

ヘルモゲニアースと訴権競合問題

岡

徹

目次

- 一 ヘルモゲニアースの経歴および業績などについて
- 二 ヘルモゲニアースの条文について
- 三 クヤキウスの論述について
- 四 現代の学説について

1. ヘルモゲニアヌス (Hermogenianus)⁽¹⁾ は、紀元後二九三年の初めから二九四年の終わりまで *magister libellorum* であつた。⁽²⁾ それは、ディオクレテーティアヌス (Diocletianus)⁽³⁾ 皇帝の時代である。

“His tenure as Diocletian’s secretary began on 1 January 293, when there is a rescript which asserts that the substance of truth cannot be changed by a wrong description. It continues at least until 30 December 294 when a text from Nicomedia places the onus of proof of payment on the payer. It is safe to assume that his tenure under Diocletian extended to the end of 294.” (Honore)⁽⁴⁾

Very good な表現である。

CJ. 1. 18. 5.

Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit, respondendo id quod paternum erat ex maternis esse bonis nihil egisti.⁽⁵⁾

CJ. 8. 42. 25.

Solutionem adseveranti probationis onus incumbit: quo facto chirographum condicere potest.

“The rescripts cited above (n. 506-9) suggest that around the turn of the century H. was in the east, presumably as praetorian prefect.” (Honore)⁽⁶⁾

CJ. 8. 53. 24.

Si patri tuo heres non extitit, ex facta ab eo liberalitate titulo donationis non posse iura tua laedi manifestissimi iuris est.

CJ. 7. 22. 2.

Praestat firmam defensionem libertatis ex iusto initio longo tempore obtenta possessio. favor enim libertatibus debitus et salubris iam pridem ratio suavit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet, ut et liberi et cives fiant Romani. (25 June 300)

CJ. 4. 12. 4.

Cum te ideo ex persona filii tui commemores conveniri, quod pro debitis eius aliquid intulisse videaris, defensionibus tuis uti apud eum, cuius super ea re notio est, minime prohiberis, ut is ad solutionem alieni debiti argueri te non patitur.

CJ. 2. 30. 4.

In iudicio de liberali causa sententiam pro libertate latam ne quidem praerogativa minoris aetatis sine^(~) appellatione posse rescindi ambigi non potest. (6 Jan 303)

2' Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis censuimus et proximitatem

litium amputare, multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus Gregoriano et Hermogeniano atque Theodosiano continebantur,⁽⁹⁾

現在の学説は、Codex Hermogenianus の編纂者は、右のヘルモゲニアヌスであると言っている。

“In a thorough study in 1964 Liebs concluded that the editor of the *Codex* was the same as the author of *Iuris Epitomae*, Summaries of the Law (Lenel 1889: I. 265-78; Liebs 1964: 23-30; Cenderelli 1965: 239), a work of about 300 AD (Liebs 1964: 13-22).”⁽⁹⁾ (Honore)

“It may have been released in Milan in 295. The compiler Hermogenian was apparently *magister libellorum* and then later praetorian prefect, mirroring the path of some earlier jurists. We have only a few fragments of the *Codex Hermogenianus* that apparently was short enough to be divided into titles, but not separate books. The Collator quotes from this late Roman law code twice (but the second is an extended extract with several ⁽¹⁰⁾ constitutions).” (Frakes)

船田教授の説明は次である。

「グレゴリウスの法書 (Codex Gregorianus) およびヘルモゲニアヌスの法書 (Codex Hermogenianus) Gregorius (Gregorianus?) も Hermogenianus も共にベリュトス法学学校の教授であったと想像され、両者の編集にかかる勅法集は、初めて、巻物 (liber, volumen) の形ではなくて現代の書籍のような形に作られたので *codex* と呼ばれる。..... 後者は前者に対する補充として、最初は二九三および四年の勅法を含み、その頃に編集されたけれども、これまた後に補充され、その補充の最も新しいものは三六五年に附加された。この二法書とも

に公の制定によるものではなくて私撰の書であり、両者ともに一体としては伝わらぬけれども、ユスチニアヌス帝勅法彙纂に採録された勅法のうち三二二年以前のものはこの二法書から採用されたと想像され、これを通じて法書の一部を知ることができる。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

3. クリューガー (Krüger) がヘルモゲニアヌスの著書に言及した (一九一二年)。

„Die jüngsten der in Justinians Digesten ausgezogenen Juristen sind Hermogenianus und Aurelius Arcadius Charisius. Ersterer hat sechs Bücher *iuris epitomae* geschrieben, welche selbständig verarbeitete Auszüge aus den früheren Juristenschriften in kurzen Sätzen ohne Anführung der Literatur geben und den *Sententiae* von Paulus am nächsten verwandt sind.“⁽¹³⁾

これによれば、ヘルモゲニアヌスの著書名は *iuris epitomae* である。⁽¹⁴⁾

4. Lenel, Palingenesia I の IURIS EPTOMARUM LIBRI VI がある。⁽¹⁵⁾ 1 から 104 まである。本稿の主たる対象は、³⁰ (S. 268) である。

次に掲げるリープスの著書 (HERMOGENIANUS) は、⁽¹⁶⁾ „Kein Jurist ist angeführt, nur zweimal ein Kaiser.“ と書いている。

D. 37, 5, 23.

Hi, quibus vel relictum vel virile divus Pius conservari constituit, ex servis, qui libertatem propter bonorum possessionem contra tabulas acceptam consequi non potuerunt, nihil habebunt.

D. 48, 4, 9.

Forum, qui maiestatis crimine damnati sunt, libertorum bona liberis damnatorum conservari divus Severus decrevit et tunc demum fisco vindicari, si nemo damanati liberorum existat.

15 Detlef Liebs, HERMOGENIANS IURIS EPITOME, Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians, Göttingen, 1964 がくルモゲニアースの著書について論じた。

- (1) OCD の **Hermogenianus, Aurelius** (?) の項目 (THon) を参照した。
- (2) „In den Jahren 293 und 294 war Aurelius Hermogenianus Diokletians Libellsekretär, offenbar sein ordentlicher *magister libellorum*...“ (Detlef Liebs, Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Verlag C. H. Beck München, 2010, S. 85.)
- (3) „Diokletian (284-305 n. Chr.) ist nur durch wenige Jahre von Aurelian getrennt.“ (Alfred Heuss, Römische Geschichte, 10. Aufl., Herausgegeben, eingeleitet und mit einem neuen Forschungsteil versehen von Jochen Bleicken, Werner Dahlheim und Hans-Joachim Gehrke, Ferdinand Schöningh, Paderborn • München • Wien • Zürich, 2007, S. 434.) „Er starb erst im Jahre 316.“ (S. 448.)
- (4) Tony Honoré, *Emperors and Lawyers*, Second Edition, Clarendon Press • Oxford, 1994, p. 177.
- (5) P. 177, n. 498. フォートン帝法典は基本的にコマヤン版による。
- (6) P. 179.
- (7) Gennaro Franciosi, *Il processo libertà in diritto romano*, Casa editrice Jovene Napoli, 1961, p. 285 参照。
- (8) 法典の序文。
- (9) Honoré, *Emperors and Lawyers*, p. 177.
- (10) Robert M. Frakes, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford University Press,

2011, p. 80-81.

- (11) 船田『ローマ法・第一巻』四二二頁以下。
- (12) “The *CH*, named after Hermogenian, *magister a libellis* to Diocletian, followed the model of the *CG*, comprising responses from AD 293-294 composed by the eastern imperial petitions department, headed by Hermogenian.” (Serena Connolly, *Lives behind the Laws, The world of the Codex Hermogenianus*, Indiana University Press, 2010, p. 39.)
“Justinian’s Codex is expressly designed to incorporate in a revised and shortened version the three previous codices (Gregorian, Hermogenian and Theodosian) with more recent constitutions including Justinian’s own enactments.” (Tony Honoré, *Justinian’s Digest: Character and Compilation*, Oxford University Press, 2010, p. 5.)
„Diese Gesetze wurden auf ein zu Beginn der Arbeiten festgestelltes Titelgerüst verteilt, das auf der Grundlage der Rubriken des Theodosianus weitere, vornehmlich privatrechtliche Titel aus dem Gregorianus und Hermogenianus übernahm.“ (Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Abschnitt, aus dem Nachlass von Franz Wieacker herausgegeben von Joseph Georg Wolf, 2006, Verlag C. H. Beck, München, 2006, S. 292.)
- (13) John Noël Dillon, *The Justice of Constantine*, The University of Michigan Press, 2012, p. 27-29, p. 58 参照。
- (14) Paul Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, Zweite Auflage, München, 1912, S. 254f.
- (15) Heumann/Seckel *Σ Epitome* 127 Auszug, z.B. *Hermogeniani libri epitomarum* (l. 41. 43 D. 27, 1) 参照。
- (16) S. 11 (Einleitung).

一一

1 Tony Honoré, *Emperors and Lawyers*, Second Edition, 1994 ⁽¹⁾ “The Age of Diocletian 282-305 AD ⁽²⁾ *Σ* 参照” ヘルモゲニアヌスについて論じている。

“It remains to show in detail that the style of Hermogenianus who wrote *Iuris Epitomae* (IE) is the same as that of the author of the rescripts of 293-6. The IE material amounts to about a sixth or seventh of rescripts of those years. There are many parallels, apart from the condensed style which is common to both. There are many parallels, apart from the condensed style which is common to both. There is the use of *idcirco*, of initial *ad, sub, de, ante, and per*, of *convenit, obtinuit, ……*”⁽³⁾

この *obtinuit* の注に次の二条文が指示されている。

D. 44. 7. 32 (2. epit).

Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experi permitti post magnas varietates optinuit.

この条文の意味は、ほぼ次のようであると思ふ。

「一つの不法な行為から (ex uno delicto) 複数の訴権が生じることを (cum... plures nascuntur actiones) 、『たとえば (sicut) 木が秘かに伐られた (arbores furtim caesae) と言われる (dicuntur) ようなことがある (evenit, cum...) 』——すべてを行使する権利が許される (omnibus experi permitti) という見解が——大きな見解の相違ののち (post magnas varietates) ——妥当するようになった (optinuit)。」

D. 41. 8. 9 (5. epit)

Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est: sed et si non iure legatum relinquatur vel legatum ademptum est, pro legato usucapi post magnas varietates optinuit.

両条文のセンテンスに共通部分がある。ここに見える単語が、勅法にも見られることを *Honore* が指摘している。⁽⁴⁾ 勅法における例は次である。

CJ 7. 29. 2 (28 Jan 293)

Nihil pro herede posse usucapi suis existentibus heredibus obtinuit.

CJ 4. 37. 1 (5 May)

Societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit.

CJ 5. 71. 17 (7 Dec 294)

Inter omnes minores nec commune praedium sine decreto praesidis sententia senatus cuncti distrahi patitur. nam ad divisionis causam provocante tantum maiore socio eius alienationem et sine decreto fieri iam pridem obtinuit.

CJ 5. 42. 4 (13 Dec)

Non omnium tutorum par similisque causa est. quapropter exemplo testamentarii confirmatum a praeside vel datum ex inquisitione non onerari satisfactione rem salvam fore pupillorum manifestum est, pluribus autem datis ex inquisitione tutoribus illum, qui satis secundum formam edicti rem pupilli salvam fore dedit, in administratione praeferi iam dudum obtinuit.

CJ 9. 45. 6 (29 June 299)

In executionibus criminum obtinuisse videtur illos desisse, qui animum accusationis implendae prorsus

desserunt. cum igitur aliis ex causis vel simplicitatis ratione necdum te ad finem vindictae pervenisse preces
tuae testentur, poteris postposita formidine impedimenti super aliquantulo silento institutam accusationem
secundum leges perferens quam probabis tibi debitam vindictam reportare.

2. 次はサヴィニーの文である。ここに右記のヘルモゲニアヌスの条文である D. 44. 7. 32 (2. epit.) が引用され、論
じられている。

„Haectenus mihi visum est de diversis rationibus disputare, quas superior aetas amplexa est. Quam quae
secura est quo iure fuerit usa, refert Hermogenianus (L. 32. de O. et A., e lib. 2. epit. depromata):

*Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri
permitteri, post magnas varietates obtinuit.*

Reiectis igitur Modestini Paulique opinionibus, sententia Ulpiani est probata atque recepta. In eandem
sententiam conceptum Iustiniani quoque edictum exstat in L. 20. C. de furtis (§. 8. I. de oblig. quae ex del.),
quae Ictorum de singulari facto dubitationem, utrum furti an servi corrupti actio danda esset, ita sustulit, ut
utramque actionem concederet, neque modum aliquem iis excedendis imponeret, quod, si ullum aliam ac
Hermogeniani sententiam Iustinianus comprobasset, fieri certe debuisset.”⁽¹⁰⁾

3. ベーザル (Beseler) の D. 44. 7. 32 (2. epit.) の D. 41. 8. 9 (5. epit.) の *post magnas varietates obtinuit*
という表現をユースティニアヌス帝の Interpolatio の (Justinianische Redeweise) の *post magnas varietates obtinuit*⁽¹¹⁾

リースは反対の見解を示した (Gleichwohl lehnen wir Beselers Folgerung ab.)⁽⁷⁾。
次の二条文の存在は、ベーズラーに有利か。

CJ 3, 31, 12 § 1

Cumque multae varietates et controversiae veterum exortae sunt, eas certo fine concludentes sancimus, si quis hereditatis petitionem vel suscepit vel suscipere sperat vel movere, alius autem superveniens vel ex deposito vel commodato vel legato vel ex fideicommisso vel ex aliis causis inquietare vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium, si quidem pro legato vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditae quaestionis esse, cum possit scriptus heres cautione interposita non differe hanc petitionem, sed recte exigere vel legatum vel fideicommissum sub cautela vel satisfactione pro qualitate personarum, quod, si non obtinuerint eius iura, restituere legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus, vel agrum cum fructibus quos percepit, vel domum cum pensionibus, scilicet in utroque eorum expensis antea necessaria et utilibus deductis: vel si ipse maluerit litem quidem contestari, expectare autem hereditatis petitionis eventum, hoc ei liceat facere, ut restituito, si competeret, cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat. [a. 531]⁽⁸⁾

CJ 6, 38, 4 § 1

Et si quis eorum altercationes singillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volume extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas, cum non solum iuris auctores, sed etiam ipsae principales

constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur. [a. 531]

- (1) Clarendon Press • Oxford. 福井°
- (2) P. 139-p. 185. "This chapter analyses 1,248 rescripts of the period 282-305, assigns them as far as possible to the secretaries who composed them and identifies two and possibly three of these secretaries. It shows how Diocletian, who surrounded himself with able lawyers, exploited and transformed the rescript system." (p. 139.)
- (3) P. 179.
- (4) P. 170, n. 395.
- (5) Friedrich Carl von Savigny, De concursu delictorum formali 1800.: Vermischte Schriften, Band 4, 1850, S. 102f.
- (6) SZ 45 (1925), S. 229.
- (7) Liebs, HERMOGENIANS, S. 39, Ann. 3.
- (8) Martina Müller-Ehlen, Hereditatis petitio, Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 1998, S. 154, S. 391 Ann. 18 参照°

111

クヤキウスの Recitationes Solennes に⁽¹⁾ Ad L. Cum ex uno, XXXII. の条文を標題とする節がある°

Quod diximus in lege superiori; conditiones impossibiles testamentis adscriptas pro nullis haberi, id l. 3. de cond. ⁽²⁾ demonstr. obtinuisse ait. Obtinuisse scilicet post multas varietates, controuersias & altercationes. Et ita quod proponitur in hac lege, id dicitur obtinuisse post magnas varietates. Plinius 2. Epistol. Quae sententia, inquit, non praeualuit modo, sed omnino post tantas dissensiones fuit sola frequens. Id autem

obtūit, vt ait hoc loco, vt cum ex vno delicto, ex vno facto plures nascuntur actiones, omnibus vti liceat, vt ponit exemplum in arboribus furtim succisis, ex quo delicto multiplex nascitur actio, actio arborum furtim caesarum ex duodecim tabulis, ^(c) actio damni iniuria dati, ex lege Aquilia, & interdictum, quod vi aut clam.……クヤキウスは、木が秘かに伐られた場合に多様な訴権が発生する (ex quo delicto multiplex nascitur actio) となり、次の三個が見える。

1. actio arborum furtim caesarum ex duodecim tabulis.
2. actio damni iniuria dati, ex lege Aquilia.
3. interdictum, quod vi aut clam.

(1) IACOBI CVIACII IVRISCONSULTI PRAECLARISSIMI, REGII CONSILIARII, Recitationes Solennes IN VARIOS, EOSQUE PRAECIPVOS Digestorum titulos, proximae a praefatione paginae adjectos. *OPVS VT PRAECLARVM AC LONGE PRIORIBVS NERVOSIVS, ITA ET BONO antecessorum iuris, ac studiosorum, nunc primum iure publico donatum.* Cum Indice rerum & verborum satis sufficienti, *Nec non Gratia & Privilegio Sac. Caesar. Majestat. decennali.* FRANCOFVRTI Ex Officina Paltheniana Sumtibus Haeredum Petri Fischeri. M. D. XCVI. p. 1214-1215.

(2) *Ulpianus libro sexto ad Sabinum.* Optinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.

(c) Edward Peters, *The Sacred Muses and the Twelve Tables: Legal Education and Practice, Latin Philology and Rhetoric, and Roman History, in Law as Profession and Practice in Medieval Europe, Essays in Honor of James A. Brundage*, Edited by Kenneth Pennington The Catholic University of America USA and Melodie Harris Eichbauer, Florida Gulf Coast University, Fort Myers, USA, Ashgate, 2011, p. 137-151 参照。

四

1. レヴィがヘルモゲニアヌスの右の条文を論じている⁽¹⁾。

ヘルモゲニアヌスの条文を論じる直前に、レヴィは、D. 47, 7, 1. および D. 47, 7, 11. (両条文ともパウルスのも⁽²⁾)に言及している。

D. 47, 7 の標題は、ARBORUM FURTIM CAESARUM である。

D. 47, 7, 1. (*Paulus libro nono ad Sabinum*)

Si furtim arbores caesae sunt, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: sed Trebatus ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo⁽³⁾ condemnet.

D. 47, 7, 11. (*Paulus libro vicensimo secundo ad edictum*)

Sed si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione gravaverit reum, manente nihilo minus actione ex lege duodecim tabularum.

レヴィは、次のように説く。

古い市民法上の訴権が古典期の人たちの時代にもなお存続していたということは、疑い得ない。Lex Aquilia は、それを廃棄しなかった。さらに actio arb. furt. caes. もまた、それを排除せず、模範としてのみ利用した。人がこれら両訴権の關係の間に、そして、市民法の actio iniuriarum と法務官の actio iniuriarum の關係の間に引いた興味深い平

行線は、対立する推論のために悪用されてはならない：Gai. D. 19, 2, 25, 5 においてはそうではないが、いずれにしても Pompon.—Ulp. D. 47, 7, 3 および Paul. D. 12, 2, 28, 6 においては *succidere* によって確保された十二表法の訴権が、原則的なおも適用可能な法的手段として登場する。たしかに原則としてのみである。⁽⁴⁾

この三条文は次である。

Gai. D. 19, 2, 25, 5.

Ipsae quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.

D. 19, 2 のタイトルは LOCATI CONDUCTI のこと。

Pompon.—Ulp. D. 47, 7, 3

Sed si quis saligneas virgas instituendi salicis causa defixerit haecque, antequam radices coegerint, succidantur aut evellantur, recte Pomponius scripsit non posse agi de arboribus succisis, cum nulla arbor proprie dicatur, quae radiecem non conceperit.

D. 47, 7 のタイトルは ARBORUM FURTIM CAESARUM のこと。

Paul. D. 12, 2, 28, 6

Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit se non succidis, sive a lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive a lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea

convenietur, per exceptionem iurisiurandi defendi poterit.⁽⁵⁾

D. 12, 2 のタイトルが 'DE IURE IURANDO SIVE VOLUNTARIO SIVE NECESSARIO SIVE IUDICIALI' である。

レヴィは 'Pompon.—Ulp. D. 47, 7, 3 及び Paul. D. 12, 2, 28, 6 及び Ulp. 十二表法の succidere が用いられていることを指摘している。その観点から Gai. D. 19, 2, 25, 5 を見るに caesarum (caedere) である。

2. しかしながら、レヴィは次のことを認める。

actio de arb. succisis が徐々に時代遅れ (das allmähliche Veralten) になりつづいたことが認められ、ハドリアヌス⁽⁶⁾のアルバムには見られなく (sie allem Anschein nach im hadrianischen Album gefehlt hat)。

レヴィは 'Lenel, Edictum (第二版・一九〇七年) を指している。⁽⁷⁾

„Die actio arborum furtim caesarum darf nicht verwechselt werden mit der aus den zwölf Tafeln stammenden actio de arboribus succisis. Die letztere ging auf eine feste poena von 25 As für jeden abgehauenen Baum, die erstere ging auf das Doppelte des Interesse. Jene war beschränkt auf den Tatbestand der arbores succisae, diese umfasste den dreifachen Tatbestand des "arbores furtim cinxisse subsecuisse cecidisse". Mit augenscheinlicher Beziehung auf diesen Unterschied sagt Paul. ad Sabin. 9 fr. 5 h. t.:

Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa, cingere est deglabrare. subsecare est subsecuisse (!): non enim poterat cecidisse intelligi, quia serra secuisset.....“

レヴィは、法務官の *actio* にのみ言及する条文の具体例 (四条文) をあげている。⁽⁸⁾

D. 47, 7, 12 (Iavolenus libro quinto decimo ex Cassio)

Qui agrum vendidit, nihilo minus furtim arborum caesarum agere potest.

D. 47, 7, 6 pr. (Pomponius libro vicensimo ad Sabinum)

Si plures eandem arborem furtim ceciderint, cum singulis in solidum agetur.

D. 9, 2, 43 (Pomponius libro nono decimo ad Sabinum)

Ob id, quod ante quam hereditatem adires damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem eius, cui heres sis, accederit:.....et hoc aliter constitui sine magna captione postumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit. eadem dicemus et de arboribus eodem tempore furtim caesis. puto eadem dici posse etiam de hac actione quod vi aut clam, si modo quis aut prohibitus fecerit, aut apparuerit eum intellegere debuisse ab eis, ad quos ea hereditas pertineret, si rescissent, prohibitum iri.⁽⁹⁾

D. 47, 7, 2 (Gaius libro primo ad legem duodecim tabularum)

Sciendum est autem eos, qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tanquam latrones puniri.

3. 以上のことからして、人は、次のことを期待しなければならいとレヴィは言う。⁽¹⁰⁾

古典の競合法は、ほぼまず第一に法務官の訴権と関係があり、市民法の訴権とはほとんど関係がない、ということである。それについての、一つの隠された、そしてそれゆえに特に真正な間接証拠 (Indiz) を示すのが、D. 47, 7, 5,

1における Paulus である。

D. 47, 7, 5, 1.

Eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae.

この条文の直前の D. 47, 7, 5, pr. における *actio arborum furum caesarum* が論じられているから、パウルスは、この訴権の理由は、*actio legis Aquilia* の場合と同一である (*eadem causa*)¹¹⁾ と言っているものであり、これは、一つの隠された、そしてそれゆえに特に真正な間接証拠なのである。

レヴィは、*eadem causa* の語について、*„sie bezeichnen technisch den Bestandteil der eadem res“* と書いており、これと対比されるべきなのがモムゼンの説だとしている。¹¹⁾ モムゼンは、Dig. 47, 7, 5, 1 の条文を掲げたのち、*„Der Diebstahl ist darin nicht notwendig enthalten (Dig. 47, 7, 7, 1. 1. 8, 2), obwohl Paulus 2, 31, 24 das Delict dahin zieht.“*¹²⁾ と書いている。

ヘルモゲニアヌス (D. 44, 7, 32) は、大きな見解の相違 (*magnae varietates*) にとって、すなわち、一つの不法な行為から (*ex uno delicto*) 発生する複数の訴権の競合という激しく論じられた問題にとって、木が秘かに伐られた (*arbores furum caesae*) という構成要件 (*Tatbestand*) すなわち法務官の訴権 (*actio*) よりも彼が熟知している例をあげることができない、とレヴィは分析する。¹³⁾ 十二表法の訴権を、ヘルモゲニアヌスが、複数の訴権 (*plures actiones*) という場合に片手間に思い付いたのでは決していない。そうでなければ、彼の判断は、直ちに、すべてを行使することが許される (*omnibus experiri permitti*)¹⁴⁾ ということにはならなかったであろう。Decemvirale *actio de arb. succis* と *actio arb. furum caesarum* との間には、*decemvirale actio rationibus distrahendis* と *actio tutelae* の間¹⁵⁾

に同じように同一物 (eadem res) が認められたにちがいない。いずれの場合にも、una obligatio, plures actiones という事態から生ずる、右の高められた意味においてである。

4. レヴィは言う。それだけです、D. 47, 7, 5, 1 がそこから生じたところの同じパウルス (Paulus) が、先頭に置かれた二個の断章 (Fragmenten)⁽¹⁶⁾ において十二表の訴権だけを顧慮したはずだ、ということは驚嘆を呼び起こす。それらのうちの一個の D. eod. 1 は、その構成要件において明らかに法務官の訴権に向けて裁断されており、そしてそれだけからしてすでに、顧慮されないままである異議を含んでいる。トリボニアヌスによって構成要件が変えられたと見ることによってそれを解決するということは、すでに述べたことによつて、うまくゆかない。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾ furim および caedere は、比較的新しい訴権にのみ属し、相互に支えあっている。賛成に値するのは、むしろレーネルの、⁽²⁰⁾ 法典編纂者たちは法務官の訴えの言及を削除したへという対立する推定である。たしかにパウルスは、三個の訴権を挙げたかもしれない、そしてそこで、ユースティーニアヌスの勘定とされるべきは、⁽²¹⁾ utramque か、あるいは、十二表の言及か、を人は判断しなければならない。伐木の訴え (Baumfallungsklagen) の両方を同一視する彼の傾きは、⁽²²⁾ 後者にとつて非常に有利である。原テキストの不確実さに、なおも余地があるならば、パウサルは、少なくとも法務官の訴えについても語るべきであった。——同じことが D. eod. 11 について、いっそう (a priori) 妥当する。告示注解は、⁽²³⁾ 古風なものではなく、実務的な訴権にかかわりを持つ。Succidere に代えて caedere も顧慮されるであろう。特示命令 (Interd. qu. vi aut cl.) の管轄は、要件となつてゐる caedere (伐ること) が、秘かに (furtim) なされるといふことの蓋然性を高める。法務官の訴えの抑圧は、他の場合においても関与しないわけではないビザンティウム人に

跳ね返る。それの他にもさらに民事の訴えが言及されているかどうかは不確かに違いない。D. 44, 7, 41との関連で、それはまだ要求されない。

D. 44, 7, 41. (*Paulus libro vicensimo secundo ad edictum*)⁽²⁴⁾

Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.⁽²⁵⁾

1. Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur.⁽²⁶⁾

5. レヴィは、以上の議論をふまえ、さらに議論を展開する。

その競合が *magnae varietates* を呼び起し、そして、パウルスをして少なくとも fr. 1 および 11 cit. において圧倒的に働かせたところの訴えは、*actio arborum furtim caesarum* であった。この事実の重要性が、われわれが今や *actio leg. Aq.* との競合に取り組むならば、*causae* の考察の場合にはなおも明かでなかったが、現われる。

Eadem causa は、*actio leg. Aq.* を法務官の訴え、ならびに市民法の訴えに結びつける。第一のものについて、パウルス (D. 47, 7, 5, 1) は直接的に、ヘルモゲニアヌス (D. 44, 7, 32) は間接的に言う。

D. 47, 7, 5, 1 (*Paulus libro nono ad Sabinum*)

Eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae. (再掲・下線は岡による)

この条文の場合は、下線部が *eadem causa* である。すなわち、直接的である。

D. 44, 7, 32 (*Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*)

Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit. (再掲・下線は岡による)

この条文の場合には、こうに書かれている事例を cum ex uno delicto (= facto) plures nascuntur actiones のカテゴリーに組み入れるのである。間接的である。 causa = factum ではないが、 factum = delictum と概念上、一個のカテゴリーを形成する。

同じパウルの D. 44, 7, 41, 1 (前出) は、同一パターンの表現で始まる。

D. 44, 7, 41. (*Paulus libro vicensimo secundo ad edictum*)

1. Si ex eodem facto duae competent actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur. (下線は岡による)⁽²⁷⁾

Postea 以下の法典編纂者の苦心の作が、本来のテキストへのあらゆる展望を閉ざすとしても、次の考えを拒否することはできない。すなわち、パウルスが principium における彼の記述の進展のなかで、actio leg. Aq. と actio de arb. succ. のあいだの競合を確定し、そして、さらにそれを扱った、という考えをである。

これに対して、actio leg. Aq. と競合する訴えのタイプは何かという問いは、訴えの目的 (Klagziel) が、すなわち、その不確かさを magna varietates だけが引き起こすことができたところの要素が、説明されるや否や、重要な重みを獲得する。十二表の訴えと actio leg. Aq. の間では、目的 (Ziel) は、必然的に同一であるとみなされたに違いない。有責の額の相違は重要でなかった。また、質的に、一方の actio は他のそれと同じく、物的毀損 (Sachbeschä-

dingung)と同じ法的性格づけ (rechtliche Charakterisierung) において、一つの行為の処罰 (Bestrafung) を目的とした。極めてわずかに異なるのではないニュアンス (Nuance) ——それは他の場所では *alia res* のために決定されたように——が認識されうるし、また、人は、どこかあるところでそうしなければならないとするならば、ここで、立法の偶然性だけが、決して内的な要因 (Moment) ではなく、訴権の複数 (die Mehrheit der Aktionen) を呼び起したと認めなければならない。否応のない帰結が、すなわち、同一物 (*eadem res*) である。さて、どのようにして、史料が、大きな見解の相違 (*magnae varietas*) を報告するだけでなく、すべての相違の場合に市民法上の消耗 (*zivile Konsumption*) の拒否において一致するに至るのか？ これについて、トレバーティウスおよびパウルス (fr. Iおよび II cit.) は明瞭であり、最終的に妥当するようになった (*optinuit*: fr. 32 cit.) 見解の核心は、いかなる事情があつても、そこにあつたのである。人は、伝承のこの態度を説明することを試みてきたが、それはひどい (*arg*) というよりも、やけくそ (*verzweifelt*) だと特徴づけるべきである。アリブランディ (Alibrandi) は、史料を単純には信用せず、一部は顧慮せず、一部は誤りであると説明する。⁽²⁹⁾ アイゼレ (Eisele) は、宿命的な過ちを犯している。なぜなら、彼が次のように考えるとき、すなわち、人は、《この特別な事例において、*eadem res* の存在から通常の帰結を引き出す《ことをしないと考えるとき、そして、彼が、このことを《複数の競合する刑罰の訴え (*Pönalklagen*) の特異な厳格な取り扱い《に帰するとき、そのことによって、同一物の原理 (*eadem-res-Prinzip*) は破壊され、そして、訴訟消耗 (*Prozesskonsumption*) の上に構築されたあらゆる競合論 (*Konkurrenzlehre*) は、その核心において、打撃を与えられたのである。

6. 内的理由と外的証言の乖離 (Divergenz) は、次の点にのみ説明を見出すことができる。すなわち、前者は十二表の訴権に、後者は *actio arb. furt. caes.* に注目している、という点にである。

レヴィは、この観点から、さらに論理を展開する。⁽³⁰⁾

人が、後者の訴えを一般的な演繹 (Deduktion) の基礎に置くならば、すべての軋轢 (Zwiespalt) は色褪せる。ヘルモゲニアースは、われわれの競合の事例を、類 (Gattung) にこつて「特異な (singular) 々々」の特微的な (typisch) もの (sicut evenit, cum) と見なす: *ex uno delicto (= facto) plures nascuntur actiones*. D. 44, 7, 34 pr. におけるパウルスによつて語られた競合もまた、この類に属するのび、fr. 32 の *varietates* 々々 fr. 34 pr. によつて示唆されたものとはそれほど相違しなかつたであろうという推定は理解できるものである。

レヴィが論じている D. 44, 7, 34 pr. は次である。⁽³¹⁾ ヘルモゲニアースの条文は、D. 44, 7, 32 である。そのすぐあとに位置しているのである。

D. 44, 7, 34 pr. (*Paulus libro singulari de concurrentibus actionibus*)^{(32) (33) (34)}

Qui servum alienum iniuriöse verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraque competere. sed quidam altera electa alteram consumi. ⁽³⁵⁾ alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. rationabilis itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in

altera est, etiam hoc exsequi. ⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾ (下線は岡による)

7. ケッラー (Litis Contestation) ⁽³⁹⁾ がこの条文のエクセグーゼを行なっている。⁽⁴⁰⁾ ケッラーは、ヘルモゲニアヌスの条文にも言及している。⁽⁴¹⁾

このパウルの条文においては、最初の部分から分かるようにアクイーリウスの訴権および人格権侵害の訴権 (actio iniuriarum) ⁽⁴²⁾ が問題であるということは明らかである。

„In L. 34. pr. De O. et A. spricht Paulus von dem Fall, wo jemand den Sklaven des Andern iniuriöse verberat, so daß für diesen die Actiones legis Aquilæ und iniuriarum zugleich begründet werden.“ ⁽⁴³⁾

そこで、一方の訴権が実行され、被告が有責判決を受け、被告に負わされた金額が被告によって支払われた。さて、第二の訴権による訴訟の結果はどうなるであろうか？ とケッラーは書いている。⁽⁴⁴⁾

この質問について、ケッラーは、この条文の三個の解答を指摘する。⁽⁴⁵⁾

1. 第一の見解によれば、一方の訴えの右の貫徹は、他方の訴えを排除する。
 2. 第二の見解によれば、Actio legis Aquilæ によつて Actio iniuriarum は排除される。しかし、逆は排除されない。すなわち、Actio iniuriarum のあつてもなお、Actio legis Aquilæ は、うまく提起されることができ得るであろう。
- この第二の見解およびそれによつて確立された相違は——パウル自身がこれを示唆するように——、それらの方式書 (Formula) によつて表現されるように、両訴権 (Actiones) の特質 (Eigenthümlichkeit) のなかにある。すなわち、Actio iniuriarum の有責判決 (Condemnatio) は、正当な評価による (auf eine billige Schätzung) もの、ein

quanti bonum et aequum est condemnari である。

ケッラーは、これについて二条文を指示している。⁽⁴⁶⁾

イ・ D. 47, 10, 11, 1. (Ulpianus libro quinquagensimo septimo ad edictum)⁽⁴⁷⁾

Iniuriarum actio ex bono et aequo est de dissimulatione aboletur. si quis enim iniuriam dereliquerit, hoc est⁽⁴⁸⁾
statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex paenitentia remissam iniuriam non poterit recolare.⁽⁴⁹⁾

(下線は岡による)

* ヴィーアッカー (Textstufen) がこの条文に言及している。⁽⁵⁰⁾

ヴィーアッカーは、I. 4, 4, 12. を指摘しているのである。

I. 4, 4, 12.

Haec actio dissimulatione aboletur : et ideo, si quis iniuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum
non revocaverit, postea ex paenitentia remissam iniuriam non poterit recolare. (下線は岡による)

この共通部分について、ヴィーアッカーは、ディオクレティアヌス帝以後の Kanzleisprache の筆づかいだと
言っている。⁽⁵¹⁾

ロ・ D. 47, 10, 18 pr. (Paulus libro quinquagensimo quinto ad edictum)⁽⁵²⁾

Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari : peccata enim nocentium nota^{(53) (54) (55)}
esse et oportere et expedire. (下線は岡による)

だがしかし、ケッラーは次のように言う。

既に先の訴えによって損害賠償を得た原告が、それ以上のものを獲得するのは不当である、*unbillig* (nicht *bonum et aequum*) と人は考えた。そこで、この見解によれば、審判人は、暗黙のうちに (*implicite*) 単純な方式書によって、有責判決をしないように指示されている。すなわち、*Actio iniuriarum* は、法上当然に (*ipso iure*)⁽⁵⁶⁾ 発生しな⁽⁵⁷⁾ (*findet ipso iure nicht Statt*)。これに対して、*Actio legis Aquiliae* は、そのような *bonum et aequum* の言及を含んでいなかったし、したがって、すでに別の方法で原告に流れ込んだものを顧慮するとうような指示を含んでいなかったのである。すなわち、ここでは方式書において単純なままであるから、審判人は、訴えの条件が正当であると見るや否や、有責判決をしなければならぬ。言葉をかえて言えば、*Actio iniuriarum* が完全な成果をもつてあらかじめ行なわれた場合には、それは法上当然に (*ipso iure*)、*Actio legis Aquiliae* には決して影響しない。

3. 第三の見解——これはパウルス (*Pāulus*) 自身のものである——によれば、この後者の場合においても、市民法 (*Ius civile*) の厳格さは、少なくとも裁判権における法務官 (*Praetor*) の助力によって抑止される、というのである。そしてこのことは、当然に、あるいは *denegatio actionis* (*事實關係が争われなかった場合*)⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾ によって、あるいは *Exceptio doli* oder *in factum*⁽⁵⁹⁾ の付与によって行なわれた。第二の訴えの提起は——とパウルス (*Pāulus*) は言う——、それによって原告が *plus* だけを請求するときのみ妨げられることなく行われてよい。また、どちらが先に、そして、どちらが後に提起されたか、は全く重要でない。

ところで、*L. 6. pr. Ad leg. Iul. de adult.*⁽⁶¹⁾ をこの条文と較べてみると、パーピニアヌス (*Papinian*) は、同様の事例について、なお別の見解——それによれば、異なる訴えが相互に独立して許されるというのである——を持って

いたと思われる。

以上のケッラーによる D. 44, 7, 34 pr. (*Paulus libro singulari de concurrentibus actionibus*) の分析 (一八二七年) がどのような評価を得ているかは後に見てみよう。⁽⁶²⁾

8. レヴィは、訴権の本質から (vom Wesen der Aktionen aus) 考察するところ、D. 44, 7, 34 pr. (Paulus) と D. 44, 7, 32 (Hermogenianus) の類似性は明らかであると言う。すなわち、fr. 34 pr. においては、不法な行為の効果 (Effekt) は ein aquilisches damnum iniuriöse datum であり、fr. 32 においては、それは ein aquilisches damnum furtim datum である、と分析する。すなわち、いずれの場合にも、損害を与える行為は、副詞で表現された不法な行為の要因で特徴づけられる。それは、actio leg. Aq. の枠を超えており、したがって別の償い (Sühne) が必要である。この償いに奉仕するのが、前者では actio iniur. であり、後者では actio arb. furt. caes. である。この対称 (Symmetrie) は徹底している。それが従来正当に認識されていなかったとすれば、それは、別の種類である actio de arb. succisis から持つてゐられた、actio leg. Aq. と actio arb. furtim caes. の間を一般の訴え (Generalklage) と特別の訴え (Spezialklage) の関係が支配しているという、誤った見解にもとづく。実際は、それぞれの訴えは、その固有の適用領域 (Anwendungsgebiet) を持つ。事実が ferire caedendi causa のなかにあるならば、権限がある (zuständig) のは actio arb. furt. caes. であり (D. 47, 7, 5 pr.)、必然的に actio leg. Aq. は権限がない。

D. 47, 7, 5 pr. (*Paulus libro nono ad Sabinum*)⁽⁶³⁾ Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa. cingere est deglabraré. subsecare est subsecuisse: non enim poterat cecidisse intelligi, qui serra secuisset.⁽⁶⁴⁾ (下線

は岡による)

逆に、fr. 7 pr. および 8, 1 の要件が存在しない事例においては——たとえば fr. 8, 3⁶ および さらに fr. 7, 2 においては——後者の訴えだけしか存在しない。

D. 47, 7, 7 pr. (*Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum*)⁽⁶⁵⁾ Furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caeduntur.

D. 47, 7, 8, 1. (*Paulus libro trigensimo nono ad edictum*)⁽⁶⁶⁾ Furtim arborem caedit, qui clam caedit.

D. 47, 7, 8, 3. Qui per vim sciente domino caedit, non incidit in hanc actionem.

D. 47, 7, 2. Si quis radicatus arborem evellerit vel exstirpaverit, hac quis actione non tenetur: neque enim vel caedit vel succidit vel subsequit: Aquilia tamen tenetur, quasi ruperit.⁽⁶⁷⁾

相違は、古典期の人には明かであったので、Baumfällungsklage や actio furti から区切らるゝことに価値を置いた。たとえば、Paul. D. 47, 7, 8, 2 [= Igitur si ceciderit et lucri faciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa et condicione et ad exhibendum] および、⁶⁸ Ulp. D. eod. 7, 1: nec esse hanc furti actionem scribit Pedius, cum et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedet がその点である。

これによれば、見解の相違 (*varietates*) の認識という目的のために D. 44, 7, 34 pr. において報告された諸見解⁽⁶⁸⁾を大目に見て、そしてこの観点から、頂点に置かれた三条文 (D. 47, 7, 1; eod. 11; 44, 7, 32) を調査するということ、とはもはや向こう見ずではないと思われる。市民法上の消耗 (*ziville Konsumption*) のために登場したあの *quidam* が再び現われるであろう。なぜなら、彼らが fr. 34 pr. cit. の事例において挙げたのと同じ考慮を、彼らは、われわれ

の事例において、効果あるものとして維持しなければならなかった。もちろん、この場合においても消極的な効果をもって。多数は、⁽⁶⁹⁾ ころでもまた、原理的重畳 (die prinzipielle Kumulation) を認め、そして、司法機関 (Justizorgan) の一つによるその制限だけを要求したのである。Fr. 34 pr. におけるよりもっと厳しく、法典編纂者たちは、議論と結果を切り離れた。両パウルス条文の悲惨な残余は、ビザンティンの算定思考 (Anrechnungsgedanken) の外では決してこれ以上の何かは考えられ得ない。D. 47, 7, 1⁽⁶⁹⁾ において、すでに無傷のままではない冒頭文は、ラベオーが二個の訴権があると考えたと伝える [.. et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: sed Trebatius ita utranque dandam, ut iudex... (下線は岡による)]。たとえば、D. 47, 10, 15, 46 の意味における競合の解決に dandam がうまく適合しないが、しかし、テキストのわずかな単語から、ラベオーが重畳的競合を弁護したということを引き出すことはできない。

Ulp. 57ed. D. 47, 10, 15, 46. (Levy, S. 182. Liebs, Klagenkonkurrenz, S. 229.)

Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

「もし何びとかが、奴隷がむちで打たれたので人格権侵害を理由に訴えて、そしてその後不法損害を理由に訴える場合には、ラベオーは次のように書く。すなわち、一方の訴権は過失により加えられた損害に関わり、他方は侮辱に関わるので同一物は存在しない、⁽⁷⁰⁾ と。」

[D. 47, 7, 1 (Paulus) に書かれている] sed は——これは、さらに、全体の関連がどうであるかが確定されているものではない——、もっぱら過渡期だけを表現できるものであり、そして、パウルスが、先生のトレバーティ

ウスを生徒のラベオーの敵として登場させ、逆にラベオーをトレバーティウスに対して戦う者として登場させなかっただけになおさら独特である。さらに、まさにラベオーが、他の事例について妨げなき訴えの重畳の敵対者と言明されている。⁽⁷²⁾これに対して、トレバーティウスから競合の現実的な判断(Entscheidung)が引き出せるはずだ、ということには何ら疑いがありえない。それがどう書かれていたかということは、もはや認識されえない。なぜなら、*utranque dandum, ut*⁽⁷³⁾に続く文言が、実質的に(sachlich)そして言語的に(sprachlich)ふつふつで(anstößig)かつインテルポラティオーである、ということは今や正當に認められているからである。他の断章からも、トレバーティウスの立場について確実なことは何も引き出すことはできない。その見解が——そう見えるであろうように——パウルスによって分割されたとするならば、Paul. D. 44, 7, 34 pr. からの帰結が対応して(entsprechend)用いられなければならない。直接的ではなく(nicht unmittelbar)対応して(entsprechend)であるのは、前者においてはinjuriaの裁判人(Injurienrichter)が思いのまま扱う裁量の自由(Ermessensfreiheit)が、後者では審判人の自由にならないからである。これは、Paulus D. 47, 8, 1の根拠を考えに入れたような一般的な根拠から、かなりの確実性をもって法務官の消耗(prätorische Konsumption)に通じる。

9. このことは、そこにおいてパウルス自身が語るところのD. 47, 7, 11⁽⁷⁶⁾とも適合する。本源的な関連の抹消は、文頭の*sed*および主文の主語の喪失によって、二重に実感しうるであろう。さらに言うならば、争点決定(Streitbefestigung)から発する第一の判断は完全に古典期のもの(klassisch)である。付け加えられた(angefügt) *satisfactis*……*reum*⁽⁷⁷⁾によって法典編纂者たちが実行した新解釈(Umdeutung)がはじめて、彼らに同意を可能にした。

われわれにとつて最も重要な最終文言の真正性および意味は不確かである。人がこれを *actio arb. furt. caes.* の欠如および下手くそな模倣の *ablatus absolutus*⁽⁷⁸⁾ を理由として、トリボニアヌスの付加であると考えらるならば、この断章は、古典期の法にとつて失格である。これに対して、人が——これの方がより蓋然性が高いのであるが——、パウラスによれば、法務官の伐木の訴えは *nihilo minus manet* であるということを認めるならば、浅薄な一瞥は、無限定の重畳がそこに表明されていると見るかもしれない。しかし、むしろ *nihilo minus* のなかには、fr. 34 pr. の思考過程へと導く別の対立が潜んでいるのである。すなわち、*absolvetur* が市民法の (*civilis*) 消耗ではなくて裁判上の (*iudicialis*) 消耗を表わすとするならば、それには *quoniam desit bonum et aequum esse condemnari eum* とほぼ類似のこと (*etwas Ähnliches*)⁽⁷⁹⁾ が当てはまることが明らかである。しかし他方で、fr. 34 pr. において、続いて厳格な *iudicium* が行なわれた場合、当然に (裁判上の *iudicialis*) 消耗が発生するのではなく、*teneri eum ex lege Aquilia* といわれており、ここでは、裁判人の自由な裁量に親しまない *actio arb. furt. caesarum* があるのである (*manet nihilo minus*)⁽⁸⁰⁾。市民法 (*jus civile*) による *Teneri* および *manente* について、前者においては *Judex* が、後者においては *Prätor* が、重畳を妨げる介入によつて事態の危険を除去する。法典編纂者たちは、fr. 34 pr. において *Remission* を、fr. 11 において *Denegation* をぬぐい消したときのみ、首尾一貫して行動した。もし人が、パウルスは fr. 11 においても *ex professo* な競合法を語り、⁽⁸²⁾そして、この関係において *denegatio* が消耗の手段として証明された (D. 47, 8, 1)⁽⁸³⁾ と考えた、と回想するならば、ここで定立された仮説の真実性は高まる。

10. ヘルモゲニアヌスの見解は、どのように扱われることになるのであろうか。

以上の考え方は、人が通説とともに、ヘルモゲニアヌスの言明 (D. 44, 7, 32) を、妨げられない訴権の重畳 (die unheimliche Aktionskumulation) が妥当するようになった (*optinuit*) というように理解するならば、たしかに色褪せるであろう。なぜなら、パウルスによってなおも攻撃された見解を、ヘルモゲニアヌスは説明できたのだとするのは、いかがわしい想定であろう。右の解釈を維持するのは困難である。それは、パウルスおよびモデステイヌスの保証付きの見解へと法律家たちを導く、すなわち、彼に時間的に最も近い古典期の人々を取り返しのつかない対立へと導く。ヘルモゲニアヌスが見解を無敵のものと言い張ったということはあり得ない。その反対をモデステイヌス (D. eod. 53 pr.) は、一般的に *probatum* だと見なし⁽⁸⁴⁾、またパウルスは、繰り返して、それどころか D. 47, 7, 11 においては、偶然にすら、同じ競合 (*actio leg. Aq. + interd. qu. v. aut. cl.*) を正当であるとして戦っている。三個の可能性が残っている。法律家は、《すべての《訴えの適法性を強調したかった、という第一のものは脱落する。なぜなら、そうでなければ、《複数の訴権があるならば、それらすべての権限がある (stehen mehrere Aktionen zu, so stehen sie alle zu)》という無意味なことが現われるからである。experiri = litem contestari を成立させようという第二のものは間違いである。なぜなら、eadem res は繰り返しての争点決定 (Streitbefestigung) を決して妨げないからである。⁽⁸⁵⁾そこで、なお、原告は市民法 (*ius civile*) によってすべての訴権を成功裡に、⁽⁸⁶⁾(*erfolgreich*) 行使できる、すなわち、技術的意味における訴訟消耗 (Prozeßkonsumption) は発生しない、という第三のものだけが存在する。それは、すでに *experiri permitti* とガイウスの *agere posse* の間の議論の余地のない等置 (*Gleichung*) だけによって良い印象を与え、それは実際上もつともらしく、そして、まさに引用されたパウルスおよびモデステイヌスの文言と、⁽⁸⁷⁾D. 44, 7, 60 におけるウルピアヌスの一般的観察と、そして、いずれがあとになってもすべて、*eadem res* が

存在しないということに基づくというわれわれの仮説と、完全に同調する。先に示唆したように、それにもかかわらず *eadem res* を認めた *quidam* が存在したとするならば、⁽⁸⁸⁾ *varietates* も、ヘルモゲニアヌスの願い——その結果を *iuris epitomae* において伝えるという——も、自明である。

ところで、重畳の妨げの証拠を、パウルス (D. 19, 2, 25, 5)⁽⁸⁹⁾ が *actio locati + actio leg. Aq.* の事例においても *actio locati + actio arb. furt.* の事例においても許可したということから引き出すことはできない。《同一物において (*in eadem re*)、二個の訴権 (*b, c*) が第三の訴権 (*a*) に対立するとき、それらは同一物において (*in eadem re*) 相互に重なり合つて (*b, c*) いる《という命題 (*der Satz*) は完全に正当でない。なぜなら、特殊な種類の歴史的考察が同一物要因 (*eadem-res-Faktoren*) の分析に影響したからである。それだけに、judizial な (*prätorisch* な) 消耗の領域へのその移転の場合に慎重さが示された。それは、ここでは、同一の、(それが final [目的] であれ、*kausal* [原因的] であれ) 源からの訴権 *b* と *c* の間における消耗が、訴権 *a* と *b* および *a* と *c* の間のように流れる限りは懸念がない。これに対して、消耗の動機が、あるいは、訴えの目的の接近 (たとえば、*actio locati* の競合)、あるいは、*causae* の同一 (たとえば、*a. leg. Aq.* と *a. arb. furt. caes.*) であるならば、こちらから向こうへと流れるように結論を導くことはできない。たとえば、伐木者に対して、*actio furti* もまた競合するならば、*actio leg. Aq.* は、*actio locati* に対してのみならず、judizial あるいは *prätorisch* な消耗の関係において *actio furti* に対してもまた成立し得るであろう。⁽⁹⁰⁾ それにもかかわらず、何びとも、*actio locati* と *actio furti* の間でも重畳が妨げらたであろうと、そこから結論づけようとはしないであろう。二個の訴権の競合は、まさしく常に、独立的に審査されるべきである。三重の、あるいは何重もの競合の事例において、原告は、 $x + y + z$ という順序によって、 $x + z + y$ あるいは $y + z$

＋x等々よりもうまくやった、ということをして、ローマの法律家たちが背負いこんでいたということは疑いない。パウルスが、D. 47, 7, 1および eod. 11において、もしかしてなお、actio de arb. succisis およびその競合について書いたかもしれないことは、もはや見出し得ない。

11. 以上の問題については、非常に多くの研究があり、多数の論点がある。それらについては後に詳しく論じる。

- (1) Ernst Levy, Die Klagenkonkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Band 2-1, Berlin, 1922, S. 203ff.
- (2) S. 202.
- (3) Savigny, aaO, S. 95, Anm. 1 以下の条文が引用されている。その本文には、"In eandem sententiam Paulus, tum de damno sive cum iniuria, sive cum antiquiore arborum caesarum delicto coniuncto, tum de furto cum rapina concurrente pronuntiavit." (S. 94-5) と書かれている。
- (4) Levy, S. 203-4.
- (5) Kaser/Hackl, aaO, S. 366, Anm. 43.
- (6) 117-138 n. Chr. (Publius Aelius Hadrianus) Alfred Heuss, aaO., S. 346ff.
- (7) DAS EDICTUM PERPETUUM. EIN VERSUCH ZU SEINER WIEDERHERSTELLUNG. MIT DEM FÜR DIE SAVIGNY-STIFTUNG AUSGESCHRIEBENEN PREISE GEKRÖNT. VON OTTO LENEL, PROFESSOR DER RECHTE. ZWEITE, VERBESSERTE AUFLAGE. LEIPZIG VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ 1907. S. 326.
- (8) Levy, S. 205.
- (9) Liebs, Klagenkonkurrenz, S. 198 参照。Lenel, Palingenesia II, S. 128 [675.] 参照。S. 137-8 [744.] 参照。
- (10) Levy, S. 206.
- (11) S. 206, Anm. 1.

- (20) レヴィは「ローネル (Edictum) の S. 326, Anm. 9 を指している。」
- (21) 「両方が」と訳した。
- (22) D. 19, 2, 25, 5.
Levy, S. 207, Anm. 4 参照。
- (23) Pugliese, Istituzioni di Diritto Romano, Terza edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991, p. 596 参照。
- (24) Lenel, Palingenesia I, S. 1011 (PAULI AD EDICTUM LIB. XXII) 参照。
- (25) Kaser, RP II, S. 365, Anm. 21 (sicher überarbeitet).
- (26) Kaser, RP II, S. 430, Anm. 37. レヴィが引用されている (リースも引用されている)。競合問題が論じられている。
- (27) „Wenn wegen derselben Thatsache zwei Klagen zuständig sind, so ist es Sorge der Amtspflicht des nachherigen Richters, dass der Kläger das Mehr erhalte, was in der zweiten Klage enthalten ist; wenn ebensoviel, oder weniger [wie in der andern], derselbe aber dieses erlange.“ (旧訳註 Bd. 4, S. 587, Sintenis.)
- (28) Iacobi Civiaci Obsevationvm et Emendationvm, Lib. III, *In extremo legis, qui seruum. D. de obligat. & act. duobus in locis negotiationem superesse. Cap. XXV.* “.....Est in eadem questione De concurrentibus actionib. aliud mendum, nisi fallor, in extremo l. quotiens. D. de oblig. & act. Ait lex eodem ex facto duabus competentibus actionibus, vna si actum sit, & plus sit in reliqua actione, id actorem ferre: quod verissimum est.....” ヲルツィウスは「同じ結果へ達する。」
- (29) Levy, S. 209, Anm. 5 参照。
- (30) S. 210ff.
- (31) 本誌第三〇巻第十六号一一八頁以下参照。同一一六頁も参照せよ。
- (32) Lenel, Palingenesia I, S. 959. DE CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS LIBER SINGULIS 234 D. 44, 7, 34 ~ D. 47, 2, 89 参照。
- (33) Ulrich von Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S. 80ff. 参照。
Max Kaser, *Quanti ea res est*, Studien zur Methode der Litissästimation im klassischen römischen Recht, C. H. Beck'sche

Verlagsbuchhandlung, München, 1935, S. 50, Anm. 4 参照。

Sebastiano Tafaro, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana*, Editore Jovene Napoli, 1980, p.

98 参照。

- (34) Heumann/Seckel の *Iniuria* はこの条文を指示している。
- (35) 本誌第三〇巻第六号一六六頁参照。
- (36) 本誌第三〇巻第六号一八頁以下参照。
- (37) Leopold Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, Verlag der Hochschulbuchhandlung, Max Hueber, S. 180, Anm. 73 参照。Kaser/Hackl, ZP, S. 580, Anm. 35 及び S. 617, Anm. 27 に引用されている。
- (38) 後者の下線部に「リープス」が次のように書かれている。「Der Ton des Schlusssatzes, insbesondere wie er anhebt, ist so typisch Tribonian, daß es weiterer Beweis hier nicht bedarf。」(S. 74) のように、後者は「リープス」を「リープス」であると述べている。
- (39) F. L. Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*. Zürich, Gebner'sche Buchhandlung, 1827.
- (40) S. 485ff. 本誌第五五巻一七三頁参照。本誌第三〇巻第六号も参照。
- (41) S. 493, Anm. 18.
- (42) „Dem Recht, *ius*, nicht im ethischen, sondern im staatlichen Sinn ist entgegengesetzt das Unrecht, *iniuria*. Dieser Herleitung entspricht der allgemeine auf die staatlichen Verhältnisse beschränkte, aber wesentlich negierende Gebrauch des Wortes. Die technische Sprache aber verwendet dasselbe in engerer Begrenzung und in positivem Sinn für die Verletzung des Körpers oder der Sache eines Dritten im Gegensatz zu der widerrechtlichen Eigenthumsaneignung, dem Furtum. Unter Feststellung dieses Gegensatzes hat sich die *iniuria* in der späteren Rechtsentwicklung geschieden in die rechtswidrige Personalverletzung, die *iniuria* schlechtweg, und die rechtswidrige Sachbeschädigung, das *damnum iniuria*, mit Rücksicht darauf, dass bei jener nur Strafe, bei dieser zunächst Schadensersatz in Frage kommt. Darauf beruht die Dreitheilung des Privatdelicts.“ (Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, S. 784ff.)

Detlef Liebs, *Römisches Recht*, 6. Aufl., 2004, S. 215ff. 参照。

- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 1050-p. 1094 参照。
- A History of Private Law in Scotland, Volume 2, *Obligations*, Edited by Kenneth Reid and Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2000, p. 633 [= John Blackie] 参照。
- Bruno Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren, Eine Studie zum römischen Prozess*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1963, S. 29ff. 参照。本誌第五十六卷第五・六号・五頁参照。
- Yvonne Bongert, *Recherches sur les récupérateurs*, in *Varia III*, Paris, 1952, pp. 131 et ss. 参照。
- Kees Bezemer, *The Infrastructure of the Early Ius Commune: The Formation of Regulae, or its Failure: The Creation of the Ius Commune*, Edinburgh Studies in Law, 2010, p. 57-75 参照。
- (43) Keller, S. 485f.
- (44) „Wie nun, wenn die eine durchgeführt, der Beklagte condemnirt, die ihm aufgelegte Summe bezahlt ist? Was wird nun der Erfolg der zweyten Klage seyn?“ (S. 486.)
- (45) „Auf diese Frage enthält die Stelle drey verschiedene Antworten.“ (S. 486.)
- (46) S. 487, Anm. 8.
- (47) The Usus Modernus of the Actio Iniuriarum ㄣㄣㄣ Zimmermann, *The Law of Obligations, op. cit.*, p. 1071, n. 166 参照。
- “Most importantly, therefore, it could not be brought by the heir of the victim (nor, of course, against the heir of the wrongdoer); condemnation still involved infamia (though not if the insult had been only slight or moderate); and it prescribed within a year. As in Roman law, the plaintiff was required to assess the amount at which he estimate the injury, but the judge was able to reduce the sum according to what he considered bonum et aequum.” (p. 1070-1071.)
- (48) Heumann/Seckel の Bonus ㄣ’ *Ex bon. et aeq.* bedeutet endlich das neuere, auf einem **geläuterten Rechtsbewußtsein** beruhende Recht (Klage, Einrede u.), z.B. ex b. et a. est **iniur. actio** ㄣㄣㄣ。
- (49) “No other verbs are as Ulpianic as *accipere* and *putare*. But there are a number that occur once or more in his texts and not at all, or much more rarely, in other Digest writers. I list them alphabetically:

.....recolere.....” (Honoré, Ulpian, p. 66, n. 489.)

Heumann/Seckel の Recolere = wieder aufwärmen じ' の条文が引用せられしる。 „si quis iniuriam dereliquerit... remissam iniuriam non poterit recolare”

(50) Franz Wieacker, *Textstufen Klassischer Juristen*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1975, S. 265.

(51) Anm. 235 参照。

(52) Heumann/Seckel の Nocens じ' *Missetäter, Verbrecher: peccata nocentium, nocentium infamare* (l. 18 pr. D. 47, 10) である。

(53) Heumann/Seckel の Expedire じ' *dienlich sein, von Nutzen sein, frommen, zum Besten gereichen, z.B. et oportere et expedire* (l. 18 pr. D. 47, 10) である。

(54) Mommsen, *Strafrecht*, S. 797, Anm. 3 じ' の条文は Diocletian Cod. 9, 35, 5 を引用しつる。その解説も参照。

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Victorina. Si non convicti consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. si in rixa inconsulto calore prolapsus homicidii conviciu obiecti et ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri non potes. [a. 290]
 モムゼンが、その本文で解説してつるところも重要であると思うが、後に検討する。

Kaser, RP I, S. 625 の „Daß die Klagen aus iniuria einjährig befristet waren, ist zu vermuten.” の部分の注じ' の Codex の条文が引用されてゐる。

(55) Zimmermann, p. 1069, n. 153 参照。

(56) この ipso iure を「法上当然に」と訳すことは従来から行われているところであり、それにならうことにするが、それでいいかどうか私には判定できなう。

(57) Antonino Metro, LA «DENEGATIO ACTIONIS», Milano, Giuffrè Editore, 1972 参照。

(58) 原田『ローマ法』三八五頁以下参照。船田『ローマ法・第五卷』一四一頁以下参照。Kaser/Hackl, RZ, S. 231ff. 参照。

(59) 原田・同三九〇頁以下参照。

(60) 原田・同二四八頁以下参照。

- (61) Levy, II, S. 222ff. 参照。後に論じらる。
- (62) 本誌第三十卷第六号一一一頁参照。
- (63) Lenel, Palingenesia I, S. 1279. (1804.)
- (64) 前出 3 参照。
- (65) Lenel, Palingenesia II, S. 683. (1073.)
- (66) Lenel, Palingenesia I, S. 1047. (571.)
- (67) v. Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia, S. 115, Anm. 151. 参照。Die ausdehnende Auslegung des Wortes 'ruperit' の個所である。
- (68) ハンヤは' S. 184ff. を押してゐる (S. 211, Anm. 2.)。ハルムは' 後述に及ぶ。
- (69) 前出。Levy, S. 202 参照。Liebs, Klagenkonkurrenz, S. 214 44-45 S. 202 参照。
- (70) 本誌第三二卷第一号一一三頁参照。v. Lübtow, aO., S. 80 44-45 S. 128f. 参照。Zimmermann, *op. cit.*, p. 1004 参照。
- (71) „Trebaz war also der wichtigste Rechtsberater von Augustus, viele Jahrzehnte lang.“ (Liebs, Hofjuristen, S. 19.)
- (72) ハンヤは' D. 6, 1, 13; 21, 2, 51, 4; 44, 4, 4, 7 45-46 用いてゐる (S. 212, Anm. 1.)
- (73) この部分は echt であるハンヤは' 書いてゐる。S. 212, Anm. 2. ハンヤは' D. 47, 2, 77, 1 を用いてゐる。ハルムは' Liebs, S. 133ff. 参照。Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. IV, S. 300 参照。Zimmermann, *op. cit.*, p. 934-936 参照。
- (74) Levy, II, S. 182. 本誌第三〇卷第六号一一八頁参照。
- (75) Levy, II, S. 195. 本誌第三二卷第二号一一七頁参照。Liebs, Klagenkonkurrenz, S. 164ff. 参照。Zimmermann, *op. cit.*, p. 920 参照。
- (76) 前出。Levy, II-S. 202.
- (77) Heumann/Seckel の Gravare の *condemnatio* grav. *reum* (l. 11 D. 47, 7 interp.) である。Levy, S. 213, Anm. 4. の注に多数の文献が掲げられてゐる。
- Liebs, Klagenkonkurrenz, S. 215ff. 参照。

- (78) レヴィは、たゞば C. 2, 40, 5, 1 i. f. の参照を指示している (S. 213, Anm. 6.)

Sed humanus et laetus eandem legis interpretationem extendere, in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. melius etenim est intacta iura eorum servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere. videlicet exceptionibus triginta et quadraginta annorum in suo statu remanentibus. [a. 531] (上線が圈じられ)

この条文について Levy, *Gesammelte Schriften*, S. 486f. (Zur Nachklassischen in integrum restitutio [=SZ 68 (1951)]) を参照。

また Kaser, *RP II*, S. 72, Anm., 71, S. 119, Anm., 34, S. 287, Anm., 33 参照。

- (79) レヴィは注を付けて Nicht: Gleiches を書いている (S. 213, Anm. 10)。

- (80) レヴィは D. 47, 2, 9, 1 について *manebit* 及び D. 44, 7, 34, 2 について *remaneat, remanere* を参照するよう指示している (S. 214, Anm. 1)。

- (18) Levy, II, S. 189 参照。本誌第三〇巻第六号一一二頁以下参照。Heumann/Seckel の *Inhibere [sententiam]* (I. 34 pr. D. 44, 7 interp.) 参照。

- (82) Levy, II, S. 195, Anm. 1 参照。Lenel, *Palingenesia I*, S. 1011 [367.] 参照。

- (83) 本誌第三二二巻第二号一一七頁参照。Levy, I-S. 354, S. 432ff, II-S. 195ff. 参照。

- (84) Levy, II, S. 232ff. 参照。本誌第六一巻第二号六頁参照。

- (85) Levy, I, S. 57ff. を見るためレヴィは指示している。それと *Das Wesen der Prozeßkonsumption* の部分である。

- (86) III-181, IV-106, 107. レヴィは Levy, I, S. 58f. について、これを論じている。船田『ローマ法・第五巻』一九三頁以下に問題の基本的説明がある。

- (87) Levy, II, S. 225 参照。本誌第六一巻第二号六頁参照。

- (88) 前述12および14 参照。Levy, II, S. 211 参照。本誌第三〇巻第六号一一八頁参照。

- (89) Levy, II, S. 37 参照。船田『ローマ法・第三巻』四三二頁参照。

- (96) Levy, I, S. 463ff. について S. 463, Anm. 4 参照。