

グロチウスの所有権論（一）

—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

1. ローマ法および中世ローマ法学における dominium

2. グロチウスにおける dominium

(1) 物の返還請求権能としての dominium

(a) 占有権

(b) 善意取得

(c) 取得時効

(d) 所有権に基づく返還請求権

(e) 返還請求権の正義論的基礎

(2) 物の処分権能としての dominium

(3) 物の人格への固有的帰属としての dominium

(4) 権利としての dominium

3. 小括

(以上本号)

II. 所有権譲渡理論から契約理論へ

(以下次号)

III. 債権法の構成

おわりに

はじめに—考察の目的と方法—

所有権は、私法の、そして法秩序の核心部分であり、さらには経済および社会秩序の礎石をなすと言われている⁽¹⁾。それは、所有権が、他の多くの諸権利のようになんにも権利であるというだけでなく、法秩序の基本的枠組を刻印するような制度的意義をもっているからである⁽²⁾。それゆえに、所有権に関する理論的

研究は、法学を含め、広く社会科学のおよび社会政策的な認識のための不可避的課題として、数多くの観点から行われてきた。このうち、本稿は、私法制度⁽³⁾としての観点から、とりわけ、占有保護および財貨交換の法的規制をめぐる民法解釈論上および立法論上の諸問題との関わりにおいて、所有権制度を考察することを目的とする。

その際、本稿が、近代自然法 (modernes Naturrecht) もしくは理性法 (Vernunftrecht) (ほぼ17世紀—19世紀) の理論、とりわけその創始者とされているフーゴー・グロチウス (Hugo GROTIUS, 1583—1645) の所有権論を考察の起点に据えたことの意義を明らかにしておく必要がある。

第一に、社会認識の方法について一般的に言われているように、法制度もまた、それが現実の経済的利害状況によって規定されるものとしての側面と、逆にこれを根底的に制約する思想的ないし理念的なものとしての側面との緊張関係において把握されるべきであると考えられる。そして、宗教や伝統に代わって法の唯一の正当性の規準として、あらゆる実定法から独立したものとしての評価⁽⁴⁾を与えられてきた近代自然法論は、後者の側面において、実定法の批判規準としての意義⁽⁵⁾を今日なお保持しているとみられる。⁽⁶⁾

第二に、近代自然法論は、ローマ法 (ほぼ紀元前5世紀—紀元6世紀)、中世ローマ法学 (ほぼ12世紀—16世紀) およびこれを継受した普通法学 (ほぼ15世紀—19世紀) の成果を体系化して、近代における法典編纂 (18世紀末—19世紀末) へと媒介し、法の合理化を実現するという歴史的役割を果たした。⁽⁷⁾ その結果、これらの近代法典は自然法論の現実化ないし規範化という側面をももつことになった。⁽⁸⁾ そして、このような自然法論の評価は、法の発展における法律学の役割を重視したウェーバー、エールリッヒ、ヴィアッカーらの研究によって基礎づけられている。⁽⁹⁾

もっとも、自然法論はその難点として、内容豊富な現実の法秩序を単純化し、硬直なものとする危険を伴っていることは看過されてはならない。⁽¹⁰⁾ しかし、これは、自然法論が国家におけるその時々⁽¹¹⁾の権威や功利的な要請など、政治的または経済的な特殊事情に直接的には規定されえない普遍的な理論体系を志向したことの反面であるとも言える。したがって、このような自然法論のアンビヴァレントな性格を十分に認識したうえで、これを近代民法典の一層の合理化のための批判基準として用いてゆくべきであろう。そして、とりわけ、わが民法典

に関して言えば、それがフランス民法典とドイツ民法典との「混血儿的、二重的性格」をもつこと⁽¹²⁾から解釈上の困難を生じさせているような問題領域においては、これらの法典編纂に先立つ古典的理論としての近代自然法論が一つの客観的基準を提供しうるのであろう。

第三に、以上のような近代自然法論に対する評価に加えて、グロチウスは、たんにその創始者であるとされるのみならず、権利概念を用いて現実の法体系を再構成したことから「近代的法典の真の祖先」であると言われ、中でも、所有権論、契約理論、不当利得理論などについて、グロチウスの理論とヨーロッパ私法の発展との関連性が注目されてきている。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

以上のような問題意識に基づき、以下本稿では、グロチウスの所有権概念を、所有権の法的効果ならびに所有権の客体（Ⅰ 2 (1), (2)）および所有権の主体（同(3)）の各側面から検討し、所有権概念が一般的な権利概念を基礎づけることになった論理的関連性を確認したうえで（同(4)）、このような権利の移転としての所有権譲渡理論ならびにこれを範型にして同じく権利の移転として構成された契約理論（Ⅱ）、および債権法の構成と所有権論の関係を分析し（Ⅲ）、最後に、グロチウスの私法理論がどのような意味において、また、どの程度「所有権法」の体系として構成されているかを検証する（「おわりに」）。その際、本稿では、現代の民法理論上の諸問題との接点をもつねに意識しながら、とりわけ、ローマ法および中世ローマ法学の理論（Ⅰ 1 ほか）との相違においてグロチウスの所有権論の特色を明らかにするように努める。もっとも、本稿は、近代自然法以後、西ヨーロッパにおける法典編纂からわが国への法典継受へと考察を進めるための序章部分をなすものにすぎず、また、紙幅の関係上概括的な記述にとどめざるをえない点もあることを予めお断りしておきたい。⁽¹⁵⁾

- (1) Hans PETER, *Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert* [1949] S. 3 f. mit Anm. 9—13; Ludwig RAISER, Artikel „Eigentum (II)“, *Eigentumsrecht*, *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* Bd. III [1961] S. 40, b.
- (2) Theo MAYER—MALY, *Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte*, *Festschrift für H. Hübner zum 70. Geburtstag* [1984] S. 146.
- (3) 川島武宜「所有権法の理論」『川島武宜著作集・第七巻』（1981年）所収23頁参照。

- (4) 大塚久雄『社会科学の方法』(1966年) 66頁, 75頁以下, 80頁以下, 212頁参照。
- (5) M・ウェーバー／世良晃志郎訳『法会社学』(1974年) 485頁以下参照。さらに, 501頁以下, とくに502頁参照。
- (6) グロチウスの理論をはじめとする理性法論は, 「哲学的一普遍的なるものと, 法解釈学的—実務的なるものととの不断の交易のための集散地」であり, 「批判的観念論や歴史の実証主義によるその隠滅の後にも, 今日に至るまで, 私法解釈学にとっての生産性を保持した」とされている。Franz WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: Festschrift für H. Welzel [1974] S. 8.*
- (7) ウェーバー／脇圭平訳『職業としての政治』(1980年) 38頁参照。
- (8) ウェーバー／世良訳・前掲499頁以下, F・ヴィアッカー／鈴木祿弥訳『近世私法史』(1961年) 402頁以下, 416頁以下, 433頁以下, 426頁以下参照。Vgl. Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* [6. Aufl., 1988] S. 89, 91 f.
- (9) ウェーバーは, 法や訴訟が発展してゆく過程はそれらが合理化されてゆく過程であると捉え, その発展段階の最後に, 「法学的な—したがって論理的な—合理性と体系化の段階」を置いている。そして, こうした「法の特殊『法学的』な諸性質の発展」としての法の合理化は, 直接的には「『法学内部の』諸事情」によって規定され, 「経済的および社会的な諸条件は, ただ間接的にそれを規定しているに過ぎない」とする。ウェーバー／世良訳・前掲509頁, 321頁以下。また, エールリッヒは, 「法発展における法律学の位置」について, 「今日に到るまでその本質において何ら変わるところのない」法律学の営みを, 「学説を規範に変換する思惟形式」(学説の規範化作用)として特徴づけており, その際, グロチウスの業績も挙げている。E・エールリッヒ／河上倫逸=M・フーブリヒト訳『法社会学』(1984年) 232頁以下, とくに237頁。さらに, ヴィアッカーは, 「近世私法史の規定的駆動力は, 法思想の学問化 (Verwissenschaftlichung)であった」とし, モス・イタリクス (12世紀—16世紀)について, 理性法論に固有の位置づけを与えている。ヴィアッカー／鈴木訳・前掲2頁以下, 12頁以下。なお, 勝田有恒「ヴィアカーの近世私法史についての覚え書」一橋論叢70巻6号 (1973年) 5頁以下参照。
- (10) SCHLOSSER, *a.a.O.*, S. 89.
- (11) ウェーバー／世良訳・前掲502頁参照。
- (12) 奥田昌道「ドイツ法」『岩波講座・現代法 (14)』(1966年) 所収223頁。
- (13) Richard TUCK, *Natural rights theories: Their origin and development* [1979] p. 66.
- (14) Robert FEENSTRA, Grotius et le droit privé européen, *Recueil des cours [Collected courses of the Hague academie of international law, 1983 IV]* tome 182 [1984] pp. 453 et s., 462—464.
- (15) 本稿で考察対象としたグロチウスの著作の原著版およびこれと対照して用いた翻訳版は, おもに以下の通りである (以後引用は下線部分で行う)。
『捕獲法論』①GROTIUS, *De iure praedae commentarius* [1604], the

colloTYPE reproduction of the original manuscript of 1604 in the handwriting of Grotius [1950]; ② *Commentary on the law of prize and booty*, the translation by G. L. WILLIAMS [1964].

『オランダ法学入門』GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* [1631], *The Jurisprudence of Holland*, with the translation by R. W. LEE [1926].

『戦争と平和の法』①GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres* [1625], edidit P. C. MOLHUYSEN [1919]; ② *On the law of war and peace*, the translation by F. W. KELSEY [1925]; ③ J. H. v. KIRCHMANN, *des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens*, I, II [1869], ④ W. SCHÄTZEL, *Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens Paris 1625* [1950].

なお、グロチウスの法理論に関する研究文献目録としては、一又正雄「グローチウス考」『戦争と平和の法・第三巻』（1951年）所収36頁以下、松隈清『グロチウスとその時代』（1985年）253頁以下、大沼保昭編著『戦争と平和の法』（1987年）巻末36頁以下が詳しい。

I. 所有権の概念規定

グロチウスは、所有権を、その法的効果、客体および主体の各側面から概念規定している。以下、これを検討するに先立ち、まずその予備的作業として、ローマ法および中世ローマ法学を中心とする所有権の概念規定の前史を概観することから始める（後述1）。ついで、これとの対比においてグロチウスの概念規定の特色を明らかにする（後述2）。その際には、とりわけ、所有権とその客体とが同一視されていた段階から両者が次第に区別されていったこと、および物支配の様々な形態を含んでいた多義的な所有概念が次第に限定されていったことが注目される。

1. ローマ法および中世ローマ法学における dominium

所有権 (property [ownership, estate], Eigentum, propriété, proprietaria, eigendom, egendom.....) の概念は、ローマ時代に遡る dominium または proprietas の概念と歴史的連続性をもつものとされている。しかし、ローマ時代には、このほかに、個々の法律関係および客体の性質に応じて、「私のものである」(meum esse)⁽²⁾、「マンキピウム」(mancipium)⁽³⁾、「財産中にある〔もつ〕」(in bonis esse [habere])⁽⁴⁾、「使用し、収益し、所持し、占有すること」(uti frui habere possidere)⁽⁵⁾などの諸概念も混在しており、個々の法律

関係および客体から独立した統一かつ抽象的な所有権概念は存在しなかったとされている⁽⁶⁾。

また、ローマ法では、①所有者は所有権ではなくて物それ自体をもち、②不法行為に際して侵害されたのは所有権ではなくて物それ自体である、と観念され⁽⁷⁾、③所有物返還請求訴訟（対物訴訟）では、原告の請求は、被告に対する請求権ではなく、返還請求の目的物自体の擱取に向けられ、その結果、とりわけ争点決定前の収益の返還や物の毀滅に対する被告への人的責任追及は、所有物返還請求訴訟（*rei vindicatio*）の対象には原則として入らなかった⁽⁸⁾。④さらに、手中物の譲渡方式である握手行為では、譲渡されるのは所有権ではなくて物そのものであり、その法的効果は、所有権移転ではなくて追奪担保責任の発生であった⁽¹⁰⁾。

これに反して、中世ローマ法学では、*dominium* を中心にして所有権概念が整理されていった。まず、イルネリウス（IRNERIUS, c. 1055—c. 1130）が *dominium* を *ius* の一種として捉えたことを契機にして、*dominium* とその目的物（有体物）とが区別されるようになった⁽¹¹⁾。そして、狭義の所有権は、有体物に対する完全権（*ius plenum in re corporali*）として、あるいはバルトルス（BARTOLUS de Saxoferrato, 1314—1357）によれば「法律が禁止していないかぎり有体物を完全に処分する *ius* である」と定義された。しかし、他方、広義の所有権は、物における権利（*ius in re*）と同一視され、他人の物における権利（*ius in re aliena*）（役権、質権など）をも、さらに後には用益権、債権などをも含むものとされた⁽¹²⁾。

そして、用益権について——上級所有権（*dominium directum*）に対する——下級所有権（*dominium utile*）の概念を採用したアックルシウス（ACCURSIUS, 1182—c. 1260）を契機にして、対物訴権（*actio in rem*）に準ずる準返還請求訴権（*vindicatio utilis*）を与えられていた永借人の地位、地上権、長期占有の抗弁（後述 2 (1)(c)参照）によって取得された地位、妻の離婚後の嫁資返還請求権、封臣の権利なども、下級所有権として認められた⁽¹³⁾。

さらに、①非所有者からの取得者または②所有者から取得したが握手行為などの方式を欠く者が、善意かつ正当原因に基づいて使用取得可能な物を取得したものの、使用取得期間経過前である場合には、プブリキアーナ訴権（*actio Publiciana*）によって、より劣った権限をもつ者に対する関係での相対的な占

有保護（占有回復）がローマ法以来認められていた。そして、この者の地位は、中世ローマ法学（とりわけバルトルス）においては、これを実体的な観点から下級所有権と区別することを企図して、準所有権（quasi-dominium）と概念規定された⁽¹⁴⁾。

こうして、中世ローマ法学においてもなお、dominium 概念は、下紙所有権および準所有権をも含む広い意味をもっていた。

2. グロチウスにおける dominium

これに反して、グロチウスは、この準所有権および下級所有権を所有権の概念から排斥し、より厳密な概念規定を試みている。すなわち、グロチウスは、まず、所有権に基づく物の返還請求のほか、準所有権ないしはプブリキアーナ訴権に基づく物の返還請求をもはや認めていない（後述(1)）。つぎに、所有権の属性として物の処分権能に着目することにより、下級所有権の概念を否定し、代わりに制限物権の概念を採用する（後述(2)）。そして、グロチウスは、このように限定された所有権概念を、その帰属主体である人格との関係においてより分析的に規定し（後述(3)）、さらに、これを一般的な権利の概念規定の中に組み入れている（後述(4)）。以下、この過程を順次検討してみよう。

(1) 物の返還請求権能としての dominium　グロチウスは、まず、物の返還請求権能に着目して所有権を概念規定し、そして、この所有権を中核にして占有秩序を体系化しようと試みている。すなわち、――

所有権（eigendom）とは、占有を失った者が占有者に返還を請求できる財産権（toebehoorte）⁽¹⁵⁾である。

ちなみに、ローマ法では、占有保護は、主として所有物返還請求訴権（rei vindicatio）、プブリキアーナ訴権（actio Publiciana）およびいくつかの占有保護特示命令（interdicta possessorium）の諸制度に機能的に分担されていた。とりわけ、共和政初期以降にみられた、rei vindicatio における原告の举证責任の厳格化は、逆に、より簡便な救済方法としてのプブリキアーナ訴権の導入⁽¹⁶⁾をもたらした。さらに、無権限者による占有妨害または侵奪に対しては、アクチオよりも、むしろ占有保護のための特示命令が用いられ、瑕疵ある占有（possessio vitiosa）――不法な私力による暴力的（vi）または隠秘的（clam）な占有獲得およびいつでも撤回可能な恩恵的貸与による容仮占有（precarium）

——に対しては、禁止的特示命令によって以後の私力行使が禁止され、追及者による自力救済が容認された。また共和政初期には、特別の原状回復的な特示命令によって占有者には回復が義務づけられた。⁽¹⁷⁾そして、ローマ法では古典期においても、被侵害者を保護し平和を維持する目的のためには占有保護特示命令で十分であり、占有すべき権利 (the right to possess) はまったく問題にならなかったとも言われている。⁽¹⁸⁾

(a) 占有権 これに反して、グロチウスは、まず、占有権を所有権保護のための従属的な手段として位置づけている。もっとも、グロチウスの理論においても、占有権 (bezit-recht) は所有権 (eigendom) とならぶ物権の二大類型として、形式的には所有権とは独立に扱われている。⁽¹⁹⁾しかし、その効果としては、占有権者は占有物を保持 (houden) し、それを侵奪しようとする者に対抗する (wederstaen) ことができ、誰か他の者がその所有権を裁判上立証するまで占有を継続することができるものとされている。そして、「誰でも、自然法による制限を守って、穏やかな抗議の後に自力で自己の財産を占有者から取り戻すことは、合法 (geoorloft) であり、その際、暴力行為 (dadelijkheid) が用いられないかぎり、裁判所は介入しないものとみられている。したがって、つねに裁判所の許可 (handvesten) によらなければ何びとも占有者から取り戻しえないというのは、裁判所の誤解であるとされる。⁽²¹⁾ここでは、占有者が真の所有者でないときには、所有者自身が暴力行為にならない程度の自力救済 (hand-dadigheid) によって占有を回復する余地が残されており、この場合には、被告たる所有者が自己の所有権を立証して相手方の占有権の主張を排斥することを認める趣旨であると解される。⁽²²⁾他方、占有者が所有者である場合には、被告に所有権の立証が課されることによって、「占有権は占有者の所有権の立証を軽減する」ものであるとされる。⁽²³⁾

こうして、占有権は、所有権保護のための従属的手段として明確に位置づけられている。

(b) 善意取得 ローマ法では「何びとも自己のもつ以上の権利を他人に移転することはできない」(Ulp. D. 50. 17. 54) という原則が通用し、⁽²⁴⁾非権利者からの取得は認められていなかったと言われている。もっとも、そこでも取引安全の必要性から、善意の取得者には、一定の要件の下に比較的短期の占有による市民法上の所有権取得 (使用取得 [usucapio]。後述(c)) が認められ、また、

この使用取得期間経過前に占有を失った場合には、前述のようにプブリキアーナ訴権によって、より劣った権限をもつ者からの占有の回復が認められた。⁽²⁵⁾しかし、このプブリキアーナ訴権によって善意占有者に市民法上の所有権が付与されるわけではなく、真の所有者ないしよりよい権限をもつ者は、（真の）所有者の抗弁（*exceptio [iusti] dominii*）を提出することができた。⁽²⁶⁾

この点について、グロチウスは、所有権に基づく返還請求訴訟では、所有者は非権利者からの善意かつ有償の取得者に対しても何ら償金を支払うことなく占有を回復できるのが普通法上の原則であることを確認する一方、⁽²⁷⁾すでにこれに一定の例外を設けて、非権利者からの取得者を所有者に対する関係で保護している。そのための要件は、①ある者が善意かつ②有償で、③自由市場（*vrijemarkt*）で物（動産）を購入し、⁽²⁸⁾④しかも売主が知れない場合で、⑤一定日数の公示（*opentlick*）を経ることであり、その効果は、取得者が当該物の購入のために支出したと宣誓した額につき、同人は所有者（所有権に基づく返還請求訴訟で勝訴した者）に対して賠償請求をすることができ、これを受け取るまでは所有者に対して目的物を回復する義務はないことである。⁽³⁰⁾他方、この所有権に基づく返還請求訴訟で勝訴した者は、そこで判断された事項（*zaecke*）に関して、後に現れた真の所有者の請求に対しても、既判事項の抗弁（*exceptio res judicata*）を申し立てることができるものとされている。⁽³¹⁾

こうして、グロチウスの理論では、⁽³²⁾ローマ法のプブリキアーナ訴権のような相対的な占有保護が認められない代わりに、所有権の所在をつねに一義的に決定する建前の下で、善意取得者の保護が図られるに至っている。

(c) 取得時効 つぎに、非権利者からの取得者を保護するローマ法以来のいま一つの制度である使用取得（*usucapio*）についても、グロチウスは所有権制度の一環として理論化している。

グロチウスは、第一に、短期の取得時効（*verjaringe een korte*）として、①正権原に基づき、②善意で、かつ③執行官（*Schepenen*）の認識の後に、④1年と1日占有を継続した者は所有権を取得し（ただし、不在者および孤児の権利は害されない）、第二に、長期の取得時効（*verjaering te bekomen een lange*）として、①不動産（私有地でも封地でも）を、②3分の1世紀間占有した場合には、占有者は所有権を取得するものとした（ただし、孤児および合理的理由による不在者の権利は害されない）。⁽³³⁾

ここで、注意すべきは、まず、グロチウスの理論とローマ法の理論との相違である。ローマ法では、①市民法上の所有権が成立しうる物——したがって、属州の土地、公物、盗品などを除く——について、ローマ市民が善意で、そして売買、贈与、嫁資設定、遺贈、弁済、放棄、相続などの正権原または誤想権原により、不動産は2年、その他の物は1年占有することによって市民法上の所有権を取得する使用取得 (usucapio)、②おもに使用取得不可能な物について、占有の正当な開始 (iustum initium possessionis: 善意および正権原にほぼ同じ) をもって10年 (不在者間では20年) 占有することによって、原告の所有物返還請求を排除できる長期占有の抗弁 (praescriptio longi temporis)、③たんに善意で30年 (教会財産や係争物は40年) 占有することによって認められる最長期占有の抗弁 (praescriptio longissimi temporis)、および④善意などにかかわらず、たんに30年 (ユスチニアヌス法では40年) 占有することによって認められる訴権消滅時効がある。そして、①と②はユスチニアヌス法によって統一され、占有期間は、動産は3年、不動産は10年 (不在者間では20年)⁽³⁴⁾とされた。

このうち、グロチウスは、ローマ法の使用取得として、この①と②を統一したユスチニアヌス法について述べる一方、⁽³⁵⁾ローマ法の長期占有の抗弁に言及する際には、時効期間については③の最長期占有の抗弁と一致しているものの、占有者の善意要件を外して理解しており、この点では、長期占有の抗弁というより、むしろ④の訴権消滅時効を想起させる。そして、このようなローマ法の理解に基づいてであろうか、グロチウスは、長期の取得時効については、ローマ法の長期占有の抗弁におけるのとは異なって、もはや占有者の善意すら要求していない、ということに注意すべきであろう。

つぎに、グロチウスは、使用取得の効果と長期占有の抗弁ないし訴権消滅時効の効果とを本質的に区別するローマ法とは異なり、短期の取得時効も長期の取得時効も、何れも所有権取得の効果を生じる制度として統一的に把握している。⁽³⁷⁾そして、取得時効は、物の所有者がその権利を放棄したこと (derelictio) によって発生する所有権移転とされ、この放棄の有無は、「人間意思の推定に基づいて」(ex conjecturis humanae voluntatis)⁽³⁸⁾判断される。そして、この推定は、言葉や行為のみならず長期間の沈黙といった不作為によっても行われるが、所有権放棄の推定としては、沈黙者が所有権喪失の可能性を認識してお

り、かつ、彼の意思が自由であることが要求される。さらに、これは「自然的推定」(praescriptio naturalis)であり、「自然法に由来」⁽⁴⁰⁾する。こうして、グロチウスの理論では、時効制度も、「推定」という構成を介して人間の意思に基づく所有権移転として説明されているのである。⁽⁴¹⁾

(d) 所有権に基づく返還請求権 以上のように、グロチウスの理論における占有権、善意取得者保護および取得時効の各制度は、ローマ法において相対的なまたはカズイステークな占有保護機能を営んでいた諸制度を吸収する形で、各々の占有保護制度に共通の前提となるべき統一的な所有者の地位——以下、本稿ではこの意味で「絶対的」所有権の概念を用いる——を決定する機能へと再構成されていったとみることができよう。そして、グロチウスの返還請求権論は、これら周辺の諸制度の基礎の上に、この「絶対的」所有権の所在を基準にして展開されている。

すなわち、(i) 他人の物の占有者には、これを所有者 (dominus) に返還する義務 (obligatio) がただちに——たとえ所有者から返還請求を受けていなくとも——発生し、(ii) この義務の発生要件は、他人の財産の占有それ自体であって、占有取得に際しての善意・悪意は考慮されない⁽⁴²⁾。

(iii) 返還義務の性質・内容は、可能なかぎり所有者の権力 (potestas) の下に物を回復させることであり、占有者自身の費用 (impensa) で返還する義務はないが、占有者は費用を要するときにも、所有者が自己の物を受け取ること (recipere) ができるように通知すること (indicare) が必要であるとされ、返還を実現するために最初の、最低限の行為を起こす義務は占有者に課されて⁽⁴³⁾いる。

(iv) 返還義務の範囲は、①客体または果実が現存していればそれらに対して、⁽⁴⁴⁾
②客体または果実を消費した場合にはいわゆる出費の節約に対して、⁽⁴⁵⁾
③客体を⁽⁴⁶⁾処分した場合には処分の代価に対して、⁽⁴⁷⁾いずれも客体の価値的変形物とみられることを根拠にして、⁽⁴⁸⁾所有権に基づく返還義務が及ぶものとされる。しかし、
④客体の滅失および果実の収取懈怠の場合には、客体も利得も存しないことから返還義務は消滅し、⁽⁴⁹⁾
⑤勤勉による果実 (収益) は、客体自体の変形ないし延長とみることができないがゆえに、所有権の効果としての返還義務も及ばない。⁽⁵⁰⁾

しかし、ここで注意すべきは、以上の議論は善意占有者 (bonae fidei possessor) を前提としたものであり、悪意占有者 (malae fidei possessor)

は、「行為それ自体（の不法性）によって、物（の所有権）を理由とするものを超えて（*ultra rei rationem*）回復義務を負う⁽⁵¹⁾」。したがって、ここで一定の場合に認められる占有者の返還義務の消滅は、善意占有の積極的な効果ではない⁽⁵²⁾。

(v) 以上の義務に対応して、所有者には返還請求権（*repetitio*）が成立するが⁽⁵³⁾、その発生根拠は、「所有権制度の導入の時に（*introducto dominio*）、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、それは、「もし所有権の効力が、所有者の請求によってはじめて物が返還されるだけのものだとすれば、所有権はあまりに脆く、その監視（*custodia*）にはあまりに多くの費用がかかる⁽⁵⁴⁾」、との判断に依拠している。

(vi) さらに、ここで前提にされている占有者善意のケースは、錯誤による契約の場合などを除けば、所有者—占有者間で直接生じることほとんど考えられない。と言うのは、非債弁済その他の不当利得、および強迫、詐欺、未成年などを理由とする原状回復については、別途に返還義務の要件・効果が論じられているからである（続稿CⅢ 2 (1)(b)）。したがって、ここでの問題は、当事者間に直接の法律関係が介在しない場合、すなわち、非所有者からの善意の取得者（占有者）と所有者との関係が主たる場面として想定されていると解される（前述(iv)③注46参照）。

(e) 返還請求権の正義論的基礎 以上のようなグロチウスの返還請求権論は、例えば悪意占有者の返還義務の範囲（前述(d)(iv)末尾）にみられるように、中世スコラ学における交換的正義（*iustitia commutativa*）の思想——「他人から取ったと同じ物だけを返還する」のみでは十分ではなく、「有害な行為をしたことのゆえに負う返還義務」（行為の悪性に対する報復⁽⁵⁵⁾）も課される——を残存させているとみられる。しかし、他方で、例えば収取を怠った果実については、グロチウスに先立つスペインの後期スコラ学における回復理論では、占有者の怠慢に対する報復として返還（賠償）が義務づけられていたのに反して、⁽⁵⁶⁾グロチウスは返還義務が消滅するとしていることなどからみると（前述(d)(iv)④）、グロチウスの理論には、スコラ学的な交換的正義論から脱皮する傾向も同時にみとれる。これは、グロチウスが所有権（権利）を規準とする新たな正義論を展開していることと関連するものと思われる（後述(4)(v)参照）。

(2) 物の処分権能としての *dominium* つぎに、グロチウスは、物の処分権能に着目した所有権の概念規定によって、抽象的な価値の帰属を所有権概念の本質に据え、従来は下級所有権概念に包摂されていた制限物権を所有権の範疇から除外しようとしている。すなわち、――

完全な所有権とは、ある者が法律が禁止していないかぎり物を随意にか
つ彼固有の利益において処分しうる所有権である。⁽⁵⁷⁾

この定義は、すでに述べた註解学派バルトルスによる *dominium* の定義、すなわち、「法律が禁止していないかぎり有体物を完全に処分する権利である」（前述1参照）と実質的に同じものであるかにみえる。しかし、バルトルスは、所有権を、物を所持する権利 (*ius insistendi rei*) としての占有権 (*possessio*) から区別するために、「完全に処分する権利」(*ius perfecte disponendi*) なる概念を用いたのであり、これは譲渡権能のみならず、使用・収益権能をも包摂する観念であった。⁽⁵⁸⁾

これに反して、グロチウスは、例えば、土地に通行地役権が設定されている場合には、通行権者も通行を忍容すべき者も、ともに不完全所有権をもつが、「この両者を区別するために所有権 (*eigendom*) という言葉は、所有権のうち、より多くの権利の部分をもつ者、つまりこの土地を売却および賃貸することができる者に対して用いられ」、これに反し、「より少ない部分、例えば通行権は、制限物権 (*gerechtigheit*) と呼ばれる」として、所有権と制限物権とを明確に区別した。そして、この区別の基準として、「どちらの者がより多くの権利の部分を持ち、どちらの者がより少ない部分をもつかを決定するためには、しばしば収益 (*beat*) よりも、むしろ物の価値 (*waerde*) の方に注目される」とする。したがって、例えば、中世ローマ法学においては下級所有権 (*dominium utile*) をもつとされていた永借人などは、「土地からより多くの収益を受けているとしても所有者とは呼ばれない」⁽⁵⁹⁾。このように、抽象的な価値の帰属を所有権概念の本質に据えたグロチウスの理論は、それまで下級所有権概念に包含されていた制限物権を所有権 (*dominium*) の範疇から除外する傾向を示しているのである。⁽⁶⁰⁾

しかし、このことは、所有者―制限物権者関係における所有者の権能の相対的拡大を意味するものではなかったことに注意しなければならない。すなわち、グロチウスの理論では、ローマ法とは異なり、制限物権の譲渡（例えば永借権。

ただし、所有者には譲渡を知ってから一年内の取消権[*ius retractus*]が留保される)、相続(永借権、家畜放牧権など)、時効取得(永借権、用益権、使用権など)、目的物の譲受人に対する制限物権者の対抗などが認められ、むしろ、⁽⁶¹⁾制限物権者の権能は拡張されているのである。

そして、物の抽象的な価値の帰属を所有権の本質とみるここでの概念規定は、所有権の効力が現存する客体のみならず、その価値的変形物にも及ぶとされたこと(客体の観念化。前述(1)(d)(iv)および注48参照)と理論的に一貫するものであると考えられる。

(3) 物の人格への固有的帰属としての *dominium*　グロチウスは、以上のように所有権の客体を中心にして、その返還および処分に着目した概念規定をする一方で、所有権の主体の観点からも考察を加え、物と人格との関係という観点から、より分析的な概念規定を行っている。すなわち、――

今日においては、所有権(*dominium*)とは、固有的帰属(*proprium*)、すなわち、他の者にちょうど同じ方法では属しないようにある者に属することを意味する。⁽⁶²⁾

この定義は、(1)でみたグロチウスにおける相対的所有の否定、すなわち、「絶対的」所有権の概念をすでに示唆している。と同時に、この固有的帰属(*proprium*)としての *dominium* は、グロチウスによれば、一つの歴史的概念であり、とりわけ、ここでは、それが、所有権の帰属主体に関して、いわゆる権利能力(法人格)概念が確立した歴史的段階においてはじめて成立しえたものであることに注意すべきである。⁽⁶⁴⁾

すなわち、グロチウスによれば、「すべての者は生まれながらにして平等であり」(*alle menschen, door de gheboorte gelijk zijnde*)、出生、出生地、家柄などに基づく諸資格、すなわち、嫡出と非嫡出、自国人と外国人、貴族と平民、⁽⁶⁵⁾聖職者と平信徒によって区別されることなく、法人格を認められる。また、出生前の胎児にさえ、彼らの利益になるかぎりにおいて人格(*mensch*)が認められる。⁽⁶⁶⁾さらに、「不完全能力者」(*onmondigen*)と認定される人々――「自己および自己の生活を管理し、自己の名で訴訟を行う能力を欠く者」とされる妻、未成年者および精神的・肉体的障害者――は、その人格および財産に関して、夫、父親、その他の後見人の指示や権限に服することがあるが、これらは不完全能力者の特別の利益のために導入された法定権限(*rechtelicke macht*)

であり、あくまで権利の帰属主体は不完全能力者自身であって、権利能力の普遍的な承認と矛盾するものではない。⁽⁶⁷⁾こうして、身分上の支配権と財産権とが混合されていたようなローマ的な強大な家父権（*ius patriae potestatis*）は後見権へと解消し、これは、もはや権利能力の制限とは無関係の、名実ともに被後見人の利益のための管理権能として把握される一方、⁽⁶⁸⁾所有権は純粋な財産帰属としての色彩を強めた。また、被後見人自身が行いうる財産行為の範囲も、彼ら自身の利益や商取引の拡大および国富の増大を考慮して拡張される傾向にあった。⁽⁶⁹⁾

そして、以上のことは、自由な人格概念の確立を不可欠の前提とする一般的な権利概念の生成の原因にもなっていたのである。

(4) 権利としての *dominium* 最後に、グロチウスは、物と人格との関係という観点からの所有権の概念規定をさらに進め、所有権を「権利」という側面から厳密に概念規定する。

ちなみに、権利概念の起源については、ローマ法説、⁽⁷¹⁾注釈学派説、⁽⁷²⁾人文主義法学説、⁽⁷³⁾主意主義論者説、⁽⁷⁴⁾グロチウス説などがあるが、これらの議論の詳細に立ち入ることはここでは差し控え、グロチウスの権利論の特色を若干の観点から整理するにとどめる。

グロチウスは、*ius* という言葉には、不正ではないこと（*iniustum non est*）および最広義の法律（*lex*）という意味のほかに、「人格に関係するもう一つの *ius*」があるとす。すなわち、――

この意味の *ius* は、それによってある者が正当に何かを所持し、または行為することができる *qualitas moralis* である。このような *ius* は、たとえそれが地役権のように物（要役地）に従属し、人的権利（*ius personae*）との対比において物的権利（*intra realia*）と呼ばれるとしても、人格に帰属する。・・・この *qualitas moralis* が完全なものである場合には権能（*facultas*）と呼ばれ、それほど完全なものでない場合には適格（*aptitudo*）と呼ばれる。

権能（*facultas*）を、法学者は自己のもの（*suum*）という名で呼ぶ。今後われわれはそれ[*facultas*]を固有のまたは厳格な意味における *ius* と呼ぼう。これは、自由（*libertas*）と呼ばれる自己自身に対する力ならびに父や支配者の権力のように他人に対する力（*potestas*）、そして所有権

(dominium) —これは完全なものならびに用益権や質権のように不完全なものである—, さらには相手方の債務が対応するところの債権⁽⁷⁶⁾ (creditus) である。

ここでの *ius = qualitas moralis* は、一般に、「権利」(subjektives Recht; Recht im subjektiven Sinne) を指すものと解されている。⁽⁷⁷⁾

(i) ここでは、まず、*ius* が人格と関係づけて捉えられたことが注目される。ちなみに、ローマの法体系——例えば、ガイウスの『法学提要』に代表される、人の法、物の法およびアクチオの法という三分類——は、根本的には、「アクチオ」(actio) とその保護客体としての「物」(res) を基礎とする二元論に立脚しており、後者の「物」概念は、*dominium* をはじめとする有体物 (res corporales), および obligatio (債権), servitus (役権), ususfructus (用益権), hereditas (相続財産) などの無体物 (res incorporales) に分類され、ローマ法では、この無体物が“*ius*”と表現された。したがって、ローマ法では、権利 (*ius*) とその保護客体との区別が明瞭ではなかった。⁽⁷⁸⁾

これに反して、「人格に関する…*ius*」というグロチウスの定義は、とくに *ius* が「完全なものである場合には権能 (facultas) と呼ばれ、それほど完全なものでない場合には適格 (aptitudo) と呼ばれる」としていることから窺われるように、*ius* は権利主体の能力または資格として捉えられており、これによって権利の保護客体とは明確に区別されている。

(ii) しかしながら、このことは、*ius* が権利主体の人格の一部と同一視されることを意味するものではない。すなわち、グロチウスは、*facultas* について、従来の法学者が用いていた各人のもの (suum) = 生命、身体および自由⁽⁷⁹⁾ という概念に代えて、あえて「固有のまたは厳格な意味における *ius*」と概念規定し直している。これは、グロチウスが、権利を個々の人格に自然的に備わった生命、身体および自由と本質的に同じものとみてきた中世ローマ法学初期以来の権利概念である *ius = suum* ——これを以下では、《自然的=個体主義的》権利概念と呼ぶ——とグロチウス自身の権利概念とを意識的に区別しようとしたものと解される。そこで問題は、グロチウス自身が考えている“*ius*”概念の内容である。⁽⁸⁰⁾

(iii) グロチウスは、ここでの *ius* をまず、*qualitas moralis* と規定している。ところで、この道徳的なるもの (moralia) とは、社会における個々人の

行為に関するものであり、⁽⁸¹⁾ 個々人の意思 (voluntas) に依存するものであるが、同時に、その意思に善とか悪とかいう目的を与えることによって意思に対して方向性を指し示すような規範的存在を意味する。⁽⁸²⁾ 換言すれば、それは、社会における各人に対して共通に通用する規範 (regula) であるが、しかし、裁判によって言い渡されるような規範とは異なり、個々人の意思または理性 (ratio) を源泉とする規範である。⁽⁸³⁾ この意味において、それは、各人によって自発的または主體的に行われる判断を各人が共通にもつことによって内面的拘束力と一般的妥当性を生じる、いわゆる間主観的ないし共同主観的 (intersubjektiv) な規範であると言うことができよう。⁽⁸⁴⁾ そして、ius = qualitas moralis とは、「ある者が正当に何かを所持し、または行為すること」(前掲引用部分参照) を許容する、という権利の規範的側面を表したものであり、それは、個々人の主観的意思や欲求が同時に当該社会の間主観的意識に合致して妥当性を獲得する場合にはじめて、その個々人の意思に基づく所持や行為の能力ないし資格が権利として成立しうることを示したものとみることができよう——以下では、この ius = qualitas moralis を、先の《自然的=個体主義的》権利概念と対比して、《意思的=共同主観的》権利概念と表現する。⁽⁸⁵⁾ したがって、それは一方では、もっぱら客観的規範としての「法律」とは区別されなければならないが、⁽⁸⁶⁾ 他方、それはけっして純粹に主観的なものとして捉えられるべきものでもない。このように、グロチウスの権利論においては、法と権利の関係についての今日的な理解のしかたである「客観的」法 (objektives Recht; droit objectif) と「主観的」法 (権利) (subjektives Recht; droit subjectif) という二分法がまだ採られていなかったことにも注意しておきたい。

(iv) さらに、グロチウスは、「このような ius は、…人格に帰属する」(前掲引用部分参照) としていることにもみられるように、権利をあたかも一個の物のように観念する幾何学的、合理主義的思考をしている。このことは、権利の客体とは区別された権利そのものの移転として構成されるグロチウスの所有権譲渡理論および契約理論においてより明確に示され、いわゆる「意思主義」理論への道を拓くことになったのである (続稿□Ⅱ 2, 3(4))。

(v) しかし、このようにあたかも一個の物のように人格に帰属するものと観念された権利概念は、たんなる虚構にすぎないものではなく、グロチウスの法理論においては、その正義論の規準として実践的意義をもっていたことは看過

されえない。すなわち、グロチウスは、*ius* が完全性を備える場合は権能 (facultas) ——①自己自身に対する力、②支配者の権力、③所有権および④債権——として、不完全な場合は適格 (aptitudo) ——身分、富、出自、卓越性など、個々人の「価値」に応じてふさわしい給付を受ける資格——として、*ius* の内容を区別しているが、この両者の区別はグロチウスの権利論の基礎にある正義論の区分に対応している。すなわち、——

権能 (facultas) は、回復的正義 ([iustitia] expletrix) の対象であって、これは固有かつ厳格な意味における正義と名づけられる。これは、アリストテレスの契約的正義 ([δίκαια] συναλλακτική) であるが、その表現はあまりに狭い。なぜなら、私の物の所持者がそれを私に返還することは合意に基づいて (ἐκ συναλλάγματος) 行われるのではないが、しかしなお、この回復的正義に属するからである。アリストテレスは、より適切にこれを匡正的正義 ([δίκαια] ἐπανορθωτική) とも呼んでいる。適格 (aptitudo) は、配当的正義 ([iustitia] attributrix) ——アリストテレスの配分的正義 ([δίκαια] διανεμητική) ——の対象である。それは、他人に何か利得を与えるような徳——例えば、寛大、同情および指導者による注意——に伴うものである。⁽⁹¹⁾

まず、グロチウスによる回復的正義と配当的正義の区別は、アリストテレスによる匡正的(矯正的)正義と配分的正義の区別を基礎にしている。しかし、両者の間には少なからぬ相違がある。第一に、グロチウスは、このアリストテレスの正義論をいくつかの点で批判している。アリストテレスによれば、矯正的正義はあらゆる個人間の交渉について算術的比例に従って、配分的正義は公共財の分配について幾何学的比例に従って行われるとされた(注90参照)。しかし、グロチウスによれば、例えば、組合契約 (contractus societatis) では、幾何学的比例が妥当する一方、ある公務にふさわしい人物がただ一人しかいないときでも、この者の報酬は算術的比例に従って計算される。⁽⁹²⁾ また、個人財産に関しても、遺産分割においては配当的正義が妥当するが、他方、ある市民が公益のために供した役務に対する公共財からの補償は、回復的正義に基づいて行われるべきである、とされる。⁽⁹³⁾ したがって、アリストテレスによる正義の分類とその妥当領域とは、必ずしも的確に対応するものではない点が批判されている。

第二に、このことと関連するが、アリストテレスは矯正的正義→個人間の交渉、配分的正義→公共財の分配として、それぞれの正義の妥当領域を画然と区別し、両者を相互に別個独立の領域として捉えたことから、矯正的正義にも配分的正義にもいわば等しいウェイトが置かれていた。これに反して、グロチウスは、そのようなアリストテレスの区別を上述のように批判したのみならず、回復的正義を「固有かつ厳格な意味における正義」とする一方、配分的正義は適格 (aptitudo) という「それほど完全ではない」もの、いわゆる「不完全権」(imperfect right)⁽⁹⁴⁾を対象にするものとみている。もっとも、このことからただちに、グロチウスが回復的正義を重視し、配分的正義を軽視していると速断することは危険である。しかし、両者間におけるウェイトの差異は、グロチウスの所有権論においては非常に重要である。すなわち、グロチウスは、従来のスコラ学ならびに教会法学に比べて、私人間の取引交渉における契約自由の領域を拡大し、個人の才能を活かした積極的な利殖活動を肯定的に評価しており、また、緊急状態における他人の物の利用権（緊急必要権）さえ、慈善的な弱者保護の規則に基づくものではなく、所有権制度に内在する完全権であるとみている（続稿Ⅱ 3 (3), 「おわりに」 2 参照）。したがって、グロチウスの所有権論においては、回復的正義の妥当領域が配分的正義のそれに比べてかなり広いものとして捉えられているとみることができよう。

つぎに、グロチウスの正義論は、トマスはじめスコラ学の正義論とも原理的な相違をもっている。すでに述べたように (1)(e), スコラ学の交換的正義は、物の返還や損失の賠償に際して、物や利益の客観的価値の回復のみならず、占有者の占有取得行為の悪性——例えば、窃盗、強盗、悪意占有など——や、占有者の怠慢——例えば、収取を懈怠した果実など——に対する制裁をも行なってはじめて実現される。これに反して、グロチウスの回復的正義は、所有権をはじめとする権利を規準とした回復であり、所有権の効果が及ばない物や利益は、原則として回復の対象にはならない（前述(1)(d)(iv)参照）。

こうして、グロチウスに至って、権利の実現が正義の実現を意味することになる。ここで、所有権概念は、一般的な権利概念の一類型として、論理的にはこれに包摂される一方で、所有権に基づく返還義務（前述(1)(d)）に典型的にみられるように、この権利が立脚する正義論的基礎（回復的正義）の範型として、逆に一般的な権利概念を基礎づけている関係にある。⁽⁹⁵⁾

3. 小括

本章の考察からは、グロチウスの所有権 (dominium) 概念の特色として、つぎの点が明らかになった。すなわち、①所有権は、その法的効果としては、物の返還請求権能および処分権能を中心にして把握される。②所有権の客体は、物から生じる果実を含めた有体物のみならず、その物が消費または処分された場合の価値的変形物とみられるものをも含み、本質的には、物の抽象的な価値として把握されている。③所有権の主体は、不完全能力者を含むすべての人格である。④そして、所有権とは、その目的物または保護法益とは別個に、このような人格に絶対的に帰属する一個の権利 (ius) であり、その帰属を基準にして正義 (iustitia) が実現される。

以上のように、物と人格との関係を中心にして捉えられたグロチウスの所有権概念に関する基礎的考察を踏まえ、次章 (続稿Ⅱ) においては、物の人格間における移動に関する所有権譲渡理論について検討する。

- (1) Dietmar WILLOWEIT, *Dominium und Proprietas*, *Historisches Jahrbuch* 94 [1974] S. 131 ff., bes. 132 f.
- (2) 私的所有に服する土地、地役権、奴隷、一定の家畜など、農業経営上重要な財産である手中物 (res mancipi) を譲渡する市民法上の方法の一つである握手行為および所有物取戻訴訟の方式として。Gai. 1. 119; 4. 16; vgl. Max KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* [2. Aufl., 1956] S. 6 f; dens., *Das römische Privatrecht*, I [2. Aufl., 1971] § § 9 (II)1; 32(III)1.
- (3) 家族構成員および奴隷その他の手中物に対する支配、譲渡および取戻訴訟の方式として。Gai. 1. 120; Livius 3. 44; vgl. KASER, *Eigentum und Besitz*, S. 180 ff., bes. 192 ff.
- (4) 手中物を、市民法上の所有者から、握取行為または法廷譲渡の方式を欠く引渡によって取得した者が、後にこの譲渡人から所有物返還請求権 (rei vindicatio) を行使された場合、法務官は取得者に対して「売却されて引渡された物の抗弁」(exceptio rei vinditae et traditae) または「悪意の抗弁」(exceptio doli) を付与して保護した (D. 21. 3; D. 44. 4. 4. 32)。したがって、この取得者は市民法上の所有権をもつ者ではないが、ガイウスはこのような者の地位をも dominium と呼んだ (Gai. 1. 54; 2. 40 f.)。Vgl. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § § 97(III); 104(II)。
- (5) 属州の土地に対する所有権類似の権利である。Vgl. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § § 97(II)2; 104(III); Gai. 2. 7.
- (6) WILLOWEIT, *a.a.O.*, S. 132; MAYER—MALY, *a.a.O.*, S. 150. エー ルリッヒ／河上＝フーブリヒト訳・前掲294頁以下, ウェーバー／世良訳・前

- 掲362頁。Vgl. Günther JAHR, Zum römischen (romanistischen) Begriff des Eigentums, in: *Gedächtnisschrift für W. Kunkel* [1984] S. 69 ff., 90 f. mit Anm. 24.
- (7) Helmut COING, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in: *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit* [1959] S. 7 ff., 11 f. (zitiert „Subjektives Recht“); vgl. Ludwig RAISER, Artikel „Eigentum“, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. II [1929] S. 772, A, I.
- (8) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, §§ 32(II); 55(I) 3; 103(I) 3.
- (9) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 103(I)5; II [2. Aufl., 1975] § 245(II)4. a. もっとも, 果実は rei vindicatio の対象になりえた (Ebenda, I, § 103(I)5; II, § 245(II)4. b)。
- (10) KASER, *Eigentum und Besitz*, S. 109. いわゆる追奪担保主義 (Evictionsprinzip) である (KASER, *Das römische Privatrecht*, I, §§ § 130 (V)1; 131)。
- (11) TUCK, *op. cit.*, pp. 13 ff. これについては, 後述 2 (4)(i)注78参照。
- (12) Ernst LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum* [1883] S. 88, 92 ff.; Helmut COING, Zur Eigentumslehre des Bartolus, *SZ(Rom.)*70 [1953] S. 349 ff.(zitiert „Eigentumslehre des Bartolus“).
- (13) COING, „Eigentumslehre des Bartolus“, S. 358 ff.
- (14) したがって, 訴状に「所有権に基づいて」(ex iure dominii) と記載した場合には, バルトルスによれば, 下級所有権者は保護されうが, プブリキアーナ訴権による保護までは認められず, それゆえ, 「所有権または準所有権に基づいて」(ex iure dominii vel quasi) ととくに記載するのが通常である, とされた (COING, „Eigentumslehre des Bartolus“, S. 364 ff.)。
- (15) GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 1.
- (16) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, §§ 103(I)1; 104(I); cf. *D. 6. 2; Gai. 4. 36*.
- (17) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 96(I), (II) 1; II, § 240(II). 占有者が回復しない場合には, 金銭有責判決を受けた。ここでは法務官は, よりよい占有をする者, とりわけ相手方に対して瑕疵ある占有をしない者を相対的に保護し, また, 両当事者が相互に私力を行使した場合には, 最初の私力行使前に占有していた者に占有を与えた (Ebenda, I, § 96(III))。
- (18) Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law* [1954] p. 452. なお, 古典期後の発展は, むしろ占有訴訟の中に所有権の問題への配慮が取り込まれ, 独立の所有権訴訟が衰退する傾向を示したとされる。さらに, 瑕疵占有の抗弁 (exceptio vitiosae possessionis) が排除されることにより, 相手方がそれ以前に瑕疵占有し, かつ, 自分自身は所有者であるとしても, 自力救済は絶対的に禁止され, 暴力的に自力救済をした者は, 所有者であれば, あらゆる返還

- 請求の訴が排除されることによってその権利を喪失し、所有者でなければ贖罪金給付を課された (KASER, *Das römische Privatrecht*, II, § 240 (I) 1. b, c; (II) 1).
- (19) なお、その他の制限物権は、不完全所有権 (gebreckelicke eigendom) の一態様として、ひとまず所有権の範疇に包摂されている (GROTIUS, *Inleidinge*, II(1) 60)。しかし、後述(2)参照。
- (20) GROTIUS, *Inleidinge*, II(2) 6.
- (21) GROTIUS, *Inleidinge*, II(2) 6; (3) 3.
- (22) Cf. GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 3—4. もっとも、被告たる所有者の所有権主張の方法およびその所有権が立証された場合の原告の占有訴権の取り扱いについては、グロチウスの理論の詳細は明らかでない。
- (23) GROTIUS, *Inleidinge*, II(2) 7.
- (24) もっとも、ローマ法におけるこの法諺の意味およびその妥当領域をより限定的に解釈するものとして、SCHULZ, *op. cit.*, pp. 351 ff. 参照。
- (25) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § § 100(I) 2; 101(I); 104(I). この状況は、普通法でも基本的に変わっていない。Vgl. Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, I [Älteres Gemeines Recht, 1985] S. 298, 306 f.
- (26) Pap., Paul. *D.* 6. 2. 16 f. u. a.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 104(II), Anm. 13.
- (27) GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 5.
- (28) ただし、質権付貸付業者 (tafel-houders) および古着商人 (oude kleerkoopers) の場合には、さらに売主の無権利を疑うに十分な理由のなかったことをも要する (GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 6)。
- (29) ここで重要なことは、この善意取得者保護は、盗品に対しても認められたことである。Vgl. Josef KOHLER, *Niederländisches Handelsrecht in der Blütezeit des Freistaates*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, Bd. 59 [2. Heft, 1907] S. 312.
- (30) GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 6. このように原権利者の追及可能性を原則としつつ、善意かつ有償の取得者に対する代価賠償義務を認める保護形態は、その後、バイエルン州法典 (II(2) § § 7, 10 ff.)、ザクセン民法典 (§ § 295, 314 f.) およびプロイセン一般ラント法典 (I(15) § 44) において規定が設けられた。
- (31) GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 7; cf. *ibid.*, III(49).
- (32) これはまた、アントワープの都市法をはじめ、当時のオランダの実定法を反映していると言われる。Vgl. KOHLER, *a.a.o.*, S. 310 f.; COING, *a.a.o.*, S. 296 ff., 307.
- (33) GROTIUS, *Inleidinge*, II(7) 5—8. 「これは1530年頃に連邦裁判所によって認められたオランダの慣習」であると言う。
- (34) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 101; II, § 243. また、④はテオドシウス二世によって導入された。Vgl. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, § 93(I).

- (35) GROTIUS, *Inleidinge*, II(7) 2.
- (36) GROTIUS, *Inleidinge*, II(7) 2.
- (37) 吉野悟「ドイツ近世の自然法学と時効」日本法学50巻3号(1984年)49頁も、この点に留意される。なお、グロチウスは訴権消滅時効も認めておらず、債権の消滅時効についても、「・・・ちょうど所有権それ自体が時効によって取得されるように、債務もまた時の経過によって実際に(dadelick)消滅する…」としている(GROTIUS, *Inleidinge*, III(46) 2)。
- (38) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(4) 3; 4. 1.
- (39) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(4) 3—4. 1; 5. 1, 3; cf. *ibid.*, II(4) 6—7. なお、①沈黙期間の長さは、所有者にその所有物についての「記憶を失わせるほどの期間」で足り、②また、現存者間では、不在者に対する場合よりも短い期間で十分であるとされる。
- (40) Cf. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(4) 8. 1, 4; 4. 2.
- (41) なお、金山直樹「フランス民法典制定前の時効理論(上)」判例タイムズ543号(1985年)62頁以下参照。
- (42) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 1. 2—3, 5.
- (43) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 1. 2. 占有者自身の費用で回復したときには、費用の償還が認められる(*ibid.*, II(10) 9. 1—2; (8) 23—24)。
- (44) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 4.
- (45) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 5.
- (46) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 7. ただし、この場合には、非所有者Bからの有償取得者Cが目的物を転得者Dに処分した代価を所有者Aから返還請求された場合に、CがBに支払った代価を控除することが認められている(*ibid.*; II(10) 8)。
- しかし、これに反して、Bからの取得者Cが目的物自体を所有者Aに返還する場合には、グロチウスは、前述(b)の場合を除いて、このような代価の控除を一般的には認めておらず、「たとえ善意で(bona fide)買った物でも、他人に属する物は返還しなければならず、支払った代価(pretium)は返還請求(repeto)しえない」とする。もっとも、この場合にも、所有者がその財産を本来ならば一定の費用なしには回復しえなかったであろうとき——例えば、財産が海賊(pirata)の手中にあった場合など——には、善意占有者は、所有者が財産の回復のために自ら進んで費やしたであろう価額分を償還させることはできる——なぜなら、所有者にとってその財産の回復が困難であったときには、この善意占有者の占有にもある価値が認められ、財産をいったん失った後に再び回復した所有者は、その分だけ富裕になったと考えられるからである(*ibid.*, II(10) 9. 1) ——、とする。
- こうして、返還請求を受けた占有者の許に目的物が現存する場合としない場合とで、グロチウスは扱いを異にしている。
- (47) また、贈与を受けた物を処分した場合において、その処分の代価を、贈与を受けていなければ消費しなかったであろうことに消費した場合には、返還義務はないとされる。GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 8.

- (48) ここでは、所有権の客体たる財貨の觀念化が認められ、それは抽象的な価値の帰属としてのグロチウスの所有権概念規定(後述(2))に対応するものであると考えられる。なお、川島・前掲101頁以下参照。
- (49) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 3, 6.
- (50) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 4. ここでグロチウスは、自然果実 (fructus naturales) と勤労による果実 (fructus industriales) — 耕作 (cultura) その他の労働によって獲得された果実 (cf. *D.* 22. 1. 45) — との対置を、物から生じた果実 (fructus rei) と勤勉による果実 (fructus industriae) とに對置し直すことにより、勤勉による果実に対する返還義務が存しないことの根拠を、客体たる物 (res) との不同一性によって所有権の効力が及ばないことに求めている。
- (51) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 3. この悪意所有者の回復義務は、厳格な意味における「権利」との衝突=損害に対してのみ生じるとされる不法行為に基づく回復義務 (続稿□Ⅲ 2 (2)) をも超えるものである。Cf. *Hugonis Grotii de iure belli ac pacis*, an abridged translation by W. WEEWELL, Vol. II [1853] p. 25. したがって、例えば物の滅失や浪費、または果実の浪費や収取懈怠の場合などにも、悪意占有者の回復義務は肯定されていたと解する余地がある。Cf. GROTIUS, *Inleidinge*, II(6) 1—3. なお、フランス民法1379条第2文参照。
- (52) Cf. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(8) 23—24.
- (53) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 1. 4. そして、Aの物を盗取したBが事情を知らないCにこの物を寄託した場合、Cは、—彼が契約上の返還義務を負うところの—寄託者Bにではなくて、所有者Aに返還する義務を負うとされる。
- (54) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(10) 1. 2; cf. II(10) 1. 5.
- (55) ST THOMAS AQUINAS, *SUMMA THEOLOGIAE* [Latin text and English translation, BLACKFRIARS] II^a II^{ae}, qu. 62, art. 1—3, 6—7. トマス・アクィナスによる正義の分類—配分的正義および交換的正義—に關しては、後掲注90参照。
- (56) H・ティーメ/村上淳一訳「自然法論の発展にとってスペインの後期スコラ学が有した意義」久保正幡監訳『ヨーロッパ法の歴史と理念』(1978年)所収13頁以下参照。Vgl. Gerhard OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria* [1964] S. 12 f.; Hans THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, *SZ(Germ.)*70 [1953] S. 243 ff.
- (57) GROTIUS, *Inleidinge*, II(3) 10.
- (58) COING, „Eigentumslehre des Bartolus“, S. 353.
- (59) GROTIUS, *Inleidinge*, II(33) 1.
- (60) Robert FEENSTRA, Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in: *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag* [1978] S. 231 ff. グロチウスは、制限物権を示すために、ラテン語表記としてはとくに quasi-dominium を用

いることによって dominium utile 概念の使用を避け (GROTIUS, *Inleidinge*, II(1) 60; II(3) 9 欄外注記), それがか本来的には dominium とは異なる範疇に属することを意識的に強調する。

そして、グロチウスの理論では、所有権の抽象的帰属とその具体的行使とが区別され、前者が所有権の本質とみられていることから、例えば、理性をもたない未成年者等は、使用ないし利用の権利 (ius utendi) をもちえなくとも、所有の権利 (ius habendi) はもちうるとされた (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II(3) 6; II(5) 2; vgl. JAHR, *a.a.O.*, S. 74 mit Anm. 21, 84 f., 99 mit Anm. 112)。

- (61) GROTIUS, *Inleidinge*, II(39) 4, 5, 11, 12; (40) 7, 12, 15; (44) 4—10.
- (62) GROTIUS, *De iure praedae*, p. 100'.
- (63) GROTIUS, *De iure praedae*, p. 100'. その際、グロチウスは、共同所有形態の歴史的先行性を唱え、これを根拠にして、15世紀末の新大陸および東インド航路発見以来のスペイン、ポルトガルの海洋領有主張および17世紀初頭のイギリスによる英国海領有主張に対抗し、自由な国際通商と海洋の自由を主張した。高林秀雄『領海制度の研究』(第三版, 1987年) 31頁以下参照。Cf. J. E. BARKER, *The Rise and Decline of the Netherlands* [1906] pp. 260 ff.
- (64) H・S・メイン/安西文夫訳『古代法』(1948年) 81頁以下, 190頁以下参照。
- (65) GROTIUS, *Inleidinge*, I(3) 8; I(12) 7—8 (非嫡出子); I(13) 2—3 (外国人); I(14) 6—7 (貴族と平民); I(15) 1 (聖職者と平信徒)。
- (66) GROTIUS, *Inleidinge*, I(3) 4—5. ただし、奇形出生 (monstra) の場合には、人格は認められなかった。
- (67) GROTIUS, *Inleidinge*, I(4) 2—5.
- (68) GROTIUS, *Inleidinge*, I(3) 8. なお、前述(2)注60後半部分参照。
- (69) Cf. GROTIUS, *Inleidinge*, I(6) 3; Hans-Georg KNOTHE, *Das gemeine Kindersvermögensrecht*, *SZ(Rom.)* 98 [1981] S. 269 f. ローマの後見は、いわゆる「自益の後見」(後見人が自己の利益において、被後見人の身上および財産に対して行使する権力)であったとされる。エールリッヒ/川島武宜=三藤正訳『権利能力論』(1942年) 69頁以下, 73頁以下, 89頁参照)。なお、『戦争と平和の法』第二巻第五章の家父権の叙述に関し、吉野悟「一七一—一八世紀のドイツ法学における市民法の家父権と自然法の親権について(一)」日本法学44巻5号(1980年)9頁以下参照。
- (70) Cf. GROTIUS, *Inleidinge*, I(5) 23—25; (6) 1—3; (7) 2, 4—16; (8) 4—8; (11) 1—5.
- (71) Giovanni PUGLIESE, «Res corporales», «res incorporales» e il problema del diritto soggettivo, *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, III [1954] pp. 223 ff. (Ius という言葉の用法は措き、むしろ dominium に着目すれば、ローマ人の間に事実上の権利観念を見出すことができる、とする)。しかし、ius 概念については、ローマ法では、それが客観的法規範ないし法制度を意味することもあれば、主観的権能を意味することも

あったが、両者の相違についての感覚は今日よりも弱かったとされる (Max KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 48(II))。さらに、ローマ法の *ius* 概念については、①それがもっぱら客観的の意味で用いられている箇所——例えば、Paulus *D.* 1. 1. 11では、*ius* は自然法、特定の国家の実定法、法廷などを意味した——、②主観的および客観的両義の間で「玉虫色に光っている」箇所——例えば、認諾訴権の形式。「Aulus Agerius にとっては負担の課された土地に立入ることが *ius* である」——、および③もっぱら主観的権能の意味をもつ箇所——例えば、債権を表す *ius nominis* (*D.* 20. 4. 19); *ius creditum* (*D.* 4. 2. 13)、利益権に関する Paul. *D.* 7. 1 ——があるが、何れにせよ、アクチオ体系下では、原告—被告間の手続を支配する方式の解釈が問題であり、権利概念が法技術的用法にまで高められることはなかった、との指摘もある (COING, „Subjektives Recht“, S. 9 ff.)。

- (72) TUCK, *op.cit.*, p. 13; vgl. Günter WESENER, Die privatrechtlichen Normen des Usus modernus, *IUS COMMUNE* [Sonderhefte 30, 1987] S. 281 f. mit Anm. 11; COING, „Subjektives Recht“, S. 13 f.
- (73) COING, „Subjektives Recht“, S. 14 ff. ドネルス (Hugo DONELLUS, 1527—91) に着目する。Cf. DONELLUS, *Commentarii de Iure Civili* [1612] I(3); II(7) 4.
- (74) Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* [1962] pp. 272 ff. オッカム (William of OCKHAM, c. 1285—1349/50), ジェルソン (Jean de GERSON, 1363—1429) らに注目する。
- (75) Roland DUBISCHAR, *Über die Grundlage der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative* [Diss. Tübingen, 1961] S. 24 ff.; A. Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* [1969] III(1) 1. 1.
- (76) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(1) 4—5.
- (77) KIRCHMANN, *a.a.o.*, S. 70, Anm. 32; Paul OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius* [1950] S. 21; Axel HÄGERSTRÖM, *Recht, Pflicht und Bindende Kraft des Vertrages* [hrsg. von Karl OLIVECRONA, 1965] S. 53.
- (78) DUBISCHAR, *a.a.o.*, S. 5 ff., 17 ff. したがって、また、*dominium* (有体物) は *ius* (無体物) には含まれていなかった (*Ebenda*, S. 37)。
これに反して、中世ローマ法学以降は、*dominium* が *ius* の一種として捉えられたことにより、*dominium* とその目的物 (有体物) とは区別されるようになった (前述 1)。しかしながら、これによって所有権とその保護客体とが完全に区別されるようになったわけではなく、*dominium* は、16世紀に至っても、いまだ無体物 (*res incorporales*)、すなわち、保護法益そのものとして観念されていた (*Ebenda*, S. 54 ff.)。
- (79) Cf. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(2) 1. 5.
- (80) TUCK, *op. cit.*, pp. 13 ff.
- (81) Cf. THOMAS AQUINAS, *SUMMA THEOLOGIAE*, I^aII^ae, qu. 99,

- art. 3, ob. 1.
- (82) Cf. THOMAS AQUINAS, *SUMMA THEOLOGIAE*, I^a, qu. 48, art. 1, ad. 2. なお, *moralis* 概念は, ギリシャ語の *ἦθος* (倫理的性状) をキケロ (Marcus Tullius CICERO, 106—43 B. C.) がラテン語化したものとされる。CICERO, *De Fato*, I(1). 水野有庸訳「宿命について」『世界の名著(13)』(1968年) 所収231頁参照。
- (83) Cf. THOMAS AQUINAS, *SUMMA THEOLOGIAE*, I^a II^{ae}, qu. 99, art. 4, ad. 2; qu. 18, ad. 5.
- (84) この „intersubjektiv“ または „Intersubjektivität“ の概念は, 論理実証主義および現象学の論者によって用いられることが多いが, ここでは一般的に, ある言明 (Aussage) が, あらゆる主体によって同じように判断されることによって, またはその判断が相互に共有されることによって妥当性 (Gültigkeit) を生じている, という意味で用いた。Vgl. Rudolf CARNAP, *Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft*, *Erkenntnis* 2 [1931] S. 432 ff., bes. 441 ff.
- (85) 好美清光「『権利』概念」奥田昌道ほか編『民法学1』(1976年) 所収11頁は, 権利の生成過程について, 「未認知の一定の利益についてその法的保護を求める主観的欲求を, 『権利』的に構成して発言することによって, …その受け取り手をなにかしかの程度において反応させ…主張されている欲求の社会的実質が, 民衆の一般的意識ないし欲求と合致し, これに支えられるとき, …人々の意識をも変革〔し〕, …住民運動には確信と力を与え, 立法・行政——その担い手は同じく情緒的に反応する“人”である——にも対応を迫り, 裁判をも動かす力もちうるのである」とされる。ここでは, ≪意思的=共同主観的≫権利概念の構造が具象的に表現されていると解される。
- (86) 「法律」の妥当性は, 究極的には, 個々人の意思というよりは, むしろ, 例えば, 神官の儀式, 王の命令, 国会の議決などといった各時代, 各社会の特定の権威に依存するとされる。佐藤節子「法の拘束力に関する一考察」『法哲学年報1977年度・法規範の諸問題』(1978年) 所収18頁, 40頁以下, 46頁以下参照。したがって, グロチウスの *moralis* 概念を法 (Recht) と同視するキルヒマンの解釈 (KIRCHMANN, *a.a.O.*, S. 70, Anm. 32) には, 疑問の余地がある。
- (87) J・マリタン/久保正幡=稲垣良典訳『人間と国家』(1970年) 115頁参照。
- (88) ここには占有権が含まれていないことに注意すべきである。それが, 不完全所有権ないし制限物権にすら該らないことにつき, 前述(1)(a)および注19参照。
- (89) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(1) 7. アリストテレス『ニコマコス倫理学』第五卷第三章1131a 参照。
- (90) ここで, 正義概念の起源と正義論の系譜について, グロチウスの理論との関連で必要なかぎりにおいてみておこう。正義概念 (ギリシア語で *δικαιοσύνη*) は, ギリシア思想で, 当事者間の相互関係の正しさを示す *δίκη* 概念に遡り, さらに当初は, 神話上の観念と結びついていた。この点で, 正義概念の起源を女神ディケーさらにはテミスに求めるものもあるが, 次第に宗教的色彩は薄れ,

倫理的および法的な意味合いを強めた。そして、プラトンの『国家』では、正義は、知恵、勇気および節制とならぶ徳の一つに数えられた(432 B; 433 B)。他方、それは、「他人の物でない自分の物をもつこと、行うこと」と定義され(434 A)、支配者、戦士および職人の一人一人が、他人の仕事に余計な手出しをせず自分の仕事を果たし、それぞれが知恵、勇気および節制の成就に努めることによって、国家をすぐれたものとする、という意味で、正義はその他の三つの徳の基礎であるとされた(433 D)。

アリストテレスも、プラトンを受け継いで、正義を、完成された徳(テレイア・アレテー)と解する一方、正義のより詳細な規定を行なった。すなわち、正義は、隣人に対する行為を秩序づける全般的な徳としての正義と、法的な領域における特殊な正義とに区別され(『ニコマコス倫理学』1130 a; 1130 b)、後者は、「各人が法に従って彼のものを受け取る徳」(『弁論術』1366 b)と定義された。これはさらに、(a)共同的な資材の分配について、幾何学的比例に従って行われる配分的正義と、(b)もろもろの人間交渉において、算術的比例に従って行われる矯正(匡正)的正義とに分類された。そして、(b)は、①売買などの随意的にもたれる交渉と、②窃盗、強盗などの不随意的にもたれる交渉とに区分され、当事者の一方の違約または加害によって生じた「利得」と「損失」との「不均衡」を「均等」にすること、と規定された(1132 a)。さらにこの矯正的正義は、交易的な共同関係においては、相互給付ないし対応給付の均衡(取引の応報)を意味し(1133 a)、この給付間の均等性は、市民社会においては、自然法上および契約上の「正」に従って衡られる(1135 a)、と言う。

そして、一般的正義と法的正義との区別は、ストア哲学およびローマ思想に承継され、例えば、法的な正義について、ウルピアヌスは、「正義とは、各人に彼の *ius* を割り当てる、不変かつ不断の意思である」という著名な定義を行なった(*Digesta* 1. 1. 10)。

その後、正義論は、「各人に彼のものを割り当てること」としたアウグスチヌスをはじめ、神学理論の中で展開され、トマス・アクィナスの理論で集大成された。そして、トマスにおいては、前述したアリストテレスの特殊な正義の分類を基礎にして、配分的正義——全体ないし共同的なものが部分ないし個々人に対してもつ関係を比例性(*proportionalitas*)の原理に従って指導する——および交換的正義——部分ないし個々人の相互関係を指導する——という整理が行われたのである(『神学大全』II^a II^{ae}, qu. 61, art. 1)。

そして、グロチウスがここで用いた回復的正義と配当的正義の分類も、このアリストテレス—トマスの系譜を引くものであるが、さらに、独自の観点から修正が施されていることに注意すべきである(本文後述参照)。なお、*iustitia expletrix*の訳には、ほかに、「補充的正義」、「整正的正義」、「平均的正義」などがあり、また、*iustitia attributrix*の訳には、「属性的正義」、「帰属的正義」などもある(大沼編著・前掲60頁、一又・前掲・第一巻47頁以下)。Expletioには「完全にする、満たす」などの意味があり、attribuoは「割り当てる」ことを意味するが、ここでは、前者は本来あるべき状態の回復を、後者は新たにふさわしい状態の割り当てを行うという点に着目して、ひとまずこのように

訳出した。しかし、より重要な問題は、この回復および割り当ての規準におけるアリストテレス、トマスおよびグロチウスの間の相違にある。

- (91) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(1) 8. 1.
- (92) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(1) 8. 2; id., *Inleidinge*, I(1) 9—13.
- (93) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(1) 8. 3.
- (94) Cf. TUCK, *op. cit.*, p. 74.
- (95) 注91該当本文の引用部分「私の物の所持者がそれを私に返還することは合意に基づいて行われるのではないが、しかしなお、この回復的正義に属する…」は、明らかに所有権に基づく返還義務を指している。さらに、GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I(1) 8. 3 参照。