

グロチウスの『オランダ法学入門』における 所有権の移転と約束

中 野 万葉子

1 はじめに

(1) 問題の所在

所有権の移転時期について、フランス民法（1804 年）においては、所有権は合意のみによって移転し、引渡しを必要としない（フランス民法 711 条、1196 条、売買に関して 1583 条、贈与に関して 938 条）とされる。ゆえに、フランス民法においては、債権契約から独立した物権取引行為は存在しないことになる。

それに対して、ドイツ民法（1900 年）においては、所有権は意思表示のみによっては移転せず、動産については、動産所有権移転を目的とする合意と引渡しとが、不動産については、所有権譲渡の合意であるアウフラッスンク（Auflassung）と登記が所有権譲渡の成立条件である（ドイツ民法 873 条、929 条、925 条）。不動産について、物権行為としてのアウフラッスンクと登記はその行為において独立しているだけでなく、法律上の原因である売買のような債権契約から分離され、無因的であるとして独立の存在として位置づけられる¹。

以上のような、所有権移転に関して、ドイツ民法の「形式主義」に対峙されるフランス法系の「意思主義」ないし「合意主義」²は、ローマ法の引渡主義の対をなすものとして、近世自然法論によって提示されたと評されてきた。近世自然法論者であるグロチウス（Hugo Grotius, 1583-1645）やプー

1 川島武宜「所有権」『川島武宜著作集・第七巻』（岩波書店、1981 年）199 頁以下。

フェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632-1694) によれば、意思主義の立場から所有権は引渡しがなくとも合意のみによって移転する³。そこで前提とされる所有権概念は占有から区別された観念的存在 (qualitas moralis) であり、これに意思理論が結合することによって、所有権は当事者間の合意によって移転すると説明されることになる⁴。

このような所有権の移転における意思主義に理論的基礎を最初に与えたと指摘されているのがグロチウスである⁵。グロチウスの「意思主義」がフランス法における合意のみによる所有権移転論につながる⁶のか、あるいは、ドイツ法における物権行為の起源となっている⁷のかについて見解は分かれるものの、グロチウスが所有権の移転は合意のみによって生じるという意思主義を採用していたことについて争いはないようである。

グロチウス以降の近世自然法論者たちは、基本的には合意のみによる所有権の移転論を採用するが、そもそも合意のみによる所有権の移転論は近世自然法論者によって初めて提唱されたのであろうか。この点について検証する研究は日本ではほとんどないものの、諸外国においてはグロチウス以前にすでに合意のみによる所有権の移転が主張されていたことを指摘する研究が少なからず存在する。

2 松尾は、フランス民法を典型とする「意思主義」と、ドイツ民法を典型とする「形式主義」を両極に置いて理解する方法は再認識されるべきであることを指摘する (松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法の構造—所有権譲渡理論における『意思主義』の歴史のおよび体系的理解に向けて (I) —」横浜市立大学論叢 41 巻 3 号 (1990 年) 206 頁)。なお、プロイセン一般ラント法 (1794 年) およびオーストリア一般民法典 (1811 年) は、権限と方式 (titulus - modus) 論を採用し、所有権の移転について債権契約と引渡し (もしくは登記) を要件とする。

3 たとえば、筏津安恕『失われた契約理論』(昭和堂、1998 年) 48 頁以下。

4 滝沢幸代『物権変動の理論』(有斐閣、1987 年) 96 頁、筏津・前掲注 3、48 頁以下。

5 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の私的考察 (四・完)」民商法雑誌 66 巻 6 号 (1972 年) 76 頁。

6 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 293.

7 Hans Brandt, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft: der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 120, Leipzig 1940, S. 54f.

(2) 合意のみによる所有権の移転—引渡し の擬制化とは異なる系譜

フランスでは、1804年のフランス民法の制定に際して意思主義を採用し、これによって意思主義の原則が確立されたといわれた。一見すると、ローマ法以来の伝統＝引渡主義に反する立場のようであるが、当初フランス民法の意思主義は、根本的な変革ではなく、ローマ法の承継・発展であったとされる。フランスでは、実務家の「引渡し約款」の慣用により、慣習法上、早くから引渡し が擬制された⁸。

以上のように当初のフランスにおける意思主義は、ローマ法の引渡主義を原則としつつ、引渡しを擬制したものである。つまり、ローマ法の原則に基づいて、「契約と同時に所有権が移転する」という考え方を確立したが、あくまで契約と所有権の移転が「同時」になされるだけであり、観念的存在としての所有権を前提とした合意のみによる所有権の移転論を基礎としたわけではなかった。フランス慣習法上発達した証書への引渡済条項の記載とその証書の引渡しという引渡し の擬制によって、当事者間のみで完成された所有権譲渡方法は、ローマ法の引渡主義に対立するものとして発展した、観念的な所有権に基づく所有権の移転方式とは性質を異にする。

他方で、グロチウスは、前述のとおり、ローマ法の引渡しを擬制することによって合意のみによる所有権移転を説明することなく、所有権を観念的存在にとらえることによって所有権の移転を説明していることから、ローマ法とは異なるところにその根拠を見出しているといえよう。

グロチウスに多大な影響を与えたとされる後期スコラ学派は、拙稿におい

8 具体的には、公証人の作成する不動産譲渡証書中に引渡済条項を挿入することによって引渡しとする、いわゆる仮装の引渡し が認められたため、証書という方式に化体された引渡主義が存在した。換言すれば、公証人証書中に挿入された引渡済条項は *traditio* に相当し、譲渡人が真正権利者である限り、譲受人は占有を取得することになる。たとえば、フランス民法典の祖と評されるドマ (Jean Domat, 1625-1696) は、『自然法的秩序における市民法 (Les lois civiles dans leur ordre naturel)』(1689年)において、権利証や鍵の交付をもって引渡しとするといった形で引渡しに関してさまざまな手段を認めること、また仮装の引渡しを認めることによって、合意のみによる所有権の移転を支持する。(Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1735, Liv. 3, Tit. 7, s. 2, a. 21, 鎌田・前掲注 5, 79 頁、滝沢・前掲注 4、和田敏朗「ジャン・ドマの契約観」早稲田法学会誌第 43 巻 (1993 年)、473 頁など)。

て示したとおり⁹、所有権を中心とした原状回復論を展開した。そこでは、法益の帰属先を確定するために必要な所有権および所有権の取得方法について説明される。後期スコラ学派の先駆者であるビトリア (Francisco de Vitoria, 1483/86-1546) は、所有権の移転について、自然法上引渡しは必要なく、合意のみによって所有権が移転するとし¹⁰、この意思主義が後の近世自然法論者、たとえばプーフェンドルフ、ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754)、トマジウス (Christian Thomasius, 1655-1728) によって継承されたと従来の研究によって指摘される¹¹。所有権の移転における意思主義の系譜、そして、そこにおけるグロチウスの位置づけを明らかにするためには、こうした指摘の妥当性を検証する必要があるだろう。

(3) 約束による債権の発生—所有権の移転論との関係

とはいえ、合意のみによる所有権の移転論がグロチウスあるいは近世自然法論に独自の発想でなかったとしても、グロチウスの法学の重要性が否定されるわけではない。拙稿で示したように、グロチウスは『オランダ法学入門 (Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid)』¹² (1631 年) のなかで、物権と債権を峻別したうえで、債権の発生原因を「約束」と「不均衡」に大別し、原状回復論の解体と債権法の再構成を試みている。注目すべきは、グロチウスがそのなかで約束による債権の発生を説明する際に、合意のみによ

9 拙稿「レッシウスの私法体系—原状回復から契約へ」法学政治学論究 103 号 (2014 年) 103-134 頁。

10 拙稿・前掲注 9、112 頁。

11 Gerhard Otte, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln 1964, S. 58. また、ビトリアの合意主義を後の近世自然法論者であるプーフェンドルフ、ヴォルフ、トマジウスが継承すると指摘される (Ralf Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag: Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin 2002, S. 128)。

12 1631 年に出版された『オランダ法学入門』は、もともとグロチウスの子どもたちに法学を教えるために執筆された。その草稿は、1625 年にすでに完成していたが、1631 年になって出版された。『オランダ法学入門』は、オランダ私法の包括的・体系的な教科書であり、18 世紀末まで多くの大学で用いられた。なお、英訳、羅訳が出版されている。拙稿「原状回復論と不均衡概念—グロチウスの『オランダ法学入門』を中心に」西南学院大学法学論集第 57 巻 1 号 (2024 年) 4 頁、5 頁脚注 12。

る所有権の移転論をアナロジーとして用いたことである。すなわち、グロチウスは『オランダ法学入門』において、まず「物権」（第2部）のなかで所有権および所有権の移転を説明し、その説明枠組みを応用することによって約束から発生する債権を「債権」（第3部）のなかで説明する。

（4）本稿の目的

そこで、本稿では、後期スコラ学派の所有権を基礎とする原状回復論における所有権の移転論を確認することで、グロチウスの『オランダ法学入門』以前にすでに合意のみによる所有権の移転論が提唱されていたことを示す。そのうえで、グロチウスの所有権概念および所有権の移転論の構造を明らかにするとともに、所有権の移転論をモデルとする「約束」の特徴を示したい。

以上のような問題設定を前提として、本稿では、まず、後期スコラ学派の所有権概念および所有権の移転論について確認したうえで（2）、グロチウスの『オランダ法学入門』における所有権概念および所有権の移転論の特徴を明らかにする（3）。そして、所有権の移転論をモデルとして展開された約束について考察する（4）。

2 後期スコラ学派における所有権の移転論

（1）所有権

①ビトリア

ビトリア以降の後期スコラ学者は、所有権を原状回復論の基礎に置く¹³。原状回復論においては、不均衡な状態を回復することを目的として、法益の帰属先をあらかじめ確定するため、所有権（dominium）を体系の中心に据

13 後期スコラ学派の原状回復については、Günther Nufer, Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit, Diss. Freiburg 1969, ① Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, ② Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?, in: SZ (RA) 120 (2003), SS. 106-162, ③ ders., Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution, Tübingen 2018, S. 176ff., Jan Hallebeek, The concept of unjust enrichment in late scholasticism, Nijmegen 1996 など。

え¹⁴、原状回復論の前で説明する。

「とりわけ 16 世紀以降、数多くの研究において、原状回復論から契約上の賠償義務を切り離し、個々の契約類型の多様性のうちに扱う傾向がみられる」¹⁵と指摘されるように、後期スコラ学派のソト (Domingo de Soto, 1495-1560) になると、所有権は原状回復のみならず、契約の基礎にもなる¹⁶。その後、モリナ (Luis de Molina, 1536-1600) とレッシウス (Leonardus Lessius, 1554-1623) は、契約を原状回復論から分離して説明する。これと関連して、自然法とローマ法の融合が進む流れのなかで¹⁷、モリナやレッシウスの著作においては自然法とローマ法の接合がみられる¹⁸。本章では、ビトリアの所有権概念および所有権の移転論を示した後、ビトリアの影響がみられると評されるモリナ¹⁹とレッシウスの所有権概念および所有権の移転論を確認する。

ビトリアは、「返還について」(第 2-2 部第 62 問題)²⁰のなかで、原状回復を説明する前にその基礎にある所有権 (dominium) を説明する²¹。ビトリアによれば、所有権は「法律にしたがって何らかの方法でもの使用し

14 Jansen, a. a. O. (Fn. 12 ②), S. 134f.

15 Udo Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB, Berlin 1985, S. 59.

16 Lukas Kämper, Forderrungsbegriff und Zession, Tübingen 2019, S. 23f. ソトの『正義と法について (De iustitia et iure)』(1553-54, 56-57) は、10 巻から構成され、その第 6 巻で契約が説明される。ソトは、所有権を契約の基礎と位置づける (basis fundamentumque omnium contractuum (Soto, De iustitia et iure, lib. 4, proemium))。本稿では、Domingo de Soto, De iustitia et iure, Venetiis 1608 を使用した。

ソトは 1495 年にセゴビアで生まれた。1512 年よりアルカラ・デ・エナレスにて哲学を、続いてパリにてビトリアのもとで神学を修めた。1524 年にセゴビアの神学校の弁証法担当教授となり、7 年間教鞭をとる。その後、1532 年からはサラマンカ大学の神学第二講座担当教授として神学を教えた。ソトについては、上智大学中世思想研究所編訳／監修『中世思想原典集成 20 近世スコラ学』(平凡社、2000 年) 338 頁以下など。

17 Otto Wilhelm Krause, Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1982, S. 77.

18 この点を指摘するものとして、筏津安恕『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生』(昭和堂、2010 年) 14 頁。筏津は「後期スコラ学派の草創期はローマ法に対する蔑視が強かったのに対して、モリナやレッシウスはローマ法の素材を積極的に体系のなかに取り込んでいる」と指摘する。

19 Otte, a. a. O. (Fn. 10), S. 134ff. オッテは、後期スコラ学派のなかではとりわけモリナがヴィトリアを熟知していたと指摘する (S. 137)。

得るための権能 (facultas quadam ad utendum re aliqua secundum iure)」であり、「自身の判断によってものを使用し得るための権能 (dominium est facultas ad utendum re pro arbitrio suo)」²²である。すなわち、所有権はものを自由な意思にしたがって使用する権能を本質とする²³。この意味において、所有権と権利 (ius) は同様の意味で用いられる。

その所有権の対象となるものには、財産としてのものだけでなく、才能 (virtutes) や寵愛 (gratia) などの霊的な善 (bonum spirituale)²⁴、生命 (vita)、公正 (integritas)、四肢 (membrorum) や健康 (sanitas) などの自然的な善 (bonum naturale)²⁵、名誉 (honor)、名声 (fama)、富裕 (divitiae) などの運命的な善 (bonum fortunae)²⁶といった3つの善が含まれる。ビトリアの所有権は、物に対する支配権といった狭い概念ではなく、有体物以外の「もの」をも支配する権利であり、その結果、所有権は、今日的な物権、債権、人格権すべてを包含する「もの」を使用し得る権能であると理解できよう。

②モリナ

モリナは、その主著『正義と法について (De iustitia et iure)』(1593-1609年)²⁷のなかで、所有権 (dominium) について説明する。そこでは、バル

20 ビトリアの著作には、自らの手で著されたものではなく、彼がサラマンカ大学にて行った公開の「特別講義 (relectiones)」が『神学特別講義 (Relectiones Theologicae)』というタイトルで1557年にリヨンから公刊されたものがある。本稿では、Francisco de Vitoria, *Commentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, ed. V. Beltrán de Heredia, Bd. 3: De iustitia (qq. 57-66) Salamanca 1934, Francisco de Vitoria (übersetzt von Joachim Stüben), *De iustitia. Über die Gerechtigkeit*. Teil 1, 2, Stuttgart-Bad Cannstatt 2013, *ders.*, *De iustitia. Über die Gerechtigkeit*. Teil 3, Stuttgart-Bad Cannstatt 2020 を使用した。

21 *Omnis restitutio fundatur in dominio* (Vitoria, *De iustitia*, II, II, q. 62, a. 1, n. 6. ビトリアの所有権については、Otte, a. a. O. (Fn. 10), S. 41ff.,

22 Vitoria, *De iustitia*, II, II, q. 62, a. 1, n. 29, Robert Feenstra, *Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius*, in: FS für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen 1978, S. 219f.

23 *Dominium est facultas utendi re* (Vitoria, *De iustitia*, II, II, q. 62, a. 1, n. 8).

24 Vitoria, *De iustitia*, II, II, q. 62, a. 1, n. 51.

25 Vitoria, *De iustitia*, II, II, q. 62, a. 1, n. 52.

26 Vitoria, *De iustitia*, II, II, q. 62, a. 1, n. 53.

トルス(Bartolus de Saxoferrato,1313-1357)とソトの所有権についての定義が引用される²⁸。バルトルスによれば、所有権は「法律によって禁止されない限りにおいて、有体物を完全に処分する権利である」²⁹。モリナは、バルトルスが所有権の対象を有体物に制限していることについて批判を加えつつ、広義の所有権は有体物あるいは無体物における権利(ius in re)であり、これには債権や用益権も含まれるとする³⁰。所有権を管轄権(dominium iurisdictionis)と財産権(dominium proprietatis)に分け³¹、後者をさらに完全な所有権(dominium plenum)と不完全な所有権(dominium non plenum)に分ける³²。また、所有権に関連して、権利概念を説明する章のなかで、ius ad remとius in reを詳細に説明する³³。ius in reとは、ある物についての権利であり、それにしたがってその物が人に拘束されることになる。それに対して、ius ad remとはある物についての権利であるが、その権利を有している段階ではその物は人に拘束されていない。物についての権利であるius in reのなかで、最も重要な権利が所有権と位置づけられている。

27 Luis Molina, *De iustitia et iure*. Über die Gerechtigkeit und das Recht. Teil I/II, Stuttgart-Bad Cannstatt 2019. モリナは1535年にスペインのクエンカに生まれた。1551年にサラマンカ大学にて法学部の学生として学び、1552年からアルカラ大学にて聴講している間にイエズス会に入会した(1553年)。1555年から1562年までのあいだにコンブラにて哲学と神学を修め、1567年まで哲学を教えた後、エヴォラ大学にて1568年から1583年までの16年間神学を教授した。モリナについては、Krause, a. a. O. (Fn. 17), S. 48ff., Danaë Simmermacher, *Eigentum als ein subjektives Recht bei Luis de Molina (1535-1600). Dominium und Sklaven in De iustitia et iure*, Berlin/Boston 2018, S. 7f., Carl von Kaltenborn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, Leipzig 1848, S. 142ff., 上智大学中世思想研究所・前掲注16など。『正義と法について』については、1593年に第1巻、1597年に第2巻、1600年に第3巻の前半部分、モリナの死後である1609年に第3巻の残りから第6巻までが刊行された。

28 Molina, *De iustitia et iure*, Disp. 3, Nr. 1.

29 バルトルスの所有権概念については、Helmut Coing, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, in: SZ (RA), 70 (1953), SS. 348-371.

30 Coing, a. a. O. (Fn. 29), S. 349.

31 Molina, *De iustitia et iure*, Disp. 3, Nr. 13.

32 Molina, *De iustitia et iure*, Disp. 3, Nr. 14. モリナの所有権概念については、Simmermacher, a. a. O. (Fn. 27), Jörg Alejandro Tellkamp, *Rights and dominium*, in: Kaufmann/Aichele (eds.), *A companion to Luis de Molina*, Leiden/ Boston 2014, pp. 125-153, Feenstra, a. a. O. (Fn. 22), S. 221ff.

③ レッシウス

レッシウスは、後期スコラ学派の伝統にしたがって、その主著『正義と法について (De iustitia et iure)』(1605 年)³⁴のなかで所有権 (dominium) を原状回復のための前提としつつ、ソト以降の流れにそって契約によって移転する対象と位置づける³⁵。レッシウスは、バルトルスの定義にならって「所有権は物に対する権利 (ius in re) であり、法律によって禁止されない限りにおいて、その使用または処分のすべてにまで及ぶ」³⁶と定義する。所有権は物に対する絶対的な権利 (ius in re absolutum) である。所有権の対象となるのは外的なもの、たとえば、山、川、植物、動物などであり、他の星などは所有権の対象から外される。レッシウスは、彼以前の後期スコラ学者と同様に、人間の生命や身体は所有権の対象となるのかという問題を立て、それに回答する。レッシウスは、ビトリアと異なり、それを否定し、その理由を人間の生命を支配できるのは神のみであるからとする。したがって、レッシウスは、人間の生命に対する所有権は認めず、人間の精励によって取得されたものに限定して所有権を認める。さらに、名声や名誉については、ビトリアと同じように、所有権の対象となり得るとする。また、所有権の対象としての物 (res) は、有体物に限るべきではないとする³⁷。

33 Molina, De iustitia et iure, Disp.2.

なお、最初に ius in re と ius ad rem を分類したのはドイツの人文主義法学者のアーペル (Johann Apel, 1486-1546) であるとされる。この点を指摘するものとして、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面」一橋大学研究年報法学研究 3 号 (1961 年) 288 頁。アーペルの法理論については、Brandt, a. a. O (Fn. 7), S. 51, Robert Feenstra, Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction, in: New Perspectives in the Roman Law of Property, Clarendon Press Oxford 1989, p. 114、水津太郎「ヨハン・アーペルの法理論—物権債権峻別論の起源」法学研究 82 巻 1 号 (2009 年) 385-452 頁、同「物概念論の構造—パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究 12 巻 (2011 年) 321 頁以下。

34 Leonardus Lessius, De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor, Louvain 1605, De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor, Vendig 1617, De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus. Über die Gerechtigkeit und das Recht und die übrigen Kardinaltugenden. Teil I/II, Stuttgart-Bad Cannstatt 2020/2022 を使用した。

35 レッシウスの所有権概念については、Feenstra, a. a. O. (Fn. 22), S. 223ff. など。

36 Dominium est ius in re, extendens sed ad omnem eius usum seu dispositionem, nisi lege prohibeatur (Lessius, De iustitia et iure, II, cap.3, dub. 1, n. 7).

所有権は完全な所有権と不完全な所有権に分けることができ (*dominium proprietatis dividi potest in perfectum & imperfectum*)³⁸、物の所有権と物から生じる利益を得られる場合に完全な所有権とよばれ、物から生じる利益がない所有権、あるいは所有権なくして利益のみを得る場合に不完全な所有権とよばれる³⁹。この分類は、上述したモリナの完全な所有権 (*dominium plenum*) と不完全な所有権 (*dominium non plenum*) に対応する。

レッシウスは、モリナと同様に、*ius ad rem* と *ius in re* を区別する⁴⁰。レッシウスによれば、*ius ad rem* は対物訴権 (*actio in rem*) ではなく、対人訴権 (*actio in personam*) を意味する。この権利は、引渡し前の問答契約 (*stipulatio*)、贈与 (*donatio*)、売買 (*emptio*) などによって発生する⁴¹。それに対して、*ius in re* は物についての訴えを可能にする権利であり、この権利は、売買や他の契約に基づいた引渡し後に有する権利のことを指す⁴²。所有権、使用权 (*usus*)、用益権 (*ususfructus*) などが *ius in re* とされる。レッシウスによれば、これらの権利は有体物にも無体物にも成り立ち得る。

以上のように、レッシウスの所有権概念は、モリナの所有権概念と一致するといえよう⁴³。

(2) 所有権の移転論

① ビトリア

前述のような所有権概念を前提として、後期スコラ学者がいかにして所有権の移転を説明しているかをみていこう。ビトリアは、所有権の移転について、所有権の本質から導き出す。前述したように、所有権は「自身の判断によってものを使用し得るための権能」であるから、自分自身のものを他人に譲渡することができる。所有権の移転には、自然法上は所有者の所有権を移

37 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.3, dub. 2, nn. 7-8.

38 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.3, dub. 1, nn. 4, 5.

39 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.3, dub. 1, nn. 4, 5.

40 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.3, dub. 2, n. 7.

41 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap. 2, dub. 11.

42 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap. 2, dub. 12.

43 この点を指摘するものとして、筏津・前掲注 18、143 頁。

転する意思と譲受人の承諾で足り、そのために引渡しは必要ではない⁴⁴。

②モリナ

モリナは、所有権の移転に関して、「物の所有権は、単なる（裸の）合意のみによって移転せず、引渡しや使用取得によって移転する」⁴⁵といったローマ法の『勅法彙纂（Codex）』や『法学提要（Institutiones）』⁴⁶、コバルビアス（Diego de Covarrubias, 1512-1577）⁴⁷などを引き合いに出して⁴⁸、所有権または不完全な所有権の取得には、権限（titulus）に加えて引渡し（traditio）が必要であるとする⁴⁹。たとえば、売買契約において、売主が引渡しをしておらず、買主が支払いを済ませたという場合、買主はその段階では所有権（ius in re/dominium）は取得せず、ius ad remを取得するだけである⁵⁰。

さらにモリナは、売主が二重売りをした場合について、引渡しを受けた第二買主が所有権を取得し、第二買主はその物を第一買主に引き渡すことを義務づけられないとして、引渡しを受けた第二買主を優先させる⁵¹。

なお、モリナは、物に関する権利は実定法の規定にかかわることであると理解していることから、所有権の移転についての自然法上の立場については明示的に述べていない。

③レッシウス

レッシウスによれば、所有権の移転に関して、市民法上は法律上の権限と引渡し（titulus et traditio）が必要であるが、自然法上引渡しは不要である⁵²。レッシウスは、コバルビアス⁵³とローマ法の『学説彙纂（Digesta）』

44 Vitoria, op. cit. (n. 20), II, II, q. 62, a. 1, n. 30.

45 C. 2, 3, 20: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

46 Inst. 2, 1, 40-44.

47 Diego de Covarrubias, Variarum ex iure pontifico, regio et caesareo resolutionum, libri III, Salmanticae 1552, l. 2, var. c. 19.

48 Molina, De iustitia et iure, Disp. 2, Nr. 3.

49 Molina, De iustitia et iure, Disp. 3, Nr. 17. Dominium non comparatur solo titulo sine traditione (Molina, De iustitia et iure, Disp. 2, Nr. 3).

50 Molina, De iustitia et iure, Disp. 2, Nr. 3.

51 Molina, De iustitia et iure, Disp. 2, Nr. 3.

と『勅法彙纂 (Codex)』⁵⁴を引き合いに出して、所有権の移転については権限と引渡しが必要であるか否かについて検討する⁵⁵。レッシウスは、この 2 つは自然法上は必要ないとする一方で、実定法上は権限、すなわち贈与や売買などの原因に加えて引渡しが必要であるとする。ゆえに、レッシウスによれば、契約締結段階では、所有権などの *ius in re* は取得せず、*ius ad rem* を取得するにすぎない⁵⁶。したがって、*ius in re* は売買や贈与といった権限に基づく引渡しによって取得することになる。

以上のように、ピトリアとレッシウスは、自然法上合意のみによる所有権の移転を認めていた。すなわち、引渡しがなくても *ius in re* である所有権が移転するとした。それに対して、モリナとレッシウスは、実定法上、*ius ad rem* と *ius in re* を区別することによって、契約の締結段階においては、*ius in re* は移転せず、*ius ad rem* のみが移転するとした。

(3) 小括

所有権概念について、後期スコラ学派においては、バルトルスの定義を継承しつつ、さらに発展させているといえよう。ピトリアは、所有権概念を広義に解するのに対して、モリナとレッシウスは狭義に解するようになる。また、ピトリアは所有権を原状回復のために規定するが、モリナとレッシウスは、原状回復のためだけではなく、契約のため、すなわち契約によって取得されるものとして位置づける。

所有権の移転に関しては、ピトリアとレッシウスは、自然法上合意のみによる所有権の移転を肯定した。しかし、実定法では、モリナとレッシウスは、

52 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap. 3, dub. 3, n. 12.

53 Covarrubias, *Variarum ex iure pontifico*, l. 2, var. c. 19.

54 Cod. 2, 3, 20: *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

D. 41, 1, 31, pr: *nunquam nuda traditio transfert dominium; sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (単なる引渡しによって所有権が移転することはなく、売却やその他の何らかの適法原因が先行し、そのために引渡しが必要とされる場合にはじめて所有権は移転する)。

55 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap. 3, dub. 3, n. 12.

56 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap. 3, dub. 3, n. 13.

ius ad rem と ius in re を区別することによって、合意のみによって移転するのは ius ad rem であるとした。

3 グロチウスにおける所有権の移転論

(1) 所有権

『法学提要』の三分法にしたがって3部構成を採る『オランダ法学入門』⁵⁷は、第1部「法の諸原則と人間の法的状態 (Van de beginselen der Regten, ende van der Menschen Regtelijke Gestaltenisse)」、第2部「物権 (beheering; ius in rem)」、第3部「債権 (inschuld; ius in personam sive creditum)」から成る⁵⁸。一般的には、『法学提要』の「人の法」、「物の法」、「訴訟の法」の配列にしたがって、訴権 (actio) に代わり物権と債権から成る権利中心の体系を展開すると理解される。

拙稿において明らかにしたように⁵⁹、後期スコラ学派はローマ法の訴権を前提としているのに対して、グロチウスは新たな思考枠組み、すなわち「権利」

57 『オランダ法学入門』については、Hugo Grotius, *Inleydinge tot de Hollandsche rechtsgeleertheit*, Rotterdam 1631 および *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, Amsterdam 1706 を使用した。英訳については ① *The Introduction to Dutch Jurisprudence of Hugo Grotius, with Notes by Simon van Groenewegen van der Made, and Reference to van der Keesel's Theses and Schorer's Notes*, Translated by A. F. S. Maasdrorp. Cape Town, J. C. Juta, 1878 年, ② *The Jurisprudence of Holland, with the Translation by R. W. LEE*, 1953 を使用した。また、羅訳については、*Institutines Juris Hollandici*, Haarlem 1962 を使用した。

58 グロチウスは、もともと『オランダ法学入門』を第4部「訴訟」を含む4部構成にする予定であったとされる (Zur Inleidng tot de hollandsche rechtsgeleerdheid des Hugo Grotius, in: *Tijdschrift vOOR Rechtsgeschiedenis* 20, 4 (1952), S. 390)。『オランダ法学入門』の構成については、たとえば、J. C. Van Oven, Hugo de Groot's *《Inleiding》* als Lehrbuch der römischen Rechts, in: *L' Europa e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano 1954, pp. 267-287, その翻訳として塙浩「オランダ近世の法史および法学とローマ法」神戸法学年報第3号 (1987年) 206-290頁、Klaus-Peter Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, S. 31ff., Reinhard Voppel, *Der Einfluß des Naturrechts auf den usu modernus*, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 85ff., Robert Feenstra, *Pact und Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th century*, in: *Toward a General Law of Contract*, Berlin 1990, pp. 197-213 p.200.

59 拙稿・前掲注12。

を中心に体系を構築する⁶⁰。グロチウスは、ローマ法における無名契約について、訴権の適用範囲を拡大して保護するのでもなく、「約束」に組み入れるのでもなく、「不均衡」概念を用いることによって保護しようとした⁶¹。

再度確認しておく、物権とは「他人との必然的な関係なくして人と物の間に存在する権利 (Beheering is 't recht van toebehooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch)」⁶²であり、債権は「他人に対して何らかの物あるいは行為を享受する権能を与える権利 (Inschuld is 't recht van toebehooren dat den eenen mensch heeft op anderen om van eenige zake ofte daed te genieten)」である⁶³。グロチウスは、物権と債権に関して絶対権と相対権という区別はせず⁶⁴、正義を実現するための手段として2つの権利を並列関係に置く。

本節で考察する「所有権」は、第2部「物権」のなかで説明される。第2部「物権」では、物に対する法的な権利の発生を説明する前に、第1章「物の法的地位とその分類 (Van de rechtelicke gestaltenissen der saken ende der selver onderscheidingen)」において物の定義および分類を扱う。第2章で「占有権 (bezitrecht)」が扱われた後、第3章において「所有権 (eigendom)」が説明される。

グロチウスによれば、物 (zaken; res) は人間の外に存在し、人間にとって有益である物を意味する⁶⁵。物には単一物 (enckel; singlares) と集合物 (veel begrijpende; universales) があり、前者は有体物 (lichamelick; copolare) と無体物 (onlichamelick; incorporale) に分類され⁶⁶、有体物はさらに動産と不動産に分類される⁶⁷。物にはすべての人に属する物、ある偉

60 この点を指摘するものとして、筏津・前掲注18、154頁、松尾弘「グロチウスの所有権論(一)」一橋研究14巻3号(1989年)109頁など。

61 拙稿・前掲注12、19-22頁。

62 Grotius, Inleidinge, II, 1, 58.

63 Grotius, Inleidinge, II, 1, 59.

64 松尾弘「グロチウスの所有権論(二・完)」一橋研究14巻4号(1990年)149頁。

65 Grotius, Inleidinge, II, 1, 3.

66 Grotius, Inleidinge, II, 1, 9.

67 Grotius, Inleidinge, II, 1, 10.

大な人間の共同体に属する物、個々人に属する物、誰にも帰属しない物がある⁶⁸。すべての人に属する物として、海や空気などが挙げられる⁶⁹。グロチウスは、個々人に属する物を譲渡できない (onwandelbaer; inalienabiles) 物とできる (wandelbaer; alienabiles) 物に分類し⁷⁰、譲渡できない物として、他人に帰属しえない、一人の人間のみに帰属する物、たとえば、生命、身体、自由、名誉を挙げる⁷¹。

グロチウスによれば、占有とは、他人の物としてではなく、自己の物として占有するという意思のもと、物を実際に所持することである⁷²。この定義にしたがえば、賃借人や受寄者は占有者にあたらないことになる。占有権によって、占有権者は物を保持する (houben) ことができ、また、それを奪おうとする者に対抗する (wedestaen) ことが可能である。

グロチウスは、所有権を占有を失った者がその物を法的に取得することができる権利 (Eigendom ist de toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende 't zelve vermag rechtelick te bekomen)⁷³であり、「所有権は失われた占有を再び取戻す権利から成っている」⁷⁴と定義しているように、グロチウスは物の返還請求権能を中心に所有権を理解する⁷⁵。

所有権は完全な所有権 (dominium plenum)⁷⁶と不完全な所有権 (quasi-dominium & dominium minus plenum) に分類され、不完全な所有権とは制限物権のことであり、地役権や用益権などがそれにあたる。この分類は、前述したように後期スコラ学派のモリナやレッシウスにもみられる。

完全な所有権と不完全な所有権との関係は、たとえば、通行地役権を有す

68 Grotius, Inleidinge, II, 1, 16.

69 Grotius, Inleidinge, II, 1, 17.

70 Grotius, Inleidinge, II, 1, 41.

71 Grotius, Inleidinge, II, 1, 42.

72 Grotius, Inleidinge, II, 2, 2.

73 Grotius, Inleidinge, II, 3, 1.

74 Grotius, Inleidinge, II, 3, 4.

75 グロチウスの所有権につき、Feenstra, a. a. O. (Fn. 22), SS. 209-234、松尾・前掲注 63・67、同「民法学の発展における自然法論の意義」『姫路法学』21号 (1997年) 85-205頁など。

76 Grotius, Inleidinge, II, 3, 9. グロチウス自身が脚注でラテン語訳を示す。

る者は完全な所有権を有しない。というのも、その者は、完全な所有権に帰属する権利である土地を売却したり収益を得たりする権利を有していないからである⁷⁷。

また、土地に通行地役権が設定されている場合、従来は通行権者も通行を認容すべき者もともに不完全所有権をもつが、両者を区別するために、所有権という言葉は、所有権のうちより多くの権利をもつ者に対して用いられる。その際の具体的な基準は、「土地を売却および賃貸することができる」ことである。ゆえに、通行権は権利のより少ない部分である制限物権 (*gerechtigheit*) とされる。権利のより多い・より少ないという基準については一般的に収益 (*beat*) よりも物の価値 (*waerde*) に注目される。この価値 (*waerde*) というのは、土地に地役権なり永借権なりを設定して、その設定を受けた者よりも少ない収益しか得ていない者にもこの「価値」が帰属している。中世ローマ法学において、永借人などの「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よばれない」とする下級所有権 (*dominium utile*) をグロチウスは制限物権として所有権から分離したといえよう。

(2) 所有権の移転論

グロチウスは、所有権の移転時期について、自然法上ローマ法の引渡主義を否定する。すなわち、自然法にしたがえば、そのために引渡し (*leevering; traditio*) がなくとも合意のみで十分であり、前所有者が所有権移転の意思を表示し (*toonen*)、譲受人が受諾 (*aenneemen*) することによって所有権は移転する⁷⁸。

しかし、実定法にしたがえば、約束だけでは、誰も所有者にはならず、引渡しが必要であるとする⁷⁹。グロチウスによれば、「各人の財産に対し所有

77 Grotius, *Inleidinge*, II, 33, 1.

78 Grotius, *Inleidinge*, II, 5, 2. この合意はサヴィニーの物権契約にあたるとの指摘がある (Van Oven, a. a. O. (Fn. 58), S. 275)。

79 Grotius, *Inleidinge*, II, 5, 2.

者自身より大きな力を有し、慎重を欠く一切の譲渡を防止して人を悔恨から守るため、初めの所有者が第二の所有者に現実的な占有を帰属させること、すなわち引渡し (leevering; traditio) と言われる行為を要求する。その結果、約束だけでは今日は誰も所有者にはしない」⁸⁰。ゆえに、実定法上は所有権の移転のために引渡しが要求される。

実定法上、グロチウスは、物を動産 (tilbaer goed) と不動産 (ontilbaer goed) に分類し、不動産については、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必要であり、これに違反した場合にはそれに対する罰 (straffe) として、所有権の移転が無効とされた⁸¹。それゆえ、この場合の所有権の移転時期はこれらの手続の終了時となる⁸²。動産については、買主が売主に代金を支払うか、あるいは担保を提供しない限り、または、売主が代金についての信用を与えない限り、所有権は移転しないとす⁸³。

(3) 小括

グロチウスの所有権のとらえ方は、ビトリアが定義するような広い意味の所有権ではなく、物の所有権に純化している。とくに注目すべきは、所有権から制限物権を整理した点である。

グロチウスの所有権の移転論に関しては、自然法上、移転の意思表示とその承諾という構成をとっており、基本的に後期スコラ学派の延長線上に位置づけることができよう。

ビトリアと異なり、レッシウスは自分自身に対する所有権の概念を否定した。グロチウスもこの潮流にそって物を対象とする所有権を論じていたものの、後述するように、グロチウスは、債権の発生原因としての「約束」の説明において、所有権の移転論のアナロジーを用いている点は注目に値する。

80 Grotius, Inleidinge, II, 5, 2.

81 Grotius, Inleidinge, II, 5, 13.

82 松尾、前掲注 64、143 頁、脚注 17。

83 Grotius, Inleidinge, II, 5, 14.

約束から発生する債権を説明するために、まず合意のみによる所有権の移転論を説明する必要があった。つまり、所有権の移転論が「約束」および債権の発生にかかる説明のための鍵となっている点を明らかにする必要があるだろう。

4 所有権の移転論から約束へ

(1) 後期スコラ学派における契約

グロチウスの所有権の移転論と約束を考察する前に、グロチウスの「約束」の特徴を明らかにすべく、後期スコラ学派における契約を概観したい。ここではモリナとレッシウスの契約について簡単にみていこう。モリナは、『正義と法について』の第2巻「契約について (De contractibus)」(1597年)のなかで、ローマ法を継承しながら契約について説明する。ローマ法における有名契約 (contractus nominati) と無名契約 (contractus innominati) を受け入れたうえで、無名契約からは自然債務が発生するとする⁸⁴。自然法上、裸の合意 (pacta nuda) と服を着た合意 (pacta vestita) を区別しない一方で、市民法上はこの区別を認める。

レッシウスは、拙稿で示したように、市民法上訴求可能な契約として、ローマ法の類型強制を継承し⁸⁵、「要物契約」、「文書契約」、「言語契約」、「諾成契約」の4つの契約類型を挙げる⁸⁶。訴求可能である服を着た合意 (pacta vestita) から訴求できない裸の合意 (pacta nuda) を区別する。裸の合意は次の6つの方法によって訴求可能となる。すなわち、①もの、すなわち一方の先履行、②言語、③文書、④有名契約にすること、⑤服を着た合意との

84 Molina, *De iustitia et iure*, Disp. 253.

85 レッシウスは、20歳でドゥエー (Douai) の Jesuit College d'Anchin において1581年までアリストテレス哲学を教えるとともにギリシア語や神学などを勉強したが、とりわけローマ法とカノン法の勉強に力を入れたとされる (Leonard Schoofs, *De vita et moribus R. P. Lsonardi Lessi e Societate Iesu theologi liber ad utramque provinciam Societatis Iesu per Belgium iubilaum anno seculari suo celebrantem*, Buruxellae 1640, S. 14).

86 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap. 17, dub. 2.

結合、⑥宣誓によって、どれか1つをみたすことによって裸の合意は服を着せられることになり、訴求可能となる。

以上のように、後期スコラ学派においては、モリナ以降は『正義と法について』のなかで契約を独立して扱い、さらにローマ法に依拠して契約を説明する傾向があるといえよう。モリナやレッシウスは、実定法上はローマ法の類型強制を継承するとともに、訴権が認められる範囲を拡大する一方で、自然法上は裸の合意の拘束力を認める。

(2) 債権の発生原因としての約束

グロチウスは、『オランダ法学入門』において、後期スコラ学派にみられるような契約とは別の、訴権に基づかない新たな概念である「約束」を導入した。前述したように、グロチウスは物権と債権といった権利概念を体系の中心に据えることによって『オランダ法学入門』を作り上げた。拙稿で示したように⁸⁷、物権と並ぶもう1つの権利である債権は、約束 (toezegging; promissio) と不均衡 (onevenheid; inaequalitas) から発生する。債権とは「ある人が他人より何らかの物や行為を得るためにもっているもの」⁸⁸である。拙稿⁸⁹にて考察した、債権の発生原因の1つである「不均衡」には「不均衡の発生 (veroozaecking van onevenheid)」と「不当利得による不均衡 (onevenheid door baet-trecking)」があり、前者はさらに意思によって生じる不均衡 (veroozaecking ter minne) (=有名契約以外の取引から生じる不均衡) と意思によらずして生じる不均衡 (veroozaecking ter onminne) (=不法行為から生じる不均衡) があり⁹⁰、これらについては一方の利益によって他方に不利益が存するという不均衡な状態を原因として債権が発生することになる。

グロチウスは約束を「ある人が他の人に対して、その相手がそれを承諾し、

87 拙稿・前掲注12、拙稿「近世私法理論の構築契機—原状回復の解体プロセスに着眼して」法と文化の制度史第3号(2023年)133頁以下。

88 Grotius, Inleidinge, III, 1, 1.

89 拙稿・前掲注12、19頁。

90 Grotius, Inleidinge, III, 1, 16-17.

それによって約束者に対して権利を獲得するという意図をもって約束する意思的な行為である」⁹¹と定義する。また、グロチウスは、約束を単なる片約 (belofte; pollicitatio)⁹²と区別する。片約は、約束したことを履行しないことは不適切であるとしつつも、他方当事者に約束した物を受領するいかなる権利も与えないとする⁹³。つまり、約束においては、約束した相手方が権利を取得するという点に注意しなければならない。

他人が権利を取得する理由は、グロチウスによれば、「人間が自分の行為を自由に処分することができることにある」⁹⁴。というのも、人間が自分のものに対してもっている力は、完全な所有権であろうと不完全な所有権であろうと、引渡しや許容 (toelating) によって他人を所有者にすることができるのと同じように、人は自分の自由の一部を他人に譲渡することができ、その結果、その相手はその権利を取得する。この権利が債権 (ius in personam) とよばれる⁹⁵。

債権は、物の取得に向けられることもある。その場合、債権は完全あるいは不完全な所有権や占有を与えるのではなく、人に所有権または自由な占有を要求する権利を与える。そして、この場合の義務 (schuld) は与える義務 (verbintenissen van geven; obligatio ad dandum) とよばれる⁹⁶。ときには、為す (doen; faciendum) 債務やもたらす債務のように、権利は特定の物に向けられないこともある⁹⁷。

以上のように、相手方が権利を獲得するという意図をもって約束することによって、所有権や自由な占有を要求する権利や「為す」・「もたらす」ように要求する権利が発生することになる。

91 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 10.

92 グロチウス自身は、toezegging を promissio、belofte を pollicitatio (Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 5) していることから、toezegging を約束、belofte は片約と訳す。この点について、Feenstra, *op. cit.* (n. 58), p. 206.

93 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 11.

94 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 12.

95 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 12.

96 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 13.

97 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 13.

ただし、契約上の債務（債権）の発生がすべて約束自体から説明されているわけでない点には留意が必要である。グロチウスは、債務（verbintenisse）の原因が一致する可能性を指摘する。たとえば、盗んだ物を所持している者と借りた物を所持している者について、前者は所有者の同意によらず、後者は所有者の同意に基づくものであるという点に違いはあるものの、両者は利益を得ることによって「不均衡」が生じている。そのため、不均衡を原因として、物を返還する債務（物の返還を要求する債権）が発生する。さらにグロチウスは、売買契約についても次のように説明する。すなわち、すでに売買目的物の引渡しを受けた買主は代金を支払うことに義務づけられる。というのも、不当に利益を得ているからであり、また、代金を支払うように約束したからである⁹⁸。つまり、窃盗、使用貸借、売買、いずれの場合についても、不均衡を是正しなければならないという原状回復的な思考に基づいて説明される。この点については、後期スコラ学派の原状回復論の影響があるといえるのではないか。

（3）約束の意味

では、グロチウスの約束はいかなる権利をいかにして相手方に与えるのか。この点についてみていこう。

前述したように、約束は「ある人が他の人に対して、その相手がそれを承諾し、それによって約束者に対して権利を獲得するという意図をもって約束する意思的な行為である」。人間は自分自身の行為を自由にする力を有しているため、それを他人に譲渡することによって、相手方に権利（債権）を与えることが可能である。グロチウスは、この約束を所有権の移転論から導き出した。すなわち、人は自分自身が所有物について有する力によって、他人を所有者にするための引渡しや認容が可能であり、その引渡しや認容をとおして相手方が所有権を取得することになる。人が物を他人に譲渡することによって、その相手方は所有権を取得するように、人が自身の行為を自由に処

98 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 20.

分することによって、その相手方は債権を取得することができる。取得した者はその債権に基づいて、所有権あるいは自由な占有を要求することができるようになる。

拙稿で示したとおり、グロチウスは、債権の発生原因の 1 つである約束に関して、まず要物契約に分類される寄託 (bewaeraenneeming; depositum) (第 3 部 7 章)、質入れ (pandaenvaerding; contractus pignoris) (第 3 部 8 章)、使用貸借 (beruickleening; commodatum) (第 3 部 9 章)、消費貸借 (verbruicklening; mutuum) (第 3 部 10 章) を説明した後、諾成契約に分類される委任 (lastaenvaerding; mandat) (第 3 部 12 章)、両替 (wisselteickening; cambium) (第 3 部 13 章)、売買 (koop ende verkooping; emptio et venditio) (第 3 部 14 章)、永貸借 (erffpachtgunning; emphyteusis) (第 3 部 18 章) 賃約 (huir ende verhuiring; locatio conductio) (第 3 部 19 章) などを説明する。

たとえば、売買契約は、当事者の一方を所有権を与えるか保証するよう義務づけ、他方当事者を一定の価値を金銭で支払うように義務づける契約である⁹⁹。契約締結時は、一方が所有権を要求する権利 (債権) を取得するのに対して、他方は金銭の支払いを要求する権利 (債権) を取得することになる。グロチウスが、債務 (verbintenisse) とは「ある人が他の人に債権を与える行為」¹⁰⁰であり、「各人が彼自身に義務づけられる」¹⁰¹と説明していることから、義務づけられる＝相手が債権を取得すると理解することができよう。

以上のように、グロチウスは、所有権の移転論の考え方をを用いて約束を導き出す¹⁰²。前述したように、所有権の譲渡は、所有権の部分的権能として、所有権の存在自体から演繹される。すなわち、所有者がその所有物を譲渡することができるように、自分の行為についても他人に譲り渡すことができる。所有権の移転と同じように、権利の譲渡のためには相手方の承諾がなければ

99 Grotius, Inleidinge, III, 14, 1.

100 Grotius, Inleidinge, III, 1, 24.

101 Grotius, Inleidinge, III, 1, 25.

102 松尾・前掲注 67、149 頁。

ならない。約束は、承諾をもって拘束力をもつことになり、その結果として、相手方が権利（債権）を取得することになる。グロチウスによれば、約束は所有権の移転と類似の構造をもつ。

（４）小括

グロチウスは、他人との必然的な関係なくして人と物の間に存在する権利を物権、他人に対して何らかの物あるいは行為を享受する権能を与える権利を債権として２つの権利を区別した。これら２つの権利は並列関係にあり、絶対権と相対権という関係に位置づけられたわけではなかった¹⁰³。かような権利を中心とした体系の基礎には、所有権概念があった。グロチウスは、行為についての権利（＝債権）の発生を所有権の移転についての説明原理を用いて定義した。さらに、所有権の移転論を応用することによって「為す」ことについての契約をも説明した¹⁰⁴。

所有者がその所有物を自由に譲渡することができるように、人は自分の行為について自由に譲渡することができる。その結果、相手方は権利（債権）を取得することになる。以上のように、グロチウスの『オランダ法学入門』における約束は、所有権の移転論をモデルとして構成され、債権の発生が所有権の移転と同じように説明される。

グロチウスの約束は、拙稿において示したように、ローマ法上の有名契約のみを対象にしているという意味ではローマ法から完全に離れられていないものの、個別の契約をローマ法における契約の延長で説明するのではなく、合意に基づく債権の発生原因である「約束」という用語で表現し、その際に

103 本稿では、人文主義法学の影響については言及することができなかったが、人文主義法学者のアーベル（注33参照）が「所有権の取得方式（modus acquirendi dominium）と契約（contractus）を無造作に混同しないよう注意を促すことを習わしとしている」こととの関係を明らかにする必要があるだろう。グロチウスも所有権の取得の問題と約束を意識的に区別しているように見受けられる。この点が人文主義法学者の直接の影響なのか、あるいは、後期スコラ学派経由であるのかについても検討する必要がある。

104 Franz Wieacker, *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, in: Paolo Grossi (Hg.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973, S. 228.

所有権の移転論のアナロジーを用いているところに特徴があるといえよう。

5 おわりに

(1) 合意のみによる所有権の移転論

後期スコラ学派によって、所有権は契約によって移転する対象としてとらえられるようになった。ビトリアは、所有権を原状回復のために規定していたが、ソト以降、所有権を原状回復のみならず、契約によって取得される権利として位置づけるようになる。とりわけレッシウスは、自然法上合意のみによって所有権は移転するとする。その一方で、権利を二分した *ius ad rem* と *ius in re* のうち、所有権は *ius in re* であり、実定法上、契約締結時には *ius ad rem* が移転するにすぎず、*ius in re* は引渡しによって移転する。

グロチウスは、所有権について、完全な所有権と不完全な所有権という区別を後期スコラ学派から継承した。また、所有権は *ius in rem*¹⁰⁵ の1つであり、自然法上、合意のみによって移転する。しかし、実定法上は引渡しが必要であるとする。

なお、約束によっては、所有権そのものではなく、所有権を要求する権利(債権 (*ius in personam*)) が移転した。これは、後期スコラ学派の所有権を指す *ius in re* と契約によって移転する *ius ad rem* に対応するといえよう。しかし、グロチウスは、*ius in re* と *ius ad rem* をそのまま受け入れるのではなく、「物権」と「債権」という言葉を用いたと理解することができるのではないかと。

以上のように、レッシウスは、自然法上合意のみによって所有権が移転し、実定法上は引渡しが必要であるということを明確に述べていた。グロチウスの所有権の移転論は、自然法上は移転の意思表示とその承諾のみによって説明される一方で、実定法上は意思表示のみでは移転しないと説明されていた

105 グロチウスは、*ius in re* ではなく、*ius in rem* と脚注に付す (Feenstra, op. cit. (n. 33), p. 117 Fn. 45 でも指摘される)。なぜ *ius in rem* としたのかについては本稿では明らかにできなかった。この点については別稿に譲りたい。

ことから、基本的に後期スコラ学派の延長線上にあるということがいえよう。

(2) 所有権の移転論をモデルとした約束と債権

ただし、所有権を移転する手段としての契約の位置づけは、後期スコラ学派とグロチウスでは異なる。モリナやレッシウスは契約を原状回復論から分離するものの、契約はローマ法を積極的に取り入れた訴権を前提としたものであった。原状回復の枠組みを依然として残しつつ、裸の合意から自然法上の債務は発生するとして、人の意思を重視しながらも、ローマ法の訴権的思考がなお強く残っていた。

それに対して、グロチウスは、約束という概念を導入することによって、ローマ法の訴権を排除しようと試みた。合意のみによる所有権の移転論という視点では、後期スコラ学派の延長線上に位置づけられる一方で、物権や債権といった権利概念に加えて、債権の発生原因である約束を導入することによって、新たな枠組みを基礎づけた。

その際に、約束については、所有権の移転の考え方をうけて説明されたということが重要である。所有権の譲渡は、所有権の部分的権能として、所有権の存在自体から演繹される。そのことを債権の発生の説明の材料として用いたのである。すなわち、所有者がその所有物を譲渡することができるように、自分の行為についても他人に譲り渡すことができる。所有権の移転と同じように、権利の移転のためには相手方の承諾がなければならない。約束は、その相手方の承諾をもって拘束力をもつことになり、相手方が権利を取得することになる。それゆえ、結果として相手方は権利（債権）を取得することになる。

ここで再び所有権概念の進化についてみると、後期スコラ学派では、自分自身に対する所有権などの広い意味の所有権も想定されていた。その一方で、グロチウスの『オランダ法学入門』では、所有権は、物の所有権に限定して説明されるようになっていた。自分自身に対する所有権ではなく、自分自身の「行為」に対する権利＝自由を他人に譲り渡す、という説明をすることにより、所有権概念の純化と債権発生プロセスの説明を両立させたとい

えるのではないか。

グロチウスは、レッシウスと同様、自然法上合意のみによる所有権の移転を承認していた。視点を変えれば、グロチウスは、約束とそこから発生する債権を説明するために、その前提として、合意のみによる所有権の移転を説明する必要があったといえるのではないか。

なお、本稿では、グロチウスが『オランダ法学入門』において、所有権の移転をモデルとして約束を説明することをとおして、物権と債権を中心とした権利の体系を構築したことを示すにとどまり、『戦争と平和の法』における展開については検討することができなかった。また、後期スコラ学派との関係だけに着目し、*ius ad rem* と *ius in re* の峻別を最初に提唱したとされる人文主義法学との関係については検討が及ばなかった。これらの点については今後の課題としたい。

[付記] 本研究は、科学研究費補助金（若手研究・課題番号（JP23K12358））の助成を受けた研究成果の一部である。