



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Azoins Summa in c. 8. 5 2 -アゾーの慣習法論(1) -
Author(s)	小川, 浩三; OGAWA, Kozo
Citation	北大法学論集, 38(5-6上), 279-301
Issue Date	1988-07-20
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16601">https://hdl.handle.net/2115/16601</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)1_p279-301.pdf



## Azonis Summa in C.8.52

—アゾーの慣習法論(1)—

小川 浩 三

長期の慣習法とはなにか。(表題)

- 一 慣習法とはなにか。
- 二 いかなる慣習法が長期だといわれるか。
- 三 慣習法は、一判決により導入されるのか、それとも、二判決によつてか。
- 四 慣習法が判決を通じて導入されるのは、将来にわたつて同じように裁かれることを民族あるいは属州長官がよいとする場合だけである。
- 五 慣習法が導入されたということは、なにかから認識されるか。

六 慣習法の効力の強さは、どの程度か。

- 七 慣習法は、成文の法律を一部廃棄(限定)するか。それは、どのような場合か。

成文法 (*ius scriptum*) については、上で述べた<sup>(1)</sup>。われわれは、ここでは、不文法 (*ius non scriptum*) についてみてゆくことにするが、このために、勅法彙纂も、「長期の慣習法 (*longa consuetudo*) とはなにか」という章を置いている。それゆえ、われわれは、慣習法とはなにか、また、慣習法という語はどこ

料からきたか、をみてゆくことにする。

資

一 慣習法とは、すなわち、不文法、民族〔ないし国民〕の長期にわたる習いにより導入された法 (*ius moribus populi diuturnis inductum*) である。I.1.2.3<sup>(2)</sup>にあるように。また、慣習法 (*consuetudo*) とは、「共通の習慣 (*communis assuetudo*)」の一種だともいわれる。さらに、*consuetudo* には、別の用法があり、別の意味、別の本性をもつものとしても用いられることがある。長期の慣習法とはなにか。本章の表題はこのようになってはいるが、しかし、この表題のもとに並べられている諸法文がこの問題を追求する仕方は、なまくらである。

二 慣習法は、すなわち、一〇年ないし二〇年の期間導入されれば、長期であることができる。最長期、つまり三〇年、あるいは、高齢 (*longaevus*)、つまり四〇年もあればなおさらである。さらに、五〇年あれば、長期だということを証明できることは、明らかである。その理由はこうである。すなわち、長期の慣習法は、法律に代わる役割を果たすといわれている。C.8.52.1<sup>(3)</sup>にあるように。ところで、<sup>(4)</sup>時効は、一〇年のものが長期だと考えられている。I.2.6.pr.にあるように。したがって、慣習法についても、問題がおこるのは同じ土地にいる者同

士の間に限られるのが通常であるから、一〇年で長期だと解するのが首尾一貫している。しかしながら、その記憶がないものが長期だと説く者もいる。その論拠は、C.8.52.2<sup>(5)</sup>および D.39.3.2<sup>(6)</sup>である。しかし、私は、これがよいとは考えない。

三 一〇年ないし二〇年の間に同旨の判決が一度下されていれば、〔慣習法を認めるのに〕十分であるかと問う人がいるかもしれない。この問いに対して、私は、否と答える。なぜなら、少なくとも二度繰り返されなければ、慣習〔法〕とはいえないからである。C.1.43.4<sup>(7)</sup>にあるように。さらに、次のような異論をだすでしょう。すなわち、「私の考えに従えば」結果的に、二度の例にしたがって裁かれることになるが、それはあつてはならないことだ、と。C.7.45.13<sup>(8)</sup>にあるように。

四 私は、次のように答える。長期間にわたつて少なくとも二度の判決が慣習法を導入すると述べたが、その場合、次のことを読み取つてほしいと思う。すなわち、これは、将来にわたつて同じように裁かれることを、つまり、今後とも常に同じように行なわるべきことを、民族〔ないし国民〕 (*Populus*) 全体あるいは属州長官 (*Proeses*) がよしとする場合のことである。このようにして慣習法は生ずるのであつて、これ以外には生じようがない。慣習法が導入されていることは、なにかから識別され

るか。

五 すなわち、それは、とりわけ三つの事柄から識別される。

まず、異議なくそのように守られてきたということから。次に、このように行なってきたことに対して苦情をいう嘆願書 (*libellus*) を受け取ったことがなかったということから。第三に、「訴訟において」慣習法がないと異議がだされたが、この異議が却けられて慣習法があると判断された場合があるということからである。

六 慣習法の効力の強さはどの程度か。すなわち、慣習法は、法律を作り (*conditrix*)、廃棄し (*abrogatrix*)、解釈する (*interpretatrix*) ものとも考えられる。D.1.3.32.1 および 38 ならびに I.1.2.9 があるように。しかし、以上の三法文は古いものであって、現在では、事態は逆になっていると説く者もいる。C.8.52.2 にもあるように。なぜなら、これらの法文においては、全権力は元首 (*princeps*) に移されていたからである。あるいは、前の三法文は、「帝国内の」邦共同体 (*civitas*) が自らのために慣習法により定めたことを対象にしている(と説く者もいる)。なぜなら、慣習法は、成文法律により、あるいは、反対の慣習法により廃されるのに対して、成文法律は成文法律によってのみ廃されるからである。あるいは、前の三法文は、一般慣習法

(*consuetudo generalis*)、つまり、元首が容認する慣習法、(法律に反することを国民が) 確実に知ったうえで (*certa scientia*) 導入されたと考えられる慣習法を対象とするものであり、最後の法文は、ある土地の特別慣習法を対象とするのであって、これは、確実に知ったうえで導入されたもので、その土地で守られているとしても、法律を廃棄しない(と説く人々もいる)。D.8.4.13.1 があるように。しかし、これは反対だと思われる。D.4.12.3.5 があるように。

七 しかし、法律がそれに反対の慣習法の後に続くものか、それとも、それより先にあるものかを分別せよ。法律が後に続く場合、この法律は後法であるのだから、先にある慣習法を〔抵触する限りで〕一部廃棄(限定)する (*deogare*)。逆の場合には、慣習法が法律を一部廃棄する。ただし、慣習法が認められるのを法律が禁止する場合は別であるが。利息に関するわれわれの法律のように。しかし、錯誤により慣習法が導入されたというのであれば、それが守られている土地であっても、法律を一部廃棄しない。D.1.3.9 の事案を、そこで示したように、われわれとは別様に措定して、異論を唱える人がいるとしても。法律が約定による一部廃棄を可能とするもの(当事者一方の利益になるようにと導入された約定で行なわれているように。た

たとえば、負債額より低額の質である場合に、残額は訴えられないという約定のように) かどうかを分別する人々もいる。可能とするものであれば、このような法律は、慣習法によつて、それが守られている土地で一部廃棄される、と説く。逆の場合、すなわち、法律が約定により一部廃棄されない場合には、慣習法によつても不可能であると説く。この分別は、ヨハネス・バツスイアヌスが C.2.3.29<sup>(18)</sup> において示したもろもの事案について行われ、彼らは、慣習法を約定と同列なものとしているが、そうするにはもつとも思われる理由がある。なぜなら、慣習法も黙示の同意 (consensus tacitus) だといわれているからである。D.1.3.32.1<sup>(19)</sup> にあるように。しかし、この考え方は正しくないと思われる。なぜなら、この考え方によれば、明示的に同意できない狂人などに対しては、慣習法の効力を主張できないからである。D.1.9.2.14<sup>(20)</sup> にあるように。ただし、次のように答えるのであれば別であるが。すなわち、全体〔団体〕(universitas) のうちの多数が同意しているのだから、これによりすべての人々が同意したのと同じになり、したがつて慣習法の効力を対抗できる<sup>(21)</sup>。D.50.1.19<sup>(21)</sup> にあるように。これに対しては、ヨハネス・バツスイアヌスが<sup>(19)</sup> 従つて、次のように答えよ。この〔多数決の〕準則は、選挙の場合は正しい。同様に、〔多数決

で決められれば) 全体を訴えることができるというのも正しい。多数が行なつたといわれることになるのだから。しかし、〔事情を〕知らない一個人が訴えられうるというのであれば、それは正しくない。ところで、この慣習法は個々人の財産を奪うものであり、それが導入されれば、個々人が訴えられることになる。これは、〔多数の同意があつたからといって〕できることではない。なぜなら、私が義務を負うと私自身に対して千回約定されても、それは私に対して何の利害関係ももたらすものではないからである。反対の慣習法がある場合に、法律がただ一回出されただけかどうかを分別する人々もいる。法律が一回出されただけであれば、慣習法が法律を廃棄する。しかし、制定された法律が、慣習法が出てきた後で、強化されたかどうかが重要である。強化されていれば、反対の慣習法は、法律が先に導入されていたとしてもそれに劣後する。売却について、それが引渡しによつて強化されていなければ、反対の同意だけで (solutis sensu) この契約は解除され、引渡されていれば、そうはできないと述べられていることから引き出された論拠に基づいて。売却については、C.4.45.1<sup>(22)</sup>。

Quae sit longa consuetudo. (Rubrica)

1. Consuetudo quid sit.
2. Consuetudo longa quae dicatur.
3. Consuetudo an una sententia inducatur, et an duabus.
4. Consuetudinem non aliter per sententiam induci, quam si populo vel praesidi placuerit ita iudicari in futurum.
5. Consuetudo ex quibus cognoscatur esse inducta.
6. Consuetudinis autoritas quanta sit.
7. Consuetudo an et quando deroget legi scriptae.

Dictum est supra de iure scripto : videamus de iure non scripto, et ideo ponit quae sit longa consuetudo. Videamus ergo quid sit consuetudo, et unde dicatur. 1. Et quidem consuetudo est ius non scriptum, moribus populi diuturnis inductum. ut Instit. de iur.nat.§.constat. Diciturque consuetudo, quasi communis assuetudo : et alias dicitur consuetudo, et in alia significatione, altera natura. Quae sit longa consuetudo? et ita licet contineatur in rubrica, tamen leges sub ea positae, obscure quaestionem istam prosequuntur. 2. Et quidem longa consuetudo dici potest illa, quae x.vel xx.inducitur. Multo magis longissimo tempore, id est xxx : vel longaevo, id est xl.annorum : et potest hoc aperte probari per l. Cum enim dicatur longam consuetudinem vicem legis obstinere. ut C.quae sit longa consuetu.l.j. ea autem praescriptio consetur esse longa, quae est x. annorum. ut Instit.de usucap.§.et cum hoc placitum. consequens est hic, cum res tantum inter praesentes agatur frequenter, longam consuetudinem etiam decem annorum intelligi. Quidam tamen dicunt esse longam, cuius non extat memoria. argument. infra eodem l. consuetudinis. et ff. de aqua pluvia arcenda.l.ij. Quod non placet. 3. Illud quaeret aliquis, nunquid sufficiat semel intra x. vel xx. annos ita esse iudicatum? Respondeo non, quia duabus vicibus ad minus consuetudo

駁  
駁  
dici potest. ut C. de episcopa. audientia. l. iij. in fin. Iterum oppones. ergo duobus exemplis iudicatur, quod esse non debet. ut C. de senten. et interlocuto. omnium iudicium. l. nemo. 4. Respondeo, quod dictum est saltem duas vices per longum tempus inducere consuetudinem, exaudiendum est, si populo, vel praesidi placuerit ita iudicari in futurum, id est, ut sic de caetero semper fieret : et sic fiet consuetudo, aliter non. 5. Ex quibus dignoscitur esse inducta? Et quidem ex tribus praecipue. Primum est, quia sic est obtentum sine contradictione. Secundum, quia libelli querimoniarum de re tali non recipiebantur. Tertium, si cum contradiceretur non esse consuetudinem, reprobata contradictione iudicatum est esse consuetudinem. 6. Quanta est consuetudinis autoritas? Et quidem videtur quod consuetudo sit conditrix legis, abrogatrix, et interpretatrix. ut ff. de leg. et senatusconsult. l. de quibus. §. ex non scripto. Sed quidam dicunt quod illae leges antiquae sunt, hodie contra. ut j. eo. l. consuetudinis. His enim legibus translata erat omnis potestas in principem. Vel, ibi loquitur de eo, quod civitas sibi constituit per consuetudinem : namque ea vel lege scripta, vel contraria consuetudine tollitur : lex autem scripta, tantum lege scripta. Vel, ibi loquitur de generali consuetudine, id est quam princeps patitur, quae ex certa scientia inducta videtur : hoc de speciali alicuius loci, quae legem non abrogat, etiam si ex certa scientia sit inducta : licet in eo loco servantur. ut ff. com. prae. l. venditor. §. si constat. Sed contra videtur. ut ff. de sepul. vio. l. iij. §. divus. 7. Sed distingue, utrum lex sequatur consuetudinem, cui ipsa est contraria : an praecedat. Si lex sequatur : quia posterior est, derogat consuetudini, quae praecessit : alioquin legi consuetudo derogat : nisi lex consuetudinem prohiberet admitti, ut in usuris habemus. Si vero per errorem inducta esset : nec in eo loco legi derogaret. licet quidam contradicant, qui aliter, quam nos, casum illius legis. ff. de legi. et senatus. l. quod non ratione. ponunt : sicut ibi notavimus. Alii distinguunt, an lex sit talis, cui derogari possit per pactum (ut est in omnibus, quae favore alicuius sunt inducta : vel ut non agatur ad residuum si pignus sit minoris precii, quam debitum) et tunc tali legi per consuetudinem derogari in eo loco dicunt : alioquin, si per pactum legi non potest derogari, secus dicunt. Quod accidit in casibus, quos supra de pact. l. si quis in conscribendo. notavit Iohann. Bos. et merito consuetudinem pacto

parificant : quia ipsa consuetudo consensus dicitur tacitus. ut ff. de legi. et senatuscons. l. de quibus. in fin. Sed hoc non videtur verum : quia secundum hoc furiosis, vel similibus, qui expressim consentire non possunt, consuetudo non obijceretur. ut ff. loca. l. qui ad certum tempus. nisi respondeas : imo obijceretur, quia maior pars universitatis consentit, unde perinde est ac si omnes consensissent. ut ff. ad muni. l. quod maior. Secundum Ioan. Bos. responde : illa regula vera est in electionibus. Item vera est ut universitas possit conveniri : ideo, quia maior pars aliquid dicatur fecisse : non ut aliquis ignorans conveniatur. haec autem consuetudo patrimonio singulorum detrahit, et inducitur ut singuli conveniantur : quod esse non potest. Nam si millies ipsi paciscatur, quod ego tenerer, mihi non praeiudicaret. Alij distinguunt, an lex sit sola, et consuetudo contraria : et tunc legi abrogat. An vero lex lata post consuetudinem sit roborata : ut sic contraria consuetudo prima inducta lege vincatur. arg. sempto ab eo quod de venditione dicitur, quod solo dissensu dissolvitur, si traditione roborata non fuerit : alioquin contra. ut supra quando li. ab em. dis. l. j.

アソ一の総説を理解するために、以下に、彼以前の語学者の見解の相違 (dissensiones dominorum) についての報告を、紹介しておく。

Codicis Chisiani Collectio, 46<sup>(23)</sup>.

「慣習法は、法律に優先するか、また、法律を廃棄できるか。」諸家に見解の相違がある。法Ⅱ正 (法律の命ずる事柄) に反する慣習法は、一般慣習法であれ、特別慣習法であれ、成文法律を全部廃棄ないし一部廃棄しない、と説く者がいる。論拠 D. 47.12.3.5。これを説く者は、たいていその理由として、現在では、

解釈の対象である法律を制定するのは、元首のみの領分であり、したがって、現在法律を解釈するのも元首のみの領分である、ということを示げる。彼らの言では、さらに、成文法律は法Ⅱ正に反する慣習法を廃棄し、このようにして、法律があるところでは、それは慣習法を排斥する。なぜなら、それは書かれた法 (lex scripta) であり、この種の法は不文の法 (lex non scripta) を排斥するからである。さらに、C.8.52.2のように、「法律ないし道理を廃する(ことはない)」といわれていることも容弁している。すなわち、慣習法は、道理のある成文法律を排斥

しない、と。たとえば、C.6.2.22.4<sup>(24)</sup>のように。ここでは、物が夫に使用貸与され、妻がそれを横領したという場合に、妻は盗訴権によって責めを負わないと定められているが、そこには、不和の原因が生ずることのないようにという道理がある。プラウケンティームス。

これにたいして、法Ⅱ正に反する慣習法は、明示の約定により定められることのみが守らるべきだと説く者がいる。なぜなら、慣習法とは、黙示の約定に他ならないから。D.1.3.35にあるように。したがって、彼らの言によれば、明示の約定が認められない事案では、慣習法が法律に優先することはない。たとえば、子が母ではなく父の身分に従うといった慣習法。慣習法は、黙示の約定なのだから、尊重されないのである。アルベリクス。同様に、この説の論拠は、C.4.32.26<sup>(25)</sup>およびC.5.20<sup>(26)</sup>にある。さらに、かれらは、法律中にこのこと「約定ないし慣習法を許さないこと」が規定されていることを、答弁している。

さらに、法Ⅱ正に反する慣習法が一般慣習法か、それとも特別慣習法かを分別する者がいる。すなわち、一般慣習法とは、帝国の全国民によってわけへだてなく遵守されているものであり、これによって成文法律は廃棄される。そして、彼らは、現在元老院も法律を制定し、廃棄できると述べている。しかし、

慣習法が特別なそれである場合、たとえば、ある都市 (municipium) ないし邦共同体の慣習法について、その慣習法がそれを慣行として行なう人々の共通の同意によって承認されているかどうかを分別する。この承認があったことを示すことができるのは、かかる慣習法が「その存在について」異議がなされた事案の判決によって確認されたことがある場合である。

〔この場合には、慣習法が法律に優先する。〕そうでなければ、慣習法は法律に優先せず、逆に優先される。D.47.12.35で述べられていることも妨げとはならない。なぜなら、〔この法文では〕元首の成文法律は都市の反対の法律が定められた後にされた」と解されるからである。同様に、表面的に受け取れば聞くものの耳に心地よいかの見解、すなわち、法律に反する明示の約定が妥当しない場合には、法Ⅱ正に反する慣習法も認められないという見解も、およそ問題にならない、と彼らは説いている。

その理由は、慣習法はすべての者を拘束する、破廉恥な者も精神錯乱者も含めて、約定できない者もすべて完全に拘束するのであるから、慣習法が黙示の約定でないことは確かである。慣習法が黙示の約定だとすれば、約定が彼らをも拘束するということになってしまふのだから。D.19.2.14やD.46.8.25<sup>(28)</sup>およびD.33.5.2<sup>(29)</sup>にあるように。反対の論拠D.24.3.22<sup>(30)</sup>ヨハネス・パツ

スイアーヌス。また、一般慣習法のうち、元首が容認しているものだけが、法律に優先すると説く者がある。審判人は、裁く際には、特別慣習法の作者つまり各邦共同体や都市の人民よりも、法律の作者、つまり元首に服さねばならない。

さらに、成文法律が慣習法によって確認された場合には、慣習法に優先されないが、慣習法によって確認されなければそうではない、と説く者がある。約定の論拠、すなわち、単なる同意だけで締結された約定は、約定されただけの最初の状態にあるかぎりは、反対の同意だけで解除されるが、それより事態が進行すれば同意だけでは解除されず、最初の状態のままであれば解除される、という論拠が用いられる。同じことが、慣習法によって確認されて、二重に支えられた法律にもいえるというのである。

よき慣習法は法律に優先するが、あしき慣習法は法律に優先しないと説く者もいる。

また、国民が法律に反した慣行だと知っていてそうしている場合には、法律は廃棄されるが、知らないでいる場合には、む

#### An consuetudo legem vincat vel abrogare possit?

*Different. Quidam dicunt, quod nulla consuetudo iuri contraria, sive sit generalis sive sit specialis, abrogat vel derogat*

しろ勘違いしていると考えられるので、法律は廃棄されない、と説く者もいる。しかし、この考え方によれば、「法律に反していることを知っていてそれを行なう者、したがって」法律の違反者が、罪なき者より有利な状況にあることになる。また、一般慣習法は、どこでも守られるが、特別慣習法は、少なくともそれが導入されていない所では、守る必要がないのはどうか。論者は、一般慣習法の作者は元首であり、彼に服従する必要があるが、特別慣習法の作者は各邦共同体ないし都市の人民であり、誰も邦共同体ないし都市に当然に服従義務を負うわけではないからである、と答えている。アルベリクスも、このことを認めている。しかし、相異なる慣習法をもつ相異なる属州の人々が、一人の同一の審判人のもとで争う場合、裁判を引き受けた審判人はどちらの慣習法に従うべきかが、問題になる。私は、より実効性があり、より有用と思われるものと答える。なぜなら、審判人は、よりよいと思われるものにしたがつて裁くべきだからである。アルドゥリークスに拠る。

菜 類  
legi scriptae, arg. *D. de Sepulc. viol. L. Praetor ait §. Divus*, et hoc dicunt maxime ea ratione, quia solius principis est, hodie condere legem intelligendam ita et solius est eius, hodie legem intelligere. Dicunt, legem vero scriptam iuri contrariam consuetudinem abrogare et sic, ubi invenitur, consuetudinem tollere; nam est lex scripta et eiusmodi lex non scriptam tollit. Sed quod dicitur: „*aut legem tollit aut rationem*“, ut *C. Quae sit longa consuetudo Consuetudinis*, respondent: consuetudo non tollit legem scriptam cum ratione, ut *C. de Furt. L. Manifest. §. fin.*, veluti quum res viro commodata est et eam uxor surripuit, non teneatur uxor furti actione, scilicet ne aliqua caussa seditionis oriatur. *Plac. Alii* autem dicunt, consuetudinem iuri contrariam demum servari debere, quae pacto expresso potest confirmari; nihil enim aliud est consuetudo, quam tacitum pactum, ut *D. de Leg. et senatusc. Sed ea*. Dicunt ergo, in hoc casu consuetudinem non vincere legem, in quo pactum expressum non admittitur, veluti ut partus non matris, sed patris sequatur conditionem; nec consuetudo utpote tacitum pactum observatur. *Al.* Item argumentum pro hoc est in *C. de Usuris L. Eos qui* et *C. Ne fideiussores pro dote*. Sed respondent, quod expressim hoc cavetur in *Lege. Alii* autem distinguunt, an consuetudo iuri contraria, sit generalis, vel specialis; ut, si sit generalis, quae ab omni populo imperii observatur indistincte, et per eam scripta lex abrogatur, et dicunt, senatum posse hodie condere et abrogare. Si vero consuetudo specialis sit, puta alicuius municipii vel civitatis, distinguunt, si sit communi consensu utentium comprobata, quod potest apparere, si talis consuetudo sit aliquando contradicto indicio confirmata; alias vero non vincit, sed vincitur. Nec obstant, quod in *D. de Sepulc. viol. L. 3, § Divus* dicitur, quia scripta principalia post contrariam municipii legem latam fuisse intelligitur. Item sententiam illam, quae prima facie videtur mulcere aures audientium, scilicet, nec consuetudo iuri contraria eo casu admittatur, in quo pactum expressum contra leges valet, dicunt omnino reprobendam. Quum enim consuetudo omnes teneat, etiam infames et furiosos, et omnes omnino et qui pacisci non possunt, constat, ipsam non esse tacitum pactum; nam si esset, obligaret eos, ut *D. Locati L. Qui ad certum* et *D. Rem rat. hab. L. penult. et D. de Opt. leg. Si tibi §. Unius*. Arg. contra *D. Solutio matrim. L. 2, i.f. Ib.* *Alii* dicunt,

generalem dumtaxat consuetudinem et eam solam, quam princeps patitur, vincere legem. Iudices, quum iudicant, necesse habent parere legis auctori, id est principi magis, quam auctori specialis consuetudinis et populo cuiusque civitatis vel municipii. *Alii* dicunt vero, si lex scripta sit adprobata consuetudine, tunc non posse vinci consuetudine ; sin autem nondum erat adprobata consuetudine, arg. pacti, quod consensu solo contrahitur, contrario dissensu dissolvitur, si statum sit in finibus pacti ; si ultra esset processum, non solo consensu dissolvitur ; si statum sit in finibus, rescinditur. Sic de lege, quum sit consuetudine adprobata, quasi duplixi auxilio munita. *Alii* dicunt, consuetudinem bonam vincere legem, malam consuetudinem non vincere legem. *Alii* autem dicunt, quod si populus sciens utatur contra legem, tollitur lex, si vero ignorans, non tollitur, quia magis errare creditur. Sed secundum hoc melioris conditionis sunt delinquentes, quam innocentes. Sed quare generalis observatur, ubique specialis, saltem in eo loco, ubi non est inducta, non est observanda? Respondent, quia generalis princeps auctor, unde parere necesse est. Specialis autem consuetudinis auctorem esse populos cuiusque civitatis seu municipii, cui parere nemo de iure adstringitur et hoc probat *Al.* Sed quaeritur, si homines diversarum provinciarum, quae diversas habent consuetudines, sub uno eodemque iudice litigant, utram earum iudex, qui iudicandum susceperit, sequi debeat? Respondeo eam, quae potior et utior videtur ; debet enim iudicare secundum quod melius ei vsum fuerit. Secundum *Aldric.*

以下、Summa in C.8.52で重要と思われる点をまとめておく。

- (一) 長期の慣習法という場合の「長期」とは、時効に準じて考えられる。流水権に由来する「記憶のないもの」という基準は採用されない<sup>(32)</sup>。
- (二) 慣習法があるといえるためには、一〇ないし二〇年の間に一度の判決があっただけでは不十分で、少なくとも二度の判

- 決がなければならない<sup>(32)</sup>。しかし、先例があるからそれに従うということからこの結論が導かれるのではなく、重要なのは、その先例のうちに表わされている民族(ないし国民)(*populus*)の意思、ないし属州長官の意思である<sup>(33)</sup>。
- (三) 慣習法と法律との効力の強さの違いは、原則としてない。例外的に、法律が慣習法を許さない場合には、たとえ慣習法が

料 法律より後法であったとしても、それによって法律は廃棄され  
ない。もっとも、いかなる法律が慣習法を禁ずるものであるか  
については、積極的にはなにも述べられていない。<sup>(35)</sup>

- (1) C.1.14 「法律、元首の勅法および告示については」に關  
連して述べられている。これについては、「Azonis  
Summa in C.1.14——アゾーの慣習法論(2)」本誌三九  
巻四号所収予定参照。

- (2) I.1.2.3 ところで、われわれの法は、成文あるいは不文  
のものからなる。ギリシア人たちの間でも、「法(nómos)  
には、成文のものとな文のものがある」といわれている。  
成文法は、法律、平民會議決、元老院議決、元首の  
決定、政務官の告示、法学者の解答である。

- (3) C.8.52.1 屬州長官は、その市邦(oppidum)で同種の  
紛争で通常遵守されていることにつき証明があった場合  
には、それにしたがって、事案の審理の後、判決を下すべ  
きである。なぜなら、先にある慣習法、および、慣習法  
をもつともなものとかわせる道理は、保持すべきであ  
り、屬州長官は、長期の慣習法に反してなにかがなされ  
ることのないように配慮すべきだからである。

- (4) I.2.6.pr. 国法(jus civile)の定めるところによれば、  
所有者でない者から、彼を所有者だと信じて、誠意によ  
り物を買った者、あるいは、贈与ないし他の正当な原因  
により物を受領した者は、この物が動産であればどこで  
も一年で、不動産であれば、イタリアの土地につき二年  
だけで使用取得し、物の所有権が不安定にならないよう  
に図られていた。古人は、所有者が自己の物を探し求め  
るのに上述の期間があれば十分だと考えて、こう決めた  
のであるが、朕には、所有者がその物をあまりに早くに  
奪われることのないように、また、この〔使用取得の〕  
恩恵が特定の地に限られることのないようにすることに  
が、よりよい考えだと思われた。それゆえ、朕は、これ  
について次のような勅法を發布した。すなわち、動産は  
三年で使用取得され、不動産は長期間の占有により、つ  
まり、〔所有者と占有者が〕同一の地に住む場合には一  
〇年、そうでない隔地者である場合には二〇年で使用取  
得される。そして、このようにして、イタリアだけでな  
く、朕の支配権によって統治される全地において、物の  
所有権が、占有の正当原因があらかじめある場合には、  
取得される、と定められた。

(5) C.8.52.2 長期(高齡)の慣習法および慣行(usus)の權威は軽くないが、しかし、道理や法律に勝るほどの効力をもつものではない。

(6) D.39.3.2 総じていえば、低地が高地の(流水の)用に資するようになるなりかたは三とおりである。すなわち、法律、土地の性質、古さである。この最後のものは、常に法律とみなされる。すなわち、紛争を少なくするためには、1 ラベオーにおいては、耕地を乾かすための溝が古いということは、それが作られたのがいつかについて記憶がないということとされている。低地の隣人がこの溝を清掃しなかつた。かくして、その出水により、水がわれわれの土地に害を与えるという事態が生じた。したがって、ラベオーは、この場合、雨水を排水するために、低地の隣人を訴えて、彼自身が溝を清掃するか、あるいは汝(原告)が溝をかつての状態に戻すのを容認するよう求めることができる、と述べている。……

(7) C.1.4.3.4 したがって、これらの罪ありとされた者について、上述のような赦免があると、彼らに朕らの大度を示すには、以下の限度を設けることとする。すなわち、一度ならず犯された罪が猶予されることのないように、古い罪が罰せられないのは、改善があったからというよりも、そうすることが慣習法となつたからだと考えるような輩に対して、寛大なる皇帝の慈悲が示されることのないように、という限度である。

(8) C.7.45.13 いかなる審判人ないし仲裁人も、諮問(cōnsultatio)が正しく判断されなかつたと思う場合には、それに従わなければならないなどと考へてはならない。いわんや、貴顕の長官たちないし他の第一級の役人たちの「正しくないと思われる」判断にも従うべきだと考へてはならない。(なぜなら、あることがよく決せられなかつた場合に、これが他の審判人の誤りへと拡張されてはならず、そのためには例にしたがつてではなく法律にしたがつて判決がくだされるべきであるからである。)また、

顯貴の長官ないし最上級の政務官の下した判断が訴訟上の審理をへたもの(cognitionalis)でない場合にも、従うべきではない。朕の審判人たちが真理を、法律と正義の印を追い求めるべきことを、朕は命ずる。

(9) 筆者が用いた一五六三年のパーゼル版では、iudicatumとなつてゐるが、ここでは、iudicatumとして訳した。なお、この部分は、D.1.3.34にある者が、邦共

同体ないし属州の慣習法について確信を持っていると見える場合には、まず、慣習法が〔その存在について〕異議をだされた事案の判決によって (contradicto iudicio) も確認されていないかどうか調べるのがよいと、私は考える。」よると思われるが、アゾーはこの法文を引用していない。

(10) D.1.3.32.1 長年の慣習法が法律のごとくに守られるのには、理由がないわけではなく、これは、習いによって設定された法といわれている。なぜなら、法律それ自体が拘束する根拠も、民族(ないし国民) (populus) の決定によって法律が受け入れられたということのほかにはなく、そのことは、民族(ないし国民) が成文化することなしに承認したことがすべての人々を拘束するということにも、あてはまるからである。というのも、国民が投票によってその意思を表明すること、事柄や行為によって表明することとどんな差があるというのであるか。したがって、法律が立法者の投票だけでなく、すべての人々の黙示の同意による不使用の慣習 (desuetudo) によっても廃棄されるということが認められたのも、至極もつとものである。

(11) D.1.3.38 なぜなら、われわれの皇帝(セプティミウス)セウェールスは、次のように回答されたのだから。すなわち、法律から生ずる不明な点については、慣習法ないし継続的に同じように判決をくだされた事柄が法律の効力をもつべきである、と。

(12) I.1.2.9 不文法には、慣行によって承認された法もある。なぜなら、慣行 (usus) として行なう人々の同意によって承認された長期にわたる習いは、法律に比せられるからである。

(13) この文章中の *his legibus* が、具体的に何を指すか筆者はよく理解できなかった。D.1.3.32.1以下の三文文とすることは、意味からいっても無理である。C.8.52.2は、複数形で受けることはできない。ただ、意味から考えれば、C.8.52.2がよいのではないかと思われる。*ille leges* に対置されるものとしては、複数のものが考えられていて、C.8.52.2は、例示的に挙げられただけだと考えて、本文のような訳にした。いずれにせよ、他の例を十分検討したうえでなければ確定的なことは、いえない。なお、ローマ国民 *populus Romanus* の全権力が元首に移されたことについて、アゾーは *Summa in C.114* の中で C.117.

「I」を挙げて言及している。この点については、別稿で立ち入って検討したいと思う。

- (14) D.8.4.13.1 汝の土地に石きり場があることが確かである場合に、汝の意に反して、私的な名義であれ、公的な名義であれ、誰も石を切りだすことはできない。彼にはそれを行う権利がないから。ただし、その石きり場にはそのような慣習法がある場合は別である。すなわち、そこから石を切りだしたいと思う者がいる場合には、彼は、必ず石きりに対する通常の補償額を所有者に支払ったうえでこれを行う、という慣習法である。しかし、所有者に對する補償を行ったうえで石を切りだす場合でも、必要な石の使用が妨げられることのないように、また、(補償をしたのだからという) 所有者の利益が奪われても適法なのだ (iure) と振る舞うことのないようにしなければならぬ。
- (15) D.47.12.3.5 神皇ハドリアーヌスは、回答して、城壁内で (in civitate) 埋葬するものにたいし罰金四〇金を課すことを定め、この罰金が国庫に納めらるべきことを命じた。そして、これを認容した政務官に対しても、同額の罰金を定め、埋葬地は国家の物とされること、死体は移

転さるべきことを命じた。しかし、当該都市の法律が城壁内の埋葬を許している場合は、どうか。元首の回答以後は、やはりこの都市法は適用されなくなったと、われわれは考えることになる。なぜなら、回答は一般的であって、皇帝の定めは、それにふさわしい効力をもつべきであり、どこでも妥当すべきだからである。

- (16) D.1.3.39 道理をもつて導入されたのではなく、当初、錯誤によって導入され、次いで、慣習 (consuetudo) によつて守られてきたことは、他の類似の事案には妥当しない。

- (17) 残念ながら、これがどこかは現在のところわからない。
- (18) テクストは、Ioann. Bos. となっているが、アゾーの師 Johannes Bassianus だと思われる。

- (19) C.2.3.29 ある者が、証書作成に際して、軍役務、官職、さらには、聖職を理由とする管轄の抗弁 (praescriptio foris) を行使しないと述べた場合について、従来、この書面が拘束力をもち、約定した者は自己の合意に反して行動してはならないのか、それとも、彼は書面に拘束されることなく、自己の権利を行使する自由を与えられるのか、疑問とされてきた。しかし、朕は、何人も自己の約

定に反して行動し、契約相手を欺くことは許されないと裁可する。1. なんとすれば、法務官告示からも、合意された約定は、法律に反することなく、悪意をもって結ばれたのではないかぎり、なんとしても守らるべきであるとすれば、なにゆえ本事案においても約定は有効でないのだからか。古法には、自己の利益のために導入されたものを放棄する自由はすべての者がもつという別の準則があるのだから。2. したがって、朕のすべての審判人はこのことを訴訟において遵守すべきであり、また、補助審判人 (*index pedaneus*) や、裁定を下すべく選ばれた仲裁人 (*compromissarius et arbiter*) もこれを遵守すべきであり、したがって、彼らがもし「管轄の抗弁を理由として」訴えを認めなければ、彼らは訴訟を自己のものとした (*item suam facere*) と考え解をすべきである。

(20) D.19.2.14 ある確定期限まで賃借している者は、この期限が経過しても小作人である。なぜなら、所有者は、小作人が土地に在ることを容認することにより、あらためて賃貸したと解されるのであり、この種の契約は言葉や文書を要することなく、単なる同意だけで有効となるからである。したがって、その間に所在者が精神錯乱に

なつたとか、死亡したという場合には、賃貸が更新されるのは不可能だとマルケルスは述べているが、これも正しい。

(21) D.50.1.19 クーリアの多数が行なうことは、全員が行なつたものとして扱われる。

(22) C.4.45.1 「履行がなされておらず」初めのままの状態にある場合には、売買は両当事者の同意により撤回できる。同意によつて締約されたものは、反対の意思に基づいて解除されるからである。また、引渡しがなされたあとでは、先の「引渡しという」行為に類似する、売却を元へ戻す行為（「目的物の返還」）がなければ、単なる意思だけでは購買は解除されないのである。

(23) G. HAENEL (ed.), *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur* (Leipzig, 1834/Neudruck Aalen 1964), p.151 et s.

(24) C.6.2.22.4 「使用貸与されたものが盗まれた場合に、借り主が盗訴権を行使できるかという問題に関する」以上の論争点のうちに、第三の論点も浮かび上がってきたのだから、なにゆえこの論点についても朕が決しないこ

とがあらうか。すなわち、夫は婚姻継続中には自分の妻に対する盗訴権をもちえないということはこの上なく正しいことで、それは、法律がかくも密接な関係にある人々に対するこれほどまでに忌まわしい訴権を与えることを恥じたためであるが、その結果、次のような問題が古の人々の念頭に浮かんで来た。つまり、ある者が使用貸与を受けていたところ、この貸与物が自己の妻に盗まれたという場合に、所有者にこの妻に対する盗訴権が与えられるか、また、事案の類似性から、妻の夫も、使用貸借訴権で訴えられているからということで、盗訴権をもてるか、ということが問題にされた。たしかに、法学者たちは、この問題についても論争した。しかし、現在の法律およびこの勅法中に収められた朕の前任者の決定からすれば、この問題ももつとはつきりと片付けることができる。すなわち、朕は、誰を訴えたいかの選択権、つまり、物の貸与を受けた者か、それとも盗みを働いた者かの選択権を所有者に与えたのだから、本事案でも、所有者が夫を選択して訴えた場合には、夫には夫婦の恥となることだから盗訴権はないが、物移動訴権 (*actio rerum amotarum*) はある。ところで、所有者は、使用貸借訴権

で夫を訴えることも、盗訴権で妻を訴えることも、全く自由である。しかし、使用貸与を受けた夫に支払い能力がある場合には、決して妻を盗訴権で訴えてはならない。この機会にうまくいっていない夫婦に余計な道具が与えられることのないようにするためである。夫が欲しいままに、その妻を法廷へと引き立て、盗みの罰金有責判決を受けさせるといふこともしかねないからである。

(25)

C. 4.32.26 朕は、裁可している。元本の訴訟で、それが

対人訴訟であれ担保に関する訴訟であれ、三〇ないし四〇年の抗弁のために敗訴した者は、利息ないし果実について争いごとを起こして、それらについては三〇ないし四〇年の期間が経過したわけではないのだからこの期間に生じたものは支払ってほしい旨を述べ、また、これらに関する訴権は各年毎に生ずるのだと主張することはできない、と。なぜなら、元本請求の訴権がもはや存在しない以上、審判人がこのうえさらに利息や果実について審理するのは全く余計なことだからである。1 しかしながら、朕は、利息の量についても一般的な定めをなす必要があると考えるに至ったので、かつての苛酷できわめて重い利息の負担を適当なものに制限しようと思う。

2 それゆえ、朕は次のごとく命ずる。貴頭(positus)の者(positus illustris)ないしそれより上位の者には、契約額(positus illustris)にかかわらず、すべての契約につき、月利率三分の多寡にかかわらず、すべての契約につき、月利率三分のパーセントを超える利息の問答契約を締結することは許されない。しかし、作業場ないし小売店(ergasterium)を営む者ないしならんか許された事業を行う者は、月利率三分の二パーセントまでの利息の問答契約を締結できる。また、海上消費貸借契約ないし特定物の利息付き貸与の場合には、月利率一パーセントまでの利息の問答契約を締結できるが、それを超えてはならない。たとえ、旧法律によってこれが許されていたとしても。さらに、他のすべての人々は、月利率二分の一パーセントの利息の問答契約を締結できるが、この利率は、問答契約なしで利息を請求するのが通常である他のすべての場合についても、上限となる。3 また、審判人が地方で守られている慣習法をもち出してここに示した利率を高めることは許されない。4 ところで、この勅法の利率に反してなにかを行った者がいた場合には、この者に超過分についての訴権は決して与えられず、もし超過利息を受け取った場合には、これは強制的に元本に充当される。そ

のために、債権者が利息として支払われることになっている金額から、小銭(siliqua)だとか、贈与されたもの(sportula)だとか、その他どんな理由からであれ、その一部を取り分けあるいは留保することは許されない。なぜなら、この種のこと〔超過利息の元本充当〕が行われれば、債務元本ははじめからこの分だけ減少し、その結果、減少した元本についても、この減少分にかかることになっていった利息についても請求が禁ぜられることになるからである。5 この法律によって超過利息を禁ぜられた債権者が、このようには禁止されていない他の手段を潜脱するための仕掛けをとり除くため、潜脱行為が行われた場合には、第三者を介在させた者自身が当然自分で問答契約を締結したものとして利息を算定すべきことを、朕は命ずる。この場合、宣誓の申し立ても認められることを、朕は裁可する。

(26) C.5.20.1 嫁資の保持について夫が妻に保証人を立てるべきことを定める法律は、それが法学に(ex iure)由来するものであるか、慣習法に由来するものであるかに関わらず、無効とされるべきことを朕は命ずる。

C.5.20.2 先の勅法を拡張して以下のことを裁可する。

すなわち、嫁資のために保証人による担保の提供ないし信用委任を、夫ないしそれに代わる者あるいはおおよそ嫁資を受け取った者すべてに対し要求してはならない。なぜなら、妻は、自己および自己の嫁資を夫の側に委ねてよいと思つたのであるから、結果的に夫婦間の不信の原因が生じるような、保証人や他の加入者が、なにゆえ要求されるのであろうか。

(27) 原文は、*nec consuetuxdo iuri contraria*……とあるが、なぜここに *nec* があるのか筆者には理解できなかつた。*auch nicht* の意味だとすれば、*auch* の相方が見つからない。また、前後の意味からしても *nec* がない方が理解できる。したがって、ここでは *nec* を除いて訳してみた。

(28) D.46.8.24 遺産占有の承認が他人によつて行われた場合には、追認は、遺産占有が請求できる期間になされねばならない。したがって、百日が経過した場合には、追認できない。1 ところで、遺産占有を請求したこの他人が死んでしまつたとか、精神錯乱になつてしまつたという場合にも、追認ができるかどうか考えてみよう。というのも、一般的には追認をした時点でこの他人を通じ

て遺産占有の請求を行ったものとみなさるべきであるのだから、この場合追認しても意味がないからである。また、この他人が請求したのを後悔していた場合にも、追認はできないというのも、首尾一貫している。しかし、これは全くばかげたことだ。したがって、どちらの理由からしても追認は妨げられないという方が、より正しい。

(29) D.33.5.82 余および汝に一人の奴隷の選択権が遺贈された。余が、気が変わらなければということを選択し、この奴隷は、われわれ二人のものとなる。余が決定の前に死んでしまつたり、精神錯乱になつてしまつたりすれば、この奴隷はわれわれの共有にならないことになる。考えることができない余が、同意するなどとは考えられないからである。しかし、この場合でも、あたかも選択がなされたかのように共有にする方が、より人道的 (*humanus*) なことである。

(30) D.24.3.22 ところで、嫁資を父が請求する場合に、娘の意思を、彼女が父に同意している、そうでなくとも反対していないというように、理解するだろうか。アントニヌス帝は、娘が反対しているのが明白でなければ、

父に同意していると解されると回答されている。ユーリアーヌスも、法学大全四八巻で、娘が精神錯乱に陥っている場合には、父は娘の意思により争っているときみなされる、と書いた。娘が理解力がなくて反対できない以上、同意していると信ずる人がいても、当然のことだからである。しかし、娘が不在の場合には、娘の意思によって請求されたということはできず、父は、娘が追認するであろうことについて担保問答契約を行わなければならぬ。娘に理解力がある以上、彼女が反対していると解されるためには、彼女が知っているということを、われわれは要件にするからである。

(31) 「記憶がない」というのは、どの程度の長さか。「記憶のない時」とは、現在の英法では、リチャード一世即位の年(一一八九年)前と考えられている。P.G.ウィングラドフ(末廷三次・伊藤正巳訳)『法における常識』(岩波文庫・一九七二年)一三四頁以下。フリッツ・ケルン(世良晃四郎訳)『中世の法と国制』(創文社・一九六八年)七頁も、「記憶しえないほどの太古以来の伝習」といつている。両者とも非常に長い期間を意味するように思われるが、アゾーのいう「記憶のない」とはこのように長い

ものか。彼の引くD.33.2.28では、「工作物の設置を記憶している人が現存することまでは必要でなく、記憶している人からきいた人がいれば」記憶があると述べられている。ここでは伝聞の重畳による長期間の伝承の可能性はなお完全に排除できないが、直接的な見聞に支えられた記憶が念頭にあると理解するのが自然であろう。また、旧教会法典二七条は、記憶のない慣習法について規定するが、これは「現存する人々(contemporains)がそれが常に適用されるのを見てきたし、また年長の者からそれが適用されてきたと聞いてきたもの」と解されていた。同条には、百年を経過した慣習法も並列して規定されているが、効果の点からいえば、百年を経過した慣習法の方が強い。A.VAN HOYE, *D(ict. de) D(roit) C(an.) Tom.4.c.733*.百年を人の一生の最長期と考えるとすれば(F.CONNANUS, *Commentarii iuris civilis*, I x 6) 旧教会法典でも、記憶のないとは、やはり直接的な見聞を越えたというように考えられる。結果的には、英法でも実質的には決め手になっている「現存の人の記憶(living memory)」(ウィングラドフ前掲書一三六頁)の觀念に近いものと考えられる。なお、仏法史上「記憶のない慣習

法」を述べたものとして引かれる。ポーヴェジ慣習法書六八三条の「人に争いなく記憶せられえいるほどに長期にわたり維持せられる」慣習法の具体例について、ポーヴェジが「余はそれが争われるをかつて見たることなきほどなり」と述べているのも、以上の観点からすれば重要なものと考えられる。堀浩「ポーヴェジ慣習法書試訳」五「神戸法学雑誌」一七卷（一九六七年）三号二七頁。なお、R. FILHOL, La preuve de la coutume dans l'ancien droit français, *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tom. 17, La Preuve (Bruxelles, 1965) p. 359も、これに関連して、「記憶のない、すなわち百年経過した」と述べている。周知のように、「記憶のない昔からの慣習法」は、ケルンの「中世的法観念」の中核をなすものであり、近年、クレッシェルらによってこれに批判が加えられているところである。クレッシェル（西川洋一訳）「十二世紀における法と法概念」同（石川武編訳）『ゲルマン法の虚像と実像』（創文社・一九八八年予定）五〇頁以下。資料的検討の難しい「民衆（人民）法」——この観念自体法学の産物の可能性があるが——を別にして、法

学史の問題に限っていえば、さしあたり次のことが問題である。中世の有力なローマ法学者（アゾー、アツクルスイウス、レヴィニー、バルトルス、バルドウスら）は、ほぼ一致して「長期」を時効期間と考えた。それにもかかわらず、何ゆえ教会法や英法さらには前記のコナンなど近世の法學文献（たとえばアウグスティン・ライザー）でなお「記憶のない」ということがいわれたのかということが問題である。中世法学と近世法学の関係からすれば、珍しい現象である。また、英法についていえば、「記憶のない時」を「リチャード一世即位前」と解釈するようになったのは、何時からで、その原因はなにかが問題である。少なくとも、ブラックストーンには「記憶のない」ということは言われているが、それに関連してリチャード一世の名は出てこない。一八三二年の時効法の前文で、「記憶のある時」が「リチャード一世即位後の全期間」と「現在(now)」 「多くの事件で (in many cases)」考えられていると述べられているが、この「多くの事件」が具体的に検討されるべきであろう。なお、「記憶のない昔から」という考え方は、すでに見てきたことから明らかにかなようにローマにもある、あるいはローマに由来する

ものであるが、これについては、D.NÖRR, Die Entstehung der *longi temporis praescriptio* (Köln u. Opladen, 1969), S. 46 ff. 参照。

(32) 慣習法の存在が争点となり、その結果慣習法の存在を認める判決がくだされた場合には、一度の判決を引くだけで慣習法の存在を証明できるかという問題がでてくる。アゾーの文章だけからでは、確定的なことはいえなから。G.F.PUCHTA, Das *Gewohnheitsrecht*, 2. Teil (1837/Neudruck Darmstadt 1965), S. 79 は、アゾーがこれを肯定していると読んでいる。

(33) ここで、筆者にとって興味深いのは、慣習法論のなかでいわゆる判例の問題が論じられていることである。判例と慣習法とをめぐる現在の議論は、主として、判例の法源性を認めるために、判例が慣習法になるか、というように進められている。たとえば、野田良之「フランスにおける民事判例の理論」『法学協会雑誌』七三卷(一九五八年)二七七頁以下参照。しかし、アゾーの関心は、慣習法の認識において、すでにある判決がいかなる意味をもつかということである。慣習法論を通じて法実務の伝承に目が向いたということに、歴史法学派に典型的に

みられる法曹法論の萌芽を認めることができなから、というのが筆者の当面の関心事である。なお、歴史法学派、とりわけサヴィニーの法曹法については、山田「サヴィニーにおける慣習法」『法学協会雑誌』六八卷(一九五三年)一頁以下参照。

なお、慣習法の認識で既存の判決に目を向けたというのは、アゾーの用語からすると、あるいはアゾーの独創であるかもしれない。他人の説を指示する場合には、通常、*alii dicunt* ないし *quidam dicunt* となり、これに対して本文の *aliquis queret* は、一般的な可能性を意味して、特定の人の説を指示しているとは考えられないからである。他方で、諸学者の見解の中には、*sentus* (訳文では、元老院) にも法律制定および解釈権ありというものもある(二三八頁)。後のバルルマンやパラメントになる中世のいわゆる *curia regis* を *senatus* という語で語っているとすれば、裁判実務と慣習法との密接な関係がアゾー以前にすでに注目されていたということも、想定できる。

(34) ここでも、「法は民族(ないし国民)の共通の確信である」という「中世的法観念」があったから、アゾーは、

C.7.45.13を論拠とする異論を却けることができたのかもしれない。しかし、逆の可能性もある。なお、サヴィニーについては、山田前掲論文三頁以下参照。なお、先例は先例であることの理由だけで拘束するのではないというの、大陸法、特にドイツ法の、英米法とは異なる先例理論であるが、こういった考え方の基礎には、(中世)ローマ法以来の伝統があったものと思われる。この歴史的文脈については、さしあたり、H.Weller, Die

Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft. Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung und Funktion der Präjudizientheorie (Berlin, 1979)を参照されたい。なお、イングランドにおいても、一七世紀までは、大陸とほぼ同様に考えられることについては、J.・ペイカー(小山貞夫訳)『イングランド法制史概説』(創文社・一九七五年)一七九頁以下参照。なお、厳格な先例拘束が大陸においても一八世紀後半から一九世紀前半に主張された(代表者テイボー)ことについても、Weller, S.54に参照。この批判としてもサヴィニーの「民族精神」論があった。

(35) 慣習法と法律との間に、効力の強さに違いはないとい

うためには、立法権は元首(皇帝)だけがもつということとを論拠とする異論を却けなければならない。アゾーは、Summa in C.1.14において *populus Romanus* は元首に *imperium* を委譲してもなお立法権をもつと主張している。別稿で紹介する。

なお、法律と慣習法が抵触する場合について、全面廃棄を意味する *abrogare* ではなく、一部廃棄あるいは限定を意味する *derogare* をアゾーが終始用いていることには、特別の意味があるかもしれない。「制定法が規定している社会関係と異なった異別の社会関係について新しい慣習法が成立し」(末広嚴太郎『民法雑記帳(上)』(日本評論社・一九五三年)二六六頁)、その結果、制定法の妥当範囲が限定される、というように解釈する余地がある。つまり、*contra legem* ではなく、*praeter legem* と解するのである。準則が抵触する場合に、その妥当する事案を限定することによって調和させるということは、注釈学派のもつとも得意とするところである。なお、かかる解釈技術、分別(*distinctio*)については、さしあたり、拙稿「Azonis Summa in C.2.10」本誌二八卷三〇三、二四頁注(44)参照。