

# 権威と「理性」と法（二七）

——イギリス法における——

下山 瑛 二

一 序論（三卷一号）

二 本論

第一章「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序—聖俗二権威と世俗的権力

第一款 教皇と世俗的権力

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立（三卷二号、四号一号）

三 イギリスの特殊性（四卷二号、五卷一号、二号）

四 聖俗裁判競合の前提（六卷一号、二号、七卷一号、二号、八卷一号、二号、九卷一号、二号、十卷一号）

五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題（十卷一号、二号、十一卷一号、二号、第二卷一号、二号、十三卷一号、二号、十四卷一号、二号、十五卷一号、二号、本号及び次号）

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

権威と「理性」と法（二七）

第三節 人間の「理性」論と「權威」の問題提起の過程

第四節 聖俗裁判權の競合と補完——イギリス法

第二章 法と「理性」論——宗教改革前

第三章 「自然法理性」と「人為的理性」

三 むすびに代えて

五 教会の世俗化と若干の法理論的検討課題（続）

(一) 世俗権力の正当化と聖職者の係わり方——「權威」と「権力」の癒着の理論的契機（続）

(イ) とくにカノン法学に内包される「自然法と理性」論——トマス理論——（続）

(2) トマスの「自然法と理性」（続）

(c) トマスの人定法論と理性論（続）

(iv) トマスと私法（続）

③ 自己の固有の財産の保全

1. 問題提起

先に触れた如く、当時において、すでに、*dominium* 概念内容に変化の兆しが現れ、それが、財産の私有化傾向を示唆しているといわれるので、その徴候について、ここで取り上げておきたい。<sup>(1)</sup>

既に、繰り返し指摘されてきた如く、トマスは、外的な物財の所有について、万物は神の権能の下にあり、ただ、物財の使用 *usus* については、人間は自然本性的な支配権 *naturale dominium* を有するものとしている。<sup>(2)</sup> したがって、トマスは、この神の支配する万物について、神が、各人に生命身体的維持へと秩序づけるがゆえに、物財に対して使用する権能 *potestas utendi* を有するものとしている。<sup>(3)</sup>

そこから、自然法の実践的第一原理である「各人に彼のものを」<sup>(4)</sup>ということと、この「使用」に関する支配権の関係が問われてこざるをえなくなるし、そもそも「使用」という行為に対して権利性をどう認めるのか、ということが問題にならざるをえない。

そこで、トマスが提起している問題にこれを絡めて見れば、「自然法」と「使用・支配・所有・固有」との関係にかかわる問題が生ずることになる。なお、この問題は、トマスにあっては「神学大全」の「第六六問題」<sup>(5)</sup>「第二項 或る人が何らかの物財を固有のものとして所有することは可能か」で提起している問題に関わる。因みに、私見によれば、この問題は、法学上、「所有権論」の端緒をなす問題提起であるにも拘わらず、我が国では、あまり注目されてこなかったのではないかという懸念をもっている。<sup>(6)</sup> また、この問題は、トマス以後も、トミズムとしてこの問題に関連し、さらに、先にも触れた財政学上の「ドメイン理論 theory of dominium, dominium theory」として、留意すべき問題になっていたことも捨象できない。<sup>(7)</sup>

しかし、そもそも問題は、トマスにあっては、自己保存のために物の支配は容認したけれども、それは生存に必要な限度においてであったことが想起されねばならないであろう。換言すれば、トマスにあっては、物の「支配」<sup>(8)</sup> 、「私有」一般を肯認した箇所は見出しえない。そしてその点に関し、本稿では、その問題点の一部をすでに摘示してきた。そこで、本稿においては、トマスにおいて、dominium 概念における「所有」の要素がどう捉えられていたかという点を、本項の特殊的課題とし、それを、自然法ないし「正義」概念との関連で、改めてより具体的に則して探究しておくたい。

そこで、些か迂遠ではあるが、この問題の所在をもとより明確化するため、「神学大全」の関連項目において提起された「異論」を取り上げ、その上でトマスの見解を見るのが便宜かと考え、その道筋をここでは辿ることにしたい。

ところで、トマスは、その「異論」として次の如き主張が展開されうると考えた。すなわち、

(一) 「すべて自然的*ius naturale*に反することは許されないことである。」「しかるに、自然的正によればすべてのものは共有的*communia*である。ところで、何かを固有のものとして所有すること*possessionum proprietas*はこうした共有ということ*communitas*にたいして反対・対立的である。それゆえに、何らかの外的な物財を自身に固有のものとすること*appropriare*は何びとにも許されない。」と。<sup>(9)</sup>

では、これに対するトマスの解答はどのようなものであったのであろうか。

「(一)については、それゆえ、こういわなくてはならぬ。物財の共有制*communitas rerum*が自然的正・自然法*ius naturale*に帰せられるのは、自然法がすべての物財は共同的に所有すべきであって、何ひとつ固有のものとして所有すべきではない、と命令するからではない。それはむしろ、自然法にもとづいて所有物の区別が成立するのではなく、むしろ人間的合意*humanum conductum*—これは前述のごとく(第五七問題第二、三項)、実定的正・実定法*ius positivum*に属する—にもとづいて成立するからである。ここから、財の固有的所有は自然法に反するものではなく、むしろ人間理性の考案によって自然法に付加されたものである。<sup>(10)</sup>」

しかしなお、この点に関し、疑念が残る。そこで、「神学大全」第一八分冊の訳者稲垣良典の注(271)で摘示した点が注目に値する。

「(一)で、『所有物』の区別は人間的合意にもとづく、『財貨の固有的所有は—人間理性の考察によって自然法に付加されたものである』と主張されていることは、財の私有(取得および分配の権能に関して)は(広義の)自然法なのか、それとも実定権と見なすべきか、という疑問を生ずる。」(傍点筆者)。「さきに(第五七問題第三項)トマスは財の私有は広義の自然権としての万民法に属すると説明したが、ここでは実定権に属すると主張しているようにも見

える。このくい違いは、財の私有それ自体は広義の自然権に属するが、その具体的な制度化は実定権に属する、と解することによって解消できるであろう。<sup>(11)</sup>

ところで、この稲垣良典の「広義の自然法」という概念も、その内容の理解如何では、多様の解釈が生じてくることになる。しかし、ここでは、取りあえず、トマスが、*dominium* 概念と異なった *possessio* と *proprietas* 概念をどう捉えていたか、ということを見解することによって、この問題を側面から照射し、トマスの見解をより明らかにする方法を取ることにしたい。というのは、トマスも、*proprietas possessionum* という言葉を使用しており、訳者もそれに「財産の私有」という訳を付しているからである。<sup>(12)</sup> ある意味では、それによって、問題はますます複雑化されているように思われるからである。

まず、*possessio* 概念から眺めてみると、果たして、トマスが、*dominium* 概念とどれほど次元を異にした概念として扱っていたかは、私には不明であったといわざるをえない。ただ、言えることは、*possessio* 概念は、物財の支配についてのみ使用し、*dominium* 概念の如く、人的支配を含んだ概念として使用する場合を見出すことができなかったということである。この点、専門的に研究したことのない私には発言権はないが、ローマ法においては、物財の支配について、*dominium* と *possessio* とははっきりと区別されていたといわれている。<sup>(13)</sup> しかし、トマスにあっては、かかる区別はなされず、「神学大全」の訳者も、「所持」「所有」「所有物」「財産」「財」「土地」「土地財産」等多様な訳を付している。<sup>(14)</sup>

これに対して、*proprietas* 概念についてであるが、現在は、英語ではこの語に *property*, *pecuniarity* の語が当てられている如く、ラテン語としても、「所有」「所有物」等の訳が当てられているのみならず、「固有性」の訳も付されている。<sup>(15)</sup> だが、トマスの場合には、我が国の訳者たちは、むしろ、先にも触れた *proprietas possessionum* 「財産の私

有」以外の場合には、殆ど「固有性」あるいはそれに類する訳を当てている。<sup>(16)</sup> かかる意味では、*possessio* 以上に、*dominium* と *proprietas* との関わり、また、両者の異同を探ることは、トマスの、「私的所有権」に対する考え方を知る上で手掛かりを与えるのではないかとも思料している。そこで、以下、これらの問題意識を持ちつつ、トマスの「自己」の「物的支配権」と「所有」の関わりについて瞥見しておきたい。但し、トマスの見解については、すでに五百旗頭眞治郎が分析しているので、本項では、本項の課題に必要なかぎりでトマスの主張の要点のみを取り上げておきたい。

(1) なお、自然法と自然権との関係について、よく引用されるものに Richard Tuck, *Natural Rights Theories—Their origin and development*, 1979がある。それは、本項の課題を探究する上で、一つの示唆を与えるので、次にその指摘を紹介しておきたい。そこで、まず、タックの問題提起の要点を紹介したい。cf. Tuck, *op. cit.*, p. 5 et. seq. [I The First Rights Theory].

「一五二五年に、ドミニコ派神学者、Silvestro Mazzolini da Priero はそれ以前の二〇〇年間にわたる *dominium* と *ius* 間—の二つの語は普通『財産 property』と『権利 rights』として翻訳されているが—の関係についての論議を要約した。」五頁。

「若干の人々に従えば、*dominium* は、*ius* と同じものである、それで、ある物における *ius* をもつ人は誰でも、それに対する *dominium* をもつ。そして、ある物の *use* に対する *ius* を持つものは誰でも、それにおける *dominium* をもつ。そして逆もまた真なり。』しかし、『他の人々に従えば、それは同じではない。というのは、下級者は上級者に対する *dominium* を持たないが、しかし、彼は上級者に対する *ius* をもちうる。』五頁。

「重要な係争がこの主張で持ち上げられた。」

「最初の、そして、より革新的なグループ (Mazzolini 自身が属するところの) は、いかなる *ius* も、その作用を、その所有者が自身で統制しうるものでなければならぬ——それは統制と支配の意味合いをもつ *dominium* でなければならぬ、と考えた。」  
「それは、単に、他の人びとに、彼らによって認められねばならぬ正義 *justice* を要求するに過ぎぬものではなかった。」五頁。「第二のグループは、他方、人々が、自身ではコントロールしえず、かつ彼らの作用のためには、他の人による彼らの承認に依拠するところの *iura* を持つことは可能であると考えた。」五頁。

「権利理論の歴史上、既に一六世紀初頭において、(\*David Lyons の言葉遣い) 'active right' と 'passive rights' の間の関係の問題が繰り返されていたように思われる。」五頁。(\*Lyons, 'The Correlativity of Rights and Duties' (1970)).

ところで、「passive rights を持つ」ということは、他のものによって、あることが与えられる、あるいは、許容される権利をもつと云うことである。」他方、active rights をもつと云うことは、自身で、あることをなす権利をもつと云うことである。」六頁。Mazzolini が要約したこの討論において問題になった係争は、かくして、一つの権利の概念を理解するために、決定的なものとなった。そして、大一七世紀の権利理論はその結果に依存した。」七頁。「しかし、その表面において、かかる討論がなせられなければならなかったのか、不思議である。」すなわち、「一体、何故に、いやしくも権利についての問題が存在したのであるか？ 何故、権利の言葉が、権利の根本的特徴についての、この種の難問が発生せしめられ、そして解決されぬまま残ったような方法で発展したのであるか？」七頁。

「われわれは、この後期中世論争の背景を、より万遍なく眺めることによってのみ、この問題に答える。」七頁。これが、Tuck が注目した Mazzolini の問題提起の意義であるが、その時代背景としては、すでに、ルネサンス期に入り、大航海時代が始まり、アルプス以北でもヒューマニズムが起り、宗教改革の波が始まる直前であったことも留意せねばならぬであろう。そして、トマスの理論も、トマスの死後トミズムとして、この論争に絡んでくることも、本項の課題に絡み重要であるといえよう。

ところで、Tuck は、その問題提起を受けて、古典ローマ期からの *dominium* と *ius* の概念の変遷と、それを巡る諸説を紹介しているが、本項の課題との関係で、それ自体は興味深いものがあり、貴重な示唆を与えているにもかかわらず、省略したい。そして、この問題は、後期中世期からの展開として、本稿では、後で、「補論」として再び取り上げたい。

(2) 拙稿、前掲一四卷二号五四頁以下注(22) 参照。

トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強盗について」[第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか]二〇三頁以下参照。

「外的な物財は二つの仕方でも考察することが可能である。」「その一つは、その自然本性 *natura* に関してである。それは人間的機能 *potestas* の下にあるのではなく、ただ神的機能の下にあり、万物は神的機能にその命令のままに *ad nutum* 服従するのである。」「もう一つは、当の物財の使用 *usus* に関してであって、この場合には人間は外的な物財にたいして自然本性的な支配権 *naturale dominium* を有する。なぜなら、人間は理性と意志によって外的な物財を、いわば自分のために造られたものとして、自らの利益のために使用することができるからである。」(傍点筆者)二〇三頁。

(3) トマス、同前二〇四頁「第六六問題第一項」[(二) 異論解答] 参照。

「神はすべてのものにたいして主要な支配権 *dominium principium* を有する。そして、神はその摂理にもとづいて、何らかの物財を人間の身体的維持へと秩序づけたのである。」「このゆえに、人間は物財にたいして、それらを使用する権能 *potestas utendi* に関して、自然本性的な支配権を有する。」二〇四頁。

(4) 拙稿、前掲一四卷一号三頁、九頁注(2)、一五卷一号、一二四頁、一三二頁注(22) 参照。

(5) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盜と強奪について」[第二項 或る人が何らかの物財を固有のものとして所有することはゆるされるか] 参照。

「外的物財に関しては二つのことが人間の機能に属する」二〇六頁。

「その一つは取得し分配する権能 potestas procurandi et dispensandi である。そして、このことに関しては、人間が固有のものを所有することは正当 licitum である。それだけではなく、次の三つの理由からして人間生活に必要な不可欠 necessarium でもある。」二〇六頁。

「すなわち、第一に、何びとでも万人あるいは多数者に共通的なものよりは、自分だけの機能に属するものを取得することにより大きな配慮をばらうからである。というのも、役人 minister が大勢いる場合に見られるごとく、誰でも労苦を回避して、共同体にかかわる業務を他人におしつけるものだからである。」二〇六頁。「第二に、人間社会の業務は個々の人間に或る物財を取得することについての固有の配慮責任 cura propria を課した方が、より秩序正しく処理されるからである。」二〇六―七頁。「これにたいして、誰かれの区別なしに何でもかまわず取得しようとしたならば、混乱が生ずるであらう。」二〇七頁。

「第二に、このことによつて人々の間による平和的な状態が維持されるからである——つまり、各人が自分の持物でもって満足しているかぎりにおいて、ここからして、われわれは共同的に、そして区別なしに或るものを所有している人々においては、よりひんばんに紛争が起るのを見るのである。」二〇七頁。

「他方、外的物財に関して人間の機能に属するもう一つのこととは、それらの使用 usus である。」二〇七頁。「そして、このことに関しては人は外的財物を固有のものとしてではなく、共有的なものとして取りあつかうべきである。すなわち、誰でもそれらのものを快く他の人々の緊急事態 necessitas (を助けるため) に分有する、というふうな。」二〇七頁。

(権能と支配 dominium との関係については、拙稿、前掲一四卷二号四二頁以下注(22) 参照。)

なお、この点について、五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九八頁以下「二 配慮および管理分配の権能から見た私有」で「私有」の論拠に触れる。

cf. Tuck, op. cit., [Natural Rights Theories, Their origin and development.] p. 5. et seq. なお、この dominium と権利 ius との同一化過程に関する論争については、本項後述「補論」参照。

因みに、スタイン、前掲「ローマ法とヨーロッパ」八〇頁参照。「ローマ法学者たちは、なおも現実の封建関係とローマ法の所有権法とを適合させねばならなかった。というのも、ローマ法では所有権(ドミニウム)は不可分だったからである。」「彼らは、封臣とローマ法の永借地人の類似性に気づいた。」「土地所有者が所有物回収訴権(ウインディカティオ・ディレクタ)を有する力に対し、



永借地人は準所有物回収訴権（ウインディカティオ・ウテイリス）という特殊な回収訴権を有する。「ローマ法学者たちは、これらの訴権が二つの異なる種類の所有に対応すると推論した。」八〇頁。「すなわち、封主が直接所有権（ドミニウム・ディレクトウム）を持つのに対して、封臣は間接所有権（ドミニウム・ウティレ）を持つのである。」八〇—一頁。（dominium utileを間接所有権と訳する点に注目されたい。これを、そもそも「所有権」概念で表現することの適否は別として。）

その上で、スタインはトマスに触れる。すなわち、「地域法が事実上の効力を有したにせよ、ローマ民法が与えた思考様式は、一般に受け容れられ、全ヨーロッパにおいて政治思想・法思想の基礎をなした。ヨーロッパ共通のキリスト教文化の一部として、ローマ法はごく自然に偉大な哲学・文学作品の中に現われた。聖トマス・アキナスの『神学大全』とダンテの『神曲』は、その格好の例である。」「アキナスの哲学的原理は、彼にとって『真の哲学者』であったアリストテレスを頼りとした。具体的な人間行動の例やいくつかの定義について、アキナスはローマとりわけ『真の法学者』ウルピアヌスを頼りとした。『各人に各人のものを与えようとする不変不断の意思』というアキナスの正義の定義は、ウルピアヌスのものである（D. I. 10 pr.）八七頁。

(6) 拙稿、前掲一四卷一号三頁では、「各人に各人のものを」という原則が、哲学者より法学者によって多く取り上げられているのかの如く摘示したが、それは、「所有」という点に関してであって、「私的所有」の端緒等に関しては、法学者にとってもあまり関心もたれてこなかったと史料している。「所有権」論に関して画期的な著作である川島武宜の「所有権法の理論」（前掲）五頁においても、私的所有の歴史的形態は論じているが、その端緒については、必ずしも論じ切っているとは言えないように思われる。

(7) 拙稿、前掲一五卷二号一六二頁参照。cf. Bonney, Introduction, in Bonner, op. cit., [Economic System and State Finance, p. 13] なお、同書の他の筆者によっても多くこの問題に触れている。しかし、この問題は、本稿では「第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭（一四—一六世紀前半（英—宗教改革前）」、「第二款 社会意識の変容—ルネッサンスと宗教改革とローマ法継受の影響—解放と組織化のための理論探求」の箇所而言及するつもりなので、本項では、トマスの指摘に関連ある限りで触れるつもりである。

(8) 拙稿、前掲一四卷一号三頁、一四卷二号五三頁以下注（22）参照。

(9) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題第二項二〇五頁。

(10) トマス、同前二〇七頁。なお、この点に関して、トマス、前掲第一八分冊第五七問題「権利について」【第二項 権利を自然権と実定権とに区分するのは適切であるか】、「第三項 万民法は自然法と同一であるか」参照。

このトマスの「付加」概念については、五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」二〇五—六頁。五百旗頭はこのトマスの指摘から、私的所有権を自然法の第二次規定とする。この点に関する解説、野尻武敏、「わが国の経済学者による聖トマス研究」（五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」所収）。とくに二九二頁参照。

(11) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊四四〇頁訳者注(271)参照。

稲垣良典が言及した「第五七問題第三項」は、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五七問題「権利について」「第三項 万民法は自然法と同一であるか」九頁以下を指す。

(12) トマス、前掲「神学大全」第五七問題第三項一〇頁以下。

「前述のごとく(第二項)、自然的な権利、iusもしくは正しいこと、justumとは、その本性からして他者に対して適合 adaequatum もしくは相応 commensuratum するところのことである。」一〇頁。

「しかるに、このことは一つの仕方で成立しうる。」一〇頁。

「その一つは事柄の無条件的な考察 *consideratio absoluta* に即してであり、たとえば男性はその本質 *ratio* からして女性にたいする相応性——つまり、彼女によって子供を得るといふ——を有するのである。」一〇—一一頁。

「——もう一つは、或る事柄がその無条件的に考察された本質に即してではなく、そこからの何らかの帰結 *aliquid quod ex ipso sequitur* に即して、自然本性的に他者にたいして相応する場合であり、たとえば財産の私有 *proprietas possessionum* がそれにあたる。」というのも、もし或る一定の耕地が無条件に考察されるならば、あの人間よりもむしろこの人間に属すべき根拠は何もふくんでいないからである。「しかし、(その同じ耕地が)耕作の便宜とか耕地の平和的な使用といった観点から考察されるならば、アリストテレスが『政治学』第二巻(1263a21)でのべているところから明らかのように、その場合には他の人間ではなくこの人間のものであることを根拠づけるところの、何らかの相応性を有する。」一一頁。

「しかるに或ることの無条件的な把握は人間だけでなく、他の動物もまたなしうるところである。」一一頁。「したがって、第一の意味で『自然的』といわれる権利・法 *ius* はわれわれと他の動物とに共通である。」一一頁。「ところで、ウルピアヌスのべているように『万民法はこの意味での自然法からはへだたっている。なぜなら自然法はすべての動物に共通であるのにたいして、万民法はただ人々の間においてだけ共通だからである。』(同前)。

「これにたいして、或ることをそれから帰結することがらとの比較において *comparando* 考察するのは、理性に特有のことである。」「したがって、そうしたことが人間にとって自然的であるのは、そのことを命令するところの自然的理性 *ratio naturalis* に即してなのである。」「ここから法学者ガイウスはつぎのようにのべている。『自然的理性がすべての人々の間にあつて確立し、すべての国民において遵守されているところのもの、それは万民法と呼ばれる』(『学説彙纂』I. 1. 9; KR I. 29b)。」一一頁。

(13) e. g. Justinian's Institution, op. cit., 2. 9. 3~4, p. 67.

ローマ法の所有と占有の区別については、吉野悟、前掲「ローマ所有権法史論」、一四頁。「この所有権は、『絶対的な』権利である。この絶対的な権利としての *dominium, proprietas* は、法的な完全な支配として、*potestas* すなわち事実上の物支配の力から区

別されるが、しかしまた、他の——占有しうべき——物権および債権からも區別される。」一四頁。

ただ、エールリツヒの次の指摘は留意しておきたい。前掲「法社会学の基礎理論」二九六頁以下。すなわち、

「したがってローマの法律家の所有権および占有権はイタリアの土地制度に由来する法秩序であったのであり、もしそうした秩序が主として所有訴権、および占有訴権に関する規定のみを含んでいたら、その理由は、イタリアの土地制度の特性からして所有訴権および占有訴権のみがそうした規制を必要としていたという点に存するのである。」二九六頁。「だがすでにユスティニアヌスの集成においては、所有権や占有権は全く異なった意味をもつに到つたのである。」二九六頁。「それは、イタリアの土地制度がその間に全く異なったものになつてしまつたからというだけでなく、ローマの土地法がその時から帝国法となり、イタリアの土地制度とは全く異なつた別の制度を有していた属州においてもそれが妥当するものとされたからなのである。」二九六—七頁。「この新しい土地法は、『勅語彙纂 Codex』や『新勅法 Novellae』に見られる皇帝の勅法という形でその一部が表現されてはいるが、しかしそれは極めて不完全かつ不十分なものでしかなく、新しい土地法の大部分は全く未規定のままに停まつていたのであつて、行政や司法は良かれ悪しかれ、それによつて判断を下さざるを得なかつたのである。」二九七頁。「しかしそれと同時に古典期の法律家の所有権および占有権に関する見解も『法学提要 Institutiones』や『学説彙纂 Digesta』の中に取り入れられ、かくして新しい土地制度に接木されたのである。」二九七頁。「しかしながら、この点からしても、それはもはや、ある特定の土地制度のための法と言うより、むしろ別の、『勅法彙纂 Codex』や『新勅法 Novellae』の中で規定された土地制度に関し、主として所有訴権や占有訴権に関する、なお若干の補充的な規定を含んだ法とでも言うべきものだったのである。」「そのような形態の法こそ、継受するに極めて適わしいものだったのである。」「もちろんローマ法を継受した国々の法律家たちは、ローマ法と一緒にローマの土地制度をも継受するなど考へたりは決してしなかつたし、またそんなことは全く考えられぬことでもあつた。」二九七頁。「中世に到る所で妥當していた法は、古典期の法律家たちが前提としていたイタリアの土地制度でもなく、皇帝の勅法に見られる後のそれでもなく、ローマのそれとは全く異なつた独自の、レーエン制と関連した占有秩序によつて構成されたそれだったのである。」二九七頁。「中世の法律家たちはローマの所有権法や占有権法を、あらゆる土地制度から抽象された所有訴権や占有訴権に関する法としてのみ把握したのであり、それは明らかにあらゆる土地制度と——もちろん、中世の土地制度とも——矛盾することはなかつたのである。それ故、抽象的なローマの所有権概念は本来はローマ法の成果ではなく、継受の成果だったのである。それはその全経済的内容が所有権を形成している所有権法なのであり、それ故に、それは経済的占有秩序を規制するものではなく、逆にそれを前提とするものだったのである。」二九七頁。

(この点、本項では、後述の「補論」参照。)

なお、英米法における possession につては cf. Miller, op. cit., [The Data of Jurisprudence], pp. 73, 76, 93~4. この点は、イギリス法の固有性と絡み、後述したい。但し、イギリス法における possession には、留意すべき点が多々ある。ことに、我が国の

民法で捉えた「所有権」の存在を前提とした「占有権」概念という法的構成をとらない点を念頭におかねばならない。田中英夫編、前掲「英米法辞典」六四九—五〇頁参照。

(14) トマス、前掲「神学大全」第一一分冊、第二三分冊、第一六分冊参照。

(15) *proprietas, property* については、後述「2 物財の *dominium* の限界」の「固有概念の内容」参照。  
柴田光蔵、前掲「法律ラテン語辞典」では、「所有権、所有物、所有態、所有、固有性、独自性、機能、本来性、特性、特有性」などの訳が充てられている。

イギリス法における *property* 概念の難しさは、その語の多義性にある。e. g. Miller, op. cit., [The Date of Jurisprudence], p. 93; J. B. Saunder, *Words and Phrases Legally Defined*, 2nd. 1969, vol. 4, pp. 200~205. なお興味深いのは Blackl. D. の初版本の記述である。基本的には、現在のそれと変わりはないが、その冒頭に、「外部の物に対する正当な *dominion*」の意味をもつという注釈を付している。この表現は、*dominium* と *property* の関連を意識しているものと思料しうる。

(16) トマス、前掲「神学大全」。たとえば、「固有性」「固有」「特性」「本来性」「特有性」「機能(語の)」の訳が当てられている。

## 2. 物財の *dominium* の限界——共用と固有——*dominium utile* の概念

トマスは、物財の *dominium* の利用について、前述の如く、*usus* の概念を使用しているが、とくにその有用性を現すものとして *utile* (*utilitas*) の概念を使用している<sup>(1)</sup>。それは、物財に対する *dominium* 一般を容認するものではなく、人間にとって有用である限りで、物財に対する支配を認めるものとして使用しているので、いわば *dominium* 概念を限定するものといえる。そこでトマスが使用した物財の使用 *usu* あるいは利用 *utile* という概念について、*dominium* 概念を明らかにするために、ここで一言触れておかねばならなくなる<sup>(2)</sup>。(なお、この点については、後述の本項注(4)および「補論」参照)。

そこでも指摘しておきたいことは、*utile* という概念は、今日でも、現代語として、政治思想的法(哲)学イデオロギーを構成する場合にはよく使用されているし、ことに英米では、*utilitarianism* 「功利主義」概念を媒介として、頻繁に使用されている。しかし、この語は、実定法的概念としては、今日では、特殊な場合を除き、殆ど使用されてこ

なくなっている。<sup>(3)</sup>では、かくもトマスが重要視した *usus*、そして、その後発展させられた *utile* の概念がいかにして法的制度的概念としては使用されなくなってしまったのか、そして、なんらかの政治思想的概念として重要視されているならば、それは、いかなる歴史的法的制度的背景によって、その政治思想的イデオロギーとして構成されるに至ったのか  
が問われねばならなくなるであろう。そこで、ここでは、後期中世の主要な政治的イデオロギーとして支配したトマスの神学における *usus* 概念、あるいはその発展形態である *utile* 概念の探査を含めて、物財の *dominium utile* の概念について取り上げておきたい。<sup>(4)</sup>

そこで、以下、この問題へアプローチするために、次の諸点について言及することにする。

α 自然法の実践的第一原理としての「各人のものは各人へ」の意味

まずこの問題は、「人間」が財物に対してどのよう<sup>(5)</sup>に *dominium* を持ちうるか、という問題から始めなければならぬ。しかし、この点に関するトマスの理論は、散発的ではあるが、ある程度言及してきているので、それをここで纏めておきたい。<sup>(5)</sup>

トマスにあっては、*dominium* は神に帰する。したがって、人間が自然本性的に *dominium* を持つということを、トマスは否定している。人間がそれを持ちうるのは、基本的には「分有」という神の恩恵によるものと摘示していることは、本項でもすでに言及している。<sup>(6)</sup>

そこで問題は、先の「問題提起」の箇所<sup>(7)</sup>で言及したごとく、一体、自然法の実践的第一原理といわれる「各人のものは各人へ」といわれるものが、人間の物にたいする支配 *dominium* を認めたものなのか、あるいは、人間の権能 *potestas* に属するものとして認められたものか、それは、はたして「自然法」の範疇に属するものなのか、「実定法」の範疇に属するものと捉えるべきものなのか、という問題を含んでいた。<sup>(7)</sup>この点、トマスは、「自然法への付加」とい

う考え方を提示したが、稲垣良典は、これを「広義」の自然法の範疇で捉えたし、<sup>(8)</sup>また、五百旗頭眞治郎は、自然法の「第二次的規定」あるいは「広義」の自然法と表示し、<sup>(9)</sup>さらに、ロンメンは、これを自然法に基づくものとしている。<sup>(10)</sup>

但し、この問題は、トマスの解答によって、異論の生じえないまで論証され尽されたとは言えず、その後ルネサンス期に入り、大航海時代が始まり、アルプス以北でもヒューマンイズムが起り、宗教改革を経て、世俗自然法の抬頭へと移行することによって、問題が解決されぬまま、その内容が変容していく。そして、近代法内部の問題として、別の形相をとるに至ったが、世俗自然法抬頭直前までの、*dominium* 概念と人間の権利の問題の変遷を知るために、本稿では、「補論」として、Tuckが展開したその変容過程の分析を紹介したので、それを参照されたい。

ただここでは、「各人のものは各人へ」という自然法の実践的第一原理といわれるものは、個と種の保存のためという目的設定が前提となっていることが、自然法と実定法を繋ぐ要件になっていることを確認しておきたい。

では、トマスが、この原理を「自然法への付加」と捉えた点をここでいまい少しく眺めてみたい。

トマスは、前述の如く、第六六問題第二項に関してこの問題に言及した。<sup>(11)</sup>だが、この点に関するトマスの訳そのものが訳者によって異なっていることは興味深い。<sup>(12)</sup>しかし、本格的なトマス研究をしたことのない私には、その点に関する見解を表明する立場にないので、ここでは、トマスが *natural dominium* という概念を使用している点に関して、些か触れておくに止めたい。

尤も、この概念は、第六六問題第一項の中で使用されているものなので、その項目には既に触れている。<sup>(13)</sup>そこで、些か重複することになるが、確認のため、トマスのその点に関する論理構成の道筋を辿っておきたい。

まず前に触れた通り、トマスは、「外的な物財は二つの仕方で考察することが可能である」という。「その一つは、その自然本性 *natura* に関してであり、これは人間的権能 *potestas* の下にあるのではなく、ただ神的権能の下にあり、万

物は神的権能にその命令のままに *ad natum* 服従するのである。もう一つは、当の物財の使用に関してであって、この場合には人間は外的な物財に対して自然本性的な支配権 *naturale dominium* を有する。」(傍点筆者) と言う。<sup>(14)</sup> ここで留意せねばならぬことは、この *naturale dominium* という概念が、物財の使用に関して用いられているということである。そして、その使用に関して人間の自然本性的支配権を認めている。因みに、この点の項目の標題は、「第一項人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか」となっているが、ここで使用されている「所有」概念は、*dominium* ではなく、*possessio* である。したがって、トマスは、物財に対する人間の権能 *potestas* として、自然本性的な支配権 *naturale dominium* を有するというのは、物財の使用に関して *possessio* を有するという意味に解しているものと思料している。

したがって、トマスにとっては、かかる所有物に対する所有区分は、「自然法にもとづいて所有物の区別が成立するのではなく、むしろ人間的合意 *humanum conductum* ——これは<sup>(15)</sup>……実定的正・実定法 *ius positivum* に属する——にもとづいて成立する」ことになる。<sup>(15)</sup> しかも、かかる実定法規は、生命の維持と種の保存という大前提の制約を受けながら効用をもつものという道筋になる。

#### β 「分相応」の生活資料——社会的職分を果たす上で必要なもの

このように、物財の支配という点にかんしては、各人がその生命維持のために、必要な物資の使用上の支配権をもつことは、自然本性に基づくことになるが、では一体、人間社会における「支配者」の物財の支配権はいかなる論拠に基づくかとトマスは考えたのであろうか。それは、この自然法の第一原理の範疇に入るものなのであろうか。

五百旗頭眞治郎の言葉を借りるならば、「分相応」な範囲で、人々の地位・身分にふさわしい限りで、その生活資糧を保有しようという。では、その「分相応」の範囲とは一体どのようなものであったのであろうか。

トマスは、この点に関して、第二〇分冊第一一八問題第一項で取り扱っている。すなわち、外的財貨の必要性は、その人の地位・境遇に照らして生活に必要な度合・適合によって決まるものであり、その規準に照らして超過・減少する場合にはそれは悪になるとしている。<sup>(16)</sup>

そこで、ここでは、君主の場合を考えて見ると、どこでその適合の範囲を超過するのかが問題になるであろう。本稿においても、すでに、君主の地位について、トマスの立場は、職分論でその地位を規定していた。<sup>(17)</sup> さらに、君主の財貨の取得に関して、公租公課の形式で取得する場合についても既に触れた。<sup>(18)</sup> その上で、トマスは、その職分から外れた「自己の利益のために財貨の支配」を目論む場合には、君主の職分をこえ、彼は僭主となるとしている。<sup>(19)</sup>

#### γ 財の共用性の概念<sup>(20)</sup>

では、財貨の使用の共用性と固有性との関係をトマスはどう調和させようとしているのかという問題を次に取り上げたい。しかし、この点も、すでに本稿では部分的には言及したので、<sup>(21)</sup>ここではそれを要約するに止めたい。

まず、本稿の考察の中で、トマスの共有概念について二通りの用法があると摘示したが、その点をここでは確認しておきたい。

その一つは、本項の「問題の提起」の箇所而言及した如く、万物は神の権能の下にあり、人間の機能は物財の「使用usus」に関してのみであると摘示されていることに関わる。そこでは、具体的な人間個人というより、神に対する人間という次元で、その物財の使用に対する支配権（自然本性的な支配権 *naturale dominium*）が認められていた。<sup>(22)</sup>

しかし、そのことと異なって、第二に、人間の権能は、物財の所有について、その固有性が各人に認められると摘示していることにも触れた。<sup>(23)</sup> しかし、留意すべきことは、その場合においても、なお、「外的財物を固有のものとしてではなく、共有的なものとして取りあつかう」場合のあることを摘示している。<sup>(24)</sup> そこで、前述の *dominium* は神が支配



権をもち、人間は物財にたいしての「使用」についてのみ「共有」しうるといった場合の「共有」概念と、「人間の権能」としての物財に対して「固有」性が認められる場合以外に、その「共用」性を持ちうる場合があるというときの「共用」概念が一体等しいのか、異質なもののなのかを検討せねばならなくなる。その点、先にも紹介した如く、そもそも後者の場合の固有性は自然法に帰せられるべきものではなく、人間的合意 *humanum condicium* に基づくものであり、換言すれば、実定法によるものであるとされていることが想起されなければならない。<sup>(25)</sup> したがって、両者の「共有・共用」概念は次元を異にした状況の問題として受け止められねばならなくなる。但し、後者の場合にも、なおそれは自然法と密接な関係にあるので、自然法に「付加」されたものであるとされていることは前述の通りであり、留意されるべき点であろう。

しかしなお、この場合の「共有性」についても、一定の制限があり、第一に「他の人々の緊急事態 *necessitas* (を助けるため)」という条件が付されている。<sup>(26)</sup> しかも、共同の財貨の管理・配分者 *dispensator* が共同の財貨を配分するには、緊急必要とする各人に「値する」ところに従って均等に配分することが求められている。したがって、機会的平等的配分を目指してはいないということも留意しておかねばならぬであろう。<sup>(27)</sup>

#### δ 「固有性」を認める論拠

ところで、既に見た如く、物財の使用については、人間の生存に関する限りその支配権は認められるという立場をトマスは取ってきている。<sup>(28)</sup> では人間一般が物財の使用に対して一定の「支配」権をもつということと、その物財を何人かの「固有」のものとして取り扱うことと、どう関わってくるのかという点について、トマスがどう論理構成しているであろうか。そして、その固有性の根拠を実定法に求めているにせよ、その場合の「固有性」の論拠をどこに求めているのであろうか、という点は、疑念として残る。そこでこの点に絞ってここでは瞥見しておきたい。

この点、トマスは、人間の権能 *potestas* との関係で、その「固有性」の保持の有効性を認めていることは先にも紹介した。すなわち、トマスは、実定法として、所有物の区分を定めるに際し、「人間の権能」として「使用」の共有性を認めるとともに、その「固有性」も認めた。そこで、その点をトマスがどう論拠づけているかを見てみるに、トマスはその理由として次の三つの点を挙げていたので、それをここで紹介しておこう。すなわち、

第一に、「何びとでも万人あるいは多数者に共有的なものよりは、自分だけの権能に属するものを取得することによって大きな配慮をばらうからである。」<sup>(29)</sup>として

第二に、「人間社会の業務は個々の人間に或る物財を取得することについての固有の配慮責任 *cura propria* を課した方が、より秩序正しく処理されるからである」とい<sup>(30)</sup>う。

第三に、「各人が自分の持物でもって満足しているかぎりにおいて」は、「人々の間により平和的な状態が維持されるからである」とい<sup>(31)</sup>っている。

ただ、このことは、個人がその生存に必要な物資を支配するための論拠としてであって、当時の現状が、大半封建制の下にあり、「領主制」が敷かれていたことに鑑み、その場合の「所有」と「支配」の関係について、当時流行っていた君侯の領地の「私有化」現象をどう説明するのかという論拠としては薄弱であったし、前にも摘示した如く、トマスは、かかる封建制に関して、あまり関心をもっていなかったようであるということも留意しておきたい<sup>(32)</sup>。

ホールズワースは、イギリス法における一定の封建制の觀念の最も重要な影響は、おそらく「所有の権利」 *proprietary rights* と、それらによって育成された「統治権」 *governmental rights* との間の混同に見出されるであろうとい<sup>(33)</sup>っていることもこの点にかかわる。そこでは、トマスの自然法の原理たる「各人に各人のものを」という原則とは違つて、「地域支配」の問題が介入してくるので、各人の生存に必要なもの以上の「地域」支配が、君主等の土地の領有

化、「私有化」をもたらしてくる傾向を現実に見取しうる(34)ことが捨象しえない要素として浮び上ってくる。それは、血統支配に結びつく擬制的論理を用いることも多いが、広域支配の場合には、いくら擬制的論理を用いても、領地の個人ないし家への固有的帰属ではない次元での支配の正当化の論理を必要とすることは明かであろう。ことに、軍事的支配が、その人民の保護を建前に許容されてきた場合には、その私有化がどうして認められるのか、正に異なった次元の正当化の論理が必要となってくる。その点、次の〔v〕権力者の地位の世襲と財産の相続—相続法と「正義」論〕で取り上げるが「地域支配」の私的帰属性を表す「固有」性〕について問題になることだけは、ここで付言しておきたい。

(1) *utilitas* については、拙稿、前掲一五卷一号一四七頁、一八六頁でも触れている。

なお、前述のところ、間接所有権を現すものとしてこの *utile* の語が使用され、また、中世法学においては、トマスが使用した物財の「使用 *usus*」について、*dominium utile* の語がしばしば使用されているのを見出す。(この訳語に「間接所有権」の語がしばしば当てられるが、この場合の *dominium* 概念に「所有権」の訳語を使用するのが妥当かどうか、考慮の余地があるものと思料している。ローマ法に関する *dominium* 概念との関わりからと思料するが、その点後述するように、中世の注釈学派等の理解との関係で難解な問題を生みだして行くことになる。それはともかくとして、*dominium* は、トマスの段階では、「神」の *dominium* 支配を中心に論理構成している。これに対して、「使用」は「人間」を主体において用いている。従って、「人間」中心の「権利理論」の展開が今後どのように展開するかが、法学的には問題なので、トマスの段階で、*dominium* 概念に「人間」の主体を前提とする「所有権」概念の訳を充てることには、検討の余地があるように思われる。)

この点は、後述の「補論」参照。cf. Tuck, op. cit., [Natural Rights Theories] pp. 16, 19~21, 40~41.  
(2) 前出、本項「1. 問題提起」注(5)参照。

ここで、*usus* と *utile* の関係について一言触れておきたい。

そこです、トマスが頻繁に使用する *usus* 概念についてのトマスの用語を見ておきたい。

第二分冊第二三問題「予定について」〔第五項 功業の予知が予定の因であるか〕二六六頁。まず、「役立て *usus*」という概念も、

権威と「理性」と法(二七)

「目的因の観点よりするのでないかぎり」根拠とはならないという用法で使用していることに留意しておきたい。

また、第二分冊第二六問題「神の至福について」第三項 神がそれぞれの至福たるのである」でも、この語を「目的」との絡みで「ものを用usus」になるといふ意味で使用している。しかし、「同じく『目的』finisといつても、それには、アリストテレスのいうごとく、『目指される当のもの』cuiusと、『それでもって』quoにあたるものとの二通りがある。」「つまり、目的となる『ものそれ自身』ipsa resと、『そのものを用』usus reiという意味での目的があるのであって、例えば貪欲なひとにとって、目的は、財貨でもあるし、また財貨の取得acquisitioということでもある——。」「理性的被造物にとっては、だからして、神が、『もの』としての最究極的な目的なのであるし、また、被造的な至福が、『このものを用』、或いはむしろ『このものの享受fructus』としての最究極的な目的なのである。」という。三二八頁。

では、かかる物財を人は、その「自然本性的」に「所有」しうるかという問題が生ずる。その点は、第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか」二〇三頁において、すでに「人間は外的な物財にたいして自然本性的な支配権 naturale dominiumを有する」ことができることには触れている。(既出、本項「問題提起」注(2))。そこで、問題は、本項前出「1. 問題提起注(5)」で触れたごとく、トマスは、人間の権能、potestasとして、自己のものとして所有することを容認していることが、想起されねばならない。同問題の「第二項 或る人が何らかの物財を固有のものとして所有することは許されるのか」二〇七頁参照。

ただ、使用と支配の關係について、事物の異なるに従い、その dominium の所在が異なるということにもトマスは言及している。すなわち、第一八分冊第七八問題「利子の罪について」第一項 貸した金のゆえに利子を受けとることは罪であるか」で、次の如く述べている。すなわち、

「何らかの事物については、その使用 ususとは、当の事物そのものを消費 consumptio することである、ということを知らねばならない。」「たとえば、われわれは酒を飲物として使用することによってそれを消費するのであり、また麦を食物として使用することによってそれを消費する。」「ここからして、このようなものにおいては事物の使用と事物そのものを別々のものとして考えてはならず、誰にたいして使用が容認されようと、そのこと自体からして物(そのもの)を与えられるのである。」「このことゆえに、こうしたものにおいては貸借によって所有権 dominium も移譲されるのである。」「三八八頁。

「他方、何らかの事物の場合、その使用は事物の消費そのものではない。」「たとえば、家の使用は居住 inhabitatio であって、消費 dissipatio ではない。」「したがって、このような事物の場合、両者を別々に認容することが可能である。」「たとえば、或る人が他人に家の所有権を渡して、使用权を一時的に保有する場合、あるいは、逆に、家の所有権は自分が保有したままその使用をある人に認容する場合、などがそれにあたる。」「したがって、家の賃貸借 conductio et locatio の場合にあきらかなごとく、人が家の使用料

として代金を受けとり、そのこととは別に貸した家の返還を要求する、ということが正当になされうるのである。」三八八頁。「拙注、この場合は、不動産の使用貸借、賃貸借の場合である。」

なお、貨幣の場合には、「アリストテレスが『ニコマコス倫理学』第五卷(1133a20)および『政治学』第一卷(1257a35)で述べているところによると、金 pecunia は主要的に交換するために発明されたものである。」三八八―九頁。「したがって金の本来的かつ主要的な使用 usus proprius et principis とは、それが交換において費消されるかぎりにおいて、その消費 consumptio もしくは分散 distractio である。」「このことのゆえに、貸した金の使用料として代金を受けとること——それが利子と呼ばれるのであるが——は、それ自身として不当である。」「そして、人が他の不正に取得したものを返還するように義務づけられているごとく、利子として受けとった金についても同様である。」三八九頁。

なお、これらの点について、五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」、一九〇頁以下「第二節 外的事物の支配権と財の共用の概念」参照。

つぎにトマスは、usus と違って uti 「使用する」という概念も使用している。この概念は、utile, utilitas に通ずる語であり、dominium utile 概念の分析の前提をなすので、ここでトマスの用法について触れておきたい。すなわち、トマスは、次のごとく摘示している。第三分冊第三九問題「本質への比較におけるペルソナについて」「第八項 聖なる学者たちが本質的なものをペルソナに帰属せしめている仕方は適切といえるか」二四七―八頁参照。

「使用」という概念は、トマスにとっては、特殊な意味を含んでいる。すなわち、「使用」usus ということは、「使用する」uti ということがそのうちに『享受する』habet 「拙注、この語は、収益する」という意味を含んでいる。英語の have はこの語に由来することをおくむというふうなこれを広く解するかぎり、聖霊の固有性への類似性を有している。」二四七―八頁。「その場合、『使用する』とは、『喜びをもって使用すること』である」と述べている。二四八頁。

そしてまた、人「理性的被造物」が「使用」しうるのは、「恩寵」によることを強調している。すなわち、第三分冊第四三問題「神のペルソナの派遣について」「第三項 神のペルソナの不可視的な派遣は単に成聖の恩寵の賜物によるものであるか」三三四頁参照。

「神のペルソナが時間的につかわされ発出するのは、ひとえに成聖の恩寵によるものである。——同じく、我々はただ、我々の自由で使用し或いは享受しうるものであってこそ、これを所有しているといわれる。」三三四頁。「訳注(六一七)、「第三八問題主文」を参照、(拙注、当該箇所として、とくに、「そしてかかる仕方で神のペルソナを所有することのできるのは、ひとり神に結びついた理性的被造物のみである」の文言参照。二〇五頁)」。そして、「だが、神のペルソナを享受する権能を有するということはただ成聖

の恩寵によってのみ可能である」という。三三四頁。

その上で、トマスは、異論解答(一)において、「かくして彼は被造的な賜物を自由に使用するのみでなく、さらにまた神のペルソナそのものを享受するにまでいたりうる」とする。三三四頁。

(3) イギリス法における、今日の特例として、cf. John Saunders, *Words and Phrases Legally Defined*, 2nd, 1970, vol. 5 [S~Z], pp. 271~2.

因みに、シュロッサー、前掲「近世私法史概説」五三一―五頁参照。ここでは、*dominium utile*の訳に「準所有権」の訳が付されている。(権利觀念に引き寄せた訳になっている。)但し、トマスの場合、むしろ、「*utile*」は「有用、効用……」であり、その権利化よりも「正」*ius*の觀念から見た「効用」の重要性を強調している。(なお、トマスの「*ius*」概念については、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五七問題「権利について」の訳者(稻垣良典)注(2)参照。すなわち、「*ius*はよく *Recht, right, droit*などの現代ヨーロッパ語で書きかえられるところから、これに便宜上、「権利」の訳語をあてることにしたが、文脈によって『正』『法』『権』と訳しわけたところもある。*ius*は本来『正しいこと』*justum*であり、義務という側面の下における善 *bonum sub ratione debiti*である。そのように見た場合、*ius*は権利よりはむしろ義務に近いとさえいえるかもしれない。*ius*を『権利』と訳したことが、トマスの正義思想の誤解へ導くのではなく、かえって『権利』概念の哲学的反省の機会になれば幸いである。」と言っている。四二二頁。この点について、なお、本稿、後述「補論」参照。)

また、ヴィーアッカー、前掲「近世私法史」二二九頁参照。「私法の法理論・基礎語概念および総論 *allgemeine Lehre*は、そもそもそれ自体、法の学問化とともに、はじめて可能となったもので、したがって——当時そもそもすでに作りあげられていたものに関するかぎり——注釈学派の注釈および助言学派の伝統から、派生したものである。ちなみに、これらの総論や概念(たとえば、権利・法律行為・法人等)のある部分は、古代ローマ諸法源の知らなかったところのものであり、また、注釈学派やその後継者も、分析的な思惟方式の形のみ、かかる総論や概念を有していたにすぎない。」と摘示していることは留意しておきたい。二二九―四〇頁。

(4) *usus*については、前出、注(2)参照。

そこで、ここでは、*ius*に関わる *utile*と *utilitas*の概念について、トマスがどのように觀念していたのかを摘示しておきたい。まず *utile* 概念について見てみたい。

第一に、トマスは、「有用なもの *utile*」を「善」の一つとしている。第一八分冊第五問題「善一般について」〔第六項 善を分つのに貴いもの・有用なもの・快適なものという区分を以てするのは適切であるか〕一〇九頁参照。この区分は人間的な善の区分であり、「ものが善であるものは、それが『望ましいもの』即ち希求されるべきもの、従ってまた希求の運動の終端をなすものたるかぎ

りにおいてである。」という。一一〇頁。そして、「希求の運動の場合、それを通して他に向うといった中間点として、或る限られた意味で希求の運動を終結させるごとき『望ましいもの』即ち希求されるべきもの、これが有用なものと呼ばれる。」一一二頁。

トマスは、この「有用」という「善」の特質として、「自由意思」に固有な「選択 electio」ができるかぎりにおいてであるという。第六分冊第八三問題「自由意思について」第三項 自由意思は欲求能力であるか「二四〇—一頁参照。

次に *utilitas* 概念について取り上げたい。「前出、注(一)参照」。トマスの「神学大全」における *utilitas* の訳語としては多様であることをまず留意しておきたい。「例 有用性、有用さ、功益、効用、利益、便益、利益・福祉、恵沢、有用な任務」。そこで、前述の *utilitas* 概念で言及した点に加えて、*utilitas* 概念としてトマスが特殊的に言及している点についても取り上げておきたい。

先に、*utilitas* 概念の箇所では、自由意思と選択の要素を有用性に絡んで触れたが、今度は、意志と必然との関係について取り上げたい。

トマスは、第六分冊第八二問題「意志について」第一項 意志は何ものかを必然に基づいて欲求するか」の箇所で、「目的の必然」・「目的のための必然」*necessitas finis* と名づけられるものに触れ、目的との関連で必然的なものを意志が取り上げられることを要求している。そしてそれは、時として「有用性」とも呼ばれるものと同じである、と言っている。二二二頁。したがって、自由意思に基づく選択は、目的にたいして必然的なものを選択するという制約が課せられていることを念頭におかねばならない。

それを前提として、ここでは次に、「所有物の区別・財の私有 *distinctio possessionum*」等が自然法とどうかかわるのかという問題についてのトマスの見解を見てみたい。第一三分冊第九四問題「自然法について」第五項 自然法は改変されることが可能か「八五頁参照。すなわち、

「(三)……或ることは二つの仕方で自然法に属するといわれる。」八四頁。「その一つは、自然本性がそのように傾かしめるとの理由によるものであり、他者に害悪をなしてはならない、というのはその例である。」八四—五頁。「もう一つは、それと反対のことが自然本性的に定められていないとの理由によるものであって、たとえば自然が人間に衣服を与えたのではなく、それをつくりだしたのは技術・人為 *ars* であるとの理由で、人間にとっては裸体であることが自然法に属する、ということもできるだろう。」「そして、すべての財の共有と万人一様の自由が自然法に属するといわれるのはこの意味においてである。」「というのには、所有物の区別・財の私有 *distinctio possessionum* とか奴隷制 *servitus* は自然によって定められたものではなく、人々の考案 *ratio* によって人間生活の便益のためにつくりだされたものだからである。」「したがって、この場合においても、自然法は付加という仕方による以外には変えられないのである。」「(傍点筆者) 八五頁。この後者の場合が、本項の考察課題に関わるのであるが、私人に割り当てられたものの範囲等の選択・確定は、自然法そのものではなく、自然法に付加されたものという把握をトマスはしている。この点、五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」二〇五頁以下参照。「なお、この「人定法」の効用 *utilitas* については、第一三分冊第九五問

題「人定法それ自体について」〔第一項 人間によって何らかの法が定められるのは有益であったか〕八九頁以下参照。また、かかる人定法は、自然法に適合することが求められている。第九五問題「人定法それ自体について」〔第三項 インドールスは実定法の特質を適切に規定しているか〕九八頁参照。〕

では、これらのことの上に立って、先に触れた *utilitas communis*〔共同の利益（福祉）、共通的な福利〕で用いられる *utilitas* 概念について、若干のコメントを加えておきたい。ただ、この概念はトマスの各所で言及されているので、ここでは、次の点のみを取り上げておきたい。

第一三分冊第一〇五問題「司法的規定の理由について」〔第二項 司法的規定は人々の共同生活に関して適切に定められていたか〕で、まず、「人民」と「共有」関係について次の如く摘示している。すなわち、

「アウグスティヌスが『神国論』第二巻においてキケロの言葉としてのべているごとく、『人民 *populus*』とは、法にたいする同意 *consensus juris* ならびに福祉を共有 *utilitatis communio* することによって結合したところの、多数者の集合体である。』したがって、人々の相互関係・交渉が法の正しい規定によって秩序づけられることが、人民なるものの本質に属する。」三八六頁。

「しかるに、人の相互関係には二つの種類がある。」三八八頁。

「その一つは首長の権威によって確立されるものであり、もう一つは私的な個人 *persona privata* たちが自分の意志でもってつくりだすものである。」三六八―七頁。

「ところで、或る人の権能 *Potestas* の下にあるところのものは、その人の意志によって処理され・秩序づけられることが可能であるから、首長たち―人々はかれらの下にある―の権威 *authoritas* によって、人々間の（問題に関する）裁判は執行され、また悪事をなす者にたいする刑罰は課せられるべきである。」三八七頁。

「これにたいして、私的な個人の権能の下にあるのは、かれらによって所有されている事物である。それゆえ、かれらは、これらがことながら、たとえば物を買ひ、売ひ、贈与するとか、この種の他のことながらにおいては自分の意志でもって相互に交渉することができるのである。」三八七頁。

「所有物についていえば、アリストテレスが『政治学』第二巻でのべているごとく、所有物はそれぞれに区別し、その使用に関しては部分的には共同とし、部分的には所有者の意志によって共用されるようにするのが最善である。」三八七―八頁。

ところで、律法は、このことについて、三つのことが制定されていたという。三八八頁。

「第一に所有者そのものは各個人にそれぞれ区分されていた。」（民数記第三章第五節）。そして、「律法は所有物を規制するために三つの対応策を儲けた」という。三八八頁。「その一つは、所有物は人間の数に応じて均等に区分けされるべしというものである。」（同前第五節）。「もう一つの対応策は、所有物の持ち分が混乱しないよう、所有物が永久に（或る人から）取り去られてはな



らず、一定の期間がたつたらその所有者に返還されるべしというものであった。「第三の対応策は、こうした混乱を除去するために、所有者が死んだら近親者が相続すべしというものであった。」(同前第二十七章第八節) 三八八頁。

「第二に、律法は或ることからに關しては所有物の使用は共同たるべきことを規定した。」「その第一は管理 *cura* である。」「第二は果実に關してである。」二八八頁。

「第三に、律法は所有者たち *domini rerum* によってなされるところの所有物の共有化・讓渡 *communicatio* について規定していた。」三八九頁。「第一は純粹に無償の *gratuita* 讓渡」である。「第二は利益の返還 *recompensatio utilitas* を考慮しての讓渡であり、売買、貸与、および預託などによるものである。」三八九頁。

(5) この問題についてのトマスの発言の中で、*dominium* 概念を理解するために、次の点は留意しておきたいと思う。トマス、前掲「神学大全」第七分冊第九六問題「無垢の状態における人間にふさわしい支配について」参照。  
「ついで我々は、無垢の状態における人間にふさわしい支配 *dominium* について考察しなくてはならぬ。  
この点をめぐって次の四つのことからが問題となる。

第一 無垢の状態における人間は諸々の動物を支配するものであったか

第二 彼はおよそすべての被造物を支配するものであったか

第三 無垢の状態にあつては、すべての人間が均等たるべきであったか

第四 そうした状態にあつては、人間の人間たちに対する支配というものが存在しえたであろうか(一二三頁)。  
物の「所有と支配」の問題も、ここが起点となっている。

(6) 「神の恩恵の分有」という概念については、とくに、第二一冊第五八問題「倫理徳と知的徳との區別について」「第三項 倫理徳―知的徳という区分は徳の区分として充分なものか」一八〇頁において、「神的恩寵を分有する者」についてトマスは言及している。

(因みに、本稿では、徳について各所で言及している。本項の課題に關連しては、拙稿、前掲一三卷二号三二―三頁「補論」徳 *virtus*」論」参照。)

なお、物財に対する支配 *dominium* については、拙稿、前掲一四卷二号五四頁以下注(22) 参照。

(7) 本項前出「③ 自己の固有の財産の保全」[1. 問題提起]の箇所参照。

(8) 前出「1. 問題提起」での稲垣良典の発言、同項注(5) および本項後出注(11) 参照。

(9) 五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」、二〇三頁以下「第四節 自然法の第二次規定としての私的所有権とその限界」参照。二〇六頁では、「広義の自然法」とも表示している。

(10) ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」二二七頁以下参照。

「ところで、自然法によってそれ自体直接にこの人に帰属せしめられていない特定の事物もあることは疑いない。」二三七頁。「しかし、人が、その労力によって創造した生産物に対し、これを自己の所有とする権利をもっていることは自明のことである。」二三七八頁。「私所有権制度は自然法に基づくものである。」二三八頁。「もし人間が財産の獲得を通じてその所有権につき正当な権利をもつのでなければ、人間は生存できず、また婚姻・生命の保全に対する権利を実現できず、さらに自己の生命 (*vita propria*) について人間に固有の権利領域を保持することもできない。」私的所有に対する権利は各個人の自然的な存在状態に、又人間の霊・肉的存在性に由来する。(傍点筆者) 二三八頁。「結果がその原因に従うように、労働の果実はこの労働を加えた者に正当な所有物として帰属する。したがって、人類が私的所有の基礎を常に自然法のうちに見出して来たのも尤もなことである。」二三八頁。(拙注、この点は、Leo X. Rerum Novarum (1891) を論拠としている。)

「物質生活の確かな保証のみならず、とくに人民にふさわしい完成、又より広い人格的自由の保証もまた所有権の概念に含まれている。消極的に言えば、財産を所有しない者は、容易に、余剰の財産をもつ人の所有物あるいはその人の単なる手段になる。……」二三八頁。

「私所有権および相続権が一般的に存在することのみが自然法にかかわるのであって、たとえば封建制領主的或いは資本主義・自由主義的私所有権ないし相続権、さらには私的、団体的、公共的所有の併存体制などは自然法に関係ない。これらのものは実定法的規定である。実定法的規定は諸国民の差異から生じ、又社会科学の発展と共に変化するものである。」二三九頁。

(11) 前出「1. 問題提起」本文ならびに注(5)参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」[第二項 或る人が何らかの物財を固有のものとして所有することは許されるか]参照。

(12) 例えば、五百旗頭眞治郎の訳「前掲二〇三頁」と「神学大全」の訳者(稲垣良典)の訳では、些か食い違いが生じている。それは、これまでもしばしば指摘してきたように、*dominium* と *possessio* に関するトマスの用語が厳密に区別されたものであるのか、あるいは同一なのか、あるいはオーバー・ラップしたかの検証が明示されていないことによるように思われる。もとより、トマス研究を本格的に行ったことのない私に発言権はないが、その点に留意していることだけは提示しておきたい。

(13) 前出、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」[第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか]二〇二頁以下。

(14) 同前二〇三頁。本項前出「1. 問題提起」注(2)参照。

(15) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題第二項二〇七頁。五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」二〇八頁以下「第五節 私的所有権の限界」参照。

(16) トマス、前掲「神学大全」第二〇分冊第一一八問題「貪欲について」[第一項 貪欲は罪であるか]二四八―九頁。

「善がそこにおいては然るべき度合 *debita mensura* に存するとされるような事柄においても、その度合の超過もしくは減少によって悪が生ずることは必然的である。」二四八頁。「しかるに、目的のゆえに *propter finem* あるところのすべてのものにおいて、善は何らかの度合・適合 *mensura* に存する。」「目的のために *ad finem* あるところのものは目的にたいして適合的ではなくてはならないからである。」二四八頁。「しかるに、……外的財貨は目的にたいして有用なもの、という本質側面を有する。」「したがって、それらに関するかぎりでの人間の善は何らかの度合に存するものでなくてはならない——すなわち、それは人間が、かれ自身の地位・境遇にてらしてその生活のために必要であるという風に、何らかの度合にもとづいて外的な富を追求することである。」二四八—九頁。

五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」二二二頁参照。

- (17) 職分論については、拙稿、前掲一巻一号八頁、三六頁注(32)、一二巻二号四三頁、一三巻一号一二九頁、一四巻二号四六頁注(22) 参照。

- (18) 君主等の場合、租税形式による公租公課の徴収については、すでに拙稿、前掲一五巻二号一六二頁、六七頁注(22) で言及した。それは共同善に根拠をおく配分的正義に基づく場合と、治安静謐の費用負担としての交換的正義に基づく場合とがあるとした。

- (19) 自分自身の利益 *utilitas propria* として追求することについては、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九二問題「法の効果について」[第一項 法の効果は人々を善き者たらしめることであるか](三六頁)における「異論(四)」として、「僭主はその支配下にある者の善さではなく、ひたすら自分自身の利益をめざす。」という主張があるが、トマスは、そのような場合になる「僭主」性について詳述している。三九頁。

また、法が「不正」である場合に関して、自己の欲望・利益を目的とする場合を挙げている。第一三分冊第九六問題「人定法の機能について」[第四項 人定法は良心の法廷において人間を拘束するか]一一六頁参照。

それは、「目的についていえば、或る支配者が共同の福祉ではなく、おのれの欲望や名声を実現するための負担の重い法を市民たちに課する場合である。」一一六頁。

- (20) 「共用」概念は定訳ではなく、共有概念も使用されている。拙稿、前掲一四巻一号五〇—七頁[④ 他の類似概念との対比]一四巻二号五四頁参照。

- (21) 前出、本項「1. 問題提起」の本文および注(10)、拙稿、前掲一四巻二号五三頁以下注(22) 参照。なお、五百旗頭眞治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九〇頁以下参照。

- (22) 拙稿、前掲一四巻二号五四頁以下注(22) 参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」[第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか]二〇三頁以下参照。

「神はすべてのものにたいして主要な支配権 *dominium principale* を有する。そして、神はその摂理にもとづいて、何らかの物財を人間の身体的維持へと秩序づけたのである。このゆえに、人間は物財にたいして、それらを使用する権能 *potestas* に関して、自然本性的な支配権を有する」。二〇四頁。

(23) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」第二項 或る人が何らかの物財を固有のものとして所有することは許されるか」二〇六―七頁。

(24) 同前二〇七頁。

(25) 同前。

「物財の共有性 *communitas rerum* が自然的正・自然法 *ius naturale* に帰せられるのは、自然法がすべての物財は協同的に所有すべきであって、何ひとつ固有のものとして所有すべきではない、と命令するからではない。それはむしろ、自然法にもとづいて所有物の区別が成立するのではなく、むしろ人間の合意 *humanum conductum* ——これは前述のごとく(第五七問題第二、三項)、実定の正・実定法 *ius positivum* に属する——にもとづいて成立するからである。」二〇七頁。

なお、共有と実定法との関係について、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九四問題「自然法について」第五項 自然法は改変されることが可能か」八五頁参照。本稿、本項前出注(4)参照。

(26) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題第二項。

また、「緊急必要性」について、トマスは、次の如く述べている。第六六問題「第七項 緊急必要性のゆえに盗むことが許されるか」二二二―二三頁。

「人間的正 *ius humanatum* に属することからは、自然的正 *ius naturale* もしくは神的正 *ius divinum* に違反することはできない。」二二三頁。「しかるに、神的摂理によって確立された自然的秩序によると、より低次の物財は、それらでもって人間の必要とするものが充足される、ということへと秩序づけられている。」二二三頁。「したがって、人間的正に由来するところの諸々の財物の分割 *divisio* と専有 *appropriatio* によって、人間の緊急必要性がこの種の財貨によって対処されるべきだ、ということが排除されるものではない。」「このゆえに、或る人々が有り余る他方で有している物財は、自然的正にもとづいて、貧しい人々の扶助のために使用すべきものである。」二二三頁。「ここからしてアンブロシウスは次のようにのべており(『説教』第八一、PL17, 613~4)、その言葉は『法令集』(I, 47, 8; RF.I. 171)に集録されている。」「二二二―二三頁。」「あなたが独りじめしているのは飢えている人々のパンである。あなたがしまいこんでいるのは裸の人々の衣服である。あなたが地中に埋めている金は憐れな人々の救済と解放にあてられるべきものである。」「二二三頁。「しかし、緊急な必要性に迫られている人々の数は多く、そして同じ物財ですべての人を助けることはできないので、自分固有の物を分配して、それらでもって緊急必要性に迫られている人々を助けることは各人の決定に委ねられている」

である。」二二三頁。「とはいえ、緊急必要性がきわめて緊迫かつ明白であって、その場にある物財でもって現在の緊急必要性に対処しなければならぬほどである場合には——たとえば、或る人に危険が迫っていて、他の方法では対処することができないような場合——或る人は他人の物財を、あからさまにであろうと、秘かにであろうと取って、自分の緊急必要性に対処することがゆるされるのである。また、このような行為は厳密にいつて窃盗ないし強奪にあたるともいえない。」二二三頁。

(27) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九八問題「旧法について」〔第四項 旧法はユダヤの民だけに授けられるべきであったか〕一五四頁参照。

(28) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」〔第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか〕二〇四頁。拙稿、一四卷二号五五頁。「身体的維持」のためと記しているのはそのことを意図しているものと思料する。

(29) トマス、同前二〇六頁。本稿前出、「1. 問題提起」注(5) 参照。

(30) トマス、同前二〇六―七頁。本稿前出「1. 問題提起」注(5) 参照。

(31) トマス、同前二〇七頁。本稿前出「1. 問題提起」注(5) 参照。

(32) 拙稿、前掲一三卷一号八六頁注(1) 参照。

トマスも、君主の支配についての在り方については論じているが、その領土の私有化については触れているところは、私の狭い探査ではあるが、あまり見あたらないように思われる。例えば、トマス・アクィナス、『君主の統治について——謹んでキプロス王に捧げる』、柴田平三郎訳、慶応大出版会、二〇〇五年。

(33) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 3, p. 462.

(34) 拙稿、前掲一五卷一号一七〇頁注(23) 参照。そこで、ミッタースリリーベリッヒの指摘を紹介している。

(35) 血統支配について、ウェーバー、前掲「支配の社会学」四七一頁以下「第六節 カリスマ的支配とその変形」参照。

### 〔補論 dominium 概念と所有権理論〕

#### 序言

ここで補論として、Richard Tuck, *Natural Rights Theories: Their origin and development* および dominium 概念と権利理論の関係についての所論を紹介する意義について一言触れておきたい。拙稿では、いろいろの箇所<sup>(1)</sup>で dominium 概念について言及してきた。だが、前述のトマスの dominium と私的所有権の関係の問題を理解するためには、トマスの理論そのものだけでは、一七世紀の自然権的所有権論への関わりの有無が明らかになりえないため、その後の歴史的葛藤を含めて考察する必要性に迫られる。ことに、神の支配から人の支配、人の物の支配の概念の展開過程は、制度的イデオロギー形成の前提となるし、そのために関係世代の思想家の

個人が使用した *dominium* 概念内容の変遷を見ておくことは、その本来の課題への接近に貴重な示唆を与えるものと思料しているし、この概念は、次に触れる *obligatio* 概念と共に、西欧の私法体系の形成に重要な役割を演じてきたのに、わが国ではあまり論じてこなかったのではないかと思料している。しかも、その点へ言及した文献も、あまり入手しえなかったため、その所説の妥当性の有無は別として、Tuck の所論を紹介することが、この問題へのアプローチに一つの示唆を与えるものと考えた。<sup>(2)</sup>

なお、本項において、その全面的紹介をすることは不可能なので、概念史的に見て、その要点と思われる点を、私のコメントを付しながら紹介することに止めたい。その社会的意味合い等は、別の箇所でも、また別個に触れることとしたい。但し、Tuck の見解については、批判のあることにも留意しておきたい。ed by James Tully, Pufendorf's On the Duty of Man and Citizen, 1991, pp. xix, xlii. また、Tuck の使用した術語には、多く、我が国の法律用語としては用いられていないものがあり、その点は留意しておきたい。

因みに、Tuck が、この問題を取り扱うに当たって、Michel Villey の論文 [L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains (1946)] に言及している点は、*ius, dominium, property, right* の関連に関する問題の出発点をなしているように思われるので、極く一部だが紹介しておきたい。すなわち、

「過去三〇年間に亘って、Michel Villey は、一連の著作を発表している。それは、それらの共通の主張として、ローマ人と初期ローマ法の注釈者はいかなる権利の主観的概念ももっていなかったことを主張するものであった(「主観的」、「客観的」*ius, recht, droit* の間の有用な大陸的区別を用いれば、この区別は、*ius* とその同語源の意味におけるローマ後の変化によって正確に必要とされた区別である。)」七頁。「彼 (Villey) は、次の如く主張した。すなわち、彼ら (ローマ人) は常に *ius* によって客観的なものを意味した。『それは』、個々の状況において『権利 *right* である』ところのものである。そして、彼は、このための証拠として、(主観的) 権利によって *ius* を置き換えることはしばしば意味をなさなかったというのを、しかも、就中、ローマ人は *dominium*、すなわち *property* を *a ius* として見なさなかったことを引用している。」七一―八頁。したがって「Villey は、もし、*property* が *a ius* でなかったならば、そこで、*ius* は『権利』を意味しえなかったと主張している。」八頁。

「なるほど確かに、*ius* という語はローマ人にとって、中世の人々にとって意味したものを意味しなかった。このことは、ローマ人が主観的権利の概念(他の言葉を通じて表現されてこなければならなかったにせよ、あるいは、全然そのような言葉を持っていなかったにせよ)を持っていなかったというのを意味するかどうかはより困難な問題である。この問題にたいして、(Villey の初期の批判者である Giovanni Purgiese が指摘した如く) Villey は明確な答えを与えていない。」八頁。

そして、Tuck は、ローマ法における *ius*、そして *dominium* の言葉を含めて検討し、これらの言葉が個々独立に意味をもつと受け取られるべきではなく、その文脈の中で理解されるべきであると(一三頁)、『*ius* あるいは *dominium* が主観的権利の概念を含むか否かも、かかる視点で検証せねばならぬという趣旨のことを述べている。かくして、Tuck は、『自然権理論』の形成過程として、「最

初の権利理論「The First Rights Theory」の章で後期中世の理論を取り扱い、それが本項にとくに関連性を有するが、ここでは、その次の「ルネサンス」の章を含めて紹介しておくことが本稿のために便益かと考え、その範囲で紹介することにした。以下、「Tuckの紹介に際しては、私の論究のために、原文にはない見出しを敢えて付したことを断っておきたい。

注(1) この概念に最も言及してきた拙稿は、前掲一四卷二号三八頁以下注(22)で、*potestas*概念に関連してしばしば *dominium* 概念に言及している。四一—四六頁、五三一—五六頁参照。因みに、同箇所以外では、関連語を含めて、*domaine*, *domain*については、六卷一号七七頁注(3)、六卷二号五六頁注(5)、*domaine immuable et muable*については、九卷一号一一頁注(8)、*cupiditas dominandi*については、一四卷一号二二頁注(6)、*dominium, dominion, dominus*については、七卷一号一六五頁注(3)、七卷二号二〇六頁、二二五頁注(17)、二二八頁、二三八頁注(4)、二四〇頁注(5)、一〇卷二号一四頁注(25)、一一卷二号四八頁注(12)、*dominium super*については、一三卷二号四七頁注(5)、*dominium directum*については、四卷二号一二五頁注(12)、一〇卷二号一四頁注(25)、*dominica potestas*については、七卷一号一七〇頁注(4)、*dominium utile, dominium utilis*については、四卷二号一二五頁注(12)、一〇卷二号一四頁注(25)、*dominus*については、九卷一号一〇六頁注(1)、一四六頁注(57)、一三卷二号一四頁「補論」参照。

なお、*dominium* 概念について、「支配」「所有」の二つの要素を「権利」概念に絡めて、疑念を抱いた研究者の一人として、トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」の訳者がいることを摘示しておきたい。都立大法雑四三卷二号四八〇頁以下注(176)(177)参照。

(2) シュロツサー、前掲「近世私法史要論」五三頁以下「第一章 ヨーロッパにおけるローマ法の再生」[VI ヨーロッパ諸地域における学識者法]「5 ドイツにおける学識者法」[一七] 所有権学説」参照。些か長くなるが、重要なので引用することにする。(なお、以下、傍点は原文では下線。)

「私法の領域における学識者法学説の影響は、明かに最も実り豊かなものであった。ここでは特に、まったく新たに発展した所有権概念が、中世社会の典型的に荘園的・封建的な経済構造に対して適切に対応した。」「中世イタリアの法理論本来の貢献は、二つに分割された所有権 (*Zweigeteilter Eigentum*) の形成にあった。」「五三頁。「新たな所有権理解の基礎は物に対する基本的な無制限の、際限なく個人主義的な支配権としてのローマ法上の所有権 (*ドミニウム・ドミニウム*) であった。この権利の保持者は、つねに完全に自由な処分権と使用収益権をもっていた。」「この硬直した所有権概念に対して最初に風穴を開けたのは、バルトス・デ・サッソフェラート (*Bartolus de Sassoferrato, 1314~1357*) であった。」「所有権は、法律によって妨げられることがなければ、有体物についての完全な処分権である (*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi, lege*

prohibetur, Nr. 4 zu Dig. 41, 2, 17) という定式において、かれは、所有権を確かに完全な物上支配権であるが、もはやまったく無制約的なものではないと把握した。」五三頁。「この抽象的なローマの所有権概念は、実務的に物事を考える中世法にとってはまだ無縁なものであった。」五三—四頁。「その概念は、むかしまったく異質な法と経済の世界のためにつくられたものである。」五四頁。「所有権の内容的側面に實際上非常によく対応するのは、荘園制とか封建制下の法的団体における(詳しくみれば非常に多様な)使用収益の可能性であって、無制限の物上支配という理論的に蒞められた抽象的な本質特徴のほうではない。」「それゆえ古代からみればすでに変化し、今やその時代独特の機能的な所有権理解、しかも経済生活の現実に即して明確に表現されたその理解を前にすれば、上部イタリアの法学者たちがその後理論的に重大な区別をしようとするのは、ただ時間の問題であった。」「ついに学説は、封主と封臣の法的地位を把握するために、したがってまた封建制を法的に説明し尽くすために、封建法のなかで分割所有権 (geteiltes Eigentum) という法形態を發展させた。荘園領主とか封主が処分権、いわゆる上級所有権 (Obereigentum、本来所有権 [dominium directum]) をもっていた。」「それに反して、永小作人、地上権者、世襲借地権者ないしフョイダール (Fudatar [受封者]) には、使用収益権があった。」「かれらにはただ、下位の、いわゆる下級所有権 (Untereigentum、準所有権 [dominium utile]) に基づいて、上級所有権者の利益により制限された使用収益権が属していた。」「上の二つの所有権形態のために、所有権に基づく返還請求訴訟 (rei vindicatio, Eigentumsherausgabeklage) と所有権に基づく妨害排除訴訟 (actio negatoria, Eigentumsfreiheitklage) と権利保護が設けられたのである。」五四頁。(言うまでもないことかも知れないが、かかる分割所有権説を核とした中世の dominium 論は一般的説明であるが、その法概念が定着するまでには、幾多の葛藤があり、また、分割所有権概念すら安定性を勝ち取ったものであるかどうかは、問題になりうるところであったことは、留意しておきたい。また、そこに Tuck の所説を紹介する意味もあるものと思料している。

なお、我が国の「所有権思想」の捉え方に関する研究書としては、数多くないが、それらと比したときでも、Tuck の書は、それらと異なった道筋で論旨が展開されていることに留意しておきたい。我が国の著書の一例として、甲斐道太郎・稻本洋之助・戒能通厚・田山輝明、『所有権思想の歴史』、有斐閣新書、一九七九年参照。)

① トマス以前——一二世紀注釈学派

ここです、一二世紀のポロニーヤで誕生した注釈学派の立場から始めねばならない。

「われわれが最初の近代権利理論を見出すことを探さねばならぬことは、Digest (学説彙纂) を再発見し、一二世紀における中世のローマ法学を創り出した人々の間にあった。それは passive right の觀念をめぐって築かれたものであった。」一三頁。「彼らの問題は、Digest において、彼らが見出したものと、後期帝国とゲルマン王国の卑俗法に由来した、彼ら自身の時代の法的言葉とを調整させる



ことであった。そして、ある意味で、中世のローマ法研究の歴史は、法律家が、これらの二つの極の間をいかに動いたかの歴史であった。「一三頁。しかしながら、この時期を通じて、絶えず生き残った一つの特徴がある。そして、それはある程度、中世の法研究をルネサンスのそれと区分するために役立つものである。すなわち、中世法律家は、常に、*dominium* を *ius* として見出した。そして、そこから *property rights* について語りうるようになったのである。」(傍点筆者) 一三頁。

(i) *Itrnerius*

その例として *Itrnerius* をまず挙げる。

「*Itrnerius* は『*dominium* は一種の *ius* である』とした。」そして、この点は、「ルネサンスまで基本的前提として留まったものであった。」のである。一三頁。

しかし、その時、大きな問題に逢着していた。「彼らが、*ius* の概念を明らかにし拡大するために使用した理論は、『正義は、継続的かつ持続的な、あらゆる者に彼らの *ius* を与えるという決定である。』という、*Ulpiano* と法学提案における有名な言葉において、彼らのために、極めてはっきりと、具体化された。」一三一―四頁。尤も、「*Ulpiano* は、このこと(上記の言葉)によって、おそらく、単に、裁判官は、常に紛争に対する正当な結果を求めるべきであるということの意味したのであろう」けれども。一四頁。

(ii) *Azo*

中世の注解者「例、*Azo*」は *ius* 概念に請求概念を含むとした。その意味は、例えば、ローマ法の注釈に「彼らの *ius*、すなわち、彼らの *claim* (*meritum*)」(という言葉)を挿入したことに現れているという。一四頁。それは、物に対する請求を *ius* とすると共に、物における *ius* 概念と区別することを意図しようとしたものであろう。

それは、一二世紀の法律家が、彼らの *iura* の理論を発展させていたと言いうるものになっていたことを意味する。一四頁。

(iii) *Bassianus* と *Canonist*

この区別をした最初の人は、*Azo* の師である *Bassianus* であると *Tuck* はいう。一四頁。それは、*ius in re* と *ius ad rem* とを区別するという形で提示された。ここでの *ius ad rem* の概念はローマにはないもので(一四頁)、『それは、所有と切り離された請求 *claim* (*petere* = 請求する)と、求めること、訴求すること、……*cf. petito*) を *ius* と認めるものであった。このことは、現実に占有 *possession* していないものへ権利性を認めること、翻案すれば、観念的に構成された請求概念を *ius* とすることによって、中世の法学者 *jurist* は、聖職者ならびに王たちの、未だ現実化されていないものへの *ius* を認めることにまで拡大させることになった。それらの請求は、本質的には、彼らの権限 *potestas* で問題の便益を配分することが出来る特定の人々あるいは制度に対する請求であった。一四頁。

「他方、*ius in re* ということは、誰かが、現実にあるものの所有(占有) *possession* を持つ場合のすべての *iura* をカバーした。」そ

これは、「とくに、dominiumと用益権usufructのiuraをカバーした。」一四頁。これらの場合には、「あらゆる人に対して、とくに土地所有者からの土地を保有する場合(tenancy)、土地所有者に対してさえ、彼(土地保有者)は請求claimすることができるようなある種の権利が存在」することを意味したという。一四頁。そして、これらの権利は、したがって、後期ローマのiuraの後継物であった。「Codex〔勅法彙纂〕に関する一二世紀中葉の注釈は、その要点をきっちり例証したのみならず、『もし、人がすべての人々から物を請求するために、directra (directa)の卑語＝訴権、本権)を使用しうるならば、あるものにおけるdirectraをもつ』という、iusの代わりに、卑俗語の同義語を使用したために、注目に値する言葉で表現した。」一四頁。(ここに、前述の「二重所有権」論の理論的基礎が出来てきたといえよう。)ただ留意すべきことは、「これらの一二世紀、ならびに、一三世紀初期の法律家」にとつて、「すべてのiura in reが必ずしもdominiumに該当」するものとはせず、ただここでは、ius ad remは別のものとしていたことは極めて明らかであったという。「iura in reは、先の方法で決定的でなかったのみならず、それらはまた、(そして結果として)現実の所有者(占有者)の行為によつて譲渡されうるものであったけれども、iura ad remの点では異なっていた。すなわち、iura ad remの場合には、現実の所有(占有)者のために修正を施して誰か他の者の行為に依存せねばならなかった。」一四―一五頁。そして、用益権usufructaryは、彼のestateに対して、決定的ではないが譲渡しうる権利をもつが、それは全部を統制しうる権利ではなかった。その点でdominiumとusufruct間の古典的区別は全く彼の好みに合っていたという。一五頁。

そして、この「権利間の区別は、それが、それらに請求できる人々の間の区別によつてか、請求されるものとの間の区別のいずれかによつて与えられたであろう。そして、真のproperty(＝dominium)は、対世的に全統制に対する請求として、定義づけられ」(傍点筆者)ていたのである。一五頁。

さらに留意すべき点として、「このことは、カノン法の精緻化と精密化の増大と結びつ」いたということである。一五頁。「カノン法法律家こそ、『personal iura [＝iura ad rem]は、他人に譲渡されえないし、あるいはまた、契約の主題にもなりえない』、という原則——二つのカテゴリー(ius in reとius ad rem)間の相違を取り出す原則——のような重要な諺を發展させ、適用させてきたのである。」一五頁。

「教会法は勿論、福祉welfareの一般問題に大いに関心を抱いていた。教会においては、ヨーロッパは、ローマ社会では前例を持たなかった制度を持ち、そこでは、現実には、慈善的目的のため(少なくとも部分的には)企画されたものであった。」一五頁。「困窮あるいは救貧needy or deservingによつて、他の人びとになされた請求にこのようにかかわった制度間のうちから、請求としての権利の理論が進化されねばならなかったことは驚くに値しない」という。一五頁。

## ② 一三世紀の変化 [dominium utileの権利性の過程]

「しかし、この理論は、その古典的形態で約一〇〇年ばかり何の競争もなく持続した。」そして、「Azoが事実上、その最後のスポー

クスマンの一人であった。」一五頁。

「十三世紀の間に、いろいろの著者が、それに対して変更を加えた。」「十二世紀の法律家は、既に述べたごとく、*dominium* と *usu-fructus* の間の相違について明確であった。」しかし、それらの後継者は、その区別に同意できないという感じをもってきた。一五—一六頁。

(i) Accursius

そこで、Tuck は、従来の線から脱する第一の者として、Accursius が挙げられるとする。彼は、本来的所有権とは別に *usu-fructuary* が保有される場合に、*dominium utile* の語を用いた者と考えられている。一六頁。

「しかし、彼の動きに対して、あきらかに多くの反対があった。それは、アックルシウスともう一人の教師 Jacobus Balduni との間のポローニャ学派内における個人的対抗に関連していたように思われる。」という。一六頁。

(ii) Balduni

ただ留意せねばならぬこととして、「アックルシウスの考え方に対する Balduni の反対については、われわれの知っていることは間接的ではない。」ということである。一六頁。しかし、彼が *dominium utile* は忘想であると書いたという記録があるという。一六頁。

ところで、「*dominium utile* のカテゴリーを認めることは、権利理論の変形をもたらす。」というのは、「*dominium* は、なんらかの *ius in re* であると受け取られていた。すなわち、すべて他の人に対して防衛され、また、その所有者 *possessor* によって譲渡され、あるいは、移譲される権利が *property right* であり、それは単に全統制をもつ権利に過ぎぬものではなかったのである。」一六頁。それゆえ、「それによって、いかなる種類であれ、権利のすべてもが、彼の *property* として見なされるに至るといふ過程が始まっていた。」ということ、極めて重要な権利理論の変更ということになった。一六頁。

しかし、「この明確でない十三世紀の反目は驚異的結果をもたらした。そこには、アックルシウスと後期中世の権利理論を結びつける直接の線が存在しており、かつ、それは、それらを通じて大一二七世紀の人物に結びつけるものである。」という。一六頁。

(iii) Révigny と Belleperch & Balthus

しかし、「事実、*dominium utile* の觀念の完全な精密化を与えたのは、アックルシウス自身ではなかった。」その仕事は、まず二人の、十三世紀後半のオルレアン教授 Jacques de Révigny と Pierre de Belleperche により、最終的な完成は、新しい種類の法学 *jurisprudence* のリーダーとしての、彼らの後継者であるバルトルス Balthus de Sassoferrato (1314—57) によってであった。一六頁。

では「何故アックルシウスとその後継者が、このような方法で *dominium* 概念を拡大せねばならぬと感じたのであろうか？」一七

頁。それは、当時の封建制の仕組みの影響であるとする Meyrial の研究 [Note sur la Formation de la Théorie de Domaine Divise (1908)] がある。「かかる社会においては、dominium は、より緩和された、あるいは、より拡大された意味で考えられねばならなかった。」という。一七頁。

そして、この過程に当然接するものとして、アックルシウスの後継者は、「これまでの法律家が見なした以上に、すべての iura をより能動的 active と見なしはじめた。」一七頁。すなわち、「Bartolus は、『法律 law によって禁止されないならば、有体物を処分する無制限の ius』として dominium directum の包括的な能動的 active 的定義を提示した。」「他方、Jacques de Révigny は、iura ad rem の解釈に関する限り、他の人々における受動的請求 passive claims としてまでは至らぬが、それを彼らから物を請求する積極的権利 active rights とするまでに至った。」「すなわち、『ius は、貴方が私と一匹の馬を約束したとき、私はそれを請求する権利をもつ。しかし、それにおける ius をもつものではない。not a ius in it。』」一七頁。「それが iura ad rem を含むすべての iura が dominia であるということを明白に主張することを現実に可能ならしめないが、すべての権利は能動的 active であった。」とする。「しかし、かかる主張の基礎は、すべてに dominium がすべての iura in re をカバーするように拡大される点に置かれ」るに至っていたのである。一七頁。

しかし、かかる動きが必要になったのは何故かという説明は、他に求めなければならなかったという。「それが生じたのは、封建社会の現実性に対する法的術語を適合させる急迫性のためではなく」(一七頁)、とくに、フランシスコ派の清貧論との論争のために必要に迫られたからであったという。

### ③ トマスの理論と dominium utile

#### (i) トマスと dominium utile 理論の重要性

トマスは、dominium utile という概念は使用しなかったが、dominium utile の理論的説明の端緒は、トマスに見出しうるという。しかしなお、Tuck の所説は、その説明について、古典ローマからの変遷を辿った上で、トマスの地位づけをしている点に特徴がある。一七頁。

#### (ii) 古典ローマ理論

「古代の法学者は、他の人々（奴隷）あるいは物に対する dominium を当然にもちうることを喜ばなかった。」一七頁。例、ウルピヤヌス。奴隷は、natural dominium に基づくものではなく、「合意たる万民法 ius gentium によって導入されたものである。」とする。一八頁。

#### (iii) Hermogenianus (拙注、吉野悟、「ローマ法とその社会」、近藤出版社、一九七六年、四二頁参照。)

同様に、「Hermogenianus」も、ius gentium が私的財産 private property (dominium distincta) 等の背後にある、と主張した。

一八頁。

(iv) Isidore (拙注、拙稿、前掲三卷二頁八頁、一一卷二頁五頁、二〇頁注(18)参照。)しかし、その下は、「*ius naturale*の下に、あらゆるものは保有され、かつ、共通に使用された。」という。そこで、新しい綜合的觀念は Isidore of Serville に始まるところ。一八頁。

(v) Gratianus

そして、Isidore の古典的位置の形成は、Gratianus によりその教令集 *Decretum* で取り上げられ、そして、後の討論が集中したところの基本的テキストになったという。一八頁。すなわち、

「*Ius naturale* は、すべての国家に共通である。それは、あらゆるところで、自然的本能によって受け取られるものである。それは、合意 *convention* によるものではない。それは、男と女の結合、子供の養育、あらゆるものの共通の所有 *possession (communis omnium possessio)*、あらゆるものための自由を含む」という。一八頁。

Isidore と Gratian の *possessio* の言葉の遣い方は決定的であった。それによって、古典法に基づいて、*possessio* と *dominium* は必然的に対照化されていたものを理解した。一八頁。

(vi) 数多くの歴史家の誤解

しかし、「*ius*」の事實は、数多くの歴史家 (A. J. Carlyle を含む) をして、*property* の自然性について論ぜられたマックルシウス以前の理論が論じたものを誤解せしめるに至った。」一八頁。「彼らは一般に、*a usufructuary* は彼の *estate* の *natural possession* を持つと言われうるが、しかし、その *civil possession* を持つものではないと主張した。後者は、正確には、それに対する *dominium* を持つものでなかったということを意味した。」一八頁。

(vii) Irnerius (前述の① トマス以前—一二世紀注釈学派) [(i) [Irnerius]] の箇所参照)

「*ius*」は、*ius naturale* と異なる *ius* に基づいて、完全に *dominium* が合意によって、あるいは、*in* に基づいて、到来したという信念と両立しうる。かくして、われわれは、Irnerius (Carlyle の驚きとなった) が、*dominium* は、*ius civile* の所産であるとして、また、十分、不衡平でありうるということを主張すると共に、また、*civil possession* のみならず、*natural possession* の存在しうるとしたことを見出す。」一八頁。

「かかる理論は、*ius naturale* に基づいて、すべての人々がせいぜい *a usufructuary right* (用益権) を持ちうるに過ぎないということの意味した。すなわち、彼らはすべて、土地の *natural possession* とその果実をもつが、それに対する *dominium* を欠いており、換言すれば、彼らは *natural property rights* をもちえないことを意味した。」一八頁。

(viii) トマス理論

権威と「理性」と法 (二七)

それらの展開の後を受けてトマスの理論は、*dominium utile*の主張として可能になったという。(トマスについては既述の箇所と重複する点は、なるべく省略したい。)

Tuckは「もし、*a usufructuary*が一種の*dominium*を持つならば、そのときは、一種の*natural dominium*もまた可能である。」一八—一九頁。その典型例としてトマスを引用している。(拙注、この点は既出。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「竊盗と強奪について」)「第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか」二〇三頁参照。)[前出、本項「1. 問題提起」注(2) 参照。]

しかし、「アキナスが主観的権利の概念をいやしなくても持っていたか否かについては、一定量の議論があった。そして、成る程、彼は客観的道德規範以外のものとして(全然ではないが)しばしばは語られなかった。」一九頁。「しかし、彼が同時代の法律家が示していることを理解しうる限り、そして、彼らの*dominium utile*の観念を用いうる限り、彼は少なくとも、権利の基礎的概念を持っていてと考えられる。しかし、彼が*natural dominium*の観念を使用したにも拘わらず彼の一般理論(そして、そのことは、勿論すべての一三世紀の理論家は当てはまるのであるが)は純粹の権利理論ではなかった。」一九頁。「このことは、もし、後世相当の影響力をもつに至った人間の自然生活についての、彼の主張を眺めるならば知られうる。」一九頁。トマス、前掲「神学大全」第九四問題第五項八四—五頁。前出、本項「2. 物財の*dominium*の限界」注(4) 参照。

トマスの*ius naturale*の概念についても本項ですでに触れてきたが(注、「20 物財の*dominium*の限界」)、Tuckは「トマスは、「人の奴隷性と私有財産の領域において中立的であり、それは双方に及ばない」としている。その上で、「自然権理論の本質は、まさに、それが、一見、*prima facie rights*を自然人に帰属させるということである。」(傍点筆者)とし、「アキナスは、明らかにそうすることを拒否した。そして、自然的*dominium utile*の意味合いに追従することを自制した。」という。二〇頁。「彼の理論が残した最も重要な領域は、そして、百年以上、いかなる権利理論にも結びつかぬままにされた領域は、自然的自由*natural liberty*の領域であった。」と摘示している。二〇頁。

④ 一三—一五世紀——非トミズムとトミズム

「アキナスの*natural dominium*理論の目的の一つは、とくに、ドミニコ派の一大対抗者たるフランシスコ派によって行われた使徒的清貧生活に疑問を投げかけることであったことは明らかである。」二〇頁。「まさに、この点にたいして長い論争があった。それは一三世紀後半から一四世紀半ばまでを通じて行われた。その重要性は、中世自然権論が疑いもなくそこから持ち上がったし、それは、権利理論が一七世紀までさえ論じられたところの、余儀なき係争にまでなっていた、ということである。」二〇頁。

(i) フランシスコ派の法律家(拙注、清貧生活の見解)

「この主張の歴史は、Leftによって、すでに詳細に跡づけられている。そして、この問題について、彼がのべたことを繰り返す必要

はなす。」(G. Left, *Heresy in the Late Middle Age*, 1 (Manchester, 1967) pp. 51~255.)

「簡単にいえば、生じたことは、一三世紀後半期にフランシスコ派の指導者達は、使徒的清貧の体系的教理を進化させようとしていた。そして、それは、彼らがすべての物資における property right (dominium) を持つ必要なく、彼らの日常生活に必要なすべての物資を使用することを許容するだろう、というものであった。」二〇頁。「かかる教理は、もし、フランシスコ派が高度的に組織化されかつ、その創始者の理想に誠実であったならば、明らかに重要 vital であった。Bonaventura の著にその様式化は与えられたが、それは、フランシスコ派の前の保護者である Nicholas 三世の勅書 bull—一二七九年に発せられた Exit と題されたものであった—に古典的に述べられたものを受けとった。」二〇頁。

「この勅書は、人と物の間の五つの種類の関係を挙げていた。すなわち、proprias, possessio, usufructus, ius utendi et simple use (simplex usus facti)」二〇頁。「最初の四つは、すべて dominium の場合と考えられる。それゆえ、フランシスコ派には利用されない。しかし、第五番目には用いることが出来るだろう。」二〇頁。「その違いは、最初の四つにあっては、—土地にせよ、その果実にせよ、あるいは、単純に、その生産物(例えば、usufruct の場合の如く)をその行為者 agent によってアド・リブ ad libitum に処分されうる、ある物資が存在した。」二〇頁。「しかし、第五番目においては、その物資を単に消費する consume ことが出来、それを交易したりあるいは手放したりすることは出来ないだろう。」二〇頁。「かかる消費は、property right の行使とは数え上げられないと主張することによって、フランシスコ派は、移譲あるいは交換の可能性が property には必要であると、提示した。」二〇—二一頁。「彼らの教団は、交換関係の網の目外に出ることが出来るために、純粋に使徒的清貧を主張することが出来た。」(傍点筆者)のであるという。二二頁。

### (iii) Scotus

「このことは、滅多にこの論争の歴史家によっては留意されなかったけれども、フランシスコ派の教義の重要な理論的な説明が、パインレット戦争に直接参加したのものによってではなく、この派のもう一人のより有名なメンバー、Duns Scotus によって与えられた。」二二頁。「彼は、事実上で、アキナスに反対した。そして(彼が書いた時、一四世の最初の二〇年代で、まだ教皇の正統派であった)フランシスコ派の位置を正統化するものとして役立てた線で(次の如く述べている)。」二二頁。

「自然の法あるいは神の法によって、無辜の状態における物に対して、個別の dominium というものは存在しなかった。事実、あらゆるものは共通の法であった。……それに対する一つの理由は、正しい理性に従った物の使用は、それが、調和、平和的交流、ならびに、共通の食物をもたらす限りにおいて、人々に許容されている以上、無辜の状態においては、個別の dominium なしでの共通の使用が、あらゆる人にとって、個別の dominium よりも価値がありうるということである。というのは、誰も、他の人に必要であるものを取得しないであろうし、あるいはまた、暴力によって、それを防御せねばならぬこともないだろうし、かえっ

て、それを占拠することが必要だということを見出したものは、彼が必要とする限りにおいて、それを使用するだろうからである。』Dun Scotus, *Quaestiones in librum Sententiarum*, 15. 2, *Opera Omnia XVIII* (Paris, 1894) pp. 256-7.」二二頁。

「かくして、Scotus は、*ius naturale* は *dominium* に関して単に中立的ではないと主張した。それは積極的にそれを排除した。というのは、共通の使用は、無辜状態における人々にとつての楽天的な戦術であったからである。』「Scotus にとつて、共通の使用は、*common dominium* ではなかった。」二二頁。「それは、人類が世の中に対して権利のようなものを集団的にもつという場合ではなかった。』むしろ、各人が、必要とするものを単に取得しうるが、彼のために必要とするものから、他の者を排除する権利はもっていなかった。」二二頁。「しかし、決定的なポイントは、かかる必要的使用は、*dominium utile* の場合ではないということである。すなわち、Scotus は、*dominium* は必然的に *privata* であると考へた。すなわち、それは、交換されうるのみならず、完全に暴力によつても防ぎうるものであった。」(傍点筆者)二二頁。「かかる人間の自然生活の記述は、絶対的に、フランシスコ派の清貧説に沿ったものであった。すなわち、Exit の言葉で、自然人は *simplex usus facti* を持っているが、しかし、*dominium* をもつものではないという説であった。」二二—二二頁。

(iii) John XXII [ヨハネス二世]

このフランシスコ派の主張に対応する教皇派の考へは、まず、ヨハネス二世によつて示された Tuck は摘示する。二二頁。

「これらの言葉で提示されたフランシスコ派の主張に答へるために、(例えば) アクィナスにおいて合意された *dominium* についての仮説を明らかにすること、そして、自然あるいは神の法に基づいて人の生活の対抗者の記述を發展させることが、必要であった。」二二頁。「人が個人として *property* を持ちうるという觀念、そして、それは純粹に社会的な生活 *a social life* の一特徴ではないという觀念は、推し進められねばならなかった。」一四世紀の初期は、その点で、三〇〇年後に起こりえたもの——自然権が *property competition* ならびにその他の関連的価値の防禦として、保守的な思想家によつて發展せしめられた時代——を奇妙にも予見することになった。」と云ふ。二二頁。

と云ふは、John XXII のキャンペーンの最高潮は、一三二九年に到達した。それは、彼の教書『クィア・ヴィル・レプロブス』*Quia vir reprobus* の公布を伴うものであった。」と摘示する。二二頁。「John にとつて、人々と彼らの物的世界の間のすべての關係は、*dominium* の範例であった。」と云ふ。「*property* は人の道德世界のあらゆる面へと拡大し始めた。」と云ふ。二二頁。

【拙注。この点について、とくにノウルズ、前掲「中世キリスト教の發展」、二七八頁以下「第一章 托鉢修道士(2) — 論争」参照。

また、ヨハネス二世はアヴィニオン教皇であったので、その点をこの問題の背景として捉えておかねばならぬであろう。とくに、前掲三九三頁以下「第二〇章 アヴィニオン教皇」参照。]



〔オッカム Ockham のウィリアム (Occam, c. 1280~1349) は、おそろしく、最も難解な中世理論家であった。〕といわれている。cf. Black, op. cit., [Political Thought in England], p. 71. 「オッカムの見解はしばしば曖昧であり、あらゆる可能な理論的前提の彼の退屈な探究のために、確認するのが困難である。」七二頁。「オッカムの知識の理論と彼の政治理論との間に、もし、関連があるならば、それについての多くの論争があった。」op. cit., pp. 72~3. したがって、本項における Tuck の解釈もそのことを前提とせねばならぬであらう。)

まず、Tuck は、オッカムの『九〇日間の作品』Opus Nonaginta Dierum を、ヨハネスの『クィア・ヴィル・レプロブス』の論駁として書かれたものとして摘示している。二二二頁。

本項にかかわり合いのある、dominium 概念に触れた点を要約して紹介すれば、Tuck は、オッカムが、dominium は、人間的であらねばならなかったという見解を取った点を強調している。二二三頁。そのために、dominium 保護のために司法への訴権の必要性を強調する [Ockham, Opera Politica, II.]。二二三頁。(因みに、Hájek は dominium を話言葉 [日常会話] では「property」と呼んでいたという指摘を紹介されている点は、dominium と property の関連性を理解する一つの手掛かりになるかも知れない。)

そして、「dominium が論理的に人間の司法制度へ結びつけられたために、自然人はそれを持ち得ないだろうということが伴った。」と、Tuck は摘示する。二二三頁。

そこで、翻って、ドミニコ派であるトマス の ius utendi の概念をオッカムを認めたことは、オッカムの属したフランシスコ派の主張を変形させることにもなった。すなわち、「ius utendi は、dominium でないところの、必要と思われるところの、物資を使用する自然権 ius naturale であった。」という。二二三頁。Tuck は、「しかし、かかる ius について可能な訴訟は存在しなかった。」そこで、オッカムの理論は極めて綱渡りのなものであったと摘示する。二二三頁。

「なんらかの ius in re が、殆ど一〇〇年間、dominium の該当事案として見られていた。そして、dominium でない、ものの使用に、a ius を再導入しようとする Ockham の試みは、絶望的であり、不確なものであった。」二二三頁。

「ちなみに、Ockham は、自然人が物質世界に対して active iura をもったことを許容した場合に大きな譲歩をしていた。」「というのは、事実上、それは、フランシスコ派の反対派が、自然人が、彼の世界に対して dominium を持つということを要求したとき、主張しようとしたすべてであったからである。」二二三頁。

そこで、オッカムは、「かれらは、かれらの占有 possession における dominium をもつ必要はなく、それらにおいて ius を持つ必要のないもの substance を失うのみであるというフランシスコ派の主張の形式」だけは救った。二二三頁。

#### (v) Fitzraph

Tuck が次に取り上げたのが、ウィクリフ Wycliff に深い影響を与えたアイルランドの聖職者 Fitzraph, Richard (一二九五頃

一三六〇)であった。二四頁。Tuckは、彼の反フランシスコ派の主張の摘要として書かれた『救主の貧しきについて』De Pauperie Salvatoris (一三五〇年頃)が自然権理論の発展に大きな寄与をしたと摘示する。二四頁。しかも、彼は、言葉遣いの分析では、オッカムに同意しようとしていたという。

まず、彼は、すべてのiusがdominiumであるとは主張しなかったが、ius utendiがこの範疇から排除されうることは受け容れた。二四頁。

そこで、Tuckによれば、この点に関するFitzralphの論理は、「初めに、神は、世の中を完全に所有 possess し、そこに含まれる事物を所有という手段によって唯一完全自由に使用するiusを持ったという。そこから『iusはdominiumのgenus類(概念)となった。』という。二四頁。この注目すべきことは、『この神のdominiumは、人のそれと同種であった。すなわち、神は、彼のdominiumを人に分有することを認めた。それは、庶民が自身、それを失うことなしに、彼らの権利を新しいメンバーに分有することを認めうるのと同じ方法だ。』という(傍点筆者)。二四―五頁。「かくして、Fitzralphは、世の中に対する人間の支配において、人間を神と同じレベルにおくことによって、人間の自身の内在する質を神の地位まで高めていたように思われるかも知れない。しかし、彼は、神が人間に、かれのgrace恩恵から分有することを強調することによって、そして、かくして、神の恩恵を享受した人々のみがdominiumを持つと言っているものであることを強調することによって、そうすることを避けた。」(傍点筆者)と摘示する。二五頁。そしてTuckは、「これはdominiumが恩恵に基礎づけられるという有名な主張の源泉であった。」と摘示する。二五頁。

そして、この主張は、ウィクリフが、神の恩恵を奪い、その地上のdominiumを奪ったところの聖職者―更生しない教会を打ちこえる武器として、把握した主張であったという。二五頁。

(iv) d'Ailly & Gerson (一三六三頃―一四二九)

Tuckは、Fitzralphの見解の完成者として、次にAillyの見解を紹介する。「Fitzralphのnatural human dominiumは、余りにも道徳的に制約されていた。すなわち、このカテゴリーは、もし、何らかの利用価値がありうるならば、拡張されねばならなかった。」すなわち、人間への神の恩恵によるdominiumの理論の発展が求められた。二五頁。

そこで、Tuckは、d'Aillyと次に紹介するJean Gersonによって「自然権理論への移行」の作業がなされたという。尤も、その作業は、一五世紀・一六世紀初頭の彼の後継者によって磨きがかけられ、さらに発展させられたものであった。二五頁。

(d'Aillyは、有名なコンスタンツ公会議(一四一五)の指導者の一人であり、反フランシスコ派とされたが、フランスのノミナリストとして有名であり、公会議派に属し、一五・一六世紀の後継者への礎石を敷いたものとされている。)

d'Aillyの後継者はJean Gersonであった。

(Gerson, Jean le Charlier de (1363~1429). フランスの神学者。オッカム主義者。アイイ(ダイイ)の高弟。最キリスト教的博士

(Doctor christianissimus) と呼ばれた。彼の主要な関心は、頭初から教会の一致と内部改革にあり、多くの著書を公にして両方のシスマを終息させようと努力した。ピサ大会議(一四〇九)およびローマ会議(一四一二—一三)の開催に尽力し、アヴィニヨン教皇ベネディクトゥス一三世とローマ教皇グレゴリウス一二世をもとに退位させ、新たにアレクサンデル五世を教皇として教会の一致を回復せんとしたが、反って三教皇の乱立を招き、コンスタンツ総(公)会議(一四一四—一八)によってようやく目的を達した。この総(公)会議においてはフスの焚刑を援けた。教会の問題に関しては上記のほか、教会会議の教皇に対する優位を主張、また教会会議は司教だけで構成するべきでなく、神学者も出席して意見を述べべきを主張、ガリア主義の成立に決定的影響を与えた。道徳神学においては、唯名論的傾向を示し、善悪はそれ自体で存在するのではなく、それは神の意志によって決定されることであるとした。また彼は神秘主義の傾向を多分に有し、唯名論のややもすれば知的に偏向することに抗した。彼の教説は教会会議優位という面と、神秘主義の面との二方面が次代に多大の影響を与え、初期のルターも彼を高く評価している。教文館、前掲「キリスト教大事典」四六三頁。

まず、ジェルソンの一五世紀初めに書かれた *De Vita Spirituali Animae* が注目に値する。それは、*ius* 概念の分析に現われている。彼は、「*Ius* は、誰かに特有の処分能力 *facultas* or *power* であり、正しい理性の指示に従うものである」という。二五頁。「これらは、多くの方面で重要な章句である。その一つは、初めて *facultas* としての *ius* の説明が与えられたものであったということである。 *facultas* (= *ability*) の概念は、これに従って、主として、非道徳的な話に属することになった。」(傍点筆者)。二六頁。

(この点には、ジェルソンの人間の権利能力の肯認の提言として注目に値するし、*Fitzradn* から一歩進める契機になったものと思料している。 *power* = *potestas* を *faculty* として捉える意義について、付与された権限から自然的権利への道としての人間の能力という捉え方への転換の契機となっているのではないだろうか。すなわち、ジェルソンは、*ius* = *faculty* を唱えることによって、*ius* = *liberty* 論を主張、そこから *ius* の *right* 性を引き出すことになった。)

「*Gerson* は、ある種の、すべての被造物が権利をもつという結論を引き出すことに心を痛めなかった。」(傍点筆者)。「その過程で、しかしながら彼は一大重要性をもつさらなる動きをなすことが出来た。」(傍点筆者)。

「私 (*Tuck*) は、既に、ローマ人にとっても、あるいは、初期の中世の法律家にとっても、*liberty* は、*ius* (= *right*) ではなく、*ius* と強調してきている。」二六頁。「しかし、*ius* が *facultas* であると主張することによって、*Gerson* は *ius* と *libertas* を同一視することができた。」(傍点筆者)二六頁。「彼はさらに進むことが出来た。そして、それは、彼が自然的 *dominium* 問題に *ius* の分析を適用したとき、*liberty* を一種の *dominium* として扱うことが出来た。」二七頁。

彼は、「神からの賜物として自然的 *dominium* が存在する。それによって、あらゆる被造物は、神から直接に彼自身の保全のためにより劣位のもの、彼自身の用途にさせる、神からの直接の *ius* を持っている。」と書いて、*libertas* を一種の *dominium* として、各自への神からの賜物とした。二七頁。

「彼の記述の強力な自然主義的側面は、彼をして、極めて容易に Fitzard を論駁するようにさせた。すなわち、神が罪人から恩恵を撤回する場合に、神は、明らかに、罪人のものをなす自然的能力を撤回しなかった。それでは、はたして、神は、その ira を撤回すべきだったのであろうか？ 彼の実質的立場は、かくして、Ailly のそれと同一であった。しかし、その理論的基礎は、より遥かに完全に発展せしめられていた。」二七頁。

(iii) Summenhart

「Gerson は、この理論を示唆したが、それを完全にさせることは彼の後継者に委ねた。」二七頁。その最たるものが、Conrad Summenhart によるものであった。

「彼の社会理論における著作は、膨大な *Seripertitum opus de contractibus* で、契約と *dominium* とに結びついたすべての問題を、Gerson 的文書で広汎に論議したものであった。彼は、序文で、Gerson の *ius* と *dominium* の性質についての洞察を体系化した。」二七頁。「彼は、全く正しく、Gerson が、すべての *iura* が *dominium* であると、*ius* と *dominium* の範疇は同一であると、含意していたと受け取った。」二七—八頁。「しかし、もし、そうであるならば、その時には、人々がその他の人々になした請求—使徒的清貧についての討論において見失われてきたもの、すなわち、*iura ad rem* はどうなのであろうか？」二八頁。

Summenhart は、以下のことを認めた。すなわち、「「しかし、私は、かかる厳格な *dominium* の概念を持つべきであるということを受け入れるわけではない。それは、より広い意味で受け取られるし、また、次の方法で、*ius* と同じものとして見られるのである。あるものにおける *ius* を持つものは誰でもその *dominium* であると言われうるし、したがって、*ius* は *dominium* と同じものである。」二八頁。

「このことは、勿論、かなり悪しき主張である。しかし、それは、このグループが、彼の主張を通じて推し進めようとした決定であることを証明している。」二八頁。しかも、「彼らは一二世紀の請求権理論面を積極的な権利理論に換えてきた。」二八頁。

(iv) パリのノミナリスト、John Major

だが、「Gerson の觀念の他の側面、すなわち、*natural dominium* 理論のためのその結果を体系化し、発展させたのは、パリのノミナリストであった。」二八頁。「かくして、John Major は、この理論の結果の一つは、ある意味で *private property* は自然である、ということと、*Sentences of Peter Lombard* (1509) に関する彼の注釈で述べた。」(傍点筆者)。「*dominium* は、単純であるものを用いる *ius* であるということが、所与のものであるならば、それは、ある物を使用する最も効果的な方法は、私的に充当することであったかも知れなかった。そこから自然の法に基づく無辜の状態と今日との間には、この点に関して、範疇的な分断はなくなった。」(傍点筆者)二八頁。

彼 (Major) の弟子の Jacques Almain は 'natural dominium' について、同様のことを述べている。すなわち、

「かかるものとしての dominium は、正しい理性に従って、あるものを使用する以外のものではない。そして、ius は (Gerson が述べた如く) 正しい理性の支配の結果として、誰もが持つところの処分の power あるいは facultas 以外のものではない。…… natural dominium は、かくして人々が、自然の法の規則を遵守して、外的事物を彼らの使用に用いるところの、ものを使用する処分的 power あるいは facultas である。……それによって、あらゆる人は、彼ら自身の身体の面倒を見、自身を保全しうるのである。」二八—九頁。

「自然と非自然の dominia の間の相違は、単に、自然的 dominia は必要 necessary (すなわち基礎的物資をカバーした) であり、他方、非自然的 dominia は合意 convention の産物であった。—それは、アクィナスの立場を Gerson 的言葉で修正したものであった。」二九頁。

かくして、「われわれは、この動きの歴史から、いかに使徒的清貧に対する攻撃がラディカルな自然権理論を導いたかを知ることができる。」と Tuck は言う。二九頁。

「もし、人が、使用するものにおける property を持ったならば、とにかく、それがたんに個人的な消費のためだけであり、そして交易の可能性を持たない場合でさえも、そのときには、外的世界に行方者による介入というものは、property right の行使であったのである。」疑いもなく、物質の世界において、物事をするために用いられる人自身の liberty は property として考えられた。—それは、もし法的状況が正しいならば、何か他の property と同様に交易されうるという意味合いを含んでいた。」二九頁。「dominium は、諸法規 laws が充当と交換を許容した時に現われたものではなかった。それは、時の初めから現われていた。たとえ、充当と交換の不必要な時でさえも。そして、人々が単にそれを消費するというよりも、彼らの property を交易することを決定した時点においても、何らかの概念的分断というものはなかった。」二九頁。

(かくして、Almain に至って、natural dominium 概念は、人間の処分する権利、すなわち、自由を含み、それは、人間の存在の当初から存在し、その処分権には交易的処分 (自由) をも含むと考えたという。)

「一六世紀の一〇年代に、Gerson の権利理論は最高の支配を勝ち取ったように思われた。」Mazzolini が、彼がドミニニコ派であり、したがって、世の中についてのトマスの見地への傾向をもつという事実にも拘わらず、彼の summa を書くに至った時には、それにも拘わらず、彼は Summenhart よって修正され、提示された Gerson 的主張を受け入れた。」二九頁。「一五世紀を通じて、それらに対する重大な反対の証拠は殆どない。それは、その進行を我々がフォローしている討論が終止符を打たれたように思われ、また、一七世紀の権利理論のような多くの方法で見たものは成就されたように思われた。」二九頁。

しかし、「勿論これは幻想であった。われわれが次章で眺めるように、ルネサンスが、この理論の深層から、その基礎を引き出した

し、それは苦勞して、一六世紀末に再構築せねばならなかった。」二九頁。「しかし、一五世紀においては、この理論の力について疑問はありえない。」二九頁。

## ⑤ ルネサンス

## (i) 新しい動き

Tuck は、Gerson の権利理論がパリで頂点に達した時に、その放棄へ導いた新しい動きが始まったと摘示する。三二頁。すなわち、一六世紀初めルターが出現を準備し、他方、Francisco de Vitoria が教会側に立って新スコラ主義を樹立し始めた。だが、Tuck が次に取り上げたのは、ルネサンス法学の基礎がこの時期に形成されてきたという点であり、就中、彼はカルヴァン派の知識人による洞察に注目している。三二頁。

## (ii) カルヴィニストとヒューマニスト

Tuck は、カルヴィニストは、一般的に言って、カトリックに比し、よりましなヒューマニストであったと把握する。三二頁。その要点は、ヒューマニスト的法律家にとっては、その知的起源として、自然権論に依拠することはできなかったという点にある。三三頁。彼らにとって重要なのは、自然法ではなくて人定法であり、自然権ではなくて市民的救済方法であったのであるという。三三頁。それは、イタリア都市の Quattrocento 文化（イタリア芸術史の初期ルネサンス期）の中心の特徴であったものに結びついていた。そして、それは開明前の人々の粗野にして野蛮な生活と対照的なものとして捉えられている。

そこから、ヒューマニストにとっては、主に、「人間社会が、彼ら自身に課した法に関心を持った」と捉え、*ius* という観念は、「文明化 civilisation」と結合せしめられてくる。そして、かかる市民生活の導入が *ius naturale* よりむしろ *ius gentium* に属するものとされてくるという。三四頁。

(なお、この点の社会的政治的背景については、cf. Robinson, op. cit., [European Legal History], p. 166; ed by Burns, op. cit., [The Cambridge History of Political Thought], passim.)

## (iii) Valla とその後継者

そこで、まず取り上げたのが Lorenzo Valla (1405~1457) であった。優れた業績を残した最初の法的ヒューマニストは Alciatus であったが、彼には先駆者があり、法的には、それが Valla であった。(cf. Robinson op. cit., [European Legal History], p. 170. Valla は、言語学的関心をもって、古典ローマ法の文献のテキスト・クリティックを行い、ユスティニアヌス法典のみならず、中世注釈学者等が付加した膨大な注釈にも精査は及んだといわれている。)

かかる Valla について、Tuck は、本課題に関し、次の点を取り上げている。

そこでは、Valla の *ius* 概念の検討を紹介したい。そこでは、Valla は、自然界を支配するルールと人間社会の *ius* 概念が次元を

異にしたものであることを強調し、その上で、人間間の *ius* として、*ius gentium* と *ius civile* が包摂されるものと捉えた。彼の後継者の殆んどは、*ius naturale* という概念も、人間社会間の現象として捉え、それは、道徳的に許容された限りでの自然的刺激を内容とするものと主張するまで進んだが、しかし、現実に興味あるのは *ius gentium* だという *Valla* に同意していた。三四頁。

しかし、後期中世のジュリスト *jurists* にとっては、*ius gentium* の *ius naturale* に対する関係は、事実上、絶えざる問題になることになったという。そこでは、自然人と文明民の保持した権利義務間の区別を重視し、後者の権利義務に正面から取り組むに至った。三五頁。(その点を私なりにコメントすれば、*ius civile* は、ローマ市民間に妥当する *ius* であるが、属領地にはそのまま適用できぬところから、*ius gentium* という *ius* のジャンルを生み出した。したがって、ローマ市民の法感覚と現地の法慣習との間に生ずるギャップを埋めるために編み出した法領域が *ius gentium* ということができるだろう。したがって、そこでは、前にも言及した如く、人定法を超えた自然法 *ius naturale* という手法によって、そのギャップを埋めざるをえなかった。ここに、自然人と文明民との間の *ius* の区別と、*ius gentium* と *ius naturale* との関係の問題にせざるをえなくなったといえよう。)

就中、彼らの課題として、*ius gentium* から生ずるものとして *debt* に結びつけられた「*natural obligation*」について語っている *Digest* 「学説彙纂」の特定章句に纏わる膨大な絡みの解釈に着手せざるをえなくなったという。

「*natural obligation*」というものは、*practor* (政務官) の衡平的管轄権以外には、なんら市民的救済方法を持ちえなかった *obligation* が意味「されていた。「かくして、個別のローマ法契約様式なしになされた、対価 *consideration* なしの約束 *promise* は、通常の市民裁判所においては約束者 *promisor* を拘束しえなかつたろう。「尤も、それは明らかに道徳的な力は持っていたけれども。」三五頁。「市民法法律家は、カノン法の法律家と違ってこのことを受け容れた。「彼ら(カノン法の法律家)は、いかなる *promise* も、他のものと同じ重きをもっていたと主張した。彼らの問題は、それを説明することであった。」三五頁。

(この点は、本稿では、次項の「④ 約束の拘束性—*obligation*」の箇所再度取り上げる。)

#### (iv) *Bartolus de Sassoferrato*

一四・一五世紀の注解学派 *commentators* の中で有名な法律家は、バルトルス *Bartolus* であったといわれている。ところで、*Bartolus* は、この点について、古典的な解答を与えた。彼は、*ius naturale* は、すべての動物に共通するものであるという古代の法律家に従った。そして、それゆえ、*promise* の *obligation* の源泉にはなりえないものという説に従った。しかし、彼は、「*ius gentium* を二つの種類」に分けた。三五頁。「一つは、『自由人が、誠実あるいは *promise* を守るべきである等々といったような合意なしに』、いかなる *gentes* も『自然的理性によって導かれる』ようになつたものであった。『そして、この原始的 *ius gentium* に基いて、奴隷の自由な身分は破壊されなかつた。事実、すべての人々は自由であった。』。「もう一つの *ius gentium* は、すべての *gentes* が自然的理性に従ってではなく、合意によって使用したものであった。』三五頁。「かくして、彼は、*ius gentium* を、非古典

的方法で区分することによって、pre-conventional moral life (合意前の道德生活) があったという基礎的後期中世理論を救った」という。三五頁。

(2) Alciato (Alciatus), Andrea (1492~1550)

「しかし、彼 (Bartolus) の一六世紀の編者が指摘した如く、何故 natural obligation が、ius gentium の原始的範疇に入り、別の dominium がもう一つの範疇に入るべきかというところに有効な理由はなかった。」その代わり、ヒューマンニストは、簡単に、古典ローマの見解を受け容れた。すべての現実の精神的関係は文明段階に属すると。」(傍点筆者) 三五頁。

「このことはとくに、最大のヒューマンニスト法律家であった Andres Alciato と Mario Salamoni も当てはまった。」「両者共、純粹のヒューマンニスト文化より生じた。そして、深く Quattrocento ideas (一四〇〇年代のイタリア芸術文化の觀念) に影響されていた。」三五頁。

「法律家の役割は、Alciato が見た如く、文明化と社会的生活を保全することであった。」三六頁。

「しかし、Alciato は、ius gentium の二つのタイプの間には区分というものは存在しなかった。」三七頁。「ius gentium から ius civile への移動は生じた。というのは、ius gentium をもって、訴え recourse は、原始的な王の不確実なそして恣意的な判断に対してのみなされえただからである。」「他方、ius civile に基づいて、あらゆることは (政務官 magistrates を含めて) 樹立させられた法によって規制された。」三七頁。「このことは、ius gentium と ius civile の間に、いかなる範疇的な分断もなかったことを強調した。そして (Alciato が事実上、彼の著作全体において) 記されなかった ius naturale と異なって) 双方とも彼自身の便益のためのものである社会的・文明的人間の所産であることを強調した。」(傍点筆者) 三七頁。但し、「このことにおいては、いかなる社会契約の觀念も存在していなかった。というのは、それは、promises は、social man (社会人) にとって、彼らの便益からそれらの力を取得したものであり、それは一度 property がそうであるのと同じであるということだけの理由からである。」といっている。三七頁。

ここでは、ius 概念の人間間の社会性と便宜性の所産であることが強調されるにいたっていることに留意されたい。

(3) Connan と Mario Salamoni

そして、「Alciato の偉大な生徒たる Francois の Connan は、一五四〇年代遅くには、彼が構成した civil law に関する注釈において、この一般理論の最善の記述と思われるものを生み出した。」という。

「この一般的な映像が与えられるならば、多くのヒューマンニストが civil law を必然的・社会的に便宜的なものと解釈し、また、若干の種類の協同的社会的行為を通じて到達することになったことも不可避であった。」という。三八頁。

また、Mario Salamoni の De principatu et Commentarioli における、人々の契約としての civil law の定義は、この最も有名な



表現であったという。三八頁。Tuckは、「それは疑もなく、ヒューマニスト的な法的研究から生じたものであった。それは、彼の著名な Digest [学説彙纂] の最初の数箇条に関する注釈において、彼が *ius naturale* は単に自然が動物に教えたもの（自己防衛を含める）に過ぎぬ」と、そして「promiseを守る *obligation* のような道徳的關係は *ius gentium* と共にやって来たこと」を摘示しているという。三八頁。

そして、Salamonio は、かかる法は、「社会の生き残りのために必要である」から作られるのであって、社会を脅かす君主は暴君となると摘示している。すなわち、かかる法に君主も拘束されるとする。三八頁。

(iii) 初期ヒューマニスト法律家の *dominium* 論

ここで、Tuck は、初期ヒューマニストの立場が異なっていたことに触れているが、それは省略したい。

その上で、Tuck は、ヒューマニストの法律家の一般的態度が所与のものとしても、明らかにいかなる種類の *natural rights* をも彼らが考える余地はなかったという。「人間の自然生活は、全く *dominium* のようなものについての適当な枠組みではなかった。」四〇頁。「このことはルネサンスの法の研究において、極めて初期になされた *dominium utile* という範疇は、後古典的發展であったという、彼らの省察にきつちりと当て嵌るものであった。というのは、そこで、彼らは、*natural dominium* がありえないことを二つの異なる根拠で証明しえたからである。」四〇頁。

「Connan は、この第二の点に極端にまで重点を置いた。なるほど、自然態において人々は、彼らが必要としたものを用いることが出来たかもしれない。『そして、この use は *dominium* に極めて類似している。しかし、それは *dominium* ではない。それは *On usufruct* において古典的 *jurist* が説明したところである。』というのは、自然は、我々に、いかなるものにおける *dominium* をも与えなかったし、むしろ、use のために use あるいは *possession* を与えたからである。」四〇頁。

「すべての権利は、かくして *civil rights* であった。しかし、このことによつて、ヒューマニスト法律家は、直ちに、権利から救済方法へ、すなわち、権利の所持者 *possessor* のために、彼の対象物 *objective* を現実に確保する訴えへと、注意を転換させた。」（傍点筆者）という。四〇頁。

ヒューマニストは、かくして、ローマ法大全 *Corpus Juris Civilis* は、*iura in re in personam* については語らず、むしろ、*actiones in rem et in personam* について語っているという事実を証明した。すなわち、*action* が、現実には問題になるものであり、そして、彼らの法的問題についての論議が常にそれらについて核心となるものであったという事実である。四一頁。

(iv) Moulin [後期ヒューマニスト]

「後期のヒューマニスト法律家の若干のものは、とくにフランスにおいて、すべてこのことから逃避した。『より古い司法的な道に帰る傾向は、『neo-Bartolism』と名付けられた。』しかし、それは「Bartolus の一定の実体的法理と区分」が復活されたに止まった。

「彼らはそれ以上に進むことを忌避した。」四二頁。「彼らのうちの最も有名人 Charles du Moulin は Bartolus の *dominium utile* の概念を拒否した。そして、それを『新しい、かつ、微妙な区分』を以て置き換えた。すなわち、用益権者 usufructuary は、彼が享有した役割 *role* における *dominium* を持ったけれども、しかし、土地自体においてはもたなかった。」四二頁。

(B) Hotman, Francois Hotman (1524~1590)

(彼はカルヴィニストであり、歴史的ヒューマニストのアプローチを採択し、かつ、フランスにおいては法的權威をもたぬものとして、ローマを全体として許容せしめるに至った。彼は他のヒューマニストと共に、フランスの国家法の発展において重要な役割を演じた。Robinson, op. cit., [European Legal History] p. 174.)

「Francois Hotman……は好んで『私は、旧注釈学者が、地所 *estate* における一定の *dominium* を領主と領臣が共にもつ—前者が *dominium directum* を、後者が *dominium utile* をもつ—たとき、彼らの意見は、全く分別のあるものと考えた』という時、彼が封建性の論議における *dominium utile* の Bartolist の考えをより以上に修復させた。」四二頁。「しかし、少なくとも Hotman は、この *dominium* の復活は中世の権利理論への立ち戻りを導くものではなかったというよりは意義深い。」Connan と違って、彼は『*natural dominium*』の言葉を使用しようとしたが、彼のそれが意味するものの理解は、中世理論家のそれと極めて異なっていた。すなわち、『*dominium* は、自然的かあるいは *civil* かのいずれかである』と。』*natural dominium* は、すべての人々 (*gens*) に共通である。すなわち、それは、すべての人民が物を取得する方法—例えば、占拠、擅有 *seizure*、あるいは、割譲 *cession*—で取得される。』*civil dominium* は、ローマの人民にユニークなものである。……それは、三つの方法—擱取行為 *manicipation*、使用取得 *usucaption* ならびに法廷譲渡 *cessio in iure*……で取得される。」四二頁。

「かくして、*natural dominium* は *ius gentium*—ローマの都市の特別のルールとは区別されたものとして、*private property* を取得するための普通のルール—に基づく *dominium* である。」四二頁。「それは *natural dominium utile* ではなく、*dominium utile* は私的 *property* とは種別的に異なったものであった。」四二頁。

「封建制に関する彼の著作の意味合いを完遂することを拒んだことが、Hotman の絶対的な特徴であった。」「彼は、それまで、*Bar-tolus* に密着したよりも Connan に理論的事項ではより密着し続けた。そして、彼は、封建制の言葉遣いで手を出したにも拘わらず、彼の思想の基礎的範疇は、ヒューマニスト的ローマの法律家のそれに留まった。」「事実、法の比較法学における Hotman のような人々の関心(多くは最近調査されたところのもの)は、*ius naturale* よりもむしろ *ius gentium* における彼らの関心の直截的な拡大であった。というのは、*ius gentium* の性質を決定する一つの明白な方法は、かなり、複雑で慣習的な社会関係の次元で、すべての人民が共通に持っているものを眺めることであった。」四二頁。そして、「この理由のために、初期ヒューマニスト的市民法学者の活動と、より『反ローマ』の後継者たる人々の活動との間の分断を余りにも決定づけたという誤った導きになったのである。」「自然法と人定法

の間の相違に向かう共通の態度は、丁度（勿論）ある歴史感—Quattrocentoにおけるその頭初以来のヒューマニスト的文化的基本的特徴—がそれら双方を結びつけたように、双方を結びつけた」と摘示する。四二頁。

(x) Buchanan, George (1506~82)

（彼はカルヴィニストであり、ヒューマニズムの信奉者であり、有名なフーカー Richard Hooker の師であるが、但し、見解は異なっていたといわれている。）

「カルヴィニスト」は、ヒューマニズムを、「神の全能と神の人間の事柄への役割」という意味で注入した。四三頁。

「Buchanan の仕事は、司法的ヒューマニズムと Knox, Goodman, Ponet のようなブリティッシュ・カルヴィニストの初期の世代の宗教的討議のような種類の間の綜合を現している。」四三頁。「かれらの仕事の基調（母国語において有意義な、そして、法的論文というよりも、説教のスタイリスト的に由来する）は、異端的暴君に対して立ち上がった圧迫を受けた人民への勧告であり、そして、彼を、イスラエル人が彼らの圧迫者を取り扱った如く、取り扱った。」四三頁。

「より多くのことが、一五四〇—一八〇年の時期のプロテスタント抵抗理論と、一五一〇—一三〇年の時期のヒューマニスト法律理論の間の関係について語られるだろう。」しかし、Tuck は、同書の目的のためには、カルヴィニストは自然権の理論を推進しなかったことを強調すれば十分であるという。そして、事実、彼らは、権利の觀念に関心を持たなかったという。「ヒューマニストの如く、特定の憲法的救済方法が、彼らの関心の焦点にあった。」四三頁。

「もし、我々が一六世紀ならびに初期一七世紀間の権利理論における發展を理解しようとするならば、その時は、我々は、カルヴィニスト理論と Alciato のような人々をグループ化しなければならぬ。そして、彼らを、彼ら自身のイニシアティブにせよ、あるいは、神の命令の下にせよ、共通の unity のため、人間によって企画された人定法に主に関心がある場合に、自然法と自然権が第一位を占める立場から後退するものとして、すべて見ねばならない。」四三—四四頁。

「この世紀の後半に、人間の自然的な生活と市民的な道徳生活の分離についてのキケロ派の説明をそれが強調することをもって、この種の伝統の中で育ったヒューマニストは、それを、アリストテレスの政治的ならびに道徳的理論と結合させる任務に次第に直面した。」四四頁。「しかし、一五七〇年代と一五八〇年代に、ヒューマニストとくにプロテスタントのヒューマニストは、深く、アリストテレスに関心をもちた。」「このことが、次節で考察したい一六世紀のスペインのスコラ主義者に相当するプロテスタント・スコラ主義者へと導いた、と時々言われる。そして、それはまた同様に、中世の継続性で見られる。」四四頁。「しかしながら、それをこのように見ることは、それを著しく誤解している。それは、イタリアにおけるアリストテレスのルネサンス研究にそのルーツを持つヒューマニスト、すなわち、ルネサンス的アリストテレス主義のヒューマニストであったからである。」という。四四頁。

(xi) 「⑤ルネサンス」の要約

「中世の伝統からの同様な分離は、ヒューマニストとプロテスタント的アリストテレス主義によって生み出された、後の、より体系的な著作において見られる。」「中世のスコラ主義者は、アリストテレスの正義に関する観念を考えたときに、彼らは一般に、一つの基本的係争は、*dominium, property right*の配分と交換の問題であると考えた。」四五頁。「一六世紀スペイン・スコラ学者は、少なくとも部分的には、この伝統に忠実であった。彼らは、交換的正義は、アリストテレスの言葉で、契約と交換を取り扱う正義の部門—*dominium*をその基礎的的主题の問題として持っていることを受け容れた。」「彼らの一人としてDomingo de Soto（後述）⑥カトリック神学の対応」(ii) [Soto] 参照)は、物事の*dominium*とその区分は、交換的正義により取り扱われるすべての*contracts, agreements, pacts*の基盤であり基礎である、といった。」「彼らは、このことについて、アリストテレスの他の範疇について論議（後述する）、すなわち、配分的正義は、*property*あるいは*rights*の概念を含んでいなかったという事実にも拘わらず、このことを主張した。」四五頁。

「他方、プロテスタント的アリストテレス主義者は、同一の方法で两部分を取り扱い、かつ、歴史的アリストテレスにより大きな忠実性をもって取り扱った。」「彼らの論文（しばしば、スコラ的に*De Justitia*あるいは*Jure*というよりは*Ethica*あるいは*Politica*と呼ばれた）において、我々は、交換的正義は配分的正義の延長として操作されるのを見出す。それは、*possession*の公正なる配分は、究極的にあらゆる事物がはぎ取られた場合の人類の一部分ではなしに、交換を通じて到着されるような原則からなっている。」「そこには、第一次的である権利の問題はないし、あるいは、*dominium*は正義の準則が形成されねばならぬところの基礎的なものであるという問題はない。すなわち、すべては社会的便益の問題である。丁度それはそれ以前の世代のヒューマニスト的ローマ法律学者にとつてと同じである。」「彼らの眼には、アリストテレスは思慮深い政治家*politician*」（その世紀の後半に流行った言葉を用いるならば）政治学者*political scientist*が、便益の線に沿って社会を組織化しようと欲したところの者にとつてのガイダンスを与えたものであると写った。」「中世の、アリストテレスと権利理論の結合は、終止符が打たれた。」四五頁。

#### ⑥ カトリック神学の対応

これに対して、カトリック神学者も、ヒューマニストたちが逢着した問題へ対応せねばならなかった。すなわち、

「これらの著作者が、ルネサンスを洞察することに関わろうとしている間に、カトリック神学者（とくに）は、ライバル的理論を人間の自然的生活について進ませつつあった。」四五—六頁。「しかし、この過程で*dominium*のような観念についての理解について、中世的伝統と彼らのルネサンス的な理解との間で両立しないような一連の問題に逢着せざるをえなかった。」四六頁。「もし、われわれが、主観的権利よりも客観法への大きな関心の一つとしてヒューマニストの態度を特徴づけるならば、その時には、我々は、神学者の間におけるのと同じの現象を広く探査しよう。しかし、彼らの場合には、よりもっと複雑であり、妥協的發展であった。」四六頁。

#### (i) Vitoria, Francisco de (c. 1485—1545)

その「新しい神学派」の創始者は、大航海時代の幕開けに、スペインのトマス・アクィナス主義であり、国際法の祖といわれる Vitoria であつた。彼はまた Soto [後出] の師でもあつた。すなわち、「この新しい神学派の創始者は、一六世紀スペインで輝しく開花しようとしたドミニコ派の神学者 Francisco de Vitoria であつた。」「彼は、一五〇七—一五二二年の決定的時期にパリで学んでいた。そして、Gerson 理論の最後の唱導者達と司法的ヒューマンリストの最初の産物に触れることになった。」四六頁。

彼は、トミズムの復活者として知られているが、「彼の主題の選択、すなわちアクィナスに関する注釈は、それ自身で、一五世紀のパターンからの変化を示している」ものであつた。四六頁。「彼は、*ius* の定義として、単に『法規の下で許容されたもの』ということを示唆した。—それは、客観主義的 objective な定義であつた。そのことは、Gerson と Summenhart の極端な主観主義と、彼らの *ius* と *dominium* の同一化を取り扱わねばならなかつたことを意味した。」四六頁。彼は、「二つの主要な主張でそのことを成し遂げた。その一つは、『Vitoria の特徴であつたし、かつ、彼がヒューマンリストの同世代人と親和性を示すものであつた。』四六—四七頁。すなわち、彼は、『可能な法廷訴訟との関係でかかる *ius ad rem* を解釈せねばならなかつたものであり、いかなる権利も何らかの形で救済方法と関わらねばならぬもの』ということを主張してゐた。四七頁。

「彼が用いた他の主張は、完全に法的ヒューマンリストの発見から由来するものであつた。」「Digest [学説彙纂]において、『*dominium* は一つのものであり、*ius* は別のものである。と云うのは、正當な possession, use あるいは usufruct を持つ人々は、ある種の *ius* を持つ。しかし、彼らは *domini* とはなつてゐない。』と云へ。Dominium は *ius* とはありやない。」と云う。四七頁。

### (iii) Soto

「Gerson 派の積極的権利理論 active rights theory の代わりに、スペインのドミニコ派たちは、一般に、*ius* の客観的意味を、彼らの関心の中心においた。」四七頁。「De Soto—Vitoria の後継者—は、他でも多く述べているが、ここで、次の如く述べている。すなわち、

「*ius* は (Isidore が第五卷で言つてゐる *ius iustum*)、*just* と同じものである。justice の目標である。すなわち、justice が人々の間に樹立する equity である。dominium は *lord* (その名称が意味する *lord*) が、彼自身の便益のために、彼が好むように使用し得る *servants* あるいは物に *lord* の *facultas* である。それゆゑ *ius* は *dominium* と混同されてはならぬ。』四七頁。

### (iii) Bañez

「Vitoria の後継者のもつ一人、Domingo Bañez は、*ius* を、簡単に極めて古典的な方法で以下の如く、その可能な意味合いを概括化した。

『それは、まず、そして主に、justice の働きの結果として生ずるもの、そして、それはその傾向をもつものである。第二に、*ius*、

権威と「理性」と法 (二七)

iusをなすためのルールであるlawを意味する。第三に、それは法準則の知識を意味する。第四には、裁判官の決定は、すなわち、正義の行われるべきことを命ずる決定を（意味する）。最後にそれは、かかる決定がなされる公的仕組みを意味しうる。』四七頁。

「この客観主義は、部分的には、Aquinasの理論を知的第一位に復活させようとする企ての結果である。というのは、（既に見た如く）Aquinasは、この概念を正式に分析したときに、疑いもなく、主観的iusを理解していたけれども、iusを主観的なものとして語るのを忌避したからである。」四八頁。「しかし、勿論、それは、ヒューマンリストの業績に、彼らが敏感であった結果であった。」四八頁。

#### (iv) トミズムの問題点

「しかしながら、彼らの統合主義的トミズムとヒューマンリズムのためのプログラムは、natural dominiumの論議になった時に、多くの問題に逢着した。Aquinasのnatural dominiumの理論は、dominium utileの概念に依拠しており、そして、彼は、かかる非古典的観念なしには人間の自然生活の説明を生み出しえなかった。」「しかし、まさに、スペインのドミニコ派が攻撃したのはこの観念であり、その放棄は、彼らが、Gesonを攻撃するための基盤であった。」「この結果として、彼自身が巻き込まれた縛りは、de Sotoによって良く例証されている。」「彼は、dominiumを『誰かの』あるものにおけるfacultasとiusとして定義づけた。彼は、それによって、彼自身の便益のために、そのpossessionを取得し、法によって許容された方法で、それを使用しうるものとした。』四八頁。「この定義の危険性は、すぐに現れた。すなわち、

「ius et usufructus dominiumを区別するために、『in any way』と言った。というのは、dominiumは単にあるものを使用し、かつ、その果実を取得しうるのみならず、それを移譲し、それを放棄し、それを売却し、それを粗略にするneglect等々のためのabilityでもある。しかしながら、私は、『法によって許容される』という文句を、その定義を覆すかも知れない異議申立に対応させるために付け加えた。というのは、成年までの未成年者は物理的に彼のpropertyを放棄しうる。しかし、彼は、動産を放棄し、あるいは売却する権利をもっていない。というのは、彼は、人定法によって、そうすることが妨げられている以上である。』四八頁。

「しかし、勿論、この種のdominiumの定義をもって、中世理論家が考えたごとく、usufructusは、明かに、一種のdominiumであった。というのは、それは、まさに、土地をpossessし、使用するところの法的に許容された方法であったからである。』四八頁。

「それは、ルネサンスのproperty概念を、dominium et usufructusの厳格な区別と、すなわち、トミズムと結合させることは、事実上、不可能であった。』四八頁。「人間の自然生活がright-lessしたがって、property-lessであったという理論はルネサンス概念に属していた。他方、トミズムは、自然によって、人間は一定の制限された権利をpossessしたと信じた。」「それにも関わらず、スペイン

ンのドミニコ派たちは、かかる結合を試み続けた。「しかし、彼らは常に、人間の自然的権利の制限的性格と、自然と神の法にそれらが従位することを主張し続けた。」四八頁。「そうすることによって、propertyの源泉として、アキィナス後の恩恵理論を部分的に論破しようとした。それ（＝恩恵理論）は、Wycliffeと、ルターを（正しくも）生み出す結果になったところと彼らが受け取ったところのものであったのである。」四八一―九頁。

「propertyは、神の法によって与えられた権利であったので、神の恩恵によってではなかった。すなわち、それは、それらの法によって制約されていたし、神自身が、いかなる法の境界線外で享受したすべてを包摂する種類の権利の複製ではなかった。」四九頁。

「人々が自由になしうるものの制限に関するトミストの文脈における強調は、スペインのドミニコ派の理論の中心的特徴であった。」  
「それは、はやくも政治的思想における鍵（キイ）的係争になってきてきているもの、すなわち、奴隷制の問題に関する彼らの見解における表現に見出された。」Mazzoliniの如きGerson主義者は、自由人は、自身をアド・リブ ad libitumに、そして無条件に、奴隷化することに自由であると主張した。」四九頁。「彼らにとっては、このことは、ある程度、彼ら自身の社会の慣行のためよりも、むしろ、ローマあるいはヘブライの慣行のための関心のアカデミックあるいは歴史的係争であった。」しかし、スペイン人にとっては、黒人ならびに赤人の双方の奴隷は直接の関心事であった。「それに対するドミニコ派の応答は、その他の植民地の問題と彼らの一般的政治理論の双方に彼らの応答を適合させた。すなわち、彼らは、一般には、自由に自身を奴隷化しえないと主張した。そして、彼らは、もし、彼らの奴隷性の根拠が明瞭でなかったならば、奴隷としては、適正に取引されえなだらうと主張した。」四九頁。

「かくして、Victoriaは、Libertyは、世の中のすべての金の代えても、適正に取引されえない」と述べた。彼は、『それは、いかなる金よりもより貴重である生命にたいして取引されうる』と述べた。「人々は、自分自身を、極限extremisにおいてのみ奴隷化しうるかも知れない。彼らは、彼ら自身の運命の主人ではなかった。そして、それは、彼らの自由の交換的価値を定めるまで彼らに委ねられていなかった。」四九頁。「それは神の法によって与えられていた。そして、生命自体を除いてはいかなるものよりも高く定められていた。」Gerson主義者にとっては、自由は、propertyであったし、それゆえ、その他のpropertyと同一方法で交換されるし、また、同一条件の下で交換されうる。（しかし）、Victoria主義者にとっては、それは、そうでなかったし、また、そうでありえなかったらう。」四九頁。「もう一度（これは、繰り返しであるが、おそらく、権利理論史において、繰り返しされたテーマであるが）権利理論は、反主観主義者理論が禁じた慣行を許容した。」「この理論的困難は、アフリカ人が奴隷化されるに至ったところの、彼ら自身の国々における事件の暗い性格が付与されたものであるので、重要性をもつものであった。」「白人は、一般に、既に、（アフリカ）海岸で奴隷として交易されているのを見出した。そして、かなり広範囲の変化をもった奴隷制が、はっきりとした良心をもって彼ら自身を取引せしめうるために原則として許容されうると、単に確信したに違いない。」「ドミニコ派の人々が主張したように、人々が、充分正しく、奴隷になりうる環境を根本的に制限するいかなる理論も、それゆえ、この交易を覆すのに役立ちえたらう。」四九頁。

「このことが顯示したところの、彼らの自由よりむしろ人々の福祉への関心は、すぐれてドミニコ学派の際立った特徴であった。」五〇頁。「一般に、彼らは、後期中世の先人達がなしたよりも、配分的正義の問題にはるかに集中した。彼らは、公正なる配分と富裕に対する貧窮の請求についての問題を、彼らの討議の中心においた。」五〇頁。

「多くの方法で、彼らは、請求権理論に立ち戻った。そして、政治理論のこの側面への彼らの関心は、極めて顕著であったので、現代の学者は、その点だけに全巻を費やしようになつた。」五〇頁。

「人間の自由の制約された性格について、ドミニコ派の強調し、重要な役割を演じたもう一つの領域は、彼らの自由意志の一般理論であった。」このことは、困難な問題である。というのは、確かに、Vitoriaと彼の初期の後継者は、意志の自由を殆ど否定するに至らなかったからである。」五〇頁。

「しかし、Vitoriaの後継者であるBañezが、恩恵、自由意志、ならびに予定論の問題の彼のいわゆる『カルヴィニスト的』取り扱いのために有名になつたことは示唆に富む。」彼は、神は原因としてcausallyすべての人間の行為に責任があると主張した。それには、神の承認を受けた行為者も、否認された行為者も含めてであった。神は自由な行為者に自由に行為させ、他方、非自由な行為者に必然性をもって行為させたけれども。」五〇頁。尤も、「ここでのcauseの観念は、どんなに少なく言っても、明瞭ではなかつた。」「しかし、Bañezは、不自然にしかカルヴィニストであるとは受けとられないような方法で、予定論の因果関係の性格causal characterを強調しようとしたことは明かである。」「Bañez自身は、彼の立場は、Vitoriaとde Sotoの観念の合理的発展であると信じていた。尤も、de Sotoは、ともかくも、我々自身の自由な決定は、ある方法で、われわれの正当化あるいは永罰reprobationの重要な原因causeであると言ふことを欲していたけれども。」五〇頁。

⑦ 一六世紀末の新しい傾向

(i) 一六世紀の動き

「もし、一五二〇年代が、ヨーロッパ思想が過激な権利思想からヒューマニストあるいはトミストの客観主義へ、揺れ動いた時であるならば、一五八〇年代は、これらの理論自身が怯んだ時であった。」五〇頁。「ポルトガルと低地地方(オランダ・ベルギー地方)(奴隷貿易のセンター)から、新しい理論家の世代が後期中世の観念を復活させ、現代の権利理論を導き出した。」「彼らの仕事こそ、Francisco SuarezとHugo Grotiusが、その上にかかる権利理論を彼ら自身で完成させようと試みたものであったが、この新しい動きはHobbes後の世代までその運動量を失うことはなかつた。」五〇頁。

「勿論、後期中世権利理論の要素は、一六世紀を通じて、ウィトリア的トミズムVictorian Thomismあるいはヒューマニズムの間で生き残ることが出来た。」「彼らの主たる救いのセンターは、低地地方のLouvain大学「拙注、現ベルギー」であった。そこでは、一連の教授達がスペイン人のトミズムに対する代替物を供与しようとしていた。」五〇頁。



(ii) Driedo

「彼らの間における最も重要な人物は、Johannes Driedoであった。彼の著作は、きっちりと自由意志理論と権利理論についての觀念の間での、上記の示唆された関係を証明している。」五〇—一頁。(Driedoは、Louvain大学派)。「一五三七年に彼の *De Concordia Liberi Arbitrii et Praedestinationis Divinae* を発表した。そこでは、彼は極めて明確に、純粹な意志の自由擁護を主張していた。すなわち、神は人間の自由行動を予知したが厳格には予断はしなかった。」という。五一頁。

彼は、その後の論文で、「*ius* は二つの方法で考えられ」とし、その一つは、「*ius divinum*」などに関するものであり、他は「*dominium*」に関するものであり、後者は「ある人が彼の *possession* あるいは彼の農地で *ius* を持つ」といった場合である。「彼はかくして *Vitoria* ならびにその生徒が攻撃している *ius* と *dominium* の同一化を正確にすることについて、何のためらいもなかった」という。五一頁。

(iii) Vazquez

「同様に、間隙的な人物は、スペイン人の法律家 *Fernando Vazquez y Menchaca* であった。」五一頁。「一五五九年に、彼は、法学の結節点になる問題を概観したものを発表した。すなわち、*Controversiarum Illustrium* である。」「それは、*Gerson* から直接に生じうるような *liberty* 関係の *dominium* の定義を含んでいた。すなわち、*dominium* は、『誰かに何事かを行うことを許容する自然的 *facultas* である。但し、*force* あるいは法によって禁ぜられていない場合である。私は、この定義を *Institutes* から引き出した。』」五一頁。「このことは、高度に非古典的な説明であり」、「また高度に非トミズムである。」「ドミニコ派は人間が彼ら自身に *dominium* をもつという意味合いに恐怖を感じていたであろう。」五一頁。

「尤も、*Vazquez* の本は、人気を博したけれども、彼の見解と *Louvain* 大学の教授たちの見解は、もし、新しい制度的発展が介在しなかったならば、周辺のものに留まったであろう。」五一頁。「一五八〇年代にジュスイットの運動が *Louvain* の觀念に関係づけられ始めた。そして、ドミニコ派に対するその測り知れない影響を彼らの発展と展開の背後に投じた。」五一頁。「我々は、この点において、ドミニコ神学に関するジュスイットの根深い疑惑の徴候を見ることが出来る。すなわち、多くのドミニコ派は、より早くプロテスタントになっていたし、そして、*Beñez* によって信奉されたこの種の神学は、宗教改革に対抗するものの安全な基盤になるようになったカルヴィニズムに余りにも類似していた。」五一—二頁。「*アクィナス* は、ジュスイットの研究では覇権的地位を享有したけれども、彼らはまた(彼らの創始者の希望の下に)『われわれの時代により適合した』*ガイド*の採択を考えようとしていた。すなわち、この知的な開明は、プロテスタントとカトリックの間の相違を明らかにする彼らの決定と結びついて、彼らを当然に *Louvain* で表示された可能性を考え、それゆえ、究極的には *Gerson* によって表示された可能性を考えるに至らしめた。」五二頁。

(iv) Lessius

「一五八五年から一六〇七年にまで間欠的に続いたところの宗派間の論争は、ジュスイットの Leonard Lessius が、Douai から Louvain で神学を教えるために到来した時に始まった。」彼は、彼の意図として、旧 Louvain 教授の觀念の回復を宣言した。そして、カトリック秘密支持者—カルヴィニスト Catholic crypto-Calvinists 攻撃に着手し、そして、自由意志の教義の詳述を行った。「一六〇六年まで発表されなかったが、一五九二年以前に明らかに書かれた法哲学の著作において、Lessius は、また、iura について potestas あるいは facultates として語り、かつ、受動的能力 potentiae passivae として、受動的権利を解釈しようと試みた。しかし、殆ど方法で、この本はなお、Victorian の枠組みから解放されていなかった。」五二頁。

## (A) Molina

「Molina は、自由意志について、彼の觀念を推進した。」(一五八九年の著作において)。五二頁。「彼は直ちに、Bañez の論争に結びつけられたことを知った。」五二頁。「しかし、この主張の最頂点で Molina は、さらなる攻撃に着手した。」(De Iustitia et Iure of 1592)。「彼は後期中世の主張に、劇的に立ち戻るように思われるに違いないものをもって開始した。」すなわち、彼は、「何かを為す能力 facultas、何かを得る facultas、あるいは、何かを保有する facultas、あるいは、正当な理由なしに阻害されることは侵害 injury になるところの若干の立場にあるところの facultas」は ius であると定義づけられるという見解をとった。五二頁。しかし、「彼は、すべての可能性を持つ行為者が ius を持つとする点では至らず、彼らの facultas を奪われることから被害を受ける一定の種類のみを (ius をもつものと) より合理的に摘示したのである。」五三頁。

要点を摘示すれば、行為者の「理性と自由意志」を重視し、それを持たぬものの facultas は ius とは見なされないとするものであった。五三頁。

「しかし、Gerson と同様、彼はその所有者 possessor の処分的特徴の關係で、全面的に ius を見ていた。」五三頁。

「しかし、おそらく、彼の説明の最も顕著な特徴は、なんらかの passive rights の觀念に浴びせた明白な攻撃である。」五三頁。「Mazzolini が、より以前の八〇年前に主張したように、Molina は、すべての権利は active でなければならぬと、また、明らかに、passive rights は、現実には、物事を為す権利であると、主張した。」(傍点筆者)五三頁。「Molina の激しい active 権利理論が、人間の自由 human liberty におけるよりも、人間の福祉 human welfare に余り関心を持たなくなるとは、驚くべきことではなかった。」五三頁。

「このことは、また奴隷について彼が述べていることの特徴でもあった。すなわち、「人は、彼の外的物の主 dominus であるのみならず、彼自身の名譽と恥辱の dominus でもある。すなわち、彼は彼自身の liberty の dominus であるし、そして、自然法の文脈において、自分自身を移譲し、かつ、奴隷にすることが出来る。」五四頁。

「Molina に従えば、『Althiopianus』すなわち黒人は、その立場にあった。すなわち、彼らが任意に奴隷でないと想像する合理的な

理由は存在しなかった。そして、彼らは、彼らの生命から首飾りまでに亘るような、なんらかの種類の報酬でもって彼ら自身で奴隷になした。」という。五四頁。

Molinaの本は、「Victoriaとその後継者が言っていたすべて首尾一貫的包括的代替物をもたらした。そして、それは、ヒューマニズムの微細さに、殆どあるいは全然注意を払わなかった。」五四頁。「奴隷貿易と他の権力との植民地抗争とに深く巻き込まれた国から来たので、彼のGersonの権利理論の復活は、商人資本主義のイデオロギーを生み出そうとする試みに極めて類似していた。」しかし、自由意志についての一般的觀念にそれが疑いもなく結びついていたことは、さらにまた、より広いイデオロギーの範囲を示唆するであろう。すなわち、それは、彼の肉体的ならびに精神的福祉の双方に関係するものごとについて、彼自身の決定を下し、そして、かつ、それらの決定に固守せしめられる自由独立の存在としての人間の映像を意味する理論であった。」五四頁。

(iv) Suarez, Francisco (1548~1617)

グロティウス以前における、この問題の最後に留意すべき人として、Tuckは著名なスアレスに言及している。

奴隷問題について、「何故、一六世紀末に、かかる映像がアピールせねばならなかったかということは、イデオロギーの変化についての何らかの同様の問題に答弁するのと同様に難しい問題であった。しかし、それは人気があり、とくに、スペイン領低地地方で人気のあったことは疑いない。」五四頁。「しかしながら、Molinaの觀念を發展させた尤も有名な人はスペイン人Francisco Suarezであった。」五四頁。「彼の一大業績は、一種の、モリニズムMolinismとVictoria的トミズムの総合を生み出した点にあった。尤も、Molinaに多くの力点はおかれていたが。」五四頁。

「このことは、彼の人間の自由意志についての觀念にもあてはまる。」五四頁。「彼は、人間の自由は、神の自由と概念的に同種であると考ええなかった。しかし、彼は、その特定の行動において、本質的に付随性contingencyであるものが、自由であることは可能だと考えた。」そして、同様のことは彼の権利理論にも当てはまった。」五四頁。「彼は、iusの概念を分析した有名なDe Legibus ac Deo Legislatore (1612) において、次の如く述べている。

『この名前は、固有的に、あらゆる人が、彼自身のpropertyに対してか、あるいは、彼に帰属するものに関して、持つところの一定の精神的facultasに、与えられているのが常である。というのは、まさに、かようにして、物の所有者ownerが、その物におけるiusをもつといわれるからである。』五五頁。

「彼は、かくして、rightをfacultasとして分析するGersonとMolinaのような人々としっかり結びついた。」「しかし、彼がなした重要な動きは、その時、人の自然生活のトミズム理論というものを、それらの言葉で再解釈したことであった。」五五頁。「一六世紀初期の、法学者、Fortunius Garciaによって指摘されたことで、事実であるのだが、彼は、ius naturaleのアクィナス理論は、それが、人間の自然生活の殆どの特徴に関し、中立的であったということをも単に意味したもので、必要物資を使用する自然権以外のなんらかの

一見自然権 *any prima facie natural rights* を、人々は持つていたということの意味するものではなかったことを知っていた。「しかし、スアレスは、事実、*ius naturale* に基づいて、人々が、彼ら自身の *liberty* を含めて、広く多様な事物における *natural dominium* を持つと主張した。そして、このことは、アクィナスの観念とけっして競合するものではなかった。」五五頁。「かくして、彼は、この問題についての後期中世の立場に立ち戻った。それは、Victorian トミズムがまごついた泥沼状態から、かくしてのみ脱出しうることを意識してであった。」「すなわち、

『われわれは、*ius* が時々 *lex* を意味するといってきた。また他方、時折、事物に対する *dominium* をそれは意味している、といってきた。すなわち、その使用 *use* に対する請求を意味していると。そこで、当面、自然法に関しても同様な陳述をする。』（五五頁）。

『したがって、聖トマスによって措定され、かつ、通常合意されている区別は、訓示的な *perceptive* 自然法に関するものとして理解されねばならない。』（五五頁）。『この見地から、*property* の区分は、かかる区分を、自然法が絶対的、かつ無条件に禁止するということの意味で、自然法に相対立するものでないことは明らかである。』（五五―六頁）。「拙注、前出「自然法への付加」。このことは、奴隷、その他同様のことがらにも当てはまる。』（五六頁）。

『しかしながら、もし、我々が *natural right of dominium* (*'iura natural' dominatio*) について語るならば、その時には、自由は、*positive* な意味で、すなわち、単なる *negative* な意味でなく、*ius naturale* の事項であることは真実である。というのは、自然自体が人に彼の *liberty* の真の *dominium* を授けているからである。事物の共有 *community* は、ある意味で、もし、それらはいかなる分割もなされなかったならば、人びとは、*positive ius* を持ち、そして、共通のストック（資材）を使用することを請求するだろうからには、*ius naturale* に基づいて人々によって保有される *dominium* に属することになる。』五六頁。

「共通の事物に対する *dominium* は、純粹の *dominium* であった。尤も、それは実際には恒久財のものではなく、むしろ消費されるものの専有物のみを意味するだろうけれども。」「可能性としては、事物は、庶民の間で交換されうるし、究極的には、*private property* の定着したルールが導入され、かつ、自然状態から移行がなされうるだろう。』五六頁。

「自然状態における物資を使用する権利はより利益権 *usufruct* に似ていた。そしてそれは、純粹の、かつ、譲渡されうる *property right* であった。」五六頁。「このことは、また、人間の自由の自由に適用した。すなわち、『自然は、*liberty* とその *liberty* に対する *dominium* を認めただけでも、それにも拘わらず、それが取り去られるべきであることを、絶対的に禁止はしなかった。というのは、人は彼自身の自由の主 *dominus* であるというその理由のため、彼が、そのものを売却し、あるいは移譲することが可能であるからである。』五六頁。

「スアレスが、政治的権威を論ずるに至った時に、明白な結論をこのことから引き出した。」「もし、自発的な奴隷が個人について可

能であるならば、全人民にとっても可能であった。「かかる人民は、それが個人としての資格での、その構成員の目的とは区別され、共通の目的をもったという意味で、個人として考ええたであろう。そして、彼らはそれと同様な方法で世の中における行為者 agent であった。それゆえ、それは、それ自身の liberty にたいする dominium をもち、それを完全に主人に譲渡しえたのである。」五六頁。「奴隷制の自然権理論の防禦は、スアレスの手で、絶対主義の同様の防禦になった。すなわち、もし、自然人が彼らの liberty と物質世界に対する property rights を持ちうるならば、その時は、彼らは、彼らが彼自身で適当と考える報酬をえて、その property を譲渡しうる。割の悪い取引も、我々が我々の promise は守られねばならぬという一般の自然法によって守られねばならぬ。」五六―七頁。「スアレスのこの訓示の自然法の見解は、基本的には、中世の先人の、そしてルネサンスのスコラ学者のそれと同じであった。そして、勿論、全く非ヒューマニスティックであった。「彼は、それを、人間にとって直観的に明らかなどころの一般的道徳的原則の本体であると受け取った。」「それは、一連の配分的正義についての原則を含んでいた。それは彼に Victorian の福祉観念の多くを彼の一般理論に編み込ましめえた。しかし、それは他の expletive justice (補充的正義) の原則も含んでいた。それによって、人々は彼らの個人的、また、公的生活において、共に、全面的、かつ、誤った自由の喪失に、彼ら自身を委ねるのを見出しうるところの契約のルールをも、それはとくに含んでいた。」五七頁。

「彼のこの分野における著作は、自然権理論の野心的性格をもつグラフィックの例証である。」(傍点筆者) 五七頁。

(拙注、奴隷制は、当時の所有権論に不可欠の問題であった。後期中世の法理論については、cf. Kelly, op. cit., [A Short History of Western Legal Theory], pp. 148-9. ルネサンス・宗教改革期のそれについては、cf. Kelly, op. cit., pp. 193-5.)

なお、スアレスについては、数多くの面についての評論があり、その評論もマチマチであるため、この Tuck の叙述も参考資料として紹介したものであることを断っておきたい。ただ、dominium 概念を無批判的に「所有権」として捉えることには、一つの傍論として参照になるものと思料する。