



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	グラーツィアーヌス教令集の <i>consuetudo in scriptis redacta</i>
Author(s)	小川, 浩三; OGAWA, Kozo
Citation	北大法学論集, 41(5-6), 187-216
Issue Date	1991-10-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16799
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(5-6)_p187-216.pdf



グラーツィアーヌス教令集の

consuetudo in scriptis redacta

小川 浩 三

—

バルトルス (1314—1357)⁽¹⁾ は、コンスエトウード⁽²⁾を定義するにあたって、まず、アゾー (—1220) の定義「民族の長期にわたる習いによつて導入された不文の法 (*ins non scriptum moribus populi diuturnis introductum*)」を⁽³⁾検討する。この定義に対して、ヤーコプス・デ・アレーナ (Jacobus de Arena —1238) は、アゾーが「コンスエトウードであること」〔本質〕について不文ということを挙げている (*dicit quod scriptum non sit de esse consuetudinis*)」が

ゆえに批判する⁽⁴⁾。これを受けてバルトルスは、グラチエイアヌス教令集D.1.2.5の「コンステトゥードーとは、習いによつて設けられたある種の方法であつて、法律がない場合に法律に代わるものと認められるものである(consuetudo est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex)」という定義を良しとする⁽⁵⁾。次いで、「不文である」ことが「コンステトゥードーであること(本質)」から出て来るものであるかどうかを検討し、「法律とコンステトゥードーとが異なるのは、黙示のものと明示のものとしてであつて、書かれたものと書かれていないものとしてではない (lex et consuetudo differunt sicut tacitum et expressum: non sicut scriptum et non scriptum)」と述べ、さらにこれを支持するものとして、「封建慣行はコンステトゥードーではあるが、文書に編纂されている (usus feudorum qui sunt consuetudines sunt redacti in scriptis)」という事実を挙げている⁽⁷⁾。ところで、すでに別稿で見たように、この「文書に編纂する (in scriptis redigere)」という語句は、アゾーにも認められるものであり、それも、コンステトゥードーについても、コンステトゥードーによる法律の解釈の問題についてはあるが、言及されている⁽⁸⁾。しかも特徴的なことに、この語句を用いる際に、アゾーはローマ法源を何も引いていない⁽⁹⁾。この語句は、これから検討するグラチエイアヌス教令集(Decretum Gratiani 一一〇四年頃成立)⁽¹⁰⁾の中に、しかも、「文書に編纂されたコンステトゥードー (consuetudo in scriptis redacta)」という形で見られ、その影響の下に広まったものと考えられる⁽¹¹⁾。しかし、ここでは、影響史の問題は今後の課題として、グラチエイアヌス教令集に内在的に、「文書に編纂されたコンステトゥードー」を検討したい。

グラティアーヌス教令集で「文書に編纂されたコンスエトワード」という表現が出て来るのは、D1c5に付されたグラティアーヌスの付言においてである。すなわち、イスイドールス「語源論」五巻三章から抜粋されたD1c5は次のように述べている。

コンスエトワードとは、法であつて習わしによつて設けられたもので、法律が欠けているときは、法律に代わるものと認められる。また、文書に基づくか、ラティオーに基づくかには違いがない。法律もまたラティオーが推奨するものだからである。

Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex. Nec differt, an scriptura, an ratione consistat, quoniam et legem ratio commendat.⁽¹³⁾

ここで最後の文章の *consistat* の主語は省略されている。付言の中でグラティアーヌスは次のように補っている。したがつて、「コンスエトワードが文書に基づくか、ラティオーに基づくかには違いがない」と述べられているのであるから、そのことから明らかにするのは、コンスエトワードが文書に編纂されている場合もあり、単に用いる人々の習わしによつて保持されている場合もあるということである。文書に編纂されたものは、制定法ないし法と呼ばれている。他方、文書に編纂されていないものは、一般的な名称で、すなわち、コンスエトワードと呼ばれている。

Cum itaque dicitur: "non differt, utrum consuetudo scriptura, vel ratione consistat," apparet, quod consuetudo partim est redacta in scriptis, partim moribus tantum utentium est reservata. Quae in scriptis

redacta est, constitutio sive ius vocatur; quae vero in scriptis redacta non est, generati nomine, consuetudo videlicet, appellatur.

グラーツィアーヌスは、このように、問題の主語を *consuetudo* と補い、これに基づいてさらに、「文書に編纂されたコンステトゥードー」という概念を導き出している。そうだとすれば、この主語の補充はきわめて重要な意味をもつことになる。それでは、そもそもこの補充は正しいのであろうか。次にこの点を検討して見よう。

イスイドールス「語源論」五卷三章⁽¹⁴⁾は、次の通りである。

法は、類の名称であり、法律は法の種である。ところで、法 (*ius*) といわれるのは、正 (*iustum*) だからである。

他方で、すべての法は、法律および習わし〔慣習法⁽¹⁵⁾〕から成り立つ。法律とは、書かれた制定法である。習わし〔慣習法〕は、古さによって証明されたコンステトゥードー、あるいは書かれていない法律である。なぜなら、法律 (*lex*) と呼ばれるのは読む (*legere*) ということに由来するのであり、そしてそれは、書かれているからなのである。これに対して、習わし〔慣習法〕は、長期のコンステトゥードーであつて、習わし〔道徳〕について同程度に長く持続しているものである。ところで、コンステトゥードーとは、法であつて習わしによって設けられたもので、法律が欠けているときは、法律に代わるものと認められる。また、文書に基づくか、ラティオーに基づくかは違いがない。法律もまたラティオーが推奨すべきものだからである。さらに、ラティオーに法律に基づくのであるから、ラティオーに基礎を置くものであれば、すべてそれだけで法律となる。少なくとも、信仰に合致するもの、教えに適合するもの、平安を増進するものであれば。他方、コンステトゥードーといわれるのは、それが、共通に用いられているものだからである。

Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum [est]. Omne autem

ius legibus et moribus constat. Lex est constitutio scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex: nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu.⁽¹⁹⁾

この文章からすれば、*consistat*の主語は、*ius*だというのがもつとも自然なように思われる⁽¹⁷⁾。そのことは、*lex*と*ratio*が対比されるのはなぜかを考えれば、より明らかになる。すなわち、修辭学では、「書かれたもの (*scriptum*)」とラティオーが対比されており、*ius*イドールスも、「争点 (*status causarum*)」として「ラティオーナーリス (*rationalis*)」なものとレガリス (*legalis*) なものとを対比している⁽¹⁸⁾。したがって、ここでは、*ius* 法 || 正を書かれたものから証明するか、それとも、書かれていないものから推論によつて証明するかには違いはない、と解釈できるように思われる。

問題の文章は、*ius*イドールスからさらにテルトゥリアヌスの「兵士の花冠について (*De corona*)」⁽²⁰⁾に遡る。事件は、皇帝の下賜金 (*liberalitas imperatorum*) の受領に際して、志操堅固なキリスト教徒の一兵士が、花冠を着けずに現われ、その理由を問われて、「キリスト教徒だから」と答えたために、投獄された、というものである⁽²¹⁾。これに対するカトリックの評価が否定的だったのに対して、この兵士を擁護してテルトゥリアヌスは論陣を張った⁽²²⁾。そこでの争点の一つは、キリスト教徒に花冠が禁止される典拠があるか、聖書 (*scriptura*) では禁止されていないではないか、ということであった。この問題に対するテルトゥリアヌスの答えは、使徒伝承 (*traditio*)、とコンスエトゥードーがあれは十分だということである⁽²³⁾。これを論証するために、さまざまな教え (*disciplina*) が、使徒伝承とコンスエトゥードー

説に基づくことを例証した後で、次のように説く。

論

ところで、コンステワードローは、法的事柄においても、法律が欠けている時は、法律に代わるものと認められ、文書に基づくか、ラテイオーに基づくかには違いがない、法律もまたラテイオーが推奨すべきものだからである。さらに、ラテイオーに法律に基づくのであるから、ラテイオーに基礎を置くものであれば、すべてそれだけで、誰が作ったものであっても法律となる。あなたは、すべての信者に、認識し、定めることが許されているとは考えないのか。少なくとも、神に合致するもの、教えに適合するもの、平安を増進するものを。主もおっしゃっているようにのに、『あなた方が正しいと判断していることが、なぜあなた方自身によっても判定されないのですか』(ルカ 一一・五七)と。⁽⁹⁵⁾

Consuetudo autem etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur, cum deficit lex, nec differt, scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit a quocunque productum. A non putas omni fidei licere concipere et constituere, dumtaxat quod deo congruat, quod disciplinae conducatur, quod saluti proficiat, dicente domino: cur autem non et a vobis ipsis quod iustum iudicatis?

書かれた法律が欠ける場合には、コンステワードローが考慮されるべきという、ユーリアヌス D. 1. 3. 32. pr. とほぼ同旨のこの文章からも、そして、テルトゥリアヌスが直面していた問題からも、コンステワードローが書かれていないものを論拠とする推論・論証に係ることは明らかであろう。⁽⁹⁶⁾

以上の検討からすれば、問題の *nec differt an scriptura, an ratione consistat* でのグラーツィアーヌスの *consistat* の主語の補充は、正しくないとと思われる。それでは、なぜかかる間違いが生じたのか。あるいは、グラーツィアーヌスも中世の学者であり、当然修辞学の素養をもっていたとすれば、なぜあえてかかる読み換えを行ったのが問題となる。まず、グラーツィアーヌスにとって、コンスエトゥードーとは何なのかを、その対立物から探ってみよう。「文書に編纂されておらず、単に用いる人々の習わしによって保持されている」コンスエトゥードー（狭義）の対立物は、「文書に編纂された」ものとしての制定法 (*constitutio*) ないし法 (*ius*) [「法律 (*lex*)」であることは、明らかである。それは、両者をあわせたコンスエトゥードー（広義）の対立物は何か。グラーツィアーヌスは、D.5の冒頭に、自然法 (*ius naturale*) とそれ以外のものとの差異を論ずるに当たって、次のような問題に直面する (D.5.1. Pars)。

S.1. 自然法 (*ius naturale*) は、すべてのものの中で首位 (*primatum*) を占めるものであり、それは、時間の面からも効力 (*dignitas*) の面からもそうである。なぜなら、それは、理性をもった被造物 (*rationalis creatura*) の誕生から始まって、時とともに変わることなく、不変のもの (*immutabile*) として永続している (*permanere*) からである。

§.2. しかし、自然法は律法 (*lex*) および福音にまとめられた (*comprehensum esse*) と上ひ [Dict. ante D. 1c. 二述べられており、さらに、律法で定められたことに反することが今や許容されていることが見出されるので、自然法は不変のものとして永続するとは思われない。なぜなら、律法には命ぜられていた、「女は、男児を出産した時は四〇日間、女児を出産した時は八〇日間、聖所 (*templum*) に入ることを止むべきである」(レヴィー二一・五)、

と。しかし、今では、出産後ただちに教会に入るとは禁ぜられてはいない。同じく、月経に苦しむ女は、律法により汚れたものと評価されていた〔レヴィ一五・二〇〕。しかし、今では、教会に入ること、聖餐式に参加することも禁ぜられていない。出産した女、誕生した子が出産後ただちに洗礼を受けるのを禁ぜられていないのと同様に。旧約の律法には自然法がまとめられている。しかし、律法で禁止されたこと、たとえば女性の血の汚れによる聖所への立入り禁止が、現在は許されている。このことは、不変の自然法という観念と矛盾するのではないか。これがここで問題である。この矛盾の解決は、Dict. post D 6 c 3で提示される。

以上に対しては、次のように答えられる。律法と福音に自然法は含まれている(contineri)。しかし、律法と福音に見出されることすべてが自然法に一致すると証しされているわけではない。なぜなら、律法には、道徳的なもの(moralia)、たとえば、『汝、殺すなかれ』等々と、秘儀に関するもの(mistica)、すなわち、犠牲に関する命令などがあるからである。道徳的命令は、自然法を目標とする(spectare)ものであり、したがって、なんらの変更の余地も認めなかったということは示される。これに対して、秘儀に関する命令は、その表面(superficies)を見れば、自然法とは疎遠なもの(aliena)であることは証しされており、道徳を理解したものの(intelligentia morais)として見れば、自然法と結びついている(annexa)と考えられる。したがって、表面上変化があったと見られる場合であっても、しかし、それが道徳を理解したものだという点については変化を受けていないということが証しされるのである。§1したがって、自然法は、理性をもった被造物から始まって、上に述べたように、不動のものであり続けるのである。これに対して、コンステトゥードーの法(ius consuetudinis)は、自然法の後に、人々が一つに集まって、一所に住み始めると同時に、出て来たのであった。これは、カインが国(civitas)を建てたと読まれる〔創世・四・一七〕時から生じた(factum)と信じられ、洪水とともに、人々が少なくなつたために、ほとんど消滅

したと見られるが、その後まもなく、ニムロデの時から回復、あるいはむしろ、変更されたものと評価される。というのも、他の人々を抑圧するということは、他の者たちとともに、彼自身が始めたことだからである。人々は、その弱さのゆえに、彼らの支配に服従する者になり始めた。したがって、彼について聖書では、「ニムロデは主の前で最初の力ある狩猟者であった」(創世一〇・九)と読まれるのである。すなわち、彼は人間たちの抑圧者、抹殺者であった。人間たちを、塔を建築するために、獲得したのであった。

旧約にある律法が変更を受けていることと、旧約の律法に不変の自然法がまとめられているということとの矛盾を解決するために、グラテティアヌスは、律法の内容として、「道德に関するもの (moralia)」と「秘儀に関するもの (mistica)」という区分 (divisio) を行う。前者が、自然法に関するもの、不変であるものに対して、後者は、その「表面 (superficies)」と「道德を理解したものの (intellegentia moralis)」との二側面に分かれたれ、「秘儀に関するもの」が変更を受けるとしても、それは「表面」に関してだけであつて、それが「道德を理解したもの」である点では不変の自然法に結びついている、その限りでここにも自然法が含まれる、という解決が与えられる。⁽²⁹⁾

この自然法に対するものとして、「コンスエトゥードーの法 (ius consuetudinis)」と「制定法の法 (ius constitutionis)」(D.7.1. Pars)とがあり、この最後のものを、「文書に編纂されたコンスエトゥードー」と捉えれば、広義のコンスエトゥードーが自然法に対立することになる。この意味では、広義のコンスエトゥードーは、いわば「人為法」と捉えることができる。⁽³⁰⁾

ところで、自然法と人為法との問題において重要な問題は、その効力の問題である。これについてグラテティアヌスは、次のように述べている (D.8 II, Pars.)。

さらに、効力 (dignitas) において自然法は、コンスエトゥードーと制定法に端的に優先する。なぜなら、習わし

によって受け入れられたもの、あるいは、文書によってまとめられたものは、何であれ、自然法に反することになれば、無意味・無効なものと扱われるべきである。

そして、その論拠として、コンステワードとラテイオー、真理 (*veritas*) との関係に関する、周知のカノンが挙げられる。その中で、定式を典型的に含むものとして、D. 8 c. 6 がある。

真理をないがしろにして、コンステワードに従うことを優先させる者は、あるいは、真理の啓示を受けている兄弟たちを妬み、悪意をもっているか、あるいは、神に対する恩知らずである、神の霊によってその教会が設けられているというのに。なぜなら、主は福音で「我は真理なり」といつている〔ヨハネ・一四・六〕のであって、

「我はコンステワードなり」といつたのではなかったからである。したがって、真理が明らかになった場合には、コンステワードは真理に譲るべきである。なぜなら、割礼を施していたペテロは、真理を述べるパウロに譲ったからである〔ガラテ・二・七〕。要するに、キリストが真理であるのだから、われわれはコンステワードよりも真理を追い求めなければならない。ラテイオーと真理は常にコンステワードを廃棄するからである。³¹⁾

自然法を真理とラテイオーと解することによって、テルトウリアヌス、キプリアヌス、アウグスティヌスといった教父たちによって確立した³²⁾、真理とラテイオーがコンステワードに優先するという、周知の命題を用いることができた。これに対して、D. 9 で、制定法と自然法との関係が論じられるが、コンステワードの場合とは違つて、それほど明確な定式はない³³⁾。そのことは、グラテティアヌスが、通常の場合のように、*iura et consuetudines*、あるいは、*constitutiones et consuetudines* という定式ではなく、*consuetudo et (vel) constitutio* という順序で論ずることと無関係でないように思われる。論理的には、自然法とコンステワードの関係を論ずれば、制定法は後者の一部である以上、これと自然法との関係は論ずる必要がないはずだからである。このようにして、自然法と制定法の優先関係

は、コンスエトゥードを媒介することで、より鮮明になったと見ることが出来る。

四

周知のように、グラーツィアーヌス教令集は、さまざまな準則 (canon) の矛盾を調和させることを目的とする³⁶。この場合に、第一位に置かれるべきものとして自然法が考えられた。しかし、それでは、そもそも自然法がなぜ問題にされなければならないのか。この点は、今後の課題である。

(一) *De iuribus* W. ULLMANN, *Bartolus on Customary Law, The Juridical Review* LH (Edinburgh 1940), P. 267 et s. (idem, *Jurisprudence in the Middle Ages*, London 1980, X) に依拠した。なお、拙稿「Azonis Summa in C.1. 14 (1)・(2)」本誌四〇巻三号 (一九九〇年) 八一六頁注 (89) も参照。

(二) *consuetudo* の用語法には三通りあると、バルトルスは述べらる (Commentarius ad Digestum vetus, Repetitio ad D.1. 3. 32, n. 6) なお、筆者は一五五五年のリヨン版を用いた。すなわち、第一に「人ないし動物の『習性 (assuetudo)』」たとえば、常時質入れて金銭の貸与を受けている者のそれ (D.13. 7. 12)「盗人の習性 (D.13. 7. 31)」「あるいは、蜜蜂の野性という性質 (I. 2. 1. §.14)」「鳩などの帰巢性 (D.41. 1. 5. 5) など。第二に「多数の人々の行為 (factum plurimum personarum)」「すなわち、慣行 (usus)」「習わし (mos) と呼ばれるもの」たとえば、同種の紛争で当該市邦 (oppidum) で通常守られていること (C.8. 52. 1)「教会の確立した準則 (canonum statuta) (X. 1. 2. 1)」。第三に「多数の 人々の慣行、習わしの結果生ずる法 (ius quod resultat ex usu et moribus plurimum personarum)」「たとえば、D.1. 3. 32. 1 の法律 (lex) と同じものとして護持される *inveritata consuetudo*」D.1. 3. 33 の *diuturna consuetudo*。前二者は事実 (factum) であって証明を要する。本文で定義が問題になっているのは、第三の法としてのコンスエトゥードで、「慣習法 (ius con-

suetudinarius) である。しかし、本項では、以上の多様な意義を踏まえて、コンステトゥードーと片仮名表記する。

(3) 拙稿「Azonis Summa in C.8. 52」本誌三八巻五・六号(一九八八年)一三二六頁参照。

(4) ヤーコプス・デ・アレーナの定義は、「コンステトゥードーとは、民族全体あるいはその過半の部分の習いや慣行によって正しく始められ、維持された法であつて、法律としての効力をもつものである (Consuetudo est ius moribus et usibus totius populi, vel maioris partis recte initiatum et continuatum, habens legis auctoritatem)」というものである。なお、ULLMANN, loc. cit. not. 4で引用された文章では、*ius non scriptum moribus*となつてゐるが、ヤーコプス・デ・アレーナのアソー批判を考慮すれば、*non scriptum*は何かの間違ひであろう。なお、この定義に対するバルトルスの批判は、「民族の全体あるいはその過半の部分」という点に向けられている。すなわち、それだけでなく、「もろもろの教会の決定もコンステトゥードーを導入する (etiam capitula ecclesiarum inducunt consuetudinem)」からである (BARTOLUS, loc. cit.)。注(2)の慣行としての *canonum statuta* とあわせて考えれば、バルトルスのコンステトゥードー論が教会を視野に入れてゐる点は、注目すべきであらう。

(5) バルトルスは、この定義を良しとする理由を次のように説明している。「このうち、『ある種の法』という言葉が置かれてゐるのは、すでに述べたように、事実には属するコンステトゥードーとの違いを示すためである。『習いによつて設けられた』が置かれてゐるのは、法の他の諸部分、明示の同意から出て来る部分との違いを示すためである。『法律に代わるものと認められる』と置かれてゐるのは、個々人のコンステトゥードーから流れ出て来る法との違いを示すためである。なぜなら、これは法律に代るものとして遵守されないからである。なぜなら、ここにあるのは、すでに規律された、あるいは、それについて規律しようとしている法だからである。これに対して、われわれが論じてゐる法は、規律をする法である。したがつて、『法律に代わるものとして守られる』といわれるのである。『法律がない場合に』と置かれてゐるのは、法律によつて却けられたコンステトゥードーが通用しないということを示すためである。なぜなら、コンステトゥードーは、あるいは、法律によつて決められてゐない事案にあり、この場合には、法律がない。あるいは、法律によつて決められてゐる事案にある。この場合に、法律がコンステトゥードーを妨げないのであれば、コンステトゥードーが通用する。この場合にも『法律がない』ということとは不適切である。なぜなら、法律がコンステトゥードーにより、一般的または特殊的に廃棄されてゐるからである。あるいは、法律がコンステトゥードーを妨げる場合がある。この場合には、法律はないのではなく、また、コンステトゥー

ナーは通用した (in qua verba ista, ius quoddam, ponuntur ad differentiam eius consuetudinis quae est facti, ut dixi. Moribus institutum, ponitur ad differentiam altarum partium iuris, quae veniunt ex expresso consensu. Quod pro lege suscipitur, ponitur ad differentiam eius iuris, quod descendit a consuetudine unius singularis personae. Illud enim non servatur pro lege. Est enim ibi ius dispositum, seu circa quod disponatur. Sed istud ius, de quo loquimur, est ius dispositum: ideo dicitur, servatur pro lege. Cum deficit lex, hoc ponitur ut ostendat non valere consuetudinem a lege reprobata. Nam aut consuetudo est in casu a lege non deciso: et tunc deficit lex. Aut a lege deciso: et tunc si quidem lex non resistit consuetudini, valet consuetudo: et tunc improprie dicitur quod deficiat: quia per consuetudinem derogatur vel generaliter vel specialiter. Aut lex resistit consuetudini: et tunc lex non deficit, nec consuetudo.) (loc. cit.)⁹ ius と 1) の コンスエトゥーデーは 規程あるものは処分の客体としての意味、すなわち「権利」の規律の主体たる法を、バルトルスが区別していることには、留意すべきである。

- (9) Loc. cit. n. 7. バルトルスは、続巻の「ケル」の「ユル」ヤーコンス・キ・ラヴァニス (Jacobus de Ravanis—1296) は「理解している」C.1. 14. 1 及び C.8. 52. 2 (Et hoc tenet Iac. de Raven. C. e. 1. j et quae sit longa consuetudo. 1. ii) と述べている。バルトルスがラヴァニスの何を参照したかは、残念ながら筆者の知るところではないが、バルトルス・デ・スラ・ペルティカの名で出されたが実際にはラヴァニスの作とされる⁹ Petri de Bella Perthica Lectura insignis super Prima parte Codicis, Paris 1519 (JACOBUS DE RAVANIS, Lectura super Codice, Bologna 1967: Opera iuridica ratoria. I) の引用法文の注解には「この問題は、触れられていない。他方」C.8. 52. 1 末尾のこれに言及している。慣習法を導入するためには少なくとも一度の判決が必要とされるというアプリーの主張 (拙稿本誌三八巻五・五号—三二六頁参照) をめぐる議論におおつてである。L. WAELKENS, La théorie de la coutume chez JACQUES DE RÉVIGNY, Leiden 1984 が校訂した「Repetitio ad D.1.3.32 及び」継起性 (successium) がコンスエトゥーデーと条例 (statutum) とを分つものかを問題にしている (op. cit. p. 485 et s.)。そこで「一回の行為であってもそれが「将来における法であるもの」についての明示の国民の同意 (consensus populi) であれば、条例となり、その行為から黙示的に国民の同意が認められる場合には、一定期間経過の後、コンスエトゥーデーとなると述べられている (op. cit. p. 485 et s. 214)」。したがって「ラヴァニスでは、成文・不文の問題と明示・黙示の問題とが直接に対比されていない。

(7) 拙稿本誌四〇卷三号八一六頁注(89) 参照。usus feudorum を consuetudo in scriptis redacta とバルトルスが見ているのは、それほど単純なところではないかも知れない。なぜなら、usus feudorum は「新勅法(Authenticum)の第一〇部(decima collatio)」として、皇帝の法(ius imperatoris)としたが、法律(lex)と見る見方も多かったからである(cf. WABELKENS, op. cit., p.176 et s.). プローの師ヨハネス・バツスィアブヌス(Johannes Bassianus—1190頃)の作と伝えられ(cf. K. F. EICHHORN, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Göttingen 1844, §278 Fn.o)が、実際には、アプノの弟子のアックルスィウス(1182—1260頃)の手が加わっている(cf. F. C. von SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Heidelberg 1834, III, p.524 Fn. c; E. M. MEIJERS, Les glossateurs et le droit féodal, Etudes d'histoire du droit, III, Leyde 1959, p. 263) Summa authenticarumには、次の文章がある。「この最後の箇所は、(有用と思われたので)フリードリッヒ(一世)およびハインリッヒ(六世)の新法律、および、封に関して文書に編纂されたコンスエトゥードーであつて法律として承認されたものを、法律として一まとめにし、適当な章立ての下に配列することが良しとされた……これが第一〇部または第一〇編と称されるとしても、理由がなにごとではないだろう(Vrimum autem loco quia utile visum est) leges novas Federici et Henrici et consuetudines in scriptis redactas circa feuda legitime approbatas, placuit legitime copulari et sub idoneis titulis collocari ……: quae decima collatio sive compilatio non irationaliter nuncupari」と。この「文書に編纂されたコンスエトゥードー」という表現が認められ、しかも、それが「法律として承認された (legitime approbati)」となつてゐる。——ちなみに、legitime approbati は、「適法に承認された」と読むのがむしろ良いかも知れないが、次の legitime copulari は、「適法に一まとめにする」とは読めないと思われるので、上記のように訳したが、取えていえば、「皇帝が裁可した法律として」、あるいは「皇帝が裁可した法律と同じものとして」という意味で解した。ここでは、「誰が編纂するのか」、legitime approbati とはいつたい具体的にどのような事態を指すかが明らかではない。ところで、バルトルスは、コンスエトゥードーの証明方法に関連して、次のように書いている。

「第一に、コンスエトゥードーが文書に編纂されている場合がある。さらに、これが上位者あるいは国民の権威により行われる場合がある。たとえば、封建慣行や首都ローマ・キーウィタースやミラノ・キーウィタースのコンスエトゥードーにおけるがごとく。そして、この場合には、それは、文書の開示によつて証明される。他の成文法におけると同様に。また、コンスエトゥードーが博士によつて編纂されている場合がある (Quandoque primo consuetudo est redacta in scriptis: quod

contingit quandoque ex auctoritate superioris vel populi, ut in usibus feudorum et consuetudine civitatis urbis Romae & civitatis Mediolani: & tunc probatur per libri apertionem: sicut in alio iure scripto. Quandoque redigitur in scriptis a doctore.)」(BARTOLUS, loc. cit. n. 21; ULLMANN, op. cit., p. 279) 次注で見るように、アゾーはコンステウードーによる法律の解釈について、博士による編纂を考えていた。しかし、法律と同等の効力をもつコンステウードーの編纂については論じていない。これに対して、バルトルスは、上位者ないし国民 (*populus*) の権威に基づく編纂と、学者による編纂とを区分し、さらに後者について、「公的な権威 (*publica auctoritas*)」によってその職務を行うことを決められた博士とそうでない者とを区分している。バルトルスにおける洗練 (*Ausdifferenzierung*) は注目すべきであるが、その他に、「ここでは、やはり、」上位者ないし国民の権威に基づき編纂されたコンステウードーという考え方は重要であると思われる。こういったものと、法律あるいは条例 (*statutum*) とはいったいどう異なるのか。おそらくは、立法者の違い、つまり皇帝などの立法権者・機関と国民 (*populus*)、および、明示の同意か黙示の同意かの違いであろう。絶対的な権力がなく、諸権力が対立している状況にとって、「文書に編纂されたコンステウードー」の方が皇帝の法律といったものよりも、統合にとってより実効性のあるアイデアだったのではなからうか。

なお、封建慣行 (*usus feudorum*) については、埴浩「封建法書」『中世法制史料選II中世』(創文社 一九七八年) 一二四頁以下参照。

(8) 拙稿「Azois Summa in C.I. 14 (I)」本誌三九卷五・六号(一九八九年) 一九二四頁、本誌四〇卷三号(一九九〇年) 一六頁注(89) 参照。

(9) 本誌三九卷五・六号(一九八九年) 一九二四頁参照。なお、前稿では「redigereを「記録する」と訳したが、「短かくまとめる」意味ももたせて「編纂する」と改訳する。Vocabularium iurisprudentiae romanae, Tom. 5, Berlin 1939, col. 46 ff.によれば、この意味に最も近いダイゲスタの用例は「D.I. 2. 2. 41」これらの者たちの後で、プープリウスの子で大法官のクイントゥス・ムキウスが最初の『市民法 (*ius civile*)』を類別して「一八巻にまとめて (*in libros decem et octo redigendo*)」著わした」であろう。これに対して、D. I. 3. 35は、「のみならず、この法は、大きな効力をもつと考えられる。文書に納めること (*scripto comprehendere*) を要しないほどに明証であるからである」となっており、これは、中世であれば、redigereとなったのではないかと思われる。また、注(11)で見るカエサル法典編纂についても、スエトニウ

ス『ローマ皇帝伝』第一巻四四では、「市民法を一定範囲まで縮小」(ad certum modum redigere)「拡散した膨大な量の法律から、最適かつ必要な量を、できるだけ少数の巻本に編集する (in paucissimos libros conferre)」と書かれている。総じて、redigere は「または ad プラス対格の形で用いられることが多く、in プラス奪格はほとんど見られないように思われる。なお、スエトニウスについては、資料として、Loeb Classical Library を、訳語については、国原吉之助訳『岩波文庫 一九八六年』を参照した。また、カエサルを法典編纂につづけては、F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 71 参照。

(10)「グラテティアヌス教令集」については、淵倫彦「グラテティアヌス教令集」前掲(注7)『西洋法制史料選II 中世』三二一頁参照。なお、「グラテティアヌス教令集」の批判的校訂作業については、S. KUTTNER, *Research on Gratian: Acta and agenda*, Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law, Città del Vaticano 1988, p. 21 et s. 参照。

(11) Dict. post. D.1 c.5 (後掲) 参照。なぜグラテティアヌスが redigere という語を使ったかは、現在の筆者にはわからない。一つの可能性として、Isidorus, *Eymologiarum sive originum libri xx*, V. 1 が考えられる。すなわち、そこでは「他方、法律を書物に編纂することは、最初に、コンスルのポンペイウスが始めようとしたが、敵対者たちの懸念のために、うまくいかなかった。ついで、カエサルがこれを行い始めたが、完成前に殺された(Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituire voluit, sed non perseveravit obtricatorum metu. Deinde Caesar coepit (id) facere, sed ante interfectus est)」と書かれている。グラテティアヌスがイスイドールズに大きく依存していることを考慮すれば、可能性としては十分あると思われる。しかし、いずれにせよ、グラテティアヌスの同時代の史料の検討を抜きに論ぜられる事柄ではない。なお、イスイドールズは、W. M. LINDSEY が校訂した、Oxford University Press 版(初版一九一一年)を用いた。

(12)この点については、さしあたり、S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm 1960, p. 296 et s. ただし、ガグネアは、consuetudo in scriptis redacta という概念がどのようになら広がっていったかということを細かく追求しているわけではない。なお、ガグネアの前掲著書については、和田卓朗「中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法史研究序説(平和・ポリツァイ・憲法)(五・完)」本誌三七巻三号(一九八七年)二九九頁以下、三二一八頁注(12)

参照。

(13) グラーツィアーヌス教令集とイスイドールス「語源論」との違いは、最後の文章にある。すなわち、後者では、「法律もラティオが推奨すべきものであるので (*quando et legem ratio commendat*)」となっている。 *quando* という読み方は、グラーツィアーヌス教令集の異文にはあり、また、意味的には *quando* であれ、*quoniam* であれ、それほど差はないと思われる。 *commendare* が直接法か接続法かの違いは、後者では要請がより明確に出ているという点にある。とはいえ、グラーツィアーヌスにおいても、ラティオに基づかない法律はありえないことは、以下で見る通りである。なお、字句の違いを厳密に論ずることは、現在のテクストの状況を考えると、それほど意味のあることかどうか、そもそも問題だということは、留意しておくべきであらう。

(14) 表題は「法、法律、習わし」〔慣習法〕は相互にどのように違うか (*Quid differunt inter se ius, leges et mores*)」である。

(15) *mos, mores* は「*consuetudo* 以上に多義的であり、「慣習法」、「事実たる慣習」、「道徳」、等々といった意味があるが、筆者なりの解釈を〔 〕で補っておくことにする。

(16) このうち、*Ius generale* から *moribus constat* までは「グラーツィアーヌス教令集」の D.1. c. 2' *Lex est constitutio scripta*、D.1. c. 3' *Mos autem* から *tantumdem*、*D.1. c. 4' *Consuetudo autem* から *in communi est usu* *D.1. c. 5' である。

(17) フリードベルクによって、同じく指示されている「語源論」二巻一〇章も次のように述べている。「衡平〔具体的正〕を教示するものは二つであり、法律であったり、習わし〔慣習法〕であったりする。ところで、法律と習わし〔慣習法〕の違いは、法律が書かれたものであり、他方習わし〔慣習法〕は古きによって証明されたコンスエトゥードであり、あるいは書かれていない法律である (*Instituto aequitatis duplex est, nunc in legibus, nunc in moribus. Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, mos vero est venustate probata consuetudo, sive lex non scripta.*)」その後、*Nam lex a legendo vocata, ……以下五卷三章と同じであり、問題の nec differt scriptura an ratione constat* もある。この文脈で読めば「*consistat*」の主語は「*Instituto aequitatis*」と受け取るのが自然であろう。

(18) たとえば、*Cicero, De inventione, II. 17 et 5.*「次に考察するべきは、争いがラティオにあるか文書にあるかである。

なぜなら、文書の争いは、書くという類から生ずるものである。……他方、ラティオーがある（機能する）のは、全問題が書くことにはなく、なんらか論証することにある場合である（*Deinde considerandum est, in ratione an in scripto sit controversia. Nam scripti controversia est ea quae ex scriptonis genere nascitur. ……Ratio est autem, cum omnis quaestio non in scriptone, sed in aliqua argumentatione consistit.*）。この問題については、石川真人「法曹法の歴史の基礎づけ」本誌四一巻三号（一九九一年）一〇六五頁参照。なお、キヤロのテクストは、Loeb Classical Libraryを用いた。

(19) 「語源論」二巻五章「statusと弁論家たちにおいていわれているのは、そこに争い(cause)がある事柄、すなわち、争点(constitutio)のことである。ところで、ギリシア人たちは、この争点のことを、争い(contentio)としようことから *stasin* といっている。他方、ラテン人たちが *status* というのは、相手方の主張(propositio)を却けるための闘い(pugna)ということからだけでなく、そこに両当事者がいるということからである。なほに、請求(intentio)と防禦(depulsio)からも、この語は出て来る。ところで、争点(status causarum)は二つある。すなわち、ラティオーナリスとレガリスである。ラティオーナリスな争点からは、推測(coniectura)／定義(finis)／性質(qualitas)／却下(translatio)が出て来る。定義からは、判定に関する(iudicialis)ものと行為に関する(negotialis)ものが出て来る。判定に関するものからは、完結的な(absolutus)ものと要補充的な(adsumptivus)ものが出て来る。要補充的なものからは、免責(赦免)(concessio)／訴追の遠却(remotio criminis)／訴追の返却(relatio criminis)／相殺(compensatio)が出て来る。免責からは、雪冤(purgatio)と恩赦請求(deprecatio)が出て来る。推測の争点(coniecturalis status)があるのは、一方が提示する事実を他方が全否定する場合である。定義の争点があるのは、提示されていることがこれであることは争われていないが、それが何であるかが複数の定義(の争点)を付して説明される場合である。性質(の争点)があるのは、事柄がいかなる性質かが問題になる限りである。そして、行為(negotium)の本姓(vis)および類(genus)について争いがなされるので、類に関する(generalis)争点とも呼ばれる。却下(の争点)があるのは、訴えるべき者が訴えていない、あるいは、訴えるべき審判人のもとに訴えていない、訴えるべき時、法律、犯罪、罰によって訴えていないと見られる場合である。却下の争点(translativa constitutio)というのは、訴権が却下および変更(commutatio)を必要とすると認められるからである。判定に関する争点とは、妥当なもの(aequum)や正しいもの(rectum)の性質と報償(praemia)あるいは罰金の計

算 (*poenae ratio*) が問題になるものである。行為に関する争点とは、国の習わし (*civilis mos*) および衡平 (*aequitas*) から見て何が法に適うか (*quid iuris sit*) が考察されるものである。要補充的な争点とは、それだけからでは弁護 (*recusatio*) のために何も堅固なものを与えない (が、しかし外側から何か防禦となるものを受け取る) ものである。免責 (の争点) があるのは、被告が行ったことに對しては防禦しないが、しかし、赦してくれるようにと嘆願する場合である。これが改悛している者にふさわしいというのは、すでに説明した。訴追の遠却 (の争点) があるのは、訴追を受けた被告がそれを自己および自己の過失、暴力、権力から他人へと転嫁しようと企てる場合である。訴追の返却 (の争点) があるのは、ある者が先に仕掛けてきたので行ったのは適法だ (*iure*) と主張される場合である。對比 (相殺) (*comparatio*) (の争点) があるのは、被告のもう一つ別の有徳 (*honestus*) ないしは有益 (*utilis*) な行為が比べられ (*contendere*)、この行為を行うために訴追されている行為が行われたのだと主張される場合である。雪冤 (の争点) があるのは、行為があったことはたしかに認められるが、しかし落度 (*culpa*) が阻却される (*removere*) 場合である。これには、三つの部分 (*pars*) がある。すなわち、不知 (*imprudencia*)、偶発事故 (*casus*)、緊急状態 (*necessitas*) である。恩赦 (の争点) があるのは、罪を犯したこと、承知のうえで (*consultu*) 罪を犯したことを告白しているが、しかし、赦してくれるようにと嘆願する場合である。この種ことは、本當に滅多に起こりえないことである。同様にレガリスな争点 (*legalis status*) からは、以下のことが出て来る。すなわち、文言 (*scriptum*) と趣旨 (*voluntas*)、相反する法律 (*leges contrariae*)、あいまいな (*ambiguitas*)、推論 (*collectio sive ratiocinatio*) および法律の定義 (*definitio legalis*) である。文言と趣旨 (の争点) があるのは、文言 (*verba*) それ自体が筆者の趣旨 (*sententia*) と一致しないと見える場合である。相反する法律の争点があるのは、二以上の法律が相互に矛盾することが認められる場合である。あいまいさ (の争点) があるのは、書かれたものが二以上の事柄を意味すると思われる場合である。推論 (の争点) があるのは、書かれていることから、書かれていない別のことも発見される場合である。法律の定義 (の争点) があるのは、定義の争点 (*definitiva constitutio*) と同様に、本性 (*vis*) がどこにあると定められたかが問題となる場合である。」

ここから、ラティオーナーリスが書かれていないものについて争われ、レガリスが書かれたものについて争われるということは明らかであろう。さらに、ラティオーナーリスな争点のうちで、行為に関する争点で、「国の習わしおよび衡平から見て何が法に適うか (*quid iuris sit ex more civili et aequitate*)」ということが問題となるが、ここで「法律から見て

(ex lege)がないということも注目すべきであろう。なお、以上のラティオナーリスとレガリスの問題についても、石川前掲注(18)論文本誌四一卷三号一〇六五頁は、参考になる。

(20) テルトゥリアヌスについては、小菅芳太郎「テルトゥリアヌスの法学(覚書)」本誌四〇巻五・六号(一九九〇年)一六六五頁以下参照。De corona におけるコンスエトゥドー論については、J. GAUDEMET, *Coutume et raison en droit romain. A propos de C. J. 8. 52. 2. RHD17(1938), Etudes de droit romain I, 1979, p. 31 et s.*が論じており、この点もこれに依拠した。なお、テクストは「Corpus Christianorum Series Latina を用い、ユナムが用いた Corpus scriptorum latinorum paravianum は見ていない。章節は前者による。」

(21) De corona, I, 1-3 「1. 最近起こったことである。この上なく卓越せる皇帝たちの下賜金が宿宮において取り行われ、花冠を着けた兵士たちがそこを訪れていた。そこに招かれている者の中に、むしろ神の兵士ともいうべき、他の兄弟たちよりも信仰心の堅い者があり、自分は二人の主人に仕えることができないと前からわかっていた(マタイ六・二四)ので、ただ一人頭に何も着けず、無用な花冠を手にもつていた。すでにその紀律(disciplina)だけからでもキリスト教徒であることが告知した彼は、輝いていた。2. ついに、指差す者たちが出、外から嘲笑いがあり、中から軋みが生じてきた。つぶやきは止まず、大隊長(tribunus)の下にへ名前が告げられ、本人も連れだされる、早くも大隊長は列を離れて、近づいてきた、ただちに大隊長は問う。『かくも異なる装いをしているのは、何ゆえか』と。大隊長は、他の者たちと同様にこの者にも許されないと主張した。理由を求められた兵士は、『我はキリスト教徒なり』と答えた。おお、神において栄光ある兵士よ。それから評決がなされ、事件は訴訟審理(acta)に、被告は軍団長(praefectus)の下へ引き渡された。3. この兵士は、まず軽くなるうとして、この上なく重いマントを置き、この上なく堅く思うようにならない衛兵靴を足から脱いで、聖なる土地の上に立ち始めて〔出エジプト三・五〕、主の防禦のために必要ではない剣を返し〔マタイ二六・五二〕、花冠を手からも落した。そして今や、自らの血の希望で赤く染まり、福音を迎える覚悟を腹物とし、剣よりも鋭い神の御言葉を腰に帯び(ヘブル書四・一二)、使徒の教えに従って全身を武装した(エペソ六・一四―一六)この兵士は、これによって、殉教という純白の花冠によってより立派に頭を飾らるべき者として牢獄でキリストの贈物を待っているのである。』

De corona は、モンタノス派に転じて以降の著作であるが、正統に属していた時にも、花冠の着用に反対していたことは、「護教論(Apologeticus)」四二章六節が示す通りである。鈴木一郎訳「キリスト教教父著作集14」(教文館 一九八七年)九

九頁参照。なお、De corona については、H. KELLNER の独訳 (Bibliothek der Kirchenväter) を参照した。

(22) De corona, I. 4-6 「4.その後、この兵士についてさまざまな評価 (sententiae) がある——これらがキリスト教徒のものかどうか私は知らない、なぜなら異教徒のものでも異ならないからである——たとえば、唐突だとか、向こう見ずだとか、死を恋い焦がれているとかいうもので、それは、この兵士が装いについて問われたのに「キリスト教徒の」名を争いに巻き込んだ (nomini negotium fecerit)」というのだ。もちろん、その実は、すべての足弟・戦友たちの中でこの兵士だけがただ一人勇ましく、キリスト教徒であるのだ。少なくともはつきりといえるのは、殉教にさえも異議を唱えようと考える者は、同じ聖霊の予言を投げ捨ててしまったから、そんなことができるのだ、ということである。5.要するに、彼らは、自分たちにとつてかくも良き長き平和が危くされると文句をいっているのだ。私も疑いはしない、聖書によれば、移住し、重荷を投げ出し、都市から都市への逃亡の支度をした人々〔マタイ一〇・二三〕があることを、実際、彼らが気に留めているのは、福音のこの記録だけなのだ。私は知った、彼らの牧者たちが平和の時にあつては獅子で、戦いの時にあつては鹿であること。しかし、信仰告白の問題については、他所で説くことにしよう。6.だが、ここでは、彼らが出す異論に、「ところでわれわれはどこで花冠を着けることを禁ぜられているのか」というものもあるのだ、むしろ、本事案の解決の支えとなる典拠 (localis substantia) いかんというこの問題に取りかかることにしよう。無知の不安から訊ねる者たちも教えを受けられ、罪 (delictum) を弁護しようと争う者たちも論駁されるように。この後者の者たち自身、あるいはたいいていの場合花冠を着けたキリスト教徒であり、彼らにとつては「問題である」とうことだけが慰めとなるのである。なぜなら、疑問の余地あるものは、罪ではない、あるいは、少なくとも罪かどうかは不確かだと受け取られる可能性があるからである。以下では、罪でないということもなく、罪かどうか不確かなものもないことを示すことにする。」

(23) De corona, II - IV, 1.私はいはう、信者のだれも花冠を頭に着けることを知らなかった、この種の試み〔踏み絵〕(temptatio) の時以外には」と。すべての信者はこのように遵守して (observare) いた、洗礼志願者の時から、信仰告白者や殉教者、あるいは背教者になるまで。あなたは考えるかも知れない、この習わし (mos) の権威 (auctoritas) はどこから来るのか、と。この権威の問題は大いに問われているものである。ところで、あることが何ゆえに遵守されているのかと問われている時には、それが遵守されていることは確かである。したがって、罪ではないとも、罪かどうか不確かだとも考えることはできない。この行為は、遵守項目 (observatio) を、その名称だけからでも護らる (vindicare) べきものであり、

同意 (consensus) という保護者によって十分に保証されているものに対して犯されているのであるから。2. 自明のことながら、ラテイオーを問うことはできる、遵守項目に反しないで、その破壊のためでなく、むしろその建設のために。あなたがラテイオーについてさえも確信をもって、それだけ一層よく遵守するようになるために、しかし、いかがなものか、ある人が遵守項目を問題にしている時には、すでにそれから逸脱していたというのであれば。さらに、遵守項目はどこから得たものだったのかと問う時には、すでにその遵守を止めていたのだとすれば。この時、問題を呼び起こすものだとということを見せたいと思うのが、遵守項目をないがしろにしても自分は罪を犯したのではないのだということを示すためであるとしても、それにもかかわらず、彼が罪を犯したことは明らかだといふべきである。以前には遵守項目をわかつていたのだから。3. なぜなら、今日花冠を着けることで罪を犯さなかったのだとしたら、かつては花冠を拒否することで罪を犯したからである。したがって、この論究が対象としたいと思う読者は、問題を出す資格のない人々ではなく、問題を出すのが教えを求めてではなく、相談のためである人々である。なぜなら、教えを求めて問題が出されるとは限らず、また、私は信仰 (fides) を称える、すなわち、遵守すべきことを、教えを受ける前に信じた信仰を称えるからである。

4. 手つ取り早いのは、ただちに、われわれが花冠を着けないようにとはどこに書かれているかと、問うことである。しかし、われわれが花冠を着けるべしとは一体どこに書かれているのか。なぜなら、反対の側に聖書の擲り所 (scripturae patrocium) を示せと要求する者たちは、自己の側にも聖書の擲り所があるのでなければということ、先に判断している (praeducare) からである。というのも、花冠を着けることは許される、聖書が禁止していないのだからと主張すれば、同じく、花冠を着けることは許されない、聖書はそうしろと命じていないのだからと反駁されることになるからである。教え (disciplina) は何をなすべきか、どちらも受け入れるべきか、どちらも禁止されていないという理由を挙げて。それとも、どちらも却けるべきか、どちらも命じられていないという理由を挙げて。『しかし、禁止されていないことは、自ずから許されている』という。否、しかし、自ずから許されていないことは、禁止されているのである。Ⅲ. 1. われわれは、いつまでもこの線に沿って鋸を挽けばよいのか、われわれは、古くから変わらぬ遵守項目をもち、それが先んずることで確固たる状態 (status) となったというのに。この遵守項目を聖書が決していなかったとしても、たしかにコンスエトゥードーが強固にした (corroborare) 1. これは疑いもなく使徒伝承に発したものである。なぜなら、あるものはどうやって広く用いられるということが可能であろうか、先に伝承されていないとしたら。あなたは、使徒伝承を引き合いに出す場合でも書かれた権

威 (*auctoritas scripta*) が求められるべきだ』と。2.したがって、われわれも問うことにしよう、使徒伝承も書かれていなければ受け入れてはならないのか、と。当然のことながら、われわれは、受け入れらるべきことを否認する、他の遵守項目の範例 (*exempla*) が先例となら (*praedificare*) なければ、すなわち、聖書の証拠なしに、使徒伝承だけを論拠とし、ついでコンスエトゥードーを保護者 (*patrocinium*) としてわれわれが護つてゐる遵守項目の先例がなければ。かくして、たとえば、洗礼から始めるなら、われわれは水の中に入ろうとする時に、それと同時に、さらには、それより先のある時に教会で司教の手の下で、われわれが悪魔とその行列およびその天使から手を切ると証言する。3.その後、われわれは三度水に浸かり、その際、主が福音で定め一以上のことを答える〔誓う〕〔マタイ二八・一九〕。それから、洗礼を受けたわれわれは、ミルクと蜂蜜の混ぜ物を食べ (一コリ三・二他)、そしてその日から一週間通して日々の入浴を控える。聖体の秘蹟は、〔最後の晩餐の〕食事の時に、主が皆に委ねたものだが、夜明け前の集会でも、監督者 (*praesidens*) 以外のだれの手からも、われわれは受け取らない。死者のための犠牲も、毎年誕生日を記念日として行う。4.主の日に断食をしたり、あるいは、膝まづいて祈ることは、不正なこととわれわれは考へる。同じ特免を、われわれは、過ぎ越しの祭り (*Pascha*) の日からペンテコステまで享受する。われわれ自身のものであつても杯の中味やパンが少しでも地面に落とされることはないかと、われわれは心配する。どんな一歩の前進のためにも、どんな出入りのためにも、着服や靴を履くためにも、洗ひ、食べ、火を点け、床に就き、椅子に座るためにも、その他どんな関わり (*conversatio*) がわれわれを動かす場合であつても、われわれは小さい印〔十字〕を額に描く。

IV. 1.これらの教え、およびこの種の他の教えの法律 (*lex*)、聖書の定め (*scriptura*) をあなたが求めても、いかなる法律も得られない。あなたに提示されるのは、創始する (*auctrix*) 使徒伝承と、強固にする (*confirmatrix*) コンスエトゥードーと、遵守する (*obseratrix*) 信仰であらう。使徒伝承とコンスエトゥードーと信仰との保護者となるべきラティオーは、あるいは、あなた自身が悟り、あるいは、悟つた他の人から学ぶだらう、それまでの間は、あなたは、進んで従わなければならないラティオーがないと考へてはならない。』

蛇足ながら、ここでのテルトゥリアーヌスの解釈方法論について一言述べるならば、カトリックの方法が、「聖書で禁止されていふことは許される」と解釈することで、聖書の規定がないことを有意味に捉えるのに対して、テルトゥリアーヌスは、そこにいわば「法律の欠缺」を認める。こういったテルトゥリアーヌスの解釈方法には、「キリストの範例 (*Christi*

exempla) 自体も一つの歴史段階に位置づけ」(小菅前掲論文本誌四〇巻五・六号一六六頁)、「旧約での神の行為範例やキリストのそれをも一個の歴史段階の中に相対化」(同一六八九頁)する歴史神学が基礎にあるが、これに「組込まれた」法廷弁論術の方法(諸事情の吟味による事案区別)「(小菅同所)も考慮すべきであろう。けだし、法律の規定する事案を区別し、限定的に解することによって「法律の欠缺」は可能になるからである。

(24) 前注参照。De corona IV, 2-4「2.私は、これにもう一つの範例を加える、古い事柄からも説くのが適切だというのである限りで。ユダヤ人においては、彼らの妻たちにとって、頭の被衣(velamen)は伝来のもの(sollennis)であって、それからユダヤ人の妻だと認識されるほどである。私は律法(lex)を問う。使徒のことは「一コリ一・五」置いておく。レベツカがあなたから婚約者を認めた時に、被衣を始めた〔創世記二四・六四、六五〕が、私的な羞恥心(privatus pudor)は律法(lex)を作ることはできなかった。さらに、彼女の事案に関していえば(ur causae suae fecerit)被衣で覆われているのは乙女だけであり、その上この場合でも、婚姻に来訪しつつある乙女は、婚約者を認める前は覆われていないのである。3.法廷に現われたスザンナ〔スザ三〕も被衣を着けることの論拠を提供するが、私はいうことができる、ここでも被衣は任意であった。彼女は被告として来ていたのであって、自己の不名誉(infantia)から顔を赤らめており、その美しさを隠すのも当然であり、あるいは、すぐに気に入られることを怖れるがゆえに。ちなみに、夫の果樹園を散歩した時は、被衣を着けていなかったと考えるよいであろう、「二人の長老に」気に入られたのだから。今なら彼女はいつも被衣を着けていただろう。彼女自身においても、あるいは、他のどの婦人においても、この装い(habitus)の律法を私は問う。4.私が律法(lex)を求めてもどこにも得られないのであるから、したがって、使徒伝承がコンステウードーにこの習わし〔道德準則〕(mos)を与えていたということになり、この習わしは、ラティオーの解釈によりいずれば使徒の権威を得ることになろう。したがって、以上の範例から知らされることになるのは、書かれていない使徒伝承といえども、遵守項目として(in observatione)主張することができるということである。この使徒伝承は、コンステウードーによって強固なものとしたのである、コンステウードーは、遵守が持続した(perseverantia observationis)ことによって、今や証明された使徒伝承の適切な証人なのである。」

前注引用箇所およびここでのテルトゥリアヌスの論法の基礎には、lexあるいはscripturaがなく、traditioとconsuetudoによって遵守されている教え、紀律(disciplina)のexemplaがあれば、それが先例となす(praeiudicare)とす

考え方がある。厳密にいえば、法律実証主義に對する反駁をこれに矛盾する先例主義を原理として行なうものであって、反駁としては十分でないともいえる。しかし、法律実証主義だけでは説明できないということの証明としては成り立つであろう。もつとも、ローマの法文化、あるいはより一般的に、弁論において先例主義が共通の前提であるとすれば、テルトゥリアヌスの議論は説得力をもつ。ローマ法学とテルトゥリアヌスの *exempla* の取扱いについては、小菅前掲論文一六九〇頁注(7)〔特に末尾〕、一七〇九頁注(29)参照。なお、一六九七頁注(14)引用の、Kunkel, *Gesetzrecht und Gewohnheitsrecht in der römischen Republik* の *exempla* 論については芹沢悟「共和政期ローマの政治と法学」山本茂他編『西洋の歴史〔古代・中世編〕』(ミネルヴァ書房 一九八八年)一六七―九頁参照。さらに、ここでの引用でも認められる、事案(諸事情) (*causa*) 区別作業の意義については、小菅前掲論文、とりわけ、一六八〇頁、一七一―頁注(30)参照。

(25) De corona, IV, 5. ちなみに、この文章の理解を難しくしている主たる原因は、ラテイオーという語の多義性である。まず、*nec differt scriptura an ratione consistat* のラテイオーは、すでに見て来たように、文書 (*scriptura*) 以外のものを論拠とする推論 (*argumentatio*) と見てよいであろう。次の *quando et legem ratio commendat* のラテイオーは「単純に理由」(ここでは「立法理由 (*ratio legis*)」) と取るべきかと思われる。法律の制定または遵守を勧める時は、その「理由」をもち出すべきだ、ということになるうか。ちなみに、この意味でテルトゥリアヌスが用いていると思われるのは、II, 2. (注23参照) の「ラテイオーを問うことができる」という場合で、これは「遵守項目 (*observatio*) の理由」という意味かと思われる。Gaudemet, *op. cit.*, p. 42 の「ある準則の出現を説明する偶然的理由 (*la raison contingente qui explique l'apparition d'une règle*)」もこの意味と思われる。あるいは「より一般的に」*ius civile* の根拠という意味の *ius civile ratio* であるとも考えられる。この概念についても、Gaudemet, *op. cit.*, p. 46 参照。次の *si ratione lex constat* も同じ。したがって、ここまでは、法学あるいは修辞学を学んだ者にとっては、それほど抵抗感なく受け入れられるものと思われる。これに對して、*lex erit omne iam quod ratione constituerit* のラテイオーは、「理由」の根本、推論の出発点としての「原理」、より具体的には、「キリスト教の原理」と解釈すべきかと思われる。この用法は、IV, 4. (注24参照) の「ラテイオーの解釈により (ex interpretatione rationis)」にも認められる。これによつて、「法律はラテイオーに基づくものであるから、ラテイオーに基礎を置くものはすべてそれだけで、誰が作ろうとも、法律となる」という一見それほどの飛躍がないように見えて、実は大きな飛躍が行なわれたことになる。

Gaudemet, op. cit., p. 55 et s. は、この文章について、次のように解釈する。「したがって、この分析において、ラティオーこそコンステトゥードーの唯一必要不可欠の基礎 (seul fondement nécessaire) である、あるいは直接に、あるいは法律を媒介 (intermédiaire) として」と。ここから「De corona においては、テルトゥリアヌスは、この要求 [不合理な慣行にコンステトゥードーの名を拒絶する] にあるいは遠く離れたのかもしれない。しかし、De virgibus velandis は、ラティオーに反するコンステトゥードーの存在を認めている、それを後者の名で断罪しながら」(op. cit., p. 61) とも述べている。しかし、コンステトゥードーの唯一不可欠の基礎がラティオー(この場合は一般的に理性あるいは道理の意味と思われる)であり、したがって、ラティオーに反する慣行はコンステトゥードーとさえ呼べないというのは、後の時代の観念のもち込みであろう。少なくとも、コンステトゥードーがラティオーに基づかなければならないという議論は、テルトゥリアヌスにはないと思われる。De virgibus velandis (これについては、小菅前掲論文一六六七頁以下参照)でも、コンステトゥードーがラティオーと対比された箇所は一つもなく、真理 (veritas) と対比されているだけである (Gaudemet, op. cit., p. 56 et s. の引用もまたしかり)。ゴドゥメが論拠とする「使徒伝承とコンステトゥードーと信仰の保護者となるべきラティオー (rationem traditioni et consuetudini et fidei patrocinatram)」(VI. 1. 注²³ Gaudemet, op. cit., p. 55 n. 3, p. 61 n. 1) も、「それまでの間 (自分でラティオーを悟るか、教えてもらうまで) 進んで従わなければならないラティオーがないと考えてはならない」と続く以上、コンステトゥードーがあれば、そのラティオーが明白でなくとも、それがあると信じて従うべきだとなるのではないかと思われる。II. 3. この論究が対象としたと思う読者は、……問題を出すのが教えを求めてではなく、相談のためである人々である。なぜなら、……私は信仰を称える、すなわち、遵守すべきことを、教えを受ける前に信じた信仰を称えるからである」(注²³) からも、そう考えられる。

さらに、コンステトゥードーとラティオーの関係については、次の De corona, IV, 67 が重要と思われる。「6. さらに、正の判定についてだけでなく、試みるべき事柄のどんな評価についても、使徒はまた述べている、『あなた方が知らないことがあれば、神があなた方に示して下さるでしょう』と。使徒自身も助言を与えて助力することを常としていた、主の命令 (praeceptum) をもっていないなかった場合には。そして自らなにながしか定めた (edictare) ものであった。つまり、自身も神の霊を受けてすべての真理の案内人 (deductor omnis veritatis) であった。したがって、使徒の助言と定めは、それだけで神の命令と同類の重要性をもったが、それは、神のラティオーを保護者としたからである (de rationis divinae patrocinio)。

7. あなたは、いまや、この神のラテイオーを、使徒伝承への尊敬を怠ることなく、求めなければならぬ。どの伝承者によって評価されているとしても、また、創始者ではなく、権威に、それもコンスエトゥードー自体の権威に注目すべきである。コンスエトゥードーが尊重されるべきは、それがラテイオーの解釈者 (*rationis interpres*) に他ならないからで、したがって、この解釈者も神が与えたのだとすれば、そこでああなたが学ぶべきは、あなたにとつてコンスエトゥードーが遵守されるべきかどうかではなく、何ゆえ遵守されるべきかである。「この「コンスエトゥードーはラテイオーの解釈者」という表現から直ちに想起されるのは、「コンスエトゥードーは、法律の最良の解釈者 (*optima legum interpres*)」(パウルス D.I. 3. 37) である。両者の関連については、今後の課題であるが、少なくとも、「ラテイオーの解釈者」からは、コンスエトゥードーにはラテイオーがあるものとして、まず尊重せよ、その上でそれが何かコンスエトゥードーを手掛かりに探れ、ということが出て来るように思われる。IV. 4. 「私が律法を求めてもどこにも得られないのであるから、したがって、使徒伝承がコンスエトゥードーにこの習わし〔道徳準則〕を与えていたということになり、この習わしは、ラテイオーの解釈によりいずれば使徒の権威を得ることになろう」(注24)も、コンスエトゥードーの尊重からまず始まって、そこからラテイオーが明らかにするという意味に解されるべきであろう。なお、このようなコンスエトゥードー観は、アウグスティヌスのそれと通ずるものがあり(本誌三九巻一九一九頁参照)、さらには、アリストテレスの「通念 (*endoxa*)」につながると思われる。なお、たとえば、コンスエトゥードーを「教養ある人々の同意 (*consensus eruditorum*)」あるいは「良き人士の同意 (*consensus bonorum*)」と定義するクインティリアヌス (*Gaudemet, op. cit., p. 37*) は、後者と教父たちを媒介するものと見てよいであろう。(26) D.I. 3. 32. pr. 「書かれた法律をわれわれが用いない事案については、習わしとコンスエトゥードーによって導入されたものが尊重されるべし。この事件でこのものが欠ける場合には、それに最も近く首尾一貫するものが尊重されるべし。さらに、これも明らかならざる時は、首都ローマが用いる法が守らるべし。」

テルトゥリアヌスとユーリアヌス文の類似性については、小菅前掲論文一六八三頁注(2) およびそこで引用された論文参照。

(27) グラテティアヌスの人となりについては、淵倫彦「グラテティアヌス教令集における法源論の構造(1)」法協八九巻一〇号(一九七二年)一四〇〇頁以下参照。最近の研究については、Kutner, *op. cit.* (n. 10), p. 9 参照。なお、グラテティアヌスが「教令集」編纂にあたって素材としたものは、教父たちの文章そのものというよりも、その技粋であり、したがっ

て、そのコンテクストが無視される可能性がある（小菅前掲論文一七一四頁の「フィルタア」参照）。しかし、修辭学の素養さえあれば、問題文は的確に読めると思われるので、やはりあえて読み換えたと見るほうがよいと思われる。

(28) これらは、D. に集録された六〇一年のグレゴリウス一世のイングランド司教アウグスティヌスへの教勅に見られる。ここで、コンスエトゥードーとの関連で注目されるのは、乳飲み子を乳母に預けるのを「まがったコンスエトゥードー (Prava consuetudo)」と述べていること、および、月経を「月のコンスエトゥードー (consuetudo menstrua)」と呼んでいることである。前者は、「悪しきコンスエトゥードー (mala consuetudo)」(D. 8 c. 3) の問題に関連するが、ここでは、言及するだけに留める。問題は後者である。コンスエトゥードーの用語法として興味深い(注1のバルトルスの分類によれば、習性、それも動物のそれと同じと解されよう)だけでなく、法源論としても重大な問題を含んでいるように思われるからである。グラティアーヌスは、法律 (lex) とコンスエトゥードーの関係について次のように述べている (Dict. ante D. 4 c. 4)。

「法律が制定されるのは、それが発布される時であり、確固たるものにされる (firmari) のは、用いる人々の習わしによって承認される (approbati) 時である。なぜなら、用いる人々の反対向きの習わしによって、今日廃棄された法律もあるように、用いる人々の習わしによって法律それ自体も強固にされる (confirmari) からである。したがってかの教皇テレスポールのもの(これによって彼は定めた、聖職者一般は五旬節から肉と享楽を控えること、と)は、用いる人々の習わしによって承認されなかつたので、別様に振舞つた者たちを、違反の罪人として非難しない。」

この最後の言明は、グレゴリウス一世のものと同される(争いあり、D. 4 n. 24 参照) D. 4 c. 3 に基づく。ここでは、日曜日に俗人たちが宴を催し、常にもまして肉食するのに、聖職者がかかるコンスエトゥードーから引き離せない、「かかるコンスエトゥードーから断たれるなら、もっと悪いことが生じかねない」という理由で、日曜日の肉食、享楽は罰せられないと述べられている。テレスポールの教皇令 II 法律がコンスエトゥードーによって廃棄されるのである。これと同じ場合が、「月のコンスエトゥードー」という表現の前提になつていてのではないかと考えられる。つまり、旧約の律法 II 法律は、コンスエトゥードーによつて廃棄されるという意味が込められていると思われるのである。仮に、D. 4 c. 3 がグレゴリウス一世のものでないとしても、少なくとも、それ以前のディゲスタ編纂時には、desuetudo (不使用の慣習) による法律の廃棄 (D. 1. 3. 32. c.) という考え方が確固としていたと思われる。百歩譲つても、グラティアーヌス教令集を一体としてのテクストとして扱えば、その並び方からいって、以上のように読むのが、自然ではないかと思われる。

(29) *moralis intelligentia* については、一九九〇年秋の法制史学会研究会(一〇月一六日、九州大学)において、本稿の要旨を報告した筆者に対し、司会の労を取って下さった瀨倫彦氏より御教示を受けたが、十分理解できないままに終ってしまった。*intelligentia* には、理解する (*intelligere*) 主体の理解している状態、それを可能にする主体の理解力、知性、およびその理解によって主体がもつ觀念、觀念の意味がある(たとえば、*Georges, Ausführl. D.L. Hwb.* 等)。ここでは、最後の意味に解した。たとえば、出産後の女を例に取れば、不変の道徳は、神を畏敬すべし、ということであろう。これを觀念したものとして、「聖所に入るなかれ」を見ることが出来る。参照 *D.5 c. 4 in fin.* 「ところで、大いなる畏敬から (*ex veneratione magna*) 聖餐の秘儀を受けるべきでないということを前もってわかっていたら、その者は称讃されるべきである。しかし、それ受けたとしても、裁かるべきではない。良き知性 (*bona mens*) には、過ち (*culpa*) がないところにもその過ちを悟ることが出来るからである。すなわち、過ちに由来することがしばしば過ちなしに行われるからである。したがって、われわれは、空腹の時にも過ちなしで貧り食うが、空腹になるという性質がわれわれに備わったのは、第一の人の過ちからである。」

(30) 同前、Gagner, op. cit. (n. 12), p. 296.

(31) アウグスティヌス「洗礼論」三巻五・七章、坂口昂吉・金子晴勇訳『アウグスティヌス著作集8 ドナティスト駁論集』(教文館、一九八四年) 一一三—一三五頁参照。

(32) この点については、多くの論稿があるが、さしあたり、GAUDENIET, op. cit. (not. 20), p. 56 et s. 参照。

(33) D.9 冒頭で、グラーツィアーヌスは、「他方、制定法が自然法に譲ることは、さまざまな権威によって証しされる」と述べているが、それほど明確なわけではない。C.1は、皇帝の法律 (*leges imperatorum*) が神の真理 (*veritas Dei*) のために定められたのに、それに従おうとしない者は、罰を受け、神の意思 (*voluntas Dei*) に反したものに従おうとしない者は賞を受けるというもの(アウグスティヌス)。C.2は、皇帝は自己の法律に拘束されるべしとするもの(イスイドールス)。C.3は、私(アウグスティヌス)の著書に対しては、正典 (*scriptura canonica*) に対するがごとくに、隷従しようとしてはならないというもの(アウグスティヌス)。C.4は、私の作品には、非難できることがたくさんあるというもの(同)。C.5は、正典著作者 (*scriptores canonici*) が書くにあたって誤ったと考えようとしてはならないというもの(同)。C.6は、旧約聖書の信頼性はヘブライ語本によって吟味されるべきこと、新約はギリシャ語に規準を求める。C.7 聖書 (*scripturae sanctae*)

に捏造が認められるとしたなら、その權威はいかほどか維持されるであろうかというもの(同)。c.8は、聖書正典(*sancita scriptura canonica*)がその後の司教たちのすべての文書に優先されるべきというもの(同)。c.9は、神の証言(*divina testimonia*)に反して司教たちの文書から「いまかし(*calumniam*)を集めよう」としてはならないというもの(同)。c.10は、「いかにカトリックの称讃された人物であろうとも、その人の議論を正典(*scripturae canonicae*)と同様のものとして受け取ってはならない」というもの(同)。c.11は、健全なラティオーは、範例(*exempla*)に先行されるべきというもの(同)。以上を受けて、グラーツィアーヌスは次のように説明する(Dict. post D.9 c. 11)。「したがって、自然法によって命令されていることは、神がなされることを欲しているものに他ならず、禁止されているのは、神がなされることを禁止しているものに他ならないのであり、さらに、正典に見出されることは、神法(*leges divinae*)に見出されるものに他ならず、しかも、神法は自然に基礎を置くのであるから[D.1 c.1]、明らかに、神の意思あるいは正典に反すると証しされることは、何であれ、自然法にも反すると認められる。したがって、神の意思、あるいは正典、あるいは神法に後置されるべきと評価されるもの何に対しても、自然法が優先されるを要する。したがって、制定法は、教会のものであれ、世俗のものであれ、自然法に反すると証しされるならば、完全に閉め出されるべきである。」このように見て来れば、コンスエトゥードーの場合と比較して、制定法に優先すべき自然法の論証は、弱いといわなければならぬ。司教の文書に対する正典の優位は、自然法をもち出すまでもないことで、それだけに論証としてはこじつけと見えるのである。

(34) D.1では、イスイドールスに従って、制定法(c.3)、コンスエトゥードー(c.45)の順であり、D.6からD.16までの、自然法とコンスエトゥードーと制定法との関係に関連する部分においては、すべてコンスエトゥードーが先であるのに対して、教会の制定法に転ずるD.15では、*constitutio vel consuetudo*といわれている。

(35) 溯前掲論文「グラーツィアーヌス教令集における法源論の構造(2)」法協八九卷一二〇一〜一七〇七頁、小菅前掲論文本誌四〇卷一七一一頁注(30)参照。