



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	パピニアーヌス、意味不明な法律家か
Author(s)	アンクム, ハンス; Ankum, Hans; 小川, 浩三//訳 他
Citation	北大法学論集, 44(2), 1-45
Issue Date	1993-08-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15522">https://hdl.handle.net/2115/15522</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(2)_p1-45.pdf



# パピニアース、意味不明な法律家か\*

ハンス・アンクム  
小川 浩 三 訳

## 【概要】

一 パピニアースの生涯と経歴 二 パピニアースの死 三 パピニアース、二つの悲劇の主人公 四 パピニアースの法学著作 五 パピニアースの法学方法についての若干の留意点 六 パピニアースの法学的能力の評価、(a) 古代 (b) キュジャスおよび一九世紀末以来数十年の現代の多くのロマニストたち 七 多くの論者が主張するパピニアースの意味不明 八 パピニアースの著作の伝承、とりわけその『質疑録』についてのフリッツ・シュルツの見解、「それは後古典期初期に後古典期の法律家の手が加えられたものだ」 九 前記二点についての筆者自身の立場、パピニアースの難解な二つのテキスト、すなわち、D. 12. 6. 56 および D. 21. 2. 66 pr. のエクセグーゼを例として 一〇 若干の結論

一九八六年以来、私は、アムステルダム大学のゼミナールで講師および上級クラスの学生のグループとともに、パピニアースの『質疑録』(Quaestiones) および『解答録』(Responsa) から抜粋されたデイゲスタのテキストを読んでおり

ます。このテーマの選択については、われわれは、すぐに一致しました。われわれは、パピニアヌスの多くのテクストの思考の深さと難解さを知っていましたし、パピニアヌスのディゲスタ法文をよりよく理解することが要請されていると、思われたのです。この選択は、生産的であったということが実証されました。多くのテクストが非常に難解で、繰り返し討論した後でようやく理解するということもしばしばでした。私は、この討論参加者たちが刺激を与えてくれたことに感謝しておりますし、この点では、とりわけ、ポール (E. H. Pool) 氏およびウィンケル (L. C. Winkel) 博士の名をあげたいと思います。このゼミナールおよび自分自身の研究の成果のいくつかを、私は、ここで講演したいと思いません。

一 さまざまな史料から、われわれは、他の多くの法律家について知られていることが少ないことに比較して、パピニアヌスの生涯と経歴について相当多くのことを知っています。おそらくは、彼は紀元後一五〇年頃に生まれました。どこかは、知りません。シリア、または、アフリカに生まれたというテーゼには、<sup>(1)</sup>十分な根拠がありません。『皇帝史』記者たち (Scriptores Historiae Augustae) によれば、彼は、セプティミウス・セウェールス帝と大変親しく、第二の妻を通じて (per secundam uxorem) <sup>(2)</sup>姻族関係にもありました。この姻族関係 (adfinitas) が成立したのが彼の第二の妻を通じてなのか、それともセプティミウス・セウェールスの妻を通じてなのか、<sup>(3)</sup>知られていません。彼は、職歴を (セプティミウス・セウェールスの後任として) 帝室金庫守護 (advocatus fisci) 職から始めました。マルクス・アウレリウス帝の下で (一六九—一七七年) 彼は、近衛都督 (praefectus praetorio) の補佐 (assessor) でした。 (D. 22. 1. 3. 3でパピニアヌスは、「余は近衛都督に助言した……(praefectus praetorio susi…)」と書いています)。一九四年から二〇二年まで、彼は、嘆願担当書記 (a libellis) 職を勤めました (換言すれば、彼は嘆願担当局長官 (magister libellorum) でした)。

この職務は、法形成にとってきわめて重要でした。magister libellorumの任務は、勅答を作成することでした。われわれのゼミナールでは、一九四年から二〇二年の間のこれらの勅答をまだほとんど研究しておりません。この時期の勅答にある決定とその理由付けを分析し、これらの勅答と同一テーマを扱うパピニアースのディゲスタ法文とを比較することは、実り多いことでしょう。ここには、将来のパピニアース研究者のための広大な領域が残されています。二〇三年または二〇五年から二一一年まで、パピニアースは、近衛都督(Praefectus praetorio)でした。この職掌として、彼は、裁判を、とりわけ公刑法の領域で、特別審理裁判所(cognitio extraordinaria)で行ないました。パウルスは、D. 12. 1. 40で、ある担保問答契約証書(cautio)が、「法学者、近衛都督アエミリウス・パピニアースの法廷で(in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iurisconsulti)」読み上げられた、と記しています。praefectus praetorioとして、彼はセプティミウス・セウエールの伴をして、ブリタニアへ旅行しました。この皇帝の死後、二一一年に、彼はカラカラ帝によって職を解かれました。<sup>(4)</sup>

二 カラカラは、その兄弟で共同皇帝であったゲータを殺した後で、この死を元老院と国民に対し弁明するように、パピニアースに頼みました。パピニアースは、こうすることを拒否しましたが、この行動は、彼の著作に表れている高い倫理性をもった見解に符号するものです。「皇帝史」(Historia Augusta)に言及されている伝説(「多くの人々がいっている (multi dicunt)」)によれば、パピニアースは、「近親殺人を弁明することは、それを行なうことほどには容易でない (non tam facile patricidium excusari, quam fieri)」とこの皇帝に答えたとのこと<sup>(5)</sup>です。このために、パピニアースは、二一二年三月に皇帝の目の前で、当時財務官(quæstor)であった彼の息子が立ち合う場で、皇帝の要請により斧で殺されました。<sup>(6)</sup>

三 この死は、正義への殉教として、一七、一八世紀の二人の作家を触発して、パピニアースについて悲劇を書かせることになりました。法律家が演劇で重要な役になるということは、滅多にないことです。パピニアースは、二つの悲劇の主人公です。すなわち、ドイツの作家グリューフィウスの「Papinian」<sup>(8)</sup>の悲劇については、デイター・ネルが一六六六年に見事な論文を書きました（およびイタリア人のグラヴィーナの「Papiniano」<sup>(9)</sup>においてです。前の戯曲は一六五九年に、後のは一七二二年に公刊されました。

四 今度は、パピニアースの著作について論じますが、最初に目に付くことは、パピニアースが残した著作の量が相対的に限られていることです。われわれに知られている彼の著作は、六二卷 (*libri*) です。 *libri* とは、古代の本の意味ですが、パピルスの巻物で一卷が現代の印刷物で約三〇頁に対応します。比較のために、他の若干の法律家の残した巻数を挙げますと、ユリアース…一〇〇巻、ポンポニーウス…三五〇巻、パウルス…二八八巻、ウルピアーヌス…二四四巻です。ポンポニーウスとの大きな差を説明できる理由は、パピニアースがその生涯で多年にわたって国家の要職についたのに対し、ポンポニーウスにはそれがなかったということです。けれども、上記の他の三人の法学者との違いには、この説明は当てはまりません。彼らもまた多くの国家の公職を勤めたからです。パピニアース以後に生きた古典後期の二人の大法律家との差について、強調できることは、パピニアースの著作の内容が大部分自分自身で考えて書いたことであり、他の二人に比べて、過去の法律家の見解への言及がはるかに少ないということです。さらに、パピニアースのような自立的で独創的な思索家には、自己批判に富んでいるということが推定できます。パピニアースの著作で、われわれがそのタイトルを知っており、かつその著作から一ないし複数の断片が現在伝わっているのは、

以下のものです。

—ギリシア語で書かれた、*astyonomikos monobiblos* (『都市保安官論単巻』) というタイトルの一卷からなるモノグラフ  
フィー

—『姦通論二巻』(De adulteris libri II)

—『姦通論単巻』(De adulteris liber singularis)

—『定義録二巻』(Definitionum libri II)

—『質疑録三七巻』(Questionum libri XXXVII)

—『解答録一九巻』(Responsorum libri XIX)

これらの著作それぞれについて、簡単に説明したいと思えます。

最初の著作でわれわれが知っているのは、D. 43. 10. 1. pr. 1-5. にある相当に大部な一断片だけです。このモノグラフ  
イーは、現代では行政法と呼ぶものの領域にあるもので、都市内道路浄化四人官(*quattuorviri viis in urbe purgandis*)  
という名称の都市の役人の管轄事項を扱っています。この役人の任務は、公道を通行できるように開設しておき、良好  
に保持し、それに接する家屋の状況が悪いために危険にさらされることがないように、配慮することです。<sup>(10)</sup>

姦通(*adulteria*)を論ずるものとして、二つの著作がパピニアースの名前で伝承されました。姦通に関するユ  
リウス法律(*lex Iulia de adulteris*)で、アウグストゥス帝は、既婚の女が男と行ふ不貞、および、これ以外の未婚の女  
と男との間の婚姻外の性的接触を共に刑罰をもって威嚇しました。この法律は、両事案とも姦通(*adulterium*)といっ  
ています。この法律以後の法律家たちは、*adulterium*と淫蕩(*stuprum*)とを区別します。前者では既婚の女が、後者では  
未婚の女が犯罪者の一方となります。パピニアースは、*de adulteris*で両方の犯罪(*crimina*)を論じました。<sup>(11)</sup> おそらく

はこのために、彼はその著作に〔複数形の〕*de adulteris*というタイトルを付したのでしよう。最初の著作の真正性については、マルキアーヌス(Marcianus)が『註(Notae)』を書き加えてはいますが、疑いがありません。Liber singularis(「単巻」)の真正性は、疑問とされてきました。どの断片にも、問われ……答える(*quaeritur…respondit*)という形式が認められます。おそらく、パピニアヌス以後の法律家が、その*Quaestiones*から抜粋して、この著作を纏めたのでしよう。この問題は、このままにしておきます。

二巻の*Definitiones*の内容は、重要な法概念を簡潔に定式化して表したもので、それらはしばしば非常に示唆に富むものです。他の法律家との論争は、パピニアヌスは、この著作では断念しました。

パピニアヌスがカズイステイクを扱う両主著、*Quaestiones*と*Responsa*とを著した時間的順序は、難なく確定できます。*Quaestiones*がより古い作品です。パピニアヌスが*Quaestiones*第一五、一九、二九、三六巻のテキストで、皇帝マルクス・アウレリウスおよびコモドゥス(「神皇マルクスおよびコモドゥス(*divi Marcus et Commodus imperatores*)」)ならびにセプティミウス・セウエールス(「われらが最良の皇帝セウエールス(*optimus imperator noster Severus*)」)への言及の仕方から推論して、パピニアヌスは、その*Quaestiones*をセプティミウス・セウエールスが単独で皇帝であった、一九三年から一九八年までに書いた、ということができます。*Responsa*は、より新しいものです。すでに第一巻、さらには第一六巻でも、セプティミウス・セウエールスとカラカラが在位中の皇帝として引かれています。第四巻では、二〇六年の両皇帝による一宣示(*oratio*)が論題になっています。*Responsa*は、少なくとも大部分が、おそらくは全部が、セプティミウス・セウエールスとカラカラの共同統治下で、したがって、一九八年から二二一年の間に書かれました。さらに、パピニアヌスがこの作品を二二二年三月の彼の死の少し前に完成させた、という可能性もあります。両作品の体系は、ユリアーヌスの『*ディゲスタ(Digesta)*』の体系です。諸テーマの扱いでは、

まず告示の順序に従い、これに法律 (*leges*) と皇帝の勅法とに関連する具体的事案をめぐる議論が続きます。両作品とも、過去の共和政期および元首政期の最初の二世紀間の法律家の意見、ならびに、皇帝の勅法が引用されています。紀元後一世紀ではサビーヌスが、二世紀ではユリアーヌスがつとも多く言及されています。ユリアーヌスは、一九世紀後半のドイツ音楽史上のワーグナーのようなものです。ユリアーヌス以後に著作活動を行なった古典期法律家の何人も、彼の影響を免れることはできませんでしたが、これはちょうど、前世紀の最後の数十年間のドイツの作曲家がワーグナーの影響を免れなかったのと同じです。パピニアースも、たしかに、ユリアーヌスからもつとも大きな影響を受けました。 *Quaestiones* にはパウルスが、 *Responsa* にはパウルスとウルビアーヌスが『註 (*notae*)』を書きました。パピニアースのこの両作品とも、カズイステイクな性格をもっています。共に具体的法的事案を内容としています。 *Responsa* は、これだけに限られます。議論のために出された事案は、すべて、法実務からでてきたように思われます。 *Quaestiones* は、パピニアースが考案した事案も論じていますが、さらに、教義学的な議論も含み、出発点となった事案の解決には必要ない諸事案も論評し、提案した解決に不利な反対論拠にも気を配り、時には、パピニアースの弟子たちとの討論も再現しています。それゆえ、教義学的要素は、 *Quaestiones* において、 *Responsa* においてよりも強く出ています。<sup>(13)</sup>

パピニアースの著作リストを概観して、目に付くのは、市民法 (*ius civile*) 註解 (『サビーヌス註解』 (*libri ad Sabinum*)) および告示註解 (『告示註解』 (*libri ad edictum*)) ならびに入門者用教科書 (『提要』 (*Institutiones*)) がな  
 いるということです。しかし、 *Definitiones* は、教義学的側面とならんで、教育用としての側面ももっています。

**五** パピニアースの法学の方法および文章表現の若干のメルクマールについて述べたいと思いますが、これらは、デ  
 イゲスタに収録された彼の断片の多くを研究してわれわれの目に付いたことであり、また、その大部分はすでに過去の

論者たち<sup>(14)</sup>によって指摘されたことです。これについてこれから私が述べますことは、すべて、暫定的なものです。何十年にも渡る数多くのロマニストたちによる研究がなされてはじめて、この点でもっと決定的な結論を得ることが可能になるでしょう。

パピニアースは、——彼の多くのテクストのエクセグーゼとそこに含まれた解決の分析によってわれわれが確信をもったことですが——鋭敏な感覚をもち、深く掘り下げて考える、法学の思索家でした。彼は、独力で、人に頼ることなく自らの法的決定に到達しました。彼は論争しましたが、しかし、それは抑制が効いていて、苛烈になることは決してありませんでした。パピニアースは、とりわけ、——これから見るように、概念形式や一般的法理論の問題にも注目していましたが——カズイステイクの巨匠でした。この上ない確さで、彼は、実務で出てくる法的事案の解決を見いだしました。その際、彼は、他の類似の事案への調整を行ないました。彼は類似の他の事案を挙げ、それと同様のもとみて、類似の事案での解決から処理すべき事案の解決を推論しました。また、彼は別の類似の事案を挙げ、それをある重要な点でまったく異なるものと見て、そこから、問題の事案では解決が異なるべきだということを、論証しました。これは、古典期の他の法律家もしたことです。しかし、パピニアースのこの事案比較の方法の用い方は、名人芸でした。私が一般的・抽象的に立てたこれらの命題の正しさは、多くのパピニアースの法文の正確な解釈によって初めて受け入れられるものとなりましょう。第九節でパピニアースの *Quaestiones* からの二つのダイグスタ法文を例として、説明してみようと思います。

われわれ以前の何人ものロマニストたちがすでに観察してきたように<sup>(15)</sup>、パピニアースは、倫理的・道徳的諸価値に注目し、それらを重視しました。たいていの場合、これらの価値は、たとえば、羞恥心 (*verecundia*)、恩義 (*pietas*)、礼儀正しさ (*eximiatio*)、衡平 (*aequitas*) といったものですが、これらはパピニアースにとって、法発見に際して、

これらの価値に適合する解決、もしくは、少なくともこれらに矛盾しない解決を得るための論拠となるものです(たとえ<sup>15</sup> D. 28. 7. 15, D. 18. 7. 6 pr. および D. 17. 2. 81)。時には、彼は、当事者の態度が道徳的には異なった評価を下すべきものであるという事実があっても、それは法的には決定に影響を及ぼすべきではないとも、認めています(D. 13. 5. 25. 1. 参照)。マイヤー・マリーの最近出た見事な論文によって、<sup>(16)</sup> *verecundia* という単語が他のどんな法律家におけるよりもバビニアースにおいて出る頻度が高いということを、われわれは知っています。この単語は、D. 28. 7. 15, D. 13. 5. 25. 1 および D. 18. 7. 6 pr. に認められます。もっとも有名なテキストは、D. 28. 7. 15<sup>(17)</sup>です。

*Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmit patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

父の権力下にある息子が、元老院または元首が承認しない条件を付されて相続人に指定された場合には、父の遺言を無効にする。あたかもこの条件が同人の権能の内でない〔息子にとって不能である〕かのごとくに。すなわち、われわれの恩義、礼儀正しき、羞恥心を損ない、一般的にいえば、良俗に反してなされる行為をわれわれは行なうことができないとも考えるべきだからである。

このテキストでは、バビニアースは、*verecundia* を他の三つの倫理的価値概念、すなわち、恩義(*pietas*, *Pflichtgefühl*)、礼儀正しき(*existimatio*, *Anständigheit*)、良俗(*boni mores*, *gute Sitten*)と一緒に用いています。父の権力下にある息子を、父は、相続人であることを条件として自己の相続人(*heres suus*)に指定することは、一般的にはできませんでした。このような場合には、被相続人の死の時点でこの息子が相続人に指定されたのか、それとも廃除されたのか、確かでなかったからです。本題のバビニアースのテキストの事案では、息子がその父によって、ある随意

条件付で相続人に指定されました。このような条件は、一般的には息子の相続人指定に付加することが可能でしたが、それは、このような事案では息子が父の相続人になるかどうか息子自身に係っていたからです。本題のテクストの遺言の随意条件は、けれども、元老院議決または皇帝の勅法に反するものでした。パピニアヌスによれば本件息子にはこの条件を成就することが道徳的に許されなかったもので、この条件は本物の随意条件ではなく、不能条件であつて、パピニアヌスの判断では、その必然的な結果として、父の遺言は無効となり、したがつて、息子は無遺言相続人として行動することができたのでした。パピニアヌスの書くところでは、われわれの *pietas, eximatio*、および、*verecundia* を損ない、そして良俗に反する行為をわれわれが行なうことができるなどということは、もちろん認めるべくもないのであります。

元首の勅法 (*constitutio principis*) 違反に対するこの留意から、パピニアヌスの方法のもう一つの重要なメルクマル、すなわち、皇帝の勅法への注目が大きいことへと、本講演も移っていきます。<sup>(18)</sup>レーネル (Larenz) のパリンゲネーシア (*Palingsesia*) にあるパピニアヌスの七四九の断片には、勅法の参照が一〇〇箇所見付けられます。ちなみに、これは、八年半にわたつて文書発給官として勅答を作成した法律家にとつては、決して驚くことではありません。

コスタは、早くも一九世紀末に、パピニアヌスを主題とする彼の著書のなかで、この法律家にある種の緊張関係が——少なくとも彼が研究した契約法の領域で——<sup>(19)</sup> 伝統と革新との間にあることを確認しました。ジュフレは、一九七六年に発表した示唆に富む論文で、この考えをいわばライトモチーフとして受け継ぎました。なんとといっても、彼の論文のタイトルが、「パピニアヌス：伝統と革新の間で」<sup>(20)</sup> なのです。このテーマは、改めて研究する価値があります。われわれが差し当りもっている印象では、パピニアヌスは確かに彼以前に受け入れられた概念や規範を適用していますが、しかし、このことは、彼が具体的法的事案の新しい解決を非常に多く提示することの妨げには、決してなりません。

んでした。保守的な法律家ではパピニアースは決してありませんでしたし、彼においては革新の要素が伝統の要素よりもはるかに強くあらわれていました。

すぐに思い浮かぶことですが、パピニアースの仕事のやり方を、彼よりも半世紀前に活躍した他の法律家、ユリアースのやり方と対比してみます。両者ともカズイステイクの巨匠でした。私が思うには、ユリアースの方が教義学的な面が若干少なく、実践的な面が若干多く、有用性(utility)が前面に出る度合いが若干強く、とりわけ、彼においては妥当な結果が最重要でした。パピニアースにとっては、これと並んで、教義学的に見て正しい理由付けといったものも重要で、彼の *Quaestiones* には教義学的な議論も認められますし、よい概念形成に強い関心を抱いていたことも、その *Definitiones* から明らかになるとおりです。

かくして、われわれは、パピニアースの方法の最後のメルクマールを論ずることになります。彼は、教義学や体系化の面でも、また、今日われわれが一般法理論と呼ぶ面でも重要な成果を上げたことを誇りにしてよい人でした。*Definitiones* には、ローマの法概念の示唆に富む記述が多く見られます。ここでは、三つの例を挙げます。すなわち、法律概念、市民法 (*Ius civile*)、法務官法 (*Ius praetorium*) の定義です。法律 (*lex*) のいくつかの要素についての彼の記述は、D. 1. 3. 1 に見いだされます。「法律とは、共通の規則、賢慮ある人々の決定、故意または無知によって惹起される罪過の抑制、国家のための共通の誓約である (*Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*)」。興味深いのは、パピニアースが D. 1. 1. 7 pr. での市民法の「定義」において *venire ex* (「から出てくる」という表現を用いることで、現代の「法源 (*Rechtsquelle*)」) という概念にいかにか接近しているか、であります。すなわち、「市民法は、法律、平民会決議、元老院議決、元首の裁決、賢慮ある人々の権威から出てくるものである (*Ius civile est, quod ex legibus, plebis*

scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit)」。法務官法についての彼の概念規定は、ローマのこの法の層の重要なメルクマールを実によく再現しているために、この概念規定が今日でもなおローマ法史のほとんどすべての教科書で見られるほどです。ディゲスタ編纂者たちは、この概念規定を D. I. 1. 7. 1 に収録しました。「法務官法とは、法務官たちが公共の利益を計る目的で市民法を助勢し、補充し、匡正するために導入したものである。これは名誉法ともいわれるが、法務官の官職としての名誉を考慮して、このように名付けられたのである (Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam, quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.)」。

この節の最後に、パピニアヌスの文章表現のスタイルについて一つ説明しておきます。決定されるべき事案も法的決定も彼が再現したものは、信じられないほどの短さです。パピニアヌスのこの極度に圧縮したスタイルが、この法律家のほとんどすべての法文の難度が高いことのもっとも重要な原因の一つとなっています。彼の同時代人でさえも、たしかに、これによって早くも問題を抱えたに違いありません。例として、このように極度に圧縮した文章表現の場合を二つ挙げます。D. 12. 6. 56 (第九節で論ずるテクスト) に、si ex die debitor solvit という言葉があります。何週間もかかって、ようやく私は、ex die を solvit に結び付けてはならず、次のように解釈しなければならないことが分かりました。si is, qui ex die debitor est, solvit (「一定の時点から債務者となっているものが、支払った場合には」)、と。これに匹敵する短さの例が、D. 18. 7. 6 pr. に見いだされます。Si ... serva ... aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur, われわれのゼミナールのポールが指摘したように、(ここ)で aliquo facto を「あるなんらかの事実によって」と訳したのでは、十分意味がとれません。次のように訳さなければなりません。「女奴隷が追奪されるが、それが、取り決められていたことに反するなにかが(買主によって)なされた後であった場合には」と。<sup>(22)</sup>

六 今度は、パピニアースの法学の能力に関する、古代の彼以後の法律家や皇帝たちの評価(a)、およびキュジャス、モムゼン、さらに一九世紀末以来の現代のロマニストたちの評価(b)について、手短かに報告したいと思います。

(a) 早くも彼以後の古典期の法律家たちによって、パピニアースは、しばしば引用されました。トニー・オノレがその著書『ウルビアーヌス』(一九八二年)<sup>(23)</sup>で採録したデータで見いだすことができる数、もつともこの数は、おそらくはその著書『ガイウス』(一九六二年)<sup>(24)</sup>での法律家ポンポニウスに関する数と同様訂正されなければなりません<sup>(25)</sup>が、この数によれば、パピニアースにウルビアーヌスが一一六回、パウルスが五回、マルキアーンヌスが一回四回言及しました。これらの法律家たちは、——ほとんど常に批判することなく——パピニアースの見解を再現し、「パピニアースが言った(Papinianus dixit)」、「書いた(scripsit)」という言葉に、時として、「正当にも(recte)」とか「鋭敏かつ的確に(eleganter)」といった称賛の副詞を付け加えています。大部分が古典期の提要教科書からまとめ上げられたユスティニアース帝『法学提要』には、パピニアースは七回引用され、ゴルディアーンヌス帝からユスティニアース帝までの勅法で一五回、ユスティニアース帝の勅法で一〇回引用されています。早くも、ディオクレティアーンヌス帝とマクシミリアーンヌス帝は、彼をある勅法で(C. 5. 71. 14)「この上なく賢慮に富む人(vir prudentissimus)」と呼んでいます。コンスタンティーンヌス帝からユスティニアース帝までの後古典期で、パピニアースはほど大きな権威と名声をもつたローマの法律家はいませんでした。コンスタンティーンヌス帝は、三三一年の勅法(C. Th. 1. 4. 1)で、ウルビアーヌスとパウルスが書いたパピニアースへの(in Papinianum)『註(notae)』を法廷で用いることを禁止しましたが、これらの『註』によってパピニアースの考えが改善されるどころか、——コンスタンティーンヌス帝が規定するように——歪められたからです。同じことは、おそらく、パピニアースの *libri de adulteris* にマルキアーンヌスが付した『註』に

も起こつたことでしょう。<sup>(26)</sup>四二六年のテオドスイウス二世帝・ヴァレンティニアヌス三世帝の引用法(C. Th. I. 4. 6)がユスティニアヌス帝の直前一世紀間におけるパピニアヌスの権威の優位に、おそらくはもつともよく貢献したてでありましょう。周知のように、この法律以後は、裁判官の面前では、ガイウス、パピニアヌス、パウルス、ウルピアヌス、モダステイーヌスの著作だけしか引用できなくなりました。裁判官は、これらの法律家の多数意見に従い、いくつも意見がある場合には、パピニアヌスの見解が主張されていけば、これに従って決定しなければなりません。後古典期の非法律家著作者たちによって、彼は美辞麗句をもって飾り立てられています、たとえば、カッスイオ・ドールス<sup>(28)</sup>、セプティミウス・セウエルルス伝(二一・八)の著者で、後者は、彼を「法の駆込所、法学識の宝庫(*asylum et doctorinae legis thesaurus*)」と記しています。

べールトおよびコンスタンティノーブルの法学校の第三学年の学生は、五三三年以前には、とくにパピニアヌスの著作を学ぶものとされてきました。それゆえ、彼らは、パピニアヌスの徒(*Papinianisten*)と称し、この学年の終わりに、ユスティニアヌス帝がその勅法<sup>(29)</sup> *Omen* (I. 4)で保持したお祭りを祝いました。

ユスティニアヌス帝の勅法(中でも勅法<sup>(30)</sup> *De auctore* "86および勅法<sup>(30)</sup> *Omen* "84)および若干の新勅法において、パピニアヌスは、常に(一五回)最高の称賛をもって言及されています。五二九年一〇月三日の勅令(C. 6. 42. 30)では、パピニアヌスは、「この上なく鋭敏な才能の持主、功績は他の先人に優る(*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*)」と呼ばれています。当時は、トリボニアヌスは、まだ聖宮殿の財務官(*quaestor sacri palatii*)ではありませんでした。五三〇年以降、つまりトリボニアヌスがこの *quaestor* に任命された後も、パピニアヌスは、なお依然として、「傑出した才能をもち(*excelsi ingenii*)」、「この上なく美德のある(*pulcherrimus*)」、「この上なく気高い(*sublimissimus*)」と称されましたが、しかし、もはや「他の先人に優る(*ante alios excellens*)」とは称されなくなり

ました。ユリアースもまた、さまざまな勅法で *sublimissimus* 等と称されています。古典期法学者の著作の断片のア  
ンソロジーが五三三年二月三〇日に法律として発効し、これにディゲスタ (*Digesta*) という名称が与えられましたが、  
これは大ユリアースを讃えるために行なわれたのでした。編纂者が抜粋した古典期法律家の著作のインデックス、こ  
の作成の責任者はおそらくトリボニアースだったと思われるですが、ここでは最初にユリアースの *Digesta* が言及さ  
れ、これにパピニアースの著作が続いています。それゆえ、ユステイニアース帝の法律ではパピニアースが最高  
の美辞麗句で飾られているとしても、トリボニアースにとってはわれわれが研究しているパピニアースはユリアー  
ースに次ぐ偉大な法律家だった、という蓋然性が高いように思われます。

ユステイニアース帝の『ディゲスタ』の中でパピニアースの作品がもつ重要性に関して、なお二つの説明を付け  
加えておきます。一つは、パピニアースの *Quaestiones, Responsa, Definitiones* から抜粋された断片が、第三小委員会  
が作成した『ディゲスタ』法文群に占める重要な位置——それゆえ、F・ブルームはこの法文群をパピニアース群と  
呼びました<sup>(31)</sup>——に関するものです。その重要性から、パピニアースの前記三著作の断片がこの重要な位置を占めたの  
も当然でした。もう一つは、全『ディゲスタ』中に占めるパピニアースの断片の量に関します。『ディゲスタ』のす  
べての言葉がリンツ大学ローマ法研究所のコンピューターに入力されてから、各法律家の断片がこれらのすべての言葉  
の中でどの程度の割合を占めるのかを、われわれは精確に知っています。ウルピアーヌス (四一、五六パーセント)、  
パウルス (一六、七四パーセント) に次いで、五、六九パーセントのパピニアースが来ます。これに続くのが、Q・  
ケルウィディウス・スカエウオラ (四、九二パーセント)、ポンポニーウス (四、四一パーセント)、ユリアース (四、  
四〇パーセント) およびガイウス (三、九五パーセント) です。<sup>(32)</sup> けれども、パピニアースが『ディゲスタ』中に占め  
る実際の位置を理解するためには、ウルピアーヌス、パウルスおよびマルキアーヌス法文でのパピニアースの引用も

説  
算入しなければなりません。

論

(b) 一六世紀フランスの人文主義ロマニスト、ヤロコプス・クヤキウス(キュジャス)は、私の考えでは、現代の多くのロマニストたちよりも古典法学者により近く迫り、また、現代のロマニストにとってもなおきわめて価値のある、パピニアヌスの *Quaestiones* についての註解を書きましたので、<sup>(33)</sup>パピニアヌスの法学の能力についてのキュジャスの評価は、われわれにとっても大きな意義をもっています。キュジャスは、パピニアヌスを手放して、ローマ法律家の最大の人と評価します。彼は次のように書いています。「*Nemo unquam Papiniano aequari potest, nisi per deridiculum: nemo unquam. Unus Papinianus erat, ut Homerus unus poetarum princeps, sic unus princeps iureconsultorum Papinianus.*」(「いまだかつてパピニアヌスに比肩できるものはひとりもない、笑い者になりたいというのでない限り、そんなことはいまだかつてだれもできないのだ。パピニアヌスは空前絶後だった。ホメロスが空前絶後の人として、詩人の第一人者であったように、パピニアヌスも空前絶後の人として法律家の第一人者であった。<sup>(34)</sup>」)

三世紀後に、テオドル・モムゼンは、一九世紀末に書いた論文の中で、<sup>(35)</sup>これとほとんど異なる判断を下しています。彼によれば、パピニアヌスは、「法学の才能および法と倫理に関する生き生きとした感情において、疑いもなく、第一人者」だったのです。

これと同様に高い調子で称賛する評価は、一九〇九年になっても、エミリオ・コスタの『ローマ法源史』(*Storia delle fonti del Diritto Romano*)で見いだされます。<sup>(36)</sup>彼の見解は、その一八九四年から一八九九年に公表されたパピニアヌスを主題とする四巻本の研究によってこの法律家を非常によく知っているだけに、<sup>(37)</sup>重みをもっています。彼は書いています、パピニアヌスという名前は、「*il maggior grado di eccellenza raggiunto mai dalla giurisprudenza in ogni tempo.*」(「法学がこれまでの全時代を通じて到達した最高度の卓越性」)の代名詞である、と。

現代のロマニストの大多数は、パピニアースの法学の質について大変肯定的な評価をもち、彼がローマの最高の法律家の一人であるという見解に与しています。けれども、彼が最高であるという見解は、もはや見られませんか。この、大変肯定的ではあるが、しかし幾分控えめな立場は非常に多くの論者に認められます。ここでは、例として、パウルクリュエーガー（一九二二年）<sup>(38)</sup>、A・A・シラー（一九三三年）<sup>(39)</sup>、R・オレスターノ（一九六五年）<sup>(40)</sup>、および、M・カーザー（一九六七年）<sup>(41)</sup> を挙げておきます。この現代の見解の嚆矢は、おそらく、P・クリュエーガーで、彼のよく考量した上で評価は賛同をえました。彼は、現在でもなお依然として示唆に富む『ローマ法源・文献史』(Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts) のパピニアースの法学能力を論じた文章を次のように始めています。「パピニアースは、後世の人の目には、重要性において彼の全先達に優っていた。これが行き過ぎているとしても、彼を、少なくとも先達の最良の人々と同列に置かなければならない。」<sup>(42)</sup> クリュエーガーは、パピニアースの多くの卓越した能力を挙げた後、結論的に書いています。パピニアースは、「表現をできるかぎり短く、かつ、精確にしようと努め、それを名人芸の域までもっていった」<sup>(43)</sup>、と。オレスターノは、一九六五年に、パピニアースの仕事の仕方と彼がもつさまざまなすぐれた特性について、短いが非常にうまい性格描写を行ないましたが、次のように書いています。「パピニアースは、ローマ法学の全歴史を通じてもっとも偉大な法律家の一人である」<sup>(44)</sup>、と。最後にマックス・カーザーが一九六七年にパピニアースについて書いています。「彼の事案提示は、深い思案、法学的に重要なものの鋭い把握、そして的確さによって、最高の名人芸である」<sup>(45)</sup>、と。

これと並んで、反対の流れの論者たちがありますが、彼らは、たしかにパピニアースの能力を評価しはしますが、しかし、彼について批判的なことも明言し、他の法律家、たとえば、サピウス、ラーベオーやユリアースなどを彼より上位に置きます。ペルニーチエは、一八九九年夏学期の講義で、パピニアースについて、「私には、彼は先鋭すぎ

る (nz) (z) (46) と言ひ、モムゼンとの私的な会話では、癢に触る、とさえ述べました。こうして、彼はラーベオーについて大作を書いたのです。(46) パピニアヌスが細かすぎる (nimia subtilitas) という同じ非難は、この後にキューブラー(47)にも認められます。

イタリアでは、パピニアヌスについてもつと否定的な評価がありますが、それはボンファンテに遡ります。彼が早くも一九〇〇年に書いたところでは、(48) パピニアヌスは、創造力でも、概念と表現の巧みさでも、さらにはおそらくは、法学に対する鋭敏な感覚という点でも、彼以前の時代の真にトップ・クラスの法律家の下位にあつたのであり、現代のロマニストの論争の多くの原因が、パピニアヌスのまづいテクストにある、というのであります。この評価にキアツエーゼ(49)とアランジョル(50)が与しました。前者は、ラーベオー、サビーヌス、そしてとりわけユリアーヌスを、パピニアヌスに比してより鋭敏な感覚とより豊かな創造力をもつた法律家として挙げています。アランジョル(52)によれば、パピニアヌスの卓越が過大評価されてきたというのですが、彼の従来にも増した否定的な見方は、フリッツ・シュルツ(53)が、『ディゲスタ』で伝承されたパピニアヌスの断片について与えた、パピニアヌスに不利な評価に依存しています。シュルツの考えでは、パピニアヌス断片は、後古典期の改訂者によって改作されたのです。アランジョル(54)の考えでは、シュルツが否定的に評価した内容に責任があるのは、パピニアヌス自身でした。この問題には、以下の第九節で立ち戻ることになります。

私は、パピニアヌスの法学能力について非常に肯定的に見る通説に与します。パピニアヌスは、最も偉大な古典期の法律家の一人でした。ラーベオーとサビーヌスが新たな法制度の創設により大きな貢献をしたとしても、それは、紀元後一世紀初頭のローマ私法の発展が三世紀初頭のレベルにまでは達していなかつたからです。このことから、ただちに、パピニアヌスの創造力が古典期初期の両法律家よりも劣つていたと、推論することはできません。パピニア

ヌスのユリアースに対する関係については、すでに若干のことを述べました。ユリアースは、実践的で、平易で、明晰で、生産的である点で優り、パピニアースは、より教義学的であり、掘り下げがより深く、より複雑でした。二人の古典期のトップ・クラスの法律家は、それぞれ独自のすぐれた特性をもっていたのです。

七 法律家パピニアースの偉大さに関する論議で重要な意義をもってきたのに、これまでのわれわれの議論ではほとんど触れずに、この節で論ずるために取っておいたことが、もう一点あります。それは、いわゆる意味不明という問題です。これは、パピニアースの思考過程の複雑さにも、また、彼の文章がきわめて圧縮されていることにも関連する問題です。

最近六〇年の間に、ますます多くのロマニストがパピニアースについて、彼の著作は時として意味不明で、不可解だ、と書くようになりました。例を挙げますと、ボンファンテ（一九三四年）<sup>(55)</sup>、オノレ（一九六二年）<sup>(56)</sup>、オレスタノ（一九六五年）<sup>(57)</sup>、アランジョルイツ（一九六六年）<sup>(58)</sup>、カーザー（一九六七年）<sup>(59)</sup>、グアリーノ（一九六八年）<sup>(60)</sup>、ジュフレ（一九七五年）<sup>(61)</sup>です。短い文章を若干引用すれば、これらの論者の考えが、はつきりすると思われる。オノレは、次のように書いています。パピニアースは、議論の細かさ巧みさではサルヴィウス・ユリアースと同じものをもっているが、しかし、後者の明晰さ、鑑識眼はもちあわせていない。<sup>(62)</sup> オレスタノがパピニアースを主題に書いた見事な小伝記から、以下の二つの文章を引用します。「言語は、総じて、簡単かつ純粋である。たとえ、簡潔であるために意味が時として曖昧になり、多少とも不明になるとしても。彼のテキストには、まさに解釈者にさまざまな困難を与えるものがあるがゆえに有名なものもある。」<sup>(63)</sup> カーザーは、パピニアースの事案提示は「最高の名人芸」であるという文章に、次の言葉を続けています。「時として、表現が極度に圧縮されて短いために、解り易さが、とりわけ後世の人々にとっ

てのそれが、犠牲になっているとしても。<sup>(64)</sup>最後に、とりわけ特徴的なのが、ゲアリーノがパピニアースのいわゆる意味不明について書いていることです。「パピニアースの文体は、重要なことだけを、しかも比較的少数の言葉で表現しようとする傾向をもっていることで、ずっと有名であった。時として、この法律家の簡潔な表現は、隠者との境界すれすれまで達するほどである (raseta i limiti dell' emetismo)。<sup>(65)</sup>」このナポリのロマニストは、幾分シニカルに次のように付け加えています。「この欠陥こそが、まさに後古典期のパピニアースの名声に寄与した。衰退の時代は、往々にして、意味不明な表現にいわば到達しが見たい思索の深さの印を見て取るのだと、考えるならば」、と。私はここで、ゲアリーノと、私が見るところ彼が『ディゲスタ』の編纂者やピザンツイン法学校の先達たち (antecessore) を確かに正当に扱っていないということについて、論争しようとは思いません。ただ、彼の後にも、パピニアースの著作について、「意味不明な表現」と言われたということを、確認しておきます。この点に対する私自身の立場は、第九節で示すことにします。

八 フリッツ・シュルツも、また、パピニアース断片の多くが不明確だと思い、それらを説明できませんでした。彼は別の道を取って、パピニアース断片の多くにある不明確さを説明しようとはしました。パピニアースではなく、後古典期の改訂者こそがこの不明確さの張本人だ、というのであります。編纂者たちが『ディゲスタ』に断片を採録する元になったパピニアースの全著作は、シュルツによれば、後古典期に改訂されていたのでした。<sup>(66)</sup>とりわけ、編纂者たちが利用したパピニアースの *Quaestiones* の写本にシュルツの批判が向けられました。ここで、パピニアースのこの著作について、シュルツの『ローマ法学史』からの長い引用を続けます。この著作は書いています。「この難しい著作を厳密に研究することによって、編纂者の用いた版には真正なテキストがもはやない、ということが判明する。パピ

ニアースの著作は、後古典初期に徹底して改訂され、改作され、短縮され、そして、拡張されていた。現在保持されている断片のほとんどどれもが、後古典期法律家が行なった歪曲作業を物語っている。まったくもってすぐに見て取れることであるが、この後古典期の法律家の古典法の知識は不確かであり、その文体は、にぎにぎしく、感傷的で荘重で高度に修辭学的なものであって、この文体が法学的なものを不正確に、意味不明に、まったく不適当な形で表現することになっているのであり、まさにそれゆえに、これはパピニアースの文体ではありえない。この評価は、全史料を厳密に解釈すれば根拠付けられることである<sup>(67)</sup>、とシュルツは、パピニアースの *Questions* に対する批判的な註解を書き上げ、出版しようとした。けれども、この後、彼はこの出版を思い止まりました<sup>(68)</sup>。パピニアースの全著作が後古典期に改訂されたというこのテーゼに対する、アランジョールイツの反応がこれに続きました。彼は、パピニアースの著作には上記の欠陥があるということに関するシュルツのテーゼを受け入れ、これらの欠陥をパピニアースに帰すことを、なにゆえ排除すべきなのかを問題にしました。彼はこれを認めたので、すでに言及した説明、パピニアースは過大評価されてきた、に至ったのです<sup>(69)</sup>。

先に見られた欠陥がパピニアースにあることというシュルツの評価は、私の考えでは、法学者たる者の正しい活動様式について、ある一つの見方があらかじめ形成されていたことの典型的な事例です。この非歴史的な見方は、パンデクテン法学者の活動様式に影響されたものでした。シュルツによれば、法学者たる者、したがって、パピニアースも、法的な解決を概念と法規範との適用によって発見すべきでした。社会的・倫理的価値概念を組み込むということは、彼によれば、法律家には適当なことではありませんでした。したがって、彼は、法発見に際して、羞恥心 (*verecundia*) とか衡平 (*aequitas*) とかいった倫理的価値をもちだしたのが本当にパピニアースだったということを、認めることができなかつたのです。法史学者が過去の法律家の質について価値判断する際に、いかに「時代の子」であるか、すなわち、

自分自身の時代の法律家の活動様式の影響をいかに受けるかということが、ここではつきりと確認できます。われわれは、現代の法史学者であつて、法律家が現代社会にあつて法適用を行なう際には、この社会で受容されている価値判断に導かれるし、また導かれるべきだということを知っていますので、*aequias* や *verecundia* といった価値に訴えることはパピニアースのすることではないとか、これは莊重で感傷的な文体の表現であつて、後古典期法律家のした仕事だ、という気にはなれません。

九 こう述べますことで、すでに私自身の立場から、いわば前奏曲を奏でたことになります。第七、八節で見えましたことを大雑把にまとめますと、次のことが確認できます。すなわち、ロマニストには、『デイゲスタ』中の多くのパピニアースの断片を理解できず、それゆえに、この偉大な法律家を時として意味不明、不明確、不可解であると性格規定する者が、何人もいました。これに対して、シュルツは、『デイゲスタ』のパピニアース法文に彼の考えではしばしばあらわれてくる不確かさを説明しようとして、これを後古典期の改訂者の所為にしました。

ここ数年間われわれのゼミナルでやつてまいりました、パピニアースの *Questions* と *Responsa* の多くのテキストの厳密な研究の結果、われわれは、第七、八節で取り上げた見解は正しくない、と確信するに至りました。われわれは、——しばしば長時間考え込み、多くの討論を行なった上で——（ほとんど）いつもパピニアース断片の意味を確認し、この断片の満足できる解釈を見いだすことに、成功しました。パピニアースを意味不明な法律家だと呼んだ論者たちは、われわれの考えでは、彼を理解するために十分な努力を払わなかつたのです。パピニアース法文の真正性についてわれわれが確認できましたことは、研究対象となつたテキストには註釈もインテルポラーティオもあります、しかしながら、これらの数は多くなく、この点で、パピニアースの著作から『デイゲスタ』に採録された断片は、

他の古典法律家の著作から取られた『デイゲスタ』断片と異なるものではない、ということですが、われわれは、ジュフレに同意しましたが、それは、彼が「われわれの下に伝わっているパピニアースの文章の大部分は実質的にみて真正だ」と述べているからです。<sup>(70)</sup>

第七、八節で論評しました点についてのわれわれの見解を確認できるとすれば、その手段は、多くのパピニアース法文のエクセグーゼ（釈義）しかありません。これはいまはできませんので、ここでは、二つの難しいパピニアース法文だけを説明し、この解釈例を私のテーゼの論拠したいと思います。私のテーゼは、パピニアースのテクストと徹底的に取り組み、パピニアースの考えにより接近しようとするれば、ほとんどいつも、そこから理解可能な意味を取り出すことができる、というものです。

私ここで解釈したいと思えます、二つの複雑なパピニアース法文とは、D. 12. 6. 56 および D. 21. 2. 66 pr. です。<sup>(71)</sup> まず、最初に挙げたテクストに取り組みます。

D. 12. 6. 56 Papinianus l. 8 quaestionum

(a) Sufficit ad causam indebiti incertum esse, temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. nam si qui, ne conveniantur, donec Titus consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est Titio consulatum ineunte, summa ratione dicitur, quod interim solvitur, repeti: (b) ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit conditionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio iuris, quae causam incertam habet, condictionis instar optinet.

(a) 債務を負わざるものの原因（非債弁済の不当利得返還請求訴権（*condictio indebiti*）を正当化するもの）としては、抗弁（*exceptio*）による防御が期限付きのものか、それとも永続的なものかが不確定であることで、十分である。す

なわち、債権者が（その債務者と）約定して（約定（*pactum*）を結んで）、ティティウスが執政官になるまで訴えを提起しないとされる場合には、この（約定の）抗弁（*exceptio pacti*）は、ティティウスが執政官に就任すれば、一時的抗弁（*exceptio temporalis*）であることが明らかになるが、ティティウスが死ねば、永久的抗弁になるのだから、完全に正当で首尾一貫した法適用に基づいて、この間に支払われるものは返還請求できる、といわれることになる。

(b) 一定の期日まで債務者が支払う必要がないという免除が、期日から（*ex die*）、すなわち、一定の期日から債務を負う者が支払う場合と同様に、（非債弁済の）不当利得返還請求権といったものに帰結しないとしても、不確実な性質の（抗弁による）法的保護は、条件（*condicio*）と完全に一致することになるのである。

このテキストの解説を容易にするために、これを(a)部（*Sufficit* から *repeti* まで）と(b)部（*ut enim* から *optinet* まで）に二分割します。

この断片は、パピニアヌスの *Quaestiones* 第八巻の一節から抜粋されたもので、この巻ではパピニアヌスは確定金の不当利得返還請求権（*condictio certae pecuniae*）<sup>(72)</sup>を論じています。われわれのテキストで問題になっていることは、(a)部初めに討論に付された事案で、錯誤によって支払った債務者が非債弁済の不当利得返還請求権（*condictio indebiti*）を行使できるか、ということです。パピニアヌスが解決を見いだそうとしている事案とは、以下のものです。債権者Cと債務者Dとの間にある債務が存在し、これには条件も期限も付されていませんでした。つまり、単純債務（*obligatio pura*）だったのです。CとDとの間で不訴求の約定（*pactum de non petendo*）が成立し、これに基づいて、債務者は、某ティティウスが執政官に選任される場合にだけ支払えばよいことになっています。この事情は、たとえば、次のように想定できます。すなわち、CはDに一〇、〇〇〇セステルスを貸与したが、この金額をCは当面は必要ではなく、彼の息子ティティウスが執政官に就任する場合に返してもらい、これを息子に贈与して、息子が費用のかかるなん

らかの興行を催すことができるようにしてやりたいと思っている、といった場合です。ここでCがDに、ティティウスが執政官になる前に、錯誤により上記一〇、〇〇〇セステルス弁済すると、決定されるべき法的問題は、Dが支払った金額を *condictio indebiti* によって返還請求できるか、ということになります。そもそも債務者が *condictio indebiti* を行することができるのは、第一に、債務者が市民法 (*ius civile*) により債務を負っていない金額を錯誤により支払った場合です。本件事案では、これは問題にはなりません。なぜなら、上記不請求の約定 (*pacum de non petendo*) は債務を *ius civile* 上棚上げした〔消滅させた〕わけではないからです。しかし、パピニアースに先行する法律家の書いたテクストからわれわれが知るところでは、債務者が錯誤により支払った金額を *condictio indebiti* によって返還請求できた場合には、債権者が支払い請求してきていたら、永久的抗弁 (*exceptio perpetua*) または妨訴抗弁 (*exceptio peremptoria*) によって防御できた、という場合もあります。 *exceptio perpetua* ということができるのは、債務者が債権者の訴えに対して常に防御できる場合、言い換えますと、債務者が法務官法によってもはや決して支払う必要がなかった場合です。悪意の抗弁 (*exceptio doli*)、および、債務者がもはや決して支払う必要がないという免除に基づく約定の抗弁 (*exceptio pacti*) が考えられます。債務者が錯誤により支払った金額が、債権者が訴求していたら、一時的抗弁 (*exceptio temporaria*) または延期の抗弁 (*exceptio dilatoria*) を提出できたものである場合には、債務者は、 *condictio indebiti* によって返還を訴求できませんでした。その理由は、債務者が法務官法によって将来支払わねばならないことが確定していた、あるいは、名譽法 (*ius honorarium*) によって債務が一時的に棚上げされていただけだからです。債務者が一定の期限まで支払う必要がないという免除に基づく *exceptio pacti* が、考えられます。こうなると、パピニアースが本テクスト冒頭で検討している事案の問題点は、ティティウスが執政官に就任するまで支払わなくてよいという免除に基づく、 *exceptio pacti* が、上記二つの抗弁カテゴリーのどちらに入ったか、ということになります。ティティウスが一定期間後に *consul* になれば、

抗弁は、この時点まで債務者が提起できたのですから、*exceptio temporalis* だったことが判明します。けれども、ティウスが執政官に選任される前に死ねば、この *exceptio* は *exceptio perpetua* となり、この死亡の時点から、債務者が自己に貸与された一〇、〇〇〇セステルスの支払義務を法務官法によっても、もはや決して負わないということが、確定します。

したがって、債務者が提出できる *exceptio* が一時的な性質のものなのか、それとも永久的なものなのかが不確定であるということ、これこそが本テキストの事案を問題あるものとしているのです。彼以前の法律家の決定がそもそもなということとは明らかでしたから、パピニアヌスは、自力で解決を見いださねばなりませんでした。本事案がどのようにならなければならないかを、彼は、テキスト(a)部の末尾ですでに説いています。まったく正しい、論理的に筋の通った法適用を行なえば、この間に (*interim*)、すなわち、ティウスの執政官就任または死亡前に支払った債務者は、錯誤により支払ったものの返還を求めて訴えることができます。Ratio という語は、この法律家によって、しばしば、論理的に筋の通った法適用 (*konsequente Rechtsanwendung*) といった意味で用いられます。この法律家がこの語を用いることで表現しようと思っていることは、解答を迫られている新しい事案を、すでに決定がなされている類似の事案と、同じ趣旨で決定しなければならぬ、ということですから、パピニアヌスが (b) 部で明示的に行なっていることで、す。その前に彼は、まず、事実関係が重要な点で異なり、それゆえ、違う決定がなされるべき二つの事案を挙げました。討論に付された事案で、債務者が *condictio indebiti* を行使できるという決定を、受容できるものとするために、パピニアヌスは、まず、支払いが早すぎた債務者に *condictio indebiti* が認められない、二つの事案を挙げます。その後で、彼は、出発点となった事案を類似するより簡単な事案、すなわち、債務者が *condictio indebiti* によって債権者に対し返済を訴求できることがすでに決定されている事案と比較し、前者の事案でも債務者が *condictio indebiti* を行使できると

いう彼の決定の正しさを、論証しようとしませう。本テキストの(b)部の書き方が特に難しいので、その翻訳をもう一度続けます。「一定期限を定めた pactum (de non petendo) (すなわち、これによって債務者は一定の期限まで支払う必要がない) が、ex die (すなわち、ある一定の期限以降) 債務者となる者が支払う事案と同様には、condictio (indebiti) をもたらさないとしても、(exceptio に基づく) 法的保護が不確定な性質をもつ場合には、それはまったく条件 (condicio) としての姿を取ることになる (すなわち、この法的保護は条件とまったく一致する) 」。]

特に難解なのは、si ex die debitor solvit という言葉で、これはパピニアースの極度に圧縮された文章の例としてすでに先に言及したものです。たいていの翻訳は、ex die を solvit に結びつけ、こうして、この事案を比較事案としてはまったく理解できないものになっています。すなわち、一月一日以降支払わねばならない者が、一月一五日に支払う場合には、この者に condictio indebiti が認められるかという問題をだすことなど、だれにも本気でできはしないでしょう。否定の答えが返ってくることはまったく疑いようがないからです。しかし、一月一日以降ある金額を支払わねばならない者が、この金額を錯誤によりすでに九月一日に支払う場合には、この者が支払ったものを返還請求できるかという問題を立てることができ、これに対しては、古典法律家は、そして本テキストのパピニアースも、否定の答えを与えました。このようにして、si ex die debitor solvit という言葉は、si is qui ex die debitor est solvit と、すなわち、一定の期限以降 (ある金額の) 債務を負う者がこれを (この期限内に) 支払う場合、と読まなければなりません。このようにするしか、この文章に合理的な意味を与えることができません。

もうひとつの問題は、テキスト末尾の condictiois という語に関するものです。早くもキュジャスは、フィレンツェ本 (Codex Florentinus) のこの箇所の異文は誤りで、condiciois を condictiois に改めねばならない、と見ていました。彼は、condiciois という語に次の註釈を付しました。Male Flor. condictiois. Saepe haec vicem commutatur. 「フィレ

ンツェ本に *condictionis* とあるのは誤り。しばしば、これらの語は (すなわち、*condicio* と *condictio* とは)、相互に取り違えられている。<sup>(75)</sup>これは、疑いもなく、書き間違いです。おそらくは、パピニアース筆写本で *condicio* という語の略語形が用いられ (ユステイニアースが初めて『ディゲスタ』に関して略語形の使用を禁止しました)、この写本の筆者がこの略語形を誤って解読したものとと思われます。この想定は蓋然性は、筆者が二行上でも *condictionem* と書いたことを考えに入れれば、さらに増します。パピニアースの思考過程が理解可能なものとなるためには、彼が始期付きの債務を条件付の債務と比較しようとしたということを見なければなりません。

このようにして、ようやく、われわれのテキストの (b) 部を説明できることとなります。債務者が出发点となった事実で錯誤により支払った金額の返済を訴求できる、という決定を受容可能なものとするために、パピニアースは、(b) で類似する事実を順に挙げますが、その四番目の事実が発点となった事実です。*ita ... ita* という言葉で、事実 (三)、(四) が事実 (一)、(二) に対置されます。*ita ... ita* という言葉は、たいていの場合「……と同様に……も」ということを意味しますが、しかし、「……であるとしても、やはり」ということを意味することもあり、本テキストも、私の考えではこの場合にあたります。対立を規定するものは、事実 (一)、(二) では *condictio indebiti* が不可能で、事実 (三)、(四) では可能だということです。より難しい事実 (二) が難しくない事実 (一) に対比され、パピニアースが本テキスト冒頭で討論に付した、より複雑な事実 (四) がより複雑でない事実 (三) に対比されます。債務者の支払いが錯誤により早すぎた場合に、この債務者には、事実 (一)、(二) では *condictio indebiti* が認められず、事実 (三)、(四) ではこれと異なって、*condictio indebiti* によって債務者は返済を訴求できます。以上の『ディゲスタ』エクセグーゼを終えるにあたって、ここで、パピニアースが挙げた四つの事実の特徴を精確に描きだし、事実 (一)、(二) のグループと事実 (三)、(四) のグループとで取り扱いが異なる理由を示すことにします。

事案(一) CとDの間には、市民法(ius civile)により始期付き(ex die)債務が存在します。Dは、紀元二〇〇年一月一日以降、支払わなければならないことになっています。Dが一月一日より前に錯誤により支払った場合、彼には、condictio indebitiが認められません。なぜなら、Dがius civileにより、一定期限後に支払いが早すぎたものをいずれにせよ支払わなければならないことは、現時点〔支払時点〕ですでに確定しているからです。

事案(二) CとDの間には、(当初) ius civileにより単純債務(obligatio pura)が存在しています。その後、CとDが、Dが(法務官法により)一月一日まで支払う必要がないということと内容を約定( Pactum)を結びます。Dが一月一日より前に支払った場合には、彼には condictio indebitiが認められません。というのも、Dが一定期限後に支払が早すぎたものを法務官法によって「も」いずれにせよ支払わなければならないことは、現時点ですでに確かなことだからです。事案(一)と事案(二)とは、ほとんど同一です。唯一の違いは、事案(一)では、債務者が市民法(ius civile)によって一月一日以降初めて支払義務を負うのに対して、事案(二)では、債務者が支払いの時点で ius civile 上はすでに支払義務を負っていたが、法務官法によれば一月一日以降に初めて支払義務が生ずる、というものです。 condictio indebitiが認められないということについては、この小さな違いは、重要ではありません。

事案(三) CとDの間には、ius civileにより条件付の債務が存在します。Dが一〇、〇〇〇セステルスを支払わなければならなくなるのは、ティティウスが執政官に就任することになる場合です。Dが錯誤により(per errorem)条件成就前に支払った場合、彼には condictio indebitiが認められます。なぜなら、彼がいつか支払わなければならないかどうかは、支払いの時点では ius civile 上は不確定だからです。

事案(四) これは、出発点となった事案で、われわれはすでに知っています。すなわち、CとDの間には、ius civileにより(当初) obligatio puraが存在しています。その後で、CとDが、ティティウスが執政官に就任するまでD

が支払う必要がないという内容の pactum を結びます。法務官法によれば、D は、さしあたりはまだ支払義務を負っていません。彼が永続的抗弁 (exceptio perpetua) をもっているのであれば、彼が法務官法によって決して支払義務を負うことがなく、したがって、condictio indebiti が直ちに認められることとなります。ティティウスが死亡すれば、本件約定の抗弁 (exceptio pacti) は、exceptio perpetua になります。けれども、ティティウスがなお存命で、執政官になれば、本件 exceptio pacti が一時的抗弁 (exceptio temporalis) であったことが、判明します。ティティウスが死亡しなければ、執政官にもならない間は、本件 exceptio pacti の性質は不確定です。この間に D が支払えば、彼には、事案 (三) と同様に、condictio indebiti が認められます。なぜなら、彼がいつか支払わなければならなくなるかどうかは、支払いの時点では法務官法により不確定だからです。不確定な状態が事案 (三) では ius civile によって存在し、事案 (四) では名譽法 (ius honorarium) によって存在するという事実は、condictio indebiti が認められるということにとっては、重要ではありません。

このパピニアヌス・テクストのエクセグーゼから得られた結果は、このテクストは、たしかに非常に難解であるが、しかし、長い熟慮の後では完全に理解可能であり、決して不明確ではない、ということです。

第九節の最後に、もう一つ別の難解で興味深いパピニアヌス・テクストに取り組みましょう。すなわち、

D. 21. 2. 66 pr. l. 28 quaestionum <sup>(28)</sup>

(a) Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocet ei dolus suus nec [ committitur stipulatio ] actione de auctoritate agere potest. (b) non idem in Serviana quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem advocat et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non

competat.

(a)買主が、その売主が（所有物取戻訴権（*rei vindicatio*）によってよりもむしろプープリキウス訴権または永借地（*fundus vectigalis*）のために設けられた訴権を行使するように忠告したのに、これを行なわなかった（すなわち、忠告にもかかわらず *rei vindicatio* によって第三者を訴えた）場合には、買主の悪意は彼にとつて不利に働き、担保訴権（*actio de auctoritate*）によって訴えても、勝訴できない。（b）同じことは、セルウィウス訴権に關しても認められるわけではない。すなわち、この訴権は、対物訴権であるとしても、やはり被告から占有を奪うだけのもの（あつて、債務の対象である金額が（債務者から）債権者に支払われたなら、直ちに消滅するからである。したがつて、この訴権（すなわち、セルウィウス訴権）が買主自身の名において買主に認められるのではない、ということになる。

このパピニアース・テキストのエクセグーゼを容易にするために、このテキストも(a)部、第一文と、(b)部、*non idem* から最後まで、に分割します。

このテキストの難解な点をいくぶんとも限定するために、(a)部で言及されている永借地人の所有物取戻訴権（*rei vindicatio utilis*）について議論しないことにします。これから私がプープリキウス訴権について述べますことは、パピニアースの考えでは、永借地権（*ius in agro vectigali*）権利者の訴権にも適用可能です。私は、この永借地人の訴権をインテルポラテイオされたもの<sup>(77)</sup>とは考えませんが、それは、この訴権が前古典期および古典期にイタリアに存在した対物訴権だったからです。

前のテキストでは極度に圧縮された文章がその解釈を難しくしているのに対して、本テキストでもっとも難しい問題は、パピニアースが(b)部で議論している事案を精確に想定するためには、どうしなければならぬかということです。

condictio indebiti を論ずるテキストでは、このテキストをインテルポラティオされたものと見なければならぬ理由が一つもなかったのに対して、本テキストでは、committitur stipulatio（問答契約が発効する）という言葉が編纂者によって修正されたことが、錯乱要因になっています。レーネルのパーリングゲネースイア<sup>(78)</sup>から、さらには、断片 D. 21. 2. 69 の後続節からの内容だけからでもまったく明らかになることですが、パピニアヌスが本テキストで述べたのは、追奪担保問答契約ではなく、担保訴権 (actio de auctoritate)、すなわち、物を握取行為によって譲り受けた、手中物 (res mancipi) の買主に認められる訴権でありました。(a) 部の内容からも、とりわけ、パピニアヌスが議論している事案で、買主が自己に対して提起した訴えに対抗して、売主が悪意の抗弁 (exceptio doli) を提出できたし、また、提出しなければならなかったという事実からも、この抗弁が追奪担保問答契約 (stipulatio de evictione)<sup>(80)</sup> に基づく問答契約訴権 (actio ex stipulatu) に対抗するためには提出する必要がなかったのですから、パピニアヌスが本テキストで議論した訴権が actio de auctoritate であったことを、証明できます。最後の文 unde fit... competat も、ちなみにこの文は (b) 部の事実関係の再構成には非常に役立つのですが、パピニアヌスによって書かれたものではないように思われます。この文が、論理的には宙に浮いていて、先行する文からは決して出て来ないからです。

本テキストの (a) 部については、パピニアヌスが議論している事案の再構成は、難しくありません。売主 (V) が買主 (K) に res mancipi を売り、握取行為を行ない、その占有を買主に移転しました。おそらく、この目的物はイタリヤの土地 (fundus Italicus) でしょう。なぜなら、本テキストでは、actio Publiciana と並んで、永借地権 (ius in agro vectigali) 権利者に認められる訴権も言及されていたからです。この土地の握取行為 (mancipatio) と引渡 (traditio) がなされた後で、買主がその占有を失いました。彼は、占有者に対して所有物取戻訴権 (rei vindicatio) を行使しようとして、その意図を売主に伝えます。売主は、買主に、目的物を握取行為によって譲渡したときには、自分はまだ完全な権利に

おいて (*iure pleno*) 所有権者 (すなわち、*ius civile* 上も法務官法 (*ius praetorium*) 上も所有権者) ではなかった、と打ち明けます。所有権者でない理由は、たとえば、売主がこの目的物を遺産占有者から取得したり、または、*traditio* によってしか取得しておらず、かつ、いまだ二年間の使用取得 (*usucapio*) によって市民法上の所有権を取得していなかった、といったことです。したがって、V [売主] は、K [買主] に、*rei vindicatio* ではなく、むしろ *actio Publiciana* によって占有者を訴えるように、助言します。K は、V の助言に従わずに、*rei vindicatio* を行使し、敗訴します。K は、今度は、売主に向かつて、所有権訴訟で占有者に敗れたと述べて、V に対して *mancipatio* に基づく *actio de auctoritate* を行使します。実際、*ius civile* によれば、K は V に対しこの訴権を行使できるのです。すなわち、買主が、*actio de auctoritate* を用いて訴えることができるのは、第三者が買主に対して *rei vindicatio* (または、類似できるなんらかの対物訴権) を行使して、勝訴した場合だけでなく、さらに、買主が握取行為によって譲渡され引渡された目的物の占有を自らの意思によらずに失った後で、自ら占有者に対して *rei vindicatio* を行使して、敗訴した場合にも、この訴権が認められるのです。それゆえ、*actio de auctoritate* が認められるということについては、買主が所有権訴訟で敗れたのが、被告としてであったか、原告としてであったかによって、違いは生じません。担保 (*auctoritas*) に基づく訴権が後者の (買主が原告として敗訴した) 事案でも行使できることは、とりわけ、ユリアースの D. 21. 3. 39. 1 から明らかです。ところで、K が V に *actio de auctoritate* を行使した事案に関して、パピニアースは、*nocet ei dolus suus* (「彼を彼の悪意が害することになる」) と書いています。この表現は、法律家の専門用語で、彼に対して *exceptio doli* を提出できる、ということの意味します。D. 21. 2. 39. 1 のユリアース法文では、類似の事案で、*exceptio doli* が明示的に言及されています。買主は、売主の助言に反して目的物を *rei vindicatio* によって返還請求するだけでは、まだ悪意で (*dolose*) 行為したことになりますが、しかし、ユリアースとパピニアースによって買主の側に訴え提起上の悪意 (*dolus in*

agendo)ありといわれるのは、買主が *rei vindicatio* を行使して、所有権訴訟に敗訴しただけで、早くも、*actio de auctoritate* によって売主に訴求する場合です。この場合には、買主には *actio Publiciana* によって占有者を訴える可能性がなお残されており、この訴訟で、売主が目的物の法務官法上の所有者 (*bonitarischer Eigentümer*) であつたという売主の主張が認められれば、買主が勝訴することになるからです。買主の *actio Publiciana* が却けられた場合に初めて、彼は、売主に対し *actio de auctoritate* によって訴えて、勝訴できることとなります。この場合には、*dolus in agendo* とはいえなくなるからです。

本バビニアヌス・テクストの(a)部に関してなお議論すべく残されている唯一の問題は、売主の *auctoritas* 責任ではなく、追奪担保問答契約(たとえば、二倍額の問答契約 *stipulatio duplae*) に基づく責任が問題となる場合であつたならば、この法律家の決定はどうなつたか、ということなのです。われわれがポンポニウス D. 21. 2. 16. 1<sup>(83)</sup> から知るところでは、このような問答契約が効力を生ずるのは、第三者が買主に対して、*rei vindicatio* またはこれに類する対物訴権を行使して、勝訴し、この結果、買主が取戻請求を受けた目的物を原告に返還したり、または、原告に訴訟物の評価額 (*itis aestimatio*) を支払つた場合だけでなく、さらに、*cum possessor ab emptore conventus absolutus est* (占有者が買主から *rei vindicatio* によって訴求され、免責判決を受けた後) も、同様です。ところで、このことは、占有者に対する *rei vindicatio* を却けられた買主が、追奪担保問答契約に基づく問答契約訴権 (*actio ex stipulatu*) を行使して、勝訴できるということの意味するのでしょうか。そうはならないことは、確かです。周知のように、*stipulatio de evictione* を行なう売主が買主に諾約したのは、売主は買主に一定額(代金価額またはその二倍額、もしくは、価値の価額またはその二倍額)を支払う、ただし、それは、買主に対して *rei vindicatio* またはこれに類する対物訴権が行使されて、認容され、この結果、買主が *habere licere* (目的物を保有する可能性) を失つた場合である、ということでした。ところで、買主

が占有者に対してたしかに市民法上の所有権訴訟で敗訴したとしても、しかし、*actio Publiciana* によってなお訴えることができた場合には、ローマの法律家たちの考えでは、買主はなお目的物の *habere licere* を失ってはいませんでした。それゆえ、追奪担保問答契約の条件の一つがまだ成就せず、したがって、*stipulatio* は効力を生じませんでした。<sup>(84)</sup> すでに言及したユリアヌス・テキスト D. 21. 3. 39. 1 では、そんなわけで、同じ事案について次のように書かれています。*supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio non committetur.* [*actio Publiciana* が残存し、このために、*stipulatio duplae* は発効しないことになる。] 買主の *actio ex stipulatu* を、即座に裁判官は却けます。売主による *exceptio doli* の提出は、まったく言及されていません。このようにしてわれわれは、レーネルのバリンゲネーシアにおける本テキストの位置からだけでなく、*actio de auctoritate* の規律と追奪担保問答契約に基づく *actio ex stipulatu* の規律との間の違いによっても、D. 21. 2. 66. pr. の (a) 部の *committitur stipulatio* という言葉が法典編纂者によってインテルポラティオされた、と推論できるのです。

もっと困難なのは、本テキストの (b) 部を十分に説明することです。パピニアヌスによれば、彼が (a) 部で買主が補充訴権としてなお、*actio Publiciana* を行使できる事案に関して書いたことは、売主が買主にセルウィウス訴権 (*actio Serviana*) を行使しようと言し、買主が、それにもかかわらず、占有者に対し *rei vindicatio* によって訴えた (が、失敗した) 場合には、認められません。

ここでパピニアヌスが議論している事案を想定するためには、幾分の熟慮と想像力が必要です。私の考えでは、(b) 部で論議されている事案は、その解決は (a) 部で論ぜられた事案についてパピニアヌスが提示した解決とは異なるものでしたが、以下の通りでした。売主が買主に売却した *res mancipi* (おそらくは、またもや、イタリアの土地) を握取行為により譲渡し、引渡しました。買主は、購入土地の占有を失い、占有者に対して *rei vindicatio* を行使したいと思

っています。買主が売主にこの意図を伝えたところ、V〔売主〕はK〔買主〕に、*rei vindicatio* よりむしろ *actio Serviana* を行使するように、助言します。VはKに、土地を握取行為により譲渡した時点では、自分はその土地に対する所有権をもっておらず、抵当権しかなかった、と打ち明けます。Vは、これに付け加えて、自分は買主がこれすべて感付くことはないだろうと考えたこと、その理由は、自分の予想では、自分の債務者がその債務を弁済せず、自分はこのために目的物をKに売ったと債務者に通告することになるからだ、と述べます。買主は、またもや、この助言に従わず、*actio Serviana* ではなく、*rei vindicatio* を行使し、この所有権の訴えを却けられます。買主がここでまたもや *actio de auctoritate* を用いて売主に向かうと、成功を収めることとなります。この事案では、買主に訴え提起上の悪意 (*dolus in agendo*) ありとはいえず、したがって、売主は、*actio de auctoritate* に対して *exceptio doli* を提出できません。買主に対して代替訴権を用いるようにと指示できるのは、この代替訴権が、*actio Publiciana* の場合と同様に、*rei vindicatio* とほとんど同じ効果をもつ場合だけです。買主が所有権訴訟で敗れても、まだ本物の代替訴権を自由にできる場合にだけ、買主は、売主の *exceptio doli* の提出によって却けられます。けれども、買主が *actio Serviana* を行使できるのに、そうすることを拒み、*rei vindicatio* によって訴え、この訴訟に敗れて、売主を *actio de auctoritate* によって訴求する場合には、買主は、売主に対し、*manipatio* に基づくこの訴権によって訴え、勝訴することができます。ところで、*actio Publiciana* と *actio Serviana* とのこの違いの根拠はなんでしょうか、あるいは、別の言い方をすれば、*actio Serviana* が *rei vindicatio* の代替訴権と見られないのは、なぜでしょうか。二つの根拠がパピニアヌス自身によって与えられましたが、三つめの根拠は、この節の最後に付加された註釈の中に見いだすことができます。一つめは、抵当債権者に認められる *actio Serviana* は、たしかに、*rei vindicatio* と同様に、対物訴権ですが、しかし、その目標はまったく異なっているということです。すなわち、*actio Serviana* は、債権者に抵当物の裸の占有 (*nuda possessio*) を与える

だけです。それゆえ、この訴権を行使する買主に、請求物を利用し、その果実を收取する権利を、決して与えはしません。この点で、*actio Serviana* は、*rei vindicatio* とまったく異なります。パピニアースは、この対物抵当訴権を *rei vindicatio* の代替訴権と見ることができないもう一つ別の根拠を与えます。それは、その存在がきわめて不確定だということですが、すなわち、売主の債務者がその負担している金額 (*pecunia*) を彼の債権者 (売主) に支払うやいなや、*actio Serviana* も消滅してしまいます。*actio Serviana* によって買主に与えられる法的保護は、それゆえ、この点でも、所有権訴権の法的保護よりはるかに少ないのです。最後に、本テクストの末尾にパピニアースの決定に付加された註釈にも、*actio Serviana* と *rei vindicatio* の違いの三つめの根拠を見いだすことができます。この註釈の著者が正当にも説いているように、この対物担保訴権は、買主に彼の名において (*suo nomine*) 帰属するものではありません。なぜなら、買主は、土地に対する抵当権が付従する債権の権利者ではないからです。それゆえ、買主が、*actio Serviana* を行使できるのは、売主の自己の財産のための訴訟代理人 (*cognitor in rem suam*) としてだけであり、このことから、この訴権は、買主が自己の名前で行使できる *rei vindicatio* とは対比できません。逆に言えば、買主が、*rei vindicatio* の代わりに指示される対物訴権が、前者の訴権と同じ結果にいたり、買主とはまったく関係ない事実、すなわち、売主の債務者の負債金額の支払によって消滅せず、そして、買主が *rei vindicatio* の代わりに行使できる訴権を自己の名において行使できる場合に、この訴権は、*actio Publiciana* の場合と同様に、*rei vindicatio* の代替訴権と見ることができのです。*rei vindicatio* を占有者に行使して敗訴した買主が、即座に *actio de auctoritate* を用いて売主を訴求し、その前に占有者に対して代替訴権を行使して成功するかどうかを試さない場合、この場合にのみ、売主は、*actio de auctoritate* に対抗して、*exceptio doli* を提出できるのです。けれども、買主が *rei vindicatio* を行使して敗訴した後で、まず第三者＝占有者に対して *actio Serviana* を行使するのを拒絶して、即座に売主に対して *actio de auctoritate* を行使する場合には、買

主には、*dolus in agendo* という非難はできないのです。

この二つめのパビニアヌス・テキストに關してもまた、言うことができます。それは、とりわけ(b)の非常に圧縮された事案提示によって理解が困難になっていますが、しかし、不明確だとか不可解だとかいうことはありません、と。

一〇 本講演を終えるにあたりまして、われわれの結論をごく簡潔にまとめたいと思います。

パビニアヌスは、深く掘り下げて考える法学の思索家であり、その事案の議論において、さまざまな法的事案の類似点や相違点について彼が与える分析は、洗練されたものでした。彼の著作から『デイゲスタ』に採録された断片には、時として、註釈やインテルポラティオもありますが、しかし、その改訂が著しくないことは、確かです。そのしばしば非常に圧縮された文章表現、および、パビニアヌスの独創的で難解な思考過程によって、彼のテキストは、たいいていの場合、簡単には理解できません。しかし、それは、不明確だとか、意味不明だとかでないことは、確かです。彼の思索の深みに入りこもうと努力する者は、彼の思想の豊かさによって、高い報酬を受けます。

## 注

\* 本稿は、私が一九八九年三月一四日に福岡の九州大学、および、一九八九年三月二三日に札幌の北海道大学で行なった講演のテキストを加筆・訂正したものです。同僚である西村重雄教授（福岡）および小菅芳太郎教授（札幌）には親切なご招待をいただいたことに感謝いたします。同僚である小川教授には、私のドイツ語テキストを日本語に翻訳していただきました。この点では、同教授に大いに感謝しております。

(1) S. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl., Graz-Wien-Köln 1967, S. 224-226.

(2) Vgl. *Hist. Aug.*, 13, 8, 2.

- (3) S. Kunkel, *Herkunft*, 1967 (Anm. 1), S. 227-228.
- (4) S. Dio-Xiphilinos, 78. 1. 1.
- (5) S. *Hist. Aug.*, 13. 8. 1-8.
- (6) S. *Hist. Aug.*, 10. 21. 8, 13. 3. 2, 13. 4. 1 u. 13. 8. 1-8.
- (7) この物語の歴史的信憑性については、完全には確定していない。Aurelius Victor, *De Caesaribus*, 22. 33-34 は、この物語すなわち、パピニアースがカラカラに殺されたのは、パピニアースがゲータの死を恨んで、兄弟殺しを隠蔽するとはそれを犯すほど容易ではない、と述べたためだというこの物語に対して、これは笑止千万である (sed haec improbe absurda sunt ...)、と述べている。Dio Cassius の伝えるところでも (s. Cassius-Xiphilinos, 78. 4. 2) パピニアースは、斧で殺されたことになっている。この歴史家によれば (s. Dio-Epitome, 78. 4. 1a) 近衛兵たちがパピニアースを告誡し、カラカラが彼らに、同時に原告かつ裁判官となつて、彼を殺すことを、許したことになる。パピニアースの生涯と死について古代の著述家の作品に見いだされる出典箇所は、D. Liebs の著書 *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien* (260-640 n. Chr.), Berlin 1987 によって批判的に評価されている。
- (8) Andreas Gryphius, *Großmütiger Rechtsgelehrter oder sterbender Aemilius Paulus Papinianus, Trauerspiel*, Reclam, Universalbibliothek, Nr. 9835, Stuttgart 1983.
- (9) Dieter Nörr, *Papinian und Gryphius. Zum Nachleben Papinians*, in *SZ* 83 (1966), S. 308-333.
- (10) この官職については、Vgl. H. Siber, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr 1952, S. 203-220.
- (11) 法律家たちが行なつた、狭義の *adulterium* と *stuprum* との間の区別については、Vgl. H. Ankum, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA* 3e série, t. 32, S. 157-159 u. derselbe, *La sponsa adultera: Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *Estudios Alvaro d'Ors*, I, Pamplona 1987, S. 163-165.
- (12) これについては、s. V. Giuffrè, *Papiniano fra tradizione ed innovazione*, in *ANRW*, II, 15, Berlin-New York 1975, S. 656-658.
- (13) ローマの法律家一般、および、とりわけ、パピニアースの *Quaestiones* および *Responsa* については、s. F. Schulz, *Ge-*

- schichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, S. 282-286 u. 296-302.
- (14) パウリアヌスの方法について、パピニアヌス、s. R. Orestano, Papinianus Emilio (Aemilius Papinianus), in NNDI, XII, Torino 1965, S. 365 u. M. Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 195.
- (15) Orestano, Papinianus, 1965 (Ann. 14), S. 365 以下、パピニアヌスについて「道德的評価の諸要素が際立っている」と述べている。
- (16) S. Th. Mayer-Maly, Verecundia in der Rechtssprache, in Estudios Juan Iglesias, I, Madrid 1988, S. 385.
- (17) パウリアヌスについて、s. P. Voci, Diritto Ereditario Romano, II, 2a ediz., Milano 1963, S. 636 u. Mayer-Maly, Verecundia, 1988 (Ann. 16), S. 384-385.
- (18) Giuffrè, Papinianus, 1975 (Ann. 12), S. 651 以下、パピニアヌスの「注意は、もてはらうべきはなからずして、善むべきは善むべきに過ぎ、……皇帝の規範に向うた」と指摘している。
- (19) S. E. Costa, Papinianus, Studi di Storia interna del diritto romano, IV, Bologna 1899=Roma 1964, S. 209.
- (20) ジェットレは、その論文(s. oben Ann. 12) S. 641 以下、パピニアヌスが「まな点でうわば過渡期に生き」、「彼の時代の現象に気を配り」、「伝統と勃興しつゝある新しい世界との間の緊張関係を強く意識している」と書いている。
- (21) 近年、アルバネーゼが、強力な論拠を挙げて、「ユステイニアヌス帝『法学提要』の編纂者たちが、Inst. 3. 13 pr. にある有名な obligatio の定義を、パピニアヌスの二巻の libri definitionum から取ったと云う説を、承認すべきでないとした。s. B. Albanese, Papinianus e la definizione di 'obligatio' in J. 3. 13 pr., in SDHI 50 (1984), S. 167-178.
- (22) パウリアヌスについて、s. R. Knütel, Stipulatio poenae, Köln-Wien 1976, S. 357-361.
- (23) T. Honoré, Ulpian, Oxford 1982, S. 216, 217, Ann. 78 u. S. 218.
- (24) S. A. M. (=T.) Honoré, Gaius, A Biography, Oxford 1962, S. 40.
- (25) ホンホーニウスに関する「私は、Victoria 社から「おもなく」刊行される論文を、Honoré, Gaius, 1962 (s. Ann. 24), S. 24 にある tabula laudatoria を挙げた数値が合っているなら、これを確認した。とりわけ、パウルスが法律家ホンホーニウスを引用しているのは、一三回ではなく、七八回である。
- (26) Vgl. Giuffrè, Papinianus, 1975 (Ann. 12), S. 634, Ann. 5.

- (27) 『の法律』の『の』 s. J. Paricio, *Historia y fuentes del derecho romano*, Madrid 1988, S. 183-184; G. Dulckeit- F. Schwarz- W. Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte*, 8. Aufl., München 1989, S. 300 u. G. Cervencia in *Lineamenti di Storia del Diritto Romano* (s. la dir. di M. Talamanca), 2a ed., Milano 1989, S. 606-607.
- (28) Cassiodorus, *Variae*, 6. 5 『の』の『の』 「世の公衆の財産、法律の書棚 (Thesaurus famae publicae et armarium legum)」の『の』。
- (29) S. Hist. Aug., 10. 21. 8.
- (30) S. Costa, *Papiniano*, I, 1894= 1964 (Anm. 19), S. 368-370.
- (31) 『の』の『の』 s. D. Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987; Paricio, *Historia y fuentes*, 1988 (Anm. 27), S. 209-211; Dulckeit- Schwarz- Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte*, 1989 (Anm. 27), S. 309 u. R. Bonini in *Lineamenti*, 1989 (Anm. 27), S. 646-648.
- (32) S. T. Honoré and J. Menner, *Concordance of the Digest Jurists*, Oxford 1980, S. 26-28.
- (33) *Jacobus Cuiacius, Commentarii ... in libros Quastionum ... Papiniani*, in *Opera omnia*, Napoli 1722, tom. IV.
- (34) *Cuiacius, Opera omnia* (Anm. 33), t. V, S. 269.
- (35) Th. Mommsen, *Gesammelte Schriften*, II, Berlin 1905, S. 158.
- (36) E. Costa, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, I-IV, Bologna 1894-1899= Roma 1964.
- (37) E. Costa, *Storia delle fonti del diritto romano*, Milano 1909, S. 105.
- (38) P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 2. Aufl., München und Leipzig 1912, S. 224.
- (39) A. A. Schiller, *Papinianus, Aemilius*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 11, New York 1933, S. 570.
- (40) *Orestano, Papiniano*, 1965 (Anm. 14), S. 365.
- (41) M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 1967 (Anm. 14), S. 195.
- (42) Krüger (Anm. 38), S. 224.
- (43) Krüger (Anm. 38), S. 224.
- (44) *Orestano, Papiniano*, 1965 (Anm. 14), S. 365.

- (45) Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 1967 (Anm. 14), S. 195.
- (46) 「私には、彼は先鋭すぎる」というのがペルニーチエの言葉であった。s. Mommsen, *Nachruf auf Pernice*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin 1899, S. 579; vgl. auch Schulz, *Geschichte*, 1961 (Anm. 13), S. 299 u. Anm. 2.
- (46 a) 「彼にはパピニアーヌ的なもの (Papinianismus) が癪に触る存在だったのであり、そういうことから、ラーベオに手を伸ばしたのだらう。」 s. Mommsen, (Anm. 46), S. 579 u. Schulz, *Geschichte*, 1961 (Anm. 13), S. 299.
- (47) B. Kübler, *Geschichte des römischen Rechts. Ein Lehrbuch*, Leipzig-Erlangen 1925.
- (48) P. Bonfante, *Storia del diritto Romano. 回し言葉は*, 4. Aufl. I, Roma, S. 391 にも、まだ、認められる。多義的なテキストの例として、ホニアントスが Anm. 1 で挙げているテキストは、D. 21. 2. 64. 2; D. 24. 3. 7. 1 u. D. 31. 75. 1 である。
- (49) L. Chiazzese, *Introduzione allo studio del Diritto Romano*, 3a ed., Palermo 1947, S. 248.
- (50) V. Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, 7a ediz. Rist., Napoli 1966, S. 291.
- (51) Chiazzese (Anm. 49), S. 248.
- (52) Arangio-Ruiz, (Anm. 50), S. 291.
- (53) Schulz, *Geschichte*, 1961 (Anm. 13), S. 296-297 u. 300.
- (54) Arangio-Ruiz (Anm. 50), S. 366.
- (55) Bonfante, *Storia*, I (Anm. 48), S. 391.
- (56) A. M. Honoré, *The Several Lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI* 28 (1964), S. 163.
- (57) Orestano, *Papiniano*, 1965 (Anm. 14), S. 365.
- (58) Arangio-Ruiz, *Storia*, 1966 (Anm. 50), S. 291.
- (59) Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 1967 (Anm. 50), S. 291.
- (60) A. Guarino, *L'Esgesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli 1968, S. 230.
- (61) Giuffrè, *Papiniano*, 1975 (Anm. 12), S. 639.
- (62) Honoré, *The Several Lawyers*, 1964 (Anm. 56), S. 163.
- (63) Orestano, *Papiniano*, 1965 (Anm. 14), S. 165.

- (64) Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 1967 (Anm. 14), S. 195.
- (65) Guarino, *L'Esegesi I*, 1968 (Anm. 60), S. 230.
- (66) *Definitiones dicitur* s. Schulz, *Geschichte*, 1961 (Anm. 13), S. 212. *Quaestiones dicitur* s. Schulz, *Geschichte*, S. 296-297. *おまひ* *Responsa dicitur* s. Schulz, *Geschichte*, S. 300.
- (67) Schulz, *Geschichte*, 1961 (anm. 13), S. 296-297. *Responsa dicitur* s. Schulz, *Geschichte*, S. 300. 「パピニアースの *Responsa* も、後古典期初期にエネルギッシュに改訂された。」
- (68) これについては、vgl. W. Flume, *In memoria Fritz Schulz*, in *SZ* 75 (1958), S. 501 u. Schulz, *Geschichte*, 1961 (Anm. 13), S. 297, Anm. 1.
- (69) Arangio-Ruiz, *Storia*, 1966 (Anm. 50), S. 366, Anm. 1. 「概括的に言えば、パピニアースの著作とされている全作品において、同じ欠陥が浮き出てくるように思われる。そうだとすれば、なにゆえ、これらの欠陥がこの法律家自身のものだと、いうことを排除するのであろうか。なにゆえ、ローマの法律家の間にも一種の繁華した名声 (*fama usurpata*) があることを……認めようとするのか。」
- (70) Giuffrè, *Papiniano*, 1975 (Anm. 12), S. 653.
- (71) *ノのテクストについては* s. Cuiacius, *Opera omnia*, IV, 1722 (Anm. 33), S. 168-169; Costa, *Papiniano*, IV, 1899= 1964 (Anm. 19), S. 76-77 u. F. Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, S. 38-40 u. 45-46.
- (72) S. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, Sp. 826, Nr. 146.
- (73) *だとせば* s. *Iul. D.* 12. 6. 32. 1.
- (74) 方式書訴訟における *exceptiones perpetuae* (または *peremptoriae*) と *exceptiones temporales* (または *dilatoriae*) の区別については、s. M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966, S. 196.
- (75) S. Cuiacius, *Notae in Digesta sive Pandectas*, *Opera omnia*, t. X, Napoli 1722, Sp. 56; auch idem, *Opera omnia*, IV, 1722 (Anm. 33), Sp. 169: “*Florent. male conductionis, legendum conditionis*”. (「*インペリウス* 写本に *conductionis* とあるのは、誤りであり、*conditionis* と読むべきである」。)

- (76) 『リチクヌトにじふは』 s. Costa, *Papiniano*, IV, 1899=1964 (Anm. 19), S. 123 (彼は「パピニアヌスがこの stipulatio duplae と述べた」と誤り考えられている): E. Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht*, I, Leipzig 1902, S. 75, Anm. 1 u. 2 u. P. F. Girard, *Mélanges de droit romain*, Paris 1923, S. 72, 167, Anm. 1, 189 u. 260, Anm. 3.
- (77) S. Perrozi, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2a ed., Firenze 1928, S. 800 は「*vel ea ... proposita est*」という言葉をインメンル ボラティオと考えているが、私の考えでは、十分な根拠はない。
- (78) レーネルによれば、『リチクヌト D. 21. 2. 66』は「元来、*actorias* のコンテクストにあるものである。s. *Palingenesia*, I, 1899 (Anm. 72), Sp. 874, Nr. 349.
- (79) Pap. D. 21. 2. 66, I 121 の『リチクヌト』 s. H. Ankum, *L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique in Maior viginti quingue annis*, Essays, in commemoration of the sixth Iustrium of the Institute for Legal History of the University of Utrecht, Assen 1979, S. 9-10.
- (80) 買主は、この事案では、追奪されても、彼が購入した目的物の *habere licere* を失ったわけではない（言うまでもなく、彼は、目的物の占有者を、なお *actio Publiciana* によって訴えることができた）ので、追奪担保問答契約に基づく *actio ex stipulatu* は売主に対してどうして行使できず、したがって、売主は、*exceptio doli* を必要としなかった。これについては、以下の本文テクストを参照。
- (81) ポンポニーウスは、追奪担保問答契約に基づく *actio ex stipulatu* が認められることについて、同じことを述べている。彼の『サービスヌス註解』第九巻から D. 21. 2. 16, 1 に採録された断片で、書いている。「問答契約が発効するといわれるのは、……占有者が買主に訴えられて、免訴判決を受けた場合である (*Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum ... possessor ab emptore conventus absolutus est*)。」*cf. cit.* D. 21. 2. 39, 1 におけるユリアヌスの見解も参照。「ティティウスが〔汝の奴隷が購入してティティウスに売却した〕奴隷を〔占有者に対して所有物取戻訴権によって〕請求して、……〔汝の奴隷は汝の意思なしでは所有権を移転できないので〕敗れた場合には、……*actio Publiciana* は残っていて、このために、*stipulatio duplae* はティティウスに発効しない。」
- (82) A が B の奴隷に別の奴隷を売却し、B の奴隷がこの購入した奴隷をティティウスに売却した事案について、ユリアヌスは、次のように書いている。すなわち、B が A に対して *actio de auctoritate* を行使してくる場合には、A には *exceptio*

doi: が認められる、なぜなら B [の奴隷] から購入した奴隷の占有を当初取得したが、その後喪失したティティウスが、奴隷の占有者に対し、*rei vindicatio* によって訴求したが、成功しなかったからである、と。

(83) S. oben, Ann. 81.

(84) S. oben, Ann. 80.

(85) S. auch oben, Ann. 81 am Ende.

【付記】

ハンス・アインクム教授は、一九三〇年七月二三日アムステルダム生まれで、一九五三年にアムステルダム大学を卒業。これと前後して、ライデン大学、パリ大学で、ローマ法、ギリシア法、カノン法、フランス法史等に従事し、一九六二年に『パウリアース訴権史』によりアムステルダム大学法学博士。ライデン大学法学部講師、員外教授を経て、一九六五年より、アムステルダム大学教授。ローマ法、法制史関係の国際会議も数多く主催し、とりわけ、ローマ法エクセグーゼの名匠としての名声は国際的である。今回（一九八三年三月）の教授の来日は、九州大学西村重雄教授の御尽力により、日本学術振興会の招聘によって実現し、札幌のほか、福岡（九州大学）、東京（早稲田大学）でも研究会が開催された。

# THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLIV No. 2 (1993)

## SUMMARY OF CONTENTS

---

### Papinian, ein dunkler Jurist?

Hans ANKUM\*

1. Leben und Laufbahn Papinians.
2. Der Tod Papinians.
3. Papinian, Hauptperson in zwei Tragödien.
4. Papinians juristische Schriften.
5. Einige Bemerkungen zur juristischen Methode Papinians.
6. Die Urteile über die juristischen Fähigkeiten Papinians
  - a) im Altertum,
  - b) des Cujaz und vieler modernen Romanisten seit den letzten Dezennien des 19. Jahrhunderts.
7. Die von vielen behauptete Dunkelheit Papinians.
8. Fritz Schulzs Auffassung über die Überlieferung der Schriften Papinians, insbesondere dessen *Quaestiones*: sie seien in frühnachklassischer Zeit von einem Nachklassiker überarbeitet.
9. Eigener Standpunkt über die zwei letztgenannten Punkte; als Beispiel gegeben Exegese von zwei schwierigen Papiniantexten, nämlich D. 12. 6. 56 und D. 21. 2. 66pr.
10. Einige Schlussfolgerunge.

---

\*Professor Dr. an der Universität Amsterdam