慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	レッシウスの私法体系 : 原状回復から契約へ
Sub Title	Das Privatrechtssytem von Lessius - Von der restitutio zum Vertrag
Author	中野, 万葉子(Nakano, Mayoko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.103, (2014. 12) ,p.103- 134
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20141215-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

レッシウスの私法体系
――原状回復から契約へ――

中野万葉子

一　はじめに
二　問題の所在
三　後期スコラ学派における restitutio 中心の体系
(一) restitutio 概念の起源
(二) 後期スコラ学派における restitutio 概念
(三) 原状回復（restitutio）と所有権（dominium）
(四) 合意の独立
四　レッシウスの私法理論
(一) レッシウスの生涯と著作
(二)『正義と法について』における体系配列
(三) restitutio 論
(四) 契　約
(五) 小　括
五　おわりに
(一) 原状回復から契約へ
(二) 後期スコラ学派から近世自然法論へ

一　はじめに

後期スコラ学派は、今日の目から見て驚くべきことに、契約、不法行為または不当利得から発生するあらゆる債務を原状回復（restitutio）概念を用いて説明する。ところが、近世自然法論者であるグロチウス（Hugo Grotius, 1583-1645）やプーフェンドルフ（Samuel von Pufendorf, 1632-1694）になると、合意を私法理論の中心におき、債務発生原因を合意とその他に大別する。この二つの異なった特徴を有する私法理論、すなわち原状回復を中心とする後期スコラ学派の法理論と合意を中心とする近世自然法論者の法理論の架橋となったのが、後期スコラ学派に属するレオナルドゥス・レッシウス（Leonardus Lessius, 1554-1623）の私法理論である。なぜなら、レッシウスの私法理論こそが、合意を独自の債務発生原因として、原状回復（restitutio）の発生原因から分離したからである。

一般的に、神学と近世自然法論者が、合意のみによる契約の成立や当事者の意思に基づく合意の拘束力を定式化したとされ(1)、近世自然法論者、グロチウスを先駆者として、プーフェンドルフがその義務論の中で合意のみによる契約の成立を基礎づけ、契約を法体系の中心においたとされている(2)。また、人文主義と自然法の時代以降、契約と不法行為に対して共通に適用される損害賠償法の一般原則を発展させようという努力がみられ(3)、その結果、近世自然法学者によって、約束や契約の一般理論ならびに不法行為法の一般的条項が確立され、債務の発生原因が契約、不法行為、不当利得という三つに分類されたとされている(4)。たとえばグロチウスは、絶対的所有権概念を基礎とする権利中心の法体系の中で(5)、債権の発生原因として約束と不均衡（不当利得および不法行為）を挙げる(6)。プーフェンドルフは、人間の本性から導き出される義務とその義務の根拠である合意を基礎とする契約を中心とした義務の体系を構築した(7)。両者の私法理論は、契約を他の債権債務の発生原因から切り離している。

近年では、グロチウスやプーフェンドルフ以前に、後期スコラ学派がすでに合意のみによる契約の拘束力を基礎づけ、契約の一般理論を確立したとの指摘が存在する[8]。そこでは、後期スコラ学派が一般的な契約理論の構築において革新的な役割を果たしたとされている。とりわけレッシウスは、一般的に後期スコラ学派と近世自然法論者の仲介者として位置づけられている[9]。本稿では、後期スコラ学派の先駆者であるフランシスコ・デ・ビトリア（Francisco de Vitoria, 1483/86–1546）とレッシウスの原状回復論を比較することによって、契約が原状回復から独立していく契機を概観してきたい。

二　問題の所在

本稿で取り上げる後期スコラ学派（サラマンカ学派）は、ビトリアを先駆者として、スペインのサラマンカを中心に形成された[10]。後期スコラ学派の代表的な人物として、ビトリアとレッシウスに加えて、ドミンゴ・デ・ソト（Domingo de Soto, 1494–1560）、ディエゴ・デ・コバルビアス（Diego de Covarrubias, 1512–1577）[11]、ルイス・デ・モリナ（Luis de Molina, 1535–1600）、フランシスコ・スアレス（Francisco Suarez, 1548–1616）が挙げられる。

後期スコラ学派の著作は、トマス・アクィナス（Thomas von Aquin, 1225–1274）の『神学大全（Summa Theologica）』に注釈を加える形で、ソトの著作以来『正義と法について（De iustitia et iure）』というタイトルで出版されている[12]。後期スコラ学派は、一般的に「近代国際法の父」として位置づけられているグロチウスに多大な影響を与えたとされており、近年、後期スコラ学派への関心が徐々に高まりつつある[13]。

後期スコラ学派は、ローマ法の訴権（actio）中心の思考から離れ、義務と行為を中心として独自の私法理論を確立した。というのも、彼らは道徳神学者として、内面の法廷（forum conscientiae）を重視することによって、外面の法

廷（forum externum）における訴訟から離れ、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からである。[14]

それでは、後期スコラ学派によって展開された私法理論はいかなる特徴を有しているのか。

後期スコラ学派の私法理論においては、ハンス・ティーメが言及しているように、原状回復（restitutio）概念が重要な意義を有している。ティーメは、「回復（restitutio）とは、われわれの近代的損害賠償概念及び履行の概念をともに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債務すべてに及ぶものであります」[15]と説いている。つまり、後期スコラ学派の原状回復（restitutio）概念は債務法全体を包含することで、契約、今日にいう不法行為または不当利得から発生する義務をすべて、原状回復概念を用いて説明する。この原状回復は、後期スコラ学派の私法理論における中心概念であり、アリストテレス・トマス正義論に基づく交換的正義の行為とみなされてきた。以上のような原状回復を中心とした私法理論は、後期スコラ学派の内部において道徳神学者たちによって多様に展開される。

従来の研究は、後期スコラ学派が原状回復概念をその発生原因に基づいて二種に分類し、それが今日でいうところの不法行為と不当利得から発生する義務に対応していること[16]、さらに、後期スコラ学派が、すでに合意のみによって契約が成立するという諾成主義を確立し、合意の一般理論を基礎づけていたことを指摘している[17]。本稿はこれらの研究成果を検証しつつ、原状回復論の解体プロセスを眺めることで、近世の合意を主体とする私法理論の構築契機を検討する。そこでまず、後期スコラ学派における restitutio 概念の意義とそれに基づく法体系を概観し、次いでグロチウスへの影響が指摘されているレッシウスの原状回復論および契約を考察していく。

三　後期スコラ学派における restitutio 中心の体系

㈠　restitutio 概念の起源

後期スコラ学派の restitutio 概念を基調とした[18]私法理論は、原状回復されるべき事例を、その原因となる行為ごとに配列している。損害を惹起した原因行為を類似した行為ごとに分類するため、行為を中心におく思考枠組みと捉えることができる。この思考枠組みは、近世自然法論者であるグロチウスやプーフェンドルフにおける約束や契約、あるいはそこから発生する権利や義務を中心とした思考枠組みとは異なる特徴を有しているといえよう[19]。ティーメが指摘しているように、後期スコラ学派の法理論は、債務法全体、すなわち、契約から発生する債務、不当利得を理由とした債務、不法行為を理由とした債務に関する問題をすべて原状回復論の枠内で説明している点で、ローマ法の訴権の体系からも区別される。

後期スコラ学派の原状回復は、トマスの restitutio 概念に由来することから[20]、本項では、まずトマスにおける restitutio 概念を概観する。トマスは、『神学大全』[21]の第二―二部（Secunda Secundae）の第六二問題「返還について（De restitutione）」の中で restitutio を次のように定義している[22]。すなわち、「返還するとは、再度ある人を自らの物を所有もしくは占有する状態に置くことに他ならないように思われる（restituere nihil aliud esse videtur quam iterato aliquem statuere in possessionem dominium rei suae）」[23]。トマスは、返還（restituere）を交換的正義（iustitia commutativa）の行為とし、交換的正義の命じる「各人にかれの物を与える」の観点から、返還を不正に取り去られたところの物の返却と理解する[24]。返還は、取り去られたことによって不均等になった物を均等な状態へと戻すことを目的とするため、取り去っ

た者は手に入れた物と同じだけの物を返還し均等性を回復しなければならない。[25] すなわち、人は手に入れた物と同じだけ返還するように義務づけられることになる。[26]

返還は、次の二つの原因によって義務づけられる。一つは取得された物（res accepta）を原因として、もう一つは取得すること（acceptio）それ自体を原因としてである。[27] 前者においては、他人の物を自分の下に有している限り、その物を返還するように義務づけられ、後者においては、取得したという行為自体に基づいて返還が義務づけられる。後者はさらに三つの原因に分類される。まず、窃盗および強盗などの所有者の意思に反して為される奪取であり、これは物がすでに自分の下になくても、有害な行為を理由として返還の義務を負わせる。[28] 次いで、消費貸借などの所有者の同意のもとに為される取得である。借主は、彼が取得した物をたとえ喪失した場合でも返還する義務を負う。というのも、彼は恩恵を施してくれた人に対して返礼する義務を負っているからである。[29] 最後に、寄託などの場合、ある人は他の人の物を、相手に損害を与えることも、また自ら利益を得ることもなしに受け取るため、受け取る行為自体は正当であるが、物の取得に基づいて返還義務を負う。それゆえ、自身に過失がなく、寄託物が取り去られた場合にはその物を返還する義務はないが、自身に重大な過失があり、寄託物が滅失した場合には返還しなければならない。[30]

トマスによれば、正義を保全することは救いに必要なことであるから、交換的正義に基づいて、不正に誰かから取り去った物を返還することは救いのために必要である。[31] すなわち、返還は救いのために義務づけられているといえよう。

以上のように、交換的正義の行為である restitutio は、不正に取得されたものの返還のみならず、所有者の同意のもとに取得した物、たとえば消費貸借や寄託によって取得した金銭や寄託物の返還義務も包括していると理解できる。

(二) 後期スコラ学派における restitutio 概念

後期スコラ学派は、トマスと同様に、restitutio を交換的正義の行為と捉え、そこからあらゆる損害の賠償と、正当な財産状態の回復義務を導き出す。[32]

本項で取り上げるビトリアは、[33]トマスの restitutio 概念の定義を継承し、restitutio を次のように定義する。すなわち、「restitutio は、以前の所有者へとある物を決定することである（restituere est aliquid in dominum pristinum statuere）」、「restitutio は、確かに均等性を戻すことであり、このことは交換的正義に属し、事物に対する事物をもってして報いを為すことである（restitutio enim est aequalitatem reddere, quod pertinent ad iustitiam commutativam, cum fiat recompensatio rei ad rem）」[34]。そのため、ビトリアは、交換的正義に照らして、財産を正当な状態に回復したり、損害を調整したりすることを restitutio の目的としているといえよう。[35]

ビトリアの restitutio 概念は、トマスにおける分類と同様に、原状回復義務の発生原因に基づいて以下を区別する。まず第一に、物を奪ったことを原因とする restitutio（restitutio ratione acceptionis）であり、不正あるいは正当に他人の物を取得した者は、その物の返還義務を負う。不正な取得として、窃盗、強盗、殺人、侮辱などが挙げられ、他人に損害を与えた者は、その不正な行為自体を原因として損害賠償を義務づけられる。また正当な行為に基づく物の取得、すなわち消費貸借、寄託においても、取得した物の返還が義務づけられる。たとえば、消費貸借では、借主が受け取った物を喪失した場合、たとえそれが偶然であったとしても、返還の義務を負う。その一方で、寄託では、受寄者は寄託物を故意あるいは重過失によって滅失させた場合にのみ、返還義務を負う。[36]第二に、他人の物を占有していることに基づく restitutio（restitutio ratione rei acceptae）であり、他人の物を占有していることを理由として返還が義務づけられる。たとえば、盗品の善意の買主は、それを所有者に返還しなければならない。また正当に他人の物を占有

する場合、たとえば、賃借人、使用借人、受寄者なども物の占有を理由として返還の義務を負う。前者との違いは、物を占有している限りにおいて返還する義務を負うという点である。この二つに加えて、広義の restitutio の第三類型として、契約上の義務に基づく restitutio（restitutio ex contractu）が挙げられ、契約により生ずる給付義務、すなわち買主の支払義務等がこれに属する。

ビトリアは、行為および惹起された損害の原状回復（restitutio）に着目することによって、原状回復の原因行為を類型化するため、その私法理論は、すでに為された行為を中心とした原状回復の体系であると特徴づけることができよう。交換的正義の行為である原状回復は、トマスと同様に、救いのために必要不可欠である。

以上のように、ビトリアの原状回復論は、原状回復されるべき原因を類似している行為ごとに分類し、結果的に債務法全体を説明している。原状回復の目的は、交換的正義を理由として、損害を回復することに向かう。

㈢　原状回復（restitutio）と所有権（dominium）

交換的正義の行為である原状回復（restitutio）は、惹起された損害や侵害された法益の調整を目的としていることから、原状回復中心の法理論では、その調整のためにどの法益が誰に帰属しているかが問題となる。後期スコラ学派は、法益の帰属先を確定するため、所有権（dominium）概念を規定し、それに基づいて法益を正当に分配しようと試みている。

ビトリアは、原状回復に関する章（第二―二部第六二問題「返還について（De restitutione）」）の中で、原状回復について詳述する前に、まず所有権（dominium）を説明している[37]。ビトリアは、基本的にトマスの『神学大全』の体系配列にしたがっているが、原状回復の前に所有権を詳細に論ずることは、唯一トマスの配列に倣っていない点である。ビトリアは、原状回復を所有権によって基礎づけるため（omnis restitutio fundatur in dominio）[38]、所有権は「原状回復につ

いて」の章の前半で説明することになる。

さらに、ビトリアの同僚であったソト[39]も、『正義と法について』の第四巻『交換的正義についての序文、すなわち所有権と原状回復をめぐって（De praeambulis ad iustitiam commutativam, nempe de dominio et restitutione）』の中で、まず所有権（第一問題から第五問題）を扱い、次いで原状回復論（第六問題以下）を論じている[40]。後述するように、レッシウスも、まず所有権および所有権の取得、次いで restitutio 論を展開していることから、後期スコラ学派は、所有権を原状回復の基礎に据えていると評することができよう。

それでは、ビトリアは所有権概念をいかに定義していたのか。ビトリアは、所有権を「法規範などにしたがって何らかの方法で物を使用し得るための権能（facultas quadam ad utendum re aliqua secundum iura, etc.）[41]」と定義している。この定義について、ビトリアは、Konrad Summenhart（1455?-1502）による dominium の定義を引用している（「所有権は、法律や理性的に定められた諸規定にしたがって物を自由に使用し得る権能である（dominium est facultas utendi re secundum iura vel leges rationabiliter institutas）」[42]）。さらに「所有権は自身の判断によって物を使用し得るための権能である（dominii quia dominium est facultas ad utendum re pro arbitrio suo）[43]」としていることから、物を自由な意思にしたがって使用する権能を所有権の本質としていることがわかる。

所有権の対象となる物には、財産としての物だけではなく、以下のような三つの善も含まれる[44]。すなわち、才能（virtutes）や寵愛（gratia）などの bonum spirituale[45]、生命（vita）、公正（integritas）、四肢（membrorum）や健康（sanitas）などの bonum naturale[46]、そして名誉（honor）、名声（fama）や富裕（divitiae）などの bonum fortunae[47] である。したがって、ビトリアにおける所有権は、物に対する支配権といった狭い概念ではなく、有体物だけではない「もの」の帰属を決定する概念といえよう[48]。所有権は、今日でいうところの物権および債権、人格権すべてを含んでおり、それらは「もの」の使用を可能とする権能である[49]。

ビトリアは、所有権の移転を所有権の本質から導き出す。所有権は、前述したように「自身の判断によって物を使用し得るための権能」であるから、他人に譲渡することが可能である。所有権の移転に関して、自然法上は前所有者の所有権を移転する意思と、取得者の承諾で移転し、そのために引渡しは要求されない[50]。

以上のように、ビトリアは、「もの」のあるべき状態を確定するために所有権を規定し、そのあるべき状態に「もの」を戻し、均等性を回復することを原状回復の目的としている。つまり、所有権に基づいて、法益があるべき秩序に返還されることになる。ビトリアは、所有権概念を広く理解しているため、たとえば契約に関して、契約締結によってすでに買主に所有権が移転していることを前提として、目的物の引渡義務なども原状回復で説明することが可能であった[51]。

㈣　合意の独立

ビトリアのように、契約に関して独立した章を立てず、消費貸借や寄託等から発生する義務を原状回復論の枠内で説明することをめぐって、契約を原状回復義務の原因としてみなすべきか否かが議論されてきた。たとえば、Wolterは、「とりわけ一六世紀以降、数多くの研究において、原状回復論（Restitutionslehre）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[52]」と指摘している。

さらに、今日では、ビトリア以降、たとえばソトはトマスの『神学大全』の配列にしたがっている一方で、トマスが契約に十分言及していないことから、契約概念をより発展させようと試みたとの指摘が存在する[53]。その一つの契機として、後期スコラ学派が合意の拘束力を基礎づけようと試みたということが挙げられる[54]。

次章では、後期スコラ学派とグロチウスの仲介者として位置づけられているレッシウス[55]が、契約を原状回復論から切り離し、「契約について（De contractibus）」の中で個々の契約類型を体系的に説明していることを考察していく。

四　レッシウスの私法理論

レッシウスは、その主著『正義と法について（De iustitia et iure ceaterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor, 1605）』の中で、restitutio 論（第二部）を論じた後、「契約一般について（De contractibus in genere）」（第三部）を独立した章で扱っている。

㈠　レッシウスの生涯と著作

レッシウスは、一五五四年にアントワープ近郊のブレヒトに生まれ、長い間ルーヴァンに暮らした[56]。六七年に奨学金を得てルーヴァン大学に進学し、哲学を学んだ。七二年にイエズス会士となり、二〇歳でドゥエー（Douai）の Jesuit Collège d'Anchin の教授に就任し、哲学を教えた（一五七四―八一年）。八二年にリエジュ（Liège）で、のちに彼をローマの Collegio Romano へと導くべき神学の勉強を始めた。八三年にはローマに赴き、イエズス会士で当時指導的な神学者であったフランシスコ・スアレス（Francisco Suarez, 1548–1617）やロベルト・ベラルミーノ（Roberto Bellarmino, 1542–1621）の許で神学を学んだ。帰国後は、ルーヴァンのイエズス会学院の哲学・神学教授を務め（一五八五―一六〇〇年）、一六〇〇年から死まで、主に神学の著作の執筆に従事し、一六二三年に同地で歿した。

スペインのイエズス会に属するモリナとは頻繁に手紙を通じて連絡を取り合い、レッシウスは、自然法論のみならず、恩寵論においてもモリナの影響を受けた。たとえば、『効果的恩寵について（De gratia efficaci, decretis divinis, libertate arbitrii et praescientia Dei conditionata, 1610）』において、モリナ主義を擁護し、イエズス会の中に論争を引き起こし、スアレスからも非難された。

レッシウスの主著『正義と法について』は、トマスの『神学大全』第二―二部における第四七問題から第一七一問題の注釈として、一六〇五年に出版された。この著作は、四巻からなり、第一巻は『賢慮について（De prudentia）』、第二巻は『正義と法について（De iustitia et iure）』、第三巻は『勇敢について（De fortitudine）』、第四巻は『節制について（De temperantia）』である。

㈡　『正義と法について』における体系配列

レッシウスは、本稿で取り上げるrestitutioと契約を、その第二巻『正義と法について』の中で論じている。[57] 第二巻は、基本的にトマスの『神学大全』第二―二部に注釈をつけるという形をとっているが、所有権および所有権の取得や契約一般および個々の契約を独立した章で説明している点で新たな体系といえよう。

第二巻では、まず、第一部「正義、法、個別の権利について（De iustitia, iure, et speciebus iuris in genere）」において、「正義一般（De iustitia in genere）」（第一章）、「法（権利）一般（De iure in genere）」（第二章）、次いで第三章以下で所有権（dominium）および所有権の取得が規定される。第三章では「特定の対物権について（De speciebus iuris realis）：所有権（dominium）、用益権、使用権、占有について」、第四章では「所有権を取得する資格のある者および所有権の客体」、第五章では「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、狩猟など」、第六章では「他人物の所有権の取得方法、たとえば時効について」が説明される。

所有権および所有権の取得に続いて、第二部「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）」において、第七章以下で不正、損害およびそのrestitutioが規定される。第七章で「不正と原状回復一般（De iniuria et restitutione in genere）」が扱われ、それに引き続き「精神上のものに対する不正」（第八章）、「殺人や傷害による身体に対する不正

および不可欠な原状回復（restitutio）」（第九章）、「姦通や姦淫による身体に対する不正」（第一〇章）、「誹謗中傷による名声や名誉に対する不正」（第一一章）、「窃盗、強盗、損害による財産に対する不正とその原状回復」（第一二章）、「窃盗や傷害へ関与」（第一三章）、「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」（第一四章）、「原状回復がなされるべき順序と方法、場所、および支払額」（第一五章）、「完全にあるいは一時的に原状回復が免除される要因」（第一六章）が配列される。

レッシウスは、原状回復を説明した後、第三部「契約について（De contractibus）」において、「契約一般（De contractibus in genere）」（第一七章）、次いで個々の契約を次のように細分して詳説する。すなわち、「約束と贈与」（第一八章）、「遺言と遺贈」（第一九章）、「消費貸借と利息」（第二〇章）、「売買」（第二一章）、「賃貸」（第二二章）、「両替（De cambis）」（第二三章）、「賃貸借、永代小作権と封土」（第二四章）、「組合」（第二五章）、「遊戯および賭事」（第二六章）、「寄託と使用貸借」（第二七章）、「保証、保険（assecuratio）、質、抵当」（第二八章）である。

以上のように、レッシウスは、第二巻を三部に分け、所有権および所有権の取得（第一部）、原状回復論（第二部）、契約（第三部）と配列していることから、その私法理論は、所有権が侵害された場合の損害賠償の原因となる行為の類型と、私法関係の債務の発生原因としての契約の類型という二つを分類しているといえよう。

次節では、まず原状回復の原因となる行為の類型を考察していく。

㈢　restitutio 論

前述の体系配列から理解できるように、レッシウスは、所有権と所有権の取得を基礎として、まず restitutio 論を展開している。本節では、restitutio の原因行為の類型を明らかにしていく。

1　restitutio の原因行為の分類

レッシウスは、ビトリアやソトと同様に、restitutio を発生原因に基づいて二つに大別している。まず、物を奪ったことに基づく restitutio（restituio ratione acceptionis）（第八章から第一三章）と物を受領したことに基づく restitutio（restituio ratione rei acceptionis）（第一四章）である。[58]

前者は、違法な行為によって他人に損害を与えた場合に、損害を与えた者がその行為ゆえに責任を負うものである。窃盗や強盗による財産に対する不正や、名声や名誉に対する不正もこれに含まれる。惹起された損害は、交換的正義の命ずるところにより、原状回復されなければならない。

第一四章で説明される物を受領したことに基づく restitutio は、物を奪ったことに基づく restitutio の場合と異なり、他人の物を占有している限りで返還する義務が発生する。[59] そこでは、所有権をめぐって利得があった者と損失があった者との間の調整が行われなければならない。この場合、どのようにして利得や損失が発生したかについては問題とならず、ただどのようにして、どのような状況の下で、公序良俗に反する給付を法的根拠がないとみなすのかが問題となる。たとえば、盗品の善意の買主は、所有者に対してその物の返還義務を負う。しかし、その物を同じ価格ですでに第三者に売却してしまった場合には、利得が現存しないため返還の義務を負わない。[60] それに対して、その盗品をすでに他人の手に渡していたり、使い果たしてしまった結果、利益を得た場合には、その利益を返還する義務を負う。[61]

レッシウスにおいても、原状回復は、交換的正義の観点から損害の調整が中心であり、受領した物を理由とした原状回復では、債務者は受領物あるいは現存している利益に関してのみ返還の義務を負う。

以上のように、レッシウスの原状回復論も、原状回復されるべき行為の帰結および惹起された損害を発生原因ごとに分類しているといえよう。損害が誰に対して回復されるべきかを確定するために、物の帰属先を決定する所有権が原状回復論の前に規定されていると捉えることができる。

2　原状回復（restitutio）と所有権（dominium）

レッシウスは、後期スコラ学派の伝統にしたがって、所有権を原状回復のための前提としているが、所有権概念に新たな意味を付与している。本項ではレッシウスの所有権概念を考察していく。

レッシウスは、所有権を物に対する絶対的権利（ius in re absolutum）と定義している[62]。所有権の対象となるのは、外的なもの（res externae）、たとえば、山、川、植物、動物などであり、太陽や他の星などは所有権の対象とならない[63]。レッシウスは、彼以前の道徳神学者と同様に、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提起している[64]。ビトリアやソトと異なり、レッシウスは、人間は生命や身体の監護者（custodia）ではあるが、人間の生命を支配できるのは神のみであるとしている[65]。それゆえ、レッシウスは人間の生命に対する所有権は認めず、所有権の対象を人間の精励によって取得されたものに制限している[66]。さらに、人間は名声や名誉の所有者であるかという問い[67]に対して、トマスを引用して、ビトリアやソトと同様に、名声や名誉も所有権の対象となり得るとしている[68]。

レッシウスは、所有権を ius ad rem と ius in re に分け、ius in re を最重要概念としている。所有権を物を支配する権利（ius in re）と捉え[69]、完全な所有権（dominium perfectum）と不完全な所有権（dominium imperfectum）に区別している[70]。前者は、上位の支配者の所有権であり、後者は、下位の者の用益権や永代小作権といった下級所有権を意味する。

次に、所有権の移転に関しては、後述するように、引渡しが必要であるとしている[71]。というのも、契約締結の段階では、ius in re は取得せず、ius ad rem のみを取得するからである[72]。そのため、ius in re は、引渡しによってはじめて取得される。

このように、レッシウスが所有権を物に対する絶対的な権利と定義していることから[73]、所有権の対象となる範囲を狭めていると評することができる。また、レッシウスは、ビトリアやソトと異なり、人間の生命や身体に対する所有

権を認めていない。

レッシウスの原状回復論と所有権との関係については、次のように理解することができよう。すなわち、物を奪ったことを理由とする原状回復では、所有権の侵害が問題であり、それから生じた損害が所有権の帰属先に回復されなければならない。また、物の取得を理由とする原状回復では、所有権から本来得られるべき利益を所有者が失う一方で、ある者が他人の所有権から利得をした場合、この損失と利益は交換的正義の原則に基づいて調整されなければならない。以上のように、あるべき財産秩序が所有権に基づいて原状回復されることになる。

ビトリアは、契約から発生する義務も原状回復論で説明していた。しかし、レッシウスでは、所有権概念を狭めることによって、契約から発生する債務を所有者に返還するという原状回復論の枠内で説明することが難しくなった。そのため、レッシウスは、契約を債務の発生根拠として原状回復論から切り離したと捉えることができよう。

㈣　契　約

レッシウスは、原状回復について論じた後、第三部「契約について」の中で「契約一般」（第一七章）、次いで個々の契約（第一八章以下）を詳細に規定している。

1　契約一般

レッシウスは、第一七章で「契約一般について（De contractibus in genere）」を個々の契約（第一八章以降）に先立って扱っている。

まず、契約を「契約は双方的な義務である（contractus est ultro citroque obligatio）」[74]と定義している。さらに、契約を債務（obligatio）の原因（causa）と理解している[75]。

レッシウスは、市民法上訴訟可能な契約として、ローマ法の類型強制を継承し、四つの契約類型を挙げている[76]。す

なわち、要物契約（re）、文書契約（skriptura）、問答契約（verbis）、諾成契約（consensu）である。[77]

レッシウスは、訴求不可能である裸の合意（pacta nuda）と訴求可能である服を着た合意（pacta vestia）という対立構造をもついわゆる衣服（vestimentum）理論を継承しており、裸の合意は市民法上は訴求可能でないとする。[78] レッシウスによれば、裸の合意は六つの方法によって服を着せられる。すなわち、①物によって（re ipsa）、つまり一方の先履行によって、②言語によって（verbis）、たとえば stipulatio によって、③文書によって（litteris）、④有名契約にすることによって（specifico nomine contractus）、⑤服を着た合意（pacta vestia）との結合によって（cohaerentia cum contractu vestito）、⑥宣誓によって（iuramento）、単なる合意は服を着せられ、その結果、訴求可能となる。[79]

レッシウスは、pactum nudum である単なる合意に市民法上の債務（civilis obligatio）は認めないが、内面の法廷においては、裸の合意を含めたすべての契約の拘束力を認め、自然法上の債務（naturalis obligatio）が発生するとしている。[80] それゆえ、内面の法廷では、契約は単なる合意によって成立し、自然法的な債務が生じることになる。この契約は、契約当事者の意思に基づいており、契約が一度成立すればその契約は当事者の同意によってのみ解消することができる。[81]

以上のように、レッシウスは、契約をローマ法の類型強制を前提として論じているが、その一方で契約当事者の意思によって成立する契約も内面の法廷において承認し、契約一般を債務の発生原因としている。レッシウスが契約を原状回復論から分離しているのは明らかである。

2　売買契約

一六世紀以降、ソトやモリナが契約を原状回復論から切り離し、個々の契約類型の中で契約の問題を説明しようとしたのと同様に、[82] レッシウスも、個別的な契約を第三部第一八章以降で扱っている。本項では、レッシウスの売買契約に関する規定を確認する。

レッシウスは、『正義と法について』の第三部第二一章「売買（De emptione et venditione）」において、ローマ法の売買契約に関する規定を引用しながら、売買契約を詳説している。「emptio（購入）」と「venditio（売却）」という表現が示しているように、売買契約は完全双務契約である。レッシウスによれば、「購入」とは目的物のために代金を支払うことの同意であり、「売却」とは代金のために目的物を与えることの同意であるため[83]、売買契約には三つの要素、すなわち目的物（merx）、代金（pretium）、相互の同意（mutuus consensus）が必要である[84]。売買契約においては、あらゆる動産および不動産、現存する物のみならず、将来発生するであろう物も目的物となり得る[85]。売買代金は金銭でなければならない[86]。売買契約は当事者間の合意で成立し、契約成立のために目的物が引き渡されることや代金が支払われることは要求されない[87]。売買契約は合意のみによって成立するが、所有権の移転のためには引渡しが必要である[88]。

売買契約の成立に関する説明に続いて、レッシウスは、まず何が売買目的物の正当価格であるかを説明し[89]、正当価格より高くまたは安く取引される売買契約が許されるべきかどうかという問題を提起する[90]。レッシウスによれば、売買契約においても交換的正義の原則が適用されるべきであるが、その原則は内面の法廷と外面の法廷とでは適用方法が異なる。レッシウスは、等価交換でない売買契約が頻繁に解除されることを防ぐため、外面の法廷においては、ローマ法の規定（C. 4, 44, 2; C. 4, 44, 8）[91]に依拠することによって、正当価格の半分以上の損害がある場合にのみ売買契約を解除し得るとしている（ラエシオ・エノルミス）[92]。

3　restitutio と契約の混在

レッシウスは、契約を他の原状回復の発生原因から独立させようとしている一方で、要物契約から発生する返還義務に関しては、原状回復論の枠内で説明しようとする。たとえば、寄託（depositum）、使用貸借（commodatum）、消費貸借（mutuum）などの要物契約である[93]。

要物契約は、一般的に物の交付によって契約が成立することから、返還義務を原状回復で説明することは自然である。というのも、物の交付が先になされる、つまり債務者がすでに物を受領している結果、債務者は受領した物を債権者（所有者）に返還し（restituere）なければならないと説明できるからである。[94] 寄託の場合は寄託物、使用貸借の場合は目的物の交付によって契約が成立し、債務者に受領物の返還義務およびその所有権に基づいて発生した利益の返還義務が生じることになる。レッシウスは、契約締結時に所有権が移転する消費貸借[95]についても、借主の返還義務を原状回復で説明する。なぜなら、消費貸借も、他の二つの契約、すなわち寄託および使用貸借と形式は同じとみなされるからである。[96]

ところが、レッシウスは、要物契約については返還義務の新たな発生原因である契約に基づく原状回復（restitutio ex contractu）を観念し、二つの原状回復、すなわち物を奪ったことに基づく原状回復および物を受領したことに基づく原状回復から明示的に区別する。[97] それゆえ、レッシウスは、要物契約から発生する債務者の返還義務を、ビトリアのように物を受領したことによる原状回復ではなく、契約に基づく原状回復で基礎づける。[98]

前述したように、原状回復論は、正当な理由なく取得された目的物が所有者に返還されること、惹起された損害および他人の所有権に基づいて発生した利益を交換的正義にしたがって調整することへと向かう。レッシウスは、要物契約のように、誰がどれだけ返還すべきかを客観的に決定しやすい契約に関しては、返還義務を依然として原状回復論の中で説明している。レッシウスにおいて、要物契約における返還義務の発生原因は、契約と原状回復のどちらか一方で基礎づけられず曖昧であるといえよう。

(五) 小括

レッシウスは、物を奪ったことに基づく原状回復および物を受領したことに基づく原状回復を、交換的正義の観点

から、所有権に基づいて惹起された損害の調整として把握した。要物契約は、契約の中で説明されるが、物の交付によって契約が成立するため、債務者の返還義務は依然として返却するという意味で原状回復（restituio）によって説明される。しかし、その他の契約に関しては、契約から生じた債務を所有者に返還する（restituere）と説明することが困難であることから、独立した章で契約から生じた債務を弁済する（soluere）[99]と説明する。

レッシウスは、所有権を物に対する絶対的な権利とし、さらにその対象を制限することによってビトリアに比べて所有権概念を狭く捉えている。また、ローマ法の規定に依拠し、所有権の移転には引渡しが必要であるとしている。さらに、売主や賃貸人は、目的物の引渡し前は依然として所有者であるから、売主や賃貸人の物の引渡義務を所有権のある者に戻すという原状回復論の枠組みの中で説明することができなくなるため、契約を原状回復から独立させ、契約を理由とした給付義務の履行を基礎づける必要があった。

諾成契約である売買契約では、当事者の合意によって契約内容が決定されるため、何をどれだけ返還すべきであるかを客観的に算定することは容易ではない[100]。売買契約を説明している第二一章において、レッシウスは、交換的正義に基づく等価交換の制度やラエシオ・エノルミスについて詳細に論じている。ラエシオ・エノルミスは、損害と利益を交換的正義に照らしていかに調整するかの基準を定めているのみならず、契約の有効な成立を確定する基準であるともいえよう。これは、契約成立に関する規定の後、正当価格や等価交換について具体的に説明していることからも理解できる。

レッシウスは、売買契約が合意のみによって成立することから、その契約が交換的正義に適っているかどうかを客観的に判断するのではなく、当事者の合意に拠ることになる。商慣習の発展に伴って、当事者の合意が優先され、契約締結の際に交換的正義を持ち出すことは困難となる。当事者の合意によって、契約の内容は自由に決定することはできるが、一定程度の限度を設けるため、ラエシオ・エノルミスが規定されているといえよう[101]。

五　おわりに

㈠　原状回復から契約へ

後期スコラ学派の私法理論は、アリストテレス・トマス正義論に由来する交換的正義の特徴的行為である原状回復論を中心に発展し、原状回復に義務づけられる行為の結果および惹起された損害をその原因行為ごとに配列している。原状回復の目的は、交換的正義の命ずる「各人に各人の物を与えよ」の原則に基づき、侵害された法益の調整にあることから、後期スコラ学派は法益の帰属先を確定するために、所有権に重要な意義を与えた。ビトリアをはじめ、ソトやレッシウスも所有権を原状回復の基礎としており、原状回復論の前に所有権および所有権の取得について論じている。後期スコラ学派の私法理論に特徴的であるのは、原状回復や損害賠償が、誤った行為のサンクションとしてではなく、守られるべき法益侵害の調整として扱われている点である。

ビトリアは、所有権を有体物だけではない「もの」を自由に使用できるあらゆる権能と定義し、その所有権は前所有者の意思と取得者の承諾によって移転するとした。そして、今日でいう債務法全体、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している。原状回復論は、交換的正義に照らして、所有権概念に基づき法益を所有者に戻し、あるべき財産秩序を回復させることを目的としている。

レッシウスは、後期スコラ学派の伝統にしたがって、物を奪ったことに基づく原状回復と受領した物に基づく原状回復を区別する一方で、契約に基づく原状回復を新たに加えつつ、契約を原状回復論から切り離した。たしかに、契約の前に原状回復論を配列していることからもわかるように、レッシウスにおける私法理論は、依然として原状回復

論の枠組みを残している。しかし、レッシウスによれば、契約は合意のみによって成立し、裸の合意からは市民法上の債務は発生しないが、自然法上の債務（naturalis obligatio）は発生する。つまり、レッシウスの私法理論には、原状回復の原因となる行為の類型と意思の関係で説明する契約の類型という二つの類型が併存しているといえよう。この背景には、所有権概念を狭めたことによって、契約から発生する義務の履行を所有権に基づく原状回復では説明できなくなったという事情が考えられる。レッシウスは、契約当事者の給付義務の根拠を、原状回復ではなく契約そのものから引き出すため、契約を原状回復論から分離したと捉えることができよう。

(二)　後期スコラ学派から近世自然法論へ

その後登場する近世自然法論者、グロチウスやプーフェンドルフは、原状回復に関する独立した章を体系配列から外し、合意を主体とする私法理論を構築した。

グロチウスによれば、債権は約束と不均衡から発生する[102]。前者には、契約や準契約から生じる債権などがあり、後者には不当利得および不法行為がある[103]。不当利得は所有権に基づく返還義務を基礎とし、不法行為は権利侵害を成立要件とする[104]。グロチウスは、まず保護されるべき権利を観念し、それが侵害された場合の返還義務や損害賠償義務を説明している。グロチウスの私法理論は、債権の発生根拠を約束と不均衡に大別するものである。。

グロチウスがまず権利を観念するのに対して、プーフェンドルフは、人間の本性である自己保存と脆弱性から人間の共同生活の必要性を導き出し、共同生活のルールである自然法が人間に命ずる義務として、神に対する義務、自分自身に対する義務、他人に対する義務という三つの義務を挙げる[105]。プーフェンドルフは、他人に対する義務の中で私法理論を展開し、そこでは、他人に対する義務を絶対的義務と条件的義務の二つに分類する[106]。合意が条件的義務であり、不法行為や不当利得から発生する原状回復や損害賠償義務は、絶対的義務で説明される。絶対的義務は、万人に

共通の義務であり[107]、その中で最も重要な義務は、「他人に損害を与えてはならない」である[108]。それは、生命、身体、健康、自由、名誉、人倫のみならず、法規に基づいてあるいは契約によって取得した物も保護する[109]。それゆえ、「他人に損害を与えてはならない」という義務によって、他人に損害をもたらしうる犯罪、すなわち故殺、傷害、損壊、殴打、強盗、窃盗、詐欺、あらゆる種類の暴力が禁止される[110]。したがって、他人に損害を与えた場合、原状回復あるいは損害賠償が義務づけられることになる[111]。

以上のように、レッシウスは、契約に基づく原状回復を新たに加えることで、契約を他の原状回復の発生原因から区別しているものの、依然として原状回復の枠組みを残している。その一方で、グロチウスとプーフェンドルフは、原状回復を体系から外し、債務の発生根拠としての合意を基礎づけ、合意を主体とする私法理論を構築した。本稿は、レッシウスが合意を独自の債務発生原因として原状回復から分離することで、合意を主体とする近代法理との仲介者となったことを指摘したにすぎず、原状回復中心の法理論から合意中心の法理論への転換に関する積極的な理由の考察には踏み込むことができなかった。したがって、次の課題として、この転換が何に由来するかを考察していきたい。

（1）諾成契約の成立につき、たとえば、北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」『岩波講座　基本法学四――契約』岩波書店、一九八三年、一六五―二〇八頁、同「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロオル（一）」法学協会雑誌九三巻一一号（一九七六年）三四頁以下などを参照。

（2）Franz Wieacker, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, S. 7-22, 11; Yasuhiro Ikadatsu, Der Paradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen: Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Ebelsbach 2002; ①筏津安恕「失われた契約理論」昭和堂、一九九八年、②同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』昭和堂、二〇〇一年、③同「私法の一般理論の成立条件――意思自由論か行為自由論か――」法学六九巻

六号（二〇〇六年）、④同『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生』昭和堂、二〇一〇年。義務づけにつき、Gerald Hartung, Gesetz und Obligation. Die spätscholastische Gesetzestheologie und ihr Einfluß auf die Naturrechtsdebatte der Frühen Neuzeit, in: Grunert/Seelmann (Hrsg.), Die Ordnung der Praxis, Tübingen 2001, S. 381–402, 382; Axel Hägerström, Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung, in: Olivecrona (Hrsg.), Acta Societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis 44: 3, Uppsala 1965, S. 22f., 41 などを参照。

（3） Nils Jansen, §§ 249–253, 255. Schadensrecht, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, Rn. 31f.

（4） Helmut Coing, Europäisches Privatrecht Band I, München 1985, S. 506; ① Robert Feenstra, Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Köperverletzung, in: Feenstra/Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht, Berlin 1992, S. 429–454. Vgl. ② Robert Feenstra, L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctorines de l'erreur et de l'entichissement sans cause in: Fata iuris Romani, Leyde 1974, pp. 338–363, 350 et s.; Nils Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, Tübingen 2013, S. 177.

（5） グロチウスの所有権につき、Robert Feenstra, Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in: O. Behrends (Hrsg.), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen 1978, S. 209–234, 226ff.; ①松尾弘「グロチウスの所有権論（一）（二・完）」一橋研究一四巻三号（一九八九年）、一四巻四号（一九九〇年）、②同「民法学の発展における自然法論の意義」姫路法学一一号（一九九七年）など。

（6） Hugo Grotius, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid, Universitaire pers Leiden 1965, boeck III, deel I, §§ 8ff.

（7） 筏津、前掲（2）②七頁以下、③三四頁以下、④六頁以下、一二頁以下など、拙稿「ジャン・ドマの私法理論（一六二五―一六九六）――法理論の基本的構造――」法学政治学論究一〇一号（二〇一四年）一四三頁。

（8） たとえば、① James Gordley, Foundation of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford 2006; ② *id.*, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1991; Wim Decock, Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650), Legal History Library 9/Studies in the History of Private Law 4,

Leiden/Boston 2013 などが挙げられる。

（9） Feenstra, a. a. O.（Fn. 5）, S. 223; ハンス・ティーメ（久保正幡監訳）『ヨーロッパ法の歴史と理念』岩波書店、一九七八年、五頁、Nils Jansen, Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution, in: SZ Rom. Abt. 120（2003）, S. 135.

（10） たとえば、Hans Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, München 2012, S. 156ff. など。

（11） コバルビアスについて、佐々木有司「コバルビアスの合意（pactum）論における宣誓」『戦争装置としての国家』未來社、二〇〇四年、九頁以下など。

（12） ソトの『正義と法について（1553-54, 56-57）』は一〇巻から構成されており、トマスの『神学大全』第二―二部の配列にしたがっている。本稿では、Domingo de Soto, De iustitia et iure libri decem, Lugdunm 1582 を参照した。

（13） 後期スコラ学派の重要性を指摘するものとして、Josef Kohler: Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band X（1916/1917）, S. 235–263; James Brown Scott, The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and his Law of Nations, Oxford/London 1934; Ernst Reibstein, Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae Illustres» des Fernandus Vasquius（1559）, Bern 1949. 私法に関しては、Hans Thieme, Natürliches Privatrecht und Spätscholastik, SZ Germ. Abt. 70（1953）, S. 230–266. 最近では、Thomas Duve, Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik, in: Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Köln/Weimar/Wien 2009, 個別的な問題に取り組んでいるものとして、Gerhard Otte, Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria, Köln/Graz 1964; Günther Nufer, Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit, Diss. Freiburg 1969, Udo Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB, Berlin 1985 など。研究状況に関して、ティーメ、前掲注（9）一頁以下。後期スコラ学派の私法理論に関する邦語文献としては、たとえば、筏津、前掲注（2）④。

（14） Vgl. Otte, a. a. O.（Fn. 13）, S. 13f.; Jansen, a. a. O.（Fn. 9）, S. 133.

（15） ティーメ、前掲注（9）一三頁以下。

（16） たとえば、Nufer, a. a. O.（Fn. 13）, S. 12f.; Wolter, a. a. O.（Fn. 13）, S. 56ff.; Jansen, a. a. O.（Fn. 4）, S. 59ff.; *ders*., a. a. O.（Fn. 9）, S. 132ff.; Gordley, op. cit.（n. 8）①, pp. 423-426.; ラインハルト・ツィマーマン（油納／瀧／村田訳）「ヨーロッパにおける不当利得法―序論―」民商法雑誌一四〇巻四・五巻（二〇〇九年）四三八頁以下。

(17) たとえば、Malte Dieselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, Köln/Graz 1959, S. 4-30; ① Decock, op. cit. (n. 8); ② *id.*, Katholische Moraltheologie und Vertragsrecht – Die Umwandlung der Vertragslehre des Gemeinen Rechts (16./17. Jh.), Forum Historiae Iuris, 2013. 筏津は、レッシウスの私法理論について次のように指摘する。すなわち、「後期スコラ学派の伝統である損害賠償論が依然として重視されていることと、契約理論のめざましい地位の上昇をみてとることができる」、さらに「損害賠償の原因となる行為の分類のような発想と、私法的な関係を意思の関係として説明するという二つの可能性は併存している」（筏津、前掲注（2）④三頁以下）。

(18) Vgl. Coing, a. a. O. (Fn. 4), S. 190f: コーイングは、ティーメ（ティーメ、前掲注（9）一三頁以下）と同様、ヌーファー（Nufer, a. a. O. (Fn. 13), S. 13）の原状回復の三分類を参照しているが、ティーメと異なり、後期スコラ学派においてすでに契約から発生する義務（obligationes）の体系が生まれたとしている。

(19) たとえば、グロチウスの著作には restitutio についての独立した章は存在しない。

(20) たとえば、Nufer, a. a. O. (Fn. 13), S. 13; Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 49; Gordley, The Principle Against Unjustified Enrichment, in: H. Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, pp. 213-231, 218-219.

(21) Thomas von Aquin, Summa theologica, II, II, q. 62, a.1. 本稿では、Thomas von Aquin, Summa theologica. Die deutsche Thomas-Ausgabe: vollständige, ungekürzte deutsch-lateinische Ausgabe der Summa theologica, Bd. XVIII Recht und Gerechtigkeit: II-II, 57-79, Graz/Wien/Salzburg 1953、および トマス・アクィナス著（稲垣良典訳）『神学大全』第一八巻、第二－二部第五七問題―第七九問題、創文社、一九八五年を参照した。

(22) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62. トマスの restitutio につき、Karl Weinzierl, Die Restitutionslehre der Hochscholastik bis zum hl. Thomas von Aquin, München 1939, S. 163ff., Wolter, a. a. O. (Fn. 13), S. 26ff.; Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 28ff. などを参照。

(23) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 1, 稲垣、前掲注（21）一一四頁。

(24) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 2, 稲垣、前掲注（21）一一七頁。

(25) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 3, 稲垣、前掲注（21）一二一頁。

(26) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 3, 稲垣、前掲注（21）一二一頁。

(27) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 6, 稲垣、前掲注（21）一三一頁。

(28) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 6, 稲垣、前掲注（21）一三二頁。
(29) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 6, 稲垣、前掲注（21）一三二頁。
(30) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 6, 稲垣、前掲注（21）一三二頁。
(31) Thomas, op. cit. (n. 21), II, II, q. 62, a. 2, 稲垣、前掲注（21）一一六頁、一一七頁。
(32) 後期スコラ学派における restitutio について、Nufer, a. a. O. (Fn. 13), S. 12ff.; Otte, a. a. O. (Fn. 13), S. 63ff.; Wolter, a. a. O. (Fn. 13), S. 133; Jansen, a. a. O. (Fn. 9), S. 132ff. などを参照。
(33) ビトリアは、スペイン・ブルゴス出身の神学者である。一五〇五年にドミニコ会に入会し、一五〇七（〇八）年から一五二二年までパリ大学に学び、一五一六年からパリのドミニコ会のサン＝ジャック学院で教えた。パリ大学で神学博士の学位を取得した後、スペインに帰国し、サン・グレゴリオ学院で神学を講じた（一五二三―二六年）。その後、サラマンカ大学の神学第一教授となり、歿するまでこの地で活動した。Vitoria について、Otte, a. a. O. (Fn. 13), S. 9ff. などを参照。
(34) 本稿では、Francisco de Vitoria, Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás, ed. V. Beltrán de Heredia, Bd. 3: De iustitia (qq. 57–66) Salamanca 1934 を参照した。Vitoria, a. a. O., II, II, q. 62, a. 1, n. 1. ビトリアの restitutio 概念について、Otte, a. a. O. (Fn. 13), S. 63ff.
(35) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 1.
(36) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 6, n. 7.
(37) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 4ff. Vgl. Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 35.
(38) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, nn. 4, 6.
(39) ソトについて、Thieme, a. a. O. (Fn. 13), S. 43; Otto Wilhelm Krause, Naturrechler des sechzehnten Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1982, S. 40 などを参照。
(40) Soto, op. cit. (n. 12), lib. 4, q. 1-5, 6. ソトの『正義と法について』は、サラマンカ大学神学第一講座教授時代の成果である。第四巻『交換的正義についての序文、すなわち所有権と原状回復をめぐって』、第五巻『不正なる行為より生ずる不公正について、すなわち殺人およびその他の悪行』、第六巻『利息、契約、取引について』、第七巻『誓約について』、第八巻『宣誓について』。Vgl. Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 35.
(41) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a.1, n. 8.

(42) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a.1, n. 8.

(43) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a.1, n. 29. ビトリアは、彼の『Relectio de Indis』においても、所有権を「dominium nihil aliud est quam ius utendi re in usum suum」としている（I. 20）。

(44) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, nn. 50–53. ビトリアの所有権について、Otte, a. a. O. (Fn. 13), S. 41ff.; Feenstra, a. a. O. (Fn. 5), S. 219f. などを参照。

(45) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 51.

(46) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 52.

(47) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 53.

(48) 人間の生命に対する所有権については後期スコラ学派の中でも様々な見解が存在する。というのも、人間の生命は神から与えられたものであって、人間が支配できるものではないと議論されてきたからである。たとえばソトは、人間は生命や身体、名誉や名声の所有者となり得るとしている（Soto, op. cit. (n. 12), lib. 4, q. 2, 3 und q. 6, 3. Vgl. Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 37; Wim Decock, Jesuit freedom of contract, in: The Legal History Review 77 (2009), pp. 423–458, 436）。後述するように、レッシウスは人間の生命について所有権を認めない。Vgl. Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 37.

(49) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 8.

(50) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 1, n. 30.

(51) Vitoria, op. cit. (n. 34), II, II, q. 62, a. 6, n. 2.

(52) Wolter, a. a. O. (Fn. 13), S. 29. Vgl. Jansen, a. a. O. (Fn. 4), S. 59.

(53) Decock, op. cit. (n. 17) ②, Rn. 10.

(54) Gordley, op. cit. (n. 8) ②, pp. 71–73.

(55) たとえば、Feenstra, a. a. O. (Fn. 5), S. 223, ティーメ、前掲注（9）五頁など。

(56) レッシウスの生涯と著作については、主に Krause, a. a. O. (Fn. 39), S. 66ff.; Wim Decock, Introduction, On Buying and Selling (1605), in: Journal of Markets & Morality, vol. 10, Nr. 2 (2007), pp. 433–516, 440–443.; 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、『中世思想原典集成20　近世スコラ学』平凡社、二〇〇〇年、九九八頁以下を参照。

(57) 本稿では、Leonardus Lessius, De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor, Vendig 1617 を参照した。レッシウスの体系配列につき、Jansen, a. a. O. (Fn. 9), S. 134; Decock, op. cit. (n. 8), pp. 171–172.

(58) たとえば、Jansen, a. a. O. (Fn. 9), S. 135ff.; Nufer, a. a. O. (Fn. 13), S. 12ff.

(59) Vgl. Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 14, dub. I, a. 1ff., cap. 7, dub. 5, 15.

(60) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 14, dub. II, n. 4.

(61) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 14, dub. I: レッシウスによれば、他人の所有権から得た利益がまだ現存する場合にのみ、債務者は返還の義務を負う。

(62) レッシウスの所有権概念につき、Otto, a. a. O. (Fn. 13), S. 71ff.; Feenstra, a. a. O. (Fn. 5), S. 223ff.; Decock, op. cit. (n. 48), pp. 435–441.; Jansen, a. a. O. (Fn. 13), S. 135ff. などを参照。

(63) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 4, dub. VIII.

(64) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 4, dub. X.

(65) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 4, dub. X.

(66) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 4, dub. X.

(67) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 4, dub. XI.

(68) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 4, dub. XI, nn. 59, 60.

(69) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 3, dub. II, n. 7.

(70) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 3, dub. II, n. 7.

(71) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 3, dub. III.

(72) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 3, dub. III. ius ad rem につき、たとえば、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三（一九六一年）一七九頁以下、Ralf Michaels, Sachzuordnung durch Kaufvertrag: Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, Berlin 2002 など。

(73) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 3, dub. II, n. 7.

(74) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dub. I, n. 1.

（75） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dub. I, n. 1.

（76） ローマ法の類型強制につき、Hermann Dilcher, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, in: SZ Rom. Abt. 77 (1960), S. 270–303.

（77） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dub. II. レッシウスの合意につき、Diesselhorst, a. a. O. (Fn. 17), S. 6f.; Decock, op. cit. (n. 8), p. 112.

（78） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dup. II, n. 7.

（79） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dup. III, n. 18.

（80） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dub. IV, n. 19.

（81） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 17, dub. IV, n. 19.

（82） Vgl. Wolter, a. a. O. (Fn. 13), S. 29; Decock, a. a. O. (Fn. 17) ②, Rn. 10. ソトとモリナは、確かに契約を原状回復から切り離しているが、契約を体系的に配列していない。

（83） レッシウスは D. 18, 1, 1 を引用（op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. I.）。

（84） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. I.

（85） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. I.

（86） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. I.

（87） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. I, n. 1 und cap. 17, dub. II.

（88） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. I: ut tamen transferatur dominium per hunc contractum, requiritur traditio, und II, cap. 3, dub. III: quaenam requirantur ad domini acquisitionem.

（89） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. II.

（90） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. IV.

（91） 合意された価格が正当価格の二分の一以下の場合、その契約は解除される。莫大損害の制度につき、堀川信一「莫大損害（laesio enormis）の史的展開（一）―（三）――その法的性質と要件・効果の結びつきを中心に――」一橋法学三巻二号（二〇〇四年）七三一頁以下、三巻三号、一一七一頁以下、四巻一号（二〇〇五年）一八九頁以下など。

（92） Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 21, dub. IV, n. 1. レッシウスのラエシオ・エノルミスにつき、Herbert Kalb, Laesio

enormis im gelehrten Recht, Wien 1992, S. 156, 164f. など。

(93) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 7, dup. IV, n. 15.

(94) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 7, dup. IV, n. 15.

(95) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 20, dup. IV, n. 26.

(96) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 7, dup. IV, n. 15: Sic depositum & commodatum dicitur restitui, & etiam mutuum; quia saltem secundum speciem est idem.

(97) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 7, dub. V, n. 20: Primum, Ex injusta acceptione, seu damno illato. Secundum, Ex re accepta iuste vel iniuiuste. Terrium, Ex contractu.

(98) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 7, dub. V, n. 20.

(99) Lessius, op. cit. (n. 57), II, cap. 7, dub. IV, n. 15.

(100) ネーデルラントはヨーロッパにおける商業と金融の中心地であった。レッシウスは、商慣習に注目しており、利子を認めている（Nufer, a. a. O. (Fn. 13), S. 31)。

(101) Decock は、レッシウスにおける契約の自由を認めながらも、一定の制限がされていることに言及している（Decock, a. a. O. (Fn. 17) ②, Rn. 23–27)。契約における交換的正義に関しては、Decock, a. a. O. (Fn. 17) ②, Rn. 28, 29。

(102) Grotius, op. cit. (n. 6), boeck III, deel I, §§ 8ff.

(103) たとえば、松尾、前掲注（5）①一五〇頁以下など。

(104) Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 328ff.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 9), S. 137ff.; 松尾、前掲注（5）①一五〇頁以下、②一一二頁。

(105) Samuel Pufendorf, De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo, Cantabrigiae 1682, neu hrsg. übersetzt von K. Luig, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, Frankfurt a. M./Leipzig 1994, I, III, 13.

(106) Pufendorf, Off. I, VI, 1.

(107) Pufendorf, Off. I, VI, 1.

(108) Pufendorf, Off. I, VI, 2.

(109) Pufendorf, Off. I, VI, 3.

（110） Pufendorf, Off. I, VI, 3.
（111） Pufendorf, Off. I, VI, 4.

中野　万葉子（なかの　まよこ）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　名古屋大学大学院環境学研究科前期博士課程
所属学会　日本法哲学会、法文化学会
専攻領域　法思想史
主要著作　「ジャン・ドマ（一六二五―一六九六）の私法理論――法理論の基本的構造――」『法学政治学論究』第一〇一号（二〇一四年）