



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Azonis Summa in C. 1. 14 -アゾーの慣習法論(2)-
Author(s)	小川, 浩三; OGAWA, Kozo
Citation	北大法学論集, 39(5-6下), 679-708
Issue Date	1989-10-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16669
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(5-6)2_p679-708.pdf



Azonis Summa in C.1.14 (1)

—アゾーの慣習法論(2)—

小川浩三

「真理が明らかにされた場合には、慣習は真理に道を譲るべきである (veritate manifesta cedat consuetudo veritati)」⁽¹⁾、この言葉はグラステイアヌスによってアウグスティヌスの言葉として伝えられているものである。しかし、正確には、アウグスティヌスが引くヴァガのリボススの言葉であり、アウグスティヌスの論敵の言葉である。秘蹟論争において、「慣習」たる客観主義⁽²⁾ || 事効論⁽²⁾ に対して「真理」たる主観主義⁽²⁾ || 人効論を対置するドナティストの言葉であった。したがって、

アウグスティヌスは続けて、「もちろん、真理が明らかにされていれば慣習がそれに道を譲らなければならないことをだれが疑うであろうか。ところで、真理が明らかにされたかどうかはこれから見て行くことである。しかし、ここでリボスもまた別の慣習があったということを明示している」⁽³⁾、ということになる。問題は、慣習があるということが真理発見にとつていかなる意味があるかということである。同一の信仰と教会の一致をもち、偉大な才能と豊かな教育を受けた無数の人々に対抗

して、一人ないし少数の人を支持して評価を下すことは、精一杯努力して力を蓄え、事柄を洞察するの でなければ、安易にやれないことである。⁽⁴⁾これを、「慣習は真理の推定」、すなわち慣習に反対する者が立証責任を負う、と取ることは、彼が修辭学教師であつたことを考えれば容易に推測できることである。⁽⁵⁾

同じ「慣習は真理の推定」という考え方は、大著「慣習法」の著者プフタにも認められる。プフタは、事実たる「慣習」と、フォルクの法確信たる「慣習法」とを区別し、前者を後者の發生根拠ではなく認識手段と捉えた。⁽⁶⁾しかし、慣習、とりわけ法曹のそれは「慣習法」の認識手段となるだけでなく、彼の「学問法」の認識手段ともなる。⁽⁷⁾学問法は、フォルクの法確信や立法手続によつて法となるものではなく、それが「真理」(Wahrheit)⁽⁸⁾であるがゆえに妥当する法である。真理であるとは、既存の法命題からの帰納によつて得られた原理から演繹されることと確保される。⁽⁹⁾無論、帰納・演繹の過程の正しさは当然問題になる。その正しさを保証するのは自由な討論であるが、⁽¹⁰⁾それだけに討論の差し当たりの結果たる通説・判例つまり慣習は尊重されなければならない。しかし、また自由に反駁しうるものでなければならぬ。⁽¹¹⁾「通説・判例には真理の推定が働く」のである。

筆者は、「学説および判例という、国家権力自体からは大なり小なり離れた独立的地位にある法のエリート達の知性的な営みから産み出されるものが、法を創り出しかつ法を支えているという」⁽¹²⁾「ヨーロッパ法文化にとつて中核的要素ともいふべきもの」に関心をもち、それを法学者自身がどう自己理解しているかを探つてみたいと思う。まず、アゾーから始めるのは、ヨーロッパ法学におけるローマ法学の重要性を考えてのことである。

* * * * *

「法律、元首の勅法、および告示について」 (表題)

- 一 lex という語は時に狭義に、時に広義に解される。
- 二 元首の勅法および告示は、広義の lex ということができる。
- 三 元首の勅法は、元首の告示とどのように異なるか。
- 四 元首の告示とは何か。
- 五 法律は、どのようにしてできるか。
- 六 法律は、近衛都督が制定できる。
- 七 法律は、皇帝が委任した者が制定できる。
- 八 法律は、ローマ国民が制定できる。
- 九 法律は、元老院が制定できる。
- 一〇 法律は、明瞭でなければならない。

二 法律は、一体としての法に含まれば、一般的だといわれる。

三 法律を解釈する者は誰か。

三 慣習法による解釈、それは文書に記録しておくべきであるか。

四 博士の行なう法律の解釈は、拘束的ではないし、また文書に記録しておく必要もない。

五 法律を解釈する権威をもつ者に問い合わすべきはどのような場合か。

六 法律の解釈は、この法律の定めによって利益を図ろうとした者に不利になされてはならない。

七 法律は、すべての者が遵守しなければならない。

八 法律を遵守しない者の罰は何か。

九 法律の文言に反することは、許されるか。

以上、神に関わる神聖な事柄について述べたので、ここでは、人に関わる神聖な事柄について示す。なぜなら、法律 (*leges*) は神聖なものだからである。C.1.14.9⁽¹³⁾にあるように。あるいは、上では神聖物の僕についてどのように述べたが、ここでは神聖なる法律の僕、すなわち法律の制定者および遵守者につい

て述べる。それゆえ、法律とは何か、おなじく、元首の勅法および告示とは何かを見てゆく。

一 ところで、*lex* という語は、場合により、厳密な意味で用いられることもあり、あるいは、広い意味で用いられることもある。厳密な意味で用いられるとは、たとえば、ローマ国民が定めたもの (*statutum populi Romani*) という意味で用いられる場合である。また、同じく、*lex* とは、元老院の政務官、たとえば執政官の提案によりローマ国民が定めたものという場合も、厳密な用法であり、これは元老院の政務官、たとえば執政官の職にあった者の名前によって呼ばれるものである。ところで、元老院の政務官職にある者は、複数であった。D.1.9.12.1⁽¹⁴⁾にあるように。全員が国民に提案するということは要件ではなく、一人が全員の意思をもって提案すればよかった。なぜなら、元老院議員である執政官が国民に「汝らはかく定められるのをよしとするか」と諮問し、国民が「然り」と答えたものだったのだから。法律の定義も、次のような言い方があるが、これらは言葉は違っても、意味は同じである。すなわち、「法律とは共同の命令、知慮ある人々の評決、故意ないし知らずにつき起こされる悪行のいましめ、国事に関する共同の誓約である。」D.1.3.1にあるように。さらに、*lex* が広い意味で用いられるこ

とがあるが、それは、尤もな定めすべてを意味するものとして用いられる場合である。ここから、「lex」とは、うるわしいことを命じ、反対のことを禁止するためになされた裁可だ」という言い方もでてくる。同じく、「lexとは、正と不正とに関する準則だ」という D.1.3.2⁽¹⁵⁾ のギリシア語の翻訳のような言い方もある。

二 さらに、元首の勅法や告示も、lex を広く解すれば、lex の一部である。かくして、本章の表題は全体として広い意味での lex のことを指示しているともいうことができる。

三 また、元首の勅法は、元首の告示とは異なる。なぜなら、勅法は、D.1.4.1.1⁽¹⁶⁾ および 2 にあるように、一般的なものでも、特定のなものでもありうるのに対して、

四 元首の告示は、C.1.14.3⁽¹⁷⁾ にあるように、一般的に定められた法だからである。類のあとに種が置かれているのは、不適当でもない。C.1.5⁽¹⁸⁾ ですでに述べたように。法律は、誰により制定されなければならないか。すなわち、神聖な宮廷の長たちの集まり（参議院）の助言をえた皇帝と、全部で一〇〇人の元老院議員たちのこの上なく高貴な集まりとによって定められなければならない。元老院議員たちは、「登録された父たち (patres conscripti)」ともいわれるが、「父たち」というのは、サールス

ティウスが述べているように、齢を重ねている、あるいは齢を重ねた者と同様の配慮のゆえからである。また、「登録された」とは、皇帝がこれらの者たちの名前をその頭に被る帝冠に書き印していたからである。

五 ところで、法律はまず書きとらせるために誰かに託され、書きとられたものが再査定される。すなわち、かく査定されるのが衡平かどうか、もう一度問われる。そして、最後に全員が同意すれば、法律が神聖な宮廷および参議院で読み上げられ、元首により承認されることになる。これが国民全体に元首の命により公布され、登録の時から二カ月後に発効する。C.1.14.8⁽²⁰⁾ および Auth. Coll. V. tit. 16⁽²¹⁾ にあるように。

六 同様に、近衛都督も、元首の（「広義の」）法律に反するものでないかぎり、法律を制定することができる。C.1.26.2⁽²²⁾ にあるように。

七 同様に、皇帝が委任する者も制定することができる。I. prol. s. 3⁽²³⁾ 等にあるように。これは、C.1.17.1.5⁽²⁴⁾ および 6⁽²⁵⁾ で、「朕は、彼らの偉業すべてを朕のものとするが、これは正当である。なんととなれば、あらゆる権威は朕より彼らに付与されているからである」といわれていることでもある。

八 ローマ国民は、おそらく今日でも、先に述べた法律の定義

から明らかないように、法律を制定することができる。たとえ、C. 1. 17. 17にあるように、(立法)権能が元首に移転されたといわれているとしても、なぜなら、移転されたといわれているが、それはすなわち委譲 (concessa) されたということであつて、国民がこの権能を完全に放棄したということではない。このようなことは、D. 1. 21. 1. 1でも示されている。さらに、かつて国民が権能を移転し、その後に取り返したこともあるからである。D. 1. 2. 2. 3. 14. 24であるように。

九 同様に、元老院も法律を制定できる。D. 1. 3. 9にあるように。C. 1. 14. 12⁽³²⁾、法律の制定は元首だけに許されるといわれていることも妨げとはならない。なぜなら、元老院も、近衛都督も、法学者たちも元首の権威に基づいて制定するからである。

一〇 法律は、どのようなものとして制定されなければならないか。すなわち、明瞭で、確定的かつ疑義がないというものでなければならぬ。なぜなら、明瞭さほど立法者に本来的に必要なものはないからである。上記「新たな法典〔勅法彙纂〕の作成について」を Auth. Coll. 8. tit. 3. cap. 1⁽³⁴⁾にあるように。そして、かの熟慮をもつて、これについては、「法律は誰によつて制定されなければならないか」について論じたときに、すでに述べた。ところで、ここでは私は、一般的な法律のことを述べて

いるのであつて、特定のな〔特定の人に関する〕法律、あるいは、特権について述べているのではない。これらは、紫色の宛名書きによつてのみ選別される。これらについては、特に一章が当てられている。C. 1. 23「個人および団体に対して与えられるさまざまな回答について」の全体、とりわけ 6⁽³⁵⁾、7⁽³⁶⁾において扱われている。

二 ところで、私の知る限りでは、法律は一体としての法 (corpus iuris) に含まれているというそのことだけで、一般的だといふことができる。C. 10. 32. 61のような場合でなければ。他方、一体としての法に入らない法律が一般的となるのは、皇帝が判決すべく事案を審理し、当事者間に確定判決を宣告する場合、C. 1. 14. 12⁽³²⁾のように、あるいは、法律を元老院議決に付す場合、あるいは、それを告示と称する場合 (しばしば告示法律 (edictalis) いわれる)、あるいは、法律が国民全体に公布されること、ないし類似の事案で同じ裁定が下されることを命ずる場合、あるいは、それを一般的だと称する場合、だけである、C. 1. 14. 2⁽³³⁾および 3⁽³⁴⁾。

三 さらに、いかなる場合に立法さるべきか。すなわち、皇帝に諸願が出される場合、あるいは、自らの発議により動きだす場合である。C. 1. 14. 3⁽³⁷⁾「朕の自発的発議で」以下にあるよう

に。法律により明確にされていない場合も、同様である。

C.1.14.11⁽⁴⁰⁾のように。法律を解釈するのは誰か。すなわち、すでに述べた立法者すべてである。同様に、慣習 (consuetudo) も法律を解釈する。D.1.3.37および23にあるように。さらに、教授もまた法律を解釈する。C.12.15.1にあるように。しかし、この解釈は必要的 (necessarius) なものではない。なぜなら、だれも教授の言葉を受け売りする義務を負っていないからである。さらに、審判人も事案から法律を解釈する。D.1.3.10⁽⁴⁴⁾のように。この場合、疑念は、あるいは、法律の文言について生ずることがあり、この場合にはすでに述べたようにして解釈されるべきことになる。あるいは、法律に包含されない事件について生ずることがある。D.1.3.12⁽⁴⁵⁾のように。以上述べてきた人々が解釈できることに対しては、C.1.14.1⁽⁴⁶⁾で述べられていることも矛盾するものではない。すなわち、そこでは、法、つまり厳正な法とそれより広い範囲をカバーする衡平との間に入れられた解釈、つまり両者を媒介すべき解釈を洞察することは、元首のみに許され、かつ元首のみの義務である、と述べられているのではあるが。なぜなら、それが君主にのみ許されるのは、解釈が一般的で必要的なものとなるためだからであり、そしてこの解釈は文書に記録す (in scriptis redigere) へきものである。

三 他方で、慣習による解釈 (consuetudinis interpretatio) は一般的であり、必要的であるといわれることがあるとしても、しかし必要的でない。さらに、この解釈は、文書に記録する義務があるものではなく、だれでも任意に記憶を保持するために有用だという理由から文書に記録できるものである。下記、C.12.15⁽⁴⁶⁾のべるように。

四 ところで、いかなる場合に以上述べてきた解釈者の内のどれかある者の解釈が求められるべきかは、これから見てゆくように、なんでもない問題である。そして、ここで心得ておくべきは、訴訟においては、新しい事件 (novum negotium) については、疑念が生ずることがあり、また、法律について疑念が生ずることがある、ということである。事件について疑念が生ずる場合には、皇帝に問い合わすべきである。ただし、皇帝が (同一属州内ないし同一市邦に) いて (praesens) 、『その下に赴くことができる (eius copia esse) 場合である。下記 C.1.14.8⁽⁴⁶⁾、C.1.17.2.18⁽⁴⁷⁾ および D.40.5.27⁽⁴⁸⁾にあるように。さらに、論拠 C.3.1.18⁽⁴⁹⁾すなわち、審判人が同一属州におらず以下、他方、皇帝の下に赴くことができなない場合には、類推がなされるべきである。D.1.3.12⁽⁴⁶⁾のように。これに對して、法律について疑念が生ずる場合。すなわち、慣習から確実に (certo modo) 理解さ

れる場合には、その理解に従うべきである。D. 1. 3. 23⁽⁴²⁾および D. 1. 3. 37⁽⁴¹⁾のように。慣習から確定されない場合には、(すでに述べたように) 元首のもとに赴くことができるなら、元首が頼みとされる (recurreri)。C. 1. 14. 11⁽⁴⁰⁾、C. 1. 14. 9⁽³⁹⁾および D. 1. 3. 11⁽³⁸⁾にあるように。その他に、私は、寛大になるように解釈する。D. 1. 3. 18⁽³⁷⁾および D. 1. 3. 19⁽³⁶⁾にあるように。

Ⅱ さらに、解釈は、法律を定めることでその利益をはかりかうとした者に不利になされてはならない。C. 1. 14. 6⁽³⁵⁾および D. 1. 3. 25⁽³⁴⁾にあるように。さらに、どちらの意味がより寛大になるか疑問がある場合には、私は文言の意味に従うことになる。D. 32. 69⁽³³⁾にあるように。しかし、これは、すでに述べたように、あるべき姿ではない。結局のところ、すでに述べたように類推で行くべきであろう。ところで、誰かが解釈についてこの上なく詳細に論じたいと思うなら、上で勅法彙纂を素材にして私が述べてきたことを、繰り返すべきである。

De legibus et constitutionibus principum et edictis (Rubrica)

1. Lex quandoque stricte, quandoque large accipitur.
2. Constitutio et edictum principis, late lex dici possunt.
3. Constitutio principis, ab edicto principis, qualiter differ-

at.

4. Edictum principis quid sit.
5. Lex qualiter fiat.
6. Lex condi potest a praefecto praetorio.
7. Lex condi potest ab iis quibus Imperator mandat.
8. Lex condi potest a populo Romano.
9. Lex condi potest a Senatu.
10. Lex debet esse clara.
11. Lex generalis esse dicitur, ex quo in corpore iuris continetur.
12. Qui legem interpretentur.
13. Interpretatio consuetudinis, an sit redigenda in scriptis.
14. Doctoris interpretatio de lege facta non est necessaria, nec in scriptis redigenda.
15. Quando recurratur ad habentes auctoritatem interpretandi legem.
16. Interpretatio contra eum, cuius fauore aliquid constitutum est, fieri non debet.
17. Leges observare omnes tenentur.
18. Poena non observantium leges quae sit.

梁 19. Legis uerba an offendere liceat.

Supra de diuinis sacris dictum est, nunc de humanis
sacris ponit. Nam leges sacrae sunt. ut j.eod.l.leges sa-
cratissimae. Vel sic supra de ministris sacrarum rerum, hic
de ministris sacrarum legum, id est, conditoribus et obser-
uatoribus earum. Videamus ergo quid sit lex, item quid
constitutio principis, et edictum. 1. Lex autem ponitur
quandoque stricte, quandoque large. Stricte, ut cum ponitur
pro statuto populi Romani : et hoc est, quod dicitur, lex
est, quod populus Romanus senatorio magistratu inter-
rogante ueluti consule, constituebat, id est aliquo, qui erat
de senatorio magistratu, ueluti consule. Plures autem
erant in senatorio magistratu. ut ff.de sena.l.ult.§.ul.nec
exigebatur ut omnes interrogarent populum, sed unus
uoluntate omnium. Consul enim, qui senator erat, con-
sulebat populum, an ei placeret ita statui : et populus re-
spondebat, Ita : et quantum ad sententiam. licet alia sint
uerba, eadem est illa definitio, qua dicitur, Lex est com-
mune praeceptum, uirorum prudentium consultum, delictor-
um, quae sponte vel ignorantia fiunt, vel contrahuntur

coercitio, communis reipub.sponsio. ut ff.de legi.et
senatusc. l.j. Quandoque ponitur large pro omni
rationabili statuto : unde et dicitur, lex est sanctio facta,
iubens honesta, prohibens contraria. Et ita est regula ius-
torum et iniustorum, ut dicitur in transratione Graeca. ut ff.
e.l.ij. 2. Constitutio vero principis, et edictum, legis
partes sunt, ut lex largo modo intelligatur : et ita large
positum esse in rubrica dici potest. 3. Differt etiam con-
stitutio principis ab edicto principis : quia constitutio prin-
cipis potest esse generalis et specialis. ut ff.de constitut.
princip.l.j.§.hae sunt. et §.plane. 4. Edictum vero prin-
cipis, est ius generale statutum. ut j.eo. l.iiij. Nec in-
competenter species post genus supponitur, ut diximus supra
de haered.et Ma. A quo debent condi? et quidem ab Imper-
atore cum concilio procerum sacri palatij, et coetu honestis-
simo senatorum, qui erant centum numero : et dicuntur
partes conscripti, Patres, vel aetate, vel similitudine curae,
ut ait Salustius : et Conscripti, quia Imperator eorum
nomina habebat scripta in diademate capitis sui. 5.
Delegatur autem lex primo alicui dictanda, et dictata recen-

setur, id est iterum interrogatur, an sit aequum ita censi : et si tandem consentiant omnes, recitabitur in sacro palatio vel consistorio, ut confirmetur per principem, et per populos iussu principis divulgatur, et valeat post duos menses a tempore insinuationis. ut j.eod.l. humanum. et in Authent. ut factae nouae constitut. post duos menses post insinuationem eorum valeant. col.v. 6. Item potest condi a praefecto praetorio, si non sit contraria legibus principis. ut j.de offic.praefec. praet.l.formam. 7. Item ab iis, quibus mandat Imperator. ut in prologo Institutio.§.cumque haec Deo proposito, et c. et hoc est etiam,quod dicitur : Omnia merito nostra facimus, quia ex nobis omnis ei impartietur auctoritas. ut C.de veteri iure enuc.l.j.§.cumque haec materia. et §.sed neque. 8. A populo autem Romano forte et hodie potest condi lex, ut ex praedicta definitione legis patet, licet dicatur potestas translata in principem. ut j.de vet.iur.enu.l.j.§.hoc etiam. Dicitur enim translata, id est concessa, non quod populus omnino a se abdicaverit eam. sic et ponitur ff.de offic.eius, cui manda.est iurisdicti.l.j. §.qui mandatam. Nam et olim transtulerat, sed tamen

postea revocavit, ut dicitur. ff.de ori.iuris.l.ij.§.exactis. et §.quid ad magistratus. et §.et cum placuisset. 9. Item a senatu condi potest. ut ff.e.l.non ambigitur. nec obstat quod dicitur, soli principi licet legem condere.j.eo.l.vlti. quia et senatus, et praefectus, et iurisconsulti condunt ex principis autoritate. 10. Qualiter condi debet lex? et quidem clare et aperte, certe et indubitanter. Nam nihil adeo proprium est legislatoris, ut claritas. ut supra de novo C.fac. et in authen.de testamentis imperfectis. §. nos igitur. et cum deliberatione illa, de qua dixi. supra cum tractarem a quo debeat condi. Loquor autem de legibus generalibus, non de specialibus, vel privilegiis, quae tantum purpurea inscriptione leguntur : de quibus specialis est rubrica. j. diversis rescriptis per totum, et maxime in l.ulti.et penul. 11. Sciam autem legem generalem esse hoc ipso, quod continetur in corpore iuris, nisi in casu vt ff. de decur.l. neque. Si autem non clauditur corpore iuris, non est generalis, nisi Imperator cognitionaliter de causa cognouerit, et inter partes definitiue pronunciauerit. vt j.e.l.vlt. Vel nisi mittat legem ad senatusc. vel nisi vocet eam edictum (vt

案
saepe dicitur, Hac edictali lege) vel nisi iubeat eam diuul-
gari per omnes populos, vel in similibus causis idem statui,
vel nisi vocet eam generalem, j.eo.l.ij.et iij. 12. Item
quando ferenda est? et quidem quando preces Imperatori
porriguntur, vel cum sua sponte mouetur. vt j.eo.l. iij. ibi,
siue eas nobis, et c. Item cum non est per l.difinitum, vt j.
eo.l.cum de nouo. Quis interpretatur leges? Et quidem hi
omnes, qui condunt: de quibus dictum est. Item con-
suetudo interpretatur legem. vt ff.e.l.si de interpretatione.
et l.minime. Sed et magister interpretatur leges. vt j.de
professo. qui in Constantinopolitana ciuitate.l.j. Sed illa
interpretatio non est necessaria: nam nemo est addictus
iurare in verba magistri, sed et iudex legem interpretatur ex
causa. vt ff.e.l.neque leges. et hoc siue dubitetur de verbis
legis et qualiter sit intellingenda, vt dictum est: siue
dubitetur de casu, qui non est comprehensus lege. vt ff.e.l.
non possunt. Nec contrarium est his, quod dicitur. j.e.l.j.
soli principi licere, et oportere inspicere interpositam, id est
interponendam interpretationem inter ius, scilicet strictum
et aequitatem, quae latius patet. Nam ei soli licet, vt

interpretatio sit generalis, necessaria, et est in scriptis
redigenda. 13. Consuetudinis autem interpretatio licet
generalis sit, et necessaria, non tamen necessaria: nec in
scriptis ex necessitate redigenda, sed ex voluntate et
utilitate ad conseruationem memoriae quisque in scriptis
redigere potest. vt infra de profess. 14. Quando autem
recurratur ad interpretationem alicuius praedictorum, bene
est, vt videamus. Et sciendum est, quia in iudicio quando-
que contingit dubitatio super aliquo nouo negocio, quando-
que super lege aliqua. Si super negocio, dominus Imper-
ator consulendus est: si tamen praesens sit, et eius copia
sit. vt infra eo.l.humanum. et de vete.iur.enu.l.ij.§.sed
quia diuinae. et ff.de fideicom.li.l. itaque et arg.j. de iudic.
l.fina.ibi, ne compellatur et c. Si autem non sit eius
copia: procedendum est de similibus ad similia. vt ff.eo.l.
non possunt. Si vero super lege: si quidem ex con-
suetudine certo modo est intellecta, eius intellectui stabitur.
vt ff.eo.l.minime. et l.quod si de interpretatione. Quod si
de consuetudine non est certificata, recurritur (vt dictum
est) ad principem, si sit eius copia. vt j.eo.l.cum de nouo.

et l. leges sacratissimae. §. si quid. et ff. eod. l. et ideo de his. Alioquin interpretator in benigniorem partem. vt ff. eo. l. benignius. et l. in ambigua. 15. Item non est facienda interpretatio contra eum, cuius fauore aliquid statutum est. vt j. eo. l. quod fauore. et ff. eo. l. nulla. Vel si dubio, quae sit benignior pars, stabo significationi verborum. vt ff. de lega. iij. l. non alter. sed secus est. vt dictum est. Vltimo procedam de similibus ad similia, vt dictum est. Si quis autem velit copiosissime de interpretatione tractare, repetat ea, quae diximus supra in materia Codicis.

(一) D. 8. c. 4. グラーツィアーヌスが引用するのは、「もちろん、……だれが疑うであらうか」までである。このディステインクティオー中の諸カノンからしても(C. 6. c. 7) 'アウグースティーンヌス『洗礼論 (De baptismo)』からのグラーツィアーヌスの引用は、かなり意図的である。慣習を根拠にグレゴリウス改革に反対する者たちに対する、改革派の考えが反映しているところなのが、G. LE BRAS et al., Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, Tome VII, L'Age Classique

1140—1378, Sources et Théorie du Droit, p. 215 の見方である。c. 5 が、ドナティストが依拠したキプリアーヌスを引くグレゴリウス七世の言葉であることを考える、この見方は説得力をもつように思われる。なお、秘蹟論それ自体についても、ドナティストとグレゴリウス改革派の一部とは類似性が認められることについては、堀米庸三『正統と異端』(中公新書・一九六四年)、特に九六頁以下参照。

(2) アウグースティーンヌスとドナティストとの論争については、堀米前掲書五〇頁以下、坂口昂吉・金子晴勇訳『アウグースティーンヌス著作集 8 ドナティスト駁論集』(教文館・一九八四年) 参照。

(3) 坂口・金子前掲訳書一一四頁参照。ただし、訳文はミニーヌ版からの拙訳。

(4) 同書一一二頁参照。引用文に先立つ文章も参照。

(5) アウグースティーンヌスの慣習観は、あるいは、アリス・トテレスの「通念(endoxa)」に比定できようか。高田三郎訳『ニコマコス倫理学(上)』(岩波文庫・一九七一年) 三六頁一〇九八b二七—三〇、同訳『ニコマコス倫理学(下)』(岩波文庫・一九七三年) 一五頁一一四五b五—七、

村治能就訳「トビカ」『アリストテレス全集2』(岩波書店・一九七〇年)三頁以下一〇〇a三〇-b二三参照。いずれにせよ、本格的な検討を要する問題である。

- (9) G. F. PUCHTA, Das *Gewohnheitsrecht*, 2. Teil (Erlangen 1837), p. 5 et s. ; *Idem*, *Pandekten*, 3. Aufl. (Leipzig 1845) §. 12. プフタの慣習法論について一般的なものとして、石田喜久夫『民法学事始』(成文堂一九八五年)三二二頁以下参照。

(7) 判例(*Gerichtsgebrauch, Praxis*)を通説(*herrschende Meinung, communis opinio*)に於いて認識される法が、慣習法と学問法であることから、法曹法(*Juristenrecht*)も二つの意味をもつ。プフタは、学問法としての法曹法を本来的な意味の法曹法と呼んでいる。*Gewohnheitsrecht*, 2. Teil, p. 16. 慣習法としての法曹法としては、たとえば、遺言書に証人が内と外とに署名しなければならぬかどうか、あるいは、二人の証人のうち一人が署名すればよいかどうか、あるいは、遺言書に証人が捺印しなければならぬかどうか等であり、その本性上ならぬか選択的なものを有するものである。これが、フォルク法的確信であるのは、男性だけの問題について男性の

確信がフォルクの確信となるように、これらの問題では、その専門的知識のゆえに法曹がフォルクの代表(*Re-präsentant*)となるからである。op. cit., p. 17 et s. ; *Gewohnheitsrecht*, 1. Teil (Erlangen 1828), p. 144 et s., p. 161 et s.

- (8) *Gewohnheitsrecht*, 2. Teil, p. 15 et s. ; *Pandekten*, §. 16.

(9) プフタにあつては、周知のように、法はフォルクの確信である。「ところで、学問的篤為は、国民的(national)ものではない。学問的確信は人がフォルクの一員としてではなく、個人としてもつものであり、したがつて、フォルクの精神がこれを直接に産み出すのではない。したがつて、学問が法源だとしても、それはフォルクの直接の確信とは全く異なるものであり、固有のものである。しかし、法学は国民的なるものを対象とするのであり、それゆえ、法学が学問となるためにはその対象を国民的なものとして、すなわち対象の真理を論じなければならぬ。この場合にのみ、法学はかの生産力をもちうるものであり、この力は法学が真の学問である限りで法学に帰属するのである。」*Gewohnheitsrecht*, 1. Teil, p. 165 et s.

「学問的論究によつてこれらの法源（フォルクの共通の確信と立法権）により与えられる法命題の基礎にある原理が自覚されるように、学問的論究により、同じ原理から既存の法命題がそこから流出してくるのと同じようにして、別の法命題を推論することも可能となる。この命題は新しいものであるが、それは、学問によつて既存の法から、すでにその中に胚芽としてあるのを、はじめて引き出されたという意味で、新しいのである。」*Gewohnheitsrecht*, 2. Teil, p. 15. あくまでも既存の法を出発点にしているということで、自然法論とは異なるわけである。loc. cit. したがつて、プフタの方法が論理的であるとしても、そこに帰納という現実的契機を見ないのは、歪んだ見方ではないかと考える。たとえば、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』（東京大学出版会・一九七九年）二四八頁以下で、プフタの法学を「論理一貫性第一主義の思弁的法学」としているのは、原理なり概念なりの既存の法たるローマ法文からの獲得過程を考慮していない点で、問題があるように思う。たとえば、同書二四九頁末尾のサヴィニー批判にしても基本的にはローマ法文からの帰納を巡る議論であつたと思われる。すなわち、相統

人は、自身では取得する権能がなく、したがつて通常の譲渡は受けられない権利であつても、相続人の資格でその権利の主体たりうるという法文 (D. 46. 3. 75. 95. 3) からも、「相続財産の内に被相続人の人格が持続する」という命題が導き出されるのであり (Pandekten, §. 447)、「この法文はサヴィニーが言及していないものだからである。プフタの法源処理については、さらに、海老原明夫「一九世紀ドイツ普通法学の物権移転理論」『法学協会雑誌』一〇六卷（一九八九年）一号一六頁以下参照。

(10) Pandekten, §. 9a not. o は、論争の場としての雑誌の目録を示し、not. p. は、論争集を示す。

(11) *Gewohnheitsrecht*, 2. Teil, p. 16; Pandekten, §. 16. ちなみに、*hereditas jacens* を法人と見るのは、当時の通説であつた。cf. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2 (Berlin 1840), p. 365. プフタ自身は、「自己の慣習法論が十分受け入れられなかつたことについて」、「その主たる原因は、なんといつても旧説が徹底して考え鋭敏な感覚をもつあんなに多くの法曹の見解だつた、ということである」と述べている。いうまでもなく、プフタは通説に挑戦し、徹底した論証を試みたの

である。筆者のプフタ観は、通説的なものとは異なり、彼の体系が開放的なものだという見方である。通説的な見方としては、たとえば、D. NÖRR, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, Fs. für W. Felgentraeger (Berlin 1979), p. 364 et s. を参照。より本格的な基礎づけは、今後の課題である。

(12) 滋賀秀三「中国法文化の考察―訴訟のあり方を通じて―」『法哲学年報』一九八七年三九頁。

(13) C. I. 14.9 この上なく神聖な法律 (*leges sacrae*, *simae*) は、万人の生活を制約するものであるから、万人に理解されるものでなければならず、そういうものであつてこそ、全国民が法律の命ずるところをよりはつきりと知つたうえで、禁止されたことを避け、許されたことを求めるようになるのである。しかし、こういった法律のうちに曖昧と思われる規定がある場合には、それは皇帝の解釈により明らかにされ、朕の仁慈 (*humanitas*) にふさわしくない法律の厳格さは正されなければならない。

佐伯好郎「ユ帝欽定勅法彙纂邦訳(二十)」「法律論叢」一九卷二号(一九四〇年)二二三頁参照。

(14) D. 1.9.12.1 ところで、元老院議員とは、上は門閥貴族 (*patricii*) および執政官たち (*consules*) から下はすべてのイルーストリース (*virii illustres*) に及ぶ者たちと解されるべきである。なぜならこのイルーストリースも元老院において単独で意見 (*sententia*) を述べることができるのであるから。

春木一郎「ユースティニアヌス帝学説彙纂プロローグ」(有斐閣・一九三八年)一二八頁参照。

(15) D. 1.3.2 …さらに、ストア派最高の知恵をもつクリュスイップスも、「法律について (*peri nomou*)」書いた書物を次のように書き出している。「*lex*とは、神事および人事すべての女王である。さらに、*lex*であるならば、当然に、それは善悪を司り、自然本性上国的である (*politikon, civilis*) 動物の領導者、指導者であり、したがって正と不正とに関する規範であり、なされるべきことがなされるよう命じ、なされるべきでないことがなされるのを禁ずるものである。」

なお、引用部分の訳は、モムゼンークリュエーガー版のラテン訳からの重訳である。アゾーの引く「正と不正とに関する準則 (*regula iustorum et iniustorum*)」は、

kanona dikaiion kai adikon の訳で、モムゼンーク
 リューガー版では「正と不正とに関する規範 (norma
 iusti et iniusti)」となつてゐる。Glossa ordinaria
 (Lugdun. MDCXXVII. Neudruck : Osnabrück, 1965) の
 訳では、regula iustorum et iniustorum となつてゐる。
 春木前掲書 (注 14) 八五頁参照。

(16) D. 1. 4. 1 元首が善しとしたことは、法律の効力をも
 つ。すなわち、元首の支配権 (imperium) について制定
 した皇帝法 (lex regia) により、国民 (populus) は、元
 首に自分のもつ自分に対する全支配権と権力 (potestas)
 をも与えているのだから。1. したがつて、皇帝が回勅
 (epistula) や決裁書 (subscriptio) により定めたこと、
 あるいは、終局ないし中間判決を下したこと、あるいは、
 告示によつて命じたことすべてが、法律であることは確
 かなことである。これらは、われわれが通常勅法と呼ぶ
 ものである。2. これらのうちには、明らかに、個人に
 関わるものがあり、それは先例 (exemplum) には関係が
 ない。なぜなら、元首がある者の功績に対して賜る勅法
 は、あるいは、なんらかの罰を課した場合でも、あるい
 は、先例なしにある者を援助した場合でも、それは個人

を超えて及ぶものではないからである。

春木前掲書 (注 14) 九三頁参照。

(17) C. 1. 14. 3 一般的な法律として、向後すべての者によ
 り等しく遵守されるべきであるのは、あるいは、高貴な
 集まり (venerabilis coetus) (元老院) に皇帝宣示 (orati
 o) が送られて定められ、あるいは、告示に付加された文
 言により宣明される (nuncupari) ものであり、それは朕
 の自発的発議で制定されることも、嘆願や報告や訴訟の
 提起により制定が要請されることもある。なぜなら、こ
 のようにして定められる法律が、告示の宣明と評価でき
 るなら、十分だからである。あるいは、もろもろの審判
 人への通達によりすべての民族にあまねく告げ知らされ
 ているとか、あるいは、より明示的に、元首たちがある
 特定の事件で裁定されたことが類似の事案の運命をも定
 めるといふ習わしであったことが、法律の内容となつて
 いる場合のように。1. さらに、一般的な法律と称さ
 れていたり、あるいは、万人に効力が及ぶことが命ぜら
 れていた場合にも、告示としての効力をもつものとする。
 しかし、ある事件を裁く際に朕が下した、ないし、今後
 下す中間判決は、この事件を超えて一般に先例となるも

のではなく、また、どこかある市邦や属州や団体に特に限って認められたものも一般的効力をもつ慣習 (*observantia*) に入らない。

佐伯前掲邦訳(注13)二二九頁以下参照。

- (18) *Summa in C.1.5. prae.* 「以上は、カトリック信仰に仕える者たちについて述べた。今度は、それに反対する者たち、すなわち、異端者一般について、また特に、マニ教徒とサマリヤ教団について知るべきである。彼らは、これから述べるように、より不誠実な異端であり、より重い、より特殊な罰に値するからである。これと似た表題の立て方は、C.3.34「役権および流水権について」でなされている。すなわち、しばしば「類〔一般〕のあとに種〔特殊〕が置かれるからである。種が先に出されて、類が後にされる」ともある。D.9.2.27.13のようだ。
- (*Dictum est supra de ministris catholicae fidei : nunc audiamus de aduersariis eius, id est, de haereticis in genere : et specialit er de Manichaeis, et Samaritanis, qui perfidiores haeretici sunt, et maiori et specialiori sunt poena digni, vt j. dicemus : et similiter ponitur rub. j. de serui. et aqua. Saepe*

enim posito genere, ponitur species : et praemissa specie, supponitur genus. vt ff. ad le. Aquil. l. si seruus seruum, §. inquit.) D.9.2.27.13は「マニヤーリウス法の「*ruperit*」という語の説明であるが、同法文§.5にある「不法に燃やし、破壊し、駄目にするもの (*quod uerserit frangerit ruperit iniuria*)」で「*rumpere* が *urere*」*frangere* に対し類となるということであるうか。

- (19) *Sallustius, Bellum Catilinae, VI.6* 「古のローマ人たちは法律に基づく支配を有し、これを王制と名付けていた。肉体は齢を重ねているために堅固ではないが、精神は知恵によって頑強であった選良たちが国事の相談に預かっていた。彼らは、あるいは、齢を重ねているがゆえに、あるいは、齢を重ねた者と同様の配慮のゆえに、父たちと呼ばれていた。」

- (20) C.1.14.8 朕は、以下のことが仁慈に適う (*humanum*) ことと認める。すなわち、その他に、公的ないし私的な訴訟において、古の法律にも入っていない一般的な規範を必要とするなにかが生じてきた場合には、これが、まず前もって、朕の宮廷の長たちすべてに、より、また、元老院の父たちよ (*senatus conscripti*)、

汝らのこの上なく栄えある集まりにより論議され、そして、全判官 (*index*) および汝らが承認するなら、この提案 (*allegata*) が書き取られ、このようにしてもう一度全参集者により再査定され、全員が同意するなら、最後に朕の神聖なる参議院で読み上げられて、全員の同意が朕の權威により承認される。1. それゆえ、元老院の父たちよ、心得ておかれない。朕の寛仁 (*clementia*) により向後法律を發布するために、上で述べた方式を守らずにはおかないということ。すなわち、朕は、汝らの助言をもつて定められたことが、朕の支配の至福と、朕の光栄とに繋がるものであることを、よく承知しておるのであるから。

1 佐伯前掲邦訳 (注13) 二二三頁以下参照。なお、現代のローマ法学では、*patres conscripti* は、アゾーの解釈とは違って、*patres et conscripti*「父たちおよび登録議員たち」と解釈されていることについては、たとえば、船田亨二『ローマ法』第一巻 (岩波書店・一九六八年) 七九頁、岡・マイヤー (鈴木一州訳) 『ローマ人の国家と国家思想』 (岩波書店・一九七八年) 五七頁以下参照。

(21) Auth. Coll. V. tit. 16 (Nov. 66) 新しい勅法は、その

登録の後二カ月経って効力を生ずべきこと。しかし、これは、相続財産の四分の一を遺贈するさいに、遺言書について諸勅法が定めていた厳格な方式を、相続人の名を書かなかつたり、述べなかつたりして、遵守していない者たちを書しない。

本勅法は、遺言書の厳格な方式を定めた勅法の修正勅法。その通常の効力発生時期以前に従前の勅法の効力が失われるべきことを命じている。なお、ここで訳したのは、表題部分のみ。

(22) C. 1. 26. 2 近衛都督によって定められた規範は、一般的なものであっても、法律や勅法に決して反するものでなく、その後に朕の權威により何も改められていないのであれば、守られるのが適當である。

(23) I. prol. §. 3 このこと (勅法および学説の編纂事業) が恵み深き神によつて完成した今、朕は、宮内庁長官、前法制長官トリボニアヌス卿 (*vir magnificus*) ならびにイルーストリスたる法学教授テオフィルス、ドロテウスを、これらの者がみな聡明であり、法律について博識で、朕の命令に忠実であることを、多くの具体的根拠 (*rerum argumentum*) から承知していたので、ともに招

致し、朕の權威と勸奨により法学提要を作ること、特に委任した。汝らが法律の大本を古の伝説から知るのでなく、皇帝の光輝に照らされて追い求めることができ、また、汝らの耳と心が無用杜撰なことはなにも領知することなく、具体的根拠そのものに根ざしたことを領知することを目的として。また、往時であれば、四年間の勉学を終えた後でもほとんど与えられなかったもの、これがないために四年経つても勅法を読めなかつた当のものを、汝らに初めから得させんがために。法学教育の最初と最後を皇帝の声によって告げ知らされるといふほどの名譽と幸運を受けるに値する汝らに。

なお、末松謙澄『訂正増補ユ帝欽定羅馬法学提要第三版』（有斐閣・一九一六年）四八頁以下参照。

(24) C.1.17.1.5 さらにこの資料は神の至高の寛厚 (liberitas) によって集められたものであるのだから、これをこの上なく美しい建造物のうえに積み上げ、正義の女神に相応しい至聖の神殿として聖別し、全法を、朕の勅法彙纂ならびに永久告示録を範として、卿（トリーパーニアーヌス）が善かれと思うままに、五〇巻および何章かに配列し、もって記念碑的編纂に遺漏なからしめ、

過去約一四〇〇年に渡つてさまざまに定められ、朕が整理した全古法にこの五〇巻で城壁のごときものを張り巡らし、その外には何も残さないようにすること、これが卿の任務である。すべての法律家は同等の權威を有し、だれにもいわば第一投票権にあたるものを保持させてはならない。だれであれ、悉くにおいて優るとか、劣るとかいうことはなく、あるものがある点で優つたり劣つたりすると考えられるのだからである。

佐伯前掲邦訳（注13）二三九頁以下参照。

(25) C.1.17.1.6 さらに、多数の法律家の説だということからより善くより妥当なものだと、卿が判断しないように望む。地位がより低いただ一人の説であつても、ある部分で、多数の説に優ることもあり、また、地位がより高い者の説に優ることもあるからである。したがつて、以前にアエミリウス・パピニアースの注釈でウルピアース、パウルス、さらにはマルキアースから付加されたもので、以前はこの上なく光輝あふれるパピニアースの名譽のために時にはなんらの効力ももつていなかったものであつても、ただそれだけの理由で排斥してはならず、これらの内で至高の天才パピニアースの

宮為を補充し解釈するために必要であると認めるものがあれば、これをも法律の効力をもつものとするを、躊躇してはならない。この法典にこの上なき賢者たちを取り入れるのは、彼らすべてに、あたかも彼らの成果が元首の勅法に由来し、かつ朕の神聖なる口から出でたるもののごとき権威をもたせたいためである。なぜなら、彼らに付与されるすべての権威が朕に由来するのであるから、朕が彼らの成果すべてを朕のものとするのも当然であり、厳密に作られていないものを矯正改良する者は、最初に作り出した者よりも称賛に値するからである。

佐伯前掲邦訳(注13)二四〇頁参照。

(26) C.1.17.1.7 さらに、朕は、卿が熱誠努めて古い書巻中に当を得ないもの、余分なもの、完全でないものを見いだした場合には、余分なものは類似のものがあることで切り捨て、不完全なものは補充し、中庸を得た、できるだけ美しい完成作品を示されんことを望む。のみならず、古法律家はその書巻中に書き置いた古い法律あるいは勅法が正しく書かれていないのを見いだした場合には、これを改め、中庸を得たものにすべく注意を払い、もって卿が選択し、ここに収めたものが真実で最善のもの

のであり、あたかも最初から書かれたもののごとく見えるようにし、古い書物と比較して瑕疵ある書だとだれも敢えて論難しようとしないうにすべきである。なんとすれば、皇帝の法 (*lex regia*) と称されていた古の法律により、ローマ国民のすべての権利、すべての権力が皇帝権力に移転され、さらに朕は全立法権を分割してあれこれの立法者に与えることなく、全立法権を朕のものとするを欲しているのであるから、古い法律だからというだけで朕の法律を廃棄できはしないからである。さらに、朕は、すべてのものが定められた時から同じ効力をもつことを欲し、したがって、旧法では別様に定められていて、文脈が反対であるということが見いだされることがあれば、責めはこの書に帰せられることはなく、朕の選択に帰せられるものとする。

佐伯前掲邦訳(注13)二四〇以下参照。

(27) D.1.21.1.1 裁判権 (*iurisdictio*) の委任を受けた者は、自己のものは何もせず、委任した者の裁判権を行使する。なんとすれば、父祖の習い (*mos maiorum*) によれば、たしかに裁判権は移転されるが、しかし法律によって与えられる本来的な命令権 (*merum imperium*)

は移転することはない、というのがより正しいからである。したがって、屬州総督の代官が、裁判権を委任されていたとしても、流血罰令権 (*animadversio*) をもつとはだれもいわない。パウルスは、注釈している。命令権も、裁判権に結合しているものは、裁判権の委任により移転するというのがより正しい、と。

春木前掲書(注14)一五七頁参照。

- (28) D.1.2.2.3 その後一護民法法によって王たちが追放されて、これらの法律すべてが効力を失い、ローマ国民は、再び、制定法律によらず、不確実な法(*ius incertum*)および慣習法を用い初め、この状態では二〇年間経過した。

- (29) D.1.2.2.14 政務官たちについていえば、この国の初めにおいては王たちがすべての権力をもっていたことは確かである。

- (30) D.1.2.2.24 さらに、法典の制定が決められたのと同じに、民会に、すべての政務官がその職を辞すことが提案され、これによって1年を任期とする十人官が設置されたが、この十人官が任期後もその職に留まろうとし、不当な取扱いもし、また政務官の後任を任命しようとし

ないで、自己およびその与党において一度掌握した国政を永く保持しようとした。極度の残酷な支配によってとうとう、軍隊が国家から離脱するという事態を招いた。

この軍隊の離脱の原因はウエルギーニウスと称する者だったというが、それは、彼がクラウディウス・アッピウスをアッピウス自身が古法より踏襲して十二表法中に入れた法に反していると非難したときであった。すなわち、それによれば、アッピウスは、ウエルギーニウスにその娘の帰属を争う訴訟で、その娘の訴訟期間中の仮の占有をウエルギーニウスに認めず (*vindicias abdicere*)、自分が命じてその娘が自己の奴隷であると訴えさせた者に仮の占有を認め (*vindicias dicere*)、その処女に対する恋慕の情に捉えられて正邪の道をことごとく覆滅したというのであった。ウエルギーニウスは、最古の法慣行 (*vetusissima iuris observantia*) (すなわち、ローマ初代の執政官ブルトウスは、ウイテリウス家の奴隷ウェンデークスが反逆の陰謀をその告発により洩らしてきたときに、この奴隷の身について仮の自由を認めた (*vindicias secundum libertatem dicere*)) が自己の娘の身の上で蔑ろにされることを面目ないことと憤って、娘の純

血がその命より大事だと思ひ、処女の死をもつて凌辱の恥を免れんとして、肉屋に忍び込んで盗みだした屠殺用の刀で娘を殺し、鮮血未だ乾かぬ娘の惨殺の場から直ちに戦友たちの群れに投じた。戦友たちは、当時戦争を行なうために軍団を編成してアルギドゥムに駐屯していたが、全員がそれまでの指揮官のもとを離れてアウエンティーンヌスの丘に軍旗を立て、続いてすぐにローマ市内の平民もすべてそこに参集し、民会の同意により十人官たちのある者は獄舎に入れられて処刑された。かくして国家はその旧状に復した。

春木前掲書(注14) 七一頁以下参照。

(31) D.1.3.9 元老院が法を作ることができることは、疑いのないことである。

春木前掲書(注14) 八六頁参照。

(32) C.1.14.12 皇帝(imperialis maiestas)自らが事案を判決すべく審理し、居合わせた当事者にその場で直ちに判決を下すことがある場合には、朕の支配下にある審判人はすべからず、これがそのために作り出された当該事案限りの法律ではなく、すべての類似の事案にとつても法律となることを心得べきである。 1. すなわち、皇

帝に優るもの、それ以上に神聖などんなものがあるというのか。あるいは、皇帝の見解を無視できるほどに傲岸不遜な者などいるであろうか。古法の立法者たちも、皇帝の判決に由来する勅法が法律の効力をもつということを明白明瞭に断言しているのであるから。 2. したがつて、皇帝の見解をもつて法律を解釈した場合に、この種の皇帝の解釈が法律の効力をもつべきかどうかについて、疑問が出されているのを朕は旧法中に見いだしても、その根拠のない懸念を朕は嘲笑し、訂正されるべきであると考へた。 3. さらに、朕は、皇帝の法律解釈はすべて、嘆願に対するものであれ、法廷においてなされたものであれ、その他いかなる流儀でなされたものであつても、有効かつ疑いなきものとして受け取られることと定める。なぜなら、現在では、立法は皇帝のみに委譲されている(concessum esse)以上、法律の解釈もまた帝権(imperium)にのみ相応しいものであるというものは当然のことだからである。 4. さらにまた、訴訟中に疑点が生じ、朕の長たち(Proceres)が自らが判決を下すのに適切かつ十分でない判断する場合に、彼らの申請により、事件が朕の下にくるのは何故であり、また、

法律から生ずることのある審判人たちの疑問を朕の耳が領知するのは何故であるのか、本来的な法律解釈権 (mera interpretatio) が朕に由来するものでないというのであれば、あるいは、法律のなぞを解き、万人に明らかにするに相応しいと思われる者が、立法者であると唯一認められている (concessum esse) 者の他に誰かいるであろうか。5. したがって、この種の一笑に付すべき疑問を片付けてしまったのであるから、法律の立法者にして解釈者は皇帝のみであると正しく評さるべきである。とはいえ、この法律は古法の立法者たちからなにも取り上げはしない。彼らに立法を許したのも皇帝だったのであるから。

佐伯前掲邦訳 (注13) 二三四頁以下参照。

(33) De novo codice componendo, §. 2 これらの者たちに朕がなさしめたのは、法律を確実なものとするという観点から見て、余分な序文 (praefatio)、類似の序文、矛盾する序文を、法のなんらかの分類のために要請されるのでなければ削除し、さらに久しく不用になっている (desuetudinem abire) のをも削除し、上記の三法典 (グロリアーヌス、ヘルモゲニアヌス、テオドスイウス

法典) および新しい勅法から確実で、簡潔な言葉で書かれた法律を作定し、それらを然るべき章に配することであった。そのためにこの者たちが、たとえば、必要とあらば、法律の文言を付加したり、削ったり、さらには変更したりし、また、さまざまな勅法に分散していたものを一つの規定に集約し、それらの意味をより明確にし、加えて、上記の勅法の成立時期の順序が勅法に付された期日および執政官からだけでなく、その配列そのものから明らかになるように、先に発布されたものは先に置き、後で発布されたものは後に置き、さらに旧三法典や新しい勅法が収録されているものの中で期日も執政官の名も付されない勅法が見いだされることがあれば、その旨を示して配列し、また、勅法の一般的効力について疑義が生じないようになさしめた。この結果、たとえば、当初は特定の個人あるいは団体に関する回答 (rescriptum) として出された勅法であっても、その勅法の神聖不可侵性を示すためにこの新しい法典に編入されることで、それが一般的勅法の効力をもつことは明らかである。

佐伯「ユ帝欽定勅法彙纂邦訳 (二)」『法律論叢』一五卷一〇号 (一九三六年) 四九頁以下参照。

(34) Auth. Coll. 8. tit. 3. (Nov. 107) cap. 1 朕は、すべての事柄が明瞭明白であることを欲する（なんととなれば、明瞭さほど成文規定 (leges) に固有のものがほかにあるうか、なかならず終意処分についてなにかあろうか。)ので、以下のことを欲する。すなわち、文字を知っているある者が自分の息子たちの間で終意処分をしたいと思う場合に、当初遺言作成期日を前書したが、その後自らの手で息子たちの名も加えたという時は、息子たちをそれぞれ相続財産の十二分の一を相続分とする相続人指定をしたことが、数字では表示されていないとしても、文言全体から明言されていて、どこから見ても明瞭で疑問の余地のないものだといえるのでなければならぬ。さらに、相続財産中のものを分割したいと思ったり、あるいはある特定のもののために相続人指定全体なしその一部を行ないたいと思う場合には、この相続人指定の表示を書き込み、その文言によりすべてが明言されて息子たちにそれ以上の争いの種を残さないというのでなければならぬ。また、妻あるいは権利のないある者に遺贈や信託遺贈をしたり、あるいはこの者の解放をしたいと思う場合に、このことを自己の手で書き、遺言者たちにより証

人たちの面前で陳述されれば、この結果、遺言で定められていることすべてを遺言者自身が書き、それが効力をもつことを欲しているのであるから、それらは確定したものとすべきであり、書面に遺言の他の要件が守られていないことが見られても、そのことよって遺言の効力はなんら減ぜらるべきでなく、ただ、遺言書に与えられる効力は遺言書を書いた手と遺言書の文言にすべて基づくということだけが、改正の眼目である。

(35) C. 1.23.6 朕の神聖な回答 (adfatia) は、いかなる文書に書かれたものであれ、それが朕の恩寵をもって正真正銘朕が出したものだとして扱われるためには、その外見色が隅々まで紫色の文字によつて光り輝くものとされる、すなわち、焼いたムーレクスと磨りつぶしたコンキリーウムという二種の貝の光輝によつて朕の回答であることが示されるのでなければならぬ。いかなる法廷であれ、朕の回答として提出し、主張することが許されるのは、朕がパピルスあるいは羊皮紙に署名しその旨を印したものだけとする。I. さらに、この神聖な染料の製作はだれにも許されず、あるいはそれを所持し、取得し、あるいは何人ともあれそれを取扱すべく約束する

ことはだれにも認められないものとする。すなわち、僭主の傲慢さをもつてこの禁令を敢えて犯す者は、全財産を没収した上で、極刑に処すべきとするも、不当なことではない。

佐伯「ユ帝欽定勅法彙纂邦訳(廿二)」「法律論叢」二〇卷(一九四一年)五二三頁以下参照。

(36) C.1.23.7 回答はすべからず、嘆願者個人あるいはだれであれ審判人に出されるものであれ、通達(adnotatio)と称されるものであれ、あるいはなんであれ団体宛回答(pragmatica sanctio)と称されるものであれ、以下の条件がある場合に、朕の下に申し立てらるべきことを命ずる。すなわち、嘆願が真実に基づくものであること、さらに、嘆願者が裁判において真実を主張していたとしても、嘆願者が宣告を得ることになにか利益を得るものではないこと、という条件である。ただし、嘆願が信頼できるものかどうかの問題も皇帝の恩寵に委ねられていることが示される場合は、この限りでない。1. すなわち、前述の条件がないのにいかなる性質のものであれ神聖な回答を「朕の裁可を申し立てるために」書き取らせた、御たる法制長官あるいはスペクター・ビレス(vir

spectabilis) [vir illustrisより下位]たる官房局長(magister scripti)たちも、それを受け入れた審判人も、譴責を受けることになり、また、不法に書き取られたことを敢えて書いた、あらゆる官房局に属する書記、団体宛回答係官(pragmaticarius)あるいは長官補佐官(adiutor primicerii)は、懲戒免職に処せられることになる。2. ちなみに、団体宛回答は、嘆願が、私的な事件についての個人の嘆願に対して申し立てらるべきでなく、嘆願が同業組合(corpus)、学校、事務所(officium)、都市参事会(curia)、市邦、属州、その他人々の団体を公益のために創設するものである場合に、出されるものと朕は決する。なお、ここでも真実に基づくかどうかの問題が留保される。

佐伯前掲邦訳(廿二)(注35)五二四頁以下参照。

(37) corpus iurisという概念の意味は、なお不明である。この概念が、アゾーのSumma全体のいわば序文にあたるものの中にも認められることについては、拙稿「F.コナンの契約理論(2)」本誌三八巻八・二頁注(50)参照。corpus iurisという概念は、C.5.13.1.pr.「目下朕が着手している問題は、決して些細なものびなく、corpus iurisのほかに

全体に広がるものである。すなわち、朕は、妻の財産訴権 (actio rei uxoriae) と問答契約訴権との両者に共通するものおよび異なるものを削除し、妻の財産に関して妥当すべきと朕が考ふる法すべてを問答契約訴権に一本化するからである」に見られる。アツクルスィウスは、これに「corpus iurisに注意せよ。四肢が含まれる人間のからだと同様、そこには法の諸部分が含まれる (Nota corpus iuris, in quo articuli iuris continentur, sicut corpus humanum vbi membra continentur)」という注釈を付している。ここからも、corpus が人体をモデルとする一体的な構造物と理解して善いと思うが、問題は、一体的な構造物たる ius がいつた何かとどういふことである。続く文章からすれば、皇帝の判決、元老院議決、皇帝の告示、一般的効力をもつと皇帝が宣告する勅法などはこれに入らないことになる。敢えて大胆に仮設を建てると、それは「法律」ではなかつたろうか。Summa in 1.1.1. で ius のちまちな意味をアソーは挙げている。すなわち、ars boni et aequi なじしそれについて書かれたもの、lex と同義、lex の示す事柄 (legis significatum)、ius naturale・ius gentium・ius civile・ius praetorium

等、裁定・判決、判決の下される場所、親族関係 (necessitas)、actio、もろもろの権利義務、相続財産等、aequitas と対照される意味での ius などである。アソーが corpus iuris から除いたものを考慮すると、第一に挙げられている ars boni et aequi ないしそれについて書かれたものが一番無理がないように思われる。また、C. 5. 13. 1. pr. の corpus iuris も ius civile の体系書ないし注解書あるいはその体系を意味してゐるのではなからうか。いずれにせよ、確実なことは未だいえないことではあるが。

(38) 筆者の用いた一五六三年パーゼル版では、ff. de decur. l. neque となつてゐるが、D. 50. 2 (de decurionibus et filiis eorum) には、neque で始まる法文はなし。C. 11. 14 (de decuriis urbis Romae) にも、C. 12. 16 (de decurionibus et silentiariis) にもなし。C. 10. 32 (De decurionibus et filiis eorum et qui decuriones habentur quibus modis a fortuna curiae liberentur). 61 だけが de decur. という章の表題、neque という法文の始まりに適合する。また、内容的にも、アソーの引用の趣旨に合致すると思われる。したがつて、ついでに、j. de decur. (et filiis.) l. neque. の誤植なる引用ミスと考へて、こ

の法文を訳しておく。

C.10.32.61 朕は、イルーストレースたるドロテウスおよび彼の全財産、ならびに、スペクターピレース、枢密書記官 (tribunus et notarius) イレナエウスは、たとえ後者がイルーストレースの父系から生まれた者であったとしても、都市参事会員身分にみあういかなる負担も負わないことを、裁可する。さらに、彼らの男子たち、すでに生まれている者も、これから生まれてくる者も、および、この男子たちの後裔の男子も、時と承継が途切れることなく続いて生まれてくる者である限りは、都市参事会身分およびその職務から自由であるものと裁可する。神々しき記録にあるユーリアヌス帝の法律 [C.10.32.22]、すなわち、アンティオキア市参事会員身分が母系からも付与されることにつき発布された法律は、イルーストレースたるドロテウスおよびスペクターピレースたるイレナエウスの身分、彼らの財産、彼らの男子、すでに生まれている者も、今後生まれるものも含めて、あるいは彼らの全遺産に対して効力をもたないものとする。1. なお、母系によって記録にあるアンティオキア市参事会員身分に属するだけの他の者たちすべて

については、前記法律がいうまでもなく本来の効力をもつことを、ここに命じておく。

(39) C.1.14.2 審判人の照会問い合わせにより、朕の神聖な宮廷のこの上なく栄えある長たちの会同〔参議院〕に諮問して申し立てられた事件につき朕が裁可したことが、あるいは、なんらかの団体、属州長官ないし属州、あるいは市邦あるいは都市参事会に朕が下賜したことは、一般的な法となるものではなく、それが発布された事件限り、当事者限りの法律となり、また、何人によっても争うことができないものとする。これらのものを狡猾に解釈しようとする者ないし回答を得て争おうとする者はこれを咎めて破廉恥の汚名を着せ、こうして詐取したものであるから利益を得ることがないようにする。また、審判人がかかる行いを看過して、かかる者の訴えを聞いたたり、主張することを認めたり、不明な点があるという理由で朕の下に照会することがあれば、この審判人は、金三〇リブルの有責判決をもって罰せられるものとする。

佐伯前掲邦訳 (二十) (注13) 二二八頁以下参照。

(40) C.1.14.11 現在までのところ長期間続く慣行 (inveneratus usus) によって確固としたものになってい

ない新しい法について疑念が生ずる場合には、裁判で直面している審判人の照会と元首の裁定の權威とが必要である。

佐伯前掲邦訳(二十)(注13)二三三頁以下参照。

- (41) D.1.3.37 法律の解釈が問題になる場合には、まず、市邦〔ないし国家〕が以前に同種の事案につき用いていた法が探求さるべきである。なぜなら、法律の最良の解釈者は慣習であるのだから (optima enim est legum interpretatio consuetudo)。

春木前掲書(注14)九一頁参照。

- (42) D.1.3.23 確定した解釈を常に有してきた事柄は、決して変更さるべきではない。

春木前掲書(注14)八八頁参照。

- (43) C.12.15.1 ギリシア語およびラテン語文法学者、ソフィスト、法学者 (iuris peritus) で、この帝都で教授活動を行なっており、定員内下級官吏に列せられている者が、有徳な態度によって自らに称賛すべき生き方があることを示し、自分が教授に熟練し、雄弁で、解釈に鋭敏な感覚をもち、豊かな分析力をもつことを明かし、高貴な審判団 (coetus amplissimus iudicans) (元老院) の一

員となるに相応しいと評価され、かつ、地租を忠実に支払い、勤勉に教授の職を努めて二〇年に及ぶ場合には、名譽を与えられ、管区副指令礼遇者 (ex vicaria dignitate) に列せられる、と決定した。

- (44) D.1.3.10 法律も元老院議決も、いつか生ずるかもしれないすべての事件を包含するよう書くことはできず、大抵の場合に起こることが含まれていれば十分である。

春木前掲書(注14)八六頁参照。

- (45) D.1.3.12 すべての事案が法律ないし元老院議決によって明示的に包含されることは不可能である。しかし、ある事案について法律ないし元老院議決の判定が明らかである場合には、裁判権の主宰者は類似の事案にも踏み込んで、同様に法を宣告しなければならぬ。

春木前掲書(注14)八七頁参照。

- (46) 筆者の利用した版には、C.12.15についての Summa はない。

- (47) C.1.17.2.18 しかし、たしかに神事はこの上なく完全であるが、人法の定め (humani iuris condicio) をしても、それは常にすぐに不定なものになってしまい、その定めには、永遠に不動でありうるものはない(な

せなら、自然は、息なき切つて数々の新種を作り出すからである)のであるから、朕は、法律の綱によってなお繋ぎ留めることのできない行為が今後生じてくるとして、これに絶望しない。したがって、このようなことが生ずる場合には、皇帝に救済が求めらるべきである。なぜなら、神が皇帝位を人事の上に設けたのは、皇帝が新たに生ずる事柄すべてに改良を加え(*emendare*)、秩序付け(*componere*)、然るべき規則・準則に服さしめる(*modis et regulis competentibus tradere*)ことができるようにするためだからである。このことも朕が初めて述べたことではなく、祖先伝来のものである。すなわち、諸法律および永久告示録を作つたこの上なく鋭い感覚をもつた立法者たるユーリアーヌスその人も、その著書の中で、不完全な事柄が見いだされることがあれば、皇帝の裁可によつて補充さるべきことを、講じている。彼のみならず、神皇ハドリアーヌスもまた、永久告示録およびそれに続く元老院議決において、このことをこの上なく明白に確言した。告示録中に規定が見いだされないものは、この告示録の諸準則、そこから類推されるもの(*conjecturae et imitationes*)に従つて朕の新たな裁可が

規定できる、と。

佐伯「ユ帝欽定勅法彙纂邦訳(廿一)」『法律論叢』二〇卷(一九四一年)二二三頁参照。

(48) D.40.5.27 したがって、この場合には元首の下に赴き、この場合でも解放について配慮してもらふべきである。

「この場合」とは、直前の法文(D.40.5.26)からすると、次のような場合と考えられる。信託遺贈により奴隷を解放する事案について、トラヤーヌス帝時代の元老院議決は、「解放をなすべき義務を負う者たちが、法務官によつて召喚されたが、出廷しようとしぬ場合に、法務官が事案を審理して解放する義務がこの者たちにあると宣告すれば、宣告されたこの法により、その場で解放されたと同じ身分が取得される」と規定していた(57)。ここで、解放をなすべき義務を負う相続人が隠れていた場合には、たとえ信託受遺者が出頭しても、おそらく法務官による召喚ができないため、この元老院議決は適用されず、したがって、解放もできなかった(51D)。この場合は、元老院議決に包含されない場合であり、皇帝に解釈が求められる、というのがアゾーの考えであろう。

(49) C. 3.1.18 皇帝職あるいは被告人 (*incusatus*) の居住する属州の最高裁判権 (*culmen iudiciale*) により特命審判人が任命され、一方当事者がこの審判人が自分にとつて嫌疑ある者 (*suspectus*) だと、すなわち、審判人が他の属州の者 (*persona absens*)、あるいは同一属州でも他の市邦に滞在するために被告人が否認の書面を提出するには長い旅程をこなさなければならぬ、という嫌疑があると主張する場合について、朕は以下のごとく裁定する。すなわち、属州長官が当該問題が起こっている市邦にいる場合、審判人が自分にとつて嫌疑ある者だと主張する者には、属州長官の下に赴き、その官報 (*acta*) によりこの旨を公表することが許される。他方、属州総督が当該市邦にいない場合には、市邦の保護官 (*defensor*) あるいは都市二人官 (*duumviri municipales*) の下へ赴き、備え付けの公報 (*gesta*) によつてこの問題を公表し、さらに審判人を拒否することが許される。他方、直ちに、すなわち三週間以内に、当事者が遅滞なく仲裁人ないし仲裁人団を選任し、そこで争わなければならず、これがなされなければ、特命審判人が解任され、別の審判人が選任されることになる。もちろん、仲裁人の選任につき

協議が調わない等の場合には、属州総督がいれば属州総督、いなければ保護官あるいは都市政務官の仲裁によつて処理されることになり、この種の事項の執行を委任された執行人が登場して仲裁人により定められたことを実行に移す、上訴がなされないかぎり。なぜなら、上訴がなされれば、嫌疑ありと認められた審判人を以前に任命した者自身が上訴を審理することで事案の適法な解決 (*forma*) を与えるからである。

アゾーは、「すなわち、審判人が他の属州の」以下を引用している。これは、「同一属州内にいる場合には」(*in tamen praesens sit*) の論拠として引き合いに出されたものと考えられる。

(50) D. 1.3.11 したがって、初めて導入される事柄についても、あるいは解釈により、あるいは最良の元首の勅法により、相対的に確定的に (*certius*) 規定されればよい。

春木前掲書 (注 14) 八七頁参照。

(51) D. 1.3.18 法律の解釈は、その趣旨 (*voluntas*) を保持するためには、より寛大になるように (*benignius*) なさるべきである。

春木前掲書 (注 14) 八八頁参照。

(52) D.1.3.19 法律の文言が両義的である場合には、不条理に陥らない意味が取られるべきである。とりわけ、これから法律の趣旨も推論できる場合には。

春木前掲書(注14) 八八頁参照。

(53) C.1.14.6 ある人々の利益になるよう定められたことが、いかなる事件においてであれ、この人々を害するものとなることを、朕は欲しない。

佐伯前掲邦訳(二十)(注13) 二二二頁以下参照。

(54) D.1.3.25 法の道理からしても、あるいは、公平の寛大さからしても受け入れられないことは、ある人々の利益を増進すべく導入されていることが、厳格な解釈を取ることによってその人々の利益に反して苛酷な結果を生むことである。

春木前掲書(注14) 八九頁参照。

(55) D.32.69 文言の意味を離れてよいのは、遺言者が別のことを意図したことが明らかな場合だけである。1. ティティウスが、その遺言追加書で次のように定めた。

「プープリウス・マエヴィウスに余が奴隷として所有するすべての青年(iuvenis)が与えられることを余は欲する。私は青年とは何才から何才までと理解されるべきかを

問題にする。マルケルスは答えていう、上記の文言によって遺言者が表示しようとした青年についてはこの事件を審理する審判人の認定すべきことである、と。なぜなら、遺言者の事案においては、決して定義に遡ってはならないのだから。というのも、彼らは大抵の場合曖昧な言い方をし、適切な名辞や語彙を常に用いるわけではないのだから。ちなみに、青年とは、少年より上(一八才以上)、老年に数えられ始めるまで(四五才未満)と評価することもできる。

(未完・四〇巻三号に続く)