



Title	神官の解答活動（市民法の法源）
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 15(4), 64-84
Issue Date	1965-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16054
Type	departmental bulletin paper
File Information	15(4)_p64-84.pdf



資料

神官の解答活動 (市民法の法源)

小 菅 芳 太 郎

—

(1) 前三〇〇年頃までの法形成は神官 (pontifices) による⁽¹⁾。この神官の法知識独占は、伝承によれば、第三世紀初頭に始まる⁽²⁾の事件 : Ap. Claudius Caecus (cens. 312 ; cos. 307, 296) の秘書 Gn. Flavius による⁽³⁾ 曆と訴訟方式の⁽⁴⁾ 公刊、および Ti. Cornucanius (cos. 280 ; pont. max. 254) による⁽⁵⁾ 解答活動の⁽⁶⁾ 公開によって破られたこと⁽⁷⁾ になるが、実際には、神官と法律学との結合は根強く残存した。神官団に属しない法律家が実証されるのは第二世紀になってからであり⁽⁸⁾、この世俗化が目立つのはさらに同世紀の後半からである⁽⁹⁾。

(2) 神官は上級政務官職経験者・貴族 (patricii) であり、のちの法学世俗化後も一貫している法専従者のこの名望⁽¹¹⁾ 家性が、ロオマ私法の諸特質の一般的な背景ではある。しかし、ロオマ法を現代的意義あらしめている高度的分析⁽¹²⁾ 的・抽象的性質は、とりわけ神官的法学に由来すると考えられている。

- (1) 神官とその思考形式・技術の出現の背景にあった当初の（人格神以前の）宗教観念の基礎は、自然現象の中で働いている種々の神秘的な力（*tabu*）であり、人々は儀式によってこの力の規制——(a) 遠ざける（例えば、禍の力が耕地にはいるのを防ぐ五月の耕地巡廻⁽¹⁷⁾ *ambarvalia*, *Iustratio*, *augurium canarium*）⁽¹⁸⁾、または(b)有利に働かせる（例えば敵市在住の神をロオマに移住するよう呼寄せる *evocatio*）——に努めた。ここで目につくのは、語られた言葉にはその内容を実現する力があるという呪術的観念である。不可視な力との交通における誤解（語り手の望まぬ所にまで力を呼寄せてしまう）を避けるために祈願の目的・効果範囲について正確な言葉遣いに努める。呪術的観念の基礎の上にさらに加わるのが慣行（伝統・保守）の力である。すなわち、不可視な力と交通する技術は一度効能のあった実験済の先例的方式を固守することである。すると、儀式・祈願方式が当初もっていた実生活との意味関連が社会の変化によって忘れられるほどますます技業末節の正確さが自己目的になる。同じ経過に属するものに代物思考形式（*Vertretung* : *in sacris simulata pro veris accipiuntur*）⁽²²⁾がある。
- (2) ロオマ宗教がこのようにないわば社会的行為である以上、政務官や私人は、終身制により神事の知識経験を蓄積⁽²³⁾しえた神官に相談することを間接的に強制されていたといえる。神官の神事上の解答（*secreta*, *responsa*）活動を拾い上げてみると…(a)曆の作成、*dies nefasti*（タブウの日）と *dies fasti*（裁判・元老院決議・民会可能日）との区別⁽²⁴⁾。(b) 政務官に対して、*votum*, *devotio*, *dedicatio*, *consecratio*, *evocatio* を行うことの可否、およびその際とらるべき方式を解答⁽²⁵⁾。(c) 前兆について政務官に解答⁽²⁶⁾。(d) すでになされた *consecratio* の効力（これに関連して、ある場所が神聖物か世俗物か）⁽²⁷⁾の解答。(e) *adrogatio*（およびその死因処分形式たる *testamentum calatis comitis*）は共同

料 体構成員の変動に関するゆえ大神官 (D. maximus) の招集するクリア民会の立法により行なわれ、⁽³⁴⁾ クリア民会形骸化の後も、家の祭祀に関する事項として神官団の解答により事実上規制された。⁽³⁵⁾ (f) 一般市民も墓に関する事項につき神官に助言を求めるのを常とした(屍の移動・墓の修繕・墓地の譲渡における墓の保護)。(g) 家の祭祀 (sacra privata, s. familiaria) 維持義務者についての理論は神官の解答を通じて形成された。⁽³⁹⁾ (h) 贖罪 (および犠牲) の解答、^(39 a) 等。

(3) 呪術的觀念の残りと伝統の力とによる既述のロオマ宗教の形式主義は、神官宗教の中に一段と強く現われており、ロオマで法律字的取扱が發展する原因になった。⁽⁴⁰⁾ (a) カズイスチックな細分化 (kasuistische Differenzierung)⁽⁴¹⁾

(イ) 形式主義の硬直性 正確な言葉 (verba certa, concepta, sollemnia)⁽⁴²⁾ の使用への配慮から、政務官の宗教的行為

(前述) (2) (b) に当って、神官は祈願などの方式をまず書面にし、これを予め語ってやる (de scripto praeire, verbis praeire)⁽⁴³⁾。さらに、意図と表示間の不一致を避けるための文言を方式中に多用する。一語の誤も全行為を無効ならし

める。⁽⁴⁶⁾ 現実との関連を失った儀式や言葉は、融通がきかなくなり硬直精密になる。例えば、タブウを表す sacer お

よび religiousus は、宗教的行為が国家によるか私人によるかというそれぞれ明確な分類概念になった(前述(d)参照)。

また、それぞれの前兆(前述(c))には専属の贖罪儀式があり、換言すれば、ある儀式は一つの力の発現にしか対応

しえない。⁽⁴⁷⁾ (ロ) 形式主義の柔軟性 こうして対象は無限に細分化されてやむところを知らないが、この個別的解決

(カズイスチック)——公行事を妨げる前兆を制限してゆく仕方にもられるように觀念的な特色がある——⁽⁴⁹⁾ によって、

現実を束縛する先例の網の目は、却って容易に引裂かれ、⁽⁵⁰⁾ 多様な現実の要求の吸収が可能ならしめられている。「こ

うした実践は、たとえ個々の場合に弾力を欠いていたとしても、最終的結果においては、あらゆることに対して打開

策を発見した。かくして發展した不可視力との交際技術はあらゆる状況に対応できるものだった。⁽⁵¹⁾ (b) 抽象的一般化

(abstract generalisation)⁽⁵²⁾ カズイスチックな行動様式(新方式の創造)と先例固守(既存の方式へのあてはめ)と

の結合のうちに、個別的具体的事例ごとに作成された方式 (Einzelformeln) から、将来の同種の事例に耐えうる方式 (Musterformel, Formular) が生まれる。^(54・55)

三

(1) 神官の神事 (fas)⁽⁵⁶⁾ 活動と俗事活動との区別は、後者が日常事として毎年神官団の一人に委ねられることにも明確に現われているが、神官をしてその本来の活動領域を越えて世俗法 (ius) にも従事せしめるに至った両分野間の関連としては、次があげられる。(a) 神法上の行為が世俗法上の効果をもち始める（世俗化）過程で、神法上の構成要件が世俗法の領域にもちこされた⁽⁵⁸⁾ (adrogatio, etc.)。 (b) 神法上の制度が世俗法上の構成要件を外面的に借用する (sacra familiaria, etc.)。 (c) 方式の専従者たる神官が、両分野に共通な形式主義的思考形式のために、神事上の方式と同様に法律行為方式・訴訟方式をも作成した。 (d) 当初の法律訴訟 (legis actio sacramento) は、宣誓を通じて神助を求める神判であり、iniuria の問題を nefas の問題に転換する神官技術のみがこの訴訟を生み出した。⁽⁵⁷⁾

(2) 神官の市民法上の解答 (responsa) は、(a) 将来の行為に関する予防的なもの (kautelare Gutachten) と、(b) すでになされた行為に関するもの (judizielle G.) とに整理される。⁽⁶²⁾ (a) については、多様な法律行為方式の創造が有名であるが、(b) については神法の場合ほどは史料に恵まれてない。⁽⁶⁰⁾ (a) (b) いずれの場合にも法律問題について解答され、事実問題には立入らない⁽⁵⁷⁾ (si haec quae proponuntur vera sunt ; secundum ea quae proponuntur)。⁽⁶⁸⁾

(3) 解答活動における方法上の特色は神事の場合と同様であるが、そのうち、とりわけ市民法の領域で著しいのが抽象化 (二 (3) (b) である。⁽⁶⁹⁾ 例えば握取行為は、すでに十二表法以来、本来の原因関係 (売買) から解放された抽象的な権利移転行為として、現実の多様な目的に対応した一連の「模倣行為」を産出して⁽⁷⁰⁾いる。⁽⁷³⁾

四

(1) 十二表法の出現は、それがとにかく法典的な立法であるという点では、神官的法形成に反する。しかし、この事実に対する反対考察としては、(a) 同法出現の原因は、共和制（ないし民主制）成立期に固有な政治的経済的対立とその調整・統合というギリシヤ類似の政治状況であり、貴族（政務官および神官）の恣意の中にある法を成文化によって確実安定ならしめる平民側の要求、その際の法的平等の思想は、ギリシヤの先例の影響である。かくて包括的立法としての十二表法はロオマでは一回きりの孤立した出来事であった。(b) 成文化されたものは主として既存の法であるから、十二表法は神官的法形成の基礎をもつといえる。既存の法の成文化が平民側の平等な法への参加を通じて政治的革新へ機能転換することは、この点とは別個の問題である。(c) 十二表法の内容を部門別にみると、前述の調整機能に対応して、公共生活の規制を主としているとみることができる。(d) 科刑および復讐規制（贖罪金額公定による和解強制）は同法中最も内容豊富である（第九・八表）。続いて、(e) 埋葬（その際の奢侈禁止）の警察（第十表）、(f) 相隣関係（第七表）、(g) 負債問題について裁判・身体執行（第一・二・三表）および利子の規制。これに対して、(h) 家族・相続・遺贈・後見の分野は負債問題のような切実さはない分野であり、少くも現存の伝承について限り規定の数は多くない（第四・五・六表）。この分野の諸原理は、同法によって規定されているというよりも前提されているといえる。財産取引行為についてもごく少数の原型的方式が規定されているのみで、その実際は神官的方式形成と家長の私的自治的立法に委ねられている。

(2) 一度出現した十二表法は神官的法形成を硬化させたことは事実である。同法以後の法律行為方式・訴訟方式のみならず、すでに同法以前に神官により作り出されていたものについてもその拘束力を同法（および以後の少数

の個別立法)の規定で基礎づけることが試みられ⁸⁹⁾、こうした制定法への拘束に対応して神官の活動はのちに解釈(interpretatio)と呼ばれた⁹⁰⁾。しかし、この事実に対する反対考察として「解釈」の実態に注目すると、(a)神官活動の硬化の好例⁹¹⁾とされる合成行為では、十二表法の法文⁹²⁾が文字通り使用されるが却って同法文の予定した目的からは全く無関係な法制度が作り出されたのである^{88)・94)}。(b)十二表法は網羅的立法ではなくその後の私法の個別立法も殆んどな⁹⁵⁾きに等しいから、これに対処した神官の解釈の成果を辿うことは、とりも直さず私法制度全体の講義になってしまうほどである^{96)・97)}。

- (1) Pomp. Ench. D. 1,2,2,6:et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges(sic Mommsen) duodecim tabularum: ex his fluere coepit ius civile; ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum⁹⁸⁾ et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis. (邦訳: 船田「一五二註」 tria iura とひき後出註98); Schulz, Geschichte der röm. Rechtswissenschaft (1961) (以下著者名のみで引用) 10 n.1; 7 n. 1; Kunkel, Herkunft u. soziale Stellung der röm. Juristen (1952) 45 ss.; Kunkel PR 19.
- (2) Liv. 9,46,5: civile ius, depositum in penetralibus pontificum, evulgavit, fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur. Schulz, 11. n. 8 (cf. 12 n. 5) 田中「ローマ法史の燻箱序説」論叢三六卷四号(以下「燻箱」)より引用) 六三六頁。
- (3) Pomp. D. 2,2,7: Postea cum Appius Claudius proposuisset (composuisset: Mommsen) et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit,.....
- (4) Pomp. D. 1,2,2,35: et quidem ex omnibus, qui scientiam nanci sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad nunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant vel solebant (sic Mommsen) consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant. 38: post hos fuit TIBERIUS CORUNCANIUS, ut dixi, qui primus <publice: Schulz, 13 n. 2> profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum exstat, sed responsa complura et memorabilia

eius fuerunt.

- (5) 世俗化の最初の事件は、これに先立つ十二表法の出現である。Arangio-Ruiz, Storia (7 ed. 1957) 122.
- (6) 公刊伝承について注意すべき点は、暦や訴訟方式がそれ以前には秘密だったが否かではなくて、訴訟方式が公刊されてもその創造適用の技術は容易に習得されうるものではなかつたことである。Schulz 13 (さらにホルカウスの解答公開伝承についても否定例)；H. J. Wolff, Roman Law (1961) 94 s.；Kaser Altröm. Jus 356 n. 50；357 n. 54cf.
Cic. de orat. 1,186：Veteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa pervulgari a r t e m suam noluerunt. (Jörs, Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit d. Republik (1888) (以下著者名のみで引用) 57 n. 1)
- (7) Sex. Aelius Paetus Catus (cos. 198；cens. 194. Kunkel Nr. 6). これ以前の Ap. クラウヂウスも神官と推測される Kunkel Herk. 46 n. 85 (contra Schulz 11 n. 3)
- (8) Kunkel Herk. 47. 人名として M'. Manilius (praet. 155 od. 154；cos. 149. Kunkel Nr. 13)；M Porcius Cato Licinianus (praet. des. 152. Kunkel Nr. 14)；M. Junius Brutus (praet. 142. Kunkel Nr. 16). 参照・田中・法新講座二巻八四頁。
- (9) Liv. 25,5,4：Ante hunc intra centum annos et viginti nemo praeter P. Cornelium Calussum (pont. max. 332-304) pontifex maximus creatus fureat qui sella curuli non sedisset (Schulz 9 n. 3). sella curulis, magistratus curules といふ船田一四五註¹⁾。
Cic. de domo 1,1：Cum multa divinitus, pontifices, a maioribus nostris inventa atque instituta sunt, tum nihil preclarius quam quod eosdem religionibus deorum immortalium et summae rei publicae praeesse voluerunt,…… (Schulz 9 n. 6)
- (10) 神官職に平民 (plebs) がはいるのは三〇〇年以降である。lex Ogulnia de auguribus et pontificibus (300) は神官数を四人から八人(九人?)に増し、その中四人は平民と定めた (Liv. 10,6,6；10,9,2. Rotondi, Leges 236；Wenger, Quellen 478 n. 44；cf. Latte infra 197 n. 1)。一般に三〇〇年前後に成立する貴族と上層平民の妥協、新貴族 (nobilitas) の支配を示す諸事件につき：片岡「ローマ初期における刑法と国家権力」、法制史学会編・刑罰と国家権力(昭三五)所収(以下「刑法」として引用)三一六一七頁。なお、同法による最初の平民神官の一人にして私法法律家として伝えられる P. Sempronius Sophus (cos. 304: pont. 300) が純粹の平民とはいえないことにつき：Kunkel, Herk. 7 n. 8.
- (11) Schulz 9 n. 2 (Honoratioren：M. Weber, W. u. G., 1 Theil, Kap. III, § 20)
- (12) cf. M. Weber, W. u. G. (3. Aufl.) 463 s. 小野木編訳二六〇頁、石鹿訳一八三頁。

- (31) Latte, Römische Religionsgeschichte, 1960 (以下著者名のみ引用) 38 ; idem, Religiöse Begriffe im frührom. Recht, in SZ 67, 50-51 ; Gioffredi, SD 20 (1954) 262 ; Voci, SD 19 (1953) 95 s. (ただし Voci special. 62 n. 82 (p. 63) ; 96 n. 18 44 ロート・宗教のタブウ (magia) 的局面よりも、狭義の宗教（人格神に対する共同体総体の道徳的責任の観念）としての局面を重視する）。この力の支配への帰属を示す観念が sacer である。sacer の成立は、物または行為自体にその属性として具わっているか、あるいは特別行為 (consecratio) ; sacer esto ; あるいは確認裁判：片岡・國家七〇巻六号（以下「ホース」として引用）四三四「Kaser AJ 52」による。sacer の効果は、帰属物の保護（例えばは神聖物）か、あるいは抹消（例えば homo sacer 片岡同所「Kaser AJ 48 ss ; cf. Latte 38 n. 2」）である (Kaser AJ 48)。sacer の観念を補充する関係にある fas は、人の行為が神祕力の領域を侵害せぬことを示す（反対概念は nefas）として、ius (iuniora) は人と人との関係であり、神との関係づけを含まない（片岡・ホース四三三）。
- (14) 種子が熟する五月（農民の暦で segetes lustrantur）動物が耕地の縁を引廻され (ambarvala. Serv. ecl. 3, 77 : Dicitur autem hoc sacrificium ambarvale, quod arva ambiat vicina ; Macroh. Sat. 3, 5, 7 : Ambarvalis hostia est, ut ait Pömpetius Festus, quae rei divinae causa circum arva ducitur ab his, qui pro frugibus faciunt. (Latte 42 n. 1 ; Marquardt, Rom. Staatsverwaltung III 200 n. 3)）自国外の領域を支配している力が満腹 (sati sein) するかどうかの祈願ののち犠牲として捧げられ、これによって耕地がその敵対的な力から隔離されると信ぜられた (Iustratio agri, pagi. Serv. ecl. 5, 75 : Lustrare, hic circuire. Dicitur enim ambarvale sacrificium (Latte 1. c. ; Marquardt 1. c.))。この儀式がのち国家祭祀とつづ神官 Arvales fratres によって担われた時の祈願歌：“sei gesettigt, wilder Mars (Marquardt 458)。私人による祭祀の場合の方式：Cato de agric. 141 : Agrum lustrare sic oportet. Impera suovitaria circumagi, cum divis volentibus quodque bene eveniat, mando tibi, Mani, uti illi aequo suovitaria fundum agrum terramque meam quota ex parte sive circumagi sive circumferenda censens, uti cures lustrare. Ianum Iovenque vino praelamino. Sic dicitio : Mars pater te precor quaeoque uti sies volens propitius mihi, domo familiaeque nostrae, quovis rei ergo agrum terram fundunqque meum suovitaria circumagi iussi…… (Marquardt 201 n. 4 ; Latte 1. c.)——これらの祈願方式中で神の名がマルスになった理由は、ambarvala, Iustratio の祈願が向けられる力が、自国外への出征に際しては今度は逆にその力の加護が求められねばならぬ (Salii (Latte 19 ; 116 ; Schulz 32 n. 1) 及び世良訳ウーバー「支配の社会学」五七四註一五。この儀式は註16 対応本文の分類(b)に属することになる) という側面において、のちに名前を帯びるに至った時には軍神マルスになったからである。——なお、アルヴァレスの奉仕する神は、その祈願歌 (carmen Arvale, その意

味はもはや人々に理解されなかつた：参照・註21 Wenger Quellen 153)にみえたマルスではなくして、Dea Diaであるが(この部分の方式：CIL 6,2068 (a. 91): *magister fratrum Arvalium manibus lautis velato capite sub divo, columine contra orientem, deae Diae cum collegiis sacrificum indixerunt: Quod bonum faustum felix fortunatum salutareque sit imperatori Caesari Domitiano…… et Domitiae Augustae coniugi eius totique domui eorum, populo Romano Quiritibus fratribusque Arvalibus mihiq[ue], sacrificium deae Diae hoc anno erit……* (Berger, RE s. v. Arvales 1473; Marquardt 452 n. 4).)この神の起源は、種子に内在し発芽成熟として現われる力に遡ると考えられ、当初における五月の耕巡廻式にはその助力を求める側面も含まれていた(この場合も註16対応本文の分類(b)の方に属する)。以上 Latte 18,42,65,114.

- (15) 穀物病 (Getreiderost) を防ぐために赤色の木を殺す Analogiezauber : Latte 19 ; 48 n. 2 (Plin. n. h. 18,14). 参照・田中・端緒六五二°
- (16) Latte 43 ; 125 n. 2 ; Liv. 5,21 (a. 396), 2 : “Tuo ductu”, inquit (sc. dictator), “Pythice Apollo, tuoque numine instinctus pergo ad delendam urbem Veios, tibiq[ue] hinc decimam Partem praedae voveo. 3 : Te simul, Juno Regina, quae nunc Veios colis, precor ut nos victores in nostram tuamq[ue] mox futuram urbem sequere, ubi te dignum amplitudine tua templum accipiat”. 5 : Veientes, ignari…… iam in partem praedae suae vocatos deos, alios, votis ex urbe sua evocatos, hostium templa novasq[ue] sedes spectare,…….
- (17) Latte 43 の例示 : evocatio (前註) ; XII tab. 8,8 : fruges excantare ; segetem pellicere. (cf. Wieacker RIDA3 (1956) 465)
- (18) Latte 62 n. 1 (cf. Jhering, Geist 2, 399 n. 544 ; 442 n. 609) の例示 : Plin. n. h. 28, 10 : quae[m]vis…… est, polleant ne aliquid verba et incantamenta carminum. viritim sapientissimi cuiusq[ue] respuit fides, in universum vero omnibus horis credit vita nec sentit. Wortmagie によりて田中・法勝七一巻一章一八八、一九七以下°
- (19) Latte 47 (Cat. agr. 141 の方式(註14))における “uti sies volens propitius mihi” ; “domo familiaeq[ue] nostrae, quoui rei ergo” ; 後出註44 参照°
- (20) Latte 61 ; 63. (21) Latte 147.
- (22) Serv. Aen. 2,116: virgine caesa non vere sed ut videbatur ; et sciendum in sacris simulata pro veris accipi ; unde quum de animalibus, quae difficile inveniuntur, est sacrificandum, de pane vel cera fiunt et pro veris accipiuntur. (G. Demelius, Die

Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen u. dogmatischen Bedeutung (1858) 11 n. 7 et passim; M. Weber, W. u. G. loc. cit.; Jhering Geist 2,399 n. 545 (Scheingeschäft); Wieacker, infra (後出註75) 144) 一般に擬制にのみ止固・ノ一ノ | ○ | | (Kaser AJ347)

右と同種の神官技術として、故意なき殺人における被害者親族への牡山羊の引渡 (Cic. top. 64 : iacere telum voluntatis est. ferire quem nolueris fortunae : ex quo aries subicitur ille in vestris actionibus, “si telum manu fugit magisquam icieit”. Serv. ecl. 4, 43 : In Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem. 片岡・刑法 (前出註10) 註三三(6)・註四一°。Bruns. XII tab. 8,24 a) 神官の技術の発展の歴史 : sic : Latte, 211 n. 3 ; Arangio-Ruiz Storia (7 ed.) 74,78. contra Kaser AJ 51 n. 57 ; 339 n. 21 ; PR 140 n. 12 ; Wieacker RIDA 3(1956) 481 n. 51a (贖罪のための犠牲)。cf. Gioffredi SD 20,268 n. 22,23; Voci SD 19, 58 n. 61 ; 62 n. 84 et 89 ; Latte SZ 67, 50.

- (23) commentarii pontiticum : 田中・端緒六四九以下 (神官補遺録) Westrup, Introduction to Early Rom. Law, IV, 1(1950) 43 n. 4 ; Wenger Quellen 393.
- (24) Jörs 17 n. 6. cf. Westrup, op. cit. 37 ss. 40^{ss.} ; Latte 197 ; Kaser PR 23 n. 18.
- (25) 田中・端緒・六四〇・六五四以下、船田四四三三三三 Krüger, Geschichte d. Quellen (1. Aufl) 28 n. 21 ; Liv. 9,46,4 (註等)°
- (26) Liv. 31,9 (a. 200), (7 : Moram voto publico Licinius pontifex maximus attulit, qui negavit ex incerta pecunia voveri debere, quia pecunia non posset in bellum usui esse, seponique statim deberet nec cum alia pecunia misceri ; quod si factum esset, votum rite solvi non posse.) 8 : tamen ad collegium pontificum referre consul iussus, si posset recte votum incertae pecuniae suscipi. Posse rectiusque etiam esse pontifices decreverunt. (9 : Vovit in eadem verba consul, praeunte maximo pontifice,……) (Schulz 20 ; cf. Jhering, Geist, 2,401) . Liv. 27,25,7 (註4) ; 5,21,2 (註16)°
- (27) Liv. 8,9,8 (a. 340) : “……Sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica p.R.Q. exercitu, legionibus, auxiliis p.R.Q. legiones auxiliaque hostium mecum deis Manibus Tellurique devoevo.” (Schulz 40 n. 10)
- (28) Liv. 9,46,6 (註43)° (29) Voci SD 19, 61 n. 78 et 80. (29) Liv. 5,21,3/5 (Schulz 40 n. 9. 註16)°
- (30) Schulz 18 (そのに、宣戦・国際条約締結も : n. 7) ; Latte 198.
- (31) Latte 24 ; 202 (Ser. Aen. 6, 190 : auguria aut oblativa sunt, quae non poscuntur, aut impetrativa, quae optata veniunt.) ; Westrup IV, 1 cit. 37.

神意啓示祈願 (auguria impetrativa) につき船田「イムペリウム概念の統一性」(法哲年報・一九五三年・法と国家権力Ⅰ) 一四頁以下。 Liv. 1,18,9 : “Juppiter pater, si est fas nunc Numam Pompiliium cuius ego (sc. augur) caput teneo, regem Romae esse, uti tu signa nobis certa adclarassis inter eos fines, quos feci. “Tum peregit verbis auspicia, quae mitti vellet. Quibus missis, declaratus rex Numa de templo descendit. (Mommsen StR I, 77 n. 4 (78))

- (32) Cic. ad Att. 4,2,3 ; Cum pontifices decessent ita : ” Si neque populi iussu neque plebi scitu is, qui se dedicasse diceret, nominatim ei rei praefectus esset,…… neque populi iussu aut plebi scitu id facere iussus esset, vider posse sine religione eam partem areae M. Tullio Ciceroni restitui. (Jörs 31,6 ; Schulz 20 n. 6 ; Latte 200 n. 3 ; 400 ; Kasser PR 320) 後出註67参照。
Cic. domo 53,136 (Sculz l. c. ; Latte l. c.) : 原文・邦訳は田中・端緒六五一。
- (33) Kruger Q. (l. Aufl.) 28 n. 15 ; Latte 400 ; 後出註46。
- (34) Kaser AJ 342 n. 37 ; Schulz 22 s. ; Jors 52.
- (35) Latte l. c. など、confarreatio についても Kunkel PR 19 n. 3 ; Kaser PR 69 n. 13.
- (36) Schulz 21 n. 1 : Latte 102 n. 3. 既に埋葬済の屍の他の墓への移転(およびその際に提供されるべき黒羊の犠牲) についても市民は神官のもよく赴くのを常とした。 : Bruns 76 (CIL 10, 8259) : Collegium pontificum decrevit, si ea ita sunt, quae libelo continentur, placere……puela, de qua agatur, sacelo eximere et iterum ex praescripto deponere, et scripturam tituli at pristinam formam restituere piaculo prius dato operis faciendi ove atra.
- (37) Ulp. D. 11,8,5,1 : Si religiosus locus (sepulchri) iam factus sit, pontifices explorare debent, quatenus salva religione desiderio reficiendi operis medendum sit. (Latte 102 n. 3)
- (38) PS 1,21,7 : Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt nec in his ius inferre mortuum habet. (Latte 198 n. 1)
- (39) Krüger op, cit. 28 n. 20 ; Mitteis PR 96 n.9 ; Kaser PR 134 ; 船田四三三六(一)° の点を Bruck, Über röm. Recht (1954) 35 ss. によってみると、不便な民会遺言が家産購買 (mancipatio familiae) —— の原型たる銅衡式遺贈は明らかに十二表法 5, 3 に存在するが、さらに、同法5,4よりすれば、相続人不存在の場合に限って、同行為は既に全財産を一括(即ち家産購買) していただと考えられる (Kunkel PR 318 n. 6 ; Kaser 93) —— によって駆逐されると、この世俗法上の純粋に財産的な行為自体は相続人(祭祀負担者) を指定するものではないから(ただし Gandolfi, SD 21 (1955), 230, 242 並)、神官が遺産受領者についてこの

点を決定 (decreta) せざるをえなかつた (Br. 36n. 38. キケロの原則化によれば、「祭祀は財産に結びつく」： Valerius igitur omnia pendere ex uno illo, quod pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt…… (leg. 2, 20, 50) ; Expositae haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patrifamilias sacrorum memoria occideret, his essent ea (sc. sacra) adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia veniret (leg. 2, 19, 48)°。しかし「財産単独相続の必要 (Kaser PR 84, 95 ; 加藤・遺言と家産・法學一八卷四号五一頁) や法技術上 nuncupatio in tabulis certisque (の重点移行 (Br. 36 ; 船田 IV 二二六以下) によつて「家産購買行為に相続人指定が盛り込まれるようになる」と (heres ex re certa (船田 IV 二四八) の段階 ; Br. 37)「神宮は相続人を祭祀負担第一順位者とし (Br. 38 n. 44 ただし Gandolfini loc. cit.) と同時に「当然存在理由を失つたのが、既述のキケロが強調した原則——史料に則していえば、相続人全部のと少くも同量を取得した受遺(または死因受贈)者 (tantundem capiat quantum omnes heredes. なおこれは「コロンカニウス(註4)よりも以前の antiqui による要件 maior pars pecuniae legata におけるよりも少量になることがある」： Br. 28 ; H. Burchard SZ 9, 297)——である。かくてスカエウオラ父子(神宮)は「場合に依じて「受遺者を祭祀負担から解放しこれを相続人に移すことを試みた。即ち「前記原則の廻避手段をみると (Br. 29 s.) : (i) 相続人と受遺者との間で等分するような部分遺贈 (legatum partitionis : 原田三七二「partitio legata : Kaser PR 622) のときは「受遺者取得分たる二分の一(上記原則の tantundem) から名目的少額を減殺するような遺言書を作らせる (partitionis caput scriptum caute ut centum nummi deducerentur : leg. 2, 20, 53)。(ii) 遺言がこのように書かれていないときは受遺者が tantundem たる二分の一より少くなるように事実上の取得を控えねばよい (ut minus capiat quam omnibus heredibus reliquatur : leg. 2, 20, 50)°。(iii) 受遺者と相続人が共働して (cf. Br. 31 n. 27)「前者は後者の遺贈債務を nexi liberatio を通じて免除してやり(受遺者即ち債務負担者たる)とを免れ)」、同時に後者は同額を問答契約で前者に約束する (emancipatio と同じ模倣行為である : Br. 39 n. 46)°。

なお、キケロは、右のような解答を非難するに當つて次のように前置をしようとする : Sive iuris consulti sive erroris obiciuntur causa, quo plura et difficiliora scire videantur, sive, quos similis veri est, ignoratione docendi (nam non solum scire aliquid artis est, sed quaedam ars etiam docendi) saepe quod positum est in una cognitione, id in infinitam disperitur, velut in hoc ipso genere quam magnum illud Saevoiae faciunt, pontifices ambo et eidem iuris peritissimi. (leg. 2, 19, 47 ; cit. a Burchard, op. cit. 298) . 註 48 対応本文参照。 (Gr) Vocis SD 19, 66 ; Latte 203 s., 209 s. ; Mommsen St R II, 1, 51.

(40) Jhering, Geist, 2, 443 は「外形への固執たる形式主義を(i)有効な行為をするには既存の方式に拘束されるといふ制限と、(ii)

言葉の選択は自由なるも直接・明示の言明のみが効果をもつという制限とに分析して、前者を Formalismus (類型的・抽象的な形式主義)、後者を Wortinterpretation (個性的・具体的な形式主義)と呼ぶ。同旨：Schulz 29 n. 1, 35 n. 4 (aktionaler F. — interpretativer F.)。やや異なるが Mittels PR § 15 (äußerer F. — innerer F.)。本稿の敘述では、この二つの側面のうち、法律学的処理の発達に直接寄与する (i) の側面 (sic Jörs 24) とその基礎と考えられる (ii) の側面との関連に留意し、さらに後者を、極めて分析不足であるが「カズイスタック」の概念によって理解することにした。その理由は、経験主義的法形成への問題関心から、ラッテの示唆する硬直的な形式主義 (彼の敘述体裁からすれば、発生的に先行する (ii) の側面の問題であると判断される) と弾力的なカズイスタックとの関連 (具体的な現実的態度は、先例を固守する反面では、新事態に対処してその実質を少しずつ変えてゆく柔軟性を同時にもたざるをえない)、を重視したからである。本稿末尾、補遺参照。

- (41) 表現のみ Latte 205 より。
- (42) Jhering, Geist, 2, 398 n. 541 ; J. Poli, Verba praeire dans la legis actio, RIDA 5 (1950) 291 n. 22 ; Latte 62. ただし concepta verba としき Schulz 33 n. 2, cf. n. 8.
- (43) Plin. n. h. 28,11 : praeterea alia sunt verba impetritis, alis depulsoriis vidimusque certis precationibus obsecrasse summos magistratus et nequod verborum praetereatur aut praeposterum dicatur, de scripto praeire aliquem rursusque alium custodem dari qui attendat (Jörs 19n. 1 ; Latte 62, 198 n. 3).
- Liv. 9,46,6 : Aedem Concordiae in area Vulcani summa invidia nobilium dedicavit (scil. Cn. Flavius aedilis curulis) ; coactusque consensu populi Cornelius Barbatus pontifex maximus verbis praeire, cum more maiorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare. (Latte, 62). ↑ 般と Kaser PR 23 n. 10 ; Schulz 19 n. 9.
- (44) e. g. “quod me sentio dixisse” : Schulz 33 n. 5 ; 34 (ver sacrum) ; Latte 62 ; 24 (“was ich mir bewusst bin zu sagen”). 語り手のまさに思っていることが生ずるように、語り手の気づかぬ方式上の欠陥から予期せぬことが起ることをいふように、この意味。世俗法上類出する “qua de re agitur” (e. g. in Lex Rubria de Gallia cisalpina (小憲・北法一五卷三十四次五以下) ; Cic. pro Murena 13,28 : neque tamen quicquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim ‘qua de re agitur’ addere.) かりにに対応する現象 (Schulz 33 n. 6)。
- (45) Gai. 4,30 : ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Latte 62 ; Kaser PR 23.

- (46) Latte 24 ; 199 n. 4, ibi cit. : Macr. Sat, 3,3,1 : et quia inter decreta pontificum hoc maxime quaeritur. quid sit sacrum. quid profanum, quid sanctum, quid religiosum. Gai. 2,5/6 : sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto. Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum (原田や川). loca religiosa (墓) に私有地という要件が加わるため、属州では祭制が必要となる (Kaser PR 320 n. 16 ; Kunkel PR 78 n. 8. cf. Latte 200) : Gai. 2,7 : Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur. utique tamen, etiamsi non sit religiosum, pro rilegoso habetur. なお、sacer-religiosus の区別が以上のような意味で硬化する以前につき : Kaser AJ 47 n. 41.
- (47) リリから生ずる困難について Latte 200, ibi cit. : Liv. 27,25, (7. quod, cum, bello Gallico, ad Clastidium, aedem Honori et Virtuti vovisset (sc. Marcellus, a. 223), dedicatio euis a pontificibus impediatur,) 8. quod negabant unam cellam duobus diis recte dedicari, quia, si de caelo tacta aut prodigii aliquid in ea factum esset, difficilis procuratio foret, quod utri deo res divina fieret sciri non posset ; (9. neque enim duobus nisi certis deis rite una hostia fieri.) Jhering, Geist, 2,401 n. 549 によれば、法律行為または訴が二つの異なる法関係または請求を含みえないように、一つの神殿は二つの神を容れえない。
- (48) Latte 198 (Distinktion) ; Jhering Geist, 2,399 f. (zersetzung Methode).
- (49) Latte 202 (theoretische Kasuistik). 従者が前兆を誤報せるときは、その結果がふりかかるのはその者限りであつて、これに基づいて行動する政務官ではない : Liv. 10,40 (a. 293) (9 : altercatio inter pullarios orta de auspicio eius diei……) 11 : ille (sc. consul) : “……qui auspicio adest, si quid falsi nuntiat, in semet ipsum religionem recipit ; mihi quidem tripudium nuntiatum populo Romano exercituique egregium auspiciū est.” (13. Priusquam clamor tolleretur concurrereturque, emissio temere pilo ictus pullarius ante signa cecidit. (14. Quod ubi consuli nuntiatum est : “Di in proelio sunt”, inquit ; “habet poenam noxium caput.”)
- 前兆の受領を拒否して、自身に対してはこれを無効ならしめうる : (Latte 202 n. 2) : Plin. n. h. 28, 17 : In augurum certe disciplina constat, neque diras neque auspicia pertinere ad eos qui quamque rem ingredients observare se ea negaverint, quo munere divinae indulgentiae maius nullum est. (モムゼンの説明によれば、神意啓祈願権者は自身の観案結果を信用するよう要求しうる。この基礎をなすのは、神意に反して不幸な結果を招くのは政務官(ないし神官 *augur*) 個人であつて國家ではないとい

う、従者・主人間の関係(前掲 Liv. loc. cit.) になじむると同じ觀念である: Mommsen St R I. 80 n. 4)

Cic. de divin. 2,77: Et quidem ille (sc. M. Marcellus,) dicebat, 'si quando rem agere vellet, ne impediretur auspiciis, lectica operta facere iter se solere.' Huic simile est, quod nos augures praecipimus, ne iuge auspiciam obveniat ut iumenta iubeant diiungere. Quid est aliud nolle moneri a Iove nisi efficere ut, aut ne fieri possit auspiciam, aut, si fiat, videri? (Latte l. c.; Schulz 35 n. 1)

Fest. s. v. Prohibere comitia: dicitur 'vitiare diem morbo' qui ob id ipsum 'comitialis appellatur (morbus comitalis: Mommsen St R I 87 n. 1). Cato in ea oratione "Domi cum auspicamus, honorem dium immortalium velim habuisse. Servi, ancillae, si quis eorum sub centone crepuit, quod ego non sensi, nullum mihi vitium facit. Si cui ibidem serbo aut ancillae dormienti evenit, quod comitia prohibere solet, ne is quidem mihi vitium facit". (Latte l. c.; Schulz 34 n. 3)

(50) Latte 202.

(51) Latte 25. cf. Koschaker, Europa u. das röm. Recht 188: 「法曹法におけるある法制度の發展をその始めと終りとで較べてみるなら、その隔りが恐ろしいほど大きいことがしばしばある。しかし、この長い道は、性急な跳躍ではなくて、慎重な小さな歩幅でゆつくりと歩まれたのである。このように常に過去に結びついているから、法曹法は、法秩序全体のなかで最も保守的な部分たる私法の形成にとりわけ適している。」

(52) 表現のみ Schulz, History of Roman Legal Science (1953) 32 より (Schulz (Geschichte) 38): では "begriffliche Abstraktion"°

(53) Jors 24 f.; Jhring Geist 2, 578 ff.; Kaser AJ 346, PR 23.

(54) 市民法の所有権移転方式と同様な抽象的方式として、例えば *legum dictio* があげられる (Latte 212 n. 1; Ser. Aen. 3, 89: *augurium tunc peti debet, cum id quod animo agitamus, per augurium a diis volumus impetratum et est species ista augurii, quae legum dictio appellatur. Legum dictio autem est cum condicio ipsius augurii certa nuncpatione verborum dicitur.*)

(55) 世俗法上の例になるが、将来同種の事例において起こりうるべき問題を網羅しえている経験上試験済の便利な法律行為方式は、農業論の著作で伝えられており、Jhering, loc. cit. の引用例中から家畜売買の瑕疵担保管契約の方式をあげると (op. cit. 581 n. 788): Varro, re rust. 2,2,6: *emptor stipulatur p r i s c a formula sic: "Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra ruscam, surdam, minam (id est ventre glabro), neque de pecore morbosum esse,*

habereque recte licere ; haec sic recte fieri spondesne ?⁹⁴

厳格な文字解釈という側面を考慮するならば、こうした便利な方式の発案者には大きな名声が与えられたと考えられ、その名が伝わる例として（Jhering 580 n. 786）： *cautio Muciana*（原田八九⁹⁵ 三四〇）； *stipulatio Aquiliana*（原田三三八）。

(96) *fas-tius* の関係として前出註13。

(97) *Kaser PR 23 n. 19, Pomp. D. 1, 2, 2, 6 i. f.*（前出註1）⁹⁶、*Kaiser PR 23 n. 6, cf. J. Paoli, op. cit. 289 n. 11 ; 298 s.*（法律訴訟方式としての *privatus praetor*）。

(98) *Kunkel PR 19 n. 3 ; Kaser PR 22-23 ; AJ 336 ; 片岡・ノース・1〇11*。

(99) 前出註93⁹⁷、*Jhering 2. 395*。神宮の祭祀負担者としての決定（*decretia*）では、第三順位者として *usucapio pro herede* がある。

(99) *Kunkel PR 19-20 ; Kaser PR 23, AJ 323*。なお、形式主義の基礎（註18・20対応本文参照）としての呪術的要素の比重・残存程度では争がある。*Kunkel l. c. ; SZ 68, 562 n. 4* は最も肯定的にみえる。*Kaser AJ 321 ss.*（片岡・ノース・1〇11）によれば、(1)当初は呪術的観念を含んでいた形式主義（ただし重点は言葉よりも権力取得動作におかれている）の実効力は、(2)法発見方法の合理化（神判からの脱却）後は、先例の蓄積のなかで成立した合理的法原則との関連自体に基づくこととなる。特定の式語のほかに象徴動作を要する *vindicatio, mancipatio, manus iniectio* などは、(1)の段階で廻る。これに対して *Wieacker SZ 67, 542 s.* は、これらの形式的行為の成立における呪術的要素の関与をどうも否定的である。*Schulz 10 n. 5* は、強々 *Kunkel l. c.* に反対する点からみれば同旨と考えられる。

(91) *Kaser AJ 345*（片岡・ノース・八八⁹⁸ 一〇三）；*cf. Jhering 1, 300 ss.* とりわけ *H. J. Wolff, Rom. Law 94* は、神法・世俗法の当初の接点としての説明を強調して前出(9)を却けるが、その理由は、形式主義における呪術的要素の評価（前註）に関連するのではないかと思われる。

(92) *cavere* の意味：*Cic. p. Murena 22*（*Respondent Ser. Sulpicius*）：*Vigilius tu de nocte, ut tuis consultoribus respondas, ille*（*Feldherr L. Murena*），*ut eo quo intendit mature cum exercitu perveniat…… tu actionem instituis, ille aciem instruit, tu caves, ne tui consultores, ille, ne urbes aut castra capiantur.*（*Jörs 80 n. 2 ; Mitteis PR 293 n. 9, 10 ; Wenger, Q. 486 n. 135.*）

(93) 狭義の *responsa*（*Schulz 61 n. 7*）。共和制期世俗法律の仕事は三つの言葉 *respondere, cavere, agere* で区別される（*ingere* は訴訟方式についての *cavere* と考えられる：*Jörs 82 n. 1 et 2 ; Wenger, Inst 12 n. 14 ; Arangio Storia cit. 124*）——*Cic. de*

or. 1, 212: quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.

- (64) Schulz 23 s. (cf. 19). シュルツのこの二分法の理由は明らかでないが、神官法学の伝統をよく現わし、今日も意義ある共和制期特有の、所謂予防法学 (Kautelarjurisprudenz, 原田一四) が明確に位置づけられる点で便利である。Schulz 20 s. は神事上の解答につき既に二分法を試みており、註30・36対応本文を(a)に、註32対応本文の場合を(b)に属せしめている。
- (65) Schulz 23 は次のように列挙する: institutio heredis (substitutio, exhereditatio, tutoris datio); cretio; legata; confarreatio, adrogatio; mancipatio (m. fiduciae causa, m. familiae, coemptio); in iure cessio, manumissio vindicta, adoptio, emancipatio; sponsio, fidepromissio; nexum, solutio per aes et libram, acceptilatio; (legis actiones). (66) Schulz 24 n. 4.
- (67) 例えばキケロの住宅の Konsekration の可否についての神官団の解答(註32)は、クローヂウス提案の法律中に、彼への明示の Deditio 委託が存在していたか否かには立入らない: Jörs 39 n. 1; Mommsen StR 2,50 n. 1.
- (68) Schulz; Arangio Storia cit. 122. (69) Schulz 38. (70) cf. Kaser PR 41 n. 28.
- (71) mancipatio nummo uno; imaginaria quaedam venditio: Gai, 1,113; 119 (Kaser PR 40 n. 26).
- (72) “nachgeformte Rechtsgeschäfte” (Rabel SZ 27, 290; 28, 311; Kaser PR 35n. 5 原田八一); “Scheingeschäfte” (Jhering, Geist 2,528; 3,273; Jörs 94 n. 1). なお、神法上の模倣行為の例として、大神官が Flamines (非同僚制) を任命する captio は、パピスタの場合から模倣である (Latte 402)。
- (73) ① 原方式の適用: 信用売買、贈与 (donationis causa), 嫁資 (dotis causa), noxae datio, fiducia, acceptilatio, 遺贈 (legata). ② 変形方式: coemptio matrimonii causa (Gai. 1, 123: quae coemptionem facit non deducitur in servilem condicionem); mancipatio familiae (Gai. 2,104: “familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta”). ③ 合成行為 (zusammengesetzte Geschäfte): emancipatio (3 mancipationes + 2 manumissiones + remancipatio); adoptio (3 manc. + 2 manum. + in iure cessio); 手権 (手権) 離脱 (mancipatio + manumissio). ④ 将来権 (債権) の設定・解消: nexum, nexi liberatio.
- (74) 制定経過の伝承: 船田 I - 16 以下。
Liv. 3, (9,2): C. Terentilius Arsa tribuns plebis eo anno (462) fuit. Is…… maxime in consulare imperium, tamquam nimium

nec tolerabile liberae civitati, invehebatur : (9,4 :) 'duos pro uno dominos acceptos infinita potestate, qui effrenati ipsi omnes metus legum verterent in plebem ; (9,5 :) quae ne aeterna illis licentia sit, legem se promulgaturum, ut V viri creentur legibus de imperio consulari scribendis : quod populus in se ius dederit eo consulem usurum ; non ipsos libidinem ac licentiam suam pro lege habituros..... (31,7) : Tum abiecta lege, quae promulgata consenuerat, tribuni lenius agere cum patribus : 'finem tandem certaminum facerent, communiter legum latores et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent quaeque aequaendae libertatis essent, sinerent creati.' (31,8 :) Rem non aspernabantur patres, laturum leges neminem nisi ex patribus aiebant. Cum de legibus conveniret, de latore tantum discreparet, missi legati Athenas....., iussique inclitis leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta mores iuraque noscere..... (32,6/7 :) Iam (452) redierant legati cum Atticis legibus. Et intentius instabant tribuni, ut tandem scribendarum legum initium fieret. Placet creati Xviro sine provocatione, et ne quis eo anno alius magistratus esset. Admischerentur plebei, controversia aliquandiu fuit ; (33,3) X viri creati Appius Claudius (34, 1 :) Tum (451) legibus condendis opera dabatur ; ingentique hominum expectatione propositis X tabulis, populum ad contionem advocaverunt : (34,3 :) 'se omnibus, summis infimisque, iura aequasse.' (34,6 :) Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae viderentur, centuriatis comitiis X tabularum leges perlatae sunt, quae nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum culmofons omnis publici privatique est iuris. (34,7 :) Vultur deinde rumor, duas deesse tabulas, quibus adiectis absolvi posse velut corpus omnis Romani iuris. Ea exspectatio desiderium Xviro iterum creandi fecit. (36, 5 :) Decem regum species erat, ut, si quis memorem libertatis vocem aut in senatu aut in populo misisset, statim virgae securaeque expedirentur. (37,4 :) Iam et processerat pars maior anni (450) et duae tabulae legum ad prioris anni X tabulas erant adiectae, nec quicquam iam supererat, si eae quoque leges centuriatis comitiis perlatae essent, cur eo magistratu rem publicae opus esset. (38,1 :) Idus Maias (449) venere. Nullis subrogatis magistratibus, privati pro decemviris, neque animis ad inhibendum imminutis prodeunt. Id vero regnum haud dubie videri. (51,13 :) Decemviri, querentes se in ordinem cogi, non ante quam perlatis legibus, quarum causa creati essent, deposituros imperium se aiebant. (54,5 :) Factum senatus consultum, ut Xviri se primo quoque tempore magistratu abdicarent, Q. Furius pontifex maximus tribunos plebis

crearet, et ne cui fraudi esset secessio militum plebisque.…… (56,1 :)…… tum tribuni, adgredi singulos tutum maturamque iam rati, accusatorem primum Virginium, et Appium reum deligunt.…… (58, 2 :) Virum honoratissimae imaginis futurum ad posterum, legum latorem conditoremque Romani iuris, iacere vinctum inter fures nocturnos ac latrones!

Cic. de rep. 2, 36, 61-37, 63 : (Dedemviri) cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque conscripsisset, in annum posterum X viros alios subrogaverunt,…… qui duabus tabulis iniquarum legum additis,…… conubia…… ut ne plebi cum patribus essent, inhumasissima lege sanxerunt. (Bruns XII tab. 11,1)

- (75) Wieacker, Vom röm. Recht (2. Aufl. 1961 (以下著者名のみで引用) 47, 54 (cf. RIDA3(1956)471 s., 490). 立法経過上の類似として、例えば、非常事態における調整権力がその強力さのゆえに新たな争の原因になること、即ち、官職の重みに負けた十人委員の失脚(Liv. 3,36 § 前註)とソロンの悲歌(in Polit. Athen. 12,4 村川訳(昭和十四年)一〇頁)とが並べられている(W. 50)。
- (76) Wenger, Quellen 358 n.10. Liv. 3,9,5 (註74) の quod 以下は成文化の要求と解しうる(p.359 n.11. cf. Kipp Gesch. 34 n.1)。
- (77) “aequandae libertatis” (Liv. 3,31,7 註74); “omnibus iura aequasse” (34,3 註74)。
- (78) Schulz, Prinzipien d. röm. Rechts, 5n.4; Kaser PR 26; Kunkel RG 19 ; Wieacker RIDA cit. 490. ただし、個別の規定における影響関係は実証困難、参照・船田、十二表法とソロンの法典(法と政治の諸問題・昭和十五年所収)、Wieacker RIDA cit. 468 s.
- (79) cf. Schulz 19 Nr. 2-1. (79 a) 同法中の主要な制度若干は、本来、貴族に固有のものであったかもしれない(Kaser PR 24 n. 3)。
- (80) Kunkel l. c.; Arangio, Storia cit. 58 ; Wieacker 48,52,53.
- (81) 以下の内容概観は Wieacker 53 § による。彼は同法を差当り十六・七世紀の Landesordnung とたとえている(W. 45)。これに対して、同法を主として私法を規定せるものと捉える(とくに Rotondi, Scritti giuridici I, 29) ときは内的統一原理の発見が困難になる(W. 53)。
- (82) 大逆(第九表の §5 perduellio. 片岡・刑法・註一(b)、殺人(同 §4 parricidium. 片岡・刑法・註三・一(a)・三(a))。なお Arangio, Storia 79 は、殺人を原理的にはなお復讐に属せしめるので、第九表の quaestores parricidii の場合を家長殺に特定する。
- (83) Arangio, 74 § に従って復讐ないし贖罪金支払の構成要件を概観すると：殺人および傷害(parricidium につき前註。故意なき殺人につき註22。第八表(以下同じ)の §2: membrum ruptum (talio); §3: os fractum (300 pona); §4: iniuria (25 poena))。一盗 (§12: nox furtum (iure caesus esto), §13 luci, si se telo defendit (occidi); §14: ceteri manifesti fures (addici); §15:

concepti et oblati furti (poena tripli); § 16 : nec manifestum (duplione damnum); § 19 : depositi (in duplum); § 20 : crimen suspecti tutoris)。—農民財産の保護 (§ 8 : 註 17, § 9 : frugem aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse (suspensum Cereri necari); § 10 : Aedes acervumve frumenti combusserit (igni necari); § 11 : arbores caesae; § 6 : de pauperie; § 7 : de pastu pecoris) (84) Wieacker 56.

- (85) 各規定が何表に属するかが裏証されるのは十二表法の現存伝承規定全体のうちの若干—I-1, II-2, IV-2 (註 92), X-4, XI-1 (註 74 末尾) : Wenger, Quellen 369 n. 113 et 114—によらず、Schöll (Leges XII tabularum reliquiae 1866) の配列も仮説に止る。cf. Kunkel RG 18. ; Wieacker RIDA cit. 462, 467 n. 23.
- (86) Rotondi l. c. 古代法の中心原理たる家長権は VI-2 でのみ、遺言も一回 (V-3/4) 触れられるに止る (Arangio 64)。
- (87) 擄取行為 (VI-1 : Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.) および確定金額の誓約 (小菅・北法一五・三・四七八)
- (88) cf. “fons omnis publici privatique iuris”; “corpus omnis Romani iuris” (Liv. 3,34,6/7, 註 74)。
- (89) Kaser AJ 72, 79 ; RG 112 ; PR 25. (イ) 訴訟方式 (市民法訴権) の法律的基礎については差当り小菅掲掲・四七三註二〇後段 (対人訴権のみ)、Pomp § 6 (註 1)。(ロ) 法律行為方式については、十二表法以後の事例としては合成行為 (註 73 ㉘) が有名だが、同法以前の方式における本文のような事例が私には明らかでない——物権遺贈の当初の方式 (Kaser AJ 153) に XII tab. 5,3 による基礎づけを示す文言 (secundum legem publicam : Kaser AJ 72 n. 38 ; PR 93 n. 4) が加わるというたような想像ができればよいのであろうか。
- (90) Kruger (I. Aufl. 26 n. 9. Pomp. D. 1, 2, 2, 5 : His legibus latis coepit (……, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, ……communi nomine appellatur ius civile. § 6 (註 1). § 38 : (S. Aelii liber) tripartita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio. § 12 : proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.
- (91) Schulz 31 n. 5 ; Kaser AJ 353 n. 38 (emancipatio, adoptio : 註 73 ㉙)。
- (92) IV-2 : Si pater filium ter venum duit filius a patere liber esto.

- (93) Krüger 26 n. 7; H. J. Wolff 64 (通説). ただし IV-2 の規定が *noxae datio* のための家長権からの解放であったとすれば、合成行為における解釈の創造性は減ずることとする (Kaser PR 63)。
- (94) 十二表法が沈黙する場合の類推も注目される: Gai. 1, 165 (Wolff 64 n. 2); Gai. 1, 132 (Krüger 26 n. 8)。
- (95) 伝えられる *leges rogatae* 八百のうち私法(訴訟立法を除く)のものは僅か三〇しかも前二五〇年前に上つては、やはり半減する (Schulz Prinzipien 6 n. 10; Rotondi, *Scr. giur.* I, 4)。
- (96) Arangio Storia 130; 参照・註 65。創造的解釈の好例として通常まずあげられるのは、民会遺言と家産購買とからの銅衡式遺言の形成(註 39 参照)である。
- (97) ここで「解釈」と既出の「解答」との関係を見ると、「解釈」は法律家の実践活動(*respondere* 解答)の理論的成果であり、「二」の呼名は同一事実についての観点の相違である (Jörs 95 n. 2; Krüger 26 n. 9)——Cic. *leg.* 1, 14: *Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id (ius civile) interpretari populo et responderi soliti sint, sed eos magna professo in parvis esse versatos*。したがって、十二表法以後の市民法(*ius*)の発達が *respondere* とそれ以上、市民法の発達は同時に *ius interpretatio* と呼ばれる (Krüger 50 n. 21)——Cic. *orat.* 1, 199: *Senectuti vero celebrandae et ormandae quod honestius potest esse perflugium quam iuris interpretatio?* 200: *Est enim sine dubio domus iuris consulti totius oraculum civitatis*。——Jörs *interpretatio iuris* (解釈の対象は僅少な *leges* よりは、むしろ既存の法制度である: Arangio Storia) の呼名にも、今日とはかなり異なる解釈の実態が現われている。
- (補遺) Rabel, *Grundzüge d. röm. PR.* (2. Aufl. 1955) 3 の敘述を本文 II (3) の図式 (a)(i)(b) にあてはめてみると(註 40 末尾参照) : 「訴訟開始手段 (*iudicia, actiones*) の体系は、徐々に複雑になりながらも、常に、必然的に間隙あらざるをえぬものであるから、」
 「a」実務をして骨の折れるカズイスイテックを余儀なくさせる: 即ち、人は、「i」従前とおりにいかなる場合にも自分が既存の訴訟類型の枠に固く繋がれているのを承知してはいるが、「ロ」恐るべき細かきと自由さで構成要件の限界を探り、出来るだけ多くの人を満足させようとする。こうした状態の存続……に最も力あったのは、勿論、ローマ法律家の素質、即ち、彼らの鋭い実践的感覚、用心深く進むやり方、カテゴリイを学問的に作り上げる能力の未発達——「b」彼らの抽象力 *Abstraktionskraft* は、他のどの民族の法律学に較べても遙かにこれを凌駕するものではあるが——、である。」