

ヨーロッパ共通民法典をめぐる大論議 ——フランスを中心として・その1——

大久保 泰 甫

はじめに

- 1 2001年7月、ヨーロッパ契約法にかんするEU委員会の通知
 - 2 2つの作業グループ
 - (1) ランド委員会（通称 Commission Lando）
 - (2) 「ヨーロッパ民法典研究グループ」(Study Group on a European Civil Code)
 - 3 2001年7月の委員会通知までの経緯
 - (1) 1989年及び1994年のヨーロッパ議会の決議
 - (2) 1999年、ヨーロッパ議会の動き
 - (3) 1999年秋、タンペレ首脳会議における合意
 - 4 2001年7月の委員会通知以後のEU機関の動き
 - 5 2002年4月、フランス破棄院におけるChr. von Bar教授の英語講演：From Principles to Codification: Prospects for European Private Law
 - 6 2002年7月1日、フランス精神・政治科学アカデミーの決議
- むすびにかえて

はじめに

1 2004年は、フランス民法典（ナポレオン法典）施行200周年の節目にあたっていた。これに因んで、非常に多数の記念行事が計画された。フランスでは、破棄院（民刑事の最高裁判所）等を中心として記念事業組織委員会が設置され、そのイニシャティヴのもとに、3月11、12の両日、パリ大学の通称ソルボンヌと呼ばれている建物中の大講堂において、祝賀式典と学術シンポジウムが開催された。11日の式典においては、シラク大統領をはじめとして、国会の両院議長、破棄院の院長、さらに司法大臣が登場して祝辞を述べた¹⁾。また、12日からは、国民議会（下院）において、「民法典の200年——われわれを集結させる立法——」というタイトルの展示会が始まった²⁾。

そればかりか、フランス民法典記念行事は、パリだけではなく、またパリ以外のフランス国内だけでもなく、更にヨーロッパの内部だけでもなく、日本を含めて、広く世界の各地で、合計50もの数に上った³⁾。

このように述べると、非常に盛り上がりの中の祝賀ムードという印象を与えるかも知れないが、実はそうではなかった、と言わなければならない。フランスのある法学教授は、「200周年の行事は、*désenchantement*の雰囲気の中で行われた」と書いている。*désenchantement*とは、幻滅、失望、夢破れて現実に振り返り落胆している、という意味に他ならない。同教授は続けて、フランス国外で種々の行事が開催され、また書籍等が刊行されたことに、むしろフランス人自身が驚いている、と述べている⁴⁾。

このようなフランス人の幻滅、失望、意気消沈は、一体何に由来するのか。100年前、つまり100周年の時と比較すれば、その理由はよく見えてくると思われる。今日のフランスは、100年前とは異なり、もはや世界における第一級の強国の地位を喪失してしまった。そして、広大な植民帝国に君臨していた昔日の面影は消滅して久しい。フランス人は、100年前、フランス民法典が世界の各地に輸出され、大きな影響を与えたという事実を疑う必要は全くなく、自分達の法典の輝きと伝播力(*rayonnement*)に大きな自信と誇りを持ち続けていた。それに引き換え、現在はどうかであろうか。2004年のフランスは中級国家となり、さらに意識の上でも、フランス人は、自国がますます下り坂を降っているのではないか、という不安を抱いている。

民法典について言えば、フランスの法律家たちの多数は、法典は確かに年を経たという意味で尊敬すべき(*vénérable*)存在かもしれないが、しかし、すっかり古くなり陳腐化して、輝きを失ってしまった、と認めざるを得ない状況にある。そして、この法典が今後どうなっていくのか、この法典をどうしたらよいのか、という問題に思いを巡らさない訳にはいかない。あとで一言するように、オランダやドイツでは、最近、新民法典の施行や債務法の大改正が行われた。そして、これらの動きとも無縁とは言えないが、何といても色濃く巨大な影を落としているのは、EU規模における民法の分野での統合(広く言えば「調和化」)問題に他ならない。

ヨーロッパにおける法的統合の圧力が無視できないどころか、ますます強まる中で、フランス民法典は、そしてフランスの法学界は、一体、どこに向かおうとしているのか。本稿の表題は、この重要な問題に焦点を当てたものであるが、差し当たりは、論議の具体的な内容の詳細には立ち入らず、この国における論議を触発・激化させた、いわば背景の状況について、中間報告を行いたい。

2 ところで、民法典は必要か、という論点をめぐる大論議とは、取りも直さず、法典編纂は是か非かという争い、すなわち法典論争と言ってもよいであろう。そして、この法典論争という言葉で直ちに想起されるのは、19世紀初頭、ドイツにおいて、チポーとサヴィニーとの間で交わされた論争である。ここでは詳述は避けるが、それは、

1814年、ナポレオン支配を打倒・打破した解放戦争勝利の直後の時期に、ドイツのナシヨナリズムが大きく盛り上がる中で戦わされた。すなわち、ハイデルベルク大学教授で高名な民法学者 A. J. F. Thibaut (1772-1840) が発表した書評的論文「ドイツのための一般民法の必要性について」に対して、これを「汚辱的著作」(Schandschrift)として退け、徹底的に批判した反駁文を公刊したのが、F. C. von Savigny (1779-1861, 当時ベルリン大学教授)であった。彼の「立法及び法学に対する現代の使命」と題する論文は、19世紀ヨーロッパの法律家が著した最も有名な文章である⁵⁾。

サヴィニーは、この論文において、法を言語になぞらえつつ、「法と、民族の本質および特性との間の有機的關係」を指摘した。彼によれば、「あらゆる法は、支配的な、しかし必ずしも的確ではない言語用法によって、慣習法(Gewohnheitsrecht)とよばれる形において、すなわち、第1に、習俗および民族の確信(Volksglaube)を通じ、第2には、法学(Jurisprudenz)を通じて、生み出される。したがって、法は、あらゆる場合に、内面的な、秘めやかに作用する諸力によって(durch innere, stillwirkende Kräfte)生まれるのであって、ひとりの立法者の恣意によって生み出されるのではない」のである⁶⁾。かくて、彼は、立法事業は差し迫った必要のない場合には行われるべきではなく、もし、やむを得ず行う場合には、従来の法源に対する特別の配慮をもってなすべきである、と主張した。特に、当時のドイツの法的状況下における統一的な法典の編纂は、不必要でありかつ余計である、として、これを退けた。

この法典論争は、周知のように、サヴィニーの勝利に帰した。ドイツの統一的民法典は作られることはなく、サヴィニーの論文は、歴史法学のプログラムの位置を占めるものとなった。この19世紀初頭の法典論争の際には、まさにナポレオン法典が、ドイツ共通民法典のひとつのモデルとされた。ところが、皮肉にも、今日、その母国フランスにおいて強く唱えられているのは、サヴィニーの所論に少なくとも部分的に相似した、ヨーロッパ共通民法典否定論なのである。

以下に、その具体的な状況を明らかにしていこう。

1 2001年7月、ヨーロッパ契約法にかんするEU委員会の通知

フランスにおいて、ヨーロッパ共通民法典(以下、ヨーロッパ民法典とも呼称する)について、大きな論議が巻き起こるきっかけとなったでき事がある。それは、2001年7月、ブリュッセルのEU委員会より、理事会(閣僚理事会)及びヨーロッパ議会に対して送付されたヨーロッパ契約法にかんする通知である。同委員会がこの通知を出すに至った経緯については、後述することにして(後掲の3を参照)、まず、この通知の内容を部分的に要約すると、以下のようであった⁷⁾。

「EU 構成国それぞれの契約法が、域内で併存している。このことが、域内市場の効果的な機能（すなわち、域内の取引及び経済活動の一層の自由化と拡大）を直接的・間接的に阻害しているのではないか、そして、もしそうならば、一体どの程度阻害しているのか」という問題がある。これについて、広く意見を徴することにした（広くとは、消費者、企業、職業団体、行政機関、大学人等学識者、その他すべての利害関係者を含む）。そして、今後具体的に取るべき方策について、以下の4つの選択肢を示して公開のアンケートに着手した。この旨を通知する。

選択肢

- (1) EU レベルではいかなる行動も起こさない。——これは、この問題をマーケットの自由と自律に委ねることを意味する。
- (2) 加盟諸国の国内法の収斂強化のため、契約法の共通原則の確定を促進する。——このために、比較法の研究及び協力（大学研究者と法実務家間のそれを含めて）を推進する。その結実の具体的な形は、共通原則、ガイドライン、または行動規範など多様であり得る。既存の（作業グループの）業績は、これを利用・発展させることができる。
- (3) 現在実施されている法令の質的改善。——現行の EU 法令の現代化、すなわち、プレゼンテーションの改善、法律用語の統一、簡素化と内容の明確化等を行う。
- (4) EU レベルにおける新たな包括的立法の採用——包括的立法の具体的形態として、いかなる法的手段（指令、規則、勧告）によるか、またその法的拘束力の程度如何については、それぞれ複数の選択肢が存在する。

以上が、EU 委員会通知の内容であった。上の選択肢(4)で言及されている「包括的新立法」とは、まさにヨーロッパ共通契約法典というものをまとめる方向を示唆していると言わなければならない。

ところで、この通知の中で、ヨーロッパにおける契約法の「調和化」(harmonisation)を目的として研究を進めている法学者のグループとして、既存の組織が明示的に言及されている。名前が挙げられているのは、「ランド委員会」と「パヴィア・グループ」（いずれも通称）の2つであるが⁸⁾、ここではこの中で、「ランド委員会」に焦点をあて、更に、その後継組織とも言うべき「ヨーロッパ民法典研究グループ」(Study Groupe on a European Civil Code) について、手短かに紹介を行いたい。

2 2つの作業グループ

(1) ランド委員会

「ランド委員会」の正式名称は、「ヨーロッパ契約法委員会」という。デンマークの

コペンハーゲン・ビジネス・スクールのオレ・ランド（Ole Lando）教授のイニシャティブによって、1980年に発足した（活動開始は1982年）。構想及び発足の段階から、当時のEC委員会事務局・域内市場総局長の理解と後援があった。この委員会は、第1次から第3次にわたるが、メンバーは大部分が大学教授（EC構成国に属する者が大半）で、その数は当初15名、その後交代もあり、またEC（EU）の拡大もあって増加したが、最終段階で約25名であった。2002年に、目標とした作業をすべて終了した。その成果が、『ヨーロッパ契約法の共通原則』第1部、第2部、第3部である。英語とフランス語のテキストが公刊されている⁹⁾。この『共通原則』は、もとより、法的拘束力を有しない。実際に強制力をもつためには、契約当事者によって準拠規範として選択される必要があるが、現実には、そういうケースは極めて稀である、といわれている。むしろ、この『共通原則』の役割は、各国の契約法の改正にあたって、一種のモデル法として利用されることにあるようである。

(2) 「ヨーロッパ民法典研究グループ」

ドイツ・オスナブリュック大学法学部のクリスチャン・フォン・パール教授を代表とするグループである¹⁰⁾。1998年に発足し、99年より具体的な活動を開始した。同教授は、ランド委員会の第2次委員会からのメンバーであり、同委員会の他のメンバーも多数（ランド教授自身を含めて）参加している。その意味では、同委員会の後継グループ的な色彩をもっている。すべてのEU構成国の法律家を網羅し、その他に加盟候補国からもオブザーバーが加わっている。ヨーロッパ議会とEU委員会は、このグループをもって、この分野における法文起草に適した団体であるとして、明示的に指示している。

しかし、ランド委員会とは、種々の点において相違が存在する。

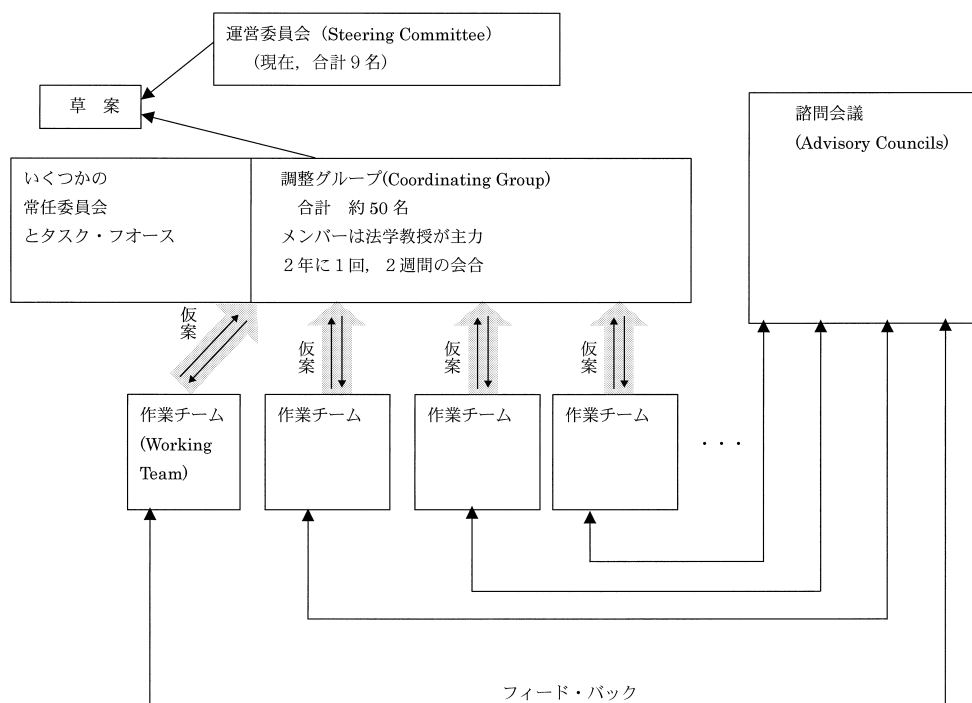
まず第1に、組織の点で、総計100名程度に及ぶ大世帯であり、全体はひとつの大掛かりなネットワークを構成すると同時に、ハイアラーキー的な構造を形成している。その全体像をチャートにまとめてみたのが、次ページのチャート1である¹¹⁾。

第2に、その目的は、きわめて野心的で、ただ単なる学問的企てではなく、将来のヨーロッパ民法典起草を視野に入れ、これを展望しつつ、その前提〔土台〕となるべきものを具体的に提示することにある。第3に、公式の作業言語は、英語のみである。（もっとも、個別の作業チームの具体的構成により、事実上、別のヨーロッパ言語を使用している例が存在すると、同グループのサイトは断り書きしている。）

以上のほかに、あと2点を付け加えておきたい。1つは、このグループを賄う資金についてであるが、資金は、いくつかのEU構成国の公的基金から拠出されている。最も重要なのは、ドイツ学術振興会（Deutsche Forschungsgemeinschaft）であり、その他、オランダ科学研究奨励機構、オーストリア学術奨励基金（Österreichische

チャート 1

ヨーロッパ民法典研究グループ (Study Group on a European Civil Code)



Forschungsförderungsfonds) などが名を連ねている¹²⁾。2つめは、北欧主導という性格付けについてである、この点は、グループ代表の国籍（ドイツ）を始めとして、メンバーの関与の程度や、資金の出所、英語の排他的使用などの事実を挙げて、フランス側から批判的に指摘されている。

なお、ここで、ヨーロッパ大陸における民法関係の法典改正をめぐる大きな動きについて、一言しておくことが適当であろう。第1に、1992年1月1日より、オランダで新民法典が施行された。この法典は、50年にわたる準備作業を経て完成したもので、比較法的な検討の成果とされている¹³⁾。第2に、ドイツで、2002年1月1日より、これまた20年に及ぶ作業の末に、新債務法が施行されている。(Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)¹⁴⁾ 今後、ヨーロッパ契約法典編纂が具体化するような際には、ドイツの新債務法をモデルとするべきである、という声が上がっているのは、自然の成り行きであろう。また、これらの法典改正の成就が、「ヨーロッパ民法典研究グループ」の活動に、オランダやドイツの法律家をアクティブに参加させている理由の一つである、ということも許されよう。

さて、ここで時間をさかのぼり、2001年7月に、EU委員会が一体どのような経緯

で、ヨーロッパにおける契約法の統合問題にイニシアティブを取り、通知を発するまでに至ったのかを、概観する必要がある。

3 2001年7月の委員会通知までの経緯

(1) 1989年及び1994年のヨーロッパ議会の決議

ヨーロッパ議会は、1989年と94年の2度にわたり、私法分野におけるヨーロッパ共通法典編纂の可能性を検討する作業の開始を求める旨の決議を行った¹⁵⁾。この決議で、同議会は、私法のいくつかの分野における調和化が、域内市場を市場として完全なものとするのに基本的に重要である、と強調した。さらに、ヨーロッパ民法典という形で私法の主要領域を統一することは、EU内の国境なき単一市場を実現するための法的必要性に応えるものとして、最も効果的な手段である、と指摘した。

(2) 1999年のヨーロッパ議会の動き

ついで、1999年、ヨーロッパ議会事務局の研究総局が、同議会の法務委員会の名において、主としてフォン・バル教授の「研究グループ」メンバーから構成される有識者グループに対して、「EUにおける私法システム、——すなわち国籍を理由とする差別、及びヨーロッパ民法典の必要性——」をテーマとして、レポートを求めた¹⁶⁾。

（上のタイトル中、「国籍を理由とする差別」という文言は、異質な響きがある。この決議の採択が、何らかの政治的な駆け引き、ないしは妥協の産物ではないか、と思わせるものがある。）有識者グループは、2000年秋、同法務委員会において、レポートの報告を行った。ここで注目すべき点として、フォン・バル教授のグループが、まさに1998年に発足しており、ヨーロッパ議会の一連の動きと、時期的な符合が見られることを、指摘しておきたい。

(3) 1999年秋、タンペレ首脳会議における合意

同じ1999年の秋、フィンランドのタンペレで開催された首脳会議（ヨーロッパ理事会）の議長総括宣言において、「民事手続の良好な機能に対する障害を除去するために、各構成国の民事にかんする法制を近似させる必要性について、一つの全体的な調査を求める」（an overall study [...] on the need to approximate Member State's legislation in civil matters in order to eliminate obstacles to the good functioning of civil proceedings）という文言を採択した¹⁷⁾。

その後、2001年12月、ラーケンの首脳会議は、この決議を確認したが、しかし、それ以上に具体的な措置にまで踏み込むことはなかった。優先すべき最重要課題として、憲法条約問題が前面に浮上してきたからである。それはともかく、このように経

過を辿ってみると、タンペレ・サミットの合意を受けたかたちで、EU委員会が活動を本格的に開始し、2001年7月の通知に結びついたというプロセスを、明瞭に見て取ることができよう。

4 2001年7月の委員会通知以後のEU機関の動き

2001年7月の委員会通知を受けて、同年11月15日、ヨーロッパ議会は、新たな決議を採択した。その内容は、つぎのようであった¹⁸⁾。

すなわち、同議会は、まず、EU委員会が、公開の意見募集の対象を、広く「ヨーロッパ民法典」ではなく、契約法に狭く限定したことは不必要であった、と批判している。ついで、今後、同委員会が野心的なひとつのアクション・プランを策定することを求め、その内容として、つぎの具体的提案を行った。

ヨーロッパにおける専門的法律家集団（ランド委員会および「民法典研究グループ」が名指されている）と協力して、2004年末までに、以下に示す法分野における“re-statements”または法規範の総体（corps de règles légales, bodies of legal rules）を作成すること。

法分野：契約総則，売買契約，役務（サーヴィス）提供契約（金融サービス契約，及び保険契約を含む），人的担保法，契約外から生ずる債務法（不法行為責任，及び不当利得法），動産所有権移転にかんする法，信用担保法（動産保証法），信託法。

そして、2005年より、上の「法規範の総体」がEU各国の法学部で教授され、かつ、全てのEUの諸機関（特に立法機関と裁判所）において、これらの新たな共通の法概念、法的解決、法律用語が、具体的に一貫して適用されるものとする。

その上で、2010年以降、EU契約法の規範の総体がEUにおいて採用されるものとするが、その際、それまでのイニシャティヴによって確立した法概念、法的解決、法律用語を考慮に入れる（基礎とする）ものとする。

以上が、ヨーロッパ議会在、EU委員会に対して策定を促したアクション・プランの内容である。しかし、同委員会は、これを採用はしなかった。（EU委員会は、2003年2月に、自らのアクション・プランを発表したが、その具体的な内容については、別稿で取り扱いたい。）

5 2002年4月、フランス破棄院における Chr. von Bar 教授の英語講演：「共通原則から法典編纂へ：ヨーロッパ私法の展望」（From Principles to Codification: Prospects for European Private Law）

これまで、ヨーロッパ議会や EU 委員会の文書中にも明示的に出現してきた「ヨーロッパ民法典研究グループ」の代表・フォン・バール教授は、2002年4月、フランスに招かれ、同国の司法組織の中核機関の一つであるパリの破棄院において、上掲のタイトルで、英語を使用して講演を行った¹⁹⁾。

その結論を一言で述べれば、つぎのようである。「ただ比較的に確かなのは、近い将来においては、私法の全体を包括する規範の総体も、またおそらく、ヨーロッパ大陸に通常見出される法典編纂の種類の民法典も、存在しないであろう、ということである。」ヨーロッパ民法典というものは、「当初はおそらく、『ヨーロッパ財産法の基礎の多機能的な圧縮物』になりそうに思われる。」しかしながら、いずれにしても、「ヨーロッパは、法における『単一通貨』を必要としている。……われわれの大陸は、19世紀に生じたこと：国別の細分化、各国単独の法典編纂、比類のない [バラバラの] 孤立、このようなことの、21世紀劈頭における再現を回避する必要があることを、理解しなければならない。」

この講演以前から、フランスの法律家たちの間では、すでに、「ヨーロッパ民法典」という極めて野心的な計画に対して、いくつか賛否の意見が表明されてはいたが、その数は多くはなかった。ところが、本論文の冒頭で述べた2001年7月のEU委員会通知以来、堰を切ったように激しい調子の論考が次々に発表され始める、という状況となった。その多数は、ヨーロッパ民法典の否定論・拒否論であった。丁度このような時期における、フランス司法の牙城を舞台とした、しかも英語という言語による、ヨーロッパ共通民法典の必要性を強調したフォン・バール教授の講演は、言うまでもなく、共通法典反対論を刺激し、文字どおり、火に油をそそぐ結果になった。

フォン・バール講演への、このような反発を端的かつ代表的に示しているのが、つぎのフランス精神・政治科学アカデミーの決議である。

6 2002年7月1日、フランス精神・政治科学アカデミーの決議

精神・政治科学アカデミーという組織は、フランス学士院（Institut de France）を構成する分野別アカデミーのひとつであり、同アカデミーのセクション中には、「法制」（*législation, droit public et jurisprudence*）部門も存在する。この決議は、同アカデミーの総会で、満場一致で採択されたものであるが、決議のイニシアティブを取ったのは、法制部門を中心とする法律家のメンバーであったと推測される。その本文にあ

たる部分の全文を紹介すると、つぎの通りである²⁰⁾。

本アカデミーは、

—この [Chr. von Bar 教授の Study Group の] ヨーロッパ民法典草案——ある種の秘密主義のなかで起草され、かつ英語による草案——の存在を、知り、

—それは、条約に照らして EU の立法権限中に入らないにもかかわらず、ヨーロッパ議会がこのイニシアティブの源であり、また EU 委員会の支持を得ていると言われていることに、驚き、

—北米の経験が証明するように、効率的な競争市場は、民事上の立法・判例の統一を前提とするものではないことに、注意を促し、

—契約法の変更は、連鎖的に、民法の、とりわけ家族法及び物権法の、多数の要素を組上に載せるであろうと、判断し、

—民法と、ヨーロッパ諸国における基本的な文化（複数）との間の種々の繋がりが、問題の草案の起草者達によって過小評価されていることを、指摘する。

この決議で表明された見解は、フランスの法律家の間でほぼ大勢を制している立場を代弁している、と考えてもよいであろう。それは、フォン・バール教授のグループと、その活動に対して、明からさまに不信を表明し、一体なぜ反対するのか、その具体的論拠を集約的に示している。草案起草のあり方と進め方、EU の立法権限の不存在、経済的な市場効率促進という理由付けの薄弱性、統一化の対象が契約法を超えた民法の全体に及ぶことへの危惧、などである。そして最後に、民法と各国の文化との間には、有機的な関係が存在し、これを無視することは許されない、と主張している。この最後の指摘には、サヴィニーが歴史法学の綱領論文で展開した見解と、少なくとも部分的に通底するものがある、と言わなければならない。

むすびにかえて

以上、フランスにおいて、ヨーロッパ民法典にかんする大論議が、いかなるコンテクストの中で巻き起こって来たのかを、一通り見てきた。本論文は、いわば、現在進行中の大きなプロセスについて、ほぼ 2002 年夏の時点までの中間報告を試みたものである^{補注1)}。その後の EU 諸機関や各構成国の動き、あるいはフランス内外の多数の論者の具体的な立場や主張の検討は、すべて別稿に譲ることにして、ここでは、差し当たり、つぎの2点を指摘するに止めておきたい。

まず第1に、フランスの法文化的伝統を体現していると自任する民法家のコミュニティーの意識と、EU 規模における法的統合の圧力との間には、大きなギャップがあ

る，ということである。ヨーロッパ議会やEU委員会，さらに，多数のEU構成国の法律家たちが，少なくとも契約法（広く言えば，民法）の分野で法的統合ないしは調和化を深める必要がある，という立場にたって，極めて活発に，さまざまな具体的活動を展開し，本稿でもすでに名を挙げた法律家のグループは，起草した原則や法文の発表にまで踏み込みつつあるのに対して，フランスの法学者の多数は，自分たちの民法典を，依然として保持すべき国民的財産と考え，この自分たちの法典をあくまで死守するという立場を，一歩も譲らない姿勢を取っているように見える。（民法典は，フランス社会の基礎を形成してきたという意味で「フランス市民社会の憲法（Constitution civile de la France）」であるが，それを，「商人たちのヨーロッパ（Europe des marchands）」の法と引き換えにして，葬り去ろうとしている，という批判²¹⁾……。）やや誇張して言えば，それは，あまりにもノスタルジックな態度に過ぎる，とも評することができるのではないだろうか。このような硬直的な防御的対応の姿勢一本槍で，果たして，ヨーロッパが投げかける大きな挑戦に対して，前向きに，十全に，的確に応答していると言うことができるのであろうか。従来，フランスの法学において，比較法は，お荷物に近い「貧しい親戚（parent pauvre）」とさえ呼ばれてきた，といわれるが，この比較法の研究に精力的に取り組み，未来の法形成の可能性を探究すべき時が，今やまさに到来している，と言うべきはないであろうか。

第2に，前の点とはややニュアンスを異にするが，現代化とは必ずしも，伝統をすべて放棄して，新規の創造物を一括採用することを意味するのではない，ということもまた，指摘されている。歴史的に見ると，法の分野においては，「現代化する」とは，社会が現実に直面する新たな問題に照らして，古い法文や概念に再解釈（従来と異なる新しい解釈）を施し，これらに再活力を与えることであったし，現在においても，それが当てはまらないとは限らない。殊に，フランス民法典は，社会に深く根を下ろし，同国の文化と深く結びついている。このことは，他のヨーロッパ諸国にも，大なり小なりあてはまることであろう。「法律家の手法は，何時の時代にも，偉大な法的モニュメントの読み直し（relecture）の作業を行うことであった」という現代フランスの一法制史家の言葉には，傾聴すべき真理が含まれている，と言うべきであろう²²⁾。

注

- 1) シラク大統領らの祝辞（messages）のテキストは，*Le Code civil 1804-2004: Livre du Bicentenaire*, Dalloz et Litec, 2004の冒頭に収められている。
- 2) 3月11, 12日の記念行事については，邦語文献として，石井三記「フランス民法典二〇〇年に寄せて」、『創文』464（2004年5月）号1-4ページ，及び北村一郎「フランス民法典200年記念とヨーロッパの影」、『ジュリスト』1281（2004年12月15日）号92-99ページを参照。また，展示

- 会のカタログと解説として、*200 ans de Code civil: Des lois qui nous rassemblent* (Exposition organisée par l'Assemblée Nationale et la Cour de cassation), catalogue rédigé par J. -L. Halpérin et les membres du Comité scientifique, Dalloz, 2004 がある。その他の多数の文献中、*1804-2004 Le Code civil. un passé, un présent, un avenir*, ouvrage réalisé au sein de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Dalloz, 2004 を挙げておく。
- 3) www.bicentenaireducodecivil.fr に 50 を超える行事のリストが紹介されているが、この掲示リストから漏れたものも存在する。
 - 4) Jean-Louis Halpérin, *200 ans de Code civil, regard d'un historien du droit* (texte inédit) より引用。
 - 5) ここでは、フランス語の文献として、Dossier “L'esprit de l'Ecole historique du droit”, Présentation par Olivier Jouanjan, in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série, No. 7 (2004), p. 9-23 を挙げておく。この著者によれば、サヴィニーの「現代の使命」論文のフランス語訳は、驚くべきことに、これまで一度も出版されたことがないようであるが、ようやく最近になって仏訳が進行中とのことである。しかし、企画はフランスにおいてではなく、カナダのケベックで、Mme Bartenstein (Laval 大学) と M. Saint-Hilaire (McGill 大学) の手により、ラヴェル大学出版会の “Diké” 叢書の一冊として、具体化しつつある。Ibid., p. 19, n. 47. なお、O. Jouanjan (présentation et traduction par), Friedrich von Savigny, Essence et valeur des Universités allemandes, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, No 22, 2002, p. 173 et s. を参照。
 - 6) F. C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 11 et 14. ここでは、F. C. von Savigny, *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum “Geist der Gesetzgebung”*, hrg. von H. Akamatu und J. Ruckert, Klostermann, 2000 所収のテキストによる。
 - 7) *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, JOCE. 13 sept. 2001, C255/01. ここでは、主として、*Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, textes rassemblés par B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2003, p. 255 以下所収の仏語文によっている。
 - 8) 「パヴィア・グループ」とは、正式には、「ヨーロッパ私法アカデミー」という名称で、パヴィア大学の G. Gandolfi 教授を中心とする組織である。使用言語は、伊、英、スペイン、独、仏、と多岐にわたっているという。これまでの成果として、*Code européen des contrats, Avant-projet*, Livre 1, coordonné par G. Gandolfi, Milano-Dott., A. Giuffrè, 2001 を公けにしている。この素案には、もちろん、英文テキストも存在する。
 - 9) Ole Lando & Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law*, Part 1 and 2, The Hague, Kluwer Law International, 2000 ; O. Lando, E. Clive, A. Pruem & R. Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law*, Part 3, The Hague, Kluwer L. I., 2003. その後、仏語版も出版された。La version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de: I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz: *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003 がこれである。
 - 10) フランス語の文献として、Christian von Bar, Le groupe d'études sur un Code civil européen, in *RID comp.*, 2001, pp. 127-139 参照。なお、このグループのサイト <http://www.sgecc.net/> に、詳細な情報がある。
 - 11) チャート 1 は、前注所掲のサイトから、筆者が作成した。なお、司令塔にあたる運営委員会の

現時点における構成員の氏名を紹介しておこう。議長 Christian von Bar（ドイツ）その他のメンバーは 8 名：Guido Alpa（イタリア）、Hugh Beale（イギリス）、Ulrich Drobnig（ドイツ）、Jacques Ghestin（フランス）、Sir Roy Goode（イギリス）、Arthur Hartkamp（オランダ）、Johnny Herre（スウェーデン）、Ole Lando（デンマーク）。

- 12) Chr. von Bar, *op. cit.*, p. 130.
- 13) オランダ新民法典の原文と独訳を対置した文献として、F. Nieper und A. S. Westerdijk, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Kluwer und Beck, Buch 2 Juristische Personen, 1995; Buch 6 Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Bücher 7 und 7A Besondere Verträge, 1995; Buch 3 Allgemeiner Teil des Vermögensrechts, Buch 4 Erbrecht, Buch 5 Sachenrecht, 1996; Buch 1 Personen- und Familienrecht, 1996.
- 14) ドイツの新債務法のテキストは、例えば、Palandt, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Auflage, C. H. Beck, 2002 を見よ。また、仏語文献として、Cl. Witz et F. Ranieri (dirig.), *La réforme du droit allemand des obligations*, Société de législation comparée, 2004 が最近刊行された。
- 15) 前掲注 7) 所引の Communication de la Commission を参照。
- 16) 以下、Chr. von Bar, *From Principles to Codification: Prospects for European Private Law*, in <http://www.legiscompare.com/VonBar.html> による。
- 17) 前掲注 7) 所引の Communication de la Commission, 就中, JOCE. 13 Sept. 2001, C255/01 を参照。
- 18) 以下は、前掲注 16) 所引の講演のテキストによっている。
- 19) 同じ前掲注 16) 所引のテキストがこれである。なお、注 2) 所引の北村論文を参照。
- 20) 前掲注 7) の *Pensée juridique française et harmonisation...*, *op. cit.*, pp. 55-56.
- 21) Yves Gaudemet, Le Code civil, “Constitution civile de la France”, in *1804-2004: Le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, *op. cit.*, p. 297 et s. より引用。
- 22) 前掲注 4) 所引のアルペラン論文によっている。

補注 1) なお、ここで、フランスの代表的民法学者ジャン・カルボニエの文章の一部を紹介しておきたい。2002 年におけるフランス法学界の雰囲気の一部が、よく描かれていると思われるからである。周知のように、同教授は、1960-1970 年代に行われたフランス民法典の家族法改正作業にあたり、大部分の改正条文の起草を、ただ一人で担ったことでも知られている。（カルボニエは、2003 年 10 月 28 日、享年 95 歳でこの世を去った。）

「ヨーロッパ民法典へ? —2002 年、ひとつの噂が広まった。それは、ブリュッセルの [EU] 委員会が、すでに、一つのヨーロッパ民法典をテーブルの上に用意済みで、もう発表の準備が出来上がっている、というものであった。ただし、一点だけ判然としないうところがあって、それは、家族法が、その民法典 [草案] から除外されたのではないか、という点であった。もし除外されたのならば、それは、これまでに既に出現したヨーロッパ契約・債務法典草案に、更にもう一つ草案を付け加えたものに過ぎない、ということになる。そして、もしそうならば、それは、結局、民法典というより経済法典 (code moins civil après tout qu'économique) というものである。[ともあれ] 万一の場合に備えて、国民的 [民] 法典を維持するために、正当防衛というべきものが、既に姿を現わした。…」(Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27e édition refondue, Paris, juillet 2002, pp. 272-273.)

ヨーロッパ刑事法の動向

末 道 康 之

I はじめに

ヨーロッパでは政治的・経済的統合が進められており、さらに中東欧諸国のヨーロッパ連合加盟が認められ、今後益々ヨーロッパ連合は拡大される方向にある。法的統合もあらゆる分野で進みつつあるが、国家主権と深く結びついている刑事法の分野においても例外ではない。ヨーロッパの市場統合が進むにつれて、拡大する市場を舞台とする組織的経済犯罪は増加し、このような組織的経済犯罪にいかにも有効かつ効果的に対処するかという問題は、ヨーロッパ共同体の財政的利益を保護するためにも必要不可欠であることが改めて認識されることになった。従来の方法では、組織的な経済犯罪対策としては限界があることが明らかになった。そこで、ヨーロッパ議会、ヨーロッパ委員会が中心となって、デルマス・マルティ教授を中心とする専門家グループに委任し、ヨーロッパ共同体の財政的利益を保護するための刑事法規定が立案され、1997年にコルプス・ユリス第1案が公刊された。ヨーロッパ連合構成国は第1案をたたき台として、それぞれの内国刑事法とコルプス・ユリスとの関係が議論され、その意見を集約して、2000年に第2案が公刊された。その後、2001年12月11日にはヨーロッパ委員会によって共同体の財政的利益の刑法的保護とヨーロッパ検察官創設に関する白書が提出された。

コルプス・ユリスはヨーロッパ共同体の財政的利益を保護するという限定された分野における統一刑法典のひとつのモデルではあるが、刑事司法全体としてのヨーロッパにおける警察及び刑事司法に関する協力の問題は、ヨーロッパ連合条約第6編において規定されている。その目的は、ヨーロッパ市民に「自由で、安全で、公正な」領域を提供することにあるが、その目的を達成するための方策として、連合条約29条では「必要があれば、構成国の刑罰法規の接近を図る」ことが規定され、29条で対策をとるべき犯罪としてあげられているのは、人種差別、組織犯罪、テロ行為、人身売買、児童に対する犯罪、薬物取引、武器取引、汚職、不正行為・詐欺である。また、刑事

司法協力に関する共同行動を規定した連合条約 31 条 1 項 e では、「組織的犯罪、テロ行為及び麻薬取引の分野において、犯罪構成要素と適用されるべき刑事制裁に関して最小限の規則を定める措置を徐々に採択する」ことが明記されている。

現在、ヨーロッパ連合においては、立法の調和は2つの基本的な原則に従って進められている。第1の原則は、制度的な観点からの構成国間での協力である。第2の原則は、実質的な観点からの、内国刑事立法の接近である。ヨーロッパ連合において刑事司法の問題が正面から取り上げられるようになったのは、比較的最近のことである。刑事司法においては、構成国の主権との抵触が正面から問題となることから、経済的統合と比較すれば構成国の権限に委ねられていた部分が多かったが、連合条約（アムステルダム条約、その後ニース条約により改正）42条によって共同体刑法の概念が再構成されることになった。すなわち、ヨーロッパ委員会または構成国の発議に基づき、理事会は、ヨーロッパ議会と協議の後、連合条約 29 条で対象とされた一定の分野が共同化されることを決定することができるようになった。刑事司法においては、構成国の権限が広く認められていることは事実であるが、それでも犯罪のヨーロッパ化の動きと対応して刑事法の調和を図ることが必要不可欠の状態になっていることも事実である。一構成国内での対策のみでは、広域化する犯罪に対応することができなくなっている。連合条約はこのような状況を踏まえて、構成国の内国刑事法の接近を図る意思を表明したと考えられ、構成国の内国刑事法の調和はヨーロッパ連合の目標となったのである。立法の調和という手段は、ヨーロッパ憲法条約においても取り入れられている。

このように、刑事法の統一という動きがある一方で、立法の調和によって刑事司法の統合を進めるという方策も採られている。本報告では、立法の調和の観点、特に刑事実体法の調和を中心として、ヨーロッパ刑事法の動向について分析したいと考える。

II 刑事実体法の動向

1 コルプス・ユリスの実体法規定（第2案）

コルプス・ユリス第2案では、刑事実体法に関する規定が1条から17条まで設けられている。1条・ヨーロッパ共同体予算に対する詐欺及び詐欺類似行為、2条・競売入札妨害、3条・資金洗浄・盗品関与、4条・犯罪組織の結成、5条・贈収賄、6条・横領、7条・職務権限の濫用、8条・職務上の秘密侵害、9条・主観的要件、10条・錯誤、11条・個人行為責任、11条の2・未遂、12条・企業主の刑事責任、13条・団体の刑事責任、14条・刑罰と処分、15条・刑罰の範囲、16条・刑の加重事由と軽減事由、17条・犯罪の競合、である。コルプス・ユリスはヨーロッパ共同体の財政的利益を刑法的に保護するために設けられた法典であり、経済的犯罪に限定することによって、

統一を図ろうとしたものである。これは統一刑法典のひとつのモデルではあるが、あらゆる分野を網羅したような統一刑法典を実現させるにはかなりの時間と困難が予想されるため、現実的な対応としては、刑罰法規を調和させるという手段をとることになるだろう。

2 刑事実体法の調和

A アムステルダム条約・ニース条約以前における立法の調和

アムステルダム条約やニース条約以前にも、刑事実体法の調和は進められてきた。共同体の利益に対する不正行為・詐欺については、ヨーロッパ共同体設立条約 280 条を基礎として、1995 年 7 月 26 日の共同体の財政的利益保護に関する協定（条約）及び 1997 年 7 月 19 日の議定書、共同体の財政的利益の刑罰的保護に関するヨーロッパ議会の指令提案が存在する。また、ウィーン活動計画及びタンペレでの閣僚会議決議に基づき、経済犯罪の分野では、資金洗浄については、2001 年 6 月 26 日の理事会枠組決定があり、贈収賄については、1996 年 9 月 27 日のヨーロッパ共同体の財政的利益保護に関する議定書、1997 年 5 月 26 日の共同体職員または連合構成国公務員が関与する贈収賄対策に関するブリュッセル条約、私企業における贈収賄に関する 1998 年 12 月 22 日の共同行動、2002 年 6 月 13 日の私企業における贈収賄対策に関する枠組決定案がある。ユーロの偽造については、ユーロ流通のための通貨偽造対策に関する 2000 年 5 月 29 日の理事会枠組決定（その後 2001 年 12 月 6 日の枠組決定により修正された）がある。現金支払い以外の支払手段に関する詐欺・不正行為及び偽造対策については 2001 年 5 月 28 日の枠組決定がある。環境犯罪については、刑法による環境の保護に関する枠組決定案、2001 年 3 月 15 日の刑法による環境の保護に関するヨーロッパ議会及び理事会の指令提案がある。進展する技術を使った犯罪対策としては、2002 年 4 月 19 日の情報システムを対象とした攻撃に関する理事会枠組決定提案がある。

B アムステルダム条約・ニース条約に基づく刑事実体法の調和

刑事司法の調和には様々な目的があると考えられる。第一に、構成国間において警察及び刑事司法の協力を容易にすることである。犯罪の共通定義が存在すれば、二重処罰の禁止原則が処罰の障害となることもなくなる。第二に、犯罪行為者が罪を逃れるために他の構成国に逃亡することを妨げることが可能となる。第三に、構成国の刑事立法を接近させることは、ヨーロッパレベルでの現実的な刑事政策の立案に貢献することにもなる。

それでは、刑事司法の調和の手段としての「接近 (rapprochement)」はどのような分野において可能であるのか。連合条約 31 条 1 項 e には、「接近」の対象は、組織犯罪、テロ犯罪、薬物犯罪の領域における犯罪と刑罰に及ぶことが明示されている。一

方で、連合条約 29 条の文言からは、31 条で列挙された領域はあくまで例示であって、それ以外の分野にも適用可能であるという解釈もまた可能であるといわれている。

「接近」が適用される範囲は、複数の枠組決定に見られるように、刑法総論の基本概念（未遂、共犯、刑事責任等）や刑事手続法にも及んでいる。29 条では広範囲にわたって刑事立法の調和を進めることができるように理解できるが、31 条ではその範囲はかなり限定されており、刑事実体法の「調和」はどの範囲で可能なのかについては、「調和」が適用される領域の限界はどこにあるのかについても検討されることになるであろう。

このような刑事司法の調和を実現する手段としては、連合条約 34 条 2 項 b に定められた「枠組決定 (décision-cadre)」を用いることが多い。理事会は、構成国の法律及び命令を接近させるために枠組決定を採択することができる。枠組決定は、達成されるべき結果については構成国を拘束するが、目的達成の形式・方法については構成国機関の権限に委ねられている。また、「指令 (directive)」とは異なり枠組決定は直接効果を生ぜしめるものではない。枠組決定は、それが各構成国の内国法に移入された後でのみ適用可能となる。但し、構成国は達成されるべき結果については裁量の余地はないが、国内法への移入の期限内において義務を遵守する方法については裁量が認められている。枠組決定の法的性格については、直接効果を生じない点を除けば、共同体指令と類似しており、指令と条約 (traité)・協定 (convention) との間に位置すると考えられる。

ヨーロッパ連合条約 29 条では組織犯罪、テロ犯罪、麻薬犯罪等の一定の分野においては、調和を認めることが明記されており、タンペレでの理事会においても、「内国刑法については、共通の定義、犯罪行為及び刑事制裁に関する合意を見出すための努力は、まず特に重要な限定された一定の分野を対象とするべきである」という結論が出されている。アムステルダム条約によって導入された枠組決定を利用して、限定された分野においてヨーロッパ連合の共通政策を強化し、立法の欠点を埋めることができるようになった。それでは、どのような分野において立法の調和が認められるのかについては、現在のところ、組織犯罪（不法入国・滞在の幫助、人身売買、児童の性的虐待・児童ポルノ等）、テロ犯罪、麻薬犯罪があげられる。

(1) 組織的犯罪

a 不法入国・滞在の幫助

ヨーロッパにおける不法入国・滞在幫助の処罰については、シェンゲン実施協定 27 条 1 項で、条約締結国の外国人の入国・滞在に関する法律に違反して、営利目的で不法入国・滞在を幫助しまたは幫助することを企てる行為を処罰するために、条約締結国は適切な措置をとることが義務づけられている。また、人を通過させる者及びその

他の取引者への対策は、人身売買と子供の性的虐待に関する1997年2月24日に採択された共同行動を通して新たに問題とされ、構成国は、ある種の行為—すなわち、人身売買とは、性的虐待及び性的奉仕をさせる目的で、構成国の領域に入国させ、通過させ、滞在させまたは出国させることを幫助する行為と定義される—を犯罪とし、司法協力を容易にすることを受諾した。

この点については、1999年10月に開催されたタンペレでの理事会においても組織的犯罪及び特に不法入国組織対策をヨーロッパ連合の優先的政策とすることが確認され、不法移民対策特に組織的に人身売買及び移民者を経済的に虐待する行為を重大犯罪として処罰するための立法措置をとることを決定し、2000年末までに委員会の提案に基づき処罰規定を採択することが決定された。2000年6月に起きたフランスのドーブルでの悲惨な不法移民死亡事件を契機として、不法入国対策の必要性が改めて緊急の課題となった。以上の経緯に基づき、当該犯罪を定義した指令と当該犯罪を処罰するための刑事的枠組を強化することを目的とした枠組決定が2002年12月19日の理事会で正式に採択された。各構成国は2004年12月5日までに指令と枠組決定の規定に従って必要な措置をとらなければならない。

不法入国・滞在の幫助については、前述した指令と枠組決定において規定されている。

処罰の対象とされている行為については、まず、指令1条は2種類の行為をとりあげ、それぞれ構成国の内国刑法によって処罰されなければならないとする。

- ① 外国人の入国または通過に関する構成国の立法に違反して、構成国の国民ではない者を構成国の領域内に侵入させることまたは通過させることを故意に幫助すること（1項(a)）。
- ② 外国人の滞在に関する立法に違反して、営利の目的で、構成国の国民ではない者を構成国の領域内に滞在させることを故意に幫助すること（1項(b)）。

この2種類の行為の定義は非常に拡大されているといわれている。①の不法入国・通過の幫助については、それが営利目的のために実行されたのか、人道目的のためなのかを区別していない（シェンゲン実施協定27条では営利目的が必要とされていた）。このように営利目的か人道目的かを区別しないことになった背景には、営利目的の立証という問題を避けたいというフランスの立場が反映されている。このような立法については、現実的に、不法入国組織に対する効果的な対策を考えれば、営利の目的か否かという目的の限定は不要であるとするのが合理的であり、不法入国者から証言を求めても、家族に対する制裁を恐れて、証言をせず黙秘する人が多いので、実務的な観点からも承認されると考えることができるであろう。但し、②の行為（外国人の不法滞在幫助）については、営利目的に限定されているが、この点については、①の犯罪行為と②の犯罪行為との間の整合性を欠くという批判が加えられている。なお、

シェンゲン条約及び国連議定書では営利目的に限定していることの是非については検討する必要がある。営利目的での不法入国・通過幫助に限り処罰とする立場は、不法入国組織による場合と人道目的による場合とを区別し、前者のみを処罰の対象とすることから、不法入国幫助の処罰が一般化されることには反対の立場をとっていた。しかし、この当時議長国であったフランスは、営利目的という限定を削除し、犯罪処罰を一般化する立場を支持した。①の犯罪行為に営利目的という限定を加えなかった点については、ヨーロッパ議会で批判されたが、②の犯罪行為が営利目的を要求していることで、この批判をかわすことにもなった。したがって、人道目的のために不法滞在を幫助する行為は不可罰ということになる。営利目的の不法滞在幫助罪のモデルは、ベルギーの外国人の入国滞在に関する 1980 年 12 月 15 日法 77 条 1 項である。ただ、ベルギー法では、主として人道目的であれば不法滞在幫助は不可罰（77 条 2 項）となり、指令よりも不可罰の範囲が広いと評価できるであろう。

指令 2 条は、1 条所定の犯罪の教唆犯(a)、1 条 1 項所定の犯罪の幫助犯(b)及び未遂(c)を処罰する。

指令 3 条は、1 条及び 2 条所定の犯罪が効果的で、均衡のとれた、抑止力のある制裁の対象となるために必要な措置をとることを各構成国に求めている。

b 人身売買

人身売買はヨーロッパの組織的犯罪の中でも重要な位置を占める犯罪であり、国際的なレベルでも、国連条約では人身売買と移民の取引とは区別されて処罰の対象とされてきたが、最近では、女性や子供の人身売買を禁止する議定書や不法移民の取引を禁止する議定書などで対策が講じられている。ヨーロッパレベルでは、前述した 1997 年 2 月 24 日の共同行動が採択されてから、質的・量的にも対策が進んだ。国際的なレベルでも、国家の枠を超えた組織犯罪対策に関する国連条約が採択されたが、その修正議定書の中で不法移民の取引と人身売買に関する規定が設けられていることは特筆すべきであろう。アムステルダム条約により枠組決定という方策をとることが可能となったので、委員会は枠組決定によってこの問題についての立法の欠点を補足しようとして、2000 年 12 月 21 日に人身売買対策に関する枠組決定案が提案された。その後、2002 年 7 月 19 日にこの枠組決定が採択され、構成国には 2004 年 8 月 1 日までに枠組決定に従って必要な措置をとることが求められている。

1 条は労働搾取目的及び性的虐待目的での人身売買に関連する犯罪を定める。最低限、強制されまたは義務づけられた労働若しくは役務の提供の目的で、あるいは、奴隷または奴隷に若しくは隷属に類似した扱いという形態を含む労働搾取または役務提供の目的で、人の募集、運搬、異動、人の収容、事後的受け入れ、実施される監督権の移譲が、処罰されるために、構成国は必要な措置をとる。但し、これらの行為が処

罰されるためには、強制、暴力、脅迫または誘拐を用いること、不正行為または欺罔行為を用いること、権限の濫用または圧力の影響若しくは行為があること、その他の形態の圧力行使があること、が必要である（1項）。また、1項所定の手段を用いたときは、人身売買の被害者の同意があっても、犯罪の成立を阻却しない（2項）。1項所定の行為が児童に関連するときは、1項所定の手段がまったく用いられなかったとしても、人身売買として処罰される（3項）。本枠組決定では、「児童」とは18歳未満のものをいう。

2条は、1条所定の行為の教唆犯、幫助犯、未遂犯を処罰するために構成国は必要な措置をとることを定める。

3条は罰則を定める。構成国には、1条及び2条所定の犯罪に対して、効果的で、均衡のとれた、抑止力のある刑事制裁を科すために必要な措置をとることが求められる（1項）。自由刑の上限は以下の場合8年を下回することはできない。(a)故意行為または重大な過失行為によって被害者の生命を危険に陥れたとき。(b)犯罪が特に傷つきやすい被害者に対して実行されたとき。被害者が内国法に定める性的成人年齢に達していないとき及び他人を売春させまたはポルノを含む他の形態で性的に虐待する目的で犯罪が実行されたときは、被害者は特に傷つきやすいとみなされる。(c)犯罪が著しい暴力を用いて実行されたまたは被害者に特に著しい損害を与えたとき。(d)前記共同行動にいう組織犯罪の一環として行なわれたとき。

4条は法人の刑事責任を定める。5条は法人に対する制裁を定める。6条は管轄と訴追を定める。7条は被害者の保護及び援助について定める。各構成国は、本枠組決定が規定する犯罪の被害者に対して、司法手続における適切な保護と法的地位を保証する。特に、構成国は捜査と司法手続が被害者に対して二次的な被害を与えないことを監視する。8条は場所的適用範囲（ジブラルタルにも適用される）、9条は前記共同行動の適用、10条は運用、11条は施行について定める。

c 児童の性的虐待・児童ポルノ

児童の性的虐待及び児童ポルノ対策に関する枠組決定提案については、2000年12月から理事会に提出されその後審議されてきたが、2002年10月14日、ヨーロッパ連合司法大臣会議で政治的決着が図られた。特に、最近のインターネット社会における児童を対象とした性犯罪の氾濫に対して有効な対策を講じることが重要な課題になっていた。枠組決定提案が決着するまでに時間がかかった背景には、構成国間においてこの問題に関する処罰規定がかなり異なっていたということもある。枠組決定以前に、この問題についてはインターネットにおける児童ポルノ対策に関する2000年5月29日の理事会決定がある。

枠組決定においては、1条で児童と児童ポルノについて定義している。「児童」とは、

18 歳未満の者をいう。児童の定義については、国連の児童の権利条約 1 条の定義を踏襲している。この定義は、ヨーロッパ評議会のサイバー犯罪に関する条約における「少年」の定義よりも拡大されている。また、枠組決定では成人の年齢は各構成国の国内法によって定義されることを認めており、被害者が成人年齢に達している場合には、免責を認める可能性を構成国に委ねている。「児童ポルノ」とは、「可視的方法で明らかに性的な行動に勤しむ児童を表現するわいせつ物」をいう。「可視的方法での表現」とは、映画、ビデオ、コンピュータディスクに保存された資料、その資料を可視的なイメージとして変換できる機械的な方法で保存された資料を含んだものとして理解される。「明らかに性的な行動」とは、フェラチオ及びアナルセックスを含む性行為、猥褻、自慰行為、サド・マゾ行為、未成年の生殖器または恥骨部分を官能的に露出させることである。児童ポルノの定義について議論となったのは、実在する児童が使われたわいせつ画像に限るのか、それとも実在しない児童を実在するかのよう加工したわいせつ画像をも含むのかという問題であった。これは、枠組決定の目的が、児童を性的虐待から保護することにあるのか、それとも児童が一般的に性的対象となることを妨げることにあるのか、という問題と関係する。枠組決定が最小限の合意を目指すことにあるとするなら、虐待を受けた児童を保護することに重点が置かれるが、より広い範囲で児童を保護するとすれば児童が性的対象となることを妨げることが重要となる。最終的には、現実の虐待から児童を保護するだけでなく、同種の行為が行なわれることを予防することも枠組決定の対象とされることになった。「情報システム」とは、独立した装置または連結若しくは類似した装置で、プログラム及びデータの自動処理の執行を保障しまたはその一つ若しくは複数の要素がそれを保障するものである。「法人」とは、国または公権力若しくは国際機関の特権を行使する場合のその他の公的存在を除く、適用される国内法の基づき法人の身分をもつ存在である。

処罰の対象となる行為は、「性的虐待と関連する行為（2条）」と「児童ポルノと関連する行為（3条）」である。「性的虐待と関連する行為」として三種類の行為が予定される。①児童に一定の行為（売春またはポルノ興行）を強要すること（2条 a）、②一定の行為（売春またはポルノ興業）のために児童を募集すること（2条 b）、③強要、強制または脅迫を用いて、金銭またはその他の報酬を提供することによって、児童に対する信頼ある地位、権限または影響を濫用することによって、児童を性的活動に専念させるように仕向ける行為（2条 c）である（58）。各構成国は①及び②の行為が処罰されるために必要な措置をとらなければならない。「児童ポルノと関連する行為」については、前記 2000 年 5 月 29 日の理事会決定とヨーロッパ評議会のサイバー犯罪条約の影響を大きく受けているといわれている。児童ポルノと関連する行為とは、①児童ポルノの製作（1項(a)）、②児童ポルノの販売、配給、配信（1項(b)）、③児童ポルノを提供しまたは自由に処分することができるようにする行為（1項(c)）、④児童ポ

ルノの取得または所持（1項(d)），であり，各構成国は，情報システムの関与のあるなしにかかわらず，①乃至④の行為が処罰されるために必要な措置をとらなければならない（1項）。また，本枠組決定においてその他の与えられた定義とは別に，1項所定の行為が，明らかに性的な行動に専念している児童を可視的に表現するポルノの素材に訴えたときには，児童を演じた者がその上演時点で18歳以上であったことが証明されなければ，処罰の対象となるために各構成国は必要な措置をとらなければならない（2項）。4条では，2条及び3条所定の行為の共犯，2条及び3条1項(a)乃至(c)所定の行為の未遂，を処罰するために各構成国は必要な措置をとらなければならない，と定める。

5条は罰則及び加重事由を定める。

6条は法人の刑事責任を定める。犯罪が，個人としてまたは当該法人の機関の一員として行動する者及び法人の代表権をもつ者，法人の名義で決定する権限をもつ者，法人内部で監督権限をもつ者によって，法人のために犯されたときには，2条乃至4条で定められた犯罪に対して，各構成国は法人に責任を帰するために必要な措置をとる（1項）。3項で定められる場合を除いて，管理または監督が欠如していたために，2条乃至4条に定められた犯罪が，担当者または部下によって，法人のために実現されるときには，各構成国は法人に責任を帰するために必要な措置をとる（2項）。1項及び2項に基づく法人の責任は，2条乃至4条所定の罪の正犯，教唆犯，幫助犯である自然人の刑事責任を排斥するものではない。

7条は法人に対する制裁を定める。6条に従って有罪と宣告された法人に対して，罰金または刑罰以外の制裁金及びその他の制裁を含む効果的均衡のとれた抑止力のある制裁を科しうるために必要な措置をとることが各構成国には求められる。その他の制裁としては，①優遇措置または公的補助の停止処分，②商業活動の一時的または決定的な停止処分，③司法監視，④法人の解散，⑤犯罪の実行に利用された施設の一時的または決定的な閉鎖，が挙げられる。

8条は管轄及び訴追を定める。

9条は被害者について定める。各構成国は，本枠組決定が規定する犯罪の被害者に対して，司法手続における適切な保護と法的地位を保証する。特に，構成国は捜査と司法手続が被害者に対して二次的な被害を与えないことを監視する。

10条は構成国間の協力を定める。適用されるうる条約，協約または多国間若しくは二国間協定に従って，各構成国は，本枠組決定において規定された犯罪に対して提起された司法手続の範囲内であらゆる可能な措置を協力し合う（1項）。複数の構成国において本枠組み決定の対象となる犯罪を認定するために管轄権が抵触するときには，構成国は，行為を調整し，効果的な訴追を開始するために，関係する構成国は協議する。また，うまくいけば，構成国は関係する司法官の交流及びヨーロッパ司法ネッ

トワークのように既に存在する協力機構を利用する（2項）。データ保護に適用される規定に従って、2条乃至4条所定の犯罪に関連する情報交換のために、各構成国は実務的連絡員を創設しまたは存在する協力機構を利用する。特に、各構成国は、ユーロポールが、その権限の範囲内において、インターネット上での児童ポルノ対策に関する理事会決定に従ってリストが公表された連絡員と協力し合うことを監視する（3項）。各構成国は、児童の性的虐待及び児童ポルノに関連する情報交換の目的で任命された連絡員のリストを理事会事務局及び委員会に知らせる。事務局はその他の構成国に連絡員を通知する（4項）。

（2）テロ犯罪

テロ犯罪に関する構成国間の立法の調和は、テロ対策に関する2002年6月13日の理事会枠組決定によって実現される。テロ行為は民主主義に対する最大の脅威であり、いかなる方法によってもそれを正当化することはできない。ヨーロッパ連合は、ヨーロッパ域内の市民に対して自由で、安全で、公正な領域を実現することを明白に表明しており、そのためにもテロ対策をヨーロッパ域内において進める必要がある。その目的の実現のためには、構成国はテロ対策として効果的な立法措置をとる必要がある。テロに対する国際的な協力を強化する対策を採ることが求められる。この枠組決定は、ヨーロッパ内に限らず国際的な視点からテロ行為への対策を目的として立案されたということができよう。

テロ行為に対して、各構成国の内国刑法の対応は異なっている。テロ犯罪を特別には定めず刑法典に規定される一般的な犯罪として処罰する国とテロ犯罪を特別に規定して対応している6カ国に分かれる。テロ犯罪を特別に規定している構成国は6カ国に過ぎないことから、構成国のテロ犯罪に関する立法の調和は明らかに必要であるといえるであろう。構成国には2002年12月31日までにこの枠組決定を国内法に移すことが義務づけられている。

枠組決定では、テロ犯罪の定義とテロ行為への関与もテロ犯罪として処罰の対象としていることが注目される。以下、枠組決定の規定を順次検討していく。

1条（1項）は、テロ犯罪と基本的権利及び原則を定義する。各構成国は、国内法によって、その性格または状況から、行為者が、①著しく民衆を威迫する目的、②公権力または国際機関に何らかの行為を遂行しまたは遂行しないように不正に強要する目的、③一国または国際機関の政治的、憲法的、経済的若しくは社会的基本的体制を著しく不安定にさせ若しくは破壊する目的をもって、対象とされた故意行為を実行したときには、国家または国際機関に重大な侵害を加えることのできる犯罪と定義されるような(a)から(i)で対象とされた故意行為がテロ犯罪と看做されるために必要な措置をとる。(a)死を惹起させうる人の生命に対する侵害、(b)人の身体の完全性に対する著

しい侵害、(c)略取または誘拐、(d)政府の施設若しくは公的施設、交通機関、情報システムを含んだ施設、大陸棚に設置された固定されたプラットフォーム、人の生命を危険に陥れまたは相当の経済的損失を引き起こす可能性のある公的場所または私的所有物に対して大量破壊を惹起させる行為、(e)航空機若しくは船舶またはその他の集団若しくは商品の輸送手段の乗っ取り、(f)武器、爆発物、核・生物・科学兵器の製造、所持、取得、輸送若しくは提供または使用、生物・化学兵器については、研究または開発、(g)生命に危険を及ぼす効果を与える目的で、危険な物質の放出または放火、洪水または爆発の惹起、(h)生命に危険を与える目的で、水、元気またはその他の基本的な天然資源の供給を妨害または中断させること、(i)(a)から(h)に挙げられた行為を実現するように脅迫すること。なお、この枠組決定は、連合条約6条で定められたような基本的人権及び基本的な法的原則を遵守する義務を変更させるような効果は及ぼさない（2項）。

テロ犯罪として、①から③の目的いわゆるテロ目的で、(a)から(h)に列挙される行為を行なうことが処罰の対象となる。テロ目的があるか否かによって、通常の犯罪と区別される。ここに列挙された犯罪はいわゆる古典的な犯罪だけではなく、科学物質や核物質を用いた犯罪や、情報犯罪なども含んでいる。また、(g)及び(h)に規定される犯罪については、結果の発生が構成要件要素とされている。さらに、列挙された行為を実現するように脅迫する行為も処罰の対象とされる。1条2項は、組合活動や反世界主義運動が1条でテロ行為として処罰されないようにするために設けられた規定である。

2条はテロ集団に関する犯罪を定める。「テロ集団」とは、2人以上の者によって設立された組織的な集団でテロ犯罪を実行する目的で準備された方法で行動するものをいう。「組織化された集団」とは、犯罪を直接的に実行するために偶然に構成された集団ではなく、構成員に対して形式的に定められた役割や練り上げられた組織または構造において継続性をもつ必然性もない（1項）。各構成国は次の故意行為を処罰するために必要な措置をとる。(a)テロ集団の指揮、(b)関与することがテロ集団の犯罪活動に貢献することを知りながら、情報または物質的手段の提供またはあらゆる方法での活動への財政的支援を含む、テロ集団の活動への関与（2項）。

「組織化された集団」の定義については、国連条約の定義に準拠している。2項(b)では、テロ犯罪に貢献するという認識をもってテロ集団の活動に関与する行為を処罰の対象としている。この規定は実務的に意義があるとされるのは、テロ行為が実行されず実行が企てられることがなくても、関与行為を独立して処罰することができるからである。従来の共犯理論では、正犯の実行行為が存在しない場合には共犯を処罰することができないとされていたからである。従来の基本理論よりもテロ対策を重視した結果であろう。

3条はテロ活動と関連する犯罪を定める。各構成国は、次の行為をテロ活動と関連する犯罪と看做すために必要な措置をとる。1条1項に列挙された行為の一つを実現するために犯された(a)加重窃盗、(b)恐喝、(c)1条1項(a)乃至(h)及び2条2項(b)に列挙された行為の一つを実現するための虚偽公文書作成。

4条は教唆、幫助、未遂を定める。各構成国は、1条1項、2条及び3条で対象とされた犯罪の実行を教唆する行為または幫助する行為を処罰するために必要な措置をとる(1項)。各構成国は、1条1項及び3条(1条1項(f)で対象とされた物の所持及び1条1項(i)で対象とされた犯罪を除く)で定められた犯罪の実行を試みる行為を処罰するために必要な措置をとる(2項)。

5条は罰則を定める。各構成国は、1条乃至4条で対象とされた犯罪が、効果的で均衡のとれた決定的な、犯人の引渡しが可能となる刑事制裁を科すために必要な措置をとる(1項)。各構成国は、1条1項及び4条で定められたテロ犯罪は、それがテロ犯罪と関係する限りにおいて、1条1項で要求された目的がない場合、法定刑が国内法で科せられる上限である場合を除いて、当該犯罪に対して国内法で定められた自由刑よりより厳しい自由刑を科せられるために必要な措置をとる(2項)。各構成国は、2条で定められた犯罪が、2条2項a)で定められた犯罪に対しては上限が15年以上の、2条2項(b)で定められた犯罪に対しては上限が8年以上の自由刑を科すために必要な措置をとる。2条2項(a)で定められた犯罪が1条1項(i)で定められた行為のみに関与する限りでは、法定刑の上限は8年以上でなければならない(3項)。

6条は特別な事情を定める。各構成国は、犯罪の行為者が次の行為をしたときには、5条で定められた刑罰が軽減されるために必要な措置をとる。(a)テロ行為を放棄したとき、(b)行政及び司法機関にその他の手段では獲得できないような情報を提供し、(1)犯罪の結果を予防しまたは制限したとき、(2)その他の犯罪行為者を確認し告訴したとき、(3)証拠を発見したとき、(4)1条乃至4条に定められたその他の犯罪が実行されることを阻止したとき。

7条は法人の刑事責任を定める。犯罪が、個人としてまたは当該法人の機関の一員として行動する者及び法人の代表権をもつ者、法人の名義で決定する権限をもつ者、法人内部で監督権限をもつ者によって、法人のために犯されたときには、1条乃至4条で定められた犯罪に対して、各構成国は法人に責任を帰するために必要な措置をとる(1項)。1項で定められる場合を除いて、1項で対象とされた人の管理または監督が欠如していたために、1条乃至4条に定められた犯罪が、担当者または部下によって、法人のために実現されるときには、各構成国は法人に責任を帰するために必要な措置をとる(2項)。1項及び2項に基づく法人の責任は、1条乃至4条所定の罪の正犯、教唆犯、幫助犯である自然人の刑事責任を排斥するものではない。

8条は法人に対する制裁を定める。各構成国は、7条に基づき有罪を宣告された法

人が、罰金若しくはその他の制裁金または場合によってはその他の制裁を含む、効果的で均衡のとれた抑止力のある制裁を科すために必要な措置をとる。その他の制裁として、(a)優遇措置または公的補助の停止処分、(b)商業活動の一時的または決定的な停止処分、(c)司法監視、(d)法人の解散、(e)犯罪の実行に利用された施設の一時的または決定的な閉鎖、が挙げられている。

9条は管轄と訴追について定める。各構成国は、以下の場合には、1条乃至4条に定められた犯罪に対して管轄権を確立するために必要な措置をとる（1項）。(a)犯罪の一部または全部がその領域で実行されたとき（各構成国は犯罪がある構成国の領域で実行された場合、管轄権を拡大することができる）、(b)犯罪が各構成国の船舶または航空機内で実行されたとき、(c)犯罪の行為者が各構成国の国民または居住者であるとき、(d)領域内で設立された法人のために犯罪が実行された場合、(e)構成国の機関若しくは国民に対して、または、ヨーロッパ連合の機関またはヨーロッパ共同体設立条約若しくはヨーロッパ連合設立条約に基づいて創設された機関に対して、その所在地が該当する構成国にあれば、犯罪が実行されたとき。2項は管轄権が競合する場合について定める。管轄権が同一の行為について競合する場合については、関係する構成国間で協力して一国を定め訴追権を付与する。その際には、犯罪地、行為者が属する構成国、被害者の属する構成国、行為者の発見地等の要件を考慮する。3項は、その他の構成国または第三国に向けて被疑者若しくは受刑者を引渡しまたは送還することを拒否した場合、1条乃至4条に定められた罪に関する管轄権を確保するために構成国は必要な措置をとることを定める。4項は、テロ集団が、その本拠地を置きまたは犯罪活動を行なっている場所がどこであろうと、領域内において2条及び4条の罪の全部または一部が実行された場合に管轄権を確保することを監視する（4項）。本条は、国内法に従って構成国によって設定された刑事管轄権の行使を妨げない（5項）。

10条は被害者に対する保護及び援助を定める。本枠組決定によって対象とされる犯罪に関する捜査または訴追は、少なくとも行為が構成国の領域内で実行される場合には、犯罪の被害者が提出した告発または告訴に支配されるものではないことを、各構成国は保障する（1項）。2001年3月15日の枠組決定に定められた措置の他に、各構成国は、必要であれば、被害者の家族に相当な援助を保障するために可能なあらゆる措置をとる（2項）。

3 薬物犯罪

薬物犯罪については、既に、国際的レベルでも、ヨーロッパレベルでも、国内法においても処罰規定が設けられている。国際的なレベルでは、国連の麻薬条約（1961年）、麻薬条約修正議定書（1972年）、向精神薬に関する条約（1971年）、麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約（新麻薬条約1988年）等で対策が講じ

られてきた。新麻薬条約は、取引によって生じた資金の洗浄行為や隠匿行為を処罰することによって、麻薬取引の概念を拡大し、再犯や密輸組織への参加を刑の加重事由として規定している。ヨーロッパレベルでは、シェンゲン実施協定71条で薬物の不正取引対策が初めて講じられ、関係国は麻薬向精神薬の不正取引を処罰するために必要な措置をとることが求められた。1996年12月17日共同行動において、麻薬取引に関する各構成国の立法の調和の問題提起がなされ、1条で、ヨーロッパ連合において薬物の不正取引の予防及び対策に必要な限り構成国間において両立可能な立法措置をとることが求められた。また、4条では、刑事制裁について、薬物取引に関する重大犯罪に適用される制裁は比較されうる犯罪に対して科されうる最も厳しい刑罰を科すことのできる措置をとることが求められる。さらに、1996年12月20日理事会決議では、薬物の不正取引に対するヨーロッパ連合の対策方針を効果的に調整し改善するために、特に、薬物の不正取引の刑事法分野における協力を改善するために、各構成国はこれらの犯罪に対して、国内法によって、同等の犯罪に対して予定される最も厳しい自由刑を科すことのできるように、刑事立法を監視することが宣言された。

現在、ヨーロッパ連合の薬物犯罪に対する政策は、2000-2004年薬物対策に関する行動計画によって決定され、この共同計画に基づき、委員会は薬物取引についての犯罪構成要素と刑罰を定めるように求められた。この要請に従い、委員会は、2001年5月23日、理事会に対して、薬物取引について犯罪構成要素と刑罰に関する最低限の規定を設定するための枠組決定提案を提出した。したがって、この枠組決定に基づき立法の調和が図られることになる。以下、枠組決定の内容について、検討していく。

1条（定義規定）・「薬物の取引」とは、許可なく薬物を販売及び商業化する行為、営利目的で薬物を栽培、生産、製造、輸入、輸出、頒布、提供、運搬、輸送する行為、または、営利目的で譲渡するために薬物を受領、獲得、所持する行為をいう（1項）。「薬物」とは、国連条約（1961年麻薬条約、1972年修正議定書、1971年向精神薬条約、1988年新麻薬条約）で対象とされた物質及び新たな薬物の情報交換、危険の評価、規制に関する、ヨーロッパ連合条約K3条に基づく1997年6月16日の共同行動及び国内法規定において規制対象となる物質をいう。「法人」とは、国または公権力及び国際機関の特権を執行するその他の公的存在を除く、適用されうる国内法に従いこの身分をもつあらゆる存在をいう（3項）。

2条（薬物取引）・各構成国は薬物の取引を犯罪とするために必要な措置をとる。

3条（共犯及び未遂）・各構成国は2条で定められた犯罪を実行するよう教唆及び幫助し、または、犯罪の実行を試みる行為を処罰するために必要な処置をとる。

4条（罰則）・各構成国は2条及び3条で定められた罪に対して、最も重い場合には上限が5年を下回ることができない自由刑を含む、効果的で均衡のとれた抑止力をもつ刑事制裁を科すことができるようにするために必要な措置をとる（1項）。各構成

国は、薬物取引の対象となった物、取引に利用された道具及び財産、前記取引から直接的にまたは間接的に生じた収益及び利益の没収を確実にするために必要な措置をとる（2項）。各構成国は自由刑を補充または代替するための罰金を科すことができるようにしなければならない（3項）。

5条は加重事由を定める（詳細については末道康之・後掲「ヨーロッパ刑事法の現状(1)」103頁参照）。

6条は軽減事由を定める。国内法で定められる軽減事由とは別に、犯罪行為者が、捜査または証拠収集のために権限機関に共犯者の身元確認に関して有益な情報を提供し、または、取引ルートの特定に貢献したときには、4条で定められた制裁が減輕されるために必要な措置を各構成国はとらなければならない。

7条は法人の刑事責任を定める。8条は法人に対する制裁を定める。9条は管轄と訴追を定める。

10条は構成国間の協力を定める。条約、多国間若しくは二国間協定またはその他の適用される合意に従って、各構成国は2条及び3条所定の犯罪に関連する手続において可能な限り広く相互に協力し合う（1項）。複数の構成国で2条及び3条所定の犯罪の認定に関して管轄権が抵触するときには、構成国は訴訟を調整し、場合によっては、訴追を開始するために、相互に協議する（2項）。

11条は運用、12条は枠組決定の施行を定める。

III 刑事手続法の動向

この報告では、刑事実体法に関する問題の検討を中心としたため、刑事手続法については今後の課題として、基本的な問題についてごく簡単に言及するにとどめる。

1 コルプス・ユリス手続法規定（第2案）

コルプス・ユリスでは、刑事訴訟法については18条から35条までの規定が設けられている。18条・ヨーロッパ検察官の身分と構成、19条・捜査の端緒と訴追、21条・捜査の終結、22条・公訴の提起と消滅、23条・裁判の執行におけるヨーロッパ検察官の役割、24条・ヨーロッパ検察官の土地管轄他、25条・捜査段階の定義と期間、25条の2・自由保障判事、25条の3・ヨーロッパ逮捕状、25条の4・強制処分、26条・第一審判決、27条・内国裁判所への上訴、28条・ヨーロッパ司法裁判所への上訴、29条・被疑者の権利、30条・削除、31条・挙証責任、32条・証拠、33条・違法収集証拠の排除、34条・審理の公開と捜査の秘密、35条・内国法の補完的適用、である。

また、ヨーロッパ検察官創設に関する白書においては、①ヨーロッパ検察官の必要性、②ヨーロッパ検察官の法的地位と内部組織、③刑事実体法・手続法との関係、な

どが検討されている。

2 刑事手続法の調和

A 相互承認の原則

進展する国境を越えた組織犯罪に対応する場合に、訴追機関は国の管轄権の問題を無視することはできず、訴追の阻害となることが多かった。これを解決する手段として、刑事訴訟法の調和を図るか、相互承認を認めるか、のいずれかが考えられるが、刑事訴訟法の調和には構成国の抵抗も予想されるので、相互承認という手段を用いることが妥当であると考えられている。相互承認の原則はヨーロッパ評議会において従来用いられてきたが、ヨーロッパ連合条約にも取り入れられることになった。ヨーロッパ連合においては、相互承認とは、ある構成国において適正な手続きに従って権限機関によって出された法的決定は、連合の領域内において完全でかつ直接の効果を及ぼすことをいう。従って、その他の構成国の権限機関は、その構成国の権限機関によってとられた決定として、その決定を競合して行なうことになる。

B 関連する枠組決定

相互承認と関連する枠組決定としては、ヨーロッパ逮捕状に関する 2002 年 6 月 13 日の枠組決定、刑事手続における被害者の地位に関する枠組決定、などが挙げられる。

C ユーロッパ共通の警察・捜査・司法機関

ヨーロッパ連合では、刑事司法の協力は着々と進んでおり、ユーロポール、ユーロジャスト、司法ネットワークなどの整備が進められている。

ユーロポールは 1998 年 10 月 1 日に設立された。これまでは、構成国の警察機構から提供された情報管理を主たる任務をしてきたが、ヨーロッパ逮捕状に関する枠組決定が採択され、今後は捜査権限についても拡大され、独自の捜査権をもつヨーロッパ機関となることが予定されている。ユーロポールの目的は、「各国法執行機関の処理能力向上、及びテロリズム、非合法薬物取引その他の重大国際犯罪の予防及び撲滅に向けての警察協力」である。ユーロポールが委任を受けている犯罪としては、非合法薬物取引、原子力物質の違法取引、不法移民、人身売買及び児童ポルノグラフィ、車両移送犯罪、通貨偽造、テロリズム、以上の犯罪類型にかかわる資金洗浄犯罪である。

ユーロジャストは、2002 年 2 月 28 日の理事会決定によって創設された機関で、ヨーロッパにおける国家の枠を超えた組織的犯罪対策を強化するために、捜査及び訴追について構成国の権限機関との間で調整と協力を促進し改善する責任を負う。各構成国から独立した検察官、司法官、同様な権限をもつ司法警察職員から構成される（各構成国から 1 名の代表者で構成）。その任務は、ユーロポールが管轄する犯罪と同じ犯

罪と、コンピュータ犯罪や詐欺・不正行為、贈収賄にも及ぶ。

ヨーロッパ司法ネットワークは、各内外国の法律実務家に対し司法共助に関する法的及び実務的情報を提供する組織である。

刑事司法に関する協力、関連機関については、ヨーロッパ憲法条約においても詳細に規定されている。

IV 今後の展望

2004年6月18日に採択されたヨーロッパ憲法条約では、第4章「自由で、安全で、公正な領域」として、第1節・一般規定（Ⅲ-158条乃至Ⅲ-165条）、第2節・国境、亡命及び移民の統制に関する政策（Ⅲ-166条乃至Ⅲ-169条）、第3節・民事事件に関する司法協力（Ⅲ-170）、第4節・刑事事件に関する司法協力（Ⅲ-171条乃至Ⅲ-175条）、警察協力（Ⅲ-176条乃至Ⅲ-178条）を定めている。

連合条約においても規定された内容が改めて憲法条約においても明示的に規定されたことになる。

【刑事事件に関する司法協力】

刑事事件に関する司法協力は判決及び決定の相互承認の原則と一定の分野における構成国の法律及び命令の接近に基づいて行なわれる。また、ヨーロッパ法律または枠組法律は、①判決及び命令の相互承認を保障するための規則及び手続を定める、②構成国間の管轄の抵触を予防し及び解決する、③司法官及び法律家の教育・育成を促進する、④刑事訴追及び裁判の執行において構成国の司法当局及びそれに相当する機関に相互協力を容易にする、ための措置を定める（Ⅲ-171条1項）。また、判決及び決定の相互承認並びに国境を越えた刑事事件に関する警察及び司法協力を容易にするために、ヨーロッパ枠組法律は以下の事項に関する最低限の規則を定める。①構成国間における証拠の相互認定。②刑事手続における人権。③犯罪被害者の権利。④閣僚会議がヨーロッパ決定によって事前に特定した以外の刑事手続に特有の要素。ヨーロッパ議会の承認の後全会一致で規定される。最低限の規則を採択することは、各構成国が刑事手続における人権に対するより高度な保護のレベルを維持しまたは制定することを妨げない（Ⅲ-171条2項）。

ヨーロッパ枠組法律は、特に重大でその犯罪の性質等から国境を超え共通の基盤をもって対策を講じる必要がある犯罪行為の分野について、犯罪及び刑罰の定義に関して最小限の規則を定めることができる。その犯罪行為の分野とは、テロ行為、人身売買及び女性・児童の性的虐待、薬物の不正取引、武器の不正取引、資金洗浄、贈収賄、支払手段の偽造、コンピュータ犯罪、組織犯罪である。犯罪行為の進展に対応して、閣僚理事会は本条で対象とした基準を充足させるその他の犯罪行為に分野を確定させ

るヨーロッパ決定を採択することができる。ヨーロッパ議会の承認の後、全会一致で規定する（Ⅲ-172条1項）。調和という措置の対象となった分野においてヨーロッパ連合の政策を効果的に運用することを保障するために刑法規範の接近が不可欠であることが明らかになったときには、ヨーロッパ枠組法律は当該分野における犯罪と制裁の定義に関する最低限の規則を定めることができる（2項）。

ユーロジャストの役割は、二若しくは複数の構成国が関係した、または構成国の権限機関若しくはユーロポールによって実行された活動及び提供された情報を基礎として、共通の基盤に基づいた訴追が要求される重大な犯罪行為に関する訴追を担当する内国権限機関間の調整及び協力を支援し強化することである（Ⅲ-174条1項）。ヨーロッパ法律は、ユーロジャストの構成、機能、行動範囲及び任務を決定する。この任務は以下のものを含んでいる。①管轄権、特にヨーロッパ連合の財政的利益を侵害する犯罪に関して管轄権をもつ内国権限機関によって指揮される刑事訴追の指導及び調整。②管轄権の抵触の解決及びヨーロッパ司法組織との緊密な協力によることを含む司法協力の強化。ヨーロッパ法律は、同様に、ユーロジャストの活動評価のためのヨーロッパ議会及び構成国内国議会の協議体の運用方式を定める（2項）。本条に定める訴追に範囲において、Ⅲ-175条を害することなく、司法手続の正式行為は管轄権をもつ内国担当者によって遂行される（3項）。

国境を越える側面をもつ重大な犯罪行為やヨーロッパ連合の利益を侵害する犯罪を撲滅するためには、閣僚理事会のヨーロッパ法律はユーロジャストに基づきヨーロッパ検察官を創設することができる。閣僚理事会は、ヨーロッパ議会の承認の後、全会一致で定める（Ⅲ-175条1項）。ヨーロッパ検察官は、場合によってはユーロポールと連携して、複数の構成国を侵害する重大な犯罪及び1項所定のヨーロッパ法律で定められたようなヨーロッパ連合の財政的利益を侵害する犯罪の正犯及び共犯を捜索し、訴追し、裁判所へ送致する権限をもつ（2項）。1項所定のヨーロッパ法律はヨーロッパ検察官の地位、職務執行の条件、活動に適用される手続規則及び証拠としての許容性を定める規則、並びに職務執行において決定する手続行為の法的規制に適用される規則を定める（3項）。

【警察協力】

連合は、警察、税関及び犯罪の予防と探索または犯罪の捜査の分野において特定されたその他の強制力をもつ機関を含み、各構成国の権限機関と連合して警察協力を進める（Ⅲ-176条1項）。このために、ヨーロッパ法律または枠組法律は次の事項に関係する対策を定める。①関連する情報の収集、保管、処理、分析、交換。②人材育成支援と人材交流、施設及び犯罪科学研究に関する協力への支援。③重大な組織犯罪の形態の探索に関する捜査の共通手段（2項）。閣僚理事会のヨーロッパ法律または枠組法律は本条所定の諸権限機関間の作業協力に関連する対策を定めることができる。

閣僚理事会は、ヨーロッパ議会と協議の後、全会一致で制定する（3項）。

ユーロポールの使命は、構成国の警察機関及びその他の強制権限をもつ機関の活動と二または複数の構成国を侵害する重大な犯罪、テロ犯罪及び連合の政策を対象とする共通の利益を侵害する犯罪形態の予防と撲滅における相互協力を支援し強化することである（Ⅲ-177条1項）。ヨーロッパ法律は、ユーロポールの活動と任務の分野における構造と機能を定める。その任務とは以下のものを含む。①特に構成国の権限機関または第三国等の権限機関から伝達された情報の収集、保管、処理、分析、交換。②構成国の権限機関と共同で、または共同捜査チームの中で、場合によってはユーロジャストと連携して、実行される捜査及び取締活動の調整、組織及び実現。ヨーロッパ法律は、同様に、構成国の内国議会と連合したヨーロッパ議会によってユーロポールの活動の監督方式を定める（2項）。ユーロポールの取締活動は、その領域が関係する構成国の権限機関と連携し同意に基づき行なわれる。強制処分は内国権限機関によってのみ適用される（3項）。

閣僚理事会のヨーロッパ法律または枠組法律は、Ⅲ-171条及びⅢ-176条所定の構成国の権限機関が、その他の構成国の権限機関と連携し同意に基づきその構成国の領域において介入することができる条件と限界を定める。閣僚理事会は、ヨーロッパ議会と協議の後、全会一致で制定する（Ⅲ-178条）。

「ヨーロッパ連合は、犯罪に対する並びに人種差別及び外国人排斥に対する予防と撲滅の対策によって、警察司法当局及びその他の権限機関の間での協力を図り、刑事事件に関する法的決定の相互承認を行い、必要があれば、刑事立法の調和を図ることにより、高度な安全を保障するため働きかける。」ことが、憲法条約においても規定されていることから（Ⅲ-158条3項）、今後は相互承認と、立法の調和を中心として刑事司法の統合が進められていくことになる。手続法の統合を図ることには、独自性にこだわる構成国の抵抗が大きく、相互承認という手段を用いるほうが、各国の権限に抵触することも少なく合理的であると判断されたためであろう。

また、刑事実体法の調和についても、どの範囲で進めるのかということは問題となる。この範囲が拡大されれば、実質的には統一刑法典に向けて動き出すことにもなるが、それほど容易なこととは考えられない。25カ国に拡大されたヨーロッパ連合において、今後の刑事法の動向については、注視する必要があるだろう。

【後記】この報告は、私が南山法学において発表した論文を基にまとめたものである。報告の原稿をそのままの形で掲載しているため、注をつけてはいない。参考文献等の詳細については、末道康之「ヨーロッパ刑事法の現状—刑事実体法の調和の動向(1)(2)・完」南山法学 28 卷 1 号 73 頁、2 号 23 頁 (2004 年)、「ヨーロッパ刑事法の動向—フラ

ンス法から見たコルプス・ユリス(1)(2)・完」南山法学 27 卷 1 号 67 頁, 2 号 27 頁 (2003)
を参照してもらいたい。

不合理な結論を排除する法文解釈覚書

——婚姻解消における嫁資果実分配計算をめぐる 16世紀人文主義法学の解釈——

田 中 実

1. はじめに
2. ローマ法のD.24.3.7.1と13世紀の標準註釈
3. アルチャートの解釈
4. デュアランの解釈
5. キュジャースの解釈
6. おわりに

1. はじめに¹⁾

我国の法制度、法律学、そして狭い意味での法解釈学が、明治以来ヨーロッパのそれらの強い影響を受けて発展してきたことは自明の事実である。なるほどそこには文化移植一般に共通の様々な軋轢が見られ、また法継受に伴うのを常とする問題が顕在化し、あるいは日本における西洋法の浸透に独特な展開が指摘されてきた。こうした中で、「技術面での表面的な継受はともかく、西洋法文化の基層をなしているものが受け入れられてきたのか」と言われるとき、こうした指摘は陳腐で皮相的な文化論のおしゃべりにきっかけを与えもするが、上の三つの問題のどれにも関連する真摯な疑問であろう。しかし、「技術面での継受」がはたしてきちんとなされてきたのかということについて疑問をなげかける必要はないのであろうか。「技術面での継受」がきちんとなされていない、または「受容の拒否」が意識的、選択的になされていないとすれば、そのことは実は基層のレヴェルでの理解の問題にもつながってくるのではないか。逆に言うと、法制度や法律学の基盤をなしている部分に対する意識が希薄である、感受性が鈍いために、技術面での受容もきちんとしてきていないのではないか。「法解釈学の手法」「法解釈方法論」についても数多くの議論が紹介されてきたが、それらは「消化され」また「克服され」たかのように理解してよいのであろうか。こうした疑問を抱きつつ、ヨーロッパ大陸法学の歴史で練り上げられてきたローマ法解釈の議論のうち「拡張解釈」「縮小解釈」「類推適用」という問題に移る以前に²⁾、ここでは、そもそもある解釈が「不合理な、馬鹿げた結論になる」ために排除される、あるいは「合理

的である」がために採用されるという立論が中心的役割を果たしたある法文解釈の一断面を紹介し、法解釈という営みを、「与えられた文字に拘束されつつも、解釈者の主観による創造的な活動である」と難なく認める前に³⁾、承知しておくべき実例を得るのが本稿の目的である。

ここでは、古代ローマ法のテキスト（一法文）の中世法学から16世紀人文主義法学の解釈を、とりわけ、ルネサンスの文芸復興運動に対応する人文主義法学の先駆者たるイタリアのアルチャート（1492-1550）および彼の弟子でフランスのデュアラン（1509-1559）の議論、ならびに人文主義法学の盛期を飾る最高の法学者とされ、今日でもパリの法学部図書館の名となっているフランスのキュジャース（1522-1590）の議論を中心に紹介する。法文は、離婚の際の、嫁資（結婚生活の金銭的負担にあてられるべく嫁側から与えられる持参財産）から生じる果実の分配をめぐる古代の法的な議論を扱っている⁴⁾。このテキストは、提示されている事案の計算方法の表現そのものが難解であり、その分配の議論の背後にある考え方や制度の基盤をなしている思想に遡る前に、そもそもその内容を正確に把握することが困難であったものである。他方で、数字で出てくるナンセンスな結果から、納得せざるをえない「解釈の誤り」が客観的に指摘されやすい法文であった。テキストそのものの成立事情や構造が、我々に馴染み深い今日の法律の条文や判決のそれとは異なっているために、現代の法解釈学の手法に直結する解釈学ではないが、ヨーロッパの大陸法学、ローマ法学が知っていた法文解釈のあり方の一例を、我々の法解釈の手法との比較のために、覚書形で公にすることをお許し願いたい。

2. ローマ法の D.24.3.7.1 と 13 世紀の標準註釈

6世紀に編纂された『ローマ法大全』の「学説彙纂」第24巻第3章第7法文第1項は、2世紀末から3世紀にかけてのウルピアヌス『サビヌス注解』第31巻からの抜粋で、そこにはほぼ同時代のパピニアヌスが『質疑録』第11巻で述べていたことが記されていた（法文中にパピニアヌスの書名が入っているため、流布本では、パピニアヌス法文として独立させ、今日の第7法文第1項から第4項までが第8法文の首項となっていた。法文の冒頭をどこにするのかについての議論が、すぐ後で紹介する初期印刷刊本の標準註釈でなされていることは興味深い）。法文はこうである⁵⁾。

D.24.3.7.1 ウルピアヌス『サビヌス注解』第31巻

ところでパピニアヌスは『質疑録』第11巻で、離婚がなされたときは、果実は賃貸の日からではなく妻が婚姻にあったそれ以前の期間を計算して分けられると述べている。実際、土地が葡萄の収穫時に嫁資として与えられ、夫が11月1日からその土地を

収益させるように賃貸し1月末日に離婚がなされたとき、夫が葡萄の収穫の果実と離婚がなされた年の4分の1の果実を保持することは衡平ではないからである。さもなければ、葡萄の収穫がなされてその翌日に離婚がなされたとき、全部の果実を保持することになってしまうであろう。それ故に、1月末に離婚がなされて4カ月間婚姻が継続したのであれば、その金銭から〔その金銭で *ex ea pecunia*〕3分の1が夫に残されるように、葡萄の収穫の果実とその年の賃料の4分の1と一緒に（合算）されなければならない〔*ut* 以下を *final-consécutif* に理解し、「葡萄の収穫の果実とその年の賃料の4分の1と一緒に（合算）されなければならず、その金銭から〔その金銭で〕3分の1が夫に残される」と訳すこともできよう〕。

Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex Calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. itaque si [in=vulg] fine mensis Ianuarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

単語 *divortio* に付された、中世註釈学派の議論の集大成である13世紀中葉のアツクルシウスの標準註釈〔末尾にはフゴリヌスの略字あり〕では、以下のように解説されていた。

「法文であることもあれば、〔法文の中の〕項であることもある。そして〔次のように〕述べよ。ベトラはティティウスと10月1日に結婚し、葡萄の実で満たされている葡萄畑を嫁資として与えた。翌月つまり11月1日にすでに葡萄が収穫された後、夫はその土地を1年間12で賃貸し、そしてその年1月末に婚姻が解消された。そしてこのように婚姻は、契約が締結された日から4カ月間継続した。しかし賃貸の時点からは3カ月間である。ところでこの年の果実は夫と妻で分けられなければならないことは確かである。そして婚姻が継続していたその年の割合について夫が〔果実を〕有するものである。残りの割合は妻が、である。D.24.3.5のように。従って私は問う。葡萄の収穫のどれだけの部分と賃貸借に基づく債権である賃料のどれだけの部分を有するかを知るために、この婚姻がどれがけ継続したとあなたは言うのかと。これについて、もし賃貸借の時点が注目されると、3カ月が継続したことをあなたは見出すであろう。そしてこのように先行するすべての葡萄の収穫と、賃料の4分の1を夫が有

する。これは馬鹿げている。なぜなら 11 月 1 日にすでに葡萄が収穫されて、離婚がなされているというのに、すべての葡萄の収穫を夫が有するからである。これは誤りである。D.24.3.7にあるように⁶⁾。しかし婚姻が締結された時点にあなたが注目すると、婚姻は 4 カ月間継続したことを見出す。そして葡萄の収穫と賃料の 3 分の 1 を夫が有する。そしてこれが正しい。そしてこのように 1 年は婚姻が締結された日、嫁資が与えられた日から始まるのであり、賃貸の日からではない。ところで、婚姻が締結され葡萄畑が嫁資として与えられた時が注目されるのであって、賃貸の時でないことは、反対のケースで証明される。なぜなら、反対に、葡萄が収穫された後に、妻が夫に葡萄のない葡萄畑を 10 月 1 日または 11 月 1 日に嫁資として与えたと想定せよ。そして同じ年の 3 月 1 日に同じ畑を 12 で賃貸し、4 月に離婚がなされた。では夫が賃料のどれだけの部分を有するのかを私は問う。そしてもし賃貸借の時をあなたが注目すれば、12 分の 1 を有する。なぜならその時から 1 カ月婚姻が継続したから。しかし、夫が 5 ヶ月間または 6 カ月間継続した婚姻の時点（にあなたが注目すれば）、それに応じて夫が利益を得る。そしてこれが正しい。しかし婚姻が締結される以前に妻によって収穫された先行する葡萄の収穫は分割されない。D.24.3.7.4 のように⁷⁾。⁸⁾ また、quartam に対しては、「なぜなら賃貸の日から離婚の日まで、1 年の 4 分の 1、婚姻が成立していたから⁹⁾」との註釈が付されている。

さて標準註釈は、婚姻締結されたのが 10 月 1 日であり、夫が葡萄を収穫しその後 11 月 1 日に年間の賃料 12 で賃貸借契約を締結したという想定で解説している。法文も述べているように、夫が葡萄の全収穫と 1 年の賃料の 4 分の 1、つまり 3 ヶ月の賃料に相当する 3 を取得するのは衡平ではない。そこで葡萄の収穫と 1 年間の賃料を一緒に（合算）した上で、今度は婚姻継続期間である 4 ヶ月に注目して、一緒に（合算）した合計の 12 分の 4 つまり 3 分の 1 を夫が保持すると言うのが標準註釈の解決である。ちなみに、賃料も一緒に（合算）されるのに、期間の計算では、賃貸借締結時ではなく婚姻締結時からの期間が用いられるのに対する疑問に対しては、逆に、葡萄の収穫後に葡萄畑が嫁資として夫に与えられ、しかも夫が数ヶ月後にはじめて賃料 12 で賃貸し、翌月離婚がなされたときに、もし賃貸借契約締結時からだとすると、その（おそらくは 1 ヶ月の）賃料である 12 分の 1 を夫は保持することになるが、それは不合理であり、婚姻継続期間から計算しなければならないと述べている。逆の説だと馬鹿げたことになってしまうという立論（この法文に対する、バルドゥス（1319/1327-1400）の注解のいう *ratio per reductionem ad absurdum*、ヤソン（1435-1519）のいう *argumentum ab absurdo evitando*）を展開している。この註釈は、今日では項を区切っている次の項も同じ項としていたのに対応して、続く以下の内容にも言及していたのである。

D.24.3.7.2 ウルピアヌス『サビヌス注解』第31巻

そして逆の場合も同じこと¹⁰⁾が守られなければならない。なぜなら妻が葡萄を収受した後に直ちに土地を夫に嫁資として与え、そして夫が3月1日からその土地を賃貸し、4月1日に離婚が生じたときは、賃料の12分の1だけでなく、土地が嫁資であった期間の割合に応じて、支払われるべき賃料からの部分を保持するからである。

E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit et vir ex calendis martiis eundem locaverit et calendis aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensum, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debebitur portionem retinebit.

3. アルチャートの解釈

フランスのギヨーム・ビュデ（1467-1540）、ドイツのウルリッヒ・ツァジウス（1461-1535）¹¹⁾とともに、ルネサンスに対応する人文主義法学（復古学派）を確立した三頭 *tirumviri*¹²⁾の一人、イタリアのアンドレア・アルチャート（1492-1550）は、若い時代の重要な作品である1518年出版の『パラドクサ（通説批判）』（*Paradoxa iuris civilis*）第3巻第1章で¹³⁾、標準註釈の例に従いながらこの法文を要約した後に¹⁴⁾、その解釈に関しては、この法文に対する標準註釈の理解を鋭く非難する。以下1560年リヨン版の節の区切りに従って紹介しよう。

第1節¹⁵⁾ D.24.3.7.1〔流布本ではD.24.3.8〕がより正しく説明される。

「この法学者の文言から採られたこの節〔印刷刊本に付加された注によれば、法文の「それ故に」*itaque*で始まる最後の文〕は、その者の判断が流布しているすべての解釈者たちによって、パピニアヌスは明白な誤りに陥っていたと述べなければならない、というように理解されている。なぜなら、夫は、離婚前にあった期間の割合に応じて、嫁資である土地の果実を有さなければならないことは全く論争のないことであるので、前述のケースで述べられたことによれば、法はどうであるのかが問われたのであり、そして法律家たちの最近の判断（*recentior omnis Iurisperitorum sententia*）はすべて次のように事件が生じたと思ひ浮かべなければならないというのである。10月1日に婚姻がなされ、妻は果実とともに完全な土地を私に嫁資として引渡した。これらを収穫し、しかも葡萄の収穫はその月に集中的になされたが、〔その収穫は〕12と評価され、私は11月1日からその土地を同じく〔年〕12の賃料として次の年の同じ1日まで賃貸し、1月末に離縁がなされたとき、いかにこれらの〔婚姻期間〕4カ月間の果実が私の債権となるかが疑問とされる。そして最近のすべての者の判断によれば、

パピニアヌスは1年すべての割合について賃借人が負っている賃料の4分の1が私に帰されるように義務が負われると解答しているという。それは3ヌムス金である。そして葡萄の収穫の果実と一緒に（合算）され、合計15となる。そこからの3分の1つまり5が私の分であり給付される。この計算は不衡平であるとアレクサンダー〔・タルターニ〕は述べており、その計算から馬鹿げたことが生じることを〔アルチャートの師〕ヤソンは否定しない¹⁶⁾。

なぜなら土地の収入は毎年単に12になるのに、なぜ4カ月から夫に5が与えられるのか。賃貸にあたって夫が用いた〔有利な賃料を設定に向けた〕注意（*diligentia*）故に彼がより多くの割合を取得すると説く博士たちの根拠（*ratio*）を、健全な者なら是認するであろうか。この注意とはいったいいかなる注意なのでしょう。我々の勤勉（*studium*）で土地が耕されるときに、実際（*re ipsa*）我々はより大きな根拠を有しているのではないのでしょうか。賃貸借は三つの単語で締結・解消（*absolvere*）されうるが、耕す努力（*colondi cura*）はより多く労力を要したであろう。なぜなら、引渡された土地から程度の差はあれ利益を得ることが夫の手に認められていることは、平等とも矛盾するからである。とりわけ〔賃料といった法定果実である〕市民的な従物は、この場合〔葡萄といった天然果実である〕自然的なものとは異なることは是認されず、まして同じ評価で扱われることが、ルールに基づいて論じられていたからである¹⁷⁾。しかし葡萄の収穫の果実が12ではなく6だけの価値であると想定されるとどうであろう。なぜ4カ月から夫は〔通説の計算だと $6 + 3 = 9$, 9×3 分の1の〕3金だけ取得することになるのでしょうか。両方の場合に期間に比例した計算をするなら、5でも3でもなくて夫は4を持つのではないか。しかしこれらの解釈者の判断からパピニアヌスの文言を理解するなら、もし葡萄の収穫の果実が、土地が賃貸されたときと同じように売ることができると想定するなら、常に夫はより多くの割合を取得するのであり、時により安くで葡萄の収穫が評価されることを肯定すると、より少ない割合を夫は取得することを、我々は認めざるをえない。そしてこれがいかに馬鹿げているかに気づかない者はいない。とりわけ、アエリウス・ランプリディウスが、市民法の頂点であり法学の宝典と呼んでいる法学者パピニアヌスにあってはそうである。

ちなみに、前年6の収穫しかなかった葡萄畑を年12の賃料で賃貸したときに、そうした賃貸人を見つけてきた夫の才覚なり功績を考慮して、2年間の収穫および賃料を比例して計算すると 5×24 分の18（ $6 + 12$ ）が3よりも大きく4よりも小さくなると思われる。それはともかく、アルチャート以前に、より有利な取引を行った者の功績を論拠としていた論者がいたことは非常に興味深い。

第2節¹⁸⁾

「最も優れた〔ローマの法〕学者〔パピニアヌス〕の、誰にもこれまで十分に把握さ

れてこなかった解答を説明するために、すべての葡萄の収穫の果実が、その年の賃料の4分の1と一緒に（合算）されてはならず、そうではなく夫にはその賃料の4分の1が与えられ、それから葡萄の収穫からの果実がその賃料と一緒に（合算）されて、1年の収入の、つまりその年の賃料の3分の1が夫にとどまると、この法学者が判断していたと考えるように、私自身はそういう気に容易にさせられるのである。例えば土地が12で賃貸され夫が3を取得し、そして最後に3分の1をなすのに十分だけが葡萄の収穫の果実から補われるというように。上述のケースなら〔12の3分の1である4に足りない〕1であった。そしてたとえ葡萄の収穫が6, 10またはいかなる価格で評価されることが想定されようとも、賃料に加えられ収入の3分の1になるだけが、そこから夫に残されなければならないのである。」

このように、その年の果実である賃料の3分の1が夫のものとなるようにというのがパピニアヌスの判断であったとするのである。これだと前年の葡萄の収穫量は影響しないことになる。

第3節¹⁹⁾ 嫁資の果実は婚姻の期間に応じて分けられること。

「〔天然果実も賃料も含めて〕一般的に果実のことをいっている『一緒に（合算）される』という文言もこの理解に抵触しない。なぜならパピニアヌスは、果実と一緒に（合算）されると単純に書いているのではなく、（結果として）その年の賃料の3分の1が夫に残されるように（*ut tertia portio mercedis instantis anni viro relinquatur*）一緒に（合算）されると書いているからである。そしてこの解答は、夫がその年の3分の1について婚姻の負担を引受けているので、年の収入の3分の1を有するという極めて衡平な法にとどまっている²⁰⁾。そして婚姻がその年ずっと継続していたとすれば、夫は、賃借人による賃料の支払期日を待ち望むことになったであろう。婚姻が継続していた年の割合に応じて、同じことがいえる。ところで、夫は葡萄の収穫の果実からすべてを控除するのではない。それら（果実）は1カ月の割合だけ彼に帰属するからである。さもなければ賃貸の終了まで婚姻が継続していたなら、13カ月で夫は2年の果実を取得することになるであろう。このことは馬鹿げていることにヤソンは気づいていたにせよ、しかしパピニアヌスの誤った解釈から説明されているこの解答から逃げているのである。」

第4節²¹⁾ 小作人に対して夫は果実を割合に応じて請求する。

「なぜなら、葡萄の収穫がなされてから妻が結婚して、夫が3月1日に土地を賃貸したとしても、次の1日に婚姻が解消したなら、〔11月から3月の〕5カ月の果実はすべて妻に対してではなく、賃借人に対して請求するのであるからである。妻によって収穫された果実は、婚姻の継続している期間の月ではなく、〔妻が〕未婚であったその前

年に関するものなので、それ故にそれら（の果実）からは何も夫に支払われる必要はなかった。しかし合意からの数ヶ月のみが小作人に関係しており、次いで葡萄の収穫以前に婚姻が解消すれば、前年の果実からは何も夫は妻に対して請求せず、（もし金銭で賃貸借が契約されたことが想定されないなら）それらの月の評価がなされて、将来の葡萄の収穫の期待の計算がなされるのである。」

第 5 節²²⁾

「というのも葡萄の収穫前に婚姻が解消されても、しかし我々が述べたように、葡萄の収穫は、収穫される 1 ヶ月にではなく 1 年全体に関係するのであり、それも割合に応じて計算されるから。なぜなら、果実は上述の期間の計算に関するものであって、果実が集中して収穫されてその後が続いたものに関するものではないからである。そしてパピニアヌスの法文はこのように説明しなければならない。この法文は、誤った解釈によって非常にこんがらがっており、アックルシウスがその法文に対し極めて長い註釈や様々な意味を説明したのであるが、他でもなく何か包帯のようなもののごとくのおしゃべりをナンセンスなものに注ぎ込むことに骨を折っていたと見ることができる。」

アルチャートの説明は、一つには数値を挙げて、通説のナンセンスを指摘する。註釈の理解だと、嫁資農場から、昨年は葡萄収穫により 12 の収入を得、今年は賃料という形ではあるがやはり 12 の収入を得ることになるとき、夫は 4 ヶ月の婚姻から 5 を取得するのに対して、昨年の収穫が 6 で、夫がその倍の賃料収入 12 を得る賃貸借契約を締結したときに、12 を基準とした 4 ではなく 3 になってしまう。彼はこれを不合理であるとする。前年の収穫が 6 であったのに 12 の賃料が入る契約を締結したのは夫の功績である。そうだとすると第 1 節の後に述べたように夫は 3 よりも多く保持すべきことになろう。もっとも、アルチャートは、契約締結の努力は自身による耕作なり農場経営の努力に匹敵しないと述べている。いずれにせよ、昨年 12 の収穫で、今年も 12 の収益なら、まさに比例割合の最もわかりやすい例として 4 になってしかるべきであろう。これに対して、後者の例でも、アルチャートの主張は、要するに、夫が請求できるのは、3 ではなく 4 であるというものである。これに対しては、昨年の少ない収穫の意味を無視してもいいのかの議論が可能であろうが、いずれにせよ、離婚がなされる年の賃料の 4 ヶ月が夫に残されるべきであると考えてるのであるから、文言とは別に、夫がより有利な賃貸借契約を締結すると、彼の才覚が離婚年の嫁資からの収益配分に直接に反映することになる。もっとも立法論ではなく、ローマ法文の解釈学である。彼は *ut tertia portio mercedis instantis anni viro relinquatur* の *ut* を「そのような結果になるように」というように理解して、自己の説と D.24.3.7.1 の法文の文

言を一致させている。しかし *quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt* に続く実際の文言は *ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur* であり、彼は、前を受けた *ex ea pecunia* を無視しており、この点は、弟子のデュアランの指摘を受けることになる。いずれにせよ、アルチャートは数値を挙げて註釈以来の通説の不合理を指摘しこの法文の新たな解釈提示への道を切り開いたといえる。

4. デュアランの解釈

フランスのブルジュでアルチャートの教えを受けたフランソワ・デュアラン（1509-1559）は、人文主義法学の綱要論文ともいえる『法学の教授法および学習法についての書簡』（*Epistola de ratione docendi discendique iuris*）の作者として有名であるが、彼は『記念講義集』（*Disputationes anniversariae*）第1巻第60章で、この法文解釈を行っている²³⁾。彼は法文の内容を紹介した後に、註釈以来の解釈の誤りをアルチャートが指摘ことを述べている²⁴⁾。

「アックルシウス、バルトルス、ヤソン、ツァジウスなどは、葡萄の収穫のすべての果実が賃料の4分の1と混同され、混同され混合されたその金銭の3分の1を夫が保持するというようにこれらの文言を解釈している。例えば、葡萄の収穫の果実が12金であり、賃貸借の賃料も同じであると我々が想定するとすれば。なぜならその賃料の4分の1の割合が果実と結びつけられ混同され15となり、夫はその総額から5金を取得するからである。しかしこの計算が不正で不衡平であると考えない者は誰もいない。なぜなら1年の4分の1だけ婚姻が継続したのだから、夫は1年の収入の4分の1で満足しなければならないから。そしてたとえこの不衡平はもっともらしい理由で弁解がなされるのを常とするものの、もしそれらの理由をより仔細に調べると全く軽率なものであり、いわば霞の壁に描かれたようなものである。アルチャート『パラドクサ』第3巻第1章はまだ手に取るように明らかにはしていないように私には思われるものの、これらはアルチャートによっても鋭く反駁されている。それ故に、パピニアヌスの判断によれば、かの混同された金銭のではなく1年の全収入の3分の1が夫に残されなければならないことに気づかなければならない。」

このようにアルチャートの解釈に満足できないとして自説を展開する²⁵⁾。

「実際、パピニアヌスは、『その金銭の』ではなく『その金銭から云々』と述べており、このことはここで慎重に考えなければならない。ところで、果実を賃料の4分の1とこのように混同することがなされるのは、1年の収入の3分の1を我々が計算す

るのが、賃貸借の賃料だけからにせよ果実の量だけからにせよ、いずれにしてもこの分割で不利益をこうむることのないようにある。そして賃料だけでもなく果実だけでもなく、同時に果実と賃料が計算されるように混同されるのである。婚姻締結の時点から賃貸借の時点までの果実の〔計算〕、これに対して賃貸借の時点から婚姻の終わりまでの賃料の〔計算〕と私は述べる。例を挙げるとこのことはより明らかになる。賃貸借の賃料が 12 であり、夫によって収受された葡萄の収穫の果実が 24 金とせよ。賃料だけが計算されると、夫は 12 の 3 分の 1 である 4 金を得る。これに対して果実だけが計算されると、その評価額の 3 分の 1 がそうであるから、8 金を受け取る。しかし賃料の 4 分の 1 と、(なるほど全額ではなく、賃貸借以前に婚姻が存続していた期間に応じた) 葡萄の収穫の果実が混同されると、夫は 5 金を取得する。確かに 12 金である賃料の 4 分の 1 としての 3 金と、その評価額を 24 金であると我々が述べた果実の 12 分の 1 としての 2 である。賃貸借の賃料よりも果実の方がずっと多いときもあれば逆もあるからである。ある年の収穫が他の年よりも豊かであることがよくある。この場合、賃貸借の賃料からのこの 3 分の 1 を我々が計算すると、なるほど夫には損になるが妻の利益となる。しかし果実からだとは反対になる。果実だけからの、または賃貸借の賃料だけからのこの 3 分の 1 を我々が受け入れる理由はない。なぜなら同じ年に婚姻が継続していたのでは決してなく、婚姻は、その果実があった前の年の末と、賃貸借がある後の年の最初にあたっているから。それ故にこの種の不都合を回避するためにパピニアヌスは有用な方法を考案したのである。しかし流布し受容されている解釈に我々が従えば、夫には 5 ではなく 9 の債権があることになってしまう。なぜなら 3 金である賃料の 4 分の 1 が、我々 24 金であると述べた果実と一緒に(合算)されると、27 金の額となり、そこから 3 分の 1 を得る夫は 9 金を取得する。このように、いわば 2 つの面で、この計算は我々の計算とは異なる。しかしアルチャートの判断も我々の判断とは全く一致しない。たとえ、混同されたその金銭の 3 分の 1 ではなく、その年の全収入の 3 分の 1 についてパピニアヌスが述べていることに彼が賢明にも気づいているにもかかわらずである。しかも、賃料の 4 分の 1 が夫に与えられなければならない、それに加えて葡萄の収穫の果実から、賃料の 3 分の 1 になるために十分なだけそれに補うべきであることに、である。しかし(もし私とその判断を有していると)果実は 4 分の 1 と混同することではないのであり、そしてこのことはすでに述べられたことから十分に明白であると私は考える。従って我々の判断とこの者の判断との間には、この仮定では、彼(アルチャート)は 4 金だけを、我々は〔収穫 24 の 12 分の 1 と賃料 12 の 4 分の 1〕5 金を夫に与えなければならないと主張する。これは他でもなく我々によって先に論証されたことは、単により確かな論拠によるだけでなく、まさに必然的で、論証にあったって影響力のある等比比例の計算によって明白であり、不衡平と不法なしに生じうるのである。もし両方の年の収穫つまり賃貸借の賃

料と夫によって収受された葡萄の収穫の果実が同じ評価であるなら、こうした計算はいずれの配偶者にも害とはならず、なるほどその場合は混同も必要ではない。しかしもし賃料だけまたは果実だけが計算されるなら、果実の異なる量と両方の年の異なった評価額から生じてしまう不衡平を避ける計算をパピニアヌスは考案しようとしたのである。日常の経験によって教えられるように、この果実についての違いは繰り返し生じるのが常である（D.35.2.62）。」

このようにデュアランは、アルチャートが *ut tertia portio mercedis instantis anni viro relinquatur* を賃料の3分の1にあたる額が夫に保持されるという結果をもたらすようにと理解したのに対して、前年の収穫を、賃貸借が開始されるまでの月の計算の基準にし、賃貸借開始後は、賃料を月割りの計算の基準にするという、技巧的ではあるがより合理的な解釈を提示したと言える。もっともこうした解釈がパピニアヌスの文言 *confundere* や *ex ea pecunia* に矛盾しないのかは相当に疑問であろう。

5. キュジャースの解釈

人文主義法学の盛期に質量ともに他の学者を圧倒する著作を残したキュジャースは、人文主義的な様々な方法を駆使して多くの法文解釈に新たな地平を開いた作品『維持と修正』（*Observationes et emendationes*）の第14巻第22章で²⁶⁾ この法文解釈を行っている。この著作には短い章が多いが、この章は比較的長く、この法文について詳しく論じている。直接に関連する部分を内容に従って区切りながら紹介しよう²⁷⁾。

「妻は葡萄の収穫がまだなされていないとき10月1日に葡萄畑を嫁資として与えた。間もなく葡萄の収穫がなされ葡萄が集められ、夫はその時からが最初であった11月1日から同じ土地を賃貸し、1月末つまり2月1日の前日に離婚によって婚姻が解消された。それ故に婚姻はこのように4カ月継続したのである。その年の果実は夫と妻との間でどのように分けられるべきかが問われる。そして、4カ月間つまり1年の3分の1婚姻が継続していたので、葡萄の収穫から3分の1を夫は保持する。そして11月1日から1月末日まで続く賃貸の賃料から、つまり〔年間〕賃料の4分の1から、同じく3分の1を保持する。これがパピニアヌスの判断であり、しかも文言も明白である。パピニアヌスよりも聡明であると見られたい者が、それをからかったり悪く変更したりだめにしたりしているように、我々にはその判断を変更したりからかう理由はない。数学者たちが助言を求められる。彼らはパピニアヌスの配分よりも衡平なものは何もないと解答するであろう。きわめて学識のある数学者ヨハネス・ブテオこそ、その著作でアックルシウスやアルチャートに反対してこの配分を強く擁護し、諸説が

不適切であることに動かされて憤り両者に対し非難を述べずにはおれない者である。パピニアヌスは、配分にあたって守らなければならない等比比例を守っているのだと私は述べる。デュアランはパピニアヌスの明白な文言に反して書いているが、しかし驚くべきことに自分はこの等比比例を最初に導いたのだと述べているのである。パピニアヌスは等比比例を守っている。もし女性が〔1年のうち〕8カ月間結婚しておらず、4カ月間結婚していれば〔一方が他方の〕2倍の比であり、24である葡萄の収穫から彼女には16を夫には8を残している。これは同じ比である。そして類似して土地が〔年〕12で賃貸されるとその賃料の4分の1から妻に2夫に1となる。なぜなら両方ともに同じ比例があるからである。たとえ同様に表現されていなくともである。」

このようにキュジャースは、葡萄の収穫からも婚姻継続中に生じた賃料からも夫は3分の1を保持するとする自己の解釈を提示し、この解釈が合理的な判断であることに数学者までも援用している。標準註釈が挙げていた例によれば註釈と同じ結果となるが、キュジャースはこの判断に反する説に言及し、さらには次の項(D.24.3.7.2)との比較また自己の解釈を支える法文を援用していく²⁸⁾。

「しかし何がパピニアヌスの判断に反しているのかを見よう。パピニアヌスは単に賃料の比例を、つまり離婚の時点で支払期日になっており債権となっていたものを割当ててることを考え、そのため〔年に〕12で賃貸したときは、〔賃貸借は3ヶ月なので3の賃料のうち〕夫は1だけを妻は2を有するように3が分けられることを考えている。これに反して続く項(D.24.3.7.2)では、すべての賃料が土地が嫁資であったすべての月の期間の割合で分けられることが示されている。従って賃料の4分の1ではなく〔婚姻継続は1年の3分の1である4カ月だから〕3分の1つまり4が計算つまり分割されなければならない。なぜなら、離婚の時点ですでに債権となっていたものではなくこれから債権となるものに我々は注目するからである。フィレンツェ写本では *ex contrario* の項(D.24.3.7.2)において正しく書かれていたようにである²⁹⁾。これをよりよく理解するためには、分割されるのは、受領された果実なり果実の代わりに受領される賃料のうち夫によって受領されたものだけではなく、未だ収穫されていない果実のすべての期待もであり、離婚がなされた年の割合に応じて計算がなされることを知らなければならない。但し別段の合意があるときはこの限りではない(D.23.4.31)。このため、果実があるときに土地が返還された妻は、割合に応じて夫に与えられるものが果実から返され(D.24.3.7.15)³⁰⁾、また賃借人との関係で夫が損害をこうむることのないように守られるとの担保問答契約を行うことを常としており、これに対し夫は割当分を超過して賃借人から取得したものを、自分は返すとの担保問答契約を行う(D.24.3.25.4)³¹⁾ことを常としているが、これは正当である。そしてD.24.3.7.9³²⁾においては、果実は、夫妻の間で收受される時期だけでなく、世

話がなされるすべての期間で考慮されること、従って未だ収受されていない果実の（将来の）期待でさえも分割の計算にされることがはっきりと論じられている。同じことは D.24.3.7.2 と D.24.3.7.3 でも明らかに示されている。事件はでこうである。妻は、葡萄の収穫がなされて直ちに 10 月 1 日に土地を嫁資として与え、夫はその土地を 3 月 1 日から土地を賃貸し続いて 4 月 1 日に離婚がなされた。そしてこのように賃貸からの婚姻〔継続〕は 1 カ月だけ、土地の引渡からは 6 カ月であった。3 月は、賃貸からは 1 カ月、土地の引渡からは 6 カ月である。賃貸からの賃料は、婚姻が賃貸からは 1 年の 12 分の 1 だけ継続していたので、夫は賃料から 12 分の 1 だけを有するように分けられると我々は述べるであろうか。決してそうではない。妻が婚姻中にあり、土地が嫁資にあった過去の時期が計算されなければならないからである。そこから多くのことを我々は理解する。土地が引渡される前に葡萄の収穫で妻によって取得された果実は分割されないこと。なぜなら未だ嫁資にはなっていない土地から取得されたので。このことは D.24.3.7.3 の末尾³³⁾でも記されている³⁴⁾。」

では算定の年の切り方はどうなっているのだろうか。キュジャースは用益権者死亡の場合の果実分配に関する法文を利用して述べている³⁵⁾。

「賃貸の日からでなく、土地が引渡された日から新しい年が始まる。D.7.1.58³⁶⁾の事件で、1 年は賃貸の日からでなく用益権が設定された日から数えられている。この事件では 1 年間継続していた。なぜなら 1 月 1 日から始まりそして用益権者はそれを 3 月 1 日から賃貸し〔1 年後の〕同日に賃料が自らに支払われるよう担保問答契約をさせた。ところがその者は 12 月に死亡し、小作人によってすべての果実が収穫された。同じく、離婚の時期に支払期日の到来している賃料だけでなく将来の賃料の期待も離婚がなされた年の割合に応じて分担されるのである。これらすべてのことを D.24.3.7.3³⁴⁾は示しているのである。この項を誰かがこれまで明瞭に説明したかどうかを私は知らないが、確かにギリシア人〔『バシリカ法典』やその注釈作成者といったビザンツの法学者〕たちによって歪められている。彼らは *messes*〔収穫 *messis* の pl. nom.〕と *messium*〔*messis* の pl. gen.〕の代わりに *menses*〔月々が=*mensis* の pl. nom.〕と *mensium*〔月々の=*mensis* の pl. gen.〕と読んでいるからである。そしてこの問題では、土地が単純に「葡萄畑」(*vinea*)と言われているのではなく、葡萄の収穫、クルミ、果実をもたらす「葡萄園」(*arbustum*)と言われていることに注意しなければならない。多くの地域では、同じ土地で、葡萄の実と加えられた葡萄のつるを見ることができるよう。」

D.24.3.7.3 ウルピアヌス『サビヌス注解』第 31 卷

離婚がなされたその年の収穫が、賃貸の規定に基づいて小作人のものとなる場合で

あって、葡萄の収穫の前に婚姻が解消されたときもまた同じである。それにもかかわらず、将来の葡萄の収穫の期待でもって、収穫物の金銭が計算されるのである。

Item si messes eius anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio nihilo minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.

このようにこの法文はキュジャースの主張の論拠となるが、彼は『バシリカ法典』が誤解あるいは誤訳をしていたことを指摘し³⁷⁾、またラテン語の単語に対する詳しい知識を披露している³⁸⁾。そしてキュジャースは3項を解説する³⁹⁾。

「ところで D.24.3.7.3 の事件は様々に想定できるが、しかし以下のように想定するのがよりふさわしい。妻は、葡萄の収穫がなされて直ちに 10 月 1 日に土地を嫁資として与え、夫はそれを 3 月 1 日から収穫物は賃借人のものとするとの条件で賃貸し、そして婚姻は 10 ヶ月継続したが、賃料の収受後葡萄の収穫前 8 月に〔婚姻は〕解消され、夫が賃料から収受する利益の 6 分の 1〔2 ヶ月分〕を妻に返還し、妻が収受することになる葡萄の収穫から 6 分の 5〔10 ヶ月分〕を夫に給付する。そしてキュリッルスはこれを次のように正しく〔ギリシア語に〕翻訳している⁴⁰⁾。彼は述べている。「もし〔賃料の〕徴収の後葡萄の収穫前に離婚がなされたとき、夫も利益の妻も葡萄の収穫の報告する」と。しかし最初になされた異論を最終的になくすために、D.24.3.7.1 の事件でも、婚姻が継続していた全期間の割合に応じて将来の賃料の期待が考慮されないのはなぜか、なぜ賃料の 4 分の 1 だけが考慮されるのか〔の疑問〕に対しては、逆に引渡以後賃貸前に何ら別の果実がなかったときには、将来の賃料の期待が婚姻があったすべての月の期間の割合に応じて計算されるのであると私は解答する。なぜなら D.24.3.7.1 におけるように、最初の月に葡萄の収穫の果実があったなら、果実のすべての期待を考慮するのではなく、賃貸の日から離婚の日までに債権となっているものだけを考慮するのが衡平であるから。」

このように、キュジャースは、婚姻後に夫に葡萄の収穫利益があったかどうかで、後の賃料の分配ルールが考えて、1 項と 3 項の違いを説明するのである。もう一点、キュジャースの解釈したパピニアヌスに対する異論がありこれについても論じる⁴¹⁾。

「パピニアヌスに反対する別のことがある。D.24.3.5 および D.23.4.31 では〔反対の説によると〕最後の年の果実だけが夫と妻の間で分けられており、そしてパピニアヌスは最後から 2 年前の年の果実も分けている〔というのである〕。」

D.24.3.5 ウルピアヌス『サビヌス注解』第30巻

離婚がなされたその年の分配について、夫が自らのために期間を計算するのは、婚姻の期日からか、土地が夫に引渡された期日からかが問われる。そして、夫によって果実が保持されることについて注目されるのは、嫁資が設定された日でも婚姻の日でもなく、最初にその土地が嫁資として設定された日つまり占有が引渡された日である。

De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus, et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est id est tradita possessione.

D.23.4.31 スカエウオラ『質疑録』第3巻

婚姻最後の年の未だ収受されていない果実は妻のものとなるとの合意が夫と妻の間でなされているときこの種の合意は有効である。

Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant, huiusmodi pactum valet.

そしてキュジャースは解説する⁴²⁾。

「なぜなら最後の年の賃料は最後から2年前の葡萄収穫の果実であるから[という]。そしてこの理屈に動かされた者たちは、夫は[最後から2年目の果実である]葡萄の収穫全部の果実を取得し、[最後の年の果実である]賃料の4分の1を取得すると述べたのである。葡萄の収穫を[取得する]というのは、最後の年しか果実の類推は守られないからであり、賃料の4分の1を[取得する]というのは、最後の年は、賃貸の日から開始するので、その年、婚姻は3カ月つまり1年の4分の1しか存続していなかったからである[というのである]。しかしパピニアヌスはこのことに反対して2年ではなく1年が定め(constituere)られなければならないと適切に示しているのである。なぜならもし引渡が婚姻後になされたなら、1年は引渡の時から始まり、婚姻前に引渡されたなら婚姻の日から始まるのであり(D.24.3.5)(D.24.3.6),」

D.24.3.5 ウルピアヌス『サビヌス注解』第30巻〔前出〕

D.24.3.6 パウルス『サビヌス注解』第7巻

婚姻前に土地が引渡されたなら、1年は、婚姻の日から翌年の同じ日まで数えなければならない。同じことは離婚がなされるまで他の年についても守られる。なぜなら婚姻前に引渡されそこから果実が収受されたときは、これらは、嫁資が設定されたかのように、離婚がなされたときも、後日、返還されなければならないからである。

Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est: idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat. nam si ante nuptias traditus sit et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divortio facto quasi dotis facti.

こうして計算にあたって2つの年が考慮され、前年の果実の収穫すべてを夫が保持するという反対説がパピニアヌスの念頭にあったことが想定され、年の区切りが決定されていく⁴³⁾。

「従って同日に止むのであって中断されないものであり、存在する1つ〔の年〕は2つに分けられない。あなたが葡萄の収穫がなされてから1年を数えるなら2つの年があることになり、葡萄の収穫が最初の年の終わりをなすのであり、賃貸が次の年の始めをなすことになる。しかしあなたのこの計算は不当である。なぜなら引渡の日または婚姻の日から1年が計算されるべきであり賃貸の日からではないからである。その年ずっと結婚していたのであれば、たとえその年に夫が収穫を2回行ったとしてもすべての果実は彼の利益となるのである。そしてパピニアヌスが葡萄の収穫の果実が、賃料の4分の1と「一緒に（合算）される」と述べているとき、彼が意味しているのは、〔反対論者が考えている2つの〕年も「一緒に（合算）され」1つの年になり、そしてその年の両方の果実が評価されるということである。そして彼は最適な立論を用いている。最後の年が収穫の後賃貸借の日からつまり11月1日から計算されると、賃貸借がなされていないときも〔最後の年は〕その月から計算されることになり、その結果たとえその後収穫した翌日に夫が妻から離れこのようにごくわずかな期間だけ妻と一緒にあったとしても、葡萄の収穫の果実全体は夫のものになってしまう。しかしこれが馬鹿げていることを彼らは否定しない。従って彼らが認めている〔年を分ける〕ことも馬鹿げている。しかし最近の解釈者たちの判断よりは、彼らの判断の方がまだ我慢できるものであった。最近の解釈者たちが誤っていたのは、このことはパピニアヌスが論駁していた者たちも誤っていたのであるが、2年を定めるということに関して、この点では彼ら〔ローマ時代の反対論者〕は誤っていなかったのであるが、最後の年についてだけ想定されうる類推をいずれの年についてもなすことに関してであった。パピニアヌスは、他のいかなる説も反駁していない。他のものはより不適切で、ありそうもないものであり、当時でさえ誰にも思い浮かばなかったからであると私は考える。」

以上がキュジャースの解釈である。彼は、婚姻と離婚の期間との比例した配分を維持する解釈を提示する。これは法文の例だと、夫による葡萄の収穫の3分の1と、賃料の4分の1の3分の1という説明で、両方を足したものの3分の1という標準註釈

と同じ結果になる。しかし自己の解釈を支えるためにいくつかの根拠を示し、配分を計算すべき婚姻の最後の年をどのように定めるべきかを、問題の法文の項だけでなく、それ以外の法文、項に目を配り、一見計算が違ふと思われる法文も整合的に説明しローマ人の基本的な考え方を明らかにする。さらに、なぜパピニアヌスが、キュジャースの解釈のわかりやすい表現ではなく、「一緒に（合算）され」た上で3分の1にされるというわかりにくい表現を行ったのかも、彼が念頭においていた反対説を想定すれば理解できるとするのである。一つの箇所を理解するのに対して、いつくもの他の箇所を挙げて違いの線引きをする手法は、中世法学以来の伝統であるが、ギリシア語の法源を利用すること、そして法文の表現そのものをより仔細に観察し、書かれたものの背後にある古代ローマの議論を想定することは、まさに人文主義的な新たな手法である。『維持と修正』の第一巻第一章でキュジャースが法源の写本刊本の知識 *scripta* と内容面での合理性 *ratio* について述べていたこととは若干ズレるが⁴⁴⁾、あくまで法源に基づくローマの正しい認識 *scripta* と、時代を問わず納得できる合理的な配分方法の発見 *ratio* を念頭においた法文解釈を目指していると思われる。ここには人文主義法学が資料をより奥行きのあるものとして読んでいく様が看取できる。

6. おわりに

中世法学は一定の解釈を提示してきた。それは、収穫全体と賃料の4分の1を一緒に（合算）し、その3分の1を夫が保持するというものである。しかし、人文主義法学のパイオニアの1人であるアルチャートは、標準注釈の解釈に従えば数値として不合理な結果になることを示して、その正当化を断念し新たな解釈を提示した。その解釈によれば、要は賃料の3分の1を夫が保持するというものである。もっともアルチャートの解釈は、D.24.3.7.1の末尾の表現 *vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* の *ex ea pecunia* に言及していないあるいはそれを「賃料の」と理解するといった問題をはらんでいた。デュアランは、婚姻が継続しており未だ賃貸借が締結していない期間については、先の収穫を基準に按分し、賃貸借が締結されてからの期間については、賃料を按分するという解釈を提示し、これが等比比例にかなっているとする。しかしこの解釈は法文の文言と整合的であるかは疑問である。キュジャースは、参照する法源の量を増やし、また法文の表現に注目しつつアプローチの質を高めていった。しかし、アルチャートが指摘した不合理な結論について答えていないこと、デュアランの解釈に対して、なるほどそれは法文の文言からは無理であろうが、法文のどの文言と合致しないとは述べているもののなぜ等比比例といえないのか詳しく述べていないことなどを見ると、必ずしも各論点をおさえながら論争が展開していたと

はいえ、解釈に決着がついたわけではない。

いずれにせよ、ヨーロッパ普通法学でのローマ法のこうしたテキスト解釈は、解釈を直ちに解釈者の創造的活動である難なく認めるにはあまりに周到な議論を蓄積してきたのであり、解釈者が正しいと考えるところと、与えられたテキストの表現との緊張関係の中で、テキストの成立事情をより生き生きと捉えつつテキスト自体の意味するところを豊かにするという方法面での進歩をともなって、発展させられてきたことを忘れてはならないと思われる。

注

- 1) 本稿は、2004年3月18日ヨーロッパ研究センターでの月例報告「法文解釈と法律解釈—ヨーロッパ普通法の法規解釈からの経験」で挙げた、現代法と普通法のいくつかの例のうち、普通法の一法文解釈を紹介するものである。現代法としては、賃借人死亡の場合、配偶者の賃借権を認める立法について、同性愛居住者の権利の存否を争う事件の、連合王国貴族院1999年判決およびフランス破産院1997年判決、ならびに2004年3月13日、神戸岡本でのドイツ法セミナーにおける Frau Britta-Beate Schön, Abschiedsvortrag において議論された、訪問販売撤回権法と消費者ローン保護法、マンション購入担保設定ローン撤回権をめぐるドイツ連邦裁判所の2002年判決を紹介した。連合王国とフランスの判決については Stefan Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf den Kontinent, 2. Bde. Tübingen, 2001, Bd. I. S. 1-4 を参照。
- 2) 拡張解釈、縮小解釈、類推適用について、サヴィニーの整理以前の議論を紹介するものとして、拙稿「一五世紀普通法学の法解釈方法論の一端—コンスタンティヌス・ロゲリウス『法解釈論』覚書」(金山直樹編『法における歴史と解釈』法政大学現代法研究所叢書 23, 41-92 頁) 参照。周知のように、サヴィニーは、不合理な馬鹿げた結論の回避という論拠の援用、結果の内容面での正しさからの解釈を不明確な表現の解釈にのみ限定している。これは、本稿で扱う問題についての一つの見事な位置づけであろう。
- 3) 近年の代表的な民法教科書の説明として、内田貴『民法 I (第 2 版)』(東大出版会)、9-10 頁を参照。
- 4) この法文の解釈学史として Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 27, §. 1276 があるが、各論者の立論のあり方の紹介が本稿の目的からは不十分であり、またその論争の展開順序も実際とは異なっている。Reinhadt Bachovius Ectius, Notae et animadversiones ad volumen posterius disputationum Hieronymi Treutleri, Heidelbergae, 1618, Vol. II. Disp. VII. Thesis XII. Lit. C. も簡潔な説明で便利である。彼はプリニウスから葡萄の収穫が秋分の日あたりであるとして改竄を想定も試みている。《Existimabam tentari posse in specie hac Papin. quinque mensibus stesisse matrimonium, adeoque verba illa, et quatuor mensibus matrimonium steterit, imperito interpreti adscribenda, vel pro, quatuor, reponendum esse, quinque. Item enim fiet, ut ex confuses fructibus anni qui faciunt XII. cum quarta parte mercedis, quae facit tria, ex actissima proportione marito quinque relinquuntur. Et vero vindemiarum tempus in mensem potius Septembrem in Italia incidisse videtur, vel quod Plinius scribit libr. 18. cap. 31. circa aequinoctium autumnale vindemias fieri: vel potius quod Imperator in l. 2. C. de

feriis (C.3.12.2) a die 10. Calend. Septembri. qui idem est 23. Augusti inchoat ferias vindemiales, ut principium Octobr. non initium sed finem vindemiarum fuisse oporteat.》中野定雄他訳『プリニウスの博物誌Ⅱ』（雄山閣）813-315 頁を参照。ちなみに、婚姻不解消のカトリック教義に生きる時代の法学者が、離婚の際の嫁資からの果実分配を扱う法文の精緻な解釈を行うことについては、単に学問としてのテキスト解釈であったというだけでなく、奴隷制を前提とした法文が、奴隷制を認めない体制にも、法制度や法解釈に法律構成の豊かな着想を与えてくれることと類似のことがいえること、さらに、この法文に対しては、すでに標準註釈が、離婚のケースだけでなく死亡による婚姻解消のケースにも適用する立場をとっており、実務的な意味を持ったことを指摘しておく。またカトリック教義についてアルチャートがD.24.3の表題に対する注解で、次のような歴史的説明を行っていることも非常に興味深い。アルチャートD.24.3Rubrica（表題）に対する注解 ad matrimonio「かの〔ローマ〕法では婚姻は三つの形で解消される。死亡、離婚、奴隷化によってである。ところが今日では死亡によってのみ解消される。福音で「神が合わせられたものを人は離してはならない」と述べられているから。しかし Adge の公会議〔506年開催。重大な事由なく司教に離婚原因を明示せずに離婚した者を破門とする決定をしたことで有名〕では「人間の愛情から離れる者によって別れがなされると言われるが、司教の判断によって正当事由に基づいて離れるときはそうではない」と述べられている。イシドルスもこう考えていたと見られる。聖アンブロシウス（240-97）も姦通原因で離縁をなして別の妻を迎える権利を夫に与えている。原始教会がこのように遵守していたことはありそうである。さもなくば『（ローマ）法大全』でユ帝は離婚の扱いを神法に反するものとして退けたであろう。しかし教会は違うように遵守しアウグスティヌスの判断に移ったのである。…」《Soluebatur iure isto matrimonium tribus modis, morte, divortio, et seruitute. Hodie vero morte duntaxat soluitur: quia in Evangelio dicitur, Quos Deus coniunxit, homo non sepat. In concilio tamen Agatensi separari ab homine dicitur, qui humanis affectionibus divertit, secus si iusta ex causa iudicio episcoporum divertat, quod et Isidorus videtur sensisse. Divus quoque Ambrosius ex causa adulterii secuta repudiatione ius marito facit, alteram uxorem ducendi. sicque verisimile est primitivam ecclesiam observasse; alioquin de corpore iuris submovisset Iustinianus tractatum divortii tanquam divinae legis repugnantem. Ecclesia tamen aliter observat, et in Augustini sententiam transit...》Andrea Alciatus, in titulos et leges aliquot prioris partis tomi secundi digestorum commentaria. Solutio matrimonio et c. Rubrica. MATRIMONIO, in: Opera, Tom. II, Lugduni, 1560. fol. 5r. Opera. 1557-58年バーゼル版全集の復刻版（2004年フランクフルト）には掲載されていない。

5) 流布本については1512年リヨン版（フラダン版）のInfortiatumを参照した。標準註釈の原文自体はこの版によるが、句読点などは1627年リヨン版を反映させている。この法文の区切りが異なっていたことは、Hans Erich Troje, Graeca Leguntur, Köln/Wien, 1971, S. 127も指摘している。以下、法文引用などは、基本的にモムゼン版に従う。

6) D.24.3.7pr. ウルピアヌス『サビヌス注解』第31巻

果実とは費用を控除した残りであることは疑いがない。スカエウォラはこのことを夫の費用にも妻の費用にも適用する。なぜなら妻が葡萄の収穫前日に嫁資として与え、夫によって葡萄の収穫がなされてまもなく離婚するとき、彼女に11カ月の果実だけが返還されるのではなく、果実の分配がなされる以前に（antequam portiones fructuum fiant）控除しなければならない費用もであると考えている。……

7) D.24.3.7.4 ウルピアヌス『サビヌス注解』第31巻

従って、このことから、妻が婚姻前に収受した果実は分配される必要はないことは明らかである。

- 8) Gl. ad divortio. 《alias lex, alias §. Papinianus. Et dic, Betra nupsit Titio in Kalendis Octobris et vineam dedit in dotem uvis plenam. sequenti mense, scilicet Kalend. Novembris, iam percepta vindemia, locavit vir fundum ad annum pro xii. et in eodem anno in fine Ianuarii solutum est matrimonium: et sic duravit matrimonium quatuor mensibus, a die quo fuit contractum, sed a tempore locationis per tres manses. Certum est autem fructus debere dividi huius anni inter virum et uxorem: et pro quota parte anni duravit matrimonium, pro rata habeat vir: pro alia uxor: ut supra eodem. l. de divisione (D.24.35). Quaero ergo, quantum dicas hoc [hic=1627] durasse matrimonium, ut sic sicas quantam partem vindemiae et mercedis debita ex locatione habeat vir? Ad quod dic, quod si inspicitur tempus locationis, invenies tribus mensibus durasse: et sic vindemiam totam praeambam, et quartam mercedis habet vir, quod est absurdum: quia etsi in Kalend. Novembris iam percepta vindemia fieret divortium, totam vindemiam haberet vir: quod est falsum: ut supra eodem l. fructus. (D.24.37) si vero inspicias tempus quo fuit matrimonium contractum, invenies durasse matrimonium quatuor mensibus: et sic tertiam partem vindemiae et mercedis habet vir: et hoc est verum. et sic annus incipit a die contracti matrimonii, et a die datae dotis, non a die locationis. quod autem tempus contracti matrimonii, et vineae datae in dotem inspiciatur, et non tempus locationis, probatur in contrario casu. Nam pone econtra quod post perceptam vindemiam dedit mulier viro in dotem vineam vacuum in Kalend. Octobris vel Novembris: et eodem anno Kalend. Mariti maritus locavit eandem, pro xii. mense Aprili factum est divortium. Quaero ergo quantam partem mercedis habet vir? Et quidem si inspicias tempus locationis, habet xii. quia ex tunc uno mense duravit matrimonium. si autem tempus matrimonii, quod duravit quinque vel sex mensibus, pro tanto lucrabitur vir: et hoc est verum. vindemia autem praeambula a muliere ante contractum matrimonium percepta non dividitur, ut infra ea. l. §. apparet, et c. (D.24.37.4) quod hic iungas. H.》
- 9) Gl. ad quartam. 《quia quarta partem anni stetit matrimonium, a die locationis usque in diem divortii.》
- 10) この逆の場合の「同じこと」の内容も、註釈学派以来、議論となっていた。Gl. ad v. e contrario を見よ。
- 11) ビュデの『学説彙纂注記』(Annotationes ad Pandectas) は我々の法文を検討していない。ビュデの『注記』の功績については、拙稿「人文主義法学のローマ法文解釈と市場原理」(加藤哲実編『市場の法文化』国際書房, 所収) を参照。ツァジウスはこの法文について伝統的な法文の区切りに従い伝統的な計算の講義を行っている。彼は葡萄の収穫が 30 で、賃料が 12 のケースを想定して述べている。《Fingamus, vindemia collecta aestimatur ad triginta flor. quarta portio mercedis facit tres aureos, confundite hanc pecuniam, habebitis XXXIII, flor. dividite in tres partes, undecim flor. dabuntur marito, alias partes, scilicet XXII. dabuntur haeredibus uxoris. Haec est expedita computatio. Udalicus Zasius, Commentariain titulos aliquot infortiati, Opera, Lugduni, 1550, Aalen, 1964, Bd. 2. col. 41-44.》
- 12) この 3 人の学者はすでに 1518 年頃に交流があったとされ、3 人を三頭と呼んだのは同時代のクロード・シャンソネット (ca. 1490-1549) であるとされる。Paul Émil Viard, André Aliciat, Paris, 1926, p. 55. アルチャートの生涯と作品について Jochen Otto, Leben und Werk von Andreas

Alciat (1492-1550), in: Opera, Frankfurt am Main, 2004, V-L を参照。

- 13) 利用したのは、他の小作品とともに出版された 1548 年リヨン版、1560 年リヨン版全集 (Opera Tomus VI. fol. 21v. - fol. 22r.), 1582 年バーゼル版全集 (col. 63-64) である。節の区切りは 1560 年リヨン版による。
- 14) 《DIVORTIO facto fructus dividi (Papinianus ait) non ex die locationis, sed habita ratione praecedenti temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Quare si Calen. Octobris vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Novembris, primis locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio, sic fieri debere divisionem, idem auctor est, ut cum quatuor mensibus matrimonium sterisse proponatur, vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debeant, ut ex ea pecunia tertia portio relinquatur.》
- 15) 1. L. Divortio. solu. matr. explanata verius. 《Quae ex verbis Iurisconsulto delibata clausula, ita ab omnibus, quorum vulgata sit sententia, interpretibus percipitur, ut expresso errore lapsum Papinianum fateri necesse sit. Cum enim plus quam constet, maritum pro rata temporis, quod ante divortium intercessit, dotalis fundi fructus habere debere, quaesitum fuit, quid iuris esset secundum ea, quae praedicto casu referuntur: et recentior omnis Iurisperitorum sententia haec est, ut rem gestam sic evenisse fingendum sit: Facto Calendis Octobribus matrimonio, fructibus plenum fundum in dotem uxor mihi tradidit: quibus collectis, sicque coacta eo mense vindemia, quae XII. aureis aestimata est, fundum illum ex Calendis Novembris, in eadem sequentis anni Calendas locavi, pretio aureorum pariter XII. dubitatur misso in fine Ianuarii repudio, quemadmodum fructus quatuor illorum mensium mihi debeantur: et ex recentiorum omnium sententia ita deberi Papinianus respondit, ut quarta pars mercedis, quam pro toto anno conductor debet, mihi adscribatur, quae trium aureorum nummum erit, et cum fructibus vindemiae confundatur, ut simul coacta quindecim sint: quibus tertia mihi portio, hoc est, quinque, praestabuntur. Quam computationem inquam esse Alexander fatetur, et ex ea quaedam absurda sequi Iason non negat. Nam cum redditus fundi is sit, ut non nisi duodecim quolibet anno reddat, cur ex quatuor mensibus quinque marito dantur? an sanus quisquam rationem Doctorum probaverit, qui propter diligentiam, qua in locando usus sit maritus, plus rata consequi eum tradunt? quaenam, obscuro, haec diligentia est? nonne maiorem re ipsa adhibemus, cum nostro studio fundus colitur? siquidem locatio vel tribus verbis absolvi potest: at colendi cura in dies maius negotium facessit. Nam et ab aequitate abhorret, ut in manu mariti constitutum sit, vel plus, vel minus de tradito fundo lucrari, praesertim cum non probetur, civiles accessiones hoc casu ab naturalibus differre: imo aequali censura tractari, ex regula traditum sit. Sed quid si vindemiae fructus non XII. sed VI. tantum valere proponatur, cur ex quatuor mensibus tres solos aureos maritus lucrifacit, cum tamen utroque casu, si ratam temporis rationem duxerimus, non quinque aut tres, sed quatuor habere maritus hebeat? Atqui si ex horum interpretum sententia Papiniani verba acceperimus, illud necessario admittere cogemur, ut si tantidem vindemiae fructus venundari potuisse fingamus, quanti locatus est fundus, semper plus rata portione maritus habeat: si aliquanto minori pretio aestimatam vindemiam adseramus, minus rata maritus consequatur: quod nemo certe non videt, quam absurdum sit, et praesertim in Iurisconsulto Papiniano, quem iuris civilis apicem, et doctriane legalis thesaurum Aelius Lampridius appellat.》
- 16) ヤソンは、この法文の注解で《Quarto promitto quod principalis difficultas consistit ad viden-

dum, quando fundus traditus plenus in dotem, et maritus percepit de pensione fundi locati, pro anno futuro, quod videtur iniquum, et circa hoc laborat multum gl. in vers. quarta. et ibi reservo dicendum.》と、「ここでは私はどう述べるべきか〔解答〕を留保する」と述べている。Iason Maynus, *Commentaria in primam infortiati partem, Augustae Taurinorum, 1573, fol. 17v.*

- 17) 高い賃料を実現させた夫の功績を評価しないという立場はすでにバルドゥスがこの法文に対する注解で述べていた。「物から直接に由来するのであれ, 間接的に物ゆえにであれ, すべての果実は, 婚姻の最後の年の割合に応じて, 夫と妻またはそれぞれの相続人の間で分割されなければならないことに, まず注意せよ。賃料について, 夫の勤勉・努力によって賃料が増加したかどうかは区別されない。なぜならこのすべては, たとえ勤勉・努力がなされたにせよ, 分割されなければならないから。D.35.2.3 と D.6.1.62.1」《*Nota primo, quod omnes fructus provenientes immediate ex re, vel mediate propter rem debent dividi pro rata ultimi anni matrimonii inter virum et uxorem, vel inter heredes eorum. Nec distinguitur in pensione, utrum ex industria mariti sit aucta pensio necne. Nam totum hoc venit dividendum, licet versetur industria, ut i. ad l. Fal. l. si haeres (D.35.2.3), et rei vendi. si navis, §. 1. (D.6.1.62.1)*》 Baldus Ubaldus, *Commentaria in infortiati partem, Venetiis, 1599, fol. 6v.*
- 18) 《*Quamobrem ut nemini adhuc satis praeceptum, praestantissimi auctoris responsum explicem, facile ipse in eam adducor sententiam, ut sensisse Iurisconsultum opiner, non totius vindemiae fructus cum quarta portione mercedis instantis anni confundendos: sed dandam marito quartam partem eius mercedis, deinde ita fructus ex vindemia cum ea mercede confundendos, ut tertia portio redditus annui, id est, mercedis instantis anni penes maritum resideat: veluti si fundus duodenis locatus sit, ternos maritus acquirat, et demum ex vindemiae fructibus tantum illi suppleatur, quantum satis sit ad tertiam portionem constituendam: quod ex praedicto casu unum erit: et quamvis vindemina vel senis, vel denis, vel quoque pretio aestimata proponatur, ex ea id solum marito relinqui debeat, quod mercedi additum, tertiam redditus partem faciat.*》
- 19) 3. *Fructus dotales pro tempore matrimonii dividi.* 《*Nec huic intellectu verbum, confundi, quod generaliter fructus respicit, adversatur, cum non simpliciter fructus confundi Papinianus scribat, sed ita confundi, ut tertia portio mercedis instantis anni viro relinquatur: subsistetque hoc responsum aequissimo iure, ut quoniam tertia anni parte maritus onera matrimonii substinuit, tertiam quoque annui redditus portionem habeat: et cum, si matrimonium integro anno permanisset, expectaturus erat maritus terminum quo ab conductore pretium solui debuerat. Idem quoque ratione partis anni faciat, quo matrimonium stetit: non autem ex vindemiae fructibus omne deducat, cum hi solum unius mensis ratione ad eum pertineant: alioqui si usque ad locationis terminum matrimonium durasset, tredecim mensibus duorum annorum fructus vir lucraretur: quod quamvis absurdum esse Iason agnoscat, tamen ex hoc Papiniani falsa interpretatione declarato responso, concedit.*》
- 20) 嫁資が婚姻の負担の対価の意味を持っているのに対して, 権利者の負担とは結びつけられない用益権の場合は, 利益は獲得時点での用益権者にすべて帰されるという点で, 嫁資の違うことは, 伝統的にヤソン, カストレンシス, そしてキュジャースも指摘している。さらにグリユックも指摘するところである。Glück, *Pandekten, Bd. 27, §. 1276, S. 286* も参照。
- 21) 4. *Fructus a colono pro rata petit vir.* 《*Nam etsi collecta vindemia nubat mulier, maritusque Calendis Martiis fundum locaverit, soluto sequentibus Calend. matrimonio, quinque mensium*

fructus omnes non a muliere, sed a conductore repetet: cum collecti ab uxore fructus, non eius temporis, quo nupta stetit, menses respiciant, sed praecedentem, quo nubilis erat, annum: quocirca ex eis nihil marito debebit solui. quod si messes ex conventionem solum ad colonum spectent, soluto dein ante vindemiam matrimonio, nihil adhuc ab uxore praecedentis anni fructibus vir petet, sed aestimatione messium facta (si nummis locatio contracta non proponatur) cum spe futurae vindemiae computatio fiet.》

22) 《Nam licet matrimonium ante vindemiam solutum sit, cum tamen vindemia, ut diximus, non unum, quo colligitur, mensem respiciat, sed totum annum, ea quoque pro rata computabitur: fructus enim ad superioris temporis computationem pertinent, non ad id, quod eis coactis secutum est: Et hoc modo exponenda est Papiniani illa lex, quae tot falsis interpretationibus intricata est, ut longissima glossemata, variosque sensus dum Accursius in eam descripsit, non alia de causa id egisse videri possit, quam ut multiloquium tanquam splenium quoddam, suis gerris obiiceret.》

23) デュアランの経歴については, Luigi Palazzini Finetti, Storia della ricerca delle interpolazioni nel corpus iuris Giustiniane, 1953 Milano, p. 144 の簡潔な叙述参照。

24) 《Quae verba sic vulgo interpretantur Accurs. Bar. Ias. Zasius, et ceteri, ut confundantur fructus omnes vindemiae cum quarta parte mercedis, et tertiam partem eius pecuniae confusae atque commistae maritus retineat. Veluti si ponamus duodecim aureorum esse fructus vindemiae, totidem aureorum esse mercedem locationis: quia quarta eius mercedis portio cum fructibus coniuncta, et confusa quindecim efficit, maritus quinque aureos ex ea summa capiet. Sed nemo non videt iniustam, et iniquam esse hanc computationem: quia cum quarta tantum parte anni stetisse proponatur matrimonium, quarta redditus annui parte contentus esse debet maritus. Et quamvis rationibus speciosis excusari soleat haec iniquitas, leves tamen admodum sunt, si quis eas propius inspexerint, et quasi pictae (ut aiunt) in parietibus nebulae. Quae et ab Alciato acute refelluntur, tametsi rem acu nondum mihi videatur tetigisse Alciat. lib. Paradox. 3. c. 1. Itaque animadvertendum est, non tertiam partem illius pecuniae confusae, sed totius redditus annui potius marito relinquendam esse, ex sententia Papiniani.》 Franciscus Duarenus, Disputationes anniversariae, in: Opera, Lugduni, 1584, fol. 1410-1411.

25) 《Non enim ait Papin. *Eius pecuniae*; sed *Ex ea pecunia*, et c. quod diligenter expendendum hic est. Fit autem haec confusio fructuum cum quarta parte mercedis, ne alteruter in hac divisione afficiatur incommodo si hanc tertiam redditus annui partem vel ex sola mercede locationis, vel ex sola fructuum quantitate metiamur. Atque ita confunduntur, ut neque mercedis solius, neque fructuum tantum, sed simul, et fructuum et mercedis habeatur ratio. Fructuum, inquam, a tempore contracti matrimonii, usque ad tempus locationis: mercedis vero a tempore locationis, usque ad finem matrimonii. Exemplo id dilucidius fiet. Pone XII. aureorum esse mercedem locationis, fructus vindemiae perceptos a marito aureorum quatuor et viginti. Habita ratione mercedis solius, aureos quatuor auferet maritus, quae tertia pars est XII. aureorum: habita vero fructuum solummodo ratione, aureos VIII. percipiet, cum eorum aestimationis tertia pars haec sit. Verum si confundantur quarta illa pars mercedis, et fructus vindemiae (non quidem integri, sed pro modo temporis, quo matrimonium stetit ante locationem) quinque aureos capiet maritus, nempe tres aureos pro quarta parte mercedis, quae est XII. aureorum, et duos aureos pro

duodecima parte fructuum quorum aestimationem diximus XXIII. aureorum esse: fieri nanque potest, ut longe amplius sit in fructibus, quam in mercede locationis, aut contra: cum unius anni proventus uberius esse soleat, quam alterius. l. pretia rerum ff. ad l. Falcid. (D.35.2.63) Quo casu si ex mercede locationis tertiam hanc partem metiamur, damnosum id quidem erit marito, lucro vero uxoris cedet. Sin autem ex fructibus, contra. Verum nulla ratio est, cur ex fructus solis, aut mercede locationis sola tertiam hanc partem sumamus, cum uno atque eodem anno mimine steterit matrimonium, sed in finem prioris anni, cuius sunt fructus, et in posterioris initium, cuius est locatio, incurrerit. Itaque huius incommodi vitandi gratia utilem excogitavit rationem Papinianum, qua utrique proficiatur, et neuter iustam querendi causam habeat. Quod si vulgarem receptamque interpretationem sequamur, pro quinque aureis novem debebuntur marito. Nam quarta pars mercedis, quae trium aureorum est, commista cum fructibus, quos diximus XXIII. aureorum esse, septem et viginti aureorum summam efficiet, ex qua summa tertiam partem auferens maritus, novem aureos consequetur. Itaque *δὲς διὰ ωασῶν* quod dicitur, a nostra discrepat haec computatio. Sed nec Alciati sententia cum hac nostra usquequaque consentit, tametsi prudenter animadvertetur non de tertia parte illius pecuniae confusae, sed integri redditus annui Papinianum loqui. At enim, dandam marito quartam partem mercedis, et praeterea ex fructibus vindemiae tantum ei supplendum esse, quantum ad tertiam partem mercedis conficiendam sufficiat. Verum hoc non est (si quid iudicii habeo) fructus confundere cum quarta parte, idque ex iam dictis, opinor, satis perspicuum esse. Hoc igitur inter nostram, eiusque sententiam interest, quod in hac hypothesi, ille quatuor aureos tantum, nos quinque, marito dandos esse contendimus. Nec aliter fieri absque manifesta iniquitate, et iniuria potest, id quod a nobis ante demonstratum est, non probabilibus modo argumentis, sed prope necessariis etiam ac Geometricis rationibus, quae in docendo vim adferre dicuntur. Sane si eiusdem aestimationis esse utriusque anni proventus, id est, mercedem locationis, et fructus vindemiae perceptos a marito proponamus, talis computatio neutri coniugum damnosa futura est, ac ne ulla quidem confusio tunc erit necessaria. Sed rationem excogitare voluit Papinianus iniquitatis vitandae, quae ex varia fructuum quantitate, et aestimatione utriusque anni oriretur, si mercedis solius, aut fructuum haberetur ratio. Quae varietas in fructibus crebro accidere solet, ut experientia quotidie edocemur, dict. l. pretia rerum. (D.35.2.62)》

- 26) この作品は 1556 年から漸次出版されていき、14 巻までが 1574 年にケルンで公刊されている。利用したのはナポリ版全集 Jacobus Cujacius, *Observationes et emendationes*, in: *Opera*, Tom. III, Neapoli, 1758, col. 405-409. であるが、ヴェネツィア版 (1758 年) で一部訂正した。
- 27) 《Mulier pendente vindemia Kal. Oct. vineam dedit in dotem, mox sublata vindemia, lecta uva, vir ex Kal. Nov. primis, id est, quae fuerunt ab eo tempore primae, eundem fundum locavit et solutum est divortio matrimonium in fine mensis Ianuarii, id est prid. Kal. Feb. atque ita stetit matrimonium mensibus quatuor. Quaeritur quemadmodum fructus eius anni dividendi sint inter virum et uxorem. Et quia quatuor mensibus stetit matrimonium, id est, tertia parte anni, ex vindemia tertiam partem retinebit maritus, et ex mercede locationis quae cessit a Kal. Nov. usque in supremam diem mensis Ianuarii, id est, quarta parte mercedis, aequae retinebit tertiam partem. Haec est sententia Papiniani, et verba sunt clara: nec est quod eam mutemus vel cavillemur, ut qui prudentiores Papiniano videri volunt, partim eam cavillantur, partim mutant

male atque corrumpunt. Consulantur mathematici: respondebunt nihil esse aequius distributione Papiniani. Est Io. Buteo doctissimus Mathematicus, qui in suis libris eam fortiter defendit adversus Accursium et Alciatum, nec sibi temperat quin stomachetur et ingerat convicia utriusque motus opinionum ineptitudine. Servat Papinianus proportionem Geometricam, quae in distributionibus servari debet, quam non servat Duarenus, qui contra manifesta Papiniani verba scripsit, et tamen quod mirum eam se primum inducere profitetur. Servat, inquam, Papinianus proportionem Geometricam, quandoquidem si mulier innupta fuerit mensibus 8. nupta 4. quae est proportio dupla, et ex vindemia quae est 24. ei relinquit 16. viro 8. quae est eadem proportio, et similiter ex quarta parte mercedis locato fundo 12. mulieri duo, viro unum: nam utrobique est proportio eadem, licet non idem expressus.》

28) 《At videamus quid obiiciatur sententiae Papiniani. Vult Papinianus portionem tantum mercedis in contributionem venire, eam scilicet quae cesserat et debebatur tempore divortii, ut si locaverit 12. dividi 3. ita ut unum duntaxat habeat maritus, mulier duo. Contra in §. seq. ostenditur, mercedem totam venire in divisionem pro modo temporis omnium mensium quo fundus dotalis fuit: debuit igitur non quarta, sed 3. mercedis, id est 4. in computationem sive divisionem venire: nam non spectamus quid tempore divortii debebatur, sed quid debebitur, ut Flor. scriptum est recte in §. ex contrario, d. l. 7. (D.24.3.7.2) et hoc ut melius intelligatur, sciendum est, in divisionem venire non tantum fructus perceptos vel pensiones locationum, quae pro fructibus accipiuntur, acceptas a marito, sed etiam pendentes, stantes et omnem omnino spem fructum, habita ratione pro portione anni quo divortium factum est, nisi aliud convenerit, l. pen. de pac. dot. (D.23.4.31) qua de causa mulier cui fructibus stantibus fundus redditur cavere merito solet ex fructibus reddituram quod maritum proportionem contingit d. l. 7. §. interdum (D.24.3.7.15), et indemnem eum servari adversus conductorem: et contra maritus quod a conductore consecutus fuerit praeter portionem contingentem, id se mulieri redditurum, l. si filiof. §. ultimo eod. (D.24.3.25.4) Et aperte traditur in d. leg. VII. §. non solum, (D.24.3.7.9) fructuum rationem haberi inter maritos non solum tempore quo percipiuntur, sed toto tempore quo curantur. Igitur spem etiam futurorum fructuum nondum perceptorum in divisionis rationem venire. Idem etiam aperte demonstratur in d. §. ex contrario et §. item si messes (D.24.3.7.2) (D.24.3.7.3). Species haec est. Mulier sublatis vindemiis statim fundum dedit in dotem Kal. Oct. et vir eundem fundum locavit ex Kal. Mar. et divortium subsecutum est Kal. Apr. atque ita a locatione matrimonium stetit mense uno tantum, a traditione fundi mensibus sex, et mensis Martius unicus est a locatione, sextus a traditione fundi. An dicemus a locatione mercedem ita dividi ut maritus ex mercede habeat tantum duodecimam partem, quod a locatione duodecima tantum parte anni steterit matrimonium? Minime, quandoquidem habenda etiam est ratio praeteriti temporis quo mulier in matrimonio, fundus in dote fuit, ex quo multa intelligimus. Fructus vindemiae captos a muliere ante traditum fundum in divisionem non venire, quia capti sunt ex fundo nondum facto dotali, quod etiam notatur in fine §. item si messes. (D.24.3.7.3)》この法文に対するキュジャースの解釈については、他に Julii Pauli Sententiarum receptorum ad filium libri quinque, Lib. 2. Tit. 22. n. 1, in: Antonius Schultingius, Jurisprudencia vetus ante Justiniana, Lipsiae, 1737, p. 310. がある。

29) 流布本ではパピニアヌス法文 D.24.3.8pr. とされていた箇所である。フィレンツェ写本そのも

のは項の区切りがなされていないが、キュジャースの区切りは、フィレンツェ写本に従った最初の校訂版トレッリ版と同じである。ゴドフロワ版やモムゼン版では D.24.3.7 は 16 項に分けられているが、この校訂版では 12 項に分けられており、モムゼン版 D.24.3.7.3 と 4 は一つの項であった。「将来の葡萄の収穫の期待を含めて、収穫物の金銭が計算される」《*pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.*》とある。写真版 *Codex Florentinus pandectarum I*, Firenze, 1988, fol. 345v. およびトレッリ版 *Editio Taurelliana Digestorum*, Florentiae, 1553. Frankfurt am Main, 2004, Tom. I, fol. 602 を参照。

30) D.24.3.7.15 ウルピアヌス『サビヌス注解』第 31 卷

時には果実について妻から夫に担保（問答契約）がなされ、そして果実があるときに妻が土地を受ける（取戻す）ならば、彼は何も保持しない。時には夫はそれだけ〔収受された分〕を保持し何も返還しない。つまり割合に応じて彼が保持することを要する以上ではないときではある。しかし時には、彼が保持することを要する以上に収受したときには返還もする。舅またはそれぞれの相続人を相手方として嫁資について訴えられるときも、同じ法律関係となる。

Interdum marito de fructibus a muliere cavetur et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet: interdum retinebit tantum maritus et nihil restituet, id est si non plus erit, quam pro portione eum retinere oportet: interdum vero et reddet, si plus percepit quam eum retinere oportet. eadem condicio erit etiam, si cum socero vel cum herede alterutrius de dote agatur.

31) D.24.3.25.4 パウルス『告示注解』第 36 卷

夫が〔嫁資である〕土地を 5 年間賃貸し、そしておそらく 1 年後に離婚がなされたとき、サビヌスは、述べている。「彼が担保問答契約をなしたとき以外は、土地は妻に返還されることを要しない。夫が、1 年の賃貸借をこえて、有責判決を受けたとき、彼女がそれを給付することになる。しかし夫が妻に、最初の年を除いて、賃貸借に基づいて取得したものは何でも自分は彼女に返還するということが、妻のために担保問答契約がなされなければならない」と。

Si vir in quinquennio locaverit fundum et post primum forte annum divortium intervenerit, Sabinus ait non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se praestatum iri: sed et mulieri cavendum, quidquid praeter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restitutum.

32) D.24.3.7.9 ウルピアヌス『サビヌス注解』第 31 卷

土地についてだけでなく家畜についても我々は同じことを述べる。それ故に羊の羊毛や家畜の子が給付される。もし夫が出産間近の羊を嫁資として受けとったなら、同じく毛を刈る直前の羊を受け取り、出産や毛を刈った後に続いて離婚がなされたなら、夫は何も返さないのか。なぜなら、ここでも、収受された期間ではなく、世話がなされた全期間についての果実を我々は計算に入れなければならないからである。

Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fetusque pecorum praestaretur. quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.

33) D.24.3.7.3 ウルピアヌス『サビヌス注解』第 31 卷

離婚がなされたその年の収穫が、賃貸の規定に基づいて小作人のものとなる時、葡萄の収穫の前に婚姻が解消されたときもまた同じである。それにもかかわらず、将来の葡萄の収穫の期待を含めて、収穫物の金銭が計算されるのである。

Item si messes eius anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio nihilo minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.

D.24.3.7.4 ウルピアヌス『サビヌス注解』第31巻

従って、このことから、妻が婚姻前に収受した果実は分配される必要はないことは明らかである。

Apparet igitur ex his illos fructus, quos mulier percepit antequam nuberet, non debere in contributionem venire.

34) 流布本では D.24.3.8pr. の末尾であった。ゴドフロワ版やモムゼン版だと D.24.3.7.3 および D.24.3.7.4 である。前注 29 参照。

35) 《Non ex die locationis quasi novum annum incipere, sed ex die traditi fundi, ut in specie l. defuncta, De usufr. (D.7.1.58) annus non numeratur a die locationis, sed a die constituti ususfructus, qui in ea specie duraverat anno integro. Coeperat enim a Kal. Ian. et fructuarius eum locaverat ex Kal. Mar. eaque die pensionem sibi solvi caverat: mortuus autem is est mense Decembri, collectis iam a colono fructibus omnibus. Item intelligimus non tantum mercedem quae debebatur tempore divortii, sed et spem futurae mercedis quae debetur in contributionem venire pro portione anni quo divortium factum est: quae omnia etiam indicat §. item si messes (D.24.3.7.3=vulg. D.24.3.8) [キュジャースの法文の区切りはトレッリ版に一致している。前注 29 参照], quem nescio an aliquis adhuc liquido explicaverit, a Graecis certe depravatus est legentibus menses et mensium pro messes et messium: et observandum fundum in hoc proposito dici non vineam simpliciter, sed arbustum quod fert messes, et vindemias, et nuces aut poma, ut plerisque regionibus in eodem fundo videre est segetes et vites adsitas arboribus.》

36) D.7.1.58pr. スカエウォラ『解答録』第3巻

用益権者である女性が12月に死亡したが、すでに10月にこれらの農地で生じた果実すべてが小作人によって収穫されていたとき、小作料が支払わなければならない3月1日前に用益権者が亡くなっていたにもかかわらず、小作料は用益権者の相続人に支払われなければならないか、用益権者の相続人と、(用益権が設定されていた)所有権が遺贈された都市との間で分割されなければならないかが疑問とされた。なるほど都市は小作人を相手方とするいかなる訴権も有していないが、しかし、用益権者の相続人は、提示されたこと(事実)に従って、期日に全小作料を受け取るものであると私は解答した。

Defuncta fructuaria mense decembri iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense octobri per colonos sublatis quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante kalendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rem publicam, cui proprietates legata est. respondi rem publicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die secundum ea quae proponerentur integram pensionem percepturum.

37) グリュックも『バシリカ法典』の法文および注釈に言及している。Glück, Pandekten, Bd. 27, S. 291, n. 1. 「バシリカ法典 Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 7. §. 3. pag. 343 [sic. p. 243?] もドロテウスの注記 p. 373 も messes と messium の代わりに *μῆνες* と *μηνῶν* という単語が用いられているのは奇妙である。これらは menses と mensium のことであるから。これに対して Cyrillus Sch. Eod. は全く正しい表現 *σεισίμωτος* つまり messis を用いていた。」

- 38) キュジャースは『バシリカ法典』の写本を所蔵しており、その最後の巻のラテン語訳を出版したことで有名であるが、彼の仕事を受け継いだファブロ版 (Τῶν Βασιλικῶν Βιβλία ξ. Βασιλικῶν libri LX, Carolus Ann. Fabrotus latine vertit et graece edidit, 1647, Parisiis, Tomus IV. p. 343) によると、『バシリカ法典』では次のようである。

B.28.8.7.3

Εἰ δὲ καὶ ὑπολιμπάνονται τῇ μισθώσει μῆνες, τουχὸν μετὰ θερισμόν τοῦ γάμου πρὸ τῆς τρύγης λυθέντος καὶ αὐτῶν τὸ μίσωμα συλλογίζεται μετὰ τῆς ἐλπίδος τῆς τρύγης. οἱ δὲ πρὸ τοῦ γάμου λημθέντες παρὰ τῆς γυναικὸς καρποί, οὐ μερίζονται.

Sin autem locationi supersint menses, forte post mensem matrimonio soluto ante vindemiam: eorum quoque merces computatur cum spe vindemiae. Fructus autem a muliere percepti antequam nuberet, non dividuntur.

ところで賃貸借〔の支払〕になお数ヶ月が残っているとき、おそらく収益後(次の)葡萄の収穫前に、婚姻が解消しているとき、それらの賃料も、葡萄の収穫の期待とともに計算される。ところで、婚姻前に妻によって収受された果実は、分けられない。

- 39) 《Species autem ad §. item si messes (D.24.3.7.3), varie poni potest, sed hoc modo congeruentius. Mulier sublatis vindemiis statim fundum dedit in dotem Kal. Oct. et vir eum locavit ex Kal. Mar. ea lege ut conductorem messes sequerentur, et matrimonio stetit mensibus X. atque ita solutum est mense Augusto post messes et ante vindemias, ex mercede messium quam percepit maritus restituet mulieri sextantem, ex vindemis quam perceptura est mulier, praestabit viro dextantem: et recte eum §. Cyrillus ita interpretatur. εἰ μετὰ τὸν θερισμόν πρὸ τοῦ τρυγητοῦ λυθῆ ὁ γάμος κἀγὼ τὰ τοῦ θερισμοῦ λογιζομαι, καὶ αὐτὴ τὰ τοῦ τρυγητοῦ. Si, inquit, post messes ante vindemias discidium fiat, et maritus messium reddit rationem et mulier vindemiarum. Cur vero, ut obiectionem initio institutam absolvamus tandem, etiam in specie §. Pap. (D.24.3.7.1) in computationem non venit spes futurae mercedis, pro rata totius temporis quo matrimonium stetit? cur venit tantum portio quarta mercedis? Respondeo: in computationem venit spes futurae pensionis pro modo temporis omnium mensium quo matrimonium sterit, si post traditionem ante locationem nulli alii retro fructus fuerint: nam si fuerunt ut in specie §. Pap. (D.24.3.7.1) fuerunt primo mense fructus vindemiae, non est aequum spem omnem futurae mercedis in contributionem venire, sed in tantum quod a die locationis in diem divortii debetur.》

ちなみにモムゼン大版も D.24.3.7.1 の vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur の理解のため apparatus に『バシリカ法典』を利用している。

- 40) キュリッルスによる注記のラテン語訳は、ファブロ版 (Tomus IV, p. 373) では《si post messem ante vindemiam solutum fuerit matrimonium, et ego messis fructus rationem reddo, et ipsa vindemiarum》と訳されている。
- 41) 《Est et aliud quod Papiniano obicitur. Extremi tantum anni fructus dividuntur inter virum et uxorem, leg. 5. eod. tit. (D.24.3.5) l. pen. de pac. dot. (D.23.4.31) et Pap. dividit etiam penultimi anni fructus:》
- 42) 《sunt enim vindemiae fructus anni penultimi, mercedes anni ultimi: et hac ratione moti quidam dicebant, maritum integros fructus vindemiae lucrari et mercedis quartam partem. Fructus vindemiae, quia analogis fructuum non servatur nisi anno ultimo. Mercedis quartam partem,

quia ultimus annus incohatur a die locationis, et stetit eo anno matrimonium mensibus duntaxat tribus, id est, quarta parte anni. Verum hoc dum refellit Pap. satis ostendit, non duos annos esse constituendos, sed unum. Incipit enim annus a die traditi fundi, si traditus sit post nuptias, vel a die nuptiarum, si traditus sit ante nuptias, l. 5. et 6. eod. (D.24.3.5) (D.24.3.6)》

43) 《Ergo et eadem die definit, nec interrumpitur, nec unus qui est scinditur in duos. Si computas annum a collectis vindemiis, duo sunt anni, priori finem adferunt vindemiae, posteriori initium dat locatio: sed male computas: nam ex die traditionis vel nuptiarum computandus est annus, non ex die locationis: adeo ut si expleatur is annus in matrimonio, etiamsi bis in eo vindemiam collegerit maritus, omnem eum fructum lucraturus sit. Et dum confundi Pap[inianus] ait fructus vindemiae cum quarta parte mercedis, confundi etiam annos significat et cogi unum, et utrosque fructus hornotinos censer: et utitur optima ratione. Si annus ultimus computatur post vindemiae a die locationis, id est a Ka. Novemb. computabitur ergo et ab eo mense non facta locatione, et consequenter fructus vindemiae integri ad maritum pertinebunt, etiamsi postera die quam collegerit vindemias, maritus ab uxore discesserit, atque ita paucissimis cum ea diebus fuerit: hoc autem esse absurdum non abnuerent illi: ergo et id quod adnuunt absurdum est. Tolerabilior tamen fuit horum sententia quam novorum interpretum, qui et in constituendis duobus annis peccant, in qua re et illi peccarunt quos refellit Papinianus, et in analogia ponenda in utroque anno, quae tantum poni potest in ultimo, in qua illi non peccarunt: nec refellit ullam aliam opinionem Papinianus, puto quia ceterae quasi minus aptae et probabiles etiam tunc nemini in mentem venerant.》

44) 《Abest quidem negatio a Florentino libro, cuius quanta sit apud omnes auctoritas non ingoro: sed plus ipse rationi iuris tribuo, quam illi scripturae, qua quidem nulla res est, quae facilius depravari possit.》 Jacobus Cujacius, Observationes et emendationes, in: Opera, Neapoli, 1758, col. 1.

（本稿作成にあたっては二〇〇四年度南山大学パツへ研究奨励金 I-A-2 の助成を受けた。）