



Title	古典期ローマ法学における「希望の購入（emptio spei）」と「物（res）」概念
Author(s)	林, 智良
Citation	阪大法学. 2024, 74(3-4), p. 9-26
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/99468
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念

林 智 良

はじめに

第1章 「希望の購入 (emptio spei)」と問題の所在

第2章 「希望の購入」と古典期ローマ法学——関連四法文 (D. 18,1,8 Pomp. ad Sab. 9; D. 18,4,7 Paul. ad Plautium 14; D. 19,1,12 Cel. Dig. 27; D. 19,1,11,18 Ulp. ad ed. 32) を中心に

第3章 「物 (res)」としての「希望 (spes)」と学説史管見——「無体物 (res incorporales)」の最外縁か物概念の外か

むすびに代えて——法の対象物としての未来

はじめに⁽¹⁾

ローマ法の入門書では、債務関係 (obligatio) 法分野中の契約法、とりわけ売買契約 (emptio venditio) の箇所において「希望された物の購入 (emptio rei speratae)」と「希望の購入 (emptio spei)」の対比が基本事項としてしばしば扱われる。⁽²⁾ また、近代西欧・日本の民法典編纂という文脈においても、典型契約としての「射幸契約」の淵源として、この古典期ローマ法の両類型にまで遡って考察がされる。⁽³⁾ まず前者に触れるが、我が国でも「青田買い」という言葉があるように、未収穫の作物や女奴隷の胎児などのように、存在するようになる見込みはあるがまだその成就如何が未定の目的物を売買の対象にするものである。存在するようになったならば売買契約は成立するが、そうでなければ、そもそも売買契約が成立せず、売主の目的物引渡義務も買主の代金支払い義務も生じないものとされる。他方で、後者は漁師から網の一打ち分の漁獲物を購入する契約のように、買主は一定額の代金の支払いを約し、売主は網の一

打ちで得られた漁獲物を、その多寡を問わずに引き渡す契約であるとされる。豊漁であろうが、極端な話で漁獲皆無であろうが、売主は獲れた限りのものを交付すれば良い。買主は約束した売価を支払う。未来の不確定な事象に顕在化後の売買目的物が左右される点では両類型の売買は共通するものの、例えば未来に顕在化した目的物が皆無であった場合などに売主買主の履行義務が反対となることで、その対照を見据えて多様な論者がこれらを扱ってきた。

第1章 「希望の購入 (emptio spei)」と問題の所在

前述した二つの契約類型に関わる論点は多岐にわたるが、本稿では古典期ローマ法学を対象に、「希望の購入」の対象物としての「希望」が果たして、ローマ法学の基本概念であり「人 (persona)」の対置概念であるところの「物 (res)」に含まれていたのかに絞って検討してみたい。そのための作業として、まずは本問題の根拠とされる『学説彙纂 (Digesta)』の4箇所 (D. 18,1,8; D. 18,4,7; D. 19,1,12; D. 19,1,11,18) を中心とする法文を検討し、それに対する19世紀末以来の先行研究を概観する。

なお、このような問題につき一文をものするに至った経緯もここに記そう。筆者はベルギーに事務局を置く古代法の国際学会である国際古代法史学会 (SIHDA la Société Internationale *Fernand de Visscher* pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité) の年次大会に概ね毎年出席している。2023年にヘルシンキ大学でひらかれた第76回大会にも参加したが、その共通テーマは「古代法の具象性と非具象性 (MATERIALITY AND IMMATERIALITY OF ANCIENT LAW)」というものであった。もちろん、一見して様々な解釈を許す抽象的テーマではあるが、筆者はほぼ直感的に、「未来に不確定のかたちで存在し、未だ具象化していない事柄を、法はどのように扱ってきたのか。その不確定の事象が時の経過と共に確定してゆくと、どのような問題が生ずるのか」という問題意識にこれを落とし込んだ。もちろん、筆者の専攻するローマ法史において、未来の事象への対応を予防法学的に規定する法制度は随所に見られる。例えば、ローマ契約法における議論では、将来当事者の責めに帰すことの

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念
出来ない不利益（これを、ローマの法学者はしばしば事変 (casus) と称する）が降りかかったときに、それを契約当事者のいずれに配分するかという危険 (periculum) の問題につき膨大で精緻な議論の蓄積が見られる。そのために「ローマ法と未だ定まらざる未来」という問題意識では議論の対象が広すぎる事となる。その様な事情の元で、上記学会での口頭発表は（１）古典期ローマ法学における「希望の購入」、（２）近世日本における米の先物相場の成立とその法規制、（３）近代日本における民法典の成立と「射幸契約」との関わり、の三点に言及する比較法的・展望的なものとなった。⁽⁴⁾ 本稿では、その最初の論点に議論を絞って検討するものである。

第２章 「希望の購入」と古典期ローマ法学——関連四法文 (D. 18,1,8 Pomp. ad Sab. 9; D. 18,4,7 Paul. ad Plautium 14; D. 19,1,12 Cel. Dig. 27; D. 19,1,11,18 Ulp. ad ed. 32) を中心に

今日のドイツ語圏におけるローマ私法の最新にして大部な基本書である『ローマ私法ハンドブック』において売買を担当するエルンストは、「希望の売却」、とりわけ将来における鳥や魚の捕獲、撒き祝儀の確保 (captus missilium) ⁽⁵⁾ にかかわる『学説彙纂』史料として、以下の３点を挙げる。加えて、「希望の購入」と追奪担保責任とを論じたクニューテルは、鳥や魚の捕獲に関する売買を検討した法文 (D. 19,1,11,18) ⁽⁶⁾ を挙げる。本稿でもまずそれら四法文を検討しよう（テキスト邦訳及び筆者によるコメントへの下線は筆者が付した。以下本稿では「史料 (A)」のように略記言及する）。

(A) 『学説彙纂』第18巻第1章第8法文（ポンポニウス『サビーヌス註解』第9巻）「(首項) 購入も売却も、売る対象のものがなければあり得ないと理解される。しかし、〔今は存在せず、〕生じるであろう果実も胎児も正当に買う対象になるであろう。それは、胎児が生まれる時に、今その時点で契約が成り立つことになり、売却がなされた」と理解されよう。しかし、売主が出生や結実が起きないように行為したならば買主訴権で訴えられ得る。(1) しかし時

には、例えば、あたかも運 (alea) のようなものが買われる時のように、「売
対象の」ものがなくとも売却であると理解される。それが成るのは、魚や鳥
の捕獲、撒き祝儀の入手が買われる時であり、例え何も生じないとしても購入
は事実成立する。なぜなら、希望の購入が存在するからである。そして前記の
事例で撒き祝儀の名目で入手されたものが仮に追奪されたとしたら、購入を根
拠としては何らの債務も成立しない。なぜなら、すでに合意はなされたと理解
されるからである。⁽⁷⁾」

(筆者コメント) 本法文の首項では、大原則として、売買はその対象物が存在しなければ成立しないということが言明される。それに対して例外をなす契約として、未だ成らない果実や未出生の胎児を目的とするいわゆる「期待された物の購入」が検討される。そして、その期待が成就しないような作為をした売主は、買主訴権で責めを負う旨を明らかにする。他方で、売主の努力にもかかわらず、果実や胎児が実らなかった場合についての明示の言及はない。続く第1項では、運 (alea) の購入、若しくは希望 (spes) の購入が現れる。すなわち、売買契約時に対象物がなくとも成りたつ「希望の購入」である。ここでは、結果的に何も得られなくとも、買主は代価を支払うべきであることが前提とされる。そして次章で検討するように「ものがなくとも (sine re) 売却と理解される」という表現は、希望をもの (res) として理解できるかという問題を考えるにあたっては否定的な含意を持つものとして決定的となろう。なお、「希望の購入」の具体例として、ポンポーニウスは魚の捕獲、鳥の捕獲、撒き祝儀 (missile) の入手という三類型を挙げているが、撒き祝儀については魚や鳥という自然界の存在で捕獲された物と相当に性格を異としているので、様々な議論がある。⁽⁸⁾

(B) 『学説彙纂』第18巻第4章第7法文 (パウルス『プラウティウス註解』第14巻)「誰かが相続財産を売ったならば、実際に購入がなされるために、相続財産は存在しなければならない。〔それに対して、〕狩猟やそれに類した事柄におけるように、実際に運 (alea) が買われるのなら、それは存在することはない。しかし〔相続財産売却の場合は〕物は実在する。実在しないのなら、購入の約定はされていないのであり、それ故にその対価は不当利得として返還

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念
請求 (condictio) されるだろう。⁽⁹⁾」

(筆者コメント) 本法文では、相続財産の購入と運の購入が対比される。売買が成りたつために、相続財産が実際に存在する必要があるのに対し、狩猟におけるような運 (alea) の購入では、それは必ずしも存在する必要が無い〔すなわち極言すれば、不猟の場合は猟果無しでも良い〕という旨を論ずる。相続財産の購入について、目的物が不存在であれば売買も不成立で、支払った対価は不当利得として返還請求の対象になる旨を論ずる。なお、〔個々の有体物としての構成資産ではなく、全体として観念される〕相続財産は無体物 (res incorporales) の典型例としてガーイウス『法学提要』第2巻14節で挙げられているように、触知可能な物ではないのだが、本法文ではあくまで物であるとして、物ならぬ存在としての運と対比区別されている。

(C) 『学説彙纂』第19巻第1章第12法文 (ケルスス『学説集』第27巻) 「もし私が網の一投げ分〔の漁獲〕を買おうとし、漁師が網を投げることを欲しなかったならば、網を投げることについての不定額を査定するべきであり、もし漁師が取り出した魚を私に戻すことを欲しなかったならば、取り出したものが査定⁽¹⁰⁾されるべきである。」

(筆者コメント) 本法文には「希望の購入」や「運の購入」という表現は出てこないが、漁師が網の一投げ分の漁獲を、売主として買主に売却する事例を検討するようである。漁師が、売買契約が成立した、そしておそらくは代価を前払いしたにもかかわらず、漁を実施しない場合の清算基準を論ずるものか解したい。そのような場合、一網分の不定な代価を基準にする旨を論じている。他方で、網を投じた後で、具体的に獲れた魚の買主に対する引き渡しを、売主が怠る場合は、具体的な魚の価額を持って基準とするべしという規定である。

(D) 『学説彙纂』第19巻第1章第11法文第18項 (ウルピアヌス『告示註解』第32巻) 「他方で、安全な占有状態を売却で提供した (habere licere vendidit) 者が、何を給付する義務を負うかをみてみよう。そこで約束されることが、売主自身及び売主の法的立場を襲う者たちの手では安全な占有状態を悪化させないようにされることであるのか、それとも万人によってそうされることであるのかによって、大いに違いがあると私は判断する。実際のところ、売主

自身の手で〔安全な占有状態を悪化させないということ〕ならば、第三者が追奪しない状態を売主が提供することはないとみられ、さらに問答契約を間に挟むとして、その問答契約を根拠に売主が責めを負うことはないであろうし、問答契約を挟まないにしても、購入を根拠として責めを負うことはないであろう。しかし、ユーリアヌスは『学説集』第15巻で次のように書いている。仮に売主自身及び売主の相続人の手で安全な占有状態が悪化することはない旨を売主が公然と言明した場合に、購入を根拠として売主が防御をなして、売主が仮に買主の利益について責めを負わないようにすることが可能だとしても、しかし事実として売主が代価を返却するべく責めを負うと書いている。同じ箇所においてユーリアヌスが言うには、仮に売却にあたって何らの追奪請求の責めを売主が負うこともないであろうと公然と表現されたとしても同じことが言われるべきであり、物が追奪されたならば、売主は買主の利益につき責めは負わないにしても代価の返却の責めは負う。実際、買主がものを失うのに、売主が代価を持ったままにするような合意は、誠意訴訟において許容されるものではない。ユーリアヌスが〔続けて〕述べているところでは、ただし、ある者が上述のような合意を全て受け入れても、売主が貨幣を受け取りつつも商品が買主に属さないようになる場合があるということである。例えば、将来網で捕まえたものを漁師から我々が買ったり、又は猟師が罟を仕掛けて追い込んだものを猟師から買ったり、又は一網分の獲物を鳥猟師から買ったりの場合があり、そこでは実際何も捕まらなくとも、変わることなく買主は代価の責めを負う必要があると思われる。しかし、上記の合意についてはそれに反することを言うべきである。ただし、おそらく他人のものであると知りつつそれを売の場合には、その者は実際我々が上で言及したユーリアヌスの断案に基づいて、購入に基づく責めを負う。なぜなら、彼は悪意でそれをなすからである。⁽¹¹⁾」

（筆者コメント）この法文前半の部分では、仮に売主買主に合意があったとしても、売主から追奪担保責任を免除するような特約は無効である旨の検討がなされている。「希望の購入」にかかわると考えられる「ただし、ある者が」以下の箇所に限ってコメントしたい。ここでは、売買契約の売主である以上は追奪担保責任免除の特約を結んでもそれは無効である旨が論じられているが、

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念

その例外として、漁師 (piscator)・猟師 (uenator)・鳥猟師 (auceps) との取引が挙げられている。これらの取引を法文は「希望の購入」と明示してはいないが、このような取引では、〔運が悪く不漁・不猟で〕買主の手元に何らの売買目的物が残らないにしても、買主は売主に代価を支払う義務を負う。そのことが、「真の所有者が現れて、買主の手元から目的物が持ち去られた」場合に売主の追奪担保責任を追わせる売買契約の大原則への例外をなすという議論である。

さて、これらの法文で議論されている「希望の購入」の典型例、すなわち自然相手に仕事をしている「漁師・猟師・鳥猟師」らを取引相手として、「一度の仕事で将来獲れるかもしれない獲物を、獲れた限りの獲物を引き取るという前提で定額の代金と引き換えに購入する」という取引をどのように考えれば良いのであろうか。

まず筆者が考えた疑問は、「漁師・猟師・鳥猟師」の有する労働力 (opera) は無体物 (res incorporales) とはいえ、買主の目の前に具体的に存在するのであるから、労働力の賃約 (locatio conductio) としての雇用 (locatio conductio operarum) としてなぜ構成しないのかということであった (以下、漁師を代表として検討する)。上記のヘルシンキ大学でおこなった口頭発表では、仮に雇用だとしたらその法的効果がどうなるかについて筆者が推測を發し、それをめぐって質疑の時間に「具体的法的効果はどうなるか」という質問を (筆者の目から同定できなかった) 参加者が与え、それに従って筆者が以下のような検討をおこない、それを受けて複数の参加者が議論する事態となった。すなわち、外形上漁師に漁撈を依頼し、獲れた限りの漁獲物を受け取るとするならば、仕事の性質上一定の漁獲高を請負 (locatio conductio operum) で引き受けることは出来なさそうである。そこで仮に雇用として構成したら、依頼者は雇用主 (conductor operarum) となり、漁師の方は取り決めた時間内に労力 (opera) を出して労働に従事する労働者 (locator operarum) となる。労働者の義務は定められた期間、自分の技能を援用して労働に従事することになる。獲れた限りの漁獲物を依頼者に給付して、その多寡を問われたいという点を成りたさせるには、雇用という構成も可能であると筆者は考え、その旨を述

べた。以上のように活発なやりとりがあった他方で、このような筆者の思弁に対しては、エジンバラ大学のデュ・プレシス Du Plessis より「仮定に基づく思弁ではなく、実際に残された史料に基づいた検討に限定するべきである」という意見もいただいた。

ただ、本稿執筆の時点である今において再度考えるに、雇用主であれば雇用主自身が営む事業の補助者として労働者を位置づける前提があり、雇用という構成はなじまないかもしれない。また、「希望の購入」であれば、漁網をはじめとする用具も、通常漁師が諸事管理するであろうから、漁師が労働者という構成はなじまないであろう。これらの諸点を勘案すると、業務用私的消費用にかかわらず、とれた漁獲物を代価をはらって引き取るにとどまる関係では漁師を売主とする売買がなじむのかもしれない。

現実として、ローマの法学者たちは、漁師に定額の報酬を払って獲れた限りの漁獲物を受け取る契約を、「希望の購入」として売買契約の一種として構成した。これについてドーブは、ギリシャ由来の取引形態であり、売買として扱うことが定着していたという背景を説明しており、⁽¹²⁾筆者もこの説明を受け入れる。そして、ドーブは、「希望の購入」が、「売買の目的物は物でなければならない」という売買契約法の原則が古典期には確立しており、ここでの「希望の購入」は、かかる原則の例外をなしたと論ずる。⁽¹³⁾ここで言う希望が物に含まれるか否かは筆者の関心の焦点をなしているので、ドーブの見解も含めて次章で扱う。

第3章 「物 (res)」としての「希望 (spes)」と学説史管見——「無体物(res incorporales)」の最外縁か物概念の外か

先行研究として、筆者はオーストリア民法典の成立後ながらドイツ民法典制定以前にあたる1885年のエンデマン⁽¹⁴⁾以降の成果を仮に概観したが、1914年のド・ヴィシエ⁽¹⁵⁾、1949年に出たバルトセクの希望概念と法史学研究⁽¹⁶⁾、1950年代におこなわれたドーブの一連の研究⁽¹⁷⁾、2000年に出たクニューテルの「希望の購入」と追奪担保責任研究さらに米国ルイジアナ州民法典を例に挙げた立法例研

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念

⁽¹⁸⁾ 究、我が国の旧民法編纂過程と旧民法で規定されていた「射幸契約 (les contrats aléatoires)」を中心とする西原の研究等々をはじめとして業績は枚挙にいとまが無い。本稿では上に挙げたようにその一部を検討引用したにとどまる。⁽²⁰⁾ また、「希望された物の購入」と「希望の購入」という対置概念は、売買目的物の外縁を検討するための重要な論点として、売買契約法一般を対象にした概説でもほぼ必須の論点として言及されている。本稿では概説的記述の中でタラマンカの(それ自体173頁からなる大部の)百科事典項目における希望概念の⁽²¹⁾み検討する。

さてここでは諸家による「希望」概念の捉え方を見ていこう。エンデマンはローマ法学者が現物重視的あるいは筆者なりに敷衍するなら具体物重視の思考法を有していたとして、希望の物的性格を認めていない。⁽²²⁾ もう一つは、デ・ヴィシエにみられるように、リスク概念を取り入れつつ条件論を中核とした従来の契約議論を捉え直そうとする動きである。1914年に公刊されたデ・ヴィシエの作品では、エンデマンの批判的検討を展開する傍らで、「希望の購入」と、当時成立していた終身年金、保険との関連に言及する。⁽²³⁾ その上で、デ・ヴィシエは、運を「未来物の売却にあたり、契約締結時においてそれがどの程度現実化すると期待できるか」という言わば客観的な蓋然性 (probabilités objectives) と捉えている。⁽²⁴⁾ 一連の先行研究の中で初めてド・ヴィシエが、未来における未生成・不確定物が時の経過と共に具現化することの蓋然性という観念を前提に、未来物の売買における「運」を拡張された物概念に含めていると筆者は考える。このように運や希望の捉え方がローマ法学史において主観から可能的蓋然的客観に変遷していった巨視的な背景としては、民間における生命・損害保険業の成立、産業化に伴う労災の頻発と社会保障制度の整備などをうけて法制度と背後の社会の捉え方にリスクという概念が定着したことを推測したい。このよう⁽²⁵⁾な把握の補助線として中山の研究から助けを得ている。

「希望は物概念に含まれるのか」という問題にかかわる先行研究の展開は20世紀後半にも続いた。まずドーブは「希望」や「運」が「物 (res)」に含まれるのかという問題につき、「希望」の「物」的性格を認めるのに慎重な立場から次のように記す。売買の目的物がないと売買が成立しないのが原則であり、

ここでの希望の売買について売買は認められるが、それはあくまで例外であり、希望が「物（res）」として古典期の法学者によって認められたからではなかったとする。⁽²⁶⁾ またドーブは、別の作品において「機会（chance）それ自体が物（res）と言う観念には〔ローマの法学者は〕未到達であった」と明言している。⁽²⁷⁾ 他方でタラマンカは、上記史料（A）の検討において、これが具体的な目的物がなくとも売買契約を認めているものとし、ここで蓋然性またはリスクをなすものとして「運」を近代的な用語法での言い換えでは、非具体的な売買目的物にあたるととらえる。すなわち売買契約時の現在は無でありながら、その時に更に評価した結果将来に物として現実化しうる存在として「運」を捉える。タラマンカの所説は、将来具現化しうるものとして「運」を捉えており、近代的な言葉に捉え直していると断りつつ、「運」が物であることを肯定している。⁽²⁸⁾ 法文（A）のテキストに即して各先行説を慎重に鑑みるに、あくまで元首政ローマを背景とする当時のポンポニウス説においては、「希望」や「運」を物と明確に捉えることはなかったと考え、筆者はドーブに与する。

むすびに代えて——法の対象物としての未来

ここで、今までの史料及び先行研究の検討をまとめて、少し長めの展望を記したい。上記四法文における「希望」概念を検討するに、やはりこれが「物」に包摂されるとは解しがたかった。近現代の先行研究において、たとえ触知不能で権利において存する物としての無体物の最外縁としてでも、古代の文脈に即してこれを物として観念する先学はいないように思う。タラマンカも、あくまで近代的な言葉を用いるならば、と言う書き方をしている。そこでドーブの言う、古典期ローマ法学では、未だ将来の未確定物を売買の時点において物と扱う段階ではなかったという見解に筆者も従うこととした。

他方で、主に『学説彙纂』に見解を残しているような古典期ローマ法学者においては、債権法における不法行為法分野にせよ契約法分野にせよ、当事者の責めに帰することの出来ない事変（casus）で生ずるかもしれない負担を将来いかに関係者に配分するかについて精緻な議論を展開してきた。ローマ契約法

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念も、将来の危険への備えに腐心して理論を構築していた。そのことは改めて言及するまでもない共通理解であろう。特に契約法分野における「危険は買主に属する。(Periculum emptoris est.)」という命題は、最も一般に知られているところである。⁽³⁰⁾ 筆者も、かつて賃約をめぐる研究会に参加して、地主と小作人との間における不作の際の負担配分が、地主から小作人への賃貸借 (locatio conductio rerum) という構成をとる場合と、組合 (societas) の法理が適用される分益小作という構成をとる場合とで変わることを知り、考えさせられたことがある。⁽³¹⁾

しかし、これらの議論では、事変の起こる蓋然性を計算し、それに基づいて契約当事者にふりかかり得べき負担を予め配分するという発想は欠けていたように考える。ギリシャを含めて、古典古代世界に未だ確率論や統計学の萌芽はあれど伸長はなかった。取引実務への応用も見いだし得ないようである。⁽³²⁾ 唯一、ローマ法史の分野でそのような発想の萌芽として思い浮かぶのは貿易船の運航と海上冒険貸借 (faenus nauticum) であろうか。これは、計画する事業の性格上、難破や海賊など当事者の過失に帰しがたい事業阻害が発生し、貿易事業に出資した金銭が回収不能になる蓋然性が、他種の事業に比して (数理的な算定に基づかず、経験則上の理解であろうが) 相当に高い分、事業の出資者に事業阻害のリスクを負わせ、他方で事業成功時の配当を相応に大きくとらせるために、利子の規制が撤廃されるという制度である。これに関しては新しい研究も現れており、今後の展開が期待される。⁽³³⁾ それ以外の契約では事変の発生蓋然性を勘案すること、ましてや起こり得べき損害の蓋然性を測定してそれへの将来的保証を取引の対象にするような保険法的な発想法に至るには、法思想史学者中山竜一が見通しているように、18世紀イギリスにおける近代的保険事業の成立及びそれを支える統計学と確率理論の成立を待たねばならなかった。法史学に「もし」は許されないが、仮にそれがポンポーニウスの時代において法学に伴っていれば、この度扱った「希望」も、明示的に物概念に含まれたかもしれない。⁽³⁴⁾

[謝辞]

瀧口剛、三阪佳弘、高橋明男の三先生には、在職中にひとかたならぬ指導をいただいた。お三方のご退職を衷心より惜しみ、また本小稿にて心よりの謝意を表したい。本稿執筆に際しベルギー王国はLiege大学教授のJean-François Gerkens先生の「売買における危険負担 *Periculum in the emptio venditio*」と題した研究発表（2023年3月24日中央大学市ヶ谷田町キャンパスにて開催）にて先生から懇切にご教示をいただき、その後タラマンカの論説他の資料もご惠贈いただいた。記して深く感謝申し上げる。J'exprime ici mes remerciements cordiaux au Professeur Jean-François Gerkens pour sa grande aide. 本稿は、科研（課題番号23K2205023 22H00778）の支援をいただいて公表する成果の一部である。

- (1) 本稿では、謝辞におけるものを除いて研究者への敬称は付さない。ローマ法学上の基本的事項については、特に断ることなく Berger (1953) に拠った。ローマ法文中に現れる“alea”と“spes”という言葉は、ほぼ相互互換的に用いられているように見るが、本稿では前者を「運」、後者を「希望」と仮に訳し分ける。ただ、後者は文脈により「見込み」と言う訳語が適することであろう。本稿での先行研究把握では時に両者の用法が曖昧になるが、希望は、運のように純然たる確率・蓋然性ではなくそれを抱く主体の主観的期待を含んでいることを予め断っておきたい。なお、バルトセクにも言及する船田（1969）264頁本文及び註8では、条件つき契約及び権利者と関連して希望の概念に言及している。そこで引かれている法文は、条件つき問答契約につき規定したユ帝『法学提要』第3巻15章4節（I. III,15,4）及び条件つき権利者につき規定した『学説彙纂』第50巻16章54法文（ウルピアヌス『告示註解』第62巻）である。ここでは後者のみ引用する。「このような者たちも条件付き債権者と呼ばれる。すなわち、彼らに未だ訴権が与えられていないが、将来与えられるであろうか、与えられるという希望を持つ者たちである。」“*Condicionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat.*” (D. 50,16,54 Ulp. ad ed. 62)（翻訳筆者）“res”には漢字の「物」を仮に充てた。なお、“res”と言う言葉の訳出に伴う困難について、『法制史研究』第72号（2022）525頁でもアーネスト・メッツガーの教科書を邦訳した葛西康徳の業績に対する書評において考える機会を与えられ、同訳者の遭遇した困難を共に吟味検討した。

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念

- (2) クリンゲンベルク (2001) 214-215頁。原田 (1955) 183頁。
- (3) 例えば、射幸契約類型の成立を扱った初の本格的な総合的研究としての西原 (2011) 2-3, 148-153頁での分析がそれにあたる。
- (4) 2023年8月25日にヘルシンキ大学にておこなった同大会での口頭発表の標題は “Hope for sale - *emptio spei* and the immaterial objects conceived by the Roman jurists” である。第2の論点である近世日本における堂島米市場の成立と展開については高槻康郎の先駆的な研究を、第3の論点である近代日本における民法典編纂と「射幸契約 (les contrats aléatoires)」、ボアソナード草案の運命については西原慎治の包括的な研究を紹介し祖述するにとどまった。それらの検討については他日を期したい。ここでは、両者の主要業績として、Takatsuki (2022) と西原 (2011) とを口頭発表にあたってそれぞれ主に援用した旨のみ記す。他にも、末尾略号兼主要参考文献表において両研究者の業績を挙げる。
- (5) Ernst, in: Babusiaux (2023), II, S. 2081f.
- (6) Knütel (2000), 445.
- (7) Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. 1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. (D. 18, 1, 8 Pomp. ad Sab. 9)
- (8) “missile”の基本的意味は、「飛ばす物」であるが、「撒す祝儀」と意識してみた。自然界に存在する魚や鳥の捕獲と、通常富裕者や政治の有力者が人為的に散布する祝儀の入手は一読しても性格を異とする。そのため、様々に議論を呼んできたテキストであった。しかし、このテキストを真正のものとして、撒す祝儀の入手にかかわる希望の購入と売主の追奪担保責任免除を検討した先行研究として、まず Knütel (2000), 446f. を、とりわけ結論として同 S. 453 を参照。Daube (1956), p. 206 も “missile” に言及するテキストを真正のものとして考える。他方でこれを改竄として捉える説の例として、Bartosek (1949), 50 があるが、筆者自身は真正説に与する。なお、“missile” とそれを飛ばす “jactus” 行為、すなわち有力者の寛裕行為が有する法的性格については、我が国での貴重な先行研究として、Knütel (2000) に先立つ林 (1986) があり、本稿の史料 (A) に相当するボンボーニウス法文も引用検討されている (林 (1986) 158頁)。これに対する木庭顕の批

判的書評（『法制史研究』誌第37号（1987）322-325頁）も参照。本稿の問題関心からは検討対象外としてこれ以上の紹介はさしひかえたい。

- (9) Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur. (D. 18, 4, 7 Paul. ad Plautium 14)
 - (10) Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est: si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit. (D. 19, 1, 12 Cel. Dig. 27)
 - (11) 18. Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatum Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit. (D. 19, 1, 11, 18 Ulp. ad ed. 32)
 - (12) Daube (1956), p. 203f. を参照。
 - (13) Daube (1956), p. 206f.
 - (14) Endemann (1885). エンデマンの作品は、標題からして執筆時の現代法との関連を表に打ち出した、法制史的・比較法的研究である。
 - (15) De Visscher (1914).
 - (16) Bartosek (1949). 同論文は、複数の法分野と時代にわたって希望概念がどのような文脈で扱われているかを論じたものであり、「希望の購入」を検討している
- (阪大法学) 74 (3・4-22) 636 [2024.11]

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念

のは、Bartosek (1949), 50 となり、史料 (A) を同箇所で見ている。筆者からは、「希望は物か」と言う問題意識を同論文に見いだすことが出来なかった。そして、史料 (A) 中の撒き祝儀にかかわる部分を改竄による付加であると考えるように、改竄研究の影響を受けていると考える。なお、筆者自身は撒き祝儀に関わる部分を、ひとまず真正のものとして考える。本稿註(8)を参照。

(17) Daube (1956); Daube (1959).

(18) Knütel (2000). なお、Knütel (2000) 445は、「希望の購入」契約類型を導入した立法例として、米国ルイジアナ州民法典第2451条を挙げる。同条につき、別途下記サイトにて閲覧した。

<https://law.justia.com/codes/louisiana/civil-code/article-2451/> (2024年 8月21日 閲覧)

(19) 西原 (2011)。

(20) 巻末の略号兼主要参考文献表では、引用検討のあたわなかった文献も挙げている。

(21) Talamanca (1993).

(22) 古典期ローマ法学における「希望の購入」と「希望」の性格についてエンデマンは、つぎのようにしるす。希望も運も現実 (reellen) のものではないことが強調されるべきであり、ローマ法学者の有した厳格な現物重視の (reallen) 思考法は、そのように精神的な見方からは距離を置いていた。また、エンデマンは希望を物でなく感情、すなわち、[買主に] 好都合で待ち望まれる結果への想像に根ざした欲望感情と捉えていた (Endemann (1885), S. 15)。本稿では、エンデマンの所説における希望を「感情 (sentiment)」と表現した De Visscher (1914), p. 22における先行研究把握を承認する。

(23) De Visscher (1914), pp. 6, 22.

(24) De Visscher (1914), p. 18.

(25) 中山 (1995) 156-157頁、中山 (2010) 4-8 頁を参照。

(26) Daube (1956), 204, 206.

(27) Daube (1959), p. 13.

(28) Talamanca (1993), p. 346本文及び註425を参照。但し、「近代的な用語で (in termini moderni)」、とこの註で表現しており、近代的な整理をタラマンカが含意していることはここで付言しておく。

(29) Gai. 2, 14.

(30) まず、クリンゲンベルク (2001) 236-237頁を参照。今回扱った「希望の購入」は、いかなる漁獲量であっても買主が甘受して一定の代金を売主に支払うこととして、これを買主が取り戻せないという点で、同原則の極端だがしかし典型

的な適用例をなす。また、同書の記述に従って考えるならば、「希望の購入」という売買契約の完成（perfectio）時期は、出漁作業に入る前に位置する売買の合意成立をもって条件の成就是待たず早々に到来していることになろう。同書の挙げるパウルス法文（D. 18, 6, 8pr. Paul. ad ed. 33）も参照。そして、売買の完成後に売主たる漁師は獲れた限りの漁獲物を売主に引き渡すこととなる。

- (31) つまり、一見して地主の土地をその土地を持たない農夫が耕作して就役しているという外観でも、それを農夫が地主の土地を賃貸借契約で借りているという構成と、分益小作として組合契約（societas）を当てはめているという構成では、不作と事変それぞれが起きた場合の契約当事者の危険負担が変わってくるということへの気づきである。例えば、事変を被った場合で賃貸借契約であれば地主からの賃料免除が検討されるが、農耕事業にそれぞれ土地と労力を出資しているという分益小作であれば、出資分に応じた負担がそれぞれの契約当事者に課されるという違いである。分益小作と賃貸小作の違いについては、飛世他（2001）、飛世他（2002a）、飛世他（2002b）の3連載で公開された共同研究の末席に参加させていただいて自ら考える機会を得た。特に飛世他（2002a）255、276-277頁、そこでの註(34)を参照。本稿ではそこで主な典拠とされている古典期法文として以下のものを挙げるに止める。D. 19, 2, 25, 6 Gai. ed. prov. 10.
- (32) バーンスタイン（1998）32-35頁の記述に導かれた。古代ギリシャにおける確率理論の生成と、実務的応用の欠如について、同箇所を参照。同書123頁におけるウルピアヌスの余命表作成という記述を検証することは、今後の課題とした。同書の原著としてのBernstein (1996) pp. 15-17, 87も参照。
- (33) クリンゲンベルク（2001）71、172頁を参照。
- (34) 統計とリスクの関係及び18世紀末—20世紀に起きたとされるいわゆる「確率革命（probabilistic revolution）」について、まず中山（2007）94-95、99-100頁を参照。同書以外にも、筆者の畏友である同著者には平素様々な機会に口頭で耳学問をいただいております、心より感謝申し上げます。個別の典拠は筆者の非力ゆえに悉皆記しがたく、本註ではこの文献のみを記す。

略号兼主要参考文献

*Babusiaux et al.(2023) = Her. von U. Babusiaux, *Handbuch des Römischen Privatrechts* III Bde. (Tübingen, 2023)

*Bartosek (1949) = Bartosek, "La spes en droit romain" RIDA2 (1949)

*Berger (1953) = A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roma Law* (Philadelphia, 1953)

*Bernstein (1996) = P. L. Bernstein, *Against the Gods - The Remarkable Story of Risk*

(阪大法学) 74 (3・4-24) 638 [2024.11]

古典期ローマ法学における「希望の購入 (emptio spei)」と「物 (res)」概念

(New York, 1996)

*Daube (1956) = D. Daube, "Purchase of a Prospective Haul" in: *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli* (Firenze, 1956)

*Daube (1959) = D. Daube, "Certainty of Price" in: Ed. by D. Daube, *Studies in the Roman Law of Sale* (Oxford, 1959)

*De Visscher (1914) = F. De Visscher, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel* (Bruxelles, 1914)

*Endemann (1885) = F. Endemann, *Die Lehre Von der Emptio Rei Speratae und Emptio Spei und deren Bedeutung für das Heutige Recht* (Wien, 1885)

*Knütel (2000) = R. Knütel, "Hoffnungskauf und Eviktionshaftung" (SZ Rom. Abt.117 (2000))

*Kurz (1974) = V. Kurz, "'Emptio Rei Speratae' 'Pura' oder 'Sub Condicione'?", *Labeo*20 (1974)

*Matelanes (1971) = Calonge Matelanes, *La Compraventa Civi de Cosa Futura* (Salamanca, 1971)

*Senn (1956) = Senn, "La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit", *RHD*34 (1956)

*Takatsuki (2022) = Y. Takatsuki tr. by L. Rubinfiel, *The Dojima Rice Exchange: From Rice Trading to Index Futures Trading in Edo-Period Japan* (Tokyo, 2022)

*Talamanca (1993) = M. Talamanca, "Voci di Vendita in Diritto Romano" in *Enciclopedia del Diritto* 46 (Milano, 1993)

*Thomas (1959) = J. A. C. Thomas, "Venditio hereditatis and emptio spei", *TLR*33 (1959)

Tulane Law Review (1959)

*Thomas (1966) = J. A. C. Thomas, "Fictitious Satisfaction and Conditional Sales in Roman Law", *Irish Jurist* (N. S.) 1 (1966)

*クリンゲンベルク (2001) = ゲオルク・クリンゲンベルク著 瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』(2001年、大学教育出版)

*高槻 (2012) = 高槻康郎『近世米市場の形成と展開—幕府司法と堂島米会所の発展』(2012年、名古屋大学出版会)

*高槻 (2018) = 高槻康郎『大坂堂島米市場—江戸幕府 vs 市場経済』(2018年、講談社)

*飛世他 (2001) = 飛世昭裕「資料 ドネッルス『ローマ法注解』第一三卷第六章～第九章試訳 (1)」(帝塚山法学第5号 (2001))

*飛世他 (2002a) = 飛世昭裕「資料 ドネッルス『ローマ法注解』第一三卷第六章～

第九章試訳（２）」（帝塚山法学第６号（2002））

* 飛世他（2002b）＝飛世昭裕「資料 ドネッルス『ローマ法注解』第一三卷第六章～第九章試訳（３・完）」（帝塚山法学第７号（2002））

* 中山（1995）＝中山竜一「『保険会社』の誕生—フーコー的視座から見た福祉国家と社会的正義」（法哲学年報1994（1995））

* 中山（2007）＝中山竜一「リスクと法」（橋本俊詔他編『リスク学入門１』（2007年、岩波書店）所収）

* 中山（2010）＝中山竜一「リスク社会と法—論点と展望」（法哲学年報2009（2010））

* 西原（2011）＝西原慎治『射倖契約の法理—リスク移転型契約に関する実証的研究』（2011年、新青出版）

* 林（1986）＝林信夫「帝政前期における *iactus missilium* の法的保護」（望月礼二郎他編『法と法過程—社会諸科学からのアプローチ』（創文社、1986年）所収）

* バーンスタイン（1998）＝ピーター・バーンスタイン著・青山護訳『リスク—神々への反逆』（1998年、日本経済新聞社）

* 原田（1955）＝原田慶吉『ローマ法』（1955年、有斐閣）

* 船田（1969）＝船田亨二『ローマ法（改版）』第２巻（1969年、岩波書店）