

ゲルマン私法からみた物の差異について

クリスティアン・トマジウス
ヨーハン・コンラット・ネーゼン
出 雲 孝 訳

1 解題

本稿は、プロイセンの法学者クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIUS, 1655-1728年) が主査を務めた学位請求論文「ゲルマン私法からみた物の差異について *De rerum differentiis intuitu juris Germanici privati*」(1721年)の日本語訳である(以下、本学位請求論文そのものを指すときは「本史料」、訳者の訳文を指すときは「本邦訳」と呼ぶ)。学位請求者は、ヨーハン・コンラット・ネーゼン (Johann Conrad NESEN, 1696-1742年) というツィッタウ出身の人物である。おそらくは、ツィッタウの市長を務めた人文主義者コンラット・ネーゼン (Konrad NESEN, 1495-1560年) の子孫であると推測される。以下、断りなくネーゼンの名前を挙げるときは、本史料の学位請求者であるヨーハン・コンラット・ネーゼンを指すものとする。

ネーゼンの法学上の業績には、もう一点、「ゲルマン法とザクセン法とにおける言葉の意味、およびこれらの法の古い法原則について *De verborum in jure Germanico ac Saxonico significatione nec non antiquis eorum jurium regulis*」(1721年)という「演習 *exercitatio*」がある。この演習を指導したのは、クリスティアン・ゴットフリート・ホフマン (Christian Gottfried HOFFMANN, 1692-1735年) というライブ

チヒ大学の教授であった。なぜネーゼンは同時期に、異なる大学に所属する2人の法学者の指導を受けていたのであろうか。ホフマンがネーゼンに宛てた1721年3月14日付の書簡によれば⁽¹⁾、彼の指導は正式な師弟関係にもとづくものではなかった、というのが真相のようである。両者の議論が演習というかたちになっているのは、このためであろう。ネーゼンはホフマンを一時的に訪問しただけであり、彼の正式な指導教授はあくまでもトマジウスであったものと推測される。

いずれにせよ、ネーゼンは、法学によって身を立てた人物ではない。彼のアカデミックな研究は、上記2点の業績に限られている。このため、本史料の歴史的価値について、疑義が生じるのではないかと思われる。以下、この点について、若干の解説を付しておく。トマジウスが主査を務めた学位論文は、一部の例外を除いて、後世の法学者たちからトマジウス自身の著作として扱われてきた⁽²⁾。とりわけ本史料についてはこの取り扱いを積極的に肯定してよい、と訳者は考えている。というのも、本史料は、トマジウスがライフワークとして構想していた『ゲルマン法学提要 *Institutiones jurisprudentiae Germanicae*』の一部にあたるからである⁽³⁾。本史料の序論が学位請求論文らしからぬ書き出しになっていることも、これによって説明がつく。トマジウスの『ゲルマン法学提要』は、その草稿が遅くとも1707年の段階で言及されていたにもかかわらず、現在は所在不明である。紛失の経緯は判明しておらず、完全に散逸したのか否かも詳らかではない。いずれにせよ、現代の私たちが目にすることができるのは、学位請求論文の体裁で公刊された本史料と、同年6月に提出された別の学位請求論文「ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について *De dominio et ejus natura in genere intuitu juris Germanici privati*」(1721年)のみである。後者の論文は、本史料の続きに当たる内容となっている。トマジウスはさらに、ゲルマン私法からみた占有論を第3論文として構想していたようであるけれども⁽⁴⁾、これは公表されていない。

以上のように、本史料は、トマジウスのライフワークの一部であり、

単なる学位請求論文にとどまらない価値を有している。以下では、その法思想史上の位置づけについて、訳者の先行研究をもとにしながら簡潔に述べておきたい⁽⁵⁾。まず、トマジウスよりも前の世代の法学者たちまたは彼と同世代の法学者たちとの比較においては、2つの点が重要である。まず、パンデクテンの現代的慣用の大家であったザミュエル・ストゥリユク (Samuel STRYK, 1640-1710年) に代表されるところの法典編纂不要論に対して、トマジウスは批判的な立場をとっていた。ストゥリユクによれば、神聖ローマ帝国に新しい法典は必要なく、パンデクテンの現代的慣用で事足りるものとされた。これに対して、トマジウスは法典編纂の必要性を説き、みずからもその事業に携わろうとした。次に、法典編纂は必要であるけれどもその法典は『市民法大全 *Corpus juris civilis*』の修正版で足りる、というローマ法尊重論に対しても、トマジウスは攻撃を加えた。このようなローマ法尊重論の代表者として、ゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ (Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, 1646-1716年) がいた。つまり、トマジウスは、ローマ法にこだわらないゲルマン的な法典編纂の必要性を強調しており、その一環として『ゲルマン法学提要』を執筆しようとしていた。それは、ローマ法大全の一部である『ユスティニアヌス帝の法学提要 *Institutiones Justiniani*』に取って代わるはずのものであった。本史料は、法典編纂の時代に先立つ立法理論の記念碑的著作であると言えよう。

次に後世からみた本史料の位置づけを述べる。まず、今日においても積極的に評価しうる点として、「私法 *jus privatum*」という用語の洗練が挙げられる⁽⁶⁾。レーエン法と罰訴権をこの分野から排除したこと、財産法を身分法の前に、また無遺言相続を遺言相続の前に置いたことは、現代私法にも繋がる大きな改革であった。これに対して、消極的に評価しなければならないのは、トマジウスによる史料の取り扱い方である。後世からみたとき、本史料は、いわゆるゲルマン法を正確に記述したものにはなっていない。これは、トマジウスを取り巻いてい

た当時の研究環境と関連している。トマジウスが「ゲルマン法 *jus Germanicum*」という言葉を使うとき、それは、中世の法書『ザクセンシュピーゲル *Sachsenspiegel*』と『シュヴァーベンシュピーゲル *Schwabenspiegel*』とに収録された諸規則を意味しており、その他の史料に関する言及はほとんど⁽⁷⁾見当たらない。この事実は、トマジウスの次の世代に属する法学者ヨーハン・ゴットリーブ・ハイネッキウス (Johann Gottlieb HEINECCIUS, 1681-1741年) などと比べて、ひとつの特徴をなしている。トマジウスの史料言及の乏しさは、彼の時代に参照可能であった史料が限られていたこと、さらにその史料の歴史的位置づけも不明瞭であったこと、これら2点に由来する。前述の『ザクセンシュピーゲル』や『シュヴァーベンシュピーゲル』についてすら、編纂の先後が判然と知られておらず、1708年に至ってトマジウス自身がようやく、前者が先に成立したことを明らかにした。このことは、本史料の序論第6節註cにおいて言及されている通りである。したがって、ハイネッキウスが、彼の著書『ゲルマン法要綱 *Elementa juris Germanici*』(2巻本、1736-1737年)の序文において、自分はさまざまな史料を用いてゲルマン法を解説した先駆者である、と自負した⁽⁸⁾ことも、あながち自惚れとはいえない。すると、『ザクセンシュピーゲル』と『シュヴァーベンシュピーゲル』だけでゲルマン私法の全体像を記述することが、はたしてトマジウスに可能であったのか、という疑問が生じる。残念ながら、これは不可能であった。そこで、トマジウスは、本史料にもあるように、ゲルマン法の欠缺を万民法や自然法などによって補うという手段に出た。ゲルマンの慣習は自然法と一致しているとか、あるいは少なくともそれに反していないとか、そのような論証が多用された。かくして、トマジウスのゲルマン法学は、ゲルマン法の解説というよりも、むしろ、自然法、万民法、ゲルマン法、はてはトマジウスが日常的に経験した法実務などのパッチワークという体裁になっている。本邦訳を一読しても、同様の印象が得られるのではないかと思う。

それにもかかわらず、本史料は、17世紀後半から18世紀初頭にかけてのゲルマン法をめぐる理解をよく反映しているだけでなく、当時の用語法の紹介も含まれており、史料的价值は高い。その邦訳を公表することは、我が国の法制史にとって意義あるものと、訳者は考えている。

2 凡例

本史料については、全集等の校訂を経たテキストが令和2年8月31日時点では存在していない。訳者は、ドイツ共和国のマックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所で閲覧した学位請求論文コレクション（書架記号 NETT207-001の合冊に所収のもの）を底本としつつ、誤植と思しき箇所については、同研究所の他のコレクション等と比較照合し、校正した。校正した箇所とその内容については、本邦訳の訳註にて明記した。

本邦訳の訳文中における括弧の使い方は、以下の通りである。丸括弧は、トマジウスおよびネーゼン自身が原文で使用したものである。角括弧は、原文にない言葉を訳文に補うときに、訳者が挿入したものである。亀甲括弧は、訳者が註釈をつけるとき、訳註に落とし込むほどではないと判断した場合に、訳者が挿入したものである。鉤括弧および二重鉤括弧に対応する記号は原文にはなく、筆者が日本語の慣用に照らして挿入したものである。

本邦訳における註について、a) b) c) とアルファベットに右丸括弧で表記されているものは、原註である。原文はいわゆる脚注を用いておらず、本文にそのまま併記しているので、訳文もこれに従った。いわゆる脚注のかたちになっているものは、訳註である。

本史料における文字の装飾は、以下の通りである。原文の本論部分においてイタリックになっている箇所は、訳文において太字で強調した。これに対して、序論と原註はすべてイタリックになっているけれ

ども、これらをすべて太字にすることはしなかった。トマジウスは序文、註、目次などをイタリックで書く癖があり、強調の意図ではないと解されるからである。序論第4節註b)において、「死すべき者たちの中で! 最も賢い」という表現が出てくるが、このエクスクラメーションマークの位置は原文のままである。

最後に、トマジウスとネーゼンがラテン語、ドイツ語、フランス語を解説しているときは、その単語を訳文に載せた。綴りの現代化も控えた。例えば、トマジウスとネーゼンは Zinß という古い表記法を用いており、現代の正書法では Zins とすべきであるが、訳者は校正していない。歴史的用語法の解説である以上、原文を尊重する必要があると考えたからである。

3 翻訳

序論

第1節 ユスティニアヌス帝のローマ法と、カノン法とは、ゲルマンからみれば、現代のとても精緻な法学者たちが認めているように、補充的な法であるにもかかわらず、驚くべきことに、法学者たちのだれもまだ『ゲルマン法学提要 *Institutiones jurisprudentiae Germanicae*』というものを書こうとしていない^{a)}。ところが、この仕事は、それほど難しくはないように思われるのだけれども。

- a) なぜなら、補充のために継受されたローマ法の諸法文は、抗弁あるいは[欠缺の場合の]補完に過ぎず、基礎の箇所にはすえられるべきなのは正規の法すなわちゲルマン法であるにもかかわらず、すべての法学者たちが、(あのヨーハン・シルター⁽⁹⁾ですらも) 補充的なユスティニアヌス法を基礎の箇所にはすえて、そしてゲルマン法の差異をあたかも抗弁であるかのようにそこへ従属させているからである。

なるほど、ゲオルク・バイヤー⁽¹⁰⁾は独り、『ゲルマン法要覧 *Specimen juris Germanici*』においてゲルマン法を説明したのだが、しかし、彼はローマ法が知らないことからのみを説明したにすぎない。

第2節 私が、法学 *jurisprudentia* という名称によってここで念頭においているのは、学術の形式に合わせられ、簡潔な主題を通じて説明された法の原理であり、定義、区別、法原則および司法慣行を含むものである。

第3節 ゲルマン法学 *jurisprudentia Germanica* と私が言うとき、念頭においているのは、ローマ人たちの慣習とははっきり異なるゲルマン人たちの古い慣習に起源を有しており、かつ、ゲルマンの法廷における現代的⁽¹¹⁾慣用を普通に有しているような、そのような法学である。たとえしばしば、この法学が、現代の法学者たちによって、外国法に対する過度の愛着から、壊されてしまっているとしても、そうである。ただし、時代の流れに応じて、慣習の明らかな変化が、外国法の補充的な継受を促したときは、この限りでない。

第4節 ところで、ゲルマン法学の学習の主題は2つある。すなわち、公法の学習と私法の学習である。公法の学習とは、皇帝と帝国等族との拘束行為 *nexum* に関するものであり、これには、皇帝および帝国等族から相互にみた場合と、臣民からみた場合とがある。私法の学習とは、私のものと君のものとをめぐる私人たちの取引と関係している^{b)}。

b) この定義は新奇なものであるとか、死すべき者たちの中で！最も賢いローマ人たちが別様に判断しているとか、君は叫ばないようにしなさい。というのも、仮にそうだとすると、いったいどうしたとい

うのか。私が「ローマ人たちの」あの思い込みでしかない賢しらを否定したからといって、いったいどうしたというのか。いったいどうして、私はこの主張を帰納によって証明しなければならないのか。とはいえ、私は君を苛立たせるつもりはない。というわけで、私はむしろ、ウルピアーヌスの権威を引き合いに出しておこう。『学説彙纂』第1巻第3章第41法文（ウルピアーヌス『法学提要』第2巻）「ところで、法＝権利はおしなべて、取得するか維持するか減少させるかの、いずれかから成り立っている。というのも、なにかが各人のものになるように、あるいは、だれかが自分の物または権利を維持するように、あるいは、[それらを]譲渡したり放棄したりするように、そのように法＝権利は行使されるからである」〔強調はトマジウスおよびネーゼンによる〕。

第5節　ところで、どちらの法も、自然な原理、万民の原理および市民的な原理から得られている。前2つのクラスは、輪郭をはっきりさせるためでない限り、ゲルマン法のテキストによって証明される必要がない。というわけで、むしろここでは、共通の理性と推論、また時として、共通感覚や経験でも事足りる。

第6節　他方で、市民的な原理、すなわちゲルマンに固有である原理および固有であった原理は、一部は『ザクセンシュピーゲル』と『シュヴァーベンシュピーゲル』から^{c)}、一部は、本当にゲルマンへ継受されたときに限って、カノン法とローマ市民法から、一部は帝国決議から、一部は共通の慣行から、一部は、とりわけプロテスタントである多くの帝国等族に共通した条例と都市法から、導き出されるべきである。

c) 『シュヴァーベンシュピーゲル』は『ザクセンシュピーゲル』よりもかなり新しいと同時に、『ザクセンシュピーゲル』とはわずかにし

か異なっていない。ランベック⁽¹²⁾とシルターに反対して初めて詳細にこのことを証明したのは、主査であるトマジウス先生の「ゲルマン・レーエン法の歴史の抜粋録 *Selecta capita historiae juris feudalis Germanici*」[[トマジウスのレーエン選集 *Selecta feudalia Thomasiana*] [1708年] 所収] 第45節59頁以下である。

第7節 ゲルマン法は、前述の2つのシュピーゲルから明らかなように、普通、ラント法とレーエン法とに（[ドイツ語では] Land=Recht と Lehn=Recht とに）区別される。例えば、マグデブルク都市法（[ドイツ語では] Weichbild）は、その大部分をザクセンのラント法 Land=Recht から集めている。

第8節 ラント法とは、貴族、都市市民および農村市民が、私のものと君のものとをめぐり共通の問題において、お互いに用いた法である。これに対して、レーエン法とは、貴族たちのレーエンに関する事件を扱う。

第9節 さて、たとえレーエンに関する事件が、私のものと君のものに関する紛争を部分的には含んでいるとしても、しかしこれらの事件をよりよく理解するためには、帝国の長と構成員たちとの拘束行為 nexum に関する多くの項目を同時に論じねばならず、そしてそれゆえにほとんどいたるところで、レーエンの事件は公法と私法との混合から成っているのです。このことから、レーエン法は専用の書物で提示されることが長いあいだ受け入れられてきた^{d)}。

d) おそらく、次のように言うべきであろう。これらのシュピーゲルがまとめられた時代には、ゲルマン公法は jus feudale すなわちレーエン法 Lehn=Recht という表題のついた書物で提示されてきた。なぜなら、それらの書物の多くの章は、一部は皇帝の選挙と権限とに

ついで、一部は等族 [そのもの] および主要諸等族⁽¹³⁾の諸権利について論じているからである。ゲルマン私法は、jus provinciale すなわちラント法 Land=Recht という表題のついた書物で提示されてきた。しかし、現代においては、当時知られていなかった多くの紛争が公法に入り込んでおり、その結果、レーエンに関する紛争は、公法の極一部をかたちづくるにすぎなくなった。それゆえに、レーエン法の論考は、大学において、私法と公法との中間部分であるかのような座を占め始め、そして、公法への準備段階であるかのように考えられ始めたのである。

第10節 さらに、狭義の私法、すなわちレーエン法とも区別される私法は、たとえば私のもものと君のもとの取得を、次にその維持を、そして最後にその喪失を扱うという方法⁽¹⁴⁾によって論じることにも可能であるとしても^{e)}、しかし、以下の方が、諸等族のラント条例またはポリツァイ条例の多くに、またそれらの秩序に^{f)}、あるいは、単純明快な方法論の諸規則にも、より合致しているであろう。すなわち、①所有に服したり服さなかったりするという観点からの物の区別について、また、所有の自然本性とさまざまな効果について、②私のもものと君のもの、すなわち所有の取得、維持、移転と関係するところの、物をめぐる契約について、③無遺言相続について、④遺言相続について、⑤私のもものと君のものに関する司法上の訴訟手続について、⑥諸人格の身分の違いから生じる個別の権利 jus singulare⁽¹⁵⁾について。

e) 既に前掲註 b で引用したウルピアーヌスの箇所に従って。

f) 例えば、ザクセン選帝侯アウグストの『ザクセン勅法集 *Constitutiones Saxonicae*』 [1572年] およびその諸部分を見よ。同じく、リューベックの都市法なども見よ。しかしながら、これらが

あらゆる点で前述の方法論と一致しているわけではない。

第11節 というのも、私のものと君のものに関する問題はすべて、これらの6つの項目にうまく割りふることができるからである。というのも、ローマの〔＝ユスティニアヌス帝の〕『法学提要 *Institutiones*』においては、最初の箇所では人の法が扱われているとしても、しかし、良き方法論の諸規則により合致していると思われるのは、〔所有権などの〕共通の法原則を扱ったあとで、〔身分の〕異なる人々のさまざまな権利を、前者の例外であるかのように最後の箇所でも論じることだからである。

第12節 不法行為を犯した者の〔損害賠償ではない〕懲罰および刑事手続については、言及しない。以下のような理由を挙げることができる。この教えはむしろ公法に属しており、また、ゲルマン法によれば、不法行為から生じる〔ローマ法上の〕罰訴権が私人に与えられることはないからである^{g)}。ただし、人格侵害訴権だけは除く。とはいえ、この人格侵害訴権が民事手続に関する教えとうまく結びつくのは、〔数学における〕系のような仕方〔＝付随的な仕方〕に限られる。

g) 主査であるトマジウス先生は、1693年の専門論文「ゲルマンの法廷におけるローマ法上の罰訴権の慣用について *De usu actionum poenaliu[m] juris Romani in foris Germaniae*」で、このことを詳細に証明した。また、ある高名な反対論者〔＝ストゥリユク〕の異論に対して、『法学提要ノート *Notae ad Institutiones*』の第4巻第1章に対するノート240頁以下で反論した。

物の差異について

ゲルマン私法からみた物の差異について
(出雲)

第1節 物の差異に関する教えにおいては、昔のシュピーゲルからであれ新しい帝国決議からであれ諸等族のラント条例からであれ、ゲルマン法からのテキストの引用がないのだけれども、このことは、祖国のこれらの法が、正当にも次のように考えたことにもとづく。法は人間の行為を正しく律することに関して作成されるべきであり、文法学や論理学、すなわち物の定義や差異に関して作成されるべきではない、と。そして、ここでは、私たちの祖先や立法者たちをむしろ褒めるべきであって、非難すべきではない。なぜなら、彼らは、諸民族の、しかも高度にモラルのある諸民族のお手本すなわち共通の慣習に従ったからである。これらの民族は、自分たちの法の中で、立法の対象になっている物の性質を常に説明しているわけではない。

第2節 ここで物とは、私のものや君のものになることができるものすべてを意味する。すなわち、私人たちがその所有権を取得するような、所有可能なものすべてを意味する。部分的には、人格すなわち自由人や、訴権もまた、それらが取得されたり譲渡されたりすることができるときは、ここに含まれる^{a)}。

a) 訴権は、譲渡 *cessio* を通じて、自由人は、献身 *oblatio* [=自発的農奴化]、時効 *praescriptio*、自由人女性と農奴男性との婚姻あるいはその反対 [=自由人男性と農奴女性との婚姻] などを通じて。バイヤーの『ゲルマン法概論 *Delineatio juris Germanici*』第1巻第22章第6節、第7節および第19節を見よ。

第3節 したがって、たとえ取引不能なものが私法に属さないとしても、しかしここでは、次のような区別を前提とし、かつ、あらかじめ論じておくべきであろう。すなわち、ある物は私人にとって取引

不能なものであり、ある物は取引可能なものである。この区別は、ようするに混乱を避けるためである。なぜなら、取引不能でないものはすべて私人にとって取引可能である、というあのよく知られた公理は、まったくもって曖昧だからである。すなわち、[どれが取引可能なものでどれが取引不能なものかという] 未決定の問題を、判明なかたちで説明していないからである。

第4節 というわけで、あるものは万人にとって取引不能であり、あるものは私人にとってのみ取引不能である。

第5節 万人にとって取引から除外されているものとは、純粹に精神的で不可視な実体すべてである。例えば、神、善き天使、悪しき天使〔=悪魔〕、[肉体から] 分離した人間の魂、天空、光、大気である。ただし、光と大気が、有体物に付属しているときは、この限りでない。

第6節 さらに、有体物のうちでも、天空の有体物は、人間には取引不能である。例えば、太陽、月、その他の星である。

第7節 これに加えて、地球全体、同じく大洋全体も、[万人にとって] 取引不能なものである。他方で、一般的な海⁽¹⁶⁾ないし海岸は、人間の所有や取引から完全に除外されているわけではない。川および川の一部であるかのように流れている水も、同様である。

第8節 私人の取引のみから除外されているものには、私人全員にとって取引不能なもの、特定の私人にとってのみ取引不能なものがある。後者の例として、キリスト教徒たる捕虜は、ユダヤ人たちの取引から除外されており、自由人は、なおさらである。

第9節 私人全員にとって取引不能なものとは、真の意味での公共物、すなわち、国家や自治組織 *universitas* によってすら譲渡されえないものである。

第10節 ところで、公共物には、市民社会全体の所有に服する物と、国家よりは小さいが家族よりは大きい社会である自治組織の所有に服する物とがある。

第11節 したがって、私人にとって取引不能なものには^{b)}、領土、海、川、湖、岸、および王権または王権の行使に関する一般的な物すべてが当てはまる。例えば、絞首台、罪人を斬首するために作られた部屋、市民共同体の壁〔=市壁〕および門〔=市門〕が当てはまる。これら〔=市壁と市門〕は、ゲルマン法の慣用によれば（とりわけプロテスタントのそれに鑑みれば）、神聖物でもなければ神の法に服する物でもない。

b) ここで挙げられているのは、公共物ないし自治組織に属する物の全種類ではなく、それらの顕著な例に過ぎない。なぜなら、そのような物のより完璧な叙述は、公法に属するからである。ローマ人たちのもとでは、劇場や浴場なども、ここに数え入れられていた。しかし、劇場や浴場は、私たちのもとでは、元首の財産または私有物である。さしあたり、ティティウス⁽¹⁷⁾の『ローマ=ゲルマン公法要覧 *Specimen juris publici Romano-Germanici*』第3巻第7章を参照せよ。同じく、主査であるトマジウス先生の『法学提要ノート』の第2巻第1章に対するノートを、すなわち本稿第9節から第13節に含まれていることに対するノートも参照せよ。ここでは同時に、次のことに注意しなさい。なるほど、元首によって時には私人たちに、公共物の使用が認められる慣わしになっている、と。しかし、使用から所有へと論を進めることは許されない。

第12節 同じ理が、墓地、教会、神の礼拝に関する道具および器具にも当てはまる。というのは、これらの物も、私たちのもとでは、神の法に属する物では決してなく、人間の法に属する物すなわち公共物だからである。

第13節 もちろん、教会の腰掛けや、教会に隣接する小屋すなわち礼拝堂 Capellen も、さらには部分的に墓も、私人にとって取引可能な物である。

第14節 一言で言えば、これまで列挙された物以外の物はすべて、私人にとって取引可能な物である。

第15節 さて、私人にとって取引可能な物の最初の差異は、レーエン物と非レーエン物すなわち私有物である。これらの差異とその慣用は、レーエン法においてより詳細に論じるのが常である。

第16節 この [ゲルマン私法というテーマに] ふさわしい私有物には、さらに共同所有の物と単独所有の物とがある。共同所有の物とは、その物全体が複数の私人に帰属しつつ、それでいてその持ち分は個々人に帰属している物である。単独所有の物とは、その物全体が個人に帰属している物である。

第17節 共同所有の物となるのは、無主物があったときに複数人がそれを先占する場合と、合意または組合による場合と、そのどちらでもない場合、例えば、相続財産や遺贈が複数人に遺された場合である。

第18節 ところで、単独所有の物についていえば、原則的にだれも、自分の物を売るように強制されないのだが、同様に、共同所有の物

に関していえば、原則的にだれも、共有に留まる責任を負わない。なぜなら、共有は紛争の母だからである。

第19節 したがって、だれであれ、共有物の分割を求めることができるし、また、共同所有権の訴えによって^{c)}、強制的に分割させることもできる。ただし、短期の共有に関する合意やその他の衡平が、妨げにならないときに限られる。例えば、ある人が、無節操に悪意で組合を清算させるときである。

c) 家産分割訴権の方式書と共有物分割訴権の方式書とを区別するローマ法の細かさは、ゲルマン法においては使われていない。これについては既に、主査であるトマジウス先生が、『学説彙纂ノート *Notae ad Pandectas*』で第10巻第2章および第10巻第3章に対して註記した通りである。

第20節 ところで、ある物については分割が必要なく、むしろ法それ自体によって分割がおこなわれるので、次のことを覚えておかなければならない。ある物は**分割物**であり、ある物は**非分割物**である。

第21節 さて、分割物および非分割物と呼ばれるのは、ある物の部分について2人以上の人々が権利を主張しており、その部分が問題になっているときに限られる。というのも、[なぜこの場合に限るかといえは、] どのような物であれ何らかの全体であって、その部分が見出されるからである^{d)}。[つまり、単に部分があるかないかだけを問題にするならば、あらゆる物は分割物である。]

d) 博士たちが、分割物と非分割物との定義についておたがいに意見を違えているのは、不思議なことである。このような意見の相違を詳しく提示してみせたのは、アウグスト・ホフマン⁽¹⁸⁾の「分割不能

性、一名、非分割物の法について *De individuitate, sive de jure rerum individuarum*」第1章であった。しかし、ホフマン自身もまた、この区別について判明な概念を定式化しなかった。したがって、私がこの意見の相違を取り除く方法を発見できるかどうか、試みる事が許されるであろう。

第22節 さて、部分には、未分割な部分と既分割な部分とがある。より明晰に言えば、知性的な部分と現実の部分とがある。未分割な部分の例は、ティティウスとカーユスが、共有の農地や家屋を占有しているときであり、既分割な部分の例は、ティティウスとカーユスが、一方は家屋の上層部分を、あるいは、農地の池に近い部分を所有しており、他方は家屋の下層部分を、あるいは、農地の池から遠い部分を所有している、というように、家屋や農地を「部分的にかつ単独で」所有しているときである。

第23節 ところで、物が分割物または非分割物と言われるとき、2つの意味がある。ひとつは、既におこなわれた分割からみたときであり、もうひとつは、将来おこなわれる分割からみたときである。

第24節 「既におこなわれた分割という」1番目の意味によれば、物が非分割であるのは、2人以上の人々のうちだれも現実の部分を持っていない、というかたちで、その物が彼らの権利の対象となっているときであり、分割であるのは、個々人が、現実の部分を持している場合である。[つまり、ある物を複数人で使っているときに、まだ持分しか観念できない場合が1番目の意味の非分割物〔=未分割物〕であり、既に単独所有が実現されている場合が1番目の意味の分割物〔=既分割物〕である。]

第25節 この意味によれば、原則的に、共有物はすべて非分割物であ

る。なぜなら、仮にそれらの物が分割物であるならば、より明晰に言えば、もしそれらの物が既に分割されているならば、実際には異なる2つの物があり、これらはもはや共有物ではなく単独所有物だからである。たとえ物理的には一体であるとしても、そうなる。これは、家屋や農地の現実の部分について直前に例を挙げておいた通りである^{e)}。

e) この考察は、とりわけ持分増加権において有用である。さしあたり、博士たちの、『学説彙纂』第7巻第2章に対する註釈を、とりわけ第12法文に対するそれを参照せよ。

第26節 [債権額や債務額のような] 量は除外される。量は、原則的に、もし複数の人々に対して義務づけられていたり、あるいは複数の人々によって義務として負われたりしているならば、法それ自体によって、それぞれの持ち分に応じて、各人に対して義務づけられたり、あるいは各人によって義務として負われたりすることになるからである。ただし、別様に合意したときは、この限りでない^{f)}。

f) この考察は、単独の債権者または単独の債務者を複数人が相続する場合において、有用であろう。

第27節 [将来おこなわれる分割という] 2番目の意味によれば、非分割物と言われるのは、現実の部分を持たず、かつ、持つことがそもそもできない物であり、分割物とは、現実の部分へと分割可能な物である。

第28節 この意味によれば、わずかな例外を除いて、ほとんどの物は分割物である。例外とは、例えば、個々の人間、(生きている) 獣、分割がおこなわれるとその将来の有用さが無くなるかあるいは減じ

る広い意味での物、例えば、農業地役権、用益権、小作権などである。

第29節 ところで、非分割の権利には、農業地役権の権利のように、その権利の有用さや行使が分割を受けつけないというかたちで、まったくどのような仕方でも非分割なもの、用益権のように、その行使や果実に鑑みれば分割を受けつけるけれども、しかしその内的な自然本性に鑑みれば非分割なものがある^{g)}。

g) おそらくこのようにして、用益権は分割物であるのか非分割物であるのかという、とてもねじれた論争において、博士たちの意見の不一致を調停させることができるであろう。ホフマンの「分割不能性、一名、非分割物の法について」第1章第7命題を参照。

第30節 さらに、分割物にも非分割物にも、**集合物と個物**とがある。とはいえ、個物だけでなく集合物も、共有ではない単独所有の個物とみなすことができる^{h)}。

h) 例えば、私たちは、個別の相続財産や個別の群れと言う。

第31節 集合物とは、複数の個物がまとまっているときを言う。個物とは、他でもない、一個の物として、あるいは、(論理学で言うところの) 個体として成立しているものを言う。

第32節 物の集まり *universitas* (人から成る自治組織 *universitas* ではない。これについては、第10節を参照) も、集合物と言われる。ところで、この集まりには、相続財産のように、法にもとづく集まりすなわち財産の集まりと、徒党や家畜の群れや騎兵隊のように、事実にもとづく集まりすなわち物体の集まりとがある。

第33節 物には、同じ物と異なる物もある。どちらの物も、類において同じであったり異なったりするときと、種において同じであったり異なったりするときがある。ところで、次のことは注意しておかねばならない。法において種という言葉が意味するのは、哲学者たちが個体と呼ぶ慣わしになっているものであり、類という言葉が意味するのは、彼らが種と呼ぶ慣わしになっているものであるⁱ⁾。

i) この区別は、遺贈、契約、弁済などの教えにおいて役立つ。

第34節 物には、有体物と無体物もある。有体物とは、触ることおよび見ることができるものである。無体物とは、知性によって、その作用と結果から認識されるものである。

第35節 さらに、ここでは常に法学を念頭に置いているのであるから、無体物とは、権利から成り立っているもの、すなわち、権利そのものである。他方で、有体物とは、権利が付着するもの、あるいは、その物のために権利を取得するところのものである。例えば、家屋、家畜、奴隷、金銭など。

第36節 したがって、権利には、物における権利 *jus in re* すなわち物それ自体に付着する権利と、物への権利 *jus ad rem* すなわち物の追求のために与えられる権利とがある⁽¹⁹⁾。物における権利 *jus in re* は、任意の占有者に対して行使されるが、物への権利 *jus ad rem* は、自分の行為によって私たちに義務づけられた人またはその相続人に対してのみ行使される。なぜ [相続人に対しても行使できる] かといえば、相続人は、前者と同じ人格であると評価されるからである。

第37節 物における権利 *jus in re* には、自分の有体物に関する権利すなわち所有権と、他人の有体物に関する権利とがある。後者には、

役権のように、私たち自身の利益を目的とする権利と、質権のように、担保を目的とする権利とがある。

第38節 所有権には、狭義の所有権すなわち有体物に対する所有権と、広義の所有権すなわち無体物に対する所有権とがある。無体物は、役権や質権だけでなく、債務をも含む¹⁾。

1) 債務⁽²⁰⁾は、ゲルマン法においては、儀式的譲渡によらずとも譲渡可能であり、一身専属性を有することもない。それゆえに、おそらくローマ法においては、なるほど役権の所有や質権の所有は可能であっても、債務の所有は不可能であったのだろう。というのも、債務は、所有物取戻し訴訟の対象にも譲渡の対象にもならなかったからである。

第39節 さらに、所有権には、畑の所有権、家屋の所有権、家畜の群れの所有権のような個別所有権と、相続財産の所有権のような集合所有権とがある。だからと言って、この区分を、集合物や個物という物の区分と混同してはならない。後者については、前述第30節および第31節で [既に説明した]。

第40節 物への権利 *jus ad rem* は、約束から、あるいは与えられた損害から、あるいはその他の自然な衡平から生じる^{m)}。

m) なぜここで、ローマ法の通説、すなわち、債務は契約、準契約、不法行為あるいは準不法行為から生じるという説を無視したのかについては、他の然るべき箇所でもより詳しく述べよう。端的に言うと、この通説は、一方では曖昧であり、他方ではそこからの帰結がゲルマン法とほとんど整合しないからである。

第41節 約束 *promissum* とは、万民法およびゲルマン法によれば、自分の物を自由に管理している人によってなされ、そして、その約束の相手方から承諾されたものを言う。物について約束があったのかなかったのか、文言が書面になっているのか、それとも口頭でなされたのかは関係がなく、また、明示的にであろうと黙示的にであろうと、いかなる方法によってであれ、合意が表示されていればよいⁿ⁾。

n) それゆえに、ローマの教え、すなわち、約束を [ラテン語で] *pactum* と *contractus* とに分けて、さらにそれぞれのクラスを下位分類するという教えは、不要である。

第42節 他人に損害を与える人は、故意によってであれ過失や懈怠によってであれ、等価なものの返還によって、すなわち同一の価額によって、この他人に同じものを賠償しなければならない。なぜなら、悪意も過失も、自身を益したり他人を害したりしてはならないからである。

第43節 物への権利 *jus ad rem* を生じさせる別の法原則として、自然な衡平にもとづく法原則がある。例えば、だれも自分の恩恵的行為 [=無償の行為] から損害を受けてはならない、だれも他人の損害から利得してはならない、だれも意に反して共有に留め置かれてはならないなどである^{o)}。

o) ここから、事務管理訴権、後見訴権、共有物分割訴権などと、さらに、本訴権に対する反対訴権の大部分が [生じる]。

第44節 さらに、たとえ債務が、その類においては権利全般の対応物であり、[それゆえに物への権利 *jus ad rem* のみならず] 物における

権利 *jus in re* に対応するものでもあるとしても、しかし、狭義においては、物への権利 *jus ad rem* に対応するものだけが債務である^{p)}。このため、法学者たちは普通、債務という言葉で、あたかも物への権利 *jus ad rem* と同義であるかのように用いる。

p) このようにして、ドイツ語の *Schuld* も、物への権利 *jus ad rem* から生じる債務を指す。

第45節 たとえすべての債務が、[終局的には債務者が何かを] 為すことを目的としているとしても、しかし、次のような言葉の使い方が妥当である。債務には、与える債務、すなわち所有権を移転する債務と、為す債務、すなわちそれ以外の行為を目的とする債務とがある。

第46節 行為という言葉は、法においては、不作為をも含む。例えば、受忍すること、沈黙することなどである。

第47節 有体物の自然本性と無体物の自然本性との両方を分有している物もある^{q)}。例えば、金銭すなわち貨幣である。それゆえに、金銭は、物体に数え入れられることもあれば、量に算入されることもある。

q) 前述第34節と関連づけなさい。

第48節 モラルや法学における量には、人格の量、すなわち世評、評判、名誉と、物の量、すなわち価格、価値、貨幣の外在的な財産性とがある。

第49節 すなわち、貨幣の中には、物体に内在的な財産性、すなわち

総重量 Schrot および貴金属含有量 Korn と、外在的な財産性、すなわち無体的な財産性である額面 Gehalt および「両替において他の通貨との交換レートになる」秤量 Gewicht とがある⁽²¹⁾。

第50節 たとえ物体はすべて、物理的には移動可能であるとしても、しかし、法の慣用に従うならば、有体物には動産と不動産とがある。動産とは、実体を毀損せずに移動可能な物であり、不動産とは、移動させると別の名前になってしまう物である。

第51節 不動産とは、畑、地所、家屋、土地である。土地には、都市的な使用を目的とする都市用地と、農業的な使用を目的とする農業用地とがある。

第52節 都市的な使用とは、農業的な使用ではない使用全般である。農業的な使用とは、耕作と牧畜を^{r)}、また、農夫たちの利用を目的としているということである。農夫たちの利用を目的としているというのは、例えば、農夫たちのビール付き食堂、すなわち「ドイツ語では」Schencken である。

r) この件については、主査であるトマジウス先生が、「市民共同体の設立に関する帝国等族の権利について *De jure statuum imperii, dandae civitatis*」[1696年] の中であまねく論じた。しかし、特に第33節である。

第53節 不動産には、畑のように、その自然本性からして不動産であるものと、家屋や家屋に取り付けられた物、すなわち「ドイツ語の通俗的な表現で言えば」「しっかり固定されたもの was Erd= Maur= Nied= und Nagelfeste ist」⁽²²⁾ のように、そしてまさに風車製粉所 molendina pneumatica [= Windmühlen] のように、[土地や家屋に固

定するという] 行為によって不動産になっているものと、船舶製粉所 *molendina navalia* [= Schiffmühlen] のように、[水辺に係留してあるだけであるが] 目的によって不動産になっているものと、反訴や費用のための担保提供の観点から、図書および食堂の商品のように、法の慣用および（少なくとも法の何らかの条文における）同一視 *aequiparatio* によって不動産になっているものがある。

第54節 動産には、農奴や動物のように、自分で動く物と、植物や無生物のように、他のものによって動かされる物とがある。

第55節 動物には、野生の動物、すなわち、通常は人間と共同生活を送っていない動物と、その反対に [通常は人間と共同生活を送っている] 人懐っこい動物と、人間の努力によって野生の性質を何らかの仕方で抑制された調教済みの動物、すなわち飼いならされた動物とがいる。

第56節 さて、動物には、自由な空で生活するものと、水中で生活するものと、地上で生活するものがある。鳥類と魚類は、わずかな例外を除いて、その自然本性からして野生である。わずかな例外とは、人間に使役される鳥類、例えば、鶯鳥、鶏、鳩という特定の種類である^{s)}。

s) トリボニアヌスは『法学提要』第2巻第1章第15節において、無駄に違う意見を述べている。

第57節 地面を四本の足で歩くだけで飛ぶことを知らない動物には、森をさまよう野生の動物と、人懐っこい動物とがいる。後者には、羊、山羊、[牧畜用の] 牛、豚のように、群れで飼育される群畜と呼ばれるものと、[車や道具を引く] 馬や牛のように、耕作や武器の運

搬のために使役される輓獣と、[背中に何かを乗せて運ぶ] 馬、牛、驢馬、象、駱駝などのように、荷物を運ぶ駄載獣とがいる。

第58節 動産たる無生物とは^{t)}、例えば、金、銀、衣服、什器など様々である^{u)}。しかし、次のことは注意しておかねばならない。ゲルマン人たちのもとでは、しばしば、mobiles というラテン語で、什器のみを意味させることがある。これは、フランス語の meubles を真似たものである。

t) 前述第54節をもう一度見よ。

u) 草と樹木は、不動産に算入されることもあれば、動産に算入されることもある。これは、地面とくっついているのか、それともくっついていないのかに応じる。

第59節 また、動産には^{v)}、代替物と非代替物とがある。代替物とは、消尽しなければ使えない物、すなわち、減少、変化させたり、消費、収益あるいは譲渡したりしなければ使えない物である。非代替物とは、消尽しなくても使える物である。ただし、ある代替物が他の代替物よりも長期間の使用に耐える、ということはある。すなわち、後者の方が前者よりも壊れたり摩耗したりしやすい、ということはある。

v) [なぜ動産に限定するかと言うと]、不動産は非代替物だからである。

第60節 したがって、代替物には、食べ物、飲み物、建築物の素材以外にも、極めて多数の例があるように、非代替物にも、多くの工芸品^{w)}、日用の衣服あるいは祭礼用の衣服^{x)}、金製、銀製、銅製、錫製、粘土製、木製の什器が属する。

w) すなわち、際立って技術的な物 *sehr künstliche Dinge* である。とりわけ、希少性を理由として保管対象になるのが常であるような物は、そうである。なぜなら、通俗的な製品に属する物、例えば、料理人の製品、工員の製品など、ドイツ語で言えば、大工 *Zimmerleute*、左官 *Meurer*、石工 *Steinmetzen*、煉瓦屋 *Ziegelbrenner* の製品は、通常、代替物だからある。

x) 『法学提要』第2巻第4章第2節で意見を違えているトリボニアヌスに敬意を払いつつも。

第61節 代替物に関して、万民法上の法原則は次の通りである。代替物は、感情にもとづく価格を受けつけず、物の取引においてはむしろ、ある物が別の〔同種の〕物によって代替される^{y)}。

y) 主査であるトマジウス先生の「代替物に感情にもとづく価格は成立しないことについて *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*」〔1701年〕を見よ。

第62節 というわけで、物の対価 / 価格も様々に区別される。というのも、対価 / 価格には、〔狭義の〕交換における通俗的な対価 / 価格と、売買における優れた対価 / 価格〔＝金銭から成る対価 / 価格〕とがある。優れた対価 / 価格の例は、ヌムス貨幣である。また、役人によって決められた法定の対価 / 価格と、〔当事者の自由な合意によって決められた〕任意の対価 / 価格もある。そして、任意の対価 / 価格には、民衆〔＝市場〕の判断にもとづく共通の対価 / 価格と、各所有者の自由な判断に委ねられた感情にもとづく対価 / 価格とがある。前者の民衆は、〔目的物の〕希少性または在庫の過多から生じた余剰性に自己を基礎づける。後者の所有者は、〔目的物に関する〕損得や欲求よりも、むしろ功名の証拠力や見かけに自己を基礎づけ

る^{z)}。ただし、功名の見かけのために求められるのは、[消尽せずに見せびらかすことができる] 非代替物だけである^{a)}。

z) 主査であるトマジウス先生の『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』第2巻第11章を参照。

a) 例えば、使節を通じて元首から与えられた鎖〔非代替物〕の方が、同じ元首から与えられた葡萄酒〔代替物〕よりも高く評価されるのは、このためである。

第63節 さらに、物には、主物と従物とがある。人口に膾炙した公理によれば、従物は主物に従う。それゆえに、従物は普通、付属物とも名付けられる。このようにして例えば、家屋に併設された倉庫は、その家屋の従物であり、地所の設備や建設物は、その地所の従物であり、馬具およびその他の装飾品は、馬の従物である。

第64節 ところで、物の添付は、何らかの自然な一体性や依存性ではなく、むしろ人間たちの判断とその目的に、極めて多様なかたちで依拠しているので、主物や従物の本質と定義は、確定的な法原則によってはうまく説明することができない。

第65節 なるほど、物を装飾するために配置されるのが常であるようなものは何であれ、たとえ高価であっても、その〔装飾された〕物に帰属する、ということが頻繁に起こる。例えば、紐や布に付着した紫の染料である。しかしながら、ただし装飾品が容易に分離されない限り、という制約が、しばしば追加されねばならない。なぜなら、装飾品を剥がして別個に売ったり買ったりすることも、あるいは、別の物を飾り付けるために用いることも、よくあることだからである。例えば、什器、地所の建設物や設備、馬具などが、そう

である。

第66節 同様に、それがなければ他方が存在しえないような物が、しばしば主物とみなされる。例えば、家屋、苗、樹木からみた地所である。しかしながら、これもまた、しばしばうまくいかない。なぜなら、卓越した藝術家の絵が安価なキャンバスに帰属すべきであるということも^{b)}、自分は多額の金を借りていると認めている他人の文書〔=借用書〕が、極めて安価な羊皮紙に帰属すべきであるということも、おかしいからである^{c)}。

b) それゆえに、『学説彙纂』第6巻第1章第23法文第3項の、それがなければ他方が存在しえない物の方に帰属すべきである、という文言において、パウルスは誤っている。なぜなら、パウルスは、従物に関する法原則は必然的で数学のような真理であると、思い違いしているからである。

c) それゆえに、『法学提要』第2巻第1章第33法文におけるユスティニアヌス帝の教えは、『法学提要』第2巻第1章第34法文と、うまく整合しないのである。

第67節 これと関係しているのは、上で(第53節で)、目的に応じて不動産になる物と私が呼んだところの物である。なぜなら、ここでも、人間たちの意図は様々だからである。それゆえに、宿屋の寝台は、宿屋の従物であり、そこに固定されている物と同一視されるべきであるか否かが、常に問われるのである。この疑問は、シーツや羽毛布団のみならず、木製の寝台についても生じるのが常である^{d)}。

d) さしあたり、カルプツォフ⁽²³⁾の第3部第24規定第10定義を見よ。

第68節 ところで、工藝品においては素材が形相の従物であるべきだとか、形相が素材の従物であるべきだとか、あるいは、もし出来上がったものを原材料にまで戻すことができるならば、素材が主物であるべきで、反対に、戻すことができないならば、形相が主物であるべきだとか、こういうことには、まったく根拠が欠けている^{e)}。

e) ここでは、『法学提要』第2巻第1章第25法文を念頭に置いている。

第69節 農村においては、家屋は大抵、農業用地の従物である。あるいは少なくとも、主物ではない物とみなされる。反対に、都市においては、農業用地は大抵、都市用地ないし家屋の従物である^{f)}。

f) 都市における農業用地という言葉で私が念頭に置いているのは、家屋に併設された家畜小屋や倉庫のように、通常の出入口が家屋そのものを通じてそこまで繋がっているような土地のことであり、都市の外にある畑や、都市から離れたところに別置された倉庫のことではない。

第70節 最後に、人間たちが物の専有 *proprietas* を求めるのは、愛着や快樂のためだけではなく、とりわけ有用性 / 利益のためである。ここから、物と物の果実という新たな差異が生じる。

第71節 果実とは、物の利益である（〔領地などの〕管轄権の果実のように、〔主物は〕無体物であってもよい）。この利益は、物から、あるいは物を媒介として生じる。それゆえに、果実の最初の区別は、自然な果実と市民法上の果実である。

第72節 しかし、大抵の物は、果実をその自然本性だけから生み出すことがほとんどなく、むしろそれに加えて、重労働や出費を伴うこ

とが稀でない人間たちの勤労を前提とする。それゆえに、自然な果実は、その自然本性が勤労を上回っているのか、それとも勤労がその自然本性を上回っているのかに応じて、純粹に自然な果実と、勤労にもとづく自然な果実とに下位分類されるのが常である。

第73節 しかし、これら [2つの] 種類を、すべての事案において正確に区別することは困難である^{g)}。また、ゲルマン法においても、この区別は、大して用いられていない。

g) とりわけ、樹木の果実については、そうである。

第74節 市民法上の果実とは、実を結ばない物の使用によって得られる果実、あるいは、実を結ぶ物の賃貸から、人間たちの先行する合意にもとづいて得られる果実である。

第75節 ゲルマン人たちのもとでは、諸々の市民法上の果実は、定期金 census ([ドイツ語で] Zinß) という共通の名前で呼ばれる。というのも、[ゲルマン人たちのもとでは]、利息だけでなく、農業用地の小作料や地租も、そのように名付けられるからである。このような農業用地は、それゆえに、定期金負担付きの土地 praedia censitica、すなわち [ドイツ語で] Zinß=Güter や Erb=Zinß=Güter とも呼ばれるが、これらは大抵の場合、同じ意味であり^{h)}、またなるほどローマ人たちの永代借地に関する財産 bona emphytheutica と親近性を有するのだが、しかし、同じではない。たとえ多くの法学者たちが、ローマ法に対する過度の愛着から、両者を混同するのが常であるとしても、そうである。

h) さしあたり、『シュヴァーベンシュピーゲル』レーエン法の第109章と第110章を見よ (章番号はシルター版による)。

第76節 市民法上の果実は、物から生じる利害 *interesse* [=損害賠償]

とは異なる。なぜなら、物から生じる利害の方が、市民法上の果実よりも広いからである。すなわち、物から生じる利害には、逸失利益と既発生損害とがある。たとえ普通は、[訴状の中で]、金銭果実 *fructus pecuniae* や利息 *usura* という言葉が、利害 *interesse* に代わる言葉として登場するとしても、そうである。というのも、利害の証明は多くの場合極めて難しく、それゆえに慣習上の利息を取る方がより確実なので、利害の証明の代わりに、この利息を用いるのが常だからである。

第77節 果実には、未分離の果実、すなわち、地所の一部になってい

て、不動産に帰属する果実と、収穫された果実、すなわち、分離された果実とがある。そしてもちろん、収穫された果実には、単に収穫されただけの果実と、完全に収穫された果実、すなわち倉庫へ既に収められた果実とがある。

第78節 収穫された果実には、残存している果実と消費された果実と

がある。消費された果実とは、収穫した人のところには、もはや残っていない果実である。たとえ他の人のところに残っているとしても、そうである。というのも、消費には、自然な消費と市民法上の消費とがあるからである。市民法上の消費とは、すなわち譲渡である。

第79節 時として、収穫された果実と収穫すべきだった果実とが区別

される。収穫すべきだった果実とは、もはや未分離ではないのだが、収穫済みでもなく、仮に然るべき注意が払われたならば、収穫されたはずの果実 [=地面に落下したまま放置されている果実] を言う。

第80節 さらに、市民法上の評価によれば、果実と理解されるのは、

出費を控除したものに限られる。ところで、出費には、果実に対する出費と、物に対する出費とがある。そして [それぞれに]、必要な出費、好みにもとづく出費、有用な出費がある。

第81節 いずれにせよ、新しく開発された工芸品においてはとりわけ、必要な出費と有用な出費とを切り分けることがしばしば困難であるし、さらには、好みにもとづく出費を有用な出費から区別して把握することもしばしば困難である。なぜなら、嗜好性と有用性とは、しばしば混在するからである。

終わり

- (1) Christian Gottfried Hoffmann (Präs.), Johann Conrad Nesen (Resp.), *Exercitatio prima quae de verborum in jure Germanico ac Saxonico significatione nec non antiquis eorum jurium regulis generatim agit*, Leipzig : Literis Breitkopfianis, 1721, p. 28.
- (2) この経緯については、Takashi Izumo, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2016, SS. 33-39を参照。
- (3) *Ibid.*, SS. 43-45.
- (4) Christian Thomasius (Präs.), Johann Georg Franck (Resp.), *De dominio et ejus natura in genere intuitu juris Germanici privati*, Halle : Salfeld, 1721, p. 22., §. 56.
- (5) Izumo, a. a. O. (Anm. 2), SS. 19-27.
- (6) *Ibid.*, SS. 305-307.
- (7) *Ibid.*, SS. 70-74.
- (8) Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa juris Germanici*, vol. 1., Halle : Orphanotroph, 1736, p. LXXX.
- (9) ヨーハン・シルター (Johann SCHILTER, 1632-1705年) は、ドイツの法律家である。諸事情からアカデミアにおいては不遇であり、フランスによる併合前後のシュトラスブルク大学で名誉教授の身分を得るなど、変則的な学術活動をおこなっていた。
- (10) ゲオルク・バイヤー (Georg BEYER, 1665-1714年) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。学生時代にはトマジウスの講義を受けており、ゲルマン法の研究に尽力した。

- (11) 原文では *hodiernum* となっているが、*hodiernum* と校正した。
- (12) ペーター・ランベック (Peter LAMBECK, 1628-1680年) は、ドイツの歴史家である。
- (13) 本邦訳で「主要諸等族」と訳したラテン語の *status praecipui* は、トマジウスの別の文献に照らす限り、聖職者、貴族、平民の「主要三等族 (*die drei Hauptstände*)」を指すものと解される。Christian Thomasius (Präs.), Johannes de Groin (Resp.), *De officio principis evangelici circa augenda salaria et honores ministrorum ecclesiae*, Halle : Salfeld, 1707, §. 48., p. 57を参照。
- (14) 原文では *mothodo* となっているが、*methodo* と校正した。
- (15) 近世における *jus singulare* という用語については、Thomas Duve, *Sonderrecht in der frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in alter und neuer Welt*, Frankfurt am Main : Klostermann, 2008の先行研究が詳しい。ただし、トマジウスとネーゼンは *jus singulare* という言葉を、当時の慣例的な意味すなわち「特権 *Sonderrecht*」という意味では使っていない。彼らはこのラテン語で、特定の身分に帰属する固有の権利 (例えば親権) を意味させており、いわゆる身分法に近い使い方をしている。これについては、Izumo, a. a. O. (Anm. 2), SS. 257-260を参照。
- (16) 本邦訳において「一般的な海」と訳した *mare in genere* とは、陸地に囲まれた海を意味する。これについては、Matthias Martini et al., *Matthiae Martini Lexicon philologicum*, vol. 1., Amsterdam : J. L. de Lorme, 1701, p. 285 (*mare in genere* の項目) を参照。
- (17) ゴットリープ・ゲルハルト・ティティウス (Gottlieb Gerhard TITIUS, 1661-1714年) は、ドイツの法学者である。ライプチヒ大学教授。
- (18) アウグスト・ホフマン (August HOFFMANN, 17世紀末頃に活動) は、ドイツの法律家である。イエーナを活動拠点としていたようであるが、詳細は不明。Christian Gottlieb Jöcher, *Allgemeines Gelehrten-Lexicon*, Bd. 2., Leipzig : Johann Friedrich Gleditschens Buchhandlung, 1750, col. 1651を参照。
- (19) ここでトマジウスは、債権と物権との峻別につながる議論をしている。物への権利 *jus ad rem* については、好美清光「*Jus ad rem* とその発展的消滅：特定物債権の保護強化の一断面」一橋大学研究年報法学研究 3号179-432頁 (一橋大学、1961年) の詳細な先行研究があるので、そちらを参照されたい。
- (20) 原文では *obligatio* の譲渡可能性の話になっているけれども、問題となっているのは債権譲渡であると解される。この解釈は、古典期ローマ法において債権譲渡が原則的に禁止されていたことから根拠づけられる。Vgl. Max Kaser, Rolf Knütel und Sebastian Lohsse, *Juristische Kurz-*

Lehrbücher: Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München : C.H. Beck, 2017, SS. 331-332.

- (21) この箇所については、以下のような疑念がある。Die Hochteutsche Rechtsgelahrte Societät (Hrsg.), *Allgemeines juristisches Oraculum*, Bd. 11., Leipzig : Johann Samuel Heinsius, 1751, S. 555によれば、「貨幣の内在的な財産性は、金属の正当な貴重性および重量、すなわち Gehalt と Gewicht から成り立っており、他の人々はこれを Ligam と名付け、ドイツ語では Schrot や Korn と名付けている。外在的な財産性とは、指定された価値、査定すなわち貨幣の流通、つまり、もろもろの種類が一般的に持っている価額、値打ち、価値である」(Die bonitas intrinseca des Geldes bestehet in justa metalli pretiositate et pondere, in Gehalt und Gewicht, welche andere die Ligam, zu Teutsch Schrot und Korn, nennen; die bonitas extrinseca ist der valor impositivus, die Aestimation seu cursus monetae, der Werth, die Würdigung oder Valor der Müntz=Sorten, wie sie gäng und gebig sind.)。この定義によれば、トマジウスとネーゼンが Schrot および Korn と Gehalt および Gewicht とを区別していることは誤りであり、これら4つの用語はすべて貨幣の内在的な財産性に関するものであることになる。しかし、本邦訳ではこれを誤りとは見ず、訳文のような区別がなされているものと解した。訳者の理解によれば、例えば江戸時代初期の貴金属貨幣であった慶長小判について、約18グラムであるというのが Schrot、金が約85%含まれているというのが Korn、一両という単位が Gehalt、他の貨幣、例えば丁銀などとの交換レートが Gewicht に当たる。前2者は小判に内在しているが、後2者は幕府や両替商の決定に従うので外在的である。
- (22) すべて慣用句である。niedfest は現在では nietfest が正しい綴りとなる。
- (23) ベネディクト・小カルプッツォフ (Benedikt CARPZOV der Jüngere, 1595-1666年) は、ドイツの法学者、官僚である。ライプチヒ大学教授。ここでネーゼンとトマジウスが言及している書物は、『ローマ・ザクセン法廷法学 *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』(1638年) であると思われるけれども、彼らがどの版を参照したのかは不明である。

〈謝辞〉

本研究は JSPS 科研費 JP20K13307の助成を受けたものである。

