

Title	シビル・ローとコモン・ローの混交から融合へ： 法改革のためのグローバル・モデルは成立可能か(2)
Sub Title	From the mixture to the fusion of civil law and common law : a possibility of arranging a global model for the recent legal reforms (2)
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.20 (2011. 8) ,p.145- 185
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110825-0145

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

シビル・ローとコモン・ローの 混交から融合へ

——法改革のためのグローバル・モデルは成立可能か—— (2)

松 尾 弘

1. はじめに
2. シビル・ローとコモン・ローの競合問題
 - (1) 国際的な法整備支援（協力）における問題
 - (2) 民法（債権法）改正をめぐる問題
 - (3) 小括（以上19号）
3. シビル・ローの伝統
 - (1) シビル・ローのコンセプト
 - (2) 所有権の概念と効力
 - (3) 契約および不法行為に基づく帰責の原理
 - (4) 小括（以上本号）
4. コモン・ローの精神
5. シビル・ローとコモン・ローの融合可能性
6. おわりに

3. シビル・ローの伝統

(1) シビル・ローのコンセプト

(i) シビル・ローの一般的特色

シビル・ロー（Civil Law）ないし大陸法（Continental Law, droit continental, kontinentales Recht）は、ヨーロッパ大陸で発展した法系ないし法伝統を、主としてコモン・ロー（Common Law）ないし英米法（Anglo-American Law）と

対比して表す場合に用いられる概念である¹⁾。シビル・ローないし大陸法を一まとまりの法グループ（法系ないし法伝統）と捉える観念は、比較法学者がシビル・ローないし大陸法に共通する要素を抽出し、コモン・ロー、その他の法系ないし法伝統と対比的に特徴づけるようになったことを一つの契機にして成立したとみられている²⁾。とりわけ、シビル・ローの概念は、それと対比することによってコモン・ローの特色を描き出し、そのアイデンティティを明確にするために、主としてコモン・ロー学者によって創出されたとする見方もある³⁾。

シビル・ローの法系ないし法伝統（the civil law family, the civilian law tradition）がもつ理念的特色として、以下の点が挙げられる⁴⁾。すなわち、――

1) 五十嵐清『現代比較法学の諸相』（信山社、2002）51頁。

2) 五十嵐清「法伝統（legal tradition）とはなにか」太田知行＝荒川重勝＝生熊長幸編『民事法学への挑戦と新たな構築（鈴木禄弥先生追悼論集）』（創文社、2008）69-70頁参照。そこでは、①ローソン（Frederick Henry Lawson, with a Foreword by Hessel E. Yntema, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law: Five Lectures Delivered at the University of Michigan, November 16, 17, 18, 19, and 20, 1953*, W. S. Hein, 1988〔小堀憲助＝真田芳憲＝長内了訳『英米法とヨーロッパ大陸法』日本比較法研究所、1971〕）が、シビル・ローをローマ法、中世慣習法、カノン法（教会法）、自然法などの共通の歴史的要素をもつ統一的な法グループとして把握したこと、②ダヴィド（René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1964）が、大陸法を「ローマ＝ゲルマン法族」（la famille romano-germanique）として統一的に捉えたこと、これらの先駆的業績を受けて、③メリーマン（John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, 1969）が、シビル・ロー伝統をローマ法、カノン法、商法、革命（フランス革命など）、法学（19世紀ドイツ私法学など）によって特徴づけたことが指摘されている。

もつとも、ヨーロッパ大陸諸国の法体系を「大陸法」ないし「シビル・ロー」という共通概念で包摂する際には、その内部に――例えば、フランス法とドイツ法の間にみられるように――顕著な対立・相違・多様性があることも、当初から自覚されるべきである。そうした内部の異質性や多様性を踏まえてもなお考慮に値するシビル・ローのコンセプトが存在するかどうかが問われうる。

3) Ralf Rogowski, "Introduction," in: id. (ed.), *Civil Law*, Dartmouth, 1996, p. xi. なお、ローソン／小堀＝真田＝長内訳・前掲（注2）も、「シビル・ロー」の用語が英米法の法律家（および彼らと接触してこの用語の使用法を知る法律家）により、英米法と対比する概念として用いられてきたことを指摘する（同書45頁）参照。

①ローマ法に由来し、かつ教会法（カノン法）、ゲルマン法、自然法論からも強い影響を受けている⁵⁾。

②法は、法典に典型的に現れているように、社会の人間関係を広く覆う、一連の首尾一貫した（矛盾のない）、かつ完全な（欠缺のない）ルールの体系であることを理想とする。

③主要な法源は立法である。慣習は第二次的な地位を占め、先例は法源では

4) Victoria Iturrade, "Civilian Philosophy of Law," in: Christopher Berry Gray (ed.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, Vol. I, Garland Publishing, 1999, pp. 116-117. シビル・ローの特色、コモン・ローとの相違に関しては、五十嵐・前掲（注1）60-65頁、77-101頁、ローソン・前掲（注2）、ダヴィド・前掲（注2）、メリーマン・前掲（注2）、Rogowski (ed.), op. cit. (n. 4) のほか、Otto Kahn-Freund, "Common Law and Civil Law—Imaginary and Real Obstacles to Assimilation," in: Mauro Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Sijthoff, 1978, pp. 137-168; John Henry Merryman, "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and Common Law," *Stanford Journal of International Law*, Vol. 17, 1981, pp. 357-388; id., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Second Edition, Stanford University Press, 1985; John H. Merryman, David S. Clark and John O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, The Michie Co., 1994; David S. Clark, "The Idea of the Civil Law Tradition," in: id. (ed.), *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, 1990, pp. 11-23; R. H. Helmholz, "Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions," *Duke Law Journal*, 1990, pp. 1207-1228; Pierre Legrand, "European Legal Systems are not Converging," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996, pp. 52-81; Basil S. Markesinis (ed.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Pub., 2000; Rheinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001; Alberto Luis Zuppi, "The Parol Evidence Rule: A Comparative Study of the Common Law, the Civil Law Tradition, and Lex Mercatoria," *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 35, 2007, pp. 233-276; 大木雅夫「大陸法と英米法——制定法と判例法を中心にして——」上智法学論集24巻特別号(1980) 3-40頁、同「大陸法とコモン・ロー——隣接の相の下における——」聖学院大学総合研究所紀要25号(2003) 137-161頁、望月礼二郎「大陸法と英米法——ひとつの素描——」望月礼二郎＝樋口陽一＝安藤次男編『法と法過程：社会諸科学からのアプローチ（広中俊雄教授還暦記念論集）』（創文社、1986）715-742頁、木下毅『比較法文化論』（有斐閣、1999）162-200頁、五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房、2010）208-226頁参照。

ない。

④裁判官の職務は法の適用であり、裁判における推論（judicial reasoning）は基本的に演繹的（三段論法的）であり、それゆえに裁判の結論は提起された問題に対する「唯一の正しい解決」（the unique correct solution）である（でなければならない）と観念される。

⑤私法（被治者間の対等な者としての法的関係を処理する）と公法（公的権力と被治者との法的関係を取り扱う）を明確に区別する。

⑥実体法と手続法が峻別されている。

⑦法的手続は、主として、糾問主義的（inquisitorial）（刑事手続において、何びとの訴追がなくとも、裁判官が職権によって訴訟手続を開始し、捜査・証拠収集・尋問・裁判をする方法で、裁判官対被告人の二面構造をもつ）ないし真実発見主義的であり、職業的な裁判官が事件全体を処理し、素人の参加を抑制する傾向がある。もっとも、法的手続が糾問主義的・真実発見主義的か、弾劾主義的（accusatory）（刑事手続において、裁判機関と訴追機関を分離し、後者の訴追・立証によって手続を開始・進行し、前者が裁判を下す）ないし対審的・当事者主義的（adversary）（検察官対被告人といった両当事者が自己に有利な主張・立証を行う対

5）後者の諸要素はそれぞれがローマ法の影響も受けつつも、独自の要素を付加することにより、シビル・ローを形成した構成要素であるとみられている。ローソン／小堀＝真田＝長内訳・前掲（注2）166-242頁。

したがって、これら諸要素のうちの一つであるローマ法をシビル・ローと単純に、また全面的に結びつけることは、正確さを欠く。なぜなら、前者にはない要素が後者に存在する一方、前者にあった要素が後者に欠けているものもあるからである。また、前者に存在した要素で後者にはないものが、イングランド法やアメリカ法に見出されることもある。例えば、刑事法における発達した弾劾主義（糾問主義と対比される。後掲・本文⑦参照）はローマとイングランドにあり、「大陸」にはなかったとされる。木庭顕『ローマ法案内——現代の法律家のために——』（羽鳥書店、2010）11-12頁参照。したがって、ローマ法はシビル・ローの形成に影響を与えた一つの——しかし、最初期に、しかも後述するようには、その基層的特質を形成するうえで決定的影響を与えた——要因であると理解すべきである。このことを踏まえうえて、ローマ法に由来する基層のコンセプトが、他の諸要素の影響を受け、新たな法形成物へと形態変化し、シビル・ロー・コンセプトを形づくることがありえたかが問題になる。

立構造を前提にして、第三者としての裁判官が判断するという三面構造をもつ)かは、問題となっている紛争が民事手続か刑事手続かにより、シビル・ローに属する国の中でも同じではない。

⑧裁判官は文官の公務員であり、裁判官になるなどして司法部に属するためには国家の試験に合格しなければならない。主要な法曹(裁判官など)のために用意されたポストの数は概して少ない。

⑨制定法の合憲性に関する司法審査が、国によって憲法裁判所または通常裁判所により、維持されている。

⑩法律家は、人と人とのあらゆる関係を統治しうる単一の、完全で、首尾一貫した論理的な法体系を構築することが可能であり、人間精神がそれを考案し、作業し、漏らさずに書き出すことが可能であると信じられている。

これらの特色は、あくまでも理念型としての、いわば「シビル・ロー」像に関するものである。したがって、現実に存在するシビル・ロー諸国の法制度は、このうちのいくつかの特色を欠いているもの、いくつかの要素について異なる形態をとっているものや徹底の度合いの異なるもの、後に分析するコモン・ローの特色をも反映した折衷的な形態もあるなど、きわめて多様である⁶⁾。

また、個々の特色の中にも、さらに複雑な要素が混在している。例えば、①シビル・ローの主要なルーツとされるローマ法については、貴族政・共和政・帝政(元首政、専制君主政)時代の各ローマ法として伝えられているもののほか、中世ローマ法学(注釈学派、注解学派)におけるスコラ学的な解釈の成果、ローマ法の影響を受けつつ、独自の解釈の成果を生み出したカノン法(教会法)、中世の商慣習法、ゲルマンの慣習法の集成、自然法論、ドイツの普通法学およびパンデクテン法学、さらには、しばしば「ローマ法」上の制度と対照される「ゲルマン法」が生み出した諸制度なども、シビル・ローの形成に影響を与えたものとみられる⁷⁾。これらは、それぞれ直接的または間接的にローマ法(学)の影響を受けている。

6) Iturrade, op. cit. (n. 4), p. 116.

7) 五十嵐・前掲(注1) 77-101頁、ローソン／小堀＝真田＝長内訳・前掲(注2) 166-242頁。

さらに、これらのうち、自然法論の影響は、シビル・ローのルーツの一つとしてのみならず、シビル・ローの一般的特色として先に挙げられた諸要素のうち、②体系的な法観念、③主要法源としての立法の重要性、④裁判官の思考方法における三段論法、⑤私法と公法の区別、⑥統一的な所有権概念を典型とする権利概念の創出が一因と考えられる、実体法と手続法の区別、⑩法体系を人間が考案しうるとの信念などにも、少なからぬ影響を与えていると考えられる。そして、自然法論自体が、シビル・ローの最大のルーツであるローマ法の諸法源の創出、およびその再発見と解釈付加の背景にあった職業的な法学者の活動と法律学の発達という長い知的伝統に遡りうる⁸⁾。

このように、従来シビル・ローを特徴づけるものとして指摘されてきた諸要素は多岐にわたり、しかも相互に密接かつ複雑に関連している。本小稿ではこれらの諸特徴を逐一分析することはできないし、それは本稿の目的でもない。むしろ、以下では、これらの諸特徴の中で、シビル・ローとコモン・ローの融合可能性の有無を検討するために不可欠の、重要な要素は何かということに焦点を絞って考察を加える。そのことが、前述①～⑩の諸特徴を相互に結びつける、陰に陽に見え隠れする一本の糸としての、シビル・ロー伝統の本質的特徴を浮き上がらせる手がかりになるかも知れない。この観点から筆者が最初に注目する要素は、シビル・ローの出自に由来して歴史的に刻印された特質である。それはあえてひと言で表現すれば、《国家を構築し、その統治を維持する手段としての法》という特色である。

(ii) ローマ法の遺産

国家の構築および統治の手段としての法としてのシビル・ローのコンセプトは、すでにヴィアッカーにより、ローマ法とローマの法律学を生み出したローマの都市国家——キウィタス (civitas) またはレス・プブリカ (res publica) と呼ばれたもの——に普及していた「固有の諸条件」として示唆されている⁹⁾。

8) Franz Wieacker, "The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought," *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 4, 1981, pp. 266-268, 275-278.

ヴィアッカーによれば、ローマのキウィタスないしレス・プブリカの原型は、ギリシャにおいてポリス (polis) と呼ばれた政治的組織体にある。それは、農地、様々な市場、宗教的に独自の神聖域などを内包し、外国の支配に服さない、自足的で自律的なコミュニティである。この自足的で自律的な政治組織を構築し、維持するための統治構造および市民 (自由人) 間の関係を定めたルールが、シビル・ロー (civil law) のルーツともいうべき**市民法** (ius civile) である。それは、当該国家によって指名され、特別の立法権限を付与された立法者による法典編纂行為、または民会の議決による制定法であった。この意味における法は、神からの賜物でも太古からの慣習でもなく、人間の手で意図的に作られた自律的な制度であると観念された。つまり、人々 (自由な市民) が自ら意図的に作り上げる政治的組織 (都市国家) を統治するための基本ルールこそがシビル・ローの原型であるとみることができる。

もっとも、ギリシャのポリスの諸特徴を承継しつつも、共和政期において、とりわけ紀元前5ないし4世紀頃から独自の発展を遂げたローマのレス・プブリカ (res publica) は、ギリシャのポリス——とくにその民主政——に比べれば後発の、いわば開発途上国家であり、国内的には貴族と平民の対立、対外的には支配圏の拡大とそれによる植民地の維持という問題を抱えることになった。しかし、まさにそうした諸条件が、ギリシャ法思想にはない、ローマ法に固有の性質を付与する契機になったことに注目すべきである。ヴィアッカーはこの点に関し、とりわけ客観性の高い紛争解決手続ルールの形成という現象に着目している。すなわち、——

「ローマは、社会的および経済的な紛争を調停するための、独立した、高度に客観的な手続を発達させた最初の政治体であった。この発展こそが、ローマ

9) Wieacker, op. cit. (n. 8), pp. 262-268. なお、ローマにおける法の成立の前提となる政治の成立につき、紀元前5世紀前後に始まった共和革命に注目する見解として、木庭・前掲(注5) 44-61頁参照。また、政治の成立の前提となる都市の成立につき、同17-43頁参照。さらに、ローマの共和革命と法 (とくに十二表法) の成立につき、木庭顕『法存立の歴史的基盤』(東京大学出版会、2009) 85-582頁参照。

の法体系を古代の典礼主義から解放し、そして、後には、変転して止まない政治的および道徳的な諸イデオロギーの余りに直接的な衝撃を免れさせ続けたのである。……ローマの〔西洋法思想に対する〕寄与は、主として、法の内容それ自体の発見にあるのでも、法を正義の一般的諸条件や良質のものへと純化したことにあるのでもない。これらの発展は、ギリシャ精神の栄光ある偉業である。ギリシャにおける法概念の発見とその洗練は、もちろんローマの法律家にも知られていた。そして、それは実際に紀元前2世紀以降ローマの法思想に影響を与えたのである。ローマ法のテキストを通じて、これらのギリシャの偉業はヨーロッパ法思想にも著しい成果をもたらした。しかし、法文化に対するローマ独自の貢献は、このことにあるのではない¹⁰⁾。

ここでヴィアッカーは、法文化に対するローマ独自の貢献を、正義概念と関連づけられた社会規範としての法概念それ自体の発見というよりも、客観性が高く、それゆえに実効性のある具体的な紛争解決ルールとしての個々の法命題の創出に見出している。ギリシャ思想によって生み出された、普遍的正義と結合された法観念は、ローマ法における個々のテキストの形成を通じて一層具体化されていったとみることができる。そして、この意味におけるローマ法形成の最前線にあったのは、民会などの立法機関というよりも、ローマに固有の制度としての法務官であったとみられている。法務官は、自らが受け付ける訴訟の方針と手続を法務官告示（*edictum praetoris*）によって公告し、それに基づく訴訟の説明書（*formulae*）を作成して、それに従って裁判する審判人を指名した。そうした説明書の作成を通じ、法務官は既存の法——とりわけ私法——を修正したり、置換したりすることもできた。そのようにして絶えず更新されたルールのうち、後継者に承継されることを通じて標準化された法が徐々に蓄積されることにより、名誉法（*ius honorarium*）が創造された。法務官は、時には詐欺や強迫からその相手方を保護するルールを創造することなどにより、誠意訴訟（*bonae fidei iudicia*）における新しい倫理的標準をも設定した。中でも、

10) Wieacker, op. cit. (n. 8), pp. 264-265.

法務官告示による重要な革新は、高度に専門化した生産システムと海事取引を支えるための銀行制度および信用制度の構築に役立った。

しかし、ここで重要なことは、そうした法創造が、一般的には政治家に、とりわけ最高権威者である執政官になることを目指していた法務官自身の創造物ではなく、実質的には法務官を支えた法律専門家の集団が存在したことである。この職業的な**法律助言者** (iuris consultus) の存在とその活動は、ギリシャ世界にはほとんど知られていなかった現象であり、そのことが「その後に続くすべての法思想に対するローマの寄与の本質」であるとみられている¹¹⁾。

すなわち、ローマの法律家は、法務官のほか、私的な審判人または相談者に対する法律助言者として、立法者とも裁判官とも異なる、ユニークなタイプの法的役割を果たす法律専門家であった。彼らが行った法的な**助言** (consilia) または**解答** (responsa) は、その助言や解答を受けた者の実践活動を通じ、新たな法を創造した。実質的な法創造者としてのローマの法律家が、このようにして絶えず現実の事件と接触する機会を得ていたことは、きわめて重要なアドバンテージであったといえるであろう。

その一方で、ローマの法律家にとって、そうした実用主義的関心にとどまることなく、現実の事件から偶然の要素ないし特殊な事実を取り除いて純化し、本質的な**法律問題** (quaestio iuris) を識別し、一般化する能力を磨く機会が徐々に制度化されていったことが、ローマ法に固有の特色とローマ法学の形成の理由として、より一層の重要性をもつ。すなわち、そうした法律問題の純化と一般法理の形成は、多くの事案について繰り返し諮問を求められた法律家が、様々な事案を通じて首尾一貫した、安定した助言や解答を与えるために生

11) Wieacker, op. cit. (n. 8), pp. 266-267. 興味深いのは、ローマ法のテキストが蓄積された最盛期である古典期 (1世紀～3世紀) においては、この法律助言者 (ローマの法律家) は、立法者・裁判官・検察官といった官吏ではなく、法的助言活動を生活の糧にする実務家でもなく、貴族であったという事実である。無料で行われたその職務はまさに、社会的名声に支えられた貴族が果たすべき義務であった。そのことが、腐敗や経済的利害関係の影響を免れ、知的な推論によって一般化された、客観性の高い紛争解決ルールとしての法の形成に通じたものと考えられる。

み出した、必然的な反応であったということができであろう。それに加え、法律問題と解答は、ベテランの法律家と若手の実習生との議論の場（disputatio fori）に提供されて利用され、それは最終的に法学文献に記録されることによって蓄積されていった。こうした諸条件の下で、最初の生の法素材から法学文献に整形されるまでのプロセスにおいて、知的な推論が試みられ、一般化されたルールとしての法の進化が始まったとみられている。このことが、様々な分野の学問が花開いたギリシャではなく、ほかならぬローマにおいて法律学（legal science）が発達したというミステリーを説明しうる基本的理由であると考えられる¹²⁾。

法律家の活動は、市民法（ius civile）の発展にとどまらず、外国人係法務官の告示を通じて外国人にも適用された万民法（ius gentium）の形成にも貢献した。その際に法律家は、ギリシャから導入された自然法（ius naturale）の概念——「自然の理法がすべての人類に命じる法」——を用いたことが注目される。ガイウス『法学提要』（2世紀）では、「法律および慣習によって支配されるすべての国民は、ある場合にはその固有の法を用い、ある場合には全人類に共通の法を用いる。すなわち、ある国民自身が自分のために法として制定したものはその国民に固有の法であり、あたかも自己に固有の法であるかのように市民法と呼ばれる。これに対して、自然の理が全人類の間に制定したものは、すべての国民に等しく遵守され、あたかもすべての民族がその法を用いるかのように万民法と呼ばれる」とされている¹³⁾。ここでは、自然法が万民法に内

12) プラトンの『国家』、『法律』、アリストテレスの『政治学』、『ニコマコス倫理学』、『弁論術』にも垣間見られるような政治学、倫理学、弁論術（法廷弁論を含む）の目覚ましい発達にもかかわらず、なぜギリシャにおいて——ローマであれほど盛んになったように——法律学が発達しなかったかは、非常に興味深い問題である。もっとも、すぐ後に本文で述べるように、ローマで発展したような生の法素材からの純化と論理的推論による一般的法命題の抽出という法学的活動においても、学問的な概念や体系の形成を通じて、ギリシャで発達した理論や思想が与えた影響は、少なからぬものがあつたとみるべきであろう。ローマにおける法学の成立については、木庭・前掲（注9）583-637頁に、さらに詳細な批判的分析がある。

在するものとして捉えられていることが注目される。これは、当時のローマが、外国人との貿易を維持・促進し、経済的・商業的利益を確保するためにも、市民法と諸外国の法との共通要素、すべての法の根底に潜むものと確信された基本的原理を発見する必要に迫られ、そうした共通原理の発見手段として、自然の理に基づく法としての自然法の概念が用いられたものと考えられる¹⁴⁾。その結果、迷信的な価値の付与によって規則の厳格性が付着していた従来の法規が見直され、手続の煩雑さや無用な形式からの解放が進んだものと考えられる¹⁵⁾。

このように、シビル・ロー (Civil Law) の最初の源泉として、最も深い基底層をなすというべきローマ法は、狭義の市民法 (ius civile, civil law) にとどまるものではなかったことに注意する必要がある。すなわち、シビル・ローの基底的特色を形づくったローマ法は、自然法を介して形成された万民法、および市民法——それ自体が後に自然法ならびに万民法の影響を受けて変容する——を含むものであったこと、それらが主としてローマに特有の法律家 (法律助言者) の活動によって蓄積されたことを看過することができない。

さらに、ローマの法律家は、皇帝の諮問に答えることを通じて、帝国の行政法の形成にも寄与した。ローマ法は、帝国の拡大に伴い、皇帝の命令を通じて新たな要素を加えていった。そこでも法律家の活動は、行政法を一層人間的なものとするにより、新しい公法 (ius publicum novum) を発展させた¹⁶⁾。もっとも、そうした公法と私法とが関連づけられ、体系的な整合性が図られる

13) Gaius, *Institutiones*, I. 1 (ガーイウス／佐藤篤士監訳・早稲田大学ローマ法研究会訳『法学提要』〔敬文堂、2002〕5頁)。

14) 自然法の概念自体は、すでにギリシャ思想、ストア哲学において発達していたが、まさに万民法の形成という実践的課題に直面していたローマの法律家により、さらに発展させられたと考えられる。松尾弘「民法学の発展における自然法論の意義」姫路法学21号(1997) 93-97頁参照。

15) ヘンリー・S・メイン／安西文夫訳『古代法』(史学社、信山社〔復刻版〕・1990) 39頁以下、52頁以下、63頁以下。

16) Wieacker, op. cit. (n. 8), p. 269.

といった段階にまでは進んでいない。したがって、ローマ私法の内容だけを見て、制度の全体像を把握することはできない。その典型例が、ローマ法の所有権概念について形成された、《何ら制限や義務のない個人主義的所有権》という、一面的で偏ったイメージである¹⁷⁾。

しかしながら、私法と公法を含むローマの法形成物は、都市国家から帝国へと成長した国家の統治を構築するための強力な手段となっていた。そこには、今日シビル・ローの特色として指摘されているもののうち、重要な要素がすでに顕在化している¹⁸⁾。それは、とりわけ統治者の側からみて、時代を経ても大きな意味のある遺産であったに違いない。このことは、5世紀以降ローマ帝国の西方領土の属州に移住したゲルマン諸部族の王たちが、各民族の慣習法を取り入れつつ、多様な形態と程度においてローマ法を継受した事実によく現れている¹⁹⁾。ゲルマン諸部族王による主な立法としては、(a)東ゴート族のテオデリック王の告示 (Edictum Theoderici, 5世紀半ばないし6世紀初め)、(b)西ゴート族のエウリキアヌス法典 (Codex Euricianus, 466年ないし475年頃)、アラリック二世王による西ゴートのローマ人法典 (Lex Romana Visigothorum) ないしアラリック抄典 (Breviarium Alaricianum [Alarici], 506年)、レクセスヴィント王による西ゴート法典 (Lex Visigothorum, 654年)、(c)ブルグンド族のグンドバッド法典 (Lex Gundobada) ないしブルグンド法典 (Lex Burgundionum, 500年

17) そのようなローマ法的所有権の概念化は、ドイツのゲルマン法学者によって強調された。原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社、1954）103-104頁参照。

18) 前述(i)①～⑩のうち、③、⑤に通じる萌芽を見出すことができよう。

19) それに先立ち、4世紀前後から、西ローマの属州では、ローマ法に依拠しつつも、古典期ローマの法学よりも水準を下げた形で裁判や立法が行われ、それを通じてローマ法が現実社会に浸透していったとみられている。いわゆる卑俗化されたローマ法といわれるものである。「ローマ卑俗法」の概念は、ハインリヒ・ブルンナーによって1880年に初めて用いられたとされる。Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, American Philosophical Society, 1951, p. 2. ゲルマン諸部族の王たちが継受したローマ法は、まさにこのローマ卑俗法であったと考えられている。谷口貴都『『ローマ卑俗法』の概念について——『卑俗法』と『卑俗主義』の視点を中心に——』高岡法学1巻1号（1990）197頁参照。

頃)、ブルグンドのローマ人法典 (Lex Romana Burgundionum, 510年頃)、(d)フランク族のクロドヴィヒ王によるとされるサリカ法典 (Lex Salica, 501年～511年頃)、その影響を受けつつ、リプアリア系フランク人が形成したりプアリア法典 (Lex Ribuaria, 6世紀ないし8世紀)、(e)ランゴバルド族のロタリ王法典 (Edictum Rothari, 643年)、(f)バイエルン族のバイエルン部族法典 (Lex Baiuvariorum, 6世紀ないし8世紀) などが知られている²⁰⁾。この時期における国家は、独自に緻密な法秩序を創設・実施するほど強力ではなかったことから、基本的に属人法主義に立脚する複数の法体系からなる混合法体制に依拠せざるをえなかった。各部族によってローマ法の浸透度、それと裏腹の部族慣習法の強さは異なっていたが、ローマ法の規定の直接の適用 (ゴート族の場合)、ローマ法の諸原則の理論的顧慮 (ランゴバルド族の場合)、ローマ法と類似する原則への慣習法のすり替え (フランク族の場合) などの多様な形態を通じ、ローマ法理が浸透していった²¹⁾。そして、その中には従来の属人法主義を廃し、ローマ人とゲルマン人を問わずに共通に適用されるものとして、属地主義を採用した立法も現れるに至っている²²⁾。

(iii) ローマ法の継受によるシビル・ロー・コンセプトの展開

もっとも、シビル・ローの本質的特色の萌芽がローマ法に見出されるとしても、その形成がローマ法それ自体の中で完結したわけではない。むしろ、その後におけるローマ法の継受 (reception) のプロセスにおいて、既存の特色を基盤にして付加された要素を看過することができない。そうした新たな要素の付加は、前述したようなローマ法の卑俗化とその継受の後に、11世紀になってイ

20) H・シュロツァー／大木雅夫訳『近世私法史要論』(有信堂、1993) 8-11頁、P・ヴィノグラドフ／矢田一男＝小堀憲助＝真田芳憲訳『中世ヨーロッパにおけるローマ法』(中央大学出版部、1967) 6-25頁。

21) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲 (注20)) 16-21頁。

22) 例えば、西ゴート族では、ローマ人とゲルマン人の融合を背景に、ローマ人法・ゲルマン人法の二元主義を廃止する傾向が強まり、レクセスヴィント王による西ゴート法典 (前記 (b)) は、ローマ法に依拠し、公法・私法を含み、民族の相違にかかわらず一元的に適用される法典として、属地主義を採用した。

タリアのプロヴァンス、ランゴバルド諸都市、ラヴェンナ、ボローニャなどで復活したローマ法研究——いわゆる中世ローマ法学——に見出すことができる。そこでは、ローマ法源の法文間の矛盾を回避するために体系的な説明を加えることが試みられた。そこで採用された方法は、神学上の問題を扱うために用いられていたスコラ哲学の方法論であり、三段論法的な演繹的方法により、古典期ローマ法のテキストを分析し、不完全で断片的で一貫性のない法文の体系的調和が図られた。このようにローマ法の遺産を基盤としつつも、新たな要素を付け加える類の活動が、シビル・ローの特色の形成に寄与した点も、けっして看過できないであろう²³⁾。

また、中世ローマ法学は、そうしたローマ法解釈を現実の政治的・経済的問題に適用することにも無関心ではなかった。例えば、ドイツ皇帝バルバロッサがイタリアにおける皇帝権力の回復と浸透を図り、帝国平和令、その他の諸法律を編纂した際には、ボローニャ大学の四博士——ブルガルス、マルティヌス、ヤコプス、ウゴー——が参加した。他方、バルバロッサは、ボローニャ大学に学校特許状を付与した。四博士は、1158年のロンカリア議会では、皇帝バルバロッサのランゴバルド諸都市に対する課税権を支持した²⁴⁾。こうして法学者は、とりわけ12世紀以降のイタリア諸都市の経済発展に伴い、皇帝と封建領主、領主・貴族相互間、領主・貴族と平民との紛争、さらに13世紀前後からの皇帝と教皇との紛争に巻き込まれ、党派的争いも展開されるようになった²⁵⁾。

しかしながら、中世ローマ法学者はけっして世俗的な打算のみに従って行動していたということもできない。皇帝フリードリヒがブルガルスおよびマルティヌスに向かい、皇帝はその臣民がもつすべてのものの所有者（dominus）であるかどうかを下問したのに対し、ブルガルスは、皇帝は政治的意味では所有

23) 前述(i)①～⑩の諸特色のうち、とくに②、④に関わるものである。

24) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲（注20）63頁。

25) 例えば、注釈学派のアーズ（Azo Portius, 1230年頃）は、法の源泉は人民の同意にあるとの法理に立脚し、個々の人民は皇帝に立法権限を委ねたことから皇帝の下に従属しているが、個々人の集合体としての人民はなおも立法権限を保持していると説明することにより、皇帝に対するイタリア都市国家の独立を主張した。

者であっても、所有権者という意味では所有者ではないと答申したといわれている²⁶⁾。封建制度を法理論上整合的に説明するために法学者が考案した、いわゆる分割所有権論の理論——上級所有権 (dominium directum) と下級所有権 (dominium utile) の法理——はよく知られているが²⁷⁾、それもただちに論理必然的に皇帝権力の制限や封建制的な分権化を支持するものと解することはできない。むしろ、概して法学者は秩序の不安定化や封建制的分裂に消極的であり、それゆえに中央集権的な権威を支持する傾向にあり、その理論的基礎づけのために、封建法における封臣の権限をローマ法上の永借権 (emphyteusis) の法理を用いて説明することも行われた。

注釈学派はまた、法とは何か、それはどのように解釈されるべきか、また、どのように変更されうるかといった、法の基礎理論についても検討を加えている。そこでは、法と衡平との関係 (例えば、ローマ法の当時から時を経て時代遅れになった法文を衡平を理由に廃棄しうるか、それについて裁判官には法を修正する権限があるか、たんに解釈権限があるにすぎないか)、法と慣習との関係 (例えば、法は慣習によって改廃されうるか、人民は慣習を通じて主権者から立法権限を奪回しうるか) など、「諸法についての諸法 (則)」 (leges legum) が論じられている。これについてヴァカリウスは、つぎのような立場をとった²⁸⁾。すなわち、立法は主権者たる皇帝の意思の所産であり、皇帝が唯一の法創造者であるから、主権者たる皇帝は諸法に拘束されない (legibus solutus)。法を修正する権限も立法者たる皇帝に属する。他方、皇帝に従属する官吏である裁判官は、目前にある個々の訴訟において法を解釈する権限をもつにすぎない。したがって、法と衡平との間に乖離が生じていても、立法上の手段によって是正されな

26) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲 (注20)) 63-64頁。

27) この点に関しては、松尾弘「グロチウスの所有権論——近代自然法における所有権理論と民法理論の古典的体系—— (一)」一橋研究14巻3号 (1989) 112-113頁参照。

28) ヴァカリウス (Lombard Vacarius, 1120頃-1200頃?) は、ローマ法、カノン法、ランゴバルド法を学び、イギリスにわたってオックスフォード大学でローマ法を講じた。オックスフォードにおけるヴァカリウスの教科書は『貧しき法学徒の法書』 (Liber pauperum) であった。F. de Zulueta (ed.), *The Liber Pauperum of Vacarius*, Selden Society, 1927.

いかぎり、裁判官は法を修正する解釈も行いえない²⁹⁾。これは、ローマ法解釈の一側面に関するものであるが、裁判官の権限に関するシビル・ロー・コンセプトの形成にも深く関わる問題である³⁰⁾。

また、法と慣習との関係については、(a)人民は立法権を放棄して皇帝に委譲した以上、人民の慣習は法に従うべきであり、法はそれが不用となっても慣習によって廃止されることはないとの立場と、(b)人民の慣習は立法的権威の残存物（留保物）であるから、慣習によって法は修正されうるとの見解が対立した。これについてヴァカリウスは、法律が制定された以上は、たとえ人民の願望に反し、抗議を受けるものであっても、有効であるとの立場に与した。したがって、人民が主権者から立法の権限を奪還しない以上、慣習によって法を廃止することはできないことを示唆した³¹⁾。

以上のほかにも、ローマ法継受のプロセスで生じた新たな法創造は多岐にわたる。その中でも、シビル・ローの特色の形成に寄与したものとして、ローマ法における所有と占有の区別にに基づくゲルマン的な占有の保護がある。例えば、13世紀にボーマノワールが編纂した『ボーヴェジ慣習法書』（1279年～1283年）では、セジヌ（法律上の保護を受ける占有）の法的効力が承認されている³²⁾。これについてヴィノグラドフは、「セジヌの保護が実現されたあかつきには、その結果として、諸々の基本的な権利の問題を解決することができることとなった。そして、この過程においてローマ法上の区別や原則の演じた役割は著しいものであったのである」とみている³³⁾。興味深いことに、かかるローマ法の影響を受けた占有の保護は、イギリスでもすでに12世紀に認められてい

29) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲（注20） 66-68頁。

30) 前述(i)で挙げたシビル・ローの特色のうち、④、⑧参照。

31) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲（注20） 68-69頁。

32) 「1年と1日の使用者はセジヌを取得するに十分である。例えば、ある者が耕作地、ぶどう園またはその他の相続財産（土地）を所持し、1年と1日の間そこから生じる果実を取得するような場合である。その場合、何びとかがやって来て、この使用者を妨害するようなことがあれば、領主は、使用者が所有権を争点とする裁判において当該土地を失うに至るまで、この妨害者を除去すべきである」（685節）。

た。ヘンリー二世 (1154～1189年) の下で法律家が導入した新占有侵奪回復訴訟 (assisa novel disseisin, Novel Disseisin) は、カノン法上の占有侵奪訴訟 (action spolii) を介して、ローマ法上認められていた暴力に基づく占有剝奪に関する特示命令 (interdictum unde vi) を継受したものと解されている³⁴⁾。

また、ローマ法の影響を強く受けた法分野として、契約法がある。ヴィノグラドフは、先の『ボーヴェジ慣習法書』の例を取り上げ、①組合契約における利得と損失の割合はつねに平等の割合である必要はなく、それぞれについて合意による別異の表示をすれば有効である旨のローマ法源、②委任契約において本人が死亡したが、受任者が委任事務を遂行した事例で、衡平の観点から相続人が債務の履行を拒みえない場合を認める旨のローマ法源を引用している³⁵⁾。ヴィノグラドフは、これらについて、契約法の分野は「人間の接触の発展に伴って重要性を増す」ものであり、その点でローマ法上の諸原則の方が「未開社会の慣習と比較して大幅に進展していった」とみる³⁶⁾。

さらに、このような直接的な形をとらなくとも、「ローマ法の理論的継受」ともいうべき間接的影響も看過できない。それは、しばしばカノン法 (教会法) によって媒介されつつ、イギリスの契約法理にも見出されることが重要である。その例として、ブラクトンによるローマ法の契約法理の継受が指摘されている³⁷⁾。ブラクトンは、特定の形式を欠く約束は法律上強制可能な債務を

33) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲 (注20)) 100頁。これに対し、家族法の分野ではローマ法の影響はそれほど顕著でなかった (元々ゲルマン系の慣習とローマ系の慣習との間に大きな差違がなかったことによる) とみられている (同前100-101頁)。

34) イギリスの新占有侵奪回復訴訟は、封建的占有 (seisin) を侵奪された者が、加害者による加害行為の直前に当該土地を占有していた事実を立証すれば、巡回裁判官は、本権について審理することなく、目的物を被害者に回復すべきとの判決を得ることを認めたものである。この訴訟は、本権——封建的な上級所有権または下級所有権——に基づくものではなかったことから、封建領主の裁判所の管轄権には服さず、国王評議会が専属的管轄権をもった。ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲 (注20)) 99頁、122頁。

35) 『ボーヴェジ慣習法書』810節・811節における、Inst. III. 25 (1), (2); Inst. III. 26 (9), (10) の引用。

36) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲 (注20)) 102頁。

構成しない旨の裸の約束（nudum pactum, nude pact）の理論を説明する際に、注釈学派アーズの衣の理論に由来する法理を援用している。すなわち、裸の約束は、「物により、言語により、文書により、引渡しにより、結合により、衣服を纏うことを常とする」。このローマ法理の理論的継受が、後に形式を欠く合意の拘束力に関するイギリス法理論の発展を促すことになった。すなわち、①教会裁判所が、宣誓に基づく約束に法的拘束力を認め、救済したのに対し、②国王（ヘンリー二世）が国王裁判所の管轄を主張し、教会裁判所が宣誓違反の審理を行うことを禁止したことから、③衡平法裁判所が、受託者の信認義務違反を理由に、契約違反に対する救済を与えた。そこで、④コモン・ロー裁判所は、引受訴訟（assumpsit）の法理を発展させることにより、契約一般に対する救済を与えるようになった。その際に必要とされた約因（consideration）に、注釈学派アーズに由来する衣の理論の影響が見出される。イギリス法の発展はローマ法理を直接に承継するものではないが、「イギリスの裁判官や法学者は、数多くの問題について、いわば彼らが師と仰いだローマの先人たちから助言を

37) ブラクトン（Henry de Bracton, 生年不詳-1268）は、聖職者で、イギリス国王裁判所の巡回裁判官としても活動した。ブラクトンが国王裁判所の訴訟記録に基づいて記した『イギリス王国の法律と慣習について』（*De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*, 1250-1258）は中世コモン・ローの集成とされ、イギリス法の発展に大きな影響を与えた。とくに「王は人の下にあってはならない。しかし、国王といえども神と法の下にある。なぜなら、法が王を作るからである」（quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege, quia lex facit regem）との言は、後にクック卿（Sir Edward Coke, 1552-1634）により、国王の禁止令状事件（Prohibitions del Roy, [1607] 12 Co. Rep. 63, 77 Eng. Rep. 1342 [K. B.]）において援用され、イギリス法における法の支配の確立に寄与した。同事件では、十分の一税等の教会に関する事項の紛争に対し、コモン・ロー裁判所が国王の名の下に禁止令状（writ of prohibition）を発して教会裁判所の管轄権をしばしば否定したことから、カンタベリー大司教が国王ジェームズ一世に国王自身が裁可すべきであると請願した。これに対し、人民間訴訟裁判所（Court of Common Pleas）首席裁判官クック卿は、国王は裁判に臨席できるが、判決は国王ではなく裁判所により、自然的理性ではなく人為的理性と法に基づいて下されるべきであると論じた。これに対し、王もまた法の下にあると論じることが反逆罪に当たると詰問した国王に対し、クックは先に引用したブラクトンの言を援用し、コモン・ロー（裁判所）による国王大権の制約を根拠づけた。樋口範雄「法の支配——国王の禁止令状事件」英米判例百選（第3版、1996）89頁参照。

受けた」とみられている。もっとも、イギリスの法律家は「たんに彼らのよりどころとしたローマ法の定型を模写しただけでなく、……彼ら独自の方法で発展させるために、これらの定型からの示唆をも借用」することが、頻繁に行われたとされる³⁸⁾。

この点に関連して、ローマ法理論のイギリス法への導入は、その根幹ともいえる法の意義や法の拘束力の根拠についても試みられていたという事実を、ここで再確認しておくことは、後の考察のためにも有意義であろう。すなわち、アーズのローマ法注釈等を手がかりに、ローマ法理論を用いることにより、イギリス固有の法原則を強化し、かつ当時の現行訴訟手続を改善しようとしたブラクトンが最初におつかった問題は、法をどのように記述し、かつその拘束力をどのように説明するかという問題であった。ローマ法には、ユスティニアヌスの命によって編纂された『学説彙纂』、『法学提要』、『勅法』などにみられるように、皇帝の権威によって拘束力が認められた一定の法原則の集合物があり、それらは公式の成文に表されていた。これに対し、イギリス法にはそれらに対応するような正式の成文が存在しなかった。ブラクトンは、イギリスの法規範をどのように認識すべきか、また、その拘束力をどのようにして根拠づけるべきかという問題に正面から取り組んだ。ブラクトンが到達した答えは、イギリスの不文法は主権者たる国王の命令から発し、諸侯の同意を経て確立され、国民の側からも服従の誓いを暗黙のうちに認めていることから、法に値するというものである。その際、ブラクトンは、不文法たるイギリス法が諸侯の同意をどのようにして得ているかを説明するために、諸侯も認める裁判権の源泉である国王評議会 (Curia Regis) の権威に着目した。つまり、その権威に基づいて下された判決が承認され、一般慣習となったものは、法という名に値するのであり、そうした法規範の拘束力は究極的に国王評議会の権威に帰せられるというものである。もっとも、この法理によれば、個々の裁判官は法を創造する権限をもつものではなく、あくまでも解釈者にとどまる。しかし、ちょう

38) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲（注20）137頁。同147頁・訳注31、32も参照。

どアーンズがローマ法の解釈を通じて実質的な法創造を行う際に法的擬制を用いたように、裁判官が既存の不文法の解釈として、時には擬制を通じて、実質的な法形成を行うことをブラクトンは認めているように思われる。それは、ローマ法とイギリスのコモン・ローとを結びつける試みであったとみることもできる³⁹⁾。まさに今日シビル・ローとコモン・ローとの対立点と考えられている部分について、その調和の試みがすでに13世紀に行われていたことは、本稿の観点から看過することができない現象である。

そのようなローマ法の継受、そのプロセスにおける解釈学説の付加によるシビル・ロー・コンセプトの発展はなぜ生じたのだろうか。この点について、ヴィノグラドフはきわめて興味深い総括をしている⁴⁰⁾。

第一に、ローマ法継受の政治的原因（目的）である。すなわち、「この〔ローマ法の〕法体系は個人や階級の上に聳え立って、封建制度の特徴である公私の利害関係の混淆という制約を受けない国家という観念に従属するものであったのである。それは国家観念を樹立した先駆者すべての人々——野望にもえる諸皇帝、貪欲な領国諸侯、革新的な法律家、はては法と秩序を重んじる聖職者の代表に至るまで——の心に訴えずにはおかなかった」（下線は引用者による）。

第二に、経済的原因である。ローマ法は、商取引を法的に枠づけるためのルールを蓄積しており、それらの諸条件は、12世紀以降のヨーロッパの産業・商業の発展条件と必ずしも同じでなかったにしても、なおも経済発展の要請を満たすものがあつたとみられている。その影響は「とくに契約法に著しい」とみられている。

第三に、理論的原因である。つまり、「法律学的な立場（the *jurisprudential point of view*）から、ローマ法の科学的価値を否定することはできなかった」（強調は原文イタリック。以下同じ）のであり、とくに「普通法〔共通法〕を創造することが社会の必要とするところとなったときに、ローマ法体系が法学校だけにとどまらず、裁判所においても、一つの支配的な勢力となるに至った」と

39) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲（注20）126-128頁。

40) ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲（注20）169頁。

される。ヴィノグラドフは、この意味でのローマ法の学問的力をとくに重視しているようにみえる。すなわち、「帰するところ、中世を通じてローマ法の歴史は、変転めまぐるしい情況の真ただ中であって、思想の潜在的生命力と組織力 (the latent vigour and organizing power of *ideas*) とを立証しているのである」。

これらの指摘のうち、まず、ローマ法がローマ帝国とその末裔、同帝国の周辺諸部族、さらには中世を超えて近世以降も、ナポレオン、ビスマルクらを含む各国の統治者により、国家構築 (the nation building, the state building) の動的プロセスにおいて、様々な形態において継受された事実鑑みて、ローマ法継受の政治的目的に注目すべきであろう。ローマ法が国家組織 (政府のみならず、市場も含む) を構成するきわめて広範なルールを含んでいたことが、ローマ法継受によるシビル・ロー・コンセプトの展開にとって不可欠の要素を提供していたことが、看過できない⁴¹⁾。さらに進んで、政府が主導する国家構築、そのために統治を確立し、維持するための法というコンセプト自体が、ローマ法の訴訟手続における弾劾主義に対し、帝政後期におけるローマ法の変容ないし継受のプロセスで形成された糾問主義、キャリアの職業裁判官が中心になって主導する司法制度といった新たな要素の創出を促した一因かも知れない⁴²⁾。また、ローマ法継受の経済的理由もまた、開発プロセスにおける国家の構築というコンテクストにおいて、大きな意味をもつということができよう⁴³⁾。

他方、ローマ法継受の学問的理由も、シビル・ロー・コンセプトの形成にとって不可欠の要素とみることができる⁴⁴⁾。もっとも、その一層の展開は、中世スコラ学における主意主義—主知主義論争を経て、中世ローマ法学のスコラ学的方法から一歩踏み出た、理性法論ないし近代自然法論において見出すこと

41) 前述(ii)末尾および前掲・注16) 該当本文参照。

42) Rogowski, op. cit. (n. 3), pp. xvi-xvii. 前述(i)で挙げたシビル・ローの特色のうち、⑦・⑧参照。いずれにせよ、これらの要素の内容、形成原因、影響は、今後の研究課題である。

43) ここでヴィノグラドフが指摘する契約法分野の重要性は、市場の構築に深く関わるものとみることができる。

44) 前述(i)で挙げたシビル・ローの特色のうち、②・③・④・⑩参照。

ができるように思われる⁴⁵⁾。

(iv) 近代自然法論の展開とシビル・ロー・コンセプトの深化

シビル・ローの特色として指摘される法の体系性、その具体化としての法典化、実体法と手続法との峻別、論理的推論としての法的帰結は⁴⁶⁾、すでにローマ時代および中世における法律学にも現れているが、その一層本格的な展開を促した契機として、近代自然法論の意義を看過することができない⁴⁷⁾。シビル・ローの形成要因の一つとして、自然法（論）の影響を指摘する学者が少なくないことは、このことを示唆している⁴⁸⁾。この観点から注目すべき要素は、権利概念の自覚的定義、およびローマ法、その他の法素材（都市法、その他の制定法、慣習法など）の権利の体系としての再構成である。この要素は、18世紀末以降の国家的な法典編纂に先立つ基盤として、シビル・ロー・コンセプトの形成にとっては不可欠の重要性をもつとみられる。

近代自然法論は、以下の特色を通じてシビル・ロー・コンセプトの形成に寄与したものと考えられる⁴⁹⁾。

①法はたんに命令や許可を与える法規則ではなく、一定の原理⁵⁰⁾ から導き出され、それによって妥当性の根拠が証明できる法命題でなければならないとの法観念を形成した。

②絶対的所有権、すなわち、財貨が特定の個人に固有的に帰属する（この者

45) ヴィノグラドフが重視する、ローマ法の科学的価値に基づくローマ法継受の学問的ないし法律学的側面は、その後の近世におけるローマ法継受、そして、近代自然法論の展開と連続性をもっているように思われる。もっとも、近代自然法論の展開には、中世ローマ法学に対する新たな要素も加わっており、そうした独自の要素にも着目することが、シビル・ロー・コンセプトのさらなる明確化に通じるものと考えられる。

46) 前述(i)で挙げたシビル・ローの特色のうち、②・③・④・⑥・⑩参照。

47) とりわけ、グロティウス (Hugo Grotius, 1583-1645)、プーフENDORF (Samuel von Pufendorf, 1632-1694)、ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) らの学説は、18世紀末以降の法典編纂への影響という点でも、シビル・ロー・コンセプトの形成にとって重要である。

48) 前掲・注2) および注5)、注7)、注8) ならびにそれらの該当本文参照。

49) 松尾・前掲 (注14)) 103-123頁。

50) そのような原理自体は、人間本性または人間理性に基づいて根拠づけられる。

だけに帰属し、他の者にはちょうど同じようには帰属しない) ものとしての所有権の概念を承認し、定式化した。

③様々な財貨に対する所有権取得の機会がすべての権利主体に平等に認められるとすることにより、権利能力平等の原則を承認した。

④自己の意思による所有権移転を典型例とする権利移転をモデルにして約束の拘束力を根拠づけ、自己の意思によらない権利状態の不均衡として不当利得と不法行為を根拠づけることにより、ローマ法上の様々なルールを所有権ないし権利を中心とする統一的な観点から関連づけ、私法の体系を構築した。

⑤所有権をモデルにして権利を定義し、権利の体系としての法体系を構成することにより、手続法からの実体法の分離を促した。

⑥私法体系の構築を前提に、自律的な私法秩序の実現を確実にする保障機構としての政府の役割が増大し、それに応じてその権限行使を統制するための国家の仕組みを根拠づけるものとして公法の体系を識別し⁵¹⁾、さらに、国家と国家の関係を根拠づけるものとして諸国民の法の体系を構築した。

これらにより、シビル・ローの特色のうち、とくに実体法と手続法との峻別、人間理性による体系的で包括的な法体系の記述の可能性と必要性という要素がさらに顕在化したものとみることができる⁵²⁾。

例えば、近代自然法論の特色①に関して、グロティウスは、法 (ius) をその拘束力の根拠に従い、【図表1】のように分類する⁵³⁾。このうち、自然法

51) 松尾弘『良い統治と法の支配——開発法学の挑戦——』（日本評論社、2009）223頁・図表13-⑤参照。なお、磯村哲「近代法における公・私法の分化に就いて」私法1号（1949）67頁も参照。さらに、犯罪に対する国家による刑罰権の独占は、これと被害者の被害の回復に向けられた損害賠償との区別を通じ、刑事法と民事法との区別をももたらし、L・M・フリードマン／石村善助訳『法と社会』（至誠堂、1980）67-68頁参照。

52) 前述(i)で挙げたシビル・ローの特色のうち、②・④・⑥・⑩参照。これらの要素は、その後「近代法」、つまり、「私的所有権の確保、契約の自由、形式的に平等な抽象的人格、（過失）責任主義などを要素とする、自立的な『私人』たちの権利義務関係を規律する、非人格的で一般的なルール群」としての「普遍的法モデル」の形成へと通じたと考えられる。嶋津格「普遍的法モデルの意義と限界」法律時報68巻8号（1996）6頁参照。

【図表 1】 グロティウスの法体系論

自然法（ius naturale）	人間の知性と一致する社会的秩序	
	個々人や共同体への賢明な財貨分配の方法	
意思法（ius voluntarium）	人意法 （ius humanum）	万民法（ius gentium）
		国家法（ius civile）
		その他（主人・家父の命令など）
	神意法（ius divinum）	

（ius naturale）は、人間の本性としての「人間の理性」（ratio humanae）の命令に基づくものと理解されている。そのような自然法の内容として、第一に「人間の知性と一致する社会的秩序」（societatis custodia, humano intellectui conveniens）を、第二に、個々人や共同体への「賢明な財貨分配」（dispensatio prudens）の方法を挙げている。このうち、前者は、他人に属する物を侵さず、侵したときはそれを返還すること、約束を履行すること、過失による損害を賠償すること、罪にふさわしい罰を科すことなどを内容とする⁵⁴⁾。これらは、伝統的な自然法論の内容に合致するものである。これに対し、後者は、私的所有および財貨獲得競争を自然法的にも承認しようとするグロティウスの積極的な姿勢を示すものであり、その際には、「より賢き者をより賢からざる者に優先させる」ことも承認されているとみる⁵⁵⁾。これは、伝統的・スコラ学的な自然法論から、いわゆる近代自然法論へと一歩踏み出したことの証左とみられる部分である⁵⁶⁾。もっとも、このような解釈が妥当か否かは、後述するようにそれ自体

53) 松尾弘「グロチウスの所有権論——近代自然法における所有権理論と民法理論の古典的体系——（二・完）」一橋研究14巻4号（1990）156頁参照。

54) Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, 1625, edidit P. C. Molhuysen, 1919, Prolegomena 8.

55) Grotius, op. cit. (n. 54), Prolegomena 10. それはまた「富裕な者より貧しい者」への財貨分配とも両立しうるものであるとみられている（ibid.）。

【図表 2】プーフェンドルフの法体系論（『義務論』による）

神の啓示			
自然的義務 (自然法)	神に対する義務		
	自己自身に対する義務		
	他人に 対する 義務	絶対的義務	他人を害しない義務
			他人を自然的には自分と同等と評価し、 取り扱う義務
			他人にとって有用である義務
		仮定的義務 (合意に基づく)	言語
			所有権
			人間に対する支配権
国家法			

が議論の対象となるものである。また、自然法の定義・内容・分類、神意法や人意法との関係についても、自然法論者によって必ずしも一様ではない。例えば、プーフェンドルフは、自然法、国家法、神意法の関係を【図表 2】のように説明している⁵⁷⁾。しかし、いずれにせよ、このような自然法認識の試みは、法の体系的な記述への並々ならぬ意図を示している。

近代自然法論は、シビル・ロー諸国に対してのみならず、コモン・ロー諸国、とりわけアメリカ独立革命時におけるペンシルベニア、マサチューセツ

56) 財の獲得や自由競争に対するグロティウスの肯定的評価は、各人の利益 (utilitas) 追求の促進が、社会生活全体の効用を向上させることにも通じうるとい、社会および人間本性に対するグロティウスの柔軟な理解に基づくものと考えられる。Grotius, op. cit. (n. 54), Prolegomena 9, 16. この点は、今日の理解では、功利主義的発想と解釈される余地がある。

57) 松尾弘「プーフェンドルフの所有権論と法理論の展開——『義務論』を中心に——」比較法史学会編『歴史と社会のなかの法 (ヒストリア・ユリス 2号)』(未来社、1993) 348-349頁参照。

などの植民地に対しても、憲法などの基本法の形成に対して影響を与えた。この側面においては、アメリカをはじめとする北アメリカの法体系にはシビル・ロー的要素も混入していることが看過されえない⁵⁸⁾。この観点からは、あらゆる立法、その他の国家行為が最上位の法である憲法に適合しているかどうかについての審査を受けうるという司法審査の制度が注目される。これは、諸規範の間に階層秩序があるとみる体系的な法観念に基づく制度であり、シビル・ローに特徴的なものとみられている⁵⁹⁾。しかも、近代憲法は市民に対する人権保障を主眼にしていることから、実質的に司法審査は人権保障のためのより実効的な手段となることが期待されている⁶⁰⁾。

以上のように、シビル・ロー・コンセプトを理解するためには、近代自然法論の影響を十分に咀嚼することが必要かつ有益であるように思われる。もっとも、そのこと自体に本小稿で深く立ち入ることはできない。そこで、以下では、シビル・ロー・コンセプトを理解するための手がかりとなりうる例として、所有権の概念および契約や不法行為による帰責の原理に限定して、若干の確認をするにとどめる。

(2) 所有権の概念と効力

シビル・ロー・コンセプトを具体化した制度の例として、所有権の概念（および所有権を典型例とする財産権ないし権利一般の概念）を挙げることができる。

58) ヴィアッカーは、啓蒙期自然法論の影響自体が、基本的にはローマ法をベースにしており、それゆえに「北アメリカの法体系の血管にはローマの血が流れている」とみる。Wieacker, op. cit. (n. 8), pp. 260-261.

59) Rogowski, op. cit. (n. 3), p. xv.

60) そのために憲法裁判所を設ける形態も通常裁判所に合憲性審査権を授与する形態もある。また、合憲性審査機関の権限を公布以前の立法の合憲性に限定する場合もある。いずれにせよ、合憲性審査は、審査機関を設立すれば可能になるといった単純なものではない。合憲性審査機関といえども、その時々々の権力関係をはじめとする政治状況を無視することはできず、その合憲性の判断の実効性を維持するためにも、自制を含む慎重な権限行使を求められるであろう。Rogowski, op. cit. (n. 3), pp. xv-xvi.

その特色は、所有権が本質的に社会的承認に基づく社会的存在であり、それゆえに社会的制約に服する余地があるとみるものである⁶¹⁾。

このような社会的承認を含意する所有権概念は、私法と公法との体系的関連づけが十分に発達していなかったとみられるローマ法には、たしかに明文のテキストとしては見出されない。しかし、このことは実際にローマ法の所有権が無制限の、いわゆる「個人主義的」なものであったことを意味しない。むしろ、現実には公法に基づく種々の制約があったとみられる⁶²⁾。そして、すでに注解学派のバルトルス (Bartolus de Saxoferrato, 1314-1357) は、「所有権 (dominium) とは、法によって禁止されていないかぎり、有体物を完全に処分できる権利である」と定義している。ここからは、完全な権能である所有権といえども、法によって制限される余地を内在させていることが、所有権に関する自覚的定義がされるようになったごく初期の時代から認められていた事実を看取することができる。実は、その背景には、元来自然法上は共同所有がルールであり、私的所有権は原罪の帰結であるとみる自然法論の伝統が存在した。これに対し、13世紀以降のスコラ学を通じて、私的所有権も一定範囲では自然法に反しないことが認められるようになり、17世紀の近代自然法論において自然法上の制度として承認されるに至ったという、シビル・ローの伝統における私的所有権についての長い論争史がある⁶³⁾。そして、私的所有権を積極的に承認した近代自然法論においてもなお、緊急状態においては、たとえ他人の私

61) そして、まさにそれゆえにこそ、社会的制約の名の下に国家権力（政府）が濫用されないよう、上位規範による監視が要請されることになる。その典型例が、憲法による所有権の保障および合憲性判断機関への違憲審査権の付与である。

62) 原田・前掲（注17）103頁参照。

63) 以上につき、松尾弘「グロチウスの所有権論——近代的所有権概念の精神史的基礎に関する序章的考察——」（慶應義塾大学大学院法学研究科修士論文、1987）11-28頁。例えば、中世スコラ神学者オッカム (William of Ockham, 1285年頃 - 1349/50) は、「所有権 (dominium) とは、裁判において現世財の返還を要求したり、その他自然法によって禁止されていないあらゆる手段によって現世財を要求する、人間の基本的権能 (potestas humana) である」と定義した。同前16頁参照。

的所有物であっても利用することができるという意味での緊急必要権（*ius necessitatis*）の留保を伴っていることが、強調されている⁶⁴⁾。

このような所有権概念の伝統は、シビル・ロー諸国に連綿と承継されており、シビル・ロー・コンセプトの中核をなすとみることができる。それは、「所有権は義務を伴う」（*Eigentum verpflichtet*）としたワイマール憲法（1919年）153条3項を待つまでもなく、すでに近代法における所有権の古典的定義に表れている。フランス民法（1804年）544条は、「所有権は、法令によって禁止された方法で行使されないかぎり、最も絶対的な仕方でも物を享受し、処分する権利である」とする⁶⁵⁾。このように法の留保を伴った所有権概念は、所有権の内容として公法的義務を強調したゲルマン法の影響とみるよりも、潜在的にはローマ法で、少なくとも中世ローマ法学によって認められていた、シビル・ローの伝統とみるべきであろう⁶⁶⁾。このコンセプトは、「物の所有者は、法律または第三者の権利に反しない限り、その物を任意に処分し、他人の一切の干渉を排除することができる」（ドイツ民法903条前段）、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」（日本民法206条）など、シビル・ロー諸国の民法に承継されている。

そして、このような所有権概念は、近代自然法論者により、所有権（*dominium*）を範型とする権利（*ius*）概念にも一般化されてきた。すなわち、

64) 例えば、グロティウスは、「財産の所有者は、慈善（*caritas*）の規則に基づいて欠乏状態にある者にその物を与える義務を負うのではなく、すべての物が最初の権利（*ius primitivi*）〔共有物の使用権〕の留保を伴って、所有者に分割されたと考えられる」としている（Grotius, op. cit. [n. 54], II (2) 6. 4）。このように緊急必要権（*ius necessitatis*）は、慈善的な弱者保護の制度というよりも、そもそも厳格な意味における権利としての所有権に内在する本質的制約と理解されているのである。

65) なお、フランス人権宣言「人および市民の権利宣言」（1789年）17条は、「所有権は、一の神聖で不可侵の権利であるから、何人も適法に確認された公の必要性が明白にそれを要求する場合で、かつ事前の正当な補償の条件の下でなければ、これを奪われることがない」としている。訳は、高木八尺＝末延三次＝宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、1957）133頁による。

66) 原田・前掲（注17）103頁参照。

権利 (ius) 自体が社会によって (いわば間主観的に) 承認された道徳的性質 (qualitas moralis) のものなのであり、個々の権利主体に与えられても、なおも道徳的権能 (facultas moralis) を保つものと解されている⁶⁷⁾。その結果、シビル・ローにおいては、法 (ius) と権利 (ius) が同じ言葉で表わされることになった。この伝統は、フランス、ドイツ、イタリア、スペイン、ロシア等においても引き継がれている⁶⁸⁾。これに対し、興味深いことに、英語には ius に直接に対応する言葉が欠けている⁶⁹⁾。

こうしたシビル・ローにおける所有権概念ないし権利概念の含意は、様々な形でシビル・ローの制度に具体的されていることが注目される。例えば、私法上の制度としては、善意取得の制度化が注目される⁷⁰⁾。これは、所有者の利益ないし静的安全と善意の取得者の利益ないし動的安全との調整を図る政策的な考慮を反映した実定法の帰結として理解されるが、無権利者との取引により、なぜ、どのようにして取得者が権利 (所有権) を取得できるかは、法理の根幹を揺るがしかねない問題である。この帰結は、形式的にはいくつかの説明

67) 松尾・前掲 (注63)) 23-28頁、同・前掲 (注27)) 121-125頁。

68) すでにヴィノグラドフは、法と権利の両義をもつラテン語の ius に相当する語として、フランス語の droit、ドイツ語の Recht、イタリア語の diritto、スペイン語の derecho、スラブ語の provo に注目している。P・G・ヴィノグラドフ／末延三次＝伊藤正己訳『法における常識』(岩波文庫、1972) 24頁、56頁。

69) 英語の law はラテン語の lex に当たる。Ius は文脈により、law または right として訳される。そのことが、ローマ法理論をイギリスに導入するに際し、若干の困難をもたらしたことにつき、ヴィノグラドフ／矢田＝小堀＝真田訳・前掲 (注20)) 129-130頁参照。

70) 当初は、所有者が所有権に基づく返還請求をする際に、善意・有償で、自由市場において動産を取得した者に対し、所定の要件の下で、支出した代価の償還請求を認め、取得者がそれを受領するまでは回復義務を免れるとされた。これは、アントワープの都市法をはじめ、17世紀オランダの実定法を反映しているとされる。松尾・前掲 (注27)) 115頁参照。その後、この制度は、バイエルン州法典第2編第2章7条・10条、ザクセン民法典295条・314条～315条、プロイセン一般ラント法第1編第15章44条などにみられる。さらに、フランス民法2279条、ドイツ民法932条～936条、日本民法192条～195条などは、善意者の即時取得を承認した。盗品・遺失物の回復についての例外規定の有無や回復可能期間、代価弁償の要件、競売における例外の有無等、制度構成の内容は各国の法政策的判断に応じて多様である。

が可能であろうが⁷¹⁾、いずれにしても権利（所有権）概念の社会性を前提とすることがなしには、一つの法体系の内部で整合的に説明することは困難であろう。

所有権をはじめとする権利の社会性は、その実務における運用や裁判における解釈の仕方により、社会全体の効用の増大をもたらすための手段となりうる一方で、政府や政府から公権力を授与された主体による恣意的な権利侵害を生じさせる危険性をもつねに表裏一体的に内包する。このことは、所有権に内在する制限や、さらに一般的に、私権は公共の福祉に従うという権利概念が承認されている場合には⁷²⁾、とくに留意が必要な点である。

また、私権に対する公法的制限が行われる場合でも⁷³⁾、やはり一つの法体系の中での権利に内在する制約と解されるときは、同様の注意が必要である。

(3) 契約および不法行為に基づく帰責の原理

法の体系化を進めてきたシビル・ローの伝統では、他人を義務づける債権・債務の発生原因についても、その帰責の根拠を体系的に説明することが追求されてきた。それにより、ローマ法の関連する多様な制度の整序が試みられた。この点でも、最も統一的な視点を追求し、提供したのは、近代自然法論であった。例えば、グロティウスは、債権・債務の発生原因を、①合意（pactum）、②不法行為（maleficium）、③法（lex）の三者と捉えた⁷⁴⁾。

このうち、①合意の分析により、グロティウスは諾成契約の原則性を主張するが、それに先立ち、合意を構成する約束（promissio）の要素である意思とその表示との関係について、つぎのように分析する。すなわち、「法的効果は、意欲（animus）に依存するが、しかし、意欲行為が表示行為によって認識可能なものとされないかぎり、たんに意欲行為のみによっては生じさせることができない。なぜなら、裸の意欲行為に法的効力を与えることは、人間の性質

71) 取得者による法定の権利（所有権）取得と真の権利者（所有者）の失権など。

72) 日本民法1条1項はその典型である。

73) 例えば、土地収用法に基づく権利の強制取得・使用、都市計画法、建築基準法等による制限、さらには、租税法に基づく租税の徴収等と権利の保障との調整基準が問題になる。

(*natura humanae*) と調和しないからである。……人間社会の本性 (*natura humanae societatis*) は、十分に認識可能なものとされた意欲行為に効力を与えずにはおかない。……十分に認識可能にされたもの (*quod sufficienter indicatum est*) は、たとえこれをした者〔の意欲〕に反しても、真実 (*verus*) とみなされる⁷⁵⁾。この記述からはグロティウスが表示主義者であるかのようにもみえるが、そのように理解すべきではない。なぜなら、この結論に至るまでの理論構成によれば、「法的効果は意欲に依存する」のであり、「熟慮された意思が欠けているところでは効力は認められず」⁷⁶⁾、究極的には「意欲行為に効力」が与えられると観念されているからである。そして、「表示によって外部に表現される意思行為 (*actus voluntatis*) は、**理性的意思** (*voluntas rationalis*) と理解されなければならない」とされ⁷⁷⁾、意思 (*voluntas*) の範疇で把握されている⁷⁸⁾。

74) Grotius, op. cit. (n. 54), II (17) 1. ちなみに、グロティウスは『オランダ法学入門』(Hugo Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheit*, 1631: *The Jurisprudence of Holland*, with the translation by R. W. Lee, 1926) では、債権・債務の自然法上の発生根拠を、①約束と②不均衡に求めている。このうち、①約束には、契約のほか、委任・組合で黙示的契約が擬制される場合、事務管理(準契約)に基づく場合、共有関係・相隣関係から生じる債権・債務なども含まれる。他方、②不均衡には、不当利得と不法行為が含まれている。松尾・前掲(注53)) 150-151頁参照。このことも考慮に入れると、『戦争と平和の法について』において、①合意 (*pactio*) および②不法行為 (*maleficium*) と並んで、債権・債務の第三の根拠として挙げられている③法 (*lex*) は、合意や不法行為によっては尽くされない債権・債務の発生原因として、独自の帰責根拠となりうる実定法を指すものと考えられる。なお、『オランダ法学入門』にいう「約束」が前述したような擬制的な契約をも含むものであるとすれば、「契約にとくに約定がない場合において、法の定めがあるときは、法に従って責任を負う旨の約束」が存在するとの解釈を通じて、法が帰責根拠となることをも約束によって根拠づけることにより、『戦争と平和の法』における帰責根拠論との接点を探ることが可能かも知れない。もっとも、それによって約束の擬制的性質は一層強まることになろう (【図表3】参照)。

75) Grotius, op. cit. (n. 54), II (4) 3.

76) Grotius, op. cit. (n. 54), II (11) 4. 3.

77) Grotius, op. cit. (n. 54), II (6) 1. 2.

78) これは、「人間の自己拘束行為に還元しうる社会類型的拘束 (*sozialtypische Bindungen*)」とも表現される。Malte Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Dissertation, Freiburg, 1959, S. 34.

それゆえ、問題は、表意者の意欲と表示との間に不一致が存在する場合に、どの程度の不一致ならばその表示をこの者の理性ないし意思に還元しうるのか、そして、そのような表示をこの者の意思という範疇で捉えることにどのような意味があるのかである。このことは、契約を構成する意思表示の解釈方法に反映する。

グロティウスは、表示の解釈（interpretatio）の方法につき、「正しい解釈」の規準は言葉（verbus）と推定（conjectura）をとおして行われる「表示に基づく最も蓋然性の高い意図の導出」（collectio mentis ex signis maxime probabilibus）であるとみる⁷⁹⁾。したがって、解釈の対象は、表示のもつ純粹に客観的な意味⁸⁰⁾ではなく、表示に客観化された約束者の「意図」（mens）であるとする⁸¹⁾。したがって、とりわけ推定による解釈に際しては、約束者の義務を拡大するような拡張的な（extendens）解釈は、それと反対の縮小的な（coartans）解釈に比べて容易ではない。なぜならば、効果の不発生のためにはただ一つの原因の欠如で十分であるが、効果の発生のためにはあらゆる原因の同時発生が必要であるように、義務の発生のためには、その合理的な理由（ratio）が存在するだけでは足りず、合理的な理由がなくともただそれ自体で十分な原因である意思（voluntas）の存在までが必要になるからである。それゆえに、拡張解釈のためには、約束者がそのように考えるであろう合理的な理由が存在するだけでは不十分であり、約束者自身が——少なくとも一般的には——実際にそのように考えたことが必要であるとされる⁸²⁾。ここにはグロティウスの「意思主義」に特徴的な一面がよく表れているように思われる⁸³⁾。

79) Grotius, op. cit. (n. 54), II (16) 1. 1-2, 2, 4-7.

80) ちなみに、日本民法における意思表示の解釈論上、表示の客観的意味を探索すべきとする表示主義的（客観的）解釈の立場をとるものとして、我妻栄『新訂・民法総則』（岩波書店、1965）239頁、末川博『民法総則』（弘文堂、1941）125頁以下、松坂佐一『民法提要・総則（第3版増訂）』（有斐閣、1982）195頁以下がある。

81) Vgl. Diesselhorst, a. a. O. (Fn. 78), S. 56.

82) Grotius, op. cit. (n. 54), II (16) 20.

83) 松尾・前掲（注53）140頁参照。

つぎに、契約の成立要件について、グロティウスは、「別段の合意がないかぎり、書面は契約の本質的部分 (pars substantiae) ではなく、記録 (monumentum) として用いられ」、「契約の有効性 (validitas) のために書面は必要でなく、書面化とその交付以前に契約 (contractus) は完成するとし、方式は契約の有効要件としてすら要求していない⁸⁴⁾。ちなみに、ローマ法では、①訴求可能な契約類型が限定され、②そのような契約に基づく債務関係も、一定の方式に則った行為によって行われてはじめて法的拘束力を生じると観念されていた⁸⁵⁾。そうした契約の類型と形式の限定性はローマ法上次第に緩和されてゆくが、方式性の最も緩和された諾成契約ですら、その拘束力は相互の給付を条件づけ合うことによって維持され、当事者の「意思」にその拘束力の根拠を求めるものではなかった⁸⁶⁾。これらは、前述した12世紀イタリア注釈学派に発する衣の理論⁸⁷⁾、合意が訴求可能であるためにはつねに一定の原因 (causa) を要するとする原因理論⁸⁸⁾、12世紀教会法学に始まる無方式の合意の (教会法

84) Grotius, op. cit. (n. 54), II (16) 30. グロティウスは、この見解が注解学派バルドゥス (Baldus de Ubalidis, 1327-1400) らの意見に反するにもかかわらず、すでに裁判所によって採用されているとする。

85) Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, § 57 (1). メイン／安西訳・前掲 (注15)) 229頁以下参照。

86) 広中俊雄『契約法の研究』(有斐閣、1958年) 29頁注23、同『契約とその法的保護 (増補版)』(創文社、1987年) 158頁以下。

87) Hermann Dilcher, „Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht“, *Savignys Zeitschrift (Rom.)*, Bd. 77, 1960, S. 273 ff. 例えば、プラケンティヌス (Placentinus, c.1120-c.1192) は、請求可能な合意を、「裸の合意」(nuda promissio) に対置させて、「衣をまとった合意」(pactum vestitum) とし、その要件につき「衣を着せられた合意は五つの方法で衣をまとわされる。消費貸借のように物によって、問答契約のように言葉によって、手書のように文書によって、売買とか賃約とかいったように特定の名前にして形成された同意によって、そして、やはり法律によって述べられているように、引き渡された物自体において合意は衣をまとわされる」(『勅法集成』[*Summa Codicis*, c.1170] II (3)) と理論化した。

88) 例えば、Ulpian *Digesta*, 2. 14. 7. 24に対するアックルシウスの注釈。これには、中世スコラ学の因果論が影響を与えている。Alfred Söllner, „Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten“, *Savignys Zeitschrift (Rom.)* Bd. 77, 1960, S. 182 ff., 219 ff.

上の拘束力の承認⁸⁹⁾等により、その克服が試みられた⁹⁰⁾。しかし、無方式の合意の一般的訴求可能性に関する諸説の対立は、16世紀に至っても続いていた⁹¹⁾。

このような状況の中でグロティウスは、契約の効力発生根拠を、合意（pactum）の構成要素である約束（promissio）に分解して分析する。すなわち、——

将来の事柄に関しては、三つの言い方を区別することができる。つまり、①将来のことに関する現在の意欲の表明（assertio）——私は君に与えたい——、②将来のことに関して述べたことを維持する必要性についての意思決定を伴う表示（pollicitatio）——私は君に与えよう——、③将来のことに関して相手方に権利を与える旨の意思決定の表示（promissio）——私は君に与えることを約束する——である。このうち、①では表意者に意思変更の権利がある。②は表意者を拘束するが、相手方がそれを強制する権利はない。これに対し、③の場合にのみ相手方は約束を強制する権利をもつ。これにより、約束という一方的な行為それ自体の中に拘束力の根拠があることが主張された⁹²⁾。このようにしてグロティウスは、諾成契約の「原則性」を打ち出したのである⁹³⁾。

このことがシビル・ロー・コンセプトの形成史の中でもつ意味は大きい。な

89) 例えば、フグッキオ（Huguccio, ?-1210）は、報酬約束を題材にして、「義務づけに際して方式行為（stipulatio）が干渉することの許されない」一方的に義務づける裸の約束（nuda promissio）の拘束力を、神への宣誓との類似性などに基づいて承認する。Cf. Dilcher, a. a. O. (Fn. 87), S. 281 ff.

90) 15世紀には、反復された合意（pactum geminatum）の市民法上の訴求可能性が認められ、さらに、裸の（無方式の）合意の不履行に対しても、悪意の訴権によって損害賠償請求が認められている。Söllner, a. a. O. (Fn. 88), S. 264 f.

91) 訴求可能性を肯定したのは、例えば、ヴェーゼンベック（Matthäus Wesenbeck, 1531-1586）であり、無方式合意の市民法上の訴求可能性は共通見解（communis opinio）であるとした。これに対し、無方式合意の訴求可能性を否定したのはフィニウス（Arnoldus Vinnius, 1588-1657）である。Vgl. Günter Wesener, „Die privatrechtlichen Normen de Usus modernus“, *Ius Commune, Sonderheft*, Bd. 30, 1987, S. 288.

92) Grotius, op. cit. (n. 54), II (11) 2, 3, 4.1.1-5. グロティウスのpromissio概念については、新井誠「ヴィアッカーにおけるグロチウスのPromissio概念（一）、（二・完）」民商法雑誌81巻2号208頁以下、3号336頁以下（1979年）参照。

ぜなら、中世スコラ学および教会法が、契約当事者間における給付と反対給付の等価性を基準とする契約正義に立脚し、正当価格 (iustum pretium) の要請、利息制限など、契約の内容的統制を行う諸制度を支持したのに対して、グロティウスは、契約当事者の「理性的意思」を決定的なものと解し、原則として価格自由の承認および利息に対する寛容な態度を通じ、契約自由の原則の確立に道を拓いたと解されるからである⁹⁴⁾。

以上のように、債権・債務の発生原因ないし帰責原因の一つとしての合意に関するグロティウスの理論は、合意の拘束力の根拠論、意思表示の解釈方法論、契約の成立要件論などにみられるように、「理性的な意思」(voluntas rationalis) に立脚している。この原理を本稿では、**理性的意思主義**と呼ぶことにする。

また、第二の帰責原因としての不法行為 (maleficium) について、グロティウスは「人間が一般に、または何らかの資格の理由に基づいてなすことを要することと相容れないすべての過失 (culpa)」と定義し、過失による作為または不作为によって損害が生じたときは、それを賠償すべき「債務が自然的に発生する」ことを認めている⁹⁵⁾。

すでに指摘されているように、シビル・ローの特色として、不法行為の統一

93) Grotius, op. cit. (n. 54), II (11) 1.3-5, 4.1. Vgl. Theo Mayer-Maly, „Die Bedeutung des Konsensus in privatrechtlicher Sicht“, in: G. Jacobs (hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 95 ff., S. 98; Günter Wesener, „Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB“, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1984, S. 117 ff.

なお、グロティウスの理論における契約類型としては、(a)無償契約として、①贈与、②委任、③使用貸借、④寄託、⑤質入れが、(b)有償契約として、①消費貸借、②交換、③為替手形、④売買、⑤永貸借、⑥賃約 (とくに賃貸借および雇傭)、⑦組合、⑧保証、⑨授封契約が挙げられている (Grotius, op. cit. (n. 74), III (6) 5-8)。このうち、要物債務 (obligationes quae re contrahuntur) は、(a)③、④、⑤および(b)①であり (ibid., III (7) 1)、諾成債務 (obligationes ex consensu) は、(a)①、②、(b)③～⑨である (ibid., III (12) 1; (2) 1, 12, 15, 16)。なお、交換 ((b)②) は、当事者双方が未履行の場合には、どちらの当事者も撤回が可能であり、また、一方の当事者のみが履行した場合には、この者は、相手方に対して履行を強制するかまたは自分が給付した物の返還を求めるかの選択権をもつことから、要物債務にも諾成債務にも属さない、とされる (ibid., III (12) 1; III (31) 8-9)。

的要件ないし統一的不法行為概念の存在が指摘されている⁹⁶⁾。シビル・ローにおけるこうした一般化のルーツは、少なくともグロティウスにまで遡ることが確認できる。その理論的・実践的意義が、当時の時代状況から現代のそれへの推移、および現在の問題状況に照らして、検証される必要がある。

以上に概観したグロティウスの法体系論は、プーフェンドルフ（Samuel

94) Klaus Luig, „Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB“, *Ius Commune, Sonderhefte*, Bd. 17, 1982, S. 171 ff. グロティウスは、「価格（pretium）について相互に駆け引きすることは許される」とし、セネカ、ユスティニアヌスなどの見解を引用して、「買主はより安価で買おうとし、売主はより高価に売ろう」とすることは「売買の本質」であり、そして、「価格について合意された以上は、それにどれだけの価値があるかは問題ではな」く、「契約当事者の意思によって得られた利益は不正でもなければ、正されるべきものでもない」とした。Grotius, op. cit. (n. 54), II (12) 26. 1, 3. もっとも、グロティウスも無制限の契約自由を認めるのではなく、暴利行為に基づく原状回復や利息の最高限を国家法によって規制する必要性を承認していることに注意すべきである。Grotius, op. cit. (n. 54), II (12) 22, 26.

また、契約当事者間の対価的均衡および契約の有償性を、契約の効力や当事者の義務・責任の内容を規定する一要素として維持している点も見出される。例えば、2倍を超える対価的不均衡が生じている場合の原状回復請求（Grotius, op. cit. (n. 74), III (17) 5）、目的物保管の有償性の度合いに応じた注意義務の程度の差異などである。後者に関しては、もっぱら自己の利益のために物を占有する使用借主は、最も厳格な注意義務を負い、例えば、当該物を借りた場所と別の場所に携帯している間に強奪されたり難船によって喪失したときも責任を負う（ibid., III (9) 7）。これに反し、当事者双方の利益のために物を占有する質権者の注意義務はこれより軽く、懈怠（versuim）に対してのみ責任を負い、事変（ongheval）による場合には責任がない。もっとも、火災や窃盗による喪失には、反対の証明がないかぎり、懈怠ありとされる（ibid., III (8) 4）。さらに、もっぱら寄託者のために物を保管する受寄者は、不誠実あるいは重大な不注意（ontrouw ofte groote achteloosheid）がなければ、または自己の財産に対して通常払う程度の注意をしていれば責任を免れる。ただし、報酬約束がある場合にはより高度の注意義務を負う。しかしまた、受寄者が自発的に保管を申し出た場合にはすべての過失について責任を負う（ibid., III (7) 6, 9, 10）。また、動産売買における所有権移転時期を代金支払時とする規定（ibid., II (5) 14）なども挙げられる。

95) Grotius, op. cit. (n. 54), II (17) 1. 原田・前掲（注17）374-379頁、松尾・前掲（注53）151頁参照。

なお、統一的不当利得概念の創設者ともいわれるグロティウスの不当利得論につき、松尾・前掲（注53）150-151頁参照。

Pufendorf, 1632-1690)、ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754)、さらには、カント (Immanuel Kant, 1724-1804)、サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) などにより、一部は承継され、一部は批判されて変容を受け、フランス民法典、オーストリア一般民法典、ドイツ民法典、スイス民法典、その他のシビル・ロー諸国の法典ないし法体系へと展開することになる。その過程では、例えば、法の体系化の骨格をなす契約理論においてすら、その意思概念や契約観に関して、シビル・ローの内部において相違があることも指摘されている⁹⁷⁾。

96) 五十嵐・前掲 (注4) 220頁。例えば、フランス民法1382条は「人のいかなる行為も、それがその者の過失 (faute) によって他人に引き起こした損害に対し、それを賠償するようその者を義務づける」とする。なお、シビル・ローの影響を受けたスコットランド法にも、不法行為の一般的構成要件が認められる。シビル・ローの伝統とスコットランド法との関係につき、David L. Carey Miller and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, Duncker & Humblot, 1997参照。

97) 例えば、筏津安恕『失われた契約理論——プーフェンドルフ・ルソー・ヘーゲル・ボワソナード——』(昭和堂、1998) は、プーフェンドルフの「合意」理論には、合意の内容をその社会的評価に基づいて特定するという、当事者個人の意思には還元し切れない要素 (契約の目的、契約の性質、正義、衡平、事物の本性、共同善など) が含まれるとみている。そのことが、契約における等価性の要求と莫大損害 (laesio enormis) の制度の承認、合意のみによる所有権移転の承認、当事者の相互的同意 (mutuus consensus) による契約の成立の承認、合意がもつ当事者の意思に還元しえない独自の存在性の承認 (合意の解釈に際し、当事者の意思が明らかにならなくとも合意を特定しようとする) 等、プーフェンドルフの契約理論を特徴づける要素を創出したしたとみる (とくに同書12-13頁、37-173頁参照)。

さらに、同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編——ヴォルフ・カント・サヴィニー——』(昭和堂、2001) は、(a) そうしたプーフェンドルフの契約理論 (「他律的意思」に基づくとされる) がヴォルフのそれと親近性をもつ一方、(b) カント、サヴィニーらによって展開された契約理論はこれと異なるタイプのもの (「自律的意思」に基づくとされる) であり、両者は併存可能であるが互換不能であると分析する。そして、(a) 前者は他律的意思に基づく義務の体系と法学提要 (Institutiones) の体系に親近性を持ち、フランス法的な契約理論に通じたのに対し、(b) 後者は自律的意思に基づく権利の体系とパンデクテン体系、そして、ドイツ法的な契約理論に通じたとみている (とくに同書4-270頁参照)。しかし、その際にも、(b) 自律的意思に基づくとされる権利体系や契約理論が、権利に内在する社会的制約や契約の成立・解釈・内容をめぐる社会的拘束をどのように評価し、理論的に取り扱っていたかが重要な問題になると思われる。

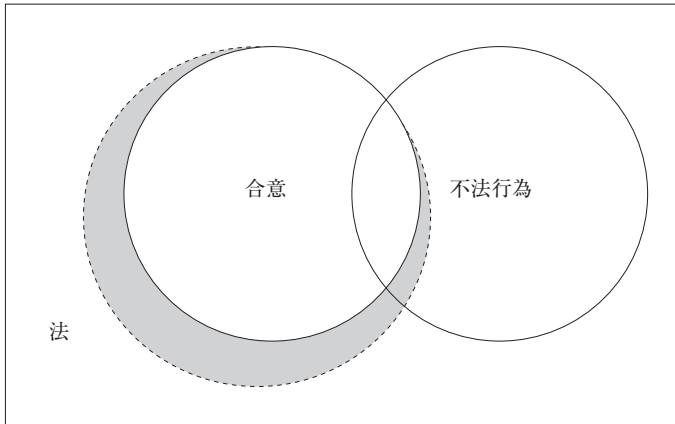
たしかに、シビル・ローの伝統の中にも、法体系論の基本原理に関して、異なるタイプのものが展開する余地は十分にあったとみるべきである。しかし、それがなぜ生じ、何を意味するか、そして、それがどのような発展可能性を潜在的にもちうるかを、従来のシビル・ロー・コンセプトの展開を踏まえて吟味すべきであろう。

そして、以上にみた債権・債務の発生原因ないし帰責根拠としての①合意および②不法行為と、同じく③第三の帰責根拠としての法との相互関係が問題になる⁹⁸⁾。その際には、一方では、合意を構成する「意思」が、けっして純粹主観的な意思ではなく、社会的通用性をもちうる「理性的意思」と捉えられていたこと、他方では、不法行為においても自然法上は「過失」(culpa)が要件とされていたことを考慮に入れ、法による債権・債務の創設の範囲とその内容を画定すべき基準を検討する必要がある（【図表3】参照）。この点は、現代の民法改正においても、契約における帰責原理、不法行為における帰責原理および法定責任の相互関係という形で、具体的に問題になっている。こうした制度間関係の問題が近代自然法論の段階でどの程度自覚的に分析されていたか、現行のシビル・ロー諸国の法体系の背景を明らかにするためにも、それらよりも遡って理論的に検討を加える必要があるように思われる。

その理由は、一方では、契約責任と不法行為責任がともに問題になる事件（交錯領域）、および契約によっても不法行為によってもカバーされない損害が発生した事件（空白領域）などが珍しくない現象となっており、そうした実践的問題関心から、両者に共通する帰責原理の探求（交錯領域について）、および契約責任の拡大可能性と法定責任との関係の分析（空白領域について。【図表3】

98) 前掲注74)および該当本文参照。例えば、フランス民法では、先に引用した1182条（前掲注96)）と、1135条「合意は、その中で明示的に表現された事項についてのみならず、衡平、慣習または法律が債務の性質に従ってそれに付与した全ての帰結についても拘束力をもつ」、1147条「債務者は、必要がある場合には、その者の側になんら悪意が存しない場合であっても、不履行がその者の責めに帰すことができない外在的事由から生じたことを証明しないときはすべて、あるいは債務の不履行を理由として、あるいは履行の遅滞を理由として損害賠償の支払いを命じられる」などの相互関係が、分析対象になりうる。

【図表 3】 帰責の根拠



のグレーゾーン) が必要になっているからである。また、他方では、シビル・ロー・コンセプトの下では、制度間関係の分析、それを踏まえた法体系論の進展が、絶えず理論的に要請されていることにもよる。それはたんに無味乾燥で形式的な統一ルールの探求ではなく、シビル・ロー・コンセプトに内在する規範理論的要求というべき本質的要素である。そのようにして、不法行為責任や法定責任との関係において契約責任をみるという視角、いわば契約責任の外から契約責任をみることにより、その帰責原理やその根幹にある(べき)当事者の「意思」の意味をより深く分析することができると考えられるからである⁹⁹⁾。そして、そのことが真の意味での法的発展 (legal development) に資すると思われる。

(4) 小括

以上の概観から、シビル・ローの伝統は、ローマ法とその継受のプロセスにおいて、従来その特色として指摘されてきた諸要素を徐々に形成し、付加し、

99) このような観点からの興味深い研究として、高畑順子『フランス法における契約規範と法規範』(法律文化社、2003)、とくに1頁以下、89頁以下、118頁以下、145頁以下がある。

相互に関連し合いながら、『シビル・ロー・コンセプト』というべき一つの理念を徐々に色濃くしてきたということができるようと思われる。このコンセプトは、(i)形態面では、関連する個別ルールからの一般化、そうした一般ルール間の体系化、それをできるだけ包括的に記述（明文化）し、整序して伝えようとする企図、(ii)内容面では、社会的存在としての権利を中核とする権利の体系からなる私法、それに実効性を与える政府の組織化とこれをコントロールするための公法からなる包括的な国家法、(iii)機能面では、そうした包括的な国家法の整備が社会の開発のための未来設計図であり、新たに形成し、または改革すべき国家の統治の手段であるという観念によって特徴づけることができるであろう¹⁰⁰⁾。このような観点からは、シビル・ロー・コンセプトの具体的な形態

100) シビル・ローないし大陸法諸国の法文化においては、政府は「統治する固有の権限」(the inherent power to govern)をもっている（統治は「固有の権限」である）のに対し、司法は「法によって付与された権限」(a statutory grant of power)であると観念されている。それと対照的に、コモン・ローでは、司法は裁判する固有の権限(the inherent power to adjudicate)をもっているのに対し、統治（行政）は「法によって付与された権限」であると考えられている。興味深いことに、両者は「縮減不可能な相違」であるとみられている。Kahn-Freund, op. cit. (n. 4), p. 160; Legrand, op. cit. (n. 4), pp. 74-75; 戒能通弘「G・トイブナーの法の移植に関する議論について」同志社法学53巻5号（2002）54-55頁。また、統治の手段としてのフランス民法典の意義に関し、Horatia Muir Watt, "Observations comparatives sur le code civil," in: Duncan Fairgrieve (ed.), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, British Institute of International and Comparative Law, pp. 57-61参照。

そして、国家の未来設計図の色彩の濃いシビル・ローにおいては、「予め確立された法規範が、可能な限り社会に浸透すべきことが期待されている。法は、裁判官だけのものではなく、民衆一般のものでもある。大陸の裁判官は政府の官吏であるから、行為規範としての法によって民衆を教育しなければならない。それ故裁判官は、自ら積極的に真実を探索しなければならない」といわれる。これに反し、「およそイギリス人は、大原則とか抽象的・一般的法規範の樹立を好まないし、法規範は基本的に裁判規範として裁判官のものであり、必ずしもそれが社会に浸透する必要はないと考えている。かれらは法によって民衆を教育し徳化するまでもなく、ただ社会的秩序の攪乱に対する効果的防御に専念している。……裁判官は裁判すればよいのであって、自ら真理探究者ではないのであるから、証拠の収集とか証人尋問や鑑定人の依頼などは、すべて当事者に任せておけばよい」と理解されている（大木・前掲（注4）「大陸法とコモン・ロー」149-150頁）。

は相当に多様であるものの、いわゆる大陸法系諸国の少なからぬ既存の法秩序に全面的にまたは部分的に当てはまるであろう。それはまた、社会主義法の形成に対しても、相当に大きな影響を与えたように思われる¹⁰¹⁾。

しかし、ここで注意すべきは、本稿で確認したシビル・ロー・コンセプトは、シビル・ローに属するといわれる各国の法秩序そのものというよりも、その政治的・経済的・社会的土壌から相対的に独立した、法体系そのものの性質であるということである。このことは、シビル・ロー・コンセプトがその具体化の過程でどのような成果、問題点、副作用、その他の帰結をもたらすかは、それを各国の政府や市民がどのように運用するかにも、少なからず依存していることを意味する。したがって、それが例えば開発途上国において統治改革や国づくりのツールとして用いられる場合、それがどのような成果をもたらすか、結果はもちろん、特定の傾向すらも保障するものではない。シビル・ローは、政府や市民による用い方により、経済的にも政治的にも社会的にも帰結が大きく異なる、両刃の剣であるというべきであろう。

101) 社会主義法がシビル・ローの伝統と密接な関連性をもつことについては、John Quigley, "Socialist Law and the Civil Law Tradition," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, pp. 781-808が指摘する。これに対し、社会主義法の（大陸法からの）独自性を重視する立場に基づく批判的分析として、五十嵐・前掲（注1）191-210頁がある。