

紹介 ピッサール『ローマ法における先決問題』（一）

著者	岡 徹
雑誌名	関西大学法学論集
巻	60
号	6
ページ	1415-1408
発行年	2011-03-10
その他のタイトル	Hippolyte PISSARD, Les questions prejudicielles en droit romain, Paris, 1907(1)
URL	http://hdl.handle.net/10112/4817

〔紹介〕

ピッサール『ローマ法における先決問題』(一)

岡 徹

序

1. ハルボルト⁽¹⁾ Hippolyte PISSARD, *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, 1907 を紹介し、また⁽²⁾ 検討せるものがある。
 Leopold Wenger⁽¹⁾⁽²⁾ (1874-1953) は⁽³⁾本書の書評がサヴォニー雑誌にある(一九〇九年。SZ, RA, 30, S. 487-489)。Leopold Wenger は⁽⁴⁾ Graz, Wien, Heidelberg, München 大学教授を(こゝに) Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, München, 1925 (本書にはイタリア語訳(一九三八年)および英語訳(一九四〇年)がある) Die Quellen des römischen Rechts, Wien, 1953 などの著作がある (Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* の Abkürzungsverzeichnis にて「ワのほかに」 Zur Lehre von der actio iudicati (Graz 1901) がある) Prator und Formel (SBerBayerAk., München 1926) がある(以下略)。

Wenger は⁽⁵⁾その書評の冒頭において「このピッサールの著書はジラルド (Girard) 学派から出たものである、この学派は、今や、ローマの訴訟について数多くのすぐれた業績を生み出している、という趣旨のことを書いている。⁽⁴⁾しかしながら、後に述べるところも参照されたい。ヴェンガーは、ピッサールの著書を批判しているのである。」

2. ピッサールの本書が、おおよそ、つぎの構成である (p. 239-242 の TABLE DES MATIÈRES 参照。コチックおそれによ
る)。

Avant-Propos

p. 1-2

Chapitre Préliminaire

p. 3-17

Chapitre Premier. — Hypothèses sur les questions préjudicielles au temps des actions de la loi.

p. 18-24

Chapitre II. — Les *praejudicia prohibés*. — Le décret et l'exception préjudiciels.

p. 25-41

Chapitre III. — Les *praejudicia prohibés (suite)*. — Principes et conditions d'application

de chacune des trios exceptions préjudicielles.

p. 42-110

Chapitre IV. — Les *praejudicia prohibés (suite)*. — Sanction et effets des exceptions préjudicielles.

p. 111-147

Chapitre V. — Les *praejudicia prohibés (suite)*. — Le décret préjudiciel.

p. 148-198

Chapitre VI. — Les *praejudicia obligatoires*.

p. 199-224

Chapitre VI. — Disparition du système des *praejudicia prohibés*. — Conclusion.

p. 225-232

3. ピッサールは、序文 (Avant-Propos) の最初につぎのように書いている。

「ローマ法が世界中にその地歩を固めた数世紀以来、注釈者たちが研究をなさなかつたようなローマ法の広大な領域というものは、ほとんど存在しない。つまり、そこに新しい主題を見つけるのは、極めて困難なのである。にもかかわらず、ローマ法学者たちが先決問題の全体についての理論をうち立てようと試みたことは、ほとんどないといってよい。わずかに、昔の Raevardus (オドボ) O. Bülow 氏を挙げ、⁽⁵⁾のみである。」

ピッサールの BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE (1)⁽⁹⁾ に文献が掲げられている。

ピッサール『ローマ法における先決問題』(一)

六九 (二四一四)

Raeyardus. — *De praejudiciis*, liv. I et II dans ses oeuvres complètes, éd. Francfort, 1601.

O. Bülow. — *Dissertatio de praejudicialibus formulis*, 1859.

— *Dissertatio de praejudicialibus exceptionibus*, 1863.

— *Die Lehre von den Prozessreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1868.

ピッサールは、この先決の問題があまり議論されてこなかったということを言っており、一六〇一年のラエウアルドウスと一八五九年・一八六三年・一八六八年のビューローの業績を掲げているのである。

研究成果が少ないということは、問題の解決が難しいということを意味しているかもしれない。この点については、ピッサールは、つぎのように述べている。

「だが、先決問題の完全な理論を構築することは可能だろうか？ ——われわれの知るところでは、ユースティニアヌスの編纂者たちは、*Corpus* において、この制度に関連のある散在的な断片 (*des fragments épars concernant cette institution*) と、非常に抽象的であり、また技術的でもある法のある部分において、わずかの光を投げかけるにすぎない文学的なテキスト (*les textes littéraires*) を残しているだけである。

私は、可能なすべての部分をそこから引き出すために、それらの証拠をそれらが書かれた時代へと置きかえるように努める。この領域の大きな危険、それは——多かれ少なかれ無意識のうちに——ローマ法を決定的なものとして定められた立法であると考えることである。これに対して、私は、発展段階を体系的に論ずることに努め、また、思想の進化に注目することに努めるつもりである。これをひと言でいえば、法の歴史の研究をするよう努めるといふことである (*Nous avons essayé au contraire de sérier les étapes, de marquer l'évolution des idées, en un mot : de faire de l'histoire du droit.*)。

いずれにせよ、私はわが法学部の同僚諸氏の範と助言にならうとすぎない。私は、このことによくやうやく敬意を表する次第であり、また、私をこの作業へと向かわせてくださった Girard 教授に対して、とくにそうである。⁽⁷⁾」

4. しかし、このピッサールの研究は、前述の Wenger の書評（一九〇九年）によって直ちに、攻撃されたのである。これについて Hackl が、このように書いている（一九七六年）。

„Mit ‚Les questions préjudicielles en droit romain‘ hat Pissard 1907 die wohl umfangreichste Monographie über das vorliegende Thema veröffentlicht. Seine Thesen sind jedoch zum Teil sofort angefochten worden, zum Teil sind sie an Hand der Forschungsergebnisse der Prozeßrechtsgeschichte, aber auch des materiellen klassischen Privatrechts der Römer neu zu überprüfen.“⁽⁸⁾ (S. 27. 下線を固くする。) の下線部は、Vgl. Wenger, SZ 30 (1909) 487 ff. と同じ注が付けられたところの（p. 89）

5. そうではあるが、Hackl の記述にも見られるように、またピッサール自身の言葉にあるように、ピッサールの研究は、les questions préjudicielles の歴史的な角度からの研究としての意義を有することは今日も認められていると思われる。

6. ところで、Hackl は、ピッサールを分析する直前に、ビューローについて次のように分析している。

„... Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen“⁽⁹⁾ (1868), weniger der historischen Erfassung dessen, was die römische Klassik oder die Folgezeit unter *praeiudicium* verstanden haben, als vielmehr der geschichtlichen Untermauerung seiner Anschauungen über das *Prozeßverhältnis*⁽¹⁰⁾ des „heutigen römischen Rechts“, also des gemeinen Zivilprozeßrechts.“ (Hackl, S. 27.)

もし、この Hackl の記述の意味が、Bilow は当時の現行法の解釈論としての Prozeßverhältnis 論の構築に関心があったので、古代ローマ法それ自体の研究に力が注がれていたわけではない、ということであるとすれば、その理解は誤りであると私は考える⁽¹¹⁾。

- (1) Festschrift für Leopold Wenger, zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern, Ersterband, 1944 & Zweiter Band, 1945, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung が出版された。第一巻に **LEOPOLD WENGER, EIN HALBES JAHRHUNDERT RECHTSGESCHICHTLICHER ROMNISTIK**, Ein Rückblick, Von Paul Koschaker が著 (S. 1.-S. 9.)。
 - (2) 船田亨二『ローマ法・第五巻』がヴェンガーに就いて論じている (七頁)。同『第一巻』の「はじめ」参照。
 - (3) Dieter Simon (Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß, C. H. Beck, München, 1969, S. 1.) の本書に対する評価は興味深い。„Die bereits 1925 erschienenen „Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts“ von L. Wenger mußten, da Wenger klassische Kognition sowie nachklassisches und justinianisches Verfahren in einem Abschnitt (2. Abteilung: Das amtliche Kognitionsverfahren) zusammenfaßte, die späteren Entwicklungen notwendig sehr kursorisch behandeln und konnten schon deshalb nicht über Bethmann-Hollweg hinausgelangen.“ Sehr kursorisch といふのは、#1)と#2)を敵対する表現ではないだろうか。
 - (4) „Auch diese Arbeit stammt aus der Schule Girard's, die jetzt in manchen dankenswerten Arbeiten sich um den römischen Prozeß bemüht.“
 - (5) P. 1.
 - (6) P. 237-238.
 - (7) P. 1-2.
 - (8) Karl Hackl, PRAEIIDICIUM im klassischen römischen Recht, Anton Pustet Salzburg · München, 1976. S. 27.
 - (9) 本書は、イェーリントに捧げられた。„Rudolf Jhering in Verehrung und Dankbarkeit gewidmet, als eine Erinnerung an das Zusammenleben mit dem Verfasser in Gießen.“
 - (10) これは間違っているのではないだろうか、と私 (＝岡) は思う。
 - (11) イ・本誌第五九巻五号二六三頁および二六七頁は、Dieter Simon が Bülow の研究を評価していることを引用した部分を参照せよ。
- ロ・また、船田教授がゴルトシュミットに言及されていることについて船田『ローマ法・第五巻』八頁を参照されたい。

Steffen Schlinker, *Litis Contestatio Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2008 46' フォルツェンミットに何度も言及している。

これらは、ゴルトシュミットが、ローマ法に関心があることを示している。

第一部

1.⁽¹⁾ ピッサールは、まず、序章 (Chapitre Préliminaire)⁽²⁾ において、用語を明らかにしなければならないと言う。

「ローマ法における先決問題の理論よりも大きな理論の全体に取り組む場合、われわれの法律概念をローマに移しかえたり、また、古い制度をわれわれの構成の枠内にむりやり持ち込むことによってデフォルメしなくなったりするものである。最も困難な課題は、おそらく、問題をローマの見地にうまく置くことである。

われわれは、まず、先決問題の領域を一瞥し、そして、われわれの用語を確定しなければならない (Nous devons.....

fixer notre vocabulaire.)」(p. 3.)

(1) この番号は原著にはなく、岡が付けたものである。

(2) P. 3-.

2. ピッサールは、続いて、「先決問題 (les questions préjudicielles)」の用語の検討に入る。

「最も広い意味での定義を用いるならば、ある問題は、それが他の問題よりも先に判断されねばならぬという場合に、後者との関係で先決である (une question est préjudicielle par rapport à une autre)。われわれが、このほんやりとした表現を用いるのは、わざとである。そのような訴訟は、他の訴訟が提起されるか、あるいは単に判決される前に解決されなければなら

ない、と考えることができる。ローマでは、判決における先決の問題が存在するにすぎない⁽¹⁾。」(p. 3.)

(1) 「理論的理由から、Bulow氏は、抗弁によって規律される場合においては、訴訟において先決問題が問題となっていないければならなかったと主張し、そして、たとえば、不動産返還請求 *la revendication d'un immeuble* は、役権引渡し訴訟 *l'ac-tion confessorie de servitude* の前に開始されていなければならないと主張する。実際問題として、この見解は価値がない。原告が、返還請求をおそれて役権引渡し訴訟をする場合 (D, 44, 2, 16)、後者は法務官 *Præteur* によって受け入れられ、また、争点決定 *litis contestatio* へと委ねられる。というのは、先決 *praesudicium* の問題は抗弁によって提起されるにすぎないからである。——実際、法務官が命令によって訴訟の秩序を規律する場合についても、事情はまったく同じである。ある市民が、ある個人に対して自由の訴訟を提起する場合、この個人は、*une action d'injures* によって反撃することができる。この訴権は、斥けられるどころか、即時の争点決定 *litis contestatio* の理由となるが、この訴訟は、第一の訴訟の決着がつかまで延期されなければならない (D, 40, 12, 24, pr., 26)。——もっと正確には、私がこの法文について与えるであろうコメントを参照せよ。」(p. 3, n. (1)) 船田『ローマ法・第二巻』一四六頁注(二)を参照。

3. ピッサールは、さらに言う。

「われわれは、ローマの体系と現代の立法とのあいだに綿密な対照を行なうことはできないが、しかし、法律的理念の進化に注意するために、一般的理念に注目することは重要である。実際の法律においては、一つの訴訟が、通常は、副次的な訴訟の多数を生じさせ、そして解決する。それゆえ、先決問題は、しばしば、すでに係属中の訴訟の一部である。人は、そこでそれを別々に解決するために切り離して考える。たとえば、刑事訴訟において、たまたま、所有権の問題あるいは行政法の問題が提示されたと考えてみよう。ただちに、裁判官はその審理を一時停止しなければならず、また、問題が民事裁判所あるいは行政裁判所において解決されるまで待たなければならない。この点についてローマでは異なっていた。法律訴訟の体系の組織において重要な役割を演じ、また、和らげられたかたちで歴史の終わりまで存続する基本的原理は、一つの訴訟は一つの問題

を解決しようにすぎない、⁽¹⁾ということである。：それゆえ、先決 *praeventiva* の理論は、形式で独立している訴訟の優先性を規制する目的のみをもつ。⁽²⁾ 《先決問題 question préjudicielle》という語は、現代的である。：ローマは、《先決訴訟 *processus préjudiciale*》を知っていたことである。⁽³⁾」(p. 4)

(1) 「私に、この点について、Ihering, *Geist. liv. II, 1^{re} part., tit. III, ch. II, sect. 3, §§ 61 et 62* の有名な論述を指示する。」(n. (1))

(2) 「けれども、私が先決訴権について語ること (chap. VI) に注意する必要がある。」(n. (2))

(3) 「フランスにおける先決問題については：刑事訴訟につき、Garraud, *Droit penal*⁷, pp. 469-581 を、民事訴訟につき、Garçonnet, *Traité de procedure*², t. II, p. 412 et ss. を参照せよ。」(n. (3))