

## 「民法」の誕生とアリストテレス

小川 浩三

### 1. はじめに

クヌート＝ヴォルフガング・ネル著／村上淳一訳『ヨーロッパ法史入門——権利保護の歴史』の中に、以下のような記述がある。「共和政期のローマ法やイギリス法についてみたのとは違って、手続の開始は、実体法的意味をもたない（何らかの権利を基礎づける意味をもたない）。中世の司教代行裁判所に提出された訴状は、現在の訴状と同様に、手続法的意味しかもたない書面であった」<sup>1</sup>。共和政ローマの方式書におけるアクティオ（actio）は、「事実関係と法律関係を類型化して示す」「紛争処理方式」であり、審判人手続における審理内容は、このアクティオに規定される<sup>2</sup>。具体的に言えば、消費貸借契約に基づく貸金返還請求の訴訟において、審理開始後に請求原因が物の売却であったと主張することはできない。これに対して、中世教会法のローマ・カノン法訴訟手続においては、仮に不適切なアクティオが提示されても、それはその後の審理を拘束しない。請求の趣旨（intentio）と請求原因（causa）が提示され、そこから原告の請求内容が推測できる限りは、審理は進行することができる<sup>3</sup>。ここには実質的には、実体法と手続法の分離を見ることができるであろう。

本稿は、この「実体法と訴訟法との分離」を中心として、私法・実体法の一般法としての「民法」の学問的成立過程を管見するものである。対象は、『市民法大全（Corpus iuris civilis）』中の『法学入門（Institutiones）』体系の近代初頭、16世紀における受容過程である。とりわけ、16世紀のフラン

スの人文主義法学者フランソワ・コナン (François Conan, Franciscus Connanus)<sup>4</sup> における受容を取り上げる。以下では、ユスティニアヌス帝の『法学入門』の体系に即して、最初に、私法・実体法の一般法としての「民法」の成立によって何が課題であったのかを明示する (2)。次に一般法 (3)、実体法 (4)、私法 (5) の順に考察し、最後にまとめる (6)。

## 2. 『法学入門』と民法

民法の近代語は、droit civil であれ、bürgerliches Recht であれ、ラテン語の ius civile の訳語である。ところで ius civile は、『法学入門』では、「国家共同体それ自体に固有の法 (ius proprium ipsius civitatis)」(I. 1, 2) と定義されている。これは、それぞれの国家によって異なる「固有法 (ius proprium)」であって、国家を超える「普通法・一般法 (ius commune)」ではない<sup>5</sup>。したがって、ius civile を主題とするのであれば、その再定義が必要になる。これが第一の課題である。

次に、ユスティニアヌス帝の『法学入門』は、ガイウス『法学入門』に倣って、「法通論」、「人」、「物」、「アクティオ (訴権)」という体系をとっている。全体として訴訟を中心において、その主体としての「人」、客体としての「物」、訴訟方式としての「アクティオ (訴権)」という順番で記述されている。実体法として描かれるとすれば、訴訟ではなく、ラテン語では同じ actio という表記であっても、「行為」あるいは「行為の結果 (factum)」を中心にして、その主体、客体という読み替えが必要になる。それはどのようにして可能になったのか。これが第二の課題である。

最後に、ユスティニアヌス帝の『法学入門』では、ガイウス『法学入門』と違って、「アクティオ (訴権)」の叙述では終わらずに、最後に「裁判官の職務 (officium iudicis)」(I. 4, 17) と「公共訴訟〔刑事訴訟〕(iudicium publicum)」(I. 4, 18) について説明している。これは、とりわけ刑事訴訟は、いわば公法 (ius publicum) 的なものであって、私法というためには、これは余分である。この処理が第三の課題である。

### 3. 一般法としての *ius civile*

#### 3-1. *gens* の法と *civitas* の法

自然法 (*ius naturale*)、万民法 (*ius gentium*) および市民法 (*ius civile*)<sup>6</sup> の違いについて、ウルピアヌスは、人間にも動物にも共通な法、人間に共通な法、一国の国民に共通な法という定義を行なった (D. 1, 1, 1, 3)。動物にも法があるのかを問題にするコナンは<sup>7</sup>、これに対して、パウルの定義を対置する。「法という語はさまざまに用いられる。一つの用法は、常に衡平かつ善なるもの (*semper aequum et bonum*) を法という場合で、すなわち、自然法である。他の用法は、任意の国の全国民または多数の国民にとって効用のあるもの (*utile*) を法という場合で、すなわち *ius civile* である」(D. 1, 1, 11)。このパウルス文で重要なことは、第一に、*ius naturale* と *ius civile* の2分類であることである。第二に重要なことは、それぞれを、「常に衡平かつ善なるもの」と「効用のあるもの」と定義していることである。コナンは、この2つの点についてアリストテレスを用いて理解しようとする。

まず第一の *civilis* について。ラテン語の *ius civile* に対応するギリシア語の *dikaion politikon* に着目する。コナンによれば<sup>8</sup>、アリストテレスは『ニコマコス倫理学』第5巻において、法には二つの態様があり (*ius esse duplex*)、一つは *oikonomikon* (家内的 *domesticum*) なものであり、もう一つは *politikon* なものがあると述べている<sup>9</sup>。さらにアリストテレスの「*politikon dikaion* には、*physikon* なものも、*nomikon* なものもある」<sup>10</sup> という文章を引き、これをまずは、「*ius civile* には、自然的なものもあれば、制定によるものもある (*ius civile aliud naturale est, aliud legitimum*)」と訳している。しかし、ポリティコンな法には「自然的なもの」もあるということによって、「制定法 (*ius legitimum*)」という語感をもつ *ius civile* の語は避けるべきという。自然的なものとしてのポリティコンな法について、コナンは次のように説く。「人間に生来備わっているポリティコンな法は、人間が孤立して生きるのではなく、他の人々との結合や親睦を求め、彼らと会話をし、彼らと交易をすることによって自己に不足せる生活手段を調達することを可能にするものであり——これは *ius gentium* に固有のものである——、法律の定める罰によって義務づけられ、都市の城壁によって囲まれることを

求めるよう仕向けるものでもない。このようなものへと嫌がるわれわれを引き連れてきたのは必要である (*politikon istud, quod insitum homini, facit, ut ne vitam agat in solitudine, sed quaerat aliorum coetus et familiaritates, quibuscum sermones conferre, a quibus comerciorum usu caetera vitae adiumenta habere possit, quod proprium est iuris gentium, non ut legum se poenis obligari, et includi civitatum muris cupiat, ad quas res nos attraxit invitos necessitas.*)」<sup>11</sup>。自然的なポリティコンな法は、人々の共同生活を可能にし、不足する必需品を交易を通じて調達することを可能にするものである。こういう共同生活のために人々が集結してできたのは、*populus* や *gens* あるいは *societas* であって、それは共同体の必要のために法律 (*lex*) を制定し刑罰や国防の必要に答える *civitas* とは異なる。したがって、自然的なポリティコンな法は、政治共同体である *civitas* に参集した人々の法としての *ius civile* ではなく、人々の交際や生活必需品の調達のために参集した人々である *gens* の法である *ius gentium* だということになる<sup>12</sup>。アリストテレスの *zōn politikon* を、「政治的 (あるいは国的) 動物」ではなく、「社会的動物」と訳す場合の *politikon* の意味で *dikaion politikon* が理解され、これを媒介としてパウルス法文の *ius civile* も *civitas* の法にとどまらず、それとは区別された *populus* あるいは *gens*、現代的に言えば社会 (*societas*) の法としての *ius gentium* と理解されることになる。

しかし、このように *ius civile* から区別された *ius gentium* はもう一度 *ius civile* に統合されることになる<sup>13</sup>。この論理は、次のようになる。「ここ〔他の人間たちを求める人間の本性 (*hominis natura hominum appetens*)〕から始めるなら、理性を共通にする人々の間では、正しき理性もまた共通であり、この正しき理性は *lex* と呼ばれる。ところで、*lex* の共有がある人々にとっては、法の共有もまたある。さらに、同じ法を分有する者たちは、同じ国に属すると考えられる。それゆえ、この全世界は、1 個の国であると評価すべきことになる (*ut hinc ordinamur, inter quos ratio, inter eosdem et recta ratio communis est, quae lex vocatur. Porro quibus est legis communio, iuris quoque communio est: at qui eodem iure participant, eiusdem habentur civitatis. Ex quo sit, ut hic universus mundus una civitas existimetur esse.*)」。社会を求める人間の本性 (*natura hominis*) から、人々に共通

する理性が認められ、そこから正しい理性もまた共通に認められる。この正しい理性は *lex*（法則＝ルール）と呼ばれるものであり、したがってすべての人間は *lex* を共有し、したがって *ius* も共有する。同じ法を分有する人々は、同じ国に属すると考えられるのだから、全世界は一個の国と考えられる。このキケロ<sup>14</sup>に依拠した論理展開によって、全人類からなる世界も、同一の法をもつことから1個の国として捉えられ、この同一の法もキケロに倣って「*ius civile* のようなもの（*quasi ius civile*）」<sup>15</sup>と呼び、より正確には *ius gentium* だという。ここで「社会の法」としての *ius gentium* は、通常「万民法」と訳されるものに一致する。そのことは、人々の交際と生活必需品の調達を目指して結成される *gens*、社会がコスモポリタンなものであるということでもある。

### 3-2. 効用（*utilitas*）と法

*ius civile* と *ius gentium* を繋ぐもう一つのキーは、パウルス法文も触れていた「効用（*utilitas*）」である。まず自然法について、それが2つの部分に分類（*divisio bipartita*）されると述べる<sup>16</sup>。「自然法については、それを2つの部分に分けて考察できると私は考える。すなわち、一方は、正しいものと不正なものとの *lex* であり、それは時や場所に応じて変化するものではない。他方は、生活をするために必要なさまざまな効用を司るものである（*quod ad naturale attinet, bipartita mihi videtur eius induci posse ratio. Una quidem iustorum et iniustorum lex est, nullo vel tempore, vel loco mutabilis: altera moderatrix earum utilitatum est, quae sunt ad vitam degendam necessariae.*）。」この点については、コナンはアリストテレスが述べたことから示唆を受けたという。「彼の述べるところは、自然法には2つの本性、つまり、衡平と効用という本性があるとしなければ説明できないと思われる。前者は、ただ次のこと、すなわち、われわれが聖く、敬虔に、正しく生きるべきことを考慮する。後者は、便利で快適に生きることを考慮する（*qui [Aristotelis locus] mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturali posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Illa spectat hoc unum, ut sancte, ut pie, ut iuste vivamus: haec ut commode et idonee.*）」<sup>17</sup>。衡平を旨とする自然法は不変、不可侵（*salvum*）であるのに

対して、効用に基づく自然法、すなわち、*ius gentium* は、めざす目的に応じて変更することは可能である。たとえば、戦争を仕掛けてくる者に対する制裁のために捕虜奴隷制が考案され、これは *ius gentium* に属するが、これをキリスト教徒は廃止した<sup>18</sup>。あるいは、占有は不法を犯すことなしには奪うことができないので、狭義の自然法によって占有は保護される。これに対して、物をよりよく保管し、将来の必要に留保するために所有権をすべての *natio* の共通の合意 (*communis omnium nationum consensus*) が生み出したが、プラトンの「国」はすべての者を共有とすることで、所有権を否定した<sup>19</sup>。

このように、本来的な狭義の自然法—それは個人の正しい行いに関わる—と区別された *ius gentium* は、人々の相互関係の構築 (*participare alium cum alio*)、相互のコミュニケーションのための共同体 (*gens*)、社会の効用のために作られるのに対して、*ius civile* はより個別的な政治共同体 (*civitas*) の効用のために作られる。共同体のレベルは異なるが、共同体の効用のためにあるという点では共通である。さらに、人間によって作られた法という点でも共通である。ここでもアリストテレスにならって、「*anthrōpina* の法」と呼んでいる。すなわち、「人間たちの決定によって定立された法 (*iura hominum decreto posita*)」である<sup>20</sup>。もっとも、法定立の仕方は *ius gentium* と *ius civile* では異なる。前者が効用のために習俗 (*mores*) によって徐々にかつ暗黙の裡に固まってきた (*moribus sensim et tacite confirmatum*) のに対して、後者は設定行為 (*institutum*) または法律 (*lex*) によって作られる<sup>21</sup>。この点からも、*ius gentium* は自然的 (*naturaliter*) に生成してきたものと見られるのである。

### 3-3. *scientia* の対象としての法

国ごとに異なる固有法としての *ius civile* ではなく、共通法・一般法としての *ius gentium* —もちろん、これはすでに見たようにある意味では *ius civile* である—は、法を対象とする *scientia* にとっても重要である。周知のように、アリストテレスは『ニコマコス倫理学』6巻3章で「学問 (*epistēmē, scientia*)」の対象を「それ以外の仕方においてあることのできないもの」としている<sup>22</sup>。これからいうと、法とりわけ *ius civile* は国によっ

て異なり、また、時間とともに変更される可能性があるものであり、その点では「学問」の対象にはなりえない。その理由の一つは、人々の集団の必要性が時と所に依拠して変化し、それに対応して法律が変化するということがある。別の理由は、人間の認知能力の限界である。「人間の心の誤り、および、思いなしの倒錯の結果、たいていの場合、同じ事柄が人によって別のものに見え、悪が善として、害になることが薬になるものとして命ぜられることになる。しかしながら、一つの同一の心がすべての立法者にある。すなわち、それは、衡平を打ち立てることによって、その国民に自然の原初的正義を想起させることである。立法者は、これを書かれた法律によって表現できないとしても、たしかに意思の上では最も接近しているのである。したがって、法律によって命ぜられることが何であれ、法と呼ばれるのは、それによって為されたことを考慮するからではなく、それによってなされるべきであったことを考慮するからなのである（*humanae mentis error, et opinionum per-versitas facit, ut aliud alii videatur plerumque, et mala pro bonis, perniciose pro salutatibus iubeantur, una tamen atque eadem mens est legislatorum omnium, ut aequitate constituenda suos civos ad primam naturae iustitiam revocent: quam si legibus scriptis exprimere nequeant, voluntate quidem proxime accedunt. Itaque quicquid lege praecipitur, ius appellatur, habita ratione eius quod fieri debuit, non eius quod factum est.*）」<sup>23</sup>。実際に作られた法律ではなく、その法律によって目指そうとしたものにおいて、何らかの普遍的なもの、あるいはそれに近接したものを見出そうとするのである。たとえば、食料品の窃盗を許したりユクルゴスの立法も、「自国民たちが自分のものを守り、他人のものを奪い取ることに習熟するなら、より強く、より注意深くなる」という「公共の利益（*utilitas publica*）」のために導入された<sup>24</sup>。もちろん、目指す公共の利益を実現する手段として、窃盗を許すということが適切であったかどうかを批判することは可能だが、「国民がより強く、より注意深くなる」という目標（善、あるいは暫定的な善としての効用）は認めうる。そしてそのためにどうすべきかということについて議論も可能になる。

「最も大事なことだが、彼ら〔法を学ぶ人々〕が、*ius civile* において読む事柄をことごとく、いわゆる技術の些末なところを旨としてではなく、自然

の善を旨として考える習慣を身に着けることになる。これによって、彼らは正しい勉強によって自然の善に迫ることができ、これがすべての法律および設定したものの究極の目的であることを知るだろう (*quod maximum est, assuescent quaecunque legerint in iure civili, non ad quandam subtilitatem artis, sed ad naturae bonitatem dirigere, ut ad eam possint rectis studiis contendere, quam cognoverint legum institutorumque omnium finem esse postremum.*)」<sup>25</sup>。法学は、原理から出発してそこから演繹してゆく学問ではなく、具体的な設定行為や法律から出発してそこから推測 (*coniectura*) によって原理的なものにさかのぼってゆく「推測に基づく学術 (*artes quae coniectura habentur*)」である。具体的には、「法全体を一定の類にまとめ上げ、同じ類に属する物をいわば身体の部分のごとくに区分し、さらに、このそれぞれの部分の意義を定義によって明示する (*ut ius omne in certa genere digererent, eorundemque generum tanquam membra quaedam dividerunt, tum uniuscuiusque vim diffinitione declararent*)」ことである<sup>26</sup>。それぞれの *civitas* のその時々が必要に応じて設定される *ius civile* に対して、効用によって「自然に」形成される *ius gentium* の方が、共通なものであるだけに、「一定の類にまとめる」上でも、また目指す目標との関係を考える上でも、ここでの「学術」あるいは類似的な意味での *scientia* の対象としては有益であろう。

共通法、普通法の問題はとりわけ教育という点からも重要である。*scientia* は「教えることができる」のでなければならない<sup>27</sup>。16 世紀のフランスの法状況は、さまざまな慣習法が存在し、分裂状況にあった。そこで、教育を行うとすれば固有法を教えるよりは普通法を教え、それとの偏差において慣習法を理解するという方法が有用であっただろう。

#### 4. 実体法としての *ius civile*

有徳性 (*honestas*) に適うことを旨とする自然法に従えば約束したことは守らなければならない——その意味で義務は発生する——が、しかし言葉だけでなされた約束および合意は、*ius gentium* によれば契約 (*contractus*)



と呼ばれるものを除いては、債権債務関係（obligatio）を発生させない。つまり、ius gentium は権利・義務を発生させる。債権債務関係と訴権との関係について、コナンは次のように述べている。「ius gentium そのものから債権債務関係につき訴求する権能が与えられなかったとしたら、法学者たちは、いったい何のために ius gentium が債権債務関係を創設するといったのであろうか。ところで、この権能は訴権と称せられ、これなしには債権債務関係にいかなる効果もあり得ないというのに。たしかに、嫌がる者に対してはこれ以外の方法では請求できない。しかし、進んで履行しようとする者に対しては、債権債務関係などそもそも必要ではなかった。もろもろの訴権の方式、訴訟の慣行、これらすべてが ius civile に由来することは確かにそのとおりである（quorsum enim attinuisset obligationes constituere, nisi data simul fuisset earum potestas persequendarum? At haec potestas, actio nominatur, sine qua nullus esse potest obligationum exitus. Ab invitis quidem non potuerunt alia via obtineri: at adversus volentes non fuerat obligationis opus: formulae vere actionum, mos iudiciorum, totus est a iure civili.）」<sup>28</sup>。債権債務関係からそれを裁判において訴求する権能が生ずることは ius gentium に属する事柄である。それに対して、訴権の方式（formula）あるいは訴訟の慣行は ius civile の事柄である。一般的に訴権が生ずるということは ius gentium の事柄であるが、訴権の具体的な態様は ius civile の事柄になる。しかし、訴権については別の観点からも論ぜられることになる。

コナンは、『ius civile 注解』第2巻「人々の身分について（de statu hominum）」の冒頭において、第1巻で法源について論じた後の次の課題について以下のように述べる<sup>29</sup>。「以上すべて〔の法源〕について個別的に説明した後で、法の第二の分類に進むべきであり、それは素材（materia）から引き出される。materia と私がキケロとともに称するものは、学術そのものが、そして学術から作り上げられる能力が取り扱うものである。たとえば、医学の materia を病気や傷、あるいは人間の体そのものであると言うのだとすれば、それと同様に、法全体が成り立っているもろもろの事柄を、法の materia、法についてもたれる理論および学問の materia と呼ぶことになる（Quibus omnibus sigillatim expositis, ad secundum eius divisionem venien-

dum est, quae a materia sumitur. Materiam cum Cicerone appello, id in quo ars ipsa, ea facultas quae conficitur ex arte, versatur: ut si medicinae materiam dicamus morbos et vulnera, aut ipsum corpus humanum: ita res in quibus ius omne consistit, materiam iuris, et huius quae de eo habetur rationis et scientiae, vocabimus.)」。法源に従う法の分類に続いて、その扱う対象としての materia による法の分類が論ぜられる。法の materia としてのさまざまな事柄は、3 分類される。「すなわち、いかなるものであれ法〔権利〕の議論、討論が成り立ちうるのは、あるいはある者の当事者性〔人〕について、あるいは客体〔物〕について、あるいはその人の行為である。たとえば、ガイウスが『人々の身分について』において、『われわれが用いるすべての法は、あるいは人に、あるいは、物に、あるいは actiones に関わる』と述べているように。すなわち、いかなる法も、あるいはわれわれについて、あるいはわれわれの物について、あるいはわれわれが行い、述べることそのものについて定められたものでないものはないのである (Quaecunque enim esse potest iuris disceptatio et controversia, aut de persona alicuius est aut de rebus, aut de factis eius et actis. Sic, ut ait Caius De statu hominum: Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Nullum enim ius est quod non aut de nobis, aut de rebus nostris, aut de iis ipsis quae facimus et dicimus, constitutum sit.)」。法の materia は、主体である人 (persona) と客体である物 (res) と行為 (facta, actiones) の 3 部分から成り立つ。その論拠としてガイウスの文章が引かれる。

もちろん、この Institutiones の体系の基礎になる personae, res, actiones という 3 分類の actiones が通常は、「それによってわれわれがわれわれの権利を訴訟を通じて実現するもの (quibus ius nostrum iudicio persequimur)」、つまり「訴権」として理解されていることは、承知している。しかし、それは適当ではないという。その論理は、以下のとおりである。

訴権としての actiones を、「人に対する (in personam)」actiones と「物に対する (in rem)」actiones に分類するのが伝統的であった。しかし「この分類においては、actiones の目的 (fines) や目指すもの (intentio) を考慮しているが、actiones を作り出す原因 (causa efficiens) あるいは materia を考慮していない。なぜなら、actiones は、たしかにあるいは人、あるいは

物を目標と定められるが、しかし同様に *actiones* は、人や物やわれわれの言動に関する法から導き出され、発出するのである。そしてこれら、あるいはそれらのどれかを、*actiones* はその *materia* として取り扱うのである（*in quo finem ipsarum intentionemque spectarunt, non causam eas efficientem, aut materiam. Nam omnes quidem actiones aut in personam diriguntur, aut in rem, sed omnes item a personarum vel rerum vel factorum dictorumque nostrorum iure ducuntur et manant: iisque aut eorum altero tanquam in materia sua versantur.*）。訴権としての *actiones* について、*finis* と *causa efficiens* や *materia* の観点からの見方が導入されている。いうまでもなく、アリストテレスの4原因、*causa materialis*（質料因）、*causa efficiens*（作用因）、*causa formalis*（形相因）、*causa finalis*（目的因）による分析である。この観点が転じて法に向けられる。

「*actiones* が設けられた目的が、人間の法のいわば従者たち、従僕たちであること以外の何物でもないのであるから、*actiones* が法のすべての部分に拡散し、法自体が存するところの事柄と同じ事柄の中に存することも明らかになり、したがって、いついかなる所でも法にとって *actiones* が欠けるといことはないのである（*Cum enim sint iuris satellites quaedam sint, et ministrae, perspicuum fit eas esse in omni parte iuris diffusas, et iisdem quibus ipsum, in rebus consistere, ut ei nunquam et nullo in loco desint.*）」。「しかし、*actiones* がこのようなものであり、法の主要部分の一つに数え入れらるとすれば、そのふさわしい位置を考えるならば、債権債務関係や訴訟と同じ位置にどうしておかないのか、理由がわからない（*Quod si cui actiones cum eiusmodi sint, dignae videntur quae inter principes iuris partes numerentur, nihil causae video, cur non et obligationes, et iudicia eodem loco pronamus.*）」。「すなわち、前者の債権債務関係は *actiones* に先行し、これを産み出す。訴訟は *actiones* に後続し、結果へと導く。しかしながら、これらすべては一個の同一のものを目指している、すなわち、各人がその権利を実現することを。逆に、いかなる権利も、それに自然または法律によって何らかの債権債務関係が、随伴者および助手として与えられていなければ、存在しない。したがって、必要とあれば、*actio* の助けを得て訴訟の権威をもって権利は自らを守る（*illae enim praecedunt et producant actiones, iu-*

dicia sequuntur eas et ad exitum perducunt: sed haec omnia tamen unum et idem spectant, ut ius suum quisque consequatur: immo nullum ius est, cui non sit aut a natura aut a lege data quaedam obligatio tanquam comes et adiutrix: ut si opus sit, actionis ministerio iudiciorum se tueatur auctoritate:)」。

整理すれば、法の materia は、主体としての「人」、客体としての「物」、そして人が行う「行為」である。actiones は、債権債務関係や訴訟とともに、法＝権利を実現するという目的のための手段である。したがって、コナンは直接的に表現していないが、実現すべき法が causa finalis あるいは causa formalis にあたるとすれば、actiones は、債権債務関係や訴訟とともに causa efficiens にあたるということになる<sup>30</sup>。materia のそれぞれは、素材として actiones が取り扱う対象となるものであり、それゆえ「人」、「物」、「行為」は actiones とは別次元の分類の問題となる。

コナンはもちろん「実体法 (materiales Recht)」と「手続法 (Verfahrensrecht)」といった用語——もちろんそれにつながるラテン語の用語——を、管見の限り使用していない。しかし、法の materia あるいは目的と手段・道具という視角からの分析によって、「実体法」と「手続法」の分類につながる可能性のあるものを提供していると評価できるのであろう。

## 5. 私法としての ius civile

コナンは、『ius civile 注解』の 2 巻で「人」について、3・4 巻で「物」およびそのさまざまな権利を論じた後、5 巻で「行為」を論ずることになる。「行為」について論ぜられるのは、「正義 (iustitia)」を共通の要素としてもつものだけである。なぜなら、すべての徳のうちで正義だけが他者と関わるものであり、他者に利害関係を有しない事柄を行なったり、言ったりしたとしても、「正義」や法学の議論の余地はないからである。「正義」には 2 つのものがあり、「一方は官職の配分や、国共同体によってあるいは他の生活や効用の共同関与によって結合される人々の間で分配されねばならない他のものにおいて認められる。他方は、約定や契約されたものの信義において存す

る。たしかに、どちらも人類に共通のものを保護することに関係する。しかし、前者は配分のために、後者は匡正のためによりよく用いられるのである (quarum una cernitur in tribuendis honoribus, et caeteris rebus quae dividendae sunt inter eos qui civili societate, aut alia vitae et utilitatum communicatione coniunguntur: altera in pactorum rerumque contractarum fide consistit. utraque quidem ad tuendum humani generis communitatem pertinens: sed illa distribuendi, haec vero emendandi causa potius usurpatur.)」<sup>31</sup>。

配分的正義の例としては、すでに上がっているように官職の配分が論ぜられる。たとえば、「護民官が統領に対してもつ関係 (ratio) [比率] と同じ関係を、平民がパトリキイに対してもつ。したがって、護民官が平民に、同じように統領がパトリキイに配される (Quam habet rationem tribunus ad consulem, eandem habet plebeius ad patricium: ut igitur tribunus ad plebeium, sic consul ad patricium.)」。その他、『パンデクテン』に出てくる数少ない例として相続割合に関する議論が紹介される<sup>32</sup>。

配分的正義の問題が取り扱われるのは、限られている。第3のカテゴリーとしての「行為」において主に問題になるのは、匡正的正義である。そもそも「行為」という概念は、ローマ法文において特別な意味をもつ概念ではなかった。これに対してコナンが「行為 (facta, actiones)」というとき、それは契約と不法行為とを包括する概念であり、それをアリストテレスの「スュナラグマ (synallagma)」<sup>33</sup>を念頭において作った。すなわち、「スュナラグマ」は、おおよそではあるが、意思に基づくものとしては契約を、意思に基づかないものとしては不法行為を意味していた<sup>34</sup>。ここで配分的正義ではなく、匡正的正義が問題になるということは、次のような意味をもつ。「この〔等差的〕均等関係は、事柄と事柄そのものの類似性だけをもたらし、〔当事者たる〕人には関わらない。立派な人士が無頼の輩から略奪したか、下品な輩が立派な人士から略奪したかには、まったく違いがない。私が追剥ぎや毒殺者に貸与により 100 金の債務を負うか、それとも上品で正しい人に債務を負うかに違いはない。法則が重視するのは、各人に彼のものが返還されること、何人も他人の不正によって利得しないということである (haec proportio similitudinem rerum ipsarum tantum affert, personas non attingit. Si

quidem non refert, vir bonus scelestum hominem spoliaverit, an bonum improbus: latroni aut venefico centum mutui causa debeam, an homini probo et iusto: hoc solum lex spectat, ut reddatur suum cuique, et nemo, aliena iniuria locupetetur.)」<sup>35</sup>。「しかし、すべての不正を、それが不衡平なのだから、ある種の均衡へと引き戻そうとする。したがって、損害を受けた者は、損害をもたらした者から、彼が失ったと同じだけの量を取り戻すことになる。他者を害した者を、この他者に対して金銭をもって満足を与えるべきであり、金銭がなければ、肉体をもってそうすべきである。したがって、できる限りで、法の等しい状態へと事態が復歸するようにすべきであり、不法が加えられる前にあった状態へと呼び戻されるべきである (Sed omnem iniuriam, quia iniqua, ad quandam aequabilitatem conatur reducere: ut qui damnum accepit, ab eo qui intulit, tantundem recuperet quantum amiserat: et qui violavit alterum, faciat ei satis aut pecunia, aut ea si desit, corpore: ut quo fieri potest modo ad parilitatem iuris res redeat, et ad eum statum qui fuerat ante illatam iniuriam, revocetur.)」。行為者を考慮することなく、行為の結果から、とりわけ量的に等しい状態へと戻すことが第一に考慮されているところが注目される。それは、官職の割り当てや刑罰を科す場合に、当事者の「人」が重視されるのとは大きく異なっている。そのことは、行為で扱う領域から官職や刑罰といった公法の問題が排除されてくることにもつながってくる。その限りで、ius civile の体系は、私法に限定されてくるわけである。そこでの「人」は、ただ行為 (シュナラグマ) の主体としてだけ見られ、政治の主体としての「市民 (civis, citizen)」とは区別されたものと想定されることになる。

## 6. まとめ

以上みてきたように、フランソワ・コナンの『ius civile 注解』は、私法・実体法の一般法へと純化していったと見るができる。16 世紀フランスの人文主義法学の中で体系性を志向する潮流<sup>36</sup>の中でも、彼はこの点で突出していたと評価することができる。この潮流の代表者と目されるユグ・ド

ノ（Hugue Doneau, Hugo Donellus 1527-1591）の『ius civile 注解』も Institutiones に倣った体系化を目指しているが、しかし訴権としての actiones は保持されている。17 世紀のグロティウス『オランダ法入門』やドマ『自然の秩序における lois civiles』が完全に Institutiones の体系をとりながら、完全に訴権から脱却している点を見るならば、この点に関する限りコナンの先駆性は明らかであろう。

私法・実体法・一般法としての「民法」をローマ法の ius civile あるいは ius gentium から抽出してくる過程で、コナンはアリストテレスの概念を駆使した。主要なものを挙げれば、politikon の解釈を通じた civile 概念の開かれた概念への転換、materia あるいは causa materialis と causa efficiens を用いた実体法と手続法の分離、「スュナラグマ」を通じた包括的な「行為」概念の確立である。これらの概念がなくてもあるいは可能であったかもしれないが、やはり相当展望を与えたものと思われる。ルネサンス、人文主義時代におけるアリストテレス哲学への関心は 1980 年代以降高まっているようである<sup>37</sup>。それらとつながる研究は、これからの課題である。いずれにせよ、人文主義の法学が、中世法学と比較してはるかに広い視野のもとで研究を進めたことも、本研究が明らかにすることができたと考えている。

実質的には ius gentium を ius civile として叙述するに当たり、コナンはその基盤となる「政治社会（civitas, societas civilis）」とは区別された生活必需品の交換等を目的として結合する「社会」を発見した。しかし、これに適切な用語を与えることができずに、populus とか gens とかを当て、あるいは未熟ながらも「自然的共同体（naturalis communitas）」という言葉も作っている。脱政治化した「経済社会」としての「市民社会（bürgerliche Gesellschaft）」を 19 世紀ドイツに発見したのは、本論集の被追悼者である村上淳一である<sup>38</sup>。「国家」と「社会」の関係を前近代から近代へといかに発展したか、それが法の発展にとっていかなる影響を与えたかという課題は、村上淳一によって提起され、追及されてきた。その研究史の一端に連なることができればというのも、本稿の望みであった。

(Endnotes)

- 1 『ヨーロッパ法史入門』(東大出版会・1999 年) 80 頁。
- 2 前掲書 31 頁。令状 (writ) についての同様の記述は、70 頁参照。
- 3 K. W. Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus, 2012, S. 89. ff. なお、中世法学と *actio* と *causa* の関係については、さしあたり、水野浩二「西洋中世における訴権の訴訟上の意義 (1) - (5・完)」法協 122 巻 5、8、10、11、12 号 (2005 年) 参照。
- 4 コナンについては、拙稿「F. コナンの契約理論 (一)」北法 35 巻 6 号 (1985 年) 779 頁注 10 参照。
- 5 固有法と普通法は、地域的なレベルで理解されることが多いと思われるが、*ius commune* はいわゆる特別法に対する一般法の意味でも用いられる。現代語でも、*droit commun* や *common law* は一般法、通常法の意味でも用いられる。
- 6 前掲拙稿 (注 4) では、*ius civile* に「国法」という訳語を当てた。国 (*civitas*) は、「同一の法によって統治される人々の集団 (*populus eodem iure gubernatus*)」つまり「市民団」であるから、この点では「国法」と「市民法」とには差異はない。「市民」という語が多様な語感をもっていたので、思い切って「国法」という訳語を用いた。しかし、本稿では、「国」という語が人的、さらには領域的に限定された政治共同体の意味をもち、しかしコナンはこの限定を超えるものとして *ius civile* を構想したと思われる。そうすると、「市民」という語も適当ではないが、政治共同体としての国から区別され、その限定を超える「人々の集団 (*populus*)」を「市民社会 (*bürgerliche Gesellschaft*)」一もちろん、この語を 16 世紀に用いるのは時代錯誤である—というとすれば、その人々の集団 = 社会の法という意味で、あえて「市民法」と訳すことにする。いずれにせよ、*civilis* が問題なのだから、原則としては日本語にしないで *ius civile* を用いることにする。
- 7 F. Connanus, *Commentariorum iuris civilis libri decem*, lib. 1 cap. 6 sect. 1. 本書については、前掲拙稿 (注 4) 780 頁注 11 参照。なお、本稿では、1724 年のナポリ版を用いた。以下コナンの本書からの引用は、巻、章、



節の数で示す。1 卷 6 章 1 節は拙稿 781 頁参照。

- 8 以下、1 卷 6 章 2 節、前掲拙稿（注 4）783 頁以下。
- 9 『ニコマコス倫理学』5 卷 6 章。高田三郎訳（岩波文庫・1971 年）193 頁。
- 10 『ニコマコス倫理学』5 卷 7 章、高田訳 194 頁。
- 11 これは、前掲拙稿（注 3）785 頁最終段落で訳していたが、誤りがあったので本文のように改める。
- 12 1 卷 5 章 2 節「自然の理性および正しい理性は、すべからく同一である。なぜなら、自然に従っては何も歪められることはないからである。これに対して、*ius gentium* と称されるのは、この法をある *gens*、社会に集結したすべての人々が用いるからである。というのも、*gens* とは同一の習俗を用いる多数の人々であるからである……。したがって、*ius gentium* とは、人々が人間として、すなわち理性を分有する動物として用いる法ではなく、諸 *gens* として、すなわちある種の *populus* に参集した人々として用いる法である（*Naturalis ratio et recta ratio eadem est omnino, quia nihil depravatum potest esse secundum naturam. Nominatur autem ius gentium, quod eo utantur omnes homines, qui in gentem aliquam sunt, societatemque congregati. Est enim gens hominum multitudo iisdem moribus utentium, … Est ergo ius gentium, quo utuntur non tanquam homines, id est, rationis participes animantes, sed tanquam gentes, et in populi formam aliquam sociati.*）」。ちなみに、ここでも多くの情報が含まれている。一つは、*gens* の定義、すなわち、「同一の習俗を用いる多数の人々（*hominum multitudo iisdem moribus utentium*）」である。これは、「同一の法律と習俗によって統治される人々の集団（*populus iisdem legibus et moribus gubernatus*）」である *civitas*（1 卷 7 章 1 節）に対置される。*gens* と *populus* は同義であるので、それと *civitas* を分けるのは、法律（*lex*）による統治ということになる。もう一つは、自然法の分類である。理性を分有する動物＝個体としての人間と共同体 *gens* に集結した人間との対比は、正しい理性（*recta ratio*）の命令としての不変の自然法（狭義の自然法）と、共同体の法としての *ius gentium*（もちろん、これも広義には自然法に入る）との区別につながる。
- 13 以下は、1 卷 6 章 3 節による。前掲拙稿（注 4）786 頁参照。

- 14 Cicero, De legibus, I, 23. 中村善也訳「法律について」鹿野治助編『世界の名著 14 キケロ／エピクテトス／マルクス・アウレリウス』(中公パックス・1980 年) 138 頁参照。
- 15 De finibus III, 67「人間の本性とは、人類との間に ius civile のようなものがあるというものなのだから、これを遵守する者は正しく、これに違反する者は不正だということになる (Quoniam ea natura esset hominis, ut ei cum genere humano quasi ius civile intercederet: qui id conservaret, eum iustum: qui migraret, eum iniustum fore.)」。
- 16 1 巻 6 章 4 節。前掲拙稿 (注 4) 788 頁参照。
- 17 アリストテレスは、『ニコマコス倫理学』の中で、「善 (agathon)」について、「万物の希求するところ」、「ものみなを目指すもの」という定義を採用し、人間の求める究極の善、あるいはそれ自体としての善は「幸福 (eudaimonia)」であり、それは魂に関する善についていえば、「卓越性、徳 (aretē)」に即しての行為、あるいは、働きといわれる。同書 1 巻 8 章、前掲高田訳 35-39 頁。これに対して、それ自体としての善のために役に立つ善は「効用、有用性 (sympheron)」といわれる。ここから、たとえば、トマス・アクィナスは、この区別を「有徳性 (honestas)」と「有用性 (utilitas)」という語で表現している。『神学大全』第 1 部第 5 問第 6 項、山田晶編訳『世界の名著 20 トマス・アクィナス』(中公パックス・1980 年) 215 頁。コナンは、たしかに不変の自然法との関係でウルピアヌスの D. 1, 1, 10,1 を引用して「有徳に生きる (honeste vivere)」と言っている。また、1 巻 6 章 12 節において、「生の有徳性 (honestas vitae)」の要請から信義を守ることが望まれるというとき、この有徳性は狭義の自然法に対応している。前掲拙稿 (注 4) 809 頁参照。しかし、トマスとは違って、honestas と utilitas という定式は用いていない。もっとも、狭義の自然法が旨とする自然的衡平を、有徳性 (honestas) と言い換えているところはある。1 巻 6 章 13 節、前掲拙稿 (注 4) 813 頁。
- 18 1 巻 6 章 5 節、前掲拙稿 (注 4) 790 頁。1 巻 6 章 8 節、同 800 頁。
- 19 1 巻 6 章 5 節、前掲拙稿 (注 4) 790 頁、1 巻 6 章 9 節、同 801 頁。
- 20 1 巻 6 章 6 節、前掲拙稿 (注 4) 793 頁。この箇所では続けて、次のように述べている。「この法が ius gentium と称せられるのは、人間たちが生

まれながらに何らかの自然的共同体、結合体を作る性向をもっていることに着目してのことである。ius civile と称されるのは、人間たちが国的結合に統合されていることに着目してのことである（*quae [duo iura] appellantur iura gentium, qua homines sunt ad naturalem quādam communitatem congregationemque nati: civilia, qua sunt ad civilem coniunctionem sociati.*）。「自然的たらざる人間たちの法」という表現は『ニコマコス倫理学』5巻7章の“*ta mē physika all' anthrōpina dikaia*”により、これをコナンは *iura non naturalia sed humanum* と訳した。前掲高田訳（注8）195頁は、「もろもろの自然法的ならぬ人間的な『正』」と訳している。

- 21 1巻6章4節、前掲拙稿（注4）789頁。『ニコマコス倫理学』5巻7章の“*ta de kata synthēkēn kai to sympheron tōn dikaiōn homoia esti tois metrois*”（前掲高田訳195頁「契約的なそして功益的な『正』は、もろもろの量衡に類似している」）について、「『設定行為に基づく（*kata synthēkēn*）』法と彼が呼ぶのは、*civilia*であり国民たちの約定によって設定された法である。『効用に基づく（*kata sympheron*）』法とは、人間たちの便益のために考案されたものすべてであり、それらは *ius gentium* に属する（*kata synthēkēn iura appellat, civilia quae sunt pacto civium instituta: kata sympheron ea, quaecunque sunt ad hominum commoditatem ex cogitate, qualia, quae sunt iuris gentium.*）」と説明している（1巻6章6節）。もちろん、このように「設定行為に基づく」法と「効用に基づく」法を意識的に区別することは、コナンの独自の解釈であり、牽強付会ともいえようが、コナンの主張を理解するためには重要であろう。
- 22 前掲高田訳（注8）220頁。
- 23 1巻1章5節。拙稿「フランソワ・コナンの契約理論（二）」北法38巻1号（1987年）40頁参照。
- 24 同所。
- 25 1巻1章2節、前掲拙稿（注22）45頁参照。
- 26 1巻1章7節、前掲拙稿（注22）46頁参照。
- 27 アリストテレス『ニコマコス倫理学』6巻3章、前掲高田訳（注8）195頁。
- 28 1巻6章14節、前掲拙稿（注4）816頁参照。
- 29 以下コナンの引用は、『*ius civile* 注解』2巻1章1節からの引用および、

要約である。

- 30 1578 年に出版した *Iuris universi distributio* において、ジャン・ボダンは、法を 4 原因論から分析している。すなわち、法の *causa materialis* は、素材であり、「人」、「物」、「行為」からなる。*causa efficiens* は、訴権の意味の *actiones* や訴訟などであり、*causa formalis* は判決や法律などの形をとったもの、*causa finalis* は法の目的たる「正義 (*iustitia*)」である。Cf. Jean Bodin, *Iuris universi distribution: les trois premières éditions; con una nota di lettura di Witold Wolodkiewicz*, 1985, p. 9 et s. *actiones* を「行為」の意味で理解する際に、明示的にコナンを引用している。Idem, p.19.
- 31 5 巻 1 章 1 節。
- 32 5 巻 1 章 2 節。
- 33 コナンの「スユナラグマ」論としては、グロティウスが自己の合意論を展開するための批判の対象として取り上げたことが、比較的有名である。これについては、前掲拙稿 (注 4) 776 頁参照。*ius gentium* 上、合意は「スユナラグマ」がなければ債権債務関係を発生させないという主張以上に、「スユナラグマ」から「行為」という契約と不法行為を包含する一般概念を抽出し、それを *Institutiones* 体系の中心に据えたことの方が、法学史上はるかに大きな功績であったと評価できよう。
- 34 『ニコマコス倫理学』5 巻 2 章末尾、前掲高田訳 (注 8) 178 頁。ちなみに、ギリシアの「契約」は元来は不法行為からスタートし、その原形をとどめていた。すなわち、不法行為の課題が加害行為に対する贖罪だったとすれば、契約の課題は将来の不履行による加害を想定し、それに対する贖罪金を予め定めておくことであり、訴訟もこの贖罪金を請求するものであった。このいわゆる *homologia* は、広くみられる違約罰の定め (損害賠償額の予定) と同種のものであり、これについて簡単に、しかし的確に紹介するものとして、飛世昭裕『国家学会雑誌』105 巻 3・4 号 (1992 年) 289 頁参照。
- 35 5 巻 1 章 3 節。
- 36 これについては、前掲拙稿 (注 22) 44 頁、69 頁注 28 参照。
- 37 Ch. B. Schmitt, *Aristotle and th Renaissance*, 1983 を嚆矢とするようである。邦訳書としては、チャールズ・R. シュミット／P. コーペンハイヴァ

ー（榎本武文訳）『ルネサンス哲学』（平凡社・2003年）。

- 38 村上淳一「ドイツ『市民社会』の成立」法教 86 卷 8 号（1869 年）907 頁以下。同『近代法の形成』（岩波全書・1979 年）55 頁参照。「市民社会」と「国家」の関係は、村上淳一からも影響を受けた木庭顕によって古代ギリシアに遡って追求された。本稿は木庭の研究に触発されて再開されたが、詳細は別に論ずる必要があるだろう。

#### 〔付記〕

村上淳一先生と並んで本学から終身教授の称号を授与されていたクヌート・ヴォルフガング・ネル教授（テュービンゲン大学）は、先生の没後 3 カ月経ていない、2018 年 1 月 15 日に亡くなられた。本来なら、お二人の桐蔭における共同研究について詳細に紹介すべきであったが、筆者の怠慢から書くことができなかった。

なお、本稿は、科学研究費基盤研究（B）（7H02442「法学提要（institutions）に対する比較法学的総合研究」（葛西泰徳代表）に基づく研究でもある。

（おがわ・こうぞう 専修大学法学部教授・

元桐蔭横浜大学大学院法学研究科教授）