



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	F・コナンの契約理論（1）
Author(s)	小川, 浩三; OGAWA, Kozo
Citation	北大法学論集, 35(6), 87-159
Issue Date	1985-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16467
Type	departmental bulletin paper
File Information	35(6)_p87-159.pdf



F・コナンの契約理論(一)

小
川
浩
三

- 一 はじめに
 - 二 『国法注解一〇卷』第一卷第六章(以上本号)
 - 三 法の分類
 - 四 契約の効力
 - 五 近世への展望
 - 六 むすび
- 一 はじめに

グローチウスの約束 (Promissio) 論は、次のようにはじまる。「我々の叙述は、約束から生ずる債権債務關係に至った。ここで、ただちに、非凡な知識の持主たるフランキスクス・コナーヌスが我々に対峙する。というのも、彼は次のように主張しているから。すなわち、自然および万民の法によればスナラグマのない約定は、債権債務關係を発生させない。……」⁽¹⁾これに続いて、グローチウスは、自己の約束論を展開するが、ここでは、基本的に約束者の意思形成の側面から事態が觀察される。こうした点から、グローチウスは、合意の拘束力の根拠を意思に求める意思自治の原則 (autonomie de la volonte) ⁽²⁾、あるいは、意思教説 (Willensdogma) ⁽³⁾ の先駆者、あるいは祖として論ぜられる。そして、このような意思主義 (voluntarisme) ⁽⁴⁾、あるいは、これと密接に關連する諾成主義 (consensualisme) ⁽⁵⁾ 的契約觀から見る限り、コナン (François Connan) は伝統的・中世的ということになる。⁽⁵⁾

しかし、こうした評価だけで、近世契約法史のなかでコナンを位置づけるならば、それは不十分なものといわざるをえない。この点で最も示唆的なのは、アンリ・カピタンのコーズ論の歴史に關する見方である。周知のように、契約の形式主義から諾成主義への展開において、主として教会法で展開されたカウサ (Causa) ⁽⁶⁾、あるいはコーズ (Cause) ⁽⁷⁾ の理論が重要な役割を果たした。諾成主義の完成者の一人と目されるドマが、同時にコーズ論の完成者であったという事態は、象徴的である。このドマとの關連で、カピタンは、コナンについて次のように述べている。「極めて詳細なコナンの説明——冗漫な法律家だ——は、とりわけ興味深いし、ドマがこれを利用したということは、大いにありうることである。実際にも、コナンには、体系化こそ不十分であるが、『国法 (Lois civiles)』でドマが示したコーズ論の要素すべてが見出される。」⁽⁸⁾こうした評価は、さして有名でもないコナンの位置づけの再検討をせまるだけでなく、諾成主義あるいは意思主義の成立とはいったいかなる事態を意味するのか、ということを考える契機を与えてくれるように思われる。⁽⁹⁾

以下では、コナンの⁽¹²⁾「国法注解一〇卷」⁽¹³⁾の中から、法の分類と契約の効力とについて、集約的に説いている第一巻第六章を全文訳出し(二)、法の分類(三)、契約の効力(四)についてそれぞれ説明を加え、これとの関連でドマ、ポテイエ等の議論を検討し(五)、最後に、近世契約法史についての若干の問題提起を行うことにする(六)。

(1) Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, lib. 2, cap. 11, §. 1. "Perduxit nos ordo ad obligationem, quae ex promissis oritur: ubi statim se nobis obicit vir eruditissimus minime vulgaris Franciscus Connanus. Is enim hanc defendit sententiam, iure naturae ac gentium ea pacta, quae non habent *synallagma*, nullam inducere obligationem:..." (下線は、原文ではギリシヤ語であるが、本稿ではローマ字で表記した。以下も同じ)

なお、本稿では、英訳 (Translation by Francis W. KELSEY, Clarendon Press, Oxford, 1925) をも参照した。

(2) 周知のように、グローチウスは、「将来に関する意思の表明を、(一)将来に関する単なる意図の表明、(二)表明者を拘束するが、他方当事者には権利を与えない片約、(三)権利を他方当事者に与える意図を明確に表明する完全な約束、に三分し」て考察する。(op. cit., §. 2, 3, 4)。大沼保昭『戦争と平和の法』の研究11 合意(一)、『法律時報』五五卷九号(一九八三)九三頁。この三段階論およびその歴史的コンテクストについては、vgl. Malte DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1959, S. 44 ff.

(3) 北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール」、『法学協会雑誌』九三卷一一号(一九七六)一七七五頁、新井誠「ウィアッカーにおけるグローチウスの *promissio* 概念(二・完)」、『民商法雑誌』八一卷三号(一九七九)三五〇頁、北村「私法上の契約と『意思自律の原理』」、『岩波講座基本法学4——契約』(一九八三)一七六頁。ただし、大沼前掲「合意(三)、『法律時報』五五卷一一号(一九八三)九七頁以下は、グローチウスの合意論が近代的意思主義に基づくものではないとしている。もっとも、歴史的に見れば、グローチウスが出发点としての役割を果たしたと評価している。この点については、五で論ずることにする。

(4) 厳密に言えば、意思主義は契約の拘束力の根拠を意思に求める考え方であり、諾成主義は合意のみによって契約が成立する

という考え方であり、別のものである（前掲北村『基本法学4』一六九頁以下）。したがって、諾成主義を取るとしても、意思主義をとらないこともある。たとえば、法律に根拠を求めるといふように。しかし、意思主義の立場に立つ限り、諾成主義は通常そのコロラリーと考えられるであろう。それゆえ、意思主義と諾成主義、さらには契約自由の原則が往々にして、同じような意味で用いられるのではなからうか。なお、これについては、筆者の旧稿に対する原島重義氏の書評（『法制史研究30』（一九八〇）四三五頁以下、特に、四三七頁）参照。

(5) たとえば、大沼前掲「合意(一)」『法律時報』五五卷九号八九頁は、「形式主義から諾成主義への歴史の流れのなかで、右の「コナン」の主張はあまりに復古主義的なものであり、とうてい資本主義的経済の勃興を目のあたりにした一六・一七世紀を生きて居るものでなかった」と述べている。ただ、資本主義の発達と諾成主義あるいは契約(方式)自由との関係については、たとえば、我妻栄「債権各論上巻(民法講義V)」(岩波書店 一九五四)二九頁が「資本主義の発達に伴い複雑な取引関係を明確・迅速に処理させるために」特殊の方式を要求する、と述べているように、両者を単純に結びつけることには問題がある。

(6) たとえば、三ヶ月章「契約法に於ける形式主義とその崩壊の史的研究(三)」『法学協会雑誌』六四卷六号(一九四六)三八四頁、同『民事訴訟法研究』第三卷(有斐閣 一九七二)三五九頁、大沼前掲「合意(一)」『法律時報』五五卷九号八七頁以下。なお、この点については、本稿でも後に(四)論ずる。

(7) フース論については、cf. Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, P. I, T. I, S. I, §. 4, 5, 6. 諾成主義については、ちしめたり、cf. op. cit., §. 7. なお、本稿で用いたのは *Oeuvres de J. Domat*, éd. par M. CARRE, 1^{re} éd., Paris, Louis Tenaé, 1822^{re} éd.^o.

(8) Henri CAPTANT, *De la cause des obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1927, n° 77, p. 161.

(9) André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, L. G. D. J., 1969, p. 203 et s., 210 et s. は、下の近代的・合理主義的側面と、伝統的・ジャンセニスト的側面とを、彼の合意論に即して論じている。しかし、コースの問題は——ポティエについてはあるが——近代的・合理主義的側面に数えられている。アルノーが伝統的・ジャンセニスト的と見ているのは、公序(*ordre public*)あるいは良俗(*bonnes moeurs*)による合意の効力の制限である。なお、アルノーのこの論文については、野田良之「マンドレレ・ジャン・アルノオ」『フランス民法典の学説的起源』一九六九年『日仏法学』七(一九七三)三一頁以下参照。

(19) コナンは「Christoph BERGFELD, Franciscus Connanus (1508-1551). Ein Systematiker des römischen Rechts, Köln, Graz, Böhlau, 1968 が最も包括的に論じている。同書の一頁以下に簡単な伝記があるが、それによれば、彼は、一五〇八年に生まれた。彼の父は、会計検査官 (maître des comptes) であり、国王大顧問会議 (Grand conseil du roi) の一員であった。カルティナル・ルモワン学寮 (Collège du Cardinal Lemoine) で、シヤタ・スピノナム (Jacques Spifame) の下で、アリストテレス哲学、古典文芸を修めた後、オルレアン大学で法学を学び始めた。そこで、バルトリスト・ピエール・ド・レノール (Pierre de l'Etoile, Petrus Stella) の下でイタリア流 (mos italicus) の法学を学んだ。その後、一五二九年頃に、人文主義法学者アンデマント・アルチャーノ (Andrea Alciato, Andreas Alciatus) が教えていたブルージュ大学に移った。学位の取得等については不明であるが、その後パリで高等法院の弁護士を勤め、一五三九年九月七日の命令により会計検査官 (maître clerc des comptes)、国王大顧問会議のメンバーに任命された。一五四四年五月二十九日に宮内庁調査官 (maître des requêtes de l'Hôtel)、枢機顧問会議 (Conseil étroit) のメンバーに任ぜられた。一五四四年六月一日の命令により、財務総務 (Général des finances) シヤール・ド・プレシス (Charles du Plessis) と共に、徴税の督励のために、ラングドク、リヨネ、ル・フォレ、ボジヨレを巡察。一五五一年九月一日死去。なお会計検査官、宮内庁調査官、枢機顧問会議については、それぞれ、野田良之「フランス法概論上巻」(有斐閣 初版一九五四、再版一九七〇) 二三五、三五七、三五六頁参照。大顧問会議については、ちこあたり、cf. François OLIVIER-MARTIN, Histoire du droit français des origines à la révolution, Paris, Donat Montchrestien, 2^e tir., 1951, n° 330, p. 437. 宮内庁調査官の地方巡察については、野田前掲書 三七二頁参照。

宗教的には、コナンは、カトリック教徒であったようだが、オルレアン、ブルージュを通じ、カルヴァンの友人であり、行動を共にした (BERGFELD, a. a. O., S. 27 ff.)。

コナンは、その官職から明らかのように、いわゆる法服貴族 (noblesse de robe) であった。したがって、交友関係もそうしたグループが主だったようであり、彼の著作は、編者のバルテルミ・フエイ (Barthélemy Faye) により、二巻は大法官 (chancelier) フランソワ・オリヴィエ (François Olivier) に、八巻は後の大法官シ歇尔・ド・マッ・ロピタル (Michel de l'Hôpital) に献呈された。また、彼の生涯については、彼の友人ルイ・ル・ロフ (Loys le Roy) の大法官オリヴィエ宛書簡という体裁をとった追悼文から明らかになった (a. a. O., S. 1)。これらの人々は、後年、寛容政策をもって政治的統一を維持し

ようとするポリテイク (Politiques) を形成した。コナンの法思想とポリテイク的思想との関連は三で考察する。

ロビタルについては、渡辺一夫「フランス・ルネサンスの人々」(白水社 一九七九)二五五頁以下、佐々木毅「主権・抵抗権・寛容」(岩波書店 一九七三)五九頁以下参照。ルイ・ル・ロワについては、清末尊大「ジャン・ボダンの生涯」、『北大法学論集』二六卷三号(一九七六)三三九、三七八頁参照。法服貴族の政治(思想)史的意義については、その他に、ゲルハルト・エーストライヒ「ヨーロッパ、絶対主義の構造に関する諸問題」成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』(岩波書店 一九八二)二四七頁以下参照。比較的まづおぼつかぬものとして、vgl. Roman SCHNUR, Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts, Berlin, Duncker & Humblot, 1962.

(11) Commentariorum iuris civilis libri decem. 本書は、コナンの死後、バルテルシ・フエイの編集により、一五五三年パリで出版された。その後、一五五七年に、フランソワ・オットマン (François Hotman) により、コナンの引用した学説彙纂、勅法彙纂の法文の指示を附されて、ハーゼルで出版された。その後、一五五八年パリ、一五六二年バーゼル、一六〇九年ハーノウ、一六一〇年ハーノーファー、一七二四年ナポリで出版された (BERGFELD, a. a. O., S. 20 f.). 本稿では、日本大学の所蔵するハーノーファー版を用いた。閲覧に際しては、同大学図書館東王地輝良氏にお世話していただいた。本書の収集の御苦心も含めて、深く感謝いたします。

本書の構成は「緒言 (ta prola)」と「序」標題の第一巻で法一般を論じた後、次のようである。「人格について (De personis)」(第二巻)、「物の分類について (De rerum divisione)」(第三巻)、「物の役権および質について (De servitutibus & pignoriis rerum)」(第四巻)、「約定・和解 および贈与について (De pactis, transactionibus, & donationibus)」(第五巻)、「言語債権債務関係および保証について (De verborum obligationibus & fiduciarioribus)」(第六巻)、「債権について (De rebus creditis)」(契約各論)」(第七巻)、「婚姻について (De matrimonis)」(第八巻)、「遺言について (De testamentis)」(第九巻)、「相続人の指定および補充指定について (De haeredibus instituendis & substituentis)」(第一〇巻)。「未完であって、なお法定相続、訴訟手続等が欠けてゐる (a. a. O., S. 45)」。なお、この体系の意義については、三で触れる。

二 『国法注解一〇卷』第一卷第六章⁽¹⁾⁽²⁾

自然法および諸民族の法 (ius naturale & gentium) は、どのように定義すれば正しいか。

第一節 獣たちが人間たちと共通にする法は存するか。

そして、私は、自然法および諸民族の法 (ius naturale & gentium) について、以上のようになっていることが正しいと思つた。⁽³⁾とはいつても、それは、現代の法学者たちの案出したことからできるだけ外れないようにし、彼らの案出したことに道理があるからというよりは、権威があるからということ、それに従っている人々を完全に納得させようとする限りで、いえることではあるが。

以下では、自然法および諸民族の法 (ius naturale & gentium) について、別の、おそらくはより正しい言い方ができないかどうか、検討しようと思う。⁽⁴⁾

なぜなら、上述のことには、誤っていると考えられること、非常に説明困難なことが多くあるからである。すなわち、獣たちに、生殖や養育について法に似たものがかかなりあるからといって、法を有する社会という点で、獣たちを人間たちと同列に論ずることは、ばかげたことと判断されるべきであるから。

その理由は、次のとおりである。獣たちを、肉親の情愛や嫉やそもそもすべての徳を分有するものとすべきだと思つたのは、獣たちにこれらの徳にある程度類似するものがあるからである。さらに、私の考えでは、肉親の情愛や嫉等の類似性は、法や正義との類似性よりも大である。したがって、法および正義以外のすべての徳を有するという名譽を、我々人間たちが獣たちと共に受けるのだということに抵抗はない。なぜなら、法や正義以外の徳は、他と関わりな

しに独立に存在するものであるが、正義は、それが交わるものたちを捉えて離さないのだから。

一方、獣たち自身の間、あるいは、獣たちと人間との交わりには、およそ社会というものはありえないし、それゆえ法共同体もありえない。したがって、利口な蛇とか、強い馬とか、無垢な鳩とかはいうが、正しい動物とは、人間の外にはいわない。獣たちにも、法の何らかの徴憑が見出されるにせよ、それは微々たるものである。

さらに、獣たちに正義がないというのは、獣たちは何を行うにせよ、それを自分のために行う点にある。そもそも正義とは、自己のすべての努めを他のものたちのために果たすということなのだから。

まさにこのゆえに、獣たちは、話さないものとして造られた。すなわち、獣たちには、他のものたちに伝えるべきことはなく、それゆえ、会話は必要なかったからである。

これに対し、人間たちの結合を維持するためには、言葉が必要であった。それゆえ、キケロは、人間たちをこのように結合するための、重要で不可欠な絆が言葉であると述べる。言葉は、教え、述べ、伝え、討論し、判断するということによって、人間たちを相互に宥和させ、自然的社会性 (*societas naturalis*) によって結合させるものなのである。キケロはいう。

「何ものもこれほどに人間を獣たちの本性からへだてるものはない。我々は、往々にして、たとえば馬や獅子のような獣に勇敢さがあるという。しかし、正義や衡平や仁徳があるとはいわない。獣たちには、理性や言葉がないのだから。」⁽⁵⁾

それどころか、獣たちが心得ていると大方の人々によって想定されている徳のなかにも、実際には獣たちにはないものや、不断に発現するわけではないものもある。

というのも、たとえば、獅子や馬に勇敢さの証と認めてよいと思われるものもあるが、他方で、小心や怠惰の証と考えられるものも多くあるからである。

別の獣たちの別の徳についても同様のことがいえるが、しかし、それらの徳は、事後的に歪められたとはいえないのであって、最初から歪んで造られたというべきであらう。

なぜなら、キケロがいうように、「小棒のなかには、作為によって曲げ歪められたものもあるが、本来歪んでいたものもある。これと同じように、獣の性質は、躰が悪いために歪んでいるのではなく、もともとそういうものなのである」のだから。

他方、人間たちには、それ自体歪んで造られた性質はなく、ただ、養育に瑕疵があつたり、誤つた意見によって墮落させられたために歪むだけである。

それゆえ、次のようにいうことは、相当に論拠のあることである。すなわち、獣たちには徳は何もないのであって、いわんや正義や衡平はない。それらはただ人間たちに見のみ、それもすべての人間たちにあるのであって、ただ、それらが歪められている場合があるだけである。それゆえ、これらの徳は、人間たちにとって自然なものである。人間たちは、ことごとく、自然に導かれて、これらの徳を追求するのだから。獣たちはこれと異なり、その大部分は、自然に導かれて然るべくこれらの徳へと至るのではない、と。

少なからざる種類の獣たちが群れをつくり、その結合の様相が国に似ているというのは、どうか。これをもって、そのような獣たちには、国民たるの素因が生まれつき備わっているのだ、というべきか。しかし、誰もそんなことをいふほど愚かではなかった。

第二節 法はただ二つに分けられる。すなわち、衡平と善を考慮する自然法 (*ius naturale*) と効用を考慮する国法とである。

さらに、法の効力は、ただ二つの部分にのみ、すなわち、自然的 (*naturalis*) および国的 (*civilis*) 部分に分たれる

説
ということ、プラトンやアリストテレスやすべての古の学者たちの言である。

この区分法に、ウルピアヌス以外のすべての法学者たちが従っていると、私は考える。たとえば、ガイウス・学・一・一・九、パウルス・学・一・一・一一。

パウルスはいう。「法という語はさまざまに用いられている。一つの用法は、常に衡平かつ善なるものを法という場合で、すなわち、自然法 (*ius naturale*) である。他の用法は、任意の国の全国民あるいは多数の国民にとって効用のある (*utile*) ものを法という場合で、すなわち、国法 (*ius civile*) である。」^(?)

この法文では、パウルスが自然法では衡平と善を考慮し、国法では効用 (*utilitas*) を考慮したということが、とりわけ注目すべきだと思う。

このことを、我々は、しっかりと胆に銘じておくべきである。我々がまさに、これから述べようとしていることの大意が、この法文に含まれているのだから。

そして、この法文で述べられたことを理解するための道具をアリストテレスから調達しようと思う。この道具は、また、アリストテレスを解釈するためにも利用すべきと思われる。

すなわち、アリストテレスから、アリストテレス自身および法学者たちにいくらか光をあてようというのである。

というのも、アリストテレスについていえば、この問題をどこで扱っているかがきわめてあいまいであるから。また、法学者たちはといえ、彼らは、法の諸源泉を指で示せるほどに十分理解していたにもかかわらず、それらを、我が汲み取れるように開鑿するとか、その源泉へと至る道それ自体を示すとかといったことを、しようとしなかったからである。

それゆえ、アリストテレスが「ニコマコス倫理学」第五巻で述べたことを検討しよう。法は二つの部分からなるとい

った。すなわち、「オイコノミコン」な法、つまり、夫と妻、主人と奴隸、父と子の間にある家内法、および、「ポリティコン」な法であり、さらに彼は、「ポリティコン・ディカイオン」には、フェシコンなそれもあるし、ノミコンなそれもある」と述べている。

国法には、自然による (naturale) ものもあれば、立法によるものもある。

アリストテレスは、「国の」(civitas) という名辭によつて、法に関わるものすべてを把握していると思われる。すなわち、たとえば、キケロが、「神々の本性について」第三巻で、別の、しかし全く似た事項について解釈した意味で、ポリティコンと称するものである。

キケロは言う。「人間の本性は、準国的 (quasi civilis)、民族的 (popularis) なものとして、ギリシア語でいうならポリティコンなものとして造られたのだかひ」。

このキケロの解釈は、アリストテレスの表現の正しい意図を伝えていると、私には思われる。それゆえ、ポリティコンな法のことを、国法というラテン語に制定法 (ius legitimum) という語感がある以上、諸民族の法 (ius gentium aut populorum) ということにする。すなわち、この法を用いるのは、国 (civitas) に集結した人々ではなく民族 (populus) に集結した人々である。

というのは、次のように考えられるから。人間が自己に生来備わっているポリティコンな法をつくるのは、人間が孤立して生きるのではなく、他の人々との結合や親睦を求め、彼らと会話をし、彼らと取引をして自己に不足せる生活手段を調達するという目的のためである。そして、これらのことは、諸民族の法に関わることであり、したがって、人間が掟「法律」(lex) の定める罰により義務づけられるとか、国の城壁によつて守られるとかといったことが、望ましいというわけではない。いやがる我々をして、これらの罰や城壁をつくらしめるに至ったのは、必要 (necessitas) であつ

第三節 全人類が同一の国の国民であること、そしてその法がポリテイコンな法、あるいは国法といわれること。したがって、他の人間たちを求め、人間のこの本性は、国的というよりはむしろ民族的といふべきである。ところで、この本性を分有するのは、すべての人間たちなだから、すべての人間たちは、一個の同一の法によって統治される。

というのは、この人間の本性からはじめるなら、道理 (ratio) を共通にする人々の間では、正しき道理 (recta ratio) もまた共通であるからである。この正しき道理は掟 (lex) と称せられる。

ところで、掟を共有する者は、法をも共有する。さらに、同じ法を共有する者は、同じ国に属すると考えられる。

それゆえ、この全世界は、一つの国であると評価さるべきことになる。⁽¹²⁾

したがって、我々のこの都市パリ、およびそこにあるすべてのものが、パリの人々のものであるように、全世界にあるものは、すべての人間たちのものである。

というのは、死すべき者すべてが一個の同一のもの、すなわち正しき道理の支配に服する以上、この世界が、すべての人間たちの共通の都市および国のごときものだとすることは、当然だからである。⁽¹³⁾

それゆえ、ソクラテスは、「どこの国のものだ」と問われたとき、「世界国民だ」と答えた。すなわち、キケロの言をもってすれば、城壁に囲まれたある限られた地域の住人であるのではなく、あたかも一つの国を成しているかのような全世界の国民なのである。⁽¹³⁾

すなわち、大地〔地球〕は、すべての人間たちの共通の母であり、「スキピオの夢」の大アフリカースス流に言えば、住まいあるいは家なのである。⁽¹⁴⁾

この全世界としての家あるいは国には、構成員各人の心に記された掟があり、固有の法がある。この法は、その国民、すなわち、すべての死すべき者からなるこの社会を維持するために用いられ、ポリテイコンな法と称せられるが、準国的 (quasi civile) あるいは民族的 (populare) な法といってもよからう。たとえば、キケロは前掲書のちよつと後で、次のように述べている。

「人間の本性とは、人類との間に準国法 (quasi ius civile) があるというものだから、この準国法を守るものは正しく、これから外れるものは不正だということになる。」¹⁹⁾

キケロはこの法のことを国法とはいわないで、準国法といった。というのは、この法は、より正しくは、諸民族の法と称さるべきものであり、全人類が一つの民族を形成するとして、この民族が用いる法だからである。

しかし、境界のない、かの状態が失われ、この境界なき人間社会が、すべての人間を同一の掟によって支配できないからということで、もろもろの国に分割された。その後で、それぞれの国の効用 (utilitas) に適合するように、国法が導入された。

その結果、次のような事態が生じた。すなわち、かの諸民族の法は、従前は一個で、したがって、すべての人間たちの共有するものであったが、二つになった。より正確に言えば、一方は、国法という名称にまさにふさわしいもので、それぞれの国の異なった掟「法律」(lex) により、異なって規定されたものである。他方は、最初に唯一存在し、万人に共通だった諸民族の法であり、自然 (naturale) 法と呼ばれるものである。この自然法たる万民法は、名称の上でも制定法から区別されるものであったが、その実質および本性自体が制定法のそれと異なるものであった。

その理由は、アリストテレスが先の引用に続けて述べているように、次のごとくである。「自然法 (ius naturale) とは、どこでも、もろもろの民族に同じように妥当し、それが正しいと考えられていると否とにかかわらずない法である。

これに対して、制定法とは、こうなろうと、別様になろうと、本来はどちらでも差支えなかったのだが、しかし、いったんこうと定めた上は、そうでなくては差支えを生ずるものである。たとえば、釈放の身代金が一ムナだとか、犠牲は一匹の山羊であるべきであった、二匹の山羊たるべきではないとか、さらに、およそ個人々の事項について掟〔法律〕(lex) によって定められていること、たとえば、ブラシダスに犠牲をささげるといったこと、および、民会の掟〔議決〕(lex populorum) によって裁可されるものすべてが、この制定法に属する。⁽¹⁶⁾」

第四節 自然法 (ius naturale) が二つの部分に分類されること。

国法については、後で述べることにする。自然法 (ius naturale) については、それを二つの部分に分けて考察できると私は考える。

すなわち、一方は、正と不正とを定める掟であり、それは、時や所に応じて変化するものではない。他方は、生活をして行くために必要な (necessaria) さまざまな効用 (utilitas) を司るものである。

以上のことを私が述べようと思ったのは、私がパウルス・学・一・一の一の見解に惹かれたからである。すなわち、パウルスは、自然法 (ius naturale) を善と衡平の道理だとし、国法および制定法を効用から導き出すからである。

この点では、アリストテレスが述べていることから、私は示唆を受けた。すなわち、彼の言は、自然法 (ius naturale) には二つの本性、つまり、衡平と効用という本性があるとしなければ説明できないと、思われるからである。

前者は、ただ次のこと、すなわち、我々が聖く、敬虔に、正しく生きることをめざすものである。後者は、快適に生きることをめざす。

前者の法を自然法 (ius naturale) というのが正しくかつ本来的ない方である。というのも、この法は、各人に自然の道理 (ratio naturalis) を提示し、そして、恒久不変だからである。

この源泉というべきものから、我々を正義へと誘う命令が流出して来るが、その中にはウルピアースが挙げる至上のもの、高潔に (honesto) 生きよ、誰も傷つけてはならない、各人に彼のものを配せ、という命令がある⁽¹⁷⁾。これらはすべて、天から下されたかの準則、「汝は、自己に對し行つてほしくないことを、他人に行つてはならない」⁽¹⁸⁾に収斂するものである。

というのは、この準則によつて、そしてこの準則から下される判断によつて、正と不正との区別が伝えられるのだから。そして、この区別を無視するならば、生活をして行くためのすべての道理が無視され、この区別を守るなら、衡平から外れることはありえないからである。

また、民会の決定、君主の勅令、審判人の判決も、この自然法 (ius naturale) を無効にしたり変更したりできない。なぜなら、この自然法は不正なしには侵しえないものだからである。

第二の、効用に関わるもう一つの法は、いかなる類のものか。この法に属するのは、所有権、王国、戦争、奴隷、解放、契約、および、我々が人と人との結合や我々自身の統合をより巧みに行うために用いる、その他の社会関係である⁽¹⁹⁾。

この法は、私に誤りがなければ、諸民族の法と呼んでも差支えなからう。この法が、自然 (natura) そのものというよりは、人間たちの裁決 (iudicium) によつて設定されたものだから。しかし、この法は、自然法の一部なのであり、その名に値する。というのは、設定されたもの (institutum) や掟「法律」によつてではなく、習俗 (mores) によつて徐々にかつ暗黙のうちに確定された、すべての民族の合意は、全く自然の掟 (lex naturae) と考えられるからである。そして、この法は、前に述べたように全世界を一個の国に擬するなら、すべての人間たちの準国法といつてもよいものである。

第五節 したがつて、自然法 (ius naturale) が変更される場合がありうる。

したがって、この諸民族の法自体に対し、ある何らかの立法権能 (Legum potestas) が及ぶという事は、驚くにあたらぬ。なぜなら、この法は不可侵の自然法 (ius naturae) と異なりうるものであり、また、上に立つ者の裁量により変りうるものだからである。

実際、これまで物の所有権というものを知らず、すべての物が共有である民族があるといわれているのであるから。また、すべてのものを共有する共同体ということは、プラトンも彼の「国」で導き出そうとしたものである⁽²⁰⁾。

ある人が掟〔法律〕によって物の売買と貸借を禁止し、万人が貨幣を使用できないようにしたとしても、この掟〔法律〕にいかなる不衡平があるのか、私にはわからない。というのは、この法律は、たしかに当該国民の効用を相当程度奪うものではあるが、しかし、かの単純で衡平な自然法 (ius naturae) からは全く何も奪っていないからである。

同じことは、捕虜は奴隷とすべきでないということについて、ずっとよく妥当する。この捕虜奴隷制が、キリスト教徒の習俗によってすでに廃されているからである。

ここから、いかなる法も自然的 (naturale) でないというように主張した人々の誤りが生じた。

なぜなら、彼らが念頭においているのは諸民族の法であり、それは通常、自然法 (ius naturae) と呼ばれるとしても、時として変更されるものであり、したがって、この法は自然 (natura) によるものでなく、意見 (opinio) によるものと評価すべきだからである。というのも、自然は、安定的、固定的で、およそ変化とは縁のないものなのだから。アリストテレスは、彼らの誤りを前掲箇所で示した。すなわち、彼は、制定法が、こうなるかまたは別様になるかによって本来何の差支えも生じない事柄に関わると述べてはいるが、他方で、次のようにもいっているのだから。

「しかるに、以上述べた法すべてが、このような制定法的な性質のものだと考える人々がいる。というのは、自然的なもの、不変で、地上のどこにおいても同じように働く——たとえば火はここでも、ペルシアでもものを焼くといっ

たように——のに対し、上述の法が変化するのを我々は知っているからである。

しかし、変化するといっても、全面的ではなく、ある程度のことである。いずれにせよ神々のもとなら、おそらくは何もこのように変化するものはないのだろうが、しかし、我々のもとでは、自然に備わったものであっても、全部ではないにせよ、変化するものがたしかにある。変化するものには、やはり、自然に基づくものもあるし、自然に基づかないものもあるのだ。⁽²¹⁾

ここでアリストテレスは、自然によるものであっても、変化するものがあることを認めている。それゆえ、自然に基づくものもあれば、自然にはなく人間たちの設定したものにに基づくものもあるのだということは、否定さるべきでない。なぜなら、自然的なものに変化するものがあるからといって、すべてが自然に基づくとも、何も自然に基づくものはないとも、評価すべきではないのだから。変化が両者に共通であるからといって、変化するものそれぞれを識別することはできないなどと、考えるべきではないのだから。

逆に、可変的なもののなかにも自然によるものもあれば意見によるものもある。そして、この両者の区別は、注意深く観察すれば、難しくない。アリストテレスが、続けて次のように述べているように。

「しかし、別様にもありうるもののうち、何が自然に基づくものであり、何が自然ではなく、掟〔法律〕や設定行為 (institutio) に基づくものであるかは——両者とも同様に可変的だとしても——、次のことから明瞭である。すなわち、(同じことは、他の事柄にも同程度にあてはまりうるものだが) 自然的には右手が左手より強いとしても、何人であれ両手を等しく巧みに用いるということがありうる。また、設定行為および効用に基づく法は、弁に似ている。というのは、酒や穀物の弁はどこでも同じではなく、酒や穀物の買い集められるところでは弁は大きく、小売されるところでは小さいからである。

これと同じように、自然的ならざる人間たちの法は、どこでも同じではない。国の統治 (*rei publicae administratio*) もまた、どこでも同じではないのだから。他方、どこであれ、自然を基準にすれば最善の統治は一つしかないとして(22)「も」。

人間には、自然的道理も言葉もある。人間に固有の笑いも、同様に非常に多くある。したがって、これらの道理や言葉等が人間の脆弱さのゆえに使用されないことがあるとしても、変化したり、無くなってしまふことはなく、それゆえ、我々一人一人に道理や言葉等を用いる適性が自然的に存在しないということにはならない。

さらに、右手が左手より強いということが、我々のほとんどすべてに備わつたことであるとしても、左手がより強いという反対の事態が生ずることもある。これは、鍛練を施すならば、すべての人間に等しく生じうる事態である。

なぜなら、右手の強さは、自然の力によつて与えられたものというよりは、すべての人々のある種の判断によるものだから。つまり、すべての人々は、右手が物を扱うのにより適していると考へて、より頻繁に右手を使うから、右手が強のである。さらに、使用と鍛練とによつて強さと器用さが増進される。しかし、かかる事態があるからといって、右手の使用が自然的に優つてゐることを否定したり、すべての人間がこのように考へ判断するのを否定することにはならない。したがつて、右手が敏捷だという全てのの人々に備わつた観念は、自然的だと考へらるべきであらう。この手の例のように、全部的ではなく部分的に生ずる変化を自然的であるとか、自然的と考へられるとかと、定義しないのだから。

第六節 いかなる事柄について、そしていかなる範囲で変化はあるか。

このように、自然法 (*ius naturale*) については、変化のある事柄もあるのだといわるべきである。すなわち、自然的判断 (*iudicium naturale*) によつて、人間生活の効用に合致するとすべての人々が合意するものには、変化がある。

これに対して、正と不正とを区別する事柄には、変化がない。というのは、後者の事柄には永遠の掟があり、この掟は、大いなる罪を犯すことなしには破棄できないからである。

そして、このことをアリストテレスは、「設定行為および効用に基づく法は弁に似ている」ということによつて、単に述べただけでなく、最も明瞭な言葉で述べたと私には思われる。「設定行為に基づく」法と彼がいうのは、国法であり、国民の約定により設定された法である。「効用に基づく」法とは、人間たちの便益のために考案された法であり、諸民族の法に属するものである。

この二つの法、「設定行為および効用に基づく」法を、アリストテレスは、あとで一語で「アントロピーナ」といつているが、これを、「人間たちの」といつてもよからう。自然によつてではなく、人間たちの決定により定立された法 (*iura hominum decreto posita*) であるのだから。この法が諸民族の法と称せられるのは、人間たちが、生まれながらの性状から、何らかの自然的共同体、結合体をつくっている場合のことである。国法と称されるのは、人間たちが国的結合に統合されている場合である。

しかし、この両法は異なることがありうるし、それぞれどこか異なっている必要さえある。なぜなら、国を統治する道理はどこでも同じではなく、便益や効用はそれを受けるものによつて異なり、そしてこの効用にここで論じている人間たちの法が準拠しなければならぬからである。他方で、自然に基づくものは、最適なものであり、地上のどこにおいても正しいものである。

したがって、自然に関わるものに関しては、国々により差異があるわけではなく、国の配慮および統治はどこでも同じであり、どこでもそれが最善である。なぜなら、一人にとつて正しいものは、万人にとつても正しいものであり、便益とは違つて、正しいものには変化が生じえないからである。

したがって、国制の道理 (*civilis ratio*) には、効用を基準にすれば、大きな相違や多様性があるとしても、正と不正ということでは、そんなものはないのである。

なぜなら、この国制の道理は、自然の命令 (*praescriptum naturae*) によって支配統御されるのであるから、どこでも最善であり、すべての民族に共通であり、どこでも同じであるのだから。

これが、私の考えるアリストテレスの見解である。そこにはあるいは私に誤解があるかも知れない。というのは、私は他人の著作を解釈する際、いつもよく考えてから確信をもつようにしているが、しかし、各人は、他人の著作を自己のできる範囲で理解し、自己の裁量によって判断するしかないのだから。とはいえ、以下のことには、私に誤りがないと思う。すなわち、私が判断を下した、自然法 (*ius naturale*) と諸民族の法とを画するには、正義と効用との区別が適切だということ、この区別から、両法の起源、優劣、および効力について提起されるすべての問題が解明されるべきこと。さらに、自然法 (*ius naturale*) および諸民族の法を民会の掟〔議決〕 (*lex populorum*) によって廃棄できるか、できるとしてどの範囲でかという問題も、上述の区別から解明されるべきこと。これらには誤りがないと思う。

この最後の問題は、たしかに、困難ではつきりしないものと見られるのが常だが、しかし、我々が述べてきたことからすれば、容易に判断することができる問題である。すなわち、我々が自然 (*naturae*) 法と呼んだ第一のものは、正と不正との問題を内容とするものであって、およそ変化とは無縁である。我々が諸民族の法と呼ぶ第二のものは、共通の効用を考慮するものであって、国法とよく似たものであるので、いかなる法にも違反することなく廃棄あるいは変更が可能である。

そして、パウルスが学・一・一・一一で述べているのは、以上のことを念頭においてのことだと、考えることもできよう。そこで、パウルスは、一方で、常に衡平かつ善である法、つまり自然法 (*ius naturale*) と、他方で、ある任意

の国の国民あるいは多数の国民にとって効用のある法、つまり国法とがあるといっている。「これが前述の、自然法と諸民族の法との区別に対応するというのは、次のように考えられるからである。」すなわち、パウリスのいう後者の法が国法なのは、国民にだけ効用があるからである。これがすべての人間にとって効用があるなら、諸民族の法になる。したがって、国法と諸民族の法の間には、その効力および本性には差はなく、国法が特定の人間たちに便益と効用を与え、諸民族の法がすべての人間たちに便益と効用を与えるという点に差があるにすぎない。

第七節 自然法 (*ius naturale*) に服するものは何か。

ここで、自然法と諸民族の法との両法に服すると考えられるものすべてを、列挙する必要はない。それらの主要なものに言及したなら十分であろうし、この言及されたものから、一つ一つの事柄について判断するのは、難しいことではないと思われる。しかしながら、我々の研究を進めるために、非常によく知られており、かつ、この問題の研究 (scholarship) において比較的頻繁に論ぜられるものを、簡単に取り上げてみよう。

この研究によって第一の自然のもの (*prima naturae*) に算入されるのは、グラティアーヌスが、彼のかの偉大な労作の冒頭辺で数え上げているものである。

彼はいう。「自然法 (*ius naturale*) とは、生まれ〔民族〕 (*natio*) にかかわらずすべての者に共通の法である。なぜなら、それは、何らかの設定行為によってではなく、自然の本能によってどこにでも存するものなのだから。たとえば、男女の結び付き、子〔卑属〕の相続、児童の養育。万人の共同占有、万人の有する同じ一つの自由、天地および海から収穫されるものの取得、同じく、預けられた物あるいは託された金銭の返還、加えられた暴力に対する自力防衛。というのは、この最後の自力防衛、あるいはこれに類することは、決して不正なことではなく、自然的かつ衡平なことと考えられるのだから。」⁽²³⁾

最初に述べられていることは、少なくとも次のことをいっているが、それは正しい。すなわち、自然法は、獣には通じないが、人間にはいかなる生まれであれ通ずる。しかも、単に道理によってだけでなく、ほとんど本能的にその自然本性から、我々人間はだれでも自然法へと至るのである。

というのは、自然は我々を正しいものとして造ったし、自由なものとして造ったのだから。この正義と自由からこの自然法に属する他のものが生ずる、と私はいいたい。正義からは、我々が子〔卑属〕を養育すべきだということにはならない。これは不思議ではない。子〔卑属〕はその弱さのゆえに我々の助力を必要とするのだから。この助力を、子に對してだけでなく、同じように弱い者すべてに對しても、やろうと思えばできるのに、拒否するなら、その者は自然に反している。自然は、人間が他の人間を、その者が誰であれ、気づかうことを命じており、あるいは、まさにそれゆえに人間が人間たりうるのである。

他方、子が生活必需品を自分で調達できるような年齢に達しており、また、それだけの力をつけている場合には、親はその子の世話をしなくとも自然に反することにはならない。

以上のことを前提にしたので、グラーツィアーヌスは、子の養育ではなく、児童——つまり児童の年齢にある子——の養育を自然法 (*ius naturale*) に属するとしているのだと私には思われる。

ロムルス⁽²⁴⁾の掟〔法律〕は、子は三年間扶養されるべきであり、それまでは子を殺したり、遺棄したりしてはならないというものであった。このような幼児が扶養されるべきことを欲したのは、よいことで、自然に合致することである。しかし、三年経過後の児を殺したり遺棄することを許したのは、非人間的なことであり、自然に反することである。したがって、この掟〔法律〕は長続きしなかった。

さらに、預けられた物および託された金銭の返還も自然的正義に属する。しかし、この二つの掟から、同じことは他

の契約にも妥当するのだからという理由で、他の契約の信義についても、それを守らなければ相手方を害する場合に
は、守るべきだということまでグラティエイアヌスが述べたのだと主張する者がいる。だが、どうしてそう主張しなけ
ればならないのか私にはわからない。というのは、問題の事案では、他人を害しており、また各人に彼のものを与えて
いないが、これら二つもまた自然の掟 (*lex naturalis*) だからである。この二つの掟と密接に関連しているのが、我々
がしばしば言及し論じた、何人も他人の損失において利得してはならないという掟である。この掟をアックルシウスは
自然法 (*ius naturale*) に属するものとしたの⁽²⁵⁾に対し、カストレーンシスとヤーソンはこれを非難⁽²⁶⁾したが、この非難こそ
誤りである。カストレーンシスやヤーソンによれば、かの第一の法「自然法」は動物も含めたすべてのものに共通で
あるのに、この掟は動物が共有するものではない、というのである。この非難の非難は非常に容易であり、論拠を挙げ
る必要もないほどである。

さらに暴力に対する自衛も自然法 (*ius naturale*) に属するが、とはいえ、我々が前にグラティエイアヌスにならつ
て示したことで不十分である。なぜなら、自力防衛は、まさに生じつつある不法の防止が許されるというだけでな
く、被った不法を、あるいは長い間を置いた後であれ、回復することも許されると解釈すべきだからである。というの
も、不法の回復は、罰に代替するものであり、それによって、罰せられないから他人に暴行しようという気持をもつこ
とがないようにしようとするものだから。

さらに、自然によって、各人に彼のものを配せと命ぜられているのだから、良き人々を賞によって奨励し、悪しき人
人に罰を加えようとする者達は、自然のこの命令に反することになる。

同じく、正義に課せられた第一の任務であるのは、人は不法を加えられたのでなければ、他人を害してはならないと
いうことであり、キケロもまたそういつている⁽²⁷⁾。したがって、不法を加えられた者ならば他人を害してもよいといふこ

説
とになる。

論
しかし、罰を課す際に必要とされる節度が守られなかったので、掟〔法律〕をつくることになった。たとえば、ルクレーティウスは次のように書いている。

「何となれば、人類は暴力のうちに生を送ることに疲弊し、その不和のゆえに無気力となり、それだけに一層人類は自ら進んで掟〔法律〕と窮屈な法とに服したのだから。

実際、誰であれ、憤怒から、現今衡平な掟〔法律〕により

認められたる以上に激しく復讐せんものと思つたものだつた。

したがって、人間たちは暴力のうちに生を送ることに飽いた。⁽²⁸⁾」

第八節 暴力に対する自力救済は、非難の余地なき権原に基づいて行われる場合にのみ許されるのか。

以上のことから、現代の解釈者たちがいかに思いつきの説明しているかが明らかになる。すなわち、彼らは、暴力や不法に対する自衛が自然法 (*ius naturae*) によって認められる、と説くフローレンティヌスの解答、学・一・一・三と、ディオクレティアヌスおよびマークス・イミミアヌス帝の勅答、勅・八・四・一——⁽³⁰⁾これは、占有回復の特示命令に関する最初の解答だが——とを、一所にして説明する。すなわち、両帝はこの勅答で占有に正権原がある場合に限り自力防衛を許すが、これを現代の解釈は、フローレンティヌスの解答の効果を中和する抗弁だといっているのである。このように、バルドゥスも説いている。⁽³¹⁾これに対し、我々は、以上のことを自然法 (*ius naturae*) から説く。そして、かの皇帝の勅答がなされたのは、次のような掟が確立されたから長期間経てからのことである、すなわち、私人に自衛する権能は与えるが、復讐する権能は私人から取るといふ掟が。この両権能は、かの原初的自然法 (*ius naturae*) によ

って与えられたものであったのであるが。

それゆえ、キケロは、「案出論」第二巻で報復 (vindictio) を自然法 (ius naturale) 上のものとした。

「そして、自然法 (ius naturae) とは、意見ではなく、ある種の生来の力が我々にもたらすものである。たとえば、宗教、敬虔、慈愛、報復、尊敬、真実といったものである。」⁽³²⁾その後にも、「報復とは、暴力や不法、およびそもそも妨害となることすべてを、防衛ないし復讐によって却ける行為である。」⁽³³⁾とも述べている。

防衛とは、将来の迫り来る不法から守ることであり、報復とは、すでに為され、被った不法に対し復讐することである。しかし、両者ともその趣旨は、不法を加えた者が、罰せられないことからさらに大胆になって、その後罪を犯すということのないようにということである。この一つのこと、すべての掟の目論見、企図なのであるから。

以上述べてきた事柄は、自然の正義をあたかも澄み切った源泉として、そこから長く広く流れ出、人間社会のすみずみに流れ込んでいっているものである。そして、自然の正義は、公的であれ私的であれ、我々のすべての行為が、そして、すべての民族および国により設定されるものがそれに服し、従うべきものである。

さらに、自由もまた、いま述べた同じ源泉から我々が導き出したものであるが、導き出し方は異なる。というのは、自由には強制力がないのだから。つまり、自由の内容は正か不正かを決する道理ではなく、欲することを害とならない限りで行ってよいという許可であるから。

したがって、自由は、本来、かの自然法の一部となるものではない。なんとすれば、自由は何も禁じたり命じたりせず、許されていることにのみ存するのだから。他方、かの好意的で慈悲深い自然が与えてくれたものを、いかほどか制限することは、不均衡でないだけでなく、必要なことであった。

かくして、程なく、多くのことがもろもろの民族の決定により、さらには、それ以上に多くのことが、国々の法律に

より制約を課せられたが、その目的は、不衡平で歪んだ人間たちが不法を犯すことがないように、ということであった。たとえば、この自由に罰としての奴隷制が対置されるが、我々に対し戦争をしかけて来る者たちに対し、奴隷制以上に人間的な罰を案出できなかったのである。

同様に、かつては、すべての物がすべての人のものであったが、これは、大地の実りが当時生きていた人々の数が少なかったので十分すぎるほどであったためである。にもかかわらず、結局は、もろもろの民族の設定行為により、各人にその物の所有が分け与えられ、土地に境界線が引かれることになった。

このことがあつてはじめて、次の二つの言葉、「私のもの」と「汝のもの」とを人々の会話で耳にするようになった。以前はこの二つの言葉を知らなかったのであるが、したがって、これ以後は、各人が任意の物を自己の意のままに用いることは許されなくなり、ただ自己の物のみを用いることができるということになった。

以上のことは、カストレーンシスが考えるように理解するべきではない。すなわち、彼は、土地に属する物および不動産の共有があつたことは認めるが、動産の共有は否定し、動産は先占者のものになつたと考えている。共同占有があつたと述べるグラティアーヌスも〔前述一〇七頁〕、同じく誤りである。

自然がすべての物や獣を造つたのは、一人の人間のためではなく、したがって我々は、我々の効用のためにこれらすべての物や獣を、不法となることなく使用できた。さらに、自然がこんなに多くの恵みを下さつたのは、ただ使用のためであつた。なぜなら、自然に従つて生きる人々にとって、使用以外に必要とするものは何もないのである。そして、現代でも、我々のもの——それは、我々がそのものの所有者だという意味になつてはいるが——について、本当に我々のものだといふことができるのは、そのものを使用する便益以外にはない。

しかし、古の時代にも消費することが許されていたものがある。すなわち、これらのものは、食用に供する以外には

使用の仕方がありえないものだからである。

これらのものについても、使用は所有に非常に近似しているが、やはり、所有ではない。したがって、法律家たちは、「使用により消費される物の用益権について」〔学・七・五〕で、両者を分別して伝えた。

第九節 自然は所有を認めず、使用および占有を認めること。

これらの物についてはいうに及ばず、およそどんな物についても、自然は我々に所有を認めず、ただ使用のみを、あるいは使用のための占有を認めた。

したがって、各人が空、海、大地から自己のために獲た物を自己のものにしたものだった〔前掲一〇七頁〕という場合にも、自己のものにしたとは、それを使用できたというだけのことであり、その所有を得たのではなく、占有を得ただけのことであった。

すなわち、その獲た物を自己の使用のために保持する限り、他人には、それを取り上げ、あるいは使用する法〔権利〕はなかったからである。

同じ理由から、各人が土地の一部を居住あるいは耕作のために獲得したなら、占有を続ける限り、誰も彼をそこから追い出せなかった。これは、他人の占有——自然は最初に先占者それぞれに占有を与えた——を横取りしないようにという趣旨である。そして、この横取り行為は、不法とはすべからず自然に反することである以上、不法となることなしには為しえなかったのである。

したがって、かの原初的な自然なもの〔状態〕において、本来的であったのは、各人の占有であって、所有ではなかった。

しかし、その後、この所有の法が、物をよりよく保管し、将来の必要に留保するために、すべての民族の共通の合意

によつて案出された。そうだとすると、子〔卑屬〕が相続するということも、自然に帰することはできない。すなわち自然は、我々が子を愛するようにし、とりわけ、我々が愛しい子をもつようにはしているが、我々が子に相続財産を遺すようにはしていない。自然は我々に、子に伝えられる自分の物を何も与えなかつたのだから。

さらに、当初は、誰とは確認できない父親から子たちが生まれた場合であつても、相続についての心配が人間たちを悩ますことはなかつた。しかし、時代が下つて、野心と貪欲さのゆえに墮落し、子を富ませようと全力を上げる人々を、悩ますことになつた。このことが、すべての悪事のはじまりであり、温床といふべきものであつた。

したがつて、私の考えでは、プラトンが、妻たちと子たちとの共有を導入しようとしたのは、彼の〔理想〕國の形体をかの自然の最初の相に戻そうとしたためであつた。⁽³⁴⁾

さらに、一二表法によつても、子を相続から廢除することが許された。そしてこの法律は、法務官たちが相続廢除に正当原因の存在を要求するようになるまで、長年に渡つて妥当した。⁽³⁵⁾

残っているのは婚姻であるが、この婚姻こそは、ほとんどそれだけで、ウルピアリヌスに対し彼の次のような誤りを突き付けるものである。すなわち、彼は、すべての動物がかの自然法に關与すると述べたが、その理由は、生殖のために、自発的に自らの力でこの婚姻という結合を為すに到るということであつた〔学・一・一・三〕。

しかし、この獸たちから伝えられた法の諸例が、法の本性を示すために適當でない場合については、ここでは言及しないことにする。ただ、私には、獸たちの例は法の威厳までもあまいにすると思われる。

第一〇節 婚姻は諸民族の法に屬するものであつて自然法 (ius naturale) には屬さないこと。

かの原初的かつ單純な自然には、適法な婚姻ということも、嫡出子ということも見られなかつたのであつて、これらは、人間たちがもろもろの社会に編入されるようになってはじめて、見られるようになったものである。

このことについては、パウルス・カストレーンシスにも遺漏はない。すなわち、彼は、婚姻の絆、つまり定まった妻との結合それ自体は諸民族の法に属するものとし、婚姻の他の要式を国法に属するものとしている。

したがって、ある種の人々の間の婚姻を禁止する掟は自然に反するものではない。というのは、この禁止は、それぞれの民族あるいは国の効用のために定められるのが常であり、私の判断では、自然に反するから禁止されるといふものではないからである。たとえば、宗族間および義理の兄弟姉妹間に導入された婚姻の禁忌は、最初にヘブライ人たちの掟〔法律〕によって設定され、それからほとんどすべての民族によって承認されたものであると思われる。⁽³⁶⁾

同様に、子は親の同意なしに婚姻してはならないと定める掟〔法律〕も、全く正当であり、国の公共の安寧 (status reipublicae publicus) にとって適切なものである。

この掟〔法律〕は、望むらくは、廃さるべきではなかった。⁽³⁷⁾ というのは、我々は、現に、親の同意を得ないというこの種の過ちが犯され、若者たちがよく考えないで結婚し、親を大いに悲しませるといふ例を多く見ているからである。

以上述べてきたことは、自然法 (ius naturale) に関することであり、出发点であり、いわば基礎といふべきものである。この出发点あるいは基礎から発して、人間の道理は、さらに前進してとうとう人間たちの社会関係および友誼関係に入り込み、生を送るために役立つものも効用を追い求める。こうして生ずるのが諸民族の法である。

というのは、諸民族の法は、自然法に従うものであり、自然法に続いて生ずるものであるから。無論、それが、自然から外れない、あるいは、かの真実の「自然の」正義から決して外れないという限りで、そうなのだが。

なんととなれば、この真実の正義は、自然の随員、補佐役であり、我々のすべての行為の監視人であり導き手であり、したがって、他人に関係する我々の言動は何であれ、この一つのものに、正義に服するのだから。

しかし、諸民族の法に属するというべきものを、一つ一つ取り上げて検討することは、ここでは行わない。というの

論 説
も、ここまでで、我々は万民法に属するものを怠りなく列挙してきたし、その場の議論に必要な限りで、十分精確に説明してきたからである。ただし、債権債務関係については言及しなかつた。債権債務関係の説明をここまで引き延ばしてきたのは、この説明が、自然法 (*ius naturale*) および諸民族の法についてたった今述べたことから引き出さるべきであり、したがって、自然法および諸民族の法についてまず確定した上で、その後で債権債務関係について説き起さるべきだと考えたからである。

前置きはこの程度にして、本論に入ると、ヘルモゲニアヌスは、債権債務関係を諸民族の法に属するものとし、例外的に国法によって導入されたものがあるとした〔学・一・一・五〕⁽³⁸⁾。こう述べることによって、彼は、国法上の債権債務関係が非常に少ないことを示唆した。これに対して、現代の法学者たちは、非常に多くの債権債務関係を国法上のものとして列挙する。

実際、文書債権債務関係は、まさしく国法上のものだと述べている。

同様に、婚姻のための贈与 (*sponsalitia largitas*)、金銭支払約束、永小作契約、問答契約から生ずる債権債務関係を挙げる⁽³⁹⁾。

さらに、準不法行為、準契約から生ずる債権債務関係も国法上のものに加える。これら一つ一つにつき、簡単に言及することにする。

第一一節 ある種の債権債務関係を国法上のものとする俗説の非難。

文書債権債務関係の説明。

ユースティニアヌスによって文書債権債務関係と呼ばれているのは、実際には存在しないとしても、文書によって証明されるものである⁽⁴⁰⁾。たとえば、汝が隔地者たる余に手紙で、余が汝に一〇金を貸与するようにと依頼し、同時に

余に同額の共書 (syngrapha) を書き送った場合。この場合、余が不誠実に振舞おうと思うなら、余が汝に何も与えず、共書を保持し、それに基づいて汝に請求することができる。これに対し、汝は、余から汝に何も渡されていないと主張するだろうが、掟〔法律〕は、この主張を二年以内に行うことを命じている。この期間内に主張がなされなければ、二年の効力により、共書に信頼が附与され、それに反する証人は措信されないことになる。

かくして、この期間経過後は、汝は、実際には文書すなわち汝の共書という証拠の上でしか債務を負わないにもかかわらず、金銭支払を強制されることになる。

しかし、この文書債権債務関係に関する言及は法学者たちにはなく、実際にもそもそも何らの債権債務関係もなく、ただであると想定されるだけである。さらに、法は、共書の作成が、そのために共書が作成された原因が続かない場合でも、信頼をつなぐ十分な根拠となるとはしなかった。法は、ただ、二年経過後は証人によってそれを攻撃することは許されないということ⁽⁴⁾を意図しただけであり、これが債権者のために導入されたのである。

同様に、二人の者の証言⁽⁴⁾や審判人の権威も、証人が誤った証言をした場合や、審判人が不衡平な判決を下した場合に、拘束しない。

しかし、あまいで不確実な現実においては、文書や証人や審判人の決定を信用するというように定めるしかなかった。その理由は、事柄の真相が変わって、何も負債のない者が自然法上 (naturaliter) あるいは国法上 (civiliter) 債務を負うことになったからではなく、人間の事柄がかくも不確実なので、安心して信用できる最後の拠りどころを定めるべきだったからである。

そして、疑わしい事柄に関する信頼がこのように証明された場合には、十分証明されたものとみなされるのは、ある一国の決定ではなく、すべての民族の決定であった。

したがって、汝は、自然法上あるいは国法上本當に債務を負っているのではなく、債務を負っていると想定されるのであり、それも、国法によつてではなく、自然法 (*ius naturale*) すなわち諸民族の法によつて想定されるのである。ただし、二年間という期限の定め、そして、新しいあるいは本當の債権債務関係をもたらずのではなく、反証能力を奪うのだということだけは、国法によることである。

婚姻のための贈与⁽⁴²⁾、すなわち結婚のための贈与について法学者たちが述べていることには、正しい部分もあるが、間違っている部分もある。というのは、彼らの言述は、次の二つのことを考慮しているからである。一つは、たとえ約束しなかったとしても、花婿は嫁資に相当するものを給付しなければならないということである。もう一つは、ユースティニアヌスがはじめてそれを導入したということである。

私も、この債権債務関係を国法上のものに数えない理由はないと考える。

約束がなされる場合もあるが、この場合には、諸民族の法にも属する。諸民族の法によれば、契約は、その契約にスユナラグマが存する場合には、債権債務関係をもたらずからである。

永小作契約については、これを諸民族の法に入れるべきことに何の疑いもないと私には思われる⁽⁴³⁾。たしかに、この契約はおそらくは比較的後代になつて案出されたものであり、ローマ人の場合もそうである。しかし、永小作契約は、債権の兄弟であり、さらに、すべての民族がこの案出された契約を愛用し、それが人間たちのさまざまな効用の交換に役立つもののだということを実証している、そういう契約である。実際、諸民族の法が国法から区別されるのは、発生の時期によつてではなく、その道理によつてであり、それは前に私が売買について述べかつ立証したとおりである。つまり、売買の使用は案出されてからそんなに経過したわけではないが、しかし、なおそれは諸民族の法に属するものである。

これに対して、問答契約が国法に属することについては、私は現代の法律家たちとともに正しいと考える。しかし、この問題について現代の法律家たちは、自分が矛盾することをいっていることに気づいていない。

というのは、かつては、つまり諸民族の法上は、裸の約定からだけでなく、問答契約からも訴権は生じなかったが、それを次のように説明するからである。すなわち、彼らは、これらの約束は、たとえ言葉の上だけでなされたものであっても、やはり常に自然債権債務関係を発生させたのであって、この自然債権債務関係に、その後ローマ人たちの法が、問と答の厳肅さ〔要式〕がある場合に、国法上の効力を付与したのだ、と主張している。

これが本当たとすれば、国法は新しいものを生み出したのではなく、すでに諸民族の法に存したものを確定しただけだったということになる。

とはいっても、この決定がいかなる重要性をもつかという問題は、簡単に解決することはできない。けれども、このことについて述べる、より適切な機会があるので、ここではさしあたり必要な限りで言及するにとどめる。

第一二節 諸民族の法上の諸契約について。

契約の中には、それが取引を行うために便宜であり、ほとんど不可欠でさえあるがゆえに、あらゆる民族によって承認され、さらには、それについて合意したということが信頼を繋ぐに十分な鎖となるほどにその効力を保証されている契約がある。

というのは、人間たちがその相互の間に社会を結成し、あるいは結成した社会を維持しつつも、契約が必要不可欠なものでも、恒常的なものでもない、という事態が生じうるなどとは考えられなかったからである。

したがって、このような使用のために必要な諸契約を案出した時に、人々は、これらの契約に債権債務関係を発生させる効力を附与し、これらの契約が、それを守ろうとしない者を強制する十分な力を自らもつようにした。

そして、これらの契約が、諸民族の法に属するものと我々がいうものである。これらが、生活の必要に資するものだからである。

他の契約、すなわち無名契約と呼ばれる契約に効力が与えられたのは、現にある事態〔行為〕によって完全なものとなされた限りで、すなわちスナラグマが介在した限りであった。スナラグマが介在した限りでというのは、たとえば、交換はすべての民族において頻繁に行われているが、それが手から手へと行われる場合をいう。というのは、単なる言葉だけでは確固たる交換が展開しえないからである。すなわち、交換は裸の約束に比定され、我々は我々のものを交換しようと思つて約定したのに、一方あるいは双方が約束したことを果さないなら、およそ交換したとは考えられないからである。

したがって、裸の約束は、他の無名契約、すなわち、何か我々に与えられあるいは為されるために、我々が与えあるいは為すという契約以上に債権債務関係をもたらすものではない。そして、これらの契約には、相手方がその信頼に答えるまで、悔返しの余地 (locus poenitendi) がある。約束が果された場合には、この履行の介在によって、債権債務関係がもたらされる。履行がなければ、どちらも債務を負わないのであり、自然法上 (naturaliter)、すなわち諸民族の法によつても負わない。

単に言葉だけで為されたこれらの約束は、原因〔目的〕のゆえに為された場合であっても、〔先履行がなければ〕債権債務関係を設定しなかつたのであるから、まして、それ自身独立で為された、すなわちいかなる原因によつても為されたのではない約束は、なおさらのことである。

他方、他人の言葉から利得しようとすることは、それほど衡平だとは思われない。また、最初にある人が何かを約束したという場合であっても、この者を追求し、訴え、強いることは、とりわけ、約束が果されると期待したことによつ

て約束の相手方が何らの損害も被らない場合には、それほど衡平とは思われぬ。

しかし、我々の考え方に對しては、ウルピアヌスが学・二・一四・一・前で解答しているように、信義を守ることが自然的衡平に適うことだという反論がある。⁽⁴⁴⁾

また、いわれたこと (dictum) が為される (fiat) ということから、信義 (fides) という言葉が出てきたのであり、この信義こそが正義の基礎だ、このようにキケロも「義務論」第一巻で述べている。⁽⁴⁵⁾

他方でキケロは、約束を違えることが許され、しかも自然に合致もするという多くの事例を挙げる。⁽⁴⁶⁾ たとえば、約束した者が被る不利益が、約束の相手方にもたらされる利益より大きい場合である。

少なくとも、与えた信義「約束」を果さないとしても、それによって信義「約束」を受領した者に何らの不都合も生じないという時には、信義「約束」を果さなくてもよいと私には考えられる。

この信義「約束」を受領した者が過酷な強制手段を用いるなら、それは不衡平ですらある。

たしかに、生活の高潔さ (vitae honestas) という要請から、信義「約束」を守ることが望まれる。このことを私は否定しない。

さらに、たしかに、我々が自己の言行すべてに一貫性をもち、正直 (veritas) であることを要請する一般的正義 (iustitia generalis) は、すべての徳の母親である。しかし、この同じことは、一般的正義の一部をなすものであり、我々の学問「法学」が本来扱うべき対象たる、過大と過小の中間にある正義「特殊的正義 (iustitia specialis)」によって要請されない。あるいは、一般的正義が言行一致を要請しかつ訴えてきても、哲学者たちの討議あるいは君子たちの評定 (consilium bonorum virorum) でならおそらくは勝利するであろうが、法廷ではきつと敗北してしまう。

その理由は、以下のとおりである。すなわち、本当のところ、誰をも傷つけないというだけでは完全な正義として十

説 分ではなく、十分といえるためにはさらに、できるかぎり人々の幸福を増進し、彼らを我々の慈善によって包み込まなければならぬ。また、他人のものを返すだけでは十分ではなく、それを自ら進んで行うのでなければならぬ。

論 これに対して、国法および諸民族の法は、事柄の結果だけを問題にし、意図には、いかにそれが邪悪であっても、結果として現れない限り、罰を課すことはない。というのは、これらの法の目的が、人間社会の保存であり、社会を害するのは行為だけであって、よこしまな心やよこしまで冒瀆的な意図は社会を害さないからである。

このような邪悪な意図の審問は、哲学者たちや神学者たちのやることであつたとしても、審判人のやることではない。

したがって、我々の考えでは、邪悪な意図をもって為されることは、この悪い意図が許害 (Taus) という結果にならない限り、国の掟〔法律〕や命令によってだけでなく、すべての民族の掟や命令によつても罰せられない。すなわち、ウルピアースが学・二・一四・七で述べているように、⁽⁴⁷⁾悪い意図が他人に詐害となり、損害をもたらさない限り、罰せられない。

けれども、我々が以上のことを自然という秤で計量し、かの一般的正義の準則にしたがって判断するならば、意図によつて過ちを犯す者も、結果によつて過ちを犯す者も同じく非難される。

しかし、単純で純粹で神聖な自然が要請することと、諸民族の習俗 (mos)、国の習俗が要請することとは、別のことである。

前者は各人に次のように命ずる。できる限り慈善を行え、不敬虔なことや冒瀆的なことは考えるな、約束はそれが破廉恥と無関係ならすべて果せ、と。これに対し、諸民族の法や国法は、他人のものを保持してはならない、行為としてあるいは範例として害になることを恥すべき方法で行つてはならない、信義〔約束〕を破つて他人を破滅させてはなら

ない、と命ずる。

第一三節 債権債務関係が自然によるものでなく、諸民族の法によって案出されたものだといわれる理由。

したがって、債権債務関係は、諸民族の法によって案出されたものであって、かの原初的自然によるものではないといわれる。この原初的自然の親切さたるや、いやがる者から何も取り上げてはならない、自己のものが暴力や脅迫によって他人のものになるよりは、まず自己のものを放棄せよ、というほどのものなのだから。

それは、いったいどういうことなのか。余が余のものを汝に売って、価格が決定された場合には、全民族の法上は売買契約は完成され、全民族の承認するところでは、余はこの契約を違える「解除する」ことはできない。これに対し、自然の善性は、余に悔返しの余地を与える。さらに、汝がいやがる余に履行するようにと迫るのを禁止したり、否認したりもする。余が売った時には、そうする必要があると考えたが、この考えが誤りであることがわかり、考えを変えた場合に、この余の売却により汝にいかなる損害も生じなかったとしたら、何が余の過ちであり、あるいは、いかなる点で余が自然の掟を犯しているというのか。

汝は、余のものに期待していた便益を取得しない、他方、その取得は、余の損害なしにはできない。

これは、汝が余の不利益によって自己の便益をはかることではないのか。

なるほど、余は十分考えないで軽率に契約した、それは認めよう。しかし、この軽率さから、この契約を履行すべき必要性〔義務〕が導き出さるべきではなく、汝が利得し余が破滅することになるよりは、逆に、汝が余の軽率さを宥恕すべきである。とりわけ、この宥恕を汝の損害なしにできる場合には。

他方、合意したことを守るのは、高潔なこと (honestus) であり、大人 (magnus vir) にふさわしい行為である。しかし、そのことからただちに、必要な (necessarius) 行為だということにはならない。

そして、自然に反することすべてが、掟によって罰せられるわけではないように、諸民族の法によっても罰せられない。それどころか、自然自体が、自己の法に従って我々に強いうることの多くを我々に免除し、すべてを強いているわけではない。自然が命令および禁止することの大部分において、その命令および禁止の基準となっているのは、必要性ではなく、高潔さである。したがって、これらの命令や禁止は、人間たちを強制するのではなく、人間たちに勧告するものだと考えられる。さらに、栄えあることは何でも行い、過ちとなることは何も行わなかったということなど、おおよそ考えられない。その生活が完全無欠で、すべての徳目を備えた人はいないのだから。

いうまでもなく、自然は、我々が大きい、気前よい、節度のある心をもつようにと命ずる。とはいえ、この心をもっていない者は、たしかに非難されうるが、しかし、赦されるであろうし、審判人たる自然により赦免されるであろう。ただし、怯懦や食欲さや放縦な心のゆえに、他人に損失をもたらす過ちを犯さない限りではあるが。

さらに、我々は、これらのすべての掟によってある種の義務を負うが、しかし、その義務は、誤りの結果非難は生ずるが、罰は生じないという程度のものである。というのは、自然は、すべてのことが罰によって改められることを望んでいるわけではなく、多くのことを羞恥心 (*pudor*) や慎み深さ (*verecundia*) に委ねている。これらのことがらについては、我々は自然の掟によって義務を負うが、しかし、諸民族の法上は決して義務を負わない。諸民族の法は、次の一つのこと、すなわち、人は他人を害してはならないということ⁽⁴⁸⁾を、そしてそれだけを規定するものだから。

したがって、ウルピアーヌスが学・五・三・二五・一⁽⁴⁸⁾で、我々の恩人に対し自然法上 (*naturaliter*) 義務を負っているといった場合、自然のかの原初的掟、すなわち、いうまでもなく高潔さに関連する掟を考えていたのであって、諸民族の法により必要性〔拘束力〕を有する掟を考えていたのではない。この後者の掟をも我々は自然的だとい、それは適切なのだが。

さらに、次のことは、はっきりと示すことができる。すなわち、ウルピアヌスが自然法上義務を負うといったこの義務 (obligatio) にかかるとは保証人といえども附加するわけにはいかない。他方、我々が自然債権債務関係というものは、それが本当にかかるものなら、保証人が附加する。

同様に理解すべきなのは、約定について、信義を守ることほどに自然的衡平に適用することはないといっていること〔ウルピアヌス・学・二・一四・一〕である。というのは、自然的衡平に適用とは、高潔なことでもあるが、必要などということではない。

したがって、諸民族の法上は、ただ言葉だけでなされた約束および合意は、私が契約と呼んだものを除いては、決して債権債務関係を発生させない。ただし、私が前に述べた羞恥心と慎み深さに基づく義務、自然によって与えられたが、もろもろの民族によって却けられ、無視された義務は別であるが。

かくして、裸の約束にも問答契約にも、各人の羞恥心が各人にもたらす拘束力しか存しない。ローマ人たちの法が、はじめて、問答契約に基づく債権債務関係を導入したのであり、したがって、この債権債務関係は、当然国法に配属さるべきものであり、国法によってはじめて生まれ、創設されたものである。

同じことは、相続人は被相続人の負債を自らの財産で弁済すべきである、すなわち、相続財産の支払能力以上の負債をも弁済しなければならぬという判断についてもいえる。

さらに、諸民族の法によるならば許されていたのに、掟〔法律〕によって禁止されている不法行為から生ずる債権債務関係もすべて国法に由来するものである。たとえば、城壁を超えてはならないという不法行為のように。

第一四節 国法上の債権債務関係には自然債権債務関係が常に附着しているが、後者には前者が必ずしも附着しない。

とはいっても、国法上の債権債務関係には、常に、自然債権債務関係が附着している。というのは、我々は、諸民族の法によって父祖の掟〔祖国の法律〕(leges Patriae)を守るべく義務づけられているのだから。したがって、我国の習俗 (mos nostrae civitatis) により導入されるものは何であれ、法律の鎖により我々を拘束するだけでなく、自然の鎖によっても拘束する。自然の鎖は、国の掟〔法律〕が作り出す義務を何であれ、自然が可能な限りで、さらに強めるものだから。

これに対し、諸民族の法によって命ぜられることは何であれ、それをただちに国の掟〔法律〕が命ずるわけではない。この種の事柄には、自然的拘束力しかなく、国法上の効力はない。

たとえば、諸民族の法上は、誰であれ貸借物として受領した物を返還しなければならない。他方、国法上は、家子および二五才未満の者は免責される。したがって、これらの者達は、国法上は債務から解放されているが、自然法上は、つまり、諸民族の法上は債務を負っている。

というのは、弱年であることか、父権とかは自然法 (ius naturae) の効力を失わすことはできず、他方自然は、我々が各人のものを各人に返すように欲し、そしてこのことを万人に命じているのであるから。

そして、この自然債権債務関係から生ずる効果は、家子および二五才未満の者が、自己の意に反して弁済を強制されることはないということ、および、自発的に弁済したものを返還請求できないということである。

国法が考案した債権債務関係はすべて、当該国法に固有なものであるといわれるが、それは正しい。なんとすれば、これらの債権債務関係は、すべての民族の使用によって効力を承認されたという類のものではないからである。さらに、道理も、これらの債権債務関係を導入することに効用があると、各人に教えてはいない。

したがって、また、我々の国では、問答契約に拘束力はない、あるいは、その拘束力はどんな裸の約定であれもつ拘

束力より大きくないことは確かである。

さらに、私の考えでは、大部分の民族においては、相続人が被相続人に代って、相続財産の支払能力を超えて請求されることはない。

フランスでも、死者の動産を受領した者は誰であれ、それが相続によるのであれ、遺贈によるのであれ、あるいは、都市の掟〔法律〕(lex municipalis) によるのであれ、死者の負債全額につき債務を負うとする州 (provincia) が多くある。そして、それぞれの民族の慣習 (consuetudo) には、このようにして案出された、債権債務関係の発生原因、すなわち諸民族の法が認めていなかった発生原因が多数存在する。そうはいつても、これらの発生原因のうち即座に廃されたものはなかったが、そのことは自然法 (ius naturale) に由来する結果である。自然法の最も重要な部分が、父祖の掟への服従なのであるから。

以下では、準不法行為および準契約から生ずる債権債務関係を論ずることにしよう。これらの債権債務関係の原因および根拠が国法にあると、我々の時代の法律家は考えている。

実際、準不法行為によって債務を負うのは、審判に際して訴訟を自己のものにし「それによって不適当な判決をし」た審判人である。また、船主や宿亭の主人や駅舎の主人も、船や宿亭や駅舎で自己の過失により生じた損害につき責を負う。

同様に、階上から物を投げ出し、それによって他人を傷つけた場合には、この階上の居住者は責を負う。⁽⁴⁹⁾ この種の人々が、すべての民族の共通の判断によっても責あるものであることは誰も疑うことはできないし、諸民族の法上は、故意の場合だけでなく過失の場合にも有責とさるべきことを疑うことができない。

ある人が私の行為により、すなわち、私の故意または過失により被った損害を私が引受けるようにと自然の掟は命じ

説
論
ている、少なくとも私にはそう思われる。損害の原状回復を起して罰として附加されるものがある場合、それは国法に配せらるべきものである。

というのは、加えられた損失が回復されるなら、自然の要請を十二分に満たすことになるからである。準契約についても、準不法行為と同じことがいわれるべきである。すなわち、それは、諸民族の法に由来するものであり、その拘束力の根拠は諸民族の法にある。実際、他人の事務を管理した者、後見を行った者、非債弁済を受領した者、相続した者等々が債務を負うこと以上に正当なこととは何であらうか。

これらの者たちを国法が債権債務関係によって拘束するのだとしたら、何ゆえにすべての諸民族の共通の同意もまた同じ債権債務関係によって拘束しないのか。私にはその理由がわからない。無論、相続人についてすでに我々が附した限界は、両法で異なるものではあるが。

とはいえ、さしあたりは、以上で十分すぎるほどである。というのは、この問題についてはさらに繰り返し論ずる機会があるからである。

これに対して、我々がいまここで問題にしている訴権の由来については、疑問点がより多い。というのも、これらの訴権について、法学者たちが確かなことを何も伝えていないからである。しかし、彼らの沈黙の原因は、訴権については万人周知のことだと彼らが想定したということ以外、私には考えられない。つまり、債権債務関係発生之源たる諸民族の法から訴権もまた生ずるのだと考えたのであろう。

というのも、諸民族の法そのものから債権債務関係につき訴求する権能が与えられなかったとしたら、法学者たちは、いったい何のために、諸民族の法が債権債務関係を創設するといったのであろうか。

ところで、この権能は、訴権と称せられ、これなしには、債権債務関係にいかなる効果もありえないというのに。

たしかに、いやがる者に対しては、これ以外の方法では請求できない。しかし、進んで履行しようとする者に対しては、債権債務関係などそもそも必要でなかった。訴権の方式書、審判のやり方、これらがすべて国法に由来するものであることは、確かにそのとおりである。

(1) 以下の訳文のうち、第一二節は、第一七回(一九八三年九月)、第一八回(同年一〇月)ローマ法研究会で講読した資料である。研究会のメンバー諸氏には、さまざまな御教示を頂きましたことを感謝いたします。とりわけ、本学部教授小富芳太郎氏には、他の節も含めて訳文の誤り等を御指摘頂きましたこと、また、本稿を執筆するようにと督促下さいましたことを、感謝いたします。とはいえ、訳文の誤り等はすべて筆者の責任であることは、いうまでもない。

(2) 第一巻の構成は次のとおりである。第一章「法の根拠、それは実在するものか、それとも単なる意見か(*Ius re vera sit, an opinione tantum*)」第二章「法という語の語源、およびその用法の数(*Ius unde, & quot modis dicatur*)」第三章「法の定義(*Quid ius*)」第四章「法の分類について、および、ウルピアヌスの自然法の定義(*De deivisione Iuris, & quid Ius naturale secundum Vlp.*)」第五章「ウルピアヌスの諸民族の法の定義(*Quid Ius gentium, secundum Vlp.*)」第七章「国法について(*De iure ciuitis*)」第八章「掟[法律]の定義(*Quid lex*)」(なお、*lex*は「一応すべて」[掟]と訳し、場合により「法律」と訳してもよい所は、「法律」と補った)第九章「掟[法律]たるべき要件(*Lex qualis esse debet*)」第一〇章「慣習について(*De consuetudine*)」第十一章「衡平について(*De aequitate*)」第十二章「ローマ人の国法の起源について(*De origine Iuris civilis Romanorum*)」第十三章「掟[法律]および平民会議決について(*De legibus & plebiscitis*)」第十四章「元老院議決について(*De senatusconsultis*)」第十五章「法務官の告示、学者の解答、既判事項について(*De edictis praetorum, responsis prudentum, & rebus iudicatis*)」第十五章「元首の勅令について(*De constitutionibus principum*)」。

(3) 本章の直前の二章は、前注で示したように、学・一・一・一・三、四のウルピアヌスの自然法および諸民族の法の定義をめぐって論じられている。以下の本文から理解できるように、コナンはウルピアヌスの定義には反対であり、そのために、自説を展開しようとする本章の冒頭に、本文のような言葉が必要だったと思われる。

- (4) 訳文での改行は、原文で大文字で始まる文章ごとに行った。
- (5) *De officiis*, I, 50. 泉井久之助訳「義務について」(岩波文庫 一九六一)三四頁参照。なお、コナン引用する古典文献に「つては」Loeb Classical Libraryを参照した。引用箇所の表示も、このシリーズに拠った。また、本文中の古典文献の訳文は、筆者がコナンの読み方と想定するものであり、したがって、諸翻訳とは必ずしも一致しない。
- (6) *De finibus bonorum et malorum*, II, 33.
- (7) 春木一郎訳「ユーステイナーニアース帝学説彙纂プロータ」(有斐閣 一九三八)六三、六四頁参照。
- (8) 「ヒュモコス倫理学」第五卷第六章。高田三郎訳(岩波文庫 一九七一)一九三頁、加藤信朗訳『アリストテレス全集13』(岩波書店 一九七三)一六五頁参照。
- (9) 第五卷第七章。高田前掲訳書一九四頁、加藤前掲訳書一六五頁参照。
- (10) コナンは、「神々の本性について」第三巻からの引用としているが、筆者は引用文をそこで見出せなかった。引用文と同じ文章は、*De finibus*, V, 66にある。なお、英訳(H. Beckham)では、*quasi civile atque populare*は *civie and national*と訳されており、コナンのように *quasi*に特別の意味を与えていない。
- (11) *populus, gens* さらには *natio* といった言葉がいかなる意味をもつかという問題は、それ自体概念史の大きなテーマであり、筆者の能力をはるかに超えるものである。ここでは、コナンの定義、互換的な用法からすれば、これら三つの言葉はすべて同じ意味に訳しても、それほど誤っていないと思われたので、すべて「民族」と訳した。ちなみに、コナンは、第一巻第五章第二節で、次のように述べている。
- 「自然の道理および正しい道理は、全く同一である。なぜなら、自然に従うならば何も歪められえないのであるから。これに対して、諸ゲンスの法と称されるのは、この法を何らかのゲンスおよび社会に集結したすべての人々が用いるからである。というのも、ゲンスとは、同一の習俗を用いる人々の集合であり、ゲヌスからuの文字が省略されてきた言葉である。……したがって、諸ゲンスの法とは、人々が人間として、すなわち道理のある動物として用いる法ではなく、諸ゲンスとして、すなわち何らかのポプルスに参集する者として用いる法である。(Naturalis ratio & recta ratio eadem est omnino, quia nihil depravatam potest esse secundum naturam. Nominatur autem ius gentium, quod eo videntur omnes homines, qui in gentem aliquam sunt, societatemque congregari. Est enim gens hominum multitudo iisdem moribus ventium, dicta

quasi genus, u hiera detracta ... Est ergo ius gentium, quo homines vtuntur non tanquam homines, id est, rationis participes animantes, sed tanquam gentes, & populi formam aliquam sociati.」]

「民族」が「同一の習俗」をメルクマールとするのに対し、「国」は「同一の掟〔法律〕および習俗によって支配される民族 (populus hisdem legibus & moribus gubernatus)」と定義される (第一巻第七章第一節)。したがって、民族に法律が加われば国になるのであり、その意味で、民族は前国の共同体と考えておくことができよう。なお、国の定義については、三でより詳細に論ずる。

(12) Cf. De legibus, I, 23 「このようにして、道理よりすぐれたものではなく、それは人間にも神にも存在するのだから、人間と神との第一の結びつきは、道理による結びつきだということになる。ところで道理を共通にしている者どうしのあいだでは、正しい道理もまた共通のはずだ。そしてそれは掟といってもよいのだから、人間は掟によってもまた神と結びつけられていると考えられねばならない。さらに、掟を共有する者たちは、法をも共有する。そして、これらを共通する者たちは、同じ国に属すると考えられるのがふつうだ。同一の命令と権力に服する場合には、なおさらそう考えられねばならない。ところで、げんに、この者たちは、このような天の配剤、神の御心、および最強の神に服している。だから、全世界は、神々と人間とが共有する一つの国だと考えられるべきである。」なお、この訳文は、基本的に、中村善也訳「法律について」鹿野治助編『世界の名著14 キケロ／エビクテトス／マルクス・アウレリウス』(中公、バックス 一九八〇)一三八頁に拠った。

(13) Cf. op. cit., I, 61 「同じ魂が、天、地、海および万物の本性を見きわめること。これらがどこから生まれ、どこへ帰り、いつ、どのようにして消滅するのか、そしてこれらの中の死滅すべき要素は何で、永遠不滅の要素は何であることを知ること。そして、これらを統制し支配している実体をいっばじかに把握すること。そして、自らは城壁に囲まれたある限られた地域の住人であるのではなく、あたかも一つの国 (civitas) を成しているかのような全世界の国民であることを知ること。これらのことができた時には、万物のこの壮大のなかで、そして、自然に対するこの観照と認識の中で、おお、不死の神々よ、この魂は、『汝自身を知れ』というデルポイのアポロンのあの教えを、いかにみごとに実現することだろう。」訳文は、中村前掲訳一五八一—一五九頁に基本的に拠った。なお、*civitas* を「国」と訳したのは、泉井前掲訳書二八〇頁注脚に、キケロにおいて、*civitas* || *polis* となる場合があると指摘されているので、これに従った。さらに、*polis* を「国」と訳すことについては、山本光雄訳アリストテレス「政治学」(岩波文庫 一九六一)三八三頁注(1)、四四四頁以下参照。なお、村上淳一『『権利のための闘争』を読む』

(岩波書店 一九八三) 一三九頁以下参照。

(14) Cf. *De re publica*, VI, 20 「すると、アフリカキヌスが申しました。『わかっているぞ。おまえが、なお今に及んでも、人間たちの住まいでも家でもある所(地球)に気にかかることのありげな眼差しを注いでいることは。』」この訳文も、水野有庸訳「スキピオの夢」前掲鹿野編『世界の名著14』七六頁にほぼ従った。

(15) *De finibus*, III, 67. ただし、Loeb 版では *ut cum* の間に *homo* を指示する *e* があり、*mutaret* が *misgeret* になっている。

(16) 「ニコマコス倫理学」第五卷第七章、高田前掲訳書一九四頁、加藤前掲訳書一六五頁参照。「民会の掟(議決)」と訳した原語は、*psēphisma* であり、高田訳では「政令」、加藤訳では「民会の議決」となっている。また、山本前掲訳書一八九頁等は、「民会の政令」と訳している。コナンが、*lex popularia* によって何をイメージしていたかは、ラテン語の *lex* という語の多義性もあり、筆者にはよくわからない。さしあたり、本文のように訳しておく。なお、「民会の政令」については、山本前掲訳書一八九―一九〇頁参照。

(17) 学・一・一・一〇・一。春木前掲訳書六三頁参照。

(18) トビト書四・一五「おまえ自身がきらうことを他人にしてはならない。」しかし、新訳聖書では、積極的に、「何事でも、人から自分にしてもらいたいと望むことを、人にしてあげなさい」(マタイ伝七・一二)となっている。ルカ伝六・三二も同旨。コナンが前者を法の黄金律にしたことは、注意すべきである。なお、訳文は、フランシスコ会聖書研究所版に従った。

(19) 奴隷および解放については、ウルビアヌス・学・一・一・四、その他の諸制度については、ヘルモゲニアヌス・学・一・一・五。春木前掲訳書六一―六二頁参照。

(20) ここでコナンは、プラトンが国の守護者の私有財産の禁止について述べていることを、念頭においているのであろうか。なお、藤沢令夫訳「国家上」(岩波文庫 一九七九)第三卷第二章二五七、二五八頁および第五卷第二章三七九、三四〇頁参照。

(21) 「ニコマコス倫理学」第五卷第七章。高田前掲訳書一九四、一九五頁、加藤前掲訳書一六五、一六六頁参照。ただし、「しかし、我々のもとでは……たしかにある。」の部分は、「そして、われわれ人間のもとではなるほど自然の本性によるものが何らかあるが、それらはすべて変りうる」(加藤訳、高田訳も同旨)となっている。

(22) 「ニコマコス倫理学」第五卷第七章。高田前掲訳書一九五頁、加藤前掲訳書一六六頁参照。ただし、コナン「設定行為

- (institutio)」と訳してゐる原語は *synthekē* で、高田訳では「契約」、加藤訳では「協約」となっている。もっとも、「國民の約定により設定された (*pactio cūm instituta*)」という表現もあるのだ(一〇五頁)、合意の要素をコナンは無視してはいない。
- (23) グラートティアヌス教令集、第一部第一〇分節七。
- (24) 「王法」一 ロムルス 6 「ロムルスは提案し住民を強制して総ての男児たる子孫と女児にして長女たる者とを養育すべく、然も三歳未満の出生児は一人と雖も殺害すべからずとせり。」岩田健次訳『久保正幡先生遺歴記念 西洋法制史料選 I 古代』(創文社 一九八一) 五頁。
- (25) ポンポニーウス・学・一二・六・一四「なんとなれば、何人も他人の損失において利得しないということは、自然から見て衡平である」に付した注釈では、「自然から見てとは、自然法から見て、あるいは、自然的といわれる諸民族の法から見てということである (*id est iure naturali, sive gentium, quod naturale dicitur*)」となつてゐる。
- (26) Jason は、Jason de Mayno (1435-1519), *Castrensis* は、Paulus de Castro († nach 1441) のことか。この両名の著作は参照できなかった。なお、この両名については、vgl. Helmut COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I. Bd., München, C. H. Beck, 1973, S. 270, 275 f.
- (27) Cf. *De officiis*, I, 20. 泉井前掲訳書一八頁参照。
- (28) *De rerum natura*, V, 1145.
- (29) 「さらに諸民族の法に属するものの例として、暴力および不法に対する自衛がある。というのは、各人が自己の身体保護のために行ったことが、適法に為されたものとみなされるのは、この法に基づくのであり、また、自然が人類相互間に一種の血縁関係 (*cognatio*) を造つたのであるから、その結果、人が他人を害せうとすることは、不法となるのは当然だからである。」春木前掲訳書六一頁参照。学説彙纂の配列からいって、この法文は、諸民族の法に関するものとして、編纂されたと思われる。したがって、アックルシウスは、「この法」に付した注釈で、「すなわち、法廷の法であつて、天の法ではない (*scilicet fori, non coeli*)」と述べている。しかし、グラートティアヌスは、すでに見たように、暴力に対する自衛を自然法上のものとした(一〇七頁)。それゆえ、バルドウスもまた、次のように述べている。「この法文が学・一・一・一四〔諸民族の法について述べる〕の具体例を提示するものであるから、自己の身体の防衛は諸民族の法に属する。しかし、だからといって、自己の身体の防衛が、すべての動物に妥当する自然法にも属するものであることを否定するものではない。なぜなら、人間も他の動物も、自然的性向

として、自己を守らうとするものだから。それどころか、教皇令は防衛を自然法に属するものと述べている。(No. quod defensio sui corporis est de iure gentium nam haec lex ponit exemplum, §. ius gen. non tamen negat, quin sit et de iure naturali omnium animantium, quia naturaliter homo, et caetera animalia prona sunt ad observationem sui esse; et imo dicit decretalis, quod defensio est de iure naturali, de re ind. c. pasto. i Cle.) 最後は「具体的な教皇令を指示していふと思われるが、確認できなかつた。Commentaria in primam Digesti Veteris Partem, ad l. 3, D. 1. 1, §. 1.」

(30) 「正当な占有者は、瑕疵なく保持してきた占有を守るために、加えられた暴力に対し、非難の余地なき権原に基づいて (inculpatae tutelae moderatione) 自衛することを許される。」

(31) Baldus, op. cit., §. 23 「何ゆえ、この法文〔等・一・一・三〕が、勅・八・四・一と実質的に異なっているのが問題である。その答は、前者の法文が自衛を無条件に許しているのに対し、後者の法文が前者の法文を節度をもって解釈し、そして、後者の法文が前者の法文のいわば中和剤であるのだから」ということである (Quaero quid differt substantialiter haec lex a l. i. C. vnde vi? Respondeo, quia haec lex permittit simpliciter, sed illa cum temperamento hanc legem multum interpretatur, et est sicut theriaca huius legis)。」

(32) De inventione, II, 65. cf. op. cit., II, 161.

(33) Op. cit., II, 161. cf. op. cit., II, 66.

(34) 「国家」第五卷第七章。藤沢前掲訳書三六一頁以下参照。

(35) いわゆる「不倫遺言 (testamentum inofficiosum)」の問題である。これについては、原田慶吉「ローマ法」(有斐閣 初版一九四九、改訂版一九五五)三四四頁以下、船田亨二「ローマ法」第四卷(岩波書店 初版一九四四、改訂一九七二)三三三頁以下、マックス・カーザー(柴田光蔵訳)「ローマ私法概説」(創文社 一九七九)五六一頁以下参照。

(36) レビ記一八・六以下、申命記二七・二二、二三。ユダヤ教およびキリスト教の近親婚禁止規定の展開については、阿南成一「キリスト教と近親婚の禁止」『高梨公之教授還暦祝賀 婚姻法の研究上』(有斐閣 一九七〇)三頁以下参照。本稿との関連で注目すべきは、トマス、スコトッスラによって、レビ記の掟がすべて自然法上のものでなく、純実定法上のものも考えられるようになり、それが神学者の間で支配的になっていった、ということである(一五頁以下)。

(37) 婚姻の秘蹟をめぐる、新教側から攻撃を受けていたカトリック教会は、一五四七年から一五六三年までのトレント公会議

で、婚姻の問題も扱った。そこで公布された教皇令の親の承認なき子の婚姻に関する決定に「Paul OULIAC et J. de MALAFOSSE, Histoire du droit privé, Tome III, Le droit familial, Paris, P. U. F., 1968, p. 202 以下」次のように述べられている。「最も頻繁に結ばれた秘密婚姻 (mariage clandestin) は、親の不知のうちに子が行う子の婚姻であった。世論は、かかる婚姻に反対していたし、この見解は、長らくフランスの高位聖職者によって表明されていた。しかし、公会議に列席した神父たちは、終始、旧規律に忠実であった。親の承諾は、決して子の婚姻の有効要件ではない。子は、思春期から、自由に有効に婚姻ができる。公会議は、教会は常に、『かかる婚姻を嫌悪してきたし、禁止してきた』ということを確認するにとどめている。」

さらに、*op. cit.*, p. 207 et s. によれば、一五五六年の勅令 (édit) および一五七九年の王令は、婚姻適齢を男三〇才、女二五才と定め、これ以上の年齢の者も、親の意見を求めるようにと定めた (その効果は、さしあたり、親の相続廃除権、贈与撤回権であった)。また、一五六五年の勅令は、親の承諾を得ない婚姻は、「法律および神の命令の違反」だと宣言した。これらを受けて判例は、親の承諾を得ない婚姻を「たらしこみによる誘拐 (rapt de séduction)」として、無効にするようになった。

コナンは、「この掟は廃さるべきではなかった」と過去を慨嘆することによって、将来への新たな展望を示したのであろうか。コナンの立法論は三、四で論ずる。

(38) 「この諸民族の法に基づくのは、戦争の開始、諸民族の区分、王国の創設、所有の区分、土地の境界の画定、建物の建設、取引、売買、賃約、債権債務関係の設定である。例外的にある種の債権債務関係は国法によって導入された。」春木前掲訳書六二頁参照。

(39) 学・一・一・五に付された標準注釈では、国法上のものとして、言語債権債務関係、文書債権債務関係、永小作契約、婚姻のための贈与契約が挙げられている。なお、*vel. BERGFELD, a. a. O., S. 93, FN 50.*

(40) 提・三・二一。末松謙澄訳並註解、宮崎道三郎校閲「訂正増補ユースチニアヌス帝欽定羅馬法学提要 (三版)」(帝国学士院一九一六) 三八七頁以下参照。

(41) マタイ伝一八・一六「すべての事は二人または三人の証言によって確実なものとなる。」なお、申命記一九・一五。

(42) 婚姻のための贈与 (donatio propter nuptias) に関するユ帝の勅令は、勅・五・三・二〇である。これについては、船田前掲書一〇三頁以下、カーザー前掲書四七八、四七九頁参照。なお、*sponsalia largius* という表現は、勅・五・九・四にある。これは婚姻のための贈与により夫から妻に与えられたものが、当該婚姻によって生まれた子にのみ遺されることを規定する。

(43) バルトルスが、永借人の権利を「*dominium utile*」とし、これを、諸民族の法に属する *dominium directum* に対置して、
 國法に属するものとしていることについては、片岡輝夫「フランス法における分割所有権の歴史的研究(一)」、(三)完『国家学会雜
 誌』六五卷(一九五二)二・三号一七三頁以下、五・六・七号三八九頁以下参照。

(44) 「この告示には、自然的衡平が関わる。なんとすれば、相互に了承したことを守ることより人の信義に適うことはないのだ
 から。」春木前掲訳書二三三頁参照。

(45) *De officis*, I, 23. 泉井前掲訳書一九頁参照。

(46) *Op. cit.*, III, 92 et s. 泉井前掲訳書一九二頁以下参照。

(47) 「一〇 詐害する目的をもって約束がなされたという主張がなされる場合について、法務官は何も言及していない。
 しかし、ラベオーは場合を分けて、この主張が、あるいは不衡平であり、あるいは余計なことだと述べている。不衡平だとい
 うのは、債権者が一度誠意をもって債務者を免除したのに、あれは詐害のために行ったことだといって、免除を撤回しようとす
 る場合である。余計だというのは、債権者が欺かれて免除をした場合で、悪い意図には詐害も含まれているからである。」

学・二・一四・七で、本文に関連するとすれば、この節であろう。債権者が自分の好意から免除した場合には、仮に債務者に
 悪い意図があったとしても、債権者には損害はない。したがって、悪い意図は考慮されない。逆の場合は考慮される。このよう
 に、コナンは考えたのであろうか。

(48) 「元老院は、善意の占有者たちのために、この者たちが全損害を被むることにではなく、利得した限度で返還義務を負うと
 議決した。したがって、相続財産のうち何であれ使用し、これを費消し、なくしたという場合、自己の物を自己のために使っ
 たと想定している限り、責を負わないことになる。また善意の占有者が相続財産から贈与をした場合にも、利得したとは考えら
 れない。たとえ、誰かに対し報いるべく自然法上の義務を負っていたとしても (*quavis ad remuncandum sibi aliquem
 naturaliter obligaverunt*)。*返し(*quidam*)を受け取った場合には、受け取った限りで利得したというべきである。これは
 一種の交換のようなものだから。」

(49) 提・四・五。末松前掲訳書四六五頁以下参照。バルトルスは、自己の過失によって他人に害を与える場合は、諸民族の法よ
 り債権債務関係が発生するが、他人の過失の場合は国法上のものとする。したがって、準不法行為から生ずる債権債務関係は、
 国法上のものである。なお、バルトルスは、学・一・一・七に付された標準注釈も、準不法行為を国法上のものとしていると述

へてゐるが、よくわからない。Commentaria in primam digesti veteris partem, ad 1. 5, D. 1. 1, §. 16.

(50) 提・三・二七、末松前掲訳書四一六頁以下参照。バルトルスは、非債弁済から生ずる債権債務関係を唯一の例外として、他は、国法上の債権債務関係とする。op. cit., §. 17.

〔付記〕

注(48)に以下を加える。グラーツィアースは、第一部第一分節冒頭で、「自然法(jus naturale)は、律法と福音とに含まれ、それにより各人は、自分にしてほしいと思うことを他人にすることを命じられ、自分にしてほしくないと思うことを他人にすることを禁ぜられる」と述べている。

注(49)では、財産、妻子の共有につき「国家」を引いたが、「法律」第五卷第一〇章、森進一、池田美恵、加来彰俊訳『プラトン全集13』(岩波書店 一九七六)三二六、三一七頁がより適切であった。

Cap. VI. Quid vere dici possit ius naturale & gentium.

§. 1. An bestia iuris vllius communionem cum hominibus habeant.

Atque isto modo mihi visum est de iure naturali & gentium dicere, vt quam minimum possem, discederem ab inuentis nostrorum, & iis omnino satisfacerem, qui illorum autoritate potius, quam ratione ducuntur. Iam videamus, num aliter, & fortasse verius, hac de re dici possit. Nam multa sunt ad explicandum difficillima: quod absurdum existimetur bestias hominibus societate iuris coniungere, quia nonnulla habeant eius & in gignendo, & in educando simulachra. Nam ista ratione oportebat eas facere & pietatis, & disciplinae, & omnis denique virtutis participes, cum harum rerum similitudinem quandam habeant, & mea quidem sententia maiorem, quam iuris & iustitiae. quare virtutum aliarum omnium laudem non grauate illis communicamus, praeterquam iuris & iustitiae, quia caeterae virtutes in se ipsis vertuntur, iustitia vero complectitur eos, quibuscum viuit. At bestiarum inter se, aut cum homine ipsis nulla vitae societas esse potest, neque iuris igitur vlla communitio. Itaque prudentes serpentes, fortes equos, castas dicimus esse turtures, iustas animantes praeter hominem nullas dicimus: quanquam & in illis aliquas iuris notas liceat deprehendere, sed eas pertenues. Etenim sua causa faciunt, quicquid faciunt: at iustitia omne suum munus aliis praestat. Quae causa fuit, vt mutae procrearentur, quia nihil haberent, quod aliis communicari oporteret, & idcirco non indigerent sermonis. At hominum coniunctio vt seruaretur, oratione fuit opus, quapropter Tullius huius hominum consociationis magnum & necessarium vinculum esse dicit orationem, quae docendo, dicendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines, coniungitque naturali societate: *Neque vlla re, inquit, longius absumus a natura ferarum, in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, vt in equis, in leonibus: institiam, aequitatem bonitatem non dicimus. sunt enim rationis & orationis expertes.* Quin etiam earum virtutum, quarum quasi putantur esse consciae, non vera in illis sunt, nec perpetua argumenta. Vt enim in leonibus & in equis vmbra

quandam fortitudinis videre videamur, sunt tamen multi, quos liceat timiditatis & ignaviae arguere. Et de reliquis virtutibus in reliquis bestiis similiter, quae tamen deprauatae dici non possunt, sed pravae fortasse. Nam *vt bacillum*, inquit Tullius, *aliud est inflexum & incuruatum de industria, aliud ita natum: sic ferarum natura non est illa quidem deprauata mala disciplina, sed natura sua*. At hominum per se nunquam est prava natura, nisi fuerit aut educationis vitio, aut falsis opinionibus corrupta. quod magnum habet argumentum, nihil virtutis, nedum iustitiae & aequitatis inesse bestiis, sed hominibus tantum, & iis quidem omnibus, si non sint deprauati: & propterea naturales hominibus esse, quod eas cuncti natura duce appetant: bestiis non item, quarum pleraeque ad eas suapte natura non ferantur. Quid; quod nonnullae congregatione coetum quodam modo ciuitatis imitantur num propterea ciuile quid eis innatum esse dicemus? at id nemo tantae inscitiae fuit, vt diceret.

§. 2. Ius duplex tantum: naturale, in quo aequi & boni: ciuile, in quo vtilitatis posita ratio est.

Platonis etiam est, et Aristotelis, ac omnium antiquorum, vim iuris non in plures, quam in duas tributam esse partes dicere, naturalem, et ciuilem. Quam diuisionem mihi videntur et alii iurisconsulti praeter Vlpianum omnes secuti. Caius quidem in *l. omnes*. & Paulus *L. pen. Ius*, inquit, *pluribus modis dicitur. Vno modo quidem id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, vt est ius naturale. Altero modo, quod omnibus & pluribus in quacunque ciuitate vtile est, vt est ius ciuile*. In quo maxime notandum videtur, quod in iure naturali rationem aequi & boni posuit, in ciuili vtilitatem. Quod vehementer nobis tenendum est, quia summam eorum, quae dicturi sumus, continet. Atque vt id intelligatur, sumenda nobis sunt ex Aristotele, quae ad huius explicationem facere videbuntur. Sic enim fiet, vt ex Aristotele, et Aristoteli ipsi & iurisconsultis lucem aliquam afferamus. Nam & ille perobscurus est, quo in loco hanc rem tractat, & hi cum satis

habuissent iuris fontes, tanquam digitio ostendisse, aperire eos, vt haurire possemus, atque itinera ipsa demonstrare noluerunt. Ille ergo cum *lib. 5, De moribus* dixisset ius esse duplex, *oikonomikon*, id est, domesticum, quod est inter virum & vxorem, dominum & seruum, patrem & filium, & *politikon, tou de politikou dikaïou*, inquit, *to de physikon esti, to de nomikon*. Ius ciuile aliud naturale est, aliud legitimum. Ciuilis nomine quicquid est iuris videtur comprehendere. id enim est, quod vocat *politikon* vt alia quidem in re Tullius, sed omnino simili interpretatus est *lib. 3, De nat. deorum: Cum sic, inquit, hominis natura generata sit, vt habeat quiddam innatum quasi ciuile atque populare, quod Graeci politikon vocant*. Quae Ciceronis interpretatio veram mihi videtur tradere rationem exponendi Aristotelis, vt ius *politikon* dicamus, non ciuile, quando ea vox Latini ius legitimum sonat, sed ius gentium, aut populorum: quo scilicet homines non in ciuitatem, sed in populum congregati vtuntur. Nam *politikon* istud, quod insitum est homini, facit, vt ne vitam agat in solitudine, sed quaerat aliorum coetus & familiaritates, quibuscum sermones conferre, & a quibus comerciorum vsu caetera vitae adiumenta habere possit, quod proprium est iuris gentium, non vt legum se poenis obligari, & includi ciuitatum muris cupiat, ad quas res nos attraxit inuitos necessitas.

§. 3. Omnes homines conciuies esse, eorumque ius, *politikon*, aut ciuile dici.

Vt haec hominis natura hominum appetens, popularis sit potius, quam ciuilis appellanda: cuius qui sunt participes, sunt autem omnes, vno & eodem iure gubernantur. Nam vt hinc ordiamur, inter quos ratio, inter eosdem & recta ratio communis est, quae lex vocatur. Porro quibus est legis communio, iuris quoque communio est: at qui eodem iure participant, eiusdem habentur ciuitatis. Ex quo sit, vt hic vniuersus mundus vna ciuitas existimetur esse. Et haec nostra vrbs, omniaque quae in ea sunt, non magis Parisiensium esse putandae sunt, quam quae in

omni mundo omnium sunt hominum. Cum enim vnus & eiusdem imperiis cuncti mortales obtemperant, hoc est, rectae rationi : mundus hic quasi communis omnium vrbs & ciuitas sit, oportet. Vnde Socrates interrogatus ; cuias esset ? respondit, se mundanum esse, hoc est, inquit Tull. non vnus circumdatum aut septum moenibus popularem alicuius certi loci definitique, sed ciuem totius orbis tanquam vnus ciuitatis. Est enim terra communis omnium parens, et vt Africanus in *Somnio Scipionis* loquitur, sedes aut domus hominum. Quae domus aut ciuitas suas leges habet in vnus cuiusque animo descriptas, et proprium ius suum, quo vtantur ad conseruandam hanc ciuium suorum, hoc est, omnium mortalium societatem, quod *politikon* appellatur, quasi dicas ciuile aut populare, vt ibidem Tullius ait paulo post : *Quoniam ea natura esset hominis, vt cum genere humano quasi ciuile ius intercederet : qui id conseruaret, eum iustum : qui mutaret, eum iniustum fore.* Non dixit esse ius ciuile, sed quasi ciuile. nam ius gentium aut populorum rectius appellaretur, quasi quo totius humani generis populus vteretur. Postquam autem ab illa infinitate recessum est, & haec immensa hominum societas ciuitatibus est distincta, quod non iisdem omnes legibus gubernari possent ; inductum est ius ciuile, quod cuiusque ciuitatis vtilitatibus accommodaretur. Ex quo factum est, vt ius istud gentium, cum vnum & ideo esset antea apud omnes, duplex factum sit, aut vt verius dicam, aliud ei adiunctum, quod ciuile nominatur, singularum ciuitatum diuersis legibus diuerse conscriptum : atque ita ius illud gentium, quod initio vnum & solum fuerat commune omnibus, naturale vocatum est, vt ab hoc legitimo distingueretur appellatione, a quo re & natura ipsa differebat. Nam *ius naturale est*, vt subiungit Aristoteles, *quod vbique gentium tantundem valet, non quod sit, aut secus visum sit. Legitimum autem, quod ab initio nihil interfuit, hoc an illo modo fieret : postquam autem constitutum est, refert. veluti mina captiuos redimi, aut capram immolare, non duas oues, & caetera quae legibus cauentur de rebus singulorum, vt sacra facere Brasidae : & quaecunque legibus*

populorum sanciantur.

§. 4. Iuris naturalis diuisio bipartita.

De ciuili iure post dicemus : quod ad naturale attinet, bipartita mihi videtur eius induci posse ratio. Vna quidem iustorum & iniustorum lex est, nullo vel tempore, vel loco mutabilis : altera moderatrix earum vtilitatum est, quae sunt ad vitam degendam necessariae. haec vt dicere auderem, adductus sum autoritate Pauli *l. 2, De iust. & iur.*, qui ius naturale ponit in aequi & boni ratione, ciuile & legitimum ab vtilitate ducit. Monuit me & hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturali posuerimus, aequitatis vnam, vtilitatis alteram. Illa spectat hoc vnum, vt sancte, vt pie, vt iuste viuamus : haec vt commode & idonee. Ius illius dicitur ius naturale vere & proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum, & sibi perpetuo constans. Ex quo ceu fonte manant ea praecepta, quae nos inuitant ad iustitiam, in quibus sunt illa summa, quae Vlp. refert, honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere. Quae omnia diriguntur ad eam quae delapsa de coelo est regulam ; *Alteri ne feceris, quod sibi fieri non vis.* Hac enim regula, & iudicio ab eo constituto, iusti ab iniusto distinctio traditur ; qua sublata tollitur omnis ratio vitae degendae : & ea seruata ab aequitate non possumus aberrare. Nec possunt vel populorum iussa, vel principum constitutiones, vel iudicum sententiae ius hoc naturale perfingere aut mutare : quia sine iniustitia non potest violari. Alterum & secundum ius est, quod in vtilitate versatur, quod genus ? dominia, regna, bella, seruitutes, manumissiones, contractus, & caetera huiusmodi commercia, quibus aptiores sumus ad participandum alium cum alio, communicandumque inter nos, quod, ni fallor, non inscite ius gentium vocabitur : quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit : & tamen iuris naturalis pars est, eiusque nomine continetur, propterea quod omni in re consensus omnium gentium non institutis aut legibus, sed moribus sensim & tacite confirmata,

naturae lex existimatur : hocque est, quod omnium hominum quasi ciuile ius liceat appllere, si, vt ante dixi, mundus hic vniuersus instar vnus ciuitatis habeatur.

§. 5. Quamobrem ius naturale mutari interdum possit.

Vt non mirandum sit, quod in ipsum aliqua sit legum potestas, cum saluo naturae iure mutari queat, & pro eorum, qui praesunt, arbitrio variari. Nam & rerum dominia quidam adhuc populi dicuntur non nosse, quibus omnia sunt inter ipsos communia. Quod & in *rempub.* suam Plato voluit inducere. Et si quis emptionem rerum aut locationem prohibuerit, & omnem omnino numi vsum lege sustulerit, non video, quam habeat lex iniquitatem, cum de ciuium suosum vtilitate quidem detrahat aliquid, at de simplici illo & aequabili naturae iure nihil prorsus. Idem in captiuis seruitio non addicendis multo magis dici potest ; quod iam Christianorum moribus est abrogatum. Ex quo natus eorum error, qui putarint nullum ius esse naturale. Nam quod viderent ius hoc gentium, quod naturale etiam appellari solet, mutari nonnunquam, existimauerunt non naturae illud esse, sed opinionis : quia natura stabilis est & firma, & omnis mutationis expers. Quorum errorem hic coarguit Aristoteles : qui cum dixisset, ius legitimum esse eorum, quae sic an secus fierent, ab initio nihil referret : *At enim quibusdam videtur, inquit, ista omnia esse eiusmodi, cum quod naturale est, immutabile, & vbique terrarum vim habet eandem, velut ignis, & hic, & apud Persas vrit: at iura ista mutari videmus. Sed non est ita omnino, sed quodam modo, quanquam apud deos quidem nihil fortasse sit eiusmodi: apud nos autem certe mutantur quaedam eorum, quae natura insita sunt, tametsi non omnia: & tamen aliud natura constat, aliud non natura.* Hic fatetur quaedam eorum, quae sunt natura, mutari: sed non idcirco negandum, quaedam natura constare, quaedam non natura, sed hominum instituto. Nam propterea quod naturalia quaedam mutantur, non existimandum est omnia constare natura, vel nihil constare natura, tanquam ea mutatio, quae vtrisque communis est,

delectum eorum auferat, nec concedat discernendi facultatem. At vero eorum, quae mutabilia sunt, quaedam sunt in natura, quaedam in opinione: nec difficilis est iudicatio eorum, si quis aduertat, ut subiungit Aristoteles: *Eorum autem, quae aliter euenire possunt, quid natura constet, quid non natura, sed lege & instituto, tametsi mutabile sit vtrunque similiter, perspicuum inde est, quod (: idque eadem ratione poterit ad caetera accommodari:) cum sinistrae dextra praeualeat natura, tamen fieri potest, ut omnes vtraque manu utantur aequae idonee. at quae iura instituto & utilitate diriguntur, mensuris simillima sunt. non enim quocunque in loco sunt aequales vini & tritici mensurae: sed quo in loco haec emuntur, maiores: ubi venduntur, sunt minores. Similiter non naturalia, sed hominum iura, non eadem ubicunque, quando ne rei quidem publicae eadem ubique est administratio, sed vnae tantum ubique locorum optima secundum naturam.* Homini naturalis est & ratio, & sermo: proprius ei risus, itemque permulta, quod ut impediuntur vel imbecillitate vel infirmitate, non mutantur tamen, nec tolluntur vsque eo, ut non ad eas res sit quique nostrum aptus natura. Dextra vero ut valentiores simus, quam sinistra, tametsi omnibus fere insitum sit, tamen nonnullis quandoque accidit contra, ut sinistra plus valeant; quod pariter omnibus euenire potest, si exercitationem adhibuerint. Nam robur dextrae non tam vi naturae datum est, quam omnium iudicio quodam, qui quod eam putarent rebus agendis aptiorem, ea sunt vsi frequentius, vsus autem atque exercitatio firmitudinem addidit & habilitatem, neque tamen ea res facit, quo minus dextrae vsus antecellat natura nec quin omnes ita iudicent & sentiant, ideoque naturalis habenda sit ea notio, quae cunctis insita est de agilitate manus dextrae: quoniam quod ita mutatur non ex toto quidem, sed quadam ex parte, non definit naturale & esse, & haberi.

§. 6. Quibus in rebus, & quatenus mutetur.

Item de iure naturali dicendum est, quod quibusdam in rebus mutatur, nempe in iis, quae naturali iudicio ad humanae vitae

utilitatem omnium adinuenit consensus: at non iis, quae iustorum & iniustorum distinctionem habent. horum enim aeterna lex est, nec sine magno scelere peruerti possunt. Ac mihi videtur Aristoteles hoc non dixisse modo, sed etiam verbis expressisse, cum ait, ta de kata synthēkēn, kai to sympheron tōn dikaiōn homoia esti tois metrois. kata synthēkēn iura appellat, ciuilia quae sunt, pacto ciuium instituta: kata sympheron ea, quaecunque sunt ad hominum commoditatem excogitata, qualia, quae sunt iuris gentium. Quae duo iura, kata synthēkēn kai sympheron vno verbo apperllat postea anthrōpina, quasi dicas hominum, quod non sint natura, sed hominum decreto posita: quae appellantur iura gentium, qua homines sunt ad naturalem quandam communitatem congregationemque nati: ciuilia, quae sunt ad ciuilem coniunctionem sociati. Vtrunque tamen ius mutari potest, quin etiam necesse est, vt mutetur, cum non sit eadem vbi gerendae reip. ratio, sed aliud alii commodum sit & vtile, ad quam vtilitatem referri haec hominum iura debent. at quod vere natura constat, optimum est, & iustum vbique terrarum. Quamobrem quod ad ea attinet, quae sunt in natura, non aliqua est rerum publicarum diuersitas, sed eadem quocunque in loco earum procuratio est & administratio, eoque optima: quia quod vni iustum est, idem & iustum est omnibus: nec vt commodorum, sic iustorum fieri mutatio potest. Itaque ciuilis rationis magna est quidem in vtilitatum causis dissimilitudo, magna varietas: in rebus iustis & iniustis nulla. Nam vbique optima est, quae ex naturae praescripto regitur, atque ea est omnium gentium communis, & vbique eadem. Hanc esse puto sententiam Aristotelis: in quo si fallor; nihil enim temere affirmo, aliorum scriptis interpretandis, de quibus tantum quisque capit, quantum potest, & arbitrato suo iudicat: in hoc, puto, non sum falsus, hanc, quam iudixi, iustitiae & vtilitatis in iure naturali vel gentium distinctionem veram esse, ex eaque expediendam omnem quaestionem, quae de vtriusque iuris origine, praestantia atque autoritate afferetur: hanc etiam, num ius naturale & gentium possit legibus tolli populorum, & quatenus possit. Quae quanquam semper visa est difficilis &

obscura, tamen ex iis, quae diximus, facile iudicari potest: ut illud primum quod naturale appellauimus, recti & non recti quaestionem continens, omnis sit mutabilitatis expers: alterum, quod gentium vocamus, vtilitatis communis habens rationem, cum sit iuri ciuili persimile, sine cuiusquam iniuria vel tolli posse, vel mutari. Ac videri possit hoc sensisse Paulus *d. l. 11. eod. tit.* cum dicit, ius vnum esse, quod semper aequum & bonum, ut ius naturale: alterum, quod omnibus aut pluribus in quacunq; ciuitate vtile est, ut ius ciuile. nam hoc ciuile, ciuibus tantum: gentium, omnibus hominibus vtile est: ut vi naturaque sua non discrepent inter se, ac ne ratione quidem alia, quam quod illud certorum hominum, hoc omnium commodo & vtilitati seruit.

§. 7. Quae naturali iuri subiecta sunt.

Nunc quae vtrique iuri subiecta sint, numero omnia exponere non est necesse: summam eorum satis essent attingisse, vnde non difficile sit iudicium de singulis; ut tamen nostris gratum faciam, percurram breuiter ea, quae magis nota sunt, & in scholis eorum frequentius disputata. Numerantur autem ab iis inter prima naturae ea, quae Gratianus recenset initio fere illius sui magni & laboriosi operis. *Ius naturale*, inquit, *est commune omnium nationum, eo quod vbique instinctu naturae, non constitutione habetur aliqua, ut viri & foeminae coniunctio, liberorum successio, & puerorum educatio. communis omnium possessio, & omnium vna libertas, acquisitio eorum, quae caelo, terra, marique capiuntur. Item, depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. nam hoc, aut si quid huic simile est, nunquam iniustum, sed naturale aequumque habetur.* Primum illud quidem hoc recte, quod brutis ius istud non communicat, sed cuiuscunq; generis hominibus: quod ad id non ratione modo, sed pene instinctu & suapte natura quisque nostrum feratur. Iustos enim facit nos natura, fecit & liberos: ex quibus, iustitia, inquam, & libertate, nascuntur caetera, quae sunt huius iuris propria. facit non iustitia, ut liberos educemus: nec mirum. cum imbecillitas

eorum nostro egeat auxilio, quod non illis modo, sed omnibus etiam simili modo affectis denegare, cum possis, contra naturam est, quae praecipit, ut homo homini, quisquis ille sit, consulat, vel ob eam ipsam causam, quod is homo sit. At si ea aetate sint liberi, & iis viribus, sibi ut vitae necessitates parare possint, licet parentibus eos non repugnante natura negligere, quod subnotasse mihi videtur Gratianus, cum adscribit iuri naturali non liberorum, sed puerorum educationem, hoc est, liberorum, quamdiu sunt pueri. Sic fuit lex Romuli, ut per tres annos alerentur liberi, nec ante liceret eos aut necare, aut exponere; bene & conuenienter naturae, quod eos alii voluit infantes: inhumanum vero & contra naturam de necandis & exponendis eis permisit; quare nec ea lex diu tenuit. Est & iustitiae naturalis, depositae rei & commendatae pecuniae restitutio: sed miror, quod de his duobus tantum dixerit Gratianus, cum id ipsum valeat in caeteris contractibus, ut eorum fides seruanda sit, si non seruata noceat alteri. tum enim laedimus alterum, nec damus suum cuique, quae sunt naturae leges: quibus coniunctissima ea est, a nostris tam saepe iactata & usurpata, neminem locupletari debere cum aliena iactura; quam hic Accursius, cum iuri naturali attribuisset, perperam est reprehensus a Castrensi & Iasone, quia non communicaretur brutis, & illo primo iure essent omnia, cuius reprehensionis tam facilis est reprehensio, ut non sit opus argumentis. Iuris naturalis est etiam vis depulsio, vel auctore Gratiano, quod antea exposuimus, sed non satis: hoc enim sic accipere oportet, ut non modo venientem iniuriam propulsare liceat, sed etiam acceptam vel longo post interuallo, vindicare. est enim vindicatio poenae loco, ut ne impunitas inuenitet alios ad delinquendum. Et cum natura iubeatur, ut suum cuique tribuatur, contra iussum eius fecerint, qui nolent praemiis bonos augere, poenis malos afficere. Item iustitiae primum munus est, ne quis cui noceat, nisi lacessitus iniuria, ut ait Tullius: ergo iniuria lacessitus poterit nocere. Sed cum non seruaretur is, qui in poenarum constitutione modus requiritur, itum est ad leges, ut scribit Lucretius:

*Nam genus humanum defessum vi colere aeuum,
Ex inimicitiiis languebat: quo magis ipsum
Sponte sua cecidit sub leges artaque iura.
Acrius ex ira quod enim se quisque parabat
Vlcisci, quam nunc concessum est legibus aequis.
Hanc ob rem est homines pertaesum vi colere aeuum.*

§. 8. An non liceat vim vi depellere, nisi cum moderamine inculpatae tutelae.

Ex quo liquet, quam hallucinentur nostri interpretes, qui responso Florentini *l. 3. eod.* quo dicit, iure naturae concessum esse, vt vim atque iniuriam propulsemus, afferunt exceptionem ex rescripto Dio. & Max. Imp. *l. 1. C. illo tit.* quod est primum ad interdictum, *Vnde vi*: quo in rescripto Imperatores defensionem non permittunt violentam, nisi cui iustae tutelae moderatio coniuncta sit, hancque, exceptionem dicunt esse, tanquam thriacam huius responsi Florentini. sic enim loquitur Baldus. atqui de iure naturae haec a nobis dicuntur, & rescriptum illud longo post constitutas leges tempore factum est: quae leges priuatis se quidem defendenti potestatem dederunt, vlciscendi ademerunt: cuius fuit vtriusque facultas iure illo primo naturae. Quapropter Tull. *l. 2. De inuent.* in iure naturali vindicationem posuit. *Ac naturae ius est*, inquit, *quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, vt religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.* & postea: *Vindicatio est, per quam vis & iniuria, & omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut vlcisciendo propulsatur.* Defensio tuetur nos a futura & imminente iniuria, vindicatio iam factam & acceptam vlciscitur, sed non alio animo, quam vt ne qui intulit, impunitate proposita factus audacior, peccet in posterum: quod vnum est legum omnium propositum & consilium. Haec sunt, quae de naturae iustitia, ceu puro quodam fonte longe lateque fluunt, & permanant in omnes partes humanae societatis, cui nostrae omnes actiones, tum publicae, tum priuatae, omniumque gentium & ciuitatum instituta parere &

obedire debent. Altera fuit libertas, quam isto eodem fonte duximus, sed alia via. non habet enim haec vim cogendi, cum iusti vel iniusti rationem non contineat, sed licentiam quandam agendi, quod velis, dum nihil offendas. Quare non proprie iuris istius partem ullam habet, cum nihil vetet aut iubeat, sed in iis sit tantum, quae permittuntur: at limitare aliquid de ista naturae facilitate & liberalitate, non modo non fuit iniquum, sed necessarium. Itaque statim ab initio multa populorum scitis, plura inde legibus ciuitatum restricta sunt, vt iniquis hominibus & deprauatis praecluderetur iniuriae aditus: velut huic libertati obiecta est loco poenae seruitus, qua nulla humanior inueniri potuit aduersum eos, qui nos bello lacessierant. Item, cum essent omnia omnium quod terrae fructus plus satis esset paucitati hominum, qui tum erant, distincta fuere tandem instituto populorum cuique suarum rerum dominia, & agris termini positi. Ex quo primum audiri coepta sunt inter homines haec duo verba, *meum*, & *tuum*, cum prius fuissent incognita: iam vt non licuerit vnicuique re qualibet arbitrato suo vti, sed sua tantum. Quod non est ita intelligendum, vt putat Castrensis, qui rerum soli & immobilium *communione* fuisse concedit, *mobiliu* negat, quod hae fierent occupantis. non minor est Gratiani error, qui communem fuisse possessionem dicit. Res non omnes & bestias vnus hominis causa fabricata natura est, iis vt ad vtilitatem nostram vti possemus sine iniuria: nec alia fuit huius tanti beneficij causa, quam vsus: quia nihil est, quo propterea opus sit secundum naturam viuentibus. atque ne nunc quidem in rebus nostris quarum iam domini sumus, aliud habemus, quod vere nostrum dici queat, praeter vtendi commoditatem. Sunt tamen quaedam, quas tum licebat consumere, quod earum aliter nullus esse poterat vsus, vt quae cibi causa paramus. Et in iis vsus dominio est persimilis: non tamen dominium est. vt *eleganter iurisconsulti tradiderunt in tit. De usufr. earum rerum quae vsu consumuntur.*

§. 9. Naturam non dominium, sed vsum possessionemque

concedere.

At in nullis rebus ne in his etiam, natura nobis dominium dedit, sed vsum tantum, aut vsus nostri causa possessionem. Itaque quoque sibi quisque caelo, mari, terraque ceperat, suum faciebat eatenus, vt eo vti posset, non vt eius dominium nancisceretur, sed possessionem. Quamdiu enim illud seruabat ad vsum suum, tamdiu alii ius non fuit auferendi, aut vtendi. Pari ratione, quod agri quisque ceperat ad habitandum, aut arandum, eo tantisper dum possidebat, a nemine potuit deturbari, ne possessionem alterius, quam primo cuique occupanti natura dederat, interuerteret, quod sine iniuria facere non poterat: iniuria autem omnis contra naturam est. Ergo fuit in primis istis naturalibus propria cuiusque possessio, dominium non fuit. Sed hoc ius domini ad maiorem rerum custodiam, & futurae necessitatis subsidium, communis postea omnium nationum consensus excogitauit. Quod si ita est, ne liberorum quidem successio naturae imputari potest, quae facit, vt eos amemus, & charos in primis habeamus, non vt eos heredes relinquamus, cum ea nihil proprium nobis dederit, quod ad filios transferri posset. Ac ne tum a principio sollicitauit haec cura homines, cum adhuc incerto patre nasceretur filii: sed eos, qui posteriorum temporum ambitione & auaritia corrupti, locupletandis liberis studium omne suum posuerunt: quod initium malorum omnium & quasi seminarium fuit. Quam ob rem, vt existimo, Plato voluit vxorum filiorumque communitatem inducere, vt ad primam illam naturae speciem, reip. suae formam conuerteret. Sed & iure XII tab. filios exhaeredare licuit: valuitque eius legis autoritas per multos annos, donec praetores causam exhaeredationis subesse voluerunt. Restat matrimonium, quod prope solum Vlpiano hunc errorem obiecit, vt diceret, cunctas istius iuris compotes esse animantes, quod ad hanc procreandi causa coniunctionem ex se & vi sua ferantur. sed haec exempla iuris translata a bestiis, omittamus, quando non satis valent ad ostendendam eius naturam, cuius etiam dignitatem mihi quodammodo videntur obscurare.

§. 10. Matrimonium iuris gentium esse, non autem naturalis.

Natura illa prima & simplex nec legitimas nuptias viderat, nec certos liberos, sed tum demum, cum societatibus homines coeperunt implicari. Quod nec fugit Paulum Castrensem, qui matrimonii vinculum, ipsam certa cum vxore coniunctionem, iuri gentium tribuit: caetera eius solennia, iuri ciuili. Idcirco non sunt hae leges contra naturam, quae quorundam inter se matrimonia prohibent. id enim pro cuiusque populi & ciuitatis vtilitate statui solet, & meo quidem iudicio non repugnante natura: velut ea, quae inter agnatos & affines inducta est matrimonii religio, primum, vt videtur, Hebraeorum legibus instituta, deinde etiam ab omnibus fere populis comprobata. Multo item ea iustissima est, & ad publicum reip. statum valde pertinens, ne liberi sine parentum consensu se in matrimonium collocent. Quae vtinam non esset abrogata: multa enim iam in hoc genere peccari videmus, & adolescentum matrimonia malis rationibus conciliari, magno parentum dolore. Haec sunt principia & quasi elementa iuris naturalis, a quibus humana ratio profecta, deinceps progreditur longius, seque tandem hominum societatibus & amicitiiis insinuat, vtilitates quarens vitae degendae idoneas, vnde ius gentium. Consequens enim est, & post oritur, sic tamen vt a natura non recedat, si potest, a vera illa iustitia nunquam. Est enim haec iustitia comes & adiutrix naturae, actionumque omnium nostrarum custos & gubernatrix, vt quaecunque agimus aut dicimus, quae ad alterum pertineant, huius vnus tutelae subiiciantur. Sed quae dicantur esse iuris gentium, non est, quod singulatim repetamus, cum sint a nobis antea non indiligenter enumerata, & quantum locus requirebat, satis accurate explicata, praeterquam quae ad obligationes pertinent: quarum explanationem in hunc locum reiecimus, quod ea sumenda sit ab his, quae modo diximus de iure naturali & gentium, vt haec praemunienda fuerint sermoni, quem de obligationibus instituimus. Obligationes ergo iuri gentium attribuit Hermogenianus, exceptis quibusdam, quae a iure ciuili introductae sunt: quibus verbis innuit perpauca esse

iuris ciuilis: at nostri permultas enumerant. Literarum enim obligationem prorsus esse iuris ciuilis. Itemque sponsalitiæ largitatis, pecuniæ constitutæ, emphyteutici contractus, & stipulationis. Adiungunt etiam eas omnes, quæ ex quasi delicto, vel quasi contractu proueniunt: de quibus singulis breuiter attingemus.

§. 11. Reprehensa opinio vulgaris, de quibusdam obligationibus iuri ciuili attributis.

Literarum obligatio explicatur.

Literarum obligatio vocatur a Iustiniano ea, quæ scripto probatur, quanquam re vera non subsistat: velut si me absentem rogasti per literas, vt darem tibi decem mutuo, simulque misisti ad me syngrapham tantæ summæ: si velim improbe agere, possum, vt nihil dederò tibi, retinere syngrapham, & de ea te appellare: tu contra obtendes, nihil tibi venisse a me, sed id lex iubet, vt facias intra biennium: alioqui biennii autoritate fidem adiungi syngraphæ, sic ut aduersus eam testibus non credatur. Atque ita post id temporis cogi potes ad solutionem pecuniæ, cum tamen re vera non sis obligatus alio, quam literarum, hoc est, syngraphæ tuæ testimonio. Sed huius literarum obligationis nulla mentio est apud Iurisconsultos, & re vera nulla est omnino obligatio, sed putatur esse: neque ius induxit, vt scriptura syngraphæ satis habeat momenti ad fidem astringendam, cum causa propterquam facta est, secuta non sit: hoc vero solum voluit, vt eam post biennium, ne liceat testibus oppugnare, quod creditorum bono introductum est. Similiter duorum testimonium, aut iudicis autoritas non obligat, si aut illi false deposuerunt, aut hic inique iudicauit. Sed in re obscura atque incerta nihil aliud constitui potuit, quam vt scripturæ crederetur, vel testibus, vel iudicum decretis: non quod rerum veritas mutetur, sitque aut naturaliter, aut ciuilitè obligatus, qui nihil debeat, sed quod in tanta rerum humanarum incertitudine constituendum fuit aliquod extremum, in quo possemus conquiescere. Atque non vnus alicuius ciuitatis hoc fuit, sed omnium

gentium decretum, vt rerum dubiarum fides his modis probata, satis idonee probata censeatur. Ex quo dici potest, istum non iuris naturalis, aut ciuilibus veritate esse obligatum, sed opinione, nec magis iure ciuili, quam naturali, id est gentium: nisi forte quod de biennio praestitutum est, at id non affert, aut nouam, aut veram obligationem, sed adimit contra probandi facultatem, & est ipsum a iure ciuili. De sponsalicia largitate, id est, donatione propter nuptias, quod dicunt, partim verum esse potest, partim falsum: duplicem enim haec habet rationem, quod etiam non promissa tenetur eam martius praestare doti aequalem: quod Iustinianus primo induxit. Et hanc obligationem nihil habeo causae, cur non annumerem iuri ciuili. Est & cum promittitur, & in eo iuris gentium est, quo iure contractus obligationem afferunt, cum in eis interuenit *synallagma*. De contractu emphyteutico nulla mihi videtur esse dubitatio, quin ad ius gentium sit referendus, quanquam inuentus fortasse posterioribus temporibus, & a Romanis: sed est germanus locationis, & eiusmodi praeterea, vt eum inuentum omnes populi amplectantur & probent, tanquam qui vsui esse possit utilitatibus hominum commutandis: nec enim ius gentium a iure ciuili distinguitur tempore, sed ratione, vt ante dixi & ostendi in emptione, cuius vsus est nuper fere inuentus: & tamen iuris gentium est. At enim stipulationem iuris ciuilibus esse, mihi conuenit cum nostris: sed in eo non animaduertunt se pugnantia dicere. Nam si ita est, non nudo pacto, ne stipulatione quidem olim, id est, iure gentium nascebatur actio, quod tamen asserunt, fuisse enim semper harum promissionum naturalem obligationem, tametsi verbotenus factae essent, cui ius Romanorum ciuilem postea tribuerit auctoritatem, cum solenne interrogationis & responsionis interuenisset. Quod si verum est, nihil noui produxit ius ciuile, sed confirmauit, quod iam tum erat in iure gentium. Quae tametsi magnae sunt diiudicationis, nec paucis absolui possunt: quia tamen erit magis idoneum tempus de iis dicendi, tantum hic attingam, quantum nunc satis esse debeat.

§. 12. De iuris gentium contractibus.

Nonnulli sunt contractus, qui quod opportuni essent ad commerciorum vsum, & pene necessarii, ab omnibus sunt nationibus comprobati, tantaque etiam autoritate donati, vt iis consensisse, satis magnum esset vinculum astringendae fidei. Neque enim videbant fieri posse, vt haec hominum societas inter se conciliaretur, aut conciliata retineretur, nihil esset aliqua rerum contractarum necessitas & constantia. Cum ergo eos, qui opus essent ad eum vsum contractus inuenissent, dederunt ipsis obligationis robur, vt ex se satis haberent virium ad congendum eos, qui nolent parere. Atque ii sunt, quos iuris gentium dicimus, quod necessitati vitae seruiant. Reliquis contractibus, quos iam innominatos vocant, nullam dederunt potestatem, nisi quantum re praesenti transigerentur, hoc est, nisi synallagma interuenisset, & quatenus interuenisset, vt permutatio est apud omnes populos frequens, & si fiat de manu, quod dicunt, in manum, firma nam solis verbis explicari non potest: iam enim nudae promissionis instar habeat, quia videmur pacti permutaturos nos res nostras, permutasse nullo modo, nisi promissum alter fecerit, aut vterque. Quare non plus affert obligationis, quam caeteri contractus innominati, cum aliquid damus scilicet, aut facimus, vt vicissim quid nobis detur, aut fiat: in quibus est poenitendi locus, vsque dum alter fidem impleuerit: qua impleta rei interuentus secum adducit obligationem: re integra neuter obligatus est, ne naturaliter quidem, hoc est, iure gentium. Quod si hae tantum verbis factae promissiones, etiam si ob causam essent factae, non constituebant obligationem, multo minus eae, quae vltro, & nulla de causa fiebant. At nec videatur valde aequum fuisse, captare verba alterius, & cum primum quis quid promississet, eum vrgere, appellare, exigere, cum praesertim promissionis spe nullum damnum adiit is, cui promissum est. Sed occurrit nobis, nihil esse tam congruum aequitati naturali, quam fidem seruare, vt respondit Vlpianus *l. 1. de pactis*. Et inde dictam fidem, quod fiat, quod dictum est: quae ipsa est fundamentum iustitiae, vt scribit Tullius *l. libr. 1. Offic.* At idem multa profert exempla,

in quibus liceat vel naturae consensu de promissis recedere : vt si plus ei, qui fecit, allatura sint detrimenti, quam ei, cui facta sunt, emolumentum. Mihi quidem videtur, semper fas esse datam fidem non implere, si nihil inde venat incommodi ad eum, cui data est. Imo sit hic iniquus, si vtatur acerbitate exigendi. At enim hoc vitae honestas postulat, non nego. Et certe iustitia ea generalis virtutum omnium mater & parens, quae desiderat in omnibus dictis & factis nostris constantiam & veritatem : sed non ea, quae nostrae scientiae propria est : aut si hoc etiam ista desiderat & exigit, in philosophorum scholis & bonorum virorum concilio poterit id obtinere fortasse, in iudiciis & foro certe quidem causa cadet. Nam re vera non satis est iustitiae perfectae & consummatae, neminem vt laedamus, nisi etiam augeamus commodis, & beneficiis nostris astringamus, quos possumus : nec vt reddamus alienum, nisi id vltro & sponte faciamus. At ius ciuile & gentium exitum rei spectat, nec cogitationibus poenam statuit, quantumcunque malis & improbis, si fuerint sine effectu, finis enim eorum est, humanae conseruatio societatis, quae nisi facto laedatur, nihil mala mens ei potest, nihil malus animus & sceleratus nocere. Cognitio ista philosophorum fuerit & theologorum, non iudicum. Itaque videmus, quod dolose & malitiose fit, impunitum esse non ciuilibus modo, sed gentium omnium legibus & decretis, nisi fraus sit dolo coniuncta : vt dicit Vlp. *l. Iuris gentium, de pact.* hoc est, nisi dolus fraudem alicui afferat, & damnum. Et tamen si naturae ista ponderibus examinemus, reuocemusque ad generalis illius iustitiae regulam, tam sunt ii, qui animo peccant, in vitio, quam qui effectu. Sed aliud naturae simplicitas, puritas & sanctitas postulat, aliud mos gentium & ciuitatum. Illa, vt cuique beneficias, si possis, nihil impie cogites, aut scelerate, omne promissum exoluas, quod sit a turpitudine alienum : at ius gentium, aut ciuile, ne retineas alienum, nihil flagitiose facias, quod aut facto noceat, aut exemplo, fidem ne frangas in alterius perniciem.

§. 13. Cur obligationes non a natura, sed a iure gentium

inuenta dicantur.

Itaque dicuntur obligationes inuentae a iure gentium, non a natura illa prima, cuius tanta est facilitas, nihil vt ab inuito extorqueat, & de suo remittat potius, quam ad alienum vi & minis perueniat. Quid enim? vendidi rem meam tibi, dictum est precium, perfecta est emptio populorum omnium iure, nec possum iis auctoribus ab ea recedere. at mihi dat naturae bonitas poenitentiae locum: prohibet etiam, & vetat, ne me nolentem adigas, cum venderem, putavi sic mihi opus esse: cognito errore, mutaui consilium, quod meum peccatum est, aut in quo naturae legem violo, si te nullam in fraudem induxit haec venditio mea? Non consequeris, quod speraras ex re mea commodum: at id non potes sine meo damno. Tu ne meis incommodis tuum augeas commodum? Feci temere & leuiter, fateor: sed haec leuitas ad necessitatem trahenda non est, quin a te mihi condonanda potius, cum praesertim id nullo tuo damno possis, quam lucro tuo in perniciem meam conuertenda. At honestum est, & magno viro dignum, stare conuentis: sed non protinus necessarium. Et vt non omnia, quae sunt contra naturam, legibus vendicantur, ita ne iure gentium quidem; ipsa quin etiam natura multa nobis remittit, nec omnia, quae potest pro suo iure, exigit; magnam partem iussorum & vetitorum suorum honestate magis, quam necessitate dirigit, vt non tam cogere homines, quam inuitare videatur: nec quicquid gloriosum est fecisse, peccatum est non fecisse, cum nullus sit tanta vitae integritate, qui omnes virtutis numeros impleuerit. Iubet enim, vt magno animo simus, & liberali, & temperato: quem qui non habet, vituperari potest quidem, sed excusandus tamen, & vel natura iudice absolvendus, dum nihil metu, vel auaritia, vel animi impotentia peccet, quod afferat alteri detrimentum. Et tamen his omnibus legibus quodam modo alligamur, sed eatenus, vt errorem reprehensio sequatur, non poena. non enim vult natura suppliciis omnia emendari: multa relinquit pudori, verecundiae multa, quibus eius lege obligamur, iure gentium nullo modo, quod hoc ius gentium vnquam eam habet cautionem, & solam; ne quis cui noceat. Cum ergo

dixit Vlp. in *l. consuluit. de petit. haered.* naturaliter esse obligatos iis, qui de nobis bene meriti sunt, de prima illa naturae lege intellexit, nimirum quae ad honestatem pertinet, non de ea, quae necessitatem habet iure gentium, quam proprie naturalem appellamus. Id adeo perspicue ostendi potest, quod huic qualis qualis est obligationi fideiussor, non possit accedere, cum ei, quam naturalem dicimus, & quae vere eiusmodi est, accedat. Eodem modo est accipiendum, quod dicit in pactis, nihil esse tam consentaneum naturali aequitati, quam fidem seruare: consentaneum enim est, & honestum, non necessarium. Itaque iure gentium verbotenus factae promissiones & conuentiones, exceptis iis, quos dixi contractus, nullam prorsus obligationem inducunt, praeter eam, quam dicebam, pudoris & verecundiae, datam a natura, sed a nationibus repudiatam, aut neglectam. Sic nec pactum nudum, nec stipulatio vim cogendi habebant, nisi quam suus cuique pudor afferebat: donec ius Romanorum induxit stipulationis obligationem, vt merito sit haec iuri ciuili tribuenda, a quo primum & nata est, & constituta. Idem iudicio in ea, qua tenetur haeres aes alienum defuncti de suo dependere, hoc est, vltra quam facultates vetantur, cum iure gentium permitterentur, obligatio est tota a iure ciuili, velut, ne muri transiliantur.

§. 14. Ciuili obligationi semper naturalis adiuncta est: huic illa non semper.

Ciuilis tamen obligatio naturalem semper adiunctam sibi habet, quod iure gentium obligemur patriis legibus; vt quicquid more nostrae ciuitatis introducitur, id non legitimo tantum, sed etiam naturali vinculo nos alliget: quod quemque nodum lex ciuilis fecerit, hunc adstringat, quantum potest natura. Contra quaecunque iubentur gentium iure, non continuo lex ciuilis praecipit: & quae sunt huius generis, naturali tantum obligatione valent, ciuilem auctoritatem, & potestatem nullam habent. Puta, iure gentium tenetur quisque reddere, quod mutuo accepit: at iure ciuili excusantur filiusfam. & minor xxv. annis. quamobrem isti ciuilitate liberati sunt, natura-

liter, hoc est, iure gentium obligantur. Nec enim potest vel imbecillitas aetatis, vel patris potestas ius naturae dissolvere, quae vult, atque id praecipit pariter omnibus, vt reddamus suum cuique. Et hinc fit, vt inuiti nequeant illi compelli ad soluendum: solutum sua sponte, non possint repetere. Quae omnes obligationes, quas ius ciuile excogitauit, vere dicuntur eius esse propriae, quia non sunt eiusmodi, eas vt omnium populorum vsus agnouerit: nec hoc cuique dictat ratio vtile esse eas introduci. Itaque & apud nos nullum est stipulationis robur, aut certe non maius, quam cuiusuis nudae pactionis. Credo & apud plerosque populos haeredem pro defuncto non amplius, quam sint haereditariae facultates, exigi. Et in multis Galliae prouinciis quicumque mortui bona mobilia accepit, vel haereditatis, vel legati, vel legis municipalis beneficio, tenetur ad solidum aes alienum, quod fuit defuncti; ac pro cuiusque gentis consuetudine multe item inuentae sunt obligationum causae, quas ius gentium non admiserat: nulla tamen earum non statim ac inducta est, donatur iure naturae; cuius maxima pars est, legibus patriis obtemperatio. Iam veniamus ad obligationes, quae ex quasi delicto, & quasi contractu nascuntur, quas nostri volunt a iure ciuili causam stirpemque ducere. Nam priores, eos tenent, qui iudicando litem suam fecerunt: & nautae, caupones, stabularii de eo, quod suorum culpa factum est male in nauis, caupona, & stabulo. Item, quorum ex coenaculis aliquid effusum est, quod alii nocuerit, & si qui sunt eius generis: quos vel communi omnium nationum iudicio reos esse nemo potest dubitare, quin illo iure non dolus tantum, sed culpa etiam plectatur. Damnum, mihi quidem vt videtur, quod quis facto meo, id est, dolo vel culpa mea passus est, lex naturae iubet, vt suggeram; si quid vltra restitutionem damni, poenae adiectum est, iuri ciuili adscribere oportet. Abunde enim satis est naturae, si quod datum est detrimenti; resarciatur. Non aliud dicendum in quasi contractu, vt iure gentium ductus sit, & ab eo vim habeat obligationis: quid enim iustius est, quam obligari eum, qui alterius negotia gessit, tutelam administravit, indebitum accepit, haereditatem adiit, & quae sunt eiusmodi. Nihil video, quin

communis omnium gentium consensus hos adstringat iis omnino obligationibus, quibus & ius ciuile, excepto quod inhaerede limitauius. Sed haec plus, quam satis sunt in praesentia : nam occurreret, vt de hoc sit nobis saepius dicendum. Actionum autem origo nostris magis dubia est, quod de iis nihil certi sit a iuriconsultis traditum. at illorum silentii non aliam fuisse causam existimo, quam quod satis notum omnibus esse putauerunt ; eodem eas, quo obligationes iure prouenire. Quorsum enim attinisset obligationes constituere, nisi data simul fuisset earum potestas persequendarum? At haec potestas, actio nominatur, sine qua nullus esse potest obligationum exitus. Ab inuitis quidem non potuerunt alia via obtineri : at aduersus volentes non fuerat obligationis opus : formulae vere actionum, & mos iudiciorum, totus est a iure ciuili.

The Concept of Contract by François Connan (1)

Kozo OGAWA*

I. Introduction — purpose of this article —

Grotius criticized François Connan at the beginning of his 'De promissis' ('De iure belli ac pacis', lib. 2, cap. 11). While Grotius is regarded as an author of the modern concept of contract, 'solus consensus obligat' (consensualism), Connan is oppositely judged to have an oldfashioned concept. But Henri Capitant says in his 'De la cause des obligations' that Connan's explications have all the elements of the theory of 'cause' represented in Domat's 'Lois civiles'. Domat is also considered an elaborator of consensualism. Moreover it is wellknown that the notion of 'cause' played an important role in the development of the theory of contract from formalism to consensualism. Considering these relations, Connan's concept should be estimated differently, so the significance of the formation of consensualism would be better understood.

The explanations proceed in this order: II. The original text of lib. 1, cap. 6 of 'Commentarii iuris civilis' and its translation into Japanese. III. Connan's classification of laws (*ius naturae*, *ius gentium* and *ius civile*). IV. Contractual obligations according to each classified law. V. Domat and Pothier. VI. Conclusion.

II. Lib. 1, cap. 6 of 'Commentarii iuris civilis'.

For the original text, see pp. 138-159.

* Associate Professor of Law, Faculty of Law, Hokkaido University