

アウグストウスの支配と家

—Lex Iulia de adulteris における殺害権の考察をてがかりとして—

藤野奈津子

一 はじめに

二 Lex Iulia de adulteris における殺害権

I 父の殺害権

—Lex Iulia de adulteris と vitae necisque potestas

II 夫の殺害権

三 おわりに

一 はじめに

アウグストウスの時代は、ローマの歴史において大きな転換点をなすものであったと言うことができよう。なぜなら、これを境に、ローマは伝統的な都市国家の枠組みを完全に脱ぎ捨て、世界帝国へと発展してゆくことになるからである。⁽¹⁾ しかしながら、この発展の過程をどのように理解するか、換言すれば、いわゆるローマ元首政というものをいかなる国家形態ととらえるべきかという問題は、古くからの、そして大きな問いとして、⁽²⁾ 今なお研究者の関心を集

め続けている。ところで、アウグストゥス自身は、みずからの政治姿勢について、まさしく共和政の伝統への回帰をうたっていた。そしてこのことは、かれがその『業績録』において述べているところからもまたうかがわれる。すなわち、紀元前27年、かれは「国家をローマ元老院と国民に返還した」ことで、共和政への復帰を宣言し、これ以後「権威においては万民にまさったが、権限においては、余と政務官職を共にする他のなんびともいさかもまさらなかつた」として、共和政の形式を整えているのである。³⁾ アウグストゥスの政治姿勢、およびその政治制度の本質に関する古代からの議論に立ち入ることは、ここでは適当でないだろうし、また到底できそうにもない。けれども、少なくとも言えることは、アウグストゥス治世において、公式なローマ国家構成のものにはなんら本質的な変化は生じなかつた⁴⁾ということである。つまり、国家制度自体の変革は行われなかつたと考えられるのである。しかし、だからといって、かれの支配が完全なる共和政の復活であつたと主張することもまた適切ではないのだろう。では、この変化の時代を理解し、かれの志向した国家、社会のありかたを知るには、いったいどのような方法を用いることができるのだろうか。かつて弓削達氏は、その著書において、「Augustusの実力に裏付けされた支配の原理はまず共和政の形態のなかに身をひそめ、共和政の形態の本質的な内容をなすはずの共同体原理をすこしずつ支配の原理へと変質させていった」との見解を示し、さらにこの主張をあとづけるため、政務官選挙と元首政初期の刑事訴訟制度について具体的に考察された。⁵⁾ そこで本稿では、このような認識を理解した上で、あらためてアウグストゥスの制定にかゝる新たな法律に着目してみたいと考える。というのも、そうした法律にかれの意図が反映されているとするならば、それらを研究し、その真意を探つてゆくこともまた、アウグストゥスの志向した国家および社会の姿を描き出し、さらにはかれの支配のありかたそのものにアプローチするための、ひとつの有効な手段となりうるのではないかと思ふからである。

アウグストゥスは、その治世において実に多岐にわたる法律を、また多数制定している⁽⁹⁾。したがって、法律面からかれの時代ないしその支配の姿を導き出すには、それらの法律のひとつひとつについて十分な検討が必要とされるのはもちろんなのだが、本稿ではまず、その最初のあしがかりとして、*Lex Iulia de adulteriis (adulterium)* に関するユリウス法⁽⁷⁾を取り上げ、元首政初期における国家と家との関係、および家族の問題について考察してゆきたいと考える。ところで、ローマの家 (*familia*) については、古くから研究者の最大関心事のひとつであり、古典的な学説によって、その存在は「国家内国家のごとく」とまで表現されるものであつた⁽⁸⁾。しかし、このような主張に対しては、特にその歴史時代における妥当性をめぐってさまざまな反論が出されてきた。その結果現在では、家父が法的に有する権力そのものの排他性および無制限性について承認される一方で、その行使の段階では宗教的ないし習俗的なさまざまな制約を受けたと考えられている。またその恣意的行使を制限する手段として、家裁判が想定されてもいる⁽⁹⁾。しかし、いづれにしても、共和政期までの時代、家内部への国家による介入は事例に則して、個別具体的になされるものであつたらう⁽¹⁰⁾。したがって、国家と家との関係についてみれば、家は、国家を形成する一構成要素としてではあるが、家父を頂点とする権力的内部秩序を有するまとまりのある集団として、少なくともその内的自律性を保持していたと言ふことはできるであろう。そこで問題となるのは、アウグストゥスの時代にも、はたして家がこのような伝統的姿を維持しえたのかどうかという点である。冒頭にも述べたように、この時代、ローマの国家としてのありようは確実に変化していったと考えられる。そうした状況は、かつての国家と家とのありかたにも変化を及ぼしたのであるろうか。また変化があつたとすれば、それはいかなるもので、なぜそのような変化が加えられなければならないのか。言い換えれば、アウグストゥスの支配にとつて、家父およびその有する権力に代表される家とはどんな存在だつたのだろうか。上述のように、ローマ法制度の研究において国家と家との関係は古典的にかつ重大な問題であり続

けてきた。なぜなら、ローマという国家の像をどのように結ぶかは、まさに国家と家との関係をどのようにとらえるにかかっていたからである。したがって、国家制度に大きな質的変化があったと考えられるアウグストゥスの時代についても、その変化の実態を理解し、アウグストゥスの支配そのものの考察を試みる¹⁾とき、国家と家との関係を無視してこれを論じることはおよそ不可能だと考えられるのである。

このような見地から、本稿は、アウグストゥスの制定にかかる諸法律の中でも、その支配の問題に直結して特に重要と思われる *Lex Julia de adulteris*（以下 *L. i. de adult.* と略記する）を取り上げるわけである。しかしながら、この法律ひとつをとってみても、規定された内容は非常に複雑であり、そのすべてを本稿において考察することは紙幅の関係からも困難であるだろう。したがって、まずはその第一段階として、ここではもっぱら *L. i. de adult.* に定められた殺害権の問題に絞って検討してゆきたいと思う。というのも、殺害権としては、伝統的に家父の有する *vitae necisque potestas*（生殺与奪の権、以下 *v. n. p.* と略記する）というものがあり、これは、家父の権力を象徴する存在として、家の自律性、すなわち一定の独立性を示す最も重要な要素と受け取られてきたからである。つまり、もし *L. i. de adult.* がこの点に関連して、何らかの変化をもたらしたとするならば、それは必然的に家そのものの変化を反映したものと考えることができるのである。

ところで、この問題の検討に入る前に、*L. i. de adult.* の全体像について少し概観しておく必要があるだろう。なぜなら、この法律には相互に関連し合うさまざまな規定が含まれていたと推測されるからである。そこでまず、成立年代についてであるが、さまざまな主張がなされているとはいえ、今日では前18年ということで概ね一致しているとみることが²⁾できる。しかしながら、その内容に関しては、中世以来、実に多くの研究が重ねられてきたにもかかわらず、完全に明らかになったとは言えないのである。というのも、この法律の規定そのものは今日伝えられておらず、ただ

ユースティニアヌスの『学説彙纂』やその他の二次的資料を通じて再構成を試みるほかないからである。しかもこれらの資料はアウグストゥスの時代以降、数百年にわたっての社会的、政治的、経済的な変化の影響を幾重にも受けしており、さらにそうした変化に依じて、それぞれの時代に適合するよう解釈を加えられた姿で残されてきたものなのである。したがって、初期の研究における最大の関心は、まずこれらの資料からオリジナルのものをよりわけ、その上でこの法律の本来の姿を描きだすことに置かれていた。事実この困難な問題の探究には多くの研究者があたり、特にその再構成作業についてみれば、16世紀にGothofredusにより本格的に着手されて以来、連続と試みられてきたのである⁽¹²⁾。その結果、現在では少なくとも次のことがほぼ確認されている。すなわち、この法律は9章以上からなり、そのうち5つの章については内容も確定できると言われているのである⁽¹³⁾。そのまず第1章は、この法律の定める犯罪の類型に言及していたと思われ、D. 48, 5, 13(12) (Ulp. lib. 1 de adult.) Haec verba legis NE QUIIS POSTHAC STUPRUM ADULTERIUM FACTO SCIENS DOLO MALO et ad eum qui suavit, et ad eum qui stuprum adulterium intulit pertinent. (「今後いかなる者も、そつと知りつゝ悪意をもつてstuprum adulteriumを行つてはならない」という法律の文言は、自分自身へ行う者にも、またへ他者のくstuprum adulteriumを引き起こす者にもあつてはあらぬ。); D. 48, 5, 2 (Ulp. lib. 8 desp.) Lenocinii autem crimen lege Julia de adulteris praescriptum est, ... (「レノキニ」 lenocinium という犯罪は、adulterium に関するユリウス法により規定された。...) とある。このことから L. I. de adult. に定められた犯罪とは、stuprum adulterium という言葉で表現されるものであり、内容的には stuprum adulterium を行うこと、およびそれを教唆ないし助成することであった。この犯罪類型に関する詳細な検討については別稿に譲るが、いずれにしても、後世の法学者の述べるところによれば、これは具体的に次の3つの犯罪だとすることができ⁽¹⁴⁾。すなわち、まず第一の犯罪類型として、妻と夫以外の男性との関係が狭義の adulterium を構

成し、⁽¹⁶⁾第二に、未婚の女性ないし寡婦との関係が狹義の *stuprum* を構成した。さらに、第三の類型として、これらふたつの犯罪を教唆し助成することが犯罪として定められ、これを *lenocinium* と呼んだとされるのである。そして、これに続く第2章が、本稿で特に問題とする父および夫の殺害の権利に関する規定を定めていたと⁽¹⁷⁾考えられている。さらに、第5章には、訴訟のための証拠を集める目的で、妻の姦夫を20時間以内であれば留め置くことが夫に認められるとする規定があつた。⁽¹⁸⁾第7章は、本法律上の犯罪を告発する権利がいかなる者に許されるのかという点に言及して⁽¹⁹⁾いた。最後に第9章には、奴隸が告発され、尋問の際に拷問を受けた場合の奴隸の主人に対する損害賠償支払いについて規定が置かれていた。⁽²⁰⁾さらに、これらに加えて、いずれの章を構成していたのか明確でない規定も、資料に散在して残されているのである。⁽²¹⁾

以上から分かるように、*I. I. de adult.* は、単に犯罪類型ばかりでなく、その処罰手続についても広く規定していた。したがって、その内容をここで簡潔にまとめることは困難であるが、しかし、本稿で扱う問題との関係で明らかにしておかなければならない点がいくつかある。すなわち、ローマではそれまで伝統的に、妻の姦通といった事件が問題となつた場合、これは家裁判により解決されてきた。またこの法律に至るまで、性犯罪を定めた法律は存在せず、婚姻に関する法律としても、おそらくは *Lex Canuleia* 以来、⁽²²⁾これがはじめてのものであつたと考えられるのである。⁽²³⁾つまり、ローマにおいては、伝統的に婚姻および家族に関する問題はいずれも慣習の領域に存在するものであつて、法律がこれに関与することはきわめて稀であつたと言えるだろう。しかしこうした従来のありかたに対して、*I. I. de adult.* は、まず第一点として、上に述べたように姦通を含むあらゆる婚姻外の問題を包括的に公の犯罪として定義し、またそれに伴つて、これらの犯罪を専門に審理するための常設査問所を独自に設けることにより、⁽²⁴⁾その公的訴追をも可能にしたのである。すなわち、慣習に基づいて家内部で処理されてきた問題にも、これにより公的な訴追の可能性

が開かれた点で、国家による家内部への関与が強められたことがわかれるのである。また第二点として、このように婚姻に訴追可能性が認められたことから、国家による保護を受けうるという意味で、婚姻が完全に法的な存在になったことが挙げられる。つまり、法が徐々に慣習の領域へ拡大しているとも言えるのである。さらに第三点として、*L. i. de adult.* は先に示したように大きく分けて3つの犯罪類型を規定しているにもかかわらず、処罰手続の中心がもっぱら狭義の *adulterium*²⁵ すなわち妻による犯罪である姦通罪に置かれていることが指摘されなければならない。すなわち、本稿が問題とする父と夫の殺害の権利についても、また同様に本法律が極めて詳細に定めている、父および夫の告発の権利についても、これは姦通罪のみにあてはまる特殊な処罰手続だと考えられるのである。²⁶ 以上三点はいずれも、婚姻およびその保護に対する国家の重大な関心を示していると言えるだろう。したがって、この法律をめぐっては、従来、共和政末期の百年にも及ぶ内乱によって崩壊した道德規律、特に婚姻および家族に関する伝統的価値観の低下に歯止めをかけ、その回復をはかるものであったと説明されてきた。²⁶ しかし、制定の目的がそれだけで完全に説明しつくされるのだろうか。本稿における問題提起の出発点はここにある。というのも、姦通という事件において、父や夫が姦婦や姦夫を殺害することは伝統的に認められてきたと考えられるのに対して、*L. i. de adult.* にはこれをむしろ制限するような規定が存在するからである。つまり、古典的な解釈に従って、伝統的価値および道德律の回復をその目的と考えると、このような制限的傾向はそうした目的に矛盾することになるのではないだろうか。そこで、本稿は、この法律の意義をさぐることを目的として、まずはそこに定められた父と夫の殺害の権利、すなわち *L. i. de adult.* 上の *ius occidenti* (殺害権) がいかなるものであったのか、その点を明らかにすることからはじめてゆきたいと思うのである。

ところで *L. i. de adult.* をめぐっては、*Esslein*²⁷ 以来さまざまな研究が行われてきた。その中では、当然にこの *ius*

occidentali についても論じられている。そしてそれにみれば、*I. I. de adult.* は家父の有する *v. n. p.* や、あるいは夫の伝統的特権に対して厳格な制限を課するものであったと考えられているのである。²⁸⁾ しかし、近年、このような解釈には、批判的再考が求められるようになってきた。²⁹⁾ すなわち、*I. I. de adult.* がそうした伝統的権力自体への関与をおこなっていたという旧来の通説的主張にはたして資料的根拠があるのかという問いが改めて提起されてきているのである。そこで、このような学説状況を受け、本稿では、これらの新たな批判を議論の立脚点とし、まず第一点として、*I. I. de adult.* に定められた *ius occidenti* が、特に家父が有する *v. n. p.* とどのように関係づけられるのかという問題について考察し、次に、妻の殺害に関していわゆる夫の特権とされるものの *ius occidenti* とがいかに関係するかという点を明らかにしてゆきたい。さらに、その権利内容を具体的に検討することで、*I. I. de adult.* の意義を新たな角度から見直し、再評価するとともに、こうした種々の検討の結果をもって、アウグストゥスの支配における国家と家のありかたを解明するための一助となすことができればと考えている。

本稿で用いた主たる略記号は次のとおりである。

BDR = *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*

Coll. = *Mosaicarum et Romanarum Legem Collatio*

D = *Digesta Iustiniani*

IVRA = *Rivista internazionale di diritto romano e antico*

RIDA = *Revue Historique de Droit français et étranger*

SDHI = *Studia et documenta historiae iuris*

(一) R. Syme, *The Roman Revolution*, 1952, 338.

- (2) 弓削達、『ローマ帝国論』, 1967, 146. また古くは、船田亨二、『ローマ元首政の起源と本質』, 1936を参照。
- (3) 弓削達, 前掲書, 153.
- (4) E. マーヤー(鈴木一州訳), 『ローマ人の国家と国家思想』, 1994, 204.
- (5) 弓削達, 『ローマ帝国の国家と社会』, 1994, 204.
- (6) 本稿で取り上げる Lex Iulia de adulteris の他にも、家族の問題に関つては Lex Iulia de maritandis ordinibus (婚姻の階層に関するユリウス法)があり、また訴訟に関係する Lex Iulia de iudiciis publicis privatisque (公訴訟および民事訴訟に関するユリウス法)や、刑事犯罪を扱った lex Iulia de ambitu (選挙買収に関するユリウス法)があるいは社会政策的な Lex Iulia sumptuaria (奢侈取締りに関するユリウス法)などが存在したとされる。
- (7) 本稿では Papiianus, Ulpianus および Paulus がこの法律の注釈書に用いた表題に従って「Lex Iulia de adulteris」としたが、別の表記として B. Biondi, La legislazione di Augusto, SCRITTI GIURIDICI II, 1965, 197f. を参照。
- (8) 原田俊彦, 「vitae necisque potestas」¹⁾と家裁判, 早稲田法学 63-3, 92ff. を参照。
- (9) 原田俊彦, 前掲論文, 95.
- (10) S. Treggiari, Roman Marriage, 1991, 292ff. 及び Cicero の言葉から「国家はできるかぎり家内部への介入を控えるべきだとするのが共和政期の一般的思想であったと紹介している。
- (11) L. I. de adult. の成立年代の確定もながく議論されてきた問題である。その結果、今日では、むしろ若干の反論はあるにせよ、本文に述べたように紀元前18年というところで一応の結論を得ている。その根拠として、ひとつにはアウグストゥス自身の当時置かれていた状況がある。すなわち、紀元前27年、すでに述べたように共和政の回復を宣言して国内的に一応の安定を得たとはいえず、対外的には前19年に東方戦線が終結するまで不安定な状況が続いていた。また、この後訪れた平和も暫時的なものであって、前16年には再びスペインおよびガリアで戦端が開かれ、アウグストゥスはローマを離れざるをえなくなっている。したがって、法律制定の時間的余裕が与えられたのはこの前19年から16年にかけての約3年の間であったことが推定されるのである。さらに、この3年の内から特定の時期を確定するための資料となったのが、近年発見された碑文(S.C.C. de Iudis secularibus)である。この資料中には「L. I. de adult. に前後して制定された Lex Iulia de maritandis ordinibus に関連する記述があり、またこの元老院議決自体は遅くとも前17年には制定されていたことが確認されるところから」L. I. de adult. について「今日前18年を制定年代と推定

すのひあせ。

- (21) Gothofredus, *Fontes iuris civilis*, 1563 年。B. Biondi, *SCRITTI GIURIDICI II*, 197. の研究がどういふのをおぼかなあまひめかなあれつうせ。
- (22) S. Treggiari, *Roman Marriage*, 278ff.; B. Biondi, *SCRITTI GIURIDICI II*, 198ff.
- (23) 本稿ではこれ以上立ち入ることはなからが L.I. de adult. における犯罪の類型および用語法の問題がどういふか。G. Rizzelli, 'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustae la 'lex Iulia de adulteriis' (Pap. 1 adult. D. 48, 5, 6, 1e Mod. 9 diff. D. 50, 16, 101 pr.) *BIDR* 90, 1ff. を註う。
- (24) D. 48, 5, 6 [Pap. 1 de adult.] *Lex stuprum et adulterum promissae ... appellat, sed proprie adulterum in nupta committitur, stuprum vero in virginem viduante committitur. ... (法律は stuprum と adulterium とを無差別に ... あいつうせが、本来的には 'adulterium' は婚姻どういふ女性どういふて犯されるものであり、これに對して stuprum は、未婚の女性あるいは寡婦どういふて犯されるものひあせ...)* 年。D. 50, 101 [Mod. 9 diff.] ともほぼ同じ内容の記述が見られる。
- (16) この解釈によれば、狭義の adulterium は刑法第一八三条(昭和22年削除)における姦通罪とは違ひといふものと考えられる。したがって、以下本稿では原則的にこの狭義の adulterium を姦通罪と表記する。
- (17) Coll. 4, 2, 3 [Paul. lib. sing. de adult.]
- (18) D. 48, 5, 26 (25) [Ulp. 2 de adult.]
- (19) D. 48, 5, 16 (15) [Ulp. 1 de adult.]
- (20) D. 48, 5, 28 (27) [Ulp. 3 de adult.]
- (21) B. Biondi, *SCRITTI GIURIDICI II*, 197ff. を参照
- (22) *lex Canuleia* は、紀元前45年に制定され、十二表法が否定したとされるパトリキとプレブスとの間の通婚能力を認めた。
- (23) これに對して Coll. 4, 2, 2 [Paul. lib. sing. de adult.] *Et quidem primum caput legis Iuliae de adulteris prioribus legibus pluribus obrogat.* (確かに 'adulterium' に関するユールius法の第一章は、それ以前の幾つかの法律を廃止した。) しかしながら、この場合の *leges* が制定法を指すのかどうかは疑問であり、研究者の多くはこの点に否定的である。
- (24) 本稿では、この常設査問所そのものの考察にまで立ち入ることはしませんが、主な議論をさあげておへん。T. Mommsen, *Le*

Droit Penal Romain, 1907, 422ff. 其の制度がローマ市内に限定されたのかどうかは不明としながら、制度そのものはセムエールス世の時やまで確実な連続したとする。これに対して、P. Garnsey, *Adultery trial and the survival of the 'quaestio perpetua' in Severan age*, *Journal of roman law* 57 56ff. 其の定を否定する。しかしながら、それだけその制度そのものの後 *cognitio extra ordinaria* となることが訴訟手続としてかわらぬこととなり、その *cognitio* が最終的 *adulterium* として唯一管轄権を有するものとなる。

(29) H. Ankum, *La capitiva adultera. Problemès concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, RIDA 32, 153ff.
(30) P. Corbett, *The Roman law of Marriage* 近代法をそののちの法統的解釈は、今日に至ることも依然有力である。C. Lorenzi, *Pap. Coll.* 4, 8, 1: *La figlia adultera e il "ius occidenti iure patris"* 注、そのことを見解を維持している。

(31) A. Esmein, *Le delit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteris*, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 2, 1ff.

(32) A. Esmein, *Le delit*, 13.; E. Cantarella, *Studi*, 183.

(33) J.A.C. Thomas, *lex Iulia de adulteris coercendis*, *Études Maqueron*, 1970, 637ff.; M. Rabello, *Effetti personali della "patris potestas"*, 1, 1979; P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, IVRA 31, 61ff.; C.R. Ruggeri, *Qualche osservazione in tema di "ius occidenti ex lege Iulia de adulteris coercendis"*, BDR 92-92, 93ff.; C. Lorenzi, SDHI 57 158ff.; R. Lambertini, *Ancora sui legitimati a uccidere "iure patris ex lege Iulia de adulteris"* (a proposito di un recente saggio), SDHI 58, 362ff.

二 Lex Iulia de adulteris における殺害権

I 父の殺害権

—Lex Iulia de adulteris における *vitae necisque potestas*

はじめににおいて述べたように、L.I. de adult. は家父の権力、なかんずくその最も特徴的なものと言いうる ⁽¹⁾ v.n.p.

アウグストゥスの支配と家 (藤野奈津子)

に關与する規定を含んでいたと従来考えられてきた⁽²⁾。しかし、このような主張に対して、今日多くの批判的検討がなされていることは既に指摘したとおりである。そこで、本節では、*L.I. de adult.* における殺害権のうち、まず父の権利について取り上げ、特に *v.n.p.* との關わりという観点から *L.I. de adult.* を見直すとともに、*ius occidenti iure patris* とはいかなる権利であつたのかについて考察してゆきたい。

そこで第一に問題としなければならぬのは、*L.I. de adult.* がはたして家父が伝統的に有してきた *v.n.p.* を制限したのかどうか⁽³⁾ という点である。この点に関して資料はどのような言及をしているのか。まずは、次のふたつの法文に着目してみる必要があるだろう。

D. 48, 5, 21 (20) [Pap. 1 de adult.] *Patri datur ius occidenti adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure facit: sed nec filius familias pater.* (父には、その権力内にある娘の姦夫を殺害する権利が認められている。したがつて、このような父以外のいかなる者も適法にこれを行うことはない。家子である父もやはり適法に行うことはならぬ。)

D. 48, 5, 22 (21) [Ulp. 1 de adult.] (sic eventi, ut nec pater nec avus possit occidere) nec immerito: in sua potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis. ((父もまた祖父も殺害できないということが生じるが)、これも理由のないことではない。なぜなら、自分自身の権力に服していない者が、 \wedge 他の者を \vee 権力内にもつとは考えられないからである。)

はじめの法文から、*L.I. de adult.* 上の殺害権の権利主体たりうる者とは、娘をその権力内に有する父、すなわち娘の家父でなければならぬことが明らかとなる⁽⁴⁾。これに対して、第二の法文では、同様に父が自権者であること、すなわち家父であることが要件とされているものの、ここでより重要なのは、単に家父であることだけでは権利主体とし

ての十分条件を満たさなかつたと推定される点である。ここで挙げられているのは、おそらく祖父が家父であつた場合だろうが、本法律上の殺害権が認められるためには、家父であると同時に姦婦たる娘の父親あることが必要とされたことになる。つまり、父は家父でないため認められず、また父親ではないことから祖父にも同様に殺害権が否定されたのである。これについて、権力の保持が殺害権付与の要件とされていたことを示している第二法文後段の *Dijianus* による理由づけ部分が、祖父への殺害権を否定した同じ法文の前段と一致しないことを根拠に、これをインテルポラーテイオーとする主張もなされている。⁽⁵⁾ しかしながら、*L. I. de adult.* が殺害権の主体に関して *pater* という表現を用いていたことは、他の多くの法文資料からしてもほぼ確定できる。また、同じ *L. I. de adult.* の別の規定において、*pater* と *avus* とが併記されていたと伝えられていることから、この法律上、父と祖父との間には用語上の区別があつたと推定され、*pater* に祖父という意味を含めることも理論上困難である。⁽⁶⁾ したがつて、*L. I. de adult.* がここで *pater* とのみ表記している以上、祖父には殺害権が認められなかつたと考えるのが適當であらう。ところで、家子たる父に殺害権が否定されたことは、*v. n. p.* との間は何ら摩擦を引き起こすものではない。なぜなら、そもそも *v. n. p.* とは家父にのみ存するものだからである。しかし、家父たる祖父への殺害権の否定はどのように理解されるのだろうか。そこでこの点に関しては、*L. I. de adult.* が本来的に殺害行為を制限する目的をもつていたためと従来から説明されてきた。⁽⁷⁾ また、*L. I. de adult.* が殺害権の行使に関して、別の側面からもさまざまに制約を課していたことを示す次の法文は、まさしくそうした傾向を裏付けるものだと主張されてきたのである。

D. 48, 5, 24(23) [*Ulp. 1 de adult.*] *Quod ait lex IN FILIA ADULTERUM DEPREHENDERIT, non otiosum videtur: voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si turpitudine filiam de adulterio deprehendat.* (法律が「娘とともに姦夫をとりさえた場合」と述べているのは無意味とは思われない。なぜなら、法律は、姦通という

不道徳行為の現場で娘をとらえた場合にだけ、父がこの権力を行使するよう意図したからである。）

D. 48, 5, 24(23) [Ulp. 1 de adult.] Quare non, ubicumque deprehenderit pater, permittitur ei occidere, sed domi duae generive sui tantum, illa ratio redditur, quod maiorem iniuriam putavit legislator, quod in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum inducere. (父がへ姦通の現場をくぐらせた場合、それがどこであらうと殺害を認められたというわけではなく、ただ自分自身の屋敷内で、あるいはその娘の夫の屋敷内でのみ認められていた理由は次のように解釈される。すなわち、娘が父の屋敷内に、あるいは夫の屋敷内にあって姦夫を引き入れた場合に、より重大な侵害がなされたと立法者は考えたからである。)

このように、父に殺害行為が認められるためには、まず第一に娘とその姦夫を姦通という犯罪の現場でとらえることが必要であり、また、単にこの現行犯という要件にとどまらず、自分自身の屋敷内で、あるいは姦婦たる娘の夫の屋敷内でこれを発見した場合でなければならないという場所的要件をも満たす必要があったのである。⁹⁾

以上から、姦婦たる娘を殺害しうる場合について、*L. I. de adult.* が実になまじまな制約を課していたことが明らかになった。しかしながら、ここに述べられた殺害権、すなわち *L. I. de adult.* に規定された *his occidenti* の制限が、そのまま家父の有する *v. p.* の制限にあたるのかという点については、もう一度検討してみることがあるだろう。なぜなら、これまでに挙げた法文資料には、ひとつとして *L. I. de adult.* と *v. p.* との関係に直接言及したものはなく、したがってこの家父の権力そのものに対して法律が制限的関与を行ったとする結論にはなお議論の余地があると思われるからである。そこでこうした観点から、近時特に研究者の注意を引いているのが次の法文である。

Coll. 4, 8, 1 [Pap. lib. sing. de adult.] Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem, quod bonum fuit legem comprehendendi, ut potestas ferret etiam filiam occidendi. velis mihi rescribere: nam scire cupio.

Respondit: numquid ex contrario praestat nobis argumentum haec adiectio, ut videatur lex non habenti dedisse, sed occidi eam cum adultero iussisse, ut videatur maiore aequitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiae perperciit? (王法が、*filius* に対する *v.n.p.* を父に認めていたのに、法律により、さらに娘を殺害する権利が認められると規定された意義は何であろうか。あなたは私に答えるだろう。私は知りたいのだから。次のように答えた。すなわち、そうではなくて逆に、この追加承認はわれわれに次のような推論を提示するものではないだろうか? つまり、法律は、 \wedge 娘をその権力内に \vee もたない者に \wedge 殺害を \vee 認めたのではなく、娘をも容赦することがなかったとき、 \wedge 父が \vee より強い衡平観念に促されて姦夫を殺害したとみなされるため、姦夫とともに娘を殺害することを命じたものだと考えられるのである。)

この法文は、従来それほど注目をあびるものではなかった。むしろ、これについては、Papinianus の時代に *v.n.p.* が存続していたのか否かを考える際の証拠資料のひとつとしてしかその価値を認識されてこなかったのである⁽¹¹⁾。しかしながら、近時この法文を *L.I. de adult.* との関係から検討しなおす向きが現れ、その面からの法文自体の再評価とともになきわめて活発な議論が展開されている⁽¹²⁾。というのも、Papinianus は、一連の書物において *L.I. de adult.* について検討し、ここでは特に *v.n.p.* との関係を問題としているのであるが、この法文は、*L.I. de adult.* と *v.n.p.* との関係に直接言及した資料として残されている唯一のものである。そこで次では、そうした最近の議論に基づいて、*L.I. de adult.* との関係から見直したときにこの法文がいかにか解釈されるのか、具体的に考察を加えてみたいと思う。

まず法文を整理すると、最初のパラグラフにおいて、王法が *filius* に対する *v.n.p.* を認めていたことが指摘されている。したがって、ここでの質問者は、なぜ王法がすでに定めていた権力を、さらに法律、すなわち *L.I. de adult.* が再度規定しなおしたのか、その理由を尋ねていると解釈するのが順当であろう。つまり、質問者の側には、王法の規定

した《*vitae necisque potestas in filium (filius に対する v.n.p.)*》とは、男性女性を問わず家父がその卑属に対して持ちうる権力を意味しているのであり、したがって当然に *filia* すなわち娘をもその対象として含みうるとの前提が存在していることになる。⁽¹²⁾ 次に、これを受けて回答者が示した見解は、*L.i. de adult.* は家父の権力について不必要な繰返しを規定しているわけではなく、姦夫を合法的に殺害するための要件として姦婦である娘の殺害を規定したというものである。⁽¹³⁾ これらをまとめれば、*L.i. de adult.* における新たな規定の意味は何処にあるのか、何が *L.i. de adult.* による改革なのかという問題提起に対して、法学者は、姦夫の殺害を適法に行うための要件として、姦婦たる自分の娘をも殺害しなければならないという義務がこの法律により規定された点に、それを求めることができるとしていることになる。したがって、*L.i. de adult.* は姦夫を殺害するために姦婦たる娘の殺害を要件として付加している⁽¹⁴⁾ ことになり、殺害行為を制限しようとする本法律の意図はここでも示されていると考えられるのである。そこで、さらに問題を移して、この場合の父、*pater* がいかなる者であるかという点に触れておくと、そもそもここで展開されている議論は、*v.n.p.* を有する者について質問者が提起したところであるから、当然に家父でなければならぬ。したがって、この点に関しては、回答の中で父の属性について考慮されていることは一貫性を有しており、*L.i. de adult.* は決して《*non habens*（娘をその権力内にくもたない者）に *v.n.p.* を拡大するものではなかったことになる。

では、ここから、*L.i. de adult.* と *v.n.p.* との関係についていかなる解釈が引き出されるのであろうか。*L.i. de adult.* はこれまでのすべての法文において確認されたように、単に *pater* という表現のみを採用していたと考えられる。けれどもすでに示した資料から、殺害行為が合法であるためには、姦婦の父親であると同時に家父であるという要件を満たしていることが必要であった。しかも、ここで取り上げた法文からすれば、家父であっても、姦婦たる娘の殺害がむしろ要件として義務付けられている点で、その殺害行為にはさらなる制限が加えられる結果となっている

のである。したがって、以上の考察の結論としては、家父の権力である *v.n.p.* に対して、*L.i. de adult.* が一定の関与をはかっているということになる。⁽¹⁵⁾ しかし、この関与は一般に言われているほど制限的なものであろうか。この点については、もう一度検討してみる必要があると思われる。なぜなら、ここではもはや、家父たる父であってもその娘の命運を決する自由がなくなっているのは確かだが、法律はもっぱら姦夫殺害の要件として娘の殺害を義務づけているだけであつて、姦通の現場をとらえたからといって、必ずしも、娘の殺害そのものを義務づけているというわけではないからである。さらにもう一点考えてみなければならぬのは、そもそも姦婦の家父にその権力の発動によって、娘の姦夫を殺害することができたのかどうかということである。*v.n.p.* は、すでに述べたように、家父がその権力内にある卑属に対して有するものであるから、これを娘の姦夫に対して行使することは原理的にありえない。また、姦通という事例において特に、家父に対して姦夫を殺害する権利が認められていたとする資料も確認できない。⁽¹⁷⁾ したがって、姦婦たる娘の殺害という条件を付してではあるが、明らかに家外者である姦夫を殺害する権利を認めているというのは重要であり、*L.i. de adult.* が殺害行為を制限する傾向を内在させていたというだけではこの点を十分に説明しきれないのである。しかも、家父が *v.n.p.* を現実に行使したという事例を確かめることが困難である以上、⁽¹⁸⁾ もし *L.i. de adult.* が道徳規律の回復という命題のもとに提出され、これを真の目標としていたのであれば、むしろ実行されていない殺害行為にさらなる制限を設けていることは、そうした方向に矛盾すると言わざるを得ない。では、伝統的な *v.n.p.* の対象たりえなかつた姦夫をも殺害する権利が付与されたことに見られるように、⁽¹⁹⁾ 逆に *L.i. de adult.* は、家父の伝統的権力である *v.n.p.* をある意味で強化し拡大するものだったと考えることができるのだろうか。⁽²⁰⁾

この問題に絡んで最も重要と思われるのが、同じく *Papinianus* の述べる次のふたつの法文である。

Coll. 4, 2, 3 [Pap. lib. sing. de adult.] *Secundo vero capite permittit patri, si in filia sua, quam in potestate habet,*

aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum conuenit, adulterum domi suae generive sui deprehenderit isve in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude occidat, ita ut in filiam in continenti occidat. (ところで、第2章が父に認めたところでは、父が、その権力内にある娘、あるいはその権力内にあり、父を権威者として、夫の夫権に帰入した娘とともに、姦夫を自分自身の屋敷内、あるいはその娘の夫の屋敷内で発見したとき、あるいは娘の夫がその場に義理の父を呼び込んだとき、そのような父は、娘を続けて殺害するなら、姦夫を殺害しても罪にならないのである。)

Coll. 4, 7, 1 [Pap. lib. sing. de adult.] occidendi quidem facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestatem, aut quae eo auctore in manum conuenit…(法律は、確かに、その権力内にある娘、あるいは父を権威者として夫権に帰入した娘の殺害権を認めた…)

ここから、父は、娘がその権力内にあるときばかりでなく、娘がすでに夫の夫権に帰入しており、したがってもはや娘に対する家父権を失ったときにも同様に、姦婦たる娘を殺害することが認められていたと考えられるのである。ところで、これらの法文に関しては、先に挙げた Papinianus の Coll. 4, 8, 1 [lib. sing. de adult.] との異同をめぐって様々な解釈がなされてきた。というのも、先の法文においては、確かに同じ法学者が「父娘をその権力内に含むたない者に父殺害を認めただのではない」点を指摘しているのに対して、ここでは、夫権帰入によって家父権を失った父、すなわちもはや娘をその権力内には有していない父に対して、法律が殺害権を付与したことを伝えているからである。これを矛盾なく解釈するために、古くは、娘が夫権に帰入した後、さらに *renunciatio*、すなわち再握取行為が行われた事例を想定する者もあったが、これはあまりに技巧的と言うほかないであろう。そこで、もうひとつの解決方法として、これらの法文の真偽を問題とし、この夫権帰入への言及を *L.I. de adult.* によるのではなく、後の法学者の解

積、あるいはもつと進めて法典編纂者によるインテルポラーティオーである指摘する見解もある⁽²³⁾。しかしながら、古典期において、法学者たちに皇帝の制定した法律内容を変更する自由が認められていたとは考え難いであろうし、⁽²⁴⁾ また、もはやはっきりと夫権そのものが姿を消した6世紀前半において、法典編纂者があえてこのような記述を加えたとするのは、むしろその時代の慣行にあわせようと腐心したかれらの基本的姿勢に矛盾するのではないだろうか。したがって、この夫権婦入に関する規定は、ここに示されている通り、*l. i. de adult.* 自体に定められていたと考えるのが適当だと思われる。すは、《*quae eo auctore in manum convent* (父を権威者として夫権に婦入した娘)の殺害権が *l. i. de adult.* に規定されていたとして、別にどのような解釈が成り立ちうるのだろうか。これについて、姦通という犯罪に関する限り、*v. n. p.* の帰属主体が、娘の家父から、ここに述べられたように、家父としてその権威の下で娘が夫権婦入をし、もはや娘に対する家父権を失った父へも拡大されたという見解をとる者もある⁽²⁵⁾。しかし、*Coll. 4, 8, 1* において、明白に *v. n. p.* の拡大が否定されている以上は、ただ姦通を特殊な事例として想定することだけで両者の矛盾を解決することはできないであろう。そこで目を転じて、この問題でむしろ注目するべきなのは、*Coll. 4, 2, 3* および *4, 7, 1* において、単に夫権婦入の場合のみならず、娘をその権力下に有している父、すなわち家父権を有する者に対しての権利付与にも言及がなされている点ではないだろうか。これを先の *Coll. 4, 8, 1* と比較してみるなら、家父である父はすでに *v. n. p.* を有しているのであるから、この点についてかさねて言及する必要はないはずである⁽²⁶⁾。しかし、これらの法文を見るかぎり、*l. i. de adult.* の規定は、このような家父権を保持している父に対しても明らかに言及していたものと考えられる。したがって、これまで述べてきたところを矛盾なく解釈するためには、伝統的な家父の *v. n. p.* と、この *l. i. de adult.* により規定された *ius occidenti* というものを区別して考えるほかないのではなからうか。つまり、先の *Coll. 4, 8, 1* におおづ、*Papinianus* はもっばら *v. n. p.* に関してのみ議論を展開しているので

あり、この法文でかれが言わんとしているところは、*L. I. de adult.* によつて、その権力内に娘をもたない者、すなわちここで具体的に挙げるなら、夫権婦入によつて家父権を失つた父にまで、伝統的な *v. n. p.* が拡大されたわけではないということになるだろう。また、権力に服する娘に関しては、王法がすでに定めたところに従い、家父権が存続する限り、父は法的には無制限に *v. n. p.* を行使しえたはずであり、*L. I. de adult.* は、この点では家父の伝統的権力である *v. n. p.* には全く関与しなかつたことになる。したがつて、*Coll. 4, 8, 1* で述べられたような姦婦たる娘の殺害義務についても、決してこれは家父の伝統的 *v. n. p.* を制限するものではなく、もっぱらこの *L. I. de adult.* により新たに設定された *ius occidendi adulterum cum filia* 行使の要件として課されているに過ぎないのである。以上のことから、*L. I. de adult.* に規定された *ius occidendi iure patris* とは、伝統的 *v. n. p.* とその性質を異にし、まさにこの法律そのものに由来する権利だということが明らかになつたと思われる。したがつて、前述の姦夫を殺害する権利に関しても、これは *v. n. p.* の対象における拡大ではなく、*L. I. de adult.* に基づいて設定された新たな権利である、*ius occidendi iure patris* の権利行使の客体の範囲の問題として検討されることになる。また同じように、ここで示された、すでに娘が夫の夫権に帰入し、したがつてその娘に対する家父権を失つた父の殺害権についても、*L. I. de adult.* により設定された新たな *ius occidendi* の帰属主体の問題として認識されなければならないのである。

このように *ius occidendi* を *L. I. de adult.* により新たに設定された権利として理解した上で、その権利帰属主体および権利行使の客体に関しては、明らかにもう一点考察を必要とするものがある。

D. 48, 5, 23 (23) pr. [Pap. 1 de adult.] Nec in ea lege naturalis ab adoptivo pater separatur.（この法律において、実父は養父と区別されない。）

Coll. 4, 12, 1 [Paul. 2 sent.] Permittitur patri tam adoptivo quam naturali, adulterum cum filia cuiusque

dignitatis domi suae vel generi sui deprehensum sua manu occidere. (その權威に服している娘とともに、姦夫を自分自身の屋敷内で、あるいはその娘の夫の屋敷内で発見した場合、実父と同様に養父にも、ハその姦夫をVみずから手で殺害することが認められるであらう。)

このふたつの法文が意味するところについて、これまで一般に理解されてきたのは、*L.I. de adult.* によつて、養父が娘の実父と同等の権力を認められたというものであつた。²⁹⁾しかし、近時このような解釈に対しては積極的な批判がなされている。というのも、養父とは法律上の擬制により、その養子に対して実父の地位を有する者であるから、従来の解釈に従つた場合、市民法に基づいて、養子縁組によりすでに娘に対する家父権を取得している養父について、法律が再度あらためて実父と同等の権力を規定していることになり、これは論理的でないとと思われるのである。では、法律による無益な繰り返しという結論を避けるために、どのように解釈することができるのだろうか。これについて、*L.I. de adult.* により、逆に実父に対して養父と同等の権力が認められたのだとする見解³⁰⁾がある。すなわち、養子縁組によりすでに家父権を喪失した娘の実父に対して、現時点で娘の家父となつた養父と同等の権力がこの法律により付与されたと主張するのである。しかし、これらの解釈はいずれも、それぞれ養父、実父に対して *L.I. de adult.* が認めたものを *v.n.p.* と想定しているのではなからうか。けれども、この問題について、まず注目されるべきなのは、はじめの法文において、*«in ea lege (この法律において)»* と明記されている点である。すなわち、*L.I. de adult.* においてという条件付でこの問題は検討される必要があるのだろうか。そこで、もう一度これらふたつの法文に注目してみると、まずはじめの法文はすでに挙げた同じ法学者による、*«patri datur ius occidendi adulterum cum filia quem in potestate habet (父には、その権力内にある娘の姦夫を殺害する権利が付与されている)»* を含む法文 *D. 48, 5, 21 (20) [Pap. 1 de adult.]* に続くものである。また、ふたつ目の法文でも、これと同様に姦夫殺害の権利について述べられ

いることから考えて、これらはいずれも、*L.I. de adult.*により新たに設定された姦夫殺害の権利が、養父に対して認められたことを示すものと解釈することができる。⁽³¹⁾つまり、家父権に由来する *v.n.p.* と *L.I. de adult.* により設定された *ius occidendi* が別個独立に存在し、したがってこの *ius occidendi* が家父権に基づくものでない以上、たとえ養父が家父権を有していようと、その事実とは無関係に、法律はあらためてこの点について言及する必要があるのではないだろうか。一見不要に見える法律の規定の意味も、以上のように解釈することが可能である。すなわち、ここでは、養父について、*L.I. de adult.* により再度実父と同等の権力（ここでは特に *v.n.p.* を意味するだろう）が認められたということではなく、この法律上の *ius occidendi iure patris* の権利主体となりうること、すなわち *pater* という表現に養父という意味も含まれることが示されていると考えられるのである。⁽³²⁾

これまでの検討から、父の殺害権に関しては、次のように整理することができる。まずその最も重要な点のひとつとして、*L.I. de adult.* において規定された *ius occidendi* と伝統的な家父権に由来する *v.n.p.* とを、明確に分けて考えなければならぬということがある。⁽³³⁾ これまでさまざまな解釈がなされてきたとはいえ、この点を混同してしまう以上、*L.I. de adult.* の規定について適切に再構成し、解釈することは不可能だと思われる。そこで、これらを別個独立の存在として認識するとき、これまで見てきたどの法文資料からしても、*L.I. de adult.* は家父の伝統的 *v.n.p.* との関係については沈黙していたと考えざるをえない。したがって、この点を素直に受け止めるなら、*L.I. de adult.* そのものが直接 *v.n.p.* に対して関与することはなかったと解釈すべきなのである。つまり、従来どおり、家父はその家父権に由来する *v.n.p.* を行使する限り、原則としてこれを妨害される恐れはなかったのであり、先に問題としたような、祖父が家父である場合についても、祖父は *v.n.p.* の行使に関して法的にこれを制限されることはなかったと思われる。⁽³⁴⁾ しかし、ここより重要な点は、むしろ新たに *L.I. de adult.* が設定した *ius occidendi* について、祖父には

これが否定されているというところに求められるべきであつて、単に *v.r.p.* との関係のみをもつて *L.I. de adult.* の意義を評価することはできないのである。なぜなら、*v.r.p.* と *ius occidendi* とが別個独立した存在である以上、法律は何らかの目的にしたがつて、この *ius occidendi* を規定しているはずだからである。したがつて、*L.I. de adult.* の意義を探るには、むしろこの新たに設定された *ius occidendi* そのものを検討することが必要となつてくるだろう。そこで、次では、こうして規定された *ius occidendi* とはいかなるものであつたのか、この点を明らかにするために、その権利帰属主体および権利行使客体にわけて整理してみることにする。

これまでの検討から、*L.I. de adult.* 上の *ius occidendi* の帰属主体については、1 (実父たると養父たるとを問わず) 姦婦たる娘の父親であり、家父である者 (したがつて、家子たる父親ないし家父たる祖父にはこの権利は否定される)、2 (実父たると養父たるとを問わず) 自分自身が家父であるとき、娘が夫権に帰入した父親、ということになるだろう。また、この *ius occidendi* の客体は、1 (実父たると養父たるとを問わず) 家父たる父親の権力に服する娘、2 (実父たると養父たるとを問わず) 父親が家父であるとき、夫の夫権に帰入した娘、3 (上記1および2の要件を満たす娘の姦夫、となる。ここから明らかのように、*L.I. de adult.* は *ius occidendi* の権利主体たることの要件として、まず第一に家父であることを挙げてゐる。しかしながら、ここで要件とされる家父たることは、家父として姦婦たる娘をかつてその権力下に有していた、あるいは現に有している自権者の地位にあることをもつぱら意味するのであつて、必ずしもそのような娘に対して現時点で家父権を有していることとは一致してゐないのである。³⁵⁾ さらに、権利行使の客体として、姦夫に力点が置かれてゐることが示すように、明らかに家父権に服さない家外者である姦夫の殺害が認められてゐることは、この権利が家父権から完全に独立した存在であることをさらに明示してゐると言える。このように *ius occidendi* が、伝統的 *v.r.p.* とは異なり、家父権から完全に独立した権利であることは確認されたが、

では、*L. I. de adult.* がこの権利を設定した意図はどこにあるのだろうか。これについて注目されるのが、*ius occidendi* の帰属主体たることの、もう一つの要件として、実父たると養父たるとを問わず、娘の父親であることが定められている点である。すなわち、たとえ家父権を有していたとしても父親でなければ権利主体となれない以上、この法律上の権利主体の要件としてより重視されているのは、むしろ父たる地位だと考えられるのである。³⁶⁾ *L. I. de adult.* はこの規定によって、伝統的権利主体たる家父とは別に、父たる地位そのものを法的存在として認識していることになるだろう。つまり、元来伝統的なローマの家において、人的関係はもっぱら家父とその権力に服する者との関係であったが、これに対して、*L. I. de adult.* は、父と子という新たな関係原理を見出したものと言えるのではないだろうか。ところで、*L. I. de adult.* はこの新たな *ius occidendi* というものを設定しながら、しかし、その行使の段階では、場所的制限および時間的制限など非常に厳格な制約を課していたことが分かっている。したがって、現実はこの権利行使がなされるか否かというのは、二次的な問題であつたにすぎず、法律の意義とは、むしろこのような新たな権利が設定され、しかもその権利の帰属主体が伝統的なそれとは異なる点、こうしたあらたな関係原理が導入されている点にこそ求められるべきなのである。すなわち、*L. I. de adult.* は、ここに、家父を中心とし、家父権に総括される伝統的な家権力機構の内部に、それとは独立別個の法的関係を導入し、新たな関係原理を持ち込んだことにより、国家が家内部へと徐々に介入してゆく姿勢を示しているとも考えられるのである。

II 夫の殺害権

I において検討してきたところから、*L. I. de adult.* が、父の殺害権に関して伝統的な *u. p.* とは明らかに異なる、別個独立した権利として *ius occidendi iure patris* というものを想起していたことが確認された。では、これと同じ

ことが夫の殺害権についても証明されるのであろうか。L.I. de adult. が夫の殺害権についても規定していたと考えられる以上、このことが立証されてはじめて本法律における殺害権について包括的な理解が可能になるはずである。したがって、本節では、先の父の殺害権に関する考証を踏まえた上で、まず夫の ius occidendi そのものについて考察し、従来主張されてきたような、L.I. de adult. により夫の伝統的特権が制限されたという解釈の妥当性について検討を加えることにする。また、そのほかにこれを通じて、L.I. de adult. における ius occidendi 制定の意義についても、父の権利とあわせてその全体像を明らかにしてゆきたいと考えている。

そうではまず、L.I. de adult. に規定された夫の殺害権に関して伝えられる資料の検討からはじめたいと思う。

Coll. 4, 3, 1 [Pap. lib. sing. de adult.] Certae autem enumerantur personae, quas viro liceat occidere in adulterio deprehensa uxore, quamvis uxorem non liceat. (以下に、夫がその妻を姦通の現場でとらえたとき、殺害できる者が列挙されている。もともと妻を殺害することはできないのだが。)

D. 48, 5, 25 (24) [Macer 1 publ.] Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram aut fecerit in scenam saltandi cantandive causa profiteri iudiciove publico damnatus neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti uxorisve, patris matris, filii filiae utrius eorum fuerit (nec interest, proprius cuius eorum an cum alio communis fuerit) quive servus erit. (夫にも、自分の妻の姦夫を殺害することが認められている。けれども、父の場合とは異なり誰をも殺害できるというわけではない。というのも、この法律によつて、次のように定められているからである。すなわち、夫は妻の父の屋敷内ではならず) 自分自身の屋敷内において、妻との姦通の現場でとらえた姦夫が、娼家の主人であるか、あるいは

かつて演劇をおこなっていたか、踊り手としてまた歌い手として舞台に出ていたか、あるいは公訴訟で有罪となり未だ本来の地位を回復していない者か、あるいは夫またはその妻から、およびそのいづれかの父、母、息子、娘から開放された被解放自由人であるか（このうちの一人の所有であるとしても、他の者との共有であるとしてもかまわない）、あるいは奴隸である場合には、これを殺害することができる、と。）

このように、夫が妻の姦夫を殺害できるのは、自分自身の屋敷内で、その妻との姦通の現場をとらえた場合だけであり、しかも、殺害できる相手については、奴隸や被解放自由人をはじめ、社会的に不名誉な地位にあると考えられている者だけに限定されていた。したがって、夫が合法的に殺害権を行使しうるのは、父の場合よりもさらに限定された状況においてであつたと考えられる。³⁸⁾ さらに、ここで特に重要な点は、夫にその姦婦たる妻の合法的な殺害が否定されていることである。したがって、従来これらの規定は、*L. I. de adul.* が夫の伝統的特権に対して制限的な介入を行つたとする主張の最大の論拠となつてきた。しかしながら、そもそもこうした主張における夫の特権とはいかなるものを意味するのであろうか。この点に関して、次に少し検討を加えてみる必要があると思う。

そこで、まずは、夫が夫権を有する場合について、夫権に由来する殺害権というものが存在するのかどうか検討してみよう。夫権を伴う婚姻の場合、夫は妻に対して夫権を有するが、その効果としては、妻が実家の宗族関係を離脱して夫の家に帰属し、夫に対して *in loco*、すなわち娘のような地位に立つというものである。⁴⁰⁾ したがって、夫権そのものの中に直接殺害権を立証することはできないだろうし、また、娘のような地位に立つということについても、これは娘であることと同一ではないから、たとえ夫が家父であつたとしても、家父がその卑属に対して有する *in loco* を卑属ではない妻に対して行使することはありえない。つまり、いづれにしても夫権を有することによつて夫が殺害権を得たとは考えられないのである。では、このように一般的殺害権が否定されたとして、次に特定の場合に殺害権が

認められたとする資料についても検討してみる必要があるだろう。妻に対する夫の殺害行為について言及した資料としては、まず、ロームルスの規定について伝える Dionysius Halicarnassus のものが挙げられる。⁽⁴¹⁾ それによると、夫は、妻が姦通を犯した場合、あるいはワインを飲んだ場合、その妻に対して死を科すことができた⁽⁴²⁾とされる。さらに、もうひとつ、Cato の記述について Gellius が伝えるものがあるが、それによると、Cato は、嫁賃について論じた中の一節で、妻がワインを飲んだ場合、あるいは「姦通の現場で妻を発見した場合には、夫はこれを殺害する権利 (ius) を有する」旨を述べていたとされ、さらに、この殺害権そのものについては、「姦通の現場であなたの妻を発見した場合には、裁判を行わずに (sine iudicio) これを殺害しても罪に問われない (impune)」という Cato 自身の言葉が伝えられている。これらの資料は、いずれもワインを飲んだ場合と姦通を犯した場合の夫の殺害行為について述べていることは確かである。しかし、ロームルスの規定についてはその存在そのものが疑問視されるであろうし、⁽⁴³⁾ また後者についても、Cato 自身はただ、姦通の現行犯として妻をとらえた場合には、その事実が明白であるから、おそらく家裁判を指すと思われる iudicium を経ずに、そのような妻を殺害したとしても、夫は殺人の罪に問われることはなかったと述べているにすぎず、これを ius、すなわち殺害の権利と解釈したのは Gellius である。⁽⁴⁴⁾ したがって、これらの資料からは、殺害権をたとえ姦通という特殊な事例に限ったとしても確認することはできないのである。以上の結果からすると、夫が夫権を有すると否とにかかわらず、妻に対する殺害の権利というものを立証することは不可能だと思われるのである。

このように、夫のその妻に対する殺害の権利については理論上否定されたが、しかし、資料の伝えるところから、夫はその妻を姦通の現場でとらえたなら、たとえこれを殺害してもおそらく殺人を理由に告発されることはなかったであろう。したがって、少なくとも夫は一定の状況においてその妻を殺害することが慣習上容認されていたと考える

ことはできる。⁽⁶⁾そこで、このように夫による殺害行為が慣習上容認されたきた事実を、特権と解釈した上で、もし L. de adult. が妻の殺害を否定したのだとすれば、⁽⁷⁾従来の学説が主張するように確かにそれはこの特権を制限したことになる。しかし、ここで注意しなければならないのは、妻の殺害を直接禁止した L. de adult. 上の規定そのものを伝える資料が存在しない点である。そこで、今日では、このような主張に対して、別の解釈も示されてきている。その論拠となる資料は次の法文である。

Coll. 4, 10, 1 [Pap. lib. sing. de adult.] Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidat, quaero. Respondit: nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur: quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur... (夫が姦通の現場で発見した妻を殺害した場合、故殺者に関する法律の処罰を受けるかどうか、私は尋ねる。次のように答えた。すなわち、法律のどの部分にも、夫に妻を殺害することが認められていないのだから、△そのような▽夫が法律に違反することは疑いがない...)

ここでは、夫が妻を殺害した場合に、夫は殺人罪に問われるのか否かについて議論されているが、法学者はその点について肯定し、理由として、L. I. de adult. に、夫が妻を殺害できるとの規定が存在していなかったことを挙げている。ところで、法律が夫に妻の殺害を禁じていたのなら、このような問題はそもそもも生じる余地はないから、逆に法律の規定そのものはこの問題について全く沈黙していたとの推定が可能であろう。すなわち、L. I. de adult. は夫による妻の殺害についてはこれに関与する規定を設けていなかったものであり、したがって、従来の学説が主張するように、本法律が伝統的特権を直接制限するものであったとは言えないのである。

では、次に姦夫の殺害についてはどうであろうか。本節のはじめに挙げた資料が示すように、L. I. de adult. が姦夫殺害についてきわめて厳格な制約を夫に課していたのは明らかである。しかし、ここで注意しなければならないのは、

夫が妻の姦夫を殺害する行為というのは、先に検討した夫の伝統的特権としてすら確認できないという点である。つまり、妻に関しては、夫に少なくとも一定の状況下でその殺害行為が容認されたと考えることができるとしても、姦夫については、権利としての殺害が明確に否定されるばかりでなく、慣習上の特権として殺害行為が容認された事実をすら、資料上確かめることができないのである。したがって、むしろここで重視すべきなのは、*L.I. de adult.* がきわめて制限的とはいえ、姦夫を殺害する権利をはじめて夫に付与しているということであろう。すなわち、*L.I. de adult.* は、これまで全く存在しなかつた夫による姦夫の殺害権、*ius occidendi adulterum iure mariti* を、まさにこの法律にもとづいた新たな権利として規定していることになるのである。このように、夫の *ius occidendi* についても、*L.I. de adult.* により設定された新たな権利であると立証されたこと、*L.I. de adult.* 上の *ius occidendi* がいずれもこの法律それ自体に由来する、伝統的権力とは全く独立した存在であるという、先に検討した父の殺害権における主張に一貫性を与える証拠が示されたと考えられるであろう。そこで、もう一度、本節のはじめに示したふたつの法文、*Coll. 4, 3, 1 [Pap. lib. sing. de adult.]* および *D. 48, 5, 25 (24) [Macer 1 publ.]* の解釈に戻ると、そこに定められている時間的、場所的な制限、および対象に関する制限はすべて、伝統的特権に対する制約ではなく、もっぱらこの新たな権利、*ius occidendi iure mariti* に課された要件であるにすぎない。また、先に妻の殺害について法律が沈黙している点を指摘し、伝統的特権には関与しなかつたと述べたが、しかし、このように *L.I. de adult.* に独自の *ius occidendi* を想起するなら、その対象から妻は除外されていることになる。したがって、本法律上の *ius occidendi* に関しては、これを妻に対して行使することは不可能であつた。しかし、その理由は従来の学説が主張してきたように、*L.I. de adult.* が妻の殺害を禁じたことによるのではなく、ただ *ius occidendi uxorem iure mariti* というものがこの法律上存在しなかつたためなのである。

以上から、夫の殺害行為に關しても、*L. i. de adult.* は伝統的特權に直接關与することなく、しかし、それとは無關係にもつばら法律それ自体にもつづいた權利を新たに設定していたことが明らかになった。したがって、ここでも、*L. i. de adult.* の意義について考察するには、むしろ *ius occidendi iure mariti* そのものについて検討して見る必要があるだろう。そこで、先に行なつた父の例にならつてこの權利の主体、および權利行使対象についてまとめてみると、およそ次のようになる。まず、權利の主体としては、夫權を有すると否とにかかわらず夫であつた。またその權利行使の客体に妻は含まれず、殺害できるのはもつばら姦夫のみであつて、しかもその者が、1 奴隸、2 社会的に不名誉な者たち（具体的には娼家の主人、芸能を生業とする者、犯罪を犯した者）、3 被解放自由人（特に、夫およびその妻から、あるいはそれぞれの両親ないし息子、娘から開放された者）である場合に限定されていた。したがって、対象について見れば、この *ius occidendi* には、すでに示した時間的、場所的制限とあわせてきわめて厳格な制限が課されていたことになる。この理由について、Papinianus は次のように述べている。

D. 48, 5, 23(22) [*Pap. i. de adult.*] Ideo autem patri non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuet refruendus. (22) 妻とそのすべての姦夫を殺害することが、夫にではなく父のために認められた理由は、一般に、父がもつ子供への慈愛の心が、子供について慎重な態度をとらせるのに対して、安易な決定をする夫の怒りと激情は抑制されるべきだからである。）

すなわち、法学者によれば、*L. i. de adult.* が父に比べて夫により厳格な制限を課した理由は、夫がその激情にかられて妻を殺害することを抑制し、殺害に關しては父を優位に置くことで、娘に対する父の愛情が殺害を思い止まらせることを期待しているためだとされている。しかし、この法律が制定される段階で、殺害行為を法律をもつて制限しな

ければならない程、夫がその妻や姦夫を殺害する事例が多発していたのだろうか。資料上そのような状況は確認できない。したがって、この理由付けでは十分とは言いきれないのである。

では、*L. i. de adult.* が、あらためてこの *ius occidendi* を設定した理由はどこにあるのだろうか。すでに何度も指摘したように、法律がこの権利を設定する一方で厳格な制限を課していたことは明らかである。特に、その権利行使の対象に関する規定は厳しく、おおよそ現実問題として、この権利を行使することは不可能であったと思われる。というのも、妻との姦通の現場を発見した夫が、瞬時にその姦夫の社会的地位を認識することはきわめて困難であったから、事実上権利行使が合法であるか否かは運の問題であったとまで言われているのである。したがって、制限するというよりむしろ、そもそもこの権利は実行性をもったものとして想定されてはいなかったこと⁽⁴⁹⁾になるのではないだろうか。では、なぜこのような実行性のない権利を設定したのか。これについて、ひとつ考えられる理由としては、法律の主眼がこの新たな権利の帰属主体を明らかにすることに置かれていたというものを挙げることができるのではなからうか。*L. i. de adult.* が *ius occidendi* の客体について厳格に規定する一方で、その主体についてはただ *maritus* として、何ら要件を課していないことは確かに目を引く点である。この法律上の権利主体たる要件としては、ただ正当な婚姻における夫であることのみが求められ、それ以外に家父であることや夫権を有することなどまったく必要とされていないのである。ところで、この法律以前にも、夫権のある場合には、妻が夫に対して娘のような地位に立つことで、両者の間には一定の法律上の関係があったとも言える。しかしそれは婚姻そのものとは無関係であり、もっぱら財産、および相続に限って法的効果を生むものにすぎなかった⁽⁵⁰⁾。このような状況に対して、*L. i. de adult.* は夫の地位を独自の法的効果をもつものとしてはじめに承認したことになり、ここに本法律における新たな視点を見出すことができるのである。すなわち、伝統的に家内部における法的関係というのは、もっぱら家父とその権力に服す

る者との間の権力関係のみであったから、夫が家父である場合でも、妻は夫が家父として有する家権力に服していたにすぎず、両者の間にこの権力関係以外の直接の法的関係は存在していなかったことになる。これに対して、*L. I. de adult.* は、そうした家父の権力とは無関係に、夫の妻との間にもつばら婚姻にもとづく一定の法的関係を生じさせているのである。この点で、*L. I. de adult.* は、家における伝統的な権力関係の内部に、これとは無関係の法的関係を設定したことになる。夫と妻という別の関係原理を家内秩序にもちこむことで、たとえ家権力のそのものに直接関与せずとも、少なくとも、家のありかたを変化させるきっかけとなったと主張することは、この面からも可能なのではないだろうか。

- (1) 原田俊彦, 「古ローマ法における家権力の発現」, 早大院法研論集 25, 206; R. Lambertini, SDHI 58, 362.
- (2) C. Lorenzi, SDHI 57, 158.; R. Lambertini, SDHI 58, 362. を参照。
- (3) *L. I. de adult.* が家父の *v.n.p.* に対して制限的関与をおこなったとする見解は、E. Cantarella がその論文において依然繰り返し主張している。E. Cantarella, Studi, 163ff. を参照。
- (4) Coll. 4, 12, 2 [Paul. 2 sent.] *Filius familias pater si filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope est, ut non possit occidere; permittitur tamen etiam ei, ut occidat.* (父が家子である場合には、娘を姦通の現場で発見したとしよう、法律の文言によれば、おそらく殺害することはできないであろう。しかし、そのような父にも殺害することが認められた。) この法文の最後のパラグラフをめぐって、これを古典期以後に挿入されたものとするか、あるいは古典期の法学者による解釈とするかについて議論がある。P. Voci, IVRA 31, 37ff. しかし、すでに、*L. I. de adult.* の規定では、姦通の父が家子である場合殺害権が否定されたことである。
- (5) C. Lorenzi, SDHI 57, 161f.
- (6) R. Lambertini, SDHI 58, 369f.
- (7) E. Cantarella, Studi, 163ff.

- (8) *gener* という言葉がいかなる意味をもったかにについては若干争いがある。通説は本文に訳出したように娘の夫をなすと考へるが、次の法文からは別の解釈も成り立つ。D. 50, 16, 136 [Ulp. 5 ad l. *Inl. et Pap.*] *GENERI appellatione et neptis et proneptis ... maritos contineri manifestum est.* (*GENER* とする言葉は、女孫および女曾孫の…夫が含まれることはあきらむべきである。) 確かに、この法学者は、同じローヌス諸法のらこのひもを *lex Julia et Papia* の用語法に言及しているが、しかしこの用語法が *l. i. de adult.* と同時代のものであることは証拠はななく、一般にそれは学説彙纂の編纂者によると考えられている。M. Rabello, *Effetti*, 218; R. Lambertini, *SDHI* 58, 369. しかして C. Lorenzi, *SDHI* 57, 161. はこの拡大された解釈を採用している。
- (9) *domus* の定義については、紀元前 81 年の制定とされる *lex Cornelia de iniuriis* に示されたものを採用して来たことか推定される。D. 48, 5, 23 (22) [Pap. 1 de adult.] *Ius occidenti patri conceditur domi suae, licet ibi filia non habitat, vel in domo generi; sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de iniuriis.* (父は、父自身の屋敷内であつた、たとへば娘が住んでいても殺害権が認められ、あるいは娘の夫の屋敷内でも認められる。しかし、屋敷とは、*lex Cornelia de iniuriis* にあつて同様だ、居住のためのものと理解されるべきである。) したがつて、屋敷とは、単に財産として所有して居るもの含まれず (D. 47, 10, 5 [Ulp. 56 ad ed.])、また父がさうした屋敷を複数所有して居る場合には、父自身が現に居住して居る建物においてのみ、所該権利の行使は認められた (D. 48, 5, 24 (23) [Ulp. 1 de adult.])。
- (10) この法文が *Papinianus* 自身によるものであることは今日疑う者はほとんどない。しかしながら、この法学者の時代にまだ *v.n.p.* が有効に存続して居たことを示す証拠の価値の判断については、あちまな主張がなされて居る。T. Mommsen, *Le droit penal*, 2, 332. nt. 2 が代表されるように、かつては肯定的な見解が一般的であつたが、今日の通説はこの問題におしる否定的な見解をとつて、法学者はすでに歴史上の存在として *v.n.p.* を論じて居るものと考え、P. Voci, *IVRA* 31, 63f. また、この問題に関して、C. Lorenzi, *SDHI* 57, 177. nt. 71. は比較詳細に整理されて居る。
- (11) 主要な文献を挙ぐる、A. Rabello, *Effetti*, 220ff.; C. Lorenzi, *SDHI* 57, 158ff.; C. Ruggeri, *BIDR* 92-93, 93ff.; P. Voci, *IVRA* 32, 61ff.; R. Lambertini, *SDHI* 58, 362ff.
- (12) 正確に云つて、Y. Thomas, *Vitae nequisque potestas, Du châtiment dans la cité*, 501f. 45、王法の規定は息子のみを対象としてゐた主張する。この問題に関して、C. Lorenzi, *SDHI* 57, 174ff. を参照。
- (13) この問題部分の再構成は、争ひがある。本稿では、通説になつて、T. Mommsen, *Collatio*, 3, 152 に従つて、*sed*

occidi eam cum adultero iussisse (姦夫とともに娘を殺害するよう命じた)》としたが、P. Voci, IVRA 31, 63; Seckel なら Kubler に従って《potestatem, sed necessitatem imposuisse (権利ではなく、義務を課した)》と欠落部分を補っている。つが、この二つは L.I. de adult. の姦夫殺害に関する娘の殺害とその要件としたことはかわりがなく、

(14) Coll. 4, 2, 6 [Paul. lib. sing. de adult.] Sed si filiam non interfecerit sed solum adulterum, homicidii reus est. (つが、娘を殺害せず、姦夫だけを殺害した場合、父は殺人罪に問われる。)

(15) A. Esmein, Le delit, 13.

(16) また、父が娘だけを殺害することができたかどうかについても争いがある。これに関して伝えられる法文は次のように述べらる。D. 48, 5, 33(32) [Macer 1 de publ.] Nihil eiterest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidit nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit, quod si alter occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur... (姦婦たる娘を先に殺害したかどうかは、双方を殺害する限り問題とならぬ。もし一方を殺害するなら、lex Cornelia により責めを負うことになる。一方を殺害し、もう一方に傷を負わせた場合でも、法律の文言によれば免責される...)。D. 48, 5, 24(23) [Ulp. 1 de adult.] Quod ait lex IN CONTINENTI FILIAM OCCIDI, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra: debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere aequali ira adversus utrumque sumpta. (法律が「娘を続けて殺害した」と述べたのは、次のように理解されるべきである。すなわち、姦夫を今日殺害しながら娘を見逃し、その数日後に娘を殺害する、あるいはその逆にならぬようにということである。なぜなら、一方を殴りもう一方を襲うといったように、両者に対して同等の怒りをもって殺害するべきだからである。)このふたつの法文にはあいまいな点が多々ある。すなわち、はじめの法文では、alter が姦夫を指すのか姦婦を指すのかが確定できず、また後者でも《vel contra (あるいはその逆に)》が何を意味するのか明確でないのである。しかし、法文の文言から解釈する限り、少なくとも L.I. de adult. の規定上は、ただ合法的に姦夫を殺害するための要件として姦婦の殺害が義務づけられたにすぎず、必ずしも、姦夫の殺害が姦婦殺害の要件であったとは考えられない。したがって、父が姦婦たる娘のみを殺害する場合、姦夫殺害という要件が課されることはなかったらあろう。C. Lorenzi, SDHI 57, 165f. これに反して、《vel contra》を根拠として、父は娘を殺害する以上姦夫も殺害しなければならず、必ず双方を殺害することが要求されたとする主張として、R. Lambertini, SDHI 58, 367f.

- (17) E. Cantarella, *Studi*, 190, nt. 38. 以下は、この法律より前、父が娘の姦夫を殺害することは私的復讐であったとしている。
- (18) P. Voci, *IVRA* 31, 64.
- (19) W. Harris, *The roman father's power of life and death, Studies in roman law in memory of A. ARTHUR SCHILLER*, 1986, 87ff. 以下 A. Richelin, *In approaches to the sources on adultery at Rome, Reflection of Women in Antiquity*, 1991, 339. 以下は、姦婦として娘が家父に殺害された事例は現実には存在しないとされる。
- (20) C. Lorenzi, *SDHI* 57, 158ff. 以下 *L.I. de adult.* が *v.n.p.* を拡大したと主張する。またその理由として、アウグストゥスが道徳秩序の回復をこの法律制定の第一の目的としていたことを挙げる。しかし、かれの論文では、もっぱらこの目的そのものと *v.n.p.* の拡大という方向性を証明することに主眼が置かれていることから、客観性を欠く議論も少なくない。特に、父の殺害権に課された制限をすべて後の時代の解釈によるとしている点は問題であろう。
- (21) *socer* とは、この場合大抵としての舅、すなわち妻の父を意味する。なぜなら、夫は妻の父を姦通の現場に引き合わせることで、現行犯でとらえなければならぬという父の殺害権行使の要件を整えたと考えられるからである。
- (22) A. Rabello, *Effetti*, 223.
- (23) A. Esmein, *Le delit*, 13. 以来の通説は、この法文について内容的な改ざんはないとしている。しかし、これに対して E. Cantarella, *Studi*, 203f. は、夫権帰入に関する記述部分を改ざんだと主張する。その理由として、*L.I. de adult.* が殺害行為の抑制を目標としていることと、この殺害権拡大の方向性とは矛盾する点を挙げる。しかし、C. Ruggeri, *BDR* 92-93, 110. は述べられているように、姦婦の父への殺害権付与は必ずしも殺害行為の抑制という目的に矛盾するものではないだろう。なぜなら、すでに立証されたように、姦夫殺害の要件として姦婦たる娘の殺害が義務づけられている以上、父は姦夫のみを殺害することは許されないから、父がその血を分けた娘に対する肉親の情によって娘を赦免すれば、必然的に姦夫の殺害が抑制される結果となるからである。したがって、この E. Cantarella の理由についてもそれほど説得力をもつものではないだろう。
- (24) C. Lorenzi, *SDHI* 57, 158 nt. 2.
- (25) C. Lorenzi, *SDHI* 57, 158ff.
- (26) C. Ruggeri, *BDR* 92-93, 113.
- (27) *L.I. de adult.* 以下 *de ius occidenti* の独自性にはじめて言及したのは、おさるへ J.A.C. Thomas, *lex Iulia de adulteris*

coercendis, Études Maqueron, 637ff. であると思われ。この論文は、*ius occidendi v.n.p.* の関係には直接触れられていない。この両者の関係については、むしろ A. Rabello, *Effetti, 220ff.* による検討が整理されたと言えよう。また最近では、R. Lambertini, *SDHI 58, 363ff.* や C. Lorenzi, *SDHI 57, 158ff.* を基にした検討が、この関係から前者の独自性を論じている。

- (88) A. Rabello, *Effetti, 233.*
 (89) E. Cantarella, *Studi, 165.*
 (90) C. Ruggeri, *BIDR 92-93, 100f.*
 (91) C. Lorenzi, *SDHI 57, 167.*
 (92) R. Lambertini, *SDHI 58, 373f.*
 (93) もう一点考察を要する問題として、家父権免除された娘について、その父は *ius occidendi* が存在したかどうかがどうなるか。これに關して伝えられる法文は次のようになる。Coll. 4, 2, 4 [Paul. lib. sing. de adult.] *In sui iuris autem filia qui adulterum deprehensum occiderit et in continenti filiam, licito iure hoc factum, Marcellus libro XXXI digestorum scribit. (娘が白権者である場合でも、姦夫を殺害し、続けし娘を殺害するならば、これは法律上許されよう。Marcellus は評詁集の三一卷におこし述べた。); Coll. 4, 7, 1 [Pap. lib. sing. de adult.] *Quaerebatur, an pater emancipatam filiam iure patris accusare possit. respondi: occidendi quidem facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestatem, aut (quae) eo auctore in manum venit: sed accusare iure patris ne quidem emancipatam filiam pater prohibetur. (家父権免除した娘を、父が父の権によつて告発できるか否かたずねられた。私は次のように答えた。すなわち、確かに法律が殺害の権利を認めたのは、その権力内にある娘、あるいは父の権威によつて夫権に帰入した娘であったが、家父権免除した娘について、これを父の権によつて告発することは禁じられていない。)* このように、両法文は異なった結論を示しているが、通説は家父権免除された娘の殺害権には否定している。A. Rabello, *Effetti, 214; P. Voci, IVRA 31, 61.* けれど、C. Ruggeri, *BIDR 92-93, 102ff.* は肯定する。このことを、やはりこの点については通説のようではなく、Paulus のものを後の発展段階におけるものと解するのが適当であろう。なぜなら、後者の法文が明らかに示すように、L.I. de adult. の *ius occidendi* の対象となりうる娘は、もっぱら他権者に限られたと考えられるからである。R. Lambertini, *SDHI 58, 375.**

- (34) したがって、たとえば、姦婦の父親が家子であったとするなら、家子である父親が *in potestate* を行使することはありえないし、またこの場合には *L.I. de adult. 1. §. ius occidenti* も父親には否定されることになるが、しかし、祖父が姦婦の家父であるなら、その *v.r.p.* は依然として合法であるから、これを行使することは原理的には法的無制限であったろう。
- (35) R. Lambertini, SDHI 58, 375.
- (36) C. Ruggeri, BIDR 92-93, 199f. は '*L.I. de adult.* における革新的要素を全面的に否定する。それによれば、*L.I. de adult.* はすでに共和政期において慣行として存在していたものを法として規定し直し、権利として整備しただけだとされる。しかし、たとえ *L.I. de adult.* が伝統的権限にはまったく変更を加えることなく維持し、さらに新たな権利として設定した *ius occidenti* も、すでにある慣行を法制化したただけであったとしても、まさにこうした慣習の法への取り込みという事実で新たな展開を予測させるものがあると言えらるだろう。
- (37) A. Esmein, *Le delict*, 11ff.; E. Cantarella, *Studi*, 183.
- (38) E. Cantarella, *Studi*, 172ff.; 176. しかも夫は、これらの要件を満たして殺害行為を行った場合であっても、その事実を三日以内の間に担当政務官に届け出る義務を負っていた (Paul. *Sent.* 2, 26, 6)。
- (39) J. Gaudemet, *Observation sur la Manus. RIDA* 2, 330ff.; 赤井節, 「羅馬法における *loco filiae mariti est*—古典期及び皇帝の法源を中心として—」, 大阪市大法學雑誌 1-1, 99.
- (40) 赤井節, 前掲論文, 103. を参照
- (41) Dionysius Halicarnassus, 2, 25, 1; 6.
- (42) Aulus Gellius, *Noctae Atticae*, 10, 23, 4; 5.
- (43) 赤井節, 前掲論文, 103.; 原田俊彦, 「共和政期ローマと家父長制の概念—とりわけ法的権力によるローマ家父長制の理解について—」, 『家と家父長制』, 1992, 125.
- (44) S. Treggiari, *Roman Marriage*, 269ff.
- (45) S. Treggiari, *Roman Marriage*, 293. 彼は、妻が姦通を行った場合に夫が殺害をなしうることを、夫の特権と規定した上で、*L.I. de adult. 1. §. 1* の特権を取り上げたと考えている。
- (46) E. Cantarella, *Studi*, 183. 彼は、*L.I. de adult.* が伝統的特権を制限したとし、夫に殺害行為が認められるのは極めて例外的な

場合のみでもって、それはただ夫が《*justus dolor*（正当なる怒り）》を有していたときに限られると述べている。またこのように、《*dolor*》が《*justus*》と認定されるのが、法律に列挙された者に対して権利を行使した場合のみであったとする。

(47) G. Rizzelli, *Lex Julia de adulteriis*, 12.

(48) C. Lorenzi, *SDHI* 57, 163. は、*pietas* という表現にキリスト教による影響を見ている。したがって、ここに述べられた理由「*pietas*」*L. I. de adult.* の時代の考え方を示したものでないことになる。

(49) R. Corbett, *The Roman law of Marriage*, Oxford, 1930, 137.

(50) 赤井節, 前掲論文, 101ff. を参照。

三 おわりに

本稿は、*L. I. de adult.* の諸規定のうち、特に伝統的権力との関わりが深いと思われた殺害権の規定を取り上げ、法資料の細かな検討によって、あるいは新たな視点からそれを読みなおすことにより、この伝統的権力と当該規定との関係を適切に理解することを第一の目的としてきた。さらに第二点として、その権利内容の具体的考察を通して、*Auugstus* の指向した家のあり方、ひいては国家と家との関係についても、*L. I. de adult.* から推測できるうる限りで明らかにしてゆきたいと考えた。こうした当初の目的が、本稿において実際にどの程度達成されたかは定かでないが、しかし、*Auugstus* の支配と家という大きな問題を考えるひとつの契機として、これまでの考察から得られた結論ここを示しておきたいと思う。

本稿は、伝統的権力と *L. I. de adult.* との関係を明らかにするため、父の殺害権と夫の殺害権について順次取り上げたわけであるが、これらふたつの考察から明らかにしたことはおおよそ次のように整理できるだろう。すなわち、*L. I. de adult.* に規定された *ius occidenti* は、伝統的権力からまったく別個独立した存在であり、もっぱらこの法律それ自体

に基づく権利だったのである。^①したがって、*L. I. de adult.* は伝統的な家権力に対しては何ら直接的な関与はせず、ただ法律に基づく新たな権利をこれとは無関係に設定しただけであつたと言ふことができる。では、なぜ *L. I. de adult.* は姦通の処罰に関してこのような殺害の権利をあらためて設定したのであるか。荒廃した道徳秩序を回復させ、共和政的な伝統的価値観を復活させるためであろうか。それだけではないだろう。なぜなら、この新たな権利はきわめて制限された存在であつて、言い換えれば、そもそも当初から実行可能なものとして設定されてはいなかつたと推定されるからである。では反対に、殺害行為を抑制する目的をもつていたとする説明は説得的だろうか。この理由付けもまた十分とは言えないだろう。なぜなら、すでに確認されたように、*L. I. de adult.* は伝統的な殺害権である *v. r. p.* そのものを制限したわけではなく、したがつてその行使は、原則的に従来通り法的には無制限であつたと考えられるからである。^②さらに、このような制限的傾向を主張するものに対しての強力な反証としては、そもそもこの伝統的権力の行使が現実にはほとんど行われてこなかつたとされる以上、新たな権利を設定した上でこれを制限するというのでは合理的ではないといふことがある。^③したがつて、これらのいずれの見解も、*L. I. de adult.* における *his occidenti* 設定の理由を説明するには不十分である。そこで、本稿はこの問題について、むしろ、*L. I. de adult.* が新たな権力の帰属主体として想定している者に注目した。^④というのも、ローマの伝統的な家において、その構造は、家父とその権力に服する者との権力関係として理解されるのに対して、この新たな権利は、娘に対して現時点で家父権を有しているか否か、すなわち、その娘を権力下にもつか否かには係わりなく、その姦婦たる娘の父であることを権利主体となりうる要件とし、また、夫については夫権のあるなしに係わらずただ姦婦の夫であることだけを要件としているからである。したがつて、この法律は結果として、家父とその権力に服する者との権力関係よりなる伝統的な家の内部に、これとは別の関係原理に基づいた法的関係を持ち込んでいることになるのではないだろうか。すなわち、父は娘に対

して、その者を権力下に有する家父として *ius occidenti* を付与されるのではなく、娘の父親であることにより権利主体となるのである。他方、夫はただその妻との間に正当な婚姻関係⁽⁵⁾が存在する事実をもつて、*ius occidenti* を認められるのであり、また、本稿の考察対象からは外したが、同じく *L. i. de adult.* に規定された姦通の告発手続において夫にきわめて優先した地位が認められていることを考え合わせるなら、この法律は、家族というユニットを、家父とその権力に服する者からなる伝統的な家としてではなく、婚姻を軸として夫と妻そしてその子供から成るいわゆる単婚小家族型のものとしてとらえる方向への移行を示しているともいえるのではないだろうか。確かに、この法律以前にも、そうした傾向は存在しただろう。例えば、幾つかの事例において確認できるように、娘に対する家父権をすでに失った父であっても、自分の娘の姦通事件では家裁判に関与した場合もあるし、夫が姦通した妻を殺害したとき、これは婚姻に基づいて容認される行為として伝えられてもいる。⁽⁶⁾しかし、これらの事例はいずれにしても習俗、慣習上の問題であり、法律レベルのものではない。したがって、重要なのはむしろ、法律がこうした習俗上の慣行を取り込み規制していった点にあるのではないだろうか。そして、*ius occidenti* の規定はまさにこうした方向性を証明しているとも思われるのである。

ところで、*L. i. de adult.* が伝統的権力のありかたには直接まったく関与しなかったという点ほどのように評価されるだろうか。これについては、すでに述べたように、伝統的権力の行使による殺害行為が現実になされていなかったことがその大きな理由であることは確かである。しかし、もし伝統的な家のありかたに変化を加えようのであれば、むしろ直接この権力自体を制限した方が有効であったとも考えられる。しかしながら、この問題は、おそらくアウグストゥスの基本的姿勢と絡めて理解される必要があるのだろう。本稿のはじめに指摘したように、アウグストゥスは共和政の伝統に反すること、およびそれに抵触するようなことはつとめて回避⁽⁷⁾している。したがって、伝統的

な家がローマの共和政的共同体原理を体现するものであるとするなら、たとえ現実に行使されていなかったとしても、そうした伝統的な家のありかたを象徴する家父の権力そのものに直接制限を加えることは望ましいものではなかったのだろう。これは、一面でアウグストゥスの時代の過度期的傾向を示すとも言えるかもしれない。なぜなら、この伝統的権力、なかんずくその最も重要な部分である家父の*pater*は、細かな点で議論はあるにせよ、遅くとも4世紀半ばまでには廃止されたと考えられているからである。この時代には、当然アウグストゥスの頃よりもっと家父権の行使は稀であつたはずで、*virginitatem*をあらためて廃止する実務的理由を見いだすことは難しい。しかし、それにもかかわらず明確に規定していることは、その廃止の意義の大きさを物語っているだろう。したがつて、アウグストゥスが、この問題に直接関与することを避けたのは、共和政的秩序の根幹であつた家および家父の権力そのものに直接制限を加えるという方法で家内部へ介入することを嫌つたためだと思われるのである。

しかし、この法律は別に間接的な方法で家内部への関与を強化していると言える。というのも、先に述べたように、*ius occidendi*は、すでにあつた慣行を法律にとりこむと同時にそれを法的に規制した一例であろうが、これによつて国家は、家父の権力とは無関係の新たな原理に基づいた法的関係を、伝統との摩擦をそれほど生じさせることなく家内部に持ち込むことに成功しているからである。この結果国家は、家内部への国家の介入をはばむ大きな要素であつた家父の権力に、新たな原理に基づく法的関係を対置させることで、間接的に家権力の構造に変化を生じさせているのである。このように考えてくると、きわめて不可思議であつた*ius occidendi*の規定の意義もある程度推定することが可能になってくるだろう。すなわち、伝統的な権力ないしは特権と認識されてきた殺害権と無関係の権利として*ius occidendi ex lege Julia de adulteriis*を規定することで、この法律上の権利主体がいかなる者であるのかを明確にし、それによつて、法的に新たな関係原理を示している点にそれは見いだされるのではないかと思うのである。

本稿は、アウグストゥスの支配における国家と家との関係を理解するためのひとつのてがかりとして「*L.I. de adult.*」の規定、そのうち特に「*ius occidenti*」について取り上げ検討してきた。その結果はひとまず以上のようにまとめられるとしても、ここでの考察はきわめて部分的なものにすぎず、もとより、国家と家との関係について、あるいはアウグストゥスの支配のかたちについて、その全体像をもとめうるものではない。しかし、少なくともここから「*L.I. de adult.*」について、それが一方では過度的要素を吐露しつつも、明らかに国家が家内部への関与を強めてゆくという傾向を示すものであったと解釈することはできないかと思う。⁽¹⁾ もっとも、この傾向がはたして「*L.I. de adult.*」全体からも導き出されるものなのかどうかは、次なる第一の検討課題として残されているのであり、またこれが、アウグストゥスの諸法律に一般化される傾向なのか、あるいは、そのように考えられるとして、なぜ国家による家内部への関与がこの時代強められてゆくのか、今後他の法律との関係も視野に入れつつ検討されなければならないと考えている。

- (1) J.A.C. Thomas, *Etude Maqueron*, 638.
- (2) C. Lorenzi, *SDHI* 57, 160.
- (3) J.A.C. Thomas, *Etude Maqueron*, 638.
- (4) A. Rabello, *Effetti*, 215ff. では、婚姻同意の強制やあるいは嫁資設定の強制などを含めて、さまざまな角度から、国家が家ならし家父権に介入してゆく傾向を証明しようとする。
- (5) 《*Iustum matrimonium*》すなわち「正当な婚姻」については、議論されるべき問題である。というのも、アウグストゥスはこの「*L.I. de adult.*」に相前後してもうひとつの家族に関する法律である「*Lex Iulia de maritandis ordinibus*」(婚姻の階層に関する法律)を制定しているが、その中で、生来自由人および特に元老院議員とその卑属に重点を置いて、例えば娼婦や女優など社会的な被差別者との婚姻を禁じていたため、これらの者とのあいだの婚姻をどのように考えるかが問題となっている。すなわち、一方では、このような婚姻も市民法上は有効であるとし、ただアウグストゥスの法律との関係では《*Iustum*》なのだとする主張があ

り、また他方では、民法上の効力まで否定するものがある。本稿ではこの問題にこれ以上踏み込むことはできないが、いずれの見解をとるにせよ、少なくともアウグストゥスの法律との関係で正当とみなされることはなかったはずである。したがって、ここに言う正当な婚姻とは、上記 *Lex Iulia de maritandis ordinibus* に抵触しない関係と一応とらえることができる。

- (6) C. Ruggeri, *BIDR.* 92-93, 109.
- (7) E. マイヤー, 『ロー人の國家と國家思想』, 294.
- (8) これについて、特に注目されるのはアウグストゥスの娘 *Iulia* の事件である。アウグストゥスは、姦通に関する法律を制定しながらも、この事件に関してはむしろ家父としての権力を行使して処罰にあたつたと考えられている。B. Biondi, *La Poena adulterii da Augusto a Giustiniano*, *SCRITTI GIURIDICI* II, 49ff. を参照。
- (9) W. Harris, *The Roman father's power*, 92.
- (10) W. Harris, *The Roman father's power*, 92f.
- (11) A. Rabello, *Effetti*, 215ff.