

バルトルスとサヴィニーと司馬遼太郎 〔前編〕

岡 徹

Bartolus de Saxoferrato について、司馬遼太郎が書いている。

「紋章学というのは“法の最高の注解者”といわれたイタリアの法学者バルトルス（1314-57）の『紋章論』（1356年）が、原典だったそうである」⁽¹⁾

—

1. バルトルスは、ユマニズムから激しい攻撃を受けた。フランソワ・ラブレー（1483-1553⁽²⁾）の記述は、つぎのようである。

「アコルソ、バルドゥス、バルトールス、デ・カストロ、デ・イモラ、ヒッポリトゥス、パノルムス、ベルタキン、アレクサンデル、クルティウス、その他の御連中の愚にもつかぬ不条理な推論やら役にも立たぬ迷信やらを楯にとって、折角の事件を晦渋にしておしまいになるが、一体こういう御連中は、『法令彙集』の掟のことなどは些かも心得ず、法典の理解に欠くべからざることも一切弁えぬ、貢用のでぶちん贖にすぎず、思いあがった老いぼれの痴者どもだったのですぞ。』⁽³⁾ 訳者は、注において、「これらの学者たちには、ローマ法の精神及び時代背景の認識が欠けていたことは、既にギヨーム・ビュデのごとき人文学者によっても指摘されていた」⁽⁴⁾と書いている⁽⁵⁾。

2. 他方、20世紀において、注解学派を高く評価する動きがあった。それによれば、注解学派が広くヨーロッパに与えた影響は顕著な文化交流の例であり、北フランスのゴチック、イタリアの盛時ルネッサンス、イギリスの長編小説および古典的ドイツ器楽の普及に匹敵するというのである⁽⁶⁾。

3. MozartのLe nozze di Figaroにおける、RossiniのIl barbiere di SivigliaにおけるBartolo⁽⁷⁾がバルトルスであるとすれば、バルトルスは有名人であり続けていたのである。彼をどのように評価するかという問題が存在し続けている。

4. バルトルスは、オポチュニストだという見解が



バルトルス(1314-57)の肖像

ある⁽⁸⁾。

5. 11世紀から16世紀にかけて、ヨーロッパの法律学は、注釈学派→注解学派→ユマニズム学派と展開したと説明するのが普通である。バルトルスは⁽⁹⁾、注解学派に属する。注解学派は、後期注釈学派と呼ばれたり、助言学派と呼ばれたりなどもする⁽¹⁰⁾。

サヴィニー⁽¹¹⁾（Friedrich Carl von Savigny 1779-1861）は、Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter（『中世におけるローマ法の歴史』初版1815年-1831年・全6巻）⁽¹²⁾の第6巻（第53章）⁽¹³⁾においてバルトルスを取りあげた。以下に、サヴィニー⁽¹⁴⁾のこの研究に依拠して、まずバルトルスの生涯について、つぎにバルトルスの業績についての概略をみることにする⁽¹⁵⁾。

6. バルトルスの生涯について⁽¹⁶⁾

彼は、1314年⁽¹⁷⁾、ウルビーノ公国のサツフェラート Sassoferrato に生まれた。14歳のときにペルージャ Perugia⁽¹⁸⁾で法律学の勉強を始めた。先生はキヌス Cinus⁽¹⁹⁾である。1333年からボローニャに移ってブットリガリウス Buttrigarius⁽²⁰⁾、ライネリウス Rainerius⁽²¹⁾、オールドラドゥス Oldradus⁽²²⁾、バルヴィジオ Belvisio⁽²³⁾に学び、翌年に博士号を取得した。彼は、法律学のほかに、人生のどの時代においてであ



サヴィニー(1779-1861)の肖像

るかは定かでないが、多くの他の学問をした。たとえば、幾何学 Geometrie である。この場合、先生は Guido de Perusio²⁴⁾であった。さらには、ヘブライ語がそうである。1338年にボローニャで彼の先生のライネリウスの後継者として法律学の教授になる²⁵⁾(否定説もある)。ただ、この地位はまったく実現に至らなかったか、あるいは短い期間だった。1339年秋、彼は、ピサで教え始めた²⁶⁾。給料150フィオリノ florino での彼の最初の雇用についての文書が保存されている。ここで、彼は、ライネリウス(前出)の同僚であった。1343年からペルージアで教えた。この教職についてのかなりまとまりのある史料が見出され、この記録は、わずかの中断があるだけで、彼の死に至るまで続く。1355年²⁷⁾に皇帝カール4世がピサに滞在した。バルトルスは、都市ペルージアの使節として、そこに赴いた。皇帝は都市に複数の特権を、そして大学に文書による認可を与えた。バルトルスは、1357年²⁸⁾、44歳の年にペルージアで死んだ。彼は聖フランチェスコ教会に埋葬された。彼の名声は非常に大きく、中世の他の法律教師は誰も彼をしのぐことはなかった。(サヴィニーのつぎの文に依拠した。Der Ruhm des Bartolus war so groß, daß kein anderer Rechtslehrer des Mittelalters ihn hierin übertraf, und dieser große Ruhm ist um so merkwürdiger, als er in einem Alter starb, in welchem manche Andere eben erst ansingen bekannt zu werden. ……しかし、船田・前掲書には「後期註釈学派という名称は、サヴィニー(Savigny Geschichte 6, 1sq)が、この派の業績を低く評価し、註釈学派の亜流に過ぎないとする立場からつけたもの」(523頁)という説明がある²⁹⁾。彼は、学校や著作のなかだけでなく、裁判所においても、さらには

立法においても尊重された。スペインでは彼の見解は法律により拘束力を与えられ、ポルトガルにおいては彼の注解がポルトガル語に訳されるなど、ヨーロッパにおいて広く権威が認められた。(以上サヴィニー・前掲書124頁-137頁による)

二

1. 司馬遼太郎は、しばしば水の話をする。日本についても外国についてもする。そのペンネームでの最初の作品である『ペルシャの幻術師』³⁰⁾からしてすでにそうである。

「近江からはじめましょう」と『街道をゆく』ははじまる。

「……北小松の家々の軒は低く、紅殻格子が古び、^{かわや}厠のとびらまで紅殻が塗られて、その赤は須田国太郎の色調のようであった。それが粉雪によく映えて、こういう漁村が故郷であったならばどんなに懐かしいだろうと思った。……私の足もとに、溝がある。水がわずかに流れている。

村なかのこの溝は堅牢に石囲いされていて、おそらく何百年経つに相違ないほどに石の面が磨耗していた。石垣や石積みのうまさ、湖西の特徴のひとつである。山の水がわずかな距離を走って湖に落ちる。その水走りの傾斜面に田畑がひろがっているのだが、ところがこの付近の川は目にみえない。この村のなかの溝をのぞいてはみな暗渠^{あんきよ}になっているのである。この地方のことばではこの田園の暗渠をシヨウズヌキという。よほど上代からの暗渠らしいが、その石組みの技術はどこからきたのであろう。……」³¹⁾

2. 水の話は、鉄の話にもなる。

「この点、梅雨期から夏にかけて高温多湿な日本は、山そのものが多量の水をふくんでいわばスポンジのようになっており、こんにちの強力な土木機械による自然破壊がはじまるまでは、日本では禿山にしようとするほうが困難だといわれてきた。このため上代以来、はるかにのちの石炭を燃料とする溶鉱炉の出現まで、砂鉄によって鉄をつくるのに木炭が不足などということは、全国をおしなべていえばまったくなかったといっている。この意味では、明治までの日本の鉄は、日本の豊富な水がそれをつくってきたということが言える。」^{32) 33)}

3. 司馬遼太郎は法律に関連する話もよくする

「伊勢桑名藩士で、加太邦憲(1849-1929)というひとがいた。明治維新の成立のとしが二十歳であつ

た。

かれの桑名藩は戊辰のとき“賊藩”になって全藩謹慎を命ぜられたため、この若者は藩外に出ることができなかった。

その謹慎が解けて、明治三年、加太邦憲は洋学をまなぶために東京にむかった。

さきまわりしていうと、加太邦憲は後年司法界に入り、大阪控訴院長を最後に官界を退き、第五代目の関西法律学校の校長になるひとである。この学校が明治三十七年（一九〇四）関西大学になったとき、初代学長をつとめた。……⁹⁴

三

バルトルスの業績について⁹⁵

バルトルスが活躍していた時代には印刷術がなかったので、教師も生徒も手書本を用いていた⁹⁶。15世紀に印刷術が発明された。バルトルスの著作は1470年から出版され始めたときサヴィニーは書いている。彼の著作は、後には著作集あるいは全集として出版されるが、最初は個別のものであった。サヴィニーが番号を付して順次説明しているのだから、その番号にしたがって以下に並べる。それぞれの出版地、出版年などが詳しく述べられ検討されているが、ここでは簡単に説明する。1. Digestum vetus 2. Infortiatum 3. Digestum novum 4. Codex 5. Tres Libri 6. Authenticum 7. Institutionen 東ローマ帝国のユースティニアヌス皇帝の法典は、今日では、一般的に、イ. Institutiones ロ. Digesta ハ. Codex ニ. Novellae の4部構成で出版されているが、11世紀以降のイタリアでのローマ法研究においては、ユースティニアヌスの法典は1-7のように分けて研究され講義されていた⁹⁷。8. Consilia. 9. Quaestiones. この二つは、バルトルスの当時のイタリアの具体的な法律問題に関わる著作である⁹⁸。Consiliaは、助言（あるいは鑑定など）と訳され、前出の助言学派という名称はこれに由来する。

10. Tractatus. [論文] ここでは、バルトルスの個別論文をサヴィニーが分野別に分類して並べている。A. 国家法 1. ⁹⁹ de tyrannia. 2. tract. repressalium. 3. de insignis et armis. [これが冒頭の『紋章論』である] 4. tract. bannitorum. 5. tract. exbannitorum. 6. De Guelphis et Gibellinis. 7. de regimine civitatis. 8. de status. B. 刑法 1. Glossa in Extravagantes Ad reprimendum et Qui sint Rebelles. 2. de carceribus.

3. de percussionibus. 4. de quaestionibus. 5. de cicatricibus. C. 実体的私法 1. de fluminibus oder Tyberiadis. [川あるいはティベリス圏について] 2. de alimentis. 3. de arbitris. 4. de successione ab intestato. 5. de natura actionis et interdictorum. 6. De praescriptionibus. 7. De substitutionibus. D. 訴訟⁴⁰ 1. Ordo iudicii. 2. Ritus iudiciorum. 3. de jurisdictione. 4. de citatione. 5. tract. praesumptionum.⁴¹ 6. de procuratoribus. 7. tract. testimoniorum s. de tesibus⁴². 8. Quaestio inter virginem Mariam et diabolum. ☆ 以上の著書、論文のほかに、手紙（バルベリーニ図書館にあるといわれる）の真偽の問題や、その他の資料について議論がなされているが、今回は省略する。

四

イ. 紀元前450年ころの十二表法⁴³の第7表の第8条⁴⁴に水に関する規定があったといわれている。「若し雨水の為損害の虞あるときは……人工を以て雨水を集合する設備又は水道より起る損害を受けんとする財産の所有者は之に対し損害の保証を請求する権利を有すべし」（末松謙澄訳⁴⁵）

ロ. ローマにおいては古くから水の問題について法律家たちが議論していた。これがユースティニアヌスの法典の Digesta にとりこまれている。Digestaの第39巻第3章がそれである（Digestaは全50巻である：前述）。その章のタイトルは、De aqua et aquae pluviae arcendae である。この章は全26節からなり、条文数は約⁴⁶110条である⁴⁷。

ハ. バルトルスは Digesta について論じているので、この第39巻第3章も扱っている。前述のように、この章は中世・近世ローマ法学においては Digestum novum に属しており、この部分を扱った法律家は、水の問題も扱った⁴⁸。

五

1. バルトルスが水の問題⁴⁹について独自性を発揮しているのは、前述のサヴィニーの分類の「論文」のなかの C. 実体的私法 1. de fluminibus oder Tyberiadis. である。サヴィニーは述べる⁵⁰。「これら私法の論文のなかで最も重要なのは第一のものである。これは、川 Flüsse（寄洲、島および河床）による土地所有権の取得を論じる⁵¹。序文において、彼は動機を語る。彼は、1355年、休暇中にペルージ

アの別荘に滞在する。彼は、ここで湾曲したティベリス川を目の当たりにして、川と結びつく法律関係に導かれたのである。彼の以前の数学の教師(前出)の訪問は論文の幾何学的部分で彼を助け、大きな実務的部分で際立ち、多くの図面で解説されたこの論文が成立したのである。」

以下において、この論文の概略を見る。私が今回使ったテキストは、関西大学図書館所蔵の CONSILIA, QVAESTIONES, ET TRACTATVS Bartoli à Saxoferrato. VENETHIS, M.D.XC⁶². の133

頁以下である。

2. 論文は、Tyberiadest est Regio iuxta flumen Tyberis constituta…と始まり、ティベリス川⁶³(現在のイタリア語はテーヴェレ Tevere 川)流域の Tyberiadest [ティベリス圏] について語る。

序文を要約するとつぎのようになる。

ティベリス川は、私(バルトルス)に縁があるペルージャ Perugia⁶⁴の近くも流れる。流域には平地も岡もある。また美しい建物や風景がある。

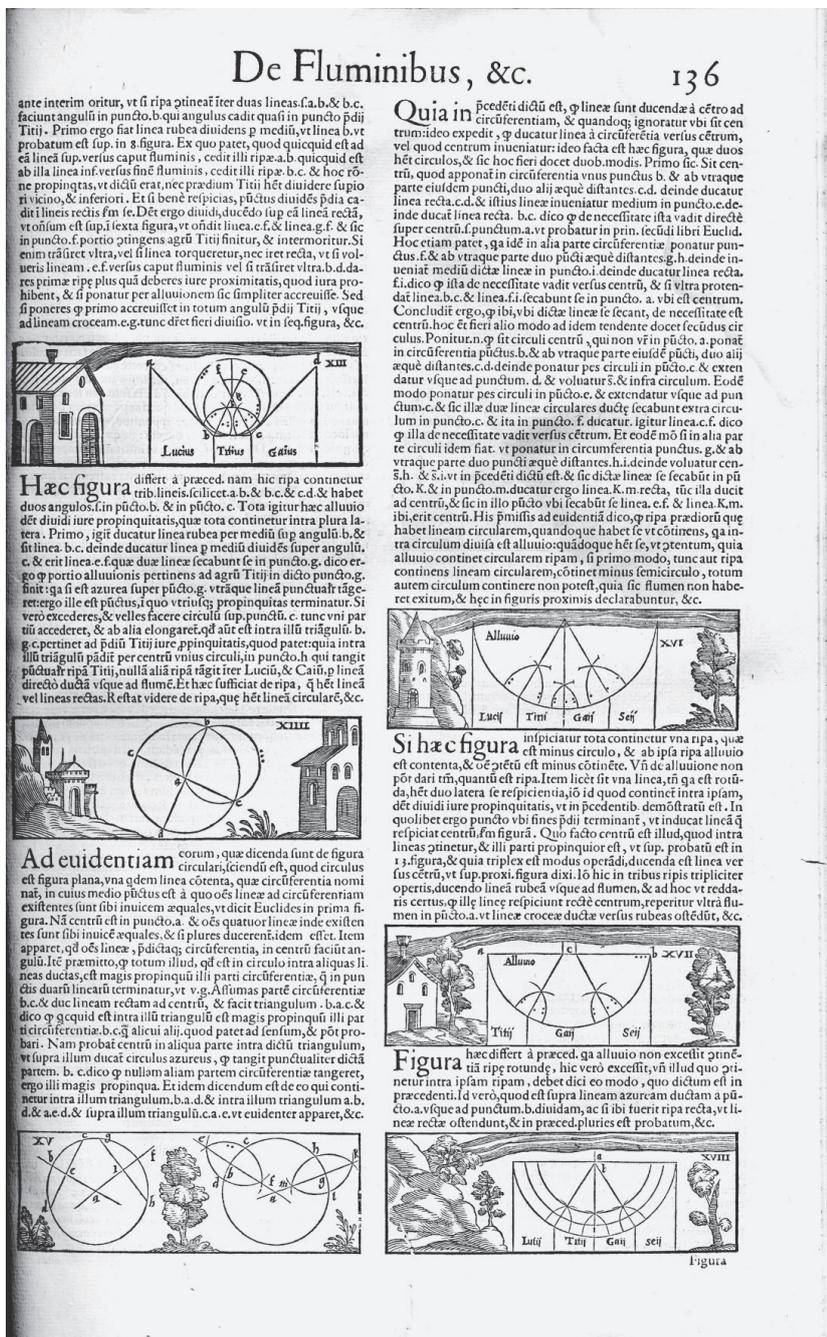
以下において論じるのは、ティベリス川⁶⁵それ自体だけでなく、流域全体で起こるすべてのことがらである。それらを3部に分けて論じる⁶⁶。(1. 寄洲⁶⁷について。2. 川の中にできた島について。3. 河床について。) Guido de Perusio⁶⁸が私を訪問してくれたことは、この論文の作成の大きな助けとなった。論文は1355年に書いた。

以上が、バルトルスの序文の要約であるが、バルトルスがペルージャにおいて大きな地震を経験したことが河川について論じる動機を与えたという指摘に注目してよいと思う⁶⁹。3. 現在の日本民法に、つぎの条文がある。

「不動産の所有者は、その不動産に従として付合した物の所有権を取得する⁶⁰。ただし、権原によってその物を附属させた他人の権利を妨げない。」(第242条)

ここに「付合」という言葉があるが、これはローマ法の accessio である。これについて、原田慶吉『ローマ法』⁶¹につぎの説明がある。「河川に於ける寄洲作用は漸次たると(alluvisio)、急激たると(avulsio)を問わず、寄洲作用を受けた沿岸地の所有権は拡張する。

河中に生じた島(insula in flumine nata)、河川の水路が変じた場合の旧河床(alveus derelictus)の所有権は、いずれもその中央より河岸に接近した部分につき、河岸の所有者これを取得する。」⁶²この表現は上記のバルトルスのものに似ているとい



CONSILIA, QVAESTIONES, ET TRACTATVS Bartoli à Saxoferrato. VENETHIS, M.D.XC

いうと思うが、この問題は、古代ローマ以来論じられてきたものである。

バルトルスは、上記の序文に続く本文の最初に紀元後2世紀の法律家ガイウス Gaius⁶³の文章を引用している。

Gaius In l. adeo. § .lff. de acq. rerum dom. quod per alluionem ait, agro nostro flumen adiecerit, iure gentium acquiritur nobis.⁶⁴ (川がわれわれの土地に付加するものは、万民法⁶⁵により、われわれに取得される)

つづいて、バルトルスの河川論の本論が開始される。

イ. ここ(133頁)から137頁まで、寄洲による土地の付加(付合)が論じられる。

ロ. つぎに、141頁までにおいて、河中に生じた島の所有権について論じられる。

ハ. さらに、143頁までにおいて、旧河床の所有権が論じられる。

このイにおいて幾何学を利用した図がI~XXII(22枚)まで用いられている。また、ロにおいては、図がXXXIII~XXXIX(17枚)まで用いられている(ハでは図は用いられていない)。ここに前述のGuido de Perusioという神学者であり幾何学者の寄与があると序文で述べられているのであろう。

4. バルトルスは、当然であるが、法律家としての寄洲論を展開する。本書には、最初に、土地agerとは何かを法律学的に定義する「Ager est locus sine aedificio. (土地は建物のない場所である)」という命題が書かれている。

イ. このような命題が、寄洲論について、順次、A. 18個 B. 5個 C. 8個 D. 3個 E. 8個 F. 5個 G. 2個 H. 4個 I. 4個(以上、合計57個。A-Hの記号は原著にはなく、説明のために私がつけたものである)提示され、それぞれについて法解釈が展開されている。すなわち、全57節あるということになる。

ロ. つづいて、22枚の図(図IないしXXII)にもとづいて解説がなされてゆく。すなわち、全22節である。

5. つぎに、まず命題の部分の内容を見てみよう。

イ. 第1命題=ager est locus sine aedificioについて。バルトルスは、その根拠条文として、ユースティニアヌス帝のDigestaのde verb. sign.を引用する。ここには全部で246条(D.50, 16,1~246)あるが、関係する条文の例としてD.50,16,27pr.(Ulpianus⁶⁶)があり、'Ager' est locus, qui sine

villa est... [[土地ager⁶⁷]は建物のない場所である]と規定する。さらにD. 50, 16,211 (Florentinus)は、'Fundi'⁶⁸ appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. sed in usu urbana aedificia 'aedes', rustica 'villae' dicuntur. locus vero sine aedificio in urbe 'area', rure autem 'ager' appellatur. idemque ager cum aedificio 'fundus' dicitur. [[土地fundus]という名称には、すべての建物と土地agerが含まれる。俗な用法では、都会の建物がaedesと言われ、田舎の建物がvillaと言われる。建物のない場所は、都会ではareaと呼ばれるが、田舎ではagerと呼ばれる。同様に、建物のあるagerはfundusと言われる。]と規定する。前記の命題は、これらの条文をふまえて提示されている。

ロ. 第2命題=Agri tres partes. 「土地の三部分」とは何だろうか。バルトルスは、Digestaのde flu.⁶⁹を引用する。D.43,12,3 (Paulus)は、Flumina publica quae fluunt ripaeque eorum publicae sunt. [公けの河川は(常に⁷⁰)流れる河川であり、またその河岸は公けである。] 1. Ripa⁷¹ ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet. [河岸と考えられるのは、河川が満水のときに含むものである。] 2. Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam. [河川の河岸に沿ったすべての場所が公けなのではない。なぜなら、河岸は、傾斜が最初に平面から水に向かって始まる場所だからである。]と規定している。また、D.43,12,1,5 (Ulpianus)は、Ripa autem ita recte definitur id, quod flumen continent naturalem rigorem cursus sui tenens... [河岸は、河川がその流れの自然な方向を保持するものとして正当に定義される。]と規定しており、バルトルスは、これらを用いている。

これらからすると、土地の三部分とは、河川が流れているその底の土地、河岸の部分の土地、そして河岸につらなる平面の土地の三部分であると理解できる。

ハ. 第3命題=Via media inter agrum, & flumen non impedit ius alluionis.

バルトルスは、Digestaのde acq. rer. domi.を指示している。D.41,1,12 pr. (Callistratus) Lacus et stagna licet interdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent ideoque in his ius alluionis non adgnoscutur. 「湖と池は、時には増水

し、時には干からびるけれども、しかしその境界は保持し、したがって寄洲権は認められない。」

D.41,1,16 (Florentinus) In agris limitatis ius alluionis locum non habere constat: idque et divus Pius constituit et Trebatius ait agrum, qui hostibus devictis ea condicione concessus sit, ut in civitatem veniret, habere alluvionem neque esse limitatum: agrum autem manu captum limitatum fuisse, ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset.

「測量された境界のある土地⁷²⁾においては、寄洲権⁷³⁾は発生しないことが確定している。神皇ピウスはこれを定め、[法律家の]トレバーティウス⁷⁴⁾はつぎのようにいう。

戦いに敗れた敵に——それは国に属するという条件で——認められた土地は、寄洲権を持ち、また測量されない、と。しかし、征服された土地の場合には、測量がなされて、誰に与えられたか、誰に売られたか、公のものとなったか、が知られるであろう、と。⁷⁵⁾⁷⁶⁾

これらにおいて⁷⁷⁾は、寄洲権が発生しない場合が定義されているが、これ以外の場合は寄洲権が発生すると考えるならば、命題の「土地のまん中の道、および河川は寄洲権を妨げない」が理解されうる⁷⁸⁾⁷⁹⁾。

このようにして、以下、第57命題までによる寄洲論が展開される。

6. つぎに、図による説明について見てみよう。

バルトルスは、寄洲によって生じる問題を視覚に訴えて説明するために図を挿入する (figuras ad oculum demonstrantes inserui) という (135頁)。

まず、直線 *linea recta* とは何かの説明から始まる。そのために図 I が用いられる。線 *linea* を三分類して定義している⁸⁰⁾。それらの説明がユークリッド (Euclides) の幾何学 (Geometria) によることも明言されている。また、文中にアリストテレスも引用されている⁸¹⁾。

つぎに角度の説明に移り、そのために図 II が用いられる。図に見える *Angulus rectus* = 直角、*Angulus obtusus* = 鈍角、*Angulus acutus* = 鋭角である。たとえば、点 a と点 b を結ぶ直線上の点 d に c から垂直な線を降ろすと直角になる⁸²⁾ というように

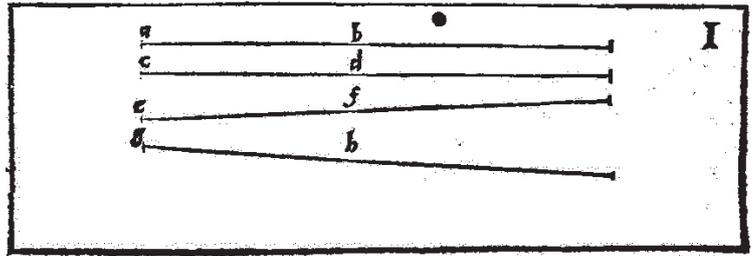


図 I

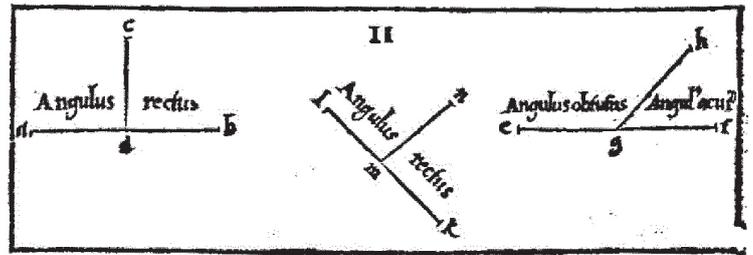


図 II

バルトルスは説く。

このように、本論文に必要な幾何学の基本が図 V まで説明される。そして図 VI において、寄洲の関係が登場する。図の左上の *Alluio* = 寄洲である。図の下のほうに土地所有権者のルキウス *Lucius*、ティティウス *Titius*、セーユス *Seius*、メウィウス *Mevius* の名前が書かれている。

以下、図 X X II まで寄洲について論じられ、図 X X III から図 X X IX まで、島について論じられている。

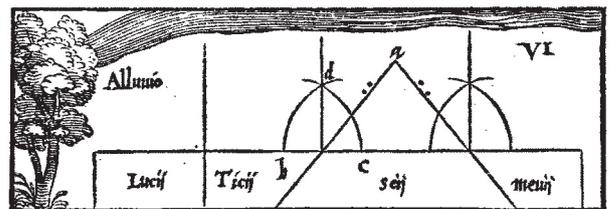


図 VI

バルトルスが寄洲 (*alluvio*) について論じている途中であるが、以下、後編 (本誌次号) にゆずる。寄洲に続いて、島について (*De insula*)、そして河床について (*De Alueo*) 論じられる。これらは、わが国において、民法第242条の解釈論として明治以来論じられてきた問題でもある。

後編では、さらに、本稿の表題に関わるさまざまな論点を取り上げたい。

注

- (1) 『この国のかたち 二』(文春文庫・1993年) 13頁。初出でない。以下に引用する司馬遼太郎の文献はすべて初出でない。また、『花神』に「オランダ紋章」と題する節がある。
- (2) ラブレール『ガルガンチュア』宮下志朗訳(筑摩書房・2005年) 418頁による。Alan Watson, *The evolution of western private law, expanded edition*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1985, 2001, p.31を参照せよ。また、田中実「人文主義法学事始め」(南山法学第16巻・1992年)を参照せよ。
- (3) ラブレール『パンタグリユエル物語 第二の書』渡辺一夫訳(岩波文庫・昭和48年) 90頁。
- (4) 同・286頁。
- (5) 「コンスタンティヌスの寄進状」が偽文書であることを証明したロレンツォ・ヴァラ(1407-1457)は、「教皇庁に勤める法律学者の息子としてローマに生まれ……ローマ法の権威だったバルトルスの粗野なラテン語をあざわらった」(ダニエル・ブアスティン著・鈴木主税・野中邦子訳『西暦はどうやって決まったか』(集英社文庫・1991年・52頁。“He attacked Stoicism, defended Epicurus, and ridiculed the barbarous Latin used by Bartolus…” Daniel J.Boorstin, *The Discoverers, A history of man’s search to know his world and himself*, Vintage books, A division of Random House, New York, 1985.)「寄進状の言葉遣いと四世紀の宮廷で使われていたラテン語とは、ロンドンの下町言葉とキングズ・イングリッシュぐらいいか離れていたのである」(カール・セーガン『人はなぜエセ科学に騙されるのか』青木薫訳・新潮文庫・平成12年・179頁)

Ernst Andersonは、この点に関係して指摘する。「As one of the problems which Bartolus is discussing at the beginning of his *Commentarii* is the validity of the Donation of Constantine, historians quickly noticed the difference between the attitude of Accursius and the attitude of Bartolus regarding the validity of the Donation. In glosses in *Glossa ordinaria* Accursius denied the validity, whereas Bartolus acknowledged it.…」(The Renaissance of Legal Science after the Middle Ages, The German Historical School no bird Phoenix, Juristforbundets Forlag, Copenhagen 1974, p.12) 文中の Accursius は注釈学派の末期に登場し、その学派の成果の集大成という評価がある *Glossa ordinaria* を書いた。ラブレール・前出の渡辺訳ではアコ
- ルソとなっている人物である。
- (6) ヴィーアッカー『近世私法史』鈴木祿弥訳(創文社・昭和36年) 74頁以下。
- (7) Beaumarchais, *The Figaro Trilogy, The Barber of Seville, The Marriage of Figaro, The Guilty Mother*, Translated with an Introduction and Notes by David Coward, (Oxford University Press) など参照。
- (8) Ernst Andersonは、バルトルスはオポチュニストであったと明言している。「Politically Bartolus was an opportunist, as can be seen by studying his *Commentarii*. His ideas concerning the basis of law are in short essentially the same as the ideas of Boniface VIII, Clement V and John XX II and the hierocratic canonists, *papal absolutism* and in principal not only in spiritualibus, but also in temporalibus…」(supra, p.12) また、「His reasoning on the sources of law is a mixture of political and judicial oppotunism, and the results are arbitrary.」と明快である。
- (9) 船田享二『ローマ法・第1巻』(岩波書店・昭和43年) は、つぎのように述べている。「バルトルスは、その短い生涯にも拘わらず、独創的な卓越した特長を示して講義に著述に盛んに活躍し、ことに驚くべく多方面にわたる論著を公にして、法学の指導者・立法の王・法の明星・自然の奇蹟等の最大の賛辞を与えられ、法学界に新たな方向を指示した。」(520頁)

佐々木有司「中世イタリアにおける普通法(ius commune)の研究——バルトルス・デ・サクソフェルラートを中心として」(法学協会雑誌84巻1号以下)、同「中世ローマ法学」(碧海純一／伊藤正己／村上淳一編『法学史』東京大学出版会・1976年・75頁以下)、勝田有恒／森征一／山内進『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房・2004年)、ピーター・スタイン著・屋敷二郎監訳／関良徳・藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』(ミネルヴァ書房・2003年) および、それらに指示された文献を参照せよ。私は、本稿執筆に際して、それらを大いに参照した。深く感謝申し上げます。
- さらに、Enciclopedia Italiana の BARTOLO da Sassoferrato (F.Er.)、Novissimo Digesto Italiano の BARTOLO DA SASSOFERRATO (Prof. Maria Ada Benedetto)、Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira の BARTOLO も参照した。
- (10) 船田・同523頁を参照せよ。
- (11) サヴィニーについて、村上淳一「ドイツ法学」(碧海純一／伊藤正己／村上淳一編『法学史』前掲・117頁

以下、勝田有恒／森征一／山内進『概説西洋法制史』前掲、および、それらに引用された文献を参照されたい。本稿執筆に際しても参照した。深く感謝申し上げる。

- (12) 第2版(1834-1851)は全7巻で、第7巻は追加説明と索引(これらは初版では第6巻に含まれていたが改訂されて独立の巻となった)である。
- (13) 第1巻から第6巻までで全60章となっている。それらの目次はつぎのようである。1. 五世紀の法源 2. 五世紀のローマ人の裁判制度 3. 新しいゲルマン人の国家の法源 4. 新しいゲルマン人の国家の裁判制度 5. ゲルマン人支配以後のローマ人の裁判制度 6. 初期中世の法の教育(以上第1巻) 7. ブルグンド王国のローマ法 8. 西ゴート王国におけるローマ法 9. フランク王国におけるローマ法 10. イングランドにおけるローマ法 11. 東ゴート王国におけるローマ法 12. ギリシャ支配下のイタリアのローマ法 13. 教皇と皇帝のイタリアにおけるローマ法 14. ランゴバルド王国におけるローマ法 15. 聖職者におけるローマ法 付録(以上第2巻) 16. われわれの文献史の固有の法源について 17. われわれの文献史についての著者 18. 法学の復興 19. 十二世紀以後のランゴバルドの都市 20. ポローニヤの基本制度 21. 大学 22. 注釈学派の法源 23. 教師としての注釈学者 24. 著者としての注釈学者 25. 書物刊行の外的形態 付録(以上第3巻) 26. イルネリウス以前のラヴェンナとポローニヤ 27. イルネリウス 28. 四博士:ブルガルス、マルティヌス、ヤコプス、フーゴー 29. ロゲリウスと彼の同時代人 30. プラケンティヌスとバイラのヘンリクス 31. ヨハネス・バツシアヌス 32. ピッリウス 33. キプリアヌス、ガルゴシウス 34. オットーと彼の同時代人 35. ブルグンディオ 36. ヴァカリウスとイングランドおよびフランスの彼の同時代人 付録(以上第4巻) 37. アゾ 38. フゴリヌスと幾人かの彼の同時代人 39. ヤコプス・バルドゥイニと幾人かの彼の同時代人 40. カロルス・デ・トッコ、ロッフレドゥス・エピファニイおよびベトルス・デ・ビネア 41. 注釈学派への回顧 42. アククルシウスと注釈 43. アククルシウスの息子たちとカスス Casus [この意味について船田・前掲書511頁] 44. アククルシウス以後の理論家たち 45. アククルシウス以後の実務家たち 46. ヤコプス・デ・ラヴァヌスとライムンドゥス・ルルス 付録(以上第5巻) 47. 十四世紀と十五世紀の概観 48. 十四世紀初頭のフランスの法律家たち 49. 十四世紀初頭

のイタリアの法律家たち 50. キヌス 51. ヨハネス・アンドレアエ 52. アルベリクス・デ・ロシアテ 53. バルトルス 54. バルトルスの同時代人 55. バルドゥスとバルデシー家 56. 十五世紀前半 57. 十五世紀後半 58. ヤソン 59. 新しい学派の先駆者 60. 最終考察 付録/第1巻から第5巻までの改訂と増補索引(以上第6巻) なお、<http://www.geocities.co.jp/CollegeLife/8541/inhalt2.html>を参照せよ。また世良晃志郎「サヴィニー『中世ローマ法史』第一巻」(法学志林第四七巻第二・三・四号・昭和二五年)を参照せよ。

- (14) NATIONAL GEOGRAPHIC 日本版(日経ナショナルジオグラフィック社)1999年12月号にグリム童話の記事(文=トマス・オニール)があり、つぎの一節がある。「童話の主人公のように貧困や病気に苦しんだ二人だったが、やがて一人の知恵者が二人を暗闇から救い出した。大学の町マールブルクで出会った貴族出身の気鋭の法学教授フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーだ。ヤーコプは1802年、ヴィルヘルムはその翌年にマールブルクの大学に入学した。私はこの町を訪れ、ドイツ・ロマン派の学者ロトラウト・フィッシャーの案内で、学生たちでごった返す急勾配の路地を歩いてみた。私たちはグリム兄弟が下宿していたパールフェーサー通りの家から、高台へ続く坂を上っていった。

「ヤーコプがこの道を足繁く通ったことは、彼の書簡から分かっています。家の中の階段より、通りの階段の方が多いと不平を漏らす手紙もあります」とフィッシャーは言った。私たちはゴシック様式の教会を過ぎ、城の真下にある3階建ての石造りの家へ向かった。ここは、ヤーコプの向学心に感銘を受けたサヴィニー教授が使わせてくれたプライベートな図書室だった。

ヤーコプはサヴィニーの収集した中世叙事詩や英雄物語の稀観本きこうを読みあさり、次第に古いドイツの文学作品や民話を書き下ろして保存したいと考えるようになった。……」(109頁以下)

- (15) なお、バルトルスは国際私法の始祖であると日本の国際私法の教科書にも書かれている。「……このイタリア学派の学説において初めて、今日の国際私法が対象とするような場所的な法律抵触問題が理論的に究明されて、その解決が図られるようになったのである。そこで、この学派の代表者であるバルトルスは、国際私法の始祖であるとされている。」(溜池良夫『国際私法講義』(有斐閣・1993年)42頁)勝田有恒／森征一／山内進『概説西洋法制史』前掲を参照せよ。とくに、

同書に指示された森征一教授の研究を参照せよ。「…… For although his predecessors had thought and written on the subject, and his own work professes to be based throughout on previous authority, his text is the starting point and the cited authority for all subsequent work on the subject for five hundred years.」 ((Bartolus on the conflict of laws, translated into English by Joseph Henry Beale, Harvard University Press, 1914. p.9)

- (16) Savigny, aaO, S.124-142. Bartolus on the conflict of laws, translated into English by Joseph Henry Beale, supra, p.11-を参照せよ。詳細は、佐々木有司・前掲・法学協会雑誌・第84巻1号17頁以下を参照せよ。
- (17) サヴィニーも(1309年説、1313年説もあると)書いているが、生年は今日も定かでないようである。
- (18) 古代においては Perusia であった。The Oxford Classical Dictionary, p.1148.を参照せよ。また、これについては後述する。
- (19) 前出注(13)の50の人物である。キヌスは、1270年にピストイアに生まれた。彼はフランスに滞在したことがあり、13世紀後半のフランスの法律学の成果をイタリアに伝えたといわれている。彼がダンテ(1265-1321. ボローニャ大学で学んだ)と友人であったことは確実であり、ペトラルカ(1304-1374)とも知り合いであったと考えられる(Savigny, aaO, S.75-)。注釈学派から注解学派への道を切り開いた、すぐれた研究成果がある(Savigny, aaO, S.76-)。なお、ダンテ『Divina Commedia(神曲)』にはユースティーニアヌス皇帝が登場する。
- (20) Savigny, aaO., S.60-62. Jacobus Buttrigarius.1274年頃ボローニャに生まれた。Susanne Lepsius,Von Zweifeln zur Überzeugung, infra, S.55, S.85ff. S.123は訴訟上の証人に関する彼の学説を検討している。
- (21) Savigny, aaO., S.164-170. Rainerius de Forlivio. 13世紀末にForsiに生まれた。1324年にボローニャの教師になった。
- (22) Savigny, aaO., S.49-52. Oldradus de Ponteあるいはde Laude.バルトルスが彼が自分の先生であるとしているのでボローニャの教師だったことがわかるとサヴィニーは書いている。
- (23) Savigny, aaO., S.53-59. 1270年にボローニャに生まれた。イタリアの複数の大学で教えた。
- (24) 後出を参照せよ。
- (25) サヴィニーは、第6巻の付録(Ⅱ. Professur des Bartolus zu Bologna. S.429-)において、この点に関

する史料を検討している。

- (26) サヴィニーは、第6巻の付録(Ⅲ. Professur des Bartolus in Pisa und in Perugia. S.433-)において、ピサおよびペルージャにバルトルスがいたことを証明する資料を検討している。
- (27) 金印勅書(Goldene Bulle)の前年である。バルトルスは、後述するようにDe Guelphis et Gibellinisなどを書いており、彼の思想が現実の政治や思想や宗教といかなる関係にあったかというのは重要な問題である。バルトルスの政治思想について、佐々木有司「バルトルスの政治思想— 普遍的帝国と《civitas sibi princeps》」(国家学会雑誌88巻1・2号以下)を参照せよ。また、たとえば、Law, History, the Low Countries and Europe, R.C.Van Caenegem, Edited by Ludo Milis, Daniel Lambrecht, Hilde de Ridder-Symonens and Monique Vleeshouwers-Van Melkebeek, The Hambledon Press, 1994,London and Rio Grande, p.59-などを参照せよ。「……ルードヴィッヒの宮廷にはまた、ボーダン(Jean Bodin)やホッブス(Thomas Hobbes)のはるかな先達として知られるパドヴァのマルシリオ(Marsiglio da Padova)があった」(堀米庸三『西洋中世世界の崩壊』(岩波書店・1958年)137頁)このマルシリウス(1342または1343年没)とバルトルスの関係も論ずべきなのである。例えば、Codex Iustinianus 5,59,5の quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobetur [すべての者に関わることはすべての者によって承認しなければならない]についての議論。簡単な説明の例として、Harold Kleinschmidt, Understanding the Middle Ages, The Boydell Press, 2000, p.330-。なお、原英次「マルシリウスの人民主権論」(関西大学法学論集第9巻3・4号)、鷲見誠一「マルシリウス・パドヴァの国家観」(慶應義塾大学法学研究第42巻4号)などの同教授の論考、赤坂幸一「権力分立論の源流—マルシリウスの統治論を中心に—」(京都大学法学論叢第150巻3号)およびそこに引用された諸文献・諸論文を参照せよ。Della tirannia: Machiavelli con Bartolo a cura di Jérémie Barthas, Leo S. Olshchki Editore, MMVIIをも参照せよ。
- 今日から振り返ってこのマルシリウスらの時代は教皇権力の没落期であると分析してみても、当時の人びとからすれば、いずれの権力につくべきか、大いに問題であったろう。
- (28) サヴィニーは、第6巻の付録(Ⅳ. Todesjahr des Bartolus. S. 436-)において、従前に有力であった1359年説および1355年説を検討し、1357年7月12日

(または10日)が認められるべきであるとしている。

- (29) サヴィニーがバルトルスを高く評価していなかったという説明は、日本語の他の文献にも見られる。これは重要な論点であると考え。サヴィニーは、第6巻の最初(第46章 十四世紀と十五世紀の概観 1頁から24頁)に注解学派の総論を書いており、ここを中心に検討してみたいと思う。
- (30) 文春文庫・2001年。
- (31) 『街道をゆく 1』(朝日文芸文庫1978年)15頁。

『この国のかたち 一』には、つぎのように書かれている。

「さて、古日本人にもどって考えると、水稲稲作のことである。山からの水を受けて水平に張り水するために、田という農業土木的な受け皿が必要なのである。また田から水を抜くために、排水溝をつくらねばならず、要するに稲作は伝来のときから農業土木がセットになっていた。

田という土木構造を造成するには、谷がもっともよい。ゆるやかな傾斜面に、上から棚のように田を造成して下へくだり、ついには谷底にいたる。ただ、谷底の田はしばしば洪水で流される。家まで流される。そういう危険とのかねあい—二律背反の緊張—の上に日本社会ができてあがっている。」(文芸春秋・1990年)166頁。

外国の話の例をあげておく。

「私どもは学校では湖はlakeであるとならったが、英国人はこのブリティッシュ島のなかの湖(主としてスコットランドに集中している)のことを、lakeとはよんでいないのではないか、よぶ場合がすくないのではないか。

「そうです。イングランドの人たちはこのブリティッシュ島のなかの湖のことを、loch(ロッホ)とよんでいます」

つまりは、日本でいうヌマである。………」(「仄かなスコットランド」『春灯雑記』・朝日文庫147頁以下)

もっとも、スコットランドの湖についてlakeという単語を使わない、ということはない。例:…If a lake be encompassed by the lands of one heritor only, and there be no sort of stream or discharge from it, certainly he is owner of the lake, as much as of the lands… David Hume, Lectures, vol 3, ed.G.C.H.Paton, Edinburgh, 1952, p.225. しかし、この例は、ヒュームだから不適切だということになるか。

A history of private law in Scotland, I. Introduction

and Property, Edited by Kenneth Reid and Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2000は、つぎのように述べる。“Roman law distinguished between a lake (lacus) which has water perpetually and a pool (sagnum) which contains standing water for the time being. The difference between the corresponding Scottish concepts of a loch and a stank (stagnum) is sometimes said to be that a loch, unlike a stank, has a perennial outflow (in a definite channel) to a river but the definitions are fluid and can cause confusion. In the institutional period, the rules were mainly an amalgam of feudal and Roman law. (p.465-. Niall Whitty)

Lake,lochについて、寺澤芳雄編集主幹『英語語源辞典』(研究社・1997年)を参照。また、17世紀末以降のスコットランドの法律学の展開などについて、The Cambridge Companion to The Scottish Enlightenment, Edited by Alexander Broadie (University of Glasgow), Cambridge University Press, 2003がある。

ところで、司馬遼太郎がつぎのように述べているところがある。

「ともかくも、私どもの社会は稲作で発展してきたために、ヨーロッパのように高所に村や町をつくって住むことをせず、低地に住んできた。いわば、洪水で流されるという危険を覚悟のうえで、それを担保に入れて稲を植えつづけてきたのである」(『街道をゆく 27』(朝日文庫・1990年)32頁)以下に、ヨーロッパの河川について考察するので、この司馬遼太郎の記述に注目したい。

プリニウスPlinius(紀元後1世紀から2世紀)はマクリヌスに宛てた書簡において(國原吉之助訳『プリニウス書簡集』講談社学術文庫・1993年)、ティベリス川の氾濫について、つぎのように書いている。

「あなたの所でも天候が悪く荒れていますか。こちらでは絶え間なく豪雨が続く、あちこちで氾濫が起っています。

ティベリス川が川床を越えて外へ溢れ、沿岸の低地帯が水を深く冠かぶっています。先見の明のあるトラリアヌス帝が作っていた掘割で川の水が捌かれたにも拘らず、川は谷を満たし平野を浸し、平坦な地面という地面はことごとく、土に代って水ばかりです。

そういうわけで、不断はあちこちの諸川を受け入れ、一緒になって海へ押し流しているティベリス川が(Inde quae solet flumina accipere et permixta

devehere, ……」、あたかもこれらの河川に立ちほだかるように逆流を強い、ティベリス川の流域でもない島地を他の川水で蔽っています。

最も優美なアニオ川も、そういうわけで、沿岸に建つ田舎の家々に、まるで招待された客のように引き留められ、木陰でアニオ川を蔽っている森をあちこちで壊し攫ったのです。

川は山の麓をめぐりとり、突き崩した土塊で、あちこちで堰き止められ、流れ道を失って探し求め、家々を押し流し、廃墟の上に躍りかかり、根こそぎ持ち去りました。……」(321頁以下)

ヨーロッパの河川にも、人びとの生活にも、さまざまな態様があるのではないだろうか。一例として、ローマ法は、川について、*flumina publica* (公の川) と *flumina privata* (私の川) を区別し、*flumina perennia* (絶えず流れている川) が *flumina publica* であるとしている。Adolf Berger, *Dictionary of Roman Law*, 1953 は、*flumina publica* について、つぎのように説明している。「Rivers flowing the year through, perpetually (*flumen quod semper fluit, perenne*). Navigability is not decisive. See *RES PUBLICAE*. The public use of *flumina publica* is protected by special interdicts which serve to assure navigation, unloading boats, maintenance of navigable rivers, and the like. See *INTERDICTA DE FLUMINIBUS PUBLICIS*. The question whether water from public rivers could be diverted for private use is controversial…」Interdicta について、船田『ローマ法・第5巻』(岩波書店・昭和47年) 264頁以下参照(現在の仮差押え・仮処分似ている)。

A history of private law in Scotland, I, supra は、つぎのように説く。“In Scottish legal history, three different criteria—perennial flow (*perennitas*), navigability, and tidality – have been accepted at different times as the legal criterion for characterizing a river as public…。In Roman law the test for whether a river was public was perennial flow. In the *jus commune*, however, navigability became the mark of a public river and this was accepted in Scotland at least by the institutional period. For this reason, the Roman test of *perennitas* never became established as criterion of the public character of a river in Scots law.” (p.438 . Niall Whitty) 同書のこれ以下の説明もこの問題の理解にとって非常に有益であると思う。

(32) 『街道をゆく 7』(朝日文庫・1979年) 197頁以下。

「鉄は、日本の場合、弥生文化(水稻農耕の文化)のセットの一部として、海のかなたからきた。

弥生文化は、紀元前三世紀中ごろ北九州ではじまり、紀元三世後半には東北地方にまで展開した。

この農業のおかしさは、最初から土木を伴ったことである。水田という土の容器を造成し、それに水をたたえ、ときに排水する。

この土木には、スキ・クワや、堰^{せき}などに使う板が必要だった。鉄は、それら木製道具をつくるのに、威力を発揮した。

ついでながら弥生時代のスキ・クワは、ふつう刃^{はさき}まで木で、刃を鉄にするほど、鉄は潤沢ではなかった。』『この国のかたち 5』(文春文庫・1999年) 104頁。

『この国のかたち 5』においては、「鉄」に5章あてられている。

(33) 司馬遼太郎は、鉄についてもヨーロッパに言及している。

「東アジアの製鉄は、ヨーロッパが古代から鉱石によるものだったのに対し、主として砂鉄^{さつてつ}によった。砂鉄は、花崗岩や石英粗面岩のあるところなら、どこにでもある。問題はそれを溶^とかす木炭である。

……………

さらに、その社会で鉄が持続して生産されるための要件は、樹木の復元力がさかんであるかどうかである。この点、東アジアにおいて最も遅く製鉄法が入った日本地域は、モンスーン地帯であるために樹木の復元力は、朝鮮や北中国にくらべて、卓越している。』(『街道をゆく 7』(朝日文庫・1979年) 196頁以下。

「鉄というのは、形状的にも化学的にも可塑性の高いものだということは、われわれの常識になっている。

古代的な段階での鉄は、錬鉄(きたえれば鍛鉄) 鑄鉄(銑鉄・鑄物^{いもの}) の二つに分けられる。

このうち、鍛鉄のほうがつくり方が容易であった。古代ヨーロッパでは鍛鉄が先行しつづけた。

ヨーロッパでは、いたるところとっていいほどに鉄鉱石が出る。

が、古代ヨーロッパではこれを溶かしきりだけの火力(鉄の融点は一五三五度)を得ることができなかったために、なま熔け(半熔状態)のまま、熔けない部分は捨て、熔けた部分だけをたたいて鍛鉄にした。鑄鉄は作れなかった。なぜなら、温度を逃さないようにする炉や酸素を送りこむフイゴが未発達であったために、鉄をどろどろの「湯」(鑄鉄)にすることができなかったためである。要するにヨーロッパの鉄は、鍛鉄から出発した。

驚嘆すべきことだが、古代中国の鉄の歴史は、鑄鉄から出発した。鑄鉄は、これを鍛えて刃モノにすることはできないが、しかし「湯」を鑄型にそそぎ入れてさまざまな形状にすることができる。古代中国（先秦時代）では農具もまた鑄鉄でつくられていた。

ヨーロッパで鉄鉱石を「湯」にする——鑄鉄になる——ことが可能になったのは、中世も末期のころ、高炉や水力ファイゴが発明されてからであるとされるが、中国では高温を生む炉とファイゴが秦・漢帝国のころにはすでに精妙なものができていたらしい。」(同・295頁以下)

- (34) 『街道をゆく 36』(朝日文庫・1995年) 361頁。もう一例あげておく。

「大久保が好意をもったのは、ボアソナードの質実な感じである。

……………

かれの四十八歳から七十歳までの日本における生活は、すべて法律（とくに民法）編纂と法律教育にささげられた。明治期の官僚でもっとも教養に富み、努力家でもあった井上毅が、ボアソナードの仕事熱心と勉強好きに驚き、

「凡そ司にある人々にして、斯くまでに深き義務心に伴える勉強を以て勤みたらむには、立法事業並に諸般の事の挙げざることやあるべき」

と、嘆息したほどであった。

ボアソナードも、この誕生早々のアジアの国家を自分の専門をとおして近代化することに天命を感じていたらしく、後年、

「日本は自分の第二の本国である」

と、しばしば言った。……」(『翔ぶが如く 新装版五』(文春文庫・85頁以下)

- (35) Savigny, aaO, S.143-163. 詳細は、佐々木有司・前掲・法学協会雑誌・第84巻1号35頁以下を参照せよ。

- (36) 「バルズはその相続法論だけで十五万マルクの財を得たことを誇って学生を上げますことを常としたと伝えられ、のちにドイツの「民族の教育者」ウイムフェリング(Wimpfeling; 1450-1528)は、「多くの法学教授が、学生に向かって、法を手段としてどうやって金と財とを獲得すべきかについて、巧妙な方法で注意を喚起することを恥としない」と非難する」(船田・前掲書521頁)

バルドゥス(Baldus -1400)は偉大な学者であった。前出注9の55(生まれた年は1319年から1327年の間で、はっきりしないようである。サヴィニーは、1327年説を有力視している。Savigny, aaO, S.438-. Anhang V

Geburtsjahr des Baldus.)。

- (37) Digestum vetusは、Digestaの第1巻から第24巻第3章の最初の法文まで、Infortiatumは続いて第38巻まで、Digestum novumは末尾の第50巻までに対応する。Codexは、ユ帝のCodexの第1巻から第9巻まで、Tres Libri(12世紀半ば以降)は残りの12巻までである。Authenticumは、Novellaeをイタリア半島に施行しようとして6世紀に[東ローマ帝国がイタリア半島に領土を獲得して]作られたユリアヌスの抄録(epitome Iuliani: これについては、Wolfgang Kaiser, Die Epitome Iuliani, Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004を参照せよ)に対比して公撰書Authenticumと呼ばれていたものである。船田・前掲書452頁以下および513頁を参照せよ。

なお、前出のラブレアの訳文中の『法令彙集』は、Digestaのことである。Digestaは、古代からギリシャ語流にPandectaeとも呼ばれており、ラブレアの時代にも用いられている。

- (38) Quaestionesの意味について、船田・前掲書511頁を参照せよ。

- (39) サヴィニーは番号をつけていないが、ここでは便宜のためにつける。

- (40) Matthew E.Bunson, Encyclopedia of the MIDDLE AGES, Facts On File, Inc.は、BARTOLO OF SASSOFERRATOについて、A teacher at Perugia, he worked to advance the understanding both of classical law and of legal procedures.と書いている。中世・近世イタリアの法律実務と学説との関係について、ヴァッハ(Adolf Wach)「仮差押訴訟の歴史的発展——イタリアの仮差押訴訟」(法学論叢103巻5号以下)を参照せよ。バルトルスの学説も検討されている。また、Susanne Lepsius, Summarischer Syndikatsprozeß, Einfüsse des kanonischen Rechts auf die städtische und kirchliche Gerichtspraxis des Spätmittelalters, [Medieval church law and the origins of the western legal tradition, A tribute to Kenneth Pennigton, Edited by Wolfgang P.Müller & Mary E.Sommer, The Catholic University of America Press, Washington, D.C. 2006 supra, p.252-]を参照せよ。

- (41) 推定論について André Gouron, Juristes et droits savants: Bologne et la France médiévale, Ashgate, 2000. (Théorie des presumptions et pouvoir legislative chez les glossateurs. p.117-127.)を参照せよ。

また、Dieter Simon, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess, C.H.Beck, München, 1969, S.175- 201を参照せよ。

- (42) Susanne Lepsius, Der Richter und die Zeugen, Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato, Mit Edition, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2003および Susanne Lepsius, Von Zweifeln zur Überzeugung, Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2003を参照せよ。

- (43) 十二表法の制定過程などについて、船田・前掲書112頁以下を参照せよ。「……四四九年の執政官ヴァレリウス (Valerius) とホラチウス (Horatius) とは二表の追加規定案を兵員会に提出してその議決を得、前の十表と共にこれを市場に公示した。」(113頁)

十二表からなるので十二表法という。掲示された表が、木板か、銅板か、青銅板か、黄銅板か、象牙板かについては明確でないが、掲示して公示されたことには疑いがないといわれている (119頁)。

- (44) Anderson, supra, p.74を参照せよ。
 (45) 『ウルピアーヌス羅馬法範・参版』(帝国学術院・大正13年) 271頁。末松謙澄 (1855-1920) について、司馬遼太郎は「いかにも明治的な才人のひとりといっている。」と書いている (『翔ぶが如く 十』160頁)。

十二表法には、佐藤篤士訳 (早稲田大学比較法研究所・昭和44年) もある。The Oxford Classical Dictionary に解説がある (p.1565-. Twelve Tables, M.H.C.)。

- (46) テキストによって相違があるので、こう書いた。
 (47) 日本民法第214条「土地の所有者は、隣地から水が自然に流れて来るのを妨げてはならない。」は、この系譜にある。
 (48) 水の法律問題について、イギリスを中心に論じるものとして、Joshua Getzler, A History of Water Rights at Common Law, Oxford University Press, 2004 (約400頁の書物) がある。
 (49) John Lockeは書いている。

“By making an explicit consent of every Commonser, necessary to any ones appropriating to himself any part of what is given in common, Children or Servants could not cut Meat which their Father or Master had provided for them in common, without assigning to every one his peculiar part. Though the Water running in the Fountain be every ones, yet who can doubt, but that in the Pitcher is his only who

drew it out ? His *labour* hath taken it out of hands of Nature, where it was common, and belong'd equally to all her Children, and *hath* thereby *appropriated* it to himself.” (§ 29. Two Treatises of Government, Edited with an introduction and notes by Peter Laslett, Cambridge University Press, p.289) [『市民政府論』鶴飼信成訳・岩波文庫・34頁以下]

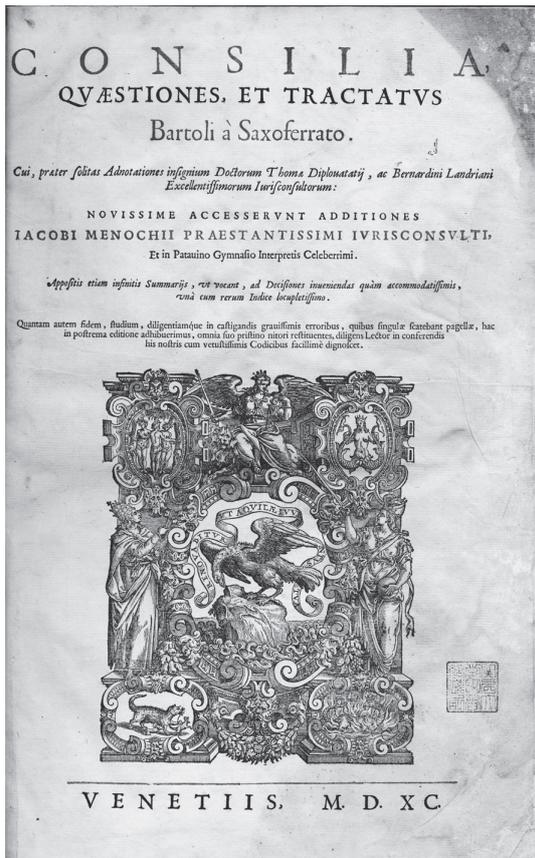
“Nor was this *appropriation* of any parcel of *Land*, by improving it, any prejudice to any other Man, since there was still enough, and as good left; and more than the yet unprovided could use. So that in effect, there was never the less left for others because of his inclosure for himself. For he that leaves as much as another can make use of, does as good as take nothing at all. No body could think himself injur'd by the drinking of another Man, though he took a good Draught, who had a whole River of the same Water left him to quench his thirst. And the Case of Land and Water, where there is enough of both, is perfectly the same.” (§ 33. Two Treatises of Government, p.291) [『市民政府論』鶴飼訳・岩波文庫・38頁以下]

Joshua Getzler, supra, p.1を参照せよ。

“Whisky is for drinking, but water is for fighting over.” (Mark Twain) という表現がある。(A history of private law in Scotland, supra, Vol.1, p.420を参照) Environnement et renouveau des droits d' homme, La Documentation française, Paris, 2006. も参照せよ。

- (50) Savigny, S.158- .
 (51) 簡単に言えば (厳密には後述を参照されたい)、たとえば、つぎのような場合である。1. 川の流れが何らかの理由で変わり、川岸の土地が削られ、その土が川下の別の土地に付加したとする。その川下の土地の所有者は増加した面積部分の土地の所有権を取得するか、あるいは元の土地の所有者が所有権を持つか。2. 同じような状況で、川の真ん中に新しく島ができたとする。その島の所有者は誰か。3. 元は川が流れていたのに流れなくなった場所の河床が出現した。その河床は、たとえば耕作地として利用可能である。河床について権利を有するのは誰か。

52) この書物の表紙は、次のようである。



53) プリニウス(23年または24年-79年)の『博物誌 Naturalis Historia』に記述がある。「ティベリス河は古名テュブリス河、さらにその前はアルブラであったが、アペニン山脈のほぼ中央アレッティウム(アレッツォ)領に発する。最初は細い溪流にすぎず、その水が水門によって堰きとめられ、それから放流される時にやっと航行可能になる。これはその支流ティニア、グラニス(キアナ)両河においても同様だ。これら両河の水は驟雨によって水嵩が増さない時は九日間貯水されなければならない。しかしティベリス河はその水路が凹凸があって平らでないため、どうしても筏というか、むしろ丸太の他はあまり長距離の航行はできない。一五〇マイルの流路においてこの河はエトルリアをウンブリア人、サピネ人から分かち、ティフェルヌム、ペルシア(ペルギア)そしてオクリクルムから遠からぬところを通り……しかしアレッティウムから来るグラニム(キアナ)河の合流点から下で、四二の支流によって水嵩が増す。……ローマに引かれている多くの高架水道や湧泉によってもまた増水し、その結果、どんな大きな船でも地中海から遡航することができ、この河はさわめても静かではあるが、全地の産物の商い手なのだ。そしてまたその両岸にあって河を見晴らす別荘が数多くあることでも、多分、全世界のい

れの河にも勝っているだろう。しかもいずれの河でも、両側から制限を受け、邪魔物が多いことこの河くらいはなほだしいものはない。それでもこの河自身は抵抗するようなことはない。とはいってもそれはしばしば突然の大水をひき起こし、氾濫はローマ市自身においてもっともひどいのである。……」(中野定雄・中野里美・中野美代『プリニウスの博物誌I』(雄山閣・平成七年五版)150頁。私が下線を引いた部分がペルギアに該当する地名である)OCD,p.1522を参照せよ。

- 54) 昔はPerusiaといった。OCD,p.1148.
- 55) パルトルスは、ティベリス川とティベリウス皇帝の名称に関連があるように記述しているが、私には真偽はわからない。
- 56) In primo tractatur de alluione. In secundo de insula in flumine nata. In tertio de alueo fluminis.
- 57) 前注にあるalluioの訳であるが、場合によっては「洪水」という意味になるので「洪水」のほうが適切な場合もあるかもしれない。
- 58) …me visitauit quidam frater Guido de Perusio, magnus Theologus vniuersalis in omnibus qui meus fuerat, & erat in Geometria magister, … Savigny,aaO,S.128,Anm.17も参照せよ。
- 59) Susanne Lepsius,Von Zweifeln zur Überzeugung, aaO, S.297ff. 1349年と1353年のが大きかったと書かれている。著者は、*Bartolus als „homo practicus“ — Lebensnähe des Textes*という標題の節で論じている。
- 60) ローマ法では、「従は主に従う(accessio cedit principalii)」あるいは「地上物は土地に従う(superficies solo cedit)」などと表現する。
- 61) 有斐閣・昭和24年初版。2001年オンデマンド版。引用に際し漢字を変えた部分がある。
- 62) 108頁。附合(accession)についての説明の部分。船田享二『ローマ法・第2巻』(岩波書店・昭和44年・442頁以下)、瀬川信久『不動産附合法の研究』(有斐閣・1981年)、我妻栄『物権法』(岩波書店・昭和27年)204頁以下、内田貴『民法I・第3版』(東京大学出版会・2005年)383頁以下などを参照せよ。
- 63) 「Gaius, the famous 2nd-cent.AD law teacher, was lecturing in 160/1 and alive in 178…」(OCD. p.620 T.Hon.)この人物について、船田享二訳・ガイウス『法学提要』(有斐閣・昭和42年)を参照せよ。また、この『法学提要』のつぎの部分(Gai.2,70-)を見よ。「70. 寄洲作用によってわれわれの所有物に添付した物もまた、同一の法によってわれわれの所有に帰する。寄洲作用によって添付したと認められる物は、各瞬間にど

れだけの量が添付したかをわれわれが測定しえない程度に河川が次第にわれわれの土地に添加したものをいう。われわれの眼を欺くように次第に添付した物を寄洲作用によって添付したものと認めると普通にいわれるのはこのためである。71. したがって、河川が急にあなたの土地の一部を削いでわたしの土地に接着させたときは、その部分はおおあなたの所有である。72. 河川の中央に島が出現したときは、その島は河川の両岸に土地を占有する者全部の共有に帰する。これに反して、出現した島が河川の中央に位しないときは、それに最も接近する河岸に土地をもつ者の所有となる。」

バルトルスは、この文章を見ていないはずである（私は研究していないから分からないが、バルトルスは絶対に見ていないといえるかどうかという問題である）。しかしながら、ユースティニアヌス帝の法学提要（Iustiniani Institutiones：これはガイウスの法学提要も素材としてしていると認められている）に類似の条文がある（I.2-1-20）[大正時代の末松謙澄訳などがある]。これは、バルトルスも見ている。よって、バルトルスのオリジナリティーがどこにあるかが問われることになる。

- (64) これはユースティニアヌス帝の Digesta の第41巻第1章第7法文（D.41,1,7）の一節である（江南義之訳『学説彙纂』の日本語への翻訳Ⅱ』信山社・平成4年を参照せよ。以下の記述においても参照した）。第41巻第1章のタイトルは DE ADQUIRENDO RERUM DOMINO である。The Digest of Justinian, English translation edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985によれば、Acquisition of ownership of things [=物の所有権の取得] である。

D.41,1,7,1の文章は（現代の MOMSEN 版によれば）つぎのようである。Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum... Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adiecit, iure gentium nobis acquiritur. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoque momento temporis adiciatur.

前注の I.2-1-20は、Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi acquiritur. est autem alluvio incrementum latens. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur. Ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adicatur. である。[末松訳：猶又河流が寄洲的作用に由りて汝の土地に添加をなしたるときは萬民

法に依りて汝の所有に属す。寄洲的作用とは目撃すべからざる増加を謂ふ。何れの瞬間に於て幾許の添加ありしかを知るべからずして漸次に土地の添加ありたるときは寄洲的作用に因りて添加したるものと認むるものとす。（漢字の一部を変えた）]

Gai.2,70と D.41,1,7,1と I.2-1-20が同一趣旨の文章であることを指摘する文献の例として、Max Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2.Aufl., S.428, Anm.31がある。また、Heumann - Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtsの alluvio の項目を参照せよ。また、Berger, supra は、Codex Iustinianus 7-41の参照を指示している。

- (65) 「万民法」の意味は難しいと思う。「ローマ法学者の学説に従えば、各国の法律は市民法（ius civile）と万民法（ius gentium）とに分れ、前者は当該国民に特有であるのに反し、後者は他国民にも共通である……」（原田『ローマ法』7頁）Berger, supra, ius gentium を参照せよ。

また、Thomas Hobbes, Leviathan, Chapter 26, Of Civill Laws（ホップズ『リヴァイアサン』世界の名著23・永井道雄・宗片邦義訳・中央公論社・第二十六章「市民法について」277頁以下を参照せよ）

- (66) 塩野七生『迷走する帝国 ローマ人の物語XⅡ』（新潮社・2003年）に「……忠臣ウルピウスは、母後の黙認に力を得た反対派に扇動されてもしたのか、彼にとっては部下になる近衛軍団の兵士たちによって殺された」と書かれている（89頁）。
- (67) W.W.Skeat, An Etymological Dictionary of the English Language, Oxford at the Clarendon Pressの Acreを見よ。
- (68) Max Kaser, aaO., S.382, Anm.4は、Max Weber, Röm. Agrargesch. (1891) 81ff.を参照するよう指示している。
- (69) D.43,12. DE FLUMINIBUS. NE QUID IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EIUS FIAT, QUO PEIUS NAVIGETUR. [河川について。公の河川あるいは河岸において航行を妨げるようなことがなされないように。]
- (70) 原文にはないが補う。外国の多くの文献にならった。
- (71) 河岸 ripa の語と river の語（両語は関係がある。また、英和辞典に riparian の語がある）について、Skeat, An Etymological Dictionary、寺澤芳雄編集主幹『英語語源辞典』前掲などを参照せよ。
- (72) H.Heumann-E.Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 1907 (Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1971) の Limitare に、この条文（D.41,1,16）の ager limitatus の説明がある。Begrenzen, abmarken

- durch eine vom Agrimensor gezogene Grenzlinie. また、Charlotte Schubert, Land und Raum in der Römischen Republik, Die Kunst des Teilens, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1996を参照せよ。
- (73) この条文とD.41,1,12pr.の両方に出ている *ius alluionis* (寄洲権と訳している) について、Heumann-Seckelは、das Recht des Eigentümers eines Grundstücks, das daran angespülte Land zu erwerbenと説明している。つまり、寄洲によって増加した土地を取得する権利である。
- (74) キケロCiceroと同時代人。
- (75) Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von Dr.Carl Ed.Otto, Dr.Bruno Schilling, und Dr.Carl Friedlich Ferdinand Sintenis, Vierter Band, Leipzig, 1832, S.256, Anm.256は、この条文の *ager limitatus* の意味について検討している。Giovanni Pugliese, Istituzioni di diritto romano, terza edizione, G.Giappichelli Editione, Torino, 1991, p.460-も参照せよ。
- (76) A history of private law in Scotland, supra, p.466-は、
"Further, lands on the banks of a loch were *agri limitati* (lands enclosed within boundaries) and so the Roman doctoring of *alluvio* did not support the defender's claim to ground which the loch might desert opposite his land" に注をつけ、この条文を引用している。
- (77) バルトルスは、Institutiones 2,1,20も挙げている(末松訳参照)。
- (78) バルトルスの文中の 'Martius' の意味が私には分からない。今後も検討したい。
- (79) 船田『ローマ法・第2巻』442頁以下を参照せよ。
- (80) Primo, an linea sit recta secundum se, & de hoc in figura. Secundo, an linea sit recta respectu alterius lineae, supra quam cadit. Tertio, an linea sit recta respectu alterius puncti, qui est in angulo duarum linearum, hoc est, an recte secet angulum per medium.
- (81) …,vt dicit Arist.j.Ethic.
- (82) Exemplum primi dicti sit linea posita a.b.& punctus in ea ponitur d. super illo ducatur linea perpendiculariter c.d. tunc vterq; angulus rectus erit æqualis.

(おか とおる 法学部教授)