

《論 説》

ローマ法の批判的実用化

——シーモン・ファン・フルーネウェーヘンの法文廃止論——

藤 田 貴 宏

いわゆる普通法 *ius commune* としてのローマ法が、慣習法、都市条例、勅令といった固有法との関係で如何なる効力を有するのかという法源上の問題は、内容の充実と運用の安定によって固有法自身の実務的重要性が増すに連れて、一層強く意識される。このようなローマ法の実定的権威の相対化は、三十年戦争によるヨーロッパの政治秩序の再編と相前後して、一つの頂点に達した。例えば、皇帝法としてのローマ法の「継受 *receptum*」を標榜してきたドイツの諸領邦国家では、建前上は固有法の優先適用を認めつつ、実際には、厳格な解釈 *interpretatio stricta* によってその妥当範囲を限定する実務慣行¹⁾に沿った形で、ローマ普通法を軸とした法秩序形成（「パンデクテンの現代的慣用 *usus modernus pandectarum*」）が更に徹底されることになる。他方、広大な慣習法域を抱え、しかも、皇帝権力への対抗という中世以来の政治的土壌の下でローマ法の実定的効力が大幅に制約されてきたフランス王国においては、実務にそぐわないローマ法の廃止あるいは失効そのものが唱えられるに至った（「ローマ市民法に対するフランス的査閲 *censura Gallica in jus civile Romanorum*」）。これらの動向は、ローマ法が取捨選択を経て実定法秩序の一端として実用化されていく過程を、それぞれに特徴ある仕方で体现しているだけでなく、同時に、ローマ法という認識対象が不変無謬の「書かれた理性 *ratio scripta*」から古代後期の一立法編纂の成果へと歴史化されたことをも明らかにしている。ロー

1) イタリア風 *mos Italicus* の条例理論に倣って形成され、帝室裁判所令等の各種帝国立法によって実定的な裏付けを得ていた「ドイツ風条例理論」については、さしあたり、Luig, Conring, *Das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte* (1983), in: *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht* (1998), 326-336 を参照。

マ法の権威の相対化がこのような歴史化と実用化の同時進行を意味することは、例えば、人文主義法学による一見純粹に文献学的なテキスト批判がローマ法源の妥当領域の確定という実践的意義を持ち得たという点からも容易に推察されるが²⁾、むしろ、ローマ法の知識を十分に備えた学識法曹として法実務に直接関わっていた人々の議論にこそ、ローマ法の歴史化に対応したいわば批判的実用化の動向をより明確な形で迎えることができるはずである。そこで、本稿では、独立戦争及び三十年戦争を経て法域としても自立するに至った17世紀半ばのオランダ（ネーデルラント連邦共和国）における法文廃止論を、主として方法論的観点から敷衍検討することにした。

I.

ヨーロッパ諸地域におけるローマ法実務の歴史的経緯と現状を通観する、従って、本稿にとっても格好の見取り図となる同時代の著作が存在する。それは、イギリス人法律家アーサー・ダックによって書かれた『キリスト教君主の支配地におけるローマ市民法の運用と効力について *De usu et autoritate juris civilis Romanorum, in dominiis Principum Christianorum*』（1653年）である³⁾。ダックは、その中で、バタウィア Batavia、すなわち、オランダにおけるローマ法の実用化の由来についても簡潔に言及している⁴⁾。そこでは、オラン

2) 拙稿『人文主義的法解釈』I. 獨協法学67号(2005年)参照。

3) 本書については、著者ダックの経歴等も含めて、Horn, *Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck*, in: Wilhelm (Hrsg.) *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* (1972), 170-180、及び、Hinrichs, *Einleitung*, in: *De usu et autoritate juris civilis*, Unveränderter Nachdruck (1990), V-II参照。

4) *Inter Belgas vero Batavi praecipui gloriantur, se nunquam fuisse a Populo Romano debellatos; nec Bataviam fuisse unquam in ter Provincias Romanas populi Pomani vel Caesarum: sed in societatem Romanorum admissos, et ab iis Socios, Amicos et Fratres Populi Romani et Imperii Romani dictos fuisse; atque ita, ex mutua utriusque Populi Societate, Amicitia et Commerciis, Leges Romanorum a*

Batavis fuisse receptas. De tempore vero, quo Batavi receperint Leges Romanas, ipsi haesitant. Alii conjiciunt coepisse harum Legum usum a Constitutione Antonii Pii, per quam omnes in Orbe Romano Cives Romani facti sunt; atque ita eos, ut caeteros omnes Cives Rom., eorum Leges amplexos fuisse. Alii putant, eos justitia et pulchritudine Legum Romanarum incitatos; easdem recepisse, postquam Imperator Justinianus eas ordine pulchro concinnaverat. Alii libentius referunt originem Legum Romanarum apud Batavos ad tempora Guilielmi Hollandiae Comitis filii, qui, Imperator Imperii Occidentalis ab Electoribus creatus, voluit, ut Batavi Iure Imperiali et Romano deinceps uterentur. Alii (cum Origo Legum Romanarum apud Batavos tam incerta sit) arbitrantur Batavos paulatim et tacite eas recipisse, Patronis Causarum eas ob earum praestantiam allegantibus, et Judicibus ex Regulis Juris Romani Causas dijudicantibus. Sed omnes demum in hoc consentiunt, Batavos diu Iure Romano usos fuisse, et modo uti in Judiciis suis, ubicunque Causa proposita oer Leges aut Consuetudines Provinciae non est determinata. Et in hoc denique praedicanda est Batavorum gloria, qui fortitudine et constantia sua Leges Romanas suasque ad remotissimas Orbis Terrarum Partes in Asia, Africa, et America propagarunt. (De usu et autoritate juris civilis Romanorum, lib. II, cap. V, xlii: 265-267. 引用は1668年ライプチヒ刊のテキストに拠る)

“ベルガエ諸民族の中でも、特にオランダ〔バタウィア〕人は、ローマ人によって決して征服されることも、オランダがローマ国民や皇帝の属州になることもなかったにもかかわらず、ローマ人と交流し、彼らからローマ国民及びローマ皇帝の仲間、友人、兄弟と呼ばれ、それ故に、両国民相互の交流、友愛、交易に応じて、ローマ人の諸法律がオランダ人によって受容されたことを誇りとしている。しかし、オランダ人がローマの諸法律を受け入れた時期については、彼ら自身困惑している。ある者の推測によれば、これらの法律の実用は、ローマ帝国領の全ての者をローマ市民とするアントニウス・ピウスの勅法によって始まり、他のローマ市民と同様に、オランダ人もまたローマ市民の法律を尊重するようになったとされる。またある者の考えによれば、ローマの法律の公正さや優秀さに感動したオランダ人は、皇帝ユスティニアヌスがそれらの法律を壮大な秩序の下にまとめた後に、それらを受け入れたのだとされる。更に、ある者が、オランダにおけるローマ法の由来をホラント伯の息子グイエルムスの時代に關連づけているのは一層好ましく思われる。というのも、彼は、選帝諸侯によって神聖ローマ帝国皇帝に選出されたのに続いて、オランダ人が帝国法及びローマ法を用いるように望んだからである。なお、次のように考える人々もいる。すなわち、（オランダ人におけるローマ法の由来は不確かであるけれども）ローマの諸法律の優秀さの故にその適用を申し立てる法廷の弁護士や、ローマ法の準則に基づいて事件を

ダにおけるローマ法継受の時期について、カラカラ帝による帝国全領民へのローマ市民権付与⁵⁾やユスティニアヌス帝の法典編纂を念頭に非常に古い時期にまで遡る伝説めいた見解とともに、13世紀半ばのいわゆる大空位時代にホラント伯ウィレムが神聖ローマ帝国皇帝に選出され⁶⁾、「オランダ人が皇帝法及びローマ法を用いるように望んだ *voluit, ut Batavi Iure Imperiali et Romano*

判断する裁判官らを介して、オランダ人は徐々にかつ暗黙裡にローマ法を受容したきたというのである。ところで、これら全ての人々はまさに以下の点において一致している。すなわち、オランダの人々が、既に長い間、ローマ法を用いており、少なくとも提起された訴えが当該地域の法律もしくは慣習によって判断できないときには何時でも、彼らの裁判においてローマ法が用いられるという点である。さらにここで付け加えるべきはオランダの人々の繁栄である。というのも、彼らは、その勇敢さと実直さによって、彼らのローマ法を、アジア、アフリカ、アメリカといった地球の遥か遠隔の地まで広げているからである”

- 5) *In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.* (D. 1, 5, 17. Ulp. 22, ad ed.)

“ローマ領に住む者はアントニヌス帝の勅法によりローマ市民となった”

Facimus autem novum nihil, sed egregios ante nos imperatores sequimur. Sicut enim Antoninus Pius cognominatus (ex quo etiam ad nos appellatio haec pervenit) jus Romanae civitatis prius ab unoquoque subjectorum petitus, & taliter ex iis, qui vocantur peregrini, ad Romanam ingenuitatem deducens, hoc ille omnibus in commune subjectis donavit, [...] (Nov. 78. 5)

“しかし、我々は何も改めることなく、我々に先んずる偉大な皇帝たちに従う。例えば、「ピウス（寛容なる者）」の異名をもって呼ばれるアントニヌス（この称号は彼から我々へと引き継がれる）は、かつて臣民一人一人からローマ市民権を求められた際、外人と呼ばれた彼らをローマ的自由の地位へと導くことで、あらゆる臣民に共通のローマ市民権を与えた。…”

なお、ダックは、これら二つの法文に依拠して、「アントニヌス・ピウスの勅法」によって「ローマ帝国領の全ての者がローマ市民になった」と述べているが、周知のように、全ての帝国領民にローマ市民権を付与したのは、アントニヌス・ピウス帝（在位138-161）ではなく、マルクス・アウレリウス・アントニヌス（カラカラ）帝（211-217）である。

- 6) ウィレムは、教皇勢力がフリードリッヒ2世に対抗して擁立した対立王であり、フリードリッヒ2世の息子コンラート4世の死でホーエンシュタウフェン朝が断絶したのを受けて皇帝を名乗った。

uterentur」ことに継受の直接的な契機を見出す見解が好意的に紹介されている。また、「オランダ人におけるローマ法の起源 *Origo Legum Romanarum apud Batavos*」を時期的に特定しようとする立場とは別に、「オランダ人が、ローマの諸法律の優秀さの故にその適用を申し立てる法廷の弁護士や、ローマ法の準則に基づいて事件を判断する裁判官らを介して、徐々にかつ暗黙裡にローマ法を受容した *Batavos paulatim et tacite eas recepissee, Patronis Causarum eas ob earum praestantiam allegantibus, et Iudiciibus ex Regulis Juris Romani Causas dijudicantibus*」とする観方も参照されており、ダックの視野の広さを窺わせる。ダックは、これらの見解の相違を意識しつつも、「オランダの人々が、既に長い間、ローマ法を用いており、少なくとも、提起された訴えが当該地域の法律もしくは慣習によって判断できないときには何時でも、彼らの裁判においてローマ法が用いられている *Batavos diu Jure Romano usos fuisse, et modo uti in Iudiciis suis, ubicunque Causa proposita per Leges aut Consuetudines Provinciae non est determinata*」という現状認識において、何れの見解も「一致している *consentiunt*」と結論づけている。

学識法曹を介したローマ法の漸次的な実用化という観方を紹介する際にダックが依拠したのは、デ・フロート（グロティウス）の『オランダ⁷⁾法学入門 *Inleydinge tot de Hollantsche Regts-geleerdheyt*』（1631年）とスィパン（ズェパエウス）の『ベルギー法精解 *Notitia iuris Belgici*』（1635年）である。例えば、前者の第一巻第二章「諸法の区別と効力について *van't onderscheyt ende werkinge der wetten*」では、「法 *wet*」一般の定義⁸⁾と「効力

7) ホラント *Hollandt*とは、周知の通り、連邦共和国を構成するネーデルラント北部七州の一つにすぎず、本書の論述対象も、ホラント法以外では、ホラントとの政治的結びつきが強いゼーラントや西フリースラントの法に限られている。なお注21参照。

8) *De wet (die ook by-wijlen Regt genoemt wert om dat sy 't regt voor-schrijft) is een werk des redens, yet, dat eerlik is schickende ten gemeenen besten, ingestelt ende gekondigt door yemand die 't gesagh over eenige gemeenschap toekomt. (Inleydinge tot de Hollantsche Regts-geleertheyt, 1. boek, 2. deel, 3. §) 用は1667年アムステルダム刊フルーネウェーヘン編集版のテキストによる)*

werking」⁹⁾、そして、法の「成立原因 makende oorsaek」に即した「区別 onderscheyt」¹⁰⁾が提示された後に、「ローマ法 Roomsche wetten」の実定的効力について言及されている¹¹⁾。それによれば、「ある事柄について、どの成文

“法（法は、権利（レヒト）について規定しているので、場合によっては「レヒト」とも呼ばれる）とは、共通善に鑑みて何か公正な事柄について命じ、ある共同体に対する支配権を有する者によって定められ布告される、理性の産物である”

- 9) 「拘束力 verbintenisse」、「刑罰 straffe」、「無効取消 vernietinge」の三つに言及されている (Inleydinge, 1. boek, 2. deel, 3-4.)。
- 10) 「生来の法（自然法）aangeboren wet」と「与えられた法（実定法）gegeven wet」、「神の法 goddelijke wet」と「人の法 menschelijke wet」、「万民法 volcker-wet」と「市民法 burger-wet」、「成文法 geschreven wet」と「不文法 ongeschreven wet」というように、ラムス主義的二分法に従って図式的に説明されている (Inleydinge, 1. boek, 2. deel, 4-7.)。
- 11) Soo wanneer van eenige saken geen beschreven Lant-regten, Handt-vesten, Keuren ofte Gewoonten en werden bevonden, soo zyn de Rechters van oudts by Eede vermaent geweest daer in te volgen de beste reden nae hare wetenheit ende bescheydenheit. Dog alsoo de Roomsche wetten, insonderheit sulx, als die ten tyde des Keyzers Iustiniaen vergadert zyn geweest, by verstandige luyden bevonden werden wijsheits ende billikheits vol te zyn, soo zyn de selve eerst als voor-beelden van wijsheit ende billikheit, ende metter tijdt door gewoonte als wetten aengenomen: Gelijk ook daer naer gebeurt is dat eenige saken in meerder billikheit zijnde overleyt, by een goet deel der Christenheit yet naerder aengenomen, ende seer oneygentlik bekomen hebbende den naem van Geestelijke of Pauselijke regten, ook in dese Landen kragt van wet heeft bekomen. (Inleydinge, 1. boek, 2. deel, 7-8.)

“ある事柄について、どの成文ラント法や特許状も規定していないか、あるいは、それに関する慣習が見出されない場合、裁判官は、古くから、宣誓の下に、確実な学識や思慮分別に基づく最良の論拠に従う権限を享受している。ただし、ローマ法、とりわけ、ユスティニアヌス帝の時代に編纂されたローマ法は、思慮深い人々の下で、十分に賢明かつ衡平なものとなされ、それ故に、それ自身、最初は、賢明さと衡平さの模範として、そして、時とともに、習慣によって法律とみなされてきた。これと同様に次のようなことが起こった。すなわち、幾つかの事柄がより一層の衡平さへと導かれ、その後それがキリスト教徒の大部分においてある程度受け入れられ、その結果、非常に不自然ではあるが、教会法もしくは教皇法という名称を有しているものが、我が国においても法律としての効力を獲得するに至っている”

ラント法や特許状も規定していないか、あるいは、それに関する慣習が見出されない場合 *wanneer van eenige saken geen beschreven Land-rechten, Hand-vesten, Keuren ofte Gewoonten en werden bevonden*」、オランダでは、「裁判官 *rechters*」に対して、「宣誓 *eede*」を条件に、「確実な学識や思慮分別に基づく最良の論拠に従うこと *te volgen de beste reden nae hare wetenheyt ende bescheydenheyt*」を認めているが、ローマ法もまた、当初は、そのような「最良の論拠 *beste reden*」の一つ、すなわち、「賢明さと衡平さの模範 *voor-beelden van wijsheyt ende billikheyt*」として尊重され、その後、法実務でのローマ法の援用が繰り返されることで、「時とともに習慣によって法律とみなされるに至った *zyn metter tijdt door gewoonte als wetten aengenomen*」とされる。つまり、オランダにおけるローマ法は、固有法の欠缺に際して個々に援用依拠される単なる「論拠 *reden*」ではなく、「習慣 *gewoonte*」を通じて「法律 *wetten*」化され、「市民法 *burger-wet*」¹²⁾そのものを構成しているとい

12) *Menschelijke wet is Volker-Wet oft Burger-Wet: welk onderacheyt sijn oorspronk heeft gedadt ten tijde als de menschen soo seer zyn vermenigvuldigt geworden, dat sy niet allegader bequaemlijk hebben konnen staen onder een beleyt, ende onersulx haer in verscheyden Bulgerlijke gemeenschappen hebben moeten verdeelen.*

[...]

Butger-Wet noemen wy die tot haeren naesten oorsponk heeft de wille van de overheyt een Bulgerlike gemeenschap.

Dese of eens volx eyge, gelijk de magt der Mannen over haer Huysvrouwen dien van Hollandt genoegsaem eygen is, ofte gemeen, 't zy met allen, 't zy met meest alle volken: dog even-wel veranderlik, ook sonder bewilliging van andere volken, als niet rakende de onnderlinge gemeenschap aller menschen: gelijk zyn vele wetten gestelt op den koophandel ende versterffenissen. (*Inleydinge*, 1. boek, 2. deel, 5/6.)

“人間の法は万民法か市民法かの何れかである。この区別は、人間の数が非常に増加して、一つの支配の下にまとまることができなくなったために、様々な市民共同体へと分かれざるを得なくなった時代に由来する。”

“我々は、ある一つの市民共同体の支配層の意思に直接由来する法を市民法と呼ぶ”

うのである。デ・フロートは、このようにローマ法をオランダ市民法的一端として位置づけた上で、更に、市民法の失効についても論じている¹³⁾。「拘束力

“この市民法は、ある場合には、例えば、ホラントに特有の夫の妻に対する権利のように、ある一つの民族の固有のものであり、またある場合には、全ての民族、あるいは、大多数の民族と共通のものである。とはいえ、市民法は、全人類の相互関係には直接関わらないので、たとえ他の民族の承認がなくても改廃可能である。例えば、商取引や相続に関する多くの法がそうである”

- 13) Aengesien hier voren geseyt is, dat onder de werkinge des wets is verbintenis-
 sen, ende de Buger-wetten doorgaens in't algemeen werden ingestelt, hoe-wel de
 rden niet altijd even-wel schijnt te passen, 't welk alsoo toekomt om dat de
 verscheydenheyden der menschelike saken seer onseker zyn, ende de wet yet
 sekens moet stellen, soo valt hier uyt dikmael geschil, of sulken wet ook altijd
 verbint: waer op met onderscheyt moet werden geantwoort: Want indien de eenige
 ende wel bekende reden des wets in 't algemenn ophout, soo moet de wet
 verstaen werden doot te zyn, alsoo des Wets-gevers wille alsdan ophout. Oversulx
 alle wetten alleen op Oorlog gegront, houden op in tijt van Vrede, ook sonder
 weder-roeping. Maer indien de wet niet in 't algemeen op en hout, soo moet
 gelet werden oft de oeffeing van de wet in voorgevallen gelegentheynt opentlik
 soude strijden met de wille des Wetgevers, in welken gevalle de wet nog uytterlik
 noch innerlik en verbindt: als by voor-beeldt: De wet erbiendt alle burgers by nagt
 op de wal te komen: een burger wonende by de wal hoort by nagt dat de vyant
 de wal beklimt: Indien hy als dan t'huys bleef ende niet syn best dede om de
 Vyant af te keeren, hy soude wel doen na de woorden van de wet, maer niet nae
 de sin van den wet-gever, die voor al betragt moet werden. Maer indien de
 offening soodanigen opentliken strijdt met des wet-gevers meenige niet mede en
 brengt, soo moet nog gesien zijn, of de wet na 't rigt-soner des voorsigtigheys
 siet op een algemeen gevaer, op dat de wet yet hout als sekerlik gedaen 't welk
 niet en is gedaen. Indien men 't eerste bevint soo verbint de wet innerlik ende
 uytterlik ook die luyden waer in het quaet, waer voor gevreesd wiert, eygentlik geen
 plaets en heeft. Oversulx de wet verbiedende dat yemant die de wagt niet en
 heeft by nacht sal gaen langens straet met wapenen, verbint ook de geschikte luy,
 die niet quaets in den sin en hebben, om dat het gevaer daer de wet by gebrek
 van beter bewijs (alsoo de menschen na 't blijk moeten oordeelen) yet voor
 geschiedt, 't welk niet en geschiedt, gelijk als yemant belast wert een vrou-mensch
 te trouwen, om dat door twee getuygen de trouw belofte wert gehouden voor

bewesen, hoe-wel die inder waarheyt niet en is geschiet, soodanige wet verbint wel alle anderen, die geen sekere kennisse en hebben: maer hy die de sekere kennisse heeft, is daer door in zyn gewisse niet verbonden; welk onderscheyt wel dient waergenomen, niet alleen tot onderregtinge der regtsvaerdige gemoederen, maer ook tot besligtinge van vele geschillen, waer van t' syner plaetse sal werden gehandelt. (Inleydinge, 1. boek, 2. deel, 8-9.)

“既に述べたように、拘束力が法律の効力の一つであり、市民法が一般的に通用しているとしても、立法理由が常に妥当するとは限らない。このような事態が生じるのは、人間に関わる事柄の相違が極めて曖昧であるのに、法律が何かを確実なものとして規定しなければならないためである。それ故、そのような法律が常に拘束力をもつかどうかにつき、しばしば争いが生じる。この点については、相違をふまえて、答える必要がある。というのは、唯一のそしてまたよく知られた立法理由が一般に失われている場合、その法律は失効したと解されねばならず、それ故、立法者の意思も直ちに途切れるからである。従って、戦争にのみ由来する法律は全て、平和時には失効し、また、再び持ち出されることはない。しかし、法律が一般に失効していない場合は、法律の適用が当該事例において明らかに立法者の意思と矛盾対立するかどうか、如何なる場合にその法が外面的にも内面的にも拘束力を持つのか、見極める必要がある。例えば次の場合のように。すなわち、法律によって全ての市民が夜間に城壁外に出ることを禁じているところ、城壁の側に住むある市民が夜間に敵が城壁を上るのを聞いた場合である。彼が家に留まったまま、敵を追い払うために全力を尽くさなかったならば、彼は、法律の文言に従えばよくやったことになるが、立法者の意図からすれば、評価されるべきではない。しかし、法律の適用が立法者の見解とそれほど大きなもたらさない場合は、当該法律が、慎重さという法の格率に従って、一般的な危険を考慮しているかどうか、あるいはまた、行われてない事柄を確実に行われたものとみなしているかどうか、更に考慮する必要がある。前者が見出されるならば、警戒されている害悪が実際に生じてない場合であってもなお、法律は人々を内面的かつ外面的に拘束する。従って、夜警当番ではない者が夜間に武器を身に付けて道を歩くことを禁止する法律は、法律が考慮する危険がそこで生じているかあるいは生じる可能性があるが故に、それらしい人々をも、たとえ彼らが害悪を意図していないにせよ、拘束する。更に、法律は、より強力な証明がない限り（つまり人間は証拠に基づいて判断せねばならない）、まだ起こっていないことを起こったものとみなす。それは例えば、そのような婚姻が本当は行われていないにもかかわらず、婚姻が二人の証人によって証明されたとみなされるという理由で、ある者がある女性との婚姻を要求される場合であり、そのような法律はそれ以上確実なことを知らない者全てを拘束するが、より確実なことを知っている者が良心において拘束されることはない。このような違いは、法的能力を教授する際だけではなく、多くの紛争を仲裁する際にも、よく考慮するに値する。この点については、それに相應しい箇所であらう”

が法律の効力の一つであり、市民法が一般的に通用している onder de werkinge des wets is de verbintenisse, ende de Burger-wetten doorgaens in 't algemeen werden ingestelt」という前提の上で、「そのような法律が常に拘束力を有するかどうか of sulken wet oock altijt verbint」検討することがそこでの課題である。この問いは三つの段階において吟味されている。まず、「唯一のそしてまたよく知られた立法理由が一般に失われている場合 indien de eenige ende wel bekende reden des wets in 't algemeen ophout」には、「法律は失効したと解されねばならない de wet moet verstaen werden doot te zyn」。例えば、「戦争にのみ由来する法律 wetten alleen op Oorlog gegront」が「平時において in tijt van Vrede」失効するのは「立法理由 reden des wets」を失うからである。このような一般的な失効が確認できない場合には、次に、「当該事例への法律の適用が立法者の意思と矛盾衝突するかどうか oft de oeffening van de wet in de voorgevallen gelegentheyt opentlik soude strijden met de wille des Wet-gevers」が問題となる。「法律の適用 oeffening van de wets」が「立法者の見解との明白な衝突 opentliken strijdt met des wet-gevers meeninge」を惹起するならば、「当該事例 voorgevallen gelegentheyd」に限って法律は失効する。従って、「法律が全市民に夜間城壁外に出ることを禁じている de wet verbiedt alle burgers by nagt op de wal te komen」としても、「敵が城壁をよじ登る den vyant de wal beklimt」のに気づいた市民が「敵を追い払うために全力をつくした syn best dede om den Vyant af te keeren」ような場合には、その法律は適用されない。他方でまた、法律は、「立法者の見解との衝突 strijdt met des wet-gevers meeninge」が「明白 opentlik」でない限り、具体的な「害悪 quaet」の発生を待たずに「法律が考慮する危険 gevaer daer de wet op siet」を重視して適用されたり、「起こっていない何かを起こったものとみなす houdt yet voor geschiedt, 't weick niet en is geschiedt」こともある。以上の三段階のうち、最後に言及されたいいわゆる消極的な適用除外 cessatio negativa は、法の失効というよりもむしろ推定効の問題である。従って、デ・フロートにおいては、ローマ法を含むオランダ市民法の失効について、充分な理由づけ ratio adaequata を欠いた一般的失効と、事

例ごとの判断される個別的失効、つまり、矛盾による適用除外 *cessatio per contrarietatem* の二つが想定されていたことになる。

とはいえ、デ・フロートの考察は、オランダ市民法一般に関するものであって、ローマ法そのものの失効の是非や固有法との適用関係を直接論じるものではない。これに対して、オランダにおけるローマ法の妥当範囲の把握に正面から取り組んだのが、シーモン・ファン・フルーネウェーヘン・ファン・デル・マーデ (1613-1652)¹⁴⁾である。フルーネウェーヘンは、その著書『ホラント及びその近隣地域において廃止され用いられていない法文に関する論考(廃止法文論) *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*』(1649年)¹⁵⁾で、市民法大全の編別順に、オランダにおいて実定的効力を失っているローマ法文を列挙し、その理由と典拠を提示している。読者に向けられた著者序言¹⁶⁾に明言されている通り、「古い法と新しい法、ローマ法

14) デルフトに生まれ、レイデン大学で学位を得たフルーネウェーヘンは、ハーグで弁護士として法廷実務に従事した後、故郷デルフト市の書記官 *Secretaris* を務めた。

15) 本稿では1649年レイデン刊初版のテキストに従う。なお、デ・フロートの『入門』と同様、ホラント法を中心に扱う本書の第二版がレイデンやアムステルダムではなく、ヘルデルラントのネイメーヘンで公刊された経緯については、Van den Bergh, Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652), Petrus de Greve (1621-1677) and law teaching in Nimegen, in: ZNR 24 (2002), 284-289. を参照。また、著者の遺稿に基づいて増補された1669年アムステルダム刊第三版の羅英対訳校訂版が南アフリカで公刊されているとのことであるが (SZ, Rom., 110 [1993], 811-812)、残念ながら参照できなかった。なお、上記ファン・デン・ベルフの論考では、フルーネウェーヘンの法文廃止論をめぐる議論も手際よくまとめられており (274-283)、関連テキストの分析によってこれを敷衍補充することが、本稿の目的である。

16) “読者へ

法律家ポンポニウスは言う。「法律が制定されると、解釈に際して聡明な人々の権威が求められるのは自然の成り行きなので、法廷弁論が不可避のものとなり始めた」[D. 1, 2, 2, 5]と。この法廷弁論がなければ、整理されかつ確実な法の認識は不可能である。というのも、マルクス・トゥッリウス・キケローが正しく述べている通り、「あらゆる技芸は、それらを利用する人々と、技芸そのものを楽しみ、人生においてそれ以外に何もしない人々とは、それぞれ異なる仕方で扱われる」からであり、バルドゥスの証言によれば、「法律は、学校で呑み込まれ、宮廷で消化される」からで

ある。それ故また、ローマ法の知識だけに精通し、実務によって拒否されている事柄に従って顧客に助言する人々は、「大抵、法学の権威の下に重大な誤りを犯している」[D. 45, 1, 91, 3]。これに対して、「通常の裁判実務における事実の証明の中で全てが明らかになる」[Inst. 4, 11, 6]と考える人々は、事件のあいまいな経過を的確に選り分け、しばしば公私双方の事理に帰着する事柄を打ち立て、追いつめられた事柄を立て直し、困っている人々の期待、生活、子孫を擁護し、祖国や父祖を抗争と災難から救うとともに、人類の行く末にも心を配っている。そのあまりの輝かしさについては皇帝たちの賛美が目を引く。そこで私も、勤勉かつ不斷の努力をもって理論に取り組み、というのも、そうしなければ、実務は多くの場合危険なものになるからであるが、その後で、日常生活の習慣やしきたりに心を向けたので、古い法と新しい法、ローマ法と祖国の法、市民法と都市法をそれぞれ比較参照するとともに、それらの法の相違を尊重すること以上に、私にとって優先すべきで重要なことはなくなった。実際、それは、困難なことであり、一人の人間がなし得ることではない。というのも、これほど多種多様な習慣、習俗の不可解さ、困難な経験、意見の相違、そしてまた、ウルピアヌスの言葉を借りるならば、「人間生来の矛盾対立しやすい性質」[D. 4, 8, 17, 6]の下で、一体如何なる人間が、我々の法について何か確かなことを述べることなどできるであろうか。大勢いる中で「三人の実務家が一致することさえないように私には思われる」。このように不安になった私は、ホラント、ゼーラント、西フリースラント各州の国庫法律顧問で行政長官のヨアンネス・モーンズ博士に（彼の正確な判断や理論と実務の確実な知識は私の評価するところである）、そしてまた、我が法廷の他の指導者にも、疑問の点について、しばしば相談にのっていただいたことで、彼らの法的洞察からまさにこの私の夜業集に何らかの権威がもたらされたと確信している。皇帝陛下の御裁定を要すると思われていた多くの事柄について、私の判断を敢えて差し挟もうとしたわけではない（そうせざるを得ないというのが正直なところなのだが）。というのも、むしろ私は、そうする権限のある人々によってこれらの事柄が決められることを望んでいるし、それまでは他の人々の見解を踏襲することで十分であるから。それ故、私の論考が無限に膨れ上がることをないように、無用の繰り返しを「犬や蛇以上に」[Horatius, Epistulae I, 17, 30] 避け、読者には、私が別の機会に述べた点、あるいはまた、他の人々の叙述を指示し、簡潔さを期した。この簡潔さこそ、如何なる場合にも、私が図らずも強く追い求めてきたものである。というのは、この法的大海原を漕ぎ回った際、人間の弱さ故に、幾度も死を想起し心乱れた私は港へと急ぎに急いだから。しかし、たとえ広大であっても、光がさすのを容易に感じ取ることはできるはずである。これら全ての点において、人間としての苦難に堪え忍んできたのならば、私は容易に許されるであろうし、人間の無力さを正しく自覚する者は誰であれ、多くの人々が次のように言うのをしっかりと考えている。すなわち、「全てを記憶し、何事にも完全に誤ることがないのは、はかなき人間性ではなくむしろ神性に属

と祖国の法、市民法と都市法をそれぞれ比較参照するとともに、それらの法の相違を尊重すること *jus antiquum cum novissimo, Romanum cum patrio, civile cum municipali conferre, eorumque observare discrimina*」がフルーネウェーヘンの信条であり、従ってまた、本著作の基本方針でもあった。そのような姿勢は、「法の明解かつ確実な認識 *digesta solidaque juris cognitio*」にとって「法廷弁論 *disputatio fori*」という実践が不可欠であるとの認識に基づいている。「ローマ法の知識だけに精通し、実務によって拒否されている事柄に従って顧客に助言する人々 *qui sola Romani juris cognitione imbuti secundum ea clientibus consulunt, quae usus damnavit*」がもたらす弊害を危惧し、他方で、理論に裏打ちされない実務が「多くの場合危険なものになる *maxime periculosa evadit*」ことを自覚するフルーネウェーヘンが、「理論 *theoria*」と「実務 *praxis*」双方に深く通じるという法律家の理想の実現に資するべく著したもの、それが『廃止法文論』であった。

ところで、この『廃止法文論』には、先行する二つの法学上の潮流が結実している。その一つは、「ローマ法 *jus Romanum*」の比較対象であり、その廃止の論拠でもある「祖国の法 *jus patrium*」、つまり、オランダ固有法そのものへの学的関心の高まりである。特に、既にふれたデ・フロートの『オランダ法学入門』は、1644年以降、フルーネウェーヘンの手で編集されており、それだけに『廃止法文論』との間にも、引用の頻度だけでは推測し難い、より根本的な繋がりを見出すことができるように思われる。1652年版『入門』に付された編者序言¹⁷⁾に述べられている通り、「布告、特許状、古くからの慣習、法律、学

する事柄である」と。このような次第で、「弁護士〔である私〕に欠けていること」を、好意ある読者が、より優れた次なる研究が現れるまで、諸学者の信頼できる判断によって「補充」されることをただ願うのみである。ともあれ読者諸氏の御壮健ならんことを。デルフトにて、平和なりし1648年11月”（原文は付録参照）

17) Tot den Leser

Dese Inleydinge tot de Hollantsche Regts-geleertheit van den Hoog-geleerden ende seer vemaerden Heere Hugo de Groot, in zijn leven Ambassadeur ofte Gesant van wegen de Kroon Sweden aen den Konink van Vrankrijk, is my altijd seer dienstig, ende, mitsdien ook seer aengenaem geweest. Edoch also de selfde niet en

was bevestigt met Wetten, soo heb ik (het is nu ontrent veertien jaren geleden) tot een behulp van mijn geheugenissie ende alleenlijk tot mijn eygen gerief nevens dien enige Regten ende Regts-geleerden aengeteykent: waer van als ik, versogt zijnde, een afschrift vergunt hadde aen enige mijne Vrieden, de welke ik sulx niet en konde weygern, hebben meer anderen mijn het selfde gevegt, ende ook aengeraden de voorsz mijne aentekeningen een yegelijk door den Druck gemeen te maken. Weshalven ik, ter zyde stellende verscheydene bedenkingen, de welke mijn in den eersten wederhielden, eyndelijk myn selven daer toe hebbe laten bewegen tot gerief van een ygelijk de welke de selfde dienstig soude mogen zijn. Edog alvorens heb ik de selfde hersien ende gestelt in sulker voegen dat dese Inleydinge niet alleen met Placcaten, Handvesten, oude Herkomen, Regten, Regts-geleerden, Sententien van den Hoven van Iustitie in Hollant ende elders bevestigt, maer ook met eenen aangewesen is waer inne de Hollantsche Regten van de Roomse Wetten, mitsgaders waer inne dese Inleydinge van enige Sententien van de Hoven van Iustitie in Hollant verschillende is. De Sententien de welke ik aenwyse, voor soo veel de selfde als nog in druk niet uytgegeven en zijn, en heb ik niet ligtvaardelijk geschreven uyt de Hantschriften onder mijn ende andere berustende: maer tot meerder versekertheit hebbe ik de selfde alvorens in de Griffien van de voorsz Hoven opgesogt, ende bevonden aldaer geregistreert te zijn. Vorders hebbe ik hier by-gevoegt enige vermeerderingen: Dog gedenkende dat dit Boek niet en is een begriip van de geheele Hollandse Regts-geleertheit, maer alleenlijk een Inleydinge tot de selfde, so heb ik dien aengaende seer spaersaem ende kort geweest, u niet-te-min vorders aenwysende vele ende verscheydene Regts-geleerden, ende bysonderlijk seker mijn boek de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandis vicinisque Regionibus. 't Welk ik sedert de eersten ende tweeden Druk van dese mijne aentekeningen, uitgegeven hebbe, daer uyt gy breder onderwysinge ende kennisse van regten sult konnen bekomen. Gebruykt dese mijnen arbeyt tot uwen besten. Vaert wel, ende bemint alle die genen, de welke de Regtvaardigheyt lief hebben, ende de Regts-geleertheit na haer vermogen zoeken te vordenen. In Delff den 25 Junii 1652. (Inleydinge, 3r.-3v.)

“読者へ

生前、フランス王国駐在のスウェーデン国王の大使もしくは公使であった、学識深く著名なヒューホー・デ・フロート氏のこの『オランダ法学入門』は、私にとって常に有益で、それ故また、非常に魅力的であった。ただし、同書には法規が指示引用されていないので、私は（もう14年も前のことだが）自分の記憶の助けと自分自身の便宜のためだけに、法律や学説について欄外に書き込んだ。私は、頼まれて、幾人かの友人

説、ホラント州その他の裁判所の判決によってこの『入門』を裏付けるだけでなく、ホラント法がローマ法と異なる点、及び、この『入門』がホラント州の裁判所の判決と見解を異にする点についても注記する *dese Inleydinge niet alleen met Placcaten, Handvesten, oude Herkomen, Regten, Regts-geleerd-en, Sententien van den Hoven van Iustitie in Hollant ende elders bevestigt, maer ook met eenen aangewesen is waer inne de Hollantsche Regten van de Roomse Wetten, mitsgaders waer inne dese Inleydinge van enige Sententien van de Hoven van Iustitie in Hollant verschillende is*』というのがフルーネウェーヘンの編集方針であるが、これは『廃止法文論』のそれと表裏一体の関係にある。前者が「ローマ法 Roomse Wetten」との比較において「ホラント法 Hollantsche Regten」の実定的権威の裏付けを目指したのに対して、「ホラント法」を論拠に「ローマ法」の失効を論じるのが後者に他ならない。

にその写しをとることを許したところ（私はそれを断ることができなかった）、もっと多くの人々が私に同じことを要求し、更には、私の注記を全て印刷して公開するように勧めた。そのために、私は、最初私を思い止まらせていた様々な異論を度外視して、結局、それが手助けとなるかもしれない全ての人々の便宜を図る方向へと向かった。ただし、私の注記を予め手直しして述べるにあたっては、布告、特許状、古くからの慣習、法律、学説、ホラント州その他の裁判所の判決によってこの『入門』を裏付けるだけでなく、ホラント法とローマ法の相違点、及び、この『入門』とホラント州の裁判所の判決の相違点についてもまた注記するという方法をとった。引用する判決については、それが未だ公開されていない限り、私や他の人々の下に保管されている写しに基づいて敢えて書き記すことはしなかった。しかも、より一層の確実さのために、裁判所の文書部においても前もって判決を探し求め、そこに記録保管されているのを見出した。以上の事情により、この度幾らかの増補箇所を付け加えることになった。とはいえ、本書がホラント法学全体の把握ではなくそれへの入門であるという点を考慮して、この点に関しては、ごく控え目に簡潔に扱った。それでもやはり、読者であるあなたには、多種多様な学説、とりわけ、ホラント及びその近隣地域において廃止され用いられていない法文に関する私の著書の参照を指示しておいた。本書は、私のこの『入門』への注記の初版及び第二版以後に公開したものであり、あなたはそこから、法に関するより詳細な教示と知識を得ることができるであろう。この私の成果をあなたの思うままに利用していただきたい。それではご機嫌よう。そして、法的技能を愛し、更に、法学の発展を求める全ての人々に祝福を。1652年6月25日、デルフトにて”

実際、「本書がホラント法学全体の把握ではなくそれへの入門であるという点を考慮して *gedenkende dat dit Boek niet en is een begrijp van de geheele Hollandse Regts-geleertheit, maer alleenlijk een Inleydinge tot de selfde*」簡潔に扱われた内容については、自著『廃止法文論』の参照が指示され、『入門』のテキストに付された注解の中でも頻繁に引用されている。しかも、フルーネウェーヘンによる『入門』への注解作業は、本人の言葉にもあるように、20代半ばに遡り（「もう14年も前のことになる *het is nu ontrent veertien jaren geleden*」）、『廃止法文論』は、この注解に続いて公開されている（「私のこの注解の初版及び第二版以後に公開した本書 *'t Welk ik sedert de eersten ende tweeden Druk van dese mijne aenteykeningen*」）。つまり、フルーネウェーヘンは、デ・フロートの『入門』に取り組む過程で、自らの実務経験に照らしつつ、『廃止法文論』を著したのである。

フルーネウェーヘンがその課題に取り組むにあたって特に意識していたもう一つの潮流は、法文廃止論の先進国フランスでの議論である。例えば、フィリベール・ビュニョンの『フランス王国の全ての行政区、領域、管轄地、直轄地において廃止され用いられていない法文に関する論考 *Tractatus legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis, terris, jurisdictionibus, et dominiis Regni Franciae*』（1564年）は、単に表題が模倣されただけでなく、法文廃止論の先駆的業績の一つとして頻繁に引用参照されている¹⁸⁾。そして、このビュニョンもまた、「固有法が欠けている場合ローマ法に依拠すべきか *an deficiente jure proprio ad Romanum recurrendum sit*」という問いを通じて、フランスにおけるローマ法の実定的効力一般について論じている¹⁹⁾。それによ

18) ただし、ローマ法文の逐条注釈という著述形式は、アントワヌ・モルナック『考察 *Observationes*』（1616-1660年）やベルナル・オートヌ『フランス的査閲 *Censura gallica*』（1615年）の影響であろう。

19) *On tient en France, mesmes inter pragmaticos convenit, quod jure proprio constitutum non sit, jure communi, id est, Romano dirimi. Quae regula non usque adeo vera est, ut dici certo quidem posset, leges omnes Romanorum tempore latas vel ab his comprobatas, quarum tamen jus a Gallis non sit confirmatum apud eos locum proculdubio habere. Aliter enim se veritas habet, nec adhuc jus omne*

scriptum a Gallis hominibus legis indubitate vices subit, quamvis aliud jure contrario statutum esse non reperiatur. [...] Or d' autant que nous n' observons les loix mentionnées, elles nous demeurent seulement pour tesmoignage de ce qui de faisoit jadis, et font voir que legum fit mutatio secundum quod negotia et tempora patiuntur, et ut Caecilius apud Gellum monet, pro temporum moribus, pro utilitatem praesentium ratione, proque vitiorum fervore, quod et probat Valerius apud Livium in bello Macedonico, nec etiam leges scriptae meliores sunt, si sunt immutabiles, ut admonet Aristoteles li. 2. Polit. cap. 6. Hinc dici recte potest,

Multa renascentur quae jam cecidere, cedentque

Quae nunc sunt in honore nominis, si volet usus.

Ubi nomismata pro edictis et legibus usurpare placuit, idque nominis ipsius notatio exprimit ac prae se fert. Nec ex necessitate paretur legibus Romanorum, sed earum auxilio juvamus, in quantum prosunt publice, vel in usum Gallorum venerunt, et ab his sunt receptae vel comprobatae legibus et constitutionibus Regiis. Lex, inquit idem Aristoteles eodem cap. nullam vim habet, ut ipsi parcat, nisi ex more. Mos autem non fit, nisi temporis longitudine, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Julianus in l. de quibus causis. D. de legibus (Tractatus legum abrogatarum, pars secunda, lib. 4, lem. XXX, 50-51/52-53. 引用は1671年ブリュッセル刊のリベール・クリスティン編集のテキストに拠る)

“[1] フランスでは、実務家の間においてさえ、固用法によって定められていない事柄は、普通法、つまり、ローマ法によって解決することで一致している。この準則は、ローマ人の時代に制定されもしくは彼らによって承認された法律が全て、その正当性についてフランス人から確認を得なくとも、疑問の余地なく彼らフランス人に適用されると確実に言えるほどには正しくはない。というのも、現実はそのようなし、その上、矛盾する法によって何か別のことが定められていると証明されなくとも、フランス人によって書かれた全ての法が問題のない法文の代わりになるというわけでもないから。…”

[5] ところで、我々は以上にふれた諸法文を尊重していないのであるから、それらは、我々にとって、かつてなされていたことに関する証言でしかないし、それ故また次の点を理解させてくれる。すなわち、法律の変遷は、事情や時代が被る事柄に即して、つまり、カエキリウスがゲッリウス『アッティカの夜』[20, 1, 22] で述べているように、時代時代の習俗に有利に、目下の利害を考慮し、あるいは、弊害の増大の故に、生じるということである。この点については、ウァレリウスもリウィウス『歴史』のマケドニア戦争の箇所で賛同している。また他方で、成文法が不変であるとしても、成文法のほうが優れているわけではないことは、『政治学』2巻6[8]章でアリストテレスが指摘する通りである。ここではまさに次のように言うことができる。

れば、フランスにおいても、「固有法によって定められていない事柄は普通法、つまり、ローマ法によって解決される *quod jure proprio constitutum non sit, jure communi, id est, Romano dirimi*」という「準則*regula*」は妥当するとされるが、しかしそれは、「ローマ人の時代に制定されもしくは彼らによって承認された法律が全て、その正当性についてフランス人から確認を得なくとも、疑問の余地なく彼らフランス人に適用される *leges omnes Romanorum tempore latas vel as his comprobatas, quarum tamen jus a Gallis non sit confirmatum apud eos locum proculdubio habere*」ということを必ずしも意味しない。一般に、「法律*lex*」は、「その時々の習俗 *temporum mores*」、「目下の利害への配慮 *utilitatum praesentium ratio*」、「弊害の増大 *vitiorum fervor*」などに応じて変化するのであり、「政令や法令 *edicti et leges*」といった「成文法 *leges scriptae*」にも、そのような「法律の変遷 *legum mutatio*」は当然生じる。そして、「実務がそれを望むならば *si volet usus*」、ローマ法のように「既に廃れてしまったもの *quae jam cecidere*」が「再生される *renascuntur*」こともあり得る。ただし、フランスでは、「ローマ人の法律 *leges Romanorum*」は、「必要に迫られて *ex necessitate*」継受されたわけではなく、「国家の役に立ち、あるいは、フランス人の習慣となり、そして、彼らによって継受されるか、あるいは、法令や国王の勅令によって承認される限りにおいて *in quantum prosunt*

実務がそれを望むならば、かつて廃れた多くのものが再生し、今現在何かに刻印される榮譽に浴している事柄も廃れることであろう、と。

この場合、勅令や法令に代わって刻印[という言葉]を用いたのは適切であり、言葉そのものの由来がそれを表示し知らせている。また、必要に迫られてローマ人たちの法律に従うのではなく、それらが、国家の役に立ち、あるいは、フランス人の習慣となり、そして、彼らによって継受されるか、あるいは、国王の法令や勅令によって承認されるかぎりにおいて、それらの手助けを受けるのである。同じくアリストテレスも先の章で次のように述べている [1269a20-25]。すなわち、「法律は、それ自身が尊重されるための力を、習慣以外から得ることはない。しかし、その習慣も、長い時の経過無しには生じない」と。そしてまた「習慣によって確立されたとみなされるものが法である」。学説彙纂1巻3章「法律、元老院決議、及び、長期にわたる慣習について」のユリアヌスによる第32法文[1節]

publice, vel in usum Gallorum venerunt, et ab his sunt receptae vel comprobatae legibus et constitutionibus Regiis」参照されるにすぎない。つまり、フランス王国におけるローマ法は、「固有法の欠如 *deficiens jus proprium*」それ自体を理由に適用される一般法＝普通法ではなく、「フランス人の実務 *usus Gallorum*」あるいは「法令や国王の勅令 *leges et constitutiones Regiae*」による個別的な承認、一言で言えば、フランスの「習俗 *mos*」を介して初めて実定的効力を獲得するのである。これに対して、オランダでは、デ・フロートの主張するように、ローマ法一般が「時とともに習慣によって法律とみなされるに至った」。ローマ法の実定的効力を原則否定するところから出発するビュニョンらフランスの法文廃止論に対して、以下で検討するフルネウェーヘンのそれは、一般法としてのローマ法の効力が如何なる理由で排除されるのかという視点から書かれたのである。

Ⅱ.

ローマ法の妥当範囲をめぐる一般論、すなわち、「ローマ人の市民法全体が今日どの程度の権威を有しているのか *quantam auctoritatem totum jus civile Romanorum hodie obtineat*」については、法学提要の序言第6節²⁰⁾への注釈という形で、『法文廃止論』の冒頭で論じられている。そこではまず、「ローマ市

20) *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et praecipue ex commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis commentariis, compositas, cum tres viri prudentes praedicti nobis obtulerunt: et legimus, et recognovimus, et premissimum nostrarum constitutionum robur eis accomodavimus.* (Inst. proem. 6)

“昔の人々の提要類、とりわけ、我らがガイウスの著作、すなわち、『法学提要』や『日用書』その他多くの注釈を元に編纂されたこの法学提要が、先に挙げた三名の優れた人々〔トリボニアヌス、テオフィルス、ドロテウス (proem. 3)] によって献呈されたので、我々は、これらを査読吟味し、我が勅法としての効力を最大限に付与した”

フルネウェーヘンは、「我が勅法としての効力を付与した *nostrarum constitutionum robur accomodavimus*」という一節に関連づける形で、「この法学提要のみならず、ローマ市民法全体 *haec Institutiones, adeoque et totum jus civile Romanorum*」の実定的効力一般について論じているのである。

民法が大部分の民族の下で受け入れられている *apud plerasque gentes id receptum esse constat*」との一般的理解を追認しつつ、その権威の程度には大きな差異があるとして、フランスとネーデルラント²¹⁾の現状²²⁾を対置してい

21) フルーネウェーヘンは、当時の慣例に従い、バタウィア Batavia を含むネーデルラント（低地地方）全体、つまり、「ホラントとその近隣地域 *Hollandia vicinisque regiones*」を指して、「ベルギア Belgia」という呼称を用いている。しかし、ホラント州を中心としたネーデルラント共和国の今後の法実務に対して有用な知見を提供するというフルーネウェーヘンの意図をふまえるならば、「ベルギア」を、ベルギーではなくネーデルラントと訳しておくべきであろう。

22) ベルギー、すなわち、スペイン王国の支配下に留まった南部ネーデルラントにおけるローマ法については、例えば、既にふれたビュニョンの著書の一節への欄外注 *additio* で、ブリュッセルの法律家リパール・フランソワ・クリスティンが次のように論じている。

Principes nostri in singularum propemodum consuetudinum approbationibus, constituunt speciatim ut si causae emergerint quae jure municipali non decidentur jure Romano et legibus scriptis adhaerendum sit: adeo ut etiam ex illo interpretationem sumant, ut communiter DD. in l. fin. §. In computatione Cod. de jur. delib. et in l. omnes populi ff. de justit. et jur. Chassan. Rub. des successions §. 7. In verb. selon la disposition de droit. Christin. vol. 1. decis. 343. ad Consuet. Mechlin. tit. 21. art. 7. n. 19. Et hoc identidem in legibus municipalibus Gallorum inculcari notat, Egumar. Baro instit. de adopt. Unde manifestum est falli eos, qui Belgas asserunt aut Gallos non aliter teneri legibus Romanis, quam si rationi aut aequitati congruere sibi videantur: pessime quippe ageretur cum jure, si a cujusque captu et censura penderet an lex aliqua quae adducitur aequa sit vel iniqua. Quod non aliud esset quam jurisprudentiam stirpitus abolere, uti ostendunt minae illae Imp. Caligulae, qui cum in animo haberet tollere e medio omnem usum scientiae juris teste Suetonio, saepe jactavit effecturum se ne jurisconsulti quid respondere possent praeter aequum, tunc enim existimavit fore actum de jure, si cogerentur jurisperiti deinceps nonnisi ex aequo et bono respondere, ab sive ullo ad libros et monumenta juris respectu: uti hunc locum post Alciatum recte accepit Sabellic. In paraphrasi ad Sueton. Recte proinde Aristot. lib. Rhetor. 9. [1.] quam paucissima vult relinqui judicantium arbitrio, et legibus quantum fieri potest omnia debere definiri. Quare Principes nostri auctoritatem suam impartiendo Juri Romano illud

velut suum fecerunt arg. l. 9. [2.] §. omnia Cod. de vet. jur. enucl. et subsidio esse voluerunt legum suarum paucitati, ac consequenter sicuti de Principalium constitutionum aequitate nemini controversiam licet movere (cum ut Imp. Constantin. in l. Cod. de legib. Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem soli principi liceat et oporteat in spicere) ita nefas est omnibus privatis in dubium vocare juris Romani aequitatem, quod nostri velut pars habetur. Unde prorsus de jure Romano idem tenere debemus Belgae quod Romani de lege Rhodia circa controversias nauticae atqueiebant: uti enim post Augustum rescriptis Imp. Antonin. in l. deprecatio 9. ff. ad leg. Rhod. de jact. lege Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est in judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Et ita nostris Principibus pridem placuit ut judicetur Jure Romano quatenus mores nostri et Consuetudines aut Principum constitutiones non refragantur. Quam comparationem etiam apud Gallos locum habere scribit Cujac. apud Paul. 2. sentent. 7. Dion. Goth. ad d. l. deprecatio Chopin. De Doman. lib. 2. Tit. 15. Papon arr. in prologom. Guesnois Conference des Coustumes de France. in addit ad tit. 1. de feud. Neque sane est ut id quispiam dedignetur, cum ea sit juris Romani dignitas et aequitas tam conspicua, ut pleraeque gentes illud veluti normam receperint, etiam ii qui Romani imperii majestatem non agnoscunt uti probat D. Arthurus Duck Anglus in eleganti suo tractatu quem de usu et autoritate juris civilis Romanorum in dominiis Principum Christianorum inscripsit. vide sup. l. 3. synt. 61. (Bugnyon, De legibus abrogatis, 50-53.)

“我々の君主〔スペイン王〕たちは、特殊な慣習を承認するに際してほとんどの場合、都市法によって解決されない事件が生じたならば、ローマ法及び成文法規に依拠すべしと特に定めており、そしてまた、ローマ法に基づく解釈をするようにとも定めている。これは、勅法彙纂 6 卷 30 章最終法文 9 節及び学説彙纂 1 卷 1 章第 9 法文に関する諸学者共通の見解、カッサナエウス『相続について』第 7 章「フランスの規定によれば…」の一節、クリスティナエウス『実務問題解決集』第 1 卷 343 頁及び『メヒレン慣習法への注釈』21 卷 7 条の 19。以上の点が、フランスの都市条例に関しても繰り返し要求されている旨、エグイナリウス・バローが『提要』の養子縁組の箇所で述べている。従って、ベルギーやフランスの人々がローマの法律に拘束されるのはそれらが理性もしくは衡平に合致すると考えているからに他ならないと述べる人々は明らかに誤っている。実際、引用された法文が公平であるか不公平であるかが何者かの理解と査閲に左右されたとするならば、法は最悪のやり方で取り扱われていることになるだろう。

る。つまり、前者では、「ローマ法は継受されておらず、十分な根拠に基づいていることが明らかにされない限り尊重されることもない *recetum non est, nec observatur, nisi in quantum ratione niti comperiat*」のに対して、後者で

その結果、カリグラ帝の周知の脅しにある通り、法学を根本から廃棄する他ないかもしれない。スエトニウスの証言によれば、カリグラ帝は、法学のあらゆる慣行を世間から取り除こうと決心し、法律家が衡平に反して解答できないようにすることにしばしば没頭した。というのも、法律家が単に衡平と善に基づいて解答するように強制されるならば、法律書や文献を少しも顧みることなく、法が実現されると考えたからである。この箇所については、アルキアトゥスに続いて、サベッリクスが『スエトニウス釈義』の中で適切に解明している通りである。同様に、アリストテレスも、『弁論術』[1巻1章、1354a31-34]で、裁判官の裁量にはごく僅かな事柄を委ね、法律によって可能な限り全ての事柄を定義するように求めている。そこで、我々の君主たちは、その権威をローマ法に分ち与え、ローマ法を自らの法であるかのように扱い（論拠は勅法彙纂1巻17章第2法文1節）、自らの法律の不足に対する助けにしようとした。その当然の帰結として、君主の勅令の衡平さについて何人も異論を差し挟むことを許されないように（というのも、コンスタンティヌス帝が勅法彙纂1巻14章第1法文で述べているように、衡平と法への介入と解釈を吟味することは一人君主にのみ許されかつ相応しいからである）、如何なる私人にせよ我々の法の一部とみなされるローマ法の衡平さを疑うことは不敬にあたる。従って、我々ベルギー人は、ローマ法について、ローマ人たちが海事紛争に関連して定めたのと同じように理解せねばならない。すなわち、学説彙纂14巻2章第9法文において、アウグストゥスに続いて、アントニヌス帝が、「我々の法律が反対しない限り、海事事件について定められたロードス法によって判断されるべし」と答書しているように。このように、ずっと以前から、我々の君主たちは、我々の習俗や慣習あるいは君主の勅令が反対しない限り、ローマ法によって判断することを旨としてきたのである。このような調整がフランス人においてもみられると書いているのは、クヤキウスのパウルス学説集2巻7章注釈、ディオニシウス・ゴトフレドゥスの上記第9法文注解、コッピヌス『フランス王室御料地について』2巻15章、パボニウス『高等法院判決集』、ゲノワ『フランス慣習法講義』封建法書1章への補注である。実際にも、誰かがこの点を否定するようなことはないであろう。というのも、イギリス人アルトゥルス・ダック氏が、キリスト教君主の支配地におけるローマ市民法の運用と効力について書かれた正確無比の論考で証明しているように、ローマ法の明らかな優秀さと衡平さが、ローマ皇帝の権威を認めない民族を含めて、多くの民族がローマ法を規範として継受するという事態を生じさせているからである。なお本書第3巻61論も参照せよ”

は、「ローマ法がより大きな権威を保持している *majo rem auctoritatem obtinet jus Romanum*」というのである²³⁾。その上で、ネーデルラントにおけるローマ法継受の経緯そのものについては、「ローマ法が至る所で十分な根拠と衡平さに溢れ、正義と衡平の範例として、既に長い間、裁判において参照されているので、結局、法律としても受け入れられることになった *cum passim*

23) “[1] ここで好都合にも我々の心に浮かぶのは、必要かつ極めて有用な問い、すなわち、今日、この法学提要、更にまた、ローマ人の市民法の全体がどの程度の権威を有しているのかという問いである。確かに、ローマ市民法は大部分の民族の下で受け入れられている。ブシウス『各地慣習との比較を伴う学説彙纂注釈』(1610-15年)の学説彙纂1巻3章「法律及び元老院議決、そしてまた、永続的な慣習について」第32法文注釈、モルナキウス『フランスの法廷実務に即した学説彙纂及び勅法彙纂の考察』(1616年)の学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第1法文考察。更に、ブシウス前掲書第6法文注解の2によれば、ユスティニアヌスのギリシヤ語の勅法彙纂をトルコ人たちが用いているほどである。ただし、ある場合には、より大きな権威を、またある場合には、より小さな権威を、ローマ市民法は保持している。[2] それ故、フランスでは、ローマ市民法は継受されてないし、十分な根拠に基づいていることが明らかにされない限り尊重されることもない。同様に、公的機関の裁判役たちも皇帝の法律を保持する旨宣誓することもない。レブッフス『国王勅令注解』9章、注釈5の20番、パポニウス『高等法院判決集』16巻3章11節、ブグノニウス『廃止法文論』4巻30章、ただし、ロワゾー『相統放棄について』2巻1章17番を参照。[3] しかし、ネーデルラントの大部分においては、大きな権威をローマ法は維持している。というのも、ローマ法が至る所で十分な根拠と衡平さに溢れているので、正義と衡平の範例として、既に長い間、裁判において参照されているので、結局、法律として受け入れられたからである。かくして、現在もなお、我が国では、通常、法文の効力と権威は保たれている。グロティウス『入門』1巻2章26[22]節、メルラ『民事実務』1巻4章1節末尾、クリスティアエウス『実務問題解決集』1巻の解答343、ゴリス『法に関する覚書』4章「法の相違について」1節、ニコラウス・ブルグンドゥス『フラーンデレン慣習論』序言の5番。なお、ブグノニウス前掲書2巻11章参照。従って、学識ある議員たちは、法律を起草するに際して、しばしば、ローマ法、つまりいわゆる普通法、継受法に依拠している。例えば、無遺言相続について1580年4月1日法令の第14条。また、連邦議会の議員もローマ法遵守を誓っている。メルラ『民事実務』4巻6章2節1番。[4] しかし、他と比べると、全ての中で最も厳格にローマ法を遵守しているのはフリースラントの人々である。サンデ『ヘルデルラント慣習法注解』2巻2章、定義2及び7末尾、4巻1章、定義1末尾。”

summa ratione atque aequitate abundet, olim pro justitiae et aequitatis exemplo in judiciis allegatum, tandem vero etiam pro ll. receptum est」とするデ・フロートの見解がそのまま引用踏襲されている²⁴⁾。フルーネウェーヘンの独自性は、むしろ、「ローマ市民法がネーデルラントにおいて法律としての權威を有する旨確証する準則 regula, qua statuitur jus civile Romanorum in Belgio legum auctoritatem habere」のいわば消極的側面に焦点を合わせて、この準則に対する「制約 limitationes」の「多種多様なあり方 multi modi」を整理している点にある。それによれば、ローマ法の実定的効力を肯定する準則が「当てはまらない fallit」場合は三つあるとされる²⁵⁾。すなわち、「君主もしくは議会の立法によってローマ法が廃止される場合 casus, in quibus juri Romano derogatum est principium sive Ordinum edictis」、「特定の慣習によってローマ法からの逸脱が生じている場合 casus, quibus speciali consuetudine a jure Romano recessum est」、そして、「法文そのものではなくその立法理由が制定法や慣習によって失われていてもはや妥当ではない non ipsa lex, sed legis

24) 逆に『入門』への注解では、『廃止法文論』の序言第6節注釈の参照が指示されている(Inleydinge, 8, n. 26)。

25) “〔5〕ただし、ローマ市民法がネーデルラントにおいて法律としての權威を有する旨確証するこの準則は、様々な場面でその妥当性を失う。1) 君主もしくは議会の布告によってローマ法が廃止される場合。既に引用した学識者たち、上述学説彙纂1巻3章の第28法文、及び、勅法彙纂2巻3章「合意について」第12法文における論証。確かに、諸都市にも条例制定権が認められているが、普通法を廃止する権限を有しているわけではない。というのも、この点に関する限り、諸都市は「私人とみなされる」からである。学説彙纂50巻16章「言葉の意味について」第16法文。〔6〕2) また、特別な慣習によって、ローマ法からの逸脱が生じている場合にも、この準則は当てはまらない。既に引用した学識者たち。『バタウィアの法律家による鑑定意見』1部第47意見の「その結果全て…」の行、学説彙纂1巻3章第32法文以下。というのも、確かに我々にとって「ローマ法の權威は決して小さくはないが、実務や習俗を凌駕するほどにその効力を拡げることはない」。封建法書2巻1章「封土の概念」第2法文。〔7〕3) 更に、法文そのものではなく、法文の根拠が、法規や慣習によって失われていてもはや妥当しない場合も同様である。勅法彙纂1巻2章「極めて神聖な教会について」第13法文に付加された新勅法抜粋引用文、エウェラルドゥス『トビカ』論拠「理由喪失」の3番”

ratio statuto aut consuetudine sublata est atque cessat」場合である。更にここでは、固有法関連の学説だけでなく、ローマ法源それ自体が典拠として引用されている点に注目すべきであろう。というのも、それは、ローマ法廃止の可能性がローマ法自身に内在することを示すものに他ならないからである。

まず、何らか「立法 edicti」によるローマ法の廃止については、「後の法律は矛盾のない限りにおいて前の法律を指示参照する *posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*」という法文²⁶⁾、及び、「最新の合意が遵守されるべきことは、法のみならず事物そのものの衡平さの要求するところである *pacta novissima servari oportere, tam juris quam ipsius rei aequitas postulat*」とする法文²⁷⁾が引用されている。前者は、「法律 *leges*」に関する準則ではあるが、旧法の失効には直接言及していない。これに対して、後者は、時間的な前後関係を優先基準として掲げてはいるが、論及の対象は法律ではなく「合意 *pacta*」である。逆に言えば、旧法が新法に「矛盾する *contrariae*」限りにおいて失効するとの解釈は、「衡平さ *aequitas*」という論拠とともに、これら二つの法文の組み合わせによって初めて可能になる²⁸⁾。ただし、ローマ法の改

26) *Sed et posteriores leges ad priores pertinent: nisi contrariae sint: idque multis argumentis probatur.* (D. 1, 3, 28. Paul. 5, ad leg. Iul. et Pap.)

“ただし、後の法律は、矛盾のない限りにおいて、前の法律を指示参照する。この点は多くの論拠をもって証明されている”

27) *Pacta novissima servari oportere, tam juris quam ipsius rei aequitas postulat. Quapropter si conventionem, quae praecessit, diversa pars usuram se non esse consensit, et maxime si (ut proponis) id etiam apud acta Praesidis adseveravit: actionem, quae super prima conventionem fuerat, exercere non prohiberis.* (C. 2, 3, 12.)

“最新の合意が遵守されるべきことは、法のみならず事物そのものの衡平さの要求するところである。それ故、先行する合意によって相手方が、利息の不発生について同意していたり、そしてまた特に、(汝の申し立てるように) 訴訟手続においてもこの点を担保付きで証言したならば、最初の合意によって生じた訴権を行使することを汝は妨げられない”

28) 新法が矛盾する旧法を廃止するという論理は、当然ながら、固有法＝新法とローマ普通法＝旧法の関係だけではなく、固有法あるいはローマ法それぞれの内部においても妥当する。この内、ローマ法廃止論の文脈で重要なのは、例えば勅法による古法の改廃のように、廃止立法そのものがローマ法源中に既に含まれている場合である。Ⅱ参照。

廃を伴う立法の主体は、「市民共同体＝都市 *civitates*」ではなく、「君主 *Principes*」や「議会 *Ordines*」に限定される。というのも、「私人 *privati*」にすぎない諸都市²⁹⁾には、「条例制定権 *statutorum condendorum jus*」はあっても、「普通法を廃止する権限 *juri communi derogandi potestas*」はないからである。

「慣習 *consuetudo*」によるローマ法の廃止に関して参照されているのは、学説彙纂1巻3章第32法文から第40法文³⁰⁾にかけての一連の慣習論である。そこ

29) Eum, qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus: [nam] publica appellatio in compluribus causis ad Populum Romanum respicit: Civitates enim privatorum loco habentur. (D. 50,16, 16. Gai. 3, ad ed. prov.)

“ローマ国民の徴税を請け負っている者を我々は「プーブリカーヌス（徴税請負人）」と呼んでいる。というのも、「プーブリクス（公的な）」という言い回しは、多くの場合、ローマ国民に関連しているし、「キーウィタース（市民共同体＝都市）」は私人とみなされるからである”

なお、ある法文を論拠として用いることと、それを廃止法文と看做すか否かは別次元の問題である。そもそも、フルネウェーヘンの列挙する廃止法文の中には、法文全体が失効する場合だけではなく、失効が部分的であったり、単に適用場面が限定されるような場合も含まれている。従って、当該16法文もまた、廃止法文の一つに挙げられながら (De legibus abrogatis, 375)、「普通法の廃止する権限」に関しては依然として妥当することになる。

30) De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet.

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. (et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum.) Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt: merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (D. 1, 3, 32. Iul. 84, digest.)

“ある事件について成文法を持ち合わせていない場合には、習俗や慣習から導かれる事柄が遵守されねばならない。また、当該事件に関して、そのような推論が尽きた

場合には、それに最も近くて首尾一貫した観方が尊重されるべきである。更に、それ
もまた明らかではない場合には、ローマ市が用いている法を遵守すべきである。

古くからの慣習を法として遵守することは不当ではなく、習慣によって確立された
とみなされるものは法である。というのも、法律そのものでさえ、国民の吟味を経て
受け入れたからという理由以外では、我々を拘束しない以上、国民が何らの文書なし
に是認するものは、当然、全ての者を拘束するからである。実際、国民が自己の意思を
表明するにあたって、投票を用いるか、振舞や事実それ自体によるのかは重要であろ
うか。従ってまた、法律が、立法者の決定のみならず、習慣の消失として示された全国
民の黙示の合意によって廃止されるということが認められているのも全く適切であ
る”

Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet. (D. 1, 3, 33. Ulp. 1, de off. Proc.)

“長期に渡って存続している慣習は、成文法から明らかではない点に関して、法及
び法律として通常遵守される”

Cum de consuetudine civitatis, vel provinciae confiderequis videtur, primum quidem illud explorandum arbiror, an etiam aliquando iudicio consuetudo firmata sit. (D. 1, 3, 34. Ulp. 4, de off. Proc.)

“誰かが国家もしくは属州の習慣に依拠していると考えられる場合、かつて習慣が
反対弁論の段階でも確証されたかどうかをまず探求すべきと考える”

Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam ea, quae scripta sunt jura, servantur. (D. 1, 3, 35. Herm. 1, jur. epit.)

“しかしまた、長期に渡る習慣によって承認され、かつ、多年に渡って尊重されて
いる法は、いわば市民の黙示の合意として、成文法に劣らず遵守される”

Imo magnae auctoritatis hoc jus habetur: quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. (D. 1, 3, 36. Paul. 7, ad Sab.)

“文書によってそれを把握する必要がないほど十分に証明された法は、当然、大き
な権威があるとみなされるべきである”

Si de interpretatione legis quaeratur; in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo. (D. 1, 3, 37. Callist. 1, quaest.)

“法律の解釈が問題となったならば、まず吟味すべきは、同様の事件において国家
が過去に如何なる法を用いてきたかという点である。というのも、法律の最良の解釈
者は習慣であるから”

Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere. (D. 1, 3, 38. Callist. 1, quaest.)

では、慣習は「市民の黙示の合意 *tacita civium conventio*」と位置づけられ、「長期に渡って存続する慣習 *longa (diuturna) consuetudo*」には、「法律の最良の解釈者 *optima legum interpres*」としての地位のみならず、「法律としての効力 *vis legis*」が承認されている。ただし、慣習法が「成文法に劣らず遵守される *non minus, quam ea, quae scripta sunt jura, servantur*」べきだとしても、その適用範囲は「成文法上明らかではない点 *quae non ex scripto descendunt*」に限定される。このような補充的役割に留まるとはいえ、「古来不変の慣習 *inveterata consuetudo*」が「習俗によって確立された法とみなされる *dicatur moribus constitutum*」理由について、第32法文1節は、成文法の妥当根拠を類推している。すなわち、「法律そのものでさえ、国民の吟味を経て受け入れたからという理由以外では、我々を拘束しない以上、国民が何らの文書なしに是認するものは、当然、全ての者を拘束する *cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt: merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes*」というのである³¹⁾。不文法も成文法もそこに「国民の意思 *voluntas populi*」が表示されるからこそ妥当す

“確かに、我らがセウェルス帝は、法律に由来する曖昧な点について、慣習もしくはは絶えず同じように判断された事柄の権威が法律としての効力を発揮すべき旨答えた”

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est; in aliis similibus non obtinet. (D. 1, 3, 39. Cel. 23, digest.)

“理由があって導入されたのではなく、最初は誤りから、その後は慣習上維持されてきた事柄は、他の類似した場面にはあてはまらない”

Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. (D. 1, 3, 40. Mod. 1, reg.)

“従って、あらゆる法は、合意によって生み出され、必要によって確立され、慣習によって確証される”

31) ここに言う「国民」とは、歴史的は、各種民会を構成するローマ市民であり、これら民会の決議を経た「法律」は、元老院議決や勅法と並ぶ古代ローマの制定法源の一つにすぎないが、17世紀のネーデルラントの法状態を前提とする議論の下では、そのような歴史的背景は、ローマ普通法の解釈一般がそうであるように、暗黙の内に捨象される。

るのであり、その表示方法が「投票 suffragio」であるか「振舞や事実 res et facti」であるかによって区別する必要はない。法の成立に際して、「国民の意思」が「投票」によって明示される必要がないとするならば、法の消滅についても同様のはずである。それ故、「法律は、立法者の決定のみならず、習慣の消失として示された全国民の黙示の合意によっても廃止される leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur」ことになる³²⁾。慣習によるローマ法廃止の内在的論拠はまさにこの箇所に見出される。また、フルーネウェーヘンは、封建法書 Libri feudorum から、「ローマ法の権威は決して小さくはないが、実務や習俗を凌駕するほどにその効力を拡げることはない Legum Romanarum non est vilis autoritas: sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant, aut mores」という一節³³⁾を引用することで、この慣習による廃止論を更に補強している。

32) ただし、成文法と不文法の対応関係という筋立てからすれば、「全国民の黙示の合意」によって可能なのは、「法律」の廃止ではなく、「慣習の消失 desuetudo」そのものの、つまり、慣習法の廃止であると考えるのが論理的であろう。

33) Obertus de Orto Anselmo [filio] suo [dilecto] salutem. Causarum, quarum cognitio frequenter nobis committitur, aliae dirimuntur jure Romano: aliae [vero] legibus Longobardorum: aliae autem secundum regni consuetudinem, quae quanquam sint variae, et quanquam secundum diversorum locorum, aut curiarum mores diversae, nec breviter possint dici, nec hoc libello facile comprehendendi: usum tamen feudi, qui nostris partibus obtinet, prout possibile est, exponere tibi necessarium duxi. In iudicio etenim, quod de feudis agitur, illud legibus nostris contrarium dici solet. Legum autem Romanarum non est vilis autoritas: sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant, aut mores. Strenuus autem legisperitus, sicubi casus emergerit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus, absque calumnia uti poterit lege scripta. (Libri feudorum, II, 1. 引用は1720年ライプツヒ刊のテキストによる)

“オベルトゥス・デ・オルトが親愛なる我が息子アンセルムスに申し述べる。我々に吟味すべく頻繁に委ねられる諸事件の内、ある事件はローマ法によって、ある事件はランゴバルド法によって、そしてまた、ある事件は王国の慣習によって、それぞれ

つまり、ローマ普通法は、「実務 *usus*」や「習俗 *mores*」に抵触する限りにおいて、そこに示された「全国民の黙示の合意 *tacitus consensus omnium populorum*」によって廃止されるというのである。ただし、この「黙示の合意」という論拠は、「自国の風習が不明である *obscuri sunt mores nostri*」場合には意味をなさない。そこで、「そのように曖昧な点については近隣地域の慣習に依拠すべき *ad vicinorum locorum consuetudines recurrendum est*」との次善策が、第32法文冒頭を典拠として³⁴⁾示されることになる³⁵⁾。

判断される。ところで、王国の慣習なるものは、多様であり、地域の違いや法廷の慣行に応じて異なるので、簡潔に述べることはできないし、このような小さな著作にまとめることもできない。しかし、我々の地域において通用している封建的慣行を、可能な限りにおいて、汝に教示しておくことは必要と考えた。というのも、封土について争われる裁判において、我々の法に反する判断が下される傾向があるからである。確かに、ローマ法の權威を軽視すべきではないけれども、実務や習俗を凌駕するほどまでにその力を及ぼすことはない。たとえ封建的慣習によって解明されない困難な法的事件が発生したとしても、誤魔化すことなく成文法を用いることが可能であろう”

34) とところで、当の第32法文冒頭によれば、「習俗や慣習からの推論 *moribus et consuetudine inductum*」が「尽きた *deficit*」場合には、「それに最も近くて首尾一貫した観方 *quod proximus et consequens ei est*」を、それもまた不明な場合には、「ローマ市が用いている法 *jus, quo urbs Roma utitur*」を、それぞれ尊重すべきものとされており、当然ながら、「今日 *hodie*」、つまり、17世紀のネーデルラントにおいて、この準則をそのまま受け入れることはできない。つまり、ここでは、慣習による廃止が、その典拠となる法文それ自身において生じていることになる。それ故、フルーネウェーヘンは、「廃止された法文 *leges abrogatae*」の一つとして当該法文に言及し、「近隣地域の慣習 *vicinorum locorum consuetudines*」を、「ローマ市が用いている法」に代わる基準として位置づけたのである (*De legibus abrogatis*, 79)。なお、勅法彙纂3巻15章「犯罪についてはどこで裁判を行うべきか」第2法文の新勅法抜粋引用文の下記のような廃止理由が引用されている。そこでは、主権国家間での「犯罪者の移送」が否定され、刑事事件の管轄地の基準として、「汝を見出す場所で汝を裁く」との原則が言及されているが、これらの議論は、犯罪と同様、証明されるべき事実である慣習にもあてはまることになる。

Stante et florente adhuc imperio Romano omnes Praesides et Prvinciarum iudices uni eidemque Imperatori subjecti erant, ideoque tunc unius provinciae praeses ad alterius Praesidis petitionem reum sistere et puniendum transmittre, hac lege ita iubente, cogi poterat. Hodie autem scissum est imperium Romanum, et iura imperialia quodammodo sunt separata et divisa in Duces, Comites, Barones et Respublicas, nec uni jam Principi omnes ditiones parent, et par in parem imperium habet: l. 4. nam. D. de Recept. arbitr. Ideo huiusmodi remissiones hodie nusquam observantur, nisi forte ex urbanitate. Sande l. 1. tit.1. defin. ult. Joan. Faber, Mornac. et Autumn. hic. Jul. Clar §. fin. quaest. 38. N. 20. 21. Wesenbec. Par. D. de Accuat. N. 8.[...]Et licet reorum remissiones inter iudices, qui uni eidemque Principi subsunt, etiam hodie obtinere tradant Autumn. et Clar. dd. loc. hoc tamen a moribus alienum, et praeventionem omnem omnino reorum remissionem excludere existimo. Damhouder. prax. civ. c. 33. Vulgatum est apud nos axioma, ubi te invenio, ibi te iudico. Itaque quemadmodum moribus in loco contractus aut destinatae solutionis, ita et in loco delicti nemo sortitur forum, nisi ibi inveniatur. Gail l. 2. Obs. 36. n. 14. dixi C. ubi conveniat. qui cert. loc. Ubi huius consuetudinis reddidi rationem, quam vide.[...](De legibus abrogatis, 472)

“[1] ローマ皇帝権が存続し強大である間は、属州のあらゆる総督及び裁判官は同じ一人の皇帝に従っていたし、従ってまた、当時は、ある属州の総督が、他の総督の要求に対して、犯罪者を出頭させたり罰せられるべく移送することを、この法文の命ずるとおり、強制された。[2] しかし、今日、ローマ皇帝権は分割されており、統治権はある程度まで切り離され、諸大公、伯、男爵、共和国に付与されている。また、これら全ての権力はもはや一人の君主に従属しないし、「等しき者は等しき者に支配権を有しない」。学説彙纂4巻8章「仲裁の引受について」第4法文。[3] 従って、今日では、偶然の特別な配慮による場合は除いて、このような[犯罪者の]移送が尊重されるところはどこにもない。サンデ『ヘルデルラント慣習法注解』1巻1章最終定義、ヨアンネス・ファーベル、モルナキウス、アウトウムヌスの当法文注釈、ユリウス・クラルス『刑事実務』最終章38問の20及び21番、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』48巻2章注釈、…。[4] また、同じ一人の君主に仕える裁判官の間では今日なお犯罪人の移送が維持される旨、上記アウトウムヌスやクラルスは述べているけれども、これは慣行にそぐわないし、種々の予備手続によって犯罪人の移送は阻止されるものと私は考える。ダムハウデルス『民事実務』33章。我々の中では、「汝を見出す場所で汝を裁く」という原則が通用している。[5] 同様に、慣行上、契約地や支払が指図された場所、更には、不法行為地に代わる裁判地を決めることは、そこで見出された場合を除いて、誰もできない。ガイル『帝室裁判所手続に関する実践的考察』2巻、考察36の14番。私はこの点を、勅法彙纂3巻18章「定められた場所で給付する旨約束する

法文そのものが直接廃止されるのではなく、その「立法理由 legis ratio」が新たな立法や長期に渡る慣習によって失われる場合については、テオドシウス帝の勅法とそれに付加された新勅法（公撰集）抜粋引用文 *authentica*³⁶⁾が参照さ

者とはどこで契約したことになるか」の箇所述べた。そこで、以上の慣習による理由づけを繰り返しているの、それを参照されたい。…”

35) “ [16] 更にまた、我々の風習は不明瞭なことがしばしばあるので、そのような曖昧な点については、近隣地域の慣習に依拠すべきである。論拠となるのは、学説彙纂1巻3章第32法文冒頭及び諸学者の注釈、バタウィアの法律家の鑑定意見1部、意見185の問題1末尾、クラヴェッタ『時代誌』4部、論点1の49番、『カール五世勅令録』Xの項、1529年4月9日勅令議会版もしくは1530年新版、グロティウス『入門』2巻45章8番、クリスティナエウス『実務問題解決集』2巻、解答26の13番、ゴリス『覚書』4章「法の相違について」1節2番。また、トゥスクス『法実務断案』2巻、断案821のCも参照せよ。なお、この点をより詳細かつ広範囲に渡って論じているのは、クラヴェッタ『時代誌』4巻の論点1、及び、ロークス・クルティウス『慣習法論』、トゥスクス『断案集』2巻、断案860のC、及び、3巻、断案664のE、そして、学説彙纂1巻3章への諸学者の注釈である”

36) *Generali lege sancimus, sive vidua, sive Diaconissa, vel virgo Deo dicata, vel sanctimonialis mulier, sive quounque alio nomine religiosi honoris, vel dignitatis foemina nuncpata, vel testamento, vel codicillo suo (quod tamen alia omni juris ratione munitum sit) Ecclesiae vel martyrio, vel Clero, vel Monachio, vel pauperibus aliquid, vel ex integro, vel ex parte, in quaquunque re vel specie, crediderit relinquendum: id modis omnibus ratum firmumque consistat: sive hoc institutione, sive substitutione, seu legato aut fideicommissio per universitatem seu speciali, sive scripta, sive non scripta voluntate fuit derelictum: omni in posterum in hujusmodi negotiis ambiguitate submota.* (Theod. C. 1, 2, 13)

“我々は、一般法によって、寡婦、または、女助祭司、神によって指名された処女、修道女、もしくは、他の如何なる名称にせよ、教会の名誉ある職分顕官に任命された女性が、その遺言あるいは小書付によって（この点は別の法的理由により如何なる場合にも遵守されるべきである）によって、教会、礼拝所、聖職者、修道組織、あるいは、貧者に遺されるべく、何かの全てもしくは一部を、それが如何なるものあるいは種類にせよ、委ねることを認めている。これは、あらゆる手段によって、確実かつ有効に行われる。すなわち、財産処分は、[遺言による] 相続人指定や補充指定によっても、全部もしくは一部の遺贈や信託遺贈によっても行われるし、意思は書面化されてもされなくてもよい。こうすることで、今後、これらの事柄に関して、如何なる曖昧さ

れている。前者は、遺言や遺贈によって「教会 *Ecclesia*」や「貧者 *pauperes*」に財産を遺すことを、「寡婦 *vidua*」のみならず、「女助祭司、神によって指名された処女、修道女、もしくは、他の如何なる名称にせよ、教会の名誉ある職分顯官に任命された女性 *Diaconissa, vel virgo Deo dicata, vel sanctimonialis mulier, sive quounque alio nomine religiosi honoris, vel dignitatis foemina nuncpata*」にも認めるものであるが、後者によれば、「修道会に入会した者 *ingressi monasteria*」には所有権がなく、従って、遺言による財産処分も不可能とされている。両者は、「修道女 *sanctimonialis mulier*」に遺言による財産処分を認めるか否かについて、明らかに矛盾対立しているが、後者は、「修道士 *monachus*」の身分一般に関するユスティニアヌスの勅法の一部であって、前者の廃止修正それ自体が表明されているわけではない。つまり、テオドシウスの勅法は、ユスティニアヌスの新たな立法に矛盾し「立法理由」を失う限りにおいて、いわば間接的に廃止されたのである³⁷⁾。

も取り除かれる”

Ingressi monasteria ipso ingressu se suaque dedicant Deo: Nec ergo de his testantur: utpote nec domini rerum. (Authentica, de monachis. = Nov. 5, 5; 76, pr.)

“修道会に入会した者は、入会そのものの故に、自らを神に捧げる。従って、彼らは、捧げたものについて遺言できないし、それらの物の所有権者でもない”

37) なお、これら二つの法文は、「立法理由」の喪失による廃止の範例として引用されているのであって、新勅法抜粋引用文によって修正された内容が「今日」妥当するか否かとは別問題である。実際、フルーネウェーヘンは、次のように述べて、第13法文そのものに加え、これに付加された二つの新勅法抜粋引用文の廃止を主張している：

Hae authenticae in Gallia non observantur. Mornac. et Gothofred. hic. Rebuff. ad const. Reg. in prooem. gloss. 5. n. 21. 22. Et apud nos observari non possunt, quia temporum injuria monasteriorum usum et abusum, adeoque ipsa monasteria sustulit. Vide quae dixi in l. 5. placet. hoc tit. (De legibus abrogatis; 385)

“これらの新勅法抜粋引用文はフランスでは遵守されていない。モルナキウス『考察』及びゴトフレドゥスの注解、レブッフ『フランス国王の勅令注釈集』序言、釈義5の21及び22番。また、我々の下でもまた遵守され得ない。なぜなら、長年にわたる不正が修道院の慣行や行き過ぎだけでなく修道院そのものを無にしてしまったからであ

る。本章第5法文への私の注釈を参照せよ”

[...] initio Belgicorum tumultuum ingens accidit catastrophe, monasteria aliaque sacrae aedes devastatae, altaria diruta, bona ecclesiastica in fiscum reducta, ecclesiasticis eorumque bonis omnia privilegia adempta sunt atque immunitates: ipsa Religio ab erroribus purgata et ad antiquam normam reformatam, adeoque et totum ecclesiasticum regimen immutatum: ita ut hodie ne vestigium quidem extet tantorum privilegiorum et immunitatum, de quibus in hoc et seqq. tit. si Xenodochia, Brephotropia, caeterasque pauperum aedes excipias, quae etiamnum gaudent immunitate impositionum, quas nostrates imposten et accusen vocant; adhaec et agri, quos ante annum millesimum sexcentensimum quartum possederunt, DD. Ordinum decreto non onerantur annuo tributo, nostratibus verpondingen. Qua immunitate etiam gauderunt agri quos ecclesiae ante dictum annum possederunt, et etiamnum possident.[...](De legibus abrogatis, 385)

“[5] …ネーデルラントの戦乱の始まりによって重大な危機が訪れた。すなわち、修道院や礼拝堂は荒らされ、祭壇は破壊され、教会の財産は国庫に接収され、そしてまた、聖職者からは全ての特権が剥奪され、彼らの財産の免税権も取り消された。宗教そのものは、その誤りが除去されるとともに、古代の信仰規範に従って改革され、教会のしくみも全て変更された。[6] 以上のようなわけで、今日では、本章及び次章以下で言及されている如何なる特権あるいは免税権についても、その痕跡すら残っていない。ただし、病院、孤児院、その他貧しき人々のための施設は除外することができよう。これらの教会施設は、今もなお、我々が「イムポステン」や「アクセン」と呼んでいる物品税の減免を享受している。更に、連邦議会の布告によれば、1604年以前から所有している耕作地については、収穫税、我々の用語では、「フェアボンディンゲン（地租）」が免除される。これによって、教会が上記の年以前から所有し今もなお所有している耕作地もまた税の免除を享受することになる”

なお、フルーネウエーヘンも引用しているゴドフロワ版市民法大全の注解には、シーモン・ファン・レーウェン編集版（1663年アムステルダム刊）を機に、アントウェルペンの法律家アントン・アンセルモによる注解が付加された（引用は1720年ライプチヒ刊のテキストに拠った）。

[...] Haec interim authentica non servatur in Gallia, monasterium enim non succedit religioso, sed ab intestato proximi. Quin religiosi non succedunt proximis, nec monasterium eorum loco: nec potest secularis factus successionem eis relinquere, v. Rebuffum in prooemio constit. gloss. 5. n. 20. 21. 22. 23. 24. Putarem tamen casibus istis habendam rationem paupertatis nimiae, et quae saepius accidit mendicitatis. Goth. Neque servatur haec authentica in Belg. ubi monasteriis ad acquirendum principali rescripto opus est. Edict. 19. Octob. 1520. et lat. introit.

更に、フルーネウェーヘンは、「制定法 *statutum*」や「慣習」の「拡大解釈(拡張適用) *extensio*」に関する学説³⁸⁾に依拠しながら、ローマ普通法に対する以上三つの「制約」が更に拡張される可能性を指摘している³⁹⁾。このような制

art. addit. 2. Ans. (32, n. 56)

“ところで、フランスではこの新勅法抜粋引用文は遵守されていない。というのも、修道院が修道士を相続するのではなく、遺言をしなかった修道士の近親者が相続するからである。そればかりか、修道士は近親者を相続することはないし、修道院が彼らの代わりに相続することもない。また、還俗者が彼らに遺産を相続させることもできない。レブッフス『フランス国王の勅令注釈集』序言、釈義5の20、21、22、23、24番参照。ただし、このような場合、極端な貧困やより頻繁にみられる乞食[による相続]については考慮すべきと思われる。以上ゴトフレドゥス。この抜粋引用文は、修道院による遺産取得にあたって君主の詔勅が必要とされるベルギーでも遵守されていない。1520年10月19日の勅令及びラテン語序文の傍注2参照。以上アンセルモ”

- 38) 主たる典拠として参照されているのは、アイモーネ・クラヴェッタ『輝かしく卓越せる時代の記録に関する論考(時代誌) *Tractatus de antiquitate temporis magnifici et excellentissimi*』(1549年)、ロークス・クルティウス『慣習法論 *Tractatus de consuetudine*』(1569年)、ドミニクス・トゥスクス『法実務断案集 *Practicae conclusiones iuris*』(1605-1608年)である。なお、クルティウスの論考については、Wiegand, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (1977), 107-108. 参照。

- 39) “[8] そしてまた、制定法や慣習はこれらの制約を更に拡大することもある。1) 法を修正する制定法もしくは慣習は、あるものが連続して別のものへ至る場合のように、付随する部分にまで及ぶ。ロークス・クルティウス『慣習詳論』第4部16番、クラヴェッタ『輝かしく卓越せる時代の記録』第4部、論点1の67番、トゥスクス『法実務断案集』第3巻、断案664の37番E。[9] 2) 一つの根元から多くが生じている場合、修正された根元から拡大適用が生じて、同じ根元に由来する全体の修正が容認される。トゥスクス前掲書、断案664の45番。[10] 3) このように法の修正について定める制定法は、関連するものの一つを介して、残りのものにも効力を及ぼす。勅法彙纂6巻40章「寡婦の不申告及び雑多なユーリア法の廃止について」最終法文、ロークス前掲書、第4部12番、クラヴェッタ前掲書第4部71番以下。[11] 4) この作用は本性上自明の事柄にも及ぶ。クラヴェッタ前掲書第4部70番。5) そしてまた、万人共通の言葉づかいや言葉の一般的な意味に照らして言及事例に含まれる諸事例にも及ぶ。クラヴェッタ前掲書、第4部論点1の80番以下、クルティウス前掲書第4部12番、トゥスクス前掲書、断案664の48番以下。[12] 6) 古法によって二つの事柄が等しく取り扱われている場合、その一方について定め適用される制定法もしくは慣習は、もう一方にも効力を及ぼす。クルティウス前掲書第4部14番、クラヴェッタ前掲書第4部98番以下、トゥスクス前掲書、断案664の48番以下。[13] 7) 慣習や規定に修正の根拠が明示され

約の拡張は、まず、当時の法学的論証において広く用いられていたトピカの推論形式⁴⁰⁾、つまり、多種多様な論拠 loci に即して行われる。ここで用いられているのは、その内、基体 *subjectum*—付帯 *adjunctum*、原因 *causa*—結果 *effectus*、相互関連 *correlativum*、事物の本性 *natura rei*、等位 *paria*、類似 *similia* の六つである。すなわち、「法を修正する制定法や慣習 *statutum sive consuetudo juris correctoria*」は、修正対象に「付随する部分 *accessorii*」、「同じ根元に由来する全体 *omnia quae proveniunt ex eadem radice*」、「相互に関連するもののもう一方 *alterum correlativorum*」、「本性上自明の事柄 *ea quae sunt de natura*」にそれぞれ効力を及ぼし、「二つの事柄が古代の法文によって等しく取り扱われている場合 *quando duo aequiparantur a lege antiqua*」にも、「一方 *unum*」を対象とする修正は「他方 *aliud*」にも及ぶとされている。また、制定法や慣習法に表明された意味の解釈という次元では、「万人共通の言葉づかい *commune usus loquendi*」や「言葉の一般的な意味 *lata significatio vocabuli*」に基づく拡張に言及されている。ただし、この語義や用語法の一般性に依拠する解釈は、「包摂される *comprehenduntur*」という表現からも見て取れるように、解釈対象の意味 *mens* あるいは理由 *ratio* を文言に忠実に理解し

ている場合、もしくは、それがきわめて優れているために、明白なものとみなされる場合もまた同様である。クラヴェッタ前掲書、第4部論点1の86番以下、トゥスクス前掲書、断案664の69番以下、及び、第2巻、断案860の40番C以下。[14] 8) 更に、一般的には、慣習によって見逃された事例について、単に類似するだけでなく全く同一の根拠が当てはまる場合にも同じことがいえる。ただし、この場合は、効力が拡大されているのではなく、当該事例が慣習の理由に含まれているが故にそうなのである。クルティウス前掲書第4部23番の最終行、トゥスクス前掲書第3巻、断案664の77番以下。従ってまた、この点は刑罰に関してもあてはまる。第六書1巻9章「叙品式の時期と性質について」1節の文言「イタリアの」への注釈、トゥスクス前掲書、断案664の48番以下、ロークス・クルティウス前掲書第4部20番も参照せよ。また、封建法書第2巻24章「特権剥奪の最も重大な理由とは何であったか」第2法文末尾付近も引用される”

40) フルーネウェーヘンが典拠として引用しているのは、ニコラス・エフェラルツの『トピカ、別名、発想及び論証に関する法的論拠集 *Topica seu locorum legalium opus de inventione et argumentatione*』(1516年)である。法的トピカについては、さしあたり、Schröder, *Recht als Wissenschaft* (2001), 25-48参照。

解明するものであって、厳密な意味での「拡大解釈」とは異なる。一般的語義を踏み越える文字通りの拡大解釈、あるいは、類似 simile の論拠に基づく類推解釈 analogia は例外的にのみ許容され、ローマ普通法を初めとする既存の法の修正が問題となる場合には、そのような例外的位置づけがとりわけ強く意識されることになる。さしあたり、「慣習や条文の中に修正理由が明示されているか、あるいは、その理由が一つしかあり得ないが故に、明示されたとみなされる場合 quando in consuetudine aut dispositione correctoria ratio expressa est, aut, quia unica est, pro expressa habetur」は、文言に忠実な本来の解釈との区別が困難なこともあって、当該修正理由を手掛かりとした拡大解釈もしくは類推解釈を認めるのが当時の一般的見解であった。また、「単に似ているだけではなく全く同一の理由 non similis, sed eadem omnino ratio」が制定法⁴¹⁾や慣習に「言及されていない事例 casus omissus」にも当てはまるならば、「そのような事例 ille casus」は当該理由が想定する範囲に既に「含まれている includitur」ことになり、拡大解釈はそもそも問題とならない。

これに対して、問題なのは、「制定法や慣習において理由が言及されていない場合 ubi ratio in statuto aut consuetudine omissa est」に、狭義の拡大解釈が許されるか否かである。「多数の人々によって制定された事柄、もしくは、国民によって慣習上受け入れられている事柄全てについて確実な理由を再現することなど我々には不可能である quia non omnium, quae a majoribus constituta, aut a populo consuetudine recepta sunt, a nobis certa ratio reddi potest」以上⁴²⁾、修正理由そのものに依拠した制約の拡張には自ずと限界がある。実際のところ、修正理由の明示を前提とした拡大解釈においてさえ、「制定法や慣習が如何なる理由に依拠し、それが唯一の理由であるか否か、不明なこ

41) ここでフルーネウエーヘンは「慣習に言及されていない事例」にのみ言及しているが、「法の修正する制定法もしくは慣習」を想定している前後の文脈からすると、「制定法に言及されていない事例」の場合も同様に考えているものと思われる。

42) ここで学説彙纂 1 巻 3 章第 20 法文（“先人たちにより定められた事柄の全てを正当化できるわけではない Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest” Jul. 55, digest.）が引用されている。

とがしばしばある *saepe incertum est qua, et an unica tantum ratione statutum aut consuetudo subnixa sit*」。そこで、修正理由に代わる拡大解釈の根拠として、「賢者をそのような立法へと促した自然的理性＝理由 *ratio naturalis, qua motus fuisset sapiens ad ita statuendum*」が持ち出されることになるが、フルネウェーヘンはこの「自然的理性 *ratio naturalis*」の探求にも懐疑的である⁴³⁾。というのも、立法者を規定する「自然的理性」そのものもまた、「自然的 *naturalis*」という形容とは裏腹に決して自明のものとはいえず、むしろ、「人間が生まれ持った矛盾対立する性向 *naturalis hominum ad dissentiendum facilitas*」の故に、「裁判官 *judices*」や「法律顧問あるいは法定代理人たる弁護士 *Advocati causarumque Patroni*」が当該立法を支える自然的理性とは何かについて一致することは少ないからである。特に慣習法の場合には、特定の立法者を想定し自然的理性を探求することは一層困難であり、それ故、ローマ法への「制約」そのものだけではなく、その拡張においてもまた、「近隣地域の慣習」に手掛かりを求めざるを得ない。

とはいえ、フルネウェーヘン自身は、「今日、市民法を修正する慣習から結論を導き、類似の事例を見出すことは、かつてのローマ人たちの時代よりも遥かに容易である *consuetudo juris civilis correctoria hodie multo facilius, quam olim tempore Romanorum, ad consequentias, et casus similes produci potest*」と述べて、慣習によるローマ法廃止とその拡張に楽観的な見通しを示

43) “[15]ところで、制定法や慣習において理由が明示されている場合の方が、理由が言及されていない場合よりも、拡大解釈は容易であることに注意すべきである。というのも、多数の人々によって制定された事柄、もしくは、国民によって慣習上受け入れられた事柄全てについて、確実な理由を再現することなど我々には不可能であるから。学説彙纂1巻3章第20法文。それ故にまた、制定法や慣習が如何なる理由に依拠し、その理由が唯一のものであるかどうか不明なこともしばしばである。そこで、疑わしい場合には、自然的理性に期待し、また、賢者はこの理性によって当該立法へと導かれるのである以上、自然的理性を信頼すべきである。しかし、そのような理性の探求に際しては、学説彙纂4巻8章「仲裁受入について」第17法文6節にあるように、「人間生来の矛盾対立しやすい性向」から、裁判官の間には見解の相違が、法廷の弁護士の間には論争が、しばしば容易に生じる。”

している⁴⁴⁾。その論拠は、「千年以上前にローマ人の手で生み出された市民法 *jus civile ante mille annos, et eo plus Romanis datum*」と「我々の習俗 *nostri mores*」との間の明らかな相違、つまり、前者に含まれる「我々の共和国よりもむしろローマ人にとって都合のよい内容 *quae Romanae magis, quam nostrae Peipublicae conveniunt*」と後者の「誠実味ある純朴さ *sincera simplicitas*」との矛盾対立である⁴⁵⁾。千年という時の流れはそのような矛盾対立を顕在化させ、それ故、ローマ普通法の廃止もより一層容易になる。この理屈は、「我々の習俗」に適合する限りにおいて、制定法によるローマ法廃止にも当然あてはまる。一般に、「成文法の適用を排する制定法や慣習 *statutum aut consuetudo a jure scripto exorbitans*」には、「その限りで負担もしくは不利益を加える *propterea onerosa aut odiosa*」ものと、「既存の法に矛盾対立する *juri contraria*」ものがあるが⁴⁶⁾、ここで論じられている「法を修正する制定

44) “[17] ただし、忘れてはならないのは、今日、市民法を修正する慣習から結論を導き、類似の事例を見出すことは、かつてのローマ人の時代に比べて遥かに容易であるという点である。というのも、千年以上前にローマ人の手で生み出された市民法は、我々の国々において全体として継受されたにすぎず、我々の共和国よりもむしろローマ人にとって都合のよい内容が個別に数多く含んでおり、我々の習俗の誠実味ある純朴さはそれらの内容としばしば対立するからである。そうであるからこそ、成文法の適用を排する制定法や慣習に、今日、負担もしくは不利益を加えるものだけでなく、既存の法に矛盾対立するものがしばしば見受けられるとしても、それらもまた、立法理由に基づいている以上、あらゆる学識者の洞察の下に、当該理由に基づいて他の類似の事例にも妥当すべきとされるのである。学説彙纂 1 卷 3 章第 14 法文及び 39 法文、クラヴェッタ『時代誌』第 4 部論点 1 の 75 及び 76 番、ゴリス『法に関する覚書』第 4 論文「法の相違について」1 節の 2 番”

45) 「ローマ法を時代遅れの準則から純化する全く自覚的な過程が 17 世紀オランダにおいて始まった」とするルーイッヒは、この一節をそのような「純化」の「一般的論拠」として位置づけている (Luig, *Historische Formen der Anpassung veralteten Gesetzrechts* [1977] in: *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht* [1998], 183)。

46) 「適用排除的 *exorbitans*」、「修正的 *correctoria*」、「負担もしくは不利益の *onerosa aut odiosa*」な制定法や慣習の拡大解釈については、Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 67-71 参照。ただし、フルーネウェーヘンは、これらの三類型を必ずしも並列的には捉えていない。

法もしくは慣習」は後者に相当し、その主たる対象がローマ普通法に他ならない。そして、そのような制定法や慣習によるローマ法の廃止は、それぞれの「法的根拠 *ratio juris*」の故に肯定されるだけでなく、「当該理由に基づいて他の類似の事例にも妥当する *ea ratione etiam in aliis similibus obtinet*」というのが当時の「あらゆる学識者の一致した観方 *mens omnium DD.*」であった。フルーネウェーヘンもまた、この通説 *communis opinio doctorum* を後ろ盾に、「我々の共和国 *nostra Respublicae*」、すなわち、ネーデルラント共和国の法実務に即したローマ法廃止論を試みている。ローマ普通法の実定的効力への制約とその拡張を「全体として *in genere*」見渡す以上のような一般的議論には、同時に、フルーネウェーヘン自身の著述全体の視野と方法が提示されている。これらの議論に依拠しながら、「今日如何なる法文が廃止され用いられなくなっているのか、あるいは、如何なる法律がそれらに代わって保持されるべきなのか *quae leges hodie abrogatae atque inusitatae, aut pro talibus habensae sunt*」を、「個々の法文について論証すること *ad singlas leges demonstrare*」が著者フルーネウェーヘンの「目的 *scopus*」なのである⁴⁷⁾。それら個別の論証は、個々の法文の解釈として遂行され、しかも、規範的正しさの肯定ではなく否定を目的としている⁴⁸⁾。そのような法文解釈の方法論の特徴を具体的な解釈

47) “ [18] 以上の全て点に注意を払わねばならない。というのも、この論考全体の軸足はそれらに方向づけられているからである。実際、これらによって、今日如何なる法文が廃止され用いられなくなっているのか、あるいは、如何なる法律がそれらに代わって保持されるべきなのか、全体として理解できる。そこで次に、この点を個別に、つまり、個々の法文ごとに、今日の訴訟実務の下に私が努力と継続をもって理解できた限りにおいて、証明しようと企てたのである”

48) ホルトヘーファーは、「普通法と固有法の融合過程」に特徴的な著述形式を、「普通法上のどの法文を失効させあるいは修正しているのかという観点から固有法源を注釈する」場合（「比較 *Collatio*」）と、「普通法上のどの法文が固有法によって失効し、如何なる規定が普通法の規定に取って代わるのかという観点からの法文注釈」（「査閲 *Censura*」）とに区別し、法文の失効に着目する後者を「消極的注釈 *Negativkommentar*」と呼んでいる（Holthöfer, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II, 1. (1977), 223-225）。なお、Söllner, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in: *Handbuch*, II, 1., 555-556も参照。

例に即して敷衍するのが本稿に残された課題である。

Ⅲ.

ローマ法上、紛争当事者は、法廷手続による争点の決定を経て審判人の判決を受ける以外にも、「宣誓上の良心 *jusjurandi religio*」を通じて「紛争解決 *expediendae lites*」を図ることができる⁴⁹⁾。そのような宣誓 *iusiurandum*⁵⁰⁾には、一方当事者による任意の宣誓の他に、確定物の返還請求訴訟等の被告が、原告からの宣誓の要求に応じて宣誓するか、あるいは、逆に原告に対して宣誓を要求するかの選択を強制される場合もあるが、何れの宣誓においても、例えば、売主訴権に基づく代金請求の被告が代金債務を負わない旨宣誓すれば免訴されるといように、宣誓内容に応じた効果が発生することになり、紛争は解決したものとみなされる。しかも、その際、宣誓内容それ自体が吟味されることはなく、従って、後にその真偽に疑いが生じても、「偽誓を理由に再審理することはできない *perjurii praetextu retractari potest*」とされる。その旨表明するカラカラ帝の勅法、すなわち、勅法彙纂 4 卷 1 章「貸与物及び宣誓について」第 1 法文⁵¹⁾の廃止に関する議論を、フルーネウエーヘンによる「個別の論証」の一例として、以下に取り上げることにした。

49) *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisjurandi religio: qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate Judicis, deciduntur controversiae.* (D. 12, 2, 1. Gai. 5, ad ed. prov.)

“紛争解決の最も強力な手段として宣誓上の良心が用いられている。この場合、紛争は、紛争当事者自身の合意、あるいは、審判人の権威に基づいて解決される”

50) 宣誓については、特に、Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 7. Bd. (1848), 63-70. 参照。

51) *Causa iurejurando ex consensu utriusque patris, vel adversario inferente, delato et praestito, vel remisso decisa: nec perjurii praetextu retractari potest: nisi specialiter hoc lege excipiat.* (Anton. C. 4, 1, 1)

“両当事者の合意もしくは相手方の要請に応じて、表明され提示された宣誓、または、押し返された宣誓によって、解決された事件は、この法律によって特に許されていない限り、偽誓を理由に再審理することはできない”

先にふれた法文廃止の三類型に従えば、この第1法文の廃止は「立法」による廃止にあたるが、その根拠となる法律として挙げられているのは、固用法ではなく、同章第13法文⁵²⁾として収録されたユスティニアヌス帝の勅法である⁵³⁾。この勅法によれば、「何者かが、自らに遺されたものとして遺贈財産もし

52) Cum quis legatum, vel fideicomissum, utpote sibi relictum exigeret, et testamento forte non apparente pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset, et is religionem suam praestasset, affirmans sibi legatum, vel fideicomissum derelictum esse, et ex huiusmodi testamento id, quod petebat, consecutus esset; postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum: apud antiquos quaerebatur, utrum jurejurando standum esset, an restituere deberet, quod accepisset: vel, si re vera ei derelictum fuisset legatum, vel fideicomissum, an daremus licentiam heredi Falcidiam, si competat, ex hoc retinere. Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum, vel fideicomissum, nullumque ex huiusmodi perjurio lucrum ei accedere: sed si verum fuerit inventum: quartae detentionem introduci, si tamen locum habeat: ne cui ex delicto impium sibi lucrum [afferre] nostris legibus concedatur. (Just. C. 4, 1, 13)

“何者かが、自らに遺されたものとして遺贈財産もしくは信託遺贈財産を請求したところ、遺言が図らずも明らかではなかったため、それに代えて、彼に対して相続人から宣誓が求められ、彼が良心に請け合って、遺贈もしくは信託遺贈が自らに対してなされた旨誓言し、その結果、かかる遺言に基づいて、彼の望んでいた事態が生じたが、その後、彼には全く何も遺されていないという事実が明らかになった場合、昔の人々の下では、この者が受領したものを返還すべきか否かは、宣誓によって決せられるべきとされている。つまり、本当に彼に対して遺贈もしくは信託遺贈がなされ、相続人にはファルキディア法による取得分が認められ、彼に遺産取得の資格があるかのようにみなされるのである。そこで我々としては、このような不法行為によって何者かが不当な利得を得ることを我々の法によって認められることのないように、彼に対して遺贈財産もしくは信託遺贈財産の返還が請求され、そのような偽誓から如何なる利得も彼に生じないことがより適切であると思われた。しかも、このことは、たとえ（その適用があったとして）4分の1の取得分が主張されていることが明らかになったとしてもまた同じである。”

53) “[3] 以上のような理由、及び、衡平さに促されたユスティニアヌス帝は、本章第1法文及び前述の第21法文の判断から、本章最終法文の事例を除外した。それはすなわち、「何者かが、自らに遺されたものとして遺贈財産もしくは信託遺贈財産を請求したところ、遺言が図らずも明らかではなかったため、それに代えて、彼に対して相続

くは信託遺贈財産を請求したところ、遺言がたまたま明瞭さを欠いたものであったため、それに代えて、彼に対して相続人から宣誓が求められ、彼が良心に請け合って、遺贈もしくは信託遺贈が自らに対してなされた旨誓言し、その結果、かかる遺言に基づいて、彼の望んでいた事態が生じたが、その後、彼には全く何も遺されていないという事実が明らかになった場合 *cum quis legatum, vel fideicommissum, utpote sibi relictum exigeret, et testamento forte non apparente pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset, et is religionem suam praestasset, affirmans sibi legatum, vel fideicommissum derelictum esse, et ex huiusmodi testamento id, quod petebat, consecutus esset; postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum*」には、「彼に対して遺贈財産もしくは信託遺贈財産の返還を請求すること *repeti ab eo legatum, vel fideicommissum*」ができるとされており、偽誓を理由とする再審理を認めないカラカラ帝の勅法は、当該勅法に「矛盾する *contraria*」が故に、廃止されたことになる⁵⁴⁾。カラカラ帝の勅法を廃止する根

人から宣誓が求められ、彼が良心に請け合って、遺贈もしくは信託遺贈が自らに対してなされた旨誓言し、その結果、かかる遺言に基づいて、彼の望んでいた事態が生じたが、その後、彼には全く何も遺されていないという事実が明らかになった場合」である。この事例について、ユスティニアヌス帝は、不法行為からこの者に不当な利得が生じることが皇帝の法律を盾に認められることのないように、「遺贈財産もしくは信託遺贈財産の返還が彼に請求され、このような偽誓から如何なる利得も彼に生じないこと」を望んだ” (De legibus abrogatis, 492-493. 原文は付録参照)

54) ところで、第1法文には、「この法律によって特に許されていない限り」という表現があり、カラカラ帝自身が例外的に再審理を認めていたかのように読め、もしそうだとするならば、第1法文の廃止はそもそも問題とならない。にもかかわらず、この法文が廃止法文として扱われているということは、フルーネウェーヘンが、この限定句を、勅法彙纂に収録される際に第13法文を指示する趣旨で付け加えられたもの、つまり、インテルポラティオとみなしていたことになる。このインテルポラティオについては、200年後のサヴィニーの指摘 (System, VII, 67, Anm. u) を待つまでもなく、既にキュジャスやファーヴルによって指摘されており、「勤勉かつ不断的努力をもって理論に取り組んだ *diligentem assiduamque theoriae operam navans*」(注16引用の著者序言を参照) フルーネウェーヘンも当然知っていたはずである。

拠、つまり、ユスティニアヌス帝の勅法の「立法理由ratio legis」は、フルーネウーヘンも敷衍している通り、「偽誓 perjurium」という「不法行為 delictum」を行った者が、「皇帝の法律 imperatoris leges」を盾に「不当な利得を得ること impium sibi lucrum afferre」を防ぐというものであった。

ところで、このような立法理由は、「衡平さaequitas」という法文廃止の一般的論拠の具体化であるだけでなく、同時にまた、偽誓を不法行為と位置づけることで、ある別の法文の廃止を示唆している。その法文とは、「悪意訴権 actio de dolo」によって偽誓の相手方は保護されないとする学説集纂4巻3章「悪意について」第21及び22法文⁵⁵⁾である。そこでは、宣誓による紛争解決は和解 transactio によるそれと同視され、宣誓を支える「良心に味方すべき stari religioni debet」旨主張されており、偽誓に対する制裁も「刑罰で足りる sufficit poena」とされている。フルーネウーヘンは、この観方の不当性が、先のユスティニアヌスの立法を促す一因となったと考えており、それ故、これら二つの法文もまた廃止法文とみなしている⁵⁶⁾。上記第13法文が、偽誓の相手方に悪意訴権が付与されるべき旨表明しているわけではないので、この場合、立法による廃止にはあたらない。しかし、偽誓とは宣誓者の「悪意dolus」に他ならず、それを不法行為とみなす以上、被害者に悪意訴権を付与しないことは、本勅法の立法理由に矛盾する。従って、ユスティニアヌスの立法によって古典期法学者の通説を反映した二つの法文の立法理由が失われ、その結果、両

55) Quod si, deferente me, juraveris, et absolutus sis; postea pejurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus lib. 8. Digestorum probat: stari enim religioni debet. (D. 4, 3, 21. Ulp. 11, ad ed.)

“私の申出に応じてあなたが宣誓し、免訴されたところ、後に偽誓が証明された場合、ラベオーは彼に対する悪意訴権を付与すべき旨述べている。これに対して、ポンポーニウスは、宣誓によって和解がなされたとみなされると述べている。また、マルケッルスもこの見解を、『学説集成』8巻において証明している。つまり、良心に味方すべきなのである”

Nam sufficit perjuri poena. (D. 4, 3, 22. Paul. 11, ad ed.)

“というのも、偽誓に対しては刑罰で十分であるから”

56) De legibus abrogatis, 104.

法文は廃止されたと解すべきである。ただし、このような第三類型の法文廃止を主張する場合、廃止の対象となる法文の立法理由と廃止の根拠となる法文のそれとの関連性が、他の類型に比べると弱い。そこで、前者の立法理由が「制定法や慣習によって失われていてもはや妥当ではない *statuto aut consuetudine sublata est atque cessat*」ことを、後者の立法理由を敷衍補充する形で論証する必要がある。更にこの場合、ローマ法そのものを根拠とする法文廃止が問題となることから、ローマ法内在的な論証であることが望ましい。それ故、フルネウェーヘンは、「私はもちろんのこと、多くの法律家にとって嫌悪すべき空虚な理由づけ *futiles, me hercule, tantisque ICTis indignae rationes*」との評価を、固有法ではなくローマ法に即して根拠づけている⁵⁷⁾。

まず、「良心に味方すべき」との第21法文の理由づけを批判する典拠として引用されているのは、受取人の宣誓を条件とする遺産処分可否に関する法

57) “[1] もし何者かが、相手方の宣誓要求に応じて、宣誓し免訴され、その後、偽誓であることが証明された場合、「ラベオーは、この者に対する悪意の訴権が付与されるべきと述べているが、ポンポーニウスは、宣誓によって和解がなされたときみなされるとしており、マルケッルスはこの見解を『学説集』第8巻において証明している。というのも、良心に味方すべきであるから」。また、「実際にも偽誓に対しては刑罰で十分である」。学説彙纂4巻3章「悪意について」第21法文及び22法文。[2] 以上は、私はもちろんのこと、多くの法律家にとって嫌悪すべき空虚な理由づけであり、実際、私は、不満の気持ちなしにそれらを読むことも吟味することもできなかった。というのも、偽誓は、背信的であり、「良心を軽んじつつ」なされるからである。学説彙纂28巻7章「相統人指定の条件について」第8法文冒頭節。良心は法廷に召喚するに値しないし、そのような罪が神を怒らせるからといって（本章〔勅法彙纂4巻1章〕第2法文）、悪意に関する市民法上の訴権を排する（勅法彙纂2巻4章「和解について」第41法文）必要もない。つまり、そのように悪辣で忌避すべき不法行為によって、この者が不誠実な利得を法律の下に手に入れるのを認めないようにすべきである。本章最終法文。論拠とされるのは、学説彙纂50巻17章「古法の様々な準則について」第134法文1節及び第206法文、同3巻6章「讒訴者について」第5法文冒頭節である。従ってまた、一般に、同一の訴訟物について競合する複数の訴権、とりわけ、罰金訴権は、異なる目的を追求するものであるもので、「一方が他方を消失させることはない」。同50巻17章第130法文、及び、学識者たちも同旨。更に、本章第2法文に関して私が述べたことも付け加えておく”（*De legibus abrogatis*, 492. 原文は付録参照）

文⁵⁸⁾である。そこでは、「良心を軽んじつつ宣誓することは多くの人々にとって容易である一方で、神意を恐れるあまり迷信に陥るほどに臆病な人々もいる faciles sunt nonnulli hominum ad jurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem」との理由で、宣誓を遺産取得の条件とすることを認めない法務官の判断が支持されている。宣誓における「良心の軽視 contemptus religionis」を警戒するこの法文の趣旨に鑑みれば、「良心が法廷に召喚されるに値しない religio vocari non meret」のは明らかである。また、「宣誓によって和解がなされたとみなされる per iusjurandum transactum videri」との理由づけに関しては、「合意もしくは和解に反して adversus pacta vel transactiones」訴訟を提起する者は「破廉恥として認定されるだけでなく私人として訴権も失うべき non solum notetur infamia, verumetiam actione privatus」とする勅法彙纂 2 卷 4 章「和解につい

58) Quae sub conditione iurisjurandi relinquuntur, a Praetore reprobantur: providit enim ne is, qui sub iurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem, perderet hereditatem, legatumve, aut cogeretur turpiter accipiendo conditionem jurare: voluit ergo, eum, cui sub iurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisjurandi conditio inseritur: Et recte, cum enim faciles sint nonnulli

(D. 28, 7, 8, pr. Ulp. 50, ad ed.)

“宣誓する条件の下に遺されたものは法務官によって排除される。というのも、法務官は、宣誓する条件の下に何かを受け取る者が、宣誓を忘れて相続財産もしくは遺贈財産を失ったり、あるいは、条件を受け入れることによって卑劣にも宣誓を強制されることのないように配慮したからである。従って、法務官は、宣誓する条件の下に何かを遺された者が、そのような宣誓の条件づけられることなく指定された人々が受け取るのと同様に、遺産を受け取れるよう望んだのであり、それは適切であった。というのも、良心を軽んじつつ宣誓することは多くの人々にとって容易である一方で、神意を恐れるあまり迷信に陥るほどに臆病な人々もいる以上、前者のような人々が遺産を手に入れたり、あるいは、後者のような者が失ったりしないように、熟慮に熟慮を重ねて法務官は介入しているからである。実際、良心という条件によって制約された〔宣誓の〕実行を望む者は、それを行う条件の下に財産を遺すことができたはずである。なぜなら、こうすれば、実行する者は〔遺産の受取を〕承認され、実行しない者は条件を満たさないからである”

て」第41法文⁵⁹⁾も確かに存在するが、「何人も自らの不法行為によって有利な地位に立つことはできない *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*」⁶⁰⁾、「自然法によれば他人の損失や損害によって誰も得をしないのが衡平である *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*」⁶¹⁾、「たとえ犯罪が処罰されても相続人から不当な利得を剝奪すべき *turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur*」⁶²⁾といった準則に従うならば、たとえ宣誓を和解

59) Si quis major annis [vigintiquinque] adversus pacta vel transactiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio, et voluntate confectas putaverit esse veniendum, vel interpellando Judicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa: eas autem, invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore solidaverit: non solum notetur infamia, verumetiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus: Itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti jura servaverint. Eos etiam hujus legis vel jactura dignos esse jubemus, vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes, salutem Principum, confirmationem initarum juraverint esse pactionum. (Arc. & Hon. C. 2, 4, 41)

“25才以上の者が、合意もしくは和解に反して、強制的命令ではなく自由意思と決意の下に、法廷に召喚されるべきと考え、審判人に異議を申し立て、あるいは、君主に直訴し、あるいは、合意事項を履行せず、しかも、全知全能の神の名を呼んで、これを証人として譲らないならば、彼は、破廉恥と認定されるだけでなく、私人としても、訴権や、合意に付加されたと証明された原状回復罰、物の所有権、合意もしくは和解から生じる利益を失う。こうして、合意上の正当な権利を保持する者は全て、直ちに有利な扱いを受けるであろう。また、その主張に我々の名と君主への賛美を盛り込みつつ、合意が確定した旨宣誓した者もまた、この法律の適用を受け、損失を被り義務を負担するのが相当であると、我々は宣言する”

なお、フルーネウェーヘンはこの法文も廃止法文とみなしている（「これらの法定刑は我々及びフランス人の慣行上遵守されていない *Hae poenae legales nostris et Gallorum moribus non obsevantur*」*De legibus abrogatis*, 427）。

60) D. 50, 17, 134, 1. Ulp. 21, ad ed.

61) D. 50, 17, 206. Pomp. 9, var. lect.

62) In heredem autem competit in id, quod ad eum pervenit: Nam est constitutum, Turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur: utputa, ob

と同視し得るとしても、偽誓という「背信的 *sceletum*」な行為を放置し、偽誓者に不当な利得を許すことは「衡平 *aequum*」ではない。ユスティニアヌスも、まさにこの点を考慮して、「偽誓から如何なる利得も生じないこと *nullum ex perjurio lucrum accedere*」を望んだのである。最後に、偽誓の制裁は「刑罰で足りる」とする第22法文に対しては、上記カラカラ帝の勅法に続く第2法文として勅法彙纂に収録されたアレクサンデル帝の勅法⁶³⁾の廃止理由⁶⁴⁾に加えて、

falsum, vel iudici ob gratiosam sententiam datum [et] heredi extorquebitur: et si quid aliud scelere quaesitum. (D. 3, 6, 5, pr. Ulp. 10, ad ed.)

“しかし、相続人との関係では、彼に帰属するものに対する訴権がある。なぜなら、「たとえ犯罪が処罰されるとしても、相続人からも不当な利得を剥奪すべき」旨定められているからである。たとえば、嘘と引換に与えられたもの、あるいは、偏った判決と引換に審判人に与えられたものは、相続人から剥奪されるであろうし、また、その他犯罪による利得があった場合もそうである。”

- 63) *Jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis, vel majestatis crimen secundum constituta Divorum Parentum meorum etsi, per Principis venerationem quodam calore fuerit pejeratum, inferri non placet.* (Alex. C. 4, 1, 2)

“宣誓における良心の軽視は神を怒らせるに十分である。しかし、神なる我が先代たちの勅法に従って、たとえ何らかの情熱によって偽誓がなされたとしても、元首の威光にかけて、身体刑もしくは大逆罪に問うことは望まない”

- 64) “[1] 偽りの宣誓をなす者は、君主の才知により、棍棒叩きの刑に処せられる。学説彙纂12巻2章「任意的宣誓、義務的宣誓、裁判上の宣誓について」第13法文最終節。しかし、神によれば、宣誓が為される際、偽誓が他人に損害をもたらすか否かで区別される。前者の場合、偽誓は法定の刑罰に従う。勅法彙纂2巻4章「和解について」第41法文、同1巻4章「司教による聴聞について」第20法文、学説彙纂47巻20章「欺罔行為」最終法文。後者においては、誰も損害を受けず侮辱も受けていないので、宣誓における良心の軽視は神の怒りを買うだけで十分とされる。当法文、及び、諸学者、ファキネウス『法律論争集』1巻14章、クヤキウス『考察と修正』2巻の考察19。というのも、神々による懲罰はまさに神々の関心事であり、彼らに委ねられるべきと古代人は考えたからである。タキトゥス『年代記』におけるティベリウスの言葉。更に、ギリシャ人の間では、その代わりに、「ユビテルに誓って」と唱えられる。[2] しかし実のところ、他の不法行為についても同様のことが言えるということを知っておくべきである。というのも、神がそれらを罰する力を持つことに疑いはないからである。しかし、他人に直接損害を与える不法行為だけでなく、自殺や獣姦のように結果としてそ

「訴権、特に罰金訴権は、同一の事件に関して競合するとしても、決して互いに排斥し合わない *Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re*

うなる不法行為もまた、人間によって適切に罰せられているということに異論はない。グロティウス『戦争と平和の法』2巻20章44番。[3] 以上に加えて、宣誓は人間社会において非常に大きな役割を果たしているので、陳述した者により汚された良心はまさにあらゆる人々の損害に属する。論拠は勅法彙纂1巻5章「異端者について」第4法文。[4] 当該法文を、解釈や法文の最後の文言が示しているのとは異なり、怒りの情熱にまかせて犯された偽誓に関するものとして解釈すべきと考える人々は以上の点にも反するように思われる。メノキウス『裁判官裁量事例集』事例319の23番以下、学説彙纂12巻2章第13法文最終節への注釈。[5] 更に、我々や他国の人々の習俗が弛んだ結果、裁判外の軽率な偽誓が不問に付されるのも見受けられる。ブグノニウス『廃止法文論』3巻30論147頁。クラルス『民事及び刑事実務論』の偽誓の章11番も参照。とはいえ、この点は多くの条例の基礎になっているけれども。1594年5月16日デルフト市条例1条。[6] 一方、裁判内で為された偽誓は、それが如何なるものであろうとも、今日、裁判官の裁量による刑罰をもって罰せられている。ブグノニウス『廃止法文論』5巻46論末尾、パボニウス『高等法院判決集』22巻12章10節、イムベルトゥス『フランス成文法便覧』の「偽誓」の項、更には、クラルス、メノキウス等、諸学者の前掲箇所。教会法の規定によれば、偽誓は破廉恥の刑に処される。リッテルスフシウス『法の相違について』6巻9章末尾、ダムホウドゥス『刑事実務』50章19番。[7] ところで、ここで忘れてはならないのが、1519年2月3日のウォイルネンシス地方の条例100条により、次のように定められていることである。すなわち、何者かが金銭上の取引について宣誓し、二人の適法な証人によって偽誓が証明されたならば、利害関係者の損害の回復に加えて、裁量による多くの刑罰が課され、中でも、右手の指の関節が二つ切断される、と。[8] また、1495年4月1日のゼーラントの条例4章11条によれば、もし何者かが、金銭取引その他の事件に関して、法廷で宣誓し、三人の適法な男性証人によって偽誓が証明された場合、損害の回復の他に、財産の没収に処され、しかも、焼けた鉄棒で頬に穴をあけられる。[9] 以上をふまえるならば、もし今日偽誓した者全てが示されたならば、偽誓を陳述の一種と考えるものは決してなく、誰もが犯罪の一種とみなすであろう。[10] これは、ズュパエウスが『ベルギー法精解』の「罵詈雑言」の項で、フランス人を模範にして述べていることである。偽誓に近接する罵詈雑言に対する刑罰については、新勅法77巻1章第1法文に関して私が述べた点を参照せよ。[11] 当該法文についてもう一つ注意すべきなのは、今日では、君主の天分にかけて宣誓されることはないという点である。私は、勅法彙纂2巻4章第41法文への注釈の5番で、この点について述べた”(De legibus abrogatis, 493-494. 原文は付録参照)

concurrentes, alia aliam consumit」という準則⁶⁵⁾が反対論拠として指示引用されている。つまり、悪意訴権もまた、「同一の事件について競合し、なおかつ、それぞれ異なる目的を追求する複数の訴権 de eadem re concurrentes, et ad diversos fines tendentes」の一つなのである⁶⁶⁾。

他方、ユスティニアヌスもまた「以上のような根拠と衡平さに促された *qua ratione et aequitate motus est*」とするならば、第13法文の立法理由がそこに指示された偽受贈者による偽誓の事例にのみ当てはまると考えるべきかどうか、換言すれば、当該法文の拡大解釈の可否が検討されねばならない。この点に関して、「多くの人々 *multi*」、つまり、支配的学説 *opinio doctorum* は消極的である。「遺言書の文言を吟味し理解する以外には、合意することも和解することも、そしてまた、裁判において真実を探究することもできないような争い *controversiae, de quibus neque pacisci, neque transigi, neque apud iudicem exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*」にのみ適用される「特殊な法文 *lex specialis*」にすぎないというのがその理由である⁶⁷⁾。しかし、このように「遺言に由来する紛争 *contriversiae, quae ex testamenti proficiscuntur*」の特殊性を強調する観方⁶⁸⁾にフルーネウェーヘンは

65) D. 50, 17, 130. Ulp. 18, ad ed.

66) 偽誓の相手方に悪意訴権を付与することを肯定する以上の議論は、悪意訴権のみならず、悪意の抗弁や再抗弁、悪意の原状回復にも当然当てはまる。それ故、例えば、フルーネウェーヘンは、学説彙纂44巻1章第15法文（「法務官はある者の宣誓について審問されることのないように努めるべきであるので、宣誓による抗弁に対して、悪意の再抗弁を付与すべきではない。」D. 44, 1, 15. Jul. 4, ad Urs. Fer.）の廃止について、この議論の参照を指示している（De legibus abrogatis, 299）。

67) “[4] 確かに、多くの人々は、最終法文が、「遺言に由来する争い」、つまり、遺言書の文言を吟味し理解する以外には、合意することも和解することも、そしてまた、裁判において真実を探究することもできないような争いに関する特別の法文であると断言している。学説彙纂2巻15章「和解について」第6法文、同29巻3章「遺言は如何にして開封され検認され筆写されるべきか」第1法文1節」（De legibus abrogatis, 493. 原文は付録参照）

68) その論拠とされるのは、ともにガイウス『属州告示注解 Ad edictum provinciale』17巻に基づく次の二つの法文である。

与さない。なぜなら、「不法行為から不当な利得を得ることをを許さないように ne ex delicto impium subi lucrum afferre concedatur」という「修正理由 correctoria ratio」が「条文の中に明示されている in dispositione expressa est」以上、「類似 simile」を論拠とする拡大解釈を敢えて排除する必要はないからである。しかも、その理由づけは、衡平の要請から不法行為による利得を禁ずる一般的な準則を偽誓の場面に当てはめたものにすぎない。そこで、「類似」に加え、「含蓄のある理由づけ ratio larga」という論拠 locus にも依拠した上で、第13法文の拡大解釈が試みられている⁶⁹⁾。つまり、「当該法文の極めて衡平な規

De his controversis, quae ex testamento proficiscuntur, nec transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti. (D. 2, 15, 6. Gai. 17, ad ed. prov.)

“遺言に由来する争いについては、和解することはできないし、また、遺言の文言を調査し吟味する以外には真実を探究することもできない”

Ratio autem hujus Edicti manifesta est. Neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. (D. 29, 3, 1, 1. Gai. 17, ad ed. prov.)

“しかし、この勅法の理由は明白である。というのも、審判手続外で和解することはできないし、遺言に由来する争いに関する真実を、遺言の文言の調査吟味以外によって探究することもできないからである”

- 69) “[5] しかし、たとえそうであるとしても、この最終法文の極めて公正な規定と、そこに付された一般的な理由づけの故に、当該法文は一般的に解され、類似の事例にも拡張適用されるべきである。エウェラルドゥス『トピカ』の論拠「法文の含蓄ある理由づけから当該法文の拡大解釈へ」。従って、一般に、任意の宣誓によって解決された事件は、新たに発見された証拠によって相手方の偽誓が証明されるならば、原状回復の救済が命じられるので、今日、再審理可能であると私は考える。論拠となるのは、学説彙纂48巻19章「刑罰について」第27法文「冒頭節」である。また、サヴォイア公国最高法院においてもそのように判断された旨、ファーベルが『ファーベルによる裁判実務定義集』4巻1章の定義1及び24で証言している。この点がフランスでも同様に尊重されていることは、モルナキウス『考察』及びアウトウムヌス『査閲』が本章最終法文に関して紹介している通りである。更に、モルナキウスが学説彙纂12巻2章第31法文に関して、パボニウスが『高等法院判決集』19巻8章の定義11で、それぞれ同趣旨のことを述べている”(De legibus abrogatis, 493. 原文は付録参照)

定 *aequissima huius legis constitutio*」と「そこに付された一般的な理由づけ *generalis subjecta ratio*」の故に、「任意の宣誓によって解決された事件一般が再審理可能 *in universum causam jurejurando voluntario decisam retractari posse*」と解されるのである⁷⁰⁾。その際、サヴォイア公国の裁判実務やフランスの法文廃止論を参考に、「新たに発見された証拠による偽誓の証明 *probatum ex novis repertis instrumentis adversarii perjurium*」が再審理の要件として要求されているが、フルーネウェーヘンは更に、「法文を類似の事例に拡張適用すること *lex ad similes casus extendenda*」の例外性に配慮し、「物証 *instrumenta*」と「証人 *testes*」の区別の要否についても論じている⁷¹⁾。まず、

70) ローマ法上の典拠として次の法文が引用されている。

Divi Fratres Harruntio Siloni rescripserunt, non solere Praesides Provinciarum ea, quae pronunciaverunt, ipsos rescindere. Vetinae quoque Italicensi rescripserunt, suam mutare sententiam neminem posse: idque insolitum esse fieri. Si tamen de se quis mentitus fuerit, vel, cum non haberet probationum instrumenta, quae postea repererit, poena affictus sit: nonnulla extant principalia rescripta, quibus vel poena eorum minuta est, vel in integrum restitutio concessa: sed id duntaxat a Principibus fieri potest. (D. 48, 19, 27, pr. Callist. 5, de cogn.)

“神々しき兄弟〔アントニヌス・ピウス帝とマルクス・アウレリウス・アントニヌス帝〕は、ハルンティウス・スィロニウスに、属州の長官は一度定めたことを自らみだりに排するべきではないと答書した。また、彼らは、イタリア人植民市ウェティナに、何人も自らの判決を変更できず、そのようなことは異常であるとみなされる旨答書した。しかしながら、何者かが、自らについて誤って主張し、あるいは、後から見つかることになる証明する証拠がなかったために、刑罰を課される場合には、多くの皇帝の答書が存在する。それによれば、彼らの刑罰は減免されるかもしくは原状回復が認められる。ただし、これをなし得るのは元首だけである”

なお、「任意の宣誓」にだけ言及される理由は明らかではないが、「強制の宣誓」と区別しない固有法(注71参照)が引用されていることをふまえるならば、次にみる「物証」と「証人」の区別と同様に、再審理を「任意の宣誓」の場合に限定すべきか否かの判断は留保されていると考えるべきであろう。

71) “〔6〕新たな物証によって偽誓が明らかにされた場合は以上のように解して当然なのだが、証人による場合は、教唆の危険があるので別である。論拠としては勅法彙纂4巻20章「証人について」第18法文、ルウェ『パリ高等法院判決集』Sの3、パポニウス及びモルナキウスの前掲箇所。そして、この場合に関しては、思うに、クリスティ

証人に対する「教唆の危険 *subornationis periculum*」⁷²⁾を理由に、「新たな物証

ナエウスが『メヒレン市民の都市法注解』第3巻の解決1の6番で余りに一般的な仕方で紹介しているメヒレンの最高参事会の見解を知っておくべきであろう。[7] また、この事例、つまり、ある者が新たに得られた証人によって相手方に偽誓の責任を問う場合、我々の習俗の純朴さが吟味する者に疑念を生じさせることもあるいはあるかもしれないが、勅法彙纂4巻21章「証拠の信用性及びその紛失について」第15法文では、訴訟遂行に際して、証人の陳述は、証拠の信用性と同じ力を保持すると述べられている。[8] ホラント伯フロレンティウスからモンニェンダム市に1288年に発布された特許状もまた同じである。そこには、ある者が金銭取引に関して宣誓しかつ偽誓したならば、その者は敗訴し、係争物を失うことがある旨ははっきり規定されており、またその際、任意の宣誓と強制の宣誓の相違には言及されていないし、新たに発見され偽誓が明らかにしたものが物証なのか証人なのかで区別もしていない。これらに、次の法文の注釈末尾で言及したゼーラント及びウォイルネンシス地方の条例、更にまた、ユトレヒトの条例7章5条を付け加えることができよう。[9] それでは、如何なる判断を下すべきであろうか。私自身は迷っており、この点全てを裁判官たちの良心と裁量に委ねるべきかどうかは、なお考察すべき課題として残しておく。オッドゥス『原状回復について』問題76の3を参照。更に、勅法彙纂4巻20章第18法文、及び、一般的には、同4巻30章「未払い金銭について」第13法文について私が述べている点もここに付け加えておく”(De legibus abrogatis, 493. 原文は付録参照)

- 72) 論拠とされる法文は、債務の弁済に関して証人の証拠能力を限定する次のようなユスティニアヌスの勅法であり、特に、「信用に値せず恐らく買収されている証人 *viles et forsitan redemptos testes*」という表現には、「教唆 *subornatio*」への警戒を読み取ることができる。ただし、この法文そのものは、廃止法文とみなされており、「今日では如何なる債務の弁済を証明する際にも二人の証人で十分である *hodie ad cujuscunque debiti solutionem probandam sufficiunt duo testes*」とされる(注75に引用の廃止理由参照)。

Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est., resecantes: omnibus praedicimus, [ut] qui in scriptis a se debita retulenti, non facile audiantur, si dicant, omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velintque viles et forsitan redemptos testes super hujusmodi solutione producere: nisi quinque testes idonei, et summae atque integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae, hique cum sacramenti religione deposuerint sub praesentia sua debitum esse solutum: ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum, vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant vel observaverint praefatam testium probationem: His scilicet qui jam sine scriptis

によって偽誓が明らかにされる場合 *cum perjurium novis instrumentis detegitur*」に限って再審理を認める見解が紹介され、合わせて、証人を用いてまで相手の宣誓を覆す行為が「我々の習俗の純朴さ *morum nostrorum simplicitas*」にも反する旨指摘されている。一方、物証と証人を区別しない見解の典拠として引用されているのは、「訴訟遂行 *exercendiae lites*」一般に関して「物証の信用性 *fides instrumentorum*」と「証人の陳述 *depositiones testium*」を同視する法文⁷³⁾、そして、13世紀末の「ホラント伯による特許状 *privilegium a Hollandiae Comite*」や15世紀末の「ゼーラントの条例 *Zelandiae*

debitum vel partem ejus solverint, [a] praesenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem [per scripturam] securitas sit, fortuito autem casu vel incendii vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpersi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam [debiti] solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere. (Just. C. 4, 20, 18.)

“真実に反する陳述を行う証人の傾向を可能な限り制限するにあたって、我々は、自らの債務を書面化した者が、「全ての債務あるいはその一部を書面なしに弁済した」と主張したり、そのような弁済について恐らくは買収された信用に値しない証人を召喚しようとする場合、彼らの主張を認めないよう全ての者に命ずる。ただし、適任で、なおかつ、公正で卓越した識見を有する五名の証人が当該弁済を支持するために出頭し、宣誓上の良心をもって、彼の債務が弁済された旨明確に陳述した場合は別である。また、我々は、事情を知る者全てが、取り決めた通り、これと寸分違わずに、債務やその一部を弁済するよう命ずる。ただし、書面上、何らかの担保が盛り込まれていたり、証人による予めの証明が尊重されている場合は別である。当然ながら、既に書面なしに債務もしくはその一部を支払ってしまった者には、この制裁は課されない。他方、確かに書面上担保が供されたが、不可抗力、火事、難破その他の不幸により失われた場合には、これに怯むことなく喪失の理由を明らかにする者にも、証人によって債務の弁済を証明し、証拠に喪失による損害を免れることを許すべきである”

73) *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. (Const. C. 4, 21, 15.)*

“訴訟遂行に際して物証の信用性は証人の陳述と同じ力を持っている”
ただし、フルーネウェーヘンは本文の妥当範囲を一部限定している（「当該法文は、制定法もしくは慣習上書面が要求されている場合には適用されない *Haec L. fallit in casibus, quibus ex forma statuti vel consuetudinis scriptura requiritur*」 *De legibus abrogatis*, 509)。

statutum」⁷⁴⁾といった固有成文法である。偽誓者は「敗訴し係争物を失う causa cadere, illamque amittere」旨定める前者に「物証と証人の区別 distinctio inter instrumenta et testes」は見出されないし、後者は、「三人の適法な男性証人 tres legitimi testes masculi」によって証明された偽誓を、「損害の回復 damni restitutio」と「財産の没収 bonorum confiscatio」をもって処罰している。ただし、これら固有法の存在、更には、他の法文の廃止理由にみられる証人の証拠能力一般への肯定的評価⁷⁵⁾にもかかわらず、フルーネウェーヘン自身の立場は明らかにされていない。結局、この問題は、「裁判官たちの良心と裁量に委ねるべきかどうか num judicantium religioni et arbitrio relinquendum sit」も含めて、『廃止法文論』の序言にあった通り、「より優れた次なる研究 secundae curae meliores」に委ねられたのである。

(完)

74) 注71の〔8〕参照。

75) フルーネウェーヘンが参照を指示している次の二箇所は、同時に、「我々の習俗 nostri mores」の下での「不使用 desuetudo」、つまり、慣習を論拠とする法文廃止の典型例でもある。

Haec l. duplicem ab interpretibus accepit intellectum: alii enim eam generaliter intelligunt de omni contractu, de quo scriptura confecta est: Pacius hic. alii autem eam restringunt ad eum casum quo in scriptis contractum, vel id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in Scripturam et mundum redigatur. Vide DD. hic. Quicquid sit, cum in dubio scriptura, non ut sit de substantia obligationis, sed ad probandum obligationis ad contractum adhibita censeatur: DD. in l. 17. contractus C. de fide instrum. Grot. Introd. l. 3. part. 14. n. 28. Neostad. de Pact. antenupt. obs. 18. Fachin. l. 2. c. 98. Faber. C. l. 4. tit. 15. defin. 23. et tit. 16. defin. 14. Ideo haec lex nostris et aliorum moribus in desuetudinem abiit, et hodie ad cujuscunque debiti solutionem probandam sufficiunt duo testes. Atque ita in senatu Frisiae et Sabaudiae judicatum referunt, Sande l. 1. tit. 10. defin. 1. et Faber C. l. 4. tit. 15. n. 1. in not. et defin. 23. Bugn. De LL. abrog. l.

2. sect. 194. Mornac. hic. adde quae dixi in l. ult. C. Si certum petat. (De legibus abrogatis, ad C. 4, 20, 18, 508-509)

「〔1〕当該法文は解釈者たちによって二通りの理解がなされている。すなわち、ある人々は、何らかの書面が作成された全ての契約に関わるものとして、この法文を一

一般的に解しているが(当法文へのパキウスの注釈)、ある人々は、書面において契約された場合、もしくは、文書されなかつ浄書されなければ契約は無効となるように意図されていた場合に、法文の適用を限定している。諸学者による注釈参照。[2] この点はいずれでも構わない。というのも、疑わしい場合には、書面は、債務の内容に関してではなく、債務の有無を証明するために契約に付加されたと解されるであろうから。勅法彙纂4巻21章「証拠の信用性について」第17法文、グロティウス『オランダ法学入門』3巻14部28番、ネオスタディウス『婚姻前の合意について』考察18、ファキネウス『法律論争集』2巻98章、ファーベル『裁判実務定義集』勅法彙纂1巻4章の項、15章の定義23及び16章の定義14。従って、当該法文は、我々の習俗や他国の習俗の下で用いられなくなっており、今日では、如何なる債務の弁済を証明する際でも、二人の証人で十分である。なお、フリースラント及びサヴォイア公国の最高法院においてもそのように判断された旨伝えるものとして、サンデ『ヘルデルラント慣習法注解』1巻10章の定義1、ファーベル前掲書15章の注解1及び定義23、ブグノニウス『廃止法文論』2巻194章、モルナキウス『考察』当該法文への注釈。更に、勅法彙纂4巻2章「確定物が訴求される場合」最終法文について私が述べたことを付け加えておく”

Multi hanc L. restringunt ad eum casum, quo in scriptis contractum vel id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam et in mundum redigatur. Quicquid sit, cum in exercendis litibus eandem vim obtineant tam Depositiones testium, quam fides instrumentorum: l. 15. in exercendis. C. de fide Instrum. ut in caeteris causis, ita et hic quamlibet legitimam probationem contra debiti confessiones moribus nostris admitti constat, per ea quae dixi ad rubr. n. 7. hoc tit. et in auth. seq. et in l. 18. testium. C. de Testib. Mornac. hic. (De legibus abrogatis, ad C. 4, 30, 13, 518)

“[1] 多くの人々は、この法文を、書面において契約された場合や、書面にされかつ浄書されなければ契約は無効になると意図されている場合に限って適用している。

[2] この点は何れでも構わない。なぜなら、訴訟遂行に際して、証人の陳述もまた、証拠の信用性と同じ力を発揮するからである。勅法彙纂4巻21章第15法文。他の事例と同様に、本事例の場合において、我々の習俗上、正当でさえあれば如何なる証明でも、債務の承認に対する反証が許されることは、本章表題への注釈の7番及同4巻20章「証人について」第18法文について私が述べた点、そして、モルナキウス『考察』の当法文注釈から、明らかである”

<付録>

Simon van Groenewegen van der Made,
Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in
Hollandia vincisque regionibus,
Lugduni Batavorum, 1649.

Lectori

Legibus latis, inquit, Pomponius IC. coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam [esse] disputationem fori, sine qua nemo digestam solidamque juris cognitionem habere potest: omnes enim artes, ut recte M. Tullius Cicero, aliter tractantur ab iis, qui eas ad usum transferunt, aliter ab iis, qui ipsarum artium tractatu delectati, nihil in vita sunt aliud acturi, & teste Baldo leges in scholis diglutiuntur, in palatiis digeruntur. & hinc plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur ab iis, qui sola Romani juris cognitione imbuti secundum ea clientibus consulunt, quae usus damnavit. Illi autem, quibus omnia apertius & perfectius a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent, rite dirimunt ambigua fata causarum, in rebus saepe publicis privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, laborantium spem, vitam & posteros defendunt, & non minus provident humano generi, quam si praeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. De quo luculentissimum exstat Imperatorum encomium. Itaque cum post diligentem assiduamque theoriae navatam operam, sine qua praxis maxime periculosa evadit, ad communis vitae usum & praxin animum meum applicassem, nihil mihi prius, nihil antiquius fuit, quam jus antiquum cum novissimo, Romanum cum patrio, civile cum municipali conferre, eorumque observare discrimina. Arduum profecto, neque unius hominis opus: quis enim mortalium in tanta consuetudinum copia, morum obscuritate, experientia difficili, opinionum

varietate, &, ut verbis utar Ulpiani, naturali hominum ad dissentiendum facilitate, ubique certum quid de jure nostro praedicare posset ?

In multis

Tres mihi pragmatici prope dissentire videntur.

Hinc incertus animi D. Joannem Moons Hollandiae Zelandiae & Westfrisiae fisci Advocatum & Proculatorem Generalem, cujus exactum judicium solidamque theoriae & praxeos scientiam magni facio, aliosque fori nostri coryphaeos in dubiis saepe in consilium adhibui, a quorum Jurisprudentia hisce meis lucubrationibus auctoritatem aliquam deberi persuasum habeo. In multis, quae Imperatoria decisione indigere videbantur, judicium meum (ut ingenue, quod res est, fatear) interponere ausus non fui: malui enim ea definiri ab iis, quorum ea est potestas, interim aliorum sententias retulisse contentus. Et ne in immensum excresceret tractatus meus, inutilem tautologiam fugi cane pejus & angue, lectoremque ad alibi a me dicta, nec non & ad aliorum scripta remisi brevitatis ergo, cujus in omnibus nimium forte fui studiosus: etenim cum in vasto hoc juris pelago versarer nonnunquam pro humana fragilitate mortis cogitatione turbatus ocus ad portum festivavi; quamvis tamen multa lucernam olere facile percipi possit. In his omnibus autem, siquid humani passus sim, facile mihi ignoscet, quicunque humanae imbecillitatis conscius exakte perpendit recte a majoribus dictum esse quod OMNIUM HABERE MEMORIAM, ET PENITUS IN NULLO PECCARE DIVINITATIS MAGIS, QUAM MORTALITATIS EST. Itaque hoc unum rogo, ut quae desunt адвокату, lector benevolus suppleat donec exploratis Doctorum judiciis secundae curae prodeant meliores. Interim vale. Delphis, ipsis. Calend. Novemb. anno pacifico 1648.

In §. 6. Quas, in verb. plenissimumstrarum constitutionum robur eis accommodavimus. Inst. prooemium.

[1] Hic nobis opportune occurrit necessaria atque utilissima quaestio, scilicet quantam auctoritatem hae Institutiones, adeoque et totum jus civile Romanorum hodie obtineat. Apud plerasque quidem gentes id receptum esse constat. Bus. *in l. 32. de quibus. in fin. D. de LL.* Mornac. *in l. 1. D. de Iust. et jur.* adeo ut et Turcae Codice Iustiniano graeco utantur, teste eodem Busio *in l. 6. jus civile. n. 2. D. de just. et. jur.* Alibi tamen majorem, alibi minorem auctoritatem obtinet: [2] In Gallia enim receptum non est, nec observatur, nisi in quantum ratione niti comperiat; ideoque et iudices in officii institutione non jurant se servaturos Imperatorum LL. Civiles. Rebuff. *ad Const. Reg. 9. In praefat. gloss. 5. n. 20.* Papon. *l. 16. tit. 3. arr. 11.* Bugn. *De LL. abrog. l. 4. lem. 30.* sed vide quoque eundem *l. 2. sect. 11.* et Loijseau *du Deguerpiss. l. 2. c. 1. n. 17.* [3] In Belgio autem multo majorem auctoritatem obtinet jus Romanum: cum enim passim fumma ratione atque aequitate abundet, olim pro justitiae et aequitatis exemplo in judiciis allegatum, tandem vero etiam pro ll. receptum est, atque etiamnum regulariter legum vim atque auctoritatem apud nos obtinet. Grot. *Introduct. l. 1. Part. 2. n. 26.* Merul. *prax. civil. l. 1. tit. 4. 6. 1. in fin.* Christin. *vol. 1. decis. 343.* Goris *advers. tract. 4. de Different. jur. §. 1.* Nic. Burgund. *ad cons. Flandr. prolog. n. 5.* Vide Bugn. *dict. l. 2. sect. 11.* Hinc DD. Ordines in condendis legibus sese saepe ad jus Romanum, tanquam ad jus commune et receptum referunt: exemplo sit placit. succession. ab intestato *edit. 1. apr. 1580. art. 14.* Hinc Curiarum Senatores. in ll. Romanas jurant. Merul. *prax. civ. l. 4. tit. 6. c. 2. n. 1.* [4] Prae caeteris tamen omnium strictissime juri Romano inhaerent Frisii. Sande. *l. 2. tit. 2. defin. 2. et 7. in fin. et l. 4. tit. 1. defin. 1. in fin.* [5] Haec autem regula, qua statuitur jus civile Romanorum in Belgio legum auctoritatem habere, fallit multis modis. I. In illis cafibus, in quibus ei derogatum est Principum sive Ordinum edictis: DD. *allegati. l. 28. sed et posteriores. D. de ll. arg. l. 12. Pacta novibima. C. de pact.* Penes

civitates enim licet statutorum condendorum jus sit, juri tamen communi derogandi potestatem non habent: quia quoad hoc privatorum loco habentur. *l. 16. eum. D. de verb. signif.* [6] II. fallit hallit haec regula in casibus, [in?] quibus speciali consuetudine a jure Romano recessum est. *DD. supra allegati*. Consultat. I. C. Batav. *part. 1. cons. 47. in vers. Soo dat alle. l. 32. de quibus. et ll. seqq. D. de LL.* Legum enim Romanarum non est quidem vilis apud nos auctoritas, sed tamen non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores. ut dicitur *in l. 2. feud. tit. 1. de feud. cognit. c. 1. in verb. legum.* [7] III. Idem est si non ipsa lex, sed legis ratio statuto aut consuetudine sublata sit atque cesset. *auth. ingress. junct. l. 13. generaliter [generali lege?]. C. de SS. eccles.* Everard. *topic. in loco a cessat ration. n. 3.* [8] Et has limitationes quoque ampliat multis modis. 1. Ut statutum sive consuetudo juris correctoria etiam procedat in accessoriis, ut quando unum venit consecutive ad alterum. Rochus Curtius *de Consuetud. sect. 4. n. 16.* Cravet. *De Antiquit. tempor. part. 4. argum. 1. n. 67.* Tusch. *tom. 3. concl. 664. n. 37. litt. E.* [9] II. Quando plura nascuntur ex una radice, correctra radice extensio fit, et censentur correctra omnia quae proveniunt ex eadem radice. Tusch. *dict. concl. 664. n. 45.* [10] III. Hujusmodi statutum juris correctorium disponens super uno correlativorum extenditur ad alterum. *arg. l. ult. C. de Indict. viduitt. ollend.* Roch. *dict. sect. 4. n. 13.* Cravett. *dict. part. 4. n. 71. cum seqq.* [11] IV. Extenditur ad ea quae sunt de natura actus. Cravett. *dict. part. 4. n. 70.* V. Nec non ad casus qui ex communi usu loquendi, aut ex lata significatione vocabuli sub casu expresso comprehenduntur. Cravet. *dict. part. 4. arg. 1. n. 80. cum seqq.* Curt. *dict. sect. 4. n. 12.* Tusch. *dict. concl. 664. n. 57.* [12] VI. Quando duo aequiparantur a lege antiqua, statutum aut consuetudo superveniens, et disponens in uno extenditur ad aliud: Curt. *dict. sect. 4. n. 14.* Cravet. *dict. part. 4. n. 98. cum seqq.* Tusch. *dict. concl. 664. n. 48. cum seqq.* [13] VII. Idem est quando in

consuetudine aut dispositione correctoria ratio expressa est, aut, quia unica est, pro expressa habetur. Cravet. *dict. part. 4. n. in princ. n. 86. cum seqq.* Tusch. *dict. concl. 664. n. 69. cum seqq. et tom. 2. concl. 860. n. 40. cum seqq; lit. C. [14] VIII.* Et generaliter quando in casu omisso a consuetudine non similis, sed eadem omnino ratio militat: quia tunc non dicitur fieri extensio, sed ille casus includitur in ratione consuetudinis. Roch. Curt. *dict. sect. 4. n. 23. in vers. ultimo* Tusch. *dict. concl. 664. n. 77. cum seqq;* Ideoque et in poenalibus locum habet. *gloss. in cap. 1. in verb. Italiae. De Tempor. ordin. in 6.* Vide Tusch. *dict. concl. 664. n. 48. cum seqq.* Roch. Curt. *dict. sect. 4. n. 20. Facit l. 2. feud. tit. 24. Quae fuit prima caus. c. 1. circa fin. [15]* Est autem notandum, quod facilius fit extensio ubi ratio in statuto aut consuetudine expressa, quam ubi omissa est: quia non omnium, quae majoribus constituta, aut a populo consuetudine recepta sunt, a nobis certa ratio reddi potest. *l. 20. non omnium. D. de LL.* Ideoque saepe incertum est qua, et an unica tantum ratione statutum aut consuetudo subnixa sit: igitur in dubio ad rationem naturalem respicere, et qua ratione motus fuisset sapiens ad ita statuendum, considerare debemus: sed in hujusmodi rationis investigatione saepe numero inter iudices dissensio, et inter Advocatos causarumque Patronos contentio oritur propter naturalem hominum addissentendum facilitatem, ut dicitur *in l. 17. item si unus. §. 6. principaliter. D. de Recept. arb. [16]* Atque hinc saepe obscuri sunt mores nostri, ita ut in hisce ambiguitatibus ad vicinorum locorum consuetudines recurrendum sit. *arg. l. 32. de quibus. et ibi DD. D. de LL.* Consultat. I. C. Batav. *part. 1. cons. 185. quaest. 1. in fin.* Cravet. *de Antiq. temp. part. 4. in princ. n. 49. cap. 18. ex parte X. de Censib. Edict. Car. 5. edit. 9. apr. 1529. stylo Curie, aut 1530. stylo novo.* Grot. *Introduct. l. 2. part. 45. n. 8.* Christin. *vol. 2. decis. 26. n. 13. Goris Advers. tract. 4. de Different. juris. 1. n. 2.* Vide Tusch. *tom. 2. concl. 821. Litt. C.* Haec omnia latius et per plures ampliationes tractant Cravet.

de Antiq. temp. part. 4. in princ. Roch. Curt. *de Consuet. sect. 4.* Tusch. *tom. 2. concl. 860. lit. C. et. tom. 3. concl. 664. litt. E. DD. in l. 32. de quibus. D. de ll.* [17] Illud autem omittendum non est, quod consuetudo juris civilis correctoria hodie multo facilius, quam olim tempore Romanorum, ad consequentias, et casus similes produci potest: quia jus civile ante mille annos, et eo plus Romanis datum, et a nostratibus tantummodo in genere receptum, in specie multa continet, quae Romanae magis, quam nostrae Reipublicae conveniunt, et a quibus propterea saepe abhorret nostrorum morum sincera simplicitas: ita ut statutum aut consuetudo a jure scripto exorbitans hodie non propterea onerosa aut odiosa, sed saepe et juri contraria, et tamen simul etiam in ratione juris fundata sit, atque ea ratione ex mente omnium DD. etiam in aliis similibus obtineat. *arg. l. 14. quod vero junct. l. praced. et l. 39. quod non ratione. D. de ll. Cravet. de Antiqu. tempor. part. 4. in princ. n. 75. 76. Goris advers. tract. 4. de Differ. Jur. §. 1. n. 2.* [18] Haec omnia notanda sunt, ut pote in quibus totius hujus tractatus cardo vertitur: ex his enim in genere datur intelligi, quae leges hodie abrogatae atque inusitatae, aut pro talibus habendae sunt: quod deinde sigillatim, atque ad singulas leges, in quantum quotidiano rerum usu, labore et constantia adsequi potui, demonstrare conatus sum.

In l. 1. C. de rebus creditis, et jurejurando.

[1] Siquis, deferente adversario, juraverit et absolutus sit, postea perjurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. quam sententiam et Marcellus libro octavo Digestorum probat: stari enim religioni debet; nam sufficit perjurii poena. *l. 21. quod si deferente. cum. l. seqq. D. de dolo.* [2] Futiles, me hercule, tantisque I Ctis in dignae rationes, quas equidem non sine animi indignatione legere atque expendere potui: scelestum enim perjurium, contemptu religionis praestitum, *l. 8. quae sub conditione. D. de*

*Condit. Inst. religio vocari non meruit: nec quod hoc crimen deum ultorem habet, l. 2. Jurisjurandi. hoc tit. sufficere civilemque de dolo actionem tollere debuit. l. 41. si quis major. in verb. et rerum proprietate careat et c. C. de Transact. ne cui ex tam improbo detestandoque delicto unpium [impium?] sibi lucrum afferre legibus concedatur. l. ult. hoc tit. facit l. 134. non fraudantur. §. 1. et l. 206. jure naturae. D. dereg jur. l. 5. In haeredem. D. de Calummat. Ideoque et in imiversum [universum] plures actiones, praesertim penales, de eadem re concurrentes, et ad diversos fines tendentes alia aliam non consumit. l. 130. numquam. et ibi DD. D. eod. adde quae dixi in l. 2. jurisjurandi. hoc in. [3] Qua ratione et aequitate motus imperator Justinianus ab hujus l. 1. et dictae l. 21. decisione exceptit casum legis ult. hoc tit. scilicet cum quis legatum vel fideicommissum, utpote sibi relictum exigeret, et testamento forte non apparente, pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset, et is religionem suam praestasset, affirmans sibi legatum vel fideicommissum derelictum esse, et ex hujusmodi testamento id quod petebat consecutus esset, postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum. Hoc enim casu repeti ab eo legatum vel fideicommissum, nullumque ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere voluit, ne cui ex delicto impium lucrum afferri imperatoris legibus concedatur. [4] Quam l. ult. licet multi specialem esse contendant in controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, de quibus neque pacisci, neque transigi, neque apud judicem exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. l. 6. de his. D. de Transact. l. 1. §. 1. D. Testam. quemaadm. aper. [5] Aequissima tamen hujus l. ult. constitutio, et generalis subjecta ratio facit, ut eandem l. generaliter intelligendam et ad similes casus extendendam, Everard. *Topic. in loc. A ratione L. larga ad extension. ipsius leg.* ideoque in universum causam jurejurando voluntario decisam, probato ex novis repertis instrumentis adversarii perjurio, impetrato restitutionis auxilio, hodie*

retractari posse censeam. *facit l. 27. divi fratres. D. de poen.* Atque ita in Sabaudiae senatu judicatum testatur Faber *C. l. 4. tit. 1. defin. 1. et defin. 24.* Idem in Gallia observari referunt Mornac. et Autumn. *in dict. l. ult. hoc tit.* idem Mornac. *in l. 31. admonendi. in fin. D. de jurejur.* Papon *l. 19. tit. 8. defin. 11.* [6] Scilicet cum perjurium novis instrumentis detegitur: secus si testibus, propter subornationis periculum: *arg. l. 18. testium. C. de Testib. Louet litt. S. arr. 4.* Papon, Mornac. *dict. loc.* Et de hoc casu intelligenda mihi videtur magni senatus Megliniensis sententia, quam nimis generaliter refert Christin. *vol. 3. dicis. 1. n. 6.* [7] Quamquam et hoc casu, scilicet cum quis testibus de novo repertis adversarium de perjurio convincit, alicui morum nostrorum simplicitatem spectanti dubium movere posset. *l. 13 [15?]. in exercendis. C. de fide instrum.* ubi dicitur, quod in exercendis litibus eandem vim obtinent tam depositiones testium, quam fides instrumentorum. [8] Item privilegium a Florentio Hollandiae Comite Monachodamensibus concessum *anno 1228. art. 14.* ubi expresse cavetur, siquis juraverit in re pecuniaria et pejeraverit, eum causa cadere, illamque amittere posse, nulla adhibita distinctione inter juramentum voluntarium et necessarium, neque inter de novo, quibus perjurium detegitur, reperta instrumenta et testes. His adde Zelandiae et Agri Voirnensis statuta, *quae retuli in l. seque. in fin.* Item statutum Ultraject *rubr. 7. art. 5.* [9] Quid igitur dicendum? Ego dubito, et num totum hoc judicantium religioni et arbitrio relinquendum sit cogitandum relinquo. Vide Oddum *de Restit. in integr. quaest. 76. art. 3.* Adde quae dixi *in l. 18. testium. C. de Testib. et in l. 13. generaliter. C. de non numer. pecun.*

In l. 2. Iurisjurandi. C. de rebus creditis, et jurejurando.

[1] Fustibus castigandus dimittitur qui pejerat per genium Principis. *l. 13. si duo. §. ult. D. de Iurejur.* Per Deum autem concepto jurejurando distinguitur an illud perjurium in alterius dispendium vergat, nec ne. Illo

casu perjurium poenis legalibus subjacet. *l. 41. siquis major. C. de Transact. l. xx. nemo militet. C. de Episcop. audient. l. ult. D. de Crim. stellion.* Hoc casu scilicet cum nemo laeditur aut injuria afficitur, jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet. *hic. et ibi DD.* Fachin. *l. 1. cap. 14. Cujac. l. 2. obs. 19.* Quia deorum injurias diis curae adeoque et illis relinquendas esse credidit antiquitas. *Tiberius apud Tacitum.* et ob id Graecis Jupiter *ορκιος* dictus est. [2] Verum sciendum est idem et de aliis delictis dici posse: nam et illis quoque puniendis Deus haud dubie sufficit, et tamen nemine dissentiente ab hominibus recte puniuntur non tantum ea delicta, quae directo sed et quae per consequenti- am alios laedunt, qualis est sui occisio, concubitus cum bestiis. Grot. *de jur. belli l. 2. c. 20. n. 44.* [3] Adhaec et tantos in societate humana effectus habet jusjurandum, ut ejus contaminata religio ad omnium pertinere in juriam recte quis dixerit. *arg. l. 4. Manichaeos. §. 1. C. de Haeretic.* [4] Quod illi quoque advertisse videntur, qui hanc l de perjurio calore iracundiae commisso interpretandam censent, quam interpretationem et ultima ejusdem legis verba ferre videntur. vide Menoch. *de Arbitr. jud cas. 319. n. 23. Cum seqq.* Bus *in dict. l. 13. si duo. ult. D. de jurejur.* [5] Atque ita videmus dissolutis nostris et aliorum moribus impunita manere perjuria extra judicium animi levitate commissa. Bugn. *de LL. abrog. l. 3. synt. 30. 147.* vide *Clarum §. perjurium. n. 11.* Quamquam et ea statutariis mulctis subiaceant. *Keur. van Delfiant. 16. mey. 1594. art. 1.* [6] Caeterum quaecunque in judiciis committuntur perjuria hodie coercentur poena judicis arbitraria. Sande *l. 1. c. 9. tit. 2. Bugn de LL. abrog. l. 5. cent. 46 in fin.* Papon *l. 22. tit. 12. arr. 10.* Imbert. *Encbirid. in verb. parjure.* Clar. et Menoch. *DD. loc.* Cui ex juris canonici dispositione accessit poena infamiae. Rittershus. *de Different. jur. l. 6. c. 9. in fin.* Damhoud. *prax. crim. cap. 50. n. 19.* [7] Hic autem omittendum non est statuto Agri Voironensis 3. Febr. 1519. Art. 100. cautem esse, siquis in re pecuniaria

juraverit, et duobus legitimis testibus de perjurio convictus fuerit, ut praeter damni et ejus quod interest restitutionem, et mulctam arbitrariam priores priorum dextrae manus digitorum arriculi duo ipsi amputentur. [8] Et statuto Zelandiae *1. apr. 1495. cap. 4. art. 11.* siquis in pecuniaria aliave causa coram tribunali pejeraverit, et tribus legitimis testibus masculis convictus fuerit, praeter damni restitutionem punitur bonorum confiscatione, et maxilla ejus candenti ferro perforatur. [9] Qua nota si omnes perjuri hodie insignirentur, nemo sane perjurium ipsum sermonis genus putaret esse, non criminis: [10] id quod ex allis auctoribus de Gallis refert Zijpae. *Notit. jur. Belg. de Blasphem. in fin.* De blasphemiae perjurio vicinae poena vide quae dixi in *Novel. 77. c. 1. §. 1.* [11] Porro ad hanc l. notandum est hodie non jurari per genium Principis. dixi in *l. 41. siquis major. n. 5. C. de Transact.*