

アウグストゥスの社会政策（二・完）

——Lex Iulia de adulteris における告発権の検討を通じた一考察——

藤野奈津子

第一章 はじめに

第二章 Lex Iulia de adulteris における告発手続

第一節—*accusatio adulterii*

第二節—*accusatio adulterii in constante*

matrimonio（以上第七五卷四号）

第二節—*lenocinium*

第三章 おわりに（以上本号）

第三節—*lenocinium*

ここまでの第一節および第二節において検討してきた結果から、姦通の告発手続については、その二種類の告発権、すなわち *ius acc. i. m. v. p.* および *ius acc. i. extr.* のいずれもが離婚を前提としてはじめて発生する権利であったことが明らかとされてきた。したがって、*L. I. de adul.* の規定によれば、原則的に、夫による自発的活動である離婚という行為がなされない限りは、その妻についてもまた姦夫についても姦通のかどで告発を受ける可能性

はまったくありえなかつたことになるのである。それでは、*L. I. de adul.* はこのような状況をまったく想定していなかつたということなのであろうか。すなわち、夫が離婚をなさず、したがっていかなる告発権も発生しえないことから、告発手続の開始そのものが全く不可能な状況に陥るといふ事態を当該告発システムが内在させていることには関知しなかつたのか、という疑問が当然生じてくると思われるのである。というのも、これまで繰り返し述べてきたように、従来から *L. I. de adul.* の制定目的に関しては、姦通当事者の殺害によって当該行為を処罰することになる *ius occidendi* について、その権利主体たる父および夫にさまざまな制約をそれぞれ課し、それにより、両者が当該権利を行使することを事実上不可能な環境に置く一方で、むしろ告発手続を容易ならしめ促進することによって姦通を公的訴追手続に載せ、国家が道徳を含めて一元的に管理してゆくというものであつたと主張されてきたからである。⁽⁵⁰⁾ しかし、上述のように、姦通の告発手続が離婚という前提条件に縛られる以上、当該手続の開始可能性は夫の行為に全面的に依拠するのであり、この離婚をなすかあるいはなさないかという意思決定の自由を夫が有している限りは、その意思決定のいかんによってこのような立法趣旨が必ずしも達成されうるものでないことは法律制定の時点ですでに明白であつたはずである。そこで、このような状況に対処し、離婚についての夫の自由意思がある意味で制約する目的から *L. I. de adul.* において同時に定められたのが、ここにとりあげる *lenocinium* という犯罪であつたという解釈が学説上とられてきたのである。すなわち、前節のおわりにおいてすでに若干言及したように、この法律が夫に関して *lenocinium* という犯罪を同時に定めたことは、そのような夫に対して今度は夫自らが当該犯罪で訴えられる可能性を示したのであり、それを恐れた夫にその妻との離婚を促し、よって前記の両種の告発権（いずれも離婚の成立をその前提条件とする *ius acc. i. m. v. p.* および *ius acc. i. extr.*）を発生させるよう意図していたとの推測がここからなされてきたのである。⁽⁵¹⁾ つまり、このように考えるなら、*L. I. de adul.*

が処罰対象の中心に据えた姦通という犯罪について、その告発手続における有効性を担保するためにこそ、*lenocinium* という犯罪は定められたものと言ふことができるのである。

では、*L. I. de adult.* に定められた *lenocinium* とはそもそもいかなる犯罪だったのであろうか。これまでの考察から、*L. I. de adult.* における姦通の告発手続の有効性がこの *lenocinium* という犯罪の規定いかんにかかっていたと考えられる以上、この点を詳細に検討してゆく必要があるのは明らかである。ところで、*lenocinium* に関しては、古典的な学説⁽³²⁾による支配が固定化してきた状況があつて、これまで議論の対象となることはむしろ稀であつた。しかし近時、*L. I. de adult.* における姦通の告発手続が、離婚をその前提条件としており、したがつて告発手続を開始させるといふ目的に照らして、夫に離婚を何らかの形で強制したと考えられる *lenocinium* という犯罪の重要性が改めて注目されるようになってきたのである。そこで、本節では、この *lenocinium* という犯罪について、*L. I. de adult.* の立法時点での構成要件がどのようなものであつたのか、史料法文を通じて検討し、姦通の告発手続との連関という観点からさらにこの犯罪規定の意義についても考えてみたいと思う。

lenocinium については、前節までにすでに若干指摘したように、まず姦通の事実を知りながら夫がその妻を離婚しない場合に、夫に対して問われる罪であつたと言ふことができるだろう。しかし、ここで言う「姦通の事実を知る」とはいかなる意味なのか、また純粹に夫以外の第三者が姦通を教唆・幫助、あるいは仲介する場合をも含む⁽³³⁾うるのか、法文の解釈をめぐる議論がなされてきている。ところで、*lenocinium* とは、語源論的にはそもそも *leno*、すなわち他者の売春行為を通じて利益を得る娼家の主人を表す言葉からの派生語であることは明白である。そこでまず問題となるのは、この語源となつた *leno* という言葉と、当該法律上の犯罪としての *lenocinium* とがどこまでその同一性を保持していたのかという点⁽³⁴⁾であるが、*L. I. de adult.* において、娼家の主人が *lenocinium*

の犯罪者として告発されたわけでは決してない。したがってその語源との一定の関連性は否定できないとしても、法律において、犯罪としての *lenocinium* を構成する要件について別段の定めがあったことは確かである。では、この法律に規定された犯罪としての *lenocinium* とはどのようなものであったのか、この点について具体的に法文を挙げて検討してゆきたいと思ふ。そこをまず注目されなければならぬのが、次に挙げる *Ulpianus* に帰されるべき一連の法文(D. 48, 5, 30 (29) pr. 4 (Ulp. 4 de adult.))である。それによれば、*lenocinium* とは、ほぼ四つの類型に分けることができる犯罪であったと考えられる。したがって、以下では、この法文に挙げられた順序にならないながら、適宜他に残された法文史料と比較させつつその内容を個々に考察してゆくこととしたい。

(1) 第一類型

D. 48, 5, 30 (29), pr. (Ulp. 4 de adult.)

Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredulitatis: idcirco enim lex ita locuta est ADULTERUM IN DOMO DEPREHENSUM DIMISERIT, quod coluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere. (法律は、姦通の現場でとらえた妻を手元に置き、その姦夫を放免した夫の *lenocinium* を処罰した。なぜなら、夫はその婚姻を破壊した妻にも怒りを向けるべきだからである。しかし、夫が処罰されなければならないのは、自分が〔妻の姦通を〕知らなかったことについて弁解できない場合、あるいは妻を容認したことにつき、信じられなかったというのを口実にできない場合だけである。それ故、法律は、「屋敷内で現場をとらえた姦夫を放免した」と規定しているが、その意図するところは、まさにその悪

行の最中に現場で「両者を」とらえた夫を処罰するということである。）

ここから、lenociniumとしてまず第一に想定できるのは、夫がその妻の姦通の現場をとらえながら、その妻と離婚せず、またその姦夫をも放免した場合だということになる。しかしながら、処罰の理由として続く一節が述べているところは、夫がその妻に対しても怒りを向けるべきだからだということであり、姦夫の放免に関しては言及がなされていないのである。したがって、この一節は、なぜその妻と離婚しなければ *L. I. de adult.* に基づいて夫が lenocinium に問われなければならないのか、その理由を述べたものと推測される。しかも、この法文の最後の節には、夫の lenocinium を成立させる要件に関して、その「屋敷内で姦通の現場をとらえた姦夫を放免した」場合という法律の文言が直接伝えられており、そこから、lenocinium に関しては、法律の規定上、姦通の現場を発見した夫がその妻を離婚せずにおくことと、その姦夫を放免したことの両者をもって lenocinium の構成要件とされたのか、あるいはその後者の要件のみが具備されれば lenocinium に問うことができたものなのかが問題となってくるのである。これについてはしかし、上の法文から推測される限りで *L. I. de adult.* の規定を再構成するなら、おそらくそれは姦夫の放免のみをその内容としていたものと考えられるだろう。というのも、もし、当初から lenocinium 成立の要件として、法律の規定において妻との離婚に関連した言及が存在していたならば、ここでなされているような理由説明の必要はなかったと思われるからである。そこで、では、姦夫の放免をその内容として構成されていたと考えられる *L. I. de adult.* の規定は、どのように解釈されていたのであろうか。この法文から見ると、少なくともその解釈のいずれかの段階において妻との離婚が lenocinium 成立の要件として確立されたことは明らかである。問題はどのような解釈が、法律の制定時においても行われえたかどうかという点である。

これは、*lenocinium* の本質を考へる際に重要であらう。なぜなら、前述のとおり学説は *lenocinium* 規定の意義に關して、これを姦通の告発手続との関連で理解してきたが、*lenocinium* が妻との離婚を強制するものとして、当初から、すなわち立法者の意図したところとして規定されたのかどうかという点は、そもそもそうした離婚と関連づけた理解が成り立ちうるか否かを決定する上で重要な問題だからである。

ところで、本章第一節において指摘したように、*L. I. de adult.* は夫による *ius occidendi* の行使を制限する一方で、殺害できないあるいは殺害を望まない場合には、告発の際の立証を容易にするための証人を得る目的から、夫のためにその姦夫を二十時間以内であれば自身の屋敷内に留置する権利を認めていたが、そこにおいても「姦通の現場をとらえた姦夫」というこれと類似の表現が見られる点である。つまり、この留置権を定めた規定との相関関係を念頭に置けば、*L. I. de adult.* において夫が *lenocinium* に問われるのは、その妻の姦通の現場を発見し、したがって妻の姦通について自らの悪意を否定できない状況にありながら、姦夫を屋敷から放免し、かつその妻を離婚せずにおいた場合であると解釈できよう。というのも、夫がこの留置権を行使する以上は告発を念頭に置いているのであり、告発の前提としてその妻を離婚することは明白なのである。これに対して、留置の権利を放棄して姦夫をその屋敷から放免するということは、現場を発見したことで妻の姦通を知るにもかかわらずその事実を公にせず、離婚とそれに続く告発をもみずから放棄することを意味したと考えられる。それ故、*L. I. de adult.* における *lenocinium* に関する規定が、あるいは姦夫の放免についてののみ言及していたのであったとしても、その規定の解釈として、*L. I. de adult.* 制定の当初から姦通の現場をとらえた夫がその妻を離婚せずにおくことをもって *lenocinium* の不可欠の構成要件であったと推測されるべきであらう。したがって、この点に關して学説が主張してきたところ、すなわち、この犯罪規定と夫への離婚強制とを関連づける解釈は妥当するものと考えられるのであ

る。ところへ、L. I. de adult. は、その処罰対象とした犯罪類型に言及した際、D. 48, 5, 13 (12) (Ulp. 1 de adult.) が伝えるように、「今後いかなる者も、ネツと知りつつ悪意をもつて stuprum adulterium を行つてはならない (NE QUIS POSTHAC STUPRUM ADULTERUM FACTO SCIENS DOLO MALO)」と規定しており、この要件は lenocinium の場合にもあてはまると推定される。したがって、L. I. de adult. 上の罪に問われるのは、行為者に「ネツと知りつつ悪意を持つて (sciens dolo malo)」という主観的条件が具備される場合に限られたことになるから、たとえその妻において客観的に姦通があったとしても、夫が lenocinium という犯罪で責を負うのは、夫本人が妻の姦通の現場をおさえていたという夫における悪意の事実を告発人たる第三者が証明しえた場合に限定されたことになるのである。

(2) 第二類型

D. 48, 5, 30 (29), 1 (Ulp. 4 de adul.)

Quod ait lex, adulterii damnatam si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, an et ad stuprum referatur, videmus : quod magis est. certe si ob aliam causam ea lege sit condemnata, impune uxore ducetur. (姦通で有罪とされた者を妻とした場合、法律に基づいて [lenocinium の] 罰を科されると当該法律が述べたところは、stuprum にもあてはまるかわれわれは考えてみよう。通説によれば、姦通以外の事件で有罪とされた者を妻としても罰を受けないのは確かだとされる。)

ここでは、姦通とそれ以外の犯罪、すなわち stuprum との違いについて法学者が解釈を紹介しているが、この法文から推定される lenocinium の第二の類型というのは、姦通について有責判決をすでに受けていた者を妻とした

場合である。ところでこの記述は、L. I. de adult. が lenocinium という犯罪をいかにとらえていたのかを考える際に重要であろう。というのも、L. I. de adult. がこのように姦通の犯歴がある者との婚姻継続を禁じていることは、lenocinium という犯罪を規定した背景として、姦通を犯したことが明白である者が妻としての地位にとどまることを否定する思想があったと⁵⁶考えられるからである。そしてこのことは、先の第一の類型と関連させた場合さらに示唆的である。すなわち、先にその妻の姦通の現場を発見しながら夫が妻を離婚しないことをもって第一の類型の lenocinium の構成要件と推測したが、法文 D. 23, 2, 43 (Ulp. ad leg. Iul. et Pap.) が示すように、「adulterium」の現場でとらえられた者は、公訴訟で有責判決を受けた者とみなされることから、姦通罪で有責判決を受けたことと姦通の現場でとらえられたことが同義であるなら、lenocinium に関してまさに重要なのは、そうした女子を妻の地位にとどめることそれ自体が罪の核心であったと考えられるのである。このことから、先の第一の類型における lenocinium の要件として重要なのは、姦夫の問題よりもむしろ現場でとらえた妻との離婚の成否であったとの推測が裏付けられるのではないだろうか。しかしながら、この第一の類型は、本稿が検討している姦通の告発手続との関係では意味をもつものではない。確かにこの類型もまた L. I. de adult. の規定に当初より存在していたと考えられるが、ここで言及されているのは、すでに姦通についての告発および処罰が終了した者との婚姻であり、したがって、この種の lenocinium は本稿の問題とするところとは関連性を持たないからである。

(3) 第三類型

D. 48, 5, 30 (29), 2 (Ulp. 4 de adult.)

Plectitur et qui pretium pro comperto stupro accepit : nec interest, utrum maritus sit qui accepit an alius

quilibet : quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, poena erit plectendus, ceterum si gratis quis renisit, ad legem non pertinet. (発覚した stuprum から利益を得た者も罰を科される。またこの場合「利益を」得た者が夫であるか第三者であるかは問題とならない。すなわち、stuprum を知ったことで何らかのものを得た者は何者であれ、罰が科されるべきなのである。しかしながら、無償で見逃した者は法律の適用を受けないことは確かである。)

ゆゑに lenocinium の第三の類型としては、ここで挙げられているように、発覚した stuprum によって何らかの利益を得ているという場合がある。しかも、それは、夫であってもそれ以外の第三者であっても lenocinium を構成するとされているのである。L. I. de adult. において、adulterium と stuprum という用語がそれほど厳密に使い分けられていなかったことは知られている⁽⁵⁷⁾。そこでこの場合の stuprum であるが、次の一文に夫についての言及が見られることから、この stuprum という表現の中に妻の姦通の場合が含まれたことは明らかであろう。すなわち、夫が妻の姦通について知り、その上でそのことから何らかの利益を得ているという場合もこの類型の lenocinium を構成したと考えられる。しかしながら、そこで次に問題となるのは、L. I. de adult. において、夫以外の者による lenocinium が当初より規定されていたのか否か、また姦通以外の場合についても想定していたのか否かという点である。これについて、従来学説では、L. I. de adult. が立法時点ですでに広範にこのような第三者による lenocinium を規定していたと考えられてきた。すなわち、第三者が姦通、あるいはそれ以外の L. I. de adult. に規定された犯罪を知りながらそれを隠匿するかわりに利益を得ることも lenocinium に含まれたと考えるのである⁽⁵⁸⁾。これらの問題に関して、ここで挙げている Ulpianus の一連の法文において、夫以外の者への言及がみられるのはこの箇所のみであることから、そもそも L. I. de adult. における lenocinium とは、夫による犯罪として想定され

ていたのではないかとこの反論がまず呈されるであろう。そして、この法文における法学者の言及の仕方からしても、利益の取得にからむ *lenocinium* での処罰対象は夫から第三者へと拡大されたものとの推測がなされる。また、確かに *L. I. de adult.* は犯罪を側面から促進する結果となる三者による仲介行為あるいは純粹な幫助行為を、独立した *lenocinium* の一類型として規定したというのをこの点のみから完全に否定することもできないが、しかし、*lenocinium* に言及した法文はそのいずれもが、この史料以外全て妻の姦通と関連させて述べていることは重要であろう⁽⁵⁹⁾。また特に、これと同様の表現を伝える次の法文には注目される。

D. 4, 2, 8pr. (Paul. II ed.)

Isti quidem et in legem Iuliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt. Praetor tamen etiam ut resituant ientervenire debet: nam et gestum est malo more, et praetor non respicit, an adulter sit qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu mortis illato. (発覚した *stuprum* から [利益を] 得た場合、確かに [adulterium] に関する) ユーリウス法の適用を受けることになるが、法務官はまた、その者が賠償をなすようにもしなければならぬ。なぜなら、その行為が道徳的に見て悪であるとしても、法務官が顧慮しなければならないのは、(その利益を) 提供した者が姦夫であるか否かではなく、もっぱら、この者が死の恐怖に促されて (利益提供を) 承諾したということだからである。)

この法文において法学者は、同様に「発覚した *stuprum* から」という表現を伝えており、ここから、おそらく *L. I. de adult.* の規定においてはこのような文言が用いられていたことが推測される。しかし、その後につづく一節では明らかに *adulter*、姦夫という表現が見られ、ここで問題となっているのが姦通であることがわかる。さらに重要なのは、法文の末尾にある「死の恐怖に促されて (*metu mortis illato*)」という一句である。というのも、死の

恐怖とは殺害を意味するものであり、したがって、*ius occidendi*を有する者がこのように*lenocinium*という犯罪の主体であったと考えられるのである。⁽⁶⁰⁾以上述べてきたような諸点から、当初の*lenocinium*については、その妻の姦通に関してまず夫に対して定められたものとの推測が可能であろう。もともと、はじめの法文に見られるように、夫以外の第三者が利益を得た場合についても、法律が禁じた行為から何らかの利益を得るといふ類似性に従って、段階的に、おそらくは法学者の解釈により*lenocinium*の類型として追加され、さらに姦通以外の犯罪についても拡大されたと考えることはできる。⁽⁶¹⁾ところで、この第三の類型における姦通の発覚とは、第一の類型に示されたように、現場で夫自身により発見された場合に限定されるのであろうか。おそらくここで重要な点となっているのは夫が妻の姦通から利益を得ているという事実であり、したがって必ずしも現場をとらえた場合に限られるものではないだろう。すなわち、第一の類型においては、夫はその妻の現場をとらえながらもその姦夫を放免し、かつまた姦婦たる妻と離婚せずにいた場合、たとえ何らの利益を得ていなかったとしても*lenocinium*に問われたのに対して、ここでは、あるいはそのような夫自身による直接的な発見以外の何らかの形で夫がその妻の姦通を知ったのであったとしても、夫がその事実を隠匿し、自らの告発権を放棄して、あるいはまた姦通の告発手続の開始を不可能にするかわりとして、何らかの見返りを姦通当事者に対して夫が要求したような場合も含まれたと思われるのである。⁽⁶²⁾つまり法律がこのような行為を禁じたのは、利益の取得によって夫が当該婚姻を継続させることを禁じたものなのである。

(4) 第四類型

D. 48, 5, 30 (29), 4 (Ulp. 4 de adult.)

アウグストゥスの社会政策(二・完)(藤野)

Qui quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, plectitur : nec enim mediocriter deliriquit, qui lenocinium in uxore exercuit. Quaestum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid acceperit, ut adulteretur uxor : sive enim saepeius sive semel accepit, non est eximendus : quaestum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod si patiatu uxorem delinquere non ob quaestum, sed negligentiam vel culpam vel quandam patiendam vel nimiam creditulitatem, extra legem positus videtur. (自分自身の妻の姦通から利益を得ている者は罰を科される。なぜならその妻がいつて lenocinium をはたらく者は、決して軽微でない犯罪を犯していることになるからである。ところで、その妻の姦通から利益を得るとは、妻に姦通行為をさせることで利益を得ることである。あるいは繰り返し利益を得ていたとしても、あるいは一回限りであったとしても、罰を免れない。なぜなら、その妻が言わば娼婦のごときことを行うのを容認することにより何らかのものを得る者は、まさしくその妻の姦通により利益を得る者とされるべきだからである。しかしもし、利益のためではなく、無知によりあるいは過失により、一定の忍耐によりあるいはゆきすぎた信頼により、その妻が悪行にはしるのを容認してしまった場合には、法律の適用を受けないと考えられる。)

最後に lenocinium の第四の類型として、夫がその妻に娼婦のごとき姦通行為⁶³をさせ、そこから利益を得ている場合というのがあつた。これはしかしながら、夫が事前に姦夫と合意している点で先の第三の類型とは異なる。したがつて、ある意味で先の類型よりも悪質であるとさえ言いうるものであろう。ところが、ここでも、夫が lenocinium という犯罪に問われるのは、自分が妻の姦通から利益を得ている場合のみであつて、利益を得ていないなら、たとえ妻の姦通という事実が客観的に存在したとしても、夫自身は、妻の犯罪について無知であつたまた

は過失により知るを得なかった、あるいは妻に寛容であった、妻を信頼していたなどの合理的理由により妻を放任していた場合には *lenocinium* の罪を免れることができたときれているのである。すなわち、第三の類型においても、またこの第四の類型においても、夫が「*sciens dolo malo*」という状態にあることが *lenocinium* 成立のための主観的要件であり、利益を得ているという事実はまさにこのような状態を証明するものとみなされていたと考えられるのである。したがって、夫がこの種の *lenocinium* により責めを負わされるのは、もっぱら *lenocinium* で告発する第三者がこのようにして夫が利益を得ていた事実を証明しえた場合に限定された。

以上より、ここまでの検討結果から導き出された *lenocinium* の主要な類型とは、我々の課題に関連する限りでまさに次の法文における定義に一致し、要約できるものであったろう。すなわち、

D. 48, 5, 2, 2 (Ulp. 8 disp.)

Lenocini quidem crimen lege Julia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum martium poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid cepert, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit. (「*lenocinium* という犯罪は *adulterium* に関するユールウス法により規定された。というのも、次のような夫について罰が定められているからである。すなわち、夫がその妻の姦通を通じて何かを得た場合であり、同様に姦通の現場を発見した妻を手元に置いた場合である。」)

この法文が簡明に述べているように、*L. I. de adult.* における *lenocinium* という犯罪は、なによりもまず夫によるものとして規定されており、⁽⁶⁴⁾ 先の検討の結果からしても明らかかなように、ひとつには夫がその妻の姦通の現場を発見したことで姦通の事実について完全に認識しているにもかかわらず、姦夫を放免し、かつその妻と離婚せずにいる場合に成立し、さらに、姦通という犯罪が行われる以前であれ、その後であれ、いずれにせよ夫がその妻の姦通

行為の結果として何らかの利益を得た場合に成立するものであったと考えられるのである。⁽⁶⁵⁾

こうした点から、*lenocinium* という犯罪については、元來その妻の姦通に関して夫に対して定められていたと言うことができるだろう。したがって、この犯罪は本来的に、本稿が問題としている姦通の告発手続と一定の関連性をもって規定されたものと推測することは可能である。⁽⁶⁶⁾ すなわち、すでに述べてきたように、*L. I. de adult.* は夫に対して *lenocinium* という犯罪を定めることで、姦通という事実がありしかもそれを認識しながら妻を離婚しない夫に心理的圧力をかけ、夫の意思決定の自由を制限して離婚をある意味で強制することにより、離婚を前提条件とする *L. I. de adult.* における姦通の告発手続を担保しようとしたものとの解釈はこの点で肯定できることになる。しかしながら、もう一度これまでの検討結果を見直してみると、この *lenocinium* という犯罪についてはまた、それがきわめて制約された特殊な場合にのみ成立する限定的なものであったことも明らかになったのではないだろうか。すなわち、告発手続とは直接関連しない第二の類型を除いた場合、*lenocinium* が成立するのは、第一の類型についてはまず、夫がその妻の姦通の現場を自分自身で発見しながら、その妻を離婚せずまた姦夫を放免したというきわめて特殊な事例であり、また第三、第四の類型については、婚姻を継続させる一方で夫がその妻の姦通を通じて現実に何らかの利益を得ているという場合なのである。さらに付言すれば、はたしてこの *lenocinium* のかどでなされる夫への告発、有罪判決ということが実際問題としてそれほど容易なことからであったか否かという点も述べることができるだろう。⁽⁶⁷⁾ つまり、姦通の告発手続と最も密接に関連する第一の類型について言えば、夫がその妻の姦通の現場を発見した事実、すなわち夫がその妻の姦通について「*sciens dolo malo*」であるということとを第三者が証明することは困難であるし、後の二つの場合についても、夫がその妻の姦通を通じて何らかの利益を得ていたことを告発人が証明することは實際上容易なことではなかったであろう。したがって、たとえ *L. I. de*

adult. が告発手続の開始を担保するために *lenocinium* という犯罪を夫について定めたのだとしても、*lenocinium* という犯罪の成立が極めて特殊な場合に限定されるものであり、さらにそれを立証することも困難であったと考えられることからすれば、この *lenocinium* という犯罪による告発および処罰の可能性を夫に示し、それにより心理的に離婚を強要したとするのはむしろ説得性が乏しいと結論せざるをえないのではないだろうか。すなわち、これまで言われてきたような、*lenocinium* 犯罪に関する規定が *L. I. de adult.* における姦通の告発手続の有効性を担保したという主張は、この意味からすると成り立ちえないことになると思われるのである。

L. I. de adult. の立法趣旨に関して従来主張されてきたのは、この法律により、伝統的に家内的な処理を施されてきた姦通という問題を公の処罰手続の枠組みのなかに取り込み、国家管理の対象とするというものであった。⁽⁶⁸⁾ しかしながら、こうした解釈が成り立ちうるためには、まずなによりもこの法律により定められた告発手続が有効に機能していなければならないはずである。しかし、この第二章において行ってきた一連の検討の結果からすれば、*L. I. de adult.* における告発手続が有効に機能しえたとは言いがたいのであり、したがって、通説のような理解が全面的に妥当するわけではないことになる。というのも、このような理解の前提に対しては次のような疑問が生じてくるからである。すなわち、*L. I. de adult.* はその告発手続について規定する際、いわゆる *ius acc. i. n. v. p.* と *ius acc. i. extr.* という二種類の告発権を想定していたと考えられるが、そのいずれもが離婚の成立を要件として発生するものであった。したがって、離婚という夫の自発的行為がなされない限りは、いずれの告発権も発生しえず、それ故、姦通についての告発はいかなる者によってもなされない結果となった。これに対して、従来の見解によれば、*L. I. de adult.* は夫に対して同時に *lenocinium* という犯罪を規定することにより、夫は逆にこの *lenocinium* で告発されるいはまた有罪とされることを恐れて、離婚を心理的に強制されることになり、離婚を

前提条件とした上述の二種類の告発権の発生要件が満たされることで、結果として姦通の告発手続の有効性は保証されると主張されてきたのである。つまり、この *lenocinium* が *L. I. de adult.* における告発手続の核になると考えられたことになる。しかし、この第三節において検討してきたところによれば、*lenocinium* という犯罪は、客観的要素および主観的要素の両面から限定されたきわめて特殊例外的な場合にのみ成立するものであって、しかもその立証が困難であったことが明らかとされたはずである。つまり、従来のように *lenocinium* という犯罪を介在させる⁶⁹⁾ことで、*L. I. de adult.* が定めた姦通に関する一連の告発制度の有効性を主張し、それによって、この法律の立法趣旨について姦通という家内問題を刑事手続において公に処断し国家による社会管理を拡大させるものであったとする解釈⁷⁰⁾には疑問の余地が生じてくるのである。とすれば、このような論理的帰結を前にして、本法律の立法趣旨について別段の解釈をなすことが可能なだろうか。可能だとすれば、それはどのようなものになるのだろうか。それについて、従来の解釈に対する批判的検討を踏まえ、これまでの考察結果をあらためて見直してみよう。そこから浮かび上がってくるのは、夫こそがこの告発システムの中心に置かれているという事実だと言えるのではないだろうか。なぜなら、*lenocinium* の規定が従来の主張のように夫に対する心理的強制という機能を果たしえないと考えられるなら、夫の完全な自由意思による自発的活動である離婚を契機としてはじめて当該手続を開始されることになるからである。すなわち、*L. I. de adult.* は、その制度上夫に姦婦との離婚およびその告発を何ら強要するものではなく、また夫以外の者による告発可能性も完全に夫の意思いかんにかかっていたことなのである。このように見れば、*L. I. de adult.* に関する従来の解釈が妥当するものではなく、しかし、そこからむしろ告発手続について夫がその中心となることが制度として確立されていたと指摘できるのである。したがって、*L. I. de adult.* の制定目的、特に告発手続規定の意義についてはこの点に着目した解釈を行うことができるの

ではないかと思われる。そこで、本稿のひとつとまずのまとめとなる次章においては、このような点からひとつの試論を展開してみたいと考えている。

- (20) A. Esmein, *Le délit*, 80.; H. Last, *The social policy*, 427.
- (21) M. Kaser, *Recensionis criticae*, 325.
- (22) T. Mommsen, *Römisches Strafrecht II*, 699ff.
- (23) T. Mommsen, *Römisches Strafrecht II*, 699f. なおここは、その体系的分析により当初から L. I. de adult. は、夫の lenocinium に加えて第三番目の lenocinium を規定しようとしたとされる。芋説はそれ以降長くこの T. Mommsen の理解を受け入られてきたが、近時の批判的再検討によって本文に述べるところとおりである。また特に D. Daube, *The lex Julia Concerning Adultery*, *Collected Studies in Roman Law*, 1991, 1265ff. に於ける考察は注目されるべきである。
- (24) G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteris*, 124. 以下は、L. I. de adult. に規定された lenocinium とする犯罪はその語源となった leno との関連を相当に有しているものと考えられている。しかしながら、語源としての leno とこの法律上の犯罪としての lenocinium の区別についてはむしろ T. Mommsen, *Römisches Strafrecht II*, 699. おびて指摘されているところである。もちろん lenocinium とする用語が法律上のものか、あるいは解釈段階での分析的概念として確立されたものかについては、依然議論の余地がある。
- (25) D. 48, 5, 26 (25) pr. (Ulp. 2 de adult.). # だが Coll. 4, 12, 7 (Paul 2 sent. sub tit. adult.)… eum, qui in adulterio deprehensan uxorem non statim dimiserit, reum lenocini postulari placuit… (姦通の現場で捕らえた妻を直ちに離婚しなす夫は lenocinium の罪を犯した者として処罰されるものとされた…) という史料から「また、その妻との離婚はこうしては L. I. de adult. の規定それ自体の規定によるものというよりむしろ、解釈によるものとの推測がなされる。また、「直ちに (statim)」に関しては、夫の ius occidenti に関する規定を伝えた D. 48, 5, 25 (24) (Marc. 2 de adult.) が、姦夫を殺害した夫について、その妻との離婚を「遅滞なく (sine mora)」の如くするものと関連が注目される。 G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteris*, 128. を参照。
- (26) G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteris*, 133f.
- (27) 以下は、D. 50, 16, 101 pr. (Mod. 9 diff.) *Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidem putant… sed lex Iulia de*

adulteris hoc verbo indifferenter utitur. (stuprum と adulterium との間には次のような違いがあると考えられるけれども、: adulterium に關するユリウス法はこの言葉を區別せずに用ゐてゐる。) また D. 48, 5, 6, 1 (Pap. I de adult.) にも同様の見解が示されてゐる。

(58) T. Mommsen, Römische Strafrecht, 699f.

(59) D. 4. 2. 7. 1 (Ulp. 11 ed.) ; D. 48. 5. 2. 2-9 (Ulp. 8 disp.)

(60) ius occidendi との関係で言へば、この場合の lenocinium にては、L. I. de adult. 上、夫と同じく殺害の権利を有した父の扱ひが問題とされるべきである。すなわち、父は婚姻当事者以外の第三者とみなされるのか、あるいは夫の lenocinium と同様父の lenocinium というものが独自の類型として存在したのかが問題となるだろう。G. Rizzelli, Lex Julia de adulteris, 136. に於れば、これにすぐ先立つ D. 4. 2. 7. 1 (Ulp. 11 ed.) において姦夫の殺害が不可能な場合に関する記述がなされてゐることとの関連から、その社会的地位のいかんにかかわらずいかなる姦夫についても殺害が承認される父は、これらの両史料の扱ふところではなく、父は問題とならないと推測する。しかし、たとえ父であっても場所的な要件が整わなければ姦夫殺害は不可能であつたことからすれば、かれの示す理由だけで父を排除することは困難であらう。しかしながら、L. I. de adult. について伝える史料のうち父の lenocinium に言及するものは確認される限り存在しないことから、総合的に判断して、姦通にからむ殺害 [ius occidendi] との関連で lenocinium に言及したこの箇所の問題とされているのは夫のみであると考えられる。したがって、この法律において父の lenocinium というものは独立して存在せず、lenocinium に関する限り、父は婚姻当事者以外の第三者として扱われたものと思われる。拙稿 早稲田法学会誌第四十九卷一二九頁以下を参照。

(61) 純粋な仲介者として働いた夫以外の第三者が lenocinium に問われたか否かという問題について D. Daube, The lex Julia Concerning Adultery, 1265ff. における詳細な研究がある。かれは、T. Mommsen が純粋な仲介者について L. I. de adult. に独立して規定がなされてゐたと主張するのに対して、純粋な仲介者は、その場合夫と姦夫ないし姦婦との間を仲介するのであり、この仲介者自身が必ずしも利益を得るとは限らず、むしろ夫が利益を得ることで告発手続の開始可能性を失わせることになる点を指摘して、あくまでも現実利益を得た者が lenocinium に問われるという意味から、純粋な仲介者については L. I. de adult. が独自の規定を設けていたことを否定する。しかしながら、その後の解釈の發展過程においてこのような種類の行為が lenocinium に含まれたことは否定しない。また、L. I. de adult. に規定された犯罪が行われることを知りつつ、その目的のために自己の屋敷を貸

- し与えたる者にして、L. I. de adult. 自体に規定されていたというよりは、法学者の解釈によると考えられる。史料として
 44 D. 48, 5, 11, 1 (Pap. 2 de adult.) が挙げられる。これについては、G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteris*, 141ff. を参照。
 た、同じく第三者に関連して、ロー刑法法における共犯概念の発生および発展について付言すれば、少なくとも L. I. de
 adult. 制定時、すなわち元首政の初期の段階においてはその存在を否定するのが一般的である。これに関しては、G. Rizzelli,
 ‘*ope consilio dolo malo*’, *BIDR* 3-35, 293ff. を参照。
- (62) G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteris*, 136.
- (63) 「*すなわち娼婦(S)の者(meretrices quodam genere)*」とは、その妻が娼婦であることを意味するものではなく。娼婦が L. I.
 de adult. の処罰対象外に置かれたことは、同じく詳しく立ち入ることはできないが、L. I. de adult. は少なくともそれを
 を適用する段階において一定の範疇の女子をその対象から外していたことは明らかである。これについては、差し当たり A. Es-
 mein, *Le délit*, 86. を参照。
- (64) *lenocinium* は L. I. de adult. 制定時においては夫についてのみ発生する犯罪であったことを別の観点から証明するものと
 して、抗弁の問題が挙げられる。すなわち、D. 48, 5, 2, 5: 6: 7 (Ulp. 8 disp.); 14, 5 (Ulp. 2 de adult.); 15, 1 (Scaev. 4 reg.)、史
 料のいずれにおいても、告発された妻ならしその姦夫が、その夫の *lenocinium* を抗弁とすることができない旨述べられており、
 第三者にはいずれも言及してはならない。C. Venturini, *Accusatio adulterii*, 77f. を参照。
- (65) G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteris*, 167.
- (66) C. Venturini, *Accusatio adulterii*, 80.
- (67) C. Venturini, *Accusatio adulterii*, 81. また、敗訴した場合、第三者は当然に *calumnia*、すなわち濫訴の罰を受けることとな
 ったこと。
- (68) A. Esmein, *Le délit*, 70ff. 他参照。
- (69) 第二節において検討した、D. 48, 5, 27 (26), pr. (Ulp. 3 disp.) における ‘*nis*’ 以下の制限的条項部分、すなわち ‘*lenocinium*、
 夫を告発したならば第三者による姦通についての告発が可能になると述べられた部分について、本稿は必ずしもこれを改ざんであ
 るとまで主張するものではなかった。すなわち、史料の内容における改ざんについては否定的な解釈をとる学説状況に照らして、
 合理的解釈の余地がある以上は、改ざんとすべきでないと考えてきた。この点に関して、これまでの考察から明らかにされたよう

に、*lenocinium* という犯罪そのものが例外的事例においてのみ成立するものであって夫の自発的活動を心理的に強制しうるような機能を果たしうるものではなかったと考えられる以上は、ドイツスタ法文におけるこの部分が改ざんとして排除したとしても、あるいは改ざんとせず真正史料として認めたとしても、結論的にはなんらかわるものではないであろう。なぜなら、改ざんであったとすれば、この法文は、少なくとも第三者による婚姻継続中の告発可能性について完全に否定しただけのものとなるのであり、これに対して、改ざんではなかったとして、*L. I. de adult.* にこのようなかたちで姦通の告発と *lenocinium* とを関連させた規定がたとえあったとしても、第三節での検討から明らかなように、*lenocinium* そのものが例外的なものである以上、そうした規定は夫に離婚を強制するような機能は担いえなかったことになり、したがって離婚がなされない以上は姦通についてこの法律上のいかなる告発権も存在しないから、やはり実質的には婚姻継続中に第三者が姦通での告発をなすことは不可能であったと結論されることになるからである。前掲本章第二節注(47)を参照。

(70) A. Esmein, *Le délit*, 92.

第三章 おわりに

本稿は、アウグストゥスの社会政策、特に婚姻および家族に関する政策がいかなるものであったのか、*L. I. de adult.* における告発手続の検討を通じてその一面を明らかにすることを目的とするものであった。第一章においては、本稿での検討に先立って確認されるべき点を指摘した。すなわち、第一点として、*L. I. de adult.* は婚姻関係にある女性が夫以外の者と関係することを狭義の *adulterium*、すなわち姦通と規定し、これに対しては夫および父に *ius occidendi*、すなわち殺害の権利を認めていたことがまずあげられた。しかしながら、注意されるべきところとしては、この権利が家父権に由来する伝統的ないわゆる殺害権、*v. r. p.* とは断絶した、当該法律そのものに由来する独自の権利であったと考えられることから、結論として、この *ius occidendi* の行使が決して伝統的な

権力関係に基づきたいわゆる殺害権の実行ではなく、*L. I. de adult.* の定める一連の姦通の処罰手続の一環をなすものであったという点である。またさらに、法律は、この *ius occidendi* を行使するかたちでの処罰手続それ自体に対して制限を課しており、事実上当該権利の行使を不可能な状況に置いていたことも指摘したとおりである。そこで、この *ius occidendi* の行使によって行われる処罰手続とは別に、あるいはこれに代わる姦通処罰の手段として *L. I. de adult.* が規定したものが本稿で取り上げた告発手続ということであった。したがって、*L. I. de adult.* は、婚姻関係が前提とされる姦通という行為を犯罪として定めることで、婚姻に独自の法的地位を与え、⁽¹⁾ さらにその婚姻を保護する目的から姦通の処罰手続について、*L. I. de adult.* に定められた他の犯罪については存在しない *ius occidendi* を特に規定し、同時にまた当該犯罪に特有の告発手続を定めたものと考えることができるのである。すなわち、上述のように *ius occidendi* については制限するかわりにむしろ告発手続を促進することで、姦通というこれまで家内的に処理されてきた問題を刑事手続の枠内に取り込み公の訴訟において明らかにすることを、*L. I. de adult.* はその立法の主たる目的としていたと理解されてきたのである。⁽²⁾

しかしながら、本稿におけるここまでの検討の結果をここであらためてまとめると、はじめににおいてすでに指摘したところだが、このような立法趣旨の解釈がはたして全面的に妥当するのかどうかという点について、問い直してみる必要があるであろう。第二章の第一節において、本稿は、*ius acc. i. m. v. p.* と *ius acc. i. extr.* という告発手続における二種類の告発権の存在を示した上で、夫および父によって行使される前者の告発権が後者に対して優先的かつ特権的な性格を付与されていたことを明らかにした。すなわち、この *ius acc. i. m. v. p.* という優先的告発権の権利主体たりうるという意味において、*L. I. de adult.* は姦通の告発がまずその夫ないし父によってなされるよう想定していたことになるのである。さらにまた、この優先的な告発権の権利主体たる夫と父のあ

いだにおけるさらなる優劣関係を、本稿においては、当該告発権について夫の自発的活動である離婚にその発生可能性の全てが依拠している点に結びつけて説明した。そしてそれによって、夫が離婚を成さない以上、この *ius acc. i. m. v. p.* という告発権それ自体が発生しないことから、*L. I. de adult.* における告発手続においては、たとえ同じ優先的告発権の権利主体ではあったとしても、制度的にみて夫がさらに父に優位する存在と認識されていたことを明らかにした。すなわち、姦通の告発はまず夫によってなされるべきものと法律は意図していたと考えられるのである。そこで、では、夫が離婚をなさない場合にはどのように告発が行われたのかという疑問が次に当然生じてくるであろう。なぜなら、本法律が公の訴訟により姦通事件を審理することを目的としていたのであれば、重要なのはむしろそのような場合にいかにして告発を可能にするかということであったと思われるからである。ここから、第二節では、婚姻継続中の姦通の告発というものが可能であったのか否かを中心として論を展開した。例外的にせよ婚姻継続中であっても婚姻当事者以外の第三者による告発が可能であったと推測される史料が存在するからである。さらに、そこでは、夫に特有の婚姻継続中の告発権というものが存在しえるのかどうかについても考察した。というのも、もし夫に独自のそうした別個の訴権が存在するならば、史料上例外的なものと推測せざるをえない第三者による婚姻継続中の姦通告発手続に対して、夫には別段の特権的な取扱いが規定されていたことになるからである。しかしながら、これについては史料解釈の点から疑問があり、したがって、*L. I. de adult.* の規定内容として確認しうるのは、一方で夫と父のみ帰属する優先的告発権である *ius acc. i. m. v. p.* と、他方で *ius acc. i. extr.* のふたつであると結論したのである。その上で、*ius acc. i. extr.* については、それが *ius acc. i. m. v. p.* の対称物として、後者の優先告発権の消滅をもって初めて発生する権利である以上、*ius acc. i. m. v. p.* の発生しえない婚姻を継続した状態にある限りはこの *ius acc. i. extr.* も発生しえず、したがって、夫を含めていかなる者によ

つても、婚姻継続中には当該婚姻期間内になされた姦通について告発がなされることはなかったと結論したのである。しかしながら、このように姦通の告発手続の開始が完全に離婚という前提条件に縛られるとしたならば、離婚がなされない以上は告発手続そのものが麻痺することになり、この手続制度それ自体に本法の立法趣旨を達成しない危険が内包されていることは明白であったはずである。そこで、このような危険を回避する目的で定められたのが *lenocinium* という犯罪であったとの推測が、多くの史料において姦通の告発からんでこの犯罪についての言及が存在していることからなされてきた。すなわち、夫について *lenocinium* という犯罪を同時に規定することにより、この *lenocinium* に問われることを恐れて夫は離婚を行うことになる⁽⁵⁾とされたのである。つまり、夫を *lenocinium* のかどで有責とすることによって離婚という結果が法上当然に生じてくるわけでもなく、また同様に、離婚を前提とする告発権である *ius acc. i. extr.* が発生するのでもないけれども、この *lenocinium* という犯罪で告発される危険を恐れて夫は姦通の疑いのある妻を離婚することになり、その離婚によって告発手続の可能性が開かれることから、間接的にこの *lenocinium* 犯罪の規定こそが姦通の告発手続の有効性を担保したと考えられてきたわけである。⁽⁴⁾ このような観点からすれば、*lenocinium* こそが *L. I. de adult.* における姦通の告発手続の中心、核であったことになるであろう。しかしながら、第三節において明らかにしたところによれば、この夫の *lenocinium* とはきわめて限定された犯罪であったというほかない。すなわち、夫が *lenocinium* という犯罪に問われうるのは、もっぱらその妻の姦通の現場をおさえながらもその妻と離婚をせず、かつ姦夫を放免したという特殊な場合か、あるいは婚姻を維持する一方で妻の姦通を通じて何らかの利益を得ていたという場合のみであったと考えられるのである。これらはいずれも客観的要素および主観的要素よりなる要件を満たしてはじめて成立する限定された特殊な事例であり、単に、妻の姦通行為にもかかわらず夫がその妻を離婚しないというだけで、犯罪として

の *lenocinium* が成立するわけではなかった。またこのような事実を第三者が立証することが困難であったことも容易に想像されるであろう。したがって、*lenocinium* という犯罪で告発、有責とされる危険に対する恐れが、夫をして姦通の疑いのあるその妻を離婚させるということには、論理的にいつて必ずしも直接に結びつくものではないのである。

このように、本稿の第二章全体における考察は、これまで主張されてきたような立法趣旨の解釈それ自体に疑問を投げかける結果となった。すなわち、*L. I. de adult.* は確かに姦通について詳細な告発手続を規定しているが、しかしその手続の有効性それ自体についてそれ程の注意を払ってはいないということになったのである。では、このような状況をどのように考えればよいのであろうか。繰り返し述べてきたように、従来 *L. I. de adult.* については、告発手続を定めそれによって姦通という家内問題に対する国家の介入の姿勢を明らかにしたものと主張されてきた。しかし告発手続を有効に機能させることについて法律が言われてきたように強力な関心を払っていなかったとしたら、このような解釈の前提が失われるのであり、その場合当該法律の制定目的はどこに見いだされるべきなのだろうか。

本稿は、*L. I. de adult.* における告発手続の規定に対する検討を通じて、アウグストゥスにおける社会政策、なにかんずく婚姻ならびに家族政策についてどのような回答が見いだされるのかを目的として論を展開してきたつもりである。したがって、この法律の制定目的およびその意義に関して、まずはそれが姦通について訴追可能性を認めることで婚姻に法的な保護を保障し、その点で婚姻にローマ史上はじめて法的性質を付加したとする解釈がひとつ可能であろう。しかし、この第三章、おわりにの冒頭ですでに述べておいたように、正当なる婚姻を侵害することそれ自体が犯罪を構成すると規定した段階で、法的に保護されるという観点からすれば婚姻がそうした属性を保

有していることはすでに明示されていたはずである。すなわち、この姦通という犯罪を成立させる前提条件となりうる結合関係のみが法律的に婚姻として認識されるのであり、この意味から婚姻は *L. I. de adult.* によってはじめるのである。けれども、この点については、必ずしも告発手続を通じてそれが公的に処罰されることによって示されるまでの必要性はなかったであろう。それでは、*L. I. de adult.* が姦通についての告発手続をこのように特に詳細に定めた意義はどこに見いだされるのであろうか。これに関して、第二章の最後で若干言及したように、もう一度その第二章全体を通じた検討結果を考察してみると、それによって、当該告発手続の中心が夫におかれていたということについてはむしろ従来よりも強力に主張できるようになったと考えられるのである。⁽⁶⁾ なぜなら、*L. I. de adult.* における姦通の告発手続は、完全に夫の自発的行為である離婚によってはじめて開始されるものであり、さらに夫に対しては、現実問題として誰もそれを強制しえなかったからである。夫は自らの自由意思にしたがって行動することができたのであり、その夫の活動いかんによって「すなわち離婚の成否によって」姦通の告発可能性は完全に左右されることになったのである。ところで、これに付随して重要と思われるのは、この姦通という問題に対して、*L. I. de adult.* 以前において夫になしえたのは、もっぱら妻に対して権力を有する者にその処断を求めるといふことだけであったということがある。すなわち、夫は、そのような妻に対して、権力保持者に求めてそうした権力を行使して処罰してもらふ以外の独自の法的な手段というものをまったく持ち合わせなかったのである。⁽⁷⁾ 換言すれば、この段階では夫はみずからの婚姻についてそれを直接自由にする権利を法的に有してはいなかったことになる。そこで、このような伝統的なあり方との対比で見るとき、夫は、*L. I. de adult.* の結果として、自らの婚姻に関してついにその完全なる支配権を確立したのであり、この意味で本法律は夫という地位に法的な意味づけ

を与え、よって婚姻概念の変化を確定した⁽⁸⁾ことができるのではないだろうか。すなわち、告発システムの有効性そのものは、ここではむしろ二次的な問題であつて、第一義的に重要なのは夫がそのシステムの中心であり、夫以外の者は夫の意思いかんによつて排斥される⁽⁹⁾という事実を示すことであつたと思われるのである。アウグストゥスの社会政策においては、もはや家族という単位は従来のように家父の権力関係により理解されるところの関係ではなくして、婚姻に基づいて夫と妻により構成されるものとして想定されていたことがここから導き出されるのである。すなわち、この法律は、家族の構造的な変化を体現したものであり、ここでは家族は婚姻を基礎として構成される存在に転化しており、その事実を姦通という婚姻にからむ問題の処理のしかたを通じて明示したものとも考えられるのではないだろうか。したがつて、姦通という犯罪により侵害を受けた者はまず第一に夫であり、そして侵害を受けた者がそれをいかに回復するかを決定する権利を有していたと言ふことができるであらう。すなわち、ここではもはや、従来のように家の権力保持者としての家父がその権力に服する者の行為によつて侵害を受けているという思想ではとらえられていないのである。また、このことから示されるように、当該犯罪において保護されるべき法益はもっぱら夫に、すなわち婚姻それ自体にあると認識されていたことも明らかとなるだろう。なぜなら、事実上、婚姻当事者以外の第三者がその当事者の意思に反して告発を行うことは不可能であり、したがつて、姦通に関しては夫のみが実行的な告発権を有した⁽¹⁰⁾といえるのである。この点は、姦通という犯罪の特殊性に由来するとも考えられるが、しかし、侵害された法益の回復をはかるひとつの手段として、刑事告発という手法を国家が保証したとはいつても、現実に侵害を受けた者にだけ實際上告発権は帰属するのであり、またその者としても必ずしもそうした手段に訴えるべき必要はなく、自由にその回復手段を選択することができたのである。それはこの時期の犯罪の性格を一面で示していると言えるのかもしれない。しかしながら、もとより、この最後の点につい

ては、アウグストゥスの制定にかかる同時期の他の刑事立法全体⁽¹¹⁾を含めて社会政策全般にかかわる考察が必要であることは明白であり、ここではこれ以上立ち入ることは適当でないだろう。

したがって、いずれにせよ、*L. I. de adult.*における当該告発手続の検討を通じて、アウグストゥスの婚姻および家族政策、あるいは広く社会政策について一側面が明らかになったとすれば、それは、この法律により法的に保護される正当なる婚姻⁽¹²⁾という法制度が新たに創設され、それによって、旧来の家父を中心とした権力関係よりなる家族から、婚姻に基礎を置き夫を軸とする家族へと、その構造を変化させるとともに、これにより初めて独自の法的意味合いを付与された夫という地位にある者に対しては、主体となって家族関係を決定する権利が与えられたというものであろう。また同時に、*L. I. de adult.*においては、この夫という地位にある者だけが姦通という犯罪について現実に侵害を受けた者であると想定されていたと考えられ、そのような者に回復のための手段を国家が保証したということにもなるであろう。すなわち、*L. I. de adult.*は、姦通の告発手続に関して夫がその中心であったことで、アウグストゥスの支配における家族が、ローマに伝統的な姿とは異なった、婚姻に基づく新たな形態として想定されていたことを明示しているのである。そして、この従来の権力関係とは異なる原理に基づいた家族を単位として、新たに彼の社会政策が展開されていくことになるのではないかとの推測もまた当然ここから可能であろう。国家が道徳律を含めて社会の深部を一元的に管理してゆく姿勢⁽¹³⁾というのは、確かにこの法律が姦通という家内問題を扱っていることそれ自体からして明らかである。したがって、*L. I. de adult.*全体に関しては、このような国家管理という側面からの立法意義の解釈も、本稿での検討と先だっておこなった *ius occidendi* についての考察結果とをあわせて示されるような、家族の構造変化を確定させているという点に法律の意義を見いだす解釈と並んで成り立ちうるであろう。しかし、そのどちらがより適切なものかということについては、前者がむしろ立法の

宣伝的役割を果たしたのに対して、後者は実質的にこののちのローマの家族、社会像を決定することになったという意味においてより重要であったとすることはできないだろうか。家族、婚姻という問題がこの時期のローマにとって重要な懸案であったことはさまざまな史料が示すところである⁽¹⁴⁾。それは、もちろん社会における道德律の低下によって引き起こされた問題でもあり、同時にまた伝統的な家族が崩壊してゆくことに起因するものでもあったろう。アウグストゥスの支配に先立つ内乱の世紀は、家族というものがすでに伝統的な形で存在しつづけることを不可能にしていたと言われる⁽¹⁵⁾。したがって、あるいはそれにかわる新たな像を国家が示すこと自体が必要であったのかもしれないし、あるいは逆に、婚姻の意義を高めることで道德律の回復と伝統への回帰をはかったとみる⁽¹⁶⁾ことができるかもしれない。このように様々な解釈が広く可能であるが、そのいずれかを最も適切だと言いつけることは現段階では時期尚早であろう。したがって、本稿では、上述のように、L. I. de adult. における姦通の処罰規定、特に告発手続の規定の検討を通じて確かめられた家族像の変化について指摘するにとどめたいと思う⁽¹⁷⁾。アウグストゥス自身が、そのような変化をいかに考えていたのか、あるいはそれがかれの支配にとつていかなる意味を持ったのかという点については、やはりその制定にかかる他の社会政策立法、少なくとも婚姻、家族に直接関係する Lex Iulia de maritandis ordinibus (婚姻の階層に関するユリウス法)⁽¹⁸⁾との関わりからの検討が必要であり、これについては別段に取り上げられなければならないものと認識している。

(1) A. Esmein, Le délit, 70f.; S. Treggiari, The Roman marriage, 277f.; R. Villers, Le mariage envisagé comme institution d'Etat dans le droit classique de Rome, ANRW II, 14, 286ff.

(2) A. Esmein, Le délit, 85f.

(3) L. I. de adult. は「離婚の形式についても規定していたと考えられる」。D. 24, 2, 9によれば、姦通をおかした妻との離婚につい

て、これを七人の証人の面前で行うべきことが定められていた。しかしながら、この規定が古典期の離婚一般についてあてはまるのか否かについては議論がある。E. Volterra, *la conception du mariage à Rome*, RIDA 2, 1955, 373f. によれば、古典期の法は離婚の成立についてなんらの形式も定めておらず、アウグストゥスによる法律もこの原則を修正するものではなかったとされる。したがって、*L. I. de adult.* が特定の形式を定めたのは、姦通をおかした妻との離婚を義務づけられた夫が、婚姻を解消したことを証明し、それによって自身が *lenocinium* で告発されるのを完全に回避するためであったと推測されることから、離婚における形式性が問題となるのは、もっぱらこの *lenocinium* との関係が生ずる刑事法の領域のみであって、私法上はいぜんとして、婚姻当事者の婚姻意思の消滅のみで婚姻の解消には十分であったと考えるべきであろう。また、N. Andreev, *divorce et adultère dans le droit romain classique*, RHD 34, 1957, 27ff. は同様の議論に加えて、この問題について離婚に完全なる形式性が要件となったことにはキリスト教の影響をみており、少なくとも古典期以後のものであるとする。

(4) A. Esmein, *Le délit*, 131f.

(5) ローマにおけるいわゆる婚姻類似の結合形態としては、*concupinatus* すなわち内縁と呼ばれるもの、あるいは *contubernium* すなわち事実婚と呼ばれるものが存在していたと考えられる。*L. I. de adult.* および *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (婚姻の階層に関するユーリウス法) との関係から、内縁についてもこれらのアウグストゥスの法律により法的制度となったとする説がある。T. Mommsen, *Römisches Strafrecht II.* を参照。しかしながら、この問題については法律の立法趣旨とからめて別稿での考察が必要であり、(11)ではこれ以上立ち入ることはしない。

(6) 第二章、特にその第二節における婚姻継続中の告発可能性の問題に関して、その第二節注(37) および(48) において適宜指摘してきたように、本稿は次の二つの点で結論を留保するものであった。すなわち、一点としては、婚姻継続中の夫の告発権というものが独自に存在したのか否かという問題であり、もう一点が、第三者による婚姻継続中の告発可能性の問題にからむ点であった。前者については「*extra maritum*」という表現とその史料の信憑性の観点から、ひとまず *L. I. de adult.* の規定にかかるとして夫に独自の婚姻継続中の告発権の存在については否定したが、しかしながら解釈の段階においてそうした独自の告発権が承認されていたことを否認するものではない。また、史料評価に関して言えば、たとえこの一節から夫に独自の婚姻継続中の告発権が規定の当初から存在したと仮定したものであったという本稿の主張にとつては、そうした解釈はむしろこれを補強する *L. I. de adult.* における告発手続が夫を中心としたものであったという本稿の主張にとつては、そうした解釈はむしろこれを補強する

証拠となりうるものだからである。さらに、もう一点に関しても、同様に本稿の結論に何ら消極的な影響を与えるものではない。というのも、「*nisus*」以下の *lenocinium* に関する留保条項が、*L. I. de adult.* の規定としては存在しなかったと解釈し、この一節を史料から削除した場合であっても、実質的に結論が揺らぐことはないからである。すなわち、第三節における検討結果が示したように、*lenocinium* に関する *L. I. de adult.* の規定が実質上夫に離婚を強制しようとする機能を果たしえなかったのであるから、たとえ姦通の告発を担保する制度として *lenocinium* がこの法律上規定されていたのだとしても、その制度としての有効性については疑問なのであり、したがって、*lenocinium* に関する部分を削除して第三者による婚姻継続中の告発可能性をまったく否定したとしても、あるいはそこに述べられた留保条件を付けて第三者による告発可能性を承認したとしても、当該告発手続が夫を中心として展開されていたという本稿の結論には何ら変化を加えるものではないのである。第二章第三節注(69)を参照。

(7) *L. I. de adult.* 以前に、妻の姦通がどのように処断されていたのかという問題については、家父の権力、特に *patria potestas* との関係、ならびに家裁判との関係を考へてみる必要があるだろう。これらの点について、本稿ではこれ以上立ち入ることはできないが、たとえ夫権を持つ場合であっても「それがない場合にはもちろんだが」、夫は夫としてその妻に対しての権力関係をなんら有するものではなく、したがって、その権力を行使するというかたちで妻を処罰することはできなかったと考えられる。また家裁判については、姦通が問題となる場合妻側の近親者が参加したとする史料もあるが、家裁判そのものが処罰権能を有したとみるよりは、むしろ、法的には、その姦通たる者に対して権力を有する者がその権力を行使して処罰したと考えられるべきであろう。この問題については、原田俊彦「*vitae neisique potestas* と家裁判」早稲田法学 第六十三巻三号 九十二頁以下を参照。

(8) *C. Venturini, Accusatio adulterii*, 81.

(9) *C. Venturini, Accusatio adulterii*, 81f.

(10) *C. Venturini, Accusatio adulterii*, 82.

(11) アウグストゥスの制定した他の刑事立法については、個々の立法に関する詳細な検討は割愛するとして、*B. Biondi, Scritti giuridici II, 201ff.* を参照。またローマ刑法法の一般的特色については、*O. Robinson, The criminal law of ancient Rome, 1995* に概観できよう。

(12) 婚姻の保護という観点から言えば、*L. I. de adult.* は単にそれを破壊させるような行為である姦通を処罰対象としただけではなく、他方で、婚姻関係についてそれが不安定な状況に置かれたことにも配慮していた。すなわち、*D. 48, 5, 30 (29), 5*

(*Ulp. 4 de adult.*) によれば、姦通での告発権は犯罪の発生から五年をもつて完全に消滅し、その後はたとえ離婚がなされたとしても、夫を含めていかなる者によつても当該犯罪で告発がなされることはなかった。

(31) A. Esmein, *Le délit*, 73.

(41) P. Csillag, *The Augustan laws*, 21ff.

(51) S. Treggiari, *The Roman marriage*, 293.

(91) H. Last, *The social policy of Augustus*, 443.

(17) 家族像の変化を指摘する上、本稿は、当該告発手続において夫が果たした中心的役割をその根拠として提示してきたわけであるが、そのように理解した場合、*L. I. de adult.* が姦婦の父についても夫と同様に告発における優先的な地位を認めている点は一ひところの疑問として残ることにならう。この問題に対する理由としてまずあげられるのは、おそらく *ius occidenti* との関連である。すなわち、*D. 48, 5, 25 (24) (Mar. 1 publ.)* によれば、この *ius occidenti* と当該告発権 (*ius acc. i. m. v. p.*) とが同一の主体に帰属するものであることが示されており、前者の権利主体である以上、父には後者の権利も同様認められなければならないのである。しかしながら、婚姻を機軸とする家族という観点に照らしてみたとき、告発に際して父にまでこうした地位を認めたことには矛盾があるというのは否めない。したがって、この問題については、その制定の時代的背景を含めて *L. I. de adult.* 全体から別の理由付けが可能であるのか、あるいはアウグストゥスの社会政策という見地から新たな解釈が見いだされるのか、今後の検討課題のひとつとしたいと考えている。

(81) この法律についての主たる文献としては、まず R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, 1970, Padova があげられる。また P. Csillag, *The Augustan laws*, 77ff.; L. Radtisa, *Augustus' legislation concerning marriage, procreation love affairs and adultery*, ANRW II, 13, 278ff. もそれぞれ *L. I. de adult.* とからめた包括的な研究をこつとせ。