
論 説

グロティウス『戦争と平和の法』 第 3 卷第 20 章第 11 節を読む

——国際法の占有理解のために——

田 中 実

- I はじめに
- II グロティウス
- III リウイウス
- IV 再びグロティウス
- V おわりに

I はじめに

主として近世・近代の旧植民地独立において生じる国境紛争解決にあたり形成され、国際法において用いられる *uti possidetis* 原則は、ローマ法由来のラテン語を借用しながらも¹⁾、*actio* にいたる複雑な仕掛けの手續 (*una machinosa procedura*)²⁾であるローマの不動産占有保持特示命令 (*interdictum uti possidetis*) に含まれ、専門的な占有に内在しているとされる³⁾瑕疵占有条項 (*nec vi nec clam nec precario*) を等閑視し⁴⁾、全く異なる観念を有している。やはり国境紛争あるいは領土紛争の解決にあたり用いられる *effectivités* (実行使) の概念は人口に膾炙するほどに知られているが、これもまた本来的にはいわゆる普通法ないし普通法学に *fremd* である⁵⁾。相対的で排他的なロー

マの占有観念の基礎知識を持って国際法の平明な解説書を繙くと、相手方との関係での瑕疵の問題の位置づけがはっきりせず、さらに、主権の争いに英米法の相対的な権原観念の影響が見られるため、所持、占有、所有の区別が不明瞭で理解が容易ではない⁶⁾。本稿の課題は、以上のことを念頭に、グロティウス『戦争と平和の法』の講和条約の解釈を説明する短い節（第3巻第20章第11節）を彼の引用文献とその後の節の叙述から理解することである⁷⁾。

まず、ギリシアの偉大な弁論家デモステネス（前384-322）の著名な弁論『冠について（クテシポン擁護）』の一節の紹介から始めよう。後に述べるように、グロティウス自身も援用しているエピソードでもある⁸⁾。

デモステネス『冠について（クテシポン擁護）』25-26

……とにかく私は政務審議会議員として〔前347-346年〕、ピリッポスの所在がわかった地点へ、使節団は可及的速やかに船を進めて、誓約をとるべきだと提案しました。ところが私が提案を可決させたのに、彼らは行動に移ろうとしなかったのです。それはどういう意味だったのでしょうか、アテナイ人諸君？ 私がお教えしましょう。〔アテナイ側の〕誓約と〔ピリッポスの〕誓約の間にできるだけ長い時間が置かれることがピリッポスの利益になり、その時間ができるだけ短くなることがわれわれの利益だったのです。なぜでしょう？ それは諸君が誓約を立てた日からどこか、講和の成立を見込んだ日から戦闘準備を停止したのに、ピリッポスの方はまさにこうなるようにずっと画策していたのです。誓約前にわが国から奪える限りのものを奪えば、それらすべてを着実に確保できるだろうと考えて——その目論見は当たっていたわけですが——、なにしろそれらのために講和を破ろうという人はいないだろうから、と。

講和条約の交渉直前に事実上奪ってしまいさえすれば、それはすべて着実に確保（βεβαίως εἶεν）できるのだというピリッポスのこの目論見は、おそらく、交渉過程で、「占拠」「所持」の現状が、たとえ相手方との関係で暴力

という瑕疵を帯びたものであっても有利に働くメカニズムを前提としている。そうだとすると、このメカニズムは、交渉前に、自己に有利な裸の現状を暴力的に作り出す、暴力にインセンティブを与えることになるであろう。ローマ法の瑕疵占有条項は、瑕疵を受けた側からの将来の実力行使を容認しているという意味で、実力行使を完全に封印する以前の、進化の途上にある制度であったとの理解もあろうが⁹⁾、しかし過去に目を向けると、暴力へのインセンティブを与えないという洗練された論理を内包している¹⁰⁾。相手方との関係では排他的に確定され、かつ第三者との関係では相対的なこの占有者の地位が法制度を拵える要であるとすれば、この観点からグロティウスを読むことは、国際法に対する違和感の一端を浮き彫りにすることに繋がるやもしれない¹¹⁾。彼の『戦争と平和の法』第3巻第20章第11節の説明を読んでゆこう。

II グロティウス

最初に、グロティウスは、講和条約の解釈について、すでに説明した(第2巻第16章第12節)ものとして、「好ましい(好意的な)ものを有していればいるほど、何であれそれだけいっそう拡張して解釈しなければならず、そこから遠ざかっていけばいるほど、それだけ厳格に理解しなければならない」(quo quidque plus habet favoris, eo laxius accipiendum; quo longius abit, eo restrictius)との解釈原理から始める。

規範につき、「好ましいもの」(favorable, alles Günstige)と、その反対概念である「忌々しいもの、憎悪によるもの」(odiosus, alles Lästige)との区別は今日では分かりにくいだが、中世法学以来、とりわけ近世法学の解釈方法論において大きな意味を持っており、しかも客観的あるいは典型的に把握されていた。つまり——パンデクテン法学以降のように類推適用と必ずしも峻別されてはいない——拡張解釈が禁止される法規として、刑罰法規、法律行為を無

効とする法規，*ius commune* から逸脱する法規が，*odiosus* な法規であるとされていた¹²⁾。刑罰法規についての拡張解釈——あるいは19世紀以降の類推適用——の禁止は，なるほど「自由」の観念に親和的で罪刑法定主義に繋がるものであるとか，*ius commune* を普通法ではなく原則法・正規法であると解すると，ある種の内容的な価値判断に支えられたものだと理解も可能である。それどころか *ius commune* を普通ローマ法だと理解しても，非ローマ法の作り手はレベルが低いとの価値判断が述べられることもあった。あるいは，合意の不存在又は法律行為の無効をむやみに拡張せずに厳格に解釈することは，時には信義に反する合意又は意思表示を支持するのみならず，債務者側からすれば債務負担という自由の制約を強めるものだ，との理解もありえよう。しかし実際にはこの原則はカズイスティッシュな例外の列举に服していた¹³⁾。いずれにせよ，グロティウスはこうした普通法学者のオーソドックスな解釈トポスを少なくとも用語として利用しているわけである。

19世紀ドイツのキルヒマン (Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884)) は，彼自身の手による『戦争と平和の法』の独訳に脚註を施し，この準則は響きだけは素敵だが実際に適用できない，と旧来の法律学の無価値を唱えた彼らしい皮肉を述べている¹⁴⁾。つまり，一方当事者にとって好ましいことは何であれ相手方にとっては常に好ましくないから，このような抽象的な準則は確かな導きとはならない，というのである。

しかしグロティウスは，この「好ましい」につき，中でも「最も好ましいこと」として，「各人が各人のものを取得する」(*suum quisque consequatur*) という自然法の要請を想定し，「好ましい」につき，当事者によって変わるものではなく，より客観的な基準を想定している。つまりこの原則に則った条約の条項は拡張解釈が可能であるが，これに反する条項は厳格な解釈が要求される，と考えているのである。彼は，講和条約について，解釈が必要な場合つまり不明瞭な規定があるとき，正しい武器を有した者 (*qui iusta arma habuit*) つまりその戦闘行為が正戦と言える者にとっての戦争の目的が実現され，そ

の者に損害賠償と費用償還がなされる方向の解釈がなされなければならない、とする。そして「各人に彼のものを」の原則は、正戦だったと認定された側からの請求について損害賠償と費用償還に限定され罰金目の利得は許されない、というようにも機能する。罰目的の利得を許さないことについて、罰は *odiosus* であるとする伝統的な解釈の枠組みがここで機能しているのかもしれない。

そうは言っても、やはりグロティウスもこの原則が実際には通用しないことを承知している。そもそも決定的な勝敗が戦闘によって決まらない場合、講和条約交渉過程で自己の非を認めて講和条約にいたる当事者などほとんどいないわけであるから、その解釈についても、いずれの当事者の目的を実現する方向の解釈をなすべきなのか予め決まらないのが常である。こうなると、キルヒマンの懐疑に陥りかねない。そこで、グロティウスは、「両当事者を平等に扱う解釈を受け入れなければならない」《*ideo ea sumenda est in pactis interpretatio quae partes quoad belli iustitiam quam maxime aequet*》とし、平等な扱いには二種類あるとして、別の解釈基準へと移行する。一つは、「あれこれの物の、戦争によって侵害された占有が、*ex formula iuris antiqui* (で)処理されるように」《*ut quarum rerum turbata bello possessio est ex formula iuris antiqui componatur.*》であり¹⁵⁾、今一つは、「物がその場所にとどまるように」《*ut res maneant quo sunt loco.*》である¹⁶⁾。

第12節でグロティウスは、この二つのいずれがよいのか疑わしいときは後者の方が現状を変更しないという意味でより容易である、と功利的判断を行う。しかし我々の関心は、デモステネスの弁論に見られた懸念を払拭しえないこうした功利に依拠しない前者の扱いであり、とりわけ、近代語訳でも訳が異なる *ex formula iuris antiqui* の理解である。

まずは、後者について、註16に挙げたカーネギー国際法古典叢書の Kelsey による英訳では括弧書きで *uti possidetis* との用語が入れられていることから分かるように、ローマ法を等閑視したと解される *uti possidetis* 原則だと理解される。グロティウスはこの原則を支えるものとして、博学な法学者

でトゥルーズ高等法院部長評定官にもなったピエール・デュフォール (Pierre Dufaur de Saint-Jory, Petrus Faber (1540/1–1500)) による否定辞削除の修正提案を受け入れた上で、「学説彙纂」のトリポニヌス法文 (D. 49.15.12) を挙げている¹⁷⁾。この法文は、デュフォールにとどまらず多くの学者から修正が提案されているものであるが、まずはモムゼン大版の本文を——デュフォールの異読やモムゼンの修正提案を〔 〕に入れて——訳すと、以下のようになる。

D. 49.15.12 pr. トリポニヌス『討論集』第4巻

戦時には帰国権があるが、しかし平時に帰国権のあるのは戦争で捕虜とされた者であって、講和において何も言及されていない〔それが言及されている＝デュフォールによる異読〕者についてである。このように決めたのは、ローマ人が平時におけるよりもむしろ戦時の勇氣・気概 (virtus) の中に国に戻る希望があるようにしようと考えていたからである、とセルウィウスは書いている。しかし平時に異国人のもとへ達した者は、突然に宣戦布告がなされると、その行為からしてすでに我々の敵である彼らの奴隷になってしまうのである。これらの者には、帰国権がない旨が盟約で定められていたのでなければ、平時にも戦時にも帰国権がある。

D. 49.15.12 pr. Tryphonus libro quarto disputationum.

In bello postliminium est, in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum. quod ideo placuisse Servius [Sulpicius Rufus] scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt. verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur. quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his ius postliminii.

デュフォールは、この法文の最初の一文の nihil (何も～ない) につき、これを削除し、id と読むべきであるとして、講和条約に言及されている捕虜のみ

に帰国権があると理解した。これが、グロティウスの採用するところとなった。つまり条約で明示されなければ原則として戦時中に捕虜となった者には帰国権は認められず「現状が維持される」、というのである。デュフォールは、キュジャースの賛同を得たことから、この異読に対する自信を表明していた¹⁸⁾。

デュフォールのこの箇所はゴドフロワの註記でも指摘され¹⁹⁾、さらに、肯定・否定を転倒させる修正提案の便利なリストを18世紀に作成したマイセン出身の法学者ヤオホ (Siegmund Reichard Jauch) もこの nihil の削除を支持した²⁰⁾。ヤオホの解説は、すでに法文の中に「このことを決めたのは、ローマ人が平時におけるよりもむしろ戦時の勇氣・気概 (virtus) の中にこそ国に戻る希望があるようにしようと考えていたからである、とセルウィウスは書いている」、とローマ人の本来の根拠を述べている部分を、「講和がなされれば何らの苦勞なく帰還できるのだとして、敵に容易に投降することのないように」《ne scilicet hostibus sese facile dederent, tanquam, pace facta, nullo negotio redituri.》と敷衍し、法文修正提案の理由を分かりやすく解説していた²¹⁾。このように戦時に捕らえられた捕虜について講和条約で明確に定めない限り原則として帰国権を有しないことは、戦時における敵への安易な投降を抑制するローマの政策的意図が背景にあるが、グロティウスはこれを、現状維持という一般原則の証左に援用していたのである。さらに彼は次のように述べている。

このように、合意がなければ投降者 (transfuga) も返還されないことになる。なぜなら我々は投降者を戦争の法によって受け入れたからである。つまり、戦争の法を通じて、我々には、味方を変える者を認め、我々の側に加えることが許されている。《Sic et transfugae non reddentur nisi convenerit. Nam transfugas iure belli recipimus: id est per ius belli licet nobis admittere, et nostris ascribere eum qui partes mutat. Res caeterae tali pacto manent penes tenentem.》

グロティウスは、*transfugae*つまり「敵へ投降・脱走する者」《*se dederunt*》について、敵へ寝返る者、つまり「味方を変更する者」《*partes mutat*》として、より積極的な裏切りの意思を有した転向者という意味も持たせている。これは、キュジャース『観察と修正』の理解が採用されていると思われる²²⁾。現状維持の原則の証左としてのみならば、こうした限定の必要はないかもしれない²³⁾。

次に、グロティウスは、その他の物はこうした合意によって保有者にとどまるとし、この保有は戦争においては市民法上の占有ではなく事実上の占有 (*facti possessio*) で十分であるとする《*Ilud autem tenere non civiliter sed naturaliter sumitur; in bellis enim sufficit facti possessio, nec alia attenditur.*》。そして本稿の冒頭で挙げたデモステネス『冠について（クテシポン擁護）』を援用している。しかしグロティウスは、この点につき論述を展開するのでなく、援用後すぐに無体物の占有の説明に移っている。

このように比較的単純な「現状維持」の原則に対し、前者の解釈基準である《*ut quarum rerum turbata bello possessio est ex formula iuris antiqui componatur*》は、どのように理解すべきであろうか。この表現の部分につき、グロティウスはすでに本文で、「この文言はメニップスの弁論の中にあり、そこで彼は条約の種類について論じていたのである」《*quae verba sunt Menippi in oratione qua de federum generibus disserit*》と述べている。

III リウイウス

そこで我々はまず、リウイウス『ローマ建国以来の歴史』において伝えられている、条約の種類を論じたメニップスの言葉を検討しなければならない。

これは、ローマ・シリア戦争前夜、紀元前193年、一方でセレウコス朝シリアのアンティオコス3世からの外交使節団と、他方で第二次マケドニア戦

争に勝利をもたらしたローマの英雄で、元老院から「使節団の話聞き、彼らにローマ国民の尊厳と利益に基づいて解答できることの解答を委ねられた」《*mandatum ut adhibitis iis legatorum regis uerba audiret responderet-que iis quae ex dignitate atque utilitate populi Romani responderi possent*》ティトゥス・クインクティウス・フラミニヌスとの交渉過程で、前者の代表メニップスが述べたものである。問題のリウィウスの箇所はこうである。

リウィウス『ローマ建国以来の歴史』（以下『ローマ史』）第34巻第57節6-9

メニップスとヘゲシアナックスが王の外交使節団の代表であった。二人のうちメニップスが述べた。「私は、単に友好関係を求め、同盟関係を結ぶために来たにすぎないから、外交使節団がいったい如何なる入り組んだ問題を有しているのか分からない。ところで、諸国や国王が互いに友好条約を締結するのに三種類の盟約 (*foedus*) がある。一つは、戦争での敗者に降伏の条件 (*leges*) が宣告されるものである。実際、この場合には、武力の面で勝った者にすべてが委ねられたところでは、敗者がそれらのうちの何を有し、罰として敗者から何を没収するのかは、勝者の権利と裁量にある。第二の場合。戦争で同等の力があつた当事者は、平等な盟約 (*aequus foedus*) で、講和と友好関係に (*in pacem et amicitiam*) いたるのである。実際、この場合には、合意 (*conventiones*) によって、物が返還請求され返却され、そして戦争によってその占有が侵害されていれば (*turbata bello possessio sit*)、その物は、*ex formula iuris antiqui* (で)、あるいは *ex partis utriusque commodo* で取り決められるのである。第三の種類とは、決して敵であつたことのない者たちが相互の盟約によって互いに友好関係を締結するために結びつくときのものである。一方が条件を述べるだけで一方が受け入れるというものではない。それはあくまで勝者と敗者の間のものであるから。」《*Menippus et Hegesianax principes regiae legationis erant. ex iis Menippus ignorare se dixit, quidnam perplexi sua legatio haberet, cum*

simpliciter ad amicitiam petendam iungendamque societatem venissent. esse autem tria genera foederum, quibus inter se paciscerentur amicitias civitates regesque: unum, cum bello victis dicerentur leges; ubi enim omnia ei, qui armis plus posset, dedita essent, quae ex iis habere victos, quibus multari eos velit, ipsius ius atque arbitrium esse; alterum, cum pares bello aequo foedere in pacem atque amicitiam venirent; tunc enim repeti reddique per conventionem res et, si quarum turbata bello possessio sit, eas aut ex formula iuris antiqui aut ex partis utriusque commodo componi; tertium esse genus cum, qui nunquam hostes fuerint, ad amicitiam sociali foedere inter se iungendam coeant; eos neque dicere nec accipere leges; id enim victoris et victi esse.》²⁴⁾

このように、メニップスは、ローマとセレウコス朝シリアとの関係は第三の種類であるべきところ、ローマが勝者であるかのような条件を提示してくることを非難している。

我々にとって重要なのは、戦争を終結させる第二の講和条約の部分である。ここでのメニップスの説明では、合意によって物の返還がなされるのであるが、その場合に、さらに二つの取決め方が提示されている。そのうちの二つ目は、「両当事者の利益に基づく」と言う。この抽象的な原則自体については、一見すると、いずれの当事者からも異論の出ない方法であろうが、あくまで利益対立がない場合に有効であり、この意味でそもそも無内容であるとも言える。やはり一つ目の *ex formula iuris antiqui* が重要である²⁵⁾。ここに用いられている *formula*, *ius*, *antiquus* の単語はいずれも多義的であり理解が難しい。この *formula* の意味するところは、法律用語として最初に思い浮かぶ「方式」ないし「方式書」なのか²⁶⁾、それとも公法領域に用いられるとされる「条約」なのか、あるいはルールや原則、さらには単なる「状態」「関係」の意味なのか、ひいては比較的大部の羅独辞書が《oft steht es überflüßig》としているように、特定の意味を想定しない冗語的なものな

のか²⁷⁾。ここでの formula をはつきりと「条約」であると理解し、ex formula iuris antiqui を、この締結交渉以前に両当事者にすでに条約が締結されておりその条約が基準となるとの解釈は、Voigt から Fusinato へ、そして Cursi へと受け継がれてきた²⁸⁾。今回の平等な盟約における占有侵害回復の基準が前回の合意とされるのである。つまり例えば今回の戦争以前の状態への回復となり、これは個々の単語との対応からして、また法学的な見方からしても説得的である。他方で、そうだとすると、ここでの準則は以前に合意のない当事者には適用できず、すべては「両当事者の利益に基づく」ことになってしまう。そこで、我々は、この解釈の当否を留保して、判断の手がかりとして、リウウィウスのこの箇所が近代語にどのように翻訳つまり理解されてきたのかを見ることにしよう。

仏訳として、比較的新しい Liez 訳は、「両当事者がその権利と旧来の占有を取り戻す」《[les parties contractantes] rentreient dans leurs droits et leurs anciennes possessions》と理解している²⁹⁾が、この訳は、19世紀の Dureau de Lamalle et Noël 訳「権利を完全に回復し、さらに旧来の占有を取り戻す」《[les parties contractantes] rentreient dans la plénitude de leurs droits et dans leurs anciennes possessions》との理解に近い³⁰⁾。同じく19世紀の Nisard 監訳を繙けば、「戦争が当事者から奪ったものはすべて、旧来の権利や特権に従って、占有する状態に戻る」《[les parties contractantes] rentraient, suivant leurs anciens droits et privilèges, en possession de tout ce que la guerre leur avait enlevé》というように、他の二つの仏訳に比べ基準としての ex を尊重しつつ、権利に基づく旧来の占有の回復と解している³¹⁾。ちなみに、今一つの比較的新しい Flobert 訳は「戦中に損なわれた財産につき、(判断基準となる)判例・範例をなす原状を典拠とする」《pour les biens qui ont souffert pendant la guerre, on se réfère à une situation antérieur faisant jurisprudence》と意識している³²⁾。

英訳として、ローブ古典叢書(The Loeb Classical Library)の Sage 訳を見ると、所有権の帰属が戦争によって不確かになった場合の解決策の一つとし

て、「伝統的な法準則に従って解釈される」《and if the ownership of any property has been rendered uncertain by the war, these questions are settled according to the rules of traditional law》との理解である³³⁾。つまり antiquus に修飾される ius は法と解され、占有又は所有状態ではなく解決のために依拠すべきルールと考えられているわけである。所有権の帰属が不明確な場合の決着であり、その際に依拠すべき基準であるとの理解は、18世紀末の Baker 訳にも共通して見られる。つまり彼は、《if, in consequence of the war, confusion has arisen with respect to any parts of their properties, the matter is adjusted on the footing either of ancient right》と訳し³⁴⁾、on the footing of ancient right と、ius antiquum を所有権が混乱している場合の解決基準としての「旧来の権利」であるとする³⁵⁾。

伊訳として、Cardinali 訳は、「依拠すべき古くからの法規範に基づく、占有財産の回復」《nel caso in cui il possesso di taluni beni è stato reso incerto dalla guerra, si dirime la questione o in base all'antica norma giuridica》との理解である³⁶⁾。さらに、ローマ占有法の専門家である Labruna による訳は、ius を、先に見た英訳でなされているような権利・本権とは理解せずに、仏訳に一般的に見られる傾向と同じく、戦争によって占有が変更されてしまった場合の占有についての解決であるとし、他方で、基準としては法規範ではなく、「以前の法的・権利状態に従って」との解釈である《se il possesso di alcuno di questi [due potenze] era stato modificato dalla guerra, si trovava una composizione o secondo la situazione giuridica precedente o in base alla reciproca convenienza.》³⁷⁾。

独訳として、H. J. Hillen 版は、「古い法又は権利に基づく占有関係の回復請求と返還」《wenn ein Besitzverhältnis durch den Krieg verworren sei, werde es entweder nach der Maßstabe des alten Rechts oder nach dem Vorteil der beiden Partner geordnet.》と解する³⁸⁾。リウウィウスに対する最も優れた解説³⁹⁾として定評のある Weissenborn-Müller (以下 Weissenborn と表記) による校訂版の脚註は、「以前の双方の権利に従って回復される」《nach dem frü-

heren gegenseitigen Rechte, oder dem durch ein foedus geordneten rechtlichen Zustande, so dass dieser wieder hergestellt wurde.》と理解する⁴⁰⁾。

以上の代表的な近代語訳を参考にした場合は、「旧来の法に支えられた占有状態を基準として」というのが、原文に対応した無難な理解であろうか。つまり formula については特定の「方式」なり「方式書」ひいては「条約」という訳語があてられていないということである。もっとも、「占有」という訳語が採用されている場合、瑕疵占有条項を含む方式を念頭に置いた解決基準であると読めなくもない。そこで、リウイウス『ローマ史』における *ius antiquum* や formula の用例を、以下検討してみよう。

さて、Weissenborn は、この箇所⁴¹⁾の脚註でリウイウスの類似の表現が異なる意味を有している箇所として三つを挙げている。そのうちの第33巻第40節6には formula はなく、*ius antiquum* があるのに対して、第32巻第33節7と第33巻第38節1は formula が用いられている例である⁴¹⁾。後者の formula が含まれる箇所は後にまとめて検討するとして、まずは前者を見よう。

リウイウス『ローマ史』第33巻第40節6

[ケルソネソスは、]それらを *in antiquum ius* (に)戻すために来て、トラキアの攻撃によって崩されたリュシマキアを、息子セレウコスがそれを王国の首都とするよう完璧に建設すること。《[Chersonesus] ... ad ea recipienda *in antiquum ius* venisse et *Lysimachiam deletam Thracum impetu de integro condere, ut Seleucus filius eam sedem regni habeat.*》

Sage は端的に *possessions* と訳しているが⁴²⁾、ビュデ古典叢書の Adam 訳は「彼らの旧来の地位」《à leur ancien statut》とし、Weissenborn の脚註は、formula を含む第33巻第38節1の *in antiquam imperii formulam* と同様であると解している⁴³⁾。これは後に見るが、彼の理解は、「以前の従属関係」《in das frühere Verhältniss der Abhängigkeit》であり、従って、ここでの「関

係」というのは単なる事実というよりむしろ Voigt の理解に対応させると、過去の取決めの含意があるとも読める。さらに第 35 卷第 16 節 6 を比較せよとしている。

リウィウス『ローマ史』第 35 卷第 16 節 6

父祖によって戦争で征服され、上納金や貢租の義務があるとされた諸都市を、in antiquum ius (に)回復するのである。《bello superatas a maioribus, stipendiarias ac vectigales factas in antiquum ius repetit.》

Adam 訳はやはりここでも「旧来の地位」《à leur ancien status》とし、Weissenborn の脚註は第 33 卷第 40 節 6 と我々の出発点である第 34 卷第 57 節 8 を挙げている⁴⁴⁾。後者は先の formula を状態なり冗語的に解していると言えるかもしれないが、やはりここでも以前の取決めが支えとなっている法的な地位こそ ius と呼ばれるに相応しいと解することができる。formula なしに、ius antiquum が用いられている例は、第 38 卷第 13 節 2 にも見られる。

リウィウス『ローマ史』第 38 卷第 13 節 2

アラバンダからの使節がやって来た。自分たちから最近離反した要塞都市が、権威によるのであれ武力によるのであれ、iura antiqua を甘受するよう強制作して欲しいとして。《quo legati ab Alabandis venerunt, ut castellum, quod ab ipsis nuper descisset, aut auctoritate aut armis cogeret iura antiqua pati.》

これは antiqua iura と複数対格で、Weissenborn の脚註では、以前の従属関係 (das frühere Abhängigkeitsverhältnis) と理解しているが⁴⁵⁾、これまでの我々の説明が同じくあてはまると思われる。彼は、ほぼ類似の表現が見られる箇所として、ロドスの外交使節団に対しアンティオコス王が解答する以下の箇所を挙げている。

リウィウス『ローマ史』第33巻第20節7

[アンティオコス王は、]自分もまた使節をロドスに派遣し、使節には自身や自己の父祖たちとその国との *vetusta iura* を更新し、王が自ら赴いたとしてもロドス人が怖れないようにすることを指示するつもりだ、と答えた。《*legatos se Rhodum missurum respondit iisque mandaturum, ut renovarent vetusta iura cum ea civitate sua maiorumque suorum et vetarent eos pertimescere adventum regis.*》

長きにわたる *iura* につき、Weissenborn の脚註では「条約と親善による国家間の結びつき」《*die Verbindung durch Verträge und Freundschaft zwischen Staaten*》であると解説し、ビュデ古典叢書の Achard 訳も、「締結された協定」《*les accords passés*》と解している⁴⁶⁾。いずれにせよ以上の例に共通しているのは、*ius* は何らかの法規範というよりも、法なり権利に支えられた旧来の法的状態、協定の内容たる旧来の権利関係といったものを表している。そしてこれらが、戻す (*recipere*)、取り戻す (*repetere*)、甘受する (*pati*)、更新する (*renovare*) ことの対象になっているのである。もともとこれらの例では、*ius* が *ex* ではなく対格支配の *in* に導かれており、グロティウスの理解に直接参照できるわけではない。そこで、次に、リウィウスが *formula* を用いている、これまでに見ていない箇所を叙述の順に網羅的に検討しよう。

リウィウス『ローマ史』第1巻第38節1

……そしてコラティア人は降伏し、次のような降伏の *formula* であったと聞いている。《*... deditosque Collatinos ita accipio eamque deditionis formulam esse.*》

この後にローマの第5代王タルクィニウス・プリスクスとコラティアの使節との、降伏にあたっての「定型的な文言のやりとり」が続いている。従っ

て、この formula は、降伏による状態というより、まさに降伏にあたり作成された方式に則った文書に近い意味と解してよかろう。事実、Labruna もこの箇所は素直に la formula della *deditio* と訳しており、同じく Scàndola による最新の伊訳も la formula della *resa* である⁴⁷⁾。

リウィウス『ローマ史』第4巻第8節4

骨が折れ執政官職には属さないこの仕事（戸口調査）には、記録係たちを監督し記録を保管し戸口調査（財産評価）の formula の判断を担わせられる固有の政務官職が存在しないではないか、との意見が元老院で述べられた。《*mentio inlata apud senatum est rem operosam ac minime consularem suo proprio magistratu egere, cui scribarum ministerium custodiaeque tabularum cura, cui arbitrium formulae censendi subiceretur.*》

ここでは財産評価の準則と解しても、あるいは財産評価に用いられる定型的方式と理解してもよかろう。Labruna は「戸口調査実施要項あるいは評価基準」《*il potere di stabilire norme e criteri relativi all'affettuazione del censimento*》と解し、Scàndola は、「戸口調査実施要項を定める権能」《*la facoltà di stabilire le norme del censimento*》とし、脚註で戸口調査官には *codice di procedura* (*formula census*) があるとし、類似の理解である⁴⁸⁾。ビュデ古典叢書の Baillet 訳は端的に *les formalités du censement* とする⁴⁹⁾。

リウィウス『ローマ史』第22巻第57節10

これらの〔新たに徴兵登録された〕軍団から4軍団と1000人の騎兵が生じた。同じく、〔マルクス・ユニウス・ペラとティベリウス・セムプロニウスは、〕同盟国とラテン諸国に formula に従って兵士を引き受けるように徴兵検査（徴兵名簿作成）を命じた。《*quattuor ex his legiones et mille equites effecti. item ad socios Latinumque nomen ad milites ex formula accipiendos mittunt.*》⁵⁰⁾

ここでも同盟関係にあたって定められる定型的方式に則った条件と理解することができ、formula は ex にかかり、基準を示すものと解される⁵¹⁾。

リウィウス『ローマ史』第26巻第24節6

そして、アエトリア人が不本意で忌々しいと思ったことであるが、自分たちの同盟から切り離されてしまっていたアカルナニア人を、in antiquam formulam iurisque ac dicionis eorum (に)回復しよう。《... et Acarnanas, quos aegre ferrent Aetoli a corpore suo diremptos, restitutum se in antiquam formulam iurisque ac dicionis eorum.》

ここでの antiquus は、我々の出発点となった箇所とは異なり、ius や dicitio ではなく formula を修飾しているが、やはり「彼らの法・権利と支配の旧来の方式（によって定められた状態）」と理解できよう。ちなみに、Weissenborn の脚註では、「一定の同盟方式(書)・条約によって定められたアエトリア人の旧来の権利、アカルナニア人の従属が定められた関係」《in das frühere durch eine bestimmte Bundesformel geregelte Verhältniss, in dem die Rechte der Aetoler und die Abhängigkeit (*dicionis*) der Akarnanen festgesetzt waren》であり、「方式に則った盟約に定められた、ローマと同盟都市との関係や同盟都市からの給付」《formula wie die Verhältnisse und Leistungen der Bundesgenossen der Römer nach einer Matrikel (*formula*) bestimmt wurden.》であるとし⁵²⁾、ローブ古典叢書の Moore 訳は、「文書で定められた旧来の基準」《restore them to the old written basis》と、文書の存在を認めた理解である⁵³⁾。

リウィウス『ローマ史』第27巻第10節2

〔両執政官には〕国の利益にかなうと考えるところに従い行動し実行することが元老院によって許可されたので、まずは他の植民市の意向を探って、それから使節団を召喚し、formula に則って (ex formula) 一体どれだけの

兵士を準備しているのかと使節団に問うた。18の植民市を代表してマルクス・セクステリウス・フレゲッラヌスは、formulaに則って (ex formula) 兵士もすでに準備ができており、またより多くが必要とあらばそれだけ多くの兵士を抛出し、ローマ国民が他にも命じ望むところがあれば何であれ命がけで行う所存です」と答えた。《*permissum ab senatu iis cum esset, agerent facerentque, ut e re publica ducerent, pertemptatis prius aliarum coloniarum animis citaverunt legatos quaesiveruntque ab iis, ecquid milites ex formula paratos haberent. pro duodeviginti coloniis M. Sextilius Fregellanus respondit et milites paratos ex formula esse, et si pluribus opus esset, plures daturus, et, quidquid aliud imperaret velletque populus Romanus, enixe facturos.*》

ここでは、植民市建設にあたって方式に基づいて締結された、兵士抛出も含む、盟約あるいはその文書であると理解できよう⁵⁴⁾。

リウィウス『ローマ史』第29巻第15節9-12

これらの植民市にはさらに1000人に対して毎年1アスの貢納金を課し請求することにし、彼らにはローマの戸口調査官によって与えられたformulaに基づき、戸口調査がなされることとし、ローマ国民に対するのと同じformulaが与えられるものとされた。……[植民市の代表者たちは]、それだけの兵士を提供することなど無理だとし、仮に方式に基づくその単純な数が要求されたところで、ほぼ達成などできないであろう、と述べた。《*stipendium praeterea iis coloniis in milia aeris asses singulos imperari exigique quotannis censumque in iis coloniis agi ex formula ab Romanis censoribus data – dari autem placere eandem, quam populo Romano – … negare tantum militum effici posse; vix si simplum ex formula imperetur enisuros; orare atque obsecrare, ut sibi senatum adire ac deprecari liceret.*》

Weissenborn の脚註は、「戸口調査官が定める基準に則って」《nach dem Masstabe (Ansätze), den ihnen die römischen Censoren vorschreiben würden.》と解し⁵⁵⁾、ビュデ古典叢書 François 訳の脚註 b は、この「方式に基づく（倍数にされない基準となる）単純な数」《simplum ex formula》につき、「不平等盟約」《foedera iniqua》によりローマの同盟市に課された「軍事面での負担リスト」《formula togatorum》を想定し、これによりローマが認める兵士の数が定められていたと解説している。これを基準にさらに動員可能な兵士の抛出が要求されるわけである⁵⁶⁾。ここでは formula は、冗語というよりも、定型的な方式に則った盟約の含意があると考えてよからう。

リウィウス『ローマ史』第32巻第33節7

（ロドス人たちの要求として）ペリントスも⁵⁷⁾ビザンツ人のために in antiqui formulam iuris (に)回復されることを《Rhodii ... et Perinthum Byzantiis in antiqui formulam iuris restitui ...》⁵⁸⁾

これは、メニップスの弁論が述べられている、我々が最初に検討した第34巻第57節6の脚註において Weissenborn が同書の formula とは異なる用例が見られるとして挙げていた箇所であり、旧来の法的状態というように formula を冗語と考えることもできよう⁵⁹⁾。しかし Weissenborn の脚註は、やはり「旧来の法的関係」(in das frühere Rechtsverhältnis) としており、条約に支えられた旧来の状態と考えることができよう⁶⁰⁾。彼は加えてポリュビオスの表現を挙げているが、それは「ペリントスをビュザンティオンとの連邦（同盟関係）に復帰させること」《ἀπκαταστήσαι δὲ καὶ Περινθίους εἰς τὴν Βυζαντίων συμπολιτείν》を内容としている⁶¹⁾。しかしこれがメニップスの箇所と異なる用例だとすると、メニップスの formula がこうした法的関係以上の意味を持っていたと解釈することもできよう。しかしこの箇所でも、関係を支える旧来の formula も含意していると考えられないわけではない。事実、Flobert 訳は文書の存在をはっきりと認め、ビュデ古典叢書の Mineo

訳は旧来の文書に裏付けられた法的地位《le statut juridique de son ancienne charte》とする⁶²⁾。

リウィウス『ローマ史』第33巻第38節1

同〔前196〕年，アンティオコス王は，エペソスで冬を過ごした後，アジアのすべての国を *in antiquam imperii formulam* (に) 戻すことを試みた。《*Eodem anno Antiochus rex, cum hibernasset Ephesi, omnes Asiae civitates in antiquam imperii formulam redigere est conatus.*》

これもやはり Weissenborn が第34巻第57節6の脚註で同所の *formula* とは異なる用例が見られるとして挙げていた箇所である。ここでの Weissenborn の脚註は「以前の従属関係」《*in das frühere Verhältnis der Abhängigkeit*》としており，Achard 訳は，《*à leur ancienne charte de dépendance*》と従属が取り決められている文書の存在を明言する⁶³⁾。なるほど，「支配（命令）権の旧来の方式（による状態）に戻す」，つまり王が以前に事実上支配（命令）権を行使していた状態への回復と解することもできるが，ここでもやはり方式に則った条約の裏付けがあった状態と想定できよう。

リウィウス『ローマ史』第38巻第9節10

〔アエトリア人に言い渡された講和の条件として，アエトリア人は〕ティトゥス・クインクティウスがギリシアに上陸してから後に，ローマ人によって暴力（武力）で奪われた，あるいは任意に友好関係に入った，いかなる都市も，*sui iuris formula* にしてはならない。《*urbem ne quam formulae sui iuris facerent, quae post id tempus, quo T. Quinctius traiecisset in Graeciam, aut vi capta ab Romanis esset aut voluntate in amicitiam venisset.*》

前189年のこの部分についてビュデ古典叢書の Jal 訳は，《*ils [les Étoiliens]*

ne prendraient sous leur jurisdiction》とし⁶⁴、Liez 訳は《ils ne retinsent sous leur domination aucune des ville.》とし、裁治権や支配（命令）権と解されている⁶⁵。Weissenborn も、第32巻第33節7と同じく、*formulas sui iuris facerent* をギリシア語の翻訳であるとして、ポリュビオス『歴史』の *σπολιτεία* の表現を指摘する⁶⁶。ちなみにリウィウスのこの箇所にも史実として対応する部分は、ローマとアエトリアの講和条約の内容を示すポリュビオス『歴史』第21巻第32節13における、「ルキウス・クインクティウスとグナエウス・ドミティウスが執政官であった年以後にローマに占領されたかあるいはローマと友好を約した都市やその住民については、これをアイトーリア（アエトリア）は同盟に加えてはならない」《...μηδένα προσλαβέτωσαν Αἰτωλοί.》であり⁶⁷、末尾の部分の動詞は *προσλαμβάνω* (*accipio praeterea, assumo, adscisco, adsumo in potestatem meam*) であり⁶⁸、Weissenborn が指摘するポリュビオスの表現 *σπολιτεία* は、例えば「共同して国家を統治する権利」《*ius una rempublicam administrandi*》と訳されることがあるが⁶⁹、やはりその原因・起源としては方式に則った条約を想定してもよからう。ちなみにこのケースでは、武力と意思による獲得は不問にするという観念が見られる。

リウィウス『ローマ史』第39巻第25節3-6

ところで、ピリッポポリス、トリッカ、パロリア、エウリメナエ、その他それらの周辺都市が論争的となった。テッサリアの *ius* に属していた時に、アエトリア人によって——ピリッポスがアエトリア人からそれらの都市を奪ったことは疑いがなかったから——暴力によって奪われ占有されていたのか、あるいは、これらの都市が古くからずっとアエトリアのものであったかである。こうして、もし暴力と集められた武器によってでなく意思によって（同意の上で）アエトリア領に編入されたのであったなら、〔執政官〕アキリウスは王に譲ったのか。ペラエビアとマグネシアの諸都市についても、*eiusdem formulae disceptatio* があった。《*in controversiam*

autem veniebant Philippopolis, Tricca, Phaloria et Eurymenae et cetera circa eas oppida, utrum Thessalorum iuris cum *fuissent* et vi ademptae possessaeque ab Aetolis forent – nam Philippum Aetolis ademisse eas constabat –, an Aetolica antiquitus ea oppida fuissent; ita enim Acilium regi concessisse, si Aetolorum fuissent *et si voluntate, non vi atque armis coacti cum Aetolis essent. eiusdem formulae disceptatio de Perrhaeborum Magnetumque oppidis fuit.*》

前 185 年のこの箇所には *vi atque armis coacti* とあり、暴力と武器が対比されており、キケロ『カエキーナ弁論』の占有訴訟を連想させる表現の見られる箇所であるが、我々の目下の関心は、末尾の *eiusdem formulae disceptatio* の意味するところである。ここでも、少なくとも弁論における形式なり方式と解することができよう⁷⁰⁾。Weissenborn の脚註は、方式書訴訟からの借用を想定し、*disceptatio* については弁論と判決を含むものと解しているようである⁷¹⁾。Sage 訳も *under the same procedure* としている⁷²⁾。

リウィウス『ローマ史』第 39 巻第 26 節 1–2

ピリッポス王は、被告人よりも訴追者の役割を演じようと、まず自身から苦情を述べることから始めた……そしてアタマニア人の支配にあったパラケロイダは、何らの法的根拠もなくテッサロニアの支配に服することとなった。」《*Philippus, ut accusatoris potius quam rei speciem haberet, et ipse a querelis orsus ... et Paracheloida, quae sub Athamania esset, nullo iure Thessalorum formulae factam.*》

Adam 訳や Liez 訳は、*formula* を *le contrôle* や *la domination* として支配と解している⁷³⁾。しかし、Weissenborn の脚註は、ここでの *formula* は、*κατάλογος* であるとする⁷⁴⁾。これはまさに「軍務に服する、あるいは軍事費を拠出する者たちのリスト」《*enumeratio, recensio poprie eorum, qui stipen-*

グロティウス『戦争と平和の法』第3巻第20章第11節を読む
dia merent》と理解すればより分かりやすい⁷⁵⁾。

リウィウス『ローマ史』第40巻第12節20

相手方が王位により相応しいと見られるのではとの危惧を抱いた方が、兄弟を抹殺する意図を持っていたと判断される、という formula cognitionis を、〔兄ペルセウスよ〕あなたは望むのか。〕《vis hanc formulam cognitionis esse, ut, uter timuerit, ne alter dignior videretur regno, is consilium opprimendi fratris iudicetur cepisse?》

ビュデ古典叢書の Gouillart は la formule と訳し⁷⁶⁾、Liez 訳は la question と解する⁷⁷⁾。定型的な質問や尋問方式の意味なのか、単純な質問あるいは質問の仕方という意味なのか。Weissenborn の脚註は、比較的定型的な方式を想定しているようにも思われるが⁷⁸⁾、マケドニア王の息子たちの争いにおける兄ペルセウスの発言は、法務官が刑事裁判において民事裁判におけるような厳格な方式書を発給していたと想定すべきであろうか。むしろ、Weissenborn が続けて指摘するキケロ『ミロ弁護論』32に見られる「(この犯罪行為は)誰の利益になるか」のように⁷⁹⁾、公判における弁論活動において選択されるお決まりの問いというように理解してよからう。

リウィウス『ローマ史』第43巻第6節10

ラムプサコス人を同盟国の formula に記入するように法務官クイントゥス・マエニウスは命じられた。《Lampsacenos in sociorum formulam referre Q. Maenius praetor iussus.》

Weissenborn の脚註は、「同盟国登録簿」《in das Verzeichnis, unter die Zahl ... eintragen》としている⁸⁰⁾。同じ理解は、Jal 訳や⁸¹⁾、Liez 訳にも見られ⁸²⁾、「定型的なリスト」と理解できよう。

リウィウス『ローマ史』第44巻第16節7

元老院に迎え入れられると彼は事情を伝えたので、元老院は彼を *in formulam sociorum* (に) 記載し、居所を提供し国賓としての接待を行うように、ローマ国民の公有地であったタレントゥムの地所から 200 ユゲラと、それからタレントゥムの家屋も買って与えるように命じた。《*ea introductus in curiam cum memorasset, senatus in formulam sociorum eum referri iussit, locum, lautia praebere, agri Tarentini, qui publicus populi Romani esset, ducenta iugera dari, et aedes Tarenti emi.*》

ここでは、Weissenborn の脚註も指摘しているように、第43巻第6節10に見られるのと同じ用例であると理解できよう⁸³⁾。

リウィウス『ローマ史』第45巻第26節15

それから、[アニキウスは]イリリアを三つの部分に分けた。第一はディクタ⁸⁴⁾の上の地域、第二はラベアタエすべて、第三はアグラヴィオニタエ、リゾン、オルキニウムとそれらの近隣の地であった。イリリアにこの *formula* を述べると、アニキウス自身は越冬のためエピルスのパッサロンに戻った。《*inde in tres partes Illyricum divisit. unam eam fecit, quae supra dictam est, alteram Labeatas omnis, tertiam Agravonitas et Rhizonitas et Olciniatas accolaeque eorum. hac formula dicta in Illyrico, ipse inde Epiri Passaronem in hiberna rediit.*》

Weissenborn の脚註は、「基本法に相当する文書」《‘Grundgesetz’ d.h. die Urkunde, welche die Bestimmung der Verfassung, Rechte und Pflichten der Illyrier enthält.》と解している⁸⁵⁾。あるいは、Liez 訳のように三分割という「新たな統治形態」《*cette nouvelle forme d’administration*》⁸⁶⁾、Jal 訳のように、「その体制を規定する基本（設立）文書」《*charte de fondation*》と解することができる⁸⁷⁾。

リウイウス『ローマ史』第45巻第31節1

マケドニアに formula が言い渡された後、(パウルス・エミリウスは) さらにその他の条件も与える旨を知らせ、それからアエトリア人が呼び出された。」《Macedoniae formula dicta cum leges quoque se daturum ostendisset, Aetoli deinde citati.》

ここでも formula については第45巻第26節15と同様に「国制の基本的な条件」と理解できる。ちなみに、Weissenbornの脚註では、formulaは元老院の定めであるのに対して、legesはアエミリウスが、マケドニア人の要請などに基づき約束する付加的な条項であると、より精緻に区別しており、Cursiは、Thesaurus linguae Latinaeを援用して、legesが盟約における一方当事者から押し付けられる条件であると解説する⁸⁸⁾。Jal訳はこのWeissenbornの説明を註で紹介している⁸⁹⁾。

以上のようにリウイウスに見られる formula の用例は、方式なり方式書の意味する、あるいはそうでない場合であっても、単に冗語的であったり、単なる事実状態を表すというのではなく、文書による方式なり取決めあるいは条約の裏付けがある現状や原状を表しているようである。これが in に導かれた対格で表現される時は、とりわけそうである。これに対して、ex に導かれる用例は、第22巻第57節10、第27巻第10節2及び第29巻第15節9に見られる。ここでもやはり文書化された「取決め」の含意が強い。前置詞 ex にも親和的であろう。しかし ex formula iuris antiqui と同一の表現は見出されない。ここでの ius antiquum の ius の理解につき、その単語からして基準となる規範の意味がないとの判断は難しい。形容詞 antiquus については、古代ローマ法ひいては近世におけるその解説の中では、新法との対比での旧法・古法との用例が確認できるが⁹⁰⁾、グロティウス、そしてリウイウスの引用するメニップスが何を基準に antiquus と考えていたかを断定するのは難しい。そこで先に述べた Voigt らのように以前の条約と解すること

は以上の疑問に答えている。これまで見た用例の検討からすると、ローマの占有訴訟が旧来の法の方式(書)と表現されていた可能性は低い、とすることができる。再びグロティウスに戻ってみよう。

IV 再びグロティウス

グロティウスが、我々の注目した箇所、方式書に支えられた市民法上の占有訴訟をどの程度意識していたかは、これまでの用語の考察だけでは分からない。そもそも不動産占有に関する瑕疵占有条項は「学説彙纂」(D. 43.17.1 pr., 5, 9) から知られるところである。しかも、16世紀には人文主義法学者ブリソン(1531-1591)が浩瀚な作品『ローマ国民の方式および定型文言について』において、古典文献から知られるローマの訴訟方式や条約方式を網羅的に集めて整理していた。すでに彼は、いくつもの盟約を整理する中で、グロティウスが援用する、メニップスが盟約の三種類を述べているリウィウス第4巻第53節を掲載しており⁹¹⁾、瑕疵占有条項を含む特示命令についても、キケロ『カエキーナ弁護論』やテレンティウスの喜劇『宦官』第2幕第3場28などを参照して、第5巻第48節でまとめている⁹²⁾。法務官の発給する特示命令に関して、土地(農場)についてはフェストゥスから、家屋についてはウルピアヌスからの文言も引用されている。『宦官』は、瑕疵占有がすでに当時の観劇者の笑いを誘うほどに確立していたことを示唆する早期のBelegとして今日でも疑われることのないものである。この戯曲は、前161年あたりが想定され、これが瑕疵占有条項の *terminus ante quem* である。我々の出発点であるメニップスの演説は前193年である。瑕疵占有条項を含む特示命令につき、この時間差を埋めることは今日の研究文献からして決して想定不能というわけではないが、そのメニップスにとっての *ius antiquus* だとするのは難しい⁹³⁾。そのことを別にすると、興味深いことに、国際紛争解決について、すでに早くに Saumagne がリウィウスの以下の箇所を瑕疵占有条項

の Beleg として挙げている⁹⁴⁾。対立するマシニッサ王のヌミディア王国とカルタゴの対立における、まさに前193年ローマ元老院での前者の使節による弁論の部分である⁹⁵⁾。

リウィウス『ローマ史』第34巻第62節11-13

ヌミディア側は、スキピオの境界画定についても彼ら〔カルタゴ側〕は嘘をつけていると反論した。もし誰かが権利の真の起源 (vera origo iuris) を尋ねようとするなら、そもそもアフリカにカルタゴ人たちの固有の領土などどこにあるのか。一頭の牛からの革紐で囲めるくらいの土地を、城壁で囲われた都市を造るために容假的に与えられただけである⁹⁶⁾。定住地であるブルサを越えている場所はどれも暴力と不法によって手に入れたものとして有しているわけであり、しかも問題の土地については獲得してからずっと保持していることも長きにわたって占有していたことも証明できないのである。《Numidae et de terminatione Scipionis mentiri eos arguebant, et, si quis veram originem iuris exigere vellet, quem proprium agrum Carthaginensium in Africa esse? advenis, quantum secto bovis tergo amplecti loci potuerint, tantum ad urbem communiendam precario datum; quidquid Bursam, sedem suam, excesserint, vi atque iniuria partum habere. neque eum de quo agatur, probare eos posse non modo semper, ex quo ceperint, sed ne diu quidem possedissee.》⁹⁷⁾

Saumagne は当事者の弁論を、まるで法務官の面前での法廷手続 (in iure) においてローマの農民が行っているかのようなものと述べ、ここから *uti possidetis* がこれ以前に存在していたことを引き出している。もちろん、容假、暴力、不法というここで述べられている瑕疵から瑕疵占有の抗弁を引き出すことは直ちには容認しがたいが⁹⁸⁾、暴力と容假が瑕疵として挙げられていることを重視すると、メニップスの弁論において占有を意識した方式を読み取ることは完全に排除はできない⁹⁹⁾。

Beleg ということで言うと、グロティウス『戦争と平和の法』には、実に多くの普通法学文献、そして人文主義法学者の若干の作品が挙げられるが、その校訂版末尾文献リストにはブリソンは挙がっていない¹⁰⁰。グロティウス自身、そのプロレゴメナで、自己の理論を裏付ける過去の文献・資料として、アリストテレス、新旧約聖書、宗教会議によるカノン、そしてローマ法を列挙している。最後のローマ法については、第一にローマの法源、第二に註釈と註解、そして第三にスペインとフランスの学者を挙げるが、しかし第三の学者については、一般的に、「ローマの境界内にとどまり、しかもこの普通法から、決して又はごく僅かにしか外に広がることのない者たちなので、我々の問題に相応しい利用ができない」と否定的である¹⁰¹。またグロティウス『オランダ（ホラント）法学入門』の占有の説明は極めて入門的でほとんど役立たない¹⁰²。

グロティウスの友人で、ともにオルデンバルネフェルトに与する者として同時期にルーヴェステイン島城に幽閉されていたホーヘルベーツ（Rombout Hogerbeets, 1561-1625）には、ホラント地方の裁判所における訴訟手続と執行手続に関する簡便な作品があり、しかも『オランダ法学入門』に合冊とされている¹⁰³。これを見ると、占有訴訟の formula の解説があり、今日と同様に三つの占有訴訟が挙げられ、侵害された（getrubeert）場合の占有保持の特示命令（Retinendae Possessionis by mandament van maintenance）が説明されている。ここでは、双面的な占有訴訟における暫定的な占有裁定付与（Recredentie）などローマ法の制度が律儀に継受されているが、瑕疵占有条項には直接触れられてはいない¹⁰⁴。以上の史料からグロティウスが瑕疵占有を意識していたという明白な証拠は見られない。しかし、我々が見た第12節に続く第13節の表題で、彼は、「すべてが戦争以前の状態に回復されるとの合意がなされたとき」《si convenerit ut restituantur omnia in eum statum quo ante bellum fuerant》につき次のように論じ、私人間での、特示命令にはっきりと触れている。

戦争によって侵害された占有 (possessio bello turbata) が回復されるという別の前者の方の種類の合意では、戦争以前の最後の占有が尊重されることに注意しなければならない。もっとも、駆逐された私人には、特示命令又は所有物取戻訴権で審判人(裁判人)のもとに訴えることが認められるように、である。《In altero illo paciscendi genere quo restituitur possessio bello turbata notandam est ultimam quae ante bellum fuit possessionem respici, ita temen ut privatis deiectis interdico aut vindicatione apud iudicem experiri liceat.》。

つまり、我々が意味を探究している前者の解決につき、まずは戦時中に侵害されたすべての占有の戦争以前への回復が要請され、そして留保《ita temen ut》をつけ、国家間には *ex antiqui iuris formula* による回復が適用されても、駆逐された (deiectus) つまり本来は「追い出された」であるがキケロ『カエキーナ弁護論』に依拠すると「入るのを追い払われた」場合も含む私人については、特示命令又は本権訴訟が妨げられることはない、とする。ここからの反対解釈によって、国際関係には瑕疵占有条項が考慮されないと読めなくもない。しかし、グロティウスは特示命令を意識していたのであり、国際関係における「戦争以前の最後の占有」といっても、おおよそ占有と言うからには、相手方から暴力で奪ったものにつき占有を主張できず、この含意が *ex antiqui iuris formula* にあったとの解釈も可能である。つまりこの留保《ita temen ut》を反対解釈に用いるのではなく、私人間の市民法は占有訴訟も本権訴訟も従来通りであるという単なる留保にすぎない、と読むこともできよう。私人について本権訴訟が併置されているのは、選択的併合という中世近世の法・裁判慣行に対応していると言えよう。

第14節では、原状回復につき、ある独立した国民が、任意に (sponte) ある戦争当事者に服した場合は回復の対象とならない、とする。これに対比されるのが、暴力、強迫、又は敵に対してのみ許される詐欺 (vi, metu facta sunt, aut alioqui et dolo non nisi in hostem licito) である¹⁰⁵⁾。これらの場合は、回復対

象となるとして、トゥキディデス『歴史（戦史）』を挙げている。アテナイ人とラケダイモン人、アテナイとスパルタの間の和平交渉を述べるくだりである。前421年から翌年にかけての事態を報告する部分で、前5世紀後半の相当に古い時代の出来事である。

トゥキディデス『歴史（戦史）』第5巻第17節

そして冬の間に両者〔アテナイ人とラケダイモン人〕は会談に入っていたが、既に春が近づいた頃にはラケダイモン人側が威勢行動に出て、アテナイ領内に要塞を築くかの如き準備をさせるために、同盟諸市に使節を派遣した。これはアテナイ人に更に譲歩させるための方策であったが、度々の会談の中から相互に多くの要求を出し合った結果、双方が戦争によって獲得したものを返却し合った上で、講和を結ぶことになった。ただしアテナイ人はニサイアを領有することになった。というのは、アテナイ人がプラタイアの返還を要求したところ、テバイ人はこれは暴力（βία）〔藤縄訳は、武力と訳している〕によるのではなく、市民自身が合意（ὀμολογία）〔ヴァッラヤベッカーによるラテン語訳は、降伏と解する〕して味方に加わったのであって、その土地は内通によって〔通謀、裏切りによって、との訳も可能〕占領した（*πρόδόντων ἔχειν τὸ χωρίον*）わけでもないと主張したので、アテナイ人も同じ方法でニサイアを獲得したのだと主張したのである¹⁰⁶。

このように、回復につき、暴力（βία）による獲得あるいは当事者通謀あるいは裏切りによる（*προδοσία*）獲得と、合意あるいは降伏（*ὀμολογία*）¹⁰⁷とが対比されている。つまりグロティウスが援用した非常に古い出来事の箇所は、瑕疵としてβίαとπροδοσίαが挙げられている、占有を想定するのに適切な部分である。さらに彼は同様の基準として、前197年になされた、小テーベの帰属をめぐるアエトリアの将軍パエネアスとの論争で、ローマの司令官クインクティウスが用いた論拠を挙げている¹⁰⁸。

リウイウス『ローマ史』第33巻第13節12

かの〔前211年の協定による〕条項が依然として有効だとしても、しかしそれは攻略された都市についてである。テッサリアの諸都市はその意思で我々の支配に服したのである。《... quae si maneret, captarum tamen urbium illa lex foret; Thessaliae ciuitates sua uoluntate in dicionem nostram uenerunt.》

このように、ここでも意思によるものと意思によらないものとの区別がなされている。このように、二分法はここにも見られる。

第15節では、別段の合意がなければ、私人も含めて戦争による損害賠償が認められないことが常素つまり原則であるとされ、これが交戦当事者の意思であると推定されるのである。

第16節では、すでに戦前に私人が有していた債権で、戦中には請求できなかったものは消滅しないことが述べられる¹⁰⁹⁾。この論理を支えるのは、私人の権利保護を国家の成立根拠・目的であるとするキケロの有名な箇所である¹¹⁰⁾。これは論拠としてはかなり大まかであるように見えるが、その後で、これが「不平等から発生した権利についてだけである。」《id tamen de eo iure quod ex rerum inaequalitate nascitur》との限定が付されている。

これは分かりにくいですが、ハインリッヒ・コックツェイ (Heinrich von Cocceij, 1644–1719) が、『解明グロティウス』(Grotius illustratus)で、「そしてそれゆえに、より少なく有している者のためにこの権利が生じる。第2巻第12節第8節を見よ。従って誰からもこの権利は容易に奪われるとは見られない。」《Et unde ius oritur minus habenti. Vid. l.2. c.12. §.8. hoc igitur ius nemini facile ademptum uideri ait.》と指摘し、各人は自己の権利につき、「しかし不平等に基づく権利など誰にも成立しないが、人は自己の権利について不平等にでも任意に処分することができ、彼が処分するように権利が存在することを私は他の箇所で証明した。」《At alibi probauimus nemini ex inaequalitate ius nasci, sed unumquemque de iure suo pro lubitu, etiam inaequaliter, disponere

posse, et ius esse prout disponit.》¹¹¹⁾とする。つまりグロティウスは、広義の等価性を無視した任意の処分については請求できないが、契約における平等が実現できていない場合の矯正原理である、少なくとも有している者が行使できる債権のことを述べており、これは彼が『戦争と平和の法』第2巻第12章第8節から第14節で展開している自身の契約観に対応しているわけである¹¹²⁾。

第17節から第18節は罰についてであり、第19節も基本的には恩赦の問題が扱われており、占有の回復についての問題とされるのは第20節以降である。しかし第20節では、捕獲物 (capta) の講和後の返還原則が述べられ、第21節では、返還の解釈につき、より優遇される比較が列举される。つまり、片務よりも双務が、物に関するよりも人に関するものが、私人に関するよりも公に関するものが、嫁資のような無償権原よりも、売買のように有償権原の方が解釈において優遇されるのである。第22節は、講和によって譲与されたものについての果実請求権は、遡及せずに譲与時からであることが述べられ、ローマの占有原則との比較は興味深いが、我々の問題には直接関係しない。

これに対して我々の関心についてのグロティウスの理解にとってとりわけ重要なのは、仲裁についての第48節である。ここでは、国民又は主権者により選ばれた仲裁人による仲裁の対象は、主たる事項・交渉事 (principale negotium) であって、占有 (possessio) についてではないことが述べられ、その理由として、占有する権利 (ius possidendi) は万民法に属するのに対して、占有に関する裁判は市民法に属するとし、事件継続中は変更を行うべきではないとしている。

しかし国民又は最高権力者が選んだ仲裁人 (arbitri) は、占有 (possessio) についてではなく主たる事項・交渉事 (negotium) について判断を下さなければならない¹¹³⁾。なぜなら、占有訴訟は市民法に属するからである。万民法上、占有の権利 (ius possessionis) は所有権に従うのである。従って、

先決がなされないためにも、また回復が困難になるので、事件が審理されている間は何も新たにしてはならない。《*Illud tamen observandum est arbitros lectos a populis aut summis potestatibus de principali negotio pronuntiare debere, non de possessione. nam possessoria iudicia iuris civilis sunt: Iure genium possidendi ius dominium sequitur. Ideo dum causa cognoscitur nihil est innovandum tum ne praeiudicium fiat, tum quia difficilis est recuperatio.*》

そして、リウィウス『ローマ史』第40巻第17節が援用される。ここでリウィウスは、前182年に、カルタゴ国民とヌミディアのマシニッサ王との間の領土問題について、両当事者が以前の武力での争い以上に激しく争う論争について裁定者 (*disceptatores*) としてのローマの使節の態度を述べている。重要なのは以下の箇所である¹¹⁴⁾。

リウィウス『ローマ史』第40巻第17節4

カルタゴ人は、「自分たちの父祖のもので、後に[ヌミディア王]シファックスから自分たちに戻っていたのだから」として、回復を請求した。[ローマの後見によるヌミディア王]マシニッサは、自分は父の王国の領土を回復して、万民法によって有しているものであり、権原についても占有についてもより上である、と述べた。……[裁定者としてのローマの]使節たちは「占有の権利」を変更せずに、そのままにして事件 (*causa integra*) をローマの元老院に委ねた。《*Carthaginenses, quod maiorum suorum fuisset, deinde ab Syphace ad se pervenisset, repetebant. Masinissa paterni regni agrum se et recepisse et habere gentium iure aiebat; et causa et possessione superiorem esse; ... legati possessionis ius non mutarunt, causam integram Romam ad senatum reiecerunt.*》

グロティウスは、このリウィウスの箇所を、国際関係の仲裁に限定せずに、

市民法上で行われる占有の問題を裁定してはならない証左として挙げているようである。つまり、そもそも占有訴訟は市民法上の制度であり、国家間・国民間の紛争においては「占有の権利」つまり「所有権」の決着がなされるというのである。まずは占有を確定し、それから占有する権利の争いへと繋げる法的な仕組みが拵えられない万民法・国際法の特徴が見られるとも言えそうである¹¹⁵⁾。もっとも、ドノーやサヴィニーの明晰な分析を用いるならば、リウィウスは、ローマの使節は、本権たる所有権の一つの権能である「占有する権利」(ius possidendi)ではなく¹¹⁶⁾、「占有の権利」(ius possessionis)を変更せずに元老院に委ねたとしている¹¹⁷⁾。当事者たるマンニッサは相対的によりよい占有を主張していたが、このケースにおける事実としては、ローマの使節は暫定的で有利な地位の問題も決せずにしてすべてを委ねたと読むこともできる。リウィウスの解釈はともかく、逆に言えば、仲裁ではなく当事者による講和条約においては、本権であるか占有であるかを区別せずに、formula iuris antiquiを基準とする解決がなされる、と解釈する余地もあろう。

V おわりに

グロティウスによる講和条約の解釈の説明について、とりわけ ex formula iuris antiqui に注目して考察を進めた。瑕疵占有条項を含めた占有をめぐる争いの方式書というように formula を理解することを積極的に主張することは難しい。もっとも ius という表現から価値判断なき原状への回復を述べているとは言えず、Voigt のように、旧来の条約によって定められた原状という理解は、リウィウスの用例にも反しない。しかし、そうだとすると、グロティウスは、かつて条約を締結したことのない当事者間の実力による変更については、「両当事者の利益に基づく」《ex partis utriusque commodo》という、反論の余地なき無内容の基準しか提供していないことになり、彼の第一の提案は現状維持なのだからと納得せざるをえないか、あるいは何か法的

な指針を奪われたかのような気になる。

グロティウスは、国家の裁判所への私人間の占有訴訟又は本権訴訟を認めることを条件にしつつ、占有訴訟は万民法上の制度ではなく市民法上の制度であると明言している。また、戦争においては市民法上の占有ではなく事実上の占有 (facti possessio) で十分であるとも述べていた。そうだとすると、国家間の紛争規律につき、formula iuris antiqui を、瑕疵占有条項を含んだ方式書と考えることには無理があるとも言えるが、しかし、これが近代の国際法の出発なのだと言われると、グロティウスの解釈は、先占理論とともに、後代に光のみならず影を与えるもので、留保なしに、啓蒙的な思想 (pensiero illuminista) とは評価しにくい。デモステネスの弁論を出発に、国際関係の紛争解決規範としての万民法につき、本権か占有かというのではなく、相手方との関係で瑕疵ある占有を主張できないメカニズムを拵えるための着想を求めて、グロティウスの援用する古典文献を今一度読み直すことは、決して anachronisme ではないと思われる。

註

- 1) 例えば、許淑娟『領域権原論——領域支配の実効性と正当性』東京大学出版会 (2012) 206–209 頁参照。
- 2) A. Passerini, Nuove e vecchie tracce dell'interdetto *uti possidetis* negli arbitrati pubblici internazionali del II secolo A.C., in: *Athenaeum*, N.S. vol. 15, 1937, p. 28.
- 3) 「暴力、隠秘、容仮」の瑕疵占有条項のうち vis が占有に内在するとの認識については、Passerini, Nuove e vecchie tracce, *supra* note 2 に加え、木庭顕『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会 (2009) 637 頁脚注 [1.9.6] を見よ。即ち「……“exceptio vitiosae possessionis” 導入が占有訴訟そのものに対して後発的であることは多くの学説が当然想定するところであり、例えば Labruna, *Vim fieri veto*, p. 126 は、2 世紀にたっぷり入った時点に、Sulla 後の vis の規制に向かう前奏曲として、位置づける。……しかし Falcone, *Uti possidetis*, p. 224 ss. が鋭く批判するように、“nec vi …” は Labruna の言うような「かつて vis によって獲得したのではないか」という蒸し返しを許す抗弁ではありえない。“nec vi” は possessio 自体と同義反復であり、現在に反映されている直近の過去を問題とする」。さらに、同『現代日本民法の基礎を問う——笑うケースメソッド』勁草書房 (2015) も、「早くから (紀元前 3 世紀前半) 濫用防止のための手段が発達しはじめる。これは、占有要件が多分に形式的であり濫用

されやすいことに鑑み、時効適合の占有を実質要件で絞るということであった。まずは「公然・平穩・確定的」という要件の付与がなされた。実際には抗弁として登場する（時効自体が抗弁であるから、正確には「再抗弁」。）（38–39頁）「我が国でも時効取得の要件としての「特別の上質の占有」として平穩が要求されている」（34頁）とする。ここで引用されている Labruna, Falcone の作品も含め、さらに後註 93 を見よ。我が国の法典編纂においては、脅迫を含めた vis は強暴と訳され、瑕疵占有は旧民法財産編 183 条に定義されていた。正権原との関係に関し、とりわけ正権原善意取得者の脅迫の問題や後発的な悪意の問題を瑕疵に結びつけた旧民法起草者の理解については、G. Boissonade, *Projet de Code civil pour le Japon*, tom. 1–2, liv. 2. *Des biens: dispositions préliminaires, des droits réels, art. 1–313*, Tokyo 1880, 1999, p. 341 (art. 196) 参照。現行民法起草者の穂積陳重は、さらに進めて、悪意もまた瑕疵ある占有であるのに、強暴・隠密のみを瑕疵であると狭く用いているとの理由で、定義規定のみならず瑕疵占有の概念そのものを採用しなかった。起草過程における本権訴訟と占有訴訟の non cumul 原則の放棄や独仏民法の規定についての簡潔な解説として、石井紫郎「占有訴権と自力救済」『日本国制史研究 III 日本人の法生活』東京大学出版会（2012）326–350 頁参照。本稿では vis を暴力と訳す。佐々木健「L・ラブルーナの暴力 vis 論——特示命令論の為に（一）（二・完）」法学論叢 155 巻 1 号（2004）130–145 頁（特に 131 頁）、2 号 100–122 頁参照。入門として瑕疵と正権原の明確な役割分担を説明するのは、ゲオルグ・クリンゲンベルク（瀧澤栄治訳）『ローマ物権法講義』大学教育出版（2007）14–17 頁である。ちなみに、オーストリア民法 345 条は隠秘と容仮を反映させ、《§ 345: Wenn sich jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht; so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdieß unecht; in entgegengesetzten Fällen wird der Besitz für echt angesehen.》と規定する。ここでの unecht は、注釈書では fehlerhaft だとして、ローマ法の三つの瑕疵（durch Gewalt, heimlich oder unter Mißbrauch bittweiser Überlassung (vi, clam precario)）を表すと解説されており P. Rummel (hrsg.), *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl., Wien 2000, § 345 (K. Spielbüchler), S. 507–508, 同法典が適用されていた北部イタリアの伊訳では vizioso と訳され、古代の準則が維持されているとし、所有者が瑕疵占有者となる可能性が最初に分かりやすく解説されている。《Qui si mantiene l'antica regola che sia vizioso quel possesso che si ottenga clam, vi, vel precario. Non sempre il possesso vizioso è illegittimo e di mala fede. Può accadere che il vero proprietario spogliato del possesso vi si restituisca per forza, e in tal caso egli è possessore vizioso.》G. Basevi, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*,

7. ed., Milano 1859, p. 140–141. ちなみに同 1460 条では, *redlich und echt* と瑕疵なきことが取得時効の要件ともされている。Basevi, p. 718–720. さらにオランダ民法については, 後註 104 参照。

- 4) ローマ法とのこの違いを辞典・事典レヴェルで明確に述べているものとして, G. Nesi, *Uti possidetis Doctrine*, in: R. Wolfrum, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford 2012, p. 626, s.v. *Uti possidetis (iuris)*, in: A. X. Felmeth/M. Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, Oxford 2009, p. 287.
- 5) 許『領域権原論』(前註 1) 216–217 頁は, 沿革的には *effectivités* は無主地を前提としたヨーロッパ列強の法的論理であり, *uti possidetis* は新独立国の論理であるとする。前者が裁判で用いられた例や, 境界画定紛争と権原帰属紛争との違いなどについては, 218–239 頁参照。国際公法を私法の法源やそこからの類推によって説明するものとしては H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927 が著名である。《It is obvious, therefore, that the numerous statements in which he [Grotius] repudiates the use of civil law cannot have the meaning attributed to them now, namely, that of rejection of private law as such. ... He did not accept private law (or Roman law) as having *per se* obligatory force in international law, but he certainly was taking over, under a different name, its rules and principles whenever he deemed it to be evidence of the law of nature applicable to a given case.》(p. 14–15), 《The question of recourse to private law occurs also in several branches of the law of war. Thus the Roman law conceptions of *iustus titulus* and *iusta causa* in relation to possession played a certain part in the development of the conception of *iustum bellum*. The principle of occupation and effective possession has been frequently resorted to in connection with the demand for the effectiveness of blockade, and recourse has here been had to the conception of *possessio ad interdicta* in contradiction to *possessio ad usucapionem*. A similar question arises with regard to the nature and the extent of military occupation of enemy territory. In prize law, the determination of the question when the property in goods passes in case of transfers *in transitu* is *prima facie* a question of private law. Interesting problems of analogy to private law arise also in the law of neutrality in connection with the expenses of the neutral State caused by the internment of the belligerents' troops, and with its alleged right of lien on the belligerents' war material.》(p. 152–153). 占有の問題について架橋が可能かどうかは本稿での問題意識の一つである。
- 6) 新納摩子「国際法におけるウティ・ポシデティスの再検討」『立命館法学』245号(1997) 104–140 頁。本稿で検討するグロティウスの箇所については 137–138 頁注(74)で言及されている。基本書として L. Oppenheim (H. Lauterpacht (ed.)), *International Law. A Treatise*, 8. ed., vol. I, Peace, London 1955, p. 534 (*uti possidetis* の

原則), p.576 (時効における善意概念), 及び I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ed., Oxford 1998, p.121 (権原について)《... title which is equivalent to the dominium of Roman law. However, in practice the concept of title employed to solve disputes approximates to the notion of the better right to possess familiar in the common law.》, p.132 (*uti possidetis (juris)*), p.136–138 (effective occupation), p.151–153 (acquisitive prescription) を参照。Brownlie は、最後の取得時効の説明で瑕疵と権原を区別し、《Prescription under conditions similar to those required for usucapio in Roman law: uninterrupted possession, *justus titulus* even if it were defective, good faith, and the continuance of possession for a period defined by law.》とローマ法に言及し、取得時効の要件に平穩を加えている。《2. Possession must be peaceful and uninterrupted.》

- 7) 国際法や古代ローマ国際法の門外漢による雑駁な覚書であるが、研究・教育のみならず万事において厳密・緻密な態度を我々に示して下さった岡田泉先生の退職記念号への掲載をお許し願いたい。また先生の国際法のゼミ生で、副次的に2014年度4年次生配当西洋法史ゼミに熱心に参加して、グロティウス『戦争と平和の法』第三巻を丁寧に読みかけを与えてくれた学生諸君にも感謝しておきたい。本稿で利用したのは、1939年校訂版を底本にそれをさらに充実させた Hugo Grotius (B. J. A. De Kanter, Van Hettinga Tromp (cura.), R. Feenstra, C. E. Persenaire (annot. nov.)), *De iure belli ac pacis libri tres*, Aalen 1993 である。英訳からの邦訳として、グロチウス(一又正雄訳)『戦争と平和の法《復刻版》』酒井書店(1996)がある。グロチウスの邦語研究は多数にのぼるが、大沼保昭編『戦争と平和の法——フーゴー・グロチウスにおける戦争、平和、正義〔補正版〕』東信堂(1995)(書評として小川浩三『法制史研究』37号〔1987〕293–300頁), 及び勝田・山内編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラーツィアヌスからカール・シュミットまで』ミネルヴァ書房(2008)第7章「フーゴー・グロチウス」(山内進)119–134頁を参照。古典文献やローマ法との関係については B. Straumann, *Hugo Grotius und die Antike: Römisches Recht und Römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht (Studien zur Geschichte des Völkerrechts 14)*, Baden-Baden 2007, idem, *Roman Law in the State of Nature. The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*, Cambridge 2015 がある。後者において、『戦争と平和の法』では、『ローマ法大全』に次いで Livius の援用が多いことにつき、《Livy, with over 400 references, is the most cited individual author from Greco-Roman antiquity in *De iure belli ac pacis*, surpassed only by the *Corpus iuris civilis*, with over 570 references.》(p.73), ローマ法からの *actiones* と *interdicta* が私人にも国家にも用いることができるとされていることにつき、《As part of just war, Grotius formulated an extraordinarily influential doctrine of subjective natural rights for this state of nature from Roman legal remedies,

the actiones and interdicta. As we have seen, these rights could potentially be held by both states and individuals; their influence was largely a result of this parallel.》(p. 226) と述べられている。本稿のテーマの出発点となる基本的な文献としては G. Nesi, *Uti possidetis* Doctrine, *supra* note 4 のほか、L. Winkel, The Peace Treaties of Westphalia as an Instance of the Reception of Roman Law, in: R. Lesaffer (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History from the Late Middle Ages to World War One*, p. 222–237, K. H. Ziegler, Das Völkerrecht der römischen Republik, in: H. Temporini (Hrsg.), *ANRW*, I, 2. Bd., Recht, Berlin 1972, S. 68–114, ders., Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts in: *Ius commune* 4, Frankfurt/M 1972, S. 1–27, F. Wooldridge, *Uti possidetis* Doctrine, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New York 2000, vol. 4, p. 1259–1262 を挙げておく。

- 8) デモステネス (木曾明子訳)『弁論集2』京都大学学術出版会 (2002) 18 頁。以下を参照し、ごく一部変更させていただいた。Démosthène (G. Mathieu (tr.)), *Plaidoyers politiques*, tome IV, Sur la couronne, Paris 1971, p. 33–34., Demosthenes (C. A. Vince/J. H. Vince (tr.)), vol. II (De corona and de falsa legatione XVIII, XIX), Cambridge MA 1953, p. 34–35, J. T. Voemelius (ed.), *ΔΗΜΟΣΘΕΝΟΥΣ ΤΑ ΣΩΖΟΜΕΝΑ. Demosthenis Opera Graece et latine*, Paris 1849, p. 122. «Ἐγὼ μὲν τοῖωνν ἔγραφα βουλευῶν ἀποπλεῖν τὴν ταχίστην τοὺς πρέσβεις ἐπὶ τοὺς τόπους ἐν οἷς ἂν ὄντα Φίλιππον πυνθάνωνται, καὶ τοὺς ὄρκους ἀπολαμβάνειν· οὗτοι δ'οὐδὲ γράψαντος ἔμοῦ ταῦτα ποιεῖν ἠθέλησαν. 26 Τί δὲ τοῦτ' ἠδύνατο, ᾧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι; Ἐγὼ ἰδᾶξω. Φίλιππῳ μὲν ἦν συμφέρον ὡς πλεῖστον τὸν μεταξὺ χρόνον γενέσθαι τῶν ὄρκων, ὑμῖν δ'ὡς ἐλάχιστον. Διὰ τί; Ὅτι ὑμεῖς μὲν, οὐκ ἀφ' ἧς ωμόσαθ' ἡμέρας, ἀλλ' ἀφ' ἧς ἠλπίσατε τὴν εἰρήνην ἔσεσθαι, πάσας ἐξλύσατε τὰς παρακενὰς τὰς τοῦ πολέμου· ὁ δὲ τοῦτ' ἐκ παντὸς τοῦ χρόνον μάλιστ' ἐπραγματεύετο, νομίζων, ὅπερ ἦν ἀληθές, ὅσα τῆς πόλεως προλάβοι πρὸ τοῦ τοὺς ὄρκους ἀποδοῦναι, πάντα ταῦτα βεβαίως, ἕξιν· οὐδένα γὰρ τὴν εἰρήνην λύσειν τούτων ἔνεκεν.» 《Ego igitur senator rogavi ut legati quam primum in ea loca navigarent, in quibus esse Philippum audirent, et ut iusiurandum exigerent, illi vero nec post decretum meum id facere voluernt. (26) id quo valuerit, ego vos docebo, Athenienses. Pilippo expediebat, plurimum temporis intercedere inter iusiurandum, vobis quam minimum. quamobrem? quia vos non ab ea die duntaxat qua iurastis, sed ab ea qua sperastis fore pacem, omnes belli apparatus deservetis, ille autem id maxime perpetuo moliebatur, existimans (id quod verum erat), quae nostrae urbi eripuisset ante datum iusiurandum, omnia se ea constanter habiturum, neminemque propter ea pacem soluturum.》

- 9) A. Bürge, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, S.51–52. «...bedeuteten das Interdikt *uti possidetis* und ähnliche Interdikt tatsächlich eine wichtige Etappen bei der Zurückdrängung privater Eigenmacht. Schaut man sich den Text allerdings näher an, blieb der erlaubten Selbsthilfe ein nicht unbeträchtlicher Raum. Das Verbot stand nämlich unter der einschränkenden Klausel *quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*, der sogenannten *exceptio vitiosae pssessionis*, welche drei Fälle ausdrücklich ausnahm, in denen Gewaltanwendung möglich war. Damit übernahm das Interdikt auch die Funktion, der betroffenen Partei zu erlauben, die frühere Rechtslage eigenmächtig wiederherzustellen ... Nur wenn man die einschränkende Klausel *quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*, die bereits im Jahre 161 v. Chr. von Terenz parodiert wird, herausnimmt und zum späteren Zusatz erklärt, womit man aber mit der Chronologie der Verteilung dieses Landes in Widerspruch gerät, kann man hier ein umfassendes und lückenloses Gewaltverbot herauslesen. Freilich handelt man sich in diesem Fall noch zusätzlich die Schwierigkeit ein, daß es später wieder aufgeweicht worden sein mußte.»
- 10) 前註3も見よ。他方で、西洋世界の戦闘行為に対する肯定的な心性についての興味深い所見として、Alessandro Baricco, *Omero, Iliade*, 4ed., Milano 2007, p. 157 ss. Un'alta bellezza. Postilla sulla guerra, アレッサンドロ・バリッコ (草皆伸子訳) 『イリアス——トロイアで戦った英雄たちの物語』白水社 (2006) 213 頁以下「もう一つの美——戦争についての覚書」を参照。占有の問題を、過去を取得時効に、未来を被告の地位にあてるという別の観点からではあるが、過去と未来の二つの視点から教えるものとして、Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1. éd., Paris 2002, p. 494 がある。
- 11) この意味で、ハートの議論とは距離を置く。H. L. A. ハート (長谷川恭男訳) 『法の概念〔第3版〕』ちくま文庫 (2014) 329 頁以下、同 (矢崎光圀編訳) 『法の概念』みずが書房 (1976) 231 頁以下。
- 12) Jan Schröder, Auslegung von Ausnahmegesetzen in der frühen Neuzeit, in: T. Finkenauer u.a. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976–2009*, S. 129–142, S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, Bd. 1, Tübingen 2001, S. 556–568. このような favorable と odiosus の区別を最初に非難したのはクリスティアン・トマジウス『理性論の使用について』(Ausübung der Vernunft-Lehre, Halle 1691) であるとされる (S. 134)。さらに拙稿「一五世紀普通法学の法解釈論の一端——コンスタンティヌス・ロゲリウス『法解釈論』覚書——」金山直樹編『法における歴史と

解釈』法政大学現代法研究所叢書（2003）40–92頁参照。「不文の目的を援用しての変則法の拡張解釈禁止」の準則は、都市における自由観念との関連で、バルトルス『復習講義』（ad D.39.4.15）として印刷刊本に収録されることもある。

- 13) J. Schröder, *Auslegung*, *supra* note 12, S. 131.
- 14) H. H. von Kirchmann (Übers.), *Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens*, 2. Band, Berlin 1869, S. 415 Fn. 119.
- 15) この表現についてグロティウスは脚註でバルルタ『ヴェネツィア史』を援用する。校訂版（前註7）リストは、Paolo Paruta, *Historia Vinetiana*, Vinetia 1605, p. 305–396として箇所を特定していない。ex formula iuris antiqui に対応するイタリア語の表現を筆者は見出すことができなかった。
- 16) この二種類の解釈基準の説明箇所の近代語訳を見ておこう。Hugo de Groot (J. van Gaveren (vert.), *Van't regt des oorlogs en vredes*, 2. dr., t'Amsterdam 1732, p. 833は、「あれこれの物の、戦争によって侵害された占有が、古い準則の内容に従って処理・規制される」と侵害や処理の対象たる *possessio* を主語としており、構文や単語に忠実な訳である。《of zoo, dat de bezitting van deeze en geene goederen, die door den oorlog gestoort is, geschikt en geregelt na den in houd van oude regt, ... of dat de goederen zelve blijven in den staat als ze zein.》あるいは主語を the possession of property と訳しているが、Hugo Grotius (F. W. Kelsey (ed.)), *De jure belli ac pacis libri tres*, vol. 2. The translation, J. B. Scott (ed.), *The Classics of International Law* no. 3, v. 2, Oxford 1925, p. 809も同様の理解である。《either the possession of property, which has been disturbed by war, is adjusted in accordance with the former right of ownership [status quo ante bellum]; ... or, things remain as they are [uti possidetis].》この翻訳ではカギ括弧で *uti possidetis* としているが、前註4を見よ。Hugo Grotius (S. C. Neff (ed.)), *On the Law of War and Peace*, Cambridge 2012, p. 450はこの括弧部分を削除して訳を踏襲している。これに対して、Hugo Grotius (J. Barbayrac (tr.)), *Le droit de la guerre et de la paix*, tom. 2, Amsterdam 1724, p. 948は《ou l'on veut et entend que les choses, dont la possession a été troublée pendant la Guerre, soient remises sur l'ancien pié; ou bien on prétend, que les choses demeurent l'état où elles sont.》と複数形の物の返還とした意識である。Hugo Grotius (P. Pradier-Fodéré (tr.)), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris 1867, 2005, p. 788–789は《de deux manières: l'une, en convenant que les choses dont la possession aurait été troublée par la guerre se vident selon la formule de l'ancien droit que chacun y avait ... l'autre, en convenant que les choses demeurent en l'état où elles sont.》と複数形の物（事件）が解決・処理されるとしており *componatur* とは合わない。Hugo Grotius (A. C. Campbell (tr.)), *The Rights of War and Peace*, New York 1901, 2007, p. 389は《either by restoring the disputed possessions to their former

situation, or by leaving them in the state, to which the war has reduced them.》と formula を状態や状況と解している。Kirchmann, *Des Hugo Grotius, supra* note 14, S. 415 は, 《bei Sachen, deren Besitz durch den Krieg zerstört worden ist, nach der Formel, dass Jeder das wieder bekommt, was er vor dem Kriege gehabt hat . . . , oder dass Alles in dem gegenwärtigen Zustand verbleibe, . . . 》と formula が二種類あるように訳されており疑問である。Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Amstelædami 1702, p. 855 は, Gronovius の formula に対する註《restituatur cuique, quod antea habuit》を掲載する。

17) Pierre Dufaur de Saint-Jory (1532–1600) について J. Poumarède, Du Faur (Faber) de Saint-Jory (de Saint-Jorri) Pierre, dans P. Arabeyre et al. (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris 2007, p. 269a–270a. 及び Germain de la Faille, *Annales de la ville de Toulouse depuis la réunion de la Comté de Toulouse à la Couronne*, 2. partie, Toulouse 1701, p. 528–529, M. Benech, *Cujas et Toulouse*, Toulouse 1842 参照。法服貴族家系で, キュジャースのもとで学ぶために 1554 年からトゥールーズで, さらにプールジュで法学を修める。1573 年に父の後を継ぎトゥールーズ高等法院部長評定官に就任。宗教抗争の後, 再び 1597 年に同部長評定官に任命された。グロティウスは, 『戦争と平和の法』プロレゴメナ(38)で国際法の歴史的解明を行った一人として, 彼をジェンティーリなどと並べて挙げ, 《historiam lucem, supplere aggressi sunt erudissimus Faber in Semestrium capitibus nonnullis》と述べ, 第 2 巻第 14 章第 1 節でも《vir eminentissimæ eruditionis》とその博学を称賛している。

18) 「ウルピアヌス [D. 2.14.5] が述べているような, 公の原因に基づいて將軍 (dux) が相互に交わす講和を通じて締結される公の合意 (conventio publica) の最も適切な例は, トリポニヌスの以下の解答 [D. 49.15.12 pr.] から援用できる, と私は常々考えていた。戦争における捕虜には講和において帰国権があるが, ただしそれが講和つまり將軍の間で交わされた合意において明示されていたときである。というのも, トリポニヌスの文言は, フィレンツェ写本でさえもそうであるがすべての写本で否定文として理解されているようにではなく, むしろ nihil の代わりに id を復元して読まなければならない, と私はずっと以前から気づいていたからである。この私の推測につき, 権威のある教養人たちの中であって最も傑出した最高の法学者であるキュジャースの支持と称賛を得ているのであるから, 今後は, 疑義が述べられたり正しいかどうか論争になることなどないだろう, と考える [Cuj. obs. 19.7, 24.1.]」 Petrus Faber. *Semestrium*, lib. I. cap. VII, Lutetiae Parisiorum, 1570, p. 63–65. 《Conventionis publicæ, quæ scilicet ex publica causa fit, per pacem quoties duces belli quædam inter se paciscuntur, ut ait Ulpianus [D. 2.14.5], exemplum adferri posse commodissimum ex Triphonini responso semper existimavi: ut bello

captis postliminium in pace sit, si tamen id pactis fuerit comprehensum, id est, ea conventionem quae inter belli duces habita fuerit: nam Triphonini verba iam pridem non ut in omnibus etiam Florentinis libris abnitive concepta sunt, sed ita potius, ut pro, Nihil, restituatur, ID, legenda esse animadverti: cuius coniecturae nostrae cum approbatorem et laudatorem habeam Iac. Cuiacium [ad D. 2.14.5] clarissimum et summae apud literatos auctoritatis Iurisconsultum, non puto quemquam dubitaturum, aut in controversiam adducturum esse, utrum ea vera sit.》ちなみに帰国権の定義は D. 49.15.19 pr. にあり、この法文の簡潔な説明については、リウウィウスとグロティウスによる条約の類型論を論じる M. F. Cursi, *Il carattere paradigmatico della classificazione dei 'foedera'*: dalla partizione di Livio alla sistematica di Grozio in: L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica e Costituzione, II, Collana 'Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana'*, Napoli, 2006, p. 1564 を見よ。慣習と並んでこの法文が帰国権確立の根拠とする *leges* は、条約における戦勝者側からの条件だと解している。

- 19) Notum ad D. 49.15.12 pr., Dionysius Gothfredus (ed.), *Corpus Iuris Civilis Romani*, Tom. I, Coloniae Munatiana 1756.
- 20) Siegmundus R. Jauchius, *Meditationes criticae de negationibus*, Amsteraedami 1728, p. 332. 彼は、Zedler, *Universal-Lexicon* によれば最晩年 78 歳で出版とされるこの作品で、否定辞削除について、「nihil は絶対にあったはずがない」《*Sine dubio illud, nihil, abesse debet, ...*》と述べるが、では法文をどう復元するかについては、デュフォーールやキュジャースを批判している。
- 21) もっともヤオホは、Paul. ad Sab. D. 49.15.17 の「敗れて武器とともに敵に投降した者には帰国権はない」《*Postliminio carent, qui armis victi hostibus se dederunt.*》も援用している。彼はこの法文を武器を敵に与えるような降伏の仕方と限定的に理解して、反対解釈に用いていたと思われる。他方、法文修正を認めない Bynkershoek や Mommsen の立場については、Fernand de Visscher, *Droit de capture et postliminium in pace*, in: idem, *Études de droit romain public et privé*, Milano 1966, p. 129–135 を参照。
- 22) Johannes Calvinus, *Magnum lexicon iuridicum*, tom. II, Coloniae allobrogum, 1734, s.v. *transfuga* 《... Cujacius transfugam definit, quod sit proditor, qui fide mutata ad hostes transit, leg. transfuga, ff. de capti. et postlim. [D. 49.15.19.8] qui idem dicitur et perfuga, ut ex Aelio Gallo Sex., Pompeius refert. Cujac obs. lib. 4. c. 9 et lib. 6. c. 36. Vide etiam Alex. ab Alex. lib. 4. c. 7. et Blondum lib. 7. Romae triumphantis.》カルウィヌス（カール）が引用している箇所は、キュジャース『観察と修正』第4巻第9章の冒頭であり、キュジャースはさらに《*transfuga recipitur, id est, eum qui ab hostibus descriperit*》とも述べている。Cujacius, *Observationes et emen-*

dationes, in: Opera, tom. III, Neapoli 1758, col. 94–95. ちなみに「学説彙纂」には以下のように *transfuga* の一般的な定義が見られる。Paul. ad sab. 16. D. 49.15.19.8. 《*Transfuga autem non is solus accipiendus est, qui aut ad hostes aut in bello transfugit, sed et qui per indutiarum tempus aut ad eos, cum quibus nulla amicitia est, fide suscepta transfugit.*》このように、戦中のみならず停戦中についても適用されるとするが、前半の戦中についての定義は単純である。リウウィウスにおける *captivi*, *transfugae*, *fugitivi* が見られる箇所につき、Cursi, Foedera, *supra* note 18, p. 1564 n. 5 を参照。

- 23) 前註 22 のカルウィヌスが引用していた、優れた人文主義者アレクサンドロ・ダレッサンドロの主著『祝祭日』(*Dies geniales*) は、各民族・国民の軍隊の有り様を述べている箇所である第 4 巻第 7 節「戦列を整える際にいかなる秩序と軍規がかつてローマ人に存在し守られるのが常であったか。」《*Qui ordo in disponendis aciebus, et quae norma militiae apud Romanos olim servari solita fuerit, et quae apud exteros.*》で、ローマの軍隊編成について、「ローマ人は、楔形隊形や重装歩兵密集隊形をなすことを常としていたのであり」《*Romanis frequens usus erat, cuneum facere et phalangem*》云々と述べた後、*transfuga* について、「安全策として、*transfuga* を、寝返りを偽って何か陰謀を企てることのできないよう武器を取り上げ、最後尾の戦列に入れるのがよいとも考えられる。彼らを容易に信じるのが許されないからである。」《*Illud quoque salutare creditum est, transfugas detractis armis, nequid insidiarum simulata transitione moliri possint, in postremam aciem inducere: namque illis credere non facile licet.*》としている。Alexander ab Alexandro, *Genialium dierum libri sex*, Parisiis 1539, p. 88 r. cf. D. Maffei, *Alessandro d'Alessandro. Giureconsulto umanista (1461–1523)*, Milano 1956, p. 94.
- 24) Titus Livius (W. Weissenborn, H. J. Müller (bearb.)), *Ab vrbe condita*, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 174–175. 本稿では、リウウィウス『ローマ建国以来の歴史』の原文についてはこの刊本を利用する。以下 Weissenborn, Bd. として引用。盟約と訳した *foedus* について、基本的に、Ziegler, *Das Völkerrecht*, ANRW, *supra* note 7, S. 90–93, *foedus aequus*, *iniquum* などの概念については、Cursi, Foedera, *supra* note 18, p. 1574 ss. を見よ。
- 25) この表現について比較的新しいリウウィウス註釈書は、《*if this reflects what Menippus really said, it probably implies a repetition of Antiochus' claim to the land occupied by his ancestors, as he had argued at Lysimachia.*》としている。J. Briscoe, *A Commentary on Livy Books XXXIV–XXXVII*, Oxford 1981, p. 139. 後に述べるように、この表現を専門的に述べる研究文献として、Cursi, Foedera, *supra* note 18, p. 1566 を見よ。
- 26) *Thesaurus Linguae Latinae*, s.v. formula, vol. VI, pars I, Lipsiae 1912–1916, col.

1113–1117. メニップスを利用したグロティウスの箇所の近代語訳についても理解が分かれていることにつき、前註16を見よ。ちなみに、*formula iuris antiqui* ではないが、*antiquae formulae* という表現を「古来の方式」という意味で用いている例として、クリウス事件を述べるキケロ『ブルトゥス』52, 195がある。「彼〔スカエウオラ〕は、未成熟被後見人が自己の後見にいたる（成熟する）前に死亡したならばという条件で相続人に指定されたクリウスはその被後見人が生まれなかったときには相続人になりえないことを立証しようとしたのであるが、彼は、遺言の法について、古来の方式について、どう言うのであろうか。息子が生まれなくとも相続人に指定されるならどのように書くことを要したというのか。」《*cum is hoc probare vellet, M'. Curium, cum ita heres institutus esset, 'si pupillus ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset', pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testamentorum iure, de antiquis formulis? quem ad modum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur?*》, Cicerone (E. Narducci (cura)), *Bruto*, Milano 1995, p. 263, Cicéron (J. Martha (tr.)), *Brutus*, Paris 1960, p. 68. さらに、*antiquus* の法学的な用例として、以下の、キュジャースによるポンポニウス法文 D. 28.2.29.5 の註解を挙げておこう。彼は、遺言相続における後生子に関するウェッラエウス法が規定する死亡や子について、家父権免除や重流刑への適用を論じる際に、同法以前の状態を *ius antiquum* として対比させ「古法又はウェッラエウス法に基づいて、後生子が相続人に指定され」《*Postumus vel ex iure antiquo instituitur, vel ex lege Vellea, ...*》とし、続けて「古法の方式（規定）は死亡の場合に対してのみ作成されているが、そうしたケースも補充すべきである」《*formula iuris antiqui concipitur in mortis casum dumtaxat, verum supplendi sunt et illi casus*》と述べている。Jacobus Cujacius, *Commentaria in pandectarum titulum de liberis et postumis heredis instituendis vel exherediandis*, *Opera*, tomus I, col. 1072–1073, Neapli 1758. さらに後註90を参照。この法律については、M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, S. 684–685.

- 27) I. J. G. Scheller (1735–1803) による羅独辞典は、*formula* については冗語的な意味でリウィウスの用例を挙げている。Scheller, *Ausführliches und möglichst vollständiges Lateinisch-Deutsches Lexicon oder Wörterbuch zum Behufe der Erklärung der Alten und Übung in der lateinischen Sprache*, 2. Aufl., Leipzig 1788. この辞書は分かりやすい英訳版もあり便利である。J. E. Riddle (rev. and tr.), *Lexicon totius latinitatis. A Dictionary of the Latin Language, originally comp. and illustrated with explanations in German by I. J. G. Scheller*. 独語版の *formula* の項目 (col. 2199–2200) の末尾に以下のような説明がある。《4) Oft steht es überflüssig, doch allemal ist eine Formel oder Formular zu denken, z.B. *formula iuris, legum, sociorum, imperii* im Livius, statt *ius, leges socios, imperium*, z.B. *restituere in antiquam*

formulam iuris, Liv. XXVI, 24, XXXII, 33, i.e. *in antiquum ius*, weil es nach einem gewissen Formular geschah: so auch *urbem ne quam formulae sui iuris facerent*, Liv. VIII, 9. post med. wo *formulas* weg bleiben konnte.》Scheller は、さらに続けて《so auch *in antiquam imperii formam redigere* statt *imperium antiquum*, unter die vorige Bothmäßigkeit bringen, Liv. XXXXIII, 6, XXXXIII, 46. i.e. *in socios*, weil es nach einem gewissen Formular geschah: auch läßt es sich durch Bothmäßigkeit übersetzen, z.B. *Parachelodia nullo iure Thessalorum formulae factam* i.e. *ditionis*, Liv. XXXVIII, 26.》と、forma についても同じように、*imperii forma* が端的に *imperium*, Herrschaft, dominion と理解できる用例があるとする。

- 28) Voigt は、法秩序に関する国家間の合意の一つのあり方として、戦争によって侵害された占有につき最終的に定めるタイプの例として脚註でこのリウイウスの箇所を挙げ、*ex formula iuris antiqui* を《nach den Bestimmungen eines bereits von früher her bestehenden *foedus*》と理解していた。M. Voigt, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Bd. 2. *Das ius civile und ius gentium der Römer*, Leipzig 1858, Aalen 1966, S. 134. Fn. 116. Fusinato も Collmann を批判する脈絡で、《il senso viene ad essere questo: che quelle controversie alle quali la guerra avesse dato origine sarebbero state risolte o secondo le disposizioni contenute nel *foedus* che fosse prima esistito fra i due popoli.》とする。G. Fusinato, *Dei fíziali e del diritto feziale. Contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma*, Roma 1884, p. 109. 彼は当該箇所の Weissenborn を挙げているが、これについては、直ちにこの理解に一致するか疑問である。後註 41 及び対応する本文を見よ。Cursi, *Foedera*, *supra* note 18, p. 1565–66 は、リウイウスにつき《se si è verificato qualche mutamento di proprietà per effetto di azioni belliche, le posizioni originarie si ristabiliscono o secondo le norme dell'antico diritto, o secondo una formula di reciproco vantaggio.》と訳しつつ、《recuperare la preda bellica, nel rispetto dell'originaria appartenenza, fondata su precedenti accordi o, mancanza, sulla generale regola di *ius gentium* ...》と解説している。
- 29) Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome VIII (liv. XXXIV à XXXVII). *La Conquête de la Grèce*. Sources de l'histoire antique, Paris 2005, p. 78. いわゆるビュデ古典叢書 (Collection des Universités de France. belles lettres) では、その前後の部分は仏訳が刊行されているが (tome XXIII が第 33 巻, tome XXV が第 35 巻に対応) 第 34 巻は欠落している。
- 30) Tite-Live (Dureau de Lamalle et Noël (tr.)), *Histoire de Rome*, 2éd., tome XII, Paris 1824, p. 35.
- 31) M. Nisard (dr.), *Œuvres de Tite-Live*, tome II, Paris 1839, p. 324a.
- 32) Tite-Live (A. Flovert (tr.)), *Histoire romaine* (livre XXXI à XXXV), Paris 1997,

p. 353.

- 33) Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. IX (Books XXXI–XXXIV), Cambridge MA 1935, p. 563.
- 34) Livy (G. Baker (tr.)), *The History of Rome* (Books XXXI–XXXVIII), vol. IV, New York 1836, p. 187.
- 35) このように大陸の訳に比べたとき、英訳は本権と占有とを峻別しない英米法系の観念が反映されているとも言える。
- 36) Livio (L. Cardinali (tr.)), *Storia di Roma dalla sua fondazione*, vol. IX. (libri XXXIV–XXXV), Milano 1989, p. 168–171.
- 37) Luigi Labruna, *Titio Livio e le istituzioni giuridiche et politiche dei romani*, Napoli 1986, p. 289.
- 38) Titus Livius (H. J. Hillen (Hrsg.)), *Römische Geschichte*, Buch XXXI–XXXIV, 4. Aufl., München/Zürich 2007, S. 435.
- 39) 《best explanatory edition of the whole of Livy, with German notes.》Livy (B. O. Foster (tr.)), *History of Rome*, vol. I (Books I–II), Cambridge MA, 1919 p. xxxiv.
- 40) Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 175.
- 41) Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), *supra* note 40, S. 175. n. 8.
- 42) Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. IX (Books XXXI–XXXIV), Cambridge MA 1935, p. 385. 《He himself had come only to recover his ancient possessions.》
- 43) Tite-Live (G. Achard (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXIII (liv. XXXIII), Paris 2002, p. 59. Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 73.
- 44) Tite-Live (R. Aam (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXV (liv. XXXV), Paris 2004, p. 25. Weissenborn, Bd. VIII (Buch XXXV und XXXVI), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 27. Titus Livius (Hillen (tr.)), *Römische Geschichte (Buch XXXI–XXXIV)*, 4. Aufl., München 2007, S. 300 も《das alte Rechtsverhältnis wiederherzustellen》である。
- 45) Weissenborn, Bd. VIII (Buch XXXVII und XXXVIII), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 135. Sage は端的に《its ancient status》と理解する。Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. IX (Books XXXI–XXXIV), Cambridge MA 1935, p. 41.
- 46) Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 37. Titus Livius (Hillen (tr.)), *Römische Geschichte (Buch XXXI–XXXIV)*, 4. Aufl., München 2007, S. 259 は「古い契約の更新」《alte Verträge mit dieser Bürgerschaft zu erneuern》であるとす。Tite-Live (G. Achard (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXIII (liv. XXXIII), Paris 2002, p. 29. cf. Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. IX (Books XXXI–XXXIV), Cambridge MA 1935, p. 333. 《... renew the long-standing relations existing between him and his ancestores and that state ...》

- 47) Labruna, *Titio Livio, supra* note 37, p. 65, Livio (M. Scàndola (tr.)), *Storia di Roma dalla sua fundazione*, vol. 1 (libri I–II), 19 ed., Milano 2015, p. 317. ちなみにビュデ古典叢書の Baillet による仏訳は概ね意識であるが、「文言」と解している。《Voici, d'après nos documents, comment fut livrée Collatie et en quels termes.》Tite-Live (G. Baillet (tr.)), *Histoire romaine*, tome I (liv. I), Paris 1947, p. 63. Weissenborn はこの formula に脚註を付していない。
- 48) Labruna, *Titio Livio, supra* note 37, p. 197, Livio (M. Scàndola (tr.)), *Storia di Roma dalla sua fundazione*. vol. 2 (Libri III–IV), Milano 1999, p. 197, 350.
- 49) Tite-Live (G. Baillet (tr.)), *Histoire romaine*, tome IV (liv. IV), Paris 1954, p. 16. 《Cette tâche pénible, peu faite pour les consuls, exigeait un magistrat spécial, qui contrôlerait le service des greffiers, assurerait la conservation des registres publics et fixerait les formalités du recensement.》Weissenborn の脚註では、比較参照箇所として、徴兵業務を述べる第 43 卷第 14 節 5 が挙げられている。Weissenborn, Bd. II (Buch IV und V), 7. Aufl., Berlin 1962, S. 22.
- 50) Nomen mittere について、16 世紀の人文主義者ギヨーム・ビュデ (Guillaume Bude) 『パンデクテン註記』は、D. 1.11.1 に対する長い註記のほぼ末尾で、息子の徴兵名簿掲載を親にせきたてる表現を指摘し、《Quintilianus in Declama. (si tamen is est autor) Ad nomen mittere filios parentes festinarunt, quamvis asperrimo bello, ut sub te ponere rudimenta militiae contingeret.》とする。Gulielmus Budaëus, *Annotationes ad libros pandectarum XXIII*, in: Opera, tom. III, Basileae 1557, Meisenheim/Glan 1969, p. 103. *Vocabula latini, italique sermonis*, Tom. II, Neapoli 1751, p. 314c, s.v. nomen は、《Mittere ad nomina... mandar alla guerra, a farsi arrolar soldato》とし、あるいは W. Crakelt (M. G. Sarjant (rev.)), *Tyronis Thesaurus: Or, Entick's Latin-English Dictionary*, Baltimore 1840, p. 334, s.v. mitto のように ad nomen mittere が端的に send to the war と訳されることもある。しかし、ビュデの引用する ad は festinare にかかっており、nomen を mittere の対格と捉えることが、ここでのリウィウスにも合致すると思われる。
- 51) Weissenborn の脚註には、《nach der Matrikel (κατάλογος) der Waffenfähigen in den einzelnen Staaten》とある。Weissenborn, Bd. IV (Buch XXII), 10. Aufl., Berlin 1962, S. 130. Liez 訳は《pour recevoir les troupes qu'ils étaient tenus de fournir, d'après le traité.》である。Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome IV (liv. XI à XXIII) Le seconde guerre punique, Paris 2005, p. 173–174.
- 52) Weissenborn, Bd. V (Buch XXVI), 6. Aufl., Berlin 1962, S. 68–69. Weissenborn は末尾の eorum を dictio のみにかけて理解している。
- 53) Livy (F. G. Moore (tr.)), *History of Rome*, vol. VII (Books XXVI–XXVII), Cam-

bridge MA 1950, p. 93.

- 54) 例えばビュデ古典叢書の Jal 訳は《dans quelle mesure ils tiendraient prêts les soldats prévus par la convention》である。Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XVII (liv. XXVII), Paris 1998, p. 20. Moore 訳も、《the terms of their constitution...》としている。Livy (F. G. Moore (tr.)), *History of Rome*, vol. VII (Books XXVI–XXVII), Cambridge MA 1950, p. 245. Liez 訳は、「割り当てられた徴兵人員」《et s'informèrent s'ils étaient prêts à fournir le contingent dû à la republic》と内容を述べる。Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation* (liv. XXVII à XXIX), Paris 2005, p. 32. Weissenborn の脚註は、「植民市とローマとの権利義務関係を記した文書」《die Urkunde, in der verzeichnet war, was die Kolonie von dem römischen Staate erhielt und was sie ihm dafür zu leisten hatte; speziell: die Bestimmung der Kontingente; solche *formulae* hatten alle lateinischen Kolonien》とする。Weissenborn, Bd. VI (Buch XXVII und XXVIII), 5. Aufl., Berlin 1962, S. 32.
- 55) Weissenborn, Bd. VI (Buch XXIX und XXX), 5. Aufl., Berlin 1962, S. 32.
- 56) Tite-Live (P. François (tr.)), *Histoire romaine*, tome XIX (liv. XXIX), Paris 1994, p. 34, n.b. 抛出すべき兵数については、L. de Ligt, Roman Manpower and the Recruitment during the Middle Republic, in: A. P. Erdkamp (dir.), *Companion to the Roman Army*, 2011 Oxford, Ch. 7, p. 116–117 を参照。Weissenborn, Bd. VI (Buch XXIX und XXX), 5. Aufl., Berlin 1962, S. 32 の脚註では「ローマの戸口調査官が定める基準に従って」《nach dem Massstabe (Ansätze), den ihnen die römischen Censoren vorschreiben würden.》と解説する。この foedus inquam については Cursi, Foedera, *supra* note 18, p. 1572 ss. これに類似し「主権」《summum imperium》を維持した上でのグロティウスによる foedus inaequale 概念については p. 1574 ss. を見よ。
- 57) おそらく 202 年に捕虜となった。cf. J. Briscoe, *Commentary on Livy Books XXXI–XXXIII*, Oxford 1973, p. 233.
- 58) 前 198 年のピリッポス 5 世とローマの執政官ティトゥス・クインクティウス・フラミニヌスの講和条約交渉の過程が述べられている部分であり、この経緯については、ポリュビオス（城江良和訳）『歴史 3』419 頁註(1)を参照。
- 59) Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. IX (Books XXXI–XXXIV), Cambridge MA 1935, p. 255. 《enjoy its ancient rights.》
- 60) Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXI und XXXII), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 166. Titus Livius (Hillen (tr.)), *Römische Geschichte (Buch XXXI–XXXIV)*, 4. Aufl., München 2007, S. 199 も《in das alte Rechtsverhältnis》である。
- 61) Polybius (Th. Buetterner-Wobst (ed.)), *Historiae*, vol. III. (lib. IX–XIX), Stuttgart

- diae 1965 (1893) Bibliotheca Teubneriana, p. 364. ポリュビオス『歴史 3』(前註 58) 第 18 卷第 2 節 4, 421 頁。Polybius (W. R. Paton (tr.)), F. W. Walbank, C. Habicht (rev.), *The Histories* (Books XVI–XXVII), Cambridge MA 2012, p. 105. «... permit the Perinthians to resume their confederacy with Byzantium ...»
- 62) Tite-Live (A. Flobert (tr.)), *Histoire romaine* (liv. XXXI à XXXV). *La libération de la Grèce*, Paris 1997, p. 185. «la ville de Périnthe retrouve l'ancienne charte qui la liait aux Byzantins.», Tite-Live (P. Mineo (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXII (liv. XXXII), Paris 2003, p. 53. «Périnthe fût restituée à Byzance, avec le statut juridique de son ancienne charte.»
- 63) W. Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1862, S. 68. Titus Livius (Hillen (tr.)), *Römische Geschichte* (Buch XXXI–XXXIV), 4. Aufl., München 2007, S. 295 も《in das frühere Abhängigkeitsverhältnis》である。Tite-Live (G. Achard (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXIII (liv. XXXIII), Paris 2002, p. 55. cf. Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. IX (Books XXXI–XXXIV), Cambridge MA 1935, p. 379. «... tried to coerce all the cities of Asia into acknowledging the sovereignty which he had once exercised over them.», J. Briscoe, *A Commentary on Livy Books XXXI–XXXIII*, Oxford 1973, p. 321 は、この方法について前 281 年の先例を指摘する。
- 64) Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXVIII (liv. XXXVIII), Paris 1997, p. 15. Sage 訳も《to bring under their jurisdiction no city ...》としている。Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. XI (Books XXXIII–XXXIX), Cambridge MA 1936, p. 31.
- 65) Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation. Caton le censeur*, tome IX (Livres XXXVIII à XLI), Paris 2005, p. 18.
- 66) Weissenborn, Bd. VIII (Buch XXXVII und XXXVIII), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 129. «Übersetzung von *ἔχειν ἐν τῇ συμπολιτεία* (Pol.); s. zu 32.33.7 und 39.26.2; *formulae facere* wie *facere dictionis* (s. zu 1.25.13 und 24.1.1); vgl. 23.4.»
- 67) ポリュビオス『歴史 3』(前註 58) 566 頁参照。cf. Polybius (W. R. Paton (tr.)), F. W. Walbank, C. Habicht (rev.), *The Histories*, *supra* note 61, p. 357. «... of the cities, villages, and men formerly belonging to Aetolia but captured by or entering into friendship with the Romans during or subsequent to the consulship of Lucius Quintus Flamininus and Gnaeus Domitius Ahenobarbus none are to be annexed by the Aetolians.»
- 68) Polybius (Th. Buetterner-Wobst (ed.)), *Historiae*, vol. IV (lib. XX–XXXIX), Stutgardiae 1904, 1985, Bibliotheca Teubneriana, p. 68.
- 69) S.v. *συμπολιτεία* in: I. A. Ernestus (cura), *Graecum lexicon manuale*, Lipsiae

1754. ちなみに、ローブ叢書の英訳は《the Aetolians shall not annex any, whether city or men therein.》とする。Polybius (W. R. Paton (tr.)), *The Histories* (Books 16–27), *supra* note 67, p. 357.
- 70) 例えば、Liez 訳は、《La question se trouva la même》として formula を訳に全く反映させていない。Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome IX (liv. XXXVIII à XLI), Paris 2005, p. 127. 内容について注目するものとしては、例えば、A. Passerini, *Nuove e vecchie tracce*, *supra* note 2, p. 33 を見よ。
- 71) Weissenborn, Bd. IX (Buch XXXIX und XL), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 51–52. 《wahrscheinlich dem Formularprozeß entlehnt, die dem Richter von dem Magistrate gegebene Anweisung, nach der er in einem Prozess untersuchen und entscheiden soll ... bei der Verhandlung und Entscheidung (*disceptatio*) müsse dieselbe Norm, derselbe Grundsatz in Anwendung kommen.》 例えば、A. Forcellinus, *Totius latinitatis lexicon*, Patavii 1771, s.v. *disceptatio* 《disputatio, conteno, lis, causa ... Disceptatio et cognitio veritatis ... Item cognitio, iudicium, ... Item iudicatio. h.e. quaestio quae oritur ex ratione rei et infirmatione accusatoris.》 H. Heumann / E. Seckel, *Handlexikon zu Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz 1971, s.v. *Disceptatio* 《2) richterliche Untersuchung und Entscheidung (D. 2.15.8.24, C. 9.20.4)》
- 72) Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. XI (Books XXXVIII–XXXIX), Cambridge MA 1936, p. 292. 《Under the same procedure the dispute was conducted as to the cities of the Perrhaebians and Magnesian. 》
- 73) Tite-Live (A.-M. Adam (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXIX (liv. XXXIX), Paris 1994, p. 38. 《et la Parachéloïs qui était sous le contrôle de l’Athamanie avait été placée, sans droit aucun, sous la loi thessalienne.》 Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, Tome IX (liv. XXXVIII à XLI), Paris 2005, p. 230. 《et la Parachéloïde, contrée dépendante de l’Athamanie, s’était trouvée passer sous la domination des Thessaliens.》 Livy (E. T. Sage (tr.)), *History of Rome*, vol. XI (Books XXXVIII–XXXIX), Cambridge MA 1936, p. 31. 《under no rule of law. 》
- 74) 《sei ein Teil ihrer Herrschaft geworden; formula eigentlich ein Verzeichnis, *κατάλογος* ... also ein Verzeichnis der zu einem Staate gehörende Orte, Gegenstände usw.》 Weissenborn, Bd. IX (Buch XXXIX und XL), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 54–55.
- 75) s.v. *κατάλογος* in: I. A. Ernestus (cura), *Graecum lexicon manuale*, Lipsiae 1754. さらに、Johannes Scapulae, *Lexicon graeco-latinum*, Glasguae 1816, vol. I, col. 1486. 《vocabantur et tabellae quibus militum nomina inscribebantur ut tradit schol. Aristoph. in equit.》

- 76) Tite-Live (Ch. Goullart (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXX (liv. XL), Paris 1987, p.20. « Veux-tu que la formule de l'enquête soit la suivant : celui de nous qui a craint que l'autre ne parût plus digne du trône sera réputé avoir pris la décision de supprimer son frère? »
- 77) Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome IX (liv. XXXVIII à XLI), Paris 2006, p.194. « voulez-vous que l'on pose ainsi la question : celui de nous deux qui aura craint que l'autre ne fût jugé plus digne du trône, sera déclaré avoir formé le projet d'attenter aux jours de son frère? »
- 78) Weissenborn, Bd. IX (Buch XXXIX und XL), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 148. « der Vater soll, wie in Rom der Prätor, dem Richter für die Untersuchung und Entscheidung die Formel ... geben: si paret Persea timuisse, condemnato (consilium cepisse iudicato), si non paret absolutio. »
- 79) Weissenborn, Bd. IX (Buch XXXIX und XL), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 148. « vgl. Cic. Mil. 32: illud Cassianum 'cui bono'. »
- 80) Weissenborn, Bd. X (Buch XLIII und XLIV), 3. Aufl., Berlin 1962, S. 16.
- 81) Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXXII (liv. XLIII–XLIV), Paris 1976, p.9. « les inscrire parmi les peuples ayant conclu la charte d'alliance. »
- 82) Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome X (liv. XLII à XLV), Paris 2006, p. 110. « les inscrire sur la liste des alliés. »
- 83) Weissenborn, Bd. X (Buch XLIII und XLIV), 3. Aufl., Berlin 1962, S. 94. つまり同じ同盟国の formula である。Jal 訳も《l'inscrire dans la catégorie des alliés》と同様の理解である。Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXXII (liv. XLIII–XLIV), Paris 1976, p.55. Liez 訳もやはり《son nom serait inscrit sur la liste des alliés.》と同様である。Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome X (liv. XLII à XLV), Paris 2006, p. 156.
- 84) Jal 訳によれば今日でもなお位置が知られていない。Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXXIII (liv. XLIV et Fragments), Paris 1979, p. 125, notes complémentaires 34.
- 85) Weissenborn, Bd. X (Buch XLV und Fragmente), 3. Aufl., Berlin 1962, S. 68–69.
- 86) Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome X (liv. XLII à XLV), Paris 2006, p. 253.
- 87) Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXXIII (liv. XLIV et Fragments), Paris 1979, p. 41.
- 88) Weissenborn, Bd. X (Buch XLV und Fragmente), 3. Aufl., Berlin 1962, S. 83. « mit formula dicta schliesst das ab, was Aemilius im Auftrag des Senats nach den Bestimmungen der Kommissare gethan hat; mit cum leges ... wird etwas angefügt, was

von Aemilius aus eigenem Antrieb oder auf Bitten der Macedonier versprochen ist, und dies bildet den Übergang zum Folgenden.》Cursi, Foedera, *supra* note 18, p. 1563.

- 89) 《Quand, une fois dictée la charte constitutive de la Macédonie, ...》, Tite-Live (P. Jal (tr.)), *Histoire romaine*, tome XXXIII (liv. XLIV et Fragments), Paris 1979, p. 144. Liez 訳は、「諸条件を与える」《Le consul ... promet aussi à ce peuple de lui donner des lois.》として、この区別に言及しない。Tite-Live (A. A. J. Liez (tr.)), *Histoire de Rome depuis sa fondation*, tome X (liv. XLII à XLV), Paris 2006, p. 260.
- 90) キュジャースにおける用例として前註 26 を参照。ローマの法学者の中での *ius antiquus* については、十二表法に遡るもの、万民法、ウェッラエウス法（前註 15 参照）やテルトゥリアヌス元老院議決、ユリウス法及びパピウス・ポッパエウス法、様々な皇帝勅法を基準にそれ以前の法を示すのに用いられた。s.v. *antiquus* (fol. 83), Barnabas Brissonius, *De verborum significatione*, Halae Magdeburgicae 1743. この用例を用いる中近世法学者が挙げられる辞典として、s.v. *antiquum* J. Calvinus, *Magnum lexicon*, *supra* note 22, tom. I がある。さらに H. Heumann/E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz 1971 を参照。中近世のローマ法学者にとっても、「今日」や「新」はしばしばユスティニアヌス帝法の段階を指すのに用いられている。
- 91) Barnabas Brissonius, *De formulis et sollennibus populi Romani verbis libri XIII*, Halae et Lipsiae 1731, p. 342a–b. ほかに、ギリシア語文献としてアッピアノスを掲載し、さらにウエルギリウスを指摘する。ウエルギリウス『アエネーイス』（後註 96）第 11 歌 321 頁を参照。
- 92) Brissonius, *De formulis*, *supra* note 91, p. 366a–b. 《Erant et olim certae interdictorum formulae. Ordinario enim iure Interdicta a Praetore reddebantur, ut ex Oratione Ciceronis pro Caecina c. 8. patet. ... Praetorem quidem in Interdicto UTI POSSIDETIS, his verbis usum Festus Pompeius scribit, UTI POSSIDETIS, his verbis usum Festus Pompeius scribit, UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM Q.D.A. QUOD NEC VI, NEC CALM, NEC PRECARIO, ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS. ADVERSUS EA VIM FIERI VETO. Ulpianus vero sic, UT EAS AEDES Q.D.A. NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO A.A.A. POSSIDETIS, QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. l. 1. D. uti. possid. [D. 43.17. 1 pr.] Eadem l. §. 5. [D. 43.17.1.5] Perpetuo, ait Ulpianus, hunc interdicto insunt haec, QUOD NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO AB ILLO POSSIDES. Ad quae Terentianus Charea lepede alludit Eunuch. Act. II Sc. 3. v. 27.》。『宦官』については、Térence (J. Marouzeau (tr.)), tome I, Comédies I, Paris 1967, Eunuchus, 2.3.28, p. 245. 《CH. Hanc <nunc> tu mihi vel vi vel clam vel precario. Fac tradas; mea

nihil re fert dum potiar modo.》テレンティウス（鈴木一郎訳）『古代ローマ喜劇全集 第5巻』東京大学出版会（1979）227頁，同（谷栄一郎訳）『ローマ喜劇集5』京都大学学術出版会（2002）270頁。特示命令とりわけ *utrubi*（動産占有保持の特示命令）の証左として、ブラウトゥス『スティクス』（*Stichus*, 696, 748）（前200年）を、*interdictis*の表現について、さらに遡る『驢馬物語』（*Asinaria*, 504–509）（前212年から前207年）を重視するものとして、G. Falcone, *Testimonianze plautine in tema di interdicia*, in: *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, vol. 40, 1988, p. 173–213がある。

- 93) 起源の議論についての整理は、例えば、G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in: *Annali del seminario giuridico dell'università degli studi di Palermo*, vol. XLIV, 1996, p. 159 以下，特に p. 160, n. 50 を見よ。さらに F. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung*, Berlin 1891 を批判しつつ，前註 3 で述べた瑕疵占有条項が占有に内在するという主張については，p. 222 以下を見よ。彼は *Veii* 征服による広大な *ager publicus* の発生にその起源を見るが，本権訴訟以前の被告の地位確定の機能についてはユ帝時代のものとする（この点を評価する書評として R. Willvonseder, in: *ZRG. Rom*, Bd. 119, 2002, S. 465, 作品全体についてまとめた書評としては F. Reduzzi Merola, in: *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, vol. 27, 1999, p. 333–341 がある）。*Genuati* と *Veturii Langenses* との紛争に対する前 117 年の *Sententia Minuciorum*（*Tavola bronzea di Polcevera*）につき，p. 242–243 参照。起源の問題については，さらに木庭顕『法存立』・前註 3，586–592 頁を見よ：「共和末の *interdictum* の文言には今日に至るまで基本的な占有に関する *exceptio* 抗弁が付加されている。これらは占有を概念するに際して重大な要素であるが，この方向の発展は一体何時始まり，そしてそれは何を意味したか。これらの疑問はいずれも *interdictum* に関わるが，しかるに既に述べたように長く占有概念の起源が *ager publicus* に求められたために *interdictum* の関わりは自明と考えられた。そもそも行政的な保護であると。すると *interdictum* もまた占有そのものとともに始原に遡るということになり，一体何の意義があるのか問えなくなってしまう。要するに行政的警察的保護であり秩序維持であるという以上には。もつともこの点，近年有力な研究[1]が現れて *ager publicus* 説を前提としつつも *interdictum* 関与の時代を大きく引き下げること寄与した。少なくとも発達した形態における限り引き下げること今日では誰でも承認するように思われる。とはいえその時点についても，ましてその意義については，全く解明されたとは言えない」。同脚註 [1.1.1] 「L. Labruna, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 39ss. は，各種 *interdictum* の中に “*vim fieri veto*” 文言を含むものと含まないものが有ることに着目，機能的区分を考える学説に対して「起源が異なる歴史的層に属する」ことを示すものと解する。公道公水に関するものに “*vim fieri veto*” 文言が無いことから，占有のための *interdic-*

tum とどちらが古いか、と問題を立て、太古の公有地に後者の起源を見る通説に抗して (p.62ss.), “vim fieri veto” 文言付加を共和末 vis 規制に求め、あとは Plautus/Trentius に “vim fieri veto” 文言無し of interdictum を見出し、3世紀後半の Liv. に公共ないし祭祀空間に関する interdictum の terminus ante quem を設定すると、自動的に2世紀初頭が占有のための interdictum の出現年代となる。これに対して、G. Falcone, Ricerche sull'origine dell'interdetto *uti possidetis*, in: *Annali del seminario giuridico dell'università di Palermo*, 44, 1996 は、Plautus を重視して2世紀初頭では遅すぎると批判する (p.160s.)。とはいえ、「王政期に遡る」ager publicus の起源にまで直行することなく、4世紀半ばを選び (p.162), 論証のため ager publicus の歴史を延々と遡る。patrici と plebs の間の闘争が占有保護の脈絡として選ばれるが、patrici が ager publicus 上の占有を独占している間は保護制度があったわけがないから、ようやく plebs にも占有が認められた lex Licinia の頃が interdictum 導入の時点である、というのである。」さらに、挙げられている前者の文献 L. Labruna, *Vim fieri veto. Aile radici di una ideologia*, Napoli, 1971 については、佐々木健「L・ラブルーナの暴力 vis 論 (一)(二・完)」(前註3) があり、とりわけ不動産保持特示命令の文言について、(一) 139–140 頁を見よ。

- 94) Ch. Saumagne, Les prétextes juridiques de la III^{me} guerre punique, in: *Revue historique*, n° 167, 1931, p.252–253, 特に p.238. しかし Passerini は Saumagne が瑕疵占有条項と理解した Belege に対して懐疑的である (p.32–33)。この点につき、早期には J. Partsche, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozess*, 1905, 《Inwieweit dieser [Folgesatz] dem Zivilprozesse zweifellos entlehnen der Technik der Wortlaut des Programmes in der Anlehnung an römische Gebilde entspricht, soll noch untersucht werden.》(S.9), そして、やはり G. Falcone, Ricerche, *supra* note 93, p.160, n.50, さらに、比較的新しいものとしては A. Bignardi, 《*Controversiae agrorum*》e *arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto 'uti possidetis'*, Milano 1984, p.26–36 がある。
- 95) リウィウスにはローマが形式的に仲裁や仲裁の斡旋を行うケースがしばしば見られる。国際紛争におけるローマの態度、法的な枠組み、それに対する評価などにつき、出発点となる分かりやすい文献として、A. J. Marshall, *The Survival and Development of International Jurisdiction in the Greek World under Roman Rule*, in: H. Temporini (Hrsg.), *ANRW II, Principat 13. Bd. Recht*, Berlin 1980, S.626–661.
- 96) デイドーによるカルタゴ建国の神話の含意がある。cf. Tite-Live (Flobert (tr.)), *Histoire romaine* (liv. XXXI à XXXV), 1997, p.360, not.483, Tito Livio (Cardinali (tr.)), *Storia di Roma dalla sua fondazione*, vol. IX. (libri XXXIV–XXXV), Milano 1989, p.345–346. 「一頭の牛からの革紐で囲めるくらいの土地」の表現は、多くの近代語訳が指摘しているように、ウエルギリウス『アエネーイス』第1歌 367–

368に見られる。「ここに土地を買いましたが、〔ギリシア語で牡牛の皮の意味である〕ビュルサの名が示すように、その広さは一頭の牡牛の皮でまわりを囲めるほどでした。」《mercatique solum, facti de nomine Byrsam, taurino quantum possent circumdare tergo.》Virgile (A. Bellessort (tr.)), *Énéide*, tom. 1, Paris 1974, p. 19, ウェルギリウス (岡道男・高橋宏幸訳) 『アエネーイス』京都大学学術出版会 (2001) 25 頁。

- 97) Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII und XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 182–183. Live-Tite (Flobert (tr.)), *Histoire romaine* (liv. XXXI à XXXV), Paris 1997, p. 360. 《Les Numides accusaient les Carthaginois ... si on voulait appliquer vraiment la loi, ... on leur avait cédé par pitié ... Tout ... avait été annexé par la force des armes et au mépris des lois.》Saumagne, Les prétextes juridiques, *supra* note 94, p. 31 はそれ以前のものとして、前 201 年のカルタゴに対する講和条件 (ポリュビオス『歴史 3』〔前註 58〕第 15 巻第 18 節 331 頁) を挙げ、一部の表現につきラテン語訳を行っているが、カゾボン (Isaac Casaubon, 1559–1614) は、《quas urbes in Africa prius tenuissent, quam ultimum hoc bellum populo rom. inferrent, quos item agros antea possedissent, quae percora, aut quas alias facultates, omnia tenerent.》と訳している。Isaac Casaubonus (tr.), *Πολυβίου του λυκοππα μεγαλοπολιτου ιστοριον τὰ σωζόμενα*, Paris 1609, p. 705. cf. Polybius (Th. Buetterner-Wobst (ed.)), *Historiae*, vol. III (Lib. IX–XIX), Stuttgartiae 1965 (1893) Bibliotheca Teubneriana, p. 287–288, Polybius (W. R. Paton (tr.)), F. W. Walbank, C. Gabicht (rev.), *The Histories* (Books IX–XV), Cambridge MA 2011, p. 561. 《Carthage was to retain all the cities she formerly possessed in Africa before entering on the last war with Rome, all her former territory; all flocks, herds, slaves and other property.》この部分はリウイウス『ローマ史』第 30 巻第 37 節 2「戦争以前に保持していた都市、領土を、以前の境界線に従い、保持するものとする」《quas urbes quosque agros quibusque finibus ante bellum tenuissent tenerent,》と結びつけ、「ローマに最後の戦争をしかける前に占有していた都市と古来から ab antiquo 有していた地域」だとして、いずれも敵対する以前を基準とする。Bignardi は、本文のリウイウス『ローマ史』第 34 巻第 62 節 8 から引用する。A. Bignardi, *Controversiae*, *supra* note 94, p. 137–138. しかしほかにも彼が挙げる第 42 巻第 24 節 8 《agrū, quā cuiusque sit, possideri velle, nec novos statuere fines, sed veteres observare in animo habere.》にしても (p. 141), 瑕疵占有の言及はない。彼は、占有の基準となる時期の設定が、瑕疵占有条項に類似の機能を持つと考え、むしろ瑕疵が限定されないという意味で多様な国際紛争の解決に優れているとの認識である (p. 161–163, p. 170–171)。
- 98) A. Passerini, *Nuove e vecchie tracce*, *supra* note 2, p. 31–32.
- 99) Saumagne, Les prétextes juridiques, *supra* note 94, p. 238–240. 国際社会について

は、Saumagne 以降の文献として A. Passerini, *Nuove e vecchie tracce*, *supra* note 2, p.26–56 が、前3世紀古代の国際調停で元老院の formula で瑕疵占有が考慮されていたかを検討するにあたり有益である。例えば、《Nel caso di Magnesia contro Priene ... il ultimo turbamento pare fosse avvenuto nel 188》(p.28–29) とするが、しかし特示命令と元老院が外交問題に提示した formula との違いを次のように指摘する。《Il pretore non proteggeva il possesso viziato all'origine da violenza o da clandestinità o da precarietà: invece nelle nostre formule l'exceptio vitiosae possessionis manca del tutto.》特示命令の瑕疵占有条項の Beleg としては《Si è pensato, è vero, anche qui che essa mancasse originariamente nell'interdetto *u.p.*, ma a torto; almeno nel nostro tempo certamente esisteva, perchè appare in un verso di Terenzio.》(p.29) として、テレンティウスを確実視する。国際関係における瑕疵条項の欠如は、問題が占有ではなく所有権と捉えられたからだと、大胆な解釈をしている《Secondo me anche questa mancanza si deve spiegare col fatto, ... che qui la formula dettata al giudice non difende la possessio, ma impone di ricercare i diritti di proprietà.》(p.29) が、このことがローマ人が外人や属州に所有権ではなく *possidere* を用い、ギリシア人にとっては所有権であったとの主張に繋がる《che possidere definisca nelle nostre fonti la proprietà di peregrini o in ruolo provinciale e peregrino》(p.34)。この時代のローマ法に対応するかは疑問である。さらに、*κατέχω* が *possideo* であるとしても、*διακατέχω* をどう理解するか《la parte vincitrice sia proprietaria del territorio in question (2). n. (2) E questo è detto col verbo *διακατέχειν*》(p.30)。一方で Festus と他方で Gaius, Ulpianus の異同についての当時の学説として Passerini はなおも August Ubbelhode を引用している。F. Glück (F. Serafini (dir.), V. Pouchain (tr.)), *Commentario alle pandette*, lib. XLIII–XLIX, 5. parte, continuazione del Prof. Augusto Ubbelohde, 1850 (versione italiana, 1907), p.294, A. Ubbelohde, *Die Besitzinterdikte*, 1. Theil, Erlangen 1896, S. 384–385.

100) Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, *supra* note 7, p.947–1070.

101) 「人文主義と法学研究を結びつけた人々……のうち、オトマン（フランス）には一応肯定的な評価を加えている」。大沼保昭（編）『戦争と平和の法』（前註7）第2章「グロティウスの方法」（田中忠）62頁。事実、プロレゴメナ55では、オトマンが個別の問題につき真理探究の材料となると評価している。「[53] ローマ法の知識を述べる（専門とする）者は、三種類ある。第一は、学説彙纂、テオドシウス法典、ユ帝の勅法彙纂、そして新勅法に、その作品があらわれている者たちである。第二には、イルネリウスの後を継ぐ、アックルシウス、バルトルス、及び長い間法廷の王国を支配した他の者たちがいる。第三には、より人文主義的な文献研究を法文の研究と結びつけた者たちが含まれる。[55] 順序として第三にある学者たちは、ローマの境界内にとどまり、しかもこの普通法から、全くあるいはごく僅かにしか外に

広がることのない者たちなので、我々の問題に相応しい利用ができない（役に立たない）。彼らは、スコラ哲学の精緻な議論を、法文とカノンの認識・知識に結びつけたのである。このように、諸国民や諸国王の紛争の問題を回避しなかったのは、スペインの二人、コワアルウィアスとウアスクイウスである。後者は大きな自由をもって、前者はより穏健に正確な判断をもってである。フランスの学者たちは、法文の研究にむしろ歴史を組み入れることを始めた。彼らのうちで大きな名声を博しているのはボダンとオトマンである。前者は、普遍的な作品によって、後者は散在する諸問題についてである。彼らの命題や根拠（論証）は、真理を探究する材料をしばしば我々に提供することになろう。」（原文省略）。グロティウスは、前節（第54節）で、註釈・註解学派のローマ法とカノン法解釈における非歴史的な性格や時代の制約を受けた誤解を非難しつつも、法の定立及び万民法たる慣習法の認識における彼らの功績を高く評価する。V. Ilari, *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milano 1981, p.79-81.

- 102) Hugo de Groot (E. M. Meijers et al (ed.)), *Inleidinge tot de hollandsche Rechts-Geleerdheit*, 2. uitgave, Leiden 1965, 2. Boek, 2. deel, Van bezit-recht, p. 48-49.
- 103) Rombout Hogerbeets, *Van het aenleggen ende volvoerder Processen, voor de Respective Hoven van Justitie in Holland*. v'Amsteldam, 1727.
- 104) 占有保持訴権を定める現行オランダ民法3編125条2項は、抗弁として「よりよい権原」(beter recht)を、再抗弁として「暴力と隠秘」(met geweld of op heimelijke wijze)を規定する。「本訴権（請求）は、被告が原告よりも所持についてのよりよい権利を有しているとき、又は被告がよりよい権利のために妨害行為を行ったときは棄却される。ただし、被告が暴力により若しくは隠秘に原告からその物の占有を奪い又は妨害したときはこの限りではない。」《Art. 125.2. De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen krachtens een beter recht heeft verricht, terzijde gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft onnomen of diens bezit heeft gestoord.》仏訳《L'action est rejetée si le défendeur a un meilleur droit à détenir le bien que le demandeur ou qu'il a troublé ce dernier dans sa possession en vertu d'un meilleur titre, à moins que le défendeur, de façon violente ou clandestine, n'ait enlevé la possession du bien au demandeur ou ne l'ait troublé dans sa possession.》E. Mackaay (tr.), Deventer, Boston, 1990, *Nieuw nederlands burgerlijk wetboek. Het vermogensrecht*, Boek 3, p.64-65. このように、占有保持者は、よりよい権原を持つものの瑕疵のある相手方に対して、再抗弁によって保護される構成をとっている。
- 105) バルベライラックは《par un effet de la violence ou de la crainte, ou même d'une ruse qui ne soit permise que par rapport à un Ennemi.》と訳している。Hugo Gro-

tius (J. Barbaryrac (tr.)), *Le droit de la guerre et de la paix*, tom. 2, Amsterdam 1724, p. 949–950.

- 106) 《Καὶ τὸν τε χεμῶνα τοῦτον ἦσαν ἐς λόγους, καὶ πρὸς τὸ ἕα ἤδη παρασκευή τε προεπανεσείσθη ἀπὸ τῶν Λακεδαιμονίων, περιαγγελλομένη κατὰ πόλεις ὡς ἐς ἐπιτειχισμόν, ὅπως οἱ Ἀθηναῖοι μᾶλλον ἐσακούοιεν, καὶ ἐπειδὴ ἐκ τῶν ξυνόδων ἅμα πολλὰς δικαιοσύσεις προενεγκόντων ἀλλήλιος ξυνεχωρεῖτο ὥστε ἂ ἐκάτεροι πολέμῳ ἔσχον ἀπονδόντας τὴν εἰρήνην ποιῆσθαι, Νίσαιαν δ' ἔχειν Ἀθηναίους (ἀνταπαιτούντων γὰρ Πλάταιαν οἱ Θηβαῖοι ἔφασαν οὐ βίᾳ ἀλλ' ὁμολογίᾳ αὐτῶν προσχωρησάντων καὶ οὐ προδόντων ἔχειν τὸ χωρίον, καὶ οἱ Ἀθηναῖοι τῷ αὐτῷ τροπῷ τὴν Νίσαιαν) ...》 邦訳は、本文で指摘した箇所につき若干の変更を施したが⁵、トゥキデイデス（藤縄謙三訳）『歴史1』京都大学学術出版会（2000）による。ほかに久保正彰訳『戦史 中』岩波文庫（1966）282頁を参照。参考になる Lorenzo Valla 版と Immanuel Bekker 版のラテン語訳は以下のようなものである。Laurentio Valla (interprete), *Thucydides*, Basileae 1564, p. 206: «... Eamque per hyemem in colloquium itum, et iam instante vere apparatus a Lacedaemoniis palam agitabatur per civitates, denunciatis tanquam ad munitiones faciendas, quo magis exaudirent Athenienses. Et ubi in conciliis multa sunt utrinque iura allata, ita conventum est ut pax fieret, utrisque ea quae bello essent parata reddentibus, sed Atheniensibus Nisaeam retinentibus. Nam cum Plateam repeterent Athenienses, et eam se vi cepisse Thebani negarent, nec oppidanis prodentibus sed dedentibus, idem de Nisaea et illi dicebant.》 Thucydides (Immanuelis Bekkerus (rec.)), *De bello peloponnesiaco libri octo*, vol. IV, Oxonii 1821, p. 291–292. «17 ... Atque per illam hyemem in colloquium iverunt. Et vere iam instante, apparatus a Lacedaemoniis *hosti* palam intentatus fuit, et nuntius per civitates circummissis significatus, ut ad munitiones *in agro Attico* exstruendas *se praepararent*, ut Athenienses dicto facilius audientes essent. Cum autem in conciliis, post multa postulata ultro cirtoque ab utrisque in medium prolata, conveniret, ut pax fieret ea conditione, ut utrique redderent ea, quae bello cepissent: sed Athenienses Nisaeam retinerent. (Nam cum Plateam vicissim repeterent, Thebani responderunt, se hanc urbem tenere neque vi, neque proditione; sed deditione ab ipsis facta. Quamobrem Athenienses quoque eodem modo Nisaeam *a se teneri dixerunt*.)》つまり、我々の関心部分につき、いずれも *vis* と *prodo* ないし *proditio* と解している。後者について、ビュデ古典叢書の de Romilly 訳は《intervention de trahison》、二つの英訳は《agreement》と解している。Thucydide (J. de Romilly (tr.)), *La guerre du Péloponnèse* (Livre IV et V), Paris 1973, p. 112. «... Les Thébains avaient déclaré, à propos de Platée, que c'était en vertu non pas de la force, mais d'un accord accepté par la population, sans inter-

vention de trahison, qu'ils occupaient la place; et de même Athènes pour Nisée》F. R. B. Godolphin (tr.), *The Greek Historians. The Complete and Unabridged Historical Works of Herodotus, Thucydides, Xenophon, Arrian*, 1, New York 1942, p. 810. 《the Thebans protested that they had not obtained possession of the place not by force or treachery, but by agreement.》Thucydides (C. F. Smith (tr.)), *History of the Peloponnesian War*, vol. III (Books V and VI), London 1952, p. 32–33. 《... For when they had demanded back Plataea, the Thebans protested that they had obtained possession of the place, not by force, but because the Plataeans had come over to them by agreement and not through betrayal; and the Athenians claimed to have obtained Nisaea in the same way.》

- 107) 合意が一般的に素直な訳であろうが, *deditio, deditionis conditio* の訳語を提示する辞書もある。I. A. Ernestus (cura), *Graecum lexicon manuale*, Lipsiae 1754.
- 108) Weissenborn, Bd. VII (Buch XXXIII–XXXIV), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 24. もっともここで述べられていることの歴史上の経緯については困難な点があるとされている。J. Briscoe, *A Commentary on Livy Books XXXI–XXXIII*, Oxford, 1973, p. 273–274. 彼は, Pol. 18.38.6–9 を引用している。
- 109) グロティウスは, 脚註で, デキウス『助言集』61 を援用するが, ジェンティーリからのもので, それほど適切ではないと評価されている。Grotius, *De iure belli ac pacis, supra note 7, additional notes*, p. 1022.
- 110) キケロ『義務論』第2巻第21章「国政に携わる者が何よりも配慮しなくてはならないのは, 市民が各人のものの所有権を確保し, 私人の財産が公的手段によって侵害されないようにすることである。……〔農地法の提案者護民官ピリップスの言説は〕財産の平均化を意図するものだから, その罪たるや万死に値する」。森村進編『法思想の水脈』法律文化社 (2016), 2 講「ローマ法の形成」(田中実) 31 頁参照。
- 111) Henricus de Cocceji, *Grotius illustratus seu commentarii ad Hugonis Grotii de iure belli et pacis libros tres*, Tom. III, Wratislaviae 1747, p. 398, n.g.
- 112) Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis, supra note 7*, p. 344–349. 《VIII. In contractibus natura aequalitatem imperat.》
- 113) ここでの *principale negotium* につき, 前註 16 で挙げた近代語訳では占有と対比された単語について *de hoofzaak, the main point at issue, l'affaire principale, die Sache selbst* と訳されている。これはザルッツォ (Saluzzo) をめぐる争いでサヴォイ公が用いた表現であるとされている。
- 114) Weissenborn, Bd. IX (Buch XXXIX und XL), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 157–158.
- 115) 「基本的に戦争によって混乱した所有関係を戦争開始前の所有権に従って調整するか, あるいは戦争終了時点の状態にとどめるか, そのいずれかの方法がとられるが, グロティウスは疑わしい場合には後者の原則を採用することを支持する。な

お、ここにいう所有とは国法上の概念ではなく、自然法上のそれであり、実際には占有で足りる。これもまた、こうして問題をめぐっての抗争によって平和の回復が妨げられるのを避けようとの配慮によるといえよう。」「注61. このように戦争終結にあたって、回復された平和の安定と維持を優先する考え方は「回復の内的義務 *interna obligatio* を同時に伴う外的所有権」の観念の導入（第10章451頁）とも共通する。」大沼保昭（編）『戦争と平和の法』（前註7）東信堂（1995）、第11章「諸国民間の合意」（木村實）508頁。

- 116) Hugo Donellus, *Commentaria de iure civili*, lib. IX, cap. IX, III, in: *Opera omnia*, Lucae 1763, col. 1199. 《Primam partem dominii esse statuimus ius tenendi possidendive. Non dico esse possessionem ... At ius tenendae et possidendae rei, ... id demum dominii pars est.》近代の学者の言う *ius possidendi* は占有論の対象ではなく本権の理論に属し、取得・喪失される *ius possessionis* だけが占有論の対象である。F. C. von Savigny, *Das Recht des Besetzes*, 7. Aufl., Wien 1865, Aalen 1990, § 1, S. 27.
- 117) Weissenborn, Bd. IX (Buch XXXIX und XL), 4. Aufl., Berlin 1962, S. 158 の脚注は《sie ließen unterschieden, wer das Recht auf den Besitz, und änderten den Besitzstand nicht.》としている。

