

# 包摂と拡張について

—— スアレス『法律論』第6巻第3章を中心に ——

松島 裕一

はじめに

I スアレス以前の法学説における包摂と拡張

II スアレス『法律論』における包摂と拡張

結びにかえて

はじめに

法史学者ヤン・シュレーダー (Jan Schröder, 1943 - ) が著した『学としての法』は法解釈の歴史を学ぶ者にとって必読の研究書であり、本稿が関心を寄せるフランシスコ・スアレス (Francisco Suárez, 1548 - 1617) についてもいくつか直接的な言及が見られる。そのひとつが次のような一節である。「スペインの後期スコラ学者フランシスコ・スアレスが初めて1612年に「包摂 (Komprehension)」とたんに類似しているだけのラティオに基づく拡張とを峻別し、それらの許容性をきめ細かに検討したように思われる」<sup>1)</sup>。

---

※ 本稿において〔 〕はすべて筆者 (松島) による挿入であり、……は筆者による省略である。また中世・近世の註釈書からラテン語原文を引用するにあたって、原典で使用されている省略形を筆者の理解に基づいて復元し、〔 〕で示した。ただし、よく使用される一般的な省略形については煩雑さを避けるため、逐一復元することはしなかった (例えば、ff. が「学説彙纂」の省略形であることなど)。ラテン語原典中のイタリック体などは特に断りのない限り原文どおりである。また学説彙纂はモムゼン版、勅法彙纂はクリューガー版、カノン法大全はフリードベルク版にそれぞれ依拠している。ただし学説彙纂の章題の復元などに際し、一部ゲバウエル＝シュパンゲンベルク版を参照した。

上掲の一節はスアレスの拡張解釈概念を理解するうえできわめて重要な指摘であり、この一文の意味するところをスアレス及び彼以前の法学者たちの著作に即して詳らかにすることが本稿の目的である。包摂 (comprehensio) とは何か、それはいかなる点で拡張 (extensio) と異なるのか、あるいは、ラティオ (ratio)<sup>2)</sup> が類似しているとはどのようなことか——こうした一連の問いへの取り組みを通じて、当時の法解釈理論にスアレスがもたらした新規性の一端を明らかにできればと考えている。

ちなみに、引用文中に登場する「1612年」とはスアレスの法学上の主著『法律および立法者たる神についての論究』(以下、『法律論』と略す)<sup>3)</sup> が刊行された年であり、これまでの拙稿と同じく、本稿においてもその第6巻をおもな考察対象とする。また、スアレス以前の法学者たちの著作については、『法律論』の理解に資するかぎりでも参照することとするが、本稿では特にC. 8. 1. 1とVI. 1. 9. 1への註解を手掛かりにしたいと考えている。

## I スアレス以前の法学説における包摂と拡張

1 本稿のタイトルにも示したように、本稿はさまざまな解釈技法のうち「拡張」を主題とするものだが、のちの議論に無用な混乱を招かぬように、最初に次のことを確認しておかなければならない。それは、中近世ヨーロッパ

---

1) Schröder, J., *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit* (1500 – 1933), 3. Auflage, Bd. 1, C. H. Beck, 2020, S. 69. なお同書(初版)の紹介論文として、拙稿「解釈概念の歴史的展開：J・シュレーダー『学としての法』の紹介」法哲学年報2005(有斐閣、2006年)参照

2) ラティオの多義性については、すでに拙稿「法律の精神について：スアレス『法律論』第3巻20章と第6巻第1章を中心に」長谷川晃・酒匂一郎・河見誠・中山竜一編『法の理論39』(成文堂、2021年)80頁以下で論及したので、そちらを参照されたい。本稿においてもその多義性に鑑みて、「根拠」や「理由」などの訳語にルビを振ったり、カタカナ表記を併用することにする。

3) 本稿ではスアレス『法律論』第5巻と第6巻の原典として以下に掲げる校訂版(いわゆるCSIC [Consejo Superior de Investigaciones Científicas] 版)を使用し、必要に応じてコインブラ版(1612年)、パリ全集版(1856年)、ナポリ版(1872年)などを適宜参照した(以下DLと略し、引用に際しては原典の巻・章・節を示す)。

Francisco Suárez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore. Liber V: De varietate legum humanarum et praesertim de odiosis (Corpus Hispanorum de Pace. Segunda Serie)*, ed. by C. Baciero, A. M. Barrero, J. M. García Anoveros and J. M. Soto, Madrid, 2010; *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore. Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae (Corpus Hispanorum de Pace. Segunda Serie)*, ed. by C. Baciero and J. M. García Anoveros, Madrid, 2012.

の法律学では、概念上「拡張」と「類推」とが明確に区別されていなかったということである<sup>4)</sup>。

もちろん現代の実定法学ではこれら2つの解釈技法は別個の概念として扱われ、とりわけ刑法学においては罪刑法定主義の要請から両者の相違が強調される傾向にある。一例として、刑法総論の代表的な教科書から該当箇所を引用しておこう。それによれば、拡張解釈とは、規定の文言を「日常的な意味よりも少し広げて解釈」することであり、他方、類推解釈とは、「規定の文言を拡張してもカバーできない場合、すなわち、その事件について直接に適用できる規定がない場合に、類似した事案に適用される規定を適用して同じ結論に到達すること」である<sup>5)</sup>。

こうした現代の法学書の記述を踏まえて、スアレス以前の法学者たちの見解に目を転じてみよう。例えば、スアレスと同時期に活躍したドイツの法学者ヴァレンティン・ヴィルヘルム・フォルスター (Valentin Wilhelm Forster, 1574 – 1620) はその著作『解釈者、あるいは法の解釈について』(以下、『解釈者』と略す)<sup>6)</sup>のなかで、前時代の法学者によってなされた2つの拡張解釈の定義を引用している<sup>7)</sup>。

ひとつは、『法律の拡張解釈について』で著名な法学者バルトロマエウス・カエポラ (Bartolomeus Caepolla, c.1420 – 1475) の定義である。彼がその書物の第1章冒頭で宣言するには、「解釈的拡張とは、明示の規定から明示されていないものへと正しく歩みを進めることである」<sup>8)</sup>。もうひとつは註解学派の代表的人物バルドゥス・デ・ウバルデイス (Baldus de Ubaldis, 1327 – 1400) の定義であり、それによれば、「拡張解釈とは、文言が欠如している場合に、根拠ラティオの類似性を通じて法律の効果が別のものへと適用されることである」<sup>9)</sup>。

4) この点を端的に指摘するのが、ヤン・シュレーダー「法における類推の歴史と正当性について」(児玉寛訳) 同『トピック・類推・衡平：法解釈方法論史の基本概念』(石部雅亮編訳、信山社、2000年) 54頁以下である。

5) 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣、2018年) 56頁。

6) V. W. Forster, *Interpres, sive de interpretatione juris*, in: Everardus Otto (1685 – 1756), *Thesaurus juris Romani, Lugduni Batavorum*, t. 2, 1726, col. 945 – 1068. (以下 *Interpres* と略し、引用に際しては原典の巻・章・節および上掲の版の頁数を示す)。

7) Forster, *Interpres*, II. 2. pr., n. 7, col. 1007.

8) B. Caepolla, *De Interpretatione Legis Extensiva*, Venetiis, 1557, cap. De generali extensione interpretativa, n. 1, fol. 7r. « Extensio interpretativa est progressio iusta de dispositivo expresso ad no[n] expressum. »

9) Baldus de Ubaldis, *In Quartem et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1577, ad C. 5. 4. 25, fol. 162r. (n. 5) « ... interpretatio est extensiva, ubicunq[ue] deficientibus verbis legis trahit[ur] legis effectus ad aliud p[er] similitudine[m] r[at]ionis. »

このように中近世の法学者たちは法の欠缺と思しき場面——明示の規定がなかったり、文言が欠如していたりといった事案——において「拡張」を語っていたのであって、そこでの議論の実質は、多くの場合、現代の「類推」にはかならなかった。この点はスアレスも同じである。スアレス自身は「拡張」の諸段階を表1のように整理しており、そこにはいわゆる拡張解釈のみならず類推に相当するもの(表1の拡張④)も含まれている<sup>10)</sup>。それゆえ、彼の拡張論では、「類推(analogia)」という語こそ使用されていないものの、現代の法律学からすれば、類推の可否が大きな争点となっていたと言えよう。

表1〈スアレスによる「拡張」の分類〉

拡張①：文言の自然な意味の枠内で行われる拡張
拡張②：自然な意味を超えて、市民的な意味の枠内で行われる拡張
拡張③：両方の意味から外れつつ、文言の枠内で行われる拡張
拡張④：文言の一切の意味(significatio)を超える拡張
拡張⑤：立法者の精神(mens legislatoris)を超える拡張

2 以上のように、中近世の法学者たちは拡張と類推を区別しなかった。だが彼らは、他方で、「包摂(comprehensio)」なる概念を法解釈理論に持ち込み、包摂から拡張を分離しようと試みている。それゆえ、当時の拡張解釈の内実を正確に理解するためには、併せて「包摂」と呼ばれる概念にも目を向けなければならない。いったい「包摂」とはいかなる概念だったのだろうか。

包摂と拡張の関係をめぐっては、すでにヴィンチェンツォ・ピアノ・モルターリ(Vincenzo Piano Mortari, 1924 - 2008)が『16世紀における法解釈理論の研究』において一章を割いて考察しており<sup>11)</sup>、我が国では森征一が彼の業績に依拠してこのテーマに論及している<sup>12)</sup>。もっとも、彼らの論攷は貴重な先

10) DL, VI. 3. 2. ただスアレスによれば、立法者の精神を超える拡張(表1中の拡張⑤)というものはもはや拡張の範疇を超えており、結果として、「4種類の法律の拡張(Quadruplex extensio legis.)」——これが『法律論』第6巻第3章第2節のタイトルである——が認められることになる。なお、文言の自然な意味(自然的な指示内容 significatio naturalis)と市民的な意味(指示内容 significatio civilis)については、拙稿「法律の精神について」(前掲注2)84頁以下を参照。

11) Piano Mortari, V., *Ricerche sulla Teoria dell'Interpretazione del Diritto nel Secolo XVI*, A. Giuffrè, 1956, pp. 63 - 130 (esp. pp. 108ff). また、本稿に関連するピアノ・モルターリの他の著作として、Piano Mortari, V., *Dogmatica e Interpretazione: I Giuristi Medievali*, Jovene Editore, 1976, pp. 246ff.

12) 森征一「中世ローマ法学者の法解釈論」法学研究71巻3号(1998年)12頁以下、また併せて森征一「解釈の学としての中世ローマ法学の基本思想：《モス・イタリクス Mos Italicus 研究序説》」法学研究62巻12号(1989年)137頁も参照。

行研究であるとはいえ、*comprehensio* の概念に限って言えば、やや説明不足であることは否めない。この点を補足するためにも、かつて拙稿で掲げたスアレス『法律論』第6巻の目次の一部を右に再掲しておきたい<sup>13)</sup>。

スアレスが「包摂」に言及するのは、本稿

表2〈スアレス『法律論』第6巻の章題〉

第1章	人定法をその正当な意味にそくして正しく解釈する方法について。
第2章	拡張が人定法の解釈として妥当するのはいかなる場合か、そしてそれはどのようにしてか。
第3章	根拠 (ratio) の類似性あるいは同一性のみに基づいて、文言の指示内容に含まれないような事案にも法律を拡張することは可能か。
第4章	根拠 (ratio) あるいはその他の様式が同一であるような法律の拡張にかんして、少なからぬ疑念が説明される。
第5章	解釈によって法律を縮小できるのはいかなる場合か、そしてそれはどのようにしてか。

(以下略)

の副題に掲げた『法律論』第6巻第3章である。その章題には、表2に示したように、「根拠の類似性あるいは同一性のみに基づいて」という言葉が見られる。先に結論を記しておく、スアレス以前の——特に15～16世紀の——少なからぬ法学者たちにとって、根拠の類似性に基づく拡張こそが本来の拡張であって、根拠の同一性に基づく拡張は拡張ではなく包摂と呼ばれるべきものであった。換言すれば、「根拠の類似性 (similitudo rationis)」と「根拠の同一性 (identitas rationis)」の差異が「拡張」と「包摂」の区分に対応していたわけである。このことを端的に示す資料として、アレクサンデル・タルタグヌス (Alexander Tartagnus, 1423/24? - 1477) 『助言集』第5巻助言75から次の一節を引用しておこう。

「さらに同じ点にかんして、次のようにさえ言われる。同一の根拠<sup>ラティオ</sup>があるところには、類似性があるとは言われず、同一の法律があると言われる。このことを引証するのがC. 1. 2. 19である。なぜなら、同一の根拠がある場合には、ある事柄から別の事柄への拡張が行われるとは言われないからである。というのも、ペトルスとキヌスがD. 1. 3. 3およびD. 1. 3. 13にかんして講義で語り、またバルドゥスがD. 1. 3. 32[への註解]で述べ、パウルス・デ・カストロが『助言集』第2巻助言84で言及しているように、複数の事案において同一の根拠<sup>ラティオ</sup>が存在するのであれば、その場合

13) 拙稿「法律の精神について」(前掲注2)73頁より転載。

には拡張に抛らずして、単一かつ同一の<sup>ラティオ</sup>根拠が一切の事案を決するからである。さらに言えば、あたかも類が種を包摂するように、類としての<sup>ラティオ</sup>根拠が現実の諸事案という相異なる種を包摂するのである。しかしながら、種としては別でありながら類似しているような、そうしたもろもろの根拠が存するのであれば、その場合には拡張であり、用語から用語へと何らかのかたちで歩みを進めることになる。<sup>14)</sup> (下線は本稿の筆者[松島]による)

あえて長めに引用したのは、上掲の訳文中に「あたかも類が種を包摂するように (sicut genus comprehendit species)」という決定的な一文が現れるからである。ラテン語の語彙 *comprehensio* の訳語としては——英単語 *comprehension* と同じく——「理解」も十分に考えられるが、類と種という関係性に着目すれば、「包摂」ないし「包含」が適切であるように思われる<sup>15)</sup>。

次節の議論のためにこの包摂概念の要点を繰り返しておく、包摂するのは「同一の根拠」、包摂されるのは「個々の事案」であり、そうした「包摂」は「拡張」ではないということになる。当然のことながら、このような包摂概念はタルタグヌスひとりにとどまるものではなく、おそらくスアレスと同時代の法学者たちにも広く共有されていたものと考えられる。その傍証として、

14) Alexander Tartagnus, *Consiliorum seu Responsorum, Venetiis, 1590, lib. 5, cons. 75, n. 3, fol. 81r.* « Et ibidem etiam dicit, quod ubi est eadem ratio, ibi non dicitur similitudo, sed eadem lex: allegat. l. illud. C. de sacrosan[ctis]. eccle[siis]. ubi [e]n[im]. est eadem ratio non dicitur fieri extensio de uno ad alium: quia, ut inquit Pet[rus]. & Cyn[us]. in l. iura. in l. quod vero. de legi[bus]. in lectura, & Bald[us]. in l. de quibus. ff. de legi[bus]. & refert Pau[us]. de Cast[ro]. lib. 2. consi. 83. incip. Praesens casus & c. quando in pluribus casibus est eadem ratio, tunc una & eadem ratio decidit omnes casus non per extensionem, imo sicut genus comprehendit species, sic generalis ratio diversas species casuum emergentium: sed quando sunt rationes specie differentes, tamen similes, tunc illa est extensio, quae est quaedam progressio de termino ad terminum, ... »

なお、原文中で参照されているパウルス・デ・カストロの助言にかんして「『助言集』第2巻助言83」と記述されているが、Praesens casus云々の一節で始まる助言は「助言84」であるため(誤植ないし版の相違か)、訳文ではそのように表記した。

15) 森征一は先に掲げた諸論攷(前掲注12)において *comprehensio* に「理解」ないし「解釈」の訳語を充てているが、本文に述べたような理由からやや不正確であるように思われる。また、「根拠の同一性」については明言しているものの、それと対をなす「根拠の類似性」への言及は見られない。この後者の点については、管見のかぎり、ピアノ・モルターリの著作においても同様である。例えば、彼は「法的事案の類似性 (*similitudo*) とは根拠の同一性 (*identitas rationis*) である」と記載しているが、他面で「根拠の類似性」には触れていない(Piano Mortari, *Dogmatica e Interpretazione, op. cit.* (n. 12), p. 247)。

すでに言及したフォルスター『解釈者』から次の一節を引用しておこう。なお、フォルスターは「根拠の類似性 (similitudo rationis)」と「根拠の同等性 (paritas rationis)」を互換的に使用しているが、これはスアレズ『法律論』においても同様である<sup>16)</sup>。

「私が述べるのは、<sup>ラティオ</sup>根拠の類似性および同等性についてである。という<sup>ラティオ</sup>のも、もし根拠が同一ならば、それは拡張というよりも包摂であるし、拡張解釈よりもむしろ説明的解釈に属するからである。いわば種が類に含まれるように、そこに内包されているのであって、本来の救済がもたらされる(論拠として、D. 26. 4. 3. pr.)。しかし、精神に基づいて拡張されるのではなく、根拠の類似性を通じて法学者たちの解釈に基づいて拡張されるのであれば、準じた救済がもたらされる(D. 9. 1. 4)。<sup>17)</sup>

**3** スアレズ以前の包摂概念をめぐって抽象的な説明が続いているので、読者の理解の一助とすべく、ひとつ具体例を挙げておきたい。それが相隣関係を扱ったC. 8. 1. 1である(日本民法233条参照)。拡張をめぐるとの当時の法的思考の一端を垣間見せてくれる興味深い資料なので、紹介を兼ねて以下に全文を訳出しておこう。

《勅法彙纂第8巻第1章第1法文》(皇帝アレクサンデルから退役兵アベルへ)「あなたが次のように主張したとしよう。近隣のアガタンゲルス氏の土地に植えられた樹木が成長し、その樹木の根が原因で自宅の土台が危うくなっていると。そのような場合には、地方長官は特示命令の先例——告示録では「樹木が他人の建物へ垂れ下がるならば」、同じく「樹木が他人の土地へ垂れ下がるならば」という条件が付されており、これらに

16) DL. VI. 3. 3 « Quam distinctionem attingunt iuristae allegati, et paritatem vocant similitudinem rationis, aliam identitatem, ... » 「このような〔根拠の同等性と同一性との〕区別は先に参照した法学者たちによって言及されており、彼らは同等性のほうを根拠の類似性と呼び、もう一方を同一性と呼ぶ……。」

17) Forster, *Interpres*, II. 2. 1, n. 21, col. 1012. « Dico propter similitudinem & paritatem rationis. Nam si ratio est eadem, tunc non est tam extensio quam comprehensio; & pertinet magis ad declarativam, quam ad extensivam interpretationem; & inest, sicut generi species insunt, & habet locum auxilium directum, *argumento*]. l. 3. in pr. D. de legit[imis]. tutor[ibus]. Sed quando non extenditur ex mente, sed ex interpretatione Jurisconsultorum, propter similitudinem rationis, tunc habet locum utile, l. 4. D. si quadrup[es]. paup[er]iem]. feciss[et]. dic[itur]. »

より、樹木に起因する損害を隣人に与えてはならないということが明らかにされているわけだ——に従い、当該事案に衡平な解決を与える。」(224年)<sup>18)</sup>

同法文に註解を残した法学者たちの多くも法文中に現れる特示命令の根拠やその拡張に関心を有していたようで、勅法彙纂の註解書ではしばしばこれらの論点への言及が見られる。なかでもバルドゥスは比較的長めの註解を残しており、その冒頭あたりで拡張と包摂にかんする論点を整理している(彼の註解については本稿の末尾に資料として試訳を掲載したので、そちらを参照されたい)。

このバルドゥスの註解の記述に従いつつ、C. 8. 1. 1の内容を再言すれば、次のようになるだろう。同法文によると、「樹木が他人の建物へ垂れ下がるならば」云々と「樹木が他人の土地へ垂れ下がるならば」云々という2つの特示命令がすでに存在しており、それらには「樹木に起因する損害を隣人に与えてはならない」という同一の根拠<sup>ラティオ</sup>が共通する。それゆえ、「樹木の根が他人の家屋へ」云々という新たな事案についても、それと同じ理由<sup>ラティオ</sup>に基づいて、従前の2つの特示命令と類似の解決がもたらされる。

本稿にとって重要なのは、こうした根拠の同一性に基づく解決が「包摂」によるものなのか、それとも「拡張」によるものなのかという問いである。例えば、バルトルス・デ・サクソフェラート(Bartolus de Saxoferrato, 1313/14 – 1357)は同法文の註解において「樹木の枝が損害を与えないように」という特示命令は、樹木の根が侵害を加えないようにするために、根拠の同一性により拡張される<sup>19)</sup>と述べており、彼が当該事案を拡張の一例として捉えていたことが読み取れる。他にも、ヤコブス・ブトリガリウス(Jacobus Butrigarius, c.1247 – 1347/48)とアンゲルス・デ・ウバルディス(Angelus de Ubaldis, 1327/28 – 1407)の註解が彼の見解と軌を一にする。

他方で、バルトルスらとは対照的に、これを拡張とは見なさなかったであ

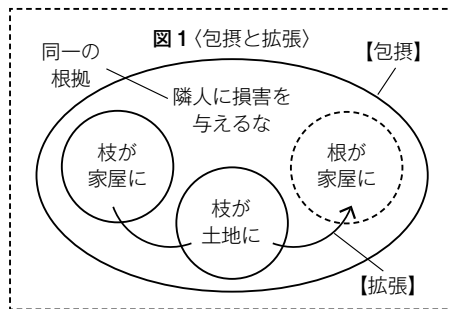
18) C. 8. 1. 1 (*Imp. Alexander A. Apro evocato.*) « Cum proponas radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis crescentibus fundamentis domus tuae periculum adferri, praeses ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet: 'si arbor in alienas aedes impendebit', item: 'si arbor in alienum agrum impendebit', quibus ostenditur ne per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere, rem ad suam aequitatem rediget. »

19) Bartolus de Saxoferrato, *In Secundam, atque Tertiam Codicis Partem Commentaria*, Venetis, 1595, ad C. 8. 1. 1, fol. 89v. (n. 1) « Interdicta ne rami arboru[m] noceant, p[er] ide[n]titate[m] r[at]ionis extendu[n]tur, ne earu[m] radices officiant. »



ろうと思われる法学者も存在する。そのひとりがヨハンネス・アンドレアエ (Johannes Andreae, c.1270 – 1348) であり、もうひとりがキヌス・デ・ピストリオ (Cinus de Pistorio, c.1270 – 1336) である。アンドレアエについてはのちほど彼の別の註釈を取り上げるので、ここではC. 8. 1. 1へのキヌスの註解に簡単に触れておきたい。キヌスは註解の冒頭において「同一の根拠があるところに、同一の法あり (ubi eadem ratio, ibi idem ius)」<sup>20)</sup> と述べ——先に引用したタルタグヌスにおいても「同一の根拠があるところに、同一の法律があり (ubi est eadem ratio, ibi ... eadem lex)」との記述があったことを想起されたい——、その註解には一度も「拡張」の言葉が使用されていない。おそらくキヌスにとって、C. 8. 1. 1の事案は特示命令の「拡張」ではなく、「包摂」の事例として理解されていたと考えられる<sup>21)</sup>。

4 C. 8. 1. 1においては、「根拠の同一性に基づく拡張」にせよ、「同一の根拠(法)への包摂」にせよ、樹木の根による侵害も保護の対象となる以上、その法的帰結に大きな差異が生じるわけではない<sup>22)</sup> (図1参照)。むしろ本稿がここで着目



20) Cinus de Pistorio, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum Commentaria*, Francoforti ad Moenum, 1578, ad C. 8. 1. 1, fol. 479v. (n. 0).

21) 実のところ、キヌスの註解には「包摂 (comprehensio)」という言葉も見られないので、「包摂」という用語そのものは中世の法学ではまだ知られていなかったのかもしれない。なお、バルトルス、ブトリガリウス、アンゲルス、キヌスの註解 (C. 8. 1. 1) についても試訳を本稿末尾に資料として掲載しているので、そちらを参照されたい。

22) ただし、中世ローマ法学の観点から言えば、包摂か拡張かによって、訴権 (actio) にかんする相違が生じたようである。本稿末尾に付した資料からは、おおよそ次のことが読み取れる。すなわち、仮に当該事案が包摂の事案であるならば、その解決は本来の特示命令に基づくものであり、本来訴権 (actio directa) により本来の救済 (auxilium directum) が与えられる。他方、拡張の事案であるならば、その解決は準特示命令 (utile interdictum) に基づくものであり、準訴権 (actio utilis) により準救済 (auxilium utile) が与えられる。

本来訴権と準訴権の区別については、例えば、以下のローマ法の概説書を参照されたい。原田慶吉『ローマ法 (改訂)』(有斐閣全書、1955年) 398頁、M・カーザー『ローマ私法概説』(柴田光蔵訳、創文社、1979年) 646頁、F・シュルツ『古典期ローマ私法要説』(埴浩訳、信山社、1992年) 65頁以下。

したいのは、相隣関係をめぐる微細な解釈論ではなく、次のような巨視的な問題である。すなわち、仮に包摂から区別される本来の拡張なるものが観念されるとして、そのような拡張解釈の射程はあまりに広範にすぎるとはいらうか。

本来の拡張とは、タルタグヌスやフォルスターが述べていたように、根拠の類似性に基づく拡張であった。C. 8. 1. 1の事案は現代の法律学からすればまさに類推の典型であると思われるが、本来の拡張はそれよりもさらに幅の広い解釈を可能とするものであり、場合によっては立法者の意思を損ないかねない。こうした観点から本来の拡張に制限を加えようとしたのが、スアレスなのである。

## II スアレス『法律論』における包摂と拡張

1 拡張に対するスアレスの基本姿勢は明快である。再び『法律論』第6巻第3章の章題に目を向けてみよう。そこには、「根拠の類似性あるいは同一性のみに基づいて」という言葉に続けて、「文言の指示内容(意味significatio)に含まれないような事案にも法律を拡張することは可能か」という問いかけがなされている。この問いに対する彼の解答は、以前に拙稿で引用しておいたように、「必要性ないし合理性に迫られるのでなければ、法律はあらゆる指示内容(意味)を超えて拡張されるべきはない」<sup>23)</sup>というものであった。したがって、法律の文言を重視するスアレスにとって、文言を超える拡張はいわば例外的な措置であって、拡張は原則として文言の枠内で行われるべきものとして捉えられていた。

スアレスの拡張論の概略については以上のように簡潔にまとめられるが、実際に『法律論』の該当箇所を読み解いていくと、彼の叙述からはかなり難解な印象を受ける。というのも、文言を超える拡張は例外的な措置であるがゆえにそれを許容するための要件は厳格でなければならず、『法律論』ではこの点をめぐって非常に緻密な分析が展開されているからである。その際、文言を超える拡張の許容性はたんに法律の根拠ラティオのみによって決定されるのではなく、当該法律(法文 lex)の性質ないし分類にも影響を受ける。

拡張の可否と法律の性質・分類との関連については田中実がロゲリウス

---

23) DL, VI. 3. 1 « Denique lex non est ultra totam significationem extendenda sine necessitate aut ratione cogente ... » 拙稿「法律の精神について」(前掲注2) 88頁参照。

(Constantinus Rogerius, 15C)の『法解釈論 (*De juris interpretatione*)』を紹介する論文において詳述しているので、ここでは繰り返さない<sup>24)</sup>。一例だけを挙げれば、中近世ヨーロッパの法学では「厭わしき法は制限されるべし、好ましき法は拡張されるべし」<sup>25)</sup>という一般原則が存在していたため、厭わしき法たる刑罰法規 (*lex poenalis*) についてはその拡張が忌避される傾向にあった。スアレスが自身の拡張論において試みたのは、それにもかかわらず、刑罰法規が法文の文言を超えて拡張されるとすれば、その要件ないし限界は何かといった問題群である。したがって、中近世の法学者たちの著作と同じく、彼の拡張論においても「法律の根拠」と「法律の分類」という2つのテーマが複雑に交錯している。

これら2つを一挙に説明することは困難なので、後者の論点については他日に期すこととし、本稿では前者の根拠<sup>ラティオ</sup>の論点に的を絞って、彼の拡張論の独自性を提示してみたい。

2 文言を超える拡張を論じるにあたって、スアレスが手掛かりにするのは、本稿のキーワードとなっている「根拠の類似性」と「根拠の同一性」の区別である。ただし、「同一の根拠に包摂される」というかたちでの包摂概念についてはスアレスはこれを受容せず、先に参照したバルトルス(13参照)と同じように、「根拠の同一性に基づく拡張」も拡張の一種として理解する。それゆえ、彼の拡張概念には、「根拠の類似性に基づく拡張 (*extensio propter similitudo rationis*)」と「根拠の同一性に基づく拡張 (*extensio propter identitatem rationis*)」という二種類の拡張が含まれることになる。このことを前提としたうえで、細部に目をつおれば、スアレスの拡張論の核心はおおよそ次の2点に要約することができる。

15～16世紀の法学者	スアレス
包摂	根拠の同一性に基づく拡張
(本来の) 拡張	根拠の類似性に基づく拡張

24) 田中実「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』(法政大学出版局、2003年)48頁。なお、細かい参照指示は省いたが、本稿のキーワードであるラティオ (*ratio*)——田中は「根拠目的」と訳す——を含め、中近世ヨーロッパの法解釈理論全般にかんして本稿は同論文から多くの貴重な教示を得ている。

25) *DL*, V. 2. 1 « nam interdum dicunt jure odia esse restringenda et favores ampliandi, ... » 拙稿「法律の精神について」(前掲注2)99頁(注84)参照。なお、スアレスは第6巻第2巻でも同じことを繰り返し述べている。

- ①根拠の類似性に基づく拡張は、原則として認められない。
- ②根拠の同一性に基づく拡張は、原則として認められる。

『法律論』第6章第3章では①と②がともに取り上げられ、続く第4章——その章題は「根拠あるいはその他の様式が同一であるような法律の拡張にかんして、少なからぬ疑念が説明される」である——では、②の諸問題がさらに詳しく論じられる。そして、これら2つの拡張概念を理解するうえで見落としてはならないのは、立法者の意思(精神 *mens legislatoris*) を超えるような拡張は許容されないという、スアレスが打ち立てた大原則である。このことを言い表すために、スアレスが用いた概念こそが「包摂」なのである。彼は次のように主張する。

「包摂的な解釈ないし拡張とは、それによって当の事案ないし人物が立法者の精神に包摂されていた——たとえ文言では十分にそれが説明されていないとしても——と説明される場合である。……〔これに対して、〕純粹に拡張的な精神ないし解釈がそのように呼ばれるのは、それにより法律の規定が立法者の精神に包摂されないような事案へと根拠の類似性ないし同等性を用いて拡張されるからである。」<sup>26)</sup>

スアレス以前の法学者たちにおいて「包摂」は「拡張」から区別されるべき別個の概念であったが、スアレスは意図的にその意味内容をずらして用いている。それゆえ、「包摂的拡張 (*comprehensiva extensio*) 」という——従来の法律学の伝統からすれば、形容矛盾にも思えるような——表現が可能になっているわけである。換言すれば、スアレスの拡張論にとって最も重要だったのは、事案を同一の根拠に包摂することではなく、立法者の精神に包摂する

---

26) *DL*, VI. 3. 9 « *Comprehensiva interpretatio vel extensio est quando per illam declaratur talem casum vel personam comprehensam fuisse in mente legislatoris, licet verbis non satis eam declaraverit. ... Pure vero extensiva mens seu interpretatio dicitur illa per quam extenditur dispositio legis ad casum non comprehensum sub mente legislatoris propter similitudinem vel paritatem rationis.* »

なお、スアレスは包摂 (*comprehensio*) の語を「立法者の精神」のほかに、「文言 (*verba*) 」についても使用している。例えば、すでに何度か言及している『法律論』第6巻第3章の章題中に「文言の指示内容に含まれないような事案」云々という表現が見られるが、その原文は *casum non comprehensum sub aliqua verborum significatione* である。

ことだったと言えるだろう。立法者の精神を重視するスアレズの法解釈理論はおそらく彼の主意主義的な法概念論と関連を有すると思われるが、それについては拙稿において何度も指摘してきたところである<sup>27)</sup>。

以上を念頭に置いて、立法者の意思と根拠の同一性ないし類似性との関係性を概括的に述べるならば、次のようになるだろう。すなわち、「文言に含まれない事案へと法律を包摂的に拡張することは、根拠の同一性に基づいて正当になされる」<sup>28)</sup>のであり、根拠が同一であるならば、包摂的拡張は刑罰法規においても有効である<sup>29)</sup>。これに対して、「ある事案から類似の事案へと法律の義務を拡張するには、根拠の類似性では不十分である」<sup>30)</sup>。なぜなら、根拠の類似性のみに基づく拡張は、立法者の精神を超えることになりかねないからである。

**3 「根拠の類似性に基づく拡張」**に関連して、スアレズが『法律論』のなかで取り上げているカノン法文を本稿の最後に紹介しておこう。その法文はVI. 1. 9. 1であり、そこでのヨハネス・アンドレアエ(I 3参照)の標準註釈は拡張解釈を扱った中近世の法学書において頻繁に参照されてきた重要なテキストである。なお、VI. 1. 9. 1の本文を正確に訳出するには教会法の専門知識

27) 法解釈理論においてスアレズが立法者の精神を重視していることにかんして、拙稿「法律の精神について」(前掲注2) 78頁以下に加え、同「解釈的法律の遡及効について：O・ジャッキ『カノン法における有権解釈論の形成と発展』を手がかりに」竹下賢・長谷川晃・酒匂一郎・河見誠編『法の理論34』(成文堂、2016年) 134頁以下および同「法思想史学における有権解釈概念の一断面：後任者は前任者の法令を解釈できるか」撰南法学53号(2017年) 63頁以下参照。

28) *DL*, VI. 3. 16 « ... ex identitate rationis recte fieri extensionem comprehensivam legis ad casum non comprehensum in verbis, ... »

29) *DL*, VI. 4. 2 « ... modo quo lex recipit extensionem comprehensivam ex sola identitate rationis, non solum habere locum in lege favorabili aut non poenali sed etiam in poenali. » (「根拠の同一性に基づいて包摂的な拡張がなされる場合、当該法文がそれを受け入れるようなやり方であれば、そうした拡張はたんに好ましき法律あるいは非刑罰法規においてのみならず、刑罰法規においても効力を有する。」)

30) 本文に引用したのは、*DL*, VI. 3. 4に付された節のタイトル (*Similitudo rationis non sufficit ut obligatio legis ex uno casu ad similem extendatur.*) であり、正確に該当箇所を引用するのであれば、以下の通りである。*DL*, VI. 3. 4 « ... solam similitudinem rationis per aequiparationem seu aequivalentiam sine identitate non sufficere ut legis obligatio ex uno casu ad similem extendatur, ut ex persona ad personam aut alio simili modo, quando sub verbis legis in aliqua significatione non comprehenditur. » (「根拠の類似性——それは同一性ではなく、同等性ないし対等性に基づく——だけで、ある事案から類似の事案へと、同様に、ある人物から別の人物へと法律の義務を拡張することは、それが何かしらの意味で法律の文言に含まれないのであれば不可能である。」)

が必須となるが、率直に言って筆者にはその能力が欠けているので、以下にはアンドレアエによる摘要 (epitoma) を引用しておきたい。

《第六書第1巻第9章第1法文の摘要》「イタリアの司教はイタリア国外の者へ叙階を授けることはできない。ただし、教皇の特別の許可による場合、ないしその者を管轄する司教の公開書面(その書面には、なにゆえにその者への叙階を望まず、あるいは叙階を行うことができないのかにかんする正当な理由を含むものとする)による場合を除く。以上に反して叙階がなされた場合、叙階を授けた者については適切に処罰することとし、また叙階を受けた者については、教皇聴罪師によっても教皇の特別の許可なくして免除できぬようなかたちで、その効力を停止することとする。」(ヨハネス・アンドレアエ)<sup>31)</sup>

ここでいう「イタリア国外の者 (ultramontanum)」——直訳すれば、「アルプスの向こう側の者」——とは、イタリアに住む外国人を差すものと推測される。クレメンス4世が発した本教皇令は、要するに、罰則をもってイタリアの司教がイタリア国内の外国人に叙階を授けることを禁止しているわけである。教皇の意図は、VI. 1. 9. 1の本文の冒頭部分に記されている。それによると、「しばしば次のような事態が生じる。破門という軛に繋がれた聖職者たち、背教者たち、不適格者たち、あるいは他にも聖なる職階を受けるに値しない者たち——こうした者たちは自国で悪評が立つと、その少なからぬ者たちが自国を捨て、遠く離れた地において叙階を受けようとする」<sup>32)</sup>。しかしながら、仮にこれがVI. 1. 9. 1の根拠(立法趣旨)なのだとなれば、叙階授与の禁止者をイタリアの司教に限定する必要はなく、それ以外の国々の司教にも同じように妥当するようと思われる。

おそらくこの法文中の「イタリアの (Italiae)」という語に施された註釈は、

31) VI. 1. 9. 1 « Episcopus Italiae ultramontanum non ordinet, nisi de speciali licentia Papae vel per patentes literas episcopi sui, continentes iustam causam, quare nolit vel non possit illum ordinare. Si secus factum fuerit, ordinans punietur poena condigna, et ordinatus manebit suspensus ita, quod etiam a poenitentiaris Papae sine ipsius speciali licentia absolvi non poterit. Ioann. And. »

32) VI. 1. 9. 1 « Saepe contingit, quod nonnulli clerici, vinculo excommunicationis adstricti, aut apostatae, seu irregulares, vel alias ordinum sacrorum susceptione indigni, suam patriam, in qua de his habetur notitia, fugientes, se in remotis partibus faciunt ad huiusmodi ordines promoveri. »

以上のような問題関心に基づいていたのだろう。実際、アンドレアエの註釈は次のような文章で始まる。

「イタリアの Italiae」という語について。逆に、イタリア国外の司教がイタリア人に叙階を授けたら、どうか。当該教皇令は効力を有しないように思われる。というのも、これは刑罰に関するものであり、それゆえ制限されるべきものだからである。したがって、当該教皇令が本来の事例を超え出ることはない。前出 VI. 1. 6. 22, De penitentia [= C. 33, q. 3], dist. 1, c. 18. [しかしながら、]それとは反対に、効力を有するようにも思われる。というのも、どちらの場合でも完全に同一の根拠<sup>ラティオ</sup>であり、それゆえ同一の法だからである。また、次の法文に従えば、それは拡大あるいは拡張とも思われない。前出 VI. 1. 6. 33。]<sup>33)</sup>

VI. 1. 9. 1は刑罰法規であるため、先に述べた「厭わしき法は制限されるべし」(II 1参照)の原則に従えば、イタリア国外の司教の事例には拡張されないはずである。だが他方で、同一の根拠による包摂の事例として理解することができれば、刑罰法規の拡張に該当せず、イタリアの司教であれ、イタリア国外の司教であれ、叙階禁止に違反した司教は同じように処罰されるはずである。アンドレアエが註釈で話題にしているのはこのような法的問題であり、前述の C. 8. 1. 1の事案とは異なって、VI. 1. 9. 1では拡張か包摂かが法的帰結に決定的な相違をもたらすことになる。

はたして、本法文の適用はイタリアの司教の事案に限定されるのだろうか。註釈の結論のみを紹介しておく、アンドレアエは根拠の同一性を否定し、イタリア国外の司教の事例への適用を否定する。その理由<sup>ラティオ</sup>は次のようなものである。

「私は第一の根拠<sup>ラティオ</sup>に基づき、次のように考える。本教皇令は、イタリア

33) Glossa ad VI. 1. 9. 1 (verbo Italiae), in: *Sextus Liber Decretalium cum Epotomis, Divisionibus, & Glossa ordinaria Do. Io. Andre ...*, Lugduni, 1553, pag. 118. « Italiae. quid e converso, si episcopus ultramontanus ordinet italicum? non videtur haec decret[um]. locum habere, quia poenalis est, & sic restringenda: & sic proprium non excedit casum. s[upra]. eo[dem]. lib[ro]. de elec[tione]. statutum. de poe[nitentia]. dist. j. pena. In contrarium videtur, cu[m] per omnia sit eade[m] ratio utrobique, ergo ide[m] ius. nec videtur ista ampliatio vel extensio, secundum ea quae vides s[upra]. eod[em]. lib[ro]. de elec[tione]. si postquam. »

国外で叙階されたイタリア人については効力を有しないと。その理由は次のようなものでありうる。イタリアに暮らす外国人には、ふたつの救済策があること。すなわち、即座に管轄司教に送るか、あるいは、教皇が近くにいるのだから少なくとも教皇による許可を願い出ることである。イタリア国外のイタリア人には、こうしたことを容易に行うことはできない。それゆえ、本事案では古今の法が効力を有し、さらにそれはそこに書かれている事案を超えることはない。<sup>34)</sup>

興味深いのは、このアンドレアエの註釈を引き合いに出して、スアレスが次のような評価を下していることである。「たしかに、〔彼の註釈は〕はじめは矛盾しているように見えようとも、結局のところ、その最終結論において、根拠の類似性による拡張は認められないというテキストを提示している」<sup>35)</sup>。

アンドレアエの註釈をめぐるスアレスの真意はやや分かりにくいのが、おそらく彼が言いたいのはこういうことだろう。「イタリアの司教」という実際の事案と「イタリア国外の司教」という仮定の事案とでは、実のところ、その根拠は同一ではなく、類似のものにすぎない。スアレスによれば、ふたつの事案にどれだけ根拠の類似性が見出せようとも、アンドレアエの註釈が示すように、けっして両者の差異が失われてしまうわけではない。それゆえ、たんに根拠の類似性のみをもって文言を超える拡張を行うことは不適切であり、そうした拡張は——スアレスが明言していないので、筆者の推測を交えて言えば——「イタリアの司教」と規定した立法者の意思を超えてしまうことになりかねない。スアレスが主張するように、「根拠の類似性のみでは、それ自体として根拠の類似性を有しているものがすべて立法者の意思のもとに包摂されていたと立証されるわけではない」のである<sup>36)</sup>。

34) Glossa ad VI. 1. 9. 1 (verbo *Italiae*), *op. cit.* (n. 33), pag. 118. « Credo per primam rationem, [quod] haec decre[tale], in Italicis ultra montes ordinatis, locum non habeat. & potest esse ratio: quia ultramontanus citra montes existe[n]s, habet duo remedia: ut cito mittat ad proprium episcopum, vel a papa saltem, qui sibi vicinus est, licentiam postulet: [quod] no[n] sic facile potest Italicus ultra montes existens. habeant ergo in hoc casu, locum antiqua & moderna iura: istud autem suum scriptum, casum no[n] excedat. »

35) *DL*, VI. 3. 4. « ... nam licet in principio videatur repugnare, in ultimis verbis tandem exponit illum textum, non admittendo extensionem propter similitudinem rationis ... »

36) *DL*, VI. 3. 10. « ... quia sola similitudo rationis non ostendit sub voluntate legislatoris comprehensa fuisse omnia quae similitudinem rationis inter se habent ... »



## 結びにかえて

以上、本稿では「法律の根拠」<sup>ラティオ</sup>に焦点を当てて、スアレズの拡張論の特色を検討してきた。もっぱら法文とその註解の紹介に終始したため、理論面での考察不足は否めないが、本稿の冒頭に引いたヤン・シュレーダーの一文の意味するところはおおむね解き明かすことができたのではないだろうか。もっとも、二種類の拡張——「根拠の類似性に基づく拡張」と「根拠の同一性に基づく拡張」——の許容性をめぐってスアレズがどのような点できめ細かな分析をしているかについては各論的な考察が不可欠であり、本稿で保留にしておいた「法律の分類」のテーマと合わせて別稿を予定している。

最後に、スアレズの拡張論の歴史的意義についてごく簡単に触れておきたい。中世から近代にかけての法解釈理論の歴史を振り返ってみたとき、彼の拡張論の新しさは「根拠の類似性に基づく拡張」を法の解釈から可能なかぎり取り除き、「根拠の同一性に基づく拡張」に限定しようとしたことにあるだろう。このようにスアレズが自己の学説を自由に展開できたのは、おそらく彼が生粋の法学者ではなかったからであると考えられる。この点、同時代人の法学者フォルスターがそれ以前の法律学に忠実であったのとは対照的である。ただし、彼の法解釈理論はローマ法やカノン法に固有の議論に規定されており、中世法学との連続性も色濃く残されている。シュレーダーは『学としての法』において中世と近代の転換点にスアレズを位置づけているが、まさに彼の拡張論は過渡期の法解釈理論として理解すべきもののように思われる。

---

筆者の印象の域を出るものではないが、「根拠の同一性」と比べて、「根拠の類似性」については具体例が分かりにくく、理解が困難であるような印象を受ける。また、スアレズはしばしば「根拠の類似性のみ」では不十分と主張するが、裏を返せば、実質的な論拠があれば、根拠の類似性に基づく拡張も可能であり、この点についてはさらなる分析が必要であるように思われる。

## 《資料編》

C. 8. 1. 1の註解のうち、資料として以下の5人の法学者の註解を全訳した。なお、各註解において参照されている法文番号については可能なかぎり丸括弧に入れ、参照指示を表すut(のように)については便宜的に「参照」と訳出した。また、読みやすさを考慮し、訳文では適宜段落を分けた。

ヤコブス・ブトリガリウス (Jacobus Butrigarius, c.1247 – 1347/48)

キヌス・デ・ピストリオ (Cinus de Pistorio, c.1270 – 1336)

バルトルス・デ・サクソフェラート (Bartolus de Saxoferrato, 1313/14 – 1357)

バルドゥス・デ・ウバルデイス (Baldus de Ubaldis, 1327 – 1400)

アンゲルス・デ・ウバルデイス (Angelus de Ubaldis, 1327/28 – 1407)

\* \* \*

### C. 8. 1. 1へのヤコブス・ブトリガリウスの註解

精神に基づき、特示命令を拡張する。このように述べる。¶ [ある者たちは] 当該法文 [= C. 8. 1. 1] から次のように述べる。条例は拡張解釈でさえ受容すべきであると。なぜなら、特示命令は条例と同じく厳格法に属するものではあるとはいえ、類似のものへと拡張されるからである。同様に、[彼らは] D. 1. 3. 39を通じて次のことを是認する。もし拡張がなされないならば、そこではある事柄が根拠なしに定められているのであって、したがって、根拠がある場合には、そこに書き込まれていること (inductum) は拡張できると。

しかし、次のように悪く言う者たちもいる。当該法文の事案では拡張がなされるが、それはこの法文がその根拠を明示しているからであって、さもなければ、拡張はなされないだろうと。¶ 註釈はいかなる訴権で訴訟が提起されるかを問うている。註釈の通りに答えよ。

¶ 註釈は区分を行うことで異論を唱えており、不明瞭な回答を与えている。それゆえ、以下のように述べよ。私はアンガタンゲルスに対して訴訟を提起するが、それは彼が[樹木を]植えたからであり、その場合には註釈の論拠の区別が妥当する。他方、[樹木を]植えられたことにより損害を被ったので私

が訴訟を提起する場合には、当該法文が妥当する。というのも、衡平に基づき、準特示命令 (utile interdictum) により、解決されるからだ。

¶ *id est, ex mente* で始まる註釈において、根拠の拡張によって類似のものへと歩みを進めるべきだとある。¶ *si qua [sed qua?]* で始まる註釈の最後あたりで、*legem istam declarando glossam istam (?)* とある。次のように述べよ。アンガタンゲルスが訴えられるのは〔樹木を〕植えたからであり、註釈の区別が妥当する。他方、彼が訴えられるのは植えられたものが損害を与えるからであり、当該法文はそのことを語っている。

Jacobus Butrigarius ad C. 8. 1. 1

*Lectura super codice, Parisiis?, 15??, fol. 62v.*

Ex mente extendim[us] interdicta. h[oc]. d[icit]. ¶ Ex hac l[ege]. dicunt quida[m] q[uod] statuta recipia[n]t interpretationem etia[m] extensiva[m]; q[ui]a interdicta sunt stricti juris ut et statuta: et t[ame]n extenduntur ad similia. Ite[m] probant per l. q[uod] non r[at]ione. ff. de legib[us]. q[ui]a si non fit extensio ubi quid sine ratione est statutum: ergo ubi cum r[at]ione est i[n]ductum po[tes]t extendi: sed male dicunt: q[ui]a hic fit i[de]o extensio q[ui]a lex ea[m] facit expresse al[ia]s non fieret.¶ Querit glos[s]a. qua actione agatur: et dic ut glo[ssa]

¶ Op[ponit]. glo[ssa]. a divisione et solvit obscure. Et ideo dic q[uod] aut ago contra angata[n]gelum / quia plantavit: et tunc p[ro]cedit distinctio argumenti glo[ss]ae. aut ago quia pla[n]ta nocet: et tu[n]c habet locum hec lex / quia ex equitate consulitur utili interdicto.

¶ In glo[ssa]. que incipit. i. ex mente. ibi ad similia procedatur p[ro]pter extensione[m] r[at]ionis. ¶ In glos[s]a. que incipit si qua. in fi. ibi legem istam declara[n]do glos[s]am. istam: dic q[uod] aut convenitur angatangelus quia plantavit et habet locum distinctio glo[ss]ae. aut convenitur q[ui]a plantata nocet et loquitur hec lex.

\* \* \*

C. 8. 1. 1へのキヌス・デ・ピストリオの註解

要 約

1. 自己の地所に垂れ下がっているものを政務官の権限によって取り除くことができるのはいかなるときか。また、自己の権限でそれができるのはいかなるときか。
2. 私の土地に樹木が垂れ下がっている場合に、私はいかにして訴訟を提起すべきか。また、当該法文によればいかなる訴権によって訴訟を提起すべきか。第3番。

ここ〔当該法文C. 8. 1. 1〕から3つの重要事項が読み取れる。第一に、同一の根拠があるところに、同一の法あり。第二に、類似のものから類似のものへと歩を進めなければならないこと。第三に、ここでの註釈が述べているように、〔法文の〕意味(意図 *sensus*)を文言とは考えないこと。

当該法文に異論が唱えられており、いかなる救済策も不適切であるように思われる。というのも、各人には自己のところで〔自由に〕行為することが認められているからだ(D. 39. 2. 25参照)。私は以下のように解答する。何も他人のところに侵入しない限りはそれ正しいと(D. 8. 5. 25参照)。

【1】第二の異論は以下のようなものだ。地方長官による救済は必要ではなく、それどころか自己の権限により取り除くことができると(D. 9. 2. 29. 1、D. 43. 24. 22. 2参照)。ある者たちはこれを認め、次のように述べる。この法文は〔訴訟の〕必要性を結論づけているわけではなく、地方長官〔による救済〕は追加であると(まさに後出D. 8. 3. 3参照)。別の者たちは、むしろペトルス(Petrus de Bellapertica, 1247? - 1308)に従い、次のように述べる。この法文は必要性について正しく結論づけていると(論拠として、D. 43. 24. 22. 2)。したがって、これらの対立に対してどのように解答するか。

〔事案を〕区別すべきである。ある者が上のほうから私の物へと〔何かを〕侵入させるとしよう。その侵入物が私の物に接触することなく、上からぶら下がっている場合には、私はそれを自己の権限で除去することはできない(既出D. 9. 2. 29. 1参照)。私の物に接触している場合には、その侵入物が人工的なものであるならば——例えば、穴を作ったことにより、水が私のところを流れて流れるのであれば——、すでに言及した条項(D. 9. 2. 29. 1)のように、私は自己の権限でこれを除去することができる。他方、侵入(immissio)が人

工的なものではなく、自然的なものであるならば——隣人が自己のところに〔樹木を〕植え、その後に根が自然と私のところへ入り込んできたとき——、既出の条項(D. 9. 2. 29. 1)とここでの法文のように、自己の権限でこれを取り除くことはできない。

第三の異論は以下のようなものだ。ここでの註釈が異論を唱えているように、その者が正当に植えたか、不正に植えたかである。次のように答えよ。その者が正当に植えた場合、私が訴訟を提起できるのは、全部を取り除くことではなく、私のところへ伸びてきたかぎりでの根ないし枝を取り除くことである。当該法文によれば、ふたつのことが問われる。

第一に、【2】汝の樹木が私のところに垂れ下がっている場合、いかにして私は訴訟を提起できるか。私はふたつの要点があると主張する。すなわち、家屋の上に垂れ下がっているのであれば、これを取り除けとの訴訟が提起される。他方、土地の上に垂れ下がっているのであれば、全部を取り除けとの訴訟ではなく、15フィート〔の高さ〕<sup>37)</sup>まで剪定せよとの訴訟が提起される(D. 43. 27. 1. 7参照)。その理由は以下の通りである。家屋の上にはぶら下がっている場合には、雨で損害を与えることになるが、土地には損害を与えない。ただし、太陽が土壌を育んでいるときを除く。したがって云々。

ふたつめの問いは、【3】この点にかんしていかなる訴権により訴訟を提起すべきかである。ある者たちは次のように述べる。この法文によれば、条件次第であると。別の者たちはまた別のことを言う。汝は以下のように答えよ。樹木伐採に関する特示命令(*interdictum de arboribus caedendis*)に基づき訴訟を提起すると。というのも、たとえ法務官がこの点について考えていないとしても、根拠が同一であるときに告示を作成しているのであって、それゆえ、準訴権がふさわしい(論拠として、I. 4. 15. 4 (?), 後出C. 8. 1. 3の最後あたり及びC. 8. 1. 4)。

Cinus de Pistorio ad C. 8. 1. 1,

*In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum Commentaria,*

Francforti ad Moenum, 1578, fol. 479v. – 480r.

37) 15フィート云々の規定については、例えば、船田享二『ローマ法 第2巻(改版)』(岩波書店、1969年)420頁以下を参照。

### Summaria

1. Quando quis id, quod in suum fundum impendet, magistratus autoritate, & quando propria tollere possit.
2. Arbore in meum praedium impendente, quomodo agam, & qua actione ex hac lege agatur. num. 3.

Tria no[ta]. possunt hic colligi. Primu[m], ubi eadem ratio, ibi idem ius. Secundum est, quod de similibus ad similia procedendum est. Tertium est, quod sensum non verba spectamus, ut hic no[tat]. in glos[sa]. Oppo[nitur]. ad l[egem]. istam, & videtur nullum remedium competere, quia licet cuique in suo facere, ut ff. de dam[no]. infec[to]. l. Proculus. Respon[deo]. verum est, dum tamen nihil immittat in alienum, ut ff. si servi[tus]. ven[dicetur]. l. sicuti. §. Aristo. **[1]** Secundo op[ponitur]. quod non sit opus auxilio praesidis, imo propria autoritate licet tollere, ut ff. ad l[egem]. Aquil[iam]. l. quemadmodum. §. si protectum, & ff. quod vi aut clam. l. si vitem. §. si ad januam, quod quidam co[n]cedunt, & dicunt, quod haec l[ex]. non concludit necessitatem, in aditione praesides, sicut infr[a]. de pig[noribus]. l. 3. Alii dicunt, & melius secundum Pet[rum]. quod ista l[ex]. concludit verum de necessitate, ar[gumento]. ff. ar[borum]. fur[tim]. cae[sarum]. l. si plures. §. pe. Quomodo ergo respondemus ad contraria? Distinguendum est, cum aliquis ultra in rem mea[m] immittit, aut illud immissum non tangit rem meam, sed pendet ultra, & tunc illud non possum removeere propria autoritate, ut d. §. si protectum: aut tangit rem meam, & tunc aut illud immissum est artificiale, ut quia fovea[m] fecit, per quam currit aqua per meum, autoritate propria possum tollere, ut praeallega. §. aut immissio non est artificialis, sed naturalis, quando vicinus plantat in suo, & postea radices intrant naturaliter in meum, & tunc autoritate propria non tollam, ut d. §. & hic. Tertio oppon[itur]. quia aut iste plantavit licite aut illicite, ut hic g[lossa]. opponit. Sed dic, cum plantavit licite, non possum agere ut tollat totum, sed ut radices vel ramos, in meos extensos tantum sic. Juxta l[egem]. istam quaeruntur duo. Primum est **[2]** cum arbor tua impendet in meum, qualiter possum agere? Dico duo sunt capita. Nam aut impendet sup[ra]. domum, & tunc agitur, ut tollatur: aut impendet supra agru[m], & tunc non

agitur ut tollatur in totum, sed ut coerceatur utque ad 15. pedes, ut ff. arb[orum]. fur[tim]. cae[sarum]. l. 1. §. deinde. Ratio, quia cum supra domum penderet, ratione pluviae noceret, sed agro non noceret, nisi ratione solis, qui nutrit terrena. Ergo, & c. Secunda quaestio est, 【3】 qua actione hoc agatur? Quidam dicunt, quod co[n]dictione ex l. ista. Alii aliter. Tu dicas, quod agitur interdicto de arboribus caedendis, quia licet praetor de hoc non cogitaverit, tamen edictum fecit, cum eadem est ratio, & ideo utilis actio competit, ar[gumento]. insti. eo[dem titulo]. §. uti. & infr[a]. eo[dem titulo]. l. pen. in fi. & l. se.

\* \* \*

#### C. 8. 1. 1へのバルトルス・デ・サクソフェラートの註解

1. 「樹木の枝は損害を与えてならない」という特示命令は、根拠の同一性に基つき、樹木の根へと拡張される。
2. 樹木の根が侵害しないようにするために、樹木伐採に関する告示 (edictum de arboribus caedendis) に由来する準訴権を提起できる。
3. ある者が自己のところにあるもの、あるいは伸長するものを破壊できるのはいかなるときか。

【1】「樹木の枝は損害を与えてならない」という特示命令は、根拠の同一性に基つき、「樹木の根は侵害してはならない」と拡張される。この注目に値する法文は、以上のように述べる。異論を唱えるのは註釈であり、条件次第では、その樹木は伐採されなければならないように見える (D. 10. 1. 13)。

解答。次のように理解せよ。この樹木は法律に即して植えられていたのであり、つまりその法文に反するものではない。この場合、以下のような異論が唱えられる。正当になされたことは刑罰に値しない (C. 9. 9. 4 参照)。解答。私は次のことを認める。正当になされた植樹それ自体は罰されるものではないが、仮にその根が成長するのであれば、土台に損害を与えてならず、審判人の任務はこの法文によって衡平な解決を与えることである。

私は、【2】いかなる訴権によってこれがなされるかを問う。この点については註釈のなかに複数の意見があるが、次の意見が正しい。すなわち、樹木

伐採に関する告示 (edictum de arboribus caedendis) に由来する準訴権を提起することができる。当該告示はこの法文を介して根拠の同一性にに基づき、[枝から]根へと拡張されるわけである。

さらに註釈は異論を唱えており、そうした特示命令に基づいて訴訟を起こすことは不要であるように思われる。【3】それどころか、その者は自己の権限により自己のところにあるものを取り壊すことができると (D. 43. 24. 22. 2、D. 9. 2. 29. 1 参照)。

簡潔に言えば、次のようになる。ある者が自らの占有するところにおいてある物を生じさせ、それが私に与えられた権利に反するときには、私は quod vi aut clam で始まる特示命令ないし新築異議申立てに関する特示命令に訴える必要がある。

ある者が自己のところで建築を行い、私の占有するところにそれが延びてくる場合、仮にそれが私のところにあるのでなければ、特示命令に訴える必要がある。このように D. 43. 27 および既出 D. 9. 2. 29. 1 は述べている。しかし、私のところにある場合、根のようにそれが自然に生じるのであれば、準特示命令に訴えなければならない。だが、人為的になされるのであれば、その者は審判人に訴える必要はなく、自己の権限により破壊することができる (既出 D. 9. 2. 29. 1 及び D. 43. 24. 22. 2 参照、それから既出 D. 39. 1. 5. 10 に注意せよ)。

Bartolus de Saxoferrato ad C. 8. 1. 1,

*In Secundam, atque Tertiam Codicis Partem Commentaria,*

Venetiis, 1595, fol. 89v.

1. Interdicta ne rami arborum noceant, extendu[n]tur ad earum radices ex identitate rationis.
2. Ne radices arboris officiant, potest agi utili actione descendente ex edicto de arboribus caedendis.
3. Quando quis possit destruere illud, quod requiescit, vel protendit in suo.

【1】 Interdicta ne rami arboru[m] noceant, p[er] ide[n]titate[m] r[at]ionis extendu[n]tur, ne earu[m] radices officiant. h[oc]. d[icit]. ista notabilis lex.



Op[ponit]. glo[ssa]. & v[idetu]r q[uo]d ista arbor de[be]at evelli c[on]ditione. l. fi. ff. fi[nium]. reg[undorum]. Sol[utio]. Intellige q[uo]d h[a]ec arbor erat pla[n]tata s[ecundu]m l[egem]. i[d est] & no[n] c[on]tra illa[m] l[egem]. Tu[n]c op[ponitur]. quod legitime factu[m] est, p[ro]enam non meretur, ut l. Gracchus. i[nfra]. de adul[teriis]. Solu[tio]. Fateor, q[uo]d ipsa pla[n]tatio, qu[ae] fuit facta legitime, no[n] punit[ur], sed si radices excresca[n]t, & nocea[n]t fundame[n]tis, illud est, quod iudicis officium ad aequitate[m] redigit per ha[n]c l[egem]. Quero, **[2]** qua actione hoc fiat. Hic su[n]t plures opi[niones]. in glo[ssa]. illa est vera, q[uo]d po[tes]t agi utili actione descende[n]te ex edicto de arborib[us]. caeden[dis]. extenso ad radices p[ro]p[ter] indentitate[m] r[ati]onis p[er] hanc l[egem]. Extra glo[ssa] op[ponit]. & v[idetu]r, q[uo]d no[n] sit necesse, q[uo]d agat[ur] isto interdicto, **[3]** immo q[ui]s sua autoritate po[tes]t destruere illud quod requiescit in suo, ut l. fi vite[m]. §. si ad janua[m]. ff. quod vi, aut clam. & l. quemadmodu[m]. §. si protectu[m]. ad legem. Aquil[iam]. B[revite]r, qu[ua]n[do]q[ue] q[ui]s aliquid immittit in suo a se possesso, t[ame]n c[on]tra ius mihi debitu[m], tu[n]c habeo necesse recurrere ad interdictu[m], quod vi, aut clam, aut de ope[ris]. no[vi]. nu[n]c[iatione]. Qu[ua]n[do]q[ue] quis aedificat in suo, & protendit in meo a me possesso, si q[ui]de[m] in meo no[n] requiescit, recurre[n]du[m] est ad interdicta. Ita loquitur. tit. de arb[oribus]. caed[endis]. & d. §. si portectu[m]. Si vero in meo req[ui]escit, si quide[m] hoc evenit naturaliter, ut in radicibus, recurre[n]du[m] est ad illud utile interdicu[m]. Ita loquit[ur] hic. Si vero evenit opere manu facto, tu[n]c no[n] habet q[ui]s necesse recurrere ad iudice[m], sed potest sua autoritate destruere, ut d. §. si protectu[m], & l. si vite[m]. §. januam, & no[ta]. in d. l. de pupillo, §. meminisse. ff. de ope[ris]. no[vi] nunc[iatione].

\* \* \*

### C. 8. 1. 1へのバルドゥス・デ・ウバルデイスの註解

1. 法務官の法令は根拠の同一性に基づき、拡張解釈を受け入れる。
2. 私の近所の樹木が私の壁の上にもぶら下がっているのであれば、私は自己

の権限によりそれを切除することができる。

¶きわめて注目に値する法文である。[ある者は] こう述べる。われわれは [法文の] 精神に基づき特示命令を拡張する。ブトリガリウス [はこう述べる]。あるいは、このようにして法務官の法令 (Statutum) は根拠の同一性により、拡張解釈を受け入れる。[ある者は] こう述べる。注目されたし。

¶説明のために、次のことを前提とせよ。法務官はふたつの告示を作成した。ひとつは、汝の樹木が他人の建物ないし屋根の上に垂れ下がる場合。もうひとつは、汝の樹木が我が土地の上に垂れ下がる場合。樹木が他人の屋根の上に垂れ下がる場合について、法務官の告示は次のように規定する。樹木は太枝から切除すべしと。

しかし、他人の土地の上に垂れ下がるときには、次のように規定する。地面から15フィート [の高さ] で剪定すべき、すなわちぶら下がらぬように離すべきと。註釈がこうした事例を挙げており、それゆえ [ここでこれ以上] 書くべきことではない。アガタンゲルスという名前を出すことによって、ある者が私の家屋などに面して庭を持っていることになるだろう。問題になるのは、複数の告示が上から [枝が垂れ下がった場合] について定めており、下から [根が伸びてきた場合] については何も述べていないからである。とはいえ、根拠の同一性により、同じように解決されることになる。この法文における、「近隣の (vicina)」とはすなわち「隣接した (propinqua)」である。損害を与えること。その根拠は一般的なものである。「解決を与える (rediget)」。ここでは、何かしらの方法で解決を与えるというように説明するのではなく、次のように述べよ。類似のものからいっそう類似のものへと歩みを進めることで解決を与えるのであると。それゆえ、建造物に危険をもたらすことになるので、特示命令によって [その解決が] 真似されるのである。

もし樹木が他人の建物の中へと垂れ下がるのであれば、以上に従えば、特示命令の厳格さに基づき、樹木は太枝から切除しなければならない。なぜなら、類似のものから類似のものへと歩みが進められ、ふたつの類似のものが見出されるときには、いっそう類似のものへと歩みが進められるべきだからである。この点には注意されたい。

この法文は、多くの箇所でのキヌスに反対してひとつのことを述べている。それは、たしかに同一の根拠が存在する場合には、拡張は存在しないということだ。このことから、本来の救済 (directum auxilium) が与えられると結論

づけられるのであり、また、このことから、これらの法令は文言が欠如している事案について、すなわち根拠の同一性にかんする事案について〔も〕規定していると結論づけられる。

ヤコブス・ブトリガリウスは、これに反対する。というのも、たとえ根拠が同一であるとしても、法令が規定していないのであれば、法令が規定している素材を超えて文言が適用されることになるからだ。当該法文はこれに反するものではない。というのも、ここでのこれらの告示の拡張は、ブトリガリウスによれば、成文法によるものだからだ。彼によると、〔これらの告示が〕拡張可能だったのは他の法令を通じてであって、法を与える政務官によってではないと、こう言いたいところである。

ヨハネス・アンドレアエはVI. 1. 6. 33、VI. 1. 9. 1〔の注釈〕において、ディヌスに従いつつ、次のように述べている。同一の根拠が存在する場合には、たとえ同一の素材ではなくとも、法律の精神が考慮されるならば、形式的に見て同一の事案である。

¶〔1〕次のように規定している条例があるとしよう。街路で他者を殴る者は誰であれ、その手を切断すべしと。より大きな根拠が存在する場合には、ある者がプリオリ宮殿で殴るとしたら、当該条例の力により、その者の手は切断されるだろうか。ヨハネス・アンドレアエ、キヌスによれば、然り。ブトリガリウスによれば、否。というのも、街路は特権を付与された場所であり、特権の拡張は行われぬからである。想定される事案においては、こうした点に注意されたし。

別の事例を挙げてみよう。条例が次のように規定しているとしよう。ある者が他者のみぞおちあたりを殴るのであれば、その手を切断すべしと。ある者が左胸というさらに危険な部位を殴ったが、その傷がもとで死ぬことはなかった。その者の手は切断されるだろうか。

然りであるように思われる。というのも、そうした傷は致命傷となりがちだからである。〔だが〕ブトリガリウスによれば、真相は逆である。というのも、犯罪に付帯する部位が同一ではないからだ。しかし、このことは付帯などではなく本質なのである。したがって、この事案は条例によって決定されるものではなく、それゆえ、手は切断されるべきではない。注釈は「精神(mens)に注意せよ、精神と根拠(ratio)は同一である」と述べている。これはディヌスがVI. 5. ult. 88で述べている通りである。

注釈は異論を挙げる。樹木を植える者は正当に植えるか、不正に植えるか

であり、もし不正に植えるのであれば、除去すべきであり、正当であれば、除去すべきではない。というのも、正当になされたことは刑罰を受けるに値しないからだ(後出C. 9. 9. 4)。註積は以下のように解答する。樹木が正当に植えられたとしても、そこから偶発的な出来事によって不正が生じる場合には、註積が述べるように、すべて除去されなければならない。

【2】さらなる異論。もし私の樹木の上に汝の樹木がかかっていたら、私の権限により切除できなければならない。もし汝の樹木の根が私の家屋の土台に届いていたら、私の権限により切除できなければならない。というのも、私の意思に反して私のところにあるものは、私の権限により切り落とされなければならない(論拠として、D. 9. 2. 29)。したがって、自らの権限によって可能である事柄のために、法務官のもとに足を運ぶ必要はない。よって、特示命令は誤って定められている。

この点、キヌスは次のように述べている。ある物が私の物に接触せずに私の物の上に落ちている場合には、私の権限で先に進めることはできず、特示命令を主張しなければならない。他方、私の物に接触している場合には、それが人為的なものであれば私の権限で可能だが、自然によるものであれば、この法文にあるように、審判人に訴えなければならない。そして次の点を考察せよ。特示命令は樹木が他人の家屋の上に垂れ下がっているときに、垂れかかった小枝(ramus)を切断すべきと規定しているだけでなく、樹木から太枝(stipes)を切り落とすべしとも規定している。

したがって、私は自己の権限により太枝を切り落とすことはできない、というのも、それは私のところに入っていないからだ。しかし、上から垂れかかっている小枝を切り落とすことはできる。なぜなら、[自己の家屋の]上空に至るまで自由でなければならないからであり、私が他人に許可を与えていないかぎり、家屋の上に垂れかかった樹木においても同じだからである。

¶ 次のことを考えてみてほしい。私の隣人が私の屋根の上に煉瓦製の物を有しているとして、私は自己の権限でこれを除去することができるか。解答。キヌスに従えば、私のところへ据え付けられているのであれば除去できるが、据え付けられていなければ、たとえ私の[屋根の]上にあろうとも、除去できない。しかし、私の考えでは、誰も自己の占有物の自由を奪うことはできないので、自己の権限により除去できる。なぜなら、それは占有を保護することに属するからである。

Baldus de Ubaldis ad C. 8. 1. 1,  
*In VII, VIII, IX, X et XI codicis libros Commentaria*,  
Venetiis, 1577, fol. 129r. – 129v.

1. Statutum Praetoris per rationis identitatem recipit interpretationem extensivam.
2. Arborem vicini mei, si supra murum meum pendet, propria autoritate scindere possum.

¶ Notabilissima lex est. h. d. Ex me[n]te exte[n]dimus interdicta. But[rigarius]. Vel sic, Statutum Praetoris per rationis identitatem, interpretationem recipit extensivam. h. d. not[a]. ¶ Ad evidentiam pr[a] emitte, Pr[a]etor fecit duo edicta: Unum, quando arbor tua impendet supra aedes, vel super tectum alienum. Aliud, quando arbor tua impendet supra agrum meum. Quando arbor impendet supra tectu[m] alienum, disponit edictum Praetoris, q[uod] scindatur arbor a stipite. Sed cum impendet supra agrum alienu[m], disponit q[uod] quindecim pedibus a terra coerceat[ur]. id est elongetur, ut no[n] pendeat. gl. ponit casum, & ideo non scribas. Quidam nomine Agatagulus habebat ortum suum co[n]tra domu[m] meam, & c. Dubitat[ur], quia edicta disponunt desuper, & nihil dicunt de eo quod est inferius: tamen p[ro]pter identitate[m] rationis idem determinatur. In textu ibi, vicina. idest, p[ro]p[ri]a. nocere. Ista ratio est generalis. Rediget. hic non declaratur qu[omodo] rediget, sed dic rediget, procedendo de simili ad magis simile. & sic cum periculu[m] afferat aedificio, assimilatur interdicto. Si arbor in alienas aedes impenderit & s[ecundu]m hoc de rigore interdicti de[be]t scindi arbor a stipite: quia q[ua]n[do] proceditur de similibus ad similia, & duo inveniunt[ur] similia, procedendu[m] est ad magis simile, & hoc no[ta]. Haec lex dicit unum c[on]tra Cyn[um]. in multis locis, q[uod] omnino ubi est eade[m] ratio, ibi nulla est extensio. Et per hoc co[n]cludit dari directu[m] auxilium, & per hoc co[n]cludit statuta disponere in casu quo ad verba omissa, scilicet quo ad inde[n]titatem rationis. Jac[obus]. But[rigarius]. c[on]tra, quia verba trahuntur ad materiam, super qua statutu[m] disponit, licet sit eadem ratio si statutu[m] non disponit. No[n]

obstat haec lex, quia haec exte[n]sio editoru[m] sit per lege[m] scriptam, s[ecundu]m But[rigarium]. vult dicere, q[uo]d per aliud statutum po[tes]t exte[n]di, sed non per magistratum ius reddentem. Joan[nes]. And[reae]. dicit in c. si postquam, de elec[tione]. in c. j. de temp[oribus]. ord[inationum]. lib. vi. secundum Dyn[um]. q[uo]d ubi est eadem ratio, ibi est idem casus formalis, considerata mente juris, licet non sit eade[m] materia. ¶ **[1]** Dicamus ita, statutu[m] dicit quod quicumque percusserit aliquem in platea, amputetur sibi manus. aliquis percutit in palatio Priorum, ubi est major ratio: nunquid ex vi statuti amputabitur sibi manus? Secu[n]dum Joan[nem]. And[reae]. Cyn[um]. dicit quod sic. But[rigarium]. contra, quia platea est locus privilegiatus, & privilegia non extendimus, & hoc no[ta]. in casu supposito. Pone alium causum, dicit statutu[m] si quis percusserit aliquem in gula, amputetur ei manus, percussit aliquis in loco magis periculoso in mamilla sinistra, ex quo vulnere no[n] decessit, nu[n]quid amputabitur sibi manus? Videtur q[uo]d sic, quia tale vulnus consuevit esse mortale, contrariu[m] est verum, s[ecundu]m But[rigarium]. q[ui]a locus, qui est concomitantia delicti, non est idem. Sed hoc non est concomitantia, sed substantia. Unde cum iste casus non sit deteminatus per statutum, non debet sibi amputari manus. Glo[ssa]. dicit, no[ta]. mentem, mens, & ratio idem sunt, ut dicit Dy[nus]. in c. fi. de reg[ulis]. ju[r]is. lib. vi. Glos[sa]. oppo[nit]. aut iste, qui aedificat arbore[m], edificat juste, aut injuste, si injuste, debet removeri: si juste, no[n] debet removeri, q[ui]a q[uo]d juste factu[m] est poenam non meretur, i[n]fra de adul[teriis]. l. Gracchus. Respondet gl. q[uo]d etiam si juste sit plantata arbor: t[ame]n cum ex isto sequatur injustu[m] p[er] accidens, debet totu[m] removeri, ut no[tat]. gl[ossa]. ¶ **[2]** Extra oppo[sitio]. si supra meam arborem tua pendet, debeo posse scindere mea autoritate. Si radices arboris tuae veniant in fundame[n]tu[m] domus meae, debeo posse scindere mea autoritate: q[ui]a q[uo]d sit in meo c[on]tra meam volu[n]tate[m], debeo mea autoritate succidere, arg[umento]. ff. ad leg[em]. Aquiliam. l. quemadmodu[m]. ergo no[n] est necesse q[uo]d eamus ad Praetorem p[ro] eo, q[uo]d nostra autoritate possumus: ergo interdicta frustra interdicta sunt. In hoc Cy[nus]. dicit, q[uo]d aut aliq[ui]d mittitur supra meu[m] q[ui]d non contingit meu[m],

& no[n] possum mea autoritate procedere, sed debeo inte[n]tare interdactu[m]. aut contingit meu[m], & tunc aut facto hominis, & tunc possum mea autoritate; aut facto natur[ae], & tu[n]c debeo ad Judicem recurrere, ut hic. Et considera, quod interdactu[m] q[uan]d[o] arbor impendet supra domu[m] alienam, non loq[ui]tur solum de ramis supra domum pendentibus amputandis, sed de arbore a stipite rescindenda: unde non possum a stipite incidere mea autoritate, q[ui]a non est in meo: sed ramos supra pendentibus possum incidere, q[ui]a solum debet esse liberu[m] usq[ue] c[ae]lum, & idem in arbore supra domu[m] pe[n]de[n]te, du[m]modo in alienu[m] no[n] immittam. ¶ Pone, vincinus meus habet testacias supra tectum meum, nunquid possum mea autoritate remove? Respo[nsio]. aut est fundata in meo & possum, aut non est fundata in meo & non possum, licet supra meum stes, secundum Cyn[um]. Sed secundum me, quia nemo potest me privare libertate possessionis me[ae], possum p[ro]pria autoritate, quia istud pertinet ad tuendam possessionem.

\* \* \*

### C. 8. 1. 1へのアンゲルス・デ・ウバルデイスの註解

1. 隣人の樹木の根が私の地所に侵入したら、私は自己の権限によりこれを切り取ることが許されるか。
2. 私のところ及び私の占有物において工事がなされた場合、私は自己の権限により取り除くことができる。

「樹木の枝によって隣人に損害を与えてはならない」という特示命令は樹木の根へと拡張される。〔当該法文C. 8. 1. 1は〕このように述べる。したがって、特示命令の文言が欠如しているときには、まったき根拠の同一性を介して、完全に類似の事案へと拡張される。またこの場合には、準特示命令 (utile interdictum) がふさわしく、それが以上のように決定する。

当該法文には「自宅の土台」云々とある。したがって、〔樹木の根が〕家屋の土台に穴を開け、家屋の倒壊を引き起こそうとしていたわけである。しかしながら、その【1】根が私のところへと入り込んでいるのだから、なにゆえに

自己の権限でこれを排除しないのか (D. 43. 24. 22. 2、D. 9. 2. 29. 1、D. 39. 1. 5. 10 参照)。以下のように解答せよ。私に損害をもたらすものが人工物ではなく、自然によるものだからだと。他方で、人工物により他人から私が損害を被る場合には、対照的に、私は自らの権限で私のところにあるものを取り除くことができる。

また、当該法文には「他人の建物に垂れ下がるならば」云々とある。以下の点に十分に注意せよ。近隣の樹木の枝が私に、つまり私の家屋ないし土地に損害を与える場合、次の救済策が付与される。すなわち、私に損害を与えぬよう、当該隣人にはその枝を取り除く義務が課せられると (D. 47. 7. 6. 1、D. 43. 27 全部を参照)。というのも、その救済策は枝について語っており、根については語っていなかったのであり、それゆえに当該法文が作成されたわけである。したがって、その樹木は根を切り取らなければならないだろう。さもなければ、近隣に住む者を十分に救済できない。

最後に、次のように結論づけられる。【2】ある者が私のところで及び私の占有物において工事を行う場合には、私は自己の権限によりそれを取り除く (既出 D. 43. 24. 22. 2 参照)。しかしある者が工事を行うのではなく、自然とそうなるのであれば、その場合には、当該法文のように、私は特示命令に訴えかけることになる。

同じく、もし他人のところにおいて、例えば、ある者の家屋の中庭において、あるいはある者の敷地ないしその囲いの上で [同じことが行われる] のであれば、その場合には私は自己の権限で取り除くのではなく、特示命令に訴えかけることになる (既出 D. 9. 2. 29. 1 参照)。時折、ある者が自己のところで行う際に役権の義務に反していること——よって、私のところに [枝が] ぶら下がっているわけではない——があるが、その場合には私は特示命令に訴えかけることになる (C. 8. 10. 14)。

Angelus de Ubaldis ad C. 8. 1. 1,  
*In Codicem Commentaria*, Venetiis, 1579, fol. 218v.

1. Radices arboris vicini si intrant in meum fundum, an liceat mihi autoritate propria proscindere.
2. Opus factum in meo, & a me possesso, possum autoritate propria tollere.



Interdicta ne rami arboris noceant vicino extenduntur ad radices arboris. h. d. ubi ergo deficiunt verba interdicti p[ro]p[ter] o[mn]imodam identitate[m] r[at]ionis extenduntur ad casum o[mn]ino simile[m], & c[on]petit tu[n]c utile interdictu[m]. & hoc determinat. In tex[tu] ibi, fundamentis domus tuae & c. p[er]foraba[n]t ergo fundamenta domus, & ita ipsam minari faciebant ruina[m]. sed cum ill[a]e **【1】** radices i[n]traverint i[n] meu[m], quare no[n] autoritate p[ro]pria subvenit[ur], ut l. si i[n] re[m]. §. q[ui] ad janua[m]. q[uo]d vi aut cla[m]. & l. que[m] ad modu[m]. §. p[ro]tectu[m]. ad l[egem] Aq[ui]liam. de ope[ris]. no[vi]. nun[tiatione]. l. de pupillo. §. meminisse. dic q[ui]a no[n] noce[n]t mihi. op[er]e manufacto, sed naturaliter. cu[m] aut[em] opere manu facto mihi nocere[n]t p[er] aliu[m], tunc autoritate p[ro]pria possum illud tollere, ut in c[on]tra[ri]is, ex quo req[ui]escit i[n] meo. In tex[tu] ibi, in alienas aedes i[m]pendebit & c. no[ta]. b[e]n[e] q[uo]d q[ua]n[do] rami arboris vicini noce[n]t mihi. i[d] est. domui me[a]e, vel agro. parata sunt remedia p[er] quae vicinus co[m]pellit[ur] tollere illos ramos, ut mihi non noceant, ut. ff. ar[borum]. furt[im]. c[alesa]rum. l. si plures §. i. ff. de arboribus caed[endis]. p[er] totum. quia ergo illa remedia loquebant[ur] de ramis non de radicibus, id circo facta est haec l[ex]. oportebit ergo ha[n]c arbore[m] a radicibus p[rae]cidi, alias vicino non esset plene subventu[m]. Ultimo c[on]clude **【2】** q[uo]d ubi quis opus facit in meo, & a me possesso, tu[n]c illud autoritate p[ro]pria tollo, ut d. §. q[ui] ad janua[m], cu[m] concor[di]a. sed ubi quis non facit opus, sed naturaliter fit, tunc non tollo autoritate p[ro]pria, sed recurro ad interdictu[m], ut hic. Ite[m] si in alienu[m]. exe[m]plum in sporto alicuius domus super area[m], vel claustrum alicuius, & tunc no[n] tollo autoritate p[ro]pria, sed recurro ad interdictum, ut d. §. si p[ro]tectum. interdum quis facit opus in suo tame[m] contra debitam servitutem, & sic non pendet in meo. & tunc recurro ad interdictum, de no[n]. ope[ris]. nun[tiatione].

**【付記】** 本稿は科研費基盤研究(C) (課題番号20K01264) の研究成果の一部である。