

サヴィニーの

De concursu delictorum formali について (二)

岡 徹

三

§. 4. (サヴィニーの原文 S. 90-91.) を訳す。

I. *Actionum poenaliū mutuas inter se concursus duplicē rursus modo effingi potest, prout eidem omnes homini, vel aliis aliae actiones competant. Quorum posterius et rarius evenire solet, et nihil praebet de quo dubitetur. Nam et Ulpianus (L. 1. §. 9. de iniur.) et Paulus (L. 18. §. 2. eod.) plures e tali facto actiones ita concurrere statuunt, ut neutra aliam minuatur: neque ex his locis dubiam unquam fuisse hanc quaestionem apparet. (S. 90. 上線が圍む所)*

Longe alia prioris conditio est quaestionis: de qua ab iis qui summum adhuc in iurisprudētia locum tenerent omni studio atque contentione semper disputatum est. Neque est in hac re quidquam quod admirationem nobis excitet.

Ipsorum enim Romanorum Ictorum de hoc concursu iudicia adeo inter se discrepant, ut vix ulla res inter ipsos minus convenire videatur. Quicumque igitur hanc rem illustrare studuerit, in conciliandis legibus praecipuam operam ponat necesse est, praesertim cum vix alia interpretatione singulorum textuum, quippe per se satis perspicuorum, opus sit, nisi quae conciliationi inserviat. Quod quidem ita equidem efficere conabor, ut quoniam modo universae quae hanc rem tractant leges accipiendae atque inter se componendae mihi videantur, prius exponam, deinde aliorum sententias cum meis placitis conferendo in ipsas huius rei rationes inquiram, easque diligentius expendam. (S. 90-S. 91. 上線は岡田²⁾に、下線は岡田¹⁾に)

Equidem in legibus quae huc spectant explicandis, quo quaeque tempore scripta fuerit imprimis videndum esse censeo. Summam enim inter ipsos Romanos Ictos usque ad Ulpianum et Modestinum de hac re controversiam non tam ab aliis relatum accipimus quam nostris potius oculis subiectam ipsam perspicimus. Quae quidem controversia, ut multae iuris nostri patres, a singularibus quae animo conceperant eventus initium sumsisse, indeque ad summa et universa quaedam praecepta deducta esse videtur. Tres aetatem tulerunt de tota re sententiae, quibus singulis eas, quae singulare quoddam factum tractant, admiscebo. (S. 91. 下線は岡田²⁾に)

1. サヴィニーが古代ローマの競合問題を論じている (concursum, concurrere の語が用いられている)。

Ulpianus (Domitius Ulpianus)⁽¹⁾ の条文と Paulus (Julius Paulus)⁽²⁾ の条文が引用されている。

「ウルピアーヌスはセプチミウス帝の時に於て帝室の顧問官たり、カラカルラ帝の時に於ては文書局及び請願局の長たり、ヘーリオガバルス帝の為に一旦官職を奪はれ、ローマより追放せられたるも、アレキサンデル、

セヴェールス帝の十六歳にして位に即くや、直ちに召還せられて帝の師傅と為り、近衛の都督に任じ、その実権は摂政に等しく、叛兵の為に帝側に殫るゝに至るまで、生涯頭要の職に在りて位人臣を極めたり……」(穂積陳重・大正三年⁽³⁾)

「今度ばかりは慎重にことを進めると決めたユリア・メサは、まず、孫の皇帝にとってのすべてのことの相談役に、ローマ法の専門家として高名だったウルピアヌスを登用した。

ドミティウス・ウルピアヌスは、現代ならばレバノンの国内になる、地中海に沿う港町ティロスで生まれている。おそらくギリシア系の^{オリエント}東方人だ。ウルピアヌスを名乗るからには、トライアヌス帝の時代にローマ市民権を取得し、この皇帝から家門名まで分け与えられた家に生れたのだろう。ローマ生れでもイタリア生れでもない人がローマ法の専門家というのも面白いが、属州の生れであろうとローマ市民権さえもっていれば、いかなる分野にも活躍の機会が与えられていたのだから、ローマ帝国とはインターナショナルな「レス・プブリカ」(国家)であったのだった。

ウルピアヌスには、首都ローマでの公職の豊富な経験に加えて、百巻を超える法律に関する著作もあった。ユリア・メサは孫の皇帝の補佐官に、法律に明るい実務家を登用したのである。そして、大統領補佐官から國務大臣になるのは現代の例だが、ウルピアヌスも、「皇帝補佐官」(magister libellorum)、『そして「食糧庁長官」(praedectus annonae)を経て、ついに皇帝の側近ナンバーワンの「近衛軍団長官」(praefectus praetorio)に、同じく法律家のパウルスとともに就任することになる。近衛軍団の長官は、まるで皇帝の右腕と左腕とでもいう

ように、常に二人が定数であったのだ。」(塩野七生『迷走する帝国 ローマ人の物語 XII』二〇〇三年・新潮社・七九頁以下)

„Schriftstellerisch war Paulus besonders produktiv. Sein Gesamtwerk beläuft sich auf nahezu 300 Buchrollen (*libri*), ungefähr 9000 heutige Buchseiten, und deckt alle juristischen Literaturgattungen ab.“
(Detlef Liebs)⁽⁴⁾

「しかしながら、二〇二年に、セウエルスはキリスト教徒に改宗勧誘活動を禁止する勅令を布告した。つまり事実上キリスト教の普及を妨げてしまった。これはキリスト教徒そのものを直接相手どった最初の法令であった。セウエルスは先例を捜し求める。彼の法律顧問ウルピアヌス (Domitius Ulpianus) が、キリスト教徒に関するそれまでの判決を蒐集する。集められた判決は反キリスト教的な意味作用を持つものであった。それらはキリスト教に法的な存在の権利を認めていなかった。とはいえキリスト教の存在とその普及には反対していなかった。ただ特別な事情があればキリスト教徒を逮捕することが可能であった。セウエルスの勅令においてはむしろ一般的な処置が示され、官僚に対してキリスト教の発展を抑圧する義務が課せられた。」(ジャン・ダニエル『キリスト教史1』上智大学中世思想研究所編訳／監修・一九九六年・三二四頁)

2. サヴィニーは、二条文を引用している。

L. 1. §. 9. de iniur. 卅 D. 47, 10, 1, 9. である。

Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum⁽⁵⁾

Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium⁽⁶⁾⁽⁷⁾

consumi. ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est : et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.

ドイツ語訳 (Dr. Carl Friedrich Ferdinand Sintenis) は次である。

Derselbe Neratius sagt : Es entspringe zuweilen aus einer Injurie eine Injurienklage für Drei, ohne dass die Klage des Einen durch den Andern aufgehoben werde. Z. B. es ist meiner Gattin, einer Hausstochter, eine Injurie widerfahren ; hier kann ich sowohl, als ihr Vater, sowie sie selbst die Injurienklage erheben.⁽⁸⁾

L. 18. §. 2. eod. tit. D. 47, 10, 18, 2 である。

L. 1. §. 9. de iniur. (= D. 47, 10, 1, 9.) について検討する。

船田教授は、「妻が夫の社会的地位に応ずる地位を有することは實際上認められたばかりでなく法上の意義を有し、妻の同居の義務も認められて、妻の住所はその夫の住所とされ、夫も妻を保護すべきものとされて、妻に対する不法行為の加害者に対して訴訟を提起できるとされ、」の末尾の部分の注において、このウルピアーヌスおよびパウルの条文を引用されている (船田『ローマ法・第四卷』七一頁注 (五))。

この条文の意味は、ほぼ次のようであると思う。

ウルピアーヌスの条文…ネラーティウスが、一つの iniuria から三個の訴権が発生することがあり、どの訴権も他の訴権が行使されたことによって消耗しない、と言っている。たとえば、妻に対して iniuria があつた場合、夫と妻の父と妻の三人に訴権が与えられるケースがある。

すなわち、夫は刑罰を求める訴権を持つ。妻の父も刑罰を求める訴権を持つ。妻も刑罰を求める訴権を持つ。三人

のうちの誰かがその訴権を行使しても、他の二人の訴権は消耗しない。

サヴィニーが文章の最初に刑罰の訴権自体における競合と書いているのは、このようなケースを論じようとするためである。

3. エルンスト・レヴィ (Ernst Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I (1918). II (1922). Berlin.) がこの条文について論じている。

レヴィは、理論的な角度から論じている。

„Die klassische Sprache, die die *actio* aus der *una iniuria* d. h. aus einer und derselben beleidigenden Handlung als *eadem causa* herauswachsen läßt; die auch bei Personenkonkurrenz die *actio* als Objekt der Konsumption bezeichnet und *consumi* im Sinne prozessualer Konsumption, aber ohne Beschränkung auf *ipsiure*-Wirkung gebraucht, ist uns schon mehrfach besonders aufgefallen. Auch der Sinn ist klar: Neratius verneint aus dem Grunde mangelnder Zieleinheit die Konsumption, und Ulpian schließt sich dem aufs engste an (*incipit competere=oriur*), indem er ein Beispiel (wahrscheinlich den Schulfall) anfügt.“ (I, S. 508)

先にサヴィニーが訴権の競合を論じていると書いたが、この条文であげられている事例は、人の競合 (Personenkonkurrenz) である。レヴィは言っている。

レヴィは、同書の総論部分 (Gründe für die gemeinsame Behandlung der Konkurrenz: S. 1-S. 17.) に次のように指摘している。

„Denn wenn Neratius einen Fall einfacher aktiver Personenkonkurrenz mit Worten *neque ullius actionem per*

alium consumi und Scavevola einen gleichartigen Fall mit *altera conditione altera tollitur* entscheidet, so setzt das eine Anschauung voraus, wie sie vorher ausgesprochen wurde: auch bei der Personenmehrheit konkurrieren und werden konsumiert nicht die Personen, sondern die Aktionen.⁽⁹⁾

レヴィは、人の複数の場合において、競合し消費するのは人ではなくて訴権である、ということを行っている。そのことの説明の過程でネラーティウスの文が引用されている。

また、レヴィは、ネラーティウスは目的の一体性 (Zielseinheit) の欠如を理由に消費を拒否しており、そしてウルピアーヌスは、非常に簡潔にこの意見に従い、例 (おそらくは学校事例 Schulfall) を付加している、と指摘している (S. 508. 右に引用した文)。

さらに、レヴィは、訴訟消耗の本質 (Das Wesen der Prozeßkonsumption) を論じる個所⁽¹¹⁾において、D. 47, 10, 1, 9 に言及している。⁽¹²⁾

„Noch andere Stellen endlich lassen den Gedanken einer Ipso-jurekonsumption nicht einmal zu. In Nerat. Ulp. D. 47, 10, 1, 9 wird zwar das *consumi* verneint, aber nicht etwa deshalb, weil die *a. iniuriarum* ein Rekuperatorengericht und damit ein *iudicium imperio continens* erfordert, sondern aus später zu entwickelnden Gründen der Konkurrenzlehre.“

D. 47, 10, 1, 9 において、消耗 (*consumi*) が拒否されているのは、*actio iniuriarum* が Rekuperatorengericht⁽¹³⁾を要求するからではなく、またしたがって *iudicium imperio continens* を要求するからではなくて、後に論じる理由による、とレヴィは言っている。この後に論じるというのが右に扱ったところである。

レヴィがそこにおいて述べている理由が非常に明瞭であるかどうか私は疑問であるが、この条文が、夫の訴権、妻の父の訴権、妻の訴権の三個の訴権の重疊的競合が認められるべきものであると規定しているということには疑問がない。

4 Bruce W. Frier and Thomas A. J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, 2004 がこの条文を扱っている。この条文の英語訳が掲載されている⁽¹⁴⁾。Injura の訳語は affront である。

5 Andrew Borkowski, *Textbook on Roman Law*, Blackstone Press Limited, Second Edition, 1997 がこの問題について説明している。

“(b) Wives. A husband could sue for an insult to his wife; she too could sue, and so could her *paterfamilias*—insulting someone’s wife was really best avoided as it could be a very costly business: ⁽¹⁵⁾ *ut D. 47, 10, 1, 9* の訳文がある。”

6 カーザー／ハントマン (Max Kaser/Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck’sche Buchhandlung, München, 1996) の説明を訳した。

„Ungehemmte Kumulation tritt vor allem ein, wenn das Strafziel einer Pönalklage unabhängig von anderen Straf- oder von Ersatzleistungen verwirklicht werden soll. So etwa, wenn eine reine oder gemischte Strafklage gegen mehrere an derselben Tat Beteiligte erhoben werden soll, oder wenn eine reine Strafklage mit einer Ersatzklage konkurriert; ausnahmsweise auch, wenn mehrere durch Delikt Verletzte aus derselben Tat eine reine Strafklage haben.“⁽⁹⁾

この文の末尾に注があり、*aktive Personenkonkurrenz* であることが説かれ、具体例として Ner. -Ulp. D. 47, 10, 1, 9; Ner. eod. 41; Paul. eod. 18, 2 があげられている。二番目の条文は次である。

Neratus libro quinto membranarum Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriam persequatur et filii.

この文は、Ungehemmte Kumulation のこと、四一六頁から五一〇頁まで詳しく論じておられ、*actio iniuriarum* などの末尾に近い五〇六頁以下において扱われている。

このキムヤム (Strafrecht) が Deliktische Klagenkonkurrenz の章 (S. 887 ff.) にあること、この条文を引用している。

„Die prozessualische Zusammenfassung verschiedener Straftaten ist im dritten Buch (S. 378 fg.) erörtert worden. Es können aber auch aus derselben Straftat mehrere Klagen entspringen. Erwachsen diese verschiedenen Personen, so laufen dieselben neben einander her und bedarf es in dieser Hinsicht keiner besonderen Ausführung.“⁽²¹⁾ *これは注である。*

„Wenn beispielweise dieselbe Injurie den Mann, die Frau und den Sohn verletzt, so entspringen daraus drei Klagen und der Vater klagt sowohl für sich wie als Vertreter des Sohnes (Dig. 47, 10, 1, 9. 1. 18, 2. 1. 41).“⁽²²⁾

この右の条文が引用されている。説明の文の内容と Dig. 47, 10, 1, 9 の内容が同じであるのだけ、考えるべき点があるように思うが、条文引用の趣旨は明瞭に理解できると思う。

∞ L. 18. §. 2. eod. 47, 10, 18, 2 である (前掲)。⁽²³⁾

Paulus libro quinquagesimo quinto ad edictum

サウアーニーの De concursu delictorum formali のこと (111)

Si nupta filia familiae iniuriam acceperit et vir et pater iniuriam agant, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse rerum, quanti condemnetur, si ea vidua esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat.

ドイツ語訳 (Dr. Carl Friedlich Ferdinand Sintenis) は次である。

Wenn eine verheirathete Hausstochter eine Injurie begangen hat, und der Vater und der Ehemann Injurienklage erheben, so, meint Pomponius richtig, müsse der Beklagte dem Vater zu soviel verurtheilt werden, wie es der Fall sein würde, wenn sie Wittve wäre, dem Ehemann zu soviel, wie es geschehen würde, wenn sie in Niemandes Gewalt stehe, weil die einem Jeden wiederfahrene Injurie ihre eigene Schätzung erhalte, und wenn sich daher die Frau in Niemandes Gewalt befindet, so könne sie darum nicht minder im eigenen Namen klagen, weil der Man auch im eigene Namen klage.⁽²¹⁾

船田教授は、D. 47, 10 シテ (ウルピマヌス) およびこの条文 (パウルス) について、次のように説明される。「また、他主権者に対する侵害については、法務官は家長のために訴訟を承認したばかりでなく、家長不在の場合には被害者たる他主権者自身のために事実審査の上で訴訟を承認した。」(船田『ローマ法・第三卷』四二〇頁) ここで用いられている「事実審査」という言葉に注目したい。

9. レヴィは、次のように述べる。

„Pomponius setzt die mehrfache Kondemnation als selbstverständlich voraus und bestimmt ihren Inhalt mit

unübertrefflicher Deutlichkeit dahin, daß jede der beiden *Litisästimationen* ganz ohne Rücksicht auf die zugunsten des anderen Berechtigten vorzunehmenden Schätzung stattzufinden habe : zugunsten des Vaters, als ob die Tochter noch nicht oder nicht mehr verheiratet sei, zugunsten des Mannes, wie wenn sie gewaltfrei wäre. Diese Unabhängigkeit der einzelnen Aktionen im Schätzungsverfahren bildet den äußersten Differenzpunkt der *actio iniuriarum* gegenüber den Vermögensdeliktsklagen.“⁽⁸⁷⁾

三個の訴権のそれぞれの訴訟物評価 (*Litisästimationen*)⁽⁸⁷⁾ が独立して行われるところを、*Ulpianus* は「*actio iniuriarum* の相違が指摘される。財産的な不法な行為 (*Vermögensdeliktsklagen*) の審判と *actio iniuriarum* の相違が指摘される。これに關係して、注におつても述べられる。Sabin—Ulp. D. 47, 2, 46, 1 及び *Javol. D. eod. 75* 及び *Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum*」⁽⁸⁸⁾

D. 47, 2, 46, 1. *Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum*⁽⁸⁸⁾

Si servus fructuaris subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium : fructuaris aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli : proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subactam.
Andrew Borokowski の条文を英訳しよう。

If a fructuary slave be stolen, both the fructuary and the owner have the action for theft. The action is thus divided between fructuary and owner ; the fructuary sues for twofold the value of the fruits or for his interest in the slave's not being stolen ; the owner for his interest in his property not being stolen.⁽⁸⁹⁾

この条文の内容は次であると思う。

借りている奴隷が盗まれたとする。借主は盗人を訴えることができる。奴隷の所有者も盗人を訴えることができる。すなわち、二人とも訴権を持つ。そして、それらの訴権による訴訟の審理における借主の主張と所有者の主張は異なるということが説かれている。

カーザー (RP I)⁽²⁹⁾ は、次のように説明している。

„Auch beim Nießbraucher, dem eine *custodia*-Haftung zugeschrieben wird, finden wir die *actio furti* geteilt, der Nießbraucher erhält sie für den Wert des *ususfructus*, der Eigentümer für den der *nuda proprietas*.“⁽³⁰⁾

D. 47, 2, 75. *Lazolenus libro quinto epistularum*⁽³¹⁾

Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus: quaero, quanta aestimatio pro utroque feri debet. respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.

ドーンの語訳 (Sintenis) は次である。

„Eine für zwei Goldstücke gekaufte gestohlene Sklavin, die ich im guten Glauben besass, stahl mir Attius, wider den nun ich sowohl als deren Herr wegen Diebstahls klagte. Ich frage: Wie gross die Würderung für Beide geschehen müsse? Antwort: Für den Käufer muss die Würderung auf das Doppelte seines Interesses

geschehen, für den Herrn auf das Doppelte des Werthes der Frau; auch darf, sagt er, uns das nicht irre machen, dass die Strafe des Diebstahls Zweien geleistet werden wird, weil, da sie Namens derselben Sache geleistet wird,⁽³²⁾……”

私が、何びとから盗まれた女の奴隷を、盗まれたということを知らずに善意で買った。アッティウスがその女の奴隷を盗んだ。

所有者と私の両方が盗人アッティウスに対して訴権を有する。訴訟において、どのように審理がなされ、両者はどのように主張すべきか。

10. Nikolaus Benke, Gender and the Roman Law of Obligations⁽³³⁾がこの条文を論じている。

“A different perspective on our question is provided by the *actio iniuriarum* for *ademptata pudicitia*. This law entitles a woman to sue a man because of sexual harassment. …… Safeguarding the Roman value of female *pudicitia*, it represents the pointedly gender-biased code of sexual conduct. External interest in a woman’s chastity appears dominant — as documented by the concept that the woman is not the only possible claimant; the others are her *pater*, her husband, or her fiancé.”⁽³⁴⁾

この末尾の部分に条文が列挙されている。

Gaius 3, 221; Ulp. (56 *ad edictum*) D. 47. 10. 1. 2. -3; Ulp.(77 *ad edictum*) D. 47. 10. 15. 24; Paul. (55 *ad edictum*) D. 47. 10. 18. 2.

この条文が、このように論じられるところについては、レヴィが *Schulfall* と位置付けた (S. 508: 前述) のは適切であ

るかどうか考えなければならぬかもしれない。

サヴィニーは、古代ローマの法律家が競合を論じたことに言及している。Ulpianus と Paulus の条文が引用されているのは、その具体例である。そして、後半に Modestinus の名前が挙げられている。Modestinus は Ulpianus の生徒である。⁽³⁵⁾次に、サヴィニーは、Modestinus の説を論じる。

(1) Ulpianus に引く: "Probably under Elagabalus he became *praefectus annonae* (responsible for the corn supply), in which capacity he is attested in March 222, early in the reign of Severus Alexander, who in the same year made him praetorian prefect and set him over the two existing prefects. The resulting clashes allowed the praetorian troops, with whom he lacked authority, to munity and murder him, probably in 223." (OCD [Thon])

「穀物市場総監(プライフェクツス、アンノーナイ)は共和政時代と帝政時代とは権限に広狭あれども概して言へば羅馬市穀類市場を監督する重要な官なり……近衛都督(プライフェクツス、プライトーリオ)は近衛兵の長官にして定員は変遷ありしも二人を通例とす初めは純然たる武職なりしも後には司法権を兼有し遂に純然たる司法官となり皇帝に並ぐ顯官となりたり……ア帝の世に近衛兵の暴動あり是れ或はウ氏の兵士間に人望なきより起りウ氏の枉死遂に之に起因せしやも知るべからずと記せり。」(末松謙澄訳並註解・宮崎道三郎校閲『ウルピアーヌス 羅馬法範 参版』前掲「ウ氏略歴竝著書」10頁。引用に際し漢字を変えた部分がある。)

「ウルピアーヌスはア帝を補佐して孜孜之を匡正せり近衛兵の恨みを買ひしも實に之が為めなりと云ふ暴兵遂に帝宮に乱入しウルピアーヌスは帝と帝母との面前に於て其毒手に斃れたり實に紀元二百二十八年なり。」(同・11頁以下)

(2) Paulus (Tulius Paulus) に引く: "Paulus was banished but was recalled by M.Aurelius Severus Alexander (222-35), whom he served as counsellor while continuing to write:……His bent as a writer was academic, even doctrinaire, his tone sharp, his outlook basically cautious; but his remarkable range of interests ensured that his ideas were continually evolving. Influenced by Aristotelian natural law and Stoic philosophy, he along with Ulpian helped to ensure the adaptation of Roman law to a cosmopolitan society." (OCD [Thon])

- (3) 末松謙澄訳並註解・宮崎道二郎校閲『ウルピアヌス 羅馬法範 参版』(帝國學士院・大正十三年・大雄閣書房)の「序」の五頁。漢字を一部変えた。
- (4) Detlef Liebs, *VOR DEN RICHTERN ROMS*, Verlag C. H. Beck, München, 2007, S. 152.
 “Grotius refers to a passage by Paulus out of the 41st book of the *Digest*, where the origin of private property is traced back to ‘natural possession’, i.e. the acquisition of possession of an unowned thing *ab initio*.” (Benjamin Straumann, *Natural Rights and Roman Law in Hugo Grotius’s Theses LVI, De iure praedae and Defensio capituli maris liberi*: in *Property, Piracy and Punishment*, Hugo Grotius on War and Booty in *De iure praedae* Concepts and Contexts, Edited by Hans W. Blom, Brill, Leiden · Boston, 2009, p. 354.)
- (5) „Ulpians Kommentar zum Edikt umfaßt 83 Buchrollen (*libri*). Der Umfang ist also fast der gleiche wie der des Paulinischen Kommentars, während der Kommentar des Pomponius beinahe doppelt so groß war. Der Kommentar ist in nachklassischer Zeit sichtlich viel benutzt worden: die Verfasser der *Fragmenta Vaticana* und der *Collatio* haben aus ihm geschöpft, der Verfasser der *Sinai-Scholien* zitiert ihn, er ist in Ägypten gelesen worden, schließlich wurde er für die Verfasser der *Digesten* der führende Kommentar, gewiß auch wegen seiner inneren Güte, und nicht bloß deshalb, weil er der letzte große Kommentar war.“ (Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Hermann Böhlau Nachfolger, 1961, S. 244ff.)
- (6) Neratius Priscus, Lucius. “He was suffect consul in AD 97 and later governor of Germania Inferior, and Pannonia, but the story that Trajan considered him a possible successor is a fiction.Paulus and Ulpian used him as a source and Justinian’s compilers took some 70 passages from his works.....” (OCD [Thon]) Richard A. Bauman, *Lawyers and politics in the early roman empire*, Verlag C. H. Beck München, 1989, p. 194-213 参照。
- (7) „Dem Recht, *ius*, nicht im ethischen, sondern im staatlichen Sinn ist entgegengesetzt das Unrecht, *iniuria*.“ (Momm森, *Strafrecht*, S. 784.)
- (8) Bd. 4, S. 879f.
- (9) D. 13, 1, 18.

- (10) S. 14.
- (11) S. 48-76.
- (12) S. 65 f.
- (13) 関西大学法学研究所研究叢書第8冊 (一九九三年) 三五頁以下参照。
- (14) p. 70.
- (15) p. 350.
- (16) S. 305.
- (17) S. 887.
- (18) S. 887, Anm. 2.
- (19) „Die *libri ad edictum* des P^äu^lu^s umfaßten 80 Buchrollen; die beiden letzten *libri* behandelten das Edikt der Aedilen. Außer zahlreichen Digestenfragmenten besitzen wir von dem Werk 13 Fragmente in den *Fragmenta Vaticana* und eins aus einem aus dem 4. bis 6. Jahrhundert stammenden ägyptischen Pergamentkodex. Höchstwahrscheinlich gehören aber auch die beiden großen Stücke dazu, die unter den (schlechten) Namen *Fragm. de formula Fabiana* und *Fragm. Berolinense de bonorum possessione* bekannt sind.“ (Fritz Schulz, aO., S. 239 ff.)
- (20) Pomponius, Sextus. “a Roman lawyer of the 2nd cent. AD who wrote under Hadrian, Antonius Pius, and Marcus Aurelius. ……Domitius Ulpianus, an admirer, made great use of this work, which was not available to Justinian’s compilers. ……Pomponius’ work not only founded the study of legal history but made a solid contribution to the analysis and structure of Roman private law.” (OCD [THon])
- (21) Bd. 4, S. 897.
- (22) S. 509.
- (23) „Ein anderes und zwar viel umfassenderes Gebiet, auf dem sich meiner Ansicht nach die Differenz des ältern und neuern Rechts in hohem Maße betätigt hat, ist das System des Schadensersatzes und Interesses (der richterlichen *litis aestimatio*). Der Gegensatz der abstracten Gleichheitstendenz und der individualisirenden Behandlungsweise äußert sich

auf diesem Gebiete als der der objektiven oder absoluten und der subjectiven oder relativen Aestimation (Interesse).“
(Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, 5. Aufl., Leipzig, 1894, S. 110f.)

(24) “Masurius Sabinus, probably from Verona, a leading Roman lawyer of the first half of the 1st cent. AD:……Intended for teaching, the *ius civile* was widely read and later became the basis of extensive commentaries by Sextus Pomponius, Paulus, and Ulpian.” (OCD [THon])

(25) Schulz, aaO, S. 264ff. 参照。

(26) Heumann/Seckel の Fructuarius, a) (adj.) **auf den Nießbrauch** an einer fremden Sache **bezüglich**: ……b) (Subst.) **Nießbraucher, Nutznießer**…….

(27) Textbook on Roman Law, op. cit., p. 344.

(28) ヌイシテ語詠 (Sintenis) は次である。リチラのほがたすぐに分かるかもしねなう。 „Wenn ein Niessbrauchssclave gestohlen worden ist, so steht Beiden, dem Herrn und dem Niessbraucher die Diebstahlsklage zu. Dieselbe wird also zwischen Beiden getheilt werden, der Letztere wird wegen der Nutzungen, oder seines Interesses, dass der Diebstahl nicht geschehen, auf das Doppelte klagen, der Eigenheitsherr wird aber auf sein Interesse klagen, dass die Eigenheit ihm nicht entwendet worden.“ (S. 835.)

(29) Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Zweite, neubearbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagbuchhandlung, Munchen, 1971.

(30) S. 617.

(31) “He also served on Trajan’s *consilium*, and was an eminent jurist: Pliny describes him as deeply involved in public affairs and a recognized expert on civil law, but rather eccentric (Ep. 6. 15)” (OCD [JBC/THon])

(32) S. 850f.

(33) In : Obligations in Roman Law, op. cit., p. 215-246.

(34) p. 231-232.

- (35) “……quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur, furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum.” (D. 47, 2, 52, 20) Wolfgang Kunkel, Die römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 2001, S. 259 を参照せよ。

四

次に §. 5. (サヴィニーの原文 S. 92.) を見る。

A. Fuerunt, qui formalem actionum concursum *electivum* esse, itaque altera actione instituta alteram statim totam extinguere contendere. Haec est sententia *Modestini* in lib. 3. regularum (L. 53. pr. de O. et A.):

Plura delicta in una re plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti, probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.

Iam illud e ratione subiecta patet, verba *in una re pro in uno facto* a Modestino adhiberi, ideoque de formali concursu hoc loco quaeri. Quae quidem ipsa ratio, ab aliarum actionum concursu desumpta, nec nisi modo quodam adhibito vera est, nec in eam rem de qua agitur cadit, quod ex altera quam mox proferam sententia melius intelligitur. Ita quoque factum esse videtur, ut hanc pauciores amplecterentur rationem: nullus certe alius pro ea citari potest textus, nisi quod de damno cum iniuria coniuncto quosdam idem statusse referat Paulus in L. 34. pr. de O. et A.

1. サヴィニーは、選択的競合説を説明している (*electivum* がイタリックになっている)。

複数の訴権の可能性がある場合に、一個の訴権が採用されたら、他の訴権は消滅する (……altera actione instituta

alteram statim totam extinguir……)と説く学説も存在するといふことをサヴィニーは論じる。§ 4で説明された重疊的競合説と対立する説もある。

モデスティーヌス⁽¹⁾ (Modestinus: ? — postérieurement à 244 après J. -C.)⁽²⁾ の条文が引用されている。

D. 44, 7, 53. pr. (*Modestinus libro secundo regularum*)⁽³⁾ である。⁽⁴⁾

ドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

Mehrere Verbrechen in Bezug auf eine Sache begründen mehrere Klagen; allein es ist ausgemacht, dass man nicht von allen Gebrauch machen kann; denn wenn aus einer Verbindlichkeit mehrere Klagen entstehen, so kann man sich nur einer und nicht aller bedienen.⁽⁵⁾

モデスティーヌスは、先生のウルピアヌスの学説 (§ 4で説明されている) に反対して選択的競合説をとっている。

なぜだろうか。理論的理由からだろうか。あるいは、実務的理由からだろうか。それとも、別の理由からだろうか。2. レヴィは、§ 122 に「*Modest. D. 44, 7, 53 pr.* を論じている。最初にこの条文を掲げたのち、次のように述べている。

“Während die in ähnlich allgemeiner Fassung auf uns gekommenen Fragmente D. eod. 32; 41, 1; 60 mindestens vermutungsweise eine konkretere Abgrenzung ihres ursprünglichen Zusammenhanges gestatten, fehlt es in fr. 53 an einem derartigen Anhalt, und die Insription stützt die Annahme, daß schon der Klassiker ein Prinzip habe aussprechen wollen.“

サヴィニーの De concursu delictorum formali 265b (111)

レヴィが引用している三個の条文は次である。

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 optinuit.

「一つの不法な行為から複数の訴権が生じるとき——たとえば木が秘かに伐られたと言われるようなことがあったとき——すべてを行使することが許されるという見解が——大きな見解の相違ののち——妥当するようになった。」(拙訳)

D. 44, 7, 41, 1. *Paulus libro vicensimo secundo ad edictum*

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.

ドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

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 ebebsoviel, oder weniger [wie in der andern], derselbe aber dieses erlange. (Bd. 4, S. 587.)

D. 44, 7, 60. *Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*

Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.

ドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

Von Straftatlagen, welche dieselbe Summe zum Gegenstande haben, hebt niemals eine die andere auf. ⁽⁷⁾

3. モデステイヌスは、右にフランス語の説明 (Schmidlin による) を引用したように、二四四年には生きていた人物である。

ウルピアヌスは、二二三年頃に殺されたと言われている。⁽⁸⁾

パウルスは、ウルピアヌスと同世代の人物であることは前に見た。

ヘルモゲニアヌスは、三〇〇年頃の人物である。⁽⁹⁾

登場しているのは、すなわち、紀元後二〇〇年頃から三〇〇年頃の人たちである。

ウルピアヌスの D. 44, 7, 60 を読むと、一方が他方を消耗させるといふことは決してない (Nunquam……alia aliam consumit.)、¹⁰ schon der Klassiker ein Prinzip habe aussprechen wollen が妥当する¹¹ことを感じさせる表現になっている。

モデステイヌスは、一個の訴権だけが用いられることができる (una tatummodo……utendum est) と明言しており、レヴィが右の文に書いている古典期最後の法律家を思わせる表現を用いている (Weder Charisius noch Hermogenian können als Vertreter der klassischen Jurisprudenz gelten. Diese schließt mit Modestini ab, doch läßt sich eine Fortwirkung ihres Geistes noch in den kaiserlichen Reskripten bis in die Zeiten Diocletians erkennen.) ⁽¹⁰⁾

4. このウルピアヌスの条文 (D. 44, 7, 60) は、重疊的競合を宣言している。

また、モデステイヌスの条文 (D. 44, 7, 53 pr.) は、選択的競合説を宣言している。

生徒が先生の学説に反対の説を説いたということは右に述べた。

この対立する説が、ユースティニアヌス法典の編纂者によって、同じD. 44, 7に配置されたのである。

法典編纂者は、実際の裁判において裁判人はどちらの法律によって裁判すべきだと考えていただろうか。ウルピアヌスの条文か、それとも、モデステイヌスの条文か。

5. サヴィニーは、文末にパウルのL. 34. pr. de. O. et A. (= D. 44, 7, 34, pr.) を引用している。

Paulus libro singuari de concurrentibus actionibus

Qui servum alienum iniuriose 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. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit : sed 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.

シテンシ語 (Sintenis) *シテンシ語*。

Wer einen fremden Sklaven injurirender Weise prügelt, der verfällt durch die eine Handlung sowohl in die Aquilie, als in die Injurienklage; denn die Injurie geschieht absichtlich, die Beschädigung durch Verschuldigung, und darum können beide zuständig sein. Einige aber meinen, dass durch die Wahl der einen die andere erlösche, weil es ferner nicht recht und billig sei, dass Derjenige noch verurtheilt werde, wer die

Werthschätzung bereits erlegt hat; wenn er aber vorher die Injurienklage erhoben, so hatte er auch aus dem Aquilischen Gesetze; allein der Prätor muss auch diese Meinung verhindern, ausser wenn auf das Uebrige geklagt wird, was noch aus dem Aquilischen Gesetze zuständig ist. Daher ist es vernünftiger, die Meinung anzunehmen, dass es ihm freistehet, welche Klage er wolle, zuerst anzustellen, und was in der andern Klage Mehr enthalten sei, noch [durch diese] nachzuverlangen. (S. 584.)

この条文の意味は、次のようであると思う。右の数个の条文とくらべると、単純でない。

他人の奴隷を殴つた者がいるとする。犯人は、殴つたという一個の事実から *actio legis Aquiliae* ⁽¹¹⁾ および *actio iniuriarum* ⁽¹²⁾ という二個の *actio* の対象になるという見解がある。その見解は、*iniuria* は意図的になされた (*iniuria ex affectu fit*) ⁽¹³⁾、損害は過失による (*damnum ex culpa*) ⁽¹⁴⁾ ので別のものである、⁽¹⁵⁾ という根拠に基づいてである。

しかし、一方が選択されると他方は消耗する (*altera electa alteram consumi*) ⁽¹⁶⁾ と考える者もある。さらに、次の考えの者もある。

すなわち、評価額を給付した者 (*qui aestimationem praestitit*) が有責判決を受ける (*condemnari*) のは善および衡平にかなうところでない (*desit bonum et aequum esse*) ので、*actio legis Aquiliae* ⁽¹⁷⁾ *actio iniuriarum* は消耗する。しかしもし先に *actio iniuriarum* の訴訟がなされたならば、*actio legis Aquiliae* ⁽¹⁸⁾ について義務を負う (*teneri*) という考えの者がいるのである。この考えに対しては、*actio legis Aquiliae* ⁽¹⁹⁾ *actio iniuriarum* によるもの以上に帰属するもの ⁽²⁰⁾ (*id, quod amplius ex lege Aquilia competit*) に対しても訴訟がなされるのでなければ、この見解もまた法務官によって阻止されるべきである (*sed et haec sententia per*

praetorem inhibenda est)。

そこで、まず自分の欲するであろう訴権を行使し、さらに、その訴権における以上に他の訴権のなかにも
のをも実行することが彼に許されるべきであるという見解が認められるのが、より合理的である (rationabilis
itaque est eam admitti sententiam, ut……⁽¹⁷⁾)。

6. この条文のアイゼレ (Eisele) のインテルポラーティオーの理解について、Ulrich von Lübtow が論じている
(一九七一年)⁽¹⁸⁾。

7. このパウルの条文のインテルポラーティオーについてのリープス (Klagenkonkurrenz) の指摘を見つめる。
リープス (Klagenkonkurrenz) は、文の末尾について、次のように指摘している。

“Der Ton des Schutzesatzes, insbesondere wie er anhebt, ist so typisch Tribonian, daß es weiterer Beweise
hier nicht bedarf. ……”⁽¹⁹⁾

他の例として、リープスは、D. 50, 16, 122 をあげている。

……sed hoc facit, non iuris habet quaestionem : potest enim fieri, ut singulari casu de filio senserit, deinde plenius
omnibus liberis prospexisse in tutore dando voluerit. quod magis rationabile esse vedetur.⁽²⁰⁾

下線部がそれである。⁽²⁰⁾リープスは、その他の例もあげている。⁽²¹⁾

8. サヴィニーは、インテルポラーティオーがあると言っていない。この点について、どう考えるべきか。

(1) “Herenius Modestinus, a lawyer of the first half of the 3rd cent. AD and a pupil of Ulpian……He became *praefectus
vigilium* (chief of police) in Rome soon after this and was still giving *responsa* (consultive opinions) in 239.” (OCD

[Thon]

- (2) Bruno Schmidlin, *Droit Privé Romain I*, Université de Genève, 2008, p. 90.
- (3) „Die *regulae* in zehn Büchern zeigen im Gegensatz zur Tradition dieser Gattung ein eigenes und durchsichtiges oder in Unordnung gebrachtes System und die von Modestin bevorzugte differenzierende Klassifikation. Eben darum beliebt, bezeugen uns die *regulae* im nachklassischen Westen und Osten; ihre Überarbeitung halt sich gleichwohl in Grenzen.“ (Wieacker/Wolf, *Römische Rechtsgeschichte*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, S. 148.)
- (4) Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, S. 734. (200)
- (5) Bd. 4, S. 590.
- (6) Aao., Bd. II S. 232-234.
- (7) Bd. 4, S. 591.
- (8) “Some time between October 223 and May/June 224 the praetorian troops mutinied, with Epagathus playing a leading role, and Ulpian was murdered. When attacked he fled to palace but Alexander and Julia Mammaea were unable to protect him.” (Tony Honoré, *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, 2002, p. 36.)
- (9) “a Roman lawyer of the late 3rd and early 4th cent. AD; ….” (OCD [Thon])
- (10) Paul Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, zweite Auflage, München und Leipzig, 1912, S. 255.
- (11) Zimmermann, op. cit., p. 953-997 参照。Kaser/Hackl, aaO, S. 330, Anm. 24 参照。Maria Floriana Cursi, *Roman Delicts and the Constructin of Fault: in Obligations in Roman Law* (Thomas A. J. McGinn, Editor), op. cit., p. 296-p. 319 参照。
- (12) Zimmermann, op. cit., p. 998-1094 参照。
- (13) Heumann/Seckel の *Affectio* の文が引用された。
- (14) Heumann/Seckel の *Dammum* に I. 34 pr. D. 44, 7 (interp.) “… iniuria ex affectu fit, damnum ex culpa” の見解が示された。
- (15) Heumann/Seckel の *Eligere* に *altera (actione) electa* (d. h. mit der Litiskontestation, vgl. oben β) *alteram consumi* (I. 34 *サウアーハー* の *De concursu delictorum formali* に 〇 5 〇 〇 (111))

pr. D. 44, 7)がある。

- (16) Heumann/Seckel の *Consumere* 及び *altera* (actionum) *alteram* consumit ; *altera per alteram* consumitur (……l. 34 pr. l. 60 D. 44, 7:……)がある。
- (17) 本誌第三〇卷第六号一一八頁の訳文を用いた。
- (18) *Untersuchungen zur lex Aquila de damno iniuria dato*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S. 80 ff.
- (19) S. 74.
- (20) Anm. 193.
- (21) S. 57, Anm. 93. への本文の指摘も重要であると思ふ。

五

次に §. 6. (サヴィニーの原文 S. 93-96.) を見る。

B. *Missa ea, iam ipsam Pauli sententiam, illa et solidiorem et receptiorem, in medium profero. Quae cum, altera poena soluta, alteram quoque pro ea parte qua priorem excedat expeti posse statuat, et electivo et cumulativo concursi favere dici potest. Quod si solum eventum spectaveris, electivum concursum haberis, protracto tantum ultra consuetum modum eligendi iure, si ipsas actiones respexeris, cumulativus erit concursus, ita tamen comparatus, ut alterius actionis usus tum ad conditionem quandam adstrictus, tum, si ea conditio exstiterit, intra certos fines inclusus sit. Verba Pauli in lib. 22. ad edictum (L. 41. §. 1. de O. et A.) sunt haec :*

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.

Emendanda esse ultima verba, equidem haud negaverim : attamen Cuiacii ab omnibus fere recepta emendatione, qui *nil pro id* legendum censeat, modestior mihi videtur Pagenstecheriana (admonit. ad Pand. P. 6. §. 289.), qua, nonnisi unica litera mutata, *pro id consequatur ponitur id* (i.e. eius condemnatio) *non sequatur*. Utramlibet probaveris : haud diversus certe erit verborum sensus, idemque et propter priorem legis partem et ob alios quamplurimos textus certissimus. Qui cum tantum absit, ut solarum poenaliū actionum finibus contineatur, ut omnium potius actionum (quantus est), complectatur ambitum, veram nobis viam demonstrat, qua ad originem eius, in qua explicanda iam versamur, sententiae perveniamus. Icti enim, ex quo ad subtiliora de concurso praecepta progressi essent, summam in hac re formulam quaesivisse videntur, quae omnem omnino formalem *concursum* comprehenderet ac regeret. Iam cum reliquarum actionum maxima pars ita concurrat, ut priore actione peracta posterior, quatenus priore uberior sit, institui adhuc possit, hoc, sicut in textu proposito vidimus, in summam de formali concurso regulam conversum, eique poenale quoque actionum genus subiectum est. In eandem sententiam Paulus, tum de damno sive cum iniuria, sive cum antiquiore arborum caesarum delicto coniuncto, tum de furto cum rapina concurrente pronuntiavit. Attamen non totus sibi constat, cum adversus tutorem, qui e rebus pupilli aliquid abstulerit, actiones furti et de rationibus distrahendis in solidum instituendas admittat, etiamsi nulla ratio appareat, qua hoc delictum a prioribus distiguatur.

Hoc unum tantummodo ad hanc sententiam illustrandam restat, ut Iuliani locum quendam (*L. 47. ad L. Aquil.*) pro illa minus recte afferri demonstrarem. Cum enim de *vulnerato* servo fuerit actum, isque servus ex eodem vulnere postea mortuus fuerit, dominus ex Ulpiani (*L. 46. eod.*) et Iuliani sententia denuo de *occiso* agere poterit, sed (haec sunt ipsa

Iuliani verba) *exceptione doli mali opposita compellitur: ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.* Quae quidem iudicia eundem habebunt exitum, quem concurrentibus actionibus Paulus praesituit: at, quia aliud factum subest, non ex eadem regula velut ex communi quodam fonte Iuliani fluere potest ratio. Nam cum simplici facto in unam tantum legem, quae de damno cavet, commissum sit, singulare statuendum est delictum, cui non nisi aestimatio quaedam nova ex novo eventu accedere possit. Quare, si totam rem nova complectatur aestimatio, minorem aestimationem prius solutam ab illa deduci bona fides iubet. (下線は同じである)

1. 最初に引用されているパウルの条文は、D. 44, 7, 41, 1である。この条文は次である。

Paulus libro vicensimo secundo ad edictum

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. ⁽²⁾

ドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

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. ⁽³⁾

2. 私には、この条文は難しい。条文の文章の最初の部分は、「もし同一の事実から、二個の訴権の権限があるならば」である。Sintenis の訳が zuständig となっているが、Heumann/Seckel にも zuständig がある。

これは、サヴィニーが前の章で選択的競合と重疊的競合を検討したことを応用して考えると、重疊的競合説が連想

される。

モムゼン (Strafrecht) がこの条文について、次のように説明している。

“Wenn aber beide Klagen auf Geldleistung gehen, so wird der Regel nach nur höhere Betrag geleistet, also, wenn der mindere zuerst eingeklagt ist, mit der anderen Klage die Differenz nachgefordert.”⁽⁴⁾

このモムゼンの文章の意味は分かるように思う。二個の *actio* が金銭の給付を求めるものである場合、原則として、高い方の金額だけが給付されるべきである。たとえば、一方の *actio* の金額が一〇〇アースで、もう一方の *actio* の金額が一五〇アースであるとすると、この場合は一五〇アースが給付されるべきである。

ところで、原告が先に一〇〇アースの *actio* で訴訟をして結果が出て、一〇〇アース支払うべきであるということになったとする。

この場合には、あと五〇アースが給付されるべきである。

モムゼンは、このように D. 44, 7, 41, 1 を説明していると私は思う。

サヴィニーが前の章で説明した重疊的競合説を単純に適用すると、一〇〇アース + 一五〇アース = 二五〇アースが給付されるべきである。また、選択的競合説によると、一〇〇アースか、一五〇アースか、原告が選択したいずれか一方が給付されるべきである、という解答になると思われる。

パウルスが、差額を支払うべきである、という解釈を提示したところに特徴がある。

このように考えることができると思う。

この理解に妥当性があるとするならば、この条文は、パウルスの先に言及した L. 34. *pr. de. O. et A.* (= D. 44, 7, 34,

pr.) と共通性があると考えられる。

ε D. 47, 7, 1 を見しなす。

Υ D. 47, 7 の Rubrik せ' ARBORUM FURTIM CAESARUM せ。

Paulus libro nono ad Sabinum

Si furtim arbores caesae sint, 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 condemnet.

この条文のドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

“Wenn Bäume verstorben umgehauen worden sind, so sagt Labeo, müsse sowohl eine Klage aus dem Aquilischen Gesetz als dem Zwölftafelgesetz ertheilt werden. Trebatus meint aber, es müssen beide dergestalt ertheilt werden, dass der Richter Das bei der letztern abziehe, was der Kläger durch die erstere erlangt habe, und also den [Beklagten] nur in den Ueberrest verurtheile.”⁽⁵⁾

ロ “*Felling another's trees* :

Pliny : Trees also received care and attention in ancient law, and provision was made in the *Twelve Tables* that any person who had cut down another person's trees with harmful intent should pay 25 *as*-pieces for every tree.”⁽⁵⁾

ハ以下はユースティニアヌス帝のインテルポラティーオーであるというアイゼレの見解をモムゼン版の

テキストは注に書いている。

11 D. 47, 7, 11 を見よ。

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.

この条文のドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

“Wenn aber wegen umgehauener Bäume aus dem Aquilischen Gesetze geklagt worden ist, so wird [der Thäter], wenn das Interdict Was gewaltsam oder heimlich ertheilt worden, freigesprochen werden, wenn er durch die erste Klage den Beklagten bereits genugsam beschweret hat, allein die Klage aus dem Zwölftafelgesetz bleibt nichtsdestoweniger bestehend.”

カーザー／ハックルは、次の説明が該当する条文の一個として挙げている。⁽⁸⁾

„Bei Deliktsansprüchen stehen dem Verletzten, wenn gemischte Strafklagen mit anderen Klagen konkurrieren, beide offen, sofern die zweite dem Kläger mehr verschafft als die erste.“

4 D. 47, 2, 89 を見よ。

11 D. 47, 2 § Rubrik DE FURTIS を見よ。⁽⁹⁾

Paulus libro singulari de concurrentibus actionibus

Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest: quod si furti elegerit in duplum agere,

11 De concursu delictorum formali 11 § 1 (11)

111 (11111111)

potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.

この条文のドイツ語訳 (Sintenis) 次は如し。

„Wer wegen Raubes geklagt hat, kann wegen Diebstahls nicht auch klagen. Hat er aber die Diebstahlsklage auf das Doppelte gewählt, so kann er wegen Raubes noch dergestalt klagen, dass er das Vierfache nicht überschreitet.“ (Bd. 4, S. 854f.)

ロ' Lenel, Palingenesia I, S. 959 (55.) 次は如し。

ε' D. 47, 8, 1 次は如し。

γ' D. 47, 8 の Rubrik 次' VI BONORUM RAPTORUM ET DE TURBA 次は如し。

Paulus libro vicensimo secundo ad edictum

Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda, est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur.

この条文のドイツ語訳 (Sintenis) 次は如し。

„Wer eine Sache geraubt hat, haftet sowohl wegen heimlichen Diebstahls auf das Doppelte, als auch wegen Raubes auf das Vierfache. Ist aber vorher wegen Raubes geklagt worden, so muss die Diebstahlsklage nachher verweigert werden; wenn aber zuerst wegen Diebstahls, so wird die andere nicht verweigert werden, jedoch erlangt er nur dadurch das in ihr enthaltene Mehr.“⁽²⁾

ロ・「争点決定の法上当然のまたは抗弁の作用による消滅的効力は、訴訟の競合を利用して一方の訴訟の争点決定の後にさらに他の訴訟を提起する原告に対して、被告の利益を保護するに足りないので、例えば、すでに強盗訴訟を提起して争点決定に至った原告がさらに盗訴訟を提起するときは、法務官は訴訟を拒絶し、……」(船田⁽¹¹⁾)

ク・“If the action for taking by force be brought first, the action for theft will be refused; but if the action for theft be brought first, the other will lie to recover the balance available. (D. 47, 8, 1.)” (Borowski)⁽¹²⁾

11’ “According to the original praetorian provision, the defendant was liable to pay quadruplum,……”
(Zimmermann)⁽¹³⁾

9° D. 27, 3, 2, 1 を見よと云へ。

ヤ° D. 27, 3 ⑨ Rubrik ㊦ DE TUTELAE ET RATIONIBUS DISTRAHENDIS ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE ㊦ ㊧°

Paulus libro octavo ad Sabinum

Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollit. sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatam, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo. (ト線ヲ圍ジヨメ㊧)

ハ)の条文のドイツ語訳 (Schneider/Otto) ㊦ ㊧°⁽¹⁴⁾

„Wenn er es aber in der Absicht zu stehlen gethan hat, so ist er auch wegen des Diebstahls gehalten. Er ist aber auf beide Klagen verbindlich und die eine wird die andere nicht aufheben. Aber es steht auch die

キヤ° ハ) ⑨ De concursu delictorum formali ㊦ ㊧° ㊦ (111) 111111 (111111110)

Condition aus dem Grunde des Diebstahls zu, und wenn der Mündel durch dieselbe das erlangt haben wird, was weggenommen sein wird, so wird diese Klage aufgehoben, weil dem Mündel nichts fehlt.“⁽¹⁵⁾

ロ、船田教授は、「不誠実な後見人の弾劾と後見人の横領に対する訴訟」の項目において、「かくて古典時代には、この訴訟は非現行盗訴訟または窃盗を原因とする利得返還請求訴訟と重疊的に競合し得るに至った」と説明され、この条文を引用される。⁽¹⁶⁾

7. 以上のように、サヴィニーは、パウルスの数個の条文に言及した。インテルポラーティオーには言及していない。8. サヴィニーが、D. 44, 7, 41, 1のインテルポラーティオーについて論じている。

ドイツ語訳(一八三二年：ジメンテニス)は、この問題について、*„Id consequatur; bekanntlich schlägt Cujac. Obs. III. 25. vor, nihil zu lesen; ……“*と書いている。⁽¹⁷⁾

モムゼン(Strafrecht. 一八九九年)は、次のように書いている。

„Dig. 44, 7, 41, 1: *si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius (schr. iudicantis) partes esse, ut quo (schr. quod) plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur* (wo nil für id gefordert wird oder die Worte *ferat si t. a. m. id* zu schreiben sind). Anwendung auf Diebstahl und Gesellschaftsklage (D. 17, 2, 47 pr.); auf Sachbeschädigung und Commodat (Dig. 13, 6, 7, 1).“⁽¹⁸⁾

すなわち、クヤキウスがインテルポラーティオーを言っているのもである。

“Est in eadem quaestione de concurrentibus actionibus aliud mendum, nisi fallor, in extremo l. 41. *D. de obligat. et act. Ait lex, eodem ex facto duabus competentibus actionibus, una si actum sit, et plus sit in reliqua*

actione, id actorem ferre : quod verissimum est. At si tantundem sit, vel minus, in reliqua actione id actorem consequi ait. Imo vero nihil consequitur : nam actio reliqua omnimodo consumpta est. Itaque perspicuum esse puto ibidem pro : id, legendum : nihil : ut si plus sit in reliqua actione, id actorem consequi : si tantundem vel minus, nihil actorem consequi lex dicat.”⁽²¹⁾ (上線は岡じゆん) サゼイニーは、このクヤキウスの考えに賛成しない。パーゲンシュテチャー⁽²²⁾ (Pagenstecher) の考えの方が良いと
言っている。

……modestior mihi videtur Pagenstecheriana……

○ L. 47. ad L. Aquil. 殺害 L. 46. eod. 盗尸

イ・サキ D. 9, 2, 47 (= L. 47. ad L. Aquil.) を良しむべ。

Iulianus libro octagesimo sexto digestorum⁽²³⁾

Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.⁽²⁴⁾ (上線は岡じゆん) この条文の旧ラテン語訳 (Sintenis) は次の如く。

„Wenn aber in dem ersten Verfahren bereits eine Würderung erfolgt ist, und der Herr des Slaven nachher wegen dessen Tödtung Klage erhoben hat, so steht ihm die Einrede der Arglist entgegen, dergestalt dass er aus beiden Verfahren nicht mehr erlangt, als er erlangen durfte, wenn er gleich von Anfang an wegen der

サゼイニーの De concursu delictorum formalis (11)

Tötung des Slaven Klage erhoben hätte.”⁽²³⁾

ロ・ユリアーヌス⁽²⁴⁾の条文である。

「そして、以後のキャリアから推測して、ハドリアヌスからこの仕事に登用された当時は三十歳前後ではなかったかと思われるユリアヌスは、昔はカルタゴ領であったアフリカ属州の出身。ルキウス・オクタヴィウス・コルネリウス・サルヴィウス・ユリアヌスという姓名からして、征服者ローマ人の奴隷にされたカルタゴ人の子孫が解放奴隷になるのに成功し、旧主人の家門名をもらったその人のまた子孫である可能性は強いが、このようなケースは、帝政時代のローマでは珍しくもなくなっていた。

この人も、「名誉あるキャリア」を次々と経験している。会計検査官^{クワエストラ}、軍団の大隊長^{トリブヌス}、小プリニウスも経験した国税庁長官。これは元老院管轄の属州から集まる税の総轄が任務の部署だが、ケルススのほうはこれについて、皇帝属州から入る税の総轄者も勤めあげている。そして、元老院議員にしか就任資格のない法務官^{プラエトル}を経験することで、「名誉あるキャリア」の中段にまで、ハドリアヌス時代に昇進したようである。

次のアントニヌス・ピウス帝の時代に入るや、執政官に当選し、皇帝を最高神祇官にいただく神祇官の一人にも就任し、低地ゲルマニア軍の司令官を勤めあげている。

また、長命にめぐまれたらしいユリアヌスはその次の皇帝マルクス・アウレリウスの時代に入っても活躍し、この皇帝の下でスペインはタラコネンシス属州の総督を務め、さらに、カルタゴが州都のアフリカ属州の総督を勤めあげてキャリアを終えた人であった。九〇巻にのぼる『法令集 (Digesta)』を遺している。(塩野七生

『賢帝の世紀』ローマ人の物語 IX』新潮社・二〇〇〇年・二七八頁以下)

„……Julian führte im 2. Jahrhundert n. Chr. zwei Beispiele an: Ein Verkäufer verkauft wesentlich ein nicht offenkundig krankes Tier, das die ganze Herde des Käufers ansteckt; oder er verkauft wesentlich äußerlich nicht erkennbar angefaultes Bauholz, so dass das damit errichtete Haus einstürzt. Dann kann der Käufer alle Folgeschäden, mögen sie noch so groß sein, vom Verkäufer ersetzt verlangen.“ (Liebs, Vor den Richtern Roms)⁽²⁵⁾

ハ. この条文に関連する船田教授による説明は次である(圈点は岡による)。

「けれども、争点決定の法上当然のまたは抗弁の作用による消滅的効力は、訴訟の競合を利用して一方の訴訟の争点決定の後にさらに他の訴訟を提起する原告に対して、被告の利益を保護するに足りないので、例えば、すでに強盗訴訟を提起して争点決定に至った原告がさらに盗訴訟を提起するときは、法務官は訴訟を拒絶し、奴隷を傷害した者に対して、アクイリア法による訴訟を提起した者が、争点決定の後にさらに右の奴隷が死亡したことを理由として、奴隷殺害の場合について同法の規定する訴訟を提起するときは、法務官は被告が悪意の抗弁を提起することを承認して、原告が最初から奴隷殺害に対する訴訟を提起した場合以上には救済を受け得ない方法を講じ、所有物回収訴訟とアクイリア法による訴訟とが競合する場合には、法学者は、前者を提起された被告が争点決定を為すに当たって原告がさらに後者を提起しない担保を設定させ得るとした。」⁽²⁶⁾

ニ. ヴェンガー (Leopold Wenger)⁽²⁷⁾がこの条文の *exceptio* について説明している。

„So schreibt Labeo-Ulpian bei Konkurrenz der rei vindicatio und actio legis Aquiliae, damit doppelter Ersatz im Wege zweier Klagen vermieden werde, cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum.

サヴィニーの *De concursu delictorum formali* 205b (11)

三七 (1114六)

Geholfen werden kann ferner mit Denegation der einen Actio, wenn mit der anderen schon früher agiert worden ist; zuweilen schafft das Allheilmittel der exceptio doli die nötige billige Abhilfe gegen das sonst gegebene strenge Kumulationsprinzip.⁽²⁸⁾

この条文とならんべし注目すべき条文として D. 13, 1, 14, 2 (Julianus) を挙げてみる。

……contra si corium condixerit et pretium eius consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis detracto pretio corii doli mali exceptione summovebitur.

ホ・ D. 9, 2, 46 (= L. 46. ad L. Aquil.) は次である。

Ulpianus libro quinquagesimo ad Sabinum

Si vulnerato servo lege Aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnere agi lege Aquilia nihilo minus potest.

この条文の旧ドイツ語訳 (Sintenis) は次である。

Wenn wegen der Verwendung eines Slaven aus dem Aquilischen Gesetz Klage erhoben worden ist, so kann nachher, wenn er an derselben Wunde gestorben ist, nichts desto weniger auch [wegen der Tötung] geklagt werden.⁽²⁹⁾

く・リュプトウ (von Lübtow)⁽³⁰⁾ が、これらの条文の現代の解釈について明快に説明していると思う。

これらの条文の前に、次のガイウスの条文 (D. 9, 2, 32, 1) が引用され、解説されている。

Gaius libro septimo ad edictum provinciale

Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso :

duo enim sunt delicta. aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim una erit actio de occiso.

船田教授が、この条文との関係で、次のように説明される⁽³¹⁾。

「もともと、ガイウスの時代には、この訴訟はかように罰金請求訴訟であると同時に損害賠償を請求する訴訟とされ、損害賠償請求の範囲では、他の損害賠償請求訴訟と競合し得ないとする意見が現れた。この点については法学者の間に争いがあり、ユスチニアヌス帝法で初めて、同一の行為が本訴訟と共に例えば使用貸借または寄託を原因とする訴訟の原因である場合に、後者を提起した原告はこれらの訴訟による請求額以上に本訴訟によって請求し得る差額についてだけ本訴訟を提起し得るものとされるに至った。すなわち、帝の法では本訴訟は混合訴訟とされるに至った。こうして、アクイリア法の規定による不法行為の制裁には、常に罰金の思想が残存すると共に、損害賠償の思想が現れている。」⁽³²⁾

(1) Heumann/Seckel の Excedere 参照。

(2) この条文の前文(サヴィニーは引用していないが引用する)は次である。

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

(3) Bd. 4, S. 587.

(4) S. 889.

(5) Bd. 4, S. 863.

(6) Remains of Old Latin, Edited and translated by E. H. Warmington, Harvard University Press, 1967, p. 483.

(7) Bd. 4, S. 866.

- (8) Aao., S. 617, Anm. 27.
- (9) Schulz, aaO., S. 185 参照。
- (10) Bd. 4, S. 866.
- (11) 『ローマ法・第五卷』一六八頁。
- (12) Op. cit., p. 347.
- (13) Op. cit., p. 920.
- (14) 新メイヤンの語訳『 Bd. 4, S. 486.
- (15) Bd. 2, S. 965.
- (16) 『ローマ法・第四卷』一一一頁。
- (17) Bd. 4, S. 587, Anm. 90.
- (18) S. 889, Anm. 7.
- (19) Observationum et Emendationum, 3-25.
- (20) 1659-1716.
- (21) Schulz, aaO, S. 290 f. 参照。 Krüger, aaO., S. 182 ff. 参照。
- (22) Max Kaser, *Quantum ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Rechts*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1935, S. 181 f. 参照。
- (23) Bd. 1. S. 811 f.
- (24) “……an important Roman lawyer of the 2nd cent. AD, came from Hadrumentum (Hammamet) in Africa (Thunisia) and was a pupil of Javolenus Priscus.” (OCD [THon]).
- (25) Detlef Liebs, *Vor den Richtern Roms*, aaO., S. 42 f.
- (26) 『ローマ法・第五卷』一六八頁。
- (27) Leopold Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Huber, München, 1925.

(28) S. 180.

(29) Bd. I. S. 811.

(30) Aao., S. 67.

(31) 『ローマ法・第三卷』四三二頁以下。

(32) この文の前に次の説明がある。「すなわち、数人の加害者がある場合には、各共犯者は重疊的に全部について責を負い、この訴訟によって責を負う者は加害者だけであつて、その相続人はこの訴訟の被告とされることはなく、加害者が人格消滅を受けてもその責任は存続し、さらに、加害者が家長権に服するときは、訴訟提起のときの加害者の家長が加害訴訟による責任を負担した。この訴訟が原告の請求額を限度とする場合にも、その請求額は、古典時代には被害物が被害のときに有した価額との差は罰金として考えられた。」