



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法曹法の歴史的基礎づけ（1）　－エールリッヒの法源論－
Author(s)	石川, 真人; ISHIKAWA, Makoto
Citation	北大法学論集, 41(3), 1-61
Issue Date	1991-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16773
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(3)_p1-61.pdf



法曹法の歴史的基礎づけ(一)

—— エールリッヒの法源論 ——

石川真人

〈目次〉

序論——問題の所在——

本論——エールリッヒの法源論——

Ⅰ *proprium ius civile*

(一) 『義務論』

(二) 『カエキナ弁護論』

(三) 『案出論』

一 *proprium ius civile* とそれ以外の法源との関係

(一) キケロの用語法

(二) 古典期の用語法

二 *proprium ius civile* の外延と内包

(一) *proprium ius civile* の外延

(二) *proprium ius civile* の内包

(三) 『弁論家論』

三 *proprium ius civile* の通用領域

(一) 「法学」とその意味での *ius civile*

(二) 「法曹法」とその意味での *ius civile*

(三) 「慣習法」とその意味での *ius civile*

四 *legitimus ius civilis*

(一) 相続法

(二) 訴権法

(三) 婚姻法

五 *proprium ius civile* の前史推定(以上本説)

六 *ius civile* と *ius gentium* (以下次説)

- 八 *ius civile* と *ius honorarium* — その一 対立の始まり —
 - 九 *ius civile* と *ius honorarium* — その二 訴権法と相続法 —
 - 一〇 *intentio iuris civilis*
 - 一一 古典期以降の発展
 - 一二 *ius publicum* と *ius privatum*
 - 一三 「国家組織法」ならし「国家制定法」としての *ius publicum*
 - 一四 「*ius publicum* は私人の合意によつては変更をねえない」
 - 一五 *ius civile*, *ius publicum* と *ius privatum*
 - 一六 ローマ以降の発展
 - 一七 私法と公法
- 結論 — 本稿の成果と今後の課題 —

論

エールリッヒの『法源論』は『自由な法発見と自由法学』とともに「彼の思想の基本的性格を示すもの」としてその重要性が指摘されているにもかかわらず、これまで本格的な研究がなかった。たとえば、磯村哲のエールリッヒ研究においてはその内容が要約されているにすぎず、レービンダーも『法源論』をあまり評価しない。

しかし、史料を読まずにエールリッヒの法源論を正しく理解できるのかという素朴な疑問を別にしても、従来の研究には次のような根本的な問題がある。まず第一に、エールリッヒがいかにローマ法学の伝統を重んじた学者か、が見落されているために、彼の自由法学の構構がいわゆる法律実証主義との対決・克服という一面でのみ捉えられ、実はそれが時代を越えた伝統的・普遍的な(実用)法学(Jurisprudenz, prudentia)の再興という一面をもつことが理解されていない。第二に、主に法曹法(jus civile)から成り立つ教示的法源を通して法(判決、正しい解決)を認識するという動的・立体的な法学を彼がローマ法にみたことが見落されているために、彼の法源論は静的・平面的にしか捉えられず、自由法学との関連も明らかではない。第三に、法(律)問題を扱う法学者ではなく弁論家として事実問題を扱うキケロこそがエールリッヒの理想像であった、ということが見落されているために、実用法学と理論法学(Rechtswissenschaft, scientia)を峻別し、後者を学問的に基礎づけようという彼の課題の真の意味は理解されていない。実用法学における彼の課題が法(判決、正しい解決)の認識の方法であったように、理論法学における彼の課題は、キケロと同様、事実(「生ける法」)そのものではなく、その認識の方法にあったのである。

従来のエールリッヒ研究における以上のような問題を克服するために、『法源論』——過去の偉大な法学者がそうしたように、彼がローマ法と対決しそれを乗り越えようとしている書物、彼の仕事の根底であり、また根底であり続け

た書物——をローマ法史料に即して検討し、エールリッヒがローマ法とどのように対決し彼がその中に何をみたか、を明らかにすること、それが本稿の課題である。

なお、ローマ法史料の翻訳に際しては、いちいち引用はしないが次の文献を参照した。ただし、本稿の性質上エールリッヒの読み方で史料を読んでいくことになるため、訳語は必ずしもこれらの文献に従っていない。

末松謙澄訳『ユスチーニアヌス帝欽定羅馬法学提要(訂正増補第三版)』(有斐閣、大正五年)

末松謙澄訳『ウルピアーヌス 羅馬法範(訂正増補第三版)』(大雄閣、大正一三年)

春木一郎訳『ユースティニアヌス帝学説彙纂プロータ』(有斐閣、昭和一三年)

原田慶吉『ローマ法(改訂版)』(有斐閣、昭和三〇年)

京都大学西洋法史研究会訳「ユスチニアヌス帝学説彙纂第二〇巻〜第二八巻邦訳」『法学論叢』六三巻六号(昭和三三年)〜八三巻六号(昭和四三年)

泉井久之助訳『キケロー 義務について』(岩波文庫、昭和三六年)

船田享二訳『ガイウス 法学提要(新版)』(有斐閣、昭和四二年)

船田享二『ローマ法(改訂版)』全五巻(岩波書店、昭和四三年〜四七年)

中村善也訳「キケロ 法律について」『世界の名著』⑭(キケロ/エピクテトス/マルクス・アウレリウス) (中央公論社、昭和四三年) 所収

柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』(世界思想社、昭和四三年)

柴田光蔵「ローマ法における特示命令訴訟の一考察——キケロー Cicerone の『カエキーナ弁護論 pro Caecina』をめぐって——」『法学論叢』九四巻三・四号(昭和四九年) 一一七頁

- (1) Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, I. Teil, das ius civile, ius publicum, ius privatum, Berlin, 1902. なお、以下の叙述において、この書物は頁数だけを引用する。
- (2) Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig, 1903. 本講演の邦訳として、西本辰之助訳「エールリッヒの『自由なる法律発見及び自由法学』(一)(二完)」『法学研究(慶応大学)』七巻一号(昭和三年)一一八頁、同四号(昭和三年)一一二頁、法学理論研究会訳「エールリッヒ・自由な法発見と自由法学(一)(2完)」『西南学院大学法学論集』一四巻三号(昭和五七年)六三頁、同四号(昭和五七年)一一頁、拙訳「エールリッヒ『自由な法発見と自由法学』」『北大法学論集』三九巻一号(昭和六三年)一五三頁がある。
- (3) 磯村哲『社会法学の展開と構造』(日本評論社、昭和五〇年。初出は「エールリッヒの法社会学」『法律学体系・法学理論篇』(日本評論社、昭和二八年)所収)一七一頁。
- (4) 従来のエールリッヒ研究については、河上倫逸「時代史としてのエールリッヒ個人史の可能性と資料状況」『法学論叢』一一四巻三・四号(平成元年)一四九頁以下が詳しい。ちなみに、同著者は最近精力的にエールリッヒ研究を発表しているが、『法源論』はその研究対象から外れている。したがって、同著者のエールリッヒ研究についても、以下で述べる批判があてはまることになる。さらに後出注脚も参照。河上論文が出た後のエールリッヒ研究としては、M・レービンダー(吉野正三郎・水野五郎訳)「エールリッヒから見た裁判官による法形成」『立命館法学』二〇一・二〇二号(平成元年)六七〇頁、大津卓「法社会学における『国家と法』——オイゲン・エールリッヒを出発点とした一試論——」『東京都立大学法学会雑誌』三二巻一号(平成二年)三五頁がある。なお、いわゆるエールリッヒ研究ではないが『法源論』を部分的に扱っている文献として、恒藤恭『羅馬法に於ける慣習法の歴史及理論』(弘文堂、大正一三年)がある。とくに、第一章第二節一(一七頁以下)および第二章第二節四(一〇七頁以下)を参照。
- (5) 磯村・前掲書(注²)一七七頁以下。
- (6) M. Rehbinder, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, I. Aufl., Berlin, 1967, S. 53, 2. Aufl., 1986, S. 62.

この箇所でレービンダーは「エールリッヒの『法源論』は誤った方法によって書かれている書物であり、否定されるべきものである」というシュルツの文章(F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar, 1961, S. 87, Anm. 3, History of Roman Legal Science, Oxford, 1946, p. 72, note 5)を引用して『法源論』を評価している。

ルツの文章が出てくる前後の脈絡から判断すると、シュルツがエールリッヒを否定する理由は、第一に、ローマ法の見方に關して、シュルツが、法学（法律家）と弁論術（弁論家）の相違点を強調するのに対して、エールリッヒは法学の原点を共和政期の弁論術（キケロ）にみて、両者の共通点を強調するから、第二に、個別的な問題について、シュルツによれば *ius civile* は「ローマ市民間の法」を意味するのに対して、エールリッヒによれば「法曹法」を意味するというように、両者がまったく相容れない立場に立っているからであると思われる。しかし、たとえば現代の代表的ローマ法学者であるネルの研究 (D. Nörr, *Divisio und Partio*, Berlin, 1972) においては、古典期の法学者の観念の原型として共和政期のキケロ（しかも『国家論』や『法論』ではなく『トピカ』や『案出論』などの修辞学の文献）を分析するという手法が用いられており、このような手法はカーザーなどによっても基本的に承認されている (M. Kaser, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in: *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, Köln, 1978) といふべきである。法学と弁論術の相異点を強調するシュルツ流のローマ法研究は通説的な地位を失いつつあるようである。とすれば、シュルツを（脈絡を度外視して）引用してエールリッヒの『法源論』を否定するというレービンダーの評価は問題であろう。また、内容的にも『法源論』には、ネルの用いる「慣習法」の概念はエールリッヒがローマ法にみた *ius civile* にはかならないなど、ネルの研究を先取りしている部分があるともいえる（この点については『類型論』の原点」と題する別稿を予定している）のであり、その意味では本稿の意図する『法源論』の再評価は、従来のエールリッヒ研究のみならず、現代のローマ法学にとっても有意義なものとならう。なお、現代ローマ法学の『法源論』に対する評価については、M. Kaser, 'Lex' und 'ius civile', in: *Ausgewählte Schriften I*, 1976 を参照。

(7) 「法律実証主義」とは、エールリッヒ自身の分析によれば、判決における三段論法の大前提となる命題は法命題でなければならぬという「法命題への拘束性」と、すべての法命題は国家に由来するはずだという「国家的法観念」と、すべての法命題は一体だという「法の一体性」とを前提とする、ローマ法を継受した国々に特徴的な論理である。Vgl. E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 115, S. 125, 1917. 2. Aufl., Tübingen, 1925. S. 2f. 本書の邦訳として、法学理論研究会訳『法的論理(1)』(9)『西南学院大学法学論集』九卷二号(昭和五十一年)〜一三卷三号(昭和五五年)および河上倫逸、フーブリヒト訳『法律的論理』(みすず書房、昭和六二年)がある。

(8) 磯村・前掲書(注3)二九七頁。いうまでもなく筆者は、このような理解を全面的に否定しようと考えているわけではない。

(9) 来栖三郎「法の解釈における制定法の意義——その一 法と法源——」『法学協会雑誌』七三卷二号(昭和三十一年)二三三頁

の用語法に従った。詳論する余裕はないが、来栖の問題提起（「法の解釈と法律家」『私法』一一号一六頁を参照）に始まるいわゆる法解釈論争に対する来栖自身の最初の解答が本論文で示され、法源は法（判決、正しい解決）を認識するための手段（フィクション）であるというこの見解は、「モデルと擬制——法における擬制」論の準備のための学習ノート——『法協百年論集一卷』（昭和五八年）四九頁、「文学における虚構と真実——法における擬制」論の準備のための学習ノートのつづき——『国家学会百年記念「国家と市民」第三卷（昭和六二年）二八八頁などにみられるように、その後も一貫して維持され、深化されている。しかし、来栖の「法源論」については、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集第一卷』（有斐閣、昭和五三年。初出は『日仏法学』三号（昭和四〇年）所収）七九頁では、来栖説は「単に用語の問題にすぎない」とされ、また、同「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」『民法論集第七卷』（有斐閣、平成元年。初出は『民法・信託法理論の展開（四宮和夫先生古希記念論文集）』（弘文堂、昭和六一年）所収）八八頁では、判決（法）と判例（法源）を厳密に区別する来栖説ないし来栖が引用するグレイやフランクの説が「判例を法とする考え方」として引用される。さらに「擬制論」についても、「法源論」ないし法解釈論争との関連では理解されないのが普通である。例外的な文献として、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集・代表『民法講座』別巻Ⅰ（有斐閣、平成二年）一一二頁以下がある。なお、「法」と「法源」の一般的な用語法については、川島武宜『民法総則』（有斐閣、昭和四〇年）一六頁以下を参照。

(10) 磯村・前掲書（注3）一七七頁以下および二九七頁以下において、法源論は「法の構造・形成・発展の理論」として、自由法学は「実用法学の方法論」として無関係に論じられる。

ところで、磯村・同書は「自由な法発見（Freie Rechtsfindung）」を、「自由な法規創造」（一七一頁）あるいは「規範創造を行う」（三〇〇頁）というように、（制定法に明確な規定がない場合の）法曹による制定法から自由な裁判規範創造として、（つまり「自由な法源発見」として）理解する。しかし、私見によれば、前掲（注2）拙訳で示したように、少なくとも「自由な法発見と自由法学」においては、「法発見」は概して「判決発見」の意味で用いられている。「法発見」には、あらゆる判決を法学的構成によって制定法から演繹する「技術的法発見」と、命令的法源である制定法に明確な規定がある場合はそのとおり判決するが、いわゆる「法の欠缺」の場合は制定法から自由に、しかし教示的法源である「法学的伝承」（学説・判例Ⅱ法曹法）を通して判決を発見する「自由な法発見」とがある。エールリッヒの主眼はいうまでもなく「技術的法発見」の批判にあるが、同時に、法発見の規準（法源）として法曹法を据えた点において俗流自由法学と一線を画するものがあり、この意味でも彼の法源論は重要である。

- (11) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913, S. 19. 本書の邦訳として、川島武宜訳『法社会学の基礎理論(第一分冊)』(有斐閣、昭和二十七年)および河上倫逸、フーブリヒト訳『法社会学の基礎論』(みすず書房、昭和五九年)がある。
- (12) 本稿の主たる対象が法源論(正・不正の認識)であるために、この点について詳論することはできない。本稿「結論」を参照。

本論——エールリッヒの法源論——

— *proprrium ius civilis*

エールリッヒの法源論の出発点になるのは、ポンポニウスの次の法文である。

D.1.2.5.6.8.12 (Pomponius) : これらの法律(十二表法)が制定された結果、法廷における討論が必要になった(解釈に法学者達の権威が必要であったことはいうまでもない)が、この討論および制定されず法学者達によってまとめられた法は、そのほかの法領域が自己の名で、すなわちその領域に与えられている固有の名で表示されるのに対して、固有の名をもたず *ius civile* という共通の名で呼ばれる。そして、ほぼ同時期にこれらの法律からいくつかの訴権がつくられた。……この法領域は法律訴訟と呼ばれる。これは法律で定められた訴権である。こうしてほぼ同時期にこれら三つの法が生まれた。すなわち、まず十二表法が制定され、続いて十二表法から *ius civile* が流れ出し、十二表法から法律訴訟がつくられた。……その後ローマ国で十二表法、*ius civile*、法律訴訟が行なわれていたとき、平民と貴族の間に争いが生じた。……こうしてローマ国では、法律、*proprrium ius civile*、すなわち制定されずた法学者達の解釈によって形成されている法、法律訴訟、すなわち訴訟の形式を決めている法、平民会議決、すなわち貴族の同意なしに成立する法、政務官告示、すなわち名誉法がそこから出てくる法、元老院議決、すなわち平民会議決によらず元老院の決定によるだけで定められる法、皇帝の勅法、すなわち皇帝自身が定めたことが法律に代わって守られる法、によって裁判が行なわれるようになった。

ポンポニウスによれば、*ius civile* とは明らかに「制定されず法学者達の解釈によって形成されている法」であり、「制定されず法学者達によってまとめられた法」であるが、通説は、ポンポニウスの叙述に後から手が加えられていること、そして *ius civile* にかかわる他の史料と矛盾することから、ポンポニウスの叙述は信用できない、とする。これ

に対してエールリッヒは、ポンポニウスは非常に古い共和政期の観念を手本にしており、したがってポンポニウスの叙述は十分信用できる、とする。⁽¹⁴⁾ その証左としてエールリッヒは、キケロの『義務論』、『カエキナ弁護論』および『案出論』を検討し、キケロにとってもポンポニウスの意味での *ius civile* が唯一・自明の用語法であった、と結論する。

(一) 『義務論』

Cicero, de officiis III 65, 67: 不動産の権利関係についてわが国では *ius civile* によって、売主は不動産を売却する際に自分が知っている瑕疵を買主に通知する義務がある、と決められている。すなわち、十二表法によれば、売主が買主に明示的に通知した瑕疵については売主はその額を支払えば足り、明示的に否定した瑕疵については二倍額の罰金を支払わなくてはならないが、法学者達によってさらに秘匿の罰金が決められた。すなわち、不動産のいかなる瑕疵も売主がそれを知りながら秘匿した場合には、売主はその瑕疵を賠償しなければならぬ、と法学者達は決めたのである。……この種の不正な秘匿はそのすべてを *ius civile* によって把握することはできないが、把握が可能なものについては注意深く把握されている。

エールリッヒによれば、キケロは *ius civile* という表現をポンポニウスと同じ意味で使っている。すなわち、キケロは法学者達によって決められた秘匿の罰金をまず十二表法の規定に對置し、この罰金は *ius civile* によって決められたといい、そしてこの種の秘匿のすべてを *ius civile* によって把握することはできないとされており、したがって、キケロが *ius civile* という表現で十二表法を考えている、あるいは法学者達が決めたこと以外のことを考えている可能性はまったくない。⁽¹⁵⁾

(二) 『カエキナ弁護論』

Cicero, pro Caecina 65, 67, 68, 69, 70: 君の全弁論の中で私にもっとも大きな驚きを与えたのは、法学者達の權威に従う必要

はない、と君が述べたことである。……君がこの事件で不適当な時期に、しかもこの事件で求められていることに反することなのに、法学者達の意見に従う必要はなく *ius civile* がさまざまな事件においてつねに通用する必要もない、といった考え方を弁護したことに私は驚いている。また、このような考え方が法廷でよく主張され、時には賢明な人々によって主張されることは、私にはいつも驚くべきことであると思われる。なぜなら、そのように考える者達が、助言を与えた者〔法学者〕はあることについて正しく定めていない、と主張する場合、彼らは、愚かな人達のいうことに従う必要はない、と述べるべきである。法学者達 (Jura) 版では *ius civile* に従う必要はない、と述べるべきではなく、もし彼らが、法学者達が正しく解答していることを認めつつ、その解答とは別の判決がなされるべきである、と主張するならば、それは、不当に判決しなくてはならないと主張していることになるからである。……クラッススは、彼自身が百人官法廷に訴訟を提起したとき、法学者達の意見に反することを述べたのではなく、スカエウオラが弁論したことは正ではない、と説いたのである。クラッススは自分の議論に説得力をもたせただけでなく、彼の義父であるクイントゥス・ムキウスをはじめ多数の非常に経験豊かな人々を権威として引用している。すなわち、*ius civile* は軽視されるべきものだと考える者は、裁判の絆だけではなく、国民全体の利益と生活の絆を引き裂く者である。ある者が法の解釈者達を非難して、彼らは法に熟達していない、と主張する場合には、それは、解釈者個人を非難しているのであって *ius civile* を非難しているのではない。しかし、法に熟達している人に従う必要はない、と考える場合には、それは、解釈者個人を非難しているのではなく法律と *ius civile* を非難しているのである。君達は、この国では *ius civile* 以上に細心の注意をもって堅持されるべきものは何もない、と、いうことを肝に銘じておかなければならない。

後にキケロ自身が述べているように、⁽⁶⁾ ここでの問題は特示命令の文言の解釈である。相手方が特示命令の厳格な文言解釈を主張しているのに対して、キケロは自由な解釈を主張している。キケロは自分が弁護しているものを法学者および法の解釈者による解釈の行為といい、同時にそれを *ius civile* と呼んでいる。すなわち、キケロは両者を区別せず、同一物であると考えているのである。相手方もまた両者を区別していない。ところで、キケロがこれほど多くのことを費やしてその拘束力を弁護する必要があった *ius civile* とはいったい何か。法律や告示の拘束力のことなら、キケロはこのようなり方で弁論しなかったはずである。また、もし *ius civile* が法律あるいは特示命令であるとすれば、キ

ケロは法学者のことばかりいわなかったであろう。相手方も法律や特示命令の拘束力についてはまったく争っておらず、ただ、まずい解釈を否定し文言どおりの解釈を主張しているのである。ケケロの主張する特示命令の自由な解釈こそが *ius civile* なのであり、¹¹⁾でもまた *ius civile* は法学者の解釈、すなわちポンポニウスにおける「制定されずただ法解釈によって形成されている法」にはかならない。

Cicero, pro Caecina 95, 96, 98, 99, 100 : たしかに、スラは法律を制定した。……しかし、私が君に問うのは、民会が私に君の奴隷になれと命じた場合、あるいは君に私の奴隷になれと命じた場合、この命令は有効で確実なものであると君が考えるかどうか、である。この命令は無効であると君は考え、そのことを認めるであろう。この場合まず最初に、民会が命じたことすべてが有効である必要はないということを君は認めるであろう。次に、自由を奪うことはできないのに何故市民権を奪うことができるのか、その理由を君は述べることができなからう。……さらに私は問う。祭祀官が敵に引き渡した者、家長が売却した者、民会が売却した者は、それぞれいかなる理由で市民権を失うのか、と。まず第一に、国家が宗教的な罪から免れるために、あるローマ市民が敵に引き渡され、敵が彼を受け入れた場合に、彼は敵の物になる。しかし、ヌマンティア人がマンキヌスを受け入れなかったように、敵が彼を受け入れなかった場合は、彼はローマ市民として完全な地位と身分をもつ。第二に、家長が自分の支配下にあった者を売却した場合に、彼は家長の支配から解放される。第三に、軍務につくことを拒否した者は、民会が売却した場合には、民会が彼の自由を奪っているのではなく、自らが自由であるために危険に入り込むことを拒否する者は自由であってはならない、と宣言しているのである。これに対して、市民名簿への記載を拒否した者には、民会は、法的に奴隷であった者でも市民名簿への記載によって解放されるのだから、自由である者が市民名簿への記載を拒否することは自ら自由であることを否定したことになる、と宣言しているのである。このように、通常はこれらの理由によって自由ないし市民権を奪うことができるのであり、それを想起すれば、父祖達は、これらの理由によって自由ないし市民権を奪うことができる。と決定したが、それ以外は欲していなかったことがわかるのではないか。すなわち、自由ないし市民権が奪われる理由を父祖達は *ius civile* から取り出したのであるが、それと同じやり方で、誰が法律や命令によって市民権ないし自由を奪われたのか、を示してはしいのである。

ローマ市民が市民権を失うのは法律によるのではなく *ius civile* による、とケケロは考える。ローマ市民が市民権を失

説
う場合としてキケロが掲げているケースは、確認できる限りではすべて古来の慣習法、すなわち「制定されず法学者達によってまとめられた法」である。したがって、*ius civile* はここではもっとも厳格な意味で法律ないし命令に対置される⁽¹⁸⁾。

(三) 『案出論』

Cicero, de inventione I 14: 我々が性質の論点 (*constitutio generalis*) と呼ぶ論点には、*judicialis* と *negotialis* と二つの部分があると考えられる。*judicialis* では、何が公平で何が公正か、あるいは報酬や罰金はいくらか、が問題になる。*negotialis* では、*civilis mos et aequitas* からみて何が法(正しい関係)か、が考察される。わが国では、*negotialis* を注意深く取り扱うのは法学者達である、とされている。

Cicero, de inventione II 62, 69: ある事実が発生したこととその名称について争いがなく、それがいかなる訴訟にもちこまれるか、についても異論がない場合、その行為自体の本質、性質、種類が問題になる。我々はそれを性質の論点と呼ぶ。これには *judicialis* と *negotialis* という二つの主要な部分があると考えられることについては上述した。*negotialis* とは *ius civile* の不断の創造と密接にかかわる論点をもつものである。…… *judicialis* では、何が公平で何が不公平か、報酬や罰金はいくらか、が問題になる。

キケロは第一の箇所で行なった *judicialis* と *negotialis* の概念規定を第二の箇所で繰り返しているが、前者についてはほぼ同語を反復しているのに対して、後者については同義語を用いている。*civilis mos* と *ius civile* が別のものであるとすれば、キケロほどの人物が両者を区別しないはずはない。つまり、キケロは両者を同一物であると考えているのである。そしてキケロは、*civilis mos et aequitas* を注意深く取り扱うのは法学者達である、⁽¹⁹⁾ といっている。*civilis mos et aequitas* と *ius civile* が同一物であるとすれば *ius civile* に法律が含まれる余地はなく、この *ius civile* も「制定されず法学者達によってまとめられた法」にはかならない。

さらに、エールリッヒによれば、『案出論』の基本にある修辞学 (Rhetorik) の体系を検討してみると、キケロが *ius civile* という表現で制定法を除外し法曹法だけを考えていることが明らかになる。²⁰⁾

すなわち、弁論家は、弁論にかかわる主要問題を「事件の論点」(*constitutio causae*) と呼ぶが、これは、事実問題か解釈問題 (法命題であれ当事者の意思表示であれ) か、のどちらかにかかわる。事件の論点は、事実問題の場合は *genus rationale* に、解釈問題の場合は *genus legale* に属する。この学説の創始者であると考えられるヘルムゴラスは、理由は明らかでないが、(書かれた) 法律あるいは当事者の書面による意思表示だけが解釈の対象となりうるということを出発点にしており、そうすると、事件の論点は、事実問題でない場合には必ず書面にかかわることになる。したがって、事件の論点を解釈問題と事実問題とに分類することは、弁論の対象を書かれているものと書かれていないものとに分類することになる。²¹⁾

ところで、ヘルムゴラスは *genus rationale* (= *in non scripto*) を四つの *status* (*conjectura, proprietas, transcriptio, qualitas*) に分類する。*conjectura* では、あることが生じたかどうか、*proprietas* では、それがある特定の概念にあてはまるかどうか、*transcriptio* では、原告は訴権をもつかどうか、被告は当事者 (適格をもつ) かどうか、訴訟提起の時期は正しいかどうか、その訴権を用いることが正しいかどうか、*qualitas* では、生じたことは正か不正か、が問題となる。*qualitas* の論点はさらに四つの部分 (*deliberativa, laudativa, negotialis, iuridicialis*) に分類される。*deliberativa* では、あることが努力に値するかどうか、*laudativa* では、ある人物が賞賛に値するかどうか、*negotialis* では、正か不正か、が特定の場合を念頭におくことなく一般的に論じられ、*iuridicialis* では、正か不正か、が特定の場合を念頭において具体的に論じられる。つまり *negotialis* と *iuridicialis* は、問題を抽象的に把握するか具体的に把握するか、によってのみ区別される。*genus rationale* と同様、*genus legale* (= *in*

説
scriptio) ④ (status (scripti et voluntatis, ratiocinativum, ambiguum, legum contrariarum) に分類

れる。⁽²²⁾

論
ところで、ヘルマゴラスの体系において法学の問題としてとくに重要とされるのは、書かれた法および当事者の書面による意思表示の解釈 (status legalis) であるが、それと並んで重要とされるのが、あるケースが一般的ないし個別に正か不正か、禁じられるか許されるかという問題 (constitutio negotialis et iuridicialis) である。これに対して、当事者の口頭による意思表示あるいは不文法の解釈については論じられない。⁽²³⁾

以上のようなヘルマゴラスの体系とは異なる考え方もある。すなわち、『ヘレンニウス弁論書』は事件の論点を事実問題 (conjecturalis)、書面 (法律ないし意思表示) の解釈 (legitima)、正か不正か、の問題 (iuridicialis) という三つの部分に分類する。⁽²⁴⁾ さらに第三の部分では、法は六つの部分 (自然、法律、慣習、先例、衡平、合意) から成り立つとされる。⁽²⁵⁾

キケロの『案出論』は、大略においてはヘルマゴラスの体系に従っているが、キケロと『ヘレンニウス弁論書』の作者が共通に模範にしているものも用いている。すなわち、問題が書面にかかわる (in scripto) か書面でないものにかかわる (in ratione) か、をキケロはヘルマゴラスに従って区別するが、⁽²⁷⁾ キケロが書面の解釈の問題 (status legalis) を事件の論点の問題としない点、⁽²⁸⁾ ヘルマゴラスが qualitas を四つの部分に分類しているのに対して、キケロがヘルマゴラスの qualitas に対応する性質の論点 (constitutio generalis) と negotialis と iuridicialis だけを区別している点でキケロとヘルマゴラスは異なっている。キケロにとっては、正か不正か、の事実問題を判断する際に法の問題がなにかしか生じるのではないか、それとも、法の問題は解釈問題として事実問題とは独立に論じられるのか、⁽²⁹⁾ ということが重要であったのである。⁽³⁰⁾

Cicero, de inventione II 69, 71: iudicialis は二つの部分に分かれる。一方を *absoluta* と、他方を *assumptiva* と我々は呼ぶ。 *absoluta* では、正か不正か、の問題が扱われるが、 *negotialis* のように暗黙のうちに不明確に行なうのではなく、より明示的に、より明瞭に行なう。…… *assumptiva* とは、ある事実の存在がその事実自体からは証明できないが、それと密接に関連する状況の論証によって弁護されることをいう。

このキケロの区別が不明確で維持しえないものであることは、すでにクインティリアヌスが指摘しているが、エーリリッヒは、キケロの錯誤の理由はクインティリアヌスが考えているのとは別のところにあり、まさにそのことが *ius civile* の問題を考える際に決定的に重要な意味をもつ、とする。すなわち、キケロはヘルマゴラスに従って事件の論点を事実問題と解釈問題に分類し、後者を書かれた法と書面による意思表示にかかわる問題であると考えるが、キケロにとって書かれた法とは法律以外のものではなかった。実際、書かれたものの解釈を論じている部分で問題となっているのは法律の解釈だけである。⁴²⁾ しかし、その際明らかにキケロは、これでは不文法たる *ius civile* が落ちているという認識に眼をつぶることができなかった。そこで彼は *ius civile* を事実問題の中で論じようとする。その際彼が *negotialis* のことを思いついたのは、クインティリアヌスが推定しているように、ヘルマゴラスがこれを法学の問題といていることに関係があるのかもしれない。しかし、キケロは *negotialis* の中で法源についても言及しており、ここには『ヘレンニウス弁論書』と同じことを文字どおりにいっている部分がある。⁴³⁾ すなわち、間接的であるにせよ、キケロは再び『ヘレンニウス弁論書』の作者と同じ模範に従っているのである。ここで、キケロは法律についても言及している。法律は法律から知られてはならないであろう、と。しかし、法律はキケロと『ヘレンニウス弁論書』の作者とではまったく異なる意味をもつはずである。後者においては、正か不正か、の問題 (*constitutio iudicialis*) の中で法律が論じられるのに対して、キケロにおいては、そもそも書面でないものにかかわる問題 (*quaestio in non scriptione*)

説

論

として法律が論じられる余地はないからである。キケロの場合、書面でないものにかかわるのは *ius civile* である。ここで『案出論』によくみられるキケロの軽率さを指摘することも可能であろう。しかし、次のような仮説も成り立つ。すなわち、キケロは「法律は法律から知らなければならないであろう」という文章で『案出論』の中の法律が論じられている他の場所を示そうとしただけではないか、と。このことは、『ヘレンニウス弁論書』では法律が第二の場所⁽¹³⁾で論じられているのに対して、『案出論』では最後の場所に置かれていること、ここでは、他の法源について詳細に論じられているのに対して、法律については何もいわれていないに等しいことからわかる。

『案出論』から明らかになることは、若きキケロが成文法と不文法を共通の視点で統一的に論じること——これは後にキケロ自身および彼の後継者達が企てていることである——をぜんぜん思いつかなかったことである。*ius civile* は不文法であるという観念がキケロには深く根づいていたのだが、それが深ければ深いほど、法律を *ius civile* の亜種として考察することはキケロにとって縁の遠いことであった。

エルリッヒによれば、ポンポニウスの意味での *ius civile* は、『義務論』、『カエキナ弁論論』、『案出論』だけではなく、法学提要、学説彙纂、パウルスの『断案録』、キケロの『法論』、『弁論術区分論』、スエトニウスの『ユリウス・カエサル』、ポエティウスの『トピカ』にもみられる。⁽¹⁴⁾ *ius civile* は、解釈の対象ではなくその結果であった。⁽¹⁵⁾

(13) エルリッヒの『法源論』の主たる批判の対象となっている「通説」は、彼が『法源論』の序文の中で述べているところから、そして本稿において具体的にみていくように、直接的には、現在でもなお高い評価を受けている (Vgl. Nörr, a.a.O. S. 8, Anm. 27) ウラサクの『法源論』(M. Wassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen, Graz, 1864) でもよく考えられる。評論する余裕はないが、ウラサク説の基本的テーゼを筆者なりに一言で要約するならば、後述するハピニアヌス文 (D. I. 1. 7. 本稿第八節を参照) にみられる法源論、すなわち「古来の *ius*

civile (制定法および法曹法) とそれを補充・修正する法務官法の対立」という法源論が共和政末期から古典期までみられる、というものである。すなわち、ウラサクは、硬直した *ius civile* (英米法における *statute law* と *common law* に相当する) ではなく、法務官法 (英米法における *equity* に相当する) に創造的な法学をみたのである。これに対してエールリッヒは、本文でみるように、ポンポニウス文を出发点とし、*ius civile* (英米法における *common law* に相当する) そのものの中に創造的な法学をみようとする。

ところで、ウラサクによれば、彼が史料に即して再確認しようとする右述のテーゼは、サヴィニーやプフタによって確立されたものである。したがって、ウラサク説を批判するエールリッヒの『法源論』は、間接的にはサヴィニーやプフタを批判の対象としていることになる。ところが、後年エールリッヒは、周知のように自らを歴史法学派の「後継者」ないし「完成者」と位置づけて、サヴィニーやプフタの説を非常に高く評価している(たとえば『法社会学の基礎づけ』第十九節「慣習法の理論」を参照)。すなわち、歴史法学派を高く評価するエールリッヒと、これまたサヴィニーやプフタ以来の通説を再興しようとするウラサクが、古典ローマ法の見方に関して根本的に対立し、ある意味では正反対の見解を示しているのである。その理由はさしあたり、一九〇二年の『法源論』の段階では、エールリッヒはウラサクを直接的な批判の対象とすることによって間接的にサヴィニーやプフタ以来の通説を克服しようとしたが、後年、『法源論』において自らローマ法を史料に即して検討して得たもの(伝統的・普遍的な法学)によって、初めてサヴィニーやプフタの真の価値が理解できたためである、と考えておきたい。

(14) エールリッヒは、アウグストゥスの *leges Juliae iudicariae* により原則として廃止された法律訴訟をポンポニウスが法源に数えていること、さらに、ポンポニウスは民会決議の拘束力を正当化しているが、これは彼の時代にはすでに解決済みの問題であったことから、ポンポニウスは共和政期の観念を模範にしている、とする(S. 6)。もっとも、ポンポニウスが古い観念に倣っていること自体は、エールリッヒに限らず、しばしば指摘されることである。

(15) S. 3f.

(16) エールリッヒが引用する次の史料を参照。

Cicero, orator 102: 私がカエキナを弁護した事件は、全体として、特示命令の文言にかかわるものであった。我々は、定義することによって錯綜した事柄を整理し、*ius civile* を賞賛し、曖昧なことを区別したのである。

(17) S. 4ff.

(18) S. 7f.

(19) S. 8.

(20) 以下の叙述はエールリッヒが主たる *Quintilianus, Institutio oratoria* III に依拠して述べているところを筆者が要約したものである。

(21) S. 9.

(22) S. 9f.

(23) S. 10.

(24) エールリッヒは史料を掲げていないが、参考のため関係部分を翻訳しておく。

Rhetorica ad Herennium I 18,19,24 : 上述の「*constituo*」は *coniecturalis, legitima, iudicialis* とらう三つの部分がある。*coniecturalis* は争点が生実にかかわる場合である。……*legitima* は何らかの争点が生じたか、それは正しく行なわれたか、不正に行なわれたか、が問題となる場合である。……*iudicialis* は、何が生じたか、については一致しているが、それは正しく行なわれたか、不正に行なわれたか、が問題となる場合である。この論点には二つの部分があり、一方は *absoluta* と、他方は *assumptiva* と呼ばれる。

(25) 前注と同趣旨で、関係部分を翻訳しておく。

Rhetorica ad Herennium II 19,20 : 我々が *constituo iudicialis absoluta* を用いるのは、外的な防禦手段を用いなくて、自分がそれを行なったと自白するであろうことは正しく行なわれた、と主張する場合である。この論点では、あることが正しく行なわれたか否か、が問題になる。これについて事件が発生したときに、法(正・不正を認識する規準)はどの部分から成り立っているか、を知っていれば、あることが正しく行なわれたか否か、を弁論しうるであろう。法は次の部分から成り立つ。すなわち、自然、法律、慣習、先例、衡平、合意である。自然においては、血縁や愛情によって守られるものが法である。この法により親は子を、子は親を扶養する。法律においては、民会の命令で制定されたものが法である。たとえば、「汝が法廷に召喚されたときは、汝は出頭すべし」という(十二表法の)規定のように。慣習においては、法律はないがあたかも法律があるかのごとく用いられるものが法である。たとえば、汝が汝が両替商に寄託した金銭を彼の仲間に正当に請求しうる、という法のように。ある法について(審判人の下で)判決が下されあるいは(法廷手続で)裁決された場合は、先例が法である。判決や裁決はしばしば相違する。審判人、法務官、執政官、護民官がそれぞ

(26)

れ異なる決定を行なったというように。しかも、同種の事件についてしばしば異なる裁決や判決がなされた。たとえば、市民係法務官マルクス・ドゥルススは相続人に対して委任（反対訴権）が提起されることを許したが、セクトゥス・ユリウスは許さなかった、同様に、審判人ガイウス・カエリウスは詩人ルキリウスを舞台で名指しして侮辱した者を名誉毀損の訴権から解放したが、プブリウス・ムキウスは詩人ルキウス・アッキウスを舞台で名指しした者を有罪とした、というように。したがって、同種の事件に別々の先例が適用される可能性があるもので、これを用いる場合は、審判人と審判人、判決の時と時、判決の数と数を比較する必要がある。真実と共通の利益にかかわると考えられる法は、衡平から成り立つ。たとえば、六〇才以上で病気の者には訴訟代理人が与えられるべし、というように。新しい法は、このような事情から、あるいはそのほかの状況や人間の地位から決められるのが適當である。法が合意に由来するのは、両当事者があることを約定した場合、あることが両当事者間で一致している場合である。合意には、法律によって守らなければならないものがある。たとえば、「合意がある場合、当事者はその旨を陳述すべし。合意がない場合、当事者は午前中に民会または法廷で事件の概要を陳述すべし」という（十二表法の規定の）ように。同様に、法律なしに約定したこと自体から守られる合意もある。これらは法廷で有効であるといわれる合意である。

（前々注、前注と同趣旨で、関係部分を翻訳しておく。）
de inventione I 10, 17: 弁論や審理によって解決されるべき何らかの争点を内包するすべての事柄がもつ問題は、事実、名称、性質、訴権の何れかにかかわる。……争点が事実にかかわる場合は、推測によって主張が確かなものになるので、*constitutio coniecturalis* と呼ばれる。争点が名称にかかわる場合は、その名称で表される事柄の本質がことばで定義されるので、*constitutio definitiva* と呼ばれる。その事柄はどのようなものか、が問題となる場合は、争点はその本質や性質にかかわるので、*constitutio generalis* と呼ばれる。この者は原告となりえない、この者は被告となりえない、裁判管轄が異なる、訴訟提起の時期が異なる、まちがった法律、犯罪、罰金を用いている、といったことを主張する場合は、訴権を移転したり変更したりすることが必要であると考えられるので、*constitutio translativa* と呼ばれる。……〔書面にかかわる争点 (*genus legale*) が生じるのは〕書面の文言が起草者の意図と異なっていると考えられる場合、二つないし複数の法律が一致しないと考えられる場合、書かれたことが二つないし複数のことを意味すると考えられる場合、書かれていないことが書かれたことから発見されると考えられる場合、*constitutio definitiva* のように、文言がいかなる意味で書かれたか、が問題となる場合である。我々は第一のものを *genus de scripto et sententia* と、第二のものを *ex*

contrariis legibus ヲ、第三のものを ambiguum ヲ、第四のものを ratiocinativum ヲ、第五のものを definitivum と呼ぶ。

(27) エールリッヒが引用する次の史料を参照。

de inventione I 18: 、「これ〔書面にかかわる争点〕に対して ratio 〔にかかわる争点〕とは、すべての問題が、書面にではなく何ふかの関連づけ (argumentatio) にある場合である。

de inventione II 116: 書面の性質について疑問が生じる場合は、争点は書面にかかわる。

(28) エールリッヒが引用する次の史料を参照。

de inventione I 17: 続いて考察されるのは、争点が書面にかかわるのか、ratio にかかわるのか、である。すなわち、争点が書面にかかわるのは、書面の性質から争点が生じる場合である。これには五つの種類があるが、これらは事件の論点とは区別される。

(29) 前掲 de inventione I 14, II 62, 69 を参照。

(30) S. 10f.

(31) エールリッヒが引用する次の史料を参照。

Quintilianus, institutio oratoria III 6, 59: 、「これ等の〔ヘルマゴラスの〕書物について彼〔キケロ〕自身の判断があったのではないか、と我々は上で述べた。すなわち、ある青年がもっていたノートに〔キケロの〕講義が記入されており、そこには誤りがあった、と伝えられている。〔キケロが誤ったのは〕ヘルマゴラスが法の問題についての最初の例をこの場所に置いていること、あるいは、ギリシア人が法の解釈者のことを「実務家」と呼んでいたことにキケロが影響されたからである。」

(32) とくじ de inventione, II 122~154 を参照。

(33) 注 24、25、26 と同趣旨で、関係部分を翻訳しておく。

de inventione, II 65, 67, 68: 、「この種の論点 [negotialis] を論じる場合のものとし (praeceptum) を考えてみよう。両当事者の弁論家は——複数の当事者が訴訟に関係している場合はもちろん各弁論家はすべて——、法〔正・不正を認識する規準〕が何から成り立っているか、を考察しなければならない。法は自然に由来すると考えられる。しかし、この法のうちの明確なものあるいは曖昧なものが有用性の観点から慣習法となり、その後、慣習によって承認された法、

あるいは真に有用であると考えられた法が法律として制定されたと考えられる。さて、自然法とは、「(後天的な)知識ではなくいわば先天的な本性が我々に示すものである。敬神、義務、恩顧、復讐、尊敬、真実といったものがそれである。……しかし、自然法自体はこの論点に関してはあまり問題にならない。なぜなら、自然法は *ius civile* には含まれず、また、普通の人の知識から比較的遠いものだからである。もっとも、比較のために、あるいはある論点を強調するために、弁論家は自然法をもちだす必要がしばしばある。これに対して慣習においては、制定されていないが万人の意思において長時間承認されたものが法であると考えられる。万人の意思の中には、長時間が経過したことによってそれ自体がすでに確実な法となったものもある。しかし、この中にはそうでないものも多く、その大部分は法務官によって告示される習わしであった。この種の法の中で慣習法としてすでに確実な法となったものは、合意、衡平、先例の三種類である。合意とは、両当事者間で約定されたことが正当であると考えられ、その結果法廷で有効であるといわれる法である。衡平とは、万人にとって公平な法である。先例とは、一人の人間あるいは複数の人間の判決によってすでに決定されている法である。法律は法律から知られなくてはならないであらう。

(34) S. 11ff.

(35) S. 13.

以上のように、エールリッヒはケケロが *ius civile* を書面の解釈問題ではなく事実問題 (*ratio* にかかわる問題) の中で扱っていることを重視している。*ratio* の問題は、たとえば英米法において判決文の中で先例として拘束力をもつ部分 *ratio decidendi* と呼ばれること、大陸法において継受されたローマ法が *ratio scripta* と呼ばれたことを考えただけでも重大であり、詳細な検討は別稿に譲らざるをえないが、本稿では法源論との関係でさしあたり『法論』を参考にし *ratio* のイメージをもっておくことにする。

de legibus I 16, 17, 18, 19: マルクス…これらの「人間が自然から分け与えられているものは何か、人間の心がもつ最高の賜物の力がいかに大きいか、どのような仕事を遂行し達成するために我々はこの世に生まれてきたのか、人間の結びつきとは何か、人間の自然的な結合体とは何か、といった」問題が明らかになってはじめて、法 (*lex atque ius*) の起源を探究することができるのだ。アッティクス…そうすると、現在多くの人が考えているように法務官の告示からではなく、また、昔の人が考えていたように十二表法からでもなく、もっとも深遠な哲学から法学が引き出されるべきである、とお考えなのですね。マルクス…そのとおり。つまり、この討論においては、法廷手続で通用する証書をどのように作成す

べきか、あるいはそれぞれの法律相談についてどのように解答すべきか、といったことを問題にしているのではない。もちろん、このような問題は重要かもしれない。いや、現に重要なのだ。これは、かつては多くの非常に優秀な人々が、現在はある人物（セルウィウス・スルピキウス・ルフス）が最高の権威と学識をもって行なっている仕事だ。しかし、この討論で我々は普遍的な法（*ius aequum*）の問題を論じようとしているのであり、そうすることによって、我々が *ius civile* 呼んでいる法は小さく狭い場所に閉じ込められることになる。……だが、それ（*ius civile*）は後回しにして、法の起源を考えてみよう。さて、非常に優れた学者達は、法は掟（*lex*）に由来すると考えた。このことは、彼らが定義しているように、掟が自然に内在する最高の *ratio* であり、なすべきことを命じ、なすべからざることを禁ずるものだと思えば、おそらく正しい。この *ratio* が人間の心の中で確実なものとなり完成したとき、それは掟となるのだ。彼らが、掟とは賢慮（*prudencia*）である、つまり、正しく行為することを命じ不正に行ふすることを禁ずる掟の本質は賢慮にはかならない、と考えるのはそのためである。ところで、掟は、ギリシア語では「正なるもの、真なるものを」選択する」という意味からそう呼ばれる。つまり、ギリシア語では公平という意味が、ラテン語では「正なるもの、真なるものを」選択する」という意味から、両方とも掟に固有の性質である。以上に述べたことが正しければ、ギリシア人がいったことの大部分は正しい、と私はいつも思うのだが、この掟に法の起源が求められなければならない。すなわち、掟とは自然の力であり、賢者の心と *ratio* であり、正・不正を分別する規準（*regula*）である。もともと、我々の討論全体は一般的なものの見方を扱うのだから、時には通俗的でない方をしななければならない。また、命じたりあるいは禁じたりすることによって自らが欲するところを制定する成文法も、皆がそう呼んでいるように掟と呼ばなければならないかもしれない。しかし、法の起源は、成文法が制定される以前に国家が成立するよりずっと以前に誕生したこの至上の掟に求めなければならないのだ。

ここでキケロは、成文法（法務官告示、十二表法）と *ius civile*（証書作成、解答活動）を超えた普遍的な法の問題を論じている。キケロは法の起源を掟（*lex*）に求める。掟とは、人間の心の中にある。正・不正を教えるものである。この掟は *ratio* に置き換えられ、さらに *prudencia* や *regula* に置き換えられる。すなわち、*ratio* とは、人間の心の中にある、正・不正を分別する規準を意味し、同時にその規準によって正・不正を分別する営み（学）をも意味する。

なお、*ratio* については小川浩三『F・コナンの契約理論』(二)『北大法学論集』三三巻一号（昭和六二年）三七頁（とくに注8）を参照。また、弁論術と法学に関する学説史、とりわけ『案出論』の *genus legale* の部分が古典期の法学者に

与えた影響については真田芳憲「共和政末期における弁論術 Rhetorica と法学の解釈方法」『法学新報』七四卷一・三号(昭和四二年)一二七頁を参照。さらに、事実問題と解釈問題については本稿第三節で扱うキケロの『弁論家論』も参照。

(36) I.3.13.1, Paulus, IV 8.20, Cicero, de legibus, II 52.53, Cicero, de partitione oratoria 100, D.28.5.75 (Licinius Rufinus), Suetonius, Julius Caesar 44, Boethius, in Top. P.321 Or.を参照。この中から、法学提議に関するホールリックの見解をみよ(注16)。

I.3.13.1: [obligationes] civiles とは、法律によって規定されたもの、あるいは、少なくとも ius civile によって承認されたものである。

obligationes civiles が発生するのは、法律によって規定された場合か、あるいは、少なくとも ius civile によって承認された場合か、である。「承認する」だけで obligationes civiles の成立に法的な根拠を与えるこの ius civile は、「制定されず法字者達によってまとめられた法」にはかならない (S.13)。

(37) S.16.

二 *proprium ius civile* とそれ以外の法源との関係

(一) キケロの用語法

次の史料にみられるように、キケロは *ius civile et leges* という表現を非常にしばしば用いる。⁽³⁸⁾

Cicero, de oratore I 159: 習得されるべき *ius civile* と知られるべき法律……。

Cicero, orator 120: 君は、法律や *ius civile* のことを知らないのに、法律や [*ius*] *civile* にかかわる訴訟を弁論しようとしているが、それ以上に恥ずべきことがあるうか。

Cicero, de oratore I 40: 君が若い頃負かしたカルポーは法律を知らず、父祖達が決めたことについてはためらいをみせ、*ius civile* については習熟していなかったことを……私は思い出す。

エールリッヒによれば、キケロは同義語を並置しているのではなく *ius civile* と法律を対立するものと考えている。

エールリッヒは、まず「習得されるべき *ius civile* と知られるべき法律」あるいは「法律を知らず *ius civile* については習熟していない」という表現に注目しなければならないとし、⁽³⁹⁾ 続いて次の史料を検討する。

Cicero, de officiis, I 51: 人と人との結びつきはあらゆる人間の間に、とも広く行きわたっている。ここでは、人間が共同で利用するために自然が生んでくれた物はすべて共有されるべきであって、法律と *ius civile* によって「個人に」分配された物については、法律で決められているように守らなくてはならないとしても、それ以外の物については、ギリシアの諺にあるように「友人達がもっている物はすべて友人達の共有である」と考えなくてはならない。

「法律と *ius civile* によって「個人に」分配された物については、法律で決められているように守らなくてはならない」という部分は、法律と *ius civile* が同一物であることを示しているようにもみえるが、エールリッヒは、ある規定

は法律の中に含まれていようと *ius civile* の中に含まれていようと少なくとも法律で決められているのと同じように守らなくてはならない、という意味である、とする。ただ、いずれにしても、ここでは同義語反復の可能性はまったくない。法律の規定と *ius civile* の規定が厳密に区別されているからである。おそらくキケロは、法学者の解釈 (*ius civile*) は法律の意味を越えて及んではならない制限的なものである、と考えていたのであろう。⁽¹⁶⁾

Cicero, *de officiis*, III 69: 私の考えでは、「一般の風習が乱れているために、これ〔狡猾なやり方〕を人は見苦しいことだと思っていないし、法律によっても *ius civile* によっても禁止されていないが、自然法がこれを禁止している。

この「法律によっても *ius civile* によっても」(*aut lege aut iure civili*) という二者択一的な表現によって、同義語反復の可能性は完全に排除される。⁽¹⁷⁾

(二) 古典期の用語法

Leges et ius civile という表現はキケロ以降みられなくなる。エールリッヒによれば、それは、元老院議決や勅法が法律と同等の効力をもつようになって以来、この表現が現行法全体を表わすものでなくなったからである。告示はキケロの時代にはすでに実務上大きな意義を有していたが、*Leges et ius civile* という伝来の表現に取って代わるまでには至っていなかった。⁽¹⁸⁾ しかし、重要なのは、*Leges et ius civile* という表現がキケロ以降みられなくなるのではなく、次の史料が示すように、古典期の法学者達が *ius civile* の規定を法律、元老院議決、勅法と対置していることである。

① *ius civile* と法律⁽¹⁹⁾

Gaius, II 110: さらに彼ら〔兵士〕は、外国人およびローマ人を相続人に指定しあるいは遺贈することが認められている。これに対してそれ以外の者の場合には、*ratio civilis* によって、ローマ人はユニア法によって、遺産を相続することも遺贈を

受けることも禁止されている。

Gaius, II 206: (共同受遺者の一人が) 持分を受け取らなかつたとき、その持分は、債権遺贈の場合は相続財産の中に留まり、物権遺贈の場合は(それ以外の) 共同受遺者に添加される、と我々は述べたが、*ius civile* によってそのように決められていたのは、パピア法制定以前であることに注意しなければならない。パピア法制定以後は、その持分は顛落財産となる。

② *ius civile* ヲ元老院議決⁽⁴⁾

Gaius, II 197, 198: しかし、このように(遺言者に帰属していない物を対象とする遺贈は無効であると) 規定しているのは、いつまでもなく *ius civile* である。その後ネロ帝の提案によって元老院議決が制定され、次のように規定された。すなわち、ある者が自分に帰属していなかった物を遺贈した場合は、この遺贈は最良の状態で(債権遺贈として) 遺贈されたものとして有効である、と……しかし、ある者が自分の物を遺贈し遺言作成後にその物を譲渡した場合には、大多数の法学者は、この遺贈は *ius civile* によって無効であるばかりでなく元老院議決によっても有効とならない、と考える。

Gaius, II 218: 家外相続人に対して(先取) 遺贈が行なわれた場合には、この遺贈は無効である。この点についてサビヌスは、この遺贈はネロ帝の(提案によって制定された) 元老院議決によって(有効な遺贈に) 転換しえない、と述べている。なぜなら、サビヌスによれば、用語の瑕疵の故に *ius civile* 上無効である遺贈だけがこの元老院議決によって有効となるからである。……これに対して、ユリアヌスとセクストゥスによれば、この場合も遺贈は元老院議決によって有効となる。なぜなら、これも用語の瑕疵によって *ius civile* 上遺贈が無効になる場合だからである。

③ *ius civile* ヲ勅法⁽⁴⁾

D. 35, 1, 33, pr. (Marcianus): 誤った表示は受遺者に対しても信託遺贈受遺者に対しても損害を与えない……と規定しているのは、*ratio iuris civilis* とセウェルス帝、アントニウス帝の勅法である。

D. 28, 6, 43, pr. (Paulus): 皇帝の意図を推察すれば、その子が同じ健康状態である限りでそれ(父が啞の成年者の代理人になること)の許可) を与えようとした、ということができる。すなわち、*ius civile* によれば、被後見人の遺言は彼が成年に達する(こと)により終了するが、病弱さのゆえに遺言を作成できない者についてもそれと同様に扱うのが正しい、と皇帝は考えている。

ウラサクは、これらの法文には比較的新しい法と比較的古い法の比較という考え方が根本にある、とするが、エールリッヒはウラサク説に反対する。すなわち、もし法律、元老院議決、勅法が *ius civile* のものであるとすれば、それらの制定法と比較するために引き合いに出された比較的古い法が *ius civile* と呼ばれているのは驚くべきことである。 *ius civile* はまったく別の意味で用いられる専門用語（ウラサクによれば名譽法以外のすべての法を意味する）である。ガイウスやウルピアヌスといった法学者が専門用語をこのようにミスリーディングなやり方で何度も用いること、そして、それが元老院議決のような公的な声明にまで入りこんでいることはまず考えられない。たしかに、 *ius civile* の代わりに「古法」（*ius antiquum, ius vetus*）という表現が用いられることもあるが、だからといって *ius civile* が「古法」そのものであることにはならない。エールリッヒ説によっても *ius civile* の多くは「古法」なのである。⁽⁴⁸⁾

エールリッヒはウラサク説に対する反証として次の法文を掲げる。

Ulpianus, XXIV 26, 27: 原形を損なわないで使用・収益しうる物については、 *ius civile* によってその物の用益権を遺贈することができる。……元老院議決によれば、消費を内容とする物についてもその物の用益権を遺贈することができる。その物は受遺者に引き渡される。ただし、用益権が受遺者に帰属しなくなったときにはその物を相続人に返還する旨の担保問答契約を結ばなくてはならない。

「242: 用益権は、土地、建物だけでなく奴隸、役畜、そのほかの物にも設定されうるが、使用によって消費される物は除かれる。なぜなら、 *naturalis ratio* によっても *civilis ratio* によっても、「消費」物には用益権を設定しえないからである。……しかし、元老院は一般の利益を考慮して次のように決定した。すなわち、「消費」物にも用益権を設定しうる、ただし、「受遺者は」自己の名で相続人と担保問答契約を結ばなくてはならない」と。

エールリッヒによれば、この二つの法文は、形式上も内容上も完全に対応しており、後者が古典期に起源をもつ法文であることは明らかである。すなわち、後者における *ratio civilis* は前者における *ius civile* なのであり、これをたとえ

説は *ratio iuris antiqui* に置き換えることは不可能であろう。なぜなら、ローマでは、あらゆる時代に *ratio iuris civilis* が通用していたからである。⁽³⁸⁾

論 エールリッヒは、さらに次の二つの法文を掲げる。

Gaius, II 196, 197: 物権遺贈の客体になりうるのは *ius Quiritium* によって遺贈者自身に帰属する物だけである。……しかし、このように規定しているのはいうまでもなく *ius civile* である。その後ネロ帝の提案によって元老院議決が制定され……。

Gaius, II 128, 129: これに対して、そのほかの卑属については、男性たると女性たるとを問わず相続から包括的に排除しうる……と規定しているのは *ius civile* である。すなわち、法務官はすべての男性卑属を……。

ウラサク説に立てば、次のように説明することにならう。すなわち、第一の法文では、ガイウスは *ius civile* ではなく *ius antiquum* というべきであった、第二の法文では、*ius honorarium* と対立する意味での *ius civile* を考えていた、と。しかし、この二つの法文で *ius civile* が何故これほどまでに異なる意味をもつのか、を史料から読み取ることとはできない。史料の内容を検討してみると、問題になってるのは制定法の規定ではなく、確定しうる限りではほとんどが法曹法、すなわち「制定されず法学者達によってまとめられた法」の規定であることがわかる。*ius civile* は「古法」(とりわけ古い制定法)ではなく、かつてキケロがこれを十二表法と対置したのとまったく同様に、古典期においても法律、元老院議決、勅法と対置される法である。⁽³⁹⁾

(38) S.17. エールリッヒが引用する Cicero, de legibus I 56, de oratore I 193, Philippicus, IX 10, 11, Seneca, de beneficio

II 20, 2 を参照。

(39) S.18.

(40) S.18f.

(41) S.19.

- (42) すべての法源を包括するものとして *ius honorarium et ius civile* という表現を用いた最初の法学者は、エールリッヒに
よれば、ヘニアヌスである。本稿第八節を参照。
- (43) *ius civile* と告示については本稿第八節、第九節を参照。
- (44) 次の法文のほかはエールリッヒが引用する *D. 16.3.31.pr.* (Tryphonius), *D. 24.2.11.pr.* (Ulpianus), Ulpianus,
XVII 1, XXII 19, XXV 12, 13 を参照。
- (45) 次の法文のほかはエールリッヒが引用する *Gaius*, II 220, 253, 255, *D. 28.6.38.3* (Paulus), Ulpianus, XXIV 26, 27, *D.*
36.1.41 (Paulus) を参照。
- (46) 次の法文のほかはエールリッヒが引用する *D. 50.16.10* (Ulpianus), *D. 37.14.17.pr.* (idem) を参照。
- (47) M. Wlassak, *Kritische Studien*, S. 68.
- (48) S. 23.
- (49) S. 24.
- (50) S. 24f.

三 *proprium ius civile* の外延と内包(一) *proprium ius civile* の外延

エールリッヒによれば、*ius civile* は成立の仕方の特徴がある（非制定法、法曹法）だけでなく、その対象が限られている法であった。まず最初に、ある法領域が *ius civile* に数えられないとき *ius civile* は消極的に限界づけられる。*ius sacrum*, *ius publicum*, *iudicia publica* にかかわる法が *ius civile* に属さないことは次の史料からわかる。⁽¹⁾

Cicero, de oratore I 193: アエリアヌスのこの研究（通称「アエリウス法」）が人を魅了するとすれば、それは、すべての *ius civile* においても、神官の書物においても、十二表法においても、古来の模範がもっとも重要だからである。

Cicero, de oratore I 201: 私的な事柄にかかわる訴訟においては、しばしば *ius civile* から弁論を取り出さなくてはならない。したがって、上述したように、弁論家には *ius civile* の知識が必要不可欠である。同様に *iudicium publicum*、民会、元老院にかかわる訴訟においては、弁論家は公的な事柄を扱うのであるから、古い事柄についてのあらゆる記憶、*ius publicum* の權威、国家を支配している道理や原理、それに準じる重要な事柄を熟知していなくてはならない。

(二) *proprium ius civile* の内包

次に、*ius civile* の外延と同様、その内包についてもキケロの著作が手掛りとされる。次の史料にみられるように、キケロにおいては、法学者が私的な事件において適用する法、法務官の面前で行なわれる法廷手続で適用する法、法律行為の証書を作成する際に通用する法、つまりこれらの法領域で発展した法曹法だけが *ius civile* と呼ばれている。⁽²⁾

Cicero, de officiis II 65: 法廷手続で通用する証書を作成し、「法的な問題について助言し」この種の知識によってできるだけ多くの人の役に立つことは、自分の勢力を増し他人の好意を得ることにつながる。だからこそ、父祖達の立派な行ないがた

くさんある中で、最良に決められた *ius civile* の知識と解釈につねに最高の尊敬が払われたのである。

Cicero, de legibus I, 14, 17: 「わむゆ *[ius] civile* を彼らが用いたのは、彼らがそれを国家のために役立てようと望んだときだけであった。この法は、実際上は必要であるが学としてはささやかなものである。君は私にいったい何をいい、私に何をいわせたいのか。雨水役権や壁の権利関係について本を書け、というのか。それとも、問答契約や訴訟の方式書を作成しろ、というのか。……ポンポニウスよ、この討論においては、法廷手続で通用する証書をどのように作成すべきか、あるいはそれぞれの法律相談についてどのように解答すべきか、といったことを問題にしているのではない。もちろん、このような問題は重要かもしれない。いや、現に重要なのだ。……しかし、この討論で我々は普遍的な法の問題を論じようとしているのであり、そうすることによって、我々が *ius civile* と呼んでいる法は小さく狭い場所に閉じ込められることになる。

Cicero, de partitione oratoria 99, 100: 原告は〔そもそも〕訴権をもつかどうか、原告はまだその訴権をもっているかどうか、原告はその訴権を放棄したかどうか、当該法律は〔原告に〕訴権を認めているかどうか、原告は〔法律の定める〕文言を用いているかどうか、というように訴権が問題になる場合には、裁判の前でも、その裁判の争点を決定するための討論が行なわれるのが普通である。これらの問題が裁判の前に論じられず判断されず決定されなくても、次のような場合には法廷でしばしば非常に大きな意味をもつ。すなわち、「汝の請求は多すぎた」「汝の請求は遅すぎた」「汝は原告ではなかった」「我は被告ではなかった」「汝の請求は法律に合致していなかった」「汝の請求は法律の定める文言を用いていなかった」「汝の請求はその判決によって認められていない」といわれる場合である。事件の性質を決めるのは、私的な〔そして公的³³〕事柄³⁴について定めている法律または習律に基礎をおく *ius civile* である。 *ius civile* の知識をほとんどの弁論家は軽んじているが、これは弁論家が弁論するためには必要不可欠なものであると我々は考える。

(三) 『弁論家論』

エールリッヒによれば、 *ius civile* の積極的な内容を知る上でとりわけ示唆的なのが『弁論家論』である。

Cicero, de oratore I 167, 172, 173, 175, 176, 177, 180: クラッススは続けていった。これらの弁論家に雄弁さが欠けていたのではない。弁論の方法がまずかったのでも内容がなかったのでもない。彼らは *ius civile* を知らなかったのである。すなわち、

彼らのうちのある者は、法律訴訟において十二表法が規定している以上のことを訴求し、そのような請求をしたという理由で敗訴した。またある者は、訴権において決められている以上のことが自分が訴求されるのは不当であるとは考えたが、そのような訴訟を提起すれば相手方は敗訴するであろうとは考えなかった。……彼（アントニウス）を除外するとしても、そのほかの人々に対しては、私は躊躇せず有罪の判決を下すであろう。第一に怠慢の罪によって、第二に恥知らずの罪によって。なぜなら、彼らは法廷でたじろぎ、法廷手続や法務官の法廷で呆然として立ち竦み、重要な事柄を扱う民事裁判——ここでは、事実ではなく衡平と法がしばしば問題になる——を避けて通り、百人官法廷——ここでは、使用取得、後見、同族、宗族、寄洲、冲積地、拘束行為、奴隷、壁、窓、雨水役権、遺言の有効・無効、その他無数の権利関係が取り扱われる——で動揺したからである。何が自分の物で何が他人の物か、ローマ市民と外国人をどのように区別するか、ある者は奴隷か自由人か、といったことをまったく知らない（で法廷に立つ）ことは恥知らずの証拠である。……*ius civile* は決して些細な事件ではなくしばしばきわめて重要な事件で問題になるが、*ius civile* についていかなる知識もなく訴訟を引き受ける弁論家はいったいどんな顔をしているのであろう。ある兵士が死亡したという誤った知らせが軍隊から故郷に届いたとき、その兵士の家長はその知らせを信じて遺言を変更し、自分が適当だと考えた者を相続人に指定して死亡した。ところが、その兵士は故郷に生還して、遺言によって相続から排除された息子に法律上与えられている父の相続財産に対する訴権に基づいて訴訟を提起した。この事件は百人官法廷にもちこまれたが、このような事件より重要な事件がほかにあるだろうか。この事件で問題になったのはいまでもなく *ius civile* である。すなわち、家長が遺言の中で名を挙げて相続人に指定するとも排除するともいっていない息子は相続財産から排除されるのか否か、が問題になったのである。このマルケルス家とクラウディウス家のあいだの争いについて、百人官法廷はどのように判断したか。マルケルス側が、「相続財産は」直系卑属関係の故にその自由人の息子のものではなく、百人官法廷はどのように判断したか。マルケルス側が、「相続財産は」直系卑属関係の故にその自由人の息子のものではなく、と主張したのに対して、クラウディウス側は、その自由人の相続財産は氏族関係の故に彼の息子のものになる、と主張した。双方の弁論家は、この事件では直系卑属と氏族の正しい関係について弁論しなくてはならなかったのではないか。さらに、百人官法廷では次のような争いがあったと聞く。すなわち、ローマに追放され、あたかも自分の家長であるかのようにある者に従うという条件でローマに住むことが認められていた外国人が無遺言で死亡した、という事件である。この事件では、従来先例がなく不明瞭だった隷従関係を百人官法廷で弁論家が明らかにしたのではないか。……さらに、かつて百人官法廷で争われたマニウス・クリウスとマルクス・コボニウスの有名な事件で（法廷に）集められたのはどのような人々であったか。彼らの弁論はどれほど期待に應えるものであったか。……我々はどちらも、さまざまな権威、さまざまな先例、遺言の方式と

いった *ius civile* の中心問題をこの事件で取り扱うことを忘れたであらうか。
 以上の叙述の後に続くのが、本節の最初で引用された次の箇所である。

Cicero, de oratore I 201: 弁論家には国家と統治に固有な *ius publicum* や古い事柄の記憶、古来の先例が必要であると私が考える理由については、すでに長い弁論はいらぬ。すなわち、私的な事柄にかかわる訴訟においては、しばしば *ius civile* から弁論を取り出さなくてはならない。したがって、すでに述べたように、弁論家には *ius civile* の知識が必要不可欠である。同様に *iudicium publicum*、⁽¹⁴⁾ 民会が、元老院にかかわる訴訟においては、弁論家は公的な事柄を扱うのであるから、古い事柄についてのあらゆる記憶、*ius publicum* の権威、国家を支配している道理や原理、それに準じる重要な事柄を熟知していなくてはならぬ。

ここには、弁論家が *ius civile* を必要とする事件と *ius civile* 以外の法の知識が問題になる事件の目録とでもいうべきものがある。すなわち、弁論家が弁護人として法的な紛争にかかわるとき、たとえそれが卑属や隷従関係についての問題であっても、彼は *ius civile* を必要とする。これに対して、*ius civile* ではなく *ius publicum* を必要とするのは、*iudicia publica*、⁽¹⁵⁾ 民会、元老院にかかわる訴訟である。

エールリッヒはさらに、『弁論家論』を引用する。

Cicero, de oratore I 181, 182, 183: 頭格にかかわる事件は、次の事件がそうであったように、しばしば法廷手続で扱われることがある。すなわち、最上の貴族、最良の人間である前執政官ガイウス・マンキヌスが又マンティア人とまづい条約を結んだため、祭祀官は元老院議決に基づいて彼を又マンティア人に引き渡した。ところが、又マンティア人が彼を受け入れなかったので、マンキヌスは祖国に戻り、躊躇せず元老院に復帰した。マルクスの息子である護民官プブリウス・ルティリウスはマンキヌスに、彼は市民たる身分を否定されたのだから、元老院から出ていくように命じた。なぜなら、古くからのいい伝えによれば、自らの家長が売却した者、民会が売却した者、あるいは祭祀官が〔敵に〕引き渡した者は市民に復帰することができないからである。国家にかかわるすべての事柄の中から、前執政官の身分、市民としての地位、自由、頭格にかかわることより

も重要な裁判上の論争を発見することができるだろうか。とくにこれらの問題が被告が反証しうる何らかの罪の存否ではなく *ius civile* にかかわる場合に、これらの問題より重要なことがあるだろうか。さらにこれと類似の事件、すなわち、同盟国で市民だった者がローマでは身分が下がって奴隷になったが、その後解放されて祖国に戻ったという事件で、彼は復帰によって元の身分に戻りローマ市民としての身分を失うのかどうか、が我が父祖達の下で問題になった。さて、自由にかかわる裁判より重要な裁判はないのであるが、自由が問題になるとき、すなわち、自らの主人の意思によって市民名簿に記載された奴隷は記載されると同時に自由人になるのか、それとも記載されてから五年経ってはじめて自由人になるのか、が問題になるときは、*ius civile* から論点が生じるのではないか。

『カエキナ弁護論』⁽⁵³⁾では、敵に引き渡された結果、あるいは戦場から離脱した者や市民名簿に記載されていない者が売却された結果、*ius civile* によって自由が失われる、とされていたが、『弁論家論』のこの箇所はそれと完全に対応している。すなわち、市民の自由や頭格にかかわる事件は *ius civile* を基礎として判決されうる、というのである。しかし、この *ius civile* はたとえば「拘束力のある準則」という意味ではない。なぜなら、キケロは *ius civile* をいつでも法廷にもち出すことのできる非常に重要なものと考えている (*potest accidere, potest esse contentio*) からである。しかし、この種の事件はいつ *ius civile* の通用領域に属するのか。とりわけマンキヌスの事件は、問題が元老院の構成員としての地位にかかわるだけに、*ius publicum* が適用されてもよさそうものである。この問いに対する答えは、キケロの叙述の中にある。すなわち、キケロは「頭格にかかわる事件は……しばしば法廷手続で扱われることがある。……とくにこれらの問題が……何らかの罪の存否ではなく *ius civile* にかかわる場合に…… *ius civile* から論点が生じるのではないか」といっている。キケロは *in crimine* と *ex iure civili* の対比によってまず第一に事実 (の存否の) 問題と法の問題だけを対比させようとしているが、事件が「何らかの罪の存否」にはなく通常の法廷手続において判決される場合にのみ、*ius civile* から生じる論争が可能である、ということに疑問の余地はありえない。⁽⁵⁷⁾

エールリッヒによれば、以上のことは共和政期の史料についていえることであって、帝政期の史料には、*ius civile* は特定の法領域だけを包括する、と明示的にいっているものはないが、古典期の法学者（たとえばウルピアヌス⁽⁵³⁾）にとっては、それは自明のことであった。*ius civile* は、証書作成、解答活動、訴訟行為といった法学者の実践的活動の基礎となる法であり、同時に、その活動の結果生み出された法であった。⁽⁵⁴⁾

- (51) S. 25f. エールリッヒが掲げる Cicero, *Cato maior* 38, 50, *Brutus* 230, *de legibus* II 52, I 14 を参照。
 (52) S. 26ff. エールリッヒが掲げる Cicero, *Topica* 9, *de oratore* I 188, *orator* 120, *Brutus* 322 を参照。
 (53) エールリッヒは、全体の脈絡から考えてこの部分は消されるべきであるとする (S. 29)。なお Loeb 版でもこの部分は採用されていない。
 (54) S. 31.
 (55) 本稿第一節 (二) を参照。
 (56) 本稿第一節 (三) でみたように、『案出論』では、解釈問題と事実問題 (*ratio* の問題) が分けられ、後者は事実、名称、性質、訴権のいずれかにかかわるとされ、法の問題 (法源論) が性質 (*qualitas*) の論点の中に生じることがエールリッヒは重視している。したがって、ここで「法の問題」はいわゆる「法律問題」(解釈問題) ではない。「自由にかかわる訴訟」には解決しなくてはならない困難な法の問題があり、それを解決するためには *ius civile* の知識がいかに必要か、を示すことだけがキケロの関心事であった。すなわち、事実 (の存否) の問題ではなく法の問題を解決するためにこそ *ius civile* が必要であった (S. 33) という叙述における「法の問題」も同様であろう。
 (57) S. 32.
 (58) D. I. 1. 1. 2 (Ulpianus). この法文をエールリッヒがどう理解するかについては、本稿第二二節および第一四節を参照。
 (59) S. 34f.

四 *proprium ius civile* の通用領域

論

ポンポニウスが *ius civile* という表現で考えていたのは、ローマで主として法学者達が発展させた慣習法か、もっぱら法学者達の活動によって成立した法原則や法準則である法曹法か、それとも法学か。⁽⁶⁰⁾

エールリッヒによれば、キケロ以降 *ius civile* という表現は、理論的な法の営みと実践的な法の営みという二義的な意味をもっていた。とくにキケロにおいては、*ius civile* は法学の勉強、助言、法学者の解答活動、学問的活動を意味する。⁽⁶¹⁾ クラッススの次のような「ことばの遊び」もこの二義性による。

Cicero, de oratore 1.70: 我々の親友である……プブリウス・クラッススはとくに次のことについて賞賛されるべきである、と私は考える。というのは、プブリウス・スカエウオラと兄弟であったクラッススはスカエウオラにしばしば次のようにいったからである。スカエウオラは豊かな弁論を身につけなければ *ius civile* において十分にその才能を発揮できない、と……そして、自分(クラッスス)は *ius civile* を学ぶ前に友人の事件を引き受けて訴訟を行なうことはしなかった、と。

このように、*ius civile* は理論的な法の営みとしての法学という意味で用いられると同時に、実践的な法の営みとしての法曹法、慣習法という意味で用いられる。

(一) 「法学」という意味での *ius civile*

前述の『弁論家論』のほかに、次の法文で *ius civile* は「法学」という意味で用いられている。⁽⁶²⁾

D.1.3.24 (Celsus): ある法律の全体を見通さずにその法律の一断片を提示して判決しあるいは解答することは *ius civile* ではなす。

D.50.17.202 (Javolenus) : *ius civile* においてはいかなる定義も危険である。

さらにエールリッヒによれば、本稿第二節でみた「法律を知らず *ius civile* については習熟していない」あるいは「習得されるべき *ius civile* と知られるべき法律」というキケロの用語法から、法律が単なる認識の対象として扱われているのに対して、*ius civile* は学問的な研究の対象として扱われていることがわかる。*ius civile discere* は法律を知ることではなく法学を習得することであり、*iuris civilis scientia* は法律を知っていることではなく法学に通じていることであった。*iuris civilis disciplina* という表現もみられる。⁽²⁷⁾ 同様に、*iuris civilis peritus, peritissimus* は法律に通暁している者ではなく法学に通暁している者であった。⁽²⁸⁾

また、*ius civile Flavianum* というように法学者の著作が *ius civile* と呼ばれることがあるが、この場合の *ius civile* は、著作の内容ではなく著作そのものを指している。この意味での *ius civile* は次の史料にみられる。⁽²⁹⁾

D.1.2.2.39,41,43,46 (Pomponius) : その後、プブリウス・ムキウス、フルトゥス、マニリウスが出て、*ius civile* の基礎を築いた。……その後、プブリウスの子であり大法官であるクイントゥス・ムキウスが出て、類型ごとに一八巻に分類した *ius civile* を著した。……セルウィウスは、このいわば屈辱的なできごと〔クイントゥス・ムキウスに罵倒されたこと〕によって発奮し、苦勞して *ius civile* を勉強した。……〔トゥベロは〕貴族で、法廷弁論術から *ius civile* に転向した人である。

(一) 「法曹法」という意味での *ius civile*

帝政期の法学者達においては、*ius civile* は通常、専門用語として「法曹法」という意味で用いられる。⁽³⁰⁾ さらに、*regula iuris civilis* が法定法の準則ではなく法曹法の準則であることは一般に承認されているが、エールリッヒによれば、*regula argumentum iuris civilis, ratio iuris civilis, ratio civilis, constitutio civilis* についてもあつはまる。⁽³¹⁾

D.41.1.34 (Ulpianus) : 相続財産に関する訴訟の主体は、多くの *argumentum iuris civilis* によつて承認されているように、相続人ではなく被相続人である。

D.47.1.1.pr. (Ulpianus) : *constitutio civilis* によれば、相続人およびその他の遺産承継人は罰金訴権に拘束されない。

また、次の法文では、従来の法準則が法律上の根拠を示すことなく *ius civile* に直接結びつけられている。^⑧

D.41.3.23.pr. (Javolenus) : 同じ物を時効取得する期間が一定でないということは不合理であり、*ius civile* にも違反する。
 D.9.2.51.1.2 (Julianus) : 複数の人間の打撃によつて一人の奴隷が傷つけられ死亡したが、その奴隷を死に至らしめたのは誰の打撃か、が明かでない場合は、すべての者がアクイリア法訴権によつて損害賠償義務を負うと考えられるが、これは先人の考えにも一致する。……以上のような我々のルールを不合理だと考える者は、「共同不法行為者は」両方とも損害賠償義務を負わなければならない、あるいは一方だけが損害賠償義務を負う、と考えることになるが、それは我々のルールよりはるかに不合理である。なぜなら、「両方とも損害賠償義務を負わなければならない」と不正がまったく罰せられないことになり、また、「一方だけが損害賠償義務を負うとする」とどちらが「アクイリア」法で決められている損害賠償義務を負う者かをほとんど確定しえないからである。*ius civile* が法の厳格さにもかかわらず共通の利益のために多くのことを採用してきたことは無数の場合について確認できるが、その中から一つのケースを引用するだけで十分であらう。

(三) 「慣習法」という意味での *ius civile*

狭義の慣習法は、法学者が創造した法ではないが、法学者が承認し発展させ定式化した法であった。また明らかに、法学者の著作が慣習法を知りそれを伝える手段であると考えられていた。すなわち、法曹法と慣習法を分ける線は一定ではなく、ローマ人が法曹法と慣習法を明確に区別していたとは考えられない。逆に、狭義の慣習法が *ius civile* と呼ばれていたのではないか、という想定には大いに蓋然性があり、また実際そのような用語法がみられる。^⑨

ベルニーチェ^⑩は、近親婚の禁止、未成熟補充指定の許可、夫婦間贈与の無効という三つの私法上の関係が慣習法に

よって成立したとし、ブリー¹⁷⁾は、そのほかに、未成年者が債務を負う際の後見人の同意も慣習法によって成立したとする。

① 近親婚の禁止

Paulus, II 19, 3 : 親子は *ius civile* により婚姻しえない。

② 未成熟補充指定の許可¹⁸⁾

D. 28. 6. 43. pr. (Paulus) : *ius civile* においても同様に、「未成熟者が」成年に達したときにこの「未成熟者補充指定の」遺言は効力を失う。

③ 未成年者が債務を負う際の後見人の同意

D. 44. 7. 43 (Paulus) : 後見人の同意がない場合は *ius civile* により被後見人は債務を負わない。

④ 夫婦間贈与の禁止¹⁹⁾

D. 24. 1. 3. 12 (Ulpianus) : 夫〔債権者〕が債務者に対して妻に支払えと命じた場合に、「弁済された」金は彼女のものになるかどうか、債務者は免除されるかどうか、が問題になった。ケルススは『学説大全』第一五巻において次のように書いている。債務者は免除され、弁済された金は夫のものになり、妻のものにはならないといえるのではないかと。なぜなら、*ius civile* によって「夫婦間」贈与が禁止されていないとすれば、事柄の当然の成り行きとして、金はまず債務者から汝〔債権者〕に移り、次に汝から妻に移ることになる〔が、夫婦間の贈与は禁止されているので、金は汝から妻には移りえない〕からである。エールリッヒは、この四つのほか、さらに遺言、婚姻、離婚、養子、水利も慣習法によって成立した、とする。²⁰⁾

⑤ 離婚

D. 24. 2. 11. pr. (Ulpianus) : 法律は「自らの保護者と婚姻した被解放女性は離婚をなしえない」と規定しているが、*ius civile* によって婚姻が解消される離婚が行なわれなかったとは考えられない。

⑥ 養子⁽¹⁶⁾

D.1.7.27 (Julianus) : ius civile においては養子の子は養孫の身分を得る。

論 ⑦ 水利

D.43.20.1.7 (Ulpianus) : 水と泉についてのこの特示命令は、水源から引かれた水だけにかかわるものであり、それ以外の場所から出る水については妥当しないと考えられる。ius civile によれば、水源から引かれた水だけに役権を設定しうるからである。

エールリッヒは以上の分析を次のようにまとめる。すなわち、ローマ人は、法学、法学者の著作の中で承認された慣習法、法学者が創造した法曹法を区別することなく ius civile と呼んだが、これに対して、制定法が ius civile と呼ばれることは決してない⁽¹⁷⁾と。

- (60) S.35f.
- (61) エールリッヒは「法学の勉強を意味するものとして Cicero, de oratore I 40, 159, III 135, Brutus 306, pro Murena, 19,23 を「助言」を意味するものとして de inventione II 67, de oratore I 40, pro Murena 22 を「解答活動」を意味するものとして de oratore I 39 を「学問的活動」を意味するものとして de oratore I 170, 197, 250 を引用する (S.36)°
- (62) エールリッヒが引用する D.19.5.3 (Julianus), D.48.20.7.pr. (Paulus) を参照°
- (63) この用語法は Cicero, de oratore I 180 にのみみられ (S.37)°
- (64) S.37.
- (65) エールリッヒが引用する Cicero, de oratore II 142 を参照°
- (66) エールリッヒは D.28.5.75 (Licinianus Rufinus), Paulus, IV 8.20 を引用する (S.39)°
- (67) P.-Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, I. Teil, Berlin, 1868, S.290ff.

- (68) S.39. エールリッヒが掲げる Gaius, I 158, II 110, III 153, D.4.5.8 (Gaius), D.35.1.33.pr. (Marcianus), Ulpianus, XXIV 16 も参照。
- (69) S.40. エールリッヒが掲げる D.1.5.26 (Julianus), D.35.1.24 (idem), Gaius, II 196, 197, 206, 216, 217, 218, D.46.3.53 (Gaius), D.18.1.67 (Pomponius), D.10.4.19 (Paulus), D.28.6.38.3 (idem), Ulpianus, XVII 1, XXII 19, XXIV 12, 13 も参照。
- (70) S.43.
- (71) A.Pernice, Zum römischen Gewohnheitsrechte, SZ XX, 1899, S.151.
- (72) S.Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1. Teil, Breslau, 1899, S.37, A.25.
- (73) エールリッヒが引用する Cicero, Brutus 194, 195, 197 も参照。
- (74) エールリッヒによれば、夫婦間贈与の禁止が ius civile によって成立したことを示す史料は、次の法文のほかにも九箇所ある (S.44ff)° D.23.3.5.9 (Ulpianus), D. 24.1.5.18 (idem), D.23.4.5.1 (Paulus), D.41.2.1.4 (idem), D.24.1.26.pr. (idem), Vat. Fr.96 (idem), C.5.16.4, C.5.16.20, C.5.9.6.pr. を参照。
- (75) S.46. 遺言と婚姻については本稿第五節を参照。
- (76) エールリッヒが引用する C.8.47.1, C.4.19.14 も参照。
- (77) S.47.

五 legitimus と civilis

lex et ius civile の対立と同じ意味での対立が legitimus et civilis にもあるのではないかと、すなわち、専門用語として、legitimus は「ある法律に基礎をもつ」という意味で、civilis は「proprium ius civile に基礎をもつ」という意味で用いられていたのではないかと、という想定には大いに蓋然性があるが、現にキケロにそのような用語法がある⁽⁶⁸⁾。このような用語法は帝政期になるとみられなくなるが、それは、civilis がしばしば「ある法律に基礎をもつ」という

説 意味と「*ius civile* に基礎をもつ」という意味で二義的に用いられるようになるからである。しかし、*civilis* が雑種な概念であることをいつも意識していた法学者が古典期にもいることを示す史料がないわけではない。¹⁹⁾
論 エールリッヒによれば、このような用語法はとくに相続法において、さらに訴権法や婚姻法においても確認できる。

(一) 相続法

ius civile 上の相続権という表現は、帝政後期の史料においては通常、無遺言相続人の相続権と遺言相続人の相続権の両方を意味するが、ガイウスは『法学提要』の二箇所で *ius civile* 上の相続人（遺言相続人）と法定相続人（無遺言相続人）を対置している。

Gaius, II 148, 149: 最初から不法法に作成された遺言書、あるいは適法に作成された後で破棄されまたは失効した遺言書に従って遺産占有を行なう者は、*ius civile* によってその者が相続財産を得ることができる場合には実効ある遺産占有を行ない、*ius civile* によってその者が相続から排除される場合には実効なき遺産占有を行なう。なぜなら、第一の遺言または第二の遺言により *ius civile* 上の相続人に指定されている者、あるいは無遺言相続の場合に法定相続人である者は、遺産占有者から相続財産を取戻しうるが、*ius civile* 上の相続人が一人もいない場合は、遺産占有をしている者が相続財産を保持することができる。法定相続人でない血族は遺産占有者に対していかなる権利ももたないからである。

Gaius, III 36, 37: 「遺産占有を得ても相続財産を取得しない場合（実効なき遺産占有）がある。」適法に作成された遺言によって相続人に指定された者が相続財産を取得したが、遺言書に従った遺産占有の申請を欲せず、*ius civile* 上の相続人であることに満足している場合には、それ（*ius civile* 上の指定相続人がいる）にもかかわらず遺言を作成しないで死亡した者の遺産占有に召喚される者は遺産占有を申請しうる。「しかし、*ius civile* 上の指定相続人は遺産占有者から相続財産を取戻しうるのがあるから、この場合は実効なき遺産占有である。」ある者が無遺言で死亡したが、その自権相続人が遺産占有の申請を欲せず、法定相続人であることに満足している場合も同様である。

エールリッヒによれば、ガイウスが *ius civile* 上の相続人と法定相続人を厳格に対置していることは決して偶然では

ない。ガイウスがこの二箇所以外では一度も両者を対置せず、法定相続人を *ius civile* 上の相続人と呼んでいることは重要ではない。時代が異なれば用語法も異なるからである。すなわち、ガイウスの『法学提要』は、明らかに後の時代にかなり手が加えられてはいるが、おそらく共和政期に由来する模範をもとに書かれた書物であって、それぞれの時代に書かれた法文はそれぞれの時代の用語法を示すのである。遺言相続人が専門用語として *ius civile* 上の相続人と呼ばれていたことは不思議ではない。なぜなら、無遺言相続は十二表法に基づくものであったが、これに対してローマ法学の作品の一つである銅衡遺言は *ius civile* に基づくものであったからである。⁸⁰⁾

この結論が正しいことは次のことによっても示される。すなわち、次の法文にみられるように、ローマ人は法定相続人と遺産占有者、法定相続と遺産占有をしばしば対置するが、ここで考慮されているのはつねに制定法上の相続権であり、それ以外の法源に基づく相続権ではない、ということである。⁸¹⁾

D.29.7.3.pr. (Julianus):「ある者が遺言を作成せずに小書付によって次のような信託遺贈を行なった。「私の未来の相続人あるいは遺産占有者が誠実であれば私は次の物を与える」と。この場合、信託遺贈が行なわれなければならない。なぜなら、遺言能力をもちながら小書付を書いた家長は、法定相続人あるいは遺産占有者となるべきすべての者を相続人に指定したものと考へなくてはならないからである。」

D.29.4.1.9 (Ulpianus):「我々が問題にしているのは、遺言相続が行なわれなかった場合、無遺言相続人として相続財産を占有する者は、法定相続人として占有しているのか、そうではない(遺産占有者として占有している)のか、ということではない。……それゆえ、法務官告示が適用されるのは、法定相続人が相続財産を占有している場合、あるいは無遺言相続人が遺産占有をしている場合、あるいは略奪者が無遺言相続人として遺産を占有するための何らかの権原を作出して相続財産を占有している場合である。」

このような用語法からわかるように、ローマ人は *ius civile* 上の相続という表現を法定相続および狭義の *ius civile* 上の相続(遺言相続)という二義的な意味をもつ雑種的な概念として取り扱っていたのである。⁸²⁾

(二) 訴権法

セウエルス朝時代の史料においては、*proprium ius civile* によって基礎づけられたものであれ法律によって基礎づけられたものであれ、すべての訴権は *actiones civiles* と呼ばれる。しかし、訴権には法律によるものと *ius civile* によるものがあることをローマ人がいつも意識していたことを示す史料がないわけではない。

I.3.13.1: [*obligationes*] *civiles* とは、法律によって決められたもの、あるいは、少なくとも *ius civile* によって承認されたもの⁽⁸⁾である。

I.4.6.3: 以上に示した *actiones* およびこれに類似するものは、法律または *ius civile* によって基礎づけられる。

この二法文は、*actiones civiles* は法律または *ius civile* によって基礎づけられた訴権であり、*actiones honorariae* は名譽法によって基礎づけられた訴権である、という見解に与するものであり、また、史料において支配的なのはこのような考え方である。それにもかかわらずエールリッヒは、その中から比較的古い部分を取り出すことは決して不可能ではなく、そうすることによって、相続法における用語法と類似の発展が訴権法における用語法にもみられることが明らかになる、とする⁽⁹⁾。

まず第一に、次のことが検証可能である。すなわち、*actiones honorariae* は *actiones civiles* に対置されるだけであく、*actiones legitimae* や *actiones iuris civilis* とも対置されるが、*actiones honorariae* に対置された場合は、次の史料にみられるように、*ius legitimum* は必ず「法律に基礎をもつ法」という意味をもつ、ということである⁽¹⁰⁾。

D.9.3.5.12 (Ulpianus): 網で吊されていた壺が網から落ちて何らかの損害が発生した場合にも同じことが守られるべきであ

る、なぜなら(1)の場合は *actio legitima* ⁽⁸⁵⁾ も法務官法上の訴権も認められないのであるから、と「セルウィウスは」解答した。
 D.39.3.22.2 (Pomponius) : 用役権者がある作業を行ない、それによって雨水が第三者に損害を与えたという場合、*actio legitima* ⁽⁸⁶⁾ の被告になるのは「土地の」所有権者であるが、用役権者が雨水阻止訴権に準じる訴権の被告になりうるか、が問題になった。

第二(2) *actiones honorariae* と *actiones iuris civilis* は次の二箇所の法文で対置されている。

D.9.4.39. pr. (Julianus) : 複数の者によって共有されている奴隷が窃盗をなし、共有者全員が悪意でその奴隷は自分達の支配下になかったということにした、という場合、法務官は *actio iuris civilis* に従わなくてはならず、……法務官の訴訟の被告になるのは原告が選んだ者である。

D.19.5.16.1 (Pomponius) : 「甲は甲の土地で乙が種を蒔き収穫することを乙に許したのに、乙が収穫することを許さないと
 という場合に、〔乙は〕 *actio iuris civilis* をもたない、なぜなら〔乙に〕事実訴権が与えられるかどうかは疑問であるから、とア
 リストはいう。しかし、「法務官法上の」悪意の訴権は与えられるであろう。

エールリッヒによれば、ユリアヌスやポンポニウスはウルピアヌスやパウルスが *actio civilis* という表現で考えていたことと同じことを *actio iuris civilis* という表現で考えている、と想定することはできない。なぜなら、後の時代に確認される用語の意味を前の時代の用語に反映させることは許されないからである。ユリアヌスやポンポニウスの用語法は、後述する⁽⁸⁷⁾ようにウルピアヌスやパウルスの用語法と異なっている。すなわち、ユリアヌスにおいては *obligatio civilis* は *actio honoraria* ではなく *obligatio naturalis* に対置されており、ポンポニウスにおいても同様に、*actio civilis* は裁判上訴求しうる訴権を意味する。*actio iuris civilis* がユリアヌスやポンポニウスにおいてすでに専門用語として法務官法上の訴権と対立し法律上の訴権を含む表現であったのであれば、ウルピアヌスやパウルスが同じ概念を表わすのに別の表現を用いているのは何故か、しかも、ユリアヌスやポンポニウスにおいてすでに別の意味を与えられ

ている表現を用いているのは何故か、を理解することはできない。ことばの意味はこのように恣意的に変わるものではなく、またそのことを確認できる史料もない。⁽⁸⁸⁾

エールリッヒは、*ius civile* が古典期まで専門用語として法曹法という意味で用いられたとすれば、*actio iuris civilis* は「法曹法によって基礎づけられた訴権」という意味をもち、そして、このような理解はユリアヌスやポンポニウスの法文に完全に調和する、とする。すなわち、*actio in factum civilis* は周知のようにローマ法学の作品の一つであり、したがって、アリストが「この場合、訴権は法曹法によって基礎づけられない」といつていること、また、ユリアヌスが「この場合に適用されるべきなのは法曹法によって基礎づけられた訴権である」と主張することにはそれなりの理由があった。なぜなら、法務官が規準として用いるべきだとユリアヌスが考えた訴権は、加害訴権ではなく「原告が選んだ者に対する訴権」であったからである。周知のように、本来は共有者全員が被告となるべき加害訴権に、原告は共有者の中の誰を被告に選んでもよく、選ばれた被告には損害全体についての責任がある、という形態をもちこんだのは法曹法である。ユリアヌスは、法曹法によってもちこまれたこの訴権を意識的に *actio iuris civilis* と呼んで、*actio noxalis legitima* と区別しているのである。⁽⁸⁹⁾

エールリッヒは訴権法の分析を次のようにまとめる。専門用語として用いられる場合、*ius legitimum* に由来する訴権は *actio legitima*、*ius civile* に由来する訴権は *actio iuris civilis* と呼ばれていた。*actio iuris civilis* は *actio legitima* は、セウエルス朝以前の時代には、相続法と同様、専門用語として区別されていた。そして、セウエルス朝以前の時代の法学者がセウエルス朝時代にも登用されていること、したがって、彼らの用語法についてセウエルス朝時代にもなにかの理解があったことが確実であることを考えると、次のように想定することが可能である。すなわち、相続法と訴権法の *ius civile* という概念は、古典期の法学者にとつては、*proprius ius civile* および法律に

よって基礎づけられた相続法と訴権法を統一的に表現したものにほかならなかったが、この統一的な概念の中には二つの構成部分があることを彼らはいつも意識していた、と。⁹⁰⁾

(三) 婚姻法

ローマでは、法学者も非法学者も、婚姻を *matrimonium iustum*, *iustae nuptiae* と呼んでいた。これと並んで *nuptiae legitimae*, *matrimonium legitimum* という表現もみられるが、*legitimus* という形容詞が専門用語の中でつねに卑俗的に用いられるとは考えられず、したがって、*matrimonium iustum* と *matrimonium legitimum* が同義であるとは考えられない。また、ローマの婚姻がテクニカルな意味で法律によって基礎づけられていたと想定することもできない。仮にある制度が *legitimus* であるといわれているとしても、その制度が法律によってつくりだされたことにはならない。周知のように、その制度がある法律によって規律されている場合にも *legitimus* であるといわれるからである。有効な婚姻の要件は、一部は *ius civile* によって、一部はユリア法、パピア法、その他のアウグストゥスの立法、とりわけ姦通に関するユリア法によって決められていた。ところが、古来の *matrimonium iustum* の概念規定においても、法学提要の中に伝えられている *matrimonium iustum* の概念規定においても、これらの法律はまったく考慮されていないのである。ウルピアヌスの時代には少なくとも、最低ユリア法やパピア法が決められている要件に合致している婚姻だけが有効とされたにもかかわらず、である。⁹¹⁾

Ulpianus, V. 1.2.3: *iustum matrimonium* から出生した子は親の権力に服する。 *iustum matrimonium* の要件は、婚姻を約束した男女のあいだに婚姻権があること、男は成熟期に、女は適齢期に達していること、双方が自権者である場合は両者が、他権者である場合は両親が婚姻に同意していることである。婚姻権とは、*ius* によって妻をよめる権能である。

ウルピアヌスがユリア法とパピア法を扱っているのはまったく別の場所である。

Ulpianus, XVI. 2: 夫婦の一方が他方から遺産を受け取らない場合がある。すなわち、ユリア法およびパピア・ポッパエア法に違反して婚姻が結ばれた場合、たとえば、生来自由人が「娼婦、その周旋人、姦通者のごとき」下品な女と結婚した場合、あるいは元老院議員が被解放女性と結婚した場合である。

有効な婚姻の要件を論じる際にユリア法やパピア法が考慮されないのは、エールリッヒによれば、有効な婚姻の要件に関する規定が古来の慣習法、すなわち専門用語としての *ius civile* であつたからである。⁽⁸²⁾

ところで、*matrimonium iustum* が *ius civile* 上有効な婚姻であり、法律の規定に関係しない婚姻であるとすれば、*matrimonium legitimum* は *ius civile* 上有効であるだけでなく法律上も有効である婚姻ではないか、場合によつては、法律だけに合致する婚姻ではないか、という想定が容易に可能である。実際、離婚に関しては少なくとも、すでに掲げた法文⁽⁸³⁾において *ius civile* と法律がその意味で対置されていた。婚姻そのものについては *liberi secundum ius civile quæsitum* と *liberi secundum has leges quæsitum* が次の法文において区別されている。⁽⁸⁴⁾

Vat. Fr. 168 (Ulpianus): 「(この子は)これらの法律〔ユリア法とパピア法〕によつて *iustus*〔な婚姻から生まれた子〕であるとみなされる」と考へる者もいる。神皇マルクス帝とルキウス帝もアプロニウス・サトゥルニヌスに対して次のように勅答している。「汝は汝がこれらの法律により三人の *iustus*〔な婚姻から生まれた〕子をもつことを証明しているが、もっともすぐれた男である法務官マニリウス・カルポーは汝の〔後見人の〕免除を許すであろう」と。しかし、この勅法が「*iustus*〔な婚姻から生まれた子〕」といっているのは、*ius civile* によつて「*iustus*な婚姻から生まれた子である」とみなされる子のことであると考へなくてはならない。

- (79) S.47f. エールリッヒは D.16.3.31.pr. (Tryphonius) を引用する。
- (80) S.49. エールリッヒによれば、無遺言相続人を専門用語として *heres iure civili* と呼ぶ例は、ガイウスだけでなく、ペトリウスやパウルスにもみられる。D.31.69.pr. (Papinianus), D.37.5.22 (idem), D.17.23.2 (Paulus) を参照。
- (81) S.49f. エールリッヒが引用する D.36.1.6.1 (Ulpianus), D.37.1.6.1 (Paulus), D.37.4.11.1 (idem), C.5.9.1.4, I.2.23.10 も参照。
- (82) S.50.
- (83) S.51.
- (84) S.51. 次の法文のほかにエールリッヒが引用する Gaius, IV 76, 110, 111, D.35.2.32.pr. (Maecianus), Collatio 2.5.4.5 (Paulus), I.4.6.13, D.39.1.19 (Paulus) も参照。
- (85) 「アクィリア法訴権」(actio legis Aquiliae) を指す (S.51)°
- (86) 十二表法が規定する「雨水阻止訴権」(actio aequae pluviae arcendae) を指す (S.52)°
- (87) 本稿第八節を参照。
- (88) S.53f.
- (89) S.54.
- (90) S.54f.
- (91) S.55.
- (92) S.56.
- (93) 前掲(第四節) D.24.2.11.pr. (Ulpianus).
- (94) S.57. エールリッヒは *matrimonium iustum* は *ius civile* 上有効な婚姻であり、*matrimonium legitimum* は法律上有効である婚姻ではないか、という想定が正しいことを個々の史料について論証するのは困難であるとしつつも、次の法文についてそれを試みる (S.58)° D.1.5.19 (Celsus), D.23.2.4 (Pomponius), D.23.2.57a (in libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat), D.48.5.12.12 (Papinianus), D.50.1.37.2 (Callistratus), D.1.5.24 (Ulpianus), D.23.2.10 (Paulus), D.50.2.3.2 (Ulpianus), C.4.19.14, C.6.55.7, I.1.11.8.

エールリッヒは、前節までの叙述から次のことが明らかになった、とする。第一に、*ius civile* は法学、法曹法、慣習法を意味すること、第二に、これに対して法律、元老院議決、勅法は、名譽法と同様、*ius civile* には数えられないこと、第三に、*ius civile* の対象は法学者の活動（証書作成、解答、訴訟行為）が及ぶ範囲に限られていたこと、である。エールリッヒによれば、ローマ法における *ius civile* と法律、元老院議決、勅法の関係は、いわば、英米法における *common law* と *statute law* の関係に相当し、名譽法は第三のカテゴリーである *equity* に該当する。⁽⁵⁵⁾

エールリッヒは、キケロ以前の史料がない状況にもかかわらず、*ius civile* の前史を推定しようとする。まず最初に次のことを指摘する。周知のように、単に *iudicium* といわれるとき、*iudicium publicum* を意味することがしばしばあるが、これに対して、*ies* は法務官の面前で行なわれる通常訴訟手続（とくにその場所⁽⁵⁶⁾）を意味し、後にはローマ以外で法務官の訴訟手続を模倣してつくられた裁判所を意味するようになる。*ies* がそれ以外の種類の裁判所を表わす表現として用いられることはなく、逆に、*ius* と *iudicium* が対立物であると考えられていたことを示す史料がある。⁽⁵⁷⁾

続いて『ヘレンニウス弁論書』が考察される。

Rhetorica ad Herennium, I.22: 被告が「この訴訟は適切な時期に提起されていない、あるいは原告は「訴権をもたないから」変更されるべきである、あるいは審判人が変更されるべきである」と主張する場合、論点は *translatio* にかかわる。ギリシア人は「書面の解釈が問題になる」論点の中の *translatio* の部分を *iudicium* で扱う。我々はこの部分を *ius [civilis]* で扱うのが普通であるが、*iudicium* で扱うこともある。たとえば、国家が所有する銀の壺を私有地からもち去ったとして横領罪で告発された者は、窃盗とは何か、横領とは何か、をまず定義して、「本件において原告は」横領ではなく窃盗の訴権を用いなければならぬ、と主張することができる。このような場合には、次のような理由によって書面の解釈が問題になる論点のうち

の *translatio* の部分が稀に *iudicium* で扱われることがある。すなわち、*actio privata* においては、抗弁が法務官によって承認されていて、原告は訴権をもっていなければ敗訴するのに対して、*questio publica* においては、被告に有利なように、原告についての審理、すなわち原告が訴訟を提起することが許されるか否か、の審理があらかじめ行なわれる、と法律が決められているからである。

キケロの『案出論』の次の箇所は、『ヘレンニウス弁論書』のこの箇所と密接に関連していることが明らかである。

Cicero, de inventione II 57, 58: 訴訟の変更ないし移送が必要と考えられるのは、原告が訴権をもたない場合、被告が適切でない場合、裁判所に管轄がない場合〔原告が主張していることを〕法律が規定していない場合、〔原告が主張する〕罪や罰が適切でない場合、適切な時期に訴訟が提起されていない場合である。この問題は *constitutio translativa* と呼ばれる。……我が国では通常、比較的稀にしか *translatio* の問題が法廷で論じられない。それは、一つには法務官が定めた抗弁によって多くの訴訟が排除されるからであり、一つには適切なやり方で訴訟を提起しなかった原告は敗訴すると *ius civile* が決めているからである。それゆえ〔この *translatio* の問題は〕*ius* で扱われるのが普通である。すなわち、*ius* では抗弁が出され、原告に訴訟能力が与えられ、*iudicium privatum* において必要とされるすべての書式が作成される。稀に *translatio* の問題が *iudicium* において論じられることもあるが、事柄の性質上その問題自体から確定的なことがわからない場合は、*translatio* の問題はそのほかの *constitutio* を論じることによって決定される。たとえば、ある者が *iudicium* で毒殺の罪で告発されたが〔告発状には〕「親殺しの罪により」と書かれていた、という事件が特別訴訟手続に移送されたが……。

『ヘレンニウス弁論書』と『案出論』を比較してまず最初に眼につくことは、前者においては *ius civile* が *iudicium* に対置されているのに対して、後者においては *ius* が *iudicium* に対置されていることである。しかし、その直前の「……*ius civile* が決めているからである」という部分では、*ius civile* と *iudicium* は対置されていない。したがって、*ius* と *ius civile* が同じ意味で用いられていると想定することはできない。しかし、次のような想定は可能である。すなわち、*ius civile* は *ius* において適用される法だけを意味し、*ius* では *ius civile* が決めているように訴訟を提

起しなければ敗訴する、という想定である。つまり、『ヘレンニウス弁論書』と『案出論』とは *ius civile* の意味が異なっているのである。前者における *ius civile* が *iudicium publicum* に対置される「法務官のもとで行なわれる法廷手続」を意味するのに対して、後者における *ius civile* は *ius* において判決が宣言される際の規準となる「法曹法」を意味する。*ius civile* の多義性を「⁽⁸²⁾」でも確認することができる。

これに対して、『案出論』以外の著作においては、*ius civile* と *iudicium publicum* の対立が比較的しばしばみられる。⁽⁸³⁾

Cicero, in Verrem actio II 1108, 109: ウォコニア法には「なすべきである」「なすべきであった」という表現はない。いかなる法律も過去「の行為」をとがめることはできないからである。ただし、それ自身が有害で不正であるために、たとえ法律で規定されていなくても何としても回避すべきであった事柄は別である。すなわち、いろいろな法律によって多くのことが禁止されているが、法律が制定される前になされた行為は *iudicium* で審理されない。これに対して民会は、遺言と貨幣の偽造に関するコルネリア法やそのほかの多くの法律において、新しい関係を何も規定せず、必ず不正であるとされる行為については一定の期間において民会が審理する、と規定している。しかし、ある者が *ius civile* について何か新しいことを定めた場合、過去になされた行為のすべてが有効であるとは限らない、ということを彼は受け入れるであろうか。アティニア法、フリア法、フスイア法、そして私が言及したウォコニア法について考えてみよ。これらの法律はすべて、あるいはそのほかの法律も、*ius civile* にかかわっているのである。

leges de iure civili については、別の箇所でも言及されている。

Cicero, pro Balbo 21: 我が父祖達のもとで、遺言に関するフリア法、妻の相続に関するウォコニア法、そのほか無数の *leges de civili iure* が規定された。

エールリッヒによれば、『ヘレンニウス弁論書』と『弁論家論』と『ウェレス訴追論』において *ius civile* という表現は同じものを意味していると考えられる。それは、通常 *ius* と呼ばれる法務官の面前で行なわれる訴訟手続である。

すなわち、『ヘレンニウス弁論書』の作者とキケロは、*ius* と *iudicium* の区別と同じ意味で *ius civile* と *iudicium publicum* での訴訟手続を区別しているのである。したがって、「ある者が *ius civile* について何か新しいことを定めた場合」という部分は「法務官の面前で行なわれる通常手続訴訟で判断される事柄について何か新しいことを定めた場合」という意味であり、*Leges de iure civili* は「法務官の面前で行なわれる通常訴訟手続で判断される事柄にかかわる法律」という意味である。アティニア法、フリア法、ウオコニア法はすべてこの種の法律である。『ヘレンニウス弁論書』の作者とキケロが法務官のもとの法廷手続だけを民事訴訟 (*ius civile*) として考察しこれを *iudicium* に対置している理由は、ほぼ自明である。すなわち、キケロの時代にはまだ、*iudicium* はほとんど法的に規律されていない陪審裁判であり、そこでは、私人が法務官の命令に沿って証拠を評価し採用しなければならなかった。*ius* にとって (＝法務官にとって) は、法律は判決の規準となるものであったが、*iudicium* にとって (＝審判人にとって) は、法務官の命令が法律に優先するものであったのである。エールリッヒは以上の考察を次のようにまとめる。*ius civile* は本来、法務官のもとで行なわれる訴訟手続を意味し、*iudicium publicum* から *iudicium* が派生したのと同様に、*ius* は *ius civile* から派生した、と。

キケロがこの意味で *ius civile* という表現を用いている例として、エールリッヒはさらに次の史料を掲げる。

Cicero, de officiis III 91: 奴隷を売却する際に売主が「買主に」通知しなくてはならないのは、もしそれを通知しなければ *ius civile* 上売主が奴隷を引き取る義務が生じる暇疵^①だけか、それとも、「その奴隷は」嘘つきか、博打好きか、盜癖があるか、酒好きか、ということまで通知しなくてはならないか。

この箇所では、*ius civile* (法学者) によって決められた「秘匿の罰金」^②が容易に想起されるが、エールリッヒはこの *ius civile* は「訴訟手続」という意味であるとする。

Cicero, pro Caecina 73, 74, 75: 云々)で *ius civile* とは何か。……もし、手中物にかかわる法によって君の財産に属する物を君が保持しうるか否か、が不確定であれば、また、*ius civile* が不確定であれば、また、国家が制定した法律によって他人の権利から(自分の権利を)守ることができないのであれば、相続によって父から取得した建物や土地、あるいは別の方法で正当に取得した物を所有するということは、(君にとって)いったいどんな意味があるろう。……私のいうことを信じてほしい。我々は誰もが少なからぬ相続財産を得ているが、(実際に)その財産を遺言によってある土地を私の物とすることができても、法と法律からそれを受け取っているのである。すなわち、ある者は遺言によってある土地を私の物とすることができ。しかし、もし *ius civile* がなければ、私は自分の物となったその土地を保持することができない。父は土地を遺贈することができる。しかし、土地の使用取得、すなわち、訴訟の不安と危険の終わりを意味するものは、父ではなく法律の遺産である。父は引水権、汲水権、通行権、放牧権を遺すことができる。しかし、これらのすべてに有効な権威を与えるのは *ius civile* である。それゆえ、父祖達から受け継いだもの、すなわち法という公の遺産を、君達は自分の私的な財産とまったく同様に注意深く保持しなくてはならないのである。それは、*ius civile* によって私的な財産が保護されているから、というだけではない。財産を放棄しても一人が不利益を蒙るだけで済むが、法を放棄すれば国家は必ず大きな不利益を蒙るからでもある。

すでにみた『カエキナ弁護論』^(註)の用語法とは違って、この箇所では法学者のことは論じられておらず、したがって *ius civile* が法曹法を意味しないことは明らかである。前掲の箇所では、キケロは *ius civile* を承認しようとしないう者を論駁して、法学者が正当ならば彼らに従わなくてはならない、といっている。この箇所では、キケロは一步進んで、国家にとって *ius civile* がいかに必要か、を論証しようとしている。もちろん、それは容易なことではない。法の素人は、法学の必要性を簡単には受け入れないからである。しかし、キケロは法学の必要性を説く。ただ、法学がなければ国家は存続しえないとは、法学者でさえも容易には考えられない。まして、キケロの弁論の聞き手は素人の裁判官である。そこでキケロは、詭弁(キケロのソフィスト的なやり方は周知の事実であり、驚くにはあたらない)を用いる。すなわち、我々は相続財産を *ius civile* からではなく法と法律から受け取る、といった後で、キケロは *ius civile* を第二の意

味、すなわち「法廷手続」という意味で用いる。法廷手続であれば、それは国家にとって必要不可欠だ、と容易にいえ
る。さらに、すでにみたように *ius civile* には「法律行為」という意味があるが、そうすると *ius civile* が法律行為
(*ius civile*) によって獲得された権利の法廷手続 (*ius civile*) における保護をも意味することは明らかである。
ius civile は、こゝではすべて「法曹法」ではなく「法廷手続」という意味で用いられている。詭弁を用いるキケロも
やはりキケロであるが、重要なのはキケロの詭弁を指摘することではない。キケロが法律を *ius civile* に置き換えるこ
とをまったく思いついていない、ということが重要である。とくにそのことを示しているのは、「また、*ius civile* が
不確定であれば、また、国家が制定した法律によって他人の権利から(自分の権利を)守ることができないのであれば
……」という部分である。⁽¹⁰⁾

法学文献においては、キケロ以降 *ius civile* は法廷あるいは法廷手続という意味では用いられなくなるが、非法学文
献においてはこの意味での *ius civile* が二世紀に入ってもみられる。⁽¹¹⁾

「法務官の面前で行なわれる法廷手続」という意味での *ius civile* と、「法学」という意味での *ius civile* とに密接な
関係があることは検証可能である。すなわち、第三節ですでにみたように、*ius civile* と呼ばれたのは「ローマ市民が
自己の財産を維持するために」役立つ法学だけであり、「ローマ市民にかかわる訴訟において」通用する法学だけで
あった。つまり、法務官の面前で行なわれる法廷手続 (*ius civile*) にかかわる法学だけが *ius civile* と呼ばれたの
である。⁽¹²⁾

法発展の初期の段階では、どの民族も法と法学と訴訟を区別しない。すべての法は慣習法であり、法を知る者は慣習
法を守り、法学を担い、訴訟を指揮・形成し、その結果法と法学と訴訟の区別はなくなり、すべてが一体的なものと考え
えられる。ローマでもまさにそうであったのである。この一体的な法を司っていたのは神官であるが、おそらく十二表

法制定以前から、宗教的な部分と世俗的な部分（= *ius civile*）の分離が始まる。後者に属するのは、慣習法上の実体法と訴訟法、訴訟、法学、すなわち神官の法活動のうちの世俗的な事柄を対象とする部分すべてである。この法はローマ市民間の訴訟に関係したために *ius civile* と呼ばれた。これに対して法律および国家組織法は、民会の共有財産であって神官の法活動の対象ではなかったため、*ius civile* とは呼ばれなかった。十二表法制定後も根本的な変化はなく、*ius civile* は十二表法の解釈という形式をとる慣習法、法学であった。法が世俗化した後、証書作成、解答、訴訟行為という従来の法学者の活動領域に著作活動が加わるが、*ius civile* の内容にも名称にも変化はみられない。キケロ以降、法廷および法廷手続という意味での *ius civile* は姿を消していき、帝政期にはこの意味での *ius civile* はみられなくなる。^(註)

ius civile は玉虫色の概念である。すなわち、対立物として何が考えられているか、*ius sacrum* か、*ius publicum* か、*lex* か、*ius gentium* か、*ius honorarium* か、によつて *ius civile* の内容は変わる。しかし、『トピカ』の中でキケロが *ius civile* を列挙による定義 (*partitio*) の例として挙げていることは重要である。

Cicero, 『Topica』, 28: 定義には列挙による定義 (*partitio*) と区分による定義 (*divisio*) がある。列挙による定義とは対象となつてゐる事柄を構成部分に分けることである。たとえば、*ius civile* は法律、元老院議決、判決、法学者の権威、政務官告示、習律、衡平から成り立つ、と定義する場合がそれである。区分による定義は、定義される事柄の類に属するすべての種を含む。

ペルニーチェ^(註)はこの *ius civile* を「現行法」という意味に解するが、エールリッヒはその説に反対する。エールリッヒによれば、この *ius civile* は、*iuris civilis scientia* あるいは *ius civile discere* とされる場合の *ius civile* と同様、「法学」という意味である。そのことは、キケロが *ius civile* を列挙による定義の例として挙げていることからわかる。すなわち、列挙による定義とは、ある事柄を構成している要素を一つ一つ数えることであり、区分による定義とは、あ

る一つの類に属する種を余すところなく数えることである。ius civileが「現行法」であれば、キケロはius civileを列挙による定義ではなく区分による定義の例として挙げて、法律以下、現行法の種をすべて数え挙げて現行法の概念を定義したであろうが、キケロはius civileを列挙による定義の例として挙げてゐる。そのことはius civileが法学を意味することを示している。キケロは「法学とは、法律、元老院議決、判決、法学者の權威、政務官告示、習律、衡平に基礎をおくものである」といおうとしてゐるのである。とくに、『トピカ』がさつと書かれた書物であることを考えると、ius civileが法学を意味することは十分考えられる。すなわち、キケロは、ius civileとは何か、を知らない人にius civileの概念を説明しているのではなく、ius civileとは法学であることを知っていることが前提となつてゐる。ローマ人(トゥレバティウス)に列挙による定義の例を挙げようとしてゐるのである。ius civileはこの箇所では現行法を意味することを証明しようとする、列挙による定義の例をこの箇所の中にみることができなくなつてしまふ。

ペルニーチェはエールリッヒの『法源論』が印刷されてゐるあいだに出た別の論文の中で、『トピカ』のこの箇所のius civileはローマ人がそれに従つていた法(現行法)であり、その法は法律以下のもので構成されてゐる、と解する。エールリッヒは『法源論』の巻末で、ペルニーチェのそのような見解を再度批判する。

Cicero, Topica 28, 31: 区分による定義は、定義される事柄の類に属するすべての種を含む。……したがつて、類が例外なく区分されたもの、それが種である。たとえば、Eiusを法律、習律、衡平に分ける場合がそれである。

ペルニーチェは、前掲の箇所では「現行法」が問題になつてゐるのに対してこの箇所では「法」そのものが問題になつてゐる、と考えることによつて二つの箇所を調和させようとするが、エールリッヒは、ペルニーチェは列挙による定義と区分による定義の違いを見落している、とする。すなわち、この箇所では、法律、習律、衡平がEiusという概念の種(forma, species)として挙げられてゐるのに対して、前掲の箇所では、法律、習律、衡平(さらに元老院議決、

説 判決、法学者の権威、政務官告示) が *ius civile* という概念の構成部分 (*pars*) として挙げられているが、そうすると、*ius civile* (現行法) の概念は *ius* (法) の概念よりも単に狭いだけだ、ということはあるに過ぎない。もしそうならキケロは構成部分と種を同じものとして扱っているはずであるが、実際は、キケロ自身が両者の混同を戒めているからである。したがって、*ius civile* は *ius* とはまったく別のカテゴリーに属する概念である。すなわち、*ius civile* は法学であり、法律、元老院議決、判決、法学者の権威、政務官告示、習律、衡平は法学の構成部分である。*ius* は現行法であり、法律、習律、衡平は現行法の種である。このような考え方に對しては、法律、元老院議決、告示が *ius civile* に含まれているのではないか、という反論が容易に可能であるが、エールリッヒは次のようにいう。すなわち、いうまでもなく法学は自らの「構成部分」に「基礎をおく」ことはできない。しかし、『トピカ』はキケロの友人であり法学者であるトゥレバティウスに捧げられた書物であり、列挙による定義と区分による定義はキケロが法学の問題に適用しようとした修辞学上の証明の種類である。すなわち、*pars* とは対象物を構成している部分ではなく、概念規定の個々の要素、つまり弁論家が立証する個々の部分である。キケロはこの意味で「列挙による定義とは対象となつてゐる事柄を構成部分に分けることである」といつているのである。したがって、「*ius civile* は法律、元老院議決、判決、法学者の権威、政務官告示、習律、衡平から成り立つ」という部分は、「*ius civile* は法律、元老院議決、判決、法学者の権威、政務官告示、習律、衡平の学問的な加工である」と翻訳することができる、と。

(95) S. 64f.

(96) D. I. 1. 11 (Paulus) : *ius* (この用語) は *ius* (判決) が宣言される場所の意味でも用いられる。

(97) S. 66f. エールリッヒが引用する Plautus, *Menachmi* 587 を参照。

- (98) S.68f.
- (99) エーホルツヒが引用する Cicero, de oratore I 182 を参照。
- (100) S.69f.
- (101) 前掲 (第一節) Cicero, de officiis III 65 を参照。
- (102) S.72.
- (103) 前掲 (第一節) Cicero, pro Caecina 65~70を参照。
- (104) S.73f.
- (105) エーホルツヒによれば、この意味での *ius civile* は Tacitus, Annales XIII 27, Petronius, Satirae 13, Hyginus, de limitum controversia, P.134 Lにみられる (S.74)°
- (106) S.74f.
- (107) S.75ff.
- (108) A.Pernice, a.a.O. S.143ff.
- (109) S.81f.
- (110) A.Pernice, Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebenes Recht, SZ XXII, 1901, S.61.
- (111) Cicero, Topica 31.
- (112) S.246ff.

Eine historische Begründung des Juristenrechts (1) — Die Rechtsquellenlehre Eugen Ehrlichs —

Makoto ISHIKAWA*

In der Literatur, die sich mit Eugen Ehrlich beschäftigt hat, ist die römische Rechtsquellenlehre Ehrlichs¹⁾ kaum eingehend untersucht, obwohl sie, um die Struktur und Systematik seines ganzen Werkes zu erfassen, als sehr wichtig angesehen ist. Manfred Rehbinder²⁾ erklärt zum Beispiel die Rechtsquellenlehre Ehrlichs für unwichtig oder sinnlos, dabei beruft er sich auf Fritz Schulz.

Zwar hat Schulz³⁾ geschrieben, Ehrlich sei abzulehnen. Der Grund liegt aber in den folgenden. Erstens: Während Ehrlich das Vorbild der klassischen Terminologie nicht in den juristischen, sondern in den philosophisch-rhetorischen Schriften sehen will, ist die Rechtswissenschaft für Schulz von den anderen Wissenschaften, vornehmlich von der Rhetorik unabhängig. Zweitens: Das *ius civile* stellt für Ehrlich das Juristenrecht dar, für Schulz bedeutet es dagegen das Recht zwischen den römischen Bürgern.

Inzwischen hat sich jedoch der Forschungsstand geändert. Nun sind, im Gegensatz zu Schulzes Ansicht, immer mehr die Gemeinsamkeiten zwischen der Rechtswissenschaft und der Rhetorik betont. Zum Beispiel ist Dieter Nörr⁴⁾ zu nennen. Auch Max Kaser⁵⁾ steht auf seiner Seite. Daher ist heute anzunehmen, es sei fragwürdig, sich auf Schulz berufend Ehrlich abzulehnen.

Noch wichtiger wäre es aber folgendes. Was Nörr durch seine Forschung

*Dr.iur., Wiss. Assistent an der Juristischen Fakultät der Hokkaido Universität.

- 1) E. Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, 1. Teil, das *ius civile*, *ius publicum*, *ius privatum*, 1902.
- 2) M. Rehbinder, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 1. Aufl., 1967, S.53, 2. Aufl., 1986, S.62.
- 3) F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S.87, Anm.3, History of Roman Legal Science, 1946, P.72, note 5.
- 4) D. Nörr, *Divisio und Partitio*, 1972.
- 5) M. Kaser, Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd.1, 1978.

behaupten will, stimmt im Grunde mit der Rechtsquellenlehre Ehrlichs überein. Denn was Nörr unter dem Gewohnheitsrecht versteht, ist nichts anders als was Ehrlich schon im *ius civile* gesehen hatte. Nörr spricht von der Rechtsquelle ohne Verbindlichkeit,⁶⁾ Ehrlich hatte auch das Juristenrecht nicht als Befehl, sondern Belehrung angesehen.⁷⁾

In dieser Abhandlung will ich quellenmäßig erklären, was Ehrlich im römischen Recht, vor allem in den rethorischen Schriften Ciceros gesehen hatte. Das wäre nicht nur für die sogenannte Ehrlich-Forschung, sondern auch für die römische Rechtsgeschichte nicht unwichtig. Im vorliegenden Heft sollen 6 Absätze der Rechtsquellenlehre Ehrlichs behandelt werden, die sich hauptsächlich auf die Terminologie *ius civile* beziehen.

6) Darüber darf man die Einrede Werner Flumes nicht vergessen. Vgl. W.Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, 1975.

7) E.Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903.