

古代ローマ占有訴訟における「慣習による驅逐」
moribus deductio] (Cic. *pro Caecina*, 27) と暴力
 「不動産占有回復」 *unde vi* 特示命令

佐々木 健

目次

- 一 序論
- 二 ラプルーナによる暴力論と三区分
- 三 「慣習による驅逐」と「合意に基づく暴力」の同視
- 四 暴力合意への違背と、被驅逐者による暴力特示命令申請
- 五 特示命令後続手続における被告たる驅逐者による「防いだ・追い返した」旨の主張
- 六 キケロー法廷弁論及び学説彙纂における回復義務
- 七 結語

一 序論

古代ローマの占有訴訟を我々に伝える一級の史料である「カエキーナ弁護」を巡っては、本邦内外で、近年も活発な議論が交わされている⁽¹⁾。多くのローマ法源と同様、中世以降の欧州で(も)この史料は検討対象となり、その成果たる

文献を現代の眼から研究する「中（近）世ローマ法学」による分析⁽²⁾もその一例である。他方で本稿は、旧稿⁽³⁾に続く古代ローマ特示命令研究の一環として、同史料に新たな光を当てる。同時にそれは、一方では先行研究に対し書評の形で発した問い⁽⁴⁾に関する自らの回答でもあり、他方では法廷弁論を通じて往時の法実務を再現し考察する別の試み⁽⁵⁾としての一里塚ともなろう。

ところで、特示命令研究にとって占有訴訟が有する重要性については既に指摘がある通り、公有地占有を保護するに「所有」類似の権原を被侵奪者には求め得なかつたという特示命令の起源に関する理解が一方で存在する。我が民法典（一九七条以下）に規定する占有訴権と淵源からして密接に連関するこの側面は、規定なき「物権的請求権」としての返還請求（及び妨害排除請求）を根拠付ける「所有」概念との関連で、「カエキーナ弁護」を検討するに際しても重要である。しかし、私的所有を観念し得ない公有地なればこそ必要とされた筈の占有保護手段たる特示命令は、やがて私有地にも適用範囲を拡大した。「カエキーナ弁護」を主史料として我々に伝わる事件（以下では本件と表記する）の係争物は、原告カエキーナが相続により取得した旨を主張し、被告アエプティウスは競落した旨を主張する農場であり、公有地ではない。事件の概要⁽⁶⁾は本稿では概略を示すに留めるが、被告によつて本件訴訟に先立ち通告された（本権訴訟たる）所有物取戻訴訟を謂わば回避して、占有訴訟により一旦の決着を見ること自体については、両当事者間に一応の合意が成立したようである。従つて、本件（占有）訴訟に注目しても、特示命令起源論に寄与することは殆ど皆無である。本稿は寧ろ、射程の変遷・展開論として、しかも、既に私有地への適用が疑われ（争われ）ない時期に、如何なる手続が実態として行われ、如何なる社会的機能を果たしたのかを解明する課題に対する答案の、しかし極一部をなすべき覚書である。

但し、特記すべき事項として、本件訴訟では、「日常的 cotidianus」と形容される（通常暴力から区別された「武装糾合暴力」の行使が問題となり、直接の訴訟物は、当該暴力行使が果たして発令済み特示命令に言う「汝、原状回復せよ

「resittas」⁽⁷⁾との義務を履行しなかったことを意味するか否かであった（この認定に基づき誓約金支払いを内容とする金銭給付判決が下された）、という点が挙げられる。二種の暴力を区別する意義は、古代ローマ法に關しては後述の通り、当事者による占有それ自体を不問とする点にも求められるが、他方で日本民法第二〇〇条第二項にも見出される「侵奪」なる「瑕疵」の承継・不承継を巡っては、武装糾合暴力によるときは「その他の承継人」⁽⁸⁾も被告となる点にも認められよう。しかし本稿が主題とするのは、二種の暴力に關する区別それ自体ではない。本件訴訟に至って武装糾合暴力行使者たる被告アエプティウス側が繰り出す「私は追い出した（駆逐した）のではない、追い払ったのだ non deieci sed reieci」⁽⁹⁾なる弁解をこそ、検討素材とする。この問題設定を正当化し説明するには、迂遠ながら、事件概要に触れざるを得ない。

そこで、本稿にとって有用であると思われる限りで、本件の特殊性と概略とを事件の経緯から予め摘記しておきたい。原告カエキーナは、亡き妻カエセンニアの主たる遺言指定相続人として、資産の大部分を承継したと主張する。被告アエプティウスは原告の相続資格自体を争うようであるが、原告を弁護したキケローの残した書簡⁽¹⁰⁾から原告勝訴が推測される。被告も僅少な割合ながら同じく遺言指定相続人であるが、被相続人から当該農場の賃料を小作人から受領する執事であった。女主カエセンニアは息子の死亡に際し遺贈履行に必要な現金を農場競売から得るため執事であった被告アエプティウスに競落を委任していた。そこで被告は、当該農場が自己資金で競落・買得したものである旨を主張する。小作人から受領した賃料をカエセンニアに交付したのは、前夫フルキニウスが遺言で用益権を彼女に設定したからであつて、その死亡により当然に用益権は消滅したとする。従つて、被告の主張によれば、原告は一度も「占有していなかつた」⁽¹¹⁾。ところで、カエセンニアの死後、遺言開封を経て生じた両当事者間の紛争は、上記の次第で本権（取得）の立証に困難を感じたためか、占有訴訟の形式で合意された（その場合には、「本権に關する理由に基づいて裁判をすることができない」。仮に、所有物取戻訴訟が通告されても、実務慣行として、占有訴訟の提案があれば受けざるを得なかつた、という推測も可能

であろう。しかし、占有訴訟前置は制度的であるよりは、十二表法以来の占有者保護を重視した、「所有」を根拠としない物支配の直接性・近接性から導かれた意識に基づくと考える方が蓋然性が高い。なぜなら、本件における両当事者の見解相違こそ、「所有」保護への舵切前夜を我々に伝えると解し得るからである。従って、所有保護の優越的重要性は未だ確立されていなかった時期を想定する)。しかし、占有回復訴訟には前提として、原告たる「占有(被侵奪)者」を指定する儀式的手続が必要である。被告たるべき他方当事者は侵奪の事実を否認し争う筈であり、手続なしには自称被侵奪者たる原告が被告を侵奪者だと主張する訴訟構造が成立しない。従って、儀式は侵奪を模する。「慣習による驅逐」と呼ばれる所以である。同時にそれは、現時点での占有者(かつての侵奪者)を被告と認めることも意味する。失った占有を迅速に回収させることこそ、占有回復訴訟の主眼である。但し、訴訟形式で平和的解決を申し出た相手方に協力しないことは考えられず、ポリス社会構成員としての市民に相応しくない態度と解される(端的には、手続を仲介する法務官その他の裁判管轄権者が、選挙を経て民会で付与された命令権に抗うこと意味し、刑事罰が科される危険を冒すこととなる)。他方で、儀式を経て発令される特示命令は、任意履行を前提とし、違背があれば発令済み特示命令の拘束力を巡って、両当事者間で訴訟が提起される。不動産占有回復特示命令は、法務官の発する命令文言の冒頭二語を冠して、「暴力で…から出された故に unde vi」と呼ばれる(本稿ではこの点を重視して表題のように「暴力特示命令」とも表記することがある)。詳細な分析は後述するが、本件被告はそもそも原告が追い出されるべき農場に入っていたこと、占有したことを否認する。それが、本稿の注目する「私は追い出した(驅逐した)のではない、追い払ったのだ」との主張の眼目である。換言すれば、回復すべき原状の何たるかを、被告は「入ったことのない状態」と見るのである。そうだとすれば、発令済み特示命令が課す義務は既に果たされ、命令違反に対する制裁金支払いを要しないこととなる。

本稿が検討するのは、こうした技術的文言操作を許容する法学的営為が古代ローマ世界に如何なる形で存在し得たのか否か、である。これを検証すべく、第二章・第三章では、そもそも「慣習による驅逐」が「暴力」概念に包摂される

ことを、先行研究に依拠して論証する。第四章では本件訴訟に至る両当事者の思惑を交渉過程に遡って摘記する。第五章では本件訴訟における被告の主張を訴訟戦略の観点から分析し複数の可能性を示す。そうして第六章において、『学説彙纂』に伝わるローマ法源と、キケロー及び被告を弁護したビーソーが残した理解とが、調和的に解釈可能か否か、時代超越的に回復義務の内実という観点から論じる。結論的見通しを予め示すとすれば、暴力〔不動産占有回復〕特示命令が発令の要件とする「暴力」は、慣習により行使される旨の合意に基づく象徴的儀式たる駆逐でもよく、他方で現実に行使された暴力がそうした意味での「日常的」水準を超える高い危険度を有する際には、別種の特示命令を発動させた、との仮説を検証することが、本稿の課題と言える。

- (1) 邦訳として、吉原達也訳「キケロー「カエキーナ弁護論」(一)〜(三・完)」『広島法学』三四巻四号一三五〜一四八頁、同三五巻一号九一〜一〇六頁、及び同二号五二〜六六頁(二〇一一年)があり、主要参考文献は右記「カエキーナ弁護論」(一)一三五頁に一覧として欧文・和文各九篇が掲載されている。本稿では加えて G. Maselli, La «Pro Caecina» di Cicerone: questioni private e opportunità d'immagine (Fasano 2006) も適宜参照した。邦語文献としては更に、吉原達也「キケロー「カエキーナ弁護論」における争点に関する「考察」『日本法学』八〇巻一号一〜三七頁(二〇一四年)〔以下では吉原論文(二〇一四年)と略記〕があり、これに対する拙評は『法制史研究』六五号三一九〜三二二頁(二〇一六年)所収である。本稿は、後述の通り、この史料が伝える事件から抽出される特殊問題のうち一点に焦点を当てる。従って、直接的には右記吉原論文(二〇一四年)との格闘・協働を目標とする。そのため、間接的にしか関連しないその他の文献を再掲することはしない。但し、一覧にも挙げられた木庭眞「法存立の歴史的基盤」(東京大学出版会、二〇〇九年)九四四〜九五八頁は、「IV 占有概念の再構造化」の「2 領域上の複合体」という章立てが示す通り、本稿が注目する占有と所有の峻別に関する史的見通しを提供するものであり、以下での記述もこれに依拠するところが多い。

- (2) (吉原論文掲載参考文献一覧にも挙げられた) 藤田貴宏「カエキーナ弁護」における法解釈ドナーとフィンネンの法解釈方法論から『独協法学』七七号三六七〜三八八頁(二〇〇八年)。
- (3) 佐々木健「L・ラプルーナの暴力論——特示命令論の為に(一)〜(二・完)」『法学論叢』一五五巻一号一三〇〜一四五頁、及び同二号一〇〇〜一二二頁(二〇〇四年)。
- (4) 前掲拙評(本稿註(一))では吉原論文(二〇一四年)に対し、以下の指摘をした。

第一に、「慣行に基づく暴力と放逐」との「儀礼的な暴力行使」が訴訟開始の前提として約束されながら実行されなかった。儀礼空間たる「アクシアの城」は、旧河床が刻んだ半島状の崖の突端と同定され、農場自体ではない。「さほど離れていない non longe abest」係争地に入ることが、儀式的暴力と如何なる関係に立つのか。A. Briggs は武装暴力の行使が占有の瑕疵を不問とする特示命令の発給を可能にするが、被告が敢えて武装した根拠は明確でない。儀礼慣行それ自体にも謎が残るが、原告は被告の武装を見越したか。

第二に、原告は被告から所有物返還請求をフォーラムで告知された。先に原告が相続財産分割裁定を申請し、被告のこの反撃を受け原告は上記儀礼暴力の約束を被告から取り付けた。詳細は論争中だが、原告は本権の証明に窮した筈である。

第三に、紛争の発端は遺産の私的競売と帳簿決済にあり、買主を確定すべく会計処理の実務を説明する必要がある。

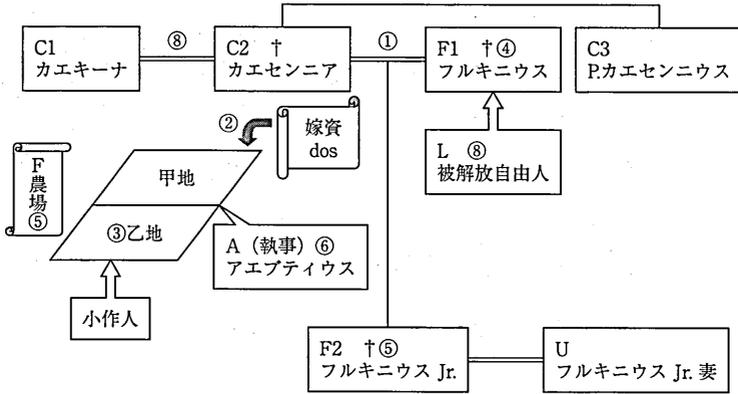
第四に、原告の亡妻は、先夫から全財産の共同利益権を設定された。共同利益者たる息子の死後、遺産は更に息子の妻と母たる原告の亡妻とに遺贈され、現金化のため競売された。この利益権と遺贈も、ローマ法学の一大「争点」である。

本稿は第一の点を主たる課題とし、第二第四の点にも触れる。残念ながら第三の点を検討する用意は現時点で欠いていることを認めねばならない。但し、関連する別稿を構想しており、公表は他日を期したい。

(5) 木庭顕『新版ローマ法案内』(勁草書房、二〇一七年)、例えば九〇頁註(3)。同書の提示する古代ローマ「法」に関する基本枠組は本稿も共有している点をここで記しておく。なお、拙著『古代ローマ法における特示命令の研究』(日本評論社、二〇一七年)一〜四〇頁(第一章 序論: 古代ローマ特示命令研究動向)も参照。

(6) 本稿の理解する事件概要は下記の通りである。相関図に付した番号は事実経過の順に対応している。

(6-1) 当事者相関図



(6-2) 事実経過

- ① 原告の亡き妻 C2 とタルクイニア出身銀行家 マールクス・フルキニウス (F1) の婚姻
- ② 地価の下落したスツラ時代に「嫁資」を現金から前夫の「不動産 (甲)」に転換
- ③ 婚姻費用に充てるため甲地を「使用収益」、F1 銀行廃業後に甲に隣接する乙地を「購入」、甲乙両地結合し一休経営
- ④ F1 死亡に伴い「遺言指定相続人」たる息子 マールクス・フルキニウス (F2)、「ジュニア」(F2) と共同で「果実」收取する「全財産用益権」を C2 に「遺贈」
- ⑤ F2 も死亡、オジないしイトコたる プープリウス・カエセンニウス (C3) を相続人指定、若き F2 の妻 (U) に十分な現金、被相続人 F2 の母たる C2 には資産の大部分を遺贈
- ⑥ 現金化のため「フルキニウス農場」(F 農場)、「乙地」… 原告 C1 代理人 キケロー Cicero によれば C2 占有地 (甲地) に隣接を私的「競売」
- ⑦ これを競落する事務を被告 アエプティウス (A) に「委任」(≠ 執事)
 - ↓ 決済は (A) C2 帳簿上の金銭? (B) A の出損?
- ⑧ A は C2 死亡まで四年間、C2 の地主小作関係に「異議唱えず」
- ⑨ C2 は C1 と再婚し死亡、夫 C1 に 69/72、亡き夫解放の元奴隷に 2/72、A に 1/72 と設定
- ↓ A は ウォラテッラ 出身 C1 の相続資格制限、スツラの政敵 マリウス 支持でローマ市民権剥奪と主張
- ⑩ C1 代理人 キケローは「債権・相続保護と論駁」
- ⑪ C1 は A が占有状態にある F 農場は相続財産の 1/72 を超えるとして「分割裁定」申請
- ⑫ A は自己資金買得とし、C2 生前は前夫 F1 設定の用益権に基づき争わず一身専属で相続不可と主張
- ⑬ F 農場の「所有物取戻訴訟」をフォルムで通告
- ⑭ C1 は証明困難な「本権訴訟」を回避し占有訴訟選択：占有侵奪直後を演出する原状回復命令に基づき「暴力による駆逐」を認定すべくアマチュア審理員が評決：「慣習による追放」との証人つき儀式的暴力を「アクシアの城」で A が C1 に行使する合意
- ⑮ A の行為が「暴力」に該当するか否か、該当しても C1 の「占有」に「瑕疵」がないか、を巡る「確認訴訟」成立
- ⑯ A は C1 の戦略 (儀式を経て占有を認定され本権訴訟で被告たる地位を得る) 相手方を

原告とすることで A に証明責任を負わせる) を見誤っていたことに気付き翻意

↓実力で「武装」人員を以て C1 排除

(6—3) ローマでの裁判手続

⑬ C1 は「武装暴力に関する」命令 (占有の瑕疵は不問) を申請し発給

⑭ これに基づき両当事者が「誓約」

A 「既に原状回復した」 C1 「A は命令違反、C1 自身は誣告でなく」

↓「審理員」手続に係属

(7) 武装暴力に関する特示命令の定型文言は伝わらないが、遺産占有取得 quorum bonorum 特示命令、及び「暴力又は隠秘による quod vi aut clam」特示命令に関する左記史料が参考となる。

D. 43. 2. 1 pr. (Ulpianus 67 ad ed.) Ait praetor: 'Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est. quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresue, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.'

学説纂纂第四三卷第二章第一法文首項 (ウルピアヌス「告示註解」第六七卷) : 法務官は、「当職の告示に基づきその占有が彼に与えられた遺産の中で、何も使用取得されなかった場合、その遺産から相続人として又は占有者としてあなたが占有している又は占有していたもの、なるほどあなたが悪意で自らは占有することをやめるようにしたものを、汝は彼に原状回復するように」と言う。

D. 43. 24. 1 pr. (Ulpianus 71 ad ed.) Praetor ait: 'quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas.' 学説纂纂第四三卷第二章第一法文首項 (ウルピアヌス「告示註解」第七一巻) : 法務官は、「暴力で又は隠秘になされたものであって、争われているものを、争う権限が存在するときには、汝は原状回復するように」と言う。

(8) D. 43. 16. 3 pr. 1 (Ulpianus 69 ad ed.) [pr.] Quod est et si quis armis delectus est, quia ex factioribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur: sufficit enim non in luctu versari eum heredem, non etiam damnum subire. [1] Haec actio, quae adversus heredem ceterisque successores pertinet, perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur.

学説纂纂第四三卷第十六章第三法文 (ウルピアヌス「告示註解」第六九巻 首項 : 何びとかが武器によって締め出された場合もそうである。なぜなら、死者の行為に基づいて、相続人に到達したものについて訴権が与えられるからである。というのも、この相続人が利得を上げないことと十分であり、損害を受けるまでもないからである。第一項、相続人及びその他の承継人を相手方として帰属することの訴権は、それ自体に物の追求が内在するので、永久に帰属する。

なお、本稿では、ラテン語の特殊な用語法とその意味内容とが論点となった事案を取り扱うため、典拠において直接の関連を有する語、又はそ

の訳語に対し、『網掛け傍線付き太字』を付すことがある。

- (9) Cic. *Caecin.* XXIX. 84. Sin hunc locum fugis et reformidas et me ex hoc, ut ita dicam, campo acquiritis ad istras verborum angustias et ad omnis literarum angulos revocas, in eis ipsis intercludere insidiis quas mihi conaris opponere. Non deieci, sed reieci. Peracutum hoc tibi videtur, hic est mucto defensionis tuae; in eum ipsum causa tua incurrat necesse est. Ego enim tibi refero: si non sum ex eo loco deiectus quo prohibitus sum accedere, at ex eo sum deiectus quo accessi, unde fugi. Si praetor non distinxit locum quo me restitui iuberet, et restitui iussit, non sum ex decreto resitutus.

キケロー『カエキーナ弁護』第八四節：しかしあなたがこの場所を避け、尻込みし、私に言わせれば私をこの公正な広野から文言のあの狭さへと、そして字句のあらゆる隅へとあなたが呼び戻すなら、あなたが私に仕掛けようとした策略それ自体にあなたが嵌められることになる。「私は追い出したのではなく、追い返したのだ」と。あなたにはこれは抜け目ないものと見られたが、それはあなたの防御の刃先である。あなたの事案はこの刃先にぶつかるのが必然である。というのも、私はあなたに以下のように返そう。即ち、私が近く(こと)を禁じられたその場所から私は追い出されていないとしても、私は私が近づく(こと)を逃走させられたその場所から追い出された。法務官は私が原状回復されるよう命じた場所を明確に述べずに原状回復されるよう命じた場合、私は裁決に基づいて原状回復された訳ではない。

なお、本稿における翻訳の問題として、表題にもある「駆逐 (= 追い出し)」deductio』の二義性を挙げる必要がある。これこそが本件両当事者間で、そして今日の我々にとっても、争点である。一人称単数の直説法完了形は「私は追い出した deieci」となる。後述するように「入った」とのない「相手」を「私は追い返した reieci」としても、「駆逐・追い出し」に該当しない、と被告は主張する。本稿ではこれを対比すべく「追い出し」と訳出することがある。他方、行為を指す名詞としては「慣習による駆逐」のような熟語が適すると判断し、場合によっては上記のように併記した。

- (10) R. Baed. A. Torcoli, L'epistolario tra Cicerone e Aulo Caecina nobile volterrano (46-45 a.C.), in: *Rassegna Volterrana*, Anno LVII (1981), 1-22 参照。なお、イタリヤの O P A C には唯一収録されたバウリア大学所蔵の抜刷を入手するに際しては、同じくクリフォ G. Orfó 教授門下の兄弟子たる M. Felici 氏 (現 LUMSA Palermo) の手を煩わせた。未知なるバウリア側協力者にも併せて謝意を表したい。

- (11) Cic. *Caecin.* XXXI. 91: Cur ergo aut in illud cotidianum interdictum vnde ille me vi deiecit additur cum ego possiderem, si deici nemo potest qui non possidet, aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quaeri possederit necne? Negas deici, nisi qui possideat. Ostendo, si sine armatis coactive hominibus deiectus quispiam sit, eum qui fateatur se deiecitse vincere sponsonem, si ostendat eum non possedissee. Negas deici, nisi qui possideat. Ostendo ex hoc interdicto de armatis hominibus, qui possit ostendere non possedissee eum qui deiectus sit, condemnari tamen sponsonis necesse esse, si fateatur esse deiectum.

一ヶケロー「カエキーナ弁護」第九一節…それでは、占有していない人は誰も追い出され得ないとすれば「彼が私を暴力で追い出すところから」という通常の特示命令に「私が占有していた場合」と付け加えられるのは何故なのか、或いは果たして占有していたか否かを審理することを要するとすれば武装人員に関するこの特示命令にそれが付け加えられていないのは何故なのだろうか。あなたは占有する人を除いては追い出されないと論駁する。私が示すのは、武装して糾合された人員を伴わずに誰かが追い出された場合、彼は占有していなかったことを示すときは、自身が追い出したことを認諾する人が誓約で勝訴することである。あなたは、占有する人を除いては追い出されないと論駁する。私が示すのは、武装人員に関するこの特示命令に基づけば、追い出された人は占有していなかったことを示し得る人はしかし、相手が追い出されたことを認諾するときは、誓約で敗訴せざるを得ない、ということである。

二 ラブルーナによる暴力論と三区区分

L・ラブルーナ著『暴力が行なわれることを当職は禁じる *Vim fieri veto*』(一九七一年)⁽¹²⁾は、「合意に基づく暴力 *vis ex conventu*」を、法務官面前に赴く以前に行なわれ、占有訴訟を開始させるものと推測する。更に進んで、ラブルーナによる限り、これは自身が所有者たる旨の主張に基づくと解され、この点で吉原論文(二〇一四年)も同様の理解に立つ。これに対して、「特示命令に基づく更なる事柄 *cetera ex interdicto*」に含まれる「暴力を為すこと」⁽¹³⁾は、特示命令発令以後に、手続の展開に必要なが故に、両当事者が象徴的に行なうものとされる。従って、「合意に基づく暴力」は、法廷手続に至る前に、両当事者合意の上で、一方が他方を駆逐する(他方当事者から見れば駆逐される)行為であって、「特示命令に基づく」「暴力を為すこと」とは異なるとされる⁽¹⁴⁾。

ところで、「特示命令に基づく更なる事柄」は、不動産占有保持〔あなたが占有しているように〕*uti possidetis* の特示命令〔以下ではUP特示命令と略記することがある〕が発令されたことを前提に、命令違背を主張する後続手続を開始させる(白兵戦をも意味する「手交 *manum conserere*」類似的)機能を果たしたと解される⁽¹⁵⁾。即ち、両当事者が相争う旨を明示する暴力行使(擬制)⁽¹⁶⁾と言える。加えて、訴訟上の象徴的な「特示命令に基づく暴力」は、告示に言う禁止対

象としての「暴力が行なわれること」に該当しない⁽¹⁷⁾。これに対して、禁止暴力該当行為としては、本来の占有者が使用収益することを妨げるべき、播種・耕作・建築などの土地利用が想定される⁽¹⁸⁾。実は、ラブルーナの議論はその後、公有地占有の制限内における土地の手入れ、戦勝征服地を大規模経営する騎士階級、その支持基盤としての都市無産階級、グラックス兄弟の農地法、租税負担地入札、カンパーニア地方での境界画定に派遣された政務官を指摘した上で、侵奪からの小規模占有者保護を「不動産占有保持（あなた方が占有しているように）」の特示命令に見出す。しかし、本稿は暴力〔不動産占有回復〕特示命令に注目するため、これ以上は立ち入らない。

(12) L. *Labruna Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia* (Napoli 1971). 詳細は前記（本稿註②）拙稿（二〇〇四年）参照。

(13) Gai. Inst. IV, 170: Sed quia nonnulli interdicto reddito, cetera ex interdicto facere volebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicia quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. Quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciunt, veluti qui vim non faciunt aut fructus non liceatur, aut qui fructus licitationis satis non det, aut si sponsiones non faciat, sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituit adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti non faciat. Itaque etsi alias potuerit interdicto VTI POSSIDETIS vincere, si cetera ex interdico... per interdictum secundarium... secundarium... quamvis hanc opinionem... Sabinus et Cassius secuti fuerint...

ガイウス「法学提要」第四卷第一七〇法文…しかし数人が特示命令発布後特示命令に基づく更なる事柄を為すことを欲せず、それにより事柄が展開され得なくなった故に、法務官はそのような場合について規定し、二次的に発布される故に二次的特示命令と我々が呼ぶ特示命令を整備した。それらの効果及び効力は、特示命令に基づく更なる事柄を為さない者、例えば暴力を為さず又は果実を値付けしない者、或いは果実の競売について担保提供しない者、或いは誓約を為さない場合、又は誓約に基づく訴訟を受け入れない場合、そうした者は、或いは占有する場合には相手方に占有を返還するように、占有しない場合には占有者に暴力を為さないようにというものである。同様に、特示命令に基づく更なる事柄（不明）の場合、「不動産占有保持（あなた方が占有しているように）」の特示命令によって別のものを得ることが出来た場合であれ、（不明）二次的特示命令を通じて、（不明）二次的、（不明）たとえこの見解を、（不明）サビウスとカッシウスが従っていたとしても、（以下不明）

(14) これに対し、小菅芳太郎「Uti Possidetis: 特示命令に関するガイウス文（Gai. 4. 149）」に於けるインテルポラテイオの可能性について（一）「国家学会雑誌」七一巻三号（一九五七年）五三一—五九頁、及び佐藤篤志監訳「ガイウス 法学提要」二三四頁註二八三は、「合意に基づく暴力」を「特示命令に基づく更なる事柄」の一つとする。

(15) 原田俊彦「ローマ共和政初期における公職の裁判権力について——対物訴訟の場合——」(一)『早稲田法学』八九巻四号(二〇一四年)一—六頁、特に一六—四八頁参照。

(16) 原田論文(二〇一四年)(本稿前掲註(15))は「ウィンディカティオ」とする。

(17) D. 50. 17. 155. 1 (Paulus 65 *ad ed.*): Non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione expentur.

学説纂纂第五〇巻第七章第一五五法文第一項(パウルス「告示註解」第六五巻)…自身の権利を用い通常の訴権で争う人は、暴力を為すとは看做されない。

(18) D. 43. 16. 11 (Pomponius 6 *ex Plautio*): Vim facti qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquunt.

学説纂纂第四三巻第一章第一法文(ポンポニウス「プラウトゥス抄録」第六巻)…占有者が占有するであろう物について、或いは種を置く事で或いは掘る事で或いは耕す事で或いは建築する事で、或いは自由な占有を相手方に残さなくするその他全てのことを為す事で、占有者が自らの判断を実行に移すことを許さない者は、暴力を為す。

三 「慣習による駆逐」と「合意に基づく暴力」の同視

他方で、ラブルーナ前掲書は、「合意に基づく暴力」と所謂「慣習によって行われる駆逐 *deductio quae moribus fit*」⁽¹⁹⁾とを同視する。キケローによれば「暴力及び〔たる?〕慣習による駆逐 *vis ac deductio moribus*」⁽²⁰⁾とも呼ばれるこれらの行為は、名称が確定していないとは言え、同一であると言える。本稿は、カエキーナ弁護第二七節、第三二節、及び第九五節に見える「慣習による駆逐」と「慣習によって駆逐されること」⁽²¹⁾を同視し、ラブルーナに従いつつ、第五七節の「暴力と追い出し」⁽²²⁾も参考に、いずれも「合意に基づく暴力」と解する。

『カエキーナ弁護』では、「不動産占有保持(あなた方が占有しているように) *in possidetis*」の特示命令ではなく、「武装奴隷による暴力(武装糾合暴力による不動産占有回復) *unde vi hominibus armatis*」の特示命令が申請された。

次章で見る通り、一旦は合意された「慣習による駆逐」が、果たして前者(U P特示命令)の申請を前提としたのか、

それとも後者の前提たる暴力から武装の要素を除いた(日常的)暴力 *unde* 特示命令を予定したものであったのか、史料からは判然としない。少なくとも、(暴力行使該当性を巡る)両当事者による誓約に基づく占有訴訟に対する準備行為として必要な手続だと認識されていたと推察される。不動産占有保持UP特示命令は占有紛争における暴力行使を双方に禁じた上で、訴訟に移行する際に儀式的暴力を両当事者が交わすことで、必ず一方が禁止に違背したという構造を持つ。暴力特示命令は追い出された側が原状回復されるよう命じた上で、訴訟では回復義務の存否が争われる。いずれにせよ、「慣習による駆逐」が「暴力」を意味することが共有された前提だと解される。

(19) 典拠として、キケロー「カエキーナ弁護」から二箇所、「トゥッリウス弁護」から一箇所が挙げられる。

Cic. Caecin. VII, 20: *Cum hoc novae litis genus tam malitiose intendret, placuit Caecina de amicorum sententia constituere quo die in rem praesentem veniretur et de fundo Caecina moribus deduceretur. Conlocuntur. Dies ex utriusque commodo sumitur. Caecina cum amicis ad diem venit in castellum Axiam. ...*

キケロー「カエキーナ弁護」第二〇節：この新たな種の訴訟を悪意に満ちて(「アエプティウスが」意図したので、カエキーナは、どの日に現地へ赴きその土地からカエキーナが「慣習によつて駆逐されるかを、友人たちの意見から決めることにした。〔両者が〕赴いた。両者共の利便に基づいて日が定められた。カエキーナは友人達と共にその日にアクシアの小屋へ行った。(後略)

Cic. Caecin. VIII, 22: *Quo loco depulsus Caecina, tamen qua potuit ad eum fundum profectus est, in quo ex conventu vim fieri oportebat. 同第三節：カエキーナはその場所から追ひ払われたが、不意に基づいて暴力が行われねばならぬその土地へ行くことした。(後略)*

Cic. pro Tullio, VIII, 20: *Appellat Fabius ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullium, vadimonium Fabio Roman promissurum. ...*

キケロー「トゥッリウス弁護」第二〇節：(前略) ファビウスは、或いは自身がトゥッリウスを駆逐し、或いはトゥッリウスによつて駆逐されるよう、求めた。ファビウスは自身がトゥッリウスを駆逐するつもりで、ローマへの再出頭担保問答契約をファビウスに約束するつもりであると言った。(後略)

なお、後者については柴田光蔵「ローマ法における損害訴訟の一考察——キケロー *Marcus Tullius Cicero* の「トゥッリウス弁護論 *pro Tullio*」をめぐって」『法學論叢』九二巻四・五・六合併号一七六—二二五頁(一九七三年)参照。事件経過は以下の通りである。

①原告トゥッリウスは南伊トゥリウムに父祖からのポプリアーナ農地を所有

②隣接地所有者・元老院議員G・クラウティウスが被告フアビウスとGn・アケッロニウス(A)に高額売却

↓共有者Aが被告による競売で競落；境界を偽りポプリアーナ農地を含めて売却

③占有紛争となり決着せず；被告が奴隷に武器を持たせ農地に派遣するなど不穏化

↓原告来訪時に被告とAを交え会談；「慣習による驅逐」を被告が原告に行使する約束

↓占有訴訟の前提；ローマでの出頭担保約束を交わす

④翌日早朝に被告の奴隷多数が武装し建物破壊、奴隷殺害

↓原告の奴隷フィリヌスが原告に通報；友人を呼び証拠保全

⑤原告は損害賠償を提訴

(20) Cic. Caecin. XI. 32: .. Est haec posita, quae ab adversario non negatur, Caecinam, cum ad constitutam diem tempusque venisset ut vis ac deductio moribus feret, pulsam prohibentque esse vi coactis hominibus et armatis. ..

キケロー「カエキーナ弁護」第三二節：(前略)相手方によつて否定されていないことだが、カエキーナは、定められた日時に「暴力及び慣習による驅逐」が行われるように赴いた時、集合し武装した奴隷によつて暴力で追い出され妨害された、と主張された。(後略)

(21) Cic. Caecin. X. 27: A. Atilius et eius filius L. Atilius et armatos ibi fuisse et se suos servos adduxisse dixerunt; etiam hoc amplius: cum Aebutius Caecinae malum minaretur, ibi tum Caecinam postulasse ut moribus deductio feret. ..

キケロー「カエキーナ弁護」第二七節：アウルス・アティリウスとその息子ルーキウス・アティリウスが言った。そこには武装した者がおり、自らも自己の奴隷を引き連れていた、と。それどころではない。アエプティウスがカエキーナを危害で脅したにもかかわらず、そこでカエキーナは「慣習による驅逐」がなされることを要請した、とも。(以下略)

Cic. Caecin. XXXII. 95: Sunt in eam rem testimonia. Postea cur tu, Aebuti, de isto potius fundo quam de alio, si quem habes, Caecinae denuntiabas, si Caecina non possidebat? Ipse porro Caecina cur se moribus deduci volebat idque tibi de amicorum et de Aquili sententia responderat. ..

同第九五節：そのことについて証言がある。それでは、アエプティウスよ、君は何故、カエキーナが占有していなかったとすれば、君が持っているとする他でもない寧ろこの地所のことを、カエキーナに指示したのか。更に、カエキーナ自身は何故、「慣習によつて驅逐されること」を望み、友人とアクイリウスの意見に従つて君にそう解答したのだろうか。(以下略)

(22) Cic. Caecin. XX. 57: .. aut quivis qui illam vim detractionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit. キケロー「カエキーナ弁護」第五七節：(前略)又は誰であれそつした「暴力と追い出し」をあなたの要請又はあなたの名義で行なった者であつ

たので、この種のことで厳密に法の理に違はないからである。

四 暴力合意への違背と、被駆逐者による暴力特示命令申請

ところで、カエキーナと慣習による駆逐に合意したアエプティウスのように、当事者が約束を果たさないことも十分にあり得る。その際、駆逐される予定であった側にとつては、予定の占有訴訟、不動産占有保持UP特示命令、又は暴力〔不動産占有回復〕特示命令の申請が前提を欠くこととなる。そこで、被駆逐予定者は、暴力合意違背者による妨害・不協力に抗して、敢えて係争地に入ろうとする。なぜなら、元来は占有保持を巡る紛争が生じていたからであつて、相手方が適法な占有者であること自体を否認するからである。これに対して駆逐予定者は、合意・慣習を無視して、現実的に物理的に駆逐する例が知られている。形式的には文言に従つた予定通りの行為であるとも解され得るにも拘らず、当該行為に関する弁明として、「追い出したのではなく、防いだ *obstiti*・追い返した *recoeli*」と主張することが出来た。この点は章を改めて後述することとし、その前に先ずは、約束に違背する挙に出た駆逐予定者の真意を探求しておきたい。

ビュルゲ A. Burge⁽²⁴⁾によれば、アエプティウスは公共広場 *forum*⁽²⁵⁾ で通告した所有物取戻訴訟を念頭に、相手方たるカエキーナによる訴訟戦略を見誤つていた、と推測される。つまり、カエキーナが証明に窮する（自己競落の禁止を潜脱すべく執事アエプティウスを介して競売に参加し落札したフルキニウス農場の）所有権を争点としないよう、被駆逐者として、①駆逐者アエプティウスの行使した「暴力」が（不動産占有保持UP特示命令による）禁止対象に該当すること、及び②カエキーナ自身の有する「占有」には「暴力・隠秘・容仮」の「瑕疵」がないこと、を根拠に、後続手続で勝訴して占有者と認定される予定であつたと思われる。この戦略に気付いたアエプティウスは、意を翻し、武装人員で対抗することにした。即ちビュルゲ説では、意図的に不動産占有保持UP特示命令の問題となることを回避し、暴力 *unde vi* 特示命

令の問題となることを選択した訴訟戦略が (恐らく法学者・被告弁護人たるピソへの入れ知恵により) 採用されたとされる。この理解に立てば、暴力特示命令の文言が、申請者に対する「追い出し」を発給要件として規定している以上、これまで一度も係争地に入ったことのない原告カエキーナが「所有者」と認定される必要があり、従って一歩たりとも入れさせてはならないと考えられていた、と想定できる。これにより、本権訴訟における被告の地位を得て相手方たる原告に立証責任を課そうとするカエキーナの意図は、実現を妨げられることになる。なぜなら、そもそも原告カエキーナは、本権の立証に窮したからこそ、占有訴訟の道を選んだ筈だからである。

これに関連して、吉原論文(二〇一四年)は、合意・慣習による駆逐を、暴力特示命令に係らしめる。これに対して前掲拙評は、合意により期日に暴力儀式を挙行すべき「アクシアの城 *castellum Axia*」が、係争地から至近・直近の公共空間(準・フォルム)であつてフルキニウス農場それ自体ではないことから、「そこ(=係争地)から追い出す」ことは合意されなかったと解した。すると、ラブルーナの問題意識を先鋭化させた上で、儀式的暴力の象徴性と、駆逐行為の一方性、翻つて手続的要素としての双方方向性(二重性)という三者が、それぞれ如何なる関係に立つか、という課題が見出される。『カエキーナ弁護』に言う①「暴力・慣習による駆逐」は、占有訴訟を開始させる儀式であつて、一方が他方を駆逐する形式を採る。これに対して②「特示命令に基づく更なる事柄」に含まれる暴力は、特示命令発令後の手続として、両当事者が相互に行使し合う象徴的暴力である。そうして、この象徴的暴力を評価すべく、不動産占有保持UP特示命令に基づく誓約訴訟において、③「暴力が行なわれることを当職は禁じる」と告示された対象としての「暴力」に該当するのが、両当事者の行使した暴力のうちで、いずれであるのか、が審理員により実体審査される。換言すれば、告示の禁止は一見したところ外形的には双方の暴力行使を規制するものであるが、正にそれ故にこそ、一旦は両者に暴力を敢えて行使させ、それが是認される一方当事者についてだけ免責し、他方当事者による誓約が必ず偽りのものとなる手続が用意されていたのである。ただ、象徴と一方性と二重性を考慮しても、当初の合意が不動産占

有保持UP特示命令ではなく暴力 *inde* に特示命令を想定した可能性は残る。

しかし、ここで素朴な疑問が生じる。カエキーナの占有認定獲得戦略に事後的にアエプティウスが気付いて入れさせではならぬと決意することには合理性があるとしても、武装人員を用いた暴力は過剰であると判定される危険性が高い。つまり、合理的かつ冷静な訴訟戦略を想定すればするほど、武装暴力を選択した背景の説明が困難になると思われる。

この疑問を両端から分析し直せば、①武装暴力に関する特示命令の発給と後続手続とが被告アエプティウスにとって不利の度合いを増すものではなかった可能性、及び②武装認定が多少不利をもたらすとしてもなお、これを上回る必要性・急迫性をアエプティウスは「追い返し」時点で強く感じていた可能性、の二点に集約・分節し得る。いずれにせよ、アエプティウスの主観的な見通しに依拠する。そこで、章を改めて、後続手続における被告アエプティウスの主張を検討する。

(23) *Cic. Caecin.* XI. 31 *Vtrum. recuperatores. his testibus non creditists. cum quid liqueret non habuists? at controversia non erat quin verum dicerent An in coacta multitudine. in armis. in telis. in praesenti metu mortis perspicuoque periculo caedis dubium vobis fuit inesse vis aliqua videtur neque? Quibus igitur in rebus vis intellegi potest si in his non intellegetur? An vero illa delensio vobis praecleara visa est: Noti delicti sed obisti. non enim [te] sum passus in fundo ingredi sed armatos homines opposui. ut intellegeres. si in fundo pedem posuisses statim tibi esse pererundum? Quid ais? is qui armis proteritius. fugatus. pulsus est non videtur esse delictus?*

ケケロー「カエキーナ弁護」第三二節・審理員よ、あなた方は明白だとまだ確信しないと、こうした証人を信用しなかったのだろうか。しかし彼らが真実を述べたことには争いはなかった。それとも、集められた群衆、防衛と攻撃の武器、死への現実的恐怖と、殺戮への明白な危険の中に、何らかの暴力が内在すると見られるのか否か、あなた方には疑いがあるだろうか。それなら、こうしたものに暴力があると解されないならば、一体どのようなものに暴力があると解されるのだろうか。これに対し、次のような防衛が卓越しているとあなた方には思われたのだろうか。即ち、「私は追い出したのではなく防いだのである」というのも、私は「あなたが」土地に入ることを受忍せず、あなたが土地に足を踏み入れれば、直ちに死ぬことになるとあなたに理解させるために、武装した者どもを私は配置しておいたからである」と。あなたは何と言っただろうか。武器によって脅され、退けられ、駆逐された者が、追い出されたとは見られないのだろうか。

(24) *A. Bürg.* Zwischen Eigenmacht und Recht: Zur Praxis der *lex Julia de vi armata* von Seneca bis Mark Aurel. in: M.J. Schermer. J.M.

Rainer, I.C. Winkler (eds.), *Iurisprudentia universalis: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (Köln 2002), 65-84.

五 特示命令後続手続における被告たる駆逐者による「防いだ・追い返した」旨の主張

アエプティウスは、カエキーナ裁判において、①追い出し不該当・②暴力不該当の二点⁽²⁵⁾を主張したようである。そこで被告の主観的見通しに関する仮説として、(A)原告が特示命令を申請することはないと被告が想定していた、(B)合意は不動産占有保持UP特示命令を前提とし、これを覆して、原告が暴力 *unde vi* 特示命令を申請するようさせた、又は(C)通常の(日常的)暴力 *unde vi* 特示命令を申請する合意を破棄し、意図的に武装暴力 *de vi armata* 特示命令に手続を転換させる趣旨であった、の三種が考えられよう。

(A)仮に、アエプティウスの主観的見通しに甘さがあり、原告カエキーナは特示命令を申請してこないと踏んでいた、と想定することは可能であろう。しかしそうだとすると、不動産占有保持UP特示命令又は暴力 *unde vi* 特示命令を申請する前提としての駆逐に合意していた点との整合性に疑問が残る。寧ろ、(C)に見る通り、僅かな可能性として原告申請断念を視野に入れつつ、相手方の反応・リアクションとして、暴力 *unde vi* 又は武装暴力 *de vi armata* 特示命令が申請されるものと推定したと見るべきであろう。その際には、主体的な選択として、武装暴力 *de vi armata* 特示命令を巡る争いの渦中に身を置く方が、通常暴力 *unde vi* 特示命令の問題で戦うよりも、自身に有利であったと考えたことになる。その根拠は(C)で検討したい。

(B)これに対して、アエプティウスは相手方が合意違反に際して通常暴力 *unde vi* 特示命令を申請するよう仕向ける目的で、合意に反して、慣習による駆逐という象徴的で一方的な暴力行使を阻止する意図に出た、と想定することも出来るように見える(その場合には、合意の対象となったのは、暴力 *unde vi* 特示命令ではなく、不動産占有保持UP特示命令であった、と考えるのが自然である。合意に違反してなお、同一の暴力 *unde vi* 特示命令が申請される状況を作り出したことになり、説明に窮

する。但し、(A)で見た通り、威嚇に屈して原告カエキーナが主張を断念するように仕向ける効果はあったのかもしれない。しかしその際には、奴隷の暴走を止められず、不本意にも武装暴力 *de vi armata* 特示命令が申請される事態に至った、と理解される。以下で見る「防いだ・追い返したのであって、追い出したのではない」との主張も、意図せざる結果を言い包めるために、被告側代理人ピーソーが捻り出した苦肉の策と位置付けることになろう。

(C)これとは逆に、敢えて武装暴力に問題を転化する意図で、通常暴力 *unde v.* 特示命令を申請させない目的を有していた、と想定する学説も存在する。⁽²⁶⁾ 仮にそうだとすると、後続手続で問われるべきは、「被告アエプティウスによる排除の違法性」となる。つまり、武装暴力 *de vi armata* 特示命令が文言上、申請者の「占有」を不問とし、従って当然ながら申請者の占有が平穩・公然・容假でないことも要求されない点に注目し、翻って再び文言上の問題として、原告は「追い出された」との認定が必要であることに賭けた、と見ることになる。原告は、瑕疵なき占有者と認定される自信があつたが故に、「慣習による駆逐」に際して自身を被駆逐者とする合意を得たのであろう。もしかすると、「慣習による駆逐」の合意時点で、被告アエプティウスは既に約束に違背するつもりであつたのかもしれない。いずれにせよ、合意時点、又は合意違背としての排斥時点で、被告アエプティウスの認識として、原告カエキーナは「追い出された」とは認定されない、と想定していた筈である。それ故にこそ、本件後続訴訟において、被告は、アエプティウスは「既に」原状回復した」と陳述した。被告アエプティウスにとつては、そもそも一度も係争地に入つたことのない状態が原告カエキーナの「原状」であり、入つてこなかつた人物を防ぎ追い返したことは、特示命令に言う「汝、原状回復せよ」に違反したことにはならない。そのような理解を前提に、法学者ピーソーの見解・後押しを得て、被告アエプティウスは暴力合意の後に、意を翻して武装奴隷による駆逐を選択し家人に命じて実行した、と見られる。

それでは、そのような技術的な文言解釈は、キケローによるその他の法廷弁論、或いは学説彙纂に伝わる共和政末期・帝政前期の法学者による見解と、調和的に位置付けることが出来るのか。この点を次章にて検討する。

(25) 吉原論文 (二〇一四年) 参照。

(26) Burge (2002) [本稿前掲註(24)参照]。

六 キケロー法廷弁論及び学説彙纂における回復義務

「私は追い返した」*reici*、或いは「追い返された」*reictus* という表現は、キケローの法廷弁論『カエキーナ弁護』において三例、第三八節、第六六節、第八四節において確認される。⁽²⁷⁾ いずれの用法も、「私は追い出した *dedeci*」を否定してこれと対比する形である。つまり、特示命令の告示文言としての「慣習による駆逐」に該当しない点を被告アエプティウス側は強調し、外形的に「追い出し」に見える行為を、別の「追い返し」と表現する。

同様に、キケローが引用する被告アエプティウスの主張には、「追い出してはいない。…入るのを許さなかった *non sibi accedere*」⁽²⁸⁾との用語法も見出される。少なくとも、アクセスを拒絶する行為を「追い出し」に含めるか否かが争われている点で、パウルスの表現が参考になるが、『断案録』での概念規定は、キケローと同様に、被告アエプティウスの主張とは逆に、アクセス拒絶を追い出しと認定する。⁽²⁹⁾

では、原告カエキーナを弁護するキケローによつては、「追い出し」を如何に理解すべきとされるか。『カエキーナ弁護』第八二節、第八八節、第八九節を総合すれば、「入れなかつた場所へ」原状回復する義務が特示命令によつて課され、従つて翻つて入れさせないことを「追い出し」と称するようである。⁽³⁰⁾

ところで、特示命令の適用と拘束力について、武装奴隷を伴わない「通常暴力」に対しては、申請者に瑕疵なき占有が必要とされ、従つて特示命令の名宛人たる被告は、原状回復義務を課されても、「追い出し」を認諾した上で、相手方の占有、及び瑕疵の有無を争うようである。⁽³¹⁾

これに対して、武装暴力に関しては、第三九節の「妨害した *obstitit*」、「排斥され追ふ出される *expellat ac dei-*

car]、「追ひ払う expulert」、第五〇節の「出される eiectus」といった多様な表現も用いられる⁽³²⁾。しかしながら、キケローの趣旨が、「追い出し」概念の拡大にある以上、こうした言い換えは文言解釈や特示命令の拘束力を巡る分析にとつて大きな意義を持たない。

ところで、キケローは「クインクティウス弁護 pro Quinctio」において、属州ガリアにおける同様の措置を「追ひ払われ出された expulsus atque eiectus」とも表現する⁽³³⁾。とは言え、法的用語法を検討するには、学説彙纂に目を転じる方が有益であろう。

学説彙纂では公道改修特示命令に関する章に採録されたパウルス文⁽³⁴⁾によれば、公道を「逸らせた reiecerit」者は、元に戻す義務を負うとされる。

暴力〔不動産占有回復〕特示命令に関するパーピニアヌス文⁽³⁵⁾は、地主から土地を購入した買主の立ち入りを小作人が妨害した後、買主が暴力で小作人を「排除した expulsi」場合に言及する。争いなき理解の第一は、妨害者たる小作人が特示命令で責めを負い、引渡し以前に占有は（売主により？）保持される、とする点である。他方で第二に、後行する暴力行使によって、買主もまた小作人に対して特示命令で責めを負う。当該暴力が占有者たる売主から土地を奪うものだからである。これに対し見解対立が示唆されるのは、排除された小作人が更に売主の意思により暴力で買主を排除し返した場合について、である。パーピニアヌスは、小作人を救済せず、その理由として、許されない *illicitum* 委任を引き受けたからだ、とする。

同じく暴力〔不動産占有回復〕特示命令に関して、ウルピアーヌス文⁽³⁶⁾によれば、土地から「排除された expulsus」場合、暴力で「追い出された deiectum」と解される。その際、原状回復義務は土地のみならず、その他の物についても及ぶとされる。

(27) Cic. *Caecin.* XIII, 38: ... *Isne apud vos obtinebit causam suam qui se ita defendenti: reieci ego te armatis hominibus, non deieci, ut tantum*

facinus non in aequitate defensionis, sed in una littera latuisse videatur?

キケロー「カエキーナ弁護」第三八節：(前略) 以下のように自らを防御する者が、あなた方の許で勝訴することがあるうか。即ち、それほど
の行為が、防御の公平さにてはなく、たった一文字の中に隠れたと見られるように、「私自身が武装した輩によってあなたを追い返したのであ
らぬ」と。」

Cic. Caecin. XXIII, 66: In ista vero causa cum tu sis is qui te verbo litteraque defendas, cum tuae sint hae partes: unde detectus es? an inde
quo prohibitus es accedere? relectus es, non detectus...

同第六六節：しかしこの場合、文言と字句によつてあなたを防御するのがあなた自身であるので、あなたの立場は「あなたはどこから追い出さ
れたのだろうか? 近付くことをあなたが禁じられた場所からであろうか? あなたは追い返されたのであつて、追い出されたのではない」といふ
ものである。(以下略)

Cic. Caecin. XXIX, 84: Sin hunc locum fugis et reformidas et me ex hoc, ut ita dicam, campo aequitatis ad istas verborum angustias et ad
omnis litterarum angulos revocas, in eis ipsis intercludere insidiis quas mihi conaris opponere. Non deieci, sed reieci! Peracutum hoc tibi
videur, hic est mucro defensionis tuae: in eum ipsum causam tuam incurrat necesse est. Ego enim tibi refero: si non sum ex eo loco detectus quo
prohibitus sum accedere, at ex eo sum detectus quo accessi, unde fugi. Si praetor non distinxit locum quo me restitui iuberet, et restitui iussit,
non sum ex decreto restitutus.

同第八四節：しかしあなたがこの場所を避け、尻込みし、私に言わせれば私をこの公正な広野から文言のあの狭きへと、そして字句のあらゆる
隅へとあなたが呼び戻すなら、あなたが私に仕掛けようとした策略それ自体にあなたが嵌められることになる。「私は追い出したのではなく、追
い返したのだ」と。あなたにはこれは抜け目ないものと見られたが、それはあなたの防御の刃先である。あなたの事案はこの刃先におつかるの
が必然である。というのも、私はあなたに以下のように返そう。即ち、私が近づくことを禁じられたその場所から私は追い出されていないとして
も、私は私が近づき逃走させられたその場所から追い出された。法務官は私が原状回復されるよう命じた場所を明確に述べずに原状回復されるよ
う命じた場合、私は裁判に基づいて原状回復された訳ではない。

(28) Cic. Caecin. XXIII, 64: Venio nunc ad illud tuum: non deieci, non enim sivi accedere...

キケロー「カエキーナ弁護」第六四節：さて私は、あなたの主張に移ろう。「私は追い出していない。なぜなら入るのを許さなかつたから
だ」と。(以下略)

谷本 U. Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzkonslegung der römischen Juristen* (Köln/Berlin/Bonn/München 1967), 40-41 頁、「文言
と意思 verba-voluntas」として争点 status に関する記述の中で上記第六四節等を引用しつつ、本件は「成文の意味内容 scriptum et sententia」と
を争点とせず、「追ひ出し delere」の定義が問題となっていることを指摘する。古代ローマの争点論については、ウルリケ・パビュジヨール(田中

実、佐々木健訳)「トビクと法華」—パピニアヌス『質疑録』(D. 35. 1. 72)における立論の構造」『南山法學』四一巻二号掲載予定参照。

(29) Paul. Sent. 5, 6, 6 vi. *deiectus* uidetur et qui in praedio ui reinetur et qui in uia territus est, ne ad fundum suum *accederet*.

パウルス『断案録』第五卷第六章第六文：暴力で追い出されたこと見られるのは、地所に入るのを暴力で阻止される者も、自己の土地に「*intrare*」しなかつた路上で威圧された者も「*intrare*」である。

(30) Cic. *Caecin.* XXIX, 82: Quoniam satis recusavi, venio iam quo vocas. Quaero abs te si nunc *deiectus*, non de Fulcinio fundo; neque enim praetor, si ex eo fundo essem *deiectus*, ita me restitui iussit, sed eo unde *deiectus* essem, Sum ex proximo vicini fundo *deiectus*, qua adham ad istum fundum, sum de uia, sum certe alicunde, siue de privato siue de publico: eo restitui sum iussus. Restituisse te dixi; nego me ex decreto praetoris restitutum esse. Quid ad haec dicimus? Aut tuo, quem ad modum dicitur, gladio aut nostro defensio tua conficiatur necesse est.

キケロー「カエキーナ弁護」第八二節：私は十分に異議を唱えたので、あなたが呼んだところに既に私はやって来た。私があなたに問うのは、フルキニウス農場からというのではなくて私が追い出されたか否かである。というのも、法務官は「その農場から私が追い出された場合に」ではなく、「私が追い出されたところへ」私が原状回復されることを命じたからである。私は、私がかの農場へ行くのに通つていた近接する隣地者の農場から「*追い出され*」、私は道から、私有であれ公有であれ或る場所から確かに「*追い出された*」。私はそこに「*原状回復される*」との命令を買った。あなたは自らが原状回復したと述べた。私は、法務官の判決に基づいて原状回復がなされたことを否認する。これについて我々は「*言うおつ*」か、「よく言われるように」、あなたの剣によるのであれ我々の剣によるのであれ、あなたの防衛は打ち負かされるのが必然である。

Cic. *Caecin.* XXX, 88: Videis igitur hoc uno verbo 'unde' significari res duas, et ex quo et a quo. Cum autem eo restitui iubet, ita iubet ut, si Galli a maioribus nostris postularent ut eo restituerentur unde *deiecit* essent, et aliqua vi hoc adsequi possent, non opinor, eos in cuniculum qua adgressi erant sed in Capitolium restitui oporteret. Hoc enim intellegitur: unde deiecit, siue ex quo loco siue a quo loco, eo restitvas. Hoc iam simplex est, in eum locum restitvas: siue ex hoc loco deiecit, restitue in hunc locum, siue ab hoc loco, restitue in eum locum, non ex quo, sed a quo deiectus est. Ut si qui ex alto cum ad patriam accessisset, tempestate subito reiectus optaret ut, cum a patria deiectus esset, eo restitueretur, hoc opinor, optaret ut a quo loco deiectus esset, in eum se fortuna restitueret, non in salum, sed in ipsam urbem quam petebat, sic quoniam verborum vim necessario similitudine rerum auocupamur, qui postulat ut a quo loco deiectus est, hoc est unde deiectus est, eo restitatur, hoc postulat ut in eum ipsam locum restitatur.

同第八八節：「*従つて*」の「*ネッ*」から」と「*ウ*」の文意「*よつて*」,「*そこ*」から外へ (ex quo) と「*ネッ*」(a quo) と「*ウ*」の事物が表現されていることをあなた方はわかるでしょう。ところで、「*そこ*」と「*原状回復がなされる*」よう命じるのは、ガリア人が「*そこ*」から「*追い出された*」ところへと原状回復がなされるように我々の父祖に対して求め、ある種の暴力でそれが達成され得るとすれば、私が考えるには、彼らが近づいていた地下

道へと彼らが原状回復されるのではなく、カピトリーウムへと原状回復されねばならない。というのも、以下のように解されるからである。即ち、あなたがそこから追い出した、ということとは、その場所から外へであれそこでであれ、そこへとあなたは原状回復すべきである。と。今やこのことは簡単であり、あなたはその場所へ原状回復すべきなのだ。或いはその場所から外へあなたが追い出したとすれば、この場所へとあなたは原状回復せよ。或いはその場所へ追い出したとすれば、そこから外へ追い出されたのではなくそこで追い出された場所へとあなたは原状回復せよ。ちよと、或る者が沖から祖国へと近づいた際、荒天に見舞われ押し戻された場合に、祖国から追い出されたとしてそこへと原状回復されるよう望むとすれば、私が考えるに、彼が望んでいたのは、そこで排除されたそこへと自らを、大海にはなく彼が求めていたその都市自体へと運命が原状回復することであると同様に、我々は事物の必然的な類似性によって文言の意味を得ようとすべきであるのだから、そこで追い出されたとして、即ちそこから追い出されたとしてそこへ原状回復されるよう求める者は、その場所自体へと原状回復されることを求めているのだ。

Cic. Caecin. XXXI. 89: Cum verba nos eo ducunt, tum res ipsa hoc sentire atque intellegere cogit. Euenim, Piso, redeo nunc ad illa principia defensionis meae: si quis te ex aedibus tuis vi hominibus armatis deiecerit, quid ages? Opinor, hoc interdicto quo nos usi sumus persequere. Quid? si qui iam de foro redeuntem armatis hominibus domum tuam te introire prohibuerit, quid ages? Vere eodem interdicto. Cum igitur praetor interdixerit, unde deiectus es, ut eo restituaris, tu hoc idem quod ego dico et quod perspicuum est interpretaberis, cum illud verbum 'unde' in utramque rem valeat, eoque tu restitui sis iussus, tam te in aedis tuas restitui oportere, si e vestibulo, quam si ex interiore aedium parte deiectus sis.

同第八九節：一方で文言が我々をそこへと導き、他方で事物それ自体がこのように理解し解釈するよう強いる。というのも、ピソよ、——今や私の弁護の冒頭へと戻るが——或る人があなたをあなたの建物から外へ武装した人員を伴って追い出した場合、あなたはどうするだろうか。私が考えるに、我々が用いているこの特示命令であなたは追及するだろう。どうだろうか。公共広場からもうあなたの家に帰ろうとしていたあなたを或る者が武装した人員によって入ることを禁じた場合、あなたはどうするだろうか。あなたはこの同じ特示命令を使うだろう。それ故、あなたがそこから追い出されたところへとあなたが原状回復されるようにと法務官が特示命令を発したときは、あなたは私が述べているのと同じことしかも明白なこのことをあなたは理解するだろう。なぜなら、この「そこから」という文言は両方の事態に妥当し、あなたは原状回復されるの命令を受けるからである。つまり、あなたが玄関からであれ、家屋の内部からであれ、追い出された場合にはあなたの家屋へとあなたは原状回復されることを要する。と。

- (31) Cic. Caecin. XXXII. 92: Dupliciter homines deiciuntur, aut sine coactis armatisve hominibus aut per eius modi rationem atque vim. Ad duas dissimilis res duo diuincta interdicta sunt. In illa vi cotidiana non satis est posse docere se deiectum, nisi ostendere potest, cum possideret, tum deiectum. Ne id quidem satis est, nisi docet ita se possessisse ut nec vi nec clam nec precario possederit. Itaque is qui se restituisse dixit magna voce saepe confiteri solet se vi deiectus, verum illud addit: non possidebat vel etiam, cum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsonem, si

planum facti ab se illum aut vi aut clam aut precario possedisse.

キケロー「カエキーナ弁護」第九二節：人が追い出されるには二種類あり、糾合され武装した人員を伴わないこともあれば、このような手段で暴力を通じてのこともある。二つの異なる事案に対して二つの区別された特示命令が存在する。前者の通常の暴力においては、占有していたときに追い出されたことを示し得るのでなければ、自らが追い出されたこと立証することが出来るには十分ではない。確かに、暴力にもよらず、隠秘にでもなく、容反占有によるのでもなく占有していた、というように自らが占有していたことを証明しない限り、十分ではない。それ故、自らが原状回復したと主張する人はしばしば、自らが暴力で追い出したことを声高に認諾するのが常であるが、「相手方は占有していたいなかった」と付言する。或いは更に、そのこと自体は認めたとしても、自らとの関係で相手方は暴力で、隠秘に、又は容反占有として占有していたことを明らかにする場合は、誓約〔訴訟〕で勝訴する。

- (32) Cicero, *Caecin.* XIV, 39: Huius rei vos statutis nullam esse actionem, nullum experiendi ius constitutum, qui obstitent armatis hominibus, qui multitudine coacta non introitu, sed omnino aditu quempiam prohiberit? Quid ergo? hoc quam habet vim, ut distare aliquid aut ex aliqua parte differre videatur, utrum, pedem cum intulero atque in possessione vestigium fecero, tum expellat ac deiciat, an eadem vi et isdem armis mihi ante occurratur, ne non modo intrare verum aspiciere aut aspirare possim? Quid hoc ab illo differt, ut ille cogatur restituere qui ingressum expulerit, ille qui ingredientem repullerit non cogatur?

キケロー「カエキーナ弁護」第三九節：この種のこと何らの訴権もない、武装した輩で妨害し、多くの人を集めて誰もが入ること(だけ)でなく近づくことさえ禁じた人に対して訴える権利は何も定められていない、とあなた方は判断するのか。ではどうだろうか。このことがどんな意味を有するのか。私が足を踏み入れ占有に足跡を残したときには私が排斥され追い出されるのと、同じ暴力と同じ武器によってそれ以前に私が入ることのみならず近づく見たり嗅いだりすることも出来ないように私を阻止するのでは、何か異なり、又は部分的に異なると見られることは、どんな意味を有するのか。入った者を排斥した者は原状回復を強制され、入ろうとする者を追い払う者は強制されないように、前者を後者から区別するものは何であらうか。

Cic. *Caecin.* XVIII, 50: Deiectus vero qui potest esse quisquam nisi in inferiorem locum de superiore motus? Potest pulsus, fugatus, eiectus denique; illud vero nullo modo potest, non modo qui tactus non sit sed ne in aquo quidem et plano loco. Quid ergo? hoc interdicitum putamus eorum esse causa compositum qui se praecipitatos ex locis superioribus dicent-tes enim vere possumus dicere esse deiectos-an, cum voluntas et consilium et sententia interdici intellegatur, impudentiam summam aut stultitiam singularem putabimus in verborum errore versari, rem et causam et utilitatem communem non relinquere solum sed etiam proderet?

同第五〇節：しかし、高い場所から低い場所へと移動させられない限り、誰かが追い出されることはあり得るのだろうか。排斥された者、逃走させられた者、更に出された者は、追い出されることはあり得る。しかし触れられていない者だけでなく、同じ平らな場所にいた者も、決して

追い出されることはあり得ない。それではどうなるのだらう。この特示命令は、高い場所から自らが突き落とされたと主張する者たちのために用意された——なぜなら彼らこそ追い出されたと我々は言うことが出来るから——と我々は考えるのか、それとも特示命令の意思と意図と趣旨が理解される以上、破廉恥の極みと特異な愚鈍さは言語の誤りにあり、事物、事件、共通の利益を放棄するばかりでなくこれを裏切るも我々は考へるべきにならうか。

- (23) Cic. Quint. VII: Existima C. Aquili, modo et ratione omnia Romae Naevium fecisse, si hoc quod per litteras istius in Gallia gestum est recte atque ordine factum videretur. Expulsus atque electus e praedio Quinctius accepta insigni iniuria configiti ad C. Flaccum imperatorem, qui tunc erat in provincia, quem, ut ipsius dignitas poscit, honoris gratia nomino. Is eam rem quam vehementer vindicandam putarit ex decretis eius poterit cognoscere. Alfenus interea Romae cum isto gladiatore vetulo cotidie pugnat; utebatur populo sane suo, propterea quod iste caput petere non desinebat. Iste postulabat ut procurator iudicatum solvi satis daret; negat Alfenus aequum esse procuratorem satis dare, quod reus satis dare non deberet, si ipse adesset. Appellatur tribunus; a quibus cum esset certum auxilium petitum, ita tum disceditur ut Idibus Septembris P. Quinctium sibi Sex Alfenus promitteret.

(24) D. 43, 11, 3 pr. (Paulus 1 sent.): Si in agrum vicini vian publicam quis reiecerit, tantum in eum viae receptae actio dabitur, quanti eius interest cuius fundo iniuria irrogata est.

学説彙纂第四三卷第一章第三法文首項(パウルス『断案録』第一卷): 何びとかが隣人の土地の中へ公道を遷らせた場合、その者を相手方として、道を戻す訴権が、自らの土地に対して不法侵害が加えられた者に利害関係がある額について与えられる。

- (25) D. 43, 16, 18 pr. (Papinianus 26 quaest.): Cum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuum possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit; postea emptor vi colonum expulit; de interdictis unde vi quaesitum est, placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohiberit; neque enim ante omisam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omniteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata, quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulsisset, dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum suscepit.

学説彙纂第四三卷第一章第一八法文首項(バービニアヌス『質疑録』第二二卷): 賃貸していた人が土地を売却したので、買主が安全な占有に入るよう賃貸していた者は命じたが、小作人は買主が立ち入ることを妨害した。その後、買主は暴力で小作人を排除した。そこで不動産占有回復の特示命令のことが問われた。争いが無いのは、小作人は特示命令によって売主に対して責めを負うこと、なぜなら、立ち入ることを小作人が妨害したのは売主自身に対してなのか、それとも売主の意思に基づいて送り込まれた別の者に対してなのかでは、違いがないからであり、とい

うのも、占有は買主に引き渡される以前には失われたと見られることはないからであり、なぜなら誰も、買主が取得しなかつた占有を、買主のために放棄しようという意図であつた者はいないからであること、その後には暴力を加えた買主も、彼自身が特示命令によつて小作人に対して責めを負うこと、というのも、その占有が奪われた土地は、買主自身からではなく売主から暴力を用いて占有されたから、ということである。問われたのは、売主の意思によつて小作人がその後には暴力で排除した場合、買主が擁護されねばならないか否か、であつた。私が言つたには、許されない委任を引き受けた小作人が救済されるべきではない。

(36) D. 43. 16. 1. 32 (Ulpianus 69 ad ed.) : Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihil minus tenere, quia verum est vi esse deiectum, plane si quis veit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione, potest hoc suo arbitrio habere, et ita Iulianus scribit: idem scribit et si quis vi bonorum raptorum de huiusmodi rebus veit experiri.

学説彙纂第四三卷第一六章第一法文第三二項(ウルピアヌス「告示註解」第六九卷)：私が暴力で排除された土地は私に原状回復されたが、暴力で奪われたその他のものは原状回復されていない場合、にもかかわらず特示命令を有すると言われるべきである。なぜなら、暴力で追い出されたことは確かだからである。明らかなきことに、何びとかが、なるほど不動産の占有についてはこの特示命令によつて争ふことを望むが、動産については提示訴権による場合、彼の判断によつてそのようになし得るのであり、またユリアーヌスがそのように記している。彼が記すには、何びとかが暴力で奪われた物についての訴権によつて、こうした物について争ふことを望む場合も同様である。

七 結 語

キケローの法廷弁論と学説彙纂の法文を総合する手法自体に対しては、それぞれの史料の文脈を無視した非(反)歴史的分析として非難される側面もあろう。しかし、法的文言解釈という作業それ自体が、解釈適用時点からは廻つた規範定立時点における法意・趣旨と対比して、当代の(変遷を経たかもしれない)語義とその拡張如何という問題を孕む(立法者意思の探求などが好例である)。弁論家キケローがこの点を意識したことは多くの著作が物語っており、本件でも弁論全一〇四節中に一四例、「父祖 maiores」の定めに言及する⁽³⁷⁾。同様に、パウルス、パーピニアース、ウルピアースといった元首政期の法学者も、折り重なつた規範とその解釈、即ち先人(古法学者 veteres)の権威と格闘した筈で

ある。その上で、結論において、維持し得る解釈(だけ)が存続した、と推測できよう。

本稿における法廷弁論と法文とに関する総合的検討に基づけば、「慣習による驅逐」で合意した土地に入る筈の当事者が、土地に入らず追い返された場合、この排除は(慣習に反するものとして?)許されざる暴力と解され禁止されることになる。そうして、妨害を受けた当事者は、申請して発令された「暴力〔不動産占有回復〕特示命令」に基づいて誓約訴訟を提起する(本件訴訟は合意が反故にされた結果、武装暴力 *re vi armata* 特示命令に転換された一例と解される)。その際、実体審理において、被妨害者による先行する暴力行使があった場合など、追い返す行為が「許され得る」暴力と解される余地が(被告の主張に基づいて)吟味されよう。そうした暴力驅逐許容事由がない限り、発令済み特示命令が課した原状回復義務を名宛人たる被告は果たしていないと解される。反射的に、追い返す妨害行為は禁止対象たる暴力行使と認定されたこととなり、特示命令申請者たる後続手続の原告は勝訴することが出来ると思われる。

「合意に基づく暴力」が「カエキーナ弁護」では「慣習による驅逐」とも呼ばれるのは、本稿の推測による限り、暴力〔不動産占有回復〕特示命令の申請を被驅逐者が予定していたためであろう。その意味で、告示された定型文言としての「暴力」に該当するものとして、「驅逐」が認識されたと整理できる。本件被告が意を翻したのも、合意の履行に協力すれば、暴力特示命令が発令され、原状回復義務の存否ないし既履行・未履行を巡る誓約訴訟が成立することを回避する目的であったと考えられる。誓約訴訟に移行した場合に、実体審理を担当する審理員 *recuperatores* に付託されるのは、驅逐された特示命令申請者たる訴訟原告が、係争物たる不動産から追い出されたか否か、の判定である。被告が危険視したのは、この判定により、自己が当該不動産に関する原状回復義務を負うとされる可能性であった。敢えて武装した奴隷に命じて農場に入れさせなかったのも、この危険を避け、同時に武装暴力特示命令の申請を被驅逐者たる原告に余儀なくさせるためであったと言える。無権利者の立ち入りを許さない行為は、物理的な有形力行使したとしても、是認される余地がある。「私は追い出したのではない、追い返したのだ」との主張もそうした趣旨で理解できる。

これに対して本件訴訟では、一度も「占有していなかった」筈の原告は、無権利者ではないと認定されたことになる。しかしながらそれは、相続により観念的に原告が占有を取得していたことも、意味しよう。果たしてそれが、休止相続財産を経たあらゆる承継に認められる（認められてきた）のか、駆逐なる妨害を受けた場合にだけ特に観念されるのかは、判然としない。暴力を規制する刑事立法も行なわれた共和政後期なればこそ、私有地を巡る占有争いで現実に暴力的駆逐が多発したのかもしれない。いずれにせよ、占有（回復）訴訟には、準備的儀式として、禁止告示に該当すべき「合意に基づく暴力」が行使されることがあり、法廷弁論の場では「慣習による駆逐」と表現すれば審理員に効果的に印象付けることが出来たと考えられる。

(37) 「文言と意思」というトピック（前掲註(2)参照）にも関連する一節だけを例として挙げておく。

Cic. *Caecin.* XXVIII, 81: Quid est Piso? placet tibi nos pugnare verbis? placet causam iuris et aequitatis et non nostrae possessionis, sed omnino possessionum omnium constituere in verbo? Ego quid mihi videretur, quid a maioribus factitatum, quid horum auctoritate quibus iudicandum est dignum esset, ostendi. id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio et qua sententia, non quibus quidque verbis esset actum. Tu me ad verbum vocas: non ante veniam quam recusato. Nego oportere, nego obtineri posse, nego ullam rem esse quae aut comprehendi satis aut caveri aut excipi possit, si aut praetertio aliquo verbo aut ambigue posito re et sententia cognita non id quod intellegitur, sed id quod dicitur valebit.

キケロー「カエキーナ弁護」第八一節：どうだろう、ピソよ。我々があなたに対して文言によって戦いを挑むことをお望みか？ 法と公平の事案 *causa* を、我々の占有の事案ではなく、万人の占有の事案を全て、文言に帰することを望みか？ 私は、私にそう思われたことを示し、父祖たちによって常に行なわれてきたこと、判決を下すべき人々の権威に相応しいものは何かを示した。何であれ、如何なる文言によってなのかではなく、如何なる意図 *consilium* と判断・意味内容 *sententia* によって行なわれたのか、に注目することが、真なるもの、公平なるもの、万人にとって有益なものである。と。あなたは私と文言について争う。私は異議を唱えてでなければ、加わらない。私はその必要を否定し、それが維持され得ることを否定し、ある文言が顧慮されず又は不明瞭に示されて、事案 *res* と意味内容 *sententia* が吟味されたとしても、有効なのはそのように解されていることではなく、述べられていることであるとすれば、十分に理解され、確かなものとされ、又は把握され得る事案が存在する、と、どういふことを否定する。

【付記】本稿は、科学研究費(基盤研究(B)(一般) 課題番号一六H〇三五三五、基盤研究(C)(一般) 課題番号一六K〇三二七二)及び若手研究(B) 課題番号一六K一六九七四)の助成を得て行なった研究の成果の一部である。

執筆に際しては、筆者による二本の研究報告とこれに関する質疑応答が基礎となった。その経験から得た知的な刺激が脱稿に大きく寄与した点、深謝して明記したい。

①「慣習による驅逐 moribus deductio / deduci (Cic. Pro Caecina, 27, 32, 95) と暴力 (不動産占有回復) unde vi 特示命令」ローマ法研究会(平成二九年七月二八日、於上智大学)

② moribus deductio (Cic. pro Caecina, X, 27) e l'interdictum unde vi, 71ème Session de la Société internationale Fernand de Visser pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, Bologna [Bologna-Ravenna], 15 [12-16] Septembre 2017.

また、右記研究報告に筆者が至る過程では、法学会秋季学術講演会での講演「実録・古代ローマ占有訴訟——キケロ「カエキーナ弁護」に見る陪審」(平成二七年二月一〇日、於京都大学)を巡る諸賢との学問的対話が重要な役割を果たした。参加者各位に敬意と謝意を表す。