

売買ノ發展史ニ於ケル mancipatio

春木一郎



羅馬ニ於ケル売買ノ發展史ヲ概括スレハ初メハ mancipatio 又ハ traditio
ニシテ何レモ物權的ノ即時売買ナリ十二表法ノ制定ノ後多クノ歲月ヲ經
テ債權的の売買生シタリ當時債權的の売買力如何ナル方法ニ依リテ締結セラ
レタルカハ學者間ニ未タ定説ナシト雖モ卑見ニ依レハ隔地者間ニ在リテ
ハ踐成契約ニ依リ對話者間ニ在リテハ問答契約ニ依リタリ Plautus ノ時代

(Circa B. C. 250
- B. C. 184) ヨリ contractus consensu 發達シタリ (Voigt 八物權的の売買ノ行ハレタル時代ヨリ
債權的の売買ヲ生スル迄ノ間ハ人心性質ニ
シテ當事者ノ德義心ニ因リテ其ノ実行ヲ爲シタリトセリ (Voigt, Ius naturale etc. III, S. 231, 1875) 此ノ説果シテ羅馬人ノ実
際生活上ノ行動ニ適合セル觀察ナリヤ否ヤハ大ニ疑ハシ (Girard, Manuel, p. 563, N. 2, 7ème éd. 1924) Pernice 氏ハ當時売買
ハ踐成契約ナリ即チ売主ヨリ目的物ヲ買主ニ引渡スニ因リテ成立シタリトス氏ノ説ニハ直接ノ淵源ハ無シト雖モ有力ナル仮
定説ナリ氏ハ次ノ如キ規定ヲ綜合シテ自説ヲ確メントス(イ) 売買ノ完成ト同時ニ危險ハ直チニ買主ニ移転ス (periculum est
emptoris) 此ノ原則カ法学隆盛時代ニ存シタル事ニ付テハ伊太利ノ羅馬法學者 Armò 管テ是レヲ否定シ(Serafini, Istituzioni
di diritto romano II, p. 130, N. 6 及ヒ Zeitschrift der Savigny-Stiftung [rom. Abt.] Bd. 41, S. 45 Haymann ノ論文所載ニ拠ル) 其
ノ後贊成者ナカリシカ近時 Haymann ハ再び同シ説ヲ唱フ (Haymann in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung a. a. O. S. 44
ff.) 此ノ原則カ法学隆盛時代ニ存シタリシヤ否ヤノ問題ハ今茲ニ之ヲ論セス(ロ) 売買ノ原因ト爲ス取得時効ノ場合ニハ時
効取得者ハ單ニ引渡ヲ受クル時ニ善意タルコトヲ要スルノミナラス売買契約完成ノ當時ニ於テモ善意タルコトヲ要ス(ハ)
諾成契約タル売買ノ原因ト爲ス引渡ニ因リ買主カ所有權ヲ取得スルノ條件トシテ代金ノ支払アリタルカ若シクハ売主カ
買主ニ支払猶予ヲ許容スルコトヲ要ス(ニ) 売主カ売主訴權ニ因リ代金ヲ請求スルニ當リ未タ目的物ヲ買主ニ引渡サルカ
若シクハ之ヲ現實ニ提供セサルトキハ買主ヨリ契約不履行ノ抗弁ヲ受クヘキコト。Pernice ハ諾成契約タル売買ニ關スル
以上ノ規定ノ説明ニハ賣買力或時代ニ在リテハ踐成契約タルコトヲ假定スルニアラサレハ不可能ナリトス(Pernice, Labo
I, S. 457, 1873; derselbe, II, Abt. II, I, S. 232, Anm. 2, 2te Aufl. 1900 氏ハ千九百年ノ Labo 第二版中ニ於テ尙ホ同書第一版
發行當時ノ説ヲ採ルコトヲ附言ス) Bechmann ハ Pernice ノ説ヲ駁シテ法源ニ根拠乏シク又當時既ニ認メラレタリトセラル
ル有名踐成契約ノ何レニモ Pernice ノ云フカ如キ賣買ハ屬セス又 actio praescriptis verbis ハ後ニ認メラレタルカ故ニ一種
ノ無名踐成契約ヲ當時ニ認ムルコトヲ得ス云クト (Bechmann, Kauf, I, SS. 17-18, 1876) 然レトモ卑見ニテハ Pernice ノ説
ハ弁護ノ余地アリ債權契約タル売買ノ前身ヲ無名踐成契約ノ一種ト爲シ do ut des ノ形式ヲ以テ説明スルハ Bechmann ノ
論スルカ如ク時代錯誤ニ陥ルト雖モ消費貸借類似ノ訴權ノ伴ナフ有名踐成契約ノ存在ヲ假定スルハ羅馬契約法發展ノ經
路ニ適合ス給付アリテ反對給付ノ請求權ヲ要スルノ契約先ツ發達シ相互ニ給付ヲ約スルノ契約ニ之ニ続ク又 Ihering 一派ノ
説ニ拠レハ諾成売買ノ以前ニハ賣買ハ二個ノ問答契約ヲ以テ爲サレタリトス (Ihering, Geist des röm. Rechts, III, 1, S. 201
ff., 4te Aufl. 1888; Girard, o. c. p. 563, N. 4) 此ノ説ハ當事者ノ爲シタル問答ノ形式ニ付テ多少異論アリト雖モ大体トシテハ
有力ナル羅馬法家ノ贊成多シ然レトモ問答契約ハ對話者間ノ契約ナリ隔地者間ニ於テハ奴隸若シクハ家族ヲ使用セサル
ヘカラス是レ往々ニシテ不便又ハ実行不可能ナリ予ハ Pernice 及ヒ Ihering ノ両説ヲ折衷シ隔地者間ニテハ踐成契約ノ方
法ニ依リ對話者間ニテハ問答契約ノ方法ニ依リ emptio venditio
ノ發達以前取引者ハ債權的の売買ヲ爲シタルモノト假定ス) 本小篇ニ於テハ右ノ如キ売買ノ發達

史ノ一時期ニ行ナレタル mancipatio ニ付テ説カントス

Gaius 1, 119 二曰ク

「*mancipatio* ハ上ニモ既ニ言ヒタルカ如ク一種ノ仮装売買ニシテ、羅馬市民ニ特有ノ制ナリ、其ノ実行手續ハ次ノ如シ。成熟年齢ノ羅馬市民五人以上及ヒ同一資格ノ他ノ一人ニシテ銅製ノ衡器ヲ保持スル者即チ謂ハコル持衡器者 (*libri-pens*) ノ面前ニ於テ握取者 (予ノ註、買主ノ事ナリ) ハ銅片ヲ所持シナカラ次ノ如ク言フ「予ハ此ノ奴隸カ羅馬市民法ニ依リ予ノ物ナルコトヲ言明ス。而シテ此ノ奴隸ハ此ノ銅片ト銅製ノ衡器トヲ以テ予ノ買取りタルモノタルヘシ。」然ル後握取者ハ銅片ヲ以テ其ノ衡器ヲ打ち之ヲ代金ト看做シテ被握取者 (予ノ註、売主ノ事ナリ) ニ与フ。」

- 右ノ法文ハ *mancipatio* カ既ニ現実行為ナル売買ヲ脱シ仮装売買 (*imaginaria venditio*) ト成リタル形式ヲ解説シタルナリ然ラハ現實ノ売買トシテノ *mancipatio* ノ手續ハ如何ナリシカ是レヲ的確ニ説キタル淵源ナシト雖モ前掲ノ Gaius 文ヲ基礎トシテ推察スルコト難カラス Gaius カ *mancipatio* ヲ真實ノ売買 (*vera venditio*) ト言ハスシテ仮装売買 (*imaginaria venditio*) ト言ヒタルハ一片ノ銅塊ヲ代金ト看做シテ買主ニ於テ之ヲ売主ニ与ヘタルカ為ナリ *mancipatio* カ真實ノ売買タリシトキニ於テハ衡器ヲ以テ銅塊ヲ現實ニ計量シタリ當時未タ国家ニ於テ一定ノ形式及ヒ重量ヲ公認シタル貨幣ナク只国家ノ真ノ銅ナリト認証シタル銅塊アリテ一般取引上之ヲ交換ノ媒介物及ヒ價格ノ標準トシテ公認シタルナリ羅馬建国ノ頃ニ在リテハ羅馬人ノ祖先及ヒ羅馬人ハ牛羊ノ如キ動物ヲ以テ交換ノ媒介物價格ノ標的ト為シタリ是レ後世ノ銅貨ノ面ニ於テ此等ノ動物ヲ鑄出シタルト又 *pecunia* ハ *pecus* ヨリ伝来セル語ナルノ周知ノ事實トニ因リテ明カナリ次ニハ自然ノ銅塊 (*aes rude*) ヲ用ヅタリ其ノ次ニハ銅塊ノ面ニ純粹ナル銅ナルコトヲ公証スル為ニ官印ヲ刻シタリ其ノ時代ハ王朝 Servius Tullius ノ頃ナリト云フ Plinius, H. N. XVIII, 3 ニ Servius 王ハ銅塊ノ面ニ羊及ヒ牛ノ像ヲ印刻シタリト云ヘルハ当該ノ銅塊ノ質ノ純粹ナルヲ公証センカ為ナリ其ノ後十人政務大官時代 (B.C. 450) 若シクハ其ノ後幾何モナク銅貨ヲ鑄造シタリ銅貨二次テ銀貨ノ鑄造アリ最後ニ金貨ノ鑄造アリ銅貨ノ鑄造セラルルニ及ヒテハ真實ノ売買タル *mancipatio* ハ *imaginaria venditio* トナリ代金ノ支払ハ *mancipatio* ノ手續外ニ於テ為サレタリ十二表第六表中ニ

,cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto ‘ナル規定アリ本法文中ノ mancipium ハ mancipatio ナリ mancipium ハ元來握取物ノ意ナリ一転シテ握取物ヲ物体トナス行為ヲモ示メス語ト為リタルナラン (Rein ノ説ニ拠レハ mancipium ニハ大凡三義アリ第一ニハ mancipatio ノ行為第二ニハ其ノ行為ニ因リテ取得セラレタル權利即チ所有權 [mancipio dare, mancipio accipere 「此ノ熟語中ノ名詞ハ datus ナリ予ノ註」第三ニハ mancipatio ノ物体殊ニ敵ヨリ捕ヘタル者即チ奴隸是レナリ Rein, das Privat-recht und der Civilprocess der Römer, S. 233, Anm. 2, 1858) 十二表法ノ制定時代ニ於テ果シテ mancipatio ナル語カ存在シタルヤ否ヤハ文献ノ徴スルモノ無ク之ヲ知ルコト能ハス又若シ存在シタリト假定スト雖モ十二表法ノ制定者ハ um ノ音ヲ以テ終ハル cum, nexum ト同音ナラシメンカ為メ mancipatio ナル語ヲ用ヅシテ mancipium ナル語ヲ用ヅタルナラン (十二表法ノ正文ハ韻文ニシテ脚韻ヲ用ヅタル所多シ「穗積先生著法律進化論第一冊三五九頁」Chassan, Essai sur la Symbolique) 十二表法ニ mancipatio ノ規定ノ存シタルハ Paulus in Vat. fr. 50 ニ「十二表法ハ mancipatio 及ヒ in iure cessio ヲ確認ス」トアルニ拠リテモ明白ナリ

眞實ノ売買トシテノ mancipatio ハ十二表法制定前ニ存シタリ其ノ手續中ニ於テ買主ハ目的物ヲ攫ミ (目的物ハ現場ニ在ルコトヲ要スルハ当然ノ事ナリ当初 mancipatio ハ動産ニラサシモ) 彼ノ式語ヲ唱ヘ衡器ニテ銅塊ノ重量ヲ計リタル上ニテ之ヲ代金トシテ売主ニ交付シタリ今次ニ眞實ノ mancipatio ニ關スル數問題ヲ擧ケテ之ヲ論セン

(イ) 起原 D. 18, 1, 1, pr. ニ Paulus カ売買ノ起原ヲ説キタル有名ナル法文アリ曰ク

「売買ノ起原ハ交換 (permutatio) ニ在リ何トナレハ往時ハ現今ノ如ク金錢ナク又取引ノ目的物中ノ何レヲ貨物ト稱シ何レヲ代金ト稱シタルニ非ス各人時々ノ需用ト狀況トニ依リ自己ノ不用品ヲ以テ有用品ト交換スルヲ以テ常トシタレハナリ蓋シ甲者ニハ余アル品ニシテ乙者ニハ欠クルモノナル事ハ當時頻繁ニ生シタリ」

Paulus カ売買ノ起原ヲ permutatio ト為シタルハ各民族ノ文化史上顯著ナル事實トシテ特ニ拳証ヲ要セサル至當ノ説ナリト雖モ同法曹ノ謂ハユル permutatio (交換) ノ本体ノ何タリシカ又其ノ mancipatio (眞實ノ売買トシテ) トノ關係如何ヲ考察スルコトヲ要ス今眞實ノ売買ナル mancipatio ノ前身ハ單純ナル握取行為ナリト假定スルトキハ Paulus ノ謂ハユル permutatio ノ本

6 体及ヒ其ノ *mancipatio* トノ關係ヲ明カニスルコトヲ得ン羅馬建國時代ニ於テハ甲者ノ牛ト乙者ノ羊トヲ交換セントスルトキハ乙者ハ甲者ノ牛ヲ握取シ(即チ一個ノ握取行為) 甲者ハ乙者ノ羊ヲ握取ス(即チ又一個ノ握取行為) スクノ如ク二個ノ握取行為ハ結合シテ *permutatio* ヲ成シタルナリ此ノ假定ヲ確ムルニハ後世ノ *mancipatio* ニ於ケル式語ヲ説明セサルヘカラス故ニ(口)ヲ通読アラシムコトヲ願フ

(口)式語 前ニ訳出シタル Gaius 1, 119 ノ原文ニ拠レハ買主ハ, *hunc ego hominem* (目的物ヲ奴隷ト假定ス) *ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra'* ト言明ス此ノ文ニハ, *que'* ナル接続詞ヲ以テ直接法ノ動詞, *aio'* ノアル上半ノ句ト命令法ノ動詞, *emptus esto'* ノアル下半ノ句トヲ結合ス是レ不均等(Asymmetrie) ナリ又内容ニ付テモ不条理ノ事アリ *mancipatio* ノ行為ハ買主ニ於テ言明ノ詞ヲ唱ヘタルニテハ未タ完了セズ仮リニ言明ノ上半句ヲ耳ニシタルヤ否ヤ証人中ノ一人会々卒倒シタリトセン *mancipatio* ハ無効ナリ(Schlossmann, In iure cessio und Mancipatio, SS. 9-18, 1904) 言明ノ文詞ノ不均一及ヒ内容ニ不条理アルカ故ニ此ノ文言ハ本来上半即チ, *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio'* トノミナリシモノニシテ *mancipatio* ノ前身ナル單純ノ握取行為ニ在リテ取得者ノ言明ノ文詞ニ後世眞実ノ売買トシテノ *mancipatio* ノ發展ト共ニ, *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra'* 云々ノ下半力加ハリタルモノナラン此ノ假定ハ(イ)ノ假定ト相結合シテ *mancipium* 若シクハ *mancipatio* ノ本義(即チ握取物ノ握取行為) ト相待ツテ Paulus ノ謂ハユル *permutatio* ノ本体及ヒ其ノ *mancipatio* (眞実ノ売買トシテ) トノ關係ヲ明カニスルモノト考フ

(ハ)起原ノ見地ヨリシテ *mancipatio* ト *in iure cessio* トヲ觀察ス Gaius 2, 24 ニ説ク *in iure cessio* (法廷讓与) ノ手續ハ次ノ如シ

「法廷讓与ノ方法ハ次ノ如シ物ノ法廷讓与ヲ受クル者ハ羅馬国民ノ政務官例ヘハ法務官ノ面前ニ於テ目的物ヲ攫ミナカラ左ノ如ク言フ『予ハ此ノ奴隸カ羅馬市民法ニ依リ予ノ物ナルコトヲ言明ス』、被讓与者ニ於テ目的物ノ自己ノ物ナルコトヲ右ノ如ク主張シタル後法務官ハ讓与者ニ於テ反対ノ主張ヲ為スヘキヤ否ヤヲ訊問ス、是レニ對シテ讓与

者ニ於テ何等ノ異議ナシト答フルカ若シクハ沈黙スル時ハ法務官八目
 の物ヲ自己ノ物ナリト主張シタル者ニ附与ス、此ノ手續ヲ称シテ『法
 律訴訟』ト謂フ。此ノ手續ハ臬地ニ於テモ地方長官ノ面前ニ於テ之ヲ
 行ナフコトヲ得。」

右 Gaius ノ説ク *in iure cessio* ハ握取品 (^{res}_{mancipi}) タルト非握取品 (^{res nec}_{mancipi}) タル
 トヲ問ハス適用セラレ得ヘキ所有權移轉方法ナリ(他ノ古代ノ國民中ニ於ケル類例ノ參考
 書ニ付テハ Czychlarz-Marian San Nicolò, 8
Lehrbuch der Institutionen, S. 133.
 Ann. I, 18te Aufl. 1924) 此ノ手續ハ *rei vindicatio* ニ模倣シタルモノナルカ故
 ニ学者之ヲ仮裝所有物回収訴訟 (^{imaginaria}_{venditio}) ト称ス猶ホ冒頭ニ訳出セル Gaius
 ノ羅馬法解説ニ見ユル *mancipatio* ヲ *imaginaria venditio* ト称スルカ如シ
(Girard, o. c.) 今 *mancipatio* 及ヒ *in iure cessio* ニ付テ Gaius ノ原文ヲ對比スルニ

Gaius 2, 24
 apud magistratum populi Romani,
 velut praetorem,

 is cui res in iure ceditur rem tenens
 ita dicit: „hunc ego hominem ex iure
 Quiritium meum esse aio“;

Gaius 1, 119
 adhibitis non minus quam quinque
 testibus civibus Romanis puberibus
 et praeterea alio eiusdem condicio-
 nis, qui libram aeneam teneat, qui
 appellatur libripens,
 is qui mancipio accipit rem tenens
 ita dicit: „hunc ego hominem ex
 iure Quiritium meum esse aio isque
 mihi emptus esto hoc aere aeneaque
 libra“;

右ノ對比ニ依リ吾人ハ次ノ如キ事實ヲ知ル何レノ行為ニ在リテモ今ヤ
 目的物ノ所有權ヲ取得セントスル者カ目的物ヲ握ミ自己ノ物タルコトヲ主
 張ス即チ *legis actio sacramento* (^{ordeal} ヨリ発達シタル訴訟手續ナラン H. Goitein,
Primitive Ordeal and Modern Law pp. 45-51, 1923) *in rem* ニ於
 テ *vindicant* ノ主張スル式語ト同シ此ノ点ヨリ *mancipatio* モ *in iure cessio*
 モ共ニ同一起原ヲ有スル手續ナルニ非サルカトノ推測ヲ生ス然ラハ更ニ一
 歩ヲ進メテ兩者中何レカ先ニ生シタルモノナリヤ卑見ニテハ *in iure cessio*
 カ所有權移轉ノ方法トシテ認めラレタルノ時期ハ固ヨリ眞實ノ売買タル

mancipatio ノ認メラレタル時期ヨリハ余程後ナリ蓋シ *in iure cessio* ハ *rei vindicatio* ヲ模シタルモノニシテ技巧的ノ分子ヲ方式中ニ包含ス眞実ノ売買タル *mancipatio* ノ手續ハ自然ナリ自然の手續先ツ生シ技巧的ノモノ其ノ後ニ生スルハ事物發達ノ順序ナリ惟フニ社会生活ノ發達ト共ニ *res mancipi* ノ外ニ *res nec mancipi* ニ屬スル物、多種ニ取引界ニ融通セラルル必要ヲ生シタルニ因リ其所有權移轉ヲ公然ニ發生セシメ得ヘキ方法ヲ必要トスルニ至リテ *traditio* ノ外ニ *in iure cessio* ヲ認メタルナラン而シテ *in iure cessio* ノ認メラレタルハ十二表法制定ノ前多ク年所ヲ経サル時代ナラン *Karlowa* ハ恐ラクハ *in iure cessio* ハ *mancipatio* カ *imaginary venditio* ト為ラサル以前ニ生シタルナラントス (*Karlowa, röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 382, 1893; Schlossmann* 八反對 *derselbe, a. a. O. S. 25*)

- 10 (二) *mancipatio* 中ノ証人 前掲ノ *Gaius* 1, 119 ニ *mancipatio* ノ手續ニハ成熟セル羅馬市民五人以上 (*non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus*) トアリ是等ノ五人以上ノ証人ハ羅馬国民ヲ代表セルモノナリヤ否ヤハ由来羅馬法制史家中ニ争ハルル点ナリ今若シ此等ノ者ヲ *Servius Tullius* ノ時代ニ財産額ニ応シテ分チタル五階級ノ代表者ナリト解スルトキハ五人以上トアリテ五人トハナシ又 *mancipatio* ノ起原ヲ *Servius Tullius* 王ノ時代ト為ササルヘカラストノ駁論モアルヘシト雖モ (*Girard, o. c. p. 299, Note 6.*) 卑見ハ是等ノ証人ヲ羅馬国民ノ代表者ト見ルノ説ヲ賛成ス (*Stintzing, Über die Mancipatio*) *mancipatio* ノ目的物ハ農業時代ニ重要ナル財産ナリ土地ハ殊ニ然リ故ニ是レヲ讓渡スルハ當時ノ社会生活上重要ナル行為ナリ是レヲ以テ国民ヲ代表スル五人以上ノ市民ノ環視ノ間ニ此ノ売買手續ヲ執行シタルナリ後世 *mancipatio* ノ手續ヲ応用シテ案出セラレタル *testamentum per aes et libram* ノ手續ニ於テハ羅馬市民タル五人ノ証人 (*quinque testibus civibus Romanis puberibus*) ヲ呼フニ *Quirites* 即チ羅馬市民ナル語ヲ以テシタルコトハ *Gaius* 2, 104 ニ見ユ証人ノ定員最少數ヲ五ニ限リタルハ原始時代ノ民族カ人手ノ數ニ因リテ多クノ事物ニ五ナル數ヲ用ヅタルニ基ケルモノト見テ可ナラン証人ノ最少定員數ノ五ヲ *Servius Tullius* ノ五階級ヨリ来タリト為スノ説ハ猥リニ附会シタル臆説タルニ過キス隨
- 11 テ *mancipatio* ノ起原ヲ遠ク同王ノ時代以前ニ置クニ於テ何等ノ故障ヲ見ス (*Cuq, Manuel, p. 270, 1917; Stintzing, a. a. O. S. 17*)

libripens 持衡器者ニ関シテ八十二表第八表中ニ規定アリ (Bruns, Fontes, p. 33) (editio sexta, 1893)
 ,Qui se sierit ^(sino / 変化) testarier ^(testari ト同シ,er' ヲ附スルハ古形ニシテ) _{(si(er)it, fu(er)it ト讀ヲ踏ムカメナリ)} libripensve fuerit,
 ni testimonium fatiatur (?) improbus intestabilis esto*

(Jacobus Gothofredus / paraphrasis- „Si quis alicui testis adfuerit rogatum, vel libripens, si postea testimonium ferre de-
 tractet infamis habetur, neque eius testimonium deinceps admittitur, neve ipsi testimonium dicatur“, [Jacobus Gothofredus,

Fontes quatuor iuris civilis, M. DC. LIII.] Wigmore / 英訳 “He who has promised to bear witness or has acted as
 weigher, if he bear not testimony [when required], shall be deemed a miscreant and disqualified thereafter to be a witness”
 [Sources of Ancient and Primitive Law compiled by Albert Kocourek and John H. Wigmore, I, p. 467, 1915 Ortolan
 / 仏訳 “Que celui que a été témoin dans un acte ou porte-balance, s’il refuse son attestation, soit infame, incapable de
 témoigner, et indigne qu’on témoigne pour lui, “[Ortolan, Histoire de la législation romaine, 1, p. 118, 9ème éd. 1875]

Kuntze / 独訳 „Wer als Zeuge oder Libripens (bei einem Rechtsgeschäft) fungirt hat und dann Zeugnis abzulegen
 verweigert, soel ehrlös seyn und das Recht, ferner Zeuge zu seyn verlieren.“ [Kuntze, Excuse, SS. 148-149, Zweite Aufl.
 1880] 原文ハ Aulus Gellius, 15, 13, 11 ニ在リ Hertz / text (p. 148, 1884) ニハ右法文中ノ fatiatur ハ fariatur ト讀メリ而
 シテ Aulus Gellius ノ多数ノ写本ニハ fariatur トアリ Schöll 八從前ノ十二表法研究者ノ考案ヲ数種引用シタル後
 ‘fatiatur’ ト訂正ノ讀方ヲ提出セリ (Schöll Legis duodecim tabularum reliquae, p. 94, 1866) Bruns ノ如キハ之ニ倣ウ
 (Bruns, o. c.) 然レトモ近頃ノ十二表法研究者中尚ホ ‘fariatur’ ト讀ム者少ナカラス [Voigt, die Zwölf Tafeln, Bd. I,
 S. 699 Anm. 6; Wordsworth, Fragments and Specimens of Early Latin, p. 551, 1874; Cogliolo, Manuale delle fonti del diritto
 romano, dodeci tavole Tab. II, p. 3, 1911; Scheller, Lexicon Totius Latinitatis, sub ‘farior’ MDCCCXXXV, White-Riddle,
 Latin-English Dictionary, Vol II Appendix Laws of the Twelve Tables, 1872] 卑見ニテハ ‘fariatur’ ト讀ムヘキカト思フ上
 述ノ如ク多数ノ写本ノ讀方ニモ適スルノミナラス ‘fari’ ト同族語ト見ルヘケレハナリ然レトモ何ニシテモ意義ハ明
 白ニシテ問題タルハ形ナリ言語学者 Schöll 八曰ク ‘in verbo ‘fariatur’, cuius notio perspicua est, forma obscura’ 云々ト
 (Schöll, o. c.)
 p. 92)

12

持衡器者ハ mancipatio ノ原始の手續ニ在リテハ或ハ八存セス稍後ニ之ヲ
 要スルモノトナリタルナラン本来ハ買主若シクハ売主ニ於テ自カラ銅塊
 ヲ衡器ニテ計量シタルシカ往々公平ヲ失スルノ事實ヲ生シタルカ故ニ秉
 直、決平、鑑空、衡平ノ私人タル第三者 ^(殊ニ計量行為) _(ニ熟練セル者) ヲ特ニ持衡器者トシテ
 手續ノ一部分ヲ執行セシムルカ為メ立合ヲ要求スルコトト為リタルモノ
 ナルヘシ或学者ハ libripens ヲ公人ト為ス (Walton, Historical Introduction to the
 Roman Law, p. 136 3rd ed. 1916 参照) ト雖モ
 根拠ナシ

Gaius 1, 119 及ヒ Ulp. 19, 3 ハ mancipatio ノ手續ヲ説明シタル重要ナル
 法文ナリ其ノ法文中ニハ「五人以上ノ証人」又ハ「五人ノ証人」及ヒ一人
 ノ libripens ヲ要スルモノトアリテ antestatus ニ付テ言フ所ナシ然レトモ
 mancipatio ノ方式ニ一人ノ antestatus ノ立会アリタルコトハ Gai Epitome
 1, 6, 3 (Ricobono-Baviera-Ferrini, Fontes iuris
 Romani antejustiniani p. 174, 1909) 其ノ他ノ淵源 (P. R. E. B. I, 2357,)
 (Leonhard, Antestatus) ニ見ユ此ノ
 antestatus ナルモノハ果シテ如何ナル任務ヲ mancipatio ノ手續中ニ於テ為
 シタルモノナルカニ付テ前世紀末マテハ学者間ニ種々ノ仮定説アリ或ハ
 antestatus ハ mancipatio ノ行為ノ開始ニ當リテ五人若シクハ五人以上ノ証
 人ノ耳ヲ引キテ其ノ記憶力ヲ充分ニ喚起スルノ務ヲ為シタルモノナリ羅馬

- 13 人ハ耳ヲ以テ記憶力ノ所在ト考ヘタレハナリト其他茲ニ特記スルノ必要ナキ幾多ノ臆説アリタリト雖モ現今ノ有力ナル説ニ拠レハ本来 *mancipatio* 其他類似ノ行為ニ於ケル証人ノ数ハ必スシモ五人又ハ七人ト限定セラレタルニ非ス時代ニ依リテ異ナリ而シテ其ノ性質ハ証人タルニ外ナラスシテ只其ノ頭目ヲ指スモノナラン歟ト云フニ歸着セリ (Mitteis, *röm. Privatrecht*, S. 295, Anm. 16)

(ホ) *actio auctoritatis* 及ヒ *actio de modo agri*

(一) *actio auctoritatis*

眞実ノ売買タル *mancipatio* ノ売主カ眞正ノ所有者ニ非スシテ第三者カ眞正ノ所有者ナリトシテ買主ヲ訴ヘタルトキハ売主ハ買主ヲ擁護スルカ為メ訴訟ニ参加セサルヘカラス而シテ若シ売主ニ於テ買主ヲ擁護スルコトヲ得ス眞正ノ所有者ニ於テ目的物ヲ回収スルニ至リタルトキハ売主ハ買主ニ代金ノ倍額ヲ与フルコトヲ要ス此ノ場合ノ買主ノ訴權ヲ *actio auctoritatis* ト謂フ此ノ訴權ハ契約 (*mancipatio*) ヨリ發生スルモノナリヤ否ヤ惟フニ古代ニハ同一法律行為ヨリ同時ニ物權的及ヒ債權的ノ効果ヲ生スルコトアリ得ヘキモノト為スハ当時ノ法律行為者ノ心裡ヲ余リニ復雜ニ前提スルノミナラス当事者ハ合意ヲ以テ倍額ヲ増減スルコトヲ得ス (Ihering, a. a. O. IV, S. 141, Anm.) 故ニ本訴

- 14 權ノ基礎ヲ契約ニ求ムルコト能ハス之ヲ不法行為ニ求ムヘキナリ蓋シ売主ニ於テ他人ノ物ヲ売却スルハ「虚偽及ヒ不誠実」ノ制裁ヲ受クヘキモノト為シタルナリ (Cicero, *de officiis* III, 16; Paulus *Sententiae* II, 17, 3; Dernburg, *Compensation*, S. 56, 1868; Pernice, *Labeo*, 3, 1, SS. 115-120; Girard, *l'actio auctoritatis dans le nouvelle revue historique*, 6, p. 212, 1882; Cornil, *Droit romain*, p. 44, 1921. Leist (*Mancipatio* S. 128, 1865) ハ売主ノ善意ナルコトアリ得ヘキコトヲ理由トシテ反対ス是レ一理アリ然レトモ多数ノ場合ニハ売主ニ悪意若シクハ少ナクモ過失アリ法ハ多数ノ場合ヲ見テ倍額ノ Poena ヲ規定シタルナリ Eck (*Die Verpflichtung des Verkäufers*) zur Gewährung des Eigenthums, S. 13, 1875) モ亦反対ナリ

(二) *actio de modo agri*

mancipatio ニ依リ売却セラレタル土地ノ面積カ売主ノ言ヒタルヨリハ少キトキハ売主ハ不足ノ面積ノ時価ノ倍額ノ罰金ヲ買主ニ支払フノ責アリ買主ノ訴權ヲ *actio de modo agri* ト称ス是亦不法行為ノ訴權ナリ (Bechmann, *Kauf*, I, S. 248, 1876; Czychlarz-Marian *San Nicolò*, a. a. O. S. 241 二曰ク「„Augen auf, Kauf ist kauf“ハ羅馬人間ニ於テハ古伝ノ思想ナリ古法ニ於テハ *mancipatio* ニ因ル買主ハ売主ノ目的物ノ状態ノ欠点ニ付テハ特約 (*dicta in mancipio*) アルニ非サレハ売主ヲ訴フコトヲ得ス但シ売主ニ於テ土地ノ面積ニ付テ不眞実ナル言明ヲ為シタル) (補遺 Kon-トキニ買主ハ不法行為ノ訴權ナル *actio de modo agri* ニ依リ *duplum* ヲ請求スルハ此ノ限ニ在ラス云々ト) (stantnovitch 18, *periculum est emptoris*: ナル原則ハ法学隆盛時代ノ) 15 モノニ非ストス *Revue historique*, pp. 318-327, 1924)

(「法学新報」第 35 卷第 1 号)

売買ノ發展史ニ於ケル mancipatio

著 者 春木一郎

発行日 平成 13 年 4 月 1 日 1.0 版

平成 14 年 9 月 1 日 1.1 版

平成 15 年 10 月 22 日 1.11 版

発行者 和田 徹

発行所 和田電子出版

底本 「法学新報」第 35 卷第 1 号

法学新報社 大正 14 年 1 月

[作成備忘録]

- ・ 底本は縦書き、旧字体表記、仮名踊字あり。
- ・ 底本著者名「法学博士 春木一郎」。
- ・ 欄外に底本の頁を付記。

頁	行	底本	本書
1	4	隔話者	隔地者
1	5	対地者	対話者
4	7	Gaius 1, 191	Gaius 1, 119
7	1	二 libripens	libripens *1
7	1	XII 第八表	十二表第八表 *2
7	21	Gaius 1, 109	Gaius 1, 119
7	21	Uep. 19, 3	Ulp. 19, 3

*1 「二」の意味不明

*2 2 頁 29 行に倣う。