

《論 説》

『カエキーナ弁護』における法解釈
——ドノーとフィンネンの法解釈方法論から——

藤 田 貴 宏

散逸を免れたキケロ（マルクス・トゥッリウス・キケロー Marcus Tullius Cicero 前106-43年）の著作、特にその膨大な弁論は、法学の分野においても、テキスト考証や古代法復元の典拠として絶大な権威を発揮して、人文主義法学の成立に寄与するとともに、トピカ的方法論や自然法論の古典としても、弁論術や哲学関係の対話篇が好んで参照援用された。このような法学者によるキケロ引用の比較的珍しい事例として、ここでは、「法律の解釈 *legum interpretatio*」をめぐるユグ・ドノー Hugue Doneau（1527-1591年）とアルノルト・フィンネン Arnold Vinnen（1588-1657年）の議論を取り上げることにしたい。ドノーの主著『市民法注解 *Commentarii de jure civili*』（1589-96年初版）の第1巻では、三つの章（第13章から第15章）に渡って法解釈方法論が展開されており、その冒頭、法律の「文言 *verba*」に対する「意味 *sententia*」の絶対的な優位が説かれている¹⁾。第11章で「市民法 *jus civilis*」が収められた「書巻 *libri*」を学説彙纂から封建法書まで列挙し、第12章で自然法と市民法の相違をふまえつつ法一般の改廃について論じたのを承けて、ドノーは、「すでに述べた書巻に一旦定められた何かの変更されることはないとしても、直ちにそこに確実で確定的な法が存するとは限らない *etsi quid in his libris, quos dixi semel positum mutatum non erit: non statim tamen in eo jus certum, et constitutum*」と指摘し、「書かれているもの及び書かれていないものの内の何が法と見なされるべきか *quid in iis, quae scripta sunt, quaeque non scripta, pro jure habendum sit*」の吟味へと議論を進める。このように、「書かれたものが全て法であるわけではなく、書かれていないものが全て法でないというわけでもない

neque omne, quod scriptum est, jus est: neque omne, quod scriptum non est, jus non est」という不確実な前提の下にあっても、「あらゆる法乃至法律が文言と意味から成っている constat jus omne, seu lex omnis verbis, et sententia」のは確かであるので、何が「法 jus」であるかは、法が「法律 lex」として記述され表現される媒体である「文言」と、法律の「意味」乃至「趣旨 mens」、つまり、「法律が文言によって考え欲していると解される事柄 quod

1) “I. すでに述べた書巻に一旦定められた何かが変更されることはないとしても、そこに直ちに確実に確定した法が存するとは限らない。というのも、書かれたものが全て法であるわけではないし、書かれていないものが全て法でないというわけでもないからである。従って、ここでは、書かれているもの及び書かれていないものの内の何が法と見なされるべきか吟味する必要がある。あらゆる法乃至法律は文言と意味から成っている【学説彙纂1巻3章「法律、元老院決議、及び、長期に渡る慣習について」第29法文、同50巻16章「語句の意味について」第6法文1節、勅法彙纂9巻9章「姦通及び不品行に関するユリウス法について」第3法文、学説彙纂2巻1章「裁判権について」第7法文】。文言とは、それによって個々の法律が書かれるところのものである。意味とは、法律が文言によって考え望んでいると解されるところのものである【同1巻3章第30法文】。そしてそれは、例えば、「法律の文言に拘泥することなく、如何なる趣旨で何が述べられているのか吟味すべきである」【同10巻4章「提示訴権について」第19法文】と言われる場合のように、法の趣旨と同じである。

II. 法律においては意味が全てである。なぜなら、法律とは、書かれたものではなく、立法者が欲するところのもの、つまり、彼が自らの判断に基づき承認し受け入れた事柄であるから。そしてまた、法律が我々を義務づけるのはそのような理由にのみ基づいている【学説彙纂1巻3章第32法文、勅法彙纂1巻14章「法律、元首の勅令、及び、告示について」第5法文1節】。従って、文言が意味と一致するならば、それは間違いなく法であり、文言によって表現されている事柄だけが法となる。ただしそれは、文言の故ではなくて、その制定者がそのような考え欲しているからである。一方、意味が文言と矛盾する場合には、そのような状態が存する限りにおいて、文言は法とはならず、それらの文言にとらわれる必要はない。つまり、意味が法となり、意味の外に文言の居場所はなく、如何に広く解する余地があっても、その文言を無視して意味に従うべきである。少し後に、そのような矛盾の態様の説明によってこの点が教示されるであろう。

III. なお、以上の点は、ケルススが、「法律を知ることは、その文言ではなく、その効力や射程を守ることである」【学説彙纂1巻3章第17法文】と述べているところでもある。ここでケルススは、「射程」を、文言の射程、つまり、文言を介した法律の射程と理解しており、これによって、その都度一目で暗唱できるように法律の文言

lex ex verbis sentire, et velle intelligitur」の双方によって定まるはずである。しかし、そもそも「法律とは、書かれたものではなく、立法者が欲するところのもの、つまり、彼が自らの判断に基づき承認し受け入れた事柄である non lex est, quod scriptum est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit」から、結局、「法律においては意味が全てである in legibus sententia totum est」と解さねばならず、「意味が文言と矛盾する場合には、そのような状

を記憶に留めることなく、それらの文言の意味を把握することこそ、「法律を知ること」にあたる旨示唆しているのである。この意味を通じて、我々は、法律が何を意図し考えているかを理解でき、そのみが真に法律に含まれるものである以上、我々はこれに従わねばならない。個々の事物の「効力や射程」とラテン人が呼ぶのは、それらの事物の効果、つまり、個々の事物によって可能なこと、惹起されることである。これに対して、言葉は、話し手の意図や考えを理解させることができ、そのために考案されたものである。従って、文言の「効力や射程」は、このような意味それ自体、つまり、文言によって表現される法律の意味や趣旨の内に存在する。『カエキーナ弁護』におけるキケロにとっても、「文言の効力」とは文言の意味に他ならなかった。つまり、「特示命令や法律の効力」とは意味なのである。キケロは言う。「確かに文言はそのことを要求するだけでなく強制してさえている。しかしながら、法の根拠、特示命令の効力、法務官の意図、賢明な人々の助言と権威は、このような弁明を退け、無意味なもののみならずである」と。また、そのすぐ後でも、「従って、暴力をもって侵奪された者の原状回復について、衡平という考え方が同じように効力を發揮するとすれば、この考え方が理解される限り、文言や名称の効力が如何なるものかは全く問題とならない」、と述べている。先に私は、ケルススが「効力と射程」を意味として理解していたと述べたのは、たとえ文言を先の定義のように理解することができ、そこから法律の趣旨や意味を知ることが可能だとしても、これに従うことがすなわち法を知ることであると言うのは適切ではないと考えるからである。というのも、法律には、趣旨や意味以外に何も含まれていないからである【学説彙纂1巻3章第29法文、勅法彙纂1巻14章第5法文】。以上から、法律を知ることとは法律の文言ではなくその意味と趣旨に従うことであると要約できる。法律を成り立たせているのは文言ではなく、制定者が意図した事柄であって、常にそれだけが我々を義務づけているのである。このような意味や趣旨を法律の効力と射程として理解し、単に文言のそれとして受け取らないのが適切であるとすれば、先に定義したような言明された「文言」のみを理解するのは無意味であり、「効力」と「射程」は法律の意味と趣旨へと結びつけられ、この一つの意味の内に法律の効力と射程が存在するが故に、意味に従う者こそ本当に法律に従っていることになるという点が示されねばならず、この点を忘れない限り、私に異論はない。文言及び意味の効力については以上の通りであ

態が存する限りにおいて、文言は法とはならず、それらの文言にとらわれる必要はない *si discrepabit sententia a verbis : quatenus id fiet, verba jus non erunt, eoque nec in his haerebimus*」ことになる。他方、「文言が意味と一致するならば、文言によって表現されている事柄は間違いなく法であり、かつ、そのみが法となる *si verba cum sententia eadem erunt : sine dubio id jus erit, et solum jus, quod verba exprimunt*」と言えるが、これは、「文言」によってそのように書かれているからではなく、「その制定者がそのように考え欲している *auctor sensit, et voluit*」からにすぎない。法律の「意味」や「趣旨」を最大限に重視する以上のような観方の法源上の裏付けとして、ドノーは、「法律を知ることとは法律の文言ではなくその効力や射程に従うことである *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*」というケルススの見解²⁾を採用する。このような論証は、当然ながら、「法律の効力と射程 *legum vis ac potestas*」という表現が「法律の意味と趣旨 *sententia et mens legis*」と同義である場合に初めて成り立つ。キケロの『カエキーナ弁護 *Pro Caecina*』が参照されているのもこの場面である。そこでは、「確かに文言はこのことを要求するだけでなく強制してさえる。しかしながら、法の根拠、特示命令の効力、法務官の意図、賢明な人々の助言と権威は、このような弁明を退け、無意味なものとなすであろう *verbum certe, hoc non modo postulat, sed etiam cogit. At vero ratio juris, interdictisque vis, et praetorum voluntas, et hominum prudentium consilium et auctoritas, respuat hanc defensionem, et nihilo putet*」³⁾、及び、「従って、暴力をもって侵奪された者の原状回復について、衡平という根拠が同じように効力を発揮するとすれば、この根拠が理解される限り、文言や名称の効力が何であるかは全く問題とならない *quare, si ad eum restituendum, qui*

り、意味が文言と矛盾する態様を二つ想定した上で（この問題ではそれ以上の態様は生じない）、法を形作るのは意味であって文言ではないことを詳しく学ぶならば、この点を容易に理解できるであろう。”（*Opera omnia*, I, 93-95.引用は1840年フィレンツェ刊のテキストによる）

2) D. 1, 3, 17, Celsus, 26, Digesta.

3) 19, 55-56.

vi dejectus est, eandem vim habet aequitatis ratio: ea intellecta, certe nihil ad rem pertinet, quae verborum vis sit, ac nominum」⁴⁾という二つの箇所が抜粋引用されており、これらが、<効力 vis>が<意味 sententia>という趣旨で用いられた範例として提示されているのは、ドノーの注釈を待つまでもなく明らかである。しかし、注目すべきは、キケロ自身が、「法務官 praetor」による「特示命令 interdicta」という「法」の解釈適用に関して、まさに「文言 verba」と「効力」を対置し、後者を優先させているという点である。つまり、ここでは、キケロの言葉が、単にラテン語表現のみならず、法解釈それ自体の範例として位置づけられているのである。

法律の文言と意味をめぐるドノーの議論は、レイデン大学時代(1679-87年)の弟子ヘラルト・トゥニング Gerard Tuning (1566-1610年)を介した孫弟子に相当するフィンネンの『法学要論 Jurisprudentia contracta』(1624/31年初版)の中で、キケロの引用とともにそのまま踏襲されている。『法学要論』は、レイデンの参事会員及び市長宛の献呈書簡にも示唆されている通り⁵⁾、初学者の教育向けにドノーの『市民法注解』をほぼ忠実に要約したものであり、先にふれた第1巻第11章から第15章にかけての叙述に対応するのは、「法学への導入 Aditus ad Iurisprudentiam」と題された序論の第3章「市民法の書巻、及び、法一般の権威について De libris iuris civilis: et de totius iuris auctoritate」⁶⁾と第4章「法律及び法の解釈について De legum et iuris interpretatione」⁷⁾である。その第4章において、フィンネンは、「文言が意味と矛盾する場合には常に意味にのみ従うべきである ubicunque verba a sententia discrepant sententiam solam esse sequendam」と述べた上で、傍注の中で、上記ケルスの

4) 20, 58.

5) “それ故、私は、市民法の書巻から、この分野において卓越した若干の人々、とりわけ、我がドネルスの注釈の助けを得て、若い人々を主要な知識へと導き初心から法律家へと育て上げるのに役立ち得ると思われたありとあらゆる準則や定理を抜粋要約した上で、それらを何らかの方法で結びつけ組み立てようとした際に、学識豊かな方ならば誰しもお気に召すはずの順序に従った。”(Jurisprudentia, I, 2. v.引用は1647年レイデン刊のテキストによる)

法文とともに、「法律の趣旨 mens legis」に言及するものとしてドノーも援用していたパウルの法文⁸⁾を挙げ、「この問題については、キケロが『カエキーナ弁護』その他において典雅に論じている hac de re eleganter disputat Cicero pro Caecina et alibi」と指摘しているのである。その一方で、フィンネンは、別の文脈でも『カエキーナ弁護』に言及する。まず、同じ第4章では、「文言それ自体よりも広い意味が認識される latior sententia ipsis verbis agnoscitur」

- 6) “市民法全体が収められている書巻は、法学提要、学説彙纂乃至集成、勅法彙纂、新勅法の四つである。法のあらゆる分野について、法学提要は正しい知識の基礎を、学説彙纂は古代の法律家の解答を、勅法彙纂は皇帝の勅法をそれぞれ収めている。勅法彙纂に続いて公布されたユスティニアヌスの新たな勅法が新勅法と呼ばれている。封建法書に関しては、上記のような古代ローマの法の一部ではないことは明白であるが、ほとんど全ての国々の実務がこれに公的な権威を付与するに至っている。ところで注意すべきなのは、これらの書巻に収められているもの全てが常に法であり続けるというわけではなく、制定者の反対の意思に基づかないまさにそのような場合に改廃されるという点である。ここで問われねばならないのは、改廃され得るのは如何なる法であるか、改廃できるのは誰か、そして、その場合如何なる仕方で解されるのか、の三つである。まず、あらゆる民族において等しく遵守される自然法が改廃不能であることは明らかである。市民法は、個々の国民の利便が要求するところに従って、自由に変更され廃止され得る。次に、改廃の権能は立法権を保持する人々に属する。それはすなわち、誰の支配に服していない国民、及び、君主、つまり、国民に代わって務めを果たす者の二者である。最後に、このような改廃は、制定法か、あるいは、国民の暗黙の同意、つまり、慣習によって生じる。”(Jurisprudentia, I, 5-6. 傍注は〈…〉で本文に挿入した)
- 7) “しかしながら、一旦書かれた法がその後改廃されなかったとしても、書かれた法が直ちに確実で確定した法と見なし得るとは限らない。如何なる法律も、文言と意味という二つの要素から成っている。法律の文言とはそれによって法律が書かれているところのものである。一方、法律の意味とは立法者の意思、つまり、法律が考え欲しているところのものである。ここでは、文言が意味と矛盾する場合には常に意味のみ従うべきであるという点が確実に守られねばならない。b. 前掲学説彙纂1巻3章第17法文、及び、同10巻4章「提示訴権について」第19法文。この問題については、キケロが『カエキーナ弁護』その他において典雅に論じている。文言から離れた意味は、文言そのものよりも狭いかあるいは広いかの二つの様相において把握される。文言より狭い意味は四つの仕方でも認知される。第一に、当該法律の制限条項によって。この場合、より広範な何かをそれに先立つかあるいはそれに続く制限条項が限定

場合、つまり、「拡大解釈 *interpretatio extensiva*」を支える論拠 *loci* として、「反対対立によって *ex contrario*」、「帰結によって *ex consequentia*」、「解釈によって *ex interpretatione*」の三つを列挙した際に、最後の論拠に付された傍注の中で、「範例は至る所に見出され、『カエキーナ弁護』からも相当数取り出すことができる *exempla passim obvia: non nulla etiam peti possunt ex oratione pro Caecina*」と述べている。『市民法注解』の対応箇所(第14章第6節)には、『カエキーナ弁護』ではなく『トレバティウスのためのトピカ *Ad Trebatium Topica*』からの引用が二つほど見られるだけであるので、このような理解がフィンネン自身のものであることが分かる。また、『法学問題選集 *Selec-*

する。第二に、法律が拠って立つ理由によって。というのも、そのような理由が妥当しない場合には、法律を適用しないのが好ましいからである。第三に、衡平によって。あらゆる事柄に衡平という賢明な考え方が及ぶことは望ましい。第四に、過度に一般的に書かれたある法律が、特定の事例を除外する他の法律によって制限されることによって。文言それ自体よりも広い意味は三つの仕方でも認識される。あるいは、反対対立によって。なぜなら、反対の事象については、規定された内容と反対のことを法律は欲するものと解されるから。あるいは、帰結によって。なぜなら、法は何らかの前提の下に導かれる事柄を命ずるから。あるいは、解釈によって。なぜなら、推論は同じ理由が妥当する事柄において導かれるから *k.* 学説彙纂1巻3章第12法文以下。範例は至る所に見出される。『カエキーナ弁護』からも相当数取り出すことができる)。ただしそれは、普通法の趣旨に反する何かが導かれられない限りにおいてである。類似する事例に応じて法律が創出されることもあり、明白な理由に基づく場合には、私人の解釈により、曖昧な理由に基づく場合には、君主の立法によって為される。以上の点を実際にその通り当てはまるのは、法律の意味が文言に一致しないことが明白な場合であって、それ以外で疑わしい場合には、法律の文言を尊重するのがより適切である。それでは、文章そのものが不明確で、当該文章における法律の意味が不確定である場合はどうであろうか。このような不明確さは、個々の語句の曖昧さか、あるいは、文章の構造の何れかに由来する。このような場合、物や人の不確定さに基因して二重の意味が生じることになる。それ故ここでは、解釈について教示されているあらゆる法準則が適用されねばならない。すなわち、何よりもまず、前提と結論、続いて、瑕疵が無ければ何が述べられているのかに着目し、第三に、慣習と従来の法律に立ち返り、最後に、疑わしいものの内、より寛容な方を優先すべきである。” (*Jurisprudentia*, I, 6-7. 傍注は〈…〉で本文に挿入した)

8) D. 10, 4, 19. Paulus, 4, *Epitoma Alfeni*.

tae juris quaestiones』(1653年初版)の第1巻第2章「法律の解釈は、君主にのみ許されるのか、あるいは、私人にも許されるのか、許されるとするならば、それは如何なる場合においてか *Leges interpretari sit ne solius Principis, an vero et quo casu etiam privatorum?*」の末尾近くにも、『カエキーナ弁護』の引用が見える⁹⁾。そこでは、「裁判官や法律家に解釈が許されるとしても、市民法の厳格さや、時に最大の不法となる最大の法ではなく、より寛容で衡平有益なものを追求しなければならない *debent tam iudices, quam jurisconsulti in interpretatione sibi permissa sequi non riogorem juris civilis, non jus summum, quod summa saepe injuria est, sed quod benignius, quod aequius est et melius*」という法解釈一般に通じる指針が提示され、この指針を実践した古代の法律家として、キケロの証言に従い、「法律や市民法に由来する事柄を常に親しみや衡平さに関連づけた *quae proficiscebantur a legibus, et a jure civili, semper ad facilitatem, aequitatemque referebat*」¹⁰⁾セルウィウス・スルピキウス・ルーフス *Servius Sulpicius Rufus* と、「市民法の根拠を決して衡平から引き離すことはなかった *juris civilis rationem numquam ab aequitate sejunxerit*」¹¹⁾ガイウス・ア

9) “ところで、裁判官や法律家に解釈が許されるとしても、市民法の厳格さや、時に最大の不法となる最大の法ではなく、より寛容で衡平有益なものを追求しなければならない。その模範となるのは、法律や市民法に由来する事柄を常に衡平さや親しみに関連づけたが故に、法のみならず正義の精通者とキケロ【『ピリッピカ』第9演説】によって讃えられたセルウィウス・スルプティウスや、同じくキケロが『カエキーナ弁護』において、市民法の趣旨を決して衡平から引き離すことはなかったと回顧したかのガイウス・アクィーリウスである。また、勅法彙纂3巻1章「裁判について」第8法文、学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、及び、長期に渡る慣習について」第18法文、同50巻17章「古法の諸準則について」第90法文も以上の点の裏付けとなる。「法律を知ることとは法律の文言ではなく効力や射程に従うことである」と述べるかのケルススの周知の見解【同1巻3章第17法文】や、法が「衡平と善の技芸」であるという点【同1巻1章「正義及び法について」第1法文前書】も同様である。法律の解明における君主と裁判官それぞれの役割が何かは、以上から直ちに理解できるものと思われる。”(Quaestiones, 5-6. 引用は1697年ユトレヒト刊『論考五編 *Tractatus quinque*』第5版所収のテキストによる)

10) *Philippica*, 9, 5, 11.

クイーリウス・ガッルス Caius Aquilius Gallus が挙げられており、この内、後者の典拠となっているのが『カエキーナ弁護』である。同じ箇所には先に見たケルスの法文も引用されており、「市民法の根拠 *juris civilis ratio*」を「衡平さ *aequitas*」に結びつけることが、ここでは、ケルスの言う「法律の効力や射程に従うこと *tenere legum vim ac potestatem*」として理解されている。このような理解は、「効力と射程 *vis ac potestas*」を「意味や趣旨 *sententia et mens*」と同義に解し、そのような語義解釈の典拠として『カエキーナ弁護』を引用したドノーの意味一元論とも言うべき主張とは趣がかなり異なり、『市民法注解』の引用も当然ながら見られない。ドノー自身は、フィンネンが『法学要論』で敷衍した通り、いわゆる「制限解釈 *interpretatio restrictiva*」の論拠の一つとして「衡平 *aequitas*」を位置づけており¹²⁾、衡平による制限解釈が「法律の意味や意図 *sententia ac voluntas legis*」の認識をもたらす旨論じられているとはいえ、解釈準則としての「衡平」の位置づけに関する限り、『法学問題選集』における議論は既にドノーの影響を脱していることになる。『市民法注解』は17世紀に入ると間もなく再刊が途絶え、フィンネンの『法学要論』は、同じく『市民法注解』の要約であったオスヴァルト・ヒリガー Oswald Hilliger (1583-1619年) の『簡潔なドネルス *Donellus enucleatus*』(1610-13年初版)と並んで、ドノーの学説を伝える貴重な媒体であったが、17世紀半ばには、法解釈の方法に関しても忠実な支持者を失ったのである。とはいえ、法律

11) Pro Caecina, 27, 78.

12) “XI. 更にまた衡平によっても、法律の制限された意味、つまり、法律が少なく意図しながら多く書きすぎた点は把握される。というのも、包括的に区別無く事柄が、同類の事件の内のあるものに当てはまらないのは明らかであるから。何らかの原因でそのような事態が生じた場合には、上手く当てはまらない事件においては衡平の準則によって法律が緩和されるという具合に、法律の根拠による場合と同じ解釈の準則が認められる。つまり、たとえ文言がそれらの事件に当てはまるとしても、法律がその意味を越えて妥当すべきではなく、(同じことであるが) それらの事件は法律の適用から除外されねばならない。確かに文言はこれに反対するが、法律の意味と意図は最大の助力を与え、そのようにすることを求めるのである。…”(Opera omnia, I, 100.)

の「意味 *sententia*」や「趣旨 *mens*」を、ドノーの言うように、「立法者が欲したところのもの *quod legislator voluit*」、つまり、「立法者意思 *voluntas Legislatoris*」と解して最大限尊重し、それが明確さを失った場合に初めて、「拡大解釈」や「制限解釈」といった「法律家や裁判官による解釈 *interpretatio Jurisconsultorum aut Judicium*」の「余地が生じる *locus dabitur*」という観方そのものはこの時代の主流であり¹³⁾、例えば、ゲオルク・アーダム・シュトルーヴェ Georg Adam Struve (1619-1692年) の『法学要論 *Syntagma jurisprudentiae*』(1663年初版)に見える法解釈方法論(ヨーハン・クリスティアン・ゲプハルト Johann Christian Gebhard を報告者として学説彙纂第1巻第3章「法律、元老院議決、及び、長期に渡る慣習について *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*」及び同第4章「元首の勅法について *De constitutionibus principum*」を扱う演習2第44節以下)では、まさにそのような文脈において、『法学問題選集』の上記第1巻第2章が援用されている¹⁴⁾。それで

13) さしあたり、Schröder, *Recht als Wissenschaft* (2001), 137-139; 143-144.を参照せよ。ただし、ドノーの例からも明らかなように、少なくともこの論点に関する限り、17世紀半ばを分岐点とすることにほとんど説得力はない(注23参照)。

14) “XLI .1) 単純解釈、あるいは、2) 拡大解釈、あるいは、3) 制限解釈、そして場合によっては、4) 実務慣行から取り出された解釈によって、相応に考量され探究され吟味された法が事実適用される。

XLVII. 単純解釈が加えられるべきなのは、法律の文言から、立法者の意思が、それについて疑う余地がないほど明白に読みとれる場合である。というのも、この場合、眼前の事実について規定していることが疑う余地なく明らかな法律は、「立法者の意思を保留して、寛容な解釈によって修正することはできず」、如何に厳格で粗野であろうと遵守されねばならないからである【学説彙纂40巻9章「解放できない者及び解放され得ない者は誰か、並びに、アエリウス・センチウス法について」第12法文】。つまり、立法者を動機づけた根拠について我々が確信できなくても、確固たる理由でそのような立法へと動かされた立法者を信頼すべきなのである【同1巻3章「法律、元老院議決、及び、長期に渡る慣習について」第9法文】。また、その意味が明確であるような法律についてもあれこれ吟味してはならない。というのも、もしそうでなければ、多くのしかも確実な事柄が覆される可能性があり、衡平の装いの下に法律の効力や権威が否定されることなるからである【第21法文、同45巻1章「言語による債務関係について」第91法文3節、グラティアヌス教令集第1部区別4第3

は、ドノーやフィンネンが頼ったキケロ当人は、『カエキーナ弁護』において、「立法者意思」と「衡平」の関係を如何に捉えているのであろうか¹⁵⁾。

『カエキーナ弁護』は、キケロが、三十代後半の高等按察(造営)官 *aedilis curulis* 在職時(前69-67年)に行ったとされる法廷弁論であり、亡き妻の不動産を取り戻すために占有回復の特示命令を法務官に求めている夫の弁護を引き受けたものである。この弁論は、キケロが残した数少ない民事弁論の一つとして、私法関連の題材を多く含み、人文主義法学者たちに多くの典拠を提供した。以下で取り上げるのも、一般にはいわゆる「武装暴力に関する特示命令 *interdictum de vi armata*」の典拠として参照される¹⁶⁾箇所であるが、被告側弁護人ガイウス・カルプルニウス・ピーソー *Caius Calpurnius Piso* の弁論の当否ではなく特示命令の文言それ自体の理解が論じられているという点で、弁論全体から見ればどちらかと言うと傍論にあたる部分であり¹⁷⁾、例えば、ヨーハン・アウグスト・エルネスティ *Johann August Ernesti* (1707-1781年) 編集による『キケロ著作全集 *M. Tullii Ciceronis Opera omnia*』(1737年初版) 所収の

節。また、勅法彙纂4巻18章「金銭の弁済約束について」表題へのバルドゥスの注釈第11番、フランツキウス氏の『学説彙纂注解』1巻3章注解第22番以下、アルノルドゥス・ウィンニウス『法学問題選集』第1巻第2章も参照せよ。従って、ただ君主のみが、明らかな法律の過酷さを最高権力者としての解釈によって修正し、あるいはむしろ改廃することができるのである【勅法彙纂1巻14章「法律、元首の勅法、及び、告示について」第1、9、12法文。学説彙纂48巻5章「姦通処罰にかんするユリウス法について」第32法文には格好の範例が見出される。また、ハルメノプーロス『六巻書』第1巻第33節の「法そのものと衡平とがそれぞれ別のことを要求している場合、この対立を納められるのは君主だけである」という一節もこれらの法文と一致する】。これに対して、法律の文言が善と衡平に基づく解釈を排除できるほど明確ではないが、立法者の意思や見解を把握し得ないほどに意味が曖昧ではない場合に、法律家や裁判官による解釈の余地が生じる【勅法彙纂1巻14章第12法文5節。なお本書演習1第39論も参照せよ。】(Syntagma, 48-49. 引用は1692年イエーナ刊のテキストによる)

- 15) 初期近世の法解釈方法論の地平でキケロの意図を理解することがここでの問題であって、キケロ自身あるいは同時代の弁論術的方法的枠組みに即した分析などは本稿の関心外である。

『カエキーナ弁護』の「梗概 argumentum」¹⁸⁾においても、「この箇所、キケロは、文言ではなく洞察や意図に即した法律や告示の解釈についての典雅な論究へと脱線する quo loco digreditur in elegantem disputationem de legibus et edictis e consilio et sententia potius quam verbis interpretandis」旨評されてい

- 16) 例えば、ジャック・キュジャース Jacques Cujas (1522-1590年)の1609年ジュネーヴ刊の全四巻版『著作全集 Opera omnia』に付された索引によれば、『カエキーナ弁護』は『全集』全体で計7回引用されているようであり、キケロの著作の中でも引用数は多い方に属する。その内、不動産占有回復の特示命令に関わる引用は、『法学提要全四巻への注解新編 In libros quattuor Institutionum notae posteriores』(1585年初版)4巻15章「特示命令について De interdictis」第6節の「暴力故の特示命令 interdictum unde vi」への注解 (Opera omnia, I, 132.)、『学説彙纂41巻3章「利用及び使用取得について」注解 Ad tutulum Digestorum de usupationibus et usucapionibus commentarius』(1556年)第33法文2節の「接近する者たちに気付いた venientes existimaverit」への注解 (II, 271.)、『考察と修正 Observationes et emendationes』第5巻(1562年初版)第17章「特示命令、告示、訴権について De interdictis, edictis, actionibus」(IV, 107.)の計3箇所である。
- 17) ただし、キケロ自身は、後に対話篇『弁論家 Orator』の中で、『カエキーナ弁護』の主題が特示命令の「曖昧な文言 verba ambigua」であったと回想している(「カエキーナのための法廷弁論は私から見れば全て特示命令の文言に関わるものであった。つまり、我々は、錯綜した事柄を定義によって解明し、市民法を賛美し、曖昧な文言を区分けしたのである Tata mihi causa pro Caecina, de verbis interdicti fuit. res involutas definiendo explicavimus: jus civile laudavimus: verba ambigua distinximus」Orator, 29, 102.: Opera omnia, I, 678.引用は1737年ライプチヒ刊のヨーハン・アウグスト・エルネスティ Johann August Ernesti 編集によるヤコブス・フロノフィウス Jacobus Gronovius (1645-1716年)校訂版『著作全集 Opera omnia』による)。
- 18) “タルクイニーのマルクス・フルキニウスは死に際して自己の財産の用益権を妻ケセンニアに遺贈し、相続人に指定された息子とともに妻が使用収益できるようにした。その後、息子が死亡し、財産の競売が申し立てられたため、友人等の意見に従ってそれらの財産から土地を買い受けることにし、その取引をセクストゥス・アエプティウスに委ね、ケセンニアの資金によって購入された土地はアエプティウスに引き渡された。その後、ケセンニアは、アウルス・カエキーナと婚姻し、死に際してカエキーナを相続人に指定した。このような事情を受けて、アエプティウスは、当該土地が自己の所有物であり、自らの資金でこれを購入した旨主張し、競売に関わった両替商の台帳によってこれを証明した。更に、カエキーナは、スツラによって市民権を剥奪されたウォラテラエ市民であるが故に、ケセンニアの相続人にはなり得ない旨アエ

る。その箇所¹⁹⁾で、キケロはまず、「的確な法が言葉に左右されることはなく、言葉はむしろ人間の洞察や権威に奉仕するという点を証拠立てる実例 *exemplum, quod testimonio sit, non ex verbis aptum pendere jus, sed verba servire hominum consiliis, et auctoritatibus*」として、遺言の相続人指定、追奪担保や

プティウスは付け加えた。しかし、出廷期日が決まると、カエキーナは「慣行に則り、暴力、ただし、民事的で日常的な暴力によって」不動産を侵奪されたものとして法務官に特示命令を求めた。これに対して、アエプティウスは、土地への立入りを企てるカエキーナを、「真正の全き暴力をもって」、つまり、武装した者たちによって武力で立ち入りを阻止した。そして、アエプティウスは、自ら原状を回復した（「行使された暴力を排除した」）旨、つまり、自分が暴力で侵奪したわけではないので原状回復など全く不要である旨主張した。この点について誓約が為され、当該誓約について吟味するために「審理員」が法務官によって選任された。従って、キケロの弁論全体は、まず、たとえ立入りそのものが禁じられており、土地に立ち入ったわけではないとしても、カエキーナが実際に侵奪を受けたという点を明らかにすることに向けられ（第9節から第14節まで）、アエプティウスが侵奪の存在を否認したために、続いて、カエキーナに対して暴力が加えられたという点が主張される（第14節以下）。この箇所、キケロは、文言ではなく洞察や意図に即した法律や告示の解釈についての典雅な論究へと脱線している。他方、スッラの法律に依拠した上記のような反論に対しては、この法律のみならず全ての法律に伴っている「何かを求めることが法に値しないとするならば、そのようなことがこの法律によって求められることはない」との留保条項に基づいて応えている。つまり、それを求めることが法に値しないような事柄が多く存在しており、ウォラテラエ市民の市民権剥奪もまたこの種の出来事であり、しかも、スッラが市民権を剥奪したのは、「拘束行為」、つまり、銅と秤による購入と、相続とを認めないためである、と。”（Opera, II, 1, 492-493. この梗概は、元々、フランソワ・オットマン François Hotman (1524-1590年) の『キケロ弁論注解 Commentaria in orationes M. T. Ciceronis』(1554年) に付されていたものに基づいているようではあるが、ヨーハン・ゲオルク・グラエヴィウス Johann Georg Graevius (1632-1703年) 編集による『キケロ弁論全集 M. Tullii Ciceronis Orationes』(1699年) に再録されたオットマンの梗概 (I, 1, 461-463.) と比べる限り、「ホトマヌスは梗概の中でしばしばキケロの表現を援用し、それらはラテン語に十分に通じていない人々にとっては分かりにくいので、我々は、『クインクティウス弁護』や『カエキーナ弁護』の梗概の場合のように、それらの表現の説明を補足した」Opera omnia, I, praefatio, 2. v. とのエルネステイの言葉にもかかわらず、実際には相当の省略、書換、追加がなされており、上記評価もエルネステイ自身のものと考えられる)

19) “告示の意図、趣旨、意味が理解できる場合であっても、文言を誤ることで、事

家畜通行権に関する法律の解釈において、「文言 verba」そのものではなく「文言を支える事柄 res, cujus causa verba sunt」が重視された例を列挙し、「如何なる法律、元老院議決、政務官告示、協定、合意、遺言、判決、問答契約、合意や契約の書式であれ、事柄を文言に無理に合わせようとして、それら

物、事件、共同の利益を無視するだけでなくそれらを放棄することは、全く度を超えた無知であり、異常な愚鈍であると我々は考えないだろうか。語彙に乏しいと言われる我々の言語のみならず他の言語においてさえ、全ての事物を確実に固有の語彙によって表示できるほど多くの言葉はそもそも存在しない一方で、言葉が選定される対象となっている事物を理解する際には、言葉は無用であるという点を疑う余地があるだろうか。如何なる法律、元老院議決、政務官告示、協定、合意、(私的事項に目を向けるならば) 遺言、判決、問答契約、合意や契約の書式であれ、事柄を文言に無理に合わせようとして、それらを起草した人々の考え、意図、権威を蔑ろにするならば、何れも効力を失い崩れ去ってしまうのではなからうか。我々が互いに言葉を追い求めることがなければ、家庭内や日常の会話など、誓って言うが、全く成り立たないであろう。のみならず、言葉通りには我々に従うが、言葉から理解できる事柄には耳を貸さないということをもし我々の奴隷に許すならば、家内命令権は無に帰する。これら全ての事柄について実例を挙げることなど果たして必要であろうか。的確な法が言葉に左右されることはなく、言葉はむしろ人間の洞察や権威に奉仕するという点を証拠立てるありとあらゆる種類の事例が、諸君一人一人の目に次々と浮かぶのではないか。ルキウス・クラッスス、この雄弁に満ち溢れた人は、私が法廷に顔を出すようになる少し前に、百人委員会の法廷でこの見解を巧みにかつ含蓄深く主張し、極めて聡明な人、クイントゥス・ムキウスが彼に反論したにも関わらず、父の死後生まれた息子が死亡したならばという条件で相続人に指定されたM某・クリウスを、息子が死亡したのではなくそもそも生まれなかった場合にも、相続人と見なすべきことを苦もなく完全に証明した。一体なぜか。文言でその旨ははっきり定められていたからであろうか。いや決して。では如何なる事情が決め手となったのか。それは意思である。仮に我々が黙していても意思が疎通できるならば、言葉など全く不要であろう。しかし、そのようなことはあり得ないので、意思を隠すのではなく表示するものとして、言葉が考案されたのである。法律は土地の使用〔取得〕と〔追奪〕担保について二年の期間を定めている。ところが、我々は、法律では言及されていない建物についても同じ法を用いている。法律は、道が未舗装ならば、望むままに家畜を通行させてもよいと定めている。その文言からは、ブルティウムに未舗装の道があるならば、望むままに、マルクス・スカウルスのトゥスクルムの地所を通して、家畜を通行させてもよいということが分かる。出廷した担保責任者に対する訴権は「我汝を法廷に見出した以上」という文言から成っている。もし人々がこの文言にそのまま従い、文言を支え

を起草した人々の考え、意図、権威を蔑ろにするならば、何れも効力を失い崩れ去ってしまうのではなからうか *quae lex, quod senatusconsultum, quod magistratus edictum, quod foedus, aut pactio, quod testamentum : quae iudicia, aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus : consilium autem eorum, qui*

ている事柄に考慮しなかったならば、かの<盲目の>アッピウスは当該訴権を行使できなかったであろう。遺言に、未成年被後見人のコルネリウスが相続人となる旨述べられていたが、当人が既に二十歳になっていた場合、諸君の代弁者に従えば、コルネリウスは遺産を失ったことであろう。私には無数の実例が想起されるし、諸君にも更に多くの例が思い出されるに違いない。しかし、多く実例に抱え過ぎて、論じられている事柄から弁論が大きく脱線することのないように、今問われている特示命令それ自体について考えるべきであろう。というのは、文言を用いて法を定めても、狡猾かつ巧妙に振る舞おうとすれば、このような特示命令の効果など悉く失われるであろうことは、以上の点から諸君にも明らかなはずであるから。特示命令には、「汝、もしくは、汝の奴隷、もしくは、汝の事務管理人が云々」とある。思うに、貴君の農場管理人が単独で私を追い立てたならば、追い立てたのは貴君の奴隷ではなくて貴君の奴隷中のある者ということになろう。とすれば、貴君が原状を回復した旨主張するのは正当であろうか。確かに。実際、ラテン語を解する者にとって、<奴隷>という表現が一人の奴隷を指示しているわけではないと証明することほど容易な事柄があるだろうか。しかし、貴君が、私を追い出した者以外に奴隷を有していないならばどうか。当然、貴君は、「私に<奴隷>がいれば、私の<奴隷>によってあなたが追い立てられたと認めよう」とまくし立てるはずである。我々が事案ではなく文言によって判決に導かれるならば、<奴隷>は複数の奴隷から成るものであって、一人の奴隷は<奴隷>に当たらないと解すること疑いない。確かに文言はそれを求めているだけでなく強制してさえいる。しかしながら、法の根拠、特示命令の効力、法務官の意図、賢明な人々の洞察と権威は、このような弁明を退け、無意味なものとみなすであろう。なぜそうなのか。これらの人々もラテン語で話すのではないのか。もちろんそうだが、あくまで意思が理解されるのに十分な仕方です。つまり、この場合、彼らは、私を追い立てるのが貴君自身か、貴君の奴隷あるいは友人の誰かの何れかであるということを含め想定しているのだから、奴隷を人数で区別したりすることなく、<奴隷>という一つの名称で表示できる。一方、自由人に属する者が<事務管理人>という名称で呼ばれることもあり得る。しかしそれは、我々の事務について何らかの管理を行う者が全て<事務管理人>でありそのように名づけられているからではなく、このような場合、特示命令の意味が明らかである以上、文言の一つ一つ全てを探究しようとは考えないからである。実際、一人の奴隷と複数の奴隷とで衡平の扱いが異なるわけではなく、少なくともこのような場合には、私を追い立てた貴君の事務管理人

scripserunt, et rationem, et auctoritatem relinquamus?」との根本的な疑念を表明する。その上で、<汝、駆り集め武装した人間を用いて暴力的に自らこの者を追い立て、あるいは汝の奴隷、あるいは汝の事務管理人がこの者を追い立てたところへ、この者がその当時そこに所持していたものを全て回復すべし

が、<事務管理人>と正当に呼ばれ得る者、すなわち、イタリアに居住してなかったり国務によって不在にしている者の全資産を、ほとんど所有者本人のごとく、換言すれば、他人の権利の代理人として管理する者であるか否か、あるいは、当の暴力や侵奪を貴君の指示や貴君の名前に基づいて行った者が、貴君の小作人であるか、隣人であるか、被保護者であるか、被解放者であるか、あるいは、その以外の者であるかによって、法の考え方は変わらない。従って、暴力をもって侵奪された者の原状回復について、衡平という根拠が同じように効力を発揮するとすれば、この根拠が理解される限り、文言や名称の効力が如何なるものかは全く問題とならない。貴君は、貴君の事務を委託したわけではない被解放者が私を追い立てた場合も、貴君の事務管理人が追い立てた場合も、原状を回復することになる。しかしそれは、我々の事務について何らかの管理を行う者は全て事務管理人にあたるからではなく、この点を探究することはこの場合無意味だからである。一人の奴隷が追い立てた場合も、<奴隷>全員が追い立てた場合も、貴君は原状を回復することになる。しかしそれは、一人の奴隷と<奴隷>が同じであるからではない。如何なる文言によって何が述べられているかが問題なのではなく、如何なる事案かが問われているのである。文言から大幅に離れることが仮にあるとしても、衡平から離れることは僅かでもあってはならない。貴君の奴隷が一人も存在せず、全て他人の奴隷や日雇い人だとしても、やはり、<汝の奴隷>という類や名称に含まれる。当の特示命令は更に「駆り集められた人間によって」と続く。もし貴君が誰も駆り集めたわけではないとすれば、彼らは自発的に集合したことになろう。従って確かに、人間を集める者は駆り集め呼び集めていることになる。つまり、<駆り集められた人間>とは、誰かによってある場所に集められた者たちに他ならない。しかし、呼び集められたわけでも、集合したわけでもなく、ただ単にそこにいるというだけであり、しかも、暴力が行使されるためではなく、耕作や放牧のために、以前からその土地にいたことがあったならば、貴君は人は駆り集められてはいなかったと反論し、文言上は確かに、裁判官の目からも、私を凌駕するであろうが、しかし、事柄に即するならば、裁判官の前に留まることは決してできない。というのも、集団による暴力の原状回復が求められているといっても、それは呼び集められた集団による暴力に限るという趣旨ではなく、集団が必要とされる場合には大抵、人が駆り集められるが故に、<駆り集められた人間>について特示命令が用意されているからである。つまり、文言上は異なるように見えても、事柄の上では同じであって、同じ衡平という考慮が読みとれる全ての事例について同じことが妥当するの

Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua aut procurator tuus deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas>という特示命令の文言²⁰⁾に対する逐語的な注釈を通じて、「告示の意図、趣旨、意味が理解できる場合であっても、文言の誤りにしがみついて、事物、事件、共同の利益

である。「あるいは武装した人間によって」ともある。これについて如何に解すべきだろうか。ラテン語で話そうと思うならば、実際、どのような者たちを<武装した人間>と呼ぶであろうか。思うに、それは、盾や刀剣を用意し身に付けた者たちということになる。それでは、もし貴君が土くれや石や棒さで誰かを土地から追い立て、<武装した人間によって>追い立てた者を原状に復すべく命じられたならば、どうであろうか。貴君はそれでもやはり既に原状を回復した旨主張するのであろうか。文言が重視され、事件が根拠ではなく字面によって考量されるならば、私を証人とするがよからう。当然、貴君は、地面から拾い上げた石を投げつけた者は<武装した人間>ではないこと、草や土は武器ではないこと、通りがかりに木の枝を折った者も<武装した人間>ではないこと、武器とは文字通り防御や攻撃のためのものであることを主張し、そのようなものを所持していない者は非武装である旨もっともらしく訴えるであろう。確かに、「武器の裁判」が行われているのであれば、そのような主張もよからう。しかし、法と衡平の裁判が行われている場合には、そのような無力で貧弱なごまかしで言い繕うのはやめたまえ。実際のところ、兵士の武器を検査するように武装の有無を判断する審判人や審理員など誰一人見出せないであろうし、生命や身体に暴力が加えられる状態にあることが見出されたならば、完全に武装しているのと何ら変わるところはなかろう。しかも、貴君も知っての通り、言葉は全く以て無力なものである。もし貴君あるいは何者かが単独で盾や刀剣を用いて私に襲いかかり、その結果私が追い立てられた場合、特示命令は<武装した人間たち>についてのものなのでここで武装していたのは一人であるなどと、貴君は敢えて訴えるおつもりなのか。いや、思うに、貴君はそれほど恥知らずではあるまい。ところが、見たまえ、今や貴君は遙かに恥知らずな姿をさらしているのだ。というのも、そのような場合には確かに、貴君があらゆる人間に対して、貴君の行いに関してラテン語を忘れ、非武装者が武装者とみなされ、特示命令が複数の者に関わり事件が一人によって引き起こされたにもかかわらず、一人の人間が複数の人間とみなされるといったことがないように懇願することも可能であったかもしれない。しかしながら、ここで審理の対象となっているのは、文言ではなく、特示命令の中に当の文言が盛り込まれる原因となった事柄である。生命に関わる暴力が例外なく原状に復されることこそこれらの文言の意図するところなのである。そのような暴力は、通常、<駆り集められ武装した人間たちによって>行使されるが、別の仕方であっても同じ危険性を伴って暴力が行使されるならば、同じ法の適用が求められる。なぜなら、貴君の農場管理人ではなく<奴隷>

を無視するだけでなくそれらを放棄すること *cum voluntas, et consilium, et sententia interdicti intelligatur, in verborum errore versari: rem, et causam, et utilitatem communem non relinquere solum, sed etiam prodere*」の「度を越えた無知 *impudentia summa*」と「異常な愚鈍さ *stultitia singularis*」を「審理員 *recuperatores*」に意識させることがここでのキケロの戦略であった。「文言がそれを求めているだけでなく強制してさえいる *verbum hoc non modo postulat, sed etiam cogit*」のだとしても、「法の根柢、特示命令の効力、法務官の意図、賢明な人々の助言と権威は、このような弁明を退け、無意味なもののみならずであろう *ratio juris, interdictique vis, et praetorum voluntas, et hominum prudentium consilium, et auctoritas, respuat hanc defensionem, et pro nihilo putet*」というドノーの引用箇所の一つ目も、<奴隷 *familia*>という語句の射程をめぐる議論の中に見出され、そこでは、「<奴隷>は複数の奴隷から成る *familia constet ex servis pluribus*」なのであって、「一人の奴隷は<奴隷>に当たらない *unus homo famiria non sit*」というような文言に囚われた皮相な観方に、「一人の奴隷 *unus homo: servus: servulus*」も<奴隷>に含める「法務官の意図 *praetorum voluntas*」や「特示命令の効力 *interdicti vis*」が対置されているように見える。しかしその一方で、全く同じ文脈の下に、キケロは、「文言から大幅に離れることが仮にあるとしても、衡平から離れることは僅かでもあってはならない *etiam ut jam longius a verbo recedamus, ab aequitate ne tantulum quidem*」と断じている。つまり、ここでは、「意思を隠すのではなく表示するものとして言葉が考案された *verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem*」という単純な意味合いにおいて文言に対応する立法者

他人の奴隷や日雇い人夫ではなく貴君の奴隷、貴君の隣人や被解放者ではなく事務管理人、自発的関与者でも偶然居合わせた者や家内の奴隷でもなく<駆り集められた人間>、危害を加えることについて武装者に匹敵する力を有する非武装の者ではなく<武装した者>、一人の武装者ではなく複数の武装者によって加えられる方が一層重大な危害が生じるというわけではないからである。暴力が通常行使されるような状況が特示命令によって言明されているのはそのような趣旨である。つまり、別の状況の下

の「意思 *voluntas*」と同時に、あるいはいわばその本質的属性として、法の「根拠 *ratio*」や法律家の「助言と権威 *consilium et auctoritas*」といった表現にも示唆される「衡平 *aequitas*」が重視され称揚されているのである。しかも、ここに言う「衡平」とは、当該特示命令だけの「根拠」というよりはむしろ法一般のそれとして、「法と衡平の裁判 *juris iudicium et aequitatis*」でその都度具体的に把握されるべき「事柄 *res*」に他ならない。「暴力をもって侵奪された者の原状回復について、衡平という根拠が同じように効力を発揮するとすれば、この根拠が理解される限り、文言や名称の効力が如何なるものかは全く問題とならない *si ad eum restituendum, qui vi dejectus est, eandem vim habet aequitatis ratio: ea intellecta, certe nihil ad rem pertinet, quae verborum vis sit, ac nominum*」というドノーの二つ目の引用箇所を示されているのもまさにこのような観方である。そうであるとするならば、法の「意味」としての「立法者の意思」を殊更に重んじるかのような印象を与えるドノーの引用はキケロの意図に沿うものではないことになる。一方、『法学問題選集』におけるフィンネンの引用は、特示命令の文言をめぐる上記箇所からのものではないが、文言上の「厳格さ *rigor*」ではなく「より寛容で衡平有益なもの *quod benignius, quod aequius est et melius*」に「市民法の根拠 *juris civilis ratio*」を見出すその議論ともども、キケロの言う「衡平」の趣旨をよく汲み取っているように思われるし、『カエキーナ弁護』で列挙展開される諸事例や特示命令の文言の解釈を「拡大解釈」の「範例 *exempla*」とみなす『法学要論』での議論も同様に解される。ただし、ケルススの「効力と射程」という表現を如何に解するかという次元では、これを「衡平」に直結させるという理解はむしろ特殊であり、法乃至法律の「文言 *verba*」、「意味 *sententia*」、「根拠 *ratio*」の三層構造を主張

で同じ暴力が加えられた場合には、たとえ特示命令の文言には一致しないとしても、法の意味と権威は保持されるのである。”(18, 50-22, 63.: *Opera*, II, 1, 509-514.)

- 20) 文言の復元は Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, 2. Auflage (1971), 399. による。当然ながら、そこでも『カエキーナ弁護』が典拠の筆頭に挙がっている (n.42/43.)。

するシュトルーヴェも、「意味」や「根拠」を「文言」に対置するという、その限りではドノーと同じ文脈で、ケルススの法文を引用している²¹⁾。また、「ある特定の事件に対する法律の適正な適応 *legis ad certum et specialem casum aequa accommodatio*」という趣旨での「衡平」が、決してキケロの独

21) “XIV. ローマ法及び現代法の諸区分について説明したが、学説彙纂の個々の部分に進む前に、法の解釈と適用の手法についてここで簡単に触れておく。既に我々はそれらの手法を法学の原理や媒体に数え入れていた【演習1第13、44、46節】。これらの手法の基礎は衡平である【学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第1法文前書の「善と衡平」、勅法彙纂3巻1章「裁判について」第8法文、学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、及び、長期に渡る慣習について」第18法文、同50巻17章「古法の諸準則について」第90法文。マエステルティウス『ローマの法律の正義について』第1巻疑義17、スコタヌス『法学討論集』第1巻第6論】。ところで、衡平は、一方で、絶対的に捉えられる場合があり、その場合、衡平は正義、等しいと正しいは同じことになる。他方、衡平が相対的に捉えられると、それは、ある特定の事件に対する法律の適正な適応を示唆する。このように二つの理解をふまえるならば、「書かれた衡平、あるいは、法律によって確立された衡平というものは存在し得るか」という周知の問いを上手く解決することができる。すなわち、前者の意味によれば、あらゆる法律は善に適い衡平であるから、書かれた衡平は存在する。しかし、後者の意味によれば、書かれた正義は存在しない【アリストテレス『ニコマコス倫理学』第5巻第14章の「[衡平とは正義ではあるが] 法律のとおり [のそれ] ではない」[το επιεικες δικαιον μεν εστιν, ου το κατα νομον δε (1137 b, 11-12.)]、及び、同『弁論術』第1巻第13章の「衡平とは書かれた法以外で正しい事柄のことであり」[εστι επιεικες το παρα τον γεγραμμενον νομον δικαιον (1374 a, 27-28.)] の各箇所も参照せよ】。またたとえ、既に以前から衡平であったもの、つまり、法律であるとの表示が、書かれた法律の内に盛り込まれることがあるとしても、その場合存在するのは衡平ではなく、法律そのものであって、それは、更にもう一つの衡平、すなわち、個々の事実への衡平な適応を必要とするのである。アリストテレス『ニコマコス倫理学』第5巻第14章で、「衡平」[το επιεικες] とは、「その一般性の故に通用しない部分における正当な法の修正」[επανορθωμα νομου η ελλειπει δια το καθολου (1137 b, 26-27.)] であり、「[正義ではあるが] 法律のとおり [のそれ] ではない」[δικαιον μεν εστιν, ου το κατα νομον δε (1137 b, 11-12.)] との表現で述べられている一節の意味はまさに後者である【なお、ヘニングウス・レンネマヌス『ローマ=ゲルマン法学』序説第13節も参照せよ】。

XLV. とところで、法を賢明に適用するためには、何よりもまず、法が適用されるべき事実の特質をあらゆる事情に照らして吟味せねばならない【学説彙纂29巻1章「兵

創ではないことも、シュトルーヴェによるアリストテレスの頻繁な引用に示される通り、当時の法律家の間では自明の事柄に属していた。キケロやアリストテレスの議論は、例えばトマス・ホブズ Thomas Hobbes (1588-1679年) の『市民論 De cive』(1642年初版) や『リヴァイアサン Leviathan』(羅語版1668

士の遺言について」第24法文、同9巻2章「アクィーリウス法について」第52法文2節、勅法彙纂9巻16章「暗殺者に関するコルネリウス法について」第1法文3節、同2巻4章「和解について」第13法文。次いで、解釈され適用される法乃至法律の、1) 文言、2) 趣旨、3) 根拠を、必要に応じて、適切に考量する必要がある。というも、文言には法律の意味が内在し、意味は、法が定められた根拠に基づいているからである【学説彙纂1巻3章第17法文及び第24法文。更に、アリストテレス『弁論術』第1巻13章末尾も参照せよ。そこには、「法律ではなく立法者に、立法者の表現ではなく考えに着目すること [も衡平である]」[···επιτεκες και το μη προς τον νομον αλλα προς τον νομοθετην σκοπειν, και μη προς λογον αλλα προς την διαψοιαν του νομοθετου (1374 b, 11-13.)] とある】。(Syntagma, 47-48.)

22) De cive, IV, 9.: Opera philosophica quae Latine scripsit omnia, vol. II (1839), 221-222.

23) シュレーダーによれば、自然法論者のみならず、「ローマ普通法学」の「指導的な著作家たち」もまた、このホブズによる「立法者意思としての法律(乃至法)という観念」を、「既に17世紀の半ば以降間もない時期に支持している」とされるが(Schröder, Recht als Wissenschaft, 98.)、「指導的な著作家」の一人として参照されているシュトルーヴェの見解(「XLVII. 法一般とは、規定、規則、つまり、上位者によって予め定められた原理であり、これに従って人間の行為は正しくあるべく教導され、あるいは、これに則って行為の善悪や衡平不衡平が評価されるものである。なおフランキスクス・スアレズ『法律論』第1巻第2章第6番も参照せよ」Syntagma, 16.)がむしろ伝統的見解に属することは、フランシスコ・スアレズ Francisco Suárez (1548-1617年) の『法律及び立法者たる神についての論考 Tractatus de legibus et legislatore Deo』(1612年初版)の引用からも明らかであり、しかも、ここに言う「法一般 ius in genere」(シュレーダーは<法一般>を<法 ius>に変更して引用している)は、市民法=国家法に対応するものなどではなく、「自然法 jus naturale」、「万民法 jus gentium」、「市民法 jus civile」という周知の三区分の上位概念として用いられている(「XLVIII. 法は自然法、万民法、市民法に区分される【学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第1法文2節、法学提要1巻1章「正義及び法について」第4節】」Syntagma, 17)。ホブズの法概念の同時代の普通法学に対する影響は、プーフェンドルフ以降の「新しい自然法」(Schröder, 102-103.)の影響と同様、あるいは、それ以上に、影響の程度ではなく有無自体が問題であって、「法源論」はともか

年初版)で提示された「国家において主権を保持する者の命令 *ejus, qui summum in civitate imperium obtinet, mandata*」としての「市民法 *leges civiles*」＝「国家法 *leges civitatis*」概念²²⁾などとは一部の自然法論者を除けばほとんど無縁と言ってもよい当時の法律家たちが²³⁾、神法に準じて主権者の命令の本質的属性として正義や衡平を位置づけ、「法 *jus*」と「法律 *lex*」を厳密に区別しない伝統的な観方の両義性を宗派的立場の相違に左右されることなく裏付けるのにまさに絶好の素材だったのである。

(完)

く(衡平法として具体化されていない「衡平」それ自体は既存の法の解釈準則にすぎないはずである)、「方法論」の分岐点を17世紀半ばに見出す論拠にはそもそもなり得ない。シュレーダー自身、例えばドノーの法概念をスコラ学由来の伝統的観方の系譜に位置づけているが(Schröder, 13. ただしドノーの場合は当然カルヴァン主義的偏向も考慮せねばならない)、そのような系譜がホップズの登場と同時にその影響故に弱まりあるいは途絶えたわけでは決していないのである。