

# 法の極みは不法の極み

J・シュトルー

吉原達也 訳

## 解題

1 本稿は<sup>(1)</sup> Stroux, Johannes: “Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris”,  
(Aus der im ganzen nicht erschienenen *Festschrift für Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926*), Leipzig/  
Berlin 1926; Nachdr. in: Verf.: *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949, S.7-66<sup>(2)</sup>を訳出したもの  
である。

ヨハンネス・シュトルー (Johannes Stroux, 1886-1954)<sup>(3)</sup> は、一九二六年に公表した「法の極みは不法の極み 法解釈

法の極みは不法の極み (吉原)

史断章」と題する論稿において、ローマ共和政期に修辞学が法律行為の解釈理論を樹立し、これがローマ法律学に影響を与えたという主張を展開した。このテーゼをどのように受け止めるか、その後のローマ法学史研究、法解釈学史研究にさまざまな意味で大きな影響を与えることになった。<sup>4</sup> わが国でもつとに武藤智雄氏<sup>5</sup>はシュトルーを擁護する立場から独自の研究を展開されたことで知られている。氏はシュトルーの見解を次のように要約されている。「法律解釈の修辞学的理論は、共和末のローマに深刻な影響を与えた。それは確かにアリストテレスを背にして、外にしては方式主義と抗争し、内にしては、法律実践に於ても法の解釈に於ても、常に衡平が保たれるようなテクニクを案出するに至った。その間に於ける修辞学的方法と理論を豊富に示したものが、シセロの諸作であり、殊に《*de inuentione*》(修辞学的発見について)<sup>6</sup>である。……新解釈は既にシセロ時代に於て凱歌を奏した。法務官は直接間接、また通常非常の手段を以てこれを採用し、法学者は、シセロの友人たる *Aquilius Gallus* & *Selvius Sulpicius Rufus*<sup>7</sup>等を含めて、これを論議の対象とし、やがてこれは具体的事案に対処する法廷実践に於ても認められて、解釈理論の大変革、ひいてはのちのローマ法の発展の端緒を築いた<sup>9</sup>、と。

2 原題の *Summum ius summa iniuria* は、「法を最高の法則とすることは最大の不法である」、「最厳正の法は最不正の法である」「最高の法は最高の不法」とも訳される法格言であり、<sup>10</sup>多くの学者によつて、キケロの言に由来するとされている。<sup>11</sup> 武藤氏は、シュトルーがこの表題に込めた意味として、「これは不正を齎らす文字解釈への闘争宣言であり、方式主義で固められた城塞への突入宣言であり、それが一方的であれ双方向的であれ、行為者の意思を具体的に考慮して、常に当事者が欲した目的を実現せしめんことを期したモットー<sup>12</sup>」であるという点を指摘している。本稿に

も記されているように、テレンティウス（『自虐者』796）以来、ローマで「法の極みはしばしば害悪の極み *ius summum saepe summa est malitia*」という諺があり、そこではいわば権利濫用を批判するような意味合いを有していた。これは四世紀末の聖ヒエロニムス（ep.1, 14）でも同様の意味合いで用いられており、少し表現は違う（*summum ius — summa crux*）が、彼以前にも一世紀の『農事書』の著者コルメラ（*de re rust.1, 7, 2*）にも登場する。これに対して *summum ius summa iniuria* という形は、キケロ（『義務について』*de off.1, 33*）に唯一登場する。そこでは「日常普通にいひふるされる格言 *iam tritum sermone proverbium*」とされ、その矛先は、法感情の「狡猾と *calumnia*」だけでなく、「あまりに穿ちすぎて、しかも悪意のある法律解釈 *nimis callida sed malitiosa iuris interpretatio*」とあるように法律解釈の面にも向けられている。もとより意図的な法律解釈をまつまでもなく、例えばキケロ『カエキーナ弁護論』には、争うのに「文言と字面 *verba et litterae*」つまり「最高の法 *summum ius*」をもつてすることは「不衡平 *iniquitas*」であり、そのようなことは、「善と衡平の名目や価値 *aequi et boni nomen dignitas*」にはまつたくあたらないと論じる<sup>(13)</sup>。

この「法の極みは不法の極み」という格言の背景に浮かび上がってくるのは、解釈理論の中心に位置するが、ローマ古典法学にとつての意味をめぐってはなほだ論争を生んできた対立、つまり「文言 *verba, scriptum*」と起草者の「意思 *voluntas, consilium, sententia*」の対立である。そうした発想の由来はどこに求められるのか。アリストテレスは、「公正であることは人間の弱さを許すことである。法ではなく法をつくった人間を、法の言葉でなく立法者の意図を、行為ではなく動機を、出来事の部分ではなく全体を……を見ることである。」（『弁論術』*Rhet.1, 13, 1374b.12*）として、「立法者の意図」を探求すること勧めている。もとよりアリストテレスのローマ法学への直接的な影響は考え

られない。キケロ『トピカ』冒頭の法学者トレバティウスとのやりとりを示されるようにローマ法学者とアリストテレスとのつながりは遠い(キケロ『トピカ』<sup>2</sup>)。そこで、シュトルーは、前一五〇年―五〇年のレトリック理論の法解釈への影響を証明しようと試みる。

3 シュトルーによれば、「修辞学はいかなる特殊な学問分野ではなく、すでに前一〇〇年頃にはローマでもある社会階層―法律家はその出身であった―の中心的教養科目であったので、その生涯を通じて法律顧問たる権威を担うに値する一流のローマ人はつぎのような教養影響を離れてははじめから考えられなかった。その教養影響とは、成年期に修辞学から受けたものであり、また演説を必要とした政治経歴のなかでたいていは継続して受け続けるのが普通であった。<sup>15</sup>」とされる。かくして、シュトルーはローマ法律学と修辞学とのあいだの発生論的架橋をとくに修辞学の「スタトゥスstatus」論に求め、とくに例えば、決定すべきは法律文言か、法律意思かないし、法律に矛盾がある場合、法律の曖昧性、法律の欠缺(除去は三段論法)に関するローマの法律解釈のありかたを修辞学的に理解する方向を開いた。<sup>16</sup>

キケロ『構想論』は、いわゆる「文言への問い」(controversia scripti)ないし「法文スタトゥスstatus legales」について、「文言への問いが生じるのは、その論旨につき疑問が持たれる場合である。それは曖昧性によるか、字面とか意味によるか、法が矛盾しているか、類推によるか、定義によるかのいずれかである」(2, 116)として、次の五つに分類して論じていく。<sup>17</sup>

- (1) 曖昧性 *ambiguitas* 文面から両様に意味がとれるという (116-120)

- (2) 文言と意思 *scriptum et sententia* 法文の文面が立法者の意思に反すると説く (121-143)
- (3) 法律の抵触 *contrariae leges* 二つまたは二つ以上の法文の矛盾を指摘する (144-147)
- (4) 類推 *ratiocinatio* 文面に表明されていない意味をその法文から引き出してくる (148-153)
- (5) 定義 *definitio* (153-154)

ただし、本稿において概観されるのは、定義を除く四つのスタトゥスである。もとよりレトリックのスタトゥスは問題状況を知るためのトポスとでもいうべきものであり、相互に独立して理解されるよりもむしろ相互補完的な機能を持っている。その意味で実際のところ体系としての不完全性を有しているといわざるをえない。例えば、曖昧性はある法律文言について起草者の意図した法的に有意な意思ないし意図が問われることになるが、その点で、起草者の意図した文言の意味を問う文言と意思の問題の特殊な事例としても理解することが可能である。シュトルーの概観にも示されるように、その目的は、立法者意思説、客観説、主観説のような法律解釈に通じるところがあるが、むしろ状況に応じた弁論の構成を発想させる一覧としての性格が強いかうかがえよう。

4 遺言書の文言と意思の解釈をめぐる一つの事件が取り上げられる。一般にクリウス事件 (*causa Curiana*<sup>(18)</sup> 前九二年) と呼ばれる争訟で、それぞれの弁論人として登場するのは、法律家の中で最も達弁な弁論家、弁論家の中で最もすぐれた法律家たる大神官クイントゥス・ムキウス・スカエウオラと「弁論家の中ですぐれて法に精通した人」とされるリキニウス・クラッスス (前140—92) の二人である。スカエウオラは、いわゆる厳格な法解釈論を展開し、これに対して、クラッススは意思主義的解釈を展開し、「衡平 *aequitas*」を擁護する立場を展開する。事件はクラッスス

の主張する観点に従って決着される。シュトルーによれば、この事件こそが嚴格法と衡平との対立、衡平の勝利を象徴するものされ、そこにローマ法学発展の一大転換の契機が認めようとする。さらに、キケロの『カエキーナ弁護論』もそうした法学の傾向を示唆するものとして位置づけられる。このクリウス事件をめぐる解釈こそは、シュトルーのテーゼを支えるべく、最も精彩ある叙述となっている。ただ逆にこの点がシュトルー説の最大の弱点でもあることもまた否定できないのである。長い論争の過程についてここでそのいちいちを検討することはできない。長く標準的なローマ法史教科書の位置を占めてきたクンケル『ローマ法史』は、シャーマイヤーによって、改訂されているが、最近の状況をその叙述に簡単に見ることにとどめたい。

遺贈の解釈をめぐる事案で、二世紀前半の法学者ケルススは、発話者の発した文言 *vox* とその意思 *mens* を対置して立論している (Celsus D.33, 10, 8)。このことは、ケルススが、「口頭文言 *vox*」と「意思 *mens*」、「文言 *verba*」と「意思 *voluntas*」の対置を法解釈の特殊な論題と理解していたともいえよう。こうした理解は二百年前のクリウス事件の二人の弁論の中で取り上げられたもので、文言に忠実なことと衡平と善の考量は以来、「法解釈者 *interpretares iuris*」の役割になっていた。だがしかし「レトリック自体は法律解釈技術にも法学的概念形成に影響を及ぼすことはなかった。レトリックに帰せられるのは、たかだかギリシア弁証法及び文法学と、ローマ法との媒介者としての役割を果たしたに過ぎない。弁論家の中で最も人気を博した例はリキニウス・クラッススである。彼はクリウス事件において、被相続人の意思に基づく遺言解釈を提唱したが、その一方、売買目的物の瑕疵担保責任の問題については嚴格法 *ius strictum* を主張した。売主は売買目的物の瑕疵を告知すべきであり、瑕疵を告知しなかった売主は誰も責任を負う。実際のところこの瑕疵が別の理由で買主の知るところであったとしても変わりはない。」<sup>19</sup>と。クンケル教科

書旧版<sup>(20)</sup>は、なおシュトルーの名前を挙げて言及していた。「かなり以前に卓越した文献学者J・シュトルーは、ローマ古代の形式主義から解放をもたらず決定的なギリシアの方法論、つまり厳密にはそのレトリック的方法論の影響を証明可能だと考えた。しかしながら氏のテーゼは反論の余地あるものとされている。前九三年の百人審判所で争われた事件、つまり氏が自由な解釈方法論へのブレークスルーと見たマニウス・クリウスの相続財産事件はそのような歴史の意味を有するのは困難となった。たとえ偉大な法学者Q・ムキウス・スカエウオラに対する優れた弁論家L・リキニウス・クラッススの成功として同時代人のもとで大いに喝采されたとしてもであるが。」クンケルは以前よりシュトルー説には消極的な立場を貫いているが、その批判的な叙述の中にも、シュトルーの論稿が持ち続けたローマ法学史研究における意義が示されている。シャーマイヤーによる新版では、その名前は消えてしまったが、形を変えながらも、その背景にシュトルーの『法の極みは不法の極み』の影を感じるように思われる<sup>(21)</sup>。

- (一) Stroux, *Summum ius summa iniuria* についての書評として、Levy, Ernst, *Recht und Gerechtigkeit. Besprechung ZSS 48 (1928)* S.668ff. (=Gesammelte Schriften I, Köln Böhlau 1963, S.20ff.). 本論稿は、一九二六年にパウル・シュパイザーサラジーン Paul Speiser-Sarasin (1846-1935) の八〇歳を祝して「子どもたちによって献呈された」私家版の記念論集(書誌には Basel: Basler Druck-u. Verl. Anst.と記されている)に寄せられたかたちになっており、独立して同年に B.G. Teubner 社から刊行されたものがある。因みに被献呈者とはシュトルーの妻 Paula Speiser を通じて女婿という関係になるようである。
- (二) *Summum ius summa iniuria* のほかに、同論稿イタリヤ語版に付された、リッコポーノ Salvatore Riccobono による序文 S.67-80' Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit, *Atti del congresso internazionale del diritto romano. 1934, S.111-132*が収録されている。同書についての書評として、

法の極みは不法の極み(吉原)

Kornhardt, H. in: *ARSP*, XL, 1952, S. 306ff. を参照。

- (3) ヨハンネス・シュトルーは、一八八六年八月二五日に、アグノー Haguenau に生まれ、一九五四年八月二五日の誕生日にベルリンに没した。享年六八。古典文献学者にして古代史家。一九〇四年以後、シュトラスブルク、ゲッチンゲン大学に在籍。一九一一年にシュトラスブルクで博士号を取得。一九一四年に同大学で教授資格を取得、バーゼル大学員外教授、一七年同古典学正教授となる。以後、キール (一九二二年)、イエナ (一九二三年)、ミュンヘン (一九二四年) を経て、一九三五年にベルリン・フリードリヒ・ヴィルヘルム大学古典文献学正教授、第二次大戦後同フンボルト大学正教授として、一九五四年まで勤めている。一九四六―四七年、再開後の初代大学長、一九三七年プロイセン学士院会員、ドイツ学士院ベルリン会員、一九四六年―五一年同会長、一九四九年―五四年、ドイツ民主共和国人民議会議員などを歴任。シュトルーの経歴については Wolfgang Kunkel, In *Memorian Johannes Stroux*, *ZSS* 72 (1958) Rom. Abt. S. 514-516; Bernd-Rainer Barth: Stroux, Johannes, *er war wer in der DDR?* 4. Ausgabe. Ch. Links Verlag, Berlin 2006, Band 2, S. 1229; *Kurzbiographie zu: Stroux, Johannes*. In: Werner Hartkopf: *Die Berliner Akademie der Wissenschaften: Ihre Mitglieder und Preisträger 1700-1990*. Akademie-Verlag, Berlin 1992, S. 351f.; Fridolf Kudlien: Johannes Stroux (1886-1954), in: *Eikasmós. Quaderni Bolognesi di Filologia Classica*. 4/1993, Università degli Studi di Bologna, S. 357-364。ベルリン・フンボルト大学ホームページ「歴代学長紹介の項目」 <http://www.hu-berlin.de/neberblick/geschichte/rektoren/stroux> を参照。主な著作として、*Nietzsches Professur in Basel*, Frommannsche Buchhandlung, Jena 1925; *Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius*. Bayerische Akademie der Wissenschaften, München 1929。
- (4) シュトルーの見解についての学説史的な意味について、真田芳憲「共和政末期における弁論術 Rhetorik と法学の解釈方法」『法学新報』七四卷一三三頁以下。西村隆蒼志『ローマ損害賠償法理論史―法律論の歴史的過程―』愛媛大学法学研究叢書 (一九九九年一〇月)、六三三頁以下、とくに六九頁以下及び第四章九四頁以下を参照。本稿は両論稿と武藤智雄氏 (次註) の論稿に負うところが多い。

- (5) 武藤智雄「ことばと意思」(一、二完)『阪大法学』第二一号 (一九五七年三月) 一一二―四頁、第二三号 (一九五七年八

月) 一一二頁。

- (6) Cicero, de inventione, 40, 117「第三に、起草者がどのような意思であったかを、彼が他に書いたものをはじめ、彼の行為、発言、性格、そして生き方から導き、当該の曖昧だとされる文書そのものをあらゆる部分について、われわれの解釈と合致する点は何か、あるいは相手方の理解と矛盾する点は何かを検証することである。というのは、起草者がいかなる意図を有していた蓋然性が高いか、文脈全体から、そして、起草者の人物や人物に属する事柄から、容易にうかがえるであろうからである。」片山英男訳『発想論』『キケロー選集六』岩波書店・二〇〇〇年、一二五頁も参照。吉原達也 a 「キケローの弁論術教科書——『構想論』《弁論の諸部分》覚書——」(1)『広島法学』第二〇巻三三三—二五四頁、(2)第四号一六五—一八二頁(一九九七年)、b 「キケロー弁論術教科書——『構想論』における論証のトポスと共通トポス——植松秀雄編『埋もれていた術・レトリック』木鐸社／一九九八年所収、c 「キケロー『トピカ』におけるローマ法学の範例(exempla)」『広島法学』第二五卷二二五—二六五頁(二〇〇一年)、d 「『ヘレンニウスへ』(Ad Herennium) 第二卷における「記憶」(memoria) について」『広島法学』第二五卷四号一一二頁(二〇〇二年)、e 「キケロー『トピカ』とローマ法学」(1)『広島法学』第二六卷二二〇—二二〇頁(二〇〇二年)、(2)第二六卷三三—二〇頁(二〇〇二年)。平野敏彦「キケロー『発見』『構想論』におけるレトリックの構想」『広島法学』一六卷二〇七頁(一九九二年)。
- (7) Aquilius Gallus について、林智良「ガイウス・アクィリウス・ガッルス C. Aquilius Gallus の周辺：共和政末期ローマの政治的・社会的・法学的文脈において」『法と政治』六二卷一号(二〇一一年)(下)一九七—二二五頁を参照。
- (8) Selvius Sulpicius Rufus について、林智良『共和制末期ローマにおける法と社会』法律文化社・一九九七年を参照。
- (9) 武藤・前掲『阪大法学』第二二号五—六頁。
- (10) 落合太郎・田中秀央編『ギリシア・ラテン引用語辞典』増補版・岩波書店・一九六三年。柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』慈学社出版・二〇一〇年。船田享二『法の極は不法の極』の起源「『法律春秋』第五卷第七号(一九三〇年)」、同『Summum ius summa iniuria』『法哲学年報』(一九六九年)法思想の諸相(有斐閣、一九七〇年一〇月)。
- (11) キケロー『義務について』1, 10, 33「不法はまた狡猾さにより、またあまりに穿ちすぎて、しかも悪意のある法律解釈に

よって起こされることも多い。あの『最高の法は最高の不法』ということばが、日常普通にいいふるされる格言になったのもこのためである。」泉井久之介訳『義務について』岩波文庫・一九六一年を参照。

(12) 武藤・前掲『阪大法学』六頁。

(13) Cicero, pro Caecina 65 「もし文言と文字、いわゆる最高の法 *summum ius* を論駁する場合、このような不衡平な事柄に、善と衡平の名目と価値が対置されるのがつねである。他の人なら、ときに『何々であれば』とか、『何々でなければ』のような紋切り型の論法を一笑に付し、ときに文言に仕込まれた罍や綴りの罍を非難し、ときに、裁判は狡猾で歪曲された法解釈ではなく、衡平と善に基づいて判断されなければならないとか、文言に執着するのは濫訴者の仕事であり、起草者の意思と意向を擁護することは善い審判人の仕事であるとかを声高に主張するのであるが」。吉原達也訳「カエキーナ弁護論」(一)『広島法学』第三四卷四号(二〇一一年)一四八―一三五頁、第三五卷一号(二〇一一年)一〇六―九一頁、(三・完)第三五卷第二号(二〇一一年)六六―五二頁。

(14) 訳文は池田美恵訳『弁論術』『世界古典文学全集一六 アリストテレス』筑摩書房一九六六年、九三頁による。

(15) Stroux, op. cit. S.25. Frier, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton 1985は、『カエキーナ弁護論』にローマ法学の成立の契機を見ようとする。木庭顕『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会・二〇〇九年、とくに九四四頁以下は独自の観点から『カエキーナ弁護論』を分析する重要な業績として注目したい。フライヤーにはきわめて批判的である、九五五頁註七、九五六頁註一四など。

(16) Stroux, op. cit. S.27.

(17) Auct. ad Herem. 2, 13-14, 15; 16; 1. 23 『ヘレンニウス弁論書』については、柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』法律文化社一九六七年、二六七頁以下を参照。クインティリアヌス『弁論家の教育』Quint. inst. or. 7, 6. 7. 8. 9同書については、クインティリアヌス／森谷宇一・戸高和弘・吉田俊一郎訳『弁論家の教育3』京都大学学術出版会 二〇一三年、一七七、一八一、一八五、一八八頁を参照。status (キケロ『構想論』の用語としては *constitutio*) はここではスタトゥスという訳語をあてている。問いの立て方、立てられた問い、そこから、争点、係争問題をも意味する。 *controversia, quaestio* は、ギリシ

ア語の hypothesis, thesis の訳語として用いられることもある。具体的性格をもつ題目の「仮説 hypothesis」と抽象的性格をもつ題目の「定説 thesis」との対応を考えると理解しやすいかもしれない。前者は私と汝との間で交わされる問いと答え（「君はなしたか fecisti」「私はなしたか feci」）であり、それを客観化した問題のありよう（「彼はなしたか an fecerit」）、と理解しておく。

(18) 武藤・前掲『阪大法学』二二号二〇頁以下。真田・前掲・一六六頁以下。関連の文献については、さしあたり、Wiacker, F., *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt, München 1988, S.581. n.45. 46; 588.

(19) Kunkel, W./Schermaier, M., *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Aufl., Köln Weimar Wien Böhlau, 2005, S.137. C・S・オラタ Orata vs. M・M・グラティディアヌス Gratidianus 事件は、売買の目的物たる家屋に地役権が設定されている事実を明示しなかったことに関し、売主の責任が争われたが、この事件では、クリウス事件では意思主義を標榜した L・リキニウス・クラッススが文言主義の立場をとり、意思主義の立場を主張したマルクス・アントニウス（前143-87, praetor 103, censor 97）と対立した。事件の結果は不明であるが、アントニウス側の勝訴であったと考えられている。詳細な事件の経過とその評価については、真田・前掲一七〇頁以下を参照されたい。

(20) Kunkel, W., *Römische Rechtsgeschichte*, 9. Aufl., Köln Weimar Wien Böhlau, 1980, S.97. クンケル『ローマ法史』は一九七一年の第六版が著者による最終改訂版と思われる。第七版以後は若干の字句と誤植の訂正に留まるようである。

(21) ローマの法学と修辞学の関係をめぐってはさまざまな観点から論究されてきた。Schulz, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, S.9ff.; ders., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S.28, 71, 162. 主題はローマ慣習法を巡る問題であるが、傍論的に、さきのシュトルーのテーゼに否定的な立場を示す。慣習法は古典期までにこのようなかたでは発生しなかったものであり、むしろ僅少な制定法の枠外に、自由な法発見が機能する広汎な場が認められていた（例えば事実訴訟）のであり、ローマの法学者は制定法の解釈に厳格であった一方、制定法の枠外で自由に法発見を行ったとされる。なお、シュルツの研究史的位置づけについては、最近のものとして、Ernst, W., Fritz Schulz, in: Beatson/Zimmermann (ed.), *Jurists Uprooted*, Oxford, 2004, p.103-203. 自由法論者 H. Kantrowicz との関係から、Schulz の独自の「法学」観がうか

がえる点に興味深い。Villey, M., *Logique d'Aristote et droit romain*, *RH* 29 (1951), p.309-28; von Lübtow, U., *Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz, Festschrift für Wenger* I, 194, S.224-35.)。Hübner Voigt, M., *Das Ius naturae, Aequum et Bonum und Ius Gentium der Römer* III, 1875の関連が指摘されたこと：Schiller, A., *Roman Interpretatio and Anglo-American Interpretation and Construction, Virginia LR*, 27 (1941), p.733, 754. その評価をめぐっては、肯定的な立場、例えば Riccobono, *Corso di diritto romano* II, 1933, p.318-86 否定的な立場 (Beseler, *ZSS* 43 (1922), S.536; Albertario, *Studi Bonfante* I p.629, 631ff.) があり、刊行後の主要な議論については、やはり Wenger, L., *Quellen des römischen Rechts*, 1953, 235-38. への議論との関連については Martini, *Definizioni dei giuristi romani*, 1966, p.14 n.3を参照。コーイングは共和政期末のローマ法学者の、専門用語の語源や語法、シンタクスについての説明に文法学や言語学の理論が反映されているとし、その文法的・論理的解釈方法への影響を見た (Coing, H., *Studi Arancio-Ruiz* I, 195, p.365, 372-77.; ただしその後の *Juristische Methodenlehre*, 1972, S.11では見解を改めているものもある)。またサンタクルスは法学教育との関係で修辞学の status 論の影響を強調している。Santa Cruz, *ZSS* 75 (1958), S.91-115. これに対し、カーザーは「ローマの法律家と弁論家とが用いる手段と求められる目的はまったく別であり、修辞学と法学との接触はわずかにすぎず、法律家の本領である「直観的法認識 intuitive Rechtskenntnis」は法廷弁論人や弁論家には無縁であるとする (Kaser, M., *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Akad. Wiss. Göttingen, 1962, S.67f.)。ヴェーゼルはシュトルーが提起した status legales のうち法学者に關心をひいたのは法律文法か法律意思か (scriptum-setentia, verba-voluntas) だけにすぎぬとし、しかも意思解釈と厳格な文言解釈の対立という問題でなく、意思解釈をとって文言解釈を制限するないしは回避するという選択の問題であり、一方が文言解釈をとり他方が意思解釈をとるといふ弁論家のそれとは異なり、しかも法学者の解釈の範囲はシュトルーが考えた共和政末から帝政期の自由な解釈の範囲を越えるものであったとすべし。Wesel, U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, 1967, S.15-21.; 書評・Brtone, *Labo* 15 (1969), p.298ff.)。ハイヤーアッカー Wieacker, F., *IVRA* 20 (1969), p.448, 469-75. への Bund, E., *Studi Volterra* I, p.196, 571, 578f. をめぐるとして、シュトルーの見解に対しては消極的な傾向にある。

ヨハネス・シュトルー「法の極みは不法の極み 法解釈史断章」

カントは、『人倫の形而上学』法論序説付録において、「衡平 *aequitas*」と「緊急権 *ius necessitatis*」と厳格法との関係を取り扱ったさいに、「法の極みは不法の極み *Summum ius summa iniuria*」という格言を見事に説明している。この格言はカントにとって「衡平の格言」そのものである<sup>①</sup>。法哲学や法の解釈理論を扱った文献の随所でこの格言は同様に重要な意味で用いられている。そのことはまさに正しい。というのは、ローマ的精神とラテン語が一つになって、人間の普遍的に妥当する経験を、語ったり、証明したり、説明するまでもなく、明確で簡潔な矛盾命題<sup>アンチテーゼ</sup>というかたちで、容赦なく表現してみせたからである。この格言はギリシア・ローマの法発展の経験によって裏づけられている。両文化について、史料は、法が、太古の口頭伝承の時代より、制定法という形をとって恣意と恐怖のみならず時代をも越えて確定されることによって、はじめて完成されるに至った経過を示している。不可変性のうちに法理念の本質が実現されると思われ、個々の文字に至るまでの充足は必然的な結果であった。この目的のために、法律の解釈はなくてはならないものであった<sup>②</sup>。しかし、生活が発展を遂げ、新しい精神的物質的關係を作り出した一方で、法がその文言に拘束されて硬直化した結果、「賢明なる立法者」が管理する揺籃期には認めがたい不自然さが現われるようになったのであるが、その原因は制定法の不可変性にあった。というのは、たとえ法理念それ自体が不可変的であろうとも、特定の時代のために、時代拘束性のゆえにそして人間の言語という手段によって永遠に妥当するような表現を作り出すことは不可能なことだからである。むやみな法律信仰を揺るがすためには、経験に基づく多くの証明、多くのテストケース、法律に忠実であるとはいえ、不衡平であるがゆえに不正な多くの裁判官の判決が必要であった。

裁判官の判決も裁判官でない者の法律解釈とともに、文言の自由な解釈と補充への持続的な要求に抗しえなかったのである。<sup>(3)</sup> 制定法と並んで、衡平 *Billigkeit* が登場したのである。ローマはたしかに十二表法制定以後数世紀にわたって、紋切り型であるとはいえ、ペダントリーなまでに正確かつ厳格な法解釈を示してみせたのであり、その結果特殊ローマ的ともいふべき「形式主義 *Formalismus*」を生み出すことになった。しかし、同じローマが衡平にも制定法と並ぶ妥当性を付与し、法務官の告示において衡平を実現するための道具、つまり、形式主義と並んで、「衡平 *aequitas*」を特殊ローマ的なものたらしめる道具を用意したのである。二つの根本原理を明確に特徴づける歴史的な順序は、法秩序内部におけるその後の両者の共同的支配が両原理の本質と正当性への明確な洞察に基づかせる原因となったのである。

こうした発展のなかで、「法の極みは不法の極み *summum ius summa iniuria*」という言葉は、格言というよりはむしろ、闘いの声、つまり戦いの合い言葉の役割を果たす。というのは、この言葉は、「法 *Recht*」を求め「法 *Recht*」を獲得しながらも、獲得するのは、文字によって法のレッテルをはられたものにすぎないことに幻滅した人々の義憤を反映したものだからである。病者や障害者の鋭敏な感覚は、自己防衛のために、文言に体现されたにすぎぬ法に耐えなくてはならないという結果、つまり、法が不法を生み出しこれを擁護し、文言という刃で逆転して、生と死のように、それ自体相殺されるといふ結果を明らかにする。実定法は「法」を実現するために存在するものである以上、それがもたらす被害が明らかにされるのはもとより、その存在理由つまり、人間が何よりも任意にその支配を認めることの理由も争われる。制定された規範が普遍妥当的たらんとする要求は、それゆえその唯一決定的な点において破綻しており、その破綻は、衡平が形式主義によってしっかりと固められた砦への突破口を確保した自由な路線を開く。

そのことは、この標語が、衡平について何も語らないまま、衡平の格言となったことを示している。衡平の理由とは、それ自体緊急措置にある。もし法律の規範が法をあらゆる側面から完全に包括するのであれば、衡平の余地はない。しかし「法の極みは不法の極み」は実定的法と並んで、衡平の妥当性が必然であることの証しである。

歴史的な対立は、ギリシアの発展の中で、さらにはるかに明確にローマの発展の中で認識されるのであるが、そのような対立はあらゆる法発展において類比物を有している。それゆえその過程が偶然ではなく、法発展の内的ダイナミックに導かれる必然的なものであることは明らかである。普遍的な定式化を達するためには個別的な生活から切断されざるをえない法規範と、個別的事例のために適正で「正しい」規制を示す衡平との対立は、法の性質とその可能な現象形式において与えられる。したがって、両者の緊張関係は、つねにあらたに、そして、いかなる時代、いかなる法秩序においても、程度の如何を問わず、あらゆる人間にとって、繰り返される。そこに「法の極みは不法の極み」という標語が発揮する作用のエネルギーが依拠しているのであって、法律学ないし人間の生活経験が法の精神と形式の区別に向き合うところではつねにこの標語は特別な調べをもって奏でられる。それゆえ、この標語は、それを伝えてきた諸々の証拠<sup>⑤</sup>を提示しつつ、「法解釈 *interpretatio iuris*」の理論を明らかにすることによって、歴史的に説明するにふさわしいのである。

## 1

古典的ともなった標語形式の保証人とでもいうべきは、法律家ではなく、一人キケロである。しかしこの標語はキケロの独創になるのではなく、彼はこれを日常的に用いられる格言と呼んでいる。この言葉によって、キケロは狡猾

さや法のうがった解釈からある種の不法が生まれることを説明している。「不法はまた狡猾さにより、またあまりに穿ちすぎて、しかも悪意のある法律解釈によって起こされることも多い。あの『法の極みは不法の極み』というこゝろが日常普通いふるされる格言となつたのもこのためである。Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud “summum ius summa iniura” factum est iam tritum sermone proverbium.」(『義務について』De officiis 1, 33 [泉井訳を参照])。キケロは最初の例として、スパルタ王クレオメネスによる休戦条約の巧緻な解釈を挙げている。王は三〇日と記しながら、夜間に劫略を続けた。<sup>(6)</sup> 第二の例は、ローマの元老院議員が二つのイタリア都市「ノラとネアポリス」間の境界画定の裁定人 arbiter finium regundorum として、両当事者に対して、要求された境界からかなりの部分を譲るよう勧告したというものである。その後、相互の譲歩を求めた彼の裁決によって、境界を画定したが、相互の譲歩によって主のなくなった中間地帯はローマ国民の所有と宣言される。およそこのような「巧緻 solertia」が道徳的に退けられるべきことは当然のことであり、キケロはここでこうした当然の結論を導こうとしている。倫理的な問題、「不法 iniuria」の種類の違いに彼は取り組んでいる。しかし、「狡猾さ calumnia」、「悪意のある法律解釈 callida iuris interpretatio」の対立物、つまり「衡平と善に基づく ex aequo et bono」解釈は語られず、いわんや具体的な説明もなされていない。<sup>(7)</sup>

キケロよりも一〇〇年ほど前のテレンティウスは、その喜劇『自虐者』において、その最も簡潔な格言のかたちの前段階を伝えており、文言も内容もすでにきわめて近似している。一人の奴隷がいつものように主人と顔を合わせ、主人から彼の軽薄な息子のために金をだましとろうとしている。まさに彼の父としての愛と心配につけこもうとしている。というのは、金は名目上は彼の娘が負った借金を返すのに用いられることになっているからである。明白な抗

弁の先手を打って、奴隷は主人にこう信じさせた。「厳格法によればあなたは支払わなくてもよいし、そんな義務はありません。しかしそんなことを拒絶するのは、お父さんらしくありませんし、ふさわしくないのではないでしょうか。あなたの状況にはこんな言葉があてはまります。『法の極みはしばしば害悪の極み ius summum saepe summa est malitia』(第七九六行)。詩人は、自分も又この格言を引用していることを明言しているが、どのくらい文字通りのままなのか、メナンドロスによるギリシア語原典がどの程度彼のモデルないし契機となっているかは、明らかではない。<sup>(8)</sup> キケロの引用との本質的な違いはその中身にある。「法解釈 interpretatio iuris」、つまり解釈とその巧みさが問題となっているのではなく、法は父親にとって有利なことは確かなのである。だが彼は義理からそのような主張をなすべきではない。彼の態度はそうでなければ「邪悪 malitia」であり、シカーネと権利濫用にあたる。これに対して、ケルスス (D. 6, 1, 38) が伝える「邪悪はこれを寛容すべきにあらず malitias non est indulgendum」<sup>(9)</sup> という否定の格言はしばしば引用されるところである。

かくして、テレンティウスは、メナンドロスへ、そしてさらにギリシア人への展望を開く。内容的に奴隷と主人との小景はメナンドロスと彼の劇の都市性に対応しており、それはまさに登場人物の生き方のなかに行為の動機を求めている。彼の品位のある喜劇に対応するのは、ここで奴隷がプラウトウスの喜劇のように抜け目ないのではなく、人情の機微に通じた者として、品格をくすぐって、財布のひもを解かせ、そして、年取った主人も愚かな者としてペテンにかけられるのではなく、まさに彼が市民の、いうなればアッティカの気風を法よりも優先させるがゆえに、騙されてしまうところである。メナンドロスの断片は情景よりも当該格言の一般的な関係に属している。ここでは、メナンドロスは、制定法の高い価値を「はなはだしく巧みに λυαν ἀκριβώς」<sup>(10)</sup> (nimis calide) 解釈する<sup>シユコパルテス</sup>告訴常習者によるそ

の濫用に対置する。<sup>(11)</sup> しかしこれは、たんなる「古くからの」残響に過ぎない。というのは、こうした問題設定は文献的にはもつと古い時代に認められるからである。ヘロドトス『歴史』(3.53)は、「コリントスの」僭主の息子リュコプロンにまつわる説話の中で、「母殺しの怨みのゆえに」父親に対して口もきかぬほど憎しみをいだきながら異国にとどまり続けるリュコプロンをうまく説得するために遣わされた姉が古くからの警句にあふれた忠告をなしたことを伝えている。その中に、次のようなものもあつた。「いたずらに厳しい正義よりも、公正な分別の方を尊しとする人もたくさんあるのです」。メナンドロスの奴隷はこのように論じることができたであろう。この言葉は、「法の極みは害悪の極みなり」という言葉の実際を教えているのであり、この言葉を命令形によつてではなく、他人の行為に倣うように定式化するやり方は古い格言のスタイルに適合している。用語的にも、「正義 δίκαιον」―「衡平 ἐπιεικής」という語による対立はすでにその継続的に妥当する形式にあてはまつている。―この説明は、いわゆるソフィストたちの間に求められるべきであろう。たとえゴルギアスが証拠を残していなくても、それが既成の成果を利用し、「正義」<sup>デイカイオン</sup>と「衡平」<sup>エビエイケス</sup>との争いが行われたことを推測させてくれるからである。激戦に倒れたアテナイ人への追悼演説は、表面的には彼の新しい言葉遣いを示しているが、内容的には英雄たちの称讃を人間の価値と徳についてのソフィストの啓蒙的な説に依拠しているといわれている。残存断片 (Nr.6 Diels) では、最初の内容として、「神のような精神の高貴」が称讃されている。「一方で彼等は厳格な法よりも寛恕ある衡平を、他方で峻厳な法よりも言葉の正しさを好んだ。」「実に彼等は非常な厳格なる正義よりも寛恕ある衡平をよしとした *potiorem enim illi iustitia quae severe exigit aequitatem duxerunt comiter indulgentem*」<sup>(12)</sup> というフォス H.E. Foss の解釈は正しい。法律に忠実なパリスイ主義は「厳格な *αὐθαιμία*」という言葉によつて、「寛恕ある *πραΰτης*」という形容詞によつて衡平な人間性が見

事に表現されている。<sup>(13)</sup> この種の称讃の背景としての倫理的議論はアンチテーゼの中にはつきりと跡づけられる。<sup>(14)</sup> アッティカの気風は、「寛恕ある衡平 *πραῶν ἐπιεικῆς*」、自ら責任を負う（独善的ではない）人間性によつて特徴づけられる態度の担い手には自明のことである。ソポクレスはアッティカの舞台で年老いた盲目の亡命者オイディプスに感謝を込めてこう告白させている。「神への畏敬を私は君たちのうちに見た、<sup>(15)</sup>そして衡平 (*τὸ ἐπιεικῆς*) と偽りのない言葉<sup>(16)</sup>を」と。

アリストテレスは、衡平の本質及びその実定的法との関係について考察している。彼の考察は規準としての妥当性を獲得し、直接的にさらにしばしば間接的に受容され、中世並びに近代の法哲学<sup>(17)</sup>を稔り豊かなものとしてきた（『ニコマコス倫理学』5, 14、『弁論術』1, 13）。衡平の価値はアリストテレスにとつて、それを徳として賞讃する一般的な認識から明かなことであるが、実際、これは、通常衡平 (*ἐπιεικῆς*) を正義 (*δικαίον*) の上位に置く点で、アポリアに達する（ゴルギアスの英雄賞讃を想起されたい）。その謎を解く鍵は「衡平」<sup>エビエイケス</sup>をどのよう認識しているのかにかかっている。「衡平」<sup>エビエイケス</sup>は、いわゆる「正義」<sup>デイカイオン</sup>の必然的補正であつて、何か別の第二のものではなく、「正義 Gerechte」に本質的に内在するものである。正義が法律に忠実であることに見出されるように（「法律的正義 *τὸ νόμιμον δίκαιον*」）<sup>(18)</sup>、正義は必然的に衡平による補正を必要とする（「衡平的正義 *τὸ ἐπιεικῆς δίκαιον*」）。したがつて、衡平の本質は法律の本質から間接的に導かれるべきものである。法律が規範たらんとし、また複数の可能性を統一的に把握しようとするれば、法律はしばしば例外を伴つた規則とならざるをえない。というのは、そうでなければ、規制されるべき対象が統一的な規制に従属しないということになってしまうからである。「法律における欠缺」から、法律を補正するものとしての衡平の本質が導かれる。「一般的な規定であるがゆえに残されるものがあるかぎりにおいて、法律を補正するとい

う性質が衡平の本質である」と。これによれば、衡平は法律的正義に優位すると同時に、倫理学の意味において、「ノミコン・デイカイオン法律的正義」も正義の一種であり、衡平も正義の一種であるということになる。このような徳論の体系「倫理学」や正義の領域への衡平の参入は、アリストテレスが別の箇所（『弁論術』序論1, 1, 1354a27）で持ち出す制限よりも頻繁に引用される。正しく制定された法は、できる限り自らすべてを規定し、できるだけ僅かなことだけが裁判官の衡平による裁量に委ねられるのが何よりも望ましい。その理由としては、第一に、一人または少数の立法者の方が交替の多い裁判官よりも法発見にふさわしいからである。第二には、立法作業が長い熟慮と審理の結果であるのに対して、判決はその場で下されるものだからである。第三に、実はこれが主要なことなのだが、立法者は特殊なケースを対象とするのではなく、将来を見通し、好き嫌いや個人的利害の影響にとらわれない点で、「具体的なケースの状況」を共に体験する裁判官とはまったく異なるからである。アリストテレスにとっても、衡平は、人間が作るものとしての法律につきまとう不完全性に対して、正しい法を実現するためには必要不可欠なのである。

テレンティウスを契機としてギリシア人を一瞥してみたが、19格言そのものについて証拠とは結びつかなかった。定式はむしろ別の道を辿った。しかしそこに表現された思想と理論はアリストテレス以前に明らかに登場し、彼によってすでに究極的にドクマテイシユ教義学的に捉えられ整理された。レトリックのようなヘレニズム哲学を媒介として、それはローマに影響を及ぼした。しかしローマでは、固有の法発展から、厳格法と衡平の対立は裁判に直接的に作用する生きた現象となった。20それから、たしかにローマの言葉 [summum ius summa iniuria] はその力を得たのであり、キケロが伝えるその普及もそれに依拠をしているのであって、何らかの継受された哲学の理論によるのではない。たとえばその形（テレンティウスによって引用される言葉は「害悪 *malitia*」という語を伴っている）にとって、ギリシアのモデルが存在した

としても、である。内容的に多くの箇所が近似するとしても、明らかな形式の点で類似性がないということはその反証となっている。

この格言がローマでとった第三のかたち…哲学者セネカと同時代の人コルメラがキケロの『義務について』より一〇〇年後に著した『農事書』は、農場主に対して、小作人たちには、あまりに厳しく法Ⅱ権利を主張してはならないし、例えば支払いの期日やささやかな現物給付は猶予せよと警告している。法Ⅱ権利があるからといって何でも取り立てていいわけではないとは、実に古人がすでに述べているところである。すなわち、「というのは、法の極みは災厄の極みと古人たちは考えたものであった *nam summum ius antiqui summam putabant crucem*」(1, 7, 2)<sup>(21)</sup>、と。生ける習慣を前提としているテレンティウスやキケロと異なり、コルメラは敢えて無意識の言葉遊びを語っているのは彼の教養を示している。それこそはまさに「古人たちの」知恵である。「災厄 *crux*」という表現について、彼の異伝「ヴァリアント」は形式的である。つまり、厳格法―災厄(苦難<sup>(22)</sup>、苦しみ、シカーネという意味で)は幸運にも変更されていないが、アンチテーゼにふさわしい付加語「最高の *summa*」は「災厄」という表現にそぐわない<sup>(23)</sup>。法の領域から、この語「*crux*」は、その形式において、「害悪 *malitia*」ないし「不法 *iniuria*」という語より離れている。内容的にはコルメラとテレンティウスの用法は近い。つまり、いかなる解釈も余地のないほど明白な法の断念、道徳的理由から、ときには同時に、主人は小作人とのよき関係を作らなければならない、つまり、「小作人たちと丁寧に接し、気前よさを発揮すべし」[*Columella, res rustica, 1, 7*]<sup>(24)</sup> の如き有用性という理由からの法の断念である。

まったく倫理的な怒りからテレンティウスによりつつこの格言を語っているのは聖ヒエロニムスである。彼は処刑場での奇跡についての話を締めくくっている。罪なく死刑宣告された女性の首を熟練した執行人の刀から守ったとい

う奇蹟。「おお、法の極みは害悪の極みとはいかに真実なることか。……かかる奇蹟のあともなお、法律が猛威をふるっていることか！」命助かった者が自由を回復するためには、皇帝の恩赦行為が必要であった (Hieronymi epistula I 14; CEL.54. 8)。ここでは、法律解釈のことも本来的に悪意ある適用のことも論じられず、法律の効果が、下された神判によつて衡平によつて要請された恩赦と対照して語られているだけである。<sup>24)</sup>

要約すると、近代人によつてくりかえし引用される「法の極みは不法の極み」という格言は、「法*ius*」と「不法*iniuria*」の対立というかたちで、ラテン語文献のなかで引用されるのは、唯一キケロによるだけである。<sup>25)</sup>そしてキケロだけが「はなはだ悪意のある法律解釈 *nimis callida iuris interpretatio*」に対する、衰弱した法感情の警告としてこの格言を持ち出している。この格言がこの領域でいかなる役割を果たしているのかは『義務について』からはうかがえないので、そのために、より広い意味で具体的な関係の中で、それは探求されなければならない。古代弁論術の中にささやかな一歩を進めなければならない。

## 2

いかにして、当事者本人が弁論家に語る事柄が弁論家の事案になるのか？ 言換えれば、生の素材に、未だ輪郭だけとはいえ、弁論全体を決定する最初の形式がいかにして与えられるのか？ いかにして、顧客の出来事そのままの申立てから法問題 *Rechtsfrage* が探り出され、これにより審判人の前での弁護の全般的方針が見つかるのか。この問いに対しては弁論術が微に入り細に亙る体系的詳述を以て答えている。どの事件も一方の主張 (*acusatio* ないし *intentio*) と他方の否定 (*defensio* ないし *depulsio*) を前提とする。双方の観点の衡量から弁護人は、彼の課題、彼の弁護の目標

の出発点たる設問を引出すが、これが同時に、訴訟の内容をなし判決の対象たるべき真の法問題を明らかにする。単純な例…君は殺した。防禦…我は実行者ならず。主たる問題…被告は実行者か？<sup>(26)</sup> この問いから、告発、防禦、審判人それぞれの課題が生ずる。かく探り当てられた事件基礎が、その事件の「スタトゥス status」（ギリシア語で *στάσις*）「争点、事項」といわれ、今の設例での主張と否認の基本形は：「君はなした *Fecisti* — 私はなしていない *non feci*」。この立証は双方が推論によるから、本件は「推定スタトゥス *status coniecturalis* (*στοχαστικός*)」といわれる。「私はなしたしかるに正当になした、ないし、しかるに適法になした *Feci sed iure feci, sed recte feci*」、私が追い剥ぎを殺したのは正当防衛である、ゆえに殺人を犯したのではない。行為自体は認めるが、その「性質」が争われる場合、これが「属性スタトゥス *status qualitatis* (*ποιότης*)」である。私有財産を神殿から（逆に神殿の財産を私人宅から）持ち出すのは、聖物窃盗か単純窃盗か。問題は「定義 *definitio* (*ὄρος*)」によつて解決される。<sup>(27)</sup> 第四は形式的な法に関わる。すなわち、相手方が応訴せず、手続の適法性を争う場合、つまり、「一方は審判人手続へと召喚し、他方は審判人手続を拒絶する *alter in iudicium vocat, alter recusat iudicium*」場合である。

ギリシアの体系がローマへ伝わったさい、第四のスタトゥスは、ローマでは審判人手続での審理対象になりえなかつたことが注目される。というのは、法廷手続において形式的要件がすでに決定されていなければならなかつたからである。<sup>(28)</sup> さらに、法廷手続の審理—キケロ（『構想論』II, 66）は抗弁を方式書に採用するかどうかをめぐる争いの例を挙げている—も法の認識に基づいていなければならないという事情もあつた。

このような資料における指示は法律事件に関するレトリック理論が、裁判実務や法学的方法と無関係に併存していたわけではないことの最初の徴標である。逆に、レトリックにおいてある種の特別な科目ないし学問的な個別学科が

問題となったような場合には、法学的な取り扱いが伝統的な形態のまま、その影響を免れたということも考えられないであろう。レトリックの体系がきめ細かく構築された理論と術語を伴っていたのに対して、法技術がまだ未熟な中間段階にあつたのであれば、なおのことそのようなことは考えられないであろう。法学とレトリックの併存という状況において、取り扱われるべき素材の広範な共通性及び両学問の代表者たちにおける人的共同性が支配しているのであれば、未熟な理論「法学」に対する完結した理論と完全な体系構造をもつ隣接学問「レトリック」が影響を与えないはずがない。ところでレトリックは特殊学問ではなく、前一〇〇年の頃にはすでにローマでも、法学者たちの出自である社会階層の中心的な教養学問分野であつて、本来、経歴を通じて「法律家*iuris consultus*」の「権威*auctoritas*」を享受したすぐれたローマ人が、少年時代にレトリックが彼にもたらし、弁論を必要とする政治的経歴においてたいいていの場合には持続し続けた教養影響を免れたなどは考えることはできない。われわれはさらに一般的な評価へと向かう前に、レトリックと法学の本来的な共通性を輝かせる体系の部分を学ぶために、スタートゥスに立ち戻ることにしよう。

以上十分に展開されたというよりはメモ書き風に示唆され得た理論は、全素材の取り扱い方にとって、つまり、証明法の発見と分類にとつて基準となる。教科書も授業もこのスタートゥスによって、弁論家の全素材を分類する。弁論家が「練習事案 *controversia*」や実務における法廷弁論の現実的課題のために「事案のスタートゥス *status causae*」をはじめ吟味すると、レトリック理論は細部に至るまではりめぐらされた網の目の中から、具体的ケースで適用可能な論拠の一般的形態を提供してくれる。<sup>(29)</sup> もちろん、スタートゥスの発見それ自体にとつて、レトリックの術がすでに設定された論拠の取り扱いについて多くの指示が必要であるように、上述の四つのケースの単純な基本形からきわめて

複雑な体系を浮かび上がらせる。それゆえ、レトリックのかかる領域からまさに多数の競合的な教説や教義が発展したのである。<sup>(30)</sup>

われわれが関心を有する事案の集合は、体系内部の涉獵と各スタトゥス相互関係についての争いによって把握される。法律とその解釈に基づいて当事者間で争われる事案は、多数説では四つある。

1. 一方当事者が法律文言の厳格な解釈に依拠し、他方当事者が意思適合的な解釈、(文言と意思 *scriptum et voluntas sententia, πρὸν καὶ διάνοια*)、つまり、立法者意思、法律意思に依拠する。<sup>(31)</sup>

2. 両当事者が相互に矛盾した法律に依拠する。同じ法律に矛盾が見出される場合も、方法的に同じ(法律の抵触 *antinomia, leges contrariae*)。

3. 同じ一つの多義的な法律についてさまざまな解釈をもって(曖昧性 *ambiguitas, amphibolia*)

4. 一方当事者が法律の文言で理解される範囲を提唱し、他方当事者が法律の欠缺があり、推論によって補充されるべきであるという立場を主張する(類推 *sylogismus, ratiocinatio, collectio*)。<sup>(32)</sup>

以上の四つのスタトゥスないし「問題 *questiones*」——名称や体系配置はすでに述べたように様々である——の中に、完全にレトリック的法解釈理論は示されている。例えば第五の問題、定義による領域の補充をめぐる議論が示すように、理論は完全であろうとする。四つのスタトゥスの間に相互補完的な関係があることは見落とされることはなかった。<sup>(33)</sup> 二つの法律間に矛盾がある場合、主として文言と意思からの解釈の役割が倍加されることは明らかである。同様に、曖昧性や類推の場合、「立法者の意思からの理由付け *ex voluntate legis latoris*」が決定的であることも。他の三者は曖昧性を、他の三者が還元されるべき基本問題とみなした。<sup>(34)</sup> それにもかかわらず、併存が確保されたのは、

実務のために創設されたこの体系が、概括的かつ包括的解釈理論とあらゆる基本事例にとって考察される論法の列挙たらんとしたからである。

かりにこの体系がローマ法学にこれ以上の影響を与えなかったとしても、それにもかかわらず、法史において、それが現実に見出した以上に注目されねばならない。<sup>(35)</sup> 現代の法律学が様々な側面から同じような解釈の諸問題に導かれた。<sup>(36)</sup> 新生の法哲学はこれらを衡平の説明に関係づけねばならない。<sup>(37)</sup> これに関係する古代からの歴史的素材はたいていはアリストテレスに限定される。自由法文献を一瞥すれば、同様のことがいえる。法律解釈と法律からの自由に関する古代的理論は、自由法文献にとっても重要であるに違いない。<sup>(38)</sup>

最後に、立法自体、それが裁判官による判決に、文言を拒絶して、衡平な最良ないし法創造的補充を指示した点で、解釈の学問的議論にとって最も強力な契機を与えた。スイス民法典第一条はこの点で例証的な意味を獲得した。<sup>(39)</sup>

### 3

四つの「法文スタトゥス」のもとで展開される、このレトリック的解釈理論について、以下に簡単に素描することにした。さまざまな資料から引き出されるヴァリエーションやギリシアとローマの記録の比較には触れないで、むしろ以下の叙述は、『構想論』の名前で知られる、キケロの青年時代の著作に拠ることにする。<sup>(40)</sup> その理由は、一つには、ローマの資料内部で、いかに取扱われていたかがまさにこの章にとって最も豊富であるからであり、それゆえに、まさにこの時期の作品の上に、同時代のローマ法学の発展への推論が構築されるからである。

## I 曖昧性 *Ambiguum*

文言の多義性。そのために、以下の処方と証明の拠点は、いずれの立場にも妥当力を有すべく、自由に扱うことができる。

- 1 通常の語法ないし言葉遣いからその意味が明らかになる場合には、あると思われるよう不明確さは存在しない。通常の言葉遣いは、多くの意味が見出されるのを許容しながらも、しかしつねに一つの意義を想定している。
- 2 前後の文脈連関は意味を一義的に明確にする<sup>(4)</sup>。
- 3 起草者「立法者」がどのような意味を意図したかは、彼が他に書いたもの、その行動、言説、性格から吟味されなければならない。多義的な箇所は、いかなる解釈がこれらの吟味された規準に照らして適切であるか、正確に検証されなければならない。「何が起草者が意図した真実に等しいか *Quid veri simile sit eum voluisse qui scripsit*」は、広義の「動機 *Motive*」から解明されるべきであり、それゆえ彼の人格を規定するいつさいの材料が利用されねばならない（「起草者の人格 *persona scriptoris*」）。
- 4 同じ目的のために、成立時期や時代的狀況も考慮されるべきである。
- 5 一貫した推論に基づく正しい解釈の証明。また誤った解釈に対する反証。
- 6 別の解釈が想定される場合、法律に瑕疵がないかを吟味。その場合、何か重要なことが欠如している。
- 7 可能であれば、相手方が当該箇所に求めた典拠が他の法律において規定されていることの証明。
- 8 相手方の解釈に求められるべき文言の提示、所与の文言をこの仮定的な文言に照らして吟味すること。かの別の解釈をとったとしたら、起草者「立法者」の文言はつじつまが合わなくなること明らかにすること。そのさいに、

たんに文言ばかりでなく、文言の位置も考慮されるべきである。

9 最後に有用性と名誉性という視点も「曖昧性 *ambiguum*」の解釈を指示するために引き合いに出されるべきである。

## II 文言と意思 *scriptum et voluntas*

当事者の一方が「文言 *scriptum*」に拠り、他方が起草者の「意思 *voluntas*」に拠る場合がある。これは、遺言、問答契約、その他形式を踐んだ法律行為的な意思表示に類推可能である。すでに述べたように、このことはきわめて重要な事例である。

### a 文言の厳格解釈に与する場合

- 1 起草者ないし処分者が自らの意思に明確な文言表現を与える能力有すること、及び、
- 2 審判人が書かれたこと、つまり拘束力ある文言に従うべき義務を負うこと
- 3 事実的な事件と法律文言及び審判人の宣誓によって指示された審判人の義務との対置<sup>(42)</sup>。本文の頻繁な逐語的な引用による対置の強調
- 4 「起草者 *scriptor*」はその意思に自らそして確信をもって法的拘束力ある表現を附与したのであるから、起草者がその文言をもって自ら表示せんとする意思に代えて、理性をもってその文言に仮定的に他の意思を帰することは正しくない。
- 5 かかる手続は法的安定性を欠き<sup>(43)</sup>、審判人をして不確実ならしめる。

6 実際、文言の擁護者なら、主観的な推測からではなく、「文言そのものに基づいて」解釈する以上、起草者意思の擁護者よりも、つまりかかるスローガンをもって争う者たちよりも、大きな正当性を感じるであろう。

7 相手方が行為の動機を主張する場合、つまり、その動機が衡平によって支持されるとか、起草者がもしそう考えたらならば<sup>(44)</sup>に保護することを欲したであろうとか保護したであろうと主張する場合には、立法全体からすれば、動機が法にかなない、衡平によって保護されているという抗弁は法律侵害を根拠として甘受することはできないという原則で対抗すればよい。

立法者がかかる可能性を認識することを欲する場合には、法律本文が確定的な伝承によって明確な「例外 exceptions」を配慮するであろう<sup>(45)</sup>。このことを、「文言 scriptum」の提唱者は例外をともなった法律を読み上げることによって明らかにするであろう。とくに問題となつて法律自体が例外を含んでいても、しかしそれが相手方の立場に対応しない場合や、少なくとも、同じ立法者が他の法律で例外を設けている場合には、申し立てられた例外が欠如しているのは立法者がそれを意図したものであることを明らかにするであろう<sup>(46)</sup>。

8 現実に、相手方が衡平の意味で主張するカウサを承認するのは、「解釈 interpretatio」ではない、意思によって得られた法律に一致させるのは、「法律を廃止せざる限り、他には何もなし nihil aliud est nisi legem tollere」の擬制である、特殊な事案のために法律を廃止することである、と。

9 このような判決が下される場合には、法的安定性からどのような結果が得られることになるのか？<sup>(47)</sup> 審判人を指導するのは、もはや審判人が宣誓するところの法律ではなく、いまや法律侵害者の解釈の才能にすぎない。

10 審判人（仲裁人）の地位は、それが法律体制の中で規制される限り、「法律に反して判決すること iudicare contra

「legem」とは相容れない。<sup>(48)</sup>

11 本来的にはこのケースのために法律の文言として与えられるべきであった例外を構成し、審判人、あるいは国民がかかる例外によって実際に法律を細かくするであろうか否かを問う。

12 国制は法律を擁護し、その文言が規定した通りの内容と意思に従ってそれを実現する。もし法律が変更されなければならぬ場合には、それは国民によって変更されなければならない<sup>(49)</sup>。裁判権は立法権ではない。法律が修正の必要があれば、爾後的に国民によって改正され変更されなければならない。それが為される以前には、審判人はそれに従って判決すべきである。

13 原則を除けば、「文言 scriptum」の擁護者も、解釈に争いがある特別な法律を守ろうとするであろう。意味とそ  
のなかで規制されている素材によって

14 最後に、彼は相手方固有の領域に入っ<sup>(50)</sup>て、相手方が衡平の保護の主張のために援用した動機が現実に衡平にかな  
わないことを示すであろう。

15 もし可能であれば、文言の擁護者は文言から証明されるところのものを、そのなかに語られる「意思 voluntas」  
と「理由 ratio」を説明し、それゆえ後発的に主張された文言と意思の対立を文言に基づく解釈に有利にふたたび  
排除する。

b 文言に反対の立場 contra scriptum

そのためにはまず、いつものことながら、誤解をうむ文言のもとに認識されるべき意思及び意図（例えばクリウス事  
件における遺言者の場合<sup>(51)</sup>）と、特定の個別的事案、一回的なものや瞬時的なものに対するの意思の解釈、つまり規範と

しては確立されていないが、しかし起草者の意思がそれに対していかなるものであったかによって吟味されうるころのものが区別されなければならない。規範における類型的なもの個々の事案における個別的なものとのかかる対立のなかに、法律に対する衡平の本来的な性質が現われる。<sup>52</sup>

1 それゆえ、文言の反対者は、当該事案において事態の衡平性が解決を与えるところのものから始める。それはしばしばを行為、行態、態度の動機ということになる。<sup>53</sup>

2 文言の反対者は法律の一般的な性質、即ち、それ自体衡平の実現と保障<sup>54</sup>たらんとする法律の一般的な性質から判断のルールを導き出す。

3 制度上、審判人の選択には何らかの予防措置（最低年齢、社会的地位）がとられている。それはなぜか？それは、審判人が学童のように法文を復唱してこれにむやみに従属するのではなく、自分でよく考えて法律を解釈しうるためである。<sup>55</sup>

4 もし法文に従って判断がなされるならば、明らかに不法な結果となるような考えられうる別の事案を構成してみる。その結果は、明らかな特殊な事案は明文をもって規定される必要はないということである。<sup>56</sup>

5 家政の場合はともかく、日常生活のいかなる場合にも、もし受任者が委任者の意思ではなく、文言に固着するならば、委任は「正当に recte」に実行されえない。<sup>57</sup>

6 公共と倫理的な価値への有用性は衡平のために援用されるべきである。立法の価値と尊厳は法文ではなく、その内容、意図そしてその叡智に依拠する。<sup>58</sup>

7 「法律 lex」をそのように定義するならば、この定義から、「法律の本質」も文言ではなく、意味に依拠するこ

とは明らかである。<sup>(59)</sup> それゆえ法律に忠実な審判人とは、法律の意味に（つまり文言ではなく法律に）従うところの者にほかならない。

8 実際法律違反と判断されるべき事案との比較にあたっては、衡平を無視することが言語道断であることを明らかにする。

9 最後に、文言の反対者も、法律に対する相手方の立場に立つて、文言の中には、文言にも衡平にも賛成するものがあること、つまり、その点では少なくとも「曖昧である *ambiguum*」ことを示すことを試みる。

### III 法律の抵触 *antinomia, contrariae leges*

「法律が相互に抵触する場合 *antinomia, contrariae leges*」

1 両者は、公共にとつての意味、有用性、倫理的価値、必然性によって比較される。

2 先後関係。後法はそれ自体妥当性を推定される。<sup>(60)</sup>

3 いずれの法律が「定言的」[*kategorisch*]であり、いずれが「認容的 *einräumend*」であるか？<sup>(61)</sup>

4 いずれが刑罰的制裁によって保護されているか (*lex perfecta*)、もし両者がそうであれば、いずれが上級の刑罰的制裁によって保護されているか。<sup>(62)</sup> 刑罰条項は法律がもつべき意味を推論させる。

5 いずれが命令を定式化し、いずれが禁止を定式化しているか？というのは、しばしば禁止はより一般的な規定の修正を意図しているからである。<sup>(63)</sup>

6 いずれが「特別的 *specialis*」であり、いずれが「一般的 *generalis*」であるか？<sup>(64)</sup>

7 いずれがただちに実行を要求するか、いずれが期間を猶予しているか？

8 矛盾は、弁論者自身が依拠する法律が文言において明確であるのに、文言に反対する解釈によって、相手方によつてはじめて技巧的に実現された。<sup>(65)</sup>

9 もし可能ならば、この相手方の解釈を、矛盾を総じて引き起こす相手方の法律に新しい解釈と置換する。自分の解釈は二つの法律を両立させる。

#### IV 推論 syllogismus, ratiocinatio

「推論 syllogismus, ratiocinatio」による法律の欠缺補充<sup>(66)</sup>。例えば、母を殺した者が、判決と死刑執行（袋詰め刑）の間に、<sup>(67)</sup>友人たちのすすめで、形式にかなった遺言を起草し、その友人たちが挙げた者たちを相続人に指定した。死刑執行後、これらの相続人と、遺言は存在しないとして相続財産を請求する宗族員との間で、訴訟になった。類推によつて、判決と執行の間に牢獄にあった者（顔は狼の毛皮で目隠しされ、足は鎖に繋がれている）に、かかる場合に遺言する能力が拒絶される。この場合、主として「精神錯乱者 furiosus」の類推が強調される。類推による処方は以下の通りである。

1 まず類推として援用される法律規定を詳細に取扱い、そしてその意味を吟味しなければならない。次に、個別的な比較により、類推を強化しなければならない。さらに、衡平の命ずるところにより、このように示された二つの類推事案のうち一方がそうでなければ、他方は別のように判断されねばならない、と論じる。

2 法律の一般的な性質、つまり、個別事案を規律しつつも、その類推的適用を許容するという法律の一般的な性質

が援用されねばならない。「いかなる起草者もすべてのことを文書によって論じ尽くすことはできない *neminem posse omnes res per scripturam amplecti*」(『構想論』II 152)<sup>(68)</sup>と。

3 最後に、衡平がケースの全体的状況からして決定的なものであることを証明しなければならない。これに対して、相手方は次の通りである。

- 1 相手方はその類推が虚偽であることを証明する。
- 2 補充的にのみ、書かれた法律だけが妥当するという立場に立つ。類推の許容は法律のむやみな類推的補充に扉を開くことになる。最後に、類推として評価されるところの類似性が暴露される。
- 3 立法は現実に類推的な法律関係の個別的で明確な規制の頻繁な事例を与える。

4

以上に簡単に述べた解釈体系は、教育的、言うまでもなく学問的体系であつて、法律解釈のみならず、あらゆる形式拘束的な法律行為による意思表示の解釈など想定されうるあらゆる場合に妥当する。整序されたトピックも、具体的ケースにその都度適合的な選択を許容しながら、一般的に適用可能な論拠をできる限り網羅することによって、いつさいの一般的視点(共通トポス *loci communes*)<sup>(69)</sup>という性格を獲得しようとする。したがって、レトリックの教科書は、実務をはるかに越えて、まさに抽象的な解釈のトピックを樹立する点で、非レトリック的な法律解釈にも体系的な支援を与えることができる。「文言に基づく」解釈と「意思に基づく」解釈という解釈の二つの種類の明確な対立と意思に基づく解釈」と「衡平」の主張との合一とを、教科書に対応して、口頭の指示も考慮している。「この種の模擬裁

判において、あるいは文言をあるいは衡平を防禦することを教えられるとき、すべての少年たちは教師たちのもとでこの種の事柄を訓練される。in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modi causis alias scriptum alias aequitatem defendere docentur.」(キケロ『弁論家について』de oratore 1, 244)。ある意味でこのような弁証的な手続が将来の弁論家にとって重要であることを、キケロとクインティリアヌスは強調している。しかし相手方に可能な論拠について見通すことは自分自身の論拠を組み立てるのにそれを確実なものたらしめる。しかしまた法律を解釈せんとする法律家と審判人としてそのために召喚された者はこうした弁論術教育の成果としてなじみが深い方法に自らの援助を発見した違いない。

弁論術的解釈理論の作用への洞察は、弁論教育の教室や教科書の範囲を越えて法廷や裁判実務の実際に及べば、さらに深いものとなる。しかしこれは共和政の最後の世紀においてなお弁論術において少なくとも補充的な若者たちの学習であったが、法学においては本来的な教師であった。次の二つのケースがここで追及される解釈理論の典型的事例である。即ち、キケロの直前の弁論家世代がどのような位置にあったかを示すクリウス事件とキケロ自身の『カエキーナ弁護論』である。

I クリウス事件は遺言の解釈に関わっている。被相続人が遺言の作成に当たって死の直前にはたしかに子供がなかったが、彼の妻が妊娠したという期待していた。それゆえ彼は期待されるべき子供を相続人に指定する。この子供が未成熟のまま(遺言能力をもたないまま)死亡した場合のために、彼はM・クリウスを補充相続人に指定する。しかし遺言の前提は誤っており、子供は生まれず、一〇カ月後に、M・クリウスが相続財産を請求し、これにM・コポニウス——彼は無遺言の場合の最近の親族であった——が対抗する。遺言の前提が誤りであり、クリウスの指定の条件

が実現していない以上、その後の処分は生じないのだから、遺言は無効であり、したがって相続財産は自分に帰属する、と。この立場の主張を唱えるのはその時代の屈指の法律家Q・ムキウス・スカエウオラ<sup>(72)</sup>であり、クリウスの事件を弁護するのは、最良の弁論家L・リキニウス・クラッススである。この有名な事件についての記録は、判断能力ある同時代の人々がこうした精神的な演劇を見ていかに喜んだかをかいまみさせる。二人の権威——二人とも執政官級の人士である——は、事件を、たんに相続問題という意味を越えて、法律と法の解釈を支配する二つの原理の闘争劇たらしめる。ローマ法の内的発展はその当時この闘争をいかに決着するかについて充分成熟していた。「文法的」解釈の主唱者スカエウオラは遺言の厳格な解釈のために遺言の本質<sup>(73)</sup>と文言へのきわめて正確な服従を要求する相続法の特別な性質を援用する。未成熟補充指定 (*substitutio pupillaris*) の場合に関して、彼は彼の父つまり大神官Q・ムキウス・スカエウオラの権威を援用し、解釈は文言によるべきであり、子供が生まれなければ、後順位相続人は当然排除されねばならないとした。一般的に彼は法的安定性の存立を文言の妥当性の承認に結びつけた<sup>(74)</sup>。しかし「論理的」解釈の主唱者たる彼の相手方は、文言に対して意思の保護にとつての法的根拠づけを断念する必要はなかった。彼も、意思を擁護せんとする衡平の観点にとつての「権威と範例 *authoritates et exempla*」を援用することができた(キケロ『トピカ』44、『ブルトゥス』197)。彼の弁論も「市民法の範囲内 *in medio iure civili*」にあつた(『弁論家について』1, 180)<sup>(75)</sup>。レトリックはたんに弁論術的な解釈原則によつて、いくつかの証言の定式化のなかに現われるように、伝統的・法学的な原則に対立しただけではない<sup>(76)</sup>。二つの立場はローマ的な「法の解釈」の傾向、つまり「父祖の権威 *auctoritas veterum*」に裏づけられた、古くそして一見確実な立場<sup>(77)</sup>と、より新しく現代的なもう一つの立場とが存在することは、なおあまり意識されていないままであつた。つねにそうであるが、二つの傾向は正しく機能するために

解明的な加工が必要であった。クリウス事件はそのためにとくに重要な成果の一つであった。この事件は、原則の明確化のためにカズイステイクな契機を提供することによって、すでに学問的と呼ばれるべき法学的ディアレクティケ論証法ないし法哲学の欠如を埋めた。そして方法か？実現のトピック論か？それを提供したのは明らかにレトリックであった。スカエウオラの弁論について、それが全体として「書かれたことがもつとも優越すべしと弁護する」(ut scriptum plurimum valere oportere defenderet) という風のものであったと言われている。その弁論の個々の特徴はすべてさきに概略したこのレトリックのスタトゥスのトピック(78)に適合している。キケロはこれに法廷における弁論が法学的な専門的知識を必要としないという見解の支持者をして、法学者スカエウオラの弁論に次のような結論を結びつけてさせている。もし彼がこの場合に、彼の弁論の構成と論拠をレトリックの図式で形成したならば、このことは、弁論家が法律解釈をなす場合でもそのレトリックの理論で充分やっていけるということを最もよく証明しているのである(『弁論家について』1, 244)<sup>(79)</sup>。と。反対にクラッススはこう述べる。「もし意思が蔑ろにされるようなことでもあれば、遺言書はもとより、他の事どもでも、文言のうちにかくに大きな詭弁がひそんでいることであろうか。sententias voluntatesque testamentorum...quanta esset in verbis capio cum in ceteris rebus tum in testamentis, si neglegerentur voluntates」(『バルトゥス』198)<sup>(80)</sup>。彼の立場はたんに「衡平の擁護 patrociniū aequitatis」と呼ばれる(『弁論家について』1, 242)。百人裁判所は、かたずをのんで待ち受けられたその判決によって、満場一致で、クラッススの説に与した<sup>(81)</sup>。法廷はレトリックにスタトゥスの実地訓練のためのテスト・ケースを与えたが、法律学には、もつと重要なことであるが、二つの解釈原則の対立をそれまでに経験されたことのない鋭さで提示したのであり、しかもその判決は、「個別の」事案だけでなく、「一般的な」観点にも関わっているので、衡平がブレークスルーするためにきわめて重要な先例を創出

したのである。

Ⅱ 『カエキーナ弁護論』におけるキケロの態度はそれ以上のものを示している。『カエキーナ弁護論』も、レトリックにおける「意思に基づくスタトゥス *status ex voluntate*」にとつて、さらにそれを越えて、法廷における「衡平 *aequitas*」の支配を保障する「法解釈 *interpretatio iuris*」にとつて、ひな型事例たるべきものであり、これが同書が公刊された主要な理由である。『カエキーナ弁護論』はクラッススのクリウス事件に挑み、クリウス事件は、新しいより成熟した技術に対応するひな型によって取って代わられる。この関係を弁論家「キケロ」は、彼の立場を証明するのに役立つ「範例 *exempla*」の冒頭で次のように述べることによつて、示唆している。即ち、

「われわれが法廷に立つようになった少し前に、十分に雄弁なルキウス・クラッススは、相続事件を管轄する百人審判所において華麗なスタイルで内容豊かにこの見解を擁護している。……それは何か。いったいこのことは文言によつて十分に配慮されていたか。少しもされていない。それではどのような事柄がそれに役立ったのか。それは意思である…」(『カエキーナ弁護論』53)。

暴力と武装した人による特示命令の解釈を文言のむやみな濫用から守ろうとするキケロの任務をここではその前提に立ち帰つて追及する必要はない。われわれは彼の方法を認識するだけで十分であり、それは弁論全体にちりばめられている標語から明らかである。「それとも、特示命令の意思と意図と内容とが十分に理解されるときに、文言上の誤りにもかかわりあつて、事態や共通の利益をかえりみないだけでなく、放棄さえもすることを極度の恥知らずまたは異常な愚かさとわれわれは考えるのだろうか [50]」。あらゆる法律、あらゆる法拘束的文言は次のような場合

には無効となりうる。「もし、われわれが、文言の方へ事柄をひきよせようとして、一方で、それを起草した人の意図と根拠と意向とを無視せんとするならば [51]。……衡平さの点で、同じ根拠が妥当するとすれば、その根拠が了解されるかぎり、文言および名目の意味が何であるかはたしかに事態となんら関係しない [58]。……しかし、問題となつてこの事件では、文言が裁判の対象になつてゐるのではなく、この文言を特示命令の中へ盛り込むきっかけとなつたその事柄が裁判の対象となつてゐる [63]。……法及び衡平の問題を……文言の中に設定することはよいと思うか [81]。……物事の衡平さが文言の畏にまどわされてはならないと君は考える [83]」。相手方について、例えば、「衡平によらず、文言によつて自ら防禦せんとする」。審判人について、「起草者の意思と意向を擁護することは善い審判人の仕事である [65]」。相手方の立場は「狡猾なる解釈 *callida interpretatio*」として特徴づけられている。「君たちは、その特示命令の中で、もしわれわれが文言の中に法の存在を認めるならば、われわれがずるく狡猾でありたいと願つてゐるかぎりは、この特示命令の有用性をすべてわれわれが失わせてしまふであろうということを理解してゐる [55]。……しかし実際に武器について裁判が行われることになれば、このようなことを言うのがよい。しかし裁判が法と衡平について行われるとき、君は、これほど愚鈍な、これほど貧弱な策略へと逃げ込まないように注意せよ [61]。……あるときは狡猾な、歪曲された法からではなくて、衡平と善とから事件が判断される必要がある、書かれたことに従うのは濫訴者の仕事である [65]」。

これらの箇所の用語から、この弁論が、レトリックにおける「文言に反した意思に基づく *status ex voluntate contra scriptum*」の事例としての役割を果たすことは明らかであるが、その一方で、弁論家〔キケロ〕の関心は、「法解釈 *interpretatio iuris*」の根本原理及び衡平への参入を彫琢することにも向けられている。彼の「弁護

の通例のやり方 *consuetudo defendendi*] (*pro Caecina* 85) は、法廷において、ローマにおいて、衡平の証拠となるべきものである。キケロは、内的に豊かな彼の資質から何かが構想される多くの場合と同じく、モデル——この場合に弁論家として彼の最も親しいローマの模範たるクラッスス——と、理論——この場合にはレトリック——とによって導かれながらも、彼は同時にその最も内的な本質の傾向に従った。これらのことは彼のエトスを見事に特徴づけているのであるから、彼は、さきに見たギリシア語の表現を用いれば、「厳格な法律 *αἰθαρὰς δίκαιον*」に対する「寛恕ある衡平 *πραῶν ἐπιεικὲς*」の生来的な擁護者であったといって差し支えないであろう。こうした観点が法廷という非哲學的領域とその当時のローマ法という土壤に受け入れられたかを『カエキーナ弁護論』は教えてくれるのである。

5

ところで、こうした探求は出発点から間違っていないか。間違っていないかと思われるし、まさに『カエキーナ弁護論』はわれわれの念頭に浮かぶ二つの結論を理解するのに役立つという点でわれわれの目的になったものであった。より特殊な結果については次に簡単に概略することし、より一般的な結果についてはその関連についてもっと説明が必要である。

1 二つの観点の対立の中にあつて、「法の極みは不法の極み」という言葉が思い浮かぶ。相手方は、——それはなぜかを説明すべく——審判人に対して法律家という権威に屈服してはならないという一般的な忠告を主張した。キケロは彼に、このことがしかし文言の提唱者の立場に適合しないことを教える。この忠告は意思と衡平の擁護者を念頭においている、「もし文言と文字に対して、——そして通常言われるように——厳格な法に対抗して論陣を張る場

合には、そのような不衡平さに対して、善と衡平の名目が対置されるのがつねである<sup>(82)</sup>。ここにはかの格言はそのまま引用されているわけではない！しかし、この格言と、「最高の法によつて *summo iure*」という表現——これは確定的なものとして引用されている（「通常言われるように *ut dici solet*」——と区別することは不可能である。「最高の法」<sup>(83)</sup>に對抗する *summo iure contendis*」は、衡平の提唱者が文言と文字に基づく解釈に対向する標語にほかならない。ここでこの文言は『義務について』におけるよりも生き生きとした関係に置かれる。二種類の解釈の緊張はここで直接に結びつけられ、真つ向勝負の舌戦の記録が認識される。キケロの証言は、喜ばしいことに、この格言が通常のものであっただけでなく、両者の対抗がその当時のフォーラムにおいて頻繁であったことを証明している。

「最高の法と対立する *summo iure contendere*」、「最高の法と争う *summo iure agere*」という別の表現が登場することからすると、「法の極みは不法の極み」という格言の歴史を単純に考えることはできない。少なくともテレンティウス以来ローマには「法の極みはしばしば害悪の極みである *summum ius saepe summa est malitia*」という言葉が存在する。これは厳格で、硬直的で、濫用的な法適用のすべての事例に当てはまる。

ローマの法廷が、文言に基づく厳格な解釈と意思つまり法律の意図に基づく衡平な解釈という二つの「法解釈 *interpretatio iuris*」を相互に戦わしめたとき——これは弁論家が理論的にも実践的にも参加した闘争である——、厳格な解釈は「最高の法に對抗すること *contendere summo iure*」として、そのための確定的な表現によつて非難された。一人の弁論家が、それは誰かわれわれにはわからないが、すでに簡潔な言葉に込められた意味に対立物の附加によつて標語的な表現「法の極みは不法の極み」を与えた。この表現はそのさい古い格言によつて導かれた<sup>(84)</sup>。しかし新しい表現は *summo iure agere* という語の部分の範囲で「狡猾な解釈 *callida interpretatio*」の不衡平さに対する非難

として作られた。標語の生ける力にかかる対立の生ける効果に結びつけられた。そのことが争われる限りで、この標語は「衡平の旗印」であった。その背後に、よりひろい連関として、存在するのは、本研究がまさに対象とするところの、法解釈の基本原理の対立にほかならない。この標語の「盛んな時期」にだけ、この簡潔な形式が伝わることはたしかに偶然のことではない。共和政の終焉とともに自由活発な「法廷の論争 *disputatio fori*」は途絶え、法廷 *forum* と裁判 *iudicium* が、法解釈と同様に新しい条件のもとに置かれた時、標語の生ける効果もまた終わってしまった。しかし法の性質に基づく闘争がどこでもいつでも再生するのであれば、標語とその効果もまた再生する。

2 一般的な性質の結果は、レトリックがローマ法学に、その発展の時代に、つまりローマ法学が学問へと決定的に転換した時代に、与えた影響について、よりよき認識を与えてくれる。つまり、若い方の大神官 Q・ムキウス・スカエウオラとセルウィウス・スルピキウス・ルフスという二人の人物によって特徴づけられる時代である。ギリシアの学問が体系構成や方法の基礎づけにどの程度力を及ぼしその中身はどうかについて、なお明らかにされてはいない。法律家が一般的な学問方法を哲学から、厳密に言えばストア哲学<sup>(86)</sup>から受容したという次第に伝統になつてきた定式は現実の理解には障碍でしかない。とくに小スキピオ以来、とくにストア哲学がローマに影響を与えたとしても、そのディアレクティクはまったくその役割を果たしていない<sup>(87)</sup>。ローマの要請にとつてそれが役立たなかつたことは繰り返して強調されている<sup>(88)</sup>。両ムキウス・スカエウオラやルティリウス・ルフスがストア派と呼ばれるとしても、セルウィウス・スルピキウスはそうではない。彼はその弟子たちともに法律学の学問的方法に前者たち以上に大きな貢献をなした。方法論の影響について、若い逍遥学派とアカデミア学派が、ストア学派以上に注目された。それと同時にアリス

トテレスの衡平に関する説がレトリックによって媒介されたのと同様に、この点でもレトリックは、その媒介者として主張を申し立てる。方法論に関する材料についての生ける証拠を提供するものが、まさにキケロが友人の法学者トレバティウスのために著した『トピカ』である。この著作によって、著者はこの本来的には哲学的な材料を法律家に役立つようにしたこと<sup>89</sup>で知られる。序論は当時この法律家が自らの学問的方法論の構築のために役立てたいと申し出たことを生き生きと語っている。しかしトレバティウスの熱意に対して、キケロははじめ、この理論に精通した弁論術教師のところ<sup>90</sup>で、この——本来的にはアリストテレスの——トピカについて説明してもらえとだけ答えた。ギリシアのことはギリシアでということと考えられよう。しかしこれはローマにおける当時の学問の分業に対応している。法律学の哲学への従属とその範囲についてはそれ自体一個のテーマである。そのためには、今まで以上に、同時にレトリックの影響が注目され取り扱われなければならない。

われわれの研究に基づいて、その影響がどのようなものであるか、たしかに一定の範囲だけのことであるが、ここでは二つの局面について確認しておきたい。

a 法律訴訟の時代の法律家の役割は主として形式的な法に関係していた。ローマはもちろん随所で自然必然的に、法は形式主義的なものであった。そのように法律家の活動は展開するのであるが、片言隻句への隷従といえるほどの文言への固着がその本質的な特徴である。キケロの『ムレナ弁論』はそこから生まれた法律家の風刺に皮肉を込めた表現を与えた<sup>91</sup> (§23ff.)。法律家の問題は、「彼らが些細なこと、もつぱら法律の一字一句にかかずらわっている」[§25] ことである。この種の法律家は別の箇所<sup>92</sup>で（『弁論家について』 I, 236）で論争的<sup>93</sup>にこう定義されている。「法律家それ自体は、抜け目なく目敏いどこかの三百代言、法律訴訟の案内役廷吏、訴訟方式書の暗誦者、法律の片言隻句

を穿鑿する訓解者<sup>92</sup>」、つまり文言の専門家、その召使い<sup>93</sup>。法律文言が聖なる力と拘束力を持つという観念を免れていた時代には、こうした形式主義は「衡平 aequitas」ないし、同じような意味といえる「意思 voluntas」に対する裏切りであると見られた。「最後に、あらゆる市民法において、彼らは、文言そのものは守ったが、衡平をおざなりにした in omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenerung.」(『ムレナ弁護論』27)、と。法律学内部で衡平及び「論理的」解釈の原理を通用させるようになり、しつかりと根を下ろした形式主義にそれを遅らせる障壁を見出した時代に、レトリックは介入した。レトリックはたしかに哲学的(アリストテレス的)な衡平の理論とはまったく間接的な関係しかないが、しかし衡平を法廷や法解釈 interpretatio iuris において認識するためのローマ法律家の前提からは独立した素材と新しい方法を持っていた。クリウス事件におけるクラッススの勝利についてはさきに評価した。四〇年以上も前にフォルムにおいて次のような選挙にまつわるエピソードがあった。クリウス事件に関与した有名な人物の叔父にあたるムキウス家の人「クラッスス・ディウエス・ムキアヌス」で、養子縁組によってリキニウス家に入ったプブリウス・リキニウス・クラッススが按察官職に就いた。彼は、家伝によって法知識に精通していた。按察官職に立候補したとき、彼は、フォルムで——慣行に従って、勢力ある親戚たち——その中に執政官職経験者で弁論家のセルウィウス・ガルバがいた——が随行していた——、選挙人たちから法律相談を受けたことがあった。なかでもある選挙人が彼をその場所から脇にやって、自分の事件を彼に説明した。残念ながらその事件の中身はわからないのであるが、相談者はクラッススの「回答 responsum」<sup>94</sup>に明らかにうちひしがれて立ち去った。このちよつとした状景を見ていたガルバはその男を自分の所に連れてこさせ、彼に尋ねた。それで、ガルバはクラッススの回答をただちに間違いだと攻撃した。クラッススは、その道の権威に逃げ場を求め、自分の兄弟の「プブリウス・ムキウス

やセクストゥス・アエリウスの註解書を引き合いに出した。残念ながら、法律的に事情はまったく明らかである！しかしそのときガルバはいろいろ「類似の事例 similitudines」を挙げ、レトリックの手法を用いて厳格な法解釈に反対して衡平をいろいろ擁護して見せた。<sup>95</sup> 法律家のクラッススの困惑した姿は面白い。彼の扱って立つ権威たちや彼の解釈方法は同意を拒絶するが、しかしこの新しい觀念に発する考えを認めざるをえない。「彼は、ガルバの論がもつともらしく、また、ほぼ真実のように思われると認めた」と（そのようにキケロ『弁論家について』I, 239では語られている）。立候補はおそらく前一三七年のことであろう。それは、残念ながら今なお年代特定ができないアエブティウス法による訴訟改革——ガイウスに拠れば衡平への要請によって惹起されたという（Gaius, 4, 30）——の頃のことである。

この話が発展の端緒へと導いてくれるのに対して、『カエキーナ弁論』はこの発展の終わりに近い時期に一条の光を投げかける。カエキーナ事件では、両当事者はそれぞれの法律顧問の「権威 auctoritas」を百人審判所の法廷で引き合いに出している。キケロが衡平のために権威と仰いだのは、まさにC・アクイリウスその人である。悪意の方式書（キケロ『義務について』3, 60）<sup>96</sup>の考案者であるこの人物をこの立場の人と見ることは驚きではない。「キケロはアクイリウスのことを、「その人は、市民法の理念を決して衡平さから切離さなかつた」<sup>97</sup>（『カエキーナ弁論』78）、「と述べている」。厳格な文言解釈に対して意思と衡平を提唱する弁論家「キケロ」は、この最もすぐれた法律家と同調することができる。対立はクリウス事件とは変わった。「事情と意図と衡平が最も妥当すべきである」と告げるのは、このたびは「法の声 vox iuris」<sup>98</sup>である（S77）。他方、これに対立するのは、こういつてよければ、キケロの時代にとつての現代的な法律家たち、（キケロに拠れば）その知識は完全に文言に、つまり「いかなる文言によりどのようなことがなされ示されたか？」（S79）ということに依拠する助言者たちの「類 genus」である。キケロは自ら彼らのう

ちの一人とこの事件について議論した。彼は、「特示命令の意思 *sententia interdicti*」はキケロの側に有利であるが、文言はキケロに不利であると言った、即ち、「文言から離れることはできないと彼は考えた」(S79)、と。正真正銘の論争が芽生えた——キケロはそのようなことを創作できない、容易に反論することは困難であつたらう——この論争で、弁論家は法伝統からの「範例 *exempla*」を通じて「文言と書かれたこと *verba et scriptum*」に対する「衡平と善 *aequum et bonum*」の対立が頻繁にあり、文言の不利を明らかにしようとして試みた(S80)。それは空しく終わる！シェイクスピアが『ヴェニス商人』において劇的かつ大々的に生み出した驚きを小規模な仕方で見事に再現する。そこでバルトルス派のポーシャ姫が認めそして自ら擁護し、そしてそれに基づいて判決が下された当の厳格法が、それ自体の方法で覆されるという驚き。「文言は明らかに肉一ポンドとある。この証文はお前に一滴たりとも血を与えていない」と。まったく同じ方法で、文言に固執する法律家はキケロを慰める。「もし誓約の文言自体を綿密に検討するつもりならば、私をわずらわすものは何もない、と、彼は私を慰めてくれた。」(S80)。しかし彼が推奨しなければならなかったのは、策略であり、「狡猾なる解釈」である。ポーシャ姫の理由付けにおける迂路がまたそうであるように<sup>99</sup>。アキリウスと彼の方針が実現したという事実はただちに危険に遭遇する。このことをキケロは『カエキーナ弁論』の中で明らかにしている。裁判官から衡平の評価によつて法律に反した判決、法律に責任をもつ法律家に反した判決をもぎ取るとは慣習になつていたし、悪しき弁護人の場合にはそうではない、と。そのようなことはローマ的でなく、ギリシア民主政の民衆裁判所の精神に適つたものであり、そのことの証拠は明らかである<sup>100</sup>。キケロの法理解は次の点に、即ち、一方で裁判官の判決と、他方法及びその解釈者とを相互に対立させようとしてもそのようなことは不可能である、と説明している点に認められる。こうした矛盾を事実上証明されるような事案は、間違つた法律家

なり間違った裁判官なり、まさに人間の弱さに関係している。「法の対立 ius controversum」が問題になり、法律家たち自身の意見が異なるとしても、当然のことながら矛盾は表面上のことにすぎないのである。「衡平 *aequitas*」の法及びその解釈への完全な受容への発展を完成させたのは、アキリウス・ガッルス(10)の弟子、セルウィウス・スルピキウス・ルフス(10)である。ローマ法学の発展における彼の独自の位置に与えられる多くの名声のうちで、われわれの関連で最も重要なのはキケロの称讃である。(102)

「法律を解釈し、法理を説明する際に見せた、あの驚嘆すべき、人知を越えて神性すら感じさせるほどの博識も、……彼は法律だけでなく、正義の何たるかを心得ていたからだ。だから、法律や市民法から導き出される事柄でも、親しみやすさと公平さに照らして判断するのを怠らなかつた」(キケロ『ピリッピカ』Ⅱ、Ⅱ〇)。セルウィウス自身弁論家であり、新しい法律学的方法的構築に携わったというよりはむしろ、法律解釈に関するレトリック理論を細部に至るまで修得していた。(103)

「衡平 *aequitas*」のローマ法及びローマ法学における位置を決定的にしたのは、前一五〇年から五〇〇年にかけての頃であった。レトリックは、法形式主義に反対して「衡平 *aequitas*」へと決断のために尽力した。こうした立場がしばしばそれに固有のものであるかのように思われるが、法学内部で支持されるようになった。その立場の圧力、その間接的に哲学的な素材、そのギリシア的に形成され考案された方法は発展を強力に推進した。まずはアキリウスとセルウィウスによって完成された「衡平 *aequitas*」の全面的な承認への方向において、ついで、レトリックのイニシヤティヴなしにはるかにゆつくりとしたものであつたであろうテンポにおいてである。しかし「衡平 *aequitas*」がローマ法において持った意味は(104)この発展へのレトリックの影響の意味をも明らかにする。

b レトリック理論の法学的解釈への影響は即自的に、「衡平 *aequitas*」の内容を除いて考察しなければならない。というのは、この理論は別の立脚点、「書かれたもの *scriptum*」と「文言 *verba*」という立脚点のための実効的なトピックを提供するものだからである。影響力をレトリックが得るのはその絶対的な完全性の故ではなく、法学的方法の弱さからである。そのため、まず具体的な例を挙げよう。キケロは、法曹法と既存の法文献が見渡すことができないのは、あらゆる名前をもった「回答 *responsa*」とそれが付与された実際の事案の状況が法学的説明と文献へと移行したからだという。<sup>105</sup> これに対して、レトリック理論は、人、場所、状況によって規定される「個別的事例 *ἰδιόθετος, causa*」と「一般的問題 *ἄξιον, quaestio*」を明確に区別する。たしかに弁論術教師たちは、こうした区別の実際的な必要性をめぐって争っており、ヘルマゴラスに依拠するスタシス論「スタトゥス論」と結びつけられ、授業の中で、学生たちがその修得をめざした。<sup>106</sup> より洞察力ある者たちは、レトリック理論が決定的な役割を果たすことができる手続の段階を認識した。あらゆる実際の事案は、その性質上個人的な状況とともに弁論家の前にもたらされるのであるが、一般的な問題を含んでいる。事案の「取り扱い *tractatio*」のために、最初の課題はこの一般問題を発見することである。例えば、前述のクリウス事件で、原則的な問題設定は、「息子が実際に生まれなかった場合、息子が死ねば相続人となると指名されていた者が相続人となるべきと考えられるか」というものである。<sup>107</sup> 抽象的なトピックの設定、つまり学問的な証明理論は、総じて、こうした還元を通じて、無数の実際の事案が見通し可能な一連の一般的な事案に分類されてはじめて可能となる。これが体系の前提であった。個別の事案の中に、キケロの表現を借りれば、「永久的な法」を認識させるこの理論と実践から、弁論家は「法律家 *iuris consulti*」のカズイステイシユな手続を不器用な、それどころか素朴なものとして認めざるをえなかった。個々の「事案 *causa*」の状況——これを弁論家はその

つど一般的な内容のために選り分けることができた<sup>108</sup>——は、法律家の場合、回答だけでなく、文献の中まで入り込んでいた。繰り返し繰り返し返され、「永久的な法」は実現されることはなかった。体系学、トピック学も、学問も不可能であった。<sup>109</sup>

こうした批判は、何よりも弁論家による法律家への相談がしばしばあったということを見せてくれた。そのための生き生きとした事例はキケロの最も初期の弁論『クインクティウス弁護論』五四に見られる。審判人はC・アクイリウスと彼の顧問団である (§22)。相手方は回答を得ていなかった、キケロはこれをそれ自体悪意による懈怠を埋め合わせることをでっち上げた。「私が君のためにこれらの人々に相談してあげよう。今となつてはおそらく、私には関心のないことだからだ。君が君自身の問題なのに、時宜になつて彼らに相談することを忘れていたからだ。私は次のような問題をお聞きしたい。ガイウス・アクイリウス、ルキウス・リキリウス・バルブス、プブリウス・クインクティリウス、マルクス・クラウディウス・マルケッルスよ。私の同僚で縁者の者が保証約束に応じなかった。私は彼と長い間親しくしてきたが、最近金銭をめぐって彼と争いが生じた。私が彼の財産に対する占有を認めるよう法務官に申請をなすべきか、彼はローマに家と妻子を持っているので、彼の家に告知を置いてくるべきか。もし私が正しくあなたの親切心と良識を測つたとしたら、あなたが相談されたときにあなたが答えるであろう回答についていささかも疑わない。」キケロの衡平に関するすべての論拠を受け入れたい希望から生じる多弁は次のことを見損なわない。キケロが弁論家として事案をすでに一般的問題へと還元していることを。こうした手続に法学的カズイステイクはしばしば直面しなければならなかった。法学的カズイステイクが規範へと至る一般的なるものの理論的彫琢によつて影響されないことはありえない。また同じような関係は一般的に法律学とレトリックの間でも生じた。法律学

は法の土壤に根ざし、法律と実務との真の関係において比較にならぬほど優位に立ち、その一方でかのレトリック理論は当時体系的という点では一頭地抜いていた。レトリックは哲学的にも実践的にも長くギリシア的精神の営みのもとで形成された。それは抽象的であったので、異国の起源にもかかわらず、ローマのフォルムで親しまれ、實際支配的となった。

レトリックが法律学に提供しなげなかつたものに、われわれの研究対象であつた法律解釈理論もまた属する。クインティリアヌスは「文言と意思のスタトゥス status scripti et voluntatis」のまつたくレトリック的な取り扱いについて証拠を提出している。「法学者間で最も頻繁に問われた問題であり、法に関する争いの大部分はこのことにかかっている。」<sup>(9)</sup> 弁論家にとって方法的にも術語的にも同じような取り扱いが認められうる。「文言と意思に関する問題は法学者間で最も頻繁なものである scripti et voluntatis quaestio inter consultos frequentissima est」。『ローマ法大全』もこうした確言を確証しその術語も又レトリックと一致する。最も決定的な事案はウルピアヌス ad ed. 4, D. 1, 3, 30に求められる。すなわち、「法律が一定の行為を禁止せずと雖も之を希望せざる場合に其の行為を為すは法律に対して詐欺を行うものなり、而して法律に対する詐欺と法律違反の際は恰も意思と言語との差異に同じ。Fraus enim legi fit, ubi quod feri noluit, feri autem non vetuit, id fit: et quod distat φητόν ἀπὸ διαβολας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit。」<sup>(10)</sup> 以下で説明されるべき区別、「法律に対して詐欺をはたらく in fraudem legis agere」と「法律に反して行う contra legem agere」の区別は、言い換えではなくむしろ明らかにするためには、全く周知のものとして前提とされる「意思 διαβολα」と「文言 φητόν」の区別の類推に還元される。これは「文言と意思

のスタトゥス *status scripti et voluntatis*」にあたる確かなレトリック的な名称である。『ローマ法大全』の参考に附せられた翻訳でも、「語られたこと *dictum*」ではなしに「書かれたこと *scriptum* (ないし *verba*)」を当てるのがむしろ正しいであろう。ウルピアヌスは勿論ここでレトリックのスタシスを引用していないが、むしろ、学校術語とともに、法学的解釈への受容はるか昔に実現されていた。それ以上に、『ローマ法大全』の解釈に関わる箇所<sup>112</sup>で、術語的にも方法的にも前に『構想論』によって展開された解釈の体系に吸収されないような事案は存在しない。したがって、「曖昧性 *ambiguum*」<sup>113</sup>「抵触 *contrarium*」<sup>114</sup>「推論 *conjectura*」<sup>115</sup>「文言と意思 *scriptum et voluntas*」という法学的解釈の原理は厳格な解釈と「衡平 *aequitas*」との二重の視点のもとで「解釈 *interpretatio*」に統一される。それは法律学において、レトリックとまったくパラレルな構造 (*Topik*) を持っていた。たとえ個々の点、論拠の適用や就中その評価が異なったものであろうとも。

ローマ法学が、総じて解釈理論、「法解釈 *interpretatio iuris*」を持っていなかったということはとくに証明済みのことであるのか。繰り返し提起されてきた見解は『ローマ法大全』の中で解釈に関わる箇所がばらばらであり、そこに、——そして差しあたりそのようなことが期待できそうな「法律について *de legibus*」の章においても——そのような関連性が見出されない、ということに依拠している。ローマ法学がカズイステイク、つまり個別的事案の結果であるという一般的な評価は、「実践的な」ローマ人の貢献として、彼らは法学的方法のこの部分を持っていたが、理論的には取り扱えなかったと言おうとしている。この見方は根本的な誤りに依拠しているように思われる。ユ帝の法典発布のさまざまな勅令は『ローマ法大全』における理論の欠如についての別の答を与える。この新しい法典編纂

の主要な目的は法律家の解釈を求めるような契機をいっさい排除することにある。こうした法典編纂が「法解釈について de interpretatione iuris」という章から始まり得るだろうか？「重複 similitudo」と「矛盾 discordia」、「矛盾 antinomia は絶無なるべし：「全法文は調和と統一とを以て一貫するものにしてこの点に付ては何人と雖も異議を挟むことを得ず」[c. Deo autore 8]。学説彙纂は一切の註釈を施してはならない：「後世の学者は何人たりとも決して此の法典に註釈を施し又自己の冗語を以て此の法典の抜萃書たるの性質を害すべからず」[S12]。この法典が「法解釈 interpretatio iuris」を余計なものとしていることが、初期の状況との違いである：「古へ嘗て解釈者が互いに相容れざる見解を採りたるが為め法律全体が殆んど混乱状態に陥りたる」(S12)。しかし「解釈 interpretatio」が必要となるときは、それは皇帝にのみ委ねられる：「疑わしき規定と認めらるものあるときは裁判官は皇帝に就いて之を質し神聖なる権力に依りて疑義の釈明を得べきものとす。凡そ法律を制定し且つ之を解釈するの権能は皇帝の独占する所なればなり」(C. Tanta, 21)<sup>113</sup>。このような法典編纂物が法学的解釈理論をまとめた「法律について de legibus」という章から始まり得ようか？もしそのようなことがあり得たとしたら、トリボニアヌスはセルウィウス以来の法学者たちの中にそのための十分な素材を発見したであろう。ユ帝の『ローマ法大全』における「解釈 interpretatio」についてのばらばらな法文から、古典法学者に解釈理論がなかったとは決して結論づけることはできない。もし何らかのことがあるとしたら、この点での意識的な対立が確実である。『ローマ法大全』から追放された初期の法律学の「法解釈 interpretatio iuris」理論とはどのようなものであるか、その形成に影響を与えたレトリックの法律解釈理論が少なくともその概略を認識させてくれるのである。

- (1) *Metaphysik der Sitten, Teil I, Einleitung*, vgl. Kants Werke, hg. von A. Messer III, 243.
- (2) アテナイの民主政において、早期からそして決定的に、厳格法に対する民衆裁判所の自由な審判人団が主人となった。実定法と並ぶ衡平の承認と——それと手と手を携えて——裁判人の何らかの自由の承認は、あらかじめ言えば、民主的国家形態と密接に関係しており、厳格法は君主政（ユスティニアヌス、ルイー四世）に相応する。アテナイの政治闘争において、こうした法律の従属は早くから不条理な嫌疑に至り、ソロンは故意に法律の文言を曖昧かつ多義的なものにし、そのようにして民衆裁判所は、自由な法律解釈の展開を意のままにすることができた。すでにアリストテレスはこのことについて知っている（『アテナイの国制』第九章二。これについてプルタルコス「ソロン伝」一八、Wilamowitz: *Aristoteles und Athen* I, 61）。法制史的に言えることは、こうした発展が、立法者ならそう意図したと思われ得たほど、立法行為のあと時宜をおかずに生じたということである。
- (3) こうした発展がしばしば必然の流れであると言われる。Ihering, *Geist d. röm. Rechts* II, 467ff., Savigny: *System d. heutigen röm. Rechts* I, Kap. IV. Manigk: *Handwörterbuch d. Rechtswiss.* hg. Sier-Somlo u. Elster (1926) I 429ff., derselbe in "Festschrift f. Stammler" (1926) 16f.
- (4) Cicero de legibus 1, 17ff. これに応じて、法解釈の二つの時代を区別するが、これは同時に法律学の時代でもある。「それゆえ、まさに現在のように、法務官告示からでもなく Non ergo a praetoris edicto ut plerisque nunc」（同時代の法律学）、「父祖たちのように、十二表法からでもなく neque a duodecim tabulis ut superiores」（初期）、「まったくもって深遠なる哲学から法律学が汲み取られるべきでも sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam」（キケロの見方では将来の法律学）。
- (5) A. Otto: *Sprichwörter u. sprichw. Redensarten der Römer* (1890) S.179, G. Büchmann: *Geflügelte Worte* (27 A. 1925) S.387. 説明（解釈 interpretatio について）両者より慎重なのは Erasmus: *Adagia*, Chl. I. Cent. X 25.
- (6) ギリシアの伝承（Plutarch: *Apophthegm. Lac.* 「スパルタ警句集」S.233）では、王は、マキャヴェルリ的な絶対者の命令で解釈の芸当を許さない、即ち、敵を倒すことは、神と人間の判断によれば、法より大事なことである」と。同様にアゲシラス

王 (a.o. S.209)。

(7) ここで格言が「形式的で些事に拘泥した法律家の方法——文言と形式的論理学を操り、その意味を目から逸らす法律家の方法」(そのうち Binder: *Philosophie des Rechts* (1925) S.404, 134) に換言されることはテキストに反して広く流布している。二つの事例 (peccatur in re publica) も『義務について』と関連した一節の役割も、法律家の方法との直接的な関係と矛盾する。

(8) Domat の註釈を繙けば、格言の古い歴史も明らかにしよう。註釈はそのようなことをつねに教えてくれる。テレンティウスとギリシアのモデルとの関係に基づいて、P. Jörs (*Röm. Rechtswissensch.* 1, 260, 1) は、格言は「おそろく」ギリシアの格言に由来するであろう、としている。

(9) この概念及び現代の理論については：K. Huber: *Über den Rechtsmissbrauch* (Diss. Bern 1909)、歴史に関する序言がある。C.C. Coroi: *la théorie de l'abus de droit et l'exercès du droit* (Thèse, Genève 1910). 反対の格言：「自分の権利を行使する者は誰も害しない。Qui suo iure utitur, neminem laedit.」Cicero (de natura deorum III 74) は、アクイリウスの悪意訴権 (iudicium de dolo malo) を「すべての悪事の箒」と呼ぶべきである。

(10) ガイウスの表現「はなはだしい厳格也」nimia subtilitas (Gaius IV 30) とともに正確に対応する。

(11) Stobaeus IV 116 Wa. (=635 Koek). 新しいメナンドロス・パピルスの断片は、厳格法と衡平との争いに属する仲裁裁判をこじつけ問答から始まる。二つの標語：A φεύγεις τὸ δίκαιον B. σκωφαντεῖς δυστυχῆς がきっかけとなっている。こうした思想を少なくともプラウトウス『網曳き』Rudens (v.1230ff.) も軽く触れている。この意味でのシユコパンテスという表現について、Syrian S.194 Rabe を参照。

(12) *De Gorgia commentatio* S.71. これに対して、Blass の文体に関する注記：Attische Beredsamkeit 2.Aufl.1, 65 νόμου ἀκρβείας が νόμου ἀκριβοῦς となっている、用法が正しくなっている。

(13) Plato (Politicus 294c) は Νόμος——典型的なものは生活の個々の事例を完全には把握できないが、すべてを規制しようとする——ν ἀνθρώπου ἀνάδης——ラテン語の「法の厳格や rigor iuris」にあたる——とを比較する。

- (14) これについてのギリシア語の証拠は、法律に従順なのは称讚に値しない。 Hirzel: *Ἄγραφος Νόμος* (1900) S.17, 1.
- (15) アテナイの一般的な成句も。これについての若干の証拠は Norden, *Agnostos Theos* S.33.
- (16) 逆に「法の肅正 *αὐθάρδης δίκαιον*」及び「法の峻厳 *ἀκριβεία νόμου*」はスパルタ的気風に適合する。レオニダスの軍勢をいかなる弁論家も「公正の寛恕」と呼びかけることはできなかつたであろう。スパルタの戦士たちは古典的な言い回しで「厳しい掟に従う者たちに」と呼ばれて眠っている。
- 問：誰がスパルタを治めているか？アルキダモス王の答：「法律並びに法律の命令による當局」(Plutarch: *Apophtegm.* Lac. 「スパルタ警句集」S.218)。リュクルゴスの法は個人の倫理を強制する。「スパルタにおいては、全員があらゆる徳行を修練するように公的に強制した」Xenophon de rep. Laced.10. 4
- (17) M. E. Mayer: *Rechtsphilosophie* (1922) S.85ff. Binder: *Philosophie des Rechts* S.400ff. M. Rümelin: *Billichkeit im Recht* (1921) S.20, 3 (mit Literatur); S.45.
- (18) そのことに固執する者は、「正義に適う *δίκαιος*」のではなく、「法に厳格な *ἀκριβοδικαίος*」なのである。ようやくこれが「衡平 *ἐπιεικής*」に対する反対物であり、「厳格さ *subtilitas*」が衡平に作用しないようである。 *akribodikos* *epi to kheiron*. である。これが、レトリックの定式では、ゴルギアスの「正義の峻厳」が「公正の寛恕」と対比されるように *epikeies* の対立物である。
- (19) アリストテレス以前の理論の展開についての材料はあまり多くない。それはきわめて慎重に R. Hirzel: *Ἄγραφος Νόμος* (*Abhandlung sächs Ges. d. Wiss. phil.-hist.* XX, 1900) に収録されている。ここで、ギリシアの理論をわずかな証拠に基づいて明らかにしていることは重要であり、個々の点はすべてヒルツェルを参照されたい。個々の解釈をこのテーマはさらに促進できたであろう。ヒルツェルはエピエイケイアの理論を不文法へと結びつけたのであるが、こうした関係は私には両者の妥当領域に適合しないように思われる。その他、ペルニス Pernice (*Sau. Ztsch.* XX 163) は、ローマ法が成文法と不文法の対立を用いないという点では正しいが、レトリックによる媒介を疑問とするのであれば、正しくない。Géza Kiss: *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht* (*Therings Jahrb.f. Dogmatik d. bürg. Rechts* 58, 413ff.) は逆にローマの理論に

おける「不文法」の役割を過大評価しており、その結果彼の「解釈 interpretatio」の理解にはじめから間違った根拠を与えている。

(20) 十二表法の告示に対する関係はすでに指摘した。ガイウスは方式書訴訟手続の導入（アエプティウス法 *lex Aebutia*）を古い形式主義に対する衡平の勝利としている。

(21) 因みに、彼は返してもらおうべきものを見過ごしてはいけない（*nec rursus in totum remittendum...*）が、借主は要求が多だけで総じて払う気などないからである。

(22) 別の語調であるが、比較可能なものとして、「どのような正論も頑なに言い張っては聞き苦しいものです」（ソフォクレス『アイアス』一一一九行）。

(23) それゆえこうした形の格言が本来的で一般的であったとは考えられない。Wölllin は通俗的な格言に登場する韻から *ius* — *crus* を導きだそうとした。

(24) 古代の学校デクラマティオは法律に適った事例を次のように構成した、「近親相姦の廉で有罪となり岩壁から突き落とされた巫女が生き残った場合は、再度裁判にかけられる。『*Incesti damnata et praecipitata de saxo vixit: repetitur*』 Quintilian Instit. VII 8, 3.

(25) R. Stammler: *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902) は、この格言を題とする章で比較的長い説明を施しており、そのさう (S.34) 「テレンティウスのよく使われる言葉」としてこれを引用している。

(26) 詳細な学校事例: Cicero de inv. II, 14. そのやり方自体は、自分の経験からきわめて明らかである。Quintilian VII, 1, 4; 7, 2.

(27) Quintilian 7, 3, 19ff. Cicero de inv.1, 11 キリミア資料による (Hermogenes p.37, 8R. Aristoteles Rhetorik 1, 13). Vgl. Thiele: *Hermagoras* (1893) S.164.

(28) Cic. de inv.2, 57 「さうのは、訴訟の多くは法務官の抗弁によって排除され、それゆえ、わが市民法では手続に瑕疵のある者は敗訴することになっているからである。五八それゆえ、このような問題は一般的に（法務官の面前の）法廷手続において処理される。というのは、まさに法廷手続において抗弁が申請され、訴権が付与され、民事訴訟の方式書が完全に作成

されることになっているからである。Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is qui non quemadmodum oportet egerit. 58 quare in iure plerumque versantur, ibi enim et exceptiones postulantur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.] Auctor ad Herennium 1, 22: 「このスタートゥスの部門をギリシア人は審判人の面前で用いたが、我々は、大抵は法廷手続において用いる。しかしながら、審判人の面前でも多少は用いる。審判人手続においてめったにしか生じないのは次のような理由からである。即ち、民事裁判においては、法務官による抗弁が存在し、原告は、訴権を有していない限り敗訴するからであり、刑事裁判「公的査問」においては、法律によつて、commodumが被告に或る場合、まず原告について、その者が訴えることが出来るのか否か、審判が行われることが定められているからである。Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis nos in iure plerumque utimur...raro venit in iudicium quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit nisi habuit actionem, et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare neene.」この種の実地的な説明が法廷「審判人手続」にどのくらい影響し得たかをよく示すのは、キケロ『トゥリウス弁護論』(pro Tullio) である。これについて、詳細は目下、M. Wlassak: *Die klassische Prozessformel I* (1924) 112ff.

(29) Quintilian III 6, 21: Hermagoras satum vocat, per quem subiecta res intellegitur (Funktion 1), et ad quem probationem etiam partium referuntur (Funktion II).

(30) こうした混乱をQuintilian III 6, 22は嘆いている。唯一の(最早時代に相応しくないが)概観として、Volkmann: *Rhetorik der Griechen und Römer 2 A.* (1885) S.33ff. や G. Thiele: Hermagoras (1893); G. Jaeneke: *De statuum doctrina* (Diss. Leipzig 1904); L. Laurand: *De M. Tulli Ciceroins studiis rhetoricis* (Paris 1907).

(31) レトリックにおいては、まずこう言われる:立法者の意思。アリストテレス『弁論術』1, 15  
レトリック理論は方法的に法的に有効な形式的意思表示(遺言、契約)だけでなく法律についても妥当するので、理論的にはこの関係は起草者の意思にもつねにあてはまる。まさに法律の場合に、根本的な差異が認められることなく、時間とともに法律の意思も組み込まれる。例えばキケロ『プランクティウス弁護論』(pro Plancio) 42「私は今法律の不衡平に文句を言

うつもりはないが、君の行いが法律の意向とは違うことを示そうとしている。……君は法律の意向を忌避した。君はあらゆる  
平衡を踏みにじったのだ。 neque ego nunc legis iniquitatem queror sed factum tuum a sententia legis, doceo discrepare...  
fugisti sententiam legis aequitatem omnem reieicisti]; pro Caecina 50: 「特示命令の意思と意向と内容」 voluntas et consilium et  
sententia interdici. 等の直後に」 [51] 「起草した人の意向と根拠と意向 consilium eorum qui scripserunt et rationem  
auctoritatem...」

フォルトウナティアヌス Fortunatian のロトリック教科書 (S.107 Halm) はこう定式化する: 「法律の意思はいかなる仕方  
で考慮されるか voluntas legis quot modis consideratur?...」。法律家の場合一般的に「法律の意思 sententia voluntas legis」に  
ついて論じられる (D.13 de legibus の随所: D.50, 16, 6, 11. 例をば Savigny: *System d.h. röm. Rechts* I Kap.IV §47;  
Windscheid-Kipp: *Pandekten* 8 A. (1900) 81ff. Ivo Pfaff: *Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere* (1892) S.15 及び所掲の  
文献。) しかし Gaius III 76: 「この点に関して立法者が十分に明瞭な用語でその意思を表示しなかった。 non satis in ea re  
legislatorem voluntatem suam verbis expressisse.」 一般的定式 D.50, 17, 96 (Marcianus): 「曖昧な発言にもかかわらず  
述べた者の意向がとくに考慮されるべきでもある。 in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius qui eas  
protulisset.」 特示命令の説明の例「本方式書を創定した者の意思に基づいて ex voluntate eius, qui hoc iudicium composuit」,  
Cicero: pro Tullio 8. しばしば言及される際について根本的な注記は Paul Speiser: *Zeitschr. f. schweiz. Rech.* N.F. 4, 553ff.

(32) サヴィニー以来繰り返し返される主張は以下のことによつて制限される。すなわち、ローマ人が法律の解釈と補充を区別しな  
かったと信じられる。現在では、例をば Manik: Artikel “Auslegung”, *Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft* (1926),  
430; W. Burekhardt: *Die Lücken d. Gesetzes u. die Gesetzesauslegung* (Abh. z. schw. Recht) S.82, 3; vgl S.87.-Savigny  
(*System* Bd.I) und Ihering (*Geist d. r.Rechts*. Bd.II) はこのローマ人の法律解釈の理解について基本をなしているが、一  
人ともロトリックの素材について考慮を払っていない; vgl.D.1, 3, 12.13.

(33) 「すべての弁論術作家たちの間で、法の抵触 antinomia には、文言と意思という二つのスタートゥスが存在するといふことば  
一致している。 Inter omnes artium scriptores constitit, in antinomia duos esse scripti et voluntatis status.」, Quintilian VII 7, 1.

- (34) 詳細は、Cicero: de oratore II 110.
- (35) 詳しく取り上げたように見えるのは、M. Voigt: *Das Ius naturale, quatum et bonum und ius gentium der Römer* Bd.IV Beilage XVII: *Die Theorie der Rhetorik von der Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*. だけである。不朽の努力の作品であるが、古代レトリックへの展望もなく歴史的な理解もない。フォイクト自身 Bd.III で *aequitas* について用いた不幸なやり方を考慮すれば、この雑然とした巨塊がその後に影響力をもたなかったことは理解できる。「仮定に仮定を重ねたこの碩学に取り組みよ」と (P. Jörs: *Röm. Rechtsw.* I, 142, 1) は、法学文献には不毛であると思われる。しかし一般性を目指した P.W. *Realencyclopädie* の項目 *interpretatio* は、少なくとも解釈のための素材は網羅されているフォイクトの仕事が文献表に載せていないし、*Rhetorik* という言葉もその説明の中にそもそも登場しない。キップ Kipp の示教的で多く引用される項目 *Aequitas* (a.a.O.1598ff) は、*aequitas* の節で、解釈の原理として若干の示唆をしているが、レトリックにおける理論の体系的関連についてはまったく触れられていない。 *aequitas* はキケロの場合には *scriptum* などの対立物である、という彼の表現 (Kipp: *Geschichte d. Quellen d. röm. Rechts* 3 A. S.9, 27 も同様) は、この対立がたんにローマ的であり、まったくキケロ的であるという考えへと導く。これに影響されたものに、Binder: *Philos. d. Rechts* S.403. Kübler の新しい教科書 *Gesch. d. röm. Rechts* (1925) S.132, Abschnitt: *Aequitas* はレトリック理論と同様に何ら考慮を払っていない。
- (36) 一般的な手引きとして、Manigk のすべにしばしば引用される論稿: *Auslegung* (Handwörterbuch d. Rechtsw. (1926) I, 429ff.)。彼はこの方法論の部分が理論的に十分には扱われていないことを嘆いている (S.430)。
- (37) 例えば Binder: a.a.O.403. M. Rümelin: *Die Billigkeit im Recht* (1921) S.22ff.
- (38) ここでも理論の歴史のために、アリストテレスと個々のデイゲスタの箇所だけが挙げられている。ローマ人はそのための理論を持ち合わせなかったと言われる。例えば H. Reichel: *Gesetz und Richterspruch* (1915) S.80.
- (39) W. Burckhardt: *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung* (Abh. z. schweiz. Recht N.F.8, 1925) の綿密且つ明晰な説明に、筆者はおおいに感謝する。Art.1 Z.G.B. の理論的な関連について、最近では、H. Reichel: *Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches in "Festschrift für Stammler"* 1926. —パンドクテン教科書の中での

解釈入門の章のために一瞬確たる伝統が形成されるが、その歴史的素材は極めて狭小である。なおしばしば引用されるハイデルベルク・ロマン主義者で、サヴィニーの同時代人ティボー A. F. Thibaut: *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (2 A. 1806) は実際方法的な明晰性と活力ですべて引用されているが、ローマ法律家の interpretatio の歴史的像をまったく与えてくれない。そのことをティボー自身も語っている (S.167, 175c;179)。ティボーの歴史的な問題設定の拒絶『ローマ法大全』におけるテキスト批判の根拠についての見解は今日学問史的な関心となっている。

(40) 同書はいわゆる『ヘレンニウス弁論書』と広汎に材料を共有しており、『法文स्ताトゥス status (quaestiones) legales] についてはより詳細である。ギリシア語資料は主としてヘルマゴラス。Cic. De. inv. II 116ff.

(41) 「どのような語も、少くともたいいていの語もそれ自体文脈から切り離して考えると曖昧のように思われようとも、全体の文脈に照らしてみれば明らかかなことは曖昧とはみなしてはならない。Si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri, quae autem ex omni condidrata scriptura perspicua fiunt, haec ambigua non oportere existimari.] これに関して D.1, 3, 24 による解釈原理「法律の全部を達観せず其の一部のみに依拠して判決し又は回答するは法律家たる者の為すべき事に非ず。incivile esta nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere]」。

(42) 「審判人の為すべき務めは法に従うことであって、法を解釈することではない。[と主張することである]。Judicem legi parere, non interpretari legem oportere」, II 126. 「審判人諸君、諸君は法に則り宣誓して裁判に臨んで以上、法に従う義務がある。Iudices qui ex lege iurati indicatis obtemperare legis debetis」, I 70.

(43) 「審判にあたる者が、ひとたび書かれたものから離れることに慣れ親しむようになると、仰ぐべき確実な指針を失うことにならうからである。Eos qui iudicent certum quod sequantur nihil habituros, si semet ab scripto recedere consueverint」, II 128.

(44) キケロは de inv. II 71ff. でこの抗弁を詳しく取り扱っており、この点に関して II 127 では前に示唆されたことを利用している。法制史でしばしば引用される、ius 及び ius naturale, consuetudo, praeiudicia といった簡単な概念規定との峻別はすでに II 65 で与えられている。もちろんだれらは II 116 の interpretatio の説明を用意するものでもある。

- (45) II 130 「法律を起草する者は例外を設けることには慣れているのである。 consuesse eos, qui leges scribant, exceptionibus uti.」
- (46) II 131 「必要と考えたなら、きつと例外を設けたであらうことが明らかとなるからである。 quo magis probetur eum fuisse excepturum, si quid excipiendum putaret」
- (47) II 131は、はっきりと一般的な法的安定性を実定法に対する aequita の考慮の結果であると定式化する。「ひとたび法律を離れてしまえば、審判人が判決を下したり、また、その他の市民の生活原理は動揺をきたすことなるう。(et ipsis iudicibus iudicandi et ceteris civibus vivendi rationes perturbatum iri, si semel ab legibus recessum sit.)」
- (48) この表現は当事者表現である。しかし scriptum の立場から contra legem としてのかかる判断が好まれたと看做されている。 secundum voluntatem としての相手方、この点に関して、 M. Rümelin: Die Billigkeit im Recht (1921) S.73.
- (49) この点に関して、 Mommsen: Röm. Staatsrecht III 1228.
- (50) II 136 「法律文言に反対の主張をする者がつねに何らかの衡平になつたことを申し立てるべきだからである。 semper is, qui contra scriptum dicet, aequitatis aliquid afferat oportet.」
- (51) 後掲 S.29を参照。
- (52) M. Rümelin: a.a.O. S.20. 以下では (Kierulff: Theorie des gemeinen Zivilrechts S.22ff から) 簡潔な定式が説明される。「裁判官の衡平 aequitas はつねに具体的な意思の探求と確認であり、そこから規範が生まれる。それは真の法律内容を分析し、文言に固着した真ならざる内容を越えることにならぬ。」 Binder: Philosophie d. Rechtes S.399. 「起草者の意思を考慮するもう一つの場合は、起草者の意思がいついかなる場合でも不変的に妥当するほど単純なものでなく、何らかの事実や状況により、事情に応じて解釈されるべきである」と論じる場合である。……要するに、意思が採用されるのは、……あるいは、起草者がこのような状況や時点でするように欲したと、いうことを示すためである。 non simplex voluntas scriptoris ostenditur, quae in omne tempus et in omne factum idem valeat, sed ex quodam facto aut eventu ad tempus interpretanda dicitur…… sententia inducetur……, sic, ut in eiusmodi re et tempore hoc voluisse doceatur」, II 123f.

- (53) 「あるいはどういう意図でどういうつもりでどのような理由で彼がなしたか。 quo animo, quo consilio, qua de causa fecerit」, II 138.
- (54) 「彼は何らかの有用でないことや正しくないことがなされることを欲する法律はありえない、そして、法律が定めるすべての罰は犯罪や悪事に報いるために制定されたものである、ことを証明するであろう。 Demonstrabit nullam esse legem, quae aliquam rem inutilem aut iniquam fieri velit; omnia supplicia, quae ab legibus profisciscantur, culpae ac malitiae vindicandae causa constituta esse」, II 138. 上の contra scriptum の論拠の法学的な定式と比較せよ。 D.1, 3, 25 (Modestinus) 「法理も恩恵を主眼とする衡平も認容せざる一事あり他なし幸にも人類の福利の為に採用したる規則は寧ろ厳格なる解釈に依り人類の利益に反して峻厳なる結果を生ぜしむることは是なり。」
- (55) 立法者について「というのは、彼はあなたがた〔審判人〕がたんなる彼の文言の朗詠者ではなく、意思の解釈者たらんことを考えたからである。」 (neque enim vos scripti sui recitatores, sed voluntatis interpretes fore putavit) II 139.
- (56) 「それゆえ、かならずしもすべての事件が法律によって配慮されているのではなく、何らかの明白であるところのものは默示的な例外によつてゐるのでもある。 non ergo omnia scriptis, sed quaedam, quae perspicua sint, tacitis exceptionibus caveri」, II 140.
- (57) Cicero, pro Caecina 52 「もし、われわれの子供奴隷に、文言から理解されうるのではなく、文言そのままにわれわれの言うことにしたがうことだけを許すならば、家庭内の命令は全く意味をなさないだろう。」現代の文献では夏中を通じて暖房する召使いがそのための好例である。
- (58) 「法律がわれわれにとつて価値があるのは、意図についてわずかで曖昧な情報しか与えない文言によつてではない。 Leges nobis caras esse non propter litteras, quae tennes et obscurae notae sint voluntatis」, II 141.
- (59) Cicero de legibus II 9ff. と結びわめて広汎な関係にある。 D.1, 3, 1 及び 2 の定義も同様の傾向をもつ。レトリック的定義を示唆するものとして、 de inv. II 143 「法律は、文言からではなく、起草者の意図や共通の有用性からなる。 Leges in consilio scriptoris et utilitate communi, non in verbis consistere」。

- (60) Krüger: *Gesch. d. Quellen d. röm. Rechts* 2. Aufl. S.22 (Livius VII 17, 12)
- (61) このこと及び以下のことについて Modestinus D.1, 3, 7 「法律の効用は命令し禁止し許可し又は処罰するに在り」 (*legis virtus haec est: operare vetare permittere punire*).
- (62) 制裁 *sanctio* とその形式についての問題にとって重要である。Krüger: a.a.O.5, 21を参照。
- (63) 「どこののは、しばしば禁止するところの法は何らかの例外によつて命じるところの法律を修正すると見られるからである。 *saepe ea quae vetat quasi exceptione quadam corrigere videtur. illam quae iubet*」, II 146.
- (64) 「どこののは、何らかの部分に対して書かれたものや何らかの特定の事柄に対して書かれたものは、事案により近く、そして裁判により関係が深いと見られるからである。」 II 146。すなわち、弁論家は二つの法が妥当することを前提とし、いずれの法律が事案にとつてより考慮されるべきかを探求する。
- (65) 原則：「これはより明晰に書かれたものがより尊重されるべきでありより确实であると見られるからである」, II 147.
- (66) 「どこのにあるものにより、どこのにも書かれていないものが導かれる場合」 *Cum ex eo quod uspiam est, ad id quod nusquam scriptum est, venitur*.
- (67) 本来的には猶予期間は存在しない。この場合それは、明らかに（袋を作るといった）動機からである。したがつて、この箇所は猶予期間が存在しないという原則 (Mommesen: *Röm. Strafrecht* 911, 3) にとつて間接的な証拠として援用されうる。
- (68) 弁論家はこう言う：(II 151) 「多くの法律において多くの規定が省略されることがあるとしても、法律によつて定められた他の件に基づいて考えることができるので、誰も省略されたとは考えないからである。……。法律家はこう言う (Julianus): (D.1, 3, 12) 「法律若は元老院議決は問題と為るべき個々の場合を悉く其の規定中に網羅することを得ず、然れども若し法律若は元老院議決の規定にして一定の場合に関し明白なるときは裁判官はこの規定を類似の場合に準用し以て法を宣言することを要す。」
- (69) すでにプラトン Plato (im *Politicus* 294b) アリストテレス Aristoteles 『政治学』 Pol. III 16, 1287 a 1ff. (25: 「なるほむたしかに法律が規定し得ないと思われるものがある。しかしそのようなものはやはり人間だつて識ることを得ないだろう。」

いや、その目的のために法律は特に役人たちを教育して自分のし残したことにについては「最善の判断によって」裁判し統治することを彼らに委ねるのである。「その上、制定された法律を試してみても、それよりもっと善いと思われるものがあるなら、それへと修正することを許しているのである。だから法律が支配することを命ずる者はただ神と理性とだけが支配することを命ずるのだと思われる。」…。成文による法律よりも慣習による法律の方がいっそう権威あるものである。…。今日でも法律が規定し得ない二三のことに關してのみ役人、たとえば裁判官のようなのが判定する権利をもっているのである。』『ニコマコス倫理学』Eth. Nic. V 14.

(70) 例えば教科書によつて完全さを要求されない文体論との違いについて。Cicero, *Topica* 34「そこで、弁論術において、論題の類を問題にするとき、その類に属する種がいくつあるかは、完全に付け加えられている。しかし、ギリシア語で「スケーマタ schemata」〔詞姿〕と呼ばれる、語と文の修飾について、教えられるとき、同じにはならない。というのは、このテーマには限界がないからである。」

(71) 関連資料は最近 M. Krüger: *M. Antonii et L. Licinii Crassi fragmenta* (Breslau 1909), 42f. にまとめられている。

(72) Q. Mucius P.F. Scaevola. Max. 彼と同名の法学者との違ひについて: A. Schneider: *Die drei Scaevola Ciceros* (München 1879). 22ff.: P. Krüger: *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* 2. Aufl., S.64 (マリヌス事件について S.136, 36)

(73) [Brutus 52:]「かの者は遺言者たちの法＝権利について何も語らなかつたのか? Quid ille non dixit de testamentorum iure?」[Cicero: de oratore I 195. → Brutus 52]

(74) [Brutus 196:]「書かれたことが無視され、意思が勝手に探求され、賢明なる法律家の解釈によつて単純なる人々が必要ないことか? Quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere...quam omnio multa de conservando iure civile?」

(75) Cicero de legibus 1, 17 (前掲註(4))が区別する法律学の二つの時代、十二表法に始まり、より形式主義的であった時代と、法務官の告示に発し、解釈においても衡平が一般に用いられねばならなかつた時代を想起されたい。

- (76) すでにキケロはこの誤った、しかし現に存在する見解に対して抗議している、「なぜならば、弁論家クラッスス自身は、法学者に対抗して論ずるといふようなかたちで百人審判所で事情を述べたのではなくて、スカエウオラの弁護したことが正当ではないことを示すためにそのようにしたのであり、その論点に対してたんに論拠を提示しただけではなく、彼自身の義父である法学者クイントゥス・ムキウスおよび多数のきわめて学識のある人々を援用したからである。」(Pro Caecina 69)。このクラッススの立場を実現するために重要な個所は十分に考慮されていない。この個所は、Krüger a.a.O.S.42f.にも欠落している。
- (77) 以前に述べたレトリックの規則に対応して、クラッススは、一般的な証明を行っている。彼は、文言解釈によって矛盾したおかしな結果になった法律や元老院決議を引用した。「あのとき君はまた、法律からも、元老院決議からも、さらには世間一般の生活や談話からも実例を数多く拾い集め、趣意にではなく、文言に文字通り従えば、何事も片づかない場合のあることを、鋭くも、おかしみも込めてウィットも利かせて例証してみせたのであった」。(de oratore 1, 243) 古い十二表法の文言「舌が言明したように uti lingua nuncupassit」は無効とされ、「舌 lingua」[文言]は「意思 mens」に置き換えられるべきである。原則的なものがいかに手を加えられるべきかについての指針。方法的に同様のものとして、Cicero pro Caecina 54. これについて、Quintilian VII 6, 7.
- (78) Cicero Brutus 195; de oratore 1, 180; 244の記事によれば明らかである。
- (79) キケロは次のような見解に、即ち、彼は対話の中で二つの見解を主張させ、彼自身弁論家のために法学的知識を要求する者たちの側に立っているという見解に与しない。この誤りは、方法自体が法律にまったく精通していない者の手にとっては意味がないというものである。しかしスカエウオラの弁論は「文言と意思に基づくスタトゥス status ex scripto et voluntate」の立場から行われていたことは客観的に正しいに違いない。
- (80) 「あらゆる事案において、厳格法の理よりも正義と衡平の理が優越するというのが通説である。 placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.」(a.314) C. 3, 1, 8. (Paulus): 「法の優越はすべての法において、衡平がもっともよく考慮されるべきである。 in omnibus quidem maxime tamen in iure aequitas spectanda est.」 D.50, 17, 90.

(81) 「ルキウス・クラッススは、「相続事件を管轄する」百人審判所において、華麗かつ内容豊かにこの見解を擁護したのであるが、最高の法学識者クイントゥス・ムキウス・スカエウオラの反論に対して、『死後に生まれるはずの息子が死亡したときに(相続人となれ。』』という文言で相続人に指定されたマニウス・クリウスが、その息子が生後に死亡した場合だけでなく、初めから生まれもしなかったときにも相続人たるべきことを「すべての人に容易に立証してみせた。」(Pro Caecina 53)。これに対して、「スカエウオラの方は……彼の弁護をもってしても人びとを納得させられなかったのは、彼が、文言によって衡平を攻撃していると思われるからである。」(pro Caecina 67)。

(82) すでに以前に (S10)、キケロは次のような言葉を用いている。「アウルス・カエキーナは、彼自身が厳格すぎる法を援用したと思われぬように苦慮しているからである。Laborat A. Caecina, ne summo iure egisse...videtur」これはおそらく相手方が提起した批判を受けてのことであろう。この言葉は、カエキーナの訴権選択をめぐる法制史的にはきわめて重要な一節 (S8ff.) を締めくくる。この節は、目下のところ、Wlassak によって方式書訴訟の理解のために評価されている (Die klassische Prozessformel I (924) S.17 及び随所)。

(83) この形と、造語の上ではパラレルであるが、内容的には対立的な表現「至高の法によって optimo iure」と比較せよ。

(84) レトリックのスタシス論における対立の定式化についても何らかの手掛かりがある。クラッススの同時代人アントニウスは、「為された factum、為されなかった non factum」という推定スタトゥスと並んで、「法 ius、不法 iniuria」を設定した。Quintilian III 6, 45; Cicero Topica 82 「理論的な問いは三種類あり、すなわち、存在するか否か、何であるか、いかなるものであるか、を問う。」これらのうち第一のものは推定によって、第二のものは定義によって、第三のものは正と不正の区別に よって明らかにされる」。

(85) ローマの法律家は実際衡平とその妥当性を解釈の中に完全に取り入れた。セルウィウスはこの発展を決定的なものとした。彼らの学問的な論争の中で、この対立が登場するが、闘争的な標語が前提にする形式とはまったく別の形式をとるようになった。例えば Lav. 7 Epist.D.50. 16. 116: 『誰であれ他の (息子) 又は息子の息子が私の相続人たれ』「という文言」について、ラベオは娘は含まれないとし、プロクルスはこれに反対。ラベオは文言の趣旨に従い、プロクルスは遺言者の意思に従うもの

と私には考える。同人は、ラベオの見解が真実でないことは疑いない、と同人は解答した（私は解答したF<sup>2</sup>）。“Quisquis mihi alius (filius) filii filiusve heres sit? Labeo non videri filiam contineri, Proculus contra. Mihi Labeo videtur verborum figuram sequi, Proculus mentem testantis, respondit (respondi F<sup>2</sup>): non dubito, quin Labeonis sententia vera non sit.”]

(86) 例<sup>々々</sup> Krüger: *Geschichte der Quellen* 2. Aufl. S.50f.

(87) 法の倫理的な基礎という觀念に、ストア哲学が影響を及ぼしたことは少くはないが、この点に關してしばしば過大評価の表現に遭遇する。「ストアの自然法は、理性に基づく正義の要請によつて、キケロによるローマ法の体系的基礎づけに役立つた」(Ebenhard Nestle: “Griechische Naturrechtstheorien” in *Humanist. Gymn.* 1926, S.156.)。

(88) 弁証家 dialectici に対する激しい非難と法解釈にとつての彼らの無用性は、『レンニウス』Auctor ad Herennium 2, 16 (曖昧性 amphibolia を契機にして) に記されている。Cicero, Brutus 152 がセルウィウスのディアレクティカについての知識を称讃していることはとくにストア的というわけではない。

(89) 「それゆえ、論拠のトポスを注意深く探求すれば、弁論家や哲学者はもとより、法学者も彼らの諮問された問題について豊かに議論することができるであらう。」(Topica 66)

(90) 以下のことは異議のないところである。トレバティウスは弁論術教師を訪ねたがその結果は空しいものであった。第一に、この弁論術教師は、アリストテレスのものでないとしても、類似のトピカの基本線を教えることも、教科書(『レンニウス』『構想論』『弁論家について』)を挙げることもできなかつたからであり、第二に、キケロの指示が、レトリックが媒介者として考慮されたということを証明するからである。

(91) こうしたイメージはまったく偏向しているだけでなく、そのためにキケロが、すでに歴史的となり当時もはや隔絶した法学の時代からいかに素材を取り上げているかが注目される(S.25ff.)。批判されているセルウィウスは、キケロが言うところの「法律家 Jurist」とはまったく別のタイプの法律家であった。しかしキケロはそのことを後によくわかるようになってい。こうした世論的な誤解は、継続的な発展がなお進行中であり、閉じられた成果にしか目がいかなくなつたからにほかならない。

(92) このこと並びに方式書作成における法律家の役割について Wlassak: *Die klassische Prozessformel I* (1926), Abschnitt

II und IIIを参照。その表現として、pro Caecina 65: 「彼らは文言に仕込まれた罾や綴りの罾を非難する。 avaritia verborum et litterarum tendiculas in invidiam vocant.」 C. 2. 57. 1: 「文言にこだわるあまり危険をもたらす法的方式 Iuris formulae avaritate syllabarum insidiantes.」

(93) Thering, *Geist des römischen Rechts* II 468ff.; 475; 479ff.

(94) 「クラススから返ってきた返答は彼の問題に都合のよい返答というよりは、むしろ真実をついた返答であった。 Verum magis quam ad suam rem accommodatum.」 (de orat. 1, 239)。

(95) そのようにしては定式化されている (「衡平に賛成し法に反対して多くのことを論じる ultra pro aequitate contra ius dicere」)。

(96) これについて Wiassak a.a.O.25ff.

(97) 「市民法からたんにある知識だけではなく、善 bonitas (悪 malitia の反対語、Topica 47を参照) さえも生まれたと見られるほど、法に精通し、かつ学識をもった人。」

(98) 方法の発展的形成とともに対象の限定が要請されるようになるのは明らかである。古法学者たちについて、キケロは (de or. III 133) 「つまり、彼らはあらゆる問題を自分たちの回答の対象とした de omni denique aut officio aut negotio」ことを強調している。このことは、キケロにとって、ローマにおいていまだ知の専門化 (換言するといまだ学問) が成立していなかったことの主たる例示なのである。 nostros homines...omnia, quae quidem tum haec civitas nosset, solitos esse complexi.これに對して、アクィリウスは、『トピカ』(51)の記事によれば、それぞれか法の事案について、事実問題が対象になる場合には回答を拒絶した。即ち、「わが友人ガッルス『アクィリウス』は、誰かが彼のところへ事実に関する問題を持ち込んだときに、『これは法の関知するところにあらず、キケロの関知するところなり』というのがつねであった。 nihilo hoc ad nos ad Ciceronem inquebat Gallus noster, si quid ad eum quid tale tetulerat, ut de facto quaeretur.」と。つまり、これがガッルスが法学の対象領域をはっきりと限定していたということである。その峻別はスタシス論の術語によってもさらに活気あるものとなる。事実問題は、「定義 definitio」と法律解釈のすべての「問題 quaestiones」がそれに数えられる当の属性問題と峻別さ

れる。この峻別は、アリストテレス（『弁論術』 Rhet.c.1. 1354 a27）によって準備され、スタシス論によってさらに推し進められた。キケロは『カエキーナ弁護論』 pro Caecina 71において、次のような対置を通じて、彼なりにこれを用いている。「他の争いや裁判において、あることがなされたかどうかが問題とされる。……法に關してはそのようなことは何も無い。in ceteris controversiis atque iudicis cum quaeritur aliquid factum neque sit in iure nihil est eiusmodi.」<sup>99</sup>

(99) 「よき判決であるが、しかし理由付けが悪く」 Kohler: *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (1883) S.88. ここでは、「衡平 aequitas」の理論とのさらなる關係が言及されている。

(100) 「法学者の見解も認められず市民法（ここでは「法学者が法と考えているもの」の意味）も事件においてつねに妥当する必要はないというような考え方が、公然と裁判において、そして、時には才能のある人々によって擁護されるというのは驚くべきことだと私にはいつも思われる。」(S67)

(101) セルウィウスについての、全面的な評価はまだないように思われる（Arnoの最新の研究、*Scuola Muciana e scuola Serviana* は書評では知っている：Ztschr. Sav. St. Ro. A. 46, 392ff; 485）。Brunns-Lenel (in *Holtzendorffs Encycl.* 7. Aufl. 1, 345)「セルウィウスは、完全なギリシアローマ的教養を法律学のために用いた」と。言い換えると、彼はキケロなしには理解できないということである。源泉としてのキケロから、セルウィウスが法律学に用いられた教養の範囲と方法が推論されなければならない。P. Jörsへの追悼辞 (Ztschr. Sav. St., 59 S. IX) に、彼の言葉を読むことができる。「私はセルウィウス・スルピキウス・ルフスに関する研究から始めたのであるが、結果的にローマ法学史にまで発展した」と。このことはまったく首尾一貫している。というのは、彼は、共和政期の早期の発展が後の古典法学者の基礎であると結論しているからである。法律学は、ムキウスではなく、セルウィウスを通じてはじめて学問となった。ムキウスに対する叱責の言葉は、伝承によれば、彼を法律学へと改宗させたのである。

(102) 死者に対する追悼辞。因みに、キケロは、記念碑の建立に対する形式的な異議に対して「意思に基づく解釈 interpretatio ex voluntate」を展開しなければならない。(S3「われわれの父祖が問題にしたのは、このような意向であったと私は解釈する。sic interpretor sensisse maiores nostros」)。レトリック的に関心があるのは、ここでスタシス論が元老院における「意向

sententia」に適用されているからである。

(103) Cicero: Brutus 151.

(104) われわれの研究が追求する二つの主要な概念、「意思と衡平 voluntas et aequitas」に関係したインテルポラティオの問題について、ここで立ち入ることはできない。方法的な異議はここで提示した素材の結果である。「意思 voluntas」とか「衡平 aequitas」といった特殊「ビザンツ的」な概念の吟味の際に、インテルポラティオや脚色の疑いのある同じ法源からただただ締め出される。それゆえ際立った古典法学の構成の際に、「論点先取り petitio principii」が混在している。レトリックが影響を与えたのはビザンツ法学者だけであるとか、ようやくビザンツ法学が初めてであったとかいうような、レトリックがらみの標語にしばしば遭遇する。しかしレトリックがその最も強力な影響を及ぼしたのは、まさに学問へと成長する初期の法律学(小ムキウス、アクイリウス、セルウィウス、帝政最初の一世紀)であり、ローマ法学固有の学校組織や伝統が完全に固定的となる以前のことである。法源における「意思 voluntas」と「衡平 aequitas」の役割を判断するために一層の解明を必要とすることは、筆者の見解としては、われわれの研究の結果である。「意思と文言 voluntas et verba」について Gradenwitz: *Interpolationen in den Pandekten Kap. VIII.* 爾来「意思 voluntas」はまさにインテルポラティオの鉅脈を発見する占い棒である。「衡平 aequitas」については、就中 Pringsheim, *Ztschr. Sav. Stift.* 42, 641ff. 彼は古典法学者における「衡平 aequitas」の役割について正しくない (Abschnitt C, S.644は十分ではない)。

(105) 「これに関連して、われわれを阻害し、市民法を学ぼうという意欲を阻喪させている点では、例の法学者たちも同断だ。というのも、カトーの書を見ても、ブルートゥスの書を見ても、相談を受けた市民法の問題に関して男性にであれ女性にであれどう答えたか採録してあるが、ほとんどの場合、個人名を挙げて語っているのである。さぞかし相談の案件、疑問の案件が事柄そのものではなく、人物によって左右されるのだとわれわれに思わせようとしたことだろう。」de oratore 2, 142 (de legibus 2, 47を比較せよ)。

(106) Cicero: de inventione 1, 8; de oratore 2, 133.

(107) 「しかし事実はそうではなく、コポニウスやクリウスという個人の名は、証明の充実度や、係争の本質的な正確とは何の

関係もないものだったのである。問題はすべて対象となる事実が属する一般的・包括的なものに依存していたのであって、個々の時や個人に依存していたのではないのだ。……普遍的な法に基づき、包括的なものに関わる問題が求めるのは、個々人の名なのではなく、理論的な弁論なのであり、証明の源泉（すなわちトポス）なのである。」(de or. 2, 141)

(108) 「時や個人は確かに介入しはするが、係争は、そうしたのではなく、一般的・包括的問題にかかっていることを理解しなければならぬ。」(de oratore 2, 139)

(109) まさにこうした関連から、法学文献への批判を含んだ前述の箇所が生じたのである。説明全体からすると、ローマの弁論家はフォルムの実践に基づいて、ギリシアの学校レトリックよりも一般的包括的問題の理論を始めることができた。

(110) クインティリアヌスは、その後の説明のために、法学的な事例に助けを求めたと言うことである！しかしこの点で、学校教師はクインティリアヌスに勝利した（「同様にそうしたことが学校でも起こると言うことは驚きではない。しかしここではそうしたものは、故意に作り出される。Quo minus id accidere in scholis mirum est: ibi etiam ex industria fingitur.」, VII, 6)のであるが、それは虚構された事例というぼんやりとした幻影が積み重なった作品との引き替えによってのことであった。これに対して、キケロの場合にはレトリックの作品は「法廷での討論 disputatio fori」が響き渡っている。しかしクインティリアヌスは残念ながらも「法」iusの生きた理解を持っていない。彼はしばしばそれを称讃するが、トゥリアヌスの処方箋がただちに認識されうるようなものである。

(111) 比較せよ: Ivo Pfaff: *Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere* (1892). ラテン語の表現は例えば C.1. 14. 5pr.: 朕惟ふに法文の文字を厳守してその精神を失はしめんと企つものはその実に於いて法律に違反するものたること疑なきところなり。故に法律条文の趣旨に反して故意に屢々その法文の文字を悪用して相手方を苦しむるものは法律に定めたる刑罰を免くることを得ざるものとす。Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulententer excusat.」

(112) P. Jörs: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* 1, 283ff. は「レグラ法学という観念を展開している。これによれば、レグラ法学も、解釈の原理の発見と定式化の主要な貢献をなしたとされる (S.294)。そこには「文言と意思

scriptum et voluntas」に關わる解釈も含まれている。そこに述べられた範囲で、このことはあてはまらず、レグラ的方法の学問的意味 (S.295) がその他の点では冷静に判断する優れた著作の中で過大評価がなされている。上にあげた法律学への批判 (Cicero: de oratore 2, 142) を Joers はそれゆえ緩和しなければならぬ。

(113) これについてのコンスタンティヌスの言葉「朕惟ふに法律の解釈権は朕にのみ存するものなり。この故に公平なる條理と厳正なる法律との調和に關する解釈の権利は朕の公務の一にして実に朕にのみ存するものと知るべきなり。」C.1, 14, 1。しかし、ユ帝は彼の要求を文言に於て将来的に拘束力を有する新しい法典編纂の存在に基づかせている：「然れどもこれらの法律に不明の点あらば立法者たる皇帝はその解釈権によりて解釈して以て法律の嚴に失するもの又は人道と調和せざるものを調整せざるべからざるものとす。」(四五四年)。

本稿は、二〇一〇～二〇一二年度科学研究費補助金基盤研究 (C) 研究課題番号22530008 による研究成果の一部である。深甚なる謝意を表するものである。