



ローマ法雑誌第4号[2023]

日本ローマ法研究会 第6回大会プログラム (敬称略)

3月13日 (月)

第1部：午前10時から正午 《司会：佐々木健》

第1報告：午前10時から午前11時

松本和洋「13世紀中期イングランドにおける訴訟進行——『ブラクトン』における令状・抗弁・反抗弁への注目」

第2報告：午前11時から正午

水野浩二「予防法学文献と中近世法学—ブレードローデ『注意集』(1590年)について」

(休憩：正午から午後1時)

第2部：午後1時から午後3時 《司会：水野浩二》

第3報告：午後1時から午後2時

田中実「Negotiator をめぐるヨハン・アウグスト・エルネスティ(1707-1781)」

第4報告：午後2時から午後3時

清水悠「『娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない』という法理」

(休憩：午後3時から午後3時半)

第3部：午後3時半から午後5時半 《司会：吉原達也》

第5報告：午後3時半から午後4時半

石川真人「質物の変動 — 2007年12月12日と12月19日のBürgeゼミ — 」



ローマ法雑誌第4号[2023]

第6報告：午後4時半から午後5時半

西村重雄「質提供による質価額限度での追認：Ulp.29ed.D.14,6,7,  
16-9pr — 「追認意思」再検討」

3月14日（火）

第4部：午前10時から正午 《司会：松本和洋》

第7報告：午前10時から午前11時

佐々木健「Dig.39.2.9.1 (Ulpianus 53 ad ed.)とローマの洪水について」

第8報告：午前11時から正午

川島翔「ルートヴィヒ4世の命令書「フィデム・カトリカム」に  
おける破門論」

（休憩：正午から午後1時）

第5部：午後1時から午後3時 《司会：川島翔》

第9報告：午後1時から午後2時

五十君麻里子「～ius/lex～SIHDA 2024 へのご招待」

第10報告：午後2時から午後3時

林智良「希望(spes)の売買をめぐる — 物(res)概念の外延」  
（参照予定法文 D. 19,1,11,18. Ulp. ad ed. 32,; D. 19,1,12. Cels.  
dig.27 他）

（休憩：午後3時から午後3時半）

第6部：午後3時半から午後4時半 《司会：林智良》

第11報告：午後3時半から午後4時半

篠森大輔「義務分補充訴権の形成をめぐる」



【報告要旨集】

第1報告：松本和洋「13世紀中期イングランドにおける訴訟進行——『ブラクトン』における令状・抗弁・反抗弁への注目」

本報告の主たる目的は、イングランドの裁判所における訴訟進行において、ローマ法上の用語である"exceptio", "replicatio"がどのように用いられていたか的一端を、当時の法書『ブラクトン』（以下、本書）の関連著述の一部から検討することにある。本大会の時点では史資料提示と若干の考察を加えるに留まるが、"exceptio"（抗弁）がコモン・ロー裁判所における"pleading"（訴答）へと、13世紀末から14世紀以降のコモン・ロー法文献の変化と並んで転換していく過程を明らかにするという、将来的な構想に取り組む端緒として、本報告を位置付けたい。

13世紀末からの民訴裁判所（Court of Common Pleas）を介した学習の定着に伴い、14世紀半ば以降より口頭での試行的訴答（tentative pleading）がコモン・ロー理解の中心を担っていた点は、すでに指導的研究において理解の共通するところである。その一方で、本書にもみられる13世紀後半までのローマ＝カノン法の影響から、この試行的訴答への到達がどのようにして行われたかについては、なお検証の余地を残している。同時にこの期間は法文献の変化とも重なっており、それは本書のようなスンマ（summa）型から、令状方式や両当事者の冒頭陳述の形式、そして冒頭陳述に続く法廷での答弁交換の私的記録といった各種文献へ分化するものであった。それゆえに、前段落で述べた将来的な構想は、多くの文献を対象とする検討を積み重ねていく長い道のりを要する。



ローマ法雑誌第4号[2023]

この道のりにおいて、本書の3分の2を占める「訴訟」部分の著述は、その後の時代での変化を見通す立脚点として解しうる。ここでは各令状方式に分類を行った上で、令状の例示と解説が、時に当時の裁判への言及を含めて展開されており、上述した抗弁も対象となっている。しかしながら、争点決定に至るまでの過程は被告側の一度の抗弁表明のみで決せず、むしろ抗弁の提示によって、原告には抗弁への反論＝反抗弁（*replicatio*）を訴訟続行のために行う必要のあったことが予測できる。ここに、争点決定前の過程でありコモン・ロー理解の中心でもあった訴答との類似性を仮定しうる。

本報告では本書の「相続不動産占有回復訴訟」（*mort d'ancestor*）内の一節、"*De pluribus diversis casibus*"を取り上げる。表題通り、この節では複数の訴訟が抗弁および反抗弁の内容も含めて取り上げられており、その中のいくつかにつき、本書との関連性を指摘される『ブラクトンのノート・ブック』にも確認できることが、本書の現行校訂本（下記参照）にて示されている。本報告では限られた範囲ながら、裁判進行における抗弁や反抗弁に本書がどのような位置付けや効果を認めていたか、これについて先例とどのように関連づけていたかについて、試訳を通じて検討する。

【本報告で用いる主要な史資料】

Bracton on the Laws and Customs of England vol.3, G. E. Woodbine ed., S. E. Thorne trans., Cambridge, 1966-1977, New York, 1997, reprint, pp. 307-309.

---

第2報告：水野浩二「予防法学文献と中近世法学—ブレードローデ『注意集』（1590年）について」

本報告は、大方にとってなじみが薄いと思われる15・16世紀の



ローマ法雑誌第4号[2023]

予防法学に特化した文献類型について、著作の概要とその法史上の意義につき試論的考察を行うものである。この時期の予防法学文献について、書誌情報を超えた検討はごくわずかしかなされていない。中世学識法学において個別の論点についての注意 (cautela) はバルトスやバルドゥスなど著名な法学者たちの講義文献 (Lectura) などに少なからず見出されるが、注意だけを収集した文献類型=予防法学文献は多くない。本報告では、15世紀以降の予防法学文献を体系的に再構成したピーター・コルネリウス・ヴァン・ブレードローデ(1558?—1637)の『注意集(Eurematicón sive cautelarum. Basel 1590)』について、バルトロメウス・カエポラ (ca.1420—1475/77) の『注意集』(Tractatus cautelarum.) から採録された内容に重点を置きつつ紹介する。

ブレードローデは先行する諸著作の内容を契約、遺言・相続、訴訟の三部に再構成し、詳細な項目・語句索引を作成して体系化に意を用いた。当時からあった「注意=非道徳的戦術の指南」という否定的評価に対しては、悪を回避するための賢慮として古典を引用しつつ強く反論しており、中世学識法学と人文主義の融合が明確に見出される。注意の具体例の検討からは、実務における運用や論点について学説が割れていることに着目し、一般性を持つ規範とは異なる効果を自分に有利に発生させる解釈論や、「弱者の救済」や「富裕層の知恵袋」といった特定のスタンスではなく多様な立場の読者を想定していたことなどを示したい。

予防法学文献の内容たる注意の多くは元々は中世学識法学のビッグネームの手になるものと推定され、かつ注意で用いられた定型的なテクニック(書面の記載の工夫、宣誓、職権の関与など)は、



ローマ法雑誌第4号[2023]

中近世学識法学で広範に見られたものである。ある程度の一般性を認められた法源や学説にそぐわない手段が多様な局面で広範に用いられ、それを一書に纏めた予防法学文献が一定の影響力を持っていたことは、中近世法学の一側面であるだけでなく、西洋法文化そのものや西洋社会の「法化」を理解するためにも見過ごせない要素を含んでいるのではないだろうか。

---

### 第3報告：田中実「Negotiator をめぐるヨハン・アウグスト・エルネスティ (1707-1781)」

- 1 はじめに
- 2 カルロ・シゴニオ (1524-1584) とフランソワ・オトマン (1524-1590)
- 3 ヨハン・アウグスト・エルネスティ (1707-1781)
- 4 おわりに 副産物として

拙報告は、negotiator について、非法学文献を駆使してその意味を探究した人文主義者、人文主義法学者、そして文献学者の *érudition* を確認し、お馴染みの *philosophical history* や本格的な歴史叙述つまり今日我々が歴史学の作品と考えているものとの関係に一定のイメージを持つためのささやかな資料を提供するものである。具体的には、シゴニオ (Carlo Sigonio, Sigonius, 1524-1584) の *De antiquo iure civium Romanorum libri II*, Venetiis 1560、オトマン (François Hotman, Franciscus Hotomanus, 1524-1590) の *Commentarii in Orationes M. T. Ciceronis volumen primum*, 1554, *Commentarius verborum iuris*, 1558, *Commentarius de verbis iuris*, 1569 をごく簡単に見た後に、エルネスティ (Johann August Ernesti, 1707-1781) の *De Negotiatoribus Romanis ad Gottfridum Leonardum Baudisium Lipsiensem, ipso die, quo*



ローマ法雑誌第4号[2023]

*Academicos Iuris scientiae honores capiebat*, in : idem, *Opuscula philologia critica*, Lugduni Batavorum, 1764, 1776 (ごく簡略版 *Clavis Ciceroniana sive Indices rerum et verborum Philologico-critici*, in : *Opera Ciceronis*, 3. ed., 1769) の中身を、キケロをはじめとする援用文献箇所にあたりつつ、紹介する。ロマニストの方々には自明のことであったり、言及される法文も *dogmatisch* には興味のないものであるかとは思われる。が、成果を踏まえ、副産物として辞典・事典類についても言及する予定。

D. 12.1.33 (モデスティヌス『法学総覧』) 10 卷)

*Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt quive circa eos sunt negotientur mutuamve pecuniam dent faenusve exercent.* 属州を統治する者、又は彼らの側にいる者(属州総督の部下・随員)は、*negotiar*、*mutuam pecuniam dare* 又は *faenus exercere* することのないようにと元首の数々の勅法で定められている。

【Gothofredus】An Adsessores? am domestici? Unde C. de contract. iudicium, 陪席者のことか。身内のことか。そこで C. 1.53. (De contractibus iudicum vel eorum qui sunt circa eos 「裁判官及びその部下・随員の契約……禁止」(シゴニオ指摘) *Praesidibus provinciarum in suis provinciis tria haec interdicta, negotiatio, mutuum, foenus*: 属州総督には自己の属州でこの三つのことが禁止されていた。quod Graecis *πράγματευε* [*mutuum do, foenero*], *τοκίζειν* [*foenori do, foeneror*], hoc loco, adde legem Thebanorum, cuius meminit Aristoteles, 3. Politic. ここに、アリストテレス『政治学』3 卷 (1278a) が述べていたテバイの法律を加えよ。市場撤退後 10 年間は公職禁止

---

第4 報告：清水悠「『娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない』という法理」



D. 12, 5, 4, 3 によれば、娼婦に対して客が金品を交付した場合には、その不道德性のゆえに（不当利得）返還請求できない。ただし、その理由付けに関しては、ラベオーとマルケッルスが娼婦の客（交付者）と娼婦（受領者）の双方に不道德性を認めるのに対し、ウルピアーヌスは、客（交付者）の側だけに不道德性を認め娼婦（受領者）による金品の受領行為の不道德性を否定した。ウルピアーヌスは、娼婦という存在の不道德性自体は認めつつ、その金品の受領行為の不道德性は否定するという、何とも苦しい不自然な見解を披露している。古代ローマにおいては、既に娼婦が所与のものとして存在し、その所得に対する課税も行われていた（Suetonius, *De vita Caesarum*, Caligula, 40）ことから、なんとか税収自体をも不道德なものとしないうちに、いわば「必要悪」として追認する必要があったと考えられる。そして、ウルピアーヌスが自説を披露するまでは、その矛盾は長年にわたって黙認ないし放置されていた。D. 12, 5, 4, 3 の結論としては、法学者の見解は一致しており、娼婦に対して交付した金品は返還請求できない。売春や娼婦といった存在は不道德なものであるという「建前」があるから、売春に関連して交付した金品を今更返せと訴えてきた原告に対しては、その援助はしないという判断であり、公序良俗を維持することも考慮に入れなければならなかった法学者としての最後の矜持である。

娼婦に対して交付された金品の返還請求権を否定する D. 12, 5, 4, 3 以外にも、売春や娼婦に対する規制的態度を示す史料があるが、他方で、風紀を取り締まる任務を担うケンソル（*censor*）であったカトーの、売春を容認するような言動が史料として残されており（Horatius, *Sermones*, 1, 2, 31-35）、法文史料では、娼婦の信託遺贈受





## ローマ法雑誌第4号[2023]

遺者としての地位を認めたり (D. 36, 1, 5)、娼婦に対する贈与行為を明らかに容認したり (D. 39, 5, 5)、娼館の収益を原資とする賃料の取り立てを容認するもの (D. 5, 3, 27, 1) がある。そして、多くの研究者が、明らかに娼婦という存在の不道徳性が問題とされている法文史料に関して、その不道徳性を否定して矛盾なく解釈しようと試みてきたが、矛盾を矛盾のまま解釈する勇気も必要である。そもそも、古代ローマの社会では、娼婦という存在の不道徳性が法的・社会的な「善」・「善良な風俗」と対立することがありながらも、社会的に所与の存在として折り合いをつける必要が生じていた。ローマという国家は、その税収を確保するために売春に対して課税していたし、社会的に地位の高い人物たちは、自身の所有する土地上で娼館の運営を黙認し、間接的に娼館の運営に関与したり娼館が建てられた土地の賃貸借に基づく賃料を徴収したりして、経済的に潤っていた。これらは、売春が不道徳なものであるという「建前」よりも経済的利潤という「本音」が優先してしまった結果であろう。

しかしながら、特に古代ローマが特異な社会であったというわけでない。売春や娼婦という存在に関しては、現代社会においてもそれぞれの国家において葛藤が存在するのは事実であり、現在の欧州諸国のように所与の存在として法政策的に合法化する場合もある。

### ○主要参考文献：

- ・ Fusco, Sandro-Angelo.: „Adulescens luxuriosus“. Ulp. D. 17.1.12.11 — ein Mandat contra bonos mores ?, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (Hrsg. von Dieter Nörr/ Shigeo Nishimura), Springer-Verlag, 1993, S.387-406.
- ・ McGinn, Thomas A. J.: *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, Oxford University Press, 1998.
- ・ Merotto, Maria Federica.: *Il corpo mercificato. Per una rilettura del*



ローマ法雑誌第4号[2023]

meretricium nel diritto romano, *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, II, Pisa, 2017, pp.243-283.

・ Rinaudo, Alberto.: «Quod meretrici datur, repeti non potest»: la nova ratio di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana, A Pierluigi Zannini : *Scritti di diritto romano e giusantichistici (Quaderni del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino Vol. 6)*, 2018, pp.267-282.

・ Sokala, A., & Dajczak, W.: Ein Beitrag zur Klärung der nova ratio, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol.58: Iss.1-2, 1990, S.129-132.

・ Sturm, Fritz.: Quod meretrici datur repeti non potest, *IURIS PROFESSIO: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Hermann Böhlau Nachf., Wien-Köln-Graz, 1986, S.281-288.

・ シュトゥルム、フリッツ (津野義堂 訳) 【講演】 娼婦に供与した物を返還移転請求することはできない」比較法雑誌 40 卷 1 号 35-58 頁 (日本比較法研究所、2006)。

---

第5報告：石川真人「質物の変動 — 2007年12月12日と12月19日の Bürge ゼミ — 」

本報告は、2007年12月12日と12月19日の Bürge ゼミ (Digestenexegese) で扱った法文とゼミの内容を紹介するとともに、これら二法文をより深く理解することを目指す。

【検討法文】

① D. 20, 1, 34, pr. (Scaev. 27 dig.)

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse uideatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparauerit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inuenta sunt, pignori obligata esse uidentur.

『学説彙纂』第20巻第1章第34法文 (スカエウォラ『法学大全』第27巻) 序項



ローマ法雑誌第4号[2023]

債務者が債権者のために店を質入れした場合、この事実からは何も生じないのか、それとも、そこにあった商品も店の名のもとに質入れされたと観られるのか、が問題になった。そして、その後〔債務者が〕これらの商品を売却し、他の商品を購入し、購入した商品をこの店に搬入し、死亡した場合、商品の種類が変わり、別の物が搬入されたにもかかわらず、債権者は抵当訴権により店の中にあるすべての商品を請求しうるかどうか〔が問題になった。スカエウォラは〕解答した。債務者の死亡時に店の中にあった物が質入れされたものと観られる、と。

② D. 20, 1, 29, 2 (Paul. 5 resp.)

Domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de iure pignoris. Paulus respondit pignoris persecutionem perseuerare et ideo ius soli superficiem secutam uideri, id est cum iure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumptus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipient.

『学説彙纂』第20巻第1章第29法文(パウルス『解答録』第5巻)

第2項

質入れされた家が焼失した。この土地をルキウス・ティティウスが購入し、家を建てた。質権について問題となった。パウルスは以下のように解答した。質の追及権は存続しており、それゆえ地上物は土地の権利関係に従うと観られる。これは質権〔の効果〕による。しかし、善意の占有者らが債権者らに家を返還しなければならないのは、物がより高価になった限りで、建築に要した費用を彼らが〔債権者らから〕受領している場合だけである、と。

【参考文献】

拙稿「質物の変動」『比較文化年報』28輯(2023年3月)掲載予定



ローマ法雑誌第4号[2023]

第6報告：西村重雄「質提供による質価額限度での追認：  
Ulp.29ed.D.14,6,7, 16—9pr —「追認意思」再検討」

## I. 問題の所在

わが国の民法 125 条の取消し可能な法律行為の「法定追認」は、条文文言が「看做す」となっているため、その他の「看做す」表現同様、反証を許さない趣旨である、と学説、判例ともに理解している。しかし、同条に「異議を留めた場合を除き」の条件がついているので、追認には取消権の存在を認識したことが前提のようにも見える。同条の基礎となった仏民法 1338 条は、推認に止まり反証が可能であるとするのが通説である。追認行為に付き、仏独両国の学説判例は、いずれも、取消権の放棄である以上、取消原因の認識および追認意思を必要とする、としているように見える。日本の学説は、一旦行為がなされた以上相手方の信頼保護が重要であるとの立場のごとくである。そのような考えは、相続法定単純承認（民法 921 条：仏民法に由来）についてもみられる（なお、時効完成後の時効利益の放棄については、時効完成の事実をたとえ知らなくても、放棄と看做すという独民法 222 条 II の規定が普通法時代の長い論争の帰結であり、わが国の判例理論（最大判、昭 41.4.20 集 20-702）もこれと同様の立場である）。

## II. 追認

- a) 原則 ローマ法上瑕疵ある（無効あるいは現状回復の対象となるなどの）法律行為の追認の事例がいくつか伝えられる。追認行為に当たるものとして、債務承認、債務一部弁済、更



ローマ法雑誌第4号[2023]

改、担保提供 等が挙げられる(参考 資料.1 : PS 1, 9, 3)。  
もっとも、資料.2 : **Ulp.D.4,4,3,2** (成年到達後も相続債権の取立てを行ったにも拘らず、相続放棄を承認するために「当初を見て」原状回復を認めるが、債権取立は管理行為の一つとの立場からは認められるべきか)。

b) 成年到達後の追認行為に**錯誤**があれば、有効な追認とは言えない。

資料.3 Dioc.C.5, 74,1 (a.290)「欺罔された父親が成年到達後、追認を与えたと、あなたが申し立てる場合に、もし土地が廉価で売られ、かつ、親が良く考えないで**錯誤で売却に同意を与えた**ということが認められるならば」 参考 資料.4 : C.5,74,2 (293)。

### III. マケドー元老院議決関係追認法文

資料.5 : Sev./Ant.C.4,28,2 (a.198)「更には、自権者になった後更改をして義務を負担したあるいは他のやり方で債務を認めた場合は、いずれも元老院議決が適用されないというのは、理由のあることである。」(なお、参考 Ulp.D.12,6,26,9)。

追認に**錯誤**あれば、追認の効力は生じない。

資料. 6 : Pomp.D.14, 6, 20「自権者となった後、事実の不知によって per ignorantiam facti その借財を更改により新たに約束した場合、その問答契約に基づき請求されたなら、事実抗弁を行使できる。」

### IV. Ulp.29.ed. D.14,6,7,16 ; 9p 検討

資料.7 ; 学. 14 卷 6 章 7 法文 15 項「さらに、本元老院議決は、家長が、家子の受け取った借財を弁済し始めたならば、追認したも



ローマ法雑誌第4号[2023]

のとして、適用はない」(家長自身による追認事例)

資料.8 同法文 16 項「もし、自権者となった者がその債務の一部を支払ったなら、元老院議決は適用にならず、また、支払ったものを取り戻しもできない。」

資料.9 8 法文「しかし、保佐人が知らずに支払ったものは、取戻されるべきである。」

資料.10 Ulp.29ed. 9pr Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatus consulti exceptionem ei dengandam usque ad pignoris quantitatem. 序項「しかし、自権者となった者が質提供した場合は、質価額限度で元老院議決抗弁が拒絶されるべきである」

注釈学派は一部に限った追認という解決を与えたように見えるが、普通法学で再び疑問が出され争われた(参照 Glück "Abschlagszahlung" の例とする)。

一部弁済は、全額の追認とみられる。一部弁済と明示の例：「借財を返済し始めた。。。」(7 法文 15 項)あるいは、債務者が「一部弁済」という言葉を添えている例(7 法文 16 項)。これに対して、追認権者に、自己の有利な部分に限り、債務の一部について追認を認めることは問題がある。法文上は、代理人訴訟行為の一部追認肯定例(資料.11 : MarcellusD.46,8,17、訴訟行為)あるも、否定例の方が断然多い。

これとは異なるのは、債務者は、自身の認めるのはその提供金額限りを全額と考えるが、債権者は、一部としか看做さない、という場合である。この場合は、弁済、担保提供が債権者の受領があってはじめて成立するのであるから、(債権者にとっては一部に過ぎない金額ないし質物を)全部弁済相当であるとして提供された金員な



ローマ法雑誌第4号[2023]

いし担保を、その趣旨を確認せずに受領すれば、全額支払いであることとなり、いわゆる「一部追認」ではない。従って、ウルピアーヌスのここでの一般的な説明（資料10）は適切な内容であることになる。

従って、本法文の「価格限度まで」を修正とする見解（Pernice、Krüger、また Fr. Lucrezi, *Il problema del mutuo de denaro erogato al filius familias*, 1993, 138 f. も）は取らなくてもよい。

（本報告では、相続法定単純相続 *pro herede gestio* については割愛。古典期ローマ法上は、承認者の明確な承認意思を要件とし、相続原因誤信は相続承認阻害 *Paul. D.29,2,22* となり、また、*Pap.29,2,87pr*（母親遺産と考えて土地所持、実はその土地は父親遺産に属した場合父親遺産の相続承認にはならない）参照。ちなみに、仏民法 778 条は、黙示の受諾につき、明確に推認できる事情を要件とする）。（完）

---

第7報告：

佐々木健「*Dig.39.2.9.1 (Ulpianus 53 ad ed.)*とローマの洪水について」

ローマの街には、今なお、ティベリス川の氾濫・洪水を伝える痕跡がある。都市ローマは、ティレニア海からの水上交通と内陸への街道（陸送）との結節点として発展しており、増水と氾濫は人口増と表裏の関係に立つ。

洪水は、土地や建物に損害を齎すことがある。*Dig. 39.2.9.1* によれば、氾濫による流下物を取り戻す自力救済は保護され、残留地保有者が除去を妨害することの方が禁止される。但し、この角度では、流下物に関する権利・権能が注目されている。



ローマ法雑誌第4号[2023]

他方で同時に、向きを変えれば、残留地の建物にも保全すべき価値が認められる。しかし、流下物保護に劣後するように見える。その調整に、未発生損害担保問答契約が交わされる。

法務官の締結命令や、応じない場合の占有付与（裁定2段階）といった制度設計は、物理的構造に着目したものであって、洪水に固有のものではない。他方、命令申請と発令判断、禁止違反と後続訴訟という構造は、公道工事と類比的である。

特徴的なのは、流下物の除去ではなく、除去妨害が「暴力」と呼ばれることである。除去ないし流下物を保全すべく、流下物所有者Aが禁止命令を申請する。これを「除去妨害排除」と呼ぶことは可能であろう。他方で、残留地保有者Bによる未発生損害担保の請求は、「物権的請求権」としての「妨害排除請求権」の一種にも見える（民§199（占有保全の訴え）「占有者がその占有を妨害されるおそれがあるときは、占有保全の訴えにより、その妨害の予防又は損害賠償の担保を請求することができる。」参照）。拙稿「ローマ法の参照例」（法律時報2020年4月号）で検討した通り、保全と妨害排除の要件効果は不鮮明であるが、古代ローマの場合について、特質と価値判断を把握することは、古代法研究としても比較法の視座としても、有益と考える。

分析に際しては、史料を文脈化し（「テキストとコンテキスト」に関しては、ヒメネス＝カンデーラ／田中佐々木訳「日常生活の法律碑文」南山法学44-1参照）、キケロの弁論や学説彙纂所収法文も参照する。

提示訴権や所有物取戻訴訟など本権訴訟と対比して論じ、しかし同時に裁量的な「勧告」も考慮し、法規よりは社会的実践に迫るこ





ローマ法雑誌第4号[2023]

とを試みたい。その際、除去ないし引取の可否は、工学的状況と費用対効果とに依存する部分がある。担当法務官がこれを如何に判断したかは不分明だが、1年の除斥期間に服す申請主義からすれば、喫緊の保全思考を見出せる。

堆積作用による所有権取得とは区別して、担保問答契約で保護される流下物所有者の権能は、「物権」と呼ぶには躊躇される。絶対権・対世効とも解されない。それでも、自力救済が許容され、妨害を「暴力」と呼ぶ点は、占有保護に類する。請求権概念との関係も議論できればと考える。(本報告は、拙稿「ティベリス氾濫とローマ的差止(又は妨害排除、あるいは物権的請求権)」法学論叢192巻1~6号、本年3月刊行予定に基づく。)

報告後、質疑応答に際し、更には場所を変えて(翌日以降も)「延長戦」として、活発な意見交換ができた。特に、現代の民事実務との関係で、物権的請求(権)と費用負担との関係に関する指摘を多く得た。しかも、実際に問題になるのは、流下物保有者Aが残留地保有者Bに返還を請求することで、除去費用をBに負担させるという実益があり得る、という指摘は、重要であった。また、こうした場面での物権的請求権の内容理解として、行為請求権説と忍容請求権説との対立があり、その背景には「権利の体系」と自助行為理解、除去やその妨害が不法行為とされる場合との区別など、多様な論点が控えているとの教示には、目から鱗が落ちる思いがした。他方で、現行法との関係では、残留地保有者Bが流下物保有者Aにその除去を請求する構造が主に念頭にあるように見えた。この点、報告の根拠史料が前提する場面などでは、Aによる除去それ自体を、Bの建物構造に影響がない状況でもなおBが拒絶するとは考えにくいと



ローマ法雑誌第4号[2023]

の報告者の理解は、概ね是認された。また、報告者の想定では、① Aが流下物抜取りをBに申し入れ、②Bが受け入れず、実力（「暴力」）で除去を妨害する場合に、③合法的な除去を実現すべくAが法務官に除去妨害の禁止命令を申請し、④法務官が抜取りに伴う損害の可能性（危険性）を吟味し発令可否を判断し、⑤発令を決断する際には担保（保証金）の額を算定して両当事者に禁止を言い渡し、⑥妨害禁止命令に敢えて違反し後続の訴訟では制裁金を賭けて命令の妥当性（拘束力）を争う（実際には除却すれば倒壊の危険が高いとの証言を得て、妨害禁止自体が根拠を欠く処分であって効力がない、或いは失われた、と主張する）、という各段階で、両当事者がギリギリのチキンレースを繰り広げた、と目される。この点に大きな異論は呈せられず、他方で上記の通り、Bによる除去請求は、上記②③に相当する段階で、Aが除去しようとしめない状況を前提に、Bが積極的に、しかし自己の費用や手数を惜しんで、或いは多大な費用な技術的困難を前にして、Aに除去をさせようとする趣旨である。問題状況や関心の所在が大きく異なり、特に費用負担とその背景となる「本権」の意味、更には抵当権など担保物権を根拠とする場面での妨害排除（物権的請求権）の内容（要件効果）といった点については、本報告が寄与するものは皆無に近い。それでも、所有権に基づく妨害排除等の実定的根拠ないシフックとしての占有訴権規定3類型が、妨害予防とそのための担保請求を含んでいる点は動かない。（なお、民法典、占有保全の訴えで登場する担保は、残留地保有者Bによる妨害予防請求権（①）と整理され、妨害排除請求権から区別されており、ドイツ風の広い妨害排除概念とは異なるようである。他方で、流下物保有者Aが除去妨害排除を求めること



ローマ法雑誌第4号[2023]

(②)からも区別されるべきであるし、同時にそれはBが流下物の引取・除去を請求する場面(③)とも異なる。本報告は②に伴う①を扱ったが、引取請求③は、Aによる除去をむしろBが望む趣旨である。(③の場合は、目的物が動産である点が決定的かもしれない。)

また、占有保護が先ず確保されれば十分であり、本権保護は別途の問題であって、本権保護の必要性やその手続とは独立に、事実状態への法的保護が構想され実現された。本案でなく、執行・保全法(仮処分)の思考である。その意味で、史料に言う(流下物の)「所有者 dominis」なる表現も、必ずしも「所有者」だけを指すと解する必要はないとの着想に賛同も得た。今後も、民法法と対話を希求し、相互乗り入れ可能な論点を彫琢する必要性を実感した。

---

第8報告：川島翔「ルートヴィヒ4世の命令書「フィデム・カトリカム」における破門論」

要旨：

ルートヴィヒ4世が1338年に発した命令書「フィデム・カトリカム (Fidem catholicam)」は、ドイツの王位争いに介入しルートヴィヒを破門したヨハネス22世に対抗して、選挙により選出された帝位を正当化し、教皇による訴訟および判決の無効を宣言するとともに、ドイツの臣民に対し教会の譴責処分に従わないよう命じた文書である。この文書の起草には、清貧論争において教皇と敵対しルートヴィヒの保護下にあったフランシスコ会士(ベルガモのボナグラティア、オッカムのウィリアムら)が関わったとされる。

本報告では第3部で扱われる、ルートヴィヒとその支持者に対する教皇の判決(破門および禁止制裁)の有効性に関する議論に着目



ローマ法雑誌第4号[2023]

したい。ここでは、判決が無効である理由として、①教皇が自身の裁判管轄を超えていること、②判決には「明白な瑕疵」が含まれていること、③判決がルートヴィヒの上訴後に言い渡されたものであること、が挙げられる。その論拠としては、多数の教皇立法と並んで、標準註釈やカノン法学者の著作が援用されている。そこで本報告では、本文書で展開される破門論が、教皇の立法政策およびカノン法学の議論においてどのように位置づけられるかを検討したい。

参考文献および史料：

Hans-Jürgen Becker, Das Mandat „Fidem catholicam“ Ludwigs des Bayern von 1338, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters, Bd. 26 (1970), S. 454-512.

[https://www.digizeitschriften.de/id/345858735\\_0026%7Clog38?tify=%7B%22pages%22%3A%5B468%5D%2C%22view%22%3A%22info%22%7D](https://www.digizeitschriften.de/id/345858735_0026%7Clog38?tify=%7B%22pages%22%3A%5B468%5D%2C%22view%22%3A%22info%22%7D)

---

第9報告：五十君麻里子「～ius/lex～ SIHDA 2024 へのご招待」

2024年9月23日から28日にわたって、大阪大学を中心に、国際古代法史学会(SIHDA)が東アジアで初めて開催される。共通テーマはius/lexである。

周知のように、iusもlexも、ともに極めて多様な意味を内包している。例えば学説法と勅法、自然法と実定法といった対比で用いられることもしばしばあり、とりわけ東アジアの法伝統における統治の道具としての法や、社会を一定の方向に導こうとする法は、lexと言えるであろう。

本報告では、iusとlexの峻別が法制度を理解する上で決定的に重要であった例を、国際コースにおける院生指導の経験から紹介



ローマ法雑誌第4号[2023]

する。

一つ目はネパールの不法行為法であり、JICAの法整備支援によって設立した同国の「国民法」においては、刑法典を含む他の制定法が優先され、独立の不法行為責任は成立しないため、刑事事件等のなかで裁判官の心象に基づく賠償が為されるのみで、その額は必ずしも被害者の損害に対応しない。ネパール人の多くは、このような制度では被害者救済が不十分であると考え、不法行為責任と刑事責任や自動車損害賠償責任などはトレードオフの関係にあり、制定法が増えるほど不法行為法の範囲が狭まると理解している。しかしかような制定法を *lex*、不法行為法を *ius* と位置付けると、制定法での救済が不完全な場合を不法行為補完することが可能である。一般法・特別法との位置付けの差異などについても検討する。

二つ目は契約における条件の位置付けである。ローマ以来、条件は私的自治・契約自由の原則の一環として広く用いられているが、ロシアでは、条件により契約の効力が不安定になることを問題視する見解が多くみられるという。その観点から多くの国の法制度を比較すると、私的自治の原則を貫徹する法制がある一方、登記の公信力など他の法原則と抵触するため条件を制限するドイツなどと、政府が介入し条件を制限とするロシアや中国などとの差異が明らかとなる。この際にも *ius* と *lex* とを軸に用いて整理することが、可能である。

SIHDA 大阪大会に向けて、*ius/lex* をめぐる研究が、さまざまな観点から展開されることを期待したい。

---

第10報告：林智良「希望(*spes*)の売買をめぐる一物(*res*)概念の外



ローマ法雑誌第4号[2023]

延」(参照予定法文 D. 19,1,11,18. Ulp. ad ed. 32.; D. 19,1,12. Cels. dig.27 他)

(発表に至る背景と問題意識)

本年 8 月にヘルシンキにて開かれる SIHDA 大会のテーマは "Materiality and immateriality of ancient law" というものである。このたびはこれに関連する発表を彼の地で行いたいと考え、その際に、ローマ売買法の基本的論点として語られる「希望の購入(emptio spei)」と「希望されたものの購入(emptio rei speratae)」のことを想起した。周知のことと思うが、前者は未だ漁に出ている漁師から一投の網から採れる分だけの魚を買うことのように、未だ具体的質と量の定まらない物を見込みで買うこと、後者は家畜から生まれるであろう子のように、実現が通常期待される対象を買うことと説明される。古代ローマの法学者が、未だ具現化しない対象と将来の不確実性、生じる可能性のある経済的負担の契約当事者間分配という問題をどのようにとらえていたか、これらについて学び直すことが、古代法の具象性と非具象性について考える一つの途であると考えた。他方でこの問題の検討は、おそらく無体物(res incorporales)という概念の外延につき、部分的に考える機会でもあると考える。

(今回の発表内容)

希望の購入も、希望された物の購入も、既に数多くの先行研究が取り扱ってきている。特に、F. De Visscher, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel*(Bruxelles, 1914)が著名であり、それに先立つ F. Endemann, *Die Lehre Von Der Emptio Rei Speratae Und Emptio Spei und deren Bedeutung Für Das Heutige Recht* (Wien, 1885)



## ローマ法雑誌第4号[2023]

がある。さらに、2000年にはR. Knütelも、この論点を論ずる(SZ, Rom. Abt. 117(2000), S.445-453)。これら学説史の整理は大変重要である。

しかし、残念ながら発表者のこの論点についての仕事は端緒に終わったばかりであるため、先行研究が挙げる関連の諸法文のうちで以下の3法文を検討し、その解釈について参加者に一緒にご検討いただくことをもって今回の発表としたい。

- (A) 『学説彙纂』第18巻第1章第8法文（ボンポーニウス『サベールヌス註解』第9巻）
- (B) 『学説彙纂』第19巻第1章11法文第18項（ウルピアーヌス『告示註解』第32巻）
- (C) 『学説彙纂』第19巻第1章12法文（ケルスス『法学大全』第27巻）

---

### 第11報告：篠森大輔「義務分補充訴権の形成をめぐって」

#### 報告要旨

1. ローマ法上の義務分補充訴権（後に *actio ad supplendam legitimam* などと呼ばれる。）の形成に関する基本史料は、【1】D. 5,2,8,16 (Ulp. 14 ad ed.)、【2】D. 5,2,25 pr. (Ulp. 2 disput.)、【3】Paul. Sent. 4,5,7、【4】CTh. 2,19,4 (Imp. Constantius) [a. 361]および【5】C. 3,28,30 pr. (Imp. Iustinianus) [a. 528]である。同訴権形成の端緒は、不倫遺言の訴に勝訴した原告が、遺言無効により完全な無遺言相続分を得る点に求められること（【1】）、および、同訴権の確立は史料上、【5】によって確認しうることに異論はない。しかし、その形成



ローマ法雑誌第4号[2023]

- プロセスについては議論がある。ポイントは【2】【3】の理解の仕方にある。
2. 代表的な先行研究は、義務分補充訴権は古典期後における法の展開により生成されたとの理解を示す (Wesener)。最新のローマ法教科書もこれに従う (Kaser/Knütel/Lohsse)。この理解は、【2】に標準注釈以来指摘される *itp.* (*aut si minus [...] repleatur*) を、20世紀後半の有力な学者 (Kaser, Voci) も支持したことに起因する。また、義務分補充訴権の要件として、遺言による義務分補充の定めを要するかは、同訴権形成の形成に関わる重要論点であるが (【4】【5】参照)、【3】では必ずしも明確ではない。本報告は主に【2】【3】の釈義により、問題再検討の手がかりを得ることを目的とする。
  3. 【2】は、遺言者が遺言の定めにより、不倫遺言の訴えと生前贈与の間の調整に成功した例を伝えるものであり、*itp.*と認める必要はないものと解する。*aut si minus [...] repleatur* は義務分補充の定め of 文言に類似し (【5】参照)、義務分補充訴権と類似の機能を営んでいるが、同訴権そのものとはいえない。しかし、ここに古典期における同訴権の萌芽を見いだすことは許されよう。【3】には義務分補充訴権の原型が見いだされるものの、伝統的な不倫遺言の訴えとの競合問題の解決には至っていないものと思われる (*citra inofficiosi querellam*)。同訴権の形成には遺言実務の活発な活動が深く関与していることに鑑みれば (【2】【4】)、【3】も遺言による義務分補充の定めに基づいて (*iudicio patris*) 認められた義務分補充訴権を伝える史料と解するのが自然ではないだろうか。
- 以上