



Title	Azonis Summa in C . 1 . 1 4 (2 ・ 完) - アゾーの慣習法論 (2) -
Author(s)	小川, 浩三
Citation	北大法学論集, 40(3), 323-346
Issue Date	1990-02-01
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16692
Type	bulletin (article)
File Information	40(3)_p323-346.pdf



[Instructions for use](#)

Azonis Summa in C.1.14 (一・完)

—アゾーの慣習法論(2)—

小川浩三

一六 だれが法律を遵守する義務を負うか。すなわち、法律はすべての人々によつて遵守されるべきであり、すべての人々が法律の普遍的命令をより以上に知つて、禁止されたことを避け、許されたことを追求するようになるべきである。C.1.14.9⁽⁵⁶⁾にあるように。というのも、使徒も述べているように、心をこめて卓越せる者 (*praeclians*) としての元首に、神の使者としての大公 (*dux*) に服従すべきだからである。⁽⁵⁷⁾ 同じことは、至福者アウグスティヌスも D.8 c.1⁽⁵⁸⁾、またウルバーヌスも D.96 c.

⁽⁵⁹⁾で述べている。しかし、いかなる皇帝であれ、その後継者に命令する (*imperare*) ことはできず、法律を遵守せよと説得し、そして説得のために次のことを説くことができるだけである。すなわち、元首の権威は法律、つまり皇帝法に依存しているのだから、この法律により人民は全支配権を元首に移転したのだから、元首自身も法律を遵守することで法律に報いるべきは当然のことである、と。加えて、皇帝は遵守すべきことを推奨する。なぜなら、遵守そのものは心の徳に由来することであり、

料 他方支配権をもつことは運命に由来することだからである。す

なわち、

資 運命が欲するならば、汝は雄弁家から執政官になり、

同じ運命が欲するならば、汝は執政官から雄弁家になる。

同じく例を付け加えるのが、皇帝が、「本告示を發布することにより、朕に許されることが朕にとって堪え難い事柄を他の者たちに示す」と述べる場合である。C.114.4およびD.484にあるように。

一七 法律を遵守しない者の罰はなにか。たしかに、(遵守さるべき)法律が法全体に広く散在しているので、それをすべて個別に列挙することは不可能である。ただ本章では、法(ius)からその効力を受け取るものについて定められた一般的罰が列挙されている。C.114.5にあるように。したがって、違法行為(maleficium)を根拠にして異論を出すことはできない。なぜなら、違法行為は、約定、判決、遺言とは違って、法から効果を引き出すものではないからである。さらに、為されるべきではないが、為されてしまった以上は無にされてしまうことがないものを根拠にして、異論を出すこともできない。なぜなら、これは禁止されたものというよりも、むしろ許容されないものといわれるものだからである。あるいは、彼ら(遵守しない者た

ち)に有利にとれば、これは法律の外にある (praeter legem) のであって、法律に反する (contra legem) のではない。余が他人のために罰金つきで要約した場合の問答契約について述べたように。同様に、C.5.4.6やC.1.53のように後に追完(confir-mare)されるものを根拠にして異論を出すこともできない。なぜなら、禁止されているのは、いうなれば、これらのことを追完することではなく、着手することだからである。同様に、抗弁によつて無効になるものを根拠にしても異論を出すことはできない。たとえば、婦女の加入、マケドニア元老院議決に反する金銭貸与、脅迫ないし詐欺が切つ掛けとなつて為された問答契約のように。なぜなら、これらは、あたかも法により当然に (ipso iure) 無効だったかのように扱われるものであるのだから。…にあるように。D.50.17.112は他の事案についてのもの。同様に、自由人の売却を根拠に異論が出される。これは「自由人と」知らずに契約する者たちの間では拘束力をもつからである。D.18.1.4にあるように。しかし、確かに(イルネリウスがいうように)、ここには禁止があるのであり、これについて両当事者とも違反している。あるいは、売却された物に関して影響するものとしては売却は効力をもたないが、売却する者に関して効力をもつのだ、といつてもよい。さらに、問題とし

ていること〔行為〕について、そこから生ずる結果が異論として出される。すなわち、無効な契約により所有権が移転されるからである。同様に、類似の事案で、引渡しが為されれば、占有者により有利な条件があるという論拠もある。D.43.7⁽⁶⁸⁾およびC.4.72⁽⁶⁹⁾にあるように。しかし、確かに、訴権をもつ者がその物をもつと考えられる。D.50.17.15⁽⁷⁰⁾にあるように。かくして、C.4.72に対する私の答えは、国庫が再請求すべしということである。D.49.14.9⁽⁷¹⁾にあるように。同様に、貸与者から家子が金銭の貸与を受けた場合には所有権が子に移転するということを根拠に異論が出される。しかし、こうなるのは、貸主が与えることで違法を行なっているのであり、これに対して、子は受け取ること違法を行なっていないからである。さらに、問題としていること〔行為〕について、そのためになされることが異論として出される。すなわち、C.5.71.9⁽⁷²⁾にあることである。これに対するある人々の答えは、二五才未満者の土地の譲渡は常に禁止されているのではない（認められる場合、たとえば他人に対する負債のために譲渡する場合、もあるのだから）のに対し、ここで問題にしていることは常に禁止されていることだ、というものである。しかし、確かに、この法律〔C.1.14.5〕が常に禁止されていることだけに適用があるのだとすると、この法律は

適用される場合がほとんどないことになる、それが一般的なものとして制定されている以上。なぜなら、例外を認めない一般的なものというのはほとんどないからである。D.50.17.20⁽⁷³⁾にあるように。したがって、〔C.5.71.9について〕言うべきは、二五才未満者の物の譲渡は禁止されており、それはこの者を害して何かがなされないためである。他方、後見人が義務を負ったり、あるいは彼の物が義務の対象となっても、二五才未満者は害されない。同じような異論と応答は、D.48.35⁽⁷⁴⁾に規定されていることについてもなされる。あるいは、以上すべての異論を避けたいと思う者がいたら、その者は、C.1.14.5⁽⁶²⁾の適用がない場合だけだ、といえはよい。たとえば、C.1.2.3⁽⁷⁵⁾のように。ところで、それ以上何かを規定するとは、禁止されたことがなされることにつき効力を失わせないとか、あるいは、禁止されたことの効力を事後に認めるとか、あるいは、抗弁により無効にするということである。かの特別な無効が留保されるであろうし、禁止において特別の定めが留保されようが、これは一般的なものではない。D.45.1.19⁽⁷⁶⁾ および D.46.26.3⁽⁷⁷⁾ および D.48.19.41⁽⁷⁸⁾ のように。また、同法文〔C.1.14.5〕で「単に禁止した場合であっても (licet tantum etiam prohibisset)」等といわれてい

料 することも妨げとならない。この言い方が、「適用がある、単に禁
 止している場合であれ、それ以上規定している場合であれ」と
 資 いうことを示すように見えるとしても、なぜなら、この種の「も
 (Etiam)」は反対の場合でも同じということを示すこと
 はいえないからである。D.45.1.45.2⁽⁸⁹⁾からも示すことができるよ
 うに。

一八 ところで、法律の文言のみになにかしき違反することは
 許されるか。この点についても、プラーケンテイナーヌスは、許
 られないとした。D.40.9.12⁽⁸¹⁾ および、D.29.1.21⁽⁸⁹⁾で述べられてい
 ることを論拠にして。しかし、これらの法文では、文言がまた
 (法律の)趣旨(sententia)でもあったのであり、趣旨に違反す
 ることが許されないのである。しかし、文言だけしかない場合
 には、反対である。D.37.14.6.2⁽⁸³⁾ および、D.26.6.4⁽⁸³⁾にあるように。
 このことに関しては、一般的には、意味が考慮されるべきであつ
 て、文言がではない。論拠、D.34.4.3.9⁽⁸⁵⁾ いじょうは、法律に関
 する法律について論じてきた。他の章では、事件あるいは取引
 に関する法律について論ずる。しかし、いずれのほうりつも、
 その効力は、命令し、禁止し、許可し、罰することである。D.
 1.3.7⁽⁸⁶⁾にあるように。

16. Quis debeat obseruare leges, et quidem obseruandae
 sunt ab omnibus hominibus, vt vniuersi prescripto earum
 manifestius cognito, vel inhabita declinent, vel permissa
 sectentur. vt j. eo. l. leges sacratissimae. Nam, vt Apos-
 tolus ait, Omnis anima sit subdita principi tanquam praecel-
 lenti, et ducibus tanquam a Deo missis. et idem dicit beatus
 Aug. in illo scilicet. c. quo iure defendis villas, et Vrbanus in
 illo. c. cum ad verum ventum est. Imperator tamen vnus
 successori suo imperare non potest, sed suadere vt leges
 seruet, et suasionis causam proponere : vt quia de lege,
 scilicet regia, pendet authoritas principalis : quia per eam
 populus transtulit omne imperium in principem, merito et
 ipse hoc retribuatur legi, vt seruet eam. Adijcit etiam Imper-
 ator commendationem obseruationis: quia ipsa obseruatio est
 de virtute animi, imperium autem habere est de fortuna.
 Nam

Si fortuna uolet, fies de Rhetore consul :

Si uolet haec eadem, fies de consule Rhetor.

Item supponit exemplum, cum dicit, Oraculo praesentis
 edicti, quod nobis licere non patimur, alijs indicamus. vt j. eo.

l. digna. et ff. de arbitris. l. nam magistratus. 17. Quae sit poena non obseruantium leges, et quidem singulariter omnes enumerare impossibile est, cum per totum corpus iuris leges sint diffusae: sed in hoc tit. enumerantur generales poenae statutae in ijs, quae suum habent vigorem de iure. vt j. eo. l. non dubium. et ideo non potest fieri oppositio de maleficijs : quia non sumunt effectum, de iure, vt pacta, vel sententiae, vel testamenta. Nec potest opponi de eo, quod fieri non debet, factum tamen non fringitur : quia illud non prohibum, sed potius non admissum, dicitur : vel secundum eos praeter legem est, non contra legem, vt diximus de stipulatione, quando stipulatus sum alteri sub poena. Item non potest opponi de ijs, quae confirmantur postea. vt j. de nup. l. et si contra. et j. de contractibus iudicum. quia non sunt prohibita confirmari, sed inchoari, vt ita dixerim. Item non potest opponi de ijs, quae inutilia sunt per exceptionem : vt mulieris intercessio, mutui datio contra Macedonianum, stipulatio inita per metum, vel dolum : quia perinde habentur, ac si ipso iure inutilia essent. vt ff. de reg. iur. l. vel nihil est. alias. l. nihil interest. Item opponitur de venditione liberi

hominis, quae tenet inter ignorantes. vt ff. de contrahen. emp. l. et liberi. Sed certe (vt ait Irne.) hic est prohibitum, in quo delinquit vterque : vel dicas, quod nec valet venditio in praeiudicium rei venditae, licet valeat quantum ad praeiudicium illius, qui vendit. Super eo autem, quod dicitur, Ex eo, opponitur : quia ex inutili contractu transfertur dominium. Item quia in pari causa, facta traditio, potior est conditio possidentis. vt ff. de dolo. l. et eleganter. j. rn. et j. de condi. ob tur. cau. l. ij. sed certe, qui habet actionem, rem habere videtur. vt ff. de re. iu. l. qui actionem. sic ad l. ij. respondeo, quod repetat fiscus. vt ff. de iure fis. l. Lucius. Item opponitur, quia foeneratore mutuante filiosa. dominium transit in filium : sed hoc est ideo, quia creditor deliquit in dando, filius vero non deliquit in accipiendo. Super eo autem, quod dicitur, Ob id, opponitur quod est j. de praedijs minorum. l. et si is. Respondent quidam, quod alienatio praediorum minorum non est prohibita perpetuo (quia quandoque conceditur, puta ob aes alienum) hic autem loquitur in perpetuo prohibitiis. Sed certe si in prohibitis tantum perpetuo locum habet lex ista, in paucissimis casibus habet

梁 locum lex ista, quae ponitur vt generalis : vix enim est
 藻 aliquid generale, quod non patitur exceptionem. vt ff. de re.
 ivo. l. omnis definitio. Dic ergo prohibitum esse res minorum
 alienari, et ne quid fiat in praeiudicium eorum : non autem
 praeiudicatur minori, licet tutor sit obligatus, vel eius res.
 Similiter opponitur et respondetur de eo, quod legitur in ff.
 de recept. arbit. l. si pupillus. Vel si velit quis euitare omnes
 istas oppositiones, dicat l. istam non dubium. habere locum
 tantum in eo casu, quando lex simpliciter prohibet, nec vltra
 progreditur. vt s. de sac. san. eccl. l. nemo martyres. Si
 autem progrediatur vltra, vel prohibita fieri non infringendo,
 vel prohibita postea confirmando, vel cassando per excep-
 tionem : seruabitur illa specialis cassatio, et speciale
 statutum in prohibito, non hoc generale. vt ff. de ver. obl. l.
 doli clausula. et ex quib. cau. ma. l. sed et si per pretorem.
 §. deinde adijcit. et de poenis. l. sanctio. Nec obstat quod
 dicitur j. ea. l. licet tantum etiam prohibuisset et c. quasi
 innuat, vt locum habeat, sive tantum prohibeat, sive vltra
 procedat : quia huiusmodi verbum Etiam non denotat semper
 idem in contrario casu, vt et notari potest ff. de ver. obl. l.

quodcunque. §. si ita. 18. An autem liceat verba legis
 tantum offendere aliquialiter, et hic P. negauit licere, ar. eius,
 quod dicitur ff. qui et a qui. manumis. l. prospexit. et de testa.
 mili. l. quod constitutum. Sed ibi erant verba, et sententia,
 et ideo eam non licet offendere : sed si sola sint verba contra
 est. vt ff. de iure patr. l. adigere. §. quamuis. et ff. qui petant
 tu. l. credendum. et pro hoc est illud generale, sensum, non
 uerba spectari. arg. de adi. leg. l. si quis. §. conditio, et haec
 de legibus legum. Aliae autem rubricae tractant de legibus
 casuum, vel negotiorum : cuiuslibet tamen legis virtus est
 imperare, vetare, permittere, et punire, ut ff. e. l. legis virtus.

* * * *

以下、慣習法論に関連して、重要と思われる点を、要約しておく。

(一) 立法権について、アローは、皇帝法 (lex) によって支配権 (imperium) を皇帝に委譲したとしても、国民 (populus) は、その委譲を撤回して、支配権＝立法権を回復できるだけでなく、それをしなくともなお立法権を行使できる。これから、

国民がよしと認めたもの (quod populo placuit) としての慣習法と、元首がよしと認めたもの (quod principi placuit) たる法律とが、同一の効力をもつという結論を導き出すことができる。⁽⁸⁷⁾

(二) しかし、慣習法と法律の効果が同等だということは、法律の解釈については留保を要する。すなわち、法律の解釈について、元首〔立法者と考えられる〕の解釈に対しては、審判人は従う義務を負うが (necessarium)、慣習 (consuetudo) の解釈に対しては必ずしも従わなければならないわけではない。⁽⁸⁸⁾ また、元首の解釈は、記録されなければならないが、慣習による解釈の記録は任意的である。⁽⁸⁹⁾ また、法律により訴権が認められない行為(ないし紛争) (negotium) について、それを認め得るのは元首の解釈だけである。⁽⁹⁰⁾

(56) 本稿(一)注13参照。

(57) テキストには第一ペテロ書第二章およびローマ書第一三章が引かれている。ここでは、全く同じ文章はないが、趣旨からすればどちらでもよいが、どちらかといえば前者により似た文章があるであろうか(一三節以下)。

(58) D&C1あなたは教会の建物をいかなる法によつて防

禦するか、神法によつてか、人法によつてか。我々は神法を聖書 (scripturae divinae) において有し、人法を王たちの法律において有する。各人がその所有する (possidete) ものを所有するのは、どの法を根拠にしてか。人法によるのではないのか。なぜなら、神法によれば「地とそこに満つるものは主のもの」(詩編二四・一／ヴルガタ二三・一) なのだから。神は貧者も富者も同じ塵から作られたし、貧者も富者も同じ地の上に生かしてください。それゆえ、人法によりいのである。「この建物は私のものだ」、「この家は私のものだ」、「この奴隷は私のものだ」と。ところで、人法とは皇帝たちの法である。なぜか。人法そのものをこの世の皇帝たちと王たちを通じて神は人類に下し給うのだから。同様に。一、皇帝の法を廃してみよ。その時だれが敢えていおうか。「この建物は私のものだ」、「かの奴隷は私のものだ」、「この家は私のものだ」と。ところで、人々によつて守られるために王たちの法を作つたのだとすれば、あなた方は、あなた方が法律を慈しむ (gaudent) ために、我々が法律を秘密にすることを欲するだろうか、等。同じく。二、法律は、皇帝たちが明瞭に命令した場合には、読み上げらるべき

であり、また、法律は、普遍教会の交わりの外でキリスト教徒の名を僭称する者たちが平和な時に平和の造り主を讃えることを欲しないし、また、教会の名でなにかを敢えて所有することも欲しない。∞。しかし、あなた方はいう、「我々と皇帝とがどうだというのだ」(*quid nobis et imperatori*)、と。しかし、すでに私が述べたように、ここでは人法のことをいっているのである。使徒も王たちに仕えること、王たちを誉めることを欲し、述べた、「あなた方は王を畏みなさい」と。「私と王とがどうだというのだ」といおうとしてはならない。すなわち、あなたと所有とはどうだというのか。王たちの法によつて所有物は所有されているのである。あなたはいつた、「私と王がどうだというのだ」と。それなら、あなたの所有物といおうとしてもならない。あなたは所有物が所有される根拠たる人法そのものを放棄したのだから。

(59) D.96 c.6 真理に到達したので、自己の領分を超えて、皇帝は教皇職権利を奪い取らなかつたし、また、教皇も皇帝の名を篡奪しなかつた。なぜなら、同一の者、すなわち神と人々との中保者、人の子キリスト・イエスが両

権力の職務をそれぞれに相応しい行為と別々の地位に割り振つた。人々が本来の治療を要する (*medicinalis*) 惨めな状態から上に引き上げられ、また人間の傲慢さによつて冥界で後戻りさせられないように欲して。したがつて、キリスト教徒たる皇帝たちも永遠の命のためには教皇たちを必要とし、教皇たちも世俗限りの事件の手續のためには皇帝の法律を利用する。靈的行為が肉のもの、俗の流入を決して受けることなく、また神に仕えるものが世俗の行為に決して関わりあいにならず、反対に世俗の行為に関わつた者が神の事柄について主宰すると見られない限りで。

なお、アゾーはこのカノンをウルバヌスの教皇令として引用するが、実際にはニコラウス一世のものである。(60) C.1.14 自ら法律に拘束される元首であることを公言することは、支配者の尊厳に相応しい命令である。のみならず、朕の權威は法の權威に依存している。実際、支配にとつてより大事なことは、元首を法律に服従させることである。本告示の発布をもつて、朕に許されること、が朕にとつて堪え難きことであることを示す。

佐伯前掲邦訳 (二十一)(注13) 二二〇頁参照。

(61) D.4.8.4 (仲裁を引受ける) 政務官が(法務官より)より上位ないし同等の命令権をもつ場合には強制されることはない。このことには、仲裁の引受が政務官就任前であろうと在職中であろうと、違いはない。下位の政務官を強制することは可能である。

春木前掲書(注14) 五一九頁参照。

(62) C.1.4.5 法律の文言に捕われて、法律の趣旨に反することを追い求める者が法律に違反することは、疑いのないところである。また、法律の趣旨(*sententia*)に反して法律の文言を故意に逆手にとって自己の弁明に用いる者も、法律で定められた罰を免れることはない。なぜなら、約定といおうが、合意といおうが、契約といおうが、その締結を法律が禁止しているのに、それを締結する者たちの間で遵守されるのを見るのを、朕は欲しくないからである。1. このことが法律の新旧あらゆる解釈にも押し及ぼされることを、朕は一般的に命じ、したがって、立法者にとつてはなされてほしくないことを禁止したただけで十分であっても、法律の趣旨からおおよそ表示されているといえる他のものを推論することも許される。すなわち、法律によりなされることが禁止されているもの

がなされる場合には、それは無効であるだけでなく、なされなかったものと看做されることになる。たとえ、立法者がなされることを単に禁止しただけで、なされたことが無効になると特に述べていないとしても。さらに、法律の禁止にもかかわらずなされたことから、ないし、そのために、さらに遂行されるものもあれば、それも廃され無効となる、と朕は命ずる。2. したがって、上記の準則、すなわち、行為を禁止する法律について守らるべしと朕が思量した準則によれば、確かなことは、この種の問答契約は拘束せず、委任は一時も存せず、宣誓も認められない、ということである。

(63) C.5.4.6 兵士が元首たちの命令に反して属州で女の同意の上で婚姻関係を結び、退役後も同女との関係を任意に維持する場合には、適法な婚姻(*iusta nuptia*)が成立する。したがって、その後懐妊し生まれた子は嫡出子であると、この上なき賢慮の士パウロスの解答が明らかにしている。

(64) C.1.5.3.1 この上なく栄えあるこの首都で行政(*administratio*)を行なう者は、だれであれ、たしかに、彼らにこれを許す旨の朕の神聖な回答を得る場合に限って

ではあるが、動産ないし不動産を買い、あるいは家を建てることができる。1. しかし、贈与は絶対に拒絶しなければならない。彼らは、いかなるものについてであれ、またいかなる価額であれ、贈与は無効だということを中心得なければならない。ただし、行政の職を辞した後で、あるいは、贈与者が文書で特定して当該贈与が有効であると確認する場合、あるいは、贈与者ないしその相続人が当該贈与を争うことなく五年が経過する場合、にはこの限りでない。2. さらに、属州総督には、贈与だけでなく、衣食に関わるものおよび建物を除いて、すべての動産不動産の売買を、朕の文書がその内のあるものを許すことがあるにせよ、堅く禁止する。また、総督たちに贈与ないし売却により与えられたものは、有効となることはない。たとえ、総督が退職して五年が経過し、あるいは、贈与者ないし売主の同意が総督退職後に付加されるとしても。3. また、以上のことはこの者たちの家人および補佐人たちにも押し及ぼされる必要があると考え、さらに、第三者を介在させることについてこれらの内のある行為を行なおうとする者は危険なしではすまないということも付言しておく。4. 以上のことは過去の

取引にも遡及するものと裁定し、ただ和解ないし判決により解決済みのものは除くものとする。

(65) *ff. de reg. iur. l. vel nihil est* がどの法文をさすか、わからなかった。次注の D. 50.17.112 に付された標準注釈は、「違いがたい」これは効果に限られる。そして、たとえば D. 43.18 (抗弁によって訴権が却けられる場合も悪意訴権の要件としての「他に訴権がない場合」にあたる) を挙げよ。しかし、これは誤解を招くものである。なぜなら、汝が「不訴求の」約定の抗弁を有していて、余と汝が訴求が許される旨の約定をする場合には、訴権は有効であるのに、もし最初の約定により法により当然に免責されるといふのであれば、「その後」に約定があつても訴権は有効でなくなるからである。D. 2.14.27.2 にあるように。(Quo ad effectum. et pone vt supra de dol. l. eteleganter. §. servus pactiois. Sed fallit : quia si habes exceptionem pacis, et paciscamur vt liceat petere, valet : quod non valeret si ipso iure fuisset liberatus per pactum primum vt supra de pac. l. si vnus. §. pactus ne, et. §. sed, et si pactum) 』と述べられている。これからすれば、あるのは「D. 2.14.27.2 を挙げられる

ていたのかも知れないが、いずれにせよ推測の域をでない。

(66) D.50.17.12 ある人が法により当然に訴権をもたないが、抗弁によって無力になるかには、違いない。

(67) D.10.1.4 自由人、神聖地所、および宗教地所は、所有できないものであるが、これらの購買も、知らずに買われる場合には、あると解される。

(68) D.4.3.7 ポンポニーウスも洗練された感覚をもってこの「他に訴権がない場合に」という告示の要件を(D.4.3.11参照)説明して、事柄(ess)がそれに権限をもつ者にとって他の方法では維持できない場合である、と述べている。この見解に、ユーリアーヌスがその著第四巻で記している次のことは反しなまいと思われる。すなわち、二五才未満の者が奴隷の助言に欺かれてこの奴隷を特有財産付きで売却し、買主がこの奴隷を解放したという場合には、この被解放者に対する悪意の訴権が売主に与えられるべきであり(なぜなら、買主は悪意から免れており、したがって購買を原因として拘束されることはない)と我々は解すからである)、あるいはこの場合に詐欺によって売却したのであるから、売却は無効である、と。二五

才未満であったということが主張されても、それにより原状回復はなされない。なぜなら、被解放者に対しては原状回復の適用はありえないからである。

アゾーがこの法文を引用したのは、売買契約が詐欺により無効になっても、原状回復は認められないので、その限りで、被解放者(占有者にあたりと解される)が売主より有利な状態にあるといえる、ということからであろうか。春木前掲書(注14)四二四頁参照。

(69) C.4.7.2 汝は、破廉恥な原因のためにこの時代の教えに反して相手の女に家を与えたと認めるのであるから、その家が汝に返還されるべきことを要求しても無駄である。このような事案においては、占有者により有利な条件があるときからである。

(70) D.50.17.5 物を受領することを目的とする訴権をもつ者は、その物自体をもっていると考えられる。

(71) D.9.1.9 ルキウス・ティティウスは、その妹を四分の三の取り分の、その妻マエヴィアと舅を残りを取り分とする相続人にした。彼の遺言は、その作成後に子が生まれたために無効となったが、間もなくこの子さらにはルキウス・ティティウス自身が死亡し、全相続財産が子の

母の下に転がり込んだ。遺言者の妹がマエヴィアをルキウス・ティティウスに毒を盛ったとして訴えた。妹は勝訴しなかったので、上訴した。そのうちに被告が死亡した。それにもかかわらず、原審審判人の判決報告書が提出された。余は問う、汝が被告死亡後も取得された相続財産につき上訴の審理が開始さるべきと考えるかどうか、と。モダステイーヌスは答えていう、被告が死亡し、犯罪が消滅した場合には、犯罪によつて取得されたと証明できるものの追求権 (persecutio) は国庫に属しうると。

(72) C.5.71.9 二五才未満者の農村の土地 (praedium rusticum) を売却したと汝が確言する者が、保佐人の職務の遂行としてこれを行なったとしても、この売却は神皇セウェールスの宣示 (oratio) に反してなされたものであるので、属州長官の判決により無効とされたとしても、それは不当なことではない。I・無論、同保佐人が(この土地の) 追奪の危険のために自分自身の物から汝に対し負担した質物を、汝が追求することは禁止されていない。

(73) D.50.17.202 あらゆる定義(準則)は危険である。それ

に反する可能性がないということ、まねなことなのでから。

(74) D.48.35 被後見人が後見人の承認なしに仲裁契約を結んだ場合には、仲裁人は裁定を下すべく強制されることはない。なぜなら、被後見人に不利な裁定がくだされても、その罰金 (poena) に対し彼は義務づけられないからである。ただし、保証人を出していた場合はこの限りでない、彼に対し罰金を請求できるからである。ユリーアヌスも同意見である。

(75) C.1.23 何人も殉教者を売却してはならず、何人も購入してはならない。

佐伯前掲邦訳(五)『法律論叢』一六巻一号(一九三七)年)五五頁参照。

(76) D.45.1.119 悪意条項 (doli clausula) が問答契約に付加されている場合には、これは、問答契約の部分のうち、それにつき明示的に約定されているものについては関係ない。

(77) D.4.6.26.3 次いで、法務官は「かつ代わって訴訟を引き受ける者がいない場合 (neque defenderetur)」と付け加える。これは、上記のすべての者たちに関するが、ただ

し、不在中に何かを使用取得した者については除く。この者については上で十分規定されているからである。

これは、二五才以上者に認められる原状回復 (*res-titutio in integrum*) に関する告示の文言の注釈である。

告示中には、「同じく、ある者が何かを使用により自分のものとし、あるいは、不使用により誰かが失ったものを取得し、あるいは何かある訴権からその訴権に期限があるために解放された場合で、それが、不在中でかつ代わって訴訟を引き受ける者がいなかったり、あるいは、監禁されていたり、あるいは、自己を訴えことができる方法を講じなかったためである場合」という文言があり (D. 4.6.1.1) 、263 はこれを指していると考えられる。なお、春木前掲訳書 (注14) 四八九頁、五〇〇頁参照。

(78) D.48.19.41 ある法律の命ずることに従わない者に新たに一定の刑罰を課す旨を定めた法律規定は、その法律自体により特に罰が付加されている特別なもの (*species*) には関係しないと考えられる。他の全法において特別なものが一般的なものを排除する [限定する] (*derogare*) ことは疑いがなく、また、一個の違法行為が同一の法律によりさまざまに評価されて罰せられるということも、

もちろんありそうもないことである。

(79) C.1.14.5 には、アゾーの引く *licet tantum etiam prohibisset* という文はないが、おそらく、*licet legislator fieri prohiberit tantum* を指していると考えられる。

(80) D.45.1.45.2 ある者が、「余の死後に余の娘に与えられることを〔誓約するか〕」、あるいは、「余の娘の死後に余に与えられることを〔誓約するか〕」と要約した場合には、この問答契約は有効に結ばれた。しかし、前の場合には、娘には準訴権が与えられる、要約者に相続人がいないとしても (*licet heres ei non existat*) 。

この法文にも *etiam* という語はない。「要約者に相続人がいないとしても」という認容文から、反対の場合、すなわち、「要約者に相続人がいる」場合にも、同じく、娘に準訴権が与えられるという結論を導くことはできない。この場合は、相続人に訴権が与えられると解されるからである。したがって、認容文があるからといって、そのことから、「もちろん」解釈をして反対の場合も同じという結論を引き出すことができないというのが、アゾーの考えていることではないかと推測される。そうだとすれば、*etiam* という語はそれほど重要ではなく、*licet*

が重要ということになる。しかし、それならば、なぜアゾーが *etiam* という語を用いて説明しているのかということが、当然問題になる。この問題は、現在のところでは、未解決のままにしておくしかない。

(81) D.49.12 立法者が配慮したのは、奴隷が解放により査問 (*questio*) を免れることがないようにということであり、したがって、彼らが解放されるのを禁止し、解放が許されない一定の期間を定めた。1. それゆえ、離婚した女主人は、どのような事情があっても、自己の奴隷を一人として解放したり、譲渡することは禁じられている。なぜなら、法律の文言が、その婦人に仕えていたのではなく、田舎 (*agris*) あるいは属州にいた奴隷であつても解放したり、譲渡したりできないとなつているからである。これはたしかに苛酷ではあるが、しかし、法律がこのように書かれているのである。2. さらに、婦人が離婚の後に奴隷を購入し、あるいは、他の方法で取得した場合にも、同様に、文言に関するかぎり、解放できないことになる。セクストゥス・カエキリウスも、このように説明している。3. しかし、父は、その権力内に娘がいた場合に、娘の用に供された奴隷についてだけ

解放ないし譲渡を禁じられている。4. 娘に仕えるよう委ねた奴隷を母が解放ないし譲渡することも禁じた。5. さらに、祖父および祖母が解放することも禁じた。

法律は、これらの者たちの奴隷に対しても査問の申し立てができるようにと欲したからである。6. セクストゥス・カエキリウスが正当にも述べるには、法律は、奴隷を譲渡ないし解放できるこの上なく短い期間を定めた。彼はいう、姦通の被告人として女に対し六〇日目を最終期日とする査問の申し立てがなされたと想定せよ。いかなる姦通の審理が六〇日目に終結するほど簡単に処理されえただろうか。しかし、婦人は、たとえ姦通により査問を申し立てられていても、姦通の嫌疑がかけられている、ないし、査問が必要な奴隷を、法律の文言に関するかぎり、解放することが許されている、と。おそらく、この場合にとられるべき救済策は、通謀人 (*conscious*) ないし有罪者との確信がえられた奴隷は、審理の終了まで解放されてはならないということであろう。7. 婦人の父ないし母は、彼らが六〇日目の最終期日前に死ぬ場合、娘に仕えるべく与えた奴隷はだれ一人として解放することも、譲渡することもできないことになる。

(82) D.29.1.21 勅法で定められた、軍役中に作成した遺言は退役後も一年以内は有効という便益は、その文言のかぎりでは、退役させられるのが通常である者のみに属するものである、とユーリアアヌスは評価した。これによれば、プラエフェクトゥス〔司令〕やトリブヌスなどは、後任を迎えて軍役を〔自ら〕退く者であり、この特権をもつべきではない。

(83) D.37.14.6.2 いかなる人もこの法律の例外とされていないとしても、しかし、この法律が念頭に置いているのは、子をもうけることができる者だということは、理解されるべきである。したがって、去勢された被解放者に〔結婚しない、ないし、子をもうけないという宣誓を〕強いる者がいても、保護者はこの法律によって罰せられないというべきである。

アエリウス・センチウス法は、保護者に、被解放女が結婚しない、ないし、子をもうけないという宣誓を強いることを禁じていた (D.37.14.6.pr.)。ここでは、その解釈が問題になっている。

(84) D.26.6.4 本勅法〔息子のために適当な後見人を請求しなかった場合、ないし、前任の後見人が免除または免職

された際に遅滞なく後任の名を挙げなかった場合は、母は息子が無遺言で死亡した場合にその財産を取り戻す (vindicare) 権利を有しない、D.26.6.2〕には以下の母も含まれると考えらるべきである。すなわち、父により遺言ないし小書付 (codicillus) によって未成年者たる息子に後見人が与えられたが、しかしそれが適法でなかったという場合に、その後見人につき判決による承認 (confirmare) を申し立てなかった母も含まれる。 1. しかし、

適当な後見人が複数任命されていたが、そのうちの一人が死亡したり、一時的免除を受けた時に、母が、残った後見人の数はその職務を遂行するに十分だと考えて、その代わりに別の後見人を請求しないという場合には、たしかにこの母は本勅法の文言に当て嵌まるが、しかし、勅法の趣旨からすれば許される。 2. しかし、被後見人の後見人が嫌疑を受けて訴追され、別の後見人たちが加えらるべき旨の判決が下された場合には、母は、別の後見人たちを請求しなければならず、請求しなければ、本勅法の趣旨に当て嵌まる。 3. とところで、たしかに、この母が無遺言の息子の財産の取り戻しをしても、却けられる。しかし、夫が妻に息子からの信託遺贈を残し、

「息子が子なしで死亡したら」あるいは「息子が遺言なしで死亡したなら」という条件を付した場合には、妻が息子のために後見人を請求しないとしても、信託遺贈の請求は、別の訴訟に基づくものであるから、無効とされてはいない。A. また、母が後見人を嫌疑後見人としなかった（「訴追しなかつた」としても、この母は、勅法の文言からも趣旨からも罰を受けるといふことはない。この種の「嫌疑後見人となる」行為を判断し、評価することは、男の精神の領分であり、母は違法行為すら知らないことがあり、母としては法務官が審査 (inquisitio) を行なった結果適当だと判明した者を請求したということから十分だからである。したがって、母の判断力は後見人を選ぶのにも十分でなく、審査が行なわれる。母がその子たちのために遺言により特に彼ら自身の財産のために後見人を任命したという場合であつても。

(85) D.34.4.39 遺贈の条件を撤回できるかどうか、相続財産について、あるいは、候補自由人 (stamliber) について考察すべきである。ユリアアヌスも、候補自由人について、条件の削除は解放をもたらしものではない、と書いている。パーピニアヌスも、『質疑録』一七巻で、

一般に条件は撤回できないと書いている。彼のいうところでは、その理由は、条件は与えられる (dari) ものである、書き加えられる (adscribi) ものである、そして、撤回できるのは、書き加えられるものではなく、与えられるものだ、ということである。しかし、よりよいのは、文言よりも意味 (sensu) を考慮することであり、条件は書き加えることもできるし、撤回することもできる、ということである。

(86) D.1.3.7 法律の効力は、命令し、禁止し、許可し、罰することである。

(87) 本稿(一)注27のD.1.21.1.1についてアソスは、Summa in C.3.13. n.5で次のように述べている。「さらに、〔特命審判人 (delegatus) もまた裁判権をもつことに對しては〕 D.1.21.1.1で規定されている、『裁判権の委任を受けた者は、自分のものは何ももたない』ということも、妨げとならない。なぜなら、撤回によつてすぐに失う可能性がある場合でも、自分のものをもつというのは不適當ではないからである。論拠、たとえば、(C.6.43.3.2(2a)) および、D.5.1.58.あるいは、自分のものとしてもたないのは、通常のものであり、これに對して特命のもの、委任され

たものほもつてゐるのである。なぜなら、同節 (D.1.21.1.1)でも裁判権が特命審判人に移転されることわかれてゐるのだから。(I tem non obstat, quod legitur ff. de officio eius, cui mandat. est iurisdicit. l. prim a. \$. vltimo. qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet. Dicitur e nim non habere proprium improprie, eo quod propter reuocationem cito amittere po test. argum. vt infra communia delega. l. vltima. \$. sed quia. ff. de iudic. l. iudicium soluitur. Vel non habet proprium aliquid, quod sit ordinarium. habet tamen delegatum, vel demandatum : quia et in eodem \$. dicitur iurisdictionem transferri ad d elegatum.)」
 ここから考えれば、アゾーは、裁判を委任した者も、裁判を委任された者もともに、通常裁判権と特命裁判権という形で、裁判権をもつと考えていたと解される。これを命令権 (imperium) の委任にひいて類推して、命令権が移転したとしても、それは委任によつて移転したのであり、そして、委任者もなお命令権をもつという解釈を導くことが可能であらう。

なお、ここに述べられているのは、立法権の帰属の問題

題であり、より一般的には、いわゆる「主権」の帰属の問題である。伝統的には、ローマ法は君主・皇帝・国王・教皇など)の絶対主義の武器となり、これに対してゲルマン法ないし固有法が君主の権力に対し制限的であつたと見られてきたが、しかし、この伝統的な見方に対しては、*著者*もまた批判が加えられている。たとえば、すでに R.W. CARLYLE & A.J. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, vol. II (Edinburgh & London, 1909), p.56-75 注「注釈学派の諸テキストを検討したうえに (p.63以下でアゾーも)、「筆者がいたった結論は、復活したローマ法学を政治的自由の進展に対し好意的でなかつたと総括することには、たしかにそこになにかしかの真理があるにせよ、少なくとも相当の限定が必要だ」ということである」と述べている (p.75)° B. TIERNEY, "The Prince is not Bound by the Laws." *Accursus and the Origins of the Modern State, Comparative Studies in Society and History V (The Hague, 1963)*, p.378-400 (idem, *Church Law and Constitutional Thought in the Middle Ages*, London 1979, III) 注「アックルスウィウス

を元方を否定している。J.W.PERRIN, Azo, Roman Law and Soverign European States, *Studia Gratiana* XV, *Post Scripta* (Romae MCMLXXII), p.89-101 は、アゾーの jurisdictione (Summa in C.3.13) の分析を通して、元首以外の政務官が、元首に依存するものとなす、merum imperium を所持している、したがって、merum imperium が元首の独占物ではないというのがアゾーの考え方だということを示し、明らかにした。

主権論に関連しては、二点指摘しておきたい。まず、Summa in C.1.14 及び D.1.3.31 の「元首は法律に拘束されない (Princeps legibus solutus est)」が、まったく言及されていないということがある。とはいえず、Lectura super Codicem (Corpus Glossatorum Juris Civilis III, Augustae Taurinorum MCMLXI を使用) では、「元首は法律に縛られない、多くの法文が述べているように (Imperator non est alligatus legibus, sicut dicunt muliae leges)」とある (in C.1.14.4)。しかし、ブラケンティヌスのように、「法律は臣民たちには必然により、元首たちには任意により遵守されねばならぬ (leges observari debere a subjectis ex necessitate, a prin-

cibus ex voluntate)」(Placentini Summa in C.1.14, Summa Codicis, Moguntiae MDXXXVI, Torino 1962, p.17) 及び元首と臣民の法律遵守義務を区別しているものではない。——この区別については、D.WYDUCKEL, Princeps Legibus Solutus (Berlin 1979), p.52 et s. 参照。また、Princeps legibus solutus についてこれを限定する解釈を特に行っている。TIERNEY, op.cit. p. 390 及び「D.4.8.4 (注9参照) および D.4.8.51 (自らの事柄について誰かが仲裁人に任せられた場合には、この者は仲裁判断を下すことはできない。なぜなら、仲裁判断を下せば、自己が行なうことを命じ、あるいは、請求することを禁ずることになるが、しかし、何人も自己に命じたり禁じたりできないからである)の参照は、C.6.23.3 の注釈〔元首が遺言等の方式を免れるのは、方式を欠く場合にそれを無効にできるものがないためだ〕をも考えあわせると、アックルスィウスにとって皇帝が『法律に拘束されない』とは皇帝が法律に違反した場合彼を裁く法的機関がないということの意味するにすぎない」と述べている。アゾーは、後継の元首を拘束できないという意味で「D.4.8.4を引用し、『同輩に対しては支配権をもた

す (par in parem non habet imperium) (Lectura in C.1.14) というが、皇帝に対する裁き手がないということは問題にしていな。アゾーの類推からすれば、皇帝に対し国民が上位に立つということは可能である。彼自身、歴史的事実としては、一度委ねた支配権を国民が回復するということを認めている。しかし、このいわば「国民の抵抗権」が法的にどう捉えられるのかについては、アゾーは明確なことを何も述べていない。なお、アックルスウィウスは、これについて何も述べていない。TIERNEY, op.cit.p.395 n.37 参照。

第二に、皇帝の立法手続きについて、アゾーは、宮廷内の長たちの協力と元老院との共同を要件としている。元老院について、アゾーは、「国民が際限なく増えて、法律の制定に同意するのが困難になりましたので、国民は一〇〇人の元老を選出して、彼らが国民に代わって諮問を受けることにした。そして、彼らが定めることはすべて法律となる」とした (quia aucto populo in immensum, difficile coepit esse convenire ad legem condendam, ideo elegit populus centum senatores, vt ipsi vice populi consulerentur : & quicquid statuerent, lex

esset.) (Summa in C.1.16.n.1)。「元老院は元首に対比される、すなわち、国民の代わりに設けられているのであるから、そして、皇帝出現前には国民により、皇帝出現後には元首により元老院が設定された (parificatur senatus principi, upote, cum habeatur vice populi, & ante Imperatorem per populum, & post Imperatorem fuit per principem constitutus senatus) (loc.cit.n.2) と述べている。なお、Carlyle, op.cit.p.59 参照。元老院議員一〇〇人という数は、王政の初期の数と考えられるが (船田享二『ローマ法第一巻』(岩波書店、改版一九六八年(七七頁)、アゾーがなぜこの数をもちだしたのかわからない。ルイ一二世治下で完成したパリ・パルマンの定員も同じく一〇〇人だったというのは、まったくの偶然の一致であろうか。法学の影響という問題からも考慮されてもよい問題であろう。一六世紀初頭のパルマンについて、R. DOUCET, Les institutions de la France au XVI siècle, Tom.I (Paris, 1948), p.167 et s. 参照。

(88) 一三編四題の Consuetudinis autem interpretatio licet generalis sit, & necessaria, non tamen necessaria

の意味は、必ずしも明白ではない。Lectura in C.1.14.1 は、*「ちやうど」* 画章 [1.4.13 および 14] にみられる、*「同じく述べられてゐる（補注参照）」* ことは、正しくなむようと思われる。審判人にも、慣習にも、なるには、教師にも解釈を行なうことが許されてゐるからである。D.1.3.12 [注 45 参照] および D.1.3.37 [注 41 参照] にみられる。この解釈は、一般的であり、文書に記録されており、必要である。しかし、審判人の解釈は、文書に記録されるとしても、一般的ではない。当事者間で行なわれたことは、第三者に影響しないからである。同様に、慣習の解釈は一般的ではあつても、文書に記録されず、教師の解釈は必要ではない。したがつて、記憶を保持するために文書に記録されることがあるとしても、ここでいわれていることは元首の解釈ではなく、したがつて、本法文に矛盾するものではない (Videtur etiam quod secundum vtramque positionem non sit verum quod hic dicitur : quia & iudici & consuetudini & etiam magistro licet facere interpretationem vt ff. eod. non possunt. & l. si de interpretatione. quae est generalis & in scriptis & necessaria. Iudicis autem interpretatio licet

in scriptis redigatur, non tamen est generalis : quia res inter alios acta aliis non praetudicat. Item licet interpretatio consuetudinis sit generalis, non tamen redigitur in scriptis, magistri vero non est necessaria : vnde licet quandoque in scriptis redigatur ad consensandam memoriam, non loquitur hic de iilla, et ideo non contradicit.)」とある。教師の解釈は必要的でなく、したがつて記録するを要しないのであるから、それと同じく Summa の一三節も、慣習の解釈は必要でなく、したがつて記録するを要しないと読んでもよいように思われる。その場合、*「licet necessaria, non tamen necessaria は、「必要であるともいえるとしても、しかし必要ではない」と解釈できようか。アックルスイウスは、「慣習の解釈は、是認できるものであり、必要であるが、文書に記録するを要しない。D.1.3.36(この慣習によつて承認された法は大きな効力をもつと考えられる。それを文書にするを要しないほどに明証的であるのだから)にあるように。教師の解釈は、是認できるものではあるが、必要ではなく、また文書に記録するを要しない、記憶のためを除いて。さらに、審判人の解釈は*

文書に記録をなすべきである。文書なしには判決は効力をもたないのである。C.7.44.2に於ては「これに對して、元首の解釈は、必要であり、文書に記録するを要し、かつ一般的である。C.1.14.1および2に於ては「interpretatio consuetudinis est probabilis & necessaria, non in scriptis redigenda : vt supra eod. l. imo, magistri vero probabilis, non necessaria, nec in scriptis redigenda, nisi ad memoriam : iudicis autem interpretatio est in scriptis redigenda : quia sine scriptis sententia non valet : vt C. de sent. ex breui. re. l. ij. Sed principis interpretatio est necessaria, & in scriptis redigenda, & generalis : vt C. eod. l. i & ij)」と規定する (Glossa ad Si de interpretatione [D.1.3.37])。この「probabilis」は「疑わしい」として「necessaria」は「必要である」との關係は微妙である。納得できるもの、妥当と考えられるものというのは、結局は解釈の内容からくるものであり、これに對して、必ず従わなければならないというのは、内容以外の別の根拠に基づくとも考えられるからである。その意味では、probabilis と necessaria とは突き詰めて考えれば、矛盾

することにもなる。この問題が、アゾーの licet necessaria, non tamen necessaria という言い方につながったのではないかと思われる。このように読めれば、本稿の冒頭に見た、慣習と真理の問題がアゾーやアックルスイウスにも現われていることになるが、これは筆者の思い込みのゆえであらうか。

なお、この二点注意を要するのは、consuetudo の用語法である。前掲「Azonis Summa in C.8.52」本誌三八卷一三—一五頁以下では「consuetudo」を「慣習法」と訳していた。これは、立法手続きを経て制定される lex 法律に對比されるものだからである。これに對して「C.1.14 及び consuetudo に對比されるのは、lex ではなく、lex の立法者たる princeps 元首である。アゾーの考えでは、立法権をもつ者が同時に解釈権をもつ。慣習法の立法者は、前掲で見たように populus 国民と考えられるので（一三—一五頁）、元首に對比されるべきは国民とすることになるはずであるが、しかし、国民の意思それ自体は認識できず、慣習を通して認識される。慣習の解釈とは、したがって、慣習的に行なわれている解釈ということになるか。この二つの consuetudo をいわば「事実たる慣習」と取れば、

それが「必要でない」、「つまり解釈者を拘束するものではない」というのも納得できる。さなみに、アゾーは判決の繰り返しそのことだけから慣習法を認めることにはできないと考えたが(前稿一三二五頁)「繰り返し行なわれる行為、いわゆる「事実たる慣習」にそのまま法的効力を認めない」という点は、慣習の解釈が必要でないという点と共通のものをもつて見てよいであろう。

- (8) W. ULLMANN, Bartolus on Customary Law, *The Juridical Review LII (Edinburgh, 1940)*, p.267 et s. (idem, *Jurisprudence in the Middle Ages*, London 1980, X) は「書かれざる法」というアゾーの慣習法の定義が後の法学者によつて批判されたことを述べている。たとえば、バルトルスは、「この法未成熟者のためにだれかある者が遺言を作成できる」は、文書に記録されているとしても、慣習的なものだとはいへべきであろう。なぜなら、文書がこの法を導入するのでなく、まずあった法をその証明のために文書化するからである。……同じことをわれわれは、封の慣行についてもいうであろう。これについて、文書に記録されていても慣習法と呼ばれているのだから (deberet dici ius consuetudinarium,

licet sit in scriptis redactum : quoniam scriptura non introducitur : sed quod prius erat, in scripturam deductum, vt per eam probetur : ...idem dicemus in vsibus feudorum : quia adhuc consuetudines appellantur, licet sint in scriptis redactae.) (Commentaria in primam informati partem, Lugduni MDLV, ad D.28.6.2 n.1) と述べつづる (ULLMANN, op. cit. p. 268) ただし、そこで引用されている文言は、一五二三年のリヨン版に依るものではない。『慣習法が文書により確たるものとなつてゐるか』、それとも道理によりそうかには違ひがない』といわれる場合、慣習法が文書に記録されている場合もあり、また、使用者の習いによつて保持されている場合もある、ということも明らかである。文書に記録されたものは、法規定 (constitutio) あるいは法 (ius) と呼ばれる。他方、文書に記録されていないものは、一般的な名称で、すなわち慣習法と呼ばれる (Dict. post D.1. c.5) といつてゐる。こういつたことからすると、アゾーの慣習(法)論が、狭いものという印象をもつ。しかし、グラティアーヌスには、「だれが「慣習(法)を記録するの」という問

題は立てられていない。あるいは、そもそも、記録すべきという当為もない。ただ、慣習(法)起源の成文法規があるということ述べているにすぎない。(なお、S. GÄGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Uppsala, 1960), p. 216, 295 et s. は反対の解釈を取る。)これに対して、アゾーは、さしあたり慣習による解釈についてはあるが、記憶のための記録を、少なくとも法学者に勧奨していると考えられる。アックルスイウスが、D.13.36を引いて簡単に慣習による解釈は記録を要しないといっている(前注参照)のと比較すると、アゾーの力点の置き方は明瞭である。アゾーの活動期とはほぼ重なる、一二世紀末から一三世紀前半は、「既存の法を叙述する意図をもった私人の作品」たるいわゆる「法書(Rechtbuch)」の時代である。K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte I* (Hamburg, 1972), p. 242 et s. 参照。このように考えると、アゾーの現実性は容易に理解できるであろうし、その後の法学者たちがアゾーを批判できた理由も明らかであろう。

それでは、アゾーは、法学者が慣習を記録するとして、具体的には一体何を記録すると考えたのであろうか。C.

852で、慣習法の認識手段として判決を重視していたことからすれば(前稿一三三六頁注33参照)、記録されるべきはまず判決だったのではないかと推測される。ブラクトンが、「正しき者たち(iustorum)の行ない、助言や解答を……丹念に吟味して、そこへ記す(nota)に値する」とわたしが思ったものは何でも……収録し、文書によって永遠の記憶のために捧げんとした」(S. THORNE, BRACTON: *On the Laws and Customs of England*, vol. 2, Cambridge 1968, fol. 20) というのも、この同じ趣旨と理解される。なお、田中英夫「英米法総論上」(東京大学出版会・一九八〇年)六九頁(特に注30)参照。また、バルトルスが、慣習法認識において判決を重視し、博士たち(doctores)の記録に注目したことについては、ULLMANN, *op.cit.* p. 276 et s. *specialiter* 279 参照。とはいえ、判決の記録といっても、それは、前注で見たアックルスイウスの主張する判決の記録とは、意味を異にすると考えられる。彼が依拠するC.7.44.2は、一度下した判決が事後に改竄されることのないように、文書化することを要求しているからである。なお、一二一五年の第四ラテラノ公会議第三八議決(X. 2. 19. 11)も、この意図

から、判決記録を要求しており、この方面からも判決記録の重要性が意識されていたことがわかる。

Beobachtungen und Überlegungen.”に接した。あわせて参照していただけは幸いである。

(90) 元首の解釈が得られない場合には、審判人が類推によつて解釈することが許される。だとすれば、こうした解釈を行なう判決の積み重ねにより、「法律の外で」慣習法が成立する可能性は、少なくとも論理的には認められるであろう。裁判官の法形成という観点から、アゾーが審判人に類推による解釈を広く認めていることは、重大な意味をもつのではないかと思われる。この問題も、今後追求すべき課題である。

(補注) C. 1. 14. 1 が筆者の不注意のため訳されていなかった。以下に補充する。なお、本誌三九卷五・六号一九二四頁で指示した注 16 も、本補注への指示に訂正する。

C. 1. 14. 1 衡平と法との間に介在する解釈を洞察することは、朕のみがなすべきことであり、また朕のみに許されることである。

[付記] 本稿脱稿後にミュンスター大学教授ハーゲン・ケラー氏の講演原稿 “Die Entwicklung der europäischen Schriftkultur in Spiegel der mittelalterlichen Überlieferung.