



ローマ法雑誌第6号[2025]

日本ローマ法研究会 第8回大会プログラム（敬称略）

3月10日（月）

オープニングセッション：午前10時から午前10時半

開会の辞、事務連絡（参加者紹介等）

【第1部】：午前10時半から午後0時半 《司会：林智良》

第1報告：午前10時半から午前11時半

粟辻悠：法文邦訳とローマ法研究

第2報告：午前11時半から午後0時半

後藤弘州：古代ローマにおける遺言執行

【第2部】：午後2時から午後4時 《司会：宮坂渉》

第3報告：午後2時から午後3時

西村重雄：Ulp.D.26,7,9,1：後見訴訟による保証人求償権行使に後見人無資力要件追加の意義（Duplex interpretatio の一例？）

第4報告：午後3時から午後4時

吉原達也：1884年のケンブリッジ大学法学トライポスのローマ法の試験問題

【第3部】：午後4時半から午後6時半 《司会：水野浩二》

第5報告：午後4時半から午後5時半

小川浩三：交換ではなく匡正——causa と synallagma 覚書

第6報告：午後5時半から午後6時半

五十君麻里子：ポンペイのナビゲーターと locatio conductio : D.19,2,13 pr.を中心に



ローマ法雑誌第6号[2025]

3月11日(火)

【第4部】：午前10時から正午 《司会：佐々木健》

第7報告：午前10時から午前11時

水野浩二：16世紀末の「予防法学文献」の具体的内容——ブレードローデ『注意集』(1590年)

第8報告：午前11時から正午

川島翔：執行証書の理論的基礎としての *confessio in iure*

【第5部】：午後1時半から午後3時半 《司会：吉原達也》

第9報告：午後1時半から午後2時半

石川真人：続・費用の償還—D. 17, 1, 26, 8 に関する *Bürge vs. Finkenauer* 論争

第10報告：午後2時半から午後3時半

宮坂渉：*rationem/rationes reddere*——遺言による解放の条件

【第6部】：午後4時から午後6時 《司会：川島翔》

第11報告：午後4時から午後5時

菊池肇哉：ローマ・カノン法の *contumacia* の概念と、1670年ブッセル事件における、「*obstinate jury* 頑固な裁判官」の用語法について：*contumacia* 概念と英米法法廷侮辱罪との関係性再考

第12報告：午後5時から午後6時

佐々木健：和解としての宣誓 *jusjurandum*



ローマ法雑誌第6号[2025]

【報告要旨集】（報告者が事前・事後に提出したものを転載した）

第1 報告：栗辻悠「法文邦訳とローマ法研究」

一般に史料の翻訳は、必ずしも主要な研究業績としては扱われず、非専門家へのリーチがその主たる意義とされることが多い。実際のところローマ法の分野においても、法文史料の邦訳が揃っていない現状においては、誰もが日本語で法文それ自体に触れられる環境を整えることの重要性は言を俟たない。

しかしながら少なくともローマ法の法文邦訳は、それにとどまらない研究上の意義をも有しているように思われる。本報告では、日本のローマ法学界でこれまでに現れてきた諸邦訳（対象は学説彙纂が中心となるが、もちろんそれに限られない）の特徴をそれぞれ振り返り、その研究上の意義という観点からそれらの業績を見直していく。その上で、今後の邦訳のあり方についても見通しを述べた上で、ご意見を賜れればと考えている。

第2 報告：後藤弘州「古代ローマにおける遺言執行」

古代ローマにおいて、遺言執行は相続人が行うもので、現代におけるような「遺言執行者」という制度は発展しなかったと一般的に考えられている。他方で現代日本において遺言執行者は独立した制度としての地位を確立しており、例えばその当事者適格について熱心に論じられてきた（そしてその制度上の問題意識から最近法改正も行われ関心も高まっている分野でもある）。現代における遺言執行者制度の起源に関する議論は置いておくこととして、実際には古代ローマにおいても、現代における遺言執行者に似たものとして「遺産購買者」「相続財産の信託遺贈」「死後委任」等が挙げられる

ことが多い。他方で現代の日本法においては(そのことを明確に意識せずに論を進めている場合も多いが)、実際には相続人(や受遺者)が遺言執行者となることも排除されないとするのが一般的な考えであるとされる。そのため、単純に比較をすることは難しく危険であるとの批判を免れないが、一般に考えられているよりも両者の距離は遠くないのではないか、という疑問が浮かぶ。そのような問題意識のもと、数多く存在する遺言執行に関する法文の中から、本報告において検討対象とするものは、D,36.1.80.1である。この法文は古代ローマにおける遺言執行と関連する先行研究で数多く述べられてきた法文の一つであるが、本報告では改めてこの法文を検討することで、ローマにおける遺言執行を考察する上での端緒としたい。

第3報告：西村重雄「Ulp.D.26,7,9,1：後見訴訟による保証人求償権行使に後見人无資力要件追加の意義(Duplex interpretatio の一例?)」

2025.03.14

I.事案

ある父親が、友人の負担する債務につき、その債権者に対し保証人となった。この友人を自分の未成熟息子の後見人として指名し、その後死亡した。父親の死亡により、未成熟息子は父親を相続し、また、指定されたこの友人が後見人として任命された(その際、後見人責任を担保する保証人達を設定することがありうる)。息子が成熟に到達し、後見が終了したが、主債務者(後見人)は未だ弁済していないので、息子が父親の負担していた保証債務を履行した場合、後見人を相手に、その求償を委任訴権により請求しうる。これと並んで、(後見期間中に後見人が果たすべき義務であるから)後

見人を被告とする後見訴訟においても請求しうるかが問題である。肯定される場合、後見訴訟に付随する特典 *privilegium* (優先弁済権) を享受し、また、後見保証人達 (もし存在するなら) に対して責任追及が可能となる。

II. 法学者見解の相違

それまでの見解によれば、(保証債務の期限が、後見期間中に到来するか否かを議論することなく) 求償はすべて後見訴訟の対象となる、というものであったが、これに対して、法学者 (複数かつ匿名) の意見では、保証債務の期限が、後見期間中に到来していた場合にかぎり、後見訴訟の対象となり、期限が後見終了後に到来であれば、対象とならないという限定を加える。

Ulp. は (“*quibusdem videtur ... Ego ... puto*”) という注目すべき表現で「被後見人の成熟後の保証債務の支払分の求償は、後見人无資力の場合に限り、後見人を相手方とする後見訴訟を利用しうる。この議論は、後見訴訟の対象となるならば、特典あるいは後見保証人達の責任追及の可能性があるから、無用なのでない」とする。

すなわち、従来見解に対しては、被後見人成熟後の弁済の償還につき、委任訴権のほかに、特段の制約なしに後見訴訟を承認するならば、その結果、後見人から回復可能な場合にも、後見訴訟の特典 (優先弁済権) ないし後見保証人責任追及を認めることになっており、それは被後見人側に有利にすぎる。*privilegium* は、債権者平等を変更し、また、後見保証人達への責任拡大は予想しない損害を後見保証人にもたらすものであるから、限定すべきであるとする。

限定する新しい見解に関しては、後見期間終了後の期限到来債務について、後見人の義務違反の問題は生じないはずであるから、後

見期間内に期限到来の場合に限るのが正当と思われる。しかし、Ulp. は特段の理由を明示せず、本事案では、この制限を付けない。その論拠はその後の学者の解釈に委ねるように見える。後見事務終了後も、「密接連関行為」は、一体的取り扱いが可能であり、この「密接連関行為」を不作為の場合にも類推想定することができるならば、ここでも、「後見人の不払い」は一連の「一個の行為」として、後見終了前に開始されたものであるから、全体として後見訴訟の対象となりうるとする可能性がある。これとは別に、後見人は、主債務者として無資力（主債務非弁済の事実から推測）であったとするなら、主債務の期限利益喪失が生じ、保証人の弁済義務が既に後見期間中に発生していたこととなり、被後見人が成熟後、債権者に支払い、その求償を後見訴訟で行うことは適切であると法的構成する立場もありうる（Duplex interpretaio（異種解釈）の一例か？）。

III. 余論

Ulp.の法学史における役割を理解するためには、“puto”用例（Digesta 中約 500 事例：参照 Paul.約 60 事例）を参照すべきである。そのなかで、本法文と同様の、「法学者匿名化法文」は限られており、また、反対意見の内容が、本法文ほどはっきりするものは、稀であり、その意味からも興味深い法文であるが、従来殆ど議論されていない。

Ulp.が、本法文で一見独自の見解を打ち出したように見えながら、実際の事案は、後見人无資力であるから、帰結は殆ど異ならない。ちなみに、保証債務の履行をした保証人相続人に委任訴訟を承認する法文として貴重であるほか、期限付き債務の債務者無資力による期限到来擬制の取り扱いを裏付ける法文ともなる可能性もある。



ローマ法雑誌第6号[2025]

Ulp.は、後見人が、債務者・債権者の地位を兼有する場合に生ずる一連の難しい問題の手始めに、保証人・主債務者重複事例を論じ、実務をふまえて、(後見人の自己転用借財には、「最高利息」の支払い義務が生ずるので) 自らが支払わず、求償権の行使を受けた方が利息は低いので、このような設定をしたと理解できよう(なお、本文には、人文法学者及び近代学者の大幅な修正主張が存在する)。主要参考文献 Ulp.D.17,1,14; Pomp.D.26,7,61; Ulp.D.27,3,13; D.3,5,5,14; D.22,1,37; Tryph.D.3,5,37; Ulp.D.26,7,7,10; 9,4; D.4,4,13,1.

第4報告: 吉原達也「1884年のケンブリッジ大学法学トライポスのローマ法の試験問題」

1. 末松謙澄(1855(安政2)–1920(大正9))は、帝国学士院の肝いりで、ローマ法の原典翻訳として、3種類の訳書を刊行している。最初に公にされたのは、『ユスチニアヌス帝欽定羅馬法学提要』1913(大正2)年12月であり、その後『ガーイウス羅馬法解説』『ウルピアーヌス羅馬法範』(1915(大正4)年2月)が刊行された。いずれも訂正増補が繰り返され、最終的な版はいずれも没後の1924(大正13)年に出版されている。翻訳はもとよりそれぞれに附された註解の量は驚嘆に値するものがある。

謙澄自身、20歳代に英国に渡り、あしかけ8年にわたる英国滞在中にケンブリッジ大学に3年間在籍し、その間にローマ法を学んだことが知られているが、その後の経歴のなかで、直接ローマ法自体に研究者として関わることはなかった。謙澄は、二十有余年の年月を経て、ローマ法の原典翻訳に携わったが、謙澄の翻訳がケンブリッジでのローマ法の学修といかなる関わりがあるかを考える手



ローマ法雑誌第6号[2025]

がかりを当時行われた法学トライポス試験との関係に求めてみたい。

2. 法学トライポス Law Tripos 制度の由来について簡単に触れておくと、1846年のイギリス下院の「法学教育に関する特別委員会」の答申を受けて、オックスブリッジでも法学教育改革の動きが始まる。オクスフォードが1850年の学則改正によって新しい学位制度を発足させていたのに対して、ケンブリッジは少し遅れて1854年には法学部局(A Board of Legal Studies)が設置され、その翌年にはコモン・ローを含む法学学位制度が創設された。しかし当時は無試験制で、登録後7年でLL.B、その後5年半で博士号LL.Dが授与されるという旧来の学位制度が維持されたままであり、試験制度を伴う法学トライポス(法学優等学位制度)が創設されたのは、漸く1858年のことである。ただしこの制度に基づく1858-71年の14年間の卒業生も135名にすぎず、年間10名ほどに留まっており、1870-74年にかけて、一時的に、歴史学と結びついた、法学・歴史学トライポスが運用された時期を経て、1875年以後、法学単独の法学トライポス試験が実施されてきた。

3. ケンブリッジでの筆記試験問題は毎年『ケンブリッジ筆記試験集』(Cambridge University examination papers)として公表されており、謙澄のケンブリッジ最終年にあたる「1883年マイケルマス学期から1884年イースター学期まで」から、当学期に実施されたすべての学科試験問題の内容を知ることができる。謙澄が在籍した当時、法学トライポス試験は、次の9つの試験科目(各3時間)が設定されていた。① 一般法学および比較法学 ② ローマ法の文献(特にガイウス、ウルピアヌス、ユスティニアヌス、および『ダ



ローマ法雑誌第6号[2025]

イジェスト』の特定部分)からの翻訳課題 ③ ローマ法およびその歴史に関する問題(但し②及び③はそれぞれに独立した試験ではなく、2つの試験に組み合わされて実施される) ④ イギリス動産法 ⑤ イギリス不動産法 ⑥ イギリス刑法 ⑦ イギリス法制史および憲法史 ⑧ 国際公法 ⑨ 試験科目に基づく論文(エッセイ)または課題論文。

4. 「ローマ法 I」の試験問題は出題 10 問のうち、ローマ法に関する基本事項を問う問題のほか、原典翻訳が 4 題、ガイウス『法学提要』(Gaius, 4,30-31; 3, 117)とユ帝『法学提要』(I.1, 26,1; 2, 14, 6)からそれぞれ 2 題ずつ出題されている。また「ローマ法 II」は、主に『学説彙纂』第 17 巻第 2 章「組合員訴権について」に関する出題からなり、法文の翻訳だけではなく、全体として法文内の論理的な展開、ローマ法学者間の意見の相違を問う問題となっている点が特徴的である。第 8 問のポンポニウスの状況に応じた適切な判断の要請などは、ローマ法を受験する学生のみならず、法律家に求められる能力を問う問題として、ケンブリッジにおける法学教育のなかでローマ法を学ぶ意義を考える上で、重要な手がかりを与えてくれる。

第 5 報告:小川浩三「交換ではなく匡正—causa と synallagma 覚書」

D. 2,14, 7, 2 (Ulpianus)について報告する。

Tommaso dalla Massara, Die causa des Vertrages im Denken des Aristoteles: zu den Ursprüngen einer Idee, in: Gregor Albers et al. (Hrsg.), Causa contractus, 2022 および Martin Schermeier, Kausalität Oder Finalität? Überlegungen zur causa in Ulpian D. 2, 14, 7, in: Thomas Finkenauer u. Boudewijn Sirks (Hrsg.), Interpretationes Iuris Antiqui, 2018 の批判的検討。

第6報告：五十君麻里子「ポンペイのナビゲーターと *locatio conductio* : D.19,2,13 pr.を中心に」

ポンペイの道路は複雑である。荷車一台がギリギリ通れるような狭い道路もあれば、行き違いが可能な広い道も突然行き止まりになったりする。ステッピングストーンの間を通り抜けるのは大変だし、往来の邪魔をするように水汲み場が配置されている。さらに、元来ヴェスヴィオ火山の裾野の街なので、勾配が激しい。堀賀貴氏は、このような状況を3Dで詳細に計測し、ポンペイ市内の荷車による輸送には「引き手」と「御者」が必要であると論じられた。

しかし考えてみると「引き手」は地元の人間で市内の道を熟知している者が便利である。市外から輸送されてくる荷車の「御者」に、奴隷を「引き手」兼ナビゲーターとして貸し出し、港湾内の水先案内人のように都市内の最適ルートを案内させれば、在郷の主人にとっては良いビジネスが成立しそうではないか。そのような目で *locatio conductio* の法文を眺めてみると、D.19,2,13 pr.はまさにそのような事例を扱った法文で、前後の D.19,2,11,3~D.19,2,13,2 も全て物流関連の法文のように見えてくる。研究会ご参加の先生方にも、同じ見方を共有していただけるものか、ぜひご議論をお願いしたい。

第7報告：水野浩二「16世紀末の「予防法学文献」の具体的内容——ブレードローデ『注意集』（1590年）」

中世末から近世の学識法学が生み出した「予防法学に特化した文献類型」の集大成ともいえる、ブレードローデ『注意集』*Eurematicón sive cautelarum*. Basel 1590.の、第一章「契約」から、カエポラ（1420

ローマ法雑誌第6号[2025]

頃～77) に由来する注意 (cautela) の具体例2件を紹介し検討したい。注意は、註釈・註解など学識法の文献に少なからず見出されるものであったが、人文主義法学者以来伝統的には「法の濫用」と手厳しく非難されてきた。

他方近年の研究では、その種の「倫理的評価」は大幅に相対化されているのも事実である。

ブレードローデを含め注意に関わった法学者たちの社会的地位はいずれも高く、軽蔑されるような行為を進んで行ったとも考えにくい。また、カエポラ・ブレードローデとも人文主義の影響を受けており、依頼人に有利になるよう「説得する術」として注意を位置づけることも、可能であろう。

ややもすれば極論にみえる内容とはいえ、注意を学識法の一側面として正当に評価できないか、考える機会としたい。

第8報告: 川島翔「執行証書の理論的基礎としての *confessio in iure*」

今日の執行証書の原型は、13世紀イタリアで登場した自白証書 (*instrumenta confessionata*) ないし保証証書 (*instrumenta guarentigiata*) に求められる。その理論的基礎となったのは、中世のローマ法学者による *confessio in iure* (主に D. 42,2、C. 7,59) の解釈論であった。註釈学派以降、争点決定前の *confessio in iure* は確定判決と同一の効力を持つとみなされ、裁判官の履行命令 (*praeceptum de solvendo*) に基づき即時の執行が可能とされた。やがてこの手続は正式手続なしに一種の仮装訴訟の形式で行うことが認められ、理論的には特別手続 (*extra ordinem*) または非訟事件手続と位置づけられた。裁判官の関与の要否については学説上争いがあったが、*iudex chartularius*



ローマ法雑誌第 6 号[2025]

として非訟事件裁判権を持つ公証人による履行命令の有効性が承認されるに至る。本報告ではここに至るまでの学説史を検討したい。

第 9 報告：石川真人「続・費用の償還－D. 17, 1, 26, 8 に関する *Bürge* vs. *Finkenauer* 論争」

1. テキストと試訳

D. 17, 1, 26, 8 (Paul. 32 ad ed.)

Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est: Mela ait non praestaturum id ei mandatorem, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit.

『学説彙纂』第 17 巻第 1 章第 26 法文（パウルス『告示注解』第 32 巻）第 8 項

ある職人が彼の友人から委任されて奴隷を 10 金で購入し、技術を教え、その後、奴隷を 20 金で売却した。彼は委任訴訟で 20 金を支払うよう強制された。ほどなくして、奴隷が健康を損ねたため、彼は買主に対して有責判決を受けた。メラはいう。彼が奴隷を購入した後、彼の *dolus malus* なく奴隷がこの瑕疵をもち始めたのでない限り、委任者は彼に 20 金を給付する必要はない¹、しかし、委任者の指図に従って彼が奴隷を教育した場合は逆になる、すなわち、無償で教育することが求められていたのでない限り、彼は報酬と食費も受領すべし、と。

¹ 便宜上、以上を解答〈a〉と、以下を解答〈b〉とする。

2. 問題の所在

古代ローマ法の委任は無償契約であるといわれるが、解答〈b〉では、委任者（A）の指図に従って受任者（F）が奴隷（S）を教育した場合、FはSを無償で教育するという合意のない限り、FはAから報酬（merces）を受領しうるとされている。

無償性の原則と本法文を調和させるため merces について古くから様々な解釈が唱えられてきた。本報告²では、それらの中から Bürge 説と Finkenauer 説を紹介し、若干の私見を述べる。

3. Bürge と Finkenauer の merces 理解

Bürge³によれば、F が S に支給した食費と同様に、merces は、A が F に支払うべき金銭ではなく、F が S に支払った金銭を意味する。すなわち、費用の償還が問題になっている本法文は委任の無償性とは無関係である。

Finkenauer⁴によれば、merces は、附加的無方式合意（pactum adiectum in continenti）により A が F に支払いを約束した報酬を意

² 報告者は日本ローマ法研究会第7回大会（2024年3月）において「費用の償還——2007年11月28日の Bürge ゼミ——」と題する報告を行った（本誌5号（2024年）185頁）。その際、関連法文として本法文を掲げたが、その検討は不十分であったため、本報告で再び本法文を検討することとした。

³ A. Bürge, Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum, in: hg. D. Nörr und S. Nishimura, Mandatum und Verwandtes, Beiträge zum römischen und modernen Recht, 1993, S. 321 (Fn. 7).

⁴ Th. Finkenauer, Das entgeltliche Mandat im römischen Recht, in: hg. U. Manthe, S. Nishimura und M. Igimi, Aus der Werkstatt römischer Juristen, Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka, 2016, S. 79ff.



ローマ法雑誌第6号[2025]

味する。本法文は、ローマ法家が委任本来の性質（Natur）と実体（Wesen）を区別していたこと、無償性の原則⁵から離れて⁶、委任に報酬を認めたことを示している。

これに対して Bürge⁷は、教育を目的とする委任においては、委任者が受任者に謝礼を支払うことはあっても、後者が前者に報酬を請求することはできず、merces は S の教育に要した費用、すなわち F が S に支払った報酬を意味する、と応答する。

4. 私見

（1）A は F に何を委任したのか？

委任の内容を Finkenauer⁸は S の購入であると、Bürge⁹は S の購入および転売であると解する。しかし、「職人」が技術を伝授するこ

⁵ D. 17, 1, 1, 4 (Paul. 32 ad ed.) 「無償でない委任は委任でない。なぜなら、委任は義務と友情に起源をもつが、報酬は義務と相反するからである。金銭が支払われる場合には、事柄はむしろ賃約にかかわる」

(Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit)。

⁶ D. 19, 5, 5, 4 (Paul. 5. quaest.) 「無方式合意により委任はその性質からも離れうる」 (et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere)。

⁷ A. Bürge, Überlegungen zu Paulus D. 17, 1, 26, 8 (32 ad ed.) und zur Unentgeltlichkeit des *mandatum* – Eine Kontroverse, in: hg. Th. Finkenauer und B. Sirks, Interpretationes Iuris Antiqui, Dankesgabe für Shigeo Nishimura, 2018, S. 16ff.

⁸ Finkenauer (注 4), S. 69.

⁹ 委任の内容が S の購入か、購入と転売かについては争われているが、Bürge (注 7), S. 14 はおそらく後者であるとする。



ローマ法雑誌第6号[2025]

となく奴隷の購入や転売を委任されるであろうか。解答〈b〉はもちろん解答〈a〉においても、技術の伝授を主たる内容とする委任が前提になっているのではないか¹⁰。

(2) 「無償で」(gratis)は何を意味するのか？

食費、衣服、住居などSの教育に要する費用は委任者Aが負担するのが原則であるが、受任者Fが負担するという特約もありうる。しかし、附約によりAはFに報酬を支払うと合意し、これに基づき委任反対訴権によりFがAに報酬を求めうる(Finkenauer説)としても、主約たる委任が無償なのに、附約により無報酬の合意をすることは考えにくい。gratisは、FはAから報酬を受領しないことではなく、Sの教育費用はFが負担することを意味するのではないか。gratis¹¹をこのように解すると、mercesについてはBürge説が支持されることになろう。

(3) 報告者の理解

事実：FはSに技術を教えることをAから委任され、Sの購入費10金を受領した。FはSを購入し、技術を教えた。Sが一人前になった後、Aに引き渡すべきSをFはEに20金で売却した。委任直接訴権により、AはFに対して20金を請求した。その直後、Sの瑕

¹⁰ Bürge(注7), S.16は、解答〈a〉は教育を目的とする委任が成立していない場合であると解する。Finkenauer(注4), S. 71も同様であるが、やや控えめに、これは「必ずそうだ」(zwingend)というわけではないとする。

¹¹ Bürge(注7), S. 14は gratisを ohne Entgeltと独訳する。Finkenauer(注4), S. 68は kostenlosと独訳するが、事案を説明する際(S. 70)には unentgeltlichと解する。

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

疵を理由とする解除訴権により、買主 E は F に対して 20 金の返還を求めた。F は敗訴し、E に 20 金を支払った。F が E に支払った 20 金と F が S に支払った報酬および食費について、委任反対訴権により、F は A に対して費用の償還を求めた。

解答〈a〉：20 金については、教育を目的とする委任が成立しているか否かにかかわらず、A は F にこれを給付する必要はない。ただし、F が S を購入した後、S が病気になり、かつ、それが F の *dolus malus* によらないときは、この限りでない。

解答〈b〉：教育を目的とする委任契約に従って F が S を教育した本件の場合、F が S に支払った報酬と食費については、逆の結論になる。すなわち、F は費用としてこれを A から償還しうる。ただし、S の教育に要する費用を F が負担する旨の特約があるときは、この限りでない。

第 10 報告：宮坂渉「*rationem/rationes reddere*—遺言による解放の条件」

報告要旨

1945 年頃、チュニジアの Mateur (Tunis から北西に約 60km) から南西に約 10km、Bou Assid で一つの碑文が出土した。碑銘によればこの碑文は、同地でアウフィディウス農場を運営していた農民のために、その妻によって建てられたとされる。一方で、この農民は *conductor* と呼ばれており、Dougga 周辺で複数出土した碑文にみられる皇帝領の *conductor* との関連が考えられる。他方で、この農民は *pariator* とも呼ばれているが、ユスティニアヌス帝の学説彙纂において *pariator* の語が登場する法文は、D. 35.1.81 pr. のみである（他に、*pariaque fecerit* という表現が D. 40.7.40.8 に登場する）。同法文

ローマ法雑誌第6号[2025]

は、遺言による奴隷解放に際して「帳簿を返上したならば rationem/rationes reddere」という条件を付した事例について論じている。同様の事例は学説彙纂に多数見いだされるが、管見の限り、遺言におけるこの表現についての研究は、R. M. Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht : ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Muster-Schmidt, Göttingen, 1980 以降、ほとんど手が付けられていない。そこで本報告では、対象となる帳簿には何が記載されていたのか、「帳簿を返上する」とはどのような意味か、帳簿の返上が奴隷解放の条件とされた理由は何か、帳簿の返上に関連してどのような問題が法学者たちによって議論されたり、元首の勅法によって解決されたりしたか、を検討する。

第11 報告：菊池肇哉「ローマ・カノン法の *contumacia* の概念と、1670 年ブッシェル事件における、「*obstinate jury* 頑固な裁判官」の用語法について：*contumacia* 概念と英米法法廷侮辱罪との関係性再考」

長年、法廷侮辱罪 *contempt of court* はローマ法起源ではなく、12 世紀より英米法独自の制度として論じられてきた。しかるに、伝統的に陪審員の裁判官からの独立を初めて確保したとされる 1670 年のブッシェル事件は、無許可の秘密集会をロンドン市内で開催したとされるクエーカー教の教祖ウィリアム・ペン及びその支持者ウィリアム・ミードが「秘密集会禁止法」を破った廉で、正式起訴されるためには、17 世紀初頭のクックによるマグナ・カルタの神話化の中で、マグナ・カルタ元 39 条で言及され全く別制度である「同輩裁判 *judgement by peers*」がクックにより「陪審制」と読み替えられ

ローマ法雑誌第6号[2025]

陪審制が順守すべきコモン・ロー上の伝統的権利であるとイデオロギー化された事から、手続法上の要件として犯行地にいた12人の証人の大陪審が必須であったが、全員がペンの支援者で、明確に犯罪事実があるにもかかわらず、証拠認定に関わる裁判官の訴訟指揮権を無視し、二日間評決を下す事を裁判官が禁止したにもかかわらず、強行的に無罪評決を陪審員らがだした事に関し、法廷侮辱罪であるとして、12人の陪審員全員を投獄し、その保釈に賠償金支払いを命じ内8人は支払いをした上で解放されが、残るブッセルら4人は賠償金の支払いすら拒否し、ニューゲート監獄に引き続き投獄されていたのを、刑事裁判権を持たない民訴間裁判所が、元来、他裁判所での刑事投獄者の身柄を移送させる刑事裁判権を持つ王座裁判所の専属令状「人身保護令状」を、判例法上、先例なき状態で史上初めて、奇妙なことに請求先が違うのを訴訟経済上も認識しているであろう原告ブッセルらの訴えに基づき、発給し、ブッセルらを解放し、証拠認定に関わり裁判官が罰金刑を科すことにすら違法性を認めた事件である。このように、明確に犯罪事実があるにもかかわらず、政治的理由から無理やり無罪判決を出す陪審員を、16世紀のチューダー期から、刑事裁判に関わる王座裁判所では「obstinate jury」という専門用語で呼んでいた。

この *obstinate* の用語は、中世カノン法学で特にカノン法唯一の強制手段としている *contumacia* もしくは、*contumax* の用法とほぼ一致し、「裁判官の訴訟指揮権に明示的に再三従わずどうしても指揮権を受け入れない陪審員」を指した。*obstinate* の用語には、ローマ・カノン法の *contumacia* の直接の影響が見られるというのが今回の報告の趣旨である。*Contumax* もしくは *contumacia* の用語は古代ロ

ローマ法雑誌第6号[2025]

ローマ法においては、帝政期もだいぶん入った特別訴訟手続きの時代によく法的用語として使用されたが、「皇帝秩序による官命に逆らう、増上慢・思い上がり、傲慢、自己の見解にこだわる頑迷さ」程度の含意の倫理的・非難語がテクニカル・タームとして定着したものであった。言わば、皇帝法・特別訴訟手続時代の「*infamia* 破廉恥」のようなものであったと考える。それは、裁判官の命令や訴訟指揮権に従わない、出頭命令に対する不出頭や、最終判決が出されてもそれに従わない場合などの裁判官・裁判所に対する「*contumacia*」と、軍隊の上官の命令に従わず不服従な事を表す、抗命罪にあたる軍法上の軍隊の上官に対する *contumacia* に分かれた。また軍法上は、より直接的な上官の殴打などの場合は、*petulantia* という用語が使用された。

それが、中世のローマ・カノン法の手続法の中で、カノン法上のほぼ唯一の強制手段である破門のための特別な要件として、「再三の宗教上の上長からの倫理的指導や裁判官による警告を無視し、大破門以外の矯正手段がありえないほどの傲慢さ、不服従」を意味するようになった。これは、キリストの言行録であるヨハネ、マタイ、マルコ、ルカの四福音書の記述に基づくキリストの言行に基づくもので、人を処罰する場合は、必ず複数の証人による証拠（複数証人主義）によらなければならないとされ、かつ、再三の警告を為したうえ（警告前置主義）でなければならないとされる。これは、別の文化的要素であるユダヤ法（律法学）の影響であり、そのうちの「警告前置主義」が、大破門（永久破門）は、キリスト教上、最も苛酷な刑罰であり、それゆえ、可能な限り、最大限忌避すべきという思想より、*contumacia* に「再三の警告を受けたうえでなお確信犯的に行動する



ローマ法雑誌第6号[2025]

ほどの頑迷さや、不服従、思い上がった態度」という新しい文脈を生み出した。これが、新興宗教としてのクェーカー教徒らの明確な教祖らの制定法違反という犯罪事実があるにもかかわらず、違法であっても裁判官の訴訟指揮に徹底的に逆らい、大陪審の制度濫用として敢えて無罪判決を出した「頑迷な陪審員」の用法に一致する。

では、なぜ、現在に至るまで英米法固有の制度とされるのか？その端的な理由の一つは、12世紀にコモン・ローにおいてはじめて使用され始めたおもに召喚命令に対する不出頭に関しての裁判所侮辱罪 *contempt of court* にあたる *contemptus curiae* の語は、『カノン法大全』を通じて見出せぬからであろう。しかしながら、カノン法においては、『ローマ法大全』の再発見が行われる12世紀ルネサンス以前の11世紀後半のグレゴリウス7世による所謂、グレゴリウス改革の中で、既に、教皇権強化のための新概念として「*contemptus clavium* 教皇座侮辱」の概念が創出されていたことに注目したい。12世紀末からハスキンスの言う12世紀ルネサンスの中で『ローマ法大全』の *contumacia* の概念が再生し、*contemptus* に代わり、*contumacia* の語が多用され、辞書や教皇令集の項目語、見出し語としては、少なくとも13世紀には *contemptus* は消失し *contumacia* のみになるが、「*contemptus clavium* 教皇座侮辱」を含む教皇令は特にイノセント3世にも立法され続け、「教皇に対する *contumacia*」は全く同じものとして、相互互換的に使用された。つまり、初期のコモン・ローは、ハインリヒ四世のカノッサの屈辱などで、敷衍し、外交の関わる国家の上位者なら、11世紀以降、歴代神聖ローマ皇帝と歴代教皇のさや当ての中で、継続的に13世紀にいたるまで一種の常識であった「*contemptus clavium* 教皇座侮辱」の概念を参考に、

ローマ法雑誌第6号[2025]

12世紀後半、ヘンリー2世の治世時に、コモン・ローの手続法をクラレンドン法などで初めて創出した際に「*contemptus curiae*」の語を発明・創出したが、*contumacia* という用語が『ローマ法大全』の再発見以前には忘れられ、使用されていなかっただけで、実際のキリスト教上の実務慣行としては、*contumacia* と *contemptus* の間には同一性があるといえる。*contumacia* が *con* + 「*temno* 切る、切り刻み小さくする、転じて、相手を小さくする、過小評価し見下す、侮辱する、命令を無視する、従わない、不服従」という含意として成立したのに対し、中世ラテン語としての「侮辱する、無視する」という動詞「*contemno*」が *mn* 部分で息が詰まるので、*p* の氣息音が入り *contemnþno* の綴りになり、それが名詞化して *contemptus* になっただけで、元来、同じものではなかろうか。このあたり、言語学者でない論者は詰め切れない。

最後に、研究上の極めてやっかいな難点として、古代ローマ法においても、バックランドによれば、共和制期に「*litis contestatio* 争点決定手続き」への不出頭の際、同じ処理がなされていたし、*contumacia* の語が帝政期にテクニカルタームとして定着するはるか以前から当然「不出頭」自体は存在しており、刑罰としてのニュアンスと別して民事手続きの中核に関する限り実体ルールは既にあったのである。中世カノン法においても同様に、*Contumacia* の警告前置主義に関して *decretalist* らが引用する法文や教皇令には *contumacia* の語自体は今回扱った典拠とされるテキストには一度も言及されておらず、その精神が教皇令等の中で繰り返し示されているだけなのである。つまり、古代、中世とも連続的に連綿として実体ルールは存在するが *contumacia* でない *contumacia* が多い。ゆ



ローマ法雑誌第6号[2025]

えに、実際の所、*contumacia* 概念に注目・検索・抽出しテキストを全て辿っても理解の根幹にあまり資さぬ。このズレを認識する必要がある。

とまれ、通常、独研究を中心とする「*contemptus clavium* 教皇座侮辱罪」の研究と、不出頭とも訳される「*contumacia*」の研究は関連づけられておらず、それらを関係づけた上で、今一度、ローマ法起源の *contumacia* 概念と英米法に於ける独自の制度として従来理解されてきた、*contempt of court* との関係性を評価すべきではないだろうか。中世カノン法文献や神学文献の史料を読む限り、偶然の一致というには、実質的關係性が深すぎるように思われる。

第12 報告：佐々木健「和解としての宣誓 *jusjurandum*」

本報告は、拙稿「ローマ的「債務名義」、和解としての宣誓 (*jusjurandum*)：古代ローマ民事手続法序論 (一) ～ (三・完)」法学論叢 195 巻 5 号 1-20 頁、同 6 号 1-21 頁、196 巻 1 号 1-22 頁に基づく。同論文では、主として D. 12.2 所収法文の分析を通じて、宣誓の機能を、特に和解に相当する特質に注目して検討した（なお、これと区別すべき「訴訟物評価の宣誓 *jusjurandum in litem*」については、D. 12.3 の素描に留まるため、本格的分析は他日を期したい）。付言すれば、誓約 *sponsio* については、占有訴訟で両当事者が両立不能な二通の誓約を交わすなど、別の役割を担っていたと解される。同論文、及び本報告では、専ら宣誓 *jusjurandum* について、歴史社会学的に古代ローマ民事裁判手続を研究する一環として、その社会的機能の解明を試みる。

上記論考で挙げた宣誓の特質のうち、本報告では時間の制約から、(J) 抗弁と再抗弁及び(N) 濫訴・免責判決と再訴・和解との関わりを中心に論じる。前者に関しては D. 12.2.9 (Ulpianus 22 ad ed.): D. 12.2.11 (Ulpianus 22 ad ed.)を、後者に関しては D. 12.2.31 (Gaius 30 ad ed. provinc.): D. 12.2.34 (Ulpianus 26 ad ed.)を検討対象史料として分析する予定であった。

* * *

当日は、ウルピアヌス告示註解第22巻から抜粋の D. 12.2.9 を冒頭から検討し、逐次、参加者と討議をしながら読解を項ごとに進めた(所謂「西村方式」)。このため、上記のうち (N) 濫訴その他にまで検討を及ぼすことが叶わず、(J) 抗弁・再抗弁を論じた部分を紹介するに留まった。加えて、D. 12.2.9 を末尾の第7項で一区切り、タイムアップとなりかけたが、その内容が引き続き D. 12.2.11 で論じられていることから、司会により(そして事務局は報告者自身が務めており)「延長戦」を認められた(最終日の最終報告であり、次の発表が予定されていないことも幸いした)。

D. 12.2.11 pr.は、実は報告者にとっては発表内容の肝要部分であり、被告が原告の求めに応じ係争物が「請求者(原告)に属さない」旨を宣誓するという、極めて特徴的かつ不可思議な「帰属否定」型の決着を示唆する。直前に当たる D. 12.2.9.7 では、「請求者に属する」旨の「帰属肯定」型が登場しており、その効力が宣誓要求者たる被告本人のみならずその承継人にも及ぶとされている。他方、それ以外の第三者には効果が及ばない。

既に D. 12.2.9.3 では主語の理解について誤りを参加者から指摘され訂正したこともあり、有意義な議論が展開できた(但し、正確



ローマ法雑誌第6号[2025]

な内容理解に到達したにもかかわらず、誤った理解のまま寄稿した論文は既に校了、そのまま刊行される)。

翻って「帰属否定」型の宣誓は、南山法学掲載予定の別稿で論じた D. 5.3.19.2 にも登場する。詳細はそちらをご参照頂くとして、この「双子論文」のうち後者は校正中であったので、大会での議論を少しでも反映させることができたのは幸いであった。
