

グロチウスの所有権論（二・完）

—近代自然法における所有権理論と民法理論の古典的体系—

松 尾 弘

はじめに—考察の目的と方法—

- I. 所有権の概念規定 (以上前号)
- II. 所有権譲渡理論から契約理論へ (以下本号)
 - 1. 所有権譲渡と契約の関係
 - 2. 売買契約における所有権移転
 - (1) 所有権移転時期
 - (2) 二重売買論
 - (3) 所有権移転と危険の移転
 - 3. 所有権譲渡理論および契約理論における「意思主義」
 - (1) 法律効果の発生根拠
 - (2) 契約の解釈
 - (3) 契約の成立および効力
 - (4) 所有権譲渡
 - (5) 小括
- III. 債権法の構成
 - 1. 物権と債権の区別
 - 2. 不当利得および不法行為

おわりに

II. 所有権譲渡理論から契約理論へ

1. 所有権譲渡と契約の関係

グロチウスは、所有権譲渡の可能性を、所有権の存在自体から、所有権の部

分的権能として論理的に演繹する。そして、その要件としては、譲渡人および譲受人双方に、それぞれ譲渡ないし譲受の意思という内部的行為 (actus internus voluntatis) と、言葉 (verbum) またはその他の外部的表示 (signum externum) とを要求している⁽¹⁾。

つぎに、譲渡と約束の方法は、自然法上同一の法理に服することから要件を共有し、約束は「所有権の譲渡と同様の効果をもつ」とする⁽²⁾。すなわち、与える約束 (promissio dandi) は、「所有権」それ自体よりは小さい、「所有権を移転する権利」の移転として、また、なす約束 (promissio faciendi) は、われわれが自己の所有物 (res) に対するのと同じ権利を自己の行為 (actio) に対してももつことを前提にしたうえで、「われわれの自由の一部の譲渡」として把握される——所有権譲渡を範型にした、約束の権利移転的構成⁽³⁾。そして、グロチウスは、これら「本来の権利を相手方と与える」約束を「完全な約束」(promissio perfecta) と呼び、その要件として、①理性の行使 (usus rationis)⁽⁵⁾、②約束の目的物が約束者に属しまたは属する可能性があり、さらに約束それ自体が不正 (illicitus) ではないこと⁽⁶⁾、③意思の十分な表示 (signum sufficiens voluntatis) となりうる外部的行為 (actus externus)⁽⁷⁾、および④相手方の受約 (acceptatio)⁽⁸⁾を挙げている。以下では、このような一般論を踏まえ、売買契約を例にとって、さらに具体的に分析してみよう。

2. 売買契約における所有権移転

(1) 所有権移転時期　グロチウスは、「売買 (venditio et emptio) においては、所有権は引渡 (traditio) なくして契約の時点から移転しうるのであり、これが最も単純なことである」として、ローマ法の引渡主義を否定し⁽⁹⁾、所有権移転時期を売買契約時とみている。これは、「売却とは自己の物および自己の権利の相手方への譲渡および移転であり、売買における所有権移転は、目的物自体とは区別された権利 (ius) そのものの移転を意味するからである⁽¹⁰⁾。そして、「引渡の必要性は国家法規 (lex civilis) に基づくものであり、これは多くの民族 (gens) によって受容されていることから万民法と呼ばれているが、不適切である。別のところでは、人民 (populus) または政務官 (magistratus) の面前での意思表示 (professio) と登録簿への記入 (relatio in actum) の慣行が見られ、これらはすべて国家法 (ius civile) によるものである」とし⁽¹¹⁾、

例えば、「ロードス島人民の間では、売買およびその他のいくつかの契約は、登録簿への記入によって完成された」、とする。⁽¹²⁾

さらに、グロチウスによれば、①この売買契約とは、たんなる債権契約ではなく、所有権をただちに移転するという意思行為を内容とし、「それ自身のうちに現実の所有権移転を含」み、「それによって物に対する *facultas moralis* が売主から離れる」ような売買契約でなければならない（後述②）。⁽¹³⁾②しかし、そのための別個の行為（いわゆる物権行為の独自性）は要求されておらず、「所有権は、引渡なくして、契約の時点から移転しうる」として、売買契約と同時に所有権移転自体についても合意しうる⁽¹⁴⁾ことが示唆されている。③また、売買契約と所有権移転は一体としてされるのが「最も単純なこと」と把握されていること、約束における錯誤の効果は所有権移転にも及ぶものと解され、その場合の目的物返還義務は、不当利得に基づくものとは把握されていないこと（したがって、所有権に基づく返還義務であるとも解される〔後述Ⅲ 2(1)参照〕）、強迫、詐欺、未成年および暴利行為を理由とする給付の原状回復は、利得したすべての者に対して——したがって転得者に対しても——請求しうるものとされていること（後述Ⅲ 2(1)(b)参照）などからみて、いわゆる物権行為の無因性理論にまでは至っていないと考えられる。⁽¹⁵⁾以上のことから、グロチウスの理論は、物権—債権の分離的構成を前提とするが（①参照。なお、後述Ⅲ 1参照）、いわゆる物権—債権「峻別」論ではない。⁽¹⁶⁾④さらに、売買契約の完成には、自然法上はそのための意思とその外部的表示で十分であるが、しかし同時に自然法は、政務官等の面前での意思表示、登録簿への記入など、所有権譲渡のための諸方式に関する国家法上の規定を禁止するものではない、とも解されている。⁽¹⁷⁾これは、二重売買の場合などにとくに意味をもつ。

(2) 二重売買論　グロチウスは、二重売買についてつぎのように述べている。

もし物が二度売られたならば、その二つの売買のうちで、引渡かあるいはその他の方法によってそれ自身のうちに現実の所有権移転（*praesens translatio domini*）を含むものが有効（*valiturus*）である、ということが知られるべきである。なぜなら、これによって物に対する *facultas moralis* が売主から離れるからである。しかし、これはたんなる約束⁽¹⁸⁾によっては生じない。

従来は、この「二つの売買」が、いわゆる債権契約で足りるものという趣旨かどうかが問題にされた。これは、末尾の「これはたんなる約束によっては生じない」という部分の解釈と関係する。すなわち、この末尾の部分で、所有権移転には合意（Konsens）が必要であり、一方的な意思表示にすぎない約束（Versprechen）だけでは不十分であることを示したものとみる立場によれば、グロチウスはたんなる債権契約によっても所有権移転を認め、しかもそれによって第一買主を優先させる意図であった、と解釈されている。そして、その理由として、「引渡かあるいはその他の方法により」の「その他の方法」の中に、「純粋な合意による取得」⁽¹⁹⁾も含まれているからである、とされている。

しかし、ここでの売買契約は、「それ自身のうちに現実の所有権移転を含むもの」と明確に述べられており、また、後述(3)およびⅢ1でも述べるように、グロチウスは、所有権をただちに移転させる売買契約と、所有権をただちには移転させない売買契約とが、その旨の「意思行為」によって区別される、としていることからみて、これを債権契約と解釈することは困難である。そして、「たんなる約束によっては…」の部分では、たんなる債権的合意によっては不十分である、という趣旨に解すべきであろう。では、グロチウスは、所有権をただちに移転させる旨の合意があれば、第一売買を優先させるのであろうか。そうであるとすれば、この二重売買論は、第二取得者の保護および取引安全への配慮を欠く意思至上主義であり、自由競争や債権者平等の原則を建前とする近代取引社会の倫理とは相容れない、中世的ないし神学的な倫理観に立脚するものなのであろうか。⁽²⁰⁾

しかし、これまでの考察から明らかになったように、グロチウスは、①たとえ当事者間でただちに所有権を移転し、取得する旨を意欲しても、彼らの意思の合致のみによる譲渡は認めておらず、外部的表示を必要としている（前述1）。②そして、この外部的表示は、たしかに第一次的には各当事者の相手方に向けられるものではあるが、同時に一般第三者の認識可能性に対する配慮を否定するものではなく（後述3(1)参照）、とくにこの意味において、所有権譲渡のための国家法による特別の方式の要求は、自然法に反しないものとされている（前述(1)④）。したがって、「引渡かあるいはその他の方法」とは、前述(1)でみた、政務官等の面前での意思表示、登録簿への記入などを指すのであって、「純粋な合意」を含むものとは解しがたい。③さらにグロチウスは、「もし物が二

度売られたならば」として、二重売買＝自由競争の存在を最初から容認したうえで、それらのうちで、自然法ならびに国家法に従って「それ自身のうちに現実の所有権移転を含む」ものが有効である、というのであり、それは、必ずしも第一売買の優先を意味していない。そして、「これによって物における *facultas moralis* が売主から離れるからである」という補足的説明は、二重売買の存在を否定する趣旨ではなく、たとえ二重売買があっても、二重譲渡は生じえないことをとくに指摘したものとみるべきであろう。以上の点で、グロチウスの理論は意思至上主義ではなく、また、取引安全への配慮と相容れないものではないと考えられる。

さらに、ここでは、グロチウス自身は具体的に述べてはいないが、その所有権譲渡理論が *facultas moralis* の移転として構成されたことから論理的に導かれうる若干の帰結について検討しておきたい。

第一に、グロチウスの *facultas moralis* 概念——ここでは、*qualitas moralis* という性質をもつ *facultas* という意味に解する——、すなわち、前稿 I 2 (4) (iii) で検討した「意思的一共同主観的」権利概念によれば、国家の法律に規定されている形式を欠く譲渡方式でも、それが取引慣習として普及し、社会的承認に支えられている場合には、所有権移転の効力をもつことが認められるものと解される。⁽²¹⁾

しかし、第二に、これとは逆に、この *facultas moralis* 概念は、たとえ国家法上の形式的要件を満たした売買であっても、それが当該社会の取引倫理の枠を逸脱するような場合には、所有権移転の効果を生じないという論理をも内在させている。これは、すでにヴィアッカーが、グロチウスの二重売買論をプロイセン一般ラント法のいわゆる *jus ad rem* の淵源の一つとみていること、⁽²²⁾ および第二買主が背信的悪意の場合についてのドイツの判例の動向——背信的取得者たる既登記の第二買主に対しては、ドイツ民法826条（故意の良俗違反による損害の賠償）および249条（損害賠償としての原状回復請求権）により、第一買主への所有権移転、物の引渡、登記など第一債権の実現に必要な請求権を第一買主に認める——とグロチウスの *facultas moralis* 概念との内在的関連性を示唆していることから窺われる。⁽²³⁾ もっとも、グロチウスの二重売買論には、このようなケースについての具体的な叙述はなく、また、ヴィアッカーも先の指摘の具体的な理由を示してはいない。しかし、グロチウスの所有権論

および権利論の論理的帰結として考えられるいくつかの構成を検討してみると、その理論の今日的な意義を評価するためにも必要であろう。

まず、グロチウスの権利論によれば、権利者の行為と当該社会の共同主観的意識との一致を前提とすることの帰結として、取引倫理の枠を逸脱するような第二買主の所有権取得は否定されるものと解されるが、このような効力の否定は、強行法規違反を理由とする絶対的無効とは同視されえない。すなわち、*qualitas moralis* としての *ius* 概念は、すでに前稿 I 2 (4)(iii) で考察したように、客観的規範としての *ius* 概念とは異なり、権利者が共同主観的意識に合致するように「正当に何かを所持し、または行為すること」を許容する規範であった。したがって、この共同主観的な規範への違反は、今日いわゆる「公序（良俗）」的な客観的規範ないし強行法規への違反のように無効をもたらすものではなく、むしろ「社会的接触」関係——ここでは、同一市場で一つの目的物の取得を争う自由競争者相互の関係——にある当事者間に成立する義務に対する違反として、いわゆる「信義則」違反に類する効果、すなわち、相対的・債権的な効果をもつものと捉えるべきであろう(A)。⁽²⁵⁾

つぎに、グロチウスの所有権論によれば、①所有権の相対的帰属は認められず（前稿 I 2 (1)(d), (3)参照）、②また、所有権移転の要件や時期を定める国家法規は、それが自然法に反しないかぎり適用が認められることから（前述(1)④）、第一買主が第二買主の所有権取得を否定しようとしても、これによってただちに両当事者間での「相対的」な所有権帰属や、第一買主への反射的な所有権帰属が認められることはない。また、その間に第三の買主が現れうることも考慮しなければならない。したがって、第一買主は、第二買主の所有権主張を否定しよう相対的権限に基づいて、国家法所定の方式——もしそれが存在すれば——を取得してはじめて所有権を取得するものと解される(B)。

さらに、この第二買主からの転得者が現れた場合については、上述(A)および(B)の帰結として、とくに転得者自身が第一買主に対する関係で取引倫理に反する行為を行った者でないかぎり、第一買主の第二買主に対する相対的権限は転得者には及ばず、この者は保護されるとの構成も、理論的に十分可能であろう。⁽²⁶⁾

(3) 所有権移転と危険の移転 つぎに、売買契約における所有権移転と危険負担との関係についてみておこう。従来、自然法理論の危険負担論は「所有者主義」であり、これによってローマ法の買主主義が否定されるとともに、危

危険移転の問題と物権変動の問題とが不可分の関係に立つことになった、と解されている。⁽²⁷⁾グロチウスも、「売買が、買主に所持することを許容し (habere licere)、〔売主が〕追奪の責任を負うことからなること、物が買主の危険にあること、そして、その場合には所有権が移転する前に果実が彼に帰属すること」というローマ法の追奪担保主義および買主危険負担主義は、あくまで「国家法の規定であ」り、⁽²⁸⁾ 普遍の原則ではないとして、これを消極的に評価している。もっとも、グロチウスは、所有権移転と危険の移転がつねに同時に生じるものとはみていないようである。すなわち、グロチウスによれば、売買契約の内容がただちに所有権を移転することに向けられている場合と、契約締結時に「所有権がただちには (statim) 移転しないという意思行為がある場合」とを区別して扱っており、⁽²⁹⁾ 所有権がただちには移転しないとの合意がある売買においては、「売主は所有権を与えることへと義務づけられ、物から生じる収益と危険 (commodum et periculum) はしばらくは売主に帰属する」としたうえで、「たしかに、最も多くの立法者たちは、引渡の時まで物は売主の収益および危険とともにある、というように決めた」として、引渡主義をとる立法例を積極的に提示している。⁽³⁰⁾

ここでは、ローマ法以来の追奪担保主義が排され、売買契約においては所有権移転に決定的意味が与えられており、しかもグロチウスによれば、所有権は物自体の絶対的帰属を意味することから、所有権が移転した以上は、たとえ引渡前でも収益と危険は買主に移転するものとみられていたと解することは、十分に合理的である。しかし、「所有権が移転するならば危険も移転する」という命題の逆は必ずしも真ではない。すなわち、グロチウスは、所有権がただちには移転しない旨の合意のある売買の場合には、収益と危険の帰属については所有権移転以外の基準によって決定することを企図し、収益および危険は「しばらくは売主に帰属する」が、さらにそれらがいつ買主に移転するかについては、自然法上は未決定で国家法に委ねられているとみているようである。そのうえで、売主一買主間の利益を考量した立法例の一つとして、引渡を基準にする方法が提示されたものと考えられる。実際、グロチウスは、『オランダ法学入門』では、所有権移転および引渡がただちに行われぬ売買に関しては、危険負担については買主義をとりつつ、収益ならびに増地の買主への帰属およびその間の売主の保管義務の高度化によって、売主一買主間の利益バランスを

図ろうとする実例を示しているのである。⁽³¹⁾

したがって、グロチウスの危険負担論は、純粹に厳格な所有者主義一本ではなく、所有権がただちに移転する場合には所有者（買主）が危険を負担するが（所有者主義）、「所有権がただちには移転しないという意思行為がある場合」には、自然法上は未決定で、売主と買主の間の利益の調整を国家法規に委ねるという柔軟な法形成の余地を残したものと解すべきであろう。⁽³²⁾

3. グロチウスの所有権譲渡理論および契約理論における「意思主義」

以上に概観したグロチウスの所有権譲渡理論および契約理論は、従来から、近代的な意思主義（voluntarisme）ないし諾成主義（consensualisme）理論の発展の基礎を最初に与えたものとして一般的に位置づけられてきた。⁽³³⁾しかし、すでに述べたように（前述1）、グロチウスの理論は、当事者の意思の合致のみによる所有権移転ないし契約の成立を認めるという意味での意思主義（合意主義）ではなく、外部的表示および一定の方式の必要性を積極的に承認していた。では、グロチウスの理論を従来のように意思主義理論として評価することは不適切であったのであろうか。そこで、以下では、まず意思に基づく法律効果の発生要件一般に関するプリミティブなレベルから始め、ついで表示の解釈、そして契約ならびに所有権譲渡の要件へと順次考察を進めながら、グロチウスの理論がどのような意味において「意思主義」として評価されうるか、あらためて整理してみよう。

(1) 法律効果の発生根拠　グロチウスは、意思とその外部的表示との関係を、法的効果（*iuris effectus*）の発生根拠一般の問題に敷衍して論じている。すなわち、「法的効果は、意欲（*animus*）に依存するが、しかし、意欲行為が表示行為によって認識可能なものとされないかぎり、たんに意欲行為のみによっては生じさせることができない。なぜなら、裸の意欲行為に法的効力を与えることは、人間の性質（*natura humanae*）と調和しないからである。…人間社会の本性（*natura humanae societatis*）は、十分に認識可能なものとされた意欲行為に効力を与えずにはおかない」とし、結論的に、「十分に認識可能にされたもの（*quod sufficienter indicatum est*）は、たとえこれをした者〔の意欲〕に反しても、真実（*verus*）とみなされる」と述べている。⁽³⁵⁾以上のことは、グロチウスが本来は表示主義者とみられるべきであったことを意味するも

のであろうか。

しかし、この結論に至るまでのグロチウスの理論構成をみるならば、やはり、「法的効果は意欲に依存する」⁽³⁶⁾のであり、したがって、「熟慮された意思が欠けているところでは効力は認められず」、そして、究極的には「意欲行為に効力」が与えられるものと観念されているのであって、けっして表示に対してではない。さらに、グロチウスは、「表示によって外部に表現される意思行為 (actus voluntatis) は、理性的意思 (voluntas rationalis) と理解されなければならない」と述べ、これを意思 (voluntas) の範疇で把握している⁽³⁷⁾。それゆえ、問題は、表意者の意欲と表示との間に不一致が存在する場合に、どの程度の不一致ならばその表示をこの者の理性ないし意思に還元しうるのであるのか、そして、そのような表示をこの者の意思という範疇で捉えることにどのような意味があるのか、ということになる。そこで、この点について具体的に確認してみよう。

(2) 契約の解釈 意思のその外部的表示との具体的関係は、まず、表示の解釈 (interpretatio) の問題として扱われている。その際、グロチウスは、「正しい解釈」の規準 (mensura) は言葉 (verbus) と推定 (conjectura) をとおして行われる「表示に基づく最も蓋然性の高い意図の導出」(collectio mentis ex signis maxime probabilibus)⁽³⁹⁾ であるとし、解釈の対象は、表示のもつ⁽⁴⁰⁾ 純粋に客観的な意味ではなく、表示に客観化された約束者の「意図」(mens)⁽⁴¹⁾ であるとみている。したがって、とりわけ推定による解釈に際しては、約束者の義務を拡大するような拡張的な (extendens) 解釈は、それと反対の縮小的な (coarctans) 解釈に比べて容易ではないとされる。なぜならば、効果の不発生のためにはただ一つの原因の欠如で十分であるが、効果の発生のためにはあらゆる原因の同時発生が必要であるように、義務の発生のためには、その合理的な理由 (ratio) が存在するだけでは足りず、合理的な理由がなくともただそれ自体で十分な原因である意思 (voluntas) の存在まで必要になるからである、というのである。したがって、拡張的な解釈のためには、約束者がそのように考えるであろう合理的な理由が存在するだけでは不十分であり、約束者自身が——少なくとも一般的には——実際にそのように考えたことが必要である、とされている⁽⁴²⁾。ここには、グロチウスの理論の「意思主義」的な一面が明瞭に表れている。

(3) 契約の成立および効力　また、グロチウスによれば、「別段の合意がないかぎり、書面は契約の本質的部分 (pars substantiae) ではなく、記録 (monumentum) として用いられ、「契約の有効性 (validitas) のために書面は必要でなく、書面化 (scriptura) とその交付以前に契約 (contractus) は完成する、とされ、方式は契約の有効要件としてすら要求されていない。⁽⁴³⁾

ちなみに、ローマ法では、①訴求可能な契約類型が限定され (型強制 [Typenzwang]⁽⁴⁴⁾)、②また、そのような契約に基づく債務関係も、一定の方式に則った行為によって行われてはじめて法的拘束力を生じる、との観念に基本的に規定されていた (法形式主義)⁽⁴⁵⁾。このような契約類型の限定性と特定の形式の必要性はローマ法においても次第に緩和されてゆくが、方式性の最も緩和された諾成契約ですら、その拘束力は相互の給付を条件づけ合うことによって維持されるものであり、当事者の「意思」にその拘束力の根拠を求めるような近代における諾成契約とは異なるものであったとされる。⁽⁴⁶⁾

これらは、さらに、12世紀イタリア注釈学派に発するいわゆる衣の理論 (Vestiturtheorie)⁽⁴⁷⁾、および合意が訴求可能であるためにはつねに一定の原因 (causa) を要するとする原因 (causa) 理論⁽⁴⁸⁾、さらには、12世紀教会法学に始まる無方式の合意の (教会法上の) 拘束力の承認等により、その克服が試みられた。⁽⁴⁹⁾ しかし、無方式の合意の一般的訴求可能性に関する諸説の対立は、⁽⁵⁰⁾ 16世紀に至ってもなお続いていた。⁽⁵¹⁾

このような状況の中で、グロチウスの契約理論は、契約の効力発生根拠を、合意 (pactum) の構成要素である約束 (promissio) にまで分解して論証を試み、⁽⁵²⁾ 諾成契約の「原則性」を理論的に刻印した。⁽⁵³⁾ さらに、中世スコラ学および教会法が、契約当事者間における給付と反対給付の等価性 (Äquivalenz) を基準とする契約正義 (Vertragsgerechtigkeit) に立脚し、正当価格 (iustum pretium) の要請、利息制限など、契約の内容的統制を行う諸制度を支持したのに対して、グロチウスは、契約当事者の意思を決定的なものとみることから、価格自由の承認および利息に対する寛容な態度などをとおして、契約自由の原則の確立に道を拓くことになった。⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾

また、グロチウスの理論では、契約が当事者の意思の結合によって成立した以上、その意思どおりの内容の可及的実現が目指され、例えば、売買契約における売主の義務は所有権移転義務＝履行 (nakoming) 義務を中核として構成

され、ローマ法の追奪担保主義が否定された結果、他人物売買では、売主の善意・悪意に関わりなく、しかも第三者（真の所有者）からの占有妨害ないし追奪⁽⁵⁶⁾以前に、売主には所有権取得義務が課された（いわゆる権利供与主義の萌芽）。また、売主が履行義務を遅滞している場合には、売主の帰責事由の有無を問わず、買主は、その選択により、全収益および遅延賠償とともに履行（目的物の引渡）を請求するか、引渡を受けていれば得られたであろう利益（履行利益）⁽⁵⁷⁾の賠償を請求できるものとされた。

以上のように、グロチウスの契約理論においては、契約の成立、効力、内容、実現などの諸段階において、当事者の意思が決定的な意味をもっている。

(4) 所有権譲渡 つぎに、所有権譲渡に関しては、ローマ法では、物支配の即物的な移転が重視され、権利の承継という観念は知られていなかった⁽⁵⁸⁾。ここでは、所有物譲渡の方式としては——取引圏の拡大に伴って対外国人商取引が活発化し、また煩雑な儀式性の衰退した古典期後においては——適法原因（*iusta causa*）に基づく引渡（*traditio*）が中心的な位置を占めるに至った⁽⁵⁹⁾。その後、この適法原因+引渡の方式は、スコラ学の原因（*causa*）理論に補強されて、中世ローマ法学（アーゾ、アックルシウス、バルトルスら）および人文主義法学（アーベルら）を経て、いわゆる権原と方式（*titulus = modus*）理論へと発展した⁽⁶⁰⁾。そこまでの一貫した基本的思考方法は、原因たる契約から生じる債権が、引渡、登記などの方式を備えることにより、いわば質的にではなく量的に変化して所有権へと完成されるということであった⁽⁶¹⁾。

これに反して、グロチウスの理論は、目的物とは別個の観念的な所有権という一つの権利（*facultas moralis*）の移転として構成されたことにより、所有権移転の要件としては、所有権移転自体に向けられた意思が決定的な意味をもつことになった。この意味において、グロチウスの所有権譲渡理論は、ローマ法の引渡主義および普通法の権原と方式理論に対して、「意思主義」と特徴づけることができる。しかし、これは債権契約のみによる物権変動を認める意味での意思主義（合意主義）⁽⁶³⁾とは異なることに留意すべきであろう。

(5) 小括 以上のように、グロチウスの理論は、法律効果の発生に関する様々なレベルにおいて、「意思」の要素をその他の要素に対してより決定的なものとみている。すなわち、法律効果の発生根拠一般においては外部的表示に対して、契約の解釈に関しては表示のもつ一般的ないし客観的な意味に対して、

契約に関しては一定の種類、形式、等価性などに対して、そして、所有権譲渡においては引渡や方式に対して、それぞれ表意者の意思をより重視している。したがって、以上のような意味において、グロチウスの理論は「意思主義」的であると特徴づけることが許されるであろう。

- (1) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (6) 1. 1.
- (2) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (6) 2; (11) 4. 1.
- (3) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 1. 3; *id.*, *Inleidinge*, III (1) 12—13.
- (4) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 4. 1.
- (5) したがって、精神異常者、子供は不可。理性を具備する年齢は各国の共通慣習による (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 5)。これに関連して、①錯誤 (error) の場合には、あたかもある事実の存在を想定して規定された法規が、実際に該事実が存在しない場合には妥当性の基盤を失うように、約束者が前提 (praesumptio) ないし条件 (conditio) としていた事実の不存在のゆえに、約束は原則として効力を生じない (または不成立。Cf. GROTIUS, *Inleidinge*, III (14) 4.)。しかし、約束者 (promissor) が不注意 (negligens) であった場合には、その過失 (culpa) によって生じた損害を賠償することを要する (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 6)。②また、強迫 (metus) によってされた約束は、条件付きでなく絶対的同意 (consensus absolutus) が存在するがゆえに拘束力をもつが、強迫をした相手方に不正な恐怖 (metus iniustus) を生じさせ、それによって約束がされた場合には、約束が無効だからではなく、不正に惹起された損害のゆえに、約束者の要求によって、この者を約束から解放しなければならない (*ibid.*, II (11) 7)。
- (6) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 8—9.
- (7) これは、口頭 (vox) または書面 (litera) のほか、合図 (nutus) でもよい、とされる (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 11)。したがって、「自然的には、熟慮された意思の表示には、一定の方式でされる表示 (stipulatio), あるいはこれと類似の、国家法によって訴権のために要請される方式以外の諸表示もありうる」 (*ibid.*, II (11) 4. 3)。
- (8) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 14. なお、受約に対する約束者の認識の要否につき、*ibid.*, II (11) 5 参照。また、相手方の受約前には約束の撤回が可能である (*ibid.*, II (11) 16)。
- (9) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1. なお、*ibid.*, II (8) 25; *id.*, *Inleidinge*, II (5) 2 も同旨。
- (10) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1.
- (11) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (6) 1. 2.
- (12) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1.
- (13) したがって、ここでの売買契約を債権契約と解し、とくにフランス民法との関連性を認めるヴィアッカーの理解 (ヴィアッカー／鈴木訳・前掲341頁、

- WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* [2. Aufl., 1967] S. 293) には、疑問が残る。こうして、「債務の効果によって」所有権移転を認めるフランス民法典 (711条。なお、1138条, 1583条参照) とグロチウスの理論との間には、基本的な相違があることに注意すべきである。なお、注62参照。
- (14) この点は、引渡 (traditio) そのものを独自の物権行為 (譲渡契約) と解釈したサヴィニーと対照的である。F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. III [1843] S. 312.
- (15) H・ブランドは、グロチウスがここで述べる売買契約を物権契約と解し、かつ、それが、プーフェンドルフ、トマジウス、ヴォルフらの啓蒙期自然法論者の哲学的思弁を経て、後の無因物権契約の基礎となったことを示唆する (Hans BRANDT, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* [1940] S. 54 f.)。たしかに、グロチウスの理論には、たとえ原因 (causa) なしにされた約束でも、自然的には拘束力を持ち (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 10), 金銭支払約束は、合意 (consensus) 以外に債務の原因が存しない場合でも有効である、といった無因性理論に親しむ議論もある (*ibid.*, II (11) 1. 4)。しかし、本文に述べたように、売買による所有権移転をはじめ、いわゆる物権行為の無因性理論には適合しないものと考えられる。
- (16) 物権一債権「峻別」の正確な意味については、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅」法学研究 3 (1961年) 186頁注 4 参照。また、グロチウスが債権をたんなる「相対権」としては捉えていなかったことにつき、後述 III 1 参照。
- (17) グロチウスは、一般論として「人意法 (ius humanum) は多くの点において自然法以上に規定しうるが、けっして自然法に反することをえない」とする (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (3) 6)。これは、自然法と実定法の並存を論理的に不可能とみるケルゼンの自然法観と大きく異なる点である (H・ケルゼン/黒田寛=長尾龍一訳『自然法論と法実証主義』[1973年] 41頁以下)。
- そして、『オランダ法学入門』においては、所有権譲渡に関する国家法 (burgerwet) の内容も解説されている。それによれば、自然法上は、譲渡人が所有権移転の意思を表示 (toon) し、譲受人が受諾 (aenneemen) すること以外は要求されていないが、個々人の財産に対してその所有者自身よりも優越する権力をもつ国家法は、不用意な譲渡を規制するために引渡をも要求する (GROTIUS, *Inleidinge*, II (5) 2)。さらに、①不動産 (ontilbaer goed) の場合には、古くは多くの地方で不動産所在地の裁判所での移転手続を要したが、後には国家によって土地台帳 (boek) への登録と、売買および交換の場合には目的物の 2.5パーセントの登録料の支払が要求され、これに違反した場合には、それに対する罰 (straffe) として所有権移転が無効とされた (*ibid.*, II (5) 13)。したがって、所有権移転時期はこれらの手続の終了時となろう。
- ②また、動産売買における所有権移転時期は、占有移転 (引渡) の時ではなく、代金支払時ないし売主への担保提供時または代金について売主が買主に信用を与えた時と解されている (*ibid.*, II (5) 14)。
- (18) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 2.
- (19) Herbert WENN, *Das Schuldrecht Pufendorfs* [1956] S. 159 ff. また、

- ヴィアッカーも、ここでの売買契約を債権契約と解したうえで、この二重売買論を第一売買優先理論とみている（ヴィアッカー／鈴木訳・前掲341頁、346頁以下、WIEACKER, *a.a.O.*, S. 297, 293）。
- (20) 好美・前掲「Jus ad rem とその発展的消滅」317頁、397頁参照。もっとも、グロチウスの理論についてのこのような解釈の萌芽は、すでにプーフENDORFに見られる。Cf. Samuel A. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium* [1759] III (7) 11, IV (9) 6, V (5) 5, V (9) 8.
- (21) 前稿 I 2 (4) (iii) および同所注85参照。なお、エールリッヒ／河上＝フーフリフト訳・前掲157頁は、「例えば教会婚、登記簿に記載することなく引き渡された土地、形式上、裁判所では有効とされない遺言処分による行為といった、国家によって禁止されておらず、単に無効なものとして取り扱われている行為が、社会的に広く普及した場合には、そうした行為は、経験が示しているように、法制度としての承認を社会から勝ち得、場合によっては、時とともに、裁判所や国家の承認をも獲得することができるのである」とする。
- (22) プロイセン一般ラント法典（1794年）は、【I (2) § § 133—135】で、所有権の承継取得につき、いわゆる権原と取得方式 (*titulus = modus*) 理論を採用したうえで、【I (10) § 25】において、「登記または引渡の時に、より早く成立した他人の権原を知る者もまた、より早く行われた登記または引渡をその他人の不利益において申し立てることはできない」として、*modus* をも具備した悪意の第二契約者に優先する第一契約者の *titulus*、すなわち、*Recht zur Sache = jus ad rem* を認めている（なお、物権取得一般につき【I (9) § § 5, 6】参照）。好美・前掲319頁以下参照。
- (23) 詳しくは、好美・前掲387頁以下、磯村保「二重売買と債権侵害」神戸法学雑誌36巻1号（1986年）37頁以下参照。
- (24) ヴィアッカー／鈴木訳・前掲347頁。WIEACKER, *a.a.O.*, S. 297, 521.
- (25) 信義則違反の効果およびその適用領域に関するこのような解釈については、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1962年）83頁注20、同「債権に基づく妨害排除請求権」『契約法体系Ⅲ』（1962年）所収188頁注16参照。
- (26) 理論的には、さらに、第二買主は完全な所有権を取得し——したがって、転得者もこれを承継しうる——、物権法上は完全無権利者たる第一買主は第二買主から所有権移転を受けると構成するか（例えば、民法176条以下の解釈として、好美清光「不動産の二重処分における信義則違反等の効果」手形研究57号〔1962年〕12頁、同「判批」民商法雑誌55巻2号〔1966年〕273頁）、あるいはその他の構成が可能かどうかの問題が残る。
- (27) 小野秀誠「特定物売買における危険負担—」福島大学商学論集54巻1号（1985年）69頁以下参照。
- (28) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1.
- (29) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1.
- (30) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1.
- (31) 売買契約締結後、代金支払後、買主への所有権移転前、かつ目的物引渡前に

は、買主にあらゆる果実、収益および増地が帰属するが、目的物の滅失・毀損による損失も買主が負担する。しかしまた、売主は、引渡までは借主と同じ保管義務を負い、これを怠ったために損失が生じた場合には、その賠償義務を負う。さらに、売主が履行遅滞にあったときの目的物の毀滅に対しては、売主は、買主の選択に従い、物の引渡と損害賠償か、または履行利益の賠償義務を負い、逆に買主が受領遅滞に陥っていた場合には、売主に（目的物の管理についての）不誠実 (*ontrouw*) がないかぎり、売主には責任がない (GROTIUS, *Inleidinge*, III (14) 34, (15) 6)。

- (32) このように、グロチウスの理論の特色は、所有者主義と契約法的な配慮との二元的な構造をもつことにある。ちなみに、今日では、危険負担ないし果実收取権は、たんに所有権帰属の効果ではなく、債務の牽連関係を考慮しつつ契約法的に分配されるのが立法の大勢であるとされる (小野秀誠「果実收取権と危険負担」福島大学商学論集53巻4号〔1985年〕67頁参照)。
- (33) Guy AUGÉ, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, *Archives de philosophie du droit* [1968] p. 101. 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察」(四一完)民商法雑誌66巻1号(1972年)1014頁および同所注4参照。
- (34) 「意思主義」の多義性につき、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集・第六巻』(1986年)220頁以下参照。また、契約の成立、効力、解釈などをめぐる、「方式主義の再興」、「意思主義の復権」などの近時の議論については、星野・同上245頁、安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学8巻1号(1985年)169頁以下参照。
- (35) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (4) 3.
- (36) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 4. 3.
- (37) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (6) 1. 2.
- (38) これは、ディーセルホルストの表現によれば、「人間の自己拘束行為に還元しうる社会類型的拘束 (*sozialtypische Bindungen*)」である。Malte DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* [Diss. Freiburg, 1959] S. 34.
- (39) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (16) 1. 1—2, 2, 4—7.
- (40) ちなみに、現代の解釈論上、この立場をとるものとして、我妻栄『新訂・民法総則』(1965年)239頁、末川博『民法総則』(1941年)125頁以下、松坂佐一『民法提要・総則』(第三版増訂, 1982年)195頁以下などがある。
- (41) Vgl. DIESELHORST, *a.a.O.*, S. 56.
- (42) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (16) 20.
- (43) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (16) 30. グロチウスは、この見解がバルドゥス (BALDUS de Ubalidis, 1327—1400) らの意見に反するにもかかわらず、すでに裁判所によって採用されている旨を注記する。なお、書面契約の証拠 (法) 上の効力に関しては、GROTIUS, *Inleidinge*, III (5) 4, 7, 8 参照。
- (44) Hermann DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen*

- Vertragsrecht, *SZ(Rom.)* 77 [1960] S. 270; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 114(I) 2.
- (45) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 57(1). メイン/安西訳・前掲229頁以下。
- (46) 広中俊雄『契約法の研究』(1958年) 29頁注23, 同『契約とその法的保護』(増補版, 1987年) 158頁以下。
- (47) DILCHER, *a.a.O.*, S. 273 ff. 例えば, プラケンティヌス (PLACENTINUS, c. 1120—c. 1192) は, 請求可能な合意を, 「裸の合意」に対置させて, 衣をまとった合意 (pactum vestitum) とし, その要件につき「衣を着せられた合意は五つの方法で衣をまとわされる。消費貸借のように物によって, 問答契約のように言葉によって, 手書のように文書によって。売買とか賃約とかいったように特定の名前にして形成された同意によって。そして, やはり法律によって述べられているように, 引き渡された物自体において合意は衣をまとわされる。」(『勅法集成』[*Summa Codicis*, c. 1170] II(3))と理論化した。
- (48) 例えば, Ulpian *D.* 2. 14. 7. 2—4 に対するアックルシウスの注釈。これには, 中世スコラ学の因果論が影響を与えている。Alfred SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, *SZ(Rom.)* 77 [1960] S. 182 ff., 219 ff.
- (49) 例えば, フグッキオ (HUGUCCIO, ?—1210) は, 報酬約束を題材にして, 「義務づけに際して方式行為 (stipulatio) が干渉することの許されない」一方的に義務づける裸の約束 (nuda promissio) の拘束力を, 神への宣誓との類似性などに基づいて承認する (vgl. DILCHER, *a.a.O.*, S. 281 ff.)。
- (50) また, その後15世紀には, 反復された合意 (pactum geminatum) の市民法上の訴求可能性が認められ, さらに, 裸の(無方式の)合意の不履行に対しても, 悪意の訴権によって損害賠償請求が認められている (SÖLLNER, *a.a.O.*, S. 264 f.)。
- (51) 訴求可能性を肯定するのは, 例えば, ヴェーゼンベック (Matthäus WESENBECK, 1531—1586) であり (無方式合意の市民法上の訴求可能性は共通見解 [communis opinio] である, とする), 否定するのはフィニウス (Arnoldus VINNIUS, 1588—1657) である (vgl. WESENER, *a.a.O.*, S. 288)。
- (52) グロチウスは, 将来の事柄に関する三つの言い方, すなわち, ①将来のことに関する現在の意欲の表明 (assertio) (私は君に与えたい), ②将来のことに関して述べたことを維持する必要性についての意思決定を伴う表示 (pollicitatio) (私は君に与えよう), ③将来のことに関して相手方に権利を与える旨の意思決定の表示 (promissio) (私は君に与えることを約束する), を区別し, ①では表意者に意思変更の権利があり, ②は表意者を拘束するが, 相手方がそれを強制する権利はなく, ③の場合にのみ相手方は約束を強制する権利をもつと分析し, 約束という一方的な行為それ自体の中に拘束力の根拠があることを

論証しようとするのである (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 2, 3, 4. 1. 1—5)。なお、グロチウスの *promissio* 概念については、新井誠「ヴィァッカーにおけるグロチウスの *Promissio* 概念(一)、(二・完)」民商法雑誌81巻2号208頁以下、3号336頁以下(1979年)参照。

- (53) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (11) 1. 3—5, 4. 1. Vgl. Theo MAYER-MALY, Die Bedeutung des Konsensus in privatrechtlicher Sicht, in: *Rechtsgeltung und Konsens* [hrsg. von G. JACOBS, 1976] S. 95 ff., 98; Gunter WESENER, Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB, *ZNR* [1984] S. 117 ff.

なお、グロチウスの理論における契約類型としては、(a)無償契約として、①贈与、②委任、③使用貸借、④寄託、⑤質入れが、(b)有償契約として、①消費貸借、②交換、③為替手形、④売買、⑤永貸借、⑥賃約(とくに賃貸借および雇傭)、⑦組合、⑧保証、⑨授封契約が挙げられている (GROTIUS, *Inleidinge*, III (6) 5—8)。このうち、要物債務 (*obligationes quae re contrahuntur*) は、(a)③、④、⑤および(b)①であり (*ibid.*, III (7) 1)、諾成債務 (*obligationes ex consensu*) は、(a)①、②、(b)③~⑨である (*ibid.*, III (12) 1; (2) 1, 12, 15, 16)。なお、交換 (b)②) は、当事者双方が未履行の場合には、どちらの当事者も撤回が可能であり、また、一方の当事者のみが履行した場合には、この者は、相手方に対して履行を強制するかまたは自分が給付した物の返還を求めるかの選択権をもつことから、要物債務にも諾成債務にも属さない、とされる (*ibid.*, III (12) 1; III (31) 8—9)。

- (54) Klaus LUIG, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, *IUS COMMUNE* [Sonderhefte 17, 1982] S. 171 ff. グロチウスは、「価格 (*pretium*) について相互に駆引きすることは許される」とし、セネカ、ユスチニアヌスなどの見解を引用して、「買主はより安価で買おうとし、売主はより高価に売ろう」とすることは「売買の本質」であり、そして、「価格について合意された以上は、それにどれだけの価値があるかは問題ではな」く、「契約当事者の意思によって得られた利益は不正でもなければ、正されるべきものでもない」とする (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 26. 1, 3)。もっとも、無制限の契約自由が認められるのではなく、暴利行為に基づく原状回復や利息の最高限を国家法によって規制する必要性も承認されている (*ibid.*, II (12) 22, 26)。

- (55) もっとも、グロチウスの理論でも、契約当事者間の対価的均衡および契約の有償性が、契約の効力や当事者の義務内容を規定する一要素として維持されている。例えば、二倍を越える対価的不均衡の場合の原状回復請求 (GROTIUS, *Inleidinge*, III (17) 5. 後述 III 2 (1)(b)参照)、および目的物保管の有償性の度合に応じた注意義務の程度の差異が挙げられる。後者に関しては、もっぱら自己の利益のために物を占有する使用借主は、最も厳格な注意義務を負い、例えば、当該物を借りた場所と別の場所に携帯している間に強奪されたり難船によって喪失したときも責任を負う (*ibid.*, III (9) 7)。これに反して、当事者双方の

利益のために物を占有する質権者の注意義務はこれより軽く、懈怠 (versuim) に対してのみ責任を負い、事変 (ongheval) による場合には責任がない。もっとも、火災や窃盗による喪失には、反対の証明がないかぎり、懈怠ありとされる (*ibid.*, III (8) 4)。さらに、もっぱら寄託者のために物を保管する受寄者は、不誠実あるいは重大な不注意 (ontrouw ofte groote achteloosheid) がなければ、または自己の財産に対して通常払う程度の注意をしていれば責任を免れる。ただし、報酬約束がある場合にはより高度の注意義務を負う。しかしまた、受寄者が自発的に保管を申し出た場合にはすべての過失について責任を負う (*ibid.*, III (7) 6, 9, 10)。また、動産売買における所有権移転時期を代金支払時とする規定 (注17参照) なども挙げられよう。

- (56) GROTIUS, *Inleidinge*, III (14) 1—4, 6; III (15) 1—5. 買主の善意・悪意は問われていない。なお、ドイツ民法439条1項 (買主が締約時に権利の瑕疵を知っていた場合には、売主は責任を負わない)、フランス民法1630条 (解釈上、悪意買主は損害賠償請求不可能)、日本民法561条参照。
- (57) GROTIUS, *Inleidinge*, III (15) 6. なお、ローマの方式書訴訟では、給付判決はつねに金銭有責判決 (condemnatio pecuniaria) だけであった。KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 117(I) 1.
- (58) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § § 54 (III) 1; 100(I) 1; Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law* [1951] pp. 211 ff. なお、前稿 I 1 参照。
- (59) KASER, *Das römische Privatrecht*, II, § 242 (I) 1; (IV) 1; JÖRS-KUKEL-WENGER, *Römisches Recht* [2. Aufl., 1935] S. 126 ff. なお、鎌田・前掲(一)民法雑誌66巻3号 (1972年) 460頁以下参照。引渡の適法原因 (Paulus *D.* 41. 1. 1. 31; Gaius 2. 20; Ulpiani fragm. XIX. 7) には、売買、贈与、嫁資設定、弁済、消費貸借などがあるが、誤権権原については争われている (例えば、贈与のつもりで引き渡された物を消費貸借と解して受領した場合につき、所有権取得の肯定 (Julian *D.* 41. 1. 36) と否定 (Ulpian *D.* 12. 1. 18 pr.)). Vgl. KASER, *a.a.O.*, I, § 100 (IV) 2 mit Anm. 41)。さらに、共和政後期以降の商業圏の拡大により万民法上の制度として形成された引渡の意義につき、メイン/安西訳・前掲41頁以下、199頁以下参照。しかし、ローマ時代には、引渡それ自体は、古典期後においても容易には簡易化ないし抽象化されず、象徴的引渡や証書の引渡、さらには所有権譲渡の合意による移転などは認められていなかったことに注意すべきである (KASER, *a.a.O.*, II, § 242 (IV) 3)。
- (60) 好美・前掲「Jus ad rem とその発展的消滅」291頁以下、223頁以下参照。Vgl. COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, S. 179 f.
- (61) 好美・前掲291頁参照。
- (62) なお、所有権自体の移転という観念的表象と、引渡の観念化とは区別すべき異質の問題である。すなわち、従来から意思主義の典型と捉えられてきたフランス民法典の諸規定 (注13参照) は、基本的にはむしろ、慣行による引渡の観念化 (擬制的引渡) を媒介としたローマ法の引渡主義の承継ないし発展形態で

あり（三宅正男「売買による所有権移転の考え方」判例時報996号〔1981年〕4頁以下）、せいぜい債権の効力に媒介された当事者間における所有権移転という中間段階にとどまっており、対外関係をも包摂した観念的所有権の確立には至っていないものとみられる（川島・前掲119頁以下）。なお、鎌田・前掲（四一完）1032頁参照。

- (63) 物権変動における意思主義および形式主義と、合意主義、引渡主義（登記主義）および物権の合意主義との関係については、原島重義「債権契約と物権契約」『契約法大系Ⅲ』（1962年）所収106頁以下参照。

Ⅲ. 債権法の構成

1. 物権と債権の区別

すでにⅡ 1でみたように、グロチウスは、所有権譲渡を範型にして、契約をも権利移転のコロラリーとして把握することにより、契約法を所有権法に併置し、権利体系としての財産法の再編への道を拓いたのであるが、このように所有権を基準とする私法制度の構成は、契約法以外の債権法の領域ではどのように展開されているのであろうか。

ところで、グロチウスは、財産権（toebehooren）を物権（beheering; ius in re）と債権（inschuld; ius in personam sive creditum）に分類し、前者を「他人との必然的な関係なしに人と物との間に存在する財産権」として、後者を「他人に対して何らかの物または行為を請求する権能を与える財産権」として定義している⁽²⁾。そして、契約理論の随所で、所有権（または不完全所有権）それ自体をただちに移転する行為と所有権（または不完全所有権）を移転する義務を負うにすぎない行為との区別が強調されており、この意味では、物権と債権を体系的にも内容的にも明確に区別している。

しかしながら、この区別は、いわゆる絶対権（対世権）と相対権（対人権）の区別とは異なることに注意する必要がある。すなわち、①グロチウスの理論においては、第三者による債権の侵害が成立しうることがすでに明確に意識されており、その際、債権者は第三者に対して回復の権利をもつことが認められている⁽⁴⁾。②また、物の「買主は、売主によって行われた賃貸借（huir）を引き受けなければならず、売買は賃貸借を破らないものとされていたのである（ただし、土地の賃貸借の場合には、公的なまたは所有者の署名のある文書でされなければならない）⁽⁵⁾。

このように、グロチウスは、物権でも債権でも、それが権利である以上は第三者に対する効力を承認しており、この点においても、物権と債権を峻別する取り扱いは見られない（前述Ⅱ 2(1)後半参照）。

2. 不当利得および不法行為

グロチウスは、債権の自然法上の発生根拠を約束 (toezegging; promissio) と不均衡 (onevenheid) に求めている。前者には、すでにみた契約のほかに、法律によって黙示的契約 (委任または組合) が擬制される、準契約に基づく債務 (obligatio ex quasi contractu) としての事務管理 (onderwind)、共有関係ならびに相隣関係から生じる債権などがあり、後者には、不当利得 (baet-trecking) および不法行為 (misdead) がある。以下では、この不均衡に基づく債権と所有権理論との関連を検討してみよう。

(1) 統一的不当利得概念の創設者とされるグロチウスの不当利得論は、その返還義務の根拠、性質、範囲などにつき、所有権に基づく返還義務（前稿Ⅰ 2(1)(d)参照）を基礎にしている。そして、他人の財産から正当権原 (recht-gunninge) なしに利得した者の利得返還義務は、①相続人に承継され（これに反して、不法行為に基づく債務は加害者の相続人には承継されない、とする）、②また、契約や不法行為に基づいては義務を負わない未成年者 (jonge) および心神喪失者 (uitzinnighen) にも課されうる。③そして、利得返還の範囲は、いわゆる現存利得に限られず、いかに享受（消費、収益、処分）されても利得ありとみなされるのが原則であり、また、それは利得者の善意・悪意によって区別されることはない。

(a) グロチウスは、まず、不当利得 (baet-trecking) として、①債務の不存在を知らずにされた非債弁済に基づく利得の返還請求権 (condictio indebiti)、②合理的理由なしに行われた約束の取消 (intrecking van toezegging gedaen zonder redelicke oorzake; condictio promissi sine causa)、③原因のない給付に基づく利得の返還請求権 (condictio sine causa dati)、および④その他の方法で、贈与、支払、約束などの法律上の原因なしに他人の財産によって利得した場合の四類型を挙げている。

(b) つぎに、契約がいったん成立して効力を生じるにもかかわらず、特別の法的手段によって給付の回復が認められ、結果的にはその効力の全部または一部

が実質的に喪失される原状回復（herstellengen; restitutio in integrum）の制度が認められている。このうち、(i) 効力の全部的喪失事由としては、①強迫⁽¹⁷⁾（vare; metus）、②当事者の一方の詐欺（argelist; dolus）⁽¹⁸⁾および③未成年⁽¹⁹⁾（minderjarigheid; minor aetas）に基づく原状回復がある。これらの場合には、締約時の状態の完全な回復が目的とされ、すべての果実・収益の返還および損害賠償の請求が認められ、さらに、その原状回復は、契約当事者間にとどまらず、⁽²⁰⁾利得したすべての者に対して効力をもつ。したがって、例えば、目的物が転得者などの手中にある場合にも回復が認められうる。

(ii) また、部分的効果喪失事由としては、暴利行為（laesio enormis）に基づく原状回復があり、目的物の価値の二倍額（または半額）を越える（または下回る）価額の約定による買主（または売主）の損失を填補して、⁽²¹⁾不衡平を回復することが認められている。

しかし、これら(a)および(b)の何れの場合においても、客体の滅失、果実の收取懈怠などの場合についてはとくに述べられておらず、不当利得規範は明らかではない。また、客体の滅失、果実の收取懈怠ならびにそれらの収益の場合、およびそれらの消費ならびに処分のうち一定の場合について、善意占有者の返還義務の消滅を認めていた所有権に基づく返還義務（前稿 I 2(1)(d)）と、消費、収益および処分された客体ならびに果実について全部の返還を要求する不当利得に基づく返還義務との関係も不明確であり、⁽²²⁾両者の規範的調整はまだ十分ではないように見受けられる。

(2) グロチウスは、また、不法行為論をも一般的に権利論に組み込んでいる。すなわち、過失（culpa）に基づく不法行為（maleficium）から損害（damnum）が生じたときには、これを賠償する債務が自然的に発生するが、この損害とは、「⁽²³⁾厳格な意味における権利との衝突」であると定義された。賠償の方法は、自然法上はできるだけ早く、かつできるだけ完全にこの損害を填補する方法で行われなければならない。⁽²⁴⁾もっとも、賠償額の評価ないし査定（schatting）は、それ自体不明確な事柄であるので、しばしば国家法の規定によって確定され、⁽²⁵⁾その際には、懲罰的な賠償を付加することも可能であるとされている。

(1) Vgl. Franz WIEACKER, Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung, in: ATTI, *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, I [1973] S. 227 ff.

- (2) GROTIUS, *Inleidinge*, II (1) 57—59.
- (3) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (12) 15. 1 (売買); GROTIUS, *Inleidinge*, III (2) 14 (贈与); II (5) 2, III (14) 1, (15) 4 (売買); III (18) 2 (永貸借).
- (4) 例えば、一人の船員が二人の船長と別々に相抵触する賃約 (huir) (雇傭契約) をした場合、第一契約は第二契約の締結によっても効力を失わず、第二契約の船長が、すでに他人と契約をしている船員を故意に (willens) 雇った場合には、彼は、第一契約の船長に対して約定賃金の二倍額を支払わなければならない (GROTIUS, *Inleidinge*, III (20) 22)。
- (5) GROTIUS, *Inleidinge*, III (19) 3, 16; (15) 7. また、反対の約定がないかぎり、賃借物の転貸も可能である。ただし、建物の転貸については、多くの都市法で所有者の同意が要求されていると言われる (*ibid.*, III (19) 10)。
- (6) GROTIUS, *Inleidinge*, III (1) 8—18. また、グロチウスは、複数の債権発生原因の競合を一般的に認めている (*ibid.*, III (1) 20)。
- (7) GROTIUS, *Inleidinge*, III (26) 2; (27)—(28)。
- (8) ちなみに、フランス民法典では、非債弁済の諸規定 (1376条ないし1381条) は、準契約 (quasi-contract) として位置づけられている (同法典第三編第四章第一節参照)。
- (9) FEENSTRA, *Grotius et le droit privé européen, Recueil des cours*, tome 182 [1984] p. 464.
- (10) Cf. GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 3.
- (11) GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 3. ただし、未成年者に対しては特別の配慮がされ、この者が利得を喪失ないし浪費したときには利得なしとみなされる。もっとも、その場合でも、利得が必要不可欠な費用に使用され、または利得が生じなくても同じ支出がされていたであろう場合には、利得が現存するものとされる。
- (12) GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 4—8. ここでは、返還義務の範囲は、享受された果実および収益 (ghenoten vruchten ende baten) にも及ぶとされている。ただし、諸費用は控除される (*ibid.*, III (30) 7)。また、債務の不存在を知りながら給付した場合には、贈与とみなされる (*ibid.*, III (30) 6)。
- (13) GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 12—14. 賭博など、公共の福祉 (ghemene beste) に反するような約束が対象になる。
- (14) GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 15—17. 例えば、婚姻を前提にしてある物が給付されたが、婚姻に至らなかった場合である。また、利得者側にのみ反倫理的原因がある利得の返還請求もこれに含まれる。
- (15) GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 18. 例えば、ある者が他人の金銭で支払をした場合の金銭所有者と利得者との関係や、ある者が他人の財産を与えた場合の財産所有者と利得者との関係が挙げられている。
- (16) これらの場合には、ある者が他人によって損失を被ったかどうかか問題なのではなく、ある者が他人の財産によってどれだけ利得したかが問題であるとされている (GROTIUS, *Inleidinge*, III (30) 3, 19)。

- (17) GROTIUS, *Inleidinge*, III (48) 6.
- (18) GROTIUS, *Inleidinge*, III (48) 7. 当事者双方が詐欺を行った場合には、契約は当初から効力を生じない。
- (19) GROTIUS, *Inleidinge*, III (48) 9—13. ただし、未成年者（25歳未満）が熟慮を欠いた契約によって著しい不利益を被った場合に限る。また、この原状回復請求権は成年後4年で消滅する。
- (20) GROTIUS, *Inleidinge*, III (48) 5. ただし、高等顧問官（Hooge Raad）の救済命令を得る手続を踐まなければならない。
- (21) GROTIUS, *Inleidinge*, III (52) 1—5. ただし、相手方には、損害（差額）を支払うか、契約（債務）全体を消滅させるかの選択権がある。後者の場合の効果は、強迫や詐欺の場合と同様である。また、この原状回復も、救済命令の取得または裁判所への申立によらなければならない。
- (22) この点については、①グロチウスによれば、所有権に基づく返還義務の例外は、善意占有者に積極的に果実収取権等を認めたものではなく、むしろ所有権の効力がそこまで及ばない結果にすぎないこと（前稿 I 2 (1)(d)）、および② *condictio* は、伝統的に *rei vindicatio* とは別個の訴権として発達し、現存利得ではなく、受領した財貨の返還を要求するものであったこと（KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 139 (IV) 1）に鑑みれば、グロチウスの理論の解釈としても、不当利得に基づく請求が制限を受ける理由はなんら存在しない（したがって、不当利得に基づく返還義務が優先的に課される）、と解されよう。また、これと同様のことは、ローマ法の方式書訴訟手続における法務官による特別の訴権付与に由来する、強迫、詐欺、未成年などに基づく原状回復請求と、所有権に基づく返還請求との関係についても当てはまるであろう（KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, § 64）。
- したがって、仮に、グロチウスの理論において、所有権に基づく返還義務と、これを基礎にして新たに構成された不当利得に基づく返還義務との規範的調整が考慮されていたとすれば、客体の享受（消費、収益および処分）の場合には、不当利得に関する規範が優先的に適用され、これに反して、客体の滅失および果実の収取懈怠の場合には、不当利得規範が見当らないことから、所有権に関する規範が適用され、返還義務が消滅する趣旨であったと解釈することになるうか。なお、今日の解釈論の観点からは、四宮和夫『請求権競合論』（1978年）132頁以下参照。
- (23) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (17) 1, 2. しかも、「非本来的な意味で権利 (*ius*) と呼ばれ、配分的正義 (*iustitia spectatur*) の対象である適格 (*aptitudo*) からは、真の所有権 (*verum dominium*) は生み出されず、そして、それゆえに回復義務 (*obligatio restitutionis*) も生み出されない」とする。損害の分類については、GROTIUS, *Inleidinge*, III (33)—(37) 参照。さらに、建物所有者、動物所有者など一定の者には、過失がない場合でも、法律による因果関係の擬制により、生じた損害の賠償義務が課される (*ibid.*, III (38))。損害の範囲については、GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (17) 4—5, 10; GROTIUS, *Inleidinge*, III (32) 16 参照。

- (24) GROTIUS, *Inleidinge*, III (32) 16; GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (17) 22. したがって、名誉毀損の場合には、過失の告白 (culpa confessio)、名誉の陳述 (exhibitio honoris)、無実の証言 (testimonium innocentiae) などによるほか、被害者が望めば金銭による賠償も可能である。
- (25) GROTIUS, *Inleidinge*, III (32) 20. 懲罰的賠償は、行為自体の悪性への報復を必然視したスコラ学的交換的正義に基づく回復義務を想起させるが (前稿 I 2 (1)(e)参照)、ここでは、国家法規定による賠償額の評価の問題に取り込まれている点が注目される。

おわりに

1. 以上の考察から、グロチウスの私法理論は、占有保護、契約、不当利得および不法行為というグロチウスの私法体系⁽¹⁾における基本的諸制度について、所有権を範型とした権利の体系として構成されているということが許されるであろう。

すなわち、占有保護は、物の返還請求権能として概念規定された統一的 (絶対的) 所有権を基準にして行われた。そして、この所有権に基づく返還義務は、所有者からの返還請求以前に占有者に発生する実体的なものであり、また返還義務の性質も、基本的には積極的な行為義務として観念され、さらに返還義務の内容および範囲は、原則として現存する客体および果実への追及および擲取にとどまったローマ法の所有物返還請求訴権 (rei vindicatio) の場合とは異なり、客体または果実の消費による出費の節約、それらの処分による処分の代価などにも、所有権に基づく返還義務が原則として及ぶものとされた (前稿 I 2 (1)(d))。また、ローマ法上、所有物返還請求訴権とは独立に占有保護機能を果たしていた諸制度のうち、占有権は所有権保護のための従属的な手段とされ、また、善意かつ正権原による取得者の占有を相対的に保護したプブリキアーナ訴権は、より厳格な要件の下に善意取得の制度にとって代わられた (同(a), (b))。さらに、使用取得、長期占有の抗弁および訴権消滅時効については、それらの区別が廃棄され、それらは、所有者の推定的意思に基づく所有権移転の制度として再構成された (同(c))。

このようにして、所有権の絶対的帰属とそれを基準とする物の回復を典型にして根拠づけられた一般的な権利概念の形成により (同(4))、物の取引においては、譲渡は、物それ自体とは区別された権利の移転として再構成され、これ

によって「意思主義」理論への道が拓かれた（本稿Ⅱ）。また、この所有権譲渡を範型にして、契約も権利の移転として構成された（同Ⅱ 1, Ⅲ 1）。さらに、不当利得においても、返還義務の根拠、性質、範囲などに関して所有権に基づく返還義務が基礎にされており、また、不法行為に関しては、一般的に権利の侵害がその成立要件とされるに至ったのである（同Ⅲ 2）。

しかし、他方で、このようなグロチウスの私法理論を純然たる権利ないし所有権法の体系とみることでもできないことに注意しなければならない。すなわち、例えば、①悪意占有者に対しては、所有権の効果を越える回復義務が課され、また、不法行為における懲罰的賠償義務が承認されるなど（前稿Ⅰ 2(1)(d)(iv)、本稿Ⅲ 2(2)）、そこには行為そのものの不法性への制裁という要素も混在している。また、②契約の効力や債務の内容は、契約当事者の意思に基づく約束（＝相手方への権利移転）によって規定されるのみならず、契約当事者間の対価的均衡や契約の有償性によっても規定される（同Ⅱ 3(3)注55）。さらに、③危険負担については、契約当事者間の利益バランスを考慮しつつ、所有権移転とは別個に危険（および果実収取権）を移転させる余地を残している（同Ⅱ 2(3)）。

これらは、人間の相互交渉における対応給付の均衡や不均衡の均等化を重視したアリストテレスの正義論、あるいは損失の回復に際して行為の悪性に対する制裁をも正義の実現の不可欠の要素としたトマスのないスコラ学的正義論の要素の混入と見受けられる（前稿Ⅰ 2(1)(e), (4)(v)および同所注90）。そして、これらがグロチウスの理論をはじめとする権利論の限界を示しているともみべきか、あるいは、これらのうちの具体的に妥当な解決をあらたに権利論の体系の中に組み入れてゆくことができるのかどうかは、以後の私法理論の重要な課題として残されることになった。これについての検討は、続稿の課題である。

2. 最後に、所有権を中核にして私法理論を構成しようとしたグロチウスの体系的企図およびその背後にある基本的な価値判断について付言しておきたい。

グロチウスは、所有権の成立根拠について、「分割のように明示的に、または先占のように黙示的に、合意（pactum）によって生じた」とし、この「合意」という構成概念を用いることにより、所有権の体系としての個々の私法制度の整合的な説明、および緊急状態における他人物利用権限の正当化を試みて

(4) いる。そして、このような「合意」による所有権制度の基礎づけは、自然法上は共同所有を原則とする一方、私的所有（*proprium*）は意思に基づく実定法に属するものとみてきた、中世スコラ学以来の所有についての二元的把握の伝統を承継しているように見受けられる。⁽⁵⁾

しかし、それにもかかわらず、グロチウスの所有権論には、この私的所有を実質的には自然法上の制度として把握しようとするかなり強い意欲が窺われる。と同時に、その際には、自然法自体の把握のしかたにも少なからぬ変化がみられる。

すなわち、グロチウスは、「自然法」（*ius naturale*）について、これを動物にも人間にも共通の普遍的な法（則）とみたローマ法学における理解とは異なり、それは人間固有の法であり、人間の本性＝理性の命令であるとする。⁽⁶⁾そして、この自然法の内容として、第一に、他人に属する物を侵さず、またそれを返還することをはじめ、約束の履行、過失による損害の賠償、および罪にふさわしい罰を科すこと、といった「人間の知性と一致する社会的秩序」（*societatis custodia, humano intellectui conveniens*）が挙げられている。⁽⁷⁾さらに自然法の内容として、第二に、個々人や共同体への「賢明な財貨分配」（*dispensatio prudens*）の方法も挙げられ、その際には、「より賢き者をより賢からざる者に優先させる」ことも承認されているのである。⁽⁸⁾

そして、このような自然法の理解を前提にして、グロチウスは、「…現在通用しているような所有権（*dominium*）は、人間の意思によって導入されたものである。しかし、それが導入された後には、自然法は、私が所有者の意思に反して何かを取り去ることは不正であるということを示している」とするとともに、「何びとも、窃盗や強盗によって隣人を害するものでなければ、自己の家を大きくすることが自由にできる」との古典を引用している。⁽⁹⁾

ここには、私的所有および財貨獲得競争を自然法的にも承認しようとするグロチウスの姿勢が窺われる。⁽¹⁰⁾そして、このことは、グロチウスの私法理論、とりわけ所有権譲渡および契約理論の随所に垣間見られた自由主義的な傾向を示す論述とも一致している。⁽¹¹⁾

このように、社会全体の安定と衡平を志向した中世的な共同体経済から、⁽¹²⁾国内外の自由な通商を契機とする自由主義経済への転換点において、取引秩序および社会秩序の再編を迫られていた近代初期の古典理論家の課題意識は、現代

的な問題状況——個々人による財の獲得および交換の一層の合理化および迅速化の要請と、それに伴って必然的に緊張度を増しつつある社会的な衡平の回復や取引倫理の維持への社会的要求との相克——に立ち向かうための原点を指し示すものではなからうか。本稿が、所有権制度に関する私の研究の出発点をなすことの意味も、まさにこの点に存する。しかし、本稿は、あくまでも問題点の発掘ならびにその素描にすぎず、本稿で提起した問題点の十分な説明のためには、グロチウス以後の近代自然法論の展開、その初期法典編纂への影響、そして、カントならびにヘーゲルの理論から、後期法典編纂への展開を、その社会のおよび経済的背景との関連において検討する作業が不可欠である。今後は、これらの課題に順次着手してゆくこととしたい。

(1) グロチウスの私法理論を、『オランダ法学入門』の叙述を中心にして体系的に概観すると、以下ようになる。

I. 公法 (jus publicum) …「公法は、宗教、平和ならびに戦争の運営、共同体の最高権力ならびにその領土的限界、法律制定の権限ならびに手続、および国家財産の処分の権限、犯罪の処罰の権限ならびにそれらに関連する職務に関する諸法律から成る」。

II. 私法 (jus privatum) …「私法は、物に対する人の諸権利およびそれらを防衛し追及する手段（訴訟の法）が何であるかをわれわれに教える」(GROTIUS, *Inleidinge*, I (2) 24—28)。

1. 人の法的諸形態 (GROTIUS, *Inleidinge*, I (3)—(15))

(1) 完全能力者

(2) 不完全能力者（妻、未成年者および精神的・肉体的障害者）

2. 物権 (jus in rem; GROTIUS, *Inleidinge*, II)

(1) 占有権

(2) 所有権

(a) (完全) 所有権

(b) 不完全所有権（制限物権）

(i) 不動産役権（都市の役権、農村の役権）

(ii) 担保（担保権）

(iii) 利用

① 将来の利用（期待権）

② 現在の利用

α) 用益物権（用益権、永借権、封土権）

β) 不完全用益物権

1) 使用収益（使用権、十分の一税権）

2) 特別制限物権（戸口調査権、地上権）

3. 債権 (jus in personam sive creditum; GROTIUS, *Inleidinge*,

Ⅲ)

(1) 約束

(a) 契約

- (i) 無償契約 (贈与, 委任, 使用貸借, 寄託, 質入れ)
- (ii) 有償契約 (消費貸借, 交換, 為替手形, 売買, 永貸借, 質約 [質貸借, 雇用など], 組合, 保証, 授封契約)

(b) 準契約 (事務管理, 共有関係ならびに相隣関係から生じる債権債務)

(2) 不均衡

(a) 不当利得

(b) 不法行為

- (2) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (2) 2. 5. このような合意 (pactum) による所有権制度の基礎づけは, 一方では, ホブズ (Thomas HOBBS, 1588—1679) が国家=主権者を私的所有権の創設者としたことと (ホブズ/水田洋訳『リヴァイアサン』(1964年) 45頁, 146頁), 他方では, ロック (John LOCKE, 1632—1704) が人間の生命, 身体および自由に対する自己固有の権利をコアにして, その身体の労働を介して獲得された財産もまた——いわば身体の延長として——同じく各人に固有のものであるとのロジックを用いることによって, 前社会的かつ前国家的な所有権を認めたことと (ロック/鶴飼信成訳『市民政府論』(1968年) 32頁以下) 対照的である。とくに, ロックは, 各人のもの (suum) として定式化された生命, 身体および自由の延長として所有権を観念していたのに対して, グロチウスは, それら suum とは本質的に異なる, 合意 (pactum) の所産として所有権を観念し, 基礎づけていることに注意すべきである。この点で, 佐藤節子「suum の中核としての新しい諸権利」青山法学論集21巻3 = 4合併号 (1980年) 7頁以下が, 所有権をはじめグロチウスの権利概念 (facultas moralis) を “suum” の延長 (拡大) として把握されることには, 疑問が残る。

Suumは, むしろ本文に述べたロック的な発想には親しむ一方, グロチウスは, suum との対比における新しい権利概念の定式として facultas moralis 概念を用いているのである。のみならず, グロチウスは, この facultas moralis の中に, 逆に, 従来の suum の一つであった自由をも包摂することにより (前稿 I 2 (4), とくに(ii)参照), facultas moralis の譲渡が可能のように自由の (完全な) 譲渡も可能であるという構成を用いて, 奴隷制の正当化や絶対主義国家権力の擁護を理論上も可能にしたものと思われる (cf. TUCK, *op. cit.*, pp. 77 ff.). このように “suum” 的権利概念 (筆者の定式化によれば, ≪自然的=個体主義的≫権利概念) と, “facultas [qualitas] moralis” 的権利概念 (≪意思的=共同主観的≫権利概念) とは, 対極をなしているともみるべきであろう (前稿 I 2 (4)(ii)および(iii)参照)。

- (3) 例えば, 所有権の効果としての, 占有者の積極的な返還義務の発生根拠は, 「所有者相互間において, 自己の支配下に他人の物をもつ者はそれを所有者に

返還するという一種の協定 (quasi societas) が締結されている」と説明された (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (10) 1. 2; cf. II (10) 1. 5. 前稿 I 2 (1)(d)(v))。また、原権利者による権利放棄の推定的意思に基づく所有権移転としての取得時効制度の把握 (I 2 (1)(c)) なども、その旨の「合意」、すなわち、一定の状況下における権利放棄 (の推定) に対する所有者の予めの一般的同意、またはメタレベルの同意が存在するとみることによって、はじめて根拠づけられるものであろう。

- (4) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II (2) 6. 1—2; vgl. Paul OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius* [1950] S. 62. ここで注意すべきは、この緊急必要権 (ius necessitatis) は、慈善的な弱者保護を企図するものではなく、あくまで厳格な意味における権利としての所有権に内在する性質として把握されていることである。すなわち、「財産の所有者は、慈善 (caritas) の規則に基づいて欠乏状態にある者にその物を与える義務を負うのではなく、すべての物が最初の権利 (ius primitivi) [共有物の使用権] の留保を伴って、所有者に分割されたと考えられる」とされている (*ibid.*, II (2) 6. 4)。したがって、これを「解釈による慈善」(interpretive charity) と捉える解釈 (TUCK, *op. cit.*, p. 80) には疑問が残る。それゆえに、緊急必要権は所有権の制限ではないのである (Carl LAIER, *Der Eigentumsbegriff in der Zeit des Naturrechtes und der Aufklärung* [Diss. Köln, 1973] S. 12 f.)。

なお、この法理との関連で、私法上は、近年「環境権論」において提唱された「環境共有の法理」の展開が注目される (大阪弁護士会環境権研究会『環境権』[1972年]参照)。「環境」の財産性については、これを不動産所有権に從属するものとするか、土地利用権とは切り離された一つの生活環境ないし環境素材と考えるかなど、法技術的にどう捉えるかにはなお問題があるが、すでに原島教授は、「環境」は古典的権利論における権利とは言えないが、「社会的共用資産」として、「環境破壊の実体があるかぎり、かりに、人の生命・健康というような、権利 (以上のもの) の侵害に至らないとしても、(差止および損害賠償の) 請求は認容される」とされている (原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学 4 号 [1976年] 99頁)。しかし、グロチウスの理論では、さらにこのような問題性も、所有権制度に内在する、厳格な意味における権利の領域の問題として把握されていたことに注目したい。

- (5) 例えば、トマス、オッカムなどである。Vgl. G. W. LOCHER, Artikel „Eigentum“, *Evangelisches Soziallexikon* [1954] Sp. 363 ff. トマスの所有権論については、上田辰之助「聖トマス共同体思想よりみたる Potestas Procurandi et Dispensandi の意義——中世所有概念の一考察——」『上田辰之助著作集 2 / トマス・アキナス研究』(1987年) 所収451頁以下、葛生栄二郎「中世スコラ学における自然法と万民法との関係」上智法学論集29巻1号 (1986年) 163頁以下参照。また、オッカムの所有権論については、小林公「清貧と所有」立教法学17号 (1978年) 129頁以下が詳細である。
- (6) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I (1) 10—11; cf. Ulp., *D. 1. 1. 1.*

3; SCHLOSSER, *a. a. O.*, S. 72. なお、グロチウスは、「法律」の意味における *ius* (前稿 I 2 (4) 参照) をその拘束力の根拠に従って、つぎのように分類している (*ibid.*, I (1) 9, 13, 14)。

I. 自然法 (*ius naturale*)

II. 意思法 (*ius voluntarium*)

1. 神意法 (*ius divinum*)

2. 人意法 (*ius humanum*)

(1) 国家法 (*ius civile*)

(2) 万民法 (*ius gentium*)

(3) その他 (主人や家父の命令など)

ちなみに、注1における公法と私法への法律の分類は、法律の主題ないし目的に従った別個の観点からの分類であるとされる (GROTIUS, *Inleidinge*, I (2) 24)。

(7) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, 8.

(8) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, 10. しかし、このことはまた、「富裕な者より貧しい者」への財貨分配とも両立しうるものとみられている (*ibid.*)。

(9) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I (1) 10. 4.

(10) 財の獲得や自由競争に対するグロチウスの肯定的な評価は、各人の利益 (*utilitas*) 追求の促進が、社会生活全体を向上させることにも通じうるといふ、社会および人間本性に対するグロチウスの柔軟な理解に基づくものと考えられる (cf. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, 9, 16)。

(11) 例えば、前述 II 2 (2), 3 (3) および同所注54参照。

(12) 例えば、トマスの所有論は、「各個人、各家族が身分相応の生活を営みうる物資を保全することにより社会経済の安定を実現する」という経済道徳に立脚し、財産をめぐる社会的衡平を強く志向したものであったことにつき、上田・前掲451頁以下、とくに467頁以下参照。

【追記】前号〔14巻3号〕に以下の誤りがあった (誤→正)。

110頁注(5)1行目 (『法会社学』→『法社会学』), 112頁9行目, 28行目および126頁注(2)3行目 (握手行為→握取行為), 113頁5行目 (下紙所有権→下級所有権), 121頁24行目, (*inra* *realia*→*iura* *realia*), 125頁17行目 (配分的正義→配当的正義), 133頁注(82)2行目 (*ἦθος*→*ἦθος*)。