

第3章 アルトジウスの法学

アルトジウスの法学的な著作が法体系の歴史において持つ意義

[GA37/GF53] アルトジウスの法学的な著作の中でも、その体系的な書物がすでに注目されている。というのは、それは、法学提要の規則 (Legalordnung) とはまったく別個である法体系を構築しようとするもっとも先駆的な試みの一つだからである。

アルトジウス以前の方法論者の体系／アルトジウスの『ローマ法学』／いわゆる「ラムス主義の方法」

1588年に出版された『ローマ法学』(Jurisprudentia Romana)の序文によれば、アルトジウスには、法の体系化は一般的にはまだ答えを与えられていない課題の一つであると思われる。というのは、彼はまるでこれまでなかった試みをしようとしているようにいい、一人だけではそして一世代だけでは成し遂げることの出来ない作業を一緒にしようと、丁寧に、同時代の傑出した法律家たちに訴えているからである。アルトジウス以前の方法論者たち(ウイゲリウス (Vigelius) は別として)の著作を折りにふれて引用しているから、彼は、彼らの著作を、明らかに、彼の追求した意味での体系的な著作とはみていない。実際、その先駆者たちの体系は、比べ物にならないほど密接に法学提要の規則に関連している点で、アルトジウスのものとは違う。ヨハン・アペル (Johann Apel, 1486-1536)¹³⁶の研究は、[GA38]〔ローマ法の〕個々の素材を体系的に結びつけるよりも総じて^{ドグマテイッシュ・デアレクテイッシュ}独断的・弁証法的に論じた。一方、コンラート・ラーグス (Conrad Lagus, † 1546)¹³⁷はたしかに先駆者として体系的な教科書の考え方を貫いているが、しかしそれにもかかわらず、中心的なところでは法学提要の規則 (Institutionenordnung) にしがたっている。法学提要の体系に同様に依存していることを示すものとして、1552年にはじめて印刷されたフランキスクス・コンナヌス (Franciscus Connanus,

¹³⁶ 訳注 Cf. Apel, Johann (1486-1536), in: GF60, note 3.

¹³⁷ 訳注 Cf. Lagus, Conrad († 1546), in: GF60, note 4.

1508-1551)¹³⁸ のこれまた未完成な注釈書がある。マールブルクの教授ニコラウス・ウイゲリウス (Nicolaus Vigelius, 1529-1600)¹³⁹ にはたくさんの方論的方法論的著作もある。そして、ツールーズのペトルス・グレゴリウス (1540-1591)¹⁴⁰ の 1582 年の『一般的な法の体系』(Syntagma juris universi¹⁴¹)もある。それに対して、アルトジウスはすでに [GA39]『ローマ法学』の序文の中で法学提要の体系の欠陥を詳細かつ適切に指摘し、その本の中で [GF54]〔ローマ法の〕素材を徹底的にまったく異なった仕方で編成している。この点に関する彼の方論的方法論上の基本的な考えは、諸概念を次々に区分けしていくことに基づいてすべてのものを分類する純粹に弁証法的な演繹である。彼にとってもっとも重要な論理的原理として、彼自身が、本の表紙にペトルス・ラムス (Petrus Ramus, 1515-1572) の諸命題を掲げている。人々は、当時、彼の中にスコラ学に対立した自然な論理の最高の代表的人物をみて尊敬していた。いわゆるラムス主義の方論的方法論は、もちろんすでに以前から [GA40] 他の法律家によって〔ローマ法の〕個々の素材に応用されていた。しかし、一つの体系の構築のために、それをアルトジウスははじめて利用したのである。

ウルテユウスの体系とドネルスの体系

アルトジウスをモデルとしたのがマールブルクの教授ヘルマン・ウルテユウス (Hermann Vultejus, 1555-1634)¹⁴² である。1590 年に出版された彼の著書は、まったく同じ方法に倣いながら、事柄に則して異なったやり方で体系化されている。しかしながら、フーゴ・ドネルス (Hugo Donellus, 1527-1591)¹⁴³ の有名な注釈書は、再び、彼によって明らかに原理的な観点に還元され、個々の点ではいくつも修正された法学提要の体系にいつそう緊密にかかわり合っている。

¹³⁸ 訳注 Cf. Connanus, Franciscus (1508-1551), in: GF60, note 5.

¹³⁹ 訳注 Cf. Vigelius, Nicolaus (1529-1600), in: GF60, note 6.

¹⁴⁰ 訳注 GF61 は 1540-1617 年に訂正している。

¹⁴¹ 訳注 syntagmaはギリシャ語のラテン語化。なお、GF53 は jus universus を欠落させている。

¹⁴² 訳注 Cf. Vultejus, Hermann (1555-1634), in: GF62, note 12.

¹⁴³ 訳注 Cf. Donellus, Hugo (1527-1591), in: GF62, note 13.

アルトジウスの体系の構築／『権利と裁判』

しかし、アルトジウス自身は独自の体系の完成に没頭した。その徹底と構築に彼は [GA41] 何年もずっと携わってきた。すでに 1591 年に、彼は、新しい版を望んでいるヘルボルンの出版社コルウイヌス (Corvinus) に体系の変わった短い梗概を渡していた。この梗概は、『略図、およびローマ法の権利と裁判に関する簡潔な要約』(Epitome et brevis ἀνακεφαλαίωσις Dicaeologicae Romanae¹⁴⁴) という名前のもとに、1592年版およびその後のヘルボルン版に序文として掲載された¹⁴⁵。しかし 1617 年になってようやく彼は、すでに当時公言したこの梗概の、現行法全体の詳細な叙述への拡大計画を完成した。今後この叙述は、『権利と裁判 3 篇。われわれの使用するすべてのあらゆる法を体系的に概説する』(Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes) というタイトルのもとに、ヘルボルンで、そして1618年にはフランクフルトで出版された(「現在の法〔ローマ法〕とユダヤ法の比較」(cum parallelis hujus et Judaici juris) という言葉がタイトルに付け加えられた)。

『権利と裁判』にみられる体系

『権利と裁判』では、法を極端にまで体系化することが追及されている。もっとも上級の基本概念からもっとも細かな細目まで、それは容赦のない徹底さをもって貫かれる。その徹底さを狂気だと人は言いたがるが。そして、それは、いつも、絶えず繰り返される概念の分解の弁証法的なやり方によって行われる。たしかに、その際、必要な二分割を作るために、しばしば相当に恣意的な、たとえば、「一般」と「特殊」の対比が助けになるに違いない。ほとんど常に、構成要素への分解(肢々へ分けること(partitio in membra))と種類ごとの配列(種にしたがって分類すること(divisio in species))との間の対立が特に出発点となる。そうだとすると、全体は [GF55] 深く考え抜かれ、非凡な精神力を示している。そして、この

¹⁴⁴ 訳注 ἀνακεφαλαίωσις (anakephalaiosis) は、動詞 ἀνακεφαλαίωω (anakephalaioo) (「要約する」) から派生した分詞の名詞化されたものである。

¹⁴⁵ 訳注 GF54 で “was prefixed to the edition of 1592 and the later Herborn editions” と英訳されているのを参考とした。

技巧的で錯綜した体系はその構想全体の中で、なんら永続的な成果を獲得することは出来ないとしても、少なくとも、著者が望んでいるように、法学研究を容易にし簡易化することに貢献できた。それで、彼によって最初に行われた〔法学体系の〕個々の〔構成要素の〕位置転換はついに一般的に受け入れられるに至っている。

こうしたことは、一般部分と特別部分へ法学を二分割することに適用される。この二分割は『権利と裁判』にはじめて現われた。二つの部分は、もちろん非常に独特なやり方で、「肢々」(membra)の法理論と「種」(species)の法理論として区別されている。

[GA42]法の諸関係すべての要素(肢々)として、「共生の事務」(negotium symbioticum)と「法」(jus)とが区別されている。この区別にしたがって、一般部分(第1篇第1-34章)は二つの主要な部分に分かれる。

第一の主要部分では、「共生の事務」(negotium symbioticum)すなわち権利のあらゆる根拠づけに先立つ人間的な生活の活動、つまり「市民的事実」(factum civile)あるいは「この世の事務」(Geschäft dieser Welt)が語られる。その要素(肢々)は物(Sachen)と人(Personen)である。これらについてはここではその性質、状態、性向が法的な相違の条件となる限りで扱われる。しかし、その物理的、政治的、倫理的、神学的、歴史的、論理的性質を議論することは他の学問のすることである(第1章第9-10節)。それゆえに、まず続くのは、物の理論である。すなわち、事実に(reell)部分と観念的(ideell)部分に分けられる(partitio)。そして、個別の物と全体の物に分類され(divisio)、それらはさらに下位に区分されていく(第1章第11-44¹⁴⁶節)。さらに、人は「権利を共有する人間」(homo juris communionem habens¹⁴⁷)として論じられる。その概念の定義の後、再び、二つの種類が語られている。すなわち、第一に、

¹⁴⁶ 訳注 『権利と裁判』第1篇第1章(AD, Libri I, C. I)では、第1-28節までしかない。それゆえに「44」は誤植である。

¹⁴⁷ 訳注 homo juris communionem habens で、文法にしたがって「権利の共有」としないで、「権利を共有」するとしたのは、『権利と裁判』第1篇第5章第1節の文脈による。すなわち、「人格は、ここでは、我々にとっては、権利を共有し、事務事項、あるいは行為を担う人間である」(Persona hic nobis est homo,, juris communionem habens,, rem in negotium, seu factum deducens, in: AD, Libri I, C. V, § 1).

個々人であり、その生来的状態と後天的状態の影響である（第 5 - 6 章）。第二に、自然的な人々全体と自由意志に基づいた (*gewillkürt*) 人々全体である（第 7 - 8 章¹⁴⁸）。こうしたことに続くのは人間の行為論である。それによって人は事物 (*Sache*) を生活関係の要素に作り変えるのである（第 9 - 12 章）。(純粹な行為 (*factum merum*) に対して) 法的に重要な行為の必要条件は「意志」(*voluntas*) と「能力」(*facultas*) である（「意志」にかかわるのは、ここでは「期限、条件、方法」(*dies, conditio, modus*)、「強制、恐怖、錯誤」(*vis, metus, error*¹⁴⁹)、「詐欺、過失」(*dolus, culpa*) 等々であり、「能力」にかかわるのは「作為する力と権威」(*potentia und auctoritas facientis*¹⁵⁰)である)。最期に、行為 (*factum*) に関するさまざまな「種類」(*species*) が考察され

¹⁴⁸ 訳注 『権利と裁判』第 1 篇第 7 章の表題は「生まれながらに結合した人々」(*De hominibus natura conjunctis*) である。そして同じく第 8 章の表題は「自己の同意によって結合した人々」(*De hominibus consensu suo conjunctis*) である。ただ『権利と裁判』の全体の目次に相当する「章索引」(*Index capitum*) をみると、「3 篇」それぞれの「章」の表題が第 1 篇、第 2 篇、第 3 篇にそって順番に掲記されているが、第 1 篇第 8 章の表題は「契約によって結合した人々」(*De hominibus pacto conjunctis*) となっている。そのために、本文の表題と索引の表題とで相違がみられる。「自己の同意」(*consensu suo*) は「契約」(*pacto*) と言い換えられている。そして、「生まれ」と訳した *natura* 自体はラテン語の奪格で用いられているが、主格も *natura* である。その訳語には「自然」「生来」があるのはもちろんである。そうすると、アルトジウスは、自然的な人間関係と契約的な人間関係という二元論を主張している。そのために、『生まれ』から『契約』へ』だけで考えているわけではないことに注目したい。

¹⁴⁹ 訳注 たしかにギールケは「意志」にかかわるものとして「強制、恐怖、錯誤」(*vis, metus, error*) と「詐欺、過失」(*dolus, culpa*) を区別している。しかし、後述するように、アルトジウスは「非自発的な行為」を論じるときに、「作為する者の意志」の欠如した場合と「作為する者の理解」の欠如した場合を区別して、前者に属するものとして「強制、恐怖」(*vis, metus*) に言及し、後者に属するものとして「詐欺、過失、錯誤」(*dolus, culpa, error*) に言及する。したがって、「錯誤」(*error*) を前者のカテゴリーに入れていない。しかし、ギールケは「錯誤」を前者のカテゴリーに入れている。それゆえに、ギールケは「錯誤」の位置づけについて必ずしも明確な認識を示しているとはいえない。

¹⁵⁰ 訳注 *potentia und auctoritas facientis* の *facientis* を前二つの名詞を修飾するのか、後者だけか決めがたい。ところで、『権利と裁判』第 1 篇第 12 章第 1 節には *Facultas faciendi pendet ex potentia et auctoritate* (AD, Libri I, C. XII, § 1) という文章がある。その意味は「為すこと的能力は、力と権威に依存する」である。これを利用すれば、*facientis* を *auctoritas* にだけかけることは出来ない。前二つの名詞にかけるべきである。

る（第12章¹⁵¹第12-17節）。

[GA43] 第二の主要部分は「法」に向けられる。「法」は、「先にある行為のために、人に対して、ある物ないしある人格とのかかわりで、彼の生活の [GF56] 必要性、利益、方向性に関して定められるものである」(ob factum praecedens homini in re vel persona aliqua ad vitae hujus necessitatem, usum et directionem constituitur¹⁵²)。それは二つの理論からなる。すなわち、

¹⁵¹ 訳注 関連する箇所を検討してみたい。すなわち「行為の種類は二つある。すなわち、あるものを生ぜしめ、また他のものを自由にさせることである」(『権利と裁判』第1篇第12章第12節) (Species facti sunt duae, est enim aliud commissionis, aliud omissionis, in: AD, Libri I, C. XII, § 12). 「生ぜしめることの行為は作為することあるいは言うことからなる。すなわち、行為、言辞、文書である」(第1篇第12章第13節) (Commissionis factum consistit in faciendo aut dicendo: seu factis, dictis, scriptisve, in: AD, Libri I, C. XII, § 13). 「自由にさせることの行為は、作為しないこと、あるいは差し控えること、被ること、任せること、阻止しないこと、あるいは寛大であることからなる」(第1篇第12章第14節) (Omissionis factum consistit in non faciendo, vel cessando, patiendo, permettendo, non impediendo, indulgendo, in: AD, Libri I, C. XII, § 14). 「行為の数は、最後に、無限である」(第1篇第12章第17節) (Factorum denique infinitus est numerus, in: AD, Libri I, C. XII, § 17). これらを基にして species を考えると、それは、第一に複数形である。第二に「行為」は「無限」にあるが、その行為は「二つの」species に集約される。そうすると、species は「種類」であってその反対語 genus 「種族」と区別される (a particular sort, kind, quality, species: (opp. genus), in: Lewis Latin). species が特殊的で個別的なものを指すことは明らかである。なお、アルトジウスは generaliter と specialiter を対比的に用いる (AD, Libri primus の一覧表参照)。そして、generaliter, generalis は genus に関係し、specialiter, specialis は species に関係しているのはいままでのまじらう。

¹⁵² 訳注 このラテン語の出典は明示されていないが、文脈を知る必要がある。それは次のようである。「法は我々にとってはここでは、先にある行為のために、人に対して、ある物ないしある人格とのかかわりで、その人の生活の必要性、利益、方向性に関して定められるものである」(『権利と裁判』第1篇第13章第1節) (Jus nobis hic est (1), quod ob factum praecedens (2), homini (3) in re (4) vel persona (5) aliqua, ad vitae hujus necessitatem, usum (6) et directionem constituitur (7), in: AD, Libri I, C. XIII, § 1) (なお、homini の前に「,」があるがギールケは省いている)。この文章で分かりにくいのは factum praecedens である。この語句を理解するのに役立つものは『権利と裁判』第1篇第1章第8節の小見出し、すなわち「行為の認識は法より先にある」(Facti cognitio praecedit jus, in: AD, Libri I, C. I, § 8) である。そして、その第8節では次のようにいわれる。すなわち、「法にかかわって引き起こされるあるいはそれについて法が述べられるように、この行為あるいは事務が前もって確定されていなければならない」(De hoc facto, vel negotio prius constare debet, quam ad jus veniatur, aut de eo jus dicatur, in: AD, Libri I, C. I, § 8). そうすると、factum praecedens とは「法」よりも「先にある行為」と考えられる。

「法の規定」(constitutio juris) すなわち客観的法 (das objective Recht) に関する理論と「個々の権利」(species juris) すなわち「主観的権利」(das subjective Recht) に関する理論である。

法は、事務 (negotium) の性質と属性からそれを理性の法則にしたがって演繹することを通して根拠づけられる (第 13¹⁵³ - 17 章)。自然法 (das natürliche Recht) は共通な正しい理性 (recta ratio communis) によって、人間社会の一般的な必要性にしたがって立てられる。実定法 (das positive Recht) は個別的な正しい理性 (recta ratio specialis) によって、地域的に限定された社会生活 (vita socialis) の特別な必要性にしたがって作り出される。後者は、一般的に法であるためには、自然法の最高原理と一致していることを守らなければならない。しかし同時に、実定的であるためには、具体的事情へ適合することによって自然法から離れなければならない。その種類 (species) (成文法と不文法) が詳細に論じられる。さらに、自然的解釈 (interpretatio naturalis¹⁵⁴) と、市民的解釈 (interpretatio civilis¹⁵⁵) とが取り扱われる (ここではフィクツイオン¹⁵⁶ [がとり扱われる])。 [以上第 3 章前半独語文を主に本間担当]

¹⁵³ 訳注 *constitutio juris* のかわりで『権利と裁判』は次のようにいう。すなわち、法は、正しい理性に従い、また、人間の求める利益や必要に基づき、事務の性質と属性から一つの形にまとめられるようにして規定される」(第 1 篇第 13 章第 4 節) (*Constitutio juris est, qua illud ex negotii natura et qualitate, secundum rectam rationem,, exigente utilitate et necessitate humana,, concipitur et formatur, in: AD, Libri I, C. XIII, § 4*). かかる「法の規定」は共通な自然法と個別的な市民法の二種類からなる (『権利と裁判』第 1 篇第 13 章第 6-8 節) (*AD, Libri I, C. XIII, § 6-8*).

¹⁵⁴ 訳注 『権利と裁判』は次のようにいう。「このような解釈の種類は二つある。すなわち、自然的解釈と市民的解釈である」(第 1 篇第 16 章第 4 節) (*Interpretationis hujus species sunt duae. Naturalis scilicet interpretatio, vel civilis, in: AD, Libri I, C. XVI, § 4*). そして自然的解釈は次のように定義される。すなわち、「自然的解釈は、それ自体明白で確実な解釈されるべき法の真の理由 (ratio) が引き起こし生じさせるものである。そのようなわけから、様々の意見の相違、諸関係、その他諸々の論拠の原因、結果、主題、特質の理由 (ratio) に従って、自然法、万民法、市民法は、しばしば、互いに異なっている。衡平と善による解釈は自然的洞察といわれる。／この自然的解釈は二種類ある。一つは共通法の解釈であり、もう一つは個別的法の解釈である」(『権利と裁判』第 1 篇第 16 章第 5 節) (*Naturalis interpretatio est, quam genuina ratio juris interpretandi per se manifesti et certi, parit et importat, qua de causa, jus naturale, gentium et civile saepe variatur ratione causae, effecti, subjecti, adjuncti dissentaneorum, comparatorum et aliorum argumentorum,, [V]ocatur interpretatio ex aequo et bono,, intellectus naturalis. / Naturalis haec interpretatio est duplex, una juris communis, altera juris proprii, in: AD, Libri I, C. XVI, § 5*). 「共通法

の自然的解釈は、より上位の、より衡平な、より力のある、より良い、よりすぐれた自然法が、上位を尊重するために、程度の劣った、あまり秀でていない下位の対立する矛盾を排除し、無理やり従わせるようにして行われる。なぜなら、自然法は自然法だけを排除できるからであり、市民法は市民法をそうできるからである」(『権利と裁判』第1篇第16章第6節) (Naturalis interpretatio juris communis est, quando jus naturale superius, aequius et potentius, melius et praestantius, inferius contrarium concurrens, infirmius minusque praestans, respectu superioris, tollit et sibi cedere cogit, Nam naturale jus, solum jus naturale tollere potest: civile etiam civile, in: AD, Libri I, C. XVI, § 6). 「個別的法の自然的解釈とは、個別的法の意味を、別の同じ側からすなわちその同じもの〔個別的法〕と共通法との合致と類比とから、あるいは個別的法の特殊的な理由 (ratio) から解き明かし述べるところのものである」(『権利と裁判』第1篇第16章第11節) (Juris proprii interpretatio naturalis est, quae sententiam juris proprii, ex altera ejusdem parte, convenientia scilicet et analogia ejusdem, cum jure communi, vel ex speciali juris proprii ratione declarat et indicat, in: AD, Libri I, C. XVI, § 11). 「この解釈は二種類あるゆえに、一つは一般的な理由 (ratio) から取られるものであり、もう一つは個別的法の特殊的な理由 (ratio) から行われるものである。／一般的な理由 (ratio) から取られた個別的法の解釈は、久しく自然的理性 (naturalis ratio) を捨て去って、硬直した、あるいは最終的で厳格な市民法を、この理性 (ratio) と共通な自然法 (jus naturale commune) に従って、物と人の事情に応じて衡平から調整するものである」(『権利と裁判』第1篇第16章第12節) (Unde haec interpretatio duplex est, una sumpta ex generali ratione: altera ex ratione speciali juris proprii. / Interpretatio juris proprii ex ratione generali sumpta est, quae rigidum, seu summum et strictum jus civile, longius a naturali ratione discedens, secundum rationem et jus naturale commune, pro rerum et personarum circumstantiis, ex aequitate moderatur, in: AD, Libri I, C. XVI, § 12).

155 訳注 『権利と裁判』第1篇第17章 (AD, Libri I, C. XVII) の表題は「法の市民的解釈」(De civili interpretatione juris) である。そして、この章は前章までいわれた「法の自然的解釈」(De naturali interpretatione juris) に引き続き扱われている。訳注 154 で指摘したように、「自然的」(naturalis)とはratioすなわち「分別、道理、理性」が法にかかわって働く様つまり「衡平と善」の実現する状態を指すが、かかる「自然的」(naturalis)と対比的に用いられている「市民的」(civilis)とはどのような意味でいわれているのだろうか。

たしかに『政治学』第2章第13節 (AP, C. II, § 13) は、私的結合体として「自然的結合体」(naturalis consociatio) と「市民的結合体」(civilis consociatio) を区別する。前者では「自然的な愛情や必要性」(『政治学』第2章第14節) (naturalis affectio et necessitas, in: AP, C. II, § 14) に由来する家族がそれであり、後者では「もっぱら自己の楽しみや意志から、また、共通な利益と必要性の原因から結合した人々が、人間生活の中に一つの団体を組織するというやり方で」(『政治学』第4章第1節) (qua solo suo placito et voluntate, quidam congregati, unum corpus, utilitatis et necessitatis communis causa, in vita humana constituunt, in: AP, C. III, § 1), すなわち「共通な合意によって」(『政治学』第4章第1節) (communi consensu, in: AP, C. III, § 1) 生まれるギルドがそれである。そして、公的結合体についてアルトジウスは、「人間社会は、一定の歩みによって、かつ、比較的小さな社会の成長によって私的な社会から公的な社会へと達する」(『政治学』第5章第1節) (societas humana certis gradibus ac progressionibus minorum societatum a privatis ad publicas societates pervenit, in: AP by Friedrich, C. V, § 1) という認識を示す。そして、

この「公的結合体は、たくさんの私的結合体が、政治体を建てることに向かって、結合されるようにして存在する」(『政治学』第5章第1節)(*Consociatio publica est, qua plures consociationes privatae, ad politeuma constituendum, consociantur. in: AP, C. V, § 1*)という。それゆえに、アルトジウスがいう「市民的結合体」は、「自然的結合体」のいわば第一次的な人間関係と区別された「政治体」にかかわるから、「市民的」もまた共通な合意に基づく政治的なものにかかわるというべきである。

第一に、そうすると、『政治学』第2章第13節(*AP, C. II, § 13*)と『権利と裁判』第1篇第17章(*AD, Libri I, C. XVII*)のそれぞれでいうところの「自然的」と「市民的」とはある点で異なりまた別の点で並行する関係にあると思われる。すなわち、結合体との関係では「自然的」とは家族などの第一次的なものにかかわり、法との関係では「自然的」とは理性と衡平・善にかかわる。したがって、「自然的」といっても、『政治学』と『権利と裁判』では意味が異なるといわなければならない。本当にそういえるかどうかはさらに研究が必要である。他方、結合体との関係では「市民的」とは、共通な合意に基づいて、ギルドなど小さな人間集団からそれらを基にして形成される政治体までをカバーして、小さな人間集団そのものと国家の双方にかかわり、そして、法との関係では「市民的」とは「自然的」な理性と衡平・善とは別の次元のものである。したがって、「市民的」とは、結合体との関係でも法との関係でも、共通な合意に基づくことにかかわり、かつ愛情や理性と衡平・善に基づく「自然的」なものにはかかわらないといわなければならない。そのために、共通な合意に基づいた法についてさらに検討する必要がある。

第二に、アルトジウスは、法についていうとき、執政官の「宗教的」(*ecclesiasticus*)な事柄の執行との対比で「市民的、世俗的」(『政治学』第29章第1節)(*civilis, secularis, in: AP, C. XXIX, § 1*)なものの執行に言及する。そしてこの「市民的」執行は、国家の「一般的法」(*ius generale*)にかかわり、かつ「国家の中で保持されるべき正義、平和、平穩、風紀にかんして必要な、管理監督されるべき手段に関係する」(『政治学』第29章第3節)(*est de tractandis et procurandis mediis, ad conservandam justitiam, pacem, tranquillitatem et disciplinam in Rep. necessariis, in: AP by Friedrich, C. XXIX, § 3*)という。このような一般的法は「有益な法令の制定と実行、そして正義の執行」(『政治学』第29章第3節)(*sanctio et exsecutio legum utilium, et administratio justitiae, in: AP by Friedrich, C. XXIX, § 3*)を含み、かかる「法令の制定は、[執政官が] 帝国あるいはその王国の貴族と等族の同意をもって、衡平、有益、必要な国家の法令を定めることによって行われる」(『政治学』第29章第4節)(*Sanctio legis est, qua legem aequam, utilem et necessariam Reipub. constituit, consensu optimatum et statuum imperii, seu regni sui, in: AP, C. XXIX, § 4*)。そうすると、執政官の立法する法令は、愛情、理性、衡平・善に基づく「自然的」なものではなく、「衡平、有益、必要」の要件を満たし、しかも貴族や等族の合意を伴ったものにほかならない。執政官が何でもできるのではない。なぜなら、執政官の立法行為には、法内容と手続きに制約が課せられているからである。かかる法令が「市民的」なものなのである。そして、すでに『権利と裁判』第1篇第16章第12節(*AD, Libri I, C. XVI, § 12*)において、理性と共通な自然法は衡平の原理を硬直した市民法に適用して事態の改善を図るとあったように(訳注154参照)、執政官の立法する法令もまた衡平を実現しなければならないから、「自然的」と「市民的」とは密接な関係にある。実際、この関係を示す文章がある。すなわち、「[執政官は] たしかに衡平な法令を制定するであろう。それというのは、衡平が、有用な、

聖なる、侵しがたい法令をもたらすからである」(『政治学』第 29 章第 5 節) (Aequam vero legem sanciet, quia aequitas legem efficacem, sanctam et inviolatam praestat, in: AP by Friedrich, C. XXIX, § 5).

こうしてみると、法令の解釈にみられる「市民的」とは、執政官が一定の制約(「衡平、有益、必要」の要件を満たし、しかも貴族や等族の合意を伴うこと)を受けながら制定した法令そのもの、いわば世俗的な統治にかかわることをいう。こうした意味で「自然的」とは性質を異にする。そして、王国の根本法の解釈は、執政官が「エフォルの同意を得て」(『政治学』第 24 章第 9 節) (ephororum consensu, in: AP, C. XXIV, § 9) 行うものである。それゆえに、「市民的」な法令の解釈も、執政官とエフォルが協同して世俗的な統治にかかわるものである。¹⁵⁶ 訳注 「フィクツィオン」(Fiktion)とは「虚構、作りごと、《法》擬制」とある(木村・相良『独和辞典』)。ところで日本と欧米の各種法学辞典は Fiktion/fiction を「擬制」ととらえている。そこで若干調べてみたい。

(1) Fiktion の語源はラテン語の fictio である(Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1968)。そして、アルトジウスの『権利と裁判』によると、fictio は基本概念の一つである。すなわち、彼は上述した第 1 篇第 17 章「法の市民的解釈」の第 13 節から第 19 節において fictio を解説している。同章に何度も出てくる動詞 fingo は、「形成する、作りあげる；創造する、表現する、制作する；ある物を心に描く、思い浮かべる、想像する」などを意味し、その完了分詞 fictus から名詞 fictum が出てくる。fictum は「虚構、捏造、作り事」を意味する(田中『羅和辞典』)。しかし、fingo から出てくる名詞に fictio 「形成(すること)」というものもある(同上)。このように、田中は fictio と fictum を区別している。この区別は、Lewis-Short Latin と Menge-Gütling Latein にもみられる。

アルトジウスに即していえば、それは次のような疑問になる。すなわち、アルトジウスは、『権利と裁判』第 1 篇第 17 章において「虚構、捏造」という意味で fictio を用いているかどうか。さらにいうならば、彼は、本来の「形成する、作りあげる；創造する、表現する」などの意味で fingo を用い、「形成(すること)」という意味で fictio を用いているのか、それとも、「思い浮かべる、想像する」という意味で fingo を用い、「虚構、捏造」という意味で fictum を用いているのか。

(2) アルトジウスのテキストの文脈に沿って考えてみよう。

『権利と裁判』第 1 篇第 17 章第 13 節(AD, Libri I, C. XVII, § 13)の小見出しの理解は直ちに問題になる。すなわちそこには Ficta, seu civilis interpretatio とある。ficta の次に「,」があつて seu civilis interpretatio という語順からすれば、小見出しでは、ficta interpretatio と civilis interpretatio がいわれているのか。そうならば ficta は fingo の完了分詞 fictus であり、形容する interpretatio の女性形主格に合わせたものである。それは「形成された；創造された、表現された、制作された；捏造された」を意味する。単純に考えると、それゆえに小見出しの訳は「形成された解釈、あるいは市民的解釈」でよいだろう。

しかし、第 13 節本文は難問に満ちている。というのは、第 13 節の小見出しでは Ficta, seu civilis interpretatio とあるが、本文の第 13 節には Facta civilis interpretatio とあつて ficta ではなく facta が用いられているからである。facta は facio の完了分詞 factus の女性形で「なされた、行われた；加工の、改作された、作成された」(田中『羅和辞典』)という意味である。そうすると、ficta と facta はそれほど異なる意味を表さない。むしろ同じ意味と取っても良いだろう。

そうすると、「捏造された」という意味は *factus* にはないから、*fictus* の主要な意味はこの文脈では「形成された」「作られた」であろう。なお、第 13 節本文ではその小見出しにあった「」がないが、あるものとして考えたい。

さて、第 13 節そのものをみてみよう。すなわち、「市民的解釈は、自然及び法の真理が行為のなにかの観念に基づいて描かれるように、あるいは、執政官 (*principalis*) が市民法として考案したもの (*commentum*) のように行われる。というのは、それは法令として示されるからである。かかる法令によれば (*quo*)、自然と真理に反しながら、ことがらとして可能だと思われ、しかも法ないし行為によって考えられ得ないことさえも、彼は付け加えるのである」(『権利と裁判』第 1 篇第 17 章第 13 節) (*Facta civilis interpretatio est, qua imagine quadam facti, naturae jurisque veritas adumbratur, , vel est commentum principalis juris civilis, , quia lege inducitur, , quo quid contra naturam et veritatem in re possibili, fingitur, , etiam impossibilia de jure, vel facto fingi asserit, in: AD, Libri I, C. XVII, § 13*) .

こうした説明を踏まえると、たしかに、「形成」あるいは「作ること」は、最高執政官が法解釈において法令を作り出す、すなわち制定することにほかならない。しかし、同時に、アルトジウスは、執政官が「自然と真理」に基づくといいながら実はそれに「反する」法令を制定する可能性に触れたことも注目すべきであろう。そのために、「自然と真理」に基づくように法令の制定が「描かれる」と彼は認識しているから、法令の制定である執政官の行う市民的解釈は、「自然と真理」を「捏造する」ものといえなくはなくなる。とても微妙な *fictio* と *fictum* の関係を彼は言及しているといわなければならない。そのために、彼の自然法論と実定法論の関係の検討課題が顔を出したテキストの一つがこれかもしれない。

(3) ところで、アルトジウスは、法解釈における「形成」の種類についていう。すなわち、「私は、バルトルスの規則にしたがって二種類の形成を立てる。一つは〔なにかを〕引き起こすものであり、もう一つは〔なにかが〕欠けた状態のものである」(『権利と裁判』第 1 篇第 17 章第 14 節) (*Fictionis species ex Bartolo constituo duas: Una est inductionis: Altera privationis, in: AD, Libri I, C. XVII, § 14*). 「何かを引き起こすものの形成は、存在していないものが法令によって形成されるようにして行われる。そしてもし存在したとしても同じである」(『権利と裁判』第 1 篇第 17 章第 15 節) (*Fictio inductionis est, qua lege fingitur id, quod non est, ac si esset, in: AD, Libri I, C. XVII, § 15*). 「それに対して、欠如の形成は、存在するものが不存在として形成されるようにして行われる。そのうえで、こうしたことと、私は、人々が比喩的な形成あるいは拡大可能な形成と呼ぶところのものを関係づける。その形成 (*quae*) は、一定のすでに存在するものにかかわって一つの仕方で法的になされた是認 (*assumptio*) であり、またすでに存在するものに代わって、別の可能な仕方として法的になされた是認 (*assumptio*) である。／かかる形成の対象になるものは、人格、物、時、場所、実際、行為等々である」(『権利と裁判』第 1 篇第 17 章第 16 節) (*Privationis fictio contra, qua id quod est, fingitur non esse, , atque ad hanc refero etiam, quam vocant, fictionem translaticivam sive extensivam, quae in re certa existente, uno modo, pro existente alio modo possibili a jure facta assumptio, / Res fictioni subjectae sunt personae, res, tempus, locus, actus, factumve aliquod, in: AD, Libri I, C. XVII, § 16*) .

そして、引き続き『権利と裁判』第 1 篇第 17 章第 17-19 節 (*AD, Libri I, C. XVII, § 17-19*) において、人格、時、場所が論じられている。たとえば「なお存在するその人格は、しばしば、

「権利の種類」(species juris)は、所有と債務 (dominium und obligatio) である。それらは、一般的には物的権利と人的権利 (dingliches und persönliches Recht¹⁵⁷) として定義され区別される。

あたかも存在していないあるいは生きていないかのように表現される」(Persona saepe illa, quae extat, fingitur, quasi non extaret, vel viveret, in: AD, Libri I, C. XVII, § 17). fingitur とは「表現される」という意味だけでなく、「形成される」と訳しても差支えないものである。

(4) アルトジウスの「形成」(fictio)の説明を全体としてみると、それは「虚構、捏造」(fictum)の意味で捉えられない。そうすると、ギールケがアルトジウスにかかわって「フィクツィオン」といったとき、それは、「虚構、捏造」ではなく、「形成」の線でいわれているのではないか。それならば「形成」は「擬制」に近いだろう。

さらに、以上の検討からもう一つ明らかになったことがある。すなわち、ギールケが、本文でアルトジウスの自然的解釈と市民的解釈の区別に言及して補足的に「ここではフィクツィオン [が取り扱われる]」といったとき、「ここでは」は何を指すかが明らかではなかった。しかし、アルトジウスは「形成」(fictio)を市民的解釈の中で論じていたから、ギールケが「ここでは」といったとき、それは「後者では」の意味つまり市民的解釈のかかわりにおいてであったのである。

¹⁵⁷ 訳注 「所有」(dominium)と「債務」(obligatio)は対比的に扱われ、しかもこの対比は一般的な dingliches Rechtとpersönliches Recht に対応している。それゆえに、アルトジウスのいうように考えると、権利のすべてがこの二項でとらえられるのかもしれない。しかし、そう理解していいものかどうかは問題にならざるを得ない。①たとえば、ゾームは、その『ローマ法』の目次で、私法の体系として、第1部「総論(私人)」、第2部「財産権」(「物権」(Sachenrecht, dingliche Rechte)と「債務法」(Obligationenrecht)を含む)、第3部「家族法・相続法」としている(Sohm, Rudolph, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 6. Aufl., 1919, Inhalt)。同じ目でみると、ギールケは、その『ドイツ私法概説』の目次で、その構成として、第1巻「総則」、第2巻「人法」(Personenrecht)、第3巻「物権法」、第4巻「債務法」、第5巻「家族法」、第6巻「相続法」とする(ギールケ著石尾訳『ドイツ私法概説』「目次」)。ミッターも、その『ドイツ私法概説』の目次で、その構成として、第1部「序論」、第2部「人法」(Personenrecht) (「家族法」を含む)、第3部「財産法」(「物権法」・「債務法」を含む)、第4部「相続法」とする(ミッター著世良・廣中訳『ドイツ私法概説』「目次」)。したがって、アルトジウスが権利というときには、「所有」と「債務」の二種類だけではなくもっと広く相続や家族の権利もいわれていると想像されるので、それはアルトジウスではどこで扱われるかは問われる。②そして、ゾームは、「財産権」と「人法的権利」(Rechten des Personenrechts, personenrechtliche Rechte)とを区別し、この区別に立ちながら、ローマ私法の「財産権」を「物権と債務」(Sachenrecht und Obligationenrecht)に分け、「人法的権利」を「家族法と相続法」にあたるとしている(Sohm, ibidem, S. 186f.)。このゾームの立場に立てば、アルトジウスの「所有と債務」(dominium und obligatio)とはゾームの「財産権」の「物権と債務」(Sachenrecht und Obligationenrecht)に対応するといえるかもしれない。③ということは、ギールケのいうpersönliches Rechtが「債務」に対応するといえるのかどうか、むしろ、「債務」を越えて「家族法・相続法」を含むほど広いのかどうか、これらをアルトジウスに即して研究しなければならない。そして、ギールケ『ドイツ私法概説』のドイツ語版(Gierke, Otto von,

「所有」(dominium)としてまず所有権(いわゆる利用所有権(nutzbares Eigentum¹⁵⁸)と善意占有(bonae fidei possessio)を含む)が扱われる(第18章)。こうしたことに関して、「所有の行使」(exercitium domini)として占有が論じられ(第19章)、物にかかわる所有権関係にしたがって物を区別することが論じられる(第20-21章)。しかし、所有権の性質にかかわるのは、他人の物との関係での物権的権利(第22-24章の役権(servitutes¹⁵⁹)と、権力(potestas¹⁶⁰)(第

Grundzüge des deutschen Privatrechts, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Begründet von Franz von Holtzendorff und Hrsg. von Josef Kohler, Erster Band, 1915)によっていえば、PersonalrechteとRealrechte(S. 252)はPersonenrechtとSachenrecht(S. 265)と対応している。上記のギールケ著石尾訳では「人的権利」と「物的権利」(189頁)、「人法」と「物権法」(222頁)となっている。

なお、obligatioは、①「債権」(『新法学辞典』, 日本評論社, 1991年)、②「債権債務関係」で「法律上の権利者と義務者の関係全体をさす言葉」(田中編『英米法辞典』)、③「債権債務」を表し、それを証明する書面がobligationと呼ばれた(Black's Law Dictionary)、④また「権利義務」(「債権債務」)(Garner)。それらに対して、obligatioは「債務関係」(Schuldverhältnis, in: Creifelds Rechtswörterbuch)であるというものもある。ズームによれば、Obligationは「債務拘束関係」であり、その権利は「要求権」(債権)であって「一定の人に対して」向けられた(Sohm, ibidem, S. 467 und 469)。「ドイツ法は『債務』概念から始まる」(ギールケ『ドイツ私法概論』, 222頁)。そのように、ドイツ法の理解ではObligationの訳語としては「債務」が適当のようである。「債権」を強調する英米の伝統的な理解と相違がみられるようである。

¹⁵⁸ 訳注 nutzbares Eigentumとは、Nutzeigentumに相当する。これはdominium utileであって、訳語はまちまちである。「利用所有権」(堀義臣『ドイツ民法概説』, 1929年, 377頁)、「用益所有権」(エールリッヒ『法社会学の基礎理論』, 注6参照, 529頁)、「有用な所有権」(nutzbares Eigentum)(ギールケ, 前出, 141頁)、「準所有権」(ミッターイス, 前出, 163頁)などである。

¹⁵⁹ 訳注 servitusは「奴隷」と訳せる言葉である。しかし、問題は文脈にある。アルトジウスが主にservitusを扱っている箇所は『権利と裁判』第1篇第22-24章(AD, Libri I, C. XXII-XXIV)である。アルトジウスは自己の言葉使いに用心しているから、servitusの出てくる文脈に注意してみたい。彼は、まず、「神の物」(divinae res)とは「理性的に」具体的個別的なものであり、それは「神の用益」(usus Dei)であって「人間の用益」(usus hominum)ではないという(『権利と裁判』第1篇第20章第4節)(AD, Libri I, C. XX, § 4)。次に、「人間の物」(res humanae)とは「人がなにかの支配を持つこと」(quarum dominium homo habet)であり、「人間の取引、支配、権利に関する」(『権利と裁判』第1篇第21章第1節)(in commercio, dominio et jure hominum, in: AD, Libri I, C. XXI, § 1)ことである。さらに彼は、かかる「人間の物」の具体的個別的な区分としてservitusとpotestasを扱う(『権利と裁判』第1篇第22章第1節)(AD, Libri I, C. XXII, § 1)。そこで、あえてservitusを日本語に訳さないで関係する文章をみてみよう。すなわち、「たしかに、servitusは所有のある種類である」(『権利と裁判』第1篇第22章第1節)(Nam et servitatem, domini quendam speciem esse, in: AD, Libri I, C. XXII, § 1)。こうした

文脈で使われる *servitus* は、単純に「奴隷」と理解されるものではない。

それよりも、*servitus* の元来の言葉 *servus* (*slavish, servile, subject* すなわち「奴隷的な、独創性（自主性）のない、盲従的な、服従する、従属の、支配を受ける」) (Lewis Latin) から考えてみたい。そうすると、*servitus* は「なにかに従属している関係あるいは地位」を意味するのではないかと思われる。この点で、Black's Law Dictionary が、ラテン語の *servitus* は、「[ローマ] 市民法の言葉、奴隷の身分あるいは境遇；束縛，監禁，屈従；奉仕の状態，慣習的な万民法の一つの制度であって，それによってある人が他者の支配 (*domination*) にしたがっている，自然権に反することである」というのは訳者の理解を裏づけてくれる。そこで訳者は、*servitus* をとりあえず他者と「従属的關係」にあるものにとらえたい。このような理解に立ったとき，ゾームの次のような説明は役立つ，すなわち，*Servituten (Dienstbarkeiten)* とは「所有権者の最大の寛大さの下で，他者にも，物の収益性に与ることを保障する」ものであって，「一定の主体とともに，他者の物への限定された物権的用益権（享受権）」である (Sohm, *ibidem*, S. 437; [*Servitut; Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit*], in: Creifelds *Rechtswörterbuch*, 1992, S. 182, 523f. und 1035). もしそういえるならば，*servitus* を「従属的關係」よりももっと法学的な用語として「用益権」の方がよいだろう。アルトジウスの『権利と裁判』の以下の説明も *servitus* を「用益権」と訳すことに合致すると思われる。すなわち，「用益権 (*servitus*) は他者の物の用益であり，我々の物あるいは人格の利益と幸福のために譲り渡され，承諾された用益であり，また所有者の同意によってなされた，自由の何らかの減少や物に対する所有者の権利の何らかの減少でもある。／かかる用益は一定のやり方で，法令，人々，自然の慣習，あるいは古い経験によってあらかじめ定められている」(第 1 篇第 22 章第 2 - 3 節) (*Servitus est usus rei alienae, ad rei, vel personae nostrae utilitatem et commodum concessus et datus, seu libertatis et juris dominici in re imminutio quaedam domini consensu facta,..... / Usus hic ad certum modum praescriptus est a lege, vel homine, vel consuetudine naturae, vel vetustate*, in: AD, Libri I, C. XXII, § 2-3).

ところが，日本語のドイツ民法関係の研究書によれば，*Servituten* は「役権」と訳されている（なお，山田晟『ドイツ法律用語辞典改訂増補版』，大学書林，1993 年，は，*Servituten* について *Dienstbarkeiten* をみよとしている。そして後者を「役権」と訳す）。そして，この「役権」は，ローマ法では「地役権」として理解されながら，「用益権」としても理解された。「用益権」は土地だけでなく，動産・無体財産についても理解されたといわれる（ギールケ，前出，189 - 190 頁）。そして，「役権」は，不動産役権と人役権としても理解され，人役権の中に「用益権」もあったと理解されている（ミッターイス，前出，203 - 204 頁。なお，その訳注 1 (同書，165 頁) は，役権をもっぱら「土地」にかかわるものとしている）。そのために，アルトジウス自身の *servitus* の理解がどのようなものであったか問われるべきであろう。

¹⁶⁰ 訳注 *servitus* の訳し方が難しいのでその方に関心が向けられてしまった。しかし，『権利と裁判』で取り上げられている *servitus* と *potestas* のいわば対をなす考え方の理解も必要である。たしかに，対をなしていると考えると，改めて次の文章は注目される。すなわち，「ここでは，人間の物とは，*servitus* か *potestas* である。つまり，それら二つのいずれも所有の原因からそのようにいわれている」(『権利と裁判』第 1 篇第 22 章第 1 節) (*Hac, res humanae sunt servitus, vel potestas: quarum utraque ita ex causa dominii vocatur*, in: AD, Libri I, C. XXII, § 1). この文脈にしたがって考えると，「*servitus* は所有の一つの種類である」(『権利と裁判』第 1 篇第

25 - 33 章) である。権力 (potestas) の章で、まず、「自己自身の権力」 (potestas sui ipsius) として、自由 (libertas) (第 25 章) とそれから派生する [GA44] 名誉、尊厳、貞節、身体的完全¹⁶¹ (第 26 章) に対する権利が論じられる。さらに、「他者の権力」 (potestas aliena) として、「私的な権力」 (potestas privata) (第 27 - 31 章) と「公的な権力」 (potestas publica) (第 32 - 33 章) が巧みに仕分けして述べられる。最後に、主観的権利の第二番目のものすなわち債務が一般的に語られる (第 34 章)。

22 章第 1 節) (servitutum, domini quendam speciem esse, in: AD, Libri I, C. XXII, § 1) と同じく、「potestas は所有の一つの種類である」 (『権利と裁判』索引) (Potestas est domini species, in: AD, Index totius operis). 以上のことを踏まえていえば、servitus と potestas とは「所有の原因」 (ex causa domini) の問題、言い換えるなら「所有」のあり方の問題である。「所有」が servitus と potestas の根本にある。

そして、potestas すなわち「権力」は次のように定義されている。すなわち、「権力は、法をもって命令し、必要から服従する支配 (dominatio) である」 (『権利と裁判』第 1 篇第 25 章第 1 節) (Potestas est dominatio cum jure imperandi et necessitate obtemperandi, in: AD, Libri I, C. XXV, § 1). いうまでもなく、ここでは命令が「法をもって」 (cum jure) 行われなければならないから、アルトジウスは支配にはつねに「法」の裏づけを求めている。なお、「裏づけ」といったのは、「もって」と訳した前置詞 cum の意味が with だからである。つまり、「法をもって」とは「法を伴って」ということである。

¹⁶¹ 訳注 「身体的完全」と訳したドイツ語自体は körperliche Integrität である。直訳すれば、それは「身体的無傷」あるいは「身体的完全」とでもなるが、これでは意味は分からないだろう。アルトジウスの使う言葉は corporis incolumitas であり、incolumitas は「傷のないこと、安全、確実 (なこと)」 (田中『羅和辞典』) であるから、その言葉はドイツ語と同じ意味である。

ところで、アルトジウスの『権利と裁判』の文脈を探ると次の文章がある。「身体的完全と自然的生命は、自由人の身体がその人の所有であり、あたかもその人自身の所有物であるようにして存在する。／この自然的生命と身体的完全は人に固有なものである。それゆえに、暴力と不正に対するその人の防衛能力は、大陸では、引き起こされた暴力にもかかわらずなお存在している衡平と平等の権利から (ex aequo et pari) その人に与えられる。それは、攻撃するあるいは暴力を引き起こすいっさいのものに対抗するものである」 (『権利と裁判』第 1 篇第 26 章第 21 - 22 節) (Corporis incolumitas et vita naturalis est, qua hominis liberi corpus, penes eundem est et quasi ipsius proprium, / Haec vita naturalis, corporisque incolumitas hominis propria est, Unde ejus contra vim et injuriam defendendae facultas illi data ex aequo et pari, in continenti, vi illata durante, adversus omnes laedentes, vel vim inferentes, in: AD, Libri I, C. XXVI, § 21-22).

この文章からすれば「身体的完全」とは今日の人身の自由の主張にほかならない。そして、その根拠を人の所有するものに帰している。そして、暴力と不正による攻撃に対して抵抗が認められる。

〔『権利と裁判』第1篇第35章から始まる〕特別部分は、「権利と裁判の種類」(Species Dicaeologicae)にしたがって「権利の配分」(Dicaeodotica)と「裁判」(Dicaeocritica)に分れる¹⁶²。

この Dicaeodotica は人々に権利を配分することの理論である。それは、権利を得ることと失うこと (acquirens und amittens¹⁶³) に分けられる。

¹⁶² 訳注 dicaeodotica と dicaeocritica の訳はとても難しい。アルトジウスはたしかに dicaeodotica = δικαιοδοτικῆ (『権利と裁判』第2篇第1章第1節；第2章第1節) (AD, Libri II, C. I, § 1; C. II, § 1) といっている。しかし、この言葉は、ラテン語でもギリシャ語でもそのままでは辞書にない。そこで検討してみると、この言葉は dicaeo と dotica の造語であるようだが、前者はすでに検討したことがあるから別として、後者は、δίδομι (didomi) (与える) の派生語 δοτήρ/ δωτήρ (doter) (与える人, 分配する人) と同じ系統のラテン語化と考えられる。そこでアルトジウスの使う文脈に即して考えると、次の文章は役立つ、すなわち、「dicaeodotica は先行する事柄〔事実〕に応じて所有と債務の権利を分け与え授けることである。それは、我々と隣人の用益と幸福を目ざしている」(『権利と裁判』第1篇第35章第2節) (Dicaeodotica est jus domini, vel obligationis ob negotium praecedens, impertiens et tribuens, in nostrum, vel proximi nostri usum et commodum, in: AD, Libri I, C. XXXV, § 2)。この文章は「所有や債務の権利」を個人に配分している。「法」と「事実」の関係について本訳書 48-49, 93, 95-96頁, 訳注66参照。) それゆえに、dicaeodotica は「権利の配分」(Winters, S. 139) といえるだろう。

次に、アルトジウスはたしかに dicaeocritica = δικαιοκριτικῆ (『権利と裁判』第3篇第1章第1節) (AD, Libri III, C. I, § 1) といっている。この言葉も、ラテン語でもギリシャ語でもそのままでは辞書にない。そこで検討してみると、この言葉は dicaeo と critica の造語であるようだが、後者について参考になるものはラテン語では criticus (判断し得る), ギリシャ語では κριτικός (criticos) (識別し決定し得る) である。これらのラテン語名詞化が critica と考えられる。そこでアルトジウスの使う文脈に即して考えると、次の文章は役立つ。すなわち、「権利の配分にしたがって提起された問題は、裁判官の面前で、相争う者たちから述べられ、探究され、談判され、そして、権利の配分の予め定められたものに基づいて、判決され、決定される」(『権利と裁判』第3篇第1章第2節) (ex dicaeodoticā quaestio mota, coram iudice, a litigantibus proponitur, ventilatur, tractatur, et juxta praescripta Dicae[o]doticae iudicatur et deceditur, in: AD, Libri III, C. I, § 2) (以上の『権利と裁判』第3篇第1章の節番号の割り振りはイレギュラーになっている。というのは、第1章の最初の第1パラグラフには番号が割り振られていないで、第2パラグラフの終わり近くに節番号として「2」が割り振られているからである。それで、訳者は、第1パラグラフを「第1節」 (§ 1), 第2パラグラフを「第2節」 (§ 2) と考える)。この『権利と裁判』第3篇第1章第2節 (AD, Libri III, C. I, § 2) は、裁判のあり方を述べているから、それに関連する critica は「判断し得るもの」、すなわち裁判のために「予め定められたもの」ないし「よりどころ」といってよいであろう。それゆえに、dicaeocritica は「裁判のよりどころ」といえるだろう。この点で、ヴィンターズが dicaeocritica を Verfahrensrecht (手続法) という (Winters, S. 139) のは適切だろう。なお、GA45 参照。

¹⁶³ 訳注 acquirens と amittens は、『権利と裁判』第1篇第35章第3節 (AD, Libri I, C. XXXV, § 3) において対比されている。なお、アルトジウス自身は acquirens といわないで adquirens と

権利取得の理論が第1篇の後半全体〔第35 - 63章〕¹⁶⁴を占めている。[GF57] 権利取得に関する一般原則について解決してから（第35章）、最初に所有権取得が論じられ（第36 - 63章）、これとともに、派生的な取得形態の下に、相続権全体が述べられている¹⁶⁵。さらに、債務関係の根拠づけが語られる。この根拠づけは、契約や不法行為 (Delikte) によって行われる。そこから、まず契約締結とその効果が論じられ、そして個々の契約形態が詳しく論じられる（第64 - 97章）。しかし、第1篇の締めくくりは、刑法の全体系に拡大された違法行為 (Delikte) の叙述である（第98 - 146章）。

[GA45] 権利喪失は著書全体の第2篇で論じられている。それはまず、もっぱら権利がなくなることを一般的に扱う（第1 - 11章）。それから、所有と占有 (dominium und possessio) の特別な消滅理由が論じられる（第12 - 13章）。これに続いて債務の固有な終了形態（特にそれゆえに履行）が論じられる（第14 - 22章）。最後に、不法行為の義務だけが「特別免除と慈悲」(venia et gratia¹⁶⁶)によって帳消しにされると述べられる（第23章）。

〔次に〕 Dicaeocritica とは、争いになっている法とその審理・判決に関する理論である。

いっている。誤植ではない。

¹⁶⁴ 訳注 『権利と裁判』第1篇第35 - 63章 (AD, Libri I, C. XXXV-LXIII) の表題は「所有の取得原因」(De causis acquirendi dominii, in: AD, Index capitum) となっている。

¹⁶⁵ 訳注 『権利と裁判』第1篇第43章以下 (AD, Libri I, C. XLIII f.)。

¹⁶⁶ 訳注 アルトジウスは『権利と裁判』第2篇第23章 (AD, Libri II, C. XXIII) の表題を「違法行為に関する venia et gratia」としている。venia と gratia のどちらも「好意」の意味を持っているので分かりにくい。そこで、アルトジウスの使う文脈に即して考えてみたい。次の文章が参考になる。「違法行為によって刑罰を負わされたものは、その課された刑罰の償いと支払によって刑罰から解放される。同様に、好意の勅令によって、あるいは被害を受けた側からの好意そのものによって解放される」(『権利と裁判』第2篇第23章第3 - 4節) (Obligatus ad poenam ex delictis, liberatur ab illa, luitione et praestatione poenae impositae: Item per rescriptum veniae, vel per gratiam sibi a parte laesa, in: AD, Libri II, C. XXIII, § 3-4)。そうすると、「好意の勅令」と「被害を受けた側からの好意」との対比でいえば、「好意の勅令」は「勅令」によって刑罰から解放する「好意」をいうから、この「好意」とはいわゆる「恩赦」にほかならない。しかし、アルトジウスが venia と gratia をいう文脈は私法関係においていうのであるから、「好意」を「恩赦」というのはいかにも適切でない。そこで私法関係において義務を免れさせる「好意」といえば、それは「特別免除」にあたるのではないかと思う。そして、「被害を受けた側からの好意」は被害者が加害者を許すことをいうから、それは「慈悲」になる。

アルトジウスは第 3 篇全部を使ってそれを論じている。そこにおいて、彼は訴訟法 (Aktionenrecht) を含めた手続法 (Processrecht) 全体を体系的構成において述べている¹⁶⁷。

たしかに以上の概観が明らかにするように、アルトジウスの著書は私法の百科事典であるだけでなく現行法一般の百科事典である。刑法と手続法の体系に関する歴史についても注目に値する。しかし、アルトジウスが「国家法」(Staatsrecht) をその体系の中にはめ込んだやり方は、とくに興味深い。

市民法体系を受容する公法理論／アルトジウスの方法／私法の表題における国家法の諸関係のアルトジウス固有の位置づけと、『政治学』で明らかにされた根本思想の再論

公法学の理論を市民法体系の中に位置づけて論じることは、それ自体、アルトジウスに固有なものではない。ローマ法大全にならった語句注釈学派以来の解釈学全体が国家法問題の議論を市民法の範囲に取り入れてきたように、体系を求める学者たちはこの両者を結びつけることを強く主張した。そして、これとともに、少数の学者が独特の主要な領域として公法を私法から分離しようとした。普通は逆に、この領域〔公法〕は、[GA46] 私法の枠の中で、しかもとくに人法 (Personenrecht) の枠の中で述べられた。しかしながら、公法学のこの混入は、ローマ法の諸文献を表面的に取り扱ったことから生じたとはいえ、やはりいっそう、偶然で [GF58] たまたまの副産物であった。これに対して、アルトジウスは、『ローマ法学』の中ではまだ先駆者たちと同じように行動していたが、『権利と裁判』では公法全体を市民法体系の中に組み込むことに真っ正面から取り組んでいた。この際彼は、そうした作業をする

¹⁶⁷ 訳注 ギールケ著『アルトジウス』は『権利と裁判』第 3 篇の内容を紹介している (GA45, note 24)。すなわち、第 1 - 5 章裁判所、第 6 章当事者、第 7 - 20 章アクツィオ (Aktionen)、第 21 - 24 章異議、第 25 - 26 章答弁と口頭による弁明、第 27 - 45 章証明、第 46 章最終手続、第 47 章判決、第 48 章執行、第 49 章召喚、第 50 章出廷拒否、第 51 章訴訟代理、第 52 章安全の保証と悪意の宣誓、第 53 章裁判官の中間判決 (interlocutoria iudicis sententia)、第 54 章略式手続、第 55 - 57 章上訴。なお、Black's Law Dictionary は actio について次のようにいう。すなわち、「ローマ法上の言葉である。訴訟、訴訟の権利あるいは原因。この言葉は裁判所で権利を強制する手続と強制されようとする権利そのものとの二つを意味することに注意されるべきである」。

うちにその『政治学』の中で展開された根本的な見解をいたるところで堅持し主張した。そのために、彼は実際、国家法の諸関係を私法の表題の下に位置づけることが容易に出来た。結果として、徹底して私法のスタイルで築き上げられたが、それにもかかわらず、公法の基礎を含む統一的な法の体系ができあがった。それは、ほとんど、以前にも以後にも建てられたことのないものであった。そしてそれにもかかわらず、この体系の中で、根本的に、その後まもなく通説的になった自然法的な社会契約論の最終的な帰結すら実際すでに引出されていたのである！

上述したように、アルトジウスは、まず法主体を論ずる際に、人々を [GA47]「単独の人間」(homines singulares¹⁶⁸)と「協同し、結合し、凝集した人間」(homines conjuncti, consociati et cohaerentes¹⁶⁹)とに区分することによって、一つの社会的体としての集合人(Kollektivperson)の概念と本質を展開した。その形態として彼はさらにまったく『政治学』の図式にしたがって、はじめに狭義の家族と広義の家族の自然的結合(『権利と裁判』第1篇第7章第10-40節)を論じ、それから、契約によって生み出された、団体、共同体、国家¹⁷⁰これらの諸単位を述べている(同第8章)。

彼は、所有権関係に規定された物の相違を述べる際に、教会財産と国家財産を公法的な視点でも考察している(第20-21章)。それから、権利の種類を論じて、「権力」(potestas)の第二の主たる形態として公的権力に詳細に立ち入っている。最初に論じるのは「全体的な公

¹⁶⁸ 訳注 『権利と裁判』第1篇第5章第2-4節(AD, Libri I, C. V, § 2-4)にみられる。

¹⁶⁹ 訳注 de conjunctis, consociatis et cohaerentibus という語句が、たしかに『権利と裁判』第1篇第7章第1節(AD, Libri I, C. VII, § 1)にみられる。

¹⁷⁰ 訳注 ここで、ギールケが「国家」(Staat)といていることに対応するアルトジウスの言葉は *respublica* である(注17及び本訳書66頁参照)。アルトジウスは次のようにいう。すなわち、「国家はたくさんの城市、都市、僻村の集合体であり、かつ一つの法の下に把握されたものである。ボダンは次のように定義している。〔国家は〕たくさんの家族、組合、団体から結集された群衆であり、かつ同じ支配によってひとつに結びつけられたものである」(『権利と裁判』第1篇第8章第14節)(*Respublica est corpus plurium oppidorum, civitatum, pagorumque diversorum, sub uno jure complexum, Bodinus definit, ex pluribus familiis, collegiis et universitatibus conflata multitudinem, eodem imperio contentam, in: AD, Libri I, C. VIII, § 14*)。

的権力」(potestas publica universalis) すなわち主権的な国家権力である。そして、その起源、主体、内容、執行の形式これらすべてを、人民主権の上に立てられた政治制度の意味で定義している。それから(第33章)、彼は、「限定された(個別的な、下位の)公的権力」(potestas publica limitata (specialis, inferior))として、領地の高権と結びついた地方的な権力(potestas provincialis)を論じている。そして、かかる題の下で、彼は、恒常的で世襲的になった地方権力としてドイツのラント高権と、領地の権利なく付与された職務上の権力(potestas officialis)とを述べている¹⁷¹。

¹⁷¹ 訳注 『権利と裁判』第1篇第33章(AD, Libri I, C. XXXIII)の表題は「限定された公的権力」(De potestate publica limitata)である。そこでこの表題の意味を探ってみよう。この意味を探る上で、第1篇第32章(AD, Libri I, C. XXXII)の表題「全体的公的権力」(De potestate publica universali)の定義は重要である。アルトジウスは「全体的公的権力」という表題を掲げながら、「全体的」という言葉を省いて次のようにいう。すなわち「公的権力は、結合体からある人に与えられたものである。そして、領地を伴ない、しかも、結合体の事務、物、人々を慮りかつ管理するものにかかわる。／領地とは一般的に場所であり耕地のすべてである。そしてそこにおいてこの権力と裁判権とが行使される」(『権利と裁判』第1篇第32章第1-2節)(Potestas publica est, quae data est alicui a corpore consociationis, cum territorio, ad negotia, res et personas corporis consociati, curandum et administrandum, / Territorium in genere est locus, seu universitas agrorum, intra quam potestas et jurisdictio haec exercetur, in: AD, Libri I, C. XXXII, § 1-2)。

そして、『権利と裁判』第1篇第33章第1節(AD, Libri I, C. XXXIII, § 1)では、「最高の全体的な公的権力」(publica potestas summa et universalis)と区別されるものとして「限定された、個別的な、下位の公的権力」(publica potestas limitata, specialis, inferior)が語られる。この「限定された、個別的な、下位の公的権力」は、「自己の権力の権利を、最高権力の是認したある一定の狭い限定された領地と関係づけるのである。かかる上位の権力を下位の公的権力は承認している。そして、最高権力に自己の執行の理由を釈明することが義務づけられている」(『権利と裁判』第1篇第33章第1節)(Publica potestas limitata, specialis, inferior est, quae jus potestatis suae, ad certum quoddam territorium restrictum et limitatum, acceptum refert summae potestati, quam superiorem agnoscit, et cui administrationis suae rationem reddere tenetur, in: AD, Libri I, C. XXXIII, § 1)。次に、かかる「限定された公的権力」は「地方的な」と「職務上の」もの(provincialis, vel officialis)とに分けられる(『権利と裁判』第1篇第33章第1節)(AD, Libri I, C. XXXIII, § 1)。そして、「地方的な公的権力は、地方の保護者がその地方の領地において命令をもって自己の権利として行使するものである」(『権利と裁判』第1篇第33章第2節)(Provincialis est, quam provinciae praeses, in provinciae suae territorio, cum imperio jure suo exercet, in: AD, Libri I, C. XXXIII, § 2)。そしてこの「地方的な公的権力」と区別された「職務上の公的権力」は次のように定義される。すなわち、「職務上の公的権力は、ある人に、領地の権利なしに、もろもろの公的な職務(ea)を果たすように与えられるものである。そして、これらの職

[GA48] これまでいくぶん普通の道を歩んでいたにもかかわらず、彼は大胆にその道を踏み越える。彼は契約論を展開する際に、[GF59] 共同体 (societas) の形態の一つとして社会契約を公法学に取り入れている。彼は、単なる財産共同体 (societas bonorum) (第 78 章) と区別して、生活共同体 (societas vitae) を次のようにいう。すなわち、[生活共同体は]「共生 (συμβίωσις) の契約が結ばれ、物、活動、奉仕、財貨が仲間から、保持されるべき生活の共生へ差し出されるようにして」[存在する] (qua συμβίωσις contrahitur et res, operae, ministerial atque bona ad συμβίωσιν illam conservandam conferuntur a sociis)¹⁷²。私的な生活共同体すなわち

務 (quae) は、公的な職務の理由から彼に定められているべきである」(『権利と裁判』第 1 篇第 33 章第 10 節) (Potestas publica officialis est, quae datur alicui sine jure territori[i] ad expedienda ea, quae ratione publici officii illi sunt facienda, in: AD, Libri I, C. XXXIII, § 10).

¹⁷² 訳注 このラテン語の節自体は『権利と裁判』第 1 篇第 79 章第 1 節 (AD, Libri I, C. LXXIX, § 1) からの引用である。そのために、本文におけるようにギールケが第 78 章から引用していると受け取ることは出来ない。このような出典箇所の問題よりも、ギールケが注目した「財産共同体」と「生活共同体」に共通な「共同体」とその根底にあるアルトジウスの思想は重要に思われる。

まず、アルトジウスは契約概念を第 78 章で次のようにいう。すなわち、「実際の契約が存在するのは、なにかの共有が考慮され、そして、法の結合が契約で結ばれる場合である」(『権利と裁判』第 1 篇第 78 章第 1 節) (Contractus κτηνοπρακτικοί sunt, in quibus communio quaedam inducitur, et juris consortium contrahitur, in: AD, Libri I, C. LXXVIII, § 1). κτηνοπρακτικοίについては今後研究しなければならない。

次に、かかる契約概念に基づいてアルトジウスは共同体概念を述べる。すなわち、「共同体 (societas) は、一つの合意から (ex solo consensu), [そして] 善意から (bona fide) 財産・活動・相互的義務の結合・共有がある人々の間で決意されるときに存在する。ドネルスは、ある人々の間における共有と結合が何であるかを、自発的に受け入れられた意志 (voluntas susceptus) によって定義している。このことにおいて、特権あるいは仲間の一人に帰属する権利が他のものと共有される」(『権利と裁判』第 1 篇第 78 章第 2 節) (Societas est, qua ex solo consensu, bona fide, consortium et communio bonorum, operarum et officii mutui, inter aliquos initur, Donellus definit, quod sit communio et conjunctio inter aliquos, voluntate suscepta, In hac privilegium, seu jus uni ex sociis competens, alteri communicatur, in: AD, Libri I, C. LXXVIII, § 2).

そうすると、たしかに、共同体を成り立たせる根底に契約概念だけでなく「自発的な意志」と「善意」がある。しかし、「善意」の一般的な意味は自分が何かを知らないことであり、また「善意で=in good faith, 信義誠実に従って」(田中編『英米法辞典』)と解説されているために、「善意」と「自発的な意志」とのかかわりを説明する何かが必要に思われる。そこでアルトジウスのいう「自発的な意志」と「善意」の関係を調べてみたい。

アルトジウスは、「自発的な意志」と「善意」にかかわるもっとも根本的な要素として「絶対的な自発的な行為」(De facto voluntario puro) を述べる (『権利と裁判』第 1 篇第 9 章表題)

(AD, Libri I, C. IX). この voluntarius は、「任意の、自発的な、自力の」という意味を持った形容詞であるが、名詞の voluntas は、「意志」の他に、「自発、喜んでする覚悟」という意味も持っている。そのために、voluntarius と voluntas とは「自発的」と「意志」というように訳語では別のことを表すようにみられるが、自発性という同じものを持っていると考えられる。

ところで、アルトジウスは、「非自発的な行為」(De facto involuntario)ということも述べる(『権利と裁判』第1篇第11章表題)(AD, Libri I, C. XI). 実際、involuntarius という言葉は、involuntary (Lewis-Short Latin) すなわち英語でいえば「自発的でない、不本意な、仕方ない」を意味する。ここで注目したいのは、以下述べるように、アルトジウスが「非自発的な行為」について述べながらやがて「善意」にも言及している思考過程である。それゆえに、何が「非自発的な行為」であるかを検討しなければならない。

彼は、「非自発的な行為とは、黙示的であれ、明示的であれ、絶対的であれ、条件付きであれそうしたある人の意志に反対してあるいは逆らって行われるものである」(『権利と裁判』第1篇第11章第1節)(Factum involuntarium est, quod contra, vel praeter alicuius voluntatem, quamvis, tacitam, expressam, puram, vel conditionalem fit, in: AD, Libri I, C. XI, § 1) といひ、そして、「非自発的な行為は、二種類あって、一つは、作為する人の意志が欠けているものである。理解が欠けているのではない。もう一つは、作為する人の理解が欠けているものである。作為する人の意志が欠けているのではない」(『権利と裁判』第1篇第11章第4節)(Factum involuntarium est duplex, unum, quod facientis voluntate, non intellectu caret. Alterum, quod intellectu, non voluntate facientis caret, in: AD, Libri I, C. XI, § 4) という。

前者つまり「作為する人の意志の欠如」は、非常に重要に思われる。このことを解説する文章が次のものである。すなわち、「理解できる意志でなくて、作為する人の意志が欠けている行為とは、作為し理解する人の意に反してなされるものである。その人は、誰かある人から、もちろん、他の人の暴力(vis), 恐怖(metus), あるいは強制〔脅迫〕(coactio)によって行為へ動かされるのである。もしもあなたが行為者の行為とその理解を考慮したなら、この行為にあっては、ある意志が表現され、しかも、行為そのものによって明らかにされている。これは、二つの害悪の間において少ない方が選ばれると作為する者が判断している場合がそうである。もしも本当にあなたが作為する者の意図、意志、合意を考慮したなら、意見の相違と不一致が述べられていないが、理解される。かかる行為は、要するに、ここでは、その動機が自己の中にあるのではなく、自己の外にあるようなものである。私たちは、ここでは積極的ではなく、消極的に行動し意欲するのである。それゆえに、作為する者と忍耐する者の行為以上に強要する者の行為が正しく判断されることとなる。そして、自己から何かが起こるよりは自己の中で何かが行われることが観察されることとなる。恐怖、暴力、そして強制〔脅迫〕から生ずる行為はこういうものである」(『権利と裁判』第1篇第11章第5節)(Factum quod voluntate facientis, non intellectu caret; est, quod fit invito faciente, intelligente, qui ad factum aliunde impellitur, nimirum alterius vi, metu, aut coactione, In hoc facto, si actum consideres et agentis intellectum, est voluntas quaedam expressa, ipso facto declarata, qua inter duo mala minus eligendum esse, faciens iudicat. Si vero consideres intentionem, voluntatem et consensum facientis, est dissensus et repugnantia, tacita et intellecta, Factum igitur hic tale est, cujus causa movens est extra nos, non in nobis, qui hic passive, non active agimus et volumus. Unde fit, ut rectius actio cogentis, quam facientis et patientis dicatur, et in nobis potius quid fieri, quam a nobis fieri videatur. Tale est factum, quod

metu, vi et coactione fit, in: AD, Libri I, C. XI, § 5).

そして、アルトジウスは、「恐怖」(metus)と「暴行／暴力」(vis)を解説して次のようにいう。すなわち、「恐怖は、ここでは、現在あるいは将来の大きな危険による知性の当惑であり、自由な合意を阻むものである。そして、恐怖は、人の性質と諸事情にしたがって洞察する審判人の判断に従えば、意志の強い人の手によって滅びるとしても〔それまではそうではない〕、死・拘禁・身体拷問・隷従・恥辱・汚辱の不安が利用されるのである」(『権利と裁判』第1篇第11章第6節)(Metus hic est trepidatio mentis propter instans, vel futurum majus periculum, consensum liberum impediens, cadens in hominem constantem, pro judicis arbitrio, ex personae qualitate et rerum circumstantiis judicantis, uti est timor mortis, vinculorum, cruciatus corporis, servitutis, infamiae, stupri, in: AD, Libri I, C. XI, § 6)。「暴行は、大きなものの襲撃であって、追いつけないものである。すなわち暴力(violentia)である。それゆえに、恐怖が一般に生ずるものである」(『権利と裁判』第1篇第11章第7節)(Vis est majoris rei impetus, qui repelli non potest: seu violentia, unde metus plerumque oritur, in: AD, Libri I, C. XI, § 7)。

こうしてアルトジウスは、「非自発的な行為」の一つであって、「作為する人の意志の欠如」の場合として「恐怖、暴行、暴力」(metus, vis, violentia)を指摘する。

かかる場合と区別されるものとして、アルトジウスは「非自発的な行為」のもう一つであって、「作為する人の理解の欠如」の場合として、「詐欺、欺瞞、ごまかし、無知、錯誤」(dolus, deceptio, fraus, ignorantia, error)を述べる。そして、「善意」について述べる。すなわち、「かかる詐欺に反対のものが善意(bona fides)である。それは、あらゆる詐欺とごまかしから縁遠い、自覚的にだますような傷のない意識である」(『権利と裁判』第1篇第11章第11節)(Dolo huic contraria est bona fides, illaesa scilicet fraudantis conscientia ab omni dolo et fraude sejuncta, in: AD, Libri I, C. XI, § 11)。

これらの説明をみると、「善意」は「非自発的な行為」とは対照的であって「自発的な意志」の一態様にほかならない。それゆえに、アルトジウスの「善意」とは、先ほど述べたような、なにかを知らないことであるという意味の定義ではとらえられないものである。それだから、アルトジウスは、「善意」と「自発的な意志」との間に「非自発的な行為」を媒介させていることに注意すべきであろう。つまり、共同体を形成するときの契約には、「善意」とは反対の「非自発的な行為」があってはならず、言い換えれば、「恐怖、強制」に基づいた「非自発的な行為」では共同体は形成されないのである。そして、この共同体は、狭い私法関係から国家社会へ、そして国家と国家の間にまで拡大されるに相違ない。そして、かかる共同体を成立させるときに、「恐怖、強制」に基づいた「非自発的な行為」である契約あるいは条約があってはならないに違いない。もしこういえるなら、話しは飛躍するが、17世紀における「恐怖、強制」に基づく「非自発的な意志」による合意の「無効」にかかわる議論が、どのようにして現代国際法のウィーン条約法条約46条以下の「無効」にまで発展したか、こうした問題意識が自然と浮かんでくる。

アルトジウスの共同体概念を調べることを通して、「自発的な意志」「非自発的な意志」の区別という契約概念の重要な問題に出会ったと思う。それだけでなく、「自発的な意志」に基づく契約概念によって形成され、小さなものから大きなものへ発展し得るアルトジウスの共同体は、「国家法の諸関係を私法の表題の下に位置づける」ものとして、「徹底して私法のスタイルで築き上げられた」ことも記憶しておきたい。

家族生活共同体 (*societas vitae privata oder domestica*) として彼は婚姻 (第 79 章) と家族団体 (*Familiengenossenschaft*) への受け入れについて述べる (第 80 章の養子と、再婚した父による後妻の子と前妻の子との平等な扱い保障 (*Einkindschaft*)¹⁷³)。しかし、公的な生活共同体として彼が詳細に論じるのは合意契約 (*Konsensualkontrakt*)¹⁷⁴である。彼の理論ではすべての社会的団体とりわけ国家 (*Staat*) の存在はその合意契約に基づいている (第 81 章¹⁷⁵)。この際彼は、その『政治学』と本質的に一致して国家的共同体の内容を説明し、かつ、ここでも以下のような結論に達している。すなわち、契約に基づいてなされる共有化 (*Vergemeinschaftung*) から生じる主権的諸権利、財産、組織これらすべての所有権は変わることなく結合した人々全体の側に残っている (第 69 節)。同様に、彼はさらに、委任論にたつて (*unter dem Mandat*) 統治権力あるいは職権を公法上委託されたものとして捉えている (第 83 章)。しかし、彼は無名契約 (*Innominatkontrakt*)¹⁷⁶の理論にたつて、組合 (*Societät*) に近い「相互扶助の社会契約」

¹⁷³ 訳注 [Einkindschaft], in: *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Hrsg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, 1927, 2. Bd., S. 184.

¹⁷⁴ 訳注 *Konsensualkontrakt* は、『ドイツ法律用語辞典改訂増補版』によれば、「諾成契約」と訳され、「当事者の合意だけで成立する契約」とされている。なお、『新法律学辞典第 3 版』、有斐閣、1989年では、「諾成契約」(*Konsensualvertrag*) は、「目的物の引渡しその他の給付」を必要としないと言われている。以上のことから、ここではわかりのよい「合意契約」の訳語を使用した。〔松原〕

¹⁷⁵ 訳注 ギールケが「国家」というアルトジウスの該当箇所は『権利と裁判』第 1 篇第 81 章の表題「公的共同体」(*De societate publica*, in: *AD, Libri I, C. LXXXI*) に由来する。アルトジウスは次のように解説している。すなわち、「公的共同体が存在するのは、次のようにしてである。すなわち、共生の共通法を保持するために、全構成員相互間に、公的共生 (*συμβίωσις publica*) が合意に基づいてのみ (*nudo consensu*) 契約されるときである。全体はたしかに契約を結び得る。そして自ら、あるいは官職を通して、あるいは自己の弁護者ないし代理人を通して、他者に義務を負うこともあり得る」(『権利と裁判』第 1 篇第 81 章第 1 節) (*Publica societas est, qua nudo consensu συμβίωσις publica, ad commune jus symbioticum habendum, ab universitatis et corporis membris inter se contrahitur, Posse vero universitatem contrahere, et alteri se obligare per se, vel magistratum, vel per syndicum suum aut deputatos*, in: *AD, Libri I, C. LXXXI, § 1*)。アルトジウスは、「公的共同体」すなわち「国家」の成り立ちを「合意」という「契約」に基礎づけたことをみておけばよいだろう。

¹⁷⁶ 訳注 ドイツ語 *Innominat* は、この形では一般にドイツ語の辞書には載っていないので、本来別の言語に由来するものと考えられる。一つの解釈として、ドイツ語 *Innominat* が、ラテン語 *in nomine* に由来するという解釈がありうる。この *in nomine* は、「[~の名] に於て、の

(*contractus socialis praestationis*)¹⁷⁷を構想している。これもまた私的なものと公的なものでありうる。そして、社会的な実行行為に関する公法上の契約として、一方では独立した全体的

名代で、委託（命令）により」という意味である（木村・相良『独和辞典』。但し、最後の「委託（命令）により」という意味は、1963年からの同辞典の新版には記載されていない）。この意味にとれば、*Innominatkontrakt* は「委託契約」ないし「委任契約」とも訳されうる。そして、「委任論」について述べたギールケの直前の文章と、*Innominatkontrakt* に関する部分が連続性を持っているとすれば、「委託契約」ないし「委任契約」という訳し方が適切のようにも見える（国家において人民と支配者との間に結ばれる「委任契約」(*contractus mandati*)については、前掲訳注 124 参照)。

しかしながら、この *Innominat* という語が、「無名の、命名されない」の意のラテン語 *innominatus* に由来するという考え方もある。『新法律学辞典第3版』によれば、*Innominatkontrakt* は「無名契約」と訳され、「法律が一定の名称をつけて規定を設けている契約（典型契約又は有名契約）のどれにも属さない契約」と定義されている。

そこで、この *Innominatkontrakt* をアルトジウスがどちらの意味で捉えているかを検討してみたい。『権利と裁判』においては、*Innominatkontrakt* に相当するラテン語は、*contractus innominatus*（または、*innominatae conventiones* という言葉でも表現されている）であり、これは、*contractus*（または *conventio*）*nominatus* と対比されている（第1篇第87章第1節）（AD, Libri I, C. LXXXVII, § 1）。そして、後者の *contractus nominatus* を直訳すれば、「名づけられた契約」となり、「有名契約」の意味になる。このように、「有名契約」(*contractus nominatus*) と対比されていることから、*contractus innominatus* (*Innominatkontrakt*) の訳語としては、「無名契約」の方が適切のように思われる。

立ち入ってみれば、『権利と裁判』における *contractus innominatus* についての叙述において、その基本的な特徴が挙げられている。「無名契約は次のようなものである。すなわち、(1) それらの法と形態は、有名契約を有する古い法令によって形成され確定されたものではない。(2) さらに、それらは一定の確立した事務を取り扱うが、しかも部分的に〔取り扱う〕。〔そして〕それらがしばしば取り扱う、不安定で、うつろいやすく、両義的で、不確かで、変化する事務やことからのゆえに、それらについて、(3) 一定の、固有な名称が市民法上与えられていない、というものである」（『権利と裁判』第1篇第87章第1節）（*Innominatae conventiones sunt, quarum jus et forma legibus antiquis contractuum nominatorum conformata et definita non est (1), etiam tum, quando illae negotium certum et constans habent: partim etiam, quibus ob causam et negotium inconstans, mutabile, ambiguum, dubium et varium, quod saepe habent (2), certum et proprium nomen jure civili datum non est (3), in: AD, Libri I, C. LXXXVII, § 1).*〔松原〕

¹⁷⁷ 訳注 アルトジウスの構想する *contractus socialis praestationis* について検討してみたい。まず、これについての一般的な説明は、『権利と裁判』第1篇第87章第22節でなされている。「相互扶助の社会契約は、事実によって、あるいは社会的行為、社会に適合した行為によって、彼ら自身の間で保持されるべき共通のなにかに向かって、ある連帯が作り出されるようにして存在する」（*Socialis praestationis contractus est, quo re, seu per actum socialem, convenientem societati, ad communia quaedam inter se habenda, societas quaedam contrahitur, in: AD, Libri I, C. LXXXVII, § 22).*

な諸団体同士の同盟契約 (Bündnissverträge)¹⁷⁸ を、他方では全体の中の構成員間の納税〔分担

しかし、アルトジウスのこの叙述だけでは、ギールケの指摘したような「組合に近い相互扶助の社会契約」は読みとりにくい。そこで次に、この契約を「私的なもの」と「公的なもの」とに区分けして論じたアルトジウスの記述を見てみよう。

「私的な社会契約」(privatus contractus socialis) についての説明は、『権利と裁判』第1篇第87章第24節でなされている。「私的なもの〔契約〕とは、その契約により、親がその子供たちに対し、逆に、子供たちはその親に対し、〔また〕領主がその自由民に対し、そして逆に、自由民はその領主に対し、〔さらに〕血族がその血族に対して、彼ら自身の自然的で必然的な関係や自然的結合が求めるものを、相互扶助し、分かち合うというものである。彼らの間で、自然的に構成され、同一の行為や同意によって承認された社会は、相互の扶助、相互の責任、相互の分かち合いによって、暖かく (fovero) され、保持される」(Privatus est, quo parens suis liberis, et contra liberi suo parenti, patronus suo liberto, et contra libertus suo patrono, cognatus suo cognato praestat et communicat, quae necessitudo et conjunctio ipsorum naturalis postulat. Inter quos societas natura constituta, facto et consensu eorundem approbata, mutuis praestationibus, officiis et communicationibus fovetur et conservatur, in: AD, Libri I, C. LXXXVII, § 24).

一方、「公的な社会契約」(publicus contractus socialis) についての説明は、『権利と裁判』第1篇第87章第32節でなされている。「公的な相互扶助の社会契約は、団体から団体へ広く行き渡っているものである。たしかに、団体は契約を締結することができる。そして、団体はみずから義務を負うことができる。または、団体は、その代わりにの者、あるいは委任によって行動する代理人たちによって義務を負うこともできる。その結果、彼らは団体の中の人々をまたは個別的な一人ひとりの財産を拘束する。そして、彼らが団体全体を代表する。こうしたことを、ロサエウス (Losaeus) は吟味している。〔また〕ゲイリウス (Geilius) は、事務が国家の公の利益すなわち団体のことがらに関わる場合について〔吟味している〕。そして、罗兰ドゥス・ア・ヴァレ (Rolandus à Valle) によれば、団体の個々の人々は、もっぱら個別の範囲〔自分に関わる個人的なことがら〕においてのみ義務を負い、それ以上の部分においては拘束されない。かかる場合に、議会、あるいは、王国ないし地方の評議会において、事務は慣習的に決定されてきた」(『権利と裁判』第1編第87章第32節) (Publicus contractus socialis praestationis est, qui celebratur ab universitate cum universitate, Posse enim universitatem contrahere et se obligare per se, vel syndicum suum, aut deputatos, qui in mandatis habent, ut obligent personas, vel bona particularium et singulorum de universitate, et repraesentent totam universitatem, probat Losae. Geil. in casu, quando negotium publicam utilitatem Reipub. vel universitatis causam concernit, et in comitiis, seu conciliis regni, seu provinciae id solemniter est decretum, Roland. quo in casu singulares personae universitatis pro virili tantum parte, non in plus, obligantur,, in: AD, Libri I, C. LXXXVII, § 32). なお、フリードリヒは Rolandus を Rollandus に校訂している (AP by Friedrich, p. cxiv). 用語としていえば、アルトジウスの「社会契約」(contractus socialis) は、ルソーの「社会契約」(contrat social) をただちに想起させる。〔松原〕

¹⁷⁸ 訳注 「同盟契約」については、『権利と裁判』第1篇第87章第34節で述べられている。「同盟は契約である。そして、その契約により、ある団体はもう一方の団体と、共同や連帯の中に組み入れられ、暴力や不正に対して相互に防衛するように関係づけられる。そして、〔こ

金] 契約 (Steuervertrag)¹⁷⁹ を、論じている。[GA49] 一般的な団体の間の平和条約 (Friedesvertrag) も無名契約論で扱っている (第 87 章第 44-46 節)。

アルトジウスが、違法行為論の中で¹⁸⁰、第 113 章において論じた「公権力の濫用」(abusus potestatis publicae¹⁸¹) の重要な場合として専制政治を掲げ、そしてその刑罰として罷免 (Absetzung¹⁸²) を述べるとき、それはまったく独自のものである (第 113 章第 3 - 20 節)。

最後に、手続法でも、訴訟の一つとして、国家権力の濫用を理由とする訴えが述べられており、王に対してあるいはその他すべての最高執政官に対抗してエフォルにかかる訴えが認められている (第 3 篇第 16 章第 6 節¹⁸³)。

こでいう] 暴力や不正とは、同盟者の特権的権利と利益に反して、同盟者に加えられるものことである」(Confederatio est contractus, quo in communionem et societatem recipitur ab una universitate, altera ad defensionem mutuam contra vim et injuriam, quae socio contra jura privilegia et res socii infertur,, in: AD, Libri I, C. LXXXVII, § 34). [松原]

¹⁷⁹ 訳注 「納税 [分担金] 契約」については、『権利と裁判』第 1 篇第 87 章第 37 節で述べられている。「分担金は同じ団体の構成員の間に、あまねく課されるものである。それは、同じ国家の構成員たちが、国家に不可欠で有用な用益のために、金銭その他自分たちの物を調達する必要に応じて義務を負うのと同様である」(Inter membra ejusdem universitatis celebratur contributio, qua membra ejusdem Reipublicae se ad necessitatem conferendi pecuniam, vel alias res suas ad Reipublicae usus necessarios, vel utiles obligant, in: AD, Libri I, C. LXXXVII, § 37). [松原]

¹⁸⁰ 訳注 『権利と裁判』第 1 篇第 98 - 146 章 (AD, Libri I, C. XCVIII - CXLVI) をさす。

¹⁸¹ 訳注 『権利と裁判』第 1 篇第 113 章第 1 節 (AD, Libri I, C. CXIII, § 1)。

¹⁸² 訳注 ギールケのいう Absetzung に相当するアルトジウスの言葉は *privatio* (剥奪) である。アルトジウスは次のようにいっている。すなわち「専制政治、苛酷と残忍、あるいは気まま、こうしたことの刑罰は、公的権力の剥奪である。それは、私有物として保持されているようにである」(『権利と裁判』第 1 篇第 113 章第 15 節) (*Poenā tyrannidis, saevitiae et crudelitatis, vel licentiae, est privatio potestatis publicae ut pro privato habeatur, in: AD, Libri I, C. CXIII, § 15*)。

¹⁸³ 訳注 アルトジウスは次のようにいっている。すなわち「公的権力を濫用することに対する訴訟は、専制君主に向けられている。そして、国家の破滅、滅亡、壊滅へと宗教的世俗的な事務の執行を濫用する王あるいは王国の最高執政官に対しては、国家ないし王国のエフォルに権限がある。[国家が] 自己に委ねられた執行を奪われ、私的な人格のために保持されているかのごとくである」(『権利と裁判』第 3 篇第 16 章第 6 節) (*Actio contra abutentes publica potestate est adversus tyrannos, [quae] competit ephoris Reip. vel regni contra regem, vel summum magistratum regni, abutentem administratione negotiorum ecclesiasticorum, vel seclarium, in Reip. perniciem, ruinam et exitium, ut administratione sibi demandata privetur, et pro privata persona habeatur, in: AD, Libri III, C. XVI, § 6*)。

結論

『権利と裁判』の中に取り入れられた国家法のあらゆる命題を根拠づけ詳細に叙述するにあたって、アルトジウスは、『政治学』を参照するように述べている。しかし、さらに注意すべきことはこうである。すなわち、『政治学』は後代非常にしばしば燃やすに値するとして断罪されたが、『権利と裁判』の方は問題にされることはなかったし、しかも、18世紀になってさえ、法学研究のために偏見なく推薦されたということである。

[以上第3章後半松原担当]