

クヤキウスとアーフリカーヌスとユーリアーヌス（ 二）

著者	岡 徹
雑誌名	関西大学法学論集
巻	61
号	3
ページ	844-822
発行年	2011-09-30
その他のタイトル	Jecques Cujas, Africanus et Iulianus (2)
URL	http://hdl.handle.net/10112/6547

クヤキウスとアフ리카ーヌスとユーリアーヌス (二)

岡 徹

(1)

1. *Nec (ut testatus iam sum 7. Obs.) Lampridio fide habeo, Africanum reponenti sub imperio Alexandri. Modestinus consulit Vlpianum, l. si quis uxori. D. de fur. Rufinus Paulū l. 4. D. quib. ad li. proc. non lic. Attilicinus Proculu. l. Attilicinus. D. de pact. dot.*

最初の *Nec (ut testatus iam sum 7. Obs.) Lampridio fide habeo, Africanum reponenti sub imperio Alexandri.* の部分については、*Observationes et Emendationes* に関する論文を書くの⁽²⁾で、その⁽³⁾で言及する。

アフ리카ーヌスがユーリアーヌスの⁽²⁾生徒であったろうということは既に述べられている。

イ. クヤキウスは、モデスティーヌス⁽³⁾がウルピアーヌスの生徒であることを述べる。その史料として次の条文が引用されている。

クヤキウスとアフ리카ーヌスとユーリアーヌス (二)

三一 (八四四)

l. si quis vxori. D. de fur. (*Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum*)

..... 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. (下線が岡による)⁽⁴⁾

リープスは、この点について、次のように書いている⁽⁵⁾。(一九七二年)。

„Der letzte und von Hermogenian anderweit auch benutzte Spätklassiker, Modestin, Ulpianus studiosus, wie dieser selbst sagt, ...“

ホーマンは、studiosus の語について論じており⁽⁷⁾。(一九八九年)、右の条文が引用される。

“The decisive case is *Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi* (D. 47. 2. 52. 20)—Ulpian replying to his pupil Modestinus.”

すなわち、モデステイヌスはウルピアヌスの pupil であると言われている⁽⁸⁾ (ホーマンは studiosus の意味について異なる見解も引用し検討している)。

ロ・パウルス⁽⁸⁾の生徒のリキニウス・ルーフィニウス⁽⁹⁾について。

クヤキウスは、Rufinus Pauli l. 4. D. quib. ad li. proc. non lic. を引用している。

Paulus libro duodecimo quaestionum

Licinius Rufinus Iulio Paulo. Is cui fideicommissa libertas debebatur post vicensimum annum veneri se passus

est: quaero, denegandum sit ei ad libertatem proclamare. movet me exemplum cuiusvis liberi hominis: nam et si

consecutus esset libertatem, se vendidisset, denegaretur ei ad libertatem proclamare, nec debet meliori loco intellegi, quod in servitute constitutus passus est se venum dari, quam si esset libertatem consecutus.

ハ・プロクルス⁽¹¹⁾の生徒のアティリキヌス⁽¹²⁾の例。

クヤキウス⁽¹³⁾ Attilicinus Proculū. I. Attilicinus. D. de pact. dot. ⁽¹³⁾を引用する。

Proculus libro undecimo epistularum

⁽¹⁴⁾Attilicinus Proculo suo salutem. Cum inter virum et uxorem pactum conventum ante nuptias factum sit, ut quibus diebus dos data esset, isdem divorzio facto redderetur, post quinquennium quam nuptiae factae sunt uxor viro dotem dedit: divorzio facto quaero, utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet an statuto legibus tempore. Proculus respondit: quod ad diem quod ad diem reddendae dotis attinet, pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, deterio rem non posse: itaque si cautum est, ut propiore tempore, quam legibus constitutum est, reddatur, stari eo debere, si ut longiore, nec valere id pactum conventum. cuius sententiae conveniens est dicere, si pacto convento cautum est, ut quanto serius quaeque et post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur, si propiore, quam in reddenda dote constitutum est, data sit, valere pactum conventum, si longiore, non valere. ⁽¹⁵⁾(下線は岡田氏の)

クヤキウスが、以上の三例をあげているのは、アフリカーヌスとユーリアヌスのような事例が、イ・モデステイヌスとウルピアーヌス ロ・パウルスとリキニウス・ルーフィニウス ハ・プロクルスとアティリキヌスにもみられるということを示すためであると思われる。

クヤキウスとアフリカーヌスとユーリアヌス (二)

- (一) 原書は『法學』にあり。
- (二) „Von den hauptstädtischen Juristen stamen aus Africa: Pactumeius Clemens, Julian, wahrscheinlich African, ferner Tertullian, da er mit dem Kirchenvater identisch sein wird, Cervidius Skävola, Papinian, Messius und Makrin; und von den späteren etwa Alpius.“ (Detlef Liebs, Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu pseudopaulinischen Sentenzen, Zweite Auflage, Dunker & Humblot · Berlin, 2005, S. 15f. 以下は略す)
- (三) „Er war von Oktober 223 bis Oktober 225 Alexanders dritter Libellsekretär. Als solcher verstand er es, die Anfragenden in einer Weise zu bescheiden, dass sie mit dem Eindruck heimkehren konnten, der Kaiser nehme an ihren Sorgen wirklich Anteil.“ (Detlef Liebs, Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München, 2010, S. 73.)
- “... Herennius Modestinus, the highly regarded lawyer from the Greek-speaking east who had connection in northan Turkey.” (Honore, Emperors and Lawyers, p. 104-5.) ケーネルはキチンスキースの『ローマ法』を分析している。
- (四) Kaser, RP I, S. 615, Anm. 6. 以下は略す II, S. 434, Anm. 19 参照。
- (五) Liebs, Klagenkonkurrenz, aaO., S. 238.
- (六) “... Herennius Modestinus, préfet des vigiles entre 226 et 244, qu'on appelle parfois le dernier des juriconsultes classiques.” (Paul Frédéric Girard/Félix Senn, Manuel Élémentaire de Droit Romain, Librairie Arthur Rousseau, 1929, p. 71.)
- (七) Richard A. Bauman, Lawyers, *op. cit.*, p. 36-38.
- (八) “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 [T. Hon.])
- ケネルの『ローマ法』の『ケネルのローマ法』 Honore, Emperors and Lawyers, p. 20. 以下は略す。
- „Die erwähnte Sammlung von Entscheidung des Kaisergerichts stammt von Iulius Paulus, einem Schüler von Cervidius Skävola.“ (Detlef Liebs, Hofjuristen, aaO., 2010, S. 55.)
- Paulus libro sexto ad Plautium*... sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, quid ergo si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos an

exintegro data videbitur? cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevola nostri sententiam: …… (7-
線が通じらぬ)

“…… Paulus war ein freimütiger Kritiker, der sich oft an Autoritäten wie Quintus Mucius Skävola, Labeo, aber auch kaiserlichen Entscheidungen rieb, wobei er zuweilen sehr scharf wurde.“ (Detlef Liebs, Römisches Recht, 6. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 2004, S. 60)

(9) „Als Schüler Paulus gelten … mit großer Sicherheit M. Cn. Licinius Rufinus, der auch durch Inschriften aus Thyateria in Lydien und Thessalonike als Rechtsgelehrter, Konsular und *amicus Augusti* bezeugt ist.“ (Wieacker/Wolf, aaO, S. 146.)

„Marcus Gräus Licinius Rufinus, Schüler des Paulus und in Justinians Digesten mit Bruchstücken aus seinen *Regularum libri XII* vertreten, kennen wir genauer durch Inschriften vor allem aus seiner Heimatstadt Thyatra im westlichen Kleinasien, insbesondere durch eine 1997 entdeckte Statuenbasis mit den wichtigsten Stationen seiner Karriere. ……“ (Liebs, Hofjuristen, S. 70.)

(10) 「リキニウス・ルフィニウスがユリウス・パウルスへ……。」(船田『ローマ法・第三卷』一三六頁注(六)) この注の本文は次である。「期待の売買は売買締結によって完成し、将来その期待が実現せず例えば網に魚がかからずとも、買主は代金支払の責を免れる」ことを得ず、売主は、その期待の実現を妨げぬ限りは、期待が実現せぬことによってその債務を免れるのに対して、期待された物の売買は、その物が現実に存在するに至って初めて完成してかかる物が売買の客体とされ、かかる物の発生は条件の役割を演じたと考えられる。」(Kaser, RP I, S. 549, Anm. 41 参照。)

(11) “a Roman lawyer of the mid-1st cent. AD. perhaps from Spain. . .” (OCD [T. Hon.])
“Proculus: Identification and ideology” (Bauman, *op. cit.*, p. 119-) 参照。 “Our main concern is with Proculus, the man who wrested the headship from Nerva and Longinus and gave his name to the school, but paid for his temerity by a crisis of identity.” (*Ibid.*)

“On sait peu de choses de cet important juriste, contemporain de Nerva. Probablement d’origine modeste, il vécut pendant la première moitié du I^{er} siècle après J.-C. et fut vraisemblablement consul. ……” (Bruno Schmidlin, *op. cit.*, p. 84.)

(12) „ATILICINUS konsultierte den Proculus (D. 23, 4, 17), war also ein Zeitgenosse, vielleicht ein Schüler dieses Juristen“

クヤキウスとアフリカーヌスとユリアーヌス (一)

(Kunkel, aao, S. 129.)

“**Atilicinus** is an author whose name often appears as a member of a string, for example : *Proculus Atilicinus ; Nerva Atilicinus ; Sabinus Atilicinus*. Sometimes the order is reversed, as in : *Atilicinus Sabinus Cassius ; Atilicinus Nerva Sabinus*. Ulpian sometimes inserts *et* between the names. Julian and Paul do not. But clearly all three are directly or indirectly using the same collective source, probably a collection made by Atilicinus himself.” (Honoré, Ulpian, p. 146.)

Ulpianus libro tertio decimo ad edictum Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt : sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbitrium fuerit paratus : nam invitum non esse cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit : ipse autem nihil minus poena absoluitur. (『大業法經』2469°) Lenel, Palingenesia II, S. 488.

Iulianus libro sexto decimo digestorum Qui se debere pecuniam mulieri putabit, iussu eius dotis nomine promisit sponso et solvit : nuptiae deinde non intercesserunt : quaesitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam qui dedisset, an mulier. Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum. sed si, cum sciret se nihil mulieri debere, promississet, mulieris esse actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret. si autem vere debitor fuisset et ante nuptias solvisset et nuptiae secutae non fuissent, ipse possit condicere, causa debeti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei conditicia actione. (『大業法經』2469°) Lenel, Palingenesia I, S. 363.

„Atilicinus, Jurist unter Nero und Vespasian (?), ein Zeitgenosse und Anhänger des Proculus (l. 43 § 5 D. 3, 3. l. 17 D. 23, 4).“ (Heumann/Seckel. 『大業法經』2469°)

(13) „Der Ermessensspielraum der *actio rei uxoriae* schließt auch die Berücksichtigung der mit der *dos*-Bestellung verbundenen *Abreden (pacta dotalia)* mannigfachen Inhalts ein.“ (Kaser, RP, 1, S. 341.)

(14) „Atilicinus an den Proculus.“ (『大業法經』卷1卷：715頁 [M. Robert Schneider/C. E. Otto.])

(15) Kaser, RP I, S. 341, Anm. 43 參照。

2. *Abfuit semper à viris probis, quavis æqualibus, invidia, nec erubuit alter ab altero quod sciret appetere. Cui ergo mirū videditur, si* ³ *consulat Africanus Iulianū, cuius etiam auctoritate vtatur frequēter libris nouem quæstionum? Et verò quū (quod sæpè facit) ita simpliciter scribit, Ait, Existimauit, Negauit, Putauit, Inquit, Respondit, Placet, Notat, non de se (opinor) Africanus intelligit, sed de Iuliano, ³ huius rei argumentum præbet, l. tutor. §. vlti. D. ad Velleia. l. ³ hæc. §. vlti. D. loca. l. 61. D. de fur. vt planè videatur Iulianus Africano esse pro oraculo, vt illis Pythagoras respondentibus, Ipse dixit, vel vt Accursius ait in l. 16. D. de pec. leg.) pro magistro.*

クヤキウスは、アフリカーヌスがユリアーヌスの見解を文章に書くとき、ユリアーヌスがどうしたかということについて、単純化した動詞の表現を用いたという趣旨のことを言っている。

表現の用語として、クヤキウスは、⁽¹⁾ 1. Ait 2. Existimauit 3. Negauit 4. Putauit 5. Inquit 6. Respondit 7. Placet 8. Notat などあげている。

クヤキウスが、これに關係して引用している条文を見よ。

1. l. tutor §. vlti. D. ad Velleia.⁽²⁾

Africanus libro quarto quaestionum

Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequeris, petit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi et stipulanti mihi promisit ignorant, in quam rem mutaretur, atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi: quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio senatus consulti ei prosit. **respondit**

クヤキウスとアフリカーヌスとユリアーヌス (二)

videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec paulo expeditius dicenda, si prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse: ceterum si ante solverim, videndum, utrumne nihilo minus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat et ego tibi codicere pecuniam possim, an vero perinde habendum sit, ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem ac rursus tu mihi in creditum isses. quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic senatus consulto locus non sit: sicuti et cum debitorem suum mulier deleet, intercessioi locus non sit. quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta mulier non obligetur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit, quod certe senatus ferri noluerit. (大文字をよび下線は岡田氏のもの) この条文には、右記の 6. Respondit 2. Existimavit 1. Ait が用いられている。新独訳は、respondit の訳を、„Er [Julian] hat gutachtlich entschieden“ とし、⁽³⁾ ユーリマーヌスの名前を出して ⁽⁴⁾ いる。

私が、⁽⁵⁾ exceptio に下線を付したのは、抗弁がこの条文の重要な論点の一つであることを示すためである。

□ 1. & hac. § vlti. D. loca. ⁽⁶⁾

Africanus libro octavo quaestionum

1. Cum fundum commune habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum

haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient. deinde ita **notat**: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? recte quidem **notat**, sed tamen etiam Servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur. quod ipsum simplicius ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur. (大文字が随分よいね)

この条文では、8. **Notat** が用いられている。

新独訳は、最初の notat の部分の訳をノーリアーヌスの名前を主語として登場させている。„Hierzu merkt Julian folgendes an. .“ (Bd. 3, S. 581.)

フロンテン編英訳では、"He [Julian] then remarks: . . ." (Vol. 2, p. 568) としてノーリアーヌスを明記している。

→ L. 61. D. de fur. ⁽⁷⁾⁽⁸⁾

Africanus libro octavo quaestionum

Si servus communis uni ex dominis furtum fecerit, communi dividundo agi debere **placet** et arbitrio iudicis contineri, ut aut damnum praestet aut parte cedat. cui consequens videtur esse, ut etiam, si alienaverit suam partem, similiter et cum emptore agi possit, ut quodammodo noxalis actio caput sequatur. quod tamen non eo usque pro-
ducendum **ait**, ut etiam, si liber sit factus, cum ipso agi posse dicamus, sicuti non ageretur etiam, si proprius fuis-

set. ex his igitur apparere et mortuo servo nihil esse, quod actor eo nomine consequi possit, nisi forte quid ex re furtiva ad socium pervenerit. ⁽⁹⁾ ⁽²⁾

⁽¹¹⁾ 1^o His etiam illud consequens esse **ait**, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas. ⁽²⁾

2^o Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditione hominem relinquere cogatur.

3^o Nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praesertare cogendus est: id enim bonae fidei convenire:

4^o Sed in actione empti praecipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit.

5^o Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se **ait**, num aequae dicendum sit omni modo damnum praesertari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiam si ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, vendi-

tione location pignore, dolum eius, qui sciens reitulerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.

9. Circa commodatum autem merito aliud **existimandum**, videlicet quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit non ultra pretium servi quid amissurum : quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat.

7. Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum suscepit, intercedat : ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter **existimandum** est.

8. Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent. si eos clam deponeris, furti tecum agere posse **aiebat**. sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos incidere dicamus. etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos deponeris, consequens erit, ut in furtivam causam eos percipere videatur, suos fructus facere. quod certe in proposito non aequè dicitur : qua enim ratione coloni feri possint, cum emptor eos suo nomine cogat ?

6. Statuliberum, qui, si decem dederit, liber esse iussus erat, heres noxali iudicio defenderat : pendente iudicio

servus datus decem heredi ad libertatem pervenit : quaeritur, an non aliter absolutio fieri debeat, quam si decem, quae accepisset, heres actori dedisset, referre **existimavit**, unde ea pecunia data esset, ut, si quidem aliunde quam ex peculio, haec saltem praestet, quoniam quidem si nondum ad libertatem servus pervenisset, noxae deditus ei, cui deditus esset, daturus fuerit : si vero ex peculio, quia nummos heredis dederit, quos utique is passurus eum non fuerit ei dare, contra statuendum. (太字および下線は岡による)

a : この条文では 7. **Placet** 1. **Ait** 2. **Existimavit** が用いられている。

b : 以上の *l. 61. D. de fur.* の条文は長文である。

この長文は、*l. 61. D. de fur.* の条文が論じた。 „D. 13, 7, 31 ist lediglich Justinianische Summe von 47, 2, 62 §§ 1, 3, 5 und 6.“⁽¹⁴⁾

リースは D. 47, 2, 62 pr. - § 2 と D. 30, 110 を一体化している。

Africanus libro octavo quaestionum (de furtis ?)

Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse **ait**. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat.⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ (太字は岡による)

D. 13, 7, 31 は 次である。⁽¹⁷⁾

Africanus libro octavo quaestionum

Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere :

quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi parantus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indennem me praestet. eadem servanda esse **Julianus ait** etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat. (太字および下線は岡による)

この条文は、右の長文の条文の、ユ帝の法典編纂者による総括的縮小版であるとリープスは分析している。同じユ帝の学説彙纂の別の章(= De pigneraticia actione vel contra)に別の条文として存在しているのである。

この分析と反対の説(レーネルおよびスタイン⁽¹⁸⁾による)がある⁽¹⁹⁾とをリープスは書いてくる。„Lenel und zuletzt Stein halten dagegen umgekehrt D 47, 2, 62 für justinianisch und D 13, 7, 31 für den authentischen Afrikantext, hauptsächlich wegen des ausgeschriebenen Julianzitats in D 13, 7, 31.“ D. 13, 7, 31には、ユーリアヌスの名前が明記されているから、こちらが真正の(authentisch)アフリカーヌスのテキストであるという根拠があげられているが賛成できない⁽²⁰⁾とリープスは言い、反対する理由を述べてくる。„Doch ist das ein zweifelhaftes Kriterium, wie bereits die wenigen hier angeführten, verdeckten Geminationen lehren können.“ (S. 119-120.)

クヤキウスは、どちらの見解だっただろうか。

c. このような問題について、リープスは、ヴィーアッカーによる研究⁽¹⁹⁾——研究対象の条文は別のもの(Ulp. 18 ed. Coll.⁽²⁰⁾ 12, 7 §§ 9f.=D. 9, 2, 27 §§ 11f.)であるが——を引用している(Liebs, S. 120.)⁽²¹⁾⁽²²⁾ので、これを見つめる。

„Der Druck der Arbeit gibt mir Gelegenheit, meinem hochverehrten Lehrer Franz Wieacker an dieser Stelle meinen tief empfundenen Dank auszusprechen.“⁽²³⁾

「びっくりさせる洞察を開くのは、周知のように、次のものである⁽²⁴⁾。

クヤキウスとアフリカーヌスとユーリアヌス(二)

Coll. 12, 7 § 8

+ Item libro VI ex Vibiano relatam est + : si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria teneris? et ait (Proculus) agi non posse id Aquilia lege, quia nec cum eo qui focum haberet (.....) et ideo aequius + putat + in factum actionem dandam.

* sed non proponit exustum parietem. sane enim quaeri potest (..) * nondum mihi damnum dederis + et + ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi + detur *) an aequum sit me inter **) actionem idem (***) in factum impetrare. fortassis enim de hoc senserit Proculus; nisi quis dixerit + damni * non facti * sufficere cautionem. ⁽²⁶⁾

*) de te codd **) interim Pithou ***) id est Cuiac. Pithou
D. 9, 2, 27 § 10 ⁽²⁶⁾

+ om +

+ puto +

* scilicet si paries excutus sit; sin

autem *

+ sed +

+ damnum des +

* infecti puto *

おそらく、次のことは、テキストの層の全研究の非常に注目される結果である。すなわち、法典編纂者たちに

としては、機械的に、そして内容的に深く破壊された Collatio のそれよりも良いテキストは存在しえなかったということ、および、(彼らの正当な校訂である Proculus の場合⁽²⁷⁾以外) *quia nec cum eo* (以下⁽²⁷⁾の第一の文の大きな欠陥を、より良い伝承でふさぐことはできなかった、ということである。

法典編纂者たちは、彼らがその最後の文 (*sed non proponit rel*) における稀な誤解を見破ったところのテキストを扱ったが、しかし、ここでもウルピアーヌスが語るといふ仮定のもとに、注意深く是正するよう、いつもの巧妙さをもって努めた。彼らは、いつものように、最初に、*relatio ex Vibiano* を抹消⁽²⁸⁾し、そして、助ける手段のない釈義 *sed non proponit exustum parietem* の明白な不条理を、時間の重圧ならびに古代の尊敬 *reverentia antiquitas* から生じたところの、言語の、そして思考の与えられた材料の経済的使用をもって除去した。まさにこの技術が、しかしながら、現実に粗悪な Collatio テキストが彼らに存在するということを示した。彼らは、まず、*scilicet si paries exustus sit*⁽³⁰⁾ —あゝの *sed non proponit* だけが暗示できた疑念、を明らかにした。これによって、彼らは原本を単なる削除によって群にし、それによって受け入れ可能な思考過程が発生した。すなわち、火災が発生した場合 *a° in factum* 迫ってくる損害を予防する場合は、*cautio damni infecti* である。最後に、彼らは *puto* によって *putat* を入れ替えた。その他の場合もそうであるように、ウルピアーヌスによって引用された者の見解を、ウルピアーヌス以前の議論を簡略化するために、ウルピアーヌス自身のものとした⁽³¹⁾。このすべてのことは法典編纂者にとって典型的な手続であるので、Coll および D の共通の原型と東部の伝承の繩における学説彙纂のテキスト (Digestentext) の間に、平らにし、また整える第二の編纂者を押しこむ正当な根拠は全く存在しない⁽³²⁾。』
d. 元に戻って、

リーススは、D. 30, 110⁽³³⁾ 及び D. 47, 2, 62, 3⁽³⁴⁾ および 4⁽³⁵⁾ について論じる。

Africanus libro octavo quaestionum (de furtis ?)

Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri ut non pessimum det, ad hoc tenetur ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat. (再掲・太字および下線は岡による)

「D. 30, 110⁽⁴¹⁾の事例は、*scientia*の顧慮においても、たしかに原理に忠実でないが、しかし結果においては完全に承認しうるように解決されている。アフリカーヌスは、*sed*以下はもはやユーリアヌスに報告するのではなく、(批判的に)解説しているが、この条文は本来的に疑わしいものではない。」(S. 120.)

リーススのこの解釈は、注において述べたレヴィらの見解と異なるものである⁽⁴²⁾。クヤキウスはどうであるか、本稿においてはこれが問題である。後に言及する。

これに対して、D. 47, 2, 62, 3⁽⁴³⁾ および 4⁽⁴⁴⁾は、現実にインテルポラーティオーであり、かつD. 47, 2, 62, 1⁽⁴⁵⁾ および 2⁽⁴⁶⁾ に対する注釈であるとリーススは言う。

D. 47, 2, 62, 3. Nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnatum praestare cogendus est: id enim bonae fidei convenire: (再掲)⁽⁴³⁾

D. 47, 2, 62, 4. Sed in actione empti praecipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit. (再掲)⁽⁴⁴⁾

「文体および叙述の技術における、そしてまた実地的な観点における、その突然の質の低下が現れている (Rückfall in Act.-Konstruktion)。」(S. 120.)

Sed in actione empti について。「正確には *redhibitoria*⁽⁴⁵⁾ でなければならぬ。按察官の裁判権が古典期以後ただちに消滅したに違ひなく、また、それによって *actio empti* と *actio redhibitoria* の区別の基礎がなくなったという限りでは、これは裏切り者の彫刻師である。」(Ibid.)

praecipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit について。「これは明らかに売買契約 (Kaufvertrag) を考へており、まったく新しい内包 (Implikation) である。」(Ibid.)

以上、クヤキウスが呈示する *L. 61. D. de fur* について、リープスの研究およびリープスが指示するヴィーアッカーの研究を概観した。

この条文についてのクヤキウスの見解は後に研究する。

二、ピュタゴラス⁽⁴⁶⁾ の名前が出てくるが、その意味は、私には明確には分からない。アックルシウスの名前も見えているが、⁽⁴⁷⁾ これについては別に言及する。

(1) “C'est à Julien que se réfèrent les citations d'Africain, non seulement quand il le nomme, mais dans les textes plus nombreux où il écrit simplement *ait, putat, inquit, respondit* en sous-entendant son nom; et on peut se demander s'il ne rapport pas encore son opinion dans d'autres endroits où il paraît parler lui-même et où par ex. le mot *inquit* peut avoir disparu.” (Girard/Senn, *op. cit.*, p. 70, n. 4.)

(2) Lenel, *Palingsenesia I*, S. 71. [24.]

(3) Bd. 3, S. 319.

(4) Kaser/Hackl, *RZ*, S. 586, Anm. 26.

(5) Kaser/Hackl, S. 263, Anm. 50 参照。

(6) Lenel, *Palingsenesia I*, S. 29. [100.]

クヤキウスとアフリカーヌスとユーリアーヌス (二)

- (7) Lenel, Palingenesia I, S. 30f. [110.]
- (8) 上の直前の条文に(1)の議論が、Alan Watson, Roman Slave Law, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1987, p. 59 にもある。
- (9) 「共有の奴隷が所有者の一人に対して窃盗を行なったときは、共有物分割訴訟を実行せねばならず、損害を賠償させるか持分を譲渡させるかは審判人の裁量に任せられると決定された。したがって、組合員がその持分を譲渡したときにもまたひとしく買主に対して訴訟し得ることが適当と認められる。それはあたかも加害訴訟が加害者に追隨するのと同様である。けれども、奴隷が自由人とされたときにも、吾人は奴隷自身に対して訴訟し得ると述べるまでに至ってはならないという。それは、奴隷が自分自身のものであったときにもまた訴訟を為し得ないのと同様である。したがって、これにより、奴隷が死亡したときは、原告がその名義で訴求できるものは何もないことは明らかである。(但し、盗品の何ものかが組合員に帰したときは(1)の限りではない。)」(船田『ローマ法・第三巻』七二二頁注(二))
- (10) Watson, Roman Slave Law, p. 74 参照。
- (11) „Die in den Quellen mehrfach erwähnte a. contraria, die nach dem Vorgang der übrigen Konträrklagen wohl nur in ius konzipiert gedacht werden könnte, ist möglicherweise überhaupt nicht klassisch.“ (Kaser, Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1935, S. 78. 条文が、Anm. 4 に引用されている。)
- (12) „Nur unter dieser doppelten Voraussetzung versteht es sich, daß der wirtschaftliche und rechtlich wenigstens künftige dominus, auf den die Deliktfolgen abgewälzt werden sollen (Verkäufer, Fiduziant, Mandant), dieserhalb im Vertragsjudizium herangezogen werden, aber die Strafzahlung durch ein *pro noxae deditione relinquere* abwenden konnte.“ (Levy, Konkurrenz der Aktionen, Bd. 2, S. 74.)
- (13) カージャーが(1)の条文を論じている。Kaser, Restitute als Prozessgegenstand, Die Wirkung der Litis Contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht, Zweite, durchgesehene Auflage mit Nachträgen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlungen, München, 1968, S. 166ff.
- Kaser/Hackl, S. 298, Anm. 19 にもある。S. 354, Anm. 35 参照。

- (14) Liebs, *Klagenkonkurrenz*, S. 119. 「これが」 Diebstahl durch Gewaltunterwerfungの節の一部分である。
- (15) Lenel, *Palingenesia I*, S. 30. (109)
- (16) 「特定物の給付を内容とする債務関係すなわち特定債務関係にあっては、給付の客体たる物は例えば奴隷何某というように特定されることを要し、債務者は右の特定物だけを給付する責を負うけれども、種類によって定められる物の給付を内容とする場合すなわち種類債務関係にあっては、給付の客体は定められた種類に属するいかなる物であっても差支えはなく、債務者は最下等の品質の物を給付できる。」(船田『ローマ法・第三卷』四七一頁)同・四七三頁注(一)参照。
- (17) Lenel, *Palingenesia I*, S. 30. (108) 110 を見よ。
- (18) Lenel, *Palingenesia I*, S. 30 Anm. 3). P. Stein, *Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law* (Edinburgh 1958) p. 143. 船田『ローマ法・第三卷』七一頁注(一)参照。
- (19) Wieacker, *Textstufen*, S. 242ff. Anm. 106 に文献が引用されている。
- (20) „Drei Handschriften des Frühmittelalters enthalten als Anhang zu Julians *Novellenepitome* Teile einer *Lex Dei quam praecepit Dominus ad Moysen*, die heute sog. *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*.“ (Wieacker/Wolf, S. 227.)
 „... Und so ist denn der westliche Ursprung für die sogenannten Paulussentenzen und die Epitome Ulpiani wohl unbestritten. Denselben Ursprung haben aber auch die umfangreichen Sammelwerke dieser Zeit: sicher die (ja nur zum kleinsten Teile erhaltenen) *Vaticana fragmenta*, wahrscheinlich auch die *Collatio*.“ (Ernst Levy, *WESTEN UND OSTEN IN DER NACHKLASSISCHEN ENTWICKLUNG DES RÖMISCHEN RECHTS*: SZ 49 (1929) 230: Gesammelten Schriften, Erster Band, Böhlau Verlag Köln Graz, 1963, S. 165f.) 並びに *Collatio* (Ulp. 12, 7, 7, 8) 並びに D. 9, 2, 27, 9. 10 並びにその言及がある。
- (21) „Mit welcher Freiheit die Kompilatoren bei solchen Resümeees schalten, beleuchtet z. B. Ulp. 18 ed. Coll. 12, 7 §§ 9f. = D. 9, 2, 27 §§ 11f.“
- (22) Ulrich von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato*, Dunker & Humblot/Berlin, 1971, S. 162ff. 参照。Anm. 140 に多くの関連文献が掲記されている。
- (23) *Klagenkonkurrenz*, Vorwort.

(24) Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 1, S. 158, Anm. 16 46' 次のように短く 567' Textstufen, S. 242f. 「『本文』引 用する箇所」を 570' S. 412f. を 571' として、in D. 9, 2, 27 § 10 (Coll.=12, 7, 8) und D. 27, 1, 18 (=Vat. 199) die Streichung von Proculus (?) bzw. Aristo zur Beziehung auf den Berichterstatler Ulpian.“ 572' Aristo の本文は次である 573' , endlich und vor allem : die klassischen Texte durch Tilgung von Kontroversenberichten und Zitaten rücksichtslos zusammengestrichen und dabei sogar falsche Zuschreibungen in Kauf genommen.“ 574' Aristo の Ulpian の記述が 575' の 576' Die Interpolationenkritik insbesondere の 577' である。

578' Wieacker/Wolf, S. 60 参照。

(25) Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Drittes Heft, Verlag von J. C. B. MOHR (Paul Siebeck), 1913, S. 83 参照。『ローマ法』の条文の 584' „Gar zu laienhaft. Die Kompilatoren scheinen den glossierten Text vor sich gehabt zu haben : (9. 2) 27¹⁰ *Ulp 18 ed.*“ 585' である。

(26) Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria tenearis ? et ait Proculus agi non posse, quia nec cum eo qui focum haberet : et ideo aequius puto in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit : sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem.

(27) [「これを原文の注に 596' 』の 597' である。] Wieacker, Textstufen, S. 242, Anm. 107 参照。Wolf の 598' だが、S. 231, Anm. 46 参照。

(28) „Ulpian hatte sie vielleicht einer Vivianbearbeitung als Zwischenstufe entnommen(Krüger 169).“ (Anm. 109.)

(29) „was an der Neueinführung von Vivian scheitert.“ (Textstufen, S. 245.) v. Lubtow, aaO., S. 163 参照。

(30) Watson 編英訳 : “… if perchance the wall were burned down.” (p. 284.)

(31) v. Lubtow の説明が分かりやすく説明。 „Von den Kompilatoren ist zwecks Abkürzung der Literaturdiskussion das *putat* (Proculus) ihrer Vorlage durch *puto* (Ulpianus) ersetzt worden.“ (aaO. S. 164f.)

(32) Wieacker, Textstufen, S. 242ff.

(33) Lenel, Palingenesia I, S. 30. 109.

(34) Lenel, Palingenesia I, S. 31. 110.

- (35) Lenel, Palingenesia I, S. 31. 110.
- (36) „Häufig. itp. ist auch teneri ad (in) id (hoc); sicher in D. 10, 4, 5, 6 i. f. (Beseler I 35); D. 30, 110i. f. (Segré, St. Fadda VI 344 N. 2.; P. Krüger, ...“ (Levy, Konkerrenz II, S. 189, Anm. 6.) $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ の頁の本文の Cujaz $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ 及 $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ 。
 „Auch in unserem Fragment ist alles, was weiter folgt, Zutat der Byzantiner: das ist teilweise schon von Cujas, in vollem Umfang von Faber behauptet worden und heute herrschende Meinung.“ (S. 189.)
 $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ D. 44, 7, 34 pr. Paul. lb. sg. conc. act. “Qui servum alienum iniuriose verberat, [rationabilis itaque est eam admitti sententiam ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est etiam hoc exsequi.” $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ (Levy, S. 182 参照)。“Der Ton des Schlusssatzes, insbesondere wie er anhebt, ist typisch Tribonian, daß es weiterer Beweise hier nicht bedarf. Eine Vorliebe Justinians für die Nachforderungsklage läßt sich also feststellen. ...“ $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ $\epsilon\sigma\tau\iota$ D. 50, 16, 122 $\text{O quod magis rationabile esse videtur}$ $\lambda\tau\upsilon\tau\epsilon\iota\iota$ (S. 73f.)
- (37) Heumann/Seckel O Tenure O 7 „verbindlich machen, verpflichten; teneri, gehalten, verpflichtet, verhaftet, haftbar sein, halten. *in hoc, ut det* (l. 110 D. 30 cit. interp. ?)“
- (38) 「相続人が一般的にその欲する奴隷を与えることを命ぜられ、情を知って盗人を与え、同人が受遺者に対して窃盜を行なったときは、悪意に関する訴訟を執行することができると述べる。けれども、相続人が最悪のものを与えないように拘束されることは真実であるから、相続人は他の奴隷を給付して、右の奴隷を加害者委付のために残しておくよう拘束される。」これらの法文の純粹性については争いがあり、「ヤウォレヌスの断定のような原則はセウエルスによって変えられたとも、ユスチニアヌス帝によって変えられたともいわれる。」(船田『ローマ法・第三卷』四七三頁・注(一))
- (39) „Wenn ein Erbe, welchem befohlen ist, überhaupt einen Sklaven, welchen er selbst wollen werde, zu geben, wissentlich einen diebischen gibt und dieser den Legatar bestiehlt, so kann, sagt Africanus, die Gefährdclage angestellt werden. Weil aber unstreitig ist, dass der Erbe verbunden ist, nicht den schlimmsten zu geben, so ist er auch verpflichtet, einen andern Sklaven zu gewähren und auch jenen als des Schadens wegen ausgeliefert im Stiche zu lassen.“ (田独訳) [Georg Carl Treitschke, Beisitzer der Juristenfacultät zu Leipzig.]・第三卷・一二四頁)
- (40) “It was dolus, too, if, having to deliver a slave, the debtor knowingly gave a thief (who duly stole something from the クヤキウスとアフリカーヌスとユーリアーヌス(二))

recipient)" (Afr. D. 30, 110.: Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996, p. 666. n. 114.)

(41) *Africanus libro octavo quaestionum* (de furtis ?)

Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri ut non pessimum det, ad hoc tenetur ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat. (註釋・上巻第百四十四頁)

Kaser, RP I, S. 496, Anm. 16 参考。S. 633, Anm. 28 参考。また RP II, S. 339, Anm. 26 (D. 30, 110 ist überarbeitet), S. 432, Anm. 56 (actio ex testamento), S. 557, Anm. 19 参考。

(42) Giovanni Pugliese, Istituzioni di diritto romano, terza edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991, p. 879 46' Obbligazioni alternative e generiche の 既述の 問題に 對し 三又二の 一に 参考。

(43) „Wer aber wesentlich einen Dieb verpfändet hat, der muss jeden Falls zum Schadensersatz angehalten werden, denn das ist dem guten Glauben entsprechend.“ (田英論) [Carl Friedrich Ferdinand Sintenis]: 第四卷・八四五頁)

(44) „Bei der Kaufklage ist ganz besonders darauf zu sehen, was für einen Sklaven der Verkäufer versprochen hat.“ (田・八四五頁—八四六頁)

(45) „die ädilizische Klage des Käufers gegen den Verkäufer auf Zurücknahme der Sache und Wiedererstattung des Kaufpreises, sog. **Wandelungsklage** (l. 18 pr. 23 § 7. l. 48 § 2. l. 51 pr. 57 D. 21, 1. l. 25 § 1 D. 44, 2. l. 17 § 2 D. 47, 2.)“ (Heumann/Seckel, Redhibere.) Watson, Roman Slave Law, p. 50 以下 参考 (p. 53 以下 D. 30. 110 以下 田英論 参考)。

(46) “Although St. James had advised Christians to be swift to hear but slow to speak (James 1 : 19) and the school of Pythagoras had required its students to listen silently for five years before they began to teach, the council declared that...” James A. Brundage, The Medieval Origins of the Legal Profession, The University of Chicago Press, 2008, p. 287. Kitty Ferguson, Pythagoras, His lives and the legacy of a rational universe, Icon Books, 2011 参考。

(47) *l. 16. D. de pec. leg.* 参考。

Africanus libro quinto quaestionum Stichus habet in peculio Pamphilum : hunc dominus noxali iudicio defendit et dam-

natus litis aestimationem solvit : deinde Stichum testamento manumisit eique peculium legavit : quaesitum est, an quod Pamphili nomine praesitum sit, ex peculio vel ipsius Pamphili vel Stichi deducendum sit. respondit Pamphili quidem de peculio utique deducendum, quantacumque ea summa esset,

Lenel, Palingenesia I, S. 14 (51.).

