

『勅法彙纂』第8巻第17章第11法文について

「公証人」の生成過程解明のために

林 信 夫*

目 次

はじめに

一 史料にみえる文書作成人

二 「公に作成された文書」

おわりに

はじめに

現代において公証人を表すヨーロッパ各国語の語源である *notarius* が真の公証人を意味するのは中世からであると、一般的にいわれる¹⁾。しかし、文書の作成とその効果、そして作成人について国家が関心を向けて規律をするのは中世が初めてではない。すなわち、伝統的なローマ法学からも一般的にいわれているように、ユースティニアヌス帝によって公布された528年法、537年及び538年法により、売買、交換、贈与等の契約の有効性のためには、両当事者が文書作成し清書をして署名をすること、*tabellio* と呼ばれる文書作成者 (= 代書人) が関与するときは、両当事者の指示に従い下書きを作成のうえ、文書を読み上げ、清書・署名すること、その上で、年月日 (= コーンスル年) を付すなど書面の様式も定められて雛形化された²⁾。規律の対象となった代書人は、*statio* と呼ばれる特定の場所で職務遂行することが想定されており、この場所は役場とも

* はやし・のぶお 京都大学大学院法学研究科教授

いうべきもので、すでに公の「権威 *auctoritas*」に裏打ちされている点が重要である。このようにして作成された文書が「公に作成された文書 *μ = instrumenta publice confecta*」という表現で表わされることから、私人たる代書人が関与して作成した文書が公文書に比される性格を有し始めるといってもよいだろう。しかし、このような文書は、当事者と証人が関与しただけの文書より信用力はたしかに高いものの、真実性が問題とされるときには代書人作成の場における証人とその署名の有無が問題とされることから、文書そのものに「公の信頼を置く *impositio fidei*」ところまではいっていないともいわれている³⁾。

すでに明らかなように、ラテン語史料には公証人と翻訳することが通常の *notarius* は登場せず、むしろ *notarius* は、たとえばブリーニウス『書簡集』第9巻第36文や『学説彙纂』第29巻第1章第40節首文（同〔=パウルス〕『回答録』第11巻）に現れるように、紀元後3世紀ころまでは公証人ではなく速記人を意味しており、さらに帝政後期になると官僚の一ポストとして現れる、ということもすでに指摘されている⁴⁾。

本稿では、*notarius* という言葉にだけ着目すると古代には存在しない公証人が言葉を異にしながら存在していた可能性はないのか、あるとしてその存在態様はどういうものか、どのような経緯を経て特定の効果を伴う文書の作成人として登場し展開していくのかについて、蓄積された研究成果に依りながら、その詳細を明らかにする第一歩として、代書人等の文書作成者が作成した文書の法的効力の範囲に観点を定めて、中世に至らないと公証人が成立しないとされている点の検証を、史料に即して検討することにする⁵⁾。

一 史料にみえる文書作成人

1. 帝政前期までの作成人と文書 代書人が関与して作成した文書の効力について法史料が直接言及し始めるのは、管見の範囲では5世紀であ

る。しかし、たとえば以下の史料にみるように、すでに紀元前より文書作成に携わる者が存在していたことが確認される⁶⁾。すなわち、

キケロー『義務論』第3巻第73文

……殺人者、毒殺者、テスタメンターリウス遺言偽造者、盗人、公金横領者などについては、ここで論ずるべきではない。そのような輩は哲学者の言葉と議論によってではなく、枷をはめ、牢に入れて懲らしめねばならない。
……⁷⁾

『学説彙纂』第28巻第5章第9節第6法文(ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第5巻)

同人(=マルケルルス)が論ずるには、テスタメンターリウス遺言状作成者が遺言者の意思に反して条件を削除または変更したときも、相続人は存在することはなくて、指定されなかったものとみられる⁸⁾。

同第48巻第19章第9節(同〔=ウルピアーヌス〕『属州総督職務論』第10巻)

…… 4. 弁護人として活動することが何人かに禁止されるのではなく、法廷にいたることが禁止されることがときおりある。しかし、たしかに、この者に法廷の用務に携わることがおよそ許されないときは、弁護人として活動することを禁止するよりも、法廷にいたることを禁止するほうが範囲が広い。このように禁止されることが通常であるのは、ユールリス・ストゥディオーリス法助言者、ブラグマティクス弁護人、代書人または法実務家である。5. 通常彼らに禁止されるのは、書面を作成し、書式を書き上げ、または証拠を確証することである。6. 公に、たとえば公文書館または記録庫で文書が作成されるところでは、彼らがそこに止まることも禁止されるのが通常である。7. さらに、彼らが遺言書を作成し、書き、または署名することも、そうすることが通常である。8. ……⁹⁾

これら例示史料に現れる testamentarius や tabellio という用語の他にも、

史料には librarius, scriba 等の用語を用いて文書作成に携わる者たちが登場する¹⁰⁾が、特に遺言書作成に携わる者が固有の術語を有していることは、ローマの人々にとって紀元前から遺言書を書くことが、他の文書作成よりも日常化していたことを示している¹¹⁾。

これに対し、notarius は、以下の史料に現れるように、公証人はもちろんのこと、代書人とさえ考えることができない。すなわち、「はじめに」においてすでに言及した法文、

『学説彙纂』第29巻第1章第40節首文(同〔=パウルス〕『回答録』第11巻)

兵卒のルーキウス=ティティウスは、遺言を書きとるよう、その速記係ノターリウスに口授したところ、文字として書き表される前に死亡した。この口授が有効であり得るかどうか、私は問題とする。遺言書作成することがどんな仕方でも欲すれば許され、どんな方法なら可能なのかを兵卒たちに私は回答した。ただし、そのようになされたことが正当な証拠によって明らかにされるときに限る。

からして、notarius は口述筆記する者であって、しかも筆記する際に符牒を用いて速記する者を意味しており、『学説彙纂』第37巻第1章第6節第2法文(パウルス『告示註解』第41巻)「符牒によって書かれた書き板は、告示には含まれない。なぜなら、符牒は文字ではないと、ペディウスが告示註解第25巻で書いているからである。」をも併わせ読むと、速記人の記した文書は法的保護の対象とはならない¹²⁾。

これに対し、遺言者の意思を反映しない遺言書作成人の作成文書は、遺言書の効力を否定しているウルピアーヌス文から、作成文書それ自体として高度の真実性が担保されているわけではない。このようなことは、ローマにおける法律行為が、問答契約や握取行為に現れるように、紀元前から口頭主義に重点を置いていたこと、また担保制度においては、強制執行制度が内包する不備とも関連して物よりも人に重きを置いていたことの反映

ともいえよう¹³⁾。しかし、共和政前期から一貫してこの傾向が存在し続けていたわけではなく、しばしば指摘されるように、ヘレニズム文化の流入とともに、文書の重要性がローマ社会においても増していき、特に方式書、文書契約、銅衡遺言において設権の効果さえ発揮した¹⁴⁾。にも拘わらず、全体として、証拠能力という観点からみるならば、方式書訴訟にあっては、証人など、人という存在が最も重要であり、証書、文書は一つの証明手段として裁判担当者の自由な評価の下に置かれた¹⁵⁾。その意味で帝政前期までにおける文書の役割を良く伝えるのは、『学説彙纂』第20巻第1章第4法文(ガイウス『抵当権方式論』単巻書)である。すなわち、

何らかの債務のために何人かの物が抵当権の下に置かれる旨その者が合意するとき、一致した合意により抵当権が設定される。諾成により契約される債務におけると同様に、いかなる言語によって成立するかは関わりがない。それゆえ、書面なしで抵当が合意されるとしても、証明され得る限りは、合意された目的物は担保の対象たるものとする。合意されたことをより容易に証明され得るように抵当に係る書面が作成されるので、合意されたことは、書面がなくても、文書を作成しなかったとしても婚姻において生じるように、他の手段で証明され得るときは、有効である¹⁶⁾。

からして、書面の位置づけが証拠法の中で高くないことがわかる。同じことは、勅法の中にも看取できる。たとえば、正帝のフィリップスと副帝のフィリップスとが連名で245年に公にした勅法によれば、

『勅法彙纂』第4巻第19章第5法文

正帝のフィリップスと副帝のフィリップスがセルトリウスに 宣示す。

私的書面または私的証言もしくは覚書は、他の手段によっても支えられないときは、それだけでは証明にとって充分ではない。

正帝フィリップスとティティアヌスがコーンスルの年の4月7日に掲示す¹⁷⁾。

とされており、代書人が関与して文書が作成されているかどうかは不明であるものの、私人間の書面の真実性は、当該文書それ自体だけでは確保されず、他の何らかの支えとなるものがあって初めて確保されていることがわかる。

2.4世紀以降における変化の兆し それに対し、コーンスタンティウス帝以降にたいに書面の持つ意味が増していくことも一般に指摘されている¹⁸⁾。代表的な法令が以下である。すなわち、

『勅法彙纂』第4巻第21章第15法文

正帝コーンスタンティウスが首都住民に 宣示す。

訴訟を遂行する際、文書の信頼性も証人の証言も同じ効力を有すべし。

ガルリカーヌスとバッシスがコーンスルの年（=317年）の7月21日ローマで付与す¹⁹⁾。

この背後にあるのは、同帝が贈与行為につき、おそらくは徴税との関わりから書面化と官庁への届けを義務づけ始めたことであろうと考えられる²⁰⁾が、しかし、張り巡らされた官僚制、経済危機や集団責任による税徴収、そして職業の団体組織化等が公証人成立に大きく影響を及ぼしたとする Amelotti 説は、地域による偏差に配慮した詳細な史料分析による補充・補正が必要と思われる。たとえば、「集団による責任を基礎とする税徴収」については制限的に理解すべきであることは、近時受け入れられるべきものの一つである²¹⁾。

いずれにせよ、4世紀以降法生活の中で書面の意義が増していく一方、notarius が秘書や文書担当の官職として、また教会の中で exceptor など

と表現されて文書作成業務担当者が登場する。たとえば、358年を叙述するアンミアヌスの『事蹟録 *res gestae*』第17巻第5章第15文には、

何も手にすることなく戻ってきたこの使節団 というのは、王の抑制のない強欲さに対してはやそれ以上応えることができなかったので に、ほんのわずか数日あとまで付き従っていたのは、侍臣の^{コメーヌ}プロスペル、^{トリブヌス エト ノターリウス}秘書官 スペクタートゥスそして同じくムソニアヌスの示唆で説得の職人としての哲学者エウスタティウスである。彼らは、皇帝の手紙と贈り物を運び、その北部地方が防備強化され過ぎないようにするため、その間、サポルの下準備を巧みな行動によって食い止めようとしたのである²²⁾。

とあり、ペルシア王サポルの下に派遣された者の中に *notarius* という術語を用いた秘書官が存在していたことを知らせる。この者たちは、帝政前期の皇帝顧問会議の後身の枢密会議 *consistorium* の書記役を担い、出自は低いながら皇帝の身近にいることから事実上の力を行使していたようであり、その長たる秘書官長 *primicerius notariorum* は官職表 *Notitia Dignitatum* に掲載され、上級官職者のリスト保持とその辞令交付を行う重要任務を担っていた²³⁾。

皇帝の身边にいることを示すのは、

『テオドシウス法典』第11巻第16章第15法文

同正帝 (= グラティアヌス、ウァレンティーニアーヌス及びテオドシウス) が道長官ヒュパティウスに 宣示す。

最高の頭職者、枢密顧問官も、朕の^{ノターリウス} 祐筆 及び^{クビクラリウス} 近侍 すべてと前近侍も、あらゆる下級の負担 (ムーネラ) から免れるべし。... (後略) ...

アントニウスとシュラグリウスがコーンスルの年 (= 382年) の12月9日に付与す²⁴⁾。

中の「朕の祐筆」という表現、及び「最高の顕職」と同列に扱われていることから理解される。

二 「公に作成された文書」

1. 472年法 5世紀に入ると、tabellio で表現される私人たる代書人によって作成された文書が違法性との関わりにおいてその効果に言及されるだけでなく、公文書に比されるようになってくる。一覧にすると、以下である。

年代	発布皇帝	名宛人	職名	管轄地域	発布地	規律対象	典拠
457-65	Leo	Vivianus	pp.	(Oriens)		宦官譲渡文書	C. 4, 42, 2
468	Leo/ Anthemius	Nicostratus	pp.	(Oriens)		契約書	C. 11, 54, 1pr.
470	Leo/ Anthemius	Armasius	pp.	(Oriens)	Const.	契約書	C. 1, 2, 14, 6
472	Leo/ Anthemius	Erythrius	pp.	(Oriens)	Const.	偽造文書	C. 2, 4, 42
472	Leo	Erythrius	pp.	(Oriens)	Const.	契約文書	C. 8, 17, 11
478	Zeno	Sebastianus	pp.	(Oriens)	Const.	贈与文書	C. 8, 53, 31, 1

凡例 pp.=praefectus praetorio; Const.=Constantinopolis; ()は当該勅法の写本には伝承しないが、他の史料から確認できることを示す。

多くが違法な行為の文書化や偽造文書作成者への刑罰の規定であるが、文書作成とその効果について最も良く伝えるのは、表中の である。しかし、後述のように、472年段階では、 と とは勅法として一体のものとして公にされたと考えられているので、以下では共に扱うことにする。

第8巻第17章第11法文

正帝レオが道長官エリュトリウスに 宣示す。

イディオクレーラ
私署証書とギリシア人たちが呼ぶ書面は、和解、合意、利息付消費

貸借, 組合結成のために, またはその他何らかの原因もしくは契約について, 友人の立ち会いの下でなされたかどうかを問わず, 何人かにより私^{セクレター}的に作成されることがしばしば習わしとなっているものの, それら書面すべてが, あるいは契約当事者の手によって書かれたのか, 代書人その他の者の手によって書かれたけれども, 彼ら自身の署名を有するか, あるいは一般に文書係と呼ばれる奴^{タブラーリオ}僕^{コンディキオナーリス}だとしても, 証人が関与しているかどうかを問わず, 対人訴訟が提起されるときは, それら書面は, 公に書かれたものとして法的効力を有するよう, 朕は定める。1. 何人かがこの種の文書に基づいて質権または抵当権を実行しようとした場合において, 後の日付がこれらに含まれるとしても, 公に作成された文書に基づいている者が優先されるべし。ただし, 非の打ち所がなく悪い評判のない3人またはそれ以上の者の署名が私署証書に含まれる場合を除く。なぜなら, その場合は公に作成されたものと理解されるからである。

マルキアーヌスがコンスルの年 (= 472年) の7月1日コンスタンティーノポリスで付与す。

(Imp. Leo A. Erythrio pp. Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, interuenientibus amicis nec ne, transigendi uel paciscendi seu fenerandi uel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis uel contractibus conficiuntur, quae idiochira Graece appellantur, siue tota series eorum manu contahentium uel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, siue testibus adhibitibus siue non, licet condicionales sint, quos uulgo tabularios appellant, siue non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. 1. Sin autem ius pignoris uel hypothecae ex huiusmodi instrumentis uindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte

probatae atque integrae opinionis trium uel amplius uirorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. D. k. Iul. Constantinopoli Marciano cons.)

同第2巻第4章第42法文

正帝のレオとアンテミウスが道長官エリュトリウスに 宣示す。

朕命ずるに、偽造文書によって和解又は合意が締結されたときは、それにつき宣誓がなされ、^{キエウイリテル}刑事手続なしで偽造が判明したとしても、これらは取消されるべし。ただし、その同じ契約が複数の事柄又は条項について締結されたときは、偽造文書によって企図されて義務づけられた事柄又は部分だけが取消され、その他の条項は、有効たるべし。ただし、偽造である旨主張されたことについても、生じた争いが和解をして終結される場合を除く。

マルキアーヌスがコーンスルの年の7月1日コーンスタンティーノポリスで付与す。

(Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. Si ex falsis instrumentis transactiones uel pactiones initae fuerint, quamuis iusiurandum his interpositum sit, etiam ciuilliter falso reuelato eas retractari praecipimus: ita demum ut, si de plurimis causis uel capitulis eadem pactiones initae fuerint, illa tantummodo causa uel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita conuicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controuersia orta decisa sopiatur. D. k. Iul. Constantinopoli Marciano cons.)

勅法 は、472年7月1日にレオ帝がオリエンス道長官のエリュトリウス²⁵⁾に宛ててコーンスタンティーノポリスで公にされたものであるが、もともとは、の『勅法彙纂』第2巻第4章第42法文に伝わる勅法と一緒に出されたと考えられており²⁶⁾、後者には同年7月11日に殺害される西側

担当の皇帝アンテミウスの名前も伝承されている。勅法は、実際には東西どちらかの皇帝によりその担当領域の必要に応じて出されるが、書式上は東西両皇帝名が列挙され、どの地域に向けた勅法かは名宛人によって判断される。したがって、もともとの勅法の *inscriptio* には両皇帝名が載っていたはずであるが、6世紀の法典編纂の際にそれを分割して掲載するときに落ちたか、その後の写本伝承の過程で抜け落ちたのであろう。いずれにしても、名宛人が東側担当の道長官であるから、本勅法は、東側担当皇帝のレオにより担当地域のひとつであるオリエーンス道に向けて出されたものである。

上記2勅法の472年段階での先後関係については、発布勅法が分割されて法典に採録されるとき、そのまま採録される場合や一部のみ採録される場合等、種々の場合が考えられ、現在の伝存史料だけではわからない。

2. 文書の種類 文書の法的効力という観点からみた場合、 から看取できる重要な第一は、文書が、私的に作成された文書(=私署証書)、公に作成された文書、公文書と三種類に分かれていることである。このうち公文書については、

『勅法彙纂』第7巻第52章第6法文

正帝ホノーリウスとテオドシウスがアフリカ州^{プロコンスル}総督ユーリアーヌスに 宣示す。

公記録に書き写されて、そうなた公文書は永続的な効力を有するよう、朕は欲する。なぜなら、裁判官の死亡によって 当該文書が 公の信頼を喪失すべきでないからである。

コンスタンティウスとコンスタンスがコンスルの年(=414年)の8月30日ローマで付与す²⁷⁾。

からして、「公の信頼 *fides publica*」を内包していることが当該文書の特徴とされているが、本勅法の始源的とされる姿形は『テオドシウス法典』

の第16巻第5章第55法文に採録されている。すなわち、

同両正帝（＝ホノーリウスとテオドシウス）がアフリカ州総督ユーリアーヌスに 宣示す。

スペクタビレス級人士の故マルケルリーヌスによるドナティスト派に対する吟味と配慮によって公記録に書き写されたものが永続的な効力を持つよう朕が欲するものは、公文書である。というのは、裁判官の死亡によって、当該文書が 公の信頼を失うべきでないからである。

コンスタンティウスとコンスタンスがコーンスルの年の8月30日ローマで付与す²⁸⁾。

本勅法の名宛人のユーリアーヌスは、ドナティスト派向けに414年に出された禁圧法の名宛人ともなっている総督である²⁹⁾。また、本勅法に含まれるマルケルリーヌスは、同法典の第16巻第11章第3法文（410年）の名宛人としても登場する文書を担当する秘書官で西側担当皇帝のホノーリウス帝の下で活動していたことが知られる³⁰⁾。Gothofredus, ad h. l. によれば、本勅法発布年の3年前に裁判官たるマルケルリーヌスの吟味の下でなされたドナティスト派に不利な判断が、この時点ではすでにマルケルリーヌスが死亡していたとしても、その有効性を保持することをホノーリウス帝が命じたものとする。なお、*subscriptio* 中の発布地のローマは、写本上、ラウエンナを意味する *Rum* の誤読とされる。

内容的には、「永続的な効力 *perpetua firmitas*」が具体的に何を意味するのか明確ではないものの、*gesta* で示され、公の信頼 *fides publica* を有している公文書は、作成した文書担当官たるマルケルリーヌスの生死を超えて効果を保持することを宣言した点に意味があるが、このような「公の信頼」は、いわば公文書作成権限 *ius actorum conficiendorum* を持つ官僚の属性とでもいうべきものである。たとえば、

『テオドシウス法典』第2巻第4章第2法文

同正帝(=コーンスタンティーヌス)が首都長官マークシムスに宣示す。

死亡した者又は種々の地域において不在者もしくはどこにも人がいない者の私的証言が、書かれた名前によってなされていない事柄に誤った信頼を結びつけないように、州総督又は公文書作成権限が帰属する者たちの前でなされるよう、朕は定める。

プロピアーヌスとユーリアーヌスがコーンスルの年(=322年)の5月23日シルミウムで付与す³¹⁾。

これに対し地方都市役人の作成文書については、その効力を弱めるかのような法令も出され、裏面から国家官僚の作成文書の權威性を高めていると考えられる勅法も存在する。たとえば、

同第12巻第1章第151法文

同両正帝(=アルカディウスとホノーリウス)がヒスパニア総監ペトロニウスに宣示す。

地方都市の文書は、都市政務官及び収税役の他、3人の参事会員の関与によってのみ作成される旨朕は欲し、そして常に、この員数が同公文書の証言において遵守されるべし。なぜなら、欺罔の機会は許さないし、より大きな真実の權威が増大するからである。

両正帝のアルカディウスが4度目にしてホノーリウスが3度目のコーンスルの年(=396年)の5月15日メディオーラーヌムで付与す³²⁾。

この「公の信頼」は、さらに裁判所によっても付与され得るとされ³³⁾、いづれにせよ証拠価値が高い。

3. 「公に作成された文書」 それに対し、前記勅法 にいう「公に作

成された文書」が、裁判において高い証拠能力を発揮するためには、

『テオドシウス法典』第9巻第19章第1法文

正帝コーンスタンティヌスがルーカーニア=ブリッティウム州総督メキリウス=ヒラリアヌスに 宣示す。

参事会員たる何人が遺言書もしくは小書附を作成あるいは亡くなるうとする者の何らかの意思を書面にするか、または公文書もしくは私文書を作成する職務を遂行した場合において、文書偽造についての訴訟が提起されるときは、その者は 参事会員の名誉を剥奪された上で、もし訴訟上その 拷問をなす 必要があるなら拷問による尋問に付されるべし。しかし、このような行為をなしたことが露見した者は、参事会員をただちには辞めないものとする。すなわち、その者は 地方都市に対する義務履行に関する限り、参事会員たり続けるが、 他方 なされたことおよび真実を明らかにすることに関しては参事会員たる名誉を使用 して拷問を免れることが できないものとする。1. 以前代書人だった者で 参事会員になる 以前に作成したもの (=書面) に関して拷問による尋問を避けようとして、その後 参事会員になった者は、この頭職によって防御され得ないものとする。なぜなら、書面 の内容 が真実である か否かという ことは、もし事態が必要とするなら、作成者自身によって証明されなければならないからである。

サビーヌスとルフィーヌスがコーンスルの年 (= 316年) の 1月30日に付与し、8月1日に受領す³⁴⁾。

からして、代書人本人による証明を必要とする。その結果として、書面の真実性が確保され、証拠能力も高まる。もちろん本勅法は、証拠獲得のために拷問を用いることができない社会的上層に属する都市参事会員と代書人との関わりを主眼とはしている。この段階では、いうまでもなく、代書人の作成した文書が「公に作成された文書」と呼ばれて公文書に比されて

いるわけではないし、加えて、その真性さが確保されているわけでもない。それに対し、*は*、私署証書であっても、作成者本人による証明をする限り「公に作成された文書」とされ、公文書と比されることになり、その結果、上で検討した公文書が有する効果を有すると考えることができる。

4. 執行力

それでは、公証力があるというときの二つ目の効力とされる執行力が、公文書または「公に作成された文書」にあったのかどうか考察しよう。205年と294年の勅法をみても、

『勅法彙纂』第8巻第13章第3法文

同両正帝(=セウェールスとアントーニヌス)がマークシムスに宣示す。

金銭が返却されないとき合意条項により占有開始をする債権者たちは、たしかに実力を行使するとみられないが、それにも拘らず属州総督の権威により財産を取得しなければならない。

正帝アントーニヌスが2度目にしてゲタが2度目のコーンスルの年の5月1日に掲示す³⁵⁾。

同第4巻第10章第9法文

同両正副帝(=ディオークレーティアヌスとマークシミアヌス)がグリュコーンに宣示す。

履行を拒否している債務者たちは、武器または暴力によって脅されるべきではない。しかし、請求者がたしかにその意図を実現しないか、または抗弁権により対抗されると免訴されるが、被告が有責判決され、法的手段によって支払いに駆り立てられることが至当である。

両副帝がコーンスルの年の2月13日に付与す³⁶⁾。

とされていることから、この種の史料を重視して書面に含まれた執行条項

に基づいて国家手続きなしで執行することはできなかつたはずであるとの主張をする考えが存在している³⁷⁾。これに対し、いわゆる強制執行条項を含んだ書面を作成すると、裁判手続きを経ずに執行できそうであり、東部世界では債権者による執行が可能であったとして、そのモデルに従ってローマ帝政期においてもそのように理解可能であるとする考えも存在する³⁸⁾。引用史料のうち特に前者の史料は、私的執行を否定している史料として利用可能であるが、金銭消費貸借契約に伴って担保権を設定している場合に返却しないときは担保権の実行を行う旨の合意が存在していたことを示すだけでなく、その実行を「実力を行使する」とはみていない点にも注意を払う必要がある。

しかも、いずれも、代書人が関与して「公に作成された文書」の執行力の存否について言及しているものではない。とりわけ近時有力に主張されている前者の説は、以下の史料を典拠に挙げていることを考えても、いくつかさらに吟味すべき点を含む。

同第5巻第22章第1法文

両正帝にして両副帝のディオークレーティアヌスとマークシミアヌスがアポリリナーリアに 宣示す。

いつか夫の財産が妻に嫁資として委ねられることが、法により禁止された。もちろん相続人に何も遺らずに財産的に充分でない者が死亡したときは、相続の規模が許す限り、法規により、汝の賠償につき対処を講ずることを汝は妨げられないものとする。

両正帝がコーンスルの年（=293年）の12月1日に付与す³⁹⁾。

同第5巻第18章第9法文

同両正副帝（=ディオークレーティアヌスとマークシミアヌス）がマルキアに 宣示す。

夫に嫁資として供与されたものにつき、その承継者たちを嫁資訴権により、汝は訴えねばならない。なぜなら、嫁資に属する財産の占有

に入っている相続人たちが同意しないときは、管轄する^{ユージェクス}総督の権威なくして汝はなんら権能を有しないからである。

両副帝がコーンスルの年(=294年)10月25日に付与す⁴⁰⁾。

これら具体的史料から理解可能なのは、嫁資、何らかの債権につき公権力を用いずに自力執行をなすことが許されないということであって、およそ一般的に自力執行が許されていなかったとか、現象として自力執行が行われていなかったということではない。質権については、執行条項があるときまで自力執行の禁止をしていたのかどうか、特に の第1項をみると史料的にそれほど明瞭ではない。すなわち、前記第一説は以下の点に着目していない欠点を有する。すなわち、これら史料は「公に作成された文書」の執行力を対象としているか否かが明らかでない。論者としては文書が作成されていることを暗黙の前提としている可能性はあるが、たとえば嫁資について書面作成することが多いとはいえ、そこに代書人が関与して作成された文書が根拠史料の当然の前提となっていることを想定するためには補強する必要がある。

加えて、帝政後期裁判制度の特徴としてしばしば挙げられる、適用法の有無・内容が不明確なことの多さ、裁判の長期化、高額の裁判費用、管轄権の競合、裁判官の質の低さの存在が、国家の制度としての裁判や執行を回避する可能性を含んでいたことに注意を払うべきである⁴¹⁾。その一つの証左と思われるのが、「司教の聴聞 *audientia episcopalis*」である。これを国家側で利用しようとしたのは、発布年が明確ではないものの、コーンスタンティヌス帝である⁴²⁾が、仲裁類似の機能を果たし、上記の欠点を補うものとして一般の人によっても使用された。

お わ り に

『勅法彙纂』第8巻第17章第11法文を中心に、それに関わる前史と周辺

状況を検討した結果、5世紀にはすでに代書人が作成した文書が「公に作成された文書」として公文書に比され、少なくとも質や抵当の担保に関わる文書については証明力が公文書と同等に認められ、執行力については、
の第1項からして認められていた可能性を残しつつも、現在のところ明確な積極的史料を手にすることはできなかった。

最後に、このような代書人作成文書の位置づけの変化がそれを担う人々の出自と関連していたのかを検討しつつ、終えることにしたい。

代書人や公証人の出身階層がどこかについての直接的史料は管見の範囲ではみあたらないが、たとえば註(34)所引の勅法の他、『テオドシウス法典』第12巻第1章第3法文⁴³⁾からすると、本来的には都市参事会員に就任するに相応しい職業とはみられていなかったこと、それがコンスタンティヌス帝の頃から加入が認められ始めたこと、特に証拠収集との関わりで拷問を受けることが可能とされていた下層 *humiliores* に属していたようであることが理解される。加えて、ディオクレティアヌス帝の価格法によれば、文学作品の写字作業が25セステルティウスであるのに対し、代書人は100行ごとに10セステルティウスであることから、職業的にも低くみられていたことがわかる。したがって、出自は、奴隷層ではないとしても、社会的には下層出身であったことが充分推測される⁴⁴⁾。

しかし、4世紀以降、都市参事会の会員資格を得ることを通して、社会的上昇をはたすこととなり、そのことが代書業務、代書人の作成文書への信頼の変化に良い影響を及ぼしたことは考えられよう。

かくして、4世紀のコンスタンティヌス帝以降、一方では法生活における文書の果たす役割の重要性の上昇、他方でそれを担う代書人の社会的上昇、また同じ文書業務に携わる国家官僚又は都市役人としての秘書官の登場を背景に、本稿で検討した5世紀の代書人作成文書の扱いが登場したとみることができる。

今後は、通説では、ユースティニアヌス帝でさえ、公証人作成の文書に「公の信頼 *fides publica*」を与えなかったとする点について5～6世

紀の関連史料を検討することを通して、公証人の生成過程をより明らかにすることにしたい。

- 1) たとえば、*Enciclopedia del Diritto* (以下 ED と略記) XXVIII (Milano 1978), s. v. notarius (M. Amelotti). 日本語文献の中で比較的まとまった検討をしている久保正幡「公証人と法律学の歴史」『公証法学』第2号(1973)1~24頁も、公証人は tabellio に由来するとしながら、古代には、作成文書にはおよそ公証力がないとする。
- 2) C. 4, 21, 17; Nov. 44; 47; 73. cf. A. d'Ors, *Documentos y notarios en el derecho romano postclásico*, in: *Centenario de la Ley del Notariado I. Estudios históricos I* (Madrid 1964), pp. 121-124; Amelotti et G. Costamagna, *Alle origini del notariato italiano* (Milano 1995), pp. 33-47. ただし、勅法中に使用されている absolutio と completio をどのように理解するか、特に前者の理解については争いがある。
- 3) p. es. ED XXVIII, p. 557.
- 4) Plin. ep. IX 36: ... Cogito, si quid in minibus, cogito ad verbum scribenti emendantique similis nunc pauciora, nunc plura, ut vel difficile, vel facile componi tenerive potuerunt. Notarium voco et die admissio, quae formaveram dicto. Abit rursusque revocatur rursusque remittitur. D. 29, 1, 40pr. (id [=Paulus], resp. 11) Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam litteris praescriberetur, vita defunctus est: quaero, an haec dictatio valere possit. respondi militibus, quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur. Cf. p. es. A. Forcellini, *Totius Latinitatis Lexicon* IV (Prati 1868), s. v. notarius; ED XXVIII, s. v. notarius.
- 5) 本稿では、史料上、notarius と表現されているときに公証人と翻訳し、tabellio はじめ文書作成に携わる類似の存在を代書人と翻訳表記する。ただし、官僚に関わるものを除く。
- 6) p. es. Cic. *de orat.* 1, 17, 245; 2, 6, 24; D. 28, 5, 9, 3 et 6; 29, 6, 1; 48, 10, 15, 6; 48, 10, 22, 10; 48, 19, 9, 4 et 7.
- 7) Neque enim de sicarris, veneficis, testamentariis, furibus, peculatoribus hoc loco disserendum est, qui non verbis sunt et disputatione philosophorum, sed vinclis et carcere fatigandi... 『キケロー選集 9』(岩波書店 1999年) 319頁参照。
- 8) Idem tractat et si testamentarius contra voluntatem testatoris condicionem detraxit vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum.
- 9) ...4. Nonnumquam non advocacionibus cui interdicitur, sed foro. plus est autem quam advocacionibus interdiceret, si quidem huic omnino forensibus negotiis accommodare se non permittatur. solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus sive pragmaticis. 5. Soletet ita interdici, ne instrumenta omnino forment, neve libellos concipiant, vel testationes consignent. 6. Solent et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archio forte vel grammatophylacio. 7. Soletet sic, ut testamenta ne ordinent vel scribant vel signent. 8.
- 10) たとえば、Forcellini, s. v. scriba; libarius を参照。

- 11) 特に, M. Kaser, *Das römische Privatrecht I* (2 ed., München 1971) (以下 *RPR I* と略記), pp. 679s.; H. Honsell, Th. Mayer-Maly et W. Selb, *Römisches Recht, aufgrund des Werkes von P. Jörs, W. Kunkel et L. Wenger* (4 ed., Berlin etc. 1987), p. 449 参照。史料としては, たとえば, Cic. *de orat.* 1, 17, 245; 2, 6, 24.
- 12) *Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas litteras non esse Pedius libro vicesimo quinto ad edictum scribit.* Forcellini, s. v. *notarius* も参照。
- 13) たとえば, F. Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford 1969 [rpt. 1951]), pp. 402-405; Kaser *RPR I*, p. 457.
- 14) L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* (Leipzig 1908), pp. 290f.; L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien 1953), pp. spec. 734-755; Kaser, *RPR I*, pp. 230s.; M. Talamana, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990), pp. 204s.; Honsell, Mayer-Maly et Selb, *Römisches Recht*, op. cit., p. 109.
- 15) 特に, Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (2 ed., München 1996) (以下 *RZR* と略記), pp. 366-369.
- 16) *Gaius libro singulari de formula hypothecaria. Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.*
- 17) Imp. Philippus A. et Philippus C. Sertorio. *Instrumenta domestica seu privata testatio seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adiuventur, ad probationem sola non sufficiunt.* PP. VII id. April. Philippo A. et Titiano cons.
- 18) 特に, Amelotti et Costamagna, *Alle origini*, op. cit., pp. 25s.; Kaser *RZR* 600.
- 19) Imp. Constantinus A. *Ad populum.* In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium. D. Romae XII k. Aug. Gallicano et Basso cons.
- 20) *Vat.* 249. たとえば, G. G. Archi, *La donazione* (Milano 1960), pp. 239-242; Kaser *RPR II* (2ed., München 1975), pp. 280-2. これに加えて, d'Ors が主張するように, 時間概念の変化も影響を与えているのかどうか, 今のところ不確かである。cf. D'Ors, *Documentos y notarios*, op. cit., pp. 93f.
- 21) 特に H. Horstkotte, *Die Steuerhaftung im spätrömischen Zwangsstaat* (2 ed., Frankfurt/M. 1988) が画期的である。
- 22) *Hanc legationem nullo impetrato remissam, – nec enim effrenatae regis cupiditati responderi amplius quicquam potuit – post paucissimos dies secutus est Prosper comes et Spectatus tribunus, et notarius itemque Eustathius, Musoniano suggerente philosophus, ut opifex suadendi; imperatoris scripta perferentes et munera, enisuri apparatus interim Saporis arte quadam suspendere, ne supra humanum modum provinciae munirentur*

arctoeae.

- 23) たとえば, A. Demandt, *Die Spätantike* (München 1989), p. 241. なお, 船田享二『ローマ法 第一巻』(岩波書店 1971) 401頁。
- 24) Idem AAA. ad Hypatium pp. Maximarum culmina dignitatum, consistoriani quoque comites, notarii etiam nostri et cubiculari omnes atque ex cubiculariis ab omnibus sordidis muneribus vindicentur. ... D. V id. Dec. Antonio et Syragio cons. (=CTh. 11, 16, 15; B. 54, 6, 19)
- 25) J. R. Martindale, *The Prosopography of the Later Roman Empire II* (Cambridge 1980) (以下 *PLRE II* と略記), pp. 401s., s. v. [Erythrius 1].
- 26) Th. Mommsen, ad h. l. しかし, この他にも, 同日に発布されたものとして伝承している勅法は, C. 1. 4, 16; 1. 18, 13; 2. 4, 42; 5. 1, 5; 5. 6, 8; 5. 30, 3 と多い。
- 27) Imp. Honorius et Theodosius AA. Iuliano proconsuli Africae. Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. neque enim morte cognitoris perire debet publica fides. D. III k. Sept. Romae Constantio et Constante cons.
- 28) Idem AA. Iuliano proconsuli Africae. Notione et sollicitudine Marcellini spectabilis memoriae viri contra Donatistas gesta sunt ea, quae translata in publica monumenta habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides. Dat. III kal. Sept. Romae Constantio et Constante cons. cf. CTh. 9, 40, 21 (a. 412 [413]).
- 29) *PLRE II*, pp. 641s. [Q. SENTIVS FABRICIVS IVLIANVS 28].
- 30) *PLRE II*, pp. 711s., s. v. [FL. MARCELLINVS 10]. cf. Gothofredus, *Codex Theodosianus VI* (Lipsiae 1745), p. 65.
- 31) Idem Aug. ad Maximum pu. Denuntiari vel apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est, decernimus, ne privata testatio mortuorum aut in diversis terris absentium aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus falsam fidem rebus non gestis adfigat. Dat. X kal. Iun. Sirmio Probiano et Iuliano cons. CTh. 1, 12, 1 (a. 315 [313]) も参照。
- 32) Idem AA. Petronio vicario Hispaniarum. Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialium praesentia, excepto magistratu et exceptore publico, semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur. Sic enim et fraudi non patebit occasio et veritati maior crescit auctoritas. Dat. non. Mai. Mediolano Arcadio IIII et Honorio III AA. cons. この他, 公文書による義務づけにつき CTh. 8, 12, 3; 8; 11, 7, 3, 書式内容につき CTh. 9, 2, 6 等を参照。
- 33) D. Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* (München 1969), pp. 289-291.
- 34) Imp. Constantinus A. Mecilio Hilariano correctori Lucaniae et Brittiorum. Si quis decurio testamentum vel codicillos aut aliquam deficientis scriberit voluntatem vel conscribendis publicis privatisque instrumentis praebuerit officium, si falsi quaestio

moveatur, decurionatus honore seposito quaestioni, si ita poposcerit causa, subdatur. Sed non statim desinit esse decurio, qui in huiusmodi facto fuerit deprehensus. Quantum enim ad municipales pertinet necessitates, decurio permanet, quantum ad rem gestam et veritatem reserandam, uti decurionatus honore non poterit. 1. Nec vero is, qui ante fuerit tabellio, ad eludendam quaestionem super his, quae ante conscribit, factus decurio defendi hac poterit dignitate, quoniam scripturae veritas, si res poposcerit, per ipsum debet probari auctorem. Dat. III kal. Feb., acc. kal. Aug. Sabino et Rufino cons. C. 9, 22, 21 に再録されている。テオドシウス法典研究会「テオドシウス法典(4)」法文53, 『専修法学論集』63号(1995年)116~117頁参照。

- 35) Idem AA. Maximo. Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praeidis possessionem adipisci debent. PP. k. Mai. Antonino A. II et Geta II cons.
- 36) Idem AA. et CC. Glyconi. Negantes debitores non oportet armata vi terreri: sed petitorum quidem non implente suam intentionem vel exceptione submoto absolvi, convictos autem condemnari ac iuris remediis ad solutionem urgeri convenit. D. id. Febr. CC. cons.
- 37) e.g. J. Modrzejewski, Recensionen critiche, *Iura* 21 (1970), pp. 325s.; H. J. Wolff, Das Vulgarrechtsproblem und die Papyri, *ZSS* 91 (1974), p. 100. さらに, Kaser, *RPR* II, p. 330 nt. 6; R. Bonini, Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto, *SDHI* 40 (1970), pp. 111-150.
- 38) たとえば, Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches* (Leipzig 1891), pp. 401-458, spec. 444-458.
- 39) Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Apollinariae. Ut uxori pro dote addicantur bona quondam mariti, iure prohibitum est. sane si nullo relicto successore non idoneus decessit, secundum iuris formam, quatenus successionis modus patitur, indemnitati tuae consulere non prohiberis. D. V non. Dec. AA. cons.
- 40) Idem AA. et CC. Marciae. Dotis actione successores mariti super eo, quod ei dotis nomine fuerat datum, convenire debes. ingrediendi enim in possessionem rerum dotalium, heredibus mariti non consentientibus, sine auctoritate competentis iudicis nullam habes facultatem. S. d. VIII k. Nov. CC. cons.
- 41) cf. A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire 284-602* (Oxford 1964) (以下 *LRE* と略記), p. 470.
- 42) Jones, *LRE*, p. 480 は, Seeck に従い318年とするが, 写本上では特定できない。cf. O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.* (Stuttgart 1919), pp. 166s.
- 43) テオドシウス法典研究会「テオドシウス法典(4)」法文54, 『専修法学論集』63号(1995年)118頁参照。
- 44) d'Ors, *Documentos y notarios*, op. cit., pp. 88s.

(附記) 註2所引の文献については、現在ローマ滞在中の佐々木健准教授に配慮いただいた。記して謝意を表す。