

## 《論 説》

## 人文主義的法解釈

— ジャック・ゴドフロワ「消費貸借論」の方法論的分析 —

藤 田 貴 宏

## I.

ライプチヒで法学を学びアルトドルフで学位を得て間もないライプニッツは、法学教育の刷新を企図して書かれた『法学の学習及び教授の新方法 *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*』(1667年)の中で、新旧様々な成果を取り込んだ折衷的な法解釈方法論を提示している<sup>1)</sup>。コーンリングの『ゲルマン法の起源 *De origine iuris Germanici*』(1643年)の反響等を介して、ローマ法の権威がある程度相対化され、法学者の固有法への関心が高まりつつあった当時のドイツにおいても、鑑定意見等を介して法実務そのものに関与する場合以外は、普通法 *ius commune* としてのローマ法源が依然として研究対象の中核に位置していた。ライプニッツが「解釈的法学 *jurisprudentia exegetica*」と称して扱っているのも、主として、ローマ法の法文解釈である。ライプニッツを含めた多くの法学者たちにとって、法文解釈の準拠点となっていたのは、ドニ・ゴドフロワによって初めて「市民法大全 *Corpus iuris civilis*」の名の下に校訂編集されたテキスト群と、それに付された膨大な注解であった。この通称「ゴドフロワ版 *Littera Gothofrediana*」(1583年)は、ライプニッツの言うように<sup>2)</sup>、「過去の注釈学派や注解学派の人々による考察 *Glossatorum commentatorumque veterum observata*」だけでなく、「より卓越した時代の最も学識ある人々 *eruditissimi superioris ævi homines*」、つまり、人文主義法学の

1) 拙稿「法解釈学の重層性」獨協法学64号(2004年)のⅡ参照。

2) *Nova methodus*, II, 61

成果をも体现している。ライプニッツ自身はその経歴や著作内容からして人文主義法学という枠に収まる人物ではないが<sup>3)</sup>、その彼が、ゴドフロワ版への賛辞を惜しまず、また、人文主義的法解釈に特有の文献批判的側面を自らの法学教育論の中に取り込んでいるという点は、人文主義法学の方法と知見がより広く法学一般の共有財産として承継されつつあったことの証拠とみなしてよいはずである。本稿は、そのような人文主義法学における法文解釈の類型の特徴<sup>4)</sup>

3) 『新方法』や学位論文『法における複雑な事件 De casibus perplexis in jure』(1666年)等の法学論考からも明らかなように、ライプニッツにとって、人文主義法学(「フランス風 mos Gallicus」)は、法実務と大学教育を依然として支配続ける伝統的法学(「イタリア風 mos Italicus」)、ローマ法の現代的慣用、固有法実務、自然法論等と並ぶ一つの潮流にすぎないし、ライプニッツ自身がローマ法源の原典考証等に取り組むこともなかった。しかし他方で、(法学)教育論は、人文主義(法学)者たちが好んで取り組んだ課題の一つであり、ライプニッツの『新方法』をその一端に位置づけることは十分可能であるし、その中で「教育的法学 jurisprudentia didactica」として展開される「法の区分 partitiones juris」あるいは「法の方法 methodus juris」論(これについては拙稿「教育術としての法学方法論」東京商船大学研究報告[2003年]54号のⅡ及びⅢ参照)もまた、人文主義法学の一つの側面であった。次注参照。

4) 例えば、ヴィーアッカーは、「法学教育の改革」、「法文の秩序 Legalordnung: ordo legum」に代わる「体系的秩序」の探求、そして、「テキスト編集及び古典古代学的文献学的研究」の三つを「人文主義の要請」として位置づけているが(Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1. Aufl. [1952], 83-88; 2. Aufl. [1967], 161-169)、これらは、まさに「人文主義法学」という理念型を構成する概念的要素とみなし得る。本稿が扱う「人文主義的法解釈の類型の特徴」とは、さしあたり、三番目の「古典古代学的な要請 altertumswissenschaftliche Forderung」に対応する。また、トロージェは、「ヴィーアッカーによって区別された人文主義法学の三つの基本傾向」に示唆を受けつつ、これらの傾向に強く規定された「比較的新しい著述形式」として、「教授法論」、「体系的概説」、「テキスト批判」の三つを挙げ、これらを含む七もしくは八種類の著述形式(上記の三種類の他に、テキスト編集、個別研究、法的論理学・トピカ、注釈、辞書)ごとに人文主義法学の成果を辿っている。(Troje, *Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluß des Humanismus* [1970], in: *Humanistische Jurisprudenz* [1993], 47-65; *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II*, 1 [1977], 634-635/640-795)が、本稿との関連では、特に、「テキスト批判」と「注釈」との区別が問題となる。トロージェによれば、前者が、何

を、ライブニッツが提示する同時代の分析枠組に依拠しながら、ドニの息子ジャック・ゴドフロワ<sup>5)</sup>の小論を素材に敷衍しようとするものである<sup>6)</sup>。

古典古代の人間像及びそれを体現するギリシャ・ローマの文芸の再発見と撰

らかの「語句」や「問題」について「新たな研究成果」を公にするという「探求的 *zetetisch*」な志向の著述であるのに対して、後者は、「通説」を中心とした情報提供によって、「問題解説の完全性」を追求する「教義的 *dogmatisch*」な志向の著述であるとされる(755)。しかし、このような区別は、膨大な文献を整理するための基準としては有効でも、上記のような人文主義法学の類型的特徴を跡づける際には上手く機能しない。というのも、文献学的知見を交え、あるいは、独自の体系的秩序に即して注釈することが「人文主義的注釈」の特徴のはずだからである。フィーヴェックがギリシャ語の「考える *δοκείν*」と「調べる *ζητεῖν*」に対応させて用いた「教義的」と「探求的」という対概念は、体系一般の機能的側面に関わるものであって(Viehweg, *Systemproblem in Rechtsdogmatik und Rechtsforschungen* [1968], in: *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie* [1995], 101-103)、著述形式をめぐる議論とは噛み合わない。いずれにせよ、トロローエ自身が「個別研究」に関して認めているように(Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, 692-693)、「純粹に古典古代学的志向の著作と純粹に解釈学的志向の著作との明確な区別は原則としてほとんど不可能」なのであり、「注釈」においても別様に解する理由はない。

5) ジャック・ゴドフロワ(1587-1652)は、カルヴァン主義への改宗を理由に亡命(1579年)した父ドニの二人目の息子としてジュネーヴで生まれ、専ら父の手で教育され成人した後、ブルジュ及びパリに遊学し(1611-1614年)、1619年以降ジュネーヴ大学で教えた(博士号は1627年ブルジュ大学から贈られている)。また、教育研究の傍ら、ジュネーヴ市の各種参事会員、外交書記官等として、ジュネーヴのとりわけ外交に深く関与した。パリ遊学中には、高等法院に弁護士登録したが、「職務には自信が持てず」、ジュネーヴ帰郷後も狭義の法実務に携わることはなかったようである。ゴドフロワの伝記的記述としては、Marquis de Godefroy-Menilglaize, *Les savants Godefroy* (1873), 67-99. が詳しい。

6) いわゆる「人文主義法学」あるいは「復古学派」の盛期は、二度、すなわち、16世紀のフランス、及び、17世紀終わりから18世紀前半のオランダにおいて訪れるが、ジャック・ゴドフロワは、この両者、つまり、「ブルジュ学派」と「オランダ典雅法学」の間を繋ぐ存在といえる。オランダ典雅法学については、近時、包括的な研究(van den Bergh, *Die holländische elegante Schule* [2002])が現れた。ブルジュ学派については、さしあたり、Kelly, *Foundations of Modern Historical Scholarship* [1970], 93-115. を参照。

取の中で培われた人文主義的な批判意識が法学に持ち込まれたとき、「書かれた理性 *ratio scripta*」たるローマ法への信仰は揺らぎ、テキストそのものの確定性が、解釈の大前提として、あるいは、法文解釈自体の重要課題の一つとして強く意識されるに至った。ローマ法源のテキストのいわゆる原本性は、ユスティニアヌスの立法編纂、及び、写本を介した伝承という大きく二つの事象によって制約されているが、多くの人文主義法学者が目指していたのは、あくまで、学説彙纂を中心とするユスティニアヌス法典の原本性の回復である。例えば、様々な文献中に断片的に引用保存されたユスティニアヌス以前の法史料の編集整理や、「トリボニアヌスの修正 *emblemata Triboniani*」の解明（いわゆるインテルポラティオ研究）、更には、「記名 *inscriptio*」や「添書 *subscriptio*」をふまえた、古典期の法学者の著作、法務官告示、勅法等の「復原 *palingenesia*」のような一見純粋に文献学的な作業も、たとえ間接的にせよ、現行法たるローマ法源の解釈適用への寄与という目標に常に規定されていたのである<sup>7)</sup>。人文主義法学は法実務には無関心で、「実務に対する人文主義の影響は無に等しかった」という旧来の一般的理解<sup>8)</sup>が根本的に見直されつつあるが<sup>9)</sup>、人文主義

7) 例えば、ローマ法源の中に古典期法学者によるテキスト層とユスティニアヌスの時代のテキスト層を発展史的に区別することは、法文間の矛盾の解消という注釈学派以来の課題への取り組み方を根本的に変えることに繋がる。スコラ学の術語と方法に依拠して単に論理的に解消されてきた矛盾の多くは、歴史的に説明可能であり、「見かけの矛盾」にすぎないとされたのである。

8) Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abt. (1880), 96-97; Koschaker, *Europa und das römische Recht* (1947), 116; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1. Aufl., 85; 2. Aufl., 165. コーシャッカーが、当時、「この点について諸学者は一致をみている」と述べたのは象徴的である (116, n. 4)。なお、同111-113頁も参照。

9) Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (1956), 153-161; Kisch, *Der Einfluß des Humanismus auf die Jurisprudenz*, in: *Studien zur humanistischen Jurisprudenz* (1972), 17-61 [45-58]; Troje, *Arbeitshypothesen zum Thema "Humanistische Jurisprudenz"* (1970) in: *Humanistische Jurisprudenz*, 77-113 [81-84/107-110]; Luig, *Humanismus und Privatrecht* (1992) in: *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht* (1998), 73-89; van den Bergh, *Die holländische elegante Schule*, 53-63; Heise, *Der calvinistische Einfluss auf das humanistische Rechtsdenken* (2004), 99-103.

法学者たちもまた「法律家 *jurisconsulti*」であった以上、法文の規範的妥当性を窮極の認識目標に据えることは当然の事理にすぎない<sup>10)</sup>。ローマ法源の歴史性を意識し、伝承されたテキストの権威を相対化すること<sup>11)</sup>が、現行法たる法文の真の意味と射程を把握するにあたってまさに必要とされたのである<sup>12)</sup>。「善

ただし、これらの研究は、「実務に対する人文主義の影響」そのものを当時に法実務に照らして論証しているわけではなく、人文主義法学に内在する実務的関心を指摘することで、「理論と実務の区別」という旧来の議論の枠組みそのものに疑義を唱えている。つまり、人文主義法学もまた、法学一般がそうであるように、「理論と実務の複合体 *complesso teorico-pratico: theoretisch-praktischer Komplex*」として、先立つ注解学派（助言学派）の問題意識を継承しつつも、問題解決の「方法」において、これを批判し独自の道を歩み始めたというのである。いずれにせよ、「人文主義法学と実務」というテーマを論じる場合には、人文主義法学の実務的関心とその成果の実務における受容に必ずしも直結しないという点を意識する必要があるだろう。

- 10) 人文主義法学者の実務的関心は、法史学あるいは古典文献学の未分化を示す徴表である一方で、テキストが法規範であることの必然的な帰結でもあったと考えられる。テキストが掲げる規範的な妥当要求への価値判断を方法論的次元において排除する人々をそもそも「法律家」や「法学者」と呼ぶことはできない。
- 11) マッフェイやトロイエは、皇帝法としてのローマ法が、個々の主権国家の成立過程でそれぞれの固有法へと変容し、いわば任意法規化され、最終的には、新たな法典編纂へと至る過程を「ローマ法の歴史化 *storicizzazione del diritto romano: Historisierung des römischen Rechts*」を呼び、人文主義法学のイタリアにおける不振とフランスにおける興隆を、主権国家の生成という政治社会的背景の下に説明している（Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, 162-176, Troje, *Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluß des Humanismus* (1970) in: *Humanistische Jurisprudenz*, 70-75)。
- 12) ところで、トロイエは、特にキュジャスを念頭に、16世紀の人文主義法学者によるインテルポラティオ研究等の原典考証（本文批判）が、古典期ローマ法学の復原ではなく、現行法としてのユスティニアヌス法典それ自体のテキストの確定と解釈を目的としていた旨主張する一方で、それ以後の人文主義法学では、「古典期のテキスト層の回復とユスティニアヌス期のテキスト層の破壊」が自己目的化したと指摘して、その分水嶺として名指しされるアントワヌ・ファーヴルやオランダ典雅法学と「ブルジュ学派」とを「その限りで厳密に区別すべきである」としている（*Graeca leguntur* [1971], 4/107-108; *Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluß des Humanismus*, 53-54; “*Verwissenschaftlichung*” und *humanistische Jurisprudenz*

と衡平の術 *ars boni et aequi*] を介して「正義 *iustitia*」を追求する法学的営為全体の中で、人文主義法学が占めていた地位とその役割は、同時代の人々によっても既に適切に理解されていた<sup>13)</sup>。それを示すのがライブニッツの法解釈方法論である。

ライブニッツは、法文解釈のあり方を、法文間の意味連関を解明する「同時並行的解釈 *interpretatio simultanea*」と、個々の法文それ自体の意味を追求する「単独解釈 *interpretatio solitaria*」とに区別し、後者を更に、法文の正しさを「権威 *autoritates*」や「理性 *rationes*」に基づいて論証・反駁する「内容上の解釈 *interpretatio realis*」と、法文の文言に「忠実に *κατα ποδα*」なされる「文言上の解釈 *interpretatio textualis*」の二つに分けている。ある解釈が、単なるテキスト解釈に留まることなく、法文解釈の名に値するためには、同時に、当該

---

[1985] in: *Humanistische Jurisprudenz*, 279-281)。他方、ファン・デン・ベルフによれば、オランダ典雅法学を含めた人文主義法学一般について、今日行われているような文献学上の問題と法解釈学上の問題との学問体系上の区別を前提に人文主義法学者の方法を批判することは「時代錯誤」であり、「当時の法律家にとって、本文批判と古典文献の知識は、自己目的ではなく、常に、現行法のテキストを理解し適用する為の条件であった」とされている (*Die holländische elegante Schule*, 41-49)。個々の法学者によってニュアンスの違いはあっても、人文主義法学の全般的傾向としては、やはり、原典考証の急激な自己目的化ではなく、将来的に古典文献学や法史学の分化成立へと繋がっていく問題意識の漸次的な高揚という観方が適切であろう。本稿で取り上げるゴドフロワもまた、このような傾向を体現しつつも、現行法の解釈適用への関心を依然として保持していたはずである。

13) 人文主義法学の方法と成果が17世紀を通じて法学一般に浸透し受容され、オランダ典雅法学の内に結実して行く過程を跡づけるにあたって、ジャック・ゴドフロワはまさに格好の素材の一つである。実際、ゴドフロワの著作は、版を重ねた『法学便覧』を中心に、ブルジュでもジュネーヴでもなくライブチヒで学んだライブニッツの『新方法』において何度も言及されている (例えば *Methodus*, II, 49/50/52/68)。また、例えば、ゴドフロワの著作集が、没後半世紀以上後に、ハレ大学出身のドイツ人クリスティアン・トロツによってオランダで編集公刊され、ペインケルスフク、スフルティング、ウェステンベルフ、ウィーリング、ファン・デ・ワーテルといったオランダ典雅法学の中心人物たちに献呈されたという事実も、人文主義法学の受容と再興の過程を象徴するものと言える。『法学小著作集』に付されたトロツの「学識ある読者への序言 *Ad eruditum lectorem praefatio*」は、キュジャスからゴドフロワ父子を経てオランダ典雅法学に至る人文主義法学の流れを迎える上で、非常に重要である。

法文の規範的妥当性の「論証 probatio」として遂行されねばならない。そのような論証、つまり、ライプニッツの言う「内容上の解釈」は、他の法文の「対応箇所 loca parallela」や「学説 opiniones doctorum」の引用、そして、「理性」による推論という形式を採る。この「内容上の解釈」としては、人文主義法学者の解釈も、他の解釈と何ら異なるところはない。人文主義法学的方法的特徴が示されるのは、法文解釈のもう一つの側面、つまり、「文言上の解釈」においてである。文言上の解釈には、まず、当該「法文全体 tota lex」を対象に、その「概要や分類 summa et partitio」、「他の諸法文との連関 connexio cum aliis legibus」、「原著者 autor」、「歴史 historia」、「制定された理由 occasio qua lata est」等を解明する「包括的解釈 interpretatio totalis」が含まれる。他の法文との意味連関を解明する作業の蓄積は、当然ながら、「一覧 Series」、「要点集 Summa」、「パラティトラ Paratitla」といった著述形式による「同時並行的解釈」へと直結する。また、学説彙纂に抜粋収録された著作の著者名や書名・巻番号、及び、勅法彙纂に収録された勅法の公布者や公布の「場所と時 locus et tempus」を示す法文の「記名」や「添書」は、法文の原著者・立法者を特定し、その歴史や立法理由の推定に寄与するだけではなく、告示や勅法それ自体の復原というより文献学的な営みへと繋がっていく。他方、当該法文に含まれる「個々の語句 singula verba」を対象とする「部分的解釈 interpretatio partialis」は、法文の「校異 variae lectiones」や「文献批判の技法 ars critica」によって遂行される「テキストの確定 constitutio textus」と、意味の理解や表現の分析に相当する「確定されたテキストの解明 constituti explicatio」によって構成される。ライプニッツは、テキスト解明の手段として、とりわけ、「テオフィルス版法学提要 versio Institutionum Theophili」、すなわち、『釈義 Paraphrasis』や、「バシリカ法典 Basilica」の参照を推奨している。これらユスティニアヌス法典以後のビザンティン法史料は、古代ギリシャ・ローマの様々な文献資料、あるいは、初期ラテン教父の著作等と並んで、人文主義法学者による法文解釈のいわば共通論拠 loci communesであった。また、テキストの確定が問題となる限り、その作業とテキストの解明とはまさに一体のものとして遂行される。夥しい引用引証は、彼らが提示するテキストの読みを証拠立てる

と同時に、それに基づく理解を正当化する根拠でもある。アグスティンの『修正と意見 *Emendationes et opiniones*』(1543年)やキュジャスの『考察と修正 *Obsevationes et emendationes*』(1556-96年)を範例とし<sup>14)</sup>、他に「校異」、「推測 *conjecturae*」、「吟味 *animadversiones*」、「蓋然的証明 *probabilia*」等様々に称されるテキスト批判と解釈の一体性が、「区別 *distinctiones*」や「事例の設定 *casus formatio*」による中世以来の伝統的な解釈技法との相違において、人文主義的法解釈を特徴づけていたのである。

このような人文主義法学の登場を、ジャック・ゴドフロワ自身、「ローマ市民法の発展 *Progressus Iuris Civilis Romani*」の掉尾を飾る歴史的事実として位置づけている<sup>15)</sup>。それによれば、「言語の古い記録や古典人文学の研究 *veteris*

14) より早い時期のものとしては、ボロニーニ『両法テキストの新解釈 *Interpretationes novae ad omnes textus utriusque iuris*』(1494年)、ビュデ『学説彙纂注解 *Annotationes in quattuor et viginti Pandectorum libros*』(1508年)、アルチャート『勅法彙纂注解 *In tres posteriores Codicis Iustiniani annotationes*』(1515年)、ツァジウス『夜業集 *Lucubrationes*』(1518年)等が挙げられる。その後の人文主義法学によるテキスト批判の傾向と流れを象徴するのが、アグスティンとキュジャスの著作である。すなわち、アグスティンが、ハロアンダー版学説彙纂(1529年)をフィレンツェ写本の権威に依拠して批判する傾向が強いのにに対して、キュジャスは、印刷公刊(1553年)によって初めてその全体像が広く知られるようになったフィレンツェ写本の読みに対しても同じように批判の目を向けている。その後のテキスト批判の主流となったのは後者であり、そのような徹底した批判的読みを支えたのがバンリカ法典を初めとするビザンティン法史料であった。Troje, *Graeca leguntur*, 28-29/41/47-49; *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, 673-675. 参照。

15) *Atque huic inquisitioni satis. Nisi quod & illud scire interest, seculo demum superiore, posteaquam veteris historiae linguarum & humaniorum litterarum studium renatum est, simul & Iurisprudentiam meliori fato excitatam. Nam cum antea soloci filo & jejuna atque aspera Interpretum opera Ius tractaretur, sine ullo Historicae aut Philologicae cognitionis lumine, qua destituti ubique passim impigere, Accursij glossam seu feudum Iurisprudentiae sequi & enarrare tum contenti textu jam pene neglecto, & abolitis pene libris Iustinianeis, exorti certatim qui Iurisprudentiam ab his impolitiis vindicarunt, tum scriptis, tum ipso textu instaurato & in his Pandectis Florentinis eductis: In his primi & potissimi Gulielmus*



historiae linguarum & humaniorum litterarum studium]、すなわち、人文主義一般の復興が、「文法知識の不足や解釈者たちの貧弱かつ不毛な試みによって soloci filo & jejuna atque aspera Interpretum opera」テキストが等閑にされ、「アックルシウスの注釈 Accursij glossa」が一人歩きする法学の状況にも大きな変化をもたらし、「これらの怠慢から法学を解放しようとする人々 qui Iurisprudentiam ab his impolitiis vindicarunt」が次々と現れるきっかけとなったとされる。それらの人文主義的法学者の拠り所は、言うまでもなく、「歴史もしくは文献学の知識 Historicae aut Philologicae cognitio」であった。ゴドフロワは、法学初学者のために書かれ19世紀初頭まで版を重ねた『法学便覧 Manuale iuris』(1652年初版)の中で、三段階にわたる法学学習法の構想を提示しているが、そこにも、人文主義法学の成果が随所に盛り込まれている。その中でも特徴的なのが、「十二表法 Leges XII Tabularum」、「ユーリア法及びパー

---

Budaeus, Andreas Alciatus, Gregorius Haroander, Antonius Augustinus, Laelius Taurellus, Zasius, Viglius, & post omnes, ut taceam caeteros, domestica etiam decora, sed qui unus pro omnibus, qui e latericia iam auream fecit Iurisprudentiam. IAC. CUIACIUS. (Manuale iuris, 9. ed. [1677], 37-38)

“吟味は以上で十分であろう。ただしそれは、言語の古い記録や古典人文学の研究が復興したまさにその後の一層優れた時代の下で、そして同時にまた、非常な幸運によって活気づいている法学の現状を知ることが重要ではないとすれば、である。というのも、以前、法は、解釈者たちの文法知識の不足や貧弱かつ不毛な努力によって、歴史や文献学の知識の如何なる光もなしに、論じられていたので、それに欺かれた人々は、何処でも至る所で、アックルシウスの注釈、つまり、法学という封土を守備し、これを詳述することを強要したが、その後、既にほとんど忘れられていたテキストや、大方廃止されていたユスティニアヌスの法典に満足し、種々の文献、更には、復原されたテキスト自身や学説彙纂のフィレンツェ写本に示された知見に基づいて、上記の怠慢から法学を解放しようとする人々が競って現れた。彼らの中の先頭に立ち極めて優れていたのは、グリエルムス・ブダエウス、アンドレアス・アルキアトゥス、グレゴリウス・ハロアンデル、アントニウス・アウグスティヌス、ラエリウス・タウレルス、ザシウス、ウィグリウスである。そして、他の人々には、身内の誉れも含めて、これ以上言及しないとしても、これら全ての人々の後に、ある一人の人物が、他の全ての者に代わって、煉瓦の法学から黄金の法学を創り出した。それはすなわち、ヤコブス・クヤキウスである。”

ピア法 *Leges Iulia & Papia*」、*「サビーヌスの著作 Sabiniani libri」*、*「永久告示録 Edicti perpetui」* の四つを、*「ローマ法学のほとんど全てが依拠していた法の最重要基盤 potissimi Iuris Fundi quibus tota ferme Iurisprudencia Romana innixa fuit」* と位置づけ、その修得を目指す第二段階である<sup>16)</sup>。しかし、人文主

16) *Manuale iuris, dedicatio*, 5v.-7v. 『法学便覧(別名、怖れるに足りない法の奥義 seu parva iuris mysteria)』に収められた「ローマ市民法の歴史もしくは発展 *Historia seu progressus Iuris Civilis Romani*」、*「ローマ市民法文献集 Bibliotheca Iuris Civilis Romani*」、*「法命題要録 Florilegium rotundiorum iuris sententiarum」*、*「学説彙纂及び勅法彙纂一覧 Series Digestorum et Codicis」* が第一段階の学習を支え、第二段階で十二表法や永久公示録等に精通した学習者は、更に第三段階で、*「事例形成術 ars causandi」* や *「互いに矛盾する法文の調整 conciliatio legum interse pugnantium」* を学び、*「精選された実用性のある法文の目録 selectarum & practicabilium legum index」* や *「学習者が適切に文献を収集整理するための助言 consilium de bibliotheca recte e studioso instituenda」* を得て、より実践的な能力を身に付けることになる。第二段階に対応する『市民法の四つの源泉 *Fontes quatuor iuris civilis*』(1653年)は、ゴドフロワの死の翌年に公刊されたが、第三段階に関連する著作は遺されていない。以下に、『法学便覧』の献呈文 *dedicatio* に述べられている法學学習法の概要部分を引用しておく。

[...] *Poteram equidem in summam dicere, iuris studium ingressuro una cum Institutionibus tituloque de diversis Regulis Iuris, Historiam Iuris, praeoscendam esse, sine qua veluti facula sacris his initiari fas non esset. Poteram dicere ut in caeteris artibus, ita in hoc quoque studio, instrumenta artis suae studiosum nosse atque in parato, ceu instructum fundi alicujus, habere oportere, Bibliothecam inquam Iuris, seu recensum librorum & monumentorum, quæ superiorum temporum injuria e veteri [vetere?] iurisprudencia Civili reliqua nobis fecit. Poteram dicere, eodem tempore, a Catholicis seu generalibus incipiendum esse, i. Sententias rotundiores e libris Iustinianeis a studioso, servato librorum, ordine, excerptas memoriaeque mandandas, quibus videlicet, ceu communibus, ac ferme Politicis, notionibus, tironis ingenium utilissime imbuatur: Ita quidem, ut ipsas Leges, unde sententiae illae desumptae sunt, *κατα ποδας* studiosus simul consuluisse velit. Poteram dicere, cujusque libri tituli que per Pandectas & Codicem Seriem certa perpetuaque methodo, tum & sensum cujusque, in paucissima verba contracta, tenenda. Hæc, inquam, indicare poteram omnia: Quatuor videlicet, sic ut docam, ansas illas esse, quibus Iuris prudentiam nostram contingi seu contractari primo pedato oporteret, nisi malae, irritae saltem, tractationis reus peragi quis vellet.*

Mox in penetralia juris studiosi animum, iis quæ dixi præparatum atque imbutum, aliis insuper præceptis munitum immitere poteram? Monuissemque ad decursum usumque hujusce studij secundo pedato potissimos Iuris Fundos quibus tota ferme Iurisprudencia Romana innixa fuit, noscendos, praeque oculis habendos: Fundos voco, illas Iuris collectiones, συναγωγας, a Romanis subinde confectas, quæ totius Iuris fontes sunt, e quibus ferme jus Romanum omne fluxit, eductumque fuit: quaeque adeo Iuris Interpretes potissimum commentariis suis, illustrare adlaborarunt: undepostea etiam ferme pandectae concinnatae sunt. In hoc censu sunt Quatuor hæc 1. Leges XII Tabularum 2. Leg Iuria & Papia, Quarum Legum reliquias, seriemque jam ante plures annos edidi. 3. Sabinianorum librorum continencia seriesque: i. series sententiarum seu capitum juris desumptorum ex libris Commentariis ICorum ad Sabinum, qui γενικα seu Regulas & sententias Iuris Romani, totumque adeo Ius in unum contulerat, libris quos de Iure Civili sub Imp. Tiberio scripserat.

4. Eodem censu, & vel potissimum sunt Edicti perpetui reliquiae, seriesque genuina, quod sub Adriano Imp. a Salvio Iuliano conditum; quique unicus ferme ultimusque Iuris Civilis Romani fundus extitit: quemque adeo Icti certatim postea commentariis in id scriptis, explicare, illustrare, exercere coeperunt: e quibus tandem potissima Pandectarum capita deflorata sunt. His scil. quatuor praesidiis ante cognitis & ad manum subinde habitis, genuinus singularum legum quae per Pandectas occurrunt, intellectus erui facillime potest: si eo in quam oculos animumque intentum habere libeat. Quae & ipsa quatuor secundo Enchiridio complecti animus est.

Monuissem, tertio quoque Manuali seu pedato quatuor alias λαροας requiri: Ac primum Casuandi Artem tenendam, i. quam ratione genuina cujusque legis species, quae sæpe in abdito est, una cum rationibus dubitandi & decidendi, educi possit, & exinde certa juris principia (quae perpauca admodum sunt) in usus cuiusque seponi. Monuissem, incumbendum in Antinomiarum id est, legum inter se pugnantium, conciliationem. Monuissem, in tanta legum sive mole, sive etiam quorundam hodie αχρηστια, Singularibus & Practicalibus legibus inhaerendum cum primis esse: Monuissem tandem, pro fastigio hujus, sic ut dicam, aedificij, inter Interpretes juris & Pragmaticos, eos tantum habendos paucosque, qui probatae receptaeque apud plerosque lectionis essent. Et haec quidem etiam quatuor, singulari Enchiridio, seu Manuali complecti animus est, quo totidem partes continebuntur: Puta 1. Ars illa, quam dixi, Casuandi 2. Antinomicus, seu Conciliatio legum interse pugnantium, ubi paucissimis verbis earum quaestiones, ratioque

conciandi proponetur. 3. Selectarum & Practicabilium legum index, & quae cujusque materiae sedes sit. 4. Postremo sequetur Consilium de Bibliotheca recte e Studioso instituenda, sive Theorica sive Practica, de signatis ipsismet libris. [...] (Manuale iuris, 9. ed. [1677].)

“…全体としては次のように言うことができるでしょう。まず、法学の研究に足を踏み入れようとする者は、法学提要や「様々な法準則について」の章と共に、法の歴史についても予め知っておく必要があります。いわば松明のごとき法の歴史なしには、これらの神聖な領域に立ち入ることは許されるべきではないのです。また、他の諸術の場合と同様に、この研究においても、学習者は自らの取り組む学術の手段について理解し、いわば何かの土台を用意するように、それらの手段を身に付けねばなりません。そのような手段のことを、私は法の文献集と呼んでいます。それは、種々の文献や、前の時代の暴挙にもかかわらず古代の市民法学から我々に受け継がれた文書の集成です。そして同時にまた、普遍のもしくは一般的事柄から始めねばなりません。すなわち、学習者は、ユスティニアヌスの法典から、諸巻の順序を保ちながら、簡潔にまとまった諸命題を選び出し、記憶することから始めるべきなのです。それらのいわば公共的なほとんど政治的といつてよい諸概念に習熟することは、初学者の素質にとって明らかに有益です。つまり、そうすることによって、学習者は、同時に、それらの命題が選び出された法文そのものについて直接考察しようとするのです。更に、学説彙纂や勅法彙纂に渡って各巻各章の一連の流れが、確実に普遍的な方法に即して把握され、次いで、それぞれの意味内容が、非常に簡潔にまとめられた言葉によって理解されねばなりません。あえて申し上げるならば、これら四点は支えであり、我々の法学を理解し修得する第一歩はこれに支えられる必要があります。そうでなければ、害はなくとも無益な試みに従事すべく宣告されることになるでしょう。

上に述べたような点について準備し習熟し、しかも、それ以外の教えから守られた学習者の心を、法の核心部分へとすぐに導くことができるでしょうか。この法学の研究をやり遂げ役立てるためには、次の一步として、ローマ法学のほとんど全てが依拠していた法の最重要基盤に精通し、それらを目の前に置いておくことをお勧めします。私が基盤と呼んでいるのは、ローマ人によって繰り返し生み出された法の統一的集成のことであり、それはまたあらゆる法の源泉であります。ローマ法はほとんど全てそこから流れ出し導かれております。それらの集成を、まさに、法の解釈者たちは、特に彼らの注解によって明らかにしようと努力しました。それらの注解を基に、後に、学説彙纂もまた企てられたと言っても過言ではありません。このリストには次の四つの集成が含まれております。1) 十二表法、2) ユーリア法及びパーピア法、私はこの法律の残存史料や一覧を既に数年前に編集公刊いたしました。3) サビーヌスの著作の内容や一覧、すなわち、準則や学説といったローマ法の精髓だけでなく、法全体を一つにまとめたサビーヌスへの法律家たちの注釈書や、ティベリウス帝の下で書かれた市民法に関する著作から選び出された法の命題や要点の一覧。

義法学者の多くがそうであったように、ゴドフロワにおいても、ユスティニアヌス以前の法史料を復原しこれに精通することは、法学研究・学習の手段であって目的ではなかった<sup>17)</sup>。「当然ではありますが、これらの四つの補助手段

4) この同じリストによれば、とりわけ、ハドリアヌス帝の下、サルウィウス・ユリアヌスによって起草された永久告示録の残存史料とその復原が重要です。永久告示録は、ローマ市民法の唯一かつほとんど最高の基盤となり、法律家たちは、その後、永久告示録について書かれた注解によって、この基盤を説明し、解明し、実践し始めました。そして、そこからついに、学説彙纂の最も重要な部分が摘み取られたのです。あらためて申し上げるまでもありませんが、これらの四つの補助手段について前もって精通し、また、それらを繰り返し手に取るならば、学説彙纂の内に見出される個々の法文についての真の理解を極めて容易に獲得することができます。多くの人々の眼前で熱心な気持ちをを示すことを好む場合にはなおさらです。二冊目の便覧ではこれらの四点をまとめるつもりです。

三冊目の便覧、つまり、三步目として、さらに四つの便法が求められるべきことをお示しします。まず最初に修得されるべきは事例形成術です。まさにこの技術を、吟味し判断する技術と共に用いることによって、しばしば見えにくくなっている個々の法文の姿を浮き彫りにし、更にそこから、確実な法原理(そのような原理は非常に僅かです)をそれぞれの利用法に応じて蓄積しておくこともできるでしょう。次に、矛盾の解消、すなわち、相互に衝突する法文の調整に習熟すべきですし、また、膨大な量の法文に密着して、今日では無用となった部分や、特殊で実用性のある法文についても、重要な法文と共に慣れ親しむべきです。そして最後に、いわばこの建築物の頂点として、法の解釈者や実務家の中で、証明され大多数の人々に受け入れられた読み方をする僅かな人々だけを支持すべきです。以上のように、ここでもまたちょうど四つになる事柄を独自の便覧にまとめるつもりです。そこには、次のような四つの部分が含まれることになるでしょう。すなわち、1) 既に述べたところの事例形成術、2) 二律背反論、つまり、相互に矛盾衝突する法文の調整。ここでは、可能な限り簡潔な言葉で、その問題と解決法が提示されます。3) 精選された実用性のある法文の目録。これは法文の内容の在処に相当します。4) 最後にこれらに続くのが、理論的文献であれ実務的文献であれ学習者が適切に文献集を収集整理するための助言、つまり、注目すべき書物に関する忠告です。…”

17) ゴドフロワのライフワークであるテオドシウス勅法集 Codex Theodosianus の校訂編集もまたそのような実践の意図を持っていた。つまり、テオドシウス勅法集の正確な理解が、「ユスティニアヌスの勅法彙纂を用いるために ad usum codicis Iustiniani」まさに必要とされたのである。この点については、Troje, Humanistische Kommentierungen klassischer Juristenschriften (1972) in: Humanistische Jurisprudenz (1993), 177-180 を参照。

について前もって精通し、また、それらを繰り返し手に取るならば、学説彙纂の内に見出される法文一つ一つの真の理解を極めて容易に獲得することができ  
ます *His scilicet quatuor praesidiis ante cognitis & ad manum subinde habitis, genuinus singularum legum quae per Pandectas occurrunt, intellectus erui facillime potest*<sup>18)</sup> という言葉に象徴されるように、その窮極の目標は常に現行法たるローマ法の解釈である<sup>19)</sup>。それでは、その肝心の人文

18) *Manuale iuris, dedicatio, 7r. -7v.*

19) これに対して、シュミドランは、同じ一節を引用しつつ、専らゴドフロワの文献学的な関心を強調する。つまり、「一つの史料にすぎないユスティニアヌスのテキストを克服すること」が、ここでのゴドフロワの「意図」であり、「そのような視野の下では、ユスティニアヌスのテキストの読解は疑いなく一種の歴史的文献学的な読解に変容し、史料の法的意味合いは二の次となる」というのである (Schmidlin, *L'humaniste Jacques Godefroy à la recherche des sources juridiques*. in: Jacques Godefroy et *l'humanisme juridique à Genève* [1991], 66)。また、たとえゴドフロワが推奨するように、十二表法やユーリア・パーピア法といった「ユスティニアヌス以前の史料」に精通したとしても、「現在の法生活に由来する実務上の事件を解決するための確固たる支え」にはならないとされる<sup>17)</sup>。しかし、これらの点は、ゴドフロワの「意図」を敢えて歴史学的あるいは文献学的な方向に限定する理由にはならない。というのも、現行法の解釈適用への関心は、必ずしも、法実務への直接的な関与を通じて表現される必要はないからである。例えば、原典考証によるテキストの確定は、適用されるべき規範の射程を明確化し、更には、普通法に対する関係において固有法の適用領域を確保することに繋がっていく。「人文主義法学は、法、正義、衡平の間に生じる実践的問題に対しても開かれてはいるが、法実務に直接関わることはない」(75, n. 30) との主張からすると、シュミドラン自身も人文主義法学者たちの実務的関心そのものは認めているようであり、その限りで、法廷弁論や鑑定等の実務にはほとんど関わることの無かったゴドフロワの業績にも、「実践的」な「意図」を辿ることは容易である。シュミドランが「異論 *autre avis*」とみなすマッフェイやトロローエのいわゆる複合体テーゼは、実際に法実務に関与し受容されたか否かといった問題とはそもそも次元が異なる (注9参照)。なお、シュミドランは、「人文趣味で教養豊かな法学と法廷での具体的で安定した法学との間の断絶」に関する「貴重な証言」として、オットマン (1524-1590) の『鑑定意見集 *Consilia*』(1586年)の序言を引用しているが (63/76-78)、この点にも次のような留保が必要であろう。確かに、オットマンは、テキスト批判や注釈に従事する一方 (『市民法の考察と修正 *Observationes et emendationes in ius civile*』[1560-1599年]) で、鑑定活動を通じて法実務との対立を強く意識し、時には、ユス

主義的な法文解釈とは如何なるものなのか。その具体的な姿を見定める必要がある<sup>20)</sup>。

## Ⅱ.

本稿で取り上げるのは、「消費貸借における実行と同等性について De functione & aequalitate in mutuo」という論考である。これは、『小品集 Opuscula varia』(1654年)に収録され、八折判で十頁(フォリオ判で三枚六頁分)のまさしく小品ではあるが<sup>21)</sup>、人文主義的法解釈の方法論的特徴を限られ

---

ティニアヌス法典に代わる法典編纂の必要性を訴える(『反トリボニアヌス Antitribonian』[1567年執筆、1603年公刊])こともあった。しかし、その彼が、問題の序言で、「我々の法の論じ方 tractandi iuris nostri ratio」を、「学識者特有の論じ方 scholarum propria ratio」と「法定審理や判決に特有の論じ方 fori ac iudiciorum propria ratio」の二つに分け、両者の違いを強調し、あるいは、法文への注釈を「例えばウェルギリウスやオウィディウスへの、文法書にみられるような普通一般の傍注 communes apostillae, quales sunt in libris Grammaticae, sicut super Virgilio et Ovidio」のように考えていた自分の誤りを認め、注釈学派の人々を「知識豊富で権威ある人々 maximae scientiae viri et auctoritatis」と呼んでいることから、人文主義法学の限界に対する自覚や諦めを読み取るのは拙速に過ぎる。これはむしろ、既に指摘されているような、注釈学派、特に、アックルシウスに対する人文主義法学のアンビヴァレントな評価(例えば Troje, Arbeitshypothesen zum Thema “Humanistische Jurisprudenz”(1970) in: Humanistische Jurisprudenz, 94-95.参照)の一表現とも解することができるし、何よりも、オットマン自身実務との「断絶」を理由に「学識者特有の論じ方」を放棄したわけでないことは、鑑定意見それ自体を読めば明らかである。

20) 本稿が「方法論的分析」と銘打ったのは、以上の説明からも明らかな通り、裁判官による法適用を想定した狭い意味での解釈技術ではなく、研究方法も含めて、より広く法学のあり方そのものを考察する趣旨である。

21) 本稿では、『生前著者によって公表され、その後同じく著者による再吟味と補充を経て、著者が亡くなったこの機会に再び一つにまとめて増補改訂の上公刊される、法学、政治、歴史、文献批判の各種小品集 Opuscula varia; iuridica, politica, historica, critica, quae ab avthore, dum in vivis erat, edita, deinde ab eodem recognita & aucta, nunc de novo post eius obitum in unum collecta, locupletiora ac emendatiora prodeunt』(1654年)に収録されたテキストに加えて、トロツ編集の

た紙面で確認するには格好の素材といえる。当論考で論じられているのは、副題にもある通り、学説彙纂12巻1章「確定したものが訴求される場合の貸与物及び返還請求訴権について De rebus creditis, si certum petetur, et condicione」第2法文の「理解 intellectus」と「正しい読み vera lectio」であり、これらがそれぞれ、ライプニッツの言うテキストの「解明」と「確定」に相当することは一見して明らかである。この二つの作業は、ライプニッツがラムス主義的な二分法の下に配置したように、方法それ自体としては確かに区別できる。しかし、文献解釈一般がそうであるように、法文解釈においても、個々のテキストが、その解明作業と無関係に確定されるわけではない。一見、確定されたテキストを前提とする解釈のようにみえても、実際には、予め想定

---

『法学小著作集 Opera juridica minora』(1733年)のテキストも参照し、両者を校合したテキストを<付録>として末尾に採録した(本稿での引用に際しては、便宜上、前者の頁番号を示してある)。なお、『小品集』の表題にある「法学、政治、歴史、文献批判の iuridica, politica, historica, critica」という形容は、収録された著作の内容からすると、人文主義法学者一般にみられる著作の内容の分類の難しさを考慮しても、不適当な印象を免れない。というのも、計七(八)編の内、本稿で取り上げる消費貸借論を含む五(六)編については、表題等からも法文解釈を主題とすることは明らかであり、残る二編(コリント書の注解及び聖体拝領に関する書簡)についても、内容上、「政治、歴史、文献批判の」著作とまでは言えず、逆に法文解釈が随所に含まれていることから、「法学の」著作に準じて扱うこともできるからである。一九世紀後半にゴドフロワ家の家系に属する学識者の伝記をまとめたゴドフロワ＝メニルグレーズ侯爵によれば、ゴドフロワの生前1644年に公刊された同名の『法学、政治、歴史、文献批判の各種小品集』には、時事的な政治論や歴史論を収録した『政治弁論集 Orationes politicae』(1634年)、『テルトゥリアヌス「異教徒に向けて」注解 Notas in Tertulliani ad nationes libros duos ineditos』(1625年)や『リバニオス弁論集 Orationes Libanii Sophistae』(1631-1634年)のような注解付きの校訂テキスト等も収録されていたようなので(Marquis de Godefroy-Ménilglaise, Les savants Godefroy, 104)、収録作品が大幅に異なる1654年版は、この1644年版の表題をそのまま流用したとも考えられる。これに対して、『法学小著作集』の方は、「単に法に関連するというだけでなく、古代法を解明するあらゆるローマ・ギリシャの古典という観点から選別されたものが含まれる continentur selectae, non modo in Jure, sed & omni Antiquitate Romana, & Graeca, Jus Antiquum illustrante, materiae」と断った上で、『政治弁論集』や『リバニオス弁論集』を収録している。



された解釈的仮説の論証の一部として確定作業が行われることになる。考察の冒頭に自らの主張する「修正 emendatio」と「解釈 interpretatio」を予め簡潔に提示し、「これら一つ一つが証明されねばならない haec singula firmari oportet」と述べて、個々の論証を開始するゴドフロワにおいても、テキストの確定と解明の一体性は十分に自覚されていた。

学説彙纂12巻1章第2法文の中で、「部分的解釈」の対象となっているのは、当該法文第1節<sup>22)</sup>にある「特定物による以外の弁済によってその種類における実行を受け入れるから quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie」という箇所である。父ドニも採用していたこのテキストの「特定物による以外の弁済によって per solutionem quam specie」という語句に関して、ゴドフロワは、「特定物による同等の弁済によって per solutionem aequam specie」という新たな読み方を提案している<sup>23)</sup>。この「修正」に従うならば、この一節の趣旨は次のように理解される。まず、「その種類における実行を受け入れる in genere suo functionem recipiunt」とは、「同じ種類に属する別の物が借用物に代替することを許容し、一方の物が他方の物をまさに代替し補充する res quae eiusdem generis sunt, alias vice mutua fungentes admittunt, alteraque adeo alterius vicem subit impletque」ということであり、「消費貸借

22) ゴドフロワは、「記名 inscriptio」を重視する人文主義法学者の流儀に従い、『告示注解』28巻の法律家パウルスの見解 *sententia Pauli Iurisconsulti, libro 28. ad Edictum*』と明記して、次の通り第一節全文を掲げている。

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire: Quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: Nam in caeteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

“消費貸借は、我々がそれらの物の供与によって債務を負担し得るのをみれば分かる通り、重さ、数、長さによって定まる物について行われる。なぜなら、これらの物は、特定物による以外の弁済によって、その種類における実行を受け入れるからである。従って、我々がこれ以外の物について当該債務を負担することはあり得ない。というのも、嫌がる債権者に対して、他のものに代えて他のものを弁済することはできないからである”

23) De functione, 23

が成立する物の本性もしくは条件 *earum rerum, in quibus mutuum consistit, ea natura seu conditio* がここに示されている。そして、「特定物と同等の弁済によって」というのは、「特定物、もしくは、同じ種類の別の物が、消費貸借によって供与された物の代わりに、同等の数量及び品質によって弁済され返還される場合 *cum species, seu res alia eiusdem generis, loco mutuo datae, aequali quantitate & bonitate solvitur seu redditur*」を意味する。以上のような「敷衍 *paraphrasis*」に際して、ゴドフロワは、テキストの「修正」に基づく法文解釈を「読み方全体 *tota lectio*」と呼んで、テキストの確定と解明の一体性を強調している。個々の論証はこの一体性への自覚の下に遂行されるのである。

ゴドフロワが最初に取り組んでいるのは、「これこれの物がその種類において実行を受け入れる *eae res recipiunt functionem in genere suo*」という命題の述語「受け入れる *recipere*」、及び、目的語「実行 *functio*」の語義分析である。語義分析は、ライプニッツの図式に従えば、「文法的分析 *analysis grammatica*」に相当する。ライプニッツによれば、テキストの解明は、「意味を解明するか、話すための諸技法を語句に適用するかかの何れかである *vel sensum explicat, vel artes dicendi ad verba applicat*」。この二つは「敷衍 *paraphrasis*」及び「分析 *analysis*」と呼ばれ、後者では、文法学 *Grammatica*、修辞学 *Rhetorica*、論理学 *Logica* のいわゆる三学 *Trivium* の応用が意図されている<sup>24)</sup>。敷衍と分析は、テキストの確定と解明がそうであるように、互いに相補う関係にある。ここでゴドフロワが企てているのも、当然ながら、語義一般の分析などではなく、ある特定の法文の「敷衍」に繋がるような「分析」である。

まず、述語の分析では、主語である「物 *res*」との独特の意味連関に目が向けられている。すなわち、「受け入れるという語句 *recipiendi vox*」によって「ある物の本性、効力、能力が示されている *indicatur natura, vis & potestas rei alicuius*」というのである<sup>25)</sup>。その論拠として挙げられているのは、学説彙纂50

24) *Nova methodus*, II, 65/67

25) *De functione*, 23

卷17卷第23法文<sup>26)</sup>における<recipere>の用法である。「ある契約は悪意だけを受け入れ、ある契約は悪意と過失を受け入れる *contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam & dolum & culpam*」という一節で始まるこの法文では、寄託や容仮占有の帰責事由を「悪意 *dolus malus*」に限定する一方で、他の委任や使用貸借等に関しては「悪意」と「過失 *culpa*」双方を帰責事由とみなしており、更に、「組合や共有も悪意と過失を受け入れる *societas, & rerum communio, & dolum, & culpam recipit*」とされている。ただし、

26) *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam & dolum & culpam: dolum tantum, depositum & precarium: dolum & culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta (in his quidem et diligentiam), societas, & rerum communio, & dolum, & culpam recipit: sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit: excepto eo, Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: & ita utimur. Animalium vero casus mortes, quaeque sine culpa accident, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. (D. 50, 17, 23 Ulp 29 ad Sab.)*

“ある契約は悪意だけを受け入れるが、ある契約は悪意と過失を受け入れる。悪意だけを受け入れるのは、寄託と容仮占有であり、悪意と過失を受け入れるのは、委任、使用貸借、購入、質受、賃貸借であり、同様に、嫁資や後見の譲与、事務管理（これらの場合にも確かに注意を受け入れる）、組合、共有もまた悪意と過失を受け入れる。ただし以上のことは、個々の契約において、これ以上あるいはこれ以下のことを最初に合意していない場合に限られる。というのも、契約が規則を示している以上、最初に合意することが遵守されるであろうから。ただし、ケルススが無効であると考えている事例、つまり、悪意について責任を負わない旨合意した場合は除く。なぜなら、これは誠意訴訟に反するからであり、我々もそのように取り扱っている。以上に対して、過失なしに発生する動物の事故や死亡、普段監視されていない奴隷たちの逃走、略奪、暴動、大火、洪水、盗賊の襲撃については、如何なる者も責任を負わない。”

なお、本稿では、法文の引用にあたって、モムゼン＝クリューガー版ではなく、ゴドフロワ版に依拠した。参照したのは、1720年ライプチヒ刊の注解付テキスト（1663年アムステルダム刊のファン・レーウェン編集版に基づく）である。Spangenberg, *Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch* (1817), 843/893-894, n. 466/910, n. 525 参照。

<recipere>が上記のように「独特で有意義な語句 *vox propria & σημαντική*」である根拠として、このウルピアヌスの見解を引用するためには、帰責事由がまさに「これらの契約の本性、効力、能力によって要求され、これらの契約の本性に由来すること *naturam, vim & potestatem horum contractuum ferre, ex natura eorum esse*」自体の論拠が要求されるはずである。そこで、ゴドフロワは、19巻1章第11法文1節<sup>27)</sup>の同じくウルピアヌスの見解を引用する。「買主訴権 *actio empti*」はいわゆる誠意訴権 *actio bonae fidei* であるので、「契約締結者間で取り決めた事柄を履行すること *id praestari, quod inter contrahentes actum est*」は当然であるが、たとえ合意がなくても、「信義誠実 *bona fides*」に従って、「当該訴訟の領分に本性上内在する事柄 *quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate*」が履行されねばならない、とするこの一節には、売主の責任の範囲、つまり、帰責事由が、売買という契約に<sup>28)</sup>「本性上内在すること *naturaliter inesse*」が確かに示唆されている。こうして、<recipere>の独自の用法は、「誠意訴訟 *bona fidei iudicia*」において考慮される帰責事由を介して、古典期法学者の「事物の本性 *natura rei*」論に結びつくことになる。「売却にとって論理必然的に固有の事柄 *quae per consequentias emptionis propria sunt*」<sup>29)</sup>という同趣旨の表現がパウルス自身によって用いられている点を指摘した上で、ゴドフロワは、更に、ハルメノプーロスの『法律要覧六巻書

27) *Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est: quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate.* (D. 19, 1, 11, 1 Ulp. 32 ad ed.)

“そこでまず最初に理解すべきなのは、当該訴訟ではまさに、履行されるべく合意した事柄が考慮されるという点である。というのも、当該訴訟が誠意訴訟である以上、契約締結者間で取り決めた事柄を履行すること以上に信義誠実に相応しいことはないから。ただし、何も合意していない場合は、当該訴訟の領分に本性上内在する事柄が履行されるであろう”

28) この文脈において、買主訴権（訴訟）と購入（売買）行為とをあえて厳密に区別する必要はないであろう。

29) D. 19, 1, 5, pr. Paul. 3 ad Sab.

PROXEIPON NOMON TO LEGOMENON H EΞABIBLOS』からの引用によって論証を補強している。引用箇所は、「他に必要な諸章 *Ετεροι τιτλοι διαφοροι αναγκαιοι*」の第二章「様々な準則について *Περι κανωνων διαφοπων*」第55文<sup>30)</sup>に付された「注釈 *scholion: σκολιον*」であり、そこでは、上記学説彙纂50巻17章第23法文前段にはほぼ対応する「敷衍 *Metaphrasis*」を受けて、第55文の内容が個々の契約類型に即して解説されている。ただし、ゴドフロワが注目しているのはむしろ、第55文＝第23法文で扱われる帰責事由が「契約にとって本性上相応しい事柄 *τινα φυσικως προποντα τοις συναλλαγμασι*」である一方で、「信義誠実に由来する契約の本性 *η φυσικη των καλη πιστει συναλλαγματων*」そのものが「合意された事柄 *το συμφωνουμενον*」によって「変更される *αμειβεται*」場合がある旨述べている一般論の部分<sup>31)</sup>であろう。というのも、この注釈を引用した意味は、「その本性上契約に内在している事柄を合意によっ

30) *Επι συναλλαγμασι τισιν απο δολου (πουηλου) καταδικαζεται ο συναλλαξας, επι δε τισιν απο δολου και κουλπας ητοι της ραθυμιας. Τα τυκρηρα δε των αλογων και του χωρις ραθυμιας θανατον και την φυγην των μη φυλαττε σθαι ειωθοτων δουλων και τη αρπαγην και τον θορυβον και τον εμπρησμον και τα πληθη των υδατων και την επελευσιν των ληστων ουδεις επιγινωσκει.* (Harmenopolus, *Manuale legum dictum hexabiblos*, Div. tit. nec., II, 55: ed. Heimbach [1851], 786)

“ある契約では、契約を締結した者には、悪意に基づいて、判決が下されるが、ある契約では、悪意、及び、過失もしくは、本当のところは、不注意によって判決が下される。これに対して、不注意によらない動物の事故や死亡、普段監視されていない奴隷たちの逃走、略奪、暴動、大火、洪水、盗賊の襲撃については、誰も気づくことはない。”

31) *Εν τω παροντι κανονι σκοπος εστι τω νομοθετη διδαξαι τινα φυσικως προποντα τοις συναλλαγμασι, και ποταπα επι τουτοις ζητειται επιμελως, και εκ ποιων συμβαντων κινδυνος επαγεται και ζημα τω συναλλαξαντι, και επι ποιους ουκ ενεκεται. [...]* (787)

*Τοτε δε αμειβεται η φυσικη των καλη πιστει συναλλαγματων, και δια των συμφωνουμενων αυξεται και μειουται, οτε το συμφωνουμενον συγχρωως τη συστασει των συναλλαγματων συμφωνηθη τουτεστιν οταν αρχηται γινεσθαι και τυπυοσθαι το συναλλαγμα; [...]* (791)

“上記の準則では、契約にとって何か本性上相応しいことを教示することが、準則

て契約条項となる事柄から明確に区別する *distincte separantur ea quae natura sua contractibus insunt ab iis quae ex conuentione legem accipiunt*』ところに存するからである。結局、第23法文では、付加的合意 *pactum adiectum* によらずに、「本性上 *φυσικως*: *naturaliter*」、個々の契約に内在する事柄を指し示す趣旨で、*< recipere >* が用いられていることになる。

ところで、ゴドフロワの言うように、「物が実行を受け入れる *res functionem recipiunt*」という箇所がこれと「同様の仕方では説明される *ad eundem modum dicuntur*」ためには、少なくとも二つの疑問が解消されねばならない。一つは、誠意訴訟に関する第23法文を根拠とする理解が、厳正訴訟 *iudicium stricti iuris* である消費貸借の貸主の訴えにあてはまるのかどうか、である。誠意訴訟においては、第23法文にある通り、受寄者は悪意の場合のみ、使用貸借の借主や質受主は悪意または過失ある場合に、目的物滅失について責任を負い、不可抗力による滅失については免責される<sup>32)</sup>。これに対して、消費貸借の借主は、目的物がたとえ「偶然の事変によって *fortuito casu*」失われた場合でも責任を負わねばならない<sup>33)</sup>。とはいえ、この点は、ゴドフロワの論証の妨げにはならない。なぜなら、解釈の対象である第12巻1章第2法文1節において扱われているのは、目的物滅失時の帰責事由ではなく、借主の返還債務であるし、帰責事由であれ、債務の内容であれ、「たとえ契約時に特別に保証されていなくても *licet specialiter cautum non sit in contrahendo*」、個々の契約に「本性上内

---

定立者の目的となっており、一体、いかなる出来事から、契約締結者の危険及び損害が惹起され、いかなる場合に、それらに巻き込まれずにすむのかが、これらの準則において、注意深く探究されている。…”

“しかし他方で、信義誠実に由来する契約の本性が変更され、合意された事柄によって、強められることも弱められることもある。それは、そのような合意事項が、契約の締結に際して、つまり、契約が生じ形作られ始める時に、同時に合意された場合である。”

32) 個々の法源としては、例えば、寄託については、D. 16, 3, 32 Cels. 11 digest.、使用貸借については、D. 13, 6, 5, 2 Ulp. 28 ad ed.、質に関しては、D. 13, 7, 13, 1 Ulp. 38 ad ed.を参照。

33) D. 44, 7, 1, 4 Gai. 2 aur.、Inst. 3, 14, 2

在しているということ *naturaliter inesse*」が、むしろ、ここでの論証の核心といえるからである。確かに、このような議論の一般化は、古典期法学者における「事物の本性」と「信義誠実 *bona fides*」の意味連関を一定程度緩和する結果となるが、それによって、消費貸借の「本性 *natura*」を論じることそれ自体の当否が左右されるわけではない。ゴドフロワが、借主の帰責事由について全く触れることなく、「同じ種類の物が同等の品質と数量の故に返還されるべき *res eiusdem generis pari bonitate & quantitate reddatur*」旨の法文<sup>34)</sup>を引用し、これを消費貸借の「本性」として位置づけているのは、以上のような理由によるものと考えられる。しかも、そのような「本性」は、「何が意図されているとみるかは法に基づいて導かれる *ex iure sumitur id quod agi videtur*」<sup>35)</sup>や「あるがままの法から準則は生み出されるべし *ex iure quod est regula fiat*」<sup>36)</sup>といった引用から明らかなように、物の供与や弁済の約束として遂行される行為とは区別された「*ius*」の次元に位置づけられている。典拠の引用を繰り返すゴドフロワの実定的で権威的な論証の背後には、「常素 *naturalia negotii*」論や「事物の本性」論といった理論枠組みに依拠する理性的な推論の跡を辿ることができるのである。

それでは、もう一つの疑問、すなわち、<*recipere*>の主語が、「物 *res*」であって、消費貸借という「契約 *contractus*」ではない点をどう説明すべきであろうか。そもそも、要物契約とは「物の引渡によって遂行される行為 *negotia re contracta*」であり、「物の供与による *rerum datione*」法律関係の設定こそ消費貸借に他ならない。従って、消費貸借を含めた要物契約一般における<*res*>と<*contractus*>の間には確かに特別な結びつきが認められる。しかし、これだけでは、「物がその種類において実行を受け入れる」という「物の本性 *natura rerum*」を、同時に、「消費貸借の本性 *natura mutui*」とみなす理由として十分とはいえない。むしろ、その理由は、ゴドフロワの言うように、「それらの物が当該実行を受け入れる以外の仕方では、決して消費貸借は存立し得ない

34) D. 12, 1, 3 Pomp. 27 ad Sab.; 46, 3, 99 Paul. 4 resp.

35) D. 46, 3, 6 Paul. 4 ad Plaut.

36) D. 50, 17, 1 Paul. 16 ad Plaut.

であろうから *quia haud aliter mutuum stare possit, nisi hanc functionem eae res recipere*」である。このように法的行為そのものの可能性が目的物の本性によって左右される例は、「準用益権 *quasi vsusfructus*」の遺贈における所有権移転に見出すことができる<sup>37)</sup>。「葡萄酒、油、小麦 *vinum, oleum, frumentum*」といった「使用収益によって消費され減少する物 *res quae usu consumuntur vel minuuntur*」の用益権が遺贈される場合、「所有権は受贈者に移転されねばならない *proprietas ad legatarium transferri debet*」とされるのは<sup>38)</sup>、所有権の移転が準用益権という遺贈目的物の本性に由来し、同時に、遺贈成立の前提となっているからである。この点に注意を促した上で、ゴドフロワは、<*recipere*>の語義分析の決定的な論拠として、同じ遺贈に関する学説彙纂30巻第51法文<sup>39)</sup>を引用する。「箱に保存されているような一定数の貨幣 *certi nummi, veluti qui in arca habet*」や「ある特定の皿 *certa lanx*」等の確定物が遺贈される場合、「物体そのもの *ipsa corpora*」が遺贈されるのであって、「両替換算を受け入れない *non permutationem recipiunt*」とするこの法文に述

37) 所有権の移転に関して、他に、「金銭の使用権 *usus pecuniae*」、「金銀の用益権 *ususfructus auri et argenti*」、「什器の用益権 *ususfructus vasorum*」の遺贈に関する法文 (D. 7, 5, 12 Marc 7 inst.; 34, 2, 15 Sca 14 digest.; 7, 9, 12 Ulp. 18 ad Sab.) が引用されているが、いずれも「準用益権」の事例ではないし、「什器の用益権」については法文上明確に所有権の移転が否定されている。

38) D. 7, 5, 7 Gai. 7 ad ed. prov. この法文では、「受贈者の死亡時もしくは権利能力喪失時において、同じ性質の物が返還されるか、あるいは、物の評価に基づく確定額の債務が保証されるべき旨の担保問答契約 *cautio, ut quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est*」が課されているが、ゴドフロワは、この「担保問答契約 *cautio*」と当該遺贈の本性との関連までは言及していない。

39) *Sed si certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legavit: non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum, vel rei legatae continentur: neque permutationem recipiunt, & exemplo cujuslibet corporis aestimanda sunt.* (D. 30, 51 Pap. 4 quaest.)

“しかし、箱に保存されているような一定数の貨幣や、特定の皿を遺贈した場合、評価額相当の金銭ではなく、貨幣もしくは遺贈目的物の物体それ自体が保持され、両替換算を受け入れないが、他方で、任意の物体を見本に評価することは可能である”



べられているのも、遺贈目的物の本性に他ならない。そして、「遺贈された物の本性がこの両替換算に対立する *natura rei legatae huic permutationi aduersatur*」以上、「両替換算 *permutatio*」を「受け入れる」ことは遺贈そのものの本性にも当然反することになる。先の第23法文と共に、この第51法文での <*recipere*> の用法をも考慮するならば、物がその種類において実行を「受け入れる」という作用もまた、同時に消費貸借それ自体の本性と合致するはずである。

とはいえ、当該作用の法的意義は未だ不明確である。さしあたり、「その種類において *in suo genere*」という限定の意味が問題となる。ゴドフロワは、これを、「反対にあるいは代わりに何かを受領される *retro seu iniucem aliquid capi*」という趣旨に解している<sup>40)</sup>。学説彙纂12巻1章第2法文冒頭<sup>41)</sup>において既に明らかな通り、消費貸借において貸主が「取り戻す」のは、「供与した特定物そのもの *eadem species, quam dedimus*」でも「別の種類物 *aliud genus*」でもなく、「同じ種類物 *idem genus*」である。また、同じ消費貸借の場面で「反対に *retro*」という表現が用いられている例として、「消費貸借を行ったならば、反対に同じ額の金銭が弁済されねばならない *cum mutuum dedimus, retro pecuniae tantundem solvi debeat*」とする46巻3章第80法文<sup>42)</sup>も引用され

40) *De functione*, 24

41) *Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum): sed idem genus: nam si aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.* (D. 12, 1, 2, pr.)

“我々は、供与した特定物そのものではなく（もしそうでなければ使用貸借か寄託になるであろう）、同じ種類物を取り戻すつもりで、消費貸借を行う。また無論、別の種類物、例えば、小麦の代わりに葡萄酒を取り戻すつもりでも、消費貸借は成立しないであろう。”

42) *Prout quidque contractum est, ita & soli debet: Ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. …* (D. 46, 3, 80 Pomp. 4 ad Q. M.)

“契約されたそれぞれの事柄に応じて、次のように弁済されねばならない。すなわち、物の引渡によって契約したならば、物の引渡によって弁済されねばならない。例えば、消費貸借を行った場合には、反対に同じ額の金銭が弁済されねばならないというように。…”

ている。ただし、ここでは、<recipere>という語の多義性に注意せねばならない。第2法文冒頭では、貸主が同一種類の代替物を「取り戻す」という意味で<recipere>が二度用いられているが、これは問題の第2法文1節における用法と必ずしも一致しない。第2法文冒頭における「取り戻す」は、第2節の「受け入れる」ではなく、むしろ、上記第80法文の「弁済される solvi」に相当する。にもかかわらず、ゴドフロワが、「取り戻す」という意味での<recipere>に対応するギリシャ語<απολαβειν>をルカ福音書<sup>43)</sup>から引用し、更に、「返還する reddere: αποδουναι」といった関連語にも言及しているのは、この二つの用法の連関を意識させるためである。つまり、物が「その種類において」実行を受け入れることによって、貸主は「反対に取り戻すこと retro recipere」になるというのである。しかし他方で、「その種類において」実行を受け入れるという本性的作用の意義が、このような「同じ種類物から ex eodem genere」の弁済に尽きてしまうわけではない。この点を明らかにするのが、次にみる「実行」の語義分析である。

「実行 functio」は、一般に、「何らかの任務もしくは役割を果たすこと vicem aliquam seu partes aliquas sustinere」、「地位を引き継ぐこと locum subire」、「引き受けること obire」、「遂行すること implere」等を意味し、例えば、「義務を果たす fungi munere」、「職務を全うする fungi officio」、「体面を保つ fungi dignitate」、「自らの役目を果たす fungi partibus suis」といったように用いられる。しかし、ここで検討されるべき<functio>の語義は、「一般的用法から外れているだけではなく、法の知識に習熟した人々にさえよく知られていないような我々の法の秘密 secretiora quaedam ex iure nostro, vel ab iis qui iuris scientia imbuti sunt, atque a vulgi vsu semota」に属している<sup>44)</sup>。このように、ゴドフロワが<functio>の用法の特殊性を強調するのは、第2法文1節の「弁済によって実行を受け入れる functionem recipiunt per solutionem」という表現が一見不明確な印象を与えるからである。仮に、ここに言う「実行」が、

43) L 6, 34. なお、この箇所は代替物の「同等性」に関連して再び取り上げられることになる(Ⅲ参照)。

44) De functione, 25

単に消費貸借上の債務を履行するという意味であって、「弁済 *solutio*」の同義語にすぎないとすれば、二つの言葉が無用に繰り返していることになる。これに対して、「実行」を「代替的作用 *actus substitutionis*」と解することで、両者を区別するのがゴドフロワの立場である<sup>45)</sup>。ゴドフロワは、ジャン・ロベール<sup>46)</sup>に由来するこの実行=代替論を、「法文の趣旨そのもの *ipsa legis sententia*」、「範例 *exempla*」、「言語使用上の一般的習慣 *tralatitia loquendi consuetudo*」の三つの観点から検証している<sup>47)</sup>。この内、最初のもは、「弁済」と「実行」が同時に用いられているその事実それ自体から、「実行」に固有の意味の存在を推測しようとするいわば理性的な論拠であり、最後のものは、そのような特殊な意味が妥当する場面を、語句の用法上の一般的特徴から限定する論拠にすぎない。「実行」がこの場合一体何を意味するかは、他の法文の「対応箇所」を中心に多くの「範例」を示すことによって、あくまで実定的に論じられている。

<functio>もしくは<fungi>の用例としてまず参照されているのは、「物の価額 *pretia rerum*」に関する二つの法文である<sup>48)</sup>。これらは、遺贈と不法行為という全く異なる領域を扱いながら、遺贈目的物の価額及び奴隷殺害時の損害賠償額について、「物の価額は個々人の意向でも便益でもなく一般的観点から実現する *pretia rerum non ex affectu (affectione), nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur*」という全く同一の準則に言及している。「価額を決定する際に考慮されるべきなのは一般的評価である *in pretio constituendo ratio habeatur communis aestimationis*」との準則の趣旨に鑑みるならば、ここに言う「実現する」とは、さしあたり、「評価算定されること *aestimari*」を意味する。しかし、<fungi>の語義分析にとって重要なのは、むしろ、「物の価額」を主語とする能動的表現が用いられている点である。それ故、ゴドフロワは、当

45) De functione, 26

46) ゴドフロワが引用しているのは、『*Receptae iuris civilis lectiones* 市民法の承認された読み方』(1566年。ただし参照されているのはおそらく1588年刊の増補版『法学説集 *Sententiae iuris*』) 3巻14章である。

47) De functione, 27-28

48) D. 35, 2, 63, pr. Paul. 2 ad leg. I. et P.; 9, 2, 33, pr. Paul. 2 ad Plaut.

該テキストを安易に修正する人々を強く批判する。つまり、「ここで無謀にも、最良の写本の信頼性に対抗し、〈算定される funguntur〉という語句を持ち出す人々 qui vocem funguntur ibi nullo sensu, adversus optimorum codicium fidem, refingunt」は、この能動的表現の意義を看過することで、「重大な過ちを犯している errant graviter」というのである。これに対して、ゴドフロワ自身は、〈fungi〉固有の語義を、むしろ、評価算定される価額が「物の代わりになること vicem rei subire」に見出されるべきものと考えている<sup>49)</sup>。同じ趣旨で〈fungi〉が用いられている「対応箇所」としては、他に、「嫁資の持戻 dotis collatio」に関して、「遺言書に反する遺産占有 contra tabulas bonorum possessio」によって利益を受ける「家女 filia」は「持戻の義務を履行する collationis munere fungi」必要があり<sup>50)</sup>、同様に、「遺言実行 legatorum datio」の負担付きで相続人指定された者は「義務を履行せねばならない munere fungi debere」とする法文<sup>51)</sup>、死因受贈者に信託遺贈実行の負担が課されている場合に、「信託遺贈もまたファルキディア法上の制約に服する fideicommissum

49) De functione, 25この点は、ゴドフロワ自身が述べている通り、「既に他の人々によって適切に指摘されていた iam ab aliis recte notatum」。例えば、D. 35, 2, 63, pr.への父ドニの注解(659, n. 49)では、「実現する funguntur」を「算定される funguntur」と読み替えるハロアンダーの修正が「不当 male」とされ、ジャン・ロベールの『市民法の承認された読み方』(の増補版『法学説集』)3巻14章を典拠に、「実現するとは物に取って代わることである fungi est succedere in locum rei」とされている。既にみたように、ゴドフロワが「実行=代替行為」論の学説上の典拠として引用したのも同じ箇所である。なお、人文主義法学者の間でも、いわゆる流布版 Littera vulgataでの読み方が、文献学的理由に基づいて擁護され再評価されることがあった。この傾向は、印刷公刊を契機に、フィレンツェ写本のテキストもまた完全ではないことが広く知られるようになって以後強くなる。

50) D. 37, 7, 3 Ulp. 4 disp.

51) D. 31, 33, 1 Mod. 9 resp. 36, 1, 2 Cel. 21 digest. ケルススによる法文では、「相続上の義務を全て履行した相続人は(つまり遺言実行後に)残余分を取得するものとされた here sperfunctus omnibus hereditariis muneribus (id est, post legatorum dationem) reliquum habiturus foret」とあるように、〈fungi〉とほぼ同義の〈perfungi〉が用いられている。なお、両法文の関連性は父ドニの注解の中で既に指摘されている(580, n. 33; 665, n. 43)。

quoque munere Falcidiae fungeturであろう」とする法文<sup>52)</sup>、「自らの刑罰に10年以上服した non minus decem annis poenae suae functi fuerint」ことを鉱山労働刑の免除の条件とする法文<sup>53)</sup>、「法務官問答契約 stipulatio praetoria」に付される担保は、人的保証でなければならず、「何らかの質、あるいは、金銭、金、銀の供託では、保証の代わりにはならない neque pignorbis quis, neque pecuniae vel auri, vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur」とする法文<sup>54)</sup>などが挙げられている。確かに、最後の用例以外では、「何かの代わりになる」という意味が少なくとも文言上は明らかではない。しかし、家女は遺産占有によって侵害された他の共同相続人の相続分を補うために嫁資を持ち戻すのであり、遺贈義務者である相続人は遺贈者に代わって遺贈を執行し、死因受贈者は「自らの持分のために pro suâ parte」フェルキディア法を遵守する。また、刑罰に服する者は自らの罪を償うことになる。何れの場合も、「弁済 solutio」や「給付 praestatio」そのものではなく、広い意味で何かに代替すること<sup>55)</sup>、論理的に表現すれば、「前件に代わる後件 pro antecedenti consequens」が問題となっているのである<sup>56)</sup>。ところで、以上の用例は、例えば、「利息を追求する者は、たとえ不動産を所有していなくても、資産に応じた供出金を全て支払わねばならない qui foenus exercent, omnibus patrimonii intributionibus fungi debent, etsi possessionem non habeant」という法文<sup>57)</sup>におけるそれとは区別されねばならない。このような「納税もしくは貢納上の実行 functio tributaria seu annonaria」は、「租税や関税の納付 tributorum & vectigalium pensiones」そのものであり、「納税 εισφορά」、「支払 τελεσμα」、「公務 λειτουργια」といった語句とまさに同義である。従って、当該用例を念頭に「<functio>は消費貸借の支払よりも租税や関税の納付ほうにより相応し

52) D. 31, 77, 1 Pap. 8 resp.

53) D. 48, 19, 22 Mod. 1 diff.

54) D. 46, 5, 7Ulp. 14 ad ed.

55) ゴドフロワは、この意味での<fungi>を<subire>や<sustinere>に置き換えて敷衍している。

56) Defunctio, 26

57) D. 50, 1, 22, 7 Paul. 1 sent.

い *functionem in tributorum & vectigalium pensionibus potiùs locum habere, quàm in mutui praestatione*』とする観方は、<functio>の二つの相異なる語義を混同していることになる。消費貸借における「利息の実行 *usurarum functio*」や「債務の実行 *debitii functio*」とは、「利息の提供 *usurarum praestatio*」や「債務の弁済 *debitii solutio*」そのものではなく、それらに向けて代替物を用意することであり、「前件に基づく後件 *ab antecedenti consequens*」ではなく、「前件に代わる後件」なのである<sup>58)</sup>。

以上のような「対応箇所」を列挙した後、ゴドフロワは更に、テルトゥリアヌスの著作から同様の用例を幾つか引用している<sup>59)</sup>。まず、『肩衣について *De pallio*』からは、「世界が通常の役割を果たす *munere solemnium mundi*」<sup>60)</sup>や「誰かに対して男として振る舞う *virum alicui fungere*」<sup>61)</sup>という表現が引用されており、そこでは、ゴドフロワの言うように、「変化という平常通りの任務を担い引き受ける *mutationis vices ordinarias subire, sustinere*」、あるいは、「男の役割を引き受ける *vicem viri sustinere*」といった趣旨で<fungere>が用いられている。また、『異教徒に向けて *Ad nationes*』と『戦士の栄冠について *De corona militis*』からそれぞれ引用される、「夢の中でヘラクレスに尽くした女 *functio Herculi mulier in somniis*」<sup>62)</sup>や「人間らしい通常的手段を用いることで人間として振る舞ったキリスト *Christus hominem functus per communia instrumenta*

58) *De functione*, 26/27

59) *De functione*, 25-26

60) *Certe habitum uertere naturae totius sollempne munus est. Fungitur et ipse mundus interim iste quem incumbimus.* (*De pallio*, 2, 1)

“習性を変えることは確かにあらゆる自然の通常の役割である。同様に、我々が寄りかかっているこの世界それ自身も休むことなくその役割を果たしている。”

61) 「既に誰かに対して密かに男として振る舞った者 *iam uirum alicui clanculo functus*」(*De pallio*, 4, 2)

62) 「売春宿から来た女(ラーレントィーナ *Larentina*)は自分が夢の中でヘラクレスに尽くしたと自慢している *mulier de lenonio ludo iactitat se somniis Herculi functam*」(*Ad nationes*, 2, 10, 6)

exhibitionis humanae」<sup>63)</sup>といった表現も同様である<sup>64)</sup>。「対応箇所」や「学説」といった権威的論拠による論証の限界を文献学的方法で補おうとする人文主義法学者は、純粋な法源に視野を限定することなく、多種多様な文献史料に目を配った。例えば、既にみたようなユスティニアヌス法典自身に由来するビザンチン法史料からの引用は、法文理解を直接補うことになるし、古典期法学者の著作断片も、法文の原著者の見解として当然尊重されねばならない<sup>65)</sup>。他方、法学外の文献については、アリストテレスの正義論やキケロの法廷弁論のような関連文献だけが参照されたわけではなく、上にみたテルトゥリアヌスからの引用のように、内容的に法とは無関係な箇所であっても、語句の用例として積極的に引用される。ただし、「法律の知識に極めて精通したテルトゥリアヌス Tertullianus, iuris scientiâ plenissimè imbutus」とゴドフロワも呼んでいるように、テルトゥリアヌス自身、法学を学んだとされ<sup>66)</sup>、しかも、その活動時期が、ポンポニーウス、パーピニアヌス、ウルピアーヌス、パウルスといった古典期後期の法学者たちとほぼ重なるが故に、初期ラテン教父のなかでも、特にテルトゥリアヌスのラテン語は、法学者の文体や用語法を理解するための格好の参考資料となり得る<sup>67)</sup>。テルトゥリアヌスによる〈fungi〉の用例

63) 「人間らしい通常的手段だけを用いて自ら人間として振る舞ったキリスト自身において見出されるということ in ipso Christo deprehendi, non alias scilicet homine functo quam per communia ista instrumenta exhibitionis humanae」(De corona militis, 8, 1)

64) 出典は示されていないが、「肉は彼の苦しみを引き受ける carnem fungi passiones suas」という表現も挙げられている。

65) 実際、ゴドフロワも、いわゆる『パウルス学説集 Pauli Sententiae』やウルピアーヌスの著作断片における〈fungi〉の用例を、他の法文と特に区別することなく引用している(De functione, 25)。

66) 同名の法学者との同一性をめぐる議論については、Beck, Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian (1930), 13-17 参照。

67) ゴドフロワ自身、『異教徒に向けて』の注解書(1625年)を著しており、テルトゥリアヌスには並々ならぬ関心を持っていた。なお、上記注解書には、「法学上の所見に関する索引 index Juridicarum observationum」も付されており(Opera juridica minora, praefatio, 14)、「法的な言い回しを理解できない者は誰も彼を理解できないほど、テル

は、その意味で、先に引用された法学者の法文と同様、パウルスが学説彙纂12巻1章第2法文で用いた<functio>の「範例」としてまさに相応しい。

実行＝代替論が第2法文以外にも「これほど多くの範例 tot exempla」によって支持される以上、「<fungendus>や<functio>といった語句は適用される状況に従って様々なことを意味する fungendi & functionis voces varia significare, prout eae ad res accommodantur」といった見解<sup>68)</sup>は明らかに誤っている。しかし他方で、実行＝代替論の主唱者ロベールが言うように、「<functio>と称するだけで他に代わる実行が示唆される solâ functionis appellatione, designati alterius vice functionem」というわけでもない。なぜなら、<functio>や<fungi>が「代替」の意味で用いられる場合には、「ある何かが付け加えられる習慣がある aliud quid addi solet」からである。つまり、一体何が代替されるのか文中に示され、あるいは、少なくとも文脈上明らかであることが、実行＝代替論が妥当する前提条件なのである。そして、そのように文中に指示される代替の対象には、テルトゥリアヌスの引用からも明らかのように、「物 res」だけではなく「人 personae」も含まれる。「説明が名義の代わりとなる demonstratio nominis vice fungi」や「給付するだけのものが消費貸借に基づいて代わりに返還される mutua vice fungi, quae tantundem praestant」<sup>69)</sup>(パウルス)に並べて、「家子が家父のように振る舞う filiusfamilias

---

トゥリアヌスは法に習熟していた juris peritissimus fuit, ut adeo hunc nemo intelligere possit, qui non etiam illas formulas intelligat」(ベクラー)という点も、既に意識されていたようである。ただし、<fungi>の用例は、法学的内容に関わるものではないため、テルトゥリアヌスが多用した「法学者の口調 os Jctorum」や「法的な言い回し formulae juris」にあたるまでとは言えないであろう(ベックが列挙した「修辭学的・法学的言い回し rhetorisch-juristische Wendungen」にも<fungi>の用例は含まれていない Beck, Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian, 60-106)。

68) ル・カロン(カロンダス)『真実らしき事柄 Verissimilia』(1553年)3巻14章が引用されている。

69) D. 12, 1, 6 Paul. 28 ad ed. 「名義の代わりとなる説明によって ea demonstratio, quae nominis vice fungitur」、給付するだけのものが消費貸借に基づいて代わりに返還されるべきである mutua vice fungantur, quae tantundem praestant」。



patrisfamilias vice fungi<sup>70)</sup> (ウルピアーヌス) という用例がここで引用されているのは、以上の点を法文中にも確認するためである。「如何なる物、如何なる人を実行する旨述べようとも quaecunque res, quaecunque personae, fungi dicantur」、<functio>という語句は、「代わりに引き継ぎ、役割を遂行し、引き受けるといった意味以外で言及されることはない non alio sensu dicuntur, quàm pro vicem subire, partes implere, obire」し、「他の語句に置き換える必要もない neque cum alia commutanda<sup>71)</sup>」。逆に言えば、上記のような「言語使用上の一般的習慣」従う限り、「代替作用」としての<functio>は「あらゆる事柄、法のあらゆる部分に適合する in omni re, & in omnibus iuris articulis, locus est」はずである。学説彙纂12巻1章第2法文の「その種類において実行を受け入れる」という表現は、結局、それらの多様な適用場面の一つにすぎない。ここでは、「その種類において」という語句によって、返還されるべき代替物が指示されたのである。また、「法律家(パウルス)が直ぐに<弁済によって>と付け加えているにもかかわらず、なぜ<実行>と述べる必要があったのか quid opus fuerit functionem dicere, cum Iurisconsultus mox addat」という疑問が、この実行=代替論によって解消されるとするならば、「範例」を介した実定的論証は「法文の趣旨それ自体」に基づく理性的推論と一致する。つまり、「消費貸借上の<その種類における実行>とは、本来、弁済そのものではなく、弁済の前提、もしくは、弁済に密接に関連する事柄である functio in genere suo in mutuo proprie non est ipsa solutio, sed antecedens solutionis, vel

70) D. 14, 6, 2 Ulp. 64 ad ed. 「家は従軍手当の範囲内で家父のように振る舞うが故に cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur」。

71) De functione, 27 「置き換える必要がない」というのは、「修正」不要であることを意味する。つまり、<実行 functio>を「代替作用」と解するからといって、これを例えばく補充 suffectio: υποκαταστασις>と読み替える必要はないというのである。その際、ゴドフロワが皮肉を込めて「極めて聡明な某氏 Vir Clarissimus」と呼んでいる修正論者は、クロード・ドゥ・ソメーズ(サルマシウス)であり、『利息について De usuris』(1638年)と『アッティカ・ローマ法に関わる考察と修正について De variis observationibus et emendationibus ad ius Atticum et Romanum pertinentibus』(1645年)の該当箇所が引用されている。なお、Opera juridica minora, praefatio, 13参照。

cohaerens solutioni」との仮説は法源に即して検証できるのである<sup>72)</sup>。

それでは、実行＝代替論という一般理論の下で、「弁済の前提 antecedens solutionis」<sup>73)</sup>としての「実行」は具体的に一体如何なる法的意義を有し得るのか。この点に関して、ゴドフロワは、先の<recipire>の語義分析に際して引用されたパーピニアヌスの法文を再び引用している。すなわち、消費貸借の目的物となる「金銭や貨幣 pecunia seu nummus」は、「箱に保存されているような一定数の貨幣 certos nummos, veluti quos in arca habet」とは異なり、「両替換算を受け入れる permutationem recipire」が故に、「物が同じ種類の別の物に代替し、更には両替換算までも受け入れる res eiusdem generis alterius vicem subit, permutationemque adeo recipit」ような場合こそ、消費貸借において「実行」と呼ぶに相応しいというのである<sup>74)</sup>。しかし、「両替換算 permutatio: αμοιβη, αλλαγη, μεταβολη」の可能性というだけでは、<その種類における実行 functio in genere suo>の対象、つまり、代替物の性質づけとして十分とは言えない。というのも、「その種類 suum genus」として指示される性質が未だ明らかではないからである。「その種類」が、貸主によって供与された目的物と「同じ種類 idem genus」を意味することは、「我々は、供与した特定物そのものではなく、同じ種類物を取り戻すつもりで、消費貸借を行う mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus: sed idem genus」<sup>75)</sup>や「債務者はたとえ同じ種類に属していてもより低い品質の物を返還してはならない non licet debitori deterio rem, quae ex eodem genere sit, reddere」<sup>76)</sup>と

72) De functione, 27

73) あらためて言うまでもないが、ここに言う「前提」とは、時間的な前後関係ではなく、あくまで論理的な条件関係を意味する。つまり、ある物の弁済が、消費貸借上の弁済であるためには、その物が目的物の代替物でなければならないということである。ただし、受領物そのものによる返還を許さない趣旨であるかは明らかではない。後注131参照。

74) De functione, 26

75) D. 12, 1, 2, pr.

76) Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deterio rem, quae ex eodem genere sit, reddere:

いった表現からも明らかであるが<sup>77)</sup>、問題はそこに示唆される「同等性 *aequalitas*」そのものの意味である。ゴドフロワの考察の後半部分はこの「同等性」の考察にあてられている。

### Ⅲ.

「同等性 *aequalitas*: *ισον: αναλογον*」をめぐるゴドフロワの考察も、多くの「範例 *exempla*」の引用によって遂行される一種の語義分析には違いないが、その対象は、<*recipire*>や<*functio*>のように法文を構成する個々の語句ではなくむしろ、当該法文が前提としている概念である。従って、ここでは、語句の「分析」ではなく「敷衍」が試みられることになる。つまり、「特定物による以外の弁済によってその種類における実行を受け入れる *in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*」という法命題の思想を全体として把握することが意図されているのである。それでは、一体何故この法命題の思想が「同等性」という概念の分析によって把握され得るのか。その理由は、ゴドフロワが「同等性」を「消費貸借における実行の様相 *functionis in mutuo modus*」と呼んでいるところから明らかであろう<sup>78)</sup>。Iにみた語義分析に示された通り、当該法命題は、消費貸借の目的物が返還に際して如何にして代替されるべきかにつき言明している。そして、そのような実行の様相、つま

---

*veluti, vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, & eadem bonitate solvatur, qua datum sit. (D. 12, 1, 3 Pomp. 27 ad Sab.)*

“同等の物品が返還されるよう保証がなされなかったとしても、何らかの消費貸借を行った以上は、債務者は、例えば古い葡萄酒の代わりに新しい葡萄酒を返還する場合には、たとえ同じ種類に属するとしてもより品質の低い物を返還してはならない。というのも、契約締結時に要求される点は保証されたものとみなされるべきであり、実際にも、同じ種類の物が供与された際と同じ品質で弁済されるべく要求するものとみなされるからである”

77) *De functione*, 28

78) *De functione*, 28

り、代替の方式は、消費貸借の貸主が供与した物と借主が返還する代替物との関係、あるいは、供与された物に代替して返還されるべき物の性質として指示されるはずである。ゴドフロワの言う「同等性」こそまさにその関係であり性質なのである。「敷衍」が企図されているという点に加えて、更に注目すべきなのは、ゴドフロワの見解の独自性とそれを裏付けるテキストの「修正 emendatio」である。考察前半の語義分析が、どちらかといえば、事物の本性論や実行＝代替論といった既存の理論を応用しあるいは検証するものであったのに対して、後半の同等性論は、人文主義法学の通説の見解に異議を唱え、ゴドフロワ自身「この点についてはこれまで誰も吟味していない quod a nemine animaduersum est hactenus」と付言するほど特異な内容を含んでいる。しかも、そのような特徴ある法文解釈が、人文主義法学者らしい手法によって、つまり、「修正」によるテキストの確定作業とともに提示されているのである。

ゴドフロワによれば、消費貸借において「同等性」が意味し要求するところは「二つ duplex」あるとされる。その一つは、<functio>の語義分析の末尾でも予め唆された通り、供与された物と「同じ物 eadem res」ではなく「同じ種類の eiusdem generis: ομοιογενεος」物が代わりに返還されるべきということである。つまり、ゴドフロワは、第2法文1節の「その種類における実行 in genere suo functio」という表現に、種類の同等性を読み込んでいるのである<sup>79)</sup>。この点を支持する用例は、第3法文の「同じ種類に属する物 res, quae ex eodem genere sit」という表現以外にも見出されるし<sup>80)</sup>、供与物そのもので

79) De functione, 29

80) Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt: quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque soluto matrimonio, eiusdem generis & qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres ejus. (D. 23, 3, 42 Gai. 11 ad ed. prov.)

“重さ、数、長さによって定まる物が嫁資として供与される場合、その危険は夫が負担する。なぜなら、それらの物は、夫が思うまま費消し、かつ、婚姻の解消時に、同じ種類及び性質の別の物を、夫自身かその相続人が返還するという条件で供与されるからである”

Re contrahitur obligatio mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus,

はなく同種の代替物の返還という点は、何よりも消費貸借の本性上「自明の事理 *notissimum*」である。問題はむしろその先にある。パウルスは、第2法文冒頭において、「我々は、供与した特定物そのものではなく、同じ種類物を取り戻すつもりで、消費貸借を行う *mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus: sed idem genus*」と述べており、ゴドフロワが種類の同等性の最も重要な典拠とみなしているのもこの一節である。しかし、この冒頭文の主眼が、「供与したものと同じ種類の物 *idem genus quam dedimus*」ではなく、「特定物ではなく種類物 *non species sed genus*」の返還にあるとするならば、2節の「その種類における実行」に種類の同等性を読み込む解釈もそれほど確実ではないことになる。なぜなら、「特定物以外による弁済を介して *per solutionem quam specie*」という表現との結びつきを考えれば、2節もまた、同様に、「特定物ではなく種類物」による弁済を言明する趣旨と解するほうがより自然であるからである。

実際、人文主義法学者たちの多くも、「種類物による弁済と特定物による弁済が対立するかのよう *quasi solutio in genere & solutio in specie opponerentur*」解してきた<sup>81)</sup>。ただし、彼らの関心を引いたのは、実行や弁済の方式などではなく、*<solutio quam specie>*という語句それ自体であった。彼らは、代替物による弁済が「特定物ではなく種類物で為されること *in genere suo magis quam in specie fieri: fieri in genere, non vero in specie*」は当然の前提とみなした上で、このラテン語として一見不自然な表現の解明に力を注いだのである。その中には、テキストそのものを修正すべく、「*<magis>*や*<potius>*といった語句を挿入する人々もいる *alii vocem magis vel potius*

---

*quae pondere, numero, mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata: quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis & qualitatis. (D. 44, 7, 1,2 Gai. 2 aur.)*

“債務は、例えば消費貸借の供与のように、物の引渡によって締結される [velutiを補って読む *Inst. 3, 14, pr.*]. 消費貸借の供与は、葡萄酒、オリーブ油、小麦、現金のように、重さ、数、長さによって定まる物でなされる。これらの物は、受け取った者の所有となり、同じ種類及び性質の別の物が後で返還されるという条件で供与される”

81) *De functione*, 28

inserunt] が、そのような語句は「ニュルンベルク版やフィレンツェ版 Norica & Etrusca editio」<sup>82)</sup>の権威あるテキストには「全く見当たらない certe abest」<sup>83)</sup>。また他方で、「ギリシャ人やユダヤ人の習慣その他から取り出された

82) ハロアンダーが校訂編集したテキスト(1529年)、及び、トレッリ父子が編集公刊したいわゆるフィレンツェ写本のテキスト(1553年)。

83) なお、ゴドフロワ版でもそのような修正は採用されておらず、次のような注解が付されている。

Al. magis, quam per speciem; qua in lectione Zasius colligit, mutuum etiam in specie consistere, sed minus frequenter, quam in genere. In specie, inquam, mutuum consistere existimat, dummodo solutio uniformis sequatur: hoc est, ut id, quod datum est, numero ad numerum, mensura ad mensuram reddatur. Atqui non hic quaestio est, an species mutuo dari, sed an eadem species solvi possit. Species sane, in mutuo esse, seu mutuo dari potest, at non eadem solvi potest: speciem damus, idem genus solvimus. An ideo aliud? Non aliud, quia genus solum fungitur plane loco speciei mutuo datae. Ita res in mutuo comparatae sunt, ut si loco speciei mutuo datae genus solvas, idem solvas: imo magis idem solvas, quam si speciem eandem solveres. Vix enim fit, aut raro, ut eadem species mutuo accepta, dum mutuo debitor ipse utitur, aut abutitur, ad eundem creditorem revertatur, & eandem omnimodo debitor reddat. Est igitur τῶν Magis particulae, quae hic ab aliquibus reponitur, ab aliis recte subintelligitur, hoc loco vis ea, ac potestas, ut non comparet, sed eligat, ut in l. 1. S. comm. divid. aequae ac in illo, magis volo esse dives, quam pauper. (274, n. 23)

“あるいは「特定物によってではなくむしろ」。このような読み方によって、ザシウスは、消費貸借が特定物においても行われる反面、種類物による場合ほど頻繁には行われないと論じている。私に言わせれば、同一の弁済が行われる限り、つまり、供与されたものがその数や寸法通りに返還される限り、消費貸借は特定物によって行われたとみなされる。ところで、ここでの問題は、特定物を消費貸借に供し得るかではなく、同じ特定物で弁済できるか、である。確かに、特定物は消費貸借の対象となり消費貸借に供することができるが、同じ特定物で弁済することはできない。特定物を供与しても、それと同じ種類物を弁済するのである。だからといって、それは別のものであろうか。決して別のものではない。というのも、弁済される種類物が消費貸借に供された特定物の代わりであることは明らかであるから。消費貸借上の物については、消費貸借に供された物の代わりに種類物で弁済する場合、同じ種類物を弁済するしくみになっている。これはつまり、同じ特定物を弁済する場合と同様に、同じ種類物を弁

範例によって補いつつ理解する人々もいる *alii subintelligunt, Graecorum & Iudaeorum more, & exemplis aliunde petitis*]. この立場は、ゴドフロワが参照を支持している通り、アグスティンの『修正と意見 *Emendationes et opiniones*』(1543年)以来、ファプロの『サルマシウスの異論に対する反駁 *Replicatio adversus Claudii Salmasi refutationem*』(1647年)に至るまで繰り返し主張されてきた<sup>84)</sup>。例えば、前者の第4巻8章では、その表題にある通り、

済するということである。なぜなら、消費貸借によって受領された物が、債務者自身によって利用あるいは消費される一方で、同じ債権者に戻ってくるということ、つまり、債務者が全く同じ物を返還するということはほとんどないし、あるとしてもまれであるから。従って、ある人々が付け加え、また、別の人々が適切にも補って読むに留めた *<magis>* という小辞のここでの意味及び射程は、学説彙纂10巻3章「共有物分割について」第1法文や、「私は貧乏であるよりもむしろ金持ちでありたい」という場合とまさに同じように、比較ではなく選択するところにある。”

84) キュジャスの名も挙げられているが典拠は示されていない。なお、『考察と修正』11巻37章の冒頭には、「消費貸借とは、等しい数量を同じ特定物ではなく種類物で返還するという条件で供与された数量の貸与である *Mutuum est creditum quantitatis datae ea lege ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem*」との「消費貸借の定義 *mutui definitio*」が掲げられ、そこに言う「条件 *lex*」について、「ギリシャ風の言い方」への言及はないけれども、まさに「種類物による弁済と特定物による弁済が対立するかのよう」に説明されている。古代ローマの文芸一般を好んで引用する人文主義(法学)的な議論の一つの典拠例という意味も含めて、以下に引用しておく。

*Adieciimus in definitione quod mutuuum dicatur ea lege dari ut par quantitas reddatur in genere non in specie eadem. Primum enim si detur ut nihil reddatur, quod creditum insolubile Seneca vocat, mera donatio est, non mutuuum, quia mutatio intercedit aut reciprocatio nulla. Et hac ratione proprium auctores solent a mutuo separare, ut illo Comici loco, Ego cum illa nolo facere mutuuum. Quid ita? Quia proprium facio. Proprium est quod nec in genere eodem vel alio, nec in specie eadem vel alia reddere cogor alii. Mutuuum quod reddere cogor. Et inde illa Philosophorum vox, Nihil est homini proprium, quia nihil quod non reddi oporteat, terrae reddenda terra: & in comoedijs illa, Nihilne est proprium cuiquam? & vitam mutuam esse, non propriam. Ovidius, Vita data est, utenda data est, sine foenore nobismutua, nec certa persoluenda die. Quod ita Cicero, Natura dedit usuram vitae tanquam pecuniae, nulla p[rae]stituta die. Et Attius, Nulli vita propriam vita est.*

Mutuum igitur est quod debemus reddere, sed proprie non quod debemus reddere in specie eadem, sed in alia eiusdem generis. Nam quod in specie eadem reddendum est, vel commodatum est, vel depositum, vel pignus, vel precarium. In his contractibus interponitur fides reddendae eiusdem rei. & hoc est quod Paulus ait, Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum) sed idem genus. Nam si aliud genus, non erit mutuum. Et ut omnia sint paria, ponatur exemplum in his rebus quae pondere, numero, mensura constant, ut in pecunia numerata. Mutuam pecuniam damus recepturi non eandem ipsam pecuniam, sed aliam tantam. Alioquin commodatum erit vel depositum vel pignus vel precarium. Nam & hi contractus in pecunia numerata consistere possunt. De deposito & pignore non est dubium, quia his contractibus res utendae non dantur, sed deposito custodiendae, pignore possidendae. Commodato dantur utendae ad tempus, precario quamdiu libuerit danti. At pecuniae non est usus. Ergo nec commodatum vel precarium, nisi forte accipiatur quasi corpus, non quasi quantitas, ut ea utamur, non abutamur, quo casu etiam in pecunia numerata commodatum precariumque consistit, sicut retro quoque corpus nonnunquam accipitur quasi quantitas. Ut in l. quod saepe §. in his. D. de cont. emp. dum grex adnumeratur his quae numero constant, si modo venierit ad numerum: & hoc casu etiam in corporibus consistit mutuum, veluti dato grege ad numerum, ut totidem capita reddantur eiusdem qualitatis, vel dato pane ponderis certi ut eiusdem ponderis alius panis reddatur aequae bonus, vel dato libro forte papyraceo, quo exemplo utitur Accursius, in pondus, vel piscibus datis aut carne aut ligno. Nam & haec appendi solent. Et de piscibus nominatim Varro III. De re rust. Hirrium Caesari duo millia muraenarum dedisse in podus: & Plinius IX. Hirrium Caesari sex millia muraenarum mutua appendisse. Nam permutare quidem pretio noluisse aliave merce. (Observationes et emendationes, lib. XI, cap. XXXVII, 588-590. なお、引用は1577年ケルン刊の17巻版に拠った)

“我々は、定義に際して、「消費貸借は等しい数量を同じ特定物ではなく同じ種類物によって返還する条件で供与される」と言うべき旨付け加えた。というのは、まず、何も返還されない条件で供与されるならば、それは、セネカが「弁済不要の貸与」と呼んでいる通り、単なる贈与であって、如何なる交換も互酬もみられない以上、消費貸借ではないからである。また、作家たちは、次のような喜劇作家の一節にあるような仕方、借用物と専属物を区別している。「俺はあの女を貸したくない。なぜだ。俺のものだからさ」。専属物とは、同じものにせよ異なるものにせよ、種類物によっても特定物によっても、他人に返還するよう強制されることはないものである。他方、借用物は返還を強制されるものである。従って、「返す必要のないものなどはなく、土は土に



返されるべきなのだから、人間に固有のものなどありはしない」という哲学者たちの言葉もこの点に由来する。また、「自分だけのものなんてどこにある。命は借り物。持ち物じゃない」という喜劇の一節もまた同じである。更に、オウィディウスは、「与えられし命は享受されるべし。なんととなれば、それは、利子なしに我々に貸し付けられ、期日に支払う必要もないのであるから」と言っている。この点をキケロは、「自然は、何らの期日を定めることなく、いわば金銭のごとく人生に利息を付したり」と述べている。また、アッティウスによれば、「何人の人生も彼に固有の人生ではない」とされている。要するに、消費貸借における借用物とは、我々が返還すべきものではあるが、本来、同じ特定物ではなく同じ種類の別のもので返還せねばならない。というのも、同じ特定物で返還されるべきなのは、使用貸借か、寄託か、質か、容仮占有の何れの場合であるから。これらの契約においては、同じ物が返還されるとの信頼が生じており、パウルスが述べているのもこの点である。「我々は、供与したのと同じ物ではなく（もしそうでなければ使用貸借か寄託が生じるであろう）同じ種類物を取り戻すつもりで消費貸借を供与する。従ってまた、別の種類物を取り戻すつもりならば、消費貸借は成立しないであろう」。何であれ同じことではあるけれども、重さ、数、寸法から成る物として、現金の場合を例示しておくことにする。すなわち、我々は、同じその金銭ではなく、同じだけの別の金銭を取り戻すつもりで、貸付金を供与する。そうでなければ、使用貸借か、寄託か、質か、容仮占有が成立するであろう。確かに、これらの契約は現金に関して成立し得る。この点、寄託と質については何も疑いはない。というのも、これらの契約によって供与されるのは、用益できる物ではなく、保管されるべき寄託物や占有されるべき質物であるから。また、使用貸借において供与されるのは、一定期間用益できる物であり、容仮占有において供与されるのは、供与者が許す間だけ用益できる物である。しかも、金銭の用益というものはあり得ない。従って、金銭の使用貸借や容仮占有も存在しない。ただし、金銭が、偶然にも、費消するためではなく用益するために、数量ではなく物体として受領される場合は別である。この場合は、現金に関しても、使用貸借や容仮占有が成立する。これは、反対に、物体が時に数量として受領される場合があるのと同じである。例えば、学説彙纂18巻1章「売買の締結について」第35法文5[一6]節にあるように、単に一定数で売却されるにあたって、集合物が数量によって定まるものの中に算入される場合である。そして、この場合、消費貸借もまた物体に関して成立する。つまり、それだけの数の同じ性質のものが返還されるとの条件で一定数の家畜を供与する場合や、同じ重さで同じように上質の別のパンが返還されるとの条件で一定の重さのパンを供与する場合、また、アックルソウスが用いた事例、すなわち、恐らくはパピルス製の紙が重さに則して供与される場合、更には、魚、肉、木材などが供与される場合もそうである。実際、これらのものは計量されるのが普通である。魚についてはワッローの『田舎事情』第3巻が詳しく、ヒッリウスなる者がカエサルに二千匹のウツボを重さに則して供与したとされて

「学説彙纂及び勅法彙纂の多くの箇所において、〈何々 quam 何々〉というギリシャ風あるいはむしろユダヤ風の言い方が見出される *multis in locis Digestorum & Codicis Graecum uel Iudaicum potius dicendi genus reperiri, illud quam illud*」旨主張され、パウルスが用いた〈*solutio quam specie*〉も該当箇所の一つとして言及されている<sup>85)</sup>。アグスティンは、問題の箇所を、「特定

いる。また、プリニウス『博物誌』第9巻では、ヒッリウスがカエサルに貸し付ける六千匹のウツボを計量したとある。つまり、彼は、代価やその他の報酬を代わりに受け取ることを望まなかったのである”

85) *Multis in locis Digestorum & Codicis Graecum uel Iudaicum potius dicendi genus reperiri, illud quam illud. Edidit ante aliquot annos Gregorius Haloander maxima diligentia omnes iuris ciuilibus libros: qui nunc inter manus omnium uersantur. In quibus scribendis acri iudicio usus, si quid nimis, a consuetudine ceterorum librorum discederet, paucis uerbis qua ratione dictum esset, ad scripsit. Quale est, quod hic nos ex Ethruscis Paedectis emendandum curamus: quae ne cui duriora quam sunt, esse uideantur, locos aliquot prius indicabimus, quos Haloander ipse hoc pacto edendos curauit. … PAVLVVS ca. II. de reb. cred. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt. Quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Hoc est per solutionem in genere potius, quam specie, aut solutione in genere, non specie functionem recipiunt. … Marcia. ca. I. de mortis causa donationibus. Mortis causa donatio est, cum quis habere se uult, quam eum, cui donat. Haloander, magis quam. Theoph. in Instit. de donat. ita uertisse uidetur. *οποτε εαυτον τις βουλεται εχειν, ηπερ εχεινον, ω εδωρησατο.* quod proxime accedit ad Graecum dicendi genus. Sed tamen audio Iudaeorum in usu esse magis hoc dicendi genere uti, quam Graecorum. (Antonius Augustinus, *Emendationes et opiniones* [1543], lib. 4, cap. 8.)*

“学説彙纂及び勅法彙纂の多くの箇所において、〈何々 quam 何々〉というギリシャ的あるいはむしろユダヤ的な語法が見出されること。数年前、グレゴリウス・ハロアンダーが、細心の注意深さを以て、市民法のあらゆる諸巻を編集公刊した。それらの諸巻は、今や、すべての人々の手に渡っている。透徹した判断力を持っていたハロアンダーは、編集する際、何か他の諸巻の用語法からあまりにかけ離れていて、何らかの理由で手短に述べられている場合には、語句を書き加えた。この場で我々が学説彙纂のフィレンツェ写本に基づいて修正すべきものとするのはこの点である。元の状態ほど粗悪なものはないと彼には思われるのだとしても、我々はまず、ハロア

物よりはむしろ種類物の弁済によって、あるいは、特定物ではなく種類物の弁済によって、実行を受け入れる *per solutionem in genere potius, quam specie, aut solutionem in genere, non specie functionem recipiunt*』という趣旨に解しつつも、テキストの修正には踏み込まずに、文体の特殊性にその根拠を求めたのである。

しかし、ゴドフロワは、そのような修正の要否以前に、種類物による弁済という解釈それ自体に「満足できなかった *nunquam placere potuit*」。とはいえ、先に述べたように、実行＝代替が同等性によって規定されると考え、*< in genere suo >*に種類の同等性を読み込むだけでは、*< per solutionem quam specie >*という箇所が説明不足のまま放置されることになる。そこで別の新たな修正がゴドフロワ自身の手で試みられた。すなわち、*< 特定物以外での弁済によってその種類における実行を受け入れる in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie >*を*< 特定物による同等の弁済によってその種類における実行を受け入れる in genere suo functionem recipiunt per*

---

ンダー自身がそのようなやり方で編集すべきと考えた箇所を幾つか示すことにしたい。…学説彙纂12巻1章「貸与物について」のパウルスによる第2法文。「消費貸借は、我々がそれらの物の供与によって債務を負担し得るのをみれば分かる通り、重さ、数、長さによって定まる物について行われる。なぜなら、これらの物は、特定物による以外の弁済によって、その種類における実行を受け入れるからである」。ここは、「特定物よりもむしろ種類物による弁済によって、あるいは、特定物ではなく種類物による弁済によって、実行を受け入れる」という意味である。…学説彙纂39巻6章「死因贈与について」のマルキアーヌスによる第1法文冒頭「死因贈与とは、贈与する相手ではなく、贈与者自らが所有することを望む場合である」。ハロアンダーによれば、「ではなくむしろ *magis quam*」。テオフィルスは、『釈義』において、法学提要2巻7章「贈与について」(の第1法文の対応箇所)を「贈与した相手が所有する代わりに、自分自身が所有することを企図しているならば」と訳したように思われる。というのも、それがギリシャ風の言い方に非常に近いからである。ただし、ギリシャ人よりもむしろユダヤ人の日常においてこの言い方が用いられているのを、私は知っている”

なお、アグスティンは、ハロアンダーによる修正箇所を検討する旨の前置きにもかかわらず、むしろ表題通りに、ギリシャ・ユダヤ風の言い回しの用例一般を修正の有無とは無関係に順不同で列挙している。ハロアンダー版で修正されなかったパウルスの法文が挙げられているのもそのためである。

solutionem aequam specie>と読み替えたのである<sup>86)</sup>。当然ながら、テキストの修正は、解釈者の直観に基づいて無制限に行われるわけではなく、相応の文献学的根拠を必要とする。その際、文法を初めとする「三学」的知識が用いられたり、インテルポラティオ研究や文献の復原の成果が参照される場合もあるが、最も特徴的なのは、テキストの伝承媒体が写本であったことに由来する技術的論拠、つまり、誤字脱字、誤った句読法、欄外注の本文化、略字略号の復元ミス等によるテキストそれ自体の破損である。そして、それは、同時に、文字や語句の置換という修正手法を正当化した。ライブニッツにおいても、「速記法 *ars steganographica*」や「暗号術 *ars cryptographica*」を念頭に文字や語句の「蓋然的可能的な置換 *immutaciones probabiles et possibiles*」が、単にテキストの確定手段としてではなく、範例による実定的解釈や書き手の意図を推定する理性的解釈を補う法文解釈の一手段として位置づけられている<sup>87)</sup>。その中で人文主義法学者にとりわけ好まれたのが、ゲミナティオ *geminatio* と呼ばれる手法である<sup>88)</sup>。ゲミナティオとは、大文字で筆記された文字や語句を元に戻し、文字通り「重複させる *geminare*」ことを意味し、元々、トレッリが学説彙纂のフィレンツェ写本を編集公刊するにあたって用いたテキストの表記方法に由来する。ただし、そうして公刊されたフィレンツェ版学説彙纂(1553年)の印刷テキスト中で大文字で表記されたのは、フィレンツェ写本で写字生が実際に大文字を用いている箇所ではなかった。というのも、トレッリは、当時受け入れられていた読み方や自らの修正に即して、写本テキストの破損箇所やラテン語として問題のある箇所を指示するために大文字を用いたからである。つまり、ゲミナティオは、フィレンツェ写本の編集のためにトレッリ自身が考え出した表記方法にすぎなかったのである。しかし、人文主義法学者の多くは、大文字の使用が古代以来の省略法であると誤解し、ゲミナティオをテキスト修正の手段として盛んに利用した。しかも、大文字による表記が単なる誤記

---

86) De functione, 28

87) Nova methodus, II, 66

88) ゲミナティオについては、Spangenberg, Einleitung, 252-253; Van den Bergh, The Life and Work of Gerard Noodt (1988), 148-152を参照。

の類ではなく意図的規則的な省略法と誤解されたことで、テキスト批判術としてのゲミナティオへの信頼は高まり、トレッリ自身の意図を越えてその適用場面が拡大されていった。その結果、いわゆるオランダ典雅法学の全盛期には、ゲミナティオによる文字や語句の置換は、意味の不明瞭な法文一般を修正する最良の手段とさえみなされるようになる<sup>89)</sup>。

同等性をめぐるテキストの修正においてこのゲミナティオが用いられたことは、ゴドフロワ自身の言葉からも確認できる。というのも、そこには、「二文字を表現する大文字のE一つを用いて、フィレンツェ版学説彙纂のやり方で、<per solutionē quam specie>と書かれていた scriptum fuerat, per solutionē quam specie; unica litera maiore E duas literas exprimente, more Florentiarum pandectarum」と説明されているからである<sup>90)</sup>。それでは、この修正は、上に述べたようなゲミナティオの濫用にあたるであろうか。このような問いは、もちろんゴドフロワの見解の同時代的な評価を左右するものではなく、現在の視点から回顧的に提起されるものにすぎないが、さしあたりここでは消極的に解しておきたい。なぜなら、当該箇所のラテン語としての不自然さは、先にふれたように、当時既に広く認知されており、ゴドフロワが単に意味の不明瞭さを理由にゲミナティオを用いたとまでは言えないからである。また、当該修正においては、ゲミナティオの他に、「二重母音 diphthongus」の省略という写本一般にみられる表記法が根拠として用いられている。つまり、<aequam>の冒頭の二重母音<ae>の<a>が省かれて<equam>と書かれたというのである。いずれにせよ、ゴドフロワの試みは、「簡単な工夫で facili negotio」と自ら形容する通り、法文の修正としては比較的控え目な部類に属すると思われる<sup>91)</sup>。確かに、ゲミナティオにせよ、二重母音の省略にせよ、未論証の同等性論を先取りしている印象は免れない。しかし、テキスト解釈一般にとって、論点先取 petitio principii とは、多くの場合、解消可能な論理的誤謬と

89) Van den Bergh, Die holländische elegante Schule (2002), 117-120

90) De functione, 28

91) <solutionem>の語尾<m>の省略 (metacismus) は大文字<E>の上部に付された横線によって示されている。

いうよりはむしろ、決して免れることのできない解釈学的循環の徴表である。しかも、ここでは、価値中立を旨とする純粋に文献学的な批判考証ではなく、法文の規範的正当化を企図する法解釈が追求されている。テキストの確定という文献学的作業は、その規範的意味の解明に寄与する限りにおいて、法文解釈の一端を担い得るのである。

ゲミナティオとともにもう一つふれておくべき方法論の特徴は、いわゆる「記名 *inscriptio*」に即した法文引用である。学説彙纂に収録された各法文の原著者名と出典を示す「記名」は、収録順序とは別の意味連関を辿る手掛かりとして、古典期法学者の著作の「復原 *palingenesia*」だけではなく、法文解釈一般において広く利用された。ゴドフロワは、< *species* > が「物の形態、形姿、本性、本体、状態 *forma, figura, natura, corpus, conditio rei*」等の趣旨で用いられた箇所として、「形状あるいは量が表示されたものは確定的である *certum est cuius species vel quantitas & c. ostenditur*」<sup>92)</sup>や、「返還請求のあり方が同じであることは弁済者の期待にそぐわない *non existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur*」<sup>93)</sup>といった用例を挙げているが、これらは何れも、ここで議論されている学説彙纂12巻1章第2法文と同じく、パウルの『告示注解 *Ad edictum*』28巻に由来する法文であり、「パウルスが同じ巻において同じように *idem Paulus eodem libro*」という言い回しでその点が明示されている<sup>94)</sup>。引用された「対応箇所」の論拠としての価値は、内容的な関連性を前提としつつも、原著者及び出典の同一性それ自体によって補われあるいは高められると考えられていたのである。

92) *Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. ... (D. 12, 1, 6)*

“債務に関して問題となる形状や数量が、その名称や、名称に代わってなされる説明によって、如何なるもので如何なる量であるか表示されたものは確定的である。…”

93) *D. 12, 6, 27 Paul. 28 ad ed.* この法文は非債弁済者の返還請求の「場所 *locus*」に関する法文であるので、< *species* > の用例としては問題ないとしても、消費貸借における「同等性」との内容的な関連性は乏しい。

94) *De functione, 31*

「消費貸借における第二の同等性 *secunda aequalitas in mutuo*」は、修正を経た新たなテキストの下で探求される。「特定物による同等の弁済 *solutio aequa specie*」とは、「たとえ同じではなくても、明らかに同等で対等な特定物が返還されねばならない *etsi non eadem, aequalis certe, par, species reddenda venit*」ということの意味するが、ゴドフロワは、そこに、種類の同等性とは区別されるべきもう一つの同等性を見出している<sup>95)</sup>。それはすなわち、返還されるべき代替物を特定する質と量の同等性である。消費貸借における実行＝代替は、種類の同等性に加えて、この質及び量の同等性を満たすことで初めて完了されるのである<sup>96)</sup>。このような二重の同等性を要求する表現は、例えば、「同じ種類及び同じ性質の別の物 *alias ejusdem generis & qualitatis*」<sup>97)</sup>や、「同じ種類の物が供与された際と同じ品質で *ejusdem generis, & eadem bonitate, qua datum sit*」<sup>98)</sup>といったように、種類と質の組み合わせで法文中に確認できるし、消費貸借以外にも、婚姻解消時の嫁資の返還に際して、同じように、「同じ種類かつ同じ性質の別の物 *ejusdem generis & qualitatis alias*」<sup>99)</sup>への言及がみられる<sup>100)</sup>。また、実行＝代替において質とともに量の同等性が要求されることは、「消費貸借が重さ、数、寸法によって定まる物でなされる *mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt*」<sup>101)</sup>ところから容易に導かれるが、ここでは更に、テオフィルスの『法学提要積義 *Paraphrasis Institutionum*』やガイウス『法学提要』のいわゆる『技粋集 *Epitome*』から、「同じ品質で同じ量の別のもの *ετερα της αυτης υποστασεως και ποσοτητος*」、 「同じ本性で同じ量の別のもの *εταρα της αυτης*

95) *De functione*, 29-30

96) 従って、「同等で対等な特定物」とは、この場合、返還請求訴権の対象となる「確定物 *certa res*」のことに他ならない。

97) *D. 44, 7, 1, 2*

98) *D. 12, 1, 3*

99) *D. 23, 3, 42*

100) ここでゴドフロワが参照しているのは、種類の同等性の範例として既に引用された法文である。なお、直後にテオフィルスの『法学提要積義』が引用される関係で、*D. 44, 7, 1, 2*に対応する *Inst. 3, 15(14), pr.* が新たに追加されている。

101) *D. 12, 1, 2, 1*

φύσεως και ποσοτήτος)<sup>102)</sup>、「供与された際の性質で、かつ、同じ重さ、数、寸

102) Η (ενοχη) re συνίσταται απο φαχτου ητοι αριθμησεως και της απο χειρος εις χειρα μεταθεσεως και εστιν υπ' αυτην το δανειον. Δανειον δε εστι το τον λαβοντα γενεσθαι δεσποτην, ειναι δε ημιν ενοχον ουχ εις αυτα ταυτα, α λλ'εις ετερα της αυτης υποστασεως και ποσοτητος. το τον λαβοντα γινεσθαι δεσποτην ειπον, ινα φυγω χρηση και παρακαταθηχην: επι τουτων γαρ ου γινεται δεσποτης ο λαγων. ειναι δε ημιν ενοχον, ινα φυγω την δωρεαν: δεσποτης μεν γαρ ο λαβων γινεσται, ουχ εστι δε ενοχος. Ουχ εις αυτα ταυτα, αλλ'εις ετερα της αυτης υποστασεως και ποσοτητος ειπον, ινα μη ανελω την χρειαν του δαωεισματος. εκαστος γαρ δανειζεται επι τω ταυτα δαπανησαι εις οικειας χρειας και αυτι αυτων ετερα αποδουνα: ει δε αυτα αναγκαζεται αποκαθισταν, περιττον το δανειζεσθαι. Δανειζεται δε ου παντα τα πραγματα, αλλα τα *pondere numero mensura*. *Pondere*, οιον χρυσος αργυρος μλυβδος κηρος πισσα κασσιτερος. *mensura*, οιον οινος ελαιον. *numero*, οιον οι *nummoi* οι λεπτοι, και απλως ατινα η εν τω αριθμειν η εν τω μετρειν η εν τω αταθμιζειν επι τουτω διδαμεν, ωστε ποιησαι του λαμβανοντος, επι τω αποδοθηναι ημιν ουχ αυτα, αλλ'ετερα της αυτης φύσεως και ποσοτητος. Οθεν και *mutuum* το δανειον ωνομασται, *quia ita a me tibi datur ut ex meo tuum fiat*. Εκ δε τουτου του συναλλαγματος αγωγή τικτεται και λεγεται *condicticios*. (ed. Ferrini [1897], *pars post.*, 318-319)

“<物の引渡に基づく>債権関係は、計算や手から手への移転といった事柄によって締結され、消費貸借もこれに属する。ただし、消費貸借とは、受領者が所有者になり、その一方で、そのものではなく同じ品質で同じ量の別のものを我々に（返還するよう）義務づけられている場合である。「受領者が所有者になる」と述べたのは、使用貸借と寄託から離れるためである。というも、これらにおいては、受領者が所有者となることはないから。「その一方で我々に義務づけられている」と述べたのは、贈与から離れるためである。というも、（贈与の）受領者は、所有者になるけれども、義務づけられてはいないから。「そのものではなく、同じ品質で同じ量の別のものに」と述べたのは、消費貸借の利点を損なわないようにするためである。というも、誰もが、それらのものを自らの必要に応じて費消し、そのものの代わりに別のものを返還するつもりで、消費貸借を受けるから。実際、そのものの返還が強制されるならば、消費貸借を受けても無駄になる。ところで、消費貸借に供されるのは、任意のあらゆるものではなく、「重さ、数量、寸法に基づく」ものである。「重さに基づく」ものとしては、例えば、金、銀、鉛、蜜蝋、瀝青、錫のようなものが、「数量に基づく」ものとしては、例えば、葡萄酒、オリーブ油、小麦のようなものが、「寸法にもとづく」としては、例えば、小型の貨幣のようなものが、それぞれ挙げられる。要するに、受領者



法の別の物 *aliae eius naturae quae datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri, mensurae*<sup>103)</sup> といった言い回しが、この点を証拠立てるものとしてそれぞれ引用されている。

確かに、金銭の消費貸借の場合には、質と量の区別はそれほど重要ではなく、「金銭が代わりに同じだけ弁済されること *retro pecuniae tantundem solvi*<sup>104)</sup> で十分に同等性が確保される<sup>105)</sup>。しかし、消費貸借一般においては、

---

から、そのものではなく、同じ本性で同じ量の別のものが我々に返還されるように、計算し、計測し、計量して供与するものことである。従ってまた、消費貸借が <mutuum> と呼ばれてきたのも、「我から汝に供与されることで私のものから汝のものになるからである」。契約の締結によって返還請求訴権が発生し、それは <condicio> と呼ばれる。”

103) *Re contrahitur, quoties aliqua cuicumque mutuo dantur, quae in his rebus contingunt, quae pondere, numero, mensura continentur: hoc est, si pecunia numeretur, vel frumentum detur, vinum aut oleum, aut aes, ferrum, argentum, vel aut aurum. Quae omnia numerando, aut pensando, aut metiendo ad hoc damus, ut eorum h [auri] ant, qui ea accipiunt, & ad nos statuto tempore, non ipsae res, sed aliae ejus naturae quales datae sunt, atque ponderis, numeri vel mensurae reddantur. Propter quod mutuum appellatum est, quasi a me tibi ita datum sit, ut ex meo tuum fieret. (lib. II, tit. IX, 2. 引用はゴドフロワ版に収録されたテキストによる。なお、19世紀初等に発見されたヴェローナ写本に基づくガイウス『法学提要 Institutiones』の現行テキスト第3巻の90に対応する箇所はない)*

“重さ、数、寸法からなるもので捉えられる何かが誰かに消費貸借として供されると、物の引渡で契約が締結されることになる。つまり、金銭が支払われたり、小麦が供与されたり、葡萄酒やオリーブ油、銅や鉄、銀、もしくは、金が渡される場合である。この場合、我々は、それらのもの全てを計算し、計量し、計測することによって、受領者がそれらを費消し、一定の時期に、その物ではなく、供与された際の性質で、なおかつ、同じ重さ、数、寸法の別の物が我々に返還されるとの条件で供与する。そのため、消費貸借は、あたかも私のものから汝のものが生じるように私から汝に対して供与されるという趣旨で、そのように呼ばれている”

104) *D. 46, 3, 80.* なおこの一節は <recipere> の語義分析の際に既に参照されている(注42参照)。

105) ここでは、*D. 12, 1, 6; 16, 3, 24 Pap. 9 quaest; 16, 3, 25, 1 Pap. 3 resp.* といった法文の他に、セネカの『善き行いについて *De beneficiis*』から、「いかなる支払も同じものではなく同じだけを返還する *omnis solutio non idem reddit, sed tantundem*」(6巻5章2節) という一節が引用されている。

やはり、質と量双方の同等性が考慮されねばならない。この分析的な考察の典拠として、ゴドフロワが依拠するのはアリストテレスの正義論である。「随意的な取引 *εκουσιος αλλαγη*」において保持されるべき「正しさ *το δικαιον*」を「等しいものを持つこと *το ισον εχειν*」と表現する一方で<sup>106)</sup>、「数量における等しさ *το ισον αριθμω*」と「価値における等しさ *το ισον κατ'αξίαν*」とを明確に区別する<sup>107)</sup>アリストテレスの見解は、ゴドフロワの同等性論に確固たる裏付けを与えてくれるのである。また、「均等な価格で *aequo pretio*」<sup>108)</sup>という法文上の言い回しに示唆される通り、質や量の「同等性 *aequalitas*」は、「均等性 *aequitas*」と同義であり、「測定可能性 *σταθμετικη*」を前提とした概念である。この点は、法文上同じように散見される「同じ秤皿で *aequa lance*」<sup>109)</sup>や

106) *εληλυθε δα τα ονοματα ταυτα, η τε ζημια και το κερδος, εκ της εκουσιου αλλαγης: το μερ γαρ πλεον εχειν η τα εαυτου κερδαινειν λεγεται, το δ'ελαττον των εξ αρχης ζημουσθαι, οιον εν τω ωνεισθαι και πωλειν και εν οσοις αλλοις αδειαν εδωκεν ο νομος. οταν δε μητε πλεον μη'ελαττον αλλ'αυτα δ'αυτων γενηται, τα αυτων φασιν εχειν και ουτε ζημουσθαι ουτε κερδαινειν: ωστε κερδους τινος και ζημιας μεσον το δικαιον εστι των παρα το εκουσιον, το ισον εχειν και προτερον και υστερον.* (*Ethica Nicomachea*, 1132b, 11-20)

“これらの名称、すなわち、損失も利得も、随意的な取引に由来する。実際、自分に属するものよりも多く持つことが、「得をする」と呼ばれる一方で、最初からあったものよりも少なく持つことは、「損をする」と呼ばれており、例えば、購入や売却、その他多くの場合において、法は自由を与えている。しかし、より多くでもより少なくでもなく、自分自身によるものそれ自体が生じたならば、「自分自身のものを持つ」と言われ、「損をする」あるいは「得をする」と言われることはない。従って、正しさとは、ある場合の利得と損失の中間、つまり、随意性に反する利得と損失の中間であり、最初と最後において等しいものを持つことである”

107) *εστι δε διττον το ισον: το μεν γαρ αριθμω το δε κατ'αξίαν εστιν. λεγω δε αριθμω μεν το πληθει η μεγαθει ταυτο και ισον, κατ'αξίαν δε το τω λογω, ...* (*Politica*, 1301b, 29-32)

“ただし、等しさには二種類ある。というのも、数量における等しさがある一方で、価値における等しさもあるからである。ところで、私が「数量において」と言うのは、数や大きさにおいて同じで等しいということであり、「価値において」と言うのは、比率において同じで等しいということである”

108) D. 30, 66 Gai. ad ed. prov. 18; 47, 11, 6, pr. Ulp. de offic. proc. 8

109) C. 10, 73, 1=Th. 12, 7, 2; C. 6, 20, 17; D. 42, 1, 20 Mod. differ. 2

「同じおもりで *aequa pondera*」<sup>110)</sup> といった表現からも看取できるが、その理論的な典拠としてアリストテレスが再び参照されている。アリストテレスによれば、取引一般は、「貨幣 *το νομισμα*」があらゆるものを「均等化すること *ισαζειν*」によって初めて可能となる<sup>111)</sup>。従って、消費貸借においても、当然、そのような「価格の同等性 *pretii aequalitas*」が要求されねばならない。ここで、「消費貸借 *mutuum*」そのものの語源である「シチリア語 *Sicula vox*」の「モイトーン *μοιτον*」や「モイターン *μοιταν*」が「返済(すること) *αμοιβη* (*αμειβειν*)」を意味することを考え合わせるならば<sup>112)</sup>、「均等さ *ισοτης*」とは、

110) D. 4, 3, 18, 3 Paul. ad ed. 11

111) *διο δει παντα τετιμησθαι: ουτω γαρ αι δσται αλλαγη, ει δε τουτο, κοινωμα. το δη νομισμα ωστερ μετρον συμμετρα ποιησαν ισαζει: ουτε γαρ αν μη ουσης αλλαγης κοινωνια ην, ουτ'αλλαγη ισοτητος μη ουσης, ουτ'ισοτης μη ουσης συμμετριας.* (Ethica Nicomachea, 1133b, 14-18)

“それ故、あらゆるものの価格が決定されねばならない。というのも、そうすることで、取引は存続することになり、そうであればこそ、人間関係も存続するからである。実際、貨幣は、すべてのものを通約する基準として、それらのものを均等化している。つまり、人間関係は取引なしにはあり得ず、取引は均等性なしにはあり得ず、均等性は通約性なしにはあり得なかったのである”

112) 消費貸借の語源をシチリアで用いられていたギリシャ語方言に見出す立場は、古くはワッローの『ラテン語について *De lingua latina*』(“もし消費貸借が供与されたならばそれは返還されるべきであり、この消費貸借をシキリアの人々は「モエトン」と呼んでいる。同様に、ソープローンも「モエトン・アンティ・モエトゥ」&書いている *Si datum quod reddatur, Mutuum, quod Siculi moeton; itaque scribit Sophron moeton anti moetu*” lib. V, 179: ed. Spengel [1885], 69)に由来する。また、ヘースキオスによる同様の見解が、10世紀末に編纂されたいわゆるスーイダス辞典 *Suidas* に収録されており、ゴドフロワもこの点に言及している (*De functione*, 30)。シチリア語起源説は、「他の人々によってそれぞれの仕方既に指摘されている *ab aliis alio fine iam notata sunt*」とゴドフロワが注記している通り、人文主義法学者の多くによって受け入れられていた。つまり、「消費貸借(ムートゥウム)の供与は、<私のもの(メーウム)>から<汝のもの(トゥウム)>が生じるという理由で、そのように名づけられている *appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit*」(D. 12, 1, 2, 2 Inst. 3, 14, pr.) 旨の古典期法学者自身による語呂合わせ的な説明は、語源 *ετυμολογια*: *etymologia* という文献学的理由によって退けられたのである。例えば、キュジャスは

結局、「返済すべきもの *το αμοιβαιον*」を測定し規定する「法則 *lex*」なのである。他方、「均等なもの *aequum*」は、元本と「同等なもの *aequale*」を意味するのであって、「利息一般の公正で正当なあり方 *aequus iustusque vsurarum forte modus*」が問われているわけではない。ゴドフロワは、この点をルカ福音書の一節<sup>113)</sup>の解釈と結びつけて論じている<sup>114)</sup>。それによれば、「同じものを取

次のように述べている。

Verum ut ad mutui originationem redeamus, quod dicitur mutuum sic appellari quod de meo fiat tuum, scite dicitur magis quam vere. Iurisconsulti enim nostori imbuti sunt ab Stoicis, & Stoici licentiores ac propemodum inepti in ducendis nominum originibus, ut sane etiam quod pleraque nomina etymologiae non habeant proprietatem, sicut de vestibulo Varro dicit, pro captu ingenij cuique licet eorum reddere rationem. (Observationes et emendationes, lib. XI, cap. XXXVII, 587-588)

“ところで、消費貸借の起源に答えるにあたって、私のものが汝のものになるが故に消費貸借がそのように呼ばれるとするのは、真実であるというよりもむしろ巧妙な説明である。というのも、我々の法律家たちはストア派の人々に習熟していたが、ストア派の人々は非常に勝手気儘であり、言葉の起源を推測するにあたってはほとんど役に立たないからである。実際、ワッローが（『ラテン語について』第5巻の）冒頭に述べている通り、大半の言葉に語源を示す特徴がみられないことは確かであり、にもかかわらず、彼が様々な言葉の起源を解明することができたのは、その天才的理解力のおかげである”。

ただし、キュジャス自身は、ワッローのシチリア語起源説にも批判的であり、次のように、ラテン語の「交換 *mutatio*」を消費貸借の語源をみなしている（なお、この一節からも明らかなように、キュジャスもまた実行＝代替論者である）。

…mutuum (si verum amamus) a mutatione potius nomen habet, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quodque consistat in his rebus quae facile mutationem & promiscuum usum recipiunt. (588)

“消費貸借（ムートゥーム）は、（もし我々が真実を愛するならば、）むしろ交換（ムーターティオー）からその名称を授かっている。なぜなら、金銭同士は、等しい量が受領され返還される場合にのみ、このように交換されるのであり、また、消費貸借は、交換や通常の使用を簡単に受け入れる物において成立するからである”

113) και εαν δανισητε παρών ελπιζετε λαβειν, ποια υμιν χαρις; και αμαρτωλοις αμαρτωλοις δανιζουσιν ινα απολαβωσιν τα ισα. (L. 6, 34)

“取り戻すつもりで貸し付けたところで、どれほどの恩寵があなた方に示されよう。実際、罪人でさえ同じだけ取り戻すつもりで同じ罪人に貸し付ける”

114) De functione, 30

り戻そうとして貸し付ける *δανειζουσι ινα απολαβωσι*』という表現は、正当な利息の受領などではなく、「無利息消費貸借 *δανεισμα ατοκον*」における「元本 *sors*」の返済に言及したものとされる。というのも、「汝の敵を愛し汝を憎む者に親切にせよ *αγαπατε τους εχθρους υμων, καλως ποιετε τοις μισουσιν υμας*」に始まる教えの一端に位置する当該箇所の主眼は、「元本を取り戻す人々が、何もあてにすることなく消費貸借を行う人々に対置される *eam recipientes opponuntur iis qui mtuum dant nihil απελπιζοντες*」点に存しているからである<sup>115)</sup>。ウルガータ版においてヒエロニムスが、「同じもの *τα ισα*」を「同等のもの *aequalia*」と訳した<sup>116)</sup>のはその意味でまさに「適切 *recte*」であった<sup>117)</sup>。ゴドフロワの「第二の同等性」論は、以上の通り、アリストテレスの正義論の応用であると同時に、聖書の権威との調和をも見据えた理論的枠組であった。

#### Ⅳ.

ゴドフロワは「消費貸借」論を締めくくるにあたって、自らの見解と対立する人々の名前や文献を列挙しているが、その主張内容に関する批判検討は省略されている。そこに挙げられているのは、何れも人文主義法学の潮流に属する人々であり<sup>118)</sup>、ゴドフロワが論じた内容が人文主義法学者の間で繰り返し論

115) *πλην αγαπατε τους εχθρους υμων και αγαθοποιειτε και δανιζετε μηδεν απελπιζοντες*: (L. 6, 35)

“その代わり、あなたがたの敵を愛し、よくしてやり、何もあてにすることなく貸し与えなさい”

116) *et si mutuum dederitis his a quibus speratis recipere quae gratia est vobis: nam et peccatores peccatoribus fenerantur ut recipiant aequalia.*

117) ただし、ヒエロニムスは、「貸し付ける *δανειζειν*」を、利子付きで貸し付けるという意味の *<fenerari>* を用いて訳しているため、その限りで、ゴドフロワの解釈とは矛盾する。

118) ドノー (1527-1591) の注釈以外に挙げられているのは、アルチャート (1492-1550) の『学説彙纂第12巻1章注解』(1537年)と『矛盾集 *Paradoxa ad pratum*』(1518年)、ツァジウス (1461-1535)、ア・ヴァクナーナの『市民法の新たな解明 *Novae declarationes iuris civilis*』(1556年)、デュエラン (1509-1559) の『記念論考集第1巻 *Disputationum anniversariarum liber primus*』(1547年)、ロペールの『法学説集』(1566年)である。

じられてきた問題であることが分かる。それらの見解を方法論的観点から比較分析することは本稿にとっても有意義である。というのも、人文主義的法解釈の方法論的特徴の類型性は、人文主義法学外の事例のみならず、内在的な非典型事例との比較においても検証されねばならないからである。しかし、その作業は、具体的素材に基づく敷衍を目的とする本稿の守備範囲を遥かに越えることになる。それ故、ここでは、対立論者の一人とされるドノー（1527—1591）とゴドフロワ自身の見解を比較検討するに留め、本格的な検討は将来の課題としたい。周知のように、ドノーは同世代のキュジャス（1522—1590）とともにブルージュ学派の一員として仏人文主義法学の最盛期を支えた人物とみなされている。しかし他方で、ゴドフロワ父子（父ドニ1549—1622、子ジャック1587—1652）を経てオランダ典雅法学に至るその後の展開まで視野に入れた場合、ドノーは人文主義法学のいわば本流に属していないとする観方が近時示されている<sup>119)</sup>。ドノーが八年に渡って（1579—1587年）レイデンで教え弟子を残した

119) van den Bergh, *Die holländische elegante Schule*, 50-51/151-152. なお、ファン・デン・ベルフは、著述形式をめぐるトローイエの議論を受けて、法文の原典考証に関する著作の有無を人文主義法学者のメルクマールとみなしている（Van den Bergh, *Die holländische elegante Schule*, 25/95）。これに従えば、ドノーを人文主義法学者と呼ぶことは難しいし、例えば、ジャック・ゴドフロワと同世代のフィンニウス（ウイニウス1588-1657）などは、まさに上記の理由で、「オランダ典雅法学者」のリスト（98-100）から除外されている。逆に、フィンニウスとともに例外的にドノーの影響を受けたとされるデ・フロート（グロティウス1583-1645）は、最晩年に出版されたテキスト批判集『百花繚乱 *Florum sparsio*』（1642年）の故にリストに加えられることになる（98）。しかし、デ・フロートが、古典古代の文芸に精通した人文主義（法学）者であることは、一冊のテキスト批判書を待つまでもなく、法学上の主著『戦争と平和の法 *De jure belli ac pacis*』（1625年）における膨大な引用等から明らかであるし（この点はファン・デン・ベルフ自身も指摘している73/84）、フィンニウスの著作が、著述形式としては「テキスト批判」に当たらないとしても、主著『法学提要注解 *Institutionum imperialium commentarius*』（1642年）には人文主義法学の成果が的確に整理されているし、『法学問題選集 *Selectae juris quaestiones*』（1653年）ではテキスト批判的な議論が幾つもみられる（例えば、消費貸借との関連では、パンシカ法典の引用を含んだ第1巻40章「異なる原因に基づいて私に支払うべき金銭を貸与物として保持する旨合意した場合、それは貸付金となるか *An si convenerit, ut pecuniam,*

にも関わらず<sup>120)</sup>、オランダ典雅法学が法文解釈に際して理想としたのは彼で

quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat ?」の冒頭部分。なお、トローイエも、『法学問題選集』を「テキスト批判」として扱っている Die Literatur des gemeinen Rechts unter Einfluss des Humanismus, 678/686)。原典考証に関する著作の有無は、人文主義法学の類型的特徴そのものというよりもむしろ、ビザンティン法史料の参照、テキストの「修正 emendatio」、インテルポラティオ批判や「復原 palingenesia」等とともに、「人文主義的法解釈」の類型的特徴を構成する一要素に留まると考えるべきであろう。

120) レイデン時代の弟子トゥニング (1566-1610) はフィンニウスの師であり、フィンニウスの処女作『法学概論 Jurisprudentiae contractae』(1624-1631年)にみられるドノーの『市民法注解』の影響は、この師を介したものと古くから解されている(例えば Spangenberg, Jacob Cujaz und seine Zeitgenossen [1822], 66)。これに対して、フェーンストラは、師トゥニングの著作に「ドノーの影響がほとんどみられない」ことを理由に、フィンニウスが、ドノーの「孫弟子」ではなく、「単にドノーの賛美者一般として」、上記『法学概説』を著した可能性を指摘する (Feenstra, Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVIIe siècle, in: Jacques Godefroy et l'humanisme juridique à Genève, 236)。また、デ・フロートに対する『市民法注解』の影響については、実際の引用数は「当てにならない」とし、ドノーを「法文研究を学術的秩序と方法で整理した人物 qui legum disciplinam in ordinem artisque modum composuit」と讃えるデ・フロートの言葉を手掛かりに、『オランダ法学入門 Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid』(1621年)と『戦争と平和の法』(1625年)における体系家ドノーの影響の具体例が幾つか示されている(238-242)。ただし、この点には、ファン・デン・ベルフが指摘しているように (van den Bergh, Die holländische elegante Schule, 152)、一定の留保が必要である。というのも、デ・フロートは、『戦争と平和の法』の序論で次のように述べて、学問的体系化の可能性を自然法に限定しているからである。

Artis formam ei [iurisprudentiae] imponere multi antehac destinarunt: perfecit nemo: neque vero fieri potest nisi, quod non satis curatum est hactenus, ea quae ex constituto veniunt a naturalibus recte separentur. nam naturalia cum semper eadem sint facile possunt in artem colligi: illa autem quae ex constituto veniunt, cum & mutantur saepe & alibi alia sint, extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularium perceptiones. (De jure belli ac pacis, prolegomena, [ix]. 引用は1625年刊初版に依拠した)

“これまで多くの人が法学に学術的形式を付与しようと試みているが、誰も達成していない。しかも、もし立法に由来する事柄が自然的な事柄から正しく区別されな

はなくむしろキュジャスであり<sup>121)</sup>、未完成のまま遺された主著『市民法注解 Commentarii de jure civili』(1589—96年)等での新たな体系化の試みもほとんど評価継承されることがなかったというのがその主たる理由である<sup>122)</sup>。ドノーが、体系家としての側面だけではなく<sup>123)</sup>、法文の「部分的解釈」に関して

---

ければ、従来この点に十分な注意が払われることはなかったけれども、法学に学術的形式を与えることはそもそも不可能である。というのは、自然的な事柄は、常に同じであるので、学術として簡単にまとめることができるからである。しかし、立法に由来する事柄は、しばしば改変され、場所によっても異なるので、特異な事柄をめぐる各人各様の感じ方と同様、学術の埒外にある。”

121) この点は検証が必要であるが、さしあたり、オランダ典雅法学に属する人々の著作集等に付された人名索引を参照すれば、引用頻度の著しい相違によってある程度推測可能である。例えば、ベインケルスフクの『小著作集 *Oprra minora*』第二版(1752年)の巻末に付された「著作者索引」では、ドノーの引用数が5に対して、キュジャスの引用数は38に上る。また、ジャック・ゴドフロワの引用数(19)も、アルチャート(9)、デュアラン(11)、オットマン(17)らブルジュ学派の中心人物たちを越えていることがわかる。

122) また、法実務を支配する「イタリア風」とブルジュで学んだ「フランス風」の「共存」を図った「人文主義的実務家」としてドノーを位置づけた上で、「キケロ・ストア主義復興」を共通の土台とする人文主義法学とカルヴァン主義の「相互作用」という観点から、『市民法注解』を読み解く試みも現れている(Heise, *Der calvinistische Einfluss auf das humanistische Rechtsdenken*, 102-103/203-289)

123) ただし、ドノーの体系家としての側面を強調することに懐疑的な見解もある(Troje, *Die europäische Rechtsliteratur unter Einfluss des Humanismus*, 49-50; *Die Literatur des gemeinen Rechts unter Einfluss des Humanismus*, 763-769)。それによれば、『市民法注解』を初めとするドノーの著作は、「市民法大全の章や巻全体を対象とする相互に結びつきのない個別的注解」と、「より方法的(体系的)な志向の研究・叙述方式」を取り込んだ著作とに区別できる一方で、最初期に属する著作にも体系的志向が顕著なものがみられる以上、注解から体系へという発展史的流れが確認できるわけではなく(この点を証拠立てる講義録の存在については Feenstra, *Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVIIe siècle*, 234-235. 参照)、注解志向と体系志向の「相互作用」がみられる遺著『市民法注解』も含めて、全体としては「体系的概説」ではなく「注釈」に属するとされる。ただしここでは、そのような著述形式上の分類とは別に、「体系」そのものの意味をもう少し細かく分析する必要があると思われる。というのも、旧来のスコラの論理学であれ、メランヒトンやラムスのトピカ的論



も、他の人文主義法学者と比べて方法論的に異質であるとするならば<sup>124)</sup>、それは、原典考証と意味理解の一体性という人文主義的法解釈の類型的特点の有無という形で確認できるはずである。

理学であれ、何らかの論理的枠組によって法的素材を整序することと、学説彙纂の章立て(「法文の秩序」)を批判しそれに代わる「法体系」を試みることは必ずしも同じではないからである。「法文の秩序」を正当化しあるいは可能な限り尊重しつつ、同一表題の章を並行的に論じたり、個々の章の内容、あるいは、「質」や「利息」といったテーマごとに体系的に論じる例は、ブルジュ学派のみならず、オランダ典雅法学においても幾つもみられる(Van den Bergh, 7/51-52/151)。しかし他方で、もしヴィーアッカーの言うように(注4参照)、人文主義法学の類型的特点としての体系志向にとって「法文の秩序」への批判が本質的要素であるとするならば、ドノーの人文主義法学者たる所以はまさに『市民法注解』の体系的側面に求めざるを得ない。なお、ゲッリウス(Noctes Atticae, I, 22, 7/10)によって表題だけが伝えられるキケロの『市民法の学術化について De iure civili in artem redigendo』が人文主義法学の体系論に与えた象徴的意義については、Heise, Der calvinistische Einfluss auf das humanistische Rechtsdenken, 79-80参照(法の学問的体系化への関心は、人文主義法学を介して、自然法論や法典編纂運動へと受け継がれていく。ライプニッツもまたその動きに棹さす一人として、このキケロの幻の著作に言及している Methodus, II, 8)。ハイゼは、ドノーの体系論の特徴を、「各人に各人の権利を与えよ」という法準則を起点とした「権利の主観化」に求めて、「法学提要に強く規定された体系」という観方(Troje, Die Literatur des gemeinen Rechts unter Einfluss des Humanismus, 767)に一定の修正を迫っている(92-93/191-194)。

124) とりわけ特徴的なのは、原典考証に対する消極的な態度である。実際、『市民法注解 Commentarii de iure civili』を初めとする大小の注釈書を一瞥する限り、テキストの修正やインテルポラティオ批判等の原典考証作業に積極的に取り組んだ跡はみられない。トローイエも、ドノーが「テキスト批判的研究」に「如何なる貢献もしなかった」だけでなく、他の人々によるテキスト批判の成果についても「ほとんど評価することがない」としている(Troje, Die Literatur des gemeinen Rechts unter Einfluss des Humanismus, 770)。しかし他方で、トローイエは、「注釈」という著述形式に関する限り、アルチャートからデュアランを経てドノーに至る流れを、人文主義法学の主流とみなしているようであり、バロンやオットマン等のフランス法重視派や「反トリボニアヌス主義者」を「非典型的」事例とみなしている(771-774)。なお、ボードワンやキュジャスの著作も、古典期法学者の著作や勅法等の「復原」という形をとる注釈として別枠で扱われているが(784-787)、このような区別は既にライプニッツにみることができる(Methodus, II, 61)。

「消費貸借」論の末尾でゴドフロワが参照を指示しているドノーの見解は、『学説彙纂注釈集 *Commentarii ad titulos Digestorum*』(1582年)所収の第12巻1章の注釈にみる事ができる<sup>125)</sup>。まず、ドノーは、<functio>の語義を「物

125) *Functio, hoc loco, non solutionem et praestationem rerum significat, sed satisfactionem et liberationem quam adsert earum rerum praestatio; quod ex his orationibus intelligi potest. Dicimus enim fungi noxae deditio, L. liber, in fine. supr. ad leg. Aquil., cum non hoc intelligimus tatum rem noxae dedere, sed ita dedere ut ea deditio satisfaciamus, eoque modo liberemur. Dicimus item fungi litis aestimatione, L. 1. § est autem, infr. si fa. fur. fecis. dici., ubi certum est non hoc dici tantum, litis aestimationem praestare nos, sed ita praestare, ut sit ea praestatio pro justa satisfactione et liberatione. Etiam hic ipse locus satis arguit functionem pro praestione et solutione rerum accipi non posse, alioqui quid ineptius quam dicere istas res recipere solutionem in suo genere per solutionem et praestationem? Ergo, ex illo verbi usu hic, functio inde appellata, satisfactionem et liberationem significat, ut sit hic sensus: ideo in his rebus mutuum contrahi posse natura sua, hae res in genere suo per solutionem, idest dum solvuntur, recipiunt functionem et satisfactionem, idest his solvendis, plane satisfit creditori, ut injuriam sibi in eo fieri queri non possit.*

*Non fuit autem contentus dicere recipere eas in suo genere satisfactionem, eodem modo ut in specie; sed addidit magis quam specie, significans, si hae in genere reddantur, magis satisfactionem paratam esse creditori, quam si species eadem quae accepta est, redderetur; non quia, eadem specie reddita, si modo reddantur non deterior, creditori non satisfiat (jam enim satisfieri initio hujus capituli ostendi), sed quia fieri potest ut eadem species quae accepta est, tempore corrumpatur; puta, ut vinum mutuo datum acescat, frumentum aut tempestate vitietur, aut a pedunculis rodatur: porro deteriorem rem reddere non licet, ut mutuo satisfiat. Quod si in genere redditur, nunquam erit tempus cum res reddi non possit sine creditori injuria; semper enim in genere res ejusdem generis et bonitatis reperiri possunt, aut certe facilius reperiri, quam illud effici ut eadem species eadem bonitate reddatur. (Commentaria ad Titulum Digestorum de rebus creditis si certum petetur. in: Opera omnia, tom X [1847], 98-99)*

“ここで<functio>とは、物の弁済や給付ではなく、物の給付によってもたらされる満足や免責を意味する。このことは、以下のような言い回しから理解することができる。例えば、学説彙纂9巻2章「アクィーリア法について」の第37法文1節末尾によれば、単に加害物を委付するだけでなく、当該委付によって満足し、そのような仕方

の給付によってもたらされる満足や免責 *satisfactio et liberatio quam adsert earum rerum praestatio*』として捉えており、実行＝代替論には依拠していない。従って、範例として引用される法文も当然ゴドフロワとは異なる。ドノーが引用しているのは、いわゆる「損害訴権 *actio de pauperie*」によって加害物委付に供されるべき「家畜 *quadrupes*」を殺した第三者が、家畜の所有者から「アクィーリア法訴権 *actio legis Aquiliae*」に基づく損害賠償を請求された場合

---

で免責されるという条件で委付したと解される場合に、加害物委付が行われたと言われる。また同様に、学説彙纂47巻6章「奴隷が盗みを犯したとされる場合」第1法文1節によれば、単に争訟物相当額を給付すべく判決が下されただけでなく、正当な満足と免責に相当するような給付が行われることが確実である場合に、訴訟物相当額の賠償が行われたと言われる。その上、今論じている箇所そのものが、<functio>を物の給付や弁済とはみなし得ないことを十分に証明している。要するに、「これこれの物が弁済や給付を介してその種類における弁済を受け入れる」と述べることは馬鹿げたことがあるだろうか。従って、前述のような用語法に即してここで用いられている<functio>とは満足と免責を意味し、そうである以上、消費貸借が締結可能なのはそれらの物に関してであることがここから分かる。というのも、これらの物は、弁済を介して、つまり、弁済されるときに、その種類における<functio>、すなわち、満足を得るからである。ここで、満足を得るとは、これらの物を弁済することで債権者を十分に満足させ、彼がこの点に関して自らに侵害行為がなされた旨訴えることができないようにすることである。

ただし、それらの物が、特定物の場合と同様に仕方で、その種類における満足を得ると述べるだけで納得する者はおらず、「特定物によってではなくむしろ」という具合に補充されている。これは、受領されたのと同じ特定物が返還されるよりも、種類物によってそれらの物が返還されたほうが、債権者にとってより大きな満足をもたらされるということを示すためである。というのは、同じ特定物で返還された物は、たとえより劣った状態で返還されたのではなくても、債権者を満足させられないからではなく（そのような物の返還で十分であることはこの章の最初に既に述べた）、受領されたのと同じ特定物は時間の経過とともに劣化する可能性があるからである。例えば、消費貸借された葡萄酒は酸化し、小麦はあるいは高温で腐敗しあるいは虫に食われるであろう。しかも、消費貸借されたものを償うために、より劣った物を返還することは許されない。これに対して、種類物で返還されるならば、債権者への侵害行為なしには物を返還できないようなときに返還期限が到来することはない。なぜなら、一般に、同じ種類と品質の物であればいつでも返還できるし、同じ特定物が同じ品質で返還されるようにするよりも遥かに容易であるから。”

に、「訴訟物相当額の賠償ではなく加害物委付を行うことによって原告が得る利益の分だけ賠償すべきである *tanti damnandus est, quanti actoris interest noxae potius deditio defungi, quam litis aestimatione*」とする法文<sup>126)</sup>、及び、窃盗を犯した奴隷の主人は自由人の場合に支払うべき賠償額を支払えば免責される旨の告示は、「主人の知らない間に窃盗が犯された場合 *quotiens ignorante eo furtum factum est*」に適用され、従って、悪意の主人は「自由人が甘受する賠償額では責任を果たすことはできない *non una aestimatione, quam homo liber sufferret, defungi poterit*」とする法文<sup>127)</sup>である。両者が、あくまで <functio> の語義分析の用例として引用されている以上、内容的に消費貸借とは無関係であることは特に問題にはならないし、同じことはゴドフロワが挙げた用例にも言える。ゴドフロワとの比較でむしろ注目すべきは、引用数の少なさである。これを、学説彙纂12巻1章全体を対象とする注釈書の一部とその第2法文1節のしかもごく一部分を詳細に論じる論考との規模や性格の違いに由来する叙述上の濃淡の問題として片づけることも確かに可能ではあるが、より根本的にはやはり両者の方法論的立場の帰結とみなされるべきであろう。すなわち、ゴドフロワが、他の法文の「対応箇所」を、実行＝代替論との関連性を多少犠牲にしても、できるかぎり広範囲にわたって列挙し、それらを更に、各種文献史料からの引用で補充するという具合に、実定的権威に基づく論証を重視しているのに対して、ドノーは、<functio>を「満足や免責 *satisfactio et liberatio*」と解するにあたって最も役立つ「対応箇所」を限定的に引用しており、自らの解釈を用例の数や実定的権威によって正当化しようとする姿勢は希薄である。その代わり、ドノーにおいては、当事者の利益衡量と消費貸借の本性に基づくより実質的な論証が法文解釈の中心に据えられている。つまり、「物の弁済によって債権者を十分に満足させ、彼がこの点に関して権利侵害を受けた旨訴えることができないようにする *his solvendis, plane satisfit creditori, ut injuriam sibi in eo fieri queri non possit*」ことが、消費貸借の「本性上 *natura*」要求されるが故に、ここに言う <functio> は、債権者の「満足」

126) D. 9, 2, 37, 1 Jav. 14 ex Cass.

127) D. 47, 6, 1, 1 Ulp. 37 ad ed.

及び債務者の「免責」として解されねばならないというのである。このような議論それ自体に一定の説得力があることは確かであるが、それが法文解釈として有効であるためには、やはり、「対応箇所」であれ「学説」であれ、的確な典拠の指示が不可欠なはずである。この点、ドノーが挙げた二つの典拠は、<functio>や<fungi>ではなく<defungi>の用例にすぎず、両者が類義語であることを考慮しても、決して十分なものとは言えない。他方、ゴドフロワの解釈は、一見すると、単に典拠を列挙するだけの形式的な論証に尽きているように見えるが、<recipere>の語義分析において依拠された「事物の本性」論が<functio>の分析と無関係であるとは考えにくい。むしろ、消費貸借の目的物の本性、あるいは、消費貸借そのものの本性と矛盾しないことが、実行＝代替論に依拠する際の当然の前提となっていたはずである。ドノーは、上記二つの用例に続けて、第2法文1節それ自体の文理上、「<functio>を物の給付や弁済とはみなし得ないこと *functionem pro praestatione et solutione rerum accipi non posse*」を指摘しているが、ゴドフロワの語義分析にも示された通り、この点が<functio>の語義を決定する直接の論拠となることはない。逆に言えば、目的物の返還による債権者の「満足」にせよ、返還物の「代替作用」にせよ、当該法文の趣旨と「事物の本性」に基づく理性的推論の帰結としては等しく妥当する。実際、ドノーの解釈では、テキストの実定的権威よりも理性的推論が重視され、文献学的考察といういわば迂回路を経ることなく、当事者の利益衡量に直結した結論が導かれている。しかし、法文解釈が実定法の解釈として遂行される以上、推論そのものの合理性と同時に、既存の実定法秩序の意味連関との整合性が問われねばならない。人文主義法学者の多くは、ゴドフロワの法文解釈がまさにそうであるように、原典考証を通じてそのような意味連関を整えつつ、時に過剰なまでの法文や学説の引用によって自らの解釈の整合性を確保しようとする。厳密にはローマ法源に属さない法史料や法学外の文献が、例えば、原典考証上の論拠として、あるいは、語句の用例として、そして更には、個々の解釈を支える理論として盛んに参照されるのも、単なる学術趣味などではなく、そのようなテキストの確定と解明の自覚的な統合の過程で生じる間隙を埋める必要があったからである。

以上のような両者の方法論的立場の相違は、<per solutionem quam specie>をめぐる解釈において更に顕在化する。この箇所のテキストについて、ドノーは、「ギリシャ風の言い回し phrasis Graeca」とするアグスティンの見解を引用して、テキストの修正そのものは行わず、ただ「<magis>を補って理解する magis subintelligere」旨述べている<sup>128)</sup>。従って、一見、原典考証について相応の関心を払っているように見える。しかし、注釈の冒頭に掲げられているのは、<per solutionem quam sepeciem>と読む注釈学派以来のいわゆる流布版 *Littera vulgata* のテキストであり、アグスティンが依拠したフィレンツェ写本のテキストとは異なるし、テキストの確定と解明との間の一貫性それ自体にも問題がある。というのは、アグスティンの言う「ギリシャ風の言い回し」が、ゴドフロワがまさに批判したように、特定物による弁済と種類物による弁済を対立させ、「特定物ではなく種類物による弁済によって *solutione in genere, non specie*」<sup>129)</sup>という理解を導くものに対して、アグスティンを引用するドノー自身の解釈はそのような理解に沿ったものとは必ずしも言えないからである。むしろ、ドノーは、「受領されたのと同じ特定物が返還されるよりも、種類物によってそれらの物が返還されたほうが、債権者により大きな満足がもたらされること *si hae in genere reddantur, magis satisfactionem paratam esse creditori, quam si species eadem quae accepta est, redderetur*」を明らかにするために、<magis>の補充を主張している。つまり、テキストの確定それ自体については、如何なる文献学的論拠も提示されていないのである。ここでもドノーの法文解釈は、<functio>の場合と同様に、専ら債権者の「満足」の観点からの利益衡量に徹している。代替物による返還のほうが債権者にとって有利とされるのは、「受領されたのと同じ特定物が時間の経過によって劣化し得るから *quia fieri potest ut eadem species quae accepta est, tempore*

128) *Ad Titulum Digestorum de rebus creditis*, l. 2, § *Mutui datio.*, 3, 98. ドノーは、「補って理解する」以外に「付け加える *addere*」<sup>99)</sup>という表現も用いているので、端的にテキストの修正を意図していたとも考えられるが、その場合、修正そのものは不要とするアグスティンの見解に依拠することはできない。

129) 注85参照。

corrumpatur」であって、「劣化していないものが返還される限り、同じ特定物を適切に返還することは禁じられていない nihil prohibet quonimus eadem species recte reddatur, dum reddatur non deterior」<sup>130)</sup>。結局、「同じ特定物が同じ品質で返還される eadm species eadem bonitate redditur」よりも「同じ種類で同じ品質の物が返還される res ejusdem generis et bonitatis reperiri」ほうが「遥かに容易 certe facilius」であるが故に、この場合、〈物は特定物ではなくむしろその種類における弁済によって満足をもたらす res recipiunt satisfactionem per solutionem in suo genere magis quam specie〉のである。このようなドナーの主張は、種類に加えて品質の同等性を要求する点では、むしろ、ゴドフロワの立場に似通った印象を与える<sup>131)</sup>。実際、ゴドフロワ自身、対立論者としてドナーの名前を挙げる際に、「ある意味ではquadantenus」と留保を付している<sup>132)</sup>。しかし、両者の方法論的立場の相違はここでも明瞭である。当事者の利益衡量に目を向けるドナーにとって、「同じ種類 idem genus」であるだけでなく「同じ品質 eadem bonitas」のものが返還されるべきことは、「対応箇所」の引用を待つまでもなく明らかであるし、ゴドフロワが、ゲミナティオ等を駆使して、種類の同等性とは別に質と量の同等性をテキストに読み込もうとした努力などは、その必要性さえ意識されることはなかったのである。

(完)

130) Ad Titulum Digestorum de rebus creditis, l. 2, 5, 93

131) なお、ゴドフロワは、実行＝代替を「弁済の前提」とみなし、「同じ特定物」と「同等の特定物」とを区別しており (De functione, 27/31)、「同じ特定物」による返還を認めない立場のようにみえる。しかし、そのような概念規定は、〈特定物による同等の弁済 solution aequa specie〉の解明にあたって必要とされたにすぎず、「同じ特定物」による返還が実際に許されるか否かという問題とは次元が異なるとも考えられる。いずれにせよ、ゴドフロワがここで問題としているのは、「同じ特定物」による弁済の可否ではなく、代替物が「種類の同等性」に加えて「質及び量の同等性」を充足するか否かなのである。

132) De functione, 31

<付録<sup>1)</sup>>

DISSERTATIO II.

De Functione, & Aequalitate in MUTUO.

Ad intellectum veramque lectionem Legis 2.

*D. de rebus creditis, si certum petetur.*

Brevis haec erit dissertatio, Cl. & Doctissime Iustelle, neque tamen superiori

1) 以下に収録したのは、ジャック・ゴドフロワ（ヤコブス・ゴドフレドゥス）Jacques Godefroy (Jacobus Gothofredus) 「消費貸借における実行と同等性について—学説彙纂12巻1章第2法文の正しい理解と読み方のために— De functione et aequalitate in mutuo. Ad intellectum veramque lectionem legis 2. *D. de rebus creditis, si certum petetur*」の全文である。当論考は、「金貨の換算と増価について—勅法彙纂11巻11章第2法文の解明のために— De mutatione et augmento monetae aureae. Ad explicationem legis 2. *Codice Iustiniano de veteris numismatis potestate*」と併せて、『二つの論考 Dissertationes duae』という表題で、『小品集 Opuscula varia』（1654年ジュネーブ刊）に収録され（『二つの論考』22-31頁。なお、『小品集』には、全体を通した頁番号は付されていない）、その後、クリスティアン・トロツ Christian Trotz 編集の『法学小著作集 Opera juridica minora』（1733年レイデン刊）にも再録されている（515-520頁）。献呈を受けているジュステル Justelle（ユステルス Justellus）という名の人物はフランスの外交官のようである（Opera juridica minora, praefatio, 13）。また、執筆時期については、1647年公刊のシャルル・アンニバル・ファブロ（ファブロットス1580-1659）『サルマシウスの異論に対する反駁 Replicatio adversus Claudii Salmasi refutationem』が引用されていることから、それ以降の比較的晩年の作と推測される。採録上の方針は次の通り。1) ジュネーブ版とレイデン版との間にみられるテキストの異同は、語順が異なる一箇所を除くと、単純な誤植の訂正（例えば、argumeuto→argumento、habtt→habet, nu.→num.）や略記（例えば、c.→cap., i.→id est., collationib.→collationibus）に関わるものにすぎない。そこで、前者については一々注記せずに修正し、後者については無視してジュネーブ版に従った。2) その他疑わしい箇所は修正案とともに<?>で脚注に示した。3) ラテン語のアクセント記号及びギリシャ語のアクセント・氣息記号は全て省略し、合字・略字は通常の表記法に直した。4) ジュネーブ版で学説彙纂からの引用符として用いられている<ff.>、<π.>、<ω.>はレイデン版に従って全て<D.>と読み替えた。5) ジュネーブ版の頁の区切りは<|>で、レイデン版は<||>でそれぞれ本文中に示した。



absimilis: Ibi quippe de mutatione monetae actum fuit, hic de quodam *permutationis* genere etiam in moneta seu pecunia mutuo data agetur: Ibi de *speciebus* annonariis dictum fuit, hic de *specie quoque tractabitur*. *Neque vexata minus lex ista quae mihi nunc proposita est, quam illa; imo vexatior, quo Digestorum leges a pluribus tractantur, quam Constitutiones, quae tribus posterioribus Codicis libris continentur. Sed & cum Viros Claros ad eam nuper nonnulla commentatos videam, nova etiam Emendatione* proposita, neque ipse diutius continere potui quae iam olim ad eam mihi visa, imo & nonnullis iam communicata; quorum ideo te. *Vir amicissime*, conscium facere volui: contestandae etiam publice amicitiae nostrae; ubi si quaedam leviora forte occurrent, vel alibi obvia, alio tamen fine vel sensu a me allata perspiciet Lector.

Sententia est Pauli Iurisconsulti, libro 28. ad Edictum, in haec verba, in *l. 2. §. 1 D. de rebus creditis, si certum petetur*.

*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam horum*<sup>2)</sup> *datio*ne possumus in creditum ire: Quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: Nam in caeteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. |

Priora equidem, ut & postrema, vel dupondiis notissima sunt: at media illa, *Quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie* variis interpretationibus, imo & emendationibus foedata a praestantissimis quibusque. Nos veram statim lectionem proponamus: ita quidem, *Per solutionem aequam specie: Dein paraphrasi totam eam ita illustramus: Earum rerum, in quibus mutuuum consistit, ea natura seu conditio est, ut FUNCTIONEM IN GENERE SUO RECIPIANT*, id est, *ut res quae eiusdem generis sunt, alias vice mutua fungentes admittant, alteraque adeo alterius*

---

2) eorum ?

vicem subeat impleatque: Quid utique fit PER SOLUTIONEM AEQUAM SPECIE, i. *cum species, seu res alia eiusdem generis, loco mutuo datae, aequali quantitate & bonitate solvitur seu redditur.*

Haec singula firmari oportet. Primum ait Paulus, *res eas PECIPERE functionem in genere suo*: Ubi *Recipiendi* vox propria *σημαντικη* est, qua indicatur natura, vis & potestas rei alicuius. Sic enim Ulpianus quoque in celeberrima *l. contractus 23. D. de div. regulis iuris, dixit, contractus quosdam dolum malum duntaxat recipere, quosdam dolum & culpam*: moxque subjicit, *rerum communionem & dolum & culpam recipere*. Quibus verbis indicatur, naturam, vim, & potestatem horum contractuum id ferre, ex natura eorum id esse, naturaliter denique in his inesse, ut idem Ulpianus loquitur, *in l. ex empto 11. § 1. D. de action. empti*: proprium | | per consequentias dixit idem Paulus noster, *in l. si haeres 5. in pr. D. eod. tit.* Quare recte etiam illa in *d. l. 23*. Explicat Theodolus Hermenopolites, quod & scholion habet apud Harmenopulum, *lib. 6. c. 2. pag. 482. τινα φυσικως παροδποντα*: Nempe in ea *l.* distincte separantur ea quae natura sua contractibus insunt ab iis quae ex conventionem legum accipiunt. Ad eundem igitur modum in hac *l. nostra res functionem recipere* dicuntur, id est, sua natura hoc eis inesse, vim & naturam hanc earum esse, ut admittant functionem illam: Licet id specialiter cautum non fit in contrahendo; puta ut res eiusdem generis pari bonitate & quantitate reddatur, | *l. cum quid 3. hoc eod. tit. & l. creditorem. 99.* (quae alias incipit debitorem, vel lex *Paulus allegatur*) *D. de solutionibus: quia* id cautum videtur, id agi intelligitur, hoc est, vi, natura<sup>3)</sup> & potestate continetur, atque si id nominatim expressum esset, & lingua nuncupatum, *d. l. cum quid 3. eod. t. D. de reb. cred.* Denique id per se postulat natura mutui, neque opus est id caveatur: quia ex natura id sumitur: Qua forma idem Paulus, *in l. 3.<sup>4)</sup> D. de*

3) natura, vi (Trotz)

4) 6. ?

*solution.* ex iure sumi ait quod agi videtur: haud plane absimiliter, atque idem Paulus, in *l. 1. D. de reg. iuris*, dixit, *Regulam fieri, ex iure QUOD est.*

Quomodo vero interpretatio haec in hoc argumento ex natura fumitur? Quia scilicet haud aliter mutuum stare possit, nisi hanc functionem eae res recipent, nullus postremum mutui absque hic usus esset. Quomodo pariter in quasi usufructu proprietas ad legatarium transfertur. *l. 7. & l. ult. D. de usufr. ear. rer. quae usu cons. & l. 15. D. de auro arg. leg. dominium recedit ab eo qui tradit, res fit fructuarii: l. ult. usufr. qu. cav.* Sic contra Papinianus, *l. sed si certos 51. D. de legat. 3.*<sup>5)</sup> negat, certos nummos legatos permutationem recipere, nempe quod natura rei legatae huic permutationi adversetur. Et ita quidem haec *recipiendi* vox recte accipitur: Quae tamen ipsa eo quoque pertinere videatur, ut indicetur, retro seu invicem aliquid capi; sic enim & *recipi pecunia* dicitur: sic in hoc mutui contractu, & quidem in eadem lege, dicitur, *mutuum damus, recepturi non eandem speciem quam dedimus, sed aliud*<sup>6)</sup> *genus*: Ex mox: *si aliud genus recipiamus, απολαβειν* Graecis, ut Lucae *sexto*. Eodemque sensu hac in re *reddendi* vox usurpata, & apud Graecos vox *αποδουναι*. Ergo *res recipere functionem ex eodem genere*, i. retro recipere. Quomodo diserte Pomponius in *l. prout 80. D. de solut. cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut RETRO pecuniae tantundem solvi debeat.*

Secundo ait Paulus, res eas *FUNCTIONEM recipere in genere suo* & c. ubi quid *functio* proprie sit, investigandum est. | Nos statim veram eius significationem indicabimus, quam & nonnulli recte viderunt. *Functio* igitur *fungique* res vel persona dicitur, pro vicem aliquam seu partes aliquas sustinere, locum subire, obire, implere. Omitto vulgaria, veluti *fungi munere,*

5) 1. ?

6) idem ?

*officio, dignitate, partibus suis,* | aliaque id genus, itemque *vita fungi, diem fungi*. Secretiora quaedam ex iure nostro, vel ab iis qui iuris scientia imbuti sunt, atque a vulgi usu semota, afferre simul & explicare nunc libet. Sic *pretia rerum*, non ex affectionibus singulorum, verum communiter fungi dicuntur, *l. pretia rerum 63. D. ad leg. Falcid. & l. 33 ad l. Aquiliam*, i. in locum rerum quas restituri oportet, si forte restitutio fieri nequeat, pretia vicem rei subire: & ita quidem, ut in pretio constituendo ratio habeatur communis aestimationis, non vero privatae cuiusdam affectionis: ac proinde ita *aestimari*, quod in *d. l. 33.* additum est. Quare, quod iam ab aliis recte notatum, errant graviter, qui vocem *funguntur* ibi nullo sensu, adversus optimorum codicum fidem, refingunt. Sic quoque *dos fungi functaque* dicitur, apud Paulum, *lib. 1. Sent. & Ulpianum in fragm. tit. 6. §. 8.* quae iam vicem partesque suas implevit, obiit, absolvit, constante matrimonio. Sic collatione dotis, vel munere collationis fungi filia dicitur Ulpiano, *in l. 3. D. de dotis collat.* pro quo ibidem ait, collationis onus<sup>7)</sup> sustinere: quomodo & Cicero alicubi iungit, fungi ac sustinere. Sic haeres fungi vel perfunctus munere, seu muneribus haereditariis dicitur *in l. 33. §. 1. D. de legat. 2. & l. 2. D. ad SC. Trebell.* qui legata solvit, ut in *d. l. 2.* explicatur. Sic & fideicommissum munere Falcidiae fungi dicitur, a Papiniano in *l. cum pater 77. §. 1. D. de legatis 2.* i. pro sua parte sustinere, subire. Sic & fungi poena reus, *l. in metallum 22. D. de poenis*, i. subire, sustinere poenam: Fungi denique pignoribus in vicem satisfactionis, *l. praetorii 7. D. de praetoriis stipul.* i. pignorum dationis onus sustinere, implere, loco satisfactionis. Sic passim quoque Tertullianus, iuris scientia plenissime imbutus: inter caetera, *lib. de pallio | c. 4.* Dixit, virum alicui fungi, id est, vicem, seu partes locumque viri sustinere: & cap. 2. Numere solemnii (mutationis scilicet:) fungi mundum, i. mutationis vices

---

7) munus ?

ordinarias subire, sustinere. Ad nationes *lib. 2. c. 10. functam Herculi mulierem in fomniis: Libro de corona cap. 8. Christum hominem functum per communia instrumenta exhibitionis humanae. Alibi, carnem fungi passiones suas. Atque inde iam *functio* hoc sensu: quae proinde non est proprie solutio, vel illatio, pensio, aut praestatio, nisi si cum de pecunia agitur, pro antecedenti consequens accipiatur; quomodo sane *functiones tributariae, annonariae*, sunt *εισφοραι, τελεσματα, Fungi συντελεω*: & Isidorus, in Glossis, *fungitur*, explicat, *solvit*. Denique *functio* seu *fungi* tam de rebus quam de personis dicitur, cum illae vicem aliquam, locumque, partes, inquam, vel suas vel alienas, subeunt, sustinent, obeunt: Et cum alterius vice funguntur, cum alterius locum subeunt, tum id aliquo addito indicari ferme solet. Sic enim idem Paulus dixit, demonstrationem nominis vice *fungi*, eo ipso libro & titulo, *l. certum est 6. de reb. cred. item, ead. l. 6. mutua vice fungi, quae tantundem praestant. Sic filiusfam. patrisfam. vice fungi, in sp. l. 2. D. de SC. Macedon. Sic igitur & pecunia seu nummus functionem recipere hac l. in genere suo & c. pro quo Papinianus, l. sed si certos 51. D. de legatis, corpora, nummorum permutationem recipere dixit: *permutationem* i. *αμοιβην*, non vero *αλλαγην* aut *μεταβολην*, quae alias proprie permutatio est. Ergo res, veluti pecunia, *functionem recipere dicitur in genere suo*, cum res eiusdem generis alterius vicem subit, permutationemque adeo recipit. Quare recte omnino Robertus, 3. *Receptarum* 14. cum ostendit, *functionis* vocabulo, non praestationis, redditionis, ulliusve pensitationis actum hic significari, verum subitionis, sic ut dicamus: Et idem tamen in eo lapsus est, quod sola *functionis* appellatione putavit, designati alterius || vice functionem: nam, ut dixi, cum id significandum est, tum aliud quid addi solet. Fal- | sus est, Charondas, 3. *verisimil.* 13. cum *fungendi & functionis* voces varia significare ait, prout eae ad res accommodantur: Nam quaecunque tandem res, quaecunque personae, *fungi* dicantur, non alio sensu dicuntur, quam pro vicem**

subire, partes implere, obire. Et sic *functionis* vox hic propria omnino est, neque cum alia commutanda: Quod tamen fecit nuper Vir Clariss. de usuris p. 9. 10. & 218. & postea rursus firmavit *Observ. ad ius Atticum cap. 6. a p. 183. ad p. 189.* suffecta eius loco voce *suffectionem*. quae est *υποκαταστασις*, cum quid in vicem alterius sufficitur & subrogatur: ut in illo:

*Tuque aliam ex alia generando suffice prolem.*

Et Arnobius *lib. 7. nonnullius opus est suffectione materiae*. Eo primum argumento ductus, quod *functionis* appellatione, solutio indicetur, seu solutio idem sit quod functio: quo posito quid opus fuerit *functionem* dicere, cum Iuriscinsultus mox addat, *per solutionem*. Verum, ut modo ostensum est, *functio in genere suo* in mutuo proprie non est ipsa solutio, sed antecedens solutionis, vel cohaerens solutioni, cum quid alterius vicem subit. Neque iuvat quod quod addit, *functionem* in tributorum & vectigalium pensionibus potius locum habere, quam in mutui praestatione, quomodo certe functio tributaria dicitur, neque quenquam *usurarum functionem* dixisse, aut *debiti functionem*. Nam, ut iam ostensum est, in omni re, & in omnibus iuris articulis, huic voci locus est, ubi res vel persona aliqua vicem aliquam implet, seu locum subit: sive dum partibus suis fungitur, sive alienis: & quidni recte dicatur quis *usurarum praestatione* seu *debiti solutione* fungi? Quod *functionis* appellationem attinet in re tributaria, ubi ea pro *εισφορα δημοσιων, λειτουργια, τελεσματα* accipitur, certe ab antecedenti consequens ita dicitur: nam functio tributaria seu annonaria est, cum quis vicem suam implet in collationib. & intributionib. unde & intributionibus fungi dicitur in *l. filli 22. §. ult. D. ad municipalem*. Ergo maneat hic vox *functionis*, quam & veteres Codices optimi tuentur, & ipsa legis sententia desiderat, | totoque alia exempla stabiliunt, & tralatitia loquendi consuetudo firmat. Et sic non est hac parte haec lex sollicitanda, quod nonnulli hactenus fecere, neque hic locus hac parte contaminatus: Ubi etiam Latine omnino dictum,

rem aliquam functionem recipere *in genere suo*. *Suum genus* est proprium genus, ab alio diversum. Et sic idem genus, *suum*, scilicet illius ipsius individui respectu; *idem* vero alterius respectu, *d. l. 2. in pr. & l. 3. eod. tit.* Sic Minucius Felix, coelum licet sua materia suspenderit, i. sui generis materia. Difficultas tantum est in sequentibus, quae medicinam omnino desiderant.

Subjicit nempe Iurisconsultus, res illas quae in mutuo versantur functionemque recipiunt, *recipere eam in genere suo, per solutionem quam specie*. Quae ita hactenus explicant, functionem (alii solutionem dicunt) in genere suo magis quam in specie in mutuo fieri: ac proinde alii vocem *magis vel potius* inserunt, quae certe abest a Norica & Etrusca editione; alii subintelligunt, Graecorum & Iudaeorum more, & exemplis aliunde petitis: qualia multa cumulat quoque Fabrotus in *refut. adv. Sal. pag.* 136. 137. omnes vero id *θετικως*, non vero *συγκριτικως* accipiunt, quomodo & alias saepe, nempe hoc sensu, in mutuo solutionem fieri in genere, non vero in specie: Quam sententiam amplexati quoque sunt Antonius Augustinus, *lib. 4. Emend. cap. 8*. Cuiacius, aliique deinceps. Verum haec interpretatio nunquam mihi placere potuit, quasi solutio in genere & solutio in specie hic opponerentur. Quare locum ita emendo facili negotio, *in genere suo functionem recipiunt per solutionem aequam || specie*. Nempe ita scriptum fuerat, *per solutio ē quam specie*; unica litera maiore E duas literas exprimente, more Florentiarum pandectarum: & voce equam citra diphthongum expressa, ut alias in MS. imo & non uno loco in Glossis Cyrilli in *voce ιου* & c. Sensus vero apertissimus: nempe functionis in mutuo *modus* & aequalitas deplex hic indicatur, quod a nemine animadversum est hactenus. |

Prima quidem aequalitas haec significatur, in mutuo, res functionem recipere *in suo genere*: Nempe, quod notissimum, in mutuo non eadem res reddi debet, *hac ipsa l. in pr. & §. creditum 3.* verum ex eodem genere, *l.*

*cum quid 3. eodem titulo: eiusdem generis, dicta lege tertia, & lege 42. D. de iure dotium, & l. 1. §. re 2. D. de obligationib. & action. ομοιογενες*, ut alicubi ait Bals. contra, si aliud genus recipiamus, non erit mutuum, *haec ipsa l. in fin. princ. & l. 24. D. de fideiussor.* Unde & *d. principio* ait Iurisconsultus noster, *mutuum dare nos recepturos non eandem speciem, sed idem genus.* Quod tamen ipsum non ita proprie dictum, verum μετονομικως, neque enim proprie *genus reddi* dicitur, sed res ex eodem genere, seu in genere suo functionem recipere res mutuo datas. Ergo *suum & idem genus*, i. res contentae sub eodem genere, aliud seu alia res in eodem genere, quod praeter Glossam etiam Oldendorpius recte monuit. Atque hic primus quidem in mutuo functionis seu solutionis modus, seu prima haec AEQUALITAS versatur.

Alter modus, seu secunda AEQUALITAS in mutuo, alterium *ισον*, quo videlicet functio haec peragitur, est, quod functio haec admittitur seu recipitur in *genere per solutionem AEQUAM specie*, seu *aequa specie*. Quibus verbis indicatur AEQUALITAS, *αναλογον & ισον* quod solvendum venit in mutuo. Nempe in mutuo, etsi non eadem, aequalis certe, par, species reddenda venit, seu solutionem aequa specie fieri oportet, non tantum, ut dixi, genere, sed eiusdem quantitatis<sup>8)</sup>, *l. 42. D. de iure dot.* eiusdem naturae & qualitatis rem praestari, *l. 1. §. 2. D. de oblig. & act. & §.1.*<sup>9)</sup> *Inst. quib. mod. re contrah. oblig. της αυτης υποστασεως και ποσοτητος*, Theophilus: vel, ut idem ait, *της αυτης φυσεως και ποσοτητος*: eadem bonitate qua datum, *d. l. 3. hoc tit.* non deteriores rem, quae ex eodem genere sit, *d. l. 3. eadem bonitate qua datum, d. l. 3.* alias eius naturae quae datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri, mensurae. Gaius, *Instit. lib. 3.*<sup>10)</sup> *tit. de obligat. 9. eiusdem qualitatis, d. l. 1. §. re 2. D. de oblig.*

---

8) qualitatis ?

9) pr. ?

10) 2. ?



& act. (quomodo pari- | ter in quasi usufructu eiusdem qualitatis res restituenda. l. 7. D. de usufr. ear. rer. quae usu cons.) eiusdem materiae in alia SIMILI re, leg. oleo 23. Cod. de usuris, & ut habet canon sextus Codicis Africani, in eodem argumento cum d. lege oleo, si speciem commodaverit (i. mutuam dederit) *quantam dederit accipiat*: tantundem, l. Lucius Titius 24. D. depositi, & l. 25. §. 1. eod. & l. certum 6. hoc tit. Seneca quoque de benef. 6. cap. 5. *Omnis solutio non idem reddit, sed tantundem*: retro tantundem pecuniae l. 80. D. de solut. AEqua specie, vel per solutionem aequam specie, ut *hic dicitur*: & similiter l. 3. ait, AEQUE bonum. Denique hoc *ισον* est, quod in mutuo exoluendo vertitur. Sic apud D. Lucam, cap. 5. vers. 34. *δανειζουσι ινα απολαβωσι τα ισα*; quo loco etiam *τα ισα* non pertinent ad aequum iustumque usurarum forte modum, quod quidam opi- | | nantur: verum *δανεισματος ατοκου* fors aequa indicatur, eamque recipientes opponuntur iis qui mutuam dant nihil *απελπίζοντες*, i. nihil inde retro recepturi, vel sperantes, id enim est *απελπίζειν*: quare loco illo recte Hieronymus vertit *τα ισα* aequalia. Idque est in commune, quod Aristoteles 5. ad Nicomach. ca. 7. in fin. *εν εκουσιους αλλαγαις* memorat *το ισον*: quod & idem, 5. Politic. *duplex facit, ισον αριθμω, και κατ'αξίαν*. AEquum porro, pro aequali passim, ut *aequitas pro aequalitas*<sup>11)</sup>; sic aequo pretio, l. 66. D. de legatis 1. l. 6. de extraordin. crimin. quanquam & ibi pro iusto accipi possit. Et nominatim propria haec vox est in *σταθμητικη*: sic aequa lance, l. 1. C. Th. de ponderator. l. 20. D. de re iud. l. 17. Cod. de collat. sic aequa pondera, l. 18. §. de eo. D. de dolo: *ισος ζυγος* Graecis, & *ισοροπον* In emptionibus sane quoque pretii aequalitas dicitur *ισοζειν* apud Aristotelem, & Iurisconsultus quoque in l. 1. D. de contrah. empt. *aequalitatem quantitatis dixit. Quin etiam huc pertinet vel ipsa mutui vox, origine Sicula, ubi μοιτων* idem cum *αμοιβη* est, ut *μοιταν αμειβειν*, mutuam *το*

---

11) aequalitate ?

αμοιβαιον. unde & Hesychio, αμοιβαι, ανταποδοσεις, χρεα. quae postrema a aliis alio fine iam notata sunt: Denique ανταποδοσεως in contra- | ctibus, seu αμοιβαιον, lex est, ισοτης: non vero rigide vel Stoice semper in mutuis donationibus & beneficiis. Ergo in mutuo res solvenda est, & eodem genere, & aequa specie: *aequa specie*, i. eiusdem qualitatis, quantitatis, bonitatis, ut sic, quae redditur examussim respondeat mutuo datae, par pari reddatur, ατω και ισω τω μετρω, quae in proverbium abiit, *aequamento*<sup>12)</sup> pari, quae & hic vox propria est. Ex his igitur patet iam, non hic opponi *solutionem in genere & solutionem in specie*, verum aequalitatem duplicem hic indigitari, puta, solutionis in *eodem* genere, & solutionis in *aequa* specie: hoc sensu; In mutuo & eiusdem generis rem reddi oportere. & aequali simul specie seu bonitate & natura. Ac proinde *aequa species*, seu *solutio aequa specie* hic opponitur *eidem speciei*, quae initio eiusdem legis dicitur: *Non eadem* scilicet species in mutuo reddi debet, sed *aequa species*. Imo possit & *speciei* quoque vox hic accipi pro forma, figura, natura, corpore, conditione rei: Sic idem Paulus eodem libro *dict. l. 6. certum est cuius SPECIES vel quantitas & c. ostenditur*. Et eodem rursum lib. *in. l. 27. D. de conduct. ind. non existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur*. Et hic sensus fuerit, res in mutuo alias dandas aequa natura, conditione, qualitate, ex iis scilicet *quae communi specie continentur*, ut loquitur Ulpianus *in l. cum Stichus 29. D. de solutionibus*: quam legem alioquin nobilem fecere Cuiacii & Roberti controversiae, *lib. 2. cap. 21*.

Atque ita de vera huius Legis lectione, simul & de genuina eius sententia, liquere puto: adversus nuperam emendationem, variasque admodum aliorum Interpretationes: cuiusmodi est Alciati, *ad hunc ipsum §. n. 2. & lib. 2. Paradox. cap. 20. Zasii, Vaconia a Vacuna lib. 3. declar. 46. num. 5. Duareni, 1. disput. 14. imo & quadantenus Roberti 3. sent. c. 14.*

---

12) *aequam memento* (Horatius, Carmina, II, 3, 1.) ?

& Donelli *ad hunc ipsum* §. Quorum sententias referre prolixum fortet. Nos enim ad alia festinamus; neque te potioribus insistentem morari diutius velim. VALE Vir Doctissime, meque amare perge.

FINIS.