

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

クリスティアン・トマジウス
 ヨーハン・ゲオルク・フランク
 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)⁽¹⁾ が主査を務めた学位請求論文「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・ゲオルク・フランク (Johann Georg FRANCK, 生没年不詳) というハレの正規アドヴォカート (羅 *advocatus ordinarius*、独 *Ordentlicher Advokat*) である。

近世ドイツにおけるアドヴォカートという職業は、法廷代弁人であったプロクラートル (羅 *procurator*、独 *Prokurator*) と対をなす法律職であり、裁判外で訴訟手続の準備を担当したり、法的なアドバイスをしたりする役割を担っていた⁽²⁾。現代日本の弁護士業と比較した場合、法廷弁護を独占する職がプロクラートル、裁判外での法律相談や書類作成を引き受ける職がアドヴォカートと呼ばれ、区分されていたことになる。本史料における学位請求者のフランクは、後者の法実務家であったものと推測される。

アドヴォカートの学位請求論文を翻訳する意義とは何であるか、という理由の一部については、別稿において解説したことが当てはまる⁽³⁾。すなわち、本史料は、学位請求者であるフランクの著作というよりも、むしろ、近世ドイツの高名な自然法論者トマジウスの著作であると認定することが可能だからである。これに加えて、本史料に関しては、日本語訳を世に出すもうひとつの学術的な理由が存在する。それは、哲学者イマニュエル・カント（Immanuel KANT, 1724-1804年）が本史料を読み、彼の『法論 *Rechtslehre*』に反映させたと推量する十分な根拠があることである。

カントが本史料の存在を知っていたことは、直接的に実証することができる。というのも、カントは、1767年から1788年の間に担当した自然法の講義において、ゴットフリート・アッヘンヴァール（Gottfried ACHENWALL, 1719-1772年）の『自然法 *Jus naturae*』（2巻本、1755-1756年出版、カントが参照していたのは1763年の第5版）を用いており⁽⁴⁾、その第1巻第2部第3章「所有権 *dominium*」に、本史料が主要参考文献として掲載されていたからである⁽⁵⁾。

すると、カントは本史料の中身に実際に目を通したのか否か、という点が問題となる。これについても、以下の理由から肯定的に解することができる。カントの『法論』と本史料とは、①私法の主たる規律対象は「私のもの」と「君のもの」との区別であること（『法論』第1部第1章の章題 B56⁽⁶⁾、および本史料第1節を参照）、②それゆえに私法の基盤は所有権法であり、契約法や家族法はそのあとに続くこと（『法論』第1部第2章第1節 B80、第2節 B97、第3節 B105、および本史料第1節から第8節までを参照⁽⁷⁾）、これら2点において一致している。ところで、これらの主張は、当時の主流派の見解とは異なっていた。したがって、カントとトマジウスとが似通っているのは、両者が18世紀ドイツに広く流布していた見解に従ったからに過ぎない、とは言えない。すると、両者の一致を説明するためには、以下の2つの仮説のいずれかを採用しなければならない。すなわち、カントは自分が指定した教科書に

載っていたトマジウスの本史料を参考にしたか、あるいは参考にしなかったにもかかわらず体系が一致したかの、いずれかである。前者の仮説のほうが、後者の仮説よりも尤もらしい。直感的にそれが尤もらしい、というわけではなく、以下のように明確な理由を挙げることができる。

まず、①の用語法について、トマジウスとカントが用いている「私のものと君のもの（羅 *meum et tuum*、独 *Mein und Dein*）」という言い回しは、アッヘンヴァル『自然法〔第5版〕』第1巻第2部第3章「所有権 *dominium*」の第142節にもみられる⁽⁸⁾。したがって、カントが本史料に目を通さなくとも、「私のものと君のもの *meum et tuum*」という表現を知ることが可能であったし、彼がこの表現を最初に知ったのはおそらくアッヘンヴァルのこの箇所を通じてなのであろう。しかし、この「私のものと君のもの」という言い回しは、アッヘンヴァルの著作の中では註に近いかたちで言及されており、本文で多用されているわけではない。本文中に出てくるのは、「私の物 *res mea*」⁽⁹⁾、「私に固有な / 専有された物 *res mihi propria*」⁽¹⁰⁾、「固有な / 専有された物 *res propria*」⁽¹¹⁾、「自分の物 *res sua*」⁽¹²⁾、「私の物、他人の物 *res mea, res aliena*」⁽¹³⁾、「自分に固有な / 専有された物 *res sibi propria*」⁽¹⁴⁾である。

もしカントがトマジウスではなくアッヘンヴァルを参照しただけであるならば、本文中で複数回使われている表現を無視してまで、わざわざ註で触れられているものを選択する必要はなかったはずである。特に、近世の著名な自然法論者たちは、アッヘンヴァル自身がそうであったように、「固有な / 専有された *proprium*」というラテン語形容詞のほうを好んで用いていた。例えば、ザミュエル・フォン・プーフENDORF（Samuel von PUFENDORF, 1632-1694年）はその主著『自然法と万民法 *De jure naturae et gentium*』（8巻本、1672年）において、所有とは物の「固有性 / 専有 *proprietas*」であると捉えている⁽¹⁵⁾。また、クリスティアン・ヴォルフ（Christian WOLFF, 1679-1754年）は、『科学的な方法で研究された自然法 *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*』

(8巻本、1740-1748年)において、「固有な / 専有された物 *res propria*」を論述の対象として挙げて、これを所有権と結びつけている⁽¹⁶⁾。したがって、仮にカントがトマジウスの本史料を無視して他の主流派の用語法に依拠したならば、『法論』第1部第1章の表題は「外的な私のものと君のもの一般に関する私法 *Das Privatrecht vom Äusseren Mein und Dein überhaupt*」ではなく、「外的な固有の / 専有されたもの一般に関する私法 *Das Privatrecht vom Äusseren Eigenen überhaupt*」となったはずである。カントは本史料に目を通さなかったにもかかわらず「私のものと君のもの」をわざわざ章題に選んだ、と考えることは不自然である。

さて、以上の議論に対しては、次のような疑問が生じるかもしれない。カントとトマジウスとの用語法が偶然一致する可能性は低いと見積もられているけれども、アッヘンヴァルの用語法とトマジウスのそれとが一致した事実は、そのような偶然が起こりうることの証左ではないであろうか、と。この疑問に対しては、アッヘンヴァルの用語法とトマジウスのそれとが一致していることそれ自体がそもそも偶然ではない、という反論を加えることができる。というのも、アッヘンヴァルは『自然法〔第3版〕』(1755年)において、「私のものと君のもの」や「私の物と君の物」という表現を用いておらず⁽¹⁷⁾、この表現が同書に初めて現れるのは、トマジウスの本史料が主要参考文献に挙げられた第4版(1758年)においてだからである⁽¹⁸⁾。つまり、アッヘンヴァルが「私のものと君のもの」という言い回しを用いるようになった時期と、彼が本史料を引用した時期とは重なっている。これは、アッヘンヴァル自身が本史料からそもそも影響を受けていた、ということの証拠である。このように、「私のものと君のもの」という言い回しは、本史料を目にした者でなければ容易に思いつかない表現なのである。

次に、②の体系の問題に移ろう。法制史の観点から言えば、トマジウスやカントが構想した物権法を基礎とする体系は、当時は異色で

あった。例えば、プロイセンの官僚ザミュエル・フォン・コクツェイー (Samuel von COCCEJI, 1679-1755年) は、彼が起草を担当した『フリードリヒ法典草案 *Projekt des Corporis Juris Fridericiani*』(1781年の『フリードリヒ法典 *Corpus Juris Fridericianum*』とは別物である。)において、第1部に「人の法 *jus personarum*」を、第2部に「物の法 *jus rerum*」を置いている⁽¹⁹⁾。これは、『ユスティニアヌス帝の法学提要 *Institutiones Justiniani*』の配列と一致している。また、1756年にバイエルンで施行された『マキシミリアン・バイエルン法典 *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*』も、『ユスティニアヌス帝の法学提要』に従い、人の法を先行させている。その後、1794年のプロイセンで施行に至った『プロイセン一般ラント法 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*』は、『ユスティニアヌス帝の法学提要』の構成からはやや外れているものの、人や契約に関する規定を、物権法の前に置いている。このように、近世ドイツの立法史において、物権法をまず規定するという発想は、採用されていなかった⁽²⁰⁾。仮にカントが当時の一般的な法体系から影響を受けていたならば、『法論』においても家族法などを先に説明したはずである。したがって、『法論』の構成がローマ法の伝統や当時の実定法に依拠したものでないことは、明らかであろう。

同様に、法思想史の観点からみても、トマジウスとカントの体系は革新的であった。まず、フーゴー・グロチウス (Hugo GROTIUS, 1583-1645年) の『戦争と平和の法 *De jure belli ac pacis*』(1625年)やエメール・ド・ヴァッテル (Emer de VATTEL, 1714-1767年) の『万民法 *Le droit des gens*』(1758年)のように、国家活動を体系の初めから前提とするものは、カントの論述にそぐわない。また、プーフENDORFは『自然法と万民法』において、損害賠償法(第3巻第1章)や契約法総論(第3巻第4章以下)を、物権法(第4巻第3章以下)の前に置いている。同様に、ヴォルフも『科学的な方法で研究された自然法』において、物権法(第2部)の前に不法行為法を置いており(第1部第3章)、所有

を私法の根幹とみる発想を持っていなかった。本史料でトマジウスが提示しているところの、物権法のみならず契約法、相続法、民事訴訟手続、それどころか人の法ですら、私法の文脈では所有なしには成立しえない、というアイデアは、近世の主だった自然法論者には見られないものである。

つまり、近世ドイツの法制史、特に法典編纂史と、法思想史、特に自然法論との両領域において、トマジウスの学説は孤立していた。したがって、カントがトマジウスから影響を受けなかったと考えるためには、彼は本史料が講義テキストの主要参考文献にあがっていたにもかかわらず目を通しておらず、それでいながら用語と体系においてトマジウスの独自説と似通った結論に達していた、という仮定を受け入れなければならない。しかし、この仮定よりも、カントは自分が採用した教科書に掲載されていたトマジウスの論文に目を通し、それに触発された、と推測するほうが尤もらしい。

以上の論述から、本史料の歴史的な価値は明らかになったと思われる。すなわち、本史料の価値は、カントの『法論』を部分的に規定したことにある。この観点からみると、例えば本史料第14節は、カントが批判している「原始的共有 *communio primaeva*」であることが分かるであろう。詳細な比較については、別稿に譲ることとしたい。

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12月11日時点では存在していない。訳者は、中央大学図書館ライヒ最高裁判所図書館旧蔵17～18世紀学位論文コレクション91-10を底本としつつ、誤植と思しき箇所については、マックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所の蔵書等と比較照合し、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。貴重書の閲覧を許可してくださった中央大学図書館には、この場を借りて御礼申し上げる。

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、トマジウスおよびフランク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、訳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。

本邦訳における文字の装飾については、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、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。

最後に、トマジウスとフランクがラテン語およびドイツ語を解説しているときは、これを訳文に載せた。綴りの現代化も控えた。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

第1節 私法はあまねく、私のものと君のものに関わっているのであるが、私のものと君のものとの差異はすべて、所有 *dominium* に由来しているので、所有の觀念に確固たる基礎を与えるように、熱心に努力するべきである。なぜなら、私法の教えはすべて、所有に鑑みているか、またはその自然本性から導き出されるかの、いずれかだからで

ある。そして、たとえこの主張が、広義の所有、すなわち無体物 *res incorporalis* の所有についても真であるとしても、しかし、[本稿で] 述べられたことから明らかになるように、ここで私はもっぱら、狭義の所有、すなわち有体物 *res corporalis* の所有を念頭に置く。なぜなら、有体物の所有がなければ、無体物の所有はおおよそ観念しえないからである。

第2節 というのも実に、他の場所 [=「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]] で論じておいた物の区別はどれも、物の所有を取得したり維持したり移転したりすることに関していろいろと考察を加えるべきときにしか、有用さをもたらさない。これらの[取得、維持、移転という]効果全体について考察するときであれ、いずれかについてののみ考察するときであれ、そうである。またそれだけでなく、法学が関わるその他の権利もすべて、所有を前提にしており、しかも、所有を目的としているかまたは所有から生じているかの、いずれかである。

第3節 なるほど、物における権利 *jus in re* に関して言えば、仮に所有というものが存在しなかったならば、役権も質権も相続も存在しなかったであろうことに、疑いの余地はない。ところで、役権と質権とが、自然法の原理にもとづく所有の効果として成り立っているのに対して、遺言による承継取得は、決して所有の自然本性から導き出すことができず、むしろ任意の法 [=実定法] の規定のみから導き出される。主査であるトマジウス先生は、既に専門論文「遺言相続の起源について *De origine successionis testamentariae*」[1705年]において、このことを詳しく導き出している。後述第46節を参照。無遺言の被相続人からの承継取得も、市民法にもとづく所有の取得方法に数え入れられるべきである。

第4節 占有 *possessio* そのものは、たとえ物における権利 *jus in re* や物に対する権利 *jus ad rem* に本来的には属さないとしても、さらに、占有に関する章において述べられるべきことがらによれば、所有は占有から始まるので、むしろ所有のほうが占有に依存しているとみられるかもしれないとしても、しかし、占有が法学において考察されるときは、占有のほうが所有を前提としており、所有を目的としているのである。なぜなら、法的な占有はすべて、自己のために持つ心を伴うからである。

第5節 ところで、約束 *pactum* や契約 *contractus*⁽²¹⁾ というものはすべて、[1] 売買のように、所有を取得したり移転したりすることを目的としているか、あるいは、[2] 賃約のように、所有者が自分の物から生じる利益の特定の部分を相手方に移転することを目指しているか、あるいは、[3] 委任や寄託の多くの場合においてそうであるように、自分の物の所有を維持することを目指しているか、あるいは、[4] 私人間でおこなわれる恭順や服従の約束のように、所有が[制度として]導入されていないときでもまったく無用なわけではないが、しかしほとんど無用であるか、[5] あるいは最後に、[所有との関係を見捨てるときは] 市民生活においてほとんど効果をもたらさないかの、いずれかである。最後のたぐいの約束は、所有に服する物とは無関係な、純粹に人間的な約束である。例えば、他人に情報を伝える約束、他人の病気を診る約束、絵を描く約束などである。[これらの約束は、物とは直接的に関わり合いを持たないので]、それゆえに法律も、これらの約束およびそれに類する事案においては、原告のために、利害に対する訴権〔＝損害賠償を求める訴権〕を発明したのである。とはいえ、利害は、所有を前提とする。[したがって、あらゆる約束と契約は、所有を前提とする。]

第6節 ところで、物の量すなわち物の価格も、所有なしには觀念さ

れないはずである。反対に、所有が〔制度として〕置かれるとすぐに、所有に服している物同士の比較が、すなわち、物の価値と価格とが生まれ、さらにそれらの物同士の交換が生まれた。ここから商取引が生じたのであるけれども、この商取引の隆盛は、貨幣や金銭を生み出した。

第7節　ところで、私法に関する法的な手続は総じて、所有に奉仕しており、またそれが所有から生じる諸権利を判定する手続である限り、〔所有の〕取得または維持にも奉仕している。それゆえに、物から所有が取り除かれるならば、法的な手続もここ〔＝私法〕では存在する余地がなかったであろう。

第8節　それどころか、人の法も、それが私法と関わっている限りにおいては、物の所有のみを念頭においている。あるいは少なくとも一次的には、物の所有を念頭においている。というのも、家長の権限、主人の権限、夫の権限、自由、外国籍と対置されるところの市民権、年齢、位階、そのほか身分というものは何であれ、その身分に属する人々が、所有を取得、維持または譲渡する能力を独自に持っているか否かという観点がなければ、私法と関係しないからである。

第9節　というわけで、私たちは本題へと入るわけであるが、所有 dominium という言葉は、人に対する支配 imperium という特殊な意味で解されて、公法に割り当てられることがある（例えば、奴隷たちを支配する所有者 dominus の権限は、支配 imperium である。なぜなら、この権限はそれ自体では、第8節にもとづいて、公法に属するからである。それが専制的な支配であるのか、それとも協調的な支配であるのかは、関係がない）。他方で、所有という言葉は、この支配と対置されるところの、物の法と解されることもあり、そして後者こそが、この論文のテーマである。というのも、支配は人間に向けられた権利でしかないけれども、所有は、所

有に服する限りでの人と物とに向けられた権利だからである。それゆえに、海の所有に関する論争⁽²²⁾において、ある人々は、所有の代わりに**海の支配**という用語をもちいているわけであるが、これはおよそ適切ではない。[なぜなら、海の所有は、人に向けられた権利ではないからである。]

第10節 所有 dominium は、物の共有 communio [=後掲第11節の消極的な共有] とは正反対のものであり、専有 proprietas も、この共有とは正反対のものである。したがって、所有と専有とは、ひとつのものである。そしてそれゆえに、**所有とは、物を専有する権利である**。そして、役権や質権や債務それ自体のような無体物も、広い意味では専有されたり⁽²³⁾ 所有に服したりするわけであるけれども、しかしこれまで述べられてきたことによれば、無体的な権利は、有体物の所有を前提としているので、ここから、**狭義の所有すなわち有体物の所有が、広義の所有よりも上位の種であることが分かる**。ところで、専有されていない物は、共有されている。

第11節 共有 communio には、**消極的な意味の共有**がある。消極的な意味の共有とは、専有と現実の所有とをすべて排除したときをいう。すなわちそこでは、あらゆる人々が、彼らの任意に物を使用する平等な権利を持っているだけでなく、その物の所有を取得する平等な権利をも持っていると観念される。また、共有には、**積極的な意味の共有**がある。積極的な意味の共有とは、ある視点からみれば専有を前提にしているけれども、別の視点からみれば共有を前提にしているときをいう。例えば、2人以上の人々が一体となって、物を専有しているときが、そうである。というのも、彼ら以外の人々の視点からみれば、物は彼ら [=共有者たち] の所有に服している。すなわち、物は専有されている。その結果、彼らは、彼ら以外の人々をその物の使用から排除することができる。他方で、この2人以上の人々が相互に参照されると

きは、この物はだれにも専有されておらず、またそれゆえに、各人がこの物を任意に使用することができるわけでもない。むしろ、物の自然本性が要求するところに応じて、また、他の人が自分の権利を行使しているときにこれを邪魔しないようにするために、しばしば、共有物の使用においては、[許可を求める人の立場よりも] 禁止を求める人の立場のほうが優位である。

第12節 さらにまた、共有のこの区別にあたって、消極的な意味の共有は、より下位の種となる。なぜなら、消極的な意味の共有の対象は、無主物であるけれども、積極的な意味の共有の対象は、本来の意味における狭義の共有物だからである。それゆえに、主査であるトマジウス先生が既に他の場所で、すなわち『万民法と自然法の基礎 *Fundamenta juris naturae et gentium*』[1705年] 第2巻第10章第8節およびそこに付された註において忠告したように、消極的な意味の共有という用語は、省いても問題がない。なぜなら、ことがらそれ自体からして、消極的な意味の共有の本質は、あらゆる所有の否定から成り立っているからである。

第13節 したがって、積極的な意味の共有は、専有と共有とが入り交じったものであるから、所有もまた、共同所有 *dominium commune* と単独所有 *dominium proprium* とに区別されるのが慣わしである。前者は、例えば2、3の人々が同じ家屋を買うか、あるいはその家屋が彼らに遺贈されるときである。後者は狭義の所有であり、物がたったひとりの人間に専有されている場合をいう。ここでもういちど、共同所有は所有の下位の種である、ということが明らかになる。

第14節 さて、人類の起源についてどのような仮説を置こうとも、すなわち、たったひとりの人間 [= アダム] から全人類が派生したと考えるキリスト教徒またはユダヤ教徒の仮説を置くのであれ、最初の人

間たちは大地のいずこから生まれたと教える異教徒たちの仮説を置くのであれ、次のことは明らかである。消極的な意味における物の共有は、物の所有よりも古くから存在していた。すなわち、すべての有体物は当初、それがだれかに合法的に専有されるまでは、無主物 *res nullius* であった。なぜなら、[消極的な意味の共有においては] 平等な人々が平等な権利を有しており、また、[消極的な意味の共有においても可能な人的支配である] 家長の権限や夫の権限というものは、その自然本性からすれば、子供たちの財産や妻の財産を取得する権利をもたらさないからである。

第15節 ところで、プロテスタントのあいだでも、およそプーフENDORFの時代まで通説化していた誤りにもとづいて、神は、最初の両親〔＝アダムとイヴ〕に告げられた祝福において、被造物に対する人間たちの所有を、特別な処置として、しかも法のかたちで導入したのだと教えられていたけれども、これは聖職者たちの極めて愚昧な作り話に属するものであると、今や心ある人々によって気づかれている。このことは、主査であるトマジウス先生が、他の場所で、すなわち『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』[1688年] 第2巻第10章および『自然法と万民法の基礎』同巻同章で証明した通りである。

第16節 さて、専有という言葉も所有という言葉も、やや曖昧であり、そしてそれゆえに、第10節における主張、すなわち、所有とは物を専有する権利であるという主張は、所有の定義としては十分ではないので、専有という観念が他にどのようなことがらを含んでいるのかを、今から見てみるべきであろう。ローマ法の教えから離れて、また、市民法の規定や合意された約束から生じるさまざまな制限からも離れて、もし君が所有というものを考察するならば、(有体物であれ無体物であれ) 専有とは(所有者の視点からみれば) 任意に物を使用する権限であり、

(それ以外の人々の視点からみれば) 他者一般をこの使用から排除する権限である。

第17節 ここから今や、次のことが明白になる。所有の対象となりうる物については、すぐうえで述べられた権限がそれらの物に関して現実化されうること、すなわち、それらの物が使用不能ではないこと、そして無尽蔵に使えるものでもないことが要求され、またこれに加えて、それらの物の所持、占有、保管が、いくつかの仕方に限って可能であることも要求される。不可能なことがらについては義務が存在しないように、不可能なことがらについては権利も存在しえないはずである。

第18節 ところで、これらのことから、あらゆる所有は占有から始まることのみならず、以下のこともまた帰結する。すなわち、もし君が共有の原始的な起源に着目するならば、(積極的な意味の) 共有の権利は占有に由来しており、またそれゆえに、所有の権利も共有の権利も、決して占有されることがない物や占有すべきでない物には、拡張されることができない。また、その自然本性からして保管が不可能であり、他の人々による使用を防ぐことができない物にも、これらの権利は拡張されることができない。というのも、私たちの能力を上回る物について所有を試みることは、愚かで不合理であるのみならず、決して使用することができない物に共有の何らかの権利を及ぼそうとすることもまた、同じくらい愚かだからである。

第19節 ここから、海の所有に関する論争、地球全体の所有に関する論争(あるいはまた普遍君主政 monarchia universalis に関する論争)、月の窪みの売買に関する論争、さらにはミシシッピ川流域の大地の売買に関する論争、また極めて頻繁におこなわれているところの空気の取引全般に関する論争について、どのように決定すべきであるのかが、容易に判断されうるであろう。しかし、この件について私の判断をより詳

しく述べることは、分別の規則にもとづいて、差し控えることにしたい。その理由はとりわけ、これらの問題が、私法ではなくむしろ公法に属していると考えられるからである。

第20節 ところで、述べられたことから同時に、無主物 *res nullius* は共有物 *res communis* や専有物 *res propria* とどのように異なるのかも、明らかになる。無主物とは、専有物や共有物になることはできるけれども〔現時点では〕共有物や専有物になっていない物、あるいは、いかなる所有にも服さないのので共有物にも専有物にもなっていない物である。共有物とは、その物について、複数の人々が一体となって、他の人々を排除しながらこれを使用する権利を有しているときをいう。専有物とは、この種の権利が、たったひとりにだけ帰属している場合である。さて、例を挙げて説明しよう。次のように考えなさい。未だかつて先占されていない島、つまり無人島（すなわち無主物）がある。その島へ、そこに留まるつもりの人々が上陸する（そしてこれによって、彼らはこの島を共有物とする）。そしてそのあとで、各人が特定の部分を先占する（そして彼らはこれらの部分を専有物とする）。

第21節 したがって、地球全体は、人類の起源に関して、信仰のある人々の仮説に従うのであれ信仰のない人々の仮説に従うのであれ、当初は共有物でも専有物でもなく、無主物であった。ところで、先占は、共有を生じさせるものであれ〔単独〕所有を生じさせるものであれ、原始的な取得方法である。共有を生じさせる先占とは、複数の人々が、保管、分離、分割または個別的な使用を定めるためのその他の表示なしに、ある物を先占するときをいう。他方で、〔単独〕所有を生じさせる先占とは、先占が保管および個別的な処置を伴って、または分割を伴って、（そしてひとりの人によって）おこなわれるときをいう。

第23節 ところで、共有物は、共有状態にある他の人々の合意がない

限り、だれかひとりによっておこなわれた保管や分離のみでは、各人の専有物へと転じることができない。さらに、これに加えて、他の人々の承認と分割とが必要である。ところでもしこの人が、他の共有仲間たちから聞き入れてもらえないならば、裁判官の判断によって分割がおこなわれる。

第24節 それゆえに、次のことは確かである。所有者一般について見れば（すなわち共同所有も含まれるときは）、**原始的な取得方法**には2つある。すなわち、自分自身のために持つ心を伴った**先占**と、**分割**である。**先占**は、共同所有においても単独所有においても適用されうる原始的な取得方法である。これに対して、**分割**は、常に共同所有を前提にしているので、単独所有にのみ特有の原始的な取得方法である。ところで、次のように主張する人がいるかもしれない。**分割**は、先占によって取得された共同所有をその時点で前提にしているので、まさにそれゆえに、原始的な取得方法ではなく**承継的な取得方法**である、と。私たちは、内容について合意している限り、その人と用語について争わないことにしよう。というのも、いずれにせよ、単独所有という観点からみれば、分割は原始的な取得方法なのであるから。[すなわち、元共有者たちの単独所有は、分割までは存在しなかったのだから。]

第25節 さらに、たとえ第16節における専有の定義によれば、物を任意に使用する権限が、他の人々も一緒にこの物を任意に使用することがないように、彼らを排除する権限を生み出すと考えられており、その理由は、さもないと、任意に自分の物を使用する権利であるところの**所有**が、将来的に無意味または無効になってしまうからであるとしても、しかし、私は、これら2つの権限のうちのどちらが優先的なものとして観念されるべきであるのか、どちらから残りの一方が効果として発生するのか、これらのことを細かく論じるつもりはない。なぜなら、この問いは、有用さよりもむしろ瑣末さと結びついているから

である。というのも、一方では、仮に他の人々が平等な権利を有しているならば、私が物を絶対的に任意に使用することは不可能であり、そしてそれゆえに、物を任意に使用する権利が与えられたときは、他の人々を排除する権利もまた与えられることになる。他方では逆に、上位者を持たない人々のあいだでは、物の任意の使用から他の人々を排除する権限が、物を任意に使用する権限を含んでおり、これを生み出すものと考えられる。

第26節 とはいえ、もしかすると、先占による取得においては、先占者たちは、物を任意に使用する権限をもっぱら念頭においており、他方で、分割による取得においては、分割者たちは、他の人々をその物の使用から排除することを「もっぱら」念頭においているのかもしれない。しかしさしあたっては、この考察もまた、有用さよりは瑣末さにつながるものである。

第27節 より判明に考察されるべきであるのは、次のことである。物を任意に使用して他の人々をその物から排除するというこの一般的観念には、なにが含まれているのか、そして、あの権限のうちのどちらか一方が、あるいはその両方が、どのようなことを含意しているのか。[その答えはなにかというと] もちろん、この両方の権限は、以下の権能を包括している。すなわち、産出力のある物からさまざまな果実を収穫する権能、あるいは少なくとも（すなわち産出力のない物については）何らかの利便性や快適性をその物から可能な限り享受する権能、また、いかなる他の所持人からもこの物を取り戻す権能、または、その物に損害を与えた人に評価額を請求する権能、その物を消費する権能、増減滅失させる権能、譲渡する権能すなわちその使用全体を他人に永久に移転する権能、さらには、譲渡することなしにその物の利益全体を一定期間他人に移転する権能、あるいは、何らかの使用の一部を、いかなる期間であれ、永久にすら移転する権能である。同様に、他人の

利益のために、専有物の使用を自発的に控える権能、そして、所有のその他の効果を停止したり制限したりする権能をも包括している。

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（出雲）

第28節 私は次のように述べた。物を使用する権限全体が永久に他人へ移転されたとき、その物は譲渡されたと評価される、と。なぜなら、[第18節で述べたように]、使用できない物は、その自然本性からして、所有に服しえないからである。ここから、次のことが分かる。物の使用全体が一時的に他人へ移転されたときは、なるほど、所有の何らかの部分¹は移転者に留まるかもしれないけれども、しかし、長期か短期か、確定期間か不確定期間か、無条件か条件付きか、あるいは、使用と一緒に所有のその他の部分²も移転されたか否かに応じて、あるときは[所有者に残る部分のほう³が]優位であり、あるときは劣位である。それどころか、もし私たちがより正確に述べようとするならば、使用全体を移転した人のところに残っている所有は、物における所有 *dominium in re* というよりは、むしろ期待における所有 *dominium in spe* であると考えられる⁽²⁴⁾。とりわけ、先の所有者が留保しているものが、利便よりもむしろ負担から成り立っているときは、そうである。

第29節 ここから、次のことが容易に分かる。もし私が他人に、使用する権限全体を永久にあるいは長期間移転して、その結果、私には第三者から物を取り戻す権限しか残されておらず、さらにその取戻しすらも、私が使用を移転した人の利益のためでしかないならば、このような所有は、極めて非本来的な意味での所有である。というのも、この種の権限は、利便でも利益でもなく、むしろ負担だからである。

第30節 さらに、次のことも明白である。果実や快適性を物から得る権限は、所有の一次的かつ最も優れた効果であるのに対して、物を取り戻す権限は、二次的でより劣った効果でしかない。それゆえに、ローマ法の教えから離れるならば、また、ローマ法の解釈者たちの通

九五（五四九）

説からも離れるならば、物の取戻し単体が所有の基準になったりその一次的な効果になったりすることはない。

第31節 ある人が、所有の前述の効果を実現させたり、所有の自然本性から自ずと生じる結果を実現させたりすることができており、その人の実現が他人の指示や指図に依存していないならば、その人は、**絶対的かつ独立した所有** *dominium absolutum et independens* をしているといわれる。他方で、これらの効果や結果を、一部であれ全部であれ、他人の指図や指示に応じて実現する人、あるいは、他人の指図や指示がなければそもそも実現することができない人は、**束縛された所有** *dominium strictum* ないし **依存した所有** *dominium dependens* をしているといわれる。ある人が、自己の同意によって所有の実現に制限をかけるならば、その人の所有は**制限された所有** *dominium limitatum* と呼ばれる。

第32節 ある人が、所有の効果または〔その所有から生じる〕利益の効果を他人と分かち合わないならば、その人の所有は**十全な所有** *dominium plenum* といわれる。反対に、所有の効果が〔複数人によって〕分けられた場合、その所有は**十全でない所有** *dominium minus plenum* といわれる。

第33節 ところで、ことがらそのものから明らかなように、これらの区別は、同音異義的ではなく〔＝無関係な対象に同じ名前がつけられているのではなく〕、類比的である〔＝ある対象を範として他の対象に似た名前がつけられている〕から、上述第16節で私が〔細かい区別をせずに〕、範となる最も優位の類を定義したとしても、すなわち、絶対的かつ独立した十全な所有を定義したとしても、このことは、私にとって落ち度とはならない。

第34節 十全でない所有についてみると、物を使用収益する権限を持つ人が、その物を増加させたり改良したりする権限も一緒に持っているときは、その人の所有は準所有 *dominium utile* といわれる。この準所有に対置されるものとして、本所有 *dominium directum* がある。本所有とは、ある人が、自分の物の使用を認める対価として、他人から何らかの利益を有効に〔＝法的に強制力のあるかたちで〕請求する権限を留保しつつ、その準所有をこの他人に認めるときをいう。結果として、その人は、利益が給付されなかったときは、物を他人から罰として取りあげることができる。例えば、地上権の目的物 *superficies* に対する所有、永代借地権の目的物 *emphyteusis* に対する所有、封土 *feudum* に対する所有である。

第35節 それゆえに、もし地上権の目的物の所有者が、地代を受け取らないならば〔＝地代の請求権がそもそもないならば〕、あるいは、地代が支払われていないにもかかわらずこの物を取りあげることができないならば、あるいは、永代借地権の目的物の所有者が、地租が支払われていないにもかかわらずこの物を取りあげることができないならば、そのとき彼らの所有は、本所有という名前には値せず、むしろ第28節で述べられた通り、期待における所有という名前にのみ値する。したがって、ゲルマンにおける農夫たちの小作地も、本来は〔ローマ法が言うような〕永代借地ではなく、そしてそれゆえに、小作地と永代借地とを同義であると解する人々は、誤っている。

第36節 さらに、物から果実全般を収穫する権限だけを享受している人は、長期であろうが〔短期であろうが〕、〔有償であろうが〕無償であろうが、割合的な量の返還〔＝収穫物からの対価の支払い〕がおこなわれていようが、物を任意に作り変える権限（すなわち改良する権限）を有していないので、準所有すらしておらず、ローマ法上の用益権者や賃借人のように、いかなるときも決して物における権利 *jus in re* を

持っていない。ここからさらに、ゲルマン法上の用益権とローマ法上の用益権とのあいだには、大きな違いがあることが分かる。しかし、この違いに関するこれ以上の説明は、それに相応しい箇所まで保留されるべきである。

第37節 ある人が、使用収益する権限と一緒に、作り変える権能を、ただし改良する権能のみを相手方へ移転して、自分には、この相手方の死亡後にあるいは一定期間経過後に物を返還してもらう権限のみを留保したとする。ところが、この人は、相手方が物を消費しようとしたときに、これを取りあげる直接的な権能を持っていなかったとする。この人には、[第35節の人々と] 同じ理があてはまる。というのも、この人は、そのあいだ、本所有でも準所有でもなく、期待における所有しかしていない。ところが、期待における所有は、本来的な意味での所有ではない。

第38節 ここから、以下のことが帰結する。嫁資に対する妻の権利は、婚姻が継続しているあいだは所有ではない。むしろ、婚姻が継続している限り、夫のみが嫁資の所有者である。トリボニアヌスは『勅法彙纂 *Codex*』第5巻第12章第30法文において、妻の権利を自然な所有と呼んでいるけれども、これは無益で関係のない瑣末さに由来しているので、反論にならない。主査であるトマジウス先生の『学説彙纂ノート *Notae ad Pandectas*』[1713年]第23巻第3章に対するノート236頁の冒頭を見よ。ところで、嫁資たる土地に対する夫の所有を準所有と呼びうるか否かは、あまり重要ではない。もし君が、この準所有という名づけ方によって、夫の所有は十全ではないけれども、さしあたりローマ法上の用益権者よりは優れていて内容が豊かであるということを意味させたいならば、そのときこの主張は寛恕されうる。主査であるトマジウス先生の前掲書を参照。しかしこれとは反対に、もし君が、本所有と対をなすもののみを準所有と呼ぶならば、そのとき、夫の所

有は本来的な意味での準所有ではない。なぜなら、妻は、婚姻が続いている限り、本所有を享受していないからである。

第39節 自分の物の使用を（用益権 *ususfructus* におけるように）全部あるいは（使用权 *usus* におけるように）一部だけ他の人に移転したけれども、しかし、使用者自身はその物を他の占有者から取り戻すことができず、移転者〔のみ〕が取り戻しうるならば、この移転者の物は、他の人に役している *personae servire* [=人役権 *servitus personalis*] といわれる。ところで、もしこのような利益が土地に付与されて、そしてその土地の特定の占有者には着目せず、直接的に相手方の土地の便益を目的としているならば、物役権 *servitus realis* ないし地役権 *servitus praedialis* と呼ばれる。

第40節 人による使用 *usus personae* [=人役権にもとづく使用] と呼ばれるのは、使用者が占有中の土地の価値が上がらず、むしろしばしば減少するような使用である。反対に、[地役権における] 土地の便益とは、[特に種類の限られない] 利益全般であり⁽²⁵⁾、要役地の価値を上昇させることを常とする何らかの快適性や居住性をも含む⁽²⁶⁾。

第41節 上述第4節で私は、法的な占有は自己のために持つ心と結びついており、そして所有はこの種の占有から始まると述べた。したがって、もし所有者が自分の物を譲渡しようとするならば、この物の占有を十分な表示によって相手方に移転することが必要となるであろう。これは、相手方が自己のために持つ心を伴って、この物を占有するためである。したがって、所有の移転のためには、たとえその移転が（賃約や使用貸借などにおいて常にそうであるように）物から生じる利益を得る権限と結びついているとしても、物理的な占有 *possessio physica* の移転では不十分であり、それに加えて、所有を放棄する心もまた要求される。逆もまた然りであり、所有を移転する心、意図およ

び約束だけでは、所有を現実⁽²⁷⁾に移転するためには不十分であり、それに加えて、売買においてそうであるように、占有の移転も求められる。

第42節 というのも、あとで所有を移転するという表示が相手方から承諾されることによって、この相手方が物に対する権利 *jus ad rem* を手に入れて、この権利の力によって、所有を現実に移転するように、約束した人を強制することができるとしても、しかし、所有そのものの移転は、承継的な取得方法においても、原始的な取得方法におけるのと同様に、占有に始まるからである。

第43節 ここから、次のことが明らかになる。引渡し *traditio* は、たとえローマ法から離れても、極めて自然な「承継取得の」方法である。ところで、幾通りの方法によって引渡しを、すなわち占有の移転が法的に起こりうるのかは、それに相応しい箇所ですく詳しく説明すべきであろう。

第44節 さらに、自分が持っていない所有を他人に移転しえないことが、確かな法になっているように、自分の所有がまさに消滅せんとする出来事に際して、それを他人に移転することはできない。このことも、同様に確かな法である。

第45節 このようにして例えば、一時的な所有者は⁽²⁸⁾、期間の経過時には、物を譲渡することができない。このことに疑いの余地はない。

第46節 したがって、理の同一性からして、また、所有の自然本性からして、あらゆる譲渡は、生きている人々のあいだでおこなわれなければならない。なぜなら、死はすべての権利を奪って消滅させるからである。したがってまた、市民法および慣習から離れて自然法のみに従うならば、遺言による「所有の」移転は無効である。これは、然る

べき箇所で示される通りである。さしあたり、主査であるトマジウス先生の「遺言相続の起源について」および上述第3節で述べられたことを見よ。

第47節 最後に、所有者でなければだれも物の取戻しをすることはない一方で、相手方が自己のために持つ心を伴って物を占有していないならば、所有者であっても取戻しを必要としない⁽²⁹⁾。

第48節 したがって、所有物取戻し訴訟 rei vindicatio は、占有者を相手方として⁽³⁰⁾、この占有者が所有していないにもかかわらず所持している物を返還させるために、所有者に認められるものである。

第49節 したがって、この訴権においては、2つのこと、すなわち、原告の所有と被告の占有とが証明されなければならない。ただし、被告がいずれかを否認するときに限る。そして、このことは、ゲルマン人たちにおいても、実務として受け入れられている通りである。

第50節 ローマ法には、別の理があてはまる。そこでは、所有物取戻し訴訟において、原告の所有のみが証明されるべきであり、被告の占有は証明される必要がまったくなかった^{a)}。なぜなら、法務官は、自分が占有していることを被告が認めるまで⁽³¹⁾、所有者に所有物取戻し訴訟を与えなかったからである。

a) なぜなら、たとえ法文の中で、所有物取戻し訴訟は占有者を相手方として認められると言われているとしても、この所有物取戻し訴訟において被告の占有が証明されるべきであるとは、決して言われていないからである。『学説彙纂 *Digesta*』第6巻第1章第7法文、第9法文、第25法文、第27法文、第36法文首項、第80法文。第10巻第4章全体も付け加えておこう。とりわけ、第10巻第4章第1法文、第3法文

第1項および第3項以下。第11巻第1章第4法文、第9法文第1項、第11法文第4項、第20法文第1項も参照。

第51節 ところで、被告は自身の占有を否認しているけれども、所有者は反対にこれを主張しているならば、[ローマ法においては] 法務官が提示訴権 *actio ad exhibendum* を与えた。この訴権は、それゆえに、所有物取戻し訴訟の準備訴権といわれる^{b)}。

b) 『学説彙纂』第10巻第4章第1法文および同巻同章第3法文第3項。ウルリク・フーバー⁽³²⁾『市民法予講 *Praelectiones juris civilis*』[3巻本、1678年]の『学説彙纂』第10巻第4章に対する註釈6(310頁)⁽³³⁾。

第52節 ところで、この提示訴権において、被告が占有していることを原告が証明したならば、所有物取戻し訴訟はもはや必要がなくなった。なぜなら、法務官は、そのことだけで^{c)}、物を被告から取りあげたからである。これは、被告が嘘をついたからではなく、審理のために被告に占有の有無を質問 *interrogare* した法務官の威厳を、彼の嘘によって傷つけたからである^{d)}。

c) 『学説彙纂』第6巻第1章第80法文。

d) 『学説彙纂』第11巻第1章第11法文第4項を第2巻第1章第9法文と関連づけよ。

第53節 したがって、ゲルマン法は、法務官の[法廷における]質問 *interrogatio* を決して継受しておらず、また日々の実務は、この質問が所有物取戻し訴訟において用いられていないことを教えているので、次のことが明らかになる。ローマ人たちのもとで所有物取戻し訴訟の準備訴権であったところの提示訴権が、ゲルマンにおいて使われてい

ると主張している人々^{e)}、あるいは、所有物取戻し訴訟において、被告が占有していることを原告が証明するならば、たとえ自己の所有を証明していなくても、それだけで被告は有責判決をくだされるべきであると主張している人々は^{f)}、ゲルマン法の諸原理に反している。それどころか、後者の主張は、ローマ法とすら一致していない^{g)}。

e) 主査であるトマジウス先生の『学説彙纂ノート』第10巻第4章に対するノート137頁を見よ。また、既にシルター⁽³⁴⁾が『学説彙纂演習 *Exercitationes ad Pandectas*』第20演習第21章⁽³⁵⁾で、またバイヤー⁽³⁶⁾が[1699年の『その基礎に立ち返り、かつ時代の慣用に合わせられた市民法の、学説彙纂にもとづく簡潔な諸命題によってまとめられた概論 *Delineatio iuris civilis ad fundamenta sua revocati et ad seculi usum accommodati positionibus succinctis inclusa secundum Pandectas*』に所収の]『学説彙纂』第10巻第4章に対する註釈で、はっきりと、この見解はゲルマン法学の諸原理とまったく一致していないことを示した。

f) 彼らは、とりわけ以下のことを強弁している。公正明大かつ健全に定められている法〔＝虚偽の回答をした被告に対する制裁〕を使わせまいとした最初の人、だれかは分からないけれども嘘つきの庇護者であり、そしてこれらの健全な規定は、むしろ[ゲルマンの]法廷へふたたび戻されるべきである、と。主査であるトマジウス先生の『学説彙纂ノート』第6巻第1章に対するノート108頁を参照。

g) なぜなら、ローマ法によれば、所有物取戻し訴訟が提起された場合、常に所有が証明されるべきだったからである。

第54節 さてしかし、国家の利益にもとづいて、裁判において犯された被告の嘘をすべて、訴えられているところの物の剥奪によってまたは抗弁の喪失によって罰するか否かは^{h)}、立法の分別または助言の分

別に属しており、ここで問題になっている司法の分別には属していない。この司法の分別が解明するのは、立法および慣習によってなにが受け入れられ、そして定められているのかであって、どうあるべきかではない。

h) 故ストウリユク⁽³⁷⁾が座長であった1703年の討論書「嘘に対する罰によって訴訟手続を短縮することについて *De processibus abbreviandis per poenam mendacii*」がある。この討論書では、いたるところで、とりわけ第44節から第46節において、立法の分別が司法の分別と混同されている。

第55節 したがって、立法の分別のルールに関しては、たとえ先の主張〔＝被告の嘘を物の剥奪によって罰するべきであるとする主張〕についてさまざまなことが忠告されうるとしてもⁱ⁾、しかしそれはこの教科書とは無関係であり、それゆえに、その主張はゲルマン人たちの慣習によれば受け入れられていないということだけで足りる。このことは、それに相応しい箇所、争点決定および証明に関する教えにもとづいて、より詳細に明らかになるであろう。

i) 前掲論文には、当事者たちを嘘へと煽り立てるアドヴォカートの追放に関して、多くの真なることがらが含まれている。しかし、この悪行を分別あるかたちで懲らしめるべきであるのか否か、また、裁判におけるあらゆる虚言を罰することで、この悪行を有意義に懲らしめることができるのか否か、さらに、罰を伴う禁止は紛争を短縮させるのであろうか否か、これらの問いは、それぞれ異なっている。これらの問いに関しては、分別に従って忠告しておくべきことがらが、まだたくさんある。

第56節 所有の自然本性については、以上で十分である。所有を取得

する個々の方法を専門的に論じることは、占有および占有から生じる権利について若干詳しく説明したあとのほうが、相応しい。この点は、他の人々の思慮に委ねることにしよう。

終わり

- (1) トマジウスについては、Gerd Kleinheyer und Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 2017, SS. 453-460を参照。
- (2) Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 1., Berlin : Erich Schmidt Verlag, 1971, col. 184. (zu *Anwalt*, col. 182-191, G. Buchda)
- (3) クリスティアン・トマジウス (著)、ヨーハン・コンラット・ネーゼン (著)、出雲孝 (訳)「ゲルマン私法からみた物の差異について」日本法学86巻2・3合併号226-222頁 (日本大学法学部、2020年) の解題を参照。
- (4) Gottfried Achenwall, *Natural Law: A Translation of the Textbook for Kant's Lectures on Legal and Political Philosophy*, edited by Pauline Kleingeld, translated by Corinna Vermeulen with an Introduction by Paul Guyer, London : Bloomsbury, 2020, p. xiii.
- (5) Gottfried Achenwall, *Jus naturae*, 5 ed., Göttingen : Bossiegel, 1763, lib. 1. sec. 2. tit. 3., p. 117および Achenwall, a. a. O. (Anm. 4), p. 49を参照。なお、アッヘンヴァルの手元にあった本史料は、トマジウスの死後に出版されたものであるらしく、出版年が1730年となっている。カントがどの版を読んだのかは不明であるけれども、トマジウスとフランクが本史料を大幅に改訂した事実は確認されていない。
- (6) 本解題では、『法論』を参照する場合、Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, (Werkausgabe Band VIII), 17 Aufl., Wiesbaden : Suhrkamp, 2014に所収のB版の頁数を記載する。
- (7) 拙訳 (前掲註3) 217頁の第10節において言及されている私法の配列も参照。
- (8) Achenwall, a. a. O (Anm. 5), lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 142., p. 122. 「したがって、物の所有は、先占を通じて導入されたのであり、先占に起源を有している。そしてこのため、私たちの所有に服する物が、特殊な意味で『物 res』と呼ばれる。なぜなら、私のものと君のものに関して語られるのは、またそれゆえに物の側からみれば、私の物と君の物に関して語られるのは、とりわけ法においてだからである」 (Per occupationem itaque introducta sunt et originem ceperunt rerum dominia, et hinc RES

speciatim vocantur, quae dominii nostri capaces sunt: quippe de meo et tuo, atque hinc etiam respectu rerum, de iis, quae meae vel tuae sunt, potissimum in Iure sermo est.)。

- (9) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 136., p. 117.
- (10) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 136., p. 117.
- (11) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 137., p. 118.; §. 138., p. 119.
- (12) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 137., p. 119.; §. 139., pp. 119-120.; §. 140., p. 121.; §. 141., p. 121.; §. 142., p. 122.
- (13) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 137., p. 119.
- (14) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 142., p. 122.
- (15) Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Lund : Adam Junghans, 1672, lib. 4. cap. 4. §. 1., pp. 452-453を参照。
- (16) Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Halle : Officina Libraria Rengeriana, 1742, par. 2., cap. 2. §. 132., p. 128. 「固有な / 専有された物と呼ばれるのは、私たちが固有権 / 専有権を有しているところの物である」 (Res propriae dicuntur, in quibus jus proprietatis habemus.)。
- (17) Gottfried Achenwall, *Jus naturae*, 3 ed., Göttingen : Bossiegel, 1755, lib. 1. sec. 2. tit. 3., §. 178., pp. 98-99を参照。そこでは、前掲註8で引用した文章の後半部分「なぜなら、私のものと君のものに関して語られるのは、またそれゆえに物の側からみれば、私の物と君の物に関して語られるのは、とりわけ法においてだからである」 (quippe de meo et tuo, atque hinc etiam respectu rerum, de iis, quae meae vel tuae sunt, potissimum in Iure sermo est) が書かれていない。
- (18) Gottfried Achenwall, *Jus naturae*, 4 ed., Göttingen : Bossiegel, 1758, lib. 1. sec. 2. tit. 3., p. 113 et §. 142., p. 119を参照。
- (19) Takashi Izumo, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2016, S. 25.
- (20) トマジウス自身も、1713年から1714年にかけて、フリードリヒ・ヴィルヘルム1世から法典編纂を命じられていた。彼の体系が受け入れられなかったことは、後代の法学者たちの明確な態度表明と言えるであろう。この法典編纂については、Izumo, a. a. O. (Anm. 19), S. 22を参照。
- (21) 原文では *cuntractus* となっているが、*contractus* と校正した。
- (22) 原文では *conroversia* となっているが、*controversia* と校正した。
- (23) 原文では *ssnt* となっているが、*sunt* と校正した。
- (24) 「期待における所有 *dominium in spe*」という用語は、ローマ普通法学にもみられる。例として、親の財産に対する子の権利、すなわち推定相続人の期待権が挙げられる。Joannes Jacobus van Nispen, *Specimen*

academicum inaugurale sistens modos acquirendi dominium ex jure gentium, Leiden : Andrea Costerus, 1781, p. 9 を参照。

- (25) この大雑把な定義は、ローマ法との比較において意味を持つ。ローマ法においては、便益の種類に応じて「都市地役権 *servitus urbana*」と「農村地役権 *servitus rustica*」とが区別された。トマジウスは、この区別をゲルマン法において否定している。Izumo, a. a. O. (Anm. 19), S. 129を参照。つまり、便益について区別をしないことが、そのままローマ法に対する批判となっているのである。
- (26) 役権が土地に設定された場合、それが人役権のときは土地の価値が下がり、地役権のときは土地の価値が上がる。このことは、次の例から明らかである。Aは、隣人Bに、A所有の土地甲において個人的に使用収益する権利を付与した。このとき、人役権の一種である「用益権 *ususfructus*」が設定されたものと仮定する。Aが甲を第三者Cに売却する場合、CはBを追い出すことができないので（人役権の物権的効力）、甲の価格を低く見積もるであろう。これに対して、Aが甲（要役地）に水を引くために、隣人Bの土地乙を承役地とする地役権としての「引水権 *aquaeductus*」を設定してもらったと仮定する。Aが甲を第三者Cに売却する場合、CもBの土地から引水できるので（地役権の物権的効力）、甲の価格を高く見積もるであろう。
- (27) 原文では *adactualem* となっているが、*ad actualem* と校正した。
- (28) トマジウスはここで「一時的な所有者 *dominus temporarius*」を定義していないけれども、当時は例えば妻の嫁資に対する夫の立場が、そのように呼ばれていたようである。Nicolaus Hieronymus Gundling, *Ausführliche und gründliche Discourse uber die sämtlichen Pandecten*, Bd. 2., Frankfurt am Main und Leipzig : Spring, 1739, S. 1510を参照（*uber* は原書名ママ）。
- (29) 所有者が非 - 自主占有者から物を返してもらう場合であっても、暴力などの自力救済に出てはならない。このことは当然である。もっとも、トマジウスとフランクは、自発的に返還しない時点で「自己のために持つ心 *animus sibi habendi*」を認定しているのかもしれない。
- (30) 原文では *advnrsus* となっているが、*adversus* と校正した。
- (31) 原文では *nonante* となっているが、*non ante* と校正した。
- (32) ウルリク・フーバー (Ulrik HUBER, 1636-1694年) は、フリースラントの法学者である。フラネッカー大学 (*Academia Franekerensis*, 1585-1811年) 教授。
- (33) 筆者が確認した Ulrik Huber, *Praelectiones juris civilis*, vol. 2., Leuven : Joann Franciscus van Overbeke, 1766では、註釈5 (347頁) に *quod cognitu ad actionem est necessarium, actione exhibendi sit praeparatum* という一文がみられる。

- (34) ヨハン・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。
- (35) 訳者が参照した Johann Schilter, *Praxis juris Romani in foro
Germanico : Ad secundam, tertiam, quartam et quintam partem
Pandectarum*, vol. 2., Frankfurt am Main : Franciscus Varrentrapp, 1733
では、第91章 (134頁) が該当した。
- (36) 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。
- (37) ザミュエル・ストゥリユク (Samuel STRYK, 1640-1710年) は、ドイ
ツの法学者である。フランクフルト・アン・デア・オーダー大学、ヴィッ
テンベルク大学、ハレ大学で教鞭をとり、「パンデクテンの現代的慣用
Usus modernus Pandectarum」の大家として知られた。

〈謝辞〉

本研究は JSPS 科研費 JP20K13307の助成を受けたものである。