

## [資料] ローマ法における不可分なobligatio (一)

著者	岡 徹
雑誌名	関西大学法学論集
巻	59
号	5
ページ	1178-1208
発行年	2010-02-20
その他のタイトル	Die unteilbare Obligatio im römischen Recht
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/1552">http://hdl.handle.net/10112/1552</a>

## 〔資料〕

## ローマ法における不可分な obligatio (一)

岡 徹

## 1. タイトルの意味について

かりに、obligatio (複数 obligaciones) の日本語訳語が「債権債務」であるとして、つぎの説明を試みよう。これは、「不可分債権債務」を説明しようとする原田慶吉教授によるものである。

「給付が不可分なるがために、債権者の一人が全部の請求ができ、債務者の一人も全部の履行を余儀なくされる多数当事者の債権債務関係である。法源で問題となるのは不可分給付の債権債務が相続人間に分割せられた場合である。与える (dare) 給付は原則として可分である。個々の物の所有権の移転も観念的分割方法によつてできる。ただ役権の給付は不可分である〔二三〇(2)〕。為す (facere) 給付は原則として不可分である。但し個人的特色のない労務は代替物と同様の取扱をうける。古典時代には不可分債務は連帯債務の取扱を受けた。ユ帝法 (iur.) では全額の判決をうけず、分割額の判決を受けることとなつて<sup>(1)(2)</sup>いる。」

(1) 原田慶吉『ローマ法 改訂』(有斐閣・二〇〇一年) 二七六頁以下。引用に際し、漢字を変えた部分がある。

船田享二『ローマ法・第三卷』(岩波書店・昭和四五年)の説明は、これより詳しい。「不可分の給付、すなわち、その給

付の性質または価格を害せずには分割して履行できない給付を内容とする多数当事者の債務関係である。かかる給付の不可分には、給付そのものの性質による場合と当事者の意思による場合とある。多数の債権者が不可分の給付を請求できる場合には、各債権者は債務者またはその一人に対して全部の給付を請求できるけれども、債権者の一人に対する給付の履行がすべての債権者を満足させぬ限りは、債務者は他の債権者に対する債務を免れることはできない。したがって、履行の相手方たる債権者に対して他の債権者がさらに請求することはないという担保の設定を請求することはできない。但し、この点に関する法学者の意見は完全には一致していなかった。……ユスチニアヌス帝法では、請求は全部の給付について為され、不履行による損害賠償の判決は各債務者の持分について与えられたと想像される。」(六一九頁以下)

(2) 外国の体系書における説明の例。

イ・“Il y a une première exception qui tient à l'objet de l'obligation ; elle est relative aux obligations qu'on appelle les obligations indivisibles. La division est forcement écartée si l'objet de l'obligation n'est pas susceptible de fractionnement d'après sa nature, s'il n'est pas susceptible d'être fourni par parties, de manière que chaque partie garde proportionnement les qualités et la valeur du tout, que l'ensemble des prestations partielles équivaille en qualité et en valeur à une prestation totale unique. Ainsi par exemple, l'obligation de payer une somme d'argent est divisible. Celle de construire une maison, de constituer une servitude prédiatale ne l'est pas ; car, par la force des choses, alors même qu'il y aura dès le principe ou après coup plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, l'exécution ne pourra en avoir lieu utilement que pour le tout. Et c'est cette impossibilité d'exécution partielle qui a donné naissance à la théorie romaine des obligations indivisibles, théorie déjà subtile et contradictoire en plus d'un point dans sa forme originale et encore plus défectueuse dans la reproduction médiocre du Code civil.” (Paul Frédéric Girard/Félix Senn, Manuel Elementaire de Droit Romain, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, p. 785-6. 注に關係の文献と条文が掲げらるる事。)

ロ・“Se vi erano ugualmente più creditori o più debitori e non sussisteva tra essi nessun vincolo di solidarietà, la prestazione si divideva in modo che ciascun debitore dovesse e ciascun creditore potesse pretendere una parte della prestazione corrispondente alla sua quota di debito di credito (obbligazioni parziali).

Ma, se la prestazione era (o veniva considerata) indivisibile (per esempio quella di costituire una servitù o quella di





2. ユースティニアヌス帝の学説彙纂 (Digesta) の第一六卷第三章について

イ. D. 16, 3 のタイトル<sup>(1)</sup> = DEPOSITI VEL CONTRA

Watson 編英訳<sup>(2)</sup> : THE ACTION AND CONTRARY ACTION ON DEPOSIT

新独訳<sup>(3)</sup> : Über die Klage aus Verwahrung und die Gegenklage. deposit を英和辞典でひくと「寄託」<sup>(4)</sup>も出ている。

ロ. 最初に D. 16, 3, 1, 36. を見る理由は、原田教授の右の説明に「法源で問題となるのは不可分給付の債権債務が相続人間に分割せられた場合である」と述べられていること、および、船田亨二教授が不可分債務関係の説明にあたって最初にこの条文を引用されていることである。

ハ. D. 16, 3, 1, 36. (Ulpianus libro trigensimo ad edictum)<sup>(5)</sup>

Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui depositum veniat repetens, quemadmodum ei satisfat, videndum est. promenda pecunia est vel coram praetore vel interventibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria : sed et si resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis interventibus hoc eveniet : residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signatura remota sunt), vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debet tradere satisfactione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra eius partem est : satisfactione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari. (下線は岡本<sup>(6)</sup>)<sup>(11)</sup>

「金額が財布に入れ署名されて寄託され、寄託者の相続人中の一人が返還を請求するときは、いかにして同人に満足を与えるべきかを観察すべきである。金額を引出して法務官の面前でまたは名誉ある人士の介入の下に相続分にに応じて弁済されるべきで

ある。しかしさらに封を開いても、法務官の権威の下にまたは名譽ある人士の介入の下に行なわれたこと故、寄託の条件に反することはない。残余は、受託者が欲したならば（すなわち法務官によりまたはその面前で封印が開かれた人によって封印が捺されたのち）同人のもとに留るか、または同人がこれを拒絶したならば、神社に寄託すべきである。しかしもし物が分割され得ないときは、全部が、請求者によってその持分を超えるところについて適当な担保が提供されて、引渡されなければならない。けれども、担保が設定されないときは、物は神社に寄託されて、受託者はあらゆる訴訟から解放される。」（船田訳・傍線は岡による）

二. a. この条文の後半（下線を付した部分から始まる）に、*sed si res sunt, quae dividi non possunt* 「訳文は、「しかしもし物が分割され得ないときは」である」と書かれている。この部分が「不可分」に関係するので引用されているのである。動詞は *dividere* が用いられている。いま「不可分」と書いたが、訳文では「分割され得ない」となっている。いずれの訳もありうる。と考える。

b. 条文の文に *obligatio* の語は見られない。「物が」分割され得ないときはと書かれており、*obligatio* が不分割ないし不可分とは書かれていない。

この意味では、「不可分な *obligatio*」を例示するのにぴったりな事例ではないかもしれない。

c. 「担保」の語が見られる。原語は *satisfactio* <sup>(13)</sup> である。

d. この条文は「古くから修正を経たものとされ、これによって古典時代の規定を知ることとは極めて困難である。」<sup>(14)</sup>と指摘されている。

e. Max Kaser <sup>(15)</sup> は *Max Kaser 250ff. des 1. Buches* <sup>(16)</sup> である。

„Für die Fälle der aktiven Personenkonkurrenz berichten die Quellen von Klagerhebung pro parte und in solidum. Die“ <sup>(17)</sup>

Abgrenzung ist nicht klar, aber für unsere Frage bedeutungslos. — Was die passive Personenkonkurrenz anlangt, so ist es heute die herrschende Meinung, daß D. 16, 3, 1, 43 ursprünglich für zivile Konsumption entschieden hat……”<sup>(18)</sup>

以上、D. 16, 3, 1, 36. について概観した。

(一) イ Heumann/Seckel の depositio を参照せよ。D. 16, 3 および C. 4, 34 が明示されている。

ロ 本稿におけるユースティニアヌス帝の学説彙纂・勅法彙纂は Mommsen/Krueger の『新勅法』Schoell/Kroll のテキストによる。

ハ ユースティニアヌス帝の学説彙纂の条文について。

D. 16, 3, 1. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*

D. 16, 3, 1 pr. から D. 16, 3, 1, 47 までである (条文数が多い)。それらのうち、D. 16, 3, 1, 36 が本文でとりあげられているものである。

「……事実訴訟については、学、一六・三・一・一 (ウルピアヌス) は、「法務官は曰く、暴動または火災または地崩れまたは難船を原因とせずに寄託された物の場合は単価、これに反して右に挙げた原因による寄託物の場合は、受託者自身に対しては二倍額、同人の相続人に対しては、死者の悪意によって損害を生じたとき主張されるときは単価、相続人自身によるときは二倍額について、本職は方式書を承認しよう、と」という。法務官は十二表法の規定を非常寄託の場合に限り、普通の寄託の場合について単価請求の方式書を認めたのである。四五年の自治市に関するユリア法 (ex Julia municipalis) は、破廉恥の汚点をつける効力をもつ訴訟の中に寄託訴訟を挙げていないけれども、この訴訟がいつ認められるようになったかを知るための資料とすることができるか否か疑わしい。」(船田『ローマ法・第三卷』二四七頁注 (一))

「暴動・火災・地崩・難船 (tumultus, incendium, ruina, naufragium) 等の際に或る者が客体保全の必要に迫られて止むを得ずこれをたれかに寄託することがある。後世人のいわゆる非常寄託または必要寄託 (depositum miserabile, d necessarium) で、かかる場合には、寄託者は受託者の信用や誠意等を顧みる余裕をもたないので、法務官は受託者に対する制裁を厳にし、受寄物を返還せぬ受寄者は客体の価格の二倍について責を負うべきものとした。」(船田・『ロー

ローマ法における不可分な obligatio (一)

マ法・第三卷』二四八頁) 原田『ローマ法』一八〇頁。

„Daß die klassische a. depositi mit formula in factum concepta im allgemein nicht passiv vererblich war, mag zutreffen ; in einem Falle aber sieht das Edikt selbst die Anstellbarkeit gegen den Erben ausdrücklich vor : beim sog. depositum miserabile verheißt der Prätor die Klage 'in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum' (eod. l, 1).……“ (Max Kaser, Restituere als Prozessgegenstand, Die Wirkung der Litis Contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht, Zweite, durchgesehene Auflage mit Nachträgen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1968, S. 74.)

“*Deposito necessario o miserabile*”

En caso de catástrofe o calamidad pública (tumulo, incendio, ruina, o naufragio), el pretor concedía al depositante una acción *in factum* con condena al doble (*in duplum*) contra el depositario que se niega a restituir. La responsabilidad del depositario resulta agravada en esta circunstancia extraordinaria en que no era posible elegir libremente a quién confiar las cosas en peligro.” (M. J. Garcia Garrido, Derecho Privado Romano, I, *op. cit.* p. 286, n. 287.)

「字' 一六・三・一・七 (ウルピアヌス) 「悪意にいつて責を負わなうと合意されたとき、合意は承認されなう。かかる合意は信義誠実に反し、したがって守るべきではない。」(船田『ローマ法・第三卷』三〇六頁注 (一))

「悪意に付て責を負はざるの約束は有効に成立する」とを得ず、然れども若し寄託訴権を行使せざるべし」とを約束するときは其の効力に依り悪意に付て訴へざるべしとの約束が成立したるものと認めらる、其の約束は被告の利益たるべし。」(春木一郎『ユースティニアヌス帝学説彙纂プロータ』昭和十二年・二五五頁)

„D. 16, 3, 1, 20 (Ulp. 30. ed.) Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.

§ 21. Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperetur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat. idem Neratius ait, quanvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis forte clusis, tamen, si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi resitutas, quia res apud te est : tunc enim quaerendum, an dolo malo

feceris, cum rem non habes.

Der § 20 verkündet eine allgemeine Regel, daß nicht nur der vorprozessuale, sondern auch der erst während des Prozesses eintretende Dolus des Beklagten 'in actione veniet'. Das hat man bisher so verstanden, daß, auch wenn die a. depositi im Augenblick der Streitbefestigung noch nicht begründet war, weil es an der Kondemnationsvoraussetzung der dolos unterbliebenen Restitution bisher gefehlt hatte, der Beklagte dennoch verurteilt werden sollte, wenn nur im Zeitpunkt des Urteils der Dolus gegeben ware. Hätte eine solche Regel dem klassischen Recht angehört, stünden wir wieder vor einer pluspetitio tempore; .....“ (Kaser, Restituere, S. 143f.)

„.....An Quellenstellen gehören hierzu zu den actiones commodati und depositi Paul. D. 22, 1, 38, 10, zur a. pignoratitia C. 4, 24, 1 (Sev. et Ant.), C. 8, 24, 1 (a. 230) und 2 (a. 293), zur formula in factum concepta der a. depositi ferner Ulp. D. 16, 3, 1, 24 mit der vielleicht als Bestätigung unserer Meinung aufzufassenden Begründung 'ne nuda res veniat.'“ (Kaser, Restituere, S. 55.)

「受寄者が直ちに消費し得べきことが合意されるときについては、ウルピアヌスおよびパウルスは寄託ではなくて消費貸借の成立を認めた」(船田『ローマ法・第三卷』二四九頁。学、一六・三・一・三四(ウルピアヌス)注(五))

「作成された遺言書は友人知己また多くは神社等に保管を託されることを常とし、ことに、有名な人物がその遺言書をかまどの神ウエストアの神社に託したことが伝えられる。カエサルもアントニウスもアウグスツスもいずれもウエストアの処女尼に保管を託した。スッラの提案にかかる遺言に関する法律 (lex Cornelia testamentaria) は、受託者が故意に遺言書を第三者に引渡したまたは第三者が持去ることを承諾したときは処刑されるべきこととした。寄託者は同人に対して所有物回収訴訟・寄託訴訟または提示訴訟を提起することができる。……」(船田『ローマ法・第四卷』三〇三頁。学、一六・三・一・三八(ラベオ・ウルピアヌス)注(二))

「学説類集にはその他に消費貸借および誠意契約によっても連帯関係が発生することを認める法文があり、例えば、数人が同一物の寄託を受けてその返還の債務を負担するというようなときには、その場合の状況または給付の内容によって連帯関係が成立するとされる。さらに、連帯関係が間接贈与によっても発生するという法文があり、相続人が相続財産に属する特定の物を二人または数人の受遺者に供与すべきことを規定し、或いは二人または数人の共同相続人が特定

の物を受遺者に供与することを規定する遺言によって連帯関係は発生するとされている。」(船田『ローマ法・第三卷』六二四頁以下。学、一六・三・一・四三(ウルピアヌス)注(二))

「問答契約以外の方法で連帯関係が発生するという規定がどこまで古典時代に属するかについては疑いがあり、これらの法文は修正を含むと想像される。」(船田『ローマ法・第三卷』六二五頁。学前出、……注(三))

「学、一六・三・一・四三(ウルピアヌス)「物が二人に寄託されたときは、そのいずれに対しても訴訟することを得、一方と訴訟が行なわれることによって他方は責を免れない。〈なぜなら、選択ではなくて弁済によって両人は解放されるからである。〉それは、あたかも両者が悪意に行動し、一方が〈利益とする額を給付し〉他方が二人の後見人の例により訴訟の実行を受けない場合と同様である。〈これに反して一方が何ごともまたは不十分にしか行なうことを得ないときは、他方に対して請求されよう。同じく一方が悪意によらずに行動し、その故に免訴されたときは、他方に対して請求されよう。〉」(船田『ローマ法・第三卷』六二七頁注(六))。

„Kann also der, welcher *apud duos depositus*, darauf vertrauen, daß jeder der beiden *in solidum* für sein Wort einsteht, so heißt das nichts anderes, als daß die Solidarhaftung zu den *naturalia* eines solchen Geschäftes gehört. Das allein stimmt auch zu der bei den Mandatoren festgestellten Rechtslage, zum Recht des Kommandats (Cels. Ulp. D. 13, 6, 5, 15) und vor allem des Depositums selbst, wie es Ulpian in D. 16, 3, 1, 43 überliefert:

*Si apud duos sit res, adversus unumquemque eorum agi poterit nec liberabitur alter, si cum altero agatur: .....idemque et si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur.*

Da der Gedanke, der eine der beiden Depositare könne allein haften sollen, von vornherein auszuschließen ist, so steckt in dem *adversus unumquemque eorum agi potest* mit Notwendigkeit der Satz, daß jeder — nach allgemeinem dispositivem Recht — *in solidum* hafter. Der Tatbestand ist derselbe wie der des fr. 9 pr. Also muß, da Meinungsverschiedenheiten zwischen den Juristen durch nichts nahegelegt werden, auch die Entscheidung gleichfalls auf Prozeßkonsumption lauten. Dem tritt die Überlieferung zunächst durch ein dürres *nec* und dann durch eine längere Ausführung entgegen, in der die *solutio* als der allein befreiende Akt herausgestellt wird. Eisele hat erkannt, daß das im wesentlichen **Tribonians** Werk ist, und daran ist trotz Ascolis eindringlichen Einspruches festzuhalten. Von **Tribonians**

nian stammt zunächst das justinianische Konsumptionsmotto *non enim electione, sed solutione leberantur*, das weniger den vorangehenden Satz als die Einfälschung des *nec* begründet und durch die im Sinne von *litis contestatio* verwendete *electio* wie das Fehlen eines sinngemäßen Subjekts Anstoß erregt……“ (上線部が原文なゲマンマンノ。大字が風ミルノ。 Ernst Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, Bd. I, 1918, Berlin, S. 208f.) Heumann/Seckel の Eligere (electio) ミルノ D. 16, 3, 1, 43. なほ用ゆるルノミの參照ゆたつ。本節の終りの部分參照。

„Merkwürdig ist nicht dieses Bekenntnis der Byzantiner, sondern die Tatsache, daß ihm zum Trotz einige versteckte, aber nicht weniger deutliche Belege für die zivile Konsumption erhalten geblieben sind. Zunächst ist die Anteilshaltung, wie sie im Falle der *tutela divisa* statthat, anders als auf der Grundlage der *eadem res* gar nicht denkbar. Alsdann beleuchtet Ulpian in dem von den Fälschungen befreiten D. 16, 3, 1, 43 das Konsumptionsverhältnis der Depositare gerade mit dem *exemplo duorum tutorum*.“ (Levy, Konkurrenz, I, S. 222.)

„So weit, wie Levy lehrte, nämlich die Konsumptionslösung bei allen geschäftsbezogenen Klagen zu kopieren, ging man aber wiederum nicht. Bei den jüngeren Klagen, zumal den *bonae fidei iudicia*, setzte sich vielmehr die unter der Herrschaft der Vermögensvollstreckung angemessene Regelung durch, die übrigen Mitschuldner erst durch effective Leistung durch einen von ihnen frei werden zu lassen. Ausgesprochen wird dies bei mehreren Depositaren :

Ulp. 30 ed. D. 16, 3, 1, § 43

Si apud duos sit res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur :

……idemque et si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus. [nam ad alium pervenietur] (原著の終全文が書か

ズルノ。 右に同く)

Zweitens bei mehreren Entleihern :

Ulp. 28 ed. D. 13, 6, 5 § 15 u. 7 pr.……

Drittens bei mehreren Beauftragten :

Scaev. 1 resp. D. 17, 1, 60 § 2……

Viertens bei mehreren Auftraggebern, zumal Kreditmandatoren :

ローマ法における不可分な obligatio (1)



Pap. 3 resp. (*de fideiussore et sponsore*) D. 46, 1, 52 § 3.....

Fünftens bei mehreren Vormündern, ob sie nun mit der *actio tutelae* belangt wurden :

Iul. 21 dig. (*actio tutelae*) D. 26, 7, 18 § 1.....

oder mit der *actio rationibus distrahendis* :

Tryph. 14 disp. D. 26, 7, 55 § 1.....

oder ob die konkrete Vormundschaftsklage offengelassen ist, wie in der ersten dieser Serie und bei :

Ulp. 1 disp. (*de pactis*) D. 27, 3, 15....." (Liebs, *Klagenkonkurrenz*, S. 184ff.)

„Allenfalls könnte man an Ulp. 16. 3. 1. 44 denken : „*Sed si duo deposuerint et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere : sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est in partem condemnationem faciendam.*“ Doch ist es nicht einmal sicher, ob die Worte „*ambo agant*“ — von *Biondi*... ohne Not getilgt — überhaupt von einer gemeinsamen Klage mehrerer Hinterleger zeugen, wie *Redenti*..., *Lery*..., *Wenger und Kaser*... anzunehmen scheinen. Denn der folgende Textteil ab „*si quidem*“, der zumindest in der überlieferten Form verdächtig ist, vgl. *Eisele*..., *Redenti*..., *Lery*..., *Kerr Wylie*..., läßt den ursprünglichen Bezug der genannten Worten nicht erkennen.....“ (Klaus Meffert, *Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Dunker & Humblot/Berlin, 1974, S. 81, Anm. 55.)

„— Was die passive Personenkonkurrenz anlangt, so ist es heute die herrschende Meinung, daß D. 16, 3, 1, 43 ursprünglich für zivile Konsumption entschieden hat.“ (Kaser, *Quantil*, S. 73.) ㄱㄷㄹㄴㄵㄶㄷㄸ : „Reiche Lit. im Ind., dazu *Siber*, RPR. 293 ; anders noch *Perozzi*, Ist.<sup>2</sup> 2, 139 N. Die Solutionskonkurrenz ist sicher unecht.“

“L’approccio alle fonti ulpianee rivela subito l’esistenza di un nesso molto stretto e frequente tra la clausola *q. e. r. e.* e la valutazione di «*id quod (actoris, stipulatoris) interest*».

In un grande numero di frammenti è detto che l’*id quod interest* concretizzava il contenuto delle clausole che prevedevano il pagamento di *q. e. r. e.*” (Sebastiano Tafaro, *La interpretatio ai verbà quanti ea res est* nella giurisprudenza romana, L’analisi di Ulpiano, Editore Jovene Napoli, 1980, p. 5. e p. 7 nt. 1)



“Va, infatti, posto nella giusta evidenza che il comment ai verba *q. e. r. e.* e l'uso dell'espressione *i. q. i.* si incontrano quasi esclusivamente nei commentari di tipo tradizionale: 60 frammenti nei *libri ad edictum*, 12 nei *libri ad Sabinium*, 1 nel commento ad *edictum aedilium curulium*, 2 nei *libri disputationum* e 1 nei *libri fideicommissorum*.” (*Ibid.* p. 14-5.)

“Poiché l'interesse era riferito alla pretesa, ne conseguiva che per l'attore il *quod interest* concernesse la sua quota, mentre per il convenuto retasse rivolto all'intera prestazione. Un significativo esempio si ha in rapporto all' *actio depositi*, dove il *q. i.* per l'attore era sinonimo di condanna parziale, mentre per il convenuto esauriva tutto il dovuto: D. 16. 3. 1. 43-44, Ulp. 30 ad ed. [L. 896].....” (*Ibid.* p. 90, nt. 46.)

“... come regolarsi nella stima di quel che spettava a ciascuno degli agenti legitimati all'esperimento di un'unica azione (ad es., D. 8. 5. 4. 3 cit.; D. 16. 3. 1. 44 cit. ...)” (*Ibid.* p. 204.)”

D. 16, 3, 2. *Paulus libro trigensimo primo ad edictum*

D. 16, 3, 3. *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum* [Vermutlich im 30. Buch *インテン語新訳*に於て S. 341.]

D. 16, 3, 4. *Paulus libro quinto ad Plautium*

D. 16, 3, 5. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*

D. 16, 3, 5 pr. *カウ D. 16, 3, 5, 2 附イカウ。*

D. 16, 3, 6. *Paulus libro secundo ad edictum*

「また、例えば訴訟当事者が判決によって決定されるべき所有者に引渡すことを約して訴訟の客体を或る者に保管させるというように、数人が特定の事実の発生を条件としてその中の一人に客体が引渡されるべき約定の下にこれを或る者に寄託する (in sequestratione deponere) 場合がある。この場合には、例外的に客体が土地であることも認められ、条件とされた事実の発生により客体の所有者となった者のために、特殊な係争物寄託の訴訟 (*actio depositi sequestraria*) が成立した。受寄者は条件成就によって客体の所有者となった者に客体を引渡すことを要し、したがって、通常の寄託の場合とちがって客体の占有を取得した。」(船田『ローマ法・第三卷』二四八頁以下。注(三)「学、一六・三・六(パウルス)「数人の者により連帯して特定の条件の下に保管して返還すべきものとして引渡された寄託



法・第三卷』一四七頁注(一一)

**D. 16, 3, 12.** *Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum*

D. 16, 3, 12 pr. 各 D. 16, 3, 12, 3. 各

D. 16, 3, 12, 2. 「回一一・一一(ホムホニナス)」(船田『ローマ法・第三卷』一五〇頁注(三))

„Dieselben Erwägungen bestimmen eine Stelle zur a. depositi :

D. 16, 3, 12, 3 (Pomp. 22. Sab.) *Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudici accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.*

Man hat diese Stelle bisher auf die formula in factum concepta der Verwahrungsklage bezogen mit der Begründung, der Beklagte werde hier strenger behandelt als in der üblicherweise als Vergleichsstelle herangezogenen eod. 14, 1, und diese Verschiedenheit müsse zurückgeführt werden auf die der formula in factum concepta mangelnde bona fides-Klausel.....“ (Kaser, Restituere, S. 93f.)

**D. 16, 3, 13.** *Paulus libro trigensimo primo ad edictum*

D. 16, 3, 13 pr. 各 D. 16, 3, 13, 1 各

**D. 16, 3, 14.** *Gaius libro nono ad edictum provinciale*

D. 16, 3, 14 pr. 「回一四・前文(ガイウス)」寄託者に数人の相続人があるときは、過半数が相続を承認したならば現在者に返還されるべきである主張される。けれども、過半数というのは、人数によるのではなく、相続分の大きさに基づくのである。〈適当な担保を設定すべきである〉。……古くから修正を経たものとされ、これによって古典時代の規定を知るとは極めて困難である。(船田『ローマ法・第三卷』六二〇頁注(一))

D. 16, 3, 14, 1.

“I giuristi sabiniani, invece, ritengono, in caso di *iudicium bonae fidei*, che il perimento naturale dell'oggetto della pre-stazione, sopravvenuto addirittura durante il processo e prima della sentenza, obbligasse il giudice ad assolvere il debitore (Gai. D. 16, 3, 14, 1).” (Pugliese, Istituzioni, p. 619)

ローマ法における不可分の obligatio (一)

一九一 (一九一)

- D. 16, 3, 15. *Julianus libro tertio decimo digestorum*  
 D. 16, 3, 16. *Africanus libro septimo quaestionum*  
 D. 16, 3, 17. *Florentinus libro septimo institutionum*

「その三は係争物の受寄者の占有で、当事者の間に争いとなった客体をその争訟終了の場合に勝訟者に引渡してその所に帰せしめるべき条件で客体の寄託を受けた者は、かように勝訟者に客体を引渡すことを要し、ために普通の受寄者とは違って特示命令によってその占有を保護された。」(船田『ローマ法・第二卷』三六五頁。「学、一六・三・一七・前文(フロレンチヌス)……」注(一二三))

「同一七・前文一(フロレンチヌス)「数人も一人も寄託することはできるけれども、係争物受寄者には数人でなければ寄託し得ない。それは或る物が争訟の客体とされたときに行なわれる。したがってこの場合には各人が連帯して寄託したものとみなされる。数人が共有物を寄託するときはこれとはちがう。寄託物の所有権は寄託者のもとに存続する。占有もまた、係争物受寄者に寄託された場合を除き存続する。すなわち係争物受寄者だけが占有する。なぜなら、その時にはいずれの当事者にも占有が属しない場合に関するからである。」(船田『ローマ法・第三卷』二五〇頁注(三))

- D. 16, 3, 18. *Neratius libro secundo membranarum*  
 D. 16, 3, 19. *Ulpianus libro septimo decimo ad edictum* (Vermutlich Paulus) [ドイツ語新訳による S. 347.]  
 D. 16, 3, 20. *Paulus libro octavo decimo ad edictum*  
 D. 16, 3, 21. *Idem libro sexagesimo ad edictum*  
 D. 16, 3, 21 pr. と D. 16, 3, 21. 1. が同。

「被解放自由人は奴隷の間に主人の命令によって行なった不法行為についても或る場合には責を負った。これに対して、契約については責を負わないことを原則とし、例外として、受寄物を占有しているときは事実にもとづく寄託訴訟によって責を負った。学、一六・三・二一・一(パウルス)」(船田『ローマ法・第二卷』一三七頁注(五))

- D. 16, 3, 22. *Marcellus libro quinto digestorum* (Möglichlicherweise im 6. Buch.) [ドイツ語新訳による S. 348.]

「Marcello, occupandosi di duo heredes i quali rem apud defunctum depositam dolo intervertierint, affermava che, qualora non fosse stato possibile individuare la parte della cosa manomessa dall'uno o dall'altro (perché, ad esempio,

avessero fuso o rubato un unico piatto), ciascun erede dovesse rispondere *in solidum*.” (Tafaro. *op. cit.* p. 73.)

**D. 16, 3, 23.** *Modestinus libro secundo differentiarium*

**D. 16, 3, 24.** *Papinianus libro nono quaestionum*

「けれども、かかる解決は、ことに受寄者が銀行業者の場合に、当事者が金銭を消費することよりもむしろこれを保管して後で変換することを欲するときは、当事者の意思に合しない。したがって、おそらくはかような銀行業者との間の慣行により、かつかかる慣行がギリシャで一般に行なわれているので、パピニアヌスは、当事者が金銭を寄託してこれを消費することに合意し、寄託者の請求に応じて返還すべきことに合意した場合には、寄託訴訟が成立することを認めた。」(船田『ローマ法・第三卷』二四九頁。注(六)学、一六・三・二四、同二五・一。スカエウォラも同様の解決を与えた。同二八。)

「この場合に寄託訴訟によって利息を請求することは認められなかったと思われるのに対して、帝の法はかかるパピニアヌスの意見を採用すると共に、当事者が問答契約で利息支払を約しなかったにも拘らず寄託訴訟によって法定率の利息が請求され得るものとしている。」(船田『ローマ法・第三卷』二四九頁。注(七)学、同二四終末(これに反して、最初から利息を給付すべきことについて合意されたときは、契約の約款は尊重されよう。)

「これに対して学同一・三四(ウルピアヌス)は、「金銭が汝に、最初から、汝が欲するならば利用せよという約款の下に寄託されたときは、汝は利用するより前には寄託訴訟によって拘束されよう」という。同二九・一、同二六・一(共にパウルス)はモーセ法ローマ法対照一〇・七・九(パウルス)との比較によって修正を疑われる。無償の原則に反するかのような寄託が、単に信義を理由に、古典時代末期に、よしんば個別的にでも認められるようになったとは、必ずしも確言できない。」(同・二五一頁注(七))

**D. 16, 3, 25.** *Idem libro tertio responsorum*

**D. 16, 3, 25 pr.** 及 **D. 16, 3, 25, 1.** があまる。

「婚姻締結の際に婚男が婚女に贈与を為すことは普通に行われた」(船田『ローマ法・第四卷』九五頁。注(二)学、一六・三・二五・前文(パピニアヌス))

**D. 16, 3, 26.** *Paulus libro quarto responsorum*

ローマ法における不可分の obligatio (一)

一九三 (一九三)

D. 16, 3, 26 pr. と D. 16, 3, 26, 1 (ギリシャ語の部分がある) と D. 16, 36, 2. がある。

「学説類集その他の法典に採用された資料がその原文の作られた時以後に修正変更されたものであるか否か、いかなる程度に修正変更が加えられているか、かかる修正がすでに前の時代に加えられたかまたは法典編集委員によって加えられたか、等の問題は次のような諸種の標準によって研究される。……

(三) 同一の法文中に矛盾が含まれ、またはその法文が同一学者の他の言と矛盾し、またはその法文の原作者と同時代の他の学者の言説と矛盾するときは、右の法文における修正が想像される。パウルの解答録第四卷の言を採用する学説類集、一六・三・二六・一、などは前後矛盾する例とされる。」(船田『ローマ法・第一卷』四六四頁以下)

D. 16, 3, 27. *Idem libro septimo responsorum*

「クラウヂウスの提案にかかる議決は、奴隷の主人の三回の禁止通告にも拘わらずその奴隷との関係を持続する自由人女子は主人の奴隷となることを規定し」(船田『ローマ法・第一卷』二九八頁。注(六) ガイウス、一・九一……学、一六・三・二七)

D. 16, 3, 28. *Scaevola libro primo responsorum*

D. 16, 3, 24 (前出) 参照。

D. 16, 3, 29. *Paulus libro secundo sententiarum*

D. 16, 3, 29 pr. と D. 16, 3, 29, 1 がある。

D. 16, 3, 29 pr.

「パウルス・五・一一・五＝モーセ法ローマ法対照一〇・一七・五＝学、一六・三・二九・前文「財布または刻印した銀貨を予が寄託し、寄託を受けた者が予の意に反して領得したときは、寄託訴訟と盗訴訟の両者が予のために同人に対して成立する。」この文の純粹性は疑われない。対照の文が「刻印した」の語を欠くことは修正を疑う根拠とはならない。「財布」と「刻印した銀貨」は共に消費物を特に非消費物として取扱ったことを示す。それが消費されたときは、返還は不能となり、寄託訴訟だけでは十分ではないこととなる。パウルス文が対照によりさらに学によって伝えられ、この場合には修正を疑う余地がないことは、問題のパウルス文を理解するために参考となる。」(船田『ローマ法・第三卷』四〇八頁注(九))





„Claudius Tryphonius war mit Papinian und Messius Konsiliar des Septimius Severus (D. 49, 14, 50). Wir kennen ihn außerdem als Verfasser eines in den Digesten Justinians vertretene umfangreichen Disputationenwerks.“ (Kunkel, Römische Juristen, S. 231.)

“……Tryphonio suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in praediis fuissent, respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emptorem accepturum.” (D. 49, 14, 50.)

**D. 16, 3, 32.** *Celsus libro undecimo digestorum*

D. 16, 3, 11. (前出) に引用した文を参照せよ。

「十六・三・三十一(ケルスス)「ネルウァが重大な過失は故意でもあったことをプロクルスは承認し、予もこれを最も真実と認めよ。」(後見訴訟についての発言と思われ、修正を経たことが疑われるけれども中核は純粋)」(船田『ローマ法・第三卷』五四五頁注(四))

**D. 16, 3, 33.** *Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatum.*

**D. 16, 3, 34.** *Idem libro secundo pithanon (Derselbe im 2. Buch der Übersetzungen Rechtsätze)* [ユーン語新訳による S. 354.]

„Hat der Verwahrer die Sache nur gegen Geldzahlung zurückgegeben, dann kann diese Summe nach Ulp. D. 12, 5, 2, I kondiziert werden. Labeo gibt hier auch die a. depositi.“ (Kaser, *Quanti ea res est*, S. 71f.)

(2) The Digest of Justinian, Latin Text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger, English translation edited by Alan Watson, Vol. 1-Vol. 4, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania, 1985.

(3) Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, Mit Beiträgen von Herbert Hausmaninger, Heinrich Honsell, Karlheinz Misera, Klaus Luig, Frank Peters, Wilhelm Simshäuser, Andreas Wacke, Karl-Heinz Ziegler und Reinhard Zimmermann, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995-. D. 16, 3 ㉔ Rolf Knütel.

(4) ヲ・**Gai. 4, 47** に関連の記述がある。「然れども大判官は或種類の事件に付ては法律問題方式と事実問題方式との両者を併設せり、例へば寄託訴訟及び使用貸借訴訟の如し、次の如くに記載するものは法律問題方式とす、即ち「某を以て審判人



とす、甲某が銀卓を乙某に寄託したり而して是に付て本事件は起れり、此事の爲めに乙某が誠意上より何物をか甲某に与え又は甲某の爲めに何事をかなすべきに於いては、若し銀卓を返還せざる以上は、審判官は乙某をして甲某に与え又は甲某の爲めになすべきことを判決すべし、若し明白ならざるに於ては之を免訴せよ」、然れども若し次の如くに記載するときは事実問題方式とす、「某を以て審判官とす、若し甲某は銀卓を乙某に寄託したること及び乙某の詐偽の爲めに返還を得ざること明白なるに於ては審判官は乙某をして其目的物の価額に相当の金額を甲某に支払はしめることを判決すべし、若し明白ならざるに於ては之を免訴せよ」、使用貸借に付ても類似の方式あり。」(末松謙澄『ガイウス羅馬法解説 参版』大正十三年・帝国学士院・四三六頁・引用に際して漢字を変えた部分がある)

訳に続いて解説があり、「ム本注に曰く本項に謂ふ所の二方式併設の理由は之を説明せんとしたる者多きも遂に成功せし者なし」と始まる。

たとえは、Max Kaser: *Quanti ea res est*, op. cit. S. 69ff. かの問題を論じらる。

また、事実問題方式(現在は方式書と訳されていることが多いと思う)はじつものものである。

IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAM. QUE DOLO MALO N. NEGIDI A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, ... QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLUTO. (Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3. Aufl., Leipzig, 1927, S. 289. 参照。下線が岡田氏の注)

Otto Lenel の Jurists Uprooted, Edited by Jack Beatson and Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2004, p. 46. ("Otto Lenel (1849-1935), Professor Emeritus of the University of Freiburg im Breisgau and the man whose work marked the commencement of a new era of Roman law scholarship, was regarded, throughout the world, as the preeminent contemporary scholar in his subject"), p. 253-. ("The most important thing to happen to the advanced study of Roman law in England in the twentieth century was that Lenel's teaching and Lenel's concern for the foundations of the subject were transmitted through David Daube to everyone who came in contact with him..... Putting interpretations aside, there were two aspect of Lenel's work which were of first importance for the understanding of the development and operation of Roman law in its first life. These lived on in Daube and, through him,

in his pupils. First and crucial, *palingenesia* and the significance of context. Justinian's Digest is the law library of the classical period — approximately the first two-and-a-half centuries AD — compacted and preserved in the sixth as a huge anthology of experts. *Palingenesia* involved returning its contents as nearly as possible to their original state:.....”

“Secondly, the centrality of the *edictum perpetuum*. Much of Lenel's life was spent reverse-engineering the commentaries *ad edictum*, in order to reconstruct the words of that which was being commented upon.”)

□ トーストヤーニトースト界の轉法變遷 (Codex) の第四卷第三四章のターナーの DEPOSITI について

C. 4, 34, 1. Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliquid specialiter convenit, paestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desit possidere, non restituntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit. (a. 234)

γ' incursu ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊕ Incurrere ㄨㄨㄨㄨㄨ' **incursus s. incursio, Einfall, Ueberfall** : inc. hostium, latronum, praedonum (l. 18 pr. D. 13, 6:.....l. 1 C. 4, 34.)

□' detrimentum ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ㄨㄨㄨㄨ'.

ㄨ' praetextu ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊕ praetextus ㄨㄨㄨㄨ'.

11' latrocinii ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊕ **Latrocinium** ㄨㄨㄨㄨㄨ' **Straßenraub** (l. 4 § 2 D. 10, 2:.....l. 1 C. 4, 34).

ㄨ' fortuiti ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊕ fortuitus ㄨㄨㄨㄨ'.

ㄨ' Index interpolationum : Albertario, Bull 25 (1912) 23 (Studi di dir. IV 252) Albertario, Introduzione 44sqg Albertario, Studi di dir. IV 102 n 1 Albertario, Ann. Per. 31 (1919) 78 n 2 Albertario, Athenaeum NS 6 (1928) 329 (Studi di dir. V 420) De Ruggiero, Bull 19 (1907) 66 n 1 (67) Binding, Normen II<sup>2</sup> 2, 724 n 25 Bonfante, Ist<sup>10</sup> 102 n 1 Bonfante, Storia II 134 n 11 Chiazzese, Ann. Pal. 16 (1931) 210 et n 2; 308; 311; 319; 420 et n 2; Guarneri-Citati, Scr.

Innamorati 48 Huschke, Jurispr. antejust. 680 n 4 Kist, Eigendoomproces 144 Krüger P., Festg. Güterhock 249 Last, Jher. Jb. 62 (1913) 142 Loncaio, Ann. Pal. 5 (1917) 92 Longo, deposito (Corso) 37 Rotondi, Arch. giur. 83 (1909) 278 Schulting, Jur. vet. antejust. 771 Siber, Pass. leg. 20, 65 Stintzing, Festschr. Wach II 5 n 3 (6)

C. 4, 34, 2. (a. 238) Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. (a. 238)

„Die hellenistischen Rechte dagegen unterscheiden dieses Geschäft, das im Interesse des Geldgebers, nicht des Nehmers, geschlossen wird, vom Darlehen und sehen darin einen Verwahrungsvertrag besonderer Art, bei dem der Verwahrer das hinterlegte Geld für sich benutzen darf und als Entgelt dafür Zinsen schuldet. Unter diesem Einfluß hat wohl schon das spätclassische Recht einen gleichartigen Verwahrungsvertrag anerkannt, bei dem der Verwahrer nach Maßgabe der *bona fides* zue Zinzahlung als Entgelt für die Kapitalnutzung verpflichtet ist.“ (Kaser, RP I, S. 536.) „Zu Verzugs- und Verwendungszinsen aus unerlaubten Gebrauch des Geldes s. Gord. C. 4, 34, 2-4.“ (*Ibid.* Ann. 17.)

C. 4, 34, 3. Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos convertit, etiam furti delicto succedit. (a. 239)

Υ· gratulari ㄷㄱㄴ· Heumann/Seckel ⊙ **Gratulari** ㄹㄷㄹㄷ° **seine Dankbarkeit bezeigen, danken** (I. 3 C. 4, 34).

ρ· „Die severisch-antoninischen Reskripte, aud die a. furti (D. 47, 19, 3), teils gar nicht auf Aktionenkonkurrenz (C. 6, 2, 1), und das Reskript Gordians in C. (3, 32, 6+) 4, 34, 3 stellt die Kumulierung der a. furti nicht in Abrede.“ (Levy, Kokurrenz II, S. 96.) ㄹ의部分に詳しく는注がぬ。

κ· Liebs, Klagenkonkurrenz, S. 91, Ann. 27 ㄷㄱㄴ· 雜註 **D. 16, 3, 29.** ㄹㄷㄹㄷ°

π· Index interpolationum: Guarneri-Citati, Riv. it. sc. giur. NS 1 (1926) 126 et n 22

C. 4, 34, 4. Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare: sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri:

non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur.

イ。「問答契約によって発生した利息債権は元本債権とは独立であり、後者とは別の訴訟によって請求される。それ以外の訴訟ことに誠意訴訟では、審判人は判決額に果実または利息を算入することができる。かような果実または利息の請求権は、元本債権発生原因の外に当事者の間に締結される契約によるものではないので、請求表示にはこれを請求する旨の表示はなく、元本債権にもとづいて審判人がその義務としてかかる請求権を認めるものである (usurae quae officio iudicis praestantur)。かかる果実または利息の請求権は元本債権から発生し、後者の一内容をなすものであり、原告が訴訟によって請求し得る利益の一部をなすもので、元本債権と別の訴訟によって制裁されることはない。」(船田『ローマ法・第三卷』五一頁)この文末に注がある。「勅、四・三四・四(ゴルデアヌス)。」

「法源が債務関係中に存する利息 (usurae quae in obligatione consistunt) 及び審判人の職権で給付せられる利息 (usurae quae officio iudicis praestantur) と記すものや、独立に訴権のあるものとなないものの区別で……」(原田『ローマ法』一五六頁)

ロ・ Kaser, II, S. 536, Ann. 17. を参照せよ。

ク・ Levy, Konkurrenz, II, S. 96, Ann. 6 を参照せよ。

11・ Index interpolationum : Beseler, ACII I 344 Biondi, Ann. Pal. 7 (1918) 42 Guarneri-Cirati, Bull 33 (1923) 214 n 1 Jörs, RPR 155 n 3

C. 4, 34, 5. Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum adversario tuo dicis, ut residua pecunia quae ex conductione debebatur dissoluta ea reciperes, si id quod placuerat implesti, sequestrem potes convenire. quamvis autem haec reddita non fuerint, tamen adversus eum a quo fundum conduxeras, si omnes quod ex hoc contractu debebatur reddidisti, ipsis solutionibus tutus es. (a. 259)

Υ· sequestrem 219 220 堀田 D. 16, 3, 7. を参照せよ。

ロ・ Index interpolationum : Albertario, Studi di dir. II 155 n 1 (157)

C. 4, 34, 6. Is, penes quem utrasque partes transactiones vel alia instrumenta commendasse dicis, legem qua haec sus-

cepit servare necesse habet. (a. 293)

C. 4, 34, 7. Desiderium tuum cum rationibus iuris non congruit. nam si custodiam pecuniae auscepisti. quam aliis a te datam instrumentum, quo hanc tibi reddi conscriptum profiteris, arguit, solutionem eius competentem improbe recusas.

Υ· conscriptum ㄩㄨㄣㄣ' Heumann/Seckel ㊦ **Conscribere** ㄨㄣㄣㄣㄣ' **instrumentum** (l. 17 C. 4, 29. l. 7 C. 4, 34)

ㄨ· profiteris ㄩㄨㄣㄣ' Heumann/Seckel ㊦ **Profiteri** ㄨㄣㄣㄣㄣ'

C. 4, 34, 8. Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam eius successores teneri tibi certissimum est. adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit, nisi nummi extant : tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes. (a. 293)

Υ· nummi ㄩㄨㄣㄣ' Heumann/Seckel ㊦ **Nummus** ㄨㄣㄣㄣㄣ'

ㄨ· extant ㄩㄨㄣㄣ' Heumann/Seckel ㊦ **Exstare** ㄨㄣㄣㄣㄣ'

C. 4, 34, 9. Cum hereditas personam dominae sustineat, ab hereditario servo, priusquam patri vestro successeritis, res commendatas secundum bonam fidem ab eius qui susceperat successoribus apud rectorem provinciae petere potestis. (a. 293)

Υ· rector ㄩㄨㄣㄣ' Heumann/Seckel ㄨㄣㄣㄣㄣ'

ㄨ· Kaser, RP I, S. 721, Anm. 14. ㄨㄣㄣㄣ' RP II, S. 535, Anm. 4. ㄨㄣㄣㄣ' 相続人の法的地位 (Die Rechtsstellung des Erben) ㄨㄣㄣㄣ'

ㄣ· Index interpolatiorum : Bonfante, Corso VI221 Bonfante, Glück Pand XXIX, 1 403 Di Marzo, St. Scialoja II 65 Rabel Grundz. 229 n 1 Taubenschlag, RPR 213 n 2

C. 4, 34, 10. Qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus ad eius restitutionem cum infamiae periculo arguetur. (a. 294)

Index interpolatiorum : Chiazzese, Ann. Pal. 16 (1931) 150 et n 1 Thon, ZRG 2 (1863) 303 et n 58.

C. 4, 34, 11. Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi

et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.

Υ' ilico ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ' (Lieblingsausdruck Justinians)°

□' hypothecarias ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊖ Hypothecarius ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'°

ㄨ' perfidiam ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊖ perfidia ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'°

“Giustiniano inoltre vieta al depositario anche gratuito di opporre in compensazione propri controcrediti (Cl. 4, 34, 11, a. 529; un precedente, probabilmente postclassico, in PS. 2, 12, 12” (Pugliese, Istituzioni, p. 889. p. 923 → ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ°)

Kaser/Hackl, ZP, S. 583f. Ann. 9. ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'°

1. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerissime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitima actione integrae ei reserventur.

Wieacker, Textstufen, S. 217 ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'°

2. Quod obtinere sicut iam dictum est oportet et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur.

Υ' celebrata ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊖ Celebrare ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'°

□' fronte ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ⊖ Frons ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'° **sofort, sogleich** : pr. f. restitui (l. 11 C. 4, 34).

3. Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepit ab alio transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iurisiurandum adfirmaverit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praesita res depositas quantocius recuperare. (a. 529)

Υ' attestatio ㄩㄩㄩㄩ' Heumann/Seckel ㄨㄨㄨㄨㄨㄨ'° **schriftliche Ankündigung, Anzeige** (l. 11 C. 4, 34...).

C. 4, 34, 12. Supervacuum veterum differentiam e medio tollentes, si quis certum pondus auri vel confecti vel in mas-



- (6) Heumann/Seckel : Signaculum 及び Siegel, Petschaft (§ 3 I. 2, 10. 1. 1 § 36 D. 16, 3 interp.) 及び Seckel。
- (10) Heumann/Seckel : Gebäude, und zwar a) ein den Göttern geweihtes Haus, Tempel, z.B. in aede deponere aliquid (…….1. 1 § 36 D. 16, 3) 及び Seckel。
- (11) Julius Wilhelm Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, Entwicklung der prozessualischen Erscheinungen, die durch den Einfluß mehrerer Rechtsstreitigkeiten auf einander hervorgerufen werden, Göttingen, 1844. S. 173, Anm. 14 及び Seckel。
- また、関連文献の一例として、Max Kaser, Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1935 (補註) 及び Seckel。
- その他、多数の関連文献があるが、それらについては後述する。
- (12) 船田『ローマ法・第三卷』六二〇頁・注(一)。
- (13) Heumann/Seckel の *satisdatio* 及び *Sicherheitsleistung* durch Bürgen 及び Seckel。
- 「……がもつて手続は原告と被告とが和解を為さぬとあり行なわれ、被告は保証人を設置して特定の期日に弁済すべきことを約し (*satisdatio*) ……」(船田『ローマ法・第五卷』九二頁) をもとに用いられたりする。原田・前掲書も参照せよ。
- (14) 船田『ローマ法・第三卷』六二〇頁注(一)。

„Die Hinterlegung des geschuldeten Gegenstandes wird vom Fürsorgestaat stärker unter seine Aufsicht genommen. Daß sie an öffentlicher Stelle geschehen muß und ausnahmsweise betreffende Wirkung haben kann, geht vielleicht schon auf Diokletian zurück.“ (Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Zweite neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, S. 443.) … Wirkung haben kann の語句は *deponere*、Diocl. C. 4, 32, 19, 4 und 8, 42, 9 sind allerdings von stark bezweifelter Echtheit, ebenso zu Ulp. D. 16, 3, 1, 36“ (引用された研究文献は各略した) 及び Seckel。船田教授が Kaser の同書(初版)を引用されたこと。

C. 4, 32, 19, 4.

*Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias.*





3. 役権の給付は不可分であるという点について

a. 前掲の原田教授の説明に、「役権の給付は不可分である」という部分があり、「二三〇(2)」が指示されているので、つぎにこれを見る。

「不動産役権は要役不動産の全部の利益又は負担に於て存在する。共有者の全部によるのでなければ、役権を取得し——一人のみの取得で、他に対して利益を均霑せしめることはできない(反対民二八四条)——、設定し、消滅せしめることを得ない。所謂役権不可分の原則——役権は分割せられることを得ず (servitutes dividi non potest)——である。固より不動産の形体の一部については、設定或いは消滅を妨げない。」<sup>(1)</sup>

この説明の前提として、「不動産役権 (servitus praediorum) (民法の地役権) は、要役不動産 (praedium dominans) と承役不動産 (praedium serviens) の存在を前提とする。」と書かれている。

b. 船田教授によるつぎの説明がある。

「役権は分割できない。要役地または承役地が分割されるときは役権は分割されず、役権または役務は分割された土地に追隨する。共有者はその持分についてだけ役権を設定することを得ない。役権は一部について消滅することはない。役権は土地の観念的一部のためにまたはかかる一部の上に設定されることを得ない。但し、要役地所有者が承役地の共有者となり、または逆に承役地所有者が要役地の共有者となるときは、役権は一部について存続する。」<sup>(4)</sup>

(1) 原田『ローマ法』一一四頁以下。

(2) Heumann/Seckel: *Servitus 3) Servitut, Dienstbarkeit einer Sache, d. h. das Rechtsverhältnis, wonach dieselbe in bezug auf einzelne Nutzungen einem anderen als dem Eigentümer unterworfen ist* (I. 5 § 9 D. 39, 1: .....)— sei es, daß dieses Verhältnis zum Vorteil einer bestimmten Person (servit. *personarum, hominum*) oder des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Grundstücks (servit. *rerum, praediorum*) besteht (I. 1 D. 8, 1: .....); .....; und zwar bezeichnet der Ausdruck sowohl das durch dieses Rechtsverhältnis begründete **Recht**: *servitutum adquirere*, ..... (I. 8 § 1. 1. 11. 12 D. 8,

1.....); als auch die daraus entspringende **Belastung**, z.B. servitum **imponere** (l. 2. 8 pr. 19 D. 8, 1....); servitus **servituti** esse non potest (l. 1 D. 33, 2).

掲げられたる条文のよからし条文をいかに引用す。

**l. 5 § 9 D. 39, 1. Ulpianus libro quinquagesimo secundo ad edictum.** Et belle Sextus Pedius definit triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem aut publicam aut impositiciam : naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, publicam causam, quotiens leges aut senatus consulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur, impositicam, cum quis postea, quam servitum aedibus suis imposuit, contra servitum fecit. (上巻の題より)

ルヤの語彙 : .....aus einer auferlegten, wenn Jemand, nachdem er sein Recht geschmälet, und das eines Andern erweitert hat, d.h. nachdem er sein Gebäude mit einer Dienstbarkeit belastet hat, etwas der Dienstbarkeit Zuwiderlaufendes unternommen hat. (übersetzt von Dr. C. Feust in Fürth, unter Redaction des Dr. Carl Friedrich Ferdinand Sintenis. 上巻の題より)

**l. 1 D. 33, 2. Paulus libro tertio ad Sabinum.** Nec usus nec usus fructus inneris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servituti esse non potest : nec erit utile ex senates consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit. sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi facultatem praestet aut ea servitus constitutur sub hac cautione, ut, si deceserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restitatur. (上巻の題より)

ルヤの語彙 : Weder der Gebrauch, noch der Niessbrauch eines Fusssteigs, einer Ueberrift, eines Fahrwegs und einer Wassereinleitung kann vermacht werden, weil eine Dienstbarkeit an einer Dienstbarkeit nicht Statt finden kann. Auch der Senatsbeschluss, wodurch bestimmt wird, dass der Niessbrauch von Allen, was sich im Vermögen befindet, vermacht werden kann, bewirkt hier keine Rechtsgültigkeit, weil ein solches [Vermächtniss] weder im Nachlasse, noch ausserhalb desselben sich vorfindet. Allein dem Vermächtnissinhaber wird eine Klage des Unbestimmten gegen den Erben zustehen, ihm, so lange er lebt, das Recht zu verschaffen, dort zu gehen, Vieh zu trieben oder zu fahren, oder

ihm eine dergleichen Dienstbarkeit unter der Verpflichtung auszuwirken, dass sie nach dem Tode des Vermächtnissinhabers, oder wenn derselbe die grosse Veränderung seiner Standesrechte erleidet, weiter fortfallen solle. (übersetzt von Oberlandsgerrichtsrath Jungmeister in Naumburg, unter Redaction des Dr. Carl Friedrich Ferdinand Sintenis. 下線は岡による)

「遺言人の財産に属する不動産役権の用益権が遺贈されたときは、かかる遺贈は役権行使の権能の遺贈として有効とされた。」(船田『ローマ法・第二卷』五八〇頁)

- (3) “A servitude was a proprietary right involving the use — such as a right of way — of the property of another person. Such property can be described as ‘the servient thing’ because it was subject to a burden in favour of the holder of the servitude. A servitude was an incorporeal thing but could exist only over corporeal property — it was not possible to have a servitude over a servitude (eg. a right of way over a right of way).” (Andrew Borkowski, Textbook on Roman Law, Second Edition, Oxford University Press, 1997, p. 169-70.) 以下、明快に整理された説明がなされている。

- (4) 船田『ローマ法・第二卷』五五三頁。注(十六)に D. 8, 1, 11 (Modestinus) が、注(七)に D. 8, 3, 27 (Iulianus) が引用されている。