

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

中野 万葉子

1 はじめに

(1) 問題の所在

ヨーロッパ私法の発展への寄与という点に関しては、まず近世自然法論者の功績が指摘されることが多い。グロチウス (Hugo Grotius, 1583-1645) やプーフェンドルフ (Samuel von Pufendorf, 1632-1694) が契約や不法行為の一般理論の確立に寄与し¹、とりわけグロチウスは「国際法の父」、「近代自然法の父」、「近代的法典の真の祖」などと評されることもある。その一方で、近世自然法論以前に後期スコラ学派 (サラマンカ学派) が契約の一般理論の発展に中心的な役割を果たしたと評する研究はこれまでも存在し²、それらによればグロチウスは「父」や「革新者」ではなく³、彼以前の後期スコラ学派などによる功績を応用しただけであるとされる。

後期スコラ学派とは、ビトリア (Francisco de Vitoria, 1483/86-1546) を先駆者としてスペインのサラマンカ大学を中心に形成された、主としてトマス・アクィナス (Thomas von Aquin, 1225 頃 -1274) に基づく研究を行っ

1 Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800: Band I Älteres Gemeines Recht*, München 1985, S. 506, S. 512, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligation, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1900, S. 1032ff. など。

2 Wim Decock, *Law of property and obligations. Neoscholastic Thinking and Beyond*, in: Pihlajamäki/Dubber/Godfrey (eds.) *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford University Press 2018, pp. 611-612.

3 Roderich von Stintzing/Ernst Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft II*, 1, München/Leipzig 1898, SS. 1-5, Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, München 2012, S. 103 など。

た学派である⁴。その代表的な人物として、ソト (Domingo de Soto, 1494-1560)、コバルビアス (Diego de Covarruvias, 1512-1577)、モリナ (Luis de Molina, 1535-1600)、スアレス (Francisco Suárez, 1548-1617)、本稿で扱うレッシウス (Leonardus Lessius, 1554-1623) などが挙げられる。

後期スコラ学派は近世自然法論者のプーフェンドルフやトマジウス (Christian Thomasius, 1655-1728) などによって酷評されたこともあり、18・19世紀のドイツではその業績が注目されることは少なく⁵、後期スコラ学派から世俗的な自然法論へとつながる道筋も明らかにされることはなかった。20世紀になると、後期スコラ学派の学問的意義が徐々に注目されるようになり、コーラー (Josef Kohler) は、彼の論文「16世紀および17世紀のスペインの自然法論者 (Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts)」(1917年)の中で、後期スコラ学派には多くの注目すべき法律学が含まれていることを指摘した。そして、クラウゼ (Otto Wilhelm Krause) が『16世紀の自然法論者たち—自然私法の発展にとっての彼らの意義 (Naturrechtler des 16. Jahrhunderts. Ihre Bedeutung für die Entwicklung eines natürlichen Privatrechts)』(1982年)の中で後期スコラ学者たちを詳細に紹介するとともに、彼らの業績を評価した。ティーム (Hans Thieme) は、論文「自然的私法と後期スコラ学派 (Natürliches Privatrecht und Spätscholastik)」(1953年)⁶の中で後期スコラ学派が自然法と私法の歴史に対していかに大きな影響を及ぼしたかを論証しようと試みた。さらに、ティームの指導のもと、彼の弟子たちは後期スコラ学派の私法分野についての論文を著した。たとえば、レーバー (Burckhardt Löber) の『16世紀におけるスペインの組合法 (Das spanische Gesellschaftsrecht im 16. Jahrhundert)』

4 サラマンカ学派の分類につき、松森奈津子『野蛮から秩序へ—インディアス問題とサラマンカ学派』(名古屋大学出版会、2009年)などを参照。

5 Gerhard Otte, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln/Graz 1964, S.1.

6 Hans Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, SZ (GA), 70 (1953), S. 230ff. なお、日本では、①ハンス・ティーム (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」法学協会雑誌 88巻7・8号 (1971年)、1-16頁の他、②ハンス・ティーム (久保正幡監訳)『ヨーロッパ法の歴史と理念』(岩波書店、1978年)などの翻訳がある。

(1967年)、ヌーファー (Günther Nufer) の『スペイン後期スコラ学者の回復理論 (Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit)』(1969年)、オッテ (Gerhard Otte) の『フランシスコ・デ・ビトリアにおける私法 (Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria)』(1964年) などがある。このようにして、20世紀に入ると後期スコラ学派の業績に注目が集まるようになり、とりわけ私法に関する研究が盛んになった。その後、ゴードリー (James Gordley) が『私法の基礎 (Foundations of Private Law)』(2006年)⁷の中でより具体的に後期スコラ学派の功績を評価した。この著作を契機として、私法分野、とりわけ契約法や不法行為法の形成への後期スコラ学派の積極的な関与が指摘されるようになり、近年のヨーロッパでは後期スコラ学派についての著作が数多く出版されている。ヤンセン (Nils Jansen) の『後期スコラ学派の原状回復論における神学、哲学、法学 (Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution)』(2013年) やデーコック (Wim Decok) の『神学者と契約法 (Theologians and Contract Law)』(2013年) などが刊行され、後期スコラ学派における原状回復や契約の特徴の解明が試みられている⁸。

こうした近年の後期スコラ学派の私法分野に関する研究の多くは、後期スコラ学派の学問的意義を高く評価すると同時に、近世自然法論への影響を指

7 James Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press 2006.

8 近年では、ビトリアの著作のドイツ語訳 *Francisco de Vitoria* (Hg., eingeleitet und ins Deutsche übersetzt von Joachim Stüben), *De iustitia. Über die Gerechtigkeit. Teil I/II*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2013, *ders.*, *De iustitia. Über die Gerechtigkeit. Teil III*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2020 やモリナの翻訳 *Luis Molina* (Hg. und eingeleitet von Matthias Kaufmann und Danaë Simmermacher, ins Deutsche übersetzt von Matthias Kaufmann, Alexander Loose und Danaë Simmermacher), *De iustitia et iure. Über die Gerechtigkeit und das Recht. Teil I/II*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2019 などが出版され、最近では、レッシウスの著作のドイツ語訳 *Leonardus Lessius* (Hg. und eingeleitet von Nils Jansen, ins Deutsche übersetzt von Klaus Wille), *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 が刊行されるなど、後期スコラ学派への学問的関心の高さがみてとれる。

摘する。

(2) 本稿の目的

私法分野について、後期スコラ学派の後世への影響が大きいものとして挙げられるのが原状回復 (restitutio) 論である。後期スコラ学派の私法理論においては、原状回復概念が重要な意義を有していた⁹。後期スコラ学派は、債務法全体、すなわち契約と不法行為、準契約と準不法行為から生ずる債務すべてを原状回復で説明する¹⁰。従来の研究は、後期スコラ学派が原状回復義務の発生原因を 2 つに分類し、それらが今日でいうところの不法行為と不当利得から生じる義務に対応することを指摘する¹¹。後期スコラ学派と近世自然法論者との架橋と評されているレッシウスは、『正義と法について (De iustitia et iure)』(1605 年)の中で契約を原状回復から分離し、契約を合意に基づいて説明しようと試みた。しかし、原状回復と契約を完全に分離するところまではいかず、レッシウスの私法理論の中には債務の発生原因としての契約と原状回復が混在する。とりわけ、要物契約はなお原状回復の枠組みで説明される。

後期スコラ学派の影響を受けたとされるグロチウスは、原状回復を体系配列から外す一方で、後期スコラ学派の原状回復的な思考を私法理論の中に残している。グロチウスは、1621 年に草稿を完成させた『オランダ法学入門 (Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid)』(1631 年)の中で、継受ローマ法やホラントの固有法をローマ法の『法学提要』の配列にならって

9 ティーム、前掲注 6 ②、13 頁以下。「回復 (restitutio) とは、われわれの近代的損害賠償概念および履行の概念をもともと含むものであることがわかります。換言すれば、回復についてのスコラの理論は、そもそも、われわれの債務法全体すなわち契約と不法行為、準契約と準不法行為から生ずるすべての債務に及ぶものであります」とティームは指摘する。

10 ティーム、前掲注 6 ②、13-14 頁。

11 たとえば、Günther Nufer, Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit, Diss. Freiburg 1969, S. 12f., Udo Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB, Berlin 1985, S. 56ff., Nils Jansen, Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution. SZ (RA) 120 (2003), S. 132ff. など。

整理した¹²。『オランダ法学入門』は、交換的正義の実現のために権利、すなわち物権と債権を中心として構成され、債権の発生原因として「約束」と「不均衡」が説明される。「不均衡」概念については、後期スコラ学派の原状回復論の影響が指摘されるものの、その意味についてはこれまで十分に明らかにされているとはいえない。したがって、本稿では、グロチウスがなぜ「約束」と「不均衡」という用語を用いて、『オランダ法学入門』の体系を構築したか、またそのような体系化の試みからいかなる新たな発想が看取できるかを明らかにすべく、それ以前における原状回復論からの契約の分離を踏まえて、『オランダ法学入門』における約束と不均衡の特徴について考察する。その際、グロチウスの主著『戦争と平和の法 (De iure belli ac pacis)』(1625年)の中で説明される約束理論を確認し、これを『オランダ法学入門』における約束理論と対比することで、グロチウスが『オランダ法学入門』においては後期スコラ学派の原状回復論を承継しながらも、ローマ法の枠組みを残していたことを明らかにしたい。

本稿では、まず後期スコラ学派の原状回復論の変遷を整理する(第2章)。次いで、グロチウスの『オランダ法学入門』における約束と不均衡の特徴を明らかにしたうえで(第3章)、グロチウスの『戦争と平和の法』における約束理論を考察する(第4章)。

12 グロチウスは、彼自身の子どもたちに法学を教授するために『オランダ法学入門』を執筆したとされる。『オランダ法学入門』は、ホラント私法の包括的・体系的な著作であり、18世紀末までの現行法の概説書として大学で用いられた。ホラント州の私法についての著作のため、『ホラント法学入門』と訳するのがより正確であるが、本稿では一般的な訳語である『オランダ法学入門』とした。『オランダ法学入門』については、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)117-140頁、脚注49(129頁)、さらにJ. C. Van Oven, Hugo de Groot's «Inleiding» als Lehrbuch des römischen Rechts, in: L' Europa e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker, Milano 1954, pp. 267-287, その翻訳として埴浩「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。

2 原状回復論の展開

(1) 原状回復論の起源

本章では、まず、原状回復の歴史的展開について概観したい。原状回復概念については、これまで法学者によって扱われることは多くなかったが、その起源をたどると、神学者のみならず法学者も原状回復概念を用いていることがわかる。

ローマ法は、原状回復を *restitutio in integrum* として扱う¹³。この *restitutio in integrum* は、一度生じた法的状況をもとに戻すことを意味していた。そもそもローマ法には今日でいうところの無効や取消しといった抽象的概念は存在しなかったため、それと類似的な効果を認めることを目的とし、騙された人などを救済する措置として、法務官によって原状回復が認められた。その原因の1つとして挙げられるのが詐欺 (*dolus*) である¹⁴。ローマ法の原状回復には、侵害された法益の調整という意味は包含されておらず、中世初期・中期の道徳神学とアリストテレストマス主義的正義論の中で法益の調整という意味での原状回復論は形成されてきた¹⁵。その後、絶対的な主観的権利として保護される個人の法益 (*dominium*) という考え方によって原状回復が規範的に根拠づけられることになる。つまり、前述したような不当利得や不法行為へとつながる原状回復論はローマ法ではなく、神学を中心に形成されていったと理解することができる。後期スコラ学派の原状回復の起源とされるトマスの *restitutio* 概念は、『神学大全 (*Summa Theologica*)』(1266-1273) の第2-2部の第62問題「返還について (*De restitutione*)」の中で説明される¹⁶。トマスは、「返還する (*restituere*)」とは、「再度ある人を自らのものを所有もしくは占有する状態に置くこと」と定義する¹⁷。返

13 Karl Weinzierl, *Die Restitutionslehre der Frühscholastik*, München 1936, S. 31ff. Berthold Kupisch, *In integrum restitutio und vindictio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin/New York 1974, S. 1 など。

14 Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht* (21. Aufl.), München 2017, S. 72f.

15 この点を指摘するものとして、Nils Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution*, Tübingen 2018, S. 25.

還は交換的正義 (*iustitia commutativa*) の行為であり、「各人に各人のものを与える」という命題にしたがって、不当に取り去られたところのものを返却することを意味する。取り去られたことにより生じた不均等な状態を再び均等な状態へと戻すことを目的とする返還は、①取得されたもの (*res accepta*) それ自体、②取得すること (*acceptio*) それ自体を理由として義務づけられる¹⁸。前者 (①) では、取得した者はそのものを自分のもとに有している限り、それを返還する義務を負う。後者 (②) では、取得することそれ自体を理由として返還する義務を負う。これには所有者の意思に反してなされる奪取 (窃盗など) のみならず、同意に基づく奪取 (消費貸借など) も含まれる。

(2) 後期スコラ学派

① レッシウスの『正義と法について』(1605年)の構成と特徴

後期スコラ学派においては、前述したとおり、あらゆる債務は原状回復概念で説明されていた。この原状回復論は、後期スコラ学派の中で徐々に解体されていく¹⁹。その変遷を概観しよう。

ビトリアは、「返還について (*De restitutione*)」²⁰の中で、原状回復を「以前の所有者へとあるものを決定すること」²¹と定義する。その目的は、財産

16 Thomas von Aquin, *Summa theologiae*, II, II, q.62, a. 1, n. 3. 本稿では、Die Deutsche Thomas-Ausgabe: vollständige, ungekürzte deutsch-lateinische Ausgabe der *Summa theologiae*, Bd. XVIII Recht und Gerechtigkeit: II-II, 57-79, Graz/Wien/Salzburg 1953、トマス・アクィナス (稲垣良典訳)『神学大全』第18巻、第2-2部第57問題-第79問題 (創文社、1985年)を使用した。

17 トマスの原状回復について、Karl Weinzierl, *Die Restitutionslehre der Hochscholastik bis zum hl. Thomas von Aquin*, München 1939, Wolter, a. a. O. (Fn. 10), S. 26ff., Jansen, a. a. O. (Fn. 15), S. 27ff. など。

18 Thomas, op. cit. (n.16), II, II, q. 62, a. 6, トマス (稲垣訳)、前掲注16、132頁。

19 拙稿、前掲注12。

20 ビトリアの著作については、拙稿、前掲注12、122頁脚注21。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 II*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2013を使用した。ビトリアの私法理論については、Otte, a. a. O. (Fn. 5)などを参照した。

を正当な状態に回復したり、損害を調整することである。その回復や調整のため、どの法益が誰に帰属するかを確定する必要がある。ビトリアは、法益の帰属先を確定するため、所有権 (dominium) を規定し、それに基づいて法益を正当に分配しようと試みる²²。ビトリアは、「返還について」(第2-2部第62問題)において、原状回復を説明する前に、所有権について説明する²³。というのも、ものの占有 (possessio) は所有権に基づいているため、ものに所有者がいなければ、返還する必要はないからである²⁴。ビトリアは原状回復を説明するために、所有権を説明する²⁵。ビトリアは、所有権概念を広くとらえ、法益を所有者に戻し、あるべき財産状態を回復させようとする。原状回復義務の発生原因についてみると、トマスの分類にしたがって、①ものを占有していることに基づく返還 (restitutio ratione rei acceptae) と②ものを奪ったことを原因とする返還 (restitutio ratione acceptationis) に分けられる。この2つの分類に加えて、契約により発生する給付義務などが③契約に基づく返還 (restitutio ex contractu) として挙げられる。ビトリアは、今日でいうところの債務法全体、すなわち、契約、不法行為、不当利得に基づく債務すべてを原状回復論の中で説明する。

レッシウス²⁶は、他の後期スコラ学者たちと同じように²⁷、『正義と法について』というタイトルのもと、トマスの『神学大全』の第2-2部における第47問題から第171問題に註釈を加えるという執筆形式をとるが、『正義と法について』の構成をみると、ビトリアのそれとは大きく異なる。したがって、以下ではレッシウスの『正義と法について』の目次をみていこう。

レッシウスの『正義と法について』は、『賢慮について (De prudentia)』(第1巻)、『正義と法について (De iustitia et iure)』(第2巻)、『勇敢について (De fortitudine)』(第3巻)、『節制について (De temperantia)』(第4巻)の4

21 Vitoria, De iustitia, II, II, q. 62, a. 1, n.1.

22 Omnis restitutio fundatur in dominio (Vitoria, De iustitia, II, II, q. 62, a. 1, n. 6).

23 Vitoria, De iustitia, II, II, q. 62, a. 1, n. 4 (Sed antequam materiam de restitutionem conducat: Quia possessio rei fundatur in dominio, quia quantumcumque aliquis caperet rem, si non haberet dominium, non teneretur restituere).

24 Vitoria, De iustitia, II, II, q. 62, a. 1, n. 4.

25 Vitoria, De iustitia, II, II, q. 62, a. 1, n. 6.

巻から成る。本稿で考察する第2巻『正義と法について』の構成をみてみよう²⁸。第2巻『正義と法について』は、法理論の基礎となる「一般論（総論）」からはじまり、全47章から成る。各章はさらに「疑念（dubitationes）」に分けられる。正義（iustitia）、権利（ius）、とりわけ所有権（dominium）が説明される第1部「正義、法、個別の権利について（De iustitia, iure, et speciebus iuris）」は以下のように構成される。

【第1部 正義、法、個別の権利について】

第1章 正義一般（De iustitia in genere）

第2章 法（権利）一般（De iure in genere）

第3章 所有権、用益権、占有について（De dominio, usufructu, usu, possession, quae sunt species iuris）

第4章 所有権を取得する資格のある者および所有権の客体（Quibus, et

26 レッシウスは、スペインで活動したことはないが、後期スコラ学派に属するとされる。彼はイエズス会の外部で勉強を終えていたものの、スアレスの指導のもとで神学を再度勉強したとされ、スアレスの強い影響が指摘される（Otto Wilhelm Krause, *Naturrechtler des 16. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M. 1982, S. 67ff. Johann Sauter, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts: Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre*, Frankfurt a. M. 1966, S. 88）。

レッシウスの生涯と著作については、Daten aus Leonardus Lessius' Curriculum Vitae 1554-1623, in: Schefold (Hg.), *Vademecum zu einem Klassiker der spätscholastischen Wirtschaftsanalyse*, S. 145f., Toon Van Houdt, Leonardus Lessius, in: Wim Decock (ed.), *Great Christian Jurists in the Low Countries*, Cambridge University Press 2021, pp. 64-79, Krause, a. a. O., S. 66ff., Wim Decock, Introduction, On Buying and Selling (1605), in: *Journal of Markets & Morality*, vol. 10, Nr. 2 (2007), pp. 440-443, Leonardus Lessius, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus. Über die Gerechtigkeit und das Recht und die übrigen Kardinaltugenden. Teil I*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2020, S. XXIff., 邦語では、土屋睦廣「レオンハルト・レッシウス 神の完徳と徳性について」解説、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）998頁以下など。

27 ソトの『正義と法について』は1556年に（De iustitia et iure）、モリナのそれは1593年から1609年にかけて出版された（De iustitia et iure）。その他、パニェス（Domingo Bañez, 1528-1604）も1595年に出版する（Decisiones de iure et iustitia）。

28 本稿では、Leonardus Lessius, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor*, Vendig 1617, Lessius, a. a. O. (Fn. 25)を使用した。構成については、たとえば、Wim Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden/Boston 2013, pp. 62-64.

in quae dominium competat)

第 5 章 無主物の所有権の取得方法および共有物の所有権の取得方法、たとえば奴隷、狩猟、漁獲、捕鳥、宝物について (*De mode acquirendi dominii in res, quae vel nullius, vel communes sunt. Ubi de servitute, venatione, piscatione, aucupio, thesauris*)

第 6 章 他人物の所有権の取得方法、たとえば時効について (*De mode acquirendi dominii in rem alterius: ubi de praescriptione*)

次いで、第 2 部「あらゆる人間の財産における不正と損害について、また必要な原状回復について (*De iniuris et damnis in omnibus humanorum bonorum generibus, et necessaria restitutione*)」は以下のように構成される。第 2 部は不正と原状回復一般および個別の原状回復を中心に全 10 章から成る。

【第 2 部 あらゆる人間の財産における不正と損害について、また必要な原状回復について】

第 7 章 不正と原状回復一般について (*De iniuria et restitutione in genere*)

第 8 章 精神上のものに対する不正 (*De iniuria in bonis spiritualibus*)

第 9 章 殺人や傷害による身体に対する不正 (*De iniuria in corpus proximi per homicidium vel mutilationem*)

第 10 章 姦通や姦淫による身体に対する不正 (*De iniuria in corpus proximi per adulterium et stuprum*)

第 11 章 誹謗中傷による名声や名誉に対する不正 (*De iniuria famae, et honoris per detractionem et contumeliam*)

第 12 章 窃盗、強盗、損害による財産に対する不正 (*De iniuriis fortunarum, per furtum, rapinam, damnumve illatum*)

第 13 章 窃盗や傷害への関与 (*De cooperantibus ad furtum, vel damnum*)

第 14 章 物を受領したことによる原状回復および原状回復を受けるべき

者 (De restitutione ratione rei acceptae, et cui restitutio facienda)

第 15 章 原状回復がなされるべき順序とその方法、場所、費用 (De ordine in servando in restitutione, de modo, loco et expensis)

第 16 章 完全にあるいは一時的に原状回復が免除される要因 (De causis excusantibus à restitutione, vel omnino, vel ad tempus)

第 3 部「契約について (De contractibus)」は、以下のとおり「契約一般 (De contractibus in genere)」からはじまり、全 12 章から成る。「契約一般」に次いで、売買などの個別の契約が説明される。

【第 3 部 契約について】

第 17 章 契約一般 (De contractibus in genere)

第 18 章 約束と贈与 (De promissione et donatione)

第 19 章 遺言と遺贈 (De testament et legatis)

第 20 章 消費貸借と利息 (De mutuo et usuris)

第 21 章 売買 (De emptione et venditione)

第 22 章 定期金 (De censibus)

第 23 章 両替え (De cambiis)

第 24 章 賃約、永代小作権と封土 (De locatione, et emphyteusi, et feudo)

第 25 章 組合 (De societate)

第 26 章 競技および賭け事 (De ludo et sponsionibus)

第 27 章 寄託と使用貸借 (De deposito et commodato)

第 28 章 保証、質、抵当 (De fideiussione, pignore, et hypotheca)

レッシウスの『正義と法について』の構成の特徴は、まず第 1 に所有権が第 2 部の原状回復論の中で扱われるのではなく、「正義」、「法」、「権利」といった概念とともに、第 1 部の「一般論」において扱われる点である。ビトリア以降の後期スコラ学派の著作は、所有権を原状回復の前で説明するという構成をとる。これはトマスの『神学大全』の配列から離れ²⁹、ビトリア以降の

後期スコラ学派の著作にみられる特徴であった。ビトリアは所有権を一般論の枠組みで説明することはなく、原状回復の基礎として原状回復論の中で扱うのに対して³⁰、レッシウスは、所有権を一般論の中で扱う。次に、レッシウスは、拙稿でも示したとおり、「契約」を第 3 部として独立して扱う³¹。彼は、彼以前の後期スコラ学派と同様に原状回復を独立して説明しつつ、契約を原状回復から切り離し、財や権利を移転させるための 1 つの手段として位置づける。所有権を一般論の中で扱うことからわかるように、レッシウスは所有権を原状回復のみならず、契約の対象としてもとらえていると理解できよう。以上のように所有権および所有権の移転を基礎に法体系を構築する萌芽がみられる³²。

②レッシウスの原状回復 —— 不当に奪うこと・ものの占有

レッシウスは、第 2 部「あらゆる人間の財産における不正と損害について、また必要な原状回復について」において正義や権利が侵害された場合の回復について説明する。彼は、トマスやビトリアと同様に原状回復を交換的正義の行為ととらえ³³、「ものを奪ったことによる原状回復」と「ものを占有していることに基づく原状回復」の分類を承継したうえで原状回復論を展開す

29 この点を指摘するものとして、Jansen, a. a. O. (Fn. 15), S. 35 など。原状回復論を論じる前に所有権を規定する配列はトマスの『神学大全』にはみられない。トマスは、『神学大全』の中で所有権について「窃盗と強奪について」(第 66 問題)において説明する。この点を指摘するものとして、Annabal S. Brett, *Liberty, Right and Natur Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge University Press, 1997, p. 127, Otte, a. a. O. (Fn. 5), S. 41, Jansen, a. a. O. (Fn. 15), S. 35 など。

30 ビトリアは、トマスの『神学大全』の配列を修正せず、ほぼそのまま受け入れる。この点を指摘するものとして、Tilman Reppen, *Summenkommentar des Francisco de Vitoria*, in: David Kästle/Nils Jansen (Hrsg.), *Kommentare in Recht und Religion*, München 2013, SS. 249-275, S. 259, Otte, a. a. O. (Fn. 5), S. 41 など。

31 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。

32 後期スコラ学派においては、モリナが所有権を中心に法理論を構築した。モリナの『正義と法について』の体系配列については別稿に譲るが、760 の「疑念」から成る『正義と法について』の第二巻として『契約論 (De contractibus)』が 1595 年に出版される (Molina, a. a. O. (Fn. 8), Teil I, S.xxxff.)。

33 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.7, dub. 4, n. 16.

る³⁴。レッシウスは、原状回復義務の発生根拠として、①不当に奪うこと (*iniusta acceptio*) および②ものの占有 (*res accepta*) を挙げる³⁵。前者 (①) は、殺人、姦通、窃盗、侮辱といった違法な行為によって他人に損害を与えた場合の原状回復を意味し、今日でいうところの「不法行為」につながる。損害を与えた者は、交換的正義の命ずる均衡を侵したことになり、原状回復が義務づけられる³⁶。後者 (②) は、法的な原因なくものを占有している場合や譲渡する義務を負っているにもかかわらず譲渡しない場合などの原状回復を意味し、今日でいうところの「不当利得」につながるとされる。後者においては、ものを占有している限りで原状回復義務を負うことになる。というのも、他人のものを占有している者がたとえ不正な行為をしていなかったとしても、本来自分の物として持つべきもの以上に占有し、真の所有者がより少なく占有しているからである。ゆえに、占有者には真の所有者への原状回復が義務づけられる。

以上のように、原状回復論の枠内において、今日の分類につながる「不法行為」と「不当利得」を説明する。

③契約

レッシウスは、第3部「契約について」の中で、「契約一般」(第17章)に次いで、個別の契約(第18章以下)を説明する。

レッシウスによれば、契約は「双方向的義務」(*contractus est ultro citroque obligatio*)であり、債務(*obligatio*)の原因(*causa*)である³⁷。市民法上訴求可能な契約として、ローマ法の類型強制を承継し³⁸、「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³⁹。無方式の合意である *pacta* に拘束力を与えるために、既存の契約類型上の方式を基礎としつつ、それを拡大しようとする理論「*pacta vestita*」を承継

34 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.7, dub. 5, n. 19.

35 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.7, dub. 5, n. 19.

36 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.7, dub. 5, n. 19.

37 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.17, dub. 1, n. 1.

し⁴⁰、訴求可能である服を着た合意 (pacta vestita) と訴求できない裸の合意 (pacta nuda) を区別したうえで、裸の合意は次の6つの方法によって訴求可能になる (vestitur autem sex modis) とする。すなわち、①もの (reipsa)、すなわち一方の先履行、②言語 (verbis)、たとえば stipulatio、③文書 (litteris)、④有名契約にすること (specifico nomine contractus)、⑤服を着た合意との結合 (cohaerentia cum contractu vestito)、⑥宣誓によって (iuramento)、裸の合意は服を着せられることになり、訴求可能となる⁴¹。レッシウスによれば、裸の合意から市民法上の債務 (obligatio civilis) は発生することはないが、内面の法廷 (forum conscientiae) においては⁴²、すべての合意の拘束力が認められ、自然法上の債務 (obligatio naturalis) が発生する⁴³。

以上のように、レッシウスは、契約についてローマ法の類型強制を前提としている一方で、契約当事者の意思によって成立する契約の拘束力も自然法において認める。

38 類型強制については、Hermann Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, SZ (RA) 77 (1960), SS. 270-303 など。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ャ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 iubilaeum anno seculari suo celebrantem*, Buruxellae 1640, S. 14) 。

39 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.17, dub. 2, n. 7.

40 「pacta vestita」理論については、Klaus-Peter Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, S. 31 ff., Alfred Söllner, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, kommentatoren und Kanonisten*, SZ (RA) 77 (1960), 182ff., Dilcher, a. a. O. (Fn. 38), S. 270, 石川博康『「契約の本性」の法理論』(有斐閣、2010年)、同『典型契約冒頭規定と要件事実論』、大塚=後藤=山野目編著『要件事実論と民法学との対話』(商事法務、2005年) 122頁以下。

41 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.7, dub. 3, n. 18, Decock, op. cit. (n. 28), p. 112, Malte Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln 1959, S. 4ff.

42 後期スコラ学派は、ローマ法の訴権中心の思考から離れ、道徳神学者として、内面の法廷を重視することによって、外面の法廷 (forum externum) における訴訟ではなく、内面の法廷の問題として義務づけを説明することができた。

43 Lessius, *De iustitia et iure*, II, cap.17, dub. 4, n. 19.

(3) レッシウスに至るまで

トマスの原状回復を起源として後期スコラ学派の中で展開された原状回復論は、「ものを奪ったことを原因とする返還」と「ものを占有していることに基づく返還」という二分法に支えられていた。さらに、契約についても第3の原因として原状回復論の枠内で説明された。

レッシウスは、契約を原状回復から分離する。所有権を原状回復論から独立させ、所有権を回復させるための原状回復と所有権を移転するための契約を説明する。原状回復論では、「不当に奪うこと」と「ものの占有」を理由とした返還義務が説明され、契約では、個別の契約が説明される。契約についてみてみると、ローマ法の有名契約・無名契約という区別を受け入れ、裸の合意から訴権は生じないとする。そのうえで、中世の「pacta vestita」理論と同様に、裸の合意も6つの方法によって市民法上訴求可能とする。自然法上は、裸の合意からも債務が発生するとしていることから、レッシウスは訴求可能な契約類型を拡大しようと試みていることがわかる。

以上のように、レッシウスは、内面の法廷においてはすべての合意の拘束力を承認し、自然法上の債務が発生するとして、契約を原状回復から独立させ、契約については、契約から生じた債務を「弁済する (soluere)」と説明する⁴⁴。

3 『オランダ法学入門』における約束と不均衡

(1) 約束

3部115章から構成される『オランダ法学入門』⁴⁵は、その中心に権利(toebehoren)を置く。第1部は「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部は「物権 (beheering; ius in rem)」、第3部は「債権 (inschuld; ius personam sive creditum)」である。本節では、債権の発生原因の1つであ

44 Lessius, De iustitia et iure, II, cap.7, dub. 4, n. 15.

る「約束 (toezegging; promissio)」についてみていく。

グロチウスは、前述したように(本稿1(2))、債権の発生原因として約束と不均衡(unevenheid; inaequalitas)を挙げる。約束は、一方当事者が他方当事者に物を受領させたり、権利を取得させる意図をもって約する意思的な行為である。約束には承諾が必要であり、承諾されることによって拘束力が生じる⁴⁶。グロチウスは、約束を単なる片約(belofte; pollicitatio)⁴⁷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⁴⁸。

グロチウスによれば、人は自身の行為を自由にすることができ、それゆえ、自己の自由のある部分、あるいは自由の効果を他人に譲渡することができ、その結果、その他人にはそのための権利が生じることになる。グロチウスは、この権利を債権とよぶ⁴⁹。権利の譲渡のためには、所有権の移転の場合と同じように、相手方の承諾がなければ権利は移転しない。したがって、約束は

45 『オランダ法学入門』については、Hugo Grotius, *In-leydinge tot de Hollandsche rechts-geleertheit*, 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*, Oxford: Clarendon Press, 1953 を使用した。また、羅訳については、*Institutiones Juris Hollandici*, Haarlem 1962 を使用した。『オランダ法学入門』の構成については、たとえば、Reinhard Voppel, *Der Einfluß des Naturrechts auf den usus modernus*, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 85ff., *Nanz. a. a. o.* (Fn. 40), S. 140, Van Oven, a. a. o. (Fn. 12), S. 272 など。

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

47 拙稿でも示したとおり(前掲注12、131頁注57)、Leeはtoezeggingをcontract, belofteをpromiseと訳す。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は片約と訳せるだろう。この点について、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, SS. 197-213, S. 206 *ders.*, *Klagbarkeit der pacta nuda*, in: Robert Feenstra/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, S. 134, *Nanz, a. a. o.* (Fn. 40), S. 142, S. 144.

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

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

相手方に承諾されることによって、拘束力をもち、相手方に権利を取得させることになる。以上が約束に関する自然法上の説明である。

実定法上、約束には①明示的な約束 (uidruckelick toezegging)⁵⁰、②法による約束 (toezegging doer wetduiding)⁵¹がある。①明示的な約束には、言語によるもの (obligatio verbis) と文書によるもの (obligatio litteris) がある⁵²。言語によるものには、贈与 (donatio)、和解 (transactio) があり、ローマ法では厳格な要式が必要であり諾成契約の諸類型にあてはまらない単なる合意には抗弁が与えられるが訴権による保護は与えられなかったが⁵³、グロチウスによれば、要式は必要なく、「もっともな causa (redelicke oozaecke)」があれば有効である⁵⁴。もっともな causa は、約束が贈与のため、あるいは他の取引 (handelinge) に付随してなされる場合には存在するとする⁵⁵。

50 Grotius, Inleidinge, III, 1, 49-53, III, 2-5.

51 Grotius, Inleidinge, III, 1, 49, III, 6, 1-2, III, 6-29.

52 Grotius, Inleidinge, III, 1, 49.

53 Grotius, Inleidinge, III, 1, 51. この明示的な約束に関して、グロチウスはローマ法に言及する。すなわち、「言語をもってする約束に関しては、ローマ人により、この約束が効力を有するために一定の手続、すなわち、一方による問とその相手方による答とによる手続が必要であった、あるいは後に追加されるように宣誓による手続きが必要であった。これ以外の諾契約は、身を守る権利を付与したことは確かであるが、請求する権利を付与するものではなかった。ただし、ある物が別のある物と引き換えに給付される契約は別であった。また、同一の当事者双方の間で行われる別のある行為の一部を構成する契約もまた別であって、たとえば、売買、賃貸借およびこれらの同類のものである。しかしながら、新しいローマ法は、物の贈与は、これが言語のみによって行われて受諾された場合にも債権を作りだす、すなわち、贈与される物の引渡しを請求する権利を作り出すことを認めた。」として、グロチウスは、ローマ契約法の原理をまとめる。まず、問答契約、次いで、ウルピヤヌス『告示註解』の「合意は抗弁を生む、しかし訴権を生まず」(学説彙纂第2巻第17章第7法文第4項)、個々の類型を前提とせず前書によって訴求される「前書訴権 (actio praescriptis verbis)」を手段として訴えられることが可能な、給付に対しては給付をなす、主たる行為に対して付加される合意 (pacta) である付加的無方式合意 (pacta adiecta)、最後に無方式の贈与契約である。この点について、Van Oven, a. a. o. (Fn. 12), S. 280. ローマ契約法については、広中俊雄『契約とその法的保護』(創文社、1992年)、石川、前掲注40など。

54 Grotius, Inleidinge, III, 1, 52. ドイツ人たちによれば、ローマ法は採用されることはなく、もっともな causa から生ずる一切の約束は、これがどんな言葉であるかは問わず、また、当事者が一所に会するか否かは問わず、請求する権利、または請求を退ける権利を与えたとしてもっともな causa がある場合には約束は有効であるとする。

次いで、②法による約束には、合意 (overkominge) によるものと合意によらないものがある。具体的には、使用貸借 (beruickleening; commodatum)、委任 (lastaenvaerding; mandatium)、寄託 (bewaeraenneeming; depositum)、質 (pandaenvaerding; contractus pignoris)、消費貸借 (verbruicklening; mutuum)、両替え (cambium)、売買 (koop ende verkooping; emtio et venditio)、賃約 (huir ende verhuiring; locatio conductio) といった、物をもって作られる債務 (obligatio quae re)、すなわち要物債務と同意をもって作られる債務 (obligatio que consensu)、すなわち諾成債務が説明される⁵⁶。合意によらないものとして、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などを扱う準契約 (obligationes quasi ex contractu) がある。法による約束は、法による解釈を手段とした約束であり、明示的な約束のように言うことや書くことをしないときであっても、法によって債務が発生する約束と解される。グロチウスによれば、売買や賃約などの約束は causa を有している⁵⁷。

また、グロチウスは、明示的な約束と法による約束という分類の他に、所有権の移転、物の使用または労務の提供といった報酬 (vergoeding) の有無を基準として契約を区別する⁵⁸。報酬がないもの (zonder vergoedinge) には、贈与、使用貸借、委任、寄託、質が属する一方で、報酬があるもの (met vergoedinge) には消費貸借、両替え、売買、永貸借、賃約、組合、保証、授封契約が属する⁵⁹。

なお、交換 (permutatio) は、両当事者が未履行の場合には、いずれの当

55 Grotius, Inleidinge, III, 1, 53.

グロチウスの causa については、たとえば、R. W. Lee, An introduction to Roman-Dutch law (5th ed.) Oxford: Clarendon Press 1953, pp. 431-436. Guy Augé, Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius, in: Archives de philosophie du droit, N° 13 (1968), p. 104. 小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (2・完)」北大法学論集 38 巻 4 号 (1988 年)、50 頁など。

56 Grotius, Inleidinge, III, 6, 5-6.

57 Grotius, Inleidinge, III, 30, 14.

58 Grotius, Inleidinge, III, 6, 4.

59 後述するように、契約に分類については、出雲孝「近世自然法論における有償・無償契約概念の形成史～グロチウスからカントまでにおける消費貸借の位置付けを中心に～」朝日法学論集第 50 号 (2018 年)、25-56 頁など。

事者も撤回が可能であり、また、一方当事者のみが履行した場合には、履行した者は、相手方に対して履行を請求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ず、後述するように不均衡の中で扱われる⁶⁰。

以上のように、『オランダ法学入門』における言語による債務 (*obligatio verbis*)、文書による債務 (*obligatio litteris*)、物による債務 (*obligatio quae re*)、同意による債務 (*obligatio quae consensus fit*) という4つ分類はローマ法の区分(言語契約・文書契約・要物契約・諾成契約)と一致するが、グロチウスは「明示性」という新たな基準にしたがって契約を分類した。上記債務の発生には要式的な文言や文書は要求されないことから、グロチウスは、ローマ法の方式を排除することでローマ法から離脱しようと試みている一方で、ローマ法の有名契約を扱う。

(2) 不均衡

次に、もう1つの債権の発生原因である不均衡についてみていく。グロチウスは不均衡を2つに大別する。すなわち、「不均衡の発生 (*veroozaecking van onevenheid*)」と「不当利得による不均衡 (*onevenheid doer baet-trecking*)」である。前者の不均衡は、一方が不均衡を引き起こした際に、他方が以前よりも少なく所持するときの不均衡を指す。この不均衡は、さらに意思によって生じる不均衡 (*veroozaecking ter minne*) と意思によらずして生じる不均衡 (*veroozaecking ter onminne*) に分けられる⁶¹。意思によって生じる不均衡ではローマ法でいうところの無名契約を扱い、意思によらずして生じる不均衡では不法行為 (*miedead; obligatio quae ex delict*) を扱う。グロチウスは、無名契約を約束(有名契約)から切り離して、不法行為や不当利得と同じカテゴリーすなわち不均衡の中で扱う⁶²。本節では、約束との関連で重要な意思によって生じる不均衡を考察の対象とする。

グロチウスは、不当利得(第3部第30章)に次いで、不均衡を生じさせ

60 Grotius, *Inleidinge*, III, 12, 1, III, 31, 8-9.

61 Grotius, *Inleidinge*, III, 1, 16-17.

る2つ目の原因として、「相互に与えあうことについて、とりわけ交換について、相互になすことについて、一方が与え他方がなすことについて」(第3部第31章)というタイトルのもと、有名契約以外の取引から発生する債務を扱う⁶³。グロチウスは、その脚注で示しているように、ローマの法学者パウルスの四類型(学説彙纂第19巻第5章第5法文)、すなわち「あなたが与えるようにわたしが与える(do ut des)」、「あなたがなすようにわたしが与える(do ut facias)」、「あなたが与えるようにわたしがなす(facio ut des)」、「あなたがなすようにわたしがなす(facio ut facias)」という類型に分類される取引から不均衡による債務が発生するとする⁶⁴。

第1の類型である「あなたが与えるようにわたしが与える」に属するのは、交換であり、金銭の交換、すなわち金銭を金銭の対価として与える両替も物を対価として物を与える場合と同じように第1の類型に属する⁶⁵。交換は、売買と同じように給付されたものの返還あるいは賠償が求められる。前述したように(本稿3(1))、この種の取引については、どちらかの当事者が履行する前は、いずれの当事者も撤回することができる。しかし、一方当事者が履行した場合には、履行した者は、相手方に対して履行を請求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⁶⁶。

なお、交換は、ローマ法において、当事者の一方が先履行したときのみ強制力を有した。

ローマ法においては、無名要物契約は前書によって訴求されたため、上記の四種類に分類された。この無名要物契約は、既存の契約類型に包摂されない合意に訴求可能性を認めるための重要な手段であったが、自らの給付の先

62 この点を指摘するものとして、R. W. Lee, *The Jurisprudence of Holland*, Bd. 2, Oxford: Clarendon Press 1953, S. 222, S. 223, Wouter Druwé, *Grotius' Introduction to Hollandic Jurisprudence*, in: Randall Lesaffer/Janne E. Nijman (eds.), *The Cambridge Companion to Hugo Grotius*, Cambridge 2021, SS. 409-432, S. 421, S. 426.

63 Grotius, *Inleidinge*, III, 31, 4.

64 Grotius, *Inleidinge*, III, 31, 5.

65 Grotius, *Inleidinge*, III, 31, 6.

66 Grotius, *Inleidinge*, III, 31, 8-9.

履行を前提としたものであり、諾成契約のように合意それ自体に基づいて訴求可能性が認められるものではなかった⁶⁷。

以上のように、有名契約以外の取引については、一方の当事者の先履行があった場合にのみ、不均衡を理由として他方当事者に履行あるいは返還を請求することが可能になる。つまり、履行の請求は、一方当事者の給付の先履行を前提としたものであり、諾成契約などの有名契約のように合意それ自体に基づいて履行や返還請求が認められるわけではない。有名契約以外の取引について、訴権を認めるという訴権の拡大を試みるのではなく、新たな枠組み、すなわち「不均衡」という用語を用いることで法的に保護しようとした点は注目に値するだろう。

(3) 小括

グロチウスは、『オランダ法学入門』では、ローマ法でいうところの有名契約を「約束」の中で説明する。有名契約については、合意に基づいて履行の請求が可能である。それに対して、グロチウスは、有名契約以外の取引を「不均衡」の中で説明する。そこでは、パウルの四類型を挙げ、無名要物契約を引き合いに出し、一方当事者の先履行がある場合に「不均衡」に基づいて履行の請求あるいは返還を求めることができる。「不均衡」については、従来の指摘のとおり、後期スコラ学派の原状回復的な思考を承継する⁶⁸。グロチウスによって、それまで市民法上訴権は認められないとされてきた無名契約が不均衡を理由として保護されることとなった。一方当事者がすでに履行を完了している取引については、履行した者が損害を被っているとされ、不均衡を理由として、相手方に履行あるいは返還の請求をすることが可能になる。

このようにして、グロチウスは、不均衡について、後期スコラ学派の原状回復論の分類を承継するとともに、契約をも原状回復で説明する後期スコラ学派の思考に基づいて、無名契約についても先履行がある場合には不均衡な

67 Kaser/Knütel/Lohsse, a. a. o. (Fn. 14). S. 289ff.

68 Jansen, a. a. O. (Fn. 15)., S. 176f., Klaus Kowalski, Das Vertragsverständnis des Hugo Grotius. Zwischen Gerechtigkeit, Treue und Rechtsübertragung, Diss. Bonn 2021, S. 227 など。

状態であるとして、すでに履行した当事者を保護しようとした。

また、本稿では詳細に立ち入らないが、グロチウスは、ローマ法の要式性は排除し、それに代わって「もっともな *causa*」が必要であるとする。*causa* それ自体を有している有名契約は、合意に基づいて履行の請求ができるのに対して、有名契約以外の取引においては、一方当事者の先履行がある場合に不均衡に基づいて履行の請求あるいは返還を求めることが可能となる。つまり、一方の先履行がある場合には、有名契約以外の取引も法的に保護しようとしたといえよう。ローマ契約法においては、訴権の拡大が議論される潮流において、後期スコラ学派のレッシウスは、市民法上は6つの方法によって裸の合意も訴求可能になるとしたのに対して、グロチウスは、訴権の拡大という潮流から離れて、有名契約以外の取引についても不均衡を理由として法的に保護しようとした。

グロチウスは、実定法の教科書であった『オランダ法学入門』では、実定法を整理・体系化しようとしたため、有名契約以外の取引についても、後期スコラ学派の原状回復を基礎として「不均衡」概念を用いることで保護しようとしたが、ローマ法の有名契約・無名契約といった区別を完全に排除していない。換言すれば、実定法を扱ううえで、ローマ法に依拠せざるを得なかったため、一部の取引を「約束」から明確に分離せざるを得なかったのではないか。この点を確かめるべく、次章では、グロチウスの『戦争と平和の法』における約束理論を考察したい。

4 『戦争と平和の法』における約束

(1) 約束理論

本章では、グロチウスの約束についての自然法論的な思考を明らかにすべく、『戦争と平和の法』⁶⁹における約束 (*promissio*) と契約 (*contractus*) について概観する。なお、本章では、『オランダ法学入門』の約束を理解するうえで必要と思われる部分のみを検討する。グロチウスは、『戦争と平和の法』の中でローマ法の訴権を前提としない私法体系を構築したとされる⁷⁰。

グロチウスは、『戦争と平和の法』第2巻第11章で約束を説明する⁷¹。ここでは、約束の拘束力について、主として自然法の立場から『オランダ法学入門』よりさらに詳細に述べる⁷²。

グロチウスは、約束から発生する義務について、シュナラグマ (συνάλλαγμα) を含まない約束からは自然法によっても万民法によっても義務は生じないと主張するフランスの人文主義法学者であるコナン (François Connan, 1508-1551)⁷³ を反駁しながら⁷⁴、自然法上の約束の拘束力を論ずる。単なる約束から義務が生じるか否かについて検討する際に、意思の表示の態様にしたがって次の3つを区別する。すなわち、①将来に関する現在の意図を表明する確言 (assertio)⁷⁵、②意図が継続すべきことをも表明するが、それを履行すべき義務を本人は負うが、その履行を求める権利を相手方に与えない片約 (pollicitatio)⁷⁶、③権利を相手方に与えるべき意思表示である「完全な約束 (promissio perfecta)」の三種類である⁷⁷。最後の「完全な約束」によってのみ、相手方は約束を強制する権利を有する。この「完全な約束」

69 『戦争と平和の法』については、Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam: Janssonio-Waesbergiorum 1689 を使用した。その他 (翻訳) は、① *De iure belli ac pacis libri tres / by Hugo Grotius; the translation by F. W. Kelsey*, (1964), ② Walter Schätzel, *Drei Bücher vom Rech des Krieges und des Friedens* Paris 1625, Tübingen 1950, ③ Hugue Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac*, Amsterdam 1724, ④ *The Rights of War and Peace, in Tree books To Which are added, All the large notes of Mr. J. Barbeyrac*, London 1738 を使用した。

70 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的一般理論の誕生』(昭和堂、2010年) 149頁以下。

71 『戦争と平和の法』における約束については、大沼保昭『戦争と平和の法』(東信堂、1987年)、295頁以下、滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』(有斐閣、2003年)、2頁以下、同「約束と契約の交錯 — 申込概念の発達の検討を通して —」、Diesselhorst, a. a. O. (Fn.41), 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) 131-160頁、新井誠「ヴィアッカーにおけるグロチウスの promissio 概念 (一) (二)」民商法雑誌 81巻2号40頁、3号18頁 (1979年) などがある。

72 Druwé, a. a. O. (Fn. 62), S. 421.

73 コナンの契約理論については、小川浩三「F・コナンの契約理論 (1)」北大法学論集 35巻6号 (1985年), Diesselhorst, a. a. O. (Fn. 41), S. 31ff.

74 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 1.

75 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 2.

76 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 3.

77 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 4.

は何らかの方式にしたがって表明されることを自然法上は要求されない⁷⁸。さらに、「完全な約束」は所有権譲渡と同様の効果をもつとする。自己の所有物に対するのと同じ権利を自己の行為に対してもつことを前提としたうえで、このような権利を与える約束が「完全な約束」である。与えることを約する約束 (*promissio dandi*) はものの譲渡に、なすことを約する約束 (*promissio faciendi*) は人の自由の一部の譲渡に対応する。

約束に効力が生じるためには、それが相手方によって承諾 (*acceptatio*) されなければならない⁷⁹。グロチウスは、「履行を請求する権利を相手方を与えること」とは「自己の自由のある部分を相手方に移転すること」であると理解するため⁸⁰、所有権の移転の場合と同じように、相手方の承諾がなければ権利は移転しないとする。

さらに、グロチウスは、*causa* についても言及する。彼によれば、「原因 (*causa*) なくしてなされた約束は、自然法によっては無効にされない」として、原因のない約束も有効であるとする⁸¹。

以上のように、グロチウスによれば、約束に方式は必要なく、拘束者を義務づける意思とその外部的表示とともに他方当事者の承諾によって成立する。たとえ原因を欠いたとしても、自然法上その約束は有効であり、拘束力をもつとされる。

(2) 契約

グロチウスは、「約束」(第 2 巻第 11 章)に次いで「契約」を説明する。第 2 巻第 12 章における契約概念をみてみよう⁸²。

グロチウスは、まず「他人に対して有益な人間行為 (*actus humani qui ad aliorum hominum utilitatem tendunt*)」を説明する。この「他人に対し

78 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 4.

79 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 14.

80 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 4.

81 Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 21.

82 大沼、前掲注 71、出雲孝「ローマ法および近世自然法論における契約類型の諸機能」朝日大学法学開設三〇周年記念論文集 (成文堂、2018 年)、39-464 頁など。

て有益な人間行為」には、単純的行为 (actus simplex) と混合的 (複合的) 行為 (actus mixtus) がある⁸³。単純的行为は、さらに慈恵 (恩恵) 行為 (actus beneficus) と交換的行為に分類される⁸⁴。売買或使用貸借のような基本単位が組み合わさったものを指す混合的 (複合的) 行為に関しては、本稿では扱わない。

交換的行為 (actus permutatorius) には、「当事者を分かつもの」と「利益の共有をもたらすもの」とがある。複数の当事者が物や労務を提供しあう「当事者を分かつ行為」には、「あなたが与えるようにわたしが与える (do ut des)」、「あなたがなすようにわたしがなす (facio ut facias)」、「あなたが与えるようにわたしがなす (facio ut des)」の三類型があり、グロチウスはこの三類型を法学者パウルの「学説彙纂第 19 卷第 5 章第 5 法文」から引き出す⁸⁵。

グロチウスは、この類型に関連して、ローマ法の有名契約 (contractus nominatus) 以外の契約においては、「何が言明されたかのみが重要であり、したがって、共通の慣習的な方式書ではなく、行為それ自体に適合させられた方式書が与えられた。それゆえ、このような方式書は「前書権 (actio praescriptis verbis)」とよばれたのである。頻繁な使用という理由から、有名契約においては、もし一定の条件がそろったならば、たとえば売買において代金について合意があったならば、たとえ未着手の場合であっても、すなわち、当事者の一方から何かが付される前であっても、履行の強制が課された。これに対して、一層稀にしか行われない契約においては、未着手のあいだは、撤回の自由すなわち無責任性が認められていた。なぜなら、市民法は、契約当事者たちの「信義 (fides)」のみに基礎づけられるように、これらの契約から強制力を取り去ったからである。しかし、自然法にはかかる区別がない⁸⁶として、自然法においては、ローマ法の有名契約と無名契約の区別はないとする。グロチウスによれば、ローマ法学者によって無名契約とよば

83 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 1.

84 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 2.

85 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 3.

86 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 3.

れる契約も同じように自然的であり、また同じように古いものである。「われわれは、当事者を分かち対立させるすべての契約を、自然にしたがって、有名と無名に区別することなく、すでに述べた三種の分類に応じて扱うものである」⁸⁷として、有名契約と無名契約、要式契約と諾成契約、訴権が認められる合意と単なる無方式の合意などのローマ法による区別を「自然法にはかかる区別がない」⁸⁸と明示的に否認して、すべての「当事者を分かち行為」を上述の三種に分類する⁸⁹。

たとえば、無名契約とされる「交換」は、売買よりも単純かつ古いものである。第1の類型、「あなたが与えるようにわたしが与える」に分類される契約では、物に対して物を与える「交換」、金銭に対して金銭を与える「両替え」、金銭に対して物を与える「売買」を挙げて、ローマ法にあっては諾成契約である売買と無名契約である交換がともに第1の類型に含まれるとする。給付の内容が「物の使用」である場合には、ある物に対して他の物の使用を与える、他の物の使用に対してある物の使用を与える、金銭に対してある物の使用を与える「賃貸借」などがある⁹⁰。賃貸借は、あなたがわたしに代替物を与えるように、わたしはあなたに同種同量の代替物を与えると表現することができるため、第1の類型にあてはまる。

複数の当事者が同じ目的利益の共有をもたらすものは「組合 (societas)」とよばれる⁹¹。ローマ法においては無名契約に関する分類にすぎなかった上述の四類型が契約の基本分類として採用されたと理解できる。その際、第4の類型「あなたがなすようにわたしが与える」が省略される。

グロチウスが挙げているもう1つの単純的行為に慈恵(恩恵)行為がある。この行為には、純粹な慈恵(恩恵)行為と双務的な慈恵(恩恵)行為がある。前者には、無償の供与 (donatio)、今日でいうところの「贈与」がある。後者には、物については、使用を許すこと、すなわち使用貸借 (commodatum)

87 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 3.

88 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 3.

89 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 3.

90 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 3.

91 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 4.

があり、なすことについては委任 (mandatum) があり、その一種に物を保管するにあたっての労務である寄託 (depositum) がある⁹²。

以上のように、グロチウスは、『戦争と平和の法』では、約束の拘束力を承認することによって、有名契約と無名契約、要式契約と諾成契約といった分類、訴権を認められた合意と単なる無方式合意などのローマ法による区別を排除した。

(3) 小括

『オランダ法学入門』では、ローマ法上無名契約の下位概念にすぎなかったローマの法学者パウルの四類型、すなわち「あなたが与えるようにわたしが与える」、「あなたがなすようにわたしが与える」、「あなたが与えるように私がなす」、「あなたがなすようにわたしがなす」は、「約束」としての拘束力は認められなかったが、債権のもう1つの発生原因である「不均衡」に基づいて保護された。約束として扱われたのは、言語契約、文書契約、要物契約（使用貸借、寄託、質、消費貸借）、諾成契約（売買、賃約など）と準契約であった。

それに対して、『戦争と平和の法』では、契約の中でも中心となる「当事者を分かち行為」は、上記のパウルの四類型を三類型「あなたが与えるようにわたしが与える」、「あなたがなすようにわたしが与える」、「あなたが与えるように私がなす」に変更して契約の基本分類として採用する。また、有名契約と無名契約、要式契約と諾成契約、訴権を認められる合意と単なる無方式合意などのローマ法における区分を排除した。さらに、causa のない契約も有効であるとする。

『戦争と平和の法』では、グロチウスは、主として自然法を記述することに努めている。たとえば、ローマ法における有名契約と無名契約の区別については、「自然法にはかかる区別はない」とし、causa については、「原因なくしてなされた約束は、自然法によっては無効にされない」として自然法の

92 Grotius, De iure belli ac pacis, II, 12, 2.

立場から説明する。そこでは、ローマ法を例示として引用するにとどまるのである⁹³。自然法上、裸の合意からも債務が発生するとしたレッシウスと同じように、グロチウスも自然法上はすべての合意の拘束力を認め、債務が発生するとする。他方、『オランダ法学入門』では実定法を整理・体系化しようと試みた。そのため、新たな枠組みにおいて契約を説明しようと試みるものの、ローマ法に依拠していた。

5 おわりに

レッシウスは、契約を原状回復論から切り離した。レッシウスの契約は、ローマ法を前提として、訴権の拡大を目指して、6つの方法によって、既存の契約類型以外にも訴求可能になるとした。また、自然法上はすべての合意から債務が発生するとした。

グロチウスは、『オランダ法学入門』において、債権の発生原因として約束と不均衡を挙げた。約束は、「明示性」という基準で分類されたが、その中身は主としてローマ法の有名契約であった。不均衡は、後期スコラ学派の原状回復論的な思考、すなわち、ものの占有を原因とする原状回復とものを奪ったことを原因とする原状回復を承継して、「不当利得による不均衡」と「不均衡の発生」を挙げる。グロチウスは、「不均衡の発生」をさらに「不法行為」と「有名契約以外の取引」に分類した。後者では、ローマ法のパウルの四類型から引き出される無名要物契約を引き合いに出し、一方当事者の先履行があった場合には、履行した者は不均衡を理由として、相手方に履行の請求あるいは返還の請求ができるとする。グロチウスは、トマスから続く原状回復にかかる分類、すなわち、「不法行為」と「不当利得」の区別を承継したうえで、無名要物契約を加えた。契約をも原状回復で説明しようとした後期スコラ学派の発想からすれば、有名契約以外の取引を不均衡で説明することは自然であったといえよう。注目すべきは、レッシウスと異なり、有名契約

93 堀、前掲注12、213頁。

以外の取引について訴権を拡大しようとしたのではなく、約束と不均衡という新たな枠組みで多くの契約を保護しようとした点である。

自然法を展開する、『戦争と平和の法』では、「無名契約」と「有名契約」の区別を明示的に排除する。主要な契約はパウルの四類型から引き出され、それらの拘束力を認める。また、*causa* は必要なく、*causa* がない場合にもその契約は有効であるとする。自然法上は、レッシウスと同様にすべての合意から債務が発生する。

グロチウスは、『オランダ法学入門』において実定法の体系を構築するにあたり、ローマ法に依拠したが、グロチウスの自然法の立場からわかるように、すべての契約を法的に保護しようとしたため、ローマ法の有名契約と無名契約の区別を受け入れたうえで、無名契約についても不均衡を理由として保護を与えようとした。契約に有効な *causa* が必要とする点も実定法の考え方であるといえる。『オランダ法学入門』ではローマ法とホラントの固有法をいかに整理するかということが課題であったといえよう。

なお、本稿では、グロチウスが『オランダ法学入門』において、訴権の拡大という潮流から離脱して、後期スコラ学派の原状回復論に基づいて、有名契約以外の取引を不均衡の中で扱ったことを指摘するにとどまり、約束に関する考察や『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。約束理論に関する具体的な考察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。