

# 目次

はしがき i

序 ..... 1

**第1章 歴史的前提** ..... 5

1-0 5

1-1 政治 8

1-2 都市と領域 11

1-3 ローマにおける政治の成立 14

1-4 ローマの政治制度、その骨格 17

1-5 裁判ないし刑事司法制度 23

1-6 都市の実現 29

1-7 領域の組織 33

**第2章 民事法の原点** ..... 37

2-0 37

2-1 デモクラシーの原理 37

2-2 ローマのデモクラシー 42

2-3 占有 47

2-4 民事訴訟 57

2-5 取得時効 63

2-6 消費貸借 69

2-7 地役権、相隣関係、不法行為 74

2-8	財産の金銭評価	76
2-9	身分法	81
<b>第3章</b>	<b>契約法の基本原則</b>	87
3-0		87
3-1	助走	87
3-2	契約法を生み出した社会	92
3-3	契約法の骨格	97
3-4	売買	102
3-5	委任	106
3-6	組合	109
3-7	寄託、銀行	112
3-8	bonorum possessio	115
3-9	嫁資 (dos)、ususfructus、fiducia、そして usucapio の 付加的要件	119
3-10	自由人の労働	121
<b>第4章</b>	<b>所有権概念の登場とその帰結</b>	125
4-0		125
4-1	新しい現実	127
4-2	占有概念の転換	131
4-3	領域上の占有を売買する	137
4-4	契約責任の変貌	143
4-5	不法行為法の変化	147
4-6	意思 voluntas	150
4-7	民事訴訟の変容	153
4-8	争点決定 litis contestatio	158
4-9	刑事訴訟の新展開	164
4-10	犯罪の新しい概念	168

<b>第5章</b>	<b>所有権に基づく信用の諸形態</b>	175
5-0		175
5-1	locatio conductio	175
5-2	質権	177
5-3	債権信用	181
5-4	condictio 周辺の新動向	186
5-5	保証	188
5-6	特有財産 peculium	192
5-7	身分法の変容	200
<b>補遺</b>		205
索引		211

## 序

ローマ法が今日の法律学の土台を成しているということは動かない事実である。

とはいえ、法律学が全面的に更新されるとき、常に全く新しいローマ法像が獲得され、これが基礎となったということも確かである。少なくとも16世紀の人文主義法学において、そして（当初、新人文主義を標榜した）19世紀のパンデクテン法学において、そうであった。そして、新しいローマ法像の獲得は知の全く新しい質、素材を吟味する全く新しい方法、等々を伴っていた。そうした全体的な変化の一つのコロラリーであった。ローマ法が土台となる関係というものは、実際にはこのようなものであった。

私は現在世界がこれらに匹敵する大きな変化を要請していると認識している。そして新しい方法と作業に基づく新しいローマ法像の獲得に年月を費やしてきた<sup>1)</sup>。そうした作業は、拙著『政治の成立』（東京大学出版会1997年：

---

1) 人文主義的なローマ法記述はどうしても「われわれのかくかくの制度は本来はしかじかの意味を持っていた」というタイプの言明になる。この落差を通じて読者を揺さぶり、問題を根底から考え直させるのが趣旨である。しかしときどき暗に原点へ帰れと主張していると誤解され、突然とんでもないところから頭ごなしに攻撃されたと受け取る若干の読者を生む。まず本書のテキストは決してそのようには言っていない。反対に思い切り現代風に大胆に解釈すべきとの立場が透けて見えるはずである。通常のローマ法の教科書はわれわれの既存の枠組をそのままローマ法に投影しているため、心安らかな反面、意味をなさない。われわれの観念が19世紀ローマ法学の所産に基づいているのであるから、堂々巡りをしているだけである。創造的であるためには、ローマの人々が何を問題としたのかということに立ち返って考え直す以外にない。本書はこれを探求する。この探求はわれわれが問題を感知する精度を上げる。すると見過ごしていた現代社会の問題が意識しうようになるかもしれない。根本的な問題を見つければ先へは進めない。そして、彼らがそ

POL)、および『デモクラシーの古典的基礎』(同2003年:DEM)、そして『法存立の歴史的基盤』(同2009年:POSS)において報告された。まずはギリシャ・ローマ全体についての認識を最新のものにすることが目指された。必然的に、法のみならず政治やデモクラシー、文学や哲学、信用や労働等々についての認識の再点検をも伴った。本書はとりわけPOSSの要約版という性格を有するが、ギリシャ・ローマ世界全体の基礎を深く理解しなければローマ法の認識には到底至らないという観点をとる以上、POLやDEMの参照をも乞うこととなる。

新しいローマ法像と言っても、個々の制度や概念や規律それ自体の内容は概ね現在の標準的教科書、とりわけ少し保守的なそれと、まして相対的に19世紀ドイツのローマ法学の影響が薄いジラルなど、それほど違わない<sup>2)</sup>。大きく異なるのは、それらの制度や概念や規律が社会の中で果たした

---

これらの問題をどう解決したかという答えの方ではなく、どのように鋭く問題を発見し、どのように真剣にそれと取り組んだか、どのようにして挫折したか、の方を追ってほしい。むしろ彼らの失敗をこそ貴重な遺産としつつ、われわれがこれを受け継ぐのは伊達ではないと気づくはずである。そのようにして問題意識を高度に更新してきたからこそ、われわれはここまで来たのである。逆に問題を飛ばして答えの方しか見ないならば、それこそ不条理な頭ごなしとしか映らないであろう。何でまた関係ない時代の関係ない地域の関係ない文化を受け容れなければならないのかと(ただし「西洋のもの」ではない、「西洋」もまたギリシャ・ローマに無理解・劣等感・反発を繰り返してきた)。もともと、解答集を仲間内で共有することのみ生きがいを感じるのが法律家の悪癖である。問題を発見し根底から解答集を覆すなど、仲間内を説得するのが裁判である以上、言語道断であると感じられよう。かくして歴史上何度も法や法律学は客観的な現実を見るよりははるかに仲間内の顔を見るものに変質した。問題を見ずに答えだけをやりとりする姿は、自分たちだけがありがたがるワッペンか何かを蒐集交換するマニアのサークルに似る。法学教育の場面でしばしば横溢してきた思考である。にもかかわらず、時として法や法学そのものが、「果たして問題を解決できますか、解決できなければ退場してもらいますよ」と法律家の外から言われた。そして現代はそのような時代の一つである。現実と真剣に対峙するならば距離を取らなければならない。一旦緊張を強いる外へと出なければならない。これが人文主義的思考回路である。距離を取るということは簡単なことではなく、学問的重装備を要する。根本から前提を取り直し、かつデータを新しいCritiqueによって厳密精査しなければならない。

2) ちなみに、日本語の教科書としては、唯一原田慶吉『ローマ法』(有斐閣1949年、実質片岡輝夫による改訂版1955年)を挙げうる。ドイツの教科書として相対的にサウンドなJörs-Kunkelを土台として明治民法典に接続するものだからである。とはいえ、もちろん

役割の理解、その社会自体についての理解、したがって歴史上いつ現れ、いつ変質したかについての理解が大きく異なる。社会自体についての理解はもちろん最新の歴史学的研究を反映したものである。多くのローマ法の教科書(ばかりか学界の議論そのもの)が現在これを反映しないことを大変遺憾とする。結果として、本書は、「共和末までにローマ法の軸軸が出そろい、以後はむしろ混迷していく」という認識に基づく。いわゆるローマ法源、ユスティニアヌス法典<sup>3)</sup>に現れる紀元後の法学の所産を通り抜け、もっぱら共和期の歴史に深く分け入るのが本書の特徴である。そこは同時代史料のない領分であるから、高度の分析技術を要する。それだけに、法学的観点から精度の高い具体的画像が示されることはこれまでになかった。しかし共和末までのローマ社会においてこそ、ローマ法の諸々の諸原則は深い理解に値する意味を湛えているのである。これを基礎としてのみディゲスタの諸法文の錯綜も解明することができる。

---

パンデクテン方式でローマ法を叙述する19世紀ドイツのスタイルは踏襲されるほか、歴史的経緯や背景社会の叙述は流石に今日読むに堪えない。19世紀ドイツの実証主義ないしパンデクテン法学のバイアスを免れるためには、フランスの教科書でもP. F. Girard (*Manuel élémentaire du droit romain*, 1 ed., 1896)まで遡らなくてはならない。むしろBuckland (W. W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1 ed., 1921; Id. et McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, 1936)が有用である。Arangio-Ruizのいくつかのモノグラフが貴重であるが、これについてはその箇所でも適宜紹介する。他方、新しい教科書になればなるほど惨憺たる代物が混じるから注意を要する。

- 3) 確認すれば、紀元前6世紀のビザンツで歴代ローマ皇帝の勅令を編み直し(Codex)、初等法学マニュアルを再版し(Institutiones)、かつての法学者の著作から適宜切り取り断片を記念に保存した(Digesta これも確立したジャンルであった)。そうこうするうちになお出された勅令をも加えた(Novellae)。このテキスト群が16世紀以降Corpus Iuris Civilisと称され、「法典編纂」であるかのような誤解を素人に与えた(6世紀ビザンツでなされたことは実際にはサンプルを博物館に収め記念物化し死亡宣告したに近い)。なかでDigestaは一旦西ヨーロッパから消え、11世紀に鳴り物入りで「再発見」されたのであることに留意する必要がある。このDigestaが法的思考をわれわれに伝えたということは認識されてよい。とはいえ、ステレオタイプになりながら数百年積み上がったものであるから、テキスト解釈は実は極度に難しい。LenelのPalingenesiaは必携であり、その実証主義的限界を意識した新しいPalingenesiaの試みがA. Schiavoneのグループによって試みられつつある。

## 第1章 歴史的的前提

### 1-0

ローマ法を理解するためには、まずはローマの社会について広く知っておかなければならない。とりわけ、いかなる問題を発見しこれに立ち向かっていったかを知らなければならない。ローマ法が高度な内容を持つ以上、問題を鋭く意識したうえで系統的にこれにアプローチしたものであろうと推測される。われわれが彼らの問題を理解するためには、彼らの社会をかなり深いレベルで認識しているのだからなければならない。否、彼らの問題としたことを全く新たに捉え直そうとする（反射的に自分たちの問題を新たに捉え直そうとする）ならば、およそ社会自体を全く新たな水準で捉えなければならないし、新しい質の知を獲得しなければならない。

しかるに、今日標準的なローマ法教科書を開き、それがローマ社会をどのように理解しているかを問うと、愕然とせざるをえないであろう。専門の論文を読んでも印象が大きく改善されることはない。ローマ法学の認識は、「原始的な農業社会であった」「帝国は活発な通商をもたらした」程度、つまりスペキュレーションに基づくものであり<sup>1)</sup>、史料に基づく歴史的認識作

---

1) イデオロギー色の強い内容がむしろ実証主義後20世紀（1930年代）の特徴であるが、ここ半世紀標準的な理解は、紀元前700年くらい（論者によってはそれ以前）から300年を過ぎる頃まで一続きの古い農業社会と考え、紀元前3世紀に取引の活発化が生じ、新しい社会が生まれるが、これが紀元後200年過ぎまでをカバーする、というものである。しかし、少なくとも伝承は紀元前500年前後に「王政を廃棄し共和政に至った」共和革命

によりギリシャ史学における画期的な発展をも指摘しておかなければならない<sup>5)</sup>。

もちろん、本書はその性質上ローマ社会に関する本格的な記述をなしうるわけではない。しかし、法すなわち民事法が立ち上がる前提となった部分については少しだけ詳しく叙述する。これが以後数百年、ローマ社会の基礎をなした。法が立ち上がった後の社会の発展については、必要な限りで言及するにとどめざるをえない。本格的な分析につき、POSSの参照を乞う。

## 1-1 政治

ローマ社会を理解するうえでまず基礎に据えるべき認識は、それが政治を土台として成り立っているということである。ここで政治と呼ぶのは、紀元前8世紀にギリシャで誕生した、自由を指導原理とする全体社会組織の、その自由を実現する仕組ないし装置のことである<sup>6)</sup>。

自由とは、「贈与交換を典型とし、しかし言語行為や記号連関をも含む、échange (交換)<sup>7)</sup>によって媒介される相互依存 (réciprocité)<sup>8)</sup>に由る支配従属関係」からの解放のことである。échange と無縁に見える端的な暴力もこ

---

4) 後註 17, 21 参照。

5) 後註 12 参照。

6) 「政治」は "politics" 等の西欧語の訳語であり、「外来語」である。しかし西欧各言語においてもギリシャ語をそのまま (われわれがカタカナ) 表記するような外来語であり、これに限ってラテン語でさえなくギリシャ語を使うことになっている。ポリスという社会組織、その組織運営中枢の事柄を指す "ta politika" という中性複数表現に由来する。

7) 社会人類学の基本的な概念の一つであり、よく知られているので解説の必要はないと思われるが、念のために註記すれば、集団間の物・サービス・言語のやりとりが、1対1の対価性を少なくとも意識させずに体系的に展開され (全体的給付)、集団間の segmentation 維持に寄与するばかりか、しばしば集団区分ないし編成を形成し直す役割を果たす。民法の「交換」や他の「経済的に合理的な」「交換」との混同を避けるためには「交換」という訳語を避けた方がよい。

8) 「互酬性」という訳語を見かけるが、安定した対価性や利益交換を想起させるのでミスリーディングである。主体間の関係に一定の安定をもたらすかのような誤解を与える。事実これを社会編成や制度の基礎と見る社会科学理論がある。しかし échange という概念とともに、システムではなく問題状況をさしあたり指示する語である。

の関係の一形態である。réciprocité は定義上集団を発生させ、また集団内と集団間で展開される。かつ、さまざまなリソース、とりわけテリトリーをめぐって発達する。大まかには不透明な利益交換とこれに付随する暴力組織の行動原理である。社会人類学によれば、およそ人間社会に普遍的に見られる事象である<sup>9)</sup>。この普遍的なメカニズムからの解放が自由の意味するところとなる<sup>10)</sup>。そうであるとすれば、自由は個人のものである。集団こそが réciprocité の産物であると同時にヴィークルだからである。

支配服従の関係が根底的で普遍的であるとする、これを克服するためにはよほど深い包括的な省察が要請されるであろう。緻密な分析を経た批判的なコスモロジーのごときが生まれるであろう。ギリシャで政治が誕生するとき<sup>11)</sup>、ホメロスの叙事詩とこれに対抗的なヘーシオドスのそれが形成され広く人々に共有された<sup>12)</sup>。他方、自由を実現するための制度を構築するための資源は、その自由を抑圧するメカニズムの側に求められなければならない。なぜならばそれが所与のすべてであるからである。その所与はそのま

---

9) M. Mauss の *Essai sur le don* (『贈与論』) をどのような版であれフランス語で読むことを薦める。échange 等々の語が例えば交換等の日本語に置き換わると誤解を招くからである。ただでさえ、Mauss には「近代の契約関係」に反対像を突きつけ理想化するというバイアスが存在する。これを処方ないし土台として現代に採用するというバイアスを引きずる新制度論等の動向もある。それでも Mauss の貢献が今なお基底的であるのは、暴力や抑圧、大量殺戮等々に意外な秘訣が存在することを示唆するからである。

10) 以下に見るように政治や法はこの自由のために存在するから、réciprocité のさまざまなメカニズムに苦痛を覚える、苦痛を覚える人のその苦痛を理解する、ことができれば政治も法も全く理解しえない。集団によって抑圧される個人の苦しみに共感しうる想像力を持たない人は法律学の学習も諦めたほうがよい。

11) 「ギリシャ人の奇跡」の解明は L. Gernet の研究によって始まった。20 世紀半ば少し前からということになる。Gernet の継承者たち(ギリシャ史学のパリ学派)によってその研究は大きく発展した。パリ学派自身構造主義に影響されながらこれを既に批判するものであったが、POL は Momigliano や Lepore を踏まえてさらにそれを批判するものである。本書の認識はこれを要約するものである。

12) これらのテキストの中に暗号として、政治ないし自由を生み出したその秘訣が隠されている。全くのフィクションであるのに、否、まさにそのフィクションに秘密を解く鍵がある。これらのテキストは、現在のわれわれにとっての(次のデモクラシーの時代のギリシャで分化する)文学・歴史学・哲学を包含するものであるが、この広い意味の文学(literature)が肝要であったことは常に押さえておくべき事柄である。

## 第2章 民事法の原点

### 2-0

ローマの社会は、共和革命後わずか数十年の5世紀半ば以降、再び根底的な変動を経験する。この社会変動の中からわれわれが法と呼ぶものが歴史上初めて登場した。それは断絶と軋轢の中から生まれたのであり、長い年月をかけて少しずつ形をなしていったのではない。この二つ目の社会変動もまた、ギリシャからの決定的なイムパクトにより引き起こされた。ローマにおける政治の成立が南イタリアのギリシャ植民都市におけるデモクラシーへの変動を受けて生じたという捻れを特徴とするものだったのに対して、その同じデモクラシーへの動因に影響されたローマの第二の決定的社会変動は、これもまた一種のデモクラシー化であると言いうる限りにおいて、素直なものである。それでも、第1章で見た初発の不完全を引きずる分、ギリシャのデモクラシー化に対して大きな偏差を示す。そしてわれわれにとって重要であることには、この偏差に対応して、ギリシャには存在しなかった法というシステムがローマで生まれるのである。

### 2-1 デモクラシーの原理

ギリシャ諸都市は、紀元前6世紀後半から一斉にデモクラシーへと社会を変化させていく。デモクラシー下の政治制度の諸ヴァージョンを分類するた

めに政体論が生まれ、「デモクラシー」という語は政体の一類型を指示するために生まれたが、ここでデモクラシーというのは、政体論とは全く別に、社会の或る基本構造のことである。

政治成立後のギリシャ都市領域の状況についてはヘーシオドスを引いて例解した。この状況こそはデモクラシーへの入口である。領域の個人は二重に自由が保障されていた。領域の第二次的結合体は彼の自由を保障するが、その結合体自体からの自由は都市中心のシステムによって保障された。裏から言えば、都市中心の基幹の政治システムこそは彼の自由を保障する第一義的な装置であるが、しかしそれへの依存から生ずる干渉に対しては第二次的結合体の連帯が抵抗する。というわけでここには二重の自由があるが、しかし自由を保障する装置としては一個の単純な原理があるばかりである。都市中心の基幹の装置も第二次的結合体の装置も同じものである。同じ装置を大小組み合わせただけである。二重の自由はそれとしては保障されていない。二つの装置の非公式で偶発的な連動が保障するばかりである。しかし当然のことながら、水平垂直2方向の自由をそれとして概念しこれを保障する装置を作ることもできる。そしてこれをアプリアリナ原理とし、その保障がすべてに先立つと観念することもできる。デモクラシーはさしあたりこのような体制として定義できる。鍵を握るのは個人がテリトリーないし資源と関わる局面であった。この点で政治システムはその関係の〈分節〉を達成すると述べた。二重の自由が達成されるならば〈二重分節〉という語<sup>1)</sup>をいうのであ

---

1) (音韻論から借りた)〈分節〉と同様にこの概念も言語学からの借物である。音韻がクリアに〈分節〉していなければ、言語にならない。ごにゃごにゃ連続的に変化する猫の鳴き声のような音は言語にならない。音韻は軸を切ることによる差違の構成によって成り立つ。切り方は言語によってさまざまであり、同一の切り方はその内的ヴァージョン偏差に関して鈍感である。それはディアクロニクに変化する。さて、音節間関係は自由でなければならない。そうでなければ〈分節〉とは呼べず、複数の音節が連なって出来上がる語の識別を可能としない。語の自由な連なりにより文が形成されるが、文における語の連なり方につき第一の〈分節〉が言われ、個々の語は自由独立たることによって文相互の〈分節〉的差違をもたらすが、語相互の〈分節〉的差違は音節の音韻上の自由な連なりすなわち〈分節〉によってもたらされている。かくして言語は音韻の二重分節システムであると言われる。