



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	パウルス文（D. 18. 4. 21）の解釈史 —註釈学派から人文主義法学まで—
Author(s)	飛世, 昭裕; TOBISE, Akihiro
Citation	北大法学論集, 44(6), 14-169
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15556
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(6)_p14-169.pdf



パウルス文(D. 18. 4. 21)の解釈史 — 註釈学派から人文主義法学まで —

飛 世 昭 裕

《目次》

はじめに

I パウルス文

II 註釈学派

1. 標準註釈(アックルシウス)

2. オドフレエドウス

III 註解学派(助言学派)

3. ヤコプス・ブトリガリウス

4. アルベリクス・デ・ロサアテ

5. バルトオルス

IV 人文主義法学

6. クヤキウス

7. アントニウス・ファアベル

《補論》ゴトフレエドウスとポチエ

おわりに

はじめに

本稿では、ロオマ法学におけるパウルス文(D. 19. 4. 21)の解釈を法学史の観点から辿ることを課題とする。⁽¹⁾そして、その方法として、諸法学者の法文解釈を全訳の形で提示して解説を試みることにした。その理由は、簡潔に示すことの難しいエクセゲゼを史料の形で具体的に示すことができたと考えたからである。⁽²⁾

(1) 本稿に関連する法学史上の基本的な事項に関しては、以下のものを参考にした。F・ヴィアッカ(鈴木祿弥訳)『近世私法史』(創文社 一九六一年)・H・シュロツァ(大木雅夫訳)『近世私法史要論』(有斐閣 一九九三年)・船田享二『ローマ法』(岩波書店 一九六八年)・野田良之『フランス法概論 上』(有斐閣 一九五四年)・山口俊夫『概説フランス法 上』(東京大学出版会 一九七八年)・オリヴィエ・マルタン(塙浩訳)『フランス法制史概説』(創文社 一九八六年)・久保正幡『法学における mos Italicus と mos Gallicus』法学協会百周年記念論文集第一巻(有斐閣 一九八三年)二二九頁以下。

Helmut Coing (Hrsg.) Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte: Bd. I, Mittelalter (1100-1500), 1973; Bd. II, Neuere Zeit (1500-1800), Teilbd. I, Wissenschaft, 1977. (以下、Hdb. と分担執筆著名で引用する) : Eljo J. H. Schrage, Urmunze Jus. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts. (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 8), Duncker & Humblot, Berlin 1993) なお、本稿では、省略記号、引用記号の多い文献も使用しているため、そのような版本による場合には、省略記号を直した原文の形で載せることとした。ただし、法文の引用については、基本的に当該版本のままとし、《翻訳》で現代の表記に直している。その際、パレオグラフィについては基本的には、以下の文献に依拠した。それでもなおかつ、不明な点がある場合も多いので、その点については《テキスト》の後に掲げた註に明示しよう心がけた。

Wilhelm Wattenbach, Anleitung zur lateinischen Palaeographie (4. Aufl. Leipzig, 1886) Nachdruck Hildesheim Verlag Dr. H. A. Gerstenberg; Jacques Stennon, Paléographie du Moyen Âge, 2. éd. Armand Colin Paris, 1991.; Emil Seckel, Paläographie

der juristischen Handschriften des 12. bis 15 und der juristischen Drucke des 15. und 16. Jahrhunderts. (hrsg. von Erich Genzmer) SZ. 45 (1925) Rom. Abt. S. 1-16. (Wiederabgedruckt in: Hrsg. von Eltjo J. H. Schrage, Das Römische Recht im Mittelalter. (Wege der Forschung, Bd. 635) Darmstadt 1987. S. 54-70.; Adriano Cappelli, Manuali Hoepli Lexikon Abbreviaturarum DIZIONARIO DI ABBREVIATURE LATINE ED ITALIANE. Leipzig 1901. ristampa Ulrico Hoepli Editore 1987.; L.-A. Chassant, Dictionnaire des abréviations. 5. éd. Paris 1884. (3. Nachdruck, Georg Olms Verlag, Darmstadt 1989.)

また法文等の引用に関しては：Hermann U. Kantorowicz, Die Allegationen im späteren Mittelalter. Archiv für Urkundenforschung. Bd. 13, Heft. 1. (1933) S. 15-29. (Wiederabgedruckt in: H. Kantorowicz, Rechtshistorische Schriften. (1970) S. 81-92. & Das Römische Recht im Mittelalter. S. 71-88.

- (2) 本稿は、ロオマ法研究会における基本文献：Horst Heinrich Jakobs, *Lucrum ex Negotiatione. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht.* (Tübingen 1993) を契機としているが、註釈学派以来のパウルス文解釈史全体を、それにとらわれずに追求することにした。

I パウルス文(D. 18, 4, 21. Paul. lib. 16 quaest.)

1 法文

解釈の対象となるパウルス文は以下のとおりである。(文中に現われる①(α)等の記号は考察の便宜上筆者が附加したものであり、その意味は解説において説明する。)

〈テキスト〉 D. 18, 4 (de hereditate vel actione vendita), 21 (Paul. lib. 16 quaest.)⁽³⁾

① Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: ② quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debet. ③ et quidem (α) si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod (β) si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debet. ④ si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. ⑤ sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis. ⑥ sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci ((γ) pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et (δ) sic sit, quasi alii non vendidissem: (ε) tibi enim rem debebam, non actionem. ⑦ at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam; ⑧ quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur. ⑨ quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo: ⑩ et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. ⑪ nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debet, non rem, et sic aestimationem quoque: ⑫ nam et aream tradere debet exusto aedificio.

〔訳〕学説彙纂第一六巻第四章 相続財産あるいは売却訴権について 第二一法文(パウルス質疑録第一六巻)

①相続財産からの売主が、問答契約が行なわれて、相続財産上の物を訴求し、他人に売却した。②(そこで)「売主が」何を問答契約に基づいて給付すべきかが問われる。というのは、「諾約者・売主が」物も代価も「給付」しなければならないというように、問答契約が二重に効力を生じることが、いずれにせよないからである。③しかし、(α)相続人が物を売却した後に問答契約が行なわれた場合には、代価が問答契約へ入るものと、「私は」信する。ところが(β)問答契約が先に行なわれ、その後「売主が」物を手に入ったとするなら、その場合に「売主は」物を給付しなければならないであろう。④それでは、「売主が」奴隷を

売却し、そしてその奴隷が死亡した場合には、「売主は」その奴隷の代価を給付しなければならないか否か。なぜならばすなわちステイクスの諾約者は、ステイクスを売却したところが、ステイクスの死亡によって、何らの遅滞も先行しなかった場合には、「その代価を」給付しなければならないというわけではないから。⑤しかし、相続財産を私が売却し、そしてその後相続財産の中から「他人に」物を売却した場合には、私は相続財産についての事務を行ったというよりも、そのものの事務を行なったと観られる。⑥しかし、このことは個別の物においては信じられえない。というのは、私が、同じ奴隷をあなたに売却してしまい、そしてまだその奴隷が引渡されていなかったで私は他の者にも売却してしまいかつ代価を受領してしまっていたところ、その奴隷が死亡した場合、引渡しにおいて私は遅滞をなさなかったので、何も売買に基づいて給付しなくともよいのである、と私は観るから。(Y) なぜならばすなわち、売却された奴隷の代価は物からではなく、行為から得られるからである。また、(E) あたかも私が他人に売却していなかったかのようなものであるから。(E) なぜならばすなわち私があなたに給付しなければならぬのは物であつて、訴権ではないからである。⑦しかし、相続財産が売却される場合には、黙示的に以下のことが合意されたものと観られる。すなわち、私があることを相続人として為した場合には、それを、私が買主の事務を行なうかのように、買主に給付するであろうと。⑧土地の売主が果実を給付するのは誠意を理由とするのであると同様に。しかし他方、他人の物のように「果実の収取を」懈怠してしまつていた場合には、彼のクルバが証明されない限りは、何も売主には帰せしめられえない。⑨「それでは」私が、他人が占有している物を売却し、そしてその物を訴求し、そして訴訟物の評価を受けた場合、買主に私が給付しなければならぬのは何か、代価か、それとも物か？ いずれにしても物である。なぜならば、私は買主に、諸訴権ではなく、物を給付しなければならぬからである。⑩そして私が、暴力により追い払われたがゆえに、あるいは盗訴権によって二倍額を得た場合には、この二倍額は何も買主には帰属しないであろう。⑪というのは、クルバなくして売主が所持を止めた場合には、「売主は」彼の諸訴権を給付しなければならぬのであつて、物ではないからである。したがつてまた訴訟物の評価もそのようだからである。⑫というのは、建物の焼失の場合には、敷地も引渡さなければならぬからである。

(3) テクストについては、基本的にモムゼン＝クリューウガァ版 (Momsen = Krüger: Institutiones & Digesta, Corpus Iuris Civilis, Vol. I. 16. ed. 1954.) に従ふ。その必要に応じて以下の刊本を参考にしてゐる: Justinianus Augusti Pandectarum Codex Florentinus. (Facs. ed. Firenze 1988) I. (Flo.): 標準註釈付き学説彙纂の各刊本 (後註 (46) 参照); Corpus Iuris

Civilis cum Notis Dionisii Gotfredi I. C. (ed. Francofurti 1688) ; Georg Christianus Gebauer IC. = Georgius Augustus Spangenberg, Corpus Iuris Civilis. (ed. Gotingae 1776) Bd. 1 : 仏語対訳版 (後掲) ; Theodor Mommsen, Digesta Iustiniani Augusti. (ed. Berolini 1868) ; なま流布本 (Vulg.) / ローマンタム版 (Hal.) / ヤバウヘル (Ger.) / ブレンクマン (BR.) にだける 相違点に ついては、ヤバウヘル版 (Geb.) に従って表示した。

ハ) ヲビ、ハンリカを参考のため挙げておく。 Basiliconum libri LX. Scheltema = Vander Wal, Serie A. textus. Vol. III (1960) S. 931. (原文を、ヘルマン版より転載した。)

B. XIX. 4. 21 = D. XVIII. 4. 21 :

> Πωλῆσας τις κληρονομίαν και

> ἐπερωτηθεὶς περὶ ταύτης ἐδοξάξατο κληρονομιαίου πράγματος και διατέρασκεν

> αὐτὸ πρὸς ἕτερον. Αὐτὸ τὸ πρᾶγμα και οὐ τὴν διατίμησιν δίδωσι τῷ ἀγοραστῇ.

> Εἰ δὲ πρὸ τῆς ἐπερωτήσεως ἐπώλησε τὸ πρᾶγμα, τὴν διατίμησιν αὐτοῦ

> δίδωσιν, εἰ και δοῦλος ᾖ η̄ πρᾶθεις και ἐπελευτησε· δοκεῖ γὰρ ὁ πράτης

10 > πραγμάτων διαίτησιν πράττειν τοῦ ἀγοραστοῦ παρῶστων μετὰ τὸ πωλῆσαι

> τὸ κληρονομιαίου πρᾶγμα. Καίτοι ἐὰν δοῦλον ἐξ ἐπερωτήσεως χρεωστῶν

> πωλῆσῃ αὐτόν, και πρὸ ὑπερθέσεως ἀποθάνῃ, οὐδὲν δίδωμι· και ἐὰν μὴ

> κληρονομίαν, ἀλλ' ἐν πράγματι πωλῆσῃ σοι, και πρὸ παραδόσεως ἕτερου πωλῆσῃ

> αὐτὸ και λάβῃ τὸ τίμημα και φθαρή, οὐδὲν σοι χρεωστῶ μὴ ποιήσας ὑπέρ- > θεων.

《訳》 バシリカ法典第一九卷四章二一法文正文 ①相統財産を売却して、またそれ(＝相統財産)について問答契約したある者が、相統財産上の物を取得した、そしてそれを他の者に引渡した。③(β) 彼(＝売主)が「第二」買主に与えるのは、その物であつて、その評価ではない。④ところが、問答契約によつてその物を売却した場合には、そして売却されたものが奴隷であつて、死亡したときに、その評価を与えるか? ⑤なぜならば物の売主は、「相統財産」売却の後に相統財産上の物を引渡しているの、買主の事務を行なう、と観られるからである。しかしながら、問答契約に基づいて奴隷について義務を負っている私がそれを売却し、そして遅滞のために(奴隷が)死亡する場合には、私は何も与えないのか? ⑥そして、相統財産ではなく、一つの(＝個別の)物を私があなたに売却し、そして「第一買主への」引渡しの前にそれ

を他人に売却して代価を受領し、そしてそれが滅失した場合には、私が遅滞を為しているのでなければ、私は何もあなたに義務を負わない。……」(文中の記号(本文パウルス文の記号に対応する)と傍線は筆者による)

バシリカ法典では、パウルス文の①から⑥に相当する部分に基本的に従っているが、②パウルスの質問と③(α)解答の前半が欠けており、また傍線部のようにパウルス文では無かった部分が付加されていること、また、「代価(pretium)」に相当する単語が *dectimurae*、「評価(valuation)」が語の基本的意味であると考えられるが「価値、価額」を意味する可能性がある: cf. Ivars Avotins, *On the Greek of the Code Justinien*. (Hildesheim 1989) p. 39 et s. "assessed value") となっている点に相違点を指摘できる。⑦以下の部分は欠落があるためか不明であり、またシエルトマ版では註釈(Scholion)も無いため詳細は不明である。

なお、インテルポラチオについては、本稿では立入るだけの余裕がない。Vgl. Levy=Rabel, *Index Interpolationum Quae in Justiniani Digestis Inesse Dicuntur*. Tom. I.(1929) S. 324-6.

さらに翻訳として左のものがあり、訳出に際しては適宜参考にした。

Les Cinqante Livres Du Digeste ou des Pandectes de L'empereur Justinien. Tome 2. (1804) (以下、仏訳で引用する): Carl Ed. Otto, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis. *Das Corpus Juris Civilis*. Bd. 2 (1831) (以下、独訳で引用する): S. P. Scott, *The Civil Law*. Vol. 5 (1932) reprint. 1973.: Alan Watson (ed.), *The Digest of Justinian*. Vol. 2 (1985) hb. 18 tr. by J. A. C. Thomas. (以下、英訳で引用する): 江南義之訳「字説彙纂」の日本語への翻訳(1)(信山社 一九九二年) 四七一頁以下。

さらに、訳語につき、以下のものを参考に行っている: 原田慶吉『ローマ法』(有斐閣 一九五〇年)(以下著者名のみで引用する): 船田享二『ローマ法』(岩波書店 一九六八年)(以下著者名のみで引用する): マックス・カアザ(柴田光蔵訳)『ローマ私法概説』(創文社 一九七九年): 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社 一九八五年): Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9. Aufl. (1971): Raymond Monier, *Vocabulaire de droit romain*. (1948)

(4) *interponere*: 問答契約を「行なう」Vgl. Heumann/Seckel, S. 282 f. insbes. 2) a) の文言には「契約が当事者間で締結される、あるいは契約文言を作り上げる意味があるが、本来の語義からして「挿入する」の意味もある。また、本法文では、

諸成契約としての売買契約を(契約内容実現の確保のために)補強する意図で行なわれる性質の問答契約といえるのである。このような意味において訳出するのが望ましいように思われた。しかし、それらのニュアンスを全て伝えるのが難しいため、ここではとりあえず広く意味を持たせて、本文のように訳出した。

- (5) *persecutus*: *Ulg. consecutus*. BR. *Geb. S.* 319, *Ann.* 77; *Flo. consecutus*. (下線部を斜線で抹消してある)
- (6) *committitur stipulatio*: 「問答契約が効力を生じる」 *Vgl. Heumann/Seckel, S.* 80 f. *insbes.* 3. 問答契約の内容に付された条件が成就して、要約者が諸約者の義務履行を請求しうる状態になることと理解する。
- (7) *res*: 「物」 *Vgl. Heumann/Seckel, S.* 511 f. 7. の文言については、「物」自体を意味する場合と、「物の価額」を意味する場合がある。この法文においては、売主の給付義務が問題になっているから、「物」でよいと思われるが、ロオマの方式書訴訟での金銭判決の原則と損害賠償額の決定方法に注意する必要がある。カアサー二八三頁以下、船田第三卷五〇五頁以下参照。 *Vgl. Jörs-Kunkel-Wenger(Honsell), Römisches Recht.* 4. *Aufh.*(1987) *S.* 92, 224ff.
- (8) *pretium*: 「代価」「価値(価額)」 *Vgl. Heumann/Seckel, S.* 457. なお、前註と同じ意味で価額が問題となる。
- (9) *credere*: 「信じる」 *Vgl. Jakobs, S.* 16. *insbes.* *Ann.* 30.
- (10) *venire*: 「入る」。 *Vgl.* 7. の文字とおり「問答契約」の文言に入ること(=問答契約の対象とされること)と解した。 *Vgl. Heumann/Seckel, S.* 617.
- (11) *ergo*: *Hal. igitur, GEB. Geb. Ann.* 78.
- (12) *decedere*: 「死亡する」「滅失する」 *Vgl. Heumann/Seckel, S.* 123. 多くの学説はとくに言及していないが、この場合には事变的滅失を意味している。
- (13) *processisset*: *Uulg. & Hal. processisset, Geb. Ann.* 80.
- (14) *negotium*: 「事務」 *Vgl. Heumann/Seckel, S.* 365f. なお註(18)参照。
- (15) *ut negotium eius agam*: *Hal. ut ipsius negotium potius agam. Uulg. GEB. Vgl. Antonius Augustinus, IV. Emendatio.* 8. BR. *Geb. Ann.* 82; なお Antonius Augustinus, *Emendatio. Lib.* 4. *cap.* 8. びりすは Everardus Otto, *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum opuscula. t. IV. (editio secunda)* 1733. *col.* 1493 sqq. に掲載されている。第四卷第八章(*col.* 1536-38)では、学説彙纂と勅法彙纂中の *quam* の用法につき整理されている(なお標準註釈以降第四卷第七章と

れている場合が多いが、オットオでは第八章となっているのでそれに従う。それゆえ、本文で以下にみるように、パウルの文についても、potiusを補う読み方が参照されている。

- (16) *credi*: Hal. dici. GEB. Geb. Ann. 83.:
- (17) *quoniam*: Hal. qui. GEB. Geb. Ann. 84.
- (18) *negotiator*: 「行為」。Heumann/Seckel, S. 365 によれば「取引行為」、パンデクテン法学では「法律行為」であるが、ここでは「事務を行なう」とが中心的意味と考え、右のように訳しておく。
- (19) *venit*: 「売却された」Heumann/Seckel, S. 617. については「venio (来る)ではなく、veneoの三人称単数現在形である。独訳、仏訳、英訳とも同じ。
- (20) *tamquam*: 「として」「あたかも」: 仏訳、独訳、英訳とも「相続人として」と訳しているので、それに従う。
- (21) *quid si*: Vulg. quod si. BR. Geb. Ann. 88.
- (22) *litis aestimatio*: 「訴訟物の評価(額)」。なお註(7)参照。カァザア二八四頁以下参照。Vgl. Jörskunkel-Wenger(Selb), S. 524, 538.
- (23) *Et si*: Hal. Sed si aut. Vulg. Sed. si. BR. Geb. Ann. 90.
- (24) *nam*: *tamen*. Mo. Dig. major. S. Ann.: Vulg. et Geb. Ann. 91.
- (25) *detinere*: Hal. et Vul. possidere, BR. Geb. Ann. 92.
- (26) *sic*: Hal. nec et in margine addit: *alius deest negotio*. GEB. Geb. Ann. 93.
- (27) 仏訳では「相続人」である。
- (28) 仏訳では「(売主が)相続財産から受取るものを全て渡すことを」要約した、と補われている。
- (29) 仏訳では「相続財産の効果(efect)を受取った」と、補足してある。
- (30) 仏訳では「相続人が物を受取るよりも前に」としているのに対して、独訳では、「相続人」を「売主」として想定し、「後に売主が物を占有するようになったならば」と訳している。英訳も「相続人」を「売主」と想定して訳している。
- (31) 仏訳では「この相続財産の効果が、売主が売却した奴隷であると想定しましょう」というように、相続財産中の個別の物の売却の事実として訳している。独訳、英訳ではラテン語原文の直訳である。なお後述のクヤキウスの解釈を参照。

(32) 仏訳では「なぜならば、第二買主から私に支払われた代価は、売却された物の果実として私に来るのではなく、私が彼(第二買主)と為した合意に因るからである」と意識されている。それに対して独訳は、「売却した奴隷の代価は、すなわち、物からではなく、「直接に(ummittelbar)」取引行為(Handel)から得られるからである」と直訳している。英訳では「取引行為のためであって、諸般の状況(circumstances)のためではない」と曖昧である。

(33) 仏訳では「占有者が物の引渡しを拒絶しているので、物の評価に甘んじなければならない」と補って訳している。この点につき、なお後述のクヤキウスとファベルの解釈を参照。

(34) 仏訳では「彼(II売主)はもはや物を買主に引渡す義務を負わず、単に訴権を引渡す義務を負うのみである。そしてその結果、彼が得た場合には、物の評価を引渡す義務を負う」と訳し、訴訟物の評価を訴権と同様に扱う。それに対して、独訳は「(売主は)単に訴権を譲渡するだけでよく、物を給付することも、また、訴訟物の評価も同様に必要がないからである」というように、物と訴訟物の評価を同様に扱う。ここでは、訴訟物の評価の給付義務について仏訳、独訳は正反対の結果となる。なお英訳は、本文のように、ラテン語に忠実にどちらともつかない訳になっている。この点は学説彙纂のテキスト上の問題もあるため、ここでは結論を出せなかつたので、差当り、ラテン語原文のように曖昧なままにしておく。
なお註(26)参照。

2 パウルス文解釈上の問題点

(1) このパウルス文は、中世ロオマ法学以来理解するのが難しい法文(オドフレドゥス)とされ、またパウルスが見事な「区別」を行なっている(バルトオルス)とされている。

パウルス文全体の構成は、比較的詳細な三つの事案(①⑥⑨)を中核とする三部分からなる。⁽³⁵⁾①を中核とする第一の

部分では相統財産中の物（売主は未取得）の二重売却の事案であり、相統財産問答契約による売主の第一買主に対する義務が問題の中心となっている。⑥を中核とする第二部分では個別の物の二重売却の後目的物（特定物）が滅失した事案であり、売主の第一買主に対する義務が問題の中心になっている。⑨を中核とする第三部分では売主が占有を有しない特定物の売却につき、訴訟物の評価を受領した売主の買主に対する義務が問題の中心である。法的な論点としては、第一に（相統財産売買）問答契約上の諾約者の義務、第二に問答契約との対比としての誠意契約上の売買契約上の売主の義務の問題であり、さらに第三に諾約者ないし売主の義務の内容として、物（*res*）か代価（*pretium*）のいずれか、さらに状況によって訴権（*actiones*）譲渡あるいは訴訟物の評価（*itis aestimatio*）も対象となるかが複合的に論じられる。

このようなパウルス文を解釈するのに非常な困難を伴う理由は、このパウルス文の出典が、「質疑録」であることにある。すなわち、そもそも、弟子の教育のために、基本的事案から事案を展開しながら、質疑と解答を繰り返すため内容が複雑になっているからである。そのためにパウルス文を解釈した法学者達は、パウルスの質疑において想定された事案と、質疑の展開とその解決に至るパウルスの思考過程をたどることに努力を重ねてきたのである。この点を法学史の観点から考察しようとするれば、諸法学者の行なうパウルス文のエクセグエゼ自体を対象にしなければならない。そこで本稿では、パウルス文を事案、論点ごとに①から⑫まで区分し、問題点を簡単に整理して、以下の考察の視点としておく。

①基本事案…相統財産を売却してさらに問答契約を行なった売主（＝諾約者）が手許になかった相統財産上の物を訴求して得たが、第三者に売却したという事案。ここでのパウルスの文章は断片的に事実を羅列しているだけなので、事案自体の理解が問題である。例えば、文章中の「相統財産の売主」と「相続人」とは同一人かどうかも判然としない。

②パウルスの質問…「問答契約が二重に効力を発するか」という質問と、その質問の理由説明（*ratio* 以下）も判然と

しない。そのために質問と理由説明自体も解釈の必要がある。

③パウルスの解答…パウルスは場合分けを行い、(a)物の売却、問答契約の順ならば「代価が問答契約に入る」のに対して、(β)問答契約、物の入手の順ならば「物給付の義務がある」とする。しかしパウルスの場合分けが単に物の売却と問答契約の前後関係ではなく、「物の入手」という違った事実を提示しているのはいかなる理由によるのか、事案を想定するうえで疑問が生じる。さらに解答でも、「問答契約に入る」と「物給付の義務がある」という異なる表現をしており微妙である。

④ステイクスの死亡事案…売却した奴隷が滅失(事变的滅失)した場合の諾約者の義務が問われている。この事案を、パウルスの質疑の展開の中でどう理解するかが問題となるうえに、事案では売却が取り上げられ、解答では問答契約が論点になっているのをどう理解するかが問題である。⁽⁴¹⁾

⑤相続財産中の個別物の売却事案 パウルスの解答が「相続財産のというよりもそれ(Ⅱ買主)の事務を行なったと観られる」という間接的な解答であることをどう理解すべきかが問題である。

⑥二重売却された個別物の滅失事案…①と対置される重要な事案であるが、第二買主からの代価受領と奴隷の(事变的)滅失の点で事実関係が異なっている。それに対するパウルスの解答は、「売主に遅滞がないので買主訴権に基づいては何の給付義務もない」であり、その判断の基礎として、(γ)「代価は物からではなく行為から得る」、(δ)「あたかも他人に売却しなかったようだ」、(ε)「給付する義務があるのは物であって訴権でない」という三点が示されている。これらの意味をどう解釈するかが問題である。

⑦相続財産売却の事案が再び問題となり、パウルスが「相続人として為したことをあたかも相続人の事務を行なうかのように給付する」黙示の合意という判断を示している。この事案がどのように関連するかが問題である。

⑧果実収取の問題…「土地の売主の果実給付義務と同様に」とは、それまでの議論とどういふ関連があるのか一見しただけでは判然としない。

⑨他人に占有されている物につき訴訟物の評価を得た事案…この事案から後の事案では、売主の義務は物、代価、訴権、あるいは訴訟物の評価の何れについてかという議論が変わっていくがそれまでの議論とどのような関連をもつかが問題である。

⑩占有侵奪事案…盗訴権⁽⁴³⁾により二倍額の罰金を得た場合に「買主には帰属しない」といふ解答がなされている。さらに⑪⑫が理由とされていることからそれらの対照の理由は何かが問題となる。

⑪クルバなくして占有を中止した事案…パウルの解答は物ではなくて訴権について義務ありとするが、文面からは訴訟物の評価については物と訴権のどちらと同じ結論になるか判然としない。⁽⁴⁴⁾

⑫建物焼失事案…敷地が、物、代価、訴権、訴訟物の評価の何れと同視されているのが問題である。このような点についての諸法学者によるエクセグエゼを以下で順に観る。

(35) 註釈学派と註解学派の多くの学説が三部構成をとっている *Var. Jakobus*, S. 10。以下本文で紹介するが、ここで学説を概観しておく。三部分の区分の仕方については若干の違いが観られる。多数説は第一部分を①⑤、第二部分を⑥⑧、第三部分を⑨⑫とする…アックルシウス(標準註釈)、ヴィヴィアヌス(標準註釈に採録された「事案」抄録)、バルドゥス(標準註釈中の要約抜粋より)、アルベリクス・デ・ロサアテ(註解)。少数説は第一部分を①③、第二部分を④⑧、第三部分を⑨⑫とする…オドフレドゥス。その他直接参照できなかったが、デ・ロサアテによれば、ギド・デ・スザアリアもこの見解をとる。

(36) 問答契約から生じる諸約者の責任につき、原田一七三頁以下、船田第三卷一〇二頁以下、カアザア七六頁以下、三二四

頁以下参照。Vgl. Jors-Kunkel-Wenger(Honsell), S. 294ff.

なお相続財産売買問答契約については註(40)参照。Vgl. Jors-Kunkel-Wenger(Honsell), S. 500ff.

(37) 売買契約に基づく売主の責任につき、原田一八二頁以下、船田第三卷一六六頁以下、カアザア三三〇頁以下参照。Vgl. Jors-Kunkel-Wenger(Honsell), S. 304ff.

(38) 諾約者と売主の責任の内容につき、差当り、船田第三卷五〇五頁以下、カアザア一八三頁以下参照。なお註(7)参照。

(39) 「質疑録(quaestiones)」については、船田第一卷三三〇頁参照。パウルスの「質疑録」については、Vgl. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. (1961), S. 302 f.

(40) 相続財産売買問答契約については、現代のロオマ法学においては以下のように再構成されている(Vgl. Jakobs, S. 11, u. Ann. 26)。相続財産の売主(諾約者)に対する問答契約文言: *quanta pecunia ex hereditate L. Titii ad te pervenit pervenerit dolove malo tuo factum est erit, quominus perveniret, quarumque rerum contra debitores hereditarios actiones petitiones tibi quaesitae sunt erunt, quantam pecuniam earum rerum nomine ab hereditariis debitoribus exegeris, tantam pecuniam recte mihi restitui aut earum rerum nomine actiones hereditarias mihi praestari neque per te neque per heredem tuum fieri quominus mihi heredive meo actiones hereditarias procuratorio aut cognitatorio nomine exequi liceat, si adversus ea factum sit erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes*。ルキウス・ティティウスの相続財産からあなたに到達する、到達するであろう、あるいはあなたの悪意によって到達しないように為される、為されるであろう「額の」、またある物について相続財産上の諸債務者に対する諸訴権、諸訴求があなたに獲得される、獲得されるであろう場合に、それらの物の名義で相続財産上の諸債務者からあなたが回収するであろう金額の、それだけの金額がまさしく私に返還されることを、あるいはそれらの物の名義で相続財産に関する諸訴権が私に給付されることを、またあなたによってもまたあなたの相続人によっても、私のためあるいは私の相続人のために相続財産に関する諸訴権が委託事務管理人あるいは審判人の名義によって実行し得ないように為されることのないことを、もしそれに反して為される、為されるであろうときはその事があるであろうだけの「額の」、それだけの金額が与えられることをあなたは誓約するか?」

(41) ロオマ法上の危険負担の問題につき、原田一八七頁以下、船田第三卷一四九頁以下、カアザア三三七頁以下、半田吉信「ローマ法における危険負担(一)・(二)・完」千葉大学法経研究八号(一九七九年)一頁以下、九号(一九八〇年)九七頁以下、

とくにパウルス文については九号一二六頁以下参照。

(42) 誠意契約上の、果実についての売主の義務については、原田一八七頁参照。

(43) 盗訴権については、原田二二四頁、船田第三卷三八六頁以下、カアザア四〇〇頁参照。Vgl. Honsell, S. 360ff.

(44) 訴訟物の評価について売主が買主に対する義務については、テクスト上の対立(註(26)参照)、仏訳・独訳での解釈の対立(註(34)参照)の他、学説においても見解が分かれている。本稿に関して概観しておく、仏訳と同じ肯定説は、オドフレドゥス、デ・ロサアテ、ポチエであり、独訳と同じ否定説は、標準註釈、ファアベルである。英訳とクヤキウスはラテン語に忠実でいずれか不明である。

II 註釈学派

註釈学派⁽⁴⁵⁾においては、ロオマ法源を専ら法文間の矛盾を解消して調和する論理的解釈が行なわれ、「註釈」の様式の基本は「事案」と文言を明確かつ簡単に言い換えることにその特色があると言われる。

1 標準註釈(アックルシウス)⁽⁴⁶⁾

標準註釈⁽⁴⁷⁾(一三世紀半ば)ではパウルス文に対して註釈が施されているが、法文の冒頭の文言についての註釈(p)では、アックルシウス註釈付のごく初期の刊本を除き付加されている「事案」⁽⁴⁸⁾に類似した簡単な事案要約が為されている。さらに、ここで依拠した標準註釈付ロオマ法大全の最後の版には、前記「事案」、バルドゥス「註解」⁽⁴⁸⁾からの抜粋、後代

の註が付加されている。

〈テキスト〉 まず先に註釈がなされるパウルス文の原文を紹介しておく。

記号：〈 〉 アックルシウスの註釈（ヴェネチア版、一四八八年）に含まれず、後の刊本で付加されたもの。

〔 〕 一六二七年リヨン版にはないもの。

(a)(b)(c) 一四八八年ヴェネチア版以来ある註釈。一六二七年リヨン版での註番号による。

★ 一六二七年リヨン版で付されている註。

() 省略記号についての筆者の理解。

さらに法文の引用の仕方については、刊本の表示方法に従った。なお l.=l(ege); s=s(upra); i=i(nfra) についても、いちいち省略記号を直した形にしなかった。

XXI PAVLVVS libro sextodecimo Quæstionum.

VEnditor (p) ex hereditate (q) interposita stipulatione (r) // rem hereditariam persecutus, alij vendidit. quæritur, quid ex stipulatione præstare debeat. nam bis vtique non committitur (a) stipulatio, ut & rem, & pretium debeat. Et quidem si posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio: credimus pretium in stipulationem venisse. Quòd si antecessit (b) stipulatio, deinde rem nactus est: tunc rem debeat (c). Si ergo hominem vendiderit (d), & is decesserit, an pretium eiusdem debeat (e) ? Non enim deberet Stichi promissor (f), si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla ^(s) mora præcessisset (g). Sed vbi hereditatem ve(n)didi, & postea rem ex ea vendidi: potest videri, vt negotium eius (h) agam, quàm ★ hæreditatis (i). Sed † hoc in re singulari no(n) potest credi (k). Nam si eundem hominem tibi vendidero: & necdum tradito eo, alij quoque vendidero, pretiúmque accepero: mortuo eo, videamus ne nihil tibi debeam ex empto (l) : quoniam moram in tradendo non feci. Pretium enim hominis venditi, non ★ ex re : sed propter negotiationem (m) percipitur: & sic sit quasi alij no(n) vendidissem (n). tibi enim rem debebam, non actionem. At cùm hereditas vænit, tacitè hoc agi videtur: vt si quid tanquam heres feci, id præstem emptori, quasi illius negotium agam: quemadmodum (o) fundi venditor fructus præstaret bonæ fidei ratione: quamuis † si

neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi culpa eius argueretur (f). Quid si rem, quam vendidit (g), alio possidente (h) petij (s), & litis aestimationem accepi? utrum pretium illi debeo, an rem? Vique rem, non enim actiones ei: sed rem praestare debeo. Et si tibi deiectus, vel propter furti actionem duplum abstulero (t): nihil hoc (u) ad employorem (x) pertinebit (y). Nam (z) si sine culpa desit detinere venditor: actiones (a) suas praestare debebit, non rem: & sic aestimationem (b) quoque, nam & aream tradere debet (c) exustio aedificio.

〔訳〕 標準註釈 (アックルシウス標準註釈付ロオマ法大全 リヨン版 一六二七年)

この法文は、註釈によれば、三つの部分を持つ。またそれらの部分によって法文は事案を設定している。そしてこの法文は周知のものであり、また心に留め置かれるべきである。そして「この法文は」以下のことを述べる。集合体が売却された場合には、代価が物の地位を承継する。しかし個別の物が売却された、あるいはあたかも売却されたようである場合には、代価あるいは他人から取り立てた罰金は物の地位を承継せず、また本来債務の中にもない。バルドウス。

(パウルス文については重複するので省略する、以下は法文の外枠に付された註釈である)

〔Venditor〕⁽⁴⁸⁾ 事案。私は相続財産を売却し、そしてその相続財産から私に到達するところのもの⁽⁴⁹⁾の返還について問答契約を私は行なった。その後私は相続財産上の物を訴求した。「そして」私はそれを他の物に売却した。問われるのは、私が物について義務を負うのか、あるいは代価について義務を負うのかということである。問答契約は二重に効力を生じないということが言われている。すなわち、「問答契約が」物についても、および代価についても与えられないということである。そのゆえに、物の売却後に問答契約が行なわれた場合には代価が問答契約に入る。「物の売却」前「に問答契約が行なわれた」場合には、その物自体が「問答契約に」入る。ステイクスを私に諾約した者の場合は、遅滞の前にその(「ステイクスの」死亡によって義務を負わないがゆえに、同じ事はないといえども、「また」上の事案では義務を負うといえども。なぜならば、上述の事案においては、それ(「物の売却行為」)は彼自身の相続財産に関する事務というよりもむしろ買主の事務を行なったと観られるからである。し

かし、このことは個別の物の売却において、「すなわち」以下のような例においてはあたらぬ…私があなたにステイクスを売却した。まだ彼が引渡されていないので、彼を私は他の者に売却し、そして彼を引渡した「という事案」。遅滞の前に彼(＝ステイクス)が死亡したので、引渡しにおける遅滞を私が犯していないかぎりには、私は第一「買主」に義務を負わない。さらに代価についてすら義務を負わない、私がそれ(＝ステイクス)を物のゆえにはなく、売却された奴隷についての行為のゆえに持つので。なぜならば私が義務を負うのは、物についてであって、代価あるいは相続財産における訴権についてはなかったからである。別のことが上述の理由のなかに存在する…なぜなら、私が相続人として或る物を持つている場合には、私は、その物を相続財産の買主に給付する義務を負うからである。彼(＝買主)の事務を行なうので。土地の売主が、果実を収取する場合に、その(＝果実の)給付について誠意を理由として義務を負うのと同じように。しかしそれにもかかわらず、彼が「果実の収取を」懈怠していた場合には、それについてクルバが申し立てられないかぎりには、彼は義務を負わない。しかし、私が売却した物を、他人が占有しているので訴求し、そして訴訟物の評価を受けたとしましょう。なぜならば、私は物について義務を負うのであって、訴権についてはないからである。しかし、盗品の二倍額を持つ、あるいは暴力によって追い払われた「売主の」場合には、「売主は」何も買主に給付する義務を負わないであろう。というのは、買主がクルバなくして占有を中止する場合には、「売主は」彼が物の代わりに持つ訴権を給付することにより債務から解放される、「また」建物が焼失しても、土地を給付することによって債務から売主は解放されるのであるから。このことを「法文は」述べている。あるいは別様に事案をあなたは述べよ。以下の註釈におけるように。』

『註釈…なお註が付される文言については分かりやすいように原語表記のままにした。』

p [venditor. この法文は三つの部分に分かたれる。第一は、テイティウスが私に相続財産を売却し、そして相続財産の売買問答契約が行なわれ、彼が売却した相続財産上のある物がテイティウスに到達し、「彼は」代価を持った、というものである。問われているのは、何が問答契約の中へ来るか、ということである。そして区別する。なぜならば、問答契約の後に当該物およびその代価がテイティウスに到達する場合には、両方とも「問答契約の」効力が生ぜしめられるべき「状態に」なったのであるが、しかし訴求されるべきではないからである。しかし、先に彼が売却した場合には、そのような代価が「問答契約の中へと」来る、物が滅失したとしても。第二の部分は、以上のことが私に売却されたが引渡されず、そしてその後同一人から他の者に売却され

た個別物においてはそのように維持されない、というものである。すなわち、物の滅失の場合には、物も代価も来ない。そしてあたかも売主は、彼の行為から代価を得るようであり、また、相続財産「の事案」におけるように第一買主の事務を行なうというように擬制もされえない。他方、言われうるとすれば、もちろんその場合は果実に関して確立されたのと同じ事が解答されるであろう。第三の部分は、売却された、あるいは売却に準じる、あるいは諾約された個別の物において私が述べたことである。後に他の者に売却した場合には…なぜならば、クルパによって、窃盗によって、あるいは暴力によって占有を中止したので、売主が占有者から訴訟物の評価を受けたからである。あるいは自身が占有していないのに第一買主に売却し、そしてその後自身のために訴求し、その結果他の者からの訴訟物の評価を持つことになった。というのは、この訴訟物の評価は購買に基づく訴権においては考慮されないからである。何か他の訴権も、罰金の、あるいは他の「訴権」も譲渡されるべきではない。しかし、「物が」存在する場合には物が、存在しない場合にはあるいは訴訟物の評価があるいは利害関係あるものが、すなわちクルパによって占有を止めたので。ある時は、「売主は」持っているもので、与える義務がある。当然物は存在しているので、またある時は決して何の義務も負わされない。むしろ「売主は」代価を得る。私が前に述べたように。

b [lex hereditate.] これはすなわち、相続財産上の諸々の物「の中」から。(アックルシウス)

1 [interposita stipulatione.] あるものが彼(売主)に到達する場合に、彼が買主に返還する。そして逆に、買主が、売主の相続の際に引き入れた損害を賠償することを諾約すること。その問答契約は相続財産の売買「問答契約」と呼ばれている。後出 D. 32. 95. のように。しかし、信命人と共にか否か。解答。以下のように観られる。前出 I. j. inf. j. respon. [D. 18. 4. 2. 解答6.] のように、(アックルシウス) 一

a [Non committit.] 効力に関する限りで、すなわち物および代価を取得することができるというように。なぜならばすなわち、このこと(a)は衡平でないからであろう。後出 D. 19. 1. 11. 18 in fin. のように。また、なぜならば誠意でもないからである。後出 D. 50. 17. 136. のように。それでもやはり、「問答契約が行なわれるのはこれらについてである、例えば物あるいは代価が考えられているだけである。これ(代価)は、物が滅失した場合に必要な「から」。下で付加するように。すなわち、物も代価も問答契約が行なわれた後に「売主は」持っていたのであるから。そしてそれゆえ、両方に関して「問答契約が行なわれる。」「しかし」両方に関して要求され「るようには行なわれ」ない。しかし、問答契約が行なわれなくても、いずれかのよ

うに、購買に基づく訴権によって訴えることができよう。後出D. 22. 1. 4. 1. のように。それでは何のために「問答契約が」行なわれるのか。解答。なぜならばその「問答契約は」特別に云々、例えば後出D. 47. 10. 15. 26. であるから。

(a) 価額、および物自体をいっしょに訴求しようとするのは衡平ではない。)

q [Quod si antecessit. 例えば私の質問におけるように。]

c [Debetit. あるいは、たとえ物が存在しようが、代価を。(しつかりと) 合図しているように。(アックルシウス)]

p [Venderit. 私が相続財産を売却し、また問答契約を行なった後で。]

e [An pretium eiusdem debebat. 否と観られる。]

f [Promissor. すなわち売主である。例えば、あるいは本来の完全な代価を、あるいは訴訟物の評価を、と付加する。]

g [Præcessisset. 例えばこの箇所(D. 18. 4. 21) 'および後出D. 45. 1. 23. および次の法文[D. 45. 1. 24]のよう。そして同じ事は、遅滞前の解放、および死亡後の場合に。例えば後出D. 44. 7. 45. のように。しかし前提されている事案では別様である。例えば、しかし相続財産、云々、と付加するように。(アックルシウス)]

h [Eius. 無論、買主の。そして、「むしろ」と言うことが、氾濫している。あるいは選択に。あるいは比較に読むように。およびそのように両方の事務を行なう：「これは」しかしながら選択的ではない。(アックルシウス)]

★ 「相続財産の」というよりも、「これすなわち」「むしろすなわち」である。アントニウス・アウリウス第四巻第七章)

i [Quam hereditatis. すなわちある種の集合体である。そしてそのように人をあらわす(＝代理する)。(アックルシウス)]

† 相続財産の、そして個別の物の売却は異なる。)

k [Non potest credi. 相続において私が事変(＝偶然)における場合を除いて買主の事務を行なうものと擬制しようというように述べられたこと。そして相続においてこのことおよび後出同一法文 quemadmodum fundi venditor. が相続において述べていることが同じ事である。]

l [Ex empto. そして、遅滞云々を考えれば、両方のいずれもない。]

★ 物の代価は物から、とは言われない。)

E [Propter negotiationem. このように相続人も。なぜならば墓地の侵害に関して訴訟が行なわれるからである。すなわち相続は容認されていない。すなわち彼の狡猾さに基づいてそれ(＝訴訟)を行なうからである。あるいは復讐のために。しかしあ

たかも相続財産上「の行為」のようにではない。例えば後出 D. 47. 12. 10. のように。さらにみすばらしい相続財産を高値で売却した場合もそのようである（(b)）。受遺者たちにとつても有益ではない、彼の行為に基づいてあるいは買主の愚鈍さによつて持つと考えられるので。例えば後出 D. 35. 2. 3. pr. 1. および前出 D. 17. 1. 36. 1. および前出 D. 15. 1. 50. 3. fin. および後出 D. 39. 2. 43. 2. および後出 D. 24. 3. 64. 5. のように。しかしたしかにある者達は衡平に基づいて代価を第一買主に与える、例えば前出 D. 12. 1. 23. のように。しかしその場合には、代価を返された者に物が所属したのは確かである。同じく偽罪を犯していないかどうか、後出 D. 48. 10. 21. のように。したがつて（(c)）同じ事実から罰と特典を得てはならない。そのゆえにこのことから私は、第二買主から代価を受領しているので、第一買主に代価が与えられるべきであるという意見を是認する。例えばワインの売主が為すように、例えば後出 D. 18. 6. 1. 3. および C. 3. 1. 8. の論証によつて。

（b）みすばらしい相続財産の売主は、それを大きな代価で売却した場合には、売却に基づいて訴求されるその大きな代価を受遺者たちに与えない。というのは、それを彼（Ⅱ売主）の事務が、あるいはむしろ買主の愚鈍さが原因で彼（Ⅱ売主）が持つていると観られるからである。

（c）特典、および罰を同一の事実に基づいて何人も得るべきではない。

c [Non vendissem. たとえば、すなわち物の滅失によつて私が免れるように、私が占有しているとしても、この場合もそのように、および前出 D. 9. 4. 26. 4. のように。〈アックルシウス〉

o [Quenamodum. 善き類似である。すなわち売主は土地を耕作することによつて、および私の「土地」において、すなわち私に対して義務を負う。「土地において」果实を收取することによつて私の「事務」を行なうように、そのように前者（Ⅰ買主）は私のあるいは私の相続財産の事務を行なう。アゾ。そしてそれゆえに誠意を理由にしてと述べる。なぜならば、厳正法により契約された場合には別であるからである。例えば後出 D. 22. 1. 38. 1. 8. および先行する節⁽⁸³⁾のように。

（十）物の債務者は対人訴権によつて、物から得られるべき果实について義務を負わないのであつて、得た「果实」については義務を負う。〕

d [Arguetur. 例えば、なぜならば熟した果实はだめになるからである。あるいはそれらをもつていながら渡さなければ。例えば後出 D. 24. 3. 9. のように。〈アックルシウス〉

b [Vendit. 第一買主に。〈アックルシウス〉

r [Possidente. また注意せよ。私が占有しない物を売却したことの中のこのクルパによって(a)、そのように物に関して、あるいは利害関係のあるものに関して義務を負うのであって訴権に関してはない。また、その後にはクルパによって占有を中止すること、例えば窃盗によって、その場合、同様に私は物に関してあるいは利害関係あるものに関して義務を負う。クルパがない場合は別である。なぜならばその場合は訴権だけに關してであって、物あるいは訴訟物の評価「に關して義務を負うの」ではないからである。なぜならば私はそれ「ら」を持たないが訴権を私は持っているからである。例えば後出 nam et si sine etc. [D. 18. 4. 21 ⑨以下]と付加するように。

(a) 全く占有していない、他人の物を売却した者はクルパを犯している。そしてこの事案でも物に、あるいは利害関係あるものについて義務を負う。)

s [Petit. 占有者に

「十 我々が罰金の名義で他人から取り戻すという、我々の物の債務によって、それを原告に返還することを我々は強制される。)

t [Absulero. これすなわち、無論訴訟を通じて得ること。D. 47. 2. 48 pr.

u [Hoc. 無論二倍額。(アックルシウス)

x [Ad emptorem. 決して譲渡すべきものとは観られない。例えば後出 D. 47. 2. 14 pr. および前出 D. 18. 1. 35. 4. のように。

それらは矛盾している。解決。この場合、クルパなくして占有を中止する場合のことが語られている。それゆえに物に関して義務を負わない。したがって、訴権、すなわち罰金の「訴権」へと決着がつくように、ここでは少なくとも負担を負わせられる。また、あるいは罰金を要求する場合にはそれ(「物」)を交付する。しかしこれはクルパにより占有を止めたがゆえに、物に、あるいは訴訟物の評価について義務を負う。そしてそのゆえにあらゆる罰金を保持する。そしてこれに従って請求の方向を変えている者は訴訟に有利に入りこむことを欲するのを認容されなかった。あるいは追い払われた者をさらに有利に現状に復した。あるいはこのような事情のもとで売却の前に盗まれた。そしてそれゆえに罰金は売主に帰属する。あるいは売主が物を給付できない場合が語られている。

y [Petinebit. 無論物。

z [Nam. クルパにあった場合には物について義務を負う、と善くも私は言う。なぜ、「クルパに」ない場合にも何かあること

について、すなわち譲渡することについて、義務を負うのか。〈アツクルシウス〉

a [Actiones.] これは訴訟物の評価を持たなかった場合に。またそのように、売却もしなかった。しかし譲渡しえないときは、そのときは何をか？ 解答。これにおいてはクルバを犯した。そしてそれゆえに真正の訴訟物の評価について義務を負う。例えば、後出D. 46, 3, 95. の論証によって。〈アツクルシウス〉

b [Et sic aestimationem.] 返還請求する、給付する義務を負わない。しかし持つところのもの、すなわち訴権について「義務を負う」、土地においても結論付けられるごとくに。

c [Debet.] より多く持たないように、それだけのものを。

〈テクスト続〉

〈Ista lex secundum glo(ssam) habet tres partes, per quas ponit casum, quæ lex est no(ta) & menti tenenda. & hoc dicit. Vbi venditur universitas, pretium succedit loco rei: Sed vbi venditur, vel quasi res singularis, pretium vel pœna ab alio exacta loco rei non succedit, nec est proprie in obligatione. BALD(US).⁽⁹⁾〉

[バルルス文前掲]

〈**Venditor.** CASVS.⁽⁹⁾ Vendidi hereditatem, & interposui stipulationem de eius restitutione, quod ad me de hereditate perueniret. Persecutus sum postea rem hereditariam. vendidi eam alij. quæritur an tenear ad rem, an ad pretium. Dicitur, quòd stipulatio bis non committitur: id est non datur ad rem, & ad pretium. vnde si fuerit stipulatio interposita post venditionem rei, venit pretium in stipulatione: si antè, venit ipsa res, licèt idem non sit in eo, qui mihi promisit Stichum, quod non tenetur eo mortuo ante mora(m), licèt superiori casu teneatur: quia in casu superiori videtur iste potius gessisse negotiu(m) emptoris, quàm ipsius hereditatis. Sed hoc non cadit in venditione rei singularis, in tali exe(m)plo. Vendidi tibi Stichum: eo nondum tradito, ve(n)didi eum alij, & tradidi eum. mortuo eo ante moram, no(n) teneor priori emptori, nisi moram in tradendo commisi: neque etiam teneor ad pretium: cùm illum non propter rem, sed propter negotiationem hominis venditi habeam: quia tenebar ad rem, no(n) ad pretium vel ad act(ionem). in hereditate. aliud est in supradicta ratione: quia si quid tanquam heres habeo, teneor hoc præstare emptori hereditatis: quamquam

illius negotium gessero.; sicut fundi venditor si fructus percipiat, tenetur eos restituere ⁽⁵⁸⁾ ratione bonæ fidei, & tamen si neglexit, non tenetur, nisi culpa oblii potest de hoc. Sed ponamus quòd eam rem, quam vendidi, petij alio possidente, & litis æstimationem accepi, quia re(m) debebam, & non actionem. sed si duplum habuit rei furtiuæ, vel vi deiectus, nihil emptori debeat. nam si desinat venditor possidere sine culpa, liberatur præstando actionem, quam habet pro re. nam aream tradendo, exusto ædificio, liberatur venditor. hoc dicit. Vel dic aliter casum: vt in glo(ssa) sequ(ente).)

p] *Venditor.* Diuiditur hæc lex in tres partes. Prima est, vendidit mihi Titius hereditatem: & interposita est stipulatio emptæ, & ven(ditæ) hered(itatis) deuenit ad Titium quædam res hereditaria, quam vendidit, & pretium habuit: [&] quæritur quid veniat in stipulatione[m] ? & distinguit: quia si post stipulationem deuenit dicta res, & pretium eius ad Titium, vtrumque venit committendum, sed non petendum: si autem prius vendidit; tunc tantum pretium venit: licet res interierit. Secunda pars est, quòd hæc non sic seruantur in re singulari mihi vendita, & non tradita, & postea ab eodem alij vendita. nam nec res (<,) nec pretium venit (<,) si res interiit: & sic quasi ex sua negotiatione venditor pretium lucratur (<:) nec potest fingi vt negotium gerat primi emptoris: sicut in hereditate. si autem posset dici, certè & tunc idem responderetur, vt ponitur de fructibus. Tertia pars est, vt quod dixi in re singulari vendita, vel quasi vendita, vel promissa: si postea alij vendatur: vt quia litis æstimationem accepit venditor à possessore, cum culpa desierit possidere (<,) furto, vel violentia: vel se non possidente vendidit primo emptori: & postea petiit sibi quod habuit litis æstimationem ab alio: nam non venit illa litis æstimatio in actione ex empto: nec aliqua actio est cedenda pœnalis, vel alia: sed res, si extat: vel æstimatio, seu interesse, si non extat: cum culpa desiit possidere: aliàs si non culpa, tunc non rem vel æstimationem, sed actionem tantum (quia eas habet) dare tenetur: quando scilicet res extat: aliàs nullo modo: imò pretium lucratur: vt prius dixi.

q] *Ex hæreditate.* id set, de rebus hereditariis. <ACCURS.>

r] *Interposita stipulatione.* quòd si quid ad eum perueniret, emptori restitueret, & econtra emptor promitteret quòd damna, quæ trahet venditor occasione hereditatis, restituet ei. quæ stipulatio appellatur emptæ & venditæ hereditatis. i. *de lega. iij quisquis.* sed an cum fideiussore? Resp(onsio). videtur quòd sic: vt s. l. ij. in fin. j. respon. ⁽⁵⁹⁾ <ACCVRS.> //

a] *Non committitur*. quantum ad effectum: scilicet vt rem, & pretium consequi possit. hoc <(a)> enim esset iniquum: vt *infra. de act. empt. l. emptorem. §. fin. ibi, neque enim bon. fid. vt i. de reg. iur. l. bona fides*. committitur tamen his, vt res, vel pretium petatur tantum: quod est necesse eo casu, quando res interit: vt. *ī. subijcit*. nam & rem, & pretium habuit post interpositam stipulationem. & sic ad vtrumque committitur: non vt vtrumque exigatur. sed & no(n) interposita stipulatione alterutro modo posset agi actione ex empto: vt *ī. de usur. l. si stipulatus. §. fin.* Ad quid ergo interponitur? Respon(sio). quia quæ specialiter, &c. vt. *ī. de iniur. l. item apud. §. hoc edicto.*

<(a) Pretium, & rem ipsam simul consequi iniquum est.>

b] *Quod si antecessit*. vt in nostra quæstione.

c] *Debebit*. vel pretium, etiamsi res extet: vt innuit <statim. ACCVRS.>

d] *Vendiderit*. post hereditatem venditam, & stipulationem interpositam.

e] *An pretium eiusde(m) debeat*. videtur quod non.

f] *Promissor*. id est venditor: vt subiicit. vel propriè supple pretium, vel æstimationem.

g] *Præcessisset*. vt *hïc, & infra de verb. oblig. l. si ex legati. &. l. sequen.* & idem si manuserit ante moram, & postea decessit: vt *infra de act. & oblig. l. is qui ex stipulatu*. Sed in casu præmisso aliud est, vt subiicit; *sed vbi hereditatem &c.* (ACCVRS.)

h] *Eius*. scilicet emptoris. & quod dicit potiùs, superfluit: vel electiue: vel legas comparatiue, & sic vtriusque negotium gessit: non autem electiue. <ACCVRSIVS.>

<★ quàm hereditatis, id est potiùs quàm her(editatis). *Ant(omius) Au(gustinus) lib. 4. cap.7*>

i] *Quàm hereditatis*. est enim quædam vniuersitas: & sic repræsentat personam. <ACCVRSIVS.>

<† Hereditatis, & rei singularis ve(n)ditæ differentia.>

k] *Non potest credi*. quòd in hereditate dictum est, vt fingam gerere negotiùm emptoris, nisi in casu: & tunc idem est, quod hïc dicit in hereditate. & *ī. ea(dem titulo). l. ibi, quemadmodum fundi venditor, &c.*

l] *Ex empto*. & vtique nihil, *quoniam moram, &c.*

<★ Pretium rei no(n) dicitur esse ex re.>

m] *Propter negotiationem*. sic & heres: quia agit de sepul(chro) vio(lato) no(n) enim hereditatem agnoscit. ex sua enim astutia eam exercet, vel ad vindictam: non autem tanquam hereditariam: vt i. *de. sepul. vio. l. pe(nultima)* sic etiam <(b)> si heres inopem hereditatem multum vendidit, non prodest legatariis: cūm ex sua negotiatione, vel emptoris stultitia habere videatur: vt. i. *ad. leg. Fal. l. ij. in princ. & §. j. sic & §. man. l. ita vt omnes. §. j. & supra de pecu. l. eo tempore. §. fin. in fin. & i. de damn. insect. l. damni. in fin. & i. so. mat. l. si verò. §. ite(m) quicquid*. Sed quidam de æquitate dant pretium primo emptori: vt *suprà si cert. pet. l. si eum seruum*. Sed certè ibi iam erat res illius cuius pretium redditur. Item nōnne crimen falsi committit: vt. i. *de fal. qui duobus*. ergo <(c)> ex eodem facto non debet pœnam, & præmium consequi. vnde ex his approbo hanc opinionem, quòd pretium debet dari priori emptori. quod à secundo emptore acceptum est: vt facit venditor vini: vt i. *de peri. & com. l. j. §. licet. & arg(umento). C. de iudi. l. placuit*.

<(b)> Venditor hereditatis inopis. si eam magno pretio ve(n)didit, pretium illud magnum, quod ex ve(n)ditione consecutus est, legatariis non co(m)municat: cūm id ex sua negotiatione, vel potius stultitia emptoris habere videatur.)

<(c)> Præmium, & pœnam ex eodem facto nemo consequi debet.)

n] *Non vendidissem*. vt enim liberarer rei interitu, si ego possiderem: sic & nunc: vt *hīc, & §. de noxa. l. electio. §. si is, quem. <ACCVRSIVS>*

o] *Quemadmodum*. bona est similitudo. vt enim venditor fundum colendo, & fructus percipiendo in meo, [id est] mihi debito, meos facit: ita & ille meum, vel meæ hereditatis gessit negotium. *Azo. & ideo dicit bo(nae) fi(dei) ratione*: quia secūs esset, si contractus esset stricti iuris: vt. *infra de usur. l. videamus. §. si. actionem, & §. ex causa. & §. præced(ante)*.

<† Debitor rei actione personali non tenetur de fructibus ex re percipiendis, non perceptis.>

p] *Argueretur*. vt quia fructus maturos patiatu(r) corrumpi: vel habet eos, & no(n) reddit: vt. i. *so. mat. l. si mora. <ACCVRSIVS>*

q] *Vendidit*. priori emptori. <ACCVRS.>

r] [*Alio*] *Possidente*. Et no(ta) hīc culpa(m) <(a)> in hoc, quòd vendidi rem, quam non possidebam: vt sic tenear ad rem, vel ad interesse: non ad actionem: sicut si possiderem tempore venditionis: & postea per culpam desij possidere, vt furto: vbi similiter teneor ad rem, vel ad interesse. secūs si sine culpa, quia tunc tantūm, no(n) rem, vel æstimationem, quia ea(m) non habeo; sed

actionem habeo: vt. i. subijcit, *nam & si sine*, &c. AC<CVRS.>

◦ (a) Culpam admittit, qui ve(n)dit rem aliena(m), quam non possidet quide(m): & hoc casu tenetur ad rem, vel interesse.)

s] *Petii*. à possidente.

† Debitæ nobis rei quod pœnæ nomine recipimus ab alio, id actori restituere non cogimur.)

t] *Abstulero*. id est accepero, scilicet per iudicem: sic i. *de fur. l. qui vas. in princ(ipio)*.

u] *Hoc*. scilicet duplu(m). <ACCVRS.>

x] [*Nihil*] *Ad emptorem*. Imò videtur cedenda: vt. i. *de fur. l. eum, qui. in prin. & supra. de contrahen. empt. l. quod scæpè. §. si res. quæ sunt contrâ*. Solut(io). ibi loquitur, cùm sine culpa desiit possidere, & ideo non tenetur ad re(m). oneratur ergo saltem in hoc vt cadat in actione(m) etiam pœnalem. [et] Vel si exegerit pœnam, reddet eam. sed hic quia culpa desiit possidere, tenetur ad rem, vel æatimationem: & ideo retinet omnes pœnas. & secundùm hoc reuertens non fuit admissus in litem vtiliter intrare volens: vel etiam vtiliter deiectum restituit, vel hic surrepta ante venditionem: & ideo pertinet pœna ad venditorem: vel loquitur ibi cùm venditor non potest rem præstare.

y] *Pertinebit*. scilicet res.

z] *Nam*. bene dico rem deberi vbi fuit in culpa: quia & vbi non fuit, tenetur ad aliquid: id est ad cedendum. <ACCVRS.>

a] *Actiones*. hoc si non habuit litis æstimationem: & sic nec vendidit.]Sed quid tunc cùm cedere non possit? Respon(sio). in hoc commisit culpam, & ita ad æstimationem veram tenetur: vt *argumento*. i. *de solu. l. Stichum. §. pen(ultima)*. <ACCVRS.>

b] *Et sic æstimationem*. repetere, præstare non debet: sed id tantùm, quod habet, id est actiones: sicut & in area sequitur.

c] *Debet*. s(cilicet) tantùm, cùm non habeat plus.

(45) 中世ローマ法学一般については、以下のものを参考にしている：ヴァイノグラドフ（矢田一男・小堀憲助・真田芳憲訳）『中世ヨーロッパにおけるローマ法』（日本比較法研究所叢書5 中央大学出版部 一九六七年）；佐々木有司「中世ローマ法学」碧海・伊藤・村上編『法学史』（東京大学出版会 一九七五年）七五頁（以下佐々木①で引用する）；佐々木有司「中世ローマ法学」久保正幡先生還暦記念『西洋法制史料選 II 中世』（創文社 一九七八年）二八一頁（以下佐々木②で引

用する)：片岡輝夫「フランス法における分割所有権の歴史的研究(一)(三)完」国家六四卷一〇一一号(一九五一年)五一頁、六五卷二二三号(同年)六七頁、五二七号(同年)六五頁；F. C. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. (Nachdruck von 3. Ausgabe. 1850) Darmstadt 1956. (以下、著者名のみで引用する)；Woldmar Engelmann, *Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Leipzig 1938*. (以下、著者名でのみ引用する)その抄訳、鳩浩訳「中世イタリア法学史抄」^[E]攝南法学第四号(一九九〇年)七五頁、「E」同第五号(一九九一年)一三三頁(以下、境況(・)で引用する)；Helmut Coing(Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europaischen Privatrechtsgeschichte*. Bd. I: Mittelalter (1100-1500). (1973) & Bd. II: Neuere Zeit (1500-1800), Teilbd. I: Wissenschaft. (1977) (以下、分担執筆者名をHdb.で引用する)；Schrage, S. 33ff.

また、註釈学派に「*glossator*」や「*hermann Kantorowicz*」*Glossators of the Roman Law*. Cambridge 1938.; Peter Weimar, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*. in Hdb. Bd. I, S. 129ff.

(46) ここでは、基本的に最後の標準註釈付きの法学大全一六二七年 リヨン版を用いた。(本文中では、最初の刊本より後の付加、変更については出来るかぎり註記するよう心がけた)；*Digestum Vetus, seu Pandectarum Iuris Civilis*, Tom. I. *Commentariis Accursii, et multorum in super aliorum doctorum virorum Scholiis atque observationibus illustratus*. Ed. Johannes Fehi, Lugduni 1627. (Nachdruck 1966.) なお、「純粹なアツクルシウスの註釈ではなく一種の実務的な刊本」であるというリヨン版の意義について、H. E. Troje, *Graeca leguntur*. (1971) S. 151ff. 参照。

その他、参照したのは以下の刊本である；*Accursii Glossa in Digestum Vetus*. (Corpus Glossatorum Juris Civilis, t. VII, 1969). Ristampa ed. 1488 Venetii.; *Digestum Vetus Sev Pandectarum Iuris Civilis*, Tomvs I. Parisiis 1589. (チヌーム文庫所蔵)

(47) 標準註釈とアツクルシウスについては、佐々木前掲①一八七頁以下参照。Vgl. Savigny, V. S. 262ff.; Schrage, S. 43ff.

(48) 「*事案*」については、佐々木前掲一九三頁以下参照。Vgl. Savigny, V. S. 344ff.; Weimar, S. 174f. リヨン版およびパリ版(1780)では、「*事案*」について筆者名が欠けている。サウィーニによれば旧学説彙纂の「*事案*」はヴィウヴァアヌスのものである。パウルス文の前後の法文の「*事案*」には筆者名があるのに、パウルス文にない理由は不明である。

(49) バルドウス、バルトオルスの「註解」からの「抜粹」については、佐々木前掲①一九三頁以下参照。

- (50) restituere: 「返還する、給付する」 Vgl. Heumann/Seckel, S. 515. 基本的に、「返還する、原状に復する」の意味であり、パウルス文にはないこの語が、標準註釈以後説明に用いられているのは「(物・代価)があるべきところに戻される」という語感を持つためと考えられるので、本稿では「返還する」という訳を採用した。
- (51) パリ版(一五五九年) : vt eius negotium [potius] agam, quam hereditatis.
- (52) s (upra), l. ij. in fine). j. responsione) の意味するところは筆者には理解できなかった。
- (53) §. preced(ente) については該当箇所が不明である。

《解説》

標準註釈は、パウルス文を三つの部分に分ける(註(p)…)この註は標準註釈に元々あり、アックルシウスによる「事案」である)…。第一部分(①)～(⑤)は相続財産の売却であって、文言上は、二重売却よりも、売主の下に到達した個別の物を代価に代えた事案、第二部分(⑥)～(⑧)は個別物の二重売却・滅失事案、第三部分は、売却された(売却に準ずる場合も含む)あるいは諾約された物の事案、と位置付けられている。ここで「問答契約に何が入るか」という問題が一貫して事案の分析に入っていることである(第二部分では「物も代価も来ない」と言い、また第三部分でも「あるいは諾約された個別物」と言っているのも問答契約を念頭に置いていることであろう)。

① 基本事案については、註(p)において、次のように理解されている。売主は相続財産の中から物を売却したティティウスである。買主は私である。相続財産については、相続財産の売却後、ティティウスのもとに到達した。その他特筆すべきことは、売主であるティティウスが代価を(第二買主からすでに受領して)持っている、と理解していることで

ある。さらに相続人(heres)について、註(D)では、「相続財産上の物がテイティウスに到達して、それを「他人に」売却した」と述べていることから、相続人と売主(II ティティウス)とを区別しているようである。

② パウロスの質問については、以下のものである。問答契約の内容と効力に関しては、第一に、註積は、問答契約を「相続財産売却問答契約」とし、その内容は、売主が「売主のもとに来たものを買主に弁済する」ことを諾約し、買主が「売主が相続の際に被った損害がある場合にその損害を売主に賠償することを諾約するものと解している」^(註P)。そして、第一事案では、物も代価もテイティウスに到達しているため、そのいずれも問答契約の対象となりうる状態であると理解している。第二に、註積における特色として指摘できることは、問答契約を行なう(註(4) 参照) ことと問答契約が効力を発生すること(註(6) 参照)を区別していることである(註(a))。そして、「問答契約が二重に効力を持たない」というパウロスの理由説明の意味することについて、註積は *commititur* に付された註(a)において、この語は効力に関する限りだと述べており、問答契約が物と代価の両方を対象として締結されても、効力の発生は、「衡平」からして、その一方に限られると理解している。^(註55) さらに誠意にもあたらぬ(論拠 D. 50. 17. 136)^(註56) とする。

③ パウロスの解答について、標準註積はパウロスの事案の区別に全く触れず、精確に論じていないようである。(α) 「代価が問答契約に入る」を問答契約の内容とされることと理解し、(β) についてはパウロスの解答する「物」以外に、あるいは代価の給付も義務となりうると考えて、付加している(註(c))。しかし根拠は不明である。

④ スティクスの死亡事案については、問答契約上の諾約者の義務に関して、遅滞がない場合には物についての義務を負わず(註(e))、また代価と訴訟物の評価についても義務を負わないと考えている(註(f))。それに対して、遅滞がある場合には、D. 45. 1. 23; h. t. 24.^(註57) を論拠として、問答契約に基づき物、代価あるいは訴訟物の評価について責任を負う、と考えていると思われる(註(g) 参照)。ここで特筆されるべきことは、第一事案では問題になっていない訴訟物の評価

をも考慮に入れていることである。これは後の人文主義法学が事案の展開に従いパウルス⁽⁵⁷⁾の判断を解釈したのに比べる（後述）、そのような考慮もなく法文の事案間の表面的な調和をとる論理的解釈であったとの印象を受ける。

⑤ 相続財産中の個別物の売却事案については、パウルスの「相続財産のというよりもそのもの（Ⅱ買主（註(h)）の事務を行なう」という理由説明を「比較的」と理解して、両方の事務を行い得る趣旨と理解する。

第二部分については、⑥ 二重売却された個別物の滅失事案の理解については、第二部分が、相続財産の第一事案とは異なり、⑦と第一部分とが関連あると述べられるだけであり、第一部分と第二部分との事案連関は深く考えられておらず、その上で、売主は物、代価のいずれについても誠意上義務を負わないと結論している（註(1)）。

三つの論拠についての理解については、とくに言及がない^(57a)。しかし、この註釈において、最も注目すべきは、註(m)の後半部分であり、ここでは「衡平」から、第一買主に代価が与えられるという、パウルスの解答に反した見解（アゾオとヨハンネス・バツシアアヌスの見解…後述オドフレドゥス参照）をとる。その理由は、第一に、D.12.1.23（遺贈された者が、目的物を売却した不法占有者に不当利得返還請求できる事案）、第二に、二重売却した売主が偽罪を犯すというD.48.10.21⁽⁵⁹⁾を論拠として、本法文の事案でも売主が二重売却という行為から罰を受けると同時に第二買主からの代価も受けているのは「同一行為から罰と特典が生じる」ことであり、とくに不正を行なっている以上特典が与えられるべきでないから、売主が第二買主から受領した代価を第一買主に渡されるべきである、ということにあると思われる。しかし第三に同様の事案として論拠とされているD.18.6.1.3とC.3.1.8⁽⁶⁰⁾については説明がないので容易に理解できない。

⑧ 果実収取の問題については、アゾオを引用して、これは誠意契約上の問題であるから厳正契約上の問題とは区別べきことを注意するほか、売主が買主の事務を行なうことと果実収取とを関連づけて理解している（註(9)）。

以下、第三部分(⑨)〜(⑫)については、冒頭の註(p)によれば、個別の物の売主が後に占有を失った場合を想定し(他人から訴訟物の評価を受領した点についても第二売却があったことを想定しているようである)て、売主の(売却契約上の)責任と諸約者の(問答契約上の)責任を論じているが、それらの区別は説明の中では厳密に行なわれていない。そして売主または諸約者の責任は、クルバがある場合には物(および利益)の給付義務を、クルバがない場合には(占有者に対する)訴権を譲渡する義務を考え、暴力、盗みにより(クルバ無くして)占有を失った場合に売主が持つ盗訴権により得られる罰金(Ⅱ二倍額)に関しては売主は給付の義務なしと理解する(註(r)^(60a))。標準註釈では、第一にパウルス文を三部分に分けて理解することと、第二に重要な法的論点として註(m)において⑥に関するパウルスの断案が衡平に反するのではないかという異論をアックルシウスが採用したことが後の議論の焦点となつた点が特筆される。

(54) 註(r)で「相続財産売買問答契約」について参照されているのは、遺贈と信託遺贈に関連するD. 36. 9. 5である。マエキアヌス 信託遺贈について第二巻『私にとって相続人となるであろう者は誰であれ、言明し、与えるであろう総ての限り(quantas summas)を与えるように、彼が与える義務を負うべし、そして彼の信託遺贈を為すべし』アリストオは、例えば土地、奴隷、衣服、銀「器」のような、有体物も含まれる、と言う。なぜならば、この「の限り(Ⅱどれだけ quantas)」という文言が単に数えられた金銭だけに関係づけられるのではない、といことが嫁資の逆遺贈および相続財産問答契約から明らかだからであり、また「全部のsummas」と称するのも、持出された諸論拠において明らかにされたように、同様に理解されねばならないからである。さらに、信託遺贈において極めて重きおかれる、死者の意思が彼の断案を支える。なぜならばすなわち、その序言の後遺言者は、単に金銭が支払われることを欲していた場合には、有体物を付加しようとしなかつたからである。この法文からでは相続財産売買問答契約のことは自明ではない。標準註釈(アックルシウス)は、相続財産問答契約の文言を参照することよりも、問答契約の対象が金銭以外の有体物にも及ぶことを理解するものである

(57) D. 45. 1. 23. ポンポニウス サビイヌス註解第九卷「しかし遺贈の原因に基づきあるいは問答契約に基づいて特定の奴隷を私に与える義務を負う場合には、それ(Ⅱ 奴隷)の死亡後あなたは、それが生きているのにそれを私に与えない場合と異なって拘束されない。そのこと(Ⅱ 後者の場合) はあなたがあるいは催告されても与えない、あるいはそれを殺したときもそのようになる。」*Propter negotiatio* パウルス サビイヌス註解第九卷「しかし問答契約に基づいてステイクスについて未成年者が義務を負う場合には、彼によって遅滞が生じるとは観られないであろう。その結果、後見人の授權によってあるいは後見人だけが催告される場合でなければそれ(Ⅱ ステイクス)の死亡により義務を負わない。」

(57) a) *propter negotiatio* に関して標準註釈が参照する法文は以下のとおりである…

D. 47. 12. 10. : パピニアヌス 質疑録第八卷「財産に必然相続人が係わりを持たなかった場合に、侵害された墳墓の訴権 (*actio sepulchri violati*) がその必然相続人に帰属するかどうか、が問われた。私は、その善と衡平のために作り上げられた訴権で彼が訴えることは正当である、と述べた。しかしながら彼が「訴権を」持出した場合にも、彼は相続財産上の債権者達を恐れぬであろう、この訴権は相続財産により与えられるものではあるけれども、死者の意思に基づき何も獲得されないし、また物を訴求することにおいては単に復讐において確立されたものが獲得されるからである。」

D. 35. 2. 3. : パウルス ファルキディウス法単巻書「指定された相続人が弁済に耐えない (*solvendo non est*) 相続財産を売却する場合、ある者は、買主と出会ったその相続財産が弁済に耐えないものであることを、ほとんど納得し得ないであろう。しかるに真の計算によっては何も受遺者達には帰せしめられない、なぜならば指定された相続人は、死亡者の財産からよりも、買主の愚鈍さからヨリ多く持つと観られるからである。なぜならば指定された相続人は、死亡者の財産に売却する場合にもこの受遺者達の損失はないであろう、それゆえに、諸物をよく管理した場合には、そのように利益は相続人のものでなければならぬ、からである。§ 1 しかし、弁済に耐えない者が遺贈し、そして相続人が債権者達と、全額を弁済しないことを決定(Ⅱ 和解)し、そしてその決定の代償として、何かある物を手放さないように為した (*actum esse*) 場合にも、それでもやはり受遺者達には何も帰せしめられないであろう、なぜならばその金銭を相続財産のゆえにではなく、決定のゆえに持つからである。§ 2 同様に共和政体に毎年遺贈される場合には、ファルキディウス法について問われたので、マルケッルスは、遺贈された総額の三分の一の利息を集めるための元金に足りるだけの額が遺贈されたと観られる、と考えた。」

D. 17. 1. 36. 1.: ヤウォレヌス カッシウスからの第七巻「前文 多かれ少なかれ、総額全てを累積するように、そのように、そしてそのように委任を受けた者に持分を給付する。このことは非常に多くの者達が認めている。§ 1 同様に、この事件においても、確定金額で買うことをあなたに私が委任し、他の部分の名義で有利にあなたが事務を行い、そしてヨリ安価で購入した場合には、委任に含まれている金額の範囲内である限りは、あなたの持分のために、あなたの利害関係あるかぎりのそれだけ「の金額」が給付される。なぜならばすなわち、あなたと土地を共有する者達が微々たる金額で物を投売することをあるいは家の事柄に関する必要からあるいは他の原因から強いられる場合にはどうか？ あなたが同様に損失を被るまでもない。しかし、委任は無償でなければならぬので、この原因から利得があなたの得るところとなつてもならない、なぜならばすなわち、買主があなたに委任された物をヨリ熱望していることを知ったことによつて、売却を止めることはあなたに許されるべきでないからである。」

D. 15. 1. 50. 3 fin.: パピニアヌス 質疑録第九巻「§ 3 他人の奴隷が、善意で私に仕えている間に、消費貸借で借入れた金銭を、私が彼を解放するように、私に与え、私は解放した。債権者は、特有財産につき誰を訴えるか、を尋ねた。私は、他の場合には債権者が選択権を持つのではあるが、しかし「ここに」提示された「場合」には主人が訴えられるべきであり、また彼が、自身が得たが奴隷の解放のために (Pro capite servi) 為されたと提示された原因のために他人のものとなつていない金銭の名義で、私に対して提示のための訴訟を行なうであろう、なぜならばすなわち、私が解放しない場合には金銭は主人のものであるが、しかし続いて解放が行なわれると、私の物から私に獲得される (pecuniam ex re mea quaesitam mihi) と観られる、と考へる人々の区別は認容されるべきではない、私の物からというよりも私の物によつて金銭が私に与えられるのであるから (quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea pecunia mihi daretur) と述べた。」

D. 39. 2. 43. 2.: アルフェユヌス・ウアルス 法学大全第一巻「§ 2 同様につぎのことが諮問された、すなわち、つぎのことにより、すなわちもしその者が建築によつて損害を蒙つた場合、損害が填補されるよう隣人に再問答契約を要約していたことにより、与えたものを、その者が支払つた金額をその工事によつて失つたのだからとして、ふたたび請求しうるか、と。つぎのように解答された、すなわち、この者は請求できない、というのは工事の瑕疵によつてではなく、問答契約によつて金銭を失つたから、と。」吉原達也(訳) 広島法学八巻四号一四六頁参照。

D. 24. 3. 64. 5.: ウルピヤヌス ユリウス・パピウス法注解第一巻「§ 5 同様に被解放者の財産から彼(=夫)に帰属

するものは何でも、それがいわば保護者としての彼に帰属するかぎりは、同様にして「妻に」給付することを強制される。そうではなくて、もしも他の権利に基づいて「帰属する場合には」、給付することを強制されない。蓋し、被解放者が彼にもたらした利益(贈与)は、妻に問わず、保護者の権利(旧主人権)によって取得されたか、あるいは取得し得るものだけを負っているからである。勿論、もし必要以上の大部について彼が「被解放者によって」相続人とされた場合には、余分のもは給付しないであろう。またもし、被解放者が彼に何も負っていないときに、彼を相続人としたような場合には、彼は妻に何も引渡さないであろう。」法学論叢七〇巻五号VI頁参照。

(58) D. 12. 1. 23. アフリカヌス質疑録第二巻「あなたに遺贈された奴隷を、あたかも私が遺贈されたかのように、私が占有して売却する場合に、その奴隷が死亡しても、あなたは私に代価につき不当利得返還請求し得る、と、あたかもあなたの物から私が利得したかのように、ユリアヌスは言う。」しかし、アックルシウスは、この法文の事案は「あなた」(真の遺贈者)の所有物に関するもので、論拠としては適切ではないと考えているように思われる。Vgl. Jakobs, S. 61.

(59) D. 48. 10. 21. パウルス トゥルピリアヌス元老院決議に対する単巻書「二人に同一物を別の契約で全体として売却した者は、偽罪の罰によって罰せられる。そしてこのことを神皇ハドリアヌスも確立した。その者(罰せられる者)に、審判人を買収した者も加えられた。しかし、一時追放されるが財産が没収されることはない、というようにヨリ緩やかに罰せられるものであった。」なお、偽罪については船田第一巻三四六頁参照。

(60) D. 18. 6. 1. ウルピアナス サピィヌス註解第二八巻「§3とところで計るための期日を予め定めたが量り分けられなかった場合、売主にはワインを棄てることが許される。しかし、買主に、ワインを運び去るあるいはワインが棄てられるであろうことを知っているように、「証人の前で」表示することにより通告する前に棄てることができないうであろうことは確かである。ところが、棄てるのができたとしても、棄てなかつた場合には、むしろ賞賛されるべきである。それ故に、そこでワインの壺(dolium)についても賃料を要求することができる。また、ワインが入っている壺(asa)が空であることに利害関係があった場合(例えば壺(asa)が賃貸されるであろう場合)あるいは別の壺(tolium)を賃借する必要がある場合にも全く同じである。ところでヨリ効用があるのは壺が賃借されること、賃借りしただけ買主から償われるのでなければワインが渡されないこと、あるいは誠意によってワインを売却することである。これはすなわち、彼(売主)の不利益なくして為され得ただけの労務を、買主の物が出来る限り小さい損害で済むように、与えたということである。」

および、C. 3. 1. 8. コンスタンティヌス帝「全ての事件において厳格法の理由よりも正義と衡平が優先するのがよい。」
 (60 a) 参照されている法文は以下のとおり。

D. 47. 2. 14 pr.: ウルピアヌス サビヌス注解第二九卷「前文 購買した者が、彼に物が引渡されていない場合には、盗訴権を持たないが、依然としてこの訴権は売主にある、とケルススは書いた。彼(「売主」)が盗訴権、不当利得返還請求権および取戻し訴権を買主に委任すべきであることは明らかであり、また何かあるものをこれらの訴権に基づいて入手した場合には、それを彼は買主に給付すべきであろう。この断案は真である、そしてユリアヌスもそのように「言」つて。そして、引渡し前に売主が保管 (custodia) を給付する限りは確かに物の危険は買主に帰属する。」

D. 18. 1. 35. 4.: ガイウス 属州告示注解第一〇卷「§ 4 売却された物が窃盗によって失われた場合、まず最初に注意されるべきことは、彼ら(「売主と買主」)の間で何が物の保管について合意されているかである。何も合意されていないことが明らかである場合には、善良な家父が自己の物につき適用するような保管が売主に要求されるべきである。それ(「保管」)を成し遂げたけれども物が失われた場合には、「彼は」責めらるべきでない、しかしながらもちろん物の取戻し訴権と不当利得返還請求訴権を買主に譲渡することになるであろう。そのゆえに、他人の物を売却した者に目を転じると、彼はいかなる物の取戻し訴権あるいは不当利得返還請求訴権も持ち得ないので、そのこと自体のために有責判決されるべきである、なぜならば、彼の物を売却していた場合にはそれらの訴権を買主に移転することができたからである。」

2 オドフレエドゥス

オドフレエドゥス⁽⁶¹⁾(一三世紀半ば)においては、以下のように、基本的に註釈と同様に、まず当該法文の事案の簡略な叙述、次いで法文の文言の註釈が行われている。さらに問題点について矛盾解決の手法で法文の釈義が深められており、註解学派の様式への発展が窺われる。⁽⁶²⁾

《訳》 オドフレエドウス旧学説集講義第二卷(リヨン版 一五五二年版) 一三四葉

I Ⅱ 集合体⁽⁶³⁾が売却された場合には代価が物の地位を承継するが、個別の物が売却されたあるいはあたかも売却されたかのような場合には代価あるいは他人から取立てられる罰金が物の地位を承継することはなく、また債務における本来的なものでもない。このことを述べている。

I Ⅰ 相続財産からの売主。†この法文は、善き法文である。そして論証可能であり、そして実に難しいと言われている。しかし、事案と文字に関する限りは実際には難しくはない。しかし理解に関する限りは難しい。なぜならば、大きな不衡平を含むと観られる何かを述べていると観られるからである。ただし我々が他の色彩によつて法文を彩るとすればこの限りではない。それで、この法文は三つの主要な部分に分かたれ、三つの事案を含む。それで、第一の事案は以下のとおりである。ティティウスの相続財産があなたに遺言に基づいてあるいは無遺言で譲り渡され、あなたは私にその相続財産を一〇〇〇金で売却した。相続財産の売買問答契約が行なわれた。これらはこのように済まされたのだが、売主であるあなたは相続財産上の物を誰かある占有者に請求し、そして私にそれを給付しない。それどころか逆に、あなたは、代価を受領したので、他人に売却した。いまや、相続財産の売買問答契約が効力を生ずるのは、物だけに關してか、あるいは代価だけに關してか、あるいは両方に關してか、が問われる。それに対して法学者パウルスは次のように區別して答える。まずあなたが相続財産を売却しそして問答契約が行なわれた。その後あなたは物を訴求してそして他人に売却して代価を受領した。この場合、相続財産売買問答契約は物と代価について効力を生じさせられる。しかし衡平に基づいてあなたは物「を引渡すこと」あるいは代価を引渡すことから解放される。なぜならば、二度同じ事が要求されることを、誠意は許容しないからである。しかるに、まずあなたが相続財産上の物を売却してそして代価を受領し、そしてその後私に相続財産を売却した場合には、物に關してではなく代価について問答契約が効力を生じるであろう。第二の事案は売却された個別の物において語られているのであって、集合体において語られているのではない。そして事案は以下のとおりである。あなたは私に奴隷——ステイクスと仮定しましょう——を売却していた。彼が売却されていたが、私にあなたが引渡す前に、他人に売却し、また代価を受領したので「その他人に」引渡す。その後彼は(奴隷・ステイクス)死亡した。

何についてあなたは義務を負うか。物についてか代価についてか。それで、あなたが代価について義務を負わないと観られることは確かである。なぜならあなたの活動のゆえに代価をあなたは持つているからである。また、あなたのもとに残っているものもそのように観られる。同様にあなたは物について義務を負わないと観られる。なぜならば、あなたが特定の奴隷を——すなわちステイクスを——私に諾約し、そして彼が死亡した場合、あなたは特定物の滅失によって「義務を」免れる。同様にあなたが他人に売却し、そして彼が死亡した場合にもあなたは物に関して義務を負わない。あなたたちのうちの誰かは言うであろう。すなわち何が相違の理由であるのかと。一方は売却された集合体であり、他方は売却された個別の物にあるために。私は「次のように」答える。すなわち前者はあなたが私に相続財産を売却した場合である。そして後に相続財産の中から物を他人に売却し、引渡しそして代価を受領したので、あなたは私に代価について義務を負う。というのは、代価が物の地位を承継し、またあなたではなく相続財産上の事務を行なったとあなたは観られるからである。しかしあなたが個別の物を売却し、そして代価を受領したので他人に引渡し場合には、代価は物の地位を承継しない。なぜならばあなたは、あなたの事務を行なったと観られるのであって、わたしの事務を行なったと観られないからである。あたかも土地をあなたが売却したと観られ得るように。なぜならばあなたは私に土地についての義務を負い、また、あたかも私の事務を行なうとあなたが観られるように、あなたが収取した土地の土地の果実についても「義務を負う」。この事案では相続の場合のように述べられている。しかし、あなたが土地を耕作するのを懈怠した場合には、誠意によってあなたは果実について義務を負わない。第三の事案は、同様に、売却されたかあるいは滅失した個別の物において述べられている。すなわち例えば、あなたが私にあなたの物を売却してしまっていた「が、あなたが」私に引渡し前にその物の占有を失ってしまっていた「ので」、あなたは占有者を訴訟で争う。占有者はあなたに訴訟物の評価を提示し、あなたは訴訟物の評価を備えた。少なくともあなたが悪意の場合にはあなたに何について義務を負うか。あなたは物あるいは利益について義務を負うが、訴訟の評価については「義務を負わ」ない。あなたが暴力によって追い出されたかあるいは物がひそかに持ち出された場合には別である。なぜならば、あなたが罰金を備えた場合には、あなたはあなたが備えたところの物を私に与える義務を負わないからである。しかし、あなたがクルバになかった場合には、家を売却したが引渡し前に家が焼失してしまつた者が土地を給付するように義務付けられ、また土地を給付することによって債務から解放されるように、訴訟物の評価について義務を負う。このようなことをこの法文は述べている。あなたたちは文言の釈義を観るように。[Vendor hereditatis] すなわち明白な文言である。別の文言が述べる。[Vendor ex hereditate interposita stipulatione] すなわち、買われ、そして

売却された相続財産のそれ(「問答契約」)は、さらに法文によって言明されている。なぜなら、誰かある人が私に相続財産を売却した場合、私は彼に、彼を相続財産に関するあらゆる負担により害されないよう保護することを許容する義務を負う。また、彼は私に、あるものが彼のもとに相続財産の中から到達した場合、それを私に給付することを許容する義務を負う。すなわちこれが相続財産問答契約である。そしてこれについては言及がなされる。後出D. 32. 95. [ali vendit] 無論第二「の買主」に。そして引渡しもし、また代価も受領した。[praestare debeat] 売主が買主に、すなわち、物かあるいは代価かあるいは両方か。そしてただちに、両方ではないと答える。なぜなら不衡平であるからである。しかし、「以下に」et si quidem云々と付加するよう、区別されるべきである。[credimus pretium] 無論ただそれだけ。[venisse] 無論また物もではない。[quod si antecessit stipulatio] なぜなら最初に相続財産を売却し、また問答契約が行なわれた。その後個別の物を売却した。[tunc rem debeat] あたかも、まして代価ではないと言うように。しかし同時に両方ではない。なぜなら信義云々のゆえに。そしてここまで、集合体の、すなわち相続財産の買主が個別の物を相続財産の売却の前あるいは後に売却したと語る第一事案が継続している。そしてこの第一事案から君たちが熟考することは、信義云々を後出D. 19. 1. 11. が付加しているという周知のことである。そして以後買主にとりかかる、後出D. 19. 1. 11. 18. およびD. 50. 17. 136. およびD. 45. 1. 17. [si ergo] この法文の第二部分および、売却された個別物において語られる第二の事案が始まる。[hominem] ステイクスと考える。またそれゆえに持つ物の物を。[debeat] そして否と観られると付加する。[non enim debeat sicuti promissor] すなわち、付加するように売主。また、代価あるいは訴訟物の評価を付加する、あるいは元来確立している。[processisset] なぜならばあなたがステイクスを諾約し、遅滞にある前に「ステイクスが」死亡した場合にはあなたはあなたの義務を負わない。ここでのように、および後出D. 45. 1. 23. および24. のように。そして遅滞前に「ステイクスを」解放した場合も同じである。そして、後に死亡した、後出D. 44. 7. 45. のようにここでも。しかし少なくともこの諾約の事案ではこの法文の最初に、付加するように別のことがある。[sed ubi hereditatem etc.] 理由を配する。[vt negotium eius] すなわち相続財産のというよりもむしろ買主の。当然問答契約に基づいて、[dicit] 無論相続財産において言われたことを、その結果、私は、この事案でないならば売主が買主の事務を行なうことを、想定する。そしてその場合には相続財産において同じことである。例えば後出同法文quemadmodumの文節。[videamus ne] すなわち、〜かどうか。[ex empto] そして遅滞云々であるからいずれにしても何もないと付加する。[percipitur] そのゆえに注意されることは、集合体においては代価が物の地位を承継する、ここでのように。そしてこれに、しかし個別の物においては代価

は物の地位を承継しない、と付加する、前出 D. 5. 3. 22 のように。なぜなら、物あるいは盗品の代価は窃盗に関係するものではないからである。例えば後出 D. 47. 2. 48 末尾のように。[quemadmodum] 同様に添えている。[quod si rem] この法文の第三部分が始まる。そしてこの第三部分が売却された物において語られている。[quam vendit] 無論第一買主に。[talis possidente petij] 私のクルバによって占有を失った、と付加する。なぜなら、私が占有していなかった物を私が売却したからである。[vique rem] ただ限定するのみ。[sed rem] あるいは利害関係あるものを、と付加する、例えば後出 D. 19. 1. 1 および D. 20. 5. 13. のように。[debeo] あたかも私が売却のときに私が占有していて、その後クルバのゆえに占有するのを止めた場合のように。[sine culpa] あるいはドオルス。[quopue] 給付しなければならぬと付加する。しかし私が訴訟物の評価を持っていないならば、その場合には彼に私の訴権を給付しなければならぬ。[quopue] 給付する義務を負う、と付加する。[debet] あるいは利害関係あるものを給付する。なぜならば絶対に土地を引き渡す義務を負ってはいないからである。例えば前出 D. 19. 1. 1. の preterea; におけるように。[exusto edificio] クルバなくして、と付加する。さて皆さん、この法文については二つの矛盾が力説され、そして注意されている。そして直ちに第二の事案に異論が述べられる。あなたたちはこの「法文」での第二の事案において持った「ことはすなわち」あなたが私にステイクスを売却したがその後他人に売却して代金を受領したところ、ステイクスが死亡した場合にはあなたは物についても代価についても義務を負わない、ということである。代価について「義務を負わない」というのは、なぜならばあなたは特定物の滅失によって——あなたが遅滞に陥る前にステイクスが死亡したので——免れさせられるからである。代価について「義務を負わない」というのは、なぜならばあなたはあなたの勤勉さのゆえに「代価を」持つからである。そしてあなたはあなたの事務を行なったのであって私の「事務を行なった」のではないが、しかし、他人への第二の売却をすることによって偽罪を犯していないかどうか。とにかく法文は、後出 D. 48. 10. 21 のように述べている。すなわちあなたたちが偽罪を行なった場合には、罰を受けないままであってはならない、例えば前出 D. 9. 2. 51 のように。しかしまた、さらにあなたが物についても代価についても義務を負わない場合には、あなたは罰を受けないままである。この矛盾した解決に対して、あなたたちはこのように言う。すなわち、物を二人に売却する者は、偽罪に関するコルネリウス法および矛盾法文において悪意で「罪を」犯したのである、と。そしてその法文は彼を偽罪に関するコルネリウス法の罰に対して彼を弁護しない。しかし、彼が他人に売却し、そして彼が遅滞に陥る前に滅失した場合には、彼が物についても代価についても義務を負わないというように、彼を弁護する。物について「義務を負わない」というのは、なぜならば彼が遅滞に陥る前に滅失したからで

ある。代価について「義務を負わ」ないというのは、なぜならば彼の勤勉さのゆえに得たからである。あるいはあなたは言う。ある者が物を二人に売却する場合には、全体として偽罪に関するコルネリウス法において悪意で犯したのである、と。なぜなら偽罪は悪意なくしては犯されないからである。例えば D. 9. 2. 20. および後出 D. 48. 10. 1. のように。そして、あなたは悪意で売却したと観られる。最初にあなたが私に物を売却し、そして私があなたに代価を支払ったが、その後あなたが他人に売却した場合、この後の場合ではあなたは悪意にある。そしてそのように D. 48. 10. 21. では語られている。しかしあなたが私にステイクスを十金で売却し、私が代価を支払っていない場合には、あなたは遅滞に陥っていない。あなたが代価を持つために、他人に売却する場合にはあなたは悪意で為すとは観られない。したがってあなたは偽罪に関するコルネリウス法によって義務を負わせられない。なぜならあなたは悪意にないからである。「また」あなたは物について「も」義務を負わせられない。なぜなら特定物の滅失によって——すなわちあなたは遅滞に陥っていないので——債務を免れるからである。そしてこのようにして、矛盾は解決されるのである。しかし、この矛盾に注意させた大家のヨハンネス「パツシアアヌス」とアゾオとは解決してはいない。しかし解決しているものと信じられているので、彼ら「の見解」は流布している。さあ、私が述べたように、第二の事案にあなただちが持っているところの非常に大きな不平衡に言及しましょう。それで、まず第一にあなたが私に個別の物を売却し、そしてその後他人に売却して代価を受領した。そしてあなたが遅滞に陥る前に滅失した場合には、あなたは物について義務を負わない。なぜなら特定物の滅失によってあなたは免れるからである。「」代価についてあなたは義務を負わない、といのは、なぜならあなたはあなたの行為のゆえに「それを」持つからである。しかし、この場合には、あなたが私から「の」代価を持ちまた彼（他人）から「の代価も持つ」——そしてそのようにあなたが他人の損失によって豊かになるであろう、がそれはあつてはならないことである。例えば前出 D. 12. 6. 14. および D. 50. 17. 206. のように。——という非常に大きな不平衡があるのではないかどうか。同様に、私の行為（＝為したこと）なくして、私が物も代価も持っていないということは不平衡ではないかどうか。例えば後出 D. 19. 1. 11. pr. のように。同様に、どんな売主でもそのようにどんな買主をも欺くことができるのかどうか。それでは私たちは何と言おう、大家のヨハンネス・パツシアアヌスとアゾオは至る所で通用し、また言っている。すなわち、後出 D. 35. 2. 90. および後出 [D. 47. 12. 12. 62. 72. 82.] のように、そのように彼の勤勉のゆえに持つので第二買主から受領した代価を交付する義務を負わない、と。しかし実際には、不条理と観られるので、すなわち、買主が購買に基づく訴権によって「売主が」受領した代価を訴求できないとしても、第二買主から不当利得の返還を請求できるであろう。なぜならあなたが私に引渡さなけ

ればならなかった物を契機としてあなたが豊かになつたからであり、またあなたが私に返還することが善であり衡平だからである。等々。例えば前出D.12.1.32のように。しかしあなたたちはヨハンネス・パツシアヌスやアゾとは別様に言う。すなわち、この事案はあなたが物について義務を負わないがゆえに個別の物について考えられているのだ、と。なぜなら特定物が滅失してあなたが遅滞に陥っていない場合にはあなたが免れるからである。また、代価についても義務を負わない、というのとはなげならあなたの勤勉さのゆえに持っているからである。しかし物が存在する場合には、あなたは物を給付するあるいは利害関係あるものを給付する義務を負う。例えば後出D.19.1.1のように。しかし物が滅失した場合にはあなたは物あるいは代価について義務を負わない。あなたに代価が支払われない、あるいはあなたが満足を与えない、あるいは代価について信用を与えない場合には、あなたは物について義務を負わない。なぜなら特定物の滅失によって債務を免れるからである。また代価についても「義務を負わない。なぜならあなたの物の代価をあなたが持たなければならぬからである。このことは不衡平ではない。ただしあなたが遅滞に陥っているとと言われる場合は別である。解答。私があるに支払った、あるいは私があなたに代価について満足を与えた、あるいは代価について私に信用を与える場合には、事柄自体によってあなたは遅滞に陥っている。例えばD.40.3.およびC.4.49.5.のように。この事案では、あなたが他人に売却して代金を受領した場合に、あなたは特定物の滅失によって債務を免れない。そのゆえに、あなたは物を引渡すかあるいは利害関係にあるものを給付する義務を負う。例えば後出D.45.1.23.のように。そして少なくとも私の支払った代価は、利害関係にあるものの中に入る。そしてこの事案では、私はあなたを偽罪に関するコルネリウス法で訴えることすらできる。例えばD.48.10.21.におけるように。しかし第一の事案では、無論私が支払わなかつたかあるいは別様にあなたに満足を与えなかつた。あるいはあなたが私に代価についての信用——すなわち私が後にあなたに代価を提供するとして、私があるから物あるいは代価あるいは利害関係にあるものを得るかどうかという——を与えていなかったときには、「それは」このように観られる。すなわち、なぜなら最初の遅滞が害するからである、と。例えば後出D.46.3.8.のように。しかし、言われ得る。重要であるのは、私が支払うあるいは提供するよりも前に第二「買主」に物をあなたが売却しているかどうかである、と。この事案では、物が滅失した場合にはあなたは物についてあるいは代価について義務を負わない。また、この場合で、あなたが私が提供してしまうときには、あなたが私にとって債務者であるとはあなたに判定しない。なぜならその提供が適当な時期に為されているからである。例えば後出D.46.3.39.のように。しかるに、あなたが他人に売却しそして引渡す前に私があるに代価を提供してしまう場合、この事案ではあなたが遅滞に陥っていると私は判

定する。そのゆえに、滅失した場合には、あなたは私に代価について義務を負う。例えば後出D. 19. 1. 13. 8. のように。しかし、もう一度新にこの法文の第三の事案において言われたことに異論が述べられる。すなわち、あなたが物を売却したが、他人が占有しているので彼に対して訴訟を起こし、そして訴訟物の評価を備えた場合には、あなたは物について義務を負う「のであって」、備えたもの、すなわち盗訴権についてはない、ということに。後出D. 47. 2. 14. D. は矛盾と観られる。あなたが訴訟物の評価を受けることについてドオルスもクルバもない場合には、このようにあなたには物について義務を負う、と私は解答する。しかし別の場合には、あなたが訴権を譲渡することで十分である。例えば、矛盾法文および前出D. 18. 1. 35. 4. およびD. 19. 1. 31. D. におけるように。あるいはあなたは言うように。すなわち、クルバまたはドオルスが帰せしめられ得ない場合に、あなたが売却の前に受領したところのものについてあなたは義務を負わない、今述べたところのように、と。しかし後に受領したところのものについては「義務を負う、と」。

〈ノクスト〉 Odofredus, *Lectura super Digesto Veteri* II. (Lyon, 1552) fo. 103. r.^o et v.^o (なお、文中の「ノック体は

オドフレドゥスによる法文中の文言引用箇所であり、筆者が便宜上施したものである。また法文の引用の仕方については標準

註釈での表示方法による)

Lib. VIII. De hereditate vel actione venditā

I ⁽²³⁾ ~~Lex~~ Pretium succedit loco rei vbi universitas venditur) sed vbi venditur) vel quasi venditur) res singularis p(re)tium vel pena ab alio exacta loco rei no(n) succedit nec est p(ro)ptie in obligatione. h(oc) d(icit).

I **Venditor ex hereditate.** † Lex ista: bona lex est. et argumentabilis et reputatur valde difficilis: sed quantum ad casum et [itte)ram in veritate non est difficilis: sed quantum ad intellectum est difficilis: quia videtur dicere quoddam(m) quod videtur magnam iniquitate(m) continere: nisi alio colore coloremus eam. Et ista [lex) diuiditur) in tres partes p(ri)ncipales et continet tres casus. et primus casus est talis: delata fuit tibi hereditas titiana ex testamento v(e)l ab intestato illa(m) hereditatem mihi vendidisti pro mille:

interposita est stipulatio empte et vendi(t)e hereditatis. his ita peractis qua(n)dam rem hereditaria(m) tu venditor a quoda(m) possessore fuisti co(n)secutus et eam no(n) restituisti mihi. imo vendidisti alij accepto pretio: modo queritur an stipulatio empte et vendite hereditatis co(m)mittatur ad rem t(antu)m an ad pretium t(antu)m an ad vtru(m)q(ue). Ad quod iurisconsult(us) paulus respo(n)det distinguendo sic: aut primo ve(n)didisti hereditate(m) et interposita est stipulatio et postea fuisti cosecutus rem et alij vendidisti accepto pretio: quo casu committitur stipulatio empte et ve(n)dite hereditatis ad rem et ad pretiu(m): sed de equitate liberaris tradendo rem vel pretiu(m): q(uia) bona fides no(n) patit(ur) vt bis idem exigatur. si aut(em) in primo vendidisti rem hereditaria(m) et accepisti pretiu(m): et postea vendidisti mihi hereditate(m) co(m)mittet(ur) stipulatio ad pretiu(m) no(n) ad rem. Secundus casus loquit(ur) in re singulari vendita non loquitur in universitate: et est casus talis: tu vendidisti mihi ho(m)i(n)em ponam(us) stichu(m) eo ve(n)dito anteq(uam) mihi tradas alteri vendis et tradis accepto pretio: postea is decessit ad quid teneris mihi: an ad rem vel ad p(re)tium: et certe videt(ur) q(uo)d no(n) teneris ad p(re)tiu(m): q(uia) ex industria tua habes p(re)tiu(m): et sic videtur q(uo)d apud te remaneat. item videt(ur) q(uo)d no(n) teneris ad rem. nam si p(er)misisti mihi certu(m) ho(m)i(n)em: puta stichu(m) et decedit anteq(uam) esses in mora liberaris interitu speciei. simil(ite)r et si alteri vendis et decessit ad rem no(n) teneris. dicet aliquis vestrum: qu(a)e est ratio diuersitatis: quare aliud est in vniverstitate vendita aliud in re singulari vendita. Respondeo est illa vbi mihi vendis hereditate(m): et postea rem ex hereditate alteri vendis et tradis et accepto p(re)tio teneris mihi ad p(re)tium: ideo q(uia) pretium succedit loco rei et negotiu(m) hereditariu(m) non tuu(m) gessisse videris: sed vbi ve(n)dis re(m) singulare(m) et alteri tradis accepto p(re)tio p(re)tiu(m) non succedit loco rei q(uia) negotiu(m) tuu(m) videris gerere et non meu(m): sicut pot(est) videri si vendis fundu(m). na(m) teneris mihi ad fundu(m): et ad fruct(us) fundi q(uo)s p(er)cepisti q(ua)si videaris gerere negotiu(m) meum: hoc casu vt in hereditate d(icitu)r: sed si neglexisti fundu(m) colere bona fide no(n) teneris ad fruct(us). Terti(us) casus si(mi)l(ite)r loquit(ur) in re singulari ve(n)dita siue p(er)empta: vt puta ve(n)didisti mihi re(m) tua(m) cecidisti a possessione illius rei anteq(uam) mihi traderes tu agis cu(m) possessore: possessor offert tibi litis estimatione(m) et affectus es litis estimationem: ad q(uo)d teneris mihi et certe si in dolo fuisti: teneris ad rem vel ad interesse non ad estimatione(m): secus si fuisses vi deiect(us) vel res esset tibi subtracta: q(uia) si pena(m) esses affectus no(n) teneris mihi dare id q(uo)d affectus es: s(ed) si non fuisti in culpa teneris ad estimatione(m) sicut ille q(ui) vendidit domu(m) et dom(us) exusta est anteq(uam) tradat(ur) tenet(ur) prestare area(m) et

liberat(ur) p(rae)sta(n)do aream. hoc dicit ista lex: videatis expositione(m) l(itte)r(a)e. **[venditor hereditatis]** et est plana l(itte)r(a). alia l(itte)r(a) dicit. **[venditor ex hereditate interposita stipulatione]** sc(ilicet) q(uae) empte et vendite hereditatis etia(m) nu(n)cupatur a lege. na(m) si aliq(ui)s ve(n)dedit mihi hereditate(m) teneor ei p(er)mittere q(uo)d eum ab o(mn)i(a) onere hereditatis seruabo inde(m)ne(m) et ipse tenet(ur) mihi p(er)mittere q(uo)d si q(ui)d ad eu(m) ex hereditate p(er)ueniet q(uo)d mihi restituet: et hec est stipulatio empte et ve(n)dite hereditatis: et de hac fit me(n)tio i. de lega. iii. l. quisq(ui)s. **[alij vendit]** sc(ilicet) s(e)c(un)do: et tradit et p(re)tium accipit. **[p(rae)stare debeat]** venditor emptori s(cilicet) an rem vel p(re)tium vel vtru(m)que. et statim respo(n)det q(uo)d no(n) vtru(m)q(ue): q(ua) esset iniquu(m): sed est distinguendum vt subijcit: et si quide(m) etc. **[credimus p(re)tium]** sc(ilicet) t(antu)m **[venisse]** sc(ilicet) et non re(m). **[q(uo)d si antecessit stipulatio]** q(ua) p(ri)mo ve(n)dedit hereditate(m) et stipulatio intercessit: postea rem singulare(m) ve(n)dit. **[tu(nc) rem debeat]** quasi dicat ne du(m) p(re)tium: sed no(n) simul vtru(m)q(ue) q(ua) bona fides etc. et hucusque durat prim(us) casus qui loquit(ur) vt venditor vniversitatis i(d) est hereditatis vendit rem singularem ante vel post venditionem hereditatis. et ex isto primo casu colligetur istud no(tum) quod bona fides etc. accedit i. de actione empti et ven(diti) l. ex empto. et al(ia)s incipit emptore(m) §. vlti(mo) in versic(ulo) ibidem. et i de reg. iur. l. bona fides. et i. de (ver)b. obl. l. q(ui)bus. **[Si ergo]** incipit s(e)c(un)da pars huius legis et secu(n)du(m) casus q(ui) loquitur in re dingulari vendita. **[ho(m)i(n)em]** puta stichu(m): et ita rem singularem **[debeat]** sub(i)icit et videt(ur) q(uo)d non **[non eni(m) d(e)beat stichi p(ro)missor]** id est venditor vt subijcit, et sub(i)icit pretium vel estimatione(m). vel p(ro)prie stat **[processisset]** na(m) si p(er)mittis stichu(m) et perijt anteq(uam) esses in mora no(n) teneris vt hic et i. de verbo. obl. l. si ex legati ca(usa) et l. seq. et idem est si manumiserit an(te) moram. et postea decessit vt i. de ac. et ob. l. si is qui ex stipulatu: ita et hic. sed certe in casu p(ro)misso in principio hui(us) legis aliud est vt subijcit. **[sed vbi hereditate(m) etc.]** assignat r(ati)onem **[vt negotium eius]** i(d) est emptoris potius q(uam) hereditatis s(cilicet) ex stipulatione **[dici]** sc(ilicet) q(uo)d in hereditate dictu(m) est vt fingam ego ve(n)ditor gerere negotium emptoris nisi in casu: et tunc est ide(m) q(uo)d est in hereditate vt i. e(adem) titulo. l. j. in vers(iculo) quemadmodum. **[videamus ne]** id est an **[ex empto]** sub(i)icit et vtiq(ue) nihil q(uoniam) mora. etc. **[percipitur]** vnde not(a) quod in vniversitate p(re)tium succedit loco rei vt hic. et ad istud accedit §. de peti. hered. l. et si rem. sed in re singulari pretium non succedit loco rei: q(ua) pretium rei furtive no(n) est furtiuu(m): vt i. de fur. l. q(ui) vas. in fin(e). **[quemadmodum]** adijcit

simile **[q(uo)d si rem]** incipit tertia p(ar)s huius l(egis) q(uae) simil(iter) loquit(ur) in re singulari vendita **[quam vendidi]** sc(ilicet) p(ri)ori emptori **[alio possidente petij]** sub(ijcit) cum culpa mea a possessione ceciderim: q(uia) vendidi rem qua(m) non possidebam. **[vtiq(ue) eum]** modo determinat. **[sed rem]** sub(ijcit) vel interesse vt ī. de act. emp. et vend. l. j. et ī. de distrac. pi. l. penulti(ma). **[debeo]** sicut si possidere(m) te(m)pore venditionis: et postea p(ro)pter culpa(m) destij possidere. **[sine culpa]** vel dolo **[quoq(ue)]**⁽²⁵⁾ sub(ijcit) prestare debet: sed si no(n) habui litis estimationem tunc prestare debeo ei actiones meas **[quoq(ue)]**⁽²⁶⁾ sub(ijcit) prestare tenet(ur) **[debet]** vel interesse prestare. Na(m) precise no(n) tenet(ur). tradere aream vt in preal(l)eg(atione) l. j. ī. de ac. emp. et vend. **[exusto edificio]** sub(ijcit) sine culpa. ⊂ **Or signori**⁽²⁸⁾ ad l(egem) istam instatur et signant(ur) duo co(n)traria: et statim opponitur ad s(e)c(un)d(u)m casum. vos habuistis hic in s(e)c(un)do casu si tu ve(n)didisti mihi stichum et postea ve(n)dis alij accepto p(re)tio et stichus decessit non teneris ad rem nec ad p(re)tium. ad rem non: quia liberaris interitu speciei ex quo mortu(us) est anteq(uam) esses in mora. ad p(re)tium no(n): quia ex industria tua habes: et tuu(m) negotium gessisti et no(n) meu(m) sed no(n)ne co(m)misisti falsum alij s(e)c(un)do vendendo: certe dicit lex sic vt ī. ad l. cornel. de fal. l. qui duobus. si commisisti falsum non debet remanere impunitum: vt §. ad l. aquil. ita vulneratus. in fine: sed iam remanebit impunitu(m) si non teneris ad rem nec ad pretium. Ad solutione(m) cuius co(n)trarij vos dicetis sic: q(ui) vendit rem duobus dolo malo committit in l. cornel. de fal. vt in l. contra. et ista l(ex) non excusat eum a pena l(egis) cornel. de fal. sed excusat eum si ve(n)dit alteri et perijt anteq(uam) esset in mora vt non teneatur ad rem vel ad pretiu(m). ad rem non: quia perijt anteq(uam) esset in mora. ad pretium non: quia ex sua industria percepit. vel dicatis si quis ve(n)dit rem duobus in solidu(m) dolo malo co(m)mittit in l. cornel. de falsis: quia falsum sine dolo no(n) co(m)mittitur. vt C. ad l. cornel. de fal(sis) l. nec exemplo. et ī. ad l. cornel. de fal. l. j. et videris dolo malo vendere duobus. si primo mihi vendidisti rem et solui tibi pretium: et postea alij ve(n)didisti hic in dolo es. et sic loquit(ur) l. illa qui duobus. sed si ve(n)dis mihi stichu(m) pro .x. (=decem) et non solui pretium non es in mora: si vendis alteri vt habeas pretiu(m) non videris dolo facere. igit(ur) l(ege) cornel. de falsis no(n) teneris quia no(n) eras in dolo ad rem non teneris quia liberaris interitu speciei: ex quo no(n) es in mora. ad pretium no(n) teneris: quia habes hoc ex negotiatione tua: et hoc modo soluitur istud co(n)trarium. sed dominus Jo(hannes Bassianus)⁽²⁷⁾ et Azo qui signa(n)t istud co(n)tra(rium) non soluunt: sed volant per aera dum credu(n)t soluere. modo veniamus ad maxima(m) iniquitatem vos habetis in s(e)c(un)do casu sicut dixi: q(uo)d si p(ri)mo vendis mihi

rem singulare(m) et postea ve(n)dis alteri accepto pretio et perijt res an(te)q(uam) esses in mora ad rem no(n) teneris: quia liberaris interitu speciei ad pretiu(m) no(n) teneris: quia habes ex tua negotiatione: sed no(n)ne est hic maxima iniquitas q(uo)d habeas a me pretiu(m) et ab illo: et sic locupletaberis cum aliena iactura q(uo)d esse no(n) debet: vt §. de co(n)dict. inde. l. nam hic natura. et de regu. iur. l. iure nature. Jtem no(n)ne sine facto meo careo re et p(re)tio quod est iniquu(m). vt i. de act. empt. et ven. l. ex empto. in p(ri)ncipio. Jtem no(n)ne quilibet venditor sic poterat decipere que(m)libet emptorem: quid ergo dicemus d(omi)n(e)s Jo(hannes Bassianus) et Azo vadunt huc et illuc et dicunt. ita no(n) tenetur reddere pretiu(m) acceptu(m) a secu(n)do q(ua) habet ex industria sua. vt arg(umento) i. ad l. fal. si heres. et. i. de sepul. vi. l. sepulcri. verum quia videtur absurdum: licet emptor act(ione) ex empto no(n) possit petere pretium q(uo)d accepit: a s(e)c(un)do t(a)m(en) poterit co(n)dicere: quia occasione rei qua(m) mihi debebas tradere locupletior es factus et bonum et equum est q(uo)d mihi reddas etc. vt. §. si cert. pet. l. sed et me. Sed vos dicetis aliter q(uam) dica(n)t d(omi)n(e)s Jo(hannes Bassianus) et Azo et dicetis q(ou)d iste casus intelligitur de re singulari vendita q(uo)d non teneris ad rem: quia liberaris si no(n) es in mora interitu spe(cie)i: nec ad pretiu(m): quia habes ex industria tua: sed si res extat teneris re(m) reddere vel interesse p(rae)stare vt .i. de actione emp.et ven. l. j. sed si res perijt no(n) teneris ad rem vel ad pretium si no(n) solui tibi pretiu(m) vel no(n) satisfeci tibi vel no(n) est fides habita de p(re)tio: non teneris ad rem quia liberatus es interitu speciei: nec ad pretium: q(ua) pretiu(m) rei tu(a)e debes habere. // et hoc non est iniquu(m) sed q(ua)n(do) diceris esse in mora: R(espo)n(sio). si solui tibi p(re)tium v(el) aliter tibi satisfeci de p(re)tio vel fides est mihi habita de p(re)tio re ipsa es in mora: vt C. in qui. ca. in integ. resti. non est ne(cessaria) l. in minoru(m) p(er)sona. et C. de ac. emp. et vend. l. curabit. hoc casu si ve(n)dis alteri accepto p(re)tio no(n) es liberatus interitu speciei. vnde teneris re(m) tradere vel interesse prestare: vt .i. de ver. oblig. l. si ex legati causa. et saltem veniet in interesse p(re)tium quod solui: et hoc casu possum te etiam accusare l(ex) cornel. de fal. vt in l. qui duobus. sed in p(ri)mo casu. scilicet qua(n)do non solui vel aliter tibi satisfeci: vel no(n) habuisti mihi fidem de p(re)tio si offero postea tibi pretium nu(m)quid assequar a te re(m) vel pretiu(m) vel interesse. videt(ur) q(uo)d sic: q(ua) vltima mora nocet. vt .i. titul(o) proxi(mo) l. illud. sed potest dici quod refert si ve(n)didisti rem s(e)c(un)do anteq(uam) solua(m) vel offeram: quo casu si perijt no(n) teneris ad rem vel ad pretiu(m) et si nu(n)c tibi offero no(n) co(n)stituis te mihi debitore(m): quia no(n) fit ista oblatio congruo te(m)pore vt .i. de solu. l. si solutur(us). si aut(em) anteq(uam) alteri ve(n)das et tradas offero tibi pretiu(m): hoc casu constituo te in

mora. vnde si perijt teneris mihi ad pretium. vt. i. de actione emp. et vend. l. iul. §. offeri. Sed denuo opponitur ad id quod dicitur in tertio casu huius legis) si rem vendidisti et alio possidente egisti (contra eum et affectus) es huius estimationem teneris ad rem. no(n) ad id quod affectus es. actionem) furti. videtur contra. i. de fur. l. eum qui. in principio. Respondeo teneris ad rem si no(n) fuisit in dolo vel culpa accipere(n)do huius estimationem) vt hic: aliquid satis est quod cedas actiones vt in lege) contra. et. s. de contrahen. emp. et vendi. l. quod sepe. §. si res. et. i. de actione emp. et ven. l. si ea res. in principio. vel dicatis de eo quod accepisti ante venditionem) no(n) teneris si culpa vel dolus no(n) potest imputari vt hic: sed de eo quod postea accepisti sic.

(61) *Odofredus de Denariis. オドフレドゥス (一二六五年没)* は、アックルシウスと同世代の、学説彙纂と勅法彙纂全体にわたる膨大な註釈書を残したポロオニヤの法学教師。必ずしも傑出した存在とは言われていない。Savigny, Bd. V, S. 356ff. Vgl. Weimar, Hdb. S. 176. 栗生武夫「註釈学者の群像」『法の変動』(一九三七年)二八五頁参照。

(62) 註(74)参照。事案の叙述が依然詳細である点で、Ⅲで触れる註解学派の註解との相違点が観られる。

(63) *universitas*: 「集合体」ここでは、相続財産のような、個別の物が一体となった状態を意味しているので、「総体、全体」柴田註(3)三五七頁)という訳も適当と考えられたが、「集合物(*universit̄e; universitates*)」のように一体として取扱われるものということも念頭において右のような訳語を選択した。

(64) *dici*: この点から、オドフレドゥスの「講義」には法文のテクストは書かれていないけれども、彼が他の多くの法学者の用いた学説彙纂の刊本(この箇所は *credi* である、なお註(16)参照)とは異なったものを使っていると考えられる。(65) *quoque* について註が二つあるのはいかなる理由か理解できない。

(66) '*Or signori*' は、彼の「講義」では、彼が文言の説明の後、法的論点の説明を始める際など、節の変わり目ではしばしば用いられているが、ラテン語ではない。イタリア語として理解した。

(67) *Jo. Vgl. Savigny, Bd. V, S. 244; Seckel, S. 69; Johannes Bassianus. (一一九〇年頃没) Savigny, Bd. IV, S. 289ff.; Schrage, S. 57f. クレモナで生まれ、ブルガルスに学び、アソオの師であった。学説彙纂、勅法彙纂の註釈、新勅法の要約 'arbor actionum' 等を著した高名な法学教師であった。栗木・前掲註(61)二八三頁参照。*

(68) *Azo. Azo Portius. (一一五〇年頃—一二三〇年頃) 佐々木①八六頁、②二九二頁以下参照。Vgl. Savigny, Bd. V, S. 1ff.*

(69) この引用法文は、彼の引用の仕方では特定できなかつた。

《解説》

オドフレドゥスは、冒頭で、パウルス文の理解の難しさを述べているが、その原因をこの法文が含む不衡平にあると考えている。しかし、解釈によつて（「我々が他の色彩によつて法文を彩る」ことによつて）⁽⁷⁰⁾、その難点を克服しようとしている。

オドフレドゥスは、標準註釈の行なう事案の三区分に従わずに、独自の三区分を提示する。彼の冒頭の「事案」の簡略な説明によれば、第一部分（①）④を相続財産の売却とそれの一部売却の二重売却事案、第二部分（④）⑧を個別物の二重売却事案と位置付け、両者を「集合体の売却」と「個別物の売却」として鮮明に対比されている。そして第三部分（⑨）⑫を売却されたかあるいは滅失した個別物の事案として第二部分と関連させている。

第一部分について、① 基本事案は、彼の理解によれば、相続財産の売主は「あなた」、第一買主は「私」、相続財産は「ティティウス（＝被相続人）の相続財産」であり、ただし占有者は第三者である。その他事案の理解の理解として特筆すべきことは、売主（＝あなた）へは相続財産が無遺言あるいは遺言により譲渡され、さらに、売主は第二買主から代価を受領していることである。そして、相続人（*heredes*）にはティティウスから遺言で相続財産を譲渡される「あなた」（＝相続財産の売主）を考えている。

② パウルスの質問を、問答契約の内容と効力につき、売主が第一買主に対して給付するのは、物か、代価か、それと

もその両方か、の三者択一の問題と理解する。そして、「問答契約が二重に効力を持たない」というパウルスの質問の理由を、「衡平」による一方の免除のほか、「二度同じことを要求することを誠意が許容しない」と考え、標準註釈と同様に理解している。

③ パウルスの解答の前半部分(α)については、彼は、売主(＝ティティウス)による相続財産上の物の他人への売却と代価の受領、私への相続財産の売却(および相続財産問答契約?)の順に生じた事案を想定している。それに対して後半部分(β)については、相続財産売却と問答契約、物の(占有者に対する)訴求、第二買主への相続財産中の物の売却と代価受領の順で事実が生じたように事案を想定しており、その場合に「代価が問答契約に入る」という解答の意味を代価と物について相続財産問答契約が行なわれることと理解する。しかし衡平からして、物あるいは代価の一方の給付を免除される、と考えており、他面、問答契約の実行の問題を別に考えている(*tunc rem debet*の語註)。この点は標準註釈と同じ理解である。しかし、パウルスの解答については、(α)では代価についてだけ問答契約が行われ(語註 *credimus pretium et venisse*)、(β)では代価のみについて義務が生ずる(語註 *tunc rem debet*)、と解釈してパウルス文の解答に付加しない点では標準註釈と見解を異にする。

④ スティクスの死亡事案については、冒頭の「事案」によれば、彼の区分では第二事案であるこの部分を、第一事案との関連では、第一事案が「相続財産という」集合体を問題としていたのに対して、第二事案が売却された個別の物を問題とするものであると、明確に区別している。そして、このスティクスの死亡事案について、売主を「あなた」、買主を「私」、目的物を奴隷(スティクス)、と想定したうえ、さらに状況として、「私」に対する第一売却では引渡しはなされておらず、その引渡しの前に第二売却が行なわれ、そして代価受領のうえ、奴隷が引渡されていたところ、その後奴隷が死亡した、というように、第二売却における、奴隷の引渡しと代価受領については、本来パウルス文では言及

されていない点を読み込んだというよりも、⑥の事案と一体となった事案を想定して、第二事案として取り扱っている。オドフレエドゥスは、第一事案と対応させつつ第二事案を論じているのであるが、⑥と一括して論ずる場合には重要論点となる厳正契約(問答契約)と誠意契約(売却)との対比がなされているようには(とくに冒頭の事案の説明では)見受けられない。諸約者の義務については、語註で物について義務を負わない、とするパウルスの結論に賛成のうえ、さらに次註では代価と訴訟物の評価についても義務を負わない、と彼の見解を付加し、標準註釈(註⑧)と対立している。

また、「遲滞なければ売主は代価について義務を負わず」というパウルスの理由付けについては、とくに検討を加えることなく、特定物の滅失のゆえに、売主(≡諾約者)は厳正契約・誠意契約のいずれでも物について義務を負わない、と結論づけているだけである。

⑤ 相続財産中の個別物の売却事案については、第二買主に物を引渡し、第二買主から代価を受領した、と考えており、その点では第一事案から一貫している。そして売主の責任については、「相続財産の事務というよりも買主の事務を行った」というパウルスの理由づけを問答契約に基づいて代価について義務を負うものと理解し(語註 *negotium eius*)、⑥の(γ)の命題とは無関係と考えている。

⑥ 二重売却された個別物の滅失事案は④に統合されて考えられているが、ここで特筆すべきことは二点ある。第一は、彼の註釈の冒頭に要約され、また④でも述べた、集合体(相続財産から一般化されている)の売却に関する第一事案と個別の物の売却に関する第二事案との明確な対比であり、集合体と個別の物の場合とでは代価が物の地位を承継するか否かという相違が命題化されている。ここに、後の有名な法格言 *Pretium in universalius succedit in locum rei* の萌芽といえる議論が D. 5. 3. 22. を参照しつつ展開され、「集合体においては代価が物の地位を承継する」が、「個別の物

説
論
においては代価は物の地位を承継しない」という対比の形で示されている（語註「Perceptur」および事案中の傍線部⁽⁷¹⁾）。
第二の点は、アックルシウスの指摘した不衡平についての言及である。法的論点の解説として、彼の註釈の末尾の部分で、《二つの矛盾》があるとして詳細に検討し、アックルシウスに対する異論が展開されている。

彼の指摘する矛盾の第一は、コルネリウス法の偽罪と、この法文での売主の二重売却との関係である。すなわち、代価を受領した（二重売却の）売主が、特定物滅失により物についても代価についても義務を負わず、また偽罪を犯しているおそれもあるにかかわらず罰せられないことがあるのではないか、ということである。この論点はパウルス文で言及がないことによると考えられるが、それに対して彼は、売主が遅滞にある（第一買主から代価を受領している）か遅滞にないか（受領していない）で事案の区別を行い、二重売却を行ない代価を二重に受領した（＝遅滞にある）売主には、悪意があるので、偽罪に関するコルネリウス法の罰を請求することができる（D. 48. 10. 21. 註（59）参照）とする標準註釈以来の見解をとるが、第一買主から代価を受領していない（遅滞がない）売主は偽罪にあたらぬ、として矛盾がないことを説明する。

彼の指摘する矛盾の第二は、「大きな不衡平」である。すなわち売主は第一買主と第二買主から代価を二重に受領しており、この法文でのパウルスの見解に従えばそれを容認することになり不衡平であるというのである。とくに第一買主は自己の行為がないにもかかわらず、物も代価も持たない結果になる。そこで彼は、売主の勤勉のゆえに取得した第二買主からの代価の給付の義務は売主にはないが、実際には不条理であるから、買主が購買訴権に基づいて代価を請求できないとしても、第二買主からの代価を不当利得として返還を請求することができ、またそのように売主が第一買主に代価を給付することが善であり衡平である、と主張するヨハンネス・バッシアヌスとアゾオの見解に反して、この第二事案が個別の物の事案であるとして区別することにより売主に物についての義務がないこと、代価は売主の勤勉さの

ゆえに得られる(γ)の理解)ことを理由として売主に代価給付の義務がないことを主張する。しかし、物(物が存在する場合)あるいは利害関係あるもの(物滅失の場合。代価もこの利害関係あるものに含まれている)を給付する義務が生じるのは売主が遅滞に陥っている(とくに彼は第一買主が代価を支払っている)場合(所有者が自分の物の代価を取り戻すのは当然のことと解する)であるとして、この不衡平と観られる事案を区別して解決している(論拠の一つD. 45. 1. 23については註(57)参照)。

⑦ 相続財産の場合については、⑤に統合されて考えられている。

⑧ 果実收取の問題の事案の理解、とくに文脈上の関連性としては、誠意契約上の義務の類推として考えられている。

第三部分(⑨-⑫)については、物の占有喪失についての売主のクルバの有無による義務の内容の説明に終始している。ドオルス又はクルバがある場合には、売主は物について義務を負い、ドオルスもクルバもない場合には訴権の譲渡で十分とする。売主に訴訟物の評価給付義務があるか否かに関しては、訴訟物の評価を含む、売却後に受領したものに ついて売主は義務を負うと考えている(語註 *quodme*)。

このようにオドフレドゥスでは、第一事案と第二事案との対比が鮮明にされ、また第二事案の不衡平について事案の区別による矛盾の解消が主張され、標準註釈と見解を異にする。

(70) なお、彼の註釈についての彼自身の解説につき、ハスキンズ(別宮貞則・朝倉文市訳)「十二世紀ルネッサンス」(みすず書房 一九八九年)一七〇頁以下参照。

(71) D. 5. 3. 23 パウルス告示註解第二〇巻「善意占有者が物も代価も持っているとしたら、例えば同一物を買戻すとしたら、彼が代価ではなく物を与えることを欲する場合に彼は聞き入れられるべきか否か? 略奪者においては選択は買主にあるべ

きである、と我々は言う。物の状態が悪くなったとはいえ、「占有者が」物の引渡しを欲する場合には、むしろこのような事情では占有者が聞き入れられるべきであつて、請求者がではない、彼が代価を望むとすれば、このような望みは厚かましいので。あるいはむしろ、なぜならば相続財産上の物から利益を得たので、代価からヨリ多く持ったものも返還しなければならぬということをも覗られるべきだからである。というのは、ハドリアヌスの宣示においても以下のようだからである。「見たまえ、元老院議員諸君。占有者が利益を得ず、また他人の物から得た代価を返還することが、ヨリ衡平ではないか？ なぜならば、相続財産上の物の地位を代価が承継し、そしてある程度相続財産上のそれ（＝地位）が作られた、と評価できるからである。」それゆゑに占有者は、物も、その物の売却から利得したのもも請求者に交付しなければならぬ。」（傍線は筆者による）

リッブス (Detlef Liebs, lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter. 2. Aufl. 1982. S. 161. P.Nr. 93. "Petium (in universalibus) succedit loco rei." Vgl. P.Nr. 53. なお、柴田光蔵「法律ラテン語格言辞典」(玄文社 一九八五年) 二一一頁 P.No. 178 参照) によれば、その由来はバルトルスの註解 (D. 5. 2. 22) (註 (114) 参照) であるが、すでにこのオドフレドゥスにおいて明確になつており (Cpr. Odofredus, Lectura super Dig. vet. (Lugduni 1550) t. I, fol. 224 v. et 225 r.)、さらにヤコプス・ブトリガリウスでは要約の形にまとめられている (Cpr. Jacobus Butrigarius, primam & secundam Veteris Digesti partem (Romae 1606) fo. 141 r.)。バルトルスの要約はそれらを受け継いだものにはすぎない (D. 5. 3. 22. についてリヨン版標準註釈での要約は、「善意占有者は、彼がその物を機会として増大させた場合にも、彼が持つ物を返還する義務を負う」である)。

(72) この点につき、オドフレドゥスは、D. 9. 2. 51. の論拠を付加している。これについては船田享二訳「学説彙纂第九卷 邦訳」法学新報四五卷一〇号九四頁参照。第二節中に、「悪事を為すことを罰しないことはあつてはならない (neque impunita maleficia esse oporteat)」という一節があり、これを論拠とすると思われる。

(73) オドフレドゥスによれば、これが当時の通説であるが、標準註釈ではこの点は必ずしも明らかではない (註釈の註 (m) 参照)。この見解の論拠は次の法文である。

D. 35. 2. 90: フロレンティヌス法学提要第一卷「受領した相続財産上の確定された金銭を引渡すよう信託遺贈された相続人が、遺言を作った者の意思から離れてその後ファルキディウス法の救済を用いることを欲した場合には、たとえその

受領により相続財産を引渡すのを求められることになることが彼に与えられなくとも、しかし信託遺贈されたものを引渡すことが強制されねばならない。家父が彼に与えられることを欲したところのものをファルキデイウス法の利益が給付するのであるから。」

D. 12. 1. 32ケルルス法学大全第五卷「あなたが私とティティウスに金銭消費貸借を求め、私は私の債務者があなたに諾約することを命じた場合に、あなたは、彼（＝私の債務者）をティティウスの債務者と考えて、あなたが問答契約をしたとしたら、あなたは私に債務を負うか否か？ いずれにしても、あなたが私といかなる事務も契約しなかったならば私は懸念する。しかし、どちらかといえば、あなたが債務を負うと私がみなすということである。なぜならば、私があなたに金銭を貸したからではなく（なぜならばすなわち合意者間ではこれは起り得ないからである）、あなたに渡されたのは私の金銭なので、それが私にあなたから返されるのが善であり衡平だからである。」この法文の最後の理由付けが持ち出されているのは明らかだが、事案の類似性についての彼ら自身の説明がないので、彼らの思考過程を容易には理解できない。

《小括》

註釈学派でのパウルス文解釈の展開を概括すると、法文を三部分に区分して事案を理解しようとすることの定着、第一部分と第二部分の対照に関して「集合体においては代価が物の地位を承継するが、個別物においては承継しない」という命題化が行なわれること、第二部分における不衡平の問題（バッシアヌス、アゾオ、アックルシウスの見解と矛盾の解消にかかるオドフレドゥスの異論との対立）が中心的な論点であった。そして「相続財産のというよりも買主の事務を行なう」と「物からの利得と行為からの利得」という観点はそれら中心的問題を論ずる際の視点、論拠にすぎず、厳密な検討が未だ行なわれていないといえよう。

註釈学派の法文解釈に特徴的な点を整理しておく、第一に、「事案」による法文自体の理解への努力がある。これは膨大なロオマ法源を簡略に理解する作業の第一歩であったことは容易に理解できよう。次いでそれらを比較し、論理的に矛盾を解消して調和させる論理的な整合性を追求するための前提作業となりえる。このような特徴は、例えばオドフレドゥスにおける相続財産（集合体）売却と個別物売却の対照や、標準註釈において、売主の義務内容が物か、代価か、訴権か、あるいは訴訟物の評価かという点についても、パウルの事案の展開が考慮に入れらずに第一事案では問題になっていないものについてまで註において付加して論じられていることにも現われていると思われる。第二に、註釈学派の解釈の重要な視点であると言われる「善」、「衡平」がこのパウルス文の解釈でも重要なポイントを占めていることは明らかである。第三に、論拠として引用する法文の事案について、判断の理由説明がほとんど示されていないため、引用の意図が理解できない場合が多いことである。

Ⅲ 註解学派⁽⁷⁴⁾（助言学派）

ここで取り上げる註解学派の著作の形式はいずれも講義用の「註解」であり、現実の法的问题についての助言をその活動の重要な部分とする「助言学派」の側面を本稿では十分に分析できない。

3 ヤコブス・ブトリガリウス⁽⁷⁵⁾

ヤコブス・ブトリガリウス(一四世紀前半)は、バルトオルス以前の註解学派に属する法学教師であるが、その註解は、オドフレドゥスの「講義」ほど大規模ではなく、全法文についての註解が為されているわけではない。しかし、註解の形式としては、要約、法文の区分と文言の説明および法的問題についての異論の提示と解決からなる。

《訳》 旧学説彙纂註解第一卷⁽⁷⁶⁾

(ロオマ版 一六〇六年)

*ゴシック体の部分は本文中を除き原文斜字体。本文中のも

のはパウルス文中の文言の部分に分かりやすいように筆者が改めた。

要約

1 相続財産を熟慮することにより売主に到達している利益は全て買主に給付されるが、個別の物においてはそうではない。

第二十一法文

1 VENDOR. 相続財産を熟慮することによって売主に到達する利益は全て買主に給付されるが、個別の物においてはそうではない、これを、買主の事務を取り仕切ることによって売主に到達するものとあなたは理解する。註釈のように区分せよ、あるいは「以下のように」述べよ。まず第一に、主題が、そして問題、そして解決が形成される、si ergo の「の前」まで。その(=si ergo)の「の前」まで、第二の問題が形成され、そして解決される。そしてその問題から第一の問題の効用が起き上がる、si hoc iure の「の前」まで。その(=si hoc iure)の「の前」まで、個別の物についての場合に黙示の異論の方法を通じて、quemadmodum の「前」まで。その(=quemadmodum)の「前」までは個別の物と集合体との間の相違を類似を通じて証明する、quod si rem の「の前」まで。その(=quod si rem)の「前」までは売却された、またあなたも売却されたような物の場合が語られ、解決される、末尾まで。

明白さのために、知るべきことは、相続財産が売却される間に、売買問答契約が行われるのが習わしであり、ところが問答契約が行われない場合には売却契約において理解される、そのゆえに、懸念を取り除く理由のみによって問答契約が行われるのであるというのである。

要約

1 相続財産の買主は、売主がクルパにある場合には、クルパにない場合よりも、ヨリ悪い状態にあることが見出だされる。

1 §. Quod si reſm). 三つの部分に区分せよ。なぜならば、まず第一に、売主は売却することにおいて最初からクルパを犯していた、sed in [の前]まで。その (sed in の) 箇所では、売主に関して、占有を請求することにおいて犯された、後に為されたことに基づくクルパがあった、nam & si [の前]まで。その (nam & si の) 箇所では) クルパは全て止む、in finem まで。以下のことを注意せよ、すなわち売主がクルパにある場合には、クルパにない場合よりも買主がヨリ悪い状態にあることが見出だされる。というのは、売主がクルパにある場合には、「売主は」物について義務を負い、そして滅失によつて買主から免れるが、売主がクルパにない場合には「買主は」買主に代価について義務を負い、そしてそのように滅失によつて免れることはないからである。

法文の前文(「冒頭」)について、問答契約が効力を生じる場合、両方(「物と代価」)が要求されるべきであるという異論「がある」。一方でなければ、決して要求されるべきではない。なぜならば誠意云々だからである。

同じく、問答契約が効力を発せられ得ない場合に、問答契約は行われないという異論、例えば後出 D. 36. 3. 14. 1. のように。解決。たとえ過剰であるといえども、効力を発せられ得る、D. 47. 10. 15. 26. のことが懈怠されたと観られることもないように。同じく、D. 12. 1. 23. について異論。解決。註釈のように、なぜならばその D. 12. 1. 23. ではある者が、しかも、他のいかなる救済も持たないために方策として、自分の物を請求している「のに対して」(con) D. 19. 4. 22. では自分に対して義務があるところの物の代価を、しかも購買に基づく訴権を持っているので、方策としてではなく、請求しているからである。

同じく、買主が自分の疑念からこれ(「代価」)を得る場合に「買主が」維持するべきではない、という異論。国庫あるいは詐欺に關係しない原告である買主に十分に適用されることを註釈は認容している。

同じく、盗証権を譲渡することによって免れるという異論 例えは D. 47, 2, 14. のように。解決。註釈のように。

同じく、追い払われた場合にはクルパにはなかったという異論。解決。無論 [クルパに] ある、なぜならば抵抗し得たからである。また、何かを為したしても、抵抗し得なかったからである。

《テキスト》 Jacobi Bvtrigarii Bononiensis in secundam Veteris partem (Romae 1606) S. 238. (表記の要領はオトノ
レヒトウスに同じ)

SVMMARIVM.

I *Omne Commodum obueniens contemplatione hæreditatis ad venditorem præstatur emptori, in re singulari non est ita.*

LEX XXI.

I **VENDITOR.** Omne commodum obueniens contemplatione hæreditatis ad ve(n)ditorem præstatur emptori, in re singulari no(n) est ita, intelligas hic ad venditorem peruenisse regendo negotium emptoris, diuide, ut glo(ssa) vel dic, quod primo formatur thema, & quæstio, & solutio, vsque ibi [**si ergo**] ibi formatur secunda quæstio, & soluitur, ex qua quæstione insurgit vtilitas primæ quæstionis vsque ibi [**si hoc iure**]⁽⁷⁵⁾ ibi per modum tacit(a)e obiectionis si ad rem singularem, vsque ibi [**quemadmodum**] ibi probat diuersitatem inter rem singularem, & vniuersalem per simile vsque ibi [**quod si rem**] ibi loquitur vbi re vendita, sed quasi vendita, Sol(utio). vsque in fin(e). Ad euidenciam est sciendum, quod dum venditur hæreditas solet interponi stipulatio emptæ, & venditæ, si tamen non interponatur intelligitur in contractu venditionis, vnde interponitur stipulatio solu(m) causa dubitationis tollendæ.

SVMMARIVM.

I *Emptor hæreditatis reperitur esse deterioris conditionis, cum venditor est in culpa, quam quando est absque culpa.*

§: **Quod si re(m).** Diuide in tres partes, quia primo venditor commisit culpam ab initio in vendendo, vsque ibi [**sed in**] ibi fuit pet venditorem culpa ex post facto commisa in possessione petenda, vsque ibi [**nam & si**] cessabat omnis culpa, vsque [**in finem**]⁽⁷⁶⁾
Nota hic quod reperitur esse deterioris conditionis emptor, quando venditor est in culpa, quam quando est sine culpa, nam si

venditor non est in culpa tenetur ad rem, & per interitum liberatur ab emptore, sed si venditor non est in culpa tenetur emptori ad pretium, & sic per interitum non liberatur.

Opp(ositio). ad princip(ium) l(egis) quod cum stipulatio co(m)mittatur vtrumque debet exigi, imo non, nisi vnum, quia bona fides &c.

Item opp(ositio). quod stipulatio non interponatur, cum committi non possit, vt l. hæc stipulatio §. diuus j vt leg(at)is nomine cauetur. Sol(utio). imo potest committi, licet sit superuacua, & hoc ne videatur neglectum, vt l. item apud §. hoc dictum j de iniurijs.

Item opp(ositio). de l. si eum seruum supra si cert. pet. Sol(utio). vt glo(ssa) quia ibi petit quis pretium rei suae, & in subsidium, cum nullum auxilium aliud habeat, hic petit rei pretium sibi debitæ, & non in subsidium, cum habeat actionem ex empto.

Item opp(ositio). cum emptor ex dubio suo hoc consequatur, non debeat retinere, hoc fatetur gl(ossa) vt bene applicatur fisco, vel actori emptori, qui fraudem non participauit.

Item opp(ositio) quod liberetur cedendo actione(m) furti, vt l. eum qui j de furt. Sol(utio) vt glo(ssa).

Item opp(ositio). quod non fuerit in culpa quando fuit deiectus(.) Sol(utio). imo fuit, quia potuit resistere, sed quid si fecit, nec potuit resistere, dic vt glo(ssa).

(74) 註解学派については、佐々木①一〇一頁以下、船田第一巻五一九頁以下参照。Vgl. Horn, Die legistische literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts. in Hdb. Bd. I, S. 261ff. 「註解」の典型的様式につき S. 321ff.

(75) Iacobus Butrigarius. (一二七四—一三四八年頃) ポロニアの家系に生まれ、無名の教師の下で勉強し、一二九三年にはすでに公証人であった。一三〇七年には有給教師となり翌(々)年には博士となる。ヤコブス・デ・ヴェルビジオの死後ポロニア第一の法学教師と観られる。高名なバルトオルス(後述5)は、彼の下で勉強して博士を取得した。彼は、学説彙纂、勅法彙纂全般に註解を行なった。パリ版、リヨン版標準註釈には彼の註解から採録された要約も観られる(例えば 18, 4, 2, 16. の要約)。Vgl. Savigny, bd. VI, S. 68-70; Horn, S. 270.

(76) Iacobi Bvtrigarii Bononiensis in primam, & secundum Veteris Digesti partem. tomus secundus. Romae Typis Lepidi Fatij 1606. repr. Bologna 1978. Opera iuridica rariora, t. 14[1-2] Sp. 238. アトリガリウスの註解においては、問題のパウルス文

が一八巻ではなく、一五巻にあるのは、彼の依拠した学説彙纂の刊本によるものと考えられるが、その理由は筆者には今のところ不明である。

(77) *contemplatio*: 本来の意味からして、「瞑想すること」であるが、差当り管理のほか利益をあげる思考を巡らすことと理解して、「熟慮」と訳出しておく。

(78) *iure in re*の誤植である。

(79) *pet. per*の誤植である。

《解説》

ブトリガリウスの註解では、法文の事案についての詳細なエクセグエゼは全く観られず(したがって、註釈学派以来の三部構成はなされていない)、法的論点に応じた区分、異論の整理とそれに伴う簡単な解答しか行っていない。

彼は、パウルス文を①〜⑧と⑨〜⑫の二部に分けて、議論を整理しているが、第一部では、その要約がオドフレドゥスの一般化とは異なる。第一に相続財産に限定して「集合体」にまで一般化していない。第二に、相続財産売却における⑤(8)「相続財産のというよりも買主の事務を行なう」という理由と⑥個別物売却における(7)「行為によって得た」という理由との対比が、要約において、オドフレドゥスの第一事案と第二事案との区別の重要な視点であった。「代価が物の地位を承継するか否か」に結合されている。その結果、「相続財産の場合にはその熟慮により得た利益を買主に給付しなければならないが、個別の物の場合は別である」と一般化されている。彼が言及するもう一つの法的論点として、問答契約が行なわれる理由がある。彼によれば、(売買契約の目的実現についての)買主の疑念からと説明されて

いる。これにより彼は、その有用性、すなわち、問答契約を行なうことにより、売買契約では目的物滅失の場合に売主が物給付義務を免れたりするなど第二部で論じられる買主の不利益を避けることができることを指摘していると思われる。⁽⁸⁰⁾

その論点と対応しているのが第二部であるといえる、彼によれば、第二部の法的論点は相続財産の売主の（物の滅失または占有喪失についての）クルバの有無による、売買契約に基づく売主の義務（従って、それに対応する買主の得るもの）である。かくして、相続財産の買主は、売主にクルバがある場合（売主の義務・物、滅失により義務を免れる）の方がクルバにない場合（売主の義務・代価、滅失によっても免れない）よりも状況が悪化する、と要約されている。そして第二段落以降は、⁽⁸¹⁾法的論点ごとの異論と解決の整理であるが、基本的に標準註釈の見解に従うものである。

ブトリガリウスの註解は、これ自体では、法文のエクセグエゼとしてはなはだ不十分のように思われるが、標準註釈と対で用いられる場合には、法的論点の整理と、実務的視点からの問題整理として一定の役割を持つといえようか。

(80) この点については、直接の言及はないが、標準註釈の註(f)、註(g)で指摘されたD. 45. 1. 23; h. l. 24. の問答契約文言から（註(57)参照）想像できる。また、後のデ・ロサアテにおいてはこの点が詳述されている（本文4参照）。

(81) ここには第一部の論点が入りこんでいる。第二段落は問答契約の効力の問題②(c)で、標準註釈の見解を維持する。第三段落は問答契約が常に行なわれることを指摘するもので、第一部での問答契約の効力の問題に関連すると考えられる。第四段落は、アックルシウスによって指摘された⑥における売主の代価給付義務の法的構成の問題であるが、バッシアアヌスとアゾオの方策とする異論を排斥して標準註釈に従っている。第五段落は偽罪の罰金に関する議論と思われる（後述デ・ロサアテ参照）。第六・第七段落は⑩に関して標準註釈に従っている。

4 アルベリクス・デ・ロサアテ

一四世紀前半に活動したアルベリクス・デ・ロサアテ⁽⁸²⁾の註解は、註解の典型的な様式を持つ⁽⁷⁴⁾。彼の註解における最大の特徴は、異論を唱えた法学者名を引用して整理している点であり、彼以前にはほとんど為されなかつたことである⁽⁸⁶⁾。そして諸学者の見解を豊富に引用しながら議論が展開されているので、間接的ではあるが、註釈学派以来の学説状況もうかがうことが出来る。

〔訳〕アルベリクス・デ・ロサアテ旧学説彙纂註解(一五八五年 ヴェネチア版)

要約

- 1 相続財産を熟慮することにより入ってくる利益は売主から買主に返還されるが、個別の物においては「異なる」。
- 2 相続財産と相続財産の個別の物とはどのくらい異なるか。
- 3 相続財産上の諸物を売却している者は、それらの特(別)に指定することによって、あるいは指定された物のなかから(あるもの)一つを売却する場合には、代価について義務を負わせられる。

第二一法文。相続財産からの売主。相続財産を熟慮することによって実現される利益は、売主から買主に返還されなければならない。個別の物においては、「売主が」買主の事務を行うことによつて「利益が」売主のものとなる場合を除いて、そのようにはならない。このことを述べている。あるいはそのように、相続財産の売主は、問答契約が行なわれる前に彼によつて売却された個別の物の代価、それだけを買主に給付する。ところが、その後売却契約が結ばれて、物が存在することにより物あるいは代価を。しかるに滅失して、全く代価だけとなる。そして註釈に従つて三つの部分に分けよ。第二「部分」はこの箇所、すなわ

ち *sed hoc in re* まで。第三「部分」はこの箇所、すなわち *quod si rem*。あるいは、まず第一に主題が形づくられ、質問と解決がこの箇所まで、すなわち *si er[go] go* まで。ここで第二の質問が形づくられ、そして解決される。その質問から第一の質問の効用が起き上がるのが、この箇所、すなわち *sed hoc in re*。その箇所、ある者の黙示の反論の方法によって個別の物へと話題を転じている。この箇所まで、すなわち *quemadmodum* まで。その箇所、個別の物と集合体との間の相違を証明する。この箇所まで、すなわち *quod si rem* まで。その箇所、語られるのは、売却された物においてではなくて、あたかも売却されたような「物において」である。ここで、すなわちこの法文の末尾まで。同様に *quod si rem* を三つの部分に細区分せよ。なぜならまず第一に売主は売却において最初からクルパを犯しているからである。この箇所まで、すなわち *sed si uidelectus* まで。その箇所では、占有を失ったことにおける諸々の企てにより後から行なわれたことからして売主によるクルパがあった。この箇所まで、すなわち *nam et si* まで。その箇所では、彼（＝売主）のクルパが生じなかった。法文の末尾まで。ギド・デ・スザリア⁽⁸⁴⁾は最初の註釈を排斥し、そしてその（＝註釈の）区分を「排斥する」。そして、「その註釈が」諸々の曖昧なものを含んでい、と言う。また彼が言うには、三つの部分に分けられているのは善く、第二の部分が始まるのはこの箇所、すなわち *si ergo* であり、第三の部分が「始まるの」はこの箇所、すなわち *quod si rem* である、と言う。また、相続財産売買問答契約が、「物と代価の」両方についても、またある時には物について、またある時は代価について行なわれる、と言う、この法文の第二部分におけるこの箇所、すなわち *si ergo* 云々、のように。文言を説明せよ。この箇所、すなわち *vendor*、相続財産の。この箇所、すなわち *stipulatio*。それについては、註釈におけるように、および D. 50. 16. 97. のように述べよ。この箇所、すなわち *praestare debeat*。あるいは物について、あるいは代価について、あるいは両方について。この箇所、すなわち *et pretium*。単に「代価」のみ。この箇所、すなわち *mora processisset*。グリエルムス・デ・クネオ⁽⁸⁵⁾が D. 3. 5. 48(49). および C. 3. 32. 3. に関して注記していることを観よ。この箇所、すなわち *quam hereditatem*。私が物の滅失後には代価について買主に義務を負うのと同様に。理由、なぜならこの箇所では、類における債務者だからである、すなわち前出直近のものは種における「債務者」だからである。従つて云々、C. 4. 2. 11. のように。文節 *sed hoc in re* において、この箇所、すなわち *non feci*。また、そのようにに奴隷について私は義務を負わない。なぜなら私は滅失によって債務から解放されるからである。また代価についても「私は義務を負わ」ない。すなわち後統の *pretium enim* 云々という理由のゆえに。この箇所、すなわち D. 15. 1. 50. 3. および D. 5. 3. 24.、その箇所、すなわち *haereditas uenit*。これすなわち相続人「である」

私によって売却された。この箇所、すなわち *negotium agam*。なぜなら私は類における債務者であるからである、すなわち前述の *si ergo* の文節において私が述べたように、「前出のもの」種における「債務者である」。この箇所、すなわち *fructus praestat*。前に述べられた土地から彼が得たものから。この箇所、すなわち *bonae fidei ratione*。これすなわち、誠意訴訟に属する購買に基づく訴権によって、前出 D. 19. 1. 13. 10. のように。この箇所、すなわち *imputari possit*。後出 D. 45. 1. 91 pr. で注記されていることを観よ。 *quod si rem* の文節におきて。この箇所、すなわち *illis aestimationem accepi* 彼の頑固さのために、前出 D. 6. 1. 68. のように。この箇所、すなわち *praestare debeo*。なぜなら私が、他人が占有しているのに売却したことによって、クルパにあったからである。そのゆえに私は物あるいは利害関係あるものを給付しなければならぬ。この箇所、すなわち *sed si vi delectus*。ドイツに從えば、売却の前に。そしてこのことは矛盾を無くする。他の者達に從えば、あるいは後に、私のクルパによって、この箇所、すなわち *absulero*。註釈のように説明せよ、そして説明に注意せよ。そしてアルファベットにおいて観よ。この箇所、すなわち *peritibit*。しかし彼(＝買主)は物あるいは利害関係あるものについて訴えることができる。あるいは、彼が欲するならば、罰金「について」さえも。なぜならばこのことは売主を敵視することにあるからである。たまたま買主の利害関係あるものが罰金よりも小さいとしても。しかるに彼(＝売主)がクルパにない場合には、私は訴権を譲渡することによって免れる。そしてこのことが結論される。この箇所、すなわち *praestare debbat*。略奪者あるいは盗人に対する「訴権を」。この箇所、すなわち *exustio aedificio*。引渡しの前に彼のクルパなくして。文言が説明された「ので」、相続財産が売却されるならば相続財産売買問答契約が行なわれるのが習わしであるということを明らかにするためであることを述べよ。しかるに、「相続財産売買問答契約」行なわれない場合には、売却契約において理解される。すなわちなにゆえに疑念を取り除くことを唯一の原因として行なわれるか、ということが。同様に注意せよ、 *quod si rem* の文節から、売主がクルパのない場合よりも、クルパにある場合に、買主はより悪い状態になるといことが探求して見いだされるということに。というのは「売主が」クルパにある場合には、物については義務を負うが、物の滅失によって免れる「のに対して」、「売主が」クルパにならぬ場合には、両方が成就されるとい、法文の冒頭についての異論。解決。一方「について」でなければ、無論否である。なぜならば信義が容れない云々のゆえに、たとえば後出 D. 50. 17. 136。そしてそのように、D. 45. 1. 133 は妨げとならない。あるいはここでは利害関係あるもの全体「であり」、しかるにそこでは個別の利害関係あるもの「である」。同様に、問答契約が効

力を生じないので、行なわれぬという異論、例えば前出 D. 3. 3. 45. 並び [leg. no. ca. I. haec stipulatio 8. dinus] のように解決。無論効力を生じさせられ得る。問答契約が過剰であるといえども、またむしろ心配されないように、また懈怠したと観られないように「問答契約が」行なわれる、例えば D. 4. 7. 10. 15. 26. および X. 5. 7. 11 のように。あるいは述べよ、少なくともこの場合においてはこの問答契約が有用である、なぜならば信命人が購買に基づく訴権にはないものを持つからである、と。またその問答契約が信命人たちを吟味することが、前出 D. 18. 4. 2. の第二の解答によって証明される。同様に、問答契約が行なわれない場合、その場合にはあるいは物あるいは代価は債務の中になし。なぜならば更にそれだけ（二倍）について義務を負わせられるだけであるからである。私が、なぜならば誠意云々と述べたように。また、選択は誰に属するか、を私は直ちに述べよう。しかしなぜこの冒頭の理由をか？そして、以下のことが理由である、と述べよ。なぜなら問答契約の時に存在したものが相続財産の売却において対象とされるからである、と。例えば前出 D. 18. 4. 2. のように。そしてそのゆえに、代価がその時に存在した場合には、すなわち代価が返還される。物が「存在した」場合には、その場合には物が「返還される」。そしてこのことから何がこの問答契約の対象とされるかが明らかである。なぜなら、「問答契約の」あるいは前にあるいは後に、売主に到達したものの全てだからである。それでは私は質問する、誰に選択があるか？そして債務者である売主にあると観られる「と答える」。たとえば後出 D. 23. 3. 10. のように。しかしそのことは、その性質が本来選択的である場合には、起こる。しかしここでは両方が債務にあり、また両方について義務を負う。しかし、なぜならば誠意等々であるから、一方を弁済することによって債務を免れる。そしてまた、売主がクルバにあった場合には、買主の選択に存する。それ以外の場合には、売主の選択に存する。例えば前出 D. 5. 3. 20. 21. のように。同様に、この第一の事案と第二の事案との間の相違を私は質問する。私は、なにか分かつたれるもの、あたかも部分を持つとは言われ得ないので、相続財産が無体の、そして分かつたれない権利である、と答える。しかし個別の物においては、私は購買に基づく訴権によって土地について義務を負うのであって、別の物「については義務を負わぬ」ない。そしてそのゆえに、土地の代価が言及されるのは、真でもないし、解釈でもない。同様に前出 D. 1. 2. 1. 3. の異論。解決。註釈のように。なぜならばその箇所ではある人が、他の救済策がないので、彼の物の代価を方策として請求しているからである。しかるにこの箇所では、自身に当然帰属すべき物の代価を請求しているのであって、方策としてではない、彼は購買訴権を持っているので。同じく異論。買主は彼（＝売主）のドルスおよび不法行為に基づいて第二売却の代価を持つので、なぜなら偽罪を犯しているからである。後出 D. 48. 10. 21. のように、代価を利得してはならない、と。このことを註釈は認容しており、また

ヤコブス・ブトリガウスもこのことに従っている。そして「彼は」、彼が代価を維持しない、と言う。しかし、あるいはあたかも不面目を理由とするかの様に国庫に入れられてしまうか、あるいは、註釈に従えば詐欺行為に関与しない、第一買主に帰属させられてしまうであろう。それで註釈に賛成する。なぜなら彼の邪悪に基づき利益を得るべきではないからである。後出D. 47. 2. 12. のように。しかしこの見解は、オドフレエドゥス、アンドレアス、リカルドゥス・マルンブラ、ライネリウス・デ・フォルリオ⁽⁹⁵⁾によって共通して排斥されている。そして全員に共通して、なぜならば、彼の行為に基づいて持つので代価を返還する義務を負わないと述べているこの法文の正文に反しているのは明白であるからである。「と言う」。D. 48. 10. 21. によって偽罪になることは妨げとならない。なぜならば、リカルドゥス・マルンブラに従えば、買主にそれ以上利害関係あるものは何もなく、また 後出D. 48. 10. 62. およびC. 9. 22. 20. のように害しない偽罪は罰せられないので、その虚偽は売却された奴隷が遅滞の前に死亡することによって許されるからである。そのようにまた別の場合にも偽罪が後から為されたことからも許される。C. 5. 41. 1. およびC. 9. 34. 1. として二人に為された売却は正しく為されたと言われるC. 3. 32. 15. あるいはオドフレエドゥスに従ってD. 48. 10. 21. におけるあたかも第二「買主」に売却したような売主は直ちに第一買主に対して遅滞にある、なぜなら代価は彼自身に弁済されるかあるいは別様に満足を与えるであろうからである、C. 4. 49. 5. の論証により、と述べよ。そしてそれゆえに、これと異なつて、第一買主には物は給付されない。遅滞前に滅失したことによって債務を免れるからである。代価も「給付され」ない。なぜならそれを、物からではなく、彼の行為のゆえに持つからである、この箇所、すなわち *pretium enim* 云々という文言におけるように。あるいはアンドレアスに従って、同じことにおいてあることは許され、またあることは許されない見出だされ得る、例えばD. 13. 6. 16. およびC. 5. 16. 10. のように。そのようにこれも。すなわち行為が許されない、なぜならば二人に売却され、また偽罪を犯したからである。しかし合意され、また許されないことから分けられた売却は許された行為であり、そしてそのように、許された契約に基づいて代価を持つ場合には、特異ではない。そして *Amb. XLI. Coll. IV. tit. 6.* 中程においてはこのことに賛成。そして中間あたりで、明らかである、許されない行為がいつか有効である場合。註釈が引用する、後出D. 18. 6. 1. 3. は妨げとならない。なぜならそこでは物が存在し、それに基づいて、代価が先に受領され、そしてそのゆえに「それを」返還したからである。そしてこのことを明らかにこの法文の正文は知らせる、私が述べたように。すなわち、なぜなら物からではなく、行為から持つからである。C. 3. 1. 8. は妨げとならない。ここでは厳格が書かれ、また衡平が書かれていないので。そしてそのゆえに、C. 3. 1. 8. において注記しまた私が述べたように、厳格が非常に強いのである。しかし、私は質問する。す

なわち私が信じているように、かの見解が真であると想定しよう、「その場合」第一買主が代価を売主に提供することができて、その結果たまたまより大きくなった代価を第二買主がもつことになる、かどうか？そのことはD.19.1.13.8を通じて観られる。否と述べよ。なぜならば物が滅失しているからである。そしてそのように提供は適当なときに為されていない、後出D.46.3.39.の論証により、オドフレドゥスとライネリウス・デ・フォルリビオに従って。同じく異論、盗訴権を譲渡することによって免れる、後出D.47.2.14.のように。解決。註釈および矛盾においてデイヌスによって注記されているように。同じく異論、追い払われた場合にはクルバにはないので。解決。無論「クルバに」あった。なぜなら抵抗できたからである。あるいは追い払われた者が、占有していなかったというよりも物を売却したことによってクルバにあった、と述べよ。しかしこのことは第一の註釈の見解に反する。あるいは、クルバによって追い出された場合、買主が欲するなら罰金を、あるいは欲するなら利害関係あるものを請求することができるであろう、と述べよ。ヤコプス・デ・ラヴァアニス(97)に従って。そしてこのことを *nam q.* 云々以下の文節の関連が知らせている。同じくアンドレアスが質問している、すなわち私が相続財産上の諸物をとくにそれらを指定することによって売却し、その後それら指定された諸物の中から一つの物を売却した場合に、私が物について義務を負うのかどうか、と。このように観られる、これすなわち相続財産上の物であると述べている、第二の註釈(98)におけるように。矛盾を持つている、D.30.70.3? 108.15? の論証においておよび後述D.23.3.72において。そして、諸特定物が数えられた場合の限りで、一般的に言われたことが効力を持つ。後出D.32.79.pr.およびD.7.8.1.pr.およびD.26.7.51.cum si.ヤコプス・ブトリガウスおよびアンドレアス。註釈では、あるいは代価を、末尾において。しかし一方が弁済されると、両方が義務付けられていた場合に、第一の事案では他方から免れる。註釈では、なぜならば、ある種の集合体であるからである、例えばD.41.1.61.およびD.45.3.16? 35.のように。註釈においては、返還請求することを給付する義務はない。無論、ヤコプス・デ・アレエナ(99)およびリカルドゥスに従って、給付しなければならぬ、と述べよ。そしてこの文言の理解は、クルバによって占有を失った場合には物および利害関係あるものについて義務を負い、クルバのない場合には、その場合には、まだ訴訟物の評価を得ていないのである、単に訴権を譲渡する義務を負うのみであり、しかし訴訟物の評価を得ている場合は訴訟物の評価について義務を負うであろう、ということである。また、註釈が前出直近の註釈で、訴訟物の評価を求めて訴訟を起すことによってクルバを犯している、と述べているのも真ではない。無論、訴権よりも物を持つことの方がより価値が大きいことを注意深く為している。ここでは、訴訟を起さなかった場合に訴権を譲渡することで債務を免れるよりも、買主をより良い状況にしている。しかし、訴訟を起こ

し、訴訟物の評価を確定した場合には、それを買主に給付する義務を負う。そしてこのことにより、焼き払われた敷地について付加していることが最も良く続く。

〈チクスト〉 Albericus De Rosate, Commentarii in secundum Digesti Veteris partem, (Venetii 1585). fol. 141 recto et verso. *なお註解中のゴシック体の部分は、ロサアテが指示する法文中の語句であり、本文中では他の語と区別はないが判りやすいように筆者がゴシック体に変更した。

SUMMARIUM.

1. *Commodum veniens contemplatione hæreditatis a venditore emptori restituitur in re singulari.*
2. *Hæritas & res singulares hæreditatis in quot differant.*
3. *Venders res hereditarias nominando eas specialiter, an si postea vendat unam ex nominatis, tenebitur ad pretium.*

LEX XXI. **V**enditor ex hereditate. †Omne commodum obueniens contemplatione h(a)ereditatis, a uenditore emptori restitui de(be)t: in re singulari non est ita, nisi ad uenditorem perueniat gerendo negotium emptoris. h(oc) d(icit) vel sic. Ve(n)ditor hæreditatis p(re)tium rei singularis ab eo uendit(a)e ante stipulationem interpositam solum pr(a)estat emptori: postea uerò venditione (contra)cta, rem uel p(re)tium rei extantis: interemptæ autem, solummodo pretium. Et diuide s(ecundu)m gl(ossam) in tres partes. secunda ibi, **sed hoc iure**. tertia ibi, **quod si rem**. Vel dic quod primo formatur thema, quæstio et solu(tio) vsque ibi, **si e[*r*]go**. hic formatur secunda qu(a)estio, et soluitur. ex qua qu(a)estione insurgit utilitas primæ quæstionis, usq(ue) ibi, **sed hoc in re**. ibi per modum cuiusdam tacitæ oppositionis tra(n)sit ad rem singularem, vsque ibi, **quemadmodum**. ibi probat diuersitatem inter rem singularem & uniuersitatem, usq(ue) ibi, **q(uo)d si rem**. ibi loquitur, non in re uendita, sed quasi uendita, uaq(ue) in fi(ne) l(egis). Item subdiuide uer(siculum) **quod si rem**, in tres partes, quia primo venditor commisit culpam ab initio in uendendo, usque

ibi, **sed si ui deiectus**. ibi fuit culpa per uenditorem ex post facto (com)missa in possessione perdenda, usque ibi. **nam et si**. ibi. cessabat eius culpa, vsque in fi(ne) l(egis). Guid(o) de Suz(aria) reprobat primam gl(ossam) et eius diuisionem. et dicit quod continet ambages. Et dicit q(uod) bene diuiditur in tres partes. Et secunda incipit ibi, **si ergo**. tertia ibi, **quod si rem**. Et dicit quod committitur stipulatio empt(a)e et venditae haereditatis, et ad utrunque. Et quandoq(ue) ad rem, et quandoque ad p(re)tium, ut in secunda parte l(egis). ibi, **si ergo etc**. Literam expone. ibi, **uenditor**, haereditatis. ibi, **stipulatione**, de qua dic ut in gl(ossa) et de uerb. sig. l. cu(m) sitpulamur. ibi, **praestare debeat**, an rem, an pretium, an utru(m)que. ibi, **et pretium**, debeam ego ue(n)ditor. ibi, **pretium**, solu(m). ibi, **mora praecessisset**. uide id quod no(tat) Guli(elmus). supr. de neg. gest. l. fi(ne) & pe(nultima) de rei uendi. l. mater. ibi, **quam h(a)ereditatem**, ut sic post interitu(m) rei tenear ad pretium emptori. r(ati)o, quia hic eram debitor in genere: sup(ra) prox(imus) in specie, ergo etc. ut C. si cert. peta. l. in cendium In uersi(culo) **sed hoc in re**. ibi, no(n) feci. & sic non teneor ad seruuum, quia sum per interitum liberatus: nec ad p(re)tium, propter r(ati)o(n)em quae sequitur, pretium e(u)m & c. ibi, **percipitur**. non ob(stat) sup(ra) de pecu. l. eo tempore. §. fi(ne) & de pet. hæredi. l. vbi. §. Iul. ut ibi dixi ibi, **haereditas ueniit**, id est uendita est a me h(a)erede. ibi, **negotium agam**, quia sum debitor in genere: sup(ra) in specie, ut ibi dixi, sup(ra) in uersi(culo) **si ergo**. ibi, **fruct(us) pr(a)estat**, ab eo perceptos de fundo p(rae)dicto. ibi, **bon(a)e fidei r(ati)one**, id est per actionem ex empto qu(a)e est bon(a)e fidei, ut i. de actio empt. l. iul. §. si fruct ibus. ibi, **imputari possit**. uide quod not(atur) i. de uerb. oblig. l. si seruuum. in princ(ipio). in uersic(culo) **quod si rem**. ibi, **litis (a)estimationem accepi**, propter eius contumaciam, ut sup(ra) de rei ue(n)di. l. qui restituere. ibi, **praestare debeo**, quia fui in culpa uende(n)do alio possidente: unde p(rae)stare debeo rem vel interesse. ibi. **sed si ui deiectus**, ante uenditionem. & hoc tollit (contra)rium, s(ecundu)m Dyn(um) vel post, sed mei culpa. s(ecundu)m alios. ibi, **abstulero**, expone ut gl(ossa). & nota expositionem. & uide in alphabeto. ibi, **pertinebit**, sed potest/(fo. 141r^o) potest ad rem agere, uel etiam pœnam, si vult, quod hoc est in odium uenditoris. Cum forte interesse emptoris sit maius q(uam) pœna. si autem no(n) fuit in culpa, liberor act(ionem) cedendo. & hoc sequitur. ibi, **praestare debebat**, (contra) inuasorem vel furem. Ibi, **exusto aedificio**, sine culpa sua ante traditionem. Exposita litera, dic quod ad euidenciam quod dum uenditur hæreditas, solet interponi stipulatio emptæ, & uenditæ hæreditatis. Si tamen non interponatur, interlligitur in (contra)ctu ue(n)ditionis: vnde interponitur solum causa tollend(a)e dubietatis. Item nota ex uersic(ulo) **quod si rem**, quod reperitur esse deterioris conditionis emptor, quando

venditor est in culpa, quàm quando est sine culpa: nam quando est in culpa, tenetur ad rem, & per interitum liberatur: quando non est in culpa, tenetur ad pretium, & per interitum non liberatur. Oppo(sitio) ad princ(ipium) l(egis) quod cum stipulatio committatur ad utrunque, debet utrunque exigi. Solu(tio) imo non, nisi unum, quia bona fides non patitur &c. ut f. de regu. iur. l. bonafides. & sic non ob(stat) de uerb. obl. l. si sic. uel hic interesse totale: ibi autem particulare. Item oppo(sitio) quod stipulatio interponatur, cum non possit committi, ut §. de procur. l. non cogendum. & ut leg. no. ca. l. haec stipulatio. §. diuus. Solu(tio) imo potest committi, licèt sit superuacua & in terponitur ut magis timeatur, & non uideatur neglectum, ut f. de iniur. l. ite(m) apud. §. hoc edictum. & extra de haeret. c. si aduersus. vel dic q(uo)d ista stipulatio est utilis, saltem in hoc, quia habet fideiussores quod non erat in actione ex empto. & quod ista stipulatio exigat fideiussores, probatur s. eod(em) l. secunda. secundo responso. Item ubi stipulatio non intercessit, tu(n)c uel res vel pretium erit in obligatione, quia ad alterum t(antu)m tenetur, ut dixi: quia bona fides &c. & cuius sit electio, statim dicam. Sed quare r(ati)onem huius principii ? dic quod to(tum) est. quia in uenditione hæreditatis uenit, quod erat tempore stipulationis, ut sup(ra) eo(dem titulo) l. 2. & ideo si pretium tunc erat: pretium restituitur: si res, tu(n)c res. & ex hoc patet quid ueniat in hac stipulatione, quia omne id quod ad uenditorem peruenit, siue ante, siue post. Quæro ergo cui sit electio ? & uidetur uenditoris, qui est debitor, ut j. de iure dot. l. plerunque. sed illud locum habet ubi sui natura est proprie alternatiua: sed hic utrunque est in obligatione, & ad utru(n)que tenetur. Sed quia bonafides & c. unum soluendo liberatur, & est in electione emptoris, si uenditor fuit in culpa: alias in electione uenditor, ut sup(ra) de pet. haered. l. item ueniunt. §. si. Item quaero rationem diuersitatis inter hunc primum & secundum casum. † Respondeo, hæreditas est ius incorporale, & indiuisu(m), quod non potest dici habere quid diuisum, ueluti partem. Sed in re singulari teneor ad fundum actione ex empto, no(n) aliud: & ideo pretium fundi, nec uere, interpretatiue uenit. Item oppo(sitio) de l. si cu(m) seruum. §. si cert. pet. Sol(utio) ut gl(ossa) quia ibi petit q(ui)s pretium rei suae in subsidium, cu(m) nullum aliud esset auxilium: hic autem petit pretium rei sibi debitæ, & no(n) in subsidium, cum habeat actionem ex empto. Item oppo(sitio) quod cum emptor habeat pretium secundæ uenditionis ex dolo & delicto suo, quia falsum commisit, ut inf(ra) ad legem Corne. de fal. l. qui duobus. non debeat lucrari pretium. hoc fatetur glo(ssa). & eum sequitur Iac(obus) But(origarius). & dicit quod non retinebit pretium: sed uel applicabitur fisco tanquam ab indigno, uel applicabitur primo emptori, s(ecundu)m gl(ossa) qui fraudem non participauit. & pro gl(ossa) facit, quia ex improbitate sua non debet consequi commodum. j. de

furt. I. itaque fullo. h(a)ec tamen opinio communiter reprobatur, per Odo⁽⁸⁸⁾f(redum), Andr⁽⁸⁸⁾(ean), Ricar⁽⁸⁸⁾(dum Malumbra), Rayn⁽⁸⁸⁾(erium de Folrivio). & communiter omnes, quia est expresse (contra) textum huius l(egis) quae dicit quod pretium reddere no(n) tenetur, cum habeat ex sua negotiatione. no(n) ob(stat) quod incidat in crimen falsi, per l. qui duobus. quia secu⁽⁸⁸⁾(n)dum Richar⁽⁸⁸⁾(dum) illa falsitas purgatur per mortem hominis uenditi ante moram, cum amplius nihil intersit emptoris, & falsum quod non nocet, no(n) punitur j. de fal. l. si legatum. & C. de fal. l. nec exemplum. sic & alias purgatur ex postfacto falsitas. C. ne tutor uel cur. uectig. condu. l. unica. & de crim. stellio. l. prima. & uenditio facta duobus dicitur iure fieri. C. de rei uend. l. quoties. uel secundu(m) Odo⁽⁸⁸⁾f(edum) dic quod in l. qui duobus. uenditor q(ua)si uendidit secundo, ia(m) erat in mora primo emptori: quia pretium sibi soluerat, vel aliter satisfecerat. ar⁽⁸⁸⁾(gumento) C. de act. emp. l. curabit. hic secus. & ideo primo emptori non praestat rem: quia per interitum ante moram est liberatus: nec pretium, quia illud habet, no(n) ex re, sed ex sua negotiatione, ut in litera. ibi, **pretium e(ni)m** & c. uel dic s(ecundu)m An⁽⁸⁸⁾(drean) quod in eodem potest reperiri aliquid licitum, & aliquid illicitum, ut l. ita ut si fur. sup. commo. & C. de dona. inter ui. & uxo. l. si maritus. & de mino. l. Pap. & ita est hic: nam actus illicitus est, quia uendidit duobus, & sic commisit falsum. Sed actus licitus est uenditio, in qua est (con)sensus & est separata ab illicito, & sic non est miru(m) si h(ab)et pretium ex (contra)ctu licito. & pro hoc in Auth. de restitu. & ea qu(a)e parit, circa medium, ubi illicitus act(us) quandoque ualet. non ob(stat) l. I. §. licet. j. de pericu. & commo. rei vend. quam glo(ssa) allegat, quia ibi res extabat ex qua pretiu(m) erat p(rae)ceptum, & ideo restituit: hic aute(m) intererat. & ideo p(re)ti⁽⁸⁸⁾um no(n) restituit & hoc innuit expresse textus huius l(egis) ut dixi: quia non habet ex re, sed ex negotiatione. non ob(stat) l. placuit. C. de iud. q(u)a(m) hic est rigor scriptus, & æquitas non scripta: & ideo pr(a)eualeat rigor, ut no(tatur) & dixi in d(icta) l. placuit. & de leg. I. l. Sed quæro, supposito quod ista opinio sit uera, sicut credo, nu(n)quid prior emptor possit offerre pretium ve(n)ditori, ut habeat pretium secundi emptoris, quod forte est maius ? quod uidetur per l. Iul. §. offerri. j. de act. empt. dic (contra), quia res interiit. & sic oblatio non fit (con)gruo tempore. argu(mento) j. de solu. l. soluturus. secundum Odo⁽⁸⁸⁾f(redum) & Ray⁽⁸⁸⁾(nerius). Item oppo(sitio) q(uod) liberetur cedendō act(ionem) furti, ut j. de fur. l. eum qui. So(lutio) ut gl(ossa) & in (contra)rio notatur per Dyn(um). Item oppo(sitio) quod non fuerit in culpa, quando fuit deiectus. So(lutio). imo fuit, quia resistere potuit. vel dic quod deiectus fuit ante uenditionem, ut dixi in expositione liter(a)e. & sic fuit in culpa uendendo rem, quam non possidebat, Sed hoc est (contra) primam opi(nionem). glo(ssa) uel dic quod q(ua)n(do) culpa fuit deiectus, potest emptor petere

pœnam si uult, uel interesse si uult, secundum Iaco(bum)⁽⁵⁷⁾ de Ra(vanis). & hoc indicat continuatio versiculi sequentis. **nam si** &c. † Item quærit An(drean)⁽⁵⁸⁾ quid si uendidi res h(a)ereditarias nominando eas specialiter, postea uendidi unam ex rebus nominatis, nunquid teneor ad pretium ? uidet(ur) quod sic, ut in secunda gl(ossa)⁽⁵⁹⁾ quae dicit, id est de rebus h(a)eredit(ariis). Co(n)trarium tenet, arg(umento) l. si seruus. §. fi(nis) de leg. 3. & j. de iure dot. l. mulier bona. & tantum valet g(e)n(er)aliter dictum, qua(n)tum si species enumerentur j. de lega. 3. l. si chorus. in principio. & de usu & ha. l. 1 in principio. & de admi. tuto. l. si duo. cum si Iaco(bus) Bu(trigaus) & Andr(eas). In glos(sa) uel pretium. in fi(ne) sed vno soluto, liberatur ab altero in primo casu, quando debebatur vtru(m)que. In glo(ssa) quia est quaedam uniuersitas, ut i(nfra) de acqu. re. do. l. h(a)ereditas. & de stipul. ser. l. seruus h(a)ereditarius. In glos(sa) repetere pr(a)eatere non debet. Imo dic secundum Iac(bum) de Are(na) & Ric(hardum) quod pr(a)estare debet, & est intellectus huius literæ, quod ubi culpa desiit possidere, tenetur ad diem & interesse: ubi sine culpa, tunc solum cedere actiones, q(ua)n(do) nondum æstimationem perceperat, sed si (a)estimatione(m) perceperat, tunc teneretur ad (a)estimationem. nec est ueru(m) quod glo(ssa) dicit sup(ra) proxi(ma) glo(ssa) quod culpam co(m)mittat agendo ad (a)estimationem. Imo diligenter facit q(uo) plus est, habere rem quam actionem. & in hoc facit meliorem conditionem emptoris, q(u)a(m) si non egisset, liberaretur actionem cede(n)do: sed ubi egit, & (a)estimationem exegit, tenetur illam emptori præstare. & ad hoc sequitur optime quod de area exusta subiicit.

(58) Albericus de Rosate: アルベリクス・デ・ロサアテ (一三六〇年没) については、わが国に紹介がないので、ここで簡単に解説しておく。ロサアテは、その名前からしてロサアテ以外に、ロサアト Rosato、ロサアタ Rosata、ロクシアアテ Roxiate、ロクシアアタ Roxiata、ロスキアアテ Rosciate など様々に呼ばれているが (Savigny, VI, S. 126, Anm. a)、この名の由来する彼の生地は、イタリアのベルガモの領域の小さな地である。彼はパドゥバで、リカルドウス・マルンアラとオールドラアドゥスの下で勉強し、博士を取得した。その意味では、彼はバルトリストではない註解学派と位置付けることができよう。その後彼は生地パドゥバで法律顧問をして生涯の大半を送りながら、その傍らベルガモの参事設立委員会委員としての活動のほかアヴィニヨンでベネディクトゥス二世の宮廷に貢献したといわれている。そして、実務活動を止めたのち、彼は著作活動に専念することを得て、晩年にはロオマ法文のエクセグエゼからなる膨大な註解を公刊した。彼の

ロオマ法註解は学説彙纂三巻、勅法彙纂一卷にわたる（これは近年復刻されている）。その他条例に関する著作のほか、特筆されるべきものに、市民法・教会法辞典がある。その後一三五〇年にロオマに旅行したことが消息として知られるほか、一三六〇年に亡くなり（サヴィニイ、エンゲルマンによれば一三五四年）、故郷のベルガモに埋葬された（Vgl. Savigny, VI, S. 126 ff.; Horn, S. 272）。彼の主要著作に Vgl. Robert Feenstra, *Bibliographie zum römischen Recht im Mittelalter (1100-1500) in Wege zur Forschung* S. 330f.

(83) エンゲルマン（摘訳）（下）一六三頁。Engelmann, S. 206f.

(84) *Guid de Suzaria*: キム・デ・スザリア（一一九二年没）Savigny, Bd. V, S. 387-298; Horn, S. 269.

(85) 標準註釈における註(p)を指すと考えられる（前出テクスト参照）。

(86) *Guilj. Guilielmus (Guilielmus) de Cuneo*, グリエルムス・デ・クネオ（一一三五年没）Savigny, Bd. VI, S. 34-36; Horn, S. 281. フランスのトゥルゥズ、オルレアンの法学教師でキヌスと同世代の人。旧学説彙纂・勅法彙纂註解を著した。

(87) 「類における債務者 *debitor in genere*」と「種における債務者 *debitor in specie*」。なお語註 *hereditas veniti* にもこの分類が観られる。彼の説明から考えると、第一部（相続財産売却の事案）と第二部（個別物売却の事案）との対比の中で相続財産については「類における債務者」、個別物については「種における債務者」というよう用いられているので、「種 *species*」を「個別（物 *res*) *singularis*」、「類 *genus*」を「相続財産 (= 集合体 *universitas*) *hereditas*」と考えていると理解してよからう。これはオドフレドゥスにより一般化された命題の彼への影響と差当り理解しておく。なお中世哲学における有名な問題との関連も考えられる：「個物 *singulare*, *individuum* と普遍 *universalia*」につき差当り稲垣良典「抽象と直観」（創文社 一九九〇年）とくに第十一章。「類 *genus* と種 *genus*」につき、稲垣前掲書第四章、第五章のほか、簡便にはジュリアス・ワインバーグ「抽象（概念形成における）」『西洋思想大辞典』第三巻（平凡社 一九九〇年）二八八頁以下参照。

(88) *Dyn. Dynus de Mugello*. (一一五三—一二九八年以後没)。一三世紀後半、註解学派初期にあって、単行論文を発表したほか、当時の法理論的にも重要な名声のある、*De regulis iuris in Sexuio* を著した。Savigny, Bd. V, S. 447-464; Horn, S. 275. エンゲルマン（摘訳）（下）二〇九頁参照。

(89) 筆者にはこの意味が理解できなかった。標準註釈における註(i)を指すと差当り理解しておく。

(90) 教会法が引用されている。Decret. Greg. Lib. V, Tit. III. De Hereticis. Capu. XI.

- (91) Iac. But. : Iacobus Butrigarius. 註(75) 参照。
- (92) Odofr. : Odofredus de Denarius. 註(61) 参照。
- (93) Andr. : Andreas de Barulo. トンドレアス・デ・バルウロ(一二九一年以降没) Savigny, Bd. V, S. 408-416. ナポリの法学教師。あゝ554 Andreas de Isernia (一二三六年没) Savigny, Bd. S. VI, S. 488) か。Vgl. Horn, S. 273.
- (94) Ricar. : Richardus Malumbra. (一二三四年没) Savigny, Bd. VI, S. 185-192; Horn, S. 276. デ・ロサマテの師である。
- (95) Rayn. : Raynerius de Foltrivio. (一二三五年没) Savigny, Bd. VI, S. 185-192; Horn, S. 276. 新学説彙纂についての註解がある。バルトオルスの学位取得時にボロオニヤの教師であった。プトリガリウスとともに学説彙纂、勅法彙纂の講義の著者として名声があった。
- (96) An. : Angelus de Ubaldis (1328-1407); 有名なバルドゥスの子で学説彙纂、勅法彙纂全体にわたる註解を著した Vgl. Savigny, Bd. VI, S. 249ff. ; Horn, S. 327) は一四世紀後半に活躍したので、時代的に合わない。アンドレアス・デ・バルウロかアンドレアス・デ・イゼルニア(註(93) 参照)か? 筆者にはその点不明である。
- (97) Iaco. de Ra. : Iacobus de Ravanis. ジャック・ド・レヴィニ(一二九六年没)。フランス人。トゥルウズの法学教師。学説彙纂、勅法彙纂全体に及ぶ註解がある。Savigny, Bd. V, S. 605-614; Horn, S. 281, 326; Schrage, S. 69f.
- (98) 標準註釈の註(q)を指すと考えられる。テクスト該当箇所参照。
- (99) Iac. de Are. : Iacobus de Arena. (一二九六年頃没) Savigny, Bd. V, S. 399-407; Horn, S. 269. パルマに生まれ、ギド・デ・スザリアとリカルドゥス・マルンブラに学び、最初パドゥア、続いてナポリ、シエナ、ボロオニヤの法学教師として活動した。学説彙纂・勅法彙纂にわたる註解を著した。
- (100) 該当箇所にも近い標準註釈の註釈(II註)という意味と考えられる。actiones に付された註(a)を参照。

《解説》

デ・ロサアテにおいてはまず冒頭に要約が置かれ、三つの要約にまとめられている。基本的には、註釈学派以来の議論が整理されている。

第一部分については、① 基本事案を「主題」と位置付ける。また、本法文において言われていることを解釈する上で、まず注意を与えており（文言説明の後）、相続財産が売却される場合には相続財産売却問答契約が付されるのが習慣であること（その理由の検討につき、②参照）、また、売主の責任発生につき、問答契約が締結されている場合には問答契約により、問答契約が行なわれていない場合には誠意上の売買によることを明確に対象させている。そのため聴講者に注意を強調している。従って、彼の釈義の視点には、この点が一貫して貫かれているものと理解できよう。これは、ブトリガリウスの註解と基本的に同じである。

彼の基本事案の理解は、註釈学派の「事案」に相当するものを欠くので、明らかではない。

② パウルスの質問について、彼は、「第一の質問」と位置付けたうえ、問答契約を「行なう（interponere）」のと「効力を発する（committere）」のとを区別する標準註釈に従っている。彼の議論で特筆すべき点は、問答契約が行なわれる意義と効用について、誠意の問題との対照が鮮明に行なわれて、ブトリガリウスの議論をヨリ詳細に展開していることである。これは、彼の実務家としての問題意識によるものといえようか。

問答契約の内容と効力については、彼は基本的に、標準註釈に従い^(但)（D. 50. 16. 97.（語註））、問答契約の内容については、集合体とは、何か問答契約の時に存在したもの、従って問答契約に入るものもそれによって決まる（③参照）

と考えている。

「問答契約が二重に効力を持たない」というパウルスの説明については、誠意に照らして一方についてしか認められないとする標準註釈に従っている。

③ 「第一の質問の解決」と位置付けるこの部分を②と連関させ、問答契約時に存在したものが問答契約に入る、とする。そして選択権は売主にクルバがある場合を除いて売主にある。⁽¹⁰⁾この選択権の問題は、彼によって初めて言及されている。それで、パウルスの区別と解答については②の理由により、問答契約時に存在したものが問答契約に入ると考えるから、(α)の場合には、代価のみ(語註 et pretium)が問答契約に入ると理解し、(β)の場合には、物が問答契約に入るから、「物給付の義務がある」と理解することになる。

④ ステイクスの死亡事案について、基本事案との関連では、彼は、④⑤を「第一の質問の効果」がわかる部分、すなわち、「ある者の黙示の質問によって個別の物へと話題を転じる」箇所であると指摘する。

⑤ 相続財産中の個別物の売却事案の、売主の責任については、語註 *quam hereditatem* で、売主が、滅失後代価について義務を負うのと同じ理由であると述べているが、「買主の行為を行なったというよりも自己の行為を行なった」というパウルスの説明についての言及はほとんどみられない。

第二部分については、⑥⑦が個別の物「の売却」と集合体の「の売却」との相違の証明をなすものと、理解⁽¹⁰³⁾している。⑥ 二重売却された個別物の滅失事案について、事案の理解としては、この部分で第二買主からの代価の受領があったことは意識的に取り扱っているように思われるが、議論には反映されていない。

そして、パウルスの解答を、物滅失による、物についての免責の理由と位置付け、④と同じ問題として取り扱う。三つの論拠についての理解は、(γ)を代価についても免責される理由とする。(δ)については言及がない。(ε)につ

いては、彼の場合には誠意契約上の問題の中にすべて取り込まれてしまう。

さらに、アックルシウス以来パウルス文にあるといわれている不衡平の問題に関して、⁽¹⁰⁴⁾彼も詳述している。第一に、ヨハンネス・バッシアヌスとアゾオの、第一買主が第二買主に対する不当利得返還請求により方策として代価を請求できるとする主張を、方策としてではなく、購買訴権により、当然買主に帰属すべきものを持つとする。第二に、第一買主が代価を持つとする第一の点の論拠については、パウルス文の解決に反対するアックルシウスの見解に従っている。

⑦ 相続財産の場合については、④と対応させ、売主の義務を、同様に扱う。

⑧ 果実収取の問題に関しては、文脈上この事案が対照されるのは、第一に物からの利得との類似性、第二に誠意契約上の売主の責任問題との類似性によるものと考えている。

彼は第三部分を、クルパの有無・態様による場合分けに応じて、誠意上の売主の責任が検討されているものとして、さらに三つに細区分する(⑨、⑩、⑪⑫)。

⑨ 他人の占有物の売却事案は、他人の占有している物を売却したことにクルパがある、すなわち売主に最初からクルパがある場合で、売主の義務は、物および利害関係あるものについてであると解釈する。

⑩ 占有侵奪事案は、占有を失ったことに売主のクルパがある場合で、二倍額については買主に属さないとするパウルス文を容認しながらも、さらに買主は物について請求することができ、また望むならば罰金をも請求できると解釈する。

以下は売主にクルパがない事案で、⑪クルパなき占有喪失事案については、クルパなき売主の責任は、訴権譲渡で免責されると解する。ここでは、訴訟物の評価を訴求することがクルパにあるとする標準註釈の見解を批判する。そして、⑫建物焼失事案については、すなわち、建物の焼失が引渡前にクルパなくして生じたものと事案を想定している(語註 *exusto edificio*)。売主の責任については土地引渡と⑩での訴権譲渡あるいは訴訟物の評価の給付とに類似性を考えてい

ると思われる。

(101) 標準註釈註(r)参照。なおさらに論拠として、彼は次の法文を示す(語註 stipulatione)。D. 50. 16. 97:ケルスス 法学大全第二五卷「ティティウス相続財産の中からあなたに到達しただけの額を」と諾約する場合には、到達した物自体を考えているのであって、それ(II物)の代価を考えているのではない、と観られる」

(102) その論拠は、D. 23. 3. 10. (翻訳については法学論叢六七巻二号一頁参照)である。

(103) この点についてはオドフレドゥスの「註解」参照。

(104) この点については、彼によれば、D. 48. 10. 21. (註(59)参照)に関連して見解が分かれていたことになり(テキストの法的論点の解説中程参照)、以下のように整理できる。パウルス文に異論を唱えるアックルシウスの見解では、偽罪を犯しまた第二売却の代価ももつ売主が罰せられないままであってはならないので代価を利得してはならないことになり、代価が買主に給付されることになる(プトリガリウスも代価が国庫帰属の場合があることを除けばほぼ同趣旨である)。それに対する反対説(パウルス文の解決維持・パウルスの「行為から得た」という理由に基づく)はオドフレドゥス、ヨハネス・アンドレアエ、ライネリウス・デ・フォルビオらがある。この指摘から、必ずしもアックルシウスの見解が多数説とはいえないことがわかる。また、続けてロサアテにより述べられているD. 48. 10. 21.に関する事案区別によってもアックルシウスの不衡平の指摘に対する異論が多かったことがうかがわれる。リカルドゥス・マルンブラ(偽罪と売却の前後関係で事案区別を行なう)。オドフレドゥス(前述)。ヨハネス・アンドレアエ(同じことでも許される場合と許されない場合があるとする)。

また、アックルシウスが根拠として挙げていた法文(D. 18. 6. 1. 3. C. 3. 1. 8. 註(60)参照)についても矛盾はないと言っているのは、異論に対するロサアテの反証と考えられる。

5 バルトオルス

バルトオルス⁽¹⁶⁾（一四世紀半ば）は、彼の学説彙纂註解では相続財産売買の問題に関しては非常に簡単にしか触れていないが、ここでは、註釈学派以来の議論から四つの法的論点に要約されている。

〔訳〕バルトオルス旧学説彙纂註解第二卷（一五五五年 リヨン版）

相続財産あるいは売却訴権について 標題

（中略）

- 1 1 物の代価は物から存在するのではない、と言われている。
- 2 2 私の物の売却を、物が滅失しても私が代価を得るといふ方策において、有効と認めることができる【ということ】。
- 3 3 物の債務者は、対人訴権によつて、それ（物）を引き渡す義務を負わないであらう【ということ】。
- 4 4 あなたに対して義務を負っている物を機会として私が罰金の名義で得るものを、それを返還する義務を私は負わない【ということ】。

a Venditor. (a) まず第一に、この法文から相続財産の売却と個別の物の「売却」との間の非常に非事な区別に注意せよ。第二に、物の代価は物から存在するとは言われていないことに注意せよ。このことは多くのことに役立つ。とくに前出D. 3. 68で理解されたことに。第三に(b)、私は私の物の売却を、物が滅失しても私が代価を得るといふ方策において、有効と認めることができるということに注意せよ。例えばD. 3. 5. 48 (49). およびC. 3. 32. 3. のように。しかしこのことは私に対して義務がある物においては生じない。第四に *quavis, si neglexisset* の文について(c)、対人訴権によつて物について義務を負っている者は

十収取されるべき果実について義務を負わない、ということに注意せよ。そのことを私が D. 12. 1. 23. の前文に関して述べたように、そしてその際後出 *de verb. oblig.* の註釈において言及されているように述べよ。最後に (d)、あなたに対して義務を負っている物を機会として私が罰金の名義で得たところのものを、私はあなたに対して給付する義務を負わない、ということに注意せよ。そのことを、前出 D. 5. 3. 23. およびそれに続く法文 [D. 5. 3. 24.] がこのことを述べるのをあなたたちが観たように、あなたたちは述べよ。

〔以下、本文の外枠に付された註〕

- (a) ⊂ 買主。第一に、キヌスを C. 3. 32. 3. において、代価が物の地位を承継するかどうかを論じている限りで、観よ。さらに相続財産の買主へと増加分「取得」の権利が移転するかどうか。サリケトゥスを C. 6. 10. 1. 「を観よ。」
- (b) ⊂ バルトオルスによって、第三の注意されている。述べられた C. 3. 3. 68. において、最後に。
- (b) ⊂ 第三の注意。アレクサンデル・タルタゲヌスを D. 24. 3. 9. において観よ。またバルトオルスによって。
- (c) ⊂ 第四の注意。C. 4. 49. 4. においてバルドゥスを加えよ。
- (d) ⊂ 最後の注意。明白にバルドゥスによって *l. praetor. §. quod de fructibus. infra de quaestio. auctori. iudi.* (註) におよぶ。

〈テクスト〉 *Bartholus, Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem. (Lvgdvni 1555) fo. 131 r. & v.* (表)

の要領はオドフレエトゥスに同じ)

De hereditate vel actione vendita. Rubrica.

..... 〈中略〉

- 1 *¶ Pretium rei non dicitur esse ex re. //*
- 2 *Venditionem rei meae. quod possum habere ratum re perempta mi in subsidium consequor pretium.*
- 3 *Debitor rei actione personali quod non tenetur eam tradere.*
- 4 *Quod consequor nomine penae occasione rei tibi debita quod non teneor restituere.*

VEnditor. (a) Primo ex hac lege not(a) pulcherrimam distinctione(m) inter venditorem hæreditatis, & rei singularis. Secu(n)do

1. not(a) † q(uod) pretiu(m) rei no(n) dicitur esse ex re. quod facit ad multa, specialiter ad intellectum l. q(uod) procurator ex re.
2. suprâ de procur. Tertio no(ta) (b) q(uod) licet venditionem rei † meæ possum rata(m) habere re perempta in subsidum vt pretiu(m) co(n)sequar: vt l. vl(tima) de ne. gest. et l. mater. C. de rei ve(n). tame(n) hoc no(n) contingit in re mihi debita. Quarto
3. not(a) (c) ver(siculo) **quanuis si neglexisset**, q(uod) ille. q(ui) † debet rem actione personali non tenetur ea(m) tradere: & sic non tenetur de fructibus percipie(n)dis. quod dic vt dixi in l. si seruum. circa prin(cipum) & ibi tangitur in gl(ossa) j(nfra) de verb.
4. obliga. Vltimo not(a) (d) q(uod) illud q(uod) consequor † nomine pœnæ occasione rei tibi debitæ, non teneor tibi restiuere. quod dic vt vidistis suprâ de petit. hære. l. vtrum. cum l. seq(ue)nte. hoc dicit.

[以下は外姓に記載された後代の註]

- a C Venditor. In pri(mo) vide Cy(num) in l. mater. de rei vendi. C. dum tractat an pretiu(m) succedat loco rei. An autem in emptorem hæreditatis transeat ius accrescendi. vide Sali(cetone(m)) in l. j. in v. q. C. qua(n)do non pet. par.
- b C Tertio not(a) per Bar(tolum) in dicta l. mater. ad finem. ⇄ POMATES.
- b C Tertio not(a) Vide Alex(andrem) in l. si mora. & per Bar(tolum) ibi in ij. col(umno) j. sol. matri.
- c C Quarto not(a) Adde Baldum in l. si traditio. in ix. q. C. de acti. empt.
- d C Vltimo not(a) Plane per Bald(um) in l. Prætor. §. quod de fructibus. infrâ de quæstio. auctori. iudi.

(105) バルトォルスについては、佐々木有司「中世イタリアにおける普通法 (ius commune) の研究(1)―(4)―バルトールス・デ・サクソニアエラートを中心として」(以下佐々木③で引用する) 法協八四巻二号(一九六七年) 一頁、四号二頁、八号二頁、八五巻八号(一九六七年) 一一頁以下、佐々木前掲②一九六頁以下参照。小倉芳太郎「助言学派の創始者」前掲九頁参照。エンゲルマン(増訳)(下) 一一一頁以下参照。Horn, S. 269, 274; Schrage, S. 76ff.

(106) 刊本に欠落があるためか、法文が特定できない。

(107) Cy.: Vgl. Savigny, Bd. V. S. 244, Cy. oder Cyp. =Cyprianus. Vgl. Seckel, S. 69.: cy., cyp. =Cyprianus. cpr. Cappelli, p. 67. "Cy.": Cynus, Cyprianus (abbr. giur.) 略号から考えてキプリアアヌス(Cyprianus 註釈学派): Savigny, Bd. IV, S. 354ff. である

- が、このバルトオルスに対する付註が註解学派以降である(ことを考えると、キヌス(Cinus de Pistoia: 一二七〇—一二三三六年)と思われる。註解学派の先駆者といわれる法学教師。勅法彙纂と学説彙纂の一部についての註解を著している。佐々木①一〇二頁参照。Vgl. Savigny, Bd. VI, S. 71ff.; Horn, S. 326. エンゲルマン(稿訳)(下)二一〇頁以下参照。
- (108) Sali.: Capelli, p. 340. "Sali.": Salicetus (abbr. giur.) Bartholomaeus de Saliceto (一四一一年没)。助言のほか、旧学説彙纂の一部と勅法彙纂の註解を残した法学教師。Vgl. Savigny, Bd. V, S. 259ff.; Horn, S. 270, 327.
- (109) POMATES: 筆者にはこの略号の意味が理解できなかった。
- (110) Alex.: cpr. Cappelli, p. 13. "Alex.": Alexander Tartagnus (de Imora) (一四七七年没)を指すと思われる。彼は学説彙纂と勅法彙纂についての註解を残して居る。Vgl. Savigny, Bd. VI, S. 317ff.; Horn, S. 327.
- (111) Baldus de Ubaldis: (一二二七—一四〇〇年) バルトオルスの弟子であり、彼とともに註解学派の頂点をなす。学説彙纂、勅法彙纂についての大きな註解を著した。佐々木①一〇二頁参照。Vgl. Savigny, Bd. VI, S. 206ff.; Horn, S. 269.; Schrage, S. 79ff.; エンゲルマン(稿訳)(下)二〇七頁以下参照。
- (112) de questio. (D. 48. 18)では該当法文が見つからず、また *autori iudi.* の意味が筆者には理解できなかった。

《解説》

バルトオルスにおいては、パウルス文の詳細な事案ごとの註解がなされておらず四つの法的論点が『要約』されているのみである。相続財産の売主と買主間の法律問題に一般化して論ずる趣旨と思われるが不明な点が多い。

彼の註解の第一の点は、この法文で相続財産の売却と個別物の売却とのパウルスの区別が見事であると述べているだけであるが、これは標準註釈以来の三区分で言う第一部分と第二部分との区分を踏襲する趣旨と理解してよいと思わ

れる。しかし、バルドゥス⁽¹¹³⁾に比べると、その区別から得られる「集合体においては物の代価は物の地位を承継する」という一般化された準則について明言していないのは理解できない⁽¹¹⁴⁾。

註解の第二の点(要約の第二)は、⑥(Y)でのパウルスの論拠を一般化する趣旨といえよう。ただし、第二部分⑥との関連でなければ集合体の場合の⑤のパウルスの理由説明に反して一般化することになる。

註解の第三の点(要約の第二)は、単純な売買を想定しているかのようであるが、⑥特定物の二重譲渡・滅失事案に關して、註釈学派以来、パウルスの結論に反して売主が代価を返還する義務があるのではないかという点について、ヨハンネス・バツシアヌスとアゾオの見解に従ったものと考えられる⁽¹¹⁵⁾。

註解の第四の点(要約の第三)は、⑧の事案に關して対人訴権について義務を負う者は、収取されるべき果実についてまで給付義務を負わず、と述べているに過ぎないが、要約の方では不当に一般化されていると思われる⁽¹¹⁶⁾。すなわち、要約の第三の指示する箇所(十)は註解の第四であることは明白だからである。

註解の第五の点(要約の第四)は、不明な点が多いが、引用された法文(D. 5. 3. 23. 1. 24.)から考えると、売主は「私」で、買主は「あなた」の事案で、売主が罰金を取得する事業が想定されていると考えられ、盗訴権による二倍額を買主に売主は返還する義務なしということを述べているのであれば理解し得る⁽¹¹⁷⁾。

以上の点から考えて、バルトオルスの「註解」の議論は、事案のエクセグエゼを欠くため、その要約を観るかぎりでは抽象的で理解しがたい。

(113) 遺憾ながらバルドゥスの「註解」は参照することができなかった。標準註釈におけるバルドゥスからの抜粋を参照。

(114) バルトオルスは、D. 5. 3. 23 (註(71)参照) に対する彼の「註解」において、その「要約」では、「集合物においては

代価が物の地位を承継するが、個別の諸物においては「代価は物の地位を承継」しない *Præium in universalibus succedit loco rei, non in particularibus.*」と述べ、本文では、次のように述べる。「善意占有者は、彼が持っているものを交付する義務を負う。何かあるものをそれ(Ⅱ物)を機会として得た場合にも。このことを「法文は」述べる。代価が物の地位を承継することを注記せよ。そのことを私ははっきりと言う。:(中略)物の代価は物の地位を承継しないという異論があることにも言及している):解決。集合体の訴訟では代価が物の地位を承継する *in universalibus iudicis succedit loco rei.*」
comp. Bartoli Prima in Digestum Vetus, Lugduni 1555, fo. 199 r. 多少文言の違いがあるが、ここにはオドフレドゥスの議論が集約されている。しかし、D. 18. 4. 21. は引用されていない。オドフレドゥスでは両法文で論じられていたことが、なぜバルトオルスでは切離されてしまっている理由は不明であるが、D. 18. 4. 21. の事案では個別物と集合体の対比が明白であることを考えれば、彼が事案を考えていないのではないかと思えるほど、彼の要約の仕方は不可解であると言わざるを得ない。

(115) この点につき、オドフレドゥスのテキスト参照。さらにバルトオルスにおいては論拠として D. 3. 5. 48(49): C. 3. 32. 3 が付加されているが、それについて彼がどのように事案の類似性を考えて論拠とするかは、一見しただけでは容易に理解できない。

D. 3. 5. 48(49): アフリカヌス 質疑録第八巻「私が売却した奴隷が、売主であるあなたからあるものを盗み、その奴隷の買主がそれを売却し、それが滅失した場合には、あなたが、私のものでもかかわらず、自己のものであると信じて事務を行なったときに与えられるように、代価について事務管理訴権が私に与えられよう。逆に、あなたが私に帰属する相続財産を自分のものと考えるので、「遺言者が」遺贈したあなた自身の物をすでに弁済してしまっており、またその弁済により私が「債務から」免れている場合には、あなたに私に対する事務管理訴権が与えられよう。」春木一郎訳「学説彙纂プロオタ」三九〇頁参照。

C. 3. 32. 3 アレクサンデルがドミナに「あなたの母あるいは夫があなたの土地を、あなたの意に反しているかあるいは知らないのに、正当に売却することはできない。しかし、あなたの物を占有者から、代価が提供されなくてさえ、取戻すことができる。§ 1 しかし、その後その売却についてあなたが同意するあるいは他の方法でその物の所有権(*proprietas*)を譲渡する場合には、買主に対しては無論いかなる訴権も持たないが、しかし女性の売主(*venditrix* Ⅱ母)に対しては代

価について事務管理の「訴権を」行使するのをあなたは妨げられない。」

(116) バルトオルスの誤解については、フアアベルのテキスト註(f)参照。

(117) D. 5. 3. 23 ウルピアヌス告示註解第一五卷「しかし、「相続財産の」善意占有者は代価を全て返還しなければならないか、あるいはヨリ豊かになつた場合に、全くそのよう観られるべきであるかどうか？ 受領された代価をあるいは失つた、あるいは浪費した、あるいは贈与したと、想定せよ。また、「到達した *Perennisse*」という文言はたしかに曖昧である。始めの計算であつたところのものが内容をなすのか、あるいは残つたものもか？ それで私は考える、元老院議決のそれに続く条項が、これもまた曖昧であるとはいへ、ヨリ豊かになつた場合にも、全くそのように適合する、と。§ 1 それゆえに、代価のみならず、罰金もまた、代価が支払われるよりも後に到達する場合には、なぜならば全体としてヨリ豊かになっているのだから、入らねばならない、と考える。たとえ元老院議決が代価についてしか語っていなくとも。」

D. 1. 24: パウルス告示註解第二〇卷「それに対して、暴力によつて追払われた場合には、それを原告は持ち得ないので、「善意占有者は」罰金を返還する義務はない。そのように、訴訟に出廷しない場合に、相手方が彼（＝善意占有者）に諾約していた罰金もまた返還される必要はない。」

このように、相続財産の善意占有者が占有侵奪者から得る罰金を、原告（＝相続人）が返還請求できるか否かが問題になっているのであるから、D. 1. 8. 4. 21. の事案では売主が不法占有者（占有侵奪者）から得る罰金を買主が返還請求できるか否かという問題と類似性があると理解できる。それに対して、アックルシウス以来の⑥における罰金の議論に関連させると理解できない。また、バルドウスからの要約抜粋（標準註釈参照）の末尾の文章にも同様の理解が成立つ。

〈小括〉

註解学派においては、法的な論点への集中が顕著になる。註解の様式において、とくに注目されるのは、法文の「要

約(summa)」と「区分(divisio)」とである。註釈学派に比べて事案自体の理解よりも法文の論点を鮮明にする「区分」に重点が置かれ(ブトリガリウス、デ・ロサアテ)、その論点(区分)に応じて「要約」が行なわれている。そこには外見上パウルス文の事案自体の厳密な考察は後退している(むしろ、法文の事案自体の考察は標準註釈に委ねられていると理解するのが適切かもしれない)が、法文から実務に適用しうる論点を抽出する註釈学派の志向^(17a)が現われている。そして、法文解釈においても実務的視点が注目される。例えば、相続財産問答契約が行なわれる意義についての効果からの考察(ブトリガリウス、デ・ロサアテ)が挙げられよう。

法文間の調和・矛盾の解消については、基本的に註釈学派以来の手法(Ⅱ「區別」)が踏襲されているが、異論が詳細に取り上げられ解決が行なわれている(異論の取り扱いについてもデ・ロサアテにおけるように、個々の法学者の見解が明示されるようになる)。

このように、標準註釈を補完する形で要約と法的論点の抽出が附加されることによって中世イタリアのロオマ法学の様式が完成される(イタリア学風 *mos italicus*)。

また、パウルス文については、権威あるバルトオルスにより、四つの論点が要約されている。しかし、註釈学派においても「物からの利得」と「行為からの利得」という区別の視点は必ずしも独立した一般準則にはなっておらず、「物の代価は物から得るのではない」という準則の背後で、具体的事案の参照の際の論拠にすぎない。重大問題である⑥の不衡平の問題については、バルトオルスも基本的にはアゾォ以来の見解を踏襲して方策として第一買主に代価の返還請求が認められるとする。結果的には標準註釈と同様の解決を維持している。ただし標準註釈の見解に異論を唱える学説も少なからず存在することがデ・ロサアテを通じて窺うことができる。

(山^a) ヴィアッカア七二頁参照。バルトオルスについて、佐々木②三〇一頁以下、同③法協八五卷八号三三頁以下参照。

Ⅳ 人文主義法学

一六世紀以来、イタリア学風に敵対する形で、古典文献学の手法を採り入れ、テキストの改竄批判を伴った古典法研究を行ったのが、人文主義法学⁽¹⁸⁾（フランス学風）であるといわれる。

5 クヤキウス

クヤキウスは、とくにパウルの質疑録を学説彙纂中の諸法文から再構成したうえで、解釈を行った。

〈テキスト〉

Venditor ex hereditate interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit: quæritur, quid ex stipulatione præstare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut & rem, & pretium debeat, & quidem si posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio: credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est: tunc rem debeat. Si ergo hominem vendiderit, & is decesserit: an pretium ejusdem debeat? non enim deberet Stichus promissor, si eum vendidisset, mortuo eo si nulla mora præcessisset. Sed ubi hereditatem vendidi, & postea rem ex ea vendidi: potest videri, ut negotium ejus agam, quam hereditatis. Sed hoc in re

singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero, & nec dum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero: mortuo eo, videamus, ne mihi tibi debeam ex empto, quantum moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, & sic filii, quasi alii non vendidissent: tibi enim rem debebam, non actionem: at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praeslem emptori: quasi illius negotium agam: quemadmodum fundi venditor fructus praesertim bonae fidei ratione: quantum, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit: nisi si culpa eius argueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente petii, & litis aestimationem accepi? utrum pretium illi debeo, an rem? utique rem: non enim actiones ei, sed rem praestare debeo, & si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero: nihil hoc ad emptorem pertinebit: nam si sine culpa desisti delinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem: & sic aestimationem quoque: nam & arcam tradere debet, exusto edificatio.

《訳》クヤキウス 旧学説彙纂註解 (ナポリ版 一七五八年) (表記の方法はオドフレドゥスと同じ)

パウルス質疑録⁽¹⁰⁾第一六巻 盛式朗読

相続財産或は売却訴権について、第二一法文(パウルス文の訳は省略する。)

この法文は、註記することにおいて価値ある多くのことを含んでおり、また、相続財産を売却した相続人と買主との間で、当事者双方から挿入される相続財産売買問答契約に本来関係するものである。Inst. 2. 23. 6. すなわち相続人は要約する買主に対して、彼の相続財産から自身に到達するあるいは到達するであろう、あるいは彼の悪意によって到達しないあるいは到達しないように為された金額が、そして、死者に何かの義務を負った者に対して、自身のために彼の名において何かある訴権、請求、訴求があれば、その全てを正に給付することを、諾約する。D. 45. 1. 50. 他方、買主は、要約する相続人に対して確定した代価を諾約する。D. 45. 3. 20. 同様に相続人が相続の名目と与えるであろう、支払うであろう、給付するであろうだけの額が、それだけ「[の額]」が相続人に給付されることを、諾約する。D. 18. 4. 18. そしてこれらの問答契約に關係するD. 18. 4. 2.; D. 50. 1. 6. 176. このことが諾約されるとして、想定せよ。「相続財産の売主」は、これはこの法文の冒頭で相続財産からの売主と、例えば土地からの売主、すなわち土地の売主のように、言われている、したがって相続財産の売主は、上述のような、それによ

つてその相続財産から彼に到達するであろうところの金額、などを買主に売主が諾約した問答契約が行われたので、相続財産上の何かある奴隷を訴求したが、その奴隷を別に他人に売却して、そして代価を受領した。問われているのは、その奴隷の名義において前述の問答契約に基づいて、何を買主に給付しなければならぬか、すなわち奴隷か、代価かということである。なぜならば奴隷も彼に到達した代価も「彼に到達した」からである。両方とも給付する必要はないということも確かである。そして、まず奴隷が、次に代価が彼に到達するとすれば、その両方が相続財産の買主に給付されるのは衡平ではない。「また」二重に問答契約が効力を生じるのも衡平ではない。二重にある何かのやり方で給付されるのも同様である。すなわち物と物の代価が許されない利得とは二重に同じ物を要求することである。C. 5. 37. 25. したがって、質疑は、物あるいは代価のいずれをその問答契約に基づいて相続人は相続財産の買主に給付しなければならないのか、ということである。パウルスは区別している。相続財産の売却と問答契約が奴隷の売却の後であるか、「あるいは」相続財産の売却が奴隷の売却に先行しているかである。先的事案では、問答契約に基づいて相続人は、相続財産が売却されたときと問答契約が行われたときにすでに彼に到達しているであろう、代価について義務を負う。C. 5. 37. 25. 後の事案では、すなわち相続財産の売却の後にその相続財産の中から奴隷を相続人が売却した場合には、「相続人は」奴隷を買主に「給付」しなければならぬのであって、代価ではない。なぜなら、相続財産の売却のときに奴隷を持っていたからである。しかし、もし同じ事案で、奴隷よりも先に相続財産が売却され、その上、そのように奴隷が相続財産の買主に「給付され」なければならぬ開始の場合にはどうか。すなわちもし後にその奴隷がその運命により死亡した場合にはどうか、と私は言う。あるいは、明らかに奴隷が相続人の遅滞前に、すなわちその奴隷について相続人が催告される前に、死亡していた場合には、「相続人は」彼が受領した奴隷の代価について買主に対して義務を負わされるのか「否か」。この場合には、「奴隷が」遅滞前に死亡しているので奴隷について義務を負わない。と言い得るし、また、相続人が受領したものの代価「についても義務を負わないと言い得る」。というのは要約者に対して諾約されたステイクスが遅滞前に死亡したとすれば、たとえその間にステイクスが他人に売却されてその代価を諾約者が得たとしても、ステイクスについても代価についても「諾約者が」義務を負わないこと、とにかく諾約者が債務を免れることは確かであるから。D. 45. 1. 23. しかしパウルスは、ここで問題となつてゐる事件においては反対に、「売主は」代価について相続財産の買主に対して義務を負うと、考えている。なぜなら非常に異なつてゐるからである、と言つてゐる。すなわち相続財産が売却されるとそれは相続財産全体の権利であるところの無体の権利であり、あるいは個別の物が売却されるとそれはすなわち有体あるいは確定した特定のものである

かであるからである。私はまず売却された相続財産について述べよう。私があるあなたに相続財産を売却し、次いで他人にステイクスを相続財産の中から——というのは私が相続人としてステイクスを私の権利によって売却したので——「売却した」場合には、たとえステイクスが遅滞前に死亡したとしても、私はあなたに、私が受領したステイクスの代価について、あるいは代価に関する訴権について義務を負う。なぜならば彼の売却において、すでに私が全相続権について義務を「あなたに対して」負っており、あなたの事務を「私が」行ったと観られるからである。「すなわち」私は私の事務を行ったというよりもあなたの事務を行ったと観られる、と私は言う。そしてこのことは、そのものの財産のというよりも、むしろそのものの事務を行なう——それはすなわち私の事務である相続財産の事務というよりもむしろ相続財産の買主の「事務を」ということである。——と観られ得る、が述べることである。なぜなら以下で、何事かを相続人として私が為した場合には、それを買主にあたかも彼(買主)の事務を行ううように私が給付することが黙示的に合意されたことと観られる、と述べているように、相続財産は私のものであるからである。そしてこの理由によって相続財産の買主に対して、相続財産上の奴隷の売却に基づいて私が得た、代価についての義務を負うか、あるいは代価についての訴権に関しての義務を負う、すなわち相続財産の買主の売却に基づく訴権を譲渡しなければならない。要するに、あたかも相続人のように私が受領したものは何であれ、それを相続財産の買主のために保持しなければならず、またそれが黙示的に合意されたものと相続人と相続財産の買主の間では観られる。および本法文(II C 18. 4. 21)。さて今や売却された個別の物について述べることにしよう。まず私があるあなたにステイクスを売却し、引渡さなかつた、その後他人に同じ奴隷を売却して代価を受領し、次いでステイクスが遅滞前に、すなわち私がステイクスをあなたに引渡さなかつたことが私の責任によるより前に、死亡した場合には、私は何の義務も負わない、受領した代価についてさえ。なぜならそれ(代価)はステイクス自体から私が得たのではなくて、私の行為および賢明さのゆえに得た、(すなわち)あなたではなく私のために事務が行われたからである。あたかも売却の完成後に、また引渡し前に売却された物から私が得たように、例えば、売却された土地から果実を私が得たら、それらがあなたに義務付けられる D. 19. 1. 13. 10; D. 22. 1. 38. 8; C. 6. 47. 3、なぜなら、代価を全て計算する場合には、例えばパウルスの断案録第二巻売買の章が付加しているように、売買の日から、果実は全て買主に帰属するので。当該箇所では、隠蔽され、また訂正された巻本に基づいて「代価等々、の場合には、売買の日から」と読まれるべきであるように、「私が代価を取得した場合には」、と私は言う。というのは、偶然に土地を他人の物のように懈怠したり、または住まなかつた場合には、私のドオルスあるいは、果実を私が得ることが出来たにもかかわらず収取しなかつたというように為されたクルパが立

証されるのでなければ、收取されるべき果実については私は義務を負わず、その（Ⅱクルバが立証された）場合には、果実を收取した場合と同様に私はみなされるから。このことは法文において、この土地の売主が果実を誠意を理由として——当然誠意（訴権に属する）、すなわち購買訴権によって——果実を給付するのと同じであるという文言によって示されることである。たとえ、他人のもののように懈怠した場合には、すなわち土地引渡しの前に果実を收取していなかった場合、彼のクルバが証明されるのでなければ、何も彼に帰せしめられ得ないと法文が言っているとしても。しかしそれに対して、奴隷があなたに売却され、その後他人に売却されて代価が受領された場合には、私は代価を売却された物からは得なかつた。なぜならば、その物は代価を生じていないからである。そのゆえに、それ（Ⅱ代価）を第一買主に給付する義務を私は負わず、私は物の所有者に対して義務を負う D. 12. 1. 23. 買主に対しては、「買主が」未だ所有者になつていないので、私は未だ義務を負わない。そして、その奴隷を他人に売却していなかった場合と同様に私は義務を免がれる。そしてまた、例えばあなたに売却したステイクスが「奴隷から」解放した後、遅滞前に彼が死亡した場合にも、私が彼を「奴隷から」解放しなかつた場合と同様に私は義務を免がれる。D. 44. 7. 45. および D. 46. 3. 92. なぜならステイクスについてあなたに私は義務を負い、また彼は私のドルスもクルバもなくして死亡したのであるから、私はあなたに対して、売却訴権、すなわち第一買主に対する代価に関する訴権について義務を負わない。したがって、私はあなたに対して、偶然その訴権を通じて「結果として」得たところの代価について義務を負わない。訴権が与えられて然るべきではない人には、訴権の利益も与えられて然るべきではなく、また逆に、訴権の利益が与えられて然るべきではない人には、訴権が与えられて然るべきではない。そしてなぜならばすなわちあなたに対して物について義務を負うのであつて、訴権——すなわち代価の訴権、売却訴権——ではないからであるが述べていることをそのように解釈すべきである。なぜならば、この理由をパウルスが続く質疑の中で用いているからである。以下のように事案を想定せよ。私が個別の物をあなたに売却したが、それを、売却の時に、私ではなく、他人が占有していた。その後その占有者から物の取り戻しを私が行い、そして審判人の判決によつても命令どおりに「占有者が」物を返還しないので、D. 6. 1. 68. 訴訟物の評価、すなわち物の代価、を占有者から得た。そしてその事は売却に類似している。訴訟物の評価は売買に類似している D. 41. 4. 3. D. 25. 2. 22. この事案で、私は第一買主に対して義務を負つている場合、私は何を「給付」しなければならぬか、物が代価か、あるいは訴訟物の評価か。それで、私は彼に物が帰属する、あるいは利害関係のあるかぎりで物が給付される、と私は解答する。このことは常に理解される。なぜなら私が彼に給付しなければならないのは物であつて、対物訴権でもなく、代価に関する訴権でもないからである。そ

れゆえに、その訴権によって私が得たものもまた「給付する義務はない」。「そして」同じ理由によって、私が物を売却し、その占有から暴力によって追い払われたかあるいはその物が私から、売却前にひそかに盗みだされた、さらに次いで私が二倍額を窃盗訴訟によって「結果として」得た場合に、それを私は買主に給付する義務を負わない。なぜなら私が彼(「買主」)に対して義務を負っているのは物であつて、訴権ではないからである。それゆえに私は彼(「買主」)に対して訴権の利益についても義務を負つてはいない。そしてこのことは、すでに売却の時に占有を失っていた場合に「妥当する」。なぜならば、売却後に私のクルバなくして生じた場合には、私はいかなる訴権であれ、買主に対して義務を負う。D. 47. 2. 14. D. 18. 1. 35. 4. 私が訴権について、したがつて訴権の利益についても、例えば窃盗訴権によって得た二倍額についても、義務を負う場合には、この法文の末尾が付け加えるように。物の売却後、売主が何か別の事案でドオルスもクルバもなくして占有を止めた場合、すなわち、単に彼(「売主」)のクルバとドオルスが欠けている場合には彼は彼のそのような諸訴権を買主に給付する義務があるのであつて、物ではない。したがつて、それらの諸訴権によつて得たところのものも「彼は給付する義務がある」。並びに、彼のクルバなくして売却後建物が焼失することにより、「彼は」残っている土地のみを給付する義務があるのであつて、建物をではない。それに対して彼は、すでに焼失した建物を売却した場合には、全く、建物を、あるいは建物に利害関係のあるものを、あるいは土地のみを給付する義務を負うであろうD. 18. 1. 57. 1)の「法文(D. 18. 4. 21)」については、アックルシウスがこの法文において試みたことが注意されるべきである。すなわち、一人に奴隷を売却したが、引渡してはおらず、また、ついで同じ奴隷を他人に売却して代価を受領した者は、遅滞前に奴隷が死亡したとしても、衡平に基づいて第一買主に対して義務を負うということである。これを私は真ではないと言う。なぜならパウルスが、代価を給付しないのは明らかである、と後代に伝えていること、それを法の質疑の中では最も注意されなければならない衡平から「パウルスも当然」引き出しているであろうから。しかるにアックルシウスはいかなる根拠によつて動かされたのか? 明らかに偽罪の罰によつて、すなわち同一物を二人に異なつた時に全体として売却した者が義務を負うということ「である」D. 48. 10. 21. 「売主が」罰によつて懲らしめられる場合には、それゆえに売却物の代価も彼から持ち去られねばならず、またむしろ「その代価は」、「売主が」その罰を受けることになる行為から何事も利得しないように、第一買主に給付されなければならない。しかし、このように、まったく、同一物を二人に売却した者が、その両者に債務を負い続ける場合には、偽罪で罰せられる。さらにそのうえ、二人のうちの一方の債務から免れる、例えば遅滞前に生じた滅失によつて「免れる」場合、この事件におけるように、罪の、および偽罪の罰の外にある。さらにアックルシウスは動かされ

ている、D. 18. 6. 1. 3^{fin} によつて。そこでは、ワインを売却し、ワインを分配するために買主に予め期日を定めたが、そのワインの分配をしないで、また、予め定められた期日までにはワインを分配しない者が訴えられている。法文は言う、ワインの壺がなくて困っている売主が、明白に前もつて買主にワインを運びさるよう、あるいは将来ワインが棄てられることを知っているように証人の前で指示した場合には、ワインを棄てることができる、と。しかしまた付け加えている、「しかしワインを棄てることのできたにもかかわらず、売主がそうしなかつた場合には称賛されるべきである」と。なぜならば、適當であるのは、ワインを入れる壺を持つこと、あるいはワインが売却されるときに入れられる壺が空であることが重要であるとしても、買主が売主に、はからずも請負つた壺の報酬を給付するかどうかということだからである。実際、なるほどヨリ有益なのは別の器が請負われることである、がしかし、別の器の請負の報酬が支払われるのでなければ、ワインを買主に償うことではない。あるいは、たしかに売主は誠意によつて売却して、無くて困つてゐるところの壺を空けなければならず、他方、代価を買主のために保持しなければならぬ。そしてそのようにこの種の事案においては、代価は買主のものとなるのが相応しい。しかしこのことは、その場合誠意により、ワインを捨てること——それが買主を破滅に陥れるので——を望んでいない「売主が」買主の事務を行なつてゐるがゆえに、買主の物が出来る限り小さい損害で済むように——それはすなわち買主がワインと代価を失うことのないように買主の事務を行なうということである——努める。しかし、提示された事件では、売主は自己の事務を行なつたのであつて、買主の事務を行なつたのではない。

〈テクスツト続〉 JACOBI CUIACII J. C. PRAESTANTISSIMI TOMUS QUINTUS VEL SECUNDUS OPERUM

POSTUMORUM (Opera Omnia. Tomus V. NEAPOLI 1758) col. 1121 sqq.

In lib. XVI. QUESTIONUM PAULI, RECTATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXI. de Hereditate) vel actione) vend (ita). (法文は前掲)

HÆC lex continet multa notatu digna, & proprie pertinet ad stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, quæ ex utraque parte interponuntur inter heredem, qui hereditatem vendidit, & emptorem, §. *ergo si quidem. Inst. de fideicom. hered.* namque heres emptori stipulanti promittit, quanta pecunia ad se ex hereditate sua pervenerit, dolove malo suo factum est, eritve, quo minus perveniat perveneritve, quæque sibi eo nomine actio, petitio, persecutio erit, adversus eum, qui quid defuncto debuit, ea omnia recte præstari, *l. 50. de verb. oblig.* Emptor autem heredi stipulanti promittit certum pretium, *l. 20. §. ult. de stipul. serv.* Promittit item, quantam pecuniam heres nomine hereditario dederit, solverit, præstaverit, tantam heredi præstari, *l. 18. hoc tit.* Et ad has stipulationes perinet *l. 2. hoc tit. & lex pecuniæ 176. de verbor. signific.* Quo præmisso, finge: Venditor hereditatis, quod initio hujus l(egis) dicitur venditor ex hereditate, ut venditor ex fundo, id est, venditor fundi: venditor igitur hereditatis, interposita supradicta stipulatione, qua ipse promisit emptori, quanta pecunia ad se ex illa hereditate pervenerit, &c. servum quendam hereditarium persecutus, eum alii vendidit separatim, & pretium accepit. Quæritur *ejus servi nomine ex stipulatione supradicta, quid emptori præstare debeat, utrum servum, an pretium?* Nam & servus ad eum pervenit & pretium. Utrumque non debere præstari certum est, & si primum servus, deinde pretium ad eum pervenerit, æquum non est utrumque præstari emptori hereditatis: æquum non est bis committi stipulationem, idemque bis quodammodo præstari: rem & pretium rei: præda est bis idem exigere, *l. 25. de adm. tut.* Quæstio igitur hæc est, *utrum rem, an pretium ex ea stipulatione debeat heres emptori hereditatis?* Paulus distinguit: aut venditionem servi secuta est venditio hereditatis & stipulatio, aut præcessit venditio hereditatis venditionem servi, Priore casu, ex stipulatu heres pretium debet, quod jam ad eum pervenerat tempore venditæ hereditatis, & interpositæ stipulationis, *l. 2. §. pervenisse, hoc tit.* Posteriore casu, id est. quum post venditam hereditatem servum ex ea vendidit heres, servum debet emptori, non pretium, quia servum habuit tempore venditæ hereditatis. At quid si eodem casu, quum prius veniit hereditas, quam servus, atque ita servus deberi cœpit emptori hereditatis: quid, inquam, si postea is servus vita decesserit suo fato, an tunc pretium servi debetur emptori hereditatis, quod heres accepit, videlicet si servus interierit ante moram heredis, id est, priusquam super eo heres interpellaretur? Posset dici, nec hoc casu servum deberi, quia periit ante moram, nec pretium ejus, quod heres accepit, ut mortuo ante moram Stichus, qui stipulanti promissus est, certum est, nec Stichum nec pretium deberi, etiamsi interim eo alii vendito, pretium ejus promissor sit consecutus, sed omnimodo liberari promissorem, *l. si ex legati causa, de verb. obl.* Paulus tamen contra in specie proposita putat, pretium deberi

emptori hereditatis, quia multum interesse ait, utrum venierit hereditas, quod est jus successionis universum, jus incorporale: an venierit res singularis, id est, corpus aut species certa. Dicamus primum de hereditate vendita. Si tibi vendidi hereditatem, deinde alii Stichum ex ea hereditate, quia eum quasi heres vendidi jure meo, etsi Stichus perierit ante moram, debeo tibi pretium Stichi, quod accepi, aut actionem pretii, quia in eo vendendo videor tuum negotium gessisse, cui jam debebam jus omne successionis, videor, inquam, tuum negotium gessisse magis quam negotium meum, aut hereditatis meæ. Et hoc est quod ait, *potest videri, ut negotium potius ejus agam, quam hereditatis ejus*, id est, emptoris hereditatis potius, quam negotium hereditatis, quod est negotium meum, quia hereditas est mea, ut infra ait, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id præstem emptori quasi negotium illius agam. Et hac ratione emptori hereditatis debeo pretium, quod redegam ex venditione servi hereditarii, aut actionem pretii, debeo cedere emptori hereditatis actionem ex vendito; denique quodcumque quasi heres percepi, id servare debeo emptori hereditatis, idque agi tacite videtur inter heredem & emptorem hereditatis: & hæc de hered. vend. Dicamus nunc de re singulari vendita. si tibi primum vendidi Stichum, non tradidi, deinde alii eundem servum vendidi, pretium accepi, mox Stichus interierit ante moram, id est, antequam per me staret, quo minus eum traderem tibi, nihil debeo, nec pretium quidem, quod accepi, quia id non ex Sticho ipso percepi, sed ex negotiatione & solertia mea, mihi non tibi gesto negotio, sicut post perfectam venditionem, & ante traditionem ex re vendita percepissem, ut si ex fundo vendito fructus percepissem, eos tibi deberi, *l. Julianus, §. si fructib. de act. emp. l. videamus, §. ex causa, de usur. & l. pen(ultima). C. eod(em titulo)*. quia ex die emptionis, omnes fructus pertinent ad emptorem, si pretium omne numeraverit, ut adjecit Paulus *2. Sent. tit. ex emp. vend.* illo loco sicut legendum, ex abstrusioribus, & castigatioribus libris, ex die emptionis, si pretium, &c. si percepissem, inquam, pretium, Nam de fructibus percipiendis non teneor, si forte fundum neglexi ut alienum, neque colui, nisi dolus aut culpa mea arguatur, qua factum sit, ut cum fructus percipere possem ex re vendita, non perceperim, quo casu perinde hebeor, ac si eos percepissem. Quod significatur in hac lege his verbis, *quemadmodum fundi venditor fructus præstet bonæ fidei ratione*, actione scilicet ex empto, quæ est bonæ fidei; quamvis, inquit, si neglexisset ut alienum, id est, si fructus non percepisset ante traditionem fundi, nihil ei imputari posset, nisi si culpa ejus argueretur. At servum tibi venditum, si postea alii vendidi & pretium accepi, pretium non accepi ex re vendita, nec enim ea res pecuniam gignit. Ideoque id priori emptori præstare non teneor, domino rei teneor, *l. si eum servum, de reh. cred.* Emptori nondum facto domino nondum teneor, & perinde

liberor, atque si eum servum alii non vendidissem, ut & si Stichum tibi venditum manumissem, post ille interiisset ante moram, perinde liberor, atque si eum non manumissem, *l. is qui ex stipulatu, de oblig. & action. l. si mihi alienum 92. de solut.* quia Stichum tibi debui, & is desiit esse in rerum natura sine dolo aut culpa mea: non debui tibi actionem ex vendito, actionem pretii contra posteriorem emptorem, ergo nec debeo tibi pretium, quod forte per eam actionem consequutus sum: cui non debetur actio, nec emolumentum actionis debetur, & contra, cui non debetur emolumentum actionis, nec debetur actio. Et ita interpretandum quod ait, *tibi enim rem debebam, non actionem*, id est, actionem pretii, actionem ex vendito: nam hac ipsa ratione utitur Paulus in quæstione sequenti. Finge: Rem singularem tibi vendidi, quam alius possidebat. non ego, venditionis tempore. Postea ab eo possessore rem vindicavi, & eo iudicis arbitrio non restituente rem juxta ordinem, *l. qui restituere, de rei vindic.* litis æstimationem, id est, pretium rei possessori extorsi, quæ res similis est venditioni. Litis æstimatio similis est emptioni & venditioni, *l. litis, pro empt. l. si propter, rer. amot.* Hoc casu cum teneor priori emptori, quid debeo, rem, an pretium, aut litis æstimationem? Et respondeo ei rem deberi, aut quanti interest rem præstari: hoc semper intelligitur, quia rem ei præstare debui, non actionem in rem, non actionem pretii. Ergo nec quod ea actione consequeretur, eademque ratione si rem vendidi, cujus possessione vi eram dejectus, vel quæ fuerat mihi furto subrepta ante venditionem, ac deinde per actionem furti duplum sim consequutus, id non debeo præstare emptori, quia rem ei debui, non actionem: ergo nec ei debui commodum actionis. Et hoc si jam venditionis tempore rei possessionem amiserim. Nam si post venditionem hoc contigerit sine culpa mea, etiam quamcunque actionem emptori debeo, *l. eum qui, de furt. l. quod sæpe, §. si res, de contr. emp.* Si debeo actionem, ergo & commodum actionis, puta duplum, quod actione furti sum consequutus, ut addit in fine h(uius) legis. Si post venditionem rei venditor sine dolo aut culpa desierit rem possidere quodam alio casu, si modo absit ejus culpa & dolus, actiones tantum suas debet præstare emptori, non rem, Ergo & quod propter eas actiones consequutus fuerit, ut litis æstimationem, aut pœnam dupli, vel quadrupli, ut & sine culpa ejus exusto ædificio vendito post venditionem, debet præstare emptori aream tantum, quæ restat, non ædificium, qui tamen si vendidisset ædificium jam exustum, omnino deberet præstare ædificium, vel id quod interest ædificium præstari, vel aream solam, *l. demum, de cont. empt.* Ad hæc notandum hoc tantum, quod tentat Accursius in hac lege, eum, qui servum uni vendidit, nondum tradidit, ac deinde etiam enudem vendidit alteri, & pretium accepit, mortuo servo ante moram, ex æquitate pretium debere priori emptori: hoc, inquam, non esse verum, quia quod Paulus tradit

palam pretium non deberi, id sumit ex æquitate, quæ in quæstionibus juris maxime spectanda est. At quo argumento movetur Accursius ? nempe quod pœna falsi teneatur is, qui eandem rem duobus vendidit in solidum diversis temporibus, *l. qui duob. 12. ad le. Com. de fals.* Si pœna coercetur, ergo & pretium rei vendiditæ ei auferri debet, & præstari potius priori emptori, ne quid lucretur ex facto, cujus pœnam subiit. Verum ita demum is, qui eandem rem vendidit duobus, coercetur pœna falsi, si utrique obligatus maneat: at si alterius obligatione liberatus fuerit, puta rei interitu, qui contigerit ante moram, veluti in hac specie, extra crimen est, & pœnam falsi. Movetur etiam Accursius *l. I. §. licet, in fi. de peric. & comm. rei vend.* ubi agitur de eo, qui vendidit vinum. & diem præstituit emptori ad metiendum vinum, quo cessante, nec admetiente vinum intra præstitutum diem, lex ait, venditorem, qui vasis vinariis indiget, posse vinum effundere, si modo testato prius denuntiet emptori, ut tollat vinum, aut sciat futurum ut effendatur. At subjicit: *si tamen cum posset vinum effundere, id non fecerit venditor, laudandus est.* Nam satis est si emptor ei præstet mercedem vasorum, quæ forte conduxit, cum interesset ejus habere vasa, in quæ vinum infunderet, aut inania esse vasa, in quibus vinum fuit venditum: Et sane, inquit, commodius est conduci alia vasa, nec reddi vinum emptori, nisi reddat mercedem conductionis aliorum vasorum: aut certe venditor debet vinum bona fide alii vendere, & exinanire vasa, quibus indiget, pretium autem servare emptori, & sic in ea specie pretium debetur emptori. Sed hoc ideo, quia ibi bona fide negotium gessit emptoris, nolens effundere vinum, quod poterat effundere in perniciem emptoris, dedit operam eo modo, ut quam minimo detrimento ea res esset, emptori, idest, negotium egit emptoris, ne vinum emptor amitteret & pretium. At in specie proposita venditor suum negotium gessit, non emptoris.

(118) 人文主義法学については、グイアツカア七六頁以下、シエロツサア四三頁以下、オリグイエ・マルタン六三二以下、野田二七六頁以下、山口一八五頁以下、船田一卷五三三頁以下参照。

(119) クヤキウスについては、西村隆馨志『キエシヤスと「法の歴史学」』(一)愛媛法学会雑誌一九卷一号(一九九二年)一頁以下参照。とくに彼のロオマ法研究については二一頁以下参照。

(120) 彼は、ロオマの法学者の代表的な著作について幾つか再構成(Palingenesia)を行なった上で講義を行なっているが、「パウルスの質疑録」についての講義の見出しには一五八八年とある。

- (121) この場合は④の事案であると考えられる。
- (122) ここから⑤の事案の議論へ移っていると思われる。
- (123) ここから⑥の事案の議論へ移っている。
- (124) インテルポラチオを考えていると思われるが、クヤキウス自身の説明を発見できなかった。Vgl. Index. 註(3) S. 325.

《解説》

クヤキウスでは、標準註釈以来の三区分はみられず、冒頭で、この法文が価値のある事項を多く含み、とりわけ相談財産問答契約に関連するものであることを指摘して、まず相続財産問答契約に理解を出発点として(後述②)、パウルス文の思考過程に沿った解釈を行っている。

第一部分については、①基本事案を、売主を相続財産の売主(しかも相続人と同視しているようである)、買主を第一買主、相続財産を売主(＝相続人)に相続財産から帰属するところの金銭等すべてと理解している。その他特殊な事案理解としては、まず第一買主に相続財産売却と問答契約、次に相続財産上の奴隷を訴求、その後その奴隷を第二買主に売却して代価を受領した。ただし第二買主に奴隷が引渡されたとは考えておらず、むしろすぐ後の叙述では売主のもとに奴隷も代価もあるように理解していると思われることである。

② 彼は、パウルスの質問を「その奴隷の名義で、問答契約に基づいて何を買主に給付しなければならぬか」と理解しているが、すでにここで④⑥の事案と共通の目的物を想定している。

この法文が相続財産問答契約に関する重要法文と考えるクヤキウスは、相続財産問答契約の再構成を行なうことから積義始めている。⁽¹⁵⁾これも古典法研究を第一と考える、彼的事案理解の第一歩といえようか。同じく問答契約の意義に関して高い関心を持ったデ・ロサァテが結果の違いから問答契約の効用に重点を置いたのとは対照をなす。

そして、「問答契約が二重に効力を持たない」というパウルスの質問の理由につき、クヤキウスは、奴隷も代価も売主に到達している状況を考えて両方を第一買主に給付するのは衡平でないという標準註釈以来の解釈に従う。

③ パウルスの解答については、パウルスの区別は、問答契約と奴隷の売却とどちらが先かによる、と理解している。そして前半部分(α)を、奴隷売却が先、相続財産売却が後の事案と理解し、相続財産売却問答契約締結時にすでに代価が売主に帰属している代価について義務を負う、と解する点は標準註釈以来の理解に従っている。

それに対して後半部分(β)を、相続財産売却が先行し、奴隷売却が後の事案と理解し、相続財産売却時に奴隷を持っていたので、奴隷について義務を負う、と解する。この点は標準註釈と見解を異にする。これは問答契約文言の理解が基礎にあることによると思われる。

④ ステイクスの死亡事案については、基本事案①との関連では③(β)と同一事案であって、すでに相続財産上の物(＝奴隷)について給付義務を負っているところ、さらに滅失が生じた場合を想定している、と考えられる。このような理解はそれまで為されておらず、パウルス文の脈絡に沿って、いわばパウルスの思考過程を辿るクヤキウスの解釈方法で注目されるべきものと思われる。この場合の諾約者の責任については、遅滞がなければ諾約者に物給付の義務なしとするパウルスの判断がD.45.1.23.(註(57)参照)に基づき当然のことと考えられている。

⑤ 相続財産中の個別物の売却事案については、第一に、④が特定された・有体の個別物の事案であるのと異なり⑤が相続財産という集合体の権利(jus successionis universum)が問題の事案である点で対比される、第二に、④では相続財

産売却時に奴隷が売主に未到達で到達後さらに給付義務を負った事案であるのに対して、⑤では相続財産売却時にすでに相続財産中に元々存在していた奴隷を、さらに他人に売却した事案である点で（さらに訴求がない点で①とも）異なる。ここでの彼の事案理解は③での相続財産売却と相続財産上の物の売却の前後関係によるパウルスの区別を拠所として展開させているものと考えられる。

「相続財産の事務というよりも買主の事務を行なったと観られる」という理由説明については、同じ相続財産に関する事案である⑦での黙示の合意の議論と関連させて理解している点が注目される。

⑥ 二重売却された個別物の滅失事案については、事案の理解の理解としては、特筆すべきことはない。

また、三つの論拠についての理解については、(Y)のパウルスの理由付けを基本的にパッサヌス、アゾオ以来の「買主の賢明さによって得たのであって物自体から生じたのではない」という見解に従って理解している。また、(δ)のパウルスの理由付けに関しては、物の所有者という観点を持ち出して考える。すなわち、第一買主は未だ所有者ではなく（代価未払い・引渡しもないことを理由とすると考えられる）従って物引渡しの義務もまだ発生していない、それに対して第二買主からの代価受領は所有者に物引渡しの義務を発生させるだけである。それゆえにこの物滅失の場合では、第一買主に代価についての義務も負わず、また「あたかも他人に売却していなかった」場合と同様に義務を免れるという理由説明として理解している。(ε)については、物滅失のこの事案では売主訴権から免れるので、売主訴権から売主が偶然得た代価（さらに利害関係あるもの）についても義務を負わないという意味に解釈すべきと解して、この理由付けが⑨⑫にも一貫してパウルスの視点になっていると説明する。

また、クヤキウスは、解釈の末尾で、パウルスの解決に不均衡があると主張するアックルシウスの論拠(D. 47. 10. 21; D. 18. 6. 1. 3 in fin. 註(59) (60) 参照)についての検討を行なっている。第一に、偽罪に関するD. 48. 10. 21. と

の関係につき、パウルス的思考には当然衡平が考えられているはずだから、パウルスの「代価を給付する義務がないのは明らかである」とする見解を前提として、偽罪成立の可能性については否定しない。そしてこの事案では物滅失の場合に売主が何らの義務も負わないこと、偽罪の罰の妥当する事案ではない、と結論する。この事案の理解はオドフレドゥスにも近いと考えられるが、オドフレドゥスが論理的整合性から結論したのに比べ、クヤキウスはパウルスの思考を基本にしている点が注目される。第二に D. 18. 6. 1. 3. (ワインの売主の事案) については、事案を詳細に説明して、その事案ではワインの売主が買主の事務を行なっているのに対してこのパウルス文の事案は売主が自己の事務を行なったものであるから、事案の異なる論拠によるアックルシウスの判断が容れられないことを主張する。ここでも、中世の議論に比べ事案の事実についての詳細な検討が観られる。

⑦ 相続財産の場合については⑤の中で論じられた。

⑧ 果実収取の問題については、彼は、代価と果実とを関連づけて論じている。これは *quemadmodum* 以下の文に忠実であろうとする解釈である。

⑨ ~ ⑫ をクヤキウスは⑧と同じ理由 (*ratio*) を用いて、「物から代価が生じない」事案の売主の義務をパウルスが検討していると解釈し、⑨⑩については、⑥ (Y) の「売主の義務は物であつて訴権でない」と同じ理由が一貫して適用されているとする。クヤキウスは、⑨他人の占有している物を売却した売主の場合には、「物が帰属するか利害関係のある限りで物」であつて「対物訴権でも、代価についての訴権でもない」とする。そして⑩占有喪失事案でも、やはり売主の得た二倍額も義務とはならない。それに対して⑪⑫を「ドオルスもクルバもなくして占有を止めた売主」の事案と位置付け、逆に、⑪では「物ではなく訴権、さらに訴権によつて得たもの」について義務を負うことになり、⑫では残った敷地について義務を負うことになるのだと、パウルスの思考過程を説明する。

このように、クヤキウスのパウルス文解釈は、古典法におけるパウルスの質疑と解決の過程を跡付けながら行なうところに特色があるといえよう。

(125) テクスト中の問答契約文言の再構成は、①相続財産の売主が買主に対して諾約するもの、②買主が相続財産に対して諾約する問答契約文言もの、の両者について行なわれており、両方について行なうのは古典法の実態を追求する志向を示すものと理解される。この点法文の単なる引用に終わり、また適切な論拠とは必ずしも言えないD. 33. 9. 5に基づき議論していた標準註釈、オドフレドゥスとは異なる。相続財産の売主の責任についての議論に差当り必要な①についてクヤキウスの論拠・D. 45. 1. 50. ウルピアヌス告示註解第五〇卷「§ 1. 同様に『あなたに到達するであろう、あるいはあなたの悪意によって到達しないように為され、為されるであろうだけの金額が』という相続財産購買問答契約によって、あるものが到達しないようにした者が、義務を負うということを疑うものは無い」

さらに関連法文として、D. 18. 4. 21. ウルピアヌス サビイヌス註解第四九卷「§ 1. 売却された相続財産においては死亡した時の額かあるいは相続承認した時の額かあるいは相続財産が売却される時の額が考えられているのかどうかを観られるべきである。ヨリ正しいのは、合意されたことが守られねばならない、ということである。ところで、売却が為される時までに(＊)相続財産から到達するもの、それが売却されたと観られる、ということが大概の場合に合意されると観られる。§ 3. どのように相続財産の売主に到達したと観られるか、が問われる。それで私は以下のように考える、もちろん売主が相続財産上の物の物体(consus)を入手する前には、それらの物の訴求あるいは訴権を委任し得る限りで、彼(＝売主)に到達したと観られる、がしかし、物体を入手したあるいは債務「の目的物」(obis)を訴求した場合には、ヨリ完全に彼に到達したと観られる、と。また相続財産売却の前に売却した物の代価を得た場合でも、物の代価が彼(＝売主)に到達していったことは明らかである。効果を伴って到達したことが把握されるべきであって、まず理性による(prima ratione)のではない。それ故に遺贈の名義である者が給付したものは、彼(＝売主)に到達したとは観られない。しかし、あるものが他人の銅(＝債務 aerum alienum)に属する場合あるいは他の相続人の負担に属する場合にも、到達が否定されても正当である。しかし売却前に「売主が」贈与した諸物の代価が給付されることを衡平の理が要求する。」

(*) Pothier, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae* (Paris 1818) t. I p. 549, n. 6) は「すなわち、死亡した日からその時まで」と説明する。(**) 仏訳は「彼に到達していたとまず思われる」と訳し、独訳は「直観による」と訳し、英訳は「理性による」と訳してゐる。

D. 50. 16. 176. ウルピアヌス、サビイヌス註解第四五卷『弁済の』という文言によつてあらゆる種類の満足が理解されるべきことは認められている。我々は、為すことを諾約したことを為した者を『支払う』『者』と言う』なお船田第三卷五五八頁註三参照。

(126) D. 12. 1. 23. (註(58)参照) を論拠とする。

6 ファアベル

ファアベル⁽¹²⁷⁾の『学説彙纂推論集』では、古典法を追求する——ここではロオマ古典法の中でのパウルス⁽¹²⁸⁾の思考を辿ること——解釈が、クヤキウスよりもヨリ徹底した形で行なわれているといえる。その書名のとおり、法文中の推論(理由 ratio) を分析するもので、法文中の推論について疑いのある点を示して(疑いの理由 ratio dubitandi)、その疑いの解決を試みるもの(決疑 decisio)である。彼の再構成したテキストから観る。

〈テキスト〉(Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, t. III (Lugduni 1663) p. 348 et ss. ⁽¹²⁸⁾)

21. PAVLVS libro 16. Quaestio. n.

Venditor ex hereditate, interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alij vendidit. quaeritur, quid ex stipulatione

præstare debeat? nam bis vtique non committitur stipulatio, vt & rem & precium debeat. (a) Et quidem si postea, quam heres rem vendidit, intercessit stipulatio: credimus precium in stipulationem venisse. quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est: (b) tunc rem debebit. si igitur hominem vendiderit, & is decesserit: an precium eiusdem debeat? non enim deberet Stichus promissor (si eum vendidisset) mortuo eo, si nulla mora præcessisset- sed vbi hereditatem, & postea rem ex ea vendidi: (c) potest videri, vt tam ipsius negotium agam, quàm hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest dici. (d) nam si eundem hominem tibi vendidero, & necdum tradito eo, alij quoque vendidero, preciumque accepero: mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, qui moram in tradendo non feci. precium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur: & sic fit, quasi alij non vendidissem. tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hæreditas venit: (e) tacite hoc agi videtur, vt si quid tanquam hæres feci, id præstem emptori, quasi illius negotium agam; (f) quemadmodum fundi venditor fructus præstaret bonæ fidei ratione: quamuis si neglexisset vt alienum, nihil ei imputari possit: nisi si culpa eius aregueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente petij, & litis æstimationem accepi? vtrum pretium illi debeo, an rem? vtique rem. non enim actionem ei, sed rem præstare debeo. Sed si, aut vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abstulero: nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desiit possidere venditor: actiones suas præstare debebit, non rem. & sic æstimationem quoque. nam & aream tradere debet, exusto ædificio.

〈訳〉 第二一法文 パウルス質疑録第一六卷 (パウルス文の訳は重複するので省略する)

第二一法文について

疑いの理由。 相続財産問答契約は相続財産の売却において行なわれるのを常とする。それは同時に買主である要約者に、彼のもとに到達する物が何であれ、それを給付するよう債務を負わせるD. 46. 1. 50. 1. ところがしかし、相続財産の売主が、その問答契約を行なったので、その相続財産上のある物を占有者に請求し、そしてそれを得たが、しかしその後売却した場合に、まず彼に物が到来して、次いで代価が到来したことは否定され得ない。したがって、あるいはその問答契約の文言からは問答契約が

二重に効力を発せられると言わざるを得ない。まず土地の理由によって、次いで代価の理由によって、そこには不条理なことは何も観られるべきではない。D. 7. 1. 42. 1。

決疑。「二つの」問答契約が、各人が自身のために彼のものに利害関係のあるものを得るように、このことのために整えられる D. 45. 1. 38. 17。ところが相続財産を購買した者と同一の要約者には同時に、売却された相続財産の中から売主に到達するものは何であれ、それを持つことだけが利害関係がある。というのは、もはや他人のものである物は後に彼のものとはなり得ないので、同一物が売主に到達するのも可能ではないから Inst. 4. 6. 14. D. 50. 17. 191。したがってその問答契約が二重に効力を発せられない、例えば一度効力を発せられれば決して無効とされ得ないように、つまり種々の原因と諸項目に基づいて利害関係があるものでなければ効力を発せられないかのように、彼のために持たれるように D. 21. 2. 16. 2。また、この買主に物も代価もという、二重の理由によって利害関係があるとは言われ得ない、同じ原因から物も代価も持つように為されえないので。あるいはある人が彼の物を持つので、代価も持つのは少なくとも際立つて観られるだろう Inst. 2. 20. 6. D. 30. 84. 5。あるいは物も代価も持つことを欲する場合に、ともかくドルスを為さないように、代価を持つ者がそのこと自体で、代価を与えた者のもとに物ごとまることを自身が欲していることを明示的に表示しているのだから D. 30. 84. 5. D. 19. 1. 11. 18. D. 19. 1. 50. D. 17. 1. 49。それゆえに一度効力を発せられた相続財産問答契約は、あるいは物について、あるいは代価について再びかつ二重に効力を発せられ得ない。それゆえに、そのことから、提示された事件ではその物について効力が発せられるか、あるいは代価についてか、が問われるだけである。そこにおいてはパウルスのもとでテキストの中で区別が示されている。

a 疑いの理由。集合体においては代価は物の地位を承継する D. 5. 3. 22。ところで、売却された相続財産は何か集合のものであり、かつまたあたかも論拠と縮減を受け入れたように D. 5. 3. 20. 3. D. 50. 16. 178。それゆえに提示された質疑においては問答契約が売却に先行しているか、あるいは後続するののかという区別は示されていない。しかし区別なく相続財産上の物が売却されて、代価のために問答契約が効力を発せられ、そして物ではなく、代価が請求されるべしと言われるべきである。

決疑。売買においては概して、何が合意されているかが吟味されるべきである D. 18. 1. 6. 1。ところで相続財産上の物の売却が問答契約に先行する場合には、売主がもはや持つことのない物を給付すると合意が観られるのではなくて、むしろ相続財産から彼に到来するであろう代価「を給付するとの合意が観られる」。ところが問答契約が相続財産上の物の売却に先行する場合、逆に誰も未だ売却されていない物の給付されるべき代価を問答契約を行なう者が考えたとは言わず、すでに売主の手許にある、給

付されるべき物を考えたと言う。というのは、売却された相続財産からその相続財産上の物が相続財産の売主に到来しているのが真実だからである。したがって、物それ自体のためにまず問答契約が効力を発せられていることが必要であつて、その時相続財産上の売主に到来してもいいない、また相続財産上の物の売却の前に到来し得たわけでもない代価のためにはない。ところで、あらゆる契約では、概して問答契約ではその時が吟味されるべきである。なぜならばすなわちそのときに条件付で我々は契約するであろうからD. 45. 1. 78。しかもその現在の時に関係する、無条件「の契約」ではなおさらであるD. 45. 1. 76; 1. D. 45. 1. 115。相続財産売却問答契約においては常に生ずるのと同様にD. 18. 4. 2. 1。集合体において代価が物に代わると私が述べたことはその件に関係しない。なぜならばすなわちそのことは全く真であるから、「すなわち」集合体の訴訟においては、ある種のもの、あるいは直接の、あるいは信託遺贈上の、相続財産の分割払いであるがD. 6. 1. 1. D. 31. 71、しかし個別の「物の」訴訟においてはそうではないから。ところで相続財産の売主に対して追求できる購買訴権は個別の訴訟である。売却されたというよりもむしろ売却されるべき物に代わる代価とも言われ得ない。そして問答契約において売主が彼に相続財産から到来したものの全てについて給付すべき義務を負うので、ところで、その相続財産上の物が代価よりも先に到来すると、概してまずその物自体を給付するために問答契約が効力を発せられ、そのうえまた同じ物がその後売却されたとしても問答契約が再び効力を発せられ得ないだろう。したがって十分にもパウルスは、相続財産上の物が売却された後に問答契約が行なわれたかあるいは逆に後「に売却された」かを区別した、その結果、先の事案では代価だけが問答契約に入り、後「の事案」では逆に代価ではなくて物が「問答契約に入る」。

b St ergo hominem vendiderit. 疑いの理由。 ステイクスの諸約者は、彼を売却し、そして彼が売却後死亡し、何ら諸約者の遅滞も、先行するクルパもない場合には、債務を免れるだろう。なぜならばすなわち特定物の諸約者が、遅滞もクルパもなくして滅失が生じたことよつて免れるのが確定されているからであるD. 45. 1. 23; h. t. 24; h. t. 91. 3。なぜならばすなわち誰も運を給付すると強制されなかつたからであるD. 4. 3. 19; D. 50. 17. 23。ところで相続財産売却問答契約においては売主と諸約者は同一である。なぜならばすなわち相続財産から彼に到来するだけの金額を買主に給付するであろうことを諸約するからであるD. 45. 1. 50. 1したがって相続財産の売主がその相続財産から奴隷を売却し、あるいは前に、あるいは後に問答契約が行なわれて、そしてその奴隷が後に死亡した場合、たとえ奴隷の買主から代価を受領していようと、売主が代価についても義務を負うとは観られないと言われるべきである。

決疑。ステイクスの諾約者が單純に奴隷を売却したか、あるいは逆に相続財産の売主がすでに売却された相続財産の中から奴隷を他人に売却したかでは大きな違いがある。先の事案では、私が述べたことが妥当する。それとは逆に後の事案では、相続財産を売却した者が同じ相続財産に属するステイクスを後に売却した場合、物が帰属し始めた相続財産を売却された相手方(買主)の「事務」ではなく彼のあるいは相続財産の事務を行なったと理解されないことを考えれば、同じではない。また別の意思で D. 17. 2. 51 におけるような非行の懸念を避けるために、背信的に振舞いまた不誠実を為すことなくして為し得ないことを為したと信じられるべきでもない。しかし個別の物においては同様ではないと言われ得るのは確かである。なぜならばすなわち私があなたにステイクスを売却し、また彼が引渡されていないので、他人に同じ奴隷をまた売却し、代価も受領して、そしてその後私の何らの遅滞もなくしてその奴隷が死亡する場合、たとえ私がすでにあなたに奴隷を引渡す債務を負っているとしても、あなたのために事務を行なうという「ことになる」売却をしたとは私は観られ得ないからである。そして誰も述べない相違の理由、それは私の判断による、「すなわち」相続財産の購買訴権だけに基づいて、およそ引渡しが行われるよりも、名義の購買に基づく「準訴権」と同様に神皇ピウスの指令の後相続財産の債務者に対して買主に諸準訴権が得させられたからである。他方その売主に対して購買に基づく訴権は対人的でなければいかなる訴権も個別の物の買主に得させられない。というのは、そのことから、第一買主は物自体においてもあるいは物に対しても依然としていかなる権利も持つていないので売主は第一買主の事務を行なうとは観られ得ないというようになるからである。なぜならばすなわち、そのゆえに、ある人に売却された物を他人に売却した者は、他人のではなく自身の効用のためにそれを為した D. 48. 10. 21 であるから、この売主が偽罪に陥ることになるからである。しかし逆に、相続財産を売却した者は、その後相続財産の中からある物を売却する場合、相続財産の買主の事務をとにかく行なう、そして彼にすでにその相続財産の売却に基づく権利が獲得されていたが、決して、引渡しが為されるより前に、占有者に対する所有者の権利によってその個別の物を訴求するためでなく C. 6. 23. 9. 1, 少なくとも相続財産の諸債務者を訴えるためである。すなわち無論相続人でなければ資格のありえない直接訴権ではなく、前述の神皇ピウスの指令 D. 2. 14. 16. C. 2. 3. 5 に基づく準「訴権である」。なぜならばすなわちその指令は相続財産の買主に対物準訴権を与えるのではなく、対人的な「訴権を与える」だけだからである C. 9. 22. 6. しかしこのことは相続財産売却だけに基づいて買主に権利が取得されると言われ得るためには、また同様に彼の事務が売主によって為されると観られるためには十分である。

c *Potest videri vt negotium eius agam quam hereditatis.* これらの文言はあるいは、アックルシウスが読み、またアントニ

ウス・アウグスティヌスが『修正 Eminentior』四巻七章で、読まれるべきあるいは少なくとも理解されるべきと考えていたのと同様に、あたかも *potius quam quam hereditatis* と書かれていたように理解され得る。あるいは選択的に、あるいは要するに比較的に、両方の事務が売主によって行なわれると思われるように——これをアックルシウスはむしろ選んでいると観られる——*tam negotium eius quam hereditatis* とあたかも書かれていたかのように「理解され得る」。私もまたむしろ「これを」選ぶ。なぜならばすなわちこの事案では売主は相続財産の事務も、また、相続財産売却の日から相続財産が所有され始める、相続財産の買主の事務も行なう。そして買主の事務としてよりもむしろ相続財産の事務を行なう。無論秩序正しく理解されている。なぜならば相続財産が売却される場合、売主と買主の間では、あたかも相続人が為すように売主があることを為す場合には、あたかも相続人の事務を為すように、相続財産の効用のためと同様にそれを買主に給付するものと黙示的に合意されたと観られるからである。パウルスが *At cum hereditas* の文節で付加しているように。

p Nam si eundem hominem vendidero. 疑いの理由。 物を売却した者は、物を引渡す義務を負う、そうでなければその名義で買主に利害関係のある額を給付する義務を負うことになるであろう D. 19. 1. 1. 1. 1. 1. C. 4. 49. 4. C. 4. 21. 17. それゆえに一人にすでに売却されたが未だ引渡されていない物を他人に売却して引渡した場合、遅滞にあると観られるだけではない、なぜならばすなわちもはや引渡し得ぬように為したのでクルバにあると観られるからである。そしてそれゆえに、D. 48. 10. 21 に基づいて私が述べたように、偽罪にも陥っている。それゆえにその売却された奴隷が後に第二買主のもとで死亡してしまった場合には、売主は第二買主から受領した代価について第一買主に義務を負うと言われるべきである。あたかも遅滞後売却された奴隷が死亡したかのように、すなわち売主のもとに代価が残っているとすれば、同じ事実かつ非行から偽罪に関するコルネリウス法の罰も、特典、すなわち代価という利得、も得る——それは全く不条理であろう——結果にならないように。というのは、一方の罰が他方の特典であつてはならない D. 29. 5. 15. pr. のあればそれだけ、非行を為した者の特典は少くなければならぬ。その上にそのようにこの理由からアックルシウスは売主が第二買主から受領した代価を第一買主に給付するよう強制すべきと結論した。それとは異なつて、この文節で明らかに書かれているのは、パウルスは、同じ奴隷を私があなたに売却し、未だそれを引渡していないので他人に売却し、そして代価を受領し、奴隷が死亡した場合私は何もあなたに購買に基づいて義務を負わない——これはすなわち決して代価ではない——と言うのみならず、私はそれを引渡すことにおいて遅滞を為さず、また売却された奴隷の代価を物自体からではなく行為から得たのである、というこの彼の断案の理由を述べてもいるのである。なぜならばすなわち

他人に売却した者は、たとえ引渡すとしても、それゆえに第一買主に引渡し得ないように為したからである。すなわち様々なやり方で、第二買主から占有を回復する、あるいは D. 36. 1. 21 におけるようにその後第一買主に移転させるのとは別に偶然に入手するということが起こり得るとしても「そうしたことに変わりはない」。たとえパウルスが、二人に売却された奴隷が第二買主に引渡された想定していなくとも、しかし少なくとも売却され、また売却の代価は第二買主から支払われている、それが先行することが、例えば後に引渡しが続く場合にそれによって所有権が移転し得るように D. 18. 1. 19. h. f. 53. Inst. 2. 1. 41 通常は必然である。ところで誰も売主が、同一物を他人に売却することだけを前にして売却した物の引渡しにおいて遅滞を為したと観られるとは言わなかつただろう、第二買主に為された売却が、物が第一買主に引渡され得ないように、また第一買主に物が引渡される場合に第一買主の原因が物の所有権保持においてより強いということがないように妨げない D. 19. 1. 31. C. 3. 32. 15 ので。要するに遅滞は適当な場所と時に為される催告によるのでなければ惹起されないと D. 22. 1. 32. あるいは、奴隷について債務を負う者が奴隷を殺した場合に「引起こされる」D. 45. 1. 23. h. f. 24。それらの場合には特定物の債務者が語られているのだが、遅滞の前に特定物の滅失が生じたので義務を免れる。それではいかなる名義で第一買主は売主に対して第二買主から受領した代価を給付するように訴訟で求めようとしたのか？あるいは、購買に基づく訴権によって訴求し得ないので第二買主から受領によってか？ というのは、第二売却が行なわれた後でも、それゆえに売主が、第二買主が支払うはずの代価を得るための、売却に基づく訴権の債務者になつたのではなくて売却された奴隷——それが遅滞前に死亡したと我々は以後想定しましょう——の債務者であることには依然として変わりはないからである。したがって、D. 9. 4. 26. 4 におけるように、奴隷の給付から奴隷の死亡によって義務を免れた売主が第二買主から受領した、奴隷の代価を給付する、という理由は何もない。行為からではなく物から代価を得た場合、あるいは物ではなく訴権の債務者であつた場合には給付する義務を負う。なぜならばすなわち訴権を、代価を得るために持つていたであらうし、また代価を受領したので訴権を失つたから。なぜならばはや給付し得なかつたのだから、訴権の代わりに受領した代価が取り立てられるべきだつたらうから。ところがしかし、第二買主と締結された契約に基づいて取得した売主訴権の債務者であつたのではなくて、あたかも後に他の誰にも同じ奴隷を売却しなかつたのと同様に、依然として第一売却に基づく物の債務者であつた。そしてそれはパウルスが、「なぜならばすなわちあなたに対して物について義務があるのであつて、訴権についてはない」と付加することである。たまたま物から代価が実際に得られた、その結果私は、質料的にも、なぜならば物自体が行為に質料を与えるのであるから、とそのように言う。D. 3. 3. 68. で書かれていることと同様に理解

され得る。その法文をあなたが D. 36. 1. 61 (59) in fin. の論拠によって理解しようと欲するとすれば。しかし形相的にもまた効果的にも、行為から得られている。ところで一方の行為が、他方にとって有益でも害になつてもならぬ。D. 35. 2. 3 pr. I. D. 17. 1. 36. 1 in fin.。そして確かであるのは、あるものは物から得ること、またあるものはそれとは逆に、例えば D. 15. 1. 50 in fin. のように物によつて。そして何か類似のものが D. 24. 3. 64. 5. D. 39. 2. 43 in fin. にある。アックルシウスともにある人が D. 3. 1. 8. D. 18. 6. 1. 3. に基づいて衡平を対立させるのは理由がない。なぜならばすなわち、このこの事案で衡平の理由が法の理由と戦つてはいないし、また、売却された奴隷の代価について、売却されていない奴隷自体について義務を負う者が義務を負う D. 23. 3. 59. 1. ことは衡平というよりも法の厳正と一致しているからである。それに対して、アックルシウスを動かしたただ一つの理由、すなわち二人に売却した売主が義務を負わず、その上にそのゆえに偽罪にあつてなお同じ事実から罰も特典も得ることになるという理由も妨げとはならない。物をすでに一人に売却し、まだ第一買主から代価をあるいは代価に代わる別の満足を受けていない場合に、他人に売却した売主が偽罪に陥るのは否定されるべきである。解釈家の先人たちの中でもすでにかつてオドフレドゥスがこの立場から証明した。彼の断案に続いたのが最近の「釈義家」たちの中でもバリ慣習法第二三節第一八で書いた者である。したがつてこの立場の断案を理解するためには二つのことが付加されるべきである。すなわち第一買主から売主に代価が支払われておらず、売主から第二買主に奴隷が引渡されてもいないということ。誰もこのこと自体で契約が売主について遅滞であるとは考えることのないように。

○ *At cum hereditas venit. 疑いの理由。* 各人は他人のというよりもむしろ自分の事務を行なう D. 46. 3. 4、そして他人のというよりもむしろ自分の権利を行使する D. 17. 2. 51、と推定される。

決疑。むしろ各人が、誠意により為さねばならないことを、誠意契約の執行のために為したと推定されるべきである。購買においてはとくに、そして売却においては、合意されたことが最も吟味されねばならないように D. 18. 1. 6. 1.。その合意は全て常に、誠意に基づいて為される。と観られねばならない。ところがしかし、自身に付与されそして手に入れた相続財産をすでに売却した相続人が、後に準相続人が為すであろうことにおいて、買主を彼の代わりに置き、まさにそのことによつて準相続人とするので D. 18. 4. 2. 18.、買主の事務というよりもむしろ自分の事務を行なう、というのは誠意に基づかないであろう。それゆえに、相続財産が売却される場合には、黙示的に契約当事者間で、あることを相続人として為した場合には彼(＝買主)の事務を行なうものとしてそれを給付する、と合意されたと観られる。

f *Quemadmodum fundi venditor.* 土地の売主が考えられている、たとえ売却されたが未だに引渡されていない土地から取
 取る果実を、売主が、代価を受領したところの買主に給付すると強制されるとしても。そしてそのことは厳正法の理由によつ
 て（果実が土地（地面）と所有の法によつて収取されるので D. 22. 1. 25. 1。また売却されたが未だに引渡されていない土地は
 その間には売主のものであるから D. 47. 2. 14. h. t. 80）というよりも、パウルスも *bonae fidei ratione* と語っているよ
 うに、誠意に基づき、なぜならば、売主が物からも代価からも収益するのは誠意に基づかないからである D. 19. 1. 11. 18. h. t.
 13. 20. h. t. 50。他方、「売主が」土地について懈怠した、すなわち土地を耕さなかつた場合、何らかの彼のクルパによつて止め
 たことが提示されなければ、いかなる果実をも給付しないと結論されるべきである。もちろん、なぜならば、あたかもその事自
 体で生じた遅滞のような物の引渡し遅滞にないとしても、売主がそれら果実を返還する義務があるのが習わしであると言われ
 得るからである C. 4. 49. 5。他方、単純な彼の懈怠によつてなにもも得ることの、あるいは意欲もない、あるいはできない場
 合ですらなく、買主がそれら果実を取取する場合、このことが理解されねばならない。なぜならばすなわち、あたかも何か果実
 を取取すべきであるように——その結果取取すべきものについてすら義務を負うことになる、このことは厳密に言えば不誠実な
 占有者において妥当する D. 6. 1. 62. in fin.——彼にクルパが帰せしめられ得ないからである。なぜならば、バルトオルスがこ
 で誤つて考えているのと同じように対人訴権によつて拘束されるだけで物を引渡す義務がないからではない（なぜならばすなわ
 ち、売却された物を引渡す以外に何について売主は義務を負うのであろうか？ D. 19. 1. 1. h. t. 11. 1. h. t. 13. 21。そしてその
 ことは、買主が果実を取取すべき権能を持つように、そのように D. 19. 1. 1. h. t. 13. 21 に書かれている）。そうではなくて、
 なぜならば法の理由よりも単に誠意の理由と裁判官の職務によつて、果実を給付する義務を負うからである、D. 19. 1. 49. 1 の
 論拠によつて、他方誠意は、得た以外の果実を給付する義務があるようには考えられない、「まして」取取するのを懈怠した果
 実までも「とは考えられぬ」D. 36. 1. 23. (22). 3 の論拠によつて。また買主は、あたかも土地を耕す義務を負い、またそれか
 ら少なくとも他の善良なる家父の誰であれ取取し得た果実を取取する義務を負うかのように売主の懈怠を非難するのを欲する場
 合には、聞き入れられるべきでもない。売主を引渡の遅滞に置くために、土地を引渡すよう売主に催告することに於いて買主自
 身がより懈怠があるので。ところが「その勧告を」為した場合には、とにかくその時から売主に、ほとんどクルパなしではあり
 えない、先行する遅滞によつて取取すべき果実さえも「含め」全ての給付を義務付ける D. 22. 1. 21 以下。そしてその遅滞をク
 ルパの名目でパウルスは *non nisi culpa eius argueretur* という文言で示していると観られる。そのゆえに他人のとともに彼の

懈怠の相殺を容れている D. 16. 2. 10。なぜならばすなわちパウルスは、土地について懈怠した売主が決して土地の引渡しの際にはなかつた事案を論じているのだから。まして果実を収取することの遅滞にはない、すなわちそれらを決して得ていない[「で」]。売主がドオルスおよびドオルスに匹敵する、すなわち重いクルバを欠いていればそれらを給付する義務がないのに十分である *unde est*。その法文の事件は我々の「事件」と少なからざる類似性を持つ。本法文では売主が遅滞になく、その法文では逆に妻は受領の遅滞にあることを除いては。先行「する文章」では、売却したが引渡されていない奴隷を他人に売却し、そして彼から代価を受領した売主について「パウルスが」論じていたように。そのように、あたかも、自身が受領するとしても、他方売却された物からではなく彼の行為から受領したので、他人に売却しなかつたのと同じであるように、買主に帰属するものについて義務を負うように、売主が代価を給付することを強制されるべきことを「パウルスは」否定した。それゆえにパウルスは、土地から懈怠によって何も得なかつた土地の売主を、他人に売却して第二買主から代価を受領した奴隷の売主と比較しているのである。その比較は、売主を有責判決する原因が、得なかつた果実を返還するためよりも、第二買主から受領した代価を第一買主に返還するためのほうにより従属するので、全く不条理と観られるだろう。パウルスが、教えるように、売主が第二買主から受領した代価を、あたかもいかなる代価も受領しなかつたかと同じく買主を理由として、みなされるべきである、とするのであれば。それを *& sic sit quasi alij non vendidissent* という先行する文言によって示しているのである。というのは、もし一人に売却された奴隷を他人に売却していなかつたとする、いかなる彼の代価もまた第二買主から得ていなかつたであろうからである。なぜならばすなわち、現実に取り取しなかつたものか、あるいは逆に「現実には」収取したが収取し得なかつたと観られるものであろうか、はどうでもよいことではないか? そしてこの一つのことがこの箇所の場合を、アゾオ、アックルシウスとその他の解釈者たちにとって、難しいものにしてるのであり、それで彼らはそれを理解し得なかつたのである。なぜならばすなわち、あたかも、売主が占有しているとしたり、物の滅失によって売主は義務を免れると考えられているかのよう、それでまた、売却された奴隷が第二買主の下で死亡するとしたら、売主は義務を免れる、と解釈されているからである。このように彼らは第二買主に引渡されていた奴隷を付加していたのであるが、しかしこれをパウルスも想定していないし、また想定するべきではない。あたかも彼の下で売却された奴隷が死亡した人にか、あるいは第二買主に何も渡さない、と考えられるのも同様である。他方、パウルスがこの一方を挿入することを意図したとしても、代価を売主が第二買主から受領したか否かは、何も個別物の第一買主に関係がないだろう、例えばどちらの事案であれ、単に売却された奴隷の引渡しにおける売主のいかなる遅滞もないだけ

であるとしたら、売主から代価を訴求できるであろうように。この *quemadmodum* の文節において続く事柄も同じことであり、これらの事案の良き類似が、売主が土地を耕すことによって、そして私の土地で、すなわち私に義務を負う土地で、果実を収取することによって果実を私のものとするのと同様に、そのように相続財産の売主もまた、相続財産上の何か個別物を他人に売却したので、私のあるいは私の相続財産の事務を行なう、ということにあるかのように解釈される。なぜならばすなわち、アゾオが同様だからであり、そして彼を我々のアックルシウスがここで引用している。「アックルシウスは」彼（＝アゾオ）のものから、そして勿論正確に、神々の気に入るならば（＝神々よ私をお許しくださいませよう）、厳正法の契約においては D. 22. 1. 38. 7. 8 および先行する節に基づいて別様であるので、それゆえにパウルスが誠意の理由によって *bonae fidei ratione* と添えていると、附加している。この解釈は、誤り以外のなにもでもない諸文言を含んでいる。なぜならばすなわち、法文が懈怠したと想定している私の土地を売主が耕したと想定しているからである。土地を私のものと想定しているが、しかし土地は、アックルシウスが同じことを解釈していると思われるのと同じようにあなたも私に「引渡される」義務しかないかのように、決して私に引渡されではない。ところが「土地が」私に「引渡される」義務がある場合には、したがって「土地は」私のものではない。なぜならばすなわち、私の物が私に対して「給付される」義務があることはありえないからである。なぜならば、ましてやさらに私のものになることもないからである Inst. 4. 6. 14。その土地が買主に引渡される前に売主の収取によって果実が買主のものとなる、と想定している、このことはしかし余りに明らかに間違っていることである。両方の事案で売主が買主の事務を行なっている、と想定している、これは滑稽である。なぜならばすなわち、土地について懈怠している売主が誰の事務を行なっていると観られるというのだろうか？ ところが、土地について懈怠せず、アゾオが想定するように、耕すとしても、それゆえに、やはり果実を買主の物とする（要するに買主がそれら果実をあたかも自分のもののように取戻し得るのだと、このことは誰もいまだかつて述べなかつたことである）のではなくて、購買に基づく訴権によってそれら果実を買主に給付する義務を負うのみである。結局、対照があるのは、両方の事案で同様に売主が買主の事務を行なうと判断されることにあるのではなくて、先の事件では、その奴隷を他の誰にも売却しなかつた場合と同じように、第二買主から受領した代価を第一買主に給付することが強制されるべきではなく、また後の事件では、懈怠した土地から収取しなかつた果実を「返還することが強制されるべきではない」ということにあるのである。単に両方の事件に共通のことがそれだとすれば、いかなる売主の遅滞も先行しなかつたことになる。それゆえに、「」の *quemadmodum* の文節が関係づけられるべきなのは、相続財産からの何か個別物を売却した売主に関する直前「」文節・

「**事案**」ではなくて *sed hoc in re singulari non potest credi* という文言から *At cum hereditas* の文節まで、パウルスによって論じられている後の事案にである。これに反して誤ってアックルシウスは *Nisi culpa eius argueretur* というパウルスの文言を、売主が土地の熟した果実を腐敗させたと考えられる、あるいは持った「果実を」返還しなかった事案に関係づけている。それらどちらの事案にもドオルスに属するクルパではない D. 24. 3. 9. ではしかしどうしてパウルスは、土地について懈怠した、また同様に土地を耕すことを望まない売主については語っているのか、熟した果実が腐敗するのを許した、あるいは取戻した果実を返還するのを望まなかった売主について認識しえなかったのか？ 要するに、決して遅滞になかった売主がそれだけ給付する義務を負うドオルスの代わりではなくて、遅滞の代わりに、クルパを、あるいは少なくとも、ドオルスにほとんど近づく重クルパを、先に解釈したように、述べたのである。続く。

g *Quid si rem quam vendidi, alio possidente petii*. 疑いの理由。他人が不法かつ無権原で占有している土地を売却した者は、不法に占有する者から土地を請求して、その者から、彼が引渡すのを望まないのか、訴訟物の評価を受領した場合、それはすなわち、D. 6. 1. 46. 47. におけるように、彼の「物が」利害関係のある限りで訴訟のために宣誓した場合、彼のいうよりもむしろ彼の買主の事務を行なったと観られる。その結果、なぜならば売却された物を買主に引渡すことができないから、これについてはとにかく購買に基づく訴権によって義務を負うことができないから、少なくとも買主が売却された物の代わりに訴訟物の評価を持つように為すことになる。それゆえに、この事案は、何かある相続財産上の物を後に売却して代価を受領した相続財産の売主についてパウルスが最初に論じた事案に——その事案についてはパウルスは、たとえ遅滞の前にその売却された物が滅失したとしても、代価を買主に返還する義務があると述べた——一人に売却された奴隷を他人に後に売却した売主に関する後の事案によりもヨリ類似するのである。その売主が遅滞前の奴隷の死亡によって、第二買主から受領した代価を第一買主に返還する義務がある、と我々は述べた。なぜならば、前の事案で彼自身のいうよりも相続財産の買主の事務を「行なった」ようにではなく、代価を受領することによって第一買主ではなく、自身の事務を行なったからである。それゆえに、この文節の事件では、第一買主に占有者から訴訟物の評価が支払われた後のステイクスの死亡によって、いかなる遅滞も先行していないといえども、それにもかかわらず、すでに死亡しているものは給付することのできない奴隷の代わりにその評価を買主に購買に基づく訴権によって給付するように、義務を負うと観られると言われるべきである。「それは」あたかも占有していなかったステイクスというよりもむしろ不法な占有者から彼が取り戻すための訴権を売却したかのように観られる。なぜならばすなわち、売却した

その非常に優雅な相違は物の代価と訴訟の代価との間にある。我々が述べたように、物の代価は物からではなくて、行為から得られる。それに対して訴権の代価は行為からではなくて、訴権自体から得られる、私が語ったのは、売却訴権において述べた代価（というのはそれもまた行為から得られるからである）についてではなく、D. 6. 1. 46. h. t. 68. D. 46. 1. 141におけるように、訴求された返還されない物の代わりに審判人によって評価され、そして有責判決に持ち込まれた代価についてである。なぜならばすなわち、訴訟を行なうこと、そしてまた訴権を整えることは、彼らの間で彼らによって、「訴訟物は土地である」と言ったように「なされた」のでなければ事務が行われることにならないからである。そしてそれゆえにパウルスによって、他人によって占有されたステイクスを売却し、そして彼の代わりに訴訟物の評価を訴訟によって受領した売主が、ステイクス自体を売却したのであって、彼を訴求するために訴権を「売却した」のではない、と教えられるべきであった。なぜならばすなわち、訴権の力によって債権者が取得しようとするもの以外に何が実際に訴権であろうか？ つまりこの売主が、彼によって売却されたステイクスを所有者として取戻し（なぜならばすなわち、引渡なき単なる売却は彼から所有権を奪わないからであるD. 4. 1. 14. pr. h. t. 80）、そして占有者の強情のために、訴訟物の評価とヨリ重い有責判決とを獲得した場合、買主自身ではなく、彼の事務を行なったことが疑いもなく明らかであるというものは、主として買主に有益であるようにではなく、彼がまず第一に、その占有を不法占有者から取戻すことが出来たとしたら、ステイクスを買主に引渡すことによって引渡す債務から免れるために、訴訟を行なったということからである。ところで、それが買主に有益であったのはたまたま結果としてであって、その結果、それらは、我々がどちらかというとしばしば述べるのが習わしであるように、確定されるべき法に拡張されないD. 29. 80。そしてさらにその上、なぜならばすなわち、「売主が」訴訟物の評価を断案と有責判決に基づいて給付することは、「彼が」ステイクスを引渡す義務を、彼がステイクスを売却した買主に、負ったということを原因として持ったからではなく（というのは、売主自身引渡さなかった物の代償として買主のために、買主が訴訟のために宣誓しただけの、と有責判決されるでもないからである。例えば私がC. 4. 49. 4に基づいてD. 18. 1. 68について述べたように）、なぜならば訴求した物の所有者であったからである。なぜならばすなわち、通常唯一所有者にであって、所有権以外の原因に基づき利害関係ある者に訴訟のための宣誓が課されるのが習わしであり、また義務であるD. 47. 2. 80. 1. D. 24. 3. 25. 1. D. 25. 2. 9. D. 12. 3. 8. ではないからである。その上にその理由は、それに従うと、提示された事件では、不法な所持者から得た訴訟物の評価を買主に給付する義務を売主が負うのは不衡平であるような、理由である。なぜなら、購買に基づく訴権によって売却された物自体を引渡すか、あるいは引渡すのを望まな

いか出来ない場合にはその原因に基づき正しく買主に利害関係のあるだけ「のものを」引渡す以外には義務を負い得ないからであるC. 4. 49. 4. D. 19. 1. 1. C. 4. 21. 7. ところがしかし、訴訟のための宣誓によって為される訴訟物の評価は大概物の正当な代価および関係のあるものの額を超える。なぜならば不法占有者の強情が罰せられるべきだからであるD. 12. 3. 1. D. 46. 1. 141. それゆえに十分にもパウルスは、私が他人が占有している物を売却して、訴求し、かつ訴訟物の評価を受領した場合、代価「について義務を負うのであって」、私が受領したものを給付する義務を負わない、と結論したのである。ところがしかし、明らかにパウルスが、私が物について義務を負う、と書いている、とあなたは言う。物が存在している場合を私は否定しない。しかし、さらに訴訟物の評価を受領した後に滅失した場合、いかなる売主の遅滞も先行せず死亡したとしても、依然としてステイクスについて義務を負う、とはパウルスは述べていない、そのことを私は否定する。というのは、特定物の債務者は遅滞前に生じた滅失によって「義務を」免れる、私が述べたように。訴訟物の評価を、不法占有者が審判人の召喚に従わなかったためにヨリ重くなっているといえども、得た売主の原因は、一人にすでに売却した同じ奴隷を他人にさらに売却した場合よりも苛酷であらねばならないこともない。ところが好都合なことに、たとえ売却がD. 41. 4. 1. h. f. 2. 21. h. f. 3. D. 21. 1. 21. 2. では必要であるにしても、訴訟物の評価を受領して為される売却はしかしながら任意的ではないので、そしてそのために、優遇された売主はヨリ優位にある。例えば、少なくとも任意の売主の例により、物が遅滞前に滅失する場合には何も買主に給付する義務がなく、反対に物が依然として存在する場合、「例えば」その物を不法占有者から取り上げることが出来なかつたり、訴訟物評価を受領してその物を売却することを強いられた「場合」には、真に買主に利害関係のある限りのもの以外に何も義務を負わないように。「買主が」強情な占有者に対するヨリ重い有責判決に基づいて得るものが、我々が直ぐ前に書いたことに従えば売主自身のもとに留まっているので。我々のアックルシウスは、この文節の解釈においても、この例がパウルスが直ちに除外したこと、すなわち「彼のクルパが証明されるのでなければ」、に属すると判断して、つまづいているのは重大である。そしてこの文言によって他人が占有している物を売却したことに売主のクルパが印されている「と判断して」、そしてそのゆえに「売主が」義務を負うのは物あるいは利害関係あるものについてであって、訴権を給付することについてはない「と解釈した」。「すなわち」売却の時に占有していたが、その後クルパなくして占有を止めた者の、相違について、これをパウルスは、「というのはクルパのない場合持っている給付すべき訴権のみについて義務を負う」という文節中で付加している。また売却の時に占有していたが、例えば窃盗のように、彼のクルパによって占有するのを止めた者においては別様である。なぜならばすなわちこのことをアックルシ

ウスは物あるいは利害関係について義務を負うのだと考えているからである。それら全てにおいて誤っていることはたしかである。なぜならばすなわち、この、「彼のクルバが証明されるのでなければ」という先行する文言は、厳密には、我々が前に述べたように、売却された土地を耕すのを懈怠してそこからいかなる果実も収取しなかった売主についてパウルスが挿入した事案に關係するからである。さらに、たとえ他人によって不正に保持されているとしても自身の物を売却した者にある種のクルバがあるというのは誤りである。「すなわち」彼の占有を取戻すための対物訴権をもち、そして彼が物を引渡すべき債務を負わねばならず、あるいは引渡さないのであれば、利害關係のあるものは何であれ買主に給付すべき債務を負わねばならないことを考えれば買主を満足させねばならないので、それに対して、パウルスがここで意図していたのは、売却された物自体についてあるいは利害關係あるものについて義務を負うことであって、それについて、クルバにあったという理由を持つことではない。しかし、なぜならば、パウルス自身が明瞭に書いたように、物ではなく、訴権を売却したからである。それから、実に盗まれた者は、クルバなくしては大概為され得ないとしても、常にクルバある債務者であるとは限らない。しかし、抵抗し得なかつた暴力によって追い払われた者は、そのクルバを犯したと観られ得るのでしょうか？と私は懇願する。それゆえにここでパウルスが論じたのは、売主がクルバにあったかあるいはなかつた事案ではなく、むしろ暴力によって追い払われたかあるいは盗訴権によって二倍額を得た事案である。そして、この二倍額が買主に帰属すべきか否かを、これはすなわち彼に売主から返還されるべきか否かを質問したのである。それに対して、パウルスはこれを否定し、そしてまさに、なぜならば売主は訴権を売却したのではなくて、物自体を売却し、そして従つてそれを給付して満足させるからである。なぜならばすなわち、この箇所は、単に売主が買主に物自体を要するに給付する場合には、二倍額は買主には帰属しないと理解すべきである。そうでなければ諸訴権——単に取戻し訴権と不当利得返還請求訴権 D. 18. 1. 35. 4 のみならず、盗訴権の罰金もまた——もまた売主は買主に委任しなければならぬし、そしてまさにそれら訴権によって得たものも何であれ給付しなければならぬ D. 47. 2. 14 pr. 【その結果】少なくとも買主は、売主の損失なくしてあるであろうところのものをもつことになる D. 47. 2. 14 pr. の論証によって。なぜならばすなわち、そのように調和されなければそれらの箇所は相互に矛盾すると観られるからである。そしてその最後のものがアックルシウスの解釈であり調和である。というのは、彼が説明する他のものは、まったく信じられないし、また虚構に属するからである。

h *Nam si sine culpa desit possidere,*)こでもまた、我々の善良なアックルシウスは乱心している。あたかもパウルスが、「善くも私は言う、売主がクルバにあった場合には物について義務がある。なぜならば、「クルバが」なかつた場合にもまた何か

あるものについて、これはすなわち譲渡することについて、義務を負うのであるから。」と書いたかのように、そのようにこの文節を前「の文節」に結合しているので。なぜならばすなわち、「それらの」言葉は、先行する文節において、クルパによって売却した物の占有を喪失した売主について判断しているアックルシウスのものであるからである。そのことを私はすでに論破した。そしてパウロスの感覚は、いま述べたばかりのことがいかに真実であるかを説明するために他ならない。すなわち、売主が、例えば売却した土地の占有から暴力によって追い払われた、あるいは売却した物の窃盗を被ったので、「二倍額も盗人から得た場合、これはすなわち D. 47. 2. 48. におけるように審判人を通じて得たがそれにもかかわらず物自体もまた取戻したということである（なぜならばすなわち、窃盗の罰金もまた取戻し訴権と不当利得返還請求訴権を無効にすることもないからである D. 47. 2. 55(4). 3. が、その場合、買主が自身に二倍額も給付されるように訴訟することが出来ない」と言ったことをである。偶然に、売却契約時から既にそれ（物）の占有を喪失したがゆえに、たとえ物自体を給付できなくとも、彼のクルパがないのであれば、やはり、買主訴権を給付すべき、また譲渡すべき以外に義務を負わないので。なぜならばそれを彼のいかなる損失もなくして為し得るからである D. 21. 2. 38 § 1. アックルシウスは、「売主が占有者からの訴訟物の評価を持つのでなければ」という例外を加えている。そして正しく、彼が付加しているように、なぜならば訴訟物の評価が売却を作る、あるいは、すでに D. 41. 4. 1. h. e. 2. 21. h. e. 3. に基づいて、彼の為したことによって彼の諸訴権を喪失したのであつかも給付できるいかなる諸訴権も持たないかのようだ、と我々が述べたように、売却類似のあるものが作るので、売却したと観られるからである。しかしアックルシウスが、D. 46. 3. 95 の論証によって売主が少なくとも売却した物の真の評価を給付する義務を負うと有責判決される、と付加することがまさにそのこと自体によって、真ではないのではないか、と私は恐れる。というのは、任意的売却の特定物である、物自体に代わる訴訟物の評価を訴訟外で受領した場合、理由は、単に真の評価あるいは受領した評価についてのみならず、買主に利害関係のあるもの全て、それはまた大概正当かつ真の代価を超える D. 19. 1. 1. D. 43. 16. 6. もまた購買訴権に基づいて有責判決されねばならないようにする。なぜならばすなわち、物を給付する能力を彼が為したことによって自身のために奪い取った者が自身に帰するからである。しかし、審判人が、返還するのを望まない不法占有者の強情さの代償として訴訟のための宣誓も宣言し、また審判人の決定に従うことを命じるので、意に反しながらも売主が訴訟物の評価を受領する場合には、為すことを法の必要性に基づいて為すので D. 12. 3. 10. まったく一体どんなクルパが彼に帰され得るのか私にはわからない。なぜならばすなわち、たとえこの売却もまたあるとしても、やはりその必要性が存在する、しかし、必要性に基づいて存在するものにおいて

は、いかなるクルパも証明され得ない(D. 12. 3. 10; D. 20. 5. 2)からである。また、諸訴権を委任する義務を負っていた者に義務を負わせるのにも、諸訴権を彼の為したことよって喪失したことが彼の過誤なくして生じた場合、十分ではない(D. 46. 3. 95. 1)。しかしそれにもかかわらず、物は売却されたが依然として存在する、そして買主の利益となり、それを引渡す能力を占有者の強情さのために失ったので、誠意は、前の事案よりもこの事案ではなおのこと売主が、真に買主に利害関係のあるものの給付から免れねばならないことを許さない。他人がすでに占有しているのに自身の物を売却した売主の場合に、生じるであろうと前に私が述べたのと同様に。そして、真に彼に利害関係あるものを超えて、占有者の強情のために占有者から得たものは何でも利害関係あるものの中に持つということは売主に十分でなければならぬ。「というのは」(D. 18. 1. 68)におけるようにさらに評価され得るいかなる彼のドルスも存在しないので、買主に返還されねばならないのは得られたもの全てではなくて、真に買主に利害関係ある限りでしかないから。しかし、売主が、訴訟のための宣誓が為されることによって不法占有者から訴訟物の評価を受領する前に、買主から代価を受領した場合にはこのことはそのようである(IIさらにドルスが評価されて、得られたものはすべて返還する義務を負うことになる)。というのは、すべてが元のままであるとすれば、売却が無効であると考えられるべきと多分防御され得るからである。売主は物を引渡すこともできないし、引渡さない理由についてなにかクルパを彼に帰することもできないし、また他方、彼のものはや何も存在しないのでそれ以外に何かを買主に利害関係があるものでもない。なぜならばすなわち、それ以外の非常に多くの事案でも、例えば買主に代価を支払う条件が与えられるべきこと、買主に売主に対してあるいは物を、あるいは訴権に関係するものを引渡すために否定されたことが起きているからである、例えば、D. 18. 1. 16; h. l. 23)におけるように。D. 18. 1. 57 pr. を結びつけよ。なぜならばすなわち、容易に売却は、すべてのものが依然として元のままである場合には、両当事者の相互の合意によって——この合意はこれらD. 2. 14. 58; C. 4. 45. 1; h. l. 2)の事案についてはいかなる疑いも受け入れない——のみならず、いかなる契約当事者のクルパもなくして物が契約実現のより一層可能な状態になる場合には、法の必要性に基づいてもまた解消されるからである。ところがすべてが元のままというわけではない、買主には代価はすでに利害関係がなすの(C. 4. 45. 1; h. l. 2)。

i *Etic aestimationem quoque* の文節もまた、この最後の事案において、売主が彼のクルパなくして売却した物の占有を喪失した場合に、占有者に対する諸訴権のみならず物の評価もまた給付する義務があると、パウルスが意図していたかどうかという疑いを容れる。むしろ逆に、物自体を給付する義務を売主がこの事案では負わないように、その評価を給付する義務も負わ

ないかどうかという「疑問を容れる」。アックルシウスには後の解釈の方がよいと思われた。私もまたそのように思う。「その結果」パウルスが否定を繰り返すことによって「物についてではなく、そしてまた評価についてもそうではない」と書いたのと同様である。「ことになる」。なぜならばすなわち、売主が、彼の物の評価を買主に——彼のために「売主が」クルパなくして占有も評価も持つことがない——対して給付することを強制される場合には、衡平に反して妨げられないからである。なぜならばすなわち、私は、不法占有者に対して諸訴権を持ち——それゆえにそれらを委任することが出来る——、したがって訴訟物の評価を占有者から合意に基づいても、訴訟のための誓約によって審判人の断案に基づいても得なかつた売主について論じているからである。

k Nam & aream tradere debet exiisio edificio. 疑いの理由。 建物が売却されそしてそれがすでに売却の時に焼失していた場合、売主は何物も給付する義務を負わない、それはすなわち、たとえ敷地が依然としてあるとしても、決して敷地を「給付する義務を負うの」ではないということである。なぜならば敷地ではなく建物が売却されたからである *D. 1. 8. 1. 57*。それゆえに同じ理由によって、売却された建物が焼失しても、売却されていない敷地もまた売主によって義務を負われない、と言われるべきである。

決疑。 私の物（の中）から残っているものは私のものであり、またそれを取戻す権利を私は持っているように *D. 6. 1. 49. 1*。そのように私に「引渡される」義務のある物から残っているものもまた私に「引渡される」義務のある物である。そして建物が売却されることによって、敷地——建物の部分として、そして無論それに建物が従属する最大の部分である——も売却されたことは否定され得ないので *D. 4. 6. 3. 98. 8*。理由は、たとえ建物が焼失したとしても、それにもかかわらず残っている土地を売却した物の部分として、買主が売却された物から、それから残っているものを持つために、売主は給付する義務を負う、というようになる。なぜならばすなわち、依然として存在しているとしたら、建物全体を給付する義務を負っている売主はいかなる額面でも敷地を給付するのを拒絶するのか？ すでにそもそも売却の時に、例えば *D. 1. 8. 1. 57* におけるように売却される家が焼失していた場合は別である。なぜならばすなわち、契約当事者の両方が家が焼失したことを知らなかつた場合には、売却は効力を持たないからである。そしてそのゆえに、ここで書かれているように、敷地については「引渡す」義務を負わな。 *D. 32. 79. 2* と結合せよ。

《トクステ (続)》 Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, t. III (Lugduni 1663) S. 349 et ss. (なお原文中の引用文字は現代風に改めて [] で表記した。)

Ad l. Venditor 21.

RAT(IONES) DVB(ITANDI). Stipulatio emptæ & venditæ hereditatis quæ in vendita hereditate interponi solet, obligat venditore(m) eunde(m)que promissorem, vt præstet quicquid ad eum ex hereditate peruenit [D. 45, 1, 50, 1]. Atqui cùm venditor hereditatis interposita illa stipulatione rem aliquam hereditariam contra possessorem persecutus est, eamque obtinuit, ac postea vendidit, negari non potest, quin ad eum res primùm peruenierit, deinde rei precium. Ergo vel ex verbis ipsis stipulationis dicendum est bis committi stipulatione(m). Primùm ratione fundi, deinde ratione precii, in quo nihil absurdi videri debet, cùm aliud sit res, aliud verò rei precium & aestimatio [D. 7, 1, 42, 1].

DEC(ISIO). Stipulationes ad hoc comparatæ sunt, vt vnusquisque acquirat sibi quod sua interest [D. 45, 1, 38, 17]. Atqui eius qui emit hereditate(m), eiusdemque stipulatoris semel tantum interest, vt habeat quicquid ex hereditate vendita ad venditore(m) peruenit. Nam neque eadem res peruenire ad venditore(m) bis potuit, cùm id quod ia(m) alicuius est, magis eius fieri non possit [Inst. 4, 6, 14; D. 50, 17, 191]. Ergo non potest bis committi hæc stipulatio, sicuti semel commissa resolui nunqua(m) potest, id est pro eo haberi, acsi commissa non esset, nisi ex diuersis causis & capitibus intersit [D. 21, 2, 16, 2]. Nec dici potest interesse hic emptoris duplici ratione & rei & precii, cùm fieri nequeat, vt ex eade(m) causa & re(m) & preciu(m) habeat. sive quòd quisquis rem ipsam habet, eius quoque preciu(m) habere salte(m) eminenter videatur [D. 2, 20, 6; D. 30, 84, 5] siue quoniam is qui precium habet, hoc ipso satis declaret velle se rem manere penes eum qui preciu(m) dedit, ne alioqui dolo malo faciat, si & rem & preciu(m) habere velit [D. 30, 84, 5; D. 19, 1, 11, 18; D. 19, 1, 50; D. 17, 1, 49]. Igitur commissa semel stipulatio venditæ hereditatis, siue ad rem, siue ad [pre]cium, committi iterum & bis non potest. De illo itaque tantùm quæri potest, an in proposita specie ad rem ipsam committatur, an precium, in quo adhibenda est distinctio quæ apud Paulum sequitur in textu.

a *Et quide(m) si posteaqua(m).* **RAT. DVB.** In vniversalibus precium succedit loco rei [D. 5, 3, 22]. Atqui hereditas vendita, est quid vniuersale, ac proinde sicuti recipit augmentu(m) & diminutione(m) [D. 5, 3, 20, 3; D. 50, 16, 178]. Ergo in proposita quæstione non est adhibenda distinctio, an stipulatio venditione(m) præcesserit, an subsequuta sit. Sed in distinctè dicendum est

vendita re hereditaria, committi stipulationem pro precito, & precium non rem peti debere.

DEC. In emptis & venditis maximè inspiciendum est quid actum sit [D. 18, 1, 6, 1]. Cùm autem venditio rei hereditariæ præcessit stipulationem, non potest id actum videri, vt venditor rem præstaret qua(m) non amplius haberet, sed potiùs vt precium quod ad eum ex hereditate peruenturu(m) esset. E contrario aute(m) cùm stipulatio præcessit venditione(m) rei hereditariæ, nemo dixerit contrahentes in stipulando cogitasse de precio pr(a)estando rei quæ nondu(m) esset ve(n)ditu(m) sed de re ipsa præstanda, quæ iam esset penes venditore(m). Nam & veru(m) est, ex hereditate vendita re(m) illa(m) hereditariam ad venditore(m) peruenisse. Igitur propter rem ipsa(m) necesse est priùs co(m)mitti stipulatione(m), non propter precium quod eo te(m)pore, neq(ue) ad venditore(m) hereditatis peruenerat, neq(ue) peruenisse poterat ante rei hereditariæ venditione(m). In contractibus aute(m) omnibus, sed maximè in stipulationibus id té(m)pus maximè inspiciendum est, quo contrahimus etiam in conditionalibus [D. 45, 1, 78]. Quanto magis in puris, & ad præsens tempus relatis [D. 45, 1, 76, 1; h. t. 115]. quomodo contingit semper in stipulatione emptæ & venditæ hereditatis [D. 18, 4, 2, 1]. Nec ad rem pertinet quod diximus in vniuersalibus precium succedere loco rei, id enim verum quidem est in iudiciis vniuersalibus, quale est pensionis hereditatis, siue directæ, siue fideicommissariæ [D. 6, 1, 1; D. 31, 71]. sed non singularibus, actio autem ex empto quæ contra hereditatis venditorem competit, singulare iudicium est, nec dici potest subrogatu(m) precium in locu(m) rei vendendæ potiùs, quàm sit vendita. Et cùm ex stipulatione teneatur venditor de præstando omni eo quod ad ipsum ex hereditate peruenit. Res autem ipsa hereditaria priùs ad eum peruenerit, quàm precium: consequens omnino est, vt prius quoque ad rem ipsam præstandam committatur stipulatio, ac proinde vt eâdem re postea vendita stipulatio iterum ad precium committi non possit; secundum id quod proximè dictum est, stipulationem ha(n)c bis committi non posse. Benè igitur Paulus distinguit, an post vendita(m) rem hereditaria(m) intercesserit stipulatio, an verò ante, vt priore casu precium solu(m) veniat in stipulationem, posteriore verò res non precium.

b *Si ergo homine(m) vendiderit.* **RAT. DVB.** Prommissor Stichi si eu(m) ve(n)diderit, & is post ve(n)ditione(m) decesserit, nulla prommissoris mora aut culpa præcedente, liberatur. Constat enim prommissore(m) speciei, interitu eius citra culpa(m) & mora(m) co(n)tingente liberari [D. 45, 1, 23; h. t. 24; h. t. 91, 3]. Nemo enim fatum præstare cogitur [D. 4, 3, 19; D. 50, 17, 23]. Atqui in stipulatione ve(n)ditæ hereditatis ve(n)ditor ide(m) qui prommissor est. Promittit enim qua(n)ta pecunia ad se ex hereditate peruenerit

id emptori præstaturu(m) [D. 45, 1, 50, 1]. Ergo si ve(n)ditor hereditatis ex ea hereditate homine(m) ve(n)diderit, siue ante, siue post interposita(m) stipulatione(m), & is homo postea decesserit, dicendu(m) videtur, nec precium debere venditorem tametsi ab hominis emptore illud acceperit.

DEC. Multu(m) interest an promissor Stichi ve(n)dat eu(m) simpliciter, an verò ve(n)ditor hereditatis ve(n)dat alij Stichu(m) ex hereditate iam vendita. Priore casu id obtinet quod modò diximus. Postiore verò no(n) ite(m), quonia(m) is qui hereditate(m) ve(n)didit, si postea Stichu(m), qui ex eadem hereditate est, vendat, non t(a)m suu(m) aut hereditatis quàm illius cui hereditate(m) ve(n)didit negotiu(m) gessisse interlligitur, ad que(m) cœpit res pertinere. Nec crede(n)dus est alio animo id fecisse quod sine scelere ac perfidia facere non potuit, ad vitandam suspicione(m) delicti vt in [D. 17, 2, 51]. Quod in re singulari non similiter dici certè potest. Si enim Stichum tibi vendidero, & nondum tradito eo, alij quoque eundem vendidero, preciùmq; accepero, & is postea nulla mea mora præcedente decesserit, non possum videri eum vendidisse gerendi negotij tui gratia, quamvis essem iam, obligatus, vt eum tibi traderem. Et ratio differentiæ, quam nemo adfert, illa meo iudicio est, quod ex hereditatis emptione sola, etiam prius quàm vlla secuta sit traditio, vtiles actiones acquiruntur emptori aduersus debitores hereditarios post rescriptum diui Pij perinde atque ex emptione nominis. Nulla autem actio nisi personalis ex empto contra venditorem ipsum acquiritur emptori rei singularis. Inde namque fit vt non possit videri negotium prioris emptoris gerere venditor cùm posteriori vendit, sed suum potiùs cùm nihil adhuc iuris prior emptor aut in re ipsa aut in rem habeat. Vnde etiam est quod incidit hic venditor in crimen falsi, quandoquidem is qui rem vni venditam alteri vendit, ad suam non ad alienam vtilitatem id facit [D. 48, 10, 21]. Is verò qui hereditatem vendidit, si postea rem aliquam ex hereditate vendat, negotium vtique gerit emptoris hereditatis, cui iam quæsitum ius fuit ex ipsa hereditatis venditione non quidem ad rem illam singularem persequendam iure dominij aduersus possessorem, antequam traditio facta sit, [C. 9, 22, 6] sed saltem ad hereditarios debitores conueniendos: Non quidem directa actione, quæ nisi heredi competere non potest, sed vtili ex supradicto diui Pij rescripto [D. 2, 14, 16 ; C. 2, 3, 5]. Rescriptum enim illud non dat emptori hereditatis vtiles actiones in rem, sed tantùm personales [C. 9, 22, 6]. Hoc verò sufficit vt ex sola emptione hereditatis ius emptori quæsitum dici possit, ac proinde vt negotium eius à venditore geri videatur.

c *Potest videri vt neogotium eius agam quàm hæreditatis.* Possunt hæc verba accipi vel ita acsi scriptum esset *potiùs quam*

hereditatis, quomodo legit Accursius, & legendum aut saltem intelligendum putat Antonius Augustinus *libr. 4. Emendat. cap. 7*. Vel electiue, uel denique comparatiue, acsi scriptum esset *tam negotium eius quam hereditatis*, vt sensus sit vtriusque negotium gestum esse à venditore, quod videtur malle Accursius. Et ego quoque malo. Gerit enim hoc casu venditor negotium & hereditatis & emptoris hereditatis ad quem ex die venditæ hereditatis cœpit hereditas pertinere. Et prius est, vt negotium hereditatis gerat quàm vt negotium emptoris. Ordine scilicet intellectus. Quia cùm hereditas venit, tacitè hoc agi videtur inter emptore(m) & venditore(m), vt si quid venditor tanqua(m) heres fecerit, ac proinde in vtilitatem hereditatis id præstet emptori, quasi illius negotium agat. Vt Paulus subiicit in versic(ulo) *At cùm hereditas*.

d *Nam si eundem hominem tibi vendidero.* **RAT. DVB.** Qui⁽³³⁾[d] rem vendidit, ad hoc tenetur, vt rem tradat, alioqui præstare teneatur quanti eo nomine interest emptoris [D. 19, 1, 11, 1 ; C. 4, 49, 4 ; C. 4, 21, 17]. Ergo si rem iam vni venditam necdum tamen traditam alij vendat & tradat, non tantùm in mora esse videtur, sed etiam in culpa, cum fecerit ne rem tradere ampliùs possit. Ideoque & in falsi crimen incidit, vt diximus ex [D. 48, 10, 21]. Proinde si hominem illum venditum postea penes secundum emptorem mori contingat, dicendum est venditorem debere primo emptori precium quod à secundo accepit. Quasi post moram mortuo homine vendito: Ne alioqui si penes venditorem remaneat pretium, eueniat vt ex eodem facto ac delicto & pœnam legis Corneliæ de falsis, & præmium, id est, lucrum pretij consequatur: quod absurdum sane esset. Nam si pœna vnus præmium alterius esse non debet [D. 29, 5, 15 pr.] multo minus debet esse præmium eius ipsius qui deliquit. Atque ita ex hac ratione concludit Accursius venditorem cogendum reddere primo emptori pretium quod à secundo accepit. Contrà quàm aperte scriptum sit in hoc versic(ulo) vbi non solum ait Paulus, Si eundem hominem tibi vendidero, necdum tradito eo alij quoque vendidero, & pretium accepero, mortuo eo nihil me tibi debere ex empto, id est, ne pretium quidem, sed etiam huius suæ sententiæ rationem adfert: Quod moram in eo tradendo non fecerim & pretium hominis venditi non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipiatur. Qui enim alij vendit, etiamsi tradat, ideo facit quominus priori possit tradere: Cùm variis modis accidere queat, vt possessionem à posteriore recuperet, vel aliter nanciscatur vt in [D. 36, 1, 21] quam postea in priorem transferat. Quanquam nec ponit Paulus hominem duobus venditum posteriori emptori traditum fuisse, sed duntaxat venditum & ve(n)ditionis pretium à posteriore emptore solutum, quod præcedere regulariter necesse est, vt si postea sequatur traditio, dominium per eam transferri possit [D. 18, 1, 19 ; h. t. 53 ; Inst. 2, 1, 41].

Nemo autem dixerit venditorem mora(m) videri facere in tradenda re vendita ob hoc solum quod eandem rem alij vendat: Cùm venditio facta secundo non impediatur quominus tradi res possit primo, nec quominus prioris causa potior sit in detinendo rei dominio si priori res tradita sit [D. 19, 1, 31 ; C. 3, 32, 15]. Denique mora non contrahitur nisi per interpellationem congruo loco & tempore factam [D. 22, 1, 32] aut si debitor hominis eum occiderit [D. 45, 1, 23 ; h. t. 24]. Quibus locis dicitur debitorem speciei, interitu eius ante moram co(n)tingente liberari. Qua ergo fronte velit prior emptor agere contra venditorem vt pretium quod à posteriore accepit restituatur? Aut quam actione cum ex empto non competat? Nam post factam quoque secundam venditionem, non ideo venditor factus est debitor actionis ex vendito ad consequendum pretium quod emptor posterior debuit soluere. Sed mansit debitor hominis venditi, quem porrò ponimus ante moram venditoris decessisse. Nulla igitur ratio est, vt venditor qui à præstatione hominis liberatus est per eius obitum, præstet hominis pretium quod à posteriore emptore accepit vt in [D. 9, 4, 26, 4]. Deberet sanè præstare si pretium ex re non ex negotiatione perciperetur. Aut si debitor fuisset actionis non rei. Actionem enim quam habuisset ad consequendum pretium, & quam accepto pretio amisisset, quia præstare amplius non posset, pretium acceptum in vicem actionis præstare cogendus esset. At non fuit debitor actionis ex vendito sibi quæsitæ ex contractu inito cum secundo emptore, sed mansit debitor rei venditæ, ex contractu prioris venditionis, perinde acsi nulli alij eundem hominem vendidisset. Idque est quod Paulus subiicit, *Tibi enim rem debebam, non actionem*. Percipitur sanè pretium ex re occasionaliter, vt ita dicam, & materialiter, quia res ipsa est quæ materiam præbet negotiationi. Quomodo potest accipi, quod scriptum est in [D. 3, 3, 68]. Si eam legem de pretio velis intelligere *argumento* [D. 36, 1, 61(59) fin.] Sed formaliter & efficienter percipitur ex negotiatione. Negotiatio autem vnus, alij neque prodesse neque nocere debet [D. 35, 2, 3 pr.- 1 ; D. 17, 1, 36, 1 fin.]. Et certè aliud est aliquid ex re percipere, aliud verò propter rem vt in [D. 15, 1, 50 fin.], simile aliquid est *in* [D. 24, 3, 64, 5 ; D. 39, 2, 43 fin.]. Nec est quod cum Accursio quisquam hic obiiciat æquitatem ex [C. 3, 1, 8 ; D. 18, 6, 1, 3]. Non enim pugnat hoc casu ratio æquitatis cum ratione iuris, nec magis æquum est quàm iuris rigori consentaneum vt precium hominis venditi debeat is qui nec venditum hominem ipsum debet [D. 23, 3, 59, 1]. Nec rursus obstat ratio illa quæ Accursium sola mouit, quod non debeat venditor qui duobus vendidit, atque ita in falsi crimen incidit ex eodem facto & pœnam consequi, & præmium. Negandum enim est in crimen falsi incidere venditorem qui rem iam vni venditam alteri vendit si nondum à priore emptore precium acceperit, aut aliam pro precio satisfactionem. Quod ex veteribus

interpretibus iam olim Odofredus ex hoc loco probauit. Cuius sententiam secutus est ex recentioribus is qui scripsit in *Consuet. Paris.* §. 23. num. 18. Duo igitur supponenda sunt ad huius loci sententiam percipiendam. Nempe nec solum fuisse venditori precium a priore emptore, nec à venditore traditum hominem posteriori: Ne quis putet hoc ipso contractam fuisse moram à venditore.

e *At cùm hereditas venit.* **RAT. DVB.** Præsumitur quique negotium suum gerere potius quàm alienum [D. 46, 3, 4] & iure suo vti potius quàm alieno [D. 17, 2, 51].

DEC. Præsumendus potius quisque est id fecisse in executionem contractus bonæ fidei quod bona fide facere debuit; in emptis potissimum & venditis, in quibus sicut id maximè inspici debet quod actum est, [D. 18, 1, 6, 1]. Ita id actum semper videri debet, vt omnia ex bona fide fiant. Atqui non esset ex bona fide vt heres qui hereditatem sibi delatam & acquisitam iam vendidisset in iis quæ postea quasi heres faceret, suum potius quàm emptoris negotium gereret, cùm emptorem vice sua constituerit, & effectu ipso quasi heredem fecerit [D. 18, 4, 2, 18]. Ergo cùm hereditas venit, tacitè hoc agi inter contrahentes videtur, vt si quid tanquam heres faciat, id præstet emptori quasi illius negotium agens.

f *Quemadmodum fundi venditor.* Sensus est venditorem fundi, quamuis fructus quos percepit ex fundo vendito necdum tradito restituere cogatur emptori à quo precium accepit. Idque non tam ex iuris stricti ratione, (cùm fructus iure soli & dominij percipiantur [D. 22, 1, 25, 1]. Fundus autem venditus necdum traditus interim sit venditoris [D. 47, 2, 14; h. t. 80].) quàm ex bona fide, & vt Paulus hîc loquitur, bonæ fidei ratione, quia non est ex fide bona vt venditor & re fruatur & precio [D. 19, 1, 11, 18; h. t. 13, 20; h. t. 50]. Si tamen fundum neglexerit, id est, nec eum coluerit, nec proinde fructus ex eo villos perceperit, nullos quoque præstare cogendum, nisi si culpa ipsius aliqua præcessisse proponatur. Nempe quia licèt dici soleat venditorem fructus hos restituere debere quamuis non fuerit in mora rei tradendæ constitutus, quasi mora contracta re ipsa [C. 4, 49, 5]. Id tamen intelligi debet, si fructus illos emptor perceperit, non etiam si per meram negligentiam suam nullos percipere aut voluerit, aut potuerit. Non enim culpa ei potest imputari quasi fructus aliquos percipere debuerit, vt etiam de percipiendis teneatur, quod in malæ fidei possessore duntaxat obtinet [D. 6, 1, 62 fin]. Non quia personali tantùm actione sit obstrictus nec rem tradere debeat, vt malè hîc putat Bartolus, (ad quid enim aliud magis tenetur venditor, quàm vt rem venditam tradat? [D. 19, 1, 1; h. t. 11, 1; h. t. 13, 21].

Idque vt habeat emptor facultatem percipiendorum fructuum, quomodo scriptum est in *dict.* D. 19, 1, 13, 21) Sed quia cū non nisi bonæ fidei ratione & officio iudicis magis quam ex ratione iuris obligatus sit ad fructuum restitutionem *arg(umento)* [D. 19, 1, 49, 1]. bona tamen fides non patitur vt alios fructus restituere debeat quā quos percepit, non etiam illos quos percipere neglexit *arg(umento)* [D. 36, 1, 23(22), 3]. Nec audiendus est emptor si velit negligentiam obiicere venditori quasi fundum colere debuerit & fructus ex eo percipere saltem quos alius quilibet diligens paterfamilias percipere potuisset. Cū fuerit emptor ipse negligentior in venditore interpellando vt fundum traderet, ad eum in mora tradendi constituendum. Quod si fecisset, vtique ab eo tempore venditorem obligasset ad fructuum omnium etiam percipiendorum restitutionem propter moram præcedentem, quæ vix sine culpa esse potest, [D. 22, 1, 21 sqq.] & quam culpæ nomine videtur Paulus hīc significasse iis verbis, *nisi culpa eius argueretur*. Patiatur ergo compensationem suæ cum aliena negligentia [D. 16, 2, 10]. Tractat enim eum casum Paulus in quo venditor qui fundum neglexit, numquam fuerit in mora fundi tradendi. Multo minus in mora percipiendum fructuum; quos nunquam percepit. Quos ne præstare teneatur sufficit carere illum dolo & ea culpa, quæ dolo æquiparari possit, id est, lata, vt in [D. 24, 3, 9]. Cuius legis species non paruam habet cum nostra similitudinem. Nisi quod hic venditor non fuit in mora, ibi verò mulier fuit in mora recipiendi. Quemadmodum in præcedentibus tractauit de venditore qui hominem venditum necdum traditum alij vendidit, & ab eo precium accepit. Quem similiter negauit cogendum esse precium reddere, tanquam quod licet ipse acceperit, non tamen accepit ex re vendita, sed ex sua negotiatione, ita vt perinde esse debeat quod ad emptorem pertinet, acsi venditor hominis eum alij non vendidisset. Itaque comparat Paulus fundi venditorem qui nullos ex fundo neglecto fructus percepit, cum venditore hominis qui eum alij vendiderit, preciumque à secundo emptore acceperit. Quæ videretur sane absurda comparatio, cū maior subesse videatur causa condemnandi venditoris ad restituendum primo emptori precium, quod à secundo accepit, quā ad restituendos fructus quos non percepit. Nisi hoc ageret Paulus vt doceret, precium quod venditor à secundo emptore accepit, perinde habendum esse ratione primi emptoris, acsi precium nullum acceperisset. Id enim significant verba illa præcedentia, & *sic fit quasi alij non vendidisset*. Nam si *hominem vni venditum alij non vendidisset dominus, precium quoque nullum eius à secundo emptore percepisset*. Quid enim refert an nullum re vera percepit, an verò quod percepit nec percepisse videatur? Et hoc vnum est quod huius loci sententiam difficilem fecit Azoni, Accursio, cæterisque interpretibus, vt eam assequi non potuerint. Sic enim interpretantur, quasi sensus sit: Sicuti

liberaretur venditor interitu rei, si ipse possideret, sic & liberari eum debere, si homo venditus pereat apud secundum emptorem. Ita supponentes fuisse traditum hominem secundo emptori, quod tamen nec Paulus ponit, nec ponendum est. Item quasi sensus sit, nihil referre apud quem homo venditus decesserit, an apud secundum emptorem(m). Cùm tamen hoc vnum Paulus insinuare velit nihil interesse primi emptoris rei singularis, an precium venditor à secundo emptore acceperit, an non, vt non magis vno casu quàm alio precium petere à venditore possit. si modo nulla venditoris mora fuerit in homine vendito tradendo. Idem quod sequitur in hoc versicul(o) *quemadmodum*, sic interpretantur, quasi bona horum casuum similitudo in eo sit, quod quemadmodum venditor fundum meum colendo, & fructus percipiendo in meo fundo, id est, mihi debito meos facit fructus, ita & venditor hereditatis, meum seu hereditatis meæ negotium gesserit, cùm rem aliquam hereditariam singularem alij vendidit. Ita enim Azo, quem noster híc Accursius refert. Addens de suo & quidem subtiliter si diis placet ideò adiecisse Paulum *bonæ fidei ratione*, quoniam in contractu stricti iuris aliud esset ex [D. 22, 1, 38, 7-8 & præced(ante)]. Quæ interpretatio non plura certè verba continet quàm errata. Ponit enim venditorem fundum coluisse quem lex point neglexisse. Point fundum meum fuisse, qui tamen numquam traditus mihi fuerit, ac proinde qui debitus tantùm mihi fuit, vt idem Accursius interpretari cogitur. Quòd si mihi debitus: Ergo non meus. Neque enim res mea deberi mihi potest, quia nec magis fieri mea [Inst. 4, 6, 14]. Ponit venditoris perceptione fieri fructus emptoris, ante quàm fundus ipse ei traditus sit: quod tamen nimis euidenter falsum est. Ponit in eo esse similitudinem vt vtroque casu venditor negotium gerat emptoris, quod ridiculum est. Cuius enim negotium gerere videri potest venditor, qui fundum negligit? Quòd si nec fundum negligeret, sed coleret, vt ponit Azo, non ideo tamen fructus faceret emptoris (alioqui vindicare illos emptor posset tanquam suos, quod nemo vnquam dixit) sed tantùm actione ex empto præstare eos emptori teneretur. Denique comparatio in eo est, non vt perinde vtroque casu venditor emptoris negotium gerere existimetur. Sed vt neque in priore specie precium quod à secundo emptore accepit, priori restituere cogendus sit, non magis quàm si eum hominem alij nulli vendidisset: neque in posteriore specie fructus quos non perceperit ex fundo quem neglexit. Si modò vtrique speciei commune illud sit, vt mora nulla venditoris præcesserit. Itaque referendus est hic versicul(us) *quemadmodum*, non ad proximè præcedentem de venditore hereditatis qui rem aliquam singularem ex hereditate vendiderit, sed ad posteriorem casum à Paulo tractatum ab illis verbis, *sed hoc in re singulari non potest credi*, vsque ad versic(ulum) *At cùm hereditas*. Malè rursus idem Accursius hæc Pauli verba *Nisi si culpa eius argueretur* ad eum casum refert quo

venditor maturos fundi fructus corrumpi patiatur, aut quos habet non reddat. Quorum vtrumque dolo cederet non culpæ [D. 24, 3, 9]. Et verò quomodo potest Paulus intellexisse de venditore qui fructus maturos corrumpi passus sit, aut qui fructus quos percepit, nolit reddere, cum de eo loquatur qui fundum neglexit, nec proinde colere illum voluit? Culpam igitur pro mora dixit, non pro dolo quem solum præstare debet venditor qui in mora nunquam fuit, aut saltem culpam latam, quæ ad dolum prope accedit, vt supra interpretati sumus. Sequitur,

g *Quid si rem quam vendidi, alio possidente petij.* RAT. DVB. Is qui fundum vendidit quem alius iniustè nullòque titulo possidebat, si eum ab iniusto possessore petat & ab eo quia nolit tradere, litis æstimationem accipiat, id est, quanti sua interesse in litem iurauerit, vt in [D. 6, 1, 46 ; h. t. 47]. non tam suum quàm emptoris sui negotium gessisse videtur. Vt quia non poterat ei rem venditam tradere, ad quod vtique actione ex empto tenebatur, faceret saltem vt emptor in vicem rei venditæ haberet eius æstimationem. Ergo hic casus similior est illi de quo priùs Paulus tractauerat de hereditatis venditore, qui rem aliquam hereditariam postea vendiderat & precium acceperat. Quem Paulus dixit precium restituere emptori debere, tametsi preempta ante moram illa re vendita: quàm posteriori casui de venditore hominis, qui hominem vni venditum alij postea vendiderit. Quem diximus mortuo ante moram homine non debere precium, quod à posterione emptore accepit, priori restituere. Quia precium accipiendo non emptoris primi, sed suum negotium gesserit, non vt in priore specie negotii(m) emptoris hereditatis potius quàm suum. Proinde dicendum videtur in huius versiculi specie mortuo Stichò post solutam venditori à possessore litis æstimationem, licèt mora nulla præcesserit, teneri tamen debere venditorem vt eam æstimationem præstet emptori actione ex empto, in vicem hominis quem iam mortuum præstare ampliùs non potest. Quasi nec tam Stichum quem non possidebat, quam actionem ad eum ab iniusto possessore vindicandum vendidisse videatur. Quid enim aliud in effectu vendere potuit dominus qui rem quam vendebat non possidebat vt eam tradere postea emptori posset? Atqui hoc admissio vt non tam res ipsa quàm actio ad rem ipsam vendita videri debeat, dubitandum non est quin id actum sit inter contrahentes, vt quicquid actione illa consequi venditor posset, totum id emptori restituere deberet, siue Stichum qui venditus fuerat, viuere contingeret, siue mori ante moram. Quid enim potest interesse an viuus sit Stichus, an mortuus, cùm non ta(m) ipse quàm actio ad eum persequendum vendita intelligatur quæ suum effectum habuit, nec priùs extincta est quàm in iudicium deducta fuerit.

DEC. Qui vendit Stichum, quamvis ab alio possessum, non idcirco actionem quam ad eum persequendum habet, vendere intelligitur, sed Stichum ipsum, cuius nimirum venditionem illud impedire non potest ; quòd ab alio possideatur, cùm non eo minùs sit venditoris, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum possessione [D. 41, 2, 121]. nec rursum alienam rem vendi quicquam prohibeat [D. 18, 1, 28]. Ergo venditor hic debitor est Stichi tradendi, non autem mandandæ contra possessorem actionis in rem, & vindicationis, licèt vindicatio quoque vendi & cedi possit [C. 4, 38, 15]. Nam & regulare est, vt venditor quilibet censeatur vendere ius omne quod habet in re vendita [D. 18, 1, 32] vbi diximus. In hac autem specie, licèt venditor possessionem rei non habeat, quam alius iniustè detinet, habet tamen eius dominium quod vendere potuit, quòdque semel acquisitum possessioni non cohæret. Cur non ergo dominium hoc venditum esse credamus? quod vtique longè plus est quàm si actio tantum ad possessionem recuperandam vendita diceretur. Cùm igitur hic venditor speciei debitor sit, quæ fato suo perire potest, non actionis, quæ natura sui perpetua est, consequens fit, ut si Stichus venditus ante moram venditoris decesserit, quamvis post acceptam ab iniusto possessore litis æstimationem, nihil tamen emptori præstare debeat, non rem ipsam, quia periit, & quidem ante moram, non actionem, quia & vendita non est, & iam consumpta est, cùm semel in iudicium deducta fuerit [D. 14, 3, 13 ; D. 45, 1, 133 fin]. Non denique litis æstimationem, quia licèt eam non ex sua negotiatione perceperit, vt in posteriore ex casibus supradictis, sed ex iusta quam aduersus iniustum possessorem retulit litis victoria & condemnatione, at tamen nec eam percepit ex Sticho ipso vendito, sed ex vi & potestate actionis, quam non vendidit. Eaque perelegans differentia est inter precium rei & precium actionis. Precium rei non ex re percipitur, sed ex negotiatione, vt diximus, at precium actionis non ex negotiatione, sed ex actione ipsa, cum de precio loquimur, non quod in actionis venditione dictum sit (nam & illud quoque ex negotiatione percipitur) sed quod ob non restitutam rem petitam taxatum sit à iudice, & in condemnationem deductum, vt in dicta [D. 6, 1, 46 ; h. t. 68 ; D. 46, 1, 141]. Nec enim negotiari est litem exercere, & actionem instituere, nisi inter eos quibus, vt ille dicebat, *sunt prædia lites*. Ideòque monendum fuit à Paulo venditorem hunc, qui Stichum ab alio possessum vendidit, & pro eo litis æstimationem per iudicem accepit, Stichum ipsum vendidisse non actionem ad eum persequendum. Quid enim aliud est actio in effectu quàm illud ipsum, quod vi actionis creditor sit consequuturus? Et verò, venditorem hunc cùm Stichum à se venditum vindicauit tanquam dominus (sola enim venditio citra traditionem non eripuerat ei dominium [D. 47, 2, 14 pr.; h. t. 80].) & ob possessoris contumaciam litis æstimationem &

condemnationem grauiorem reportauit, non emptoris sui, sed suum negotium gessisse apparet euidenter, ex eo quod non principaliter id agebat, vt emptori prodesset, sed vt se primum à tradendi obligatione liberare posset, tradendo Stichum emptori, si eius possessionem ab iniusto possessore recuperare potuisset. Quamquam autem erat id profuturum emptori, non tamen nisi per consequentias, quæ vt sæpius dicere solemus, non attenduntur ad ius constituendum [D. 26, 8, 7]. Et prætereà quod litis æstimationem ex sententia & condemnatione retulit, non enim causam habuit, quod obligatus fuerit ad tradendum Stichum emptori cui eum vendidit (nam nec ipse venditor condemnaretur emptori ob rem non traditam, quanti emptor in litem iurasset, vt diximus ad [D. 18, 1, 68 fin ex C. 4, 49, 4].) Sed quia dominus fuit rei petitiæ, soli enim ferè domino, non etiam ei cuius ex alia, quam dominij causa intersit, iusiurandum in litem deferri solet & debet *dicta* [D. 47, 2, 80, 1 ; D. 24, 3, 25, 1 ; D. 25, 2, 9; D. 12, 3, 8]. Quæ etiam ratio est propter quam iniquum esset in proposita specie teneri venditorem ad præstandam emptori litis æstimationem, quam ab iniusto detentore percepisset. Quippe cùm actione ex empto non ad aliud teneri possit: quàm vt vel rem ipsam venditam tradat, vel si tradere nolit, aut non possit, præstet quanti ex ea causa verè intersit emptoris [C. 4, 49, 4 ; D. 19, 1, 1 ; C. 4, 21, 17]. Atqui litis æstimatio quæ fit per iusiurandum in litem, excedit plerumque iustum rei precium & quantitatem eius quod interest, quia & contumacia iniusti possessoris punienda est [D. 12, 3, 1 ; D. 46, 1, 141]. Benè igitur Paulus concludit, si rem quam vendidi alio possidente petij & litis æstimationem accepi, precium, me illi non debere quod accepi. Atqui apertè Paulus scribit, inquires, me rem debere. Non nego si res extet : Sed si perempta sit etiam post acceptam litis æstimationem, non ait Paulus, quod nego, adhuc Stichum deberi, si nulla præcedente venditoris mora decesserit. Speciei namque debitor interitu citra moram contingente liberatur, vt diximus. Neque durior esse debet causa venditoris, qui litis æstimationem, licet grauiorem propter iniusti possessoris contumaciam, consecutus est, quàm si eundem Stichum iam vni venditum alij vltro vendidisset. Imò tanto melior, quod venditio, quæ fit accepta litis æstimatione, quamuis venditio fit [D. 41, 4, 1 ; h. t. 2, 21 ; h. t. 3 ; D. 21, 2, 21, 2]. necessarià tamen est non voluntaria, ideòque dignior est venditor cui faueatur. Vt saltem voluntarij venditoris exemplo nihil præstare debeat emptori si res ante moram perierit, si verò res adhuc extet, quam ab iniusto possessore auferre non potuit, & quam accepta litis æstimatione vendere coactus fuit, non ad aliud tamen teneatur, quàm quanti re vera emptoris interest. Residuo quod ex grauiore aduersus contumacem possessorem condemnatione consecutus est penes ipsum venditorem remanente secundum ea quæ proximè scripsimus. Accursius noster in huius

quoque versiculi interpretatione grauitè labitur, existimans esse hoc exemplum eius quod immediatè Paulus exceperat : *Nisi si culpa eius argueretur*. Et his verbis notari culpam venditoris in eo quod vendiderit eam rem quam alius possidebat, ideòque teneatur ad rem vel ad interesse, non autem ad actionem præstandam : Ad differentiam illius, qui possidens tempore venditionis, postea sine culpa sua desiisset possidere, quem Paulus subiicit in versic(ulo). Nam si sine culpa, non teneri nisi ad præstandam actionem quam habet. Aliter atque in eo qui venditionis tempore possidens, culpa sua desiisset possidere vt furto. Hunc enim putat Accursius teneri ad rem vel ad interesse. In quibus omnibus sanè fallitur. Illa enim verba præcedentia *nisi si culpa eius argueretur*, ad eum duntaxat casu(m) pertinent, quem Paulus interiecerat de venditore qui fundum venditum neglexisset colere, nullòsque ex eo fructus percipisset vt suprà explicauimus. Deinde falsum est culpam aliquam esse in eo qui rem suam quamuis ab alio iniustè detentam vendiderit : Cùm actionem habeat in rem ad eius possessionem recuperandum, debetque sufficere emptori quòd eum obligatum habeat ad rem tradendam, vel ni tradat, ad præstandam ei quicquid ipsius intererit. Rursum, quod vult hïc Paulus, venditorem ad rem ipsam venditam teneri aut ad interesse, non ad præstandam actionem, non illam habet rationem, quòd in culpa sit : Sed quia rem vendidit non actionem, vt Paulus ipse disertè scribit. Tum verò non semper culpæ reus est is cui furtum fit, cùm sine eius culpa fieri plerunque possit : Sed & is qui ea vi deiectus est cui resistere non potuit, quam obsecro culpam contraxisse videri potest? Itaque non tractat hic Paulus casum illum quo venditor in culpa sit, vel sine culpa, sed illum potiùs quo vi deiectus vel per furti actionem duplum abstulerit. Et quærit an duplum hoc ad emptorem pertinere debeat, id est, an ei restituendum sit à venditore. Hoc verò negat Paulus, & rectè, quia venditor non actionem vendidit, sed rem ipsam, quam proinde sufficit vt prestat. Sic enim locus hïc intelligendus est, vt duplum ad emptorem non pertineat, si modò venditor ei rem ipsam tandem præstet. Alioqui etiam actiones venditor mandare emptori deberet, nec tantum venditionem & conditionem [D. 18, 1, 35, 4]. sed etiam pœnalem actionem furti, adeòque præstare ipsi quicquid per actiones illas consecutus esset [D. 47, 2, 14 pr.] vt hoc saltem habeat emptor quod sine vllo venditoris dispendio futurum sit *arg(umento)* [D. 21, 2, 38 fin]. Sic enim hi loci conciliandi sunt qui alioquin pugnare inuicem videntur. Quæ vltima Accursij interpretatio & conciliatio est. Aliæ namque quas adfert, improbabilis prorsus, & commentitiæ sunt. Sequitur.

h *Nam si sine culpa desiit possidere*. Hic quoque noster bonus delirat Accursius, cùm versiculum hunc superiori sic coniungit,

quasi Paulus ita scripserit. *Benè dico rem deberi vbi venditor fuit in culpa, quia & vbi non fuit, tenetur ad aliquid: id est, ad cedendum.* Verba enim sunt Accursij existimantis in versiculo præcedente tractari de venditore qui culpa sua possessionem rei venditæ amiserit. Quod nos iam refutauius. Et sensus Pauli non alius est quam vt doceat quàm verùm sit quod modo dixerat: Si venditor vt deiectus sit à possessione fundi venditi, aut furtum rei venditæ passus sit, & duplum à fure abstulerit, id est, per iudicem acceperit vt in [D. 47, 2, 48]. & tamen rem ipsam quoque recuperauerit (nec enim pœna furti perimit vendicationem aut conditionem [D. 47, 2, 55(54), 3].) non posse emptorem ad hoc agere vt sibi duplum quoque præstetur: Cùm etiamsi rem ipsam præstare non possit, fortè quod à tempore contractæ venditionis possessionem eius amiserit, dummodo sine culpa sua, non ad aliud tamen teneatur, quàm ad præstandas, cedendâsque emptori actiones. Quia id sine vllo suo dispendio facere potest [D. 21, 2, 38 fin]. Addit Accursius exceptionem, Nisi venditor litis æstimationem à possessore habuerit. Et rectè, quia vt idem subiicit, vendidisse videtur, cùm litis æstimatio venditionem faciat, aut quid simile venditioni, vt iam diximus ex [D. 41, 4, 1 ; h. t. 2, 21 ; h. t. 3]. ac proinde nullas habet actiones quas præstare possit, cùm eas facto suo amiserit. Sed quod subiungit Accursius ob hoc ipsum condemnari eum debere saltem ad veram rei venditæ æstimationem præstandam *arg(umento)* [D. 46, 3, 95, 11.] veraor ne non sit verum: Nam si litis æstimationem pro re ipsa extra iudicium acceperit, quæ species voluntariæ venditionis est, ratio facit, vt non tantum ad veram æstimationem aut ad eam quam accepit, condemnari actione ex empto debeat, sed etiam omne id quod emptoris interest, quod plerunque iustum, verumque pretium egreditur [D. 19, 1, 1 pr.; D. 43, 16, 6]. Sibi enim imputet qui tradendæ rei facultatem facto suo sibi præripuit. Si verò litis æstimationem venditor inuitus acceperit iubente, iudice & iusiurandum in litem deferente ob contumaciam possessoris iniusti nolentis restituere, & arbitrio iudicis parere, non video sanè quænam culpa ei possit imputari, cum ex iuris necessitate id fecerit quod fecit [D. 12, 3, 10]. Quamuis enim hæc quoque venditio sit, necessaria tamen est. In eo autem quod ex necessitate sit, culpa nulla argui potest [D. 12, 3, 10 ; D. 20, 5, 2]. Nec sufficit ad obligandum eum qui actiones mandare debuit, quod eas facto suo amiserit, dummodo sine ipsius vicio id acciderit [D. 46, 3, 95, 11]. Sed tamen cum res adhuc extet, quæ fuit vendita, & lucro emptoris cesserit quod per contumaciam possessoris tradendæ eius facultatem amisit, bona fides non patitur, vt hoc casu magis quàm superiore liberari venditor debeat à præstatione eius quod re vera interest emptoris. Non secus ac euenturum supra diximus si alio iam possidente venditor rem suam vendidisset. Satisque esse debet venditori quod in

lucro habeat quicquid possessore propter ipsius contumaciam consecutus est. suprâ quàm re vera ipsius interfuerit, quandoquidem non omne quod consecutus est restituere emptori debet, sed tantum quanti emptoris re vera interest, cum ipsius dolus nullus sit qui æstimari præterea possit, vt in [D. 18, 1, 68 fin]. Sed hoc ita si venditor ab emptore precium acceperit ante perceptam ab iniusto possessore litis æstimationem per iusiurandum in litem factam. Nam si omnia sint integra, defendi probabiliter potest habendam esse venditionem pro resoluta: Cùm neque rem tradere possit venditor, neque culpa imputari aliqua ei possit cur non tradat, neque rurfus alia ex parte quicquàm intersit emptoris cui nihil adhuc abest. Si enim & aliis plerisque casibus euenit, vt emptori conditio soluti pretij danda sit, denegata ei contra venditorem aut ad rem tradendam, aut ad id quod interest actione, vt in [D. 18, 1, 16 ; h. t. 23]. Iunge [D. 18, 1, 57 pr.]. Facile namque resoluitur venditio, cùm omnia sunt adhuc integra, non tantùm mutuo partium consensu, qui casus nullam recipit dubitationem [D. 2, 14, 58 ; C. 4, 45, 1 ; h. t. 2], sed etiam ex iuris necessitate, cùm sine vlla contrahentium culpa in eum statum res peruenit, vt executionem habere contractus amplius non possit. Non sunt autem omnia integra cùm emptori pretium iam abest [C. 4, 45, 1 ; h. t. 2].

i *Et sic æstimationem quoque.* Hic etiam versiculus dubitationem recipit, an velit Paulus, venditorem in hac vltima specie, cum sine culpa sua possessionem rei venditæ amisit, non modò actiones suas contra possessorem præstare debere, sed etiam rei æstimationem. An potius è contrario, vt sicuti rem ipsam præstare venditor hoc casu non tenetur, ita neque ipsius æstimationem præstare debeat. Accursio magis placet posterior interpretatio. Et mihi quoque, vt perinde sit acsi Paulus scripsisset repetita negatione *non rem, & sic non æstimationem quoque.* Oneraretur enim contra æquitatem venditor si æstimationem eius rei præstare contra emptorem cogeretur, cuius nec possessionem haberet sine culpa sua vlla, nec æstimationem. Tractamus enim de venditore qui actiones aliquas habet contra iniustum possessorem, quas proinde mandare possit, & consequenter qui litis æstimationem à possessore neque ex conuentione, neque ex sententia iudicis per iusiurandum in litem abstulerit.

k *Nam & aream tradere debet exusto edificio.* **RAT. DVB.** Si vendita sit domus quæ iam ipso venditionis tempore combusta erat, nihil præstare venditor debet, id est, ne aream quidem, quamuis area maneat, quia non area, sed domus vendita est [D. 18, 1, 57]. Ergo eadem ratione dicendum est, exusto edificio quod venditum fuerat, nec aream à venditore deberi, quæ non fuit vendita.

DEC. Quemadmodum quod ex re mea superest, meum est, eiusque vindicandi ius habeo [D. 6, 1, 49, 1]. Ita & quod ex re mihi

detiba superest, mihi debitum est. Cūmq̄ue vendito ædificio negari non possit, quin area quoque vendita sit, tanquam quæ pars ædificij sit, & quidem maxima cui etiam superficies cedit [D. 46, 3, 98, 8]. consequens est, vt quamuis exusto ædificio, aream tamen quæ superest, præstare venditor debeat tanquam partem rei venditæ vt hoc saltem habeat emptor ex re vendita quod ex ea superest. Qua enim fronte recuset venditor aream præstare qui totum ædificium si adhuc extaret, præstare tenetur? Aliud est si iam ipso venditionis tempore fuerit exusta domus quæ vendebatur vt *in dicta* [D. 18, 1, 57]. Tunc enim non valet venditio si vterque contrahentium exustam domum ignorabat. Ideoque nec area debetur vt ibi scriptum est. Iunge [D. 32, 79, 2].

- (127) フアアベルについての紹介は、田中実前掲五頁以下参照。さらに『学説彙纂推論集』について、同四七頁以下参照。また、彼の人文主義法学的学説彙纂研究方法について、同九頁以下、註(17)(18)(19)参照。
- (128) *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus III. Lugduni. 1663. Sp. 348-354.* 本稿に関する研究に際して、このフアアベルの『推論集』の刊本は、日本大学法学部附属図書館所蔵のものを利用させていただいた。
- (129) 法文テキスト中、註(b)の記号が付された箇所がずれているのは誤植のように思われるが、フアアベルの本文では *si ergo hominem vendiderit* が指定箇所である。また、フアアベルの冒頭のパウルス文では *ergo* である(このようにする刊本につき註(11)参照)が、本文では *ergo* となっているのはいかなる理由か筆者にはわからない。
- (130) この部分に括弧が付されているのは、筆者の管見の限りではフアアベルだけである。
- (131) *Q. III* では意味が理解できないため、*Q. II* として読んだ。

《解説》

彼は、冒頭の法文全体の疑いの理由で、パウルス文全体の法的中心問題である「相続財産問答契約」と、基本事案に

ついて論ずることから始めている。

①彼の基本事案理解については、売主が相続人と同一であるか否かについてはとくに言及がなく、(問答契約の対象となる) 相続財産は相続財産は売主に到達するもの(物・金銭の別は問わないと理解すると考えられる)である。第三者たる占有者にあつた相続財産上のある物を訴求して第二買主に売却したことにつき、物がまず売主に到達し、ついで第二買主から代価が売主に到達したことは明らかである、とする。この点とくにパウルス文で明示されていない第二買主からの代価の受領について、註釈学派以来の理解を踏襲している。

②パウルスの質問について。まず問答契約の内容と効力に関して、問答契約の内容の理解は、クヤキウスのように問答契約文言の再構成を行なっていないが、クヤキウスの論拠とする D. 4. 5. 1. 50. (註(120) 参照) を引用しているので彼の理解に基本的に従うものと考えられる。⁽¹³²⁾ それで、基本事案の理解では、物、代価の順に売主に到達しているので、問答契約文言からは物についても代価についても問答契約の効力が生じることは疑いがなく、従つてパウルスの質疑自体には不条理がないと考える。そしてパウルスの質疑の理由説明については、到達した物を他人に売却した場合もはや他人のものであつて、代価も物も同時に売主のものであることはありえないから、物と代価の両方に二重に問答契約が効力を生ずることがなく、物か代価のいずれかに効力が生ずる、というように効果発生の点から説明する。これは註釈学派以来の通説であつた、誠意により二重に効力を生じないという見解に反論するものといえる。

疑いの理由(a)は、③パウルスの解答に付され、冒頭で「集合体においては代価が物の地位を承継する D. 5. 3. 22.」という(文言上明らかに)バルトオルスの一般化した命題を引用の上で、パウルスの区別(a)(β)の意味を理解する。決疑において彼は、売買契約ではとくに「何が合意されていたか」を吟味する必要があるという視点から、問答契約が行なわれた時点で売主のもとに存在したものについて問答契約が行なわれる以上、パウルスの質疑では触れられてい

い、相続財産売却と相続財産上の物売却の前後関係を区別する(α)(β)の解答と結論を正当と解する。(β)での「あとから物を入手した」という文言の意味については、相続財産上の物の第二売却に結びつけて処理しており、注意は払われていない。

疑いの理由(b)では、特定物の諾約者は物の滅失によっても何らのクルバがない場合には何らの義務も負わないこと、また相続財産の諾約者は相続財産から彼に到達するだけの金額の給付を諾約するだけであること(②参照)を前提として、相続財産の諾約者は物滅失の場合に(たとえ第二売却により代価を得ても)物、代価いづれについても義務を負わない、と指摘している。⁽¹³⁾それを承けて(b)の**決疑**では、④ステイクス死亡事案と⑤相続財産の中からの個別物売却事案とを対比して、④を単に特定物の滅失が問題となった、問答契約による諾約者の事案と位置付け、疑いの理由での結論がそのまま妥当し、それに対して、⑤では、パウルスの理由付けを「相続財産の買主の事務以上の彼(＝売主)自身あるいは相続財産の事務を行なったとは観られない」と理解して(次の(c)参照)、④と⑤の相違があることを理解する。さらに続けてここでファアベルは⑥個別物の二重譲渡・滅失事案との区別の理由も説明している。すなわち、個別物の二重売却では、第一買主に奴隷引渡し⁽¹⁴⁾の債務を負っている売主が第一買主の事務を行なうことになる(第二)売却をしたとは観られないからだという。彼は⑤でのパウルスの理由が⑥には妥当しないことを主張する。その理由を彼は、⑤の場合には、ピウス帝の指令後相続財産の買主に(相続財産上の債務者に対する)準訴権が与えられたのに対して、⑥の場合には(債務者である売主に対する)対人訴権たる買主訴権しか第一買主に与えられないため、物についていかなる権利もない第一買主の事務を売主は行なえない、と説明している。この指摘は、彼の言によれば、他の誰もしなかったことだと述べており、事実古典法追求を(制度のみならず事案についても)徹底して行なった彼にして行なえた指摘であると考えられる。

パウルス「相続財産のというよりも第一買主の事務を行なうと観られる」という理由に関する註(c)では、アックルシウスおよびアントニウス・アウグスティヌスの、「むしろ」を補って「比較的」に読む理解を指示するとともに、黙示の合意があったと観ることで理解できることを指摘している。

⑥に関する疑いの理由(d)に関しては、彼の決疑がない。ここでは彼は、不衡平を主張するアックルシウスの見解を検討している。第一に、アックルシウスの想定する偽罪にあたる二重売却から罰と代価が生ずる事案と異なり、法文上パウルスが、第一売却においては引渡しがなく、第二売却と代価受領があって、奴隷が死亡した事案において、物滅失により売主が購買に基づきいかなる義務も負わない(彼は物ではないと確言している)こと、第一売却において遅滞もないこと、第二売却において「物自体からではなく行為から代価を得た」こと(Ⅱ(γ))を理由として断案していることが明らかであることから出発して、第一売却において遅滞にないというのは第一買主から適当な時期と場所での催告がなかったことを意味し、その場合に物の滅失により義務を免れることになる。第二に、第一買主が第二買主からの代価を売主に対して請求する方法を考えると、売主が売却に基づく訴権の債務者(代価給付あるいは売却に基づく訴権を譲渡する義務を負う)であるが、売主が第二買主から代価を受領すれば訴権を失うので、第一買主が売主の受領した代価を請求すべきであるところ、売主は物の債務者であるから代価を請求できないことになる。⁽¹³⁵⁾第三に、売主は依然として物の債務者であるから、売主の義務についてパウルスが(ε)「物についてであつて訴権についてはない」という説明がなされていると理解する。⁽¹³⁶⁾第四にアックルシウスの論拠とするC. 3. 1. 8. と D. 18. 6. 1. 3. の事案では衡平の理由と法の理由が矛盾していないとする、がこの点に関してのファアベルの説明はクヤキウスに比べると必ずしも具体的ではない。第五に、偽罪がこの事案で成立し得るかについては、オドフレドゥスの、事案区別による矛盾の解消(前述)が指摘され、パウルス文で第一買主からの代価受領がない点と第二買主への引渡しがないという点を誤解しな

いよう注意している。ここでのファアベルの議論はこれまでの議論に比べ明確さを欠くように思われるが、十分に疑いを解決していないと彼が考えている(従って決疑がない)と理解できようか。

⑦に関する疑いの理由と決疑⑥では、⑤での「相続財産のというよりも買主の事務を行なう」という議論が誠意契約においても黙示の合意と観られるという理由と解釈している。

⑧に関する註(f)は、疑いの理由でも決疑でもない。ここでファアベルはこの事案が問答契約上ではなく、誠意契約上の議論として理解するのであるが、特筆すべき点は、第一に、バルトオルスが対人訴権によって物を引渡す義務なしとすること(前出テクストの要約3参照)が誤解⁽¹³⁸⁾であると批判して、誠意を理由とすることを主張する点、第二に、D. 24. 3. 9. の事案との類似性を指摘しながら、パウルスが懈怠して果実を取取しなかった土地の売主⑧と第二売却をして代価を受領した売主を比較していたと理解することによって、すなわちパウルスの⑥(γ)「物からではなく行為から代価を得た」ことから(δ)「あなたも他人に売却しなかつたよう」に代価を受領していないのと同様に扱ったと理解することによって、パウルスの思考過程を説明し、このパウルスの思考過程をアゾオとアックルシウスが理解できなかつたと、批判している点である。この第二の点に関するファアベルの批判は、すなわち代価と果実との類似性からいずれも売主が事務を行なう誠意契約上の問題と理解しているアックルシウスの事案理解(標準註釈註①参照)が、法文に書かれていない奴隷の第二買主への引渡しを想定していること、懈怠した土地について事務を行なっていると考える(すなわち⑧を⑤に関連づけた)ことに間違いがあると手厳しい。

そしてこの後の⑨⑫に関してパウルスの思考に沿った解釈をアックルシウスが行なっていない点に集中して、各事案とその連関、そしてパウルスの思考過程についての詳細な解説をファアベルは行っている。

⑨に関する疑いの理由と決疑⑧では、アックルシウスが第三部分を⑧で「いかなるクルバも証明されなければ」とい

う文言に引きずられてクルパのある売主の給付義務の問題が論じられている点の間違いであるとフェアアベルは指摘する。彼によれば、そのパウルスと言が⑧懈怠した土地の売主の事案に関連するにすぎない。⑨「以降」は、むしろ①にヨリ類似性がある事案であり、売却した物が他人に占有されている場合の売主の給付義務を論じている部分であると理解している。彼の解釈では、第一に、他人により占有されているものを売却する場合に売主は依然として所有権を持っているからクルパを犯すこともなく、物を売却するのであって訴権を売却するのではないことになり、従って、売主の給付義務の内容が、物（あるいは買主に利害関係のあるもの）であるとするとパウルスの断案は容易に理解される。第二に、訴訟物の評価について、それを彼は訴訟の代価、すなわち売主の行為から得られるものと理解し、また訴権が売却されたのではない以上給付義務の内容となり得ず、さらに購買訴権により物を引渡すか買主に利害関係のあるものだけを渡すだけの義務しかない結果大概現実の物の価額をこえる訴訟物の評価は売主の義務とならないことになると説明する。

さらに続けてフェアアベルは、⑩でも売主のクルパを考えるアックルシウスの解釈が誤りであることを繰り返し指摘する。そして彼は、この事案でパウルスがクルパの有無を問題としたのではなく、すでに暴力により追い払われたかあるいは二倍額を取得したのでそれを給付する義務の有無を質問したものと理解して、⑨と同じく、売主が占有を侵奪された（必ずしもクルパがあるとは限らない）ので、物（あるいは買主に利害関係のあるもの）の給付の義務を負うだけであるから、所有者である売主は物取戻し後それを給付するか、あるいは物を引渡せない場合には買主に利害関係あるものについて義務を負うのであり、罰金（盗訴権による二倍額）は買主に利害関係がないと答えた、とパウルスの断案を解釈している。

続く註(h)においてフェアアベルは、⑪に関しても売主に何らかのクルパを考えようとするアックルシウスを乱心してい

るとまで批判している。そして彼は、この事案を⑩と同様に考え、売却のときから既に占有を失っていたとしたら、たとえ物を給付できなくとも、クルバが無いのであれば、売主の持つ訴権を譲渡すべきであるという結論になる、と解釈する。また、訴訟物の評価は大概代価を超えるので、「真の」訴訟物の評価も給付する義務があると付加するアックルシウスの見解をさらに批判して、やはり買主に利害関係あるものについてしか給付の義務がない、と結論付ける。ただし、註(i)では、パウルスの考えが訴訟物の評価についてもまた売主の義務とするのかどうか不明な点については、事案としては売主が訴訟物の評価を得ていないが訴権を持つている場合を想定しているとして否定する見解をとり、その点に限ってはアックルシウスの見解を支持している。

そして⑫に関する**疑いの理由と決疑(k)**では、買主に利害関係あるものにつき売主が義務を負う事案として一貫した解釈をしている。

このように、専ら事案の展開を追いながら、アックルシウスの矛盾の調和を図る論理的解釈をいたるところで批判するファアベルのパウルス文解釈には、パウルスの質疑と断案とを古典法の実態に即してパウルスの思考過程を辿ろうとすることによって、事案の区別と判断の理由付けに対する考察が一段と詳細になっているのが認められる。

(132) さらに彼は D. 45. 1. 38. 7. を引用して、問答契約文言が当事者の利害関係にあうように整えられることを指摘している。この法文の冒頭に「占有することが私に許されるとあなたは諾約するか?」という問答契約文言もまた有用であることが記されているのでこの点を彼は論拠としていっていると考えられる。この彼の指摘から註(40)のような問答契約文言が整えられると差当り理解しておく。

(133) この点は、標準註釈(註(g))以来クヤキウスまで一貫して論拠にされている法文(註(57)参照)に基本的に依拠する。

(134) さらに、⑤の事案で相続財産上の諸債務者に対して準訴権に基づき第一買主の事務を行なう本質的な事柄が、占有者に

対して訴求するためでなく、諸債務者を訴えるためだという末尾の指摘も、事案検討の細かさの一端を示す。

(135) 比較対照している事案は D. 9. 4. 26. 4. である。D. 9. 4. 26. 4. : パウルス 告示注解第一八巻「あなたがドオルスにより占有を中止した者が、あなたがこの訴権（≡加害訴権）によって訴えられるよりも前に死亡する (decessit) 事变的死亡」場合には、あなたは責めを免れるであろう。なぜならば、この訴権は「直接」訴権の地位を承継するからである。ただし、あなたが訴訟を受諾することに遅滞を為す場合は私は別様に言うであろう。」船田亨一（訳）法学新報四六巻二号八六頁参照。

(136) 「行為から得る」場合のファアベルの論拠は D. 15. 1. 50 fin. D. 24. 3. 64. 5. D. 39. 2. 43 fin. である註 (60 a) 参照。

(137) 標準註釈の、ヴィヴィアヌスによる「事案」では、第二買主への引渡しは明らかだが、アックルシウス自身の説明註 (P) では必ずしも明らかではないように思われる。

(138) この点ファアベルは、バルトオルスが⑧に限らず一般的に对人訴権に基づき売主に物給付の義務がないと理解していた、と考えているようである。

(139) ファアベルの参照する法文は以下のとおりである。

D. 19. 1. 1. ウルピアヌス サビヌス注解第二八巻「売却された物が引渡されない場合に利害関係あるもののために訴えられる。これはすなわち物を持つことが買主にとって利害関係があるということである。しかしながら、物が値するあるいは「実際に」購買されるよりも大きく利害関係をもつ場合には、これ（≡利害関係あるもの）が時折代価を超える。売主が、役権について、義務を負うことを知っていたので、隠していた場合、買主がその事を知らなかったのであれば、購買に基づく訴権から免れない、なぜならばすなわち誠意に反して為されることは全て購買に基づく訴権に入るからである。（以下略）・・・」

D. 19. 1. 11. 1. ウルピアヌス 告示注解第三二巻「前文 購買した者は購買に基づく訴権を用いる。§ 1 まず第一にこの訴訟では給付されると合意されたものだけが対象とされることが知られるべきである。なぜならばすなわち「この訴訟」誠意訴訟であるので、契約当事者間で合意されたことが給付される以外には何も誠意に適合しないからである。しかし何も合意しない場合には、当然この訴訟の権能に含まれるところのものが給付されるであろう。」

D. 19. 1. 13. 21. ウルピアヌス 告示注解第三二巻「§ 21 しかしながら占有が容仮占有であっても、占有が引渡され

たと我々は理解しなければならぬだろう。なぜならばすなわち、我々は、果実を収取すべき権能を持つかどうかだけを吟味しなければならぬからである。」

(140) D. 24. 9. 30. ポンポニウス サビュヌス註解第一四卷「返還される」嫁資を受領しないことに、妻による遅滞がある場合には、その物において夫は単にドオルスについて責任があるだけで、クルパまでも責任があるわけではない。その結果、妻の行為によって永久にその農地を耕すことを強制されない。しかし夫に到達した果実は返還される」なお法学論叢六九卷六号Ⅷ頁参照。

《補論》 ゴトフレドゥスとポチエ

人文主義法学の代表的な活動には、クヤキウス、ファアベルのような古典法探求の立場からの法文のエクセゲエゼの志向の他に、ドネッルス(一六世紀)のロオマ法の体系的理解の志向とディオニシウス・ゴトフレドゥス(一六世紀末から一七世紀初頭)のユスティニアヌス法典の批判的校訂がある。さらに人文主義法学の最終段階として、ユスティニアヌス法典を実際の適用のために配列し直したポチエ(一八世紀)の「新編ユスティニアヌス帝学説彙纂」(一七四八年)⁽⁴⁴⁾がある。

ドネッルスの著作では、このパウルス文についての解釈は明らかではない。⁽⁴⁴⁾

ポチエを検討する前に、人文主義法学におけるテキスト校訂の重要作品であるゴトフレドゥス版ロオマ法大全を観ておく。

〔訳〕ゴトフレドウス 註付口オマ法大全⁽¹⁴³⁾ (フランクフルト版 一六八八年) 五二二頁 (*補論では紙幅の都合で、パウルス文のテキストに付された註のみ訳出し、原文を省略する。註の付された箇所 (c) (p) は註番号) を本文で用いた

事案・論点の区分 ①-⑫ と註の付された文言とで「」中に指示する。パウルス文については I 参照。

(c) ① *rem hereditariam* 相続財産上の個別の物、あるいはその相続財産自体が売られ「るかで」相違がある。
 (d) ② *bis* 二重に問答契約は効力を発せられない、しかしながら、ある者が物についても代価についても義務を負う度ごとに、効力を発せられる。

(e) ④ *promissori* D. 45, 1, 91.

(f) ⑤ *quam* 「よりもむしろ」[アントニウス・]アウグスチヌス四卷七章。

(g) ⑥ *Sed hoc* 注意されるべきは、相続財産と個別の物の売却の間の相違である。

(h) ⑥ *nam si* 後出 D. 19, 1, 3, 11. で私が書いたことを見よ。

(i) ⑥ *(γ) non ex re* しかしそれに反して、物の代価は物から存在する、と言われる、D. 3, 3, 68。D. 47, 2, 48. 末尾において私が書いたことを見よ。

(k) ⑥ *(ε) non actionem* 物は訴権から区別される。後出この法文でのように。

(l) ⑦ *lucra* 売却された相続財産では、売主が、相続人として為したことを、買主に給付するものと黙示的に合意された、と観られる。

(m) ⑧ *neglexisset* ある者が他人のものを懈怠することがあり得る。そのゆえに、対人訴権により物について義務を負う者は、果実を収取することを強制されない、また果実を収取すべきことについても義務を負わないこと、を注意している。

(n) ⑧ *mihi* 対人訴権により物について義務を負う者は、それ(=物)を引渡す義務を負わない、そしてまたそのように収取すべき果実についても義務を負わない。バルトルス。

(o) ⑩ *si vi* 相続財産の売主が罰金の名義で相続財産を機会として得たところのものは何であれ、それを相続財産の買主に給付しない。

(p) ⑪ *sine culpa* ここで、モリナエウス⁽¹⁴⁾は、オドフレドウスに従って、第一買主が代価を支払っていない場合には物を二

人に売却している者が偽罪には陥っていない、と結論している。

ゴトフレドゥスの註で註釈学派以来の諸学説の影響で特徴的な点を挙げると、第一に①に関する註(d)での理解はクヤキウスの理解に同じと思われ、註釈学派と註解学派を支配した「衡平」あるいは「誠意」により二重に効力を発することは無いという理解をしていない。第二に、⑥に関する註(g)では註釈学派以来の区別を採用していることである。第三に⑥(γ)に関する註(i)はバルトオルスの要約(1)と対立するが、区別される事案(D. 33. 3. 68)を明確にする趣旨と思われる。第四に⑦に関する註(1)は問答契約か売却契約の区別がなされていないので註釈学派以来の見解に従うものと推定される。第五に⑧に関する註(m)はバルトオルスの見解を採用している。第六に⑩に関する註(o)では、バルトオルスの見解が(正しく⑧に結び付けられて)採用されている。第七に⑩に付された註(p)では、彼はモリナエウスを介したオドフレドゥスの事案の区別を採用しているが、本来のオドフレドゥスの事案区別が⑥に関するものであることから考えると、意味不明である。

これらのことから考えると、基本的には標準註釈とバルトオルスの権威ある見解がゴトフレドゥスの註に採用されていると考えられる。

それに対して、さらに百年以上後のポチエは、前掲書第一八巻第四章「相続財産あるいは売却訴権について」第一節「売却された相続財産について」第一条第一項「相続財産の売主の買主に対して何を給付する義務があるか」の冒頭ⅣⅤⅥに、クヤキウスによりパウルス文との関連性を指摘されたD. 18. 4. 2. 1-3(註(125)参照)を中心として、相続財産問答契約に関連する法文を配列している。そのうえでポチエは、Ⅶに相続財産と相続財産上の物の二重売却の場合の売主の義務に関するパウルス文を配列して、以下のような法文の導入的説明(要約)と註(解説)を付加している。

〈訳〉 ポチエ 新編ユスティニアヌス帝学説彙纂（パリ版 一八一八年）

Ⅶ しかし、まさしく相続財産が売却された後に相続人が相続財産上の諸物を売却した場合、買主がそれらの物を相続財産の売主に請求するのは正当である。他方、むしろ欲するならば、それによって物が売却されたところの代価もまた請求することができる、しかも例えば物が売却後滅失した事案でさえ。その件では、相続財産の買主の状況は個別物の買主の「状況」よりもよい。このことをパウルスは説いている。以下そのように…「（パウルス文は本文一参照）」

その他の点では、たとえ相続財産の売却後相続人が相続財産上の物を売却したとしても、買主はそれらの物を第三者である諸占有者に対して訴求することはできない。というのは、アレクサンデルが回答しているように「相続財産上の諸物を引渡す前に、あなたに相続財産を売却した者は、依然としてそれらの物の所有者であり続け、そしてそのゆえに、それらを売却することによって、他人に所有権を移転することができた、からである。しかし、契約を締結した者が誠意を破っていることを考えれば、購買訴権に基づいて訴えられた者は、あなたの利害関係のある限りで給付するよう強いられる（C. 4. 39. 6）」。

〈註〉

(8) ① *interposita stipulatione* これを相互の相続財産売買問答契約から理解せよ。それによって売主は、彼に相続財産から到達するものは何であれ、買主に給付するであろうことを諾約する。買主は反対に、何かが売主にとって相続財産のために失われた場合には、自身が填補するであろうことを諾約する。

(1) ③ (a) *credimus pretium* 先行する註で、第二法文第三節に基づいて言われた前述のやり方でのように。

(2) ⑤ *negotium eius agam hereditatis* 以下のように思われる：相続財産を私が売却し、さらに相続財産上の物を私が売却する場合、私は、この物を売却することによって、私のというよりも買主の事務を行うものと観られる。なぜならばすなわち、このことは我々の間では、相続人として行うことは何であれ買主のために行うと私は観られるというように合意されたと観られるからである。それゆえに、この売却から得た代価を、あたかも買主に関係ある事務に基づいて保持するものと私は観られる。それゆえに彼に私は返還しなければならない。

(3) 〔6〕(γ) *non ex re* 滅失した物から残っているものについて債権者に対して少なくとも義務を負わせられる。しかし私が受領した代価は、元々物からではなく、その物を売却することにより私が為した行為から得た。そしてこの契約を私の名で私が為す場合には、「代価は」私に属さねばならない。

(4) 〔6〕(δ) *quasi alii non vendidisse* それはすなわち、私が売却しなかった場合と同様にあなたに義務を負わない。

(5) 〔6〕(ε) *vis* 滅失した物以外には何も私はあなたに義務を負わない。この物の売却から得た訴権について、私があなたではなく、私の名において行なった事務から得た場合には、私はあなたに義務を負わない。

(6) 〔8〕*quemadmodum* これらの文言の前に補充せよ…この物を私が売却できなかったことを、相続財産の買主に私は申し立てることもできないし、そしてこの場合にはこの物の名義で何も買主に私は義務を負わない。このことを私は申し立てることができない(と私は言う)、と。そして相続財産の買主はこの運命に甘んじざるを得ない…土地の売主——買主は容仮占有によって彼に残している——が、彼の伶俐によってその土地から得た果実を給付しなければならぬと同様に。そしてまた、その他人の土地を、容仮占有の構成に基づき買主の為したことの故に、懈怠し得た、と申し立てることもできない。しかし少なくとも、そのように重大なクルパを欠いているであろう。

(7) 〔10〕*nili hoc ad employem* その者に、私が物以外には何も義務を負わない。それゆえに、私はこの物を機会として得た諸訴権について義務を負わない。

(8) 〔11〕*nam sed* の代わりに *nam*。

(9) 〔11〕*actiones suas* 逆に、この場合「買主は訴権を」得る。私がクルパなくして占有を止めた物について私は義務を負わない。しかし、私の諸訴権を給付しなければならぬ。

(10) 〔11〕*sic aestimavem* そのゆえに、委任する義務を負った訴権によって得た、訴訟物の評価についても義務を私は負う。

ポチエはパウルス文を①―⑧と⑨―⑫の二部に分け、その付註は前半に重点が置かれている。そしてⅧ冒頭の説明では、第一に相続財産の売主が相続財産を二重売却した場合には売主の義務は物の給付であること、第二に、さらに相続

財産の買主が望むならば、代価についても、請求権が買主に認められること（物滅失の場合には、さらに、個別物の買主の状況よりも相続財産の買主の状況の方がよい）こと、という二点に要約されている。これらは⑥との対比で③（ α ）と⑤のパウルの解答が一般化されているものと言える。

彼の付した註で特徴的な点は以下のとおりである。②に関する註(8)では問答契約の内容につき、訴権、代価の何れについても問答契約の対象とし得ると理解のうえ、③に関する註(1)でも問答契約が諾約者（ \parallel 売主）に對象が到達した都度物効力を発すると説明しているのは、基本的にクヤキウスの理解と同じである。また⑤に関する註(2)ではパウルの⑤と⑦での理由付けが融合され一般化された命題になっている。⑥（ γ ）に関連する註(3)(5)では「行為から得る」ものが売主の義務にはならないというパウルの理由説明を確認するのみであるが、冒頭の説明から考えると相続財産（上の物）売却と個別物売却との間の相違点を強調するオドフレドウス以来の枠組みを踏襲していると思われる。不衡平の問題に関しては、アックルシウスの見解についても触れられておらず、またクヤキウス、ファアベルの解釈の結果は読み取れない。それに対して、⑧に関する註(6)では、事案を想定しており、⑧がまさにファアベルの指摘に類似する⑥の事案との対比が指摘されている。⑨ \rightarrow ⑫ではポチエにとつては冒頭の主たる論点と離れているためか説明は簡単で考察の余地は殆どない。⑩に関する註(7)はバルトオルスの要約と同様である。⑪に関する註(9)ではパウルの断案に従うが註(10)では訴訟物の評価を訴権と同様に考え売主の義務と考える見解をとり、アックルシウスの見解と対立している。部分的にはクヤキウスなどの古典法追求の成果が撰取されているように思われるポチエにおいても、法文の内容の一般化に際しては詳細なエクセゲゼが切捨てられて、冒頭の要約を観る限りでは、バルトオルスの要約と大差がなくなつてしまつているように思われる。

- (141) 船田第一巻五三七頁はこのポチエの業績を實際適用のために法文を配列したものととして、研究方法は人文主義法学のそれとは異なるとする。フランス民法典の基礎を完成させたポチエは、もちろん近世自然法学の代表的な法学者であるが、研究生活の初期に学説彙纂を詳細に検討して、学説彙纂の法文を(また勅法彙纂と新勅法彙纂の法文も併せて)体系的に整理しなおし、ことでも知られている。そのような彼の活動は、ドネッルスと同じ体系志向をもつ人文主義法学の最終段階としても位置付けることができよう。マルタン(塙訳)六二三五頁参照。
- (142) ドネッルスの全集(*Opera Omnia*, 12. voll. Lucae 1765-70)で検討してみたが、ロオマ法註解(*commentaria iuris civilis*)でパウルス文の解釈に言及している箇所を発見することができなかった。相続財産売却に関して詳細に検討している勅法彙纂註解(*Commentaria in Codicem: Opera t. VIII, col. 789 seqq.*)でも同様であった。彼の体系化志向とともに今後の検討課題としたい。
- (143) デイオニシウス・ゴトフレドゥス(一五四九—一六二二年)の「市民法大全」一五八三年: Vgl. H. Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*: in *Hdb. Bd. II/1, S. 649*; *idem*, *Graeca leguntur*, S. 90ff.) によれば、他の刊本を参照することができなかった。ここで取り上げた刊本は、註(註釈)つきの刊本(トロイエによれば、一五八九年以降の版が註つきであるという。Graeca leguntur, S. 90, Anm. 2)である。さらにゴトフレドゥスの註釈付き「ロオマ法大全」に *de Troje, Hdb. S. 651ff. insbes. S. 651*.
- (144) Molinaeus: Charles Du Moulin. (一五〇〇—一五六六年) フランス古法時代の慣習法学者。マルタン(塙訳)六二四頁参照。
- (145) バルトオルスではこの一般化の理由付けが明瞭でないことにつき註(116)参照。またバルトオルスの誤解とする見解としてファアベルの註(†)参照。
- (146) ポチエがIV-VIに配列した法文は順に以下のとおりである。IV: D. 18. 4. 2, I: h. t. 2, 4: D. 50. 16. 178, I: V: D. 18. 4. 2, 3: VI: D. 18. 4. 14, 1: D. 50. 16. 97: D. 18. 4. 2, 3.

〈小括〉

人文主義法学におけるパウルス文解釈では古典法探求の手法による法文解釈の手法によりフランス学風 (Eos gallicus) が行なわれたと言われているが必ずしも一様ではなく、民法典の基礎を与えたポチエのように体系志向の法学者にも古典法の理解が浸透していることは認められるが、一般化、体系化にあたっては詳細なエクセゲゼの成果が失われているように思われる。

他方、ロオマ法文を詳細なエクセゲゼによって解釈しようとするクヤキウスとファアベルにおけるパウルス文解釈で特筆すべきものはその視点である。法文解釈の視点については、ロオマ古典法探求が前面に出てくるために、参考文献について、事案の単なる論理的な区別に留まらず、ヨリ古典法の実態に応じた解釈が行なわれている。例えば、相続財産売買問答契約の再構成 (註解学派では意義・効用の面での関心が強かったのと対照をなす)、参照法文の事案のヨリ具体的な考察である。概説書によれば、古典法追求の態度は、ユ帝法典の改竄研究の側面が強調されているように思われるが、本法文の解釈に関する限りでは、改竄についての言及はほとんど無く (今世紀のインテルポラチオ研究と比べても格段の差である、Index 註 (3) 参照)、むしろ法文自体におけるパウルスの質疑における思考過程の探求という面が強いように思われる。その意味では、彼らの解釈は古典法研究という枠組みの中ではあるが、法文の想定している事実の正確な理解に基づく法文の内容の確定を志向するものであり、法学史の観点よりみればパウルスの断案を素材とするいわば「判例研究」を行うことによるパウルスの法学的思考の再現、ないし獲得の作業というべきものである。

このような視点をもつ彼らの註釈学派以来の見解に対する批判は、ヨリ精緻な事実確定に基づく事案の区別によるも

のであり、パウルスの断案が(彼らによって)想定される事案との関連を離れて解釈された場合、あるいはパウルスの想定する事案自体ないし事案の連関についての誤解に集中している。

彼らの議論の中でも、註釈学派以来の「集合体と個別物の区別」、「物からの利得」と「行為からの利得」という視点は、具体的事案との関連の中で踏襲されている。しかし、彼らの議論が法文のエクセグエゼに重点がある以上一般化が過度に強調されることはない。また、註釈学派以来の⑥の不衡平の問題については、(オドフレドゥスの論理的な事案区別よりも)精緻な事案の区別により、彼らはアックルシウスの見解を否定している。アックルシウスの見解の否定はゴトフレドゥスとポチエにも浸透しているとみられ、彼らの解説ではもはや言及されていない。

おわりに

註釈学派から人文主義法学までのパウルス文解釈の概観をひとまず終えるにあたり、簡単にまとめておく。

まず各学派のパウルス文解釈で特徴的な点は、註釈学派での「事案」理解と法文・事案(問)の論理的解釈による法文自体の理解への志向、註釈学派での実務的視点からの準則形成と法的論点の抽出(要約)への志向、エクセグエゼ志向の人文主義法学者(クヤキウス・ファアベル)での古典法の実態に即したパウルスの思考過程再現(再獲得)の試み、である。それらが、標準註釈における註釈学派の分析的釈義の集大成とバルトオルスにおける註釈学派の法的論点抽出の集大成を通じて、ロオマ法大全の正文と並んで権威をもつ解釈が層をなして形成され、⁽¹⁷⁾体系化ないし法典編纂の基線

を与えているのに対して、エクセゲエゼ志向の人文主義法学者であるクヤキウスとファアベルの作業は「パウルス文に内在する法的思考」の再認識に基づく法文の内容の一つの厳密な検証の方法⁽¹⁴⁸⁾の提示という形で展開したといえよう。

これをパウルス文の具体的な法的論点に関してみると、基本的な問題は、相続財産（集合体）と個別物の売主（諸約者）の給付義務の対比であり、様々な事案（二重譲渡、特定物滅失、占有喪失）との連関で、「誰の事務を行なったと観られるか」、あるいは「物からの利得」と「行為による利得」というパウルスの提示した論拠が意味を持っていたのである。ドイツ民法に採用された「物からの利得」と「行為からの利得」という峻別の観点は必ずしも自明の独立した準則ではなかったが、関連法文との事案比較が繰返される中で一定の論拠として維持された。それらの論拠を維持する点ではクヤキウスやファアベルも同じであるが、事案分析の厳密さが事案対照と論証をヨリ厳密なものにしている。また、標準註釈において（パッサアヌスとアゾォに従う）アックルシウスにより指摘された第二事案⁽⁶⁾の不衡平の問題についても、ポチエに至るまでに問題が解消される過程で、クヤキウスやファアベルは事案の区別をさらに精緻にする役割を果たしている。

最後に、法学史の観点からみれば、註釈学派・註解学派以来の（論理的）分析的積義と総合的準則形成⁽¹⁴⁹⁾の手法だけでは捕らえきれない「ロオマ法文に内在する法学的思考」を、エクセゲエゼ志向の人文主義法学が古典法研究（とくにパウルスの思考過程探求）を通じて習得する過程の一端を窺うことができるように思われる。

(147) 標準註釈付きロオマ法大全リヨン版についてトロイエの指摘する実務的意義（註（46）参照）をそのように理解できるように思われる。

(148) 第一に、本稿では諸法学者の解釈の可否についての検討に立入ることが出来なかったが、古典法研究の今日的水準から

の一つの検証例としてヤアコプス・前掲書(註(2))があるように、検証の可能性は常に残されている。第二に、彼らの作業は歴史的研究の枠内でのロオマ法文の解釈に限定されるので、それらの法文解釈(のみならず習得された思考様式も)が彼らの現実の法的問題の処理にどのように生かされているかをさらに検討する必要がある。この点について田中・前掲論文(註(127))が指摘する研究課題は重要であると考える。これらの点については今後の課題としておきたい。

(149) ヴィアッカア四七頁以下、六〇頁以下参照。