

# 「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という 法理とその背景

清 水 悠<sup>†</sup>

キーワード：ローマ法，民法，不法原因給付，不当利得

## 1. 序論

### (1) 本稿の目的

本稿は、古典期ローマ法において存在した、「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない（学説彙纂12巻5章4法文3）」という法理とその背景について考察したものである。また、本稿は、現代日本民法における不法原因給付の歴史的背景を探るという目的の一端を担うものでもある。

下記の通り、我が国の民法においては、「不法原因給付」というシステムが存在する。そして、古代ローマ法においても不法原因給付に類似した制度が存在した。冒頭に挙げた法理は、こうした古典期ローマ法の不法原因給付制度の一例であり、本稿では第一の検討対象とする法文史料である。

本稿では、現代日本民法における不法原因給付の概要を紹介したうえで、まず、学説彙纂12巻5章4法文3に登場する、娼婦に対する金品の交付の事例の意義を検討し、その後、こうした事例において交付された金品の返還請求が禁じられた背景の事情を考察する。その際には、娼婦や売春という事象に対して規制的态度を示す史料を最初に検討し、その後、容認的态度を示す史料を検討する。そして、最後に、規制的态度を示す史料と容認的态度を示す史料が混在する古代ローマの法的・社会的背景について考察する。

---

<sup>†</sup> 大阪産業大学 経済学部 国際経済学科 専任講師  
草 稿 提 出 日 2023年2月24日  
最終原稿提出日 2023年3月23日

## (2) 現代日本民法における不法原因給付

ドイツ法やフランス法などの継受を通じて、ローマ法の伝統を承継した我が国においては、その伝統に則って「不法原因給付」という制度が立法化されている。具体的には、民法708条によって次のように規定されている。

### (不法原因給付)

第七百八条 不法な原因のために給付をした者は、その給付したものの返還を請求することができない。ただし、不法な原因が受益者についてのみ存したときは、この限りでない。

すなわち、例えば、民法に従えば公序良俗に反する法律行為は無効であるため(90条)、無効の契約に基づいて相手方に給付したものがあつた場合には、その返還を請求できるはずである<sup>1)</sup>。しかし、不当利得を生じさせるような法律上の原因を欠く給付が行われたが、その原因を欠く理由に不法性がある場合にはその給付は不法原因給付とされ、このような場合において損失者と受益者の両方に不法性が存するときには、損失者の受益者に対する不当利得返還請求は認められない<sup>2)</sup>。これが708条の規定している内容である<sup>3)</sup>。

また、不法原因給付を規定する708条の立法理由については、次のように説明される。

「たとえば、賭博に負けて金を払った者があつたとしよう。元来、賭博契約は、公序良俗に反して無効であるから…、負けた者は債務がないのに弁済したことになり、受取つた者に対して不当利得としてその返還を請求できるはずである。しかし、これを認めることは、みづから不正な行為をした者が、その不正を理由として法の保護を受けようとするのを是認する結果となり、法律の目的に反する。これが、本条によって上のような不当利得の返

1) 我妻・有泉『コンメンタール民法』194頁。2017年の民法改正以前には無効の場合の原状回復義務については規定が無かつたため、703条の不当利得の規定により処理されたと考えられてきたが、703条の特則として、無効の場合の清算関係のルールが「121条の2」として明文化された。前掲『コンメンタール』265頁参照。民法においてはこれに限らず、法律上の原因なくして利得が生じた場合の清算関係について規定されている場合が少なくないが、それらは「おおむね不当利得の規定に対する特則という意味をもつ」と理解されており、それらの規定では足りない場合に不当利得の一般規定が補充的に機能すると考えられている。前掲『コンメンタール』1456-1457頁参照。

2) 前掲『コンメンタール』1489-1490頁。

3) 現行民法708条に対応する旧民法(いわゆるボアソナード民法)の規定は次のようなものである。旧民法367条2項:「然レトモ不法ノ原因ノ為メ供与シタル物又ハ有価物ハ其原因カ之ヲ供与シタル者ノ方ニ於テ不法ナルトキハ其取戻ヲ許サス」。また、起草者のボアソナードは、この「不法」に関して、「公序または良俗に反する場合と述べ、例として、売春、誘拐、偽証契約をあげている」と指摘されている。以上、渡部晃『公序良俗入門』71頁参照。

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

還請求を禁じたゆえんである。ドイツ民法817条は、同一趣旨の規定を設けている。」<sup>4)</sup>

そして、本稿との関連で言えば、公序良俗違反により不法原因給付に該当する事例として、「売春ないし酌婦稼業に関する契約に基づく給付は、原則として、不法原因給付に当たる（大判昭和12・5・26民集16巻881頁）」とされている<sup>5)</sup>。

## 2. 「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理

### （1）学説彙纂12巻5章4法文3

上述のように、現代日本民法の体系の下においても、売春に関する契約に基づく給付は公序良俗違反により不法原因給付とされるが、古代ローマにおいても、類似の法理が存在したと考えられている。

以下は、紀元後222年に副皇帝とも称される近衛長官（*praefectus praetorio*）にまで登りつめた高名な法学者、ドミティウス・ウルピアーヌスが残した法文であり、ユスティニアヌス帝の法典編纂委員によって学説彙纂12巻5章に配置されている<sup>6)</sup>。

D. 12, 5, 4, 3 (Ulpianus libro 26 ad edictum) : Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

学説彙纂12巻5章4法文3（ウルピアーヌス、告示註解26巻）：「しかし、娼婦に対して交付されるものは、ラベオとマルケッルスが書いているように、返還請求され得ない。しかし、新しい理由によってである。両者の不道徳が存在するからではなく、交付する者のみの〔不道徳が存在するから〕、という理由による。：なぜなら、娼婦であるから、彼女は不道徳なことに従事しているが、たとえ娼婦であっても、受領することは不道徳ではないからである。」

ウルピアーヌスは、娼婦に対して交付した金品の返還請求可能性について論じている。想定されているのはおそらく、売春に対する対価であろう。ウルピアーヌスは、先人であ

---

4) 前掲『コンメンタール』1491頁。

5) 前掲『コンメンタール』1493頁。

6) 学説彙纂12巻5章には、「不道徳なあるいは不法な原因のための不当利得返還請求について（*De conditione ob turpem vel iniustam causam*）」という表題が付されており、現代日本民法で言うところの様々な不法原因給付に類する事例が残されているが、これらを含めた総合的な検討は今後の別稿に譲る。

るラベオーとマルケッルス「返還請求不可」という結論に賛同しながらも、その理由付けには同意していない。ウルピアーヌスの理由付けは、「新しい理由 (nova ratio)」であり、売春という行為の不道德性は肯定しつつ、娼婦による金品の受領行為自体の不道德性を否定している。つまり、返還請求権が否定されるのは、娼婦に対する金品の交付が不道德だからなのであって、娼婦による金品の受領行為自体は不道德ではないというのである。

従って、結論としては同じく返還請求を否定することにはなるが、ラベオーとマルケッルスは交付者・受領者双方の不道德性を根拠とするのに対して、ウルピアーヌスは、「新しい理由」として交付者のみの不道德性を根拠として挙げていることになる<sup>7)</sup>。

## (2) 改竄（インテルポラティーオー）の疑い？

ところが、学説彙纂12巻5章4法文3（以下、D. 12, 5, 4, 3）に関しては、その法文の真正性に関して疑問が提示されている。すなわち、この法文が改竄（インテルポラティーオー, interpolatio）を受けているという指摘である。確かに、ユスティニアヌス帝が紀元後6世紀に東ローマの地においていわゆる「ローマ市民法大全（corpus iuris civilis）」を編纂する際に、その一部を構成する学説彙纂（Digesta）についても、その当時の現行法としての役割を担わせるという目的のために、編纂委員によって古典期由来のテキストに対する修正が行われたとされている。

この法文に関しては、例えば、Fuscoが改竄の可能性を指摘している。Fusco<sup>8)</sup>は、この法文について、「ウルピアーヌスの抜粋はユスティニアヌス帝の編纂者たちの技法の明白な痕跡（unverkennbare Spuren）を示している」と述べ、「後に形式面での法文の操作があったという状況証拠」として、ラテン語の文法的な観点から見た構文の不自然さ

7) それぞれの見解を唱えた法学者の特定に関して、このような法文解釈を採用するものに、例えば、Rinaudo (2018) pp.269-270; Sokala & Dajczak (1990) S.129; Sturm (1986) p.284; シュトゥルム (2006) 41頁以下。Merotto (2017) pp.275ff. は、いったんは同様の読み方をするものの、後述のように、改竄を根拠として大幅な修正を行う。これに対して、McGinn (1998) p.324は、「新しい理由 (nova ratio)」がラベオーに由来し、マルケッルスとウルピアーヌスとその先例に従ったものと解釈している。また、Fusco (1993) S.396は、旧来の説に対する新説として交付者のみに不道德性を認めるラベオーとマルケッルスの見解が披露されていると解釈しているが、後述のように、Fuscoはこの法文自体がユスティニアヌス帝の法典編纂委員による改竄を受けていると考える。なお、前掲 Rinaudo は、McGinn の見解を法文の構造からして「説得的でない (non convince)」として否定しつつも、「『新しい理由 (nova ratio)』は、ウルピアーヌス自身の手によって、あるいは少なくとも、直に同時代ではないにしても、彼に時代的に非常に近く、彼と見解を共有していることを示す法学者の手によって」出現したものとしており、ウルピアーヌスが創始した学説であるという断定は避けており、結局、改竄の可能性も排除しない (p.274) というあいまいな態度をとっている。

8) Fusco (1993) S.395-397.

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

を指摘する。そして、最終的には「異物の抹消（Tilgung des Fremdkörpers）」と称して、原文の *sed nova ~ dantis* の部分の12語を全て削除して解釈してしまう。

また、Merotto<sup>9)</sup> も、この法文について「完全な真正性を疑うのは私には正当なことのように思える」と述べ、Fusco と同様に、*sed nova ~ dantis* の部分を「異物（*corpo estraneo*）」と判断して削除したうえでその解釈を試みている。他にも、Rinaudo は、この法文が古典期のものであることを前提に議論を進めてはいるが、最終的には改竄の可能性を排除しきれていない<sup>10)</sup>。

このように、この法文史料に関して疑いの目が向けられる原因として、一つには、この法文のように受領者側の不道徳性を認定せず、むしろ交付者の側にのみ不道徳性を認める例が非常に稀で、それどころか唯一のものであると考えられている<sup>11)</sup> 点が挙げられる。また、もう一つには、後述のような一部の史料から見たローマ人の売春に対する態度と、娼婦に対する金品の交付者のみに非難を向けるという態度とが、一見して矛盾していることに起因するのであろう。

しかしながら、本稿の方針としては、軽々に改竄（インテルポラティーオー）を認定するわけにはいかない。実際、Sturm によれば、この法文の文言の真正性に対して疑問を呈する研究者は、これまでそう多くはなかったようである<sup>12)</sup>。多数派に与すれば良いというわけではないが、改竄を認めて原文を修正するには強固な根拠が必要である。筆者自身、これまで安易に改竄を前提とすることはできるだけ回避してきたし、法文史料を原文通り忠実に解釈するのが現在のローマ法研究の趨勢でもある。

### （3）課税に関連する問題

さらに、論点となりうるのは課税に関する問題である<sup>13)</sup>。ローマの五賢帝時代に、はじめは法律家となりハドリアヌス帝（在位：紀元後117～138年）に仕えていたが、引退後は著述家として活動していたと伝わるガイウス・スエートニウス・トランクィッルスが次のような叙述を残している。

Suetonius, *De vita Caesarum*, Caligula, 40: *Vectigalia noua atque inaudita primum per publicanos, deinde, quia lucrum exuberabat, per centuriones tribunosque*

---

9) Merotto (2017) pp.277ff..

10) Cf. Rinaudo (2018) p.274.

11) Vgl. Fusco (1993) S.398; Cf. Merotto (2017) p.276; Cf. Rinaudo (2018) p.269.

12) Cf. Sturm (1986) p.28; シュトゥルム (2006) 52頁参照。

13) 古代ローマにおける売春に対する課税政策に関して、詳細は Cf. McGinn (1998) pp.248ff..

praetorianos exercuit, ……; ex capturis prostitutarum quantum quaeque uno concubitu mereret; additumque ad caput legis, ut tenerentur publico et quae meretricium quieue lenocinium fecissent, nec non et matrimonia obnoxia essent.

スエートーニウス『皇帝伝』カリグラ 40:「〔カリグラは〕新しくまた聞いたこともない租税を、最初は徴税請負人を通じて、その後は、税収があふれるほどになっていたのに、近衛軍団の百人隊長や司令官たちを通じて徴収した。……; 娼婦たちの利益からは、各娼婦が一度の同衾で獲得する分〔が徴収された〕。そして、法律の条項に次のように付け加えられた。〔過去に〕娼婦だった者たちあるいは売春の仲介を行っていた者たちも、国庫によって課税される。そしてまた婚姻関係でも〔納税の〕義務を負う。」

スエートーニウスが伝えるところによると、第3代のローマ皇帝であったカリグラ帝(在位: 紀元後37~41年)は、当時前代未聞の租税をありとあらゆる手段を使って徴収したようである。具体的には、各娼婦が一度の売春行為で稼ぐ額が租税として徴収されたようである。それに加えて、過去に売春に関与していた者たちも課税の対象となった。かつて娼婦だった者や過去に売春の仲介を行っていた者たちも課税されたと伝わる。仮にそれらの者たちが婚姻関係を形成していたとしても、この租税は免除されなかった。

このような、売春による利益に対する課税を根拠として、ローマにおいては売春自体が禁止されていなかったと指摘する研究者もいる<sup>14)</sup>。また、既述の D. 12, 5, 4, 3において、ウルピアーヌスが、不道德性は金品の交付者(娼婦の客)と受領者(娼婦)の双方に存在するという旧説を否定し、「新しい理由(nova ratio)」として娼婦の受領行為の不道德性を否定したのは、ローマという国家が売春による収益に対して課税する際にともなう「やましさを解消する目的があったと考えられなくもない<sup>15)</sup>。売春行為によって娼婦が受領した金品が不道德な存在であるならば、カリグラ帝によって導入されたそれに対する課税による税収もまた不道德な利益とみなされかねないからである。

しかしながら、このウルピアーヌスによる「新しい理由(nova ratio)」と、ローマの課税政策を直結させるのは容易ではない。例えば、Sturmは、ウルピアーヌスが「新しい理由(nova ratio)」を登場させた理由がカリグラ帝以来のローマの課税政策の正当化であるという説明に関して、次のように批判している。

「しかし、この説明は我々を納得させることはできない。カリグラによるこの税の導入

14) 例えば, Sokala & Dajczak (1990) S.131 Anm.13.

15) Sturm (1986) p.286は、このような見方を「一般的によく受け入れられている見解(l'opinion généralement bien accueillie)」であると指摘し、シュトゥルム(2006)46頁も「通説」として紹介している。



「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

以来、偽善と言われているものを批判し、税法の規律と市民法の規律との間の明らかな矛盾（une apprente contradiction）に気付くのに、本当に2世紀半かかったのだろうか？」<sup>16)</sup>

確かに、カリグラ帝が娼婦に対する課税を導入してからウルピアーヌスの時代に至るまで娼婦による受領行為は不道德性を帯びていたが、ウルピアーヌスの法解釈によりようやくその不道德性が解消されたとすれば、時代的な隔たりからして不自然な感覚を抱かざるを得ない。ウルピアーヌスが「新しい理由（nova ratio）」を説くまでは、ローマという国家は「不道德な税収」を得ていたということになるのだろうか。

さらに、Sokala & Dajczak も、「新しい理由（nova ratio）」の意義について同様の説明をする見解に対して、次のような指摘をしている。

「しかし、この説明も満足のいくものではない。なぜなら、娼婦の報酬は既にマルケッルス時代には課税されていたからである。」<sup>17)</sup>

このように、Sokala & Dajczak も、Sturmと同様の指摘をしている。すなわち、金品の交付者（娼婦の客）と受領者（娼婦）の双方に不道德性を認めていたマルケッルス時代には、既に娼婦に対する課税が導入されていたので、その後のウルピアーヌスが「新しい理由（nova ratio）」として交付者側だけに不道德性を認めたのが課税を正当化するためであるとすれば不自然であるという指摘である。

ところが、Sokala & Dajczak は、最終的には、ウルピアーヌスによる「新しい理由（nova ratio）」は「娼婦の報酬への課税に適合」させる目的のものであり、「実務的に皇帝による税法が売春を是認した」ことになると結論している<sup>18)</sup>。

#### （４）先行研究による解釈

D. 12, 5, 4, 3に関する私見を述べる前に、先行研究においてD. 12, 5, 4, 3が、また特にウルピアーヌスの見解がどのように解釈されているかについて、いくつかの主要な例を挙げ

---

16) Sturm (1986) p.286. また、Sturm は他の講演でも次のような見解を披露している。すなわち、シュトゥルム (2006) 47頁は、「いずれにせよ、200年以來存在する租税義務から、娼婦の報酬に対する倫理的評価の帰結を導き出すことは、私には大それたことのように思われます。私たちの今日の倫理的な考え方からみると、娼婦の報酬を批難すべきものと宣言しながら、それにもかかわらず枯れることのない租税源をみているとしたら、ローマの国家が矛盾した行動に気づくのに本当に200年もかかったのか？ということになります。」と指摘する。また、前掲シュトゥルムは、娼婦の報酬が「いかがわしさを失っていなかった」証拠として、セプティミウス・セウェルス帝（在位：193～211年）が、このような租税を「民衆の娯楽とスポーツに役立つ施設にのみ、用立てられること」を許したという点を挙げている。なお、Rinaudo (2018) p.270 n.19は、カリグラによる課税以前に既にいずれかの属州で売春への課税が行われていた可能性を指摘する。

17) Sokala & Dajczak (1990) S.130.

18) Sokala & Dajczak (1990) S.132.

ておく。

### ① Fusco の見解

Fusco<sup>19)</sup> は、D. 12, 5, 4, 3に関して、「不道徳 (turpitude) の思想」は、「職業としての娼婦の技能に対する報酬との関連において、ローマ人の道徳的な行動規範に適合しない」として、金品の交付者 (娼婦の客) と受領者 (娼婦) の双方、あるいは交付者のみに不道徳性が存在するという観念は、いずれも後の改竄・挿入の結果であると考ええる。そして、この法文の主旨は、娼婦という職業は確かに不道徳であるが、娼婦による金銭の受領は何ら不道徳ではないということを強調するものであるとする。また、法的領域において娼婦に対する道徳的非難が始まったのは、後のキリスト教時代になってからのことであると述べる<sup>20)</sup>。

### ② McGinn の見解

McGinn<sup>21)</sup> は、娼婦の客の不道徳性のみを認定する「新しい理由 (nova ratio)」は既にラベオーによって唱えられ、その後の課税の導入によってこの主張は強化されたとする。また、娼婦が報酬を得られなければ納税もできず、その報酬は誰かの世襲財産を侵害するような額ではなかったが、他方で、その返還請求は困難であるとみなされたことが法学者の考えに影響を与えた可能性を指摘する。そして、返還請求訴訟を提起する原告を思いとどまらせることで法廷のシステムの権威・正当性が守られたと述べる。

### ③ Merotto の見解

Merotto は、Fusco と同じく、D. 12, 5, 4, 3が改竄されていることを指摘した上で、「この法文は、娼婦とその常連客の間で締結された取引について、その完全な適法性の重要

19) Fusco (1993) S.399-400.

20) Fusco (1993) S.400 (Anm.52) は、古典期には娼婦に関する倫理的な非難の発想がなかった証拠として、恩恵 (beneficia) の分配の模範として、哲学者セネカが「よりもよって娼婦の行為を挙げている」と指摘する。Seneca, De Beneficiis 1, 14, 4: Quomodo meretrix ita inter multos se dividet, ut nemo non aliquod signum familiaris animi ferat, ita, qui beneficia sua amabilia esse vult, excogitet, quomodo et multi obligentur et tamen singuli habeant aliquid, quo se ceteris praeferant. セネカ『恩恵について』1, 14, 4:「娼婦が多くの人たちの間で自身を次のように分け与えるかのごとく。すなわち、誰も何らかの親密な情のしるしをもらわないということがないように、である。それゆえ、自身の恩恵が好まれることを望む者は、次のように工夫しよう。すなわち、どのようにすれば多くの者も恩恵を施されるか、またそれでも、[どのようにすれば] 各人がそれによって自身が他の者達より抜きん出ているという何かを保持するか、である。」

21) McGinn (1998) pp.324-325.



「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

な状況証拠になる可能性がある」<sup>22)</sup>と述べる。そして、最終的には、この法文で娼婦による金銭の受領が正当化されていることは、「利益のために女性の肉体を道具化すること (strumentalizzazione)」に対して古典期ローマ法が中立的な態度を示していたという証明となりうるとし、「この法文は、古典法上の道義において、『肉体を商品にすること』が、たとえ非難に値することだとしても、利益を得るための『有形的な実体』を道具化する例を象徴していたことを肯定するための根本的なパズルのピース」であると結論している<sup>23)</sup>。

#### ④ Sokala & Dajczak の見解

Sokala & Dajczak<sup>24)</sup> は、ウルピアーヌスによる「新しい理由 (nova ratio)」に関して、「目的を行為から分離する」ものと評している。すなわち、「交付者の目的は良俗違反であり、報酬の支払いという行為は不道德な原因のために行われている」ので、交付者による不当利得返還請求は許されないが、娼婦の受領行為の目的は容認されるという。なぜなら、「その目的は合意され許されたサービス」の提供に対する「報酬の受け取りにその本質があるからである」と述べる。そして、「ウルピアーヌスは、一方では娼婦の報酬に課税し、他方で不当利得返還請求を棄却することを調和させることに成功している」と評している。また、「新しい理由 (nova ratio)」は、古典後期において、当事者の行為の目的に従って不当利得返還請求の要件を体系化するという努力であり、娼婦の行為の目的を是認することにより娼婦の報酬への課税を正当化したものであると述べる。

#### ⑤ Sturm の見解

Sturm<sup>25)</sup> は、D. 12, 5, 4, 3のウルピアーヌスの見解を次のように理解している。娼婦という職業自体は間違いなく非難されるべきものではあるが、この職業自体は現実存在し、全ての娼婦が世襲財産の浪費を強いるというわけではない。また、娼婦自身の生活の糧も必要である。娼婦に対して破廉恥という烙印を押した上で、さらに娼婦が得た収入についても恥ずべきものだとみなすことは彼女を二度罰すること (punir deux fois) であり、許されない。

#### (5) D. 12, 5, 4, 3に関する私見

先行研究においては様々な議論が行われているが、いずれにせよ、娼婦に対して金品を

---

22) Merotto (2017) p.276.

23) Merotto (2017) p.280.

24) Sokala & Dajczak (1990) S.131-132.

25) Sturm (1986) p.286.

交付した者が（不当利得）返還請求権を行使できないという結論は変わらないと考えられる。むしろ、後述のように、娼婦に対する金品の交付に関してその返還請求を禁じるという内容を含めて、法的・社会的な観点から見た売春の存在を禁圧するような史料と、その存在を容認するような史料とが混在していることの矛盾の原因を探る方がはるかに重要である。

筆者としては、少なくとも、ローマという国家において売春自体が「違法」・「不法」であったと断じることはいくつかできない。娼婦や売春斡旋者に対する課税が存在したことも、その一定の根拠となりうるだろう。民衆に対して売春やそれに関与することを禁じ、また違法としておきながら、他方で国家自体がそうした違法行為に由来する収益から税収を得ることは、たとえ古代人であってもなかなか納得はいくまい。D. 12, 5, 4, 3において、ウルピアーヌスが、「娼婦であるから、彼女は不道德なことに従事してしている」と指摘している通り、現段階では、娼婦が不道德な存在であったという事実は確認できる<sup>26)</sup>。また、娼婦に対する金品の交付者が（不当利得）返還請求権を行使できなかったのは、明らかに、その交付行為が不道德なものだったからであろう。しかしながら、その娼婦の収益に対して課税することが国家として正当化されていたのであるから、娼婦という存在が「違法」・「不法」なものであったとまでは言い切れまい。

そもそも、ローマ人やその国家にとっての「売春」という事象は、たとえ不道德な存在であったとしても、現代の法感覚で言う「違法」といった概念で簡単に割り切ることのできるものではなく、社会的に所与のものとして存在していた。それは後述の史料群に照らしても明らかになるところである。

以下においては、D. 12, 5, 4, 3という法文の存在の背景的事情を考察する。すなわち、娼婦に対する金品の交付は不道德な行為であるからその金品の返還請求は禁じられていたが、他方で、その娼婦が受領した金品に対して国家が課税することは許容されていた。その一見して矛盾しているとも受け取れる国家の態度が生じた要因を検討する。

### 3. 史料に見る娼婦という存在の法的・社会的意義

#### (1) 規制的態度

##### ①法文史料以外の史料

まず、娼婦という存在に対して、ローマという国家が示していた態度がわかる史料を検

26) Vgl. Sokala & Dajczak (1990) S.131; Cf. Sturm (1986) p.286.

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

討する。はじめに、法文史料以外の史料で、娼婦に対する規制的な政策に関する歴史的な事実を叙述している文章を見してみる。以下は、紀元後1世紀半ばに生まれ120年前後に没したとされている、政治家にして歴史家でもあったコルネーリウス・タキトゥスが残したものである。

Tacitus, Annales 2, 85: Eodem anno gravibus senatus decretis libido feminarum coercita cautumque ne quaestum corpore faceret cui avus aut pater aut maritus eques Romanus fuisset. nam Vistilia praetoria familia genita licentiam stupri apud aedilis vulgaverat, more inter veteres recepto, qui satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant.……

タキトゥス『年代記』2巻85:「同じ年に、元老院の厳格な議決によって婦女の淫蕩が処罰され、そして次のように規定された。ローマの騎士身分である祖父あるいは父あるいは夫がいた者は、身体をもって利益を稼いではならない。というのも、法務官級の家系に生まれたウイステリアが、淫蕩の認可を按察官の面前で公に主張していた。先人たちの間で認められた慣習によって〔主張していた〕。その先人たちは、不貞な婦女に対しては、まさにその不品行の公表で十分な罰であると考えていた。……」

「同じ年に」というのは、紀元後19年のことであると考えられている<sup>27)</sup>。タキトゥスの記述に従えば、紀元後の19年に元老院の議決により、騎士身分の祖父、父、夫を持つ女性が娼婦となることが禁じられた。その規制の原因となった事情として、法務官クラスの家系に生まれたウイステリアという女性が按察官(aedilis)の面前で「淫蕩の認可」を求めた事件が紹介されている。この「淫蕩の認可」に関しては、娼婦として活動するために、按察官のリストに登録して取得する必要があったものであると考えられている<sup>28)</sup>。

この史料からは、一見して、売春ないし娼婦に対する規制的な立法があったと解釈できる。しかしながら、逆に言えば、相当に高い社会階級に属する女性を除けば、娼婦として活動することが許されていたと解釈することもできる。また、按察官に「淫蕩の認可」を求めてリストに登録しさえすれば、上層階級の女性でないかぎり、自由に売春を業とすることができたと考えることもできよう。

---

27) Cf. McGinn (1998) p.217.

28) Sokala & Dajczak (1990) S.131 Anm.13. ただし、McGinn (1998) p.218 n.10は、タキトゥスの記述はその証明にならないとする。

## ②法文史料

## i) 娼婦のための信命保証の制限

以下もまた、D. 12, 5, 4, 3と同様に、法学者ウルピアーヌスが娼婦に関連する事項について判断を下している法文である<sup>29)</sup>。

D. 17, 1, 12, 11 (Ulpianus libro 31 ad edictum): Si adolescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum suscepisti, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

学説彙纂17巻1章12法文11 (ウルピアーヌス, 告示註解31巻): 「放蕩者の若者があなたに対して、娼婦のためにあなたが信命保証するように委任し、そしてそのことを知りつつあなたが委任を受けた場合、あなたは委任訴権を持たないだろう。なぜなら、あたかも、浪費するであろう者にあなたが知りつつ金銭を貸した場合に似ているからである。やはり、それ以上に直接に、あなたが金銭を娼婦に貸すように、彼があなたに対して委任した場合にも、彼は委任〔訴権〕によって義務を負わないだろう。あたかもボナ・フィデースに反して委任があったかのように、である。」

ウルピアーヌスは、まず、「放蕩者の若者」を登場させ、その若者が「あなた」に対して娼婦のための信命保証<sup>30)</sup>を委任した事例を検討している。委任を受け入れれば、「あなた」は娼婦の保証人となり、他の誰かが娼婦に対して金銭を貸し付け<sup>31)</sup>、「あなた」はその金額について保証債務を負うことになる。ただし、上述のような事情の下で保証を委任されていることを知っていた場合には、あなたは委任者(若者)に対して委任訴権を行使できない。ここで挙げられている訴権は、保証の委任を受けたことに基づく委任反対訴権 (actio

29) McGinn (1998) pp.322-323は、D. 17, 1, 12, 11を、若者が娼婦に対して出捐することが「世襲財産の保全に対する脅威」ととらえられていた証拠として提示し、問題とされているのは不道徳性ではなく、「動機は、私的に保有された資産の保全に対する共同体の利害に関する懸念」であると述べる。

30) 信命保証は、共和政時代の終わり頃に、既に存在した他の保証方式に加えて登場したとされる保証の方法であり、例えば次のような問いと答えによって締結される。「(マエウィウスが私に対して負っている)ものがあなたの信義によって存在することをあなたは命じるか? / (quod Maevius mihi debet) id fide tua esse iubesne?」—「私は命じる。/ iubeo。」保証人は、主たる債務者の債務が自分の信義によって引き受けられているということを、拘束的に自分に対して命じることになった。以上、Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.392; Kaser, RPR I S.663; Fusco (1993) S.390.

31) Vgl. Fusco (1993) S.404.

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

mandati contraria) であると考えられる<sup>32)</sup>。それから、ウルピアーヌスは、委任反対訴権が付与されない理由として、浪費癖のある者に対してそのことを知って金銭の貸付を行った場合に似ているという点を挙げている。さらに、娼婦に対する金銭の貸付を委任された場合でも、保証の委任と同様に判断し、事情を知って引き受けた場合には委任反対訴権を行使できないとされる。その理由はボナ・フィデース (bona fides) 違反である。

従って、この法文では、信命保証の委任 (mandatum fideiubendi) と貸付委任 (mandatum credendi) という二つの異なる委任が検討されており<sup>33)</sup>、いずれもボナ・フィデース違反を理由として委任反対訴権による提訴が認められない。

ここでいうボナ・フィデース違反とは、事情を知って保証・貸付を行った、すなわち法学上の「悪意」で行為したことを意味しない。一般に、特にローマ物権法の分野においては、「ボナ・フィデース (bona fides)」を現代法学の善意、その逆の「マラ・フィデース (mala fides)」を悪意と翻訳・解釈する傾向があるが、私見としては、これは完全に誤解に基づく解釈であると考ええる。物権法、債権法、いずれの分野においても、古典期ローマ法でいうボナ・フィデースは倫理的・道徳的価値観を反映させた概念であり、現代法でいうところの信義誠実といった概念をも含んでいる<sup>34)</sup>。

よって、この法文の場合には、放蕩者の若者が娼婦に対する保証や貸付を求めているという事情を知りつつ行為に移したことは遠因にはいるが、究極的にはその反倫理的・反道徳的行為をとらえてボナ・フィデース違反を認定している。浪費癖のある者に対して、金銭を（特に娼婦に対して）費消することを知りつつ金銭の貸付を行うことも、同様に反倫理的・反道徳的行為であるため、ウルピアーヌスは、根拠を示す事例として挙げていると考えられる<sup>35)</sup>。委任に基づいて生じる義務はフィデース (信義, fides) を基礎としており、

32) Fusco (1993) S.403; Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.394.

33) Fusco (1993) S.389.

34) 以上については、特に、清水「ボナ・フィデース (2・完)」(2017) 295頁以下参照。

35) D. 41, 4, 8 (Iulianus libro secundo ex Minicio) : Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? Nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto datur pecuniam servos emit, non usucapiet. 学説彙纂41巻4章8法文 (ユーリアーヌス, ミキニウス抄録2巻) : 「ある者が、売主はただちに金銭を消費するであろうと知っていたのに、奴隷をその売主から買った場合には、それでもやはり多くの学者は、彼がボナ・フィデースによる買主であると解答する。そしてそれはより正しい。なぜなら、所有者から買った者がどのようにしてマラ・フィデースによる買主とみなされることがあろうか [いや、ない]。放蕩者でただちに金銭を娼婦に与えるであろう者から奴隷を買った者が使用取得しない、というのなら別であるが。」この法文では、売買代金をすぐに娼婦に対して費消してしまうような浪費家に対して代金を渡してしまう行為は、反倫理的・反道徳的行為であるから、ボナ・フィデース違反となって使用取得が不可能となる可能性が示唆されている。以上、清水「ボナ・フィデース (2・完)」(2017) 296頁以下参照。



委任に基づく訴訟は誠意訴訟 (*bonae fidei iudicium*) とされる<sup>36)</sup>。ボナ・フィデースに反する振舞いを行った者に対して委任訴権が付与されるはずがない。

そもそも、一般的に不道德な行為や良俗違反の行為を目的とする委任は無効であると考えられる。以下は、法学教師のガイウスが述べている内容である<sup>37)</sup>。

Gai. 3, 157: *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, ueluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*

ガイウス『法学提要』3, 157:「次のことは確定している。すなわち、ある者が良俗に反している物事に関して委任する場合、債権債務関係は結ばれない。例えば、あなたがティティウスに対して盗あるいは人格侵害を行うように、私があなたに依頼する場合である。」

「確定している」という文言から、ガイウスが語っている内容は、当時の通説であると考えられる。良俗違反の行為を目的として委任する場合、債権債務関係は成立せず、無効なものとして扱われる。例としては盗や人格侵害を行うように委任（現代日本民法では準委任）する場合である。また、不道德な行為を目的として委任する場合については、ウルピアーヌスが次のように述べている。

D. 17, 1, 6, 3 (Ulpianus libro 31 ad edictum) : *Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur.*

学説彙纂17巻1章6法文3（ウルピアーヌス、告示註解31巻）:「不道德な物事の委任は無効である。そしてそれゆえに、この訴訟によって提訴されないだろう。」

ウルピアーヌスが述べるには、不道德な物事を委任した場合、無効となる。従って、この場合には委任（反対）訴権を用いて訴えることはできない。同様に、法学者パウルスも不法行為の委任に関して次のように述べている。

D. 17, 1, 22, 6 (Paulus libro 32 ad edictum) : *Qui aedem sacram spoliandam, hominem*

---

なお、McGinn (1998) pp.323-324もこの法文について同様の読み方を採用するが、問題となっているのは「性的な恥知らずではなく、世襲財産の浪費である」と述べる。

36) Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.335-336; Fusco (1993) S.404.

37) 以下の、委任や保証に関する法文については、Fusco (1993) S.390も引用している。

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

vulnerandum, occidendum mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest propter turpitudinem mandati.

学説彙纂17巻1章22法文6（パウルス，告示註解32巻）：「神殿を略奪すること，人を負傷させること，殺すことを委託されることを引き受ける者は，委任の不道徳性のゆえに委任の訴訟によって訴求することはできない。」

パウルスは，神殿の略奪行為，傷害，殺人を委託されそれを引き受けても，委任自体が不道徳なため無効なので，やはり委任（反対）訴権は成立しないと述べている。さらに，以下の法文は，良俗違反の目的を有する保証についてもまた，無効とされる可能性を示している。

D. 22, 1, 5 (Papinianus libro 28 quaestionum) : Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.

学説彙纂22巻1章5法文（パーピニアースス，質疑録28巻）：「一般的に，順守されることが適切なのは，誠意訴訟は次のような保証を受け入れないということである。すなわち，良俗に反して求められる保証である。」

パーピニアーススによれば，誠意訴訟の性質からして，良俗違反の目的を有する保証は認められない。ボナ・フィデースに基づいて判断される契約の場合には，良俗違反の取引行為は無効とされると考えられている<sup>38)</sup>。信命保証もまた，信義（fides）によって保証債務を引き受けるものであるので（注30参照），良俗違反に該当する保証に基づいて誠意訴訟を提起することはできない<sup>39)</sup>。

以上から，D. 17, 1, 12, 11におけるウルピニアーススの判断理由がより一層明確になった。放蕩者の若者が娼婦に対する信命保証や娼婦に対する貸付を委任した場合において，それを受け入れた者は委任反対訴権を有しないと判断された理由は，その行為の不道徳性ないし良俗違反性によってボナ・フィデースに反する事態を招来し，委任自体が無効となるからである<sup>40)</sup>。従って，そのボナ・フィデース違反という事態は，究極的には娼婦に対する

38) Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.392; Kaser, RPR I, S.251.

39) Fusco (1993) S.390.

40) ただし，Fusco (1993) S.393f. は，良俗 (boni mores) に対する違反が Gai. 3, 157において盗 (furtum)，人格侵害 (iniuria) の委託と連結され，不道徳 (turpitude) は D. 17, 1, 22, 6において神殿の略奪・傷害・殺人の依頼を引き受けることに連結されているのに対して，D. 17, 1, 12, 11における放蕩な若者（委任者）と受任者の間の行為に関しては，「全く異なる質の行為が問題となっている」として，違和感を表

信命保証や貸付という行為自体の不道徳性に起因している<sup>41)</sup>。

## ii) 娼婦との婚姻の制限

娼婦や売春に関与する職業に従事する者に関しては、婚姻の制限があったと考えられている。例えば、以下のような史料がそれを示している。

Tit. Ulp. 13, 1: *Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.*

ウルピアヌスの体系に由来する諸表題13, 1:「ユーリウス法によって禁じられてい

明する。しかしながら、既述の通り、私見では、ボナ・フィデースは倫理的・道徳的価値を含み、良俗に反しないことや信義誠実に従って振る舞うことを含む非常に広い概念と考えられるから、広くボナ・フィデースに適合するか否かの問題ととらえれば、不自然ではない。そもそも、不道徳性と良俗違反性を完全に別個の概念として区別したり、ボナ・フィデースとの関連性を断絶させて思考する方が不適切である。

- 41) これに対して、Fusco (1993) S.402ff. は、この法文が問題としているのは、良俗違反ではなく、受任者がマケドー元老院議決を迂回して (unter Umgehung) 金銭を間接的に若者に対して自由に使わせたということであり、「脱法のための諸成契約、『法律に対してなされた詐欺 [= 脱法行為] (fraus legi facta)』、ボナ・フィデースに反する取引行為が問題となっている」と解釈している。すなわち、脱法行為があるからこそ、ボナ・フィデースに反するという理解である。そして、この法文では不道徳性は関係がなく、財産を失うこと (perdere) を意図的に受け入れた受任者は、委任を原因とする訴権を付与されないことにより、「自身の愚鈍 (stultitia)」の結果についての自己責任を負うことになる」と断じている。なお、マケドー元老院議決に関しては、以下の法文で語られている。D. 14, 6, 1 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum) : *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri."* 学説彙纂14巻6章1法文首項 (ウルピアヌス, 告示註解29巻): 「マケドー元老院議決の文言は次のようなものである。:『素質がその者に対してそそのかしたような犯罪の他の原因の中でも、マケドーは他人の貨幣を招き入れ [= 負債を負い], そして、他に何か述べられることなく不確かな名目で金銭を貸した者が悪い性向によって罪を犯す機会をしばしば供給したので。: 次のように決議する。すなわち、家子に消費貸借の金銭を交付した者に対しては、権力下にあったところのその「家子」の親の死後であっても、訴権と請求権は与えられないように。最も邪悪な例によって利息を付けて貸与した者は、父の死が期待されても、どのような家子の財産も名義となり得ないことを心得るように。』」 ウェスパシアヌス帝時代に、マケドーという名の家子が債権者から督促を受け、父の財産によって弁済しようとして父を殺害した事件をきっかけに、家子に対する金銭消費貸借による貸付を禁止したとされる。以上、Vgl. Fusco (1993) S.403f.; Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.291. また, McGinn (1998) p.323は, D. 17, 1, 12, 11において契約を阻害しているのは不道徳性 (turpitudō) ではなく, 「動機は, 私的に保有された資産の保全に対する共同体の利害に関する懸念である」と述べ, 世襲財産の保全が目的であるとする。

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

るのは、元老院議員また確かに彼らの子が、次の婦女を妻にめとることである。すなわち、被解放自由人女性、そして、その婦女自身あるいはその父あるいはその母が娯楽業を営んだような婦女、同様に、身体をもって利益を稼ぐ婦女である。」

Tit. Ulp. 13, 2: Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit ; adicit Mauricianus et a senatu damnatam.

ウルピアヌスの体系に由来する諸表題13, 2 : 「他方で、その他の生来自由人に禁止されているのは、次の者を妻にめとることである。すなわち、娼館の女主人、また、娼館の主人あるいは女主人によって解放された婦女、また、姦通していることを見つけられた婦女、また、〔アウグストゥスによって定められた〕刑事裁判で有責判決が下された婦女、また、娯楽業を営んだような婦女である。；マウリキアヌスは、元老院によって非難を受けた婦女もこれらに加えている。」

上記資料に登場するユーリウス法は、紀元前18年に成立した「婚姻すべき階層に関するユーリウス法（lex iulia de maritandis ordinibus）」のことを指し、初代アウグストゥス帝の婚姻立法の一環として、紀元後9年のパーピウス・ポッパエウス法（lex Papia Poppaea）と併せて、古典期においては一体的に機能し（ユーリウス・パーピウス法）、婚姻要件のなかでも特別な位置付けに置かれていたと考えられている。上記 Tit. Ulp. 13, 2 の記述では娼婦は明示されていないが、記述内容からして娼婦も含まれると考えられるので、全ての生来自由人に対して娼婦を含む一定の品位を欠く女性との婚姻が禁止され、元老院議員階級の男性に対してはさらに広範な婚姻禁止が存在したようである<sup>42)</sup>。しかし、逆に言えば、ユーリウス法に関する記述からは、被解放自由人女性つまり元女奴隷と婚姻できなかったのは元老院議員階級に属する男性だけだったと解釈できる<sup>43)</sup>。ただ、いずれにせよ、生来自由人男性は娼婦と合法的に婚姻できなかったと考えられる。

また、モデスティーヌスも同様に、娼婦との合法婚姻は不可能であったことを示唆する次のような法文を残している。

D. 23, 2, 24 (Modestinus libro primo regularum) : In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.

学説彙纂23巻2章24法文（モデスティーヌス、法範録1巻）：「自由人の婦女との同棲に

42) 以上, Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.403.

43) McGinn (1998) p.86.

おいては、〔その婦女が〕身体をもって利益を稼いでいなかった場合には、内縁関係ではなく、婚姻と解釈されるべきである。〕

自由人女性と同棲していた場合に、その女性が娼婦でなければ内縁関係ではなく婚姻と解釈される。これは反対解釈になるが、仮にその女性が身体をもって儲けをなす女性、すなわち娼婦であったならば、その関係は内縁関係にとどまり、合法婚姻とは認められない。

D. 23, 2, 47 (Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam) : Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit: nec enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit.

学説彙纂23巻2章47法文（パウルス、ユーリウス・パーピウス法註解2巻）：「身体をもって利益を稼ぎもしくは娯楽業に従事した、または、〔アウグストゥスによって定められた〕刑事裁判で有責とされた元老院議員の娘は、罰せられることなく被解放自由人と婚姻する。：なぜなら、これほどの恥すべきことへと自身を導いた婦女に対しては、名誉は維持されないからである。」

上記の法文は、法学者パウルスが残した既述のユーリウス・パーピウス法に関する註解である。たとえ元老院議員の娘として生まれた女性であっても、娼婦となった場合には、もはや名誉を失ってしまっているので、被解放自由人男性、つまり元奴隷と婚姻できる。また娼婦とともに、不道德で品位を欠く存在として、娯楽業に従事した女性（おそらく演劇女優などが含まれる）や、刑事裁判で有責とされた女性も並列されている。品位を欠く行為や不道德な活動は社会的地位を下落させるものと理解されていたのであろう<sup>44)</sup>。

こうして見てきた婚姻に関する様々な規律は、いずれも娼婦との婚姻に障壁をなすものであって、ローマの法的・社会的観点から見た娼婦という存在が不道德性を帯びたものであるからこそ、上述のような規制が実施されていたものと考えられよう。

### iii) 娼婦を相続人にすることの制限

次に、相続に関する場面で娼婦が登場する法文史料を検討してみる。次の法文は、パウルスがパコーニウスという法学者の見解を伝えているものである。

44) McGinn (1998) p.43.



「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

D. 37, 12, 3 pr. (Paulus libro octavo ad Plautium) : Paconius ait: si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur: aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus.

学説彙纂37卷12章3 法文首項（パウルス、プラウティウス註解8巻）：「パコーニウスは述べる。：親から家父権免除を受けて〔家父権から〕解放された者が、不道德な人物たち、例えば娼婦を相続人とした場合、遺言書に反して全ての財産の占有は親に与えられる。：そうでなく、不道德でない者が相続人に指定された場合、定められた一部〔＝二分の一〕の〔占有が与えられる〕。』

この法文では、まさに不道德な者達の代表として、娼婦が例示されている<sup>45)</sup>。パウルスが伝えるところによると、法学者パコーニウスは、家父権免除を受けた子が遺言を残して死亡した場合を想定している。

ローマ法の世界においても遺言の自由は存在したが、共和政時代末期になると、被相続人が遺言の自由を濫用して近親者を根拠なく相続から排除する事例が増加したため、これを義務違反として取り消して無遺言相続を生じさせるという、「義務違反の遺言の訴え (querela inofficiosi testamenti)」が登場したとされる<sup>46)</sup>。家父権免除を行った親 (parens manumissor) は相続財産の二分の一を求める特別な請求権を享受し、これに対して、その他の者たちは無遺言相続分の四分の一を請求できた<sup>47)</sup>。さらに、法務官は、家父権免除された子が死亡した場合に、たとえその子の遺言に反してでも、家父権免除を行った父に対して、「遺言書に反する遺産占有 (bonorum possessio contra tabulas)」として遺産の二分の一の占有を付与した<sup>48)</sup>。

パコーニウスの叙述は上記の内容を想定していると考えられるが、家父権免除を受けた子が不道德でない人物を相続人に指定した場合には父の遺産占有は相続財産の二分の一にとどまるが、子が娼婦のような不道德な人物を相続人に指定した場合には、父の遺産占有は全相続財産に及ぶ。従って、不道德でないとされる人物と娼婦との間では、相続法上の

---

45) Merotto (2017) p.274 n.99も、この法文を、娼婦に関して「元首政期の法学者たちによって『turpes personae(不道德な人物)』という評価がなされた」証拠として挙げる。また、Rinaudo(2018) p.273 n.28は、「『不道德な人物』である娼婦に対して出捐することは公的な名誉喪失として周知されている」として、この法文を挙げる。

46) Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.462.

47) McGinn (1998) p.322; 船田『ローマ法 4』335-336頁。

48) Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.464; McGinn (1998) p.322.

扱いに明確な差が設けられており、これは娼婦の不道徳性に起因することが明かである。

ただし、家父が既に死亡していた場合には、子は財産を娼婦に対して残す余地があったと考えられる。確かに、娼婦がその他の無遺言相続人に優先したと考えるのは難しいが、下記の法文は娼婦に対する遺贈自体が保護されていたことを示唆している<sup>49)</sup>。

D. 36, 1, 5 (Maecianus libro sexto fideicommissorum) : Sed et qui magna praeditus est dignitate vel auctoritate, harenarii vel eius mulieris, quae corpore quaestum fecerit, hereditatem restituere cogetur.

学説彙纂36巻1章5法文(マエキアースス、信託遺贈録6巻)：「しかし、大いに地位あるいは尊厳を備えている者も、剣闘士のあるいは身体をもって利益を稼ぐ婦女の遺産を返還するよう強えられる。」

このマエキアーススが残した法文は、信託遺贈の場面を想定しているのであろう。そのことは、この法文がマエキアーススの『信託遺贈録』の第6巻から抜粋されたものであることによっても明らかである。

マエキアーススによって示された「大いに地位あるいは尊厳を備えている者」は、おそらく相続人であり信託遺贈の受託者である。この法文でいう娼婦は信託遺贈受遺者であり、被相続人(信託遺贈者)から信託遺贈を受けた者であらう。従って、相続人である信託遺贈の受託者は、たとえ社会的地位や尊厳を備えた者であっても、信託遺贈受遺者である娼婦に対して信託を執行する義務を負い、拒絶した場合には信託遺贈係法務官(praetor fideicommissarius)の面前での訴訟に発展する可能性がある。この法文で特筆すべきは、娼婦であっても、正式な信託遺贈受遺者として認められていたと解釈できる点であり、社会的に地位が高い人物に対して娼婦が信託された給付を請求することがあり得たことであらう<sup>50)</sup>。

#### iv) 人格侵害(iniuria)の客体からの除外—要保護性の欠如—

また、法文資料上では、人格侵害(iniuria)の客体として、娼婦をその他の女性と明確

49) 以上, Cf. McGinn (1998) p.322.

50) 以上, Cf. McGinn (1998) p.114. また, Ibid. pp.109ff., 322は、娼婦の相続に関する権利を認めたものとして次の法文も挙げている。D. 38, 17, 2, 4 (Ulpianus libro 13 ad Sabinum) : Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur. 学説彙纂38巻17章2法文4(ウルピアースス、サビーヌス註解)：「婦女が悪名高い者である場合、子供たちの法定相続財産〔の相続〕に参加するだろう。」

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

に差別して論じているものがある。人格侵害（iniuria）は、紀元前450年前後に成立した12表法に端を発する侵害行為の類型であり、後には身体に対する侵害に限らず他人の人格を意図的に貶める行為も含まれた<sup>51)</sup>。

D. 47, 10, 15, 15 (Ulpianus libro 77 ad edictum) : Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.

学説彙纂47卷10章15法文15（ウルピアースス、告示註解77卷）：「ある者が未婚女性に話しかけたが、それでも女奴隷のような衣装を着用していた場合、あまり罪を犯しているとはみなされない。：婦女が家母のものではなく娼婦のような衣装を着用していた場合、はるかに〔罪を犯しているとはみなされ〕ない。それゆえに、婦女が家母でないような身なりで、ある者が彼女に話しかけ、あるいは随伴者を連れ去った場合には、人格侵害の〔訴権で〕拘束され〔ない〕。」

ある者が女性に「声かけ（appellere）」を行ったりその随伴者を連れ去った（comitem abducere）場合には、通常は人格侵害訴権で訴えられることになるが、その女性が娼婦のような身なりだった場合、その責任は負わなくてもよいとされている。従って、その女性が実際に娼婦だった場合には、当然、同じ行為を行っても人格侵害には該当しなかったと考えられる。女性に対して上記のような行為を行うことが人格侵害に当たるとされたのは、良俗違反性が認められるためであると考えられる。ただし、不道徳で貞節が無い女性に対して同様の行為を行っても、その貞節を汚すことにはならないので、人格侵害の責任を負わされなかったのであろう。下記法文はそれを示唆している<sup>52)</sup>。

D. 47, 10, 10 (Paulus libro 55 ad edictum) : Adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat.

学説彙纂47卷10章10法文（パウルス、告示註解）：「貞節が汚されると言われるのは、それが貞節ある者が貞節の無い者になるように行われる場合である。」

パウルスの言葉を敷衍すれば、貞節が無いとされている者が客体である場合には、貞節

51) Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.370.

52) 以上, Cf. McGinn (1998) pp.331-333.

が汚されることはないということになる。従って、娼婦という存在は不道徳で貞節が無いと考えられていたので、「声かけ」や随伴者を連れ去った場合でも貞節を汚すような人格侵害 (iniuria) は生じないということであろう。ただし、実際には娼婦ではなくても、その女性の身なりで判断される場合があったと考えられる。

#### v) 娼館等に赴くこと自体の不道徳性

さらには、娼婦という存在が不道徳とされたのに加えて、娼婦が働いていた娼館等が不道徳な場所として忌避されていたと考えられる。

D. 4, 8, 21, 11 (Ulpianus libro 13 ad edictum) : Sed si in aliquem locum inhonestum adesse iusserit, puta in popinam vel in lupanarium, ut Vivianus ait, sine dubio impune ei non parebitur: quam sententiam et Celsus libro secundo digestorum probat. Unde eleganter tractat, si is sit locus, in quem alter ex litigatoribus honeste venire non possit, alter possit, et is non venerit, qui sine sua turpitudine eo venire possit, is venerit, qui inhoneste venerat, an committatur poena compromissi an quasi opera non praebita. Et recte putat non committi: absurdum enim esse iussum in alterius persona ratum esse, in alterius non.

学説彙纂4巻8章21法文11 (ウルピアーヌス, 告示註解13巻): 「しかし, [裁定人が] ある不面目な場所, 例えば居酒屋あるいは娼館に赴くように命じた場合, ウィウィアーヌスが述べるように, 疑いなく, 罰を受けずにそのことに服従させられないだろう。: そしてその判断をケルススも法学大全の2巻において認めている。そのために, [ケルススは] 適切に取り上げている。訴訟当事者のうち一方が名誉をもって行くことができず, 他方 [の当事者] は [行くことが] できる場所である場合に, そして, 自身の不道徳なくしてそこに行くことができる者が行かず, 不名誉にも行くはずだった者が行ったとき, 労力が示されなかったとの理由で, 仲裁契約されたことに関する罪は処罰されるのか? : そして彼は正しくも, 処罰されないと考える。: なぜなら, 命じられたことが一方の者の人格においては有効であり他方の者の [人格においては] そうではないというのは, 不合理だからである。」

この法文は仲裁契約が成立した後の事情を描写している。係争中の当事者が仲裁契約 (compromissum) を締結し, 当事者間で合意した裁定人 (arbiter) が裁定を下すことを

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

引き受けた場合に、法務官は裁定人に対して裁定を下すように強制できる<sup>53)</sup>。ウルピアーヌスは、仲裁契約が交わされた場合に、それによって選任された裁定人が、訴訟当事者に対して、居酒屋（popina）や娼館（lupanarium）といったいかがわしい場所に出向くように強制することができない旨を述べている<sup>54)</sup>。裁定人（arbiter）の義務は当事者の合意によって定められ、審判人（judex）より広範な裁量があったが<sup>55)</sup>、いかがわしい場所を話し合いの場所を選ぶのは裁量の範囲外だったであろう。ウルピアーヌスが伝えるケルススの文言からも、そうした場所に赴くこと自体が不道德・不名誉なことであったと想像できる。

また、もう一つ着目すべき点として、この法文の文脈において居酒屋（popina）と娼館（lupanarium）が同列のいかがわしい場所とされている点である。このことから、当時のローマでは居酒屋において娼婦が客を勧誘する機会が多かったことが想像され、以下の法文からもそのことが読み取れる<sup>56)</sup>。

D. 23, 2, 43 pr. (Ulpianus libro primo ad legem Iuliam et Papiam) : Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit.

学説彙纂23巻2章43法文首項(ウルピアーヌス, ユーリウス・パーピウス法註解1巻):「公然と利益を稼ぐと我々が述べるのは、次の婦女である。すなわち、娼館において自身を売る婦女だけでなく、(常習として) 居酒屋や宿屋での場合も、あるいは他の方法で自身の貞節に配慮しない場合も、である。」

以上より、娼婦そのものだけでなく、娼婦と接触を持つ可能性があった場所、例えば娼館や居酒屋さえも不道德な場所として忌避すべき対象とされていたことがわかる<sup>57)</sup>。

53) Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.343.

54) McGinn (1998) p.329.

55) Berger (1953) p.366.

56) ただし、McGinn (1998) p.330は、こうした見方は「表面上」のものであり、むしろ、居酒屋の「不名誉な状態」は、娼館自体にも存在する性的なことに起因するのではなく、社会的なことに起因すると指摘し、居酒屋に関して「上流階級のローマ人を主に悩ませていたことは…異なる地位の人々との密接な物理的接触だった」と述べる。なお、Sturm (1986) p.282 n.4は、この法文をブラウトゥスの喜劇の一場面と対比させ、様々な種類・階層の娼婦が存在したことを論じている。

57) McGinn (1998) p.330 n.30は、居酒屋が娼婦による勧誘場所とされていたことに関係がない史料として次の法文を挙げている。しかし、私見としては、娼婦と接触する可能性が高いため、「墮落」へと導く可能性があったことから、ある人の奴隷や息子を居酒屋に連れていくことが、賭博に参加させる場合と同様に、その人に対する人格侵害を構成したと考える。D. 47, 10, 26 (Paulus libro 19 ad edictum) : Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam



## (2) 容認的態度

### ①法文史料以外の史料

既に見てきた通り、娼婦という存在、あるいは娼婦とかかわることに規制的態度を示す史料がいくつか存在する。しかし、上記の史料の中には、逆に容認的態度を示す史料も含まれていた。以下では特に、積極的容認ともとれる史料を検討する。

まずは法文史料以外の資料として、アウグストゥス帝と同時代を生きた古代ローマの詩人、ホラーティウスの『談話集』の一節を見てみる。

Horatius, Sermones, 1, 2, 31-35: quidam notus homo cum exiret fornice, 'macte/virtute esto' inquit sententia dia Catonis;/ 'nam simul ac venas inflavit taetra libido,/huc iuvenes aequom est descendere, non alienas/ permolere uxores.'

ホラーティウス『談話集』1巻2歌31-35:「ある有名な男が売春宿から出て行ったときに、『どうか男らしくあれ [=よくやった]!』と、カトーの神のような警句は述べた。『なぜなら、忌まわしい欲情が血管をのぼせあがらせるやいなや、若者たちはここに身を落とすのが当然だ。他人の妻たちにちょっかいを出すのではなく。』」

このエピソードにはカトーという人物が登場する。このカトーとは、いわゆる大カトー(紀元前234～前149年)であると考えられている。この場面では、良家出身の若い男性がローマの売春宿から出てきたときに、ケンソル(censor)を務めていたカトーに出くわしたが、カトーは叱責するのではなく、その若者を褒めたというエピソードが描かれている<sup>58)</sup>。

カトーがこの場面で若者に投げかけている言葉は、文字通りには、「どうか男らしくあれ」という意味だが、一般には、「よくやった」と褒め称える言葉であると解釈される<sup>59)</sup>。さらに、この場面でこの言葉を発したのがカトーであることに大きな意義がある。カトーはケン

---

videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum, si alea luserit. Sed hoc utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet. Atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse. 学説彙纂47巻10章26法文(パウルス, 告示註解19巻):「ある者が私の奴隷をあるいは息子を、たとえ〔彼らが〕同意しているとしても、嘲笑する場合、やはり私が人格侵害を受けることとみなされる。: 例えば、彼を居酒屋に連れて行った場合、サイコロで遊んだ場合、である。しかも、このことは、勧誘するその者が人格侵害を行う意思を有するときはいつでも生じうる。しかしながら、主人〔が誰であるか〕を知らない者も邪悪な助言を与えることができる。: そしてそれゆえに、墮落させられた奴隷の訴権が必要となり始める。」

58) Fusco (1993) S.387.

59) Fusco (1993) S.387 Anm.3は、「どうか男らしくあれ [=よくやった] (macte virtute esto) !」という言葉によって、日常的に、勇敢な兵士に対して挨拶する習慣があったと指摘する。

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

ソル（censor）を務めていた。ケーソルは、戸口調査官や監察官とも訳され、その中心的な職務はケーンズス（戸口調査〔census〕、現代でいう国勢調査のようなもの）の準備や元老院議員のリストの作成であったとされるが、習俗の監視（cura morum）もその職務に含まれていた<sup>60)</sup>ので、風紀の取り締まりも担当していた。

そのようなケーソルの職にあったカトーが売春宿から出てきた若者に対して称賛するような言葉をかけ、また、既婚女性たちとの不貞行為に及ぶぐらいなら売春宿に行くことを推奨している。このような社会的・文化的背景を前提とすれば、とうてい娼婦の存在が違法・不法なものであったと断定することは困難であり、たとえ売春が不道德であるという「建前」があったとしても、既婚女性との不貞行為に比べれば容認されるべきという「本音」があったと言うことができる<sup>61)</sup>。

## ②法文史料

### i) 娼婦に対する贈与の許容

以下は、贈与に関する文脈において娼婦が登場し、予想に反して、娼婦に対する贈与を容認する内容を含む法文である。

D. 39, 5, 5 (Ulpianus libro 32 ad Sabinum) : Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae, honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae circa meretrices.

学説彙纂39巻5章5法文（ウルピアーヌス、サビーヌス註解32巻）：「心情のために贈与することは、名誉なものであれ不名誉なものであれ、禁止されなかった。名誉なものは受け取るに値する友人あるいは近親の者に対してのものであり、不名誉なものは娼婦に関するものである。」

ウルピアーヌスは、不名誉をとまなう贈与についても禁じられていない旨を表明してお

---

60) 以上、Cf. Berger (1953) pp.386, 420.

61) Fusco (1993) S.400は、上述のようなカトーの言動を受けて、「娼婦との交際は婚姻の前哨戦における『訓練室“Ubungsraum”』とみなされ、婦人の尊厳のための防護壁（Schutzwall）とみなされる」と評する。また、McGinn (1998) p.329も、Horatius, Sermones, 1, 2を証拠として挙げ、娼館を訪れる行為を、「自由が度を越さない限り、若者には許された」と評する。さらに、Merotto (2017) p.276は、既に検討した D. 12, 5, 4, 3に関して、金品の交付者である娼婦の顧客のみに不道德性を認める見解に対して、「娼館に通う若者たちがケーソルのカトーの賞賛さえも受けたような文化的文脈（un conteso culturale）において、そのような立場をどのように正当化するのだろうか？」と疑問視する。その他、このカトーの言動に言及するものとして、Cf. Rinaudo (2018) p.272 n.25.

り、不名誉な贈与の例として娼婦に対する贈与を挙げている。ウルピアーヌスは、娼婦に対する贈与は禁じられていないと明言している<sup>62)</sup>。このことは、ウルピアーヌス自身が、既述の D. 12, 5, 4, 3において、娼婦に対する金品の交付に関しては交付者側のみの不道徳性を認定し、その返還請求権を否定したことに照らせば、驚くべき判断である。もちろん、D. 39, 5, 5で問題とされているのは贈与であり、その法的性質は厳密には異なるかもしれないが、娼婦に対する贈与については、その多くは売春の対価としての意味合いを含んでいたはずである。もちろん、古代ローマの法学者は個々の事例ごとに判断したと言われており、類似の事例を全て統一的に矛盾なく理解するのは難しい<sup>63)</sup>。しかしながら、古代ローマにおいては夫婦間の贈与さえも禁止されていたという事実を考えれば、ますますその正当化は不可解である<sup>64)</sup>。

こうした一見して矛盾とも思える判断は、まさに、娼婦という不道徳な存在を所与のものとして構成されていた古代ローマの社会的・文化的背景を反映したものであり、不道徳なものとして一喝・処断してしまうことの困難性を物語っているものと言えよう。ただし、ウルピアーヌスの思考法に着目すれば、D. 12, 5, 4, 3において娼婦による受領行為の不道徳性を否定して交付者による返還請求権を排除し、娼婦による利益の保持を追認したように、娼婦による金品の受領に対する寛容さが認められる。

## ii) 娼館の収益に由来する賃料の徴収の許容

既に、D. 4, 8, 21, 11に関して、娼館や居酒屋が不道徳な場所として忌避すべきものであったという点を確認した。しかしながら、以下の法文は、そうした判断とは矛盾するような見解が述べられている。

62) Fusco (1993) S.394も、娼婦への贈与が完全には禁止されていなかった証拠として、この法文を挙げる。これに対して、Sokala & Dajczak (1990) S.131 Anm.14は、娼婦という存在がウルピアーヌスにとって不道徳な人物だったという証拠として、この法文を挙げる。

63) McGinn (1998) p.335もこの点について触れており、「彼らには包括的なアプローチが欠けているので、個々の解決がいくぶん場当たりのにならざるを得ず、まさに手近な状況により決定される」と指摘している。

64) McGinn (1998) pp.335-337は、「娼婦は、愛人と同じく、妻と同じ社会的・性的地位を享受しなかった」と指摘し、夫婦間贈与が禁じられていたのは「気前の良い配偶者を婚姻によって破産させる」ことを防ぐためであったとし、父権主義の立場から配偶者を保護する目的があったという点を挙げ、娼婦と妻との差別化を強調する。そして、「娼婦や妾に金を使うことを好む者」は保護に値せず、名誉を失うため、経済的・法的特権を奪われると言う。また、着目すべき点として、「娼婦の手へと資源を浪費させることに関する懸念」が、「名誉を考慮することによって、すなわち、娼婦の不名誉性とは対照的に妻の尊厳を助長することによって覆い隠されている」と評する。

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

D. 5, 3, 27, 1 (Ulpianus libro 15 ad edictum) : Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.

学説彙纂5巻3章27法文1(ウルピアーヌス, 告示註解15巻):「ところで, 都会の地所 [= 建築用の土地] の賃貸に由来して獲得された賃料も, 娼館から獲得されたものであっても, 主張できる。: というのも, 多数の名誉ある男性たちの地所においても娼館が経営されているからである。」

この法文も, 同じくウルピアーヌスが残したものであり, ユスティーニアヌス帝の法典編纂委員によって「相続財産請求について (De hereditatis petitione)」という表題が付された, 学説彙纂5巻3章に配置されている法文である。従って, 相続財産請求に関連する法文であろう。相続財産請求 (hereditatis petitio) は, 相続人が相続権の確認と相続財産の返還を求める訴訟であり, その性質は所有物返還請求 (rei vindicatio) に類似しているが, それとは異なり, 相続財産全体を包括する全体的訴訟であって, 有体物だけでなく債権をも対象とする<sup>65)</sup>。

この法文では, 賃貸借契約に基づく賃料が相続財産請求の対象となっていると考えられる。建築用の土地の賃貸に関して, その土地に賃借人によって娼館が建てられ, 娼館の運営による収益が元手になっていたとして, その賃料について相続財産請求の可否が問題となるが, ウルピアーヌスはこれを是認する。その理由付けが何とも不思議であり, 多くの社会的地位のある男性たちの所有地においても娼館が経営されているからであると言う。

ウルピアーヌスの理由付けは, 「是認すべき」という積極的なものというより, 「仕方がない」といった消極的なものであるように感じられる。ウルピアーヌスの叙述から読み取れるのは, 本人たちが直接運営していたわけではないにしても<sup>66)</sup>, 多くの社会的地位の高い者たちが所有する土地上で娼館が営まれており, 娼館の収益に由来する賃料が徴収されていたということである。

既に見たように, 売春による収益に対して課税することにより国家は潤うが, その「やましさ」に対しては言い訳が必要である。D. 12, 5, 4, 3においては, 非常に苦しい言い訳ではあるが, 「娼婦による金品の受領行為自体は不道德ではない」という言い訳が示された。

65) Kaser/ Knütel/ Lohsse (2021) S.479. その他, 相続財産請求に関しては, 清水「使用取得 (usucapio) による取得」(2021) 306頁以下参照。

66) McGinn (1998) p.329は, 「本人たち自身がそのような事業の経営に直接的に関与」することは, 「売春斡旋者という烙印を押されるリスク」を負うことになる」と指摘する。

D. 5, 3, 27, 1において、娼館の運営による収益から「やましさ」を除去するための言い訳は、「多くの立派な人々の土地で娼館が運営されているから」という、やはり苦しいものである。しかし、ローマの社会的地位の高い人々の経済的利益を保護するため<sup>67)</sup>、娼館自体は不道德な存在であるにもかかわらず、娼館の売り上げに由来する賃料の徴収が是認され、その行為が法学者によって正当化されていた。そして、またしても、ウルピアーヌスによる、売春という行為に対する、この場合には娼館の収益に対する、寛容な態度が明らかになった。

#### 4. おわりに

本稿では、まず、法文史料である D. 12, 5, 4, 3を検討し、娼婦に対して客が金品を交付した場合には、その不道德性のゆえに（不当利得）返還請求できないことが明かになった。ただし、その詳細な理由付けはローマの法学者の間で分かれており、ラベオーとマルケッルスが娼婦の客（交付者）と娼婦（受領者）の双方に不道德性を認めるのに対し、ウルピアーヌスは、客（交付者）の側のみに不道德性を認め娼婦（受領者）による金品の受領行為の不道德性を否定した。

法学者ウルピアーヌスは、娼婦という存在の不道德性自体は認めつつ、その金品の受領行為の不道德性を否定するという、何とも苦しい不自然な見解を披露している。そして、法学者間の見解の対立からは、売春や娼婦といった存在への法的対応の難しさが読み取れる。古代ローマにおいては、既に娼婦が所与のものとして存在し、その所得に対する課税も行われていたことから、なんとか税収自体をも不道德なものとしないうちに、いわば「必要悪」として追認する必要があったのであろう。そして、ウルピアーヌスが自説を披露するまでは、その矛盾は長年にわたって黙認ないし放置されていた。もちろん、ウルピアーヌスの理由付けは、課税の正当化だけにとどまらず、下記の様々な要因を背景とし、その矛盾を覚悟しながら進まなければならなかった奮闘の足跡である。

D. 12, 5, 4, 3の結論としては、法学者の見解は一致しており、娼婦に対して交付した金品は返還請求できない。売春や娼婦といった存在は不道德なものであるという「建前」があるから、売春に関連して交付した金品を今更返せと訴えてきた原告に対しては、その援

67) McGinn (1998) p.329も同旨である。また、シュトゥルム (2006) 45-46頁も、この法文を挙げ、「ウルピアーヌスの目には娼婦の所得は批難することはできなかった」とし、理由として、「善良な社会に属する男たちでさえ、売春宿の主人に提供し、そこから利益を得ていた」点を指摘する。



「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

助はしないという判断であろう<sup>68)</sup>。公序良俗を維持することも考慮に入れなければならなかった法学者としての最後の矜持である。

本稿では、娼婦に対して交付された金品の返還請求権を否定する D. 12, 5, 4, 3 以外にも、売春や娼婦に対する規制的態度を示す史料を検討してきた。しかし、他方で、風紀を取り締まる任務を担うケンソル（censor）であったカトーの、売春を容認するような言動が史料として残されており、法文史料では、娼婦の信託遺贈受遺者としての地位を認めたり、娼婦に対する贈与行為を明らかに容認したり、娼館の収益を原資とする賃料の取り立てを容認するものがあった。そして、多くの研究者が、明らかに娼婦という存在の不道德性が問題とされている法文史料に関して、その不道德性を否定して矛盾なく解釈しようと試みてきたことがわかった。

しかしながら、矛盾を矛盾のまま解釈する勇気も必要であろう。そもそも、古代ローマの社会では、娼婦という存在の不道德性が法的・社会的な「善」・「善良な風俗」と対立することがありながらも、社会的に所与の存在として折り合いをつける必要が生じていたと考えられる。ローマという国家は、その税収を確保するために売春に対して課税していたし、社会的に地位の高い人物たちは、自身の所有する土地上で娼館の運営を黙認し、間接的に娼館の運営に関与したり娼館が建てられた土地の賃貸借に基づく賃料を徴収したりして、経済的に潤っていたのである。これらは、売春が不道德なものであるという「建前」よりも経済的利潤という「本音」が優先してしまった結果であろう。さらには、妻に対する贈与は禁じる一方で、娼婦（多くはいわゆる愛妾だっただろう）に対する贈与は黙認するという、なんとも矛盾に満ちた社会であった。

とはいえ、特に古代ローマが特異な社会であったというわけではなく、売春や娼婦という存在に関しては、それぞれの社会において所与の存在として法政策的に認めることが選択肢としてあり得る。欧州諸国の多数が現在では売春を合法化している<sup>69)</sup>。日本においては、民事上は、売春に関連する契約に基づく給付を不法原因給付とするのが判例の立場であり、その給付についての不当利得返還請求は拒絶されるというのが通説的見解である一方で、売春に対しては売春防止法による規制はあるものの、その運用方法は非常に曖昧で矛盾を

68) Sturm (1986) p.284は、「交付者 (dans) は保護に値しない。法による救済は彼に対しては拒絶される。(Le dans n'est pas digne de protection. Le secours du droit lui est refusé.)」と表現し、シュトゥルム (2006) 41-42頁は、「二人の悪者のあいだでどちらが良いかという価値評価をするのは司法の任務ではない」と表現する。

69) 特に、2002年1月1日にドイツで売春法が発効し、「売春が憲法上保護される職業」となり、売春者と顧客との間のサービス契約について法的効力が認められるようになったことについて、シュトゥルム (2006) 37-38頁参照。

含み、白黒をはっきりさせずに多くのグレーゾーンを含むものになっている<sup>70)</sup>。

本稿で取り上げてきたローマの様々な史料は、比較的新しくてもせいぜい紀元後3世紀にまで遡るものである。従って、我々のような現代に生きる人間にとっては、かけ離れた社会的背景をもつ史料群であった。しかしながら、そこに表れている、人々による所与の不道德な存在に対する反発と追認、そして、道徳性と実利の間のせめぎ合いは、現代の社会にも通じるものがあつた。今後の研究としては、ローマ人が模範としていたその他の倫理性・道徳性を示す諸史料を検討し、また、ローマ人が不法原因給付としてとらえていたその他の事例を検討することにより、D. 12, 5, 4, 3が不法原因給付全体の中でどのように位置づけられるかを考察したい。

## 参考文献

### 〈洋文〉(アルファベット順)

- ・ Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Seriee-Vol. 43, Part 2, 1953, The American Philosophical Society, Philadelphia, Reprinted 1991.
- ・ Fusco, Sandro-Angelo.: “Adulescens luxuriosus”. Ulp. D. 17. 1. 12. 11 — ein Mandat contra bonos mores?, Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht (Hrsg. von Dieter Nörr/ Shigeo Nishimura), Springer-Verlag, 1993, S.387-406.
- ・ Kaser, RPR I = Kaser, Max.: Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.
- ・ Kaser/ Knütel/ Lohsse: Römisches Privatrecht, 22. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021.
- ・ McGinn, Thomas A. J.: Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome, Oxford University Press, 1998.
- ・ Merotto, Maria Federica.: Il corpo mercificato. Per una rilettura del meretricium nel diritto romano, Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche, a cura di L. Garofalo, II, Pisa, 2017, pp.243-283.

---

70) 例えば、個室付浴場業（いわゆるソープランド）に関する判例として、最決昭和61年10月1日・刑集40巻6号477頁（売春防止法違反事件）は、「売春防止法一三条一項の『情を知つて』というためには、同項に規定する建物等の提供を受ける者が売春を行う場所を提供することを業とし、かつ、右建物等をその業のために使用するものであることにつき、確定的な認識を有することまでは必要でない」と解するのが相当」とし、「その営業の過程で女子従業員に対する売春の場所提供を業とすることを意図し、本件建物をその業のために使用することにつき、…少なくとも未必的な認識を有していた」とする原審の判断を正当としている。しかしながら、これはいわば裁判所による「建前」であって、店舗側の、「異性の客に接触する役務を提供」してはいるが性行為があつたとしても「自由恋愛」であるという主張はなかば黙認され、摘発は見せしめ行的に行われているに過ぎないというのは、周知の事実であろう。

「娼婦に対して交付されるものは返還請求され得ない」という法理とその背景（清水 悠）

- ・ Rinaudo, Alberto.: 《Quod meretrici datur, repeti non potest》: la nova ratio di D. 12. 5. 4. 3 nella giurisprudenza italiana, A Pierluigi Zannini: Scritti di diritto romano e giusantichistici (Quaderni del Dipartimento di giurisprudenza dell' Università di Torino Vol. 6), 2018, pp.267-282.
- ・ Sokala, A., & Dajczak, W.: Ein Beitrag zur Klärung der nova ratio, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 58: Iss.1-2, 1990, S.129-132.
- ・ Sturm, Fritz.: Quod meretrici datur repeti non potest, IURIS PROFESSIO: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Hermann Böhlau Nachf., Wien-Köln-Graz, 1986, pp.281-288.

### 〈和文〉（五十音順）

- ・ 清水悠「古典期ローマ法における使用取得要件としてのボナ・フィデース（bona fides）の意義（2・完）」早稲田法学会誌68巻1号287-337頁（早稲田大学法学会，2017）。
- ・ 清水悠「使用取得（usucapio）による取得は原始取得か承継取得か—取得時効制度の源流を求めて—」早稲田法学96巻2号267-313頁（早稲田大学法学会，2021）。
- ・ シュトゥルム，フリッツ（津野義堂 訳）「【講演】娼婦に供与した物を返還移転請求することはできない」比較法雑誌40巻1号35-58頁（日本比較法研究所，2006）。
- ・ 船田享二『ローマ法』第四卷（岩波書店，改訂版，1971）。
- ・ 我妻・有泉・清水・田山『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』（日本評論社，第8版，2022）。
- ・ 渡部晃『公序良俗入門』（商事法務研究会，初版，2000）。

### 【記号】

本稿において用いられる〔 〕は，基本的に，原典，原文には無いが，理解を容易にするために筆者が挿入的に適宜補った箇所であることを表す。また，[ ] は，原典，原文にある語句について，理解を容易にするために筆者が説明的に適宜補った箇所であることを表す。

## The Legal Doctrine: “Things Delivered to Prostitutes Cannot Be Claimed for Return” and Its Background

SHIMIZU Yu

**Key Words :** Roman law, Japanese Civil Code, performance for illegal causes,  
unjust enrichment

### Abstract

This paper examines a legal doctrine in Roman law and its background, namely, “things delivered to prostitutes cannot be claimed for return (D. 12, 5, 4, 3).” In order to justify the taxation already being enforced, the jurist Ulpianus acknowledged the immorality of the customer (giver) while denying the immorality of the act of receiving payment by the prostitute (recipient). By so doing he confirmed prostitution as a “necessary evil.” While there are historical sources that agree with anti-prostitution jurists by regulating prostitutes as immoral beings, there are also those that allow gifts to prostitutes and the collection of rent from the profits of brothels. This contradiction results from a conflict between morality and practicality.