



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	パウルス文 (D. 18. 4. 21) の解釈史 序に代えて
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 44(6), 1-13
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15555
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(6)_p1-13.pdf



パウルス文(D. 18. 4. 21)の解釈史

ロオマ法研究会

序に代えて

小 菅 芳太郎

イエリングの第一作「物の給付義務ある者が物から得た利益を返還すべき範囲如何？」(一八四四年)は、ロオマ法源の損益平行原則「利益は危険に従う」(D. 50. 17. 10: *secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*)の言わば法学化に努めたものである。歴史法学派(パンデクテン法学)の課題の一つはドイツ中の法諺的諸準則(参照 第五十卷十七章「法の諸準則」)を関連諸法文(事案)の類型化を通じて具体的諸基準(裁判規範)に練り直すことであつたからである。同準則の謂はば「材料の在所」(*sedes materiae*: D. 18. 6)では果実・寄

洲・埋藏物の他、第三者不法行為による売却物の減損〔買主危険負担〕により売主に生じた訴権〔代位利得〕の譲渡が扱われている。他の章では、引渡すべき物の換金利得の返還義務につき「法律行為による利得」(lucrum propter negotiationem perceptum)か否かの区別を判断基準とするパウルス文 (Paul. D. 18. 4. 21: 当面の適用事案は第二売却後に滅失した物の受領済み代金を第一買主に渡すべきかにつき否定)があるが、他方、これに対立する事案(他人への遺贈物を自己宛てと信じて売却した者の物滅失後の売得金返還義務につき否定: Jul. D. 12. 1. 23: quasi ex re mea locupletior sit)もあり、このように損益平行原則の適用は一見容易に見えて実は困難であり、ロオマ法曹パウルス自身の「区別」基準によっても事情は変わらない。イエリングのテーゼによれば、パウルスは「法律行為による利得」は如何なる場合にも返還の要なしと言っているのではなくて、当初義務が物(rem)を目標している場合(損害賠償責任)にはその種の利得返還は請求できないと言うのだとされ、その含意として侵害取得問題が言わば結果的に隠蔽されることになったように思われる。

イエリングを承けて損益平行原則を再検討したモムゼンは「区別」基準が有意味なのは「付従的利益」であって「代位的利益」については無意味なことを既に明らかにし、またヴィントシャイトはパウルス文(売買関係)の「区別」を侵害不当利得(所有者占有者)関係に類推するのは論外として一蹴していたが、「区別」の発掘者イエリングの姿勢は変わらず、一八七八年論文(旧善意占有者に対する利得返還請求・所得権保護限界論)でも一段とパウルス文の意義を強調している。その狙いは強烈な所有権「取引」保護にあった。第一草案の過程で即時取得制度が採用されるとヴィントシャイトの側の所有権思想が鈍を収め易くなったのに応じてイエリングの主張とその象徴とも言うべき「法律行為による利益」基準は侵害不当利得法上の通説に受容されて転成し、まだ棄て去られてはいないようにみえる。

他方、古典法研究では、シュルツ(但し一九〇六年)によれば当面の事案につき果実からの類推を峻拒したパウルス

において「法律行為による利得」はSpekulationの賜物とされ、この限りでは実定法學上の通説と同じ意義(但し所謂違法性説を採るシュルツにとつては誤れるロオマ的思想として反面教師的意義)を持たされていた。

このような「法律行為による利得」の現状に対して、最近、デイゲスタ積義家であると同時に侵害不当利得法の専門家と目されるヤコブス氏(Lucrum ex negotiatione: Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993)の精密周到なパウルス文釈義によれば、^(*)パウルスの文脈上はこの言葉には凡そ一般化可能な含意はないものとされる。著者はこれにより、差当り、制定法(不当利得規定)の歴史的解釈に必要な一基礎(立法時点よりも更に遡る解釈史の中に探求さるべき立法事実)を提供したものとと思われる。とくに著者は、パウルスが検討展開する売主責任の諸相諸事案についての中世以来の解釈史における侵害取得思想(註釈学派でaequitasとして一旦は自覚されながらその後の釈義で見失われた思想)に注目するようである。実定法學上の通説が細部的論点においては常に再検討の余地を残している現状、そしてその際の導きの糸如何を問うとき、著者の基本的主張「歴史的(デイゲスタ学習を通じて今日の法の継続的形成を促す)法学 geschichtl. Rechtswiss.」はこれを短絡的なものと即断し去つてよいか、何れにせよ私たちが実定法学と法学史との関係を反省するよい機縁と思われた。そこでロオマ法研究会は昨年(一九九三年)夏に本書を取上げたが、小菅の分担(バンデクテン法学・古典法研究)原稿未完のためこの計画全体としては一頓挫をきたしてしまつた。しかし藤原・飛世両氏の草稿はそれぞれ独立に有意味なものであるので公表すべきものと考え、その体裁としては、当初の計画通りロオマ法研究会記事として一括掲載を編集委員会に懇請したところ、幸いにも御了承が得られ、あの冷夏の中を熱中していた我ら会員(担当者以外も含めて)の協働を、このような形にせよ記録しえたのが嬉しい。

(*) 本書の粹であるパウルス文テキスト内容の法学的・問答法的復元や「従来の解釈」との精密な対決の様は一切省略し、

骨子のみ紹介する（なお後出・藤原論文（前掲書結章の紹介）におけるパウルス所説の「債務負担意思」は、以下の紹介（釈義の部）では「債務負担行為」（が責任対象・内容・範囲を如何に確定しているか）と表現されている）…

第一部：「遺産売却における責任対象は、物 (res) か、それとも代金 (pretium) か。」

(S. 12) 遺産購入問答契約の責任対象は、ケルススの同契約文「(“*quanta pecunia*”) の解釈 (D. 50. 16. 97) によれば、(相続開始時から遺産売却時まで)、「遺産から売主の許へ到達するものすべて」(代金 “*pretia*” ではなくて、物自体 “*res ipsa*”) とされ、その内訳は、ウルピアヌスの「市民法注解」(D. 18. 4. 2. 83) によれば、(1) 遺産所属物を手中にする以前に遺産を売却していたときは訴権譲渡であり「第一事案」、(2) 物を有的に取得し（または債務を取立済）のときは「物が、ヨリ完全に “*penius*” に到達したのであり「第二事案」、(3) 遺産売却以前に売却した個別物の代金を取得していたときは、「代金が、明らかに “*patam*” に到達した「第三事案」、とされる。かくて、遺産売却（諾成契約）に伴う遺産売却問答契約は、売主責任の基礎は変更するが、責任範囲は遺産売買（諾成）契約による其れをそのまま引継ぐ。この前提のもと、パウルス（以下 P）は本法文 (D. 18. 4. 2. 1. 詳細は飛世論文) において、売却された遺産の内訳が債務負担行為の後で変動し、売主責任は問答契約されていた、という場合の、売主責任如何の「質疑」を導入する。したがって、本法文が全体として取扱う事項も、(S. 13) 「遺産売却問答契約の内容」だけではなくて、先ず遺産売却における、ついで個別物の売却における、売主責任に他ならず、その他すべての関連事案も、売買対象の変化に関する…

1 (S. 15) 売主の問答契約上の責任は「物か」それとも（右のケルススの原則に反して）「その代金か」、と発問する P は、事案を第二売却（遺産所属物を別人に売却）が問答契約の先「問答契約後続」か後「問答契約先行」かで分解する。先ず、問答契約後続の場合は、第二売却が遺産売却・問答契約間に挟まる（次出）のでなければ凡そ第二売却にはならず、ウルピアヌスの第三事案（本「質疑」の出發事案）にすぎず、代金責任は明らかである。(S. 16) しかし P は、ウルピアヌスとは異なる表現「信ずる “*credimus*” からすれば、全く同じではない別の事案を想定してをり、但し出發事案に最近隣のこの事案は、遺産所属物売却が問答契約に後続する事案「問答契約先行事案」ではない。この対極的事案に移る前に中間に位置し且つ判定が確実に「代金」となる事案を挟み込まねばならず、(S. 17) P はこの中間事案として、出發事案（ウルピアヌスの第三事案）を討議冒頭で次の様に「先鋭化」した… (S. 17) 遺産売却と遺産売買問答契約とは同時が通例だが、両者の間に時間的間隔の生ずることがあり、その場合、売却対象の変化が中間時に起これば、(売主は問答契約に基づき何

を給付すべきか)即ち「遺産売却ではなくて問答契約が為されたときまでに遺産から売主の許に到達したものに」に関する責任が問題になる。——(S. 17) 統)この事案では、遺産売却に基づきこれにより確定されたもの(つまり、およそまだ生じていない遺産所屬物売却に基づく代金は論外)が給付されるべきではあるが(彼の責任として確定せることは(S. 18)変更しえないのではあるが)、Pは遺産問答契約に基づく代金責任を承認する。遺産問答契約は、売主責任を新規に設定し、一個の変動(売買責任に関する限りはもはや考慮しえぬが、問答契約責任に関する限り考慮がなお可能かつ正しい変動)を齎らす。「信ずる」の判定は「明らか」を乗越え、事案から事案への法学的推論がここから始まる。今まで「明らか」と思われたことを疑わしめる(個別物売却が遺産売却と問答契約に後続する事案でもその代金が給付されるべきかもしれない)。

2 (a) (S. 22) (先ず相続財産構成部分として次いで個別物として売却された)物につき売主がこれを《訴求した *persecutus*(Vulg.) /しようとする *persecutus*(Flo.)》と言われ、更に一方の事案で売主が問答契約後にこれを《取得した *nactus*》と言われているから、遺産売却時には物は売主のものにはない。*persecutus*よりもむしろ(S. 26) *persecutus*の読みを採り、物が売却前に売主に未到達(遺産売主が別人(II第二買主)に第四者の許にある物売る)と仮定すれば、《代金が問答契約の中に入ったと我は信じる》。即ち遺産売却以前の個別物売却(出發事案)における同じ代金責任という推論(結論)は同様に明らかである。何故なら、物が *deinus*に売主に到来せぬ限りは、相続財産買主(II第一買主)は売主から物訴追委任又は繫属訴権譲渡しか請求できず「ウルピアヌス第一事案」、このままでは物は獲得できないから。多分、売主又は買主自身による物追及は売得金と同性質の「訴訟物評価額 *itis aestimatio*」に帰着し、別人への売却は相続財産とその買主に、後にどのみち取得するものを直ちに調達する。売却はその限りで、相続財産とその買主の利益となり、仮令売却物が後で売主に到達することがあるとしても、代金が《問答契約の中に入って》いなければならぬ。(b) (S. 27) もう一つの択一事案「問答契約先行」では問答契約時には物は未だ売主の許にないことは一目瞭然である(ここでも問答契約後に売主が別人へ売却の《後で/前に》「物を取得した」かを区別せねばならぬ。両事案で結論が同一になりうるかは後述)。Pはテエマ(相続財産内容変化による責任対象変化)を、売主の問答契約上の責任が(この債務負担行為以後に)なほ変更可能な所以を、物を問答契約後に(別人への売却との順序は不問)売主の許に到達せしめることにより論証する。蓋し到達以前は責任対象は問答契約に基づいても訴追委任又は訴権譲渡なのに、売主の《物を取得した》と同時に結論は

別にならざるをえない（給付義務はケルスス準則により「物」になる）から。(S. 28) Pはかくて「物」責任を確認したのち「代金」責任を考察するために（故に（別人へ相続財産から奴隷が売られこれが死ぬなら）その代金を負うべきか？）と問うが、この推論は、《物を負うべきだ》の確定に接合する売却奴隷死亡事案の結論とさらにその理由となるステイクス事案の結論が「何も（物も代金も）負わぬ」というのでなければ調子はずれであり、(S. 29) この択一肢が省略されて「代金」の方が強調されているから、この文章は、問いとしては否定的傾向、不決断の表明としては肯定的傾向になる。Non enim 文は否定的傾向の方に直結するが、しかしPは、《物を負うだろう》の後で持出す事案では、問いを肯定する可能性を狙っている。彼の *sub Dialectik* を *Disputation* の形で取出すと…(S. 31) 物が問答契約後に売主に到達するなら、物の給付義務を負い、更なる責任対象変更は生じえない。つまり最終的な責任確定行為の後は売主自身の所為により責任対象を更に変更しうるのは、相続財産中で未だ *plenius* ではなかった何か、即ち遺産の現状を本来変更せずにより良くするだけの何かが、彼の所為により相続財産中に到達する限りにおいてでしかない。なお可能なのは買主のためにする事務であり、買主も為したであろう事務により売主の許に到来するものしか彼の責任に入らないだろう。然しこの点は遺産に属する (*plenius* に到達している) 物の売却については、買主がその物自体に利害関係を持ちうる以上、直ちには言えない。かくてPは肯定的傾向の発問に至り、相手方討議者のステイクス事案による反論に対しては右の事情による事案間の相違を指摘する。

3 (第一部を終るにあたり) (1) (S. 32) 売主責任の問答契約を伴う相続財産売却事案で問答契約後の相続財産所属物売却の場合でも、物の代りに売得金が給付されるべしとの責任変化がなほ生ずるか、との問いに対して、一定の事案につき次の点が承認される…この変化はありうる、そしてステイクス事案をみればこの可能性の根拠が分かる…相続財産売却上の責任が入りこんでいる問答契約は、相続財産売却というその性質からして変化可能な諸対象（物自体、物の訴追委任、その物の訴権譲渡、更には物の売却からの代金）を有する。パウルスは、差当りは肯定に傾きつつも決断せずに提出したことを、ここで初めて可能だと宣言するが、まだそれ以上には出ていない。(2) Pの考え方は個別物売却は（その物が事変で滅失すれば）遺産買主の利害に係わる事務だとの観点に（今日の形態と共通点は全然ないせよ）既に達してはいたが、この見方と、物が第四者のもとにあるという事情との関連も、（問答契約後の売却の場合に）売却奴隷の死即ち物の滅失と

の関連も、読取れない。何れにせよ、Pが問答契約先行事案での代金責任肯定へ進む際のかかる慎重さを十分に考慮してない従来の解釈(遺産売却事案は既に第一部で判定済み、その理由は第二売却は遺産の、したがって買主の事務・事務管理的観点)をみるに、(S. 39) 後期註釈学派の単純化による『集合体』準則およびこの『麗しき区別』の理由如何を初めて問うたフアアベルでは、その持出す「準訴権」はその性質上論拠として不十分だし、従来の解釈におけるPの奇異はこれに止まらず、遂には(3)一方の扱一事案の判定理由が他の扱一事案の判定に際し述べるところと全く矛盾するに至る。(S. 45) 従前の解釈は右の事務管理観点の補充を(默示的に合意されたと観られる)の言及の中に見出すから、(土地の売主が果実を給付するのと同様云々)もこの観点を整合せしめる・売却された遺産の所属物の売却事案における第二売却による「代価」は、土地売却事案における「果実」(売主は(誠意により)これを買主に給付すべきこと周知の通り)に他ならぬと言うPは、個別物二重売買事案の判定理由として述べたばかりのこと、即ち(取引行為の故に)と(物から)とを区別して前者による取得の故に第一買主から第二売却による代金を奪っていたことは忘れてしまったのか、(物から)の取得疑いなき)果実から(取引行為の故に)取得された代金へと推論する。(S. 46) クヤキウスおよびフアアベルはPをその矛盾から連れ戻すために土地売却事案を個別物二重売却事案の方に結びつけるが、(S. 48) 前者では(物から)の例として土地事案の果実が引用されるので、土地事案はむしろ(ut similitudo)になつてしまふし、(S. 49) 後者では、アゾオを批判しつつ、二重売却代金と土地から収取(されたのではなくて)されなかった(II怠つた)果実との間に比較を置く(第二売却はなかった、即ち売得金は取得されなかった)が、(S. 50) 収取されざる果実につき責めなきことからは、獲得済み代金が獲得されざるものと看做しうるとの推論は成立しえない。

第二部(S. 53) 債務負担行為が責任対象を如何様に決めているか・その性質上形姿変動可能なものとして、即ち(訴権の場合のように)給付さるべき物から売得金相当の「訴訟物評価額」までも生み出すものとして、或はまた悪化・滅失(奴隸なら病氣・死亡)しうるものとして、決めているか、Pが判定の決め手にしようとしているこの点は既に第一部のステイクス事案に関連して示されていたが、したがってまた、問答契約訴権(actio ex stipulatu)の場合についてしか未だ示されていなかったわけである。(S. 53) それならば、責任内容の決定基準が“bona fides”である債務負担行為・誠意訴訟たる買主訴権(actio empti)では、結論は別様、つまり死亡奴隷の売得金も責任対象になりうる(現代用語で言えば「侵害取得」

への責任拡張)ではないか、この疑問に答えるのが第二部である。

1 「二重売買の「事案」の詳細」 《しかしこの点は、個別物では信じられない》…この点を証明するための更なる事案は、Donatiles 基準による債務負担行為に關し且つ遺産売却事案に隣接する事案、即ち個別物の二重売買事案であり、売得金責任が可能な遺産売却事案およびその不可能なステイクス事案の両事案と、諸事情にして同じならば、この事案でも売得金責任は排除されることになる。両事案には明示されていないが本事案で目立つ二事情のうち、(a)第一買主には未だ引渡なし、の点は後述。(b)第二買主から代金受領済み、の点に關しては、抑々本事案では第二買主に対する引渡如何も勘案する。

(a) 「第二買主への引渡しはない」 (S. 57) P が奴隷の第二買主への引渡を仮定しうるのは、(a) 奴隷の死の原因はその体質のみ(引渡しはない)と P が当然に了解したか(引渡済みの事案を仮定する従來の解釈、——しかし P ではその可能性はない (Paul. D. 45. 1. 91 pr.) ——それとも、(β) P の売主責任準則が今日の法とは違っていたのか、何れかの場合だけである。(S. 58) この後者の仮定(β)は、ステイクス事案にみるように promisor (問答契約債務者)では肯定されるが、買主訴権(誠意訴訟)では然らず、引渡を始め売主の義務に反することはすべて責任を生ぜしめ(今日的に言えば「債権侵害」、物件をその滅失を惹起する状況へ齎らした点が考慮される。(S. 60)つまり P が前記のように判定する以上は、奴隷は第二買主にも未だ引渡されていないこと、売主の許で死んだこと、を前提とせねばならぬ。「しかし」だから「と言つて」P は第二買主へ引渡済みの場合は「第二売却売得金回復請求権を承認」(Weyand)していただであらうとは仮定しえぬし、売却物を再度売却し第二買主に引渡す者は「遲滞にあると観られる、……第二買主から受取った代金を第一買主に對して負うと言うべきだ」(アックルシウスに賛成する限りでのファアペル)とも言えないのである。第二買主への引渡しによる「契約違反」は遲滞に似ても此れからは區別さるべき事案であつて、買主訴権は引渡済み事案でも第二売却による代金を直撃しうるものではなく、引渡済み事案では《私は君に何も買主訴権上負わない》は成立しないというだけである。私は引渡済み事案では物の価値を、即ちこれを限度として第二売却代金を、給付する責めを負う。個別物の売買では売得金は買主訴権では捕捉されぬ点の証明のために、P は本事案を売主に売得金を保持させるというように「先鋭化」した、つまり、第二買主への引渡の故に第一買主の利害關係 (Interesse) に關する売主責任が少しでも問題になる事案はおよそ使

うわけにはいかないのである。(S. 61) ファアベル(パウルス事案は売主の許での奴隷死亡なるを指摘)およびクヤキウスによりその後の解釈から殆ど完全に駆逐されたアックルシウス(「標準注釈」では、パウルス文全体(第一部のみならず)の最難点が、Paul. D. 48. 10. 21 から生じた。即ち、「偽罪」を犯した二重売却者に第二売得金の慰めを与える点は受容れ難く、売得金補足の理由付けは Afr. D. 12. 1. 23(8816 Abs. 1 S. 1 BGB の前身)を以ては(物は既に売却時に売得金返還を受けるべき者の所有に属するから)なしえぬが、D. 48. 10. 21 からは可能である (gl. "proper negotiationem")。アックルシウスは仲間の註釈学派たちが平衡(aequitas)から推論せるところに賛成する。(S. 62) クヤキウスとファアベル以後の解釈はすべて、このPに正反対の「標準注釈」の見解を忘却した。しかしこの見解は、不法行為利得は非行者のもとに留まるべきではなく、被害者に属すべきだとの正しき感情の表現であつて、発展途上の「侵害取得」責任思想であり、(S. 63)「標準注釈」(gl. cit.: 売主の「才覚」、買主の「愚鈍」)によるも「ロオマ的思想」(Spekulation)による取得は、それが他人の権利を害すともSpekulantに帰属す)に対抗した思想である。オドフレドスや後期註釈学派に始まる新解釈はこのPの「区別」を無造作に「麗し」と讚え(前出)、彼の個別物売却判定の実質整合性証明に努めたので、却つて代金二重徴収論に点火した。この幽霊を駆逐するために本論文のこの部分は売買危険負担論に取込まれ、給付すべき物の売却による代金は危険「不履行責任」負担者に帰属する「利益commodum」へと昇進させられ「利益」なる形で「侵害取得」の問題が隠された」、これはイエリングおよびモムゼン以前には誰も想到しなかつたことで、その結果、二重売買事案につき「標準注釈」以後ファアベルやクヤキウスでもなお残つていた問題、本論文でのPの問題：第一買主との関係ではこれに属する物のために第二買主から売主に支払われた代金：非専門的に言えば他人の権利への侵害からの利得はどうすべきかの問題は、解釈意識から消失した。なお、ファアベルおよびクヤキウスは、Pをアックルシウス等から守るために、Pにより買主訴権の限界の証拠とされる本事案から「偽罪」を除去を試み、ここで初めて、売得金は《取引行為の故に》売主の許に留まつてよいとの所謂「ロオマ的思考様式」が打出され、Pには未だ残つていた平衡には反するが已むを得ずとの問題意識は欠落し始めたのである。

(b)「第二買主の支払あり」(S. 67)この先給付の点につきファアベル(「代金支払が先行するのが普通」)は安易にすぎ、その意味を考へ抜かぬから、(S. 68)従前のすべての解釈同様に、Pにおいて第二買主が支払済と未払の両事案には違いが

ない、即ちPの第三理由（君に負っていたのは物であつて訴権ではなかつた）における訴権は、第二買主に対する代金支払請求の「売主訴権」である（第一買主には本訴権は帰属せぬ故に売得金も帰属せず）と考えてしよう。（S. 69）仮にPも、代金受領前売主には第二買主に対する代金支払請求権ありと考えていたとすれば、彼は同じことを對第一買主關係でも前提していたか、或は、滅失事變が兩買主を襲いえぬ以上、何故これが第一買主ではなくて第二買主を襲うのか、その理由を心得ていたに違ひないことになつてしまふ。Pが第二買主との關係で売得金の売主への帰属を明らかに前提してをり、他方、「法感情」を全く欠く者ではない彼にとつて從來の解釈（兩買主の、或いは選択的一方の危険負担）すべてが問題にならない以上、彼の見解（二重売買での危険負担論）は、二重売却で売主は單なる締約を理由としては買主の何れからも代金請求しえず、但し最初に支払われた代金は保有しうる。支払（または引渡）が支払人（または引渡受領者）に危険を帰属せしめ、何れも為されていないうちは売主は物滅失の場合何も得るものはない、という以外にはない。（S. 71）いかなる買主危険負担理論にも所有権取得効果の「前倒し」があり、所有権取得以前に買主につき *res perit domino* が妥当する。兩買主の何れもが同一物の所有権を各自独立に取得することはありえぬと同様、この危険移行において前倒しされた所有権取得効果が各買主ごとに別々に生ずることはありえない。両者に生じえぬ以上、何れにも生じえぬ「前倒しの論理」。本効果が債務行為に基づく以上（*vincula inter personas*）として同位階、締約により第一買主に移行した危険は第二締約により売主に戻らざるをえない。売主に危険を免れさせるためには、物は誰に帰属すべきかの前提に答える行為。引渡行為、または売主のもとで滅失の場合の一方買主の支払行為、を要する。（S. 73）以上により、Pの事案で何故、私が奴隷を（第一買主に）引渡さずに別人に売つて代金を受取り奴隷が死んだ」と語られたのが完全に分かる。すなわち第二買主との關係での売得金の売主への帰属があつてこそ、売主が遺産売却事案のように本事案でも第一買主に給付の責めありやの問いが成立つことが、および何故引渡欠如がステイクス事案でなく本事案でのみ語られ、第二買主への引渡欠如が前提されている（奴隷の第二買主への引渡があつてはならぬ）かが明らかになるのである。つまり引渡と支払プラス滅失とが二重売買危険負担決定のための兩行為なのである（売買危険負担の準則の二重売却での修正）。

2 「決疑理由」 (*ratio decidendi*) (S. 74) 個別物二重売却事案の細目確定の後、Pはこれを用いて証明（第二部冒頭）を続行する。奴隷が売主のもとで死ぬまでは、第一買主は（売主の許に猶存する）奴隷の引渡を要求しうる（引渡があれば、

第二買主は代金の返還請求しうる)のみであり、したがって、奴隷がまだ生きている限りでは、ファアベル(「如何なる口実で第一買主は売主に対して第二買主からの代金を寄せせと訴えるつもりか? この場合、買主訴権がない以上、どんな訴権で?」)に反対すべきものはない。しかし、ファアベルは第二買主支払済の(Pが仮定せざるをえなかった)点に無造作だったから(前出)、奴隷が一旦死亡するや、その支払によって法状況が変わるのに気づかなかつた。Pでは今日とは別の準則によって、奴隷死亡により支払代金は確定的となり、今や、売主はその物につき利得を記帳しうるし、「信義」ないし(アックルシウス引用するところの無名氏の)「衡平」が順番になって、売主は利得をその物の給付義務上の相手方たりし者に与えよと命ずる。(S. 19) 代金を狙って買主訴権が彼に与えられてもよいとすれば、ファアベルが「この限りでは」実に適切に続けるように、売主が代金を「物から(ex re: aus oder für die Sache)」取得した場合だけであろう。例えば、寄託者の相続人が寄託訴権で受寄者に売得金または代金訴権譲渡を請求しうる場合(Jlp. D. 16. 3. 1. 47; Paul. D. 16. 3. 2)。つまり、債務負担行為が個別物を給付対象として確定している場合でも、責任対象は果実の分だけ拡張しうるのみならず、さらに、変化がその物から生ずる限りは、その物が別のものになっても、それが責任対象となる。しかし本件(個別物二重売却)の売主は代金を、(S. 17) 第二買主の先給付に基づき奴隷死亡により、即ち代金引換の奴隷給付はなしに、有するのである。彼が代金を有するのは、ex re. にも proper rem. にもよらず proper negotiationem. によるのであり、Pが本件(細目精査済み)で念頭に置いているのは、売主が代金を有するは自己の「才覚」(第二買主に先給付させた)即ち後者の「愚鈍」と奴隷死亡事変とに因る。彼に何も支払わせず、逆に対第一買主関係で責任解除さえ齎らした事情による。かくて売主は代金を第二買主の費用でのみ有する。そのような利益は買主訴権では捕捉できないのだ、と。(S. 18) アックルシウスは或る援用法文の事案について売主の「才覚」、買主の「愚鈍」を言うから、パウルス事案は既に「標準注釈」(proper negotiationem)によって正確に捉えられていたように見える。アックルシウスの引用する無名氏 quidam の「衡平」は、ロオマ不当利得法の狭さを克服せしめたあのポムポニウス(「何人も他人の損失において不法に利得せざるは自然法上衡平なり」D. 50. 17. 206) の aequitas に他ならぬかもしれぬ。だからアックルシウス自身の見解(代金の責任の根拠を「偽罪」からの帰結と考える)は退歩であり、このためクヤキウスやファアベルも「侵害不当利得」思想を獲得できなかった。そのような利得の引渡の問題につきPは不当利得法の狭さを既知の前提としていたのかもしれない。

3 「代金と果実との類似」 (S. 80) 売却により引受ける責任範囲に関する限り、相続財産は奴隷ではなく土地に似るのであって、この契約訴権で「侵害利得」が捉えられるのは、債務負担行為が、土地売却において取済み果実に関係させ得ると同様の仕方、遺産売却において遺産所属物売却の代金に関係させうるときに限られる。アゾオ (*quendamodum*) を借りれば、この「類似」は代金と果実が「物から」引出せると解しうる利得ならば、そして問題がそのような利益を契約責任のなかに取込むことにあるならば、本当に「良き」類似なことは否定しえない。即ち、遺産売却事案での代金責任の根拠は締結された契約に他ならず、事務管理では全然ない。遺産所属物売却に関して「恰も買主の事務を行なう」に対応するのは、売却された土地からの果実取取に關して「土地が自分には所属せぬものの如くに懈怠して」もその責めを問われることはない。類似は、売主が契約に基づいては為す必要のないこと（買主の事務）を行なうことにはない。利得を齎らす行為を客観的に買主に割当てることが問題にならない。事務管理を仮定すべしとすれば比較は何処にあるか、フェアベルのような解釈に至ってしまう（前出）。(S. 86) Pは（相続財産売却事案では）売主は、売却が「言わば相続人として為した」ときは、物に代わる代金の責めを負うと判定する。相続人たる私が相続財産を売却し、これに他人のもとにある奴隷が属してをり、この奴隷を更に譲渡し換金する機会が私に供されているなら、私はこの機会を利用するに当たって必ず、相続財産買主に、この奴隷についての彼の利害を問合わせるだろう、買主が捉まらぬとか、その奴隷を手許に持っている者からこれを *naturaliter* に取り戻すチャンスが小さいというのでない限りは。事態がそうでないの、私が譲渡するなら、私の行動は相続財産の利益を追及してはいない、即ち「言わば相続人として為した」のではなく、私の手中に到達した物を換金する場合も同様である。Rの代りにその売却からの代金の責めを負わされるためには、その売却が相続財産の利益のために為されたと主張しうる何かが付け加わらねばならないのであって、そのような追加的事情として——売却と売主への物到達との時間的關係にも拘らず「前出」——奴隷の死もまたその一つなのである。奴隷が死んだから、適時の換金が相続財産に有利だったのである。

第三部…「個別物売却における訴権譲渡」(actionem praestare)

(S. 87) 奴隷死亡の場合に遺産買主に奴隷売却代金の責めを負わせるのは、奴隷が売主の手中に到達して売主責任の対象になった場合でも、何れにせよ可能な判定であるとの緻密な論証を見せつけられた者 (Disputant) は、代金が個別物二重

売買事案では売主のもとに留まらざるをえないとされるのには不満である。そこでPは、この区別の所以をヨリ明かにするために、個別物二重売買事案を遺産売却事案と完全に一致するように「先鋭化」する。…物は締約時に他人のもとにあり、売主には訴権のみが帰属し、これが「訴訟物評価額」に帰着しうる、と設定する。つまり、第三部でも、当初からの問題…即ち売買において売主責任は物から其の代りに取得された代金へと自己拡張しうるか、が依然問題なのであつて、これが最後まで考え抜かれるにすぎない。(S. 99) Pの証明は、最初から最後まで…契約責任では何が給付義務対象であるかは責任設定契約が確定する…物が売られれば、物追求のため売主に属する訴権は、これが彼に二倍額も齎らすとしても、責任対象ではありえない。売主にそのような訴権が締約後に初めて生じるときも、事案が売主に物喪失の責めを帰しえないものではない限りは、つまり売主が物を例えば賃貸または使用貸与しそれ故に売主の責任が物に向けられたままである限りは、同様である。…(何故なら、売主がクルバなしに所持を止めたときは、彼が給付すべきは、物ではなくて、諸訴権、したがつて訴訟物評価額までも、である…何故なら、建物の焼失後は、敷地も引渡さねばならぬからである)。(S. 100) 契約が物 (res) を責任対象として確定している場合に、物の代わりに、物喪失の故に売主に属する訴権 (actio) およびそのような訴権が売主に齎らすものが責任対象たりうるのは、この訴権が、actio ex reである場合(例えば家屋売却において家屋消失後も土地が残っているというような事案)に限られる。