

Title	教会法の理論として現はれたる自然法の観念
Sub Title	
Author	打村, 鉦三
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1936
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.30, No.6 (1936. 6) ,p.851(69)- 904(122)
JaLC DOI	10.14991/001.19360601-0069
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19360601-0069

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.

今回は調査方法についての考察に止めておいた。慶應義塾學生々活調査の報告は既に本誌に於いて二回發表した。内部的な項目ではあるが「學校に對する希望」も既に發表した(「三田評論」本年四・五月號)此の學生調査は整理がほぼ完成した故に近く何等かの方法で纏めたいと思ふ。「三田街社會調査」に就いても其の發表の機會を得たいと思つてゐる。最近又、地域調査を行ふ計畫があるので、之れを、從來調査したもの、成績を反省しつゝ一纏めにしたのである。諸賢の叱正を得れば頗る欣幸である。

(昭和十一年五月二十五日)

教會法の理論として現はれたる自然法の觀念

打村 鑛 三

本稿は素と後續の機會に於いて發表を豫定する別の拙稿「中世基督教會と婚姻——古代・中世に於ける自然法とその實證法的適用」の記述の一部を寫したものであるが、同稿一篇を通じての論述とこの部分との鈞合——主としてその論文の構成上より云つて、長きに失したるの結果、同篇に於いてこの部分に當るところは別に適當と思惟する記述を以て之れに代え、一方取り除きたる一括の記述を、これに必要な添削を加へ、一個獨立の論稿たるの體裁を得しめて先づ茲に本誌の紙面を借りた。自然本篇は、獨立の論文としては、實は前記論稿の中に在つてその論證を援けることに依つてはじめてその意義と、多少の價値を有すべき資料的性質の記載を含むことを憾とすれども、猶ほ姑らく之れに前掲拙稿に於ける該當部分に於ける論述の補充的(且つ伏線的)役割を勤めしむるの意に於いて茲に紙幅を領することの許を乞はんとするものである。尙ほ彼此の記述に重複あらんことは努めて之れを避け、同一事を云ふの不可避に當つても、能ふ可くんば別の材料、別の論法を以てすることに注意したのであるが、尙ほその性質上、多少の重複は之れを免れなかつたことを附記する。

基督教會の信徒に對する法的規制が、所謂不法の法 *quellwidriges Recht* として存在したのは可成りに古い時代からのことである。或は能く之れを使徒時代にまで溯り得るとさへ稱せられる。(1)乍併固よりそれは國家の法とはお互に何の拘りも無いものであつたのだが、茲に中世加特力教會が俗世間に對して行ひ得た法的制壓——教會

の法は、寧ろその實力に於いて皇帝の法を凌ぐものがあつた。

(1) 栗生教授『婚姻法に於ける二主義の抗争』一三—一四頁。

由來基督教會は古く猶太より成文神法の思想を傳承し、總ての基督教徒は誠實に之れを承認することによつてイ
スラエルに對する神約に均霑するものと考へられた。斯くて早く教會はその信徒に對して法的規範を有したること
前述の如くであるが、然もそれが漸く準政治態としての發達を見つつあるに際しても、教會は、神法を認むること
に由つて現世的政治態たる國家とその法律からは固と他人であつた。原始基督教會はその本質よりして市民的生活
を嫌棄した。一方當時の社會も亦、その組織原理に於いて之れと相容れ難い教團の膨脹は、之れを拒否せざるを得
ない道理であつた。斯くて國家と教會、人法と神法との對立は必至的である。而してこの對立は基督教が羅馬
馬の國教となつた後に於いても尙ほ依然たるものであつたと云はれる。すなはち、神法及びその解釋と、羅馬法及
びその註釋とは、その當初に於いては全く別々の途に在つたのである。斯くてこの神法の下に在る一團の人々は、
國法の傍に在つて次第にその準政治態として實力を増し來りつゝも、なほ現世的組織からは隔絶してその神法的規
制を俗法に近かつかむるが如き要を認めなかつた事は元より、敢へて俗法を改修して之れを神法に一致せしむる
と云ふが如きこともまた、その考ふるところとはならなかつたのである。然も一度時かれ、培はれたる教會の神政
的勢力は、羅馬帝國崩壞後の未開諸王國及び外部チュウトン民族より形成せられたるものうちに在つてその知識
的優越により、聽て強固なる地盤の上に對俗支配の權を確立するに至らざれば熄まなかつたのである。斯くて漸く
法王及び僧正の法は、羅馬法及び諸王の法に超へて俗界にその權威を敷かんとするに至る。(2)事情が既にこの境
にまで來れば、元來他界主義を持する教會も、國法的權力に對する教權の意識的伸長を積極的に意圖するに至る。

かの教會法的徵利禁止令の強行の如き、すなはちこの意圖の特徵的な具體的發現の一であるが、(3)その實績—
威令の徹底度より云へば、之れが俗界婚姻事項に對する法的制約——教會の婚姻主權把握こそ、その代表的なるも
のと謂ふべきであらう。

(2) 「宮殿は皇帝に屬し、寺院は僧正に屬す」。かくの如くに嚴然先づ帝權よりの獨立を主張した教權はやがて少くとも
「信仰上の事に關して常に皇帝を裁くは僧正にして、皇帝が僧正を裁くものに非らざることを主張するに至るのである
が、これが教權の帝權に優る主張にまで發展するには必ずしも多くの困難を見るの要はなかつた。假令一方に於いて同じ
聖典に典據して君主も亦僧侶と等しく、その性質に於いて、その起原に於いて、神的なるものたるの論が行はれたと云つ
ても、畢竟聖典は僧侶の武器である。羅馬加特力教會の權威が遂には能く *proprio* なる中世君主に拮抗し、これを廢黜す
るの權力をさへ得たることは何人もよく知れるが如く、斯くて教會の法は、屢々その實力に於いて帝王の法を凌ぐに至つ
たのである。洵にかの *Deatum Gratiani* は明かに *Justinus* 一世の *Codex* の模倣であつても、その權威はまゝ、此れ
に超へて民衆の生活を規制したのである。(なほ J. D. Erdmann, *A History of Philosophy*, 3 vols., 1893, Vol. I, p. 420 ff.
高橋教授。『經濟學前史』第三編第三章。四二七—四二九頁參照)。

(3) 拙著『中世教會法的徵利論考』一一五—一一六頁。なほ詳しくは高橋教授。前掲書。四二七—四六七頁參看。

洵に基督教會が人類社會に於ける兩性關係に對して、躬からその監督者たるの地位に任ぜんとするの態度に出で
たのは、これ亦早くからの事である。たゞ然しそれは、元來多く宗教的戒行者に對する戒律的性質に在るものであ
つた。(1)然もやがて是れも、教權の對俗伸張の勢につれて、公民的法的規制のそれに變じ來つたのであつて、始
め中世諸國家はこの婚姻に對する教會の法的干涉の權を認むることを爲さなかつたのであるが、それにも拘はらず、

一般民衆が事實上、教會の婚姻規制に隨いて行つたことは之れを如何とも爲し難かつたところで、第十世紀頃に至るや既に教會は完全に婚姻事項の主管者となり了せて居たとさへ云はれる。(6)然もこの事が最も明確に示されたのは、第二十四回トレント宗教會議(一五六三)が教會の婚姻に對する主權を宣した以來のことと稱すべきであらう歟。斯くて一人の女は所謂 Kirchliche Trauung によつてのみ一人の男に嫁する。(6)すなはち教會の宗教的儀式によつてのみ唯り婚姻たり得る以外の婚姻は存在し得ないのである。従つてまた斯くの如くして成立した婚姻は、自然終始教會婚姻法の規制するところに服さざるを得ない道理、爾來教會の婚姻に對する強權は、佛國革命憲法(7)がこれを解き放つまでの永き間、この絶大の權力が、時に過當にまで振はるゝ弊害に對して起つた、かの大陸諸國に所謂「婚姻還俗運動」La sécularisation du mariage の、時に流血を伴つた熱意も之れを如何とも爲し難かつたばかりでなく、その後においても歐洲舊教國にあつては、今に尙ほその餘翳を見るのである。(8)

(4) 基督或は基督教の婚姻に對する意向を覗ひ得べきものとしては、新約全書「馬太傳」第五章二八節、「哥林多前書」第七章第一節、同七節、三八節、三三―三四節、「馬太傳」第十九章、第一一節以下等。而して以上のものとは、性質を異にする。その自然的婚姻觀は舊約全書「創世紀」第二章第七節、第二二―二四節、新約「馬太傳」第十九章第四―五節等。尙ほまた「創世紀」第四章、第一五節。以下、「哥林多前書」第十一章、第八―九節。舊約「以弗所書」第五章、第二八節。「哥羅西書」第三章、第一八―一九節等。

(5) 粟生教授「婚姻法の近代化」。五頁。

(6) 拙稿「婚姻に於ける生物學的」と社會學的」(本誌第二九卷第一號四三頁)。同じく拙稿「婚姻の制度的特性或は經濟性」(本誌第二八卷第三號。九八頁註(1))。

(7) 一七九三年佛國革命憲法は、教會の秘蹟原則に代つて婚姻をして「民事契約に過ぎざるものと認むる」の旨を宣言した。即ち La loi ne considère le mariage que comme contrat civile. Le pouvoir législatif établit pour tout les habitants, sans distinction le monde par lequel les naissance, le mariage et décès sont constants et il designera les officiers publics qui enverront les acts-art. 7. tit. 2.

(8) 歐米各國に於ける「別居制度」(Separatio a mensa et toro; Trennung von Tische u. Bett; Separation of bed and bread; Separation de corps.) の如きその例である。教會的婚姻立法に於いては、その聖典的根據から(馬太傳第十九章第六節以下を見よ)姦通に因る以外の離婚は絶対に許さなかつた。この事が、その實際的效果の上において「當時の隷屬的女性にとつて、專斷離婚制に比して、遙かに利益であつた」といふ消極的效果は、之れを認めることが出来るが、その他の點に於いて「斯る離婚制は如何なる實效を收めたか。婚姻結合の自然的斷絶は到底一片の法律が左右し得ないことを證明したに過ぎなかつた。この聖書の字句と生活の事實との中間に立つて、嚴酷なる離婚法を捨て兼ねたる結果案出されたるものが別居制度、未完成婚離婚及び婚姻無效障礙理論であつたのである」が「別居制度のみは今日に於いてさへ尙ほ歐米の各國何れも之を廢止せずして居る」。(中川教授。「身分法學」一三五頁)

思ふに歴史はじまつて以來、世界法の理想が實現せられたことは、蓋し二度あつたと云ふことが出来やう。一は羅馬の萬民法 ius gentium であり、他は中世基督教會の婚姻法である。而してなほ一層興味あることは、當然と云へば實は當然な事ではあるのだが、この兩者——萬民法と教會婚姻法(教會法)——が共にその理論的根據として依據したところのものが自然法の觀念であつたと云ふことである。(9)

(9) 茲に自然法とは普通に自然法理論、或は自然法學を以て呼ばれる、かの近世のはじめ、當時やうやく勃興せる自然科

學及びその影響の下に於ける意味の自然主義—その自然主義の洗禮を受けて興つた Hobbes, Locke, Hume、或は Leibniz 等の一群の人々によつて述べられた理論を指すものでないことは、歴史的に云つても勿論のことであるが、是れは、彼れ等の理論の所謂自然主義的實利主義的色彩に對して、その目的論的、或は超自然主義的特徴によつて夫れと區別せらるべき自然法、即ち古代希臘哲學者の間に生れたる自然或は自然法論に淵源する「自然法」を指す。共に「人類自然の状態」に出發して國家の理想的状態或は理想法を描く點に於いては同一であるがその所謂「人類自然の状態」の概念に相違が存する點に留意し置くべきである。

所謂近世的「自然法論者」は、姑らく Hume に從へば、唯一人の Hume を除けばいづれも皆、公民的、國家的状態の消極的又は積極的條件として、それに先行するところの「自然の状態」Naturzustand を想定した。彼等の所謂「自然の状態」は公民的、すなはち政治的狀態に對立し、自然の法の狀態として後者に先立つものと認められた。すなはち彼等によれば自然状態に於て、人間一切の努力、一切の活動に先立つ、凡ての法の理想が實現されてゐる。——この點は本篇に専ら論ぜられる中世以前の哲學・法學に於ける自然法の概念と同一だと云ふことが出来る。但し彼等の謂ふ「自然状態」は、古代中世自然法論に於けるが如き最高至善的なそれではなく、時に「謬れる理想」であり、「眞實のところ、自然状態は不満足である」と做されたのである。彼等は理想を以て到達せらるべき未來の目的と考へないで、それに對する努力に先立つて「既に現實性を與へられて居るところの「始元的状態」と考へた。そこで特有の性質を持つ法、天性に基いて人間に備はる法が見出される。然もそれは例へば神の意志と云ふが如きものに依存するものでない。Grotius に從へば、「自然法」は神の不存在を假定する。然もそれは尙ほ存在する普遍不易の大法にして、行爲が人類の道徳性、社交性に適ふか否かによつて、其正邪を判斷する標準となるべき「性法」である。またそれは、人間の意志にも倚據しない。すなはち神の人間もこの法を變更することは出来ない。何となればそれは一般に「意志」に依存するものに非ずして、「自然」によつて規定せられる

ものだからである。(以上主として Friedrich Harms, Begriff, Formen u. Grundlegung der Rechtsphilosophie, Leipzig, 1889. 第二章に據る)。尤も上記の如く彼等「自然法學者」が一般にその立論の基礎とした自然或は自然状態の概念も、その嚴格なる意味に於いては、各人必しも同一ではない。例へば Thomas Hobbes に就いて觀るに、彼に於ける自然の状態は *bellum omnium contra omnes* である。(Leviathan, Pt. II, chap. xiii, p. 68)。すなはち彼に在つて自然の状態とは、「自然の自由及無統治の状態である。『人類自然の状態に在つては正不正の區別なく、……公正なる總念も無い』」(ibid)と。この點同じく自然法或は自然状態を云々しても前記 Grotius の夫れとは、甚だ相違する態度であるが、素と彼は Grotius に對しては、批判的抗論的立場に在るものである。いつたい Hobbes は一千六百四、五十年の交英國大騒亂の裡に在つた人で、殊にその Leviathan は實に一千六百四十九年の國王處刑と一千六百六十三年に於ける議會の處刑との中間一千六百五十一年に出版されたもので、洵に彼の何よりも希望したところのこの混亂状態を攪亂統一すべき強大な中央政府であつたと云はなければならぬ。そのために彼の切に期待したところのものは、一定の集合體たると個人たるとは、之を問はず、とも角も鞏固なる政治的權力が一定の所在に歸して存在することであつて、而も這般の權力は法の源泉なるが故に、それ自身絶對不可侵のものでなければならぬ。——内亂の裡にあり、法的權威の不安定を目睹しつゝあつた彼がかゝる總念を思辨したことは、寧ろ自然であり、又この思辨が發展して、這個權力は、合理的實在として自ら各人に知悉せられたる更に之より高き道義律即ち自然法 *lex Naturalis* 又は神的にして至高なる理性に從屬するといふ思考にまで到達したことも亦自然と云ふべきであらう。(op. cit, chap. XVIII)。洵に Hobbes の理想としたところは鞏固強力なる政治的狀態である。これに對する「自然的状态」は、彼に於てまた自然、先きに記したるが如き性質のものたるべきであらう。而してこの人類自然の状態から、政治状態に趨く爲の制約的理性として彼の自然法は顯現するのである。すなはち從來それ自身曖昧の文字にして常に混用され來つた *ius naturale* と *lex naturalis* の二者を確然區別して使用し、*ius naturale* を以て

單に各人が自己の存在を改善するが爲めに最良なりと思惟する所のものを行ふの自由を意味せしめ、(即ち斯くて *ius naturale* は「自然權」なり) *lex naturalis* を以て人が據つて以て其生命を破壊するの行爲若くは不行爲を禁止すべく理性によりて創設せられたる教戒又は一般的準則を表示せしめたのである。すなはち彼の「自然法」は、理性が生命を安固ならしむるが爲めに案出した本則の一體である。(op. cit., chap. XIV, pp. 64.) 余は餘論であるが、Hobbes に於ける *ius naturale* は、その定義の字句よりして、固より自然權と邦譯すべきところのものであるが、人間の賦性的先天的に有する權利と云ふ意味に解し得べく、つまりは、希臘羅馬、就中羅馬哲學或は法學に於ける自然則の概念——すなはち、それ等の自然法論に於ける、自然法の歸存する自然の大則——に該當すると考へられる。たゞこの Hobbes によつて、上記の如く、この概念に「天賦人權」の意味を誘入せしめられたことは、最も注意すべく且つ最も興味あることである。*ius naturale* と *lex naturalis* の兩個の名辭は、先きに記したるが如く、相互に混用せられ來つたものだが、Hobbes がこの兩者を確然區別して使用したことそれ自身の讀むべきことは勿論、前記混用に於て、強いて區別を求むれば、多く *lex naturalis* を以て自然則を、*ius naturale* を以て自然法を表現する習慣の多かつた——今日に於いても普通自然法 *Natural Law* の羅句語としては *ius naturale* を當てられるやうだが——のに對して、彼 Hobbes が、逆の使用法を採つて居るのは、筆者の考へるところよりすれば、この方が正當、少くとも妥當であると思ふ。*lex* は字義的に *loi* であり、*ius* は *droit* であると謂ふも、然も *ius* の字義は素と不確定である。少くとも Hobbes に於てこの曖昧にして便利なる *ius* の概念を驅使して、その自然法理に天賦人權の觀念を誘入し、これよりして更に一個の「自然法」の觀念を引出し、然も、その引出した、新しき自然法は、古き民族的社會に發生し、或は中世の他律的社會にのみ適用さるべき古き自然法に代つて、個人の集合を以て社會の本體と考へ、自由競争をその基礎とする新社會に適合せしめ得たことは、當時に於ける人類生活組織原理の變遷——近代の開始——と結んで、充分思考せらるべきことである。(Pound, An introduction to the philosophy of law, chap. I, p. 31 參照)。尙ほ Hobbes に就ては本誌第十三卷第七號所載、高橋教授「トオマス・ホブンスの政治哲學中に現れたる經濟學說」あり。また同教授、既出書、七三二頁以下。

更に Locke に就いて見る。John Locke は謂ふ。人は本來自由にして、平等なるものである。子女は之に對して生れ、成年は之を享有する。「自然の状態」は之を支配する自然の法則を有する。「自然法」は有ゆる人類の平和及維持並に他人の自由と矛盾するいかなき自由を命ずる。(Two Treatises on Government, 1690, II, ii, § 4; vi, § 55; 59; § 6 § 7) 如く Locke によつて示された「自然の状態」は Hobbes のそれの如き「争闘の状態」ではない。彼の思考は寧ろ Grotius に則る。かくて自然の法則とは、人間自然の状態に於いて、其行爲を決定する定規の一體であり、而して理性は洵に自然法の通譯者である。(高橋教授は「Locke は恐らく其自然法の觀念を Grotius の De Jure Belli Paris, 1625, と共に其學徒 Puffendorf の De Jure Naturae et Gentium, 1672, に負ふ所大なる可し」と述べられ、(本誌第十三卷第八號)「モン・ロンの哲學と其經濟學說との交渉」六二頁) また彼の「自然」觀念は「疑ひなきヘンマン」の Discourse sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes, 1754, 中に發見せらるる「自然状態の理想化に對して其路を開くべきこと」である。「ソートンクランド及びアマム・ヌムス」によつて使用せられたる自然の觀念亦之をロットの影響に求むるを得可』(ケイツ)を指摘して居られる。(同教授、既出書、七六八頁)。なほ David Hume によつて既出 Human Nature, bk. iii, pt. 1 sect. ii, pp. 249 ff. pp. 261 ff. 其他の外 Essay III, sec. Enquiry concerning the principles of moral, 1752; Political discourses 1749, 等。(尙ほ本誌第十三卷第十一十二號所載、高橋教授。「ケイツ・エッセイの經濟學說」等) その他 J. B. nediectus Spinoza (Tractatus Theologico-politicus 1670; Tractatus politicus 1677), Samuel von Puffendorf (Elementa iuris prudentiae universalis, 1660; De jure naturae et gentium, 1672), Gottfried W. von Leibniz (Observationes de principio iuris), Christian Thomasius (Fundamenta iuris naturae et gentium 1705), Christian Wolf (Ius Naturae 1740-49) 等の人々が

注意されるであらう。

洵に教會法典 *Corpus Juris Canonici* はその最初に規定して總ての人類は二種の法によつて支配せられる、一は自然法にして、他は成法なりと云ひ、成法の二分岐として市民法及教會法を擧げる。而して「ま姑らく Thomas d' Aquino に従へば、法は永久法 *lex eterna*、自然法 *lex naturalis* 人法 *lex human* 及び神法 *lex divina* の四種に分類せられるのであるが (*Summa Theologica*, Ia. 2ae. qu. xcv. art. 2.)、自然法は理性的被造物たる人間が、之れによつて神の至高理性たる永久法を知ることが出来るものである。すなはち自然法は第一原則的に、萬人に共通であり、すべての人は理性的實在として之れを享有し、又た之れに従屬するものである。而して人法即ち特殊國家の成法は、人間の理性によつて特殊の現世的状态に自然法の條理を適用せるものと云ふ、即ち實證法は、その理念として自然法を有つのである。従つて教會法も、固より國家的實證法とは自からその使命、性質を異にするものではあるが、然も所謂成法の一分岐として、また自然法をその理念に有つであらう。否、寧ろ夫れはその本來の性質よりして、後段明なるが如き理由、經緯から必然的に、より本質的に、自然法を以てその理念となす可きものと云ふことが出来やう。

二

教會が教會たるの根本義を捨て去ることの絶対に不可能なることは言を俟たぬ。故に教會の法は、それが對俗間的の場合に於いても、畢竟神法的たるを免れぬ。乍併教會が今やその支配權を手中に納めたる「社會」の状態は、その純然たる神治的、神法的制規に適合せんが爲めには、既に餘りにも複雑であつた。中世社會の宗教的組織は、それ自らの發達の裡にまた、その組織原理を異にする他組織(歴史的に之れを謂へば近世)への轉入の途を辿りつゝ

あつたのである。茲に教會の法は必然的に宗教的根據以外に客觀的なる規準、即ちその理論的根據を認めざるを得なくなつて來る。而して求めて先づ得たものは羅馬法學を通じて來りたる「自然法」の概念であつたのである。理論であつたのである。(I)而して、この自然法の概念は希臘哲學に始まる。

(I) 尤より教會の學僧、教法學者の意圖せるところは、尙ほこれを以てその聖書の權威を守り、之れを異教的に表現せんとするものではあつたが。(尙ほ高橋教授。前掲書。三七三頁参照)。

Hesiodos (前七世紀)の神統記 *Theogonia* に於いては、初め混沌 *Kaos* 生れ、次いで地 *Gaia* 生れ、更に生産力 *Eros* 生れ、是れより神格化されたる一切萬物が生れて主神 *Zeus* に至る。すなはち茲に於いては自然の諸現象、諸性質、諸力の總へて神格化されるを見るのであるが、斯くの如き宇宙の統一的根原を求むる傾向は、*Pherekydes* の世界發生記 *Kosmogonie* に於いても見らるゝところである。但し茲に於いては、*Hesiodos* に在つて出所不明の生れであつた大祖の神々が、永遠不滅の實在となる。而してラプソデ、ア詩人の謳ふところによれば、光 *light* と闇 *Khaos* は實にこの永遠の實在 *Khronos* から生ずる。

前六世紀に入つて當時の *Kosmologie* (宇宙論)は、同時代の *Kosmogonie* が前者と共に世界の統一的根元を、不生不死の實體に求めながらも尙ほ是れを歴史的・時間的にもとのもの、即ち大祖の神々に歸したのに對して、現實の現象の本質、すなはちその *Prinzipien*、論理的の第一者としての「根元」を求めたのである。洵に彼等の宇宙論は今や「世界の傳說的「起」りからでなく、「自然」にあるそのまゝ (*Physis*) を、その本質 (*natura*) を、原理を、即ち *arses* を求めたのである」。(出教授。「西洋哲學史」第一卷四五頁)。而してかゝる宇宙論者たちは、かゝる生

成變化する世界そのもの、或はその本質、或はその實相を *physis* と呼んだと稱せられる。(1)

(1) *physis* は固く *Sein*, *Werden* の區別なき *Sache an Sich* である。

洵にこの「自然」*physis* は未だ内外の區別明かならず、内なる心的の事が、その儘外に自然界の一部として投射され、一様に之れを「自然」と觀られ、而してかゝる世界を統一ある世界 *Kosmos* と觀たのである。當時に於ける哲學の物活觀的特徴も斯くして生ずるのであるが、前五世紀頃に到るや、この *physiologisch* u. *Kosmologisch* なる傾向は、漸く *Materialistisch-pluralistisch* となり、茲に自然學と哲學との分化を見るに到るのである。然もかゝる分化を見たる後に於いても、希臘哲學はその人生觀・世界觀が自我を無媒介に自然に没入せしむるの方法に於いて、それが直觀的、藝術的哲學であつたことに就いては、既に多言を須ふるの要を見ない。(2) 既に斯くの如くなるが故に、茲に於いても亦希臘人は「自然」を以てその精神生活の指導原理とし、之をその *Logos* とし「法」(こと)とし、「道」としたのである。

(2) 以上は W. Windelband, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, 1919. 紀平正美。『行の哲學』及び出氏前掲書に負ふところ多し。詳しくは之れ等を参照。

翻つて古代希臘社會に就いて觀るに、是れが純然たる氏族社會に止まつて居たのは、さう長いことではない。やがてそれは所謂市府國家を形成するに到り、進んでは各地に於ける殖民地の開發とその發達を見るにさへ至る。斯くて希臘諸國に於いてその法律は、もはや單なる神法的權威を以てのみしては、之れを民衆に施し難くなり來りつゝあつたのみならず、更にその中に於いて、法の絶對的性質と、民族的要素とを如何に調和せしむべきかの問題が起り來りつゝあるのを見るのである。即ち現實的制限の限界を確定する一方、人間相互の關係を規定すべき絶對的

なる唯一普通の法則が求められたのであるが、これに向つて與へられたものがその自然法 *phasi dikaiōn* (*agrap-hos*) である。洵に既に述べたるが如く、自然 *physis* を以て萬有生成化育の根原に横はる常住なる實在にして凡てのものゝ始め *arche* と做した彼等希臘人は、また國家も、またその法律も、その本質を *physis* と關聯せしめ、これを永久普遍なる自然の法則 *ho kainos* (*homos ho agraphos*) に繫はらしめたのである。

三

Pythagoras 及び Pythagoras 派の人々(1)によれば、一 *Monas* は最高なる神の精神であり、従つて全宇宙に互る精神となつて顯はれるものであるから、宇宙に於けるすべての生命は、この精神よりして創造せられる。すなはち宇宙に於けるすべての生命のうちには、それゝこの宇宙の精神が宿る。乍併この精神が個々の精神に宿るに當つては、滅び行く個々の質料と結合して、これによつて、個々の創造物の精神となるものなるが故に、被造物の精神は、個々の精神として、普遍的なる宇宙の精神に類似のものではあるが、同一のものではない。斯くの如く、宇宙の精神の一部であり、然も同一に非らざる個別的の精神は、宇宙の精神と等しく具體的のものに非ずして、且つ二つに分れる。一は知力 *logikon* であり、他は理性なき力 *alogon* である。前者は不滅にして、宇宙の精神の一部であり、更に思考力 *nous-logikon* と、理性 *noeron* に分れる。思考力はすべての精神を有する被造物に共通のものであり、従つてかゝる被造物の間、及び、それと神との間に共同態を造らしむるとも、理性は人間のみが有するものである。既に然らば、人間も動物も共に思考力を有するが故に、共通の法 *koinon dikaiōn hemin psychēs* を有すると同時に、人間のみは、すなはち「理性」を有するが故に、人間のみを有するであらう。(Windelband, *Lehrbuch*, a. O. S. 21 ff. 41 f.)

(1) 萬物の根本は「數」である。すべてのものゝ根元は、感性的に知覚し得ぬ。感性的に知覚し得るもの即ち *phantomon* は集合物なるが故に、知覚し得ず、分割し得ざる實質たる「數」が根元である。即ち數はすべてのものゝ原質 *arche* である。と同時に、數は規範的なる規準即ち *logos* として、茲に受動的なる規定、即ち *patos* 或は *pas* として現はれる原理である。然るに數は奇數と偶數より成り、前者は完全なるもの、後者は不完全なるものにして、これ等相反する兩者よりして萬物は成立する。而して斯くの如き相反の二原理が結合せるものとしての宇宙は、その根本に於いては調和せるものである。奇偶の兩素より生ずる最初のものは、一 *nomas* であり、茲に於いては、奇も偶も共に區別せられぬ。次に生ずるものは二 *dus* であり、最初の偶然的なるものである。以下の數はこの系列を辿つて生ずる。

ちて、*nomas* は善の總體 *agathon* として、また理性 *nous, ouisa noete* として、並びに精神 *psyche* として解せらるゝ神である。善の總體として神は、人に對して道徳行爲の規範である。この神の命に適應せる状態が「徳」であり、調和であり、その規定せられたる特定の方向は「正義」である。正義 *dikaionne* は神の命に適應せる状態たる徳の一種であるが、この正義を規定する神の命は、「法」であるから、正義が如何なるものかを知るには、法が如何なるものかを知らねばならぬ。Pythagoras 此れに答へて曰く。法は報復といふ觀念によりて與へられたる規範の總體 *antipeponthos alio* なりと。然るに報復は攻撃と反撃であり、相互に能動と受動である。而して正義は法に適應する状態、即ち攻撃と反撃との同量といふことによつて制約せられたる状態である。故に正義は、この兩行爲より生じたる第三の量にして、攻撃、反撃は、共に能動と受動とによる最初の偶數なる故、正義は二の三乗八である。——ピタゴラス自身は正義を以て或る數の自乗 *arithmos isakis isis* と考へたが、同派の人々が、報復の觀念を以て之れを説くに當つて、この正義の意義は、それ自からの偶然的なる數の二乗即ち四なりとも解せられる。

然るに、Herakleitos によれば、凡てのものに對して同一なるこの宇宙は神の造れるものにも非ず、また人の造

れるものに非ず、それは過、現、未を通じて永遠に生くる火 *pur aetion* であると做す。萬物は火より絶へず發生し、絶へず火に復歸する。火と萬物との間には永遠の交換が行はれ、この交換運動によつて一切の秩序ある宇宙 *chosmos* を成す。而して火は永遠に生くる火なるが故に萬物は絶へず運動し、絶えず變化する。茲にかの有名なる「萬法流轉」 *panta thei* の言葉が存する。

洵に宇宙は永遠の火から成る。火は滅し、また燃ゆ。即ち火と萬物との永遠の交換に際して従ふ法則が *logos* である。物質としての火としての *logos* は *logos* の一面である。*logos* は言葉にして理である。*logos* は常に在るもの、一切がこれに従つて生ずるもの、従つてこれに就いて聞かざる前にも、知り得べきもの、*logos* は *nomos* である。*logos* は普遍、必然、永遠の法則である。ロゴスこそ萬物流轉の間に、その生成變化を越えて永遠に在る眞の實在である。(Windelband, a. a. O. S. 21f, 41f.)

前者等に比して著しく實際的であつたソフィスト達 *ho Sophistes, hoi Sophistai* の追求する對象は、すべてのものゝ對他的價值、實際生活に對する意義である。その當然の結果として、彼等は普遍的なるものを期待しない。しかも法の規定のみならず道徳的制規が時と處とを異にするに従つて種々に異なることを觀察して、少くともその大部分は先づ傳統として人爲的制規 *heteronoma* によつて發生せるものとなす彼等も、猶ほ普遍的に拘束力を有するは自然 *phusei* が總ての人に對して、同様に與へた法則でなければならぬと做した。(2)(3) 尙ほ、ソフィストの云ふ自然とは、時に人間の本性といふに幾い意味を有した觀念であつたことに注意を拂つて置くべきであらう。

(2) 高橋教授。前掲書。二〇九頁参照。

(3) 高橋教授。「從來國家の存在に對する充分なる理由として承認せられたる自然 (*oikos*) なる名辭は今や人爲的なるもの

教會法の理論として現はれたる自然法の觀念

に對する自然的なるものとして法律 (nomos) に對立せしめられたり』(高橋教授。『アリストテリーの奴隷制度論』。本誌第十四卷、第十二號、九頁)。

Sokrates もソフィストと同じく市民の實際的教導を任としたる哲學者であるが、ソフィストの相對主義に反して、普遍妥當なる知識を信じて、個人を超越せる規範の存在を思考した。

彼に従へば、眞の知識たる徳は、その内容から云へば節制 enkrateia 勇敢 andreia 正義 dikaiosne 之れである。正義を規定するもの、即ち法 nomoi であつて、不文法 asgraphoi nomoi と成文法 graphoi nomoi とに分れる。成文法はその作爲不作爲の規範として市民の手によつて創られたものであつて、時と處によつて變化、變遷を脱がれぬが、不文法はすべての處に等しく遵奉せられる。たゞ然し、到るところ同一の言語が用ゐられざると同様、人間の性質は時と處とに従つて異なるが故に、この法は人に依つてはなく、神によつて創られる。故にこの「不文法」は神に屬するものと做すべく、神はこれによつて人をして神を崇めしめ、長者を尊ばしめ、善行に善果を報ひ、また親子の肉交を禁じ、これを犯すものは避くべからざる刑罰を科すと。(5) 即ち我等は茲にやうやく自然と人爲の對立を見ると共に自然法の觀念の結成が——一の特徴を有ちつ——明確の度を加へ來るを見る。

(5) Windelband, a. a. O. S. 35 f.

Sokrates の思想の主觀的部分は Anaximenes を創始者とするキニコス派、Enkides を始祖とするメガラ派、(所謂不完全ソクラテス學派) キレナイ派(6) に傳へられ、メガラ派の思想はまたストア派或はエピクロス派に傳へられたが、その客觀的方面の開拓は Platon, Aristoteles によつて行はれたと云はれる。

(6) この派の人々は自然法否定論者である。

四

Platon 哲學の中心は、云ふまでもなくその理念論である。

彼に於いて世界は感性認識 aisthesis の對象たる生成變化する相對的現象世界と、理性認識 noesis の對象たる眞の實在世界とに分れる。後者がすなはち理念 idea の世界である。而して非具體的姿相 ephanta たる理念は感性によつて知覺せらるゝものとは全く分離せられ、たゞ純粹に思惟によつてのみ認識せらるゝ智知界 egnos noetos をなすものである。知覺に理念を理解する力はない。たゞ未だ惡化せざる精神(1)は、理念と現象が相離れて存する不安とこれに對する憧憬とに驅られて理念の世界に到らんと努める。これが所謂愛知 philosophia である。

(1) Platon に在つては、(精神心理)はその理念論の立場から、一方に於て普通に所謂知覺し認識し、意欲するものゝ意味と、それ自ら活動し、また他を活動せしめる力を有するものである。故に精神は前者の意味に於ける限り感性世界に屬するが、眞の認識によつて理念の世界に分與 Methesis することが出来る。

斯くて理念、感情兩界の關係は、模倣 Mimesis であり、理念はその原型 prototipon で、感性的現象は模倣 eidolon である。すなはち精神力の働によつて兩世界が關係せしめられるのは類似の觀念によるものであるが、この類似を決定すべき第三者を求めれば、無限に進まざるを得ぬ、茲に於いて Platon は、理念はそれ自ら統一し、それ自ら永遠であり、現象はその生成變化消滅に當つて理念に分與 thetisis を爲すことによつて或る存在を獲得すると説明した。

然もまた、彼は他方理念がある特定の範圍に於いて現象に現はれ、その未來によつて現象は成立し消滅し、またその性質、大さ、他の現象との關係が規定せられると説く。これは Platon 理念論の最初の企圖とは離れて、理念

を現象の現はれる唯一原理 *aiton* と解するものであるが、理念は概念上、自ら活動變化の過程に入るものでないから、如上の論は、理念を以て、現象に於て實現せらるべき目的であるといふ意味に於いて成立する。かく理念を以て現象の原因とする目的論的説明を爲すとき、(2)茲にこの理念の體系的統一を強調して、他を統括する理念——善の理念が登場する。(Parmenides, 132; Timaeus, 48, 49)。この善の理念は、他の總ての理念にその價值と現實性を附與する。それは宇宙の理性 *nomos* であり、神である。

(2) この理念論に於ける目的論的性質が、その法理論に現れたるとき、それは彼れの自然法論の特性を決定するものなることに注意すべし。

然るに精神は、既に嚮きに述べたが如く理念、感性兩界の中間に位し、素より理念の本質そのものではないが、然も自ら不滅の性質を有する。斯くてそれは兩界に跨る性質を有し、知覺の世界に對應する性質の一方に、理念の世界に對應する理性 *nomos* 或は合理性 *logistikon* を有する。而して前者の性質は更に精氣 *thumos*、感性 *epithumia* に分れて、即ち精神は理性、精氣、感性の三位に分たれるのである。而してこの精神の三部は、各特有にしてその本質に特有なる完全性を有すると做されるのであるが、その完全性の故を以て、各それに對應する徳、即ち「理性」に對して聰明 (*sophia, philosophia*)、「精氣」に對して勇敢 (*andreia*)、「感性」に對して節制 (*sophrosune*) の三徳が樹立され、之れ等は「正義」(*dikaioneme*) によつて統合秩序せられるのである。

抑も人間は自然の目的にして、理想は人間の目的である。Platon はその師 Sokrates と共に人生最高の目的を以て幸福と做すものであるが、人間をして眞に幸福たらしめるものは道徳的生活あるのみ。即ち彼は眞の幸福を、精神が神的なる理念の世界に分與し得る、その最高にして完全なる状態に求めたのであるが、かゝる生活は、唯その

理想的國家生活の裡に於いてのみ可能である。(Rep. II)。否、人をして徳によつて幸福ならしむることは國家の使命である。洵に屢々云はるゝが如く、彼に於て國家は最高の道徳である。すなはち彼の「徳」論は、やがて彼の國家論でなければならぬが、彼の國家は、個人の精神と同じく支配階級、武人或は守護者階級、被役又は庶民階級の三部に分たれる。(Rep. IV, 421 ff)。而して、支配者の徳は「聰明」、守護者の徳は勇敢、庶民の徳は節制(服従)が配せられ、かゝる全國家の完成の徳は「正義」であり、これが三階級の正當なる秩序をなす。(3)

(3) 個人に於ける場合にもこの關係は同じ。
最高の徳、正義。この正義は自ら規定するための規定を有する、これがすなはち法 *nomos* である。この *nomos* は一方に於いて理念として存すると共に、他面具體的現象として表はれる。理念としての *nomos*—*nomos* *Karauto* は、普遍唯一、絶對永遠なる眞の法であつて、具體的なる法を通じて實現せらるべき目的であるが、固よりそれ自身具體的でない。具體的現象としての *nomos* は精神的法則及び國家法 *ta nomizomena, ta dogmata kai psephisnata, dogma, poleos* に現出する。

すなはち斯る國家法は理想國家の中に行はれ、従つて支配者は理念に従つてこの法を作り、この法を命ずるものであるが、實際に於いて行はれる國家の法には、この國家法——すなはち自然法——と全然關係なき他の要素が含まれる。その一は、理念と矛盾し、それ自ら惡にして眞ならざる、常に變易して拘束力なきもの *anomia* であるが、今一つは、素と *nomos* には關せぬが、商業その他市民生活を制規する法であつて、これも亦變化するが、然しこれは人間の不完全から發生するもので、従つて理想國家には存せぬが、現實國家に於いては、その拘束力の基礎が許される。

以上の Platon の法理論に於いて自然法はその實證法との關係を漸く明かして來つゝある。(4)

(4) Windelband, Lehrbuch, a. O. 80 f. 95 f.; J. E. Erdmann, A History of Philosophy, Eng. trans by W. S. Hough, vol. I. p. 121 f. 尙 Platon の哲學、主としてその國家論、倫理論については、高橋教授。既出書。二五六―二五八頁。及その以下。

五

Aristoteles は甚だ多くその師 Platon の影響下に在つたと云ふことが出来るが、また是れから逸出するところも尠くなす。(1)

(1) その Platon の國家論に對する批判の如き、相等峻烈なるものゝ一例である。(高橋教授。既出書。二八五―三〇三頁に詳しき批判的介绍を見る)。

Platon に於いて全く分離して考へられた理念の世界と感性の世界とは、彼に於いては同一視されやうとしてゐる。理念は經驗し得べき事物そのものゝ特有の本質であり、その規定的内容として認められなければならない。

彼に従へば、宇宙間の各個別者はその可能性 *dynamis* から實現 *energeia* に移行行く *kinesis* 間に於いて、存在 *ousia* それ自身の裡に含む原質 *hyle* が同じくそれ自身の中に含む形式 *eidos* によつて形成せられる。(2) その生成を彼は *genesis* と謂ふが、その *genesis* に對して概念的に思惟せられたる個別者こそ眞の實在である。

(2) 故に *hyle* と *edios* とは互に相關的な關係に立ち、前者なき後者、後者なき前者の無いことは勿論であるが、或るものが單に資性として存し可能性として認められた時は *hyle* である、それが實現された時は *eidos* である。故に單に資性、單に形式は存在せず、本質は絶えざる實現の過程に於いて概念せられたる可能性である。

「生成」の原因は形式であるが、形式は原質と結び、また他の形式によつて運動するから、すべての運動 *kinesis* の原因たる純粹形式は、神である。この自ら發動せず、然も永遠にして總てのものゝ體系的結合の頂點に在つて、他のすべてのものに運動を起さしむる神は、純粹精神たる理性、それ自らの他に何者をも内容とせざる思惟、即ちかの思惟の思惟 *noesis noeseos* である。

宇宙に於ける凡てのものは、この純粹形式たる神と、他に對して形式となることなき素材との間に於いて段階をなす。例へば生物に於いては、その形式たる精神の區別に従ひ植物的精神は動物的精神の、動物的精神は、人間的的精神の、夫れく質料を爲すのであるが、人間に於いて動物的精神を質料とする形式は理性である。すなはちこれは、すべてに對して形式たる純粹精神として、人間にのみ外から附加された神性である。(3)

(3) 理性は人間にのみ附與された特有なるものであるから、従つて人間の活動は他のものとは異つた行動に存しなければならぬ。換言すれば、理性に従ふ行動、即ち精神の合理的實現 *psuches energeia kata logon* にこそ、人生最高の目的たる幸福が存するのである。而してこの幸福に關係せしめることによつてのみ、普通に云はるゝ幸福にも價值が生ずる。即ち理性の思素を妨げざる限りに價值を有す。

理性の根本的作用は思素 *dianoesthai* にあるが、理性による思素は、欲求の原因となるが故に、理性の作用は、かゝる作用の外に、思素に基づく欲求と、欲求に基づく行動とを指導するに存する。茲に彼の所謂中庸 *mesotes* 論が生ずるのであるが、斯くて理性は、欲求を支配してこれに中庸を得しむるものである。(4) 而してその理性の欲求に對する命令が即ち *nomos* である。従つて凡ての「優越」はこの *nomos* によつて規定されるのであるが、「優越」の一種たる「正義」*dikaionne* に對應する *nomos*、これがすなはち「法」*dikaion* である。(5) 而してこの「正義」と「法」

とはそれぞれ *areté* 及び *nomos* 中の最高位にある。(6)

(4) 理性を以て欲求の中庸を保たしめられたる状態は、幸福を獲得する状態として優越 *areté* と呼ばれる。

(5) 茲に到つて *Aristotes* の自然法理論は、*Paton* の夫れに比して、既に一段の精緻を加へたることに注意すべし。

(6) その然れる所以は「正義」及「法」は、それ〴〵各人の他に對する關係に於いて表れたる *areté* 及び *nomos* なるが故で、何とならば人間はその本質上「政治的動物」*zōon politikon* — この有名な言葉は、匪と普通解せらるるが如き人間が單に群居的動物だといふ意味以上のものとして解せられなければならない — であつて、その完全なる活動、即ちその使命の實現は、共同態 *konionia* に於いて、はじめて可能であるから、従つて各人の他に對する關係は最も重要であるからである。——この思考は、*Paton* に於ける國家は最高の道徳なりといふ思考と一致するものであり、先の「人間は自然に政治的動物なり」といふ彼の言葉の眞髓も明かになるであらう。洵に、*Paton* にとつても、*Aristotes* にとつても、當時に於ける市府國家の生活は、彼等の哲學に於ける最高の組織であつた。而してこのことは、また當時の市府國家の哲學的意味、また更に希臘哲學の特質を示す幾多の問題を包持するものと云はねばならぬ。

然るにまた茲に *Aristoteles* にあつては、徳律^{ノモス}一般によつて規定せられ、人間相互間の總べての關係に適用せらるる、廣義の「正義」の一部として、單に人の主觀及び満足を動機とする財、自己保存、財貨、名譽等々に關する狭義の「正義」を、區分した。この「正義」は、これ等の動機に因る人の努力が、他人の正當なる要求の範圍を侵かさざらんことを規定する。この場合各人の正當に要求すべき範圍を定むべき標準は、「正義」も亦 *areté* の一なるが故に中庸であるべきであるが、中庸はこの場合、各人の中に在る主觀なるが故に、*Aristoteles* は、これを客觀的に見るとき、「平均」して各人にその分を得しむることであると做した。然るにまたこの場合中庸を得しめるといふことは、

或るものを各人に分配すると云ふことと、各人相互間の種々なる取引關係に於いて生ずる不平等を平均するといふことに分るゝが故に、「法」もまた *dikaion dianemeton* と *dikaion diophotikon* に分れ、前者に在つては分配的 *dianemetiké* 正義が、後者に於つては補正的 *diophotiké* 正義が保持せられる。(Eth. Nic. V.) (7)

(7) 分配・補正兩正義の内容は、高橋教授。既出書。一一五——一七頁に詳しい。

以上述べ來つた「法」は、その特殊的现象形式のすべてに對應する原理としての「法一般」*haplos dikaion* であるが、かかる *haplos dikaion* に對立して「國家法」*politikon dikaion* が置かれる。斯くて *politikon dikaion* は、*haplos dikaion* に規定せられ、これと一致すべきものであることは勿論であるが、その他にそれは、歴史的存在として、具體的なる内容を有し、特殊の規定を受けるのである。すなはち「國家法」は、これを分つて制定法 *nomikon dikaion* 及び自然法 *phusikon dikaion* となる。(8)

(8) 自然法は人の判斷からは獨立に、普く同様に遵奉せられるが、制定法は功利の觀念に基いた實證的規定に基く命令である。國家法はまた形式的に分類して不文法 *agraphon nomon* と成文法 *agraphon* に、また效力の範圍から特定の國民に奉せられるべき特殊法 *ison* と、人類すべてに對して效力を有する普通法 *koimos* に分れる。

「制定法」は、人間相互の關係を規定するものとして、また *nomos* に基くべきではあるが、實際に於いては無關係、時にこれと矛盾するものあるに對して「自然法」は、自然即ち神に歸するが故に、全く *nomos* と一致する。斯くて「自然法」を完全に認識し得るのは、完全なる理性の保持者たる賢者であるべきだが、然らざる一般に對しては賢者が之れに外的強制を附加して、その命令として是れを與へると解せられる。故に制定法は或る特定の條件の下に「自然法」の命令を明にし、これを實行するを以てその任務とするものである。すなはち成文法は民族の相違、施行

の場所の相違等の條件の下に存在するものであつて、この條件の以外には存在の理由なきものである。而してこれ等の條件以外に、これを補充して正義を保持するものは不文法である。然るに保持せらるべき正義は、既述の如くその本質を「平均」となすものであるから、この場合、衡平 (equities) を以てその原理となす。(10)

(9) この衡平の概念は、後の Cicero の衡平論に際して顧らるべきもの。

(10) Hildenbrand, Geschichte u. System der Rechts- u. Staatsphilosophie, Bd. I. 1160 S. 304; Windelband, a. a. O. S. 106 f.

船田教授。『希臘に於ける自然法の適用』(五)。法學協會雜誌第四三卷第三號、九〇頁。(なほ船田教授の本論文は法學協

會雜誌第四三卷第一號より第四號に亘つて連載せられ、一號に於いてはソフィスト迄、二號に於いては Sokrates, Platon 三號に於いて Platon, Aristoteles 四號に於いてストア學派の自然法論に就いて論述—Windelband に負ふところ多きが如し—するところが詳しい)。

六

希臘に於ける自然法理論は、ストア學派に至つて、當時に於ける政治・社會事情よりして、またはれよりする同派哲學の色彩・傾向よりして、(一)一段とその世界主義的傾向を加へたのである。

(一) 紀平博士。既掲書。七五—七七頁。同七八—七九頁。『調和ある天與の自然を其基調とせる希臘人は、自己を見出すことによつて、更に自己の造れる理想の世界に據らんとせり。然もそは彼等が作りたりし美しき國家を背景としてのものなり。然るに今やその背景をも亦失へり、斯くて赤裸々の個人としては、自ら見出し得る自己の直接的なる安心立命を以て目的とせざるを得ず。斯くて探らるる所の方法は、其個人を基礎とするところの抽象なり。而してその抽象を一步擴張したるものは世界主義的思考なり。』而してこの努力を代表せるものはエピキュレス學派、ストア學派(その方法は相反

して居るがその關するところは同一である)及び其他の懷疑派である。

Stoa は宇宙及びその諸現象を、活動せる統一的且つ物質的な實體と考へた。而してこの實體の成立する要素として原動力 *aitia* 及び原質 *hyle* を立てる。hyle はそれ自ら不動であつて、*aition* の働きを俟つてはじめて具體的活動となる。萬物がそのところを得て、完全に統一せる宇宙が形成せられるのは「原動力」の氣 *pneuma* が萬物を貫いて存在し、これが萬物を維持結成するからである。この意味に於いて「原動力」は宇宙の理性 *logos ton pantos* である。「原動力」はまた事物に個性を附與し、これを存在せしむるものであるから、宇宙の父 *patēr patron* でもある。即ち萬物創生の神である。萬物はこの神の命によつて原質から生ずる。故に宇宙と神は同一で、この神の命令は自然の命令である。また自然の大法と云つても可い。

たゞ事物がこの大法を享くる享け方は一様でない。即ち無機物は外部からのみ動かされ、植物は生活の原理を内に藏しつゝ外部から營養を攝る。動物に至つては、その内部的動因としてその限りは自由なる自己の衝動を有するが、更に人間に至れば外部の影響、内部の衝動の外に「理性」を有し、この理性は宇宙の理性の一部なるが故に單なる自然的必然性を離れて、理性的必然性に従つて行動し得る。

Stoa の人々に従へば、生活の第一原理は自己保全及自愛の衝動である。自己保全に貢献するものは求め、これを破壊するものは避ける。然るに人の理性は、種々なる感情を統一して、意識を構成せしむるのみならずよく感覺の衝動を意志の活動に變ぜしむる力を有するが故に、理性をして優越なる力を振しむること、すなはち、自然に従ふことは、人をして最高の生活、——徳を樹つることを得しめる。畢竟人の理想は、神の命、自然の大法に従つて生活することにあるが、彼等はこの神の命にして人の生活を支配する規範を「法」*dikaion* と呼ぶ。

「法」 dikation は自然法 Phusei dikation に基く。従つて不文の状態に於いて時空並びに人爲を超越して永久不變の存在及効力を有する。(2)しかし、これは理想社會に於けることで、現實社會に在つては、人定法を必要とせざるを得ないのであるが、然も自然法は人定法の傍にあつて絶對的効力を有し、人定法はこれを調和する範圍に於いてのみその効力を認められるが故に、兩者が抵觸する場合は、前者のみが効力を有する。なほ彼等は自然法が命じもしないが禁じもしない行動についての人定法の存在を認め、これについては、その独自の拘束力を認めるのである。(Windelband, Lehrbuch, a. a. O. S. 132 ff.)

(2) 自然法のこの拘束力は、拘束せらるゝものゝ「理性」を前提とするが故に、動物その他のもの及びその相互間の関係を支配することがない。

以上觀來つた希臘哲學に於ける自然法理論に於いては、これを大觀するに、初期の一元論的色彩の濃きものを除き、既にして法は「自然」に發生すると共に人爲に發生し、不文に發生すると共に成文に發生することを云ふ。即ちこの限りに於いて之れは既に二元的であるが、我等の既に知り得たるが如く、彼等に於いて「自然」は、全宇宙及びそれに内在する諸現象を支配する原理と云ふが如き意味を有する。これはまた生成變化する現象に對立して、現象を生ぜしむる實體といふ意味を表はし、また轉じて、夫れは人爲の近くべき目的、すなはち「理想」を意味する。かくて法源としての自然と人爲との間には、自づから價値の差等が存する。否學る人爲は自然によつて價値が判斷せられ、従つて自然法の實證法に勝ることは勿論、茲に希臘的自然法論の目的論的特質の示さるゝを見るのである。たゞ然もその間に在つて法一般のうちに、自然的要素と實證的要素とが漸次認識され來る一方、自然法の實證法によつて到達せらるべき目的、實現せらるべき理想の意義が説論せられて、兩者の關係が漸く明かにされ來りつゝあ

ることを否定することは出來ない。

洵に希臘に於いて法は、Platon に到つてその理念としての存在と、現象としての存在とを明かにし、従つて自然法の理想的意義と、實證法の歴史的意義が分明せられることによつて、自然法をそれ自體の意義が漸く確立せられたが、これが Aristoteles に到るや、(1)更にその實證法の價値判斷の規準としての意義が闡明せられたのである。たゞ Platon にしても、Aristoteles にしても、その議論は共に藝術的・觀念的且つ道德的國家論の制約の下に在るものであつて、(4)従つて彼等の自然法論は尙ほより觀念的であり、理想論的であつたことを脱れ得ぬが、この點 Stoics の理論に到るやその世界主義的傾向は、自然法に一つの解放を與へたと云ふことが出來やう。而してこれが「現實的」なる羅馬に入るに及んで、その羅馬法に於ける特異の發展を示すのであるが、再轉して是れが中世教會法學者達の心胸に入るや、更に特別の役割と、それ自身の展開とを示すのである。(5)

(3) 彼はその正義論に於いて形式的正義と實質的正義とを分ち、他方自然法と不文法、成文法と不文法との關係を明にして實質的正義と衡平との内的結合のことを説いたことは、實證法の規準としての自然法の意義を明瞭ならしめたものと云ふことが出來やう。

(4) Platon 哲學に於ける理想國家論の地位については多くを言ふの要がない。(その『理想國篇』。就中 Rep. II, IV, IX, 等)。Aristoteles に於いても國家は最高の共同態であつて、それは最高の善を企劃する政治態である。(Pol. I, I)。人は國家の成員たることによつてのみ彼等に向つて開かれたる諸々の可能性に到達することを得る。而して彼に於いて眞個の「自然」は事物の最高なる發達段階に於いて見出さるゝものである。洵にかくて彼の有名なる章句「人は自然に政治的動物なり」(Pol. I, II § 6)の意味も、屢々普通に解せられるが如く單に人の群居性を言へるものに非ずして、人の自然

教會法の理論として現はれたる自然法の概念

はその國家生活に在ること、人の最高の生活は國家生活によつてのみ可能なることを謂へるものと解すべきものである。(5) 尙ほ希臘に於いても自然法否定の思想が存しなかつたのではない。例へばキエレンナイ派、エピキユロス派の人々は、その個人主義的快樂主義の必然から之れを否定し、また懷疑派、就中後期懷疑派に屬したる Kanaktes の如きも同様である。(詳しくは、船田。前掲『希臘に於ける自然法の適用』(四)法學協會雜誌第四二卷第四號四〇—四九頁参照)。

七

希臘に於ける自然法の概念が羅馬に移入されたのは凡そ Cicero を以て始めとすると云ふ。

Marcus Tullius Cicero はその教養に於いて、早くから希臘哲學の洗禮を受け、就中直接主要な影響を蒙つたのは、ストア學派のそれであつたと云はれる。斯くて彼の哲學の形式的な概念は、最高の善生活に於ける最高の法則及び義務の概念であると做されるのであるが、彼は Stoics の人々と同様、最高の善は自然に従へる生活であると做し、自己保全の衝動及び自愛の理から出發する。(1)

(1) 『各生物は何れもその出生より自己及びその構成部分を愛す。就中肉體及精神を愛し、やゝ後れてはこの二者の各部分
を愛す。…最高の善は自然によつて生活すること secundum naturam vivere 即ち徳によつて第一に自然に與へられたる
ものを修得することなり。』(de finibus bonorum et malorum. II. 11.—Oeuvres complètes de Cicéron, a Bibliothèque latine-
française)。また曰く『自然との一致調和に於ける生活 congruenter naturae convenienterque vivere は極限なるが故に…』
(Ibid. III. 1.)。更にまた曰く『…Combinenter congruenter naturae vivere. (Ibid. III. 9.)。海は最高の善は secundum
naturam vivere, sic affectum, ut optime adfici porci ad naturamque ad commodassimo.』云々。

彼は曰ふ、『ストア哲學者によつて最高の善と呼ばれたるは自然と一致せる生活であるが、余の見解によれば常に

徳と一致するの意にある』(de fin. III. 3)と。故に彼に従へば、自然に従ふことは徳の生活であつて、各行動の道徳的價値は、その行動がどの程度にまで自然に従ふかにあるのである。然もこの事は人間以外の者については云ひ得ぬところである。何とならば、自然によつて生活する凡ての事物の目的は、必然的に同様であるが、同一でない。(Ibid. V. 9)。各生物は自己特有の自然を有し、(Ibid.) (2) 人間以外の動物は唯本能 appetitus の命に従つて行動するのであるからである。然るに人間は之れに異つて理性 ratio の命に従ふ。(de officiis. I. 4)。

(2) Cicero のこの言葉は、少くともこの言葉の限りに於いて、彼の云ふ「自然」はストア及びその他の希臘人の所謂自然とは、自ら意味を異にするが如くにも思はしめられる。即ち希臘人の「自然」が全宇宙或はその大法といふ意味に用ゐられて居るに對して、これは、事物の本性と云ふが如き意味であるやうにも受けとられる。實は自然なる言葉の意味について、希臘と羅馬との間には自ら觀念の相違が存するのであつて(この點後段に述べらるべし)、Cicero に於いても、いつの間にか、その固有の羅馬的考へ方の色彩が出來て居ないことも無いのであるが、然も、この言葉(各事物は各々自己特有の自然を有す)に於ける「自然」の意味も、その言葉の前段、及び彼の思索體系の全體から見れば、その他の羅馬法學者の場合に於けるが如き意味とは、必しも全く同一のものではないと云ふことが出來やう。少くとも、全體より見て、彼の「自然」論は、未だ甚だ多く、時に或は殆んど全く希臘的であつたと言つても謬りではない。

人間は精神 animus と肉體 corpus とより成るが故に (de fin. V. 12) その自然を得たる生活はこの兩者の調和を得たる生活であらう。乍併このことは人間以外の高等動物の場合に於いても同様と云はねばならぬ。すなはち彼等にあつても能く、その生活に於いて、精神と肉體とを調和せしむることを知る。但だ彼等の精神とは sensus の事である。然るに人間の精神は sensus によつて整序せらるる一方、優秀なる prostentia mentis の活動があり、こ

れはその中に *ratio, cogitio, scientia* 及びその凡ての能力の統合的な力を有するのであつて、人間はこの特性によつて、その自然を發揮する。すなはち人間は、その理性の力によつて感情 *sensus* の欲求を整序し行く (*cf. de nat. deor.* II. 12.) 點で他の動物と異なるのであつて、この理性は、全宇宙に内在する理性の一部として人間が自然から與へられたところのものである。(3) 従つて最高の善といふことに關聯して云ふときは、人間の理性 *ratio*、感情 (本能) *sensus*、肉體 *corpus* はこの順序に段階的次序に服すべきものであつて、その段階に於いてそれ等を整序し調和せしめることによつて自然に従ふ生活を爲すことが最高の善である。従つて「徳」とは人間がその「理性」によつて宇宙の「自然」に従ふことである。斯くて、Cicero に於ける「自然」は、人間生活に於ける規準法則そのものであり、この意味に於いて「自然」は、「宇宙の自然法則」と同一である。

(5) Cicero は理性を求知性、公共性、獨立性、節度性に分ち (*cf. de republic I. 1; de leg. I. 15; de off. I. 4*)、これに應じて聰明、正義、剛毅、節制の四徳を樹てる。 (*cf. de inv. II. 33*)。

自然法則(4)(5)は、「人間の頭腦より出でず、國民の議決にもあらず、聰明なる命令及び禁止を以て全宇宙を支配する永久なる或るもの」(*de legibus*, II. 4.) である。而してこの自然法則の命令たる法が自然法(6)である。

(4) Cicero は、自然法則の意味に *lex naturae* (*Tusc. disput.* I. 13; *cf. de off.* IV. 6. 17) *lex naturalis* (*de nat. de or.* I. 14.) 或は *quae in natura* (*de leg.* II. 24. *cf. de inv.* II. 12.) を用ひ、*lex* 制定法に對せしめる一方、その *lex* を以て自然法則の意に用ゐるところあり (*de leg.* I. 6.)。

(5) 自然法則は普く宇宙の精神、物質兩存在を貫いて支配すべきの理に従つて、人間に於いては肉體の調和進化を支配する一方、感情及びその能力發現たる本能を支配し、或は理性とともにその道德的規範をなす。

(6) 自然法の普遍妥當性、永久不滅性、人間容慧に對する優越性に於いてその源泉自然法則と同一である、その點からして Cicero は *lex naturae* の語を以てしたが、また *ius naturae* (*de inv.* II. 22.) 又は *ius naturale* (*orat.* part. 37.) を以てす。

Cicero によれば、人間の精神生活は、神との本質的共同態である。斯くてその組織の自然的共同並びにその支配法則の共同が生ずる。自然法が是れである。一方人間の共同生活はまた神の意志による産物であるから、自然法は總ての人間に共通する理性に對應し、またこの中に發達するが、他面人間の共同生活に在つては、すべてを超越して存する規範となる。斯くの如くして Cicero に於いて凡ての法的生活は二個の秩序によつて支配せられ、一は太陽の如く自らの光と體系を有し、他はこれより光と體系を得るものであると做される。すなはち前者は自然法、後者は實證法である。而して自然法は人間の生活活動が對神及對人關係の二方面に分れるのに對應して神法 *ius divinum* と人法 *ius humana* に分れるが、前者の原理は人間の神に對する從屬關係即ち宗教 *religio* であり、後者の夫れは人間相互間の對立關係即ち衡平 *aequitas* である。 (*orat.*, part. 31.) (9)

八

羅馬に於いて法律は、素と單に神の命であつた。與へられたる法律は、この故に、その儘これに従ふべきことが寧ろ彼等の道德であつたであらう。之れを他面より云へば、羅馬の法律は元來血縁共同態たる氏族社會的特質を去ること遠からぬ一市府の法、一市民の法であつた。それも市民と云ふも自由民、時に特にその貴族 (1) *patricii* の爲めの法とさへ言ひ得べきものであつたのである。斯くては夫れは容易に神の命として無條件に受け取られ得べき

性質のもの、従つて當に法の理由 *Ratio Legis* と云ふが如きものに對する思辨の如きは、先づ閉却せらるゝところならざるを得ない。然も羅馬の法律はまた、かの十二銅表法の制定を云ふと雖も、畢竟、實際社會生活に生ずる個々の具體的事實に對する判例の集積に過ぎざるものであつた、そのことより生ずる之れが個性、實際性、以上の如き種々のことがらは相伴に、且つ相結び、古代羅馬の法律をして著しく嚴格に、形式的に、且つ現實的に、而してまたその倫理的要素の欠缺を云はるゝが如きものたらしめて居たのである。

(1) *Patricii* は同一祖先より發し、同一氏名を有する氏族の首長即ち *Patres* の血縁を示す稱呼であつて、古代羅馬に於いては所謂 *Populus Romanus* を構成する實際市民の名であつた。

乍併、羅馬が一市府羅馬から世界に向つてその版圖を擴げて行つたことは、すなはち慣習を違へ、法制を異にする他民族との接觸の結果したその結果は、一市府法たる羅馬法をして世界法にまで發展せしめたのである。洵に *Augustus* より第三世紀に到るまでの間に於いて行はれたこの變化は、正さに革命的なものと云ふことが出来る。羅馬法のこの世界的發育の最も具體的なものとしては、*ius civile* (2)の他に、*ius gentium* —— 所謂萬民法或は一般法と邦譯されるもの——の發達を見たことであるが、一方、*ius civile* の側にあつても、その最も狭い意味に於ける一市民法の性質に加へて、次第に國民法たるの風貌・傾向を加へ來つたことは、また自然の趨勢として之れを否むことは出来まい。(3)

(2) 羅馬法に於ける *ius civile* の語は、最も狹義に、「羅馬市民の法」といふ意味に用ゐられる場合の外、廣く實證法の意 (*Cicero*) に用ゐられたことがあり、また後には多くの羅馬法學者によつて、異邦人それぞれの國民法 *ius civile peregrinorum* の意に用ゐられた。(Marcian Lib. I. inst.; Inst. Inst. I. 2, § 2) 而して狹義に羅馬市民法を指す語としては、*ius*

civile の外に、*leges nostrae*, *mos nostrae civitas* 或は *ius nostrum* 等の語が用ゐられて居る。

(3) 羅馬に於いて市民とは自由民に限ることは勿論、元來はその貴族階級 *Patricii* を指す。而してこの貴族階級に對する庶民 *Plebs* の對立は、人のよく知るが如く羅馬史上既に早くからの事であるが、この場合に於いても當時に於けるこの庶民階級の漸次的擡頭の事實が考へ合さるべきであらう。

事既に茲に到れば、從來唯だ神の命として無條件に受け入れられつゝあつた法律の理由、殊にその世界法としての拘束力の基礎如何の問題は、必然的に解決を迫られて來なければならぬ。洵にかの *ius gentium* なるものは、異邦人關係の事件に際して、異邦人掛法曹が、異邦人の慣習・法制を參酌して羅馬固有の法律の解釋に多少の變改を加へて適用した告示、判例の集積であるが、この場合、異邦人掛法曹が告示を發し、判決を下すに當つて、從來の如く法律を唯神の命として之れを適用すると云ふが如きことは最早到底不可能の事たらざるを得なくならう。斯くて諸民族に普遍的に妥當なる法の根據、法の理由といふが如きものが、必然的に覺められて來る。然もこの傾向は惹いて市民法の拘束力に對してもまた、疑問を生ぜしむるに至らしむることを止むなからしめたのであつた。

然も飽くまでも現實的にして且つ守舊的な羅馬人は、この問題についてその初め先づ先人の慣習を宗教的信仰と結んで法の拘束力の基礎たらしめやうとしたのであるが、この歴史的解釋に永く満足することは出来なかつた。時偶々希臘の羅馬版圖に入るあり、希臘人及び希臘文化との接觸の加へられるに従つて、その自然法の觀念は、茲に羅馬法の法の理由 *Ratio Legis* として入り來つたのである。

尤も羅馬には古くから衡平 *aequitas*、或は衡平及び善 *aequitas et bonum* なる觀念が存在した。これは固と素朴漠然たる觀念ではあるが、(4) 實證法以外に獨立に存在する一の法的準則として考へられたところのものであ

る。(5)

(4)(5) 斯くの如く衡平とは固と素朴なる民衆の間に存した一種の法的自覚であるが、この觀念が羅馬法學の採用するところとなるや「衡平」とは、(a)或る法律行為の一方の悪意が他方の利益となり又は損害となることなきこと(Talian. lib. 2, digest.; D. 2, 10, 1, 3 § 1.) (c)信義に基へること(Ulpian. lib. 4 ad edict.; D. 214, 1, 1 pr.) (d)或るもの地位態を維持すること(Ulpian. lib. 16, ad edict.; D. 14, 3, 1, 5 § 17.) (e)一定の原因によつて生じた一定の狀態を維持すること(Ulpian. lib. 16, ad edict.; D. 6, 1, 1, 72; Poul. lib. 22, ad edict.; D. 9, 4, D. 17, pr.) ——以上は専ら主觀的評價に關する原理としての衡平であるが、更に(f)法律關係に於ける平均 (Ulpian. lib. 29, ad edict.; D. 15, 1, 1, § 2.; Pomponus, lib. 9 ex ur Leati.) (g)機會の均等 (Ulpian. lib. 24, ad edict.; D. 17, 2, 1, 29 § 2.; Paul. lib. 34, ad edict.; D. 14, 2, 1, 2 pr.) 其他法律關係に於ける客觀的平均に關する原理を謂ふものであつて、これは法規適用の妥當を得んが爲めの法規解釋の原理、或は新しき法的規範の成熟まで之を補ひ、或は嚴格なる成文法に對して、進化し行く法の原理たるものと見做される。(Hildenbrand, Geschichte, 2. a. O. Bd. I. S. 624.; Voigt. Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum u. jus gentium der Römer, Bd. I. 1856, SS. 21 ff. 尙ほ羅馬に於ける「衡平」の觀念によつては、船田教授。『羅馬に於ける衡平の觀念』法學協會雜誌第四一巻第六—九號。同じく『羅馬に於ける自然法の適用』(六)法學協會雜誌第四四巻第九號に詳し。)。

極めて形式的であり、嚴格なることを以てその特徴とした羅馬法曹にあつてもなほ「疑はしきは常に benignus なるものを選ぶ」(Gai. lib. 3, de Legat.; D. 50, 17, 1, 65.) ことを知つて居た。また「何事も事件が要求する以上に durus 又は remissus に決定せざる用意を持つ」(Marcian. lib. 2, ad publica, ind.) ことも教へられ

て居たのである。すなはち彼等と雖もまた時にその必要に應じてこの實證法以外の準則に従ひ、法規適用の妥當を保つことを爲し得たのである。由來實證的な法規は抽象的な性質とし、殊に成文法の場合の如きは、その制定の當時に於いて未來に生ずべき凡ゆる適用の場合を盡すといふが如きことは素より不可能の事に屬するのみならず、また敢へて之れが凡ての場合に向つての適用を期するが如きは、抑も不合理の所爲である。されば一つの法規が一定の具體の場合に向つて適用されんとする場合には、必ずや別に或る内容が附加されなければならぬ。(6)

茲に素と俗間的法的法則たる衡平の觀念は羅馬法學のテクニクとして先づ入り來るのであるが、殊に先に述べたるが如き羅馬法制自體の世界法的展開は、固有にして嚴格なる形式的規準以外に、より自由にして普く妥當なる原理的規準の確立に對する實際的要求を一段と熾烈ならしめた。茲に衡平の要求は、漸く羅馬法學に在つてその重要性を増すに至るのであつて、これすなはち所謂その嚴格法 *ius strictum* より衡平法 *ius aequum* への轉移を以て稱せらるゝところのものであらうが、斯くなる以上はまた自然、いままで素朴單純に受けとられ來つた衡平の、理論的内容が、またその倫理的根據が、探ねられなければならなくなつて來た。蓋し衡平の要求するところのものが基くべき、客觀的な窮極の判斷が必要とされて來たのである。この時既述の如く希臘よりその實證法以外にこれと獨立なる法的基準たるの特質に於いて衡平と相似たる、然も理論的、規範的な自然或は自然法の觀念の入り來るあり、茲に先づ自然法の衡平との結合が生ずるを見るのである。(7)(8)すなはち茲に於いて見らるゝところのものは、羅馬特有の思想が、希臘思想によつて反省せしめらるゝことによつて、萬民法の理論的根據が定められやうとすることである。(9)

(6) 殊に羅馬に於ける法律解釋の事業は、元來たゞ單に法文の意味や立法者の意思を確定するといふが如き消極的なもの

教會法の理論として現はれたる自然法の觀念

ではなく、よく不文の法を成文の法に附加してこれを補充し、肯て法規を現實生活の要求に積極的に適合せしめんとす
るの性質に在つたことを思ふ。(Puchta, *Curus der Institutionen*, Bl. 1. 4. Auf., 1853, S. 116)°

(7) 『事物に内在する自然の理』を以て『衡平の理』 *equitatis ratio* と考へた。後段詳説。

(8) 『法と稱するものに種々の意義あり。第一は常に衡平にして善なるものを謂ふ。自然法是れなり。第二は一國內に於
て一切又は多數の者に便宜なるものを云ふ。これ國民法 *ius civile* なり』。(Paul. lib. 14. ad Sabin.) 併し Ulpian. lib.
71, ad edict.

(9) 實に希臘の自然法と羅馬の萬民法の接觸點は、この衡平の觀念である。(Main, *Ancient Law*, 1515, p. 51.)°

また Cicero に従へば、衡平は二つに分れる。一は自然 *natura* にして、他は人為 *institutum* によるものである。前者はまた二つに分れる。報酬(自己防衛) *reatio ius* と復讐 *ultiscendi ius* 是れである。而して後者はまた三つに分れ法規 *legitimum* に基し、合意 *conveniens* に基し、先人の慣習 *moris vetustate formatum* に基する。(top. 23)° (10) 然も衡平はまた神に關し、死者に關し、人に關し、神に關しては敬虔 *pietas* 死者に對しては神聖 *sanctitas* 人に關しては正義或は(及び)衡平 *iustia aut (et) equitas* である。(11) 而して Cicero は主に衡平を法一般の本質と解し、(12) 且つその場合の法とは神法人法の分ちなき法である結果、(13) 彼れに於いて「衡平」*equitas* は法の原理として、正義の本質として、法や正義と同一に用ゐられ、これが更に分れて「狭義の衡平及び善」*equitas et bonum* と正義となり、この二者が合して再び法となると解せられる。(14)(15)°

(10) Cicero はまた別のところで、衡平に二種あり、一は正當、眞理、正義にして、衡平及び善の理によりて確保せられ、他は自己の受領の返還であつて、善意による利益に對しては報酬、惡意による損害に對しては復讐なる旨を云つて居る。
(*orat. part. 37*)°

(11) この分類は、Platon の法の分類に倣つたものだと言はれる。即ち Platon は、法を神に對するもの、人に對するもの(狭義の *dikaion*)に分つたと解せられるが、時に更に死者に對する法を分つたと云ふ。

(12) *de fin. V, 23; de off. II, 12, 22, 23; de rep., I, 32.*

(13) 本篇前節參照。

(14) Cicero に於いて、狭義の衡平は法規解釋の規準原理、正義は法規の嚴格解釋の原理、これが相俟つて法をなす、寧ろ狭義の衡平が、狭義の正義を補充することによつて、廣義の衡平すなはち法が保たれると解した。(なほ船田教授、前掲論文(3)法學協會雜誌、第四三卷第一一號四七頁以下參照)。

(15) Cicero 以後の法學者達は Cicero の廣義の衡平を意識的に又無意識的に狭義の衡平の基礎と爲し、彼等の謂ふ衡平は常に Cicero に於ける狭義のそれを意味したことに注意すべし。但し Ulpianus が『法は衡平及善の術なり』(Ulpian. lib. 1. *Inst.*)と謂ふのは、Cicero が廣義の衡平を法と同一視するに同じ。

Cicero に於いて、法の本質——正義の本質は衡平である(16)°。而して自然法は衡平を本質とするが故に、すなはち自然法は法の理念たるであらう。一方實證法も亦衡平を本質と做さるのであるが、然も之が歴史的制定を受くことを否むことは出来ぬ。すなはち實證法はその本質は衡平にあるのであるが、そのことが實質的には衡平たることを失ひ、その成文的規定にのみ従ふことが、形式的には衡平を齎し、正義を保つ所以たることがあり得やう。この場合實質的な衡平と、形式的な正義とは相對立する。かゝる時には、この正義を衡平によつて補充することによつて法の本質たる衡平が保たれる。然も正義と衡平の對立は、(17) 個々の具體的な場合の現象であり、兩者はいつれも俱に抽象的な正義或は衡平の具體的發現に他ならぬ。而してこの兩者を相俱に法の原理とすることによつて正義は保持せられ、法の本質たる衡平は保持せられるのである。(18)°

(16) de fin., V, 28; de off. I., 7.

(17) Cicero に於けるこの二者の法の原理としての對立は、後の法の理 ratio iuris 衡平の理 ratio aequitatis の對立として傳へられる。(而して前者には便益 utilis の概念が含まれ、その特徴として嚴密 rigor 精緻 subtilitas 嚴格 strictus が擧げられ、後者は人性的 humanitas なることと仁惠的 benignitas なることを屬性とするを做された。而してこれはまた、國民の理 ratio civilis と自然の理 ratio naturalis の對立としても現はされた。

(18) 船田教授は、このことを指して、自然法は衡平を原理とするものであると共に、實證法は衡平は原理とすべきものであると云ふことに歸着にすると云ふ。(船田。前掲論文(6)法學協會雜誌。第四四卷第一一號七一頁)。

洵に斯くの如くしてはじめて衡平の要求の根據は意識的に承認せらるゝに到り、従つて實證法の理想が自然法であるといふと同様の意味に於いて衡平は實證法の基礎たるの意義を確立したのである。然るに希臘自然法の確立するところは正義であり、法の倫理的基礎を爲すものなるが故に、衡平が自然法の概念と相結ぶや、それはまた自然倫理的に觀察せらるゝに至るのであるが、一方自然法それ自身は、この經緯によつてその抽象的・一般的性質に實證的基礎を與へられたのである。(19)

(19) 後段述ぶるところの萬民法と自然法との同一視と之を照應せよ。

九

以上述ぶるが如き經緯の下に、希臘自然法の概念は先づ羅馬法學に移入されたのであるが、羅馬移入後の夫れはまた自らそれ自身の特徴を以つて、獨自の發達を遂げたのである。言葉を換えて之れを謂へば、希臘に於いて思索的、觀念的にその成立を見た自然法は、羅馬に入るに及んでその實際的發達を見たのである。更に之れを云へば、羅馬に於いて自然法の觀念は、經驗的に實際生活と結合せしめられて、その實際的内容を得しめられたと云ふことが出来る。

出来る。

既に知り得たるが如く、自然法が希臘哲學者の手の裡に成立した當初に於いては、著るしく神法的色彩の濃い、従つて倫理的要素の多分なるだけそれだけ、法的規範としての純粹性に足りない、また他面から之れを謂へば、實證法との對立區別の意味に於いて明瞭を缺く意味に於いて、一元的なものであつた。尤もこれは後 Plato に到り Aristoteles に及んで漸く二元的な發展を見、Stoics の世界主義的傾向に遭ふや、一段とその實證法との對比に於ける意義を明瞭ならしめたとは云へ、然も猶ほ畢竟、思索の重點は「自然法」それ自身の側に置かれて居たことを否み難い。然るに羅馬に於ける自然法の觀念は、これに對する研究態度が常に實際的であり、寧ろ實證法の側から思索されたのであつて、自然法は實證法との對比に於けるその意義を確實ならしめた。このことは、結果的に之れを云へば、實證法の理念としての自然法——自然法の最も正當なる概念を確立するに到らしめたことと云ふことが出来る。

由來羅馬の法律は、先きにも謂へるが如く、實際社會に生起する個々の事件に對する實際判例の集積である。而もすべての慣習その他のものを神の所爲に歸した古代羅馬に於いて、王或は執政官、降つては法務官が事件の判決を下す場合、神官がその知識的優越と關聯せしめて、法に於ける神の意志を解釋するものとして關與したものであつた。(1) この神官の助言こそ、實に羅馬法學の淵源であり、發元である。斯くてその後法律の知識が神官の獨占を離れたる後に於いても、羅馬法學の任務は尙ほ個々の實際の事件に對する理論的判斷に在り、後法務官の諮問に對する法學者の解答は法源たるに到つたのであるが、斯くの如くして羅馬法學は密接に實際生活と結び、これは一方既に述べた個々性、實際性を以てその特質と觀るべきものたらしめたのである。換言すれば、羅馬法學は法の本

質如何とか、法の理の如何とかといふが如き點に深く穿入することよりも、寧ろその得意、特色と做すべきところは、個々の場合に於ける法律の適用解釋に在つたのである。而してこの特質がその自然法論に於いて表れるや、すなはち前述の如き事情を齎したのである。

(1) その助言は如何なる日に訴訟を爲し、また爲すべからざるかを占し、訴訟手續を定め、法律行爲の形式を限る等々に及ぶ底の重大なる性質のものであつた。

然も羅馬法學に於けるこの特質の更に根本的な原因としては、思辨的・理想家的なる希臘人の資質とは殆んど之れと對蹠を爲すとも云ひ得べき、その素朴なる農民的氣質、實際的・實利的なる稟性に因るところと云ふべきであらうが、自然法の羅馬法的發展に就いて考ふる場合、尙ほ一つ注意すべきことは、曾て船田教授も論ぜられたるが如く、(2)「自然の觀念について」、(3)希臘人と羅馬人との間には、自ら相違あるの一事である。

(2) 船田教授『羅馬に於ける自然法の適用』(四)(法學協會雜誌、第四四卷、第一號八九頁以下)。

(3) 自然の語を以て意味されるところは必しも一でない。一には全宇宙及びこれを支配する原理、二には文化に對する呼稱としての自然、三には本質又は本性の意味、四には理想といふが如き意味に用ゐられるであらう。(船田、前掲、九〇頁參照)。

希臘哲學者の所謂自然、その自然法論に於いて謂ふ自然の意が、特別の例外を除く外、皆全宇宙或はその支配原理——轉じて時に理想或は當爲を意味するものであつたことに就いては、既に知り得た。

Ciceroは既に觀たるが如く、その自然法論に於ける自然の名稱の意味するところを、希臘哲學者の夫れと一致せしめて居る。然しながら、これは畢竟彼が希臘人から「學んだ」とも做すべきであらう。(4) Gaiusの曰くに、「孔雀と鳩の自然 natura panovm et columbarum は野性なり……鷺鳥と鶏の自然 natura gallinarum et anserum

は野生にあらす。』(Gai. lib. 2, aureor.; D. 41, 1, 1. 5. §§ 5, 6.)と。また Paulus は「…屢々その原本の状態に還元せらるゝが如き自然 natura を有するものは…」云々と。皆物の本質・本然といふ意味に於いて「自然」の語を使用して居る。(5)

(4) Cicero の外にも希臘的の意味での言葉が用ゐられた場合が無いではない。(Gai. lib. 2, aureor.; D. 22, 1, 1. 26, § 1; Paul. lib. 17, ad edict.; D. 5, 1, 1. 12, § 2. 其他參照)。

(5) また「人間の自然 natura hominum の範圍に於いてこの債務が成立すべきや否や…」云々(Saevola, lib. 1, quaest.; D. 12, 1, 1. 38.)と、其他 Gai. lib. 7, ad edict.; D. 9, 2, 1. 2, § 2. また Marcian, lib. 1, inst.; D. de leg. 3, 1. 65, § 3. に於ける皆同様の用例を見るであらう。

かゝる「自然」はまた「事の本質」といふ意味をも有する。例へば Iulianus の「役權の自然 natura servitutus はこれを占有し得ずして…」(Jurian. lib. 7, digest.; D. 8, 2, 1. 32, § 1.)云々の用例、Papinianus の「遲滞と陥らざる間に於て金錢を受領せるによつて生じたる利益に就いて利息を請求するは信義及び寄託の自然 natura depositi に反す。』(Papinian. lib. 9, quest.)と云ふ用例の如き即ちこれを示す。(6)(7)

(6) なほ契約の自然 natura contractus と云ひ、債務關係の自然 natura obligationum と云ひ皆同種の例なり。(D. 2, 14, 1, 7, 65; D. 46, 1, 15.)

(7) Natura が Materia と異なることは言を俟たぬが、substantia と云ふまた qualitas とを區別せらるゝことに注意し置くを要す。

すなはち希臘に在つて全宇宙、或は理想を意味せしめられた「自然」が羅馬に入るに及んでは、斯くの如き意味

の外に、(8) 事物の本質・本然といふが如き意味が附加せられて居る。而して彼等の自然法論はこのところより出發するのである。

(8) 本論註(4)参照。

自然法 *ius naturae, ius naturale* 又は *Caius* によれば「自然の理が總ての人類に對して制定し、總ての國民に依つて同様に遵守せらるゝの法」(*Gai. Inst. I. 1.*) である。(9)

然るに茲に羅馬人間に所謂理 *ratio, ratio* とは、宇宙に於けるすべてのもの、従つて人間相互間の關係を規定する力を意味すると共に、これは人間の裡に持ち來らされて、此の如き規制を人間に課する力を意味した。すなはちそれは一に客觀的合理性を、(10) 二に人間の理性を、(11) 而して三に根據或は理由(12)の意味となる。(13)

(9) *lib. 2. aureor. ; D. 41, 1, 1, pr.*

(10) *Papirian, lib., 19. quaest.*

(11) *Celsus, lib. 23, digest.*

(12) *Ulpian, lib. 41, ad edict. ; Gai. lib. 1. de verb. obi.*

(13) 以上については、船田教授。既掲論文(法協・四一巻七號四一頁以下)同じく法協・四四卷一號一〇一頁以下に詳しい。

羅馬法學に謂ふ自然とは、事物及其の集團に對して、その獨自的存在、それにそれたる存在を附與するもので、自らなる整序力を有するものなることは、既に知り得たところである。然るに事物又はその總體たる宇宙に内在して是れを整序するものが理 *ratio* なるが故に、自然 *natura* の有するこの整序力は、自然の理 *ratio naturalis* の語を以て表はされる。

すなはち自然の理は事物の自然に内在し、然も事物を超越する客觀的合理性を有し、各事物に對して法則的な、理性的なる作用を爲すものと做さるべきであらうが、この自然の理の命ずるところを自然則 *lex naturae, lex naturalis* と呼ばん數、(14) この自然則に基くところの法はすなはち自然法である。されば自然法は自然則の内容をなし、自然則と併に、自然の理より出でたる整序力を有するの法である。(15)(16)

(14) *Ulpian, lib. 27, ad Sabin. ; D. 1, 5, 1, 24. Ulpianus de natura naturalis praecepta. (lib. 1. inst. ; D. 1, 1, 1, § 27.)* 又 *Ulpianus de ius natura comparatum (lib. 69 ad edict. ; D. 43, 16, 1, 1. § 27.)* 又 *Ulpianus de natura (bit. 1, inst. ; D. 50, 16, 1, 24.)* と呼んだ。

(15) *Paul. lib. 39, ad edict. ; D. 47, 2, 1, 1. § 3. Ulpian, lib. 27, ad Sabin. ; D. 1, 5, 1, 24. Tryphonin, lib. 7, disput. D. 12, 6, 1, 64. Modestin, lib. 12, pandect. ; D. 38, 10, 1, 4, § 2.*

(16) *Voigt, Die Lehre von jus naturale. a. a. O. SS. 267-271, 547-558 ff.*

茲に於て筆者は再び衡平論を顧ることを爲すに、嚮に言へるが如く自然の理はやがて衡平の理に同じくせしめられた。而して衡平の理の要求するところを具體的に表す衡平は自然法と結び、衡平及び善の法則 *lex aequi bonique* たる衡平を *lex naturae* と同せしめ、それが内容をなす *aequitas et bonum* を *ius naturale* と做すのである。(17) 然も斯く衡平が自然法と結合せしめらるゝに當つては、衡平の觀念は更に少しくその意義を變じ、従つて自然的衡平 *naturalis aequitas* とし、觀念が認められ、事物及其の相互間の關係に内在する自然の理は即ち衡平の理となり、是れを以て總てが評價せらるゝを得るに至るのである。

(17) *Paul. lib. 14 ad Sabin. ; D. 1. 1. 1, 11. ; Gai. lib. 16, ad edict. prov. ; D. 388, 1, 2. ; Ulpian, lib. 26, ad edict. ; D.*

12, 4, 1, 3, §§ 7: Papinian. lib. 28, quest.; D. 46, 3, 1, 95, § 4: Pomponius, lib. 9, ex vor. lect.; D. 50, 17, 1, 206.

10

洵に羅馬に於いて自然の理とは、事物の自然に内在し、事物の自然によつて啓示せらるゝ規定的整序力である。而して自然法とは實に此の自然の理が制定せる法である。(1) Paulus の謂ふ自然法も、Gaius の自然法も、Ulpianus のそれも Pomponius のそれも (2) Modestinus, Florentinus 等のそれも皆然りである。(3) たゞ茲に Marcianus が『總ての民族によつて等しく保持せらるゝ自然法は天意によつて制定せられ、常に確定不變の存在を有す。』(Marcian. lib. 1, inst.; Inst. Inst., 1, 2, § 11.) と云つて居るのは、諸他の法學者の見解とは異つて寧ろ希臘哲學者の自然法と同一軌に在るものと解せられる。洵に彼は Stoics に倣つて自然法を共通法 *lex communis* 即ち *nomos panton* 或は *nomos ho koinos* としで説明し、『…法は神の作れるところにしてまた神の授くるところ』と做す。(Marcian. lib. 1, inst.; D. 1. 3, 1, 2.) のやもつて、彼の自然法は事物の自然(本質)から出發するに非ずして、全宇宙の理から出で来る。然も彼のこの特長はその出發點に存し、一たび自然法の内容としての具體的説明については、他の法學者と異るところを見ないやうに考へられる。(4)

(1) 茲に羅馬の自然法の希臘自然法と相違する第一の特徴を見ねばならぬ。

(2) 前論註(1)參照。

(3) Modest. lib. 4, excusat.; D. 27, 1, 1, 13 § 7: Florentin. lib. 9, inst.; D. 18, 1, 1, 34, § 1.

(4) Marcian. lib. 3, inst.; D. 1. 8, 1, 2.

なほこの場合問題とせられなければならぬものとして Ulpianus の特色ある自然法の定義を擧げて論ずべきで

あるかも知れない。すなはち *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris et feminae conunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris perita cenceri.* (lib. 1, inst. D. 1, 1, 1, § 3) と。これによれば『自然法は自然が一切の動物に教ふるところの法である。』すなはち彼の自然法は自然の命令であると同時に、全動物に共通なものである。この全動物に共通なりといふ彼の定義は、(5) 他の法學者達が自然法の效力範圍を當然のこととして人間に限れるに對して特色ある見解には違ひないが、この特色ある見解がその特色を發揮する——本篇がこの特色を取りあげて論ずべき機會は姑らく後段に存し、茲に於いては彼の謂ふ自然の命令に於ける自然の意味は畢竟他の法學者達のそれと同様なものと見るべきことを言つて置けば足りる。(6) この事は彼の自然法に於いては、實は全動物に共通なる自然法の外に、人間にのみ共通なる自然法を觀念せられたりと見るべきことと共に後段の機會に於いて更に明かなるであらう。

(5) Pythagoras の自然法と相通することを想起せよ。

(6) "natura enim reum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula." (lib. 30 ad Sabin. — D, 19, 5, 1, 4.) なほ lib. 46. ad Sabin; lib. 67 ad Sabin.

以上の如くにして、羅馬法學に於ける自然法の何たるかに就ては、略々之れを知ることが得たりと做し得やう敷。而も今にして尙ほ更に姑らく攻究を續くるの要ありと考へらるゝところは、その實證法との關係に就いてである。蓋し、そのことは更に一層羅馬自然法の特質を明ならしむる所以なるのみならず、自然法本來の面目——法の理念

たるのその本質を明かならしむる所以なりと考ふるが故である。

既に Cicero に於いて自然法の實證法の理念たるの性質は指示せられたりと做すことを得るが、然も彼のこの點に關する意見はなほ充分明瞭でない憾がある。(7) 然るにその後における羅馬法學者の自然法論に於ける態度は、概ね皆、自然法の觀念それ自身の攻究・説明よりも寧ろその實證法との關係に於いて之れを論議究明したと云ふことが出来る。然らば自然法は實證法との關係に於いて如何なる性質を具有すべきか。

(7) 本稿第七節參照。

羅馬法に於ける實證法は、その市民法 *ius civile* (8) と萬民法 *ius gentium* (9) の二つであらねばならぬ。

(8) Cicero は法をまづ *ius naturale* と *ius civile* (實證法) に分ち、後者を更に *ius civile* (羅馬市民法) と *ius gentium* に分つた。尙本稿第八節註(2)參照。

(9) 『成文法及慣習法に依て支配せらるる各國民は、一部はその固有の、一部はその總ての人類に共通なる法を用ふ。或る國民自らが自己を統治する爲めに制定したる法はその固有のものにして、その國固有のものとして *ius civile* の稱あり、之に反して自然の理が總ての人類に制定したる法は、總ての國民間に普く遵奉せられ、總ての人民がその法を用ふるが故に萬民法の稱あればなり』(Gai. Inst. I. 1.)。

ius civile は、それが羅馬の市民法である場合でも、異邦人の國法である場合でも、一定權力團體の構成員に對してのみ適用せらるべき所謂固有の法 *ius proprium* である。すなはち之れを羅馬市民法について謂へば羅馬市民にのみ制定せられたる法 *ius solis civium Romanis constitutum* であり、(10) 羅馬人のみの用ふる法 *ius quo solus Romanis utitur* であり、(11) 羅馬人自身が制定せる法 *ius quod populus Romanus ipse constituit* である。(12) 。

の固有の法の特定な效力については唯その儘に受けとられて、永く之れが基礎の尋ねられたことはなかつたのが、自然法論の勃興に遭ふや、是れに刺撃されてやうやくその法源が問題にされ來つたことについては、先きにも述べた如くであるが、自然法の基礎として自然の理が論結されたことは、やがて之れと牽連對應して、國民法のためには國民の理 *ratio civile* なる觀念が觀念せられたのである。すなはち自然の理は事物の自然に適ひ、人間の理性の求むるところとして、總ての時、處に於いてその整序力を有すると云ふ例の考へ方は、實際に於いて時處を變ずることによつてその效力を異にする法的規範が存し、これに従ふことは必しも理性本來の命令に非らざるのみならず、時に之れと反することさへも無いのではないにも拘はらず之れに従ふ事實に遭ふや、ある國家内には恰も事物の自然に自然の理が内在するが如く、その國家内なるが故に歴史的に存する諸種の關係即ち *civilis status rerum* が存し、この *civilis status rerum* にその理が内在するが故であると考へ、この理がすなはち *ratio civilis* であると思考したのである。されば「國民の理」の整序力は一定の歴史的・經驗的條件の下に於いてのみ、一定の整序力を有するものであらねばならぬ。すま自然法の自然の理に基することによつて、すべての時、すべての處に效力を有し、而して之が常に衡平の理に基するに國民の理に基する國民法を對比すれば、これは一定の時すなはちその國定法を生んだ「國民狀態」が存續する限り、且つ一定範圍内のみ有效にして、それは専ら歴史的・政策的根據すなはち便宜 *utilitas* の上を立つ。(13)

(10) Gai. Inst. III. 93.

(11) Gai. Inst. I. 55.

(12) Gai. Inst. III. 93.

(13) かのことからして *ius naturae ius civile* によつて變更せらるることなく (Gai. lib. 1. ad edict. prov.; D. 7, 5, 1, 2, § 7.) また *ius civile* はその適用を受ける主體が、自然法に基いて有する權利を奪ふことが無い (Celsus. lib. 17. digest.; D. 50, 1, 108, § 1.) といふことが結論される。但しこれに對して否定的な論を見ないのではないが、明確な否定論とは云ひ難いが如くである。少くとも自然法が市民法の理論上の原理たることを否むものはないのであつて、唯、實際上この兩者は恰も普通法と特別法の關係に置かるることあるべきが論ぜらるるのである。

之れを要するに、羅馬的自然法論は國民法の法源として遂に能く「國民の理」なる觀念を導き出すことを得たと云ふことが出来るが、斯くて *ius civile* の理論上 *ius naturale* を指導原理となすべきことは明瞭であると共に、國民法は、歴史的制約の下に於いては、自然法の規定するところ以外のものを制規すべき獨自の價値を確保し得たのである。

一一

然るに一方萬民法と自然法との關聯或は結合は、そもく自然法理論が、萬民法の理念として覺められたものであることよりしては尤より、萬民法が總ての人類に制定せられたる法 *ius quod apud omnes hominis constitutum* であり、總ての國民間に遵奉せらるゝの法 *ius quod apud omnes populos peroeque custoditur* であることよりして、市民法とのそれに比して、はるかに密接で、往々この兩者は同一視せられる危険に陥つた。

殊に萬民法を以て自然の理が制定する法 *ius quod naturalis ratio constituit* (Gai. Inst. I. 1.) なりとすれば、少くとも一應は萬民法と自然法とは同一の法たるであらう。かくて Cicero の如きも自然即ち萬民法 *natura, id est iure gentium.* (de off. III. 5.) と云ふを見るのであるが、然も自然法も萬民法も共に全人類に遵奉せらるべき法は不可であらう。

だといふ點よりして、すなはちその效力範圍の同一よりして二者を同一視せんとするは、(1) 理論上謬りであらう。蓋し自然法の全人類に共通なりといふは、理論上の觀念であり、法の根拠を探ね、實證法の性質を明にせんが爲めの理論上の要請であり、萬民法の諸民族に共通なりといふは、歴史的なる現實の事實である。換言すれば一は理論的に共通であり、他は事實的に共通である。この二者をたゞ效力範圍の同一といふ言葉に於いて直ちに同一視するは不可であらう。

(1) 例ぐば Marcian. lib. 1. inst.; Inst. Inst. I. 2. § 2.

然るに Ulpianus の *ius gentium* に定義するところを *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recendere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.* (lib. 1 inst.) すなはち「自然法はすべての動物に共通であるが、萬民法は人類相互に於いてのみ共通」である。すなはち Ulpianus に於いては、自然法と萬民法とは分たれて居る。Ulpianus は *lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem regnatur, nisi lex specialis aliud inducit* (lib. 27, ad Sabin.; D. 1, 5, 1, 24.) と云ふが、この大法に基いて生じたるものが自然法である。而して彼に於いては自然法は先に知り得たるが如く、自然が一切の動物に教ふるの法である。洵に「蓋し此の法は人類の特有にあらずして、陸上と海中とに生るゝを問はず一切の動物に共通し、鳥類も亦その中にあり」と言ふ。(2) 然るに萬民法は鳥獸にまで共通なるものである。斯く萬民法と自然法とは區別せられる。乍併 Ulpianus は他のところに於いて (lib. 18. ad edict.) (3) 「理性なき動物が違法行爲を爲したりとは云ふことを得ず」と云ふと共に、窃盜姦通の如きが自然法によつて禁ぜらるゝことを云ふを見る。(4) 況んや *Natural ius, quod superficies ad dominum soli pertinet.* (lib. 6, ophi.; D. 9,

2. 1. 50.) と謂ふの時、動物がこの所謂自然法を有せざるは明かなことと做されねばならぬ。(6) 即ちこれ等よりすれば Ulpianus に於ては所謂全動物に共通なる自然法の他に、人間にのみ共通なる自然法を觀念したといふことが考へられるのである。(6) 而してこの人の理性を基とする萬民法と自然法とは殆んど區別せられざるが如くである。

(2) Ulpianus が全動物に共通なる自然法を觀念したのは、一つにはその肉體的組織の共通といふことを前提することによるであらうが、就中 Cicero の心理論に多く淵源することに注意すべきである。(本稿第七節參照)。Cicero にありて、人の理性は人が神と共通に有するものであつて、これあるが爲に神との共同を得るのであるが、之れに對して感情 *passiones* 或は本能 *appetitus* は、動物と共通に有するものであつて、従つて自己及び自己の生命身體を保護し、之に害あるものを避け、その生活に必要なものを求め、生殖の爲めに結合し、出生せるものを保護せんとするが如き衝動を動物と共通にすると云ふ。(de off. 1.4.; de fm. 2.11.; 5.9.; de nat. deor. 2.48.)。尙ほ法の觀念を動物に及ぶことの理論上不可たるべきことは尤よりであらうが、人間と動物との間に法的共同態の存在が考られ、動物、殊に植物、無生物に直接刑罰を科した事實もある古代にありては、法が法獨自に他の自然法則的規範から區別されることの明瞭でないことはやむを得まい。殊に、Ulpianus の自然論は、實はその奴隷論と重大な關係ありと見るべき理由が存するのであつて、而して當時に在つて奴隷は動物に同じきものであつたことを併せ考へべきである。

- (3) "Pauperes est damnatum sine iniuria facientis datum: nec enim p. test anim. injuriam facite, quod senser caret."
 (4) *Ib.* 47, ad edict.; D. 50, 16, 1. 42.
 (5) *ib.* *Ib.* 71.; D. 43, 26, 1. 2, § 2; *Ib.* 4.; D. 21, 4, 1. 1, p. 等。
 (6) Voigt, a. a. O. SS. 270-294. 船田前掲論文、法協。四四卷第一號一八頁以下。

乍併思ふに、元來自然法は理論上の觀念であり、それ自ら實證的なものではない。然るに萬民法は諸民族の間に共通に、現實に行はれつゝある實證法である。されば、萬民法が自然法なりと稱せらるることがあつても、それは現實の萬民法を説明するに非ずして、その理想を云ふものと解して宜しからう。(7) 然らば萬民法に於ける自然法はまた、自然の理が市民法の窮極の理念たるに同じ。たゞ萬民法は市民法に比してより、自然法に近似し、市民法に多く自然法と相反する要素の存するに對して、萬民法は謂はゞ多分に自然法的要素を含む。かくて自然法は萬民法に於いて實證法化さるゝところが少くなかつたと謂ふことは出來やう。或は之れを以て自然法は萬民法によつてその現實的内容を得たと謂ひ得やう歟。

(7) 洵に萬民法と自然法との一致を認めたるが如き Marcianus も *Ib.* 1. *inst.*; *Inst.* 1. 2, § 2. に於ては、奴隷制度が萬民法上の制度なることを認める一方、然も此が自然法には反することを云つて居るのであつて、茲に於ては萬民法と自然法とは明に分離されて居る。Florentinus の *Ib.* 9. *inst.*; D. 1. 5, 1. 4, § 1. に於ける意見も同様である。先に擧げた Cicero の de off. III. 5 の Natura, id est iure gentium の文言も、既に「自然及び萬民法」*natura et ius gentium* の誤傳だといふ説もあり (Hildenbrand, a. a. O. S. 575.)。よし然らずとすも、彼が法を *natura* と *lex* に分ち (cont. part. 37.)、前者を觀念上のものとし、後者を歴史的産物なりと做し、更に後者を市民法と萬民法に分つたのを知れば、假令多少の曖昧點の存するとは云へ、Cicero も必しも萬民、自然兩法を同一視したものではなかつたと云ふことが出來やう。(Hildenbrand, *ibid.* S. 576, S. 615.)

II

羅馬から自然法の觀念が教父哲學、或は教會法學に移入せられたのは、Lactantius Firmilianus, Aurelius Augustinus,

Isidorus Hispalensis 等の手によること云々。

スマセヴィルヤの Isidorus は *ius naturale* を定義して『萬民に共通なるものにして、是れは自然的本能に依りて人間に知悉せられ、而して國憲及び成法に依らざる總てのものを包含す。而して男女の結合、子女の産生及び教育、一切諸物の共有及び一切平等の自由、空中に於いて、地上に於いて、又水中に於いて捕獲せられ得べき物の取得、貸付られたる財貨及委託せられたる物品の回収、最後に暴行に對する強力を以てする自己防衛は是れなり』(Originum sen etimologiarum libri XXI, I, V. C. 4.) と云つて居る。

今この定義を見るに、Isidorus の自然法(自然權)、就中その效力の問題に關して嚮きの機會に於いて引用したる Marcianus の思考、(1) またその *lex communis* に關する思考 (Marcian. lib. 1, inst.: D. 1, 3, 1. 2.) と共通するところあるを見ると共に、或は以上に、Ulpianus の自然法の定義(2) と共通するところあるを見るのである。すなはち Isidorus がそは『自然的本能によりて人間に知悉せられ』と云ふは、Ulpianus の『自然法は自然が一切の動物に教ふるの法』なりと做したのと同じ。但し Ulpianus は是れを全動物に共通と做したるに對して、Isidorus は是れを全人類に共通のものとして考へたところに相違があるが、自然法が少くとも「自然」によつて全人類に對し、實證法以外にこれと獨立したる理想法として與へられたりと做す點に於いては相等しい。のみならず Ulpianus が全動物に共通なる自然法の外に、人間に共通なる自然法を觀念したりと做さるべきことについては、之れまた嚮きに記述したるところ、而して Isidorus の前記文中に存する先占の權とか債權の回収とか云ふが如き種類の權利は Ulpianus にあつてはその人的自然法中に認めて居るのである。また Isidorus の『男女の結合、子女の産生及教育』は Ulpianus の『雌雄間の結合にして、人類にありては結婚と稱するもの、また子女の生育及養育の如きもの』とい

ふに照應せらるべく、更に Isidorus に於ける自然法による『暴行に對する自己防衛』の權は、Ulpianus の『暴力を排斥するに暴力を用ふるを許容すべきはカシウスの言へるところなり。而してこの權利は、自然の命ずるところなり』(Ulpian. lib. 69, ad edict.: D. 43, 16. 1. 1 § 27.) と云ふに對比せらるゝであらう。(3) 洵に教會法的自然法論に對する Ulpianus の影響は最も著しきものと云はなければならぬのであつて、(4) 時間的に云つても、教會法學者達が先づ自然法の觀念を得たのは、Cicero と共に Ulpianus によつてはなかつたか。

(1) 本稿第一〇節第一段。

(2) 本稿第一〇節第二段。

(3) 而してこの Ulpianus が更に Cicero に出發することの甚だ多きことが顧られなければならぬ。(本稿第一一節註2)。かくて Ulpianus が自然法に基くものとして「兒子の養育」をいひ、「雌雄の結合」をいひ、また自然法によつて暴力を排斥するに暴力を用ゆるを許容さるべきことを云ふは、Cicero が、人と動物との間に於ける本能の共通を云ひたる中に、出生せるもの「保護」、生殖の爲めの結合、及び「生命財産の保護」に夫れ／＼該當するものと云ふことが出来る。

(4) 然もその影響は、理論的に、或は思想的に然れるよりも、寧ろ形式的、技術的に然れりと云はなければならぬ。この點はこの Isidorus の Ulpianus 倚據の、倚據振にも明なるところ、元よりこれは、そも／＼彼等教會學僧達の羅馬法援用の根本態度に由來する。彼等にして若し尙ほ自然法の思想に影響せられたりとすれば、それは先づ羅馬法を通じて彼等に、來りたる希臘自然法の理論である。羅馬自然法からは、畢竟彼等はその法理論的技術を學びたるのみ。

遮莫茲にヘールズの Alexander は Isidorus の前記 *ius naturale* に關する定義中に包含せらるゝ矛盾を指摘し、如何にして共同の所有と、獲得及び先占より生ずる權利とが、自然法の基礎たる衡平及善と一致するやを問ふので

あるが、彼自ら之れに答へて曰ふ。それは自然の状態 *in statu naturalis* に於いては衡平にして善であるのであるが、人性墮落の状態 *in statu naturae corruptae* に於いては然らざるものとなる。共産は前者の場合に於いて正當にして公正且つ善たるものであるが、後者の場合には私有財産が正當、公正且つ善となる。洵に所有權は神權によることなく、帝權によつて主張されるものである。(Summa Theologiae, iii, qu. 27.) (5) 而して斯くの如き教會法學者の自然法論は、總て Thomas d'Aquino によつて大成せられる。(6) 洵に彼れはその博才を以てアリストオテレス哲學の思辨と羅馬法學の技術とを收めて自家藥籠中のものとなし、この兩者を巧みに驅使應接しつゝ上記の業を成就したのであるが、Thomas については尤より、教會法的自然法に關する限り、すべて別稿『中世基督教會と婚姻』の述ぶるところに譲り、茲にはこれ以上に論述することを爲さぬ。

(5) これは羅馬法學に於ける自然 *natura* (*natura et status*) と國民狀態 *civilis status rerum*。また自然の理 *ratio naturalis*、國民の理 *ratio civilis* の對立である。

(6) 高橋教授、既出書。三七九頁以下、其他。

上總國三ツ作村百姓越訴

(社會經濟史資料紹介)

野村兼太郎

上總國望陀郡三ツ作村の百姓が嘉永二年十二月十八日に老中阿部伊勢守に駕籠訴をした事件がある。事件は百姓達が村役人並びにその味方をする地頭に對する不平から生じた越訴事件である。然るに明かに越訴であるにも拘らず、それは最後に於いて一つの訴訟事件に變じてゐる。

事件は次に掲ぐる資料に依つて十分詳細に解るが、かうした文書を読み馴れない讀者のために、その梗概を文書の年代順に従つて述べると次ぎの如くである。

三ツ作村は御書院番高木仲の知行所で高五百七拾壹石九升九合の村である。上下二つに分かれてゐた。從來定免であつて、五ヶ年目切替と云ふことになつてゐるが、未だかつて檢見を行はず、何年となく増減なく年貢米五百三拾八俵を上納してゐた。

村の領守三作明神の神主露崎伯耆が字岩崎堰に田を開き、又前代の名主が字大橋脇に一反歩ばかりの土地に稻作をなした。即ち一種の新田開發であり、これを領主に無届でなしたのであるから、隠田に外ならない。事件はこの