



Title	法曹法の歴史的基礎づけ（2・完）　－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(4), 1-60
Issue Date	1991-03-28
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16781">https://hdl.handle.net/2115/16781</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(4)_p1-60.pdf



# 法曹法の歴史的基礎づけ(二・完)

—— 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——
  - 一 *proprium ius civile*
  - 二 *proprium ius civile* とそれ以外の法源との関係
  - 三 *proprium ius civile* の外延と内包

四 *proprium ius civile* の通用領域

五 *legitimus* と *civilis*

六 *proprium ius civile* の前史推定(以上本誌四一巻三号)

七 *ius civile* と *ius gentium* (以下本号)

八 *ius civile* と *ius honorarium* — その一 対立の始まり —

(一) 対立の成立

(11) *actio civilis* と *actio honoraria*

九 *ius civile* と *ius honorarium* — その二 訴権法と相続法 —

(一) 訴権法

(11) 相続法

10 *intentio iuris civilis*

(一) 法律訴訟手続について

(二) 方式書訴訟手続について

11 古典期以降の発展

(一) 勅法

(11) 法学提要

12 *ius publicum* と *ius privatum*

(一) 「刑事裁判」について

(11) 「新工事通知」について

13 「国家組織法」ないし「国家制定法」としての *ius publicum*

(一) 「国家組織法」としての *ius publicum*

(11) 「国家制定法」としての *ius publicum*

(111) 両義の關係

- 一四 「*ius publicum* は私人の合意によつては変更されえない」
  - 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—

## 七 *ius civile* と *ius gentium*

*lex* は、慣習法がずっと以前からローマ市民にのみ通用していたのと同様、ローマ市民にのみ通用した。*lex* の解釈という *ius civile* の形式からいっても、共和政期に、法学を営んだり法律を制定するのは外国人のためだ、などと考える者は誰もいなかったという実質的理由からいっても、*ius civile* もまたローマ市民にのみ通用する法であった。すなわち、*ius civile* はローマ市民にのみ通用する法にすぎないということは自明であったが、この自明なことの故にこの法が *ius civile* と名づけられたとは考えられない。また、ローマ人は、外国人の法と対立するものであることを表現するために、自分達の法を最初から *ius civile* と呼んでいたとも考えられない。まさに、*iuris civilis scientia*, *ius civile discere*, *iuris civilis peritus*, *omnis definitio in iure civili periculosa*, *regula (ratio, argumentum) iuris civilis* あるいはこれらと同種の用語法における *ius civile* を *ius proprium civium Romanorum* に置き換えることはできない。

すなわち、*ius gentium* ないし外国人の法と *ius civile* の対置は *ius civile* が本来もっていた意味（法学、法の知識）とはまったく関係ないのである。リウィウスやサルスト<sup>(16)</sup>においても、*ius gentium* は「国際法」とりわけ「使節の法」を意味する。おそらく、それまで国際法上外国人に認められていた権利が準則となり何らかの確実な法規範が形成されてはじめて、*ius gentium* と呼ばれるようになる<sup>(17)</sup>。

*ius gentium* の諸原則は法務官法と法曹法によって早くからローマ人の間の権利関係に適用されていた。*ius gentium* は法学者によってローマ市民に適用されることによつて *ius civile* となつた。すなわち、*ius gentium* は *ius civile* であるが故に通用したのであり、それが *ius civile* に取り込まれない限りローマ市民にとっては何の意味もなかつた。ところが、*ius gentium* が *ius civile* に取り込まれた後は、*ius civile* の中に併存する二つの構成要素を区別する必要が生じた。すなわち、ローマ市民にのみ適用される本来の *ius civile* (*lex* の解釈)と、少なくとも帝政期には *ius civile* となつたにもかかわらず、*ius gentium* と呼ばれローマ市民および外国人の事件に適用された法である。たしかに、*ius civile* の中に両者が併存していたことは奇妙であるが、このことは、*ius gentium* が入り始めた当時の解釈 (*ius civile*) は非常に硬直しており、新しい素材を受け入れなかつたので第二の層が浮び上がつてきた、と想定しなければ理解できない。それゆゑ、普通は *ius civile* という用語で両方の構成要素が理解されたが、ときおり古い層と新しい層が対置され、前者は *ius civile* と、後者は *ius gentium* と呼ばれたのである<sup>(18)</sup>。

その *ius gentium* と *ius civile* の最古の対立は次の史料にみられる。

Cicero, de officiis III 69: <sup>(19)</sup>だから、その父祖達は、*ius gentium* と *ius civile* は異なる法だと考えた。すなわち、*ius civile* は直ぐに *ius gentium* ではないが、*ius gentium* は同時に *ius civile* でなくてはならない。

Cicero, topica 9: *ius civile* とは、自分の物を保持するために同じ国家に属する者の間で定められた衡平である。

エールリツヒによれば、この *ius civile* は前節でみた他の箇所の *ius civile* とは違うものを意味する、と考えるのは早計であり、この *ius civile* も他の箇所と同様に裁判所、訴訟手続、法学、法曹法、慣習法という意味をもつ。すなわち、「父祖達」はすでにローマ市民にのみ適用される *ius civile* と外国人の法曹法、慣習法（おそらく裁判所、訴訟手続も含む）としての *ius gentium* を対置していたが、キケロは自然法論者であり（*rationalistisch gefarbt*）<sup>(11)</sup>、歴史の偶然に左右されなかつたので、「父祖達」の考え方を承認して、「*ius gentium* は同時に *ius civile* でなくてはならない」と考える。したがって、この箇所から、「父祖達」ないしキケロ自身がローマ市民の法全体（*lex* も含めて）を *ius civile* と呼んでいるとはいえず、ローマ市民でない者を拘束する個々の法律をキケロが *ius gentium* に数えているともいえない。<sup>(12)</sup>

さらに、この二箇所から、*ius gentium* がローマ市民間の取引にも適用されていたと想定することもできない。ハドリヌス帝以前の法学者は *ius gentium* を考慮しなかつたからである。帝政期に、*ius gentium* はローマ市民にも直接適用される法である、と考えられるようになってはじめて、*ius civile* はローマ市民にのみ通用しローマ市民にのみ与えられた法である、という考え方が出てきたのである。そのことは、*ius gentium* の概念規定にも現れている。<sup>(13)</sup>

Gaius, II (—I.1.2.1) : それぞれの国民自身が自らのために制定した法はそれぞれの国民に固有なものであり、*ius civile* と呼ばれ、いわば国家に固有な法である。これに対して、*naturalis ratio* がすべての人間の間に制定した法は、すべての国民によって等しく遵守され、*ius gentium* と呼ばれ、いわばすべての国民が用いる法である。それゆえローマ国民は、ローマ国民に固有な法とすべての人間に共通する法を用いる。

D. 1. 1. 11 (Paulus): *ius* (とらう用語) は、……第二に「それぞれの国に属する国民全員または大多数の役に立つ法」という意味で用いられる。たとえば、*ius civile* とさうように。

これに対して、キケロも古典期の法学者も *ius civile* と他国民の法を並置ないし対置していない。次の箇所は例外にみ

えるかもしれない。

Cicero, de oratore I 197: 君達は法学の勉強から喜びと楽しみを得るだろう。というのも、君達がリクルグス、ドウラコ、ソロンといった人々と我が父祖達の *leges* を比較してみれば、我が父祖達が法学に関していかに他民族よりも優っているか、が容易にわかるからである。実際、我が父祖達の *ius civile* を除くすべての *ius civile* は信じられないほど雑然としていて、ほとんど笑わずにはいられないような代物である。

しかし、この箇所は例外ではなく、実は注目に値する箇所なのである。というのは、キケロは法学の勉強を推奨するたぐいに外国法と比較してローマ法が卓越していることを称賛しているが、彼が本当に外国法とローマ法を並置する場合は、この箇所に見られるように(他のすべての箇所も同様)、*ius civile* といわずに *leges* というからである。*leges* という用語が用いられるのは、周知のようにギリシアの都市国家の法を指すときである。キケロが「我が父祖達の *ius civile* を除くすべての *ius civile* は信じられないほど雑然としていて、ほとんど笑わずにはいられないような代物である」というとき、*leges* と *ius civile* が同じものを意味しないことは明らかである。なぜなら、ここで比較されているのは、ローマ人の *leges* とギリシア人の *leges* であり、ギリシア人の *leges* に基礎を置くギリシア人の *ius civile* とローマ人の *ius civile* だからである。<sup>(14)</sup>

エールリッヒによれば、ローマ人の *ius civile* と他国民の *ius civile* が関係づけられる最初の文献は法学提要である。I.1.2.2: *ius civile* は、たとえばアテナイ人の *ius civile* というように、それぞれの国の名で呼ばれる。したがって、ソロンやドゥラコの法律をアテナイ人の *ius civile* と呼んでも誤りではなからう。このように、ローマ人が用いる法を *ius civile Romanorum* と、*Quirites* が用いる法を *ius Quiritium* と呼ぶ。……これに対して、*ius gentium* はすべての人種に共通する法である。

しかしながら、他の箇所と同様この箇所においても、*ius civile Romanorum* に対置されているのは、アテナイ人の

*ius civile* はなく、*ius gentium* である。*ius civile Romanorum* は、他国民の法と対立するローマ人の法ではなく、*ius proprium civium Romanorum* と同様にローマ人に固有な法であり、これに対置されるのは他国民と共通の法である。すなわち、*ius civile Romanorum* に対置ないし並置されるのはシシリア人の *ius civile* やアテナイ人の *ius civile* ではなく、それぞれの国民に固有な *ius civile* が *ius gentium* に対置されているのである。ローマ人が自分の法を外国の法と直接対置する場合は、彼らは *ius civile Romanorum* とは問わずに *ius Romanum*, *ius Romanorum*, *ius Quiritium* といふのである。<sup>(14)</sup>

ところで、キケロ以来の *ius civile* の概念規定は二つのグループに分かれる。一方はキケロの『トピカ』のそれであり、他方はガイウスの『法学提要』のそれである。キケロによれば、*ius civile* とは「同じ国家に属する者の間で定められた衡平」である。キケロが用いる「衡平」(*aequitas*) は必ず制定法の対立物を意味するが、彼がこの表現を無目的で用いるとは考えられず、明らかに法律を除外する目的で用いている。これに対してガイウスの場合は、*ius civile* に制定法が含まれることは明らかである。すなわち、キケロとガイウスの間に何らかの変化があったものと思われる。<sup>(15)</sup>

エールリッヒによれば、*ius gentium* と *ius civile* について述べたことは、*ius naturale* と *ius civile* についてもあてはまる。すなわち、*ius gentium* の準則によって判決されるべき問題について *ius gentium* の準則が欠缺している場合、ローマ人は *ratio* の衡平を拠り所としたが、これが *ius naturale* と呼ばれるものである。したがって、次の史料にみられるように、*ius gentium* と *ius naturale* の境界線は曖昧である。<sup>(16)</sup>

D. 1. 1. 6. pr. (Ulpianus): *ius civile* は *ius naturale* や *ius gentium* とまったく異なるものではなく、またそれらの下に立つものでもない。したがって、「万民と自然に」共通の法に何かを加えあるいは削れば、それは(ローマ)固有の法、すなわち *ius civile* となる。

さらに、キケロとガイウス（およびそれ以降の著者）の *ius civile* の概念規定には別の点で重要な相違がある。すなわち、キケロにおける *ius civile* は「国家に属する者の間で定められた衡平」であり、ガイウスにおける *ius civile* は「それぞれの国民自身が自らのために制定した法」であるが、法の国家性がキケロにとって必然的なものであるのに対して、ガイウスにとっては、いわば実定法による命令である。さらに、パウルスにおける *ius civile* は「それぞれの国に属する国民全員または大多数の役に立つ法」である。つまり、パウルスは *ratio* によって法の国家性を基礎づけようとしている。すなわち、キケロには、法は諸国民の法であるという観念がまだ残っていたが、パウルスには領域国家の観念が芽生え始めていたのである。<sup>(12)</sup>

ところで、*ius gentium* と *ius civile* の対立が扱われている個別的な史料は例外なく教科書類（とりわけ法学提要）に出てくるが、このことから、もっぱら教育のために法全体が *ius gentium* と *ius civile* に分類されていることがわかる。ここで扱われているのは、第一に、法学的事実を有効に区分する基準を得ることであり、第二に、ある法制度がローマ市民にのみ適用されるのか、外国人にも適用されるのか、である。<sup>(13)</sup> 次の法文は第一のグループに属する。<sup>(14)</sup>

Gaius, II 65: したがって、右に述べたところから明らかなように、ある物は *ius naturale* に従って処分される。たとえば引渡によって処分される物のように。またある物は *ius civile* に従って処分される。すなわち、握取行為、法廷譲渡、使用取得に關する法はローマ市民に固有な法である。

D. 41. 1. 1. pr. (Gaius): ある物は、*naturalis ratio* によりすべての人々の間で守られる *ius gentium* に従って、またある物は、我が国に固有の法である *ius civile* に従って、その所有権を取得しうる。

次の法文は第二のグループに属する。<sup>(15)</sup>

Gaius, I 55: *ius civile* 上の婚姻 (*iusta nuptia*) から生まれた我々の子は我々の権力に服する。これはローマ市民に固有の法である。

Gaius, I 108: さて、手権に服する者について考察しよう。この〔手権に関する〕法もローマ市民に固有の法である。例外は次の二箇所だけである。

D. 44. 4. 1. 1 (Paulus): 法務官が〔悪意の〕抗弁を定めたのは、*ius civile* による手段〔が限定されている〕ために、*ius naturale* に反して悪意が他人に及ばないようにするためである。

D. 15. 1. 41 (Ulpianus): 奴隷は債務者にも債権者にもなりえない。しかし、このことを誤用すれば、請求原因の事実を表示しないで、債務を *ius civile* に関係させることになる。

ガイウス以降は *ius gentium* に対置される *ius civile* がローマ市民に固有な法全体 (制定法を含む) を意味することは明らかであるが、それだけに、制定法に規定された法制度が *ius civile* と呼ばれ (しかも右の史料にみられるように明瞭にそういわれているわけではない) *ius gentium* に対置されているのがこの二箇所だけであることは注目に値する。このことは *ius civile* の概念史を通してはじめて理解できる。すなわち、教科書等の書物においては、ローマ人は彼らの法全体 (制定法も含む) をローマ人のみ適用される法 (*ius civile*) として *ius gentium* に対置したが、帝政期においても *ius civile* が (たとえお決まりの言い回しであっても) 本来の意味で用いられる場合は *ius civile* がもともと何を意味したかを彼らは忘れなかつたのであり、だからこそ彼らは、無意識のうちに制定法を *ius civile* と呼ぶことを避けたのである<sup>⑩</sup>。

*ius gentium* と *ius civile* の対立において決定的に重要なのは、時の経過とともに両概念の意味が一度ならず変遷した点である。すなわち、ローマ市民にのみ適用される法と、市民と非市民の間あるいは非市民の間の取引に適用される法は、共和政期にすでに存在しており、法律、*ius civile*、告示は前者に属し、*ius gentium* は後者に属した。制定法が市民と非市民間あるいは非市民間の関係に例外的に適用されても自明のことながら *ius gentium* ではないが、*ius*

*civile* や告示に取り込まれて市民間の取引に適用されるようになった法も *ius gentium* とは呼ばれない。一言でいえば、*ius civile* とは市民間の私的な関係について適用される非制定法であり、*ius gentium* とは市民と非市民間あるいは非市民間の取引に適用される非制定法の諸原則である。キケロにおいては *ius gentium* と *ius civile* はこの意味で対置されている。ガイウスおよび古典期の法学者においては、狭義の *ius civile* はもっぱらローマ市民の私的な関係を規律する法であり、非市民には適用されず、それを規定しているのが法律か、*ius civile* か、それ以外の法源か、は関係ない。*ius gentium* は市民間の取引にも市民と非市民間あるいは非市民間の取引にも適用される非国家制定法である。すなわち、今や *ius civile* は制定法を含み、*ius gentium* はローマ市民に適用される法の一構成部分になったのである。<sup>(110)</sup> *ius civile* が他国民の法と対置される法という意味で用いられるようになるのは、おそらく古典期以降のことである。

(113) エールリッヒが引用する Livius, I 14. 1, IV 17. 4, 32. 5, V 36. 8, 57, VI 1. 6, VII 6. 11, VIII 5. 2, 6, 7, IX 10. 90, XI 9. 3, XXI 10. 6, Sallsto. Jug. 37. 3, Seneca. Dial. V 2. 5. を参照。

(114) S. 84ff.

(115) S. 86f.

(116) 第二節で引用した部分と重複するが、参考のために直前の部分を翻訳しておく。

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人はこれ〔狡猾なやり方〕を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。すなわち、人と人の結びつきは（これについてはこれまで何度も述べたが、さらに繰り返して述べる必要がある）非常に広い範囲に及んでおり、すべての人々がすべての人々と結びついている。これは、同じ氏族に属している人々の間ではより緊密であり、同じ国家に属する人々の間ではさらに緊密である。だからこそ父祖達は……。

(117) この点については前掲（第一節注35）Cicero, de legibus I 16~19 を参照。

- (118) S. 87f.
- (119) S. 88.
- (120) S. 89. Cicero, in Verrem actio I 13 を参照。
- (121) S. 90f.
- (122) S. 91f.
- (123) S. 92f. エールリッヒが引用する I. 1. 2. 11, Quintilianus, institutio oratoria XII 2, 3, Gellius, VI 3. 45 を参照。
- (124) S. 93f.
- (125) S. 94.
- (126) 次の法文のほかはエールリッヒが引用する D. 1. 5. 5. 1 (Marcianus), D. 1. 1. 5 (Hermogenianus) を参照。やがて *ius civile* の *ius naturale* が対置せられたる箇所はつぎを、同じく *ius naturale* は *ius civile* (S. 95)° D. 3. 5. 38 (Gaius), D. 43. 18. 2 (idem), D. 38. 10. 10. 4 (Paulus), D. 38. 10. 4. 2 (Modestinus) を参照。
- (127) 次の法文のほかはエールリッヒが引用する Gaius, II 65, III 92, 133, D. 48. 19. 17. 1 (Marcianus), D. 48. 22. 15 (idem), D. 28. 1. 20. 7 (Ulpianus), D. 45. 1. 38. 7 (idem), D. 50. 17. 32 (idem), Fr. Vat. 47a (Paulus), D. 6. 1. 23. pr. (idem) を参照。
- (128) 婚姻法における *iustus* の用語法については本稿第五節 (三) を参照。
- (129) S. 98f.
- (130) S. 100f.

## 八 *ius civile* と *ius honorarium* — その一 対立の始まり —

### (一) 対立の成立

第五節でみたように、*legimus* は「ある法律に基礎をもつ」という意味で、*civilis* (*iuris civilis*) は「*proprium*

ius civile に基礎をもつ」という意味で用いられていた、というのがエールリッヒの見解であるが、史料において支配的なのはこのような区別ではなく、少なくとも、ius civile (civilis) が ius honorarium (honorarius) と対置される場合にはすべて、ius civile (civilis) は制定法と慣習法を同時に意味する。しかし、エールリッヒは、このような用語法がセウエルス朝以前の法学者にはあまりみられないのに対して、セウエルス朝時代の法学者においては非常にしばしばみられることを指摘して、重要なのは、ローマ人はいつから法全体を ius civile et honorarium と呼ぶようになったのか、ius civile はいつから法務官告示に基礎をもたない法全体を意味するようになったのかということである、とし、史料を時代順に検討する。あらかじめ結論を述べるなら、この用語法はパピニアヌスに至るまでみられない。

通説は、キケロにおいてすでに ius civile と ius honorarium の対立の最初の痕跡がみられる、とする<sup>(18)</sup>。

Cicero, pro Caecina 34: たしかに、私は君が述べたことをすべて行なった。……しかし、それが何だというのだ。私はそれを行なったが罰せられることはない。ius civileによっても ius honorariumによっても、君は私を被告として訴訟を提起する手段をもたないからである。

しかし、通説が成り立つためには、この ius civile が後の時代の ius civile と同じ意味をもつことが前提となるのであり、この箇所だけからは、ある訴権が ius civile か ius honorarium かのどちらかに基礎づけられなければならない、換言すれば、法務官告示に基礎をもたない訴権はすべて ius civile に基礎をもつということにはならない。逆に、通説に対する反証となる史料もある<sup>(19)</sup>。

Cicero, Topica 28: 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……。

もしキケロが ius civile という表現で ius honorarium と対立する法を考えていたならば、このようには書かれなかつ

たであろう。<sup>(15)</sup>

エールリッヒによれば、*ius civile* と *ius honorarium* の対立はガイウスにおいてもまだみられない。

Gaius, III 32: なぜなら、法務官は相続人を作ることができないからである。というのは、相続人は、法律あるいは法律と同等の規定、たとえば元老院議決、皇帝の勅法によってのみ作られるからである。

Gaius, IV 118: 抗弁の有無は、法律あるいは法律と同等の効力をもつ規定によって決められ、または、法務官の裁判権によって創出される。

もしガイウスが、法務官に起源をもたない法はすべて *ius civile* であると考えているのなら、別の表現をした(法務官法以外の法を *ius civile* と表現した)であろう。すなわち、ここには後述のパピニアヌスの有名な法文(D. I. 1. 7)とは異なる法源論がみられるのである。<sup>(16)</sup>

もちろん帝政初期においても、*ius civile* と *ius honorarium* を対置ないし並置している史料がないわけではない。この用語法は、とりわけガイウスにみられる。<sup>(17)</sup>

Gaius, II 170: (家外相続人の)相続承認はすべて一定の期間の制限を受ける。(それは一〇〇日が適当と認められたが)それにもかかわらず *ius civile* 上は、より長いあるいはより短い期間が与えられる。ただし、法務官は長期間の方を制限することがある。

Gaius, III 56: 注意すべきことは……現在ではユニア法上のラテン人 (Latini Juniani) と呼ばれる者は、かつては *ius Quiritium* 上は奴隷であったが法務官の救済により自由人と同じ身分をもつ者である、ということである。

しかし、エールリッヒによればこれらの史料は通説に与するものではない。すなわち、これらの史料においては法務官の活動が法曹の活動としての *ius civile* に対置されているのである。

エールリッヒによれば、文言上 *ius civile* と *ius honorarium* の最初の対立がみられるのは次の法文である。

D. 36. 1. 67. 3 (Maecianus): ある者が未成年者(である相続人)に相続財産を返還せよと求められたが……相続人は相続することを拒否したという場合に、この種のケースの解決は困難であるが、……私は(未成年者である)相続人が保護されるべきであることに疑問はないと考える。また、*ius civile*あるいは*ius honorarium*の類推からいっても、このように決められるべきである。なぜなら、「未成年者が *ius civile* によって」相続人に指定されている場合には、彼が後見人の承認のもとで相続人としてふるまうことができるのは明らかであり、また「*ius honorarium* によつて」遺産占有が行なわれている場合にも、彼は後見人を通じて「相続財産を」請求しうるからである。

この法文の用語法はセウエルス朝時代の法学者のそれを想起させるものであるが、エールリツヒは、ガイウスと同時代人であるマエキアヌスが *ius civile* と *ius honorarium* の対立をすでに知っていたことの確実な証拠とはならない、とする。すなわち、マエキアヌス文の「*ius civile* あるいは *ius honorarium* の類推から」という部分は、ユリアヌスやネラティウス、アリスト、ガイウスの法文と同じことを意味しており、マエキアヌスはここで、場合によつて *ius civile* あるいは *ius honorarium* に属する一つの方策を推薦しているのである。<sup>(13)</sup>

エールリツヒによれば、疑問の余地なく *ius civile* と *ius honorarium* を対立するものと考えている最初の法学者はパピニアヌスである。

D. 1. 1. 7. pr. 1 (Papinianus): *ius civile* の淵源は法律、民会決議、元老院議決、皇帝の勅法、法学者の權威である。法務官法は、法務官が公の利益を考慮して、*ius civile* を補助し補充し修正するために導入した法である。

この法文においてはじめて *ius civile* か *ius honorarium* かという「法源の二重性」の理論が登場する。すなわち、ガイウスにおいてはまた法務官告示は法律、民会決議、元老院議決、勅法、法学者の權威と並ぶ「法源」であり、*ius civile* は法務官の活動に對置されているにすぎなかったが、パピニアヌスにおいては、告示は他の法源と個別的に對置されているのではなく、いわば他のすべての法源の總体と對置されているのである。<sup>(14)</sup>

(1) *actio civilis* と *actio honoraria*

このように史料がないにもかかわらず通説は、*ius civile* と *ius honorarium* の対立が帝政初期においてすでにあったと考えるが、その根拠の一つとして挙げられるのは、*actio civilis* と *actio honoraria* の対立がすでにガイウスの同時代人に知られていた、ということである。そこでエールリッヒは、この問題を史料に即して検討する<sup>(10)</sup>。

エールリッヒによれば、*actio (obligatio) civilis* という表現がセウェルス朝以前の法学者によって用いられるのは、次の二つの場合だけである。第一に、「*ius civile* 上の事実訴訟」(*actio in factum civilis*) という意味で用いられる場合であり、第二に、「有効な(訴求しうる) 訴権」という意味で用いられる場合である。

まず第一に、*actio civilis* は *actio in factum civilis* という意味で用いられる<sup>(11)</sup>。

D. 19. 5. 1. 1, 2 (Papinianus): 船主は船を賃借していたのか運送されるべき荷物を賃借していたのか、が不明な場合、荷物の所有者には船主に対する *actio civilis in factum* が与えられるべきである、とトラベオは書いている。同様に、ある者がある物の価値を調べるためにその物を引き渡したという場合にも、寄託訴権や使用貸借訴権ではなく、信賴が顕著なのであるから、*actio civilis in factum* が与えられる〔とトラベオは書いている〕。

この訴権が *actio civilis* と呼ばれる理由は、次の法文から明らかである。

D. 19. 5. 6 (Neratus): 君が別の借家を建築するという条件で私は君に借家を売却した。〔この場合は〕売却ではなく〔*ius civile* 上の不確定〔訴権〕の請求表示によって訴訟が提起されなければならない〕と解答された。

すなわち、*actio in factum civilis* とは、*ius civile* 上の請求表示をもった *actio in factum* であり、この請求表示が考慮されているために *actio civilis* と呼ばれるのであって、*actio civilis* という短縮された表現は *ius civile* と *ius*

説 honorarium の対立にはまったく関係ない。<sup>(16)</sup>

第二に、*actio (obligatio) civilis* は「有効な（訴求しうる）訴権」という意味で用いられる。この場合、セウエル朝以前の法学者においては *obligatio naturalis* がその対立物として表現されているのが普通である。<sup>(17)</sup>

Gaius, III 119a: 保証人には……あらゆる債務を負担させることができる。彼が負っている債務が *obligatio civilis* によるのか、*obligatio naturalis* によるのか、は問わない。

*actio civilis* を非常にしばしばこの意味で用いる法学者はユリアヌスである。たしかにユリアヌスには次のような表現もみられる。

D. 46. 1. 11 (Julianus): 元老院議決に違反して家子に金を貸した者は、家子が死亡したとき家父から保証を得ることはできない。なぜなら、その者は家父に対して *actio civilis* も *actio honoraria* ももたないからである。

しかし、エールリッヒによればこの法文は通説に与するものではない。

D. 14. 6. 18 (Venuleius): 家子の債権者は家子が死亡したときに保証を得ることができない、なぜなら彼は保証人が引き受けるべき *obligatio civilis* も *obligatio naturalis* ももたないからである、とユリアヌスは書いている。

エールリッヒは、ユリアヌスの法文よりもウェヌレイウスの法文の方が優先されることは明らかである、とする。それは次の理由による。すなわち、マケドニアヌス元老院議決の抗弁によって家子に対して *obligatio naturalis* をもつにすぎない債権者は、家父に対して *obligatio civilis* も *obligatio naturalis* ももたない、という主張には意味があるのに対して、債権者は *actio civilis* も *actio honoraria* ももたない、と強調することは余計なことである。 *obligatio naturalis* の保証については、ユリアヌスもそのほかの法学者も論じているが、*actio honoraria* の保証については誰も論じておらず、また論じる意味もない。不必要に多くのことを費やすのはユリアヌスらしくないことである。ユリアヌ

スには *obligatio civilis aut (et) naturalis* という用語法が二度みられるのに対して、*actio civilis et honoraria* という用語法はこの法文以外にはみられない。<sup>16)</sup>

*actio civilis* は、ユリアヌスにおいては *actio naturalis* と対立し法務官法によってのみ保護される訴権をも含むものであるが、ポンポニウスにおいては、次の法文にみられるように、拘束力のあるすべての訴権を意味し、ユリアヌスと同様に法務官法によってのみ保護される訴権を含み、法的に無効な訴権がその対立物として考えられている。<sup>17)</sup>

D. 15. 1. 49. 2 (Pomponius): 奴隷が〔彼の〕主人に対する債務者なのか、主人が〔彼の〕奴隷に対する債務者なのか、は *causa civilis* [があるかどうか] によって判断されるべきである。したがって、主人は彼の奴隷に債務を負っていると考えていたが、〔実際には〕借金はしておらず、債務を発生させる原因〔となる事実〕も存在していないという場合には、〔自分は奴隷に債務を負っているという〕主人の計算によって彼が債務者となることはない。

アリストにおいても *actio civilis* は「有効な訴権」という意味で用いられる。

D. 2. 14. 7. 2 (Ulpianus): しかし、特定の契約に入らない行為であっても一定の原因が存在する場合には債務が発生する、とアリストはケルヌスに適切に解答している。たとえば、君が私にある物を与えるようにと私が君に別の物を与えた場合、君が何かをするようにと私が君にある物を与えた場合である。このような行為は契約であり、ここから *obligatio civilis* が生じるとアリストはいっている。

他方、セウエルス朝以前の法学者においては、四つの例外を除いてウルピアヌスやパウルスが用いる *actio civilis* と *actio honoraria* の対立はみられない。第一の例外はすでに述べたユリアヌスの法文 (D. 46. 1. 11) である。第二、第三の例外はポンポニウスとアリストの法文 (D. 4. 9. 3. 1, D. 30. 28. pr.) であるが、これらはいずれもウルピアヌスによって引用されているものである。第四の例外は次の法文である。

D. 5. 5. 2 (Gaius): 遺産占有者は、占有的遺産請求によって〔相続財産を〕請求しうる。これに対して相続人は、*superiores*

civiles actiones によつて〔相続財産を〕請求しうる。

この法文は前の三つの法文とは異なり、引用ではなく直接伝承されたものであるが、エールリツヒによれば、この法文も *actio civilis* と *actio honoraria* の対立をガイウスがすでに知つていたことの証拠にはならない。すなわち、この法文が真正なものかどうかについては周知のように争いがあるが、仮に真正なものであるとしても、この断片的な伝承には不明なことが多い。少なくとも『法学提要』には *actio civilis* と *actio honoraria* の対立の痕跡がまったくみられないのであつて、この法文は通説に与するものではない。<sup>(13)</sup>

以上のようなセウエルス朝以前の法学者の用語法とウルピアヌスやパウルスの用語法は明らかに異なつてゐる。すなわち、*actio civilis* は、後者においては通常、「法律、元老院議決および *ius civile* に基礎をもつ訴権」という意味で用いられ、ユリアヌスやポンポニウスにみられる「法的に拘束力のある有効な訴権」という意味で用いられるのはごく例外的にすぎなくなる。<sup>(14)</sup> すなわち、*actio civilis* の意味の変化がセウエルス朝時代の前後（エールリツヒは、ガイウスとスカエウオラの間と推定する）にあつたと考えられる。この意味の変化は偶然生じたものではなく、エールリツヒによれば、ウルピアヌスやパウルスが用語法を意識的に継続形成していった結果である。<sup>(15)</sup>

エールリツヒは以上の考察をまとめて次のようにいう。我々がよく知つてゐる法務官が創造した法以外のすべての法を総称するものとしての *ius civile* も、法務官が創設した訴権以外のすべての訴権を含むものとしての *actio civilis* も、セウエルス朝時代の発明である。<sup>(16)</sup>

(13) S. 101f.

(14) Wissack, Kritische Studien, S. 2.

- (133) S. 102. エールリッヒが引用する Boethius, in Top. p. 321 Or. を参照。
- (134) S. 102f.
- (135) S. 103f. Gaius, III 82 を参照。
- (136) エールリッヒが引用する次の史料も参照。 Fr. Vat. 83 (Ulpianus), D. 36. 3. 13 (Neratius), Gaius, IV 38, 115, 116, D. 29. 2. 57. pr. (Gaius), D. 33. 2. 29 (idem), D. 38. 8. 2 (idem), Gaius, III 36, 37, II 115, 118, II 151, II 128, 129, II 135, 136, III 71, I 54, II 40.
- (137) S. 106.
- (138) 前掲 (新五節) D. 9. 4. 39. pr. (Julianus) と Fra. Vat. 83 (Ulpianus), Gaius, IV 110 を参照。
- (139) S. 108f.
- (140) S. 109.
- (141) S. 109.
- (142) S. 109. エールリッヒが引用する D. 19. 5. 16. pr. (Pomponius) を参照。
- (143) S. 110. 「請求表示」(intentio) については本稿第一〇節を参照。
- (144) S. 110. エールリッヒが引用する D. 35. 1. 40. 3 (Javolenus) を参照。
- (145) S. 111.
- (146) エールリッヒが引用する D. 46. 1. 16. 3 (Julianus), D. 46. 1. 8. 3 (idem) を参照。 エールリッヒによれば、この用語法はユリアヌスを模範とするアフリカヌスにもみられる。 D. 46. 1. 21. 2, 3 (Africanus) を参照。
- (147) S. 112f.
- (148) S. 113ff.
- (149) actio honoraria が例外的に actio (obligatio) civilis と呼ばれると考えられる法文として、エールリッヒは D. 13. 6. 17. 3 (Paulus), D. 11. 6. 1. pr. 1 (Ulpianus), D. 11. 6. 3. 6 (idem) を掲げる (S. 115f)。
- (150) S. 117ff.
- (151) S. 121ff.

九 *ius civile* と *ius honorarium* — その二 訴権法と相続法 —

前節では、すべての法制度は *ius civile* か *ius honorarium* のどちらかに属する、とする通説に対して、エールリツヒは、それはセウエルス朝時代についてののみいえることであつて、それ以前の時代については妥当しないことを例証した。エールリツヒによれば、通説はさらに別の制限を受ける。セウエルス朝時代の法学者が、すべての現行法が必ずどちらかに含まれるかのごとく、*ius civile et honorarium* という表現を用いるのは、問題が訴権法か相続法にかかわる場合だけであるが、もし *ius civile* と *ius honorarium* の対立が法全体を貫徹するものであるならば、この対立はそのほかの法領域においてもみられるはずである。すなわち、通説は訴権法と相続法についてしか妥当しないのである。しかもエールリツヒによれば、その訴権法と相続法についても、通説が全面的に妥当するかどうかは問題である。<sup>(15)</sup>

(一) 訴権法

訴権法においては *ius civile* と *ius honorarium* は同じ *actio civilis* と *actio honoraria* に置き換えることができる。

D. 45. 5. 1. 3 (Ulpianus): 「荷物を盗まれた者は」船主を被告とする場合は *ius honorarium* によつて、窃盗者を被告とする場合は *ius civile* によつて訴訟を提起しよう。

D. 14. 1. 5. 1 (Paulus): 私の奴隷が船を動かし私は彼の船長と契約していたという場合にも、私は船長を被告として訴訟を提起することができぬ。この訴権は *ius civile* あるいは *ius honorarium* によって私に与えられる。

この場合 *ius civile* と *ius honorarium* がそれぞれ *actio civilis* と *actio honoraria* に置き換えられることは明らかである。それゆえ、次の法文にみられるように、法務官法上の法手段である *actio in factum, de dolo, interdicta* も *actio civilis* に対置されるのである。<sup>(15)</sup>

D. 43. 26. 14 (Paulus): *iuris civilis actio* が存在していなかったため、容假占有に関する特示命令が正当に導入された。

D. 21. 1. 31. 24. 33. pr. (Ulpianus): これらの〔按察官〕訴権においては、〔奴隷女から生まれた〕子、果実、附合、さらに死者〔奴隷〕の取戻について述べたのと同じことが守られなければならない。……すなわち、*ius civile* においては、附合するであろうといわれる物に対して買主は訴権をもつが、……。

これらの法文においては、*ius civile* に基づいて認められる法手段が法務官によって認められる法手段に対置されているが、次の法文においては、それと同じ意味で *actiones civiles* が *actiones honorariae* に対置されている。<sup>(16)</sup>

D. 18. 5. 8 (Scaevola): セイウスの委託事務管理人 (*procurator*) であるティティウスは、セイウスが死亡したとき彼により相続人に指定されたが、相続財産に属する奴隷が土地を売却した際にはそれを知らなかったため、委託事務管理人として〔売買契約書に〕署名した。……〔この場合について〕次のように解答された。ティティウスは、自分自身が売却したのではないのだから、奴隷が売却した際に彼が署名したことを理由としては、*actio civilis* の被告にはならないが、奴隷を被告とする *actio honoraria* の被告になる、と。

D. 4. 9. 3. 1 (Ulpianus): それ故〔ポンポニウスは〕……〔*actiones*〕*civiles* が存在するのにもかかわらず何故 *actio honoraria* が導入されたのかを疑問とする。

さらにウルピアヌスには、複数の法務官法上の法手段が *actiones civiles* に対置されている例もある。<sup>(17)</sup> また、*actio civilis* の代わりに用いらたと考えられる *obligatio civilis, iure civili obligari, teneri, debere, liberari* 等の表現も、法務官法

上の法手段である *actio honoraria, utilis, exceptio* 等と対置されている。<sup>(16)</sup>

エールリツヒは訴権法に関する以上の考察を次のようにまとめる。ローマ人が問題にしていたのは、法体系の対立ではなく法手段の違いであり、*ius civile* と *ius honorarium* が対置されているのは、実体法と訴訟法が厳格には区別されていなかったからである。<sup>(17)</sup>

## (二) 相続法

相続法においては、*ius civile* は、法律、元老院議決、勅法、*proprius ius civile* に基礎をもつ準則の総体を意味し、法務官告示の規定と対立する。したがって、*ius civile et honorarium* という表現は、しばしば相続権のすべての可能な場合を意味する。この用語法はとくに勅法においてよくみられる。<sup>(18)</sup>

C. 3. 42. 8. 1. 君は *ius civile* によつても *ius honorarium* によつてもその者の相続財産を得ることができない。

C. 6. 30. 14. 君の弟が *ius civile* か *ius honorarium* によつて妹の遺産を承継した場合、……。

個別的には、次のものが *ius civile* に数えられている。

### ① 法定相続に関する十二表法の規定

D. 37. 1. 6. 1 (Paulus): すなわち、頭格の減少によつて自権相続人でなくなった子が *ius civile* によつて相続人となりえない場合でも、……。

D. 37. 4. 1. 1 (Ulpianus): しかし、*ius civile* に従つて相続に召喚されると同じ法、同じ原則によつて、子は遺言書に反する遺産占有に召喚される。

### ② 遺言相続に関する規定<sup>(19)</sup>

D. 37. 5. 22 (Papinianus): 相続人に指定されて占有をもつ別の子、または *ius civile* 上 (の相続人であることに) 満足して占有をもたない子は……。

D. 22. 5. 14 (idem): 管見によれば、姦通罪の判決を受けた者は遺言の作成に関与しうるかどうか、が問題になった。この場合、その者が証人となることは禁じられているが、まったく正当である。それゆえ、私は次のように考える。このような証人が関与した遺言書は、*ius civile* によっても *ius civile* を補う法務官法によっても有効ではなく、したがって、相続財産は承継されえず、遺産占有も与えられない」と。

③ 遺言の作成、撤回に関する伝来の慣習法上の形式<sup>(16)</sup>

Ulpianus, XXIII 6: 遺言書が七人の証人の捺印で封緘されている場合は、*ius civile* 上は破棄されあるいは無効な遺言であっても、指定された相続人に対して法務官は遺言書に従った遺産占有を与える。

Ulpianus, XXVIII 6: 遺言書が *ius civile* によれば……無効である場合にも……遺産占有が与えられる。

④ *proprrium ius civile* に基礎をもつ必然相続

Ulpianus, XXII 23: 解放された子を相続人に指定しあるいは廃除することは、*ius civile* 上は必要ではないが、法務官は、彼が相続人に指定されていない場合に……廃除することを命じた。

D. 37. 4. 8. pr. (Ulpianus): 相続人から廃除された者には遺言書に反する遺産占有は与えられない、*ius civile* によって尊属の遺言に文句をいえないのと同様に、と法務官は考えている。

⑤ *proprrium ius civile* に基礎をもつ相続法上の諸原則 (とくに相続財産の取得)<sup>(17)</sup>

Ulpianus, XXII 24: 必然相続人……および自権者である必然相続人……は、*ius civile* 上何ら違ひはない。……しかし、自権者である必然相続人は *ius honorarium* によって自分の尊属親から相続財産を取得することを拒否しうるのに対して、……。

C. 6. 59. 2: 汝の父が汝の宗族であり無遺言で死亡した近親の従兄の相続財産を *ius civile* によって相続しあるいは慣習上許されている遺産相続によって相続した場合、……。

すなわち、相続法において *ius civile* として *ius honorarium* に対置されているのはほぼ例外なく法曹法である。唯一

の例外は十二表法の無遺言相続法だけであるが、この用語法がよくみられるディオクレティアヌス帝の勅法が制定された時代を考えれば考慮に入れる必要はない。それ以外の法律は一度も *ius civile* に数えられていない<sup>(19)</sup>。

エールリッヒによれば、*ius civile* と *ius honorarium* の対立は、訴権法においても相続法においてもみられないのである。

(153) S. 125.

(154) S. 126.

(155) S. 126ff. エールリッヒが引用する D. 4. 3. 1. 4 (Ulpianus), D. 4. 3. 1. 7 (idem), D. 5. 5. 1 (idem), D. 6. 2. 1. 1 (idem), D. 4. 4. 7. 25. 2 (idem), D. 47. 1. 2 (idem), D. 14. 1. 5. 1 (Paulus), D. 13. 5. 31 (Scaevola), D. 19. 5. 5. 3 (Paulus), D. 5. 6. 1. 2 (Ulpianus), D. 8. 5. 6. 1 (idem), D. 43. 18. 1. 1 (idem), D. 47. 2. 14. 11 (idem), D. 43. 26. 14 (Paulus) を参照。

(156) エールリッヒが引用する D. 44. 7. 42. 1 (Ulpianus), D. 42. 2. 6. 2 (idem) を参照。

(157) エールリッヒが引用する D. 13. 5. 1. 8 (Ulpianus), D. 30. 28. pr. (idem), D. 24. 3. 17. 1 (Paulus), D. 13. 5. 3. 1, 2 (Ulpianus), C. 2. 3. 5 を参照。

(158) S. 129f. *やむに所有権法は「ユムベ」 Vgl. S. 130.*

(159) エールリッヒが引用する D. 50. 16. 70 (Paulus), D. 50. 4. 1. 4 (Hermogenianus), C. 6. 30. 14, C. 6. 59. 3, C. 6. 59. 10 を参照。

(160) エールリッヒが引用する D. 28. 1. 23 (Ulpianus), Ulpianus, XXVIII 13 を参照。

(161) エールリッヒが引用する C. 6. 11. 2 を参照。

(162) エールリッヒが引用する C. 3. 30. 9, C. 2. 52. 5. 3 を参照。

(163) S. 134ff.

10 intentio iuris civilis

ガイウスとネラティウスの法文において *intentio iuris civilis*, *intentio civilis* が扱われている。

Gaius, IV 45, 46: 我々は〔請求の原因となる〕法が書かれている方式書を「法に基づいて作成された方式書」(*formula in ius concepta*)と呼ぶ。…… *intentio iuris civilis* はこの中に含まれる。これに対してそれ以外の方式書を「事実に基づいて作成された方式書」(*formula in factum concepta*)と呼ぶ。

Gaius, IV 107: 法定の訴訟において *intentio iuris civilis* をもつ方式書によって対人訴訟が提起された場合は、訴訟提起後は同一物について法上当然に訴訟を提起しえず、これに対する抗弁の必要もない。これに対して、対物訴訟または事実訴訟が提起された場合は、訴訟提起後も〔同一物について〕法上当然に訴訟を提起しうる。

D. 19, 5, 6 (Neratus): 君が別の借家を建築するという条件で私は君に借家を売却したという場合、売却(という事実)に基づく請求表示)ではなく *intentio civilis* によって訴訟が提起されなければならない、と解答された。

エールリッヒによれば、*intentio iuris civilis* は *actio civilis* と *actio honoraria* の対立には関係がない。すなわち、後者は「法に基づく請求表示」(*intentio in ius concepta*)と「事実に基づく請求表示」(*intentio in factum concepta*)の対立よりはるかに新しいのであるが、第八節でみたように、ガイウスはパピニアヌスの意味での *actio civilis* と *actio honoraria* の対立をまだ知らないものであり、したがって、「法に基づく請求表示」と「事実に基づく請求表示」の対立は、少なくとも *actio civilis* と *actio honoraria* の対立より新しい *ius civile* と *ius honorarium* の対立には関係ない<sup>(18)</sup>。

それでは *intentio iuris civilis* とは何か。まず、法務官法上の訴権が「法に基づく請求表示」をもちえたことはまちがいないが、他方、法定訴権 (*actio legitima*) も常に *intentio iuris civilis* をもっていたこと、また「法定の請求表示」

(*intentio legitima, intentio ex lege*) なるものが存在していなかったことも確かである。「法定の請求表示」なるものは、単に伝承されていないというだけでなく、この請求表示の体系全体に合致しないが故に存在しないのである。すなわち、法定訴権の請求表示の内容は、*proprium ius civile* に基礎をもつ訴権の請求表示とまったく同じであった。方式書においては法律の名は挙げられず、その文言が引用されるだけであった。重要なのは、法律自体ではなく、維持され反復可能な法定訴権の書式から引き出されるものである。ウラサクは、*actio civilis* すなわち *intentio iuris civilis* をもった訴権は（法律だけでなく）元老院議決や勅法によっても導入されえたであろう、とするが、その点には賛成しなればならない。<sup>(16)</sup>

すなわち、*eius esse, dare oportere* といった請求表示の形式が重要なのであって、それがどの法源に基づくか、は問題ではない。したがって、*intentio iuris civilis* という用語を納得できるように説明するのは困難であるが、エールリッヒは、ある程度の推定は許されるであろう、とする。<sup>(16)</sup>

通説は、法律訴訟においても方式書訴訟においても訴権行使の種類は限定されていた、ということを出発点にする。すなわち、法律訴訟については、太古においてすでに訴権の種類が確定しており、通常は、法律訴訟手続が存在している限りで、たとえば十二表法の時代に確定した法律訴訟の書式が用いられた。方式書は法律訴訟の書式を修正したものであった。新しい方式書は、*actio civilis* についても *actio honoraria* についても、法務官が告示板に掲示することによってのみ有効なものとなりえた。もちろん法務官は告示板に掲示されない「事実に基づいて作成された方式書」を与えることはできたが、これは例外的なものにすぎず、告示板に掲示されていない *actio civilis* はまったく許されなかった、と。エールリッヒはこのような通説の考え方に反対する。<sup>(16)</sup>

(一) 法律訴訟手続について

法律訴訟の書式がどのようなものであったか、は不明であるが、それを実務上利用するには高度の技巧を要したこと、そしてその数が少なすぎることはなかったことは知られている。したがって、法律訴訟の書式においては、契約の方式書が広く個別化していったのと同様、事案が個別化されて表現されていたことはまちがいない。法律による変更を別に、たとえば十二表法の時代に確定した法律訴訟の書式が何百年間も同文で適用されてきた、とする通説の考え方は空想である。<sup>⑩</sup>

いうまでもなくガイウスとポンポニウスは、法律訴訟の書式が法律の文言に厳格に拘束されていたこと、そして、法律自体がいかに不変であったか、を伝えている。<sup>⑪</sup> この報告をどのように理解するかは別にしても、法律訴訟の多くは伝来の、硬直し、恣意を排除するものであったことには疑問がない。しかし、補充的変更が可能であったことは伝えられている。法律訴訟の書式を理解する鍵は、イエーリングが指摘しているように、「法律の文言への適応」 (*ipsius legis verbis accomodatae*) にある。すなわち、法律は文言どおり引用されなくてはならなかったが、当該事案に法律を適応させるように書式を書くことが法学者の技巧であった。法律は変更不可能な書式ではなく、ある程度変更可能な書式を前提にしているのである。個々の事案の必要性に応じて書式を作成することが解釈の主要な仕事であり、それが最古の *ius civile* のもっとも重要な構成要素であった、と考えておいてまちがいなさう。すなわち、かつて神官が始めたことを後に解答権をもつ法学者が引き継いだのである。<sup>⑫</sup>

以上述べたことは次の法文によって直接証明されうる。

D. 1. 2. 2. 7 (Pomponius): ローマ国が大きくなった後、ある種の訴権が欠けていたので、まもなくセクトゥス・アエリウスは〔従来のものとは〕異なる訴権をまとめて、この〔法〕書を国民に与えた。これはアエリウス法と呼ばれる。

説 この叙述は、法律訴訟の数は限定されていたという古来の幻と矛盾するものである。<sup>(17)</sup>

論

(二) 方式書訴訟手続について

法務官法の領域においては、方式書よりも告示に重要な意味がある。告示板に掲示された方式書は一つの雛型にすぎず、告示板に掲示された方式書からかけ離れた方式書も告示によつて請求することができた。法律あるいは proprium ius civile に基礎を置く訴訟においては、法務官訴訟におけるよりも告示板に重要な意味があったとは考えられない。このことを直接証明する史料はないが、通説と一致せず、逆に、エールリツヒ説と一致する史料はいくつかある。たとえば次の史料は、すべての方式書が告示板に掲示されていた、という通説と矛盾する。<sup>(18)</sup>

Cicero, Topica 33: 列挙による定義 (paritio)<sup>(19)</sup> を用いる場合は、君は構成部分を数え残してはならない。たとえば君が後見人を列挙によつて定義しようとする場合にある種の後見人を見過ごしたなら、その定義はまずいものとなる。しかし、問答契約や訴権の方式書を列挙によつて定義しようとする場合は、無限の事柄の中の一つを見過しても不完全ではない。

さらに通説は、方式書を作成しそれを告示板に公示するのが法務官の権限であった、とする点についても問題がある。アクイリウス・ガルスが法務官としてではなく法務官法上の「悪意訴権の方式書」 (formula de dolo malo) を作成したことは一般に承認されており、また、ある有名な法学者が新しい方式書を導入するためには彼は必ずしも法務官である必要はなかった、という学説もあり、さらに、法務官法上の「事実訴権」が法学者の提案に由来することを示す史料が数多くあるからである。たとえば次の史料においては、方式書の作成はつねに法学者の仕事であった、と考えられている。<sup>(20)</sup>

Cicero, Brutus 275: 「何に関して訴求されているか」は通常、法学者達が作成した方式書の中に書かれている。

agere は cavere や respondere と並ぶ法学者の主要な活動領域であるが、その意味は今や明らかである。すなわち、agere は、訴訟を行なう際の弁護人の職とは関係がなく、適当な方式書の「選定」でもなく、「方式書の作成」を意味したのである。法学者は方式書の作成によって法形成に直接影響を及ぼし、このようにして共和政期に多くの方式書が成立したことはまちがいない。これらの方式書は、新たに成立した *proprius ius civile* の諸原則、とりわけ「誠意訴訟」(*bonae fidei iudicia*) に基礎をもち、「事実に基づいて作成された請求表示」ないしは(少なくとも部分的には) 不当利得訴権から発展した。この発展は、少なくとも *ius civile* 上の事実訴権については承認されている。<sup>(16)</sup>

エールリツヒは、方式書訴訟の発展はおおよそ次のようなものであった、と推定する。訴訟を提起しようとする者は、まず自らの請求を従来の方式書に適合させようとした。方式書がみつければ問題ないが、みつからなければ彼は法学者のところへ行つた。法学者は、その請求を法的に基礎づけられるかどうか、法律や先例を引用できるかどうか、を調べ、もしそうなら(いうまでもなく *intentio iuris civilis* をもっている) 方式書を作成し、そうでなければ場合によって法務官法廷の開廷を申請した。法務官は、方式書が告示板に掲示されている雛型に従って書かれたものであればほとんど検査しなかったが、そうでなければ、どのように書かれた方式書か、法律や *proprius ius civile* によって承認されているかどうかを調べる必要があつた。方式書が名声ある法学者によって書かれたものであれば、検査は形式的であつた。しかし、法務官は、方式書が告示板に掲示されていないから、あるいは名声ある法学者によって書かれたものでないから、という理由で法務官法廷の開廷を拒否することはなかつた。方式書は誰が書いてもよかつた。<sup>(17)</sup>

法学者が書いた方式書と法務官が与えた方式書は表面的には鋭く対立する。すなわち、方式書には二つのタイプがあるのだが、法務官は場合によって前者のタイプに従って方式書を与えることがあつたことを見落してはならない。エールリツヒによれば、この前者のタイプに属する方式書をローマ人は *intentio iuris civilis* と呼んだのである。<sup>(18)</sup>

- (164) S. 140.
- (165) Wlassak, Kritische Studien, S. 99, S. 129ff.
- (166) S. 140.
- (167) S. 141.
- (168) S. 141f.
- (169) S. 142.
- (170) 有名な「葡萄の樹」のケース (Gaius, IV 11) を参照。
- (171) S. 143.
- (172) S. 143.
- (173) S. 144. エールリッヒが引用する Cicero, pro Roscio 24, 25, Gaius, IV 33 を参照。
- (174) 本稿第六節を参照。
- (175) S. 146. エールリッヒが引用する Cicero, Pro Murena 28, de legibus I 14 (前掲(第一節注35)) も参照。
- (176) S. 146f.
- (177) S. 148f.
- (178) S. 149.

## 一 古典期以降の発展

### (一) 勅法

コンスタンティヌス帝の勅法には *ius civile* はまだ四度出てくるが<sup>(17)</sup>、それ以降の勅法には稀にしか出てこなくなる<sup>(18)</sup>。

新勅法も含めたユスティニアヌス帝の全勅法には、たった一度しか出てこない。<sup>(18)</sup> すなわち、コンスタンティヌス帝以降 *ius civile* はほとんど姿を消し、別の用語が用いられるようになる(とりわけ *ius antiquum*)。しかも、古典期以降に例外的に用いられる *ius civile* は、二箇所を除いてすべて *ius honorarium* の対立物を意味する。

エールリッヒによれば、その理由は、この時代の立法者や法学を教える教師のほとんどすべてがギリシア人であり、彼らにとってローマ伝来の *ius civile* は理解しにくいものであったからである。彼らは、*ius honorarium* との対置が当時なお実務上重要であった場合(相続法、訴権法)に限り、*ius civile* という表現を用いたのである。<sup>(19)</sup>

## (二) 法学提要

法学提要には勅法よりも数多くの *ius civile* がみられる。<sup>(20)</sup> *ius civile* が右に述べたようにユスティニアヌス帝の勅法には一度しか出てこないのに、法学提要では数多く用いられているのは、エールリッヒによれば、法学提要が学校で用いられる基本書であるからではない。学校で *ius civile* が教えられていたならば、とりわけユスティニアヌス帝の勅法には *ius civile* はもつと出てくるはずである。そうではなく、法学提要は *ius civile* という用語を至る所でそれが模範とした書物から引き出しているからである。その証拠に、インテルポラチオが明らかな箇所では、古典期の法学者が用いたラテン語によつて古典期以降に起源をもつ法が扱われていること、また、法学提要は(おそらくその他の教科書類も)オリジナルな書物ではなく、共和政期の模範 (*Qu. Mucius*) を基にして、その後さまざまな著者がそれぞれの必要に応じて変更し、現在伝わっているような形になった書物である、ということが挙げられる。<sup>(21)</sup>

(179) エールリッヒによれば、C.Th.2.16.2.4, C.Th.2.24.1, C.Th.9.42.2, *Constitutiones Simondi* 1 の四箇所である。

説 (80) エーヌリッヒは C.Th.16.2.20, C.Th.4.4.7.2, Nov.2.1.pr., C.5.9.6.pr., Nov.3.20.1.2, C.7.37.2, C.Th.9.42.9.pr., 3, C.Th.16.5.49 を引用する。

(81) C. 6. 28. 4. pr. エールリッヒによれば *civiles leges* とする表現は Nov. 6. 1. 8 と Nov. 42. 3. pr. に一度出ているが、これらは世俗の法と教会の法に關係する (S. 152)。

(82) 「二箇所」とは Nov. 2. 1. pr. と C. 5. 9. 6. pr. による (S. 153)。<sup>1)</sup> の二箇所で *iuris civilis scientia* と *civili iure interdictionum* とした従来の用語法がみられる。

(83) S. 150ff.

(84) エーヌリッヒが引用する I. 1. 2. 1, I. 1. 2. 2, I. 1. 2. 10, I. 1. 10. pr., I. 1. 10. 3, I. 2. 1. 11, I. 2. 4. 2, I. 2. 5. 6, I. 2. 6. pr., I. 2. 7. 4, I. 2. 10. 2. 3, I. 2. 10. 14, I. 3. 1. 9, I. 3. 1. 11, I. 3. 1. 14, I. 3. 2. 3, 3a, I. 3. 9. pr., 1, I. 3. 13. 1, I. 4. 6. 3, I. 4. 6. 9, I. 4. 3. 1 を参照。

(85) S. 158f.

## 111 *ius publicum* と *ius privatum*

*ius publicum* と *ius privatum* に関して、エールリッヒはまず最初に次の有名な法文を引用する。

D. 1. 1. 1. 2 (Ulpianus): 法律は *ius publicum* と *ius privatum* とらう二つの分野がある。*ius publicum* とはローマ国の組織にかかわる法であり、*ius privatum* とは個人の利益にかかわる法である。すなわち、法には公的に有用なものと私的に有用なものがある。*ius publicum* は祭祀の法、神官の法、政務官の法から成り立つ。*ius privatum* には三つのものがある。すなわ

ち、自然の、万民の、そして [ius] civile の掟がそれである。

通説はこの法文から、ウルピアヌスは、公益を促進する法を *ius publicum* と、私益に奉仕する法を *ius privatum* と考えている、とする(利益説<sup>⑧</sup>) が、エールリツヒによれば、利益説は成立しない。なぜなら、個人の利益にかかわる法としての *ius privatum* に対置されているのは、ローマ国の利益にかかわる法ではなく、ローマ国の組織にかかわる法であるからである。なるほど「法には公的に有用なものと私的に有用なものがある」という部分は通説を支持するようにもみえるが、それに続く「*ius publicum* は祭祀の法、神官の法、政務官の法から成り立つ」という部分から、ウルピアヌスが *ius publicum* という表現で「国家組織法」(*Staatsrecht*) だけを考えていることがわかる<sup>⑨</sup>。

次の史料においても *ius publicum* は「国家組織法」という意味で用いられている。

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。…… *iudicia publica*、民会、元老院にかかわる訴訟においては、弁論家は公的な事件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ない。

ところが、別の箇所においては、キケロは一見まったく異なる理解を出発点にしているようにみえる。

Cicero, de partitione oratoria 129, 130: その種の事柄(性質が問題となる事件<sup>⑩</sup>)においては、被告は、告発されている事柄を自分が行なったことは承認するが、それは正当に行なったのだから(無実である)と主張する。この場合、法(正しい関係)にかかわるすべての *ratio* が考察されなければならない。さて、法はまず二つの部分、すなわち自然法と実定法に区分される。それぞれの法は、神の法と人の法に分類されている。一方は衡平に、他方は宗教に属する。……このこと(衡平(人の法)、実

定法)には二つものがあり、一方は真理や正義、信義誠実と直接関連づけることによって一般的に論じられ、他方は個別的に報酬や罰金にかかわる、といったこと」は自然法と実定法に共通の事柄であるが、実定法に固有なことは書かれたものであるということであり、書かれていなくても万民法あるいは古来の慣行によって維持されるということである。書かれている法はさらに *ius publicum* と *ius privatum* に分けられる。*ius publicum* とは法律、元老院議決、条約であり、*ius privatum* とは証書、合意、問答契約である。書かれていない法も、慣習により、あるいは人々の合意により、あるいは一種のコンセンサスにより遵守される。

キケロの叙述は非常に個性的である(法を書かれているものと書かれていないものに分類しそれを *ius publicum* と *ius privatum* の対置に結びつけていること、*lex* を一般的な概念として、*ius* を個別的な概念として用いていることなど)が、だからといってキケロが特定の法領域を *ius publicum* と *ius privatum* に分類していることが無価値というわけではない。条約、証書、合意、問答契約といった法律行為を別にして法源だけに限定すれば、書かれた法のうち *ius publicum* に属するのは法律と元老院議決であり、書かれた法源は *ius privatum* に属さないこと、「書かれていなくても万民法あるいは古来の慣行によって維持されている」ものは *ius publicum* と *ius privatum* に分類されず、「慣習により……遵守される」法源であることがわかる。この難解な箇所から結論めいたことを引き出しうるとすれば、それは、法律と元老院議決は書かれた法としてその内容とは関係なく *ius publicum* に数えられるということである。また、*ius publicum* ではない法はすべて *ius privatum* であること、したがって、「書かれていなくても万民法あるいは古来の慣行によって維持され」「慣習により遵守される」法もまた *ius privatum* であることも読み取ることができる。すなわち、この箇所は、「自然の、万民の、そして [*ius*] *civile* の掟(—古来の慣行)」が *ius privatum* に数えられていたウルピアヌス文と一致するのである。<sup>(四)</sup>

エールリッヒによれば、以上のことは、ローマの刑法が法律で制定されているというだけで、また新工事通知の法が

法律、元老院議決、勅法で制定されているというだけで、その内容とは関係なく *ius publicum* に数えられることによって証明される。

(一)「刑事裁判」(*iudicium publicum*)について

モムゼン<sup>(註)</sup>によれば、*iudicium publicum* は成立時から政務官の陪審裁判という手続法的観点に立っていた。ところが、周知のように、陪審制度は古典期には過去のものとなっていたので、手続法的意味に代わって実体法的意味が *iudicium publicum* に与えられた。すなわち、ある特定の実定刑法に該当する不法行為に対する訴訟という意味である。この訴訟においては、いわば自発的な検察官として、誰でも訴追者になりえた。

この見解に対してエールリッヒは次のようにいう。まず、*iudicium publicum* においては誰でも訴追者になりえたという点について、モムゼンの見解は維持できない。なぜなら、最古の *iudicium publicum* である搾取金取戻訴訟や *actio iniuriarum legis Corneliae* はすべての者に訴追を許してはいないし、また、*iudicium publicum* はこのメルクマールを法務官法上の *actiones populares* と共有していたからである。<sup>(註)</sup>

次に、帝政期になってはじめて実体法的な意味が *iudicium publicum* に与えられたという点も問題である。これは、キケロがすでに述べていることだからである。キケロにおいては、*iudicium publicum* の手続は *quaestio legitima* あるいは *iudicium legitimum* と、行為それ自体は *crimen legitimum* と呼ばれているが、周知のように、*legitimus* は「ある法律に基礎をもつ」という意味で用いられる専門用語であり、したがってキケロにおける *iudicium publicum* が何を意味するかは明らかである。さらに、帝政期の法文や二世紀末の勅答<sup>(註)</sup>には、法律ではなく勅法によってある行為に刑罰が課されているというだけでその行為が *crimen publicum* に数えられないものがある。<sup>(註)</sup>

説 きて、史料においては少なくとも *iudicium publicum* は *ius publicum* に属するということが前提となっているのであるが、次の箇所は注目に値する。というのは、キケロが *iudicium publicum* は法律に基づくが故に *ius publicum* であると考えていることが明白だからである。

Cicero, in *Quintum Caecilium* 17, 18, 19. シシリア人達が私に助力を求めたことは確かなのだから、残された問題は、君達は彼らの行為をどのように判断すべきか、君達に哀願しているこのローマ人の同盟者達が自らの搾取金取戻権について君達の前でどの模範を用いなければならないか、を問うことである。これについて、多くのことを述べる必要があるだろうか。実際、搾取金取戻権に関するすべての法律が同盟者達のために制定されたことに疑問の余地はないのである。すなわち、ローマ人が金を奪われた場合は通常 *actio civilis* と *ius privatum* によってその金を取戻しうるのに対して、この法律は同盟者達のためのものであり、「この法律が想定している」権利関係は外国人にかかわるものである。……したがって、彼らは彼らのために制定された法律に従って告発されなければならないことを誰が否定するだろうか。

この箇所から次のことを結論しうる。キケロは、搾取金取戻権に関する法律に基づいて同盟者達に帰属する法は *ius publicum* であると考えている、しかもそれは(モムゼンのいうように)手続の故に、ではなく——「*actio civilis* と *ius privatum* によつて」という部分を手続だけに関連させるのは不可能である——、それが法律に基づくが故である」と。したがって、全体の意味は「この法律は同盟者達のためのものである。ローマ人については、*actio civilis* と *ius privatum* があれば十分である」となる。つまり、法律は *ius publicum* なのである。

(二) 「新工事通知」(*operis novi nuntiatio*) について

エールリッヒはまず次の法文を引用する。

D. 47. 2. 93 (*Ulpianus, 52 ad edictum*): セクトゥス・ペデイウスの見事な定義によると、新工事通知の原因には、自然法に

よるもの、[*ius*] *publicum* によるもの、当事者の合意によるものという三つがある。原因が自然法によるのは、我々の家に何が入りこんだり、我々の土地の上に何かが建てられたりした場合である。原因が [*ius*] *publicum* によるのは、我々が法律、元老院議決、皇帝の勅法によって新工事通知を保護する場合である。原因が当事者の合意によるのは、ある者が自分の権利を減らし他人の権利を増やした後、たとえば自分の土地に役権を設定した後、その役権に反することを行なった場合である。

このウルピアヌスの分類はセクトゥス・ペディウスに由来するのではなく、同じ『告示注解』には、より古い痕跡がみられる。

D. 2. 14. 7. 14 (*Ulpianus, 4 ad edictum*): 私が新工事通知訴権を行使しない旨の契約を結んだ場合、事柄が法務官の権限に属するので、この契約は無効である、と考える者がある。しかし、ラベオは、新工事通知が家の私事にかかわる場合には契約は有効であり、公的な事柄にかかわる場合には無効であるという区別をしており、この区別は正当である。

さらに、新工事通知の原因の分類と密接に関係しているのが明らかな「免除」(*remissio*)の根拠の分類に関する法文が引用される。

D. 43. 25. 1. 3, 4, 5 (*Ulpianus*): 新工事通知訴権をもつのは所有者と役権者である。同様にユリアヌスは、用益権者は役権回復の訴権をもつ、と述べている。これによると、用益権者は隣人に対して新工事通知訴権を行使することができ、免除は有効である。……ユリアヌスは、隣人から何らかの役権を得た者についても同じことを述べている。さらに、土地を質にとつた者についても彼が役権を保持するのは不当ではない、とユリアヌスは書いている。

「新工事通知」の原因およびそれに対応する「免除」の分類が *ius publicum* と *ius privatum* の対立に密接に関連することは、次の法文からわかる。

D. 39. 1. 1. 16 (*Ulpianus*): 新工事通知がなされるのは、我々が形成した権利関係を守るため、あるいは損害の発生を防止するため、あるいは *ius publicum* を維持するためである。

D. 39. 1. 5. 19 (Ulpianus) : 不在者の名で免除を要求する者は、免除が *ius publicum* にかかわるものであっても *ius privatum* にかかわるものであっても、担保問答契約を結ばなければならぬ。

エールリッヒによれば、新工事通知および免除の原因はある考え方に基づいて分類されている。この考え方は、ウルピアヌスがセクトウス・ペデイウスを引用し、ラベオも同じことをいい、ユリアヌスもそれを知っていたところからみると、ローマ法学の共有財産になっていたものである。それは、法律、元老院議決、勅法に基づく新工事通知と免除の原因は *ius publicum* に属し、所有権と役権に基づく原因は *ius privatum* に属する、という考え方である。<sup>(186)</sup>

(186) 現在の通説は利益説をとらなう。M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, 13. Aufl., München, 1983, S. 27 (柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(創文社、昭和五四年) 四四頁以下), Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Recht*, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg und New York, 1978, S. 32 を参照。利益説やその反対では、D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1982, S. 5 を参照。

(187) S. 159.

(188) 本稿第一節(三)を参照。

(189) S. 160f.

(190) Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, S. 191, Anm. 1.

(191) S. 162.

(192) エールリッヒが引用する Cicero, *pro Cluentio* 2, *pro Archia* 3, *de partitione oratoria* 43 を参照。古典期には「犯罪が審理されるすべての裁判が *iudicium publicum* なのではななく、大逆罪に関するユリア法、姦通罪に関するユリア法……こうした *iudicium publicum* にかかわる法律に基づいて行なわれる裁判が *iudicium publicum* である」(D. 48. 1. 1. pr. (Macer)) と率直に表現される (S. 163)。

(193) エールリッヒが引用する D. 47. 11. 3 (Ulpianus), D. 47. 20. 3. 2 (idem), C. 3. 15. 1 を参照。もっともこの場合、法律で

定める構成要件を元老院議決あるいは勅法によって拡張することは可能であり (D. 47. 13. 2 (Macer), D. 47. 15. 3. pr. § 3 (idem))、また手続と犯罪の種類も問わない (D. 47. 2. 93 (Ulpianus))。 Vgl. S. 163f.

(194) S. 162f.

(195) 前掲 Cicero, de oratore I 201 を参照。

(196) S. 165.

(197) S. 167.

刑事裁判と新工事通知を比較すると、前者が *ius publicum* は法律によってのみ生じうるという共和政期の観念にとらわれ、帝政期において、元老院議決や勅法による新しい刑罰の導入はもちろん、法定の刑罰の拡張解釈ですら躊躇しながらしか行ないえなかったのに対して、後者においては、法律、元老院議決、勅法のそれぞれが *ius publicum* による新工事通知の原因だという観念が早くから一般化した、という相違がみられるが、これについてエールリッヒは、ローマの法発展がいかに歴史の偶然に影響されているかのように証拠であろう、という (S. 168)。

### 一三 「国家組織法」ないし「国家制定法」としての *ius publicum*<sup>(8)</sup>

前節の論述からエールリッヒは、*ius publicum* という表現がローマにおいて「国家組織法」および「国家制定法」という二重の意味で用いられていたことが明らかになった、とし、本節ではこの命題を史料に即して例証する。

#### (一) 「国家組織法」としての *ius publicum*

この意味での *ius publicum* は次の史料にみられる<sup>(9)</sup>。

Cicero, Brutus 269: 彼は *ius publicum* にかかわる法律や慣行を熟知していた。

若きプリニウスにおいて *ius publicum* が「国家組織法」という意味で用いられていることはとりわけ注目に値する。明らかに慣習法上の国家組織法が *pars iuris publici* と呼ばれているからである。<sup>(98)</sup>

Plinius, epistula VIII 14: 君は *ius privatum* と *ius publicum* — 元老院の法もその一部である — を熟知している。そこで、私が君から特に聞きたいのは、最近私が元老院で誤りを犯したか否か、についてである。……過去に隸従した結果、他の最良の知識と同様、元老院の法さえも忘れ去られ、誰も知らないという有様だ。……しかし、かつては、我々は父祖達の言うことを聞いて学び、父祖達の行ないを見て学び、我々自身が引き続き何をすべきかを知り、我々が老いたときには何を子孫達に伝えるべきかを知っていたものだ。……血縁者はいかなる権力をもつか、(市民名簿に登録する際に) 査定する者にとって法とは何か、官職についている者はいかなる権限をもつか、それ以外の者にとって自由とは何か、どこで譲りどこで抵抗すべきか、いつ沈黙すべきか、いかにして主張すべきか、いかにして矛盾する先例を区別するか、過去の先例を修正するにはどうすべきか、といったこと、要するに元老院にかかわるすべての慣習が、例示——これは教育のやり方としては最良の方法である——という形で示されていたのだ。

さらに、*ius publicum* は *ius sacrum* に対置される場合には必ず「国家組織法」という意味をもつと<sup>(99)</sup>いってよいが、通常は *ius sacrum* は *ius publicum* の一部であると考えられており、この場合の *ius publicum* も明らかに「国家組織法」の意味で用いられていると考えなければならぬ。<sup>(100)</sup>

以上のような非法学文献とは異なり、法学文献においては、*ius publicum* が「国家組織法」という意味で用いられることはきわめて稀である。例外的な法文として次のものがある。<sup>(101)</sup>

D. 36. 1. 13. 5 (Ulpianus), 14 (Hernogenianus): 家子がある官職についている場合は、彼がその家長権の中にある父に対して、彼は異義を唱えて相続の開始や取戻を強制しようであろう。なぜなら、*ius publicum* にかかわる事柄は家長権に優先するからである。

(二) 「国家制定法」としての *ius publicum*

「国家制定法」という意味での *ius publicum* は、非法学文献においては比較的稀にしか出てこないが、これに対して法学文献においては、次の史料が示すように、非常にしばしばみられる。

① 「法律」としての *ius publicum*

D. 35. 2. 1 (Paulus): ローマ市民であれば誰でも、制定されたこの法律〔十二表法〕によって遺言をなしうるであろうし、ローマ市民であれば誰にでも、いかに多くの金でも、*ius publicum* によって贈与し遺贈する権能をもつであろう。

D. 26. 7. 5. 7 (Ulpianus): ユリアヌスは『ディゲスタ』第二巻で次のような場合を提示している。すなわち、ある者が死に際して彼の息子達に後見人を指定し、さらに「これらの後見人達には計算報告義務がないように」と付け加えた、という場合である。ユリアヌスによれば、これらの後見人が誠実に管理行為を行わない場合は、たとえ遺言に計算報告義務がないと表示されていても、後見人にはその責任がある。したがって、後見人は誠実に管理行為を行えばよいのだから、彼が信託遺贈を原因とする訴権をもつと考える必要はない、とユリアヌスは述べている。このユリアヌスの考えは正当である。なぜなら、この種の担保問答契約によって誰も *ius publicum* を制限しえず、また古来の形式を変更しえないからである。

② 「元老院議決」としての *ius publicum*

D. 27. 8. 1. 9 (Ulpianus): 政務官の間で、第三者の申立により後見人が与えられる、との合意がなされた場合に、この合意は被後見人に対しては効力を生じない、と神皇ハドリアヌスは解答した。二頭政治を行なう二人の合意によって *ius publicum* は変更されえないからである。

D. 2. 14. 38 (Papinianus): *ius publicum* は私人の合意によって変更されえない。

③ 「告示」としての *ius publicum*

D. 38. 1. 42 (Papinianus): 「私の奴隷ケルドーが私の相続人のためにこの仕事をする約束をすれば、私は彼を解放しよう」という意思表示があった場合、被解放者が諾約したとは考えられないし、たとえ彼が諾約したとしても、彼に訴権を行使しては

ならない。自由な信託遺贈を行なう者は *ius publicum* を変更しえないからである。

D. 11. 7. 20. pr. (Ulpianus): ネラティウスは問う。すなわち、妻のために嫁資を設定した者がその三分の二を取り戻し三分の一を夫の下にとどめる、という要約がなされており、かつ、妻の埋葬の際に夫は何らの出損もしない旨の契約が結ばれていた場合、夫に対して埋葬訴権が提起されるか否か、と。ネラティウスによれば、要約者自身が埋葬した場合にはこの契約は有効であり、埋葬訴権は行使されないであろう、しかし、別の者が埋葬した場合には夫を埋葬訴権の被告にすることができる、なぜなら、この契約によって *ius publicum* を破ることはできないからである。

④ 「勅法」と *ius publicum*

D. 35. 1. 77. 3 (Papinianus): どのような意思表示によっても遺贈または信託遺贈に関して担保問答契約をなしう。それゆえ、「遺贈者は受遺者に」担保問答契約の締結を要求しない旨の条件が遺贈または信託遺贈に付されていても、この条件は無効である。したがって、ある者(遺贈者)が担保問答契約の締結を欲した場合は、遺贈または信託遺贈は無効にはならず、「受遺者は」担保問答契約を締結しなければならない。「遺贈または信託遺贈に関して」担保問答契約をなしうると規定されて以来、今日では *ius publicum* によって遺贈者の遺思に反しえなくなったからである。

D. 26. 2. 29 (Papinianus): リボニアヌス元老院議決によれば、遺言において被後見人に対し自らが後見人であると書いた者は後見人ではない。家長の意思が署名により表示されており、その意思に疑いがない場合には、自らが後見人と書いた者は別に後見人がいたとしても保佐人となる、と私は考える。ただし、彼は *ius publicum* が認めている後見人の免除権はもたない。なぜなら、彼は遺言における意思表示によって後見人として疑わしい者とは考えられないからである。

これらの数多くの法文に対して、次の法文においては *ius publicum* は「国家制定法」という意味をもたない。

D. 4. 2. 23. pr. (Ulpianus): 自分は高貴な身分であると表明した者が街の中で強迫され、自らが負っていない債務を不当に弁済した、という事実には蓋然性がない。なぜなら、彼は *ius publicum* の助けを求め、そして何らかの官憲に保護を求めて、暴力を用いて強迫されるのを回避することができたはずだからである。この推定を覆すには、暴力が行なわれたことについての明白な証拠を提出しなければならない。

エールリツヒによれば、「高貴な身分であると表明する」(clarum dignitatem praetendere)、「*ius publicum* の助けを求め」(*ius publicum invocare*) および最後の文章は古典的とはいいがたく、卑俗的な用語法である。後期の勅法にこれと同様の卑俗的な用語法がみられる。

### (三) 両義の関係

以上のように、*ius publicum* は「国家組織法」と「国家制定法」という二つの意味で用いられるが、この両義はどのような関係に立つか。

エールリツヒによれば、ローマ人にとって *ius publicum* は一個の概念であり、ローマ人はこの表現でまず「国家組織法」を理解した。少なくとも概念規定を志向する箇所では、*ius publicum* はすべて「国家組織法」の意味で用いられている。この「国家組織法」の概念は、もちろん近代のそれとはまったく異なり、ローマではまず十二表法が、次に国家がその存立にかかわるものとして制定したすべての法が *ius publicum* に数えられたが、国家制定法においても政治的目標と国家組織法上の諸問題が扱われた。<sup>(28)</sup>

このことはウルピアヌスの概念規定にとりわけ強く表れている。

D. 1. 1. 1. 2 (Ulpianus): *ius publicum* とはローマ国の組織にかかわる法であり、*ius privatum* とは個人の利益にかかわる法である。すなわち、法には公的に有用なものと私的に有用なものがある。*ius publicum* は祭祀の法、神官の法、政務官の法から成り立つ。*ius privatum* には三つのものがある。すなわち、自然の、万民の、そして [*ius*] *civile* の掟がそれである。

ウルピアヌスによれば、*ius publicum* とは国家組織法(正確には官職法)であるが、これに対置されるのは非国家組織法ではなく、「個人の利益にかかわる」*ius privatum* であり、この *ius privatum* は「自然の、万民の、そして [*ius*]

civile の掟」から成り立つ非国家制定法である。

エールリツヒは *ius publicum* の概念史に関してとりわけ注目されるものとして、次の史料を引用する。

Cicero, de re publica I 2, 3: 国家に法を制定した者が区別せず確定しなかつたこと、すなわち、義務心は何に由来し宗教は誰に由来するか、*ius gentium* やいわゆる *ius civile* は何に由来するか、正義、誠実、衡平は何に由来するか……といったことについて、哲学者達は何もいっていない。少なくとも正しく誠実にはいわれていないであろう。思うに、これらのことはある人達に由来するのだ。彼らは、教養という形で形成されてきたこれらのものうち、あるものを慣習法という形で確定し、他のものを法律という形で制定した。すぐれた哲学者の一人であるクセノクラテスでさえ、彼の弟子達が学んだことは何か、と問われたとき、それは法律で強制されていることを自らの意思でなすことである、と答えたというではないか。したがって、哲学者達が弁論によってとうてい説得しえないことを命令と法律が規定する罰によってすべての人に、それを研究する者にさえも強制する市民は、哲学者に優っていると考えなくてはならない。彼らの弁論は、*ius publicum* と慣習法によつてきちんと秩序づけられた国家の目標となるほど究められたものだろうか。

ここでは両義が互換的に用いられており、*ius publicum* がどちらの意味で用いられているかを確定するのは困難である。すなわち、両者は区別されていないのではないか、という想定が可能である。<sup>(18)</sup>

エールリツヒはさらに次の史料を引用する。

Cicero, de domo 33, 34: 私は、*ius publicum* すなわちこの国が用いている法律によつて裁判を受けずに国民が損害を被ることとはありえなかつた、と考える。これがこの国では王達がいた時代でさえも法であつたし、また父祖達から我々に引き継がれてきたことでもあり、また自由な国家に固有なことなのだ。それゆえ国民は、元老院や民会の裁判あるいはそれぞれの事件について任命された審判人による裁判を受けずに頭格や財産を奪われることはない。君は自分が行なつたことをすべて無にしようというのか。公明正大なことを行なっているつもりか。君は正しいことを行なわなかつたのではないか。君はかつて護民官ではなかつたか。今は貴族ではないか。私は神官達の前で弁論している。鳥占師達も列席している。つまり私は *ius publicum* の真中にいるのだ。

キケロは *ius publicum* という表現でまず法律を理解し、次に共和政期の自由を形成する法全体を理解し、公的な慣習法を理解する。それぞれが異なる事柄であることをキケロは意識していないようである。エールリッヒによれば、この箇所が *ius publicum* の概念史を理解する上での鍵となる。<sup>(20)</sup>

(198) 河上・フーブリヒト前掲訳書(注7)三二二頁以下は、『法源論』の本節を引用し、*Staatsrecht* は *staatliches Recht* に含まれるから両者の訳し分けは不要である、とする。しかし、以下の叙述で示されるように、少なくとも『法源論』に関する限りこの見解は不正確であるように思う。すなわち、*Staatsrecht* とは成立の仕方(制定法か慣習法か)とは関係なくその内容が国家にかかわる法であり、*staatliches Recht* とは内容(公法的か私法的か)とは関係なくその形式が国家に由来する法である(S. 158)。筆者がそれぞれに「国家組織法」「国家制定法」という訳語をつけたのも、この理由による。両者は、同書が理解するように「同心円」の関係にあるのではなく、共通する部分(制定された国家組織法)をもつ別々の円を構成しているのである。

(199) エールリッヒが引用する *Cicero, de domo* 33, *Livius*, III 34, 6, XLII8 も参照。

(200) S. 169.

(201) S. 169f. *Quintilianus, institutio oratoria* XX 2, 4, 33, *Ausonius, Gryphus*, XXVI 61.

(202) S. 170. D. 1. 1. 1. 2 (*Ulpianus*), *Cicero, in Vatinius* 18, *de domo* 34, *Brutus* 267, *pro Rabirio* 17.

(203) エールリッヒが引用する D. 4. 5. 5. 2 (*Paulus*), C. 9. 51. 13. 2c も参照。

(204) *ius publicum* が法律を表わす例として、エールリッヒが引用する D. 39. 2. 18. 1 (*Paulus*), D. 35. 2. 15. 1 (*Papinianus*), *Cicero, de domo* 128, 130, 136 も参照。

(205) この *ius publicum* は *ファルキティア法* (しかもその文言そのもの) を指す (S. 172)。

(206) この *ius publicum* も *ファルキティア法* を指す (S. 172)。

(207) この *ius publicum* は元老院議決を指す (S. 174)。次注を参照。

(208) このパピニアヌス文は「強行法」を論ずる際に必ずといっていいほど引用される有名な法文であるが、エールリッヒはレーネル (Lenel, Paling. 68) を引用して、これは自治体の政務官が選定した後見人に対する彼の責任に関するものである、とす。すなわち、パピニアヌス文と直前のウルピアナス文は同じ問題を扱っており、この二法文における *ius publicum* はこの政務官の責任が導入されたトゥライアナス帝時代の元老院議決を指している (S. 174)。なお「強行法」については本稿次節を参照。

(209) *ius publicum* が告示を示す例として、エールリッヒが引用する D. 26. 1. 8 (Ulpianus), C. 2. 36. 1, C. 2. 53. 3, C. 2. 42. 2 も参照。

(210) この法文は、「自由人に値しない労務を負わせるための契約」(*operae onerandae libertates causa impositae*) にかかわるものであり、周知のようにこれに関する規定が告示にある (S. 175)。

(211) この法文は、告示に基礎をもつ「埋葬訴権」(*actio funeraria*) にかかわるものである (S. 175)。

(212) *ius publicum* が勅法を示す例として、エールリッヒが引用する D. 36. 3. 12 (Marcianus), D. 27. 1. 30. 3 (Papinianus), D. 27. 1. 36 (Paulus), C. 10. 40. 4, C. 10. 43. 2, C. 10. 50. 2, D. 28. 1. 3 (Papinianus), D. 24. 1. 7. 6 (Ulpianus), D. 50. 17. 116. 1 (*idem*), D. 50. 17. 45. 1 (*idem*), C. 4. 12. 2, C. 6. 23. 13, C. 4. 33. 3, C. 8. 10. 5, C. 7. 39. 1, C. 2. 11. 1, C. Th. 12. 1. 2 も参照。

(213) 被相続人に「遺産に役権を設定する担保問答契約」(*cautio legatorum servandorum*) の締結を許したマルクス・アウレリウス帝の勅法を指す (S. 176)。ただし、この勅答は公の利益 (*utilitas publica*) にかかわる (C. 6. 54. 2) ので、この法文は「利益説」の根拠にもなりうる (S. 177)。

(214) 「後見人の免除権」を定める勅法を指す (S. 177)。

(215) S. 182f.

(216) エールリッヒが引用する C. Th. 16. 11. 1, C. 1. 9. 8. 1, C. 1. 9. 14. pr. を参照。

(217) 前掲 D. 1. 1. 1. 2 (Ulpianus), Plinius, *epistula* VIII 14, Cicero, *de oratore* I 201 を参照。

(218) S. 188f.

(219) S. 190.

一四 「ius publicum は私人の合意によつては変更されえない」

通説は ius publicum の概念を規定するために「ius publicum は私人の合意によつては変更されえない」という命題をしばしば用い、ius publicum を「強行法」という意味で理解する。しかし、エールリッヒによれば、この命題は史料においては ius publicum の概念規定として現れるのではない。一方、強行法でない ius publicum の例もある。この命題が史料において用いられている脈絡が明らかでない限りでは、「この種の担保問答契約によつて誰も ius publicum を制限しえない」「二頭政治を行なう二人の合意によつて ius publicum は変更されえない」「自由な信託を行なう者は ius publicum を変更しえない」というように、この命題は一般的に述べられるのではなく、いつも具体的なケースを念頭において述べられることがわかる。

さらに史料においては、これと類似の用語法、すなわち一定の法領域において私人の意思を介入させまいとする用語法が非常にしばしばみられる。

D. 2. 14. 27. 4 (Paulus): 要するに、私的な事柄にかかわらない合意は守られるべきではない。

D. 2. 14. 42 (Papinianus): 債権者と債務者の間で、債権者は質入した土地にかかる租税の義務を負わず、債務者がこれを支払う、との合意が成立したという場合について、私は次のように解答した。この契約は国庫に対しては無効である、なぜなら、国庫に関する法規定は私人の合意によつて変更されえないのだから、と。

D. 2. 15. 3. pr. (Scaevola): アントニウス帝とウェルス帝は次のように勅答した。私人の合意によつて他人の権利を侵害しえな

いことは疑いない。したがって、被相続人の母と相続人の間でなされた和解によって遺言が無効になるとは考えられず、また、これによって被解放者あるいは受遺者が自らの訴権を失うとも考えられない。

これらの例から、ある法命題が強行法か否かを（それが *ius publicum* であるからという理由ではなく）一般的な原則（事柄が公的なものにかかわるか、私的なものにかかわるか）から導出しようとする試みがなされていることがわかる。その際もっともしばしば引き合いにされたのが *ius publicum* であった。すなわち、*ius publicum* はそれが有効な新しい皇帝法を含んでいる限りで通常は強行法であり、これに対して解釈法規（補充法、任意法）は *ius civile* 固有の領域だったのである。<sup>(22)</sup>

(22) ウィントシャイト (B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten*, 7. Aufl., Bd. I, S. 69) は「私人の意思をすべて排除する法規がある。この法規は、その対象となっている当事者がその法規を適用させない旨の意思表示をしても適用される。これが強行法である。強行法でない法規は、権利関係が私人の意思によってその法規の定めるところとは異なって秩序づけられることを認め、私人の意思による権利関係の秩序づけが存在しない場合のみ適用される」と述べる。この文章に付されている注では、「史料は強行法を *ius publicum*, *ius commune*, *iuris forma* あるいは単に *ius* と呼び」と述べられ、典拠として D. 2. 14. 38 (Papinianus) や D. 11. 7. 20. pr. (Ulpianus) が掲げられる。

強行法論（私人が形成する権利関係と法律の関係）とエールリッヒの法源論（とりわけ *cavere* の問題）の学説史的関連は重要であるが、本稿においては詳論することはできない。機会を改めて論じることにはしたい。

(222) エールリッヒによれば、強行法を意味しない *ius publicum* は D. 26. 1. 8 (Ulpianus), D. 26. 2. 9 (Papinianus), D. 27. 1. 30 (idem), D. 27. 1. 36. 1 (Paulus), D. 35. 1. 77. 3 (Papinianus), D. 36. 3. 12 (Marcianus), C. 10. 44. 2 などである (S. 191)。

(223) 前掲（前節）D. 26. 7. 5. 7 (Ulpianus)。

- (224) 前掲 (前節) D. 27. 8. 1. 9 (Ulpianus).  
(225) 前掲 (前節) D. 38. 1. 42 (Papinianus).  
(226) S. 191.  
(227) 同じ用語法がみられる法文としてエールリッヒが引用する D. 2. 14. 7. 14 (Ulpianus), D. 23. 4. 5. pr. (Paulus), D. 35. 2. 15. 1 (Papinianus), D. 39. 1. 1. 10 (Ulpianus), D. 47. 22. 4 (Gaius), D. 50. 8. 2. 8 (Ulpianus), D. 50. 17. 27 (Pomponius), C. 2. 58. 2. 4, Novella 22. 33 参照。  
(228) S. 194f.

## 一五 *ius publicum, ius privatum* と *ius civile*

すでにみたように、史料においては *ius publicum* と *ius civile* を対置する用語法がしばしばみられるが、これと並んで *ius publicum* と *ius privatum* の対置もみられる。この注田サキキとは、*ius publicum* を *ius civile* が何かと対置されることなくしばしば単独で用いられるのに対して、*ius privatum* は単独ではほとんど用いられず、必ずといっていいほど *ius publicum* がその対立物として考えられている、というのである。エールリッヒによれば、それは、*ius privatum* が *ius publicum* を *ius civile* よりもはるかた人為的であり、おそらく *ius publicum* から論理的に反対概念を導き出す必要性によつてのみ生じたものだからである<sup>(22)</sup>。

それでは *ius privatum* とは何か。右に述べた事情から *ius privatum* の具体的な内容を示す史料はきわめて乏しいが、*delicta privata* が *ius privatum* に含まれること、所有権と役権が *ius privatum* に数えられることがすでにわか

説  
つて<sup>(12)</sup>いる。

他方、次の史料が示すように *ius privatum* と *ius civile* は密接な関係にある<sup>(13)</sup>。

論  
Cicero, Brutus 214: 彼は *ius publicum* と [*ius*] *privatum et civile* も知らなかつた。

*ius privatum* と *ius civile* の関係に「つて」<sup>(14)</sup>、<sup>(15)</sup>に次の点が考量される。

まず第一に、周知のようにローマの法学者は *iuris civilis peritus* と呼ばれるのが普通であつたが、史料にはこれと並んで、*iuris publici et privati peritus* (*peritissimus*) という表現がしばしば、*iuris publici peritus* という表現がときおりみられるのに対して、*iuris privati peritus* という表現が一度も出てこない、という点である。それは、*iuris privati peritus* の代わりとして *iuris civilis peritus* という表現が用いられたためである。すなわち、*iuris publici peritus* と *iuris civilis peritus* は異なる職業であり、前者は *ius publicum* に、後者は *ius privatum* に、*iuris publici et privati peritus* は両方にたずねらる者であつた<sup>(16)</sup>。

第二に、*iudicium privatum* と *ius civile* の関係もある。これについてはすでにみたように、*ius civile* が *iudicium privatum* で適用される法であつたことはまちがいない。キケロは訴訟を *causa publica* と *causa privata* に分類しており、これに従つて事件は *iudicium publicum* と *iudicium privatum* で裁判されたが、この場合 *ius civile* が *causa privata* のために存在していることが前提となつて<sup>(17)</sup>いる。

第三に、不動産法における *ius privatum* と *ius civile* の関係である。周知のようにローマでは、自由な所有権が及んでゐる土地は *ager privatus* あるいは *ager iuris privati* と呼ばれていたが、すでにキケロがこの土地に対する権利を *ius civile* と呼んで<sup>(18)</sup>いる。一度だけではあるが、後期の勅法にも同じ用語法がみられる<sup>(19)</sup>。

さて、以上に示されたような *ius privatum* と *ius civile* の密接な関係をふまえて、エールリッヒは再度ウルピアヌ

ス文を検討する。

D. 1. 1. 1. 2 (Ulpianus) : *ius privatum* には三つのものがある。すなわち、自然の、万人の、そして [*ius*] *civile* の掟がそれである。

ウルピアヌスによれば *ius privatum* とは要するに *ius civile* である。最狭義の(ローマ人にのみ適用される法として) *ius civile* のほかに *ius privatum* に属するのは *ius gentium* と *ius naturale* であるが、自明のことながらこの両者は、*ius civile* に取り込まれてローマでローマ人に適用されうる法となつている限りで(少なくともハドリアヌス帝以降) 最狭義の *ius civile* と区別される。すでに述べたように、少なくともこの箇所でウルピアヌスが考えている専門用語としての *ius civile* には「国家制定法」という意味はまったくない。同じことは、少なくとも *ius naturale* についてはあてはまる。しかしまた、*ius gentium* にも「国家制定法」という意味はない。なぜなら、*ius gentium* とはローマ人の法でも諸外国の法でもなく、地中海沿岸の諸国民により共通のものとして承認された法だからである。したがって、ウルピアヌス文における三つの *ius privatum* は、もっぱら「非国家制定法」から成り立っているのである。ウルピアヌス文において *ius publicum* が「国家組織法」だけでなく「国家制定法」をも含み、*ius privatum* は「法曹法」だけを意味するとすれば、*ius publicum* と *ius privatum* の対立は「国家制定法」と「非国家制定法」の対立に解消する。<sup>(229)</sup>

(229) S. 195f.

(230) 前掲(第一二節) Cicero, in Quintum Caecilium 17, 18, 19 および新工事通知に関する諸法文を参照。

(231) エールリッヒが引用する Cicero, de legibus III 8 も参照。

- (232) *iuris publici peritus* とする用語法を Cicero, *Brutus* 267, 269, *pro Balbo* 34, *Livius*, *XLI* 18 などとみる (S. 196f)。  
 (233) S. 196f.  
 (234) 本稿第三節を参照。  
 (235) S. 197. エールリッヒが引用する Cicero, *Brutus* 311, *de partitione oratoria* 100, *de oratore* I 201 も参照。  
 (236) エールリッヒが引用する Cicero, *de lege agr.* III 11, *pro Flacco* 50 を参照。  
 (237) エールリッヒによれば、この用語法は C. II. 70. 5. pr., 1 などとみる (S. 198)。  
 (238) 本稿第七節を参照。  
 (239) S. 199.  
 エールリッヒによれば、このことは他の史料にもみられる。たとえば、前掲(第一三節) Cicero, *de re publica* I 3 における *ius privatum* とは *non mores* が *ius publicum* と対置されているが、*mores* と *ius privatum* は同一物であること推論しうる (S. 200)。*Satonius, Augustus* 10 も参照。

## 一六 ローマ以降の発展

前節までの叙述で、エールリッヒによる古代ローマ法の分析とその紹介は終わる。本節では中世以降の概念史が扱われているが、筆者が手にしうる—したがって正確に紹介できる—史料が限られているために、本節の叙述はその概要を述べるに止まらざるをえない。

さて、中世の法学文献においては、*ius civile* の概念規定は *corpus iuris* の法源に従って行なわれ、注釈学派も後期注釈学派も *ius civile* を史料で用いられるさまざまな意味で、すなわち、*ius gentium* の対立物、*ius honorarium* の対立物、「法曹法」という意味で用いるが、これと並んで *ius civile* はいわば専門用語として「制定法」(とりわけローマ帝国の法としての *corpus iuris civilis* の法) という意味で用いられる。この意味での *ius civile* がとくに形成されたのは *ius civile* と並んで「教会法」(*ius canonicum*) が理論・実務の対象として登場したときであり、これ以降は教会法が *ius civile* の自明の対立物となる。この中世の用語法を純粹に維持しているのが英米法である。すなわち、*civil law* は *corpus iuris civilis* の法を意味し、「ローマ法 (roman law)」、私法 (*private law*)、普通法 (*common law*) とは決して混同されることはない。*ius publicum* と *ius privatum* の用語法の発展も同様であった。*ius publicum* の多義性は中世イタリアの法学者達にとって少なからず厄介な代物であったが、最終的には、*ius publicum* がもつ多くの意味のうちの一つが専門用語になる。それは、「国家に直接関係する法命題」(現在なら国家組織法および行政法に数えられるであろう法命題) という意味である。<sup>(20)</sup>

ドイツの用語法は中世イタリアの用語法と直接結び付いている。すなわち、当初は *corpus iuris civilis* の法は *leges* と、*corpus iuris canonici* の法は *canones (decretales)* と呼ばれていたが、やがて *leges* に含まれる法が *ius civile* と呼ばれ、「世俗の法」として教会法に対立するようになる。<sup>(21)</sup>

この用語法に最初の変化が起こったのは、大学でドイツの法発展の授業をする必要が生じたときであり、*ius civile* は特別法に対する「普通法」という意味で用いられた。<sup>(22)</sup>

他方、一六世紀から国家組織法が *corpus iuris civilis* から独立し始め、刑法、訴訟法も独立の開講課目となり、一七、一八世紀には自然法、国際法、ドイツ法、行政法、財政法などが開講された。*corpus iuris civilis* の授業は続い

たが、他の課目で扱われる事柄についての授業内容は次第に形式的になっていく。このような事情は用語法にも影響を与え、一六世紀以来 *ius publicum* は「国家組織法」を、*ius privatum* は「国家組織法以外のすべての法」を、*ius civile* は「*corpus iuris civilis* の授業で教えられる法（国家組織法、刑法、訴訟法は徐々に外れていき、一九世紀には人法、財産法、家族法が *ius civile* の主な対象であった）」を意味するようになる<sup>(24)</sup>。

近世自然法論も用語法に影響を与えた。「国家組織法」としての *ius publicum* とは別に「国家と国家構成員の関係を規律する法」としての *ius publicum*（「公法」）という概念が近世自然法論においてははじめて生まれ、この法はやがて「公共の福祉にかかわる法」と理解されるようになる。この意味での公法に属するのは刑法、訴訟法、行政法であり、私法に属するのはそれ以外の法、すなわち人法、財産法、家族法である。今や *ius civile* と私法の対象は重なり合うことになった。一八世紀末ないし一九世紀初頭には、大学の授業もこれに合わせて、公法（国家組織法、刑法、訴訟法、行政法）の授業が *ius civile* から分かれ、*ius civile* の授業は私法と呼ばれるようになる。このように、主に大学の授業の都合から「私法」（*Privatrecht*）と「民法」（*Civilrecht, bürgerliches Recht*）の同義性という近代の用語法が生まれたのである<sup>(25)</sup>。

(240) S. 200ff.

(241) S. 206f.

(242) S. 207.

(243) S. 208ff.

(244) S. 221ff.

一七 私法と公法

法発展の基礎となるものの大部分は、ローマでも他の国でも国家より古く、少なくとも国家の立法より古い。不動産に対する所有権、家族、自権者の相続権、宣誓による約束、銅衡行為、自然的交換、動産に対する所有権、不法行為の法、法律訴訟による権利保護といった諸制度は、国家が成立し国家による立法が行なわれる前に、少なくともその基本的な形がすでに形成されていた。しかし、国家が強固になって、国家に属する人間の諸関係に介入しそれを規律するという任務を任えるようになると、社会由来の法と並んで、国家による意識的な法の創造が行なわれるようになる。<sup>(15)</sup>

国家において・国家によつて成立した法（国家由来の法）とそれまでの国家以前の・国家外の法（社会由来の法）との対立は、いわゆる制定法と慣習法の対立とは一致しない。なぜなら、今日の用語法に従えば、国家由来の法の一部は慣習法（慣習法的国家組織法）であり、他方、国家外の法は、たとえば十二表法のように、法典化される（法律になる）ことによつては社会由来の法たる性質を失わないからである。<sup>(16)</sup>

古代においても現代においても、国家由来の法をもたない国家はたくさんある。東洋の大法典は法典化された慣習法にすぎず、国家による現実への介入は個別の場合に関する個々の規定によつて行なわれ、抽象的な規範をもたない。これに対して、ローマのように早くから国家による立法が行なわれた国家では、その範囲は急激に広大なものとなる。<sup>(17)</sup>

国家由来の法と同時に、国家外の法も発展する。その範囲は狭いが深い。なぜなら、法曹は、現実が日々生み出す新しい問題についての解答が伝来の法になくても、沈黙することは許されないからである。このようにして、創造的な法学が成立する。法曹は、社会に相対し自らの法を社会に通用させようとする立法者のようには法を創造しないが、法を

「発見」しなければならぬ。共和政期の法学者達が築き上げた *ius civile* という強固な構築物は、法律の解釈にすぎないものではなく、また立法の作品でもない。キケロの「不明瞭で知られざる法が法廷で明らかにする」ということはローマ人の考え方をよく示している。<sup>(28)</sup>

国家由来の法と国家外の法との対立は、ローマにおいては *ius publicum* と *ius privatum* の対立となって現われる。 *ius publicum* とは慣習的な国家組織法であると同時に国家によって制定された法であり、 *ius privatum* とは国家外的な法曹法である。その由来が国家か社会かという対立はあらゆる法命題を特徴づける。決定的に重要なことは、ある法命題の内容が何に由来するか、国家の介入か、自発的な発展の結果か、である。法律、法務官告示、元老院議決、勅法に含まれる法命題の多くは、今日の形式的意味での「法律」と同様、形式からみると *ius publicum* であったが、内容からみると社会に由来する法の変形ないし継続形成にすぎない。<sup>(29)</sup>

もしドイツにおける法発展がローマのように外的な遮断を受けなければ、国家由来の法と社会由来の法が対立していたであろうが、ローマ法継受によつてこの発展は中断した。ローマ法継受は、過小評価されるより過大評価されるほうがずっと多かったが、ドイツにおいては継受の結果新しい法制度が生み出されることはなく、継受の対象はローマ法イタリヤの法曹法だけであった。ローマ法継受の意義は、裁判官が法を適用することを学んだので、もはや法を発見する必要がなくなつたことにある。ドイツで発展途上にあつた社会由来の法に代わつて、法学固有の技術である法学的構成が登場した。ドイツにおいては、継受されたローマ法が国家外の法の位置を占めたのである。<sup>(30)</sup>

ドイツにおける国家由来の法の発展はこの土台の上に立っている。とりわけ継受されたローマ法に對置されたのは、継受に関係がなかつた国家組織法、すなわち刑法、行政法、訴訟法である。これらの法領域は、もつぱら国家外の法から成り立つ *ius civile* から独立し、「公法」として、社会の法形成によつて成立した継受法と對置される。すなわち、

歴史的にみると、公法と私法と対立はドイツにおいても国家由来の法と社会由来の法との対立に解消する。国家前・国家外の起源をもつドイツ法上の制度は、たとえ立法によって変形されていても私法である。継受されたローマの法曹法も私法である。国家由来の法、とりわけ国家組織法、刑法、行政法は公法である。しかし、公法と私法のこの歴史的な対立は解釈学上の対立の中で変更される。解釈学的には、国家が一定の目的を達成する手段として意識的に立法を用いる場合が公法である。社会が自分の法を自分で定立し、国家の立法が社会由来の法を確定し明確にすることのみを目的にする場合が私法である。<sup>(8)</sup>

したがって、公法と私法の境界線はあらゆる時代に可動的であつた。ある社会的な制度の法的な規律に利害を有すると国家が意識すると直ちに、国家が行なう立法による介入は公法的な性格を帯びる。このようにして私法が公法となつた例として、ローマの家長権、とりわけ後見、近代の家長権、契約法の大部分、とりわけ労働契約、刑法がある。<sup>(9)</sup>

国家由来の法と社会由来の法がもつとも鋭く対立するのは、不動産所有権法においてである。今日でも法学部の私法の授業では、「物に対する完全な法的支配」は、あらゆる制約から自由な土地（*solum Italicum*）が我々の所有権秩序の本質的構成要素であるかのごとく、その他の所有の形態が存在しないかのごとく、土地に対する所有権と財布に対する所有権は「概念的には」違がないかのごとく教えられるが、他の学部に行けばこれとは異なるさまざまな所有の形態を体験する。後者がまさに社会由来の法であり、前者が国家由来の法である。<sup>(10)</sup>

民事訴訟の国家化にはたいへん興味深いものがある。国家の司法の役割について観念の変化がみられるからである。訴訟を提起しようとする者は国家の裁判所に行かなくてはならないという観念は、太古においてはまったく知られておらず、自らの権利は自らの力で実現する（自力救済）という国家外の法が行なわれていた。国家は次第に司法を自らの内に取り込んでいったが、国家外の法たる性質は失われなかつた。ローマの法律訴訟手続はこの国家外の自力救済の継

統発展であり、方式書訴訟手続は法律訴訟手続を簡略化したものであった。この性質は弁論主義という形で現代の民事訴訟にも残っている。しかし、国家由来の法の要素はすでにローマで特別訴訟手続という形で入り込んでおり、ドイツでも、民事訴訟は公法に属するという觀念が一八世紀以来次第に強くなった。オーストリアの民事訴訟の改革は訴訟の国家化を目指すものである。すなわち、弁論主義の廃止によって、法典化された国家外の法である民事訴訟に代わって司法によって国家目的を達成しようとする民事訴訟が導入されたのである。<sup>(24)</sup>

このようにして、国家由来の法と社会由来の法、公法と私法が対立する。国家の介入、意識的な国家行為、公法の領域は拡大する一方である。しかし、プフタが述べたように、私法は「自由」である。この自由は、単に国家が社会的自律的發展に委ねたというだけでなく、国家が社会に委ねざるをえない、そして委ねるべきものなのである。<sup>(25)</sup>

- (24) S. 236f.
- (246) S. 237f.
- (247) S. 238.
- (248) S. 238f.
- (249) S. 239f.
- (250) S. 241.
- (251) S. 241f.
- (252) S. 242ff.
- (253) S. 244.
- (254) S. 244ff.
- (255) S. 246.

結論——本稿の成果と今後の課題——

以上、エールリツヒの『法源論』を史料に即してみてきた。彼がみたローマ法を筆者なりに一言で要約するならば、法学(jus civile)に通暁している者が法曹法(jus civile)を通して証書作成、解答活動、訴訟行為(方式書作成)といった現実との対話の中で形成していく創造的な法Ⅱ法学(jus civile)であった。

筆者は「序論」で従来のエールリツヒ研究における問題点を三点指摘した。

このうち第一点(伝統的・普遍的な(実用)法学の再興という観点)と第二点(動的・立体的な法学の観点、法源論と自由法論の関係)については、本稿によつてほぼ明らかにしたのではないかと考える。現代の法学方法論としての自由法論とその歴史的基礎づけとしての法源論の密接な関連は、エールリツヒ自身が『自由な法発見と自由法学』の序文で「私がこの講演の基本にある考えを最初に述べたのは……「法欠缺論」においてである。……それ以来私は、法における欠缺にかかわる方法論上の諸原則を自分の著作の中で扱おうとしてきた。そこから生まれたのが『黙示の意思表示論』および『強行法論』である。これらの私見をローマ法——少なくともその一部——について歴史的に基礎づけようとしたのが『法源論』である」と述べていることから明らかである。すなわち、『法源論』は自由法論の歴史的Ⅱ学問的な基礎づけと位置づけることができる。

しかしながら、第三点(事実(「生ける法」)の認識の方法(modoの問題))については、本稿の分析は不十分である。なぜなら、本稿第一節(三)においてみたように、キケロが『案出論』で事件の論点を事実問題(in ratione)と解釈問題(in scripto)に分類し、前者を事実、名称、性質、訴権に分類し、性質の問題(正・不正の認識)の中で法の問

題を扱っていること(25)をエールリッヒは重視しており、これがまさに彼の法源論の中心的課題であるが、それゆえ『法源論』では性質の問題以外の問題(とりわけ事実と名称の問題)<sup>(26)</sup>は扱われておらず、したがって本稿でも史料に即した分析は行なわれていないからである。

『法源論』におけるキケロへの(共感といつてもよいぐらいの)高い評価からみると、エールリッヒは二〇世紀のキケロたらんとした学者ではないか、あるいは、もしかすると、キケロが法の問題としなかつた事実と名称の問題を(理論)法学の中心的課題とすることによってキケロを越えようとしている学者ではないか、と筆者には思われるのだが、それを論証するためには、とりわけ『案出論』『ヘレンニウス弁論書』などのローマ修辭学文献における事実の認識の方法と、『法社会学の基礎づけ』などにみられる「法の事実」に関するエールリッヒの叙述との内的関連を分析する必要がある。これを今後の課題としたい。

- (256) 前掲(注2) 拙訳一五四頁以下を参照。
- (257) 前掲(注27) de inventione I 18.
- (258) 前掲(注26) de inventione I 10.
- (259) 前掲(第一節本文、注33) de inventione I 14, II 62, 65, 67, 68.
- (260) 訴権の問題(translatio)は別の形で扱われている。本稿第六節を参照。

**THE HOKKAIDO LAW REVIEW**

Vol. XLI No. 4

**SUMMARY OF CONTENTS**

---

**Eine historische Begründung des Juristenrechts (2)  
—— Die Rechtsquellenlehre Eugen Ehrlichs ——**

Makoto ISHIKAWA\*

In diesem Heft sollen noch übriggebliebene 11 Absätze der römischen Rechtsquellenlehre Eugen Ehrlichs<sup>1)</sup> behandelt werden. In diesem Teil erörtert Ehrlich hauptsächlich den Gegensatz zwischen *ius civile* und *ius honorarium*, der der von Ehrlich kritisierten Rechtsquellenlehre Moriz Wlassaks<sup>2)</sup> im Grunde liegt, sowie die Frage, was das *ius publicum* und *ius privatum* im römischen Recht bedeutet.

Im vorangehenden Heft wurde bereits auf die Wichtigkeit seiner Rechtsquellenlehre für die Ehrlich-Forschung und die römische Rechtsgeschichte hingewiesen. Daraufhin sollen in diesem Heft Ergebnisse und Folgerungen meiner Abhandlung dargestellt werden.

Man dürfte, was Ehrlich im römischen Recht gesehen hat, ganz kurz wie folgt zusammenfassen: Das römische Recht stellt für ihn eine lebende und schöpfende Jurisprudenz dar, eine Jurisprudenz, die, von denjenigen, die die Rechtswissenschaft beherrschten, durch die Tätigkeit des *cavere*, *agere* und *respondere* immer weiter fortgebildet wurde. Während Wlassak die schöpfende Kraft der Jurisprudenz nicht im *ius*

---

\*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.Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen, 1884.

civile<sup>3)</sup>, sondern im *ius honorarium* gesehen hat, hat Ehrlich dieselbe im *ius civile*<sup>4)</sup> selbst gesehen. Infolgedessen liegt es sehr nahe, den Zusammenhang seiner Rechtsquellenlehre mit der sogenannten Freirechtslehre<sup>5)</sup> zu erklären. Nämlich, seine Rechtsquellenlehre ist eine wissenschaftliche oder historische Begründung der Freirechtslehre als die moderne Methodologie der Jurisprudenz.

Noch Wichtiger wäre es aber, daß Ehrlich das Vorbild der klassischen Terminologie in den philosophisch-rhetorischen Schriften Ciceros gesehen hat. Es geht Ehrlich vor allem darum, daß die Rechtsfrage (Rechtsquellenlehre) in der Schrift *de inventione* nicht in der Frage der Gesetzesauslegung (*in scripto*), sondern in der Tatfrage (*in ratione*) auftaucht. Nämlich, wie für Cicero, der als orator die Tatfrage rechtlich behandelt hat, ist es für Ehrlich sehr wichtig, die Tatsache ("lebendes Recht") juristisch zu erkennen.

Nach dieser Abhandlung sollen folgende Fragen als nächste Aufgabe erforscht werden: Was die Struktur der römischen Rhetorik, vor allem der von Ehrlich als sehr wichtig angesehenen Tatsachenerkenntnis (*ratio* oder *argumentatio*) ist und in welchem inneren Zusammenhang sie mit seiner späteren Rechtssoziologie<sup>6)</sup> steht.

---

3) Im Sinne des Pap. D. 1. 1. 7.

4) Im Sinne des Pomp. D. 1. 2. 2. 5, 12.

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

6) E.Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.