

1

2016年2月に九州大学で *Messages from the Antiquity: How can Roman law contribute to current debates in law?* と題するカンファレンスが開催された。世界各地から、ローマ法研究者を中心としつつ、法学者・法実務家が会し様々な報告がなされた。同カンファレンスは九州大学のLLMコース——これは‘International Economic and Business Law’を専攻とするものである——の教育の一環としても位置づけられ、かくしてローマ法と現代の法的諸問題との対話を意図したものである。

本書は、同カンファレンスで提示された諸報告を書籍化したものであり、その目的もまたローマ法を（様々な形で）参照しつつ現代の諸問題にアプローチすることである。編者がはしがき・序章で自負するとおり、報告者もカンファレンス参加学生も多様なバックグラウンドを有し、極めて国際色豊かな作品となっている¹。

現代の問題にローマ法を参照してアプローチする方法は様々ありうるだろうが、編者の序章における説明によれば、本書では大きく三つの方法が取られる。第一に、ローマ法を母法として見る方法である。ローマ法を継受したとされる大陸法系諸国はもちろんのこと、英米法系もローマ法の影響を免れない以上、出発点に立ち返るメリットがある。第二に、未解決の問題を考えたサンプルとして古代ローマの法学者たちの思考それ自体を参考とする方法である。第三に、類似の問題について比較法研究の対象としてローマ法を用いる方法である。

もっとも、現代の法的諸問題といっても、ローマ法といっても、それぞれ範囲は広い。本書は特定のトピックに限定をせず、執筆者それぞれの選択に委ね、かつそれらは「実験的な」ものであるとする。また、全体としてドイツ語圏の研究者やドイツ語圏の研究に依拠した論文が相対的に多いと見受けられるが、読者層を広げるため執筆言語は英語を選択している（前記カンファレンスもそうであった）こともまた本書の特徴である。

2

本稿は、このような本書の書評である（本書評を「本稿」、書評者を「評者」、書評対象を「本書」、本書所収の各論文を文脈上明確な場合に「本論文」、同じく各論文の執筆者を「筆者」とそれぞれ呼ぶ）。しかし、次のような理由から、通常書評に求められるはずの作業を完遂せず、本書の内容を紹介しつつ評者の疑問に感じたことをとりとめなく述べるに留めることとする。

第一に、評者はローマ法を専門としておらず、また個別の論点を深めたり典拠を確認したりする能力はもちろん、（少なくとも執筆時点で）環境にも欠ける。そのため、本

¹ 評者もまた報告者の一人として登壇させていただき、自他の報告の質疑にも参加して楽しませていただいた。そのくせ自分は（能力不足に加え、論文集全体の方針に合わないかと判断したこともあって）原稿を落としており大変心苦しく思っていたところ、幸運にも今回、本稿の執筆依頼をいただいた。シンポジウム主催者・編者の五十君麻里子教授と本誌編集委員会に謝意を表す。

書所収の各論文が触れるローマ法に関する議論を評価することができない。それゆえ、物理的な意味で本書を超える部分については、限られた条件の中で確認し、あるいは(不精確であろうが)評者の記憶を頼りに検討を行うことしかできない。そのため、おそらくは初歩的な、評者が読んで感じた多くの疑問をそのまま提示する。本書所収論文の中には現行ドイツ法や古代ギリシャの法や哲学等に触れるものもあり、同様である。

第二に、他方で、評者は英米法を専攻し、アメリカ諸州やイングランドの法を研究してきた。本書が執筆言語を英語と選択する以上、英米の法律用語のニュアンスやイメージが必然的に付きまとうはずであり、それは一方で本書所収各論文の筆者らの執筆の困難を生むが、他方でヨリ深い対話の端緒を持つ。すなわち、英語の有する法的議論の枠組みはおそらく多くの場面でローマを含む「外国」のそれと異なるだろうが、そうした差異を特に認識することにより、それぞれの理解が進む可能性がある。それゆえ、筆者らの(必ずしも英米の現行法制度やそのための英語用法を知悉することなく)用いた英語表現が英米の法律家に与える違和感を率直に表明することで、そうした対話を促すことができると考えられる²。これは必ずしも執筆者の論文(その主張や論証)それ自体に寄り添う態度ではなく、書評としてはあまり適切な接し方と言えないだろう。また、評者が筆者の英語用法を誤りとして糾弾するものではないことは当然である。

それでもなお評者にも踏み込んだ評価を行いうる観点として、本書の用いる比較法研究の方法がある。編者自身が本書は比較法の試みで(も)あることを主張しており、この点は批判的検討の対象たりうる。現に、比較法学において機能主義的比較法とされる枠組みが採用されていると読める論考がある。機能主義的比較法では、比較対象とする各法域における具体的な法律構成は一旦度外視し(たとしても)、社会現象・経済現象として同様の問題が生じており、それに対する解決のありようを比較検討の対象とする(ことができる)、という態度がとられる。そのようにすれば法体系や法制度の異なる法域間であっても比較を行うことができるというわけである。しかし、機能主義的比較という方法それ自体にも、例えば、そもそもどうやって「同様の問題」と言いうるのか、どのようにすればそうした問題を画定できるのか、といった批判が既になされてきた。さらに、社会状況や科学技術的背景を共通しうる現代の諸法域間の比較³と異なり、ローマとの比較となればおよそ前提とする社会のあり方自体、*Digesta*などのローマ法文以外の史資料をも用いても確定は困難であろうし、仮に確定できたとしてもそれは現代の状況とは異なることが少なくないのではなかろうか。そうした中では機能主義的比較はその前提を失い、何を比較の軸とするかという難問が復活してしまうこととなる。本書の各論考は——その実験的性格から仕方ない部分もあろうが——こうした比較法学で既に議論が蓄積されてきた諸問題に対して十分に応答していない。もちろん、このこ

² とりわけ、英語で論文を書くということが浸透していない我が国の法学界にとっては、このような試みの積み重ねこそが重要であり、挑戦しつつ違和感を埋めていく作業は積極的に推奨されなければならない、と評者は考える。

³ 現代の諸法域の間でさえ、共通しているとはどういうことか、本当に共通しているのか、といった批判があり、むしろ差異に着目した研究こそが互いを尊重する適切な態度なのではないかとの指摘もある。

とは本書のような試みそれ自体の価値を損ねるものではなく、ヨリ議論を深めていくためのいわば叩き台を提示したものとしてなお評価しうる⁴。

以下では、本書の構成に沿って、各論文の内容を紹介し評者の感じた疑問などを書き連ねる。見出し(1)が内容紹介、(2)が評者の疑問等コメントである。それに先立ち本書全体の構成を示そう。第一部「現代の私法の歴史的基盤としてのローマ法」では、編者の分類で「母法としてのローマ法」を扱う三つの論考が収められる。第二部「現代における法的論証〔の思考様式〕におけるローマ法」では、「ローマでの思考それ自体を参考とする」同じく三論文が収められる。第三部「古代法の観点から行われる現代的議論」では、「類似の問題を扱った比較対象」としてローマ法を扱う四つの論考が収められる⁵。

各部を総括する導入文や結語は置かれず、本書全体についても2頁余りの序章が置かれるのみである。それゆえ各論考の間の関係は各筆者・編者によっては必ずしも明らかとされないが、評者なりに感じたところは以下述べることとする。なお、外国語のテクニカル・タームや人名等の固有名詞は、(ローマ法研究者に限定されない)一般的な現代の法律家にとって馴染みがあると思われるものは、必ずしもローマ法学界における定訳でなくとも、伝わりやすいと考えられる翻訳ないしカタカナ音訳⁶を与えるが、馴染みがないと思われるものは(その異質性を明示的に残すため)原語表記とする。

3

一 ヨハネス・ブラチェク「売買対象物の品質の瑕疵に関する無過失責任」(本書15～31頁)

(1) 概要

ドイツ民法典(BGB)437条および434条は、売買契約において売主は、自身の過失の有無に拘らず、売買対象物の品質に関する瑕疵のうち、危険負担移転時(一般には引渡時)に存在したものについて買主に対して責任を負う、と定める。このような場合、買主は売主に対する追完請求をすることができ、それが不首尾の場合さらに契約の解除

⁴ この点、本書編者でもある Babusiaux 教授の論考の末尾の次の一節は象徴的である。「ローマ……と〔現代〕の間の本論文に見た比較に対して反論したり、〔両者の〕間の根本的な違いを強調したりすることは容易いだろう。しかしそのような批判の試みは、本論文の重要なポイントを失する。序文にも述べたとおり、そもそも歴史から学ぶということは難しい。それでも、過去に関する分析が我々の現代的先入観に枠付けられてしまうのと同じように、歴史上の問題・展開・法的構造を分析することによって、現代の問題・展開・法的構造の新たな側面に目を向けられるようになる可能性もあるのだ。……古代からのメッセージがあるとすれば、観察者自身が有する同時代に枠付けられた狭い視野を克服するためにローマの法的推論を検討してみてもどうだろうかという招待ではなからうか。」(本書167頁)

⁵ もっとも、編者による分類は、各論文筆者の意図に必ずしも沿わない分け方をされているきらいもある。編者から各筆者に対して具体的に指定をしたわけでなさそうで、その意味でも「実験的な」性格があるものと思われる。

⁶ 長音は必ずしも反映せず、一般的な日本語文献に見られる表記を優先する。キケローでなくキケロ、ガーイウスでなくガイウス、など。

または売買代金減額を求めることができる。もっともこれは任意規定であり、合意で除外することができる（同 444 条）。

ただし合意による責任除外には例外があり、事業者から消費者への売買においては、上記制定法上の売主の品質保証は除外できない（同 476 条）。このルールは、EU⁷の消費者保護を国内実施するための 2002 年ドイツ債務法改正により導入された。

こうした消費者保護には強い批判が向けられてきた。すなわち、このような規制は事業者を制約するだけでなく消費者をも制約する。売主の品質保証を除外することでヨリ安価に購入する機会を失わせしめるからであり、この手の国家によるパターンリスティックな介入は私的自治原則に反する、というのである。

これについては、ヨリ現実的な見方から再反論も加えられている。第一に、実際問題として、強行法規にしなければ実効性が与えられない。第二に、事業者間の商取引においてすら、価格交渉されることなく品質保証は合意除外されている。第三に、法律上、売主から明示された瑕疵については売主の保証外とされるので（BGB 442 条）、むしろこれは買主に対する情報提供を促進する制度となっており、私的自治を強化するものである。（以上、プラチェック論文 I）

他方、ローマに目を向けると、カーザーらの教科書は「現代風に言えば、告示は消費者保護に資する⁸」と述べる。ここでいう告示（*edict, edictum*）は、奴隷（や家畜）の市場を取り締まる *aediles curules*⁹ による告示を指す。同 *aediles* は奴隷売買の当事者間の紛争を裁決した。我々に伝わる史料では、売買対象物に対する瑕疵の告知を売主に義務付けるものである。これに違反した場合、売主の過失の有無に拘らず売主は有責とされた。買主は、契約を解除して奴隷を返還する代わりに既払代金の返還を受けるか、解除せずに既払代金の一部の返還を受けることができた。それだけでなく、*aediles* はさらに、売主は買主に対して、告示上の瑕疵が存在しないとの保証を *stipulatio*¹⁰ によって約定しなければならず、*stipulatio* をしなかった場合の救済も用意された¹¹。

もっとも、これらの告示上の義務は、両当事者の約定によって除外が可能であった。この場合、売主が明示して責任除外をしなければならないので、買主も高リスク取引となることを知ったはずで、それだけに安価な取引として標準化してもおかしくないが、どうやら市場における取引がこればかりとはならなかったようである。なお、ポンポニウス法文（D.21.1.48.8）に、*simplaria venditio*（告示上の責任を合意で除外した売買契約のことを指す）においては解除を認めるのは慣行でない（*ne ... in usu est*）、と読める

⁷ 以下、厳密には EC 等といわなければならない場合にも、便宜上区別せずに「EU」「EU 法」などと本稿ではいう。

⁸ „Modern gesprochen dient das Edikt dem Verbraucherschutz“（本書 17 頁、脚註 9。本書によれば強調は原文）。

⁹ *Aedilis*（按察官ないし造営官）らは様々な公的役割を担ったが、本論文では市場における奴隷・家畜取引という流通機能の維持管理に関する権能が問題とされている。

¹⁰ 問答契約。五十君論文にて詳しく紹介されるのでそちらを参照されたい。

¹¹ なお、プラチェック論文 II 4 では、倍額賠償（*stipulatio duplae*）のほか、等額賠償（*stipulatio simplae*）も用いられる例があり、追奪の場合に倍額・品質の瑕疵の場合に等額とし、当該 *stipulatio* を等額賠償に限定する場合には買主は追奪の場合のリスクをとった取引をしたと考えられる、とする。

ものがある。ここで「慣行」とは、一方で、法廷の慣行と読み、確立した法でないとする解釈がありうるが、商慣習としての契約慣行と読むべきで、追奪担保責任を等額賠償に減じる売主は商慣習として品質の保証違反について解除を認めないものとする、という意味であろう。

こうした見方には史料上の根拠は強くない。そもそも奴隷売買に関する史料がほとんどないからである。残存史料の一つはローマ統治下のエジプトにおける売買の記録であり、引渡後の売買目的物受領拒絶の禁止の条項 (*τοῦτων τοιοῦτων ἀναπόρριφον clause*) がある。この条項がある場合でも、奴隷がてんかんかハンセン病であった場合には返還権が留保されるという例外があったが、その他の対象について、このような条項が確認規定的なものだったのか、積極的に責任を限定する役割を果たしたのかは判断が難しい。紀元2世紀の裁判記録には、明示の *stipulatio* がなければ代金返還責任を売主は負わないとする法律家の主張があるが、そうだとすると上記 *aediles* のルールとは異なる。そればかりか、同法律家は等額保証の *stipulatio* がある場合には、あらゆる責任を売買代金までに限定するものと主張する。こうした理解が、そもそも市場での奴隷売買という *aediles* 告示のルールの対象であったかも史料からは不明であるし、市場での奴隷売買であったとしてエジプトでも妥当していたかも不明である。奴隷売買に関するラテン語史料も3つしか伝わらないが、いずれも解除権の除外には関わらない。それでもセレウキアの史料の1つは奴隷の品質保証に関わり、告示に遵い奴隷は健康であるとの約定を含むが、奴隷が逃亡した場合や不法行為を起こした場合の責任(これも告示の対象となる)については約定されない。*Aediles* 告示ルールがセレウキアでは行われなかったからだろうと思われる。(以上、プラチェック論文II)

要約および結論として、次のようにまとめられる。市場で売買された奴隷の品質の瑕疵について、売主の無過失責任がローマでは知られており、一方でそれは *aediles* の告示に基づき、他方で売主が買主に対して *stipulatio* により保証した。告示が妥当する場合、これらの義務は当事者間の明示の合意で除外できたし、告示が妥当しない場合にはそもそも除外すべき義務がなかった。しかし、取引慣行として倍額保証の *stipulatio* を与えることが通常だったように思われ、それは告示に示される *stipulatio* のモデルからも推測できる。それでも両当事者には売主の責任を除外する自由が残されていたようであり、売主の無過失責任は強行法規であったとする史料上のヒントはない。もし消費者保護の実効性確保に強行法規性が必要であるとすれば、EU 指令¹²が消費者物品売買契約において求め、ドイツ現行法が提供する水準に、ローマ法は至らなかつただろう。またそもそも、*aediles* のルールでは消費者と事業者の区別もなかった。確かに奴隷売買を専門とするディーラーはローマの市場で売主として存在していたと思われるものの、買主の側で消費者として現れるような存在がいたかは不明である。それゆえ、ローマの *aediles* の告示を「消費者保護」と呼んだところで、ローマ法の理解にも現代の法の理解にも資さない。告示も、BGB 434条・437条と同様、任意規定としての買主保護しか提供しないのである。(以上、プラチェック論文III)

¹² 「指令」については本稿脚註107参照。

(2) コメント

本論文は、カーザーらの教科書で「消費者保護」と性格づけられる *aediles* 告示は、せいぜい EU 消費者保護指令以前のドイツ民法典でも規定されていた任意規定的な保護しか買主に提供するものではない、という明確な主張を有し、それ自体は首肯しうる。しかし、そのような論証を行う論文として見ると、特にローマに関する部分について、論証の過程で必要とも思われない事柄に関する言及が多く、また本来必要な過程を経ていないように思われる。本来必要な過程と思われるものとして、例えば次の諸点が挙げられる。

第一に、ローマのルールを EU 消費者保護指令との関係で（それ自体アナクロニスティックなものであるとしても）分析するのであれば、EU 法それ自体の枠組みをきちんと明らかにしなければならない。そこで保護される消費者とは何か。消費者が保護されるべき売買の対象は何か¹³。例えばこれらを明らかにしなければ、ローマで行われたルールが消費者保護といえるかどうかは判別できない。単に強行法規性を有さなかった、というだけでは、ありうる違いを一つ指摘したにとどまる。

第二に、結論にて間接的に自覚されてはいるものの、ローマにおいて市場で取引される奴隷とはどういう財であったのか、明らかにされない。これは史料上難しいことが指摘されるが、仮説であってもこれが明らかにされなければ、EU の消費者保護の観点から対象になるようなものなのか判断できない。例えば、取引される奴隷とはどういう奴隷であったのか。牛馬と同様に単純労働に就かせることを想定したものなのか、それともギリシャ語教師や芸術家などの特殊な技能を見込まれるものなのか、あるいは農場経営の手腕などを持つ者が想定されるのか。こうした性質によっては、「品質の瑕疵」についても、本論文が言及するような逃亡癖の有無や病気の有無、不法行為責任を負うリスク、といった性質よりもむしろ、「ギリシャ語に堪能である」は少なくとも実はさっぱりであるとか、話が変わってくるのではないか。また、商品たる奴隷はどのように「調達」されたのか。それによって、想定されるべきリスクの質も異なってくるのではないか。奴隷の売人の側も、専門的なディーラーが想定できるとはいうが、属州や外国などから大口で仕入れるようなものなのか、ローマの中でも個人の売り手が見つかって内部完結できるような市場ができていたのか、は、市場それ自体の在り様を左右するはずであり、これによりルールの実相も異なりうる。

第三に、奴隷を購入する側も、一体どういう目的で購入するのか。農場などを持っている富裕層がその労働力を増強するために購入するとすれば、それはそもそも消費者取引と言えるのか（この点は、間接的ながら本論文の結論にも触れられる）。庶民と言い

¹³ 典型的には、自動車や複雑な電化製品など、消費者（買主）が店舗で簡単にはその品質を確認できないような製品の売買（売主と買主の間に情報格差が大きい場合）などが念頭に置かれているはずである。腐りかけの野菜を割引で売買するという場合にも、売主が「腐りかけだ」と説明しなければ売主の広い責任が認められるべきだというルールには思われない。あるいは、住宅や自動車などの売買では、本論文でも指摘された、売主はむしろ積極的に検査を行って情報開示した上で責任除外を求め、という慣行形成が目指されるのであって、瑕疵があろうとも販売させて無過失責任を問うということが想定されてはいまい（この点、製造物責任法制や行政上の品質規制などとも関連させて理解されなければ意味がない）。

うる層が贅沢して家内使用人を購入するようなこともあるかもしれないので、この場合は「消費者保護」が必要な場合になりうるかもしれない。しかしそのような想定で議論が進められてはいない。

論証過程に必要なとは言えない事柄として、例えば、ローマで *stipulatio* が行われる場合の追奪にかかる議論（本稿脚註 11 を参照）は、品質の瑕疵を問題とするこの論文の中で、不要な回り道に見える。倍額保証の *stipulatio* が行われるべしとの告示があるが品質にかかる保証責任というよりは追奪担保責任に関するものである、ということが（関連史料の提示も含め）約 5 頁にわたって議論されるが、全体の 1/3 近くを使うほどの重要なポイントには思われない。他方、筆者が特にこの論証をしたかったのであれば、現代の側から見てどういう意味を有するのか何か論証されたいがそれもない（現行ドイツ法や EU 法の追奪担保責任に関する制度や実務慣行は紹介もされない）。そのため、母法としても、比較対象としても、ローマ法を扱っていないことになるのではないか。

Aediles 告示のルールにおいて、当事者の合意による責任除外ができることに着目し、実務上どうであったかを探求する部分は大変に興味深い。しかし残念ながらポンポニウス法文、エジプトのギリシャ語史料、3つのラテン語史料（うち、中身も扱われるのは1つだけ）しか論拠が出てこない。これは筆者の責任以上に、そもそもデータとしうるものが非常に少ないという古代を研究する際の限界なのだろう。

本論文Ⅱ1は「『現代からのメッセージ』?」（“Message from Modern Times”?）と題し、カーザーらの教科書で「消費者保護として」機能したという上記の一節を引く。本論文は、つまるところ、現代のローマ法学者が無批判に現代の問題関心をラベルとして持ち込んだことに対する（それ自体は正当な）批判、という点で古代と現代を結ぶ（結び方に注意を促す）が、自身の結び方は十分に示きれていないのではないか。

なお、本論文で扱われている問題は五十君論文Ⅴにおいても論じられるが、双方とも互いの論考に言及することがない。評者なりの整理は五十君論文に関するコメントにて後述する。

二 ポンペオ・ポリート「無体物(*res incorporales*)と無体財産権(*Immaterialgüterrechte*)の間の関係についての考察」（本書 33～42 頁）

(1) 概要

ローマ法から最も遠い法分野といえば、疑いなく、知的財産法であろう。確かにインターネットやデジタル化、SNS、ビットコイン、ブロックチェーンなどを考えると、ローマと関わることは何もないだろう。現に知的財産法の文献も、その起源はたいてい 18 世紀末から 19 世紀初めに求める¹⁴。それというのも、知的財産権は技術の進歩の果実であり、特に著作権は印刷術の開発によって、安価な書物の市場が成立して初めて問題となった。ローマで剽窃が問題になっても、それは人格権の問題とされて著作権の問題とはされなかった。

にも拘らず、知的財産法理解のためにローマ法は有益である。実際に 18～19 世紀に

¹⁴ なお、本論文も脚註 2（本書 33 頁）で断るとおり、個別法はイングランドではヨリ遡るとされる。特許法について Statute of Monopolies 1624、著作権法について Statute of Anne 1710。

かけて知的財産法が構築される中で、ローマの無体物（res incorporales）の概念を参照しつつ、無体財産権（Immaterialgüterrechte）や無体財産（intangible things, beni immateriali）といった概念が法学文献において用いられるようになった。特に19世紀のドイツの法学者たちが、ローマの無体物概念を持ち込んだ。こうした事情については先行研究が明らかにしているが、本論文はなぜ thing 概念に代わって goods 概念が用いられるようになったか、今後研究の種となりそうな提案を行うものである。（以上、ポリート論文I）

不可視・不可触の存在は、古代の哲学でも議論された（プラトン、アリストテレス、キケロなど）。法的にはガイウスが無体物を定義し、触ることのできないもので、例えば遺産、usus fructus（使用収益権）、債権債務などが挙げられ、これらは端的に法の世界においてしか存在しない、と言われる。これはガイウス『法学提要』の物の法に関する部分に置かれ、res Mancipi と res nec Mancipi の区別¹⁵の後に論じられる。二点が重要であり、第一に、無体物は法の世界においてのみ認められる。第二に、物の移転として Mancipatio でなく traditio（引渡し）が用いられるようになってからの時期であるということが重要で、Mancipatio では移転のために（儀礼上）物を触っていなければならなかったが、traditio なら触れなくても可能となる。もっとも、この時点では無体物（res incorporales）は現代的な意味での無体の「物」とは捉えられず、権利として捉えられていた。（以上、ポリート論文II）

かくしてローマにおいても無体物概念は導入されたが、しかしローマにおいてもその後数世紀においても、法が規律しななければならない無体の対象は現れなかった。産業革命後に、その各分野それぞれに独自の発展があったとはいえ、知的財産法で扱われる対象を法学者は「精神による創造物」としてまとめ、カテゴリー化した。その際、ローマからの伝統を受けて incorporeal という形容詞も用いられたし、ヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）は res incorporales には学術的作品や技術的作品が含まれるとさえ指摘する。しかし現在は res incorporales ではなく immaterial goods の方が表現として用いられる。その理由は、res corporales はローマ法において権利を意味したが、今や我々は権利の対象の方を指したいからである。それゆえ、コーラー（Josef Kohler）は知的財産権における人格権と無体物に対する権利（Immaterialgüterrechte = rights on intangible goods）とを区別し、前者は伝統的な権利（身体の統一性に関する権利の延長で著作者等の人格として作品を把握するもの）として捉えつつ、後者を全く新規の、無体ながら経済的意味を有する財物に対する絶対的な物権¹⁶（property）と構成し、その創作者に対して経済的排他権を保障するに至ったのである。そして後者には発明（特許）と文学作品（著作権）の両方を含めた。商標も、コーラーは人格権に分類したが、その後経済的な権利の方に含まれてブランドに関する財産権を構成し、後に特許とあわせて産業財産権（industrial property）とされるようになった。（以上、ポリート論文III）

¹⁵ 権利移転に Mancipatio（握取行為）と呼ばれる儀礼的行為を要するとされる物とそうでない物の区別であり、前者には土地や奴隷、重要な家畜などが該当した。

¹⁶ 本書が英語で書かれているために property と言われ、かつ文脈上「物権」と訳すのが良さそうであるが、Kohler 自身の原語は Eigentum ではないかと思われ、その場合「所有権」とあてる方が適切かもしれない。

以上の流れは、先行研究においてすでに示されたところに何を加えるものでもないが、しかし次のことは明らかにできたと思われる。すなわち、ローマの *res* 概念が近現代の *goods* 概念に如何にして変容されたかを解明することなしには、*res incorporales* から *intangible goods* に如何に切り替わってきたかを分析することはできない。フランス民法典第2編も *goods* (*des biens*)についてであって *things* (*choses*)についてではなく、この頃から *thing* ないし *res* を法令用語として用いることはなくなっていった。プリアッティ (Salvatore Pugliatti) の先行研究によれば、経済学の誕生によって、*goods* という用語は法律用語としても用いられるようになり、経済(学)を通して法(学)にも入ってきたという。Good は単にモノ (*thing*) というだけでなく、そこから経済的価値を取り出せるもの、役に立つもの、というコノテーションを持つため、精神による創造物についてもよく当てはまる。(以上、ポリート論文IV)

(2) コメント

知的財産法は、ローマ法とは全く無関係であるというのが一般的な理解であるが、実はローマの無体物 (*res incorporales*) 概念を参考に体系化された歴史を有し、その換骨奪胎の経緯も含めてより深く探求されなければならない、特に物 (*res, thing*) 概念から財産 (*goods, bien*) 概念に中心が変化したことは今後の研究課題たるべきである、というのが本論文の基本的な主張である。しかし、「研究提案」であるという筆者の主張からすると当然かもしれないが、詰めの甘いところが多すぎるのではないかとも思われる。

例えば、ガイウスが *res incorporales* を導入した契機の一つとして、*mancipatio* にかかわって *traditio* が用いられるようになった、とあるが、*res nec mancipi* については(定義上明らかに)元々 *mancipatio* がなかったのではないか。*res nec mancipi* の移転にかかる行為と *traditio* において移転にかかる行為とを更に比較して、それでもなお無体物性を強調できるような特徴を *traditio* に見出させなければ、筆者の言うようなポイントとはならないはずである。

別の観点から、英米法において *personal property* 概念は *real property* 概念と対置され、中世において後者は物それ自体の取戻しが可能であった権利(主として不動産の保有権)で、前者は物それ自体ではなくその価額での賠償が与えられる(あるいは被告の側で物の返還に代えて金銭賠償を選択できる)権利(主として動産の保有権)に区分されていた。*Personal property* は主として動産ではあるが、契約上の権利や有価証券に基づく権利など無体の財産権を含み、近現代では知的財産権も含まれる。また、これと別に、*chose in action* 概念も *chose in possession* 概念との対置で長らく用いられてきたが、やはり無体の権利と明確に認識されてきた。英米の法概念に慣れた読者にとっては、こうした枠組みとの比較で本論文はどう読まれるべきか、筆者は全く明らかにしてくれない。(そもそも英米法において *thing* は厳密な法学上の概念として洗練されたことはそもそもないと言ってよい)。

またローマにおいて *res incorporales* は権利であって、無体の物・対象としては捉えられなかったとする点にも疑問がある。というのも、(特に英米の *personal property* との対比で)債権譲渡や債務の引受けを考えると分かりやすいが、権利が譲渡の対象となる場合を想定すればそれは無体の物・対象と扱っていると考えることができるのではない

か。素人ゆえにローマの法律構成を正しく理解できていないだけかもしれないが、delegatio においては債権債務が移転するのではないのだろうか。

また、産業革命とその後の知的財産法各分野の発展までは物・対象としての無体物はなかったという理解も疑問がある。産業革命以前から、少なくともイングランドにおいて、上記のとおり personal property に分類される各種の権利、特に譲渡可能な証券(negotiable instrument) は存在した。そこでは、すでに存在する何らかの権利などを、有価証券の形で物に化体させることによって、権利の流通を促進するという性格が見られる(documentary intangible や documentary title などと整理される)。このような場合、まさに本来「無体」のものを、紙切れの形で物として把握できるようにする、という行為ではなからうか。(この点、現代の知的財産権も、必ずしも特定の物に化体はさせずとも、第三者にも把握可能な情報に記述されなければ保護の対象とならない(例えば特許のクレームを想定)以上、共通の性質を有する。)

更には信託における受益権はどうだろうか。信託においては、受託者が信託財産の「所有権¹⁷」を把握し、したがって有体的に物を把握するが、受益者はエクイティ上同じ信託財産にかかる一定の権利を受益権として有する。その中には、将来信託財産から発生すべき収益から支払いを受ける権利のようなもの(usus fructus のように)設定されるが、こうした権利は有体物か無体物か。とりわけ、受託者が信託の定めに対して信託財産を第三者に譲渡した場合にも、(当該第三者が善意有償取得者であれば保護されるという例外はあるものの)原則として受益者に当該財産の取戻しを認めるのが英米流であるから、受益者も財産を物的に把握する側面がある。この点、佐々木論文が脚註においてではあるが、usus fructus との関連で信託に言及しているものの(本書 111 頁脚註 8)、両者の間で相互参照はない。

結論部分も疑問が多い。まず英語・英米法の観点から言って、goods は通常土地を含まない。そればかりか一般には種類物を連想させる傾向がある。他方、フランス民法典が«des biens»という場合は土地も含んでいるのではないか。そうすると、そもそも各言語において「物」ないし「財産」を指すと筆者が扱っている各語の指しうる外延も内包もそれぞれ異なるということを加味せねばならない。こうした不用意な態度は、ローマの res についての理解も十分に検討したものでないのではないか、との疑いを持たせる。そうした疑いを強化するもう一つの点として、good(s)という言い方が近代に経済学とともに法学に入ってきたというが、しかしローマでも bona 概念は用いられていたではないか(例えば bonorum possessio といった形で)、と反論できる。そのとき、同一物についての、単なるモノとしての thing という側面と経済的価値を有するものとしての good の側面という、評価の問題であっただろうか。

また、知的財産法の理解についても、19 世紀のドイツの枠組みに囚われすぎていて一面的に過ぎるのではないかと思われる。例えばアメリカで主流の考え方では、コーラーが人格権と分類した権利は単に不法行為の対象として保護されるにとどまるとされるのが一般的であるし、そもそも所有権的に知的財産権を捉える見方自体も批判されて

¹⁷ 比喩として、また日本法上の構成に合わせ、「所有権」というが、英米においてはそもそも所有権概念は余所者であるので注意が必要である。

久しく、単なる政策決定・行政規制的なものに過ぎないとの見方も強い。

なお、「情報」を扱おうとする葛西論文とは何らかの対話があっても良さそうなものであるが、いずれからも没交渉である。このことは、後述するように葛西論文は「情報」と言いながら名誉毀損しか実質的に扱っていないため、両者の接点が失われたものと思われる。

三 コーネリアス・G・ファン・デア・メルヴェ「現代の南アフリカ法およびスコットランド法における付合 (accessio) による動産取得・加工 (specificatio) による動産取得に関するローマ法の諸原則の実務上の適用」(本書 43～60 頁)

(1) 概要

南アフリカとスコットランドは混合法系に分類される。南アフリカでは、英国植民地となる前のオランダ統治下で行われた 17～18 世紀のローマン・ダッチ・ローが私法に保存され、公法や手続法がコモン・ロー化されたのと併存している。スコットランドは 17～18 世紀に法律家が (オックスフォード・ケンブリッジでなく) オルレアンやライデンにて学び、帰国後にもローマ法の影響を受けた法学書を著し、これらは判例法と並んで非常に重要な法源となっているが、しかし隣国でありかつ当時の主要な経済大国でもあったイングランドのコモン・ローからも、特に商事法、公法、手続法や裁判所の運用に関して強い影響を受けた。

それでも、(両者において) コモン・ローからの影響が比較的小さい私法の領域として物権法があり、とりわけ動産物権の取得に関する法が挙げられる。本論文は、南アフリカとスコットランドでほとんど同じ事実をめぐる判例をそれぞれ取り上げて、ローマ法のルールである accession (the joining together of movables) と specification (the production of a new product) の適用実態を検討することを目的とする。(以上、ファン・デア・メルヴェ論文I)

南アフリカのケース¹⁸では、当事者 K は BMW の 1985 年モデルの破損した一部を購入して、板金工に持って行った。そこでは、同 1985 年モデルの前方部分を切り取り、別の 1988 年モデルの廃車の後方部分を切り取り、両者を結合させて 1988 年モデルに見えるよう塗装された。これを、捜査当局が盗難車として法に基づき押収差押を行ったため、K がこれを争った。証拠に基づく事実認定により、同車の後方部分は確かに盗難車によるとされたが、内装とエンジンは K 自身が合法的に購入したものであるとされた。K は、盗難車に由来する部分は、K 自身の自動車に付合 (accede) されたのであって K の所有に帰している、と主張した。

裁判所は、accession 法理の適用の可否について検討した。これは、ある動産が別の動産に結合して一つの物体 (an entity) を成すとき、主たる部分の所有者がその従たる部分を含む全体の所有者となるとする法理である。そしていずれが主たる部分であるかは common sense の問題であり、本件では 1988 年モデルとして結合し、各部品はそのために修理・改造されたのであるから、K の有するのは従たる部分であって主たる部分ではない。それゆえ、本件自動車全体は K の所有物ではない、と裁判所は判断した。なお、同判決は傍論にて、accession と specification の区別を説明する別の判決を引く。(以上、

¹⁸ Khan v Minister of Law and Order (1991) 3 SA 439 (T).

所有権取得方法としての *accession* は、市民法大全では用いられず、近代のローマ法学者によって鑄造された用語である。異なる人に帰属する複数の動産が結合してなんらかの一体を成す態様について様々に区別されるが、広く受け入れられている見方によれば、その中でも *accessio* の要件は、次の三つである。①物理的・機能的な接着であって、分離ができない。②それでも主たる部分と従たる部分が区別される。③そして結合物は、何か新しい物になるわけではない（そうなる場合には *specificatio* である）。なお、ここでは結合行為を行う者の善意は要件とされない。（以上、ファン・デア・メルヴェ論文III）

スコットランドのケース¹⁹では、訴外Fが他人所有のフォード車を盗み、その前方部分を分解して、別のフォード車の後方部分と結合させて組み立てた。その後Fは、自動車ディーラーのP（盗難につき善意である。本件被告）にこれを売却し、PはこれをM（本件原告）に売却した。Mに自動車引き渡された後三ヶ月ほどが経過した頃、当該自動車は盗難車として警察に押収差押された。MはPを相手取って、制定法上認められる売主の追奪担保責任を根拠に損害賠償を請求した。Pは、盗難自動車の一部を使ったとはいえFが新たな自動車を製造したことで、*specificatio* によってFに新たな自動車の所有権が帰属し、PはFからその所有権を譲り受けたのであるから、PはMに所有権移転できる権原を備えていたのであって、本件では追奪担保責任は負わない、と反論した。

裁判所は、*specificatio* の適用の有無に関し次のように示した。生成物を元に戻せる場合には、*specificatio* ではなく、それぞれの部分が元の所有者の所有に帰する（例えば粗金を用いて金細工を作った場合、溶かせばよいので、元の所有者の所有のまま）。そうではなく、元に戻すことができなくなっているならば、改変をした者に帰属する（他人のブドウを用いてワインが作られた場合、ブドウに戻すことはできないので、ワイン製造者の所有となる）。本件では、自動車は前方部分と後方部分をひっつけて作ったのだから、これを切り取って元に戻すのも同じように可能であろう、そうするとFが盗難車の部分についての所有権を取得したとする主張は首肯できない、と裁判官は述べた。

なお、元に戻すことができるかというテスト（*reducibility test*）に加え、裁判官は更に2つの要件を *specificatio* 法理に求めた。第一に、*specificatio* によって新たな種類のもの（*a nova species*）が創造されたのでなければならない（本件ではこの要件は満たされたとされる）。第二に、*specificatio* はエクイティ上の法理であるから、創造者は善意でなければならない（*bona fides* 要件。本件ではFが材料の相当部分を盗んでおり、満たされない）。（以上、ファン・デア・メルヴェ論文IV）

Specificatio の要件をヨリ厳密に検討してみると、次のことが言える。まずその用語について、*speciem ferre* というローマで様々な状況を指すために使われた言葉に由来する。広く、第三者所有の原材料から新たな性質の物を加工する場合にそのように言われた。*Specificatio* の語は、註釈学派以前の12世紀に編纂された、ユスティニアヌスの法学提要に基づいた法学徒のための教科書（*Brachylogus* という）に最初に現れる。

¹⁹ *McDonald v Provan* (1960) SLT 231.

上記判決において第一の要件とされたのは、新種のもの、ないし新たなアイデンティティを創造者によって付加された製品であることである。スコットランド法では、原材料の所有者が取り戻すことがもはやできないほどに異なるような新たなアイデンティティが付加されていなければならない、とされてきた。そして新たなアイデンティティの創出のために何らかの創作的労働が用いられることも求められてきたが、この点は近年緩やかに解されるようになっており、厳密に創作的でなくとも大幅な部品交換を行えばこの要件は満たされるとする裁判例もある。

第二の要件は、おそらくは *matter*²⁰ を重視するサビーヌス派と *form* を重視するプロクルス派の学説対立をユスティニアヌス法典が折衷したもののだろうが、元に戻せるかのテスト (*reducibility test*) である。しかし、上記判例で裁判官が示した「自動車をまた二つに割ればよい」との見方は、古代ローマの文献に現れる例とは異なる（金を原材料として金細工等を作った場合の「溶かせばよい」とは異なる）。学識法 (*ius commune*) の文献にも、部分的にでも他人の物を使って新たな物を作れば、分解できても製造者に所有を認めるとする文献もある。そもそも時代遅れの概念に基づいており、近代のヨーロッパ各国の民法典編纂でこのテストは廃止されてもいる。

第三の善意要件は、盗難によっては真の所有者は権利を失わないとするスコットランド法に適合する。

第四の要件は、製造者が自身のために結合行為を行った場合にのみ、*specificatio* に基づく製造者への権利帰属が生じる、ということである。製造者が他人のために結合させる場合には、当該他人に所有権は帰属する（南アフリカの事件では板金工が作業を行ったが、Fへの権利帰属が問題となったことに当たる）。（以上、ファン・デア・メルヴェ論文V）

しかし、第三の善意要件は、*specificatio* に基づく所有権取得において不要とすべきである。というのも、第一に、ローマで要件でなかった。第二に、スコットランド法の法源（＝学説）でも、善意を要件であると明示するものは稀であり、要件とすると書かれていても理由は説明されない。ローマン・ダッチ・ローにおいては、不誠実 (*dishonesty*) なる者が取得すべきでないとする説もあるが、もはや物は元に戻らないのであって救済において用いる訴権が異なるだけであるとする学説もある。第三に、*specificatio* による所有権取得を基礎づける正当化理由は三種類あるが、そのどれとも関係しない。すなわち、① *accession* 説によれば、あくまで物の経済的な価値における主従の関係のみを問題とするので、善意は関係がない。② 先占説 (*occupation theory*) によれば、結合前の物は消滅して存在しなくなり、結合物は無主物として現れ、製造者の先占によって取得されるため、やはり善意が無関係である。③ 創造・労働説によれば、新たな物を生み出すために用いられた労力や技術に対する報酬として被造物の所有権が認められるので、善意は関係がない（なお、③はローマに見られた説ではない）。第四に、自由の保護と取引の安全という観点から、たとえ悪意で取得された材料によったとしても、製造者に所有権を帰せしめんとしたドイツ民法典制定時の立法趣旨からも説明される。公示原則 (*publi-*

²⁰ ここでの *matter/form* は質料／形相と理解してよいか、評者には判別できないので原語のママとする。

city principles) に照らしても、その物を使用し処分するのに最も適した地位にあるのは製造者である。もちろんこれは不公正な取引慣行を導きかねないが、それについては真の所有者に対して不当利得や不法行為による救済を与えることで保護すればよい。(ファン・デア・メルヴェ論文VI)

以上から、取引安全のため、異なる人の所有する素材から新たな物を生成した場合、善意悪意や素材の価値や投下された労働の価値を問わず、その製造者に自動的に所有権が帰属するというルールが、物権法は法的安定性を提供しなければならないという必要から望ましい。南アフリカの事件では、裁判所が *specificatio* でなく *accessio* のパラダイムで議論してしまったのは残念であり、本来は新種の物が作られたとして *specificatio* の適否を検討すべきだった。スコットランドの事件では、無用に善意を要件として導入してしまったのは誤りであった。

また、*specificatio* の正当化理論として、労働説は時代遅れである。むしろ問題は誰が創作者であるかであって、そのためには「自身の名において (*suo nomine*)」の要件が重要である。現代では多くの主体が関わって新たな物が製造される場面が多く、例えば材料供給者(サプライヤー)が原材料を売り、加工業者(工場など)が材料を買って加工するが、売買代金を弁済するまでは売主に所有権を留保するなどの約定がなされる。このような状況では加工者は、実際には自身の名においてでなく、売主のために加工している、と言える。こうしてみると、ローマ法の牧歌的な例から、現代の商取引の実際に適応させることができる知恵を見て取ることができる。(以上、ファン・デア・メルヴェ論文VII)

(2) コメント

最近の裁判例というまさに現代の問題について、裁判所が古代以来の法理を適用したはいいものの、古代の理解が誤っているし、古代以来の精確な理解を持ち込んだ解決をする方が現代の問題状況の観点からいっても好ましい、という、本書の企画に特に適した論考である。行論も英語それ自体も大変分かりやすい。それでも評者が感じたいくつかの疑問がある。

第一に、最後に示される例、すなわち材料供給者と加工者が別主体で権利の帰属が問題となるような取引は、ローマにも見られるのではなかろうか。例えば、ブドウ農園がワイン製造者にブドウを卸すような取引はあったのではないかと思われる。このような場合のビジネス・スキームの組み方が明らかにできるようであれば、それ自体現代の取引状況に対して参照点を提供できるように思われ、ここに踏み込まれていないのは残念である。

第二に、最後の *suo nomine* の議論に関して、所有権留保の約定で取引を行えば大丈夫だという話であるが、所有権留保をしなくとも、そもそも代金未払いの場合には各種の担保権も観念されるはずである。アメリカを例に出すと、物品等の売買であれば *purchase money security interest (PMSI)* が当該売買対象物について売主の担保権として(約定や登録などなくとも)成立して優先度の高い権利となるし、自動車の修理などの場合には依頼者の所有権に変更はないが修理代金の債務に関し *mechanic's lien* が成立する。我が国で言えば動産売買先取特権や留置権が該当するわけだが、これらの権利に関して

specificatio (ないし accessio) が生じた場合の帰趨はどうなるのか。また、盗品についても不法行為等で保護すればよいという筆者の主張を容れると、真の所有者への救済は金銭賠償ということになりそうだが、担保対象物が売却されてしまった場合の売却代金に物上代位を認める構成と類似しうるのである。善意か悪意かで救済を分ける発想にも言及されていたが、盗難の場合には二倍賠償などの懲罰賠償を行わせることで区別を図ればよいということか。

第三に、取引安全のために盗難もやむなしとするのは、救済が十分な抑止効果を与えるように設計されなければ、盗難を促進するように制度が動いてしまう。この点、評者が指摘したように救済を分ける(悪意の場合に懲罰賠償を認める?)方法などがありうるころではあるが、それでも本当に悪どい者はそもそも姿をくらましてしまうのであり、盗品それ自体が(善意で取得したのであったとしても)取得者のもとになお把握できる場合には、どのように利害調整を図るべきか。筆者の提案では、取引安全のために盗難被害者が泣き寝入りすることとなりそうであるが、それが本当に適切か。

本論文の議論は、他の論考の扱うテーマとの関連で考察し直しても興味深い。例えばポリート論文の扱う知的財産との関係で、Aが著作権を有する著作物(例えば小説)を一次創作としてBが二次創作を行った(二次的著作物。例えば映画化)、という場合に、素材たるAの著作物は(そもそも無体であるがゆえに)容易に元に戻すことができる(reducible。あるいはそもそも結合されていない)。著作権法においては、一般に、BがAの許可なく当該二次創作を行った場合、Aの著作権の支分権である翻案権や著作人格権の一種としての同一性保持権の侵害とされる。その一方で、Bの二次的著作物においてAの原著作物は分離し難く結びついているとも言えなくもないし、著作権法上もBの二次的著作物それ自体についてはBの著作権が成立すると考える。(ただし原著作物に関する部分については成立せず、Bによるオリジナルの部分に対してのみであるから、specificatioによって原著作物が取り込まれたというよりは、元々Bが新たに加えた自らの創作についてのみ権利を原始取得するという構成の方が近いかもしれない。)そもそも知的財産権については所有権のパラダイムで捉えること自体が不適切であると指摘されて久しいが、権利の対象を捉える際の思考実験としてはまだ有益なところが残っているかもしれない。また、物の範囲という観点からは後の宮坂論文のテーマにも連なる。

四 フリッツ・ブランズマ「日常生活における法——駐車場の違反料とローマ法」(本書63~74頁)

(1) 概要

イングランドのとある駐車場では、「一般の駐車は2時間まで・フィットネスクラブ会員は4時間まで。これを過ぎたら駐車料金として85ポンドを徴収します」という趣旨の看板が、駐車場の入口をはじめ合計20箇所ほどに設置されていた。2013年4月に、Bは2時間を56分超過して駐車し走り去ったが、駐車場運営会社のP社は、運輸省の

登録データから B を割り出し²¹、B に対して 85 ポンドを支払うよう請求した。その後督促も行ったが B は支払わず、P 社は訴訟を提起した。下級審で B は敗訴し続け、事件は英国最高裁へ上告された。イングランド契約法は伝統的に違約罰を無効としてきたため²²、B はこのルールに基づいて責任を否認した。英国最高裁は判決²³（意見）の第一文で「イングランドにおける違約罰のルールは、大昔に無計画に建設された建物であってすっかり風化してしまった」と述べ、違約罰のルールを改めた（revised）。（以上、ブランズマ論文I）

このような日常的な事柄にこそ、重要な法的問題は隠れているということがある。ローマ法の教授達には、ローマ法を教えるに際してこうした日常的な事柄をどう扱うべきか知っている人達があり、筆者はそういうローマ法学者に教えを受ける機会に恵まれた。彼らは学生に法原理を日常生活に当てはめると言うが、これには偉大な先例があり、イエーリングの『日常生活の法学』と題する著作は版を重ねている。いわく「日常生活においては多くの法律関係や法律行為が見られるけれども、その対象が取るに足らないことなので訴訟になることはほとんどない。しかしそうであるにも拘らず、法学教育に利用するには大きな利益がある。というのも、初学者に対して手引きを、そして日常生活の出来事を法的な目で観察することを、与えるからである」。

B の事件では、しかしそもそも何が争点であったらうか。英国最高裁判決では、B に課された金銭支払いの性質それ自体についてはあまり議論されず、問題の駐車場に B が駐車したことによって契約が成立し、看板に記載されたレギュレーションが妥当するものと前提しており、当事者も同じ前提を置いている。しかし控訴院の裁判官の一人は、本件は契約の問題ではなく土地所有者としての駐車場経営者が、利用者による土地の立入りを、2時間を上限として許可し、それ以降は許可のない不法立入り（trespass）＝不法行為であって、その損害賠償として原告は請求しているのである、と性質決定した。そうだとすると、原告は自身の被った損害の立証をしていないことが問題となるし、原告は駐車場管理を行う会社に過ぎず土地所有者でもないという問題もある。（以上、ブランズマ論文II）

ドイツ連邦最高裁も 1956 年の「ハンブルク駐車場事件」として知られる、似たような事件を扱ったことがある²⁴。そこでは、駐車料金を支払って駐車することができ、管理会社の警備員による警備も行われることになっており、短文ながら看板でその旨表示されていた。しかしイギリスの事件と異なり、当事者の女性は駐車を行った際に警備員に対し、自分の車を警備しなくてよいし支払いも拒絶すると伝えていた。駐車料金は最初の 1 時間は 20 プフェニヒ、以降は 1 時間ごとに 50 プフェニヒとされていたが、女性

²¹ 駐車場に設置されたカメラの記録からナンバープレート上の登録番号を確認し、運輸省（Driver and Vehicle Licensing Authority = DVLA）のデータベースで登録所有者を照会したものである。*ParkingEye* (n 23) [91] (Lord Neuberger and Lord Sumption SCJJ).

²² 契約違反から想定される合理的な損害額を予定しておく損害賠償額の予定（liquidated damages）であれば有効だが、損害と比例しないような契約違反に対する罰（penalty）であれば無効、とするルールとして長らく認識されてきた。

²³ *ParkingEye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67, [2016] AC 1172.

²⁴ ‘BGH, 14 July 1956 – V ZR 223/54. BGHZ 21, 319; NJW 1956, 1475.’（本書 66 頁脚註 12）

は支払わず、管理会社が25ドイツマルクの支払いを求めて提訴した。管理会社は3つの主張を行った。第一に、契約に基づく請求だが、これは立証できないと原告は考えあまり熱心に論じなかった。契約が認められない場合に、第二に、被告は請求額につき不当に利得したとの主張、または第三に、他の駐車場ユーザーが駐車料金を払って駐車するという機会を被告が不法に取り去ったとして、不法行為に基づく主張を行った。上告を受けたドイツ連邦最高裁は、不法行為に基づく請求について、原告は被告による駐車のために他のユーザーの駐車を断らざるを得なかったということにつき立証していないため認められないとし、不当利得に基づく請求についても、被告の得た具体的な利得は立証されず、それが原告の負担において与えられたとも立証されていないとして、認めなかった。(以上、プランズマ論文III)

他方で、ドイツ連邦最高裁は、原告が諦めてあまり熱心に論じなかった契約に基づく主張について、そのような事情からまぼら傍論というべきではあるが、パラグラフを4つ使って議論している。すなわち、「事実的な契約関係(faktische Vertragsverhältnisse)」が成立する可能性がある、と指摘した。事実的な契約関係の法理は、ハウプト(Günter Haupt)により20世紀初めに主張されたもので、主として路面列車を想定し、そこでは乗客は一言も発することなく乗車するので、典型的な申込みと承諾を観念して契約の成立を見ることは難しいが、合意ではなく社会的な奉仕義務に基づく契約的關係が認められる、とするものである。社会から見て典型的な意味を持つ行動によって、契約と同様の關係が成立する、と見るのである。ドイツ連邦最高裁は、本件駐車場も、この法理に基づく契約關係を根拠とした請求なら認められる可能性があるとして述べる。この法理によれば、当事者が明示的に「支払わない」といっても、駐車するという具体的行為によって契約が成立するからである。

しかしこれは、つまるところ、「支払わせるのが望ましいから払わなければならない」と言うに等しいのではないか。実際、この判決については批判も多い。(以上、プランズマ論文IV)

ローマの法学者にこの判決を見せることができたとしたら、やはり驚かれることだろう。例えば、パウルスは言う²⁵。「事物によって契約することはできる〔。〕手紙によって、または使者によって、不在者間でも契約は締結されうる。この場合にはなお黙示の合意に至ったと捉えられるからである。……もし私が私の債務者に借用書を送ったら、我々の間には、私は当該債権につき請求せず、また債務者が合意の抗弁を主張できる、との合意がなされたとされる。」そしてこのような黙示の意思表示は、行動によってもまた推認されうる。フロレンティヌスの例²⁶では、債務者から利息だけを先に受領したら、黙示の約束(pactus)により、その利息該当期間のうちには元本の請求をしないということに合意したとされる。また、諾成契約の例としても、ウルピアヌスによれば²⁷、

²⁵ D.2.14.2. 本書69頁の引用。翻訳は評者により、本書に併記・引用される英訳を参照はするが食い違ふと見られる場合にはラテン語原文を尊重して(適宜補いつつ意)訳を行う。以下同じ。

²⁶ D.2.14.57 pr. 一般的にはpactusは単なる無方式の合意であって、法的拘束力を持たせるには足りないものであるにも拘らず、法的拘束力を持たせる方式行為は「黙示の方法でも」可能であった、と筆者は指摘する。

²⁷ D.19.2.13.11.

locatio conductio²⁸の期限後にも conductio に留まるならば、再度 conducere しているとされる (re- conduxisse videbitur)。

もっとも、「事実的な契約関係」の法理を適用したドイツの事案では、明示的に「承諾しない」旨が駐車した女性から示されていた、との反論が考えられる。しかしローマ法では、何人も自らの先行行為と矛盾する行動をしてはならない、という——イングランドの禁反言法理と同様の——法理がある。また教会法においても、自らの行為に矛盾する弁明は無効であるとする法理がある。これらの伝統的なルールを適用すれば、駐車した女性に対しても、自ら看板を見ながら駐車したのであるからそれと矛盾する主張は許されない、とすることで解決できたはずである。

ドイツ連邦最高裁に対する批判のもう一つには、既存の理論の適用を十分に試みて、それでもだめだというときにはじめて新規の理論を試みるべきであるというものがある。というのも、新規の理論はそれ自体がどこまでの限界事例を生み出すか、事前にはわからないものであるからである。既存の理論によってなるべく解決しようという実践は、まさにローマの法律家の態度である。

社会的に典型的な振舞い (socialtypisches Verhalten) や事実的契約関係の法理は、ドイツにおいても通説はこれを支持しないが、それでも今でも紙幅を費やして議論されている。このような理論・法理が好きな人には、ベッカー (Ernst Immanuel Bekker) の人格化説 (Personificationstheorie) も興味深いだろう。それによれば、鉄道に乗車する権利はチケット＝紙に与えられるのであって、それを持つ人に与えられるのではない。チケット所持者は、あくまでチケットが有する乗車する権利を代表して行使するだけであって、所持人自身が乗車できるのは、車掌が礼儀正しく寛大であるからに過ぎない、とされる。(以上、ブランズマ論文VI)

英国のケースに戻ると、事件当時のイングランド法では違約罰は契約において認められなかった。そのため、駐車場管理会社は、業界団体全体で行われる駐車場レギュレーションである、あくまで真正の損害額の予定として規定より長く駐車した者に課金するという実務を取り入れていた。しかし問題は、本当に損害を被っているとの立証は難しく、また実際問題として問題の駐車料は管理会社にとって (損害の補填ではなく) 収益源になっていたということである。それゆえ違反駐車者 B からすると、本件請求は実際の損害とは全く無関係の純然たる違約罰であり、イングランド法の先例に照らせば必ず無効となるに違いない、と見込めたわけである。しかし今回の英国最高裁判決はルールを変更し、違約罰であっても過剰でなければ合法的な商取引上の目的になりうることを示したのである。(以上、ブランズマ論文VI)

(2) コメント

本論文は、扱われるそれぞれの素材は興味深いのが、全体の論旨が不明確である。主張と思いきものを抽出すると、第一に、駐車場の料金のような日常的な法律問題から学べ

²⁸ 少なくとも本論文に引かれる断片だけでは文脈上必ずしも明らかではないと評者には思われるが、筆者は不動産賃貸借 (leasehold) と理解する (そのように理解したのでないとは英語の用法が不用意である)。Locatio conductio は後に賃貸借・雇用・請負を生んだ複合的な類型であり、十分な文脈なしにはその構造が判断しきれないので、ここでは原文ママで引くこととする。

ることがたくさんあり、ローマ法学者はこれを得意とする。第二に、イギリスの事件について、当事者も最高裁もほとんど無条件に当事者間に契約が成立したものと前提しているが、その前提自体実は疑わしい。第三に、ドイツの類似の例において、ドイツ連邦最高裁は当事者間に契約が成立したことを認めるために事実的契約関係の法理を持ち出したが、これは単なる言葉遊び以上の理論的正当性を持たない。第四に、新規の法理論には危険も大きいので、ローマ法学者のように既存の法理論の適用で事案を解決する努力をすべきである。

しかしそれぞれ主題と言えるほどの扱いは受けていない。第一の主張については、本論文はイエーリングのパスセージを引くだけで、ローマ法学者が日常問題を取り上げるのに長けていることは論証されない。また、評者の知る限り、日本でもイギリスでもアメリカでも、日常生活の法律問題を積極的に例に取り上げる入門書は少なくないので、主張自体も特に新規に思われない。

第二の主張については、まず本件自体が筆者の言うように違約罰に関して厳格だったイングランド法のルールを異なる定式において明示した判決ではあるが²⁹、契約でなく他の法律構成による場合の議論は示されない。せいぜい、ドイツの事件では不当利得と不法行為が主として主張されたものの否定されたという言及がある程度であるし、イギリスの場合ならどうかとは議論されない。

第三の主張については、比較的丁寧に論証が行われる。特に、ここでローマ法文により、黙示の契約成立を認めるための様々な論拠が提示され、ドイツ連邦最高裁は別の理由付けから駐車した女性の責任を認めえた（にも拘らず無用な新規理論を導入してしまった）ことが示される。筆者の力点はここにあったのかもしれないが、だとすればイギリスの話は蛇足になってしまう。

第四の主張は、第三の主張を支えるものとしては使われているが、それ自体としては論証されない。引かれるローマ法文は、ローマにおける新規の問題が既存の法理で解決されたという事例を示していないからである。また、引かれる例も偏っているように見受けられる。行為によって黙示の合意、ないし黙示の意思表示、が成立したとされるこ

²⁹ もっとも、*ParkingEye* (n 23) [36]-[39] (Lord Neuberger and Lord Sumption SCJJ)に明らかなように、違約罰ルールを廃止してはいない。筆者が言うほどに「全てを変えた」と言えるかも疑問である。これまでの裁判例においても、契約者が契約上の義務 (primary obligation) を履行しない場合にくらいくらを支払う義務がある (secondary obligation) という定め方をしたら penalty であるとか、契約違反に通常認められる填補賠償との関係で判断するとか、様々な枠組みが示されてきて混乱していたところをすっきりさせようとしたのが本判決である。

イギリスのいくつかの教科書を瞥見した限りでも、本判決が伝統的な違約罰禁止ルールを廃止したり大きく制約したりしたものと見るのは通説とまでは言えないように思われる。むしろ、本判決では違約罰ルールと並んで2015年の消費者の権利に関する法律(Consumer Rights Act 2015. なお、厳密には事件時点は制定前なので、先行する同様のルール)における「不公正な契約条項 (unfair clause)」に当たるか否かも争点となったが、この点を検討した判決として言及するものもある(なお、この点を取り上げればブラチェック論文・五十君論文との相互参照の可能性がありえた)。違約罰ではなくて損害賠償額の予定として認められる合理的な範囲に(本件駐車料金85ポンドは)入っていると判断したものと解するのが素直である。

とを示す最初の二例（パウルスとフロレンティヌスの法文）は、いずれも消費貸借³⁰にかかる行為であるが、どちらも契約の締結を示す例ではなく、既にある債務の免除にかかる行為や、利息の受領という債務の弁済にかかる行為の意味を示すものである。後の一例（ウルピアヌスの法文）も *locatio conductio* が既に成立した上で、*conductor* がそこにとどまる場合に再度 *conducere* したものを (*reconduxisse*) とされる、というのは、確かに先の例よりは契約の締結にかかる議論に見えるが、（現代風に言えば）継続的契約関係を認めるに際し先行する契約関係の内容を引き継ぐ、という説明とも捉えられるように思われ、行動によって黙示の合意を導くという要素はあるかもしれないが、射程はもう少し狭くなるのではなからうか。新規の理論を導入する危険が大きい、ということも一般的に述べられるだけで、具体的にどういう不都合が生じるか、ということも示されず、単に「現にドイツでも批判が多い」というに過ぎない。批判が多いのは当該法理の質が低いからであって、新規理論なら一般にだめであるということにはならないはずである。

イギリスのケースとドイツのケースを並べる方法についても、本件では比較的容易に「同様の問題」であると考えられ、機能主義的比較がしやすい例であると考えられる。しかし筆者は必ずしも両者を比較しない。ドイツの判例理論を支持しない議論は示されるが、イギリスの判例理論をプラスにもマイナスにも評価しない。ドイツの判決を支持しない理由としてイギリスの判決が使われるわけでもなければ、その逆もない。要するに比較を行っていない。

評者の側で補ってみると、イギリスの事例においては当事者が「支払わない」あるいは「看板のレギュレーションに従わない」という意思を明示しておらず、また守衛がいなかったようなことからそのような意思表示自体も難しかったと思われるが、ドイツの事例ではそのような意思表示がなされた、という事案上の差異がある。仮にイギリスの事例でそのような意思表示が可能であったならば、ドイツの判決のような扱いをされたか、というのは考えてみるべき問題であろう。この点、ドイツ法ではどうか評者は知らないが、イングランド契約法では、申込みにおいて承諾の方法を指定することが認められ、本件では駐車場に駐車することによって承諾とすると指定されたと見ることもでき、このように理解すれば契約は成立する。他方、これに対して当該申込みに従わないとの意思表示が有効であったとすると、申込みと承諾が合致せず、契約は成立しないと見る余地もなくはない³¹。契約が成立しない場合、控訴院の一审判决が述べたように、土地所有者（ここでは土地管理者が同等の権限を有すると考えてよい）の許可しない不法な立入り (*trespass*) であると見ることができる。*Trespass* は損害の立証がなくとも成立する不法行為類型であり、救済は実際の損害に対する填補賠償またはその立証がない場合には

³⁰ なお、筆者は *cautio* を IOY と訳しているが（本書 70 頁）、正しくは IOU (= I owe you) であろう。

³¹ 契約が成立しないとしても禁反言によって B の主張を退けることができる、と筆者は考えている節があるが、イングランド法における禁反言は、B の側の何らかの約束について P 社が信頼したなどの事情が必要であるところ、何を B の約束と考えているか不明である。また、仮に B は「時間を超過したら 85 ポンドを支払う」という約束をしていたと考える場合にも、イングランドの約束的禁反言 (*promissory estoppel*) の法理は——アメリカの多くの州と異なり——「盾としてしか使えず剣としては使えない」のが原則であり、P 社から請求する根拠とはできない。

名目的賠償が原則であるが、本件では85ポンドを支払うならば停めるのを認めるといふ土地管理者の明示の意図を知りつつ故意に2時間を大幅に超過して当事者は駐車していると考えられ、懲罰賠償も考えられうる³²。その際、管理者の示す85ポンドを懲罰賠償額とみなすこともありうるだろう。ともあれ、駐車したB自身が契約の成立を争わず、その内容についてもさしあたり争っていない³³以上、本件では契約が成立していないとみる余地はほぼない。

蛇足ながら、結論の手前でベッカーの人格化説を紹介する意図もわからない。言葉遊びのような珍妙な理論にはこんなものもあるよ、という傍論と読めばよいのだろうか。

本論文は、契約の成立を問題としたものと見れば、五十君論文のテーマとも関連するが、両者の相互参照はない。直接に扱っている場面が駐車場を利用するという行為か、オンライン取引等での確実性の確保か、という違いもあり、関連付けるのは実際上難しいと思われる。

五 宮坂渉「ローマ法における集合物 (corpus ex distantibus) ——日本法の集合動産譲渡担保の基礎」(本書73～105頁)

(1) 概要³⁴

日本民法典は一物一権主義をとっているため、集合動産を一つの物として把握することには理論的困難があり、このことは流動的な集合動産³⁵を担保とする取引の障害とな

³² 懲罰賠償 (punitive damages ないし exemplary damages) は損害の填補を超える金額を賠償額として課し、加害者に対する罰を与えつつ、加害者および将来の潜在的加害者が同様の行為に及ぶことを抑止するための制度である。その懲罰的性格は論争の対象でもあり、イギリスでも *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL)において懲罰賠償が認められるのは次の3つのカテゴリーのいずれかに入らなければならないとされた。第一に、公務員がその地位において抑圧的、恣意的、または憲法に反する行為を行った場合。第二に、原告に支払われるべき填補賠償を超える利益を得ることを目的とした行為を行った場合。第三に、制定法により懲罰賠償が認められる場合。

本論文が扱う駐車場事例は、駐車場管理者に発生する損害は小さなものであり、それを上回る利益があるからこそ違反者はレギュレーションに基づく請求を拒むのであるから、その中核的なものとは言えないまでも、第二類型に当てはまる余地があると思われる。

³³ Bが争ったのは、本件条項が違約罰条項であって無効である、あるいは不公正な契約条項であって無効である、ということであった。*ParkingEye* (n 23) [93] (Lord Neuberger and Lord Sumption SCJJ)。

³⁴ 本論文のトピックは日本法の英語化が大変に難しく、日本語と日本法を念頭に置いて読める読者には難しくなくとも、英語のみで理解しようとするらと困難を生むであろう表現が本論文には頻出する。例外的に、本論文に関する「英語への翻訳」に関する難点については、後のコメントではなく、都度脚註にて指摘する。

³⁵ 本論文は‘a collective entity of things’を一体と見てそれを担保物とすることにつき日本法は理論上の障害があるとする。これは必ずしも「集合物の中身が時々刻々と変化する」という意味での流動的な集合動産に限られず、例えば工場内で稼働する様々な設備のように流動的でない集合動産についても当てはまる(純粋理論上は集合内の個別の動産にそれぞれ所有権や担保権を觀念しなければならないため、設定に関し手間であることなど)。しかし本論文が指摘し、本論で参照するローマ法の対象制度も対象とするのは、流動的な、中身の変動にも拘らず一体性を維持するものとして把握される(あるいは経済的に、ないし実務上そのように把握することが望まれる)

っている。日本では、集合動産を担保とする取引には集合動産譲渡担保³⁶が用いられる。譲渡担保を用いた取引では、債務者は債権者に対して対象物を売却し、債権者は、債務者が債務を弁済したときには対象物の所有権を債務者に再譲渡すると約定する³⁷。その際、債権者は対象物を債務者に貸借する³⁸。債務者が弁済しない場合、債権者は対象物所有者として、正式な実行手続を回避し、代替的に債権回収を確保することができる³⁹。債務が弁済されると、対象物の所有権は債務者に戻る。日本民法典に譲渡担保に関する規定はないが、商取引において広く利用され、また日本の最高裁によって判例法として認められてきた。集合動産譲渡担保は、動産の集合物 (a collective entity of movables) を譲渡担保の対象物とするものである。動産の集合物は、その構成物が変化しうる集合で、例えば店舗や倉庫にある原材料や在庫⁴⁰である⁴¹。

集合動産が主である。そのため、本稿では冒頭でそのように明示しておくこととするが、本論文は、floating lien という訳語はこれを仄めかすものの、あまり明示的にこの点を論じない。

³⁶ 原文では floating lien.

³⁷ なお、これは厳密には売渡担保と呼ばれるもので、当初の売買で債権者から支払われる代金が融資となるタイプの貸付けである。これと異なり、既に債務者が債務を負っている場合に、自己の所有する物を債権者に譲渡しつつ、債務の弁済を条件に再譲渡するとの約定を得る取引が、(狭義の)譲渡担保と呼ばれる。更に、債権者が所有する物を、債務者に占有させるけれども代金受領までは所有権を債権者に留保するという所有権留保の取引も似たような構造になる(しばしば合わせて「譲渡担保」と広義に指す)。筆者はこれらを厳密に区別せずに mortgage の語で、おそらく(広義の)譲渡担保の訳語として指し示すので、ここでも譲渡担保と訳しておく。

³⁸ ここで lease の語が用いられるが、説明が二者間でなされていることもあり、sale and leaseback と呼ばれる取引のように響く。アメリカでの一般的な英語用法では、買戻特約がない場合などには、債務者は保有資産額を減らし、しかも賃料を負債として計上できるという会計上のメリットを享受できるが、レバレッジが上昇するというリスクを負うことになる。しかしここでは、一定金額を支払った後に所有権を(再度)取得する買戻特約付きであるため、会計上のメリットも制限される。他方、イギリスでの一般的な英語用法では、sale and leaseback では買戻特約がなく、買戻特約がある場合は sale and hire-purchase back というので、lease ではややミスリーディングである。

³⁹ 抵当権実行手続を回避できることを指していると思われるが、日本法のこの説明は主として不動産の譲渡担保が用いられる際のメリットとしてしばしば説明される。他方、本論文が対象とする動産については、そもそも抵当権の対象としない。その結果、民法典に用意される担保物権の中では質権を用いるしか、動産を担保として借入れをすることができず、質権は債権者＝担保権者に担保目的物(質物)を引き渡さなければならず、債務者が目的物を手元において事業に活用することができない。動産の譲渡担保は、(実効手続の回避よりもむしろ)こちらに利点があって用いられると説明されるのが一般的であるように思われる。

また、英米の場合には mortgage は原則として裁判所での実行手続(受戻権喪失手続 foreclosure)があり、この点、mortgage と訳してしまっていることから、「正式な実行手続を回避できる(can avoid formal enforcement procedure)」との表現に英米の法律家は混乱するかもしれない。

⁴⁰ Merchandise stock の語が当てられ、誤解されることはないと思われるが、アメリカの ABL では inventory の語が一般的である。

⁴¹ 註 35 に述べたとおり、筆者の問題意識は流動的な集合動産にあり、floating lien の訳語のそのニュアンスを伝えるが、集合動産の譲渡担保が可能であることと、流動的な集合動産についてもこれを認めるということは異なる。きちんと段階を踏んで説明するべきではなかったか。

実務上、集合動産譲渡担保を用いるメリットはいくつかある。第一に、上記一物一権主義を前提にすると、日本民法典の下では、集合物を構成する個々の動産について譲渡担保を設定しなければならず、設定においても実行においても手間である。第二に、例えば倉庫内在庫を対象とする場合、債務者はこれを販売して事業を行って利益を上げてそこから債権者に弁済するのであるが、一つ一つの取引ごとに譲渡担保を消滅させなければならないことになり、やはり手間である。第一点につき、日本の最高裁は、種類・場所・品質の幅により集合動産の範囲が特定されるなら、集合動産を一体として譲渡担保の対象とすることを認めた⁴²。更に第二点につき、2006年の判決⁴³において、通常の営業の範囲内であれば⁴⁴、その構成物たる個々の動産を譲渡する権利が債務者にはあることが明示された。なお、通常の営業の範囲外であっても、実際に集合物から分離されて第三者に引き渡されれば、当該個別動産については第三者はその所有権を取得する、とされた。

これらの判例からは、日本民法典における「物」概念（85条）が、実務における集合動産譲渡担保のニーズを満たさないことが示される。日本の民商事法が資金調達において動産を活用する枠組みを欠いていることは、フランス商法典が2006年改正で在庫商品上に引渡しなく担保権を設定できるようにした（*gage sur les stocks sans dépossession*）ことと対比できる。そもそもフランス民法典においては、物（*bien*）について有体物と無体物を区別しない。これはローマ法に起源があるが、そのことが最近の改正を柔軟に認めたといえる。

とはいえ、日本民法典の起草過程においては、「物」を有体物に限るとする規定は必然ではなかった。ボワソナード草案ではフランス民法典と同じく有体物と無体物の両者を含んでいた。ところが、当該規定はイギリス学派から、無体物に対する所有権がありうるということになると、所有権についての所有権のようなものがありうることになってしまう、と批判された。そのため、ドイツ民法典の第一草案を参照して、その物権と債権を峻別する原則を取り入れ、無体物は物から除外された。その結果、集合物も無体物であるとして除かれたのである。

もっとも、ドイツにおける立法過程では、ローマ法における集合物（*universitas rerum*）は検討された。にも拘らず日本の立法過程ではこれが抜け落ち、現在に至るまで十分な検討がなされていない。本論文はこれを扱い、その主張は、*universitas rerum* はローマ法における集合物に関する非占有担保物権⁴⁵であった、というものである⁴⁶。

⁴² 最（一）判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁。なお、それでも占有改定による引渡しによって設定が行われるため、権利関係が第三者に見えないという問題が残った。これにつき、現在では動産譲渡登記の制度が用意され、動産の譲渡についての公示方法が導入されることとなったが、本論文はなぜか言及しない。

⁴³ 最（一）判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

⁴⁴ *Within the range of normal management of business* と訳されているが、*in the ordinary course of business* という方がより自然である。

⁴⁵ 本論文は *real security right (without possession)* という表現を用いるので、「（非占有）担保物権」と本稿では訳す。しかし、古代ローマに関しては「物権」という概念自体が必ずしも適切ではないのではないかと思われるし、*real right* という（法務省による民法典の英訳でも用いられる用語

ローマ法では、*universitas rerum* は二種に分類される。一方は *corpus ex contingentibus* で、複数の物が物理的にまとめ上げられて一つの物体を成す場合を指す。他方は *corpus ex distantibus* で、物理的にはまとめ上げられないものの一体を成す場合を指す。本論文は、集合動産からの関心に合わせ、後者を扱う。Digesta のテキストには、家畜の群れ (*grex*) に関するものと、倉庫内の商品ないし店舗 (*merces in horreo or taberna*) に関するものが、担保物権との関係で両者とも同様に論じられる⁴⁷。(以上、宮坂論文I)

まずは家畜の群れ (*grex*) を検討する。第二次ポエニ戦争後、牧畜がビジネスとして発展し、商品市場も形成されることとなった。*Grex* の管理経営には、群れ自体のサイズが適切であることが重要だった。というのも飼育や保護の観点から群れが大きすぎても小さすぎても不都合があったし、公有地 (*ager publicus*) での放牧には立法に基づく規模制限もあったからである。また、群れの構成も重要で、年齢や性別が適切な割合で分布していると、疫病へのリスクが低減され、繁殖も適時かつ継続的に行われるので、群れとしての商品価値も上がった。かくして群れ内の個体の総数や構成は毎年改められた。重要なことに、*grex* の価値は、群れを構成する個体をそれぞれ評価して合計するのではなく、群れ全体として機能することで生まれる余剰価値も加味して資産価値が評価された。

法的には、*grex* は羊や馬などの四足歩行動物から成るとされ⁴⁸、次の4つの場面で典型的に議論された。①*usus fructus* (使用収益権)、②取戻訴訟 (*rei vindicatio*)、③占有の可否 (*possessio*)、④担保物権の設定、である。

①につき、被相続人が遺言において受遺者に対して、特定の *grex* を与えた場合に、被相続人＝遺言者の生存中⁴⁹はなお群れを構成する個体には変更があるが、群れ自体は

ではあるが)、英米法の観点からはいかにも翻訳語であり、自分たちの持たない何某か、との印象を与えるであろう。英語では担保権一般には *security interest* といい、個別の制度ごとに *mortgage*, *charge*, *lien* などの語が用いられる。

⁴⁶ 原文が‘The main idea [of this article] is, that *universitas rerum* constituted a real security right over a plurality of objects in Roman law, even without possession.’と言うので本文に要約したような意味になってしまう。筆者が言おうとしたのは、「集合物が非占有担保物権の対象となりえた」ではないかと思われるので、例えば‘This article shows that *universitas rerum* as a collection of plural movables could be the object of a real security right without possession in Roman law.’と端的に言えばよかったのではないか。

⁴⁷ なお、*fiducia cum creditore* もまた非占有担保物権として論じうるが、その目的物は *res mancipi* であって本論文の扱おうとするものは *res nec mancipi* が主であり、ユスティニアヌス法典においては *fiducia* に関するテキストは改竄 (*interpolation*) の対象となっているかもしれないため、本論文では扱わない、という。「譲渡担保」という構成を問題とする場合には *fiducia* を比較対象に扱うメリットは大きいと思われるが、本論文の集合動産に係る担保権を問題としたいという関心から仕方がないとも言える。それでも、後に扱われる例を見ると、設定される権利は *pignus* (本稿では「質(権)」と訳すこととする) であるから、多かれ少なかれ譲渡構成をする現代の問題からは遠ざかるきらいがあるように思われる。

⁴⁸ であれば *res mancipi* でないか。筆者が *fiducia* を扱わないとした説明と矛盾するのではないか。

⁴⁹ 原文(本書 82 頁)も確かに *vivo testatore* と言うが、ローマ相続法では遺言による遺贈対象物の特定は遺言作成時に発効するのだろうか。それとも単に、遺言者の死亡により遺言が発行した際

同一の *grex* とされた。群れ内の個体の変動や総数の増減があっても、受遺者は相続人に対して *grex* を引き渡すよう請求することができた。*Usus fructus* は相続の場面で用いられ、その受遺者は当該 *grex* の天然果実を取得することができ、それには家畜の乳や仔牛等も含まれた。ただし群れの総数が病気等で減少した場合には、*usus fructus* 権利者は群れの性質を変更しないよう、新生児は群れに残して総数を維持するよう義務付けられ、もし減少し続けて最後の 1 頭になったらもはや群れとみなせず、*usus fructus* は終了した。*Usus fructus* が群れ内の個体に対して個別に設定された場合にはこのような義務はなかった。

②につき、*grex* についての取戻し (*rei vindicatio*) ができるかどうかには法学者間の対立があり、ユリアヌスは個体に対してのみ認められるとしたが、ポンポニウスは *grex* に対しても認められるとした。そして両者の対立は、ウルピアヌスによれば、群れの中に他人所有の個体が含まれる場合にどうするかで違いがあり、後者は他人物が含まれていたとしても *grex* として取戻しが認められるとしたものであると整理した。パウルスは更に進んで、このような場合に、二人がそれぞれ群れの半数を所有する場合にはいずれも群れの取戻しはできないが⁵⁰、過半数を押さえるならば *grex* の所有者は群れ全体の

に、遺贈対象とされた物を特定するに際して遺言解釈を行うときに、遺言作成時に特定したものと見る場合にこのような問題がありうる、ということか。遺言の文言として用いることのできた表現などにもよるが、「死亡時に現に A 農場にいる羊の群れ全体を X に遺贈する」という趣旨に読めば済んだだけのことではなからうか。むしろ問題は遺言者死亡時点と遺贈実行の間に群れの構成が変わってしまう場合であったのではない。

⁵⁰ 筆者は、この半々の場合には *vindicabit* と未来形が使われているから、これは群れに対する取戻し訴訟を認めない趣旨ではなく、次のように解釈すべきである、とする。すなわち、当該法文は半数所有者がそれぞれに取戻し訴訟を提起し合った場合を想定しており、この場合それぞれが勝訴することになってしまうので、いずれも群れ全体についても半数についても取り戻せないことを言っている。更にこの場合に、第三者が群れの中の一定数の個体について所有していることがありうる。このような状況下で、半数所有者の一方が、群れ全体を占有している他の半数所有者を相手取って、*grex* の取戻し訴訟を行えば、群れ全体について勝訴できる。敗れた被告は、自己に帰属する半分に当たる数の個体について取戻し訴訟を行えば、やはりその半数の個体について勝訴できる。それと別に、群れ内の一定数の個体について権利を有する第三者は、その権利対象について取戻し訴訟を行えば、やはり勝訴できる。このように、複数の取戻し訴訟によって現れる実体的権利関係を扱った法文であると解釈できる、というのである。

ローマの制度についての門外漢であるための疑問かもしれないが、未来形であろうとも、「しかし、等しい数が二人の間にあるならば、不可分の *grex* についても、その全体の半分の部分についても、いずれも取り戻すことはないだろう」という文から、上記のように「全体を取り戻すことができる」「半分か取り戻すことができる」と読むのは難しいのではなからうか。むしろ、まず過半数を占めれば群れの取戻しをできることを前提に、二人が半分ずつの割合であれば全体について（取戻しの対象となる意味での）群れが成立しない、または群れが成立するけれども権利行使できる持分権者がいない、と言う。その上で、‘*partem dimidiam totius eius*’をいずれかに分けることは、もはや（元の集合物の過半数として把握しうる）群れを分解することになり、やはり一つの群れとしての取戻しはできない（現代でも会社株式が A と B に各 50% で保有されている場合、いずれも会社の決定を単独ではなしえず、会社資産を半分に分ける決定も（単独では）なしえない。これと同じ）、と言っているように読む方が望みありではないかと思われる。

取戻しをでき、ただしその中に含まれる個体の所有者は、当該固体に対する取戻しをなお認められる、とする。なお、手続の観点からも、個体についての取戻しの場合にはその数を確定せねばならないし、自己に帰属するよりも多くを請求した (*pluris petitio*) として敗訴するリスクがあったので、*grex* に対する取戻しにはメリットがあった。また、一旦群れ内の個体数が減少し、後で足された分についても、取戻し訴訟の対象となった、と伝わる。取戻しを行った後に群れの数が増減した場合、それを理由に再度 *grex* の取戻し訴訟を行っても、既判物の抗弁で封じられる⁵¹。

③については、時効取得 (*usucapio*) との関係で *grex* の占有が論じられる。この点、*grex* を対象とした時効取得は成立せず、時効取得はあくまで個体に対してのみ成立するとされる。占有の原因 (*causa*) が個体ごとにしか観念されないためであり、したがって例えば盗まれた個体が群れに加えられたとしても、当該固体の占有は元の占有者に留まるのであって、群れに加えられたからといって治癒されない。

④について、*grex* に関して非占有担保物権 (質権 *pignus*)⁵² を設定することは可能であった⁵³。質権設定後の *grex* において生まれた動物もまた、自動的に質権の対象となる。また、群れを構成する個体が変化し、あるいは放牧地を移ったとしても、*grex* として質権に服する。

以上に対しては、次の問いが浮かぶ。(a)数の増減にも拘らず *grex* が同一であるとされうるのはなぜか。(b)群れを構成する個体数が一になったらもはや *grex* とはみなせないのはなぜか。(c)*grex* についての *rei vindicatio* は認められるのに *usucapio* が認められないのはなぜか。(以上、宮坂論文II 2 まで)

⁵¹ なお、英米法において(*doctrine of*) *res judicata* はラテン語そのまま「既判力(の法理)」を意味し、ローマ法のそれとニュアンスを異にする。したがって、ローマ法に詳しくない英米の法律家を読者に想定する場合、若干の解説が与えられる方が誤解を減らせる。

⁵² 脚註 47 に触れたとおり、ここで引かれる法文では *pignus* の設定が扱われており、日本の譲渡担保と異なり、担保権設定者から担保権者に対して(占有だけでなく)権原が移転されない類型ではないか。そうすると、日本の問題から始める本論文の趣旨にはかなわない、少なくとも比較の対象ないし(ありうべき)母法としてローマを見るという観点からは遠ざかってしまう、のではないだろうか。権原を移転せずに集合動産についての担保権設定を認め(しかも登録制度によってこれを公示す)るという意味では、例えばアメリカの統一商事法典第9編(UCC Art. 9)に見られるような規律にこそむしろ *grex* に係る担保権の後継を見出すことができそうに思われ(本論文が冒頭に触れるフランス商法典の新制度もそうかもしれない)、比較研究としてはローマから直接に日本に飛ぶよりも、現代の他法域を経由する方が問題の深化を図ることができそうである。

なお、非占有担保であることを強調するためであろうが、筆者は *pignore* をすべて *to hypothecate* と英訳しており、その意向に照らせば「抵当権」と訳す方が日本法からの類推はしやすい面もあるかもしれないが、日本法から見て動産には抵当権は設定できないので、どうせ対応物がないのであれば直訳の方が原語も意識しやすいと思われ、評者はここではラテン語の原語の方に揃える。

⁵³ ③において、*grex* の占有は成立しないとされているが、占有できないものについて *pignus* の対象とすることは可能なか。*Usucapio* の対象として *possessio naturalis* の対象とはできないが、*possessio civilis* ならば観念され、それを *pignus* の対象としてよいということか。そもそもおおよそ占有の対象とならなくとも *pignus* の対象とはしてもよいのか。本論文はこの点を明らかにしないので、少なくともローマ法を専門としない読者に不親切である。

これに答えるにはストア派の存在論に言及しなければならない⁵⁴。まず、その一元論は *ousia* (*ousia*. 以下、ギリシャ語のテクニカル・タームは本稿ではすべてラテン文字に音訳してイタリックで表記する) に基づいており、これが世界に存在するすべての物体を含む。これはさらに、火や風などの基本要素を構成する能動的部分と、水や土などの基本要素を構成する受動的部分に分けられる。これら能動・受動の諸要素の組み合わせ次第で、物の根本的性質である *oikeia ousia* が決定される、と考えられる。そしてストア派の範疇論においては、この *oikeia ousia* は存在するものの性質 (characters) の第一段階であり、基底的部分にある *hymokeimenon* と呼ばれ、この *hymokeimenon* から当該存在の基底の性質である *poiotes* が現実に見れ、この効果として当該存在に形が与えられる。性質の第二段階は *to poion* すなわち本性 (the nature) であり、これには何らかの種に共通する *koinos poion* と、個物に特有でそれを個物と認識せしめる *idios poion* に分けられる。何らかの認識可能な本性を有するものはすべて、個々の *corpus* (物体) であり、それゆえ存在する、とされる。

一つの *corpus* は、ある一つの *hexis* によって (*uno spiritu* = 一つの精神によって) 貫かれ、能動的・受動的諸要素の特定の混合である *synkhyxis* から帰結する。*Synkhyxis* は四種の変化の一つで、それまで別々であった二つの *poiotes* (*poiotes*)⁵⁵ が消滅し、新たな *poiotes* に結合することを指す。これに対し、*synemmenon* は複数の個物 (several individual corpora) から成り、それぞれは隣接して主たる *corpus* に結び付けられる。それぞれが隣接するという *mixis parathesei* の帰結として、表面的な接触を通して一つの存在となるのである。ここでは各個物は独立に存在を保って単一体を成さないで、統一された *hexis* を有さない。にも拘らず、*synemmenon* は統合された *poion* を有し、それによって一つの対象として認識でき、また一つの *corpus* を成すとされる。

そして *corpus ex distantibus* は互いに結び付けられもしないので、*synemmenon* でもないが、それでもなお、個々の *corpus* には認識されない何らかの *poion* がそれら *corpora*⁵⁶ の集合として見られる。ストア派はこの *poion* を合唱団 (a choir) によって説明する。そこでは、個々の歌手は聴衆に対して各個の歌手としての印象を与えることもできないし、かと言って合唱団が与える共鳴を一人で聴衆に与えることもできない。こうした場合、結局、問題は、特定の観点から認識される具体的な対象は何かということであり、その *poion* が認識可能であるようなものはすべて *corpus* として存在している。合唱においては、個々の歌手も個体として認識できるが、全歌手で構成される合唱団としてもまた認識できるのである。

以上のストア派理論によって、先の(a)~(c)の問いに答えることができる。なぜ家畜の数が増減しても同一の *grex* と見ることができるとかという(a)の問いに対しては、*grex* の *idios poion* は群れ内の各家畜を内的・精神的関係 (internal, spiritual relationship) で統

⁵⁴ 以下、ギリシャの哲学に基づく議論が、ギリシャ語のテクニカル・タームを多用して解説されるが、評者にはこれを的確に噛み砕く素養がなく、大いに誤読している可能性がある。ここに示す要約も、筆者が示す英語・ラテン語での解説から理解できた限りでまとめたものに過ぎない。

⁵⁵ 念のため、*poiotes* が単数形で、その複数形が *poiotes* である。

⁵⁶ 筆者は a collection of the *corpus* というが (本書 91 頁)、a collection of the *corpora* として読むこととする。

合するような結びつきであると言え、群れ内の個々の家畜はもはや個体として認識されるのではなく grex 全体の構成物として見られ、個体の変更は grex の存在を変更しないからである。群れ内の家畜が減少して一頭だけになった場合には grex とは見なせないのはなぜかという(b)の問いに対しては、grex の *idios poion* はその中の家畜の結びつきであるので、一頭になればその統合は失われ、grex としての本質が変化する(なくなる)からである。

そして grex に対して *rei vindicatio* は認められるのに時効取得が成立しないのはなぜかという(c)の問いに対しては次のように考えられる。ポンポニウスによれば、時効取得の対象となるためには占有の対象となれねばならず、個々の動物は個体としてしか占有の原因が認められない。構成物が互いに隣接して結合している *synemmenon* であれば、それに対する占有や時効取得が認められうる。ラベオーもまた、建物のタイルや柱は、建物の占有をしていれば同時に時効取得の対象となるとする。それではなぜ *quod ex distantibus constat*⁵⁷はそれ自体一つの *corpus* として見なせないのか。ストア派によれば、これは異なる観点のどれをとるかという問題に過ぎず、*corpus ex distantibus* もまた占有原因を有すると見ることもできる。しかし、集合物として占有原因を認めると、それを構成する個物もまた占有原因を有するということと、法的に矛盾してしまう。例えば grex を遺贈された後に、更に一頭を買い足して群れに加えた場合、当該売買対象の動物について遺贈と売買の両方を占有原因とすることはできず、当該動物については後者のみ成立する。売買を原因とした占有であれば時効取得の対象となるが、遺贈を原因とする場合には時効取得の対象とならない⁵⁸。(以上、宮坂論文II)

倉庫ないし店舗内の在庫商品等 (*merces in horreo or in taberna*) についても、集合物としての取り扱いが *Digesta* の多くの法文に見られる。まず倉庫内在庫は、その内容を個別に取り出さなくとも、集合物として、契約や引渡しの対象となりえた。「倉庫内に私が有するこれこれを与える」との *stipulatio* (問答契約) を行った場合、仮に売主の落ち

⁵⁷ 筆者は何らかの区別をしているかもしれないが、*corpus ex distantibus* と同義と考えてよいと思われる。

⁵⁸ 本文に挙げられた例、すなわち grex の全体について遺贈を受けた後に、家畜一頭を購入して群れに組み入れたという例については、事後に購入された当該固体については(他の個体と異なつて) 売買を原因とする占有が認められ、他と同じにならない、ということと言えるかもしれない。しかし特に「買い足し」をしなかった場合にまで grex の占有を認めない理由にはならないのではないか。本論文は、矛盾する場合には個物の占有原因を見なければならぬというのが、矛盾しない場合について述べない。

あるいは、本論文の解釈として、「矛盾する場合がありますので、*corpus ex distantibus* についてはおよそ占有が認められず、したがって時効取得もない」との主張と読むべきかもしれない(実際そう読まなければ(c)の問いに答えていないことになる)。このような理解が正しいとすれば、grex が売買の対象となる場合には、買主は時効取得に繋がりうる占有原因を grex に対して有することになりうるのではないかと、という疑問がある。Grex はそれ自体として売買の対象とならない(個々の家畜の売買が行われるだけである)と解する余地もあるが、そうすると本論文冒頭で grex は群れ全体として資産価値が評価されて扱われるとされることの意味がどこにあるか分からなくなる(grex の担保化も、譲渡担保に寄せて捉える場合、売買対象となることが実際上必要ではないか)。質権の対象としうることとの関係も不明なままである。

度なく指定商品等がなかったとしても、そのリスクは買主にあったし、倉庫の前でその鍵を手渡せば、倉庫内在庫の所有と占有は移転され、時効取得の期間も起算された。

倉庫内商品等に対して、非占有担保物権を設定することはできたか。可能であったと直接的に答えるテキストは伝わらないものの、可能であったことが(a)大理石商の事例において、また(b)法文以外の史料において、示唆される。まず(a)の事例においては、大理石商が消費貸借にて融資を受けて大理石の塊 (marble slabs) について債権者に質権を設定した。借入金は大石の売主への弁済に当てられた。大理石商は皇帝の倉庫 (imperial warehouse) を賃借しており、その賃料を数年間滞納していたので、皇帝の行政官 (procurator) が未払賃料の回収のため倉庫内の大理石塊を売却するよう提訴した。債権者が質権に基づいて留置することができるかが問われ、スカエウォラはできると答えた。この点、原則としては権利設定の先後関係が各当事者の権利の優劣を決めるが (prior tempore, potior iure)、後から権利設定を受けた債権者が優先されることがあった。対象とされる物を保全するために信用供与された場合などである⁵⁹。

倉庫の賃貸借においては、賃貸人の賃料を担保するために、賃借人が倉庫内に入れた動産について賃貸人の担保権が認められるとの黙示の合意があったとされるが、倉庫内に入らない物については担保権が及ばない。そのような大理石塊であったならば、後で融資した債権者が優先するのは当然であろう。しかし、この債権者が倉庫内の大理石塊について明示で担保権を設定した場合には、倉庫賃貸人の黙示の担保権と抵触し、時間的には後に設定された担保権者となる。にもかかわらずスカエウォラが上記法文において後の債権者が優先するとしたのはなぜか。本件においては、大理石商に大理石塊を売った売主が、当該大理石塊に関する最初の債権者であり、大理石商はその売買代金を支払うために融資したのであるから、その先行する債権者たる地位を承継するからである、と考えられる。ともあれ、以上になされる議論からも、ローマ法において倉庫内商品等に対して非占有担保物権を設定することができることは示されている⁶⁰。

⁵⁹ なお、本書 96 頁では、備船契約上の船舶賃借料の支払いに供するために積み荷を担保に融資を受けた場合、当該融資を行った債権者は積み荷に関して船主＝債権者よりも優先権を得る、と本論文は述べる。しかしそこに引かれる法文 (D.20.4.5 および D.20.4.6 pr.-1) では、備船の場合において、積み荷の保全や航行＝運送を実現するために融資され、積み荷が担保に供された場合には、当該債権者は債権・質権設定が時間的に遅れていても積み荷に関して優先される、と言っているのではない。残る部分 (D.20.4.6.2) も、備船における積み荷でなく、対象が倉庫や場所、動物の運送に変わっても、「その保全のために融資されたならば」優先される、ということ言うのではない。要するに当該ビジネス (海上運送等) が利益を上げる活動をするために必要な資金を調達するために設定された担保権については特に優先する、それによって経営難においても運転資金を調達しやすくしてすぐに破綻せずに済むようにする、という政策的配慮 (DIP ファイナンスを行う者に最優先を与えるアメリカ倒産法に似る) が示されているだけではないかと思われる。

⁶⁰ 倉庫内の商品等について、その持主 (本論文での例だと大理石商) は倉庫の賃借人として現れているが、倉庫自体をめぐる権利関係がどうなっているのかもよくわからないところがある。Imperial warehouse とあるから、元々は国庫に帰属するような財産として倉庫が捉えられ、それが大理石商に locatio conductio rei (と後に呼ばれるような形) で賃貸借されるのか。確かに法文では大理石商が conductor であると言う。行政官は、賃貸人であるとしても、倉庫内に持ち込まれた財産については (黙示的には) 留置的な権利しか有さず、執行は賃借人の財産一般についてではない

(b)について、ポンペイから発掘された蠟文書史料における、倉庫内の穀物が集合物として非占有担保物権の対象とされる事例がある。一連の文書によれば、3月13日に倉庫管理者 (horrearius) であるセレウクス (Publius Annus Seleucus) が、毎月100セステルティウスの賃料でNo.26の倉庫を、ファウストゥス (Gaius Sulpicius Faustus) に賃貸した (leased)。同倉庫には、13,000モドゥスのアレクサンドリア産の麦が貯蔵されていると伝えられたがセレウクスとその奴隷によって計量されるべし、と記載された。同15日に、ユクンドゥス (L. Marius Iucundus) が、その13,000モドゥスのアレクサンドリア産の麦を、ファウストゥスに対して自身の負う2万セステルティウスの負債についての担保のために譲渡した (gave)⁶¹。別の文書によると、ユクンドゥスはこの2万セステルティウスをファウストゥスから消費貸借として (as mutuum) 受領したとされる。そしてユクンドゥスが5月15日までに債務を弁済できない場合には、ファウストゥスは13,000モドゥスのアレクサンドリア産の麦を売却し、売却益が債権額を超過する場合には超過分を返還し、売却益が債権額に満たない場合には、債務者ユクンドゥス (ないしその相続人) はなお残額につきファウストゥス (ないしその相続人) に対して支払わなければならない、と記載されている。

この場合において、倉庫内の麦の貯蔵量は変化したか。先行研究が既に詳細に検討しているものの、二点だけ付け足すことができる。第一に、担保権設定時には、倉庫にあるとされている麦の量はセレウクスらによって測定されておらず、その内容物は出し入れがありえたものと考えられる。第二に、セレウクスが担保権を設定する前に、担保対象物が貯蔵されるNo.26の倉庫をファウストゥスに賃貸した (lent) ことである。学説は、ファウストゥスは locatio conductio によって倉庫内に貯蔵された麦の占有を取得し⁶²、

のか (この点、本論文では註で D.20.2.3 および D.19.2.56 が示されるだけでテキストが引かれなないので評者は検証できていないが、この点につき本誌編集担当より示唆を受けた。註65にて後述)。

しかし倉庫であれば普通は寄託を用いるのではないか。Imperial warehouse はなぜ寄託業という形で事業経営しないのか。Locatioの方が儲かるのか。Locatioは諾成契約としての賃貸借のように読んでよいのか。

⁶¹ 以上からすると、元々ユクンドゥスがNo.26の倉庫に自己所有の13,000モドゥスの麦を貯蔵(寄託か?)していたところ、担保権提供のために倉庫の賃借権ごと債権者ファウストゥスに与えることとし、そのためのアレンジメントとして、まず倉庫を倉庫管理者=受寄者セレウクスからファウストゥスに賃貸させ、ファウストゥスはまず倉庫賃借人かつその貯蔵物たる麦についての受寄者となった。そしてその2日後に、寄託者かつ債務者のファウストゥスは受寄者かつ債権者であるユクンドゥスに対して、自己の占有する麦を担保のために譲渡した、ということか。当事者関係がねじれているようにも見えるので、書き間違い(タイポ)を疑わなければならないのか、上記のように解するべきなのか、判然としない。また、担保のために譲渡した (gave...for security of his debts) というのも、まさに譲渡担保のようなことが行われたのか、pignusなどを設定したのか、本論文の英語からははっきりしないが、gaveであるから譲渡担保を行ったものと見るのが素直に見える(がそれでよい)。

⁶² 註61に見たように、ユクンドゥスが元々自己所有の麦をセレウクスに対して寄託していたと見るとすると、ユクンドゥスは寄託者として自身の麦の占有を保持しており、倉庫の賃借人となってせいぜい受寄者に過ぎないファウストゥスは占有を取得しないのではない(占有を取得するとすればまさに本件担保のための譲渡が行われたときではないか)。またそもそも、locatio conductio

担保物権の対象物の価値の減少などのリスクに備えたのである⁶³、と主張する。しかし占有についても、占有を取得したことによるリスクの回避についても、ヨリ具体的な説明を要するだろう。ファウストゥスは次の二通りの方法で、賃料をコストとして倉庫の *locatio conductio* に関するリスクに備えることができたと考えられる。第一に、*conductor* として倉庫内に立ち入り、担保物権の対象たる麦の状態を確認することができる⁶⁴。「第二に、*conductor* としての債務者に賃料が支払われない場合に *locator* が担保物権対象物を差し押さえることを防ぐために、*conductor* になることによってリスクが管理される⁶⁵。」

においては *locator* が対象物の占有を持つのであって *conductor* には占有はないはずではないか。倉庫自体の占有はなくとも内容物については占有を取得する、のであるとしても、それとてユクンドゥスによる譲渡が行われてはじめてのことではないか。

仮に、元々セレウクスの所有する麦であってそれごとファウストゥスは *locare* されたのである、と見るとすると、(それでもやはり占有は *locator* に残るはずであるという点を措いても、) なぜユクンドゥスはその麦をファウストゥスに与えることができるのか。こうしたねじれが、註 61 に述べたとおり、本論文にはタイポがあるのではないかと疑わせる。しかし本稿では原史料まで確認する余裕がないため、さしあたり本論文のテキストをもとにコメントする。

⁶³ 同じく、誰のどの債権を担保することを指しているか不明である。倉庫の賃貸人としてのセレウクスが倉庫内貯蔵物に対して有するという黙示の担保権であるのか、後日設定されるファウストゥスがユクンドゥスから譲渡担保(?)として受領したこととなるその担保権であるのか。

⁶⁴ これは、*conductor* となった時点で *locator* であるセレウクスが有する担保物権の対象を、その保管者として維持するというための行動か。それとも、自身が担保物権を有する、ユクンドゥスから譲渡担保(?)として「預かっている」物を保全するというための行動か。

続く本文は「本来担保権設定者=債務者が管理すべきリスクであるが、債務者はこれを怠ることがありえたとし、支払不能の場合には特にそうであった」と述べるので、後者のように思われる。しかしそうすると、「*conductor* になったので占有を取得した」からそのようにするのではなく、ユクンドゥスから担保のために譲渡(?)されたからそのようにする、のではないか。

⁶⁵ ここは何を言っているか全く理解できなかったので直訳する。賃借人のファウストゥスが、「賃料を支払われない場合 (*in case that the debtor as a conductor has not been paid his rent*) 」とはどういうことか。賃借人が賃料を支払われることになっている。ユクンドゥスに対する分割弁済のようなものという可能性もないではないが、本論文で一切説明されていない。

仮にこれを筆者の書き間違いと解し、'has not paid his rent' と能動形に読み替えたとしても、自身が賃料支払いを怠っておきながら、倉庫賃貸人のセレウクスからの倉庫内容物差押えを防ぐために賃借人となる、ということに何の意味があるのだろうか。賃借人として事実上倉庫を把握しており、相手がやってきても(少なくとも短期的には)武力防衛できる、ないしその近接性を利用して夜逃げできる、ということか。そうだとすればそのような殺伐とした取引空間において倉庫内の貯蔵物を担保にとる取引がなぜ成立するのか。

なお、この点につき本誌編集担当者より、本論文の脚註 76 の D.20.2.3 は倉庫持込物に黙示の担保権設定合意を認め、D.19.2.56 は賃借人が 2 年間不在ないし賃料を不払いとすると、賃貸人は残置物を記録することを役人に許可を求められることができるとするものであり、ユクンドゥスが賃料長期不払いなら麦が差し押えられるため、ファウストゥスが立て替えて賃借人の地位を承継することで 2 年ルールにより差押えを回避する意ではないか、との示唆を受けた。このように解する場合、ユクンドゥスは当初セレウクスの No.26 倉庫につき寄託者ではなく賃借人であり、賃料を滞納していたために、賃借人たる地位を形式的に融資者ファウストゥスに移転した、ということ

Locator の担保物権は、それを前もって設定する合意が *locatio conductio* に含まれるならば、他の債権者に優先する⁶⁶。

「これらの仮定からは、非占有担保物権の対象物を債務者の手に残すことには多くのリスクが関わることを示唆される。これらのリスク、特に対象物の崩壊のリスク、を避けるためには、債権者は *conductor* になるのが簡便であった。というのも、倉庫の *locatio conductio* においては *conductor* にはある種の占有 (*a kind of possessio*) が与えられたからである。それは、*locatio conductio* の対象物の管理および運営のための占有 (*a possessio for custody⁶⁷ and administration*) の一種であった。この管理運営のための占有は、*locatio conductio* の対象物をどこに保管するか決め、担保物権対象物を運営する助けとなった⁶⁸。しかし、次の3つの理由から、担保物権対象物が所在する倉庫の *locatio conductio* が、ユクンドゥスが債権者の許可なく対象物を売却して移転するのを防ぐために *possessio* を提供したと考えるのは難しい。第一に、倉庫の *locatio conductio* の効果は倉庫内の賃貸された空間にのみ及ぶのであって、そこに置かれた担保物権対象物に直接は及ばなかった。……第二に、債権者が *conductor* として倉庫を立入禁止にして債務者が担保物権対象物を売却・移転することを防止しようとするれば、債務者の占有に基づく特示命令

になる。そうすると、本来ユクンドゥスが支払うべきであった倉庫賃料も、新たに賃借人となったファウストゥスにまず支払い、これをファウストゥスがセレウクスに支払う、ということになるので、*a conductor has not been paid his rent* の意味も通る（もっとも、*debtor as a conductor* という理由はわからないままである）。

⁶⁶ 本書 99 頁脚註 82 に相当する本文であるが、同脚註も含め、ここから先はもはや何の議論をしているか、議論が入り組み過ぎていて、評者の能力ではとても追えない。同脚註をみると、同一担保対象物について第一順位担保権者のいるところに第二順位（以下）の担保権設定がなされた場合の処理について述べている。他方で、文脈から許されるであろう範囲で本文を補うと、「倉庫の *locator* が、賃貸借契約締結時に倉庫内容物に対して自己の賃料債権を担保するための担保権を包括的に設定した場合には、他の債権者に優先する」と言っているわけだが、これは単に担保権設定の先後関係に基づく一般ルールを言っているだけではないか。それとも、既に寄託者として賃貸人の倉庫に自己の商品を保管して、第三債権者に対して倉庫内容物を担保に供していた場合に、後から当該倉庫の賃借人となる契約をし、そこで倉庫賃貸人の担保を設定した場合にも、倉庫賃貸人の担保権が当該第三債権者の担保権に優先する、ということか。そうであるなら理由はなにか。

⁶⁷ *Custodia* のための占有ということで「善良な管理のための占有」とでも訳す方がよいかもされない。

⁶⁸ ‘This custodial and administrative *possessio* was of help to administrate the object of the real security right locating the object of *locatio conductio*.’ この文は文法的にもどう理解するべきか悩ましいが、末尾の「*locatio conductio* の対象物」はまず倉庫それ自体であろうから、これを *locate* するとはどういうことか。倉庫の場所を見つけ出す、特定するという意味ではないだろうし、倉庫の置き場所を決めるという話でもないだろう。前置詞 *in* などを後置し忘れたとしたら、*the object of the real security right* = 倉庫内容物を主語とする現在分詞として、賃貸借対象の倉庫の中にある麦、と理解しうらうだろうか。しかし倉庫内の麦を *administer* するとはどういうことか。単に *take care of* の意味か。英米法では資産を *administer* するという場合には、倒産財団や遺産の管理を行うことを指すことが多いので、単に *take care of* するよりも大きな責任も観念される（そういうイメージを与える）が、どこまでの意味か。

(*interdictum*)によって差し止められたはずである⁶⁹。第三に、ユクンドゥスが担保物権対象物を自らの意思で売却・移転しようとするのは、当事者間でリスクとしてではなくほとんど確実なこととして認識されただろう。倉庫内の麦の量の変動は、麦が出入りするを意味し、「アレクサンドリアでの収穫期やそこから倉庫までの輸送の可能な時期および輸送の時間を考えると、倉庫内の麦貯蔵量は増えたり減ったりすることはユクンドゥスによる事業の当然の結果であり、ファウストゥスが倉庫の *conductor* としての占有に基づいて麦の貯蔵量の変動を認めないことができるとするとそうした事業の大きな障害となる。

また、店舗 (*taberna*) 内の商品に関する事例が *Digesta* に伝わる (*D.20.1.34 pr.*)。そこで問われたのは、「債務者が店舗を債権者に質権として与えた場合に (*Cum tabernam debitor creditori pignori dederit*)」それは何を意味するか。何も生じないのか、「店舗」によってその中にある物 (*merces*) に質権設定されたと見るべきか。そして (後者ならば) その後店舗内の物に出入りがあった後に債務者が死亡したとして、債権者は死亡時に店舗内にある物全てについて担保権を行使するため訴訟を提起できるか、であった。スカエウォラは死亡時に店舗内にある物を質の対象とできると答えた。この法文によれば、店舗内の物 (*goods*) について担保物権を設定すれば、その後に店舗内に入った物それぞれに担保権設定をしなくとも担保対象物となる。

これについてはシュトルム (*Fritz Strum*) による先行研究に次のような疑問と回答が示される。(a)第一に、店舗に対する担保物権が店舗内の商品 (*merchandises*) について効力を有するかがなぜ議論されたか。それは店舗 (*taberna*) という語の解釈問題だったからであろう。(b)第二に、本法文において担保物権の対象とされる物 (*merces*) は何か、具体的には①在庫商品に限られるのか、それとも現金や従業員たる奴隷なども含むのか。また②現に店舗内にある *merces* に限られるのか、それともそれに加えて売られて出ていったものや新たに買い足されたものも含むのか。これについて、①商品に限られ、②現に店舗内にあるものに限定された。(c)第三に、債務者死亡時に店舗内にあった商品に対して本件担保物権の効力が及ぶとした根拠は何か。それは、債務者の死亡によって債務者が商売を行って商品が出入りするということが不可能になり、また債務者の相続人はそのような担保合意に拘束されないからである。

シュトルムの回答のうち、(a)と(b)①は承服できるが、(b)②および(c)は受け容れがたい。(b)②について、第一に、*grex* は特殊であって本件とは違うとシュトルムは述べるが、*grex* の時効取得が認められない理由は前述の通りその構成物個体についての占有原因と両立しないからであり、それは *quod ex distantibus constat* のあらゆる種類について当てはまるはずである。したがって *grex* とは違うとする議論は当たらない。第二に、

⁶⁹ この理解を前提にすると、ユクンドゥスがファウストゥスに麦を与えた (*gave*) というのは譲渡担保を意味せず、ユクンドゥスはなお寄託者として占有を保持した (質権設定などが行われた?) と見なければならぬだろう。さもなくば、現在の日本法と同じ流動的な集合財産譲渡担保がローマにおいても認められていたと言わざるをえず、そうであれば本論文が言わんとする日本の苦勞はなくなり、ローマと同じ解決をしたと言えは済むことになってしまう。それでも、質権者にはそれこそ「ある種の占有」が認められ、債務者の他の債権者による横暴などから防衛しえたのではないか。

現に店舗内にあるものに限定されるとすると、スカエウォラが「そこに持ち込まれるもの (quae ibi deprehenduntur)」や「債務者の死亡時に店舗内に取り込まれていたもの (quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt)」と言う必要はなかったことになる。第三に、このような個別の合意があることは、merces を universitas rerum と理解することとは矛盾しない。むしろこのような合意は商慣習化され法学者の universitas rerum 概念に取り込まれていたかもしれない。(c) に対しては、死亡時に合意が終了して効力が失われて死亡時に対象物が確定する、とするかどうかは当事者の合意によるが、そうした結果は法学者の universitas rerum 概念には取り込まれていたかもしれない。

ともあれ、かくして taberna (店舗) に関して当てはまることは horreum (倉庫) に関しても当てはまると考えることができる。というも、両者は collaterally に扱われているからである⁷⁰。(以上、宮坂論文III)

以上から、まずローマ法について次のとおり結論できる。第一に、corpus ex distantibus は、それを構成する個々の動産とは別に一つの動産として認識されえた。これは物理的に結合されてはいないが一体を成すものとして用いられた。第二に、その構成物が変化しても、集合物全体に対する取戻し (rei vindicatio) が可能で、集合物の中に他人物たる個物が含まれていても可能であった。もっともこの場合には当該他人物は所有者自身が当該個物に対して取戻しを行う場合には劣後した。第三に、corpus ex distantibus は集合のまま usus fructus や売買の対象となりえた。第四に、corpus ex distantibus に対して非占有担保物権を設定することが可能であった。

こうした特徴は、日本の最高裁判例が認めた集合動産の性質と類似する。そしてローマ法の universitas rerum の議論を参照すれば、日本の譲渡担保設定者の保護に資するばかりでなく、実務上の集合動産譲渡担保の需要をも満たす理論的基礎を提供することもできる。さらに、実際に信用創出のため動産が広く用いられていることに日本の民商法が追いつく可能性も示す。そして、何らかの法理論を根本的に解釈するために、その法理論が寄って立つ哲学および社会経済史の理解が不可欠である。(以上、宮坂論文IV)

(2) コメント

本論文の主張はシンプルである。「日本法は倉庫在庫などの流動的な集合動産に関して、その構成物の変化を許しつつ集合物それ自体に対して担保を設定して信用供与するという実務上のニーズがあるにも拘らず日本法は理論上の問題を抱えている。ローマ法はこれにうまく対処していたのであり、これを参照すれば現在の日本の問題も解決できる」とするものである。ローマ法をある意味で母法と見つつ、ある意味で比較法研究の対象と見る手法が取られていると評価できる。

⁷⁰ この文の collaterally がどういう趣旨で用いられているか理解できない。通常「並行して」「付随的に」「傍系として」のように用いられる語であるが、いずれも本論文の中で説明されていないことを指してしまうのではないか。(同箇所では脚註にて D.33.7.7 と D.5.1.19.2 が引かれるのでこれらを確認すればよいのかもしれないが、それにしてもやや不親切ではないか。) 英語でそのように用いられることを見たことはないが、collateral を担保(対象物)ととれば、「担保として」(as a collateral) と筆者は言いたかったのかもしれない。なお、「同様に」の意味であれば collaterally ではなく in a similar way や in an analogous fashion などと言わなければならない。

しかしまずその根本の主張自体にいくつか疑問がある。第一に、日本法が集合動産担保に対応できていないという根拠として民法 85 条に定められる「物」の定義が集合物を含み得ないものになっているというが、しかしだからこそ 1979 年の最高裁判決が種類・場所・品質の幅などによってその範囲が特定できるなら集合動産譲渡担保が可能である、と示して一応解決したのではないか。また、債務者が営業上、担保設定後にも倉庫等に商品等を仕入れまた販売したいというニーズについても、2006 年判決が通常の営業の範囲内において可能とし、通常の営業の範囲外であっても売却され引き渡された場合には第三取得者に帰属するとしたことで、集合物を構成する個物の変化にも対応している。学説上も、流動的な集合動産を譲渡担保の対象とする場合には取引上の一体性ないし経済的な一体性が必要であると最高裁が示したものと理解されている。日本法が対応できていない、という問題設定は、これらの最高裁判例を紹介することによって、筆者自ら解決済みにしてしまっていないか。

第二に、しかしながら理論上または実務上の問題が残っている、ということかもしれない。そうだとすると、何が問題として残っているかを指摘しなければならないだろう。単に最高裁判決以前には 85 条が障壁になっていた、というだけでは、判例理論のどこに問題が残っているかを示したことになる。もちろん判例理論にも問題は少なくないうだろう。その一つは集合動産譲渡担保が設定されていることが（たいていは占有改定による引渡しをなされるため）公示されないことであり、だからこそ取引の安全のため判例は第三取得者の即時取得を認める。そうすると債権者＝譲渡担保権者の側の利益が害されるという問題があり、動産譲渡登記制度が導入されたが、なお改善の余地があるのではないかと議論されてもいる（譲渡担保構成を用いるので「譲渡」の登記となってしまう、譲渡担保なのか純粹譲渡なのか判別できない、など）。例えばこうした問題を指摘することができるが、本論文が言及するわけでもなく、またその後の行論においてこうした問題へのヒントが十分に検出されるわけでもない。

第三に、同じことを違う側面から言うことになるが、ローマ法の理論がなぜ、どのように現行日本法の改善に役立つかということについて論証がなく、抽象的にローマ法を見ると日本法に役に立つと言うにとどまっている。本論文は、例えば *grev* の扱われる場面として①*usus fructus* の対象となること、②*rei vindicatio* の対象となること、③*usucapio* の対象とならないこと、④*pignus* の対象となること、を述べる。①～③は本論文の主要な関心からはそもそも外れる。例えば①について、日本で流動的な集合動産について、その果実ないしキャッシュ・フローに対する権利の設定についてニーズがあるかについて是とも非とも述べていないし、それを実現する手段がない⁷¹またはあっても大きな問題を抱えているということも述べない。④については集合動産の担保から導入した本論文の趣旨には合うものの、*grev* の質権設定が可能であったことを述べるだけであり、日本でも判例によって集合動産譲渡担保が認められることとなっているので、両者を丹念に比較しなければ得られるものは少ない。例えば集合物への担保権の公示方法はどうなっていたか。担保権者は、*grev* から生じる天然果実に対する権利を主張できるのか(例

⁷¹ 現行日本法に照らしても、例えば特定事業を子会社化してその株主となる方法や、特定資産を信託財産として受益権を取得する方法が考えられるので、手段がないとも言えない。

えば日本の質権者のように弁済に充当できるか)。質物である *grex* が第三者に売却された場合に、質権者は売却代金について物上代位を主張できるとどまるのか、第三取得者に対しても *rei vindicatio* 等で権利主張できるのか。債務者が債務不履行に陥った場合に、どのように担保権を実行するか。日本法の観点からはこうした問題について関心が向かいそうなものだが、明らかにされない(史料上の限界もあるかもしれない)。

また、本論文は結論部分で哲学的・社会経済史的背景を理解することの重要性も述べる。これはローマについて筆者なりの実践が行われるものの、日本に関してはほとんど示されない。日本で流動的な集合物に関する担保設定のニーズがある社会経済史的背景は何か⁷²。民法 85 条の「物」⁷³や判例理論における集合物の哲学的背景は何か。なぜそれに比してローマのそれが参考になるのか。

本書の中で、本稿の扱った諸問題が最も複雑であり、かつ日本についてもローマについても英語で表現することが難しかったであろう。象徴的な例として、本稿脚註にも指摘したとおり、そもそも日本の譲渡担保にせよローマの *pignus* にせよ、*mortgage* という英単語は(全く見当違いではないが)かなり異なる印象を与える可能性がある。日本との対比では、起源において譲渡構成で担保とした点で *mortgage* との対比は良いが、日本で流動的な集合動産譲渡担保を用いる場面では(本論文が訳すとおり) *floating lien* (*floating charge*) というアレンジメントが英米では一般的である。ローマとの対比で言えば、紹介される法文は一貫して *pignus* のパラダイムであるから、そもそも譲渡構成ではないのではないか(むしろ *floating lien* 等に近い)と言え、この点、譲渡構成が行われる(行われざるを得ない?) 日本法の特殊性が本来浮かび上がるところである⁷⁴。

ないものねだりばかりしてしまったが、翻訳が難しいこのような問題であるからこそ、果敢に取り組んでいること自体が大きな功績である。本稿冒頭に述べたとおり、こうした試みの後にこそ対話の可能性が生まれるのであるから。

六 佐々木健「ローマ法から日本法へ継受された第二次相続人の指定——最(二)判昭和 58 年 3 月 18 日判決の検討」(本書 107~112 頁)

(1) 概要

日本民法典の下では、第一次遺贈のみが認められている。すなわち「ある財産を A に、A の死後は B に」という遺言条項の有効性については、第一次受遺者たる A に関

⁷² なお、例えばアメリカの融資実務では債務者の全資産を対象に包括的に担保にとる、そのために UCC 第 9 編の登録制度を利用する、といったことがなされるが、日本の場合には流動的な集合動産を担保にとる場合にも、全資産を対象に最優先権を獲得して融資する実務は一般的でないようである。一口に集合動産の担保化といっても社会的・経済的背景に差異があるわけで、それを把握しなければならないという主張は全くもってそのとおりであるが、だからこそなぜ実践されないのか。

⁷³ 本論文で紹介されるのは明治期の立法の経緯(当初ボアソナードは無体物を含めていたがドイツ民法草案を参照して有体物に限ることとされた)を述べるだけで、せいぜい「権利に対する権利は観念できない」という批判があったと触れるのみであり、その哲学的掘り下げは見られない。

⁷⁴ この点、*fiducia* と *mancipatio* で担保設定するという例が本論文の対象外とされたのは、日本との比較という観点からはむしろ悪い選択だったのではないかとも思われる。

する部分のみを有効として、第二次受遺者たる B に関する部分を無効とする、というのが日本法の理解である。このことは、日本民法典起草過程で参照されたドイツ民法典がそうした第二次遺贈を認めていることと比較すると、日本民法典がドイツ民法典に多くの影響を受けていることに鑑みると、特筆すべきであろう。本論文は、日本の最高裁がこうした第二次遺贈を扱った判決 2 件のうち 1 件（最（二）判昭和 58 年 3 月 18 日。以下「本判決」という）を特に紹介し、ローマ法（ロマニスト）の観点から検討を行うものである。（以上、佐々木論文 I）

本判決の事案は次のとおりである。I⁷⁵は長崎県で木材店を営んでいたが、1974 年 3 月 7 日に自筆証書遺言を作成した（その後、1976 年 10 月 17 日にわずかな修正〔一部字句の訂正〕が行われた）。全 11 か条のうちの第 7 条は、遺産中のある土地建物（以下「本件不動産」という）につき、その妻 A に遺贈し、A の死後は遺言者 I の 8 人の親族（後述の G を含む遺言者自身の血族 5 人⁷⁶と遺言者の妻 A の兄弟姉妹 3 人⁷⁷）の共有財産となると定めた。なお、本件遺言は 3 人の相続受益者（beneficiaries）のために作成されており⁷⁸、その 3 人とは遺言者の妻 A、遺言者の甥 G（I の経営する木材会社の後継社長である⁷⁹）、遺言者の弟 H であった。本件不動産は I の木材取引業のための木材を生産するために使われる場所⁸⁰であり、I の遺言はこの事業が安定的に営まれるようにするため、（当初 A にその権利を与えるものの）G に決定権を付与するアレンジメントであったと考えられる（本書 112 頁には家系図とともに、G が 3/20 を取得するのを除くと、I の側の血族で合計 9/20、A の側の家族で合計 8/20 が分けられることが図示される）。I は 1976 年 12 月 24 日に死亡し、その半年後に、妻 A が本件不動産につき、

⁷⁵ 本判決原文では「与作」とあり、読みは Yosaku ではないかと思われるが、本論文は Isaku と読む。その他の登場人物や地名についても評者の直感的読み方と異なる音が当てられる場合も多いが、評者に確かめようがないため、さしあたり筆者の読みを尊重し、人物について筆者の読みの頭文字を当てる。

⁷⁶ 家月登載の上告代理人による上告理由によれば、G は I の甥、その他の 4 人は I の弟妹。

⁷⁷ 同じく 3 人は I の妻 A の弟妹。

⁷⁸ '[T]his testament was devoted to three beneficiaries' (本書 108 頁)。しかし、家月登載の上告理由 (149 頁) を見ると、三人は名宛人とされているようなので、devoted to ではなく addressed to, intended for, to the attention of あたりが良かったのではないか。

⁷⁹ なお、この点も家月登載の上告理由によれば、I の遺言に「合資会社○○○○店は〔G〕が代表社員となって事業を継続する事」とあることにより指定されているが、I の生前に代表社員となり、または判決時に実際に代表社員であったと示す事情はない（それを否定する事情も指摘されないで、そのように前提してよいものとは思ふ）。また、本論文は「G と I の関係は公式記録上明らかでないが I（または A）の姉妹の息子であろうと考えられる」と述べるが、本件高裁判決（福岡高判昭和 55 年 6 月 26 日家月 36 卷 3 号 154 頁以下〔最判の参照資料として登載〕）には両当事者に争いのない事柄として「（与作の姉の子）」と明示されるので、I の姉の子と公式記録上明らかである。

⁸⁰ '[V]enues used in the production of the timber-materials' (本書 108 頁)。しかし、判決原文は「〔材木〕会社の経営中は置場として必要であるから一応そのままとして」と遺言の内容を要約しているので、production ではなく the venue where the timber-materials are stored ぐらいであろうか。

(第二次受遺者の条件が一切付されていないものとして)自己が単独で遺贈により取得した旨の所有権移転登記を経由した。

Iの血族側の3人が訴訟を提起し、自身らへの遺贈および自身らがIの遺言の相続受益者⁸¹であることの確認⁸²と、本件不動産の所有権がA(単独)に移転された旨の登記の抹消(手続)を求めた。原告らは、Iの遺贈はAの死亡までその執行が停止された遺贈であると主張し、予備的に、これが条件付遺贈であるならばIの複雑な遺言はあまりに不明瞭で有効でなく、それゆえ遺言それ自体も登記も有効たりえない、と主張した⁸³。長崎地方裁判所は1979年11月29日に判決し、本件遺贈条項はその前半のみ有効であるとし、原告ら第二次受遺者らに関する部分を無効とし、請求を棄却した。地裁判決は、本件のような二段階遺贈⁸⁴(dual bequest)を認めない理由として、次のとおり述べる。第一に、負担付遺贈(benefit with burden)と異なって、このような二段階遺贈は制定法に規定がなく、意図的に立法しなかったものである。第二に、もしこれを認めると第一次相続受益者と第二次相続受益者の間の関係が通常と異なるものとなり、その法律関係が大変に複雑化してしまう⁸⁵。それゆえ、本件遺贈条項の後半は、遺言者Iの単なる希望であって法的に執行できないものと解するべきである。控訴を受けた福岡高裁も1980年6月26日に原審の判断を維持した。

⁸¹ 本論文は、判決原文における受遺者に対して beneficiary の語を多用するが、英米相続法において beneficiary は最終的に遺産から法定相続ないし遺贈を受ける全ての者(遺言信託の場合の受益者を含む)を指して用いられるのが一般的であり、日本法には対応する概念がない。「受遺者」に相当する英語についてはコメントにて後述。

⁸² 本論文は claimed the confirmation of ... と表現するが、我が国の確認判決に相当する英米の制度は declaratory judgment (宣言判決などと訳される)といい、これを請求することを request a declaratory judgment などという。

⁸³ なお、高裁判決によれば、第一審において原告らはI作成の遺言書により、本件不動産について、Aの死亡を停止条件として原告らに遺言書指定の割合持分で遺贈されたことの確認と、Aへの所有権移転登記の抹消手続を請求したが敗訴した。その後、福岡高裁への控訴にあたって「予備的請求として、『控訴人らと被控訴人との間において、右遺言書による遺言のうち右不動産に関する部分(第七項)は、無効であることを確認する。』との判決を求めた」。請求原因は遺言の当該部分の内容が不明瞭であり、遺言者の真意を把握できないから無効である、とのことである(最高裁判決の整理も同様)。英訳の過程で請求の趣旨の主要部分がねじれてしまったようである。

⁸⁴ 日本民法学ないし裁判例では「跡継ぎ遺贈」の用語が用いられ、これを本論文は dual bequest と英訳する。英語のニュアンスを尊重し「二段階遺贈」と訳す。

⁸⁵ なお、本論文では長崎地裁の判断とされているが、地裁判決は評者がアクセスできるデータベース内では判例集未登載のようで、評者には確認できない。二段階遺贈を認めた場合の問題として高裁判決が指摘するのは、①第一次受遺者(なお、高裁判決は「受贈者」と言い「受遺者」と言わないが、誤りであろう)の権利の内容が定かでない、②第一次、第二次受遺者及び第三者の間の法律関係が明確でない、特に③第二次受遺者は自己の取得すべき遺贈利益を確保する手段がなくその立場が極めて不安定である、また④第一次受遺者が遺贈利益を他に処分したり第一次受遺者の債権者がこれを差し押さえたりする場合に複雑な紛争を生ずるおそれがある、といった諸点である。本論文の要約では第三者との関係が抜け落ちている(行間を読んで補えということかもしれないし、それで足りるようにも思われるが)。

原告らは、遺言の全 11 条項を検討せず第 7 条の前半のみを取り出した原審の判断は不十分であるとの理由で⁸⁶最高裁に上告した。1983 年 3 月 18 日にこの主張は認められ、最高裁はヨリ深く検討すべく事件を原審に差し戻した。最高裁は、遺言の解釈にあたっては、その一条項中のいずれかの段落のみを部分的に取り出すのではなく、その全条項、遺言の全体の記述、および当該遺言を遺言者が作成したときの諸状況に基づいた具体的な事案に基づいて、遺言者の真の動機を探求し、遺言の真の目的を確定しなければならない、と示した⁸⁷。問題の第 7 条は 3 つの段落 (three paragraphs) から成り、第一に妻 A への遺贈、第二に会社のためにこれを管理すること、第三に妻 A の死後に 8 人の親族で共有すること、が書かれている⁸⁸。他の条項では、木材会社の経営、妻 A の生命保険⁸⁹、その他の財産の妻 A および甥 G への遺贈に関することが定められている。そして第 11 条において、本件不動産を換価することは困難であり、第二次受遺者として共有する者らは、会社経営者である G から賃料を受けるべきであると定められる。この遺言を解釈するにあたっては、次の 4 つの可能性があり、と最高裁は示す。

第一に、下級審が示したように、本件二段階遺贈の後半については遺言者の単なる希

⁸⁶ 家月登載の上告理由によれば、テクニカルには、原審判断には①重大な事実の誤認、②法律の適用を誤った違法、③民法 900 条 3 号〔生存配偶者と兄弟姉妹による法定相続の規定〕の適用を阻むこととなったことは審理不尽にもつながる違法がある、と主張されている。本文および①②に述べられるのは主位的請求にかかる根拠の部分であり、③は予備的請求にかかる根拠の部分であろう。

⁸⁷ 日本の民法学説においてはここが重要な判示部分としてしばしば引かれるように思われるため、本論文において筆者が要約したのと若干異なるニュアンスを指摘しておく。本判決は、第一に、遺言の文言を形式的に判断するだけではなく、遺言者の「真意」を探求すべきである、として遺言解釈の原則を示した。第二に、「多数の条項から成る遺言書の特定の条項を解釈するにあっても」その特定の条項のみを「他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけ」ではなく、「遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言書の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探求し当該条項の趣旨を確定すべきものである」と示した。本論文の引き方は、特定条項の解釈に関する部分のみを紹介することになっており、遺言解釈の一般的なルールが異なりうる他法域の法律家にはやや不親切な引用である可能性がある。

遺言解釈を、その形式的な文言ではなく遺言者の真意を重視するものとする考え方は、バビュジョー論文に示されるローマにおける皇帝の法による遺言法の柔軟化と類比されうる。この点、筆者らの相互参照がないのは残念である。

⁸⁸ 本論文は‘As noted’として第 7 条が 3 段落から成るというが、本書 108 頁には A への遺贈の規定があるほか、第 3 パラグラフで A の死後 8 人の共有とされたい旨の規定があることを示すのみなので、やや不親切である。また、家月を見ると同条は 4 段落から成り、①本件不動産ほかを A に遺贈する、②本件不動産は木材店にとって必要なので一応そのままとする、③A の死後本件不動産は 8 人の共有とし、木材店に賃貸して収入を各割合で取得する、④その割合で取得した本人が死亡した場合にはその相続人が承継する、と定められる。

⁸⁹ ‘[T]he insurance of Asac’s life’ とあるので本文のように読むのが自然になってしまうが、判決原文は A 「に対する生活保障に関する条項」である。Insurance をそのような意味で使うこともないではないが、A’s life と一緒に用いられるとかなりミスリーディングである。やや意識になるが、「扶養する」ということで support などが誤解はなかったように思われる。

望を示したに過ぎない、という解釈⁹⁰。第二に、妻 A への遺贈は、妻 A が何らかの方法で（例えば A 自身の遺言によって）第二次受遺者に対して本件不動産を移転しなければならない、という解釈⁹¹。第三に、A の死亡時に本件不動産が A に帰属する場合にのみ（ないしそのような条件下で）本件原告らへの遺贈が実現されうる、という解釈。第四に、妻 A は本件不動産を譲渡することはできず、実質的に彼女の権利は使用収益権（usufruct）とされるべきであり、遺言者 I の本件遺贈は A の死亡時に開始されるものとする解釈⁹²、である。（以上、佐々木論文Ⅱ）

日本の民法学説は、二段階遺贈を認めることは第一次受遺者の地位を不安定にするという問題があると指摘する。しかし最高裁は第二次受遺者の何らかの利益も保護しようとしたようにも見える⁹³。

更に問題を複雑化することに、日本法は、遺言者が同一人物を相続人（an heir）かつ受遺者（beneficiary of the bequest）に指定することを認める。この点、そのような者は、相続人として遺言を執行する義務⁹⁴と、受遺者として遺贈対象財産を取得する権利の両方を有することとなる。ローマ法学者は通常、ローマ人達が遺言の冒頭で相続人を指定するのは相続人の義務を明確化するためであったと説明する。こうした相続人と受遺者の分節は、我々の二段階遺贈に係る問題を解決するのに資する。

他方で、日本民法典には usufruct（使用収益権）の規定がない。ローマの usus fructus は、特に未亡人に対して有用な、特定の遺産を使用し収益を得る生涯権（lifetime right）である⁹⁵。仮にこれを設定するのが遺言者 I の意図であったとしても、民法上規定されていないため、日本裁判所は無効とせざるをえなかったはずである。しかし最高裁自身が遺言者の真意であった可能性として言及し、また法律家の間では、日本社会におけるニーズに照らして、このような制度は立法または判例によって認めるべきであるとの声も強い。この点、ローマ法における遺贈（legatum）や usus fructus といった諸概念の淵源を辿ることで、歴史的基礎に基づいて日本法に新たな法制度を導入する参考となるだろう。実際に日本の国会は 2018 年 7 月 6 日に相続法改正を行い、生存配偶者の居住権を認めた。これによれば、居住権取得者は、譲渡および収益の権利のない、次の二種類

⁹⁰ 誤りではないが、最高裁判決は高裁のように「解する余地もないではないが」と述べており、かなり否定的なニュアンスが示されているように思われる。

⁹¹ 判決原文によれば、A が第二次受遺者に対して移転すべき「債務」を負担させた負担付遺贈と解釈するのが第二の例であり、A 自身の遺言によるとの例は筆者による解釈である（もちろん債務の履行例としてありうる）。

⁹² 判決原文は、「上告人らに対する非上告人〔A〕の死亡を不確定期限とする遺贈」と描写する。この場合 A に対しては本件不動産の所有権の遺贈はなされず、所有権自体は原告らに対する遺贈の対象となると考えることになるだろう。

⁹³ この点は、本稿脚註 90 に指摘した最高裁判決のニュアンスを活かす方が良かったように思われる。本論文のみを読む非日本語読者には、なぜ最高裁が第二次受遺者の利益を保護したいと考えているように見えるかは、破棄差戻しの事実と筆者の主張からしか看取できず、筆者の説得力を下げってしまう。

⁹⁴ 英語ではこのような行論が必ずしもすっきりと理解されないことにつき、後述。

⁹⁵ ローマと明示されず現在形が用いられるが、附された脚註 7（本書 111 頁）は Kaser の文献であり、ローマの制度の説明と理解して良いだろう。

の居住権を有する。一方は、6ヶ月間ないし遺産分割までの短期居住権（1年間認めるフランス法と似ている）であり、他方は、生涯居住権である⁹⁶。しかし、新たな物権としての usufruct ないし habitatio の導入は民法典の一般ルールの変更と避けるため拒絶され、賃料請求権のような法律上の請求権とされ、しかし登記されることとされた。ローマ法の habitatio を検討することでローマ法学者は昨今の新たな権利に関する洞察を示すことができるだろう。（以上、佐々木論文III）

（2）コメント

本論文は、最（二）判昭和58年3月18日家月36巻3号143頁を、「跡継ぎ遺贈」と使用収益権（usus fructus）を軸にローマ法の観点から検討するものである。その主張はシンプルで、日本民法上跡継ぎ遺贈は認められないとされるものの、本判決は使用収益権（のようなもの？）を与えようとした遺言者の意図を尊重する態度を示しており、これを可能とするニーズが見られる以上何らかの制度的措置が必要と考えられ、その際にはローマ法の対応物が検討対象たりうる、というものである。（なお、本判決自体の本論文での扱い、特に要約および英訳にかかる問題は本稿脚註において該当箇所ごとに既に指摘した。）

主張がシンプルで分かりやすいのはよいが、ローマ法の概念や制度を参照するどどのように役立つのか、今ひとつ説明が不足している。第一に、本論文は日本相続法において相続人が受遺者たりうることから、相続にかかる義務と権利が同一人に帰するため複雑化すると言い、ローマのように相続人を指定して義務の範囲を明確化すればよいと指摘するものの、具体的にどういうことか述べない。おそらくローマ法の専門家を念頭に置き、ローマ法を知っていれば説明を省けるような何かを前提にしているのだろうが、それでは広く読者を獲得しようとする本書全体の方針に合わない。評者が推測するに、相続人は受遺者ないし法定相続から受益する者ではない、少なくとも受益する場合には具体的に何をどの割合で得るかにつき裁量を持たない、などの枠組みが用意されることによって、ある種の利益相反状態を除去する制度が念頭に置かれているのだろう。これが確保されれば、本件のような「跡継ぎ遺贈」においても、相続人たるAは、他の受遺者たる第二次受遺者の権利を害さないように相続財産（本件不動産）を管理使用する義務を負うこととなり、関係が明確化される、ということが予想される。もっとも、その場合でも、Aの生存中にAの債権者によって本件不動産が差し押さえられる場合の権利関係の帰趨は、少なくとも日本法を前提にすると、必ずしも明らかとならず、相続人の義務と相続受益者の権利とを峻別するのみでは解決しない。Aが取得する権利が譲渡も差押えもできない権利である、という実体的構成が必要であろう。

第二に、日本民法典に新たな物権を導入する場合には、ローマの usus fructus ないし habitatio が参考になる、というのはそのとおりかもしれないが、それぞれどういう性質がどのように参考になるのかは明らかにされないため、説得力に乏しい。現に本論文は

⁹⁶ 本論文のこの記述はややミスリーディングで、必ず認められる配偶者短期居住権はよいが、生涯にわたる配偶者居住権については必ず得られるとは限らない。遺言で指定されて執行されるか、遺産分割においてその設定を受けるかしなければ、配偶者短期居住権の期間満了後には居住権はなくなるとされる。

脚註 8 (本書 111 頁) において 2006 年改正後の信託法に基づけば跡継ぎ遺贈は可能である旨に触れる。そこでは期限が付されていることが問題であると指摘されているようにも読めるが、*usus fructus* ないし *habitatio* であればこうした問題は解決されるのか、それによって別の問題が生じるのではないか (信託法において期限が設定されたのは、権利関係の確定があまりに離れた将来時点に生じるのが好ましくないとの政策判断であろう)、などといった点については指摘がない (なお、英米の読者からすると、不十分であれ、信託構成の可否について言及されていることは興味を引くはずである)。そして、ローマ社会においてこれらの制度が必要とされた状況は、現代日本において何らかの権利の新設を求める問題状況と比較しうるのか、分析は示されていない (それも含めて検討すると参考になる、という主張だろう)。

第三に、日本で新たに導入された配偶者居住権について、物権とされなかったことによるどのような具体的な問題があるかは示されない。もちろん、本論文のもととなった報告時には相続法は改正前であったし、おそらく脱稿期限との関係でも十分な検討を行う時間的余裕もなかったものと思われる。また実際、配偶者居住権は 2020 年 4 月の改正相続法施行後の実際の運用を見なければ、具体的にどのような課題が残るかは充分検討できないだろう。そして、実際に運用が始まればなおさら、ローマの *habitatio* の観点から比較検討すれば何かしら良い発想が得られる可能性は充分あるだろう。しかしそれでも、肝心のローマの *habitatio* がどのような制度であり、どのような問題に対して与えられた解であるのか、大枠だけでも示されなければ、読者はどのように有益か判断することもできない。

英語の観点から述べると、相続関係の用語は以下のように区別して用いられる。まず英米法の伝統において、不動産に相当する *real property* とそれ以外の財産権を指す *personal property* があり、前者が封建制に基づく国王裁判所による相続制度、後者が教会裁判所による相続制度にそれぞれよっていたことから、用語も分けられていた。遺贈にかかる用語については、*real property* については *devise* という動詞が用いられ、受遺者は *devisee* である (本判決では不動産が対象であるので、*devisee* と言えば紛れがなかった)。Personal property の遺贈は *legacy* または *bequest* といい、受遺者は *legatee* である。近年は相続制度内の *real/personal property* の区別の必要は薄れており、遺贈にかかる用語も互換的に用いられる傾向にあるので、*legatee* を用いても誤解はなかったと思われる (ローマで *legatum* と呼ぶことに合わせるという意味でも *legatee* でよいだろう)。本論文の用いる *beneficiary of the bequest* も、ややまどろっこしい感じもするが、誤解はないだろう。

同様に、相続人に関する用語も *real property* については *heir* といい、*personal property* については *next of kin* という。これらも近年は互換的に用いられる傾向にある。もっとも、日本法 (およびローマ法) と異なり、現在の英米法では *heir* も *next of kin* も相続にかかる義務を通常負わず、純粋な *beneficiary* である (相続人であれ受遺者であれ、あるいは生前信託・遺言信託の受益者であれ、相続において何らかの利益を受ける者を総称して *beneficiary* (相続受益者) という)。

英米の場合には、ある者が死亡した際 (「被相続人」に相当する言葉はなく、死者 *the deceased/decedent* というのみである) に、裁判所が遺言執行者 (*executor*。遺言がある場

合) または遺産管理人 (administrator. 遺言がない場合) を任命する (遺言が遺言執行者を指名する場合には原則として指名どおりに任命され、指名ないし遺言がない場合にもたいていは近親者が任命される)。これらをまとめて personal representative (相続財産の管理人)⁹⁷ といひ、相続受益者のうちの一人ないし複数が任命されることも多いが、相続財産の管理人としては法に基づいて遺言を執行し、または法定相続 (無遺言相続 intestate succession) 法の規定にしたがって遺産を管理処分および分配する義務を負う。その際、死者に帰属していた財産の総体を遺産 (the estate) として把握し、遺産の管理処分権限は相続財産の管理人に帰属するが、一旦所有するというわけではない (その意味で、包括承継も一般承継もされるわけではない)。相続財産の管理人は、遺産に属する財産を取り戻し、債権を回収し、債務を弁済し、租税を納める。全てを現在化する必要はないものの、一旦「清算」に近い処理を行った後、各相続受益者に分配を行って、相続手続 (遺言がある場合に probate と、ない場合に administration of the estate という) が終了する。そのため、英米の読者を想定する場合には、「heir が義務を負う」という考えについては、「(遺言執行者がいない場合には) administrator としての責任を heir 全員が引き受けることとされている」旨、一言説明がある方が親切であったらう (本論文冒頭で既に一定の説明がされているが、このような説明はなお有益であるだろう)。

ともあれ、我が国の重要判例を英語で紹介した功績は大きい。宮坂論文と同じく、日本法を英語での議論空間に置いたことは、今後の対話可能性を拡大するだろう。

七 カルロス・アムナーテギ・ペレジョー「共和政ローマにおける中間階級、再論」(本書 115～129 頁)

(1) 概要

昨今の古代経済史学において、中流階級は重要トピックである。一方で、ローマの中流階級ないしローマ社会における中流セクターといえるものを計量的に把握しようとしてきた学説があり、例えば何らかのモデルと人口や経済規模などの推計に基づいて計算がなされており、考古学史料に照らしても大きく外れていないように思われる。他方で、より文化的要素を用いた分析を行う学説もあり、よく保存された家屋などの考古学史料を用いて、そこに住んでいた非エリートの人々の文化的背景について推論が行われてきた。「中流」という場合には、これら2つのアプローチ、すなわち経済的アプローチと文化的アプローチとを区別しておくことが重要である。経済的には上位層に入っても文化的に非エリートであるという場合があるし、階級間移動の見方についても違いがある。本論文は経済的アプローチをとり、ガバナンスと富の分配の間の単純な相関関係のみ扱う。すなわち、他人の労働によって生活できる者を上流ないしエリート、自己の土地と自己の労働で生活できる者を中流、(自由身分であろうと奴隷であろうと) 庇護民を下流とする。

政治体の安定は、被治者が体制を正当であると考えていれば強制力の必要は小さい。ローマの共和政中期は特に政治体が安定した時期であり、政治参加の拡大、人民の体制

⁹⁷ なお、伝統的に「人格代表者」との訳が用いられてきたが、死者の人格を代表すると考えられるわけでは必ずしもない。

への支持、維持コストの相対的な低さなどが指摘できる。こうした安定の鍵となっていたのが中流階級であった、というのが本論文の主張である。(以上、ペレジョー論文I)

具体的に検討する前に、前産業化社会 (pre-industrial societies) を観察するときのキーポイントをおさらいすると、第一に、同一社会内での経済成長はほとんど起こらないため、人口の増加が生じると増加した人口の生存は不確かであり、技術革新による生産性向上も人口増によってすぐさま追いつかれてしまう (マルサスの世界)。GDPを増大させる最も効率的な手段は、隣接領域を軍事征服して資本を拡大することである。第二に、経済構造として、奴隷制度の存在により賃金労働は向かない。そして富の分配と資本の分配は概ね一致し、ガバナンスに関する危機は直ちに土地改革 (agrarian reform) の要求につながり、特に新たな征服地に関する改革要求になった。

共和政前から共和政初期に関しては、パトリキとプレブスという社会集団間の対立を伝承は伝えてくる。両者の間では、大まかに言って、①法へのアクセス、②政治における力、③公の土地のコントロール、において衝突が起きたとされるが、ここでは③について扱う。本当にそのような争いがあったか、後代におけるスペキュレーションでないか、という学説における論争もあるが、本論文は土地のコントロールをめぐる階級闘争は共和政初期にあったと想定する。プレブスは公有地⁹⁸ (ager publicum) となった新たな征服地に対するアクセスを有さず、パトリキのみがこれにアクセスでき、実効的に占拠⁹⁹できた。これをプレブスが分配するよう求めて、両者は対立した。367年のリキニウス・セクスティウス法によってようやく対立が沈静化された。特に、個人で占拠できる公有地の面積の上限を定めた。これによって、その後の征服による獲得地は分配されるようになった。考古学史料からもこのことは裏付けられる。征服地を貧民に分配するという土地政策により、共和政中期のローマは高いレベルのガバナンスと軍事的支持を享受し、ハリスの言葉で言えば「ローマはその貧民をイタリアへ、後には属州へ輸出した」のである。(以上、ペレジョー論文II 1)

ローマに関して統計データは一般的には手に入らないが、活動中の軍事編成のデータはある¹⁰⁰。これにより大まかな推計を行えば、第二次ポエニ戦争には最大時で約 125,000 人の兵士が動員されており、これは徴兵対象たりうる最低限の財産基準を満たす男性市民である。当時のイタリア半島の全人口の推計や平均余命なども加味すると、全市民の 52~62% が、自らの日々の必要を満たすことができるような財産を有していた、と推計できる。奴隷や外国人を意図的に計算から除外しているとはいえ、これは極めて高い数字であると言える。かくして、共和政の政治システムは中流階級に基礎を置き、彼らこ

⁹⁸ 訳語が不適切かもしれないが、筆者自身が 'public land' と英訳するので、これに倣う。

⁹⁹ 本論文は occupy を用い、possess を用いないので、その意図は本論文からは必ずしも読み取ることができないものの、念のため「占有」でなく「占拠」と訳す。英語の法学文献においても (特に不動産の) 占有を occupation の語で指示することは実際にはあるが、テクニカルに「占有」と言いたいときには possession が適切な語とされる。

¹⁰⁰ 英語で legion と本論文は言い、英語では軍事編成上の「連隊」を指す用語として用いられるが、ここではおそらく legio のことを指している。本論文はポリュビオスに基づき、一つの legio には少なくとも 4,200 人の兵士がおり、いくつかは 6,000 人であった、それゆえ概ね中間値として 5,000 人と考える、という推計をする。

そが、兵士であり、市民であり、農夫であるという男性を社会的理想像とするイメージをローマに付与した。疑いなく、市民が、民会と護民官を通して権力を保持した参加的な政治システムであって、平均的な男性（common man）が政治的な仕組みにおいて決定に関する声を有しただけでなくその結果から利益を得ることもできたのであり、しばしば一定の誇張でもってローマのデモクラシーと言われてきた。（以上、ペレジョー論文Ⅱ）

しかしこの社会秩序はポエニ戦争後に崩壊していく。これは地中海の長距離交易市場にローマが加わったのが最も重要な現象であったと我々は考える。大半のローマの小規模自営農民は穀物の生産者であり、主として自家内消費を行い、余剰生産があればこれを他の必需品の入手のために交換した。しかし征服地域が拡大することで、シケリアの高品質生産物や、エジプトやアフリカからの安価な生産物が入ってくるようになり、小規模農民の生産物は穀物市場から淘汰されてしまったのである。こうした中流層による農地の放棄が相次いだ。市場の拡大は、反対にワイン、油、蜂蜜などの加工品を生産して輸出することで儲ける可能性を開き、一次産品の生産から事業を変更できる者には追い風となったが、中流階級にはその資本はなく、エリートを利用することになった。その後更にイタリア半島の外での戦争でも勝利が続き、征服先の旧支配層から貴金属が流入したこともエリートの追い風となり、これを元手に中流階級から農地を購入し、集約化して大規模農業経営を行った。Villa と latifundia の成立である。市場拡大に加え、戦争の質も変化した。すなわち、領土ないし支配圏の拡大に伴って、戦場ははるか遠くとなり、戦時中に自己の耕作地に帰るといふことはできなくなり、中流階級にとってはこれも逆風となった。改革は試みられ、特にティベリウスとG・グラックスのものが重要だが、いずれも奏功せず、結局中流階級は没落し、アウグストゥスの元首政に至った。

小規模自営農民の没落は、領域の人口を都市ローマへと流入させ、スラム化し、治安も悪化した。多くが財産を失うことにより、中流階級による軍事編成も不可能となり、マリウスが無産階級を傭兵とするルールを導入し、結局これが貧民がのし上がるためのルートになった。2世紀には legio の数も8～12個に減少しており、上の推計と同じ計算を行うと、人口の15～18%しか中流層がいなくなったことになる。かくして政治的安定性は失われ、共和政の崩壊は不可避となった。（以上、ペレジョー論文Ⅱ）

政治システムを維持するコストは、その正当性に反比例するのであり、参加型の政治システムが継続する可能性は、参加する人民がそこから得られる利益と直接に相関する。システムが大きな中流階級を生み出すようなものなら、システムは強化されるだろう。ローマにおいて、共和政崩壊後の灰の中から出てきた元首政は、非参加型の政治システムで、商取引と社会の安定を好んだが、共和政期に比べて人々に強制させるレベルが高かった。そしてその後の専制期にはこれがさらにずっと高まった。

今日、所得の分配にかかる格差の拡大が合衆国と西ヨーロッパで大きく取り沙汰されるが、これが強まれば体制は危殆に瀕するだろう。ポピュリズムは中流階級の崩壊の帰結であり、その後どうなるかもローマに既に見られたことである。（以上、ペレジョー論文Ⅲ）

(2) コメント

本論文は、本書所収論文の中では例外的に、法ではなく経済史を主軸とした作品であり、ローマ法に馴染みの薄い読者でも比較的読みやすい素材を扱っている。評者の見るところ、主張自体は全く新しいものではない。中流階級の安定が政治体の安定の要素であるという主張自体は、現代やそれ以前からも経済学・政治学などでしばしば指摘されてきた。これを共和政期のローマに当てはめて計量的に示そうとしたところが特徴であろう。しかし、評者は経済史についても専門的知見を有しないので適切な評価はしかねるが、以下のような疑問を持った。

まず、古代の経済に関して経済成長は領土と人口の拡大しか手段がないと述べるが、GDPの増加のみを指標と見るのは適切だろうか。当時の生産・消費の構造として地産地消がほとんどであったと断定する根拠も示されないが、仮にそうだったとしても交易によって得られる収益や経済効果もまた重要ではないか。現に中産階級の没落の文脈において彼らの産物が市場から駆逐されたとし、一部は市場で取引をしていたことも筆者は認める。その取引が地中海へと伸びる可能性は、ポエニ戦争前にはなぜ排除されるのか。カルタゴ支配下の通商空間を利用してあげられる利益がなかったとは思えない。

また、政治制度に関して、参加型の政治システムということを連呼するが、具体的な政治制度・法制度に結びつけた議論がほとんどないため、共和政期として筆者が扱う400～500年ほどの期間にあった変化が織り込まれていないように感ずる。例えばエリートという場合に、身分に着目した議論もなされるが、それが *patrici* なのか、ヨリ後の時代の *nobiles* なのか、更に後の *equites* なのか、判然としない。時代に応じてそれぞれ見るのかもしれないし、経済条件のみによって区分すると述べる以上は形式的な身分は関係がないということかもしれないが、参加の態様は一定程度身分に結びついていたのだから、参加型云々の論旨との関係で整理が必要なはずである。

中期以降に民会と護民官を通してプレブスが権力を握るようになった、そうして行われた政治的決定の帰結からの利益を中流階級が享受した、というのが、これも論理必然ではない。筆者の主張は、必然的にそうなるということではなく、現にそうなっている場合には政治が安定する、という内容であるようにも見えるが、そうだとすると「現にそうなる」ための諸前提は何か、ということがヨリ重要であって、その点の論証はない。たまたまローマ共和政中期において、中流階級が積極的な戦争政策をとった、そこからは征服地の分配が行われて中産階級を利した、という事実があった(とうかがわれる)、だから政治が安定した、というだけでは、何も再現ができないし、結論において筆者が懸念する現代の問題の解決に何ら資さないだろう。

また、第二次ポエニ戦争期の描写にあたって、*common man* ないし中流階級が政治に参加しその利益を享受したとされるが、そうであれば無産階級 (*have-nots* と本文は言う) は、政治に参加しなければ利益(征服地の分配)も受けなかったことになりかねず、そうであるとすればここでの再分配は、既に持っている者が更に資本を増やすというものでしかないのではないかと。筆者が述べるような循環が生じるためには、全員には無理だとしても、持たざる者にこそ新たな資本を獲得させなければ、安定的な中流階級の維持・再生産は図れないのではないかと。また反対に、持たざる者への分配が目的であったとすると、なぜ有産階級がそのために頑張って領土拡大を行うのか、少なくとも経

法学に言うような合理性からは説明ができず、何らかの補助線を引かなければ説明が成り立たないのではないか。政治の安定が目的であった、と読むこともできなくはないが、中流階級崩壊期におお戦争を行い続けたことを説明できない（戦争をすればするほど中流階級が没落した、というのが筆者の見立てであるから、それでも戦争を行うべき理由を説明しなければならぬ。そんなことも分からない中流階級であったとするならば、そのような中流階級がなぜ政治を安定させるのか、むしろ常に政治を混乱させるだけではないのか、については説明を要するだろう）。

いずれも素人の素朴な疑問の域を出ないし、法のテクニカルな話に終始しがちな法学論集の中で経済的な現実にも目を向けようとする貴重な試みであることは疑いない。

八 ウルリケ・バビュジヨー「帝政ローマと欧州連合における異なる諸階層の法の間の調整」（本書 131～167 頁）

（1）概要

今日なお支配的な学説は、整理されない複数の法源の歴史的な集積であってその中に明確な序列（*hierarchy*）を持たない、とローマの法秩序を性格づける。確かに、近代の少なくとも大陸法の見方からすると、法は法典や制定法に組織化されていて、その解釈適用にあたっては厳格な方法が用いられると言われる。しかし、新たに生じた EU¹⁰¹の自律的な法秩序は、加盟国の国内法に影響を与え、また競合し、法実証主義の極端に牧歌的な図式に変容をもたらしている。かくして、序列なく並立する複数の法源をローマ法ではどのように調整したかという古い問題は、現在の法学方法論の重要なトピックでもある。（以上、バビュジヨー論文I）

まずローマについて見ると、ローマ法は「いくつかの階層の法（*layers of law, Rechtsschichten*）」と性格づけられてきた。これは法実証主義の見方からきており、2つの異なる面を含む。第一にローマ法は絶えず歴史的な発展の下にあり、かつ歴史的深化の産品であるということ、第二に複数の法源のうちいずれかを優先するという可視的な構造がないこと、である。ケルゼンのピラミッド型法体系に慣れた大陸法学者からすれば、ローマ法は構造化されていない、方法論を欠いたようなものに見える。それゆえ、カーザー（Max Kaser）はローマ法における論証¹⁰²には合理的方法はなく、ある種「直感的に」決した、とした。ネル（Dieter Nörr）はこれを修正し、ローマの法学者の法的論証には、哲学、フィロロジー、そして特に修辞学の論証の影響が見られ、これら法学以外の古代の学問を参照しなければローマの法的論証は理解できない、と示した。これを検討するに、残存史料は法学における方法論をあまり伝えないが、ヒントはある。哲学や修辞学の理論に照らして *Digesta* を読んでみると、ローマの法学者には哲学や修辞学の

¹⁰¹ 厳密にはこれに先立つ EC 等も、本論文は便宜上全て現行の EU の組織や制度の名前でまとめる（区別が必要な場合を除く）ので、本稿でも原則として EU 等で代表させる。

¹⁰² 本論文は *legal reasoning* のあり方を問題とするが、*legal reasoning* ないし *reasoning* を本稿では「（法的）論証」または「（法的）推論」と訳した。日本語としてより自然に響きそうな方を文脈に応じて選択したつもりであるが、その意味するところは、問題解決にあたって用いられる法源から結論への手順の踏み方や法源間の抵触の調整（これを含む異なる法源間の調整を *coordination* と筆者は呼ぶ）を行うことを指していると考えてほしい。

素養があったことは疑いなく、法的論証にあたっては使っていたことが分かるのである。

ガイウスの法学提要中の概観に従ってローマ法の各階層を描写すると次のとおりである。まず、*populus* を単位とした市民法 (*ius civile*) があり、これは市民権に結びつき、ローマ市民にのみ妥当した。ローマ市民権を持たない者はその対象から除外されたわけだが、ガイウスの生きた2世紀には既に属州などローマ外の領域 (*foreign territories*) もまたローマ支配下にあり、ローマ市民権を有さない者とローマ市民との間の契約もまた行われた。そこではローマ市民に限らず全ての人に適用されるべき法があり、万民法 (*ius gentium*) と呼ばれる。

ローマ市民と非ローマ市民の間を規律した法には法務官法 (*ius praetorium*) という階層もあり、パピニアヌスの定義によれば、市民法を助け、補い、修正するために導入された法ということになる。法務官はリキニウス・セクスティウス法により、訴訟を裁判管轄ごとに整理すること (*organisation of the jurisdiction*) を職務とした。任期の初めに告示 (*edict*) を公布して、自らの職務をどのように実行するつもりであるかを明らかにするようになった。市民法ないし万民法に淵源を持つルールを扱うこともあったが、法務官独自のルールを定めることもあり、これを法務官法という。もともと、法務官法と抵触する市民法や万民法のルールが無効とされたわけではなく、これらは併存した。例えば法務官の規律した相続法の制度として *bonorum possessio* がある。市民法上の無遺言相続においては、父の死亡時にその権力化にある子のみが当該父の第一次嫡出相続人 (*the first legitimate heirs*) となりえ、既に *emancipate* された (権力下から出された) 子は市民法上父から相続することはなかった。他方、法務官は *emancipate* された子に対しても持ち分の占有 (*possession of the share, bonorum possessio ab intestato*) を認めた (市民法上は相続人でないので、時効取得 *usucapio* を必要としたが)。この例は、「異なる層がある」というだけでは、それらがいかに機能するかを説明できていないことを示す。また、異なる階層の法が併存する領域であっても、必ず両者が適用されるわけでもない。結局、事案の具体的状況に応じて決まる、カズイスティクな推論であった、と言える。

これは更に、もう一つの階層とされる皇帝の法 (*imperial law*) に関しても当てはまる。これは、形式においては皇帝自身の名において行う公式の立法の形をとることもあれば、法に関する見解を新たな方法で全く非公式に行う形をとることもあったが、内容に関しても市民法や法務官法の内容をカバーすることもあれば、全く新たな論証や解決を帝国の目的ないし皇帝の意図に従って与えることもあった。ウルピアナスによれば、そもそも *imperium* (公権力) によるので、民会の決定と同じ効力を有し、手紙を用いた場合でも同じであるとされ、皇帝が何か決定を行えばそれは法を定めたこととされた。その例として、第一に、請願に対する皇帝自身の書いた勅答 (*rescripta*) があり、個人ないし法的団体が皇帝の助言を求めた場合になされ、一度決定が示されるとその後先例として扱われた。第二に、具体的な事件に対して皇帝が与えた裁定 (*decreta*) であり、その後の同様の事例において参照された。第三に、最も重要な例として中間判決 (*interlocutio*) がある。これは様々ありうるが、抽象的な意見などであり、一般ルールのようにはたらいた。これは明らかに、一般条項的な法 (*lex*) との間で緊張関係を有するのであり、このような皇帝の意見も法的論証の参照点となっていたとすれば、他の階層の法と同様にカズイスティクな推論の論拠となりうる。

アウグストゥス期以後の信託遺贈 (fideicommissa) の実現は好例である。ユスティニアヌスの法学提要によれば、あらゆる信託遺贈は法的に無効であって、あくまで受遺者の信義を頼みとするのみであった。しかしアウグストゥスがこれを執政官らに強制させ、このことが受容されて特別の手續 (cognitio extra ordinem) となり、専門の法務官 (praetor fideicommissarius) も創設された、と説明される。元々市民法・法務官法において、遺言は厳格な方式性を要件とし、方式性違反は遺言を無効とした。これに対して、信託遺贈の設定は方式性を要求しなかった。特定の文言が要求されないばかりか、書面すら必要なかった。しかしこのことは、従来の市民法・法務官法に基づく遺言法を廃止したことは意味しなかった。元のルールを維持しつつ、その上に (above them) 新たな信託遺贈法が追加されたのである。これによって、法的推論のあり方は変化した。当事者はまず厳格な方式で遺言を作成しつつ、インフォーマルな希望も示すようになり、これをどう調整するかという問題が出てきたのである。かくして、法律家は、法の各階層を両眺みにしつつ、ケース・バイ・ケースで推論を行うようになったのである。

では実際に異なる階層の法が抵触したらどうなるか、具体例を見てみよう。まずルールに関して、遺言の撤回について市民法は方式的であり、別の遺言を作成することによって、先行遺言が撤回されるというルールだった。後に作成された遺言が優位して先行する遺言を破棄し、後の遺言で指定した相続人が欠けて効力を持たなかったとしても先行遺言は復活しなかった。しかし皇帝の法として、ある者が遺言により相続人に指定され、遺言書が破壊された場合に、先行遺言の撤回は方式を伴わないものなので、市民法上はなお相続人として扱われるけれども、皇帝法の下では相続から廃除された (ignoble to take the inheritance) と扱うこととされた。更に3世紀の皇帝達により、先後複数の遺言書の組合せが認められた (もっとも、そのように述べるテキストが扱う事例は例外的なものであるという指摘もある)。そしてパウルの伝える次の事例 (D.28.5.93) は、皇帝法と市民法等という異なる階層の法に関する法技術をよく示す。

パクトゥメイウス・アンドロステネスは、パクトゥメイウス・マグヌスの娘パクトゥメイア・マグナを相続人に指定した。その後、父パクトゥメイウス・マグヌスが殺され、更に娘の方も死亡したとの噂に接し、ノウィウム・ルフスを相続人とする新たな遺言を作成し、その際に次のような前書を附した。「私が相続人にと望む者達は不可能であるので、ノウィウム・ルフスが相続人となれ」。その後遺言者が死亡したが、娘パクトゥメイア・マグナは生きており、皇帝に対して申立てを行い、皇帝は次のように判断した。ノウィウム・ルフスを相続人と指定した後の遺言における相続人指定には制限 (limitation. 「私が相続人にと望む者達は不可能であるので」との文言のこと) が付されているが、制限は無効であって障害とならないのが法であるけれども、遺言者の意思により娘は救済されるべきである。遺産は娘に相続させ、しかし後の遺言で娘が相続人に指定されたかのように、後の遺言にしたがって遺贈を実行するよう相続人たる娘は義務付けられるべし、と。

この事例では二つの遺言があり、先の遺言から相続人の指定のみを取り出し、後の遺言から遺産の分配にかかる規定を取り出す形で、二つの遺言が組み合わせられた。市民法によれば後の遺言のみが有効となるので、これは市民法に反する扱いであるから、皇帝の法律家はこれを正当化しなければならなかった。パウルの伝えるところでは、皇

帝の council において議論が行われ、「負担 (modus) は相続人指定に置かれた。というのも誤った想定は通常は障害とならないためである。にもかかわらず、皇帝は……彼女は救われるべきであるとの見解をとった¹⁰³」という。

この議論は二つの側面を持ち、本件の例外的な解決を正当化する他の方法をも暗示しているように思われる。一方で、相続人指定に関する節は、先行する遺言の撤回の条件である、との解釈を皇帝は取らなかったことを意味する。もしこのような解釈をとれば、後の遺言は条件不成就により発効せず、先行する遺言に基づいて相続が行われたはずである。他方で、後の遺言は負担付きの (modal) 相続人指定であり、この負担が新たな相続人に対して一定の行為義務を課す、と皇帝は考えていたように思われる。多くの法文で負担 (modus) は遺贈に関して用いられるので (負担付遺贈 *legatum sub modo*)、本件遺言においてこれが付記されたことと法律効果を決定するために遺言法に沿った原則を皇帝が持ち出すのは一貫する。本件でこの原則は、遺贈対象物の誤った指定を克服するために用いられ、誤った指定は障害とならない (*falsa demonstratio non nocet*) こととして言及される。パウルの時代には、このルールは、遺贈対象物が明確に特定されてさえいれば、当該対象遺贈物を決めるための記述の要素や正当化要素の誤った指示は、当該遺贈の有効性を妨げない、という意味で理解された。そして本件においては、このルールが、誤った原因、すなわち遺贈の誤った正当化ないし誤った説明についても適用されるべし、と決定したことになる。

このような皇帝の議論を踏まえると、遺言者の動機の部分を無視して、ノウィウム・ルフスを相続人に指定したものとして有効となりそうとも考えうる。しかし、後の遺言を有効としたとしてもなお、遺言者がノウィウム・ルフスではなく娘パクトゥメイアを相続人に望んでいたことは疑問の余地がなく、この希望は後の遺言においても矛盾のない一部を成している。それゆえ、まさに負担付遺贈の受遺者のように、ノウィウム・ルフスは自身の行動を遺言者の希望に適合させなければならない、つまり先行する無効となった遺言に指定された相続人であるパクトゥメイアに相続財産を引き渡さなければならないのである。

このようなある種ねじれた議論の結果、パクトゥメイアは、市民法上は相続人でないけれども、にもかかわらず負担付相続人指定という遺言者の明示の意思を理由として、後の遺言は相続財産を彼女に移転させた。これが、信託遺贈に関する皇帝法を直接に適用したものであるか、その影響を受けて変容した市民法が適用されたのであるか、はともかく、既に非公式に信託遺贈が皇帝法において認められていたこと、および私法に関する複数の階層の法の間相違がある事例において皇帝法が優先すること、に何らかの影響を受けたことは間違いないであろう。本件は例外的な事案であったかもしれないが、パウルスがこれを集めたのは後の参照に付すためであり、他の事件でも推論の参照点として使われてよかったのだらうと思われる。

ネルにしたがって修辞学理論、特に *status* に関する古代の修辞学の理論、の観点から皇帝の決定を分析することもできる。この理論は、特定の争点 (*status* または *στάσις*) に関し、反対者によって提起されうる典型的な議論を体系化するものである。そのよう

¹⁰³ 本書 146 頁の筆者による英訳より。

な争点は様々ありえて、事実の認定についても (*genus rationale*)、法の解釈適用に関しても (*genus legale*) 言及されうる。パクトゥメイアの事件の争点は、適用される法が何か、及び市民法の原則と信託に関する皇帝法をどのように調整するか、に関わる。ヨリ具体的には、相互に矛盾抵触する法の争点を惹起する (いわゆる矛盾抵触する法の争点 *status legum contradiriarum*)。この問題は元首政期ローマの法学者にとって同時代人であるクインティリアヌスが論じている。その概観を示すと次のとおりである。

まず、矛盾抵触する性質の法の定義に関し、矛盾抵触する法の争点は、文言と意図の争点と重なるものと見なせる。この争点は解釈の問題に関わるもので、法の場合にはいつも出てくるが、法の文言 (*verba*) と立法者の意図 (*voluntas*) との間の不一致として大まかに言い表せる。この観点から、まずは各法の文言とその射程を検討することで解決されうる。同一の意図で書かれた法であることがわかれば、二つの法の文言が異なってもそれは関連性がない (*irrelevant*) ということになり、純粋に規範的なズレの問題はないということになろう。この場合、文言の矛盾抵触は、たまたま偶然に (*casu collidi et eventu*) 生じたに過ぎない。この観点から更に、二つの法の矛盾抵触は事案それ自体の争点であり、その具体的状況の現れと結びついていると言える。こうして考えると、ローマの法学者が、各法を序列 (*hierarchy*) の構造で捉えず、カズイスティクに捉えていた理由が説明できる。それは「直感的な」論証ではなく、修辞学的な論証構造だったのである。

クインティリアヌスに従うと、①同一の諸法 (*leges pares*) の間の抵触 (*conflict*) か、②異なる諸法 (*leges diversae*) の間の抵触か、の間に主たる違いが置かれる。①については更に、㉞二つの法が競合する場合があり、そこでは同一人物に対して、競合する二つの法がある¹⁰⁴。また㉟一つの法が異なる人に適用される際に抵触する場合があり、一人だけしかその適用の効果を得られない場合が当てはまる¹⁰⁵。かくして①についてはではなく、②が我々の相互に抵触する法の規定の問題にヨリ近い。

②は更に、㉟類似の諸法 (*leges similes*) の間の抵触と、㊸全く異なる諸法 (*leges impare*) の間の抵触とに分けられる。㉟では、ある法をある個別の目的で適用しようとする、それが他の法の規定と矛盾するという場合と、異なる射程を持つ二つの法が同一の事件に適用される場合とがある。これらの場合には、いずれの法、ないし法の部分が優先されるかは、論証と個別事案の具体的状況によるだろう。㊸であれば、いずれか一方の法が重要性ないし優先性を有し、そちらが適用される。

それでは実際のところ、ある法の権威を他の法と比較してどう決定するのだろうか。クインティリアヌスが引くキケロを、本論文との関係で大まかに要約すると、次のように行うようである。キケロは抵触する各法の評価を直接に行う。すなわち、第一に、各法の射程をみて、ヨリ尊重されかつヨリ必要な事項を扱っているのはどちらかで判断す

¹⁰⁴ 「僭主を殺した者にその望む物を与える」という法と、「戦争の英雄にその望む物を与える」という法があるときに、同一人物が僭主を殺し、かつ戦争の英雄であるという場合が例に挙げられる。ラテン語原文は本書 151 頁、筆者の解釈は 153 頁。

¹⁰⁵ 同じく、「一人だけが僭主を殺したものとして扱われる」または「一人だけが戦争の英雄になれる」という法があるときに、二人以上が「自分が僭主を殺した／戦争の英雄である」と当てはめようとする場合が例である。同箇所。

る。第二に、法の公布時期を見て、ヨリ新しい法に大きな重要性を与える。第三に、禁止ないし強制に関する法か、単に許容するという法か。前者がヨリ重要である。第四に、その法はどうしても必要で用意されたものか、なくてもよいが用意されたものか。前者がヨリ重要である。第五に、法の文言がヨリ明確で解釈は明らかなのはいずれか、比べる。なお、以上の五つは一般ルールなどなく、あくまで説得の技法に過ぎない。序列 (hierarchy) もない。

パクトゥメイアのケースで行われた推論を再度見てみると、かなり似た論証構造を有する。現に修辞学を修めた弁論家達によって主張され、審議されたのである。まず本件は、同一の事件について当てはめると異なる法的帰結を生む二つの法の調整なので、異なる諸法 (leges diversae) の間の牴触が争点である。皇帝によって持ち出された主要な論拠は、遺言者の意思 (voluntas) である。その際に、問題の節を条件と読んで後の遺言の全体を無効としたり、同節を無効として後の遺言を強制したり、といった牴触がないと言ってしまう簡単な道は取らなかった。解釈によって牴触を取り除くのではなく、市民法の原則と皇帝法とが矛盾したままであることを強調したとも取れる。この見方が正しいとすれば、遺言者の希望を唯一の論拠としたことは、皇帝法が優位することを証明するのに充分であり、争点は全く異なる諸法 (leges impares) へと読まれたことになる。これは、皇帝法の目的、法の意図、射程に関して、遺言者の意思を最大限尊重することと述べることにより、その目的によって皇帝法は市民法に優位するとの説得力をもたせる論証構造になっている。

かくして、ローマ法は構造を持たない法的論証しかない、との伝統的通説は修正されなければならない。一見事例ごとに好き勝手に述べたように見える行論の裏には、実に注意深い論証が多大な蓄積を誇っていたのであろう。まだその一端しか捉えきれていない、法源内部に規定された論証の見事な筋というものがあつたに違いない。(以上、バビュジョー論文II)

現代のヨーロッパに目を転じると、似たような法的論証の方法論が生成しつつあるように見える。二度の世界大戦を経て、ヨーロッパは共同する努力をしてきた。最初は1957年ローマ条約に基づくEECが6カ国に始まり、1973年には英国等を加え、その後も拡大し、1993年マーストリヒト条約(以下「EU条約」という)でEUが設立された。その後も更に加盟国は増えた。2009年にはリスボン条約(以下「FEU条約」という)により内部構造が改革された¹⁰⁶。EU法は、特にその組織自体が生成過程にある性質に見られるように、極めて特殊な構造を有している。EU自体の性格も、元々は国家連合 (confederation) のようなものだったが、次第に経済統合が進み、自身の機関も備えるようになり、連邦 (federation) に近づいてきた。その中でも、加盟国の各国国内法とは独立に存在するEU法の存在はたいへん特徴的で、第一次的には条約に基づくが、今ではEUの機関が定める法が主となっている。EU各機関が立法権を有する結果、現在の

¹⁰⁶ リスボン条約はマーストリヒト条約(その後アムステルダム条約やニース条約で修正されていた)＝EU条約についても修正を行いつつ、ローマ条約以来の系譜を引くいわゆる欧州共同体設立条約についてFEU条約として改称したものであるから、本論文の説明は、かいつまんだものとするとの留保はあるが、後者のみを行ったように読める点でややミスリーディングである。

加盟国法は3つの法の混成である。第一に純粋な国内法、第二にEUに影響を受けた国内法¹⁰⁷、第三に純粋なEU法である¹⁰⁸。加盟国がEU法に違反しているとの紛争が生じたら、EU委員会は公式の通知で遵法するよう求め、それでも従わない場合には、委員会ないし他の加盟国はEU裁判所¹⁰⁹に提訴できる。EU裁判所によるもう一つの法統合作用として、ローマ条約以来認められてきた先決問題管轄権 (jurisdiction to give preliminary rulings) がある。これは、個々のEU法の有効性や解釈について示すEU裁判所の権限であるが、加盟国裁判所に提訴された事件でこうした問題が提起された場合に、当該加盟国裁判所がEU裁判所に事件を附託して判断を求めることができる、という仕組みである。現に加盟国裁判所は積極的に先決問題をEU裁判所に附託してきた。適用は各国裁判所が行うのではあるが、最終的な判断権はEU裁判所が有するからである。かくして、EU裁判所がEU法の自律的秩序を確保するのである。

EU法が加盟国の法秩序を変革した原動力となった二つのEU法の判例原則がある。第一はEU法の加盟国国内での直接効であり、第二はEU法の加盟国国内法に対する優位性である。

EU法の直接効は、Van Gend & Loosとして知られる判例¹¹⁰に始まる。オランダの会社 (Van Gend en Loos. 以下「G社」という) がドイツから化学製品を輸入したところ、オランダの課税庁がこれに関税を課した。G社が、域内での関税を認めないとしたローマ条約に反するとして提訴した。課税庁は (ローマ条約発効後の) 1960年3月の国内法の適用として8%の関税を賦課する課税処分を行い、本件訴訟においては、EU法がオランダ法に優位すると決定する権限がEU裁判所にはないと主張した。EU裁判所は、次の三つを理由に、原告の主張を認めた。第一に、EUに独立の権限を創設したことにより、その行為は加盟国内の諸個人に対して直接効力を有する。第二に、条約締結当事国は、条約の適用の範囲内でその主権を制約するとの意図があった。第三に、現在のFEU条約267条とEU裁判所の役割に鑑み、EU裁判所は条約の統一的解釈を確保するための加盟国を超えた存在として創設された。

二つ目のEU法の優位原則は、この翌年の、イタリア国民とイタリアの国営電力会社の間で争われた事件の判決に始まる¹¹¹。イタリア政府は、ローマ条約発効後の1962年に制定した法律で、電力事業の国営化を決定した。このことは、商品の供給流通に関する平等条件を確保するために加盟国が新たな商業行為の独占を行ってはならないと定

¹⁰⁷ EU指令 (directive) に基づいて制定された法のことを言う。本書160頁脚註75。加盟国で直接効力を有するEU規則 (regulation) と異なり、指令の場合には、その定める方針に沿うような国内法令を整備する義務を加盟国は負う。

¹⁰⁸ 本論文では明示されないが、条約やEU規則に基づき、加盟国内において直接効を持つルールのことを指していると思われる。

¹⁰⁹ 本論文は European Court of Justice (ECJ) の用語を使うが、最近の英語文献では Court of Justice of the European Union (CJEU) という条約上の文言で呼ぶことも多くなっているように思われる。なお、本文中何度か ECJ との表記があらわれるが (例えば本書161頁の条約文言の引用後の文、164頁の最後の判決引用後のパラグラフ内の文)、ECJのタイポであろう。

¹¹⁰ Case 26/62 *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

¹¹¹ Case 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 587.

めたローマ条約の条項に反すると原告私人は考え、国営電力会社からの料金請求をわざと不払いにして、事件をイタリア憲法裁判所およびEU裁判所に附託するよう求めた。イタリア憲法裁判所はイタリアが国際法上の責任を負うと判示したが、その一方でEU裁判所は条約がイタリア国内法に優先すると判決した。EU裁判所によれば、EUは自身の制度体を有し、独自の法人格と法的能力を備えており、これを創設する際に加盟国は自身の主権を制限し、自身とその国民に妥当する法の領域（a body of law）を創設したのである。このようなEUの法秩序を受容することのコロラリーとして、加盟国は、自身の受け容れたEUの法秩序に反するような一方的かつ後出しの方法（a unilateral and subsequent measure）を優先させることは不可能であると言うべきである、ということになる。そして同程度によく知られるいわゆる *Simmenthal II* 判決¹¹²において、このことの帰結が明示された。すなわち、EU法の優位性原則により、これと抵触する加盟国の既存の法は自動的に適用されないこととなり、かつ、あるEU法のルール導入の後に定められたこれと矛盾する国内立法の有効な成立も否定される。加盟国裁判所も、EU法に抵触する国内法を脇にどけ（set aside¹¹³）しなければならない。

以上から、EU法には二つの性質があることが明らかとなった。第一に、国内法と抵触するとき、EU法が優先されること。第二に、しかしEU法は国内法の序列には入らないこと（抵触する国内法は無効とはされず適用が除外されるだけ）、である。（以上、バビュジョー論文III 1）

帝政期ローマの法とEU法の間には類似する特徴がある。第一に、立法主体が複数あり、それは異なる諸法の間で抵触や誤解を増大させる傾向にある。しかもいずれにおいても、新たな立法主体による法が、既存の法を廃止・変更することなく制定される。第二に、両者とも、ケルゼンの言う意味における序列の関係にない。EUにおいては確かにEU法を優先して適用するのではあるが、そこでいう優位性（primacy）には序列におけるような意味はく、EU法と国内法を序列の関係で見るとは異なる。ローマにおいても、皇帝の法は共和政期以来の法を廃止するのではなくそこに付け足すものであり、しかも明確な序列上の優劣は示されないが、パクトゥメイアの事例に見たように皇帝法はより強力であることが示された。第三に、新たに導入された法が、政治的評価や政策判断を通じて正当性を獲得することを目指す傾向にあることが指摘できる。ローマの信託遺言の例では、旧来の方式的なルールに対して遺言者の意思をより自由に認めることを標榜したし、EUにおいても消費者保護や性別間の平等、労働者保護などの価値が、裁判所における先決判断の範囲内でしばしば問題とされる。（以上、バビュジョー論文III 2）

ローマとEUの間の差異を指摘するのは容易い。しかし、そもそも歴史から学ぶというのは難しい。過去を分析する際についつい現代の先入観に枠付けられてしまうように、反対に歴史上の問題や展開、法的構造を分析することで、現代のそれらについて新しい視点を獲得することもできる。この点、法制史研究・ローマ法の研究によって、現代の問題について新たな見方を提示する可能性もあるのであり、現代の短期的ないし一方的

¹¹² Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629.

¹¹³ なお、set aside は法的には「無効とする」ことも意味するが、ここでは筆者の主張に合わせ、より弱い意味に訳す。

なものの見方を克服するために有益かもしれない。(以上、バビュジョー論文IV)

(2) コメント

本論文の結論(IV)にその主張が要約されているとすれば、歴史研究(ローマ法研究)によって現代の問題や制度についての新たな見方が提示される。そして序文(I)から、EUによって複層化したヨーロッパ諸国の法秩序にとって、ローマ法の様々な階層の調整の仕方が新たな知見を提供する、というのが筆者の主張となる。しかし、残念ながらこの点については、本論文によってEU法の新たな側面が示されたようには感じられない。EU法については、いわば教科書的なポイントの要約が述べられ、かつ(筆者の示したところの)ローマの皇帝の法との類似性がいくらか指摘されるだけであり、EU法について多少ともかじっている読者にとって新しい知見は提供されない。むしろ本論文のポイントは、ローマ法において各種の法の間関係について新たな見方を提示することにあるのであり、反対にEU法の現実がそうした分析の発想を与えた可能性の方が大きい(実際の研究過程はネルその他の先行研究の延長であったかもしれないが)。そうすると、本論文で論証され(え)たのは、ローマ法研究にとって現代の問題に広く関心を持つておくことが有益な場合がある、ということではなかろうか。そしてこのことは逆もまた言えるに違いない、という展望を述べる方が、本論文で具体的に示されたことからすると、誠実であったように思われる。

なお、本稿に主張される個別の事柄については、現代の法学研究においても参考となるところは多い。例えばローマ法の理解に関して、当時の法学者は狭義の法学だけでなく哲学や修辞学の素養も備えていたのだから、その論証の在り様を理解するにはこうした隣接学問の知見をも加味しなければならない、という主張は全くその通りであろう¹¹⁴。現行法についても、裁判官の背景に応じてその *discipline* において使われる方法を念頭において判決を読む、などは必要であろうと思われるし、今後更に(伝統的な意味での)法学以外に目を向けていくことはヨリ有益となっていくだろう。実際に、例えば、特にアメリカで盛んな法の経済分析は、法現象を経済学の方法で分析することにより、法の理解を助け、また立法論・解釈論における指針も提供した。タコツボ化しやすい法曹界を、外界とも対話可能にするためにも、こうした試みはますます必要であろう¹¹⁵。また、特にアメリカやイギリスでは、少なくとも20世紀半ばまでは法学以外のバックグラウンドを持った裁判官は少なくなく、現在でも相対的に少数ながら見られるので、現代の判例研究においても重要な指摘である。

もっとも、本論文の主張ないし分析には疑問もある。例えば、EU法と加盟国国内法の関係についてケルゼン的なヒエラルヒーはない、と筆者は述べる。これは、EU法に

¹¹⁴ そればかりか、一見隣接しない領域の知見をも取り込むのが(実現できるかは措いたとしても)理想であろう。

¹¹⁵ これは法学者や裁判官が行ってきたことを、「彼らのしたように」理解することからは遠ざかるように思われるかもしれないが、存外、他人の方が自分をよく分かるということはあるし、本論文で筆者が分析対象としたパクトゥメリア事件を判断した皇帝や法学者もまた、自覚的に修辞学的方法を用いたというよりは既に *built-in* されたそうした思考を無自覚に使っていたものを筆者が解きほぐした、とも言える。

基づいて加盟国国内法が定立され存立するという関係にはない、という意味では正しいだろう。しかし複数の法の間に序列があるという場合は、ある規範が別の規範の定立根拠となっているという関係には限られない¹¹⁶。例えば国内法秩序において、法律に反する行政行為は無効とされ、憲法に反する法律は無効とされる場合には、確かに序列があり、これは筆者も肯定することであり、ローマやEUにはそれはない、という。しかし国内法において、憲法に反する何らかの法令を抽象的に違憲無効とするのではなく、具体的な事件におけるある法律の適用を無効とする、という場合には、今なお両者の間には序列があるにもかかわらず、当該法律は無効とされず憲法と併存することとなる。この関係と、EU法とそれに違反する国内法との関係は、どこまで違いがあるのか。EUの場合にはEU法違反の国内法の適用を常に排除するのであるから、（皇帝法が常に優位するとは限らないローマの状況よりも）序列が存在する国内法秩序の方にはるかに親和的と言わざるを得ないのではないか。あるいは、憲法適合性に関する具体的審査は、EU法と加盟国国内法の関係と同様に、ローマ法の法秩序観に近い、ということになるのだろうか。これは、筆者が予め排除する「違うではないか」という反論でなく、それぞれをより厳密に掘り下げてその類似性と相違を更に深いレベルで明らかにする必要を問うものである。

またそのように考えてみると、評者の身近な例としては、イングランド法（制史）における様々な裁判管轄と法体系も比較対象としうる¹¹⁷。例えばエクイティは、コモン・ローの厳格なルールを補う側面を多く有し、この点、市民法や法務官法に基づく遺言法の厳格性を緩和した皇帝法における信託遺贈の扱いは、コモン・ロー相続法の欠点を補って用いられたイングランドの信託と似たところが多いように思われる。本論文のローマについての変遷を読みながら、まるで中世のイングランドの話ではないかと評者が感じたところも多い。エクイティはコモン・ローを無効としたり廃止したりするのではなく、そもそも上下関係において捉えられない、といった特徴も極めて類似する。また、別の次元の話としてアメリカの連邦制における法・裁判所の多元性にも似たところがあり、こちらはむしろEUの構造に近づき、アメリカの場合には合衆国憲法上、連邦法が州法に優位することが明記され、やはり抵触する州法が自動的に無効とはされない（無効とされる場合もあるが）。そして本論文に関連して重要なことに、そもそも抵触に関する処理の仕方も様々である。例えば連邦法が専占する（preempt）とされる場合には連邦法のルールが優先されるが、反対に連邦法は最低限を定めたに過ぎず、それを上回る保護や規制を行う州法はむしろこちらを優先するという場合もある（本論文では触れ

¹¹⁶ 筆者が「少なくとも現代の大陸法において」という場合に想定される母集団の平均的な思考様式がどの程度ケルゼニアンであるか評者は知見を持たないが、法実証主義（legal positivism）に慣れ親しんだ大陸法の法律家は一般的には、規範の定立根拠となる関係において規範を階層化する思考（も持っているだろうが、それ）よりも、それぞれの効力の優劣関係として（例えば矛盾する規定がある場合に憲法は法律に優位し、法律は行政行為に優位する、といった形で）その序列を意識する方が多いのではないだろうか。

¹¹⁷ 現にローマとイングランドを比較したものとして、例えば WW Buckland and Arnold D McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline* (2nd edn, CUP 1952)が挙げられ、法源の多元性や裁判管轄の多元性にも言及される。

られないが、この点 EU 法も同様)。そしてその判断(連邦法が専占するのか、連邦法は最低限を定めたただけなのか、の判断)においては、法の序列の観点からはっきりと定まる場合もあるけれども、むしろ本論文の指摘するクィンティリアヌスやキケロの示す説得の技法のレベルで調整すると見るのに適する場合もあるように思われる(その意味でも、EU 法との比較では、筆者はこちらの例を用いる方が良かったのではないか)。

かくして、本論文は筆者が明示するポイント以外のところという難点はあるが、現代の EU 法の問題にローマ法の観点から興味深い視点を提供するという目的は見事に達成しているように思われる。

九 五十君麻里子「ローマ法の観点から見たインターネット上の物品売買における消費者保護に関する考察」(本書 169～183 頁)

(1) 概要

昨今よく行われるインターネット上の動産売買には、様々な新しい特徴があり、新たな法的枠組みが必要とされる、と言われる。物理的距離が全く障害とならず容易に法域をまたいで契約が締結されるとか、現実に店舗が用意されないので買主は自身を買おうとしているモノを直接に確認できず売主の言うことを信じるほかないとか、契約締結にはほんの何回かの「クリック」をすればよく移転・支払い・署名・押印といった具体的な行為は要求されないとか、そのために買主は本当に契約が上手くいくか不安である、などである。しかしこれは本当に「新しい」問題だろうか。そうではない。

ローマでも売買契約をめぐる法環境の大きな変化はあった。諾成契約の登場である。これは万民法に由来し、市民権にかかわらず全ての人が対象となりえ、クロス・ボーダーの取引が行われるようになった。合意のみで契約が成立するので物理的距離は問題ではなくなった。たいていは特定物の売買だったので、売主は現状の対象物を移転すればよかったし、隠れた瑕疵は原則として契約の成立を妨げず、買主は売主による対象物の描写を信ずるしかないのが大概であった。買主は不安だったにちがいない。

本論文は、冒頭に見たような昨今問題とされていることを、ローマ法の観点から論じようとするものである。(以上、五十君論文 I)

まず消費者保護の必要性から検討する。ローマでは消費者保護の概念はなかった。というのも、法律上の取引を行う能力¹¹⁸は家父 (*pater familias*) にしか認められなかったからである。もっとも、家子たち (*fili familias*) と奴隷は、特有財産 (*peculium*) を与えられることにより、法的取引能力を得ることもあった。家子や奴隷に与えられた特有財産は、理論上は家父に属し、家父は家族に代わって自分で債権回収することもできたし、家子や奴隷が有能であれば、特有財産を与えることで資産増殖することもできた。しかも特有財産にかかる債務について、特有財産の限度においてのみ家父は責任を負うこととされた(有限責任)のでリスク回避もできた。かくして家父は、家族の構成員に小さな金額の特有財産から管理運営を任せ、能力を示すにつれて特有財産の資産規模を増加させてやって経験を積ませ、そうして鍛えられた人間が次世代の家父となっていっ

¹¹⁸ 原文は *legal capacity of transaction* ないし *capa[city] of legal transactions*. 権利能力 (*Rechtsfähigkeit*) と行為能力 (*Geschäftsfähigkeit*) の区別は近代以降のものなので、本文のように訳しておく。

た。このような養成プロセスを経ているので、自己の名での法的取引能力を有する家父たちは、経験充分で自律的判断能力があると想定してよかつたのであり、保護の必要性はほぼなかつた。

もっとも、幼くして父親を亡くしてしまった遺児は、男子は14歳・女子は12歳で成人とされたので、経験浅くして自己の名で取引を行わなければならなくなるため、保護が望ましかつた。ウルピアヌスの法文¹¹⁹では、売買対象物の素材について、銀として売られたが実際には鉛との混合物だつた場合に、ローマ法学者の間ではこれは有効な売買として問題とされないこととなつていたが、買主が盲人である場合や経験が浅いために誤解した場合はどうか、と問う。同法文内で回答は示されないものの、これは何らかの保護があつた（または望まれた）可能性を示す。（以上、五十君論文II）

さて、そのローマにおいても諾成契約の登場は新しかつたわけだが、「消費者」として保護されないならばどうやって問題に対処したのだろうか。諾成契約は手紙や使用者によつても成立したし、市民法と違つて属人法でもないのだから、クロス・ボーダーに用いられた。それまでは *stipulatio*（問答契約）によらねばならなかつたため、儀礼的問答を行うために売買当事者の相対が必須であつたが、諾成売買契約の登場によつて相対が不要になつた（現代の電子媒体の利用も使用者や手紙の利用の延長に捉えられる）。（以上、五十君論文III）

そうすると自己の望んだ売買が本当に実現されるのか、という不安を当事者らが抱えるのは自然なことである。かくして現代と同じ問題がローマでもひょつとすると生じたかもしれない。ワッローの農業経営に関する文献では、羊の群れの取引が扱われる。ここでは、諾成契約としての売買と並んで *stipulatio* を行つて売買代金が支払われたのを確認するまでは所有権が売主に留まると約するとよい、とされる¹²⁰。この場合にもなお、売主が引き渡さない場合には買主は諾成契約に基づいて引渡請求できるし、買主が代金を支払わない場合には売主もまた同じく支払請求できる。

このように、諾成契約に *stipulatio* を併用する方法は少なくとも古典期後期までは行われていたようであり、契約の更改に使われたり、既存の契約に違約罰条項を加えるのに使われたりした。中には、諾成契約に基づく訴権があるような場合にも *stipulatio* が行われたことを示す例もある¹²¹。こうした例では *stipulatio* は必要ないようにも一見思われるが、一つの可能性として交換 (*barter*) でなく売買であることを明確化する目的でなされたかもしれない。こうしたカテゴリを誤ると訴権が認められないおそれもある

¹¹⁹ D.18.1.11 pr. 本書171頁。

¹²⁰ なお、「所有者」(owner, dominus)の語が用いられるが、これはテクニカルには解するべきでない、というのも *stipulatio* によつても諾成売買契約によつても所有権移転の効果はないからである、と筆者はいう(本書175頁)。同所註21では所有権移転には「物的行為 (real act)」が必要であるというが、売買対象物が *res mancipi* であり *mancipatio* を要する、という趣旨であろう。なお、宮坂論文との関係で、*grex* として売買対象物となつたのか、群れを構成する個体をそれぞれ売買対象としたのか、はこのワッローの引用からは判然としない。一方で、*stipulatio* の前提として価格が一頭あたりいくらかと定められた場合には、と言い、他方で、約束後であっても代金支払いまでは *grex* は所有者を変えない、と言うので、どちらにも読みうるように思われる。

¹²¹ ユリアヌスによる D.18.1.39.1. 本書176頁。

ためである。もう一つの可能性として、支払期を遅らせて同時履行を確保しようとしたのかもしれない。

売買以外の諾成契約にも、*stipulatio* を組み合わせる例はある。あるパウルの法文¹²²は組合を扱う。そこでは、書面記載の約束事項を遵守し、違反した場合には2万支払う、との *stipulatio* が併用された場合に、記載内容違反について組合訴権が行われうるかとの問いが示され、次のとおり回答される。すなわち、組合契約（諾成契約）が成立した後に、本件 *stipulatio* が成立した場合には、これは契約の更改であって、*stipulatio* に基づく訴権のみが認められる。他方、諾成契約と同時に約定されたなら、これは違約罰の規定であるから組合訴権が認められる、という。かくして史料が示すのは *stipulatio* で用いられた文言の解釈であり¹²³、書面それ自体の解釈ではない。一番興味深いのは、「不安を感じる一般人が信じたのは、書面よりもはるかに *stipulatio* の方だった¹²⁴」のである。（以上、五十君論文IV）

さらに、*stipulatio* は売買目的物の追奪や瑕疵に対する明示の保証（*express warranty*）のためにも用いられた。諾成売買契約の売主は目的物の所有権ではなく占有を移転する義務を負うのみで、瑕疵についても責任を問われなかったため、これらのリスクに対処するために *stipulatio* が用いられたのは自然なことであった。追奪担保責任には倍額賠償を約する *stipulatio* が用いられ、古典期後期までには売買契約において一般的に黙示されるようになった。他方、瑕疵担保責任については一般的な導入は避けられ、瑕疵を許容して安価に購入したいという買主のニーズに応えられるようにされた。それでも市場の隆盛に伴い、ローマ社会において特に重要な財である奴隷と家畜については、公の市場での取引の保安のため、*aediles curules* が告示によって取り締まった。とはいえ、*aediles* もまた瑕疵担保責任を一般的に導入するのではなく、買主に対して瑕疵を告知する義務を売主に課して売主による詐欺を防止するにとどめた。かくして具体的な契約交渉の内容は *stipulatio* によって当事者らが定めたのであって、特に告示などなくともそれだけで当事者の契約責任を認めるツールとして信頼された。（以上、五十君論文V）

プラウトゥスの喜劇『バッキス姉妹』の一節からも、ローマ人にとって *stipulatio* がどういうものであったか示されるのかもしれない。バッキスという同名の二人姉妹はそれぞれ遊女（*meretrix*）であるが、その一方を請け出すため、息子ムネシロクスはその奴

¹²² D.17.2.71 pr. 本書 177 頁。

¹²³ 「諾成組合契約で先に合意したことについて、これを守らないならば」か、「これから合意することについて、これを守らないならば」か、の言葉の違いが強調される。本書 177 頁。

¹²⁴ ‘[A]nxious laypeople trusted *stipulatio* even more than writing.’ 本書 178 頁。三点疑問があり、第一に、ここでは文法を教えるというビジネスで共同する組合の例が扱われるが、これは果たして *laypeople* と言えるのか。また第二に、組合を結成しようというビジネスの関係は、事前のそれなりの信頼関係なく形成されうるだろうか。既にある程度の信頼関係があり、合意内容もしっかり詰めるような関係があるからこそ、当事者間のプランニングとして *stipulatio* まで併用して明確化するということであって、不安だからそうするというわけではないのではないか。第三に、書面よりも *stipulatio* というが、裁判による救済が書面だけでは与えられないのであるとすればそれは当たり前のことではないか。書面にも救済があるにも拘らず *stipulatio* が特に信じられた、のだとすればその解説がある方が良いだろう。

隷従者クリュサリスの機転に助けられて父のニコブルスから資金を取り出したい。しかもバッキスはクレオマクスなる兵士と契約関係（おそらく *locatio conductio*）にあり、一年間、彼に仕事（*opera*）を提供しなければならぬ。しかしクリュサリスのせつかくの仕掛けも、友人が同じバッキスに恋をしていると勘違いしたムネシロクス自身が父ニコブルスに明かしてしまう。しかし実はバッキスが二人おり、友人とは恋敵でないことに気づいたムネシロクスは、再度父ニコブルスから請出金を騙し取るようクリュサリスに依頼する。これを受けたクリュサリスは、父ニコブルスに兵士クレオマクスに対して金を払わせる方法として、*vir* が男（兵士）／夫、*mulier* が女／妻の二重の意味をそれぞれ有することを利用して、クレオマクスがバッキスの夫であり、息子ムネシロクスが姦通した、とニコブルスに誤解させることに成功し、怒った夫に息子が訴追されるという事態を防ぐ示談金として支払うと *stipulatio* によって約せしめた。「汝、支払うか?」「私は支払う」の言葉を儀礼的に交わした時点で *stipulatio* は成立し、その後父ニコブルスが、クレオマクスはバッキスの夫ではなかったことに気づいても、その支払責任から逃れることはできない。このことはこの喜劇の観客にとっても共通認識であったことだろう。（以上、五十君論文VI）

本論文の結論は次のとおりである。消費者保護は、買主と売主の間の交渉力の均衡が完全に失われたとの事実と直面し、1980年代後半から徐々に重要な法律問題となってきた。現代では、抽象的には全ての人が平等な法的能力を備えているとされるが、実際に取引にかかる問題を評価したり解決したりするのに十分な能力は平等には備わっていない。売買対象物は大量生産による種類物が主となり、生産者が強大な交渉力を得た。こうした交渉力の格差を和らげるため、法は消費者に対して特権を与えるようになったのであり、こうした動きはローマ法にはなかった。にも拘らず、ローマにおける諾成契約と現代の電子的物品売買の間には類似性があり、ローマの経験から現代の問題に挑戦するヒントを得られるかもしれない。ローマにおいて、人々が信頼できた取引は *stipulatio* という方式的行為であり、諾成契約の登場後も広く用いられた。現代において我々が求めているのは、このような誰もが信頼できる行為（形式）である。また、*aediles* による市場取締りにおいて、瑕疵の開示義務が売主に課され、これに違反すると瑕疵担保責任が課されたのも参考となる。

インターネット技術の発展によって引き起こされたごく最近の諸現象もまた、ローマ法を再活性化するチャンスとなるかもしれない。様々なアプリケーション、例えば *eBay* などを用いて、人々は今や買主になるだけでなく売主にもなる。買主を消費者として保護する見方も見直しが今や必要だろう。このような中では *eBay* のようなプラットフォームを提供する会社の役割が、*aediles* のそれに類似すべきである。実際にそうした会社は、自身の運営する「市場」のルールを定めている。利用者がこれに従わない場合、そのようなプラットフォームから排除されるだろう。

（2）コメント

現代は新しい問題がひっきりなしに現れ、新たな解決が必要だとしばしば言われるが、実際にはそれほど新しいものでもなく、既に同様の経験をしたローマから学べるところが多い。その具体例として諾成契約登場後のローマでも、例えば遠隔地取引において本

当に契約内容が実現されるかという不安はあったはずである。売買のみを対象に見ても、人々は *stipulatio* という従来からの方法を組み合わせてそうした不安に対処した。人々が *stipulatio* を信頼できる方法と考えていたから可能であった。以上が、本論文が特に丁寧に論証し、主張するポイントである。これに附随して、ローマにおいて市場の環境整備を *aediles* が担当しており、これもまた現代のインターネット上のプラットフォームに同種の役割を期待する参照点となりうる、と簡単に触れる。この点はさらに、本書183頁脚註43で、AirbnbやUberなどは(売買でなく) *locatio conductio* の枠組みで応用できるだろう、とも筆者は述べる。

新しい、新しいと言うばかりでなく、これまでの経験に鑑みて本当に新しい問題であるか吟味し、まずは同様の経験がなかったか検討してみるのが有益である、という主張はもっともと思う。疑問があるのはその先である。本論文も他の本書所収論文の多くと同じく、ローマについてはそれなりに丁寧に問題や制度が論じられるけれども、現代の問題をその文脈において厳密に把握するというステップが踏まれないため、ローマの経験の参照がどうしても粗く見えてしまうし、ところどころローマに関しても本当にそのように理解してよいか疑問を惹起する、という難点を有しているように思われる。

第一に、ローマにおいて諾成契約は実現されるか不安だったので *stipulatio* が併用された、のであるとすると、結局 *stipulatio* を相対で使えるような取引でしか諾成契約もなされなかった、ということの意味することになってしまわないか。そうすると、「手紙や使者でも成立してしまう自分の手の届かないところの不安」という前提は崩れる。クロス・ボーダーの不在者間取引では諾成契約によるしかなかったので *stipulatio* を併用できなかったはずであり、そうすると諾成売買契約だけでどのように解決していたのか。これに踏み込まれていないため、筆者自身が冒頭で描写した現代の問題状況とずれてしまう。逆に、クロス・ボーダーで取引せざるをえないような「国際的」なエリートのビジネスパーソン同士でこそ諾成契約でも安心、近距離での取引こそ不安、ということがあった、と読みたくなる材料であるように思われる、ということ言い過ぎであろうか。

第二に、*stipulatio* の使えないような遠隔地取引で、しかも取引が実現されるか不安である場合にも、(アナクロニスティックな素人考えかもしれないが、) 諾成契約における合意内容として、履行方法の設計や決済方法の工夫で対処できるのではないか。例えば、売買目的物は代金と引換給付でそれぞれ引き渡す、という内容で売買契約を合意すれば、同時履行を確保することができるのではないか(もっとも、引渡しを遅らせる分それぞれリスクも負担することになるだろうが)。あるいは決済方法として銀行の媒介が期待できるのであれば、現代の信用状取引(に相当するもの)が行われるような基盤を用意し、売主は荷積み後に船荷証券等(に相当するもの)を信用状とともに銀行に渡し、銀行が買主側の銀行に証券等を引き渡す、といったことも行われうる(細かい法律構成はもちろん現代と異なるだろうから、あくまでイメージとして)。現代の消費者はこうした方法はなかなか使い難いため、むしろここでこそ筆者の言うように、プラットフォーム事業者が買主による不払いリスクを売主に対して緩和し、売主による引渡拒絶

リスクを買主に対して緩和する責任を負う設計が一つ提案されうるだろう¹²⁵(もっとも、これはローマを参照するというよりは現代の他の取引形態を参照することになろう)。

第三に、ローマの参照が現代の問題解決に資するという主張も、それはそうかもしれないが、抽象的に主張されるだけ、せいぜいなんらかの制度の名前が示されるだけ、であるため、どのように有益なのか論証されない。例えばインターネット上のプラットフォーム事業者が *aediles* と役割において似るべきである、とは、具体的にどういうことか。当該プラットフォーム上のルールを設定して、買主と売主の間のバランスを整えよ、との主張だということは分かるが、両者は簡単に類比してよいのか。すぐに思いつくありうる差異として、*aediles* の財務基盤を評者は知らないが仮に政治的自己資源ないし公金から拠出されるとすると、プラットフォーム事業者の場合には同プラットフォーム上の取引手数料やプラットフォームへの参加料などの形で収益しているであろうから、単純な収益構造、したがって利益状況が異なりうる(それ自体、どちらが優れているかは具体的に比較しなければ何とも言えない)。

また、ごく最近の一般人参加型市場の問題を措くとしても、大量生産により強大な交渉力を得た事業者と消費者との対置はローマの知らない問題であったというのであれば、ここにはローマから学べる場所がないということを筆者は認めているのだろうか。品質の瑕疵に関する *aediles* 告示のルール(瑕疵の開示義務、さもなくば瑕疵担保責任)がこれに該当する、と考えているのだろうか。売買契約における介入だけでなく、製造者に製造物責任を課したり、そもそも行政的に安全基準を定めて審査や認可(医薬品の場合など)をしたり、といった方法も現代では取られているが、これらはローマであれば何を参照点とすればよいのだろうか。

なお、本論文の特に *stipulatio* による追奪担保責任・瑕疵担保責任の設定と *aediles* 告示のルールについては、本書冒頭のブラチェック論文とトピックが重複する。大筋で両者は同じことを言っていると評しうるように思われるが、細かいことを言えばいくらか異なるまとめ方がされているところもある。例えば、売主が売買目的物の瑕疵について告知しなければならんとする *aediles* 告示ルールに違反した場合(告知しなかった瑕疵が後で見つかった場合)の効果として、ブラチェック論文には「買主は解除して奴隷を返還して売買代金を取り戻すか、減額請求できる」というが、五十君論文では「瑕疵はないと保証されたかのように扱われるだろう」という。最終的帰結は同じになるかもしれないが、異なる構成において理解しているように思われる。また、両論文は例えば *Jakab* と *Kupisch* の間の論争など、共通のトピックにも言及するが、両論文間の相互参照はない。実験的な研究での重なり合いが生まれた場合に、それを深めなかったのは勿体なかったように思われ、残念である。

以上のように、本論文には現代の様々な問題をそれぞれの特質ごとに深めることなく雑多に並べてしまい、ローマの参照も充分に(現代のそれに対応しうる)問題状況を明

¹²⁵ なお、そのような保護は既に導入されているだろう。例に挙げられている eBay では、ざっとインターネット上で確認できる情報だけでも次のことがわかる。eBay では、買主が先に PayPal を利用して料金を支払って、その後売主が目的物を発送することになっているが、買主は 45 日以内であれば原則全額の返金を受けてキャンセルすることができる。売主があまりに信用ならない対応しかない場合には、(手間はかかるが)経済的に損をせずに済む仕組みは既にとられている。

確化せずに具体的な議論に入ってしまったという弱点はあるが、しかし様々な現代の問題を網にかけようとした野心的な試みである。こうした実験が今後更に具体的に深められることに期待したい。

十 葛西康徳「古代と現代における『情報』——古代ギリシャ法とローマ法におけるヒュブリス (*Hybris*) と名誉毀損 (*Defamation*)」(本書 185～213 頁)

(1) 概要

本論文は「情報 (information)」概念について「噂 (rumour)」との比較で検討することを目的とする。「情報」という言葉は昨今あらゆるところで目にするが、法的にも哲学的にも必ずしも充分定義されない。何かを定義しようとする際に最も重要な方法はディアレクティックな¹²⁶方法 ('dialectical' method) だが、法学的にはこれは「区別 (distinction, distinctio/divisio)」の技法として実践される。情報にこれを適用してみると、例えば、触ることのできる／できない (tangible or non-tangible)、動かせる／動かせない (mobile or immobile) といった法学上の区別には従わない¹²⁷。定義ではなく情報の有するいくつかの特徴 (some aspects) に目を向けてみると、「遍在する (omnipresent)、普遍的な (universal)、すぐに広まる (swift in diffusion)、社会において捉えられる (society-related)、価値や利益に関する (value/interest-related)」といった性質が浮かび上がる¹²⁸。現に情報は、何らかの価値ないし利益を有していると想定されるため、すぐに広まって社会の至るところに存在する。

古代のテキストにアナロジーを探ってみると、*fama* の有する特徴¹²⁹は、上述の情報の特徴と共通する。それは遍在し、普遍的で、すぐに広まるもので、社会において捉えられ、価値や利益に関連している。そしてトロイア戦争の結果とギリシャ人たちの帰還に関する情報について、アイスキュロス『アガメムノン』では、その真偽は誰も知りよ

¹²⁶ 英語の *dialectical* には、一般に「弁証法的」と訳される *dialectic* という意味と、「方言に関する」を意味する *dialectal* と、いずれかを意味しうるが、ここでは前者だと解されるので明示的に音訳する。ディアレクティックな方法はプラトンによって最初に考案されたと筆者はいう。

¹²⁷ 筆者はここで (本書 186 頁註 5 にて *Schulz* を引いており、評者はこれは未確認であるものの、ほぼ疑いなく) 法学上「物」の分類に用いられる区別を適用するが、情報はそもそも「物」として把握される対象であるかは検討されない。そして特に前者の区別 = *intangible* であることはしばしば「情報に対する権利」と説明される知的財産権の性質だと言われるが、このことにも触れない。なお、英語では *mobile/immobile* でなく *movable/immovable* というのがより一般的である。

¹²⁸ 筆者は吉岡齊・名和小太郎『技術システムの神話と現実』(みすず書房、2015) を Cf として引用し (本書 186 頁脚註 6)、ここに挙げた特徴を列挙する。評者に同書を確認する術がないが、少なくとも評者が「情報」を考えるにあたって思い浮かべる特徴とは (完全に違うとは言わないまでも) 一致しない。何らかの視点で列挙しているのではあろうが、必ずしも賛同できないことにより本論文自体の説得力も損なわれる。なお、評者自身は、「情報」という語は様々な観点から用いられるが一つの「概念」として統一的に把握できるとは限らないものである (文脈ごとに異なる概念を指す語として用いられるものである) と考える。したがって、本論文は名誉毀損の文脈においてこれを捉えようとしたものであるが、本論文で示し得たことがそれ以外の文脈においても妥当するとは保障されないだろう、と思う。

¹²⁹ 本書 186-189 頁にウェルギリウス『アエネイス』およびオウィディウス『変身』が引かれる。

うがなかったけれども、噂 (*rumour, kleo*) としてすぐに広まり、強い影響力を持った(しかも女性に結び付けられて語られる)とされる。同じ作品で噂は市民の声やざわめきとして示される。そして登場人物アガメムノン、市民によって妬まれるであろうために噂になることを恐れており、噂の有する強い影響力が看取される。オデュッセウスについては反対に、彼が生きているという内容であれ既に死んだという内容であれ、故郷のイタカにはその噂は届かなかった。オデュッセウス自身も変装して自分はオデュッセウスではないとの虚偽の供述も行ったし、妻ペネロペも誰の言うことも(オデュッセウスによって自身が帰ってきたとの情報が共有されるまで)信じなかった。以上から、古代の噂は、その空間的遍在性と広まる速度において、現代の情報とパラレルを成すだろう¹³⁰。両者は価値や利益にも関連するのであって、価値や利益のない情報は情報ではなく、しかも第三者ないし社会の価値や利益に関連する限りにおいて情報である¹³¹。アガメムノンにせよオデュッセウスにせよ、生きているか死んだかは誰もが関心を持っていた (*interested*) ので、その情報は常に噂になった。

情報の有する価値ないし利益は、誰を基準とするかによって異なる。一方にとっては価値が大きくポジティブだが、他方にとっては価値が小さくネガティブである、ということもありうる。噂もまた、情報の持つこうした人によって価値等が変化するという特徴を共有する。

法や訴訟においては、噂のネガティブな面こそが常に問題となる。それは民事および刑事の名誉毀損の文脈で現れる。以下、ギリシャとローマにおける名誉毀損の扱い、コモン・ローにおける名誉毀損、初期近代の日本における名誉毀損、を順に検討する。(以下、葛西論文I)

イギリスの法律家ポロック (Sir Frederick Pollock) は、その不法行為法に関する書籍の中で、人格的不法 (*personal wrong*) ——これにはイングランド法の名誉毀損にあたる *slander* と *libel* だけでなく、人身侵害 (*battery, assault*) や詐欺なども含まれる——は「他者の権利と尊厳を侮辱して故意に侵害したり快楽を感じたりすることで、ギリシャ人たちが *hybris* と呼んだものである」と述べる。そしてポロックが人格的不法と分類する様々な振舞いは、ギリシャ法およびローマ法において全て議論された¹³²。

アリストテレスは怒り (*anger, orge*) の議論において *hybris* の観念を提示し、相手に対するやり返し・復讐であればこれは *hybris* でなく、そのようにすることで自身がある

¹³⁰ 註 128 に述べたとおり、情報を「遍在する」「すぐに広まる」「何らかの価値を有する」ものとすることに賛同できる読者しか、ここも賛同できない。

¹³¹ 突如断定され、なぜそう言えるかは本論文では最後まで示されない。

¹³² ここは文意が必ずしも明確でない。‘...all of which are, indeed, discussed in Greek and Roman law’ とは、ポロックがそう述べたように例えばギリシャでは *hybris* という語ないし概念において、ここで列挙される様々な不法行為類型が法的に議論されたということか。しかし、後の本文(本書 199 頁など)を見るとローマの *iniuria* は *hybris* をその一種 (*contumelia*) として下位分類に置くようなので、その対象は一致しないだろう。それとも、全てが *hybris* とは捉えられたわけではないが何らかの不法行為(ないし法的に責任が課される／非難される行為)として議論された、ということか。そうであるとすれば、日本法でもポロックの人格的不法は不法行為としてたいていカバーされるし、あまり内容のない一文となってしまうように思われる。

種の快樂を得ようとする場合にそれは *hybris* を犯している、という。また、被害者の目から見たときに、*hybris* の被害を受けたとの事実を証するのは恥 (*shame, aischyne*) の観念であり、これは加害者・被害者の二者間では成立せず、第三者の前ないし広く社会の中で生じるものである¹³³。これを法的に整理すると¹³⁴、マクドウェル (Douglas MacDowell) によれば、ある者が他者の希望や権利を無視して自分がただしいことを思うままに行い、それが悪い、ないしせいぜい無駄である、という場合に、その者は *hybris* を示したことになる。また、デモステネス『メイディアス弾劾』の弁論において、*hybris* をはたらいた者はグラフィエ¹³⁵ (*γραφίη*) の対象となり、誰でもグラフィエで訴追できる。私人がグラフィエを行って、結局手続が進められず、または評決において 1/5 の賛同が得られなかった場合には、訴追者は 1,000 ドラクマを公に支払うべし、とされた¹³⁶。また、同『マカルタトゥス弾劾』の弁論においては、ある者の監護下にある孤児達や未亡人達に対して、別のある者が *hybris* ないし不法 (*παράνομον*) をはたらいた場合に、この加害者に対して監護者¹³⁷は法定の罰を科することができる。より大きな罰が適切と考える場合、自ら適切と考える罰を記載して裁判体 (*ἡλιαία*¹³⁸) に対して加害者を召喚し、裁判体が科すべき罰を評価する、とされた。特に後者に明らかなように、*hybris* は *paranomon* (不法) とほぼ同義で用いられており大変広い意味となるので、特定の行為が *hybris* に該当するかを判断することは非常に難しい。法的に規範が具体化されたとは言えない。(以上、葛西論文II)

Hybris はラテン語では *contumelia* と訳され、これは *iniuria* の一種である。バークス

¹³³ なお、本書 195 頁で *Aristoteles*, *Rhetorica* 1379 b 24-30 を引いた後に、「これらのパッセージから明らかになることとして、第一に、ある者の振舞いは、これには様々な種類の行動が含まれ、例えば話すこと、書くこと、物理的に攻撃すること (*speaking, writing as well as physical assault*) ……」と筆者は述べるが、*writing* や *physical assault* がどこから出てくるのか判然としなない。アリストテレスからの最初の引用にある *πράττειν καὶ λέγειν* (筆者が付す *Kennedy* の英訳では *doing and saying*) を解釈したものか。語の並びはむしろ本書 199 頁に引かれる *Inst. 4.4.1* の内容に引きずられているようにも見え、こちらを不用意に持ち込んだものにも思われる。

¹³⁴ 筆者の「法的」という意味が、少なくとも *MacDowell* の引用からはわからない。*Hybris* が現在いうところの不法行為ないし犯罪を基礎づけるとすれば、責任を基礎づける何らかの要件・構成要件が示され、またはその法律効果・ありうる量刑などについて示すことが、評者からすると「法的」な観点からの整理のように思うが、これらは引用においても筆者自身の分析においても示されず、むしろこれに続くデモステネスのテキストがこれらを示す。そうすると、*MacDowell* のテキストは必ずしも法的な観点を示したものではなかったのではないか。

¹³⁵ 筆者は *public suit* と訳す (本書 198 頁脚註 24 の付された本文)。

¹³⁶ もっとも、実際のこの事件においては *hybris* に関する部分は和解されたようであり、これは訴追者が 1/5 の賛同を得られなかった場合に逆に罰金を科されることの萎縮効果から、実際には言及されるだけで訴訟が行われることは少なかった、と筆者は述べる。

¹³⁷ 筆者は本書 198 頁の分析において、*hybris* の直接の被害者が監護下にある子どもや妻、奴隷であっても、法的には被害者はその父・夫・主人である、と述べる。しかし原告ないし訴追者となるのが父・夫・主人に限られるということと、被害者が彼であることとは別のことであり、筆者はこの違いを説明することなく結論だけを述べる。

¹³⁸ 本論文に引用される英訳でも *Eliaia* ないし *Heliaia* と音訳されるだけであり、筆者の本文でも説明されないが、しばしば「民衆裁判所」等と訳される裁判体のことを指していると思われる。

(Peter Birks)によればローマの主要な不法行為は次のように分けられる。Furtum と *damnum iniuria datum* は富 (wealth) に関わるが、furtum が不法な富の再分配に関し、*damnum* は不法な浪費 (wrongful waste) に関する。これに対し、*iniuria* は人の人格 (human personality) を保護し、人が他者から尊重され配慮されて生活を送る多くの様々な側面を抽象的にまとめたものである。これを平等な相互の尊重への権利という形で一つにまとめたところにローマの特徴がある。

Iniuria 訴権は、どのような種類の填補賠償 (compensation¹³⁹) を、いくら被告が支払わなければならないか、原告が明示する方式書 (a formula) による。単独の審判人 (iudex) ではなく、複数から成る審判人団 (recuperatores) が判断者となった。また、賠償額が善と衡平 (bonum et aequum) にしたがって評価されるべきか、それとも自由に評価されるべきか、について法学者の間で今でも争われている¹⁴⁰。バークスは、*iniuria* の訴訟について、①原告がどのような *iniuria* を被ったか述べ (demonstratio)、②自己が得るべき金銭賠償の自己評価額 (condemnatio) を方式書に記す。③これを受けた裁判所 (trial court) は、被告の行為を良識と公正さ (decency and fairness) に基づいて評価する、という手順だとする。そしてポイントは、評判に対する損害 (damage to reputation) である、とバークスは述べる。すなわち、加害者・被害者の二者間で「お前は嘘つきでズルい奴だ」と言われても確かに腹は立つだろうが (affront の場合)、defamation となるにはこれが第三者に対して伝えられる必要がある (defamation は affront よりも狭い)。*Hybris* (contumelia) を敷衍すると、現代的な例としては、列の横入り (queue-jumping) や観劇中のお喋りがなされた場合に、割り込まれた人や他の観客は「なんだこいつ (How dare you)」と思うが、これはやり返し (retaliation) ではなく、傲慢さ (arrogance) に関わるものであり、これが *hybris* である。そこで問題となっているのは被害者の感情ではなく、第三者ないし社会の感情である。

この *hybris* の構造はウェア (Tony Weir) がイングランドの名誉毀損 (defamation) 法について触れるときのそれと全く同じである。すなわち、名誉毀損とは「A が C に対して B に関して言ったことで、それが平均的な市民に B に関しそれまでより悪く思わせるようなことであれば、その発言について A には責任がある」ということである。また、「第三者に対して伝達 (communication) されなければ訴権は認められない、という事実は、名誉毀損の不法行為が被害者の自己評価ではなく評判に関するものであることを示している」。こうして見ると、イングランド法における名誉毀損と *iniuria* がパラレルであることが分かる。

イベトソン (David Ibbetson) は *iniuria* に関してローマ法とイングランド法を比較し、両者は発展の仕方は類似しているものの構造上の違いがある、と指摘する。例えば、問

¹³⁹ 原文が compensation というので、英語のニュアンスを精確に「填補賠償」(ないし損害の填補) と訳した。ここでは、続く本文も bonum et aequum にしたがって算定されるというので懲罰的要素はないと思われるが、もし懲罰賠償を含めうるのであればより一般的な金銭賠償を意味する damages と言うべきであったことになる。

¹⁴⁰ ユリアヌスが *iniuria* には 8 種あると述べ、その中の一つが Daube によって議論されているが学説の支持を得なかった、と筆者は述べる。本論文の流れにおいてどう位置づけられるか不明瞭であったので、ここでは学説対立があるとの指摘に対する註に落とすこととする。

題の発言等について、それが真実であるということはイングランドでは有効な抗弁になるが、ローマでは場合によった。また、判断主体も、ローマでは法学者であったが¹⁴¹イングランドでは裁判所¹⁴²であった。

Iniuria をもう少し厳密に検討すると、これは *contumelia* と *adversus bonos mores* の 2 要件に分ける必要がある。前者は、英語では *insult* と訳し、これが名誉毀損の不法行為と平行であるとされる傾向にあるが、注意が必要である。というのも、ローマ人自身は *contumelia* をギリシャの *hybris* に相当するものと考えていたのであり、他者への適切な尊重を欠くことにフォーカスした。イベトソンは *disrespect* と訳すことを主張し、これを両当事者の間の関係において捉えることが重要であると述べる。しかし、両当事者の間の関係が重要であるとはいっても、*contumelia* という観念の明確な対象は行為者（加害者 *wrongdoer*）である。それゆえ、加害者は故意でなければならず、しかし被害者にとっての主観的要素は問題とならず、子どもであっても被害者になりうる。

第二要件の *adversus bonos mores* は、ローマの法学者の間でも見解が分かれていたようだが、イベトソンはこれにつき、当事者間の関係についての社会的な認識 (*social interpretation*) を参照しなければ、*disrespect* が生じたかどうかという問題は検討できない、という。これについて、そのような社会的な認識は、第三者が当事者間の関係と問題の振舞いをどう評価するかということによる、と筆者は主張したいという¹⁴³。（以上、葛西論文Ⅲ）

最後に近代の日本における *iniuria* ないし名誉毀損の事例を見てみよう。実は民法典が

¹⁴¹ この点は *recuperatores* による判断であったとする筆者の行論と矛盾するが、特に補足されない。

¹⁴² 原文は *courtroom*。陪審も含むものとして言及していると思われる。なお、イングランドは 1933 年の制定法で民事裁判における陪審の利用を大幅に制限したが、名誉毀損は詐欺などと並び、今でも陪審審理の対象としうる。

¹⁴³ その後、本書 206-207 頁において、イベトソンがローマの *iniuria* とイングランドの不法行為法を比較し、イングランド法では形式上 *iniuria* にピタリと当てはまる不法行為類型——イングランドの不法行為は、*negligence*（過失不法行為）が 18 世紀頃から實際上総論化したという事情はあるものの、原則として個別の不法行為類型に分かれている——はないと言えばそのとおりだが、法律構成が違うだけで実体として *iniuria* に相当するものを故意不法行為としての *trespass* において権限濫用法理などを *hybris* の要素として組み合わせれば、*iniuria* に当たる不法を包摂することはできる、と主張することを紹介し、現代において故意の不法振舞いに関する羅英各法の特徴をより明確に描き出したと評価する。本論文Ⅳで筆者も指摘するとおり、日本法においては民法 709 条の下で不法行為における故意と過失は並列され、救済においても違いを（少なくともフォーマルには）生まない結果、主張立証のより容易な過失論が中心となって故意に関する議論がほとんど行われなため、そのような先入観からは斬新な検討に見えるのであろう。しかし英米不法行為法においては故意の諸種不法行為が過失不法行為とは全く別のカテゴリであることは常識であり、これを指摘したことに関してイベトソンの議論に新規性は全くない。イベトソンの議論のポイントはむしろ、ローマで *iniuria* として扱われた事象をイングランド法の下でも扱いうるのであって、形式的な法律構成の違いから両者が全く異なるということには意味がない、という指摘である。これはまさに機能主義的比較法の実践例と言える。もちろん、それでは *iniuria* の対象とされた「他者への適切な尊重を欠くこと」の含意は羅英で一致するのか、それを法的に保護する目的もまた本当に一致するか、など問題がより深いところへ先送りされる結果となる。

1896-98年に制定される前の日本において、名誉毀損の事件は不法行為の事件の中でも特に多いものだった。もっとも、明治初期¹⁴⁴から1890年頃にかけては不法行為事件自体が比較的少なかった。そうした中であって相対的に多かったのが名誉毀損事件であり、1883年頃から事例が見つかる。大まかに分けると、①誤った刑事訴追によって下げられた評判を回復するために提起された事件と、②新聞や政治雑誌などのメディアによって引き起こされた名誉毀損の事件とに二分できる。

名誉毀損事件の増加の原因としては、第一に¹⁴⁵、不法行為に基づく請求自体の増加があげられる。これは刑法典および治罪法典の制定・施行に伴い、民事刑事の峻別が行われた結果、当時刑事事件も私人訴追が可能であったことを背景に、私人が債務不履行などのために刑事事件を提起することなども行われた。そのように起訴された側が、そのせいで自分の評判が下がったとして訴え返す形で、誤った刑事訴追による名誉毀損

(defamation for wrong prosecution) の訴訟が行われた¹⁴⁶。当時の治罪法典の下では、私人の告訴 (private complaint) がある場合に検察官は裁量なく起訴しなければならなかったので、このような事件が多かった。1905年頃からは、人々の行動様式が変わり、刑事当局も私人告訴を勧奨しないよう方針転換が行われ、数は減った。②の類型、すなわちメディアによる名誉毀損事件については、ジャーナリズムにおける変化に伴って事件数が増加した。1880年代に大きな新聞社が政府の弾圧で潰され地方紙メインの構造になり、地方紙各社は読者の注目を集めるよう、スキャンダルなどの人々の評判をリスクに晒すような記事を載せるようになったためである。この類型の事件は現代でも継続的に見られる。

①と②はその法定要件に違いがあった。①には治罪法¹⁴⁷16条が悪意・重過失 (malice or grave fault) を要求し、明文規定があった。当初の刑事事件において被告人が無罪となった場合で、悪意で起訴または重過失で起訴が行われた場合には、当該私人の訴追者ないし告訴者から損害賠償を求めることができたのである。この規定は、私人告訴は社会にとって有益な制度であるが、ただし請求者が間違ふ可能性も少なくない、と起草者ポアソナードが考えたことによる。しかし、②の類型には同様の規定がないため、裁判所が同じく悪意・重過失を要求するか判断する必要があった¹⁴⁸。

¹⁴⁴ 本論文でも Early Meiji period と示すのみで、それが西暦でいつ頃か述べない日本人研究者による英語文献は少なくない。しかしこれは必ずしも国際的な共通理解ではないので、since 1868 や from late 1860s、せめて mid-nineteenth century などと明示する方が親切でないかと思う。

¹⁴⁵ なお、原文はここに訳出したように firstly という言葉を使うが、実質的には第一類型=誤った刑事起訴によって下げられた評判を回復するための名誉毀損訴訟のことを扱うパラグラフである。本書 208 頁。

¹⁴⁶ そうだとすると、不法行為一般の増加ではなく、単に名誉毀損事件のみの増加として説明できるのではないと思われるが、本論文はそのようには言わず、不法行為事件が増加したことの説明としてこれを述べる。論理関係がはっきりしない。

¹⁴⁷ 確認できないが、筆者が Code of Criminal Instruction と訳しているのは (ナポレオン治罪法典 Code d'instruction criminelle に倣ったものと思われるので) 治罪法典であると前提する。条文の確認もできていないので、悪意・重過失などの語も、本論文での英語表現からの推測である。

¹⁴⁸ これに関し、法律家の間で英法派と仏法派の対立があった、と筆者は指摘する。すなわち、英法派は「イングランド法に基づいて悪意要件を主張」するのに対し、仏法派は「自然法理論に基

1922年の刑事訴訟法典において、誤った起訴による名誉毀損（①の類型）の要件が過失に改められ、民法709条の民事責任の原則に揃えられた。同刑事訴訟法は、検察官の捜査権限等を強化したほか、起訴便宜主義を明文化して私人告訴があっても起訴すべきかどうかの裁量を検察官が有することとされた。また、①類型の名誉毀損に対する裁判上の救済についても、それまで金銭賠償に限られていたものを拡張し、謝罪広告などが可能となった¹⁴⁹。

民法723条¹⁵⁰の起草者らは、起草にあたっては各国法と並んで日本の訴訟実務も参照して、「適当な処分」も可能とすべきだと判断した。かくして名誉毀損も不法行為の一つのカテゴリとなり、他の不法行為と調和的な一部となった。その後、名誉毀損訴訟では少額の損害賠償と謝罪広告を求める運用が一般的だったが、ごく最近では、より高額な損害賠償が求められる事案が、とりわけ商業マスメディアによる名誉毀損の事例において、現れるようになってきている¹⁵¹。「もし実務において、少額の高額賠償が謝罪広告に補足されるもの¹⁵²であったならば、非金銭的損害は慰謝料（mental suffering）に限るとしてきた思考方法を再検討する 때가来ている¹⁵³。さらに、このような方向性は、現在および将来において謝罪広告は重要性を低下させることを示しているのかもしれない、と我々は気付かされる¹⁵⁴。そうだとすれば、かつて公の前で謝罪されることと少額の慰謝料を要した社会関係とは異なる社会関係が形成されると予測してよいだろう。これらの（新しい）関係は、公にも私的にも謝罪を必要としない社会関係であるように思われる¹⁵⁵。日本民法典制定前の名誉毀損に関する民事事件を分析することで、日本人の法に

づき悪意・重過失は不要」であると主張した。「ボアソナード自身は民事責任の要件としては『評判を害する意図』は必要ない」と考えた、という。本書209頁。

¹⁴⁹ 本稿では省略するが、謝罪は前近代日本で好まれた救済形式であり、江戸時代の詫証文などの伝統を引き継ぐものである、と筆者は紹介する。歴史学的真偽は評者には判断し兼ねるが、外国人読者にイメージを与える意味では親切な叙述だと思われる。

¹⁵⁰ 「他人の名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる。」

¹⁵¹ 続く部分（本書210-211頁）は、論証過程が不明瞭で複数のことを言っているように思われるので、訳出して本稿脚註に疑問を示す。

¹⁵² 原文は *complimentary* と言うが、*complementary* のタイポであろう。

¹⁵³ 具体的な事案を見なければなんとも言えないが、芸能人や事業家などが全国的な週刊誌等にスキャンダルを書かれ、それによって仕事が減るなどの事案では、実際の逸失利益（金銭的損害）自体が高額となりそうである。本論文のように言うためには、従来型の事件と最近の高額化した事件において、そのような金銭的損害（と主張立証が試みられるもの）の大小も併せて検討し、それには差がないにも拘らず、慰謝料ないし精神的損害の算定で高額化している、ということを示す必要があるのではないか。

¹⁵⁴ これも同様に、謝罪広告はもはや求められなくなっているのかどうか。裁判上求められないとしても、原告が不要と考える事情は、人々の考え方の変化によるのか、従来型の謝罪広告は謝罪を伝える方法として訴求力を失っているために他の方法がより好まれるというだけなのか、など、更に検討しなければならないことが多い。

¹⁵⁵ 直前に指摘したとおり、本当に謝罪広告がもはや求められないのかということがまず検証すべき問題であり、求められないとしてもそれは旧来の新聞広告などへの掲載では十分な評判回復方

に対する態度における、伝統と近代、民事と刑事の間の複雑さと交錯が見て取れる¹⁵⁶。しかしこれは歴史的な事象だろうか。私はそうは思わない。」

近現代の日本法は西洋法と同じく民事刑事を峻別するが、名誉毀損が提起する法的・社会的・政治的な諸問題は、刑事法を離れて民事法だけの問題として（あるいはその逆に）扱われるならば解決し得ず、両者にまたがるものである。日本の民法と刑法の教科書を比べてみると、刑法の方が民法よりも名誉毀損をより詳細に扱っている。日本の民法学において、不法行為は過失の不法行為ばかりが論じられ、故意の不法行為はほとんど論じられない。しかも懲罰的賠償（punitive compensation¹⁵⁷）の制度は日本にはない。学説は、謝罪広告が社会的制裁として十分に機能するから金銭賠償は少額でも充分だと考えてきたが、日本社会が変化してきた中で次第に機能しなくなってきた。刑事法においては、名誉毀損であると争われる振舞い（behaviour）について、それが公益を指向し（oriented to public-interest）、かつそれが真実であると信ずる合理的根拠（reasonable ground）があれば、責任は問えないとする¹⁵⁸。しかしポイントは真偽の問題ではなく、蓋然性（likeliness）の問題である¹⁵⁹。噂が広まってしまうと、被害者はもはや体面を取り戻す（recover his face (value)）ことはできないし、巨額の経済損失を被ることもあり

法とならない現実があるなどの事情からもはや「適当な処分」でなくなっているからかもしれない。

¹⁵⁶ 直前までごく最近の新しい問題として金銭賠償の高額化と謝罪広告の重要性低下を述べていたところから、突如民法典制定前の話に戻る繋がりが不明瞭である。更にその後のパラグラフとの繋がりにからすると、問題はむしろ、昨今民事法のみ問題として名誉毀損を扱おうとする状況について、事態は政治的・刑事的な側面を含むより複雑なものである、ということを描きしようとするものに見え、叙述の順序が主張したいことと逆になっているのではないかと。そうでないとすると、先に19世紀の話を持ち出す意図は何か。

¹⁵⁷ 趣旨は伝わると思うが、compensatory たることは punitive たることとしばしば対比されるのであって、法的英語表現として形容矛盾のように見える。no punitive damages are allowed などと書くべきであった。

¹⁵⁸ 原文を忠実に訳したが、そこで cf とされる刑法 230 条の 2 は、名誉毀損「の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない」と定める。真実であると信じる合理的根拠の提示では足りず、証明が必要である点を逃しており、誤訳である。筆者が摘示するのは民事名誉毀損における判例理論ではないか。ここでは日本刑事法における議論をしているので、妥当しない。

¹⁵⁹ 評者によるこの要約は、ほぼ原文ママの訳出である。刑法の規定を参照して述べた後、「真偽の問題でなく likeliness の問題である」と筆者は述べるが、主張の趣旨は不明である。少なくとも解釈論としては条文上「真実であることの証明」と言っており、真実である蓋然性の証明と解するのは困難である。立法論としての筆者の独自の見解と読むほかないが、ギリシャやローマ、イングランドについて筆者が論じてきた中でも likeliness を明示的に問題とするものはなく、論拠に乏しい。それとも、裁判において証明される事柄は一般に、客観的な（神の目で見たい）真実たりえず、結局当事者間の証明活動を一定の立証基準に照らして判断するだけに過ぎない、ということを行っているのか。確かに、一般的に「合理的な疑いを容れない程度の証明（proof beyond reasonable doubt）」が要求されるのは訴追側の立証する犯罪構成要件についてであって、被告人による抗弁の立証は（少なくとも英米では）一般に「よりありそうな証明（balance of probabilities）」（イ

うる、例えば最近の福島第一原発の例のように。現に福島地域で生産された野菜や魚といった食品は、汚染されたとの噂を理由に消費者から購入するのを避けられた。民事法はここでも被害者を経済的にも社会的にも救済できず、それは少額の金銭賠償と儀礼化されてしまった謝罪広告のためであった¹⁶⁰。（以上、葛西論文IV）

日本の名誉毀損法を *hybris* と *iniuria* と比較してみると、いくつかの特筆すべき類似性が見られる。第一に、事件の少なさである。ギリシャで *hybris* に、ローマで *iniuria* に言及するテキストは残るものの、実際に有責とされた事例はほとんど見つからない。日本でも民事・刑事とも裁判は少なく、民事の場合も多くは和解に終わる¹⁶¹。第二に、法と手続の観点から、いずれも民事・刑事にまたがる。古代に対して近代の民事刑事の分類をナイーフに持ち込むことはできないが、日本においてもこれは民事刑事の両方が相互関連して発達してきた分野であった。日本で当初私人告訴が行われる制度であったことは、ギリシャでグラフィエー手続が *hybris* に適用されたことと似る。誤った起訴をしたことを *hybris* として提訴し返すことがあったのも注目すべきである。

第三に¹⁶²、各事件で議論された争点は真偽の問題ではなく、ギリシャ人達が *eikos* と呼ぶ「蓋然性 (likeliness)」の問題である¹⁶³。イングランドでは虚偽であることの立証責任を原告が負う。ギリシャ・ローマでは常に噂 (*rumour, fama*) が議論された。日本法では、被告が、その事実について真実であるとの合理的根拠を有すると証明する場合——これは通常の人、つまり社会が、当該事実が真実であると合理的にみなす場合——には民事責任を負わない¹⁶⁴。しかしこれでは福島第一原発の場合のように、被害者が救

ギリシ)ないし「証拠の優越 (preponderance of evidence)」(アメリカ)という民事で広く用いられる基準で判断されるため、その意味では誤りとも言えない。しかしそうだとするとこれは裁判という制度それ自体の特徴であって、名誉毀損における真偽／蓋然性の問題とは無関係である。

¹⁶⁰ 福島第一原発に係る風評被害問題は、被害者には気の毒であるし何らかの救済があるべきであるという点には異論はないが、日本法全体の枠組みを考えた場合に名誉毀損法が対処すべきであるとは思えない。例えば、名誉毀損を行った加害者の特定が難しい。風評を流したと言えるような不用意な発言をした政治家等を名指しすることはできるだろうが、筆者の指摘する巨額の経済損失との間に因果関係はあるのか。むしろ(つかみどころのない集合としての)消費者の不安を解消する手段に乏しいところが問題の根幹ではないか。科学的に計測して既に汚染がない、という「正しい情報」が出回った場合にもなお回避行動をとる側の心理的問題であり、噂の問題を超えていることが事態を深刻化しているように思われる(このことは、例えば自動車の自動運転技術の導入に関し、全自動の方が人間の運転者の場合よりも安全性が高いと示されている(ととりあえず前提してみよう)にもかかわらず、人々が「人間が運転するほうが安心」と考えて導入に進まない、という例にむしろ近いだろう)。

¹⁶¹ 実際に訴訟に至ることが少ないということも、和解に終わるということも、日本においては名誉毀損に限られた特徴ではなく、民事紛争一般に見られる特徴ではないか。

¹⁶² 筆者は類似性の3点目と整理するが、実際には日本はギリシャ・ローマとは違う、と言っていないか。どう整理すればよいか。

¹⁶³ 日本で真偽でなく蓋然性という主張が何を根拠に言えるのか不明である。さしあたり、筆者による立法論として「そのようにすべきである」ものとして読む。

¹⁶⁴ 註158に述べたとおり、(真実性の証明でなく)「合理的根拠」を求めるのは民事に関する判例理論であるから、被告／民事責任としておく。

済されない。ギリシャ・ローマでは、噂を真偽の観点から論じることは決してなかった。彼らは、当事者間の社会的関係の観点から、すなわち第三者の観点から、噂を評価したので。

この種の情報は特定できない¹⁶⁵。しかし情報の社会的側面については、当事者および第三者の価値と利益の観点から明確化できる。ギリシャ人・ローマ人はこれを噂と呼んだ。この観点からは情報の法的側面を分析することができ、これに反する場合にギリシャでは *hybris* と、ローマでは *iniuria* と、コモン・ローでは *defamation* と呼ぶのである。*Hybris* や *iniuria* の諸問題について、法に関するものであれば法以外のものであれ、残された史料はこれを解決できないだろうが、これらの問題を解く際の複雑性や難しさを示すことは間違いない。

(2) コメント

端的に白状して、評者は本論文の主張も行論も充分には理解できなかった。主張と捉え得たものを列挙すると、①情報とよく言うけれどもその定義が曖昧なので探らなければならない、②情報が法的に問われるのは名誉毀損法においてであり、当事者間ではなく第三者にどう評価されるかが問題である、③ギリシャでもローマでも日本でも *hybris*, *iniuria*, 名誉毀損の法的特徴に関して類似性が指摘できる、といったところである。しかしより弱い程度において、筆者は他にも様々な主張を展開しており、例えば日本の不法行為法において過失不法行為への傾斜に対する非難と故意不法行為の重要性の提示、などが挙げられる。一つには、このようにあちこちで大小様々なことを論じているために、結局何が言いたいのか分かりにくくなっている、ということが本論文の最大の弱点ではないかと思う。

理解できなかったなりに疑問も少なくない（なお、細かいことは既に脚註に各所で指摘した）。第一に、「情報」から始める場合、これを法的に問題とするのは（伝統的なトピックに限っても）名誉毀損には限られないと思われる中、なぜ議論を名誉毀損に寄せるのか明確でないのではないか。例えば、ブラチェク論文や五十君論文でも扱われた瑕疵担保責任をめぐる問題では、売買目的物の状態について売主から買主に「情報提供する義務」が *aediles* 告示によって補われたという話として捉えられる。こうしてみると情報には遍在する性質などなく、どう開示させるかということが重要な問題となる。これは詐欺などでも同じく検討でき、現代の証券取引における開示規制も適時かつ正確な情報の開示を目指すものである。また、ポリート論文が触れる知的財産権は、何らかの情報について権利を観念するものであり、現代の情報に関する法は現に（行政法等でも議論されるが）知的財産法の専門家による研究も盛んである。こうした多様なアプローチがありうる中で、名誉毀損に議論の射程を限定するその仕方は、もう少し丁寧に示されるべきではなかっただろうか。その中で、本書所収の他の論考との関係で整理しつ

¹⁶⁵ 原文は‘Information in kind cannot be identified.’である。もし‘in kind’が語尾に置かれたならば「同じ方法では特定できない」と訳せるが、informationにかかっているので、This kind of informationを書き間違えたものと読むことにする。いずれにせよ「同じ方法」が何を指すかさっぱり分からないので、そのようには読めないと思われる。もっとも、This kind of informationと読み替えても意味ははっきりしない。「情報は定義できない」との趣旨か。

つ論点を絞れば、ヨリ位置づけやすかろう。また、本論文だけについて言えば、「情報」と話を広げず、むしろ名誉毀損法の比較に限定して議論される方が素直に読める論文になったと思われる。

第二に、情報ないし噂を第三者ないし社会の観点から評価すると繰り返し指摘するが、法的に手続上どう評価されるかがあまり明示的に議論されないのはなぜか。特に註でも触れたとおり、イングランドでは民事事件のほとんどで陪審を廃止したにも拘らず名誉毀損事件は例外的に陪審を残したカテゴリの一つであり、筆者の主張を基礎づける説得的根拠となりうるのに、言及されない。ローマでも *iudex* でなく *recuperatores* であったことを、何に対する補強材料としても主張せず、述べて終わりである。単に数が多いことだけが指摘されるが、選出母体が社会的多様性を強化するようであれば、筆者の主張を助けるだろうし、逆かもしれない。

第三に、ローマにおける *hybris* の扱いと、イングランドにおける *hybris* ないし *iniuria* の扱いについて、漠然と参照者が元の概念・観念を精確に理解したことを前提としているように見受けられるが、本当にそうか。例えばポロックの不法行為法の教科書で、彼自身が *Personal Wrongs* と分類するものはギリシャ人が *hybris* と呼んだ他者の権利と尊厳に対する侮辱 (*contempt*) である、という一節がある場合に、ポロックがどのように *hybris* を理解したかを検討することなく、「ではギリシャでどう議論されたのだろうか」と話を進めても、両者のいずれも正しく理解することにならないのではないか。

やや違う観点から、本論文が想定する読者層も見えてこない。日本法にかかる部分などは、日本の法律家の視野が狭いと批判するようにも読めるが、しかしそうして対象とされる読者＝日本の法律家が通常知らないであろうギリシャ、ローマやコモン・ローの重要なテクニカル・タームも説明なく用いられる。他方で、日本語を読めない外国の読者に向けて日本法を親切に紹介しているかと言えば、読んでみると日本人が英語で日本の状況を批判しているということになる。批判が悪いこととはもちろん言わないが、外国の読者にとっては何を主張したいのか。日本を反面教師にしてがんばれ、と言いたいのか。

とは言え、大審院時代の判決原本が1990年代にひと悶着あってようやく研究対象とされるようになったことや、19世紀の事件・社会状況の様子などを英語でアクセス可能としたことは非常に有益であろう。民事名誉毀損と刑事名誉毀損との議論をヨリ丁寧論じて不用意な混同がなかったならば、なお望ましかったであろう。本論文が、ギリシャ、ローマ、イングランド、日本を横断して大風呂敷を広げた野心的な試みであることは間違いない。

4

以上に見たとおり、実に様々な論考が本書には収められている。評者の能力不足から誤った紹介をしてしまったであろうことをおそれる。また、評者なりに各論文の主張とその論証において重要なところを要約して紹介しようと試みたが、実際には具体的事件や制度の検討においてその論証を行うタイプの論考が多かったために、紹介にかなりの紙幅を割かざるをえなくなり、結果的に大部の著書紹介となってしまった。

本稿では、個々の論文に対して多くの疑問を提示し、批判めいたこともいくらか書いたが、これは本書がそのような知的反応を喚起する魅力を備えていることの証左であって、悪書であることを全く意味しない。本書の「実験的性格」は、まさに様々な批判を受け入れる覚悟の表明であり、あるいは問題発見の端緒として、あるいは果敢に挑んだものの失敗した反面教師として、参照されることは筆者らの希望するところであろう。それだけ、本書が取り組もうとした問題——ローマ法を参照しつつ現代の問題に取り組む——は難しいということでもある。

このことは英米法という外国法研究を主戦場とする評者にも直接に返ってくることもある。日本の法学研究者がなぜ日本法でなく外国法を研究するのか、ということは評者自身常に突きつけられる問題である。本書は、敢えて積極的にこの困難を自分たちでも引き受けようとするローマ法研究者の試みとも言える。参照先のローマの理解も、現代の問題の精確な理解も、いずれも難しい問題であって「二兎追う者は一兎も得ず」の危険もあるが、バビュジョー論文の言うとおりに、一つのみを見て視野が狭くなるのをバランスしてくれる良さが、外国法研究であれ法制史研究であれ、他者の制度を観察する研究態度の中にはあることだろう。

* 本稿は科学研究費若手研究(B)17K13599、同基盤研究(B)17H02442 の成果の一部である。