

# インゲニウムによる例証と Pap. D. 46, 3, 95, 10\*

芹澤悟

## I インゲニウムによる例証

クインティリアヌス『弁論家の教育』(Quintilianus, *Institutio Oratoria*. 以下 Quint. Inst. と略記)の第5巻は、法廷弁論の5部門(序論、陳述、立証、反論、結び)のうちの立証 probatio を扱っている\*1。Quint. は、立証をアリストテレスに倣って技術的なものと非技術的なものに分類したうえで(第I章)、技術的な立証としての徴証 signa (第9章)、論証 argumenta (第10章)、例証 exempla\*2 (第11章)について順次論じ、例証に関する第11章の最終節において以下のように述べている。

Quint. Inst. 5, 11, 44

... nam testis et quaestio et his similia de ipsa re quae in iudicio est pronuntiant: extra petita, nisi ad aliquam praesentis disceptationis utilitatem ingenio adplicantur, nihil per se ualent.

……というのも、証人と尋問とそれに類することとは、法廷で問題になっていること自体について語ってくれますが、外部から引いてこられたものは、インゲニウム ingenium によって目下の論争に役立たせることができなければ、それ自体では何の価値もないからです\*3。

現代ドイツのローマ法学者 Dieter Nörr は、Quint. の本節に因んで「Exempla nihil per se valent」と題された彼の論文の中で、本節中の「外部から引いてこられたもの」とは具体

---

\* 査読の労をとっていただいた方々からは多くの重要なご指摘を賜り、心よりお礼申し上げますとともに、筆者の力不足のせいで貴重なご指摘に応える十分な修正や補足ができなかったことをお詫び申し上げます。本稿における誤りや欠陥は、すべて筆者の責任である。

\*1 Quint. Inst. 5, pro. 5 (『弁論家の教育 2』、213頁)参照。Quint. Inst. の第5巻については、平田常子「弁証について——クインティリアヌス『弁論教程』第五巻の argumentatio——」、植松秀雄編『埋れていた術・レトリック』、1998年、153-173頁参照。

\*2 exemplum (pl. exempla) は例示、例証、範例などと訳されることが多いが、本稿では、立証方法としての exemplum を例証、例証に用いられる個々の具体例としての exemplum を証例と訳すことにする。

\*3 『弁論家の教育 2』、292頁参照 (Quint. Inst. のテキストは、本訳書の底本として用いられている Oxford Classical Texts [註4参照]に拠った)。なお、ingenium をどのように訳すべきかはその内容の理解とも関わってくるので(註7参照)、ここでは原語のまま「インゲニウム」と訳しておく。

的には徴証、論証、例証を指すと解したうえで\*4、例証を用いたローマ法学の立証方法について論じている\*5。しかし Nörr の論文では、例証の意義とともに、例証に対するローマの法学者たちの反論方法の分析に焦点が当てられていることもあって、本節中の「インゲニウムによって目下の論争に役立たせることができなければ」の部分への言及やインゲニウムに関する検討はなされていない。そこで本稿では、ローマの法学者 Papinianus (紀元後 212 年没。以下、Pap. と略記)\*6 の一法文を手がかりに、Quint. Inst. 5, 11, 44 で言及される「インゲニウムによる例証」\*7 の具体像を探ってみることにしたい。

\*4 Nörr は、Quint. Inst. 5, 9, 1 と 5, 11, 1 をもとに、「外部から引いてこられたもの」の具体的な内容としてこれら 3 つを補っている (Nörr, S. 1, A. \*)。ただし 5, 11, 1 に関しては、「Tertium genus ex iis, quae extrinsecus adducuntur in causam, ...」のように iis と quae の間にカンマを付す校訂 (例えば Helmut Rahn [Hrsg.], Marcus Fabius Quintilianus, *Ausbildung des Redners*, Einbändige Sonderausgabe, 5., unveränderte Aufl., 2011, Erster Teil, S. 596) と、「Tertium genus, ex iis quae extrinsecus adducuntur in causam, ...」のように genus と ex の間にカンマを付す校訂 (例えば Michael Winterbottom [ed.], M. Fabi Quintiliani Institutionis Oratoriae Libri Duodecim, Tomus 1 [Oxford Classical Texts], 1970, p. 279; Donald A. Russell [ed.], *Quintilian, The Orator's Education, Books 3-5* [Loeb Classical Library], 2001, p. 430) があり、前者の校訂に従えば、「外から事案に持ちこまれることにもとづいているものの第三番目の種類を、ギリシア人はパラダイクマと呼んでいますが、……」となつて、5, 9, 1 の記述と併せて、「外部から引いてこられたもの」の具体的内容を Nörr のように解することができる。他方、後者の校訂に従えば、5, 11, 1 は「[技術的な立証の] 第三番目の種類、すなわち外から事案に持ち込まれることにもとづいているものを、ギリシア人はパラダイクマと呼んでいますが、……」(『弁論家の教育 2』、277 頁参照 [訳文を一部変更した]) のように訳出されることになる。本稿では、後者の校訂に従ったうえで、5, 11, 36 や 5, 11, 43 の記述と併せて、5, 11, 44 の「外部から引いてこられたもの」とは証例と権威 auctoritas、とりわけ証例を指すと解しておきたい。

\*5 Nörr 論文 (文献略号表参照) は、Paul. D. 46, 3, 98, 8 と Paul. D. 45, 1, 83, 5 の釈義をもとに、ローマの法学者たちが議論の中でさまざまな証例を用いていたことを示すとともに、ある法学者が他の法学者の例証に反論する際に「教義学的議論」や「評価的議論」を行う場合があることを指摘して、例証の意義と限界を明らかにしようとするものである。

\*6 Pap. 自身が「傑出した才能の持主 excellentis ingenii vir」(Cth. 1, 4, 3 [426 年])、「卓越した才能を有するパピニアヌス excelsi ingenii Papinianus」(C. 6, 25, 7, 1 [530 年]; Inst. 2, 23, 7)、「この上なく鋭敏な才能の持主 acutissimi ingenii vir」(C. 6, 42, 30 [529 年]) などと称されていたことや、彼の事例提示が最高の名人芸と評されていることにつき、例えば『パピニアヌス』、234 頁、237 頁や Briguglio, p. 357 を参照。

\*7 筆者が数えた限りでは、Quint. Inst. 全体で ingenium という名詞は 145 回ほど登場する (網羅的ではないが、Eduard Bonnell, *Lexicon Quintilianum*, 1834 [rep. 1962], pp. 424-426 も参照)。その多くは「(生まれつきの) 才能」と訳すのが適当と思われるが (cf. *Historisches Wörterbuch*, s.v. [ingenium] (J. Engels), Sp. 392)、例えば 5, 7, 33 や 7, 4, 23 などのように、「巧妙な工夫」(『弁論家の教育 2』、230 頁)、「創意工夫」(〔森谷・戸高・吉田訳〕クインティリアヌス『弁論家の教育 3』、2013 年、167 頁) のように訳される箇所もある (Oxford Latin Dictionary, 2 ed., Vol. I, 2012, s.v. [ingenium] 6a も参照)。5, 11, 44 における ingenium の意味を理解するためには Quint. Inst. における ingenium 概念全体の検討が必要であるが、本稿では Pap. の法文をもとに ingenium の具体的一面を考察するにとどまらざるをえなかった。なお、5, 11, 44 の ingenium に関する筆者のさしあたりの理解については、註 40・42 および対応本文を参照。

## II Pap. D. 46, 3, 95, 10 における例証

本稿で検討の対象とするのは、Pap. の著作『質疑録 *Quaestiones*』第 28 巻の中からユスティニアヌス帝の『学説彙纂 *Digesta*』に採録された以下の法文である。

① Pap. D. 46, 3, 95, 10 (28 quaestionum)

Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat. et hoc pertinet tutoris et pupilli debitoris nos fecisse comparisonem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter nec, si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat.\*8

もし私の委任にもとづいてあなたがティティウスに金銭を貸し付けたとき、[委任者と、受任者の債務者との] この種の関係は、後見人と、未成熟者の債務者との関係に類似している。そしてそれゆえ、委任者が [受任者から] 訴えられて有責とされたときにたとえ金銭が [委任者から受任者に] 弁済されたとしても債務者は解放されないことを事理は説いており、委任者が満足させられるように、債権者 [たる受任者] は債務者に対する訴権を委任者に譲渡しなければならない。そして、われわれが後見人や、未成熟者の債務者との比較を行ったのは、このことに関わる。なぜなら、後見人は未成熟者の債務者を訴えなかったことで未成熟者に対して責を負っているのであるから、一方 [=後見人] に対する [未成熟者からの] 訴訟の係属によって他方 [=未成熟者の債務者] が解放されることはなく、もし有責とされた後見人が [未成熟者に] 弁済したときはそのことは債務者の利益にはならないからである。むしろ、未成熟者は債務者に対する訴権を彼 [=後見人] に譲渡するように後見反対訴権によって訴えられるべきである、といわれるのが常である。

\*8 『学説彙纂』のテキストは、Mommsen-Krüger (ed.), *Corpus Iuris Civilis*, Vol. 1, 16. Aufl. (1954 [rep. 1973]) および Mommsen-Krüger (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti*, 2 Bde. (1868-1870 [rep. 2008]) に拠った。

法文①において Pap. は、以下の 2 つの事例の比較 *comparatio*\*9 を行っている。1 つは、A が B に対して C に金銭を貸し付けることを委任し、この委任契約にもとづいて受任者 B が C に金銭を貸し付けたが、B が債務者 C からその債権を回収することができなかった場合に、もし委任者 A が委任契約にもとづいて B から訴えられたときは、たとえ A が B に対して有責とされて B に弁済を行った後でも、A は、C に対する求償のために、B が C に対して有する訴権の譲渡を請求できる、という事例である（以下、「信用委任者事例」と呼ぶ\*10。他の 1 つは、被後見人 B' が彼の債務者 C' に対して有している債権の取り立てを後見人 A' が怠った場合に、もし A' が後見関係にもとづいて B' から訴えられたときは、たとえ A' が B' に対して有責とされて B' に弁済を行った後でも、A' は、C' に対する求償のために、B' が C' に対して有する訴権の譲渡を請求しうる、という事例である（以下、「後見人事例」と呼ぶ）。

これらの事例の比較による例証に関しては多くの研究者たちがその独創性、革新性、巧みさを指摘しており\*11、その意味では、法文①を、証例が「インゲニウムによって目下の論争に役立たせ」（*Quint. Inst.* 5, 11, 44）られている事例の 1 つに数えることも可能であろう。しかしながら、本法文における例証の理解を巡っては以下のような学説の対立がある。すなわち、例証においては、解決すべき何らかの問題を含み法学者たちの議論の出発点とされる一方の事例を「出発事例」、出発事例の解釈や解決を基礎づけるために援用される他方の事例を「比較事例」と位置づけることができるが、従来の多数説が信用委任者事例を出発事例、後見人事例を比較事例と解するのに対し、Pap. の『質疑録』に関する最近の著書の中で本法文を含む D. 46, 3, 95 全体を詳細に検討した Babusiaux（以下、Bab. と略記）は、逆に、後見人事例を出発事例、信用委任者事例を比較事例と解しているのである。そこで、法文①をもとに *Quint. Inst.* 5, 11, 44 における「インゲニウムによる例証」の内容を考察するためには、そもそも法文①における例証をどのように理解すべきなのかを検討してみる必要がある。

\*9 *Quint.* は、比較 (*parabole, conlatio*) もまた例証と呼ばれるとし (*Quint. Inst.* 5, 11, 1-2 [『弁論家の教育 2』、278 頁参照])、キケロは、比較を用いる *comparabile* のは多様な事柄に何らかの類似性が含まれている場合であって、それはさらに描写 *imago* と対比 *conlatio* と例証に細分されるとする (『弁論家の教育 2』、279 頁、註 2 に挙げられる *Cicero, De inventione*, I, 49 [片山英男訳『キケロー選集』6、2000 年、39-40 頁] を参照)。

\*10 信用委任とは、ある者が他の者に対して第三者に金銭を貸し付けることを委任することをいい、委任者は、受任者がこの貸し付けによって損害を被った場合には委任契約にもとづいて受任者に対して責任を負うことになり、債務者たる第三者の保証人と類似した地位に置かれる。cf. *Kaser-Knütel*, S. 273, S. 330.

\*11 *Babusiaux*, S. 131, S. 133; *Wacke*, S. 133; *Emunds*, S. 264; *Ankum*, p. 188.

### III 信用委任者事例の検討

以下では、従来の多数説とは逆に後見人事例を出発事例、信用委任者事例を比較事例と解すべきであるとして Bab. が挙げている根拠を、順次検討していくことにしたい。Bab. が自説の根拠として第一に挙げているのは、以下のことである。すなわち、信用委任者事例に関しては、すでに Iulianus (紀元後 2 世紀の法学者。以下、Iul. と略記) が委任者への訴権譲渡による債務者への求償を委任者に認めており、Pap. も『質疑録』においてこの Iul. の見解に従っているのに対して、後見人事例に関しては、被後見人から後見人への訴権譲渡は法文①以外では認められておらず、それゆえ Pap. は、すでに Iul. 以来委任者への訴権譲渡が認められていた信用委任者事例を比較事例として、出発事例としての後見人事例について、後見人への訴権譲渡による債務者への求償を後見人に認めた、というのである\*12。しかし、このような解釈の根拠として Bab. が挙げる以下の法文\*13 については、検討が必要である。

② Iul. D. 46, 1, 13 (14 digestorum)

Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

もし私の委任にもとづいてあなたがティティウスに 10 を貸し付け、あなたが委任訴権によって私を訴えたときは、ティティウスは解放されないであろう。しかし、ティティウスに対して有する訴権をあなたが私に譲渡しない限り、私はあなたに対して有責とされるべきではないだろう。同様に、もしあなたがティティウスを訴えたときは私は解放されず、あなたがティティウスから回収できなかった分についてだけ私はあなたに対して債務を負うであろう。

③ Ulp. D. 17, 1, 28 (14 ad edictum)

Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

『質疑録』第 3 巻においてパピニアヌスは、債務者の [ための貸し付けを委任し

\*12 Babusiaux, S. 131.

\*13 Babusiaux, S. 131, A. 619, A. 620. なお、A. 619 で挙げられている Gaius の法文 (D. 17, 1, 27, 5) は、Iul. D. 46, 1, 13 とほぼ同内容なので省略する。

た] 委任者\*14 が [受任者に] 支払う場合には、委任者が法上当然に債務者を解放することはない（なぜなら、委任者は自らの委任にもとづいて自らの名義で支払うからである）、と述べている。それゆえ、パピニアヌスは債務者に対する訴権が委任者に譲渡されるべきであると考えている。

確かに法文②では、信用委任において受任者が委任者を訴える場合には、受任者が彼の債務者に対して有する訴権を委任者に譲渡すべきことが説かれているが（「ティティウスに対して有する訴権をあなたが私に譲渡しない限り」）、訴権譲渡の時期に着目するならば、Bab. の理解には以下のような問題点が指摘できよう。多くの論者が述べているように、法文②において Iul. は、受任者は委任者に対する委任反対訴訟の中で自分が債務者に対して有する訴権を委任者に譲渡すべきであるとしているのに対して\*15、法文①において Pap. は、委任反対訴訟で有責とされてすでに受任者への弁済を済ませた後でも、委任者は受任者に対する委任直接訴訟によって受任者が債務者に対して有する訴権を自分に譲渡すべきことを請求できる、と主張していると解される。つまり、法文①と法文②では委任者への訴権譲渡が認められる時期や局面が異なっているのである。Bab. は委任反対訴訟や委任直接訴訟における訴権譲渡の時期の違いにはまったく注目していないが、この違いに着目するならば、法文①における Pap. の見解が法文②における Iul. の見解に従っていないことにはならない。

また、法文③では Ulpianus（紀元後 223 年没）が Pap. の見解を伝えているが、ここでは、委任者が受任者に弁済した場合にも受任者が自分の債務者に対して有する訴権は存続するとされており、Pap. は、委任者による弁済後も存続しているこの訴権が受任者から委任者に譲渡されるべきであると考えているのである\*16。つまり、法文③では法文①と同

\*14 「債務者の委任者 *mandator debitoris*」という圧縮された表現（Pap. のこの種の文章表現スタイルについては、『パピニアヌス』、232 頁、258 頁も参照）について、Emunds は「債務者の委任にもとづいて債務者への貸し付けを委任した委任者」と解し（Emunds, S. 261, A. 87）、Ankum は『学説彙纂』の独訳（*Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, III, 1999, S. 380*）をもとに単に「債務者への貸し付けを委任した委任者」と解しているが（Ankum, p. 185）、あえて Emunds のように解すべき理由はなく、ここでは Ankum や独訳の理解に従っておく。

\*15 Wacke, SS. 130–132; Emunds, S. 254; S. 259, A. 82; Ankum, pp. 179–180; Briguglio, p. 317, p. 321; Provera, p. 633, n. 39; Seiler, S. 161; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, 1990, p. 141*. なお Medicus は、法文②は弁済後の委任者からの訴権譲渡請求を無効としているわけではなく、むしろ、受任者からの請求に対して委任者が弁済前の訴権譲渡を求めて *exceptio doli* を用いることを可能にしたものと解しているが（Dieter Medicus, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, SS. 403–404*）、仮にそのように解しようとしても、Bab. のように「訴権譲渡の承認」という共通性のみにもとづいて法文①と法文②を同列に置くべきではなかろう。

\*16 Emunds は、受任者への弁済後であっても委任者が受任者に対して訴権譲渡を請求しうることを Pap. が法文③で認めた実質的な理由は、「受任者のもとには、委任にもとづいて何かが残されるべきではない」と

内容の Pap. の見解が引用されているにすぎず、法文②における Iul. の見解を Pap. が承認していたという結論を法文③から引き出すことはできない。

以上のことからすれば、法文②において Iul. は委任者による弁済と受任者による訴権譲渡が同時になされることを要求していたのに対し、法文①と法文③において Pap. は、受任者への弁済後であっても委任者は委任直接訴権によって訴権譲渡を請求しうるかというやや特殊な問題を取り上げてこれを肯定していることになり、Pap. によるこのような解決が、後見人による弁済後の訴権譲渡請求を巡る後見人事例の解決にとって比較事例として機能しうるだけの明白性と説得力を有していたといえるかは疑問である\*17。

## IV 後見人事例の検討

Bab. が挙げる第二の根拠は、法文①の信用委任者事例で認められるような「訴権譲渡による求償」は後見人事例には直ちには妥当しえないので、Pap. は後見人事例においてもこのような法的効果を認めるために信用委任者事例を比較事例として提示した、というものである\*18。たしかに、保証人に類似した機能を果たす信用委任者とは異なり、後見人は、被後見人の財産を占有者として管理し、後見事務終了後に「費用の償還」を求めるとが通例であり\*19、後見人事例においては「訴権譲渡による求償」という行為は観念しにくい。しかしながら、被後見人から後見人に対して提起される後見直接訴訟が、誠意訴訟として、後見人・被後見人間の請求権の清算、清算後に残存する被後見人の財産の返還、損害賠償などに向けられた柔軟な法手段であったのと同様に、同じ誠意訴訟として後見人から被後見人に対して提起される後見反対訴訟が、費用の償還のほかに、後見人から弁済を受けた被後見人が債務者に対する債権を保持し続けることによって不当な利得を得ることを防止したり、被後見人への弁済を行った後見人が訴権譲渡による求償を求めたりするた

---

いう委任の一般原則 (Paul. D. 17, 1, 2opr.) にあるとして、委任直接訴権にもとづく訴権譲渡請求の承認自体は何ら特別なことではないとする (Emunds, SS. 256-257; S. 257, A. 75)。

\*17 従来の多数説は、後見人の「独立した責任」(註 24・28 参照) は保証人に類似した機能を営む信用委任者の場合よりも明白なことや、後見人の場合は弁済後の訴権譲渡請求が慣行的に承認されていること (dico solet [法文①末尾部分参照]) などから、後見人事例のほうが比較事例として適しているとする (Wacke, SS. 118-119, SS. 127-128; Emunds, SS. 260-264; Ankum, S. 184)。なお Briguglio は、そもそも法文①では弁済後の訴権譲渡請求が認められているわけではなく、弁済前に委任者と受任者の間で債権売買に関する合意があった可能性があるとするが (Briguglio, p. 287, n. 216)、そのような合意の存在を示唆するとされる C. 5, 58, 1 は共同後見人に関するものであって、事案が異なる。

\*18 Babusiaux, S. 131.

\*19 Kaser-Knützel, S. 366, S. 368.

めの法手段として用いられることも可能だったのではないだろうか\*20。

もし後見反対訴権を用いた「訴権譲渡による求償」がすでに Pap. の時代に認められていたとすれば、Bab. のように Pap. が後見人事例の解決のために信用委任者事例を比較事例として持ち出したと解すべき理由は存在しないことになるが、Bab. も指摘するように、この点に関しては以下のような難点がある。それは、後見反対訴権による訴権譲渡請求を認める Pap. 以外の法学者の見解が伝えられていないにもかかわらず、法文①の末尾部分でそのように「いわれるのが常である *dici solet*」とされていることである。たしかに *dici solet* の部分については、法文①以外にこれを認める史料が存在していない以上、「修正 *interpolatio*」を想定しないかぎりは十分な説明は困難であろう\*21。しかし、(1) 後見と同様に誠意訴権が用いられる賃約において、請負人は、注文者からの損害賠償請求にもとづいて注文者に損害を賠償した後でも、注文者が有する訴権の譲渡を求償のために請求できたこと\*22、(2) Pap. 自身が『質疑録』第 28 巻（法文①）のほかに『解答録』第 5 巻（Pap. D. 26, 7, 39, 14 [*5 responsorum*]）\*23 の中でも法文①と同様の見解を繰り返して述べていた可能性があり、そのことが *dici solet* と表現されているとも解しうること、(3) Bab. が主張するように後見人事例を出発事例と解するとしても、もしそこでの解決が比較事例による例証を必要とするような特別なものであるならば、*dici solet* という表現の理解はやはり困難であること、などからすると、後見反対訴権による訴権譲渡請求を認める他の法学者の見解が伝えられていないとしても、後見人事例を比較事例と解することは可能であるように

\*20 Kaser-Knütel, S. 368, S. 449; Seiler, S. 162. ただし、法文①の後見人事例において「むしろ *quin etiam*」と表現されていることから、後見反対訴権を訴権譲渡による求償の目的に用いることが特殊だったことも指摘されており（Emunds, S. 264; Wacke, SS. 121-123）、Wacke は、訴権譲渡請求という目的に関する限り、典型的には受任者が委任遂行によって取得したものを回収する目的で提起されうる委任直接訴権のほうに、後見反対訴権よりは問題が少ないとしている（Wacke, S. 130）。

\*21 「修正」の可能性を指摘する学説については、Wacke, S. 121, A. 21; Briguglio, p. 318, n. 311 を参照。Seiler も、*dici solet* という一般的な表現方法の古典性は疑問であるとする（Seiler, S. 161）。

\*22 請負人が注文者から預かった衣服を紛失して注文者からの訴権（*actio locati*）にもとづいて注文者に損害を賠償した場合、請負人は、本来は異なる目的 [=報酬請求] のための訴権（*actio conducti*）を用いて、注文者（所有者）が衣服の所持人に対して有する訴権を自分に譲渡すべきことを請求できるとして、Wacke は Gai. D. 19, 2, 25, 8 を挙げている（Wacke, S. 122 u. A. 25）。

Gai. D. 19, 2, 25, 8

「洗い張り職人やかけはぎ職人が〔作業のために預かった〕衣服を紛失し、そのために所有者〔＝注文者〕に賠償した場合は、所有者はその衣服の所有物取戻訴権と返還請求訴権を〔請負人に〕譲渡する必要がある。」

\*23 Pap. D. 26, 7, 39, 14

「[未成熟者の] 父親がより高い利息で貸し付けていた債権の悪化が後見人の怠慢に帰せられる場合は、未成熟者（女）は、たしかに帳簿上の訴権を〔後見人に〕譲渡しなければならないが、後見期間中に徴収された利息は一切の相殺なしに保持し続ける。」

思われる\*24。

むしろ、後見人事例において注目すべきなのは、被後見人からの後見直接訴訟の終了後であっても後見人は後見反対訴訟によって被後見人に対する費用の償還や訴権譲渡を求めることができた点である\*25。これに対して信用委任者事例においては、法文①における Pap. の解決より以前は、委任反対訴訟の終了後に委任者が委任直接訴訟によって訴権譲渡を求めることは認められていなかった (III)。それゆえ、このような場合にも委任者が委任直接訴訟によって訴権譲渡を請求しうることが Pap. が新たに認めようとしていたとすれば、この点において、比較事例としての後見人事例が出発事例としての信用委任者事例に対して証拠の役割を演じることができた点と解しうるのである\*26。

\*24 Briguglio は Bab. と同様に後見人事例を出発事例と解しているが (Briguglio, p. 320)、そもそも法文①の中の nos を non と読み違えて論を進めているため (pp. 318-319)、その紹介は省略する (筆者の見る限り、「non」とする校訂はない。cf. Ankum, p. 182, n. 34)。なお Emunds は、後見人事例における「被後見人に対する後見人の損害賠償債務」と「被後見人に対する彼の債務者の弁済義務」とは別個独立の法関係であって、それゆえ両者は訴権消耗の関係にはなく、このことは「だれかが債務者ではなく自己の名義で弁済したものは、債務者を解放しない [Ulp. D. 5, 3, 31pr.]」という原則としてすでに [Cassius 以来 (S. 260)] 一般的に承認されており、このような状況を指すものとして dici solet という表現がなされているとする (Emunds, S. 264)。dici solet 部分の「修正」を主張しないでテキストを整合的に解釈しようとする試みとしては評価できるが、テキストをこのような意味に限定して理解できるかは疑問である。また Wacke は、註 26 で紹介するような被後見人の利益の訴訟法的保護が Pap. 以前から貫徹されており、そのことが dici solet と表現されていたと解するが (Wacke, S. 125)、法文①以外の根拠法文が挙げられているわけではなく、これも 1 つの仮説にとどまるといえよう。

\*25 後見直接訴訟終了後に後見反対訴訟による費用償還請求を認めた法文としては Ulp. D. 27, 4, 1, 4 を参照 (cf. Wacke, S. 124, A. 35)。ただし Pap. D. 26, 7, 39, 14 (註 23) においては、訴権譲渡請求が後見直接訴訟においてなされるのか後見反対訴訟においてなされるのかは不明である。

\*26 Wacke は、後見人事例において被後見人からの後見直接訴訟の終了後に後見人からの後見反対訴訟による訴権譲渡請求を認めることの意義を、(1) 直接訴訟と反対訴訟を切り離すことによって裁判官が判決を迅速に下すことができ、訴訟経済が図られること、(2) 直接訴訟の中で反対訴訟の内容も考慮される場合には、後見人への訴権譲渡がなされた後もなお被後見人が彼の債務者に対する債権を行使できる状況が生じるおそれがあるが、両訴訟を切り離せばそのような不安定な状況を回避しうること、(3) 直接訴訟の中で反対訴訟の内容も考慮される場合は、判決を得た後見人が、被後見人への賠償を行う前に、譲渡された債権を行使してしまい、のちに後見人が破産した場合にそのリスクを被後見人が負わされる可能性があるが、直接訴訟によって被後見人への賠償をさせた後に後見人に反対訴訟の提起を認めることにすれば、このようなリスクを回避して被後見人の保護を図りうること、と捉え、法文①では後見人事例におけるこのような思想が事例比較によって信用委任者事例に持ち込まれたとする (Wacke, SS. 124-125)。

これに対し Emunds は、信用委任において委任者が受任者に弁済した後であっても委任直接訴権によって訴権譲渡を請求しうることが委任の一般原則から当然であるとして (註 16 参照)、法文①における事例比較の意味は、訴権譲渡の前提となる「債務者に対する訴権の存続」を信用委任者事例においても認めた点にあるとする。すなわち、後見人事例においては後見人の損害賠償義務と債務者の弁済義務が別個独立のものであることは明白であり、そこでは「だれかが債務者ではなく自己の名義で弁済したものは、債務者を解放しない」という弁済の原則がすでに妥当していたため (註 24 参照)、後見人が自己の債務を被後見人に弁済した後も債務者に対する被後見人の訴権の存続が認められていたが、Pap. は、「債務の独立性」という点に着目した事例比較によってこの原則を初めて信用委任者事例に持ち込み、委任者が自己の名義

## V Pap. D. 46, 3, 95, 8–12 における D. 46, 3, 95, 10 の位置づけ

Bab. が挙げる第三の根拠は、法文①の前後の法文との関連からも後見人事例を出発事例、信用委任者事例を比較事例と解すべきである、というものである\*27。法文①とともに1つの問題連関を形成しているとされるのは、以下の諸法文である。

### ④ Pap. D. 46, 3, 95, 8 (28 quaestionum)

Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem, non potest dici fideiussores liberari: neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur.

債権者が彼のものではない債務者の相続財産を占有していて、もし誰であれ〔債権者とは〕別の遺産占有者が彼にそれを弁済したならば〔債務者の〕相続人を解放するだけのものが彼のもとに到達していた場合は、〔被相続人の債務の〕保証人が解放されると言われることはできない。なぜなら、相続財産を取り戻される者〔＝債務者の相続財産を占有している債権者〕自身が自分に金銭を弁済したと考えられるべきではないからである。

### ⑤ Pap. D. 46, 3, 95, 9 (28 quaestionum)

Dolo fecisti, quo minus possideres quod ex hereditate ad alium pertinente adprehenderas: si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest: ceterum si tu ante conventus ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit.

---

で受任者に弁済したときは、弁済の後も訴権譲渡の前提となる「債務者に対する訴権の存続」を認めた、というのである (Emunds, SS. 262–265)。

このように、Wacke は Pap. による信用委任者事例の解釈のポイントを「委任反対訴訟の終了後であっても委任者からの委任直接訴権による訴権譲渡請求を認めること」に置くのに対し、Emunds は「受任者への弁済後であっても訴権譲渡請求の前提となる訴権の存続を認めること」に置いている。委任直接訴権にもとづく訴権譲渡請求は Emunds が主張するほど (註 16 参照) 当然のこととは言いきれないと思われること (Ankum は、訴権譲渡を求める委任直接訴権の内容は通常の内容とはかなり異なるとする [Ankum, p. 184]) や、法文①の信用委任者事例における一番の問題は、受任者からの委任反対訴訟において委任者が訴権譲渡の申請を怠ったり、裁判官が判決前の訴権譲渡申請を認めなかったために受任者への「弁済前」の訴権譲渡がなされなかった場合に、「弁済後」であっても委任者が委任直接訴権によって訴権譲渡を請求できるかということであったと解しうること (Wacke, S. 132) からすると、後見人は後見直接訴訟にもとづいて被後見人に弁済した後でも後見反対訴訟によって被後見人に対して訴権譲渡を請求できたという点において、後見人事例が比較事例の役割を果たしたと考えられよう。

\*27 Babusiaux, S. 131.

あなたは、他人のものである相続財産からあなたが取得した物の占有を悪意で中止した。もし〔現在の〕占有者が目的物あるいは訴訟物評価額を〔所有物取戻訴訟を提起した相続人に〕給付したときは、そのことはあなたにとって役立つだろう。なぜなら、原告〔である相続人〕には〔さらにあなたを訴える〕利益はないからである。他方、もしあなたがかつての悪意にもとづいて最初に訴えられて〔相続人に〕給付したときは、そのことは〔現在の〕占有者にとって全く役立たないだろう。

⑥ Pap. D. 46, 3, 95, 11 (28 quaestionum)

Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.

もし〔信用受任者である〕債権者が彼の過失によって債務者に敗訴したときは、彼自身の過誤によって委任者への訴権譲渡が不可能になったのだから、委任者に対しては委任〔反対〕訴権によって何も請求されるべきでない、ということが妥当である。

⑦ Pap. D. 46, 3, 95, 12 (28 quaestionum)

Si inter emptorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur, fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur.

買主と売主の間で、いずれか一方から何かが弁済される前に売買から退くことが合意されたときは、売買契約のために設定された保証人は契約解消によって解放されるであろう。

法文①と法文④、⑤、⑥、⑦の関連を巡る Bab. の解釈はかなり複雑であるが、要約すると以下のようなだろう。Bab. によれば、信用委任者事例（法文①・法文③）において委任者が訴権譲渡による求償を行うのは、委任者は、受任者の債務者が受任者に対して負う責任とは別の「固有の責任」を受任者に対して負っており、受任者の債務者が受任者に対して負う責任に比べて「補充的な責任」しか負わないためであるが\*28、このよう

\*28 Babusiaux, SS. 131-132. 「固有の責任」とは、後見や委任という法関係にもとづいて後見人や委任者が被後見人や受任者に対して負う債務は、問答契約などによって本来の債務者が被後見人や受任者に対して負う債務とは別個独立のものであって、両者は訴権消耗の関係にはない、ということの意味する (cf. Wacke, S. 119; SS. 127-128; Seiler, S. 161; Emunds, SS. 263-265 [註 24 参照])。また、「補充的な責任」とは、債権者に対して第一次的に責任を負うのは本来の債務者であって、後見人や委任者が被後見人や受任者に対して負う債務は、本来の債務者の債務に比して補充的なものである、という意味であり、彼らが本来の債務者に代わって被後見人や受任者に弁済した場合は、訴権譲渡による本来の債務者への求償が可能とされる (cf. Babusiaux, SS. 131-132; Wacke, S. 117; Levy, S. 71)。

な補充的責任を基礎づけるための議論として用いられているのが法文⑥と法文⑦である。すなわち、信用委任に関する法文⑥では、受任者が彼の過失によって債務者に対する訴訟で敗訴したために委任者への訴権譲渡が不可能となった場合は、受任者が委任者を訴えることはできなくなるとして、委任者の補充的責任が明確にされており、売買契約の保証に関する法文⑦は、買主と売主との間で売買契約が合意解除された場合には保証人の[補充的]責任も消滅するとして、法文⑥の委任者の補充的責任を証明するための比較事例の役割を果たしている(Bab. は、両事例における論証方法を「効果を及ぼされたものからの論証 *argumentum ab effectibus*」として、キケロの『トピカ』を参照させている)<sup>\*29</sup>、というのである。

信用委任者事例(法文①)では、こうして基礎づけられた委任者の補充的責任にもとづいて、受任者への弁済後であっても委任者からの訴権譲渡請求が認められていたが、Bab. によれば、この判断は、保証人もまた債務者への求償のために債権者に対して訴権譲渡を請求しうる以上、被相続人の債務の保証人の事例(法文④)においても妥当すべきものであり、さらにPap. は、被後見人の債務者や現在の遺産占有者に比べて補充的責任を負うにすぎない後見人(法文①)や悪意で占有を中止した遺産占有者(法文⑤)などの「他人の財産の管理者」の事例にもこの判断を及ぼそうとした、とされる。Pap. は、訴権譲渡による求償を認めた信用委任者事例を後見人(=他人の財産の有権限の管理者)事例のための証例として用いたうえで(法文①)、さらにこの後見人事例における判断を、悪意で占有を中止した遺産占有者(=他人の財産の無権限の管理者)の事例(法文⑤)にも拡張しようとしたのであって、この点にPap. の革新が存在する、というのである(Bab. は、このような論証方法を「随伴するものからの論証 *argumentum ab adiunctis*」として、キケロの『トピカ』を参照させている)<sup>\*30</sup>。その際、法文⑤の悪意で占有を中止した遺産占有者の事

\*29 Babusiaux, S. 132, A. 625 に挙げられる Cicero, Topica, 23 (『トピカ』, 24 頁) を参照。「効果を及ぼされたものからの論証」とは、引き起こすものから引き起こされるものを、あるいはその逆のように推論する論証であるとされる (cf. Quint. Inst. 5, 10, 80 [「弁論家の教育 2」, 264 頁])。Bab. によれば、法文⑥の信用委任者事例においても法文⑦の保証人事例においても訴権譲渡は(擬制的)訴権売買と観念されており、両事例における「売買目的物の消滅」という共通性が法文⑦の解釈の効果を法文⑥に及ぼす論証の鍵であるとされるが (S. 132)、法文⑥の信用委任においては委任者の責任は受任者の債務者が負うべき責任を補充するものにすぎないと解される以上 (註 28 参照)、(擬制的)訴権売買と構成する必要はなからう (cf. Ankum, p. 187, n. 47; Emunds, S. 257, A. 77; Wacke, S. 131)。

\*30 Babusiaux, S. 133, A. 632 に挙げられる「随伴するものからの論証」(cf. Cicero, Topica, 50 [『トピカ』, 31-32 頁]) とは、問題になっている立場を選択した場合にはそれに随伴するものも承認しなければならないことになるという議論であって、本来は類推による推論とは別のものであるとされるが (Tobias Reinhardt (ed.), Cicero's Topica, 2003, p. 229)、Bab. はこれを類推にもとづく論証の意味で解しているようである。

例では Pap. 以前は訴権譲渡請求が認められていなかったため<sup>\*31</sup>、Pap. は、明示的には訴権譲渡請求の可否に触れずに、従来から承認されている相続人の選択権（最初に現占有者を訴えるか、それとも悪意で占有を中止した遺産占有者を訴えるか）のみに言及したうえで、上述のような論証方法を用いて、悪意で占有を中止した遺産占有者は、相続人から訴えられて相続人に対する給付を行った後でも、相続人が相続財産の現占有者に対して有する訴権を譲渡するように相続人に請求できる、という独自の新たな見解を〔黙示的に〕定式化しようとした、と Bab. は解釈する<sup>\*32</sup>。

以上のような Bab. の解釈は、D. 46, 3, 95, 8-12 全体のレトリカルで理論的な立証構造を想定して法文①における例証の意義や法文⑤の意味を明かにしようとしたものとして評価できよう<sup>\*33</sup>。しかしながら、Pap. が同じ「他人の事務の管理者」として法文①の後見人を「有権限の管理者」と捉え、法文⑤の悪意で占有を中止した遺産占有者を「無権限の管理者」と捉えて、法文①の信用委任者事例における判断を順次これら 2 つの事例に拡張しようとしたとする Bab. の理解は、理論的には筋が通っているものの、そもそも法文⑤に関する現代の学説の理解が分かれていることからわかるように<sup>\*34</sup>、あくまでも 1 つの仮説にとどまるといえよう。しかも、法文①における *ratio suadet* の用法は、Bab. の

\*31 Paul. D. 6, 1, 69 (cf. Babusiaux, S. 133, A. 632) を参照。

Paul. D. 6, 1, 69

「悪意で占有を中止した者は、以下のことによっても罰せられる。すなわち、原告は、その物のゆえに〔現占有者に対して〕有する訴権を彼に譲渡することの担保義務を負わないのである。」

\*32 Babusiaux, SS. 127-135.

\*33 このような Bab. の解釈にもとづけば、Pap. の革新がそこに存するとされた「随伴するものからの論証」（註 30 および対応本文参照）としての例証の中に、Quint. のいう「インゲニウムによる例証」の具体像を見いだすことも可能であろう（ただし、筆者の解釈は異なる〔本文 VI 参照〕）。なお Bab. によれば、Pap. D. 46, 3, 95 全体のカズイステークは、「債務（あるいは弁済可能性）の形式上の二重性にもかかわらず最終的にはただ 1 つの給付がなされるべきかが個々の事例において考察されるべきである」という基本テーゼにもとづくものであって、個々の事例の連想的な展開ではなく、計画的できわめて遠大な立証文化〔＝レトリック (cf. S. 135, A. 638)〕の表現であるとされる (Babusiaux, SS. 134-135)。

\*34 Levy は、Paul. D. 6, 1, 69 (註 31) と同様に法文⑤においても、相続財産の占有を悪意で中止したために相続人から訴えられた者には、罰として、彼の有責判決前に訴権譲渡の担保を相続人に請求することは認められていないと解しており (Levy, S. 72; Ernst Levy, Die Enteignung des Klägers im Formularprozess, in: SZ 42 [1921], S. 510)、Wimmer は、法文⑤における Pap. の問題関心は、「現物返還」を望む相続人の利益を優先させるために、悪意で占有を中止した者が相続人に敗訴して弁済した後であっても現占有者に対する訴訟を相続人に認めることであったと解している (Markus Wimmer, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten, 1995, SS. 120-121)。したがって両者の法文⑤の理解は、Pap. が法文①をもとに悪意で占有を中止した者 (=他人の事務の無権限の管理者) にも訴権譲渡による清算・求償を認めようとしていたとする Bab. の理解とは異なる。なお Cujas (cf. Babusiaux, S. 130, A. 616) は、Pap. が法文⑤で対物訴訟 (相続請求) について述べたのと同じことを法文①で対人訴訟 (委任訴訟、後見訴訟) について述べているとするが (Cujas, Sp. 759)、それは、いずれの法文においても訴権消耗は生じないということにとどまるのか、訴権譲渡が認められるべきことまでも含むのかは明らかではない。

主張とは逆に信用委任者事例が出発事例であったことを推測させるものといえる。というのも、Pap. は信用委任者事例について「そしてそれゆえ、委任者が〔受任者から〕訴えられて有責とされたときにたとえ金銭が〔委任者から受任者に〕弁済されたとしても債務者は解放されないことを事理は説いており (ratio suadet)、……」と述べており、Pap. が事理 ratio という語を用いるのは「解答を迫られている新しい事案 [= 出発事例] を、すでに決定がなされている類似の事案 [= 比較事例] と、同じ趣旨で決定しなければならない」場合であると解されるからである<sup>\*35</sup>。つまり、ratio suadet の部分を素直に読めば、Pap. は後見人事例ですでに決定されている解決が事理にもとづいて信用委任者事例にも及ぼされるべきであると説いていることになり、前者が比較事例、後者が出発事例ということになるのである。

## VI Pap. D. 46, 3, 95, 10 からみた「インゲニウムによる例証」の具体像

III、IV、V においてみたように、Pap. の例証において後見人事例を出発事例、信用委任者事例を比較事例と解すべきであるとする Bab. の主張には十分な根拠がなく、むしろ従来の多数説のように、信用委任者事例を出発事例、後見人事例を比較事例と解すべきであるといえよう。すなわち、信用委任者事例においては、委任者が委任反対訴訟で訴えられて受任者に弁済した後に委任直接訴訟によって受任者に対して訴権譲渡を請求することは Pap. 以前は認められていなかったのに対し、後見人事例においては、後見人が後見直接訴訟で訴えられて被後見人に弁済した後でも後見反対訴訟によって被後見人に対して訴権譲渡を請求することがすでに認められていたため、Pap. は、信用委任者事例において、受任者への弁済後であっても受任者に対する訴権譲渡の請求を委任者に認めるべきであるとの新たな解釈を提示するために、後見人事例を比較事例として例証しようとした、と解されるのである。このような解釈に立つ場合でも Pap. の例証の役割や目的についてはさまざまな理解が可能であるが<sup>\*36</sup>、最後に、Pap. による例証の内容は異例で巧みであるとする

\*35 『パピニアヌス』、246 頁参照。Bab. 自身も、Pap. による ratio suadet という定式はすでに承認された解決をそのような解決がなされていない事案に持ち込むのに役立つとして、信用委任者事例を出発事例、後見人事例を比較事例と解している箇所があるが (Babusiaux, S. 201)、同頁のすぐ後の箇所では反対に解しており、混乱がみられる。

\*36 Pap. による例証の役割については註 26 参照。例証の目的については、Wacke は、それが現実的な問題の解決のためというよりも教育的関心にあった可能性があるとし、Pap. の『質疑録』には講義室での議論や質問に対する Pap. の解答も含まれていたとして、法文①における教育的口調、比較の繰り返し、各所にみられる文章の乱れは『質疑録』のこのような成り立ちによって説明されると述べている (Wacke,

Wackeの指摘を手がかりに、Quint. Inst. 5, 11, 44における「インゲニウムによる例証」の具体的一面を考察してみたい。

例証におけるインゲニウムの意義を考えるうえで重要なのは、法文①においてPap.が後見人事例と信用委任者事例の間にどのような類似性を発見したのかということであるが、この点に関してWackeは以下のように述べている。すなわち、両事例においては同じ事務執行者として「後見人」と「受任者」をパラレルに論じることが内容的に自然であるにもかかわらず、Pap.は、債務者以外にも〔後見や委任にもとづいて後見人や委任者の補充的〕責任を問うことができる債権者として「被後見人」と「受任者」をパラレルに論じており、その意味ではPap.の例証は異例であるが<sup>\*37</sup>、法文①やその前後の法文が後見人や委任者が負う「補充的な責任」に関連した問題を扱っていることから<sup>\*38</sup>、それは巧みな例証といえる<sup>\*39</sup>、というのである。そして、Wackeが指摘するこのような例証の異例さと巧みさは、インゲニウムを「[媒辞 mediumの発見によって]互いに離れたところにある相異なることどもをひとつに結合する能力」という限定的な意味で理解したイタリアの哲学者Giambattista Vico(1668-1744)のインゲニウム概念<sup>\*40</sup>を筆者に思い起させる。Quint.自身が例証としての比較に関して「実際、パラボレー〔比較〕は、……比較されることがらをより離れたところからとってくるのが普通です」<sup>\*41</sup>と述べている点にも着目す

---

SS. 132-133; S. 133, A. 65. なお Bab. も例証の目的が教育的なものであった可能性を示唆する [Babusiaux, S. 134]。

\*37 Wacke, S. 117.

\*38 註 28・33を参照。

\*39 Wacke, S. 133.

\*40 『イタリア人の太古の知恵』、119頁参照。「媒辞の発見」については Giambattista Vico, *Institutiones Oratoriae*, Testo critico versione e commento di Giuliano Crifo, 1989 [ristampa 1995], p. 286, p. 292, p. 298 参照。『学問の方法』、160頁の訳注によれば、Vicoが用いるインゲニウムという術語の意味は一義的ではないが、「生まれつきの才能」という一般的意味のほかに、より限定的には「適当な媒辞 mediumを見つけて出すことによって相互に離れたところにある異なった諸事物を一つに結合する能力」という意味で用いられているとされる(『イタリア人の太古の知恵』、179頁の訳注105も参照)。Heinrich Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik*, 4. Aufl., 2008, S. 723ではingeniumの概念史についてVicoに関するPareysonの論文(L. Pareyson, *La dottrina vichiana dell'ingegno*)のみが参考文献として挙げられる一方で、ギリシア・ローマ以来のingeniumの概念史、学説史を詳述しているHistorisches Wörterbuch, s.v. [ingenium] (J. Engels)にはVicoやVicoのいう限定的な意味でのingeniumへの言及はなく、学説史全体におけるVico説の位置づけや、Vicoのingenium概念の先駆者とされるM. Pellegrini(1595-1652)やE. Tesaurio(1592-1675)らの綺想主義の理論家たちとの関連(『学問の方法』、174-175頁の訳注参照)の考察が必要であるが、これらは今後の課題としたい。なおBab.は、Pap.の別の法文(Pap. D. 31, 69pr.-4)に関して「……Pap.は聴衆のいっそうの抽象化能力を前提としており、聴衆は、出発事例にとつての比較の意義を評価しようと思えば、出発事例をあらゆる法的側面において把握しなければならなかったのみならず、法的に遠く離れた比較事例の含意をも見抜かなければならなかった」と述べているが(Babusiaux, S. 174)、ここで聴衆に求められている能力はVicoのいう限定的な意味でのingeniumにあたるといえよう。

\*41 Quint. Inst. 5, 11, 23 (『弁論家の教育 2』、285頁)。

るならば、法文①における Pap. の例証を念頭に置く限り、Quint. Inst. 5, 11, 44 におけるインゲニウムの内容を「生まれつきの才能」のように抽象的・一般的に理解するのではなく、Vico のインゲニウム理解のように、より具体的・限定的な能力として捉えることも可能なのではないだろうか\*42。その意味では、事例同士の法的類似性が明白とは言い難い\*43 後見人事例と信用委任者事例を、後見人や委任者が被後見人や受任者に対して負う責任の「独立性」や「補償性」といった点に着目して結合し、受任者への弁済後であっても委任者に訴権譲渡による求償を新たに認めようとする信用委任者事例のために、被後見人への弁済後であっても後見人に訴権譲渡による求償をすでに認めていたとされる後見人事例を比較事例として提示した Pap. の事例比較は\*44、Quint. がその意義を強調する「インゲニウムによる例証」の具体像を提供しうるものといえよう\*45。

(亜細亜大学)

\*42 5, 11, 44 は「技術的な立証」(弁論家自身が事案から引き出し、ある意味で生み出す立証 [5, 1, 1]) における ingenium の意義やその習得可能性を考えるうえで重要な箇所であると思われるが、本箇所を含めて ingenium の内容が具体的に論じられることはほとんどなく(たとえば、Historisches Wörterbuch, s.v. [ingenium], Sp. 392-393 および Sp. 395, n. 26 に挙げられる参考文献を参照 [ただし、E. Zundel, *Clavis Quintilianea*, 1989 は筆者未見])、出典を明示せずに本箇所が言及される場合にも詳しい分析はなされていない (Belén Saiz Noeda, *Proofs, arguments, places: Argumentation and rhetorical theory in the Institutio oratoria*, Book V, in: Olga Tellegen-Couperus (ed.), *Quintilian and the Law*, 2003, pp. 102-103)。Quint. Inst. における ingenium は「術 ars」に対置される「生まれつきの才能」として一般的な意味で理解されることが多く、後天的な習得可能性が否定されたり、ingenium の薄弱さは継続的な実践によっても部分的にしか補われなるとされているが (cf. *Historisches Wörterbuch*, s.v. [ingenium], Sp. 392)、5, 11, 44 の ingenium に関する限り、Vico が主張するような限定的な意味 (註 40 参照) で捉えることが可能であり、長い時間をかけて多量に事例を覚え込ませて ingenium を開花させる (『イタリア人の太古の知恵』、127-128 頁) という方法によって後天的な習得可能性を認めることもできるように思われる。

\*43 Wacke は、後見反対訴権はその一般的機能からすれば同じく費用の償還を求める委任反対訴権と等しいはずだが、法文①では受任者からの利得の回収という機能を果たしうる委任直接訴権との対比が「暗黙のうちに」なされているとし (Wacke, S. 121)、Cujas も、両事例の比較は「それ自体としてはきわめて不明瞭」であって、委任者や後見人への訴権譲渡の必要性という解釈なしには誰もその比較を理解できないとしている (Cujas, Sp. 760)。Bab. は、法文①における信用委任と後見の「一見すると余計な重複」は、相続請求との関連で議論がなされている 2 つの事例、すなわち、法文④の保証人の事例と法文⑤の悪意で遺産占有を中止した者の事例に対応するものであると述べている (Babusiaux, S. 132)。

\*44 Pap. の議論が目指していたのは、後見反対訴権にもとづく訴権譲渡請求を認めていた後見人事例を信用委任者事例に類推適用することであった、とされる (Wacke, S. 118, A. 8; Provera, pp. 632-633)。

\*45 なお Ankum は、信用委任者事例を出発事例、後見人事例を比較事例と捉え、委任直接訴権と後見反対訴権に共通する誠意 (bona fides) 条項にもとづいて信用委任者事例においても委任直接訴権による訴権譲渡請求を承認しようとする Pap. の事例比較 (Ankum, p. 184) をとても「創意に富む ingegnoso」ものであるとするが (p. 188)、その内容に関しては「法的に類似した事例の比較」と述べるにとどまり (p. 182)、法的類似性の具体的検討は行っていない。

## 文献略号表

- 『弁論家の教育 2』 = (森谷・戸高・渡辺・伊達訳) クインティリアヌス『弁論家の教育 2』、2009年。
- 『パピニアーヌス』 = (小川浩三訳) ハンス・アंकム「パピニアーヌス、意味不明な法律家か」、『北大法学論集』第44巻第2号、1993年、221-265頁。
- 『トピカ』 = (吉原達也訳) キケロ『トピカ』、『広島法学』第34巻第2号、2010年、19-45頁。
- 『イタリア人の太古の知恵』 = (上村忠男訳) ジャンバッティスタ・ヴィーコ『イタリア人の太古の知恵』、1988年。
- 『学問の方法』 = (上村・佐々木訳) ヴィーコ『学問の方法』、1987年。
- Ankum = Hans Ankum, *Il beneficium cedendarum actionum del mandante di credito: un beneficio basato sulla buona fede nel diritto romano classico*, in: (a cura di Luigi Garofalo), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol. 1, 2003, pp. 173-188.
- Babusiaux = Ulrike Babusiaux, *Papinians quaestiones: Zur rhetorischen Methode eines spät-klassischen Juristen*, 2011.
- Briguglio = Filippo Briguglio, 'Fideiussoribus succurri solet', 1999.
- Cujas = Cujas, *Opera Omnia IV*, 1658 [rep. 1996].
- Emunds = Christian Emunds, *Solvendo quisque pro alio liberat eum: Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, 2007.
- Historisches Wörterbuch = *Historisches Wörterbuch der Rhetorik* (Herausgegeben von Gert Ueding), Bd. 4, 1998.
- Kaser-Knütel = Kaser-Knütel, *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl., 2014.
- Levy = Ernst Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, 1962.
- Nörr = Dieter Nörr, *Exempla nihil per se valent: Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46, 3, 98, 8; 72 ad ed. D. 45, 1, 83, 5*, in: *SZ* 126 (2009), SS. 1-54.
- Provera = Giuseppe Provera, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, in: *Studi Sanfilippo*, IV, 1983.
- Seiler = Hans Hermann Seiler, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, 1968.
- SZ = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*.
- Wacke = Jan Wacke, *Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regress mittels Klagenzession*, in: *SZ* 124 (2007), SS. 113-144.