

# 勅法彙纂第4巻第44章第2法文における 脳内の衡平とその実務慣用について

クリスティアン・トマジウス  
 ヨーハン・フリードリヒ・ストウツチング  
 出 雲 孝 訳

## 1 解題

本邦訳は、プロイセンの法学者クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIUS, 1655 - 1728) が主査を務めた学位請求論文「勅法彙纂第4巻第44章第2法文における脳内の衡平とその実務慣用について (*De aequitate cerebrina l. 2. C. de rescindenda venditione et ejus usu practico*)」(1706年)<sup>(1)</sup>の日本語訳である(以下、本学位請求論文そのものを指すときは「本史料」、訳者の訳文を指すときは「本邦訳」と呼ぶ)。学位請求者はヨーハン・フリードリヒ・ストウツチング (Johann Friedrich STÜTZING, 1679 - ???) という人物である。彼はハレの「上級塩田監督官 (独: Oberbornmeister)」であり、もともと同地で出生している<sup>(2)</sup>。1700年頃の上級塩田監督官は、塩田の管理を司る「塩伯 (独: Salzgraf)」を補佐する身分であり、毎年3人がハレの参事会から選出されていた<sup>(3)</sup>。ストウツチングがこの職務を務めていた期間は、現時点の調査では判明しなかった。

本史料は3つの章から成っており、第1章が「脳内の衡平一般について (*De aequitate cerebrina in genere*)」、第2章が「勅法彙纂第4巻第44章第2法文における脳内の衡平について (*De aequitate cerebrina l. 2. C.*

de rescindenda venditione)」、第3章が「勅法彙纂第4巻第44章第2法文の実務における使用について (De usu practico l. 2. C. de rescindenda venditione)」という題になっている。これらの章題からも分かるように、本史料の中心的なテーマは2つある。ひとつが「脳内の衡平 (aequitas cerebrina)」であり、もうひとつが勅法彙纂第4巻第44章第2法文、すなわち「莫大損害 (laesio enormis)」である。

脳内の衡平とは、本史料第1章第4節で説明されている通り、衡平を装った不衡平のことである。同章第5節において、脳内の衡平は、知的な弱さすなわち無分別から生じる場合と、意志の弱さすなわち欺瞞を好む心身の状態から生じる場合とに区別され、前者が本史料の中心的な考察対象となる。この脳内の衡平がどのようなものであり、法学においてどのように是正されるべきであるのかが、第1章のテーマである。これに対して、第2章と第3章は、脳内の衡平の具体例として、勅法彙纂第4巻第44章第2法文が論じられる。本解題においては、第1章で扱われている衡平と、第2章および第3章で扱われているいわゆる莫大損害とについて、簡単な解説を付しておく。

衡平は、もともとアリストテレス倫理学に登場するエピエイケイア (ἐπιείκεια) に由来しており<sup>(4)</sup>、彼の『大徳学』においては、次のように説明されている。

衡平ないし衡平な人というのは、法に即するもろもろの正よりも、より少なめに取得する傾向の人である。というのは、立法者が個別적으로는どうして詳細に規定することができないで一般的に述べている事柄が存するが、このような事柄においては譲歩する人、また立法者が個別的に規定しようとは欲していながらも、そうすることができなかったところの事柄を選択する人、そのような人が衡平なのだからである<sup>(5)</sup>。

やや卑近な例になるが、次のようなケースを考えてみよう。甲公園

には「車両立入禁止」の看板が立っている。あるとき、公園内で急病人が出たので、救急車両が立ち入ろうとした。守衛Aは、この救急車両を公園内に入れるべきであろうか。もし看板を字義通りに解釈するならば、救急車両も車両の一種であるから、立入りは禁止されるはずである。しかし、このルールを作った人は、「但し緊急車両は除く」という部分を何らかの事情で規定し忘れていたか、または規定することができなかったのだ、と守衛が考えて、この救急車両を立ち入らせることが衡平なのである。

『ニコマコス倫理学』にも、同じような説明が見られる。

問題が生れるのは、衡平が正しさでありながら、法律による正しさではなく、法律的な正しさを補正するものであるという点にある。そして、このことの起る原因は、法律はすべて一般的なものであるが、或る種のことに限ってはこれを一般的な命題としてただしく規定することが不可能であるという点にある。……（中略）……つまり、一般的な規定である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性なのである<sup>(6)</sup>。

近世の法学者たちはこの概念を取り入れたものの、その位置付けについては大きな変遷が生じた。イタリアの法学者ステファヌス・デ・フェデリキス (Stephanus DE FEDERICIS, 生没年不詳) は『法の解釈について *De interpretatione iuris*』(1535年)の中で、法(ここでは主にローマ法)が欠缺しているときは、衡平を法として尊重すべきであると主張した<sup>(7)</sup>。これは衡平を法源に数え入れる考え方である。フランスの法学者フランソワ・コナン (François CONNAN, 1508-1551) は『市民法註解 *Commentaria iuris civilis*』(1538年)の中で、衡平を不文法に数え入れており、デ・フェデリキスと同様に法源の一種であると捉えている<sup>(8)</sup>。つまり、16世紀前半のヨーロッパ大陸においては、衡平は法源であるという認識があった。特にコナンの説は、アントウェルペン出身のマ

ティアス・ヴェーゼンベック (Matthias WESENBECK, 1531 - 1586) を通じて、ドイツにも広まった<sup>(9)</sup>。

しかし、この法源論は17世紀になると異なる方向へ発展した。自然法論が台頭する中で、発展途上の自然法体系を補完する解釈技法として位置付けなおされたのである<sup>(10)</sup>。ここでの衡平の役割は、ある法の適用が具体的な事件において妥当でないとき、その法を制限解釈することにあつた<sup>(11)</sup>。そして、プーフェンドルフはアリストテレス倫理学におけるエピエイケイアの語義に立ち戻り、次のように説明した。

ところで、アリストテレスは、『ニコマコス倫理学』第5巻第14章において (アリストテレス『大徳学』第2巻第2章も付け加えておこう)、衡平を次のようにうまく定義している。すなわち、法律がその一般性ゆえに誤っている点を修正することによって、言い換えれば、自然な推論から明らかになる法律の制限解釈によって、ある個別の事案を一般的な法律に包摂しないのが衡平であり、その事案からはさもないと何らかの不条理が生じてしまう、と<sup>(12)</sup>。

さらに、このような制限解釈の根拠として衡平を引き合いに出すことそのものが、18世紀半ばから後退し始めた。法学の分野では、1756年の『マキシミアン・バイエルン民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis)』第1部第1章第11条が、衡平を名目とした実定法からの乖離を禁止した<sup>(13)</sup>。哲学の分野では、イマニュエル・カント (Immanuel KANT, 1724 - 1804) が衡平を矛盾したものだとは非難している<sup>(14)</sup>。こうして否定的な評価を受けた衡平に新しい役割が与えられることはなく、1800年頃には消滅したとされる<sup>(15)</sup>。

以上のような衡平の歴史に照らすと、本史料は、制限解釈の根拠として衡平が用いられた時代から、衡平そのものを否定する時代への過渡期に属する。トマジウスとストウッチングも、本史料で衡平そのものの価値は否定しておらず、ただ衡平を装った不衡平があることのみ

を問題にしている。それは、司法制度の整備を主権国家として願いながら、十分に体系的な実定法すなわち法典を持ちえない当時のプロイセンの国情を反映している。

次に、莫大損害について、これは目的物の値付けにあたって、その正当価格の半分以上を超える損失が生じたときは、契約の解消または損失分の補填のいずれかを選択するように、相手方に請求することができる普通法上の制度である。本史料のタイトルにもなっている学説彙纂第4巻第44章第2法文（ディオクレティアヌス帝およびマキシミアヌス帝、285年）に由来する制度であり、そこでは以下のように命じられている。

とても高価な物を、もし君または君の父親がとても安い価格で売り渡したならば、人間性に適っているのは、君が裁判官の権限の介入を伴って、代金を買主たちに返還することによって、売られた土地を取り戻すか、あるいはもし買主が選択するならば、正当価格になるように、君が不足額を受領することである。ところで、価格がとても安いと見られるのは、真の価格の半分すら支払われなかったときである<sup>(16)</sup>。

例えば、土地の真の価格が100であった場合、代金額が50未満であれば、売主は契約解消または不足分の補填を求めることができる。このルールは、そもそも真の価格とは何か、真の価格と正当価格とは同一のものを指しているのか否か、この勅法の射程はどこまで広がっているのか（買主にも適用されるのか、土地以外にも適用されるのか、売買契約以外にも適用されるのか等）について様々な議論を巻き起こし、後世において法学者たちの頭痛の種になっていた。それについては先行研究の蓄積があるので<sup>(17)</sup>、本解題ではトマジウスとストウッチングが果たした役割に焦点を当てる。

物に真の価格があり、それを契約において一定の範囲で遵守しなければならないという考え方、すなわち給付の均衡<sup>(18)</sup>の要請は、17世紀

の自然法論においておおむね受け入れられていた。もっとも、グロチウスやプーフェンドルフのような代表的自然法論者の立場は、給付の均衡の要請を認めつつ、莫大損害はその不十分な適用例である、というものであった<sup>(19)</sup>。つまり、自然法上は給付の均衡が厳格に要求されており、真の価格の半分を超える損失という要件は、あくまでも実定法上の制限であるとされた。自然法上は真の価格からの些細な逸脱であっても許されないのであるが、そのような逸脱が起きるごとに訴訟を認めるのは煩雑であるから、ローマ法は半分を超える損失という基準を設けたことになる。この解釈の歴史的な妥当性はともかくとして、グロチウスとプーフェンドルフは、莫大損害が部分的には自然法に適っていると考えていた。

これに対して、本史料におけるトマジウスとストウッチングの立場は、莫大損害を根本から否定するものである。そしてその最も重要な論拠は、価格は物の性質ではない、という点にある。彼らは価格形成に2つの根拠を定め、主として契約当事者の主観的な需要を、副次的に目的物の希少性を挙げた。さらに、契約当事者の主観的な需要は、個々人の欲望の形態に応じて相当に異なることも指摘されている。したがって、真の価格なるものは観念されえないのであり、もし正当価格が存在するとすれば、それは契約の遵守を命じる正義に適った価格、すなわち合意された価格であるとされた。この考え方は近代経済学にも繋がるものであり、当時としては画期的であったものの、その画期性ゆえに次世代の法学者からはしばしば無視された<sup>(20)</sup>。本史料が目を見たのは、フランス民法典編纂にあたって、いわゆる lesion の制度を採用すべきか否かの議論が起こったときである<sup>(21)</sup>。

以上のように、本史料が執筆された時期は、多様な法源を実定法に一元化する近代主権国家への過渡期であり、かつ、中世的な商業観から近代的な市場経済への過渡期でもあった。その過渡期における議論を見ることは、現代の様々な諸問題を反省する上で、歴史的な示唆を与えてくれるであろう。

## 2 凡例

本史料については、全集等の校訂を経たテキストが令和4年5月9日時点では存在していない。訳者は、私蔵のコレクションを底本としつつ、誤植と思しき箇所については、マックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所の蔵書等と比較照合し、校正した。

本邦訳の訳文中における括弧の使い方は、以下の通りである。丸括弧は、トマジウスおよびストゥッチング自身が原文で使用したものである。角括弧は、原文にない言葉を訳文に補うときに、訳者が挿入したものである。亀甲括弧は、訳者が註釈をつけるとき、訳註に落とし込むほどではないと判断した場合に、訳者が挿入したものである。鉤括弧および二重鉤括弧に対応する記号は原文にはなく、訳者が日本語の慣用に照らして挿入したものである。

本邦訳における註について、a) b) c) とアルファベットに右丸括弧で表記されているものは、原註である。原文はいわゆる脚注を用いておらず、本文にそのまま併記しているので、訳文もこれに従った。いわゆる脚注のかたちになっているものは、訳註である。

本史料における文字の装飾については、以下の通りである。原文の本論部分においてイタリックになっている箇所は、訳文において太字で強調した。これに対して、原註はすべてイタリックになっているけれども、これらをすべて太字にすることはしなかった。トマジウスは序文、註、目次などをイタリックで書く癖があり、強調の意図ではないと解されるからである。

最後に、トマジウスとストゥッチングがラテン語およびドイツ語を解説しているときは、これを訳文に載せた。綴りの現代化も控えた。歴史的用語法の解説である以上、原文を尊重する必要があると考えたからである。

### 3 翻訳

#### 第1章 脳内の衡平一般について

##### 第1節 衡平に関する通説の不明瞭さ。

市民法について書く人々は、衡平に関して多くのことを論じるのが常である。しかし、現代の舌を満足させるほどの慎重さによって常にこれを論じているわけではない。ボローニャのアルベルト・ボログネッティ<sup>(22)</sup>の『法、権利および衡平について *De lege, iure et aequitate*』という1巻本がある<sup>a)</sup>。これは、ローマで[1570年に]まず出版されて、その後ヴィッテンベルクにおいて1594年にリプリントされた。この本は、第28章から巻の末尾まで、註釈学派の諸前提に従って、衡平に関する教えを説明しており、そしてこれをアリストテレスおよびキケロの教えと結び付けている。なるほど、この教えは、註釈学派の暗黒時代にとっては学識豊かなものであったかもしれないが、しかし今日の明るい時代にとっては極めて混乱している。成文法上の衡平というものが存在するか否かという問題において、法の解釈者たちが意見を違わせていることはよく知られている。今は亡きゲオルク・アダム・シュトルーヴェ<sup>(23)</sup>もこれに触れており<sup>b)</sup>、そして意見を調和させようと試みた。また彼の後では、ヨーハン・シルター<sup>(24)</sup>がいる<sup>c)</sup>。博士たちによって余りにも錯綜させられたこの問題を、私たちが少しでも解くことができるか否か、検討してみよう。

a) 私は、ボログネッティが最近の著述家たちによって、すなわちホフマンの辞書やモレリーの辞書<sup>(25)</sup>の中で、またヨーハンネス・アンドレアス・クベンステッド<sup>(26)</sup>の『卓越した人々の祖国、学説および著作に関する対話 *Dialogus de patriis illustrium doctrina et scriptis virorum*』の中で、まったく言及されていないことを不思議には思わない。むしろ私が不思議に思うのは、普段はイタリアの法学者たちの中でもとりわけ注意深い研究者であるガイド・パンキロ



り<sup>(27)</sup>の『法の明快な解釈について *De claris legum interpretibus*』において、彼が見落とされたことである。

- b) シュトルーヴェ 『パンデクテン演習 *Exercitationes ad Pandectas*』第2演習第44章<sup>(28)</sup>。
- c) シルター 『パンデクテン演習 *Exercitationes ad Pandectas*』第2演習に対する第1系から第3系まで<sup>(29)</sup>。

## 第2節 自然法における衡平の多様な解釈。

衡平は、モラルの教えと法の科学においては、自然法について言われるときであれ実定法について言われるときであれ、人間の行為のみを主語に取る。自然法に固有のものとして言われるときは、正義と同様に、他者に対する人間の責務と関係する行為を主語に取る。なぜなら、もし人が思慮深く、そして信心深くつまり一言で言えば節度あるかたちで生きるならば、なるほど彼の行いは誠実であると言われてそしてこれと反対の行いは不誠実であると言われるが、しかし元来その行いは正しいわけでも正しくないわけでもないように<sup>d)</sup>、君はそれを衡平であるとも不衡平であるとも言ってはならないからである。ところで、このような〔他者との〕関係において、衡平は広義に解されることもあれば狭義に解されることもある。前者の場合、衡平は正しさを含んでおり、後者の場合、衡平は正しさから区別される。前者の意味によれば、困窮している人々を私たちの努力によって助けることは正しい。後者の意味によれば、それは衡平ではあるが正しいわけではない。したがって、正義は、後者の意味においては、他人の権利の保護すなわちより正確に言えば他人の権利を侵害しないことを意味しており、衡平は、自己の権利を譲歩して分かち合うことを意味する。もし君が何か正しくないことを犯すならば、被害者には、闘争または訴訟を通じて君に賠償を強制する権利が認められる。しかし、もし君が衡平に適うことを拒絶するならば、なるほど君は不衡平な人または人間性に欠けた人と呼ばれはするものの、しかしだからと言って、この

不衡平が闘争に正当な根拠を与えることはなく、また訴権を相手方にもたらずのに役立つこともない。

- d) 但し、君がこの名称を、一般的な正義と不正義とに関するアリストテレス学派の教えにもとづいて説明しようとするならば、この限りではない。しかし、慣用として受け入れられた法学 *iurisprudentia* という言葉は、ストア学派が用いた意味に合わせられており、ストア学派はアリストテレス学派の教えに気を配らなかった。

### 第3節 実定法においても。

実定法について言えば、衡平は、成文法または成文法の解釈の源泉を主語に取る。前者の仕方で衡平な法と言われるのは、厳酷にも冷淡にも作用しないものであり、厳酷な法と対置される。この厳酷な法は、反対に、衡平に適った一般的な規則にもとづく解釈を認めない。後者の場合に衡平な解釈と言われるのは、善き解釈の規則に支えられている解釈である。反対に、不衡平な解釈、詭弁的な解釈、誤魔化しのある解釈、法文による詐欺と呼ばれるものは、これらの規則から外れている。以上に述べたことから、前者の意味において成文法上の衡平というものが存在することは明らかである。他方で後者の場合、法の解釈者は立法者とはまったく異なる役割であるから、衡平はおしなべて成文法上のものではない。前節の意味における衡平もそうである。なぜなら、自然法は成文法ではないからである。

### 第4節 脳内の衡平とは何か。

さらに、脳内の衡平とは、普通の用法によれば、不衡平や不正義というよりはむしろ、衡平という装いと仮面の下にあるものを言う。それゆえに君はこれを、虚飾の衡平または仮面を被せられた衡平と呼ぶこともできる。この脳内の衡平は、それがまったく衡平ではないにもかかわらず人がこれを衡平であると詐称しているという点で、または

それが不合理な衡平であるという点で、真の衡平とは異なる。また、全ての不衡平が脳内の衡平であるわけではなく、それが衡平という装いを持っているときに限られるので、[単なる] 不衡平とも異なる。というのも、不衡平や不正義には、あからさまで万人に気付かれるものもあれば、着飾ってひとつの衡平を真似ており、そしてすぐにそうとは気付かれない推論によって、それらを他の人々に納得させてしまうものもあるからである。

### 第5節 脳内の衡平の源泉。

脳内の衡平の源泉は、衡平と不衡平との在り処に求められるべきである。衡平は徳の名前、不衡平は悪徳の名前、そして脳内の衡平は徳の仮面によって隠された悪徳の名前である。ところで、衡平というものは、一方では知性の徳であって分別の仲間属しており、モラルの教えに関する知識に起源を持つべきであるが、他方では意志の徳であり、これは心の寛大な状態から、また人間を温厚で慈悲深く礼儀正しくそして寛容にさせる血液の調子から生まれる。これと似た推論が、不衡平にも当てはまる。というのも、不衡平は、一方では知性の悪徳であって無分別の仲間属に、そしてなるほどその不衡平があからさまであるときは愚かさすなわち（知性の）粗野さの仲間属しており、これはモラルの原理に関する無知から生まれるが、他方では意志の悪徳であり、これは心の非人間的な状態から、また人間を厳酷、残忍、短気かつ無慈悲にさせる血液の調子から生まれるからである。脳内の衡平も、なるほどそれ自体は悪徳であるがゆえに、知性においては無分別の仲間属するが、しかしそれは愚かさの仲間ではなく、むしろ知性の人間的な弱さにその起源を負っている。他方で、意志における脳内の衡平は、人間を欺瞞的で狡猾で外面ばかり気にさせる血液の調子から生まれる。ところで、心に由来する不衡平と知性に由来する不衡平とが、たとえしばしば密接な関係を有しており、そしてそれと同じように、脳内の衡平という悪徳もしばしば知性と意志とへ同時に帰せら

れることがある。反対に（あらゆる徳がそうであるように）知性の徳とモラルの徳とが最初から併存することは稀である。しかしたとえそうであるとしても、ここで私たちが衡平、不衡平および脳内の衡平について論じるのは、それらが知性に関わっており、人間の行為が真に善であるのか悪であるのかについて、正しくまたは間違っただけで判断を下しているときに限られる。というのも、知性が脳漿 *cerebrum* の中にあることに鑑みて、この衡平は脳内の *cerebrina* 衡平と言われるからである。とはいえ、私たちはここで意志を完全に切り捨てるべきでもない。なぜなら、分別も無分別も、意志とは何ら関係がない知性の純粹に自然な性質ではなく、その起源を推理してみれば、意志にも依存しているからである。善悪に関する判断にあたっては、そもそも知性全体がそうである。

#### 第6節 脳内の衡平は頻繁に生じている。

もしかして私たちは、実務において用いられていない思考の産物について論じているのだろうか。脳内の衡平というものは存在しないか、あるいは出現するとしても稀なのだろうか。以下の通りである。脳内の衡平は、思考の産物である。なぜなら、それは知性または理性の中に存在する誤謬だからである。しかしだからと言って、無が思考の産物でしかなく〔実際には非存在である〕と同様に、脳内の衡平は非存在である、とは言えない。そして、脳内の衡平は誤謬であるがゆえに思考の産物であるのだから、理論においても実務においても極めて頻繁に生じている。理論においてなぜ極めて頻繁に生じているのかと言うと、私たちの法学は総じて思考の産物を、すなわち法的な意味における法/権利や無体物を対象としているからであるのがひとつと、もうひとつ、誤るということも人間的なことであり、法学においても、人間が人間である限り誤謬は存在するであろうし、また際限のない誤謬によって満たされていない学問領域は存在しないからである。実務においてなぜ極めて頻繁に生じているのかと言うと、理論が実務の基

礎になっているからである。教授たちは法の理論家と呼ばれ、弁護士、裁判官そしてもちろん立法者は法の実務家と呼ばれているという理由で、君が役割に応じて法の理論家と実務家とを区別しようとも、同じ推論が当てはまる。アントン・ファーベル<sup>(30)</sup>は、彼の著作『体系思考の学者たちと法の解釈者たちの誤謬 *De erroribus pragmaticorum et interpretum juris*』すなわち弁護士、裁判官および立法者が実務において従っている法の解釈者たちの誤りに関する著作において、教授を念頭に置いている。故人カスパル・ツィーグラ<sup>(31)</sup>は、『三百代言学、一名、三百代言術について *Rabulistica sive de artibus rabulariis*』と『ディカスティケー<sup>(32)</sup>、一名、裁判官の職責と犯罪について *Dicastice sive de judicum officio et delictis*』において、弁護士および裁判官を念頭に置いている。いずれにせよ、法と脳内の衡平との混ぜ合わせも少なくないことを、以下の節が教えてくれるであろう。ところで、これらのことが明白でありまた共通感覚に適っているにもかかわらず、しかし私の信じるところによれば、法において脳内の衡平が頻繁に生じていることを依然として疑おうとする人々が少なくない。すなわち、そのような人々は、法的な素材について、確固たる文言によって法文の中に現れていること以外には何も信じないように馴らされてしまっているのである。しかし、私は彼らに対して、「法文抜きで語ることは、法学者にとって恥である」という諺を私に向かって声高に叫ばないようお願いしたい。というのも、たとえ私が、[根拠となる法文を求める] 彼らの要求は不衡平であるという抗弁を、また自分たちの不面目に関する証言を出せと法の司祭たちに要求することは、実務家のルールにまったく反しているという抗弁を提起することが可能であるとしても、しかし私はこのような弁明を用いたくはないからである。なぜなら、脳内の衡平は破廉恥な悪徳ではなく、全人類に共通の欠点だからである。したがって、彼らのためには、著名なパウルスおよび際立った法学者ケルスス [の法文] が役立つであろう。彼らは次のように言っている。「一般的に、衡平および善に関する問題の大部分は、法

の知識という権威の下で酷く誤られている」<sup>e)</sup>。ここでは、裁判官も弁護士も教授も立法者も、彼らが日々口にしてこの極めて有名な法文を知っており、そして彼らのうちの誰であれ、自分もまた酷く誤っている人々の集団に属していないはずがないと、自分自身を評価するであろう。

e) 学説彙纂第45巻第1章第91法文第3項。

### 第7節 脳内の衡平の一般的な源泉は、忍耐力のなさや愚かな模倣である。

では、この悪はどこに由来するのか。あらゆる誤りに共通する源泉を除けばどこに。知性の場合、それは軽率さと権威とにもとづく偏見に由来している。この偏見は、意志の中にある忍耐力のなさや他人の愚かな模倣とにその起源を負う<sup>f)</sup>。脳内の衡平を生じさせるあらゆる種類の性格、すなわち頑固さ、好奇心、残酷さ、高慢さ、怠惰、短気、欺瞞、偽善およびこれらに類するもの全てが、この偏見に帰せられる。

f) 主査であるトマジウス先生の『理性学入門 *Einleitung zur Vernunft-Lehre*』第13章および『道徳学入門 *Einleitung zur Sitten-Lehre*』第1章を見よ。

### 第8節 特殊な源泉は、ゲルマン法学に鑑みれば、法それ自体が不確実であり形式に則っていないことである。

しかしこれに加えて、ゲルマン法学において脳内の衡平を頻繁に生じさせるその他の特別な理由が存在する。ある民は、法が少な過ぎることを嘆いているが、我々ゲルマンの民は、法が多過ぎることに難渋している。ある民は、自分たちの法が全ての市民によく知られていること、またそれが自分たちの国家の現状に適しておりそしてこの現状から分別のあるかたちで導き出されてすらいふことを喜んでいるが、

私たちは、ああ何ということか、自分たちの有する法が自分たちの国家の現状にまったく適合しえないかあるいは無理矢理適合させられた外来の法であることについて、すなわち自分たちの有する法が極めて少数のゲルマン人によってしか理解されていないことについて嘆かなければならない多くの、そして非常に重大な理由を持っている。私たちはユダヤの法を有しており、その大部分はモーセの律法である。私たちはユスティニアヌス法大全の中にあるローマ法とギリシャ法を有している。私たちはカノン法の中にある聖職者たちの法を有している。私たちは、フランス法、スペイン法、イタリア法、さらには私たちがこれらの異民族の法学者たちに従って、私たちの法廷においてまるで私たちの法であるかのように引用している法を有していないだろうか。私たちはゲルマン諸邦に無数の法規を有している。私たちは、不整合でしばしば矛盾し合う博士たちの意見を有しているが、これらの意見は通説的な誤りのせいで、私たちの法廷において、法の一種であるかのような顔をしている<sup>g)</sup>。これらの法のそれぞれについて（但し神の知恵から生じているモーセの律法は除く）、いたるところで饒舌を見い出すことができるけれども、賢慮や本来の知恵に適ったものはほとんどなく、通説が通説に反するという際限のない解釈が、このことを依然として極めて困難にしている。今やいったい誰が、脳内の衡平が形式に則らない不確実な法において頻繁に生じることを、不思議に思うだろうか。

g) 主査であるトマジウス先生の「慣習法および判例法について *Dissertatio de jure consuetudinis et observantiae*」を見よ。

### 第9節 似非法学者たちの群れによっても。

脳内の衡平を増やしてそして倍增させるのは、学んだことのない事柄について判断しようとする人間たちの欲求である。しばしば医学の先生方は、誰もが身分や地位とは無関係に他人に医学的な助言を与えようとするので、医学が全人類によって国家に極めて大きな害をもた

らすかたちで扱われている、と嘆いている。もちろん、もし法学者たちが同じように不満を漏らすならば、より大きくはないにせよ同じくらい大きな不満の種を有している。なぜなら、教養のある人もない人も、富者も貧者も、高貴な人も一般大衆も、人間の行為の正不正について論じるだけでなく、衡平および正義の規則に従って規律されるべき行為について、他の人々に法的な助言を提供しようと躍起になっているからである。それどころか彼らは極めてしばしば、法を修正しようと試みたり、あるいは法学者たちの教えをあたかも不正義かつ不衡平であるかのように抹殺して、そして著述の力によってのみならず政治の力によっても、さらには独裁的な力によっても、それらを国家から追い出そうと試みたりしているからである。しかも、君がこの事柄を少し詳しく調べてみるならば、これらの騒動と混乱とは次のことに由来しているとした考えられない。すなわち、行為の正しさおよび衡平さについて判断する人々のほとんどが、道徳哲学や法学の基礎を踏まえていないにもかかわらず、己の脳漿の中にある妄想に従ってまたそれゆえに単なる脳内の衡平にもとづいて判断を下していること、彼らのうちの多くは、このような道徳哲学と法学の手助けをあからさまに軽蔑すらしていること、そして彼らはこの手助けが衡平にとって重荷であるかのように避けて、さらには他の人々にも避けるように勧めようと目論んでいることである。

**第10節 脳内の衡平の分類。1. 脳内の衡平には、立法者によるもの、助言者によるもの、裁判官によるものがある。**

いたるところへ広まっている脳内の衡平のかかる膨大さと際限のなさの中で、これまで私たちが述べてきたことおよびこれから論じるであろうことをよりよく理解するためには、この多様な、極めて多彩に仮面を被せられた悪を一定の階級および類へ割り振ろうと試みることが、とても役に立つであろう。まず、次のように述べるとしても不適切ではないであろう。脳内の衡平には、それと対置されるものすなわ



ち真の衡平および不衡平の場合と同様に、立法者によるもの、助言者によるもの、裁判官によるものがある、と。立法者による脳内の衡平とは、一見すると衡平な推論によって支えられているように見えるけれども、しかしもし君がより正確に調べてみるならばその法律の下には不衡平が隠れていることに気付くであろう法律を、立法者が制定するときを言う。このような法律は、国家の平穩を促進することには資さず、むしろ国家に損害をもたらす。助言者による脳内の衡平とは、ある人が個々人の将来の行為に衡平という仮面の下で助言を与えて、助言を求めた人に不衡平に損害をもたらすときを言う。最後に、裁判官による脳内の衡平とは、市民社会において行われた行為に、裁判官が衡平を装いながら不衡平なかたちで法律を適用するときを言う。

#### 第11節 2. 裁判官による脳内の衡平には、理論的なものと実務的なものがある。

ところで、裁判官は、脳内の衡平に関して、とりわけ2つの仕方で罪を犯す可能性がある。ひとつは、事実に適用されるべき法を、脳内の衡平という口実によって不衡平に解釈する場合、もうひとつは、法が何か不衡平なことを含んでいるかのように装って、その法を完全に放棄するかまたは変更する場合である。簡潔さに努めるために、私たちは、前者の種を理論的な脳内の衡平と呼び、後者の種を実務的な脳内の衡平と呼ぶことにしよう。というのも、たとえ裁判官の職務が全体として見れば実務的なものであるとしても、しかしこの職務は2つの部分、すなわち法を正しく解釈してそしてその後で正しく適用することから成り立っており、また法の解釈はその適用とは明らかに異なっていてしかも適用に先行するので、なるほど裁判官の職務は形式的には法の適用にあるが、しかし裁判官による法の解釈は、裁判官ではない法の解釈者や事件の代弁人とも共有されており、そしてこれに鑑みれば、法の解釈はその適用よりもずっと理論的なものに数え入れられることができるからである。

## 第12節 続いて、理論的な脳内の解釈を説明する。

したがって、理論的な脳内の衡平に属するのは、裁判官が法の解釈において、衡平な解釈の規則を守らないとき、すなわち不衡平や不条理が帰結しないように法の一般的な文言を制限〔解釈〕せよと命じる規則を守らないときである。実際、裁判官がこれに違反するときは、たとえその不衡平がとてもあからさまであるように思われ、そしてそれゆえに上で述べられたことによれば<sup>h)</sup>、なるほどそれは脳内の衡平には属さない〔で単なる不衡平に属する〕ように思われるとしても、しかしまことにここでも、徳という覆いによって自らを隠そうと努める悪徳が存在しないかのように、裁判官は何らかの色付けや見せかけを用いるのが常である。要するに、こうである。裁判官の職務は法に従って判決を下すことであり、法に反して判決を下すことではない。ところで、立法者は、自分の考えを法の文言によって明らかにしている。したがって、このような裁判官はこの種の事案において、法の文言は自明であると言い張って、また確かな理由によって法を制限解釈する真の衡平を法の不衡平な修正であるかのように偽って、そしてそれゆえにあの自身の脳内の衡平によって、自分は己の職務の本分を逸脱したくないという口実を用いるのだが、しかし実際には、彼らは職務の本分を逸脱しており、そしてこのように何もかも混同しているのである<sup>i)</sup>。彼らはウルピアーヌスの法文を濫用して、「なるほどこの法は厳酷であるが、しかしそのように書かれている」<sup>k)</sup>という彼の手からなる金言を誤って適用している。上で引用されたパウルスとケルススは<sup>l)</sup>、法の知識すなわち法の文言の堅苦しい遵守を、判決にではなく真の衡平に対置させるとき、このような脳内の衡平に着目している<sup>m)</sup>。

h) 前述第4節。

i) ツィーグラールの『ディカスティケー、一名、裁判官の職責と犯罪について』第36断案第39節末尾および第37断案と第38断案を参照。

- k) 学説彙纂第40巻第9章第12法文。
- l) 前述第6節。
- m) 前掲学説彙纂第45巻第1章第91法文第3項。ツィーグラ―前掲書第36断案第35節。

### 第13節 また、実務的な脳内の衡平についても説明する。

これと反対の場合は、実務的な脳内の衡平が生じる。すなわち、法の意味は明らかであるもののそれが裁判官には気に入らず、そして裁判官が法に反して、この法は不衡平であると断じて判決を下すときである。法を制定することは、最上位の権限に属している。そして判決を下そうとする人は、法を自分自身に命じられたものとして、その法に従って判決を下すべきである。もし命じられた法に対する敬意がなくてもよいならば、任命された裁判官たちは、いったい何のために宣誓を要求される必要があったのだろうか。実際、しきたりによれば、善、衡平および自己の良心にもとづいて自分は争点を解決すると宣誓するだけでなく、自分は法に従って判決を下すであろうと、あるいはユスティニアヌス帝が言うように、自分はあらゆるかたちで真理にもとづいて法を遵守しながら訴訟を指揮するであろうと宣誓することになっている<sup>n)</sup>。自己に命じられた法を無視して自分の好きなように判決を下す裁判官については、レオン6世〔在位886 - 912年〕およびアレクサンドロス帝〔在位912 - 913年〕の非常に恐ろしい勅法が存在する<sup>o)</sup>。この勅法は、10世紀の初頭に出されており、不吉な呪詛によって担保されていた。同様に、既にユスティニアヌス帝の時代には、彼の命令にもとづいて、裁判官は、自分自身を不吉な呪詛によって呪うように強いられていた<sup>p)</sup>。たとえ法が衡平に適った推論と真っ向から対立しており、そしてその法を破らなければ衡平を維持することができないほどに厳酷であるとしても、しかしウルピアーヌスの範に倣えば<sup>q)</sup>、法はまったくそのように遵守されるべきである。というのも、衡平には2つあるからである。ひとつは内的な衡平であり、この衡平

は成文法の厳酷さを、法の趣旨および事実の諸事情にもとづいて調整しかつ矯正する。そして、この衡平は、裁判官の職務に属している<sup>r)</sup>。もうひとつは外的な衡平であり、この衡平は法と真っ向から対立することによって為され、そして成文法の文言と無関係であるのみならず法の趣旨とも無関係である。この外的な衡平は、ただひとり元首の権限にのみ留保されている<sup>s)</sup>。したがって、裁判官たちが、法を不衡平であると断罪したり、熟慮せずに行われていると述べたり、さらにはそのような口実で自分の脳漿にもとづいて争点を判断したりすることをまったく躊躇わないほどに自惚れているならば、明らかに彼らは己の職務の本分を逸脱しており、そして法の外部で、まったく詭弁的な脳内の衡平を自らでっち上げているのである<sup>t)</sup>。

- n) 勅法彙纂第3巻第1章第14法文。
- o) 実際、皇帝たちは次のように述べている。「かの神と、天界のあらゆるものどもが、そして無体の力が汝に敵対せしことを悟れ。汝は生きながらえずに早くこの世を去るべし。その上、永遠の不幸に見舞われよ。果ては炎を汝の住まいの礎とし、そしてパンを戸口から戸口へと乞うように来世をひもじくせよ」。ツィーグラの前掲書第36断案第7節。
- p) 「もし私がこれらのこと全てをそのように遵守しないならば、現世と来世とにおける偉大な主たる神および我らが救世主イエス・キリストの恐るべき審判に際して、私はユダ、皮膚病持ちのゲハジおよび戦慄のカインと同じ立場を受け入れてそしてそれに留まるべし」。新勅法彙纂8の最後。
- q) 前掲法文学説彙纂第40巻第9章第12法文第1項。アントン・ファーベルの『パピニアヌスの法学 *Jurisprudentia Papiniana*』第1巻第2原理第2推論。
- r) 学説彙纂第11巻第7章第14法文第13項、第13巻第4章第4法文、第50巻第17章第85法文第2項（いずれもジャック・ゴトフロワ版による）。

ラインハット・バコフ・フォン・エヒト<sup>(33)</sup>の『ヒエロニムス・トロイラーの論考に対する註記と考察 *Notae et animadversiones ad disputationes Hieronymi Treutleri*』第1巻第1論考第2章註Bを参照。

- s) 学説彙纂第40巻第9章第21法文第1項、勅法彙纂第1巻第14章第1法文および第9法文。クイントゥス・アウレリウス・シンマクス<sup>(34)</sup>は『シンマクス書簡集 *Symmachi epistolae*』第10巻63番目の手紙<sup>(35)</sup>で次のように述べる。「ひとつは政務官の立場であり、もし彼が法に甘くなるならば、その判決は腐敗していると見られる。もうひとつは支配者たる元首の権限であり、厳酷な法の矛先を丸めることは、彼らにこそ相応しい」。
- t) フランシスコ・マンティカ<sup>(36)</sup>の『黙示の合意および曖昧な合意に関するバチカンの夜なべ仕事 *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*』第1巻第17章第16項以下。ホアン・ガルシア<sup>(37)</sup>の『支出と改良について *De expensis et meliorationibus*』第1章第28項および第29項。ゲオルグ・バレンティン・フォン・ヴィンター<sup>(38)</sup>の『訴訟好きな乙女、一名、政治・司法論 *Parthenius litigiosus sive discursus politico-iuridicus*』第1巻第12章第16項および第14章第17項。アントン・ヘリングス<sup>(39)</sup>の『信託遺贈論考 *Tractatus de fideiussoribus*』第5章第115項以下。ペーター・ハイゲ<sup>(40)</sup>〔の『市民法およびザクセンの諸問題 *Quaestiones juris tam civilis quam Saxonici*』〕第2部第22問題第35項。ハートマン・ピストリス<sup>(41)</sup>〔の『ローマ法およびザクセン法の諸問題 *Quaestiones juris tam Romani, quam Saxonici*』〕第3巻第16問題第13項。オズワルド・ヒリガー<sup>(42)</sup>の『詳解ドネッルス *Donellus enucleatus*』第26巻第2章註F。ツィーグラール前掲書第36断案。アントン・ファーベルは、『体系思考の学者たちと法の解釈者たちの誤謬』という本に収録された献辞の手紙において、この種の衡平を追い求める人々を見事に批判している。「このような人々が日頃から習慣にしているのは、

乱心しているのであれ、正しく考えているのであれ（この正しく考えるということも時には起こるが、しかし偶然そうになっているというのが必定である）、自分たちが法の裁定者であるのみならず、衡平の裁定者でもあると評価されるように——後者は法においてとりわけ顕著であるのだが——何もかもを、自分で勝手に作り出した衡平に当てはめることである。ところがもし人が、彼らの馬鹿げた行いを覆すために、パピニアヌスの権威によって、またその結果、極めて衡平な法にもとづく、単に純粹なだけでなく真でもありかつ有用でもある何らかの推論によって反論するならば、そのとき彼らは、言わば歯を見せて笑って、そしてこのような厳密さを拘泥や窮屈と呼ぶ。このように彼らは適切に反論することができないのであるから、少なくとも黙っておくことが誠実である」。また、ツィーグラー自身の評価も同じくらい見事である。彼は、第37断案第11節において次のように述べる。「君が気付くべきなのは、ある人々が自分たちには厳密に論じる能力がないと見られることを欲せず、また自分たちはスルピキウスにも劣らないと考えて（スルピキウスをキケロは、衡平を説明するにあたって真っ先に賞賛している。『ピリッピカ演説 *Oratio Philippica*』第4巻)、これまで重んじられてきたことをとても苦々しそうに軽蔑して、そしてより衡平であるとは少しも言えない新奇な事柄を押し付けるとき、彼らほど勝手に衡平を捏造している人々を私は知らないということである。まさにこのことによって、彼らは立法者の手に噛み付いている。すなわち、彼らは、自分たちが担当していることに満足していないのである」。

**第14節** しかし、裁判官の職務が顧問官の職務や大学の自由と混同されるべきではない。

すなわち、このように脳内の衡平を追いかける人々は、法に携わる者の様々な職務や役割を混同しているのである。法に携わる者は、裁判官として活動するだけでなく、統治および国家に有用なことおよび

それらを改善することについて助言するために登用されるかまたは登用されうるように、元首の周りを幅広く取り巻いている。後者の職務には、初めから不衡平や厳酷さや脳内の衡平に悩まされている法を修正するように、または時間が経過して国家の状態が変化したり法の制定を促した事情が過去のものになったりすることによってもはや衡平ではなくなった法を修正するように、王や元首に説き勧めることも含まれる。そして、彼らは、裁判官たちが法にもとづいて判断しなければならぬのは対照的に、法について自由に判断する。大学の講義にも、似たような推論が当てはまる。というのも、大学は国家の教育機関でなければならず、またそれゆえに分別に適った法改正をも含めて、立法学に携わる将来の顧問官を育成すべきでもあるから、このため大学の博士たちに、講義においてであれ論文においてであれ、そこで法の衡平について論じる自由および衡平を正しい理性の指示に従って吟味する自由を残すことが必要になる。とはいえ、大学の博士たちの自由は、顧問官たちの自由ほど大きくはない。顧問官の自由は、疑いのない法にまで及んでおり、しかも当の顧問官が属している元首自身によって制定された法すらもその対象となる。というのも、顧問官の職務は、元首に国家の利益について説き勧めることも要求しており、またこのことは秘密裏に行われるので、元首の権威は衆目に晒されないからである。これに対して大学の博士は、元首に統治の理を説き勧めることを目的とする立場になく、またもし大学の講壇において、元首によって制定された法の衡平が、とりわけ新しく制定された法の衡平が吟味されるならば、元首に対する然るべき恭順と畏怖とが保たれることもできないであろう。したがって、大学の講壇の自由が及ぶのは、彼らが聴講生たちに、本来の衡平を脳内の衡平から区別することを、外国の法を手本として、または自国の法であるならば昔の法もしくははまさに廃止されようとしている法を手本として教えることに限られる。とりわけこれらの法が国家に継受されたか否か、またそれらが実務で使われているか否かまたは使われることができるか否かが疑わ

しいときは、そうである。ゲルマンの国においてはユスティニアヌス法の大部分が、またゲルマンの国の中でもプロテスタントの地域においてはカノン法の大部分が、このようなお手本に該当している。但し、どちらの場合も、それが単なる市民法であるとき、すなわち自然法および万民法に相応しい指示を受けたものでないときに限られる。

### 第15節 もし一人の人間にこれらの異なる役割が併存しているならば、何が許されるか。

ところで、裁判官が自分に命令された法を不衡平であると論じてそしてその法に反して判決を下すならば、彼は明らかにこれによって理論的のみならずむしろ実務的にも罪を犯している。なぜなら、命じられた法が改正を必要とすることが時として起こりうるけれども、しかし改正という作業は裁判官の仕事ではなく顧問官の仕事だからである。反対側から見ても同様であり、もし同じ人間に裁判官の役割と顧問官の役割とが備わっているということが起こるならば、または大学で教えることが許されているだけでなく、法にもとづいて解答する権限および裁判官に判決の方式を命じる権限もその人に与えられているならば、彼がこれら2つの（異なるだけでなく正反対の）職務を、モラル上の矛盾の虞なく、異なるかたちで行使しうることには疑いはない。例えば、講壇においては、教皇政治の遺物がプロテスタントの下ですら婚姻法の中に残っていることについて、多くのことが学問上教えられる慣わしになっているけれども、しかしこれらの教皇至上主義的な法が福音主義者たる元首によって顧問官たちに命じられた場合は、それに従って判決が下されるべきことに疑いはない。同様に、訴状の決まり文句は、裁判官という最も高貴な職務に対して上から嘆願があった場合は不要であり使われず、と教えられるのが常である。しかし、もしマクデブルク公からの裁判記録に対して、[講壇で先のように教えていたのと] 同じ博士によって判決が書かれるべきであるならば、法の指図に従って、先の決まり文句を省いた原告に敗訴判決を下すことが適切



である<sup>u)</sup>。同様に、法学部の講壇においては、人格侵害訴権の行使がおよそキリスト教的でなくまたおよそ賢明でもなく、さらにはしばしば不衡平であることについて、多くのことが日々教えられる慣わしになっているけれども、同じ博士が講壇の外で、もしかすると同じ時刻に、この訴権の行使が正しいことについて宣告を下しているとしても、しかし彼はモラル上の矛盾を犯していない<sup>w)</sup>。同様に、もしある人が講壇において、盗人たちが絞首刑に処せられるのは不衡平であるという意見を擁護すべきだと考えるならば（しかしこれについてはすぐ後で詳しく見ることにしよう）、これは、理論的な脳内の衡平に関するその他の例と一緒に放っておくことができる。しかし、もし同じ人が自分の判決によって、カロリーナ刑事法典や公に受け入れられている慣習を修正しようとするならば、実務的な脳内の衡平を増長させたという理由で厳しく評価されることが、彼にとって相応しい<sup>x)</sup>。

u) マクデブルクの新旧ポリツァイ条例第18章第1条<sup>(43)</sup>。

w) 次のような雛形が知られている。「そして汝 N は、人格侵害が加えられたことを理由として、この請求を免じてやるつもりがないときは、人格侵害の責任を追及する資格を有する。以上、法にもとづいて」。

x) ヨアヒム・ホッペ博士<sup>(44)</sup>の『ユスティニアヌス帝の法学提要に対する簡潔なコンメンタール *Commentatio succincta ad Institutiones Iustinianeas*』第4巻第1章第5法文に対する解説の末尾。

### 第16節 3. 脳内の衡平には粗雑なものゝ緻密なものゝがある。粗雑な例。

さらに、脳内の衡平には、粗雑なものゝ緻密なものゝがある。粗雑な脳内の衡平とは、衡平という言葉繕いが、容易に誰からでも偽りであると見破られる状態にあるときを言う。緻密な脳内の衡平とは、脳内の衡平が、それを用いる人々またはそれを導入した人々の権威を通

じて、誤った通説となっており、その結果その誤りがたとえそれ以外の人々によって明確に証明されたとしても、この先入観に捕われてしまった人々にはおよそ納得されないときを言う。粗雑な脳内の衡平の例となりうるのは、明らかな欺瞞があるにもかかわらず、法に従って判決を下したと言い繕う場合、また前述のようなかたちで法を修正しているにもかかわらず、衡平にもとづいて解釈したと言い繕う場合である<sup>y)</sup>。盗人を絞首刑によって正当に罰することを否定するように、法学者や神学者を等しく盲目にしたあの衡平という言い繕いも、同じくらい十分に粗雑である。というのも、この言い繕いは専ら2つの前提に支えられているのだが、それらが誤りであることは手に取って分かるほど明白だからである。すなわち、(1)裁判に関するモーセの法は、あらゆる市民法の模範であり、[『出エジプト記』第22章は盗に死罪を定めていない] という前提がある。これが盗の罪を扱っていることについては、私も疑わない [けれども、モーセの法はあらゆる市民法の模範というわけではない]。また、(2)罰と犯罪の客体との間に均衡が求められるべきであるという前提、つまりより分かり易く言えば、犯罪の客体(金銭)が犯罪そのもの(盗)であるという前提がある。均衡が求められるべきであることについて疑いの余地はないけれども、それは犯罪と罰との間である。これと関係するその他の重要な事柄は、他の人々によって解き明かされている<sup>z)</sup>。

y) 前述第12節および第13節。

z) ホッペ博士前掲書。マーティン・ケムニッツ<sup>(45)</sup>の『神学のトポス *Loci Theologici*』第2部第7掟末尾。ツィーグラの『統治権について *De juribus maiestatis*』第1巻第5章第52節以下。

#### 第17節 緻密な例。

ところで、緻密な脳内の衡平は常により上手く言い繕っていると考えられるべきではない。もし人々が先入見を持たないならば、緻密な脳内

の衡平による言い繕いも、同じくらい手に取るように分かる。さしあたっては、人々をこの脳内の衡平によって騙すことに利害を持つ多くの者たちの権威が、また自然な衡平に適ってはいるけれどもしかし不整合に適用された規則に従う者たちが、無力な人々を邪魔して、真理の光を感じ取ることができないようにさせている。他方で、聡明な人々は、この誑かしを見抜いているにもかかわらず、闇の支配と脳内の衡平とを守護する人々がこれまで上手く濫用してきた権力と恫喝とに対する恐怖から、なるほど真理に気付いてはいるがしかし黙っておくように押さえつけられている。このような脳内の衡平の例は、カノン法が市民法と一致しない場合に、およそカノン法の至る所に求めることができる。それほどまでにカノン法は、衡平および敬虔という偽りの善人ぶった言い繕いによって満たされているのだが、福音書の光の真っ只中にあるプロテスタントの法学者たちでさえ、普通ならば十分粗雑であると分かるこれらの誤りにほとんど気付かないかあるいはまったく気付かないほどに、これらの言い繕いは人間の心の中に深く根を張っているのである。かくして例えば、カノン法はローマ法の原理に反対して、最長期の取得時効においてすら善意の継続を要求しており、このことをプロテスタントの人々が至る所でどれほど推奨しているのかは、よく知られている。しかしながら、正しい推論が告げるところによれば、記憶を超えるほど長期の時効取得は〔前所有者の〕遺棄のみにその基礎を据えており、この遺棄はあらゆる悪意を浄化する。また、カノン法がこの原理を発明したのは、以下のことのみを目的としている。すなわち、世俗の人々が聖職者の財産を決して時効取得できないようにしつつ、反対に聖職者たちは、あらゆる詐術や揺さぶりによって、善意が欠如しているという抗弁が彼らを相手方として持ち出される虞なしに、世俗の人々の財産を略奪できるようにするためである（世俗の人々が聖職者に対して、普通ならば極めて正当であるはずの〔神に対する〕恐怖にもとづく抗弁すなわち雪冤宣誓の抗弁によって異議を唱えることは、当時の迷信のおかげでありえなかった）。同様に、ローマ法の原

理とはまったく正反対のあのカノン法の規則、すなわち来世の救済を賭けることによって担保されうる宣誓は、その宣誓がなければ普通は約束が効力を持たない場合であっても遵守されるべきであるという規則は（ここから普通の約束の解釈に関する規則とはまったく異なる宣誓の解釈に関する規則についての特別な教え、またはそれに類するものが生まれるのだけれども）、極めて聡明な人々すなわちグロチウスとプーフェンドルフすら説得してしまい、その誤りに気付かせなかったほどであり、かくして今日でもプロテスタントの法学者たちの講壇と著作とにおいて、あたかもこの規則が敬虔かつ極めて衡平であるかのように依然として推奨されている。このため、私が知っている限りでは、この脳内の衡平について疑ったと言われる人はこれまで一人もいない。さてしかし、この規則は、以下のような2つの明らかに誤った根拠によってしか支えられていない。1番目の根拠によれば、宣誓を行うことは市民法的な行為ではなく純粹に靈的な行為であるとされる。すなわち、宣誓は神に対する畏敬を念頭に置いているとされる。2番目の根拠によれば、宣誓の決まり文句は、約束においてであれ事実確認においてであれ、単なる付随的なものではなく、むしろそれ自体で完全かつ独立した意味を含んでおり、その結果、例えば追剥ぎに対して為された約束においてこの決まり文句は、その約束が神に対して為されたかのように作用するとされる。この偽物の衡平が考案された本当の理由は、[聖職者が世俗の]立法者の権限を侵奪すること、そしてこれを考案した後で大勢の市民たちに宣誓を強制することによって、市民法上の取引に関する裁判権を侵奪することであった。また、靈を用いた奸計すなわち煉獄で焼かれるという脅しによって無理強いされた贈与が、あまり迷信的でない人々から、恐怖の抗弁によって無効とされえないようにすることも、理由のひとつであった。3番目の例を提供してくれるのは、利息の邪悪さに関するカノン法の教えである。この件については、プロテスタントの人々の間で為された論争、例えばフート・ハイスベルト<sup>(46)</sup>、マーチン・ショーク<sup>(47)</sup>およびその他の人々の間で為された論争がよく

知られている。しかし、利息に関するカノン法の脳内の衡平を生き生きとした色彩で最近最もうまく描写したのは、ベルギーの法律家たちの中でもとりわけ優れたジェラルド・ノート<sup>(48)</sup>であり<sup>aa)</sup>、この件についてはこれ以上解説する必要がないほどである。

aa) ノートの『利子利息について 3巻本 *De foenore et usuris libri tres*』ライデン、1698年。

### 第18節 脳内の衡平を広めているのは、とりわけカトリックの神学者およびカノン法学者である。

しかし、たとえ上で述べられたことが<sup>bb)</sup>、あらゆる身分の人々が脳内の衡平のために骨を折ってこれを広めていると教えているとしても、しかし衡平による言い繕いは大抵何らかの学識を匂わせているので、学識のある人々および博士たちが脳内の衡平を最も上手く広めていると解されるべきことに疑いはない。加えて、中世の教皇政治における大学というものは、教皇権と皇帝権との間の極めて有名な論争にあたって聖職者を手助けするために、教皇の策略によって設立されたのである。この手助けは、もし元首およびその他の世俗の人々が、教会のカノンおよびそこから呼び出された法が神聖かつ衡平であることに納得させられてしまうならば、これ以上ないほど首尾よく為されることができたであろう。このような事業の中で、大学において当初からある2つの学部すなわち哲学部と神学部とが暗躍しており、何千もの聴講生たちにスコラ哲学とスコラ神学とを教え込もうとしていた<sup>cc)</sup>。この哲学と神学は、人倫に関する教えにあたって、この種の脳内の衡平に普く満たされていた。ところが、すぐに〔世俗の〕法学者たちが、皇帝権に対する教皇権の優位性を擁護するこれらの脳内の衡平に対抗するために、ユスティニアヌス法を用い始めたので<sup>dd)</sup>、直ちに教皇は、カノン法およびカノン法学者たちをこれらの法学者たちに立ち向かわせた。このカノン法とカノン法学者たちは不注意な人々を、脳内の衡

平という緑内障によっていつまでも騙し続けた。医学者たちは、ひとつには後から遅れて大学で教え始めたがゆえに<sup>ee)</sup>、ひとつには彼らの技術が善悪とは無関係であるがゆえに、脳内の衡平を広める人々へ数え入れられるに相応しくない。

bb) 前述第9節。

cc) これら2つの学部は、当初、下女と我侷な女主人という親密な関係をお互いに有しているものとされた。

dd) そこで法学者たちが善いことをしていたのか悪いことをしていたのかについて、私はさしあたり論じない。というのも、市民法学者は私たちの射程に含まれないからである。市民法学者は脳内の衡平という悪徳から完全に立ち直っていないと言われており、特に以下の2つの節がこのことを教えている。

ee) クロード・フルーリ<sup>(49)</sup>の『選択および研究方法論 *Traité du choix et de la méthode des études*』の41頁と54頁。

**第19節** これらの酵母から私たちの大学も十分に浄化されなかった。

しかし、市民法の博士および医師は脳内の衡平から完全に逃れていると考えたり、この悪徳はカトリックの大学のみ固有のものであると考えたりしてはならない。前節においては、首謀者の名前が挙げられたのである。プロテスタントの大学の多くは、かつてはカトリックの大学であり、宗教改革の時代においてもカトリックの教えという酵母から完全に浄化されなかった。そして、よく知られているように、酵母というものはその極一部分が残りの大部分を発酵させる。これらの大学には、スコラ神学者すなわちカトリック神学者の掟に従ったモラルの教えが残ってしまった。宗教改革の後で設立されたプロテスタントの元首たちの大学も、その多くは形を変えなかった。この哲学によって上位3学部全ての博士たちが発酵させられたので、市民法の博士や医師たちによっても脳内の衡平が部分的に広められていることは、

驚くに値しない。教皇政治の最重要機密から新たに導き出された事柄を遵守して、そして宗教上の敬虔および衡平という言い繕いの下で他でもない脳内の衡平による支配を減少させることなく、むしろ日々ますます増加させることを目指しているような別の理由が存在している。この理由は、もちろん全ての大学に共通というわけではないけれども、しかし比較的多くの大学においてしばしば見られる。ほとんどの、とまでは言わないでおこう。しかし、これらの理由についてここで詳説することを順序の道理が許しておらず<sup>ff)</sup>、またこの件について多くのことを警告することは私たちの大学においては必要でない。なぜなら、神の個別的な恩寵と、私たちの極めて有能な王の知恵および王の役人たちの分別とによって、またこれらに加えて4学部全ての教授たち自身が監視して用心することによって、今ではあの脳内の衡平による支配は深く根を下ろすことも大きな力を得ることもできなくなったからである。

ff) というのも、これらの秘密の理由を調査するためには、専用の論文または単行本が必要になるからである。事態は、主要部分の一覧からも容易に明らかになるであろう。すなわち、この種の理由としては以下のものがある。1) 今日でもなお最下位の学部〔＝哲学部〕と最上位の学部〔＝神学部〕とが強固にそして余りにも緊密に連携していること。2) 子分以外は、最上位の学部の監視によって、最下位の学部へ採用されないこと。3) このような陰謀と〔それに対する〕反対とが起こる度に、医学部または法学部を懐柔する教授が最下位の学部へ採用されるべきだったこと。とりわけ医学部と法学部が、徳か悪徳かというモラルの問題について安易に信じないときは、そうであったこと。4) この種の企てられた監視が、論文で註記されたのと同じ口実で、2番目と3番目の学部〔＝法学部と医学部〕にも拡張されたこと。5) これらの方法によって、大学の行政管理において多数票を集めること。6) 後述〔第1章第21節以下〕の通り、これ

らの陰謀に反対すべき人々が、見せかけの友情から、過度の臆病さから、あるいは利益を無駄に期待することから沈黙すること。7)法学者の側では、多くの者がモラルの教えにまったく無頓着であったこと。そして、衡平を導き出すことまたは修正することが、健全な哲学をまったく知らない註釈学派や体系思考の学者たちの泥沼から行われていたこと。8)カノン法は、仮面を被せられたあの偽りの敬虔によって満たされており、この敬虔によって不注意な人々を騙していたにもかかわらず、非常に愛されていたこと。9)グロチウスとプーフENDORFが正義と衡平に関する教えを誰でも理解できるように説明した後では、この教えの過度な簡素さについて、多くの人々の判断が軽率になっていたこと。10)「国家が初めて幸福になるのは」云々〔『国家』第5巻第18章473D〕というプラトンの格言をむやみに用いること。11)プロテスタントの大学において教皇至上主義が残っていること。すなわち、大学の学問は、より正しい分別に適った共通の規則や确实で不変的な原理に服しておらず、それぞれの支配者の恣意または脳漿に委ねられるべきであるとされていること。12)正義と衡平の見本表が半年毎にまたは年毎に改訂されているけれども、それらの内容がお互いにまったく正反対であり矛盾していること等々。

## 第20節 脳内の衡平の副産物。

しかし、この悪徳は軽微なものであると考えるべきではない。また、この悪徳は各人の、とりわけ統治者の注意や監視には値しないと考えるべきでもない。さあ、私たちはもう少し詳しく、脳内の衡平の副産物について考察してみよう。最初の副産物は、脳漿それ自体に、あるいは少なくとも脳漿の中で働いている知性に影響を及ぼす誤った良心である。すなわち、善悪、正不正、衡平不衡平に関する判断が歪んでいるにもかかわらず、実直で真実だという確信を伴っていることである。同時に、この脳内の衡平は、意志の中で、他の人々を矯正して懲



戒する欲求を、それどころか、脳内の衡平のあの誤った指示に従って国家全体を立て直す欲求と、法や政務官の命令に良心の自由という言い繕いで逆らう頑迷な心とを生み出す。しかも、この種の感情は、国家全体の体制を著しく悪化させ、恒久的な不和や内戦を引き起こすことができないわけではない。これらの不和や内戦の原因は大抵、脳内の衡平を煽り立てる人々に帰されており、またなるほどそこから派生して、政務官、政治家、あるいは本来の衡平を擁護する人々にすらしばしば帰される。というのはつまり、人間たちの俗世間は嘘から真実を切り分けることに向いておらず、むしろ見せかけの宗教感情、神への熱愛、あるいはそれに類する仮面を口実として、普通はそれらが極めて明白な不敬であるにもかかわらず、簡単に騙されてしまうからである<sup>gg)</sup>。

gg) 次のような格言がよく知られている。「宗教感情は悪しき行いにしか導かない」〔ルクレティウス『事物の本性について *De rerum natura*』第1巻第101行〕。脳内の衡平の擁護者たちが、とりわけフランスにおいて多くの人々に、あたかも聖なる事業であるかのように王殺しを説き勧めたことは、よく知られている。私が、カトリックの聖職者によって従来これほどまでに煽られてきたプロテスタントの諍いそのものを、唯一ではないにせよ専ら脳内の衡平およびこの論文において吟味されたその副産物に帰するとしても、また多くの兵士たちの殺害、略奪、放火、一言で言えば、プロテスタントの国家がおよそ2世紀に渡って蒙った数え切れないほどの口にするのも憚られる損害をそれらに帰するとしても、間違っていないであろう。

**第21節 脳内の衡平を監視することは教師ではなく元首の仕事である。**

これほどまでに国家にとってとても重荷になっている病気は、明ら

かに治療薬を必要としており、もちろんそれ以上に医者が必要としている。この医者は、病人たちに本来の治療薬を提供して、そしてその治療薬を「自発的に」用いるように、あるいは少なくともその治療薬を用いられることを我慢してこれを不快に感じないように、彼らを説得しなければならない。さて、私たちは今から、諸国家の中に医者を探し求めることにしよう。これらの国家は、どれもみな脳内の衡平に侵されており、脳内の衡平を真なる本来の衡平と取り違えていない人がほとんどいないほどである。しかし、どうしても国家の中に医者を探し求めざるをえないので、正しいやり方で探すことが必要である。どんなところであれ、たとえ僅かにせよ、愚か者たちの中に知者が存在している。まず、国家において脳内の衡平を監視することは、誰の仕事であるのかを見るべきである。この監視は、明らかに教師ではなく支配者の仕事である。なぜなら、この監視も公的な統治の一部だからである。実際、支配者の職務と教師の職務とは別物である。そして、教師の職務に適った行いと支配者の職務に適った行いとは異なっているどころか、まったく正反対であり、そしてもちろん、それぞれの職務が異なる人間を必要としつつ、同時にそれぞれの職務が人類全体を必要とする〔＝職務は個々人で完結しない〕ほどに、多種多様なのである。教皇と皇帝との間で、俗に好まれている言い方をすれば、教皇権と皇帝権<sup>hh)</sup>との間で行われた皇帝権に関するあの昔の論争において、教皇権が皇帝権に打ち勝ってしまい、このことが国家に極めて大きな損害をもたらしているのだが、その原因は明らかに、皇帝が衡平と善に関する教えを久しく以前から教皇権に委ねて、そして彼らの脳内の衡平にもとづく規則を好き勝手に世俗の人々に教えることを許したからである。

hh) 優秀なハインリッヒ・フォン・コクツェイ博士<sup>(50)</sup>の『公法学 *Juris publici prudentia*』第18章第19節以下を見よ。

第22節 しかし、教師たちの中でも法学者には、監視について教える仕事がある。

しかし、この仕事から教師が完全に除外されるべきではない。この病を監視することは、支配者および支配者の役人に委ねられるべきである。しかし、彼らが監視に相応しい人になるように彼らを指導してそして準備させることは、教師の仕事である。この点で、大学は国家の育成の場なのである。ところで、大学の4学部のうち、どの学部が他の学部に先立って元首の役人の準備に気を配るべきであるのかは、もし私たちがこれらの学部の目的を考慮するならば、容易に明らかになるであろう。神学部は、永遠の救済への道のりを指し示すものであり、教皇権の育成の場、すなわちローマの聖職者の言い回しによれば、教会の育成の場となるべきである。しかし、永遠の救済は、正義および礼節の規則、すなわち善き行いを通じて獲得されるのではなく、信仰を通じて獲得される。法学部と医学部は、両者ともに国家の育成の場であるとしても、しかし医学部は身体と健康の規則とに、法学部は精神と正義および衡平の規則とに気を配っている。このことに疑いはない。哲学部はこれまで脳内の衡平を監視することから排除されてきたが、その原因は次の点にある。すなわち、哲学部は、かつて教皇政治の中にあつたとき、脳内の衡平を確立するにあたってスコラ神学のために働いており、他方でこの悪徳が浄化された宗教改革の後では、今度は国家よりもむしろ教会の育成に奉仕してしまったからである<sup>ii)</sup>。したがって、脳内の衡平の是正について教えることは法学者の仕事である、と明言する他ない。

- ii) 加えて、哲学というものは、アリストテレスの哲学であれデカルトの哲学であれ、法学者の哲学とはおよそ異なっているからである。法学者は、かつてはストア派に属しており、より新しい時代においてはほとんどがラムス主義者である。

第23節 しかし、法学者という言葉から神学者や医学者や哲学者が  
除かれるわけではない。

しかし、法学者という言葉で、この肩書きを享受している人または大学においてしきたりに従って両法博士に任じられた人全員を念頭に置いたり、あるいはこれらの人々のみを念頭に置いたりしないように注意しなさい。大学は、法学を教える資格（およびそれに依拠した特権を享受する資格）を与えるが、教える適性を与えるわけではない。そして、適性がない限り資格が与えられるべきではないとしても、しかしあらゆる講義があるべき状態に常になっているわけではない。この欠陥が生じたのは昨日今日のことではない。既に、当時最も分別のある人物であったハドリアヌス帝が、元法務官の地位にあった男たちに与えた辛辣な解答の中で、このことを顧慮していた<sup>kk)</sup>。したがって、脳内の衡平にもとづく教えを正すことも、この事柄に秀でている法学者のみが担当する。それどころか、もしある人がそのように秀でているならばそれだけで十分であり、教える資格をしきたりに従って受け取っていてもよい。脳内の衡平の是正について教えることは、あらゆる人間たちが他の人々と争っているところの名誉や富や権力を得る手段には属さない。もちろん、法学者自身も人間であるから、この争いに加わっている。むしろこれを教えることは人間性にもとづく責務の一種であり、この責務を他人に履行することは誰にでも許されている。すなわち、これは「利益ではなく」負担の一種であり、すぐ上で述べられたように、誰よりもまず法学者に課される。ここで法学者というのは、実際に法学者である人すなわちその種のことに秀でている人全員のことであり、法学者と呼ばれているが実際にはそうでない人のことではない。また、神学、医学または哲学の勉強が脳内の衡平の是正を教えることにとって妨げになると考えるべきでもない。むしろ、法学が多くを負っているところの、また市民的な分別と習俗に関する学問との一体的な教えが多くを負っているところの偉大な人々の実例がある。彼らは、もし他の学部を学ぶことに努力を払わなかったならば、

決して博士号を取得しなかったか、あるいは少なくともこれほどまでの知恵の段階に達することはなかったであろう<sup>11)</sup>。

kk) 学説彙纂第1巻第2章第2法文第49項でポンポニウスが伝えているところによれば、「ハドリアヌス帝は、元法務官の地位にあった男たちが自分たちに解答権を付与して欲しいと帝に請願したとき、彼らに対して次のように指令した。解答の許可は請願されるのではなく与えられるのが常であり、そしてそれゆえに、もし私に信頼されている人が人民に解答する準備ができているならば、私はこれを嬉しく思う、と」。

ll) 例えば、法学者ツィーグラは、教会法学に光を当てて、カノン法の脳内の衡平にもとづく多くの条項を暴き出した彼の立派な書物によって、あれほどまでに有名になったのだが、もし彼がそれ以前に神学の書物に取り組まなかったならば、そうはならなかったであろう。同様に、グロチウスやプーフェンドルフは、両法博士という称号によって着飾っていなかったけれども、自然法学、すなわちスコラ哲学の闇に覆われた脳内の衡平を正す教えの源泉に光を当てて、そして以前の輝かしい姿へ戻した。同様に、医学を勉強してそれを専門とすることは、コンリングにとって、公法学を脳内の衡平という汚物から洗い出して、そしてそれまでいびきをかかせていた眠りから法学者たちを救い出すことの妨げにならなかった云々。したがって、私たちは、法学や市民的な分別を正すことに関する事柄全てを法学博士たちだけに帰するという、余りにも僭越な評価を控えよう。このような評価は、これと関係する書物に対して、次のようなおよそ知恵のない判断を下すのが常である。すなわち、神学者や医学者はこのアウゲーアス王の牛舎の掃除を勝手に引き受けており、したがって彼らの極めつけの愚かさは生まれつきのものであり、したがってそのために編まれた書物は勉強熱心な若者の手から取り上げられるべきである、と。反対に私たちは、他学部の賢者たちが、

むしろ部外者であるからこそ、あらゆる時代においてその他の学部  
の欠点を暴いてきたことを、神の予見が為した個別の御業と認める  
ことにしよう。

#### 第24節 どの程度まで脳内の衡平は法によって監視されるべきか。

ところでまた、これに加えて、脳内の衡平を監視するのに相応しい  
適当な手段を用いることにも努力が払われるべきである。この手段は、  
身体の看護における手段が看護者の多様性<sup>mmm)</sup>、病気の多様性<sup>mm)</sup>および  
患者の多様性<sup>oo)</sup>に応じて様々であるように、様々である。私たちは、  
最も重要な治療のみを要約して挙げておこう。よくある間違いは、脳  
内の衡平を法によって監視しようとすることである。脳内の衡平は、  
ほとんどの場合、教示と助言によって監視されるべきである。法は強  
制するものであり、助言は説得するものである。法は、元首および元  
首によってこの目的のために選ばれた政治顧問官の職務に属しており、  
助言は、博士の職務に属する。何の博士であるのかは関係ない。これ  
らの職務を混同することは、常に国家を混乱させる。カノン法の中  
には見事な警句がたくさん存在しており、もしこの警句が適切に用いら  
れるならば、脳内の衡平を監視するのにとても役立つ。反対に、もし  
この警句が法的な強制を伴うならば、国家に大きな損害をもたらす。  
ここに教皇至上主義の秘密が隠されているのだが、それは福音派の宗  
教改革者たちがそこから教会を救ったところの神学的教皇至上主義で  
はなく、政治的教皇至上主義であり、このドクムギが、国家の改善と  
いう見事な果実を繰り返し覆い隠しており、そして私たち [プロテス  
タント] のところですらそうである。このドクムギは、一方では市民  
的な分別および習俗に関する教えが、常にではないとしても頻繁に怠  
られていることによって護られており、他方では教師であれ国家の舵  
を取る人であれ、様々な階級に属していながらあの教皇至上主義の最  
深部から利益を得ている人々の私的な利権（但し明白なものに限る）に  
よって護られている。したがって、私たちは、この監視から法を排除

しようとしているのでは決してない。法は、元首によってのみ用いられるべきであり、この件と関係のない人々によって用いられるべきではない。また、[法が元首によって用いられるときであっても、] 法と罰に関する本来の教えが、正しい理性の指示および人間の行為の自然本性から市民的な分別の規則に従って、適切に導き出されてそして認識されるまでは、用いられるべきでない。

mm) 自然学者、医学者、薬剤師、外科医などの職務が異なるように。

nn) 痛風、高熱、水腫などに応じて異なる薬が用いられるように。

oo) 分別ある医者が、ヴェストファーレン地方の丈夫な胃を看護するときや、マイセン地方の貧弱な胃を看護するときなどでは、別様に振る舞うように。

#### 第25節 正義と衡平を教えるにあたっての意見の食い違い全てが、 脳内の衡平に属するわけではない。

さらに、市民法上の衡平の是正に関する教えを押し付けがましく言う人々は、正義と衡平を教えるにあたって、他の人々との意見の食い違いを全て直ちに脳内の衡平とみなすことを控えるべきである。たとえば彼らが自分たちの見解を極めて尤もらしい論拠によって証明して、そして反対意見を蓋然的な推論によって論駁しているとしても、そうである。脳内の衡平は、明晰に、かつ手に取って分かるように証明することが可能な誤りに属している。しかし、法学者たちが意見を違えている場合、その意見のどちらか一方が常に脳内の衡平へ分類されるに値するということは、法学の自然本性と相容れない。法適用の原理は確実で疑いえないものであるが、しかしこの原理の適用は必ずしも確実ではなく疑いえないものでもない。なぜなら、多くの原理が競合しており、人間の行為を取り巻く事情には際限のない多様性があり、そして人間の知性はか弱いからである<sup>pp)</sup>。もし相手方と意見を違えている人が、その相手方に脳内の衡平という烙印を押そうとするならば、

その人は非市民的で、善き習俗に反した人となろう<sup>qq)</sup>。加えて、ローマ法の原理とゲルマン法の原理とはお互いに異なっているので、これらの異なったしばしば対立する原理から、お互いに対立する複数の結論が導き出されるということも時には起こりうる。これらの結論は、事柄それ自体によって矛盾し合っているわけではないので、それゆえにどちらも脳内の衡平へ分類されるに相応しくない<sup>rr)</sup>。

pp) この考察にとっても役立つのは、セネカやキケロの演説に関する著作全体と、ヴィッテンベルクの法学者ゲオルク・ミヒャエル・ヘーバー<sup>(51)</sup>の『法的な懐疑主義について *Dissertatio de Scepticismo juridico*』である。後者は、主査であるトマジウス先生の『知恵と愚昧の歴史 *Historia sapientiae et stultitiae*』[第2巻]に収録されている。

qq) 次のような例が、前述のことを明らかにしてくれる。ティティウスは、カーユスの債務を理由として、センプロニウスのところにあるカーユスの金銭を差し押さえることに成功した。同時にティティウスは、メヴィウスのところにあるカーユスの木材を差し押さえることにも成功したが、この木材は、カーユスがメヴィウスにそれを売ると送ったものであった。これに対してメヴィウスは、自分がティティウスよりも先にカーユスの木材から弁済を受けることを企図して、自分はカーユスからこの木材に質権の設定を受けているという理由で、異議を申し立てた。メヴィウスはこの木材に質権の設定を受けたか否かが問題となった。メヴィウスは、カーユスから貰った様々な手紙を提出しており、その中のひとつには次のように書かれていた。「どうか、あなたが親愛なるS氏のところで私の居場所を尋ねた後ですぐに、手元にある受け取った150帝国ターラーを、改めてブランデンブルクの某所で私に届けて下さい。なに、あなたは、あなたが私の木材について行うであろう売却から取り立てることでしょう」。2番目の手紙では、次のような文言が見られた。「私



は彼に、彼から再度200帝国ターラーが某所で私へ届けられるように依頼しました。あなたが木材の勘定の残りを持って行くときは、彼のことを考慮に入れて下さいますように」。3番目の手紙では、「あなたは木材と木板から弁済を受けるでしょう」。名誉のために名前は伏せておおくが、ある有名な法科大学判決団は、これらの文言によってメヴィウスは先の木材に対する黙示の質権の設定を受けた、と考えた。そして、この解答は、その年に同じ場所で出版された黙示の合意にもとづく質権に関する論文に収録されている。しかし、主査であるトマジウス先生は、私に次のようにおっしゃった。この見解は妨げにならないので、栄えあるハレの法科大学判決団によって反対の解答が為された、と。ここでもし一方の法科大学判決団が、相手方に脳内の衡平という烙印を押すならば、それは不衡平であろう。この事案はとても曖昧であり、カーユスが用いた様々な言い回しにもとづいて、どちらの側にも論証可能であった。我らが[ハレ大学の]法学者である先生方は、次のようにお考えになられた。3番目の手紙の文言は先行する2つの手紙によって説明されるべきであり、このため、「あなたは木板から弁済を受けるでしょう」という3番目の手紙にある文言は、あなたは木板の売却から、すなわち売られた木材の勘定から弁済を受けるという意味である、と。そしてこういうわけで、売られていない木材に黙示の質権が設定されたとは言えないとされた。反対に、意見を違えている先生方は、もっと厳格に3番目の手紙の文言にこだわられたのである。

- rr) 例えば、立派なホッペ先生は、『ユスティニアヌス帝の法学提要に対する簡潔なコンメンタール』の法学提要第4巻第1章第19法文に対する註釈において、次のような問題を詳細に論じている。「盗人が絞首刑になったとき、彼の相続人たちは、盗のコンディクチオにもとづき、盗によって持ち去られた物の評価額について責任を負うか」。そして、彼は多くの理由にもとづいて、ザクセンの法学者たちの学説に反対しながら、肯定説を擁護している。ザクセンの法学者たち

に気に入られている否定説は、『ザクセン選帝侯決定 *Decisiones electorales Saxonicae*』第86決定によって根拠付けられているが、ホッペ先生は、その他の理由に加えてさらに、否定説が脳内の衡平に支えられているという理由で非難している。私はむしろ、異なる法を区別することによって両者を調和させたい。ローマ法の原理にもとづけば、疑いなく肯定説が正しい。反対に、ゲルマン法の原理にもとづけば、否定説が正しい。なぜなら、ゲルマン法によれば、相続人は盗から生じた債務、強盗から生じた債務、射幸契約から生じた債務について責めを負わないからである。『ザクセン法鑑』第1巻第6条および『シュヴァーベン法鑑』第257条（ゴルダストゥス版に従う）を見よ。たとえ最近のザクセンの法学者たちが、同じ箇所を参照しながら、[肯定説の]理由を盗人の絞首刑の中に求めようとしているとしても、そうである。シルター『パンデクテン演習』第19演習第74章およびヨハン・ヨアヒム・シェプファー<sup>(52)</sup>『ローマ私法および判例法の概観 *Synopsis iuris privati romani et forensis*』の盗のコンディクチオに関する章に対する、主査トマジウス先生の講義ノートを参照。

## 第2章 勅法彙纂第4巻第44章第2法文における脳内の衡平について

### 第1節 半額を超える加害を理由として売却が解消されるべきことを欲するテキストの文言。

ディオクレティアヌス帝 [在位284 - 305年] とマキシミアヌス帝 [在位286 - 305年] は、ルプスという人物に次のように指令した。「とても高価な物を、もし君または君の父親がとても安い価格で売り渡したならば、人間性に適っているのは、君が法の権限の介入を伴って、代金を買主たちに返還することによって、売られた土地を取り戻すか、あるいはもし買主が選択するならば、正当価格になるように、君が不足額を受領することである。ところで、価格がとても安いと見られるのは、(真の) 価格の半分すら支払われなかったときである」<sup>a) (53)</sup>。両

帝は、エウオディアという人物に次のように指令した。「あなたの意思にもとづいてあなたの土地をあなたの息子が売り渡してしまったとき、その売却が有効とされないためには、狡猾さと奸計とから生じた買主の悪意が論拠とされるか、あるいは死の恐怖ないし身体に差し迫った危害が明らかにされるべきである。というのも、少し安い価格で土地が売られたとあなたが主張するだけでは、この売却を解消するのに不十分だからである。すなわち、もしあなたが売買の実体を考えてみるならば、また安く手に入れたい買主と高く処分したい売主とが、多くの交渉の末に当該契約へ向かって次第に譲歩し合い、売主は要求した額からだんだんと引いていくことによって、反対に買主は申し込んだ額にだんだんと足していくことによって一定の価格に合意するということを考えてみるならば、あなたは次のことにはっきりと気付くはずだからである。売買の合意を重んじる信義誠実は害されておらず、また即時であれ価額の交渉後であれ合意によって結ばれた契約がこのような理由で解消されることを認める道理は存在しない、と。但し、売却時の正当価格の半分未満しか支払われなかったときは、以前買主に与えられた選択が遵守されるべきであるから、この限りでない」<sup>b) (54)</sup>。

a) 勅法彙纂第4巻第44章第2法文。

b) 勅法彙纂第4巻第44章第8法文。

## 第2節 これらのテキストが真の衡平および人間性にもとづいているという通説的な意見の一致。

これらのディオクレティアヌス帝の勅法の規定を、あたかもその決定が人間に相応しからぬ事柄や脳内の衡平のみによって支えられているかの如く論じようとするならば、私はとても難しい問題に取り掛かることになる。なるほど、目の前にある学位論文の標題だけを気にかける人々の多くにとって、このテーマは余りにも向こう見ずであるように思われるかもしれず、他の人々にはおそらくそれに加えて、善き

習俗に反した堪え難いものであるように思われるかもしれない。すなわち、私が知っている法学者たちの一般的な意見の一致によれば、まったくもって次のことが受け入れられている。このディオクレティアヌス帝の決定は、市民法上の特別な衡平ではなく、自然法と万民法に適った共通の衡平に支えられており、この衡平はこの種の取引および合意の自然本性に求められる、と。この一般的な意見の一致は、既に数世紀に渡って明らかに次のような理由で広まってしまった。すなわち、若者がユスティニアヌス法の博士たちの学校において、自分の教師たちがあの衡平に至る所で賞賛しているのを聞いただけでなく、さらにそれに加えて〔グレゴリウス9世〕教皇令集の出版を通じて、あのディオクレティアヌス帝の法文が、人々が好んで口にする言い方をすれば、カノン法化されて<sup>c)</sup>、そしてこれらの法文にもとづいて司教が教会の下級審の判決をそこで訂正したからである。実際、ユスティニアヌス法とカノン法とが一致しているにもかかわらず、人がその法文の衡平についてあえて疑うや否や、この法文はこれほどまでに作為的な感じがするにもかかわらず、彼はそこで正義と法に関する問題について人間の権威のみによって反駁されて、そして聖なるものを侵しているとみなされた。あるいは、不屈の皇帝が胸中の小箱にあらゆる法を納めているわけではなく、極めて聖なる教皇が法の問題について誤らないわけでもない、と人が考えようとするだけで、そのようになった。宗教改革の後でようやく、そしてホッブズ、グロチウスおよびプーフENDORFの後で初めて、正義の教えを改革することが企てられたのだが、だからと言って必ずしも最初の改革者たちが通説の欠点を全て見つけ出すことができたわけではない。それゆえに、彼らですら脳漿から生まれた何かがこの主張の中に隠れているとは考えなかったのも、半額を超える加害を理由として売買を解消するというあの教えは、神学者と法学者によってますます安全なかたちで留め置かれてしまった。このためいよいよ誰もが普く意見を一致させて、この教えの衡平に至る所で推奨して、そして理性によってこれを説明する

ことに頭を悩ませた<sup>d)</sup>。

c) グレゴリウス9世教皇令集第3巻第17章第3法文。

d) 主査であるトマジウス先生さえも、『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』第2巻第11章第49節以下で、そのように論じられてしまった。しかしながら、その後で先生は、同書を補足する『自然法と万民法の基礎 *Fundamenta juris naturae et gentium*』第2巻第11章第3節において、初めてこの誤りを新たに訂正して、そして私にこのような省察への道を開いて下さった。先生の「普通法に反対する帝国等族の立法権限について *De statuum imperii potestate legislativa contra ius commune*」の最後から2番目の節を参照。

第3節 この件についてローマ法は不衡平であると論じるとき、私たちの意図とカノン法の意図とは異なっている。

なるほど、私は、カノン法学者やカトリックの神学者が時折この法文を不衡平なものとして非難していることを知っている。しかし、それはもちろん、私たちの意図とはまったく別の、明らかに極めて異なる意図によるものである。なるほど、彼らは、価格の半分よりも少ない額が受領されたことのみを理由として売却を解消する市民法を批判する。しかし、それは、[真の価格との差額が] 半分未満の価格を理由としても解消すべきだとされているからである<sup>e)</sup>。これとは反対に、私たちがはっきり示そうとしているのは、[真の] 価格の半分より少ない額が受領されたことを理由として売買が解消されるべきだと説く裁判上の衡平には、何ら道理がないということであり、[真の価格との差額が] 半分未満であっても解消されるべきだということではない。すなわち、ひとつの不条理から多くの不条理が生まれることが常であるように、カノン法学者たちも、ディオクレティアヌス帝の法文にある脳内の衡平を一旦味わうや否や、これらの法文の誤った理由付けに簡

単に魅了されてしまい、その結果、彼らは後からこれらの法文を「真の価格の半分未満ではないけれどもとりあえず」価格が低い場合にも拡張したのである。私たちは逆に、これらの法文の理由付けが愚かしいことを明らかにするであろうから、カノン法の拡張が、より正確に言えばカノン法学者による拡張が脳内の衡平にもとづくことも、同時に分かるはずである。

e) ホアン・デ・ヴァレロ<sup>(55)</sup>『両法廷間の差異 *Differentiae inter utrumque forum*』の契約の項目第1相違点および売買の項目第1相違点。

**第4節** ここで問題になっているのは、買主の悪意なしに安く売られた物である。人の悪意と内容から生じる悪意とを区別することには意味がない。

さらに私たちは、論点をより正しく位置付けるために、何よりもまず次のような前提も置くことにしよう。問題となっているのは、買主の悪意なしに物が安く売られた場合である<sup>f)</sup>。そして私は、内容それ自体から生じる悪意というものを認めない。このような悪意を、法の解釈者たちは皆、ここで口にするのを常としている。彼らの考えによれば、売主が「正当価格の」半分より少ない代金を受領したときは、なるほど人の悪意 *dolus*<sup>(56)</sup> は存在しないけれども、しかし内容それ自体から悪意 *dolus* が生じるとされる。[私がこれを認めない理由は] なぜかと言うと、この区別は、この問題におけるディオクレティアヌス帝自身の意に明らかにそぐわないだけでなく<sup>g)</sup>、習俗に関する哲学とまったく調和しておらず<sup>h)</sup>、またその基礎全体が法文の誤った理解にもとづいているからである<sup>i)</sup>。

f) 実際、売主の悪意によって物が高く売られうること、また買主の悪意によって物が安く売られうることは容易に分かることであり、

法文もこれを否定していない。学説彙纂第19巻第1章第13法文第4項および第5項を見よ。

- g) ディオクレティアヌス帝は勅法彙纂第4巻第44章第10法文において、「買主の悪意は代金の額ではなく行為の性質によって評価される」と述べている。加えて、勅法彙纂第4巻第44章第2法文は人間性を引き合いに出している。しかし、悪意を原因とする場合は、人間性ではなく正義が解消を要求する。
- h) 悪意 *dolus*、欺罔 *fraus*、信義誠実 *bona fides*、不信義不誠実 *mala fides* などは、人間の精神状態である。この精神状態が獣を主語に取ることもあるが、それは非本来的なやり方でしかない。そしてそれゆえに、この精神状態が魂を持たない売られた物を主語にとすれば、これは語の濫用以外の何物でもない。魂を持たない物を君が悪意の主語に取るならば、それはその物を笑ったり泣かせたりするのと同じくらい不適切である。ところで、草原は笑う [と君は反論するかもしれない]。しかし、明らかにこれは詩人の書き方によるものであり、法の哲学が要求する書き方によるものではない。
- i) 学説彙纂第45巻第1章第36法文 [一部抜粋] に、次のような有名なテキストがある。「問答契約の申込人の悪意がなかったとしても、しかし内容それ自体が悪意を内在させているならば、同じことである。というのも、この問答契約にもとづいて請求する人は、まさに請求するということによって悪意で行動しているからである」<sup>(57)</sup>。博士たちの通説的な考えによれば、ウルピアーヌスはこの法文において、勅法彙纂第4巻第44章第2法文のような事案を念頭に置いていた。しかしながら、ウルピアーヌスは他の箇所でも、すなわち学説彙纂第44巻第4章第2法文第3項、第4項および第5項で、自分の考えをはっきりと説明している。すなわち、「ウルピアーヌスが念頭に置いていたのは」ある人が原因なしに問答契約を請求したときである。例えば、遺言者が遺贈を小書付によってあとから撤回したにもかかわらず、相続人も受贈者も問答契約をするときはこの小書付

を知らなかった場合に、受贈者が相続人に対してこれを請求したときである。ヴィッセンバッハ<sup>(58)</sup>『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂前半4巻に対する復元された講義にもとづく講壇コンメンタール *In libros IV priores Codicis Dn. Justiniani repetitae praelectionis commentationes cathedrae*』の勅法彙纂第4巻第44章第8法文に対する註釈。あるいは、ある人が、何らかの抗弁によって斥けられる問答契約にもとづいて請求するときである。したがって、ここ〔=学説彙纂第45巻第1章第36法文〕での内容 *res* とは、商品または商品の評価額ではなく、取引のときの事情またはその後の事情を意味する。前掲学説彙纂第44巻第4章第2法文第3項から第5項。

**第5節 勅法彙纂第4巻第44章第2法文の脳内の衡平を、1. ア・ポステリオリに証明する。この衡平は永続的なものではないこと。**

このような前提の下で、私たちはディオクレティアヌス帝の法文にある脳内の衡平を、まずア・ポステリオリに証明しよう。なぜなら、この種の証明は、法の教えにおいて人間的な権威にどっぷりと浸かっている人々の好みに一層合うからである。もっとも、多くの若者にとっては苦痛であろうけれど。仮にここ〔=勅法彙纂第4巻第44章第2法文〕に真の衡平があり、そしてこの衡平が自然法と万民法の原理によって基礎付けられたものであるとするならば、ディオクレティアヌス帝のあの規定は永続的に重んじられたであろう。というのも、自然法と万民法が有する原理は、一時的な真理ではなく永遠の真理にもとづいているからである。ところが、ディオクレティアヌス帝が引き合いに出すあの衡平と人間性は、この皇帝以前には重んじられておらず、また彼以後のキリスト教徒たる皇帝たちは皆、これらを脳内の空想的なものとして拒絶した。彼らの法も、私たちと関係を有している。



第6節 ディオクレティアヌス帝以前には重んじられていなかったこと。この問題に対してはアイロールの一節をそのまま。

前者について言えば、極めて博学なピエール・アイロール<sup>(59)</sup>からの一節で十分である<sup>k)</sup>。クラウディウス・アイリアヌス<sup>(60)</sup>は次のように報告した<sup>1)</sup>。スパルタ人のある若者が極めて安い価格で土地を買ったとき、若いにもかかわらず非常に熱心に利得を追い求める気質があるという理由で、罰金を科された、と。アイロールはこの事実を手がかりとして議論を展開しており、その一節が私たちの説を明らかにするのに役立つ。このくだりを、ここではそのまま [註mに] 添えておこう<sup>m)</sup>。

k) 『判決済みの事件 *Rerum judicatarum*』 第4巻第7編第2章。

l) 『様々な歴史 *Varia historia*』 第14巻第44章。

m) さて、アイロールは次のように述べる。「衡平と善の解釈者である法学者自身が、すなわちポンポニウス、ウルピアーヌスおよびパウルスが、契約当事者たちには自然法上お互いに駆引きし合うことが許されると書いたと聞く。しかも、賃約においてすらそうであると言う。これはどういうことか。自然法上そうであると仮定しよう。相手方と駆引きしてそして騙すことと同じくらい自然に反していることがあるのか。相手方の損害と不法とによって私腹を肥やしているというのに。衡平を守らないのか。競技場で走る人々は、各人が欺罔ではなく速さで競って、そしてできる限り駆け足で勝利を追い求めるように、反対に敢えて他人を押し倒したり手で突き飛ばしたりしないように、規則で告げ知らされているのではないか。この人生を走破するにあたってはなおさら、欺罔や駆引きなしで豊かさを追い求めるべきではないのか。人間を意味する *homo* というラテン語は、大地を意味する *humus* に由来する。大地は何人からも奪わず、むしろ万人に全てを与える。[先の法学者たちの主張は] 万民法上そうであると仮定しよう。なぜスパルタの人々は、極めて安い価格で

土地を手に入れた若者に罰金を科したのか。アイリアヌスがそのように伝えているのではないか。安い価格で物を買った場合と極めて安い価格で買った場合との違いだろうか。ところが、先の著者〔アイリアヌス〕によれば、たとえ売主が半分を超えて害されてそして騙されたときであっても、売却が解消されないことは明らかである<sup>(61)</sup>。しかも、このような市民法上の衡平は、真の評価額に不足している分が補填されない限り、半分を超える加害を理由として代金を買主に返還するように命じているのだが、ディオクレティアヌス帝およびマキシミアヌス帝以前には認められていなかった。したがって、スパルタ人は罰金を科すことによって万民法に違反したと、すなわち契約当事者たちには価格についてお互いに駆引きし合うことが許されるということに違反したと言うことはできない。すなわち実のところは、この駆引きそれ自体も自然なのである。なぜなら、たとえ平等が商取引において遵守されるべきであるとしても、しかし私たちは、駆引きが人間の悪徳であることを、その自然本性にもとづいて否定するからである。というのも、この性質〔＝平等〕をととても厳しくかつ正確に遵守することが、多くのそして最大の不幸をもたらすからである。これに加えて、自ら望んだ人に不法は加えられない。さもなければ、人は自分で自分に不法を為すことになる。これは不条理であり、確かにアリストテレスもそのように証言している。それゆえに、何人も意に反して売ったり貸したりすることを強制されないので、契約した人がもし安い価格で、あるいはとても安い価格で商品を手放したならば、彼は自ら進んで知りながらそうしたのだと言うべきである。とりわけ、まともな家父が自分の財産の値打ちや効能を知らないということは尤もらしくない。したがって、このような加害または騙取があるとしても、買主や売主には帰責されない。なぜなら、一方に許されることは相手方にも許されており、このこと自体が自然本性からしても正しくかつ平等だからである。〔最終的な〕判断が買主の側にあるというのに、どうして売主

が欺罔したと言えるのか。なるほど、私たちは悪意を行為の性質から常に理解するのであり（例えば騎兵 C. カニクスに対するピュティウスの行為〔キケロ『義務論 *De officiis*』第3巻第58節以下〕やアントニウスに対するトラニウスの行為）、悪意が代金額によって判断されることはない。テュロスのアンティパトロスは厳格であることを好んだが、人間社会により親和的なのは、キケロが伝えているディオゲネスの言葉である〔キケロ『義務論』第3巻第51節以下〕。では、なぜあの青年は罰金を科されたのか。彼が悪意によって事を為したからではない。なぜなら、彼の年頃の者はむしろ〔自分から騙すのではなく〕他人から騙される傾向にあるからである。そうではなく、彼がこの若さで金儲けに熱心であるように見えたからである。したがって、注目されたのは契約内容ではなく青年の心である。なるほど、スパルタ人は、耕作用の土地の賃貸借について制限を設けた。この制限を踏み破る者は、呪詛と汚名なしには済まされなかったのである。（偽プルタルコスが『ラコニアの諸制度について *De institutis Laconicis*』で述べているように）ヘロス族は利益を得るにあたって、自ら進んで注意を促して、そして所有者は正当なものよりも多く利益を得ることはなかったのだが、これも同じ理由から来ている」。

### 第7節 ユスティニアヌス法のパンデクテンに収められた法学者たちにも、この衡平は見知らぬものであった。

さて、アイロールによって付け加えられた理由から、同時に次のことが分かる。トリボニアヌス<sup>(62)</sup>とその同僚たちがパンデクテンを編纂するときに使った著作を著した〔古典期の〕法学者たちの諸原理は、ディオクレティアヌス帝のあの衡平をまったく承知していない。なるほど、ジャック・クジャース<sup>(63)</sup> および盲信から彼に付き従った多くの法学者たちが別様に考えていることを、私は知っている。ディオクレティアヌス帝の法文は自然法の原理にもとづいた真の衡平に支えられていると信じている人々も、彼らと違わないはずである。しかし、ク

ジャースが自己の見解を証明しようとしたところのテキストはそのようなことを述べておらず、また彼らに対しては既に他の人々によって反論が為されたので、これ以上彼らにしつこく絡まないでおこう<sup>n)</sup>。しかも、[ディオクレティアヌス帝の衡平はパンデクテンの中には存在しないという] 消極的な主張は、私たちが証明責任から解放してくれるので、私たちは私たちの見解のためにテキストを引用せずに済ませることもできる。とはいえさしあたり、パンデクテンに収められた法学者たちが一度ならず厳命している事柄が、私たちの見解を証明しないにせよ疎明してくれる。すなわち、「実際に売却可能な額がその物の価値である」「物は買手の見つかる額で評価されるべきである」<sup>o)</sup>。

- n) クジャースは、学説彙纂第45巻第1章第36法文、第16巻第3章第2法文の「あるべき額よりも少なく *minoris quam debuit*」と「その訴権を *actiones suas*」という文言、および学説彙纂第21巻第2章第47法文を引き合いに出している。クジャースの第23巻第24考を見よ。1番目のテキストに対しては、この章の第4節註iで反論が為された。2番目のテキストは、物が悪意によって安く売られた場合であるとうまく理解することができる。3番目のテキストは、意味のない寄せ集めしか提供しえない。ヴィッセンバッハの勅法彙纂第4巻第44章第8法文に対する註釈および彼の『パンデクテン論考 *Disputationes ad Pandectas*』第31論考第12節を見よ。
- o) 学説彙纂第36巻第1章第1法文第16項、同第35巻第2章第82法文、同第47巻第2章第52法文第29項。

第8節 しかもディオクレティアヌス帝の後にすぐに修正された。

また、ディオクレティアヌス帝より後のキリスト教徒たる皇帝たちは、この脳内の衡平が不衡平であることにすぐに気付いた。それゆえに、コンスタンティヌス大帝 [在位306 - 337年] のみならず<sup>p)</sup>、グラティアヌス帝、ウァレンティニアヌス帝およびテオドシウス帝<sup>q)</sup>、同

じくホノリウス帝およびアルカディウス帝たちが<sup>r)</sup>、揃ってこの脳内の衡平を拒絶した。それどころか、これらの皇帝たちの見解は、おそらく法学者がこの脳内の衡平にもとづいて争いを納めないようにするために、テオドシウス法典に採録された<sup>s)</sup>。

- p) テオドシウス法典第3巻第1章第1法文は次のように述べる。「売買の信義は、それが駆引きという悪事によって為されたのでない限り、決して反古にしてはならない。例えば、過失なく成立した契約が、代金がとても少なかったという不満のみで訴訟の喧噪によって混乱させられるべきではない」。
- q) テオドシウス法典第3巻第1章第4法文「成人年齢に達して、そして自分の家庭を慎重に管理する能力があると認められた人は誰でも、遠くにある土地であれともかくそれを売り渡したならば、たとえ何らかの事由で土地全体に鑑みて売却が行われたのではなかったとしても<sup>(64)</sup>、代金がとても少ないという理由で残額について再請求する許可を得ることは決してない。また、その場所の価値が自分には分からなかったという反論によって、無意味に手を煩わせることも許されない。なぜなら、彼は家庭の物の価値または値打や生産力を知っているべきだったからである」。
- r) テオドシウス法典第3巻第1章第7法文「一旦適法な人々の間で買売契約が締結されたならば、計算された代金額が少なかったという理由でこの契約が無効とされることはない」。
- s) ジャック・ゴトフロワ<sup>(65)</sup>のテオドシウス法典前掲諸法文に対する註解を付け加えておく。

### 第9節 それどころか、ディオクレティアヌス帝自身がこの不衡平に気付いた。

それどころか、私が確信しているところによれば、ディオクレティアヌス帝自身が自分の指令の中にある脳内の産物に気付いて、そして

それゆえにもう一度反対の指令を出すことにより、これを自ら廃止したのである。この反対の指令において帝は、自分が最初の指令を発したのはうっかり騙されて罠に掛けられてしまったからであるということによりよく明らかにするために、この問題に対する極めて適切な理由付けによって、先の指令の不衡平を証明して見せた<sup>t)</sup>。ところで、当該法文〔＝勅法彙纂第4巻第44章第2法文〕にある最初の指令がディオクレティアヌス帝によって出された理由は、いろいろと考えられる。例えば、自分の友人ルプスを助けたいと思った担当顧問官が、この人間性という口実を用いて皇帝を誑かしたのかもしれない。あるいは、別の事情から、この事件を皇帝に報告した人が、常にではないがよくあるように署名してから中身を読むことに慣れている不注意な皇帝に、後からこっそりこの指令文を手渡したのかもしれない。あるいは、担当者自身がこの脳内の衡平に魅了されてしまい（いつの時代においても元首の顧問官は、モラルの教えに適った本来の諸原理に習熟していないものである）、この指令が正しくかつ真の衡平に適っていると皇帝に善意で誤信させてしまったのかもしれない。ところが、この事件は皇帝の評判および衡平さを多くの悪評に晒したので、もっと分別のある他の顧問官は、皇帝が後の指令において最初の不衡平を修正するだけでなく、明白で手に取って分かるほどの理由付けによってこれを反駁するように努力した<sup>u)</sup>。

t) すなわち、もし君が、前述第1節で引用された勅法彙纂第4巻第44章第8法文の法文全体を、末尾の一節「但し minus」云々の手前まで吟味するならば、次のことが明らかになるであろう。この法文はとても注意深く、少ない代金が受領されたという理由で契約を解消することを聞き容れる先の指令の判断を反駁するように書かれている、と。

u) 加えて、勅法彙纂第4巻第44章第4法文もある。そこでは、同じ皇帝が注目すべきことを述べている。「売りを解消することおよび悪

意を証明することについて、君が莫大な対価で取得した土地をととも安く手放してしまったと主張するだけでは不十分である」。なるほど、この法文と勅法彙纂第4巻第44章第2法文とが両立しえないわけではないことを、私は知っている。すなわち、半額を超える加害の評価にあたっては、売る前や売った後の物の価格が着目されるべきではなく、売却時の価格が着目されるべきであること、あるいはここ〔＝勅法彙纂第4巻第44章第4法文〕では半分よりも少ない評価額について訴えられているのではないことを前提にするときである。しかし、これまで述べられたことからして、皇帝がそのような事案を念頭に置いていたことを、私は疑わしく思う。

#### 第10節 この通説的な誤りは全てユスティニアヌス帝の時代の無知に帰される。

では、あらゆる権威がディオクレティアヌス帝のあの指令と矛盾しているにもかかわらず、なぜこの指令が私たちの法学へと入り込んだのだろうか。また、なぜあたかもそれが最も奥深い分別からの神託であるかのごとく、キリスト教世界全体から崇拜されてしまったのだろうか。その理由は他でもない、ユスティニアヌス帝と彼の官吏たちとが法学改革に骨を折った時代の不運である。当時は既に、本当に野蛮なもの、すなわち正義と衡平とに対する無知が蔓延っており、そして至る所で聖職者がこの教えを独占していた。聖職者は、正しい推論の規則ではなく、修道僧の倫理にもとづく原理に従ってこの教えを定めており、この原理は聖職者の権威の重要性をあるときはこうあるときはそうという風に説得して、世俗の人々の良心を罫にかける。さらに、この詐術が理性によって議論されたときに勘付かれないように、聖職者は技巧を用いた。すなわち、神は全ての民族および全ての人間の心に正義と衡平とに関する教え、すなわち自然法の教えの種子を植え付けたにもかかわらず、聖職者は何よりもまず、正しい推論は道德の教えにとって不十分であり、むしろその教えはただ聖書の中に、とりわ

けモーセの法の中に求められるべきであると世俗の人々に信じさせてしまった。かくして、聖職者のみが道德の教えを司ることになった。なぜなら、まさに聖職者は聖書について説明する権利を独占しており、そして世俗の人々に対する聖職者の権威および支配権を確立するのに役立ちそうなモーセの法を、全てモラルに関する法とみなしたからである。いやそればかりか、モーセの法が欠けている場合は、先のような方法では擁護することができなくなった正義および衡平に関するあの教えの中に、あたかも不条理な見解が何ひとつ存在しないかのように、聖書の他の箇所が権威を守るために無惨にも曲解された。このとき、世俗の人々は反論するどころか口を開くことさえしなかった。彼らは既に数世紀に渡って、一方では恐怖によって他方では盲従を強いる欺瞞的な説得によって、軽率に信じるのが俗世における最大の徳であり、そしてこれを厳命している博士たちは間違えることがないと考えるように誘導されていたのである。したがって、法学を台無しにしたという理由でユスティニアヌス帝が咎められたり、トリボニアヌスとその同僚たちが非難されたりすべきではない。パピニアヌス、パウルス、ウルピアーヌスあるいは私たちの時代を飾るグロチウスやプーフェンドルフですら、もしこの野蛮な時代に生きていたならば、これ以上に上手くはやれなかったであろう<sup>w)</sup>。

w) もしかするとある人々には、この節で述べられたことがあまりにも手厳しく見えたり、公に書くべきでない事柄であるように見えたりするかもしれないが、そのような人々は、現代においてあの時代の汚点を隠そうとしても無駄であることを認識すべきである。なぜなら、良書の研究と教会史の研究とが至る所で行われており、もはや隠蔽を許さないからである。つい最近、『文芸共和国雑誌 *Nouvelles de la republique des Letters*』の編纂者である極めて博学な人物〔＝ジャック・ベルナルド<sup>(66)</sup>〕が、この件について注目すべき事柄をたくさん説明しており、これらの注目すべき事柄が、次のことをはっ



きりと確信させてくれる。コンスタンティヌス大帝の時代からほとんどの教父たちは、そして偉大なアウグスティヌスさえもが、正義および衡平の教えについてあたかもわざとそうしているかのように何も知らなかったのだ、と。ベルナルド氏の『文芸共和国雑誌』1706年4月号の1番目の記事。

### 第11節 この脳内の衡平に誘惑されたトリボニアヌスは、どのように他の法文を改竄したのか。

さて、トリボニアヌスがディオクレティアヌス帝の法文の中にあるこの脳内の衡平を広めるために、あるいはまたこの衡平を新しい思いつきで飾り立てるためにどのようなことが行われたのか、君ははっきりと勘付いているだろうけれども、このことに少しばかり触れておこう。まず、次のことに異論は無い。ディオクレティアヌス帝は、当該法文〔＝勅法彙纂第4巻第44章第2法文〕において単に、売られた物はいかなる代金の少なさを理由としても（とはいえ、ある程度大きな額だったであろうが）解消されうると指令しており、そしてそれゆえに半額を下回る加害か上回る加害かという区別をしなかった。このことに蓋然性があるのは、ディオクレティアヌス帝に反対した後世の皇帝たちが<sup>x)</sup>半額を下回る加害か上回る加害かという区別に言及せず、単に一般的にこの教えを拒絶しているからだけでなく、法文末尾の一節<sup>y)</sup>があたかも法文の意味とコンテキストにそぐわない註釈のようだからでもある。少なくとも、仮にこの一節がディオクレティアヌス帝の考えにもとづくものであったならば、彼は、この最後の一節よりも前の文言においてあるいは一言二言後に付け加えて、もっと長々と丁寧にこれを説明したはずである。同じ推論が、この最初の法文を覆したもうひとつの法文<sup>z)</sup>にも当て嵌まる。というのも、そこにある最後の但書が<sup>aa)</sup>、それより前の文言の意味とまったく整合的でないからである。その文言にもとづく推論は、それが〔代金が少ないときに売買は解消されるという〕反対の全称命題を否定しているように、〔代金が正当価

格の半分未満であるときは売買が解消されるという] 但書をも否定している。というのも、もしこの推論が、反対の主張の一般性を反証しているならば、そして実際反証していることは明らかであるように、ある人が半分未満を受領したときというあの一例をも反証していることになるからである<sup>(67)</sup>。以上のことを前提とすれば、トリボニアヌスがディオクレティアヌス帝のこれらの法文を見つけたのはグレゴリアヌス勅法集とヘルモゲニアヌス勅法集の中であろうと、蓋然的に言える。実際、法学者グレゴリアヌスとヘルモゲニアヌスは、コンスタンティヌス大帝以前の勅法を拾い集めるにあたって、法学を学芸の型に嵌めることをよしとせず、皇帝たちの勅法を見つけられる限り全て拾い集めたのである。私たちの時代においても、ゴルダストゥスがゲルマン諸王の勅法について同じことをしている。したがって、彼らにとって、自分たちが矛盾し合う勅法を拾い集めているか否かはどちらでもよいことであった。しかし、ユスティニアヌス法の編纂者たちは、最初の勅法にあるあの脳内の人間性にもはや魅了されてしまっていたので、ディオクレティアヌス帝の後の勅法<sup>bb)</sup>が先の勅法とうまく一致しないのを目にしたにもかかわらず、半分未満と半分以上というあの区別によってこれらふたつの勅法が調和させられうると考えた。そして、彼らは、このように両方の末尾に一節を付け加えることによって、ディオクレティアヌス帝の法文をインテルポラーチオしたのである。同時にまた、編纂者たちは、テオドシウス法典のうち、グラティアヌス帝、ヴァレンティニアヌス帝およびテオドシウス帝の指令<sup>cc)</sup>をインテルポラーチオしたが、他方でコンスタンティヌス大帝の勅法とホノリウス帝およびアルカディウス帝の勅法<sup>dd)</sup>とをまったく無視した。というのも、彼らは、この種のインテルポラーチオがそれほど容易でないことを認めたからである。

x) 私は彼らの指令を前述第8節で示した。

y) その一節は、「ところで、価格がとても安い」という文言で始まっ

ている。

- z) すなわち前掲法文勅法彙纂第4巻第44章第8法文である。
- aa) 「但し、売却時の正当価格の半分未満」云々。
- bb) すなわち勅法彙纂第4巻第44章第8法文である。
- cc) 勅法彙纂第4巻第44章第15法文における指令が参照される。もし人がこの法文を前述第8節註qで引用されたテオドシウス法典第3巻第1章第4法文と比較するならば、様々なインテルポラーチオが明らかになるであろう。とりわけ注目に値するのは、「代金がとても少ないという理由で *pretii nomine vilioris*」という文言が「代金が幾分か少ないという理由で *paulo vilioris nomine pretii*」と置き換えられていることである。そして、このようなインテルポラーチオが存在することから、その他のテキストもインテルポラーチオされたのだというこの節における私たちの主張は、より説得力を持つ。
- dd) 前述第8節註pと註rで引用された勅法。

**第12節 勅法彙纂第4巻第44章第2法文を説明するにあたって解釈者たちが際限なく意見を違えていることも、その脳内の衡平をア・ポステリオリに証明している。**

しかし、ユスティニアヌス法の初期の解釈者たちは、ユスティニアヌス帝が正義と衡平の教えについて誤ることはありえないと信じ込んでいたので、あらゆる基礎が欠けているこの脳内の衡平を説明するにあたって、法文の捏造に気付くよりもむしろ際限のない仕方で意見を違わせる方を選んでしまった。そして、まさにこのことが、この法文には真の衡平も真の人間性も内在していないことの証拠になる。というのも、自然な衡平に適った推論すなわち人間の行為の自然本性から形成された推論は、一意的かつ明晰であるのが常であり、少なくともこれほどまでに多くの意見の食い違いには繋がらないからである。反対に、法の規定が想像上の衡平に支えられているならば、意見の食い違いに際限がなくなるはずである。なぜなら、真理がひとつしかない

場合、真実から外れるものの数には際限がないからである。

### 第13節 これらの意見の食い違いを、一覧表によってまとめて概観する。

とはいえ、君は私に、これらの意見の食い違いを全てより詳しく調べたり議論したりするように求めてはならない。というのも、ユスティニアヌス〔法〕のこの勅法に対する註解書を書くつもりはないからである。そこで、註解者たちの手によるものを広く見ておくのが良からう<sup>ee)</sup>。ここでは一覧表の概観に留めておくのが、私たちにとって最良であろう。さて、以下の問題について彼らは意見を違えており、そしておよそ至る所で通説が通説と対立している。まず、当該法文の救済手段は身分の高い売主に与えられるか。次に、農民、女性、またはその他の自然人は、たとえ彼らが真の価格を知っていたということが証明されたとしても、この救済手段によって助成されるべきだろうか。鑑識眼のある人もこの救済手段を使うことができるだろうか。年少者は年少者としてこれを使うことができるだろうか。博学な人はどうか。動産の売却にも適用されるか。物の価値を知っていた売主は助けられるか。当該法文の救済手段は買主にも与えられるか。その他の誠意契約には適用されるか。厳正契約にも適用されるか。以下、特殊〔な問題〕。裁判官の決定を伴って為された売却には適用されるか。競売においてはどうか。賃約においてはどうか。賃約が既に終了していた場合はどうか。通常期間の賃約においてはどうか<sup>(68)</sup>。永代借地権においてはどうか。封土の売買においてはどうか。買主が貧困に陥っている場合、第三占有者を訴えることはできるか。交換、分割、嫁資および嫁資の評価においても遵守されるか。一般的な〔権利〕放棄はこの勅法の妨げになるか。個別的な放棄で十分か。裁判外の和解は著しい加害を理由として解消されうるか。裁判上の和解はどうか。次に、消費貸借、免除、裁判外の代物弁済あるいは裁判上の代物弁済にもこの救済手段は適用されるか。転売において買主が〔土地の中に埋めら

れた] 隠し財産を発見したならば、[目的物はもっと価値があったという理由で] 半分を超える加害があったと言えるか。契約に付された宣誓はこの救済手段を排除するか。差額分を贈与する旨の約款が付されていた場合はどうなるか。半分以上の加害を蒙った人は、教会裁判所における特別な救済を受けてこれによって助けられるか。どの裁判所においてこの救済手段は主張されるべきか。買主が売られた物に抵当権を設定した場合、この抵当権は契約の解消によって消滅するか。売買の解消にあたって買主は、目的物を改良したことの抗弁によって売主に対抗することができるか。この訴権はどのくらいの期間存続するか。買主に対する加害はどのように計算されるか<sup>(69)</sup>。真の価格と正当価格とは区別されるべきか。著しい加害はどのように証明されうるか。物は収集された果実と一緒に返還されるべきか。買主からの目的物の返還が不可能になっている場合、売主は価格の補填のみを請求できるか。君はこれほどまでに多くの頭を持つヒドラを目の当たりにしている。しかし、これらの頭はひとつの首によって（すなわちこの法文は衡平かつ合理的であり実務においても用いられているという仮定によって）胴体と結び付いており、この首を打ち落としさえすれば、頭も全て一緒にあっさりと崩れ落ちる。

ee) とりわけアイレス・ピニエル<sup>(70)</sup>の『勅法彙纂第4巻第44章に対する極めて入念かつ完全なコンメンタール *Ad Rubr. et L. II. Cod. De rescindenda venditione elaboratissimi et absolutissimi commentarii*』およびドミニクス・アルマエウス<sup>(71)</sup>の『勅法彙纂第4巻第44章第2法文に対する註解 *Commentatio ad L. 2. Cod. de rescindenda venditione*』によるもの。論点をまとめているもので一番新しいのは、ヴィッセンバッハの勅法彙纂第4巻第44章第2法文に対する註釈である。

#### 第14節 意見の食い違いの源泉。

君は、意見の食い違いがこれほどまでに増大した理由を求めている。その理由とは他でもない、法学者たちが、まさにこの法文の根拠を定めるにあたって意見を違えているからである。例えば、ある法学者は、この法文の根拠は自然法上の衡平であると考えたが、別の法学者は、ローマという国に特有な市民法上の衡平であると考えた。ある法学者は、この法文をそこで明記されていない事案へと拡張することを欲さなかったが、別の法学者は、拡張を説いた。ある法学者は、緊急の必要性に迫られて売った売主に対する配慮にその根拠を求めたが、別の法学者は、契約と合意の自然本性にこれを求め、また別の法学者は、ある種の契約を誠意契約という名前で呼ぶ理由となっている契約上の特殊な信義誠実に求め、さらに別の法学者は、あらゆる合意に伴うべき一般的な信義誠実に求めた。ある法学者は、加害が基準を逸脱していることに求め、別の法学者とりわけカノン法学者は、いかなる額であれとにかく加害があることに求めた。ある法学者は、もし物の正当価格または正当な賃料を基準としてほんの僅かでも契約当事者に不足するならば、その契約当事者は害されていると考え、ある法学者は、半分が欠けるときに初めて害されると考えた云々。要するに、頭の数だけ意見があり、脳漿の数だけ脳内の衡平がある。しかし、君は、アウゲーアス王のこの巨大な厩舎の掃除を私たちに期待してはならない。そのようなことは、大部の著作を必要とするであろう。むしろ、人間性を装ったこの脳内の産物を、私たちがこれまでア・ポステリオリに行ったように、ア・プリオリに簡潔に証明しよう。私の考えによれば、この問題を扱うのに最良なのは、価格の自然本性を考察してみることである。なぜなら、これまで数え上げられてきた誤りの全てではないにせよ大部分は、市民法とカノン法の解釈者たちが次のような前提を置いていたことに起因しているからである。物の価格は、物と物との自然な比較衡量から生まれるのであり、そしてそのようなかたちで物に内在しているのだ、と。

## 第15節 2. ア・プリアリに。価格は物に内在しない。

しかし、この前提は、明らかに偽である。なぜなら、もし君が価格の起源を考察するならば、どこに目を向けようとも、いかなる額であれ全額が人間の純粋な判断に依存することに気付くからである。私たちは、まず物の交換から始めよう。この交換は、貨幣が発明されるよりも前に、人類が生まれるや否やすぐに、国家が導入されないうちから用いられていた。そこでは、ある物を別の物と比べたときの価格および評価額を決めるのは、物の実体や本質ではない（さもなければ、赤毛で肌が黒く短足かつ片目が見えない奴隷スティクスは、極めて上等な馬よりも高価なはずであり、疥癬持ちの犬は、あらゆる黄金よりも高価なはずである云々）。物の優先順位や有用さでもない（さもなければ、あらゆる食べ物、飲み物および衣服に関わるものは、絵画や宝石よりも高価なはずである云々）。物の量でもない（さもなければ、そこらにある岩が、宝石よりも高く評価されるはずである）。欠陥が無いことでもない（さもなければ、去勢された奴隷たちは、これほどまでに評価されなかったはずである<sup>ff)</sup>）。むしろ、価格と評価額を決めるのは、人々の意見と判断だけである。

ff) かつてローマ人たちの下では、去勢された奴隷は医者である奴隷よりも高く売られていた。勅法彙纂第7巻第7章第1法文。

## 第16節 しかも、人間の純粋な判断に依存しているというときの人間とは、賢い人ではなくむしろ愚かな人のことである。

そして、この判断は、いかなる正義の規則によっても基礎付けられておらず、むしろ意志以外のいかなる基礎も受け入れない純粋かつ自由な判断である。また、たとえ物の価格の増減においては通常、物の希少性や余剰性に注目するのが常であることを否定すべきではないとしても<sup>gg)</sup>、しかしこの希少性ないし不足は、決して、物の価格の合理的で分別の規則に適った基礎であると解されてはならない。徳と知恵は、あらゆるものの中で最も希少なものであり、知恵と徳についての

教えも、十分に希少である。ところが、どちらも非常に安い、あるいはまったく価値を持たない。物の価値の一次的な源泉は人間の欲望であり、希少性は二次的なものに過ぎない。もし君が欲望を失うならば、物の評価額はまったくのゼロになってしまうであろう。もし欲望があるならば、希少性と余剰性が物の価値を増減させる。したがって、正義や分別の規則の中に価値の起源を求める人々は、大いに誤っている。なぜなら、このことは、愚か者の評価額がその物の価値であるという諺から完全に外れているからである<sup>hh)</sup>。というのも、愚かさの源泉は欲望だからである。したがって、愚かさは、物の価値と同じところに源を発している。

gg) 主査であるトマジウス先生の『神法学提要』第2巻第11章第40節以下を見よ。

hh) ドイツ語では次のように言われる。「金持ちの愚か者が払う額が、その物の価値である *Eine jede Sache ist so viel werth, als ein reicher Narr dafür giebt*」。これと似てよく口にされる詩がある。[ホラティウス<sup>(72)</sup>『書簡集 *Epistolae*』第1巻第18歌第29行]「富は愚昧を許す *Stultitiam patiuntur opes*」。

**第17節 価値が多様であることの最たる原因は、愚かさの多様性である。**

言うまでもなく、欲望に由来するこの多様な愚かさこそが、先んじて、すなわち物の希少性や余剰性がここで作用する前に、物の価値を増減させる。放蕩な若者は、類い稀なる美貌の娼婦を多額の帝国ターラーで評価する。栄誉と富に関してとても放蕩嫌いであったデモステネスは、後で後悔するような額で「娼婦を」買うことはない。腰が重く慎重であり同時にまた生まれつき厳格で真面目な性格であったクセノクラテス、すなわち極めて放蕩嫌いな人間は、ただでもピュリネやライデと決して寝たがらない。この人は衣服の飾りを、あの人は本を、



その人は馬を、また別の人は犬を、そしてこのように際限なくいろいろな人々がいろいろな物を高く値踏みする。

#### 第18節 物の価格は不確定である。

さて、これらのことから、物の価格は確定しておらずむしろ多様であるということが帰結する。もし君がエウリピデスのランプを、あるいはフランソワ I 世 [在位1515 - 1547年] から奪われた手袋を、あるいはフィレンツェ大公のダイヤモンドを交換しようとするならば、古代の術学趣味に興味をそそられる人は、躊躇いなくこのダイヤモンドと交換でエウリピデスのランプを手に入れるであろう。宮廷風の物に興味をそそられる人は、フランソワの手袋を手に入れるであろう。金細工職人がこのランプや手袋を汚物の中から無償で拾い出すことは決してなく、むしろあのダイヤモンドのために自分の農地と宅地を全て投げ出すであろう。

#### 第19節 そして合意する場合の価格は、第三者の判断ではなく契約当事者たちの判断にのみ依存する。

さて、述べられたことから、様々な人々の意見に従って為された様々な物の評価は、際限のない仕方で食い違うことが明らかになったので、今やあらゆる合意の自然本性から、次のことが容易に理解される。合意する場合の物の価格は、合意する人々すなわち契約当事者たちのコンセンサスにのみ依存しており、第三者の判断には依存しない。というのも、あらゆる合意は、契約当事者たちの自由なコンセンサスに支えられているからである。反対に、もし価格が第三者の判断に依存するならば、自由なコンセンサスであるとは言えないであろう。但し、契約当事者たちが自由なコンセンサスによってその第三者の評価額に同意したときは、この限りでない。また、第三者が一人であるのかそれとも複数であるのかは、どちらでもよい。それどころか、たとえば多くの人々が物の価格を契約当事者たちとは別様に評価するとして

も、しかし自由な状態においては、契約当事者たちが自分たちの合意における物の価格を、多数者の判断に従って決めるように拘束される謂れはない。

#### 第20節 そしてもちろん当事者双方の判断に依存する。

さらに、契約当事者たちはそれ自体ではお互いに対等であるとみなされるので、すなわち対等な自由を享受しているとみなされるので、ここから次のことが必然的に帰結する。自由な状態において交換を行う人々はいずれも、自分の物を他人の物と比較するにあたって極めて自由に評価して、そして相手方に価格を告げることができる。というのも、疑問の余地がない自然法上の規則によれば、甲が乙に対して、乙の物を自分に引き渡すようにあるいは譲渡するように強制することはできず、また同様に乙が甲に対して、乙の物を受領するようにあるいは取得するように強制することもできないからである。したがって、たとえ一方が相手方の意見を遥かに超えて自分の物を高く評価するとしても、相手方がその評価を通じて不法を蒙ったとは言えない。なぜなら、その物をその額で手に入れることを欲するか否かが、相手方の判断に委ねられているからである。

#### 第21節 契約当事者は原則的に自分の物を高く、相手方の物を安く評価するのを常とする。

ところで、契約当事者の誰もが物の商取引にあたっては、自分の物を高く、反対に相手方の物を安く評価するのであり、これが人間の本性である。しかし、ここでも契約当事者は、自分に不法が為されたと言うことはできないはずである。なぜなら、合意の自然本性にとっては、同じことを為す平等な自由が契約当事者たちに残されているというだけで十分であり、また価格は物に内在していないからである。

## 第22節 お互いの譲歩によって合意するまで。

しかし、双方がこのような食い違いに留まっている限り、合意が為される余地は存在しえないであろう。したがって、合意の自然本性は、次のことを要求する。もし双方が真摯に契約するつもりであるならば、どちらもお互いのこのような食い違いから離れて、徐々に何らかの価格へと譲歩し合わなければならない。すなわち、双方が一定の価格すなわち同額に合意するまで、自分の物をより安く相手方の物をより高く評価しなければならない。

## 第23節 とはいえ誰であれ、人間の取引の自然本性から自分の欲求を誤摩化す。

さらに、人間の自然本性は、気に入っている物を気に入らない物の対価として与えることがないように出来ている。ところで、人間の欲は物の価格を引き上げるので、もしある人が、自分の物が相手方から強く欲しがられていることを認識しているにもかかわらず、物の商取引において自分の物の評価について譲歩するならば、その人は愚か者ということになる。このため、合意の自然本性は、分別の規則にもとづいて次のことを要求する。誰であれ資力に応じて、相手方の物への欲求を隠して、そして自分の物に対する実際よりも大きな愛着を装わなければならない。ここでもまた、どちらの当事者も、このようなやり方で自身に不法が為されたと不平を言うことはできない。なぜなら、ここでも彼は、平等な自由を享受しているからである。

## 第24節 しかしどちらの場合も、正義の規則ではなく分別の規則によって話が進められるべきである。

さて、疑いなく正義の規則は約束を守るように要求しており、また与えられた信義を害する人は相手方に不法を為しているとしても、しかしこれまで述べられてきたことによれば、甲の物が合意の前に乙から安く評価されるにせよ、あるいは乙の物が乙自身によって高く評価

されるにせよ、甲は害されていない。また、お互いに〔愛着を〕装ったり〔欲望を〕隠したりすることが、悪意と関係のある加害や欺罔と解されるべきでもない。ここでは分別および無分別という言葉が用いられるのが常であり、正義や不正義という言葉は用いられない。さらに、特段の事情がない限り、自分の物を高く評価する人は無分別ではなく、それどころか限界まで高く評価する人も無分別ではない。反対に、すぐに相手方の評価に譲ってしまう人は<sup>ii)</sup>、無分別という烙印を押される。私は、特段の事情がない限り、と述べた。なぜなら、ある人が自分の物を譲渡しようとしているにもかかわらず、その額で手に入れたと思う人が一人も見当たらないような額でその物を評価するならば、疑いなくその人は無分別だからである。というのも、目的に相応しい手段を取らない人は無分別だからである。ところが、この人がどれほど無分別であろうとも、しかし不正を為したと言われはしない。なぜなら、彼は、これによって何人をも害しておらず、むしろ自分で損害を蒙っているからである。

- ii) ゲルマンでは次のように言う。「馬鹿げたことを要求する人は馬鹿ではないが、馬鹿げたことに応じる人は馬鹿である Der ist kein Narr, der einem was thörichtes zumuthet, sondern der es eingehet」。

#### 第25節 人間性の規則にももとづかない。

また、合意する前の価格決定は、礼節の規則や人間性の規則に求められるべきでもない。というのも、この規則は、自発的な行為や恩恵的な行為には適用されるが、物の商取引や交換には適用されないからである。人間性にもとづく無償の責務を他人に果たさない人は、非人間的である。恩恵的な行為を他人に施さない人は、厳酷であり友とするに相応しくない。しかし、自分の物を私の物と交換する気がない人、もしくは誰とも交換する気がない人、または私の方から彼に申し込んだ物との交換を拒絶する人は、非人間的でもなければ友情に欠けた人

でもない。

**第26節** したがって、正当価格が合意する前に存在することはない。

さて、述べられたことから、自ずと次のことが帰結する。自由な状態においては、いかなる物の正当価格も人間性に適った価格も、合意する前には存在しない。むしろ、正当価格というものは全て、合意することによって初めて生じる。すなわち、与えられた信義を守ろうとしない人は、不正な人と呼ばれることになる。つまり、正義は、たとえ約束を結んだ人が無分別に行動したとしても、合意された価格が支払われることを要求する。というのも、自己の無分別に由来する報いを贖うべきであるのは、他でもない無分別な人本人だからである。さらに、人間性に適った価格や人間性に適っていない価格というものは、[合意する前のみならず] 合意した後ですら主張されることができない。なぜなら、既に述べたように、人間性は、法学者たちが言うような双務有償の合意とはまったく関係がないからである。

**第27節** 合意する前には、いかなる加害も存在しない。半額を超える加害はなおさら存在しない。

したがって、価格の全額についてであれ、半額についてであれ、4分の1の額についてであれ、その他のいかなる割合についてであれ、他人の物を無分別に手に入れた人がそれによって害を加えられたと言うことはできない。自己の権利を行使する人は、何人にも害を加えない。そして、全体が存在しないところでは、その部分もまた存在しない。ところで、合意する前には、価格の全体というものが存在せず、したがってその部分もまた存在せず、したがって全額の半分、半分以上回る額あるいは下回る額というものも存在しない。もし物が、合意する前に自らの内に正当価格を有しているならば、このような増加もしくは減少または割合化の余地があったかもしれない。しかし、このことは否定されたので、この考えが不条理であることは、盲人ですら

これを手に取って理解できるほどである。反対に、合意した後は、半額を下回る加害あるいは半額を上回る加害が生じうる。すなわち、価格を定めることによって信義を与えた人が、一旦自由に結ばれた合意を反古にして、そして与えられた信義を害そうとするときである。

#### 第28節 交換において当て嵌まることは、売買においても当て嵌まる。

ここまでは、物の交換における普通の対価<sup>(73)</sup>について論じた。売買においては特殊な対価すなわち金銭が用いられるけれども、事態は何ら異なる。なぜなら、通俗的な格言と万民の等しく揃った意見の一致とが明らかにしているように<sup>kk)</sup>、交換において重んじられるあの正義と分別の規則は、売買においても重んじられるからである。

kk) しかし、アウグスティヌス<sup>(74)</sup>『三位一体論 *De Trinitate*』第13巻第3章によれば、ほとんどの人はこれに気付いていない。なぜなら、[ある道化役者が]「明日、私は、みなさんがお考えになっていることを当ててご覧にいれましょう」と述べてから、「みなさんは安く買って高く売りたいとお考えになっている」と指摘して、この約束を守ったからである。ゲルマン人たちは次のように言う。「商人は誰でも自分の品を褒める *Ein jeder Krämer lobt seine Waare*」。「何度も値をつけ直すのが商人というものだ *Bieten und wieder bieten macht Kauffleute*」。「人が阿呆を市場へやれば、商人は金を手に入れる *Wo man die Narren zum Marckte schickt, kauffen die Krämer Geld*」。「目を開かぬ人は財布を開く *Wer die Augen nicht aufthut, der thue den Beutel auf*」。著名なヨーハン・ニコラウス・ヘルティウス先生<sup>(75)</sup>の『ゲルマン法の格言集 *De paroemiis juris Germanicis*』の51と53を参照。

#### 第29節 市民共同体においても原則的に同じことが重んじられる。

これまで述べられたことが共通の市民法を用いない人々の間で重ん

じられていることに疑いはないので、今から次のことを見ておくべきである。市民社会の自然本性は、市民共同体において別のことを当てはめるように要求しているか否か。そして、変説を促す事柄を私たちは何一つ目にすることがなく、むしろ私たちが市民共同体において目にすることは全て、これまで私たちが説いてきたことと一致している。なぜなら、非常に多くの箇所においてローマ法もそのように主張しているか、少なくともこれまで提示されてきた条文においては矛盾することを述べておらず、それどころか極めて高名なローマの哲学者や弁論家さえもが私たちの教えを明らかにしており、さらにはどちらも市民状態に着目しながらこれを行っているからである<sup>11)</sup>。

- 11) キケロおよび大セネカと小セネカの言葉がこれに属する。ゲッリウス<sup>(76)</sup>『アッティカの夜 *Noctes Atticae*』第12巻第12章が<sup>(77)</sup>、キケロの言葉を引用している。「買おうと思っているにもかかわらず購入の競争相手がいるので買わない振りをすることは、分別があり用心深い家父の行いである」(被告から金銭を受け取ったことは破廉恥であるという非難を、キケロがこの発言によって言い逃れていないとしても、そうである。この件についてはゲッリウスの前掲書を見よ)。弁論家であった大セネカ<sup>(78)</sup>は第9巻第26章で次のように書いている。「いわば他に売り出されているものがなく、私はこの家を買わねば住む家を持つことができないようなものである。売主はこの機会を見て、押しを強くする。しかし、君はこの売買を取り消すべきではない。さもなければ、詐術というものには際限がなくなるであろう」。哲学者であった小セネカ<sup>(79)</sup>は『恩恵論 *De beneficiis*』第6巻第15章で次のように述べている。「ある人が次のように述べた。『目的物は売られた額よりも高い価値を有しており、そしてそれゆえに君は、既に売買は終わっているにもかかわらず、その物の対価として差額分を私に支払う義務を有する』と。まず、買手と売手との間で価格について合意が為されているにもかかわらず、その物は実際にはいくらであ

のかということがどうして重要なのだろうか。次に、目的物は、彼の言い値ではなく君の言い値で売られる。彼は、その物は売られた額よりも高い価値を有していると言う。しかし、実際にはそれ以上の額で売られることができなかつたのである。むしろ、あらゆる物の価格は、その時々に応じている。君がどんなにうまくこれらの物を褒めようとも、その物の実際の価値は、君がそれ以上の値で売ることができなかつた額である。うまく買った人は、それ以上のことを売主に対して何も負わない」。同じく小セネカは、別の箇所（前掲書第6巻第38章）でとても明瞭に次のことを指摘している。買主と売主の願いは唯一つ、契約から利得しようとすることである、と。ユスティニアヌス法の中で最も注目し値するのは、パピリウス法文学説彙纂第18巻第1章第71法文である。「アントニウス帝およびウェルス帝は、セクステウス・ウェルスに次のような文言で指令を発した。商人たちが葡萄酒を調達するときに用いた量や価格がどのようなものであれ、それは契約当事者たちの権限に属している。というのも、価格や量が気に入らないならば、誰も売るように強制されていないからである。とりわけ地域の慣習に反することが何も行われていないときは、そうである」。解釈者たちによって酷評されているウルピアーヌス法文学説彙纂第4巻第4章第16法文第4項もこれと関係がある。そこでは、ウルピアーヌスはポンポニウスに倣って次のように述べる。「売買代金についてはその自然本性からして、お互いに駆け引きし合うことが契約当事者たちに許されている」。あるいは、パウルスが学説彙纂第19巻第2章第22法文第3項で言い聞かせているように。ここではよく言われているように「その自然本性からして *naturaliter*」または「許されている *licere*」という文言の中に法文の説明を求めるべきではなく（プーフェンドルフ『自然法と万民法について *De jure naturae et gentium*』第5巻第3章第10節を見よ）、むしろ「駆け引きする *circumvenire, circumscribere*」という言葉の中に法文の説明を求めるべきである。[ローマの] 法学者たちがこれらの



言葉で念頭に置いていたのは詐欺によって騙すことであった、と考える解釈者は誤っている。これほどありえないことはない。普段はそこまで賢らぶっていない法学者ヤコブス・マエステルティウス<sup>(80)</sup>ですらかつて、『ローマ法の正義 *De justitia Romanarum legum*』第2巻第28質疑において、この解釈にそそのかされてしまったことがある。そのような解釈者たちは、パウルの前掲法文学説彙纂第19巻第2章第22法文第3項からこのことを学ぶべきであった。「売買においてはその自然本性からして、高価な物」(すなわち売主によって契約の当初はもっと高く評価されていた物)「を安く買うこと、安価な物」(すなわち買主によってもっと安く評価されていた物)「を高く売ること、そしてそのようにしてお互いに駆引きし合うことが許されており、同じことが賃約においても法となる」。しかし、そのような用語法は矛盾を来す、と君は主張するかもしれない。ところが、君が正しく観察するならば、もちろん矛盾は生じない。というのも、ひとつには、法学者たちは非本来的な意味を念頭に置いていたのかもしれない。すなわち、これらの単語は「騙す *decipere*」ことを意味するが、しかし騙すことが全て詐欺であるとは言えず、むしろ売買に関する欲望や欲求を許された範囲内で不法でないかたちで隠蔽することをも意味するというわけである。この隠蔽については第23節で論じた。もうひとつには、私にはこちらが極めて尤もらしいと思われるのだが、[*circumvenire* ないし *circumscribere* という] これらの言葉の本来の用法は、「取り囲むこと *circumvallatio*」、すなわち大セネカがこの註の冒頭で述べたように、一方が相手方に対して押しを強くすることを意味するか、あるいは「周りを囲むこと *circumscriptionis*」、すなわち線で周りを囲むこと、またはこちらの方がより適切であるが、周囲から中心へ向かうように螺旋状に周りを囲むことを意味するのかもしれない。これは、買主と売主が、最終的にお互いに譲歩し合って合意に至るまで対等に繰り返し申込みを行うことによって、お互いに歩み寄って行く様を言う。この極めて美しい意味をディオ

クレティアヌス帝自身が、本章第1節で引用された勅法彙纂第4巻第44章第8法文において視野に入れている。加えて、本章の前掲第7節から第9節までで付け加えられた市民法のその他のテキストも全て、次のことを確実にするであろう。契約当事者たちに何が許されているのかについて、ローマ市民法は、私たちが自然状態について上で明らかにしたこと以外のことを、新しく付け加えなかった、と。学説彙纂第18巻第1章第38法文および学説彙纂第50巻第17章第16法文を参照せよ。

### 第30節 市民共同体には法定価格があるという反論は、私たちにとって支障とならない。

国家の利益のために君主たちは、物の価格を法律またはそのために任命された政務官を通じて決定する慣わしになっており、それゆえに市民共同体においては、共通価格と法定価格という価格の新しい区分が生じる<sup>mm)</sup>。なるほど、このことを私は知っている。しかし、このような制限もそこから形作られるであろう反論も、私たちにとってはもちろん支障にならない。なぜなら、目下の問題と関係がないからである。というのも、この種の決定が為されたところでは、売買が加害を理由として、たとえそれが最小限の加害であるにせよ解消されるか、または犯された不法が匡正されて、そして余分に支払われた額が売主から返還されるべきだからである<sup>nn)</sup>。それゆえに、共通のコンセンサスにおいても、私たちが扱っているディオクレティアヌス帝の勅法は、[法定価格についてではなく] 共通価格について説明されたものであるとされている。

mm) プーフェンドルフの『自然法と万民法について』第5巻第1章8節および第9節。

nn) 例えば、銀貨11枚で売られるべしと政務官によって査定された肉1ポンドは、銀貨12枚で売られたただけでも、不正義が匡正される。

第31節 今から、当該法文の疑義に解答を与える。1. 人間性について。

今から私たちは、これまではっきりと証明されてきた事柄とは反対のことが何か主張されうるのか否かを見ることにしたいのだが、読者を余り煩わせないために、むしろ当該法文がどんなことを主張しているかを見ることにしよう。第1に、ディオクレティアヌス帝は、人間性を引き合いに出している。しかし、私たちが既に上で註記したように<sup>oo)</sup>、物の価格は、正義の規則や人間性の規則によってではなく、分別の規則のみによって決定されるべきである。これと関係しているのは、売買は友情を認めないという格言である。また、売買において、買主が裕福な人なのかそれとも貧しい人なのかということも、私たちは通常考慮に入れない。ところで、人間性を引き合いに出すときは、その人間性は脳内の産物ではないかということにも注意すべきである。そしてセネカは、この人間性が詭弁に繋がることを正しく主張しているのだが<sup>pp)</sup>、このとき彼は明らかにこれを脳内の人間性とみなしている。また、この脳内の人間性は、解決先を持つことができないような人間性である。しかし、ディオクレティアヌス帝のこの人間性が解決先を持たないことについては、もっと後の箇所の説明しよう<sup>qq)</sup>。

oo) 第24節と第25節。

pp) 第29節註IIでちょうど引用された箇所において。

qq) 一部は後述第33節で、一部は第3章で。

第32節 2. 正当価格について。

次に、ディオクレティアヌス帝は、とても高価な物をととても安く売ってしまった人はあたかも正義に反した代金を受領するかのよう、正当価格という言葉を使っている。しかし、この反論に対しては、もちろん様々に答えることができよう。まず、通常はまったく異なるはずの人間性の規則と正義の規則とを混同していることから、この指令

をディオクレティアヌス帝に帰した人の哲学はお粗末なものであることが分かる。実際、安過ぎた代金が買主によって補填されることは人間性に適うというだけならば、正義の規則に違反してはいない。反対に、代金が正義に反しているならば、取引の解消を要求するのは人間性ではなく正義であったはずである。次に、上でも明らかにされたように<sup>rr)</sup>、価格の決定は正義の規則とは無関係である。もしかすると意味もなく君は、私たちに対して次のように反論するかもしれない。仮にそうであれば、正当価格の存在性が否定されるけれども、法の解釈者たちはその存在性を一致して認めており、彼らは価格の要素として、真であること、確定額であること、正当であることおよび金銭から成っていることを要求しているので<sup>ss)</sup>、それゆえに法の共通原理がこれでは台無しになってしまう、と。もちろん私は、法の共通原理を台無しにしてなどいない。もっとも、その原理が脳内の産物であるならば、話は別だけれども。さて、正当価格は、あるときは法定価格を意味することがあり、そしてこの意味での正当価格は価格の要素とはならないであろう。なぜなら、法定価格はあらゆる売買において現れるわけではなく、また目下の問題とは関係がないからである<sup>tt)</sup>。他方で、正当価格は、通常価格を意味することがある。私はこの通常価格について述べているのであり、そしてここで通説的な教えが誤っていることを指摘したのは私が最初ではなく、『精選シュトラスブルク法科大学 *Collegium juridicum Argentoratense enucleatum*』の編纂者が既にこの誤りに気付いていた<sup>uu)</sup>。もし君が、博士たちは正当価格をどのように定義しているのかを調べてみるならば、事態は容易に明らかになるであろう。博士たちは、正当価格とは売られた物と等価な額であると共通して述べており<sup>ww)</sup>、そしてディオクレティアヌス帝の当該法文をそのために引き合いに出している<sup>xx)</sup>。この主張の前半部分に対しては、価格は物に内在していないと私たちが説いた箇所<sup>yy)</sup>、既に反論しておいた。後半部分、すなわち彼らが当該法文を引き合いに出すことは、通説の誤りがどこに由来しているのかを教えてくれる。つまり、この通説は、当該法文上の

脳内の衡平以外に根拠を持っていないのである。言うまでもないが、この正当価格は真の価格ではない。なぜなら、正当価格は確定額ではないからである。すぐ次の節で、このことを説明しよう。

rr) 前掲本章第24節。

ss) 法学提要第3巻第23章および学説彙纂第18巻第1章に対する通説的な解釈を見よ。

tt) 第30節で述べられたように。

uu) グレゴール・ビッキウス<sup>(81)</sup>『精選シュトラスブルク法科大学』の学説彙纂第18巻第1章に対する註釈を見よ。

ww) ヨーハン・ハインリッヒ・ベックラー<sup>(82)</sup>が『アカデミックな論文集 *Dissertationes academicae*』[第1巻]収録の「正当価格の計算に関する論文 *Dissertatio de mensura justii pretii*」912頁で論じている正当価格および不正価格の定義は、思わせぶりなだけで何も明らかにしていない。その箇所はあまりにも冗長であり、引用に値する箇所の方が少ないほどである。とりわけ、ベックラーが924頁で論じていることを参照してみなさい。彼は、そこではっきりと次のように述べている。「法が存在しないならば、契約当事者たちの意思が規則と調和することはおよそありえず、自然な衡平、良心およびキリスト教的慈愛によって補充される必要がある」(どれもこれも漠然とした言い回しであることが分かる。そこには脳内の衡平、誤った良心および偽りの慈愛が容易に隠れられる)。彼の論文全体を紐解いて見なさい。そうすれば、次のことが明らかになるであろう。ベックラーはしきりに倣って正当価格の算定について多くのことを述べたり繋ぎ合わせたりしているが、しかし知恵のある読者を満足させるようなことは何も述べていないのだ、と。

xx) 秀でたホッペ博士の『ユスティニアヌス帝の法学提要に対する簡潔なコンメンタール』第3巻第23章を見よ。

yy) 本章第15節。

### 第33節 3. 正当価格ないし真の価格の半分未満が主張されるとき。

さて、ディオクレティアヌス帝の法文に助け舟を出したのは、おそらくトリボニアヌスの註釈である<sup>zz)</sup>。トリボニアヌスは、「代金がとても安いと見られるのは、真の価格の半分すら支払われなかったときである」と述べる。ところが、トリボニアヌスはこれを言い換えており、ある箇所では真の価格の半分と述べたものを<sup>bbb)</sup>、別の箇所では正当価格の半分と名付けている<sup>aaa)</sup>。この言い換えは、正当にも真っ先に疑われた。なぜなら、通説によれば、真の価格という概念と正当価格という概念とは異なっているはずだからである。つまり、どちらの箇所においても、トリボニアヌスは、自分が何を書き加えているのかを分かっていなかったのである。実際、仮に正当価格が当事者たちの合意なしに存在するならば、なるほどある人が正当価格より少なく与えたり多く与えたりするときは、代金が正当価格より少なかったり多かたりするであろう。あるいは、正当価格の4分の1や10分の1を受領することもあろう。たとえ正当価格が真の価格と同一であるべきだとしても、正当価格が真の価格でないことは容易に明らかにされよう。なぜなら、正当価格は不確定だからである。そしてまさにこのことから、すなわち正当価格が不確定であるということから、トリボニアヌスの小細工は解決先を持たないことも容易に明らかにされよう。なぜなら、不確定なものが半分にされたり部分に分けられたりすることはありえないからである。ところで、正当価格が不確定であることは、次のことから分かる。すなわち、共通価格の正当性およびその二分割について書いている博士たちは、法律によって縛られていない共通価格は一定の幅を持っており、そして一点で定まることはないということ、を、一致して認めているからである。それゆえに、解釈者たちによって、正当価格は3つの段階から成ると言われている。それは、最高価格、中間価格および最低価格、すなわち他の人々の言い方によれば、威張った価格、節度ある価格およびへりくだった価格である。ところが、この幅が正確にいくらであるのかは定められえないとされる<sup>ccc)</sup>。

要するに、共通価格一般の幅もその3つの段階の幅も、まったく不確定なのである。同じ理由で、解釈者たちは、次のことをよく見て取っている。もし契約当事者たちが「この物は正当価格で買われたことにすべし」と述べても、価格が不確定であるから売買は有効にならない<sup>ddd)</sup>、と。

zz) 本章第11節で述べられたことを見よ。

aaa) 前掲勅法彙纂第4巻第44章第2法文。

bbb) 勅法彙纂第4巻第44章第8法文。

ccc) プーフェンドルフ『自然法と万民法について』第5巻第1章第9節、ディエゴ・デ・コヴァルビアス<sup>(83)</sup>の『王国および帝国の教会法にもとづく様々な解決4巻本 *Variarum Resolutionum ex jure pontificio regio et caesareo libri IV*』第2巻第3章第1項を見よ。

ddd) アンドレア・ファチネイ<sup>(84)</sup>の『法の論点13巻本 *Controversiarum juris libri tredecim*』第2巻第1章。アントニオ・ゴメス<sup>(85)</sup>の『市民法、普通法および王国法の様々な解決 *Variarum resolutionum juris civilis, communis, et regii*』第2巻第2章第9項および彼らから取られたビッキウス『精選シュトラスブルク法科大学』学説彙纂第18巻第1章第16項。

#### 第34節 4. 物の価格は個人の愛着によってではなく一般的に求められるという主張は、反論にならない。

さて、解釈者たちが正当価格に関する誤った教えにはまり込んでしまったのは、彼らが市民法のテキストを誤解したからであり、このことは極めて確実であると言える。なるほど、パウルスは次のように教えた<sup>eee)</sup>。「もし君が私の奴隷を殺害したならば、私の考えによれば、私の愛着は評価されるべきではなく（例えば君が莫大な金額で買い受けようと欲していた君の自然子を誰かが殺害したとしても）、その奴隷は万人に値する額で評価されるべきである。セクストゥス・ペディウスも、次のように述べている。物の価格は、個人の愛着や個人の利益によって

ではなく一般的に求められる云々。というのも、アクィリウス法においては損害が追求されており、また私たちが失ったと主張するものは、私たちが追求可能であったものまたは私たちが支出を強制されたものだからである」。他の箇所では<sup>fff)</sup>、皇帝たちが次のように命じている。「軍司令官たちに贈り物として支給されるべき種類の穀物は、他でもない、それが市場で売られている物のひとつとして売却されたかのように評価されるべきである」<sup>(86)</sup>。これらのテキストおよびこれらに類似するテキストから、博士たちは、売買の教えにおいて正当価格を次のように定義した。正当価格とは、商品と市場に精通している人々が共通して支払う価格である<sup>ggg)</sup>、と。アックルシウスに従うのは誤りである。なぜなら、パウルス文において、共通価格は、目下の問題におけるような法定価格と対置されているのではなく<sup>(87)</sup>、愛着にもとづく価格と対置されているからである。愛着にもとづく価格については、主査であるトマジウス先生が、別の場所で詳細に論じている<sup>hhh)</sup>。そしてそれゆえに、博士たちは、明らかにパウルスが自説をアクィリウス法の章に限っていたことを尊重すべきだったのであり、またそれゆえに、このパウルスの説をまったく異なる売買の教えに転用すべきでもなかった。売買に、パウルスの説はまったく当て嵌まらない。なぜなら、売買において真でありかつ確定しているとみなされる価格は、契約当事者たちが合意した価格であって、契約当事者以外の第三者の判断に委ねられた価格ではないからである。契約当事者たちが合意によってこれを第三者に委ねたのではない限り<sup>iii)</sup>、売買代金が第三者の判断に依存することはない。それゆえに、あの博士たちの通説は成り立ちえず、また矛盾から逃れることもできない。例えば、コヴァルビアスは次のような著しい自己矛盾に陥っている。彼は、まずこのパウルス文にもとづいて、売買契約やそれに類似する交換においては、物の自然本性の中に正当価格が見出されたりそこから定められたりすることはなく、たとえその評価が法外であろうとも、むしろ人間の評価の中に見出されてそこから定められる、と註記している<sup>kkk)</sup>（「人間 homines」と



は「契約当事者 *contrahentes*」のことである。なぜなら、一般的な評価が法外であるということはないからである)。ところが、コヴァルビアスは、さらにそのすぐ後で、正当価格の評価にあたっては一般的な評価だけが計算に入れられるべきである云々と結論付けている。さらに、穀物は他でもない市場において売却されたかのように評価されるべきであると皇帝たちが命じていることも同様に、売買の教えとは関係しておらず、むしろ弁済の教えと関係している。またこれに加えて、この勅法によって定められている価格は、繰り返し述べられているようにここでは無関係な法定価格の一種であり、それゆえにこれらの事案においては、4分の1だけ多く評価しようとも10分の1だけ多く評価しようとも、差額分が返還されるか、あるいは少なくとも契約当事者たちは法律を侵していると言うべきである。

eee) 学説彙纂第9巻第2章第33法文。

fff) 勅法彙纂第12巻第37章第12法文。これと似たことを、君はグレゴリウス9世教皇令集第3巻第17章第1法文に見出すであろう。

ggg) プーフェンドルフ前掲書第5巻第1章第9節。コヴァルビアス前掲書第4項。

hhh) 「愛着にもとづく価格は代替物に対して成立しないことについて *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*」において。

iii) 法学提要第3巻第23章首法文および第1法文。

kkk) コヴァルビアス前掲書。

### 第35節 5. 有償契約において要求される平等は、通説の誤りに対して有利に働かないこと。

さらに、次のことも我々法学者たちを誑かしている。それは、売買に代表される有償契約においては、とりわけ（長い間、後世の法学者たちを支配してきた）アリストテレスの教えにもとづいて、算術的均衡に従って、すなわち分かり易く言えば相手方に与えた分だけ貰うように、

平等が要求されるということである。しかし、平等すなわち算術的比例と幾何学的比例とに関するアリストテレスの教え、および交換的正義と配分的正義との区別が、市民的な分別においては無益であることを除いても、人が自分の物を等価な物の対価として譲渡しようとする有償契約においては、この価値の平等を、交換される物それ自体の中にあるいは第三者の意見の中に求めるのは誤りであって、この平等はむしろ契約当事者たち本人の評価に依存する。そして、たとえ契約当事者双方が、有償契約においては自分が気付いている物の欠陥を相手方に指摘する義務を負っているとしても、しかし瑕疵以外の、告げればより安く買うように相手方を動かす可能性のある諸事情を告げる義務を負わない。これは、プーフェンドルフがキケロに対して的確に反論している通りである<sup>III)</sup>。

III) ロードス人たちが深刻な飢饉に陥っていたときに、ある商人が彼らに穀物を輸送したのだが、そのとき穀物を積んだ他の船がロードス島に向かっていたのを航路上で目撃したにもかかわらず、黙っていた事案について。[プーフェンドルフ『自然法と万民法について』第5巻第3章第4節。

### 第36節 6. 最後に、カノン法学者たちの風紀取締に反論する。

最後に、カノン法学者たちの極端な脳内の衡平について言えば、彼らは、正当価格 [との差額] がその半分未満の額を受領したときも売買は解消される、と強弁しているのだが<sup>mmmm)</sup>、教令集の昔の編纂者イヴォ<sup>(88)</sup>が、この衡平は脳内の産物であることを彼らに思い起こさせるはずである。なぜなら、彼の教令集の中には次のような一文が見られるからである。「買主と売主との間で物が一定の価格で手に入れられたときは、たとえその物が目下売られた額より高い価値を有していたとしても、これによって要求されるべきは、もしこの物を手に入れたと証明された人が詐欺や暴力を行っていないならば、売った人が撤回を

求めているとしてもそれは決して認められないということだけである」<sup>nnn)</sup>。

mmm) 前述本章第3節を見よ。

nnn) なるほどイヴォの教令集は手元にないのだが、しかしベックラーが「正当価格の計算に関する論文」914頁でイヴォの教令集から、つまり第16章第244法文からこの箇所を抜粋してくれている。

**第3章 勅法彙纂第4巻第44章第2法文の実務における使用について**  
**第1節 これまで述べられたことから、ディオクレティアヌス帝の法文は実務において用いられていないことが、どの程度まで帰結するか。**

なるほど、ディオクレティアヌス帝の法文にある脳内の衡平がここまで目の前にはっきりと示されたけれども、このことが直ちに、この法文は実務において用いられていないことを証明するわけではない。なぜなら、ユスティニアヌス法の法文の多くは、本来の衡平にまったく支えられていないものであれゲルマンの現状に相応しくないものであれ、イタリアからゲルマンへ大学というものが伝えられた後で、法学者たちによって大学から法廷へと持ち込まれてしまったからである。とはいえそれに加えて、私たちは、あのディオクレティアヌス帝の法文には可能な解決先が与えられないことも明らかにしたので<sup>a)</sup>、ここから自ずと、この法文は実務において用いられていないという必然的な結論が生じる。なぜなら、存在しないものが「使用という言葉の」主語になることはないからである。

a) 前章第33節を見よ。

**第2節 法文が実務において本当に用いられているとはどのような場合か。**

しかし、体系思考の博士たちの本は、至る所でこの法文の実務に関

する教えで埋めつくされているので、私たちの主張の真であることがよりよく理解されるために、次のことがあらかじめ注意されねばならない。ここで私たちが実務における使用という言葉で念頭に置いているのは、法廷で被告がこのディオクレティアヌス帝の法文によって訴えられて、そしてこの法文の規定にもとづいて有効に有責判決を下される場合の使用である。というのはまことに、それがユスティニアヌス帝の法文が実務において用いられているということであり、これに当て嵌まらない他のものは、理論上の使用あるいは一貫性のない実務の濫用に数え入れられるべきだからである。それゆえに、私たちの見解にとって、1. この法文が体系思考の学者の著作の中でとても頻繁に言及されていることは、妨げにならない。というのも、裁判官ではない体系思考の博士たちはそこで、解決されるべき紛争について推論したり助言を与えたりしているのであって、市民社会の中で起こっている厄介事に決着をつけているわけではないからである。また、2. 法学者たちの何百という解答の中に、「したがって汝は、ティティウスを勅法彙纂第4巻第44章第2法文によって適法に訴える資格を有する」という結論が見られることも、妨げにならない。なぜなら、このような解答においても、博士たちは、対等な人々に助言を与えているのであって、判決を現に宣告しているわけではないからである。3. 解答する人々の判断理由において、あるいは（他の事案を扱った）判決文そのものの判決理由においても、法学者たちはディオクレティアヌス帝の法文を引き合いに出しているが、これも妨げにならない。というのはまことに、判決理由は判決そのものではなく、また前者の判断理由においては、法学者たちは教示しているのであって判決を下しているのですらないからである。4. 原告が被告を勅法彙纂第4巻第44章第2法文によって訴えた事案が見られることも、妨げにならない。というのはまことに、原告が被告を不条理な根拠によって訴えることは珍しくないからである。そして、もしその後で「被告は、不適切に提起されたこの訴えに関わり合う責任を負わない」と宣告されるならば、

このような訴えの提起が実務における使用ではなく濫用に属していることは明白である。そればかりか、私たちは次のことも挙げよう。すなわち、5. 少なからぬ訴えが勅法彙纂第4巻第44章第2法文にもとづいて提起されており、これに対して被告が自発的にあるいは裁判官の命令によって応訴しているが、しかし被告たちに有責判決が下されていないこと、またとりわけこの訴えは被告〔訳註：原告の誤りか?〕によってその基礎が証明されえないかたちで為されているという理由で、有責判決が下されていないことである。そして、これらの事案は、実務における使用ではなく濫用を証明している。すなわち、これらの事案は、分別のない弁護士や裁判官が、およそ褒められない仕方で、この法文の実務における使用に関する中身の無い説得によって、法に不慣れな原告を誑かしたことを示している。ここから自ずと、次のことが帰結する。6. 当該法文が実務において用いられていることは、この法文にもとづいて被告を有責とする判決が出されることによって証明されない。なぜなら、判決が後から濾過 *Läuterung*<sup>(89)</sup> やその他の救済手段によって訂正されること、あるいは少なくとも強制執行に付されないことが頻繁に生じており、このような判決においては使用があるとは言えないからである。ましてや、7. 勅法彙纂第4巻第44章第2法文にもとづいて被告に有責判決を下して、そして強制執行に付された判決が1つや2つ持ち出されるとしても、その判決は、なるほど当該法文の実務を証明してはいるが、しかし実務における使用を証明してはいない。というのも、物事が使用されているというのは、それが頻繁に行われているということだからである。この種の例示も、同じように実務における濫用に属しており、しかもいくつかの判決は法それ自体によれば無効であるにもかかわらず、一方当事者の懈怠または敵対的な裁判官の権力によって強制執行に付されているのである。ところで、8. 君は、この法文の使用がはっきりと厳命された地域で、〔ローマ法ではない〕もっと新しい法を引き合いに出そうと試みるかもしれないが、しかしこれによっても私たちに多くのことを反論するこ

とができるわけではない。というのも、実務においてまったく重んじられておらず、また重んじられることがそもそもありえない法がゲルマン法の中に現れることは<sup>a)</sup>、珍しくないからである。たとえこれらのことがそれ自体明らかで手に取って分かるほどであるとしても、しかしここで注意しておく必要があった。なぜなら、博士たちは皆、ユスティニアヌス帝の法文の実務における使用について語る度に、またとりわけ勅法彙纂第4巻第44章第2法文の実務における使用が話題になる度に、これらの注意されたことへはまり込んでしまうからである。

- a)<sup>(90)</sup> 例えば金印勅書の中でこれに属するのは、飲酒を禁じられて不健康になった皇帝の退位の場合、然るべきときまでに王を選出しないときの、選帝候に対する罰の掟である。ところで、もし公法がこのような事例を提供しているならば、そして仮に私たちの企てがそれ〔＝公法を詳細に扱うこと〕を許すときは、もっと多くの事例をこれに関して提供するであろうならば、どうして諸等族の私法がこれを提供しないことがあるのか。私法の大部分は、公法より大きな懈怠と小さな賢明さによって編纂されるのが常なのだから。

**第3節** この法文の実務における使用を証明するためには、悪意によって与えられた半分を超える加害が取り消されたというだけでは不十分である。

さらに、誰かが当該法文の実務における使用を証明するために、売買が基準を逸脱した加害を理由として取り消されて、そしてその加害が最高価格つまり威張った共通価格の半分をも超えて逸脱している事例を持ち出すとしても、同時に買主または売主の悪意が証明されたときは、私たちの見解にとって反論とはならないであろう。というのも、この種の事例は目下の規定と無関係であることを前章で私たちが指摘したように<sup>b)</sup>、この種の事例が頻繁に起こらないはずがないことをすんなり理解できない人は、いないであろうからである。なぜなら、悪

意による契約は、とてもしばしば、俗に半額を超えと言われる加害から見れば、大したことのない加害を理由として解消されるからである。それゆえに、もし加害が基準を逸脱しており、そしてその加害が半額を超える想像上の加害に近づくなれば、買主または売主が相手方当事者と悪意で取引したことを示す多くの事情が容易に生じうることに、疑いの余地はない。

b) [第2章] 第4節。

#### 第4節 私たちの見解の証明を私たちに要求してはならない。

以上のような前置きがあったからと言って、私たちの主張の詳細な証明を私たちに要求してよいことにはならない。というのも、私たちの主張は消極的な主張であるから、むしろ反対論者たちが、ディオクレティアヌス帝の法文が頻繁に使用されていることを私たちに示す責任を負う。それにもかかわらず彼らがこれを行おうとしないのであれば、私たちは私たちの主張を維持することにしよう。極めて優秀な法学者であるフーバー<sup>(91)</sup>の賛同は、十分過ぎて余りある。彼は次のように述べる<sup>c)</sup>。「この救済手段を拡張することがあまり好ましくない理由は、勅法彙纂第4巻第44章第2法文の使用はそれほど周知のものではなく、またこの法文を引き合いに出すことは分別のある大人がすることではないと信じられているからである。商人たちも、もしこのような訴えを起こすならば、笑い者になるだろう。田舎の農夫ですら、もし誰かがこの法文の恩恵に与って不平を申し立てるならば、その人を役立たずで幼稚な人だと非難するであろう。とりわけ、自分の行いについてよく知っている人がこれを嘆願するならば、そうである。もっとも、彼の相続人たちに弁解の余地を与えることはより容易い<sup>d)</sup>。相手方の詐欺がなかったということは、常に前提とされている。もしこの詐欺が訴えられるならば、[契約は取り消されるという] 反対のことが極めて正しくなるけれども、しかしそれはこの法文の守備範囲から外れている」。

- c) [ウルリク・フーバーの]『ローマ法および現代法の講義 *Praelectiones juris Romani et hodierni*』の学説彙纂第18巻第5章に対する註釈の第4節において。
- d) フーバーが「弁解」と述べている点は注目に値する。これは、もし承継人たちがこの救済手段を用いるならば彼らは勝訴する、という意味ではなかろう。むしろ、承継人たちの訴えは、契約当事者自身がこの救済手段を引き合いに出すときほどには幼稚でも役立たずでもなく、また馬鹿馬鹿しくもないと判断される、という意味であろう。しかしながら、このように説明された見解そのものを擁護することは、フーバーに任せておこう。

#### 第5節 反対論者たちが官房の使用やザクセンの官僚たちの使用を引き合いに出すことも無意味である。

私は、少なからぬ人々がここで官房による使用やザクセンの官僚たちによる使用を引き合いに出して、そしてこのためにガイル<sup>e)</sup>(92)やカルプツォフ<sup>f)</sup>(93)が挙げられるのを目にする。しかし、このようなことを引き合いに出すのは無意味である。なぜなら、ガイルは、官房が売買において悪意の無い半額を超える加害を理由として契約を解消した事例を、どこにも挙げていないからである。なるほど、ミュンジンガー<sup>(94)</sup>の著作の中には、否定的に決定を下している箇所、すなわち官房がこの法文の不使用について決定を下している箇所<sup>g)</sup>は見つかるが、当該法文の使用に賛成して肯定的に決定を下している箇所は見当たらない。むしろ、たとえガイルやミュンジンガーやその他の官房の人々がディオクレティアヌス帝の法文の正義と衡平とを擁護しようとも、しかしこのような擁護は、上で述べられたように<sup>h)</sup>、実務における使用の例を示すことができない。なぜなら、(私たちは目下のテーマにおいてこのことを考察しなかったけれども、) そもそもこれらの著述家たちが引き合いに出しているのはおよそ官房の偏見であり、官房実務の本来の使用には当たらないからである<sup>i)</sup>。カルプツォフについて言えば、私がガイ



ルについて述べたのと同じことが彼にも繰り返されるべきであるが、しかしカルプツォフにおいては、終局判決によって当該法文の実務における使用が確認されたという偏見が見当たらず、むしろそこに見出されるものは全て、解答または条件付判決<sup>k)</sup>であり、このことは注目に値しよう。もっとも、解答も条件付判決も、実務における使用を証明するには不十分である<sup>l)</sup>。

- e) ガイル『実務の観察 *Practicae observationes*』第2巻第70考。
- f) カルプツォフ『ローマ・サクセン法廷の法学 *Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』第2部第34規定第1定義から第14定義まで。
- g) すなわちミュンジンガー『理論的・実務的論考 帝国官房の個別的観察 *Tractatus theoretico-practicus singulares Camerae Imperialis observationes*』第4巻第3考第4項。そこで彼は、次のように報告している。50フロリン金貨分の1年間の収入を売主が1000フロリン金貨で買って、500フロリン金貨で売った場合、この年収の売買は取り消されるべきではない、と官房は決定を下した。
- h) 本章第2節1で。
- i) 主査であるトマジウス先生が「ゲルマンの習俗にもとづいた裁判権と行政との差異について *Dissertatio de jurisdictionis et magistratuum differentia secundum mores Germanorum*」第17節で論じたことによれば。
- k) 例えば「もし原告が証明するであろうならば」云々、または「原告がこれを証明することが可能でありかつそれを欲するならば」云々。「原告が加害を証明した」という例はひとつもない。
- l) 本章第2節2および5で述べられたことによれば。

第6節 日常経験はディオクレティアヌス帝の法文が使われていないことを証している。

もちろんこれに加えて、日常経験は、裁判においてディオクレティ

アヌス帝の法文の救済手段はどこにも決して有効に現れていないことを証している。ところで、時として訴えがこの法文にもとづいて提起されることがあるとしても、しかし君は次のことに気付くであろう。原告または原告の弁護士が不適切にこの法文を適用しているか、あるいは訴えがこの法文の趣旨に合ってはいるけれども彼らは証明に失敗しているかの、いずれかである、と。実際、売られた物が売買の後で高くまたは安くなり始めて、その結果事後的に先の売買代金の半分を下回ったかあるいは反対にその倍を上回った場合に、しばしば訴訟当事者の弁護士は、当該法文の救済手段に訴えかけている。これは様々な理由から起こりうるけれども、このような事案において当該法文の救済手段を用いることは不適切であり、このことを法文の文言が極めて明瞭に教えている<sup>m)</sup>。一般的に起こりがちであるように、初めは訴えの証明に気をつけない弁護士たちも、しばしば、なるほど法文の趣旨に合うように訴えを適切に提起しているのだが、しかし結局は争点決定の後で証明に失敗している。なぜなら、ひとつには上で述べられたように<sup>n)</sup>、共通価格は不確定であり、そして不確定なものについて証人たちの証言が確定的になることはありえないからである。またひとつには、多くの物（とりわけ不動産）は、様々な事情から、穀物や小麦のような共通価格を持たないからである。むしろこれらの物は、人間の愛着や異なる有用さに応じて、その多様な評価に服する。またひとつには、売りに出されなかった物が過去においていくらに値したであろうかという質問に答えることは、モラル的におよそ不可能だからである。なぜなら、人間の意志は日々変化しており、その結果、誰にとっても過去や未来に対する自分の意志は不確定だからである<sup>o)</sup>。他人の欲望について何か確実なことを述べるのは、なおさら不可能である。

m) 勅法彙纂第4巻第44章第8法文の末尾の文言「売却時の正当価格」。

n) 第2章第33節。

o) すなわち、[過去については] 仮にその物が過去のある時点で私に

売られなかったならば、私はどうしたであろうかということ。[未来については] 例えば私は特定の物を1ヶ月後にいくらで評価するであろうかということ。

### 第7節 それゆえに博士たちは、半額を超える加害の証明についてお互いにまったく違うことを述べている。

ところで、体系思考の博士たちがこの法文の意味を説明するにあたって、およそ際限のない仕方で意見を違わせるのが常であるように<sup>p)</sup>、彼らは半額を超える加害の証明に関する項目においても同じくらい意見を違えている。けだし、博士たち自身が、この証明はモラル的に不可能ではないとしても、やはり困難であると教えているからである。ここで論じられる慣わしになっている問題の中でもとりわけ大きなものは、以下の通りである。1. 証人による証明に関して、証人が契約[の存在]については証言したものの代金額については証言しなかったならば、この証明は有効か。もし証人たちが価格について意見を違えるならばどうか。もし証人が、目的物は100金以上に値する、と述べるならばどうか。証人は、価格に関する見解の計算方法を提示しなければならないか。それが尋ねられていないときもそうか。証人は、契約時の目的物の品質や果実の量について証言しなければならないか。2. 鑑定人による証明に関して、現時点の評価額だけで十分であり、被告が売却時の価格は異なっていたことを証明しなければならないか。鑑定人は、自分がそのように信じている旨を宣誓すべきか、それともそれが真実である旨を宣誓すべきか。このような鑑定にもとづく裁判官の判決は既判力を有するか。3. 証書による証明に関して、加害も証書やそれに類するものによって証明されうるか。4. 宣誓による証明について、ここでも宣誓申立の余地はあるか。もし原告が半額を超える加害を五分五分のところまでしか証明していないならば、補充宣誓の余地はあるか。5. 証明の効果について、もし原告の証明が被告から部分的に反駁されたならば、被告は有責判決を受けるべきかそれと

も免責されるべきか。6. 買主から救済が申し立てられた場合、どのように半額や倍額が計算されるべきか等々<sup>q)</sup>。

- p) これらの意見の食い違いの中でも際立っているものについては、前述第2章第13節で概観した。
- q) ピニエル『勅法彙纂第4巻第44章に対する極めて入念かつ完全なコンメンタール』第2部第1章第7項と第8項および第3部最終章全体、コヴァルビアス『王国および帝国の教会法にもとづく様々な解決』第2巻第3章第3項と第8項、アルマエウス「勅法彙纂第4巻第44章に対する第4論文 *Disputatio quarta ad L. 2. C. de rescindenda venditione*」第30命題を見よ。

#### 第8節 当該法文は間違っって和解に拡張されている。

当該法文を類似の事案へ拡張することについて言えば、博士たちは、ユスティニアヌス法のテキストを誤解したため<sup>r)</sup>、和解も半額を超える加害を理由として解消されると主張しているが、これよりも暴力的かつ大きな脳内の衡平に動かされているものは他にない。なぜなら、この拡張は、法の様々なテキスト<sup>s)</sup>にも理性にも明らかに反しているからである。なぜなら、和解には期待の売買に似た射幸契約が含まれており<sup>t)</sup>、この期待の売買において当該法文の救済が与えられないことは、博士たちのコンセンサスからも明らかだからである。

- r) すなわち、勅法彙纂第2巻第20章第5法文に対する誤解。マティアス・ベルリッヒ<sup>(95)</sup>『実務断案録 *Conclusiones practicabiles*』第2部第42結論第5項、ヴィッセンバッハ『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂前半4巻に対する復元された講義にもとづく講壇コンメンタール』の勅法彙纂第2巻第20章第5法文に対する註釈を見よ。

- s) 学説彙纂第36巻第1章第80法文第16項を見よ。

- t) 学説彙纂第12巻第6章第65法文第1項を参照。

### 第9節 しかしこの拡張は実務で重んじられている。

それにもかかわらず、法の原理に明らかに反したこの拡張が実務において重んじられていることは、驚くに値しない。私はこのことを、この見解が衡平や人間性に誘われているからであると理由付けするつもりはない<sup>u)</sup>。もっとも、君がここで言う衡平を極めて不合理な衡平と理解するならば、この限りではないけれども。そうではなく、法学者たちがこれまで皆、正しい推論にもとづく原理を追求してそして自分の頭でこれを吟味してみるよりも、むしろ学校においてであれ法廷においてであれ、権威にもとづく偏見を打ち立ててそしてお互いに引用し合うことに熱心だったからである。また、博士たちがこの法文そのものの事案は証明不可能であるがゆえに実務では重んじられえないと気付いたことも、この不条理な実務をおそらく増長させている。つまり、博士たちは、この極めて有名であり衡平を謳われた法文が法廷から完全に駆逐されないように、和解を後から付け加えたのである。なぜなら、和解においては証明が難しくないのである。例えば、和解の後で証書が新たに見つかって、和解当事者の一方が相手方から債務額の半分すら受け取っていないことが明らかになるときである。

u) ヴィッセンバッハは『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂前半4巻に対する復元された講義にもとづく講壇コンメンタール』768頁で、そのようにしている。

### 第10節 しかしここでも法学者たちの多大な意見の食い違いを伴う。

しかし、健全な理性に反する教えが新たな意見の食い違いにきっかけを与えないはずがないように、半額を超える加害を理由として和解を解消する実務に関しても、意見の食い違いが起こっている。3つの、あるいは君が正確に数え上げるならば4つの異なる意見を、体系思考の博士たちはこの問題について吟味している<sup>x)</sup>。官房の実務に関しても意見が一致していない。官房は和解がこの場合に解消されるべきで

はないとする見解をより正しいものとして何度か採用した、とある人々は述べているが、これとは反対に、官房は著しく基準を逸脱した加害を理由として和解を解消した、と別の人々は註記している<sup>y)</sup>。さらに、まさにザクセン選帝侯領の法は、特別な勅法によって、和解の解消が認められるべきとされる事案について、博士たちの意見の不一致を取り除いてそして解消の実務を確立せんと欲したけれども<sup>z)</sup>、しかし裁判上の和解においてこの判断を制限するきっかけが博士たちに与えられないようにすることはできなかつた<sup>aa)</sup>。このことが勅法の意図に適っているのか、またその理と一致しているのかを、私はとても疑問に思う。

- x) ハイゲ『市民法およびザクセンの諸問題』第2部第9問題、ベルリッヒ『実務的に可能な諸結論』第2部第42結論、ガイル『実務の観察』第2巻第70考。
- y) ミュンジンガー『理論的・実務的論考 帝国官房の個別的観察』第6巻第91考。第1巻第33考も参照せよ。
- z) ベルリッヒ第2部第34結論。『ザクセン勅法意見集 *Consultationes constitutionum Saxonicarum*』第1巻第1部第12問および第2巻第1部第16問を参照。
- aa) 小カルプツォフ『ローマ・ザクセン司法の法学』第2部第34規定第4定義。

### 第11節 マクデブルク公領における実務はどのようなものか。

マクデブルク公領について言えば、なるほど私たちのところでは実務における当該法文の使用は明らかに見当たらず、むしろ反対にその使用を認めない規制が存在しており<sup>bb)</sup>、とりわけもし君が、規制されていない残余の事案においては加害の証明を期待することができないということを考慮に入れるならば、当該法文の全ての使用が売買と賃貸においては容易に排除されるほどである。和解について言えば、た

とえここで私たちの法が選帝侯の勅法から適切に袂を分かっているとしても、しかし私は、そこに付された限定が<sup>cc)</sup>、自然な衡平およびローマ法上の衡平にもとづく原理に従って残されるべきであったよりも大きな使用を、私たちの法廷においても残すのではないかと懸念している。

bb) マクデブルクポリツァイ条例第22章第12条「売買契約が法廷で成立して認証された時点に鑑みれば、売買の目的物は実際に自分に支払われた額の倍より高く処分されることが可能であった、と売主が主張しうるとしても、しかし彼に勅法彙纂第4巻第44章第2法文の恩恵は認められるべきではない。たとえ売主がこの恩恵を明示的に放棄しなかったとしても、そうである。あらかじめ行われた裁判上の査定にもとづいて物が競売に掛けられてそして競売で競り落とされたときも、同じことが当てはまる」。また、第47章第1条「誰であれ、用益賃貸借が締結された時点に鑑みると用益賃貸借に出された自分の物は〔実際の賃料の〕倍より高く利用されることが可能であり、そしてそれゆえに自分は用益賃貸借において自己の収益の半分を超えて減収させられたことを適法に証明しうるので、このような契約そのものが解消されるか、あるいは正当な用益賃料に不足している額が補填されるべきである。但し、彼が用益賃貸借契約において勅法彙纂第4巻第44章第2法文の恩恵を明示的に放棄したか、または用益賃貸借契約が法廷で認証されたときは別である。これらの場合、貸主には当該勅法彙纂第4巻第44章第2法文の恩恵が認められるべきではない」。

cc) 同第46章第1条「たとえ誰かが、和解が成立した時点を基準として、自分が和解のとき実際に負っていた額の倍より多くを負わされたこと、あるいは自分が実際に受け取るべきだった額の3分の1未満しか受け取らなかったことを適法に証明しようとしても、しかしとりわけその和解が裁判上で締結されたか、または余ないし余のマ

クデブルク当局によってあらかじめ行われた査定にもとづいてこれを承認したときは、この和解は解消されるべきではなく、また和解を維持したまま不足分の補填が法にもとづいて追求されるべきでもない。たとえ加害を主張する根拠になっている証書が和解の後で発見されたとしても、そうであるが、この場合は適法に次のことを主張して証明することができる。自分は減額を主張する根拠になっている証書を和解の時点ではその所持人に請求することができず、かつ自分はその証書の内容を知らなかったのだ、と。このような場合、和解は衡平に解消される」。

#### 付記。

なるほど、博士たちは当該法文における脳内の衡平を讃えるために、自然法と良心においては誰であれ自分の物を実際より高く評価しない義務を負っているという論拠を用いているが、私はこの学位論文においてこのことを指摘しなかった。実際、[仮にそのような義務があるとすれば、] 違反者は偽りの不正な原因にもとづいて相手方から何かを奪ったり自分に何かを与えたりすることになるろう\*。しかし、この主張が誤っていることは、この学位論文の中で明らかにされている。また誰であれ自分の物を際限なく評価しうるのであるから、この主張は意味を欠いており、そしてむしろ価格の自然本性からすれば逆のことが言われねばならない。なぜなら、いったいどうやって、自分の物を実際の額よりも高く評価しないように義務づけられるというのか。明らかに付和雷同している諸法文によれば、契約当事者たちによって評価された額があらゆる物の額であるというのに。

\*) シルター『パンデクテン演習』第30巻第27章。



- (1) 本史料の内容については、田中実「継受ローマ法をめぐるクリスティアン・トマジウスの理論と実務——契約に対する実質的コントロール」法と政治36巻3号489-535頁（関西学院大学法政学会、1985年）の詳細な研究がある。
- (2) Johann Christoph von Dreyhaupt, *Pagus neletici et nudzici*, Bd. 2., Halle : Wäysenhaus, 1755, S. 733.
- (3) Franckesche Stiftungen, *Die Thalsaline – Halle und das Salz um 1700* <<https://www.francke-halle.de/de/ausstellungen-online/thalsaline>> accessed 11 May 2022
- (4) Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 1., 3. Aufl., München : C.H. Beck, 2020, SS. 17ff.
- (5) 茂手木元蔵〔訳〕『アリストテレス全集14 大徳学 エウデモス倫理学 徳と悪徳について』（岩波書店、1968年）74頁。
- (6) 加藤伸朗〔訳〕『アリストテレス全集13 ニコマコス倫理学』（岩波書店、1973年）177-178頁。なお、加藤訳ではエピエイケイアが「公平」と訳されているので、引用にあたっては訳語の統一のため「衡平」に改めた。
- (7) Stephanus de Federicis, *De interpretatione iuris*, Frankfurt : Egenolph, 1535, p. 78.
- (8) François de Connan, *Commentaria iuris civilis*, Paris : Jacob Keruer, 1553, p. 28.
- (9) Schröder, a. a. O. (Anm. 4), S. 18.
- (10) *Ibid.*, SS. 18-19. なお、Schröderはこの個所で、16・17世紀における衡平を「補完的な法源 (ergänzende Rechtsquelle)」と捉えているけれども、訳者はやや異なる見解を有している。すなわち、17世紀の自然法論において、衡平は補完的な「法源 (Rechtsquelle)」ではなく、自然言語の不完全性を是正する解釈技法へと質的に転換されたのである。このことはプーフェンドルフおよびトマジウスの定義から明らかになる。プーフェンドルフとトマジウスの定義については、Takashi Izumo, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2015, SS. 83-84を参照。
- (11) Schröder, a. a. O. (Anm. 4), S. 66 und S. 158.
- (12) Samuel von Pufendorf; Wilhelm Schmidt-Biggemann (Hrsg.), *De jure naturae et gentium*, Berlin : Akademie Verlag, 1998 (Gesammelte Werke 4), SS. 539-540.: “Bene autem Idem ad Nicom. L. 5. c. 14. (add. Idem magnor. moral. l. 2. c. 1. 2.) definit aequitatem per correctionem ejus, in quo lex deficit ob universalitatem; seu per dextram legis interpretationem, qua ex naturali ratione ostenditur, casum quendam peculiarem sub lege universali non comprehendi, eo quod alias absurdi quid inde sequeretur.”
- (13) Schröder, a. a. O. (Anm. 4), S. 158.

- (14) *Ibid.*, S. 158.
- (15) *Ibid.*, S. 159.
- (16) C 4.44.2 (Imperatores Diocletianus, Maximianus) “Rem maioris pretii si tu uel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut uel pretium te restituente emptoribus fundum uenditum recipias auctoritate intercedente iudicis, uel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse uidetur, si nec dimidia pars ueri pretii soluta sit.”
- (17) 石部雅亮「契約の自由と契約正義 - 1 - 「莫大損害」(laesio enormis)の歴史を中心に」法学雑誌30巻3・4号593-615頁(大阪市立大学法学会、1984年)、堀川信一「莫大損害(laesio enormis)の史的展開(1)(2)(3・完):その法的性質と要件・効果の結びつきを中心に」一橋法学3巻2号731-766頁、3号1171-1201頁、4巻1号189-229頁(一橋大学大学院法学研究科、2004-2005年)。
- (18) 契約における給付の均衡に関しては、大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995年)の詳細な研究がある。
- (19) Izumo, a. a. O. (Anm. 10), SS. 192-193.
- (20) 例えばクリスティアン・ヴォルフ(Christian WOLFF, 1679 - 1754)は、トマジウスの価格理論を一顧だにしていない。Vgl. Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Bd. 4., Halae Magdeburgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1744, par. 4. cap. 4. §. 905. und §. 926., S. 622 und S. 639.
- (21) Friedrich Karl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: *Thibaut und Savigny*, München: Verlag Franz Vahlen, 1973, S. 134.
- (22) アルベルト・ボログネッティ(Alberto BOLOGNETTI, 1538 - 1585)は、イタリアの法学者、聖職者である。グレゴリウス13世(在位1572 - 1585)のもとで活躍した。
- (23) ゲオルク・アダム・シュトルーヴェ(Georg Adam STRUVE, 1619 - 1692)は、ドイツの法学者、法実務家である。イエーナ大学教授であったが、学外の公務に多忙であった。
- (24) ヨーハン・シルター(Johann SCHILTER, 1632 - 1705)は、ドイツの法律家である。アカデミアからは長年冷遇されており、シュトラスブルク大学法学部で正規職を得たのは、1699年になってからであった。
- (25) トマジウスは書名を明らかにしていないが、スイスの神学者ヨーハン・ヤーコプ・ホフマン(Johann Jakob HOFMANN, 1635 - 1706)の*Lexicon universale historico-geographico-chronologico-poetico-philologicum*(1677年)およびフランスの聖職者ルイ・モレリー(Louis MORÉRI, 1643 - 1680)の*Le grand dictionnaire historique*(1674年)ではないかと推測される。

- (26) ヨーハン・アンドレアス・クベンステッド (Johannes Andreas QUENSTEDT, 1617 - 1688) は、ドイツの神学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (27) グイド・パンキロリ (Guido PANCIROLI, 1523 - 1599) は、イタリアの法学者である。トリノ大学教授。
- (28) 訳者が参照したのは、Georg Adam Struve, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, Jena: Matthaë Birckner, 1709である。
- (29) 訳者が参照したのは、Johann Schilter, *Praxis juris Romani, in foro Germanico juxta ordinem edicti perpetui et Pandectarum Justiniani opus theoretico practicum*, Frankfurt am Main : Francis Varrentrapp, 1733である。
- (30) アントン・ファーベル (Anton FABER, 1557 - 1624) は、フランスの政治家。シャンベリで評議員を、サヴォワで知事を務めた。シュヴァルツブルク＝ゾンダースハウゼン伯領の宰相アントン・ファーベル (1561 - 1635) は同姓同名の別人である
- (31) カスパル・ツィーグラール (Caspar ZIEGLER, 1621 - 1690) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (32) dicastice はギリシャ語 δικαστική をラテン文字で表記したもので、意味は司法である。
- (33) ラインハルト・バコフ・フォン・エヒト (Reinhart Bachoff VON ECHT, 1544 - 1614) は、ドイツのカルヴァン派信徒である。宗教弾圧によりハイデルベルクへ移住し、同地で著作活動に勤しんだ。
- (34) クイントゥス・アウレリウス・シンマクス (Quintus Aurelius SYMMACHUS, ca. 345 - 402/403) は、ローマの公職者、弁論家である。
- (35) Otto Seeck (Hrsg), *Q. Aurelii Symmachi quae supersunt*, Berlin: Weidmann, 1961では、Symmachi relationes の49に配置されている。
- (36) フランチェスコ・マンティカ (Francesco MANTICA, 1534 - 1614) は、ローマ・カトリック教会の枢機卿である。
- (37) ホアン・ガルシア・デ・サアベドラ (Juan García DE SAAVEDRA, 生没年不詳) は、スペインの法学者である。彼の著書『スペイン人たちの貴族と免除に関する論考 *Tractatus de hispanorum nobilitate et exemptione*』(1588年)のタイトル頁では「ガリシアの法学者 (Gallecus Jurisconsultus)」とある他に「無敗王フェリペ2世およびその王庫の事件における弁護人兼防御人 in causis invictissimi Regis Philippi II., et ejus Fiscii Regii Advocatus et Defensor」とあるので、今で言うところの検察官のような立場であったと推測される。
- (38) ゲオルク・バレンティン・フォン・ヴィンター (Georg Valentin VON WINTHER, 1578 - 1623) は、ドイツの顧問官である。ポメラニア公国の

フィリップ II 世に仕えた。

- (39) アントン・ヘリングス (Anton HERINGS, ??? - 1610) は、ドイツの法律家、顧問官である。オルデンプルク伯領で活動した。
- (40) ペーター・ハイゲ (Peter HEIGE, 1559 - 1599) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (41) ハルトマン・ピストリス (Hartmann PISTORIS, 1543 - 1603) は、ドイツの法律家である。ザクセン選帝侯アウグスト (在位1553 - 1586) の枢密顧問官。
- (42) オスヴァルト・ヒリガー (Oswald HILLIGER, 1583 - 1619) は、ドイツの法学者である。イエーナ大学教授。
- (43) Gaupp (1826) によれば、1686年にマクデブルクで訴訟規則 Processordnung が公布されたのち、1696年にその改正があった。Ernst Theodor Gaupp, *Das alte Magdeburgische und Hallische Recht*, Breslau : Josef Max und Komp., 1826, S. 160. ここで挙げられている新旧ポリツァイ条例はこれらのことであるように思われる。事実、1686年版の Processordnung の第18章第1条には、それと思しき規定がある。Vgl. *Chur-Fürstliche Brandenburgische Im Hertzogthume Magdeburg / Publicirte Proceß Ordnung. Anno 1686.*, Halle : Salfeld, 1686, S. 68.
- (44) ヨアヒム・ホッペ (Joachim HOPPE, 1656 - 1712) は、ドイツの法学者である。フランクフルト・アン・デア・オーダー大学教授。
- (45) マーティン・ケムニッツ (Martin CHEMNITZ, 1522 - 1586) は、ドイツの神学者である。フィリップ・メランヒトン (Philipp MELANCHTHON, 1497 - 1560) に師事し、宗教改革者としてヘルムシュタット大学の設立に寄与した。
- (46) ハイスベルト・フート (Gijsbert VOET, 1589 - 1676) は、オランダの神学者である。カルヴァン派。ユトレヒト大学教授。
- (47) マーティン・ショーク (Martin SCHOOCK, 1614 - 1669) は、オランダの論理学者、自然学者である。フローニンゲン大学で教授職を得たが、晩年はブランデンプルク選帝侯の招聘に応じて、フランクフルト・アン・デア・オーダー大学へ移籍した。
- (48) ジェラルド・ノート (Gerhard NOODT, 1647 - 1725) は、オランダの法学者である。ナイメーヘン大学およびフラネッカー大学で教鞭をとった。
- (49) クロード・フルーリ (Claude FLEURY, 1640 - 1723) は、フランスの聖職者である。アカデミー・フランセーズに選出され、教会史の編纂などに勤しんだ。
- (50) ハイน์リッヒ・フォン・コクツェイ (Heinrich von COCCEJI, 1644 - 1719) は、ドイツの法学者である。プーフェンドルフの後任としてハイデルベルク大学で教えた後、フランクフルト・アン・デア・オーダー大学教授。

- (51) ゲオルク・ミヒャエル・ヘーバー (Georg Michael HEBER, 1652 - 1702) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (52) ヨーハン・ヨアヒム・シェプファー (Johann Joachim SCHÖPFER, 1661 - 1719) は、ドイツの法学者である。ロストック大学およびキール大学で教鞭をとった。
- (53) この法文のモムゼン版は、解題の註16に掲載した。
- (54) この法文もモムゼン版とは異なるので、以下にモムゼン版の原文と翻訳を載せる。「あなたの意思にもとづいてあなたの土地をあなたの息子が売り渡してしまったとき、その売却が有効とされないためには、狡猾さと奸計とから生じた買主の悪意が論拠とされるか、あるいは死の恐怖ないし身体に差し迫った危害が明らかにされるべきである。というのも、少し安い価格で土地が売られたとあなたが主張するだけでは、この売却を解消するのに不十分だからである。なぜならすなわち、もしあなたが売買契約の実体を考えてみるならば、また安く手に入れたい買主と高く処分したい売主とが、多くの交渉の末に当該契約へ向かって次第に譲歩し合い、売主は要求した額からだんだんと引いていくことによって、反対に買主は申し込んだ額にだんだんと足していくことによって一定の価格に合意するということを考えてみるならば、あなたは次のことにはっきりと気付くはずだからである。売買の合意を重んじる信義誠実は害されておらず、また即時であれ価格の交渉後であれ合意によって結ばれた契約がこのような理由で解消されることを認める道理は存在しない、と。但し、売却時の正当価格の半分未満しか支払われなかったときは、以前買主に与えられた選択が遵守されるべきであるから、この限りでない。」(Si uoluntate tua fundum tuum filius tuus uenumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet uel metus mortis uel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata uenditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum uenumdatum significas, ad rescindendam emptionem inualidum est. quod uidelicet si contractus emptionis atque uenditionis cogitasses substantiam et quod emptor uiliori comparandi, uenditor cariori distrahendi uotum gerentes ad hunc contractum accedant uixque post multas contentiones, paulatim uenditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque uenditionis conuentionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum uel statim uel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore uenditionis datum est, electione iam emptori praestita servanda.)。
- (55) ホアン・デ・ヴァレロ (Juan DE VALERO, 1550 - 1625) は、スペインの法学者、神学者である。カルトゥジオ会に所属していたこと以外は詳細不詳。

- (56) Heumann=Seckelの辞書で定義されているように、ここで言う「悪意 dolus」とは、何かを知っていることではなく、「禁止されたことを行う意思あるいは命じられたことを行わない意思」(der Wille, das Verbotene zu tun bzw. das Gebotene nicht zu tun)である。H. Heumann und E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz : Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1971, S. 156.
- (57) つまり、原告の請求は「悪意の抗弁 exceptio doli」で退けられる。ここで念頭に置かれているのは、「過去の悪意の抗弁 exceptio doli praeteriti」ではなく、「現在の悪意の抗弁 exceptio doli praesentis」であろう。これらの抗弁については、Max Kaser, Rolf Knütel und Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München : C.H.Beck, 2017, S. 206を参照。
- (58) ヨーハン・ヤーコプ・ヴィッセンバッハ (Johann Jakob WISSENBACH, 1607 - 1665) は、オランダの法学者である。フラネッカー大学教授。
- (59) ピエール・アイロール (Pierre AYRAULT, 1536 - 1601) は、フランスの法律家である。アンリ3世の時代に検察官を務めた。
- (60) クラウディウス・アイリアヌス (Claudius AELIANUS, ca. 175 - ca. 235) は、古代ローマの著述家である。
- (61) なぜなら、このスパルタの若者は罰金刑を科されたのであり、契約を解消されたのではないからである。
- (62) トリボニアヌス (TRIBONIANUS, ??? - 542/5) は、ビザンティン帝国の法学者である。ローマ法大全の編纂者の一人。
- (63) ジャック・クジャース (Jacques CUJAS, 1522 - 1590) は、フランスの法学者である。人文主義法学を代表する一人。
- (64) 土地の一部が売られたという意味ではなく、土地全体を売ったときに、売主が土地の性質・状態の一部を考慮に入れ忘れたという意味であろう。
- (65) ジャック・ゴトフロワ (Jacques GODEFROY, 1587 - 1652) は、フランスの法律家である。政務官等を歴任する傍ら、『テオドシウス法典 *Codex Theodosiani*』の編纂に努めた。
- (66) ジャック・ベルナール (Jacques BERNARD, 1658 - 1718) は、フランスの神学者である。ライデン大学教授。
- (67) つまり、「代金の少なさを理由として売買を解消することは全て許される」という全称命題と正反対の命題、すなわち「代金の少なさを理由として売買を解消することは全て許されない」という全称命題は、「半分を超える代金の少なさを理由として売買を解消することは許される」という命題をも否定しているからである。
- (68) 普通法において「通常期間の賃約 locatio conductio ad modicum tempus」と対置されるのは、「長期間の賃約 locatio conductio ad longum

tempus」である。前者においては通常の賃貸借関係が生じるが、後者においては借主に「準所有 dominium utile」が認められる。その結果、長期間の賃約の法的効果は、債務法上の賃約よりもむしろ物権法上の永代借地権に接近する。「長期間 longum tempus」とは、普通は契約期間が10年を超えるときを言う。Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town・München: Jura・C. H. Beck, 1992, p. 359.

- (69) これは損害額の証明の問題ではなく、「半分を超える ultra dimidium」の解釈の問題を指す。フゴリーヌス (HUGOLINUS, 生没年不詳) が伝えているところによれば、買主が物を正当価格よりも高く買った場合、代金額が正当価格の2倍を超えるとときに勅法彙纂第4巻第44章第2法文が適用されるとする見解と、1.5倍を超えるとときに適用されるとする見解とが対立していた。前者は比例計算を行うのに対して、後者は算術計算を行う。Gustav Friedrich HÄNEL, *Dissensiones dominorum: sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur*, Leibzig : I. C. Hinrichsius, 1834, pp. 426-427.
- (70) アイレス・ピニエル (Aires PINHEL, ca. 1512 - ca. 1562) は、ポルトガルの法学者である。裁判官として活動した後、サラマンカ大学教授。
- (71) ドミニクス・アルマエウス (Dominicus ARUMAEUS, 1579 - 1637) は、オランダ出身の法学者である。イエーナ大学教授。
- (72) クィントゥス・ホラティウス・フラックス (Quintus HORATIUS Flaccus, B.C. 65 - B.C. 8) は、古代ローマの詩人である。ラテン文学を代表する一人。
- (73) 「普通の対価 pretium vulgare」とは、当事者たちの与え合う対価がいずれも金銭ではない場合を言う。その典型例は物と物との交換であるが、トマジウスは労務もこれに含まれると理解している。反対に、売買の場合は、金銭が「特殊な対価 pretium eminens」と呼ばれる。これについては、Christian Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 7. Aufl., Aalen : Scientia Verlag, 1963, lib. 2. cap. 11. §. 6., p. 214を参照。
- (74) アウレリウス・アウグスティヌス (Aurelius AUGUSTINUS, 354 - 430) は、ローマ帝国の神学者である。ラテン教父を代表する一人。
- (75) ヨーハン・ニコラウス・ヘルティウス (Johann Nikolaus HERTIUS, 1651 - 1710) は、ドイツの法学者である。ギーセン大学教授。
- (76) アウルス・ゲッリウス (Aulus GELLIUS, ca. 125 - after 180) は、古代ローマの著述家である。
- (77) ゲッリウスが伝えているところによれば、事実関係は次のようなものであったらしい。キケロはパラティヌスにある家を買おうと思ったが、あいにく持ち合わせがなかった。そこで、そのときキケロが弁護していたプーブリウス・コルネリウス・スッラから、購入資金を借りた。しかし、

キケロが家を買う前にこのことが発覚して、彼は弁護依頼人から金銭を授領したという理由で非難された。そこでキケロは、もし自分が金銭を受け取ったならば家を買っているはずだが、実際には買っていないので金銭を受け取っていないことは明らかであると言い逃れに成功した。ところが、裁判が終わった後でキケロはこの家を購入したので、嘘をついたという理由で元老院において政敵から非難された。キケロは、買おうと思っているにもかかわらず購入の競争相手がいるので買わない振りをすることは、分別があり用心深い家父の行いである、とこれをごまかした。無論、これが金銭授受の言い訳になっていないことは明らかであり、トマジウスも本文においてこのことを指摘している。

- (78) アンナエウス・セネカ (Annaeus SENECA, B.C. ca. 54 - A.D. ca. 39) は、古代ローマの著述家、弁論家である。大セネカ。
- (79) ルキウス・アンナエウス・セネカ (Lucius Annaeus SENECA, B.C. ca. 1 - A.D. 65) は、古代ローマの政治家、哲学者である。小セネカ。
- (80) ヤコブス・マエステルティウス (Jacobus MAESTERTIUS, 1610 - 1658) は、ベルギーの法学者である。ライデン大学教授。
- (81) グレゴール・ビッキウス (Gregor BICCIUS, 1603 - 1657) は、ドイツの法学者である。シュトラスブルク大学教授。「精選 elucleatum」という題名がついているのは、1616年から1617年にかけて『普遍的市民法パンデクテン、一名、シュトラスブルク法科大学 *Pandectae universi iuris civilis sive collegium iuridicum Argentoratense*』(訳者が確認できた限りでは2巻本)が刊行されており、その簡略版として出版されたからではないかと推測される。
- (82) ヨーハン・ハインリッヒ・ベックラー (Johann Heinrich BOECKLER, 1611 - 1672) は、ドイツの博学者である。シュトラスブルク大学教授で、法学から歴史学まで幅広く教えた。
- (83) ディエゴ・デ・コヴァルビラス (Diego DE COVARRUBIAS, 1512 - 1577) は、スペインの法学者である。サラマンカ大学教授。
- (84) アンドレア・ファチネイ (Andrea FACHINEL, 1549 - 1607/9) は、イタリア出身の法学者である。バイエルン公ヴィルヘルム5世(在位1579 - 1597)治世下のバイエルンへ移住し、インゴルシュタット大学で教鞭をとった。
- (85) アントニオ・ゴメス (Antonio GÓMEZ, after 1500 - before 1572) は、スペインの法学者である。サラマンカ大学教授。
- (86) ここで引用されている法文は、モムゼン版とかなり異なっている。Otto=Schilling 訳(1832)は、この箇所を註42で次のように解説している。「この箇所は、一方では様々な異文を理由として、他方ではおよそ明晰でない *stellatura* という単語を理由として、読み難くなっている。おそらく、*stellatura* (ゴトフロワはテオドシウス法典において *stillatura* としている)



とは、司令官に軍人たちから為された贈り物であった」。Carl Eduard Otto und Bruno Schilling, *Das Corpus juris civilis*, Bd. 6., Leipzig : Carl Focke, 1832, SS. 715-716.

- (87) ここは先の節と矛盾しているように見えるが、「法定価格 *legitimum pretium*」と「共通価格 *commune pretium*」とを対置することはプーフェンドルフが行っており、これをさしていると理解される。Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Frankfurt am Main : Fridericus Knochius, 1684, lib. 5. cap. 1. § §. 8-9., pp. 676-678.
- (88) シャルトルのイヴォ (IVO Carnutensis, ca. 1040 - 1115) は、フランスの司教、教会法学者である。
- (89) *Läuterung* とは、マクデブルク法に見られる「既存の、何らかの決定とか判断について『軽度の修正』を加えること、またはそれを検討することである」。稲元格「F・エーベル編『マクデブルク法』に見る *Läuterung*」近畿大学法学59巻2・3号1-51頁 (近畿大学法学会、2011年) 46頁。
- (90) 本来ならば、この原註は b) のはずである。
- (91) ウルリク・フーバー (Ulrik HUBER, 1636 - 1694) は、フリースラントの法学者である。フラネッカー大学教授。
- (92) アンドレアス・フォン・ガイル (Andreas VON GAILL, 1526 - 1587) は、ドイツの法律家である。ケルンを中心に活動し、帝国裁判所の裁判官や宮廷顧問官などを歴任した。
- (93) ベネディクト・小カルプツォフ (Benedikt CARPZOV der Jüngere, 1595 - 1666) は、ドイツの法学者である。ライプチヒ大学教授。17世紀ドイツを代表する刑事法の大家。
- (94) ヨアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデック (Joachim Mynsinger VON FRUNDECK, 1514 - 1588) は、ドイツの官僚、詩人である。それまでは非公開であった司法文書を初めて出版した人物である。
- (95) マティアス・ベルリッヒ (Matthias BERLICH, 1586 - 1638) は、ドイツの法律家である。ライプチヒで有名な弁護士となった。この人物については、藤田貴宏「相続と嫁資合意——現代的慣用とは何か—— (4)」独協法学95号69-149頁 (獨協大学法学会、2014年) 115頁以下を参照。

