

大陸法に於けるカウサ論とコモン・ローに於ける約因論

菊池肇哉

第一部…カウサ論の哲学的基礎と中世ローマ法における「カウサ」論

序論的考察

カウサ論の不可解性

大陸法契約法におけるカウサ・causa論、つまり、契約の有効性になんらかの正当原因 *iusta causa* を求める理論は抽象的で不可解とされている。⁽¹⁾ 「正当原因」の「正当」にあたる形容詞「*iustus*」を「法律上の」と解釈して、(1) 訴訟提起可能な契約成立のための「法律上の要件事実」として解すれば良いのか、それとも、(2) 「正当 *iustus*」を「*iustitia* 正義」の概念から派生した形容詞として道徳上、法律関係外その契約を支える「大まかな正当性」を支える「法律外の生活事実」もしくは「道徳上の要件」として理解するか。果たして、(3) とにかく全ての約束に関する

る訴訟において「何らかの原因を明示すべきである」という「訴訟法上の要件」が「契約の一般理論」に入り込んでいるものか、の理解が論者によつて、もしくは同じ論者でも場所によつて、必ずしも分明ではないのである。⁽²⁾ ビロッキは「カウサは漠然として不可解な概念である」*la causa fosse un concetto vago et misterioso*⁽³⁾と述べている。

約因論

同様の難しさを持つ概念として十六世紀に成立した英米法つまりコモン・ローにおける「約因 *consideration*」の概念がある。約因の場合も、カウサと同じく本質的に契約の訴訟提起可能性の有無を決定するメルクマールであることに変わりはない。その特性は契約が締結される原因となった「対価的牽連性 *reciprocity*」に注目するところである。しかしながら、この約因の性格も「胡椒の粒」だけでも有効な約因として成立する名目的約因論⁽⁴⁾、まで進むと、大陸法のカウサ論とほとんど区別がつかなくなってしまう。カウサ理論が、批判されたように英米法における約因論も近代になつて批判を受けている。⁽⁵⁾

有名な一九一九年の *Conradie v. Rossouw* 274 S. Lord De Villiers 裁判官のそのような同一視は「混同の悪夢」であるという見解に見られるように、コモン・ロー体系とローマン・ダッチ・ローとの中間に位置する南アフリカ法に於いて両概念の混同と同一化は混乱と実務的問題を引き起こしてきた。⁽⁶⁾

恐らく関連性は両理論間に存在した。しかしながら、正確にどのようにして両理論が関連したのかに関しては未だ

学説間の一致を見ない難題である。

第一部では、ローマ法の「裸の合意は訴権を生じない。」の原則から延長された中世ローマ法に於けるアゾの「カウサー着衣論」の理論の概観を俯瞰する。第二部で、十二世紀グランヴィルと十三世紀ブラクトンに於ける中世ローマ法の影響としての「カウサー理論」の存在を吟味した後、十五世紀から十六世紀の約因の理論の成立の過程とカウサー理論の影響を吟味する。

第一部の二…カウサー理論

カウサー着衣論

中世ローマ法学におけるカウサー理論は、中世スコラ哲学のカウサー理論とローマ法内の「裸の合意（無方式合意）」の理念との結合により生まれた。

中世のカウサー論については一九六〇年のゼルナーによるものがあるが、ゼルナーの研究は不当利得論の「*condictio sine causa*」の系統と「契約におけるカウサー理論」を両者扱っている。⁽⁷⁾初期の十二世紀の段階では不当利得「*condictio causa data causa non secuta*」における議論のほうが、契約におけるカウサー論より盛んであった。彼が契約におけるカウサー理論について出している例で最古のものはアゾのテキストである。

アゾ (d.1230) によれば、

「*Vestitur autem pactum sex modis: re, verbis, consensu, literis, contractus coherentia, rei inherenti*」⁽⁸⁾ しかるに (※無方式) 合意は六つの方法で着衣される。つまり、物により、言葉により、合意により、文字により、契約への附着により、物の介入により。」

「*interventus rei*」とは、シユナラグマに於ける牽連性のことであり、通常「物」と訳される「*res*」という概念は非常に多義的であるが、ここではおおまかに「何らかの価値の介入」を指すのであろう。「契約の附着 *contractus coherentia*」とは「先行契約」への附着のことである。原テキストと五番目と六番目の着衣の順番が入れ替わっている。

この法文はバックランドによれば「全てのカウサ理論が根拠を持つとされる有名な一説であるが、現実はまだそのようなことはない」とされる。⁽⁹⁾ 確かにD.2.147の法文を読んで頂くと、二度カウサという言葉が使用されているが、その意味はカウサ哲学抜きで理解可能である。ウルピアヌスがアリストテレス哲学を知悉していたことは他の法文によりほぼ確実と言って良い。⁽¹⁰⁾ しかしながら、当該テキストに関してはアリストテレス哲学なしに理解できる。

アゾ以降、標準注釈やバルトルスにより似た見解が同所で繰り返し返されており、注釈学派にこの理論は受け継がれたと考えて良い。⁽¹²⁾ サヴィニーによればこの理論は、「ローマ契約法における最も特徴的理論」⁽¹³⁾ とされる。

約因との比較において大事な点は「裸の合意」という概念と「カウサ概念」との結合であり、ここでのカウサは、「契約を訴訟可能性のメルクマール」であり、「契約が自然債務のレベルで有効に成立するメルクマール」ではない。諾成主義が敷衍した現在では両者は混同されがちである。

第二部・コモン・ローと「着衣」カウサ論

貸金訴訟の物権的構成

今日の我々から見て契約法に当たる訴訟形式の中で、「貸金令状 writ of debt」、「合意令状 writ of covenant」、「引受訴訟令状 writ of assumpsit」の三つが特に重要である。「貸金令状 writ of debt」は請求権のある一定量の種類物を回復するために用いられたが、この「種類物 fungibles」の概念は明らかにローマ法の消費貸借契約の定義の影響に負っている。¹⁴ 「writ of debt 貸金請求令状」の訴訟形式は、「*praecipie D quod reddat P En quas ei debet et injuste detinet* 被告に彼が債務を負い、不法に占有するところの金銭（若しくは種類物）を引き渡すように命令せよ」との要式を持ちその物権性は明らかである。「writ of debt 貸金請求令状」はその名称に関わらず、相手方が現在では不法に占有しており預けてあるものを返せという寄託的構成なのである。

合意令状の一般合意的性格と十四世紀における押印証書化

次に、「合意令状 writ of covenant」の性格を見よう。それは「*praecipie D quod teneat P conventionem inter eos factam* 被告は原告に対し彼らの間で為された合意を守るように命令せよ」という要式を持つ。¹⁵ これは要式書だけか

大陸法に於けるカウサ論とコモン・ローに於ける約因論（菊池）

ら見れば、当事者間の間でなされた合意の履行を命令するものに見える。事実、当初の十二世紀までは合意全般に適用され、貸金債務訴訟が合意訴訟の中に内包されることもあった。⁽¹⁶⁾しかし十三から十四世紀を通じて「合意 covenant」はより技術的意味を有してくることとなる。つまり、「covenant」は「押印証書 Deed」であると言うものである。十四世紀以降、合意保護のための「押印証書」の存在は固定した原則となった。

十二世紀のグランヴィールと十三世紀のブラクトンにおけるカウサ論の影響

グランヴィールに於ける「causa dependi」と「債務令状」

グランヴィールに於けるローマ法学の影響はそれほど明確ではない。十二世紀前半から中葉に於いては、中世ローマ法学の注釈学派の学問も、コモン・ローも未だ基礎形成期であった。ラヌルフ・ドゥ・グランヴィール Ranulf de Glanvill (c.1112-1190) はヘンリ二世の治世に於ける Chief Justiciar であり、その法改革の中心的立役者であった。『Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ イングランド王国における法及び慣習論』は一一八八年ごろに書かれ、コモン・ローを叙述した最初の理論書である。令状制度 writ system の確立にグランヴィールのローマ法から概念を借りた「訴権 actio 論」が大きな影響を及ぼした。

カウサ理論の出発点はアゾにあるが、グランヴィールはそれよりも古く、ウアカリウス Rogerius Vacarius (c.1120-c.1200) とその学派の⁽¹⁷⁾コモン・ローに対する影響を考えることとなる。⁽¹⁸⁾

『法学提要』のシステムに通曉していたグランヴィールは既に荒削りながらも実質的なローマ契約法の知識を見せて

おり、そのなかで「様々な債務の諸原因について *De pluribus causis debendi*」と言われる章の中でカウサ概念に言及している。

「Vtroque vero existente in curia, is qui petit pluribus ex causis debitum potere potest. Aut enim debetur quid ex *causa mutui, aut ex venditionis causa, aut ex commodato, aut ex locatio, aut ex depositio, aut alia iusta debendi causa.*」¹⁹ 両当事者が法廷内にいる場合に、被告は様々な債務原因にもとづき訴訟を持ち込むことが可能である。なぜなれば、ある者は消費貸借を原因として、ある者は売買を原因として、ある者は使用貸借を原因として、あるものは寄託を原因として、もしくは他の正当な債務原因から債務付けられるからである。」

グランヴィルはここでカウサ概念を債務を成り立たせる背景の意味で使用しており、ここで見られるのは「カウサ II 着衣論」での厳密な法的要件としてのカウサでは無い。また、「正当原因」の概念は明示されており、ローマ法の影響であろう。グランヴィルに於いては「covenant」は言及されていないが、この一節は「貸金・債務令状 writ of debt」に関する伝統的に解されており、中世の実務に影響を与えた。

グランヴィルにおいては、「消費貸借」は「debt」の数ある原因の一つでしか無かったが、後のコモン・ローにおいては「消費貸借契約」の中核的概念である「種類物」の概念が「debt」の定義として入ってきている。

「Ex causa mutui debetur aliquid cum quis credit alii aliquid tale quod constituit in numero vel pondere vel mensura」⁽²⁰⁾ 消費貸借をカウサとして人は何らかの物を債務として負わされることとなる。なぜなら彼は他人に数量もしくは重量もしくは計量の中に成り立つところの物を信与したからである。」

この一節はイギリス法において fungibles の概念を最初に叙述した一節となる。⁽²¹⁾

グランヴィルの書はデ・ズルエタ Francis De Zulueta (1878-1958) が戦前に発見し当初はウアカリウス本人の物と目された『法学提要講義 *Lectura super Institutiones*』との強い類似性が指摘されている。⁽²²⁾ シュタインによれば「我々のテキストはイギリス起源であり十二世紀最後の四半世紀に遡る」とされ、ホールにより一八七七年から一八九九年の間に書かれたであろうと比定されるグランヴィルと同時期である。

グランヴィルのに於けるカウサ論はウルピアヌスの「裸の合意から訴権は生まれない」に連結する「カウサⅡ着衣論」では無い、しかしながら、「債務・訴権の原因」として何らかのカウサが必要であるという見解は既に見られ、「債務令状 writ of debt」と関連付けられていた。

ブラクトンとアゾの「カウサⅡ着衣論」

ブラクトンに於けるローマ法の影響はより顕著であり一九世紀後半のギュターボック Karl Güterbock (1861)⁽²³⁾ やメイ

トランド F.W.Maitland, *Selected Passages from the works of Bracton and Azo*, *Selden Society Volume VIII* (London, 1895) 以来、アゾとの関係は完全に受け入れられている。ここで問題になる「カウサー着衣論」に関する限りアゾの影響は中心的なものである。

グランヴィル同様、ブラクトンはユ帝『法学提要』のプログラムに基づいて叙述した。その第三巻冒頭においてブラクトンは「*Dictum est supra de personis et rebus. Nunc autem dicendum est de actionibus.*」上では人と物について述べたが、しかるに今は訴権に関して述べなければならない⁽²⁴⁾と述べているが『法学提要』の「人の法」「物の法」「訴権の法」の分類⁽²⁵⁾に基づいてブラクトンが叙述していることは明白である。第三巻冒頭で『訴権 actio』の本質について論じた後、ブラクトンは「如何にして訴権が形成されるか」について論じる。

「Videndum est etiam unde actio oritur. Et sciendum quod ex **obligationibus praecedentibus** tanquam a matre filia. Obligatio autem, quae est mater actionis, originem ducit et initium ex aliqua **causa praecedente**, sive ex contractu vel quasi sive ex malicio vel quasi. Ex contractu vero oriri poterit multis modis, sicut ex conventionione, per interrogationes et responsiones, ex verborum conceptione quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut **pacta conventa**, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita. Quae si nuda fuerint exinde non sequitur actio, quia ex nudo pacto non nascitur actio. Oportet igitur quod habeat vestimenta de quibus inferius dicendum.⁽²⁶⁾」

同じく、どこから訴権が生成するのか見なければならぬ。そして知らなければならぬのは、訴権は先行する債務からまるで娘が母親から生まれるように生まれるということである。しかるに、訴権の母であるところの債務は何らかの先行するカウサ・原因から生まれ始められる、つまり、それは契約からであるか準契約からであるか、不法行為からであるか準不法行為からである。契約からである場合はまさに多くの方法で（債務）は発生しうる。つまり先行する問いかけと応答による言葉による合意から、二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる言葉の合致によって、またあるときは裸でありある時は着衣されている合意された合意のように。なぜなら合意が裸であるならばそこからは訴権は続かないからである、なぜなら、裸の合意からは訴権は発生しないのであるから。それゆえ、（訴権を生み出すためには）合意は外套・着衣を持たなければならぬことについて以下で述べなければならぬ。」

ブラクトンの混乱

上で訳出したブラクトンのテキストは非常に混乱している。訴権が先行する債務から「娘が母から生まれるように生まれる」というのは明らかにアゾの影響²である。Azo, *Summa Iustitium* to 1.3.13に「同趣旨の表現が見られる。ここで考えられている「先行する債務」とは恐らくは自然債務のことであろう。それに続き、債務は「契約からが準契約からか不法行為からか準不法行為から生まれる」という法学提要に見られる説明が続く。ブラクトンによるとその四種は訴権の母とよべる「先行する債務」のそのまた「先行する原因、カウサ」である。

この時点でブラクトンのローマ法理解が大分混乱していることが分かる。本来のカウサ論は、契約法の中で着衣として出てくるはずである。「per interrogaciones et responsiones 問いかけと返答を通じて」は本来は、「言語による契約 *contractus verbis*」である問答契約に關しての文章であるはずであるが、これが「合意から *ex conventione*」と等置されている。「言葉の合致」と訳した *verborum conceptio*」という言葉も本来は問答契約に關する用語であるが、しかし、「*quae voluntates duorum in unum trahit consensum*」二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる」と關係詞で同値化している内容は本来は「同意の定義」である。ブラクトンは「問答契約」と「合意 *conventio*」を混同しているようである。ローマ帝国後期以降 *stipulatio* は無方式合意と同意語になったが彼は本来の意味での問答契約との区別が付いていない。

次に続く、*pacta conventa* はソーンの訳すとおり「合意された合意」とでもこの文脈では訳すしか無いが、本来は中世ローマ法の文脈では第六の着衣である、先行契約への無方式合意の付着、「*cohaerentia contractus*」を表す専門用語である。*conventa* は「合意された」を意味するのではなく、先行債務と同行する (*contineri* 共に行く) 無方式合意という意味である。ブラクトンは「訴権の母として先行する意味での先行債務(つまり、訴権が与えられる前の自然債務)」と「有効な先行契約へ無方式合意が付着する場合の先行契約」とを混同しており混乱した意味不明のテキストのキメラに仕上げているようである。

ブラクトンのテキストにおけるアゾの「カウサー着衣論」の影響は明らかであるが、カウサという言葉は D.2.14.7

で使われている本来の意味「訴権の原因」としては使用されていない。

ブラクトンのローマ法理解は『ユ帝法学提要』とアゾの『法学提要のスンマ』に大部分依拠しており、より大部の『勅法集のスンマ』を介した『学説彙纂』のテキストの精密な理解はほとんど無かつたのであろう。なぜなら、『法学提要』内の法文理解は全く問題なく見え自由に他の『法学提要』内の箇所からの引用が見られるのに対して、『学説彙纂』内の法文の理解になると途端に意味不明になるように見えるからである。しかるに、「着衣Ⅱカウサ理論」の本体は既に見たように De iur. に基づき、基本的な理解の中核部分で問題が生じていると言える。問題はおもに後者二つの着衣「シュナラグマ」と「他契約への付着」の場所で生じている。

[Et sciendum est obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur ad aliquid datum et faciendum, ut si quis ligatus fuerit astricus alicui ad aliquid, et ille alius ei ad aliquid contrahigatus. Est enim obligatio quasi contrahigatio, et quator habet species quibus contrahitur et plura vestimenta. Contrahitur enim **re, verbis, scripto, consensu, traditione, iunctra**, quae omnia dicuntur vestimenta pactorum.]²⁷⁾

そして、債務とはそれにより我々が必要的に何からのことを与えたり為したりするように我々を義務付ける法の鎖であることが知らなければならない。ゆえに、もしある人がある人に対し厳しく何らかの物事に拘束されるとすれば、相手方も彼に対し何らかの物事に反対に拘束されるからである。なぜなら、債務とは「あたかも反対拘束である **quasi contrahigatio**」からである。そしてそれにより契約が為される四つの種類があり、多くの着衣がある。なぜ

なら、契約は物、言語、文書、合意、引渡し、付着により為され、これら全てが合意の外套・着衣であると言われ
る。」

ここで訳した節の最後では、「カウサ_{II}着衣理論」はより明確である。ブラクトンは「債務とはあたかも反対拘束
であるからである」と続ける。彼が契約の定義とシユナラグマを混乱して述べたこの部分がコモン・ローの権威的テ
キストとして、契約における約因論_{II}カウサ論の対価的牽連性に繋がった可能性がある。

以上がグランヴィルとブラクトンに於ける「カウサ理論」の影響の考察である。十六世紀中、グランヴィルは
一五五五年にブラクトンは一五六九年に活版印刷化され、両書に含まれるカウサ理論（内容の異なるものであるが）も
影響を取り戻すことになる。それゆえ、第一のカウサ理論の第一波の再生と第二波とは重複することとなる。

第二部の二：「カウサ理論」の第二の影響の波

十五世紀の「対価 *quid pro quo*」の概念と「カウサ理論」

グランヴィルやブラクトンにおけるカウサ理論の影響は特にアゾによるものであり、その意味でローマ法の影響と
見ることが出来る。第二の大陸法「カウサ理論」の「約因論」成立への影響という場合、一般的に大陸のルネサンス
文化のイギリス文化の影響の一部としてであり、市民法ではなく、一般にカノン法ルートであったと語られる。両者
のカウサ理論は「訴訟可能性の要件 *causa actionis*」として理解する限りは全く同一のものであった。

この第二の影響の波は国王の「良心の裁判所 *forum conscientiae*」たる「大法官府裁判所」の裁判官が僧職者であったことからカノン法学がエキイティに影響を与えたと言われているのと、同一のルートを辿る。すなわち、シンブソンによれば、十六世紀から十八世紀のブラックストーンの時代に至るまで「衡平法」の基本的なテキストブックとして利用された Christopher St. Germain (1460-1540)『博士と生徒』⁽²⁸⁾に約因論の言及が為され、そのカウサ論に対するソースとして挙げられている Summa Rosella と Summa Angelica のカノン法の二作品がそのソースだとするのである。約因の起源についてはこのシンブソンの「カウサ理論」起源説と、イベットソンのイギリス固有の「対価性」に起源を求める説がある。またベーカーは、約因の起源について、ブラクトンからの影響とカノン法からの影響を論ずるが、それらは表面的なものとす⁽³²⁾。

約因はイギリス固有のものであるのか、それとも大陸法のカウサ理論の移植であるのか本稿の焦点である。しかし、筆者の理解では約因論のイギリス起源説とローマ法起源説は必ずしも矛盾する見解でない。

まず、「対価 *quid pro quo*」や「約因」の概念の苗床となる「引受訴訟」の沿革を概観する必要がある。

「場合権利侵害訴訟」

引受訴訟の前身である場合訴訟は本来は最も直接的な権利侵害であるトレスパスに対する救済を必要な場合に認められたもので「場合権利侵害訴訟」と称された。十三世紀末から十四世紀のコモン・ローは契約関係の救済のためにつき

のような擬制が用いられた。ワインの海上運輸契約を結んだが冠水してワインの樽が駄目になってしまった場合には、被告が「vi et armis 力と武力」を持ってして「ワインの樽を海水に変え」国王の平和を害したのである。一三五〇年までには「vi et armis」という極端な擬制の形式は消滅した。⁽³³⁾

引受訴訟の登場

それに代わり一三六〇年代から「彼は自らに引き受けた *assumpsit super se*」という文言が入るようになり、すぐにこの文言は「彼は忠実に約束した *fidelier promisit*」という文言と分かちがたく結びつくこととなる。十四世紀半ばになって権利保護のフロンティアがようやく契約法の領域へと移行してきた中に、「引受訴訟 *action of assumpsit*」が現れ始めた。当初の「直接的権利侵害保護」という不法行為への救済という論理は変わらず、「被告はこれこれのことを誠実に約束し、そのように自ら引き受けたにも関わらずその履行において被告に対し（非行・損害行為 *mifeseance*）を働いたので、その権利損害を賠償せよ」との論理形態を取った。

ここで問題となる「*mifeseance*」という言葉は「契約履行の失敗」と「他者に対する侵害行為、非行」の両者を含意する。それと同時に既に履行は完了している事を意味し、「*nonfeseance* 不履行」に対する対概念であった。

引受訴訟の「不行為」保護への移行

十四世紀末から十五世紀にかけて、二グループの思考を足がかりにして徐々に「契約不履行の引受訴訟 *assumpsit*

for nonfeasance」が認められるようになる。一つは「地位、身分status」であり、もうひとつは「deceit詐欺」の概念である。

前者に関しては、医者は治療を引き受けたからには病気を治すのが当たり前の仕事であり、ミスにより直せないもしくは治さないという不作為 nonfeasance は相手方に損害を与えるものであると観念され得たし、召使は主人に仕えるのが当たり前であり奉仕を拒否するという不作為 nonfeasance は主人の側に損害を与えるものと観念され得た。高次の職業義務や身分義務が伴う場合には不作為 nonfeasance だけで権利侵害を想定しうる非難感情の基板があつた。

もう一つは、約束者が約束不履行 nonfeasance 場合にかれの行為に詐欺・欺罔行為 deceit が含まれていたとして彼の非行・損害行為 misfeasance により権利侵害が発生したという論理構成をしたのである。この「欺罔行為による損害発生」の概念は「履行不調 misfeasance による損害発生」と「不履行 nonfeasance 時に対する救済」との間を埋める理想的な架け橋でありスレード事件まで存続する。これらの論理は時には組み合わせて使われた。

一四三三年 Somerton's Case 一四四二年 Doige's Case などを経て、「引受訴訟」の中で「詐欺の概念」を媒介として、契約不履行の問題に救済が与えられることが一般化するにつれて、「対価 quid pro quo」や「約因 consideration」の概念が引受訴訟の方式書の中に混入してきた。十四世紀から十五世紀にかけて既に債務訴訟において対価的牽連性は保護される「取引行為 bargain」の本質的要素として理解されていた。³⁴

一四二二年年書は次のように述べる。

‘Parole ou promise de paier xli. sans *quid pro quo* ne fait contract car nisi nudum pactum unde non oritur actio.’⁽³⁵⁾
「四十一ポンドを支払うという言葉もしくは約束は「対価 **quid pro quo**」なしでは契約を形成しない、なぜなら、単なる裸の合意から訴権は生じないのであるから。」

この一節はシンプソンより引用されているが彼はあまりこの一節を評価していない。しかし。先にアゾの「カウサ || 着衣論」を見てきた目からすれば、「裸の合意から訴権は生じない」という法諺は、「カウサ || 着衣 *vestimentum*」理論と表裏一体の関係にあり重要なものである。

十五世紀のコモン・ローの法律家は「引受訴訟」における「対価 *quid pro quo*」の理論を考える際に、「カウサ || 着衣 *vestimentum*」の理論的枠組だけを借りて、実質的な着衣 *vestimentum* のルールとしては十四世紀中に貸金訴訟などで固定した「対価的牽連性 *reciprocity*」もしくは「*quid pro quo* 対価」を充満したのでないか。この理解は「ユース・コムーネ」の補完的性格と適合する。

一世紀以上後の *Marler v. Wilmer* (1539)⁽³⁶⁾ では被告側は次のように論じた。

In narratione illa non apparet quam ob causam predictis Thomas assumptionem predictam fecisset videlicet nec pro denariis sibi premanibus solutis nec pro receptione parcelle bonorum predictorum Et sic ex nudo pacto non oritur accio⁽³⁷⁾

「原告の）口頭弁論の中でいかなるカウサから先述のトマスが先に述べた引受行為を為したのか明らかになつていない、つまり、前もつて彼に支払われていた金銭に換えてということも言われていないし、先述の商品の一部の受領に換えてという事も言われていない。つまり、それゆえに、裸の合意からは訴権は生まれないのである。」

ここでも、対価的牽連性が無方式合意の訴訟可能性への要件、つまり、訴訟のカウサとして論じられており、それが、「裸の合意からは訴権は生まれない」という法諺と結合されている。

イベットソンは

‘The use of the word *causa* in Marler v. Wilmer at first sight supports this theory, but closer inspection shows the connection to be illusory.’と述べ約因のカウサ起源説を否定する。

しかし、それは我々大陸法学者とコモン・ロー学者との基本的な思考経路の文化的差異に基づくのではないだろうか。大陸法学者は概念的関係があつた場合に関連性を持つとするが、コモン・ローヤーは実質的な理由付けにおいて

同一性があった場合に影響があるとする。

またイベットソンはここでのカウサを「約束を成すための十分な動機」つまり「約束のカウサ *causa promissionis*」として見ている点、多くの英米法の学者と共通の誤りを犯していると思われる。

ベーカーは一五三九年の「大工の不作為」に関する判例に関して次のように述べ、「訴権の原因 *causa actionis*」と「約束の原因 *causa promissionis*」の区別を示唆している。

‘If we compare three early sixteenth-century statements about the liability of carpenters for non feausance, we find the requirement of advanced payment consistently treated as *causa* in the sense of *causa actionis* rather than *causa promissionis*.’

別の事例はシンプソンによって扱われている一四三二年のケースにもみられ、ここでは「着衣された合意 *factum vestimentum*」という言葉が明確に使用されている。³⁸ また同一五三九年は「約因 *consideration*」の概念にとって重要な年であった。

ベーカーによれば同年に、引き受け訴訟に「約因の概念」が登場した。

‘The first appearance of the *in consideration* clause in the *assumpsit* declaration may be dated with reasonable precision to 1539.’⁽³⁹⁾

一五六〇年代以降の約因の議論は新しく成立した「契約的引受訴訟」において旧来の実体的ルールである「対価的牽連性」の再宣言に過ぎなかった。同様の論理構造を、*Lucy v. Walwyn* (1561) にも観察することが出来る。⁽⁴⁰⁾

十五世紀の「引受訴訟」に於けるカウサ理論の証拠は断片的性格のものであるが、中世後期のコモン・ロー法律家のカウサ理論に対する一定の理解を示すものであった。

カウサ理論起源説をとるシンプソン自身が指摘するように、*St. Germain* の『*Doctor and Student* (1528-31)』は「約因論」の対価的牽連性のソースとしては遅すぎる。それは十六世紀のコモン・ロー法律家のカウサ理論にたいする関心を示す「副次的証拠」としての価値しか持たない。

結 論

約因の理論には二つの複合的起源がある、つまり、上位の枠組みとして学識法たるローマ・カノン法から与えられた「カウサー着衣論」とその内容を埋めるコモン・ロー固有ルールとしての「対価的牽連性」の要求である。十五世紀のコモン・ロー法律家が約因論の成立に見せたローマ法学識の補完的適用の構造は「ヨーロッパ共通法」と「慣習法

地域」の「固有法*ius proprium*」としてのコモン・ローという枠組みで理解可能である。ローマ法からの概念や理念の借用があるという事実はコモン・ローの法律家の独自性を損するものではない。中世のコモン・ロー法律家たちは、彼らの慣習法の独自性とシステムの一貫性を保つために可能な限りの努力をしつつ、難しい案件の場合にローマ法を援用した。イングランドのコモン・ローは独自性を保ちながら同時にヨーロッパの法域の一部として機能していたと言える。

了

(一) Italo Bionchi, *Causa e categoria generale del contratto: Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna I. Il Cinquecento*, (Torino, 1997). べ引用されたこの諸文献を参照。

また George Chevrier, *Lessai sur l'histoire de la cause dans les obligation*, (Paris, 1929).

日本では岸上晴志、石堂典秀共訳「シヨルジュ・シユヴリエ『債務におけるコースの歴史に関する試論』(一)『中京法学』25 (1990), pp.43-56; (二)『中京法学』26 (1991), pp.38-52; (三)『中京法学』26 (1991), pp.151-60; (4)『中京法学』26 (1991), pp.188-210; (五)『中京法学』27 (1992), pp.165-186; (六)『中京法学』27 (1992), pp.64-85; (7)『中京法学』27 (1992), pp.134-46; (8:定)『中京法学』28 (1993), pp.153-73によって抄訳の形で紹介された。

(2) カウサ理論に少なくとも三つの意味が必要だとどう見解にしているかは

W.Buckland, MacNair, Lawson, *Roman Law and Common Law*, (Cambridge, 1952), p.229; 'in spite of a valiant effort by Henri Capitant to reconstitute a single coherent theory of cause, I think it must now be accepted that cause has not one single meaning, but at least three. [...] For the sake of clarity, one must distinguish from them not only the *iusta causa* which plays

such an important role in the law of property, but also *causa* in connection with general law of obligations.¹

cf. Henri Capitant, *De la Cause des Obligations*, (Paris, 3rd ed. 1928).

(¹) Italo Birocchi, op. cit, p.17.

(²) cf. G.H.Triebel, *An Outline of The Law of Contract*, (London, 5th ed, 1995), Chapter 3 Consideration n. 4 'Irrelevance of Aquagacy of Consideration: Nominal Consideration', pp.31-32.

(³) Lord Wright, "Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?", *Harvard Law Review*, 49 (1936), pp.1225-53; Malcolm S.Mason, "The Utility of Consideration-A Comparative View", *Columbia Law Review*, 41 (1941), pp.825-48; C.J.HAMSON, "The Reform of Consideration", *Law Quarterly Review*, 54 (1938), pp.223-257.

(⁴) Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, (OUP: Oxford, 1996); Dale Hutchison, "Chapter 5 Contract Formation", pp.165-194, esp. ¶1. *Iusta Causa* and The Doctrine of Consideration', pp.166 ff.

De Villiers AJA, in Conradie v.Rossouw 1919 AD 279; John Gilbert Kotzé, *Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract*, (Cape Town, 1922), at p.8.

(⁵) Alfred Söllner, "Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentaren und Kanonisten", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte kanonistische Abteilung*, 77 (1960), p.183-269. Cf. Joseph Georg Wolf, *Causa stipulationis* (1970).

(⁶) Azo, *Summa Codicis*, Lib. II, Rubrica "De pactis", no.15.

(⁷) W.Buckland, MacNair, Lawson, *Roman Law and Common Law*, (Cambridge, 1952), p.229.

(⁸) Max Hamburger, *Morals and Law: The growth of Aristotle's Legal theory*, (New Edition, Biblio and Tanner, New York, 1965), p.110.

(⁹) Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria* to D.2.14.7.5, nos 15-16; 'Dic ergo quod pactum vestitur gondoque a iure gentium,

quodque a iure civili: a iure gentium tribus modis: primo vestitur nomine...et hoc comprehendit contractus quae celebrantur re, vel consensu. Ideo nota dicitur vestiti, quia iure gentium sibi nomen est additum. Secundum vestimentum est rei interventus, seu implementum iustae causae.... Tertium vestimentum est cohaerentia contractus.'

(21) James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, (Oxford, 1991), Chap.2. Roman Law and the Medieval Jurists, 'The Doctrine of *Causa*', pp.49-57.

(22) F.C.von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, (Berlin, 1851), p.230.

Ernest G.Lorenzen, "Causa and Consideration in the Law of contracts", *Yale Law Journal*, 28 (1919), p.624. A.T.von Mehren, "Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis", *Harvard Law Review*, 72 (1959), pp.1009-1028.

(23) J.H.Baker, *An Introduction to English Legal History* 3rd. ed. (London, 1990), p.365.

(24) 小沢の論文に J.H.Baker, op. cit., pp.360-73. を引用した。

(25) William M.McGovern, "Contract in Medieval England: The Necessity for *Quid pro quo* and a Sum Certain", *The American Journal of Legal History*, 13 (1969), pp.173-201, esp. p.173-74; "The enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages", *California Law Review*, 59 (1971), pp.1145-1193; "The enforcement of Oral Contracts prior to Assumpsit", *Northwestern University Law Review*, 65 (1970), pp.576-614; "Contract in Medieval England" *Iowa Law Review*, 54 (1968), pp.19-62; M.S.Arnold, "Forteen Century Promises", *Cambridge Law Journal*, 36 (1976), pp.321-34.

(26) Peter Stein, "The Vacarian School", *Journal of Legal History*, 13 (1992), pp.23-31.

(27) Thomas Edward Scrutton, "Roman Law in Glanvil", in *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, (Cambridge, 1885), pp.74-77.

(28) *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Anglie qui Glanvilla vocatur*, X, 3, Glanvill edited. G.D.G.Hall (London, 1965), p.117-8. ホールによつて同所の前書を解説 Hall, Ibid, p. xxxvii-viii. を参照せよ。

- (20) Glanvill by Hall, p.117.
- (21) For usury see Glanvill VII, 16, by Hall, p.89, 117, 124.
cf. R.H.Helmholz, "Usury and the medieval English Church courts", *Speculum*, 61 (1986), pp.364-80.
- (22) Francis De Zulueta and Peter Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, *Selden Society Supplementary Series Vol.8*, (London, 1990).
シテタイニヨク出版以前に1961年にカウフマンにより当時のローマ・カノン法との比較研究が存在する。Hort Kaufmann, 'Causa debendi' und 'causa petendi' bei Glanvill sowie im Römischen und kanonischen Recht seiner Zeit, *Traditio*, 17 (1961), p.107.
- (23) Karl Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle age*, (Philadelphia, 1865) translated from German original (1861) by Brinton Coxo.
- (24) Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* ed. G.E.Woodbine and S.E.Thorne (1968-77), vol.II, p.282.
- (25) Peter Stein, "The Fate of Institutional System", in *Huldigungsbandel Paul van Warmelo*, eds. J.van der Westhuizen, P.J.Thomas, et als, (Pretoria, 1984), pp.218-27.
- (26) Bracton by Thorne, vol.II, p.283.
- (27) Bracton by Thorne, vol.II, p.283.
- (28) Franklin Le Van Baumer, "Christopher St.German: The Political Philosophy of a Tudor Lawyer", *The American Historical Review*, 42 (1937), pp.631-51.
- (29) Christopher St.German, *Doctor and Student: Selden Society, Volume XCI*, edited by T.F.T.Plucknett and J.L.Barton, (London, 1974), Second Dialogue, chap. 24, p.229.
- (30) A.W.B.Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit* (Oxford, 1975), p.379.
- (31) David Ibbetson, *Assumpsit and Debt in the early sixteenth century: The origins of the Indebitatus count*, 41 *Cambridge*

- Law Journal* (1982), pp.142-161.
- (52) J.H.Baker, "Origins of the Doctrine of Consideration 1535-1585", in *On the Laws and Customs of England: Essays in Honor of S. E. Thorne*, ed. Arnold, Green, Scully and White, (Chapel Hill, 1981), pp.336-358.
- (53) R.C.Palmer, *English Law in the Age of Black Death 1348-1381*, (The University of North Carolina Press, 1993), p.355.
- (54) Ibbetson, *Obligation*, (Oxford, 1999), pp.80-83. Simpson, *History of Contract*, pp.148-60; S.F.C.Milson, "Account stated in the Action of Debt", *Law Quarterly Review*, 82 (1966), pp.534-45, at p.539.
- (55) 9 Hen. V, M.f. 43, pl. 30.
- (56) David Ibbetson, "Assumpsit and Debt in the early sixteenth century: The origins of the Indebitatus count", *Cambridge Law Journal*, 41 (1982), pp.142-161. For the latter half of 16th century see David Ibbetson, "Consideration and the Theory of Contract in Sixteenth Century Common Law", in *Towards a General Law of Contract* ed. John Barton (1990), pp.67-123.
- (57) Ibbetson, "Indebitatus Count", p.152.
- (58) Simpson, op. cit, p.402.
- (59) Harry v. Stone (1539), KB 27/1112, m. 65; Phyllyp v. Heech (1540), KB 27/ 1116; Turflore v. Pytcher (1543), KB 27/ 1130; P.rry v. Appowell (1545).
- (60) Baker, "Origins", p.353. Lucy v. Walwyn (1561), Gell MS. at fol. 161.

