

---

---

翻 訳

---

---

ジャン=ルイ・アルペラン  
「ローマ法と現代法」

訳：田 中 実

訳者まえがき

ここに訳出するのは、2014年6月24日の南山大学ヨーロッパ研究センター及び法学会共催による研究会における、高等師範学校 (École normale supérieure) 法学教授ジャン=ルイ・アルペラン (Jean-Louis Halpérin) 氏による講演である。氏にはすでに2010年2月25日に「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか？」(都筑満雄訳、『南山法学』34巻2号(2011)207-223頁所収)及び「所有権と主観的権利——二つの運命は分かち難く結びついているのではないか——」(拙訳、『南山法学』38巻1号(2014)221-241頁)と題する講演をいただいております、学問の世界でフランスを代表するエリートを養成する高等教育機関における数少ない法学教授の一人として、法制史及び比較法の講義並びに多数の著作執筆活動、外国からの講演や報告の頻繁な招待をこなされる中、毎回私どもから特別にお願いするテーマにつきお話ししてください、この講演を含め、回数は少ないものの学問的価値の高い南山レクチャーズと称したくなるような成果に結実している。今回お願いしたテーマは、タイトルが如実に物語っているが、以下、お願いした経緯をごく手短かに説明しておきたい。

1900年ドイツ民法典 (BGB) 施行に伴い、ヨーロッパの主要国において裁判規範としての役割を終えたローマ法及びその担い手であったローマ法学・普通法学者は、当然のことながら法学教育や歴史学におけるその位置づけの変更を余儀なくされた (例えば、拙稿「法制史の法解釈学への貢献について——八〇年代西ドイツの議論を中心に」『法制史研究』40号(1990)153頁以下参照)。ナチスの台頭、実定法学の複

雑・精緻化、高等教育における一般教養や学識涵養の凋落など、ローマ法学にとって厳しい環境が押し寄せた 20 世紀ではあったが、世紀末には国民国家をこえた法の統一化や標準化、調和の動きに連動して、ローマ法、ローマ法学、普通法学の復権をうちだす法制史学者が現れ、日本でも紹介されてきた\*。

\* Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996 Oxford で名を馳せた、ハンブルク大学ラインハルト・ツィーマン教授については、『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法——シヴィル・ローの伝統の現在』(佐々木有二訳) 信山社 (2008), 「ローマ法とヨーロッパ文化 (上)(下)」(小川浩三訳) 『法律時報』81 卷 11 号 88 頁以下, 81 卷 12 号 70 頁以下 (2009), 「法制史と比較法」(小川浩三訳) 『法創造の比較法学 先端的課題への挑戦』日本評論社 (2010), 「耳に響くメロディーは甘いが, 沈黙のメロディーはそれにも増して甘い……暗黙の条件 (Conditio tacita), 黙示の条件 (implied condition) とヨーロッパ契約法の継続形成」(山田到史子訳) 『法と政治』(関西学院大学) 62 卷 4 号 (2012) 213 頁以下のように, いくつもの邦訳がある。フランス語圏で代表的な学者として, 比較法史的手法で相殺の研究を行ったスイス連邦フリブール大学パスカル・ピショナ教授を挙げることができる。彼の作品の邦訳は寡聞にして知らないが, 短いインタビューは「ヨーロッパの法制度に影響を与え続けるローマ法」としてスイスのサイトで日本語訳が公表されており (<http://www.swissinfo.ch/jpn/detail/content.html?cid=36614534>), ここで述べられていることの簡潔な解説として, Pascal Pichonnaz, *Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge*, in: *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 39, 2011, p.58-77 がある。

他方で, 消極的には, 現行法の *dogmatique* や *législation* への繋がりを強く意識する方向に対するシニカルな反応や無関心, 積極的には, 一般史の知見を取り入れ, 法解釈学から距離を置いたローマ法学への積極的評価も広く観察される場所である。記者自身, ここ数年, 学部や法科大学院での講義の冒頭でこうした状況を簡潔に紹介するように心がけてきた経緯があり, また法科大学院では, 受講者の学習進捗具合や希望を鑑みて, 比較的新しい最高裁判所民事判例を取り上げて報告させ, 簡単にローマ法学や普通法学の成果からコメントする授業を試みることもある。法解釈学との *décloisonnement* を意識しつつも, 何か規範的な *dogma* や説得的な解釈の基準を提示するつもりはなく, むしろ法制度の根底にあるべき考え方を今一度振り返る一助になればと考えてのことである。近世・近代法を主たる研究テーマとされるフランスを代表する法制史学者である氏がどのようにローマ法やローマ法学を見ておいでなのかお話をうかがえればと思っていたところ, 比較的最近設立された協会 (Association le Latin dans les Littératures Européennes) においてこ

のテーマで講演されていたことを聞き及び、南山大学での講演を打診した。在外研究の半年間を高等師範学校で過ごし、少人数の彼の講義に参加できたよしみもあり、今回も我儘を聞いていただいたわけである。難しいテーマであるにもかかわらず、前半では dogmatique 志向のローマ法学に対する否定的な立場、後半では法の生成や法のあり方の省察に素材を提供するローマ法学の役割に対する肯定的な立場が具体例を挙げて表明され、豊かな内容が明晰な文体で述べられている。

なお、訳文中、〔 〕内は訳者による補足や説明である。

## ローマ法と現代法

私は、ローマ法学者ではないので、この問題を扱うことには若干躊躇せざるをえません。にもかかわらず、フランスで法制史学者としてほぼ30年にわたり経験がありますから、ローマ法学者と、1896年に作られた教授資格試験 (agrégation) の科目区分 (sectionnement) における元来の構想が言うところの「フランス」法制史の学者とが統合されたこと、つまり法学部教員の中で〔ローマ法学者とフランス法制史の学者とが〕同じ集団 (corps) にまとめられていることは、学問の方向を示しかつその方向を担うものだ、と考えております。今日では（教授と准教授合わせて約300人の）法制史学者のうちローマ法学者はごく僅かにすぎないのですが（自己の主要な研究対象を古代法にあてている真の専門家は10人そこそこです）、それでもやはりこの二つの統合からの収穫は豊かなものです。ローマ法学者にとっての成果は、（ドイツやイタリアではそれほどではないのですが）ローマ法学が徹底的に「歴史化」され民法の学説との繋がりが全く断ち切られたことです。法制史学者にとっての成果は、（しばしば担当する講義の中でローマ法の講義を行うように仕向けられるわけですから）少なくともローマ法の最低限の知識が、何世紀にもわたる様々な法体系の進化を全体として見通す視座を豊かにしてくれていることです。

だからといって、フランス法を、つまり（学説が16世紀から「フランス法」と呼んだもの、そしてフランス革命とナポレオンの法典編纂から生じた国民法である）おおよそ近過去の法それから現在の法を、ローマにまで遡る言われるところの「根源」(racines) に結びつけようとするような継続性の称揚も、ヨーロッパ法と全世界の大陸法を通じて、今日のローマ法の生き残り (survie) から疑いようのない足跡を見出そうとしている（ドイツで見られるような）ネオ・パンデクテン法学派

の類いの視座も、私に期待しないでください。私は、フランス革命下については勿論のこと、ナポレオンの法典編纂においても、法における「断絶」(rupture)という観念に基づいて研究をしてきましたから、逆に、現在のフランス法は、慣習法の素材もローマ法の素材も用いてはいるものの、古代法のモデルとは甚だしくかけ離れているのだ、と考えます。

フランスの大学文化は、〔革命政府によってフランスのみならず占領地でも法学部が廃止された後の〕1804年に法律学校が再び設立され、1806年に法学部になるわけですが、そこでなされた教育を通じて、ドイツに比べるとローマ法にはごく僅かな地位しか与えず、衰退の一途を辿ります。ライン川の対岸では、(サヴィニーやパンデクテン法学者たちが行っていたわけですが)週に12時間の講義が〔ローマ法に〕あてられていたのに対して、フランスの教授たちは、〔法学教育の〕最初の2学年にそれぞれローマ法の勉強として僅か3時間の講義を行っていたにすぎません〔パンデクテン法学時代のドイツにおける学生のパンデクテン講義の聴講状況についての興味深い報告として、Hans-Peter Haferkamp, Karl Adolph von Vangerow (1808–1870) — Pandektenrecht und ‘Mumiencultus’, in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, Bd. 16, 2008, S. 816–827がある。異例の人気を誇ったファンゲロウに常連の学生は300名程度であったが、1818年から1833年のベルリンでのサヴィニーには平均187名、ライプツィヒでのプフタには平均39名、1851年のキールでのイエーリングには8名であった。これに対して、翌25日に名古屋大学法学部で行われたアルペラン氏の講演「フランス法文化の歴史から法の文化史へ」(D’une histoire de la culture juridique française à une histoire culturelle du droit)によれば、同時期のパリ大学法学部の学生数が約3000人を中心に推移し、それが全国の半数であったことは承知しておく必要がある〕。1880年にラテン語で作成される(しばしば何とも凡庸で短い)卒業論文が廃止され、1895年には博士号取得において少なくともローマ法の一つの主題を論じる義務が廃止されました〔つまり二人の民法典編纂者、富井政章と梅謙次郎は、この改革以前に博士論文を書いていたわけである。富井「ローマ法及びフランス法における代金不払による買主の解除権」(1883年)、梅「和解論」(1889年)〕。1954年以来ローマ法のあらゆる教育は選択科目となり、とりわけローマ私法はほとんど聴講されることはありません。

同じく18世紀末から今日までの比較法研究は、法の領域でローマ法とは何の関係もない新たな議論の持駒や構成の仕方を利用しているように私には思われます。大陸法諸国とコモン・ロー諸国との対立は(旧植民地帝国の地図がそれだけでは植民地時代が終焉を迎えて半世紀経過した後の法体系の違いの決め手になりえていな

いという限りで) 今日では克服されているのであり、大陸法諸国についても、とりわけ 19 世紀と 20 世紀にローマ法の様々な範例からはすでに相当に離れて、構想された法典編纂や法の体系化の試みが、〔ローマ法とは異なる〕際立った特徴を与えています。

ローマ法の研究の射程や影響力を評価するためには、私の意見では、2000 年以上前に築かれた一つの法体系の絶えざる影響という理念を諦める、放棄する必要があると思います。なるほどその知識は 11 世紀末からボローニャでの再生によって新たな生命を得たのですが、その影響は近世・近代以降は大部分失われあるいは少なくとも脆弱なものになったのです。古代ローマ法は、西ローマ帝国崩壊以後というわけでないにせよ、少なくとも 6 世紀ビザンツ帝国において「学説彙纂」を通じてローマ法学をいわばミイラ化したユスティニアヌス帝の法典編纂以後は死滅したことを認識しなければなりません。ローマ法は、全西方において再発見された後(部分的にはブリテン諸島も含まれます。ローマの立法モデルは、イングランドにおけるコモン・ローの基盤を作ったヘンリー 2 世の立法にとって範例であったことは全くもって確実なことです)、こうして奇跡的に救い出されるわけですが、このことはまずは別の法を誕生させたことを受け入れなければなりません。別の法といっても、(カノン法と同じく)ラテン語で述べられたものであり、もちろん中世註釈学派や近世自然法学派にいたるまでのその後継者たちによる業績であるローマのテキスト解釈に基づき、ローマ法化されたものです。この新たな法は、しばしば(そしていささか性急に)普通法と表現され、ヨーロッパ、南アメリカ、あるいはアジアの一部(スリランカは 17 世紀 18 世紀のローマ・オランダ法から着想を得た所有権の諸ルールを通じて法秩序に普通法の様々な足跡を維持しています)に広がりました。しかし 19 世紀には次々と法典が編纂され、(ローマ法は)自己の支配領域(帝国)が、私法のいくつかの問題に、そしていくつかの小島に収縮してゆくのを経験しています。これらの小島は、〔今日でもなお法典編纂がなされずに普通法が適用されているイタリア半島の小国で今も半年任期の執政官を選出し続ける〕サン・マリノ共和国のように、ほかのところではすっかり埋没させられてしまった地質時代の証拠石とみなすことができます。

今日の実定法が、フランスで、さらに五大陸の偉大な立憲民主主義諸国で、そして国家が形成されているあらゆる法秩序において、如何にローマ法から離れているかを見ておこうではありませんか。これら現代の諸法は、法的・政治的構造としては、この古代都市あるいはこの帝国とはほとんど関係のない近代国家の法なのです

から。現代の諸国のうちいくつかの（そして目下地政学上決して小さくない）国が明確に連邦制の構造を取っていること、（あるいはヨーロッパ人権保障条約を持つ欧州評議会さえもそうですが）ヨーロッパ連合といったいくつかの地域統合が法規を制定する権能を有していること、そして議論の余地もなく国際法が進展していることを考えるとき、我々が生きている法的な枠組みはローマ法の遺産である道具立てでは考えられないものです。

立憲主義のあらゆる動き——つまりアメリカやフランスの革命で生じた近代立憲主義の第一時代、第二次世界大戦とケルゼン流の立憲的司法モデルの拡大以後の第二時代、おそらくは1990年代以降我々が生きているとされている第三時代、ソヴィエト・ブロックの崩壊、多くの政治体制の民主化、イスラエルや連合王国を含め、少なくとも部分的な憲法の条文化——は、ローマの遺産とは全く繋がりがありません。モムゼンが〔ローマ共和政期における国制の体系的把握を試みた名著『ローマ国法』Römisches Staatsrecht, 3. Bd., 1871–1888, 仏訳 P. F. Girard (tr.), Le droit public romain, 7 tom., 1887–1891において〕行ったように（モムゼンは、ローマ憲法などそう名付け作成したのは彼自身ではないかと非難されているのですが）、ローマについて、政治体制（アリストテレス『アテナイ人の国制』の仏語訳 La constitution d'Athènes [との表現]に見られるような、ギリシア人のポリテイア [πολιτεία]）の意味で、法律の制定に指針を与えるルールという実質的な意味でさえ（これらのルールは共和政の立法では、例えば民会の立法権に関する十二表法の規定の中に、帝政期では少なくともウエスパシアヌス帝まで各新皇帝に、自己の諸権力を付与する「命令権に関する法＝皇帝法」(lex de imperio) の中に見出されたのですが〔ウエスパシアヌス帝の皇帝法は、ユリウス・クラウディウス朝の諸皇帝が行使していた権限が、ネロ死後の内乱を收拾したウエスパシアヌス帝にも与えられることを明文化したものであり、14世紀にローマのサン・ジョヴァンニ・イン・ラテラーノ大聖堂で発掘された青銅板に刻まれている。フラウィウス朝の初代皇帝となる彼は、69年12月に元老院でこの皇帝法を議決させた。〕）、「憲法」という用語を用いることができるにしても、ローマには、（ケルゼンが行った区別による）法律家の言う形式的憲法に対応するような、つまり可決し改正するのに特別な手続が必要とされ、実定憲法に関わる法律と通常法律との階層秩序に対応するようなものは何もありません。

大統領制であれ、議会制であれ、その中にある権力分立という近代憲法のメカニズムを予兆するようないかなるものもローマ法にはありません。議員の選挙に関しても、議会の役割に関しても、そのようなものは何もありません。なぜなら、私法

において（委任に基づく）完全な代理制度を確立するのを躊躇したローマ人は、（職業集団について）「法人」に関する考察についても要領を得ない不明瞭な状態のままであり、民会と政務官と元老院しか知らなかったのです。近代の代理・代表制度とは全く異質の制度であり、近代の制度の起源は、中世の、とりわけ教会の実践・慣行から取られたものです。

自由主義の多くの諸国で今日非常に重要な役割を演じている合憲性審査については何をか言わんやです。多数決のルールは、もはやあらゆるケースで貫徹されるわけではなく、憲法を尊重する憲法裁判所裁判官の審査に服さなければならないことを説明するのに、正確に述べる必要のある法律家は「立憲民主主義」という言い方をせざるをえないようになっていくほどですから。とりわけイタリアで、あるいはより驚くべきことに、（緊急事態と「国民の福祉が最高の法」(Salus populi suprema lex) であるという原則に関して) パキスタンで、ローマ法の断片が憲法訴訟において援用されることがありえたのですが〔パキスタン総督グラーム・ムハンマドによる憲法定制会議の解散について、総督の承認が必要であったかの問題に関して、緊急事態が援用された。1954年にムハンマド・ムニール首席判事 (Muhammad Munir Chief Justice of Pakistan) は、『イングランドの法と慣習法』(De Legibus et Consuetudinibus Angliae) で知られるヘンリー・ブラクトン (Henry de Bracton (ca. 1210–ca. 1268)) のみならず、20世紀イギリスの憲法学者アイヴァー・ジェニングス (Ivor Jennings (1903–1965)) を通じて、ローマ法の原則「国民の福祉が最高の法」を援用した。〕、そこに見られるのは、異論の余地があるものというより何世紀にもわたって道具として用いられた様々な歩みの中でしばしば恣意的に再解釈され修正されたローマ法の文化的残留物にすぎません。合憲性審査の成功とは、多くの分析家が（私法の問題、つまり私人間の「水平」関係も含めて）法秩序全体への憲法ルールの「波及」による法の「憲法化」と呼んでいるものなのですが、この成功が、「人権」のその後の実定的な性格と結びついていくことは疑いようもありません。さて法制史学者も法哲学者も、神学、カノン法の役割を、さらに近世自然法学派によって、そしてもちろん啓蒙主義運動の学派によって行われた人格が有する主権的権利の高揚の役割を強調して、人権の系譜学を試みたのですが、その人権もまた基本的にはローマ法には異質なものです（〔1971年から1988年までオックスフォード大学の市民法王立講座担当教授であり法理学者 H.L.A. ハートと密接な繋がりがある〕 トニー・オノレ (Tony Honore) がその著書『ウルピアヌス——人権のパイオニア』(Ulpian, Pioneer of Human Rights, 2002) でそのように考えたにせよです)。ローマ法は（すべての人類の自然的自由への大した効

果のない暗示的な言及がありますが、にもかかわらず）ずっと常に奴隷制を認めていたものであり、ローマ法は主観的権利の観念を知らず、特に専主政の支配者のあらゆる権力に対する障碍を現実に確立することなどなかったことを、今さら指摘する必要がありましょうか。古代ローマについて表現の自由、宗教の自由、結社の自由を言うとするれば、社会のすべての構成員の間で非公式の議論がなされていた場所をフォルム（ローマの中央広場）に見るのと同じく、無益な（そして誤った）時代錯誤に陥ることになるでしょう。法制史学者は、その時代にはそのように形容されていなかった古代の現実を分析するのに、近代の諸概念を自分たちの時代の言語で用いることができ、またせざるをえないにしても、我々が、これらの現実を近代の概念の中に想定しているものを真面目に想起させる必要があるのでしょうか。報道がなかったところに報道の自由などとは言えません。

（条約の批准によって）承認され国内法に組み込まれる国際法のルールが一定の反対の国内法を押しつける場合（フランスでは条約適合性審査という名で知られているメカニズム）も含めて、裁判官によって用いられるすべてのメカニズムはローマ法から何光年も離れています。（憲法又は国際法という）より上位の規範の名において、ローマの任意の法律（あるいは皇帝勅法）を押しつけることを裁判官に認めることができるものは何一つなかったのです。ユスティニアヌス帝の「勅法彙纂」は、法（*ius*）に反する（不意に特権を付与する）皇帝勅答のケースをせいぜい集めたにすぎないのだと思わせるのでしょうか。仮にそうだとしたなら、中世や近世近代から注目に値する行政行為に対する審査を随分と過去に示すことができたでしょう。フランス行政法の起源の中にある、あるいはより一般的に民法（市民法）を押しつけた（あるいは少なくともその卓越的地位を奪った）公法の海原の中にあるローマ法の雫は、今日では特別な法の一領域に縮減してしまい、もはや市民法の焦点ではないのです。

法の公法化（*publicisation*）には、さらに「商事化」（*commercialisation*）と法の「社会化」（*socialisation*）という強い動きが伴っています。ローマの借用が想定されるこの古びた民法にとっての死の危険をここに見て、1880年から1950年の間に多くの民法学者たちが告発したのですが、この動きは彼らが考えた以上に強いものです。さて我々はリアリストでありましょう。近代の商事会社（*sociétés commerciales modernes*）、有限会社（*SARL*）あるいは株式会社（*sociétés anonymes*）のような法人格を持った会社、株式市場のあらゆるメカニズムに巻き込まれる株式上場会社、国有化や民営化がなされる公売事業（*les opérations d'offre publique d'achat*）、コーポ



レート・ガバナンス、ストック・オプションが我々をローマ法の全く承知しない世界へと置いているのだと認識すべきです。しかし法律家が常にリアリストだというわけではなく、今日のビジネス生活にローマの諸概念を使うことができると、日本にいたるまでなおも主張する者がいます。（議論の余地があるのですが、しばしば偏向して）主張されるように大陸法諸国のルールに対しコモン・ローのルールが勝利したのだとの判断を下すのではなく、ここでもまた、産業革命以来、過去の伝統に依拠できなかった新たな法的道具立てが考案されたことが確認されるのです。

「法の社会化」というテーマに関して、ローマ法と何の関係もないルールが優位を占めていることを確認するには、（奴隷制社会では考えられない）労働法、社会保障法、住居法、環境法、消費者法といった現代の法秩序全体の主要な部分をごく手短かに指摘するだけで十分でしょう。「旧来の」市民法に関しては、なおも、人、物、債権債務について（我々はこの三分類を教育において依然として用いていますが、しかし民法では別々に分けられているこの三つの領域は、密接に結びつく境界線にある法領域には対応しません）の（決してすべてではなく、すべてというには程遠いのですが）ローマ法の専門用語や一定の観念を依然として利用してはいますが、これもまたローマのモデルから離れています。ローマ的なものを何も保持しなかった建造物のこれら大きなブロックのうちから、例として、とりわけ、カップルの間での男女平等（フランスなど世界の約 15 カ国における同性婚の承認）、知的財産権の体制、あるいは物の所為の責任（*responsabilité du fait des choses*）〔仏民 1384 条 自己の保管物についての責任〕を引用することで十二分でしょう。

「ますます伝統的な市民法的・民法的（civil）ではなくなっている」法のこの画像に最後に付け加える必要があるのは、民法典自身が古法においては依然として用いられていたローマ起源の（例えば所有権移転に関するルールのような）数多くのルールから離れたこと、そして（ローマ人によってではなく、17 世紀 18 世紀の法学者によって一般条項としてうちたてられた過失（フォート）責任の観念のような）、中世や近世近代以降に再び手を加えられてきたローマの諸観念からの根本的な刷新を認めたことです。法制史学者は、古代のローマ法と中世及び近世近代の（時には、ドイツにおけるパンデクテン法学の場合のように現代のものでさえあるのですが）学説の産物とを混同してはいけないことをよく承知しています。ローマ法学者たちは、ローマの諸観念を、時にはそれらの観念が述べていた可能性のあるものと反対のものを言わせることもあるほどに、変更したのですから。

西洋におけるローマ法学者の学説研究の広範な影響に異議を唱えるものではありません。

ません。まずは、彼らは、教会内部でローマ法のモデルに基づき——ピエール・ルジャンドル (Pierre Legendre) の最新の書名に従えば『西洋におけるもう一つの聖書』(*l'autre Bible de l'Occident*, Fayard, 2009) である——カノン法を構築し発展させ、そしてポーランドやヨーロッパの数々の大学から、イタリア諸都市、諸王国や神聖ローマ帝国の裁判官にローマのモデルを提示し(しかもしばしばそのモデルを押しつけるのに成功した)世俗法学者(レジスト)たちの学問を練り上げたのですから。この巨大な構築物(13世紀アククルシウスの註釈はユスティニアヌス帝のローマ法大全に対する9万6000以上の註釈からなっています)の帝国は巨大でしたが、決して全面的なものではなく、(イングランドの例が証明するように、統治者たちは、程度の差はあるもののローマ法学者を借用するかどうか選択することができたのです。イングランドはコモン・ローを築くことによって最初にこの共通の幹から分かれたわけですが)、この構築物の帝国は、とりわけ近代国家の構築とラテン語の後退とともに、忘却というよりもずっと破壊的な過程を通じて、19世紀20世紀になると退潮の段階を経験したわけです。

退潮の段階はとりわけフランスではよく知られています。それは16世紀に始まります(しかも相当な段階へと進みます)。フランス語を(1539年[フランソワ1世による]ヴィレル・コトレ (Villers = Cotterêt) 勅令 [110-111条]によって)国の裁判言語と定め、[ラテン語でない] 卑属語で出版される法学作品の数が増え、フランス北部及び中部の慣習法を公式に編纂し、(人文主義者たちの歴史的批判の足跡の中で)ローマ法に対し専制的な外国の法であるとして、ナショナリズムからの批判を向けたのです(この批判は、たいした工夫もなされずに啓蒙期の哲学者たちによって繰り返されます)。フランス法の成果は、学説によって築かれ、(中世においてローマ法化され練り上げられたルールを適用する「成文法」の南部地方を有しつつ)なおも法的に多元な特徴を持つ王国における君主制によってもたらされたのですが、その成果は結局のところ不可避免的にローマ法の敗北を意味しました。この敗北は革命による統一と法典編纂によって承認された敗北です(プロシアやオーストリアにおけるように、法典を実現することはローマ起源の諸ルールを廃止するのと同じ意味でした)。この現象は、廃兵院におけるナポレオンの墓を取り囲むために第二帝政において作られた彫刻の中に実によく見ることができました。そこには(万人に同じ法律を与える)皇帝ナポレオンによる法典公布の善行 (le bienfait) が、慣習法とローマ法の集成を引き裂く女性の像の所作を用いて表現されています。

そう頻繁に述べられることはないのですが、19世紀にフランスにおける法学教

育と学説の産物の進展を研究すると分かることがあります。それは、法学者たちの間でのラテン語の文化的退却と、それに伴うローマ法学の伝統やローマ法そのものの忘却です。1804年に再開された法律学校における法学教育はフランス語で行われました（これに対して旧体制下ではフランス法の教授以外はラテン語でした）。1880年まで、（学士試験の一部にすぎないのですが）3年次の学位論文はかなりひどいラテン語で書かれ分量も数頁にすぎません（後に教授になる学生が作成したものでさえそうです）。1853年から1895年の間は二つの博士論文のうちの一つは義務としてローマ法の問題を扱うものでなければならなかったのですが、フランス語で論じられています〔法学教育の改革についても、先に挙げたアルペラン氏の講演でより詳しく述べられている〕。ラテン語は18世紀のどの法学部でもすでに相当にレヴェルが低かったのですが、そのラテン語のレヴェルは革命によって切り刻まれ著しく下がったと想定するのが正当でしょう。すでに19世紀初頭のローマ法学者たちは、学生たちがもはやラテン語の一節や表現を全く理解しないと嘆いています。選抜の基準としては維持されましたが、ラテン語は正確に読まれなくなりました。そのことが意味するのは、（おそらく18世紀に口火が切られた動きによれば）中世及び近世のラテン語で書かれた文献はすべて利用されなくなったことを意味しています。

ナポレオン法典の教育とユスティニアヌス帝「法学提要」の（さらには「学説彙纂」の）教育とは補完しあうものだと主張されてはいるものの、（教授たちは講座担当正教授職（chaire）の、そして1855年以降は統一された大学教授資格（l'agrégation unique）の選抜準備段階では同じ教育を受けていたわけですが、彼らはこの教授グループの少数派であり、多数を占める）19世紀フランスの民法学者たちは、もはや註釈学派、バルトルス、バルドゥス、デュムラン、キュジャースを読んではいません。学士論文や博士論文を信用する限り、（ドイツの法学が、ニューブルによる〔ガイウス『法学提要』の〕発見をローマ法研究の再生に利用したのに対し、長きにわたりガイウス『法学提要』の知識よりも好まれた）ユスティニアヌス帝『法学提要』の、ひいては「学説彙纂」の知識も、全く皮相的なものであったに違いありません。文化の完全な消滅というわけではありませんが、この現象は教師であれ実務家であれ法学者・法律家たちの「脱ローマ化」をもたらしました。

この観点から、ローマ法を法制史に統合させる1896年の教授資格の再分割は、（ローマ法の知識も含めて）歴史の深い知識を〔もはや民法学者にではなく〕法制史の専門家だけに留保する動きの論理的な帰結です。1896年はジラル（Girard）の

『ローマ法綱要』(*Manuel élémentaire de droit romain*) 初版の出版年でもあります。これはドイツ法学の進歩を考慮に入れた学問的な作品をようやくフランスのローマ法学に与えるものでした〔同書は2003年にペーパーバックとして復刻されたが、その冒頭にはJean-Philippe Lévyによって素敵な筆致で書かれた同書の意義を解説する紹介文(*présentation*)が掲載されている〕。排他的な〔つまり大学の中でフランスの法制史学者がほかの法学者とも古代史の学者とも分離した〕集団を形成していることとは何の関係もない一つの明白な事実をはっきりと認める必要があります。法制史学者に統合された新たなローマ法学者たちもその中に入っているのですが、歴史の専門家だけがローマ法を知っているのです。法学者・法律家は、若干の(しばしばローマのというより、中世又は近世近代の)ラテン語の格言を口にすることができるにすぎず、場合によっては選択科目の法制史を受講するのですが、実定的な影響力を有するような古法時代の私法などもはや何も知りません。

だからといって、ローマ法研究は、法についての我々の理解にとって全く有用性を奪われていると言うのでしょうか。法制史において、あるいは法の学問的な分析においてさえ、ローマ法研究が中心であることを擁護するいくつもの理由がなおも存在しています。19世紀20世紀のローマ法の影響につき、私の目からすると救いようのないその没落について述べたわけですが、そのすべてが、それ以前の数世紀にわたるローマ法の空前の波及、とりわけ「ボローニャ革命」つまりユスティニアヌス帝の編纂法典の11世紀末ボローニャにおける再発見と研究、それに続くローマ法の継受と移植のあらゆる現象が、西洋に、さらに(植民地化を通じて)すべての大陸に重大な影響を及ぼしたことを消し去るものではありません。古代のローマ法は我々の諸概念とは離れていても、そしてまさに我々には非常に馴染みのない(しかも大部分知られていない)ものであるがゆえにこそ、とりわけ法の発明、法と弁論術や論理学の技術との繋がり、あるいは広大な領域をまとめ、異なった習俗を持つ諸国民・諸民族をまとめる法秩序の発展に関して、常に新たになされるべき深い考察の源なのです。

今日の中国法は秦の最初の皇帝(紀元前3世紀の秦の始皇帝〔在前246-210〕)の立法によるルールにもはや何も負ってはいないわけですが、後に王朝統一を確立することになる〔春秋(前770-403)・戦国(前403-221)時代の〕この秦において紀元前6世紀と4世紀〔秦の商鞅(前390-338)による変法〕の間に中国で法が始まったのです。それと同じく、我々がもはやローマ法に「従って」いないからといって、

ローマ人による争いようのない（2008年に仏語に訳されたアルド・スキアヴォーネ（Aldo Schiavone）の見事な作品の書名を拝借すると）『西洋における法の発明』（*Jus. L'invention du droit en Occident*, 2008）を何ら消し去るものではありません。

（ウェーバーの言う意味での）理解ということから法制史（法の歴史）をこのように大局的に見ますと、過去数十年のフランスのローマ法学者たちが広く共有している確信を想起することが重要だと思われまます。（他のすべての学生と同じく私は彼の生き生きとした教育を素晴らしいと感じていた）アンドレ・マグドゥラン（André Magdelain）、（2008年に亡くなったのですが多くのテーマにつき研究方法を根本的な革新へと導いた）ヤン・トマ（Yan Thomas）、それからお現役で傑出したミシェル・アンペール（Michel Humbert）がそうです。この確信は、伝統・伝承の尊重と過度な批判の中間とでも言うことができましようが、一般的に言いますと、ローマの年代記作家（リウィウス、スエトニウス、タキトゥス、そして失われた作者で彼らに影響を与えた者たち）よりも、古代から（大方はユスティニアヌス帝の法典編纂によってですが、非法律文献とりわけキケロによっても）我々に伝えられてきた法的なテキストに、より信頼を置いています。歴史家は（しばしば）嘘をつき、法学者は（ほぼ常に）真実を述べているものだ、と言うものではありません。しかし（個人として、あるいは都市国家の「起源の伝説」を美しく飾るために取り繕って論じている）ラテン歴史家たちが用いることができた変造や歪曲の大きな余地と、完全に捏造されたテキストを（法廷において、そして同時代人の目から）真正なものであると認めてもらうために法的な操作をする法学者・法律家がいたとすれば彼らが出くわしたであろう障碍とを区別する必要があります。ローマ法学者たちは、私の目からすれば、物語風に（あるいは歴史として）述べられているものと法について述べられているものとの間に大きな違いを見る実証主義のテーゼに論拠を与えてくれるように思われまます。

後者は「法律の効力」を有したのだから、まずは社会的「現実」とより一層密接な関係があります。法的なテキスト（ルールの表明）もまた人間精神の構築物であるので、その権威自体は制定と適用の様々な局面におけるその意味と「有効性」について（とりわけこれらのルールを命じる諸権威の間での）最低限の合意を前提としています。こうして、（碑文はないのですが）十二表法の146の節のあれこれに関して、「学説彙纂」には147の言及が、そして「学説彙纂」以外ではほぼ300の言及が存在するのですから〔16世紀初頭にフランスのAymar du Rivail以来、19世紀Heinrich E. Dirksenを経由して復元が試みられてきた十二表法の条文について、比較的

しい文献として M. H. Crawford, *supra*, p. 555 ss. 及び Dieter Flach, *Das Zwölftafelgesetz*, 2004 を参照), 紀元前 5 世紀中葉に遡る十二表法の真正を信じるもっともな理由があります。このことは、我々がこれらのテキストの法的解釈に関して今日的な問題提起をしながら研究を続けることができること、そしてこれらのテキストは時代を通じてローマの社会と文化について我々に述べるのが数多くあること、を意味しています。

法律家にとっても歴史家にとっても物事の発見に役立つ大きな影響力を今日でも持ち続けているローマ法の諸テキストに関するこの歴史的研究から——他のものほど我々が知らないわけではない——二つの例を取り上げたいと思います。私は、ローマにおける法の発明に十二表法が果たした決定的な（「最初の」と言う者もいれば、むしろ主要なものだと考える者もいますが、いずれにせよ慣習法による法の自生的な創造という考え方をすべて押しのける）役割を指摘しました。十二表法は、実証主義の法学者にとっては、イングランドの理論家ハートが行為の「一次的」ルールと呼んでいた「法以前」(pré-droit) から、ハート（『法の概念』*The Concept of Law*, 1961. 矢崎光圀監訳、みすず書房、長谷部恭男訳（第3版）、ちくま学芸文庫）がはっきりと定めた一次的ルールと三つの二次的ルール、つまり承認・変更・裁判（裁定）のルールとの結合という特徴を持つ法体系への移行の見事な例です。この（アンドレ・マグドゥランが主張する語源によれば、書かれ読まれたテキストという意味である）法律 (lex) は、その内容そのものからすると、この都市がそれ以後、法 (ius)（むしろ何かを命じる儀式を執り行う力を想起させる用語である命令 (iussum)）として承認するものは何か、如何にこの法が（ケントゥリア民会による他の法律の可決によって）変更できるか、そして法律によって挙げられている訴訟によって如何にこの法が（「法律訴訟手続」と呼ばれている）裁判で適用されなければならないか、を述べています。さらに、十二表法の5年後、紀元前445年に、平民と貴族の間の婚姻を禁じていた規定を廃止したカヌレイウス法 (lex Canuleia) は、変更のルールが実行された理想的な例を提供しているように思われます。ローマ法が——父祖の遺風 (mos maiorum) の尊重と古法 (ius vetus) に対する畏敬の念によって緩和されはしますが——変更にかかれ柔軟であることは、紀元前5世紀又は4世紀アテナイ人が（古法と新法の争いの仲裁に裁判の性格を与えるものとしてペロポネソス戦争後に機能したアテナイのノモテース [νομοθέτης] の制度が示しているように）自分たちの法律を変更することに対し躊躇していたことと鮮やかな対照をなしているように思われます〔籤で選ばれた2001人の（ノモテースと名付け

られている)陪審員からなるヘリエア(民衆法廷)は、新たな法律に対して憲法裁判所の役割を果たしていると評価されることがある。cf. Michel Humbert, *L'institution politiques et sociales de l'Antiquité*, 8<sup>éd.</sup>, 2003, Paris, p.125–127 (156 c). 例えば、デモステネス(384–322)『アリストクラテス弾劾』87は「政務審議会の議決も民会の議決も法律(ノモス)より優位にたつてはならないのである」(Ψήφισμα δὲ μῆδεν μίτε βουλῆς μίτε δήμου νόμου κυριώτερον εἶναι.)と述べている。ノモテテースが制定するノモス(νομός, lex, ius)と民会が制定する民会布告たるプセーピスマ(ψηφισμα, decretum)との区別や、違法提案告発(accusation pour avoir proposé une loi contraire aux lois existantes)と訳されることもあるグラペー・パラノモン(γραφῆ παρανόμων)などについては、Mogens H. Hansen (tr. J. A. Crook), *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, 2ed., 1991 London, p. 123–245を見よ]。

それでは、法律と判決の近代的な概念の起源については、すべてがそれほど明白ででしょうか。ローマ法における法律、それから判決に関して若干の考察をすすめますと、今日我々にとって非常に異質な(そして外国の)このローマ法が如何なる点で深い法的考察の支えになるのかが分かります。私は、第十二表の中に、近代的な公布に分類される規定があると示唆しました。「国民が後に命じたことは何であれ法であり効力がある」(ut quodcumque postremum populus iussisset id ius ratumque esset)という規定です〔第12表法5: D. Flach, *supra*, S.165, L. Franchini, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, 2005, p.10を参照〕。このルールは、古法に優先される新法(postremum)によって法(ius)を修正する(立法権を有する全市民を一つにまとめる唯一の組織である)ケントゥリア民会の管轄を確立しているように思われます。法学者たちは、規範の動態的な階層秩序の作動に必要な不可欠と思われる原則である、後法が前法を廃止するとする馴染みの原則をすでに承認していたように思われます。その階層秩序の中にあつて、ある規範は「上位の規範によって定められた方法で表明された」という理由で有効なのです。

しかしローマ法におけるこのルールに関する問題は多岐にわたり、諸規範の秩序立てと法体系の何世紀にもわたる進化にいくつもの重要な結論を引き出すこととなります。何よりもまず、「国民が後に命じたことは何であれ法であり効力がある」との原則を十二表法に結びつけることは、リウィウス(紀元前4世紀における貴族と平民の闘争の二つのエピソードに関する、〔同法文を引用している〕第7巻第17章第12(前356年)及び第9巻第34章第6–7(前310年))によってのみ証明されることです〔cf. Flach, S.166: 第12表法5c.〕。

ローマ法学者の中には、この〔身分闘争に関する後代の歴史記述にしか見られない〕ことから、少なくとも紀元前5世紀というこのルールの〔十二表法にあったとする〕時代確定については改竄がなされており、十二表法における公法の内容はありそうもないことだ、との結論を引き出す者がいます〔例えば、A. Guarino, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII tavole*, *Labeo* 34, 1988, pp. 323 ss., A. Magdelain, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, p. 80 を参照〕（これ〔後代の改竄であるとの想定〕は、もっぱらキケロとティトゥス・リウィウスによってのみ述べられている死刑判決に関する民会の管轄や特権を内容とする法律の禁止に関するほかの二つの〔公法的な〕規定にも関わるものです）。こうした学者に対しては、前法を廃止する新法に完全な効力を与える変更のこうした（憲法に準じるような）ルールの存在なしに、共和政期のすべての立法——古来の禁止を廃止することで政務官職を平民にも開いた〔共和政期の〕最初の数世紀の立法、そして例えばグラックス兄弟のもとで制度と社会を改革することを意図した〔共和政期の〕最後の二世紀の立法——の歴史は理解できないであろう、と解答することができます。

ローマ法は、共和政において、そして元首政下においてもなお十二表法を尊重し（中には、ユスティニアヌス帝の治世になってようやく廃止された規定さえあります）、むしろ（様々な領域で、いわば同レベルで共存することになる複数のテキストの間で階層秩序がないままに）異なった法源の「水平な」並列によって発展を遂げたことをきちんと認識する必要があります。異なった法源とは、（十二表法以後の共和政期の私法については数はごく僅かですが）法律、平民会議決、元老院議決、法務官告示（そしてそこから生じるあらゆる「法務官」法あるいは名誉法）、そして（ガイウスのように、公に解答する権利（*ius publice respondi*）を獲得した法学者たちに彼らの解答が「法律の効力」を有していることを認めるとすれば）学者の解答です。キケロ（『トピカ』5.28）を信じるならば、市民法は、「法律、元老院議決、判決、法律専門家の権威（*iuris peritorum auctoritas*）、政務官告示、遺風、衡平」から成っていました。これらの間に法源の階層秩序あるいはテキストの年代に結びついた権威の原則をはっきりと見てとることはできません。皇帝立法が発展するようになってさえ、後法が前法より優先するとの原則が、「学説彙纂」に（若干孤立してではありますが）受容された法学者モデスティヌスの（ギリシア語）法文（D.1.4.4）で明白に表現されるには、紀元後3世紀を待たなければなりません。そこでもやはり、2世紀からの皇帝勅法の飛躍的な増加は、後法優先の黙示的な承認がなければ如何なる意味もないということもできましょう。（皇帝に仕える



「偉大な法学者たち」の最後の時代にとっては意外なことではないのですが）セウルス朝の時代〔193-235年〕からようやく、さらに、（グレゴリウス法典とヘルモゲニアヌス法典で）3世紀末に始まり、その2世紀後にテオドシウス法典〔438年〕、そしてユスティニアヌス帝「勅法彙纂」〔旧529年、534年〕に行き着くことになる皇帝立法の法典編纂の企ての時代に、ローマ人がこのことを完全に意識したのだということをはっきりと認めなければなりません。つまり、この時代になると、皇帝の諸法律の整理は、後の勅法によって廃止されたりとって代わられたのでないテキストだけが効力を維持するというに依拠して行われているわけで、これは動かしたい事実です。

以上がローマの法体系と我々の今日の法秩序の間の第一の違いですが、さらに、ローマ人の動的な階層秩序に関して下位規範を上位規範に包摂する（前者の内容が後者の内容に「合致」する）ことを可能にする静的な階層秩序が存在していなかったことも、一層明白な違いとして、加えることができます。そこから、ミシェル・トロペール（Michel Troper）（『国家の法理論』 *Pour une théorie juridique de l'État*, 1994, p. 194）〔トロペールについては、邦訳としては論文撰集（南野森編訳）『リアリズムの法解釈論』があるのみ〕は、法制史学者からすると考えさせられるハードルの高い要件を課して、次のような結論を導いています。つまり、（ケルゼンにおけるように国家に同一視される）法秩序は静的かつ動的であると実証主義的に定義するならば、ローマ法は（国家法秩序としては）除外せざるをえないというのです。私は、ローマ法のテキストの研究はミシェル・トロペールへの解答として〔ローマ法も一つの国家法秩序であるとの主張を支持する〕いくつかの論拠を提供できると考えています。諸権力に関する統一のとれた一つの成文法という意味で、あるいは憲法に関わる法律と通常法律との間の区別があるという意味で、ローマの憲法など決して存在しなかったにせよ、（十二表法以降、そして少なくともウエスパシアヌス帝〔在69-79年〕まで、すべての新皇帝に正式にその権力を付与していた命令権に関する法（*lex de imperio*）を有する帝政期の）ローマには、法律を「作り出すこと」（*production*）についての（共和政、元首政、そして専主政で異なる）ルールを定める「実質的」憲法が存在していました。それどころか、一定のテキストはローマ法における規範の静的階層秩序を前提としているものと解釈することが可能だと私には思われます。まずは政務官告示とりわけ法務官告示が重要です。これらの告示は、命令権（*imperium*）を備えた政務官の任命に由来するものであり（命令権に関する法は、共和政の下でのクリア民会によって可決されたものです）、法律（と

りわけ十二表法)と合致する最小限のことを尊重しなければならず、法務官法の発展は、たいていの場合「法律に反して」(contra legem)ではなく「法律の欠缺を補充し、法律に併存するものとして」(praeter legem)なされていたのではないのでしょうか。我々が碑文から、例えば共和政期イタリアについては、ヘラクレアの銅板〔近年反対説が激しくとなえられているが、カエサルの法律であるとされてきた。FIRA I, p.140ss., M. H. Crawford et al. (ed.), *Roman Statutes*, 1996, p.355ss.〕, 帝政期スペインについては、サルペンサ法〔1851年にマラガで発見された、ドミティアヌス帝時代のサルペンサ市に対する法律。FIRA I, p.202ss.〕, マラカ法〔サルペンサ法と一緒に発見された。現マラガのマラカ市に対する法律。FIRA I, p.208ss.〕, イルニ法〔やはりドミティアヌス帝時代のもので、今日のセビーリャのエル・サウセホにあたるイルニ市に対する法律。例えば, Alvaro d'Ors, Javier d'Ors, *Lex irnitana. texto bilingüe*, 1998, Francesca Lambertini, *Tabulae irnitanae. Municipalità e "ius romanorum"*, 1993〕を通じて知られる都市法に関しても、この問いは提起する価値があります。これらの都市法はすべて、実際には、(提案された法律 (leges rogatae) として可決されたものではなく)、(命令権から出た) 民会, 元老院, 又は皇帝の権威によって当該住民に課せられた, 付与された(命じられた) 法律 (leges datae) と呼ばれるものです〔これらの都市法史料について、教科書の簡潔な叙述として A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1998, p.625-626, p.629-630 を、論集として L. Capogrossi Colognesi et E. Gabba (a cura di), *Gli statuti municipali*, Pavia, 2006 を挙げておく〕。しかもこれらの法律は(イタリア都市よりもラテン都市に数が多い) その地方の法的ルールの維持を物語っています〔後者の概念は後代のものであること, そしてとりわけ前者の概念については André Magdelain, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, 2<sup>e</sup> tirage, 2009, p.74ss. を参照〕。こうしたルールは(これらの都市構造において一般化しつつある) ローマ法に反してはならないものでした。地方法のこうした維持は(現地の慣習法を維持しつつ外人にローマ市民権を付与している 168 年の) バナサ碑文〔モロッコで 1957 年に発見されたもので、マルクス・アウレリウス帝及びコンモドゥス帝によってローマ市民権が付与されているが, salvo iure gentis, sine deminutione tributorum et vectigalium populi et fisci と述べられている。テキストについては, William Seston/Maurice Euzennat, Un dossier de la chancellerie romaine. La Tabula Banasitana. Étude de diplomatique, in *Comptes rendus de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 115-3, 1971, p.468-490 が以下のサイトで閲覧できる。http://www.persee.fr/doc/crai\_0065-0536\_1971\_num\_115\_3\_12653〕によっても証明されるのですが、今日多くのローマ法学者からは、地方法の上にローマの一種の公

序があることを前提とする、帝国内部で編成されている法的多元主義の表れだ、と解釈されています。これは、少なくともセウエルス朝〔193-235年〕のもとでは、諸規範の国家的階層秩序の徴候、国家的と形容できる法秩序の洗練の徴候ではないでしょうか。

この議論は、ローマ法と現代の我々の法秩序には隔たりがあることを示す例であると同時に、ローマ法が（少なくともその長い歴史の中におけるある時点で）現代の法理論が厳密に階層秩序のある（そして規範の抵触があった場合に解決を提案できる）法的秩序のみに認めているいくつもの性格を有していたという事実を示す例でもあると思われます。

「判決」(iudicium 又は res iudicata) という観念も、同じく、我々の現代の観念とは非常に異質な要素と、この領域で今日用いられているあらゆる概念を時代錯誤のものにしない分析基盤とを再び結びつけてくれるように私には思われます。ローマの裁判手続の歴史は伝統的に三つの時代に整理されています。つまり「法律訴訟」時代、「方式書訴訟」時代、そして最後に「特別審理手続」つまりコグニティオー(cognitio)の時代です。最初の二つの時代はいずれも我々にとっては驚くべき性格を共有しています。つまり原告は自分で（都市や公の実力の助けなしに）被告を法廷に連れ出す手段を見出さなければならず、両当事者の争いは（紀元前 367 年からは、手続を準備する職務を担う政務官である法務官の面前で本人が自己の主張を述べると）、判決 (sententia) を下す通常の私人（しかしウァレリウス・マクシムス (Valerius Maximus) 8.2.2. [紀元後 1 世紀『著名言行録』《Facta et dicta memorabilia》...de qua re C. Aquilius uir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus...】が引用する事件でのアキリウス・ガッルス (Aquilius Gallus) のように場合によっては法学者) である単独の審判人 (iudex unus) に送られたのです。これらすべては、我々の公権力による裁判 (justice publique) とはかけ離れており（公的裁判の、被告の強制的出頭と〔法廷手続と審判人手続に分けない〕裁判の一元化のルールは、特別審理手続で現れます）、私的な裁判あるいは仲裁に近いと思われれます。やはり歴史家の中には、弱者である原告によって有力者が法廷に召喚されることを妨げない社会的不平等の効果を際立たせる者がいました (J. M. Kelly, *Roman Litigation*, 1966)。

ガイウスの最も有名な節の一つは、十二表法と法律訴訟に遡る、物 (res) の取戻訴訟手続である神聖賭金対物訴訟 (sacramentum in rem) を（何世紀も隔てて）叙述する一節です。（この「人でも物でもあるもの」に対する支配（主人の資格）を、

その者に棒 (festuca) を置いて「この奴隷は私のものである」(meum esse hominem) と宣言する二人の訴訟当事者の間での) 奴隷の所有権に関する紛争の例が挙げられているのですが、それは、歴史家をかなり当惑させる謎を内包しています。私は、両当事者の各々が、敗訴した場合に神々に偽誓を許してもらうための生贄(最初は家畜の頭、後には銅貨)の代価を都市に支払うことを宣誓の上で約する神聖賭金(sacramentum)が表現する賭金のことだけを考えているわけではありません。最初の数世紀の共和政において、二人の訴訟当事者がある奴隷をめぐって争い、その紛争を解決すべく政務官の面前にやって来ることができたこともまた私には驚きなのです。このことは、原告も被告も、(法務官の面前にその奴隷を提示するだけの手段を有してはいるものの、この「盗で訴えていない」ことから奴隷が盗まれたものではないことが理解できるのですが)物の完全な支配を担保されていなかったことを前提としています。紀元前2世紀の征服や奴隷市場の拡大にむしろ結びつく状況よりもっと古い時代に移すことを考えなければならないでしょうか。あるいは、(弱い立場であるがために)奴隷に対する支配を失い、有力者によるこの奴隷の拿捕に対し後になって常軌を逸して対抗する者の争いなどフィクションとして扱うべきでしょうか。最後になりますが、ローマにおける「主観的権利」の不存在と、二人の訴訟当事者は各々同じ物につき専有していると主張している、すぐれて個人主義的なこの訴訟との間の矛盾につき、どう言うべきでしょうか。

この〔神聖賭金対物訴訟〕手続の年代確定に関しては意見を述べませんが、ここでも私はガイウスの作り話だとは想像しにくいのです。従って、ローマ人は、奴隷の所有者——つまり貴族の成員(nobilitas)だけでなくどんなに財産の貧しい者も含まれるわけです——の間での訴訟を認めており、「弱小」所有者がより「大物」を相手方として法廷で自己の権利が認められること、つまり不法(iniuria)を終わらせることを求めて、果敢に立ち向かうことができることを真摯に考えたことを認めなければなりません。ここに、ローマの訴訟手続は、はっきりとそのように述べているわけではないのですが、様々な権利を主観的権利にすること(subjectivisation des droits)と、ローマの体系の強い要素としての個人的所有権を強化することに道を切り開いたのです。同時に、法律訴訟においては、いわゆる法廷手続(in iure)という訴訟の第一段階での訴権の留め具はずし(déclenchement)だけが法によって提起され、(おそらくは証拠に訴えての)紛争の解決は審判人手続(apud iudicem)という第二段階の枠に収められなかったのです。

こうして、ローマの訴訟の歴史を見ると、裁判所への訴えに課されている形式的

制約を通じ、審判人に頼ることが、長きにわたり、市民の平等な司法の利用という我々の理念とは程遠い純粋に威嚇的效果を有する可能性があったことが分かります。ローマの訴訟の第二の、法務官と両当事者が審判人宛の方式書を作成することからこのように言われる「方式書」訴訟の時代には、法廷での訴訟をより信頼できるものにする、(民事についても刑事についても)基本的な要素の出現が、特に紀元前3世紀から(まずは属州総督の権利濫用を告発する勇気を有する属州民のために)〔不当徴収返還請求訴訟(repetundae)で〕弁護人の役割を担う保護者(patronus)による当事者への援助の出現が見られます。そして、特別審理手続(cognitio)になると、(被告を法廷に召喚し民事事件の判決を執行させるために)公権力の援助が訴訟当事者に与えられるのですが、この手続が整備され、法律を尊重する義務に(以後は常設の役人である)裁判人を服させるようになるには帝政後期を待たなければなりません。この長い歩みは、どの時点で「学説彙纂」の冒頭にある観念的な諸定義をもてあそぶ必要がなくなるかを示しています。それらの定義とは法を正義の行使から演繹させるもので、ローマでは常に正義と法に手を組ませる定義です〔ius(法)とiustitia(正義)の語源の転倒について、森村進編『法思想の水脈』法律文化社(2016)2講「ローマ法の形成」(田中実)38頁、A. Schiavone, *supra*, 2011, p.570を見よ〕。

私の考えでは、法律と判決というここで検討した二つの例は、単なる素描ではありますが、時代錯誤に陥ることなく現在の一定の概念を用いながら、『真理と方法』におけるガダマーの分析によれば法のテキストが許容する解釈の幅(l'éventail des interprétations)に結びついた発見論的な射程を持ちつつ、ローマ法に関する歴史研究を進めることが如何に可能かを示しています。西洋における法的技術の発明について、法と国家の関係について、(少なくとも帝政後期において)独自の(そしておそらくは歴史上ただ一度生じた可能性のある)役割を法学者にあてがった法秩序の洗練について、ローマ法は我々に多くのことを教えることができます。

ローマの物権法を数年間教えてきたのですが、この物権法には、「もはや所有者がいないほどにその記憶が失われている金銭の古い寄託」という、法学者パウルスによる埋蔵物の定義があります(D. 41.1.31.1)。ローマ法そのものが、我々は実定法ではその記憶を失っているのですが、再発見が可能な多様な解釈を理解することによって歴史家を豊かにする法的なルールと言説の埋蔵物ではないでしょうか。そして歴史のあらゆる知識は、トゥキュディデス以来何世代にもわたり男女を魅了してきた「永遠の埋蔵物」〔トゥキュディデス『歴史』1.22.4〕ではないでしょうか。

