物についても盗を犯すことがある。例えば債務者が質のために債務者に与えた物を窃取する 때가 そうである⁶⁶⁾。

Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit.

さて、ローマ法の盗訴権についておおよその知識を得ることができたと思われる。人文主義法学者の著作に移る前に、盗訴権で保護される客体を近代

65) 法文自体の説明については、Giglio, *The Taxonomy*, supra not. 1, S. 114–116, Fenocchio, *Il monento*, supra not. 1, p. 192–196 を参照。この法文は、むしろ訴権の競合の問題として、盗訴権と異なり、不当利得返還請求権は一方の盗人の支払によって他の盗人に対しては消滅すること、そして、むしろ重要なのは末尾に「異なった事実」を論拠として挙げていることであると解説する。Friedrich Carl Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 5, Berlin 1841, Aalen 1981, S. 235, Fn. e.

66) ちなみに冒頭の *aliquando* につきテオピルス『ギリシャ語義解』は *aliquando* を *πολλάκις* (*saepe, saepius, frequenter*) と変更する。J. H. A. Lokin et al. (ed.), A. F. Murison (tr.), *Thephili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen 2010, p. 742–743.

的な概念で把握しようと試みた Mommsen の整理を見よう⁶⁷⁾。彼は、その物の *Ansiehmen*, *appropriation* によって、物権、善意占有、又は単なる所持の権利 (*nur das bloße Inhaberrecht*) が侵害されたときに物の所有者や占有者が盗訴権の原告になる可能性があるとし、利害関係者を五つの類型に整理する⁶⁸⁾。つまり、盗品に対する、a) 窃盗時の所有者⁶⁹⁾、b) 物権を有する者⁷⁰⁾、c) 善意占有者⁷¹⁾、d) 所持者 (*Inhaber*)⁷²⁾、e) 特定物の引渡しを受ける権利を有する者⁷³⁾である。

彼は、所持者として賃借人 (D.47.2.14.16, D.47.2.26.1) や請負人 (Gai.3.205, 206) を挙げ⁷⁴⁾、最後の類型として、問答契約の客体が給付される以前に盗まれた場合であって債務者に賠償義務がないときに (*falls der Schuldner nicht ersatzpflichtig ist*)、債権者が盗訴権を有しないとして D.47.2.13 (パウルス『サビヌス註解』5巻) を挙げている⁷⁵⁾。この法文は、逆に、問答契約の債権者が盗訴権を有しないことの理由に物を与えないことにつき債務者に責めがあることを述べている。さらに挙げられている D.47.2.14pr. (ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻) は、盗訴権は引渡前の売主に帰属するが、盗訴権の委任が必要であるとし、その根拠として売主に保管責任はあるが危険は買主に移っていること

67) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S.743–744, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p.46.

68) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S.744, Fn.7, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p.47–48, n.7.

69) «der derzeitige Eigenthümer»

70) «der Ihnaber eines dinglichen Rechts». 彼が挙げるのは用益権者と質権者である。

71) «der gutgläubige Besitzer D.47.2.11, D.47.2.12.1, D.47.2.14.3, 4, 8, 9»

72) «der Detient»

73) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S.744, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p.47. «Wer ein Anrecht hat auf Ablieferung einer individuell bestimmten Sachen», «celui qui a droit à la livraison d'une chose individuellement déterminée»

74) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S.744, Fn.5, 6, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p.47, n.5, 6. Cf. Giglio, *The Taxonomy*, supra not. 1, S.112–114.

75) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S.744, Fn.7, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p.47–48, n.7.

を挙げている。加えて、D.47.2.81pr. (パピニアヌス『質疑録』12巻)は売買契約締結後で引渡前に盗まれた奴隷の盗訴権が売主に帰属する理由として、売主には訴権譲渡義務があるからとする⁷⁶⁾。このようにこの最後に挙げられる二法文では、訴訟委任ひいては訴権譲渡義務を負うことを理由に訴権を与えるという立論が用いられている。しかし我々の関心は、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どうかである。

3. フランソワ・ボドウアンと ジャック・キュジャース

以上、盗訴権の帰属から、占有と関連づけた盗の概念について整理を行う素材を得てきた。以下、問題を明晰に意識し、分かりやすく整理している人文主義法学時代の二つの文献を紹介し、それぞれの貢献を確認したい。

同時代の人文主義法学者の中でもとりわけ滞在地を頻繁に変えたフランソワ・ボドウアン (François Baudouin, Franciscus Balduinus, 1520–1573) は⁷⁷⁾、1556年にストラースブルを離れ⁷⁸⁾、1561年までハイデルベルクで教えていた時期の1558年に、クイントゥス・ムキウス・スカエウオラ (Quintus Mucius Scaevola, 前140–82) に注目して⁷⁹⁾、『スカエウオラ又はムキウス法学の註解』 (*Scaevola, sive commentarius de jurisprudentia Muciana, Basileae*) を出版する。その中で、ポン

76) Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 744–745, Fn. 7, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 47–48, n. 7. 法文に対する疑義については, Giglio, *The Taxonomy*, supra not. 1, S. 122–124 を参照。

77) Michael Erbe, *Francois Baudouin (1520–1573): Biographie eines Humanisten*, Güntersloh 1978, A. Wijffels, Baudouin, P. Arabeyre et al. (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e–XX^e siècle*, Paris 2007, p. 51–52.

78) ボドウアンは1548年から1555年までブルジュで教え、その後キュジャースが教えることになる。Xavier Prévost, *Jacques Cujas (1522–1590). Jurisconsulte humaniste*, Genève 2015, p. 43–44.

79) Cf. Jean-Louis Ferrary et al. (ed.), *Quinto Mucio Scevola: Opera*, Roma 2018.

ポニウス『クイントゥス・ムキウス註解』38巻からのD.47.2.77.1を解説し、盗一般を論じている⁸⁰⁾。

彼は、この法文を検討する前に、やはり使用貸借に関するクイントゥス・ムキウスの説に言及するD.13.6.5.3(ウルピアヌス『告示註解』28巻)を検討する。そこで、使用貸借に関して、学説彙纂にはムキウスの法学を伝える二法文があるとして、ともにポンポニウス『クイントゥス・ムキウス註解』の、それぞれ21巻と38巻に由来するD.13.6.23とD.13.1.16を説明するが、後者が盗のテーマを扱うものである。

D.13.1.16 ポンポニウス『クイントゥス・ムキウス註解』38巻

使用貸借又は寄託された物を使用することで盗を犯す者は、盗原因の不当利得でも責を負う。この不当利得は、使用貸借訴権と以下の点で異なる。つまり、不当利得ではたとえその者の悪意や過失なしに物が滅失しても責めを負うのに対して、使用貸借訴権では過失を超えて(無過失で)難なく責めを負うわけではなく、寄託訴権では、寄託訴権で訴えられる者は、悪意を超えて責めを負うものではない〔ボドゥアンは下線部を引用していない〕。

Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

ボドゥアンはこうしてムキウスの準則(*definitio Muciana*)とでも言うべきものが理解できるとし、同じ38巻からの、学説彙纂の盗の章に掲載されている以下の法文を挙げる。

D.47.2.77pr. ポンポニウス『クイントゥス・ムキウス註解』38巻

自らに使用貸借された又は自らのもとに寄託された物を、受領したのとは異なって使用した者が、所有者の意に反してそうしたとは考えていなかったと

80) Franciscus Balduinus, *Scævola, sive commentarius de jurisprudentia Muciana*, Basilea, 1558, p.276–279, idem, *Scaevolae sive Commentarius de jurisprudentia Muniana*, in Johannes Gottlieb Heineccius (ed.), *Iurisprudentia romana et attica*, tom. 1, Lugduni batavorum 1738, col. 553–554.

き、盗訴権で責めを負わない。しかし寄託訴権でも全く責めを負わない。使用貸借訴権で責めを負うかどうかは、過失についての評価にかかっている、つまり所有者が許すであろうと考えるべきではなかったかどうかである。

Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

このように、法文は無断使用の問題を取り上げ、盗訴権では所有者の意思に反しているとの認識といった主観的要件が重要であること、しかし契約関係から過失責任が発生する場合は、所有者許容の認識における過失が問題となるとする。ボドゥアンは、不当利得返還請求でも訴えるとして、この返還請求がいかに使貸借訴権と競合するかにつきヤウォレヌスが記している、として以下の法文を挙げる。

D.47.2.72pr. ヤウォレヌス『カッシウス抄録』15巻

物の使用貸借を受けていた者が、その物の盗みを犯したときは、盗訴権と使用貸借訴権で訴えられる。そして盗訴権で訴えられたなら使用貸借訴権は消滅し、使用貸借訴権で訴えられれば盗訴権には抗弁が対抗する。

Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio exstinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur.

そして、ボドゥアンは、最も博識な人士（キュジャース）の観察（vir doctissimus observavit）に反し、ここで使用貸借訴権と競合するのは盗訴権ではなく盗の不当利得返還請求であるとの仮説を述べる。しかし、管見では、キュジャースとて、罰訴権と契約訴権の競合を問題とするこの法文について、今日（ユスティニアヌス帝の法典編纂段階）では、盗訴権が上位概念となり、罰訴権ではない不当利得についても盗訴権と言われていたと想定し、この法文においても、本来の罰訴権が契約や不当利得関係とは別であるとの観念の維持に努めていたのである⁸¹⁾。我々の関心は、むしろ、ボドゥアンによるローマ

81) Cuiacius, *Observationes*, lib. XVII cap. XII, in: *Opera* tom. III, supra not. 55, col. 492-493. «et in l. si is cui commodata, ff. de furt. (D. 47.2.72pr.) hodie constat ac-

の法学者たちの思考の再構成である。彼は続けて、すでに先に扱った D. 47. 2.77.1 の法文に移り、解説する。

「クイントゥス・ムキウスは、盗人に盗訴権が与えられることを認めない。……なるほど、盗の不当利得によっても責めを負うので〔盗まれないことについての〕利害関係はある。しかし、ムキウスは、自分には利害関係があることを理由に申し立てる (causor) にしても、見苦しく (turpiter) 理由を述べる (obtendere) ことしかできないときは、聞き入れられるべきではない、と厳しく (graviter) 考えている。そのために、その者には利害関係がないかのように扱っている」⁸²⁾。

このように、利害関係にさらに要件を加えるこの厳しい「ムキウスの準則」が、「利害関係がないかのように」と擬制に基づくものであるとする。やはり原則は、利害関係があるところに訴権が与えられる、と考えている。そしてパウルスとウルピアヌスからも確認する。本稿ですで見たと、真摯な原因の介在 (honesta causa interest) を要求する D. 47.2.11 (パウルス『サビヌス註解』9巻)、これもまたすでに見た、「盗訴権は悪意占有者には与えられない」とし、「自らの不廉直によって (de improbitate sua) 訴権を得ることがないとしている D. 47.2.12.1 (ウルピアヌス『サビヌス註解』29巻) を援用する。そして、やはりすでに見た、質権者からの第三者又は所有者自身による盗を論

tionem furti non significare actionem furti poenalem, sed conditionem furtivam, ut in. l. cum furti, ff. de in lit. iur. (D. 12.3.9). Actio furti genus est, l. cum qui, §. qualis, ff. de furt. (D. 47.2.14.17) cuius species duae, una ad poenam duntaxat, quae generis nomen retinet, altera ad rem quae dicitur conditio furtiva.» 不当利得返還請求であるとの理解は、ドノー (Hugo Donellus, *Commentarius de iure civili*, lib. 21 cap. 3 § 10, 15, in: *Opera omnia*, tom. V, Lucae 1764, col. 1020, 1023), ポティエ (Pothier, *Pandectae*, tom. IV, supra not. 55, p. 331a, D. 47.2. XLIII. n. 5), サヴィニー (Savigny, *System*, Bd. 5, supra not. 65, S. 218, Fn. h.) にも踏襲されている。Savigny は同様の例として D. 47.2.14.16, C. 9.31.1 を挙げる。

82) «Ergo Q. Mucius furi nullam furti actionem dari patitur. ... Atqui maxime eius interest, cum nihilominus etiam conditione furtiva teneatur. Verum Mucius graviter sensit, non esse audiendum eum, qui sua interesse causatur, si hoc, nisi turpiter, obtendere non possit.»

じる D.47.2.12.2 (ウルピアヌス『サビヌス註解』9巻)につき、所有者が訴える場合と訴えられる場合を並べていると考えるキュジャースの否定辞削除提案を是認した上で⁸³⁾検討し、「そして、確かに、所有者も他人の物を窃取した者に劣らず盗人である」(Et vero non tam fur est dominus, quam qui rem alienam surriperet.)と簡潔に述べる。このように、ムキウスによる厳しい準則を説明した後に、ボドゥアンは、それが緩和される変則的な事例 (casus singularis) を指摘する。

D.47.2.48.4 ウルピアヌス『サビヌス註解』42巻

私はあなたに衣服の洗濯を注文したが、しかしあなたが、私が知らないで又は私の意に反してそれをティティウスに使用貸借し、そしてティティウスから盗がなされたとき、あなたにも盗訴権が帰属する。なぜなら、あなたには物の保管(責任)が帰属し、そして、あなたは物を使用貸借すべきではなく、そうすることであなたが盗を犯したという理由で、私にはあなたを相手方とする〔盗訴権が帰属する〕からである。このように、盗人が盗で訴えることができる場合がある。

Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit.

請負人は注文者から請け負った物を第三者に使用貸借することで盗人になるが、借主に対して盗を行った者を相手方とする盗訴権が与えられている。そしてボドゥアンは、次のように区別を行い、理由を説明する。

「確かに、使用貸借の借主は、たとえこの場合は技巧的には (subtiliter) 盗を犯したと言われるにせよ、しかし、物を所有者から窃取した者ほど、不廉直な (improbis) 盗人ではなく、だから、ムキウスの厳しい定めにと束されない⁸⁴⁾として、すべての盗人が不廉直 (improbis) として盗訴権が認められ

83) «Sed expungendam esse negationem, nuper adminuit doctissimus et acutissimus Iurisconsultus» 法文の説明については、Giglio, *The Taxonomy*, supra not. 1, S. 116–117 も参照。Subtiliter を用いたボドゥアンによる解説が簡明である。

84) «Nempe commodatarius, etsi hoc casu subtiliter dicatur furtum commisisse, tamen non tam est improbus fur, quam is qui rem domino surripit. et propterea Mu-

ないのではなく、直接の窃取ではなく技巧的に盗人とされる場合は、盗訴権が行使できるとする。法文では技巧的に盗人とされるのが請負人 (conductor) であり、解説では借主 (commodatarius) でありズレるが、不廉直や技巧的が線引きに用いられている。

続けて、ボドゥアンはキケロのトレパティウスに対する以下の (前46年の) 書簡を、「キケロはこの質疑の事件や立場をきちんと示すべきであった」⁸⁵⁾と して、法学的に見事に分析する。問題の書簡はこうである⁸⁶⁾。

キケロよりトレパティウス (『縁者友人宛書簡集』331 (7.22))

あなたは、昨日杯を交わしているときに、相続人は、〔相続〕以前に盗が行われたとして盗訴権で適法に訴えることができるかどうか論争がある、と私が述べたものですから、からかってくれましたね。だから、随分と酔っ払い遅くに帰宅したのですが、この論争が述べられている箇所を書きとめ、その書きとめたものをあなたに送りました。誰も考えていないよとあなたが言ったことを、セクストゥス・アエリウス、マニウス・マニリウス、マルクス・ブルトゥスが考えていたことを知ってほしいからです。しかし、私はといえば、スカエウオラとテストに賛同しています。

Illuseras heri inter scyphos, quod dixeram controversiam esse, possetne heres, quod futurum antea factum esset, furti recte agere. Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec controversia est, notavi et descriptum tibi misi, ut scires id, quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium, M'. Manilium, M. Brutum sensisse: ego tamen Scaevolae et Testae assentior.

ボドゥアンは、相続人が盗訴権で訴えることができるかという疑問なら馬鹿げており、論争は、ある物が休止相続財産から盗まれ、そしてその後、そ

cinae definitionis severitate non obstringitur.»

85) «Vellem Cicero huius quaestionis speciem statumque magis exposuisset»

86) Cicéron (Jean Bayet (tr.)), *Correspondance*, tom. XI, Paris 2002, [法学的な notice が付けられている] p. 194. cf. Philip Thomas, A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf and Back, in: Paul J. du Plessis (ed.), *Cicero's Law: Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, p. 11 は、キケロが表面的な法の知識しか持ち合わせず衡平に依拠した弁論によって不知を補うのではなく、まさに弁護士で法律家であった証左としてこの書簡を挙げている。

れが承継されると相続人は盗訴権で訴えることができるかであった、と解説する。そして挙げられている各論者の説がどうであったについては分からないとしつつ、「学説彙纂において、〔クイントゥス・〕ケルウィディウス・スカエウォラに基づき、ユリアヌスとマルケッルスでは、〔休止〕相続財産に属する物については、被相続人が質物として与えた、使用貸借によって貸した、又はその物について用益権が第三者に属していたときを除き、盗は行われぬが、しかしこれらの場合には、相続財産について盗が行われ、使用取得が阻止され、そしてそれ故に相続人には盗訴権が帰属しうることが伝えられた」⁸⁷⁾と解説している。そしてボドゥアンが引用しているのは、本稿ですで見えた D.47.2.69 (マルケッルス『法学大全』8巻)、質と使用貸借の他に、用益権が設定されている場合を加える D.47.2.70 (スカエウォラ『質疑録』4巻)、さらに、使用貸借の場合に盗訴権が帰属するとするユリアヌスの説を伝える D.47.2.71 (マルケッルス『法学大全』8巻)である⁸⁸⁾。

このようにボドゥアンは短い叙述の中で、厳しい準則により盗訴権が与えられない、悪意占有者、訴権行使が見苦しい盗人と、さらに変則的に準則が緩和される場合として、技巧的には盗人とされるが、不廉直とは言えない者とを区別し、盗訴権の原告適格を分かりやすく説明していた。さらに、キケロの書簡において扱われていたのが、休止相続財産問題であることを自身の説明に巧みに繋げている。彼は明言しないが、我々が見たように、休止相続財産に属する物について、議論はあるものの主体としての休止相続財産に所有権が観念できないからではなく、心素のみならず体素が必要な占有の観念が適用できないために、盗が観念できず相続人には盗訴権が成立しないのが

87) «Sed in Pandectis ex Cervidio Scaevola, Iuliano et Marcello traditum est, haereditariae rei furtum non fieri, nisi forte pignori dederat defunctus, aut commodaverat, aut in qua ususfructus alicuius est. His vero casibus haereditariae rei furtum fieri, et usucapionem impediri: idcircoque haeredi actionem furti competere posse, l. 68, 70. D. de furt (D.47.2.71).»

88) ボドゥアンは、前註 87 にあるように、ゴドフロワ版と同じく D.47.2.68, 69, 70 と記している。

原則であり、質権、使用貸借、用益権の客体となっていた場合には、そこからの盗によって使用取得が阻止され、相続人には盗訴権が生じると理解する。盗の観念が、所有権ではなく占有や使用取得の視点からの説明されている。ボドゥアンの解説を参考に加えると、誰に盗訴権が認められるかの問いに対し明確に解答できるが、我々が先に見た盗の定義は、どのように考えればよいか。盗訴権によって保護される利益につき、Mommsenのように、類型化して列挙するにとどまらない整理ができるのか。この点について、説明してくれるのが、キュジャースである。

ジャック・キュジャース (Jacques Cujas, Jacobus Cuiacius, 1522–1590) は、パウルス『告示註解』に対する註解で、パウルスが «Furtum est contrectatio» 云々として盗の定義を行っている D.47.2.1.3 を解説している⁸⁹⁾。

彼は、まず、「手をつけること (contrectatio)」を「物がある場所から動かされる」こととしているが、その理由は、不動産を客体から排除するためであると、D.20.5.1 (パピニアヌス『質疑録』26巻) を援用する。

法文は、特定の不動産については第一順位の担保権者であるが、一般財産

89) Cuiacius, *Iulius Paulus sive Recitationes sollemnes ad Iulii Paulli LXXX ad edictum et XXV quaestionum libros*, Francofurti 1596, p.241–243, *Commentarii seu recitationes sollemnes in [Lib. XXXIX.] Pauli ad edictum*: in: *Opera omnia*, Tomus V, Neapoli, co.584–585. パリンゲネシアに従う個別の法学者についての註解で生前出版されたのは、アフリカヌス『質疑録』に対する註解のみである。パピニアヌス『質疑録』についての講義は、少なくとも二度目のヴァランスでの教授時代 (1567–1575年) の1571年から1573年にかけて行われ (Prévost, Cujas, supra not.78, p.58), パウルス『告示註解』に対する講義は三度目のブルジュでの教授時代 (1575–1590年) に遡るとされる (Prévost, Cujas, supra not.78, p.63)。アフリカヌス『質疑録』については1595年 (Cuiacius, Papinianus. Vgl. Ernst Spangenberg, *Jacob Cujas und seine Zeitgenossen*, Leipzig 1822, Frankfurt 1967, S.273 (79), パピニアヌス『質疑録』については上記の1596年 (Vgl. Spangenberg, S.276 (81)) のフランクフルト版を嚆矢とする (Prévost, Cujas, supra not.78, p.118)。後者には、大筋はドイツ (Marquard Freher, 1565–1614, Jakob Schegk, 1511–1587) やオランダ (Pieter Cornelisz van Brederode, 1559–1637) の学生からの貸与ノートに基づく旨が指摘されている。cf. Prévost, Cujas, supra not.78, p.118.

については次順位の債権者が動産を譲渡したときに、一般財産についての先順位の担保権者に盗を犯すものではない、としているもので、ここでの援用は分かりにくい⁹⁰⁾。法文は、先順位者は所有権も占有も有していないからというのであるが、実は、キュジャースは『パピニアヌス「質疑録」註解』(ad D.20.5.1)で、パピニアヌスが、不動産も盗の客体になるとしていたマリウス・サビヌスなどの古法学者たちの説が廃止されており、盗訴権が成立しないことが疑いなく確立しているなか (constat)、譲渡客体の例をわざわざ動産にしたことを、典雅であると評価していた⁹¹⁾。

90) D.20.5.1 パピニアヌス『質疑録』26巻

〔第一〕債権者が不動産 (praedia) を質物として受領し、債務者の(全)財産に対して質の合意を行った他の債権者〔第二債権者〕の後に、自らもまた他の又は同じ契約のために〔全財産に対する担保を内容とする〕同様の無方式合意を締結した。〔第一債権者が、〕第二債権者が満足を得る前に違法に (nullo iure) その不動産以外の財産を担保の権原に基づき譲渡した。しかし〔第二〕債権者には、このために自らの担保を追及するその〔第一債権〕者を相手方とする対人訴権は帰属せず、準訴権も与えられてはならない。動産につき盗訴権で有効に訴えられることもない。なぜなら彼は順位を誤って自己の主張を行ったと見られるからであり、とりわけ別の〔第二〕債権者が自身のもとにはない占有を盗みによって失うことなどないからである。〔第二の債権者は〕提示訴権で訴えても不首尾に終わる。なぜなら相手方は占有しておらず、自らが占有しないように悪意で行うわけでもないからである。従って、第二債権者は占有者を訴えなければならないことになる。

Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eundem contractum interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit. sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit nec utilis danda est: nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, praesertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit, ut desineret possidere. sequitur ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

91) Cuiacius, *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, in: Opera, tom. IV, Neapoli 1758, col.645–649. «... Et eleganter Papin. rerum mobilium meminit, qua appellatione etiam se moventes continentur. Et vice versa saepe moventium mo-

定義に見られる「詐欺的」については、損害是最輕過失によっても与えられるから、「損害を与えること」を悪意が必要な「盗」から区別するための根拠となる要件 (ratio) だとし、さらに、「利得目的 (lucrifacendi gratia)」が加えられる、としている。基本的に法文の文言の繰り返しであるが、最後の利得目的につき、さらに D.25.2.21.1 を援用して「自己の利益のために (lucrisui causa)」と言い換える。法文では、ペディウスを援用して、「持ち去ること」を「手をつける」として、「利益のために」が付け加えられている。

D.25.2.21.1 パウルス『告示註解』37巻

妻の奴隷が、離婚を理由とした女主人の命によって、〔夫の〕物を持ち去った (amoverit) とき、ペディウスは、自己の利益のために何も手につけてい (contrectet) ないので、その奴隷は盗をなすのでもなければ、妻が盗みを行うわけでもないから、奴隷は犯罪行為 (facinus) について主人の言いつけを聞く者であってはならないものの、盗を行う者に手助けをしているとも見られない、と考える。しかし移動された物の訴権が成立することになる。

Si servus mulieris iussu dominae divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere, quoniam nihil lucrisui causa contrectet nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat, quamvis servus in facinori-

biles, quia scilicet hodie constat rerum immobilium furtum non fieri, fundi, aedium non fieri, l. quam rem, de usurp. et usuc. (D. 41.3.38) abolita sententia veterum, puta Masurii Sabini, et aliorum huus sectae, qui non hominum tantum, neque mobilium aut se moventium, quae auferri occulte possunt, amitti et subripi, sed etiam fundi et aedium dicebant furtum fieri. Verius est furtum non fieri, nisi res loco moveatur, et non sine contrectatione.». サピヌス『盗について』が不動産も盗の客体であるとしていたことは、直接には Aulu-Gelle, *Les nuits attiques*, tom. III, supra not. 7, liv. XI, Cap. XVIII, 12–13 «12 ... inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. 13. In quod id quoque scriptum est quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo quem conduxerat vendito possessione eius dominum intervertisset.」から、そしてキュジャースも指摘している農場や土地について盗の廃止を述べる D. 41.3.38, 農場や土地を含める異説を指摘する Gai. 2.51 から確認される。Vgl. Mommsen, *Strafrecht*, supra not. 3, S. 740, Fn. 2, Duquesne (tr.), *Le droit pénal*, supra not. 3, p. 42, n. 4, Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, supra not. 1, p. 57–63.

bus domino dicto audiens esse non debeat: sed rerum amotarum actio erit.

次いで、キュジャースは、目的 (causa) に、定義に見られる «causa, vel ipsius rei, ..., vel etiam usus eius, possessionive» と続ける。そして最初の物 (res) について、法において物 (res) とは、常に所有物 (proprietas) を指し示す (rei appellatio in iure semper proprietatem denotat, et destinat) とし、用益物が盗まれたときに用益権者と所有者とともに盗訴権が帰属し、それぞれ用益物、所有物 (proprietas) が盗まれないことの利害関係が倍額の基準となるとする D.47.2.46.1 を挙げる。

D.47.2.46.1 ウルピアヌス『サビヌス註解』42巻

用益物の奴隷が窃取されたときは、用益していた者も所有者も、いずれも盗訴権を有している。従って訴権は所有者と用益権者の間で分けられることになる。用益権者は、用益権と、それについて盗がなされなかったことについての利害関係を2倍額で訴えるのであり、これに対して所有者は、その所有物 (proprietas) が窃取されないことについての自己の利害関係を訴えるのである。Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli: proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam.

そしてキュジャースは D.47.2.75 を援用する⁹²⁾。

D.47.2.75 ヤウォレヌス『書簡録』4巻

私は、2金で善意で買った逃亡女奴隷を占有していたところ、アッティウスが私から窃取した。彼を相手方として、私も主人も盗訴権で訴える。両者にとってどれだけの評価額が計算されるべきかを私は問う。[ヤウォレヌスは] 解答した。買主にとっては、買主の利害関係が2倍額となり、主人にとっては、その婦女の価額 (quanti ea mulier fuerit) の2倍額である。二人に、盗の罰金が給付

92) キュジャースは Inst.4.1.1 における「物自体の (ipsius rei)」に対する註記 (Notae) でも D.47.2.46.1 と D.47.2.75 を援用している。Cuiacius, *Notae ad libros IV Institutionum*, in: *Opera omnia*, tom.I, Neapoli 1758, col.229. 二つの法文をめぐる様々な議論については、Fenocchio, *Il momento*, supra not.1, p.152-168 も参照。

されるからといって、我々は驚いてはならない。というのも、同じ物のために給付される時、買主には彼の占有のため、所有者にはその所有物 (proprietas) 自体のために給付されなければならないからである。

Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus: quaero, quanta aestimatio pro utroque fieri debet. respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.

法文では、二つの盗訴権につき、善意の買主にとっては買主としての利害関係の2倍額となり、主人にとってはその女奴隷の価額の2倍額となるとしており、後者の場合には、まさに奴隷そのものの価額が基準とされる。そして、用益権が設定されている場合と同じく、善意占有者のいる場合の所有権・所有物を proprietas と表現しており、キュジャースも proprietas の causa と表現している (praestari proprietatis causam)⁹³)。続けて、キュジャースは、債

93) «et actione furti domino praestari proprietatis causam, l. furtivam, hoc tit. (D. 47.2.75) ratione autem possessionis actio furti datur non domino, bonae fidei tamen possessori, d. l. furtivam (D. 47.2.75)». D. 47.2.75 の末尾の praestanda の主格は poena であるが, causam praestari と praestare の主格が causa となっている。この理解は, アンジェあるいはオルレアン の法学教授マチュー・ルグラン (Jehan Metthieu Legrand, ca. 1558–ca. 1628) の説明にも通じる。Joannes Matthaëus Magnus, *Rationes et differentiae iuris civilis*, in: Gerardus Meerman, *Novum Thesaurus iuris civilis et canonici*, Hagae-Comitum 1752, tom. III, 298b. «... vero aestimaretur hoc casu quanti possessio est, possessionis causa praestanda: (D. 47.2.75) quia tanti interest: non etiam dominii: quia non potest queri sibi, quamvis ex ratione Civili, tamen contra naturalem aequitatem dominium aquirere non licuisse. Hoc igitur ratum, et fixum sit, id quod interest esse utilitatam, quae nobis abest facto iniusto adversarii nostri: et utilitatis nomine intelligi tam lucrum cessans, quam damnum datum.». 先の法文 D. 47.2.46.1 では訴権が「分けられることになる (dividitur)」と表現されており, dominium ではなく proprietas が用益権の負担を有する場合の所有物・所有権と捉えるべきか議論の余地があろう。Kaser の所論につき Fenocchio, *Il momento*, supra not. 1, p. 161 を, 本来の訴権の数をめぐる dividitur の理解については, Fenocchio,

務者自身であれ、第三者であれ、質物として与えられた物を奪った（自己の使用に移した）ときは、質権者である債務者（creditor pignoratius）にも与えられるという、しばしば挙げられる例に言及する。彼は、すでに見た D.47.2.46.1 の他に、D.47.2.20.1 を挙げている。

D.47.2.20.1 パウルス『サビヌス註解』

あなたが善意で私の物を買ひ、そしてその物を私自身が窃取したとき（subripuero）、又は、あなたの用益権があり、私はその物に手をつけた（contrectavero）とき、たとえ物の所有者ではあっても、私はあなたに盗訴権で責めを負うことになる。しかし、これらの事案では、盗品のように〔その後の第三者にとって〕使用取得が阻止されるわけではない。ある者が窃取し、そして現実にもその物が私の権力下に入ったとしても使用取得されるようにである。

Si bona fide rem meam emeris eamque ego subripuero, vel etiam tuus usus fructus sit et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impeditur, quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapiebatur.

次にキュジャースは usus について論じ、これを理由として盗訴権が与えられる者として、用益権者を挙げる。しかし、使用貸借の借主がさらに所有者の意思に反して第三者に使用貸借したときの盗の場合の所有者についても、奪われたのは *proprietas* ではなく *usus* であるとする。彼が援用するのは、D.47.2.55.1 である⁹⁴⁾。

p.163–164 を参照。Praestare の理解は今日でも *puncta prurientia* とされる（Fenocchio, p.155）が、法文の *causa* は *justification* のことであるとしつつ、*value* と理解する立場を指摘するものとして、Giglio, *The Taxonomy*, supra not.1, p.121 を参照。

94) «... vel etiam creditori pignoratius, si vel debitor ipse, vel alius rem pignori datam intervertat, l. cum aes. §. 1 (D.47.2.20.1) et d. l. [si] inter omnes, §. si servus (D.47.2.46.1): ratione autem usus actio furti datur usufructuario, d. l. cum aes. §.1 (D.47.2.20.1) et d. §. si servus (D.47.2.46.1). Datur etiam quandoque domino ipsi actio furti usus gratia, sive usus ratione, ut si commodatarius rem, quam a domino utendam accepit, alii invito domino commodaverit. Nam ob interversum usum rei commodatae domino tenetur actione furti. l. si pignore, §. 1. hoc tit. (D.47.2.55)». D.47.2.20.1 については、Fenocchio, *Il momento*, supra not.1, p.245–249 も参照。

D. 47.2.55.1 ガイウス『属州告示』13巻

使用するために受領している者自身が第三者に使用貸借したとき、盗の責を負うと解答された。このことから、他人の物の使用を自己の利益にしたときも盗が行われていることが十分に明らかとなる。自己の利益のために何もしていない（という抗弁）が人を動かしてはならない。なぜなら、この種の利益は、他人のものから気前よく与え、そして恩義を感じる者を自らに得ることになるからである。それ故に、物を第三者に贈与するようにと物を持ち去った者は盗の責を負う。

Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficium debitorem sibi acquirere. unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.

法文の主題は、使用貸借が無償であり「自己の利益」とは言えないのではないかとの反論に、「恩義を感じる者を得る (beneficium debitorem sibi acquirere)」利益を指摘するものであるが、最初の借主が盗人となる理由を、「他人の物の使用を自己の利益にした (usum alienae rei in suum lucrum convertere)」ことに求めており、キュジャースは、これを *usus* の盗の例とするのである。そして、彼は、占有の具体例を挙げずに、盗というものは「物自体、物の使用、物の占有について」⁹⁵⁾なされるとの結論を導く。

そして予想される反論の根拠として、盗は占有についてのみ行われるとまとめるスカエウォラの説に言及し、すでに本稿でも検討した休止相続財産の問題を論じる法文 D. 47.4.1.15 を挙げる。キュジャースは、「たとえその物が確定した所有者を有していても、何人にも占有されていない物の盗は行われえないことから、明らかになる」⁹⁶⁾とする。そして客体としての相続財

95) «Sic igitur apparet quemadmodum, et quomodo fiat furtum, vel ipsius rei, vel usus eius, vel possessionis eius.»

96) 「そしてこのことは、物の占有者がいないところ、占有が空いているところでは、ある者がその物の所有者であっても、たとえその物が確定した所有者を有していても、何人にも占有されていない物の盗はなされえないことから明らかになる。例えば相続財産が休止しているときがそうであり、その間つまり相続財産が承継される前

産、次いで主体としての休止相続財産につき解説する。「相続財産は無体物、つまり相続の権利」⁹⁷⁾であり、知性 (intellectus) によって把握されるのであって、感覚 (sensus) や体素 (corpus) で知覚できない。従って、相続財産は盗の客体にならないのに対して、休止相続財産は所有者であるが、占有なき所有者である、と解説する⁹⁸⁾。だから、(休止) 相続財産に属する物について、盗はなされない。ここで援用されるのは、本稿でも検討した D.47.2.69 である。こうして、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。そして、「盗みが行われるのは、物自身、使用、又は占有について」(furtum, fieri, vel rei ipsium vel usus, vel possessionis) と述べるのは、より厳密に定義されたとして、整合的に説明する。しかし、自己の物が窃取される (subripitur) 所有者、その用益が奪われる用益権者、その占有 (possessio) が奪われる善意占有者の三者を挙げており、実は、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であり、用益権者は自然的占有が奪われるのであり、「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」⁹⁹⁾と一元的な説明をしている。つまり所有者についても盗まれるのは市民的占有であるとして、キュジャースは、一方で上述のように物を所有権・所有物 (proprietas) と言い換えるが、他方で、「市民的占有」と「自然的占有」という二元的な占有で把握しようとしている。

キュジャースは、例えば 1570 年に出版された『観察と修正』(9 巻 33 章) で、中世法学の「市民的かつ自然的占有」を加えた三分類を否定し、所有者

に、その休止相続財産には物の所有権が、先に述べたように、物の占有ではなく所有権があると解されるからである。」*« vel ex eo apparet evidenter, quod ubi nullus est rei possessor, ubi possessio vacat, etiamsi eius rei dominus aliquis existat, furtum eius rei non potest, quae a nemine possidetur, quamvis dominum certum habeat, ut hereditate iacente, apud quam, id est, ante aditam hereditatem rerum dominium esse intelligitur, ut ante diximus, rerum dominium, non etiam possessio. »*

97) *« haereditas autem est res incorporea, id est, ius successionis »*

98) *« haresitas iacens est quidem domina, sed domina sine possessione »*

99) *« nec si possessio non intervertatur, ulli unquam furtum fit »*

意思 (animus domini) と正原因を有する市民的占有 (possessio civilis) と、使用取得が成立しない自然的占有 (possessio naturalis) の二分類を採用している¹⁰⁰⁾。周知のように、サヴィニーは、占有に関するキュジャースの説を首尾一貫しないとし、この箇所については、市民的占有を正しく把握し、また端的に保護される占有を明確にしているが、自然的占有に誤った意味を与えたと評価している。そして、その後 1595 年に出版された『観察と修正』(27 巻 7 章) については、盗人の占有を自然的占有とは別に *corporalis* として扱うバルトルスの説が受容されて、さらにローマ法の占有観念から離れてしまう、と批判するのである¹⁰¹⁾。

盗人の盗訴権については不廉直 (improbitas) の観点から扱われることをすでに見たので、サヴィニーによるキュジャースの *corporalis* に対する評価の当否はともかくとして、我々の関心では、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である。この借主の盗訴権を前提とした、先に見た D.47.2.14.14 について、キュジャースは休止相続財産と占有の関係に援用しているのみである¹⁰²⁾。そ

100) Cuiacius, *Observationes*, lib. IX cap. XXXIII, Duplex possessio, naturalie et civilis, in: Opera, tom. III, supra not. 55, col. 242–243. «Haec naturalis sive corporalis dicitur, illa civilis: nulla est tertia quae dicatur naturalis et civilis.»

101) Savigny, *Das Recht des Besitzes*, §. 10, S. 143–146. Savigny は出版につき 9 巻を 1585 年、27 巻を 1596 年とするが、前者は 1570 年、後者は 1595 年とされている。cf. Xavier Prévost, *Notes sur les Observations et emendationes (1556–1595) de Jacques Cujas*, dans *Les Cahiers Portalis*, n° 5 (2018), p. 105–106, Spangenberg, *Jacob Cujas*, supra not. 89, S. 260 (19), S. 272 (72). すでに述べたように、パピニアヌス『質疑録』に対する講義はその間に行われ、パウルスに対する註解の初版は『観察』27 巻出版の翌 1586 年に出版されており、後者との前後関係は不明であるが、ここでは少なくとも Savigny の説明するような *corporalis* の概念は見られない。

102) «quia rei hereditariae furtum non fit: quæ est definitio certa juris, l. 14. §. fires commodata (D. 47.2.14.14), et l. 68. et 70. de furt. (D. 47.2.68, 70) Rei hereditariae furtum non fit: et hereditaria dicitur ante aditam hereditatem: post aditam hereditatem res heredis est. At quare rei hereditariae furtum non fit? nempe, quia dum vacat hereditas, non est cui furtum fiat, et furtum non fit, nisi sit cui fiat, nifi fit dominus, et poffeffor aliquis, 1.43. falsus, §. qui alienum, de furt. (D. 47.2.43.4) l. ult. de crim.

うだとすると、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。彼は『観察と修正』(27巻7章)で、法律文献では比較的用いられず、また不法のニュアンスを含むことも多い、俗に用いられる単語 (*incubatio*) を用いて¹⁰³⁾、以下のように説明している。

「俗に裸の所持 (*incubatio*) あるいは裸の使用 (*usus*) と言われる自然的占有は、我々が所持する、所持している、使用する何らかの権利 (*nobis ius est incubandi, vel incumbendi vel utendi quoddam*) である¹⁰⁴⁾。質権、容仮占有の権利、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、[死亡による固め以前の夫婦間贈与の場合のような?] 不完全な贈与の権利であり、所有の権利ではない。」¹⁰⁵⁾

このように、キュジャースは、バシリカ法典に依拠する Monro の第二の理解をとるわけではないが、三類型との関係では、いかに整理しているので

expil. hered. (C.9.32.6) *Hereditas iacens non est possessio: quia possessio res facti est, quae sine corpore non consistit. Hereditatis porro nullum subest corpus. Ergo hereditas, quae iacet, quae nondum heredem habet, possideri non potest. Furtum igitur non fit, nisi sit persona, nisi sit corpus, aut homo, cui fiat.*»

103) Cf. voce *incubo*, in: Aegidius Forcellin, *Totius Latinitatis lexicon*, tom. II, Patavii 1771. «... Et translate de iis, qui male fide possident, et alienam rem iniuste detinent.» もっともブリソンは、皇帝の *sacrum dominium* につき、不実申告など不当に得た勅答は無効であり、長期間の前書 (*longi temporis praescriptio*) にかかわらず旧来の租税関係が適用されるとする C.7.38.3.1 を挙げて、*incubatio* を *detentatio rei* と説明し、さらにそこに見られる *incubatio diuturna* を、その勅法の元となる C.Th. 10.1.15 から、同法文に対するジャック・ゴドフロワの註解と同じく (Jacobus Gothofredus, *Codex Theodosianus*, tom. III, Lipsiae 1738, fol. 422–423), 長期間の前書の意味であるとする。v. *incubatio* Barnabe Brissonius, *De verborum significatione*, Halae Magdeburgicae 1743, fol. 600.

104) 名詞 *incubatio* については、動詞 *incubo* が状態、*incumbo* が行為に関わると説明されることがある。Cf. voce *incubo*, in: Aegidius Forcellin, *Totius Latinitatis lexicon*, tom. II, Patavii 1771.

105) «*possessio naturalis, quae vulgo incubatio nuda, vel nudus usus est, nobis ius est incubandi, vel incumbendi vel utendi quoddam, veluti ius pignoris, ius precarii, ius commodati, ius peculii, ius usufructus, ius conductionis, vel quasi conductionis, ius sequestri, vel depositi, ius donatiois imperfecta, non ius dominii.*»

あろう。

キュジャースによれば、占有を奪うことのない、物だけの盗、*usus* だけの盗はありえないのに対して、占有だけの盗はあるとして、一元論と整合的に説明する。最後の例として挙げられるのが、善意占有者である。彼は、物つまりキュジャースの言換えでは *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* を有しているわけでもない。そして、善意占有者に対する盗人を相手方とする盗訴権につき、所有者の場合は、物の真の価額である評価額が、善意占有者の場合は、正当な占有の権利の評価額が、基準となる¹⁰⁶⁾。所有者について援用されるのは、D.47.2.81.1 (パピニアヌス『質疑録』12巻)である¹⁰⁷⁾。

D.47.2.81.1 パピニアヌス『質疑録』12巻

ところで、盗訴権が、所有権に基づいて訴えられるとき、盗訴権は我々に利害関係があるのでなければ成立しないにもかかわらず、しかしそれ以上の利害関係がないときには、私の便益 (*utilitas*) は、物の本体そのもの (*corpus*) の評価額に合わせなければならないのであり、そしてこのことは、[条件が成就すれば解放される] 候補自由人の場合や条件付で遺された遺贈の場合にも [その候補自由人や遺贈物が盗まれたとき] 是認される。さもなければ、違うように証明する者には額は容易に定めることができない。従って、所有権がない場合に (*cessante dominio*) 盗訴権が生じるときは、単なる便益だけが評価の対象になるの

106) 評価の時点を問題とする D.47.2.50pr. (ウルピヤヌス『告示註解』37巻) が、冒頭で «*In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium.*» と述べていることについては、Savigny, *System*, Bd.5, supra not.65, S.451–453 を見よ。cf. Ferrini, *Diritto penale romano*, supra not.6, p.179–180.

107) キュジャースが『註解』で挙げるテキストは、Mommsen よりも文が区切られているが、すでに、候補自由人の例を挙げる箇所 *libri idemque* を、例を挙げる箇所だからとフィレンツェ写本の *idque* に変更して «*Idque non idem, ut in vulgaribus libris, propoitur enim exemplum*» と読んでおり、内容的に問題がないと判断して Mommsen 大版によっている。もっとも Mommsen は末尾の *quia itaque* 以下について、*quia* を *in istis* の前に移動させて、「従って、所有権がない場合に (*cessante dominio*) 盗訴権が生じるときは、単なる便益だけが評価の対象になる。そのような事案では、盗訴権は物の本体そのものの評価額に依拠できないから」と読み替えの推測を行っている。

で、そのような事案では盗訴権は物の本体そのものの評価額に依拠できない。*Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est, idque [idem vulg.] et in statuliberis et in legato sub condicione relicto probatur: alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest. quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest.*

条件成就で失うことになる段階であっても、所有者による訴えにおいて、利害関係の算定につき盗人からの減額主張は許されず、物そのものの価額が基準となるのに対して、そうでない場合には、善意占有者を含め利害関係が基準となる、とされている。キュジャースは『パピニアヌス「質疑録」註解』(ad D.47.2.81.1)で¹⁰⁸⁾、この法文を、全くもってして典雅であり利害関係の問題に光をあてるものであるとして解説を行い、便益 (utilitas) が利害関係 (quod interest) と同じであることを強調している。そして先に挙げた D.47.2.46.1 に基づき、用益権者から奪われた場合に二つの盗訴権が成立することを指摘する。所有者の場合には物の価額を超過しないように、他の者の場合も、窃取された物に対して有する権利の価額を超過しない (non excedit pretium iuris, quod in re subrepta habet) と説明した上で、こうしたことから、「盗は常に占有についてなされる (semper possessionis furtum fieri)」との結論を引き出すのである。

ちなみに、キュジャースは、パウルス『告示註解』に対する註解で援用していた、先に挙げた『パピニアヌス「質疑録」註解』(ad D.20.5.1)で、「盗みは占有についてだけなされる (solius possessionis furtum fit)」として、D.47.2.19.6 及び D.47.2.66 の事件で、債務者が質物を売却したときは質物の盗をなすのであり、たとえ債権者がまだその質物を占有しておらず単なる無方式合意で質を設定していたとしても、質物を売ること、債務者は、債権者が

108) Cuiacius, *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, in: Opera, tom. IV, Neapoli, 1756, col.332–334.

有した「占有」を奪ったから、債権者に対し盗訴権で責めを負うとして¹⁰⁹⁾、盗を「占有を奪う」ものとする一貫した説明を行った後、以下のような定義を行う。

「盗とは物、使用、占有を奪うこと (interversio) であると定義される。しかし、我々はより十全に定義し、そしてこれが最も確実で十全な定義となろう。盗とは、物（ところで物という名称で所有物 (proprietas) が意味される）、使用、収益、又は、他人の抵当（物）若しくは他人の質（物）を奪うこと (interversio) である。これが定義であるが、これらのうちのいずれが奪われても、自然的であれ有体的であれ市民的であれ、誰かのところにあった占有も奪われないなら決して奪われることはない。占有についても奪われないと、物は奪われず、質（物）が奪われるのも、債権者のもとにない場合には第三者のところにあった占有が奪われないと、質（物）が奪われることはない¹¹⁰⁾。

4. おわりに

以上、盗訴権の原告、各原告が訴える罰の基準、そして、原告が所有者でないときの所有者との関係について、ローマ法文、法文に対するボドゥアン

109) Cuiacius, *Commentaria* in: Opera, tom. IV, supra not. 108, col. 646: «debitorem furtum facere pignoris, neque esse hoc novum, ut quis faciat furtum suae rei, et teneri eum debitorem furti creditori, si pignus vendiderit, etiamsi is creditori nunquam tradiderit: ...»

110) Cuiacius, *Commentaria* in: Opera, tom. IV, supra not. 108, col. 647: «furtum definitur esse intersersio rei, vel usus, vel possessionis. Sed et definiamus plenius, et erit certissima et plenissima definitio, furtum est intersersio rei (rei autem nomine significatur proprietas) vel usus, vel fructus, vel hypothecae alienae, sive pignoris alieni: haec est definitio, sed quidquid horum intervertatur, nunquam intervertitur, quin et possessio intervertatur, vel naturalis, corporalis, vel civilis, quae apud aliquem fuerit: non fit intersersio rei, nisi et possessionis fiat, nec pignoris fit intersersio, nisi intersersio possessionis fiat, quae si non fuit apud creditorem, fuerit apud alium.»

とキュジャースの解説を見てきた。民事訴訟である以上、私人たる被害者が特定され、その利害関係の有無が原告適格の基準となるが、さらに例外を除き、ボドゥアンが明確に説明していたように、盗人から適格性を奪うために、別の、潔癖 (honestas) や不廉直 (improbitas) の基準が加わる。この点、刑法上の犯罪としての盗とは顕著に異なる。また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。他方で、盗の定義ということでは、キュジャースにあっては、奪われるのは占有であるとの整理が強調される。このように、ローマ法大全に収録されている法文からは、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、とまとめることが許されるであろう。ローマ法文を共時的に見た場合の本稿で確認したこうした二重性は、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。

〔付 記〕 本稿は、2021 年度南山大学パツヘ研究奨励金 I-A-2 の研究成果である。