

# 権威と「理性」と法（二八）

——イギリス法における——

下山 瑛二

一 序論（三卷一号）

二 本論

第一章「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序——聖俗三権威と世俗的権力

第一款 教皇と世俗的権力

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立（三卷二号、四号一号）

三 イギリスの特殊性（四卷二号、五卷一号、二号）

四 聖俗裁判競合の前提（六卷一号、二号、七卷一号、二号、八卷一号、二号、九卷一号、二号、十卷一号）

五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題（十卷一号、二号、十一卷一号、二号、第十二卷一号、二号、第十三卷一号、

二号、十四卷一号、二号、十五卷一号、二号、十六卷一号、本号及び次号）

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

権威と「理性」と法（二八）

第三節 人間の「理性」論と「權威」の問題提起の過程

第四節 聖俗裁判権の競合と補完——イギリス法

第二章 法と「理性」論——宗教改革前

第三章 「自然法理性」と「人為的理性」

三 むすびに代えて

五 教会の世俗化と若干の法理論的検討課題（続）

(二) 世俗権力の正当化と聖職者の係わり方——「權威」と「権力」の癒着の理論的契機（続）

(ハ) とくにカノン法学に内包される「自然法と理性」論——トマス理論——（続）

(2) トマスの「自然法と理性」（続）

(c) トマスの人定法論と理性論（続）

(iv) トマスと私法（続）

④ 約束の拘束性——obligation

序

今日では、契約の自由の原則が支配しており、それにどのような形で、公共の利益の観点から制約を加えるか、ということが極めて重要な課題になっていることは周知の事柄である。<sup>(1)</sup>しかし、トマスの時代には、商品経済がそれほど発達しておらず、契約に関する法そのものも、それほど主要な位置を占めてはいなかった。だが、それにも拘わらず、法的に obligation の発生する場合の一つの要素として promise があり、それゆえ、そもそも約束という行為にどのような法的意義が付されうるかが問題になっていた。そして、約束に対して法的保護を加えるのには大きな役割を演じたのが中世におけるローマ・カノン法であったことは、本稿においても触れてきた。<sup>(2)</sup>当時と現代では、社会構造も異なるし、

またそれに相応しい法制度も異なっているが、後に触れるごとく今日の契約法においてもなお約束の法的効力は問題になつてゐる。

ところで、イギリス法においても、中世コモン・ロウは訴えと手続の法であり、法の構造は、訴えの様式によって規定されていた点が、考察には不可欠である。<sup>(3)</sup> しかも、イギリス法の obligation に関するコモン・ロウ上の準則は、イギリスの慣習とローマ法学の混淆から出来上がってきたと言われている。<sup>(4)</sup> しかし、イギリス法においては、特定の obligation の準則は存在しても、大陸法、ことにドイツ民法のような law of obligation は存在していなかった。<sup>(5)</sup> だが、第二次大戦後の国際化の進展に伴い、イギリスにおいても、契約法、あるいは、law of obligation の形成に関わる歴史的発展の過程を改めて見直そうとする気運が醸成されてきている。<sup>(6)</sup> しかもその場合にも、promise の法的位置づけが問題になるとされてきている。<sup>(7)</sup>

本項では、これらの問題に直接的包括的に言及することを課題とはしていないが、その問題の省察過程においても、しばしばトマスの役割が取り上げられているので、本項の課題考察に必要な限りで、その点に触れておきたいと考えている。<sup>(8)</sup> 端的に言えば、近時の研究で、この契約法の法理あるいは obligation について、アリストテレスないしトマスまで遡って検討する気運も生じてきているということに関わる。<sup>(9)</sup> そもそも、わが国の民法では債権総論—債権各論—契約総論—契約各論のヒエラルキーの法構造を採択しているが、しかし、現実には、いかなる契約がいかにして債務を生ぜしめるかが問題なのであり、その場合に、契約の基礎をなす約束 promise がいかに法的拘束性 obligation を有するかが問題の原点にある。なるほど、歴史的には、当時は、個別の契約あるいは約束の法的効力が争われてきたのであり、一般的原理が先行して、それを適用して個別事案を処理する方式をとっておらず、一般的原理が問題になるのは、遙か下って、ある程度個別事案の処理に際しての普遍的要素の抽出可能な状況形成が基盤となつて、はじめて、それが

法的意味をもつようになってきたといえる。<sup>(10)</sup>

そこで、我々が留意すべきこととして、先に触れた如く、中世と今日では、法制度が違ふということと、また逆に、その時代的制度的相違をもつてすべてを割り切ることの危険性があるということを摘示しうる。ことに後者について、近代法形成過程において、中世の法制度がどのように条件づくりをしてきたか否かの検討しておかねば、中世と今日との相違さえも明らかにされえなくなるのではないかと懸念しているし、それに関わって、今日の問題状況も明らかにされえないのではないかと思料している。<sup>(11)</sup>

では、トマスは、この問題をどのように観念していたのであろうか。

トマスの場合、後に言及するが如く、<sup>(12)</sup>この問題へのアプローチはそれ自体の問題としてはなされていないので、その考察はかなり難しい問題になる。しかも、当時考究されていたローマ法研究と、アリストテレストマスの哲学の総合の課題遂行は、一六世紀から初期一七世紀に架けての後期スコラ学の課題となってくるので、それまでは、その総合的検討は十分に行われてこなかった。<sup>(13)</sup>従って、トマスの場合、当面の課題への言及は断片的なものに過ぎなかったことが留意されねばならぬであらう。その点を考慮して本項でも、トマスの立場を瞥見しておきたい。

既に眺めてきた如く、トマスの場合、「契約」概念を、隣人間の交渉関係として見た場合に、原則として、それは人定法に委ねられた領域とされていた。<sup>(14)</sup>だが、その前提として、その領域も「正義」論の対象になる点が存在する。そこで、本項では、次の二点に重点をおいて瞥見してみたい。その第一は、本人の自由意志の発動による「約束 promise, promissio」が制度的に拘束力をもつと観念されるならば、その理論的根拠が問われねばならぬので、その点、トマスは、どのように把握していたのであろうか、という問題である。この問題は、多くの論者が、カノン法の演じた役割を評価している点に関係し、そのこととの関わりで、トマスがどのような見解を抱いていたかという問題でもある。その

第二は、本人の自由意志の発動に対する外的制約として、公共善からの制約をトマスがどのように観念していたかという点に関わる。この点は、私法領域の問題とはいえ、なお公共的制約の枠内においてのみ私的問題処理が行われていた当時においては、刑事法的制約の要素を脱却し切っていないことに絡む点であり、この点の究明は、そもそも法の根本的役割とも関連してくる問題でもあるといえよう。換言すれば、いずれもトマスの「正義」論との関連で、この問題を警見することになる<sup>(15)</sup>。

(1) e.g. Atiyah, op. cit., [The Rise and Fall of Freedom of Contract]; Jody S. Kraus, Philosophy of Contract Law, in [The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law], op. cit., p. 687 et seq.

現在、イギリス契約法の古典的形態の形成が一九世紀であったことは、周知の事実である。Cheshire and Fifoot's Law of Contract, by M.P. Furmston, 1981, p. 10 et seq. [F The Nineteenth Century] (by A.W.B. Simpson, Historical Introduction).

(2) 拙稿「前掲四巻一〇一頁。教会裁判所の民事の事物管轄に関する箇所」で、「俗人の約束」を上げている。また、六巻一〇六九一七二頁では「マントンのフランス法史に関する叙述の中で、教会法の影響の問題として取り上げている。その二七二一四頁注(6) - (10) 参照。

cf. David Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, 1999, p. 136. さらに依拠をしようとする Helmholtz, op. cit., [Canon Law and the Law of England], p. 263 et seq. [Assumpsit and Fidei Laesio] である。

(3) Ibbetson, op. cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligation] p. 11 [Part One, Form and Substance in Medieval Law].

(4) Ibbetson, op. cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligations], p. 1. なお、拙稿「前掲一六巻一〇一頁【補論】」で指示した Tuck の指摘したところによれば、ローマ法あるいは後期中世のイギリス法では、passive right 理論が原則であった。Tuck, op. cit., p. 5 et seq. [1 The First Rights Theory]. さらに Ibbetson は、イギリス法について「中世ロマン・ロマン action and procedure の法であった」と暗示することになる。一一頁参照。このことを本項の課題に翻案するならば、契約の問題は、裁判所への訴訟過程において現実化されていたことが留意されねばならぬことになる。そこで、契約は、現実には、被告の promise の法的拘束性を具体的に問題にすることで、その内容が現実化してくることを示している。かかる意味で、約束の拘束性を本項でも問題に

していることを断っておきたい。

そもそも、law of obligation の概念はイギリス法ではあまり馴染みがないという説もある。cf. A.M. Tettenborn, An Introduction to the Law of Obligations, 1984, p. iii [Preface]. 興味ある点であるので、本稿においても必要な限りでその点に言及しておきたい。

(5) 例えば、Hans W. Goldschmidt, English Law from the Foreign Standpoint, 1937, p. 150; Pollock, op.cit., [A First Book of Jurisprudence], pp. 86~7, 尤も「二〇世紀になって、大陸法学に倣って、法学におうじも、Iwa of obligation の章を設けてイギリス法を概観しようとするものも出てきた。e.g. John Salmond, Jurisprudence, 6th, 1920, p. 22 et seq. [Chapter 21 The Law of Obligation].」

(6) Godley, op. cit., [The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine], esp. p. 230 et seq. [9 Conclusion].

尤も、この気運は、既に、二〇世紀初頭から展開されていた。一例を上げれば、ヘルリッヒ、前掲〔法社会学の基礎理論〕二〇六頁以下。

「最古の契約の本質は占有の交換である。交換契約においては物の占有が引き渡され、また債務奴隷制の下での自己売却においては、つまり夫役と給付を義務づけるあらゆる契約においては（服従契約においては）、自己の身体の占有が委譲されるのである。」(この点、拙稿、前掲一六卷一号「補講 dominium 概念と所有権理論」)〔⑦ 一六世紀末の新しい傾向〕〔iv) Suarez〕の箇所参照。)「そのような占有の移転がなくしては、始源的には、契約は裁判所では有効と看做されず、したがって裁判所は契約そのものを保護したのではなくて、受取人に引き渡された占有を強盗・窃盗・欺罔行為から保護したのである。」(傍点筆者)二〇六頁。

「債務者が約定に基づいて、債権者に引き渡したものの価値を限度としてその責に任ずる場合にはじめて本格的な契約法は成立して来るのである。」二〇七頁。「債権者に引き渡された象徴—例えば、手付金、内金、一部払金並びに保証金—と契約の対象ないし債務者の身柄の占有の債権者への引渡との思想的関連は長期的にわたって保持されて来たのであるが、しかし、そうした関連は徐々に稀薄になり、最終的には、ますます広範な範囲にわたって約定そのものが責任を生み出すようになって来たのである。」二〇七頁。

「したがって裁判所による契約の保護とはもともと契約で約定された占有に関する部分に対する裁判所の保護を意味するにすぎないのが常であったわけで、たとえそれが自己ないし他人の物ないし身体の占有であったとしても、せいぜいそれは夫役ないし物の給付のための自己の身体に関する処分に対する裁判所の保護を意味していたにすぎないのである。」二〇七頁

因みに、この点の理解を拙稿、前掲一六卷一号「補講 dominium と所有権理論」の中での、Tuck が引用した passive right と active right の区別に絡ませるのならば、passive right は、裁判所の保護を求めるものであり、結局は、正義論として他人に対する自己の請求を主張として展開するものであり、これに対し、active right は、所有者自身が直接物に対する支配権、就中

処分権を行使しうるものとするものであるといえよう。

また、ルーマン、前掲〔社会の法1〕、二八九―九〇頁〔第六章 法の進化〕参照。

「所有権が問題になるのは、盗人に関してのみではない。」「所有者はあらゆる者との関係において、法システムへの任意の関与者との関係において、所有者として登場してくる。」(傍点筆者)。「法システムに関与する者は、所有権を尊重するように義務づけられているからである。」「そしてまた関与者は、場合によってはその所有権を獲得するかもしれないし、契約によって別の権利(たとえば、用益権)を待てることも可能だからである。」二八九頁。

そしてさらに、「契約法の領域においても、同様の分離が進化によって生じている。」「契約は結局のところ、単に手から手への取り引きではなく、債務の成立根拠であると思なされるようになるからだ。」「こういってよければ、契約は、双務化される。すなわち、契約パートナーの間を規制する原理、特に、履行上の障害が生じた場合に関する規制原理となるのである。」「取引行為そのものは、もはや関心の対象とはならない。あるいはなるとしてもせいぜいのところ、特定の種類の契約(要物契約)が成立するための法的条件としてである。」「交換取り引きの位置に、契約そのものが登場してくる。」「契約自身の実行を規制するのである。」二九〇頁。

さらに、次の指摘も留意しておく必要がある。

「また中世後期には、解釈学による再構成を基礎として、次のような観念が生じてくることになった。」「信義誠実(*bona fides*)の原理によって契約類型に属する伝統的なローマ法の体系のなかにあるあらゆる欠陥を埋めることができる。またそれに関する訴権(*actiones*)についても同様である。」「どんな契約も、法に反していなければ権原として承認される」というわけだ。」二九八頁。

「裸の約束(*ex nudo oritur obligatio*)」と。」二九八頁。

- (7) e.g. Anne de Moor, Are Contract Promises? in "Oxford Essays in Jurisprudence", ed by J.Ekelaar & J.Bell, 1987, p. 103 et seq. Charles J.Goetz & Robert E. Scott, Enforcing Promises, An Examination of the Basis of Contract, in ed Larry Alexander, Contract Law, vol. 1, p. 111 et seq. P.S. Atiyah, Contracts, Promises and the Law of Obligation, in ed Goetz & Scott, op. cit., [Contract Law, Vol. 1], p. 291 et seq.

- (8) Godley, op. cit., p.10 et seq. [2 Aristotle and Thomas Aquinas].

- (9) e.g. Ibbetson, op. cit., p. 217 et seq. Godley, op. cit., pp. 112~3.

- (10) 契約法における一般原理が問題になるのは、一九世紀以降である。Godley, op. cit., [The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine], pp. 1~2.

とくにイギリス法についてみれば、後に触れるように、イギリスの契約法が近代法として、一応の形態を整えるのは一九世紀の契約法関係に一般原理が導入されたことによるとされされており、それまでには長い紆余曲折の過程が存在していた。主たる問題を摘示してみれば、コモン・ロウ上の展開とエキィティ上の展開の関係、コモン・ロウにおける訴訟様式から見た不法行為法から契約法が発展してくる過程、財産法から契約法が独立してくる過程、商慣習法がコモン・ロウに織り込まれる過程、エキィティの特定履行 *specific performance* の展開過程、その間における制定法の介入過程等々、極めて多様な要素の検討が必要とされてくる。ことに、近代の契約法の一般原理の修正の役割を担う制定法とこの一般原則との関係は、近時大きな論争をよんでいることは周知の事柄であると言えよう。

(11) この点は、今日に始まったことではない。当面の課題より広い次元で、いろいろの形で争われてきたところである。例えば、ドイツのロマンステンとゲルマニステンの争いは有名であるが、その争いの根底にも、当面の課題に共通する検証課題が横たわっていたにもかかわらず、充分にその課題への取り組みがなされていなかったのではないかという疑念を抱いている。

(12) 後述、「1. トマスの約束概念」注(10) 参照。

(13) Godley, *op.cit.* [The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine], p. 69 et seq. [4 Synthesis].

(14) 拙稿、前掲一六巻一号二五四頁以下注(4)、二六〇頁注(25) 参照。

(15) 近時「契約法」の見直し論が展開されているが、私法体系内だけの問題としてこの問題を解釈しようとする傾向が存在する。前述の内田貢「契約の再生」では、現状分析と、いろいろと示唆に富む提言がなされているが、かかる問題を現代法全体の変容とその基礎にある近代法の基本原則との関係から見直さねばならず、就中、現代「行政法」の展開との関係で、この点の検討をはかろうとすることが私の従来からの課題であったことだけ摘示しておきたい。しかし、ここでは、本項の課題から外れるので言及することは省略したい。ただ、私の本項の課題を側面から瞥見した、関係論文の中から若干をここで記せば、以下のものがある。拙稿、「公法と私法―最近のイギリス行政法学の諸潮流―」、大東文化大学創立七〇周年記念論集(下巻) 一頁以下。拙稿、「イギリスにおける消費者保護法成立の前提条件―『契約の自由』の原則と  *caveat emptor* の法理の結合についての序説的検討」、大阪市立大学法学雑誌三〇巻三・四号一九一頁以下、拙稿、「イギリスにおける『価格所得法』(高柳信一・藤田勇編「資本主義法の形成と展開」2 行政・労働と営業の自由)所収)、一九七二年、三四一頁以下。

## 1. トマスの約束概念

そこでまず、第一の点、すなわち、「約束」の「拘束性 *obligatio*」の問題から取り上げたい。この課題は、先に触れ



た如く、カノン法による promise-keeping の概念に関わってくる。

契約概念をどう捉えるかという問題は、一九世紀の意思主義の理論が台頭してから、議論の余地なく解決されたように思われたが、近時またその問題は再燃してきている。<sup>(1)</sup> ましてや、契約と約束の関係は、なお難しい問題を提起してきている。<sup>(2)</sup> そもそも、約束概念は法上いかなる意味をもつのであろうか。<sup>(3)</sup>

その場合、若干の前提を確認しておかねばならない。その一つは、人々の間の関係を秩序づけるために、「約束」に拘束力を認めるか否かということは、今日のイギリス法学の語用からすれば、「強行性をもつ約束 enforceable promise」の問題ということになるであろう。

しかし、当時においても、約束に二通りあり、一つは、「約束」が、例えば売買に関わるような、今日の言葉でいえば「双務的」な場合における promise の問題と、もう一つは「寛厚（施し）liberality」の場合にしばしば問題になるような「片務的」な場合がある。

そこで、当時においても、かかる promise に関わる「強行性」をどのように認めるかという問題があった。換言すれば、「強行性」を誰がどのような根拠で担保するのかという問題が不可欠であった。したがって、この「強行性」を担保する機構が、この問題には絡むということを前提にせねばならぬ。今日的表現を用いるならば、司法権を含む「公権力」が「私人」間の問題にどのような形で介入するか、という問題であったともいえよう。<sup>(4)</sup> 第二に、そのことを前提としても、その「介入」の形態とその根拠が問われねばならない。

「双務的」な場合には、これまでも見てきたごとく、当時における人々の間における倫理的規範は「正義」の概念を基にしていたし、<sup>(5)</sup> それを担保するものとして「秩序」の観念を前提とし、法的次元では「刑事法」を担保手段としていた。<sup>(6)</sup> では、契約あるいは約束を維持することが、このような理論規定に基づくならば、それは、この問題とどのような

に関わるのか、あるいは、別の形態の担保手段が必要であったのか、それならば、その論拠はいかなるものかという問題が問われねばならなくなる。今日表現で言えば、「契約あるいは約束」維持は、「刑事裁判」の枠組みとは別の裁判形態が必要であったのか。いわば、「民事裁判」というものの性格規定とその存在理由が検討されねばならなくなる。<sup>(7)</sup> この点は、次の項目で取り上げたい。

しかし、「片務的」な場合には、些か困難な問題となる。だがその前に、「双務的」にせよ、「片務的」にせよ、promise 概念がそもそも原点にある以上、promise 概念をどう観念するかが問われねばならない。端的に言えば、「約束は遵守されねばならぬ」(promise-keeping) ということには、これらの問題の検証の前提になるものが存在する。

そのことを踏まえた上で、ここでは、トマスが、「約束」概念をどう捉えていたかという点から始めたい。

しかし、トマスは、contractio, contractus とか promissio, promissus といった言葉は使用しているが、<sup>(8)</sup> 本項の課題にかかわるような意味で、かかる概念に関わる法について包括的な論考を加えてはいない。<sup>(9)</sup> だが、これらの断片的な言及から、後期スコラ学派たちが、しばしば一定の推論を施してきたことも忘却できないといわれている。<sup>(10)</sup>

α トマスはアリストテレスの徳論を道徳法に織り込んだ——行為規範化させた

本項において、まずこの問題を考究するにあたっては、アリストテレスの哲学を道徳法という人間の行動規範化したのはトマスであったということから始まる。<sup>(11)</sup> そして、トマスの倫理学は、約束の拘束性を肯認しているという点<sup>(12)</sup>がその一つの原点になる。

周知の如く、法と倫理の問題が切り離されて、法は法として自己の固有のジャンルを形成していると受け止める制度的イデオロギーが普及してくるのは、一九世紀の法実証主義の支配と裏腹であった。<sup>(13)</sup> そしてまた、現在、その分離が問題にされてきているが、そのことはさて置き、一九世紀の法イデオロギーの発生までの間には、紆余曲折の過程があっ

たこともよく知られている。しかも、この点は、契約法の歴史的変化にも大いに関連している。<sup>(14)</sup> なぜ現在に至って、この問題に関し、後期スコラ主義の役割が注目されることになったかという問題もそのことに無縁ではない。<sup>(15)</sup> そしてそのことは、後期スコラ学派のトミズムを通じて、トマスの所論の検討にも及ばざるをえなくなる。

そこで、以下トマスのこの問題点について瞥見することにした。

## β promise と legal obligation—causa 論

しかし、そこには、すべての promise を legal obligation を発生させる要件を満たしたものととして取り扱わねばならぬのか、という問題がまず発生してくる。本項においても、すべてに natural obligation という概念が使用されてきていた。<sup>(16)</sup> 一体、約束が拘束性を有するという際に、なぜ obligation に法的に認められるものと、法的には認められないものがあるのだろうか。また、natural obligation としては、拘束性を有するとされる場合もあるのであるだろうか。トマスでは、かかる区分を認めた上で、その拘束性の有無を論じているのであろうか。

そこでまず、natural obligation と legal obligation をそもそも区別する考え方について、若干のコメントを加えてから、トマスの立論を見てみたい。

はじめに、natural obligation と legal obligation の区別の有無に関し、興味深い指摘をしているルーマンの指摘を迂遠ながら取り上げておくことが便宜かと考え、その指摘の紹介から始めたい。<sup>(17)</sup>

ルーマンは、obligation という概念は、ローマ法においては、まずそこに「通常ならざる状態」が発生したことが前提となるという。そして、異論はあるが、ルーマンは、それを不正としてではなく、適法なものとするためには、一定の法形式が整えられねばならなかったという。それが不法行為法と契約法を包括する obligation の概念が法上出現してくる所以と見る。いわば、今日我が国の民法典でも採択されている不法行為法ならびに契約法等を包括する債権法が

ここに発生してくると見る。<sup>(18)</sup>

そこで次に、obligation という概念はいかなるものかという問題が問われねばならなくなるだろう。

因みに、イギリスの obligation に関するコモン・ロウは、イギリス固有の概念とローマの精緻な学問の交錯の上に形成されてきたといわれる。<sup>(19)</sup> また、近時EUの私法関係における調和の必要性がとみに増してきているのにも拘わらず、それら諸国間の法の基礎概念あるいは観念の相違に対する基礎研究の欠けている点が問題になり、その研究が開始されてきていることも念頭におかねばならぬであろう。<sup>(20)</sup> 尤も、その点への立ち入りは本項の課題から逸脱するゆえ、ここでは、本項の課題の範囲内に入る限りで参照することにするけれども。

そこで立ち戻って、ローマ法の原則を瞥見してみたい。しかし、前述の「obligation の語義」の箇所注でも一部触れてきているので、<sup>(21)</sup> ここではとくに、ローマ法の nudum pactum 概念に触れることによってこの問題にアプローチしてみたい。尤も、言うまでもないことではあるが、ローマ法と言っても、それは歴史的産物であり、時代時代により相違があり、また、法の問題を取り扱う担当者にも相違があり、さらに、争いを裁く方式、手続に差異の存在することを捨象することは出来ない。したがって、ここでは、ローマ法と言っても、その歴史的区分にもとづく検証をするものではなく、中世の法律家の眼に映ったローマ法の問題を本項の課題に関わる限りで言及しておきたい。<sup>(22)</sup>

そこで本項では、主として、Godley の取り上げた問題に沿ってこの問題を瞥見することにした。<sup>(23)</sup> Godley によれば、中世の法学者の段階では、前にも言及した如く、アリストテレスの哲学とローマ法の研究成果とを総合化することはできなかったという。その作業は、後期スコラ学派の課題になるものとされているが、なおすでに、当時においても、その総合への道は歩み始めていたということは看過しえないという。<sup>(24)</sup>

ところで、ローマ法では、契約法の理論あるいは一般法は持っていなかったと言う。<sup>(25)</sup>

では、よく言われる「pacta sunt servanda」は、一体どこから言われはじめたのであろうか。ローマ法では、このことはどのように取り扱われていたのであろうか。しかし、この点は、カノン法に由来するもので、ローマ法の所産でないことは本稿でも既に言及しているので、ここではこれ以上触れず、また後に言及することにした<sup>(26)</sup>。

ところで、「合意は拘束する」pacta sunt servandaあるいは「裸の約束」の問題に入る前に、natural obligationの概念を些か検討しておきたい。というのは、中世の法学者は、natural obligationとcivic obligationの「区分」を觀念していたといわれてからである<sup>(27)</sup>。しかし、かかる整理的区分は後世の所産であるにせよ、natural obligationという觀念に相当する実体そのものはローマ法時代にも存在したことは事実である<sup>(28)</sup>。その意味では、「裸の合意」の拘束性の問題の検討の前に、このnatural obligationの概念を検討しておかねばならなくなる。

原田慶吉の摘示するところによれば、「自然債務 (obligatio naturalis) の意義」は、「訴権を付与せられないが、なおその弁済は弁済として有効であって、弁済物の留保 (soluti retentio) が認められ、不当利得請求訴権が発生することなく、その担保更改相殺が認められ—尤も自然債務の全部にかかる効果が伴うわけではない—、従って単なる道徳上の債務と区別せられて、法律上の債務たるを妨げない債務を自然債務という<sup>(29)</sup>」という。

では natural obligation と区別されて legal obligation という概念が成立する要件はどこにあるのであろうか。古典ローマ法の時代には、体系化されてはおらず、一応整序されたのがユスティニアヌス帝の時代だとしても、そこでは、未だ natural obligation に対比される legal obligation という概念があったわけではない。ただ、訴えうる causa [cause of action] をもつか否かが重要であったことは周知の通りである<sup>(30)</sup>。だが留意しておきたいことは、今日の cause 概念は当時のそれとは異なるという指摘のあることである<sup>(31)</sup>。

その意味では、obligation の cause と contract のそれとの区別も留意しておく必要があるが、それは、ことに近

代フランス民法学の領域に属するので、ここでは、かかる區別論のあることだけ摘示しておきたい。<sup>(32)</sup>

当面の課題としては、どのように個別的訴訟原因論から抽象的な「原因」概念が引き出され、それが、約束保持の基礎条件を形成してきたのかということにある。ここで問題は二つに分かれる。その一つは、かかる抽象的觀念の形成とローマ法の法理の総合を実際に試みてきたのは、後期スコラ学者であるならば、トマスは、その間にこの過程形成前にいかなる役割を演じたのかという問題である。他は、これに対して、ローマの注釈学派・注解学者たちは、どのような役割を演じたのかという問題である。<sup>(33)</sup>

そこでも、Godleyが中世の法学者の *causa* 理論として瞥見している点をさらに要約して紹介してみたい。<sup>(34)</sup> 尤も、断片的には、拙稿でも *causa* 概念に触れてきているので、<sup>(35)</sup> ここでは本項の課題に関する限りで言及したい。

Godleyは、中世法律家の *causa* 理論の様式化が後期スコラ学派の先駆者になっていたとする。<sup>(36)</sup> とくにGodleyは、BartolusとBaldusによる *causa* の様式化に着目する。<sup>(37)</sup> しかし、中世の法律家は、アリストテレスとトマスを知っていたが、彼らからの借用概念によって、約束の拘束性を見出すまでには至らなかった。<sup>(38)</sup> なるほど約束の行為の因をなすトマスの觀念については本稿においてもしばしば言及してきた。トマスは *causa* の究極因を神に求め、森羅万象はすべてこの因より派生するものとして、その体系化をはかった。しかし、トマス段階では、ローマ法の *causa* 論とは必ずしも十分に交錯して検討されてはいなかった。<sup>(39)</sup>

そこで、トマスの人定法と神学を橋渡す自然法が、この問題にどうアプローチしたかを瞥見しておきたい。

(1) Godley, op. cit., [The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine], p. 163.

「一九世紀の法律学者—アングロ・アメリカ、フランス、ドイツの—は何故契約が拘束性あるいは強行性をもつのかを説明しな

った。彼らは単に拘束性をもつ、そして、強行しうる契約を意思あるいは同意の言葉で定義したに過ぎない。彼らは、何故当事者の意思が尊重さねなければならぬのかの理由を与えなかった。Ranouiがフランスの意思理論について省察した如く、契約の拘束力はそこで証明されるよりもむしろ当然のことと受け取られた。彼女は、彼らの見解についてのGounotの記述を引用している。すなわち、『契約は単にそれが契約であるがために拘束性を有すると。』一六三頁。「尤も有名な意思理論の批判者は後に彼らを、単に意思を強調したためではなく、何故当事者の意思が拘束性を持つべきかを説明することを拒否したために攻撃した。」一六三頁。そして、Godleyは、その批判者として、トインビーはHering、フランスではDuguit、アメリカではRoscoe Poundを挙げた。一六三頁。

なお、近時の外国法における諸状況については、多くの文献があるが、この点に関し、拙稿で参照した文献として、とくに、フランス法については、山口俊夫、前掲「フランス債権法」一二頁以下〔II フランス法における意思自治・契約の自由の原理と現代法における変容〕参照。そして、いまや、契約法の基礎理論の再検討にまで及んでいることも摘示しておきたい。尤も、その成果が結実しているわけではないが、英仏法の比較法的検討をした、ed Donald Harris & Denis Tallon, *Contract Law Today*, 1989。および、参照した文献として、とくに、e.g. Jody S. Kraus, 'Philosophy of Contract Law', in Coleman & Shapiro, op.cit., [The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law], p. 687 et seq. cf. Simmonds, op.cit., [The decline of juridical reason—Doctrine and theory in the legal order], pp. 4, 10, 18, 77, 94, 115, 121, 124, 130. Simmonds, op. cit., [Central Issues in Jurisprudence—Justice, Law and Rights], pp. 5, 9, 19~20, 53, 61, 62, 73~4, 109. Tom Campbell, *Justice—Issues in Political Theory*, 1988, pp. 18, 112~15, 117~22, 134, 140. イギリス法では、とくに特殊な経緯を辿るべき点を摘示したもののことについて、P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Contract*, 1979; Atiyah, *Essays on Contract*, 1986; W.R. Cornish & G. de N. Clerk, *Law and Society in England: 1750~1950*, 1989, p. 200 et seq. [A Whole View of Contract], ed by Larry Alexander, *Contract Law*, Vol. II, p. 413 et seq. [Part III Contract, the Distribution of Wealth, and Paternalism].

(2) 内田貴、前掲「契約の再生」二四頁以下〔約束と契約〕参照。そこでは、約因なき約束についての、申込撤回に関する新たな動きを提示している。cf. J.C. Smith & J.A.C. Thomas, *A Casebook on Contract*, 16th ed. 1977, p. 3 et seq. [I. Contract, Promise and Agreement].

ただ、その前に、内田貴の「約束と契約」との関係についての、英米法と大陸法との相違に触れている点は、本項の記述と些か相違してくる点があるかも知れないので、ここで引用しておきたい。

「英米（とくにアメリカ）では、契約を一人一人の当事者の行う約束に分解して説明する。」「たとえば、売買契約とは、売主は目的物を売るといふ約束と買主の金何万円で買うという反対約束によって構成される。」「そして、契約の拘束力を有するということは、再当事者が自らの約束に拘束されることを意味するのである。」「この点は、わが国（そしてドイツ）の民法で、売買契約を売主と買

主の二つの意思表示によって構成される一つの『法律行為』として観念し、そこから当事者間に債権・債務が発生する、と説明するのと多少異なっている。後者では債務の発生原因として契約がそれ自体としての存在を有し、いわば実体化されている。」「この説明の違いは、より一般的に言えば、英米法がローマ法の契約法をそのままでは継受しなかったことに由来する。」「一四頁。「すなわち、大陸法では、意思自由の原則がその後支配したにもかかわらず、ローマ法の基礎はそのまま維持されたため、契約を法が定めた類型に分類して理解し、その類型ごとに法が本質的要素や当事者の権利を定めている。したがって、契約との権利・義務は、当事者の合意そのものから生ずるといふより、法が定めた契約類型を構成する法的ルールから発生されるのである (Nicholas-1974)。つまり、契約は、当事者の約束につきるものではなく、売買や賃貸借といった法が定めた契約類型の一つ (無名契約も含めて) として実体化されて捉えられることになる。」「一四—一五頁。

そして、内田貢は、次に、英米法の特異性を説明するために、「約因」の問題に触れる。すなわち、「では約束が法的拘束力を獲得して契約となるには、どのような要件が必要なのであろうか。」と問題設定をする。一六頁。そして、「ここで出てくるのが、英米法特有の概念である『約因』(consideration)である。すなわち、約束は『約因』と呼ばれる要件を満たした場合のみ契約となりうるといふのが原則である。」「しかし、英米法における約因の議論は絶えぬが、その議論に内田貢は立ち入ることは避け、「約因とは、このような政策判断の歴史的な結晶である」とする。一六頁。そして、「これを法的判断基準としていかに定式化するかが問題となる」として、アメリカにおける Bargain 理論を紹介検討する。一六頁以下。そしてさらに、ハーゲン理論がコモン・ローに特有なものであることに言及したのち、バーゲン理論の問題がなぜ起きたのかという問題をもう少し探求せねばならぬとして検討を展開している。

確かに、「約因」に係わる問題は、英米法特有の法理といわれてきたが、その問題の考究は、先にも触れた如く、本項の課題から外れるので、これ以上触れないけれども、ここで、内田貢のみならず、一般に採用されている英米法と大陸法を区別する標識として用いたものが妥当か否かの問題が残っているということだけは摘示しておきたい。尤も、それは、どのような観点で英米法と大陸法を区分するかの基準にもかわり、それによって両者の相違点の摘示の仕方も異なってくることに留意しておきたい。Godley, *op.cit.*, [The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine], p. 1.

(3) ギールケ、前掲 [ドイツ私法概論] 二二九頁。「債務関係はドイツ法によると、とりわけ契約 (Gedinge) によって基礎づけられる。債権を基礎づける契約の効力は約束の尊厳に基づく。」「二二九頁。

約束は、元來人間のサンクションによってではなく、人間外の存在に絶対的なサンクションの源泉を承認することによってその効力を生じせしめたし、そのサンクションに基づいて種々なる強制を課してきた。その典型が、宣誓 oath であったし、その形式は基本的に今日まで連綿として機能している。e.g. Ibbetson, *op.cit.*, [A Historical Introduction to the Law of Obligations], p. 4. 40.



にその基礎にあるものは、*Fidei Iaesio*の観念であった。同前一三六頁。それは、英語では、*faithful promise*違反とも言われている。我が国民法では信義誠実の原則〔民法一条二項〕違反ということになるかも知れぬが、元来は、教会裁判所との関係で法的意味をもったもので、その意味では、*fidei*は神との関係で理解されるべきもので、究極的には神を信ずることに違反することを意味していたものと理解している。そこから、*Ibbetson*が、*threats and promise*の間には差異がないと摘示している点は興味深い。四頁。(但し)、*threat*の語は*fear*の方が適切かもしれない。拙稿、前掲一五卷一号一七一頁以下参照)。また、*Fidei Iaesio*の訳に、その宗教規範的ニュアンスを持たすため、訳の適否は別として、問題提起の意味を含めて信仰違反の語を充ててみた。拙稿、前掲五卷二号一八九頁、六卷一号七〇、七一、七三頁注(9)参照。この語が世俗化した後まで、かかる訳が通じうるかどうかは、私自身疑問とは思ふが、この語義を安易に世俗的に解することに疑念を感じてのことであったことを付記しておきたい。

因みに、ローマ市民法は、そもそも*fides*の概念を原理的には全く知っていなかったという。ウェーバー、前掲〔法社会学〕一九七頁以下参照。この概念のゲルマン法における*Treu und Glauben*〔信義誠実〕概念との異同、そのキリスト教化の問題の検討は専門家に期待する以外にない。

なお、内田貢、前掲〔契約の再生〕一〇八頁以下〔約束の拘束力〕。

「フリードは、契約法の基本原理は『約束は守るべし』という道徳原理であり、契約の重要部分がこの原理によって正当化されると主張する。」一〇八頁。「この、一見ごく常識的な主張に対しては、しかし、古くから根本的な疑問が執拗に投げかけられてきた。すなわち、なぜ約束に拘束するのか、という疑問である。」一〇八頁。

cf. p. Atiyah, *The Move from Agreement to Reliance in English Law and the Exclusion of Liability Relating to Defective Goods*, in "Contract Law Today—Anglo-French Comparisons", ed by Harris & Tallon, 1989, p. 21 et seq.

- (4) この点に関連して、原田慶吉は、ローマの債務と責任に関してではあるが、興味深い指摘をしている。些か関わりがあると思われるので引用しておきたい。原田慶吉、前掲〔ローマ法〕上巻一四八頁以下。「国家の債務者には当然には責任を発生しないが、私人の債務者には当然発生すると解することは、私人に国家よりも優越的地位を認めることとなり、到底当を得たものではない。従って私人間の債務関係に拘束力を付与すべき何等かの行為の必要が想像せられる。それは宗教心でもあり、信義(*fides*)でもあり得るが、法律的制度として拘束行為(*nexum*)を想像する学者がある。拘束行為は広義に於ては銅と衡を以てする行為で、従って握取をも包含するが、狭義にはオブリガティオの発生を目的とする或る行為である。」一四八—九頁。

- なお、ローマ法における「約束」概念の使用が優れて「問答行為」にかかわる点については、吉野悟、前掲〔ローマとその社会〕一六五頁以下〔第四章 契約法と社会〕、とくに一六九頁以下〔2 問答行為の種類とその運命〕参照。
- (5) 後出、本項〔2. トマスの約束と自然法〕〔6 契約と交換的正義〕の箇所参照。

(6) 拙稿、前掲一五卷一号一二二頁以下〔① トマスの自然法と potestas〔権力・権限〕と正義〕、一五卷二号一二八頁以下〔(iii) トマスと刑法—法と正義〕参照。たとえば、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七七問題「詐欺について—売買において侵される罪」、第七九問題「利子の罪について」参照。

(7) 民法違反と刑法違反の区別については、拙稿、前掲一五卷二号一七四—一七五頁において言及したが、刑事裁判と違った民事裁判の発生については、私の知識の範囲外のことであるので触れてこなかった。そこでまず原田慶吉の業績に依拠して次の点を摘示しておくことから始めたい。原田慶吉、前掲「ローマ法」下巻一五九頁以下参照。

「チ帝〔拙注、ディオクレティアヌス帝(二八〇—三〇五)〕までのローマの通常民事訴訟手続は、法廷 (in iure) 手続と審判人のもとに於ける (apud iudicem) 手続の二段階に分たれる。前者は法務官、県知事等の政務官の面前で行われ、ここで当事者の訴訟適格、訴権の有無が調査せられ、最後に当事者間に争点の決定が行われて、訴訟の内容が確認せられる。」「後者で通常一人の私人たる審判人が事実を審理し、証拠を挙げて判決を下す。かかる構成は原始時代の仲裁裁判手続より進化したものと考えられる。即ちローマ国の基礎が固まるとともに、裁判も私人に任ずることができなくなったが、ローマ国は全裁判を自己の掌中に取り上げることがせず、従前の仲裁手続は一応これを存続せしめ、ただそれに国家の公権的基礎を付与するため、訴訟監督、訴訟準備はこれを国家の手に握る形で、訴訟手続を構成したものとと思われる。従って法廷手続はローマ国の基礎の成った後の新しい要素、審判人のもとにおける手続は従前の仲裁時代からの伝統的な古い要素を代表する。」「一五九—一六〇頁。

この点の同様の指摘については、ウェーバー、前掲「法社会学」七六—七七頁訳注(6)参照。

なお、ローマ法と審判人 iudex については、スタイン、前掲「ローマ法とヨーロッパ」参照。共和政初期の審判人については、七頁以下、古典後期の審判人については、三—二頁を言及している。cf. Wolfgang Kunkel, An Introduction to Roman Legal and Constitutional History, 2nd, transl. by J.M. Kelly, p. 85 et seq. [6 Civil Jurisdiction and the Ius Honorarium] [II. The nature of magistral jurisdiction and its importance for the development of private Law.]

拙稿でも、この問題に関連して言及してきたが、フランク時代、ことにシャルルマーニュ時代の仲裁人 scabini については、拙稿、前掲四卷一号二六頁以下注(21)参照。

また、ゲルマン民族系の審判人については、ウェーバー前掲「法社会学」三〇九頁参照。「ドイツの審判人団 Schöffenkolleg は、昔のカリスマ的な法予言に代わって現われたものなのである。」「三〇九頁。なお、ゲルマンの Schöffe については、拙稿、前掲八卷一号一四八頁参照。共同体裁判所の性格をもつ仲裁から、一定の公的性格をもつ仲裁裁判への道は、地域地域の社会的構成の多様さと絡み、単純ではないが、後期中世社会の教会裁判所が一定の役割を演じてきた。

拙稿では、断片的ではあるが、世俗裁判所に大きな影響力をもった教会裁判所の民事手続については、拙稿、前掲四卷一号五一頁

以下。ことに一二世紀のローマ・カノン法の影響の大きかった点は、近代的訴訟法の導入過程の考察上留意すべきものといえよう。七七頁。なお、教会裁判所における仲裁人 *arbitre* については、拙稿、前掲四巻一号一一頁、二五頁以下注(19)、仲裁裁判権については、六巻一号七二頁(5)参照。教会判事裁判所の仲裁裁判権に言及している。また、ケルンの司教支配下の都市裁判所の中の「共同体裁判所」たる「仲裁裁判所」については、拙稿、前掲八巻一号二八頁参照。ここでは、「共同体」とは「宣誓共同体」を意味することが前提となっている。なお、同箇所一五三頁注(40)参照。また同注で、「審判人裁判所」につき「都市裁判所の変質」にも言及している。一五四頁。

因みに、トマスの仲裁人に関する紹介については、拙稿、前掲一五巻一号一五六頁以下注(34)参照。

他方、フランスの村落の低次的民事的係争に関し、村の名士裁判から、より重大化したものに対する領主裁判への言及としては、拙稿、前掲七巻一号一九二頁、また、イギリスの仲裁的機能については、五巻二号二二九頁注(1)で部分的に言及している。

なお、ローマ時代、普通法時代の仲裁制度の研究として、小山昇、「仲裁法史の一齣」(小山昇、『仲裁の研究』所収、信山社、平成3年)二二三頁以下を挙げうる。ただ、この点は、本稿の課題とは些か迂遠であったので参照しなかったことだけ断っておきたい。

(8) 本項、前出〔④ 約束の拘束性—obligation〕注(2)参照。

なお、*contractus* については、主にトマス、前掲「神学大全」第八分冊、第一三分冊、第一八分冊、*contractio* については、トマス、前掲第五分冊で触れているが、この点は後述する。

拙稿でも、既にこれらの概念について断片的ではあるが言及している。

まず契約概念については、拙稿、前掲八巻一号一三五—一六頁「商人間の契約と都市法」、一六三頁「都市参事会と外人裁判所」、九巻二号六四頁「バラ裁判所」、七二頁注(15)「バラ裁判所のコモン・ロウ化—一四世紀」ならびに「商事慣習によるヨーロッパでの同意の契約観念の普遍化」、一四巻二号四八頁注(22)「私的同意による契約」で言及した。契約締結の法的強制については、「仲裁契約」に関連して、一五巻一号一五八頁注(14)で触れた。盟約の拘束性について、一一巻一号二七頁「カノン法による根拠」で言及している。商人間の契約について宗教的観念の絡むことについては、九巻二号七六頁注(28)、一〇巻一号六六頁注(8)で触れている。契約違反に裁判所がタッチすることに關し、コート・バロンについては、九巻一号一四九頁、九巻二号六九頁注(10)、一〇巻一号六六頁注(8)で言及してきた。また一二世紀以来、都市の勃興にともなって、新しい形態の契約が発生したことについては、八巻一号一三四頁、一六七頁注(100)で触れてきている。

次に、*promissio* については、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊、第一六分冊で *promissus* については、第一一分冊参照。この点も後述する。

なお、contractus の語の変遷については、原田慶吉、前掲「ローマ法」上巻一七〇頁。「当初は contractus の語は合法行為に基づくところでない場合とを問わず、法律関係設定の事実を指したと解せられる。即ち債務は或いは delictum contractum (結ばれた不法行為) か negotium contractum (結ばれた行為) から発生したわけであるが、後 negotium contractum については名詞が脱落して contractum のみとなり、更にそれが contractus に変じ、これが専ら不法行為に対抗して用いられ、市民法が債務を発生せしめるに足る行為又は事実を指すこととなった。少なくともユ帝法では主観的意思の合致は要件となっていないが、古典法に於ても果してそうであるか、事実管理も、不当利得も、片約も contractus の中に含まれていたのでないかと疑う学者も尠くない。」一七〇頁。約束(プロミス) 概念についても、拙稿でいろいろの形で触れてきている。すなわち、前掲四卷一号二〇—二一頁、三一頁注(34)「教会裁判所の管轄の一つとして「俗人の約束」。イギリスの教会裁判所の管轄についての言及として、五卷一号四二頁、四三頁注(2)、一〇卷一号六六頁注(8)。フランスの教会裁判所等の管轄については、六卷一号六九頁以下、七二—三三頁注(7)で触れている。単独行為たるプロミスの強行性一般については、八卷一号一三六頁で言及している。また、約束違反については、六卷一号七一頁で触れている。

(9) トマスの contract の法に関する論考は、端的に表現されたものはないといわれている。cf. Godley op.cit., [The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine], p. 15.

(10) Godley ibid. 「トマスは、けっして、これらの契約を支配した法について論考を書かなかったけれども、後期スコラ学派の人々は、トマスがいかに推し進めようとしていたかを想像することは容易に見出した。」一五頁。

トマスの promissio 概念の使用の仕方には二通りあり、一つは、神法の範囲に属し、他は、人と人の関係に関する法の範囲に属する。

前者については、第一三分冊第九一問題「法の多様性について」〔第五項 神法は一つのみであるか〕において、まず、「法の第一の要件はその目的たる共通善へと秩序づけられる」とし(二八—九頁)、「しかるに共通善に二つの種類を区別することが可能である。」とする。二九頁。一つは、「地上的な sensible et terrenum 善」であり、「このような善へと直接的に秩序づけたのが旧法である。」とする。二九頁。「もう一つは知性的で天上的なる intelligibile et caeleste 善」であって、新法はそうした善へと秩序づけるのである。」

「このゆえにアウグスティヌスは『旧約には現世のことからの約束がふくまれていて、そのため『旧』と呼ばれるのであるが、これにたいして永遠な生命の約束は新約に属する』と語っている。」といっている。二九頁。

これに対して人と人との関係に属する法の場合については、特に第一八分冊第六一問題「正義の諸部分について」〔第三項 両者の定義はそれぞれ異なった対象領域を有するか〕一〇六頁参照。(この場合の「両者」とは、「配分正義」と「交換正義」を指してい

る。)

この場合の人の約束の行為について、トマスは、「正義」の徳に関わる場合と、そうでない場合を区別している。すなわち、「或る人が随意的に自分のものを他者に渡す場合には、随意的な交換と呼ばれる。」(ところで、もし人が自分のものを、たとえば贈与の場合の場合のように、負い目 *debitum* なしに端的に *simpliciter* 他者に渡すならば、それは正義の行為ではなく、寛厚 *liberalitas* の行為である。)として、区別している。一〇六頁。「これにたいして随意的な譲渡は、そこに何らかの負い目の側面 *ratio debiti* が見出されるかぎりにおいて、正義に属する。」一〇六頁。

ただ、「一人の人間の他者に対する関係が問題になるのは、それによって人々が相互に交わりをもつことが可能になるところの、外的行為的物事を通じてである。」「したがって、正義は他者へと秩序づけられているものであってみれば、それは倫理徳の対象領域の全体にかかわるのではなく、むしろ対象の或る特定の側面 *ratio objecti specialis* に即して、外的行為および事物のみにかかわるのである—すなわち、それらに即して一人の人間が他者に関係づけられる *ordinari* かぎりにおいて。」

また、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五八問題「第八項 特殊正義は特定の対象領域を有するか」四三頁参照。そこでは、かかる関係における正義の特殊性と相対性を摘示している。このことは、現代法における債権法の相対性(債権の対人性)に関わってくることの前提となるものといえる。

しかし、その場合にも、徳の行為はすべて自然法に属するかという問題がある。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九四問題「自然法について」第三項 徳の行為はすべて自然法に属するか」七四頁以下参照。この問題は、トマスの契約観を見る場合にかなり重要な点であるといえる。そこで、後述「2. トマスの約束と自然法」でなお検討して見たい。

ところで、「諸々の徳の対象はすべて或るひとの私的な善 *bonum privatum* にたいしてか、あるいは集団の共通善に関係づけられることが可能である。」一一二頁。「しかるに上述のごとく(第九四問題「自然法について」)第二項 自然法は数多の規定をふくむか、あるいはただひとつか)、法は共通善に秩序づけられている。」(傍点筆者)一一二頁。「それゆえ、およそいかなる徳であっても、法はそれに属する行為を命ずることができる。」一一二—一三頁。「しかし、人定法はすべての徳についてすべての行為を命ずるのではなくて、共通善へと秩序づけられるような行為のみを命ずるのである。\*」「この秩序づけは、或ることが直接に *directe* 共通善のために為される場合のように直接的・無媒介的 *immediate* であるか、あるいは立法者によって(市民たちの)善き規律・訓練に属しながら規定される場合のように間接的 *mediate* である。」「すなわち、こうした訓練を投じて市民たちは正義や平和などの共通善を維持してゆくように教導・形成されるのである。」一一三頁。(※ただここで留意せねばならぬことは、この点に關し、訳者「稲垣良典」が(訳注(二五四)で述べていることである。すなわち、「トマスが(第九分冊)第二一問題「人間行為に、それの善性または悪性のゆえをもって随いきたる各般のことからについて」(第四項 人間行為はそれが善き行為であるか、あるいは悪

しき行為であるかによって、神のまえでやはり、あるいは『功績的』という、あるいは『罪障的』という特質をもつのであるか」第三異端解答においてのべているように、『ひとはかれの全体、ならびにかれの持物のすべてにおいて政治的共同体 *communitas politica* へと秩序づけられているのではない』からである。「この点を換言するならば、政治的共同体の人間の行為に対する制約には限度があることをトマスが認めているということになろう。」

なお、当然のことながら、トマスは、「共通善を私的善に優先させるべきである」としている。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇五問題「司法的規定の理由について」第三項 司法的規定は外国人に関して適切に定められていたか」四〇二頁、第一八分冊第六八問題「不正な告発に関する事柄について」第一項 人は告発することを義務づけられるか」二四八頁。（この点、稲垣良典、前掲「トマス・マクイナス倫理学の研究」第一四章 トマスの社会思想」三四五頁以下参照。）

その点をより詳述するならば、トマスは、「倫理徳相互の区別について」（前掲「神学大全」第一一分冊第六〇問題二〇五頁以下）において、契約や約束の前提となる倫理徳に関して「負目 *debitum* \*」という概念についてまず言及している（第三項 働きに関して）はただ一つの倫理徳があるだけか」（二一五頁以下）。\* *debitum* という概念は、*debt* 概念等として今日でもいろいろの場面で利用されているが、トマスの場合、その義務論実務論を表す語として重要な意味を持たせている。トマスの徳と義務論の関係については、稲垣良典、前掲二九一頁以下「第二章 目的論・対・義務論」参照。なお、トマスの「神学大全」では、この語の訳に、「負目」のほかに「義務」「実務」あるいは「当然帰すべきもの」等々が充てられている。例えば、第一八分冊第七九問題「正義のいわずば構成的部分について」第三項 怠慢は特殊な罪であるか」四一四頁では、「義務的善 *bonum debitum*」について語っている。」

まず、「負目」の概念から見てみると、前掲箇所で、「働き・行為にかかわるすべての倫理徳は正義のある一般的な本質側面 *ratio generalis* —それは他者にたいする負目 *debitum* に即してとらえられる— に関して合致するが、（正義にかかわる）様々の特殊的な本質側面 *ratio specialis* に即して区別されるのである。その理由は次のごとくである。すなわち、上述のように（第二項 働きにかかわる倫理徳は情念にかかわる倫理徳から区別されるか）外的行為における理性の秩序の *ordo rationis*（行為する）人間の情動 *affectio* への均衡に即してではなく、それ自体における事物の適合性そのもの *ipsa convenientis* に即して確立される。そして、この適合性にもとづいて負目という本質側面 *ratio dicitur* が成立し、それが正義の本質 *ratio iustitiae* をなすものにほかならない。というのも、負目を帰すことが正義に属する、というふうに思われるからである。」（傍点筆者）二二三頁。「しかしながら、負目 *debitum* といっても、その意味 *ratio* はすべての場合に同一ではない。というのも、同等の者にたいして何かを負う場合と、目上あるいは目下の者にたいして負う場合とは違いがあるし、また契約 *pactum* あるいは約束 *promissus* にもとづいて生じるものと、好意 *beneficium* を受けたことにもとづいて生じる負目とは違ったものだからである。」二二三—二四頁。「こうした負目の異なった意味に即して様々の徳が区別される。」二二—二四頁。

かくして、「共通善の実現をめざすところの正義は、或る人の私的な善 *bonum privatum* へと秩序づけられた正義とは異なった徳である」ということになる。二二四頁。

(11) Godley, op. cit., p.10. 「アリストテレスは徳を論じていた。後期スコラ学は、アリストテレスが promise-keeping, commutative justice, liberality の三つの徳と記した徳をめぐる彼らの契約の法理を築き上げた。そうするにあたって、彼らは、いかに、アリストテレスの原則が徳のみならず、道徳法を考慮するに用いられうるかを証明することによって総合へ向かっての第一歩を踏み出した。」一〇頁。

トマスの倫理学の体系の中に、この問題があったことに対するトレルチの指摘については、拙稿、前掲一二巻二号五五頁以下注(2) 参照。なお、この点に関して、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九〇問題「法の本質について」〔第一項 法は理性に属するところの何ものであるか〕三頁参照。拙稿、一四巻一号一六頁注(3) 参照。

(12) cf. Godley, op.cit., pp. 11~12. トマスは、「約束はかくして彼自身のためになされた法(規)である。」と受け取っているという。一一頁。

なお、これは、トマスが「誓願」に関して述べて中で触れている叙述である。トマス、前掲「神学大全」第一九分冊第八八問題「誓願について」〔第一〇項 誓願に関して免除されることは可能か〕二二七頁。

「しかるに、同様の仕方で、誓願を立てる者は或る意味で自らにたいして法を制定するのであって、すなわちかれは、それ自体において、また大多数の場合に善であるような或ることへと自らを拘束するのである。」二二七頁。

Godley は、このトマスの言をアリストテレスから由来するとしているので、いましばらく、彼のアリストテレストマスへの指摘を瞥見して見よう。「アリストテレス、前掲「ニコマラス倫理学」(上) 第四巻第七章一六〇頁以下参照。」

「かくして、彼の言葉を破るものは真実ではない。もし、彼が正義ならびに不正義に属する事柄において、彼の言葉を破るならば、その時は、彼は、同様に『もう一つの徳 *virtus*』、すなわち、アリストテレスが後で交換的正義としてアイデンティファイした徳に欠けることになる。」一一頁。

「同様に、トマス・アクィナスは約束することは、*fidelity and honesty* 「誠実」事項として拘束すると説明した。」一一頁。「約束を破ることは、次のようなある違いがあるけれども、嘘をつくようなものである。」(ここで、Godley が引用しているトマスは、「神学大全」第二〇分冊第一一〇問題「真実と対立的な諸々の悪徳について」〔第三項 すべての虚言は罪であるか〕の「異端解答(五)」一六〇頁である。) すなわち、「或ることを約束する者は、約束したことをはたそうとする気持をもっているならば、嘘をつくことにはならない。なぜなら、かれは自らの心に抱いていることに反して語っているのではないからである。だが、もしかれが約束したことを実行しなかったならば、意向が変わったということによって、誠実さを欠く仕方であるまっとうに見えるであろう。」

(拙注、この点は、イギリス法のエクィティを見る上で肝要な点であるといえる。なお、ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」二二―三三頁参照。『契約は遵守すべし』(pacta sunt servanda) という自然法規範は「嘘をつくなかれ」という規範から出てくる。」二二―三三頁)。

ただ、Godleyはその注で、「トマス、前掲『神学大全』第一九分冊第八八問題〔誓願votumについて〕〔第三項 すべて誓願を遵守することが義務であるか〕一九一―二二頁にも触れている点は、本項の課題考究の上で重要なので引用しておきたい。

「人間が人間にたいして為したすべての約束によって拘束されるのは道徳的債務 honestas にもとづいてであり、これは自然法 ius naturale にもとづいて債務 obligatio である。しかるに、ある人が法的債務 obligatio civilis をもって或る約束を果たすように拘束されるためには何か契約の要件が必要とされる。」一九一―三三頁。

このことは、いわば自然法に基づく債務と人定法上の法的債務を区別し、後者については、何らかのいわば causa を必要とする見解をとっているものと思料しうる。

ただ、トマスは、約束が遵守されねばならぬかという説明のみならず、いつ when 約束が保持されねばならぬかという点にまで進み、その点で、アリストテレスの徳論を越え、「自然法」の論議にまで及んでいることを、Godley は摘示する。一一頁。したがって、トマスの場合、自然法においては、すべての約束は拘束性を有するが、人定法については、その上に諸要件を加重している点は、ローマ法の伝統を採択していると Godley は見ている。但し、トマスはその要件については詳述していないとする。一一頁。

(13) Godley, op. cit. p. 230.

「二度、哲学は法学者の仕事を変形させた。」一六世紀に、後期スコラ学者は、アリストテレスとトマスから採った概念をめぐって、再組織化した。「契約法は、初めてシステムティックな法理論的組織を取得した。」一七世紀に現代批判哲学の基礎づけをした者たちは、後期スコラ学者が築いた概念を問題にしてきた。「長い間、法学者は、彼らを鼓吹してきたアリストテレスとトマスの哲学から自身距離をおきながらも、彼らの法理を保持した。」結局、彼らは、現代の哲学者が否認した概念を除こうとすることによって、これらの法理を再稼働させた。「その結果が、契約の意思理論であった。」二二〇頁。

「もし意思理論が、法の分野で意味あらしめうるならば、その分野は契約法であろう。」しかも、意思理論は成功しなかった。「彼らは、決して、彼らが放棄した、より古いアリストテレスの概念なしには、彼らの学説を機能せしめ得なかった。」「これらのより古い概念の一つが切除されていたすべての点で取り消しえない論争が勃発した。」二二〇頁。

「意思理論の反対者は、これらの困難を指摘することによって、彼らを不信たらしめた。」「客観理論」の一派は、意思の概念が、申込と受諾、錯誤、詐欺、脅迫、あるいは黙示条項の問題を解決しなかったと指摘した。「事実、あらゆる概念の適用は逆説的になった。」「後の批判者は意思理論は、法が契約の公正さに係わる、そして、係わるべき多くの事例を説明しえないだろうという。」二二



三〇頁。

「今日、われわれは、一般的に契約の認められた理論をもっていない。」「客観理論は、彼らがかつて享受した法学者の間で限られた支持さえ失ってきている。」二三〇頁。「人が、何故法が他のものでなく、ある結果を結びつけたかを説明しえないならば、契約を、当事者の外的行動へ法が結びつけた一連の結果であると定義づけることは、援けにはならない。」「契約の実行可能な理論は、契約の公正さを考慮せねばならぬだろうという広汎な合意はあるが、しかし、いかにしてそうするかに関して、合意は存在しない。」二三〇頁。

(14) 前出〔④ 約束の拘束性—obligation〕〔序〕注(9) 参照。

(15) Godley, op. cit., p. 5 et seq. 後期スコラ学派の役割については、一部拙稿においても触れている。拙稿、前掲一六卷一号〔補論—dominium 概念と所有権理論〕二八四頁以下参照。

(16) 拙稿、前掲一六卷一号〔補論—dominium 概念と所有権理論〕二七九頁。cf. Tuck, op. cit., pp. 34~5.

(17) ルーマン、前掲〔社会の法I〕〔第四章 コード化とプログラム化〕一八二—三頁。

「何よりもまず、法と不法とがかくも鋭く、非宥和的に区別されているということ、自明のことと受け取らないように注意しなければならぬ。」一八二頁。「むしろそれを、通常ならざる事態と見なす必要がある。そうすれば、法の進化がどのくらいの範囲にわたって、法に内在する誘因に対する反応として生じてくるかを明かにできるだろう。」一八二—三頁。「たとえば、ローマ民法の最も重要なカテゴリーである責務 (obligatio) は、次のようにして生じてきたように思われる。」一八三頁。「すなわちまずある人が、過失によって (ex delicto) であれ契約によって (ex contractu) であれ、不法 (Unrecht) の状態にあった。この不法を適法な (rechtmässig) 取り扱ひのもとに置くためには、それを法の形式へと整えなければならなかったのである。」一八三頁。「それはたとえ義務づけとして、拘束 (vinculum) として、あるいはなされるべき給付というかたちで負債を厳格に特定すること (ad-strictio) として生じてくるかもしれない。」「不法行為法と契約法は、それぞれ類型化の形式を備えているが、この二つの法は、この責務の展開形態として成立してきたのである。すなわち、債務法としてである。」一八三頁。

なお、contract が法的効力をもつためには、被害に責任のあることを証明せねばならず、そのため、契約が、人と人の間の倫理的関係になるためには常に対人性が要求される。その関係の存在を表わすものとして、古来いろいろの要素が用いられたことについては、幾多の指摘があるが、例えば Ibbetson, op. cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligation], p. 4 et seq. [Contract and Personal Bonds] 参照。

(18) もとより、obligation 概念は私法関係のみならず、政治関係についても使用され [political obligation]、それは公法関係の一つの問題を提起しているが、それはここでは視野外におく。

この obligation という概念についても、原田慶吉、前掲「ローマ法」上巻一四七頁以下で興味深い指摘をしている。ただ、この点も異論が存在するようであり、本稿で深く立ち入ることは避けざるをえないが、次の点だけは紹介しておきたい。

「(1) 債務関係 (obligatio) の定義 ユ帝法学提要(三・一三・前書) は定義して曰く、『債務関係は法の鎖である。これにより我々は、我々の国の法律に従って何等かの物を履行する必要に拘束される』(obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura) と。定義が鎖 (vinculum) 束縛 (債務関係) (obligatio) 拘束する (adstringere) 解く (履行する) (solvere) というのも、観念的で物理的ではないが、当初に於いては物理的な意義のものであった可能性は強い。それではこれを物理的意義に理解した場合には如何なる観念を説明するか。」一四七―八頁。

「(2) 債務 (Schuld) と責任 (Haftung) 比較法上殆んど普遍現象とまで考えられた両概念の区別から見るときは、かかる物理的意義としてのオブリガティオ (obligatio) は債務関係でも、債権でも債務でもありうる」とは債務より責任観念に結び付く。「ローマに於いても極めて古い時代にはこの区別が存したが、比較的早期に両者は結合したものと解せられる。」一四八頁。

そして、注(4)で触れたごとく、原田慶吉は、「私人間の債務関係に拘束力を付すべき場合には、何等かの行為の必要性が想像される」に至るといふ。一四八―九頁。

なお、この点に関し、古典時代とユスティニアヌス法典時代とで異なってくる点については、後出注(22)参照。

さらに、obligation の法が、広く不法行為法を含むことについては、スタイン、前掲「ローマ法とヨーロッパ」二六頁参照。ガイウスは、obligatio が債務者の「負担」であるとともに債権者の「財産」と考えたことを摘示し、「債権者が債務者を訴える権利」を「オブリガティオ」として取り扱うことによつて、ガイウスは、オブリガティオの概念が拡張し、この範疇のもとで契約だけでなく不法行為を債権の発生原因として認めたといふ。二六頁。

- (19) Ibbetson, op.cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligation], p. 1. 尤も、イギリス法では、Law of obligation という概念が習熟されてくる概念ではなかつたと言われつつある。A.M. Tettenborn, An Introduction to the Law of Obligations, 1984, p. v.

- (20) Ibbetson の作業はその一環といえる。Ibbetson, op. cit., pp. v~vi. 尤も、現在では、グローバル化の時代といわれるように、商品経済の網の目は世界的規模で拡大しているため、それに即応する契約法の画一化の要求も強いことは想起されねばならぬであらうが、実は、一国内でも多民族を抱えている国々では、その法の統一化は喫緊の要務であるし、また、かつて植民地であった場合には、宗主国との関係で多様な法形態をとっており、その調整が課題になってくる。

イギリス法自体、イングランド法と civil law 系のスコットランド法の調整の問題を孕んでいる。イギリス法では、一九六五年の Law Commission Act (c, 22) によつて設けられた Law Commission 「法律委員会」の第一プログラムの課題となっていた。そこで

- は、契約の自由と公正な取り引きのような原則との調和が大きな問題になっていたといふ。Leslie Scarman, *Law Reform—The New Pattern*, 1968, pp. 20~21. J.H. Farrar, *Law Reform and the Law Commission*, 1974, pp. 62, 66 n 68, 146 et seq. イングランド法とスコットランド法の間の調整はなかなか上手くゆかなかった経緯がある。因みに、Law Commission のために単独で契約法典草案を起草した Harry McGregor, *Contract Code—Drawn up on behalf of the English Law Commission*, 1993 は注目されている。なお、イギリスの法学も他国の法制と法学者の意見に耳を傾けることが多くなってきたことも無縁ではない。cf. ed by Donald Harris & Denis Tallon, *Contract Law Today—Anglo-French Comparisons*, 1989. 開発途上国とかいつの宗主国との関係については、安田信之、「開発法学—アジア・ポスト開発国家の法システム」、名古屋大学出版会、二〇〇五年、一六一—三頁参照。

(21) 前出注(18)参照。

(22) ローマ法一般に関しては、原田慶吉、前掲「ローマ法」参照。本項の課題に関しては、同前(上巻)「第七章 債権の発生」一六九頁以下、とくに一七〇頁以下「第二節 契約より発生する債務」の項参照。

なお、先に触れたごとく、古典時代とユスティニアヌス法典時代では、obligatio の効力に質的相違の生じてくることについて留意しておきたい。原田慶吉、前掲一六二頁以下「第六章 債権の効力」【第一節 対内的効力】参照。

「古典時代には、金銭判決 (condemnatio pecuniaria) の原則を一貫したため、債権者は債務者の債務不履行に対しては、単に損害賠償を以て甘んずるより外ない。ユ帝が始めて与える債権には、執達吏の手に依る物自体の強執行を認めた。」一六二頁。

「古典時代には各訴訟に従って種々の形態の責任理論が行われていたが、訴訟理論を理解しないピサンチン法学者はこれを整理し、段階化し、道義的主観的因子に重きを置いて、上記のユ帝法、普遍的責任理論を組み立てたと考えられる。」一六四頁。

cf. Miller, op. cit., [The Data of Jurisprudence], p. 168 et seq. [Sect X Ground of Obligation].

(23) Godley, op. cit., p. 30 et seq. [3. Roman Law and the Medieval Jurists].

(24) Godley, op. cit., p. 30.

「アリストテレスの哲学とローマ法は中世大学において強烈に研究されたが、中世法学者はこれらの知的伝統を総合することは出来なかつた。」「それにもかかわらず、彼らは、後期スコラ学者が結局成し遂げた綜合に容易に適合するような方法で、ローマの一定のテキストを解釈した。」「後に見るように、彼らは、アリストテレスとトマスに親んだためにそうしたし、これらの哲学者の意見を彼らのテキストに読み込んだ。」「三〇頁。

(25) Godley, op. cit., p. 30 「ローマ人は契約法の理論あるいは一般法を持っていなかった。」「彼らは、特定の契約の法、例えば、sale, lease, pledge, partnership の法は持っていた。」「三〇頁。

「ローマ法学者 Gaius は、contract と delict を区別した。……」三一頁。「その理由は、ある現代の学者たちに従えば〔注、

Coing]、アリストテレスから、直接間接に借用した、ということである。」三一頁。「彼は、一般的に contract と delict について語った最初のローマ人である。」三一頁。「この区分もまた彼はアリストテレスから借用したのかも知れない。」三一頁。

「兎も角、その類似性はそれ以上に出していない。」三一頁。

ローマ法を素材にそれを抽象的な觀念に纏めようとしたのは、中世を経ることによってであると Godley は摘示する。

(26) 拙稿、前掲一巻一号二六頁注(15)。

(27) Godley, op. cit., p. 41. その文は、Accursius の言が引用されている。

(28) 原田慶吉、前掲「ローマ法」上巻、一五八—九頁。

(29) 原田慶吉、前出注(28)参照。拙稿において言及してきている。拙稿、前掲一六巻一号「補論 dominium 概念と所有権理論」

〔5〕ルネサンス〕〔iii〕Vallaとその後継者〕、〔iv〕Bartolus de Sassoferrato〕の箇所参照。

山口俊夫、前掲「フランス債権法」二三四頁。なお、自然債務を認める根拠も問題になるであろう。同書、二三四—五頁。

ミッターイス、前掲「ドイツ私法概説」二五二頁。「発達したローマ法では、すでにずっと以前から、債務と責任 (debitum と obligatio) は融合していた。」「すべて債権関係は訴と執行とが可能だったのであり、このことが例外的にあてはまらない場合には、人は自然の拘束関係つまり自然債務と称したのである。」「かくして継受は、中世後期の法において途を聞かれていた発展を完成したのであった。」二五二頁。

さらに、ミッターイス、前掲「ドイツ私法概説」二五三頁では、「責任なき債務という概念が、『自然債務』という無内容な概念に代わるべきであろう。」と摘示していることも付言しておきたい。二五三頁。

かかる意味では、川島武宜、前掲「債務法講義—第一分冊」六〇頁以下の指摘は興味深い。そこでは、自然債務概念の消滅と、近代社会におけるこの語の使用に関する疑義を摘示している。本稿との関連で見ると、「すべての契約に裁判上の保護をみとめる必要は、自然法思想の支持のもとに自然債務の概念を消滅せしめるにいたった」とし、「近代民法においては、すべての合意は一般に、ただそれが合意であるという単純な理由で、当然に法的効力を生ずる(すなわち裁判上の保護をうける)ものとされているからである ("pacta sunt servanda")。』とされている。六一頁。

(30) Miller, op. cit., [The Data of Jurisprudence], p. 57.

(31) 山口俊夫、前掲「フランス債権法」四六頁。「ローマ法においては《causa》の語は、今日の意味における契約の『原因』とは異なり、契約を発生させるための有効な方式または要物契約における物の交付などの意に用いられた。」「契約の原因をその有効要件とする、原因の抽象的概念を生んだのは教会法であったが、近代契約法における原因論 (théorie de la cause) 始祖は Donat であるとされている。」「Potie によって受け継がれ、民法典編纂者によって採択された原因論は、一九世紀の学説によって精緻さを加え

たが、他方それに対する疑問もいち早く提起され、ことに一九世紀末以後、原因論は、Paniolを旗頭とする原因無用論者(anti-causalistes)により激しく攻撃され、学説では一時、無用論が支配的傾向を示すにか見えた。「しかし、判例は、古典的原因論を修正しつつも、絶えず原因を有効要件とする立場を変えず、この判例理論は今日、学説のほとんど一致した支持を受けている。」四六頁。

なお、Donatによる原因説については、神戸大学外国法研究会、前掲「仏蘭西民法(Ⅳ)」五六頁以下参照。

(32) 神戸大学外国法研究会、前掲「仏蘭西民法(Ⅳ)」六二頁以下参照。なお、同書五八―九頁では、近代フランス法における「契約の原因と債務関係の原因」について言及している。

(33) 後期スコラ学派の役割については、cf. Godley, op. cit., p. 10. 「ギリシア哲学とローマ法はいろいろな方法で一六世紀において後期スコラ学者が成し遂げた総合に貢献した。」一〇頁。「ローマ法は豊富な法的些細を与え、また後期スコラ学者に日程を上程させた。」「しかしながら、彼らは、より大きな哲学的概念を適用することによって、ローマ人が提起した問題を解決しようとした。」「しかしながら、彼らは、トマス・アクィナスによって解釈された如くにアリストテレスの哲学から彼ら自身でその観念を受け取った。」一〇頁。

(34) Godley, op. cit. pp. 49~57; Robinson, op. cit., [European Legal History], paras 5, 3, 6; 5.9.3~4; Müller, op. cit., [Huguccio], p. 112 n. 10.

(35) causa 概念は多義的であるので、就中本稿に関係ある拙稿の前掲箇所を摘示すれば以下の如くである。すなわち、拙稿、前掲四巻一号五六頁「一二世紀における新カノン法の新訴訟手続における訴状における訴訟原因の記載」、一巻一号二七頁注(15)「実体カノン法に関連して」、六巻一号七三頁注(9)「約束違反に関する約束の強行性の問題」、一三巻一号二四頁注(15)「トマスの形相因目的因」、一三巻二号四八頁注(5)「人間の自由意志と第一原因」、一五巻二号一七〇頁注(25)「正当事由」。

(36) Godley, op. cit., p. 40.  
「BartolusとBaldusは、数多くのローマのテキストにアリストテレスの観念を読み込むことによって後期スコラ学派を予見した。」四〇頁。

「その他の場合において、中世法学者は後期スコラ学と殆ど同じ結論に達した。そして、彼らはアリストテレスを読んでいたのでそうした。」四九頁。「バルトルスとバルダスによるcausaの法理の様式化は、かかる事例の一つである。」「この法理にしたがって、当事者の同意は、原則として、次の二つの理由すなわちcausaeのうちの一つのためにそれが与えられた場合にのみ拘束性を有した。すなわち、liberality(寛厚)、あるいは、一方が与えたものに対する返報としてもを受け取る場合である。」「かくして、この法理は、ローマ人よりさらに進んだ。ローマ人は贈与をする契約を交換の契約と区別していた。そしてまた、バルトルスの先人

よりもさらに進んだ。彼らは、*cause Iucrativa* [無償の因]をなす契約と*causa onerosa* [負担になる因]の契約を区別していた。四九頁。

「後期スコラ学派は、その法理が同質であることを見出した。というのは、彼らは、トマスの如く、契約間の基本的区別は寛厚の行為と交換的正義の行為の間のものであると考えたからである。」「後に見るように、すべての類似性において、バルトルスとバルダスは、この心に抱いたこの区別をもって法理を様式化した。」「それにも拘わらず、彼らはローマ法を、アリストテレスの原則によって体系的に説明しようとは企てなかった。」「彼らは、単に、彼らのローマ人のテキストを解釈するにアリストテレスは役立つことを見出したに過ぎなかった。」四九頁。

(37) Godley, op. cit., pp. 50~57.

(38) Godley, op. cit., p. 40 et seq. [The Medieval Jurists and Law of Contract].

(39) トマスの *causa* 論は、ローマ法の契約法における *causa* 論とは別次元の論議であった。しかし、トマスも約束は守られねばならぬとしているならば、その両者間に交錯する点があったか否かが問題になった筈である。

Godley, op. cit., p. 69 et seq. [4 Synthesis]. その *causa* 論については、とくと、pl. 77 et seq.

## 2. トマスの約束と自然法

### α 問題点

これまでも触れてきた如くに、Godley は、ローマ法とトマスの道德哲学の綜合を後期スコラ学派に求める。<sup>(1)</sup>では異質のローマ法とトマスの倫理学が契約ないし約束の遵守に関し、どこでその接点を見出しようとしたのであろうか。

Godley は、トマスの約束遵守の理論的根拠が、アリストテレスの理論の延長線にあるとして、アリストテレス<sup>(2)</sup>トマス理論として把握する。ではその真髓はどこにあると考えたのであろうか。

ロンメンは次の如く摘示している。すなわち、

『契約は遵守すべし』(pacta sunt servanda) という自然法的規範は『嘘をつくなかれ』という規範から出てくる。』  
二二二頁。「しかしながら、法の歴史が示すように、この原則を正しく運用するためには、『理性のより明敏な考慮』

(subutilior consideratio rationis) が必要である。悪意もしくは過失による責任と、責に帰すべからざる、したがって『過失なき』契約不履行の責任 (偶発事故の責任 (Zufallshaftung)) とは、実に『賢者の考慮』 (consideratio sapientum) によって区別され、前者はそれ故に法律でも別様に規定されている。<sup>(3)</sup>

これによって契約の遵守はまず「嘘をつくなかれ」という規範から生ずることが摘示されている。<sup>(4)</sup>しかし、この「嘘をつくなかれ」という規範は、トマスでは、いろいろの場合が存在することを摘示している。就中、「約束」については、その嘘言にならぬ場合として、真実、約束者が履行の意思をもって約束した場合を上げている。しかし、約束を實行しなかったらそれは「嘘言」になるかという問題が生ずるとする。だが、その場合にも、トマスは、二つの理由で罪にはならない場合があるとす。すなわち、その第一は、明白な違法を約束していた場合であり、第二は、約束にかかわる人間および客観的条件が変わった場合であるという。<sup>(5)</sup>だが、このことは、いずれにせよ、約束者自身の言動の問題である。しかるに、对人的関係では、それを前提にしても、他の拘束性の要素が重要になってくる。

そこで、先に言及した如く、人と人との関係における人の行為の倫理性について、約束には、二通りあり、一つは正義に属するが、他は寛厚 (liberalitas) に属することを摘示した。<sup>(6)</sup>しかし、いずれにせよ、約束は約束である。一九世紀の意思主義を極端に表現すれば、すなわち、当事者の意思に絶対性を付与するならば、それが当事者のみならず裁判官をも拘束することになる。換言すれば、そこに誕生した合意は、法的意義を保ち、裁判規範として機能することになる。しかし、意思に絶対性を付与しえないならば、意思にかかわるなんらかの規制的要素「相手に伝わらねばならぬという当然の要素は別として」がその有効性に対して働かねばならぬこととなる。では、私人の約束した意思に絶対性をトマスの時代にあつて、なお約束遵守が要求されるとするならば、それはどのような要素が働くと考えたためであらうか。

したがって、本項の課題である「pacta sunt servanda」の問題を考える場合にも、まず、この対人関係における約束遵守の根拠について考慮しておかねばならなくなる。<sup>(7)</sup>そしてそこに、対人関係の徳としての「正義」の問題が再び浮上してくる。

### β 約束遵守 promise-keeping

Godleyも、トマスは、「約束を破ることは、次のような違いがあるけれども、嘘をつくようなものである」といっているとする。<sup>(8)</sup>ただこの違いについては既に言及しているので省略したい。<sup>(9)</sup>ここで Godley が強調するのは、トマスが約束は信義誠実 *fidelity and honesty* の問題であり、「彼自身のためになされた法(規)」であると摘示している点である。<sup>(10)</sup>ただ、トマスは、約束遵守が徳であるのみならず、いかなる時にそれを遵守すべきかを説明し、その点で、約束遵守が徳であると摘示したアリストテレスを越えて人間の行為の規範化を試みたという。そして、このことによって、「約束遵守」の「自然法」について述べているという。<sup>(11)</sup>

因みに、Godley は、トマスは約束遵守の要件として、その目的からそれを説明しているとする。<sup>(12)</sup>しかも、その説明をトマスは、誓願 *vows*、宣誓 *oaths*、婚約 *betrothals* に則してしていると Godley はいう。しかし、これらの事例は、すべて、「神にたいして」の約束であるので、ここでは除外する。但し、例えば、誓願でも、人的関係を伴うこともあるが、その場合には、なお一定の人の行為が要素として加わり、単なる神に対する約束とは区別される。<sup>(14)</sup>そしてそれが法的債務 *obligatio civilis* となる場合にはなおさらであるという。<sup>(15)</sup>

ところで、トマスは、先にも触れた如く、<sup>(16)</sup>人の約束行為について、アリストテレスに倣って、正義と寛厚 *liberalitas* に分けたが、寛厚の中にも、人と人の関係に関わる要素をもつものがある。トマスはその具体例として贈与の場合を挙げている。<sup>(17)</sup>



そこで本項の課題である約束の拘束性を見るために、一見「正義」とは次元の違うものとされた、トマスの「寛厚 liberality」の場合における約束の拘束性の要件について瞥見してみたい。

まず、「寛厚」は、「気前よき largitas」とも称せられる<sup>(18)</sup>。

次に、「寛厚」は、一人の生存に必要な以上のものをもたせるのは、その者が「より多く自分のためよりは他の人々のために賞讃すべき仕方消費する」ためであるという<sup>(19)</sup>。

第三に、それは、「或る人が何かを自分のもとから放出するとき」「消費」、かれはそれを自分の保護および支配から解放して liberat、自分の心がそのものにたいする愛着から自由 liber であることを示すからである<sup>(20)</sup>。という。

第四に、「寛厚は与えられたものの多さではなく、与える者の習慣に存する。」故に、「贈与を豊かなものにするか、貧弱なものにするかは心情 affectus にかかわる。」という<sup>(21)</sup>。

第五に、したがって、「寛厚は正義の種 species ではない。」「なぜなら、正義が他者にたいしてかれのものを与えるのにたいして、寛厚は自分のものを与えるからである。」という<sup>(22)</sup>。

第六に、ただ、「寛厚は二つの点で正義と何らかの仕方で合致する。」「第一は、寛厚は正義と同じように、主要的に他者へと向けられている。」「第二に、それは正義と同様に、外的事物にかかわっている。」「このようなわけで、寛厚は(正義という) 主要的な徳に付随する徳として、ある論者によって正義の部分であるとされているのである。」<sup>(23)</sup>という。

## Ⅶ 契約と交換的正義

ところで、すでに売買の如き契約については、交換的正義が妥当することについて、これまでもたびたび言及してきた<sup>(24)</sup>。

では、トマスの神学あるいは自然法はこの点どのように捉えていたのであろうか。尤も、この点の法理学的考究はす

ぐれて後期スコラ学派に依存してくるが、その先駆者としてトマスはどのように捉えていたのであろうか。具体的な正義と契約との関係に関する諸制約については、後述の「4. 契約と正義論」で言及するとして、ここでは、「契約と交換的正義」との一般的関係を摘示しておきたい。尤も、この点も本稿においては、些か触れてきている<sup>(25)</sup>。そこでここでは、補足的に、いままで言及してこなかった一般論的要素についてのみ触れておくことにする。

まず、トマスは、「交換的正義」は「平等equality」を要件とするという<sup>(26)</sup>。そこでトマスが「正義」と「平等」とはどのように関わるものと見ていたのであろうか。端的にいえば、トマスは、正義概念に「平等性aequalitas性」が内包されていると受け取っていた<sup>(27)</sup>。したがって、契約によって内容が確定している場合、その内容は自然法の規制の対象になり、交換的正義に叶うものでなければならぬとする<sup>(28)</sup>。

(1) Godley. op. cit., p. 69 et seq. [4 Synthesis].

(2) Godley. op. cit., p. 69.

(3) ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」二二二―二二頁。

(4) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第一一〇問題「真実と対立的な諸々の悪徳について」[第三項 すべて嘘言(mendacium)は罪であるか]一六〇頁「既出」。

(5) 同前。

(6) 前出「1. トマスの約束概念」注(10)参照。

そもそも人の行為の倫理性と契約の関係については、我が国の民法学でも摘示されてきた。例えば、川島武宜、『民法総則』、法律学全集、有斐閣、五〇、二〇四、二〇七頁。

(7) この点は、本項前出「1. トマスの約束概念」[α トマスは、アリストテレスの徳論を道徳法に織り込んだ―行為規範化させた―]注(12)で触れた点を受けてくることになる。

(8) Godley. op. cit., p. 11. トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第一一〇問題第三項一六〇頁「既出」参照。

なお、*fidei iactio* が教会裁判所において promise 違反の問題として重要性をもったことについては、拙稿、前掲六卷一号七三頁、注(9)で触れている。但し、それは宣誓されたプロミスについてである。

(9) 前出「2. トマス<sup>の</sup>約束と自然法」[α 問題点]注(5)参照。

(10) Godley. op. cit., p. 11. 前出「④ 約束の拘束性—obligation」[序]注(6)参照。トマス、前掲「神学大全」第一九分冊第八八問題「誓願について」[第一〇項 誓願に関して免除されることは可能か]二二七頁。

これは、トマスが「誓願」に関して述べた中で触れている点である。前出「1. トマスの約束概念」注(12)参照。

(11) Godley. op. cit., p. 73 [4 Synthesis].

前にも摘示した如くに、Godley は、後期スコラ学者によって、ローマ法とアリストテレス<sup>と</sup>トマス哲学の総合が試みられたという。すなわち、「すでに眺めてきたごとく、中世の法学者は、原則において、契約は、当事者の同意のために拘束しているという結論づけをしていた。」七三頁。「彼らは、ローマの準則は実定法の創設であるとも言っていた。」「後期スコラ学者は、しかしながら、アリストテレスやトマスから引き出された原則から討議することによって、この結論に到達しようとしていた。」七三頁。「トマスは、『人は約束によって人にたいして拘束される。そこで、このことは自然法の拘束性である』と言っていた。」七三頁。「後期スコラ学者は、約束されたことの行為は交換正義のものであると、あるいは、寛厚のものであると、約束を破ることは悪になるであろう、ということに合意した。」七三頁。

因みに、Godley は、「自然法によって、何時約束が拘束するかを決定するため、トマスは、何が拘束かをまず説明した。」として、次の如く摘示していた。一一頁。

「彼は、約束が役立つ目的を同定することによってそうした。」(傍点筆者)一一頁。

「それらはある人の行為がもう一人の便益に向けられている秩序が確立されることを許容している。その点、それらは、命令に同じようなものである。命令によって、しかしながら、人は、もう一人の者が彼に為そうとしているものを指示するが、他方、約束によって、彼は予め他のもの<sup>の</sup>ために為そうとしているものを指示している。」一一頁「トマス、前掲「神学大全」第一九分冊第八八問題第一項参照」。かくして、前述の如く、トマスは「約束」は、「彼が自身のためになす法準則なのである。」としていると摘示したのである。[前出注(10)、トマス前掲第一九分冊第八八問題第一〇項二二七頁参照。]

(12) Godley. op. cit., p. 11.

Godley は、トマスにあっては、「約束が拘束される<sup>ところの</sup>要件はその目的のこの叙述からもたらされる。」という。一一頁。そして、「トマスはそれを誓願、宣誓、婚約を論ずるところで説明している。」一一頁「トマス、前掲「神学大全」第一九分冊第八八問題(誓願)、第八九問題(宣誓)、(補遺)第四三問題(婚約)参照」。

また、「約束することによって、約束者は、彼の他者に対する関係を指向する。」一一—二頁。そして、「アリストテレスの哲学では、人の行為の指向は、人の理性と意志に属する。」「それゆえ、約束者は約束を理解せねばならぬし、それに同意せねばならない。」「トマスは、理解と選択についてアリストテレス的観念を適用することによって、この準則の意味づけを造り出した。」といって、その倫理性を強調したという。一二頁。

少しく敷衍すれば、Godley は次の如く述べている。すなわち、「後期スコラ学者が当事者の契約的拘束性を分析したとき、彼らは、トマスの交換正義と寛厚の論議から出発した。そして、とくに、トマスの平等性の省察から出発した。」一四頁。

「この節(で言ったこと)とアリストテレスの間の極めて有意の差異は、しかしながら、以下の如くである。すなわち、アリストテレスは特定の行為の名称化によって例証していたが、トマスは、これらの行為を画定づけた。」「彼は、各行為が役立つ目的を同定することによって、また、それが属するより大きなタイプを同定することによってそうした。それは交換正義の行為であり、寛厚の行為である。」一五頁。

「トマスは、決してこれら契約を支配する法に関する論文を書かなかつたけれども、後期スコラ学者はいかに彼が推進したかを想定することを容易に見出した。」「彼は、これらの定義から出発したであろう。」「彼は、各契約は、その定義に伴う一連の拘束性がそれに伴うことを証明しようとしたであろう。」「これらの拘束性は、この定義の様式化に用いられた概念に含まれているか、あるいは、その契約が画定される関係における目的にたいする手段のいずれかである。」一五頁。

そして、「トマスは、多くアリストテレスと同様な方法で論じた。」二〇頁。「すでに見たごとく、彼の革新はアリストテレスが道徳律に関わったよりはるかに関わっていた。」「見てきたごとく、例えば、約束遵守の徳のみならず、それらが遵守されねばならぬ場合を論じた。彼は、交換正義の徳のみならず、行為が平等を破った場合を論じた。」二〇頁。「彼は、そうすることによって、『自然法』の要件を精巧化した。」二〇頁。

「この道徳律についての関心は、アリストテレスのトマスによるキリスト教化の一面であった。」二〇頁。

- (13) トマス、前掲「神学大全」第一九分冊第八八問題「誓願について」一八〇頁。第八九問題「宣誓について」。但し、婚約(Betrothal) *de iure*, cf. Godley. op. cit., pp. 11n 7, 13n 14.

- (14) トマス、前掲第八八問題「第一項 誓願は意志の意向にのみ存するか」一八二—三頁参照。

- (15) トマス、前掲第八八問題「第三項 すべての誓願を遵守することが義務であるか」一九一—二頁参照。

- (16) 前出「1. トマスの約束概念」注(10)、「2. トマスの約束と自然法」 $\alpha$  問題点」注(6)参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六一問題「正義の諸部分について」第三項 両者の定義はそれぞれ異なった対象領域を有するか」一〇六頁参照。

- (17) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六一問題第三項一〇六頁。

- (18) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第二一七問題「寛厚について」「第二項 寛厚は金銭にかかわるか」二二〇頁。
- (19) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第二一七問題「第一項 寛厚は徳であるか」二二六頁参照。
- (20) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第二一七問題「第三項 寛厚は金銭にかかわるか」二三〇頁。
- (21) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第二一七問題第一項二二八頁参照。
- (22) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第二一七問題「第五項 寛厚は正義の部分であるか」二四〇頁。
- (23) トマス、同前。「或る論者」とは、「アリストテレスの著作の編集者として有名なロードスのアンドロニコス」を指すという。第二〇分冊の訳注(五〇六)三六〇頁参照。

(24) 交換的正義については、拙稿、前掲一四卷一号五三、五四頁参照。

交換的正義を規整する正義については、同前。配分的正義と交換的正義については、一四卷二号二六頁、一五卷一号一二四、一三一、一三三頁で言及している。

(25) 拙稿、前掲一四卷一号五三頁注(10)参照。

(26) Godley. op. cit., p. 14.

現代でも、正義論の一環として「平等」論は大きな地位を占めている。e. g. Rawls. op. cit., [A Theory of Justice], p. 504 et seq. [77. The Basis of Equality.] さらに、ヘッフェ、前掲「政治的正義」三二七—三〇頁参照。ヘッフェは、プラトン、アリストテレスと違った意味で、ホッブズは人間の「平等性」を想定したといい、その点に画期的意義を見出すとしている点は、本稿と直接的には関わりがないが、近代の「正義論」一環としての「平等性」の論議を見る上で留意されねばならぬ点であろう。

なお、法解釈学の次元では、「交換的正義」論はあまり論議されていないし、「公正 fairness」概念の方がより多く取り上げられているといえる。しかし、政治学の次元では、今日でも言及されている。例、ヘッフェ、前掲「政治的正義」三七頁「第三章 政治的正義の理念」[第一節 公平の原理]参照。

「われわれはさまざまな問題を、いくつかの正義の視点にしたがって評価している。」「ここでそれらの問題を具体的に思い浮かべてみよう。」「すると、法倫理学的相対主義は単にその一部分だけ、つまり配分の問題に際して実際に争われる正義のみを強調しているのだ、ということがわかる。」「これに対してわれわれは、それとは別の領域に、誰もその正義をまじめになって否定することのできないような行為規則を見いだす。」「争う余地のないその原理とは、たとえば交換的正義に関して存在する。」「交換的正義は、規制的正義すなわち調整的正義に属する。そして規制的正義は、『ニコマコス倫理学』の正義の巻でのアリストテレスによる権威的な研究以来、西洋の正義に関する議論においては、配分的正義とらんで正義の理念の第二の適用領域になっている。」「交換的正義に関しては、交換の対象となる商品やサービスにいかなる価値があるのかをひとつひとつのケースについて確定することが、多くの場合

たしかに難しい。しかしながら、授受の等価性の原理に従った交換が正しいといわれることについてはほとんど争う余地がないといえる。」三七頁。

なお、ヘッフェは、ロールズの契約観念に関連した正義論の批判的考察を四七二頁以下で展開している。

また、現代の自然法論でも「交換的正義」の概念は、取り上げられている。e. g. Finnis, op. cit., [Natural Law and Natural Rights]. 同書一七七頁以下で「交換的正義」の問題を取り上げているが [VII. 5 commutative Justice]。本稿では省略する。ただ、アリストテレスの *corrective justice* [diorthotikon dikaiion] を *commutative justice* と捉えたのがトマスだとしている点は、眞偽のほどは分らぬが興味深い。一七九頁。なお、この言葉をアリストテレスもトマスも広義に捉えている点は留意しておきたい。

(27) 正義概念が「平等性」を要素として内包するとしている点については、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五七問題「権利について」[第一項 権利は正義の対象であるか]三頁。

「他の諸々の徳とくらべた場合に正義にとって固有的であるのは、他者 (alter) にかかわるところのことがらにおいて人を秩序づけ・完成するということである。けだし、名称そのものが示しているように、正義 (justice) は何らかの均等 *aequalitas* を意味する」というのも、ふつうに *vulgariter* 均等さが実現される *adaequari* などが (事柄が) 正しくされる *justari* ことだと言いならわされているからである。「しかるに、均等は他者との関係において成立する。」三頁。

なお、トマスは、交換的正義にかんして「均等性」に各所で言及していることだけは付言しておきたい。

(28) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第一〇六問題「感謝もしくは謝恩について」[第一項 感謝は他の諸徳から区別された特別の徳であるか]八一頁、第一〇八問題「復讐について」[第二項 復讐は他の諸徳から区別された特別な徳であるか]一一九頁参照。「対比的な応報は、たとえばこれだけのものにはこれだけのものを支払うべしということが契約によって確定されている場合のように、法的債務 *debitum legale* にもとづいて捉えられるときは交換正義に属する。」八一頁。

「アリストテレスが『ニコマコス倫理学』第二巻 (1103 a 23) においてのべているごとく、徳への適応性 *aptitudo* はわれわれのうち自然本性からして見出される―徳の完成は習慣づけ、もしくは何か他の原因によるものであるが。ここからして、諸々の徳は、自然本性的な傾向―それらは自然法 *ius naturale* に属する―を然るべき仕方でも追求して行くことへ向けてわれわれを完成するものであることがあきらかである。」一一九頁。

3. 約束の「処分性」からの離脱とそれ自体による拘束性―物権法から債権法への足がかり

ところで、「契約と正義論」の問題をより詳細に考察する前に、ここで、約束の「法的」拘束性の問題が、

dominium の体系から離脱して、固有の法的意義をもち、独自の法的拘束性をもつに至るとされている問題に触れておきたい。

これまで瞥見してきた如く、約束の法的拘束性には一定の要件があるにせよ、約束そのものにおける遵守の原則が一応強調されたということは、いかなる意義を法的観点から汲み取ることができるのであろうか。

まず中世後期以前においては、財産支配の体系の中で、その所有者の処分権に関わるものとして約束が捉えられていたことを摘示しておきたい。<sup>(1)</sup> この体制から約束、引いては契約そのものが、独自にその遵守を法的に強制しうる力をもつに至ったことは、大きな飛躍が成し遂げられたことを意味し、留意に値するものといわねばならぬであろう。そのことの別の側面として、このことは約束あるいは契約が独自の法準則を形成し始めたことを意味するものといえる。

具体的には、契約違反が、財産支配への侵害になり、損害がもたらされるため、その不正を匡正するということより、そこで強調される obligation は、不法行為によってもたらされる損害填補の obligation と同範疇のものであり、いわゆる law of obligation に両者とも包摂されうる共通の要素をもっていたものであった。したがって、ここでは、損害賠償が主たる救済方法となっていた。<sup>(2)</sup> しかし、約束あるいは契約そのものの違反、就中その約束ないし契約の不履行が、現実の履行による適切さを欠くものとして取り扱われ、約束ないし契約の強行性 enforceability を前提に、未履行の約束ないし契約の違反性が認められるようになり、obligation の法の中でも、promise・contract が固有の準則の集団を形成してくる契機は、実にこの頃からであることに留意しておかねばならぬであろう。<sup>(3)</sup> そしてそのことは、次第に、約束そのものの神的要素から人定法へと法学者の関心が移り、救済方法の問題に力点が置かれようになることは、先にも触れたところである。<sup>(4)</sup>

しかもこのことは、後に本稿の課題であるイギリス法を眺める場合に、側面から幾つかの点を示唆することになる。

すなわち、イギリス法では、とくに衡平法 equity の存在に絡み、promise の法的取り扱いについて独特の準則を生みだしてきている<sup>(5)</sup>。したがって、promise 自体による法的拘束性の有無は、今日でも難しい問題を提起してきているが、そもそも、promise そのものの拘束性の準則の生成発展の経緯が、この問題の基底には存在しているし、その問題の提起は、当面の課題に関係するほど古いものであったことを知る。そしてそれは、イギリスのカノン法とも絡んできている問題でもあった<sup>(7)</sup>。したがって、当面の時期における約束自体における強行性の問題を強調することは、決して、迂遠な作業とはいえないものと思う。

(1) もとより、トマスの所論で、一気にその点が法体制として確立したわけではなく、長い歴史過程を経て一九世紀にその完成形態に到着するわけであるが、その契機は、これまでもしばしば摘示してきた如く、カノン法による寄与が大きかったと言われている。拙稿、前出 [④ 約束の拘束性—obligation] 「序」の箇所参照。また、ルーマン、前掲「社会の法2」五九八頁以下参照。

そして、契約が最初 dominium 概念の中で処理されていたことについては、拙稿、前掲一六卷一号二六一頁以下「補論—dominium 概念と所有権理論」参照。cf. Milson, op. cit., [Historical Foundations of the Common Law], p. 12.  
(2) ルーマン、前掲「社会の法2」五九八頁参照。

「特に注目すべきなのは、売買契約の問題が、物権法のコンテキスト(第三者の介入から保護しつつ、所有権を移転すること)から、債権法のコンテキストへ移されたということである。」「問題は攪乱とその帰結を法的構成物を用いて受け止め、振り分けることであった。」五九八頁。「現在から振り返ってみれば、その構成物が時として、契約として理解されてきたのである。」五九八頁。「したがって契約の観念が意味をもつのは、債務の成立原因(カウサ causa)という観点のもとでのことである。」五九八頁。「そしてまた契約概念はこの点において、完全に発展した契約理論の一部として扱われることになる。」五九八頁。「それゆえに本質的に問題となるのは、互酬的関係のなかで生じた給付の乱れを、正しく、また当事者の行動に関する標準的な予期に一致するかたちで、清算することなのである。」五九八—九頁。「だから当初は、普遍的な契約概念は存在していなかった。」五九九頁。「問題は、契約を楯に起こされた訴訟が保証することができるのは、給付関係に属するどんなトラブルに対してなのか、ということのみであった。つまり、決定の根拠として実体法上の責任が構想されるべきなのは、どんな場合に対してなのか、と。」五九九頁。「古代ギリシャ法において



もローマ法においても、形式抜きで結ばれた約定(裸ノ約束 *nudum pactum*) に対しては、一般には法的承認は与えられていなかった。「というよりも、ローマ法において民法上有効な売買契約が考案されるまでは、売買契約が満たされなかったという理由で訴訟が起こされることすらなかったのである。」五九九頁。「中世以降に至るまで契約法は、訴訟方式および契約類型を表わす集合概念であり続けた。」「もちろんそれらの方式や類型はそれぞれ固有の名称を持っており、独自の条件に従って扱われていたのだが、『カウサ』(*causa*) は、同じことを表わす別の名称にすぎない。」「契約とは、『平民オヨビ』「カウサ」ニヨツテ名ヲ与エラレタ合意』(*conventio nomen habens a iure civili vel causa*) である、と。それゆえに、近代において契約法が、変動する経済的状况に適合する場合、カウサの理解も変化していくというかたちを取ることになった。」「そしてついには、ドイツ普通法に見られるように、独自のカウサ・ドクトリンは脱落して、重要なのは契約締結者の意思表示と動機づけだけである、ということになる。」「今や契約は、きわめて形式的に定義するならば、契約締結者の意思表示が一致するという他に他ならないのである。」「五九九頁。

「この展開が完了したのは、ようやく一九世紀になってのことであった。」「五九九頁。「従来裁判所が、契約締結後に生じる給付のトラブルに際して、正当な清算を判定するために用いてきた概念技術上の道具は、しどろもどろではあるが放棄されることになる。」「五九九頁。「そしてついにはそれに代わって、契約締結者の意思を、その利益を考慮しつつ解釈するというやり方が登場してくるのである。」「五九九一六〇〇頁。

「この展開総体がスタートしたのは、カノン法においてであった。」「六〇〇頁。「そして最後には純粹に合意のみによる契約でも、訴訟の対象となるのである(ただし単なる裸ノ約束 *nudum pactum* すなわち形の上で一致している意思の表明だけでは、だめであるが)。「この展開の法的根拠は結局のところ、『自然的』な一般規則であった。すなわち、約束は守られなければならない(*fides*) と。」「六〇〇頁。

この点に関するイギリス法への言及は、後の課題となるゆえに省略する。同前六〇〇頁以下参照。

(3) この展開がかなり明確になるのは、そう遠い過去のことではなう。cf. Atiyah, op. cit., [The Rise and Fall of Freedom of Contract], p. 434 et. Seq. [The Application to Executory Contracts of Rules for Executed Contracts].

(4) 拙稿、前掲一六卷一〇二頁 [xi]、⑤ ルネサンス]の要約]、二八三頁 [ii] Soto] 参照。

(5) たとえば、*promissory estoppel*, e. g. *Hunbury & Maudsley, Modern Equity, 13th, by Jile Martin, 1989, pp. 25, 849.*

一般的に言って、これまでもしばしば摘示してきた如く、個人の思想と当時の制度的イデオロギーとの間には、幾多の次元を異にした要素が絡む。当面の課題である契約の問題にしても、実態がいかなるものであるかは、当時の契約の社会的需要との関係で、地域地域によって相当異なってくる。したがって、ポローニャを中心とする法学教育の普及状態と、各地域の法的需要状況の間にはギャップのあることは当然であるが、その上で、なお、当時の支配的なカトリック教会の支持のもとに普及される法的イデオロギーの

影響をどう見るかは、地域地域毎に個別的複雑性を有するものといえる。その点、イギリス法を見る場合にも留意せねばならぬ点である。一例を挙げれば、先にも言及した、Ibbetsonの指摘の中に次のような点が摘示されている。Ibbetson, op. cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligations], p. 11 [Part One Form and Substance in Medieval Law].

「中世ロモン・ロウは訴えの法であり手続の法であった。この法の構造は、訴えの形式によって与えられていた。」一一頁。「この様式化は実体的原則を隠す傾向にあった。しかし、中世法が実体的観念によっては達されなかったことを疑う理由は存在しない。問題はそれらの実体を確認することであった。」一一頁。

「描かれた図は、必然的に歪められている。法的カテゴリーは現実の実体ではなかった。」一一頁。

「訴訟記録 (plea rolls) は、それは、特定のつか属的な goods についてまで請求は拡大したので、これ (拙注、debt の訴え) よりも広いものであったことを示している。」それは、金銭あるいは動産にたいする原告の資産 entitlement に根拠づけられていた。すなわち、令状の表面にどこにも現われていない causa が資格の根拠 reason であった。」一八頁。「この causa はまさに contract になりえたであろう—Gianvili は、特定の五つのかかる契約の causa をリストしている—しかし、現実には存在すべきものではなかった。」「debt の訴えを『契約的』訴えとして範疇化しようとすることは、時代遅れの誤りになったろう。」「原告は、彼に帰属すべきもの、すなわち、権利としてあるものを請求している。すなわち、訴訟様式は、強く proprietary writ of right (property を請求するために用いられた基礎的な訴え) に密接していた。そして、その側面の一つとして、action de re adirata (近接した action de re) において、それは、proprietary の請求、すなわち、それらを善意で購入したものに對する動産の『所有者 owner』の請求としてのみ見なされるものを様式化するに用いられたろう。」一八頁。

「その最も早い様式において、trespass の訴えは契約違反を処理する能力をもっていた。」「debt の訴えによって履行を強行することができなかつたら、あるいは、好まなかつたらう失望した契約者は、それにも拘わらず、捺印証書契約 covenant 違反における被告の悪 (違反) に基礎づけられる請求をすることによって一定度の損害填補を受け取ったであろう。」二二頁。

「二三世紀の過程で、この違反に基礎づけられた救済方法から、明らかに契約の訴え、すなわち、covenant の訴えが出現した。」二二頁。「最初、それは一二世紀末に、国王裁判所の権利において現れ、一二二〇年までに極めて普通になった。」「国王裁判所内では、それは特に real property [物的財産]、極めて留意すべきものとしての lease [期間保有権] に関わっていた。尤もそれはかかる状況には限られてはいなかつたけれども。」二二頁。「例えば、一二〇〇年に、ある訴えがある場所では、covenant の申立として言及されたが、他の場所では、chattels の申立として言及されている。」二二—二三頁。

そして、action of covenant が「特定の—排他的に—契約的救済方法として」出現したとともに、「この舞台は、ローマ法とそれ自身一列に並んでロモン・ロウの obligation の法のためにセットされるに至った。」二四頁。

(6) 今日でも難しい問題のあることは、前出 [1. トマスの約束概念] 注(20) 参照。

(7) イギリス法の契約法について、どのような *causa* 理論が影響したかは、一つの問題点である。cf. Holdsworth, op. cit., HEL, vol. 3, p. 412 et seq. [Chapter III Contract and Quasi-Contract].

この点、イギリス法に限らず、大陸法でも問題になってきた。山口俊夫、前掲「フランス債権法」四六頁 [3] 原因論の歴史的沿革」参照。

なお、この問題は、*laesio fide* の問題とも絡む。Helmholz, op. cit., [Canon Law and the Law of England], p. 263 et seq. [14 Assumpsit and Fidei Laesio]; Ibbetson, op. cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligation], p. 136. [7. The Rise of the Action of Assumpsit] [Assumpsit and the Theory of Contract] [Promise and Agreement]. キョブ、ひつじは、*bona fide* の問題とも関係し、中世法律家の諸意見から見たその経緯が省察の対象となってくる。ウェーバー、前掲「法社会学」一九七頁以下、五一四頁参照。エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」二二一頁以下、三九二頁以下、四二二頁参照。

#### 4. 契約と正義論

これまでも摘示してきた如く、私的な関係について、何処まで外的規制が介入しうるか、という点は、古来より法の基本的課題であった。したがって、契約あるいは約束の行為に対しても外的規制がどのように施されるかは契約法の基本的課題になる。力あるいは暴力の支配する社会から、個々の人々の生存が保護されるために制度的保障をどう形成するかは、人間社会の発展の一大事業であったといえよう。<sup>(1)</sup>

そこで、ここで、トマスが、交換的正義に基づく契約規制の具体例に触れておきたい。そこで、以下、「正当な価格 just price」論、「利子 usura」論、「不当利得 unjust richment」論を例示的に取り上げてみたい。

#### α just price

トマスの正義論から見て最も注目に値するテーマは、彼の「正当なる価格 just price」論である。現在でも「公正 fairness」ということはしばしば問題になるが、<sup>(2)</sup> 正当とか公正とかいう概念使用の歴史は古く、<sup>(3)</sup> また時代により内包さ

れる徴表も異なってくる。それにも拘わらず、そもそもなぜ、このテーマが問題になるのか、という点は興味深いものがあり、トマスの正義論でも看過しえない点であるといえよう。

端的に言って、契約の自由の原則が確立し、申込と受諾による合意が成立するならば、なにも「正当な価格」論の介入する余地はなくなるであろう。それにも拘わらず、「正当」とか「公正」という概念が法的に意味をもってくるのは何故であろうか。<sup>(4)</sup>

今日では、確かに、これらの概念を実定法上の概念に転化させて、法的処理をしている場合が多い。しかし、立法論としてみた場合に、かかる実定法概念を具現化する超規範的要素を措定しないと、法政策論としての論理的根拠を見出しえなくなるであろう。そこに「正義」論が絶えず浮上する所以があるものと思料する。<sup>(5)</sup>

そこで、本稿の課題に立ち戻って、トマスの「正当なる価格」論をその正義論と絡めて見てみたい。

トマスは、詐欺との関連で、この問題についてつぎの如く述べている。<sup>(6)</sup>

「われわれは売買について、それが付带的に *per accidens* 一方の側に有利で、他方にとって不利であるかぎりにおいて、語る事ができる。たとえば、或る人が何らかのものを持つことを必要としており、他の側もそれを欠いたならば困るような場合である。そして、このような場合、正しい価格はたんに売られる物だけではなく、売手が売却によって被むる損失をも考慮することによって、きまるであろう。このような場合、或るものを、それが自体として有する価値以上に売ることが許されるであろう——ただし、所有者にとつての価値以上に売ってはならないが。しかし、もし、或る人が他人から購入するものによって大いに助けられるとしても、売った側はそれを欠いても損失を被らないような場合には、売り値を高くしてはならない。なぜなら、売手に付け加えられるところの利益は売手から由来するものではなく、買手が置かれている状態に由来するからである。」

しかし、同時にトマスは、人定法について次の如く語っている。<sup>(7)</sup>

「人定法 *lex humana* は、そのなかの多数が徳を欠いているような人民にたいして与えられるのであって、有徳な者だけに与えられるのではない。」「したがって、人定法は徳に反することをすべて禁止することはできなかつたのであって、人々の共同生活を破壊するようなことがらを禁止すれば人定法にとっては充分である。」「これにたいして、他のことがらは、それらを是認するからではなく、それらを罰することはしないとの理由で、いわば許されたことがらとして取りあつかうのである。」「このようなわけで、もし―何らかの詐欺なしに―売手が自分のものを（価値よりも）より高く売るか、買手がより安く買っても、その超過が甚だしくなければ、（人定法は）罰を科すことをせず、いわば許されることと見なすのである。」三七〇頁。

「事物の正しい価格は時として厳密に *punctualiter* 確定されず、むしろ何らかの推計 *aestimatio* に存するのであり、したがって僅少な付加もしくは減少は正義の均等を取り去るものとは思われないからである。」三七〇―一頁。

この点が、かつての教父時代よりもトマスが妥協的になっているといわれる所以かも知れない。<sup>(8)</sup>（なお、商取引の場合、後述「⑤ 商人関係法と自然法―交換的正義との関係」参照。）

#### β *usura* 利子、高利

この点に関しては、すでに拙稿でも取り扱っている。<sup>(9)</sup> そこで、ここでは、トマスがこの問題について、とくに注目すべき発言をしている箇所のみと言及したい。

因みに、現在でも利息制限が問題になっていることは留意しておかねばならぬことであろう。では利息制限と利子禁止とではどこが違うのであろうか。どこに質的相違があるのであろうか。そこには利子概念に対する根本的認識の相違があるのであろうか。<sup>(10)</sup> しかも、ここでは言及しないが、イギリス法で、この問題の変遷にかかわる経緯には興味あるも

のがあることも付言しておきたい。<sup>(11)</sup>

ところで、トマスの所説は、一般には、前項の「正当なる価格」と並んでこの問題が紹介されているが、「正当なる価格」と違った要素をもつ故に、ここでは、正義論と絡んだ点を中心に取り上げておきたい。

すでに言及した如く、キリスト教では、聖書を基礎において利子の禁止を教義としてきたが、トマスに至って、アリステレスに依拠してその理論的根拠を提供した。<sup>(12)</sup>それは、端的に言えば、貨幣そのものは価値を生み出すものではないという点に、その論拠をおくものであった。ただ、この点は、先に触れた如く、利子禁止回避措置の発達との絡みで、その複雑な展開過程を辿ることになるので、これ以上触れないことにする。ただ、利子禁止回避との関係で、*usury*の概念と違って利子 *interest* の概念が誕生してくることは興味深いものがある。尤も、その点は少し後の時代の現象になるので、ここではかかる現象の存在したことだけを摘示しておきたい。<sup>(14)</sup>

γ 不当利得 *unjust richment*

周知の如く、ローマ法にも、不当利得という概念はあった。<sup>(15)</sup>しかし、一般的な不当利得制度というものではなく、ユスティニアヌス法典の不当利得返還請求訴権 *condictio sine causa* という概念も確固たる内容を有しているとはいわれえないとされていた。<sup>(16)</sup>そして、かかる概念を拡張発展させたのは、まさに自然法学者であったという。<sup>(17)</sup>

興味深いのは、トマスの場合、不当利得の問題を一般的正義論と絡めて論じていることである。<sup>(18)</sup>すなわち、返還に關し、「事物をもってする報い *recompensatio* に即しての正義の均等性が問題となる」ものとし、従って、それを「交換正義」に属するとしている。<sup>(19)</sup>しかも、かかる概念に包摂される事項が広汎に亘っていたことにも留意しておきたい。

しかし、かかる一般的観念は、次第に個別問題にかかわる訴権の発達によって、その意義を薄めていった。たとえば、フランス法の利益転用訴権 (*actio de in rem verso*) などが挙げられている。<sup>(20)</sup>

だが、イギリス法においては、この広い「不当利得」観念を基礎に、契約法の領域の拡大をもたらし、また、コモ  
ン・ロウの厳格性をどこまで衡平法が匡正しうるかという問題は、決して今日でも消失した課題ではないことを指摘し  
ておきたい。<sup>(21)</sup> その意味では、このテーマは法学的に見て基本的課題を含んでいるといっても過言ではないだろう。<sup>(22)</sup>

(1) エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」二〇一頁以下「10 正義の内容」、堀経夫監修、『経済思想史辞典』、創元社、昭和二  
六年、「高橋誠一郎執筆」四九頁、内田貴、『契約の再生』、弘文堂、平成二年、とくに四七頁以下「社会現象としての契約の死」参  
照。フランス法については、山口俊夫、前掲「フランス債権法」八頁以下、イギリス法については、Atiyah, op. cit., [The Rise and  
Fall of Freedom of Contract] 参照。

但し、この問題は、現代の政治理論とも絡み、制度的には、現代法の根本に関わる論議となっているが、その点は本項の課題から  
離れるので省略する。

(2) イギリス法において、典型的な例は、一九七三年の Fair Trading Act である。多く、消費者保護のための法制でこの語が用いら  
れている。cf. James P. Cunningham, The Fair Trading Act—Consumer Protection and Competition Law, 1947. 他方、比較法的  
に次の書も参考になった。ed Donald Harris & Denis Tallon, Contract Law Today—Anglo—French Comparisons, 1989.

他方、現在では、競争原理から「価格統制」とか政策的「関税」とか「補助金」制度の是非が論ぜられていることも周知の事実で  
ある。例えば、EU 一つとってみても、その圏内での農産物に関する流通に関し各国の意見の相違が存在し、その調整が大問題にな  
っている。その基底には、各国の競争原理に対する政策的見地の相違が横たわる。その法的側面については、e. g. Jürgen Schwar-  
ze, European Administrative Law, 1992, pp. 754—6, 760—2, [prices—organisation of agricultural markets]. その基底には、価  
格がどのように決まるのが「公正」かという問題が絶えず存在する。

その他、本項では、cf. Atiyah, op. cit., [The Rise and Fall of Freedom of Contract]; Tettenborn, op. cit., [An Introduction  
to the Law of Obligation], 1984 等。

(3) ウェーバー、前掲「支配の社会学Ⅱ」六〇〇頁以下。中世の「正当価格」論に言及している。「あらゆる教会は、この・内的本質  
において教会とは異質的な・非人格的な力が成長することに、深い内的不信の念をもって対し、また、大部分の教会は、この種の力  
に対して、何らかの形で反対の運動をおこなってきた。」「二つの特徴的な道德的要素—すなわち、利子禁止と、商品と労働とに対し  
て『正当な価格』(justum pretium) を要求し・与えるべきである」という命令—の歴史については、ここでは評論する余裕はない。」

六〇〇頁。「この二つの要求は、相互に関連し合っており、隣人団体の始源的な倫理に由来するものである。」六〇〇—一頁。「隣人団体は、交換を、一時的な余剰や自己の労働の産物の（他人との間における）平均化としてしか知らず、他人のための労働は隣人間の急場の手伝い、消費貸借は緊急の場合の援助としか考えない。」六〇一頁。

『「正当価格」"iustum pretium"』の理論の分野では、中世末期の教理がすでにきわめて広汎な譲歩をおこなっているし、また教会の独自の『経済綱領』のついて語ることも、ほとんど不可能である。」「教会は、基礎的な諸制度に対して真に決定的な影響を与えたことはない。教会は、例えば奴隷制のごとき基本的な重要性をもつ諸制度の消滅については、古代においても中世においても、自分の方からは、何らいうに足るだけの貢献をしていないのである。」「近世に入ると教会の協働がみられるが、この場合でも、教会は、もろもろの経済的事実や、のちに啓蒙の側からの抗議に、おくれはせにいつたというだけである。」「宗教的影響が規定的な形で共働している場合、それはゼクテ、とりわけクエーカー派の影響なのであるし、またこれらのゼクテも、その奴隷廃止論を、自分たちの実践において、きわめてしばしば破っている。また、その他のあらゆる点についても、教会は、そもそも教会が介入している場合、基本的には、諸都市や諸君主の伝統主義的な・『生業』政策的施策に追隨しているにすぎない。」六〇四頁。

なお、R.C. Van Canegem, *A Historical Introduction to Private Law*, 1992, pp. 191~2. J.L. Bolton, *The Medieval English Economy—1150~1500*, 1980, pp. 322~3. 堀経夫監修、前掲『経済思想史辞典』四三頁以下。

- (4) ノージック、前掲「アナーキー・国家・ユートピア」一四二—一五一頁。Rawls, op. cit., [A Theory of Justice], pp. 342 et seq. [Fairness], M&R・フリードマン、『選択の自由』、西山千明訳、日本経済新聞社、昭和五五年。サーチャー、レーガンそして法哲学者ノージックの経済思想的基盤を形成したフリードマンの思潮は、現在でも政策的根拠としてなお力を保持していることは周知の事実である。

なお、この「正当価格」の問題は、「莫大な損害 laesio enormis」と関連させられて論ぜられてきていることをここでは留意しておきたい。例えば、石部雅亮、「契約の自由と契約正義—『莫大損害』(laesio enormis)の歴史を中心として」、大阪市大法学雑誌三〇巻三・四号五九三頁以下参照。cf. Helmholtz, op. cit., [The Spirit Of Classical Canon Law], p. 112 et seq. それらは、不当利得返還 (restitutio) に絡んで論ぜられることが多い。

- (5) J・K・ガブレイス、『経済学の歴史—いま時代と思想を見直す』、鈴木哲太郎訳、ダイヤモンド社、一九八八年、三七—四一頁。  
(6) トマス、前掲『神学大全』第一八分冊第七七問題第一項三六九頁 [iustum pretium]。  
(7) 前出注(6)参照。トマス、前掲『神学大全』第七七問題第一項三七〇—一頁。  
(8) 前出注(3)、前掲「堀経夫監修、『経済思想史辞典』四四頁参照。  
(9) 高利貸については、拙稿、前掲七巻二号二三四—五頁、利貸(ユジニール)、利貸禁止(容認)については、拙稿、前掲四巻一号



二二頁、七卷二号二四一一二頁注(6)、二四五一六頁注(7)参照。また利貸契約(コントラ・ユジニール)については、七卷二号二四七頁注(12)「とくに為替取引と利子の問題」、さらに、利子付貸付と銀行については、同前二四八頁注(13)参照。なお、利子回避手段としての、interestについては、同前二三五頁「高利貸」参照。

(10) この問題に関わる興味ある叙述は、ウェーバー、前掲「支配の社会学Ⅱ」六〇二頁以下においてなされている。この問題をめぐる教会と商人の間の葛藤は、まさに都市の勃興する中世後期から近世にかけての、資本主義発達の基盤整備の紆余曲折を描くものといえよう。ただ余りにも複雑なので本項では省略したい。

ただ、その概略的發展史を記すものとして堀経夫監修、『経済思想史辞典』、創元社、昭和二六年、四八頁以下「高橋誠一郎執筆」  
「徴利論」の一部を紹介しておきたい。

「而も第一三世紀の前半に至るもなお神学者の間に重要な徴利論を見出すことを得なかつた。」「パリのギョーム(Guillaume de Paris)、ヘールズのアレクザンダー及びアルベルトス・マグヌスは、単に新旧両聖書の所言に拠って、これを罪悪であると宣言したに過ぎなかつた。」「然るに、アクイノの聖トマスに至って、徴利論は、新しい理論的基礎の上に置かれることとなつた。」「四八頁。

「彼は『貸金に付して利子を徴するは罪悪であるか如何か』の間に答えて曰く、貸金に対して利子を徴するは、それ自体において不正である。何となれば、それは存在しないものを売るものであつて、かくの如きは又、明かに正義に悖つた不衡平を来さしめるものであるからである。」「四八頁。」「これを明らかならしめるためには、其の使用は即ちこれが消費に存する一定の物件の存することを観なければならぬ。」「

「然るにアリストテレスに拠れば、貨幣は第一に交換の目的のために發明せられたものであつて、従つて又、貨幣の本然にして主要たる用途は、これを交換に投入する其の消費、即ち譲渡である。」「四八頁。」「かくて貸金の使用に対し、利子と称せられる支払を受けるものは、貨幣の本質其のものによつて、不法であつて、恰も人は、他の不正に獲得した財貨を返還する義務があるのと同じように、又、其の利子として徴した貨幣を返還する義務があるのである。」「四八―九頁。

「教会法学者が利子の徴収を非難するがため用いた他の論拠は、利子を支払うのは、即ち『時間』に対して支払うものであると言ふに在る。『時』は万人共有の財産である。『時』は其の本質上、所有されることを得ないものであるばかりでなく、又、子を産むことのない金属其のものと同じく、独自に何物をも生産することの出来ぬものである。」「然らばこれに対して何物かを支払うべき理由は存することがないのである。」「四九頁。

「然しながら、損害の賠償は、恰も徴利を禁じたと同じく、交換上における正義の衡平を遵守するを論拠として是認された。」「正義は、債務者が、貸金の返済に加えて、債権者の蒙つた一定の損害に対して賠償を行われなければならぬことを要求する。」「かくの如き所論は、まさに純正なる正義の觀念に適合するものと称するを得べきである。」「而も、それは債務者が債務を履行すると否とに

論なく、永遠の天恵を信じて貸与すべきことを勧告した原始基督教の教旨を離れることの頗る遠いものであると言わなければならない。「四九頁。

「徴利の問題は、正義の基礎の上に移されて、仁慈の原則を失おうとするのである。」四九頁。

「而して或る者が他に貸付を行ったがために、自己の蒙った経費の損害は、一般に中世後期の教会法学者及び神学者が、貨幣の使用を売る意味においての利子、即ちインテレッセの要求を是認する基礎と見做されるようになったものである。」四九頁。

なおこの点に関しては、R.H. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*, 1st. 1926, Penguin Book, 1986がある。

(11) 拙稿、前掲七卷二号二四六頁注(7)。とくに注目すべきものとして、Helmholtz の *Ury and the Law of England* の *Fidei Laesio* のものを挙げておきたい。

Helmholtz, *op. cit.*, [*Canon Law and the Law of England*], pp. 263~89 [14 Assumpsit and Fidei Laesio], pp. 323~39 [17 *Usury and the Medieval England Church Courts*]; Atiyah, *op. cit.*, [*The Rise and Fall of Freedom of Contract*], p. 65 et seq. 利子 *interest* の法制度化、ことにエリザベス一世時代の法制度化の過程を摘示している。そして、一八五四年の *usury* 廃止までのその変遷過程については、各所で言及している。

(12) 拙稿、前掲七卷二号二四一頁以下注(6) 参照。

(13) 前出注(10) 参照。堀経夫監修、前掲「*経済思想史辞典*」四八頁「徴利論」。

トマスの利子論は、主として、トマス、前掲「*神学大全*」第一八分冊第七八問題「利子の罪について」三八五頁以下で触れている。そこでは、「第一項 貸した金のゆえに利子を受けとることは罪であるか」、「第二項 或る人が貸した金のゆえに何か他の便益を要求できるか」、「第三項 或る人が利子の金で取得したものはすべて返還しなければならないか」、「第四項 利子を払うことを条件に金を借りることは許されるか」という項目で論ぜられている。アリストテレスへの言及はとくに三八八―九、三九〇、三九四頁で展開している。

Cf. Godley, *op. cit.*, [*The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*], pp. 14, 103.

(14) 前出注(9) 参照。堀経夫監修、前掲「*経済思想史辞典*」四九頁。

(15) 原田慶吉、前掲「*ローマ法*」上巻、二〇六頁以下「第五款 不当利得」参照。

(16) 原田慶吉、同前二〇九頁。

(17) 原田慶吉、同前、エールリッヒ、前掲「*法社会学の基礎理論*」二四二頁、山口俊夫、前掲「*フランス債権法*」一九四頁以下「第四節 不当利得 (*enrichissement sans cause*)」、神戸大学外国法研究会、前掲「*仏蘭西民法(III)*」二九九頁参照。

(18) トマス、前掲「*神学大全*」第一八分冊第六二問題「返還について」の中で取り扱っているが、それは第六一問題「正義の諸部分について」のすぐ後に論ぜられ、「交換正義」と絡めて論じられている。一一二頁以下。

(19) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六二問題「返還について」[第一項 返還は交換の行為であるか]一一四頁。

(20) 原田慶吉、前掲「ローマ法」上巻二〇九、二一六頁。

(21) 契約法領域の拡大の基盤になったこの觀念の例については、Atiyah, op.cit., [The Rise and Fall of Freedom of Contract], pp. 150, 161.

また、衡平法との関わりについては、Sarah Worthington, Equity, 2003, p. 251 et seq. [Part 5 Unjust Enrichment] [9 Correcting Misconceived Transfers], esp. p. 288 et seq. [Review]. など、現代信託法の基礎がその觀念に基礎づけられた点については、Atiyah, op. cit., [The Rise and Fall of Freedom of Contract], p. 156; Ibbetson, op.cit., [A Historical Introduction to the Law of Obligations], p. 263 et seq.

(22) Atiyah, op.cit., [The Rise and Fall of Freedom of Contract], p. 768.

### ⑤ 商人関係法と自然法—交換的正義との関係

では、人と人との関係を律する規範と商人の行う行為との間に相違があったのであろうか。

トマスの場合、まずとりあえずアリストテレスに従った<sup>(1)</sup>。そこで、商人の行う商取引は、利得の欲望を満たすものとして非難された。それは、「限界を知らず、むしろ無限へと向かうもの」に奉仕するからであるとされた<sup>(2)</sup>。したがって、

「商取引 negotiatio はそれ自体として考察した場合、何らかの賤しき turpitudinem をふくむ」ものとされた。それは、「その本質側面 ratio からして高潔ないし必要不可欠な目的 finis honestus vel necessarius を内含していないかぎりにおいて」であるが<sup>(3)</sup>。しかし、そうであるからと言って、「商取引の目的である利得」そのものは、「その本質のうちには悪徳的もしくは徳に对立するような要素は何らふくんでいない。」ここから、「利得が何らかの必要不可欠な目的、あるいは高潔な目的にさえ義務づけられることを妨げるものは何もない」ということになる<sup>(4)</sup>。ここから、トマスは、一定の目的奉仕を条件「必要不可欠で有徳な目的奉仕」に、より高価な商品売却の商取引の存在を肯認している<sup>(5)</sup>。その条件とは、すなわち、現代的用語でいえば、商人が付加価値をもたらす場合、状況が変動した場合「事情変更」等を挙げている<sup>(6)</sup>。

但し、トマスは、嚴として、聖職者の商取引は、その行為はもとより、その外観を有する場合までも禁止している。<sup>(7)</sup>

時代的背景として、すでに、都市における活動が活発になってきた商人の活動形成を無視しえぬ状況を摘示しうるであらう。

(1) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七七問題「詐欺について―売買において犯される罪」〔第四項 商取引 negotiation において何か買った時よりもより高い価格で或ることが許されるか〕三八二頁。

(2) トマス、同前三八二頁。

(3) トマス、同前三八二―三頁。

(4) トマス、同前三八三頁。

(5) トマス、同前三八三頁。訳注「四〇四」で、訳者はこの点について次の如き注を加えている。すなわち、「第一異論で引用されたクリュストモス、およびカッシオドルスの否定的見解―それらは中世における商取引観に大きな影響を及ぼしたとされる―とくらべて、トマスの商取引観は商取引にからむ悪徳への傾向を見てとりつつ、それが必要不可欠で有徳な目的に秩序づけられることを指摘しており、均衡のとれたものとなっている。しかも、このトマス自身の見解は、主文の前半で触れられたアリストテレスの立場とも微妙に、しかも根本的に異なった性格をおびていることに注意すべきであらう。」という。四四七頁。

(6) トマス、同前三八三―四頁。

(7) トマス、同前三八四頁。ここで想起されるべきことは、テンプル騎士団の存在についてである。但し、この点については、拙稿、前掲七卷二号二三四、二三五―六頁、二四七頁注(9)、二四八―九頁注(15) 参照。