

バルトルスとサヴィニーと司馬遼太郎 〔中編〕

岡 徹

六

司馬遼太郎は、Huigh de Groot⁽⁸³⁾について論じる。
「17世紀のオランダの活動には、“法学部的、要素もある。

いまなお“国際法の父”、とよばれているグロティウス（1583～1645）も、17世紀のオランダが生んだ人である。

オランダが商船の国であったために、海上における国際的なもめごとが多かった。

グロティウスがまだ若かったころ、オランダの東インド会社から、一つの紛争の解決をたのまれた。会社の船がポルトガル船を捕獲し、問題になった。

かれはこの紛争の処理にあたって、こういう紛争は力でなく法によって処理されるべきだと思った。

それには、考え方の基準が必要だった。その基準として書いたのが、国際法の歴史で、最初の近代的な著述といわれる『海上捕獲法論』（1604～05）だった。

……造船も要塞づくりも、エラスムスやスピノザにおける透明な理性も、グロティウスにおける国際法も、すべて商業という機能の所産だった。商業は、モノを質（商品の品質）と量（商品の数）で見、またものごとを理性で見るのである。紛争もまた宗教の規範から離れ、アムステルダムの計量所が秤で商品をはかるようにして、法ではかれないか、と考えたところが、グロティウスの17世紀のオランダ人らしいところであったろう。』⁽⁸⁴⁾

バルトルスは国際私法の始祖であり、グロティウスは国際公法⁽⁸⁵⁾の父である⁽⁸⁶⁾、ということにおそらく⁽⁸⁷⁾異論は少ないと思う。

16、17世紀のネーデルラントの法律学は、バルトルス流の実務法律学とそれを批判するユマニスム法律学の融合の上に成立している

と考えられている⁽⁸⁸⁾。

グロティウスの『戦争と平和の法』⁽⁸⁹⁾は、1625年、パリで初版が刊行された。「出版されるとたちまち



グロティウス著『戦争と平和の法』（原寸）
フランクフルト・アム・マイン1626年刊 関西大学図書館蔵

大きな反響をよび、版を重ねた。グスタフ＝アドルフ⁽⁹⁰⁾もこの本を陣中にまで携^{けいたい}帯し、リュッツェンで戦死したのち、この本が読みかけのまま机の下から発見されたほどであった。⁽⁹¹⁾



同『戦争と平和の法』献辞のページ⁽⁹²⁾

七

バルトルスのTyberiadisの続き I。

バルトルスが河川 (flumen)、河岸 (ripa) などについて法律学的に論じている最中である。

本誌前号においてバルトルスの前掲書 (前号16頁参照) の命題 A3⁽⁹³⁾ で表現される論点まで扱ったので、命題 A4 によって表現される論点から始める⁽⁹⁴⁾。

A4.

イ. 公の利益のために、河岸の土地の所有権者は、土地が公共の用に提供されることを受忍しなければならない⁽⁹⁵⁾。

ロ. 土地の購入後に寄洲によって増加した部分の所有権は買主に属する。なぜなら、もし逆に、洪水によって土地の全体が河川におおわれる場合でも、

それは買主の負担となる、不利も有利も買主のものであるからである⁽⁹⁶⁾。

A5. 公の道に密着する土地の囲いは、共通の河岸と同じ状態にある。これはA4のイと同様である。

A6. 道 (via) と土地 (fundus) の間の溝 (fossa) の使用は公的である。

A7. 道と土地の間の溝は、どのように計測されるか、が論じられている。

A8. 土地——たとえば牛 (bos) が耕すことができる⁽⁹⁷⁾——の中にある河岸は、どのように計測されるかが論じられている。

A9. 一年中耕作したり、水流を確保するための畦 (あぜ sulcus⁽⁹⁸⁾) の計測が論じられている。

A10. 土地の陥穽 (fouae⁽⁹⁹⁾) は永久の使用のため⁽¹⁰⁰⁾ に作られるといわれる。

A11. 山 (montes) は未耕作 (incultus⁽¹⁰¹⁾) である。岡 (colles⁽¹⁰²⁾) は山とは異なる。

A12. 谷 (vallis⁽¹⁰³⁾) は山あるいは岡に囲まれている (circundatus)。

A13. ある場所が平地 (planus⁽¹⁰⁴⁾) であるといわれるのは、広くて (latus) 部分が同一である (partes sunt aequales) とときである。

A14. したがって、谷は、その周りの平地から区別される。

A15. 平地である (planus) ということは、同一性 (aequalitas) を要求する。しかし、同一性とはいかなるものであるべきか、は問題とされうる。平地であるといわれるのは、一つの部分で継続することが顕著である場合である。

A16. 平地の中にあるところの土地の溝 (fossae) および道の河岸は、平らである。

A17. ティベリスの平地における事実 (factum) についての条例 (statutum) は、土地の溝における、道における、平地の河岸における事実に適用される。

A18. 川に向かって水を注ぎ込むための場所における事実 (factum) は、ティベリスの平地においてなされたといわれる。

B1. われわれの土地といわれるものは、寄洲が所有権 (dominium) のためだけでなく、質権 (ius pignoris)、用益権 (ususfructus) あるいは同様の権利のためにも発生するものである。

B2. 土地の中間の道 (Via intermedia agro) は寄洲を止めない (non impedit)。

B3. 都市の耕される地所 (Praedia Ciuitatis, quae coluntur) は、私的な土地のように、寄洲権をもつ。

B4. 寄洲によって道あるいは広場に付加されたもの (Additum per alluionem plateae vel campo) は、道あるいは広場によって獲得される。

B5. 神聖な (sacer)、あるいは宗教的な (religious)、あるいは何らかの墓地に関する (caemetarius⁽¹⁰⁶⁾) 場所に寄洲によって付加されたものは、それに取得されない。占有者 (occupanti) に付与されるのは決して妥当でない。

中間の神聖な場所 (locus sacer intermedius) は寄洲権を止める。

八

1. 「公」と「私」は、司馬遼太郎の思考の根底にある観念のひとつであろう⁽¹⁰⁶⁾⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾。つぎの文は昭和46年(1971年)に雑誌に書かれている。

「土地公有制でありながら、
「自分で開墾した土地は、永久私有をみとめる」
という法律が出たのは、天平十五年(七四三)だといえますから、早くから公有制の一角がくずれていたのです。力のつよい一族が、せっせと荒地をひらいて自分の私有にしましたが、ただ私有にすると、ずいぶん租税をとられます。その租税をとられないヌケミチは、京の公家や寺院に寄進するという形式をとることであります。たとえば関東の開墾地主が、開墾した自分の田を、京のフジワラノナニガシに寄進してその貴族に「領家」になってもらう。その貴族にながしかの米をもってゆけば、租税がたすかり、あとは地主の自由になる。脱税であります。

平安中期ごろから、関東平野の灌漑がすすみ、墾田がどんどんできて、地主がふえてきました。いわゆる武士の発生です。関東にそういう者がひしめいていました。

ところが、土地公有制下におけるかれらの土地私有権はじつに不安なもので、ヌケミチの上に立っている。自分で開墾した土地であるのに、京の公家を所有上の名義人にしなければ私有できない。つねに法の前でおびえざるをえず、それに、不労所得者である公家の存在に対しても腹が立ち、腹が立つ以上に不安であります。

そういう私有権についての不安や矛盾もしくは基底になっている欲望が鬱積して、ついに関東独立運動ともいべきいきおいで沸騰したのが、源頼朝の挙兵です。」⁽¹⁰⁹⁾

2. 星野英一教授は、『民法のすすめ』⁽¹¹⁰⁾において、

「私法」と「公法」を論じられる。

教授は、まず、

「法隆寺のエンタシスがギリシア建築の影響下にあるなどのことは、戦前も古い頃に刊行された、坂口昂博士の名著『世界におけるギリシア文明の潮流』によって教えられたところである。最近でも、日本文化にもシルクロード等を通して西欧古典文明の影響が見られることの指摘がますます多くなっているようだが、わが民法典その他の法律が、明治初期の法典編纂事業を通じてローマにつながっていることは、よく知っておいてほしいことである。この意味においても、わが民法典は、重要な文化財であると言うことができる⁽¹¹¹⁾」ことを強調される⁽¹¹²⁾。

「私法」とは何か。「私法」に対する概念は「公法」であり、ローマ法以来使用された言葉である。以後西欧中世を通じて、最近にいたるまで両者についての説明がなされていた。わが国でもかつては、法律は公法と私法に二分されるとする考え方が通常であり、両者の区別の基準をどこに求めるかについて学者が大いに議論した。しかし今日のわが国では、区別の法律実践上の意味(法学では、「実益」と呼ぶことが多い)はないとする学説が圧倒的に多い。認識の問題としても、公法と私法の明快な区別の可能性について強い疑問が呈されている。」⁽¹¹³⁾

この議論は容易ではないと私は感じる⁽¹¹⁴⁾。

九

バルトルスのTyberiadisの続きⅡ。

C1. たえず流れるものは公的な河川(flumen publicum)といわれ、これに対して冬は流れ夏は流れないものは私的(priuata)である⁽¹¹⁵⁾。

C2. 私的な川あるいは急流(torrentia⁽¹¹⁶⁾)は決して寄洲によって付加する(adijcere)ことを容認しないが、しかし増し加える(apponere⁽¹¹⁷⁾)ことはできる。

C3. 急流であること、あるいは土地の外濠(fossatum⁽¹¹⁸⁾)は、なぜ私的であるか。

C4. 二つの土地の境界に位置する外濠は共有(communia)である。

C5. 地所——それは、古い文書(instrumentua⁽¹¹⁹⁾ antiqua)によれば、その占有者たちが傍系の親族(latus⁽¹²⁰⁾)から相続した(emerunt)ことが明らかである——の境界の近くに存在する外濠は、傍系親族からの地所を占有する者たちに属すると見なさ

れる。

C6. 寄洲権は、小川 (rivus⁽¹²¹⁾) においても生ずるか。

C7. 地所に密着していた河川の河岸が崩壊するならば、河川が河床 (alveus) を動かすそのように、河床が地所に獲得される。

C8. 池 (stagnum⁽¹²²⁾) と湖 (lacus⁽¹²³⁾) は、もし私的であるならば、公的であるのと異なって、寄洲権をもたない。

D1. 結合する (unire⁽¹²⁴⁾) ように付加されるものは、付加されたもの (adiecta⁽¹²⁵⁾) といわれる。

寄洲によって付加され、われわれの土地に結合するものは、われわれのものである (Quod adijcitur, & vnitur prædio nostro, nostrum est)。

D2. 河川によってわれわれの土地に投げ与えられたもの (proiectum⁽¹²⁶⁾) は、われわれのものでなく、占有者に譲られる (conceditur occupanti)。

D3. 寄洲によって、われわれの土地に付加された砂 (arena⁽¹²⁷⁾) は、われわれのものである。

E1. 寄洲によってわれわれに付加されたものは、法上当然に (ipso iure⁽¹²⁸⁾)、人間の行為なしに、取得される。

E2. 寄洲によって土地に付加されたものは、土地が占有される (possidetur) ところの法によって占有される。

E3. 寄洲は、測量された境界のある土地⁽¹²⁹⁾においては生じない。

測量された境界のある土地とは、敵から獲得され (capti ab hostibus)、そして軍隊の間で分割された (inter milites diuisi) 土地のことをいう。

E4. 一つの都市領域 (territorium vnum⁽¹³⁰⁾) は、もし元首が複数の間に分割するならば、測定された境界のある土地 (ager limitatus) といわれ、寄洲権をもたない⁽¹³¹⁾。

E5. 多様な土地が、もし完全に多様に割り当てられるならば、測定された境界のある土地 (agri limitati) といわれない⁽¹³²⁾。

E6. 寄洲は裁判権 (iurisdictio) を、私的な物の所有権が区分する (tribuit) ようには、区分しない⁽¹³³⁾。

E7. 裁判権は公法に属する。また、どのようにして公法に属するか。

E8. 裁判権は、国のどこであっても (quælibet ciuitas)、もし河川によって分割されるとするならば、所有権者が河川自体において、そのまん中まで裁判権をもつ (dominus habet iurisdictionem in ipso flumine, vsque ad medium)。

E9⁽¹³⁴⁾。

F1. 認識は、外見によってとらえられない (Intelligere non compræhenditur per visum)。

F2. 認識したと言葉によって証言する (deponens per verbum) 証人は、それが説明されるのでなければ (nisi exponatur)、すなわち彼が見たのでなければ、証明しない (non probat)。

F3. 寄洲は、運ばれてきて少しずつ増加した (minutatim incrementum) のを見たという証言をする証人によって証明される。

F4. 家において再び見出された壊された境界 (confines) は、見張りのために (ad custodiam) あとに残った者によって壊されたと推定される (praesumitur fracti ab eo.....)。

F5. 会議においていわれた事実は、立ち去った者によってのみ、と推定される。

G1. 力 (vis)⁽¹³⁵⁾ は、個別において、能力と (pro potentia)、暴力 (violentia) と、また必要性 (necessitas) と、そして同じく力 (potestas) と、見なされる (ponitur)。

G2. 力 (vires) は、複数において、結果 (effectus) あるいは効力 (efficacia) および肉体の力 (potentia corporis) を明らかにする。

H1. 付加すること (applicare) は、すなわち、置くこと (imponere⁽¹³⁶⁾)、および下に置くこと (subjicere⁽¹³⁷⁾) のなかにある。

H2. 土地に adijcere (付加) されるといわれるのは、見えないように (inuisibiliter) なされることであり、applicare (付加) されるとは、見えるように公然と (visibiliter, & palam⁽¹³⁸⁾) なされることである。

H3. 地所 praedium と呼ばれる土地 ager の表面は、返還請求されうるときである。

H4. 私の地所に付加された君の土地の表面 (crusta) は、不可分に一体化されたように、私のものとなる。

I1. 私の土地に付加した (applicata) 表面は、いかなる時の間に、私の土地と一体化し (vnita cum meo)、そして私に獲得されたといわれるか。

I2. 私の土地に置かれた (impositus) ものは私の土地に獲得される。そして、寄洲によって付加された (additus) ものは、私によって獲得される。

I3. 君の土地に置かれた (imposita) 私の樹木 (arbor) は、もしそこで合生した (coaluerit) ならば、事実訴権 (actio in factum⁽¹³⁹⁾) によって請求される。

I4. 私の土地に付加された表面は、一体化したのちは、返還請求されることができない (vendicari⁽¹⁴⁰⁾)。

non potest)。

合生される前の樹木は、所有者から返還請求される。

表面は、一体化する前には、所有者に対して、あるいはそれを取り除く (tollere) ように、あるいはそれを見捨てる (derelinquere) ように、訴訟されることができる。

以上が命題の提示である。続いて、図による説明がはじまる。

十

1. 1779年に生まれたサヴィニーが1800年に書いた論文 (Inauguraldissertation) は、De concursu delictorum formali [不法な行為の観念的競合について] である⁽¹⁴¹⁾。

観念的競合とは、現在の日本の法律用語辞典に、「一個の行為が数個の罪名 (構成要件) にあたる場合をいう」と説明されており、刑法第54条1項があげられている⁽¹⁴²⁾。

「一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。」

現在はサヴィニーの論文から二百年以上が経過しており、また、サヴィニーが論じているのは日本法ではないのであるから、同義であるか問題であるが、まずは、この説明を引用しておく。

デトレフ・リープス (Detlef Liebs) は、Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstafe, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1972 [=ローマ法における訴えの競合: 損害賠償と私罰の分離の歴史⁽¹⁴³⁾] の結論部分の冒頭 (241頁) において、サヴィニーの論文に言及している。

「この [リープスの] 著作の収穫は、まず第一に、Levy⁽¹⁴⁴⁾によって、たしかに決定的な成果をもって、しかし、あまりにも不当に、たたかれた Savigny の認識の名誉回復である」と。

サヴィニーの論文は、序文、第1節～第21節、展望、からなる⁽¹⁴⁵⁾。ここでは、その一部分について見ることにする (第13節～第17節 = 114頁～153頁)。それは、私的な不法な行為と公的な犯罪との関係 (Delictorum privatorum cum criminibus publicis) を論じている部分である。

2. 第13節 (114頁以下) は、私的な不法な行為

と公的な犯罪が同じ事実において競合する、という問題提起⁽¹⁴⁶⁾から始まる。

このとき、「私的な訴訟において公的な訴訟に対する先決⁽¹⁴⁷⁾がなされてはならない⁽¹⁴⁸⁾」という厳格な法律的公式がなければならない、とサヴィニーはいう。

まず最初に、一般的に、「先決」の語の意味の検討がなされている。

イ. 先決の語の意味の説明にあたり、サヴィニーは、紀元後1世紀のクインティリアヌス (Quintilianus, Quinctilianus)⁽¹⁴⁹⁾ の説明 (*Inst. or. L.5.C.2*⁽¹⁵⁰⁾) を引用している⁽¹⁵¹⁾。

クインティリアヌスは、先決の語を三分類する。1. 先例と呼びうるもの⁽¹⁵²⁾。2. 現在の訴訟と関係する、すでになされた判決⁽¹⁵³⁾。先決の名称はこれに由来する⁽¹⁵⁴⁾。3. 同一の事件について判決がなされる場合⁽¹⁵⁵⁾。

このクインティリアヌスの三分類は、現代のローマ法研究者によっても引用される非常に重要なものである⁽¹⁵⁶⁾。しかし、すべての語意を網羅しているかという問題は存在する⁽¹⁵⁷⁾。

ロ. サヴィニーは、サヴィニー自身の三分類を提示している⁽¹⁵⁸⁾。

(1) 損害 (damnum, dispendium, iactura) という意味の先決。サヴィニーがあげている例の一つに Ulpianus:.....si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit [……もし、妻が通知したあとで、夫が監視人を送ったならば、彼自身に何の先決もなされない (L.1.§.11. de agn. vel. al. lib.)⁽¹⁵⁹⁾] がある⁽¹⁶⁰⁾。この例においては、praeiudiciumの語は、「損害」という意味をもつ。

(2) より先の裁判としての先決、より先に裁判することとしての先決 (*praeiudicium pro priori iudicio, praeiudicare pro prius iudicare*)。

自由の訴訟の前に相続財産について訴訟がなされるという事例がそれである。相続財産を争っている複数の人のなかの誰かについて、彼は奴隷であるという主張がなされたとすると、その人が奴隷か、それとも自由人かの判断が相続財産の訴訟の経過のなかでなされる。これが先決である。

サヴィニーは、この意味を説くについては、ローマ時代の文献や法律を引用していない。

文献として、Iacobus Raevardus, de praeiudiciis, libri I, 1565が引用されている⁽¹⁶¹⁾。

(3) 先決の訴訟 (*praeiudicialis actio*)⁽¹⁶²⁾ という意

味。サヴィニーがあげている例の一つは、Ulpianusの文(L.5.§.18.de agn.et al.lib.⁽¹⁶³⁾)である。

Solent iudices cognoscere inter patronus et libertos, si de alendis⁽¹⁶⁴⁾ his agatur: itaque si negent, se esse libertos, cognoscere eos oportebit: quod si libertos constiterit, tunc demum decernere, ut alant. *Nec tamen alimentum decretum tollet liberto facultatem, quo minus praeiudicio certare⁽¹⁶⁵⁾ possit, si libertum se neget.* 「裁判人たちは、保護者と被解放者の間で扶養について訴訟がなされるならば、その審理をするのを常とする。もし、自分が被解放者であることを否認する⁽¹⁶⁶⁾ならば、裁判人たちは審理すべきであろう。もし、被解放者であると明らかになるならば、そのときにはじめて、扶養するように判決するべきであろう。しかしながら、扶養せよとの判断は、もし被解放者が自分が被解放者であることを否定するならば、先決の訴訟において争うことができる、という権能を被解放者から奪うことはない。⁽¹⁶⁷⁾⁽¹⁶⁸⁾

扶養義務があるという判断の前提として、被解放者であるという判断が必要である。この判断を、前提ではなく本案として争う訴訟を *praeiudicium* と呼ぶのである。

これを現在ならば「確認訴訟」と呼ぶであろう⁽¹⁶⁹⁾(ドイツの *Feststellungsklage* の継受であろう)。

日本の現在の民事訴訟法第114条1項は、「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する。」と定めている。

そこで、仮定の話であるが、日本の法律によると、扶養義務の判断の前提として被解放者であると判断されたとしても、(この第114条1項を適用して)被解放者であるという判断は主文に包含されない(「ティティウスには扶養義務がある」というのが主文であり、主文には「ティティウスは被解放者である」とは書いていない)。よって、ティティウスは被解放者であるかどうかについて、あらためて争うことができる、ということになる⁽¹⁷⁰⁾。

十一

原著者および改訂者の三人とも著名な法律学者である⁽¹⁷¹⁾。

サヴィニーは、この辞書を引用している⁽¹⁷²⁾。

この辞書に *PRAEIVDICIVM* の語が出ており(1096-1097頁)⁽¹⁷³⁾、三項目に分けて詳しく説明されている。



Barnabas Brissonius: De Verborum Significatione, 1743. 関西大学図書館蔵

それぞれの定義をしてみる。1. *PRAEIVDICIVM, dicitur, quidquid prius iudicatum sequentibus iudicii exemplum aliquod adlaturum est.* 2. *PRAEIVDICIVM, pro incommodo, dispendio, damno.* 3. *PRAEIVDICIVM etiam adpellatur quaestio controuersa, caussa, de qua prius conosciendum, statuendum, decernendumque est, quam de alio negotio quaeratur, propterea, quod ei praeiudicium facit.*

十二

『日本書紀』に、つぎの一節がある。
 「亦難波^{またなには}に^は至る^{かへりいた}比に^{ころ}、相濟^{かしわのわたり}の^{あら}悪ぶる神を殺しつ。」⁽¹⁷⁴⁾

相濟⁽¹⁷⁵⁾は、現在の大阪市西淀川区にあった。そこには、明治時代の前半には、中津川が流れていた。現在、右岸および左岸の一部がのこっている。

明治政府は、明治29年（1896年）の河川法制定以後、治水事業に本格的に取り組んだといわれている⁽¹⁷⁶⁾。

河川技術の導入と普及のためにオランダ人技術者を招へいした。「なかでもデレーケは、明治六年、彼が三一歳の時来日してより同三六年に至るまで滞日し、彼の働き盛りの時期を日本で過ごした。……わが国の治水行政がおおむね固まり、西欧科学技術の方法論や考え方が、わが国の指導者の間に根を下ろすまでわが国に止まって河川技術を指導したことになる。」⁽¹⁷⁷⁾

淀川の工事の結果、中津川はなくなり、柏済もなくなったのである。

十三

サヴィニーは、第14節⁽¹⁷⁸⁾において、より重要なことに対して先決がなされないように法律によって規定されるべきであると論じる。ユースティーニアースの法典においては、より重要でない事件によって、より重要な審理に対して先決がなされるべきではない（L.54.de iudiciis. per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet.）と規定されていると指摘する⁽¹⁷⁹⁾。

ユースティーニアース法典における複数の具体例をサヴィニーは引用している。

たとえば、L.35.de iure fisci（Pomponius⁽¹⁸⁰⁾）がそれである。

「ユーリアース⁽¹⁸¹⁾の著書につぎのように書かれた。もし私人がルキウス・ティティウスの遺産は自分に属すると主張し、他の者は、その遺産は国庫のものであると主張するならば、つぎのことが問われる。すなわち、国庫の権利がまず審理され、そしてその他の訴権は延期されるべきであるのか、それとも、それにもかかわらず、公の事件に対して先決がなされないように、個々の債権者の請求は止められるべきであるのかが問われる。」⁽¹⁸²⁾

この条文の意味は微妙なところがある⁽¹⁸³⁾が、国庫の権利に関する事件は、私人の権利に関する事件より重要な事件であり、国庫の権利に対して先決されはならない、と規定されていると読める。

サヴィニーは、その他の事例にも言及する。

十四

「曲そのものが不完全なのに、どうして様々な名ピアニストがこの曲に挑むんですか？」

「良い質問だ」と大島さんは言う。そして間を置く。音楽がその沈黙を満たす。「僕にも詳しい説明はできない。でもひとつだけ言えることがある。それはある種の不完全さを持った作品は、不完全であるが故に人間の心を強く引きつける——少なくともある種の人間の心を強く引きつける、ということだ。たとえば君は漱石の『坑夫』に引きつけられる。『こころ』や『三四郎』のような完成された作品にない吸引力がそこにはあるからだ。君はその作品を見つめる。べつこの言いかたをすれば、その作品は君を見つめる。シューベルトの二長調のソナタもそれと同じなんだ。そこにはその作品にしかできない心の糸の引っ張りかたがある」」（村上春樹『海辺のカフカ』⁽¹⁸⁴⁾）

『吾輩は猫である』⁽¹⁸⁵⁾は、どうだろう。

「こりゃ何と読むのだい」と主人が聞く。

「どれ」

「この二行さ」

「何だって？」⁽¹⁸⁶⁾ Quid aliud est mulier nisi amicitiae inimica..... こりゃ君羅匈語じゃないか」

「羅匈語は分ってるが、何と読むのだい」

「だって君は平生羅匈語が読めるといってるじゃないか」と迷亭君も危険だと見て取って、ちょっと逃げた。」

本稿においてとりあげている、バルトルス、グロティウス、サヴィニーらは、ラテン語で⁽¹⁸⁷⁾⁽¹⁸⁸⁾法律学を展開している⁽¹⁸⁹⁾。

注

- (83) Hugo Grotius (Huigh or Hugeianus de Groot) was a Dutch statesman, jurist, philologist, theologian, and Humanist whose juridical works are of fundamental importance in international law (The New Encyclopædia Britannica in 30 Volumes, Knowledge in Depth). 船田『ローマ法・第1巻』に「グロート」とある（538頁）。グロティウスについては日本語による多くの研究文献がある。勝田・森・山内編著『概説 西洋法制史』前掲の説明および同書に引用された諸文献をぜひ参照されたい。本稿執筆においても参照した。

- (84) 『オランダ紀行 街道をゆく35』(朝日新聞社・1991年)
280頁以下)

「ところでオランダという国のことですが、これは世界でいちばん立派な国ではないかと思ったりします。

「世界は神様がつくったかもしれないが、オランダはオランダ人がつくった」

とよく言われます。

オランダの立派さはこの一言に尽きるのではないでしようか。」(週刊朝日増刊『司馬遼太郎が語る日本・未公開講演録愛蔵版Ⅲ』230頁。)

後掲の『司馬遼太郎対談集 土地と日本人』(注108)において、高橋裕教授は、「神は人間をつくった。人間は自分たちの土地をつくった」とオランダ人は言いますね。ともかく国土の六割は海より低い土地ですからね。」と言われる。

- (85) 司馬遼太郎は、「国際公法」という語をよく用いる。
「属地ニアラズ」

と主張する大久保の議論は、すべて国際公法もしくはその有力な解釈をたてにとり、そのあたり、かれは、一見、ヨーロッパのどこかの大学の国際法の学者が学術発表をしているかのようなふんいきがあった。

このあたり、滑稽な風景ともうけとれるし、ひるがえってみれば外交家としての胆略ともうけとれる。

元来、大久保に、国際法などというものの素養があるはずがなかった。かれは薩摩藩としてはごく普通の初等教育をうけただけで、その教養は漢文の概略を知っているにすぎず、その漢文の面でも、木戸孝允のように青春を奔走のなかで送った人物から見ても、

——大久保は無学だから。

と低声でつぶやいたことがある。

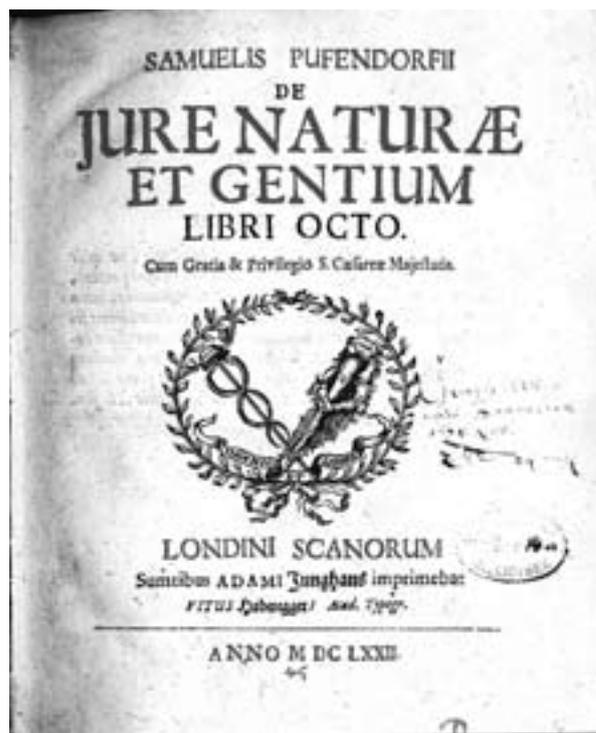
しかし大久保は天性の卓越した理解力をもっており、この点、おそらく新政府のたれもがかれに及ばなかったであろう。大久保はこの北京ゆきにあたって、ボアソナードという国際法の生きた書物を携行していた。滞在中、毎日、ボアソナードから、こんどの問題に関する国際公法の講義を聞いた。

——生蕃ハ属地ニアラズ。

とする大久保の法解釈は、フランスの法律学者ハッテルの説だという。……」(『翔ぶが如く 新装版 五』127頁以下)

その他においても、司馬遼太郎は、「国際公法」の語を用いる。

「国際法」「国際公法」「万国公法」などの語の説明を『法律学小辞典』(有斐閣・編集代表・金子宏・新堂幸司・平井宜雄)で見よ。また、ローマ法の ius



Samuel Pufendorf (1632–94): De jure naturae et gentium, 1672. 関西大学図書館蔵

gentium (万民法と訳されることが多い。前出注(65)を参照)が「国際法」関連の著書の標題に長く用いられていた。

「プーフェンドルフは、理性法論の時代の独創的思想家の一人であった。かれが、法信仰に関する教養と情熱においてはグローティウスに、論理的な重みと政治的情熱においてはホブズにはるかに劣っていたことは、事実である。だがしかし、プーフェンドルフの——中欧の私法発展に今日に至るまで及んでいる——影響は、他の二人の影響より大きく、かつ一層直接的であった。」(ヴィーアッカー・前掲・378頁) Malte Dießelhorst, Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs, Göttingen, 1976. (Meinem Lehrer Franz Wieacker gewidmet) を参照せよ。

- (86) 「近代自然法論の本来の創始者は、古くから、フーゴー・グローティウス…である、とされている。」(ヴィーアッカー著・前掲書332頁)ということもいわれている。 Benjamin Strautmann, Hugo Grotius und die Antike, Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht, Nomos, 2007, The Free Sea, ed. David Armitage (Natural Law and Enlightenment Classics), Liberty Fund, 2004 (本書にはバルトルスの Tyberiadis への論及がある) をも参照せよ。 Alexander Demandt, Macht und Recht als

historisches Problem, in; Macht und Recht, Große Prozesse in der Geschichte, Herausgegeben von Alexander Demandt, München, 3. unveränderte Auflage, 1991, S.291およびAuthority and Power, Edited by Brian Tierney and Peter Linehan, Cambridge University Press, 1980. Knut Wolfgang Nörr, Naturrecht und Zivilprozess, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976 (最初にGrotiusとPufendorfが論じられる)も見よ。

Adolf Laufsは、Johann Oldendorp (1488-1567)を自然法論の点において、グロティウスの先駆者として位置づけている (Rechtsentwicklungen in Deutschland, Fünfte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1996, S.77f.)。

もっとも、自然法とは何かというのは難しいと私は思う。ダントレーヴ著・久保正幡訳『自然法』(岩波書店・1952年・2006年)を参照せよ。

『法律学小辞典』(金子宏・新堂幸司・平井宜雄)前掲の説明は、つぎのようである。「自然ないし本性(☐ nature)を基本として成立する法。人為の法(実定法)が時代や社会によって変化するのに対し、普遍的かつ不変な法で、人間の本性の中に、あるべき秩序に向かう性質があり、それによって成立する秩序であるとされる。……あらゆる人為の秩序を否認する無政府主義は自然法論の極限的形態といわれる。」

久保正幡教授は、H・コーイング『近代法への歩み ドイツ法史を中心に』(東京大学出版会・1969年)の「訳者あとがき」において、「これはわたくしの個人的な思い出に流れるかもしれないが、本書の読者の方々のか参考になればと思い、一言つけ加えて置きたいことがある。去る1953年夏、戦災のあとをとどめていたフランクフルト大学の研究室で教授にはじめて面会したときのこと、法とりわけ自然法と歴史との関係について語り合っている中に、教授は「自分は自然法の^{アンヘンガー}信奉者である。法史というものは、自然法発見の歴史、その過程と見なされる」と言われた。この教授の言葉は、今も忘れることができない。」と書かれている。

自然法(ius naturale)は、古代から論じられており、ウルピアーヌス(Ulpianus 前出・注66)は、その代表的論者であるといわれている(Tony Honoré, ULPIAN, Pioneer of Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2002を参照せよ)。

- (87) グロティウスを国際法の父と呼ぶことに反対の説がある。

たとえば、「グローチウスの著作『戦争と平和の法』が名聲を拍し、この一書をもつて近代自然法の父、国際法の祖といはれることについては、不当ではないにしても、むしろその幸運が過分であり、国際法學者としての先覺者たるスアレス、ゲンチリス或はアイヤラなどをさしおいては、創始者の名を僭奪するものであるといったやうな手厳しい批判もないではない。彼の名聲のよつて来たところが、パウンドやベロルツハイマーなどの指摘するやうに、「政治家の文書の力」(モンテスキュー、マルクス、ラッサールみな然り)によることも事實であろう。同時代の純粹の法哲學者が無視されてゐることは、何時の世にも存するところの法律家に運命的な現象である。しかし幸か不幸か、彼が單純な法哲學者でなかったといふことだけが、決定的な條件であつたとは言へない。やはりこの名聲を持続せしめるには、何か根底的なものがないとかならない。それは何よりもバルザックが評したやうに、「グローチウスの書いたものには、その底に流れる一脈の誠實さがある。これがあればこそ我々は、彼の言に全幅の信頼を置くことができる」のである……」(一又・後掲『第三卷』18頁以下)を参照されたい。

「……フランスでは、バルザックのやうに法律についての叙述の多い作家もあり、文体を練るために毎日常民法典を読んでいと自分で言っているスタンダールのやうな作家もいる。……」(星野英一『民法のすすめ』岩波新書・1998年・5頁)

- (88) グロティウスに先行して、Leuven 大学には Petrus Gudelinus (1550-1619) らが、Leiden 大学には Everardus Bronchorst (1554-1627) などがおり、法律学は高いレベルに到達していた。たとえば、Robert Feenstra, Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th Centuries, Variorum, 1996, p.201- を参照せよ。スタイン著・前掲は、つぎのやうに述べる。「早くからレイデン大学は、フランスから亡命してきたプロテスタントの人文主義者フーゴー・ドネルスを招聘することができた。ドネルスは1579年から1587年までレイデンの講壇に立った。ドネルスの後継者は、ドイツの大学で彼に学んだエヴェラルド・ブロンホルストであった。ブロンホルストが確立した学風は、ネーデルラントの大学における法学の特徴となった。これは法学のいわゆる「典雅な」アプローチと「法廷実務的」アプローチの結合、すなわちフランス学風とイタリア学風の穏やかな融合であった。……」

ブロンホルストは、法学生が最初に学説彙纂最終章

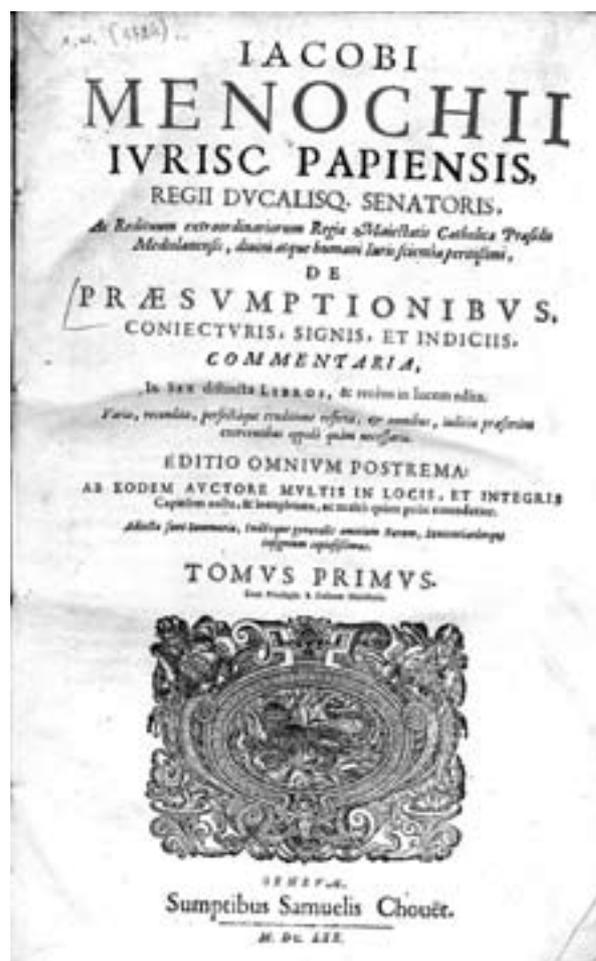
および法学提要に収められた法の基本原理を学ぶことの重要性を強調した。……法廷弁論は討論によって訓練されたが、その際に学生たちはバルトールス派の註解学者を引用することができた。」(127頁—)

- (89) 一又正雄譯・グローチウス『戦争と平和の法・第一巻～第三巻』(巖松堂書店・昭和25-26年)。
- (90) “.....Vingt cinq ans après, en 1620, la guerre de Trente Ans commença par la bataille du Mont-Blanc, près de Prague, et se continua jusqu'à la paix de Westphalie, en 1648. Pendant cette longue iliade dont Gustave Adolphe fut l'Achille, Heidelberg, quatre fois assiégée, prise et reprise, deux fois bombardée, fut incendiée en 1635.” Victor Hugo, *Le Rhin de Mannheim à Lausanne*, Édition établie et présentée par Michel Le Bris 3, Christian Pirot, 1996. p.81-2. (ユゴー著『ライン河幻想紀行』榊原晃三編訳・岩波文庫・1985年・129頁)「……王政のドン・キホーテであるスウェーデンのグスタフ三世は、……ただヨーロッパの救世主、グスタフ・アドルフの役割が演じたさに、しきりにゼスチュアをふり廻している。……」(シュテファン・ツワイク作『マリー・アントワネット(下)』高橋禎二・秋山英夫訳・岩波文庫・1980年・148頁以下)シルレル著・渡辺格司訳『三十年戦史・第一部』(岩波文庫・1943年)・『同・第二部』(同・1944年)「シルレルが始めてエーナの大學に於いて講ずるや、忽ち學生の人氣をさらひ、潮の如く押寄せる學生の群に大學街の人々は驚いて『何事ぞ』と尋ねると、『シルレルの三十年戦史を聴きに行くのだ。』と學生は口々に答へて先を争つて急いだといふことである。」(譯者の序)
- (91) 『世界の歴史 8 絶対君主と人民』(中公文庫・責任編集・大野真弓・32頁)。
- (92) 『三銃士』の時代である。「ルイ13世(1601-1643)は、名君とたたえられたアンリ4世とマリ・ド・メディシスの間に生れ、父王が暗殺されて即位したとき9歳だった。そこで母マリ王大妃の摂政時代がつづく。マリ・ド・メディシスはイタリアから彼女に従ってきたイタリア人コンチーニを重用して国政を託していたが、後にルイ13世は自分の親政に邪魔なこの人物を暗殺させた。一時、王は自分の幼な友達のリュイーヌに国政をとらせていたが、これも当時のフランスの政局を乗り切る才能をもつ人物ではなかったので、リシュリユーを登用した。ここで近世フランスの王権確立、中央集権の新しい歴史が始まり、ついにこの有能な首相の政治力でそれが実現するのである。」(デユマ作・生島遼一訳『三銃士』(岩波文庫)訳者の「はしがき」)ルイ

14世(1643-1715)は、ルイ13世の子である。リシュリユーについて、例えば、Arnaud Teyssier, *Richelieu La puissance de gouverner*, Éditions Michalon, Paris, 2007を参照せよ。

「グローチウスは……デルフトDelftに生れた。知的に早熟な16歳のグローチウスは、名誉使節としてオルレアンOrléansに赴き、同地でフランス国王アンリ4世の手から博士の帽子を受け、興隆期にあるオランダの政治生活に、若くして参与した。……1618年には、その党首Oldenbarneveltが処刑されたのに連座して、(1619年には)グローチウスは、「終身禁錮」の判決を受けた。1621年に、かれの妻がかれを書物函のなかに隠して、かれは危うくこの禁錮から逃亡した。フランスでは、敬意を以て迎えられたが、しかし、法外に忙しかった。……この正義思想家の生涯の悲劇は、一時的な失敗を超えて輝きわたるかれの世界的名声の前に、消え失せている。」(ヴィーアッカー著・鈴木訳『近世私法史』前掲・333頁)グローチウスの脱出は、『巖窟王』の示唆を与えたか、どうか。

- (93) 本稿で利用しているバルトールスのテキストは、その表



メノキウス(1532-1607)著『推定について・第1巻』
ジュネーヴ 1670年刊 関西大学図書館蔵

紙の写真に見えている（本誌前号16頁）ように、Jacobus Menochiusが編集して出版したものである。このメノキウスは著名な法律学者である。彼の著書の表紙の写真を前頁に掲げる。（わが国では、「白自は証拠の女王」と訳されているメノキウスの言葉が有名である。）

ということは、このバルトルスのテキストにはメノキウスの見解が反映していると考えなければならないということである（本書を読めばこのことは明らかに示されている）。もし、バルトルスの原典を参照したいと考えるならば、残存している手写本（手書本）から復元する作業を自分自身でしなければならない。

この意味において、バルトルスの見解の記述にはテクストクリティークの問題があるということになる。

- (94) 私の力量不足により、バルトルスの本文に書かれているすべてを紙数の範囲内で説明することができないので、今回は、いくつかの論点に言及するにとどまる。
- (95) 次の条文が引用されている。ff. de re. di. l. riparum: Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt. 「河岸の公共使用も亦河川の使用と均しく万民法の一部分とす。随て船舶を河岸に進め又纜を河岸に生長せる樹木に繋ぎ而して河岸に貨物を置くは河流を航行すると均しく何人にも自由とす。然れども河岸の所有権は接続地の所有者に属す。随て河岸に生ずる樹木も其所有者に属す。：訳注がある。「所有者は収益することを得るも公衆の使用を妨害する行為例へば其樹木を伐ることを得ず。違はんとする者は大判官の特示命令を以て之を制止することを得るなりサ本に見ゆ」（末松謙澄訳・宮崎道三郎校閲『ユースティーニアヌス帝欽定羅馬法學提要 四版』（帝國學士院・大正13年・初版緒言に大正2年とある）94頁。

イ. 纜（ともづな）= funisである。Skeat, supra, FUNICLEを参照せよ。

ロ. この末松訳『法學提要』の冒頭に穂積陳重（1855-1926）による「穂積博士序」があり、つぎの文をもって始まる（引用に際し漢字を一部変えた）。「羅馬は三たび世界に号令し、三たび国家を統一せり。其第一回は羅馬の武威隆盛なるの時に當り、万民を征服して邦国の統一を成せるなり。其第二回は帝國頽壞の後に

於て仍は教法の権柄を執り、以て宗教の統一を成せるなり。其第三回は中世以降欧州諸国に於ける羅馬法の継受に依りて法律の統一を成せるなり」とは是れルードルフ、フォン、イエリングが其著「羅馬法の精神」の冒頭に掲げたる言なり。……中世イルネリウスの徒註釈派の法曹がボロニヤ大學を興し羅馬法全典（コルプス、ユーリス、キーヴェーリス）を註解して羅馬法學の研究を復興したる以来、欧州諸国に於ける諸大學は、相率ゐて註釈派の法曹を招聘して羅馬法を學生に教授し、其結果羅馬法は竟に近世諸国の法學及び立法の基礎と為り、前世紀の始めザヴィニー等の歴史派法曹が羅馬法と近世法との関係を明らかにするに及んで……回顧すれば明治十一年の交、余は末松博士と共に英國に留學し、博士はケムブリッジ大學に在り、余はミッドテムブル大學に在りて同時に羅馬法を講習せり。爾來星霜を経ること三十有余年……」

ハ. Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, I, Institutionen, Gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, 2., verbesserte und erweiterte Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 1997 (S.273-S.349に『Institutiones（法學提要）』に関する重要な記述がある。）

- (96) 次の条文が引用されている。ff. de peric. & comm.rei vendi.l.id quod.§.j. Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommo-dumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet. 以下の議論においても、バルトルスは、ユースティーニアヌス法典などの条文を引用しているが、本稿の以下の記述においては、原則として条文それ自体は引用しないことにする。別の機会に詳しく論じる。
- (97) bobus coli possent.
- (98) Skeat, SULCATEDを参照せよ。
- (99) Heumann/Seckel, aaO., Fovea= Fallgrube (1.28 pr.D.9, 2= 「熊及び鹿を捕捉する為に陥穽を作る者が之を路上に作り、或物が之に陥り損害を受けたときは、アクキリア法に依って拘束せらる。然れども、通常通行する所以外の場所に之を作りたるときは、何等の義務を負ふこと無し。」船田訳・法學新報第45巻8号・118頁)。
- (100) ローマ法に必要費 (impensae necessariae)、有益費 (impensae utilis)、奢侈費 (impensae voluptuariae)

- の区別がある。「第一は客体の保全に欠くことのできない費用、第二はこれによって客体の価格を増大させた費用、第三はかような価格の増加を生ぜず単に占有者の趣味で客体に加えた費用である」(船田『ローマ法・第2巻』525頁)土地の永久的な使用のため(ad perpetuam utilitatem agri)の費用は一つの論点である。
- (101) Heumann/Seckel, Incultus= unebaut (1.7 §3 D.28, 8)
- (102) イタリア語collina. フランス語colline.
- (103) = valles. Skeat, Valley.
- (104) バルトルスは、planus とは、ギリシャ人によって platosと呼ばれるものであると説明する。
- (105) Skeat, CEMETARY. スペイン語cementerio. ポルトガル語cemiterio. 古代のラテン語にはなかった意味のようである。
- (106) 「日本国の国土は、国民が拠って立ってきた地面なのである。その地面を投機の対象にして物狂いするなどは、経済であるよりも、倫理の課題であるに相違ない。ただ、齒がみするほど口惜しいのは、
「日本国の地面は、精神の上において、公有という感情の上に立ったものだ」
という倫理書が、書物としてこの間、たれによっても書かれなかったことである。」(『風塵抄 二』(1996年・中央公論社) 316頁)
- (107) この点を論じるものとして、たとえば『司馬遼太郎について 裸眼の思索者』NHK 出版編(尾崎秀樹・磯貝勝太郎・松原正毅・道川文夫・田中直毅・山折哲雄・2006年) 135頁以下など、司馬遼太郎『対談集 日本人の顔』(朝日文庫・昭和59年) 205頁以下(都留重人氏との対談「日本人と土地」)などがある。
佐々木毅・金泰昌編『公共哲学 1 公と私の思想史』『同2 公と私の社会科学』『同3 日本における公と私』『同4 欧米における公と私』『同6 経済からみた公私問題』(東京大学出版会・2000-2001年)を参照せよ。
また、牧英正『道頓堀裁判』(岩波新書・1981年)、レイモンド・ゴイス『公と私の系譜学』(山岡龍一訳・岩波書店・2004年)も参照せよ。
- (108) 『司馬遼太郎対談集 土地と日本人』(中央公論社・昭和51年)にもそれが現れている。対談者として五人登場するが、本稿においては、「所有の思想 石井紫郎」および「日本の土木と文明 高橋裕」に言及する。
- (109) 司馬遼太郎『余話として』(文藝春秋・1975年) 202頁以下。発表掲載誌については、234頁を参照せよ。
1. また、私は、たとえば『日本の歴史 7 鎌倉幕府』(昭和40年。石井進) 52頁以下および『石井進著作集 第1巻 日本中世国家史の研究』(岩波書店・2004

年)・『同 第2巻 鎌倉幕府論』(岩波書店・2004年)を参照した。前者の付録に著者(石井進氏)と堀米庸三教授の対談(昭和40年)がある。堀米教授の発言のいくつかを引用しておく。「東海道の往還に關係して、ぼくがいつも感じることの一つは、日本全国から律令制施行以来、年貢がみんな京都に集まっている。あれがいったい、どうして可能だったかということですね。主として海運ですか。」「けっきょく、集権的な統治というものができる地盤、集権制統治の可能性を裏書きしているわけですね。そうして中世のヨーロッパでは、それができないから集権の統治ができなかったということなんです。畿内まで運ぶのに、西国のほうは瀬戸内海があるからほとんど船でしようが、東国のほうは陸上が多いのじゃないですか。」「京都に対抗する勢力が関東にできたということは、武士団が形成されるときの、関東での生産力と人口の急激な増大、それが重要な因子になっているわけでしょう。」「たとえば頼朝を詳細に扱って義経にはたいしたスペースを使っていませんね。これはひじょうによいことだと思うのです。義経にいくらページをさいても歴史にはならない。」「石井さんは、もうぼくの結論がおわかりだと思いますが、承久の乱を中心にして徳治思想というものがあらわれてきますね。これはある意味で下から上への批判ですね。」

2. 石井紫郎教授は、前掲の対談において多くの発言をされているが、ここではつぎを引用する。
「世界で例をみないヨーロッパの封建制度と極めて類似したことが鎌倉時代に起きたのも事実ですが、けれどヨーロッパでは私領は封建関係の外にあるという点では日本と決定的に違います。日本では恩領と私領がともに封建関係を結ぶ^くきず^なになるわけです。ヨーロッパでは私領には一切税金がかからない。たとえばプロイセンでは貴族の世襲私有地全部に例外なく税金がかかるのは一八六一年で、日本の明治維新の直前です。フリードリッヒ大王のような王でさえ、貴族の所有地に税金を課することはできなかつたようです。フリードリッヒ大王のお父さん(フリードリッヒ・ウィルヘルム一世)は家臣の貴族たちに封をやめようと提案したのです。それはいざ戦争というときに封をいただいているというので、旧式な騎士たちが集まってくるのですが、そんな旧式軍隊ではなんの役にも立たないので、封をやめたいということになったのです。封という名前をやめて私有地として家臣にやるから、その代わり税金を出せということをお願いしたわけです。これは日本流にいえば家臣にとってたいへんありがた

い話なんでしょう。しかしさっきの在地領主が公田段錢に便乗した例と比べると大きな違いで、ここではたいへんな混乱が起り、ウィーンの裁判所に訴訟として持ち出されました。その訴訟ではいろいろの議論があったのですが、結局、封は封として残し、それに付随する軍事的奉仕義務をお金に換算するという事で妥協が成立しました。なぜプロイセンの貴族たちが裁判に訴えてまで頑張ったのかというと、私有地に税金をかけるという先例を作りたくなかったためだろうと思われまます。従来もっていた私有地にまで税金を課するという原則が及ぶことを嫌って、一種のヤセ我慢をしたからで、それ以後一世紀の間、税金がかからなかったわけです。ヨーロッパでは財産に税金をかけるということはたいへんなことだったわけです。」(『司馬遼太郎対談集 土地と日本人』前掲・69頁以下)「私」は「公」の陰であるという印象です。たとえば江戸時代に新田開発をした場合、お上に届け出て検地帳に載せてもらえば、天下晴れて所有を認められるのだから隠すなどという法令が出ているほどです。新田開発をただけで届け出なければ、それは隠田として処罰されるわけです。だから「私」はいつもコソコソしているのに、「公」はだんだんふくれていき「私」はしぼんでいくわけです。」(同・70頁以下)

(110) 岩波新書・1998年・前掲。

(111) 同・205頁一。

(112) 「本書の見地から強調したいのは、日本民法典も、それらの強い影響のもとにあるとして、遠くローマ法にも連なるものだ、ということである。」(同・205頁)

三ヶ月章教授の最初の論文は、「契約法に於ける形式主義とその崩壊の史的的研究」である。

「私が学んだ東京帝国大学法学部法律学科のカリキュラムは、現在の多くの法学部のそれとは異なって、ローマ法は、法学部に入るとまっさきに、すなわち憲法や民法総則と並行して学ぶべき科目とされていた。その理由は、いうまでもなく、西欧近代法の淵源はローマ法にあるのだから、法を学びはじめる最初にまずローマ法の洗礼を受けさせるべきだ、ということころにあっただろうと思われる。……

……何時頃からか詳らかではないが、帝国学士院の中に、「藤田男爵羅馬法奨学費」という賞金制度が設けられ、ローマ法の試験で成績のよかった学生一名に奨学費を出すという制度が、かなり古くから存在したのであった。……この奨学費には実は大きな負担が伴っていたのである。それは、この奨学費を受けた者は、法学部在学中にローマ法に関する論文を書かねばなら

ぬということであった。……

……私の考え出したことは、教場と、通学の電車の中の時間だけを講義で学ぶことの吸収消化にあて、残りの時間の全部をこの論文作成という仕事に振り向けるということであった。昼休みや休講時間は寸暇を惜しんでせつせと原田先生のお部屋に出かけてローマ法関係のカード作りに精を出し、夕食後は、大学の中央図書館の閉館時間ぎりぎりまで、ゲルマン法やドイツ法の文献と格闘したわけである。二年の学年試験が七月にすんだので、七月の残り、八、九月の大部分は論文の仕上げに専念した。……この論文を書き上げて原田先生にお渡ししてから一週間も経たぬ九月下旬には、学徒の徴集延期措置の撤廃が言い渡され、私もそれから二ヵ月後には一兵卒として兵役に服したのである。」(『民事訴訟法研究 第九巻』有斐閣・昭和59年・347頁以下。論文は『民事訴訟法研究 第五巻』所収)

(113) 同・79頁。

「publicはラテン語のpublicusに由来する。publicusはpopulus(人民)から出来たもので、「人民全体に属する・関わる」という意味を持っていた。「官」でなく「民」の側をいう言葉なのである。また、publicusには、「審査や監視を受けるよう公開されているもの」という意味もあった。さらに、公的な事柄に参加する資格を得る年齢である「成年」を意味するpubesにも関係するとされる。……」(同・85頁)

「これに対し「私」は、ラテン語で「奪われた」の意味のprivatus、または「引き離された」の意味のprivusに由来する。具体的にはprivatusは、「他人によって見られ聞かれることから生ずるリアリティを奪われている」という意味になる。……」(同・86頁以下)

(114) 1. ヨーロッパにおける近代の国家理論の形成者たちは、「公」「私」の問題に取り組まなければならなかった。たとえばボダン(Jean Bodin: 1530-96)のLes six livre de la république(1576年)について、勝田・森・山内編著『概説 西洋法制史』前掲・223頁以下を参照せよ(引用されている文献も参照せよ)。ボダンの本書の一冊版である1583年のパリ版は千頁をこえるものである(同書の扉の図はReclam文庫[これは抄訳であり、全151頁である]に用いられている)。また、1586年にはラテン語版が出版されている(De republica libri sex, latine autore redditi, multo quam antea locupletiores. 関西大学図書館蔵。ラテン語になったことで、より多くの読者を獲得したのである)。

森島恒雄著『魔女狩り』(岩波新書・1970年)194頁以下を参照せよ。Claudia Opitz-Belakhal, Das

Universum des Jean Bodin, Staatsbildung, Macht und Geschlecht im 16. Jahrhundert, Campus Verlag, Frankfurt/New York, 2006も参照せよ。Thomas Rütfer, Die Rezeption des römischen Sklavenrechts im Gelehrten Recht des Mittelalters (奴隷の法律問題についてのバルトルスとボダンの学説が検討されている), in Thomas Finkennauer (Herausgeber), Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, S.201-221, Springer, 2006も参照せよ。

2. ヴィーコ (Giambattista Vico, 1668-1744) 著・上村忠男・佐々木力訳『学問の方法』(岩波文庫・1987年)が、

イ。「公」「私」の問題を論じている。「最初は公法は万人に知られており、私法のほうが秘密であったが、のちには公法が秘密となり、私法のほうは万人に公開されることになった。かつてはまず公法に関する賢慮のあり方を教えられ、それから私的なことごとについて解答の仕方へと移っていったのであったが、今日ではまず私法の分野で試験されたうえで国事に関する諮問の仕方へと移ってゆくのである。」(107頁)「それゆえ、君主はもし王国の増強を願うのであれば、ローマ法を国家理論〔政治の学〕に基づいて解釈するよう命じるべきである。そして、裁判官たちもこの国家理論に基づいて訴訟を裁くべきなのである。それも、最良の弁論家たちが私的理由に公的理由を貼りつけることにつねにできるかぎり配慮し、そしてそれができるときにはいつでもそのことを達成させてみせている、あの彼ら最良の弁論家たちの技術を用いてである。もちろん、裁判官たちの場合には〔弁論家たちとは〕最大限正反対の方向に用いるのである。それというのも、先方はそれを私法が公法に打ち勝つように用いるのであるが、これに対して自分たちは公法が私法に打ち勝つように用いるからである。」(126頁以下)

ロ。訳者は注において、*iurisprudentia* について、「これはまた *prudentia iuris* と表記されることから判るように、法学とは元来「法に関する賢慮」のことであったことに注意されたい。ここではとくに、論述の文脈を尊重して「法賢慮」と訳すことにする。」(180頁)と述べられる。

現在の英語の *jurisprudence* は主に「法律学」を、フランス語の *jurisprudence* は主に「判例」を意味する。

ハ。ヴィーコは、グロティウスに言及している。「アックルシウスと彼に従っているきわめて鋭敏で平衡を探し求めるのにきわめて巧みな人々は、確かにローマの法律をわれわれの時代に合うようにじつに賢明な仕

方で解釈してきた。それというのも、彼らは、きわめて事細かでわれわれの私的なことごとにとってはまったく役に立たなくなってしまう法律を、解答を与えたり判決を下すにあたってとくに必要な若干の正義に関する類概念にまとめあげたからである。彼らのいわゆる法律の要点があたかも私法に關してのじつに賢明に考え出された一般的な法律であるかのように見えるまでである。このため、彼らは心底からの、そして価値ある賛辞をフーゴー・グロティウスから受けとったのであった。彼らは確かに時として悪しき解釈者ではあるが、多くの場合に最良の法創造者である、という賛辞をである。」(118頁。ゴチックは原文による)

(115) 前出・注(31)p.13を参照せよ。スコットランド法が対比されていることも見られたい。

(116) Heumann/Seckel, *Torrents (flumen), ein Fluß oder Bach, der nicht beständig fließt, sondern im Sommer austrocknet.*

(117) Heumann/Seckel, *beifügen, begeben* など。

(118) Heumann/Seckel, *Wallgraben* (1.3 §4 D. 49,16).

(119) 船田『ローマ法・第2巻』324頁注5も参照せよ。

(120) Heumann/Seckel, *Seitenlinie der Verwandtschaft.*

(121) Heumann/Seckel, *Bach* (D.43,21.).

(122) Heumann/Seckel, *stehendes Wasser, Teich* (1.1 § 4 D.43, 14).

(123) Heumann/Seckel, *ein See oder Teich, der Ab- und Zufluß* (1.1 §3.7 D.43, 14).

(124) *ff. de rei ven. L. in rem* が引用されている。「他の物に結合し又は附加して附合に因りて他人の所有に帰したる物が如何なる物なりとも、右の物が附着する間は所有者は其回収を請求すること得ず。然れども之を分離せしめ然る後に之を回収請求する為に提示訴訟を提起することを得。.....Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur.....」(船田享二訳)

(125) Heumann/Seckel, *adiocere= hinzufügen. Adiectio* も見よ。さらに、*Skeat, ADJECT* も見よ。

(126) → *proicere. Heumann/Seckel, werfen.*

(127) = *harena.*

(128) *Ipsa iure* は、「法上当然に」と訳されていることが多いのは、1839年発行の『ユースティニアヌス帝法学提要』の独訳が *dem Rechte selbst zufolge* である (S.196) ことなどに影響されたものと私は推測する。

末松訳『法學提要』前掲は「國民法上に於ては」と訳している（538頁。Cambridge 大学留学の末松は独訳の影響が少なかったと私は推測する。同書に参考にした書物が掲記されている）。1996年の独訳は、nach Zivilrechtである（S.255）。「市民法によれば」という訳もありうると考える。多くの場面で使用される表現であるので全体的な検討が必要であると思う。

- (129) 前出・本誌前号8頁を参照せよ。
- (130) Heumann/Seckel, 1) Gebiet einer Stadt, Weichbild. 2) auchdas Gebiet, auf welches sich die Gerichtsbarkeit eines Magstrats erstreckt: Sprengel.
- (131) バルトルスは、議論のなかでアゾ Azo（前出・本誌前号10頁注13の37。生年は定かでないが1220年没。イギリスの有名なブラクトン Bracton の著作に引用されている）を引用している。その他の個所においても Azo を引用している。
- (132) ff. de ver. obl. l. scire debemusが引用されている。
- (133) これに続いて、& num9と書かれているが、命題9はない。もっとも、本文には9がある。
- (134) 前述のように、本文に組み込まれていると考えられる。今回は省略し、本文を詳細に論ずる際に言及する。
- (135) なぜ力が論じられるかについて、バルトルスは、本文の説明において、河川の力が問題であり（Ait ergo, vis fluminis, id est, potentia fluminis.）、さまざまな角度から力が論じられるべきであることを説明している。バルトルスが副詞の vix について論じている（ff. de iudi. l. vix を指示している）のは名詞の vis と関連する語であると考えているからであると思われる（この考えは誤りであると思うがさらに検討したい）。
- (136) Heumann/Seckel, Imponere を参照せよ。
- (137) Heumann/Seckel, Subicere を参照せよ。
- (138) Heumann/Seckel, Clam を参照せよ。
- (139) 「請求の表示が市民法において認められた法律関係の存否に関するときは法律訴権といい、法律訴権のごとく一定の型にあてはめることを得ずして、具体的事実を記載し、判決をこれが有無にかからしめる場合を事実訴権という。」原田『ローマ法』397頁。
- (140) →vindicare
- (141) Vermischte Schriften, Band 4, Berlin 1850, S.74-168による。論文は Marburg 大学に提出された。執筆後50年を経て、この著作集に収められることになったおりのサヴィニーの序文が付されている。その提出論文の完全なタイトルが最初に書かれている。Dissertatio inauguralis juridica de concursu delictorum formali, quam sub auspiciis serenissimi ac potentissimi

principis Gulielmi IX. Hassiae Landgravii rel. academiae rectoris magnificentissimi et auctoritate illustris Jureconsultorum ordinis pro summis in utroque jure honoribus rite obtinendis d. XXXI. Oct. a. MDCCC. publice defendet Auctor Fr.Car. de Savigny Moeno-Fanfurfurtanus. サヴィニーは、フランクフルト・アム・マインの生まれである。

- (142) 『法律学小辞典』（有斐閣・編集代表・金子宏・新堂幸司・平井宜雄）前掲。
- (143) たとえば、「盗犯の賠償制として洋の東西を問わず「多くの民族に通有なる現象」（中田博士）と見られるのは、盗品を幾倍かにして被害者に返還せしめることである。ローマの十二表法では、現行盗は鞭打の後被害者に委せられ、竊盗は盗品価格の二倍を賠償すべきものとされ、その後、現行盗は盗品価格の四倍の賠償に改められた。」（仁井田陸『中国法制史 増訂版』（岩波書店・2005年）98頁）を見ると、現在の日本と異なることがわかる。
- 古代ローマにおいても時代とともに変遷していることをリープスは論じる。
- (144) 1. Ernst Levy (1881-1968). Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin, I (1918), II-1(1922). [古典期ローマ法における訴権および人の競争]
2. 古典期とは、古代ローマの法律学の場合、ほぼ紀元後1世紀から2世紀のことを指す（異なる説もある。ラテン語について、松平千秋・国原吉之助『新ラテン文法』（南江堂・昭和43年）を参照せよ）。
- 「古典」「クラシック」の意味について、池田亀鑑『古典学入門』（岩波文庫・1991年）は説いている。「英語の classic フランス語の classique ドイツ語の klassisch は、ラテン語の classicus から派生した言葉である。このクラシクスは、アウルス・ゲルリウス Aulus Gellius の有名なエッセイである『ノクテス・アッティカエ Noctes Atticae』（Attic Nights）の中に見出される称号である。アウルス・ゲルリウスについてはよく知られていないが、一三〇年頃、アフリカに生れたといわれており、……あらゆる興味ある事柄を書きあつめたのが、右のエッセイ二十巻だそうである。……その本の中に、スクリープトル・クラシクス scriptor classicus ということばがあり、それに対照してスクリープトル・プロレタリアス scriptor proletarius ということばがある。これは、ローマ六代の王セルヴィウス・ツリウス Servius Tullius (B.C. 578-534) が、即位後、憲法を改め、市民資格を出生によらず、財産（納

税額)によって六種の階級(classis—英語のclass)に分け、第一級の市民をクラシキclassici第二級その他の市民をインフラ・クラッセムinfra classem最下級の市民をプロレータリイproletariiとよんで、国家有事の時に備えたという伝説に基くことばである。そのclassis(階級)ということばの形容詞がclassicusで、元来階級的という意味であるが、ギリシャ・ラテン語学神田盾夫教授によると、それが言語によくある現象により、「第一級の」という意に転じたとのことである。……(同・18頁以下。巻末に秋山虔「解説」がある。)

もっとも「古代ローマの法律学の古典期classical period, klassische Zeit etc.」といつからいうようになったか、私は明確に示すことができない。

アウルス・ゲルリウスについて、Leofranc Holford-Strevens, Aulus Gellius, An Antonine Scholar and his Achievement, Revised Edition, 2003を参照せよ。

神田盾夫教授について、加藤周一『羊の歌』(岩波新書・1968年)、河野与一著・原二郎編『新編 学問の曲り角』(岩波文庫・2000年)が言及している。検討されたいと思う。

3. スタイン著・前掲につぎの文がある。「古典期の特徴である厳密で正確な思考を重視する人々にとって、こうした事例は、古典期後の法に杜撰で衰退した印象を与えるものである。彼らは、非科学的な古典期後の法を「卑俗法」と呼ぶ。これは、ラテン語が種々のロマンス語へと変化していった時期の卑俗ラテン語になぞらえたものである。他の人々は、法はそれが適用される社会的諸条件に適應せねばならないことを重視する。」(第1章第10節。33頁)この節の文献案内にE.Levy, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, Philadelphia 1951; *Weströmisches Vulgarrecht II: Das Obligationenrecht*, Weimar 1956.があげられている。

4. すなわち、エルンスト・レヴィは、最初にあげた著書においては古典期の競合の問題を論じたが、のちには卑俗法研究の第一人者となったといえる。

デトレフ・リープス(後掲論文)は、レヴィが古典期のみを取りあげて競合問題を論じた点についても強く批判するという興味深い結果となっている。

古代ローマの法律家について20世紀に書かれた有名な著書は、Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952, 1967である。リープスが序文を付して、2001年に出版されて

いる(Böhlau Verlag / Köln / Weimar / Wien)。

- (145) CONSPECTVS. Prooemium. (§.1.) 76頁 Ipsius Tractationis: I. Pars philosophica. (§.2.) 81頁 II. Pars positive: 1. Ius Romanum: Praemonenda. (§.3.) 86頁 Singulae Delictorum concurrentium species: A. Delictorum privatorum inter se. (§.4-12.) 90頁 B. Delictorum privatorum cum criminibus publicis. (§.13-17.) 114頁 C. Criminum publicum inter se. (§.18.) 153頁 D. Extraordinariorum Criminum cum delictis privatis. (§.19.) 156頁 E. Extraordinariorum Criminum cum publicis criminibus. (§.19.) F. Extraordinariorum Criminum inter se. (§.19.) 2. Ius Germanicum. (§.20.) 162頁 Libelli Summa. (§.21.) 166頁 S.167f.

- (146) *Iam de privatis delictis cum publicis criminibus in eodem facto concurrentibus acturus, …*

- (147) イ. Praejudicium. これについての二十世紀における優れた業績は、IOANNOY K. TRIANTAPHYLLOPOY-LOY, *LEX CICEREIA, TYPIOIS A. KΛEISIIONH-AΘHNAI* (Johann Triantaphyllopoulos, *LEX CICEREIA, PRAEJUDICIUM 2*, Druck A.Kleisiounis-Athen), 1959である。Triantaphyllopoulosは、本文の最初の頁において、Savignyの本書の114-139頁をあげている。Triantaphyllopoulosは、Praejudiciumには三種の意味があるという(それはローマ時代の数百の実際の文の検討によるものである)。1 PRAEJUDICIUM ΩΣ ΑΠΟΔΕΙΞΙΣ 証拠 2 PRAEJUDICIUM ΩΣ ΒΛΑΒΗ 損害 3 PRAEJUDICIUM ΩΣ ΑΝΑΓΝΩΡΙΣΤΙΚΗ ΑΓΩΓΗ 確認訴訟 である。これに従うとするならば、文脈によって訳し分けなければならないが、本稿においては、Praejudiciumは、すべて「先決」と訳すことにする。Prae=先、iudicium=決である。

ロ. Jane Austen, *Pride and Prejudice* (1813年。Austenは1775年生れ。1779年生れのサヴィニーと同時代の人)の文中でprejudiceは何回用いられているだろうか。“The whole of this unfortunate business, said Dr. Lyster, has been the result of PRIDE and PREJUDICE.” (Frances Burney; *Cecilia, or Memoirs of an Heiress*, Oxford University Press, 1988, p. 930.) オースティンがタイトルを変更したことはよく知られている。

サヴィニーは、これを読んだだろうか。2006年の映画は、『プライドと偏見』(Keira Knightley主演)である(ドイツではStolz und Vorurteil、イタリアではOrgoglio e pregiudizio、フランスではOrgueil et préjugés、スペインではOrgullo y prejuicioである。)

ハ、「……イギリスとフランスが會見して和親した結果は、彼れに取つて何等かの不利を醸しさうだと恐るゝ所があつたからだが、實際、あの同盟からは彼れを脅威する所のものが覗いてゐたには相違ない。」(沙翁全集『ヘンリー八世』坪内逍遙譯・早稲田大學出版部・昭和3年・19頁)“.....Breed him some prejudice, ………” (The Oxford Shakespeare, KING HENRY VIII, p.84) SkeatのPREJUDICEを参照せよ。

(148) *in iudicio privato praeiudicium ne fiat publico*

(149) 「マルクス・ファビウス・クインティリアーヌス (Marcus Fabius Quintilianus) は、およそ紀元後三五年、北スペインのカラグリリス (Calagurris) に生れた。……カラグリリスという町は、地中海にそそぐスペインの大河イベルスの上流、ピレネー山脈の南西麓にある今日のカラオラである。……紀元後一世紀のスペインは、もはや完全にローマの属領となり、本国の法律制度によって統治されていた。カルタヘーナからローマに通ずるウイア・アウグスタの大道は、政治的・経済的に、また文化的にもこの属領を首都に直結していた。……そのスペインが、ローマの属領中、最も多くの文人をローマに送ったのは、注目すべき事実であった。……しかし忘れてならないのは、彼らはスペインの出身者ではあっても、もはやローマ人だったということである。多少のなまりはあっても、彼らの言葉はラテン語であったし、彼らはローマの風習、ローマ的社会の中に生きていた。……クインティリアーヌスという人もおそらくは、都会ずれのした単なるインテリではなかった。彼の誠実で辛抱強い人格は、スペインの田舎のはぐくんだものであり、それがローマでの教育によって、豊かにされ洗練され、時代を代表するような知性にまで、つくり上げられたのではないかと思われる。」(横尾壯英著『クインティリアーヌス』(牧書店・昭和32年) 25頁以下)

(150) 『弁論家の教育 *Institutio Oratoria*』は、「94年前後に出版された。全12巻である。」(横尾・40頁)「ドミティアーヌス帝は自分の姪の二人の子供の教育を、クインティリアーヌスに下命した。……クインティリアーヌスは感激した。」(同・44頁以下)

「人文主義者ヴァッラ (Lorenzo Valla) は、キケロ以上にクインティリアーヌスを評価し、「弁論家の教育」の全文を暗誦していたといわれる。」(同・153頁) ヴァッラは前出注(5)。

(151) S.115, Anm.1. *Quinctilianus*の原文 (*Iam praeiudiciorum vis omnis tribus.....*) が書かれている。この文には、サヴィニーは、その他でも言及している。

(152) 近親者を相続から除外する遺言は無効であるという実務は先例 (exempla) と呼ぶにふさわしいのである。

(153) 現在、オッピアニクス *Oppianicus* について訴訟がなされている (Cicero *pro Cluentio* C.22.)。この事件については、彼の共謀者に対する裁判の判決において、犯罪が実際におこなわれたという判断がなされている。この先の判断は現在の訴訟にとって先決である。

(154) *unde etiam nomen deductum est.*

(155) 属州長官は追放刑を科すことができない。そこで、属州長官は追放刑を科すべき理由を書いた報告を皇帝に送付しなければならない。皇帝が判決する。この場合の属州長官の報告が先決である。これが一例である。サヴィニーは、この事例を別の個所 (S.123, Anm.1) において詳しく論じている。

(156) Max Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, S.280.

(157) サヴィニーは、Caesar *B.C.*, *L.2.C.32*, *Livius Lib.42. C.61*, Tacitus *de mor. Germ. Cap.10* をあげている。

Caesar *B.C.*, *L.2.C.32* は、.....*Pompeius enim nullo proelio pulsus vestri facti praeiudicio demotus Italia excessit.....* であり、國原吉之助訳『内乱記』(『カエサル文集』・筑摩書房・1981年)の訳は「ポンペイユスがイタリアから退去したのは、戦闘で撃退されたからではない。諸君らの行動をみて将来を見限り、計画を変えイタリアを引きあげたのだ。」(210頁)であるが、この日本語のどの部分が *praeiudicium* に対応するか容易に分かるだろうか。(英訳は *For Pompeius, though not beaten in any battle, was thrust away by the predetermining effect of your action and quitted Italy.....* (Loeb Classical Library, A. G. Peskett, p.171 である) *praeiudicium* の語義の判定が難しい一例かもしれない。*Livius Lib. 42. C.61* は、*Praeiudicium eventum belli habetis.* である。英訳: *You have advance notice of the outcome of the war.* (Loeb Classical Library, Evan T.Sage & A. C. Schlesinger, p.480)

Tacitus *de mor. Germ. Cap.10* は、*victoria huius vel illius pro praeiudicio accipitur.* (Loeb Classical Library, M.Hutton-E. H. Warmington, p.146) 「そしてこれ、あるいは、かれの勝利が、予断として受容されるのである。」(泉井久之助訳・岩波文庫・63頁)

(158) S.116ff.

(159) 離婚した女性の子の養育を免れようとする家長について、ウェスパシアヌス帝時代の元老院議決 (Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt,

1971, S.346) がある。それによれば、「妻が離婚の後三十日以内にその妊娠の事実を夫またはその家長に通告しうるものとし、通告を受けた者は直ちに胎児との間に関係があることを争い、または妻に監視人をつけることを要し、これを怠るときは、出生子を家子として承認することを要し、承認を拒絶するときは、特別審理手続によって承認を強制される」(船田『ローマ法・第4巻』157頁)。すなわち、夫が監視人をつけるなどの手続をしない場合には、子として承認しなければならない、という先決、つまり夫にとっての損害が生じるのである。

- (160) そのほかに、L.1.§.9.de magist.conven. (Ulp.), L.63.de re iudicata. (Macer) が引用されている。
- (161) 1. サヴィニーは、本書の第2巻が出版されていないように書いていと読めると私は思うが (S.118, Anm.1)、1601年にフランクフルトで出版されていると考えられる (Oskar Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen, 1868, S.125, Anm.6.および Hippolyte Pissard, Les questions préjudicielles en droit romain, 1907, p.238 参照)。私は、Raevardusのこの書物を見ていない。
2. サヴィニーは、この第2類の先決について詳しく論じていないので、あるいは、私の理解が不足しているので、意味が十分に把握できないように感じる。Raevardusが引用されているのは、そこに詳しく論じられているという趣旨であるかと思ったりする。
- (162) 現在の日本の民事訴訟の確認訴訟に似ている。民事訴訟法に確認訴訟を定義する条文はないが、つぎのような条文がある。「確認の訴えは、法律関係を証する書面の成立の真否を確定するためにも提起することができる。」(民事訴訟法第134条)「裁判が訴訟の進行中に争いとなっている法律関係の成立又は不成立に係るときは、当事者は、請求を拡張して、その法律関係の確認の判決を求めることができる。……」(同第145条)
- (163) 日本語訳が法学論叢第71巻4号VI頁にあり、参照した。
- (164) Heumann-Seckel, Alere.
- (165) Heumann-Seckel, Certare に、„einen Rechtsstreit führen, z. B. praeiudicio certare (1.5§18 D.25, 3).“とある。
- (166) Watson編英訳は、.....if patrons deny that the people in question are their freedmen.....であるが、そうだろうか。検討したい。事実関係は、保護者が貧窮に陥り、被解放者が保護者(およびその子ら)の扶養義務を負う問題であると思われる。被解放者だということになると扶養義務を負うことになる。„Im 2. Jh. wird

zwischen Patron und *libertus*, wie zwischen Eltern und Kindern, eine im Kognitionsverfahren vor dem Konsul durchsetzbare Unterhaltspflicht anerkannt., (Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, aaO., S. 299.) Giovanni Pugliese, Institutioni di diritto romano, supra., p.344.

- (167) 後でおこなわれるこの先決の訴訟において、先の扶養義務の訴訟の前提問題として審理された被解放者かどうかの審理経過や結論は、この後の先決の訴訟にどのように関係していたであろうか。後の訴訟の裁判人は先の訴訟の経過に拘束されるか、あるいは有利に利用できる部分は利用するか、あるいはまったく無関係に一から審理するか。
- (168) サヴィニーは他の例もあげている。ユースティニアヌス皇帝の *Institutiones* [前出] の条文である。 *Praejudicialia actiones in rem esse videntur: quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo.* [予備訴権は対物の訴権と見るべきものとす其例を挙げれば何某は自由人なりや又は解放に因る自由人なりや又は其者の父系を決定する訴訟の如き是れなり (§.13.I.de actt.)] 末松謙澄譯『ユースチニアヌス帝欽定羅馬法學提要』前掲484頁以下。「此等の訴訟は通例先ず事実を確むるのみの訴訟にて他に次で来る訴訟あるに因り予備訴訟 *Praejudicialis actio* と称す」という訳者の注がある。「予備訴訟」の訳語(この訳語を最初に用いたのが誰であるか私には分からない)は、船田『ローマ法・第五巻』216頁に継承されている。原田『ローマ法』387頁は、「確認訴訟」であり、現行法と同じである。

「ヴィントシャイトは次のようにいう。「*praeiudicium* は、権利の実現を要求するものでなく、裁判官による権利の承認を要求するものである。しかも、権利だけでなく法律関係あるいは事実もまた、その対象となりうる。それゆえ、*praeiudicium* に照応する権利があるとなれば、それは、法的または事実的關係の承認を求める権利でありうるだけである。」(奥田昌道『請求権概念の生成と展開』創文社・昭和54年・29頁) “Das *praeiudicium* verlangt nicht Realisierung, es verlangt nur Anerkennung eines Rechtes. Und nicht einmal nothwendigerweise eines Rechtes, es kann ein *praeiudicium* bloß auf ein rechtliches Verhältniß gerichtet werden, z. B. daß man frei, freigeboren sei. Und auch das ist nicht nötig, daß das Verhältniß ein rechtliches sei, auch eine bloße Thatsache kann den Gegenstand des *praeiudicium* bilden;Hiernach

kann auf die Frage, welches Recht dem *praeiudicium* entspreche, die Antwort keine andere als die sein sein: soll ihm überhaupt ein Recht entsprechen, so kann es nur das Recht auf Anerkennung des rechtlich oder factisch-Bestehenden sein.” (Bernhard Windscheid, Die Aktio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf, 1858, S.16f.) 「大胆さ・独自性および生産性という点ではそうではなかったとしても、行届いた即事性・結論の堂々たる言表し方、そして、当時の法文化と立法とに及ぼした圧倒的な影響という点で、大ていの者は、ベルンハルト・ヴィントシャイト (1817-1892年) の後塵を、拝していたのである。ヴィントシャイトは、デュッセルドルフに生まれ、サヴィニーから受けた感銘によって、言語学から法律学に転じ…」 (ヴィーアッカー著・前掲532頁)

(169) 注115を参照せよ。

(170) 現代の日本の民事訴訟法の理論として、新堂幸司教授は、「争点効」理論を提唱される。「前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれを審理して下したその争点についての判断に生じる通用力で、同一の争点を主要な先決問題とした異別の後訴請求の審理において、その判断に反する主張立証を許さず、これと矛盾する判断を禁止する効力をいう。」(『新民事訴訟法』弘文堂・平成10年・599頁)

これは民事訴訟法第114条1項に反するのではない。「……以上のような考察から、争点効という概念は、既判力を主文の判断に限定した現行法の枠組の中においてその存立の余地を見出すことができるだけでなく、既判力と並び、これを補完してより充実した紛争解決の実を収めさせる有効な手段であると評価できる。」(同・603頁)

まったくの仮定の話として、上記ローマ法の扶養義務の存否をめぐる訴訟の判決に被解放者であることについての判決の効力が生じるケースを認めることができるであろうか。

ローマ時代に、そのような判決理由中の判断の拘束力という議論があっただろうか。L.5.§.18.de agn. et al. lib.の文章を書いたウルピアーヌスの念頭に判決理由中の判断という観念が存在していたかどうかはわからない。自由人であるかどうかは重要な問題であるから、独立の訴訟として争いうると考えた(同条文の後半。サヴィニーがイタリックにしているところ)というところまで明らかであるにすぎないかもしれない。

新堂教授は、「争点効という観念は、英米法のコラ

テラル・エストッペルの法理と兼子一博士の参加的効力を当事者間にも拡張せよとの主張に示唆を受けて」提唱したといわれる。

争点効理論それ自体は、判例によって否定された。しかし、単純ではないので専門書を参照されたい。

(171) 1. 原著者：Barnabas Brissonus (Brisson 1531-1579) 1 フランス人の人文主義法律家。ヴィーアッカー・前掲168頁および人名索引を参照せよ。



ブリッソンの肖像

肖像は、ブリッソンの *De formulis et solennibus Populi romani verbis Libri VIII.* 1755 (関西大学図書館蔵) に掲載されている。本書は古代ローマの方式書の文言などを研究するものである。



De formulis et solennibus populi romani verbis libri VII.
1755. 関西大学図書館蔵

2. Johann Gottlieb Heineccius (Heinecke 1681-1741) 「ハイネックキウスの全作品は、ヨーロッパの人文主義的法律学に遡るものであり、ここで咲き遅れの花を咲かせ、かつ同時に、ドイツにおける歴史法学の到来すべきことを、予告した。」(ヴィーアッカー・前掲400頁)

3. Justus Henning Böhrer (1674-1749) Halle大学教授などをつとめ、教会法 (Ius ecclesiasticum protestantium usum hodiernum iuris canonici iuxta seriem Decretalium ostendens et ipsis rerum argumentis illustrans. Halae Magdeburgicae, 1727-1756, Tomus 1- Tomus V. [初版でない] 関西大学図書館蔵。) および私法において優れた業績をあげた。Knut Wolfgang Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, aaO. S.8ffも参照せよ。

(172) S.116, Anm.1.

(173) PRAEIVDICARE, PRAEIVDICIALIS も出ているが今回は言及を省略する。サヴィニーは PRAEIVDICARE に言及している。

(174) 景行天皇二十七年。坂本太郎・家永三郎・井上光貞・大野晋校注『日本書紀(二)』(岩波文庫・1994年) 88頁。

(175) かしわの渡し。「済は、渡」(同前・89頁注四)

(176) 高橋裕『国土の変貌と水害』(岩波新書・1971年) 100頁。

(177) 同上。

(178) S.122ff.

(179) S.125, Anm.1.

(180) Kunkel, aaO. S.170f. 紀元後2世紀に活躍した法律家。公的な地位に就かなかったといわれている (he seems not to have given *responsa* (consulative opinions) nor to have held public office. OCD. T.Hon.)。

(181) 紀元後2世紀に活躍した法律家。148年の consul. „Salvius Iulianus.....was in the opinion of some, the greatest Roman lawyer of all., (Richard A. Bauman, *Lawyers and politics in the early roman empire*, München, 1989, S.237.)

(182) Apud Iulianum scriptum est: si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii Titii dicat, altero eandem hereditatem fisco vindicante: quaeritur, utrum ius fisci ante excutiendum sit et sustinendae actiones ceterorum, an nihilo minus inhibendae petitiones creditorum sigulorum, ne publicae causae praeiudicetur. idque senatus consultis expressum est.

(183) Pissard, supra, p.152-を参照せよ。

(184) 上・新潮社・2002年・190頁。

-Buena pregunta -dice Ôshima. Y hace una pausa. La música llena el silencio-. No puedo responderte a eso. Pero sí decirte una cosa. Y es que hay obras que poseen cierto tipo de imperfección que cautiva el corazón de las personas justamente por eso, por ser imperfectas... Bueno, como mínimo el corazón de cierto tipo de personas. Tú, sin ir más lejos, te has sentido fascinado por *El minero*. Y eso se debe a que esa obra posee un poder de atracción del que carecen otras obras perfectas como *Kokoro* o *Sanshirô*. Tú has descubierto esa obra. O, dicho de otra manera, esa obra te ha descubierto a ti. Y lo mismo ocurre con la sonata en re mayor de Schubert. Esta pieza posee una capacidad muy peculiar de ir tirando del hilo de los sentimientos.

(HARUKI MURAKAMI, *KAFKA EN LA ORILLA*, Traducción del japonés de Lourdes Porta, Tusquets Editores, Barcelona, 2006. p.144.)

「スカルラッティでは第一主題は長調なのに、第二主題が、たしかに属調ではあるが、長調ではなくて短調

の属調で提示されている場合だって、案外多いのである。そうして、この副主題が出たあとで、音楽は、長調の属調にあって、それで前半の第一部が結ばれたり、あるいは、副主題のあとでも、属調の領域で、手早く、長調と短調が交代するという例だってある。……

これではまるでシューベルトを先どりしたようなものではないか？

そうなのである。スカラッティの場合、シューベルトの大好きな3度関係の転調で、展開部がはじまることさえめずらしくない。……」（吉田秀和『私の好きな曲』（筑摩書房・2007年）247頁以下）

(185) 集英社文庫・下・1995年・200頁。

(186) 注がある。「……トマス・ナッシュの『不合理の解剖』（後出）に見え、「妻は友情の敵でなければ何であるか」の意。なおamicitiæはamicitiæの誤記。」

(187) 「ロックの著書を読むと教育のある人の普通使用する言葉で書き流してある。」（夏目漱石『文学評論（上）』岩波文庫1985年・193頁）というような分析が各人について可能であろう。

(188) 「『下地があればフランス語を固めてもよろしい。イタリア語でも構わないが、思いきってラテン語からやれば一層いいですね。ヨーロッパの一部にもその傾向が近頃ないことはないが、ギリシアやラテンを死語のように考えてるのは大間違いなんだ。日本の西欧文化の移入が本源的なものを失って、正しい成長を遂げなかった理由の一つは、古典の叩きこみを欠いた点にあるのですよ。——しかし、まあ、今日はいい序でだから私について来給え、書庫を見せてあげよう。」

井村博士は卓上の書物を取り上げ、先にたってドアを出た。……今度の仕事ではフランス語にもっと格好をつけ、ポルトガル語もやった方がよいと考えていたのであるが、ラテン語の初歩から取っ組む気にはなっていないから、これは大変なことになったと思うのである。」（野上弥生子『迷路（上）』岩波文庫・改版1984年・506頁）

(189) 「インドにおいては、その後の人類が持ったほとんどの思想が、空海のこの当時までに出そろってしまっているが、それらの思想は、当然、言語に拠った。厳密に整理され、きびしく法則化されてきたサンスクリット語によって多くの思想群が維持され、発展してきたが、空海がすでに日本において学びつくした釈迦の教えやそれをささえているインド固有の論理学や認識学も、さらに蘊奥を知るには中国語訳だけでなくこの言語に拠らねばならない、ということは、インド僧だけがそういうのではなく、インドの体温のまだ冷めないこ

の時代の唐の仏教界では中国僧もそう思っていたにちがいない。このため、恵果も、空海に対し、「お前さんは、漢も梵も差うことなく心に受けた人だ」といったのであろう。恵果も、その師であるインド僧不空からサンスクリット語の受け継ぎを十分にやった僧である以上、その恵果が空海に、漢も梵もたしかなものだ、というかぎり、空海のサンスクリット語やその言語哲学というのは、ほぼ十分なものであったに相違ない。」（司馬遼太郎『空海の風景・下巻』中央公論社・昭和50年・8頁）

「[十八世紀の末から十九世紀初頭へかけての] サンスクリットの発見こそが、言語学の歴史の真の転回点であるとは、しばしば耳にする所である。そしてこの立言には、なにほどこかの真実性もあるが、以下において、一方ではサンスクリットが、それを研究した人々に、言語と言語科学との本質に対する本当の洞察を、自分だけで与えるほどの力はなかったということ、また他方では、真の天分を与えられた、すくなくとも一人の人間は、サンスクリットの知識がなくても、諸言語の相互作用と発達につき、根本的な真実を把握し得た次第をわれわれは見ることになる。それでもなお、サンスクリットとははじめての出会いが、言語科学に力強い衝撃を与え、そして、大抵のヨーロッパの言語を、学者がどう見ていたか、その見方について、永続的な影響を与えたということは、言うておかなければならない。従って、ここで簡潔に、サンスクリット研究の歴史を概観することは、必要なことであろう。……」（O. イェスベルセン著『言語（上）』三宅鴻訳・岩波文庫・1981年）72頁以下。

「第十一段 神無月のころ、栗栖野といふ所を過ぎて、ある山里に尋ね入る事べりに、遙かなる音の細道を踏み分けて、心ほそく住みなしたる庵あり。木の葉に埋もるゝ懸樋の雫ならでは、つゆおとなふものなし。関伽棚に菊・紅葉など折り散らしたる、さすがに、住む人のあればなるべし。……」（『新訂 徒然草』西尾実・安良岡康作校注・岩波文庫・1985年）「関伽棚」に校注者の「仏前に供える浄水を盛る器物を置く棚。……」という説明がある。

辻直四郎『インド文明の曙』（岩波新書・1967年）も参照せよ。

Joseph H. Greenberg, Indo-European and Its Closest Relatives, Volume 1. Grammar, 2000, Volume 2. Lexicon, 2002, Stanford University Press も参照せよ。

（おか とおる 法学部教授）