



Title	ルブリア法 一名誉法の一問題点ー
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 15(3), 1-27
Issue Date	1965-02-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16046
Type	departmental bulletin paper
File Information	15(3)_p1-27.pdf



ルブリリア法——名譽法の一問題点——

小 菅 芳 太 郎

私は、講学上、名譽法形成の經驗的連統的な様子をはっきりさせる必要を感じている。⁽¹⁾このためには、誠意訴訟の起源に関する外人法説よりも「法發展のための中心的地位を占めていたのは内人掛法務官の方である」という最近の見方に従うのが都合がよい。しかし、このためには、金石文史料 (inscription) たるルブリリア法 (一) を最強の論拠とする通説 (二) に対して、新説が何よりもまずこのルブリリア法をどのように解釈し直すか (三) を整理しておかねばならない。⁽³⁾

—

ルブリリア法の第二〇章は、⁽⁴⁾南ガリアの新市民のために、未発生損害につき担保問答契約がなされない場合にこの締結を擬制した訴訟 (actio ficticia) を付与している。⁽⁵⁾同法の問題点の第一は、この問答契約擬制訴訟の方式の請求表示 (intentio) : 「被告某がその問答契約に基いて原告某に誠意よりして与え為すことを要するであろうものは何もの

説 たりと云] (quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona) にある。(E) 一般に問

論

答契約上の請求のための方式は厳正訴訟に属するにもかかわらず、同法の問答契約訴権の場合に限って、その方式には誠意訴訟の特色たる誠意条項 (ex fide bona) が存在している、という「変則さ」(問題点Aとよぶ)にある。問題点の第二は、同法が規制する南ガリア人は既にロオマ市民であるのに、擬制訴訟方式のなかで締約を擬制された「その問答契約」(前記)としては、内人掛法務官ののではなくて外人掛法務官の告示(外人告示)に掲げられたもの、即ち「首都ロオマで外人間に法を宣言する者がその告示に掲げている問答契約 (ea stipulatio, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicer in albo propositam habet) が借用されていること(問題点Bとよぶ)である。

二

Kaukel (1939) 2 ss.: 問題点A解決の試み(14)の中から Lenelep 4 n. 1 の示唆した誠意条項と外人訴訟との関連(15)——ルプリア法の訴訟方式での誠意条項の附加は、その外人告示からの借用よりすれば、市民間で用いられる通例の問答契約訴訟の方式を少なくとも同法当時に関する限り使用しえなかつた外人に訴訟の道を開くためのもの——をとりあげ、(1)この関連のもつ意味は市民のみを義務づけ拘束する「根拠」と外人をも含むそれとの相違にあり、一般に訴訟方式における誠意条項の附加の有無はこの両根拠の対立の表現であると考える。即ち同条項は「請求内容をきめる尺度」たるのみならず起源においては「拘束根拠」であった。(この推測を確める事情として：(i)この「拘束根拠」の相違、つまりここでは、誠意条項の附加なき市民法上の請求(單純な oportere)と同条項附の請求 (oportere ex fide bona: 誠意訴訟)との相違には、法律 (lex) 上の市民法と慣習法上の市民法との相違が対応している。(ii)誠意訴訟の「拘束根拠」が法律ではない社会規範即ち信義 (fides) であってこそ、誠意訴訟の外人への適用可能性が、さらに

その起源における外人訴訟の決定的影響が明らかになる⁽²¹⁾ゆえにブルリア法が借用した外人告示の場で考えるなら、問答契約訴権が「変則」的に誠意訴訟とされたのではなくて、誠意条項が外人にも共通な「拘束根拠」として言及されているのである。(2)問題点A解決への過程で見出された右の拘束根拠論における信義は、誠意条項を外人訴訟に関係づけることを前提するいわば外人的信義だから、外人が問題にならないルブルリア法の場合にはさらに次の考察を加えねば解決にならない⁽²²⁾。即ち、外人告示の問答契約の方式は当然「誓約」(ponisio)ではなくて「信約」(fidepromissio)であり、この拘束根拠には他の誠意訴訟におけると同様信義があったと考えられるから、その訴訟方式は市民間の場合にも誠意条項附であった。ルブルリア法の場合がまさにそれになる。(3)誠意条項の存在する問答契約訴訟は信約に関するものに限定されたとしても、とにかく、古典時代にはおよそ問答契約上の請求のための訴訟方式には誠意条項は存在しないという事実に至る問題点Aはどうなるのか。全く新しい方式(というよりは無方式…諾成契約)の契約類型たる他の誠意訴訟の場合と違って、従前の誓約とは使用言語を異にするのみなる信約は、後には、問答契約(stipulatio)として一括され誓約と同一の原則のもとに取扱われるに至った⁽²³⁾。かくて、信約の訴訟方式の信義条項は問答契約訴訟の厳正訴訟性に反する変則とみなされ、ルブルリア法に以後の時期に削除された。

三

Magdelain (1954) 50 §.: (1)誠意条項のある問答契約訴訟方式を想定する右の考方は問答契約訴訟の厳正訴訟性との関係ではいずれにせよ困難である〔問題点Aの完全な解決にはならない〕(法律的市民法上の訴権を外人にも使用可能ならしめるのは市民権の擬制(Gai. 4. 37)⁽²⁴⁾であって誠意条項ではないから、外人訴訟と誠意条項との関連は成立しない⁽²⁵⁾)。(2)他方、ルブルリア法の誠意条項の意味も、これを法務官告示所掲の既存の訴訟方式に関係づけることなく⁽²⁶⁾、

同法の擬制方式の文脈内で解釈しうる。^(26・27) 即ち、その誠意条項は二人官らの未発生損害担保問答契約締結命令に対する不服従を表示するものである。⁽²⁸⁾

Broggini (1957) 185 §.: (1) 誠意条項ある問答契約訴訟方式の考え方 (二(3)) は踏襲するが、誠意訴訟の外人法起源を否定する立場として誠意条項と外人訴訟との起源的関連は否定する。⁽²⁹⁾ (2) したがって、後に誠意条項を削除されるに至る訴訟方式 (二(3)) は、外人にも使用可能な信約のものだけだったのではなく、誠意訴訟としてのみ訴訟可能となった不確定物問答契約⁽³⁰⁾ (stipulatio incerti: 誓約であれ信約であれ) の訴訟方式がそうだったのである。(3) これをルブリア法についてみれば、同法の訴訟方式は——問答契約の場合とは違って——外人告示からの借用ではなく、まさに市民間のためのもの、内人告示に属するものであることになる。⁽³²⁾

Lombardi (1961) 203 §.: (1) ルブリア法の擬制方式の oporteret の意味⁽³³⁾ (加うるに、外人掛法務官が問答契約の方式を告示しながらそれに基づく訴訟の方式を告示しなかったとは考えられないこと) からしてそのモデルとなった現実的訴訟の方式の外人告示における存在を確認し、同法の訴訟方式の誠意条項に関する考察範囲をこの外人告示の訴訟方式に限定する。(2) 同法が借用する外人(告示)問答契約の方式は、未発生損害への明示的言及を含むこれに固有のものである(同法の「問答契約する」(resipulari, repromittere)の表現は「未発生損害につき」(damni infecti)や「その」方式に従って「(ex formula) の限定語を常に伴っているから」)⁽³⁴⁾この問答契約から生ずる訴訟の方式もまた未発生損害に固有な訴訟 (actio ex stipulatione damni infecti) である。(3) 外人問答契約 (およびこれに基づく訴訟) の目的は、将来発生する恐れあるも予め確定できぬ損害に関する以上、不確定物 (incertum) であり、⁽³⁵⁾この問答契約方式および訴訟方式中の誠意条項をこの点に関係させて解釈すれば、それは「尺度」⁽³⁷⁾である(もしそうでなくて「拘束根拠」だとすればこの未発生損害に固有なもの以外の問答契約の方式にも誠意条項が現れねばならぬがその事実は一

(5)。(4)かくてルブリア法の間答契約方式（および訴訟方式）を外人告示における未発生損害のみに関する特殊なものと限定的に解釈することによって、これを間答契約一般と捉えた場合の無理に陥らず、間答契約訴訟を誠意訴訟の中に算していないケケロ (de off. 3, 17, 70) を克服でき、総じて問題点A解決の困難さは遙かに減少する。(41)

Wieacker (1963) 15 ss. : (1)首都在住の外人が外人告示所掲の間答契約を現実になした場合のこれに対する訴訟方式 [Lombardi (1)参照] の請求表示はルブリア法的方式から一応推定すれば : *quidquid ex ea stipulatione Nus Nus AoAo dare facere oportet ex fide bona* である。(2)差当り信義条項を度外視して、この推定された方式を眺めれば、これは内人告示の間答契約不確定訴権の方式 : *quod AusAus incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem dare facere oportet* にはかならぬ。(42)(43) 外人告示の訴訟方式(前記(1))の文言をこのように確定することは、未発生損害担保問答契約——外人告示におけるこの方式は、使用言語の相異を除けば内人告示のそれを採用したと考えられる——の目的が不確定物なることからも確かめられる。(3)ルブリア法の擬制方式の誠意条項は結局いかなる意味をもつか。Lombardi [(2)] のように同条項は外人用の未発生損害担保問答契約とその訴訟方式〔に既に存在し、かつそこ〕にのみ存在したと考えるよりも分り易いのは、審判人は擬制方式の誠意条項によって、未発生損害担保問答契約の方式中の悪意条項に示されるような悪意 (*dolus*) を顧慮するように指示されたのだと考えることである。(44)つまり同法の誠意条項の出現は外人の関与によるのではなくて未発生損害担保問答契約の特殊な内容(悪意条項)による。(4)この点からも誠意条項と外人訴訟との関連は否定されるが(誠意条項は「尺度」であって「拘束根拠」ではない)、同じくこれを強く否定するものとして、外人問答契約たる信約は外人にも共通な拘束根拠としての誠意条項の必要なく擬制により法律的市民法上の請求として訴訟可能だったことがある [Magdelain (1)]。(5)以上のように考えれば誠意条項はおよそ問答契約訴訟に属したことがなかったのであって、問題点Aは完全に解決される。(6)問題点Bについては、

南ガリア住民への市民権付与以前に首都でかれらのために行われていた手続が市民権付与後も踏襲されたと考えるのが簡単である。⁽⁵⁰⁾

(1) いわゆる第二期の当初にローマ私法の発展を担った新しい法(主として誠意訴訟 *bonae fidei iudicia*) の特徴が形式主義(片岡・国家七〇巻六号一〇二)からの自由にあるため、こうした法が形成された場所は一般に、形式主義に無縁な外人との取引、その参加する訴訟、この訴訟をその命令権に基き積極的に可能ならしめた外人掛法務官(*praetor peregrinus*)に求められている(eg. Kunkel *RGK*, 註21参照)。要するに従前の市民法(*ius civile*)に対する新しい法の実体は、その形成され方によれば名誉法(*ius honorarium*)であり、人的適用範囲によれば万民法(*ius gentium*)である(eg. Kunkel *RPR* 60n. 9)。概説書の叙述体裁についてこれをみると、万民法の叙述が同時に名誉法形成自体の説明になっているといつてよい(例えば原田「ローマ法」六以下、船田「ローマ法入門」(昭二八)一六以下参照)。しかし、第二期の当初における万民法と名誉法との実体の同一というこの単純な状態は、当初の新しい法(誠意訴訟)がその後引き続き産出されたさらに新しい名誉法の層(主として事実訴権 *actiones in factum*)との関係においてはむしろ市民法に属するものと観念されるようになる(いわゆる市民法への継受・後出註17)、複雑になる。この段階における法の分類は、市民法—万民法、市民法—名誉法という二組の整理基準を同時に用いるならば四通りの組合せを生ずることになる(原田・二二、船田(入門)二〇)。この複雑な説明は、ローマ法史を全体的に説明する場合、換言すれば、万民法・名誉法の両方をいづれにも偏らずに説明していこうとする場合には、避けられない。これに対して法史学講義がローマ法の材料の中から取出すものを英法におけるような経験的な法形成、即ち市民法に対する名誉法の関係に特定した場合——ローマ法が提供しうる材料は勿論これだけではなく、その他に例えば普遍主義的思想の形成をとりあげるなら本稿で比重を軽める万民法が逆に重要な対象となること類書の叙述に見られる通り——には、説明概念としての万民法およびそれに伴う前記の複雑な説明は無く済みますことができるかと一応は考えられる。しかしこのように撰択的取扱をする場合にも、法発展の実態が既述のようなものであるとすれば、講学の実際はやはり同じことになってしまふ。ところが、最近の学説の中には、名誉法の発生は外人掛法務官の裁判慣行にあったのではない、いづれにせよ外人の参加する訴訟のみに由来するのではない、という見方がある(次註)。この見方によれば名誉法の経験的連続的形成は一層はつきりすることになり、したがって、講学上既述の困難に煩わされなすむことになるわけである。

(2) Pringsheim cit. in SZ 80(1963) 536.

- (3) 以下の各学説における主張や論拠の撰択および配列は私の主観によっている。文献略号(慣用のものは除く) : Kunkel= *Fides als schöpferisches Element im röm. Schuldrecht*, in *Fschr. Koschakes II* (1939) 1 ss.; Magdelain= *Les actios civiles* (1954); Brogginini= *Iudex arbiterve* (1957); Lombardi= *Dalla fides alla bona fides* (1961); Wieacker= *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *SZ 80* (1963) 1 ss. 未見の文献 : Hardy, *Six Roman Laws* (1911); Arangio-Ruiz (註30③)。
- (4) ヒアチエントフ附近で発見された銅板によって一部伝えられている本法律 (*lex Rubria*) の成立時期の上限は、南ガリア *Gallia cisalpina* (ポオ河地帯 *trans padana*) の地域における地方裁判権者への授權範囲(未発生損害担保問答契約のような緊急事件を除いて一万五千セステルチウス以下の事件)を定めているところからみれば、カエサルにより同地方(屬州 *provincia*)の住民にローマ市民権の付与された四九年、下限は同地方がイタリア本土に併合された四二年である (Arangio-Ruiz, *Storia* (7 ed. 1957) 209; 船田一二五五、一九七註五)。
- (5) *Lex [quae dicitur] Rubria de Gallia Cisalpina, cap. XX* : *Qua de re quisque, et a quo, in Gallia Cisalpina damnei infectei ex formula restipularei satisve accipere volet, et ab eo quei ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit) postulaverit, idque non k(alumniae) k(aussa) se facere iuraverit : tum is quo d(e) e(a) r(e) in ius aditum erit, eum, quei in ius eductus erit, d(e) e(a) r(e) ex formula repromittere et, sei satis darei debebit, saties dare iubeto decernito. Quei eorum ita non repromississet aut non satis dederit, sei quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob e(am) r(em) eo ve nomine erit, quam ob rem, utei damnei infectei repromissio satisve datio fieri, postulatum erit : tum mag(istratus) prove mag(istratu) II vir III vir praefec(tus) ve, quoquomque d(e) e(a) r(e) in ius aditum erit, d(e) e(a) re ita ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito, proinde atque sei d(e) e(a) r(e), quom ita postulatum esset, damnei infectei ex formula recte repromissum satisve datum esset. D(e) e(a) r(e) quod ita iudicium datum iudicareve iussum iudicatumve erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, sei damnei infectei repromissum non erit, iudicium det itaque iudicare iubeat : “I (udex) e(sto). S(ei) antequam id iudicium q(ua) d(e) r(e) a(gitur) factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine q(ua) d(e) r(e) a(gitur) eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio repromississet : tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oporteret ex f(ide) b(ona) d(um) t(axat) HS…… e(ius) i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto IIvir(ei) III vir(ei) praefec(tei) ve Mutinensis, quod eius is IIvir IIIvir praefec(tus) ve ex lege Rubria, seive id pl(ebei) ve*

se (itum) est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua d(e) r(e) a (gitur) L. Seio damnei infectei reprimere noluit, c(ondem-
nato); s(ei) n(on) p(are) absolvito.” Aut sei damnei infectei satis datum non erit, in ea verba iudicium det : “I (udex)
e(st)o. S(ei), antequam id iudicium q(ua) d(e) r(e) a (gitur) factum est, Q. Licinius damnei infectei eo nomine q(ua) d(e)
r(e) a (gitur) ea stipulatione, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicit in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset :
tum q(uo) d(e) r(e) a (gitur) cum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acer) oporteret ex f(ide) b(ona) d(um) t(axat) …, e(ius)
i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto IIVir (ei) IIIVir (ei) praef(ect) ve Mutinensis, quod eius is IIVir IIIVir praefect(us)
ve ex lege Rubria, seive id p(rob) ve sc(itum) est, decreverit, Q. Licinius eo nomine q(ua) d(e) r(e) a (gitur) L. Seio damnei
infectei satis dare noluit, c(ondemnat)o; s(ei) n(on) p(are) absolvito.” (Bruns I, 97; FIRA I, 171)

何についてであれ南ガリアで各人が、誰かから、未発生損害につき方式に従って要約しようとし、または担保受領しようとし、
当該地で法を宣言する「裁判権」者に申請し、これがシカアネのためではない旨を宣誓するなら…そのときは、その件を受理する
「裁判権」者は、法廷に連行された者が、その件につき方式に従って単純問答契約を諾約するように、そしてもし保証人附担保問
答契約を諾約すべきであるならそうするように、命令し決定せよ。もしかれがその通り単純問答契約を諾約せぬか或は保証人附担
保問答契約を諾約せず、その間に損害が、未発生損害につき単純問答契約または保証人附担保問答契約を申請したまきにそのこと
のために (ex ea re aut ob eam rem eove nomine) *発生したならば…そのときは、政務官または前政務官たる二人官四人官ま
たは代理官のうちの誰であれその件を受理する者は、あたかもその件につき申請があつて未発生損害につき方式に従つて正しく単
純問答契約または保証人附担保問答契約がなされたかのごとくに、法を宣言し訴訟付与し判決命令し強制せよ。この件につき、こ
のように訴訟付与、判決命令、または判決がなされるときは次の限りで、即ち、もし未発生損害につき単純問答契約がなされない
なら以下の言葉で訴訟付与し判決命令する限りで、法たるべく有効たるべし…《某が審判人たるべし。もし、当該訴訟以前に、Q
リチニウスが未発生損害につき、当該の件のために、ロオマで外人間に法を宣言している者〔外人掛法務官〕が告示に掲げている
問答契約をL・セイニウスに対して単純問答契約により諾約していたとするなら…そのときは、Q・リチニウスがその問答契約に基
いてL・セイニウスに誠意よりして与え為すを要するであろうものは何ものたりとも、それについて…セステルチウスの限度内で審
判人はQ・リチニウスをL・セイニウスに対して、もし二人官四人官またはモデナの代官がこの件についてルブリア法律ないし平民
會議決に基いてなした決定に基いてQ・リチニウスが当該の件のために未発生損害につき単純問答契約を諾約しようとせぬなら

ば、責あるものと判決せよ。もし明らかならざるときは免訴せよ。《あるいは、もし未発生損害につき保証人附担保問答契約がなされないならば次の言葉で訴訟を与えよ：『……〔前記の方式の *repromittere* (單純問答契約：後出註7(4))を *satisficere* (保証人附担保問答契約：註7(4))に読替えたものと同じ。〕……』。(*)未発生損害の諸類型 (*facere* (註14(1)参照))の場合も含まれる：Serra, *infra* 101 n. 43 ff.) が示されているが、私には訳し分けられなう。

(6) 相隣地関係の一つたる未発生損害 (*damnum infectum*) については、本稿の問題たる法務官法上の保護(次註)のほか、法律訴訟 (*legis actio damni infecti*) による市民法上の保護もある(ただJ. *Gai.* 4, 31 のおとしはもはや実用性なし)。これを事後救済的罰金訴訟だとしたとするもの：Kaser *RPR* 110, *Altrom. Jus* 220; Bonfante, *Corso* II-1, 329; 申請式法律訴訟 (*l.a. per iudicis*) *arbitri* (*ve*) *postulationem*) により一種の原状回復を請求せよとした(物的訴訟的性質)とするもの：Broggini 71 n. 63, 169 n. 28, 229; *Mozzillo, Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae* (1960), 84 n. 68, 87 s.

(7) ウルビヌムの告示註解として伝えられる法務官の未発生損害に関する告示はの次通り：

Ulp. 53 ed. (*D.* 39, 2, 7pr) : Praetor ait : "damni infecti suo nomine promitti, alieno satisficari iubeo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine ager postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero, si controverisia erit, dominus sit necne qui cavebit. sub exceptione satisficari iubebo. de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisficari iubebo. eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. in eum, qui neque cavebit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictione fuit quae mea est, cautum fuisset……" (法務官は言ひ：「私は、未発生損害について、諸約者自身に關するときは單純問答契約が、他人のためなるときは保証人附問答契約が、要約者自身のまたは彼がその者のために訴えているところの者の締約申請はシカアカネのために非ざるを宣誓する要約者に対して、事情審査後私の定める期間で、諸約されるよう命ずるだらう。諸約する担保者が所有者であるか否かにつき争あるときは、保証人附問答契約の方を留保附で命ずるだらう。公の河川またはその岸でなされている工事については、保証人附問答契約を十年間命ずるだらう。このような担保問答契約をえられなかつた者は締約申請の目的物の占有にはいるように、さらに、申請が正しいと認定されるときは、占有するように、命ずるだらう。担保問答契約もせず占有にあることも占有することも許容せぬ者を相手方として、次の訴訟、即ち、もしもこの件につき、私の決定

またはこの件につき私の裁判權 [cf. De Martino. Giurisdizione 213 n. 4] を授權された者の決定に従って担保問答契約がなされていたとすれば彼が給付するを要するであらうものを給付せよとの訴訟を、付与するだらう。……)

(イ) 未発生損害担保問答契約 (cautio damni infecti. 原田一〇三) : また、法務官的問答契約には單純な問答契約 (repromissio) と保証人担保問答契約 (satisfactio) との區別があり (原田四〇五 cf. Kaser RPR I 450 n. 6) 未発生損害の場合、建物の所有者は前者でよいが、それ以外の他物権者は後者にしなければならない (Bonfante, Corso II-1, 351 n. 3. ibi citati : Ulp. D. 39, 2, 9, 5 : Celsus certe scribit, si aedium tuarum usufructus Tritiae est, damni infecti aut dominum repraesentare aut Tritiam satis dare debere : Idem h. t. 15, 25 (pignoratitius creditor) ; Gai. 4, 101 : si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfdari debet, quia nemo alienae rei sine satisfactioe defensor idoneus intellegitur.)

未発生損害の各類型に応じた担保問答契約諸方式は、Lenel, EP 551 ss. の再構成によれば次の通り :

Quod aedium loci operisue q. d. a. nitio, si quid ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur. in aedibus meis intra ... damnnum factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari doluntque malum abesse afuturumque esse spondesne ? spodeo. (前該の建物、土地または工事の瑕疵により、もしそこで何かが崩れ切離され掘返され建築されて、私の建物に……年内に損害が発生するときは、その件が値するであろうだけの金額が与えられることを、また悪意が現在も将来もなきことを、汝は誓約するか？誓約する。) なお「悪意条項」につき後出註46。

Quod in illo flumine publico ripae eius a te herede tuo eone ad quem ea res pertinebit opus fiet, quod eius operis nitio in annis decem damnum factum erit, quanti ea res erit, tantum pecuniam dari doluntque malum …… (その公河川またはその岸で汝または汝の相続人またはこの件に関係するであろう者によつてなされる工事の瑕疵により今後十年内に損害が発生するときは、〔以下 E. 111〕)

Quod eius operis, quod in fundo meo aquae ducentae causa fiet, nitio intra… damnum datum erit, quanti ea res erit, …… (私の土地で水道のためになされる工事により損害が発生するときは、〔以下同文〕)

法務官による右の(イ)担保問答契約の締結命令 (decretum) (a) 第一次占有付与 (missio in possessionem ex primo decreto.) の効果は「所持」 : in possessione esse, detentio) (b) 第二次占有付与 (m. i. p. ex secundo decreto.) の効果は使用取得の正原因たる「占有」 : possidere) にまでも隣人が服従しないときは相手方に :

- (4) 擬制訴権が与えられる (Kaser RPR I 346 ; 船田II四六六)。Lenel EP 373 はこの擬制方式の復元につき *quidquid …… oporteret, si… cautum fuisset* という骨組(前掲ウルピアス告示註解参照)以上の詳細は断念し、かりにルプリア法的方式(註5 10)をその特殊性から生ずる点につき手直ししてみても永久告示録のものにはならぬという。
- (8) (4)一般に地方都市政務官は法務官の間答契約と占有付与(原田四〇五)を命ずる権限はない(*iurisdictione*(裁判権)ではなくて *imperium*(命令権)に属する事項だから: Bonfante, *Corso* II-1, 354 n. 4 et 5; De Martino, *Giurisdizione nel dir. rom.* (1937) 201 ss.; cf. *Wöss*, SZ 53, 377 n. 3; *Ulp.* D. 2, 1, 4 : *iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere magis imperii est quam iurisdictionis*; *Paul.* D. 50, 1, 26 pr : *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest*) けれども、(4)未発生損害の場合の法務官的保護については、担保間答契約締約命令と第一次占有付与の限度で一般的に授權されていた (Bonfante, loc. cit. n. 6; *Ulp.* D. 39, 2, 1, pr : *Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit. ; idem h. t. 4, 3/4 : *Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem [第一次占有のみ], cetera suae iurisdictioni reservavit. Si forte daretur non caveri, ut possidere liceat (quod causa cognita fieri solet) non duum viros, sed praetorem vel praesidem permissuros : item ut ex causa decedatur possessione.*)。④ただしルプリア法においてはおよそ占有付与なく、締約命令後直ちに擬制訴訟が付与される。*
- (9) *bona fides* を *fides* (信義) と区別する必要がある場合を考慮して一応このように訳出しておく。本文の誠意条項 (*ex fide bona*) の訳(原田一五一による)はその古典時代の意味(「尺度」: 後出註18)を前提とする(ルプリア法の場合のこの訳出の適否は以下本文)。「*ex*」の語学的意味につき: *Lombardi* 189n. 69.
- (10) 註5(本稿七頁終りから三、二行目および八頁五行目)。
- (11) 訴訟方式(訴権)には請求の目的の相連により二通りある。(1)「与えるを要する」(*dare oportere*)、即ち確定金銭(*certa pecunia*)または確定物(*certa res*)のときは「返還請求訴訟」(*condictio* 簡単には小菅・北法一四卷三号二三三註17・二三三八註62。なお *actio certa ex stipulatu* について: *Kaser RPR* I 451 n. 19, *Röm. Privatrecht* (Kurz-Lehrb.) 2. Aufl. 313; 原田一七五)。(2)「与えをすを要する」(*quidquid dare facere oportet*)、即ち不確定物(*incertum*)のときは「間答契約(不確定)訴権」(*actio ex stipulatu (incerti)*)。各訴権の方式については: *Kaser RPR* I 409; *Kunkel RPR* 164 n. 7, 8 et 10; 船田IV五九六・第一・五。

六例。本稿の直接の問題たる(2)の方式のみを次に掲げる：

actio ex stipulatu (incerti) : "Quod A A de No No incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Num Num Ao Ao dare facere oportet, eius iudex Num Num Ao Ao condemnato, si non pareat, absolvito." (原告が被告から不確定物〔実際にはもっと詳しく記述される〕を問答契約で要約したるがゆえに、それゆえに被告が原告に誠意よりして与え為すことを要するものは何物たりとも、それについて審判人は被告を原告に対して責あるものと判決せよ。明らかならざれば免訴せよ。) (cf. *Gai. 4, 136* (船田訳・昭一八)、*船田 III 三五(二〇)*、*同 IV 前掲頁第六例*)。

(12) 給付内容の決定・その金銭評価につき審判人(iudex)に許されている裁量余地の有無を基準とする厳正訴訟と誠意訴訟との區別は債権法上極めて重要な意義を有する(原田一五一、*船田 III 三一以下*、*Sohn-Mittels-Wenger : 374 ss.* ; *Kunkel RPR 164 ss.* 一例として磯村・石田還曆民法(昭三〇)所収四〇六頁以下参照)。勿論古典法学者はこの峻別を意識的にならず厳正訴訟(iudicia stricta)の用語もなく(*Kaser RPR 406n. 3*)、審判人の裁量範囲は各方式書ごとに個性あり(cf. *Kaser RPR 408ss.*)とはいえず、古典法の伝承によれば問答契約(不確定)訴訟(前註(2))とはとにかく誠意条項なき厳正訴訟である。したがって、ルプリア法の場合の同訴権の方式は前記の基準の分類による限りそれでは処理しきれぬ「変則」(sinwdrige Anomalie : *Kunkel 11*)になる。

(13) 前註5。(本稿七頁終りから四・三行目および八頁四行目)。

(14) この問題点Bは、本稿の当面の問題点ではなく、Aの解決の前提たる関係にもなく(後出註22)、Aとは無関係に処理することができる(後出註50対応本文)。しかし、Bは問題点A解決に必要なルプリア法自体の特色を知るのに重要であるから、この意味で本文中でAと併記した。この問題点Bの解決方向としては、(1)外人告示における法務官的未発生損害保護の何らかの意味での優越性、または(2)外人掛法務官の地域管轄、の二つがある。

(1) (4)未発生損害担保問答契約は外人告示において市民法的保護(法律訴訟：註6)なき外人のために成立したもので、いずれにせよ、ルプリア法当時の内人告示には既に工事(facere)に関するものはあったが建物の瑕疵(vitio aedium)に関するものはまだ存在しなかつた(*Burchard, in Ausführl. Erklärung d. Pandekten 39-11(1875) 65 ss., 71 ss., 109 n.92*。ただし担保問答契約が為さるべき場合はこのような二分法(*Burchard 62*)では尽くされなう：*Lenel loc. cit.* (註7)の諸類型)；*Branca in St. Albertario 1(1953) 340 ss.* (vitium loci)。ただし *Branca : Damno temuto (1937)* は未見)。市民間の法律訴訟の方がアウトグストスの訴訟制度改革(法律訴訟の原則的廃止)後もお実効を保ち、法務官法的保護と競合しえたのは、建物瑕疵担保問答契約 *cautio vitio aed-*

im の外人告示から内人告示への継受が漸く元首政初年に属することに対応する (Burckhard 101)。——本制度の起源にルプリア法が投じた波紋について Bonfante, Corso cit. 336 は次の(β)説に傾きながらも次のように述べた: 「もしもルプリア法の心配がないとすれば、cautio vitio aedium は外人掛法務官によって創られたのだとの考えはおよそ生じなかっただろうことは確かだ」(cf. Serrao 89 n. 8, 99 n. 35; Mozillo 115 n. 123)。——(γ) 未発生損害担保問答契約は内人告示起源のものである。しかるにルプリア法が外人告示の方を借用したのは、両告示間の制度の相違による。外人には「第二次占有付与」の目的(市民法上の使用取得)は実現不可能なので外人告示はこれに代る効果的救済として擬制訴訟を与えていた。ルプリア法はこの後者の制度の方をより適当なものとして借用したのである: Karlowa: Röm. Rechtsgesch. II (1901) 1240 ss. なおこの解決は風州告示 (edictum provinciale) の手続も外人告示におけるように占有付与を欠いていたという推測で補われている (Karlowa 1254)。

(2) (i) 右の(1)の解決方向にはそれぞれに難点がある (Serrao 90) —— (1) において: 関係史料 (Burckhard 65 ss.; Bonfante 332 ss.) は既にルプリア法以前に建物取戻の担保問答契約 (および第二次占有付与) の制度が内人告示に存在したと解釈しうる余地があること (Karlowa 1241 s.。例として Servius (Sulpicius Rufus) —Ulp. D. 39, 2, 24, 4; Q. Mucius-Paul. D. 41, 2, 3, 23 の相違について cf. Bonfante 335; Serrao 99 n. 36)。(ii) において: ルプリア法の外人告示への言及は問答契約方式に關してであって、擬制訴訟には關しないから、後者の制度が外人告示のみに存在したという推論には飛躍があること (Serrao, loc. cit.; contra Bonfante, in IVRA 6, 243)。⁹⁾ なによりもまず、いずれの説においても、ルプリア法制定の後までも外人間に特有なることを前提された制度 (α) 説では cautio vitio aedium。(β) 説では actio ficticia) が、少くも、ほかならぬ同法を通じて、市民間にも適用されるに至っているという事実自体によって困難が生ずる (Serrao 96-98, contra Bonfante loc. cit.; Mozillo 119)。¹⁰⁾ そのせらオは考察の順序を逆にし、外人掛法務官が南ガリアの新市民の上に地域的に管轄をもっていたのだという仮説を立てた (このように問題点 B を未発生損害の法務官の保護の問題から切離して解決する示唆のみは既になされていたが (Serrao 98 n. 33)。¹¹⁾ セラオはルプリア法における地方都市政務官と法務官との間の授權関係、しかも後者は外人掛法務官、という理由づけを与えた。即ち:

(ii) 同法は、残存する四章を全体としてみれば、法務官から地方市政務官への授權のなかに当然には含まれぬ事項 (Serrao 91 n. 18, 註 8) を立法的に授權する諸規定であって——他方、授權者たる法務官は、権限の行使を怠る地方市政務官に対する訴訟を一般的に準備している (Serrao 93 n. 23; D. 39, 2, 4, 7) —— 問題の第二〇章では未発生損害について次の第二章と同一範囲内で (一万五千セステルチウス以下の争い) 問答契約締結命令 (iudere caveri: この表現は Ulp. D. 2, 1, 4 (註 8) のそれ

に対応する：Serrao 93 n.21)および擬制訴訟付与が授權され、ただし「占有付与」はロオマ市の法務官に留保されている (Serrao 92 n. 20; 註8)。⁶⁾次に「管轄権者たる法務官は外人掛法務官である。何故ならば、擬制訴訟は地方市政務官の締約決定 (decretum : 註7) [p. 文] を前提とし、これは授權者たる上級政務官の締約命令 (indere caveri) の代行であり、授權者は自己の告示に基いて締約命令を発する以上、同法の擬制訴訟方式の中で言及される問答契約を告示に規定した法務官即ち外人掛法務官が授權者だからである (Serrao 93 n. 24)。なおこの点に関するその他の論拠の一つに問題点Aの誠意訴訟外人法起源説 (後述) を利用している (南ガリアの管轄政務官が外人掛法務官であるからこそ、ルプリア法の擬制方式の中には、外人告示において成立した誠意訴訟としての問答契約訴訟の請求表示がもこまれた : Serrao 94 n. 26 102 n. 46)。

iii) ルプリア法二〇章の右の解釈は、次のような Serrao の一般的な仮説の強力な論拠としてなされたものである。即ち、ロオマ市で訴訟する外人が同盟市戦争後大量に市民権を得(とくに前四九年の南ガリアへの市民権付与)、内人掛法務官の負担が急速に過重されたので、均衡是正のため外人掛法務官が市民間にも裁判権をもった (元首政期の同法務官の名称 praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit *ut* p. q. inter cives et i n t e r peregrinos i. d. の意味にとり : Serrao 150 n. 38)。この事態は、当初は *modus procedendi* の相違 (法律訴訟が方式訴訟か) にあつた両法務官の管轄区別基準が、市民間にも方式訴訟を導入したアイプチア法以後無意味になつてきたことにより準備された (contra Bonifacio 236, 240 §. アイプチア法の問題は別稿に譲る)。

(14) ^{a)} その一例としての Huschke, Biondi (cit. a Kunkel 2n. 1) につき後出註27参照。

(15) レネネルがこの関連に着目することによってクンケルに始る通説の解決方向を示唆した (Kunkel 2 n. 1) のは、内人告示と外人告示との間でどの程度内容が違ふかという永久告示録復原上の問題点について後者には外人を原告とする訴訟の方式が掲げられていたと考えた際の傍論においてである。即ち、その理由として外人は市民法上 (対万民法の意味) の請求のための方式、例えば通例の問答契約訴訟の方式 (請求表示は単純なオポルテレ : 註19) は使用不可能だったと推測し、この具体的論拠としてルプリア法を本文のように解釈した。

(16) 外人告示から借用されているのは法律の文章上問答契約の方式だけであるが (cf. Serrao 註14(2)(i)(d))、レネネルは擬制訴訟の方式についても借用関係を考えている : 後出註25 a 参照。

(17) Verpflichtungsgrund, Anspruchsgrundlage (Kunkel 2); Verpflichtungsgrundlage (Kaser RPR 407) などの表現を以ては「拘束根拠」と略称する。ルプリア法の誠意条項の理解のために必要になつた「拘束根拠」の概念を説明する意味をかねて、この概念を

- 使う通説の法發展像に触れておくと、まず法務官の創造的活動が未だ本格的にならなかつた時期（名譽法形成の初期）には、法務官は既存の規範を援用しこれに基いて法的保護（訴訟）を与えていた。即ち、法律訴訟が付与されるのは民法法律（lex）に基いてであるし、法務官が法律（法律訴訟）の枠外で訴訟付与せんとする場合には民法法律以外の規範を援用したのであるが、これが當時のロオマ社会に則していえば *fides*（信義）である。（ただし、「信義」の觀念を媒介として働いた社会關係につき片岡・前掲（註1）九二頁参照）。その後法務官の創造的活動が本格的になつて既存の規範の援用という思考も後退した（例えば事実訴權（*actio in factum concepta*）] 時期よりみればこの誠意訴訟（*bonae fidei iudicia*）は、慣習法的な市民法（*a. in ius concepta*）とみなされるに至つた（註1、30、37参照）。それゆゑ、誠意訴訟は、その名譽法的起源の点では *actio in fidem concepta*（Kaser *Allröm. Jus* 293）と呼ばれたものであるし、他方、民法法律に基く市民法上の義務（誠意条項なき単なる *oportere*）も *oportere ex lege*（Kaser *AJ* 290; RPR 182 n. 18）と呼ばれたこととなる。以下 Kunkel, 3, 7, 11; Brogini, 195 A. 103.
- (18) 註13に既述。Massstab für die Bemessung des Anspruchs (Kunkel 2): Massstab der Verpflichtung (Kaser RPR 407) など以下では「尺度」と略称する。
- (19) *oportere*（市民法上の義務を表わす）にこそ差別的な Kaser RPR 138, 198.
- (20) 誠意を尺度のみならず拘束根拠とする見方は古くからあり、H. Krüger, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, SZ 11 (1890) 166 ss. (cit. a Kunkel, 5 n. 5 et Kaser SZ 59 (1939) 69 n. 1) は、*bona fides* のキケロキビの古く用法は本来両義語（*vox media s. anceps*）である *fides* の良い意味における用法（この場合は修飾語 *bona* は不必要）と一致してゐる——これに対して *mekius* 以後の新しい用法は当該債務關係における善人（*vir bonus*, 原田三六四、註30 37参照）の行為尺度という、前記 *fides* のさらに限定された（客観的な）用法にしか一致しない——という考察（69 ss.）を基本としてこの点を主張してゐた（併せて誠意条項の尺度的解釈は *mekius* 以後の法律学の産物と述べている：143 ss.）。しかし、この点を、市民法訴權（*actio civilis, a. in ius concepta*, 原田三九七）のうち誠意訴訟ではない（即ち誠意条項なき単なるオポルテエ）によつて請求が表示される）もの拘束根拠はすべて法律（lex）である（正確に言へば：十二表法以降はこの種訴權が法律に結合されて觀念せられた）（Kaser *AJ* 72）という発見によつて確實ならしめたのが Kunkel である（Wieacker 5 n. 17. ただ、Arangio-Ruiz (cit. a Kunkel 5 n. 5 et Serrao 54 n. 46) は未見）。Kunkel 4 n. 4 によれば Lenel *EP* における訴權の目録を（その後発見の *Gai. 4, 17a*（註66）を加えて）吟味した結果はこの種訴權は次のように法律の基礎をみてゐる：*actio aquae pluviae arcendae*: XII *Tafeln* (D. 40, 7, 21 pr.)、*actio*

auctoritatis : XII Tafeln (Cic. pro Caec. 19, 54 ; de off. 3, 16). -a. certae creditae pecuniae : lex Silia (Gai. 4, 17 a). -a. communi dividendo : lex Licinnia (Gai. 4, 17 a). -a. damni iniuriae : lex Aquilia (Gai. 3, 210 ; D. 9. 2). -a. de modo agri : XII Tafeln (a. auctoritatis から推測). -a. de pastu pecoris : XII Tafeln (D. 19, 5, 14. 3). -a. de pauperie : XII Tafeln (D. 9, 1, 1 pr.). -a. de tigno iuncto : XII Tafeln (D. 47, 3, 1 pr.). -a. depensi : lex Publilia (Gai. 3, 127 ; 4, 22). -a. ex stipulatu : XII Tafeln (Gai. 4, 17 a). -a. ex testamento (直接の拘束根拠は遺言だが、これには十二表法の規定 (uti legassit...) によって法律と同等の効力が与えられている). -a. familiae erciscundae : XII Tafeln (Gai. 4, 17 a). -a. finium regundorum : XII Tafeln (s. fr. VII 1 ff.). -a. furti (nec manifesti) : XII Tafeln Gai. 3, 190). -a. rationibus distrahendis : XII Tafeln (D. 26, 7, 55, 1). -a. ad exhibendum (法律起源を推測) -a. rei uxoriae (誠意訴訟に属せしめる)。このような法律的市民法の訴権の目録は Magdelain によってさらに精密にされたが、この点は別稿に譲る。

- (21) Kunkel 8. ここでクンケルは、「誠意」を万民法に結びつけているが、その論拠たる伝承 (Gai. 3, 154; D. 18, 1, 1, 2; D. 19, 2, 1; D. 2, 14, 7 pr/1 citati a Wieacker 10n. 34. 11n. 36 ; Kaser SZ 69, 69n. 2 など。ただし Kunkel lok. cit. では引用省略) においては万民法の概念はむしろ形式主義なき自然法という哲学的意味をもつこと (Wieacker infra のほか、差当り cf. Schulz Hist. 73n. 4, 137p. 6 contra Kunkel RPR60, Arangio Storia cit. 146p. 1) 万民法に算えられているのは諾成契約であって誠意訴訟全体ではないことからすれば、飛躍があるように思われる : cf. Wieacker 10-12.
- (22) Kunkel 9. このようなかたちで問題になる B はそのままにして、とにかく問題点 B の示す事実 (ルブリア法の予定する市民間の訴訟の方式に誠意条項が付加されている事実) を「拘束根拠」の理論に組入れる論証に移っている。
- (23) Kunkel 10 : 論拠として「信約」の制度の外人的起源 (Wieacker 19 n. 62 SZ 79, 415 ; Kaser SZ 59, 63 ; RPR 154 ; 181 n. 14) 原田二五六、広中・法協七一巻二号八九頁参照)。法律の基礎なきこと (信約が法律の規制をうけているのは保証機能に関してであって、同訴訟の法律による成立を意味しない : n. 20)。問答契約の方式 (言語) 自体に信義が言及されること (cf. Kaser AJ 262)。
- (23^a) Kunkel 11 n. 22 : 誠意条項の消滅事情として信約が法律 (保証関係) の規制をうけたこと (前註) が付加されている。
- (24) Gai. 4, 37 : Item ciuitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi, ueluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. (法律によって訴権を与えられた事からのために訴え訴えられる場合、その訴権を外人にも拡張することが正当なときに限り、外

人のためにコロオマ市民権が擬制される。)

(25) Madelain. 52 n. 2. 後出註49参照。

(25 a) Madelain 52 n. 1 : ルブリア法の擬制方式の外人告示起源を推測するレネネル(註16)に反対する(もしそうだとすれば「借用」の仕方は問答契約方式の場合と同様で済ませうるわけであり、なぜ擬制方式のテクスト全部を引用し直したのか理解できない)。

(26) Magdelain 53 は次のようにいう：擬制訴訟はその基礎が政務官の裁判権にある(船田IV五八六参照)限りで市民法に属さず(cf. Wieacker 16 n. 52)。ルブリア法の擬制方式も名答法的性質をもつ。したがってその誠意条項も、およそ問答契約訴訟との関連はなく、同法の方式の特産物である。

(27) ルブリア法の方式以外に問題を掲げない解決という点では、問題の誠意条項は未発生損害担保問答契約に(他の法務官的問答契約におけると同様に)附加されていた悪意条項(*causula doli* : 註46)に審判人の注意を喚起し「誠意」に従って請求内容を決定せよとの旨(Huschke : *Gains. Beiträge zur Kritik u. zum Verständnis seiner Institutionen. Mit einer Zugabe über die Klagerformeln in d. Lex Rubria* (1855) 227 ss, 231 n. 92 et 94)とどう見方が古くかある(cf. Kunkel 2 n. 1)。この見方は一般に賛成者なく(Perozzi, *Ist.* 2, 94 n. 6; Lenel *EP* 4 n. 1; Kunkel *loc. cit.*。ただし、これも反対理由は記さず)。Magdelain 53 n. 3もまたこの見方に属するBiondi : *Iudicia bonae fidei* (Amoli: Palermo 7 (1920)) 257 (私は未見)を次のように却ける(ただし、Lenel-Kunkelの反対の一般的理由は「尺度」論に対する「拘束根拠」論にあるが、Magdelainにおいてはそのいずれでもなく、問答契約訴訟との関聯の断絶にある)：「この仮説に対しては、悪意条項は問答契約に合体されているゆえ、誠意訴訟を発生せしめないということを注意しておけば十分である。問答契約訴訟が厳正訴訟なることは不変不動である。悪意条項は問答契約訴訟の性質を変えるものではない。だからこそ、悪意条項が、全く仮定の問題としてもし誠意条項が問答契約訴訟方式に存在するとなればそうであるように、悪意の抗弁(*exceptio doli* [原田八五、三九〇])を問答契約訴訟方式に内在せしめる、ということとは不可能なのだ(D. 44, 4, 4, 15 [後出]……)。」など、Magdelain *loc. cit.* によつて引用されついでに反対者としてやらは *Cong. : Die causula doli im klass. Recht, Festschr. Schulz* (1951) I, 122 : 「Pernice (Tabeo 2, 1, 164) は、悪意条項は取引行為全体の判断につき審判人の職務を拡大し、審判人がより自由に、ほとんど「誠意に従って」解釈することを可能ならしめる、という見方であるが、史料を分析すれば、少くとも古典時代についてはこれは事実ではない。悪意条項は約束者に、一個の新しいそれ自体独立した義務を課するのであり、審判人はこれについて判決せねばならぬ。これ以外の諸義務については審判人は問答契約されたところに従つ

と判断する。要するに悪意条項は、悪意が存在する場合のための補充的な訴(= *actio incerti ex stipulatu*, D. 45, 1, 121 pr. : *Ex ea parte cautionis* : "doluntque malum huic rei promissionique abesse alutunneque esse stipulatus ille, spondit ille" *incerti agitur*)を約束受領者に与えるべきでない。取引行為全体を「誠意」のもとにおくものでは決してなり(Ⅱ. 6 : だからルプリア法の誠意条項を悪意条項に関係させること [Perrice op. cit. 167] は不可能である)。したがって、悪意条項(この場合は要約者・原告の悪意に関する)によって保護されている者(約束者・被告)もまた改めて悪意の抗弁を必要とする。恐らくこの点を論じているのが D. 44, 4, 4, 15 (Ulp. 76 ed) : *Labeo et si ex stipulatu actio competat propter doli clausulam, tamen nocere doli exceptionem, posse enim petiorem, antequam stipulatio committatur, nihilo dolo malo fecisse et tunc facere cum petat ; propter quod exceptionem esse necessariam* (マヌオがいうには「悪意条項によって問答契約訴訟が生じても、悪意の抗弁が対抗される。なぜなら問答契約発効後に原告が悪意で訴訟を始めることがあるから。ゆえに悪意の抗弁が必要になるのだ」)。

(28) *Magdelain 53-54, contra Brogini 186; Lombardi (註 34-38) ; Weacker 17n. 58*, なおルプリア法のこのような解釈(誠意条項と問答契約訴訟との非両立性の強調)は、彼の共和政期の訴訟発展の二元的構想 (*actio legitima* 対 *a. honoraria*)——別稿に譲る(註 20 末尾参照)——の一適用である。

(29) *Brogini 186* は従前の解決のうち *Arangio-Ruiz* (「誠意条項はルプリア法の中で完全にその所を得ている。問題の制度〔信約〕の保護の源は法律ではなく、慣習にあるのだから」 : *cit. a Kunkel 4 n. 4a et Brogini 185 n. 78*) の方向を採用する。Br. < 〇 *Arangio* の影響一般につき次註(3)。

(30) ① *Brogini 178 ss.* は不確定問答契約 (*stipulatio incerti*) の訴訟可能性を法律に(申請式法律訴訟 *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* と)結びつける通説 (*Levy SZ 54, 304; Kaser AJ 300; Magdelain 13 n. 3, 39 n. 3; Arangio-Ruiz Compravendia 1956) 57 ss.*) に反対し、これが誠意訴訟にあることを推測せしめる論拠として、通説を支持する明白な史料はなごというほかは : ② *Cato 146, 5-7* にみられる諾成契約的義務を問答契約上の債務に変形する慣行を、*Arangio loc. cit.* が、諾成契約的關係の法的保護として問答契約訴訟の先行、その後の時期における誠意訴訟の承認(したがって不確定問答契約訴訟の法律訴訟起源)と解釈するのに対して、同史料の問答契約は売買關係の一部しか覆わない(買手側のみの、しかも「給付義務」のみで「附随義務」を含まない : *Brogini 181*) ののだから、不確定問答契約訴訟による保護と誠意訴訟によるそれとの間の成立時期の隔りというよりもむしろ両者の密接な關係を意味するものと解釈する。(しかしこの理由づけは、不確定問答契約訴訟の早期の成立(なお一般に

諾成契約の問答契約起源説については原田一八二、船田三一一四註五、広中・法協七一巻三号九八頁註47、Kaser RPR 456 n. 4 (参照)を却けても、だからといって不確定問答契約訴訟に法律の基礎なきことの証明にはならない。Wrecker, *infra* 588)。おらに、(c)「誓約による手続」(agere per sponsionem: Kaser RPR 365; 参照、小菅・国家七一巻三号一四四頁註63、三六頁以下)の誓約は確定金銭のものであること、およびこの手続は対物神聖金式訴訟の負担を避け、かつ評価手続(後出)の附加なしに金銭判決を得るために成立した制度なること(Br. 184 n. 75; 73 n. 68)を考へ合せば、もしこの手続の成立時に不確定誓約が知られていたとすればこの手続中の誓約は直接に不確定誓約のかたむ(e. g.: “si res qua de agitur mea est, quanti ea res est dare sponses?”)をとっていたに違いない、と主張する。

(2) 不確定問答契約訴訟を法律訴訟(申請式)の枠外におくブロッジニの主張は右のような論拠によるというよりはむしろその著(註)・書評: Wrecker SZ 76 (1959) 582 ss. (本註でのみ著者各のみで引用); Pugliese, IVRA 9(1958) 214 ss.; Luzzatto, BDR 62 (1959) 301 ss.; Bonifacio, Labeo 5 (1959) 86 ss.)の全構想からの要請である(cf. Wrecker 587 i.f.)。ウラマサツ以来のローマ民事訴訟の起源(私的仲裁手続の国家法上の訴訟への吸収継受)およびそこに由来するその特質(私的契約的性質)に ついての通説(cf. Brogini 4 n. 11; 船田IV三九一以下、原田三七七)に対して戦後生じた諸批判のうちの一つたる Broginiは、審判人(index)と裁定人(arbiter)との機能を峻別(ウラマサツは同視する: cf. Br. I n. 2; 小菅前掲註26; Wenger, Quellen 117 n. 81)するかたちでウラマサツ批判を行った。即ち、裁判の起源について全体集団内の権威的訴訟(iudicium)——審判人の機能は確定的請求(certum)の存否の確認(an, Ob)——と、諸集団間の私的仲裁手続(arbitrium)——裁定人の機能は当事者間で既に合意ある事実関係における不確定な請求(incertum)の確定的請求のかたちへの評価(quantum, Wieviel)——との「対立」(Br. 74 n. 69, 86, 113, 123, 124, 161, 178, 191, 193)を設定し、前者について起源時の審判人を主ないし共和制政務官と同視するのとより(船田IV四一〇註三参照)ウラマサツ的解釈の妥当領域を訴訟の二つの根元のうちの二つ(後者)のみに狭め(Wrecker 583)と同時にこの後者についても前者との「対立」を際立たせるために独自の展望を与えている。即ち、本来は非国家的存在としてローマ社会に広範に根をおろしてゐる仲裁慣行(arbitrium boni viri: Brogini §6 I 116 n. 15, 121 n. 3; cf. Kaser RPR 412 n. 23; Amiante, BDR 62 (1959) 83 n. 36. 史料例として Cato, 144, 2; 佐藤篤士・早稲田法学会誌十三巻法律編九四頁(九)所掲)を歴史的にみると、まず、その一部が十二表法上の裁定人申請式法律訴訟によって国家法上の訴訟に組入れられ、つぎにこれをきつかけとしてその他の仲裁慣行が、手続法的にはこれをモデルとして(postulatio arbitri)実体的には信義(bona fides)ない

1) *aequum bonum* : Br. 124 n. 29 et 30) の「拘束根拠」(註17) のゆえに (*arbitria bonae fidei*) 法律を要せず法務官の命令権によつて(方式訴訟) 国家法に継受された(第二段目の継受 : Br. 124s, 150, 194 (n. 102) ss, 230 ss) といふ全構想のもとに、訴訟発展の原動力としてのこの方式訴訟的な *arbitria iudicialia bonae fidei* の重要性を強調する(同時に強調される法律訴訟から方式訴訟手続(口頭方式から書面方式)への移行の連続性については別稿を譲る)。この *certum(an) incertum quantum* の「対立」の構想からして、審判人と裁定人との機能的峻別が、まず、神聖公式法律訴訟 (*legis actio sacramento in rem, in personam*) の時期に於て嚴格に主張される(要約 : Br. 86-87) —— 訴訟 (*iudicium*) の機能は *an* の確認に限定され(いわゆる *Sachkondemnation addictio* (Kaser RPR 134 s.; 吉野・国家七〇巻六号九四), *in ipsam rem* : Cai. 4, 48 (Br. 142 n. 85)). かくに對人訴訟の適用についてはこれを不法行為(諸の *addictio*)に限定し、契約債務(誓約やネクサムの *dare oportere*)は少くも後述の申請式法律訴訟成立以前にはその適用に含ませざらう : Br. 103 (n. 35) ss. *contra* Wieacker 535 n. 11, Luzzato 309 n. 1, Bonifacio 90, Pallese 221) 目的物 (*vindicta falsa*) : 小菅前掲註 76 (0 参照) の滅失とか不法行為の責任解除 (*damnum decidere* : Kaser RPR 142 吉野九六) のために必要となる *quantum* の決定(金銭評価)は、訴訟外の仲裁慣行(仲裁 *arbitrium boni viri*) に由来する「評価手続」(*arbitrium iuri aestimandae* : cf. Kaser RPR 136 n. 22; 142; 船田 [四五]「六」八頁) と別個に行われる(ただし對人訴訟では既に法律訴訟の時期に審判人の職務 (*officium iudicis*) に金銭評価も含まれるに至る : Br. 153)。いずれにせよ金銭判決 (*condemnatio pecuniaria*) は「評価手続」の方に由来するものとなる : Br. 99 s., cf. Wieacker 535 n. 10. —— のみならず、この後十二表法により創設された「審判人または裁定人」申請式法律訴訟 (*Valerius Probus*(小菅前掲註 26) 4, 8 : *Te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des*) のごつごつも、その創設理由を神聖金の負担の回避、かくて従前は独立してつた「評価手続」の立法による吸収 (cf. Brogini 161 n. 3; Arangio-Ruiz, *Ist* (11 ed) 117 n. 2; Monier, *Manuel* I 144 n. 6; Kaser AJ 203 n. 47, 250 n. 2 (吉野前掲九六)) と一般的に考える通説に反対 (Br. 161) 、「ガイウスが本手続が予定する特定の請求の例として用いる確定金銭誓約 (*sponsio certae pecuniae*) (Cai. 4, 17 a : *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur,……qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILLIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO.*) には「評価」の必要が全く存在しなう」と注目して(十二表法によつて創設されたものは、審判人または裁定人を選択的に申請する一個の手続 (*modus agendi*) ではなつて、確定金銭誓約(当初の間答契約が確定金銭のみを目的としたこと)のごとき Kunkel RPR 218; Kaser RPR 150, AJ 251n. 3; その社会学的背景 : 広中・村

協七一巻二号九八頁註84。なお、誓約と問答契約の關係は…広中註98、吉野九九以下、小菅前掲註61)に基く訴のための審判人申請 (*postulatio iudicis*) と、いわゆる分割訴訟のための裁定人申請 (*postulationes arbitri*) とであったと主張する (Brogini 2n. 5, 164 n. 16, 169, 175 ss.)。「対立」の構想の徹底から要請されてくるこの個別化的考察では、本手続創設理由を通説のようにな一般的包括的に求める(既述)ことはできなから、新しい請求(*actio*)の承認と新しい手続(*modus agendi*)の創設との同時性(Br. 174 n. 37)という仮説に至っている。確定金銭誓約についていえば十二表法以前の神聖金式対人訴訟によるその法的保護は否定されるわけであり(既述)——この仮説については、結論のみを同じくするKaser AJ 253 §の理由づけ(吉野九九)を反駁するに止り独自のそれは乏しいが(Br. 173. cf. Pugliese 235)・私見によれば、既述の神聖金式対人訴訟の理解と併せて、「夫々独立の論拠から立てられた推測・仮説を相互に支え合わせ、それによって単独の場合以上の説得力を持たせる」(片岡前掲(註1)八七)立場である——、いずれにせよ、誓約のための「審判人申請式法律訴訟」によって初めて評価的要素の存在しない厳正訴訟(註12)としての契約債務 [*dare oportere* : 註19、磯村前掲(註12)四〇四も参照] が成立したことになる (Br. 161)。他方、不確定物の誓約 (*sp. incerti*) の方は、評価的要素が不可欠なゆえに、裁定人の活動領域に属していたことになり、その法的保護は分割訴訟などのための「裁定人申請」をモデルとするが、「対立」(実体的には *lex* 対 *bona fides*、手統的には *legis actio* 対 *arbitria* : Br. 124) の構想よりすれば (cf. Pugliese 225 i. f.; Weacker 586) 法律による法務官法的形成である (Br. 184, 226)。この点を補充するのが前出(1)所述の論拠である。

(3) 右の構想の学説史における位置づけについては、手統法的な面における Arangio の誠意訴訟の仲裁慣行起源論と、実体的な面における Kunkel の誠意条項「拘束根拠」論とを結合したものとすむる (Weacker SZ 79, 591 ; Pugliese 226 ; cf. Brogini 194n. 102)。本稿で關係ある限り Arangio, *Le formule con demonstratio e la loro origine* (in *Studi Cagliari* IV, 2 (1912) = *Rivista* 1946. 私は未見)の構想を Koschaker SZ 34, 433 ss.; 船田Ⅳ五七三(註五)によって略記してみると「請求原因表示 (*demonstratio*) を伴う方式(例えば註11)は、その非論理性——請求原因表示は当事者間でもはや争なき事実関係を述べるのに対して、判決部分 (*condemnatio*) は当該關係の存否の決定の余地を審判人に与えている——よりすれば、起源においては、争なき事実に基づき金銭評価のみを審判人の職務として指示するものであった(方式末尾の *si non parat absolutio* は後の時期の附加)と推測され、このような方式書が分割訴訟のための申請式法律訴訟の枠内で成立するに至ると、名答法的訴訟でも(勿論当事者間で事実關係の存在につき合意があるときに限り)利用されることが可能になり、これが即ち誠意訴訟の方式書の起源である。(この種の方式書成立の場と

して、Arancio の分割訴訟に対して Brogini は不確定問答契約訴訟を重視する相違があるようであるが、これ以上私には詳細不明である。

- (31) Brogini 186 s. は、外人告示における担保問答契約方式の方がより進歩的な内容のもだった(起源における担保問答契約は確定金銭のみに関し、*quanti ea res erit* の方式(不確定・註7(イ)の諸例)に達したのは不確定誓約が訴訟可能になった後のことであるが、その際外人告示がモデルになった。ゆえにルブリア法の立法にとっても同様だった)と推測し、註(Br. 187 n. 83)で *Wlassak, Röm. Prozeßgesetz 1, 261 n. 46* —「ルブリア法が外人告示に言及するのはそこに担保問答契約の方式のテキストを見出しえたからにすぎず、内人掛法務官は未発生損害については同僚の告示を参照させることで満足したのだろう」(*citra Sarrao 99 s. セラ* オは法務官(外人掛)と地方市政務官との間の授權関係に注目する立場(註14(2)(ii))から、方式の言葉だけの借用というウラサクの考え方に反対する。cf. *Bonifacio IVRA 6, 243; Lombardi 208 n. 125*)——を引用するのみである。この種の方向は問題点Bの学説史(註14(1))のごずれに属するかは *Wlassak* 未見のため不明。

- (32) Brogini 187. の主張に賛成者がうなずく(cf. *Wieacker SZ 76, 588, 591 i.f.-592; Puglise 226*) 理由は、個別的な難点——註30(1)末尾の指摘 (*Wieacker*)。註34の指摘 (*Lombardi*)。前註所述の推測が全く仮設的なること (*Wieacker 17 n. 58*)。いわゆる「変則」の方式の範囲(外人の問答契約は、確定内容(*certum*)のときも訴訟方式に誠意条項がつく: *Brogini 187 n. 84*)が通説(1)よりも拡がること(私見)——のほか、*Brogini* が本来は正しい「対立」の構想を十二表法以後とくにキケロの時期にいつまで固執するかと(cf. *Wieacker SZ 76, 591 sub 4; Luzzatto 310 i.f.; Bonifacio 91 sub 3*)にあるように思われ。

- (33) *Lombardi 204*: 「ルブリア法は外人問答契約に直接に効果を与えてはいない。同法は、外人問答契約から生ずべき効果は同法に先行する規定に基づくことを予定している。」sic *Wieacker, SZ 79, 417*: 「この有名な *oportere ex fide bona ex stipulatione* は地方市でなされた問答契約 (*municipale Stipulationen*) に基づく訴訟に直接に関係するのではなくて、ルブリア法によって借用された首都ローマの外人告示のなかの担保問答契約方式の諸要件に関係する。」

- (34) この理由によって *Lombardi loc. cit.* は、ルブリア法の名宛人たる南ガリアの新市民のために同法によって付与された擬制訴訟の方式からそのモデルになった訴訟方式(即ち前記の外人告示所掲問答契約に基づく訴訟の方式。これは擬制方式の請求表示 (*quid- quid* 以下: 註10)の部分に関係する)を峻別し(以下の本文)——外人告示所掲問答契約の方式を加えて同法には都合三箇の方式が含まれる——、これを混同する *Brogini* (註32対応本文)にも、誠意条項が同法の擬制方式以外の何らかの訴訟方式に属してい

たとえ考えぬMagdelain(註26)にも、反対する。

(35) この論拠のほかに、未発生損害担保管契約の諸方式(既出註7(1))における未発生損害の明示的言及(有因性)からの類推がある。 Lombardi 205. こうした論拠に基づく本文の限定的解釈の有効なことにつき後出本文(4)。

(36) Lombardi 207 による外人告示所掲問答契約方式の再構成：“未発生損害への言及——註7(1)第一例の *Quod...damnum factum erit* ——に続く”) *quidquid dare facere oportet ex fide bona, id fide tua dare facere promittis?*” など Karlowa RRG II, 1240 : “*Quidquid (ob eam rem) te mihi dare facere oportet oportet ex fide bona...*”

(37) Lombardi (書註 : Wiener SZ 79(1962) 407 ss. ; Amriante IYRA 13 (1962) 307 ss. ; Grosso BDR 65(1962) 285 ss.) 註誠意訴訟の起源の研究 (Parte II, Cap. V : *Essenza della fides bona*, Storia e teoria della clausola “ex fide bona” nelle formule) において、誠意条項の意味は拘束根拠か尺度かという選択の問題提起をなし後者を主張するが、本文のようなルブリア法第二〇章の新解釈はこの誠意訴訟の起源に関する独自の構想の強い論拠になっている。既述の Kunkel(-Kaser)(11), Magdelain, Brogini(註30)とは異り、破廉恥(*infamia*, 原田五九)の観点から出発するこの構想の大意は次の通り：(1)ムキウス(in Cicero, de off. 3, 17, 70 : 後出註38)に始る誠意訴訟の目録における列挙順序が永久告示録に至るまで比較的固定していて売買・賃約が常に最後に位置するのに対して、これより前になる第一群・後見・組合・委任・信託は、キケロが繰返し言及する破廉恥の制裁ある不名誉訴権のゆえに一括されたのであり、ローマ社会固有の信義関係だと考える(なお、社会関係の個別化における「破廉恥」の制裁に注目する指摘は既に広中・法協七一卷三号一〇〇頁註48にある)——第一群の不名誉訴訟の基礎にある社会関係が古ローマの信義関係に属することを推論する理由として Lombardi 174 n. 24 は、誠意訴訟の二群の区別を信義の二類型 : *fides potere* および *fides promessa* (七、はその著の第一部でこの分化過程につき自説を展開している)に対応させる。しかし Wiener 414 によれば、信託・組合・委任の信義関係は必ずしも権力的ではない(例えば原生的組合 *societas omnium bonorum* における対等な兄弟的關係(広中同上註49参照))から、このような対応による理由づけは妥当ではない。②誠意訴訟の二群の区別にみられる信義(*fides*)の二義性に対して、誠意(*bona fides*)の方は、まず、誠意訴訟(誠意条項附方式)という統一の意味を対照的にもつ。さらに *ex fide bona* の表現は、この方式以外の史料には存在せぬゆえ、先行部分たる *quidquid dare facere oportet* を修飾しこれから分離しえぬもの、つまり訴訟手続的産物である。③したがって、信義と誠意との両者の機能は次のように異ると推測される。即ち、信義が「拘束根拠」である(cf. Lombardi 183 n. 44)のに対して、誠意は訴訟における審判人の「尺度」であり、さらにこれ

- は、私的仲裁慣行 (*arbitria privata*) における紛争解決基準としての、両当事者からは独立した善人 (*bonus vir*、原田三六四の訳に従っておく。cf. Lombardi 181 n. 40; Brogini 114 n. 8) の信義である (L. 90 s. この解釈を支える史料として例えば前掲キケロの *qui sint boni et quid sit bene agi* に言及する; Lombardi 182) —— なお、この点に閃して、(イ) 誠意訴訟の事実訴権に対する先在性 (註 17) を主張する (誠意訴訟のモデルが私的慣行として既に存在している以上、法務官が先に「誠意」に関係なく新しい訴訟を創りその後にその利用に立帰ったとは考えられない; Lombardi 183)。(ロ) 誠意訴訟の私的仲裁慣行起源という Arancio (註 30 ②) および Brogini (註 30 ②) の構想と基本的方向は似てくるが (Wieder 415)、「信義と誠意 (訴訟手続的産物)」とを峻別する点で異なる——。(4) 法務官による「誠意」の訴訟への継受の具体的経過としては、私的仲裁慣行のなかで両当事者は裁定人のもとへ赴き *quid of eam rem dare facere oportet ex fide bona* をその決定に委ねるが、この依頼内容が一つの方式として慣行の中で十分に固まったときに法務官がこれを継受したのであり (L. 190 ss.) こう推測することによって誠意訴訟についての狭義の告示 (船田二二七) の不存在が理解される (L. 191 n. 73)。また、訴訟方式の非論理性 (註 30 ③) も理解される (訴訟においては、私的仲裁慣行のもとでは存在していた両当事者間の事実関係についての合意がもはや前提とされていないから、方式の末尾に *si non patet absolutio* が現われざるをえない; L. 192 n. 74)。(5) この法務官的継受の過程の中で誠意がその機能を変じたとは考えられず、こうした構想を支える有力な論拠たらしめられるのが、ルブリア法の誠意条項も問答契約的訴訟を基礎づけるもの (拘束根拠) ではなくて、未発生損害に関する外人問答契約の方式にしか存在せぬ「尺度」にすぎないという解釈である (本文)。
- (38) この場合の極端な結論が (1) *Magdelain* (註 26) および (2) *Brogini* (註 32 対応本文) である。即ち、誠意条項の存在を、(1) およそ問答契約に関する訴訟方式 (ルブリア法の擬制方式も含めて; 註 34) につき否定するか、あるいは、(2) すべての不確定問答契約——信約 (外人問答契約) のみならず誓約 (*sponso*) も含む——の訴訟方式について肯定するかに至る; Lombardi 205-6。
- (39) *Cic. de off. 3, 17, 70* : *Sed qui sint boni, et quid sit bone agi, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur : EX FIDE BONA ; fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiducis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societatis contineretur ; in his magni esse iudicis statueret praesertim quum in plerisque essent iudicia contraria, quid quernque cuique praestare oporteret (「信託の訴訟方式中の文言に関連して」) しかし「善人」とは誰か、「「みき行為」とは何かが重大問題である。大神官 Q. スカエウォラは、すべて「誠意よりして」の附加ある仲裁手続 (*arbitria*、訴訟外のもの; H. Krüger (註 20) 196 s.,*

- cf. Wiederser SZ 76, 589 n. 16. 訴訟: Broggini 212 n. 35, Magdelain 11n. 1) は非常に重要だと常に言っていた。「誠意」の概念は非常に広範に拡がっており、社会生活の基礎たる後見・組合・信託・委任・売買・賃約の中に存在しており、こうした訴訟において各人が相手方に何を給付すべきかを決定することは、とりわけたいいの場合には反対訴権があるから、優れた審判人の職務である、と常に考えていた。)
- (40) Lombardi 204 n. 116; 206. なお、de officis はルブリア法と同時期または直後の四四年。
- (41) ロンバルディの限定的解釈より以前の学説はすべて (Magdelain を除き)、問答契約 (信約または—— Broggini の極端な説にれば—— 不確定問答契約) の訴訟方式における誠意条項の存在とその後の削除・脱落というクンケルの考方 (既出本文(3)) に従っているが、Lombardi 206 (n. 119) はこの通説の難点——ルブリア法 (四九—四二年) 以後の比較的短期間における「脱落」——を改めて強調する。
- (42) ルブリア法的方式 (註10対応本文) の当事者名 Q. Licinius (被告), L. Seius (原告) をガイウス法学提要慣用の N. Negidius (被告), A. Agerius (原告) に、擬制的な oportet を現実的な oportet に、直したもの。(42 a) 前出註11(2)に既掲。
- (43) 形式的にみれば方式(1) (一応の推定) と方式(2) (結論的推定) とは請求表示 (quidquid……) の部分についてしか同一ではないが、方式(1)における quidquid なる導入の言葉と「一般に不確定訴権の請求表示には請求原因の表示が先行することにつき原田三八、三九九参照」 ex ea stipulatione なる明示的言及とからすれば、外人告示所掲の未発生損害担保問答契約に基く訴訟的方式には方式(2)の形のように請求原因の表示 (quod……) が存在していると結論的に推定しうる (他方、方式(1)を推定する出発点になった) ルブリア法の擬制方式においては、まさに擬制たる点で、現実的方式(2)から quod…… を引継ぐ余地はな) : Wiercker 17.
- (44) spondere のかわりに (fide) promittere. 前出註20。
- (45) Wiercker 17 n. 55(担保問答契約方式の表現: quod…… damnun factum erit quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondere ? (註7(2)) を引用する)。
- (46) "(tantam pecuniam dari) dolunquae malum abesse artumqueesse" (註7(1) Kaser RPR 450). 実証はされないが、存在確実と考えられて) : Lenel EP 552 n. 6; Biondi, Ist (3. ed. 1956) 453 et 205. cf. Coing op. cit. (註27) 100.
- (47) Wiercker 18 n. 60 44 "Dagegen entschieden Magdelain 53" としか引用していない。誠意条項を担保問答契約方式中の悪意条項に関連づける点では、古くからあった見方 (註27) に復帰しているが、問題をルブリア法の擬制方式のみにおける現象として極限

して考える点で(後出本文(5)参照)。古い見方の難点(註27)を免れているのではないかと私には思われる。

- (48) ルブリア法の考察の枠内では傍論の体裁をとるこの点が *Wiercker* の誠意訴訟の起源に関する構想の基本的部分であり、この誠意条項「尺度」論が前出本文(3)の主張についてもその一般的前提になっている。構想の大意は次の通り。誠意条項「尺度」論に対する障碍の一つたる誠意訴訟の外人法起源説をルブリア法の新解釈(本文)により却けた後、残るもう一つの障碍、即ちローオマ固有の信義が市民法(単なるオポルテニエ)：註19)の代りに「拘束根拠」になったという可能性についても次のように克服する。即ち、誠意訴訟で保護される諸関係の多数を占める古ローオマ的信義関係(*altröm. Fidesverhältnisse* [*Wiercker* 12 n. 39, 20 n. 66, 28, 30; *Kaser* SZ 61, 183ss., AJ 296 ss.])：註37(1)の後見・古く組合・委任・信託)は非常に早くから宗教的制裁を媒介とする市民法の保護(*sacramentum* (片岡前掲八八), *sponsio* (吉野前掲九九)による。cf. *Wiercker* 27 n. 101, *contra* (P): *Kunkel* cit. in SZ 80, 535)があったと推測される——後見(註37)：*actio rationibus distrahendis* (原田三三三、註20のラテン語による目録の後尾)。信託(註37)：*Wiercker* 30 は訴権を特定していな(すなわゆる書面方式の *actio fiduciae* (吉野一〇〇以下)を想定すればよいのか私にははかりしな)。古く組合(註37)：*actio familiae erciscundae, a communi dividundo*。委任(註37)：推測に止る。以上 *Wiercker* 28, 30; SZ 79, 414 i. f.——から、法務官によって誠意訴訟のかたぎで改めて採用された誠意の機能は市民法に代って訴訟可能性を与える「拘束根拠」ではなくて既存の保護の手続的改革にある(*W. 28 i. f., 31*)。これに対して第二群の諾成的取引・売買・質約(および新しい組合：広中前掲一〇一註五〇)においては第一群におけると異なり古ローオマ的信義関係はなく(*W. 13, 31 n. 111*)、誠意訴訟創設以前の法的保護も諾成的取引行為それぞれ自体については存在しなかった(*W. 40*)が、どこでも誠意の利用は、拘束根拠としてよりはむしろ(*W. 35*)、第一群におけると同様な訴訟手続上の動機による(*W. 32, 33*)。このように起源の異なる二群の関係を——ムキウス以来の前記目録(註37(1)、39)の固定性からすれば恐らく前二世紀後半に——統一的な訴訟類型(請求原因表示(*demonstratio* : *Quod...*)および請求表示(*intentio* : *quidquid dare facere oportet ex fide bona*))の点での誠意訴訟方式の等質性：cf. *Kaser* (*Kurz-Lehrb.*) 314)の中に結合させた動機は何かといえ、既述の後見であれ売買であれどれをみても清算の複雑な法関係から生ずる不確定な給付内容(*incertum*)をヨリ柔軟に確定するための、審判人の職務の拡大であった(*W. 34, 40*)。——手続上の革新の観点からして、*W. 34* は誠意訴訟創設の原動力を諾成契約に求める見方に消極的である。——このように誠意訴訟の起源は主として訴訟手続の革新にあり誠意の機能は「尺度」にあるという構想の出発点として、誠意訴訟の目録の相対的固定とその訴訟方の構造の等質性との対照に注目する点で、また、この構想の強力な論拠としての限定的なルブリア法解釈の点で(註41

参照) Weacker は Lombardi の成果を利用してゐるが、他方、これとの相違は次の点にあると私には思われる。即ち、(イ)古ローマの信義関係については市民法的保護の先在を推測し、誠意訴訟の起源を主として既存の法的保護の革新洗練に求め、これを通じて、(ロ)法務官は既に私的慣行の中で固まった手続をモデルとして初めて誠意訴訟の創設に導かれたとみる私的仲裁慣行 (*arbitria privata*) 起源論 (Broggini, Lombardi) が法務官のイニシヤチを過小評価する点に、反対する (Weacker 36, 40; SZ 79, 415 n. 31, 416 n. 39, 417)。

- (49) Weacker 19: 信約は通告式法律訴訟 (*legis actio per conditionem*: 原田三八四) によつて、即ち擬制 (*Car.* 4.37: 註24) による単純な *oportere* (註6) に基づいて訴訟可能だったに違ひなく。Weacker loc. cit. (n. 63 et p.16 nn. 52, 53) で引用されるのは Kaser SZ 59, 68 (コッパの Kaser は信約の訴訟の拘束根拠としてはまだ擬制のみを考慮していた) および Magdelain 52n. 2 (註25) のみであるが、Bonifacio IYRA6, 242 の考え方 (古い時期には実体面と手続面とは分離されえず、市民権の擬制は実体法のみならず訴訟手続 (*legis actio ficticia*) をも外人に拡大せざれば不可能とする) もこれに近いと私には思われる。

- (50) Weacker 16 n. 52 は「別の解釈」として Magdelain 53; Brogini 187; Mozzillo 12 f. を引用するのみであるので、問題点Bに関する学説史(註14)における位置づけは私には不明である。Broggini (註31)にも Mozzillo (12f. は誤植?)——外人掛法務官の南ガリア地域管轄説(セラオ)に賛成するが、未発生損害担保契約制度の法務官告示への採用をルブリア法施行直後におく。この点では註14(1)の(イ)説に近いが、告示 (*edictum*) 上の制度としてではなくとも *decretum* (決定・命令) のかたちでの法務官的保護の古さを強調する点で、他方、法務官的保護とは *facere* の場合 (opus (註14(1)(イ)参照) の再分類が *opus iam factum* をよび *opus quod fit* (= *facere*) になる) が常に含まれなかったと推測してこれを法律訴訟 (*legis actio damni infecti*) の残存理由とする点で、(イ)説とは異なる。——これも反対することからみれば Weacker loc. cit. は(ロ)説に属すると思われるが(註44対応のダッシュ内の本文も参照)、註14(2)の点についての立場は不明である。なお、Magdelain loc. cit. (註26: 問題点Aに関する。Magdelain は一般に問題点Bには触れていない。cf. 52 n. 1) がなぜ引用されたのか私にはわからなく。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XV No. 3

SUMMARY OF ARTICLES

Lex Rubria de Gallia Cidsalpina, cap. xx

Yositaro KOSUGE

Assist. Professor
Faculty of Law
Hokkaido University

This presentation outlines the current status of interpretations about the Cisalpine formulae containing the *oportere ex fide bona ex stipulatione*.