HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	雑報
Citation	北大法学論集, 36(5-6), 333-335
Issue Date	1986-03-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16516
Type	bulletin (other)
File Information	36(5-6)_p333-335.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

雑　報

北海道大学法学部法学会記事

○昭和六〇年四月二六日（金）

「レスプブリカ（共和的国制）と法学」

報告者　小菅芳太郎氏（北海道大学教授）

本報告は、法学会に先立つ別の機会（比較国制史研究会）に既に報告したものと同じ内容なので表題も特殊であるが、中味は一般的なものであり、西洋法の元型としてのロオマ法の方法と、その背景についての覚書にすぎない。まづ、西洋法の特徴は、私見によれば、事案の定式（テエマ、プロブレエマ）化、その際に既存定式との認識連関（広義の類推）の確保、かうしてその都度定式を創出し続けてゆく点にあると思はれる（法学部研究年報一六五頁）。なほ、このやうな創出過程において価値的方向の表現として付加される説得的論拠（実質的理由づけ）の選択は歴史的事情に依存して多様であらうが、結局は、個別的具体的正（ユス、エキタス）と一般的抽象的正（レグラ、レックス）との間の往復運動といふ前記の学問的過程（形式的理由づけ）に収斂されやう。

次に、右の思考過程をロオマ法の史料によって繰返せば、法的命題ないし概念は、(1)特殊的基準のかたちに言ひ直されることによって不断に限定されてゆく、と同時に、(2)反対方向においてその輪郭は弾力的で自由な余地をもつ。例へば、(1)共和政末期の代表的法家セルウィウス（D. 9, 2, 52, 2）は、坂を前後して上る荷馬車のうち前車の御者がその後からこれを押上げてゐながらその場から離れたために、前車が後退して後車に当り、この衝撃で後退した後車が誰かを轢いた場合に、アキリウス法訴権の被告適格は挽馬所有者か御者かの事件について、「ユスは事件の中に存する。即ち、(イ)前車を支へてゐた御者が自発的に離れたのなら御者が被告である。何かを支へてゐる者は自発的にこれを放すことによって、それが誰かを打つといふやうにして損害を与へる、例へば、騎乗者が疾駆中乗馬を制御せぬなら、また同様に、槍を手から放すなら、iniuriaによって損害を与へることになるのだから。しかし、(ロ)挽馬が何かに怯えて、しかも御者が押潰されまいとして車を放置したときは挽馬所有者が被告である。さらにしかし、(ハ)……」と解答してゐるが、ここにみられるやうに、御者の責任判断の一般的基準たるiniuria（=culpa）は、具体的基準（「自発的」。但しこれもクルパ具体化の一つの形態にすぎない）ないし類型的記述のかたちに言ひ直されねば機能しない。(2)概念の弾力性は古典時代末期でも維持され、例へ

ば消費貸借は所謂 Vereinbarungsdarlehn（既存債務の消費貸借金への切換を単なる合意で済ます）の形に拡張的に言ひ直される（Ulp. D. 12. 1. 15）。なほ付言すれば、当時は既に概念法学化進展の時期なので、のちの一九世紀後半の「構成法学」に似た構成が付加されており、本件は、まず、指図による消費貸借（金銭の現実的手交は被指図人Bと指図受領人Cとの間で生ずるが、指図人AとCとの間では存在しない）の成立を前提として、これから Vereinbarungsdarlehn の成立をBおよびCが同一人たる場合として導出するが、さらには、占有改定（既存債務の観念的弁済）および簡易引渡（貸付金の観念的再交付）といふ Rechtskörper が想定されてゐると解される。

右に例示したやうな思考形式の背景については、これを便宜上、儀礼宗教的観点と権力構造的観点とに分析してみると、従来の研究では前者による説明は試みられてゐる（小菅・北法一五巻四号。なほ、そこで紹介されたロオマ宗教史研究段階は M. Weber 宗教社会のそれに相当してゐる）のに対して、後者による説明は事柄の自明的重要さにも不拘、あまり実行されてゐないやうに思はれる。そこでこの点の実行として、国制上の観念が前記の私法学におけると同一の形態的特徴を備へてゐることを、既存の研究に私見をまじへつゝ確認してみた。例へば、政務官相互間の拒否（異議）権（veto; intercessio）は建前上は無制約の権能であるが、政治の実際ではイギリスの憲法習律と同様、その行使は習律的共通諒解たる諸前提に制約されており（Chr. Meier は、Jhering. Gest II −1, §35: Der. Macht-u. Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur (Die Staatsrechtl. Praxis) の叙述を参考にしてゐる）、愚考によれば、既述私法学上の一般的基準が特殊的基準に言ひ直されねばならぬのと同じ事情にある。尤も、共和政盛期におけるかかる消息を直接説明することは史料上困難であるので、共和政末期に拒否（異議）権が民衆派政務官の民会駆使に対する元老院派傀儡政務官の対抗手段として悪しき概念法学的に濫発され実効喪失するに至った段階から反対解釈的に逆推して、間接的にその消息を推測する以外にはないやうであるが。

共和政期の国制上の観念と法学上のそれとが形態論的特性を等しくすることの確認に加へて、国制担当者と法家とが元老院層において同一者である点（例へば、P. Mucius Scaev. cos 133; Q. Muc. Scaev. cos 95; Serv. Sulp. Rufus cos 51）をも勘案すれば、法学的思考とその権力構造的背景とは、ここに多少とも具体的に結びつけられたことにならう。ところで、この権力構造は、形式上無制約な官職権力を対抗的諸実力によって実際上制約的に行使させ、かくて平等な構成員中の誰かが強力になりすぎるのを防ぎ自由競争を確保するものであって（Kunkel）、その産物が前記のやうな拒否（異議）

権なのである。この競技構造は、帝政への移行に伴ひ国制的制度の面では衰退してゆくが、古典法曹の活発な精神的論争の中に生き延びて現象したものが古典法学なのである。したがって、ロオマ法を西洋法の元型とみることは、形態論上のみならず、背景論上も示唆に富むだらう。

○昭和六〇年六月二八日（金）午後一時半―四時

「米国主権免除法における外国の非商業的不法行為」

報告者　臼杵知史氏

（北海道大学助教授）

報告内容は、本誌第三六巻三号に掲載されているので、詳しくはそれを参照されたい。