南山法学 42 巻 1 号（2018 年）

翻　　訳

マリオ・アスケーリ（ローマ・トレ大学法学部教授）

「淫蕩罪に関する 16 世紀ピエモンテ法院の一判決」*

訳：田　中　　実

解　　説

近世における中央裁判所，つまりジーノ・ゴルラ（Gino Gorla）が精力的に研究を行った最上級裁判所（grandi tribunali）の判例文献を紹介するのに，かつてアントニオ・テザウロ（Antonio Tesauro, Antonius Tesaurus, 1526–1593）の『判決集』（decisiones）（判決 25）を選んだことがあるのですが，本日は，「学者の助言に従って下された判決は既判事項となるものではない」（sententia lata de consilio sapientis non transit in rem iudicata）とする普通法の原則に反して，判例によって若干の方向づけがなされていたことを，別の判決 3〔後掲〕を用いて証明するつもりです[1)]。この判決集は判決報告（リポーツ）型の例を示すのにうってつけのものの一つです。この文献類型は，合議体を構成する裁判官のうちの一人が，一つの事件についての場合もあれば同じような複数の事件についての場合もありますが，一般的には事後的に行う報告であり，裁判所が下した判断の基礎となった学説上の理由・根拠が示されています。加えて，この〔テザウロの〕判決集には長いまえがきが付されており，そのおかげで編者として活躍した法学者たちの間で広がっていた「この体制の自覚」（coscienza del sistema）を理解することを可能にしてくれます。

まえがきは，（深みのある鋭い判断力ということでは，おそらく作者がとりたてて傑出していたわけではないため無理もないことですが[2)]）これまで分析的な研究対象とはなってきませんでした。しかし，当時の裁判をめぐる状況の中で相当に広がっていた「トポイ」を全体として知るために[3)]，ある程度注目する価値がありま

す[4]。博士たちや彼らの著作を攻撃する議論があり，またそれに対応して，普通法の危機を克服する道具としての判決集が称讃され（これについて〔どのようなものがあるか〕最初の入門的ガイドが提供され）ています[5]。この称讃は，（類型論が示されている）中央の裁判機関が果たす健全で自立的な役割をことさらに強調していることと関連しています[6]。これは，――報告された判決は真正なものであるのか，叙述は息が詰まるほど冗長ではないかといった攻撃に対し――君主や法律専門家に向けられた法や制度に関する政策についての言説として読むことのできる文脈での称讃です。

注目できる多くの判決の中で，判決 3〔後掲〕を選びました。これは様々な「結論」(conclusiones) ごとに節を分けた形の「淫蕩罪」(stupro) に関する議論です[7]。これらの結論は，過去に定められていた刑罰を指摘した後に，普通法の体制を説明し，それから〔現在では，イタリア共和国のトリーノを州都とする州名となっている〕ピエモンテで守られ学説の支持を得ている慣習法（consuetudo）を提示しています。続いて，「そうした性的関係から」(ex tali coitu) 生まれた子の扶養に関する問題が扱われています。〔被害者が〕複数の者との性的関係を有していた場合については，ことさら周到に論じられていることが明らかになります。

判決を認識することの重要性はすぐに明らかになるでしょう。1600 年代初頭の〔現フランス共和国，オーヴェルニュ=ローヌ=アルプ地域圏に属し，統一後イタリア王国の王家となるサヴォア伯爵家宮廷所在地であった〕シャンベリの法院（Senato）の判決集の著名な編者である偉大なファーヴルは，ローマ法に従って科された刑罰を指摘した上で，「無味乾燥な」（つまりこのテザウロと，それからクラーロ（Giulio Claro, Iulius Clarus, 1525–1575）だけをごく簡単に援用するだけの）主張を行い，ローマ法が適用されなくなっていること（in usu esse desiit）を確認することになります。ピエモンテの判例が，現行法を記録するものとして（come facente stato），しかもその判決が下された法体制（法域）を越えて，このように〔シャンベリでも〕用いられているわけです[8]。こうしてこの類型の判例文献の特徴の一つを把握することができます。

さらにこの判決は，「淫蕩」という観念に関する，そして中世・近世法（diritto intermedio）においてこの犯罪に対し採用された刑事上の制裁（repressione）の類型に関する考察にヒントを与えてくれます。

1. 市民法の法源（特に Inst. 4.18.4）〔後掲〕とカノン法の法源（X. 5.16.1-2）〔後掲〕に合致しているのですが，暴行は構成要件事実（elemento essenziale della fattispezie）

とはなっていません。つまり「淫蕩」とは，被害者の積極的な同意があった，つまりその同意が証明されたとしても〔犯罪とされる〕，異性間の「ノーマルな」関係である婚姻外の性的関係なのです（男色（sodomia）というはるかに重い犯罪ではないため，この二つの要件が必要なのです）。ですから，この犯罪の制裁によって保護される法益は，自己の人格・身体を処分する自由ではないということになりそうです。（女性本人によってではなく，他の者によって）客観的に理解され価値が与えられている女性の「純潔」（integrità）だからです。このため，おそらく，「淫蕩」は――一定の社会状況でかつて知られていた犯罪とともに――良き嫁入りを困難にする又は不可能にすることによって，婚姻という面で婦女とその家族に対してなされる客観的な加害行為なのです。実質的には，意図されている保護対象は家族の婚姻政策であり，この政策を目的とする性的関係が不慮の事故に遭遇することは，その政策の方向を転換することや，あるいはその政策を完全に取り消すことによって決着がつけられるのです。

2. 一般的に定められた制裁は，被害者との婚姻締結（そして婚姻の選択が相当に制約されている体制にあって，家族の偏見や社会の障碍がないときは，この解決はそのパートナーの本来の計画の実現である場合さえあります），あるいは被害者のための嫁資設定つまり専門的な意味ではなく機能的な意味での設定（実のところ，カノン法の註釈は，「婚姻故の贈与」（donatio propter nuptias）だとしています[9]）であったことを考えますと，こうした結付きがはっきりとします。

3. 逆に，〔保護法益に関する〕この解釈図式は，「被害者」が「高貴な生活に属さない」「卑賤な」身分であるときには，規定されている刑罰が適用されない（そして「淫蕩」が処罰されないままである）ことからしても正しいと思われます。この場合は，保護すべきであり，それ故に場合によっては補償されるべき婚姻の「価値」がないわけです。

4. ですから，要件をみたさないこのような「淫蕩」は，政治的に明白な重要性を持たないために罰せられないか，又はその私人に利益となるような罰のみを受けます。（男性論理の強く働く〔性的な面での男性に対する〕放任主義の考え方からすると）この関係にとっての「被害者」の利益など，あるいはその処分可能性など重要でないことが推定されているかのようなものです。この淫蕩という偶発的に生じる事件が組み込まれる文化的枠組みの中に，いかなる類いのものがあるかは，グイド・ルジェッロが 1300 年代について分析し研究したヴェネツィアの温厚な慣行から確認できると思われます（Guido Ruggiero, *Patrizi e malfattori. La violenza a Venezia*

nel primo Rinascimento, Bologna 1982)。彼は（この文脈で重要なことなのですが），他の犯罪（住居侵入，武器携帯と濫用，家宅侵入を伴う窃盗）と併合した暴行が加えられた（ヴェネツィアの史料・法源では暴行を伴う姦淫（fornificato cum vi）である）「淫蕩」は，犯された犯罪事実を個別に把握すると複数になる犯罪に対し定められている法令上の諸刑罰よりも併合罪の刑罰がより軽くなるという意味で，一般的にいかに軽減されていたのかの資料も提供してくれます。男性の性的な情熱はヴェネツィア貴族であった裁判官の側から相当に理解を得ており，彼らと同じ階層であることが確実な若者たちがこの犯罪を犯すのを頻繁に見ていたこともその理由です。

5. これに対し，とりわけ公的な重要性を帯びるのが，さらに要件が加えられた「淫蕩」です。つまり，暴行を加え又は未成年者に対して行われたものです（成熟していない者（non viripotens）からの挑発を想定することは困難でした）。第一の〔暴行〕要件については，（例えばルジェッロの史料に加え），テザウロの判決に対する追加註(d)〔後掲〕に見られ，第二の〔未成年〕要件については，この集成の判決 148（卑賤な身分である 11 歳の少女への淫蕩者に対して〔ピエモンテ地方の町〕フォッサーノ（Fossano）の，この裁判官によって下された死刑判決）が見られます[10]。いずれの罰も，「穏便に手続を進める」（mitius procedens）トリーノ法院によって，10 年間のガレー船（三段櫂船）での賦役刑に代えられています。以下，ラテン語で書かれている判決集のテクストです。

史　料

フォッサーノのアントニオ･テザウロ編『ピエモンテ法院新判決集』ヴェネツィア・1610 年版[11]

判決 3　処女を犯す者はいかなる刑罰で罰せられるべきか。疑わしい場合にはいかにしてある者の子であると証明されるのか，そして誰がその子の養育義務を負うのか。

1 節　淫蕩者には古代から様々な刑罰が定められている。

2 節　処女を淫蕩する者は嫁資を設定する義務を負う。

3 節　淫蕩者は相手方の処女と婚約する義務を負う。そして淫蕩にはいかなる刑罰があるか。

4 節　未婚で子を産み特定の者の子であることを証明しない婦女には，子の養育義

務がある。

5 節　疑わしい場合に，婦女が宣誓を述べ男性が宣誓することを拒否するときは，子の証明は宣誓に依拠するものとする（stabitur iuramento）。

6 節　複数の者がその婦女と関係を有しているときは，そもそも誰の子が生まれたと推定されるのか。

7 節　男性は自らの責任で懐胎した子の養育義務がある。

処女に対する淫蕩者はいかなる刑罰で罰せられるかがある時に問題となり，その解答として，提案すべき法的に正しい諸結論（conclusiones）を私は引き出した。そしてこれらの結論から，この問いに関してのみならず，主張される可能性があり，疑義（法的論点）として生じる他のことに関しても，明白な判決（decisio）が引き出されるであろう。

1 節　処女に対する淫蕩者は，古のローマ法において，厳密に言うと，カエサルによって制定された，処女を奪う合意に関するユリウス法が導入される以前においては，贈与，報酬，又は甘言によって処女を奪う合意にいたらしめたにせよ，彼女の意思に反して淫蕩がなされたにせよ，〔死刑を含む〕頭格刑（poena capitalis）に処せられた（Inst. 4.18.4）[12]。Clarus in §. Stuprum, in versiculo ‘Sed quaero’ in fine.[13] この刑罰は，法律によって導入されたわけではないので，特別刑だと言われている（D. 47.11.1.1.2）[14]。しかしその後ユリウス法が制定され，より寛大な刑罰が提案され，名望層（honesti）でありかつその淫蕩が略奪を伴わずに行われたとき，貴族であれば財産の半分の没収を，卑賤者であれば身体刑と軽流刑に処せられる（Inst. 4.18.4）。実際，当該箇所で述べることになるように，淫蕩と誘拐（stuprum et raptum）との間に法学者たちによって区別がなされている。ザクセン法や他の国民の慣習法によれば，任意に淫蕩を受けた婦女は，淫蕩を行った者とともに生きたまま火刑に処せられ，又は生きたまま埋められるのであり，淫蕩者の方はその身体を磔刑に処せられ，その他この種の刑罰に処せられる。これらについては，Bermondus Choverius［=Bermond Choveron］『同衾論』（*tractatus de publicis concubinariis*）「淫蕩について」（de stupro）の項目の第 9 を見よ[15]。西ゴート族の法律では，彼らの法典第 3 巻第 4 章「姦通について」（De adulteriis）14 法文に読めるように，淫蕩者は，ほかでもなく生涯にわたり妻を娶ることが禁じられるという罰を受けていた。そして〔人文主義者〕Alexander ab Alexandro［=Alessandro d’Alessandro, ca. 1461–1523］は『祝祭日』［*dierum genialium*］第 4 巻第 1 章で多くの法律に言及し

ている[16]。

2節　第二の結論は，カノン法によれば，処女を穢す者（corrumpens）は，自己の財産からその者に嫁資を与える義務を負うことである（X. 5.16.1）[17]。そして，古法でそのように定められていた。「出エジプト記」（22.16）[18]，「申命記」22[19]。このことはAbbas［Abbas Panormitanus=Niccolò de' Tedeschi, 1386–1445］，上述1章（X. 5.16.1）によれば，穢した者が，その女性が処女であったことを否認しても適用される[20]。なぜなら，処女は推定されるからである。通説に基づいてClarus, libro 5 sententiarum, §. Stuprum, versiculo sed pone. nr. 4が述べているように[21]。但し，淫蕩者が彼女を知った時に，彼女がすでに他の男を知っていたことを証明するときはこの限りではない。Ioannes de Anania［=Giovanni d'Anangi, ?–1457］，上述1章（X. 5.16.1）dicto capitulo I, numero 3[22]．そして，疑わしい場合は，むしろ少女の述べたところに依拠しなければならない。上の1節に挙げたBermondus Choverius, dicto loco num. 10（a）[23]．すべての者が論じているように。但し反対の推測及び推定があるときはこの限りではない。Parisius［=Pietro Paolo Parisio, 1473–1545］in consilio 160,［sic.］num. 28, lib. 4[24]．しかしもし，淫蕩者が，その免除（remissio）を少女と彼女の両親から得た場合において，この免除が，詐欺，強迫又は暴行によって強要されたのではなかったときは，この罰から解放される。Choverius, dicto loco numero 4[25]．しかし，誉れ高い〔トリーノ〕法院（Excellentissimus Senatus）は，別の機会に，Dominus Ozascus［Ottaviano Osasco, ?–1589］, decisiones 107において，嫁資は多額でなければならず，その女性の身分が考慮されなければならならない，と判示していた[26]。しかも，嫁資は，少女が貴族であるかどうか，その身分及び品格を考慮し（habita ratione nobilitatis, status, et qualitatis puellae.），裁判官の裁量で軽減されるべきである，と私は考える（b）。

3節　第三の結論は，処女を淫蕩する者が，彼女とその父が合意するときは，その彼女を娶る義務を負うということである。X. 5.16.2があり[27]，X. 5.16.2.1（in dicto capitulo I）における註釈及び上述の「出エジプト記」22にあるように，嫁資を与えなくともである。Nevizanus［=Giovanni Nevizzano, ?–1540?］in Silva nuptiali, libro 3, numero 21が書いているように。しかし婚姻締結前に，淫蕩者自身が自己の財産から嫁資を設定したのである。Abbas，上述の1章（X. 5.16.1）num. 3[28]．そしてもし婚約を望まなければ，嫁資のほかに，身体刑又は財産刑で罰せられる（X. 5.16.2）。この刑罰は，〔法律に根拠を持つ〕通常のものであれそうでない特別のものであれ，審判人の裁量で放棄される。Paulus Grillandus［=Paolo Grillandi, ca.

1490–?]『あらゆる不法な性的結合の罰について』(*tractatus De poenis omnifariam coitus illiciti*), q. 7. num. 3, in fine.[29]

以下，第四の結論である。つまり，処女が犯された場合であって，彼女が名望層でなく卑賤な身分であるとき，淫蕩者は，彼女に嫁資を設定する義務も妻として娶る義務もなく，何らの刑罰も受けることはない（C. 9.9.28 in fine）versiculo 'haec autem'[30]。そして，このような条件で（et ita in terminis）助言を報告しているのが Pietro Paolo Parisio, dicto consilio 160, per totum, libro 4 である[31]。Bursatus [=Francesco Borsati], consilio 69, num. 13, lib. I. 生活の恥辱はいかに証明されるのかを論じているのは，Cephalus [=Giovanni Cefali, 1511/12–1580/81] consilio 140. I である[32] (c)。

第五の結論は，淫蕩者には他の箇所で多くの刑罰が科されていたにせよ，時に，最近ではとりわけイスパニアの Ludovicus a Peguera [=Lluís de Peguera, 1540–1610] hispanus decisionum criminalium capitulo 42, num. 5 が書いているように[33]，X. 5.16.1–2 の規定は帝権の及ぶ地域ではなく教皇領においてのみ（in terris Ecclesiae）適用されると主張し，市民法〔ローマ法〕つまりユリウス法の規定が守られることを望む者がいるにせよ，しかし今日では，淫蕩を行った者には，婦女を妻に娶るか又は適切に嫁資を設定する以外の罰は，慣習法上科せられない。多くの地域における現行のこの慣習法については Clarus in dicto §. Sturum [nr. 3 ss.] が証明している（d)。そしてこの国では実際にもそのように行われるのを常とする。単純な淫蕩に対し死刑が科されることは決してない。Mathesilanus [=Matteo Mattesilani, ?–1424]，notabili 100, Grammaticus [=Tommaso Grammatico, 1473/75–1556], voto 17, numero 2[34]．しかしここではこうした違法行為が多くの少女との間で頻繁に犯されたとき，貴族の少女の処女を卑賤な者が奪ったときは，C. 9.11.1 を類推しており[35]，そして後見人が被後見少女の処女を奪ったときは判断は異なる（C. 9.10.1pr.)。しかし，婚姻の期待に誘惑された処女がその男と婚姻にいたらなかったならば，内赦院（forum conscientiae）において，その男性は魂の平安にはなく免責に値しない，と私は考えるであろう。但し，約束を履行するか，その穢された少女を，平均的な嫁資で（media dote）他の婚姻を要求し満足させたときはこの限りではない。Bermondus Choverius, dicto loco numero 16 が指摘していると思われるように[36]。そして，その間は，今日では救霊（salutaris）刑で司祭によって罰せられる。Menochius [=Giacomo/Iacopo Menochio, 1532–1602]『裁判官裁量論』(*De arbitrariis iudicum*) libro 2, centuaria 3, casu 288[37]は，7 年間と考えている。し

かしむしろこの罰は放棄されるべきことが司祭の裁量で是認される，と私は考える。Choverius, dicto loco numero 18 が述べているように。

4節　第六の結論が続く。未婚の婦女がそうした交わりから懐妊し，子を産み，特定の者の子であると主張し，そのように宣誓したが，男性の側がその婦女と関係を持ったことを否認し，その子は自分との関係で懐妊したのではないとすると（filium non esse ex se conceptum），その婦女は子を養育する義務があり，たとえ宣誓した上であっても女性の証言に従うものではない。そしてこのように Alexander [=Alessandro Tartagni da Imola, 1424–1477] in consilio 157 circa primum lib. 5 で明示的に助言を与えていた[38]。そしてこのことは，Baldus [Baldo degli Ubaldi, 1327–1400] in consilio 437 libro ultimo が述べている記憶すべきことであると Catellianus Cotta [=Catelliano Cotta, 1484–1553] inter Memoralia, in verbo ‘Haeres suus’ は述べている[39]。この結論について，多くのことを Boerius [=Nicolas Bohier, 1469–1539], decione 299 が述べている[40]。

第七の準則は，もし男が，自分は彼女と関係を持ったが彼女は他の男性とも同衾していたのだからその子は自分の子ではない，と自白したときは，女性の側がその者の子であると主張するその男性の子であるとする宣誓に従うことになる。但し，他の者の子であることがありそうなほどに他の者たちが彼女と関係を持っていたことを明白に証明したときは，この限りではない。このように Alexander, dicto consilio 157 は判示している[41]。Baldus [=Baldo degli Ubaldi, 1327–1400] in C. 4.19. 10[42] によれば，その証明は，若者たちや学生たちが昼間も夜間も絶え間なく自分の住まいに入るのを彼女が許していたことが確認されれば，より明白なものとなる[43]。そして法院は 1575 年〔トリーノ北方に位置する〕リヴァローロの事件（causa Riparoli）でそのように判示した。

5節　第八の結論は，上の第六の結論で述べられたことがあったとき，婦女がその男の子であることをいかに証明してよいのか分からず，その男が自分と関係を持ったことを証明できないときは，婦女はその男に宣誓の要求を通告することができる。つまり，彼女と関係を持ったことがないと宣誓するか文書で記載するかを。そして彼が宣誓をしないと，婦女の宣誓に従うことになる。しかし，その婦女が他の証明をするとき，例えば自分は公然と又は多くの者にこのことを告白していたのであり，他の女性が助けとなったときには，その男性の子であると推定される。但し，反対に，その女性と他の男たちが関係を持ったことを，その男性自身が証明したときはこの限りではない（e）。

6節　しかし最大の難問は，複数の者がその婦女と関係を持ったことを自白し，又は何らかの方法でそれが証明され，そして彼らのうちの誰かとの間で懐妊した蓋然性があるときに，いかに決定すべきかである。そして，簡潔に，その場合その子を認知することを否認する男は，とりわけ，例えば母が名指しをしたその男にそっくりであるといった他の推定と競合するときは，その者の子であると述べる婦女の宣誓に従うことになる。アルチャート〔Andreas Alciatus, Andrea Alciato, 1492–1550〕が『パレルゴン（傍論集）』[44]第9巻第12章で考えていたように[45]，なぜなら息子はたいてい父に似るものであるから（D. 21.1.31.21）。註釈[46]。そして，このことにつき，Tiraquellus [=André Tiraqueau, 1488–1548], Lege connubiali, 7. num. 37が広く〔論じ〕，多数を引用している[47]。そして，さらにMenochius, lib. 2, De arbitrariis iudicum, casu 89, nu. 97はそれに追加している[48]。そして，ウェルギリウス〔前70–前19〕『アエネーイス』第4歌（325–327節）におけるディドー〔カルタゴの女王〕のかの箇所もまた証拠となる[49]。

そして詩人たちの他の多くの箇所において。この種の推測についての完全なエピグラム（寸鉄詩）がマルティアリス［Marcus Valerius Martialis, 40–120］libro sexto［ep. 39, vv. 1–5］にある[50]。キンナに対して書き上げられたものであるが，さらに続くもの（エピグラム）からも。そして婦女が公にあるいは私的にではあるがはっきりと名指ししたその男が，多くの者にあるいは二三の者に，その子について争いとなっている婦女を知っている〔性的関係を持った〕と自白したとすれば，上述のことから，その子は彼の子であると容易に判断を下すことができる。そのため，彼自身が自白していた者たち，及びそうした同衾を知っているその他の者たちが取り調べられなければならないのであり，彼らが望まないなら，勧告という方法で強制することができる。さもなければ婦女の努力は無に帰してしまい，彼女には権利はあるのに証明がないものになってしまうであろう（f）。

7節　ところで，婦女が名指しをした者が生まれた子の父であることが証明されたときに，どうなるか，その男は養育義務を負うのか，が疑問とされた。父は淫蕩による子の養育義務を負わないと定められている市民法の準則から疑問が生じるのである（post. C. 5.5.6）[51]。そして淫蕩による子に食費を与える義務があるのは母自身である，と『訴訟鏡』の作者デュラン（Speculator［Guillaume Durand, c. 1230–1296］, in titulo Quae filii sint legitimi, num. 17, par. 4. per textum in l. Si quis a liberis, §. Utrum autem, et §. Idem rescripsit, D. De liberis agnoscendis（D. 25.3.5.2 et 6））は書いている[52]。そしてIacobus［=Giacomino da S. Giorgio, ?–1494?］, in l. Haeres ab-

sens, §. Si quis tutelam, nu. 41, D. De iudiciis（D. 5.1.19.1）がその説を支持している[53]。しかし，この問いが法院に持ち込まれたときに，師たちによって，バルトルス（ad D. 25.3.5.2）と彼の『扶養論』（*De alimentis*, num. 17）に従って，男がこの子につき，それどころか母についても，食費を支払う義務を負うという結論が出された[54]。彼はカノン法の規定に基づいてこのことを適用するとの結論を引き出している（X. 4.7.5）[55]。Alexander [Alessandro Tartagni da Imola], consilio 74, nu. 3, lib. 3 は，このことにつき帝権の領地では（in terris Imperii）守られていないと述べているものの[56]，この節（caput）は，しかしむしろ世俗の法廷でもこれが適用されるのである。ここでは，デュムラン（Modernus Parisiensis [Cahrles Dumoulin, 1500–1566]）が，多くの者たちに従い，その説を支持している[57]。さらに最近ではイスパニアの Antonius Corduba [=Antonio Córdoba de Lara, 1500–1599], in D. 25.3.5.6, Everardus [=Nicolaus Everardi, 1461/62–1532] in loco ab alimentis ad dotem [scil.: in tract. De locis argumetorum legalibus], columna 2. もそうである。しかし問題の法文〔X. 4.7.5 註 54〕は，母は父とともに養育費を給付する義務があると述べている。それ故に，バルトルスのその判断は，婦女が資力のないとき，と限定されなければならない。なぜならその場合は，父がすべての養育費を支払う義務を負うことになるから。Baldus, in D. 10.4.11.1[58], [Giovanni Nevizzano] *Silva nuptiali*, lib. 3, nu. 26, Corduba, in D. 25.3.5.6, num. 37. そして無資力の母を扶養する義務も負う。Ioannes Roias [=Juan de Roja, ?–1577] in Epitome successionum cap. 22, nu. 13. 彼は，しばしばこのように判決が下されたと述べている[59]。たとえ他の箇所では，妻について，子を 3 歳まで養育しなければならないと述べられているにせよである。C. 8.46.9[60]及び X. 4.7.5 における最後の註釈。しかしここには別の根拠がある。なぜなら，彼女と合法的に同衾した男の側には違法行為がないので。これに対してかの事例については，X. 5.16.2 に関する博士たちの説を通じて（g），その少女を誘惑したと推定される男には常に過責がある。

しかし，淫蕩について我々が問うと，男性との交わりが不可能な処女を辱めた者にはいかなる刑罰を科すべきかを疑問とすることができよう。この問いについて，私は後述の判決 148 で述べた[61]。Clarus [Ciulio Claro], in dicto §. Stuprum, versiculo “Fuit aliquando”[62], Menochius, De arbitrariis iudicum, lib. 2, centuria 3, casus 294. も見よ[63]。ちなみに，いかに淫蕩が証明されるかは，最近 Iosephus Mascardus [=Giuseppe Mascardi, 1540/45–1585?]『証明論』（*De probationibus*）, libro 3, litera S. conclusione 1338 が論じている[64]。（以上，テザウロの本文）

【付加註】[65]

(a) Mascardus [=Giuseppe Mascardi], *De probationibus*, conclus. 1338, num. 5. lib. 3.

(b) Bernardus Diaz [=Juan Bernardo Diaz de Lugo, 1495–1556], in practica criminali canonica, cap. 77, q. 3. [sic. cap. 87. q. 3][66]. しかしどの時点で嫁資が弁済されなければならないか，いつ請求できるのか，その少女の婚姻時を待つべきか。そして Borgnius Cavalcaneus [=Borgnino Cavalcani, 1530–1607] in repertorio suarum Decisionum super verbo "Matrimonium", et decione 10, num. 38, par. 3 は，婚姻がなされない限り嫁資の義務は負わず，しかもそのように判決が下されていたのであり，ほかに判断しようがない，と述べている。彼は，Capicius [=Antonio Capace, –ca. 1545], decisione 204 及び Caephalus [=Giovanni Cefali], consilio 56 num. 8 et seqq. によって説かれていることに対して，嫁資は条件付債務であり，婚姻するとの担保が婦女から提供されるだけでは十分ではない，と述べている。しかし，私としては，Borgini [=Cavalcani] の説は事件の偶発性を考えるなら厳しい，と主張する。なぜなら，ここでは嫁資は淫蕩の罰故の義務なのであり，淫蕩された婦女が夫を見出すことができないこともありえ，その淫蕩者が罰せられないことになってしまうからである。その婦女がまだふさわしい男性を見出していないときであっても，法院によって淫蕩者が嫁資の支払を強制されたのを私は経験した。ところで後にその婦女が他の男性との関係を持ったときはどうなるか。それにもかかわらず彼女に嫁資の義務を負うのかについては，Vincentius Caroccius [=Vincenzo Carocci], decisione 58 を見よ[67]。

(c) 女奴隷や卑賤の女性の場合，淫蕩は軽微な罰が科されるだけである。Alexander [=Alessandro Tartagni d'Imola], consilio 13, numero 5, libro 7.[68] なぜならこの犯罪では，違法性を大きく又は小さくするのに，まさに人の身分が考慮されなければならないからである [D. 48.1.2] [D. 4.4.37], Alexander [Tartagni], consilio 102 [sic. 203], columna 2, lib. 2. ちょうど，〔淫蕩のなされた〕場所の状況を大いに考慮しなければならないのと同じである[69]。父の家における淫蕩者は，父に対する大きな侮辱 (iniuria) であるとき，他の場所よりも大きな罰を受けるに値する。この侮辱を Parisiensis in additione ad Alexandri consilium 1, numero 12, lib. 3 は考察している[70]。他人の家で女奴隷に暴行を加えた者は侮辱で責めを負うように [D. 48.5.6]。そして名誉，及び身体・人格 (persona) に関わるそうした侮辱は，より重いものである [D. 4.2.8]。バルトルス ([Bartolus. Bartolo da Sassoferrato, 1313–1357]

in D. 47.10.11.3)[71]。そして Grammaticus [=Thomaso Grammatico], decisione ultima[72]．たとえその婦女が処女でなかったにせよ，名望層の身分の家でなされた侮辱故に罰を認めなければならない。

（d） この実務は，教会裁判所の裁判官たち（iudices Ecclesiastici）によって守られるのが常であるが，しかし我々の法院では，淫蕩者は別の刑罰によって国庫に対する罰金刑に処せられる，と Gutierrez [=Juan Gutierrez], canonicarum quaestionum cap. 37, num. 1 et 11 et nu. 21 は判示している。彼はポルトガル法に言及している[73]。法文は，Inst. 4.18.4 に対する註釈に結び付けられていると見られ，法院は，1590 年 12 月 18 日に，私が弁護人であった Neger [Niger] de Collegio の事件において判示し（censuit），Grammaticus [=Tommaso Grammatico] voto 4 in fine は，ある者が〔シチリアの〕大法院（magna Curia）によって追放刑に処せられたことをゴチック体で（in Bastarda）強調して〔votum 4 末尾で〕伝えている[74]。そして法院は，1590 年 9 月 4 日に，師マルティヌスを（判決提案）報告者として判示した。法院はこの説が確立されたものであることを認めており，何らかの暴力を伴い淫蕩がなされたときは，X. 5.16.2 の註釈と博士たちによって，死刑にて罰せられることさえある。Bartolus, [D. 47.11.1.2][75], Alexander [Tartagni], consilio 165, libro 7[76] et 229, numero 11, libero 6.[77] しかし，その刑罰は守られず，法院は他の，より軽い刑罰に処した。（通例そうであるが，）上述の Niger の事件において行われたように，競合するときは（collusorie）教会のもの（ecclesiasticus）が優先したのである。Niger は贈与のほかに 100 リブラの有罪判決を受けていた。なぜなら，その事件は霊的事項というよりも世俗事項であり，殺害の威嚇や殴打による強い暴力を伴って淫蕩がなされたときでも，普通法に基づき（ex communi），死刑にまで処せられることはなく，むしろ博士たちの説が守られるのである。博士たちについて Molinatus [=Giovanni Piero Molignati], in suis Quis quiliis, cap. 220 が示しているように。そして法院はしばしばそのように判決を下しこのことを守っている。Menochius libro 2, *De arbitrariis*, casu 288, in novis additionibus を見よ[78]。

（e） ところで，ある者の家で妊娠している女奴隷が見出されるとき，疑わしい場合には，どう言わなければならないかについては，著者不明のパリ高等法院判例の中の判決（aresto）5 を見よ。しかし淫蕩を受けた処女が，淫蕩を受けたのだと主張する加害者の男に対し，自分はその者と関係し妊娠したことについて宣誓を行うことを想定せよ。処女を失ったことに関して宣誓を行う義務があるか。そして告発を受けた者（delatus）に対して糾問（inquisitio criminalis）を行うことができる犯罪

に関するものであるときは，淫蕩についてであれ姦通についてであれ，そうした宣誓は拒否されなければならない，と考えられていた。しかし法院は，宣誓がなされなければ，あるいは宣誓の上で言明がなされなければならない，としばしば判示していたのである。しかし単純に性的結合についてのみ宣誓がなされる，ということであって，淫蕩や暴行，あるいはその行為に加重となるその他のことについてではない。そして，宣誓がなされたのに相手方が宣誓するのを望まないときには，そうした婦女への賠償のために（indemnitati istarum mulierum），度々このように定められるのを私は体験した（vidi）。そして，そうした加害者は贈与と子の認知につき有責判決を受けたのである。この救済がないときは，貧しい婦女たちは，あらゆる援助から見捨てられてしまうであろう。

（f） 疑わしい場合，多くの者が，娼婦と又は淫蕩を受けた者と事に及んでいたので，最初に彼女と関係を持った者によって妊娠したのだとの推定がなされる。カエサル『ガリア戦記』第 5 巻〔第 14 章 4–5〕（libro 5 [cap. 14] [5.14.4–5]）は次のように書いている。「10 人あるいは 10 人ずつ，特に兄弟の間で，そして父と子の間で，共通の妻を持っている。しかし，彼らから子が生まれたときは，処女を最初に連れていった者の子とみなされる。」（Uxoris habent deni duodenique inter se communes et maxime ftratres cum fratribus, et parentes cum liberis. Sed si qui sunt ex his nati, eorum habentur liberi, a quibus primum virgines quaeque ductae sunt.）

（g） Gutierrez [=Juan Gutiérrez], dicto ca. 37 はこの問題に多くの事項を付け加えており，下記の，私の師 [=Diego de Covarubias y Leyva, 1512–1577][79]については，decis. 211, nu. 7 を見よ[80]。

訳註

＊ここに訳出するのは，2015 年 3 月 20 日上智大学で開催されたローマ法研究会での，ローマ・トレと称される第三大学（Università degli Studi Roma Tre）法学部教授（当時）マリオ・アスケーリ（Mario Ascheri）氏による講演のために用意された，冒頭の解説及び配布された史料の邦訳である。同氏は，すでに 3 月 17 日南山大学において「近世イタリアの最上級裁判所」と題して講演して下さったが（原稿の拙訳は南山法学 40 巻 2 号 243–269 頁を見よ），そこでのテーマの一つであった，近世に『判決集』（*decisiones*）とのタイトルで大量に出版されていた，最上級裁判所の判決なり議論なりを認識する文献類型について，その具体的な内容の紹介を予めお願いしていたところ，日を改め東京で解説して下さったのがこの講演である。開催された大学の紀要ではなく訳者の所属する本学の紀要に掲載することについて，会を主催された上智大学法学部松本尚子先生のご快諾を得た。松本先生はもとより，当

日，法解釈，法社会史，身分や女性の地位の問題など様々な観点から活発な議論を行い講演会を意義深いものに，さらにその後の，アスケーリ夫妻及びマッフェイ夫妻との懇親会を楽しいものにして下さった先生方に，ここに感謝いたします。なお，主としてテザウロが援用する文献の箇所につき，便宜のため，網羅的ではないが，原文を掲載した脚註，及び〔 〕で示した補足は訳者によるものである。なお訳者による法源の紹介は，内容を理解していただくことを目的とした簡略なものである。

1） 判決 25 では，専門家の助言に従った判決を取り消すことができるか，法学者の助言に従って判決が規範事項となるか《sententia lata de consilio experitorum an retrari possit, 3. Sententiam latam de consilio sapientis an transeat in rem iudicatam.》が一般的に論じられている。規範事項との用語で，既判力，判決の確定（上訴不可）と先例拘束性の問題が扱われるが，同時代の論考としては，ジギスムンド・スカッチャ（Sigismundo Scaccia, 1564–1634）の『判決及び既判事項論』（Sigismundus Scaccia, *Tractatus de sententia, et re iudicata*, Lugduni 1628）が参考になる。例えば，同書の Glos. XIV. Sententiamus. Quaestio II では，他の法学者の助言による撤回の可能性や，規範事項とならないことが以下のように述べられている。《41. … sententia lata ex consilio iurisperiti, potest retractari per consilium alterius sapientioris iurisperiti, … 43. Hocque argumentum, quo demonstramus, nullam dari sententiam, quae transeat in rem iudicatam, quando est lata ex consilio sapientis, concludit, quod sententae in causa haeresiis, et indistincte in ommibus causis, quae iudicantur in Curia Roman. nunquam transerunt in iudicicatum, quia iudices semper in sententia dicunt, quod eam ferunt de consilio iurisperitorum.》（fol. 382b–383b）．その他，Quaestio XXIV では，ナポリの法院による判例の拘束性《57. … si sententia feratur in Regno Neap. contra decisionem Consilii Neap. quia talis sententia erit non dolum iniusta sed erit etiam nulla ipso, quia decisio Consilii in Regno facit ius universale, et habet vim legis universalis, Afflict. dec. 190. plucrum in fine, et decis. 383. … a Consilii sententia non dari appellationem.》（fol. 594）や，Gloss. XIII には，助言の読み上げの必要性《20. … sententia, lata a iudice secundum sapientis consilium clausum quod non legit, est nulla, debet enim illud aperire et legere, Bal. in leg. 1. numer. 4. vers. in glo. secundum Cod. de senten. ex pericul. recitand. …》（fol. 368a）などの準則が述べられ，ロータ・ロマーナが助言をどのように扱っていたかの実務《32. … sententiae formulam, qua utuntur iudices in Curia Romana, dum scribunt（per hanc nostram diffinitivam sententiam, quam in his scriptis de iurisperitorum consilio ferimus）esse satis iuridicam, cum iudex post causae cognitionem, dum vult deliberare, debeat adhibere consilium, … et quod iudex in Curia Romana priusquam aliquid definiat, debeat deliberare cum peritis, quos discretos, et fideles noverit, … quod propterea iudex eligat sapientem, et cum eo

examinet, et deliberet, refert, et sequitur … quod iudex sententiam scribat ex consilio advocatorum vel aliorum, imo possit eos cogere, ut ei consilium praestent, scribit … quod in causis contra haereticos, cum sint causae magnae importantiae, adhibeatur consilium Theologorum, et Iurisperitorum, patet ex sententiae formula, … Concilium debet praecedere deliberationem.》(fol. 369b) も伝えられており，教えられるところが多い。

2) もっとも，この判決 3 の多くの引用からだけでも，実務志向の法学者でさえ，いかに古典古代の文献に通じていたかを知ることができる。

3) トポイについては，さしあたりウルリケ・バビュジョー（田中実/佐々木健訳）「トーピクと法学――パピニアヌス『質疑録』(D. 35.1.72) における立論の構造――」南山法学 41 巻 2 号 315–338 頁の「訳者まえがき」を参照。

4) 註 1 で述べた，先例拘束について，ロータ・ロマーナや法院で先例拘束性が存在しないことにつき，自身の経験を述べている。ちなみに，訳者が利用したのは，息子ガスパーレ (Gaspare Antonio Tesauro, 1563–1628) の付加註付ヴェネツィア 1605 年版であり，末尾に掲載した写真はこの表紙である。註 11 に挙げたアスケーリ先生がテクストに採用された 1610 年版では，ここに訳したように付加註がより充実している。もっとも，管見では，必ずしも，版が新しいほど付加註が充実しているというわけではなく，付加註のないものもある。Antonius Tesaurus, *Novae Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Venetiis 1605, n. pag.《Praefatio. 32. … Nec mirandum est, quod idem Senatus diversimode quandoque iudicet, siquidem natura hominis, prona est ad dissentiendum, ut est videre notabile exemplum in l. penult. ff. de acuir. rer. dom. (D. 41.1.65pr.) inter Paulum, et Labeonem. Et idem evenit in sacra Romana Rota totius orbis lumine, ut testantur Cassidor. decis. 9. num. 15. et seq. … allegans illud proverbiale dictum *Rota rotat*, cuius variationis ea potissima est ratio, quod 33. in Rota, et in Senatu non semper iidem sunt iudices, et tempore meo vidi quater totum hunc Senatum mutatum, et qui succedunt in demortuorum locum iudicatorum memoriam non habent, et prout est hominum diversa opinio, praesertim dubiis, aliud senserunt ab eo, quod a praedecessoribus in eodem Senatu fuerat.》

5) 事実，まえがきには，14 世紀から 16 世紀にかけての重要な判例文献が列挙され，こうした文献は不明瞭な状況や混乱をもたらすわけではないとし，事案の必要に応じ適切な分量をわきまえた文献の効用が述べられている。A. Tesaurus, *Novae Decisiones*, supra note 4.《Praefatio. 6. Extant enim Fastoli antiquiores Rotae Romanae decisiones, anno 1336. inde antiquae cuiusdam innominati anno 1575. novae a Gulielmo Horror. 1381. Bellamerae 1390. Tolosanae a Iaon. Corserio. 1483. Neapolitanae ab Afflict. 1490. a Capitio. 1519. a Cassiad. Romanae. 1519. a Grammatico pariter Neapolitanae. 1520. a Boerio Burgedalensi. 1519. Guidon Papae Delphinatus.

1460. Aliae eiusdem Senatus Franc. Martio. 1520. Mohedani Romanae. 1538. Bononienses a Petro Benintendi. 1546. Putei Romanae. 1551. Veralli. 1552. Hieronimi Laurenti Auenionenses. 1557. Ozasci Paedemontanae. 1569. Observationes Camerae Imperialis per Andream Gail. 1578. Fiuizani a Borgni. Cavaleano. 1580. Imperialis Camerae a Ioachino Misingerio. 1560. Perusinae Iosephi Ludov. 1582. Ianuenses incerti anthoris. 1582. Vincentii Franchi Neapolitanae. 1580. et 1588. Crescentii Romanae. 1589. Magnii Lucenses. 1586. Gorumanus vestigia sequuti procuravimus istas ita contexere, ut prodesse sine fastidio lectoribus possent, neque Rotae Romanae brevitatem sequuti, quae obscuritatem parit, Boeri (doctissimi quidem viri) dicacitatem, quae confidionem producit, sed aliorum praesertim Afflicti, qui in Decisio. meo iudicio primas obtinet, et quandoque brevitate, quandoque prolixitate usus est, prout res ipsa exposcebat, neque semper magistrali argumentatione ad partes deducta, et a Platone laudata, sed ad rem ipsam autem ll. ipsarum allegatione, aut scriptorum enumeratione prout tempora ista fuerunt, quam brevissime potui accessi, ne lectorem cum tempora iactura frustratoria lectione (ad alia properantem) detinerem, et (quod ab aliis hactenus factum non est) cum mihi multorum annorum haec scribendi spatia data fuerint, in una eademque Decis. multas sub variis temporibus Decis factas adieci pro amplitaionibus, aut limitationibus, ut eandem materiam quoa ad potui simul connecterem; ne ex uno eodemque subiecto in diversas partes re distrcta materiam confunderem;》

6) アスケーリ先生が提示される三類型，つまり ① 君主の最高裁判所として君主が任命する長期又は終身の裁判官によるミラノ法院（セナート）型で，判決理由を公にする義務がないもの，② 自治都市の伝統を持つ，短期の，任期満了にあたり職務審査に服する外人の裁判官によるフィレンツェのロータ型で，判決理由を公にする義務があるもの，③ 中間形態としてのナポリのロータ，及び 1563 年以降判決前に decisio が当事者にも提示される教皇庁のロータ・ロマーナについては，アスケーリ（拙訳）「最上級裁判所」（前掲＊）及びそこでの引用文献を参照。

7) ローマ法の stuprum は，本来は，広く淫蕩，性的不道徳一般を指し，男性同士の性的関係や近親相姦（incectum）ひいては売春斡旋（lenocinium）をも含む概念であった。紀元前 18 年から前 16 年に制定されたユリウス法では，姦通（adulterium）概念のもとで広く規定されていたが（Inst. 50.16.101），後の法学者たちの用語法では区別されるようになり（パピニアヌスは，D. 48.5.6.1 で，ユリウス法における用語の混同，濫用〔promiscue et *καταχρηστικώτερον*〕を非難し，stuprum に対応するのはギリシア語 *φτορά* であると述べている），C. 9.9 の表題にあるように，この stuprum は，姦通罪と対比され，「『未婚女性，高位の寡婦又は少年との』違法な性的関係に対する犯罪」として用いられている（モデスティヌス D. 48.5.35 も見

よ)。もっとも，この判決では異性間のみに限定されている。後の説明にもあるように，暴行は構成要件ではなく，保護法益も特殊であるため，従来の訳語「淫蕩(罪)」を用いる。Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899 Leipzig, 1990 Aalen, S. 694, Bernaldo Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2e. 1998 Milano, p. 202.

8) 事実，優れた人文主義法学者でありシャンベリの法院(副)長官であったアントワーヌ・ファーヴルによる『判決集』(*Codex Fabrianus*) は，勅法彙纂の編序に従って報告するもので，姦通及び淫蕩に関するユリウス法の章（Lib. IX. Tit. VII）の寡婦事件不処罰や加重事由などを扱う Definitio V.《Simplex stuprum in vidua impunitum est: in virgine autem quomodo puniendum. Et quid si gravius crimen sit ob aliquas facti circumstantias?》の冒頭において，淫蕩罪処罰の変遷を《Stupri poena nec iam olim capitalis fuit, et quae postea ex lege Iulia successit publicationis patris dimidiae bonorum et relegationis in usu esse dessiit.》と述べ，脚註では，ここでのテザウロの判決 3 とクラーロの報告（Ant. Tessaur. decis. Pedemont. 3. n. 3 post Iul. Clar. lib. 5. Senatus. §. stupurum. num. 3）を援用するのみである。ファーヴルの判決集については，拙稿「人文主義法学事始め」南山法学 16 巻 1・2 号 53–58 頁を参照。

9) Gl. Si seduxerit ad X. 5.16.1.《Dotabit eam. Id est donationem propter nuptiam assignabit ei. Vel proprie ponimus quia dabit pecuniam mulieri, quam retinebat sibi pro dote. quod fieri potest ff. de dona inter vi et uxor. si quis uxsori. C. de do. cauta non numerata. l. ii.（C. 5.15.2）et si cum ea non contrahat, nihilo minus habebit illam pecuniam, ut sequitur in litera. si vero ante matrimonium donet ei, tenebit donatio. ff. de pub. in rem act. cum sponsus（D. 6.2.12）si in tempus matrimonii porrigatur donatio non tenet C. de dona. inter vi. et uxo.（C. 5.16）quod sponsae s. cap. ult. ubi de hoc.》*Decretales Gregorii Noni cum epitomis, divisionibus, et glossis ordinarii*, Venetiis 1567.

10) 事実，判決 148 には以下のような報告がある。A. Tesaurus, *Novae Decisiones*, supra note 4, Decisio CXLVIII.《Virgo non viripotens, et annorum. 11. quam et I.C. immaturam dicunt. l. 25. ff. de iniur.（D. 47.10.25）fuit stuprata. Iudex Fostani condemnavit reum poena mortis, et amputationis capitis. appellavit reus ad Excellentissimum Senatum: disputatum fuit, an bene, vel male per iudicem processum fuisset ad hanc condemnationem. dicebat fiscus bene iudicatum quia vi non viripotentem stupraverat, quo casu poena mortis est infligenda per text. in §. fin. autem per vim Institut. de publi. iud.（Inst. 4.18.12）l. raptores, C. de episc. et cleri（C. 1.3.53）in verbo tutoribus. ubi Fulgos. num. 8. … Contradicebatur ex parte rei poenam esse mitigandam per tex. ad literam in fi. l. si quis aliquid. la. 2. §. qui nondum. D. de poen.（D. 48.19.38.3）et quamvis ille tex. non loquatur in violento

stupratore, tamen generaliter loquitur. … Grammatic. decisio. 22. qui per tex in d. §. qui nondum (D. 48.19.38.3), dicit fuisse condemnatum talem stupratorem in poenam deportationis ad triremes per septennium. … et Senatus in casu praedicto reparando sententiam iudicis condemnavit reum reum personam vilem, qui etiam vilem violaverat ad triremes per decennium, salvis iurib. pro interesse filiae, in bonis rei quatenus extraent. … facilis erat responsio, quod illa procedebat, et loquebatur in violento stupratore cum raptu, sed mitius punitur violentus stipurator, quam raptor, qui domo patris vel puellae virginam alibi abducit, et vi retinet.》下線は訳者による。

11) *NOVAE DECISIONES SACRI SENATUS PEDEMONTANI, AUCTORE ET COLLECTORE ANTONIO TESAURO FOSSANESI, SARMATORIS DOMINO*, … VENETIIS, MDCX, ap. Ioannem Antonium et Iacobum de Franciscis, fol. 14rb–15vb.

12) Inst. 4.18.4

同じく姦通罪に関するユリウス法は，他人の婚姻を侮辱する者のみならず，男と忌まわしい情欲をみたそうとする者も，剣で罰する（頭角刑に処する）ものである。しかし同じユリウス法によって，ある者が，処女，又は貞淑に暮らす寡婦を暴力をふるうことなく陵辱したとき，この汚辱（flagitium）もまた罰せられる。ところで同法は，犯人が名望層（honesti）であるときはその財産の半分の没収を科し，卑賤者であるときは身体刑に加え軽流刑に処す。

Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent. sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. poenam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiae, bonorum, si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

13) Iulius Clarus, *Sententiae receptae*, Lib. V. de Maleficiis, §. Stuprum in: *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*, Lugdini 1672, fol. 404.《3. Sed quaero … De iure autem civili pro stupro, cum virgine commisso, non imponitur poena mortis. Et est comm. op. ut dicit Berm. in tract. praeal. fol. 110. n. 34. sed dimidia partis bonorum, cum relegatione licet ut dixi non servetur. Quod intellige, si tale stuprum sine vi commissum fuerit: nam si violentia intervenerit, utique punitur poena mortis, ut habetur in §. Item lex Iu. Inst. de publi. iud. (Inst. 4.18.4)》

14) D. 47.11.1.2　パウルス『断案録』第5巻

本人若しくは堕落させられていたお伴が少年（puer）を連れ出し，その少年に淫蕩をそそのかした者，又は，婦女若しくは少女を誘惑し，羞恥を穢し若しくは淫乱目的で何かを行い，贈物〔流布本：家屋〕若しくはその者が納得するような金

銭を与えた者は，その恥ずべき行為が既遂であれば頭格刑に処せられ，未遂に終わった者には島への重流刑が科せられる。堕落させられていたお伴には極刑（summus supplicium）が科せられる。

Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, domum praebuerit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur.

15） Bermondus Choverius, *Tractatus de publicis concubinariis*, Lugdini 1550, p. 102.《9. [Stupratores virginum quomodo apud barbaros et lege veteris testamenti puniebatur.] Praeterea deutoronomi. xxii.c. habetur, quod virgo corrupta praecipitur lapidari insuper apud Saxones lex fuit ut virgo sponte deflorata, viva speliretur et violator super ipsam suspendi debebat. si etiam apud Barbaros lex fuit, ut virgo fornicaria, seu sponte gravidata de monte altissimo praecipiaretur eiusque violator capite trucaretur, habetur etiam in prologo hystoriae Ro. de quadam quae cum genuissset filios, scundum legem viva fuit sepulta. Sed quid si stuprator, negat filiam fuiise virginem: filia autem dicat contrarium cui standum sit in dubio. Panor. in d. c. i. de adult. dicit, quod doctores communiter tenent quod patri non incumbit probatio quod filia stuprata fuisset virgo tempore stupri, nec etiam filiae incumbit provatio: quia iura praesumunt illam fuisset virginem, ex quo habebatur pro virgine, nisi contrarium probetur. . . .》

16） 事実，その言及は，インドから，エジプト，ギリシア，ゲルマンにいたる。Alexander ab Alexandro, *Genialium Diarum lib. Sex.*, Parisiis 1539, p. 80r–80v.《Apud Indos vero Aethiopes, Massagetas, Barbarasque nationes, impunita adulteria fuere: Lacedaemonii adulteria non noverunt: ideo Lucurgi lege in adulteros nulla poea fuit: Solon vero, ut ab adulteriis cohiberetur Iuventus, coemptas meretriculas, Athenis prostituit primus, obviasque in Veberem esse voluit, ne matronarum contagio popullerentur. Troglodytarum lex erat, ut qui Tyranni ucorem corrumperet, ve multaretur: Nomades communes habent uxores et filios: apud Scythas, preter ensem et Cyatum, uxores et liberi in communi sunt: in nuptas vero si quid esset offensum, gravissimae animadversionis poena constituta: In Tenedo lege erat sanctum, ut adulteri mas et foemina capite multarentur: Apud Athenas mugile plectebantur, aut sedes expilabatur, cui supplicio paratilmos nomen. in Iudaea lapidibus obruuntur: In Attide qui alterisu vitiasset uxorem, raphanis per obscoena afficitur, ut ea ignominia notatus, a contagio alienae uxoris abstineret: Cumei in adulterio deprehensam, ominibus exhbent subigendam: Apud Germanos adulteram excisis crinibus, marituus exlellit domo, et per omnem pagum nudam verbere afficit. . . . Apud

Arabes aliasque nationes adulteris semper capitis poena fuit:》

17） X. 5.16.1
ある者がまだ婚約していない処女を誘惑し彼女と寝たときは，その女性に嫁資を設定し彼女を妻とするものとする。しかし処女の父が〔娘を彼に〕与えることを欲しないときは，処女が通常受け取る嫁資の額にあたる金銭を与えるものとする。
Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam, et habibit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit: reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt.

18） 出エジプト記 22.16〔日本聖書教会『舊新約聖書』〕
人もし聘定あらざる處女を誘ひてこれと寝たらば必ずこれに聘禮して妻となすべし

19） 申命記 22.28–29〔日本聖書教会『舊新約聖書』〕
男もし未だ人の適の約をなさざる處女なる婦（おんな）に遇ひこれを執へて犯すありてその二人見あらはされなば〔この事件が裁判となったときは res ad iudicium venerit〕これを犯せる男その女に銀五十シケルを与へて之を己の妻とすべし。彼その女を辱しめたれば一生これを去るべからざるなり

20） Abbas Panormitanus, *Commentaria in quartum, et quintum decretalium libros*, Tomus septimus, Venetiis 1617, fol. 140b–fol. 141r. ad X. 5.16.1.《2. … quid attmen si non seduxerit, sed illa sponte acquievit? dic quod adhuc habetur locum istud cap. quia virga semper praesumitur seducta, et decepta, nam si non esset insidiae hominis, immo facinus non perpetra retinet, ut dicit tex. in l. unica. C. de rap. vir. (C. 9.13.1) vide gl. in reg. scienti. lib. 6. c. Nota quod peccans moraliter cum muliere, dicitur cum ea dormire, quasi tractus de Dei contemplatione, et eius praeceptis, unde in scripta, peccans moraliter dicitur dormire, venialiter vero dormitare, iuxta illud dormierunt, et dormitaverunt. Nam ad dispositionem huius cap. non exigitur dormitio sed ipsa defloratio virginitatis. … 5. Sed quaero, quia text dicit virginem. quid si vir negat eam virginem fuisse, an mulieri seu patri hoc asserenti incumbat probatio? Doct. hic communiter quod non, quia praesumitur virgo, ex quo habebatur pro virgine, et imputetur isti, qui abusus est.》

21） I. Clarus, *Sententiae*, supra note 13, fol. 404a–404b.《4. Sed pone, quod struprator dicat, puellam non fuisse virginem, tempore quo cum ea concubuit, ipsa vero dicat, quod erat virgo, cui eorum est magis credendum? Resp. quod in dubio praesumitur virgo, nisi ipse struprator probet contraria. Et ita tenent communiter DD. ut dicit Abb. in c. 1. n. 5. de adul. quem refert Bermon. in tract. praelleg. post. n. 9.》

22） Ioannes de Anania, *Lectura super quinto decretalium*, Lugduni 1553, ad X. 5.16.1 fol. 140vb.《Quid autem, si vir negat illam virginem, illa autem affirmat? Dic quod

3. non creditur viro, qui debet sibi imputare, quare violenter fuit usus illa, sed bene creditur mulieris iuramento, …》

23） B. Choverius, *Tractatus*, supra note 15, p. 102.《10. [Virginis iuramento statur contra deflocantem quod tempore stupri ipsa erat virgo et stupratori asserenti contrarium incumbit probatio.] imo staretur assertioni puellae cum iuramento contra deflorantem, quod tempore stupri erat virgo, ut concludit Cardinal. Florentinus in d.c.1. et Alex. in cons. 229. in 6. volu. tamen aliud est in marito secundum Host. in tit. de probat. in §. fin. ubi ex pluribus concludit, …》

24） Petrus Paulus Parisius, *Consilia*, Pars IV, Francofurti ad Moenum 1590, Consilium CLV. fol. 168va.《28. Licet enim in dubio mulier praesumatur bonae, et honestae vitae, et non deflorata; tamen non procedit istud, quando indicia, coniecturae, et praesumptiones essent in contrarium.》

25） B. Choverius, *Tractatus*, supra note 15, p. 101.《4. [Stuprum et adulterium quandoque pro uno, eo eodem poenuntur.] … istud puto verum dummodo liberatio non sit facta metu vel dolo alias non valeret quod notantum est: quia teneretur ad praestationem dotis non obstante liberatione.》

26） 判決 107 は，嫁資につき，問題とされるのが加害者の身分や財産なのか，被害者の資質を問い，後者であるとの結論である。Octavianus Cacheranus Dominus Osascus, *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Lugduni 1579, fol. 273b–274a.《Decisio CVII. An virgini stupratae dotes constituendae sint secundum dignitatem et facultatem ipsius stupratoris, an vero ipsius virginis qualitatem … quaeritur, qualiter huic virgini stupratae sint constituendae dotes? et prima facie ex allegationibus domini Beluisii videtur dicendum, 2. illas non esse constituendas secundum facultates stupratoris, sed patris ipsius Margaritae et secundum numerum liberorum, nec non et puellae dignitatem. l. si filiae ff. de legat. 3.（D. 32.43）l. quaero.（D. 23.3.60）et l. seq.（D. 23.3.61）l. cum post. §. gener. ff. de iure dotium（D. 23.3.69.4）cum similibus.》

27） X. 5.16.2

グレゴリウス 1 世がシポントの司教へ。〔あなたの孫である〕フェリックスがある処女を，冒瀆であると言われるように，誑かし淫蕩に及んだとの報告が本職に届いた。それが真実であれば，法が規定する刑罰によって処罰されるべきであるにせよ，本職は厳格な法をある程度は緩和し，淫蕩を行った婦女を妻とするか，又は体罰に処せられ破門とされた上で悔悛を行うように修道院に入れられ，〔本職の〕命令なしにそこから出ることは許されない，との裁定を下す。

Gregorius Sipotino Episcopo.

Pervenit ad nos, quod Felix nepos tuus quandam virginem, quod nefas est dici, stupro decepit. Quod si verum est, quamvis [grave] esset de lege poena plecten-

dus, nos tamen, aliquatenus legis duritem mollientes, hoc modo disponimus, ut aut quam stupravit uxorem habeat, castigatus excommunicatusque, in monasterio, in quo agat poenitentiam, retrudatur, de quo ei nulla sit egradiendi sine [nostra] praeceptione licentia.

28） 婚姻が解消されても嫁資は妻に帰属する。Abbas, *Commentaria*, supra note 20, fol. 141r.《3. Nota casum in quo vir tenetur dotare uxorem, non solum ergo tenetur eam ducere sine dote, et ex bonis propriis alert, iuxta no. in c. per tuas. de do. post divor. rest. sed etiam tenetur sibi constituere certam dotem, ut soluto matrionio alio casu, dos illa sic constituta redeat ad mulierem, ut lucrifaciat eam propter delictum viri.》

29） Paulus Grillandus, *Tractatus de hereticis: et sortilegijs omnifariam coitu eorumque penis*, Lugdni 1547, fol. 82r.《3. … si vero cum vidua honeste vivente stuprum commiserit punietur pena pecuniaria arbitrio iudicis iuxta qualitatem facti et personarum conditionem.》

30） C. 9.9.28　コンスタンティヌス帝 326 年宣示
姦通を犯した女性が，居酒屋の女主人か，給仕女であって従ってしばしば自身が不節制に葡萄酒を提供するような給仕を行っていたかを取り調べなければならない。宿屋の女主人であったときは法の鎖を免れるものではないが，給仕女として飲んでいる男に給仕を提供したときは，被告人として引き出される女性の卑しい身分に鑑み，告訴は排除され，告訴される自由人は解放される。というのも法に拘束され家母の名を得る女性には貞操観念（pudetia）が要求されるが，卑しい生活からして法律の遵守に相応しいと考えられない女性は，厳しい裁判から免れているからである。

31） Petrus Paolus Parisius, *Consilia*, Pars. IV, Francofurti ad Moenum, 1590, fol. 168ra–168va.《Difficultas vertitur, an Nicolaus teneatur dotare Theodosiam, quam confessus est carnaliter cognovisse, et ipsa iureiurando asserit a. d. Nicolino fuisse defloratam. et videtur primo dicendum quod sic. … Tamen advertendum est: nam assertum suprum non dicitur comissum cum violentia, seu rapina, sed violente ipsa Theodosia et sponte se conferente ad domum dicti Nicolini, ubi ab eo fuit cognita, et licet secundum leges civiles pro stupro in virginem comisso statuta esset poena, de qua in §. item lex Iulia. et vers. sed eadem insti. de publi. iudi. … Tamen lex civilis tunc demum punit stuprantem, quando stuprata fuit virgo, seu vidua honeste vivens. secus autem si stuprata vivebat inhoneste, ita … quod ista procedant secundum legem civilem imponentem poenam stupranti, si stuprata esset honestae vitae, alias secus. Idem dicendum erit de iure cano. ut carnaliter cognoscens teneatur otare per dictum ca. 1. et 2. ita demum, si stuprata honeste vixerit, alias secus. … mulieri-

bus non habere locum in illis, quae luxoriose, inhoneste et impudice vivunt, …》

32) Iohannes Cephalus, *Consilia*, I, Mediolani 1558, fol. 249r–251r.《3. nec mulierem hanc fuisse inhonestae vitae videtur probatum ex duobus testibus de fama deponetibus, absque illis rationibus ac conclusionibus quae ad publicam vocem ac famam probandam a Bart. requiruntur, et a caeteris in l. de minore. §. plurimum. de quaesti. et tertius testis testificans se vidisse quendam de Bertis Antoniam carnaliter cognoscete, … 6. in proposita materia ea mulier inhonestae vitae videatur, quae palam et publice facit quaestum. … 8. et pro veritate huius conclusionis considero, quod ad defensionem, et sic probandam innocentiam, illi testes admittuntur, qui alias non admitterentur, … 12. merito ad evitandum damnum leviores probationes admittuntur ac faciliores, 13. et coniecturae iudicis arbitrio ad innocentiam probandam etiam admittuntur.》

33) Ludovicus a Peguera, *Liber quaestionum ciriminalium, in actu practico*, Barcinonae 1585, fol. 83vb–84ra.《5. … Licet enim matrimonium de iure canonico inter eos valet … non ideo iura excusant raptorem a poena ordinaria: cum non sit ailud ius canonicum quod disposuerit nec disponere potuerit in terris Regis seu domini temporalis circa poenam ipsius delicti de iure civili impositam: unde merito raptor non obstante matrimonio tenebitur. Et sic non obstant tex. cum materia in cap. 1. et 2. de adulteriis（X. 5.16.1–2）, nam iura illa quo ad poenam habent locum in terris Papae, non vero in terris Imperii, vel alterius Regis seu domini temporalis: quia in eis servabitur ius commune civile, vel proprium seu patriae.》

34) Thomas Grammaticus, *Consilia et vota, seu iuris responsa*, Lugduni 1566, fol. 227, Votum XVII.《2. idem etiam tenet Sali. in l. eum, qui duas C. ad legem Iul. de adult.（C. 9.9.14）et plus dicit esse advertendum: quia ipse vidit multos iudices errare in intellectu. d. l. eum, qui duas. Nam puniunt capitaliter eum, qui actualiter habet duas uxores: quia ipse Angelus non credit hoc de iure procedere: quia d. l. eum qui duas dict, quod commisit stuprum, quae non est capitis in casu, de quo agiur, ut d. §. item lex Iulia. Institu. de public. iudic.（Inst. 4.18.4）et quod non imponatur poena capitalis stuprani virginem vel viduam honeste viventem, tenet Metthesi.》

35) C. 9.11.1pr.　コンスタンティヌス帝 326 年宣示

自己の奴隷と密かに事に及んだことが暴露された女性は，頭格刑に服し，卑しいならず者は火刑に処せられる。

Si qua cum servo suo occulte rem habere detegitur, capitali sententia subiugetur, tradendo ignibus verberone.

36) B. Choverius, *Tractatus*, supra note 15, p. 104.《16.［Stuprator in foro conscien-

tiae, et canonico quibus poenis puniri debet distinguitur.] quod in foro conscientiae si quaeratur an stuprator teneatur, et ad quid distinguite quod aut defloravit virginem violentem, et tunc non tenetur, ex quod non est seducta. Si autem filia fuerit seducta, vel adhoc tracta fuerit invita videlicet per promissiones, et ficta mendacia isto casu confessor in poenitentia debet ei iniungere, ut ad arbitrum boni viri eidem defloratae satisfaciat, vel saltem cum ea componat de aliqua quantitate pecuniae, vel alterius rei, ut possit facilius cum aliqua matrimonialiter copulari, et si cum ea promiserit contrahere ad hoc, ut possit extorquere copulam, prout plures faciunt, debet observare promissionem suam, licet sit simplex.》

37） Iacobus Menochius, *De arbitrariis iudicum*, Genevae 1690, Lib. II. cent. III, fol. 548–549. これに対して，聖職者は 10 年としている。《Casus CCLXXXIII. Stuprum quando comitti: et de stupratorum poenis tam iure civili et Pontifico, quam fori conscientiae. . . . 7. Secunda est, quam lex Pontifica in foro conscientiae indixit contra clericum stupratorem, cui iniungenda est poenitentia decem annorum, cum illis ieiuniis et poenitentiis, quorum meminit text. in cap. presbyter. 83. dist. Laico vero indicitur poenitentia septem annorum: cap. devotam, 27. qu. 1. et c. hoc ipsum, 33. qu. 2. et scribunt Paul. Grilland. in tract. de poenis omnifariam coitus illiciti c. 7. nu. 1. vel dicendum est sacerdotis arbitrio imponi posse hanc poenitentiam.》

38） この助言では冒頭に分けて事実関係が述べられている。Alexander Tartagnus Imolensis, *Consilia seu responsa*, lib. V, Francofurti ad Moenum, 1610, cons. CLVII. fol. 274.《FACTI SPECIES. Quaedam T. Hebraea habuit bis rem cum R. Hebraeo eius compatre, quamvis hoc probari non possit, quae T. effecta est gravida et asserit, quod est gravida solum ex eo, quod habuit rem eum dicto R. eius compatre. Dictus R. contra negat, et quod hoc posito, sed non concesso, quod est publica meretrix, nec praesumitur potius fuisse gravida ex dicto R. quam de alio, et maxime state confessione iam pluribus mensibus facta per dictam T. in praesentia testium, . . . an praesumatur gravida ex dicto R. habuisse rem cum ea, an praesumatur gravida ex dicto R. stante confessione ipsius T. cum iuramento in praesentia dicti R. et testium fide dignorum confitentis se fuisse, et gravidam ex alio, quam ex dicto R. et habuisse rem cum pluribus quam cum dicto R. Breviter respondeo, quod ex praedictis non probaretur eam esse gravidam ex dicto R. quia licet praesumptio fit, quod uxor sit praegnatis ex marito se cum cohabitante.》

39） Catellianus Cotta, *Memoralia*, Venetiis 1572,《Mulieri dicenti genuisse filium ex me non est credendum.》p. 302–303. バルドゥス『助言集』第 5 巻助言 437 には，冒頭で，50 歳の時に，夫の子でも自身の子でもないのにその子を妊娠したとし，夫は息子として扱い，後に告解した妻の例が述べられている。Baldus Ubaldus, *Consilia*

sive responsa, Tom. VI, Venetiis 1575, Torino 1970, fol. 116ra–116va.

40） 確かに援用箇所には様々なケースが整理されているが，若干の例を挙げておく。Nicolaus Boerius, *Decisiones Aureae*, Pars II, 1543 Lugduni, Dec. 299, fol. 156va.《3. In contrarium videtur quod credi sibi debeat, tenet glos. in dicto cap. Michael. de filiis presbyterorum quando sicut natus ex uxore in domo mariti praesumitur filius. … 5. non procedat in muliere diu sterili, quae aliquando divertisset a marito vel concubina a concubinario, et reperiatur praegnans, quod non praesumatur mariti aut domini, nisi ipsi approbaverint et tractaverint, ac cominaverint eum tamquam filium. …》

41） 証明の問題ではないが以下のように述べられている。A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. V. cons. CLVII, fol. 275a.《toleratur coitum cum meretrice: et a communiter accidentibus videmus non puniri …》

42） C. 4.19.10　ディオクレティアヌス帝・マクシミアヌス帝 293 年宣示

あなたの生まれも，あなたが生来自由人であることも証明できるにせよ，あなたが遂行していたと述べる顕職も，あなたの娘が生来自由人であることの適法な証明にはならない。あなたが生来自由人で彼女が女奴隷であることを何も妨げはしないから。

Neque natales tui, licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum esse commemoras, idoneam probationem pro filiae tuae ingenuitate continent, cum nihil prohibeat et te ingenuum et eam ancillam esse.

43） Baldus Ubaldus, *Commentaria in quartum et quintum Cod. lib.*, Venetiis 1599, Goldbach 2004, fol. 38rb. ad C. 4.19.10.《4. … aliqua ist meretrix, non probato actu, sed probtis circumstantiis ut plurimum verisimilibus, ut quia passim intrabant domum eius scholares de die et de nocte, quia uando scolaris loquitur cum puella, non praesumitur dicere pater nostre.》

44） パレルゴンはアルチャートの初期人文主義三部作の一つである。パレルゴンは，ジャック・デリダ『絵画における真理』，あるいは彼を通じてカント『判断力批判』で「作品そのものとは無関係な，作品そのものの外にあるもの」を論じるにあたって用いられた概念として知られていると思われる。アルチャート自身，作品の献辞で《Inscripsi autem opus ipsum Parergwn [sic], quod obiter haec a me dicta, cum iam legitimo munere perfunctus essem, atque in ipsius lectionis excessu, fuerint: qua in re et veteres pictores sum imitatus, qui cum quempiam heroa depingerent, vel cuiusvis dei tabulam ornarent, haudquaquam sola imagine continenti, arbustum aliquod, aviculas, situm egionis, idque genus similia decoris causa addebant, quae et ipsi parerga vocabant. Huiusmodi igitur et nos succisivas operas in arctissimum nunc libellum coactas iudicio tuo subiicimus, ut causa cognita pronuncies, an id

fecerimus, …》と述べているように，本来は絵画で用いられた表現であるが，彼自身は，傍論（obiter dictum, obiter dicta）の意味で用いている。Andreae Alciatus, *Παρεργον* iuris in: Opera omnia, Tomus II, Basileae 1557, Frankfurt am Main 2004, col. 173–174.

45） A. Alciatus, *Παρεργον*, supra note 44, lib. IX. cap. XII.《Confestim post primi viri mortem nupta matre, filium nono mense natum praesumi primi mariti, imo secundi, imo utriusque, imo neutrius.》fol. 422–423.「我々の時代の学者たちは，厄介でよく知られた問いを受ける。夫が死亡し婦女が再婚し，9カ月以内に子を産んだとき，彼女から生まれた幼児は誰の子と推定されるか。そしてこの問いについては多くの判断があり様々である。…… 6. ……しかし親の顔つきのラインから想定される推定がより効果的であると私には思われる。なるほど，ポキュリデース［ca. 560 BC–］は，淫蕩の寝床からは似た子を産むことはない，と述べてはいるが。不貞の子は夫に非常に似ると主張しているジャコポ・ボッティガーリ［1274–1347］の論拠も私は納得できない。なぜなら，似ているのは妻の側の思い込みからであり，彼女はまさにその時に夫が戻ってきたので動揺した，と考えなければならないから。ホラティウス〔『風刺詩』1.2.127〕「一緒に寝ている最中に，夫が田舎から戻ってくる心配なく」。ウェヌスをくすぐることで，妻が夫の姿を認識するなどありそうもないと考える。」（Ardua est, et vulgaris apud nostrates quaestio, Si mulier mortuo marito ad secundas nuptias transierit, et intra nonum mensem pepererit, qui inde natus erit infans, cuius filius paesumitur? Variatumque hac in re multis sententiis est. … VI. … Efficacior tamen mihi videtur illa, quae ex lineamentis oris paterni assumitur. quando quidem ut ait Phocylides. *Οὐ γὰρ τίκτει παῖδας ὁμοίους μοίχικὰ λέκτρα*. *Non gignunt similes stuprata cubilia natos*. Nec me movet Iac. Butrig. argumentum, qui adulterinos maxime similes esse maritis autumat, quia similitudo ex cogitatione mulieris oritur, quam solicitari de adventu mariti eo potissimum tempore sit credendum. Horatius: *Nec metuo ne dum futuo vir rure recurrat*. Mihi haud fit hoc verisimile, in ipsa titillatione veneris de forma mariti cogitare mulierem, …）

46） D. 21.1.31.21　ウルピアヌス『高等按察官告示』第1巻

奴隷を売る者は，売買において，その奴隷の出自（natio）を言明しなければならない。なぜなら，たいていの場合，奴隷の出自が買主を買う気にさせたり，とどまらせたりするからである。それ故に，我々は出自を知ることに利害関係がある。実際，ある奴隷は評判の悪くない出自であるからよい奴隷であり，むしろ悪評である出自だから悪い奴隷であると見られる，と推定されているからである。しかしもし出自について，そのように言明がなされなかったときは，買主及びその物が帰属するすべての者に，奴隷を解除する訴権が付与される。

Qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent:

plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emptorem: idcirco interest nostra scire nationem: praesumptum etenim est quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est. quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori omnibusque ad quos ea res pertinebit dabitur, per quod emptor redhibet mancipium.

註釈「しばしば息子は父に似ているのが常であり，悪い樹がよき果実をもたらすことはない」（Gl. ad Non infamata. *Saepe solet similis filius esse patri*, et illud, *Non potest arbor mala bonum fructum facere*）。

47） ティラコー『ポワティエ慣習法』Andrea Tiraquellus, *De legibus connbubialibus*, in: Opera omnia, Tom. II, Francofurti 1616, fol. 113a.《In septimam legem connubialem glossae primae pars septima. … 37. … Nausimensis Atheniensis uxorem, cum filii filiaeque stupro intervenisset, inopinati, monstri conspectu perculsam, et in praesens tempus ad indignandum, et in posterum ad loquendum obmutuisse. Illos nefarium concubitum voluntaria morte pensasse. Illud autem certum ex Terentio in Adolphis atque etiam in Phormione, legem Athenis fuisse, ut orbae eius nuberent, qui essent genere proximi.》

48） I. Menochius, *De arbitrariis*, supra note 37, Lib. II. cent. I, fol. 250 は親子関係の証明方法を詳述している。《Quaestio LXXXIX. Quibus probationibus filiatio probetur et de partuum tempore pura hactenus non explicata. enucleantur.》

49） ホラティウス『アエネーイス』（岡道男 / 高橋宏幸訳，京都大学学術出版会）
第 4 歌 327–330
「せめて，わたしがあなたから子種の一つでも
逃げられる前に宿していたなら，もしわたしのそば近く宮廷に遊ぶ
幼いアエネーアスがあり，未練でも，あなたの面影を映していたなら，
わたしは決して自分が捕らわれ，捨てられた女とは思わぬであろうに。」
‘Saltem si qua mihi de te suscepta fuisset
ante fugam suboles, si quis mihi paruulus aula
luderet Aeneas, qui te tamen ore referret,
non equidem omnino capta ac deserta uiderer.’

50） マールティアーリス『マールティアーリスのエピグランマタ』（藤井昇訳，慶応義塾大学言語文化研究所）
キンナよ，あなたは（妻の）マルッラから生まれた本当の子ではない七人の父親になったじゃないか。
だって，一人としてあなたの子でもなければ
友人の子でも隣人の子でもないのだから。

そうではなくて，簡易ベットとマットの上で懐妊した子たちで
その顔つきを通じて母の数々の密通を暴露しているじゃないか。
Pater ex Marulla, Cinna, factus es septem
non liberorum: namque nec tuus quisquam
nec est amici filiusve vicini,
sed in grabatis tegetibusque concepti
materna produnt capitibus suis furta.

51) post. C. 5.5.6.1（Nov. 12. cap. 1）
近親相姦（不浄）の婚姻関係を結んだ者たちに対する罰は，嫁資及びその他の財産の没収，追放，及び剣帯〔に象徴される身分〕を有しているならその剝奪が，身分が卑しければ懲戒である。そうした罪を知りながら犯した女性も同様の刑罰に服さなければならない。このように失われた財産は，このことにより自権者となる子のために，彼らがこのことで自権者となり，父がその子から養われる限りで，用いられる。こうした子のないときは，国庫に帰属する。
Incestas nuptias contrahentis poena est confiscatio bonorum, tam ceterorum, quam dotis, exsilium etiam et cinguli, si quo potitur, spoliatio, verbaratio quoque, si vilis est. Femina quoque talia scienter peccante, simili poenae subiuganda. Substantia sic amissa libertis hoc ipso sui iuris effectis, si quos habet legitimos, applicetur, ut tamen pater ab eis alatur; quibus non extantibus, fisco federtur.
post. C. 5.5.6.2（Nov. 89. cap. 15）
こうした不浄の又は近親相姦の，あるいは断罪される関係からの子は，私生児と呼ばれてはならず，父の財産からのいかなる利益にも相応しくなく，父に養われることがない。
Ex complexu nefario aut incesto seu damnato liberi nec naturales sunt nominali, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre.

52) Guilielmus Durandus, *Speculum iuris*, Tom. 2, pars. III et IIII, Basileae 1574, Aalen, 1975, fol. 463.《Speculum IIII partic. IIII, num. 17. Filii ex damnato coitu nati, an sint a patre vel matre aliendi. Appelatione parentis venis etiam mater.》(fol. 458b, 463a.)《Quid de natis ex damnato coitu, id est, incetuoso et nafario coitu? Respondeo, dic, quod non sunt a patre, vel a matre alendi, secundum leges, in authen. quibus mo. natur. effi. sui, §. fin. extra qui filii sint leg. per venerabilem. in fin. C. de nat. lib. humanitatis. (C. 5.27.8) et auth. licet. ubi dicitur, non alatur a parente. et appellatione parentis mater etiam continetur, ff. de verb. signifi. appellatione. (D. 50.16.51) secundum Canones autem sic, ut extra de eo, qui dux. in ma. quam pol. per adul. cum haberet. in fin. ubi de hoc. Et dic, quod secundum leges patres et ascendentes per lineam paternam non tenentur alere filios, nisi iustos: matres vero

et ascendentes per maternam lineam alere tenetur spurios etiam vulgo quaesitos, ff. de lib. agnos. si quis（D. 25.3.5）responso primo, et §. primo, nisi forte mater sit illustris, ut C. ad Orfic. si qua（C. 6.57.5）et Instit. eodem titul. §. novissime.（Inst. 3.4.3)）》下線は訳者による。

D. 25.3.5.2　ウルピアヌス『執政官職務論』第 2 巻

ところで，我々は，父，父方の祖父，曾祖父つまり父方の祖父の父，そしてその他の男性尊属だけを扶養することを強制されるのか，母や女系のその他の尊属も扶養することを強いられるのかを見なければならない。そして，いずれの側についても，彼らのうちのいずれの必要や病気にも，その者が容易に助けるように，裁判人（審判人）は介入するのがよい。そして，このことは，衡平と血の愛情からのものであるので，裁判官（審判人）は，個々の者の欲求を慎重に判断することを要する。

Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.

D. 25.3.5.6　ウルピアヌス『執政官職務論』第 2 巻

同皇帝は，父は，裁判人（審判人）のもとで，彼女が適法に生まれたことが確定されると，自分の娘を扶養しなければならない。

53）Iacobinus de sancto Georgio, *Lectura auea super prima parte Digesti veteris*, 1521 Lugduni, fol. 152ra.《41. … Sed ego ultra quaero quis debeat nutrire seu alimentare istos infantes expositos: ego saepe consulvi. quid si mater est certa: tenetur eum nutrire per triennium l. nec filium et ibi glo. C. de patria potestate（C. 8.46.9）. Fallit …》

54）Bartolus a Saxoferrato, *Commentaria in primam Infortiati partem*, Venetiis 1585, fol. 35rb. ad D. 25.3.5.2.《1. Quaero, utrum pater cogatur filiam inustam alere. Gl. dicit est nata ex damnato coitu, non tenetur eam alere. secus si ex consubina. Certe hoc est verum de iure civili. sed de iure canonico cogitur quis alere etiam spurium.》Bartolus, *Tractatus de alimentis*, in: *Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis 1581, fol. 126va.《17. Quaero an pater teneatur filium naturalem tantum alere? Respondeo, quod sic, … sed ex aequitate canonica etiam natos ex damnato coitu tenetur alere, ut … Viso cui debeant aliementa praestari ex necessitate, modo videamus quibus debentur alimenta ex mandato hominis.》

55）X. 4.7

正妻が生存中にある者が姦通女と関係を結べば，最初の妻が死亡後であっても，長期にわたり同棲し複数の子をもうけたとしても，第二の妻とは離れていなければならない。

Qui vivente uxore legitima, cum secunda contrahit adultera, etiam prima mortua, separabitur a secunda, etiam si longe tempore ei cohabitavit, et filios ex ea suscepit.

Cap. V.

正妻 A を有していたときに，提出者 I は M と姦通した。そしてこのことにつき法廷に召喚されたので，姦通の女と離れる旨を宣誓したものの，宣誓を無視し，正妻が生存中にその女と婚姻を締結し，その者と長きにわたりともに生活した。その後前述 A は死亡し（光から奪われ），前述の I は 10 年姦通女とそのままの関係であった。そして彼女との間に 10 人の子をもうけた。そこで，本職は貴職の照会（consultatio）に解答を与える。彼らは完全に離され，加えて，彼らには悔悛と永遠の禁欲が課されるものとする。とりわけ両者ともに，はっきりと知りつつ姦通と偽誓を公然と続け，教会を深刻な躓きへとかき乱したのであるから。貴職は，教皇レオが，何人も姦通で穢した女性と婚姻してはならないと定めたこと，またここでは，正妻が死亡したなら妻に迎えるとの約束を姦通女性に果たした場合よりも突き進んだ（より罪深い）ものであることも承知のことであろう。なぜなら最初の妻がまだ生存中に，姦夫はまるで婚姻関係であるかのごとく姦婦に寄り添い，その秘蹟を軽率に侵したからである。確かに，宣誓の結付きの介在しないこの同衾は，教皇グレゴリウスも〔895 年開催マインツ近郊〕トリブール教会会議も非難したところであり，このように結び付いた両者は，公の悔悛に服し，永遠に婚姻の望みなくとどまるものと命じたのである。この I 及び M には，彼らが 10 年間互いにともに暮らし，10 人の子をもうけたことは変わらず，いかなる酌量も加えてはならない。このように多数の子をもうけたことは，彼らの犯罪をむしろ重くし，長期に及んだことは，その罪を小さくではなく大きくするのである。もっとも，両者が，その財産から子に役立つ範囲で子に必要なものを与えるよう，貴職は配慮するように。

Quum haberet uxorem legitimam A. nomine I. lator praesentium, cum M. adulterium perpetravit. Cumque super hoc fuisset in ius vocatus, abiuravit adulteram, et postmodum iuramento contempto, vivente legitima cum ea matrimonium contrahere, et ipsi diu cohabitare praesumpsit. demum praedicta A. de praesenti luce subtracta memoratus I. cum adultera per decennium est moratus de qua decem filios procreavit. Tale ergo damus consultationi tuae responsum, ut separentur omnino: et eis iniuncta poenitentia, perpetua continentia indicatur, praesertim quum in dies suos ambo processerint, et tamdiu publice in adulterio et periurio

ex certa scientia perdurantes, ecclesiam in gravi scandalo perturbaverint. Nosti enim quod Leo Papa statuit, ut nullus ducat in matrimonium, quam adulterio polluvit, et quod hic plus processum fuit quam si fides praestita duntaxat fuisset adulterae, ut defuncta legitima eam duceret in uxorem, quum, eadem etiam prima vivente, quasi matrimonialiter moechae moechus adhaerere praesumpsit, et sacramentum suum temere violare. Quod utique connubium, ubi etiam nulla intercessit religio iuramenti tam Gregorius Papa, quam Triburiensis synodus detestatur, et utrumque hoc modo coniuctum praecepit publicae poenitentiae subiici, ac perpetuo sine ulla spe coniugii permanere. Nec aliquod eisdem I. e M. adminiculum adferunt, ut simul maneant, quod decennio cohabitaverunt adinvicem, ac decem filios susceperunt, cum multilicitas prolis ita susceptae magis eorum crimen exaggeret, et diuturnitas temporis peccatum non minuat sed augmentet. Solicitudinis tamen tuae intererit, ut uterque liberis suis, secundum quod eis suppetunt facultates, necessaria subministret.

Gl. ad secundum facultates.《Hoc est regulare, quod secundum facultates alimenta ministrentur. ff. de liber. agno. si quis a liberis infra. respon. De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. (D. 25.3.5) et C. de ale. lib. si competenti. et l. ult. (C. 5.25.3, 4) sic. et procuratio exhiberi debet secundum facultates ecclesiae supra de censi. sopite et c. cum nuper. et not. quod filius minor triennio, debet apud matrem, maior trennio apud patrem. C. de pat. po. nec filium. (C. 8.46.9) et supra de conver. in fi. cap. ul. et arg. ff. de lib. agn. si quis a liberis. §. non tantum. (D. 25.3.5.12)》

註釈付刊本として利用したのは *Decretales Gregorii Noni*, Venetiis 1567 である。

56) A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. III. cons. LXXIV, fol. 130.《3. … Sed ita est, quod avus filio suo spurio nihil relinqueret, ut in auth. quib[ub] mo[dis] na[turales] effi[ciuntur] sui. §. fi. (Auth. 6.3.6) etiamsi relinqueret pro alimentis, inspecta dispositione iuris civilis, quae servari debet in terris Imperii, c. ut in d. §. fi. et transsumptive in auth. ex complexu. Cod. de ince. nup. (post C. 5.5.6 in c) licet in iure canonico possit relinqui spurio pro necessariis alimentis. d. c. cum haberet, de eo qui dux. in matr. qua pol. per adul. (X. 4.7.5) sed illud tantum servandum esset in terris ecclesiae, …》

57) Carolus Molinaeus, *Notae solemnes ad Consiliorum Alexandri Tartagni*, in: Opera Tom. III, 1681 Parisiis, Bad Feilnbach 1995, fol. 935a.《c. Imperii] … sed congrue boni viri arbitrio inspecta qualitate domus, et patrimonii bene in hoc Senatu haeredes eius qui magnas possessiones reliquerant, iussi sunt filio illegitimo, alimentorum nomine, dare fundum quadraginta librarum reditus non solum ad vitam, sed etiam

iure plenae proprietatis, pro se et suis, quod facilius admittendum est cessante legitima prole.》

58） Baldus Ubaldus, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, Venetiis 1599, Goldach 2004, fol. 327rb. ad D. 10.4.11.1.《3. quia mater excusatur ratione inopiae, unde onus redundat in partem.》

59） Iohannes de Roias, *Epitome omnium successionum ex testamento et abintestato iure communi*, et Regio, Salamanticae 1581, fol. 135b.《12. … nam intra triennium puer lacte principaliter alimentatur, ideo mater ex uberibus suis lactat puerum, quae alimentandi ratio cessat in patre, sed si mater esset adeo inops et pauper, quam oporteret manibus operari, ut ipsa posset se et puerum alere, ne forte ambo fame pereant, hoc casu pater etiam intra triennum teneturalere puerum et matrem. … ita in actu pratico bis in Regno Navarrae id obtinui, …》

60） C. 8.46.9　ディオクレティアヌス帝・マクシミアヌス帝 294 年宣示

〔否認に対する〕刑罰の威嚇を伴う子の認知に関する元老院議決，同様に，永久告示録において提示された先決（訴権），及び 3 歳を超えた請求者のため属州長官のもとで示された扶養の法的救済は，何人にも子（息子）を否認する自由はないことを明示的な法として宣明している。

Nec filium negare cuiquam esse liberum senatus consulta de partu agnoscendo ac denuntiata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud praesidem maiori trimo petenti monstratum iure manifesto declarant.

61） 判決 148 については，解説がなされている。註 10 を見よ。

62） フランス・ウルトラモンターニ学派のジャン・フォールやナポリのダフリットの厳罰論に対して，クラーロは普通法上死刑とはならないと主張する。I. Clarus, *Sententiae*, supra note 13, fol. 404b–405a.《9. Fuit aliquando dubitatum, qua poena sit puniendus ille, qui defloravit, sed deflorare coactus est puellam virginem, nondum viripotentem. Et in hoc eperio aliquos tenuisse, quod debeat puniri poena mortis Et idict Io. Fab. in §. item lex. Iulia, post. n. 7. Inst. de publ. Iud. quod consuetudine tales, stupurantes virgines immaturas, suspenduntur, et illum refert et sequi videtur. Afflict. super 1. parte Const. Regni, Rub. 19. n. 14. … Tu dic, quod tale delictum de iure communi non punitur poena mortis, sed humiliores in metallum amnantur, honestiores vero in insulam relegantur, ut est text. expressus in l. si quis aliquid. §. qui nondum viripotentes, ff. de poen. (D. 48.19.38.3)》

63） まだ性的結合ができない年齢に対しての刑罰は裁判官の裁量による。とはいっても三つの刑罰からの選択である。I. Menochius, supra note 37, fol. 562b, Casus CCXCIV. Poena quae sit contra stuprantem virginem nondum viripotentem.《3. Tertia

est opinio eorum, qui dixerunt, hunc stupratorem puniri pro iudicis arbitrio, ita … Jul. Clarus, … qui affirmat senatum Taurinensem secundum hanc oponionem iudicasse. Quae quidem opinio, si recte perpendatur, haud multum recedit a sententia Gulielmi Cunei. Est sane indicta certa contra hunc stupratorem poena vel damnationis in metallum, vel relegationis, vel exilii: sed unius poenae extribus his alternativis electio, tributa est iudicis arbitrio:》

64） 訳者が利用した Iosephus Mascardus, *Conclusiones probationum omnium*, Vol. IV, Francofurti ad Moenum 1703, Conclusio 1344, fol. 132 には，いかなる場合に関係があったとの推定が働くかなどが詳しく述べられている。《1. Stuprum cum sit ex iis, quae communiter occulte committi solent, coniecturis et praesumptibus probari potest, ut quia iuvenis cum puella super vel iuxta lectum reperitus fuerit, maxime, quando uterque vel alter eorum nudus repertus fuisset. c. litteris cap. tertio loco, de praesumpt. gl. in c. si quis acceperit. 35. quaest. 1. Item ex accessiones noctura et furtiva admulierem, et aliis huiusmodi stuprum probari manifestum est, ut late ostendit August. Bero, … 6. Illud etiam est notandum, quod si aliqua mulier stuprata dicatur, et dubitetur, an fuerit virgo, ad hoc ut stuprum dici possit, statur iuramento mulieris asserentis se virginem fuisse, ut inquit Car. in c. 1. de adul.》

65） 註 4 で述べたように，この付加註は版によって異なる。

66） Iohannes Bernardus Diaz de Luco, *Practica criminalis canonica*, Venetiis 1614, p. 354–355.《3. Si autem clericus primo fornicatus sit cum aliqua muliere, et postea cum eius consanguinea intra quartum gradum, an puniri debeat poena incestus, videtur, quod non, ex eo quod notat in proposito Anchar. in consil. 391. Videtur prima facie, versic. Item adverte, ubi concludit, quod poena, quae a iure civili imponitur pro incestu, non habet locum pro incestu postea introducto a iure Canonico, de quo a iure Civili cogitatum non fuit, quia in poenis prohibetur extensio, … Contrarium tamen crederem in casu nostro, imo quod esset deponendus clericus propter hoc genus incestus, maxime si qualitas illius summe gravaret delictum in oculis hominum: … sequitur opinionem Abbatis Signor. et Modernorum contrarium tenentium, et sic quod poena iuris civilis habebit locum, ubi nuptiae sunt incestae de Iure Canonico. Et haec sententia mea circa punitionem clerici secure sequenda est in his regnis Castellae et Legionis, ubi expresse per legem eorum dispositum est, quod si quis fornicetur cum muliere consanguinaea alterius intra quartum gradum, cum qua prius idem fecerat, committit incestum. Sic ergo laicus reputatur propter hoc incestuosus et punitur, ut talis, poenis civilibus, quare non punietur clericus ob id delictum poenis canonicis? Quia licet lex regia sive municipalis, non liget clericum, operabitur tamen semper (meo iudicio) ut iudex ecclesiasticus puniat qualitatem

delicti, secundum quod illa in laicis qualificaverit, praecipue in nostro casu, ubi lex civilis punit actum, iure Canonico in tantum reprobatum, quod decrevit per illum impediri, et dirimi matrimonium.》

67） カロッチは，密通であると断じ，嫁資を失うとしている。Vincentius Caroccius, *Decisiones*, Francofurti 1603, fol. 96b–97a.《Virgini stupratae an dos debeatur, si postea ab alio cognoscatur? … 6. Ubi quamvis licitum sit secundum Apostolum secundas nuptias contrahere, tamen secundum veritatis rationem vera fornificatio est … Si igitur talis etiam in forma matrimonii honeste non vivit, clarius et sine difficultate ea quae sine figura matrimonii ab alio per lasciviam tantum cognitauit, et sic ne desposarii, nec dotari meretur.》

68） A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. VII, Venetiis 1610, fol. 23–24.《5. quia de coitu non violento habito cum meretrice, adeo quod de iure non est punibilis, ut probat tex. not. et per illum ad hoc ibi ponderat Bart et Ang. … 6. quod non debent puniri scholares, qui habent accessum ad istas mulieres, quae fanteschae vulgo appellantur, quae stant cum civilibus, et in dominibus eorum minus honeste vivunt, licet sint liberae mulieres. … vel habare noluerit aliquam mulierem non nuptam vilis conditionis in suam amasiam, vel concubinam, et inde fuerit in concordia cum aedam possit impube agere, ita quod inde nulla committatur poena. et sic in arbitrio domini potestatis, de vilitate personae decernere.》

69） A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. II, fol. 341b–342a.《1. Filius si patrem vocat proditorem, potest exheredari. … 3. Iniuria dicitur levis vel gravis pro more regionis. … Quinimo utile esset in proposito probare quod communi opinione in regione illa dicta iniuria in persona patris reputatur gravis et inhonesta: patet ex l. turpia in prin. cum ibi not. ff. de leg. 1.（D. 30.54）Diceretur etiam gravis iniuria, ex eo quod praedictum crimen iniuriarum commissum fuisset in foro vel in theatro, … Et enim sufficiens causa exhaeredationis, quoc cum viris maleficis, conversatus est, ab eis didicerit venea facere, et ea fecerunt, ut praesupponitur in themate, …》

70） アレッサンドロ・タルターニに対して付加註をほどこしたデュムラン（Charles Dumoulin, additor di Alessandro Tartagni da Imola, in fine.）のことである。A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. III, fol. 7b.《d. Statutum … porro nullus est text, qui requirat abductionem de loco ad locum; nec minus, imo aliquanto plus peccat, qui per vim intrans domum paternam corrumpit, quam qui abductam alibi corrumpsit, probat text. in l. quod ait lex ad leg. Iu. de adul.（D. 48.5.24）》

71） 《7. … Idem puto de qualibet iniuria, qua infertur personae, quae dicatur gravis, … dicitur teneri filium, licet obediat patri, ex quo sequitur quod est maleficium grave. Pro quo facit, quia quilibet iniuria personalis est gravior.》

72） Thomas Grammaticus, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, Venetiis 1588, Decisio CVII, p. 778–782 は，嫁資支払及びリーパリ島への 3 年間の流刑判決に対し，被害女性の卑賤な身分や乱れた生活を理由に，ナポリの法院に上訴された，父の家での淫蕩事件を報告し，法院は，事件は淫蕩罪としての構成要件をみたさないとして判決を破棄し，父への侮辱として，1 年の禁固に加え 1 年のナポリからの追放刑に処している。《In causa Augustini Scoppae cum Antonia de Masso, et regio fisco introducta per remedium appellationis in S. consilio a sententia lata in magna curia vicariae condemnante praedictum Augustinum ad dotandum eandem Antoniam ut praetenditur, per eundem stupratam in domo sui patroni, nec non ad relegationem triennalem in insulam Liparis, est videndum an condemnatio ipsa de iure subsistere possit, cum liquido ex processus meritis appareat Antoniam praedictam esse vilem et levissimae vitae, et famae, et hoc ultra testes de visu, qui de nocte ad lumen candelae per rimulam ostii unus post alium viderunt eandem Antoniam commisceri et carnaliter cognosci in eadem domo per quendam iuvenem satis longe ante praetensum stuprum: ob quod satis apparet tempore praetensi stupri cum Augustino praedicto, praedictam Antoniam non fuisse virginem, unde succedit quod sum mulier, quae stuprata dicitur, tempore stupri non est virgo nec vidua, non poterit dici nec figurari stuprum cum ea fuisse commissum, … hinc est, quod dum uqidam honestus iuvenis carnaliter cognovisset quandam puellam in domo patris, et repertus ac captus fuisset cum ea in domo praecita, et confessus fuisset coram iudice eandem carnaliter cognovisse, sed quod non cognoverat illam virginem, sed quod fuerat ab alio cognita, prout proprie in omnibus in casu praesenti contingit.: … ex quibus concluso minus bene iudicatum per mag. cur. vic. contra praedictum Augustinum, et bene appellatum ad Sacrum reg. consil. et sic eundem absoluendum tam a condemnatione consignationis dotis quam relegationis in insulam, verum pro iniuria illata patrono, seu domino domus praedictae Antoniae, cum in domo praedicta repertus fuerit cum praedicta Antoniana, ultra carcerationem fere annalem esse condemnandum ad exilium per annum continuum extra civitatem Neap. et eius districtum, ita sententiam dictae magnae cur. vicariae reformandam, et ita communi voto me referente tanquam regio consiliario, et causae praedictae commissario pronunciatum fuit per Sacrum Regium Consilium, et executum nemine discrepante. Thom. Gram.》

73） Ioannes Gutierrez, *Canonicarum quaestionem libri duo priores*, in: Opera Tom. IV, Lugduni 1730, fol. 196a–198a.《1. Exodi cap. 22. ita cavetur: Si seduxerit quis virginem nec dum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit eam in uxorem: si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam iuxta modum dotis,

quam virgines accipere consueverunt; habetur transumptive in cap. 1. de adulter. … 11. Quinimo ille, qui virginem, vel pro tali reputatam corruperit, seducendo eam, tenetur ipsam ducere atque dotare: quod si forte nolit contrahere cum ea, debet eam dotare et etiam corporaliter castigari, poena nempe flagellationis, et in hoc debet condemnari in foro exteriori. … 21. … Pro quod ultimo considero optimam l. Regiam in proposito mire loquentem in l. 1. tit. 19. p. 7. …》

74） T. Grammaticus, *Consilia*, supra note 34, fol. 202b, Votum IV.《24. … esse per tiennium in insula relegandum captarum, et ita executum fuit per magnam criam consensu omnium. Thomas Grammaticus Neapolitanus Iuris Utriusque Doctor.》

75） Bartolus, *Commentaria in secundum ff. Novi partem*, Venetiis 1585, fol. 133rb, ad D. 47.11.1.2.《… Intellige, quod hic intervenit aliqua violentia interpellando, vel conducendo eam, vel committendo, alias secus.》

76） イモラは，都市法の規定に言及する。A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. VI et VII, Francofurti ad Moenum, 1610, fol. 243. Consilium CLXV.《In materia l. eum qui duas. C. de adulter.（C. 9.9.18）Si autem iuris municipalis dispositionem intueamur, … tunc provisum est, quod quando in stupro mulieris honestae intervenit violentia, imponatur poena mortis: sed ubi non per vim, sed alio quovis modo stupraverit mulierem, quae non sit publica meretrix, vel famosa, imponatur poena librarum centum, ut cautum est in dicto statuto …》

77） A. T. Imolensis, *Consilia*, supra note 38, lib. VI et VII, fol. 310.《ut ibi dixit Bart. ille text. intelligitur, quando in stupro aliqua violentia intervenit, …》

78） I. Menochius, *De arbitrariis*, supra note 37, fol. 537. Lib. II. cent. III, Casus CCLXXXIII.

79） Gutierrez について，上掲のようにテザウロ自身 1526 年生まれであり，ここでは付加註の作者にとっての師であろう。

80） Gutierrez については，註 73 を参照。事実，テザウロの判決 211 には，《7. Ampia sexto, ut etiam mater spurio, et naturali talia alimenta praestare debeat, et hoc usque ad aetatem trium annorum. Diac. d. [=c. 8.] §. 6. nu. 13. ubi dicit, nec procedere, si pater posset alere, tunc enim fit talis divisio alimentorum per tempora, quod si pater esset pauper, tenet idem Diac. matrem teneri ad alimenta etiam post triennium si eam facultatem filium alendi habeat. Hanc tamen ampliationem in quadam causa Riparolii Senatus non admisit, quando mater est pauper, et necesse habet suis laboribus victum quaerere, nec commode valeat filium lactare, aut alio modo alimenta praebere, pater autem sit dives, et ea praestare possit.》と，スペインのバルトルスとも呼ばれる Didac. =Didacus Covarruvias の引用がある。A. Tesaurus, *Novae Decisiones*, supra note 4, dec. CCXI, fol. 168v.

NOVAE DECISIONES Sacri Senatus Pedemontani,

AVTHORE ET COLLECTORE

ANTONINO TESSAVRO

FOSSANENSI, SARMATORIS DOMINO,

In eodem Senatu primario Senatore, Astensisq; Comitatus, & Marchiæ Ceua Præside, Serenissimorumq; DVCVM SABAVDIÆ Consiliario:

ADDITIONES

PRÆTEREA AD HAS NOVAS DECISIONES,

per eundem doctissimum Præsidem olim collectæ:

NVNC VERO

GASPARIS ANTONII TESSAVRI IPSIVS FILII, I.C. & in eodem Senatu Senatoris, labore, & studio conscripta, ac innumeris eiusdem Senatus Decisionibus ornata.

Adiecto duplici Indice, vno Decisionum, altero Notabilium copiosissimo.

CVM PRIVILEGIIS.

VENETIIS. MDCV.

Apud Ioan. Antonium & Iacobum de Franciscis, fratres.