

《論 説》

対物権概念と所有権の移転

—ユルリク・ヒューベルにおける
人文主義・自然法・現代的慣用—(1)

藤 田 貴 宏

名実ともに独立を果たし最盛期を迎えつつあった17世紀後半のオランダ（ネーデルラント連邦共和国）では、人間社会の普遍的秩序を唱える自然法論（デ・フロート『戦争と平和の法』）、地域固有法の現状を踏まえたローマ法の批判的実用化（フルーネウェーヘン『廃止法文論』）に加えて、エラスムス以来の知的伝統の下にブルジュ学派の成果を継承しまさにオランダ典雅法学として再興しつつあった人文主義法学という三つの潮流が相互に絡み合いつつ競合していた。この三つ巴の状況の下で何らかの態度決定を迫られた当時の法律家の多くは、それぞれの仕方で潮流間の緊張関係を調停し法学のあるべき姿を模索したのである。そのような法律家の一人として、ユルリク・ヒューベルUlrik Huber（1636-1694年）に注目し、その試みを敷衍検討することが本稿の課題である。ヒューベルは、『トリボニアヌスの修正Emblemata Triboniani』（1642？年初版）を著したフラーネケル大学のドイツ人教授ヨハネス・ヤーコプ・ヴィッセンバッハJohannes Jacob Wissenbach（1607-1665年）の下で、人文主義的素養を身に付け、自身も同大学教授を務めた後、フリースラント州最高裁判所 Suprema Frisiorum Curia の判事に着任したが、数年で「退任判事 Ex-Senator」としてフラーネケル大学に特別待遇で復帰するという、最高裁判所判事や宮廷顧問官が法律家の出世の頂点とみなされていた当時としては異例の経歴を送っている。また、ヒューベルは、皮肉に満ちた辛辣な批判で知られる論争家でもあり、特に、デュースブルク出身のドイツ人で同地の新設大学を経て後にフローニンゲン大学教授となったゲルハルト・フェルトマン Gerhard

Feltmann (1637-1696年)との論争は、ヒューベルの名をヨーロッパ中に知らしめることになった。そこで、本稿では、各潮流に対するヒューベルの態度を概観した上で、上記論争においても取り上げられている二つの具体的論点、すなわち、対物権 *ius ad rem* の概念規定、及び、自然法乃至万民法上の所有権移転における引渡 *traditio* の要否について、その主張を辿ることにしたい。

I

大学と実務という二つの世界を経験しながらも、最終的に一大学人として研究及び教育という視点から法学に関わる道を選択したヒューベルにとって、人文主義法学と法実務との緊張関係は、単なる理論と実務の矛盾乖離としてではなく、むしろ、大学における研究と教育の棲み分けの問題として位置づけられている。例えば、大学に復帰して二年後、『ユスティニアヌス法余滴 *Digressiones Justinianae*』第二版(1688年、1671年初版)に付された読者向け序言¹⁾には、そのようなヒューベルの態度を明確に読み取ることができる。『余

1) Lectori S.

Proderunt iterum *Digressiones nostrae* longo satis intervallo inter defectum primae et expectationem secundae Editionis. Prodeunt, etiam duobus auctae libris, qui alteram partem constituunt. Cum recens abhistoriarum professione primam vixjuvetam egressus Jurisprudentiam in patria Academia docendam aggrederer, memoria liberioris disciplinae, calor aetatis, et nondum subacta methodicae institutionis consuetudine doctrina, me, dum *Institutiones Justinianae* publicis Praelectionibus explicarem, ad hasce *Digressiones* faciendas provexerat, easque uno contextu commissas et permixtas publici juris facere decreveram. Cum dein maturior aetas et assidue institutionis experientia sic mihi persuasisset, optimum factum esse, Jurisprudentiam e propriis fundamentis in eum modum educere, ut ex aliis disciplinis variaque eruditione, quantum quidem ad intellectum Artis aut ad ejus illustrationem pertinere viderentur, modie adspergerentur; dissertationibus autem et prolixis observationum *αναγωγας* abstinerem, aut tales seorsim tractarentur: Cum hoc mihi sedisset usuque docendi magis indies inualescet haec senetentia deinceps ita institui, ut quas feceram *Digressiones* a praelectionibus

Institutionum, eas a corpore Lectionum separatas et quatuor libris distinctas ederem: Cumque Typographus illas recudere in animum induisset, ita quemadmodum vides, duobus libris auctas iterum exire passussum. De quibus nihil habeo dicere vel monere, nisi quod ex ipsa Lectione tibi visum fuerit existimare. Id unum, quamvis et hoc Te latere non poterit, praemonebo; me nec adolescentem ausum fuisse, nec aetate provectiore faciendum putasse, ut emendationes Textuum Juris nostri hisce Digressionibus insererem. Incomparabilis Florentini libri praestantia, cujus editio plerasque Haloandri aliorumque doctorumque doctorum hominum correctiones uno quasi Spiritu diffavit; Utilitas gravissimae Artis, cujus fixos esse terminos, humani generis interest quam maxime; Taedium ab inanissimis et audacibus conjecturis, quarum, si indulgeas, nullum finem aut modum videmus esse futurum, fecit, ut Justiniani monitum de Antinomii, huic manuali correctorum Cesurae applicandum existimaverim, dandam scilicet operam esse, quo sententias Conditorum Juris subtili mentis judicio et obscuro in rectos sensus suasque interpretationes vindicemus: nec aliter ad emendationes, diversos rerum sensus inferentes, quam ultima cogente necessitate descendamus. Quae fuit sententia maximorum Virorum, Vinni, Matthaei, Wissenbachii et aliorum, quorum sectas in adolescentia sequuti sumus. Literatoribus et Critices pulcherrimae Artis Professoribus, suam gloriam ex emendandis, quae supersunt, veterum Scriptorum monumentis colligendum immane quantum abest, ut invidiamus; nec ejusmodi quicquam nobis excidit, unquam. Id aequum censeo, ne nobis pro Artis gravissimae salute ac integritate sollicitis, nec ideo parem in Juridicis, quae usurpatur in aliis libris, facilitatem, quantum in nobis est, admittentibus, elegantioris doctrinae Cultores irascantur: Denique nec eos qui manuali medicina, quamdiu Rationalis ulla facultas superest, utendum non arbitrentur, tanquam a Mussis Gratiisque alienos aversentur. Gaudeant et plenis gloriae velis ferantur in immenso Antiquitatis pelago: Nobis ignoscant, quod Justitiae sacerdotes appellati, minus libenter ejus Sacrum Corpus chirurgis urendum et secandum, ubi nulla gangraena, permitti videmus. Nihilo magis quam si quis aegre ferre velit, quod nos pro virili in id allaboramus, ut eos qui carcinomata Artis, iniquitatis absurditatisque praetextu demonstrare gaudent, ubi nulla sunt, ad melioris officii partes reducamus. Caeterum, in calce, Diatriben de Ratione juris discendi atque docendi olim publicatam, huic operi Digressionum, cum ipsa nihil quam Digressio sit, adjecimus. Quantopere alienus sim ab eruditione quarumvis Artium et maxime Jurisprudentiae Compendiis circumscribenda, dicere supervacuum est: Nec alio argumento, quam hoc ipso Digressionum, ne de aliis loquamur, opus est; quando satis prolixè in

exiguo Juris spatio videmur exspatiati, ut Compendii vituperationem evitare ticeat. Verum si in ipso Dialogo non absolvor hujus pudendi criminis Compendiarii, in Praefatione diversam opinionem frustra, opinior, elaborabo. Accidit aliquando, ut de sententiis quorundam eruditorum hujus seculi virorum, nostras quoque in diversum opiniones alicubi protulerimus. Hac de re mea sic ratio est, idque libere prae me ferre solitus sum. Qua libertate alii putant utendum in carpendis et aliquando nequitiae arguendis Juris Auctoribus, inque novandis, ut puto, rebus certissimis, eam mihi videri aliis in vindicandis veritatibus possessis non esse praecludendam: si quando liberius disputatum videatur, provocatum fuisse cogitato. Quamquam ego, si me nemo inhumanus quam ego praeiverim, habuerit, nullam conquerendi causam habiturum me existimabo. Positiones meas secundum Institutiones et Padectas ad Examen revocavit Vir Cl. Christianus Thomasius, Jctus Lipsiensis. Non putavi, quamquam multa reprehendere instituerit, injuriam mihi factasm, nec si quis alius me, ut dissentientem citaverit aut sententias meas suscepit examinandas, si personalis absit injuria, unquam moleste ferendum putavi aut in posterum prae me feram, pari libertate, si res farat, usus. [...] (Digressiones, praefatio. 1696年フラーネケル刊第三版のテキストによる)

“読者への挨拶。

我々の『余滴』が初版の品切れと第二版への期待の間はかなり長い時を経て再び出版される運びとなった。第二部を構成する二つの巻も増補されている。歴史の専門から離れ青春期を過ぎて間もない私が故郷の大学で法学教育に従事し始めた頃、より自由な学問領域の記憶や若さ故の情熱、そしてまた、体系的教授法に基づく教育の経験不足が、ユスティニアヌスの法学提要について公開講義する間に、私をこれらの余談へと導き、更に私は、それらの余談を一繋がりにもとめ、更にそこに公法も含めようと決心した。その後、重ねた年齢と絶え間ない講義の経験によって、私は、法学をそれ自身の基礎に基づいて次のような仕方で教えることが最善であると確信するに至った。すなわち、他の学問領域の多種多様な学識からは、当該学芸の理解もしくは解明に寄与すると考えられる範囲のものだけが控え目に採り入れられるべきである、と。他方、冗長で＜中途半端な＞論文は避けるべきものと思われるし、そのようなものは少なくとも別の機会に書かれるべきであろう。このことが私の頭を離れず、むしろ、教える日々の中でこの考え方が強まっていったのを受けて、法学提要の講義の機会に書き上げたこれらの余談を講義本体からは分離し四巻に分けた上で公刊することに決めた。そして、印刷業者がその復刊を決めたとき、御覧の通り、私も二巻分増補されたそれらが再び世に出ることを認めたのである。実際に読むことで貴方に評価可能なこと以外に、これらの余談について付け加え注意しておくべき点は何もない。貴方の目を逃れることはいずれにせよできないとしても、一点だけ予めお知らせしておきたい。

それはすなわち、この『余滴』によって我々の法文の修正を試みる程、私は若くありたいわけではないし、年を取ったと考えているわけでもないということである。フィレンツェ写本の比類無き優越性。その出版はハロアンデルその他の学識ある人々による無数の修正を一息で吹き飛ばしてしまった。そしてまた、最も重要な学芸である法学の有用性。その用語の安定は人類にとって最大の関心事である。全く無用で無謀な推測、一旦許してしまうならば、終わりの限界もなく続くであろうと思われるそれら推測への嫌悪感は、ユスティニアヌスの矛盾に関する警告を、修正者たちによるこのような気安い査閲に適用すべきものと私に決断させた。つまり、我々は、法の創出者の見解を「繊細な精神の判断力に依拠して」無理解から正しい理解と解釈に引き戻し、事物の相異なる意味を生み出す修正に最高度の必要性がない限り向かわないよう努力すべきなのである。これは、ウィンニウス、マッタエウス、ウィッセンバキウスその他の卓越した人々の考え方であり、我々も青春時代に彼らの学派に追従した。文法学者や極めて優美な文獻批判の教授たちが、今に伝えられた古代の文書の修正から自らの栄誉を獲得する余地は、我々が嫉むほど多くは残されてはいないし、そのような機会は、我々から全くもって失われている。法学という最も重要な学芸の存続と安泰に配慮し、法学的なものであるものに関する平等は素質を、それが我々に存する限りにおいて、尊重する我々に対して、より典雅な学説の信奉者たちは怒りをぶつけるべきではないと私は考えている。要するに、何らかの理性的能力が残っている限りは、医学便覧を用いるべきではないと考える人々を、まるで学芸神ムーサや神の恩寵から他人を遠ざけるかのように、退けてはならないのである。彼らは喜び勇み、旺盛な名誉欲という帆船で古代史という大海にこぎ出して行く。正義の神官と呼ばれる我々法律家は、正義の聖典が、そこには壊そなど見出されない以上、外科医によって焼かれたり切られたりすることを決して喜んで認めたりしないが、彼らはそれを大目に見てくれている。不都合さや不合理さを口実に法学の癌を証明して喜んでいる人々の仕事を、実際にはそのような癌は存在しないのであるから、まともな方向に引き戻そうと我々が全力を尽くすことをもし誰かが咎めようとする場合には尚更そうである。また、かつて公にした『法学の学習及び教授方法に関する論考』を、これはまさに「余談」に他ならないので、この『余滴』の末尾に収録することにした。如何なる学芸にせよ、そしてとりわけ法学において便覧を排した学識などとは私がどれほど無縁であるか言うまでもない。我々が便覧批判を免れるために狭苦しい法の領域を必要以上に長く彷徨っているとみなされているのならば、別の理由を挙げる必要を省くためにも、まさにこの『余滴(＝脱線)』以上に役立つ理由づけはない。実際、[『方法に関する論考』の]対話そのものの中でこのような不名誉な便覧批判から解放されなければ、思うに、この序言の中で徒に異論を表明することになるであろう。現代のある学識深い人々の見解については、かつて、同じように全く異なる我々の考えを別の場所で表明したこともある。この問題に関する私の立場はそこにある通りであり、それを無遠慮にここで言い

滴』に収録されたテキスト批判や歴史研究を中心とする論考群は、元々、ヒューベルがまだ法学提要担当教授であった頃に文字通り「ユスティニアヌス法の講義からの脱線 *digressiones a lectionibus Justinianaeis*」、つまり、余談として用意されたものであり、そのような余談へと彼を導いたのは、以前に修辞学教授として経験した「より自由な学問領域の記憶 *memoria liberioris disciplinae*」や自らの人文的学識に頼んだ「若さ故の情熱 *calor aetatis*」だけではなく、「体系的教授法に基づく教育の経験不足 *nondum subacta methodicae institutionis consuetudine doctirina*」であった。ここでは、「法の人文主義的考察 *observaationes juris humaniores*」という副題が付されたこれらの諸論考の成立事情が、研究と教育の未分離に対する自己批判として回顧されている。その後、「重ねた年齢 *maturior aetas*」と「絶え間ない講義の経験 *adsiduae institutionis experientia*」を通じて、「法学をそれ自身の基礎に即して教えることが最善である *optimum factum esse, Jurisprudentiam e propriis fundamentis educere*」と確信したヒューベルは、両者の明確に区別する立場から、法学提要の「講義本体 *corpus Lectionum*」と切り離してこれらの「余談」を公刊した。少なくとも教育の次元では、人文主義的知識への深入りは禁物であり、「他の学問領域の多種多様な学識からは、当該学芸の理解もしくは解明に寄与すると考えられる範囲のものだけが控え目に採り入れられるべきである *ex aliis disciplinis variaeque eruditione, quantum quidem ad intellectum Artis aut ad ejus illustrationem pertinere videatur, modice adspargatur*」というのがヒュー

立てることを私は免除されている。そのような自由を、法文の原著者たちを嘲笑し場合によってはその軽率さを告発したり、全く確実な事柄を改変することに用いるべきであると考え人々もいるが、自由な論考が熟慮によって呼び覚まされたように見える場合には、手にしていた真理を回復するためにもそのような自由は排除されていないものと私には思われる。とはいえ、私自身は、私が先に仕掛けた以上に粗野な扱いを受けない限り、不満を訴える理由はないと考えるであろう。法学提要と学説彙纂に則った私の『定理集』を、聡明なライブチヒの法律家クリスティアヌス・トマシウス氏は演習に用いている。彼が多くの点を批判しようと企てているけれども、私を侮辱しているとは思わないし、他の誰かが反対者を引用したり私の見解の査閲を試みたりしたとしても、個人的な中傷がない限り、不快で耐え難いとは思わないし、もし必要ならば、後に私も自らの考えを公表して、同じ自由を享受することであろう。…”

ベルの持論なのである。このような主張は、『余滴』の再刊にあたり、「それ自身余談に他ならない ipsa nihil quam Digressio est」として追録された『法の学習及び教授の方法に関する対話 De ratione juris docendi et discendi dialogos』(1684年初版)で既に詳細に展開されていた²⁾。このように、法の人文主義的考察は、教育の傍ら従事するいわば「副業parerga」として位置づけられているわけであるが、『余滴』の自発的な公刊に象徴される通り、それ自体としての意義が否定されているわけではない。それでは、専門的研究としての人文主義法学には如何なる評価が与えられているのか。

この点に関するヒューベルの所見は、『余滴』第二版に第二部として新たに追加された論考群の冒頭にまとめられている³⁾。そこでは、ローマ法の「人文

2) 拙稿「法学教育と人文主義」Ⅲ(獨協法学68号[2006年]57頁以下)を参照。

3) Cum primum Institutiones Justiniani publice interpretari aggressus sum, ita faciendum putavi, ut non modo sententias Juris Auditoribus meis inculcarem, sed observationes quoque varias et humaniores, ex historia, e philosophia, quandoque etiam e philologicis, quatenus Arti lucem dare viderentur, admiscerem, quas deinde seorsim ab ipsius Artis Institutionibus legendas proposui; proinde, quod erant, *Digressiones* appellavi; Acriticis tamen, hoc est, conatibus emendandi textus juris vitiosos judicandique is est, probandi damnandive positiones Artis, quod ab aliis factum non esset, abstinere satius esse duxi, discentium quidem inprimis; nonnihil etiam mea, ne dolo dicam, gratia. Discentibus id nullo modo expedire judicavi, antequam praecepta juris summa, quod in Lectionibus nostris agebamus, bene valideque percepissent. Mea sic ratio cum aliis bonis libris tum Jurisprudentiae studendi fuit, ut universam cujusque scripti doctrinam memoria judicioque subigerem; Criticos autem abesse debere cum absolutae homines eruditionis et auctoritatis inveteratae, tum manuscriptis instructos veteribus, e quibus emendationum oracula proferrent. Conjecturas emendandi textus non ob difficultatem (vix enim graviter studet quisquam veteribus, cui in mentem talia quandoque non veniant), sed metu quodam Digressionibus non inserui, ne aut leves auctoritate hominis novi, vel minus necessariae, sensu vulgatae lectionis integro, aut male fundatae, non percepta vera locorum sententia; quod multis inepte cessisse videbam, existimarentur. Ita factum est, ut Digressiones meae sine ejusmodi animadversionibus exierint, vocabulo criseos in hoc sensu exquirere sumpto; Nec enim causa fuit, ut omnem disciplinae juridicae crisin ab studii nostri

Professione alienam putaremus. Plane, praeter eam partem, quae in mutandis lectionibus versatur, tria criseos in Arte nostra videntur esse genera; primum, quod dicta veterum Jurisconsultorum separare docet, ab his, quae Pandectarum Compilatores responsis Jurisperitorum suis verbis addiderunt; quod genus vix alibi quam in Pandectis usum habere palam est. Enimvero glossamata quae fortuito in textum a notis studiosorum, qui manibus suis vetera exemplaria tractaverunt, inreperunt, ad primam Criseos speciem, quae lectiones mutat, pertinere manifestum est. Sed iudicium a scriptis veterum ea, quae Tribonianus illis infarcienda putavit, aliquando e diversitate styli, plerumque e varietate rerum et discretione temporum pendet, quemadmodum *Wissenbachius* noster toto Emblematum Triboniani opere luculenter demonstravit. Haud enim talia farcimenta, quae scriptis veterum *ευκαιρως, ακαιρως* adspersa fuerunt, emblemata, quasi diceret *injectiones*, post Cujacium. Appellavit. Nos autem hoc genus observationibus, ubi res feret, utemur in rem nostram, aliaque, sicubi occurrent, repertis adjungemus, hoc autem loco nihil de illis peculiare monendum habuimus. Nihil etiam de primo genere emendandi mutandique praedicabimus, at si quandoque ita tulerit instituti ratio, ut quorundam integritas locorum adserenda, aliorum quaerenda sit medicina, libenter, non abhorrere nos ab huiusmodi cogitationibus ostendemus; etsi in hac haeresi esse videmur, Crisin hanc in Jurisprudencia minime tam latum campum, atque in aliis Vererum scriptis jam olim obtinuit ac etiam num tenet. Nam quod inprimis huc pertinet, vix est, ut antiqua manuscripta in Pandectis, quae maxime lectionum varietate vexantur, usum auctoritatemve habere possint, e quibus tamen praecipua seges emendationum colligitur. Ratio hujus adsertionis, quae multis aliquid *του απροσδοκητου* habitura videtur, haec nobis constat; quod Florentium exemplar Pandectarum sit *αρχετυπον*, non ut quidam putaverunt, editionis Justinianae, sed omnium exemplorum quae his diebus extant in Europa, utpote cum nullum exemplar manuscriptum aut editum reperiatur, quod inde fuisse descriptum aut derivatum, arqui non possit, ut evidentissimis rationibus adfirmat Antonius Augustinus in *lib. 1. Emendat. cap. 1*. Ex quo manifestum est, omnes aliorum librorum varietates lectionum, praeter errores describentium, nihil aliud esse, quam doctorum hominum, qui describendo vel edendo praeferre, conjecturas. Proinde haec una criseos in Pandectis exercendae ratio superest, conjiciendi in emendandis Florentiae scripturae erroribus sagacitas. Quominus autem heic ingeniis tam effuse, quam in aliis scriptoribus indulgere liceat, facit artis gravissimae utilitas, cujus positiones a mutatione textuum suspendere vel fluctuare generi humanano nequaquam expedit. Si quae mutationes literarum verborumve ab hominibus

elegantiae studiosis suggerantur, quibus nulli juris sententiarum detrahatur, iis, si fidem facere possint, non est quod intercedamus; nec etiam, si interpunctiones vulgatae aliter distinguantur; cum tales, ut *αυτοπται* retulerunt, in Florentino nullae vel paucissimae extent. Denique, si probari possit, editores Florentini exemplaris fugisse nonnulla, quae secus ibi, quam ab illis proditum est, habeantur, ea sane tutissima hujusce criseos ratio fuerit; sed id genus varietates dari paucas credi consentaneum est. Praeter haec inter omnes facile constabit, non esse admittendas Florentiae scripturae sententiaeque mutationes, nisi *necessarias*, hoc est, sine quibus sana juris ratio vel sensus et dictio *nec esse* neque constare possint. In eo autem omnis hac parte dubitatio consistit, utrum necessaria an arbitraria quae proponitur sit mutatio. Enimvero non est quod adeo quisquam fastidiosus sit in hisce conjecturis, ut ingenium atque acumen inventorum laudare gravetur, si *προβληματικως* et modeste proponantur, denique si ut parerga tractentur, non ut in iis studiosi operas suas ordiantur et consumant. Tertium genus criseos altius insurgit neque id agit, ut judicetur, quomodo Cocitores Artis scripserint, sed ipsos, ita ut liquide scripserint, judicant bene malene scripserint: adeoque in hac parte versatur; uti quae a Veteribus Jurisconsultis tradita videntur inqua, inhonesta, absurda, falsa, impia detegantur, exagitentur. Habet haec facultas speciem libertatis et ingenuitatis neque vulgare famae lenocinium, satis videlicet animi esse Juris interpretibus ipsos Artis suae conditores vocare sub censuram; ideoque res haec admodum late patet, ut ingentes libri censurae Juris Romani extent in lucem dati. Fuit haec olim mihi per biennium materia Lectionum publicarum, quibus operam dedi, ut probarem, in plerisque reprehensionibus nihil esse, quod jus civile tot erroribus, iniquitatibus et absurditatibus refertum esse credamus quot a peritis et imperitis, sapientiae civilis auctoribus imputantur; fierique posset, ut si Deus vitam otiumque largietur, id aliquando singularis scriptionis argumentum eligeremus. Nunc ejus rei gustum duntaxat levem praebere lectori non abs re videbitur. (Digressiones, II, 1, 1, 409-412.)

“【この仕事を企てた経緯 Hujus operis instituti ratio】私がユスティニアヌスの法学提要を公に解説し始めた頃、法の趣旨を私の聴講者たちに教え込むだけではなく、歴史学や哲学から、また場合によっては文献学からも、様々な人文主義的考察を、それらが法学に光をもたらすと考えられる限りにおいて、盛り込むべきものと考えていたが、その後、それらの考察を法学そのものの手引書とは別に読めるよう公刊した。それ故、既に御存知のように、私はそれらを「余滴」と名づけたのである。ただし、考証家たち、つまり、法の誤ったテキストを修正し、法学の置かれた状況を判定、つまり、承認しあるいは非難しようと企てる人々からは離れているのが得策であると考えてい

たし、特に学習者については、そうすることが、策略とまでは言わないまでも、多少とも私の配慮に基づくものであった。【なぜ考証家に対して距離を置くのか *Quare a criticis abstentum*】私が考えるに、そのようなものは、我々の講義において扱ったような法の諸原理全てをしっかりとよく理解するまでは、学習者にとって全く役に立たない。私の立場は、別の良書にせよ、法学の学習書にせよ、それぞれの書物の教える内容全体を記憶力と判断力に訴えて教えるというものであった。そもそも考証家というものは、完全な学識と不変の権威を備えるとともに、修正の御託宣を引き出す古い写本に通じた人々でなければならないと考える。私がこの『余滴』に法文修正にこの推測を盛り込まなかったのは、その困難さのためではなく（というのも、そのようなことを思いついたこともないような者は古いものに真剣に打ち込むこともほとんどないから）、それらの推測が、現代人の権威に基づいた軽率なものであって、流布している読みによる意味の完全さからして全く不要であると評されたり、あるいは、関連箇所の実義、私はこれが多くの人々において愚かにも見失われていると考えているのであるが、その実義の誤解によって不当に理由づけられていると評されるのを恐れたからである。以上の理由から、私の『余滴』は、そのような批判的所見無しに、勿論それは「判別」という言葉を厳密な意味において用いる限りにおいてはであるが、公刊された。【判別は法においてどの程度通用し役立ち得るのか *Quotuplex in Jure Crisis locum et usum habeat*。テキストの修正 *Emendationes Textuum*。トリボニアヌスの修正 *Emblemata Triboniani*。附注 *Glossemata*】確かに、法学分野における判別全てが我々の研究の公表と無関係であると考えるべき理由もなかった。読みの変更に取り組む部門の下には、我々の学芸の場合、明らかに三種類の判別が存在しているように思われる。第一の種類は、古代の法律家の言説を、学説彙纂の編纂者が法学者の所見に従って付加したものから区別するよう教示するものであり、この種類の判別が、学説彙纂以外ではほとんど役に立たないのは明らかである。確かに、その手で実際に古い写本に触れていた研究者の覚書から偶然法文中に入り込んでしまった附注が、読みを変更する第一の種類判別に属することは自明である。しかし、古代の人々が書いたものと、トリボニアヌスがそれらに詰め込むべきと考えたものとの識別は、時に文体の相違に基づく場合もあるけれども、大抵は内容的相違や時代考証を根拠としている。これは、我々がウィッセンバキウスが『トリボニアヌスの修正』という作品全体を通じて見事に論じた通りである。古代の人々が書いたものに＜適切にせよ不適切にせよ＞付け加えられたそのような詰め込みを、クヤキウスに従って貴方が「挿入」と呼ぶように、修正と称することは決して不当ではない。他方、我々は、必要な場合に、我々との関係でもこのような種類の考察を利用し、もし何か別の何かが見出された場合には、既に発見されているものにそれらを組み合わせる。とはいえ、ここでは、それらの事柄について特に注意すべき点はない。第一の種類修正や変更についても何も指摘すべき点はない。またしかし、そのような修正や変更が企てられた理由が、あれ

これの箇所完全性を回復したり救済法を確保することにあるのならば、我々は喜んでこのような知見への反論を差し控える旨表明する。とはいえ、我々もまたこの学派に属するとみなされているとしても、このような判別が法学においてそれほど広い適用範囲を有しておらず、古代の人々の他の文書に関してもまたそうであることは、既に明らかであり、今もなおそれは変わらない。【他の版はフィレンツェ版に由来する以上、学説彙纂に関して写本に基づく修正は無益と思われる *Emendationis e Mss. in Pandectis non videri usum esse, cum e Florentina editione relique fluxerint*。推測の利点と注意点 *Conjecturarum usus et cautio*】実際、以上の点はとりわけ法学において当てはまることなので、その大半が読みの不一致に曝されている学説彙纂の古い写本群に利用価値や権威はほとんどない。にもかかわらず、それらから修正の主たる成果が引き出されている。このような論法は、多くの人々に何か＜意外な＞印象を与えるかもしれないが、我々にとっては自明である。すなわち、学説彙纂のフィレンツェ写本は、かつて誰かがそう信じたようなユスティニアヌス編纂の原本ではないけれども、今日ヨーロッパに存在している全ての版の＜原本＞であり、要するに、アントニウス・アウグスティヌスが『修正』第1巻1章において極めて明白な根拠によって証明している通り、そこから写されあるいは派生したということを証明できないような写本や印刷本は一部も見つかっていないのである。他の諸本における読みの不一致が全て、写字生の誤りを除けば、写字や印刷出版に指示を与える学識ある人々の推測に他ならないということは、以上から明白である。従って、この方法、つまり、フィレンツェ版の文面の修正すべき誤りを推測する洞察力が、学説彙纂に適用し得る唯一の判別法として残されている。しかし、ここでは他の写字生ほど多くは個人的資質の発揮の余地が認められないので、最も重要な学芸〔である法学〕の有益さがもたらされる。本学芸の要点をテキストの変更に依存させ不安定にさせることは決して人類のためにはならない。文字や語句の何らかの変更が典雅な学識を備えた人々によって示唆され、それらの変更によって法の内容に何ら影響がないとしても、我々は、彼らに対して、彼らが確信を持ち得たにせよ、そのようなものは不要であると反論するであろう。また、一般的な句読点を異なるものに置き換えられる場合も同じである。というのも、＜実際に見た人々＞が報告している通り、フィレンツェ写本には句読点が全くあるいはほとんど見出されないからである。結局、フィレンツェ写本の出版者たちが、彼らの印刷公刊したものとは異なると解されるべき写本の若干の箇所を見落としたと証明できるならば、この判別法が明らかに最も安全である。しかし、この種の不一致は僅かであると信じて然るべきである。以上に加えて、万人にとって自ずと明らかなのは、「必要不可欠なもの(ネケッサリアース)」、つまり、それを施さなければ法の自然な理由も「存在し得ず(ネック・エッセ)」また法の意味や表現も定まらないようなものの以外は、フィレンツェ版の文面や内容に変更を加えるべきではないという点である。ただし、その場合、提案されている変更が必要なものか恣意的なものかについてなお疑

主義的考察」、とりわけ、学説彙纂のテキストに対する考証作業が、ギリシャ語の原義に基づいて「判別 Crisis」と呼ばれ、合計三つの判別法が挙げられている。第一の判別法は、「古代の法律家の言説を、学説彙纂の編纂者が法学者の所見に従って付加したものから区別するよう教示する dicta veterum Jurisconsultorum separare docet, ab his, quae Pandectarum Compilatores responsis Jurisperitorum suis verbis addiderint」ものである。トリボニアヌスの修正とは区別されるいわゆる「附注 Glossemata」を根拠とした読みの変更、すなわち、「その手で実際に古い写本に触れていた学習者の覚書から偶然法文中に入り込んでしまった附注 glossemata quae fortuito in textum a notis studiosorum, qui manibus suis vetera exemplaria tractaverint, inreperunt」に基づく判別が、この第一の種類に属することに疑問の余地はない。また、「トリボニアヌスの修正 Emblemata Triboniani」を根拠とする判別法については、師ヴィッセン

念が存する。確かに、推測がく控え目>かつ慎重に提案されるならば、つまり、それらの推測が付随的に行われるのであって、研究者がそれらに自らの時間をつぎ込み浪費するのではない限り、発見者の才知や鋭敏さを称賛するのを拒むほどこれらの推測を嫌がる理由はない。【第三の種類判別が企てられている Tertia Criseos species proponitur】第三の種類判別はより一層の高みに達しており、そこで扱われているのは、学芸の創出者がどのように書いたかではなく、仮に明確に書いたとしても、彼らが上手く書いたか拙く書いたかを判定することである。そして、ここでは、古代の法律家によって書かれたと思われるものを、不当、不名誉、不条理、誤謬、不敬である旨暴露し非難するところまで踏み込んでいる。このような権限は、自らの学芸の創出者たちを検閲にかけるかどうかは全く当然に法の解釈者たちの心次第であるというようなことを吹聴しない類の自由や公正さも欠いている。そのため、このような取り組みは世に広く開放され、ローマ法の査閲に捧げられた膨大な文献が公にされている。これらは、私にとって、既に二年間に渡って公の講義の題材となっており、そこで私が努めたのは次の点を証明することであった。すなわち、大半の批判には、それが熟練した人々によるものにせよ未熟な人々によるものにせよ、市民法がそれ程多くの誤り、不当さ、不条理に溢れていると考えるべき理由も、市民的賢慮の権威を非難すべき理由も見出されない、と。そうでなければ、神が生と閑暇を与え給うたにもかかわらず、我々は一つの文字の論拠を選び出すというようなことも場合によってはあり得る。さて、そのようなものへ趣向の全くの軽薄さ加減を読者にお見せすることは無益なことではないと思われる。”

バッハの見解を引き合いに出しつつ、「古代の人々が書いたものと、トリボニアヌスがそれらに詰め込むべきと考えたものとの識別は、時に文体の相違に基づく場合もあるけれども、大抵は内容的相違や時代考証を根拠としている *judicium a scriptis veterum ea, quae Tribonianus illis infarcienda putavit, aliquando e diversitate styli, plerumque e varietate rerum et discretione temporum pendet*」と指摘した上で、「我々は、必要な場合に、我々との関係でもこのような種類の考察を利用し、もし別の何かが見出された場合には、既に発見されているものにそれらを組み合わせる *nos hoc genus observationibus, ubi res feret, utemur in rem nostram, aliaque, sicubi occurrent, repertis adjungemus*」との態度を表明している。しかし、ヒューベルは、附注やトリボニアヌスの修正を根拠とした個々の「文字 *litterae*」や「語句 *verba*」の「読みの変更 *mutatio lectionis*」には概して消極的である。「そのような修正や変更が企てられた理由が、あれこれの箇所完全性を回復したり救済法を確保することにあるのならば、我々は喜んでこのような知見への反論を差し控える旨表明する *si quandoque ita tulerit instituti ratio, ut quorundam integritas locorum adserenda, aliorum quaerenda sit medicina, libenter non abhorreere nos ab hujusmodi cognitionibus ostendemus*」というヒューベルの言葉が意味するところは、あくまで、「このような判別が法学においてそれほど広い適用範囲を有していない *Crisin hanc in Jurisprudentia minime tam latum habere campum*」という前提での譲歩にすぎない。そして、テキスト修正へのこのような消極的態度は、写本を手掛かりとした第二の判別法に関してもそのまま引き継がれている。その際にヒューベルが依拠し賛同しているのは、アントニオ・アグスティンが『修正と意見 *Emendationes et opiniones*』（1543年初版）で表明した見解⁴⁾である。それによれば、「学説彙纂のフィレンツェ写本 *Florentium exemplar Pandectarum*」は、「そこから写されあるいは派生したということを証明できないような写本や印刷本は一部も見つかっていない

4) *Quo honore, quaque ut ita loquar, veneratione Ethruscae pandectae Pisis olim, nunc Florentiae habitae sint, arbitor ignorare neminem: id tamen iure iniuriave fiat,*

veit nonumquam in dubitationem. Nam qui eos libros ab ipso Iustiniano, aut a Triboniano potius, conscriptos exisimant, ut cum de alicuius loci scripturadubitaretur, haberunt homines, quo venirent: minui Caesarum maiestatem existimant, si non omni honoris genere cumulentur. Qui vero introspexere, mancā aliquando, et lituris punctisque notatam crebrius, quam optimis libris faciendum erat, scripturam. Item illi, qui quod ipsi efficere non possunt, vituperant: reprehendendos eos esse arbitrantur., qui in legendis illis elaborant. Sed mihi neutri sudiendi esse videntur. Nam cum eos libros diligentissime perlegissem: in ea sententia sum, ut unicum illud quidem exemplum arbitrer, ad quod omnes omnino, qui hodie utant, Digestorum libri conscripti sunt: sed tamen id non credam Iustiniani tempore scriptum fuisse. Utrunque quibus argumentis mihi probetur, ostendam. Et principio illud, quod in omnibus rebus permagnum existimatur, praetereundem non est, omnium iuris civilis studiosorum hominum eam esse a maioribus acceptam opinionem, et a veteribus praeceptoribus per manus ad nos traditam sententiam, illos libros integritatem scripturae semper servasse, totosque Pisis fuisse, quamvis ceteri mendosi mancique circumferentur. [...] (Emendationes et opiniones, lib. 1, cap. 1. 引用は1543年パリ刊初版のテキストによる)

“かつてエトルリアのピサにあったが現在はフィレンツェにある学説彙纂 [の写本] がどれ程榮譽に恵まれ、こう言ってよければ、如何に敬重されていることか、何人もこの点を見逃すことができないように思われる。ただし、それが正当か不当か、時に疑問に付されることがある。すなわち、それらの諸巻がユスティニアヌス自身かあるいはむしろトリボニアヌスによって書かれたと解する人々は、ある箇所の文面から諸巻が複数の人間に由来するものと疑われるにもかかわらず、最大限の名誉を与えなければ皇帝たちの權威を損ねてしまうと考えている。これに対して、時に欠落し、最良の書物に生じるよりも頻繁に横線や点が書き込まれた文面に目を向ける人々もいる。自らそれを手に取ることでできない人々も同様の非難を表明している。つまり、彼らは、それを読んで検討している人々を妨げるべきと考えているのである。しかし、私には、何れの人々にも同意すべきではないように思われる。というのも、これらの諸巻を丹念に読み込んだ際、私は、それらが、確かに、今日現存する学説彙纂のあらゆる諸本が筆写された際に参照された唯一の原本であると確信するに至った。ただし、それらがユスティニアヌスの時代に書かれたとは考えていない。如何なる論拠に基づいて私がこの二つの結論に至ったのか述べておくことにしよう。まず、何よりも重要であり、無視することができないのは、これらの諸巻が、幾らかの欠落や誤記がみられるにせよ、文言の完全性を保ちピサに全て存在していたというのが、市民法を研究する人々の大多数によって受け入れられている観方であり、遥か昔の教師たちから我々へと直に継承されてきた見解であるという点である。…”

nullum exemplarmanuscriptum aut editum reperitur,quod inde fuisse
 descriptum aut derivatum,argui non possit」以上、「今日ヨーロッパに存在して
 いる全ての版の<原本> ἀρχετυπον omnium exemplorum quae his diebus
 extant in Europa」として位置づけられることになる。ただし、アグスティンの
 フィレンツェ写本原型説は、トレリ父子 (Lelio, Francesco Torelli) による写
 本テキストの編集公刊 (1553年) とフィレンツェ版への批判も含むキュジャス
 『考察と修正 Observationes et emendationes』(1556—95年) の登場以後、徐々
 に支持を失い、同時代のオランダにあっては、その有力な支持者はもはや
 ヒューベルただ一人という状況にあった。「このような論法は、多くの人々に
 何かく意外な>印象を与えるかもしれない ratio hujus adsertionis multis
 aliquid του προσδοκητου habitura videtur」と述べるヒューベルは、この状況
 を十分に意識した上で、敢えてフィレンツェ写本原型説に立ち、「その大半が
 読みの不一致に曝されている学説彙纂の古い写本群に利用価値や権威はほとん
 どない vix est,ut antiqua manuscripta in Pandectis, quae maxime lectionum
 varietate vexantur, usum auctoritatemve habere possint」と断じているのであ
 る。「句読点 interpunctiones」を手掛かりとした判別に至っては、「フィレン
 ツェ写本には句読点が全くあるいはほとんど見出されない interpunctiones in
 Florentino nullae vel paucissimae extant」という事実にもそもそも矛盾してい
 る。以上から明らかなのは、「他の諸本における読みの不一致が全て、写字生の
 誤記を除けば、写字や印刷出版に指示を与える学識ある人々の推測に他ならな
 いということ omnes aliorum librorum varietates lectionum,praeter errores
 describentium, nihil aliud esse, quam doctorum hominum, describendo vel
 edendo praeferre, conjecturas」である。ただし、「学識ある人々の推測
 conjecturae doctorum hominum」に対する以上のような批判はフィレンツェ写
 本原型説にのみを論拠とするものではない。ヒューベルの法文修正に対する禁
 欲的態度をその根本において支えているのは、「最も重要な学芸の要点をテク
 ストの変更に依存させ不安定にさせることは決して人類のためにはならない
 artis gravissimae positiones a mutatione textuum suspendere vel fluctuare
 generi humanano nequaquam expedit」という法学の「存続と安泰 salus et

integritas」への配慮である。序言でも簡潔に述べられている通り、「フィレンツェ写本の比類無き優越性 incomparabilis Florentini libri praestantia」に加えて、「最も重要な学芸の有用性 Utilitas gravissimae Artis」が、「最高度の必要性がない限り事物に相異なる意味をもたらす修正には向かわない non aliter ad emendationes,diversos rerum sensus inferentes, quam ultima cogente necessitate descendimus」よう我々に求めており、しかも、この要請は、「文字や語句の何らかの変更が典雅な学識を備えた人々によって示唆され、それらの変更によって法の内容に何ら影響がないとしても si quae mutationes literarum verborumve ab hominibus elegantiae studiosis suggerantur,quibus nulli juris sententiarum detrahatur」、依然として妥当するのである。他方、フィレンツェ写本そのものに依拠した推測は、上に批判されたものとは区別されるべき「最も安全な判別法 tutissima criseos ratio」と言えるが、「フィレンツェ写本の出版者たちが、彼らの印刷公刊したものと異なると解し得る写本の若干の箇所を見落とした editores Florentini exemplaris fugisse nonnulla, quae secus ibi, quam ab illis proditum est,habeantur」可能性はそもそも小さいので、適用される機会も自ずと少なくなる。何れにせよ、「必要不可欠なもの、つまり、それを施さなければ法の自然な理由も存在し得ずまた法の意味や表現も定まらないようなもの以外は、フィレンツェ版の文面や内容に如何なる変更も加えるべきではない non esse admittendas Florentinae scripturae sententiaeque mutationes, nisi necessarias, hoc est, sine quibus sana jurisratio vel sensus et dictio nec eese neque constare possint」という姿勢が常に必要である。以上二つの判別、すなわち、附注やトリボニアヌスの修正を根拠とする場合、及び、種々の写本や刊本間の読みの不一致を手掛かりとする場合は、何れも「学芸の創出者たちがどのように書いたか quomodo Conditores Artis scripserint」を探究している。しかし、「彼らが上手く書いたか拙く書いたか bene malene scripserint」が、特定の写本に依拠することなく、専ら考察者自らの「洞察力 ingenium」に基づいて判定される場合もあり、これが第三の判別法にあたる。実際に公にされている「ローマ法の査閲に捧げられた膨大な文献 ingentes libri censurae Juris Romani dati」から明らかなように、この判別法は、「古代の法律家によっ

て書かれたと思われるものを、不当、不名誉、不条理、誤謬、不敬である旨暴露し非難するところまで踏み込んでいる *adeo versatur; uti quae a Veteribus Jurisconsultis tradita videntur iniqua, inhonesta, absurda, falsa, impia detegantur, exagitantur*」。ヒューベルはこの類のテキスト修正にも当然批判的である。「市民法がそれ程多くの誤り、不当さ、不条理に溢れていると考えるべき理由も、市民的賢慮の権威を非難すべき理由も見出されない *nihil esse, quod jus civile tot erroribus, iniquitatibus et absurditatibus refertum esse credamus, sapientiae civilis auctoribus imputantur*」との信念に基づいたヒューベルの批判的所見は、息子ザハリーアス Zacharias Huber によって死後編集公刊された討論集『ローマ法文研究 *Eunomia Romana*』（1700年初版）に収録されており、例えば、「スカエウォラは自らの見解に従って解答したのではなく、事件を友人にとって有利で受け入れ易いものにしようと、単なる義務づけよりも遥かに確実な法を無視した *Scaevolam non ex animi sui sententia respondisse: sed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, a jure certo longius quam oporteret, recessisse*」というヘラルト・ノート Gerard Noodt（1647-1725年）の所見⁵⁾については、「法律家たちがその著作に自らの恥辱を書き残し、しかも哀れな彼らがくたとい信心深くなくともせめて用心深くあれ」という格言に従うことさえできなかったというのは全くもって矛盾している *nimis paradoxum est, eos dedecora sua in libros contulisse, nec illud nimis tritum, si non caste, saltem caute servare scivisse miseros*」と手厳しく批判されている⁶⁾。そのような「洞察力に頼った *ope ingenii*」法文修正は、古代の文

5) Noodt, *Opera omnia*(1760), tom. 1, 30.

6) *Fatendum est, hoc genus Censurae esse valde novum et invidiosum, quod adstergere, non debet invidiosum videri, sine invidia tamen; Non quod Juris Ctos minus ac alios hominum ordines, suos pati manes putemus, aut eos semper intemerato Themidis sacerdotio fungi adseveremus; sed quod nimis paradoxum sit, eos dedecora sua in libros contulisse, nec illud nimis tritum, si non caste, saltem caute servare scivisse miseros [...]*(*Eunomia Romana*, 123-124. 引用は1724年アムステルダム刊第二版のテキストに拠る)

“このような種類の査閲は全く新しくかつ嫌悪すべきものであると言わなければな

芸からの引証等によって辛うじて人文主義的考察の枠に収まり得るが、上記のヒューベルの理解からすれば、実務上の知見に照らして不要なローマ法文を特定列挙するフルーネウェーヘンの法文廃止論のようないわゆる「査閲 Censura」⁷⁾との区別は困難であり、個々の法文廃止案に対する批判が『ローマ法文研究』に多数収録されているのも当然の帰結なのである。

以上のような人文主義法学の位置づけをそのまま反映しているのが法実務への態度決定である。法学教育から可能な限り人文主義色を排して、実務を見据えた学習を推奨するヒューベルの教育方針は、『法学提要及び学説彙纂に即した市民法講義 Plaelectiones juris civilis secundum Institutiones et Digesta』(1678/89年初版)の冒頭に、法学提要の序言 prooemium への注釈という形でまとめられている⁸⁾。そこで法学学習者が修得すべきとされているのは、「今日もなお妥当する法のみならず、不使用の影に隠れている法についても、前者が後

らない。しかし、これを嫌がらずに取り除くことを厭わしく解してはならない。我々は、他の身分の人々に劣らず法律家もまた地獄の責め苦を被るものと信じており、また、彼らが正義の女神テミスの不可謬の権力に服すると断言できるけれども、その彼らがその著作に自ら恥辱を書き残し、しかも哀れな彼らが「たとえ信心深くなくともせめて用心深くあれ」という格言に従うことさえできなかったというのは全くもって矛盾している。…”

7) 拙稿「ローマ法の批判的実用化」(獨協法学66号[2005年]23頁以下)を参照。

8) [1.]Constitui, in gratiam Auditorum meorum, scientiam Juris Romani meis verbis, ex *οικετοῖς*, hoc est *suis*, principiis, breviter et perspicue complecti; hoc ordine, ut primo *Institutionem* Caesaris succincte exprimam; dein et *Pandectas* ita persequar, ut nihil in Institutionibus dictum repetatur; Quo ita corpus aequabile fundamentorum Juris methodo Justiniani, quam mutare religio est, exhibeatur. Hac via duas res affecto: Primo, ut hi, quos conditio fortunae festinare jubet, eam Juris facultatem brevi, at nervoso labore adipiscantur, quae ad applicationem judiciorum valide sufficiat; dein, ut caeteri, quibus altior mens, in tempore, omissis systematum magistris, ipsos artis fontes adeant, totumque Juris Corpus et animam, quae non nisi pariter se communicant, quaerere velint. Puto enim, male eos sibi Consulere, qui hoc institutum legendi veteres totos et solos aggrediuntur, antequam systematicae doctrinae expromptam memoriam acquisiverint. Dixi alias de hac via copiosus, in *dial. de rat. dis. et doc. jur. subj. Digress. Justin.* Praesentem laborem

sic attemperabimus, ut fere nihil sit aliud quam expositio positionum Juris, *ad Institutiones et ad Pandectas*, quibus in auditorio privato jam pridem uti coepimus. Ergo nunc ordine rem cernamus, exemplo nostri Principis: IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

2. Haud absurde Budaeus *ad l. 1. ff. de Just et Jur.* sententias juris ait tradi per *axiomata* vel per *positiones*, vocabulis ex usu, ni fallor, mathematicorum desumptis. Nam axiomata nihil sunt aliud, quam enuncitationes nullius indigae demonstrationis; cujusmodi Pultarchus *in vita Demetrii*, scribit esse postulatam *Principum*, qui imperiis Legum praesidio parum firmatis praesunt, *ut Fratres* suos *liceat occidere*. Nos ratione meliori in hujusmodi axiomatum loco habemus Praecepta Juris, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere, nemini jus suum auferendum, ne quis re sua male utatur, et similia*.

3. Positiones videntur esse regulae fundamentales Artis, certae quidem et validae sed altioris indaginis et explicationis, veluti definitiones, partitones et conclusiones inde collectae. In eo sensu, positionis vocabulo utitur Justinianus, eamque thesin interpretatur Theoph. *in §. ult. Inst. de Just. et Jure*; quando Juris ajunt duas esse positiones, *Publicum et Privatum*: nempe hae species, quae collocantur ut fundamenta detegendi et evolvendi materiam disciplinae, eleganter *positiones* appellantur; atque ejusmodi positionibus ars tota comprehendi potest, quemadmodum a nobis jam pridem institutum est.

4. Compertum nobis erat, eaque sententia usu quotidiano magis magisque nobis sedet, hanc rationem collocandi breves et claras positiones Artem totam exhibentes, docentibus quam discentibus esse commodissimam, quatenus et sokidam expositionis copiam praebent Doctoribus, et facile a discipulis memoriae mandantur, atque angustioribus ingeniis, quae magnos rationum discursus non capiunt, intellectum Artis sine ambage suppeditant, validioribus occasionem e paucis multa percipiendi deducendique praestant efficacem. Non possunt equidem rerum omnium rationes hac via declarari; tamen id actum a nobis, ut sententiae Juris ejusmodi nexu cohaerent, quo non tantum *το οτι*, sed etiam *το διοτι*, causae quoque rerum vel observari, vel facile monstrari possent.

5. Non desunt clari homines, qui specimina hujusmodi positionum, sed diverso, quam Justinianus, ordine dedrint: Vultejus, Althusius, Vinnius *in suis Partitionibus*, alii aliis titulis, quanquam in Academiis non pervicerunt, ut eorum methodus Caesareae praeferrentur; non sine gravi causa: Nam etsi fatendum est, ordinem Justinianaeum in Pandectis potissimum, non esse talem, quin melior et Artis professione dignior institui posset, tamen qui operam ludere nolunt, hi primo statim

aditu librorum Juris ut siti sunt, compendium animo condere debent; nam, si primo systematicos novos ediscant, dein libros Justinianaeos tractare coeperint, haec methodi diversitas fieri non potest, quin confusionem memoriae neque minus iudicii pariat.

6. Constitutum nobis est ut modo diximus, colloare fundamenta Juris universi, primo, quod est in Institutionibus totum, dein quod in Pandectis occurret diversum a positionibus Institutionum, cujus rei principio *Pandectarum* ratio exactior erit reddenda. Profitemur universi juris notitiam, non modo quod etiamnum obtinet, sed etiam quod desuetudine inumbratum est; quatenus illud sine hujus summria intelligentia minus recte percipi potest. Nam hactenus discriminis ratio nobis constat, quod iis quae juris antiquati sunt, minus prolixè immorandum putamus, eaque tantum *ωσεν παροδω* atque *in transitu* consideramus, admonitis de usu diverso temporum auditoribus; Etiam de illis, quae in capitibus, quorum usus adhuc in ipsis rerum argumentis obtinet, aliter a pragmaticis scriptoribus, inque foro, quam incorrupta juris monumenta ferunt, accipiuntur. De Praxi universa loquimur, non demoribus singularium locorum, de quibus agendi finis non esset. *Frisiae* tamen instituta discrepantia a Jure Romano quandoque quod eadem, quae heic a jure Casaris abeunt, ubique fere per *Europam*, quae Romanas leges agnoscit, haud dispari modo se habent.

7. Non pollicemur institutionem Controversiarum, sed fundanemta causasque juris certi, et tamen, quia optimum factu est, disputandi argumenta, sive defendas, sive quid oppugnareveils, ex originibus rationibusque Juris certi petere, ut in quotidianis exercitationibus demonstrare non definimus, operam quoque dedimus, ut hae positiones ita conciperentur, quo semina quaestionum seu controversiarum decisionumque sic iis inessent, ut facile detegi atque produci queant, adeoque nulla facile celebrior occurrat disputatio, quae non heic breviter valideque collocata sit. Observationes equidem historicas humaniorumque literarum, non capiebat hujus instituti modus, ideoque eas in Digressionum opus solum pridem secrevimus. Ipsam institutionem a propriis suis pricipiis educi oportere credidimus; non omissis tamen ex historia vetere, Philosophia morali, subinde quoque e Philologia, quae ad intellectum Artis requiri videbantur.

8. Jurisprudentia sine dubio Practica disciplina est; nec tamen absurde studium ejus Theoreticum vel Practicum dixeris; quorum illud in scholis, hoc in foro tractatur; illud in cognitione, hoc in applicatione consistit. Jus novit, qui scit leges earumque quaestiones, rationes et conciliationes. *1. 17. et seqq. de LL.* Applicat jus, qui de singulis facti speciebus, quid ex legibus statuendum sit, judicat.

Cognitio ex libris a Justiniano editis petenda est. Hic enim, quod Caesar Dictator agitavit de jure civili, teste Sueton. *in ej. vit. c. 44.* quod Hadrianus perfecit in Praetorio, feliciter absolvit in utroque, ut ex immensa multiplicis Juris mole pauca et probatissima seligeret, eaque in certos conferet libros, qui hodie quatuor extant: *Institutiones, Pandectae, Codex, et Novellae.* His jungenda *Statutorum*, quae in sua cujusque patria sunt, notita, magis in foro quam in Scholia: nec tamen ea cognitio non facit partem Theoriae potius quam Studii practici: nosse Leges non potest non esse theoreticum, ut diximus; applicationem ad omnigenas facti species, quae praxeos est, hic perinde usu venire, manifestum eat; Nec enim, quia discrepat ab Arte Justiniani, idcirco notitia Juris hodierni magis quam Antiqui Juris studium, a justis injustique scientia separanda erat.

[...] 12. Ex his libris petenda civilis scientia. Da methodo si quis roget, initum haud dubie ab Institutionibus faciendum; in quo felices praedicatur Juris Studiosi, quod prima legum cunabulis ab Imperiali splendore percipiant, §. 3. *d. prooem.* et habent hoc prae auditoribus aliarum artium, qui omnes novitiis institutionum manualibus utuntur; Nostrarum idem est Autor, qui universae disciplinae; quod magni refert. fonti quam rivis primo esse imbutum. Methodus alioquin est optima sine dubio, quae simplicissima; et est simplicissima, quae ordinem ab juris conditoribus servatum boni consulere quam aliis insuescere mavult. (Praelectiones, tom. 1. 1-3/4. 引用は1749年フランクフルト刊トマジウス＝メンケン注解版第四版による)

“1. 私の聴講者の便宜のため、私の言葉で、ローマ法の知識を、固有の、つまり、それ自身の原理に基づき、簡潔かつ明瞭に説明することにした。そこでは、最初に皇帝の法学提要を手短に解説し、その後、法学提要に既に述べられている点には再び触れぬように、学説彙纂へと進んで行く。こうすることで、法の基礎全体を均一にユスティニアヌスの方法に沿って説明できるのであり、この方法を変えるのは罪である。以上のような道筋によって私は二つのことを望んでいる。まず、恵まれた境遇に急がされている人々が、裁判官任官に申し分のない法的能力を短期間の真剣な努力で身に付けられるようにすることであり、そして更には、これらの人々よりも高い志をもった他の人々が、適当な時期に、体系立った知識から解放されて、学芸の源泉そのものに立ち向かい、表裏一体である法の身体と精神を把握しようと欲することである。実際、体系的な学説を何時でも使えるように記憶する前に、この教本を読み、古代の人々全てにそしてそれのみ取り組むような人々は上手くやっているとは思えない。以上の道筋については、『ユスティニアヌス法余滴』に付録された『法の学習と教授の方法に関する対話』でより詳細に述べた。とりわけ努力したのは、私的な講義で既に以前から用いている『法学提要と学説彙纂に即した定理集』の叙述内容とほとんど変

わらないようにするという点である。それではいいよ、我々が君主「ユスティニアヌス」に倣って、＜我々の主イエス・クリストゥスの御名において＞事を秩序立てて解明していくこととしよう。

2. ブダエウスが、学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第1法文への注釈において、法の内容は、「公理」や「定理」によって教示される旨述べているのは決して常識外れではない。これらの用語は、私の勘違いでなければ、数学者たちが通常用いているものから選ばれたものである。確かに、公理とは、ほんの僅かの証明さえも不要な命題に他ならない。プルタルコスは、「デメトリオス伝」の中で、法律による承認がほとんど不要な命令権を保持する君主による、例えば「我が兄弟の殺害は許されるべし」との要求はそのような公理であるとしている。我々は、もっとまともな仕方では、このような公理の代わりとなる法原則、すなわち、「誠実に生きよ」、「他人を害するなかれ」、「各人に各人のものを与えよ」、「何人もその権利を奪われるべからず」、「何人もその財産を濫用するべからず」等々を手に行っている。

3. 定理とは学問の基礎的な準則であり、確かに確実で明白ではあるが、定義、区分、そして、それらから引き出される結論といったように更なる敷衍や説明を要するものである。ユスティニアヌスは、そのような意味で定理という言葉を用いているし、テオフィルスも『法学提要釈義』第1巻1章「正義及び法について」最終節において、この定理を「テーシス」と訳している。例えば、法には二つの領域、つまり、公法と私法が存在すると人々が言うとき、基礎的事項を明らかにし教授内容を開示するために配されたこれらの種類分けを「定理」と呼ぶことは確かに典雅であり、我々が最初から教えてきたように、そのような定理によって学問全体を把握することが可能である。

4. 我々が確信し、我々はもちろんのこと今日の実務にも定着しているのは、学問全体を教示する簡潔で明確な定理を配置する方法が、学識者たちに豊富で確実な説明をもたらし、学生たちに記憶させるのも簡単で、論拠をめぐる長大な議論が苦手なより劣った知性には回り道することなく学問の理解をもたらし、より優れた知性には僅かのことから多くのことを理解し導出する絶好の機会を与える、その限りににおいて、教える側にも学ぶ側にもこの上なく有益であるという観方である。確かに、全ての事柄の論拠をこのような仕方では解明することはできない。しかし、我々にとって重要なのは、「事実」だけでなく「理由」、つまり、事物の原因も考察し簡単に教示できるような繋がりによって法の内容が成り立っているということである。

5. このような定理の模範を、ただしユスティニアヌスとは異なる順序で、提示している聡明な人々がいないわけではない。例えば、ウルテュス、アルトゥシウス、『市民法の区分』のウィンニウスがそうであり、他の人々もそれぞれの表題でそうしている。ただし、それらが皇帝の方法よりも尊重される程に各大学で受け入れられているわけではない。これにはそれなりの理由がある。それはすなわち、学説彙纂におけるユスティニアヌスの非常に優れた整理が、有用さに欠け学問の専門性に相応しくない

教授不能な代物であるとは言えないとしても、努力を怠らない人々は、許されて法律文献に取り組み始めた直後にまず、概要を心に刻んでおく必要があるからである。要するに、最初に新しいの体系家のものを読んだ後、ユスティニアヌスの諸巻に取り組み始めるならば、方法の相違が生じて、記憶やそれに劣らず判断の混乱をも引き起こすことになるのである。

6. 我々は、今述べたとおり、法一般の基礎を、まず法学提要に含まれるものについては全て、次に学説彙纂に見出されるもので法学提要の諸定理と異なるものを、それぞれ配置することに決めた。後者の理由については学説彙纂[の講義]の冒頭において詳細に説明されるはずである。我々が学ぶのは法一般、つまり、今日もお妥当する法のみならず、不使用の影に隠れている法についても、前者が後者の概括的な理解なしに理解できない限りにおいて含めた知識である。というのも、我々は既にその識別法を知っているからである。つまり、我々は、古代法に属することには長々と立ち入るべきではないと考え、それらについては、ただ「付随的に」そしてまた「通過儀礼的に」考慮し、各時代の実務の違いについて聴講者に指摘するに留める。事柄の論証において依然として有効である諸章の中で、残された法の記録が明らかにするところとは異なる理解が実務的著述家や裁判所においてなされている点についても同様である。その際我々が言及するのは、実務一般についてであって、個々の地域の慣行についてではない。それらについて論じることはここでの目的ではない。ただし、フリースラントの制度の内、ローマ法とは異なるものについてはふれるつもりである。というのも、そのようなものは僅かしかないし、このフリースラントにおいて皇帝法と異なるものは、ローマ法を受容しているヨーロッパ中の何処でもほとんど変わりはないからである。

7. しかしここで我々が提示できるのは、論争の整理ではなく確実な法の基礎と事例である。なぜなら、貴方が何かを擁護するにせよ論駁するにせよ、論じるための根拠を確実な法の由来や趣旨から引き出すことが、日々の演習での論証を確実に行うためには事実上最も相応しいからである、また、我々は、これらの諸定理が様々な問題もしくは論争そして判決に内在する種子である以上、それらが容易に明らかにされ導出されるべく構成し、それによって同じように簡潔で明瞭な討論が容易にかつ頻繁に行われるように努力した。本講義の範囲には、歴史的及び人文的な考察は全く含まれておらず、それ故、それらは以前に『余滴』という独立した著作にまとめられた。法学提要そのものはそれ自身の諸原理に基づいて教えられるべきものと我々は信じている。とはいえ、学問の理解にとって必要であると思われた古代史や道徳哲学の知識、更にはまた文献学に基づく知見を無視したわけではない。

8. 法学が実践的の学科であることに疑問の余地はないが、それでもなおその任務が理論的か実践的かを述べることは無意味ではない。前者は大学で後者は法廷でそれぞれ遂行され、また、前者は認識から後者は適用からそれぞれ成り立っている。法に習熟しているのは、法律とその問題、趣旨、相互関連を知る者である。学説彙纂1巻3章

者の概括的な理解なしに理解できない限りにおいて含めた法一般の知識 *universi juris notitia, non modo quod etiamnum obtinet, sed etiam quod desuetudine inumbratum est; quatenus illud sine hujus summata intelligentia minus recte percipi potest*」である。「歴史的及び人文的な考察 *Observationes historicae humaniorumque literarum*」はそこには含まれず、例えば「各時代の実務の違い *usus diversus temporum*」のように、「学問の理解にとって必要であると考えられる *ad intellectum Artis requiri videntur*」限りにおいて、「古代法に属する事柄 *ea, quae juris antiquati sunt*」が「付随的に *ως εν παροδω*」言及されるにすぎない。これらの知識を、「ほんの僅かの証明さえも不要な命題 *enuncitationes nullius indignae demonstrationis*」である「公理 *axiomata*」に加えて、「確かに確実で明白ではあるが、定義、区分、そして、それらから引き出

「法律、元老院決議、長期に渡る慣習について」第17法文以下。法を適用するのは、法律に基づいて如何に決定されるべきか事実の個々の特徴に即して判断する者である。認識はユスティニアヌスによって編纂された諸巻に求められねばならない。というのも、ユスティニアヌスは、独裁官カエサルが、スエトニウス『皇帝伝』カエサル伝第44節が証言する通り、市民法について考えたこと、そしてまた、ハドリアヌスが永久告示録において完成させたことを、膨大な錯綜する法の中から少数の最も適格な一群を選び出し、それらを幾つかの巻本にまとめるという両方において見事にやり遂げたからである。それらの巻本には、今日、法学提要、学説彙纂、勅法彙纂、新勅法の四つがある。これらに、学校ではなく法廷での経験に基づいた各人の故郷における法律の知識を結びつけるべきである。とはいえ、そのような認識は、実践的営為というよりはむしろ理論の一部をなしている。既に述べたように、法に習熟していない者は理論家ではあり得ない。つまり、実務に属している事実のあらゆる側面への適用が理論においても同じように行われるのは明らかである。というのも、ユスティニアヌスの方法に矛盾する以上、正不正の学から切り離されるべきでなかったのは古代法の研究ではなくむしろ現代法の経験の方なのであるから。

[...] 12. これらの諸巻から市民的知識が引き出されねばならない。もし誰かが方法について尋ねるならば、法学提要から始めるべきことはほとんど疑いない。法律の初歩を皇帝の威光から受け取ることができ【法学提要前書第3節】、ごく最近の講義便覧を使用している他の学芸の聴講者たちに比べて本書を手に行っている法学学習者は幸福であると言える。我々の講義の指導者は同一人であり学科全域を司っている。その彼が重要と考えているのは、川ではなく水源にまず習熟することである。要するに、最適の方法とは間違いなく最も簡潔なものであり、最も簡潔な方法とは、別のものに慣れるよりもむしろ法の創出者たち以来保持されてきた秩序に同意する方法である。”

される結論といったように更なる敷衍や説明を要するような学問の基本的準則 *regulae fundamentales Artis, certae quidem et validae, sed altioris indaginis et explicationis, veluti definitiones, partitiones et conclusiones inde collectae*」、つまり、「定理 *positiones*」を用いて教示することが『市民法講義』の目的である。同じ方針は、より小規模な便覧である『法学提要と学説彙纂』に従ってまとめられた法の定理集 *Positiones iuris contractae secundum Institutiones et Pandectas*』(1682年初版)において、その表題の通りより徹底して追求されているが、何れにせよその目指すところは同じであり、ヒューベルは、法学学習者が、適格に配置された諸定理を通じて、「裁判官任官に申し分のない法的能力を短期間の真剣な努力で身に付ける *eam Juris facultatem brevi at nervoso labore adipiscuntur, quae ad applicationem judiciorum valide sufficiat*」こと、あるいは、「学芸の源泉そのものに立ち向かう *ipsos artis fontes adeunt*」前に「体系的な学説を何時でも使えるように記憶してしまう *systematicae doctrinae expromptam memoriam acquisiverunt*」ことを望んでいる。つまり、「学問全体を教示する簡潔で明確な定理を配置するこの方法は、学識者たちに豊富で確実な説明をもたらし、学生たちに記憶させるのも簡単であり、論拠をめぐる長大な議論が苦手なより劣った知性には回り道することなく学問を理解させ、より優れた知性には僅かのことから多くのことを理解し導出する絶好の機会を与える、その限りにおいて、教える側にも学ぶ側にもこの上なく有益である *hanc rationem collocandi breves et claras positiones Artem totam exhibentes, tam docentibus quam discentibus esse commodissimam, quatenus et solidam expositionis copiam praebent Doctoribus, et facile a discipulis memoriae mandantur, atque angustioribus ingeniis, quae magnos rationum discursus non capiunt, intellectum Artis sine ambage suppeditant, validioribus occasionem e paucis multa perpiciendi deducendique praestant efficacem*」と考えられているのである。その際、ヘルマン・ヴルテュス Hermann Vultejus (『ユスティニアヌスによってまとめられたローマ法学 *Iurisprudentia Romana a Justiniano composita*』1590年)、ヨハネス・アルトゥジウス Johannes Althusius (『ローマ法学 *Iurisprudentia Romana*』1586

年)、アルノルト・フィンネン Arnold Vinnen (『法学要論もしくは市民法の区分 *Iurisprudentia contracta sive partitiones iuris civilis*』1624年)といった人々のように、「このような定理の模範を、ユスティニアヌスとは異なる順序で、提示している聡明な人々がいないわけではない *non desunt clari homines, qui specimina hujusmodi positionum diverso, quam Justinianus, ordine dederint*」が、「ユスティニアヌスの方法 *methodus Justiniani*」、つまり、法学提要や学説彙纂の体系が依然尊重されねばならない。というのも、「最初に新しいの体系家のものを読んだ後、ユスティニアヌスの諸巻に取り組み始めるならば、方法の相違が生じて、記憶やそれに劣らず判断の混乱をも引き起こすことになる *si primo systematicos novos ediscant, dein libros Justinianaeos tractare coeperint, haec methodi diversitas fieri non potest, quin confusionem memoriae neque minus iudicii pariat*」からである。

ところで、法学教育をめぐるこれらの議論は実践基底的とでも表現すべき一定の法学観に裏付けられている。確かに、法学において、「理論的任務 *studium Theoreticum*」と「実践的任務 *studium Practicum*」、つまり、「大学において *in scholis*」遂行される「認識 *cognitio*」と「法廷において *in foro*」遂行される「適用 *applicatio*」とを区別することはさしあたり可能である。しかし、ここに言う「認識」には、ユスティニアヌスが残した各法典の理解だけではなく、それを「学校ではなく法廷での経験に基づいた各人の故郷の法律の知識 *Statutorum, quae in sua cuiusque patria sunt, notitia magis in foro quam in schola*」に結びつけることも当然含まれ、そして何よりも、「事実のあらゆる側面への適用 *applicatio ad omnigenas facti species*」が理論においても要求される以上、「法学が実践的学科であることに疑問の余地はない *iurisprudentia sine dubio Practica disciplina est*」。このような法学観の下で用意された『市民法講義』においても、「残された法の記録が明らかにするところとは異なる理解が実務的著述家や裁判所においてなされている点 *illa, quae aliter a pragmaticis scriptoribus, inque foro, quam incorrupta juris monumeta ferunt, accipiuntur*」、つまり、本来のローマ法とは異なる「実務一般 *Praxis universa*」に言及する必要がある。とはいえ、「個々の地域の慣行 *mores singularium locorum*」について

詳論することは、逆に、先の教育目的に矛盾する。にもかかわらず、ヒューベルが、地元フリースラント Frisia:Frieslandtの地域固有法や、自ら判事を務めた最高裁判所の判決にしばしば言及するのは、「そのような相違は僅かしかないし、このフリースラントにおいて皇帝法と異なるものは、ローマ法を受容しているヨーロッパ中の何処でもほとんど変わらず通用している cum pauca sunt, tum eadem, quae heic a jure Caesaris abeunt, ubique fere per Europam, quae Romanas leges agnoscit, haud dispari modo se habent」からである。そして、専らそのような「実務一般」の教授を目的としてオランダ語で書かれたのが『フリースラントその他において通用している現代の法学 Heedendaegse Rechts-Geleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk』(1686年初版)であった。同書は、私法を扱う第一巻、及び、国法、裁判手続法、刑法を扱う第二巻から構成され、この内、デ・フロート『ホラント法学入門 Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleertheyt』(1631年初版)に倣って法学提要の体系を採用する前者は、法学提要の注釈に当てられた『市民法講義』第1巻と表裏一体の関係にある。つまり、そこでは、あくまで「ローマ法 Roomse Recht」との比較照合を通じた「フリースラント法 Friesche Recht」の理解が企図されているのである。『現代の法学』第1巻序言⁹⁾からは、そのようなヒューベルの態度

9) In alle uitvindingen van geleertheit volgens het zeggen van een oudt Meester, is het eerste ende' tlaeste een end' het selve; met so veel onderscheidt alleen, dat het eerste is een eenvoudige stelling van' t geene voorvalt, *vraegswijse*, ende het laeste, de selve eenvoudige stelling *opgelost* ende beantwoort. De konst bestaet in het middelste, in het bezien ende overleggen van de reedenen tot oplossing der Vraegen dienende. De ongeleerde zijn gewent de vraegen eenvoudig voor te stellen, ende ontfangen met de selve klaerheit ende eenvoudigheid de antwoorden, soo wanneer sy goetd zijn. Het middelste bestaende in ondersoeking en ontvouding der reedenen, waer door de antwoorenden uit gevonden en vast gemaekt worden, behouden de Geleerde geerne by haer, het welke bysonderlijk onder de selve is betrachtet, zeedert de konsten van geleertheit in vreemde talen den gemeinen man onbekent beschreeven zijn geweest; want in den beginne doen de konsten eerst zijn gevonden, hebbense niet anders, als in gemeine talen konnen beschreeven worden; waer toe diensvolgens alle ende een yeder, die de moeite

wilde neemen, om sich daer op uyt te leggen, toegang konde hebben. Het ongemak van dese onthoudinge ende verberginge der konsten heeft den lieden eerst beginnen te verdrieten in de kennisse van Goddelijcke dingen, die vervolgens in de voorgaende en in de tegenwoordige eeuw is uitgebrooken in de Moedertalen van alle volkeren in Europa, die haer hebben konnen los maken uit de bittere dienstbaarheid van het *Rooms Egypten*. En metter tijt is het selve geschiedt in de natuur-ende geneeskunde, ook elders in de Rechtsgeleertheit, waer in het wel alderreedelijkst scheen te zijn, om dat die ganschelijk oordeel, dat Godt de Heere gewilt heeft allen menschen gemeen te zijn, sonder dat het voorwerp van dese konst hooger of dieper gaet, als het geene voor oogen blijkt ende alle dagen onder de menschen verhandelt wort. Het is alleen de oneindige verscheidenheit van saken en feiten, beneevens die van de bevattingen der menschen, die het oordeel van de billijkheit in desen deele belemmert, ende wijse lieden verplicht heeft, om reegels ende leeringen uit te vinden, waer door sy een eevendrachtigheit in het oordeelen van eenerleije saken, die allenthalven voorvallen, soudén konnen stichten, End' in desen heeft het *Roomse* recht buiten twijfel veel voor uit, als zijnde bearbeidt door lieden van beproefde wijsheit den tijt van duisentjaren lang en daer over; Weshalven het ook in meest alle landen van de *Kristene* weerelt niet alleen hoog geacht, maer ook, onder uytneeminge van bysondere gewoonten en instellingen, als eigene Rechten, wort gevolgt. Het kan aengemerkt worden als tweeledig, eensdeels soo verre het is gericht nae de gestaltenisse der Regeeringe van dien tijt, mitsgaders nae bysondere gewoonten ende seeden by de *Romeinen* eertijts gebruikt; ende ten tweeden, als behelfende voorschriften ende reegels van de hendelingen der manschenn die altoos van eenerley eygenschap zijn ende blijven sullen soo lange dese bywooninge van menschen duiren sal. In de Academien wort het uyt sijn grondt niet erl anders kan worden vestaen ende uitkeget. Maer als my de geleegentheit is gebooren van *employ* in de *Practijke* te bekoomen, soo hebbe noodig gedacht het tweede deel van het eerste te schiften, om daer mede de bevindinge van voorkoomende saken te vergelijken, ende is my dat alsoo afgegaen in het neederduits, om dat my dachte, dat sulk een maeksel van dagelijx gebruik duidelijker ende platter in Duits, als in 't Latijn konde worden gestelt. Het welke my nae mijn zin ook niet is mislukt, alsoo bekennen moet, dat onder het nederstellen van dese saken, my veel meer licht is aengekomen in het bevatten van het gebruik deser dingen, als te vooren by ende neffens de Latijnsche studien. De dingen ondertussechen in de Practijke volvallende hielpen hier niet wenig toe, ende wierden nae geleegentheit ende verdiensten van saken t' elkens

hier toe van my gebracht. Evenwel hadd' ik alsdoen geen gedachten, om het in' t licht geven; maer ben daer toe beraden geworden, om dat voorzach, dat het d' een of d' andere tijt buiten mijn kennisse wel soude mogen uitkoomen; nademael het soo niet soude konen verbergen, of' t was al in handen gekooman van verscheidene goede Vrieden; ende by aldien het soo mochte zijn uitgekomen als het eerst geschreven was; soude my niet voordeelich hebben mogen zijn. Het eerste opstel zijnde door veele veranderingen op eenige plaetsen onleesbaer geworden, hebbe voor het afdrucken ende de laeste veranderingen, moeten toevlucht neemen tot het afschrifte, dat de Heere *Christiaen de Hartoghe* Secretaris van Menaldumadel, met onvermoeiden arbeit op royael papier daer van hadde gemaekt, die' t vryhertig ten dienste van het Gemeen heeft gelieven op te offeren. Van het werk selfs sal niet veel spreken; wil den Leeser versoecken, het geene voor de beginselen der Rechtskunde gezegt is, alhier te houden als herhaelt. Alleen van de exempelen der *decisien* van den *Hove* so nu en dan aengetrocken, sal zeggen, dat de meeste genoomen ende aangeweesen zijn uit d' Heere van Sande, een goet gedeelte uit de aenteekeningen van d' Heere *Gajus Nauta* in leeven made Raedt ordinaris in den Hove, getrocken uit een geschreeven exemplaar van w: d' Heere *Antonius Kann* onlangs *Procureur Generael* van den lande, die van meeninge is geweest de selve te verrijcken ende uit te geven, gelijk hy te kennen heeft willen geven door een gedrukte *titel*, die hy voor dit exemplaar hadde doen binden; maer sal dael van afgehouden zijn niet alleen door sijn haefdig overlijden, maer ook door de *confusie* van die aenteekeningen, in geenem deele bequaem zijnde om uitgegeven te worden, gelijk uit het exemplaar self, dat noch by de erfgenamens is, kan worden gezien. Hebbe ook eenige exempelen genoomen uit seekere aenteekeningen op de ordonnantien, die de naem hebben van twee deftige Heeren *Iohannes Saekma* eertijts made Raedt in de Hove, ende *Thomas Herbay* Procureur Generael. Eindelijk zijn ook ettelijcke exempelen in desen bygebracht uit mijn eigen aenteekeningen, ten tijde aen' t Hoff geweest ben, gemaekt. Alles met soo veel omzichtigheit, als hebbe geweeten by te brengen. Secreten van Raedt of Rechtkamers zijn niet geroert; niet sal' er gevonden worden, als wat in het publijk is gepasseert en uitgesproken nae mijn beste kennisse, sonder dat ik echter de bygebrachte *decisien* alhier voor hebbe verder te doen gelden, als voor *exempelen*, ten einde de leeringen dear door better te begripen. Zijn' er misslagen ofte verzinningen, dat wel kan ende moet zijn, versoeke daer van onderricht ende ondertusschen verontschuldigt te worden. En indien yemant denkt, dat ik dit gevaer van ontschuldige en *excuse* van noden te hebben, wel hadde konnen vermeijden, die sal gelieven te weeten, dat mijn *Commissie*, die van den Lande

hebbe, mede-brengh, om niet alleen het Latijnsche, maer ook het *Friesche Recht* met schrijven te verlichten; dat in deser voegen, nae mijn beste vermoogen hebbe soeken te betrachten; tot dat de tijt, onder Godes zeegen, yets beter sal mogen opgeven. Denke niet, dat veel woorden van nooden sal hebben om te doen gelooven, dat dit werk om geen roem of profijt is gemaekt. Eere kan niet wachten van in Duitsch te hebben geschreeven, dat al over de vijf en twintig jaren in' t Latijn hebbe geleert, ende soo' t waer is, dat eenige meinen, als of de Latijnsche geleertheit hier door gekrenkt wierde. soude het eerste gevoelen daer van, in' t verminderen van toehoorders my mede treffen. Doch gelijk de Theologanten ende andere Geleerden haer Waerde met het duitsch schrijvan niet is vermindert, soo meine, dat dese vreesse voor de Rechtsgeleertheit immers soo ydel is, als het by andere Volkeren reede gebleeken is, [...]

(Rechtsgeleertheit, Voor-Reden. 引用はレーワルデン刊初版のテキストによる)

“昔のある学識者の言葉に従うならば、学問による発見の全てにおいて、その始まりと終わりに位置するのは同じ一つのものである。つまり、他には様々な相違があるとはいへ、始まりは、簡潔な命題が何も無いところから疑問の形で生じ、終わりは、その簡潔な命題それ自体が解決され解答される。その間に方法が存在し、そこでは問題の解決に役立つ理由について検討され熟考される。初学者は、問いというものを簡単に捉えがちで、答えが適切であれば、同じく明白さと簡潔さをもって、その答えを受け取る。答えを見つけ出しそれを確実なものとする理由の探求と解明を担う中間項は、学識者が意図的に自らの手元に保持しており、そのような中間項は、学問の方法が一般人に馴染みのない外国語で書かれるようになって以来、学識者に特有のものと考えられている。しかし、本来は方法が最初に見出され、それらの方法には母国語で表現できない事柄は含まれていない以上、これに即して自己主張しようと懸命に努力する者は誰でも皆、方法を用いることができる。先に見たような方法の出し惜しみや隠蔽に対する嫌悪感は、まず、神事の知識をめぐる人々に苛立ちをもたらし、その後、そのような知識は、前世紀及び今世紀に至って、ヨーロッパのあらゆる国の言葉で出版されており、これを手にすることで、ローマカトリック教会への苦痛に満ちた隷属を解消できた。そして、中世には、同じことが、自然学と医学に加えて、法学においても生じた。そこではそれが全く当たり前のことと思われていた。というのも、法学は、神が人間に共有されることを望んだ生来の判断力に完全に依存し、この方法の対象については、何も明白でなくそれについて毎日人々の間で議論されるという状況よりも先には進まず、深まっていなかったからである。この領域における衡平な判断を妨げ、聡明な人々に、次々に生じる事件の判断に際して均衡を保つことのできるような準則や理論を見出すよう強いてきたのは、事実あるいは事件、並びに、人間の理解の無限の多様性である。そして、この点において、ローマ法の方が遥かに優れていることは

間違いない。というのも、ローマ法は、信頼に値する知恵を持った人々によって千年以上に渡って形成されたからである。それ故、ローマ法は、キリスト教徒のほとんど全ての国々において大いに尊重されているだけでなく、独特な慣習や考え方から取り出されたものもまた、自分たちの法として遵守されている。ローマ法は二つのものから成り立っていると考えられる。第一に、ローマ法は、当時の統治形態、更には、かつてローマ人に通用していた特殊な慣習や習俗に即して形成された。第二に、人間の行為に関する規律や規則としてのローマ法であり、これらは、常に同じ特質を保ち、人間の現世での生活が続く限り存続すべきものである。大学では後者とともに前者も教授されているが、それは、別の仕方でローマ法をその根底から理解し解釈することはできないという理由による。しかしながら、実務に従事する機会が私に訪れた際、私は、目の前の事案に関する所見とローマ法を照らし合わせるために、第二の要素を第一の要素から区別することが必要であると考えた。そして、私の場合、それはオランダ語で公にされた。というのも、日々の慣行のそのようは成果はラテン語ではなくオランダ語の方がより明瞭かつ平易に表現できると考えたからである。そしてまた、そのような試みは、私の考えでは、失敗ではないし、これらの仕事に従事している間、前述の事柄の理解にあたって、以前にラテン語による研究に携わっていた時よりも多くの光がこの慣行から私にもたらされたと告白せねばならない。その間実務において起こった出来事は、本書において役立つところが少なくなく、各人の仕事にとって好機となり有利となるように、私によって本書に盛り込まれている。にもかかわらず、私は、当時、本書を公にすることを全く考えていなかった。しかし、いつか私の知らないうちに本書が出版されるかもしれないという恐れのため、公にすることについて考えるようになった。というのも、本書をもはや隠しておくことは不可能であるから、換言すれば、それは既に何人かの親しい友人たちの手に渡っているからであり、また、もし最初にかかれた通りのまま公刊されるならば、私にとって不都合なことになるかもしれないからである。最初に書いたものは幾つかの箇所によくの変更が加えられて読みにくくなっていたが、私は本書の印刷を認め、最終的な変更には、それを書き写すためにどうしても手助けが必要となった。そして、メナルドゥマデルの法律顧問クリスティアーン・ハルトーヘ氏は、私が既にかき上げた膨大な原稿を下書きにその作業を根気強く行ってくれた。彼は、一般の人々の利益のために喜んでそれを引き受けてくれたのである。本書そのものについて語るべきことはそれほどない。読者にお願ひしたいのは、法手続の諸原則についてここには何も述べられていないということに常に念頭に置いておくことである。ただし、最高裁判所の裁判例のごく最近の興味深いものについては言及するつもりである。大半の裁判例は、ファン・サンデ氏の著書から、また、かなりの部分が、生前彼と共に最高裁判所の判事であったガイウス・ナウタ氏による覚書からそれぞれ引用され指示されており、更に、州の前司法長官アントニウス・カン氏によって書かれた覚書も引用されている。カン氏は、この覚書の

をはっきりと読み取ることができる。「学問によるあらゆる発見 alle uitvindingen van geleertheit」は、「簡潔な命題 eenvoudige stelling」による「問い vragen」を起点とし、「答えを見つけ出しそれを確実なものとする理由の探究と解明にあたる中間項 het middelste bestaende in onderzoekinge en eenvoudinge der reedenen, waer door de antwoorden uit geonden en vast gemaakt worden」を介して、同じく「簡潔な命題」による「答え antwoorden」に到達するものであり、「法学 Rechtsgeleertheit」においても、この「中間項 het middelste」、つまり、「学問の方法 de konsten van geleertheit」は必要不可

ために決めていた表題によって意思を伝えていた通り、これを増補し出版するつもりであった。しかし、それは、彼の突然の死のみならず、依然として相続人の手元にあるその覚書それ自体から看取されるように、出版されるには全く不適当な記述内容の混乱があるため取りやめとなっていた。私はまた、法令に関する信頼できる覚書から幾つか引用しており、それらは、かつて共に最高裁判所の判事であったヨハネス・ザークマ、及び、司法長官トーマス・ヘルバイという威厳ある両氏の名によるものである。最後に、最高裁判所時代に作成した私自身の覚書からも幾つか本書に引用されている。全ては、最大限の良心と慎重さをもって引用した。判事や判事会議の秘匿事項は侵されていない。つまり、私のよく知る範囲において公になされ発言された事柄以外のことはそこに見出されず、実際、私は、ここに引用された判決に、学説をそれによってよりよく理解するための事例以上の意味をもたせていない。まさにあり得べきそしてまた避けられない誤りや思いこみが本書にはあるであろうから、ご教示願うとともに、さしあたっては、それらの誤りや思いこみを寛恕いただきたい。そしてもし、私がこのようなお詫びや弁解の危険を侵さざるを得ない状況を上手く避けることができたはずと誰かが考えるならば、その人は、私がラテン語の法文のみならずフリースラント法をも原稿と照合するよう州から委託を受けたということを知って喜ぶはずである。これに答えるべく、私は、神の命により手を休めることを許されるときまで、能力の及ぶ限り努力した。名誉や利益のために本書が著されたわけではないということを知ってもらうために多くの言葉が必要であることは考えていない。既に25年以上に渡ってラテン語で教えてきた以上、オランダ語で書くことによって栄誉を期待するなど不可能であり、それ故、これによってラテン語による教説が傷つくかのように考える人々が何人かいるのも確かであるし、聴講者の減少を恐れる気持が私にも生じるはずである。しかし、神学者や他の学識者の価値がオランダ語による著作によって減じられることはないのと同様に、法学にとってもまたこのような恐れは全く無用であるので、他の国々ではそれが自明の理屈になっている。…”

欠である。実際、「事件や事実、並びに、人間の理解の無限の多様性 de oneidinge verscheidenheit an saken en feiten, beneevens die an de bevattingen der menschen」によって妨げられている「衡平な判断 het oordeel van de billijkheit」を取り戻すためには、「神が人間に共有されることを望んだ生来の判断力 het gemein natuurlijk oordeel, dat Godt de Heere gewilt heeft allen menschen gemeen re zijn」だけでは足りない。それ故、「聡明な人々 wijse lieden」は、「次々生じる事件の判断に際して彼らが均衡を保つことのできるような準則や理論 reegels ende leeringen, waer door sy een eevendrachtigheid in het oordeelen van eenereleye saken, die allenthalven voorvallen, souden kunnen stichten」を求め、ローマ法をまさにそのような「準則 reegels」及び「理論 leeringen」として位置づけた。ただし、ローマ法には、「当時の統治形態、更には、かつてローマ人に通用していた特殊な慣習や習俗に即して形成された is gericht nae de gestaltenisseder Regeeringe van dien tijt, mitsgaders nae bysondere gewoonten ende zeeden by de Romeinen eerttijts gebruijkt」部分と、「常に同じ特質を保ち、人間の現世での生活が続く限り存続すべき altoos van eenereley eygenschap zijn ende blijven sullen soo lange dese bywooning van menschen duiren sal」部分とが含まれており、「大学 Acadmie」では双方とも教えられているが、「実務 Practijk」において必要なのは「人間の行為に関する規律や規則 de voorschriften ende reegels van de handelingen der menschen」に当たる後者に他ならない。「最高裁判所の判事 Raedt in den Hove」の一人として、「目の前の事案に関する所見と照らし合わせるために、第二の要素を第一の要素から区別することが必要であると考えた hebbe noodig gedacht het tweede deel an het eerste te schiften, om daer mede de bevindinge van voorkoomende faken te vergelijken」と述べるヒューベルは、そのような実務とローマ法の比較照合の成果を、ローマ法源の注記という形で『現代の法学』に盛り込んだ。他方、先の『市民法講義』での区別に従えば、『現代の法学』もまた理論における認識の成果であるから、実務における適用、つまり、「最高裁判所の判決例 exempelen der decisien van den Hove」が引用される場合でも、それは、「学説をそれによってよりよく理

解するための事例 *exempelen, ten einde de leeringen daer door beter te begrijpen*」として参照されるにすぎないのである。

II

当時の大学法学部には未だ自然法の講座は存在していなかったため、法学提要に始まり学説彙纂を経て勅法彙纂及び新勅法へと進んで行く法学部のカリキュラムの中では、例えば、法学提要第1巻第1章及び第2章、更には、学説彙纂第1巻第1章といったいわゆる素材の在処 *loci materiae* において、自然法 *Jus Naturale*・万民法 *Jus Gentium*・市民法 *Jus Civile* というローマ法の伝統的枠組みに従い、自然法が講じられた。その際、同時代の自然法論について付随的に言及することは可能であり、ヒューベルの『市民法講義』においても、デ・フロートの『戦争と平和の法』からの引用がみられる。しかし、自然法や万民法の定義に際して繰り返し参照されているのはキケロである。例えば、法学提要第1巻第2章への注釈¹⁰⁾では、まず、前書の冒頭に示された「自然法とは

10) [1.] *Jus Naturae ait Imperator esse, quod Natura omnia animalia docuit, in pr. h. t. Idemque callidus philosophiae tradit Ulpianus in l. 1. §. 3. Dig. h. t. Non putp id velle Viros sapientes, quod omnes in illis irradient; bruta jus capere, quae Hesiodus ait*

Ε' σθεμεν ἀλλήλους, ἐποι οὐδίκη ἐστὶ μετ' αὐτῶν.

Ipsa suos comedunt, quia nullo jure reguntur.

Sed jus Naturae vocant illa principia, quae natura nobis induit inolevitque, dicta veteribus τα πρωτα κατα φύσιν, Prima Naturalia, de quibus disserit Taurus apud A. Gell. 1. 12. c. 5. et ex quibus animal, simulac natum est, fertur ad conservationem sui, tam bestia quam homo, ut Tullius 3. de fin. copiose docet; quo pertinet procreatio, amor et educatio sobolis, defensio sui, studium libertatis et similia. Nam ex hisce principiis, quatenus bestiis etiam conveniunt, ducuntur rationes, quae faciunt Juris conclusiones; Quarum exemplum dedit M. Tullius in defensione Milonis, quem ideo Clodium jure caecidisse contendit, quia corporis sui tuendi causa eum percusserat, secundum Legem non scriptam, sed natam, quam feris Natura ipsa praescripsit. Videmus illas regulas, quae et quatenus cunctis

animantibus sunt communes, juris habere effectum inter homines; Hoc sensu jus sunt. Ipsa bruti non exercent jus, nisi quatenus *μιμηματα της ανθρωπινης ζωης, imitamenta vitae humanae*, juxta Aristot. 9. *hist. anim.* 7. et simulacra virtutum, Cic. 2. *de finib.* illis adscribuntur. Cum tali abusu, mente tamen paulo diversa, dixit Caesar in *fine pr.* caetera quoque animalia istius juris peritia censi, ex *d. l. 1. §. 3. in fin.*

2. Jus Gentium est, *quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit, §. 1. h.* Hoc igitur ita est hominibus proprium, ut brutis ne quidem imago ejus et το materale, ut ita loquar, adscribi possit. Paulo aliter Grotius definit *Jus Gentium, quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit, lib. 1. de J. B. et P. c. 1. n. 14.* Oritur autem ex ratione naturali, aut immediate, aut consequenter.

3. Quod ratio immediate dictat, hoc jus Gentium Primaevum vocatur, et finiri potest cum Cicerone, 1. *De Legib. Ratio summa, insita a Natura, quae jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria.*

SCHOLIUM.

Possimus equidem hanc Ciceronis descriptionem tolerare, sed tanquam oratoriam; aliam dedimus *ad tit. paedec.*

RESPONSIO.

Non tantum oratoriam, sed etiam jure suo philosophicam esse hanc definitionem, probavimus in *lib. 5. Digress. cap. 5. et seqq.*

[...]

Estque illud ipsam, quod Apostolus ad *Rom. 2. v. 15. νομον γραπτον εν ταις καρδιαις*, Legem cordibus inscriptam, Plato 8. *de Leg. νομον αγραφον*, Legem non scriptam, scilicet ab homine, appellat. Ad hoc jus primaevum referuntur, Religio erga Deum, pietas erga patriam et parentes, et omne discrimen turpis ac honesti. Jus Gentium secundarium est, quod *usu ita exigente ac humanis necessitatibus est introductum, §. 2. h. t.* quo pertinent dominia, imperia, bella, servitutes, et plerique contractus, 1. 5. *D. de just.*

4. Jus Gentium Primaevum proprie et plene dici potest Jus Naturale; quia non instinctus Naturae, qualis est in brutis; sed ratio Naturalis jus facere potest; cum hoc sit refula actuum moralium quam de bestiis praedicare absurdum fuerit. Hinc idem Caesar noster, Juris Naturae vocabulum cum jure Gentium confundit, §. 11. *infr. de A. R. D.* exemplo Gaii in *l. 1. D. eod. tit.* sed accuratius, Naturale jus est, quod modo ex Cicerone definimus. Jus Gentium dicitur, *quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit.*

SCHOLIUM.

Sed gentes voluntatem hanc nunquam declaraverint; per modum legis insuper se obligare non potuerunt, quia inter se pares sunt.

RESPONSIO.

Quod attinet ad declarationem, ea satis ex institutis apud plerasque moratiores gentes receptis liquet, et nominatim ex iis, quae tit. praeced. n. 8. in Resp. ad schol. ult. protulimus. Sed difficultas est in obligatione juris gentium, quae non videtur esse diversa a praecepto conservandi pacem, quod est juris naturae, nam mutua utilitas sola non potest addere *δυναμιν αναγκαστικην*, vim coactivam. Res igitur huc redit, quod modo in textu collocatum est; jus naturae vel oriri e dictamine rationis immediato, ut est discrimen honestorum et turpium; vel par consequentiam, ut sunt dominia, imperia et jura bellorum, caeteraque superius nominata. Quae prioris sunt generis, dicuntur esse juris naturae; quae posterioris, ad jus Gentium referuntur. Exempla vero prioris et posterioris speciei tam evidenter a se invicem differunt, ut priora nomen generis recte sibi vindicent, et posteriora peculiari appellatione distinguere mereantur; ut tamen utraque juri naturae late sumpto recte adscribantur.

[...]

Caeterum, ad jus illud Naturae, seu Gentium primaevum, proprie pertinent ea, quae ratio morum necessaria jubet aut vetat; verum improprie huc saepe referuntur, aue licent, neque repugnat Naturae, ut tutela corporis, procreatio sobolis, libertas, occupatio ejus quod nullius est, aliaeque naturales facultates. Item, quae ratio suadet ut meliora, non tamen imperat, veluti quod hereditas proximo sanguini debeatur, 1. 7. D. de don. damnat. Hinc docendi causa, jus Nat. in proprium et improprium distinguere potest. Proprium aliter *praecipiens* vocetur, et est idem, quod definivimus, idque Caesar intelligit in §. 11. h. t. ubi jus naturae docet esse immutabile, quoniam profectum est a sculptura numinis impressa mentibus; cui jus humanum ut mutabile, sicut homines sunt, opponitur, quod quo sensu accipiendum sit, diximus in lib. 1. de jur. Civit. a. 2. n. 20. et seqq. Improprie dictum, sit vel *permittens* vel *suadens*. Permittens circa ea, quae ut dictum, licent, neque repugnat Naturae, versatur; Suadens, cujusmodi sit, jam perinde dictum est. Quando jus Naturae a bestiis alienamus, ut faciendam esse diximus, superest illa Juris naturalis definitio, quam modo e Cicerone laudavimus, nisi paulum eam reformatae velis, quod Theologos aliquos desiderare video, hoc modo; *Ratio summa, insita mentibus ab auctore naturae Deo, honesta jubens, contraria prohibens*. Vide sis quae dixi lib. 1. de Jur. Civit. cap. 2. 3. et 4.

5. Jus Civit, quod quisque populus liber sibi peculiare constituit; sive, quod est

proprium cuiusque civitatis, §. 1. h. [...] (Praelectiones, tom. 1, 8-10.)

“1. 皇帝[ユスティニアヌス]は、本巻本章前書において、自然法とは自然があらゆる生き物に教示した法であると述べている。哲学に精通したウルピアヌスも、学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第1法文3節で同じことを指摘している。ヘシオドスに「法によって縛られていないために自分のものを食い尽くす」と評されている獣が法を理解することを思慮深い人々が望んでいるとは思えない。というも、それでは彼らは皆の嘲笑的になってしまうから。そうではなくて、彼らが自然法と呼んでいるのは、自然が我々に与え植え付けた端緒であり、古代人の言うところの「第一の自然」である。これについてはゲッリウス『アッティカの夜』第12巻5章でタウルスが論じており、また、トゥッリウス[キケロ]が『善悪の窮極について』第3巻で詳細に教示している通り、人間にせよ獣にせよ生きているものは、この第一の自然によって、生まれると同時に、自己保存へと駆り立てられる。ここに言う自己保存には、生殖、子への愛情と養育、自己防衛、自由への欲求その他が含まれる。これらの端緒から、獣にもまた相応しい限りにおいて、法的結論を導く根拠が引き出される。マルクス・トゥッリウスは、ミローを弁護する際に、そのような根拠の例を示している。すなわち、彼が主張するには、ミローは、「書かれた法律ではなく、自然自身が獣に命じると同様の生来の法律」に則って、自らの身を守るためにクロディウスを殺害したのであるから、まさに法に基づいて彼を殺害したことになるのである。生きている全てのものに共通でありかつその限りで認められるこれらの準則は、人間の間に於いて法としての効力を有するものと考えられる。この意味で、それらは法なのである。獣さえ、アリストテレス『動物誌』第9巻7章に言う「人間の生活の模倣」や、キケロ『善悪の窮極について』第2巻に言う「道徳の模倣」が見出される限りにおいて、法を用いている。皇帝は、本章前書の末尾において、学説彙纂1巻1章第1法文3節末尾を、その趣旨においてはほんの僅かな違いはあるが流用し、「人間以外の生きものもまた当該法について熟知しているとみなされる」と述べている。

2. 民法とは、「自然的理性が全ての人間の間に定立する法」である。本章第1節。従って、これは、人間に固有の法であって、言ってみればその似像や質料を獣に見出すことは決してできない。他方、グロティウスは、これとは若干異なり、「全てのあるいは大半の諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得するもの」と万民法を定義している。『戦争と平和の法』第1巻第1章14番。ただし、万民法は、自然的理性から直接に生じるか、あるいは、その論理的帰結として生じるかの何れかである。

3. 理性が直接教示するものは、「原初的万民法」と呼ばれ、キケロ『法律について』第1巻によれば、「為すべきことを命じその反対のことを禁じる、自然によって植え付けられた最高の理性」と定義することができる。

[クリスティアン・トマジウスの] 所見：キケロによるこのような表現を受け入れることは確かに可能であるが、あくまでそれは弁論的なものとしてであり、別の表現

は前章において既に示した。

〔ヒューベルの〕 応答：キケロによるこの表現が弁論的なだけでなく哲学的でもあることは、『余滴』第5〔＝第2部第1〕巻の第5章以下で証明した。

また、それは、使徒〔パウロ〕がロマ書第2章15行で「心に記された法」と呼び、プラトンが『法律』第8巻で「書かれざる法」、これはもちろん人によって書かれていないという意味であるが、そのように呼んでいるものである。この原初法には、神への敬虔、祖国と父祖への忠誠、悪行と善行の完全な識別が含まれる。「取引上のそのような要請や人間の必要に応じて導入される」【本章第2節】のは、副次的な万民法であり、そこには、所有権、命令権、戦争、奴隷、そして、大半の契約が含まれる。学説彙纂1巻1章第5法文。

4. 原初的な万民法は自然法と呼んでも全く差し支えない。というのも、獣に見られるような自然的本能ではなく自然的理性が法を創出するのであり、また、法は道徳的行為の基準であって、獣についてそのような基準を云々することは馬鹿げているから。そのため、我らが皇帝は、本書第2巻1章「物の区分について」第11節において、学説彙纂1巻8章「物の区分と性質について」第1法文のガイウスに倣い、自然法という用語を万民法と混同しているが、正確には、自然法とは、我らがキケロに基づいて先に定義したものである。万民法とは、「正しい理性を用いる諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得する」法であると解される。

所見：しかし、諸民族がこのような意思を表明したことは決してない。その上、諸民族は互いに平等であるから、法律によって互いを義務づけることはできなかった。

応答：そのような意思の表明に関しては、多くのより品行方正な諸民族において受容された制度から、つまり、前章の9番の所見に対する応答において既に述べたところから、全く明らかである。しかしながら、自然法に属する平和維持の要請と異ならないように見える万民法上の義務には困難が存している。というのも、相互の利便性だけでは、強制力をもたらすことはできないからである。それ故、先に本文で述べたことをここで繰り返すことになる。すなわち、自然法には、善行と悪行の識別のように、理性の命令から直接生じる場合と、所有権、命令権、戦争権その他先に述べた事柄のように、論理的帰結として生じる場合とがある。前者の種類のものが自然法に属すると解され、後者の種類のものが万民法に数えられる。実際、前者と後者それぞれの例は次のように明らかに異なっているので、前者の例は「自然法という」種類の名称の自らのものとして要求し、後者の例は区別できるように特有の名称を要求する。しかし、双方とも広く解された自然法に含めるのが正しい。

ところで、この自然法、つまり、原初的な万民法には、本来、習俗を支える必然的な道理が命じあるいは禁ずる事柄が含まれるのであるが、身体の防御、子づくり、自由、無主物の先占その他の自然的な能力のように、自然によって許されなおかつ自然に反しない事柄をもしばしばこれに含めているのは全く適切ではない。また、例えば、相

自然があらゆる生き物に教示した法である *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*」という自然法の定義が、「古代人の言うところの〈第一の自然〉*dicta veteribus τα πρωτα κατα φύσιν, Prima Naturalia*」、つまり、「自然が我々に与え植え付けた端緒 *illa principia, quae natura nobis induit inolevitque*」を指示するものとして敷衍され、『善惡の窮極について *De finibus bonorum et malorum*』第3巻の「生きものは、生まれるや否や、自分と向き合い、自己を保存し、自己の境遇とその境遇を維持するものに注意を払うべく仕向けられる *simulatque natum sit animal, ipsum sibi conciliari, et commendari ad se conservandum, et ad suum statum, et ad ea, quae conservatia sunt ejus status, diligenda*」という一節¹¹⁾を典拠に、「人間にせよ獣にせよ生きているものは、この第一の自然によって、生まれると同時に、自己保存へと駆

統が最近親者に対して義務づけられる場合【学説彙纂48巻20章「有罪の判決を受けた者の財産について」第7法文】のように、理性が良かれと勧めるけれども命じているわけではない事柄も同じである。自然法を本来的ものと非本来的なものに区別する理由はここにある。本来的な自然法とは、別名、「命令的」な自然法とも呼ばれ、我々が既に定義したものと同じであり、皇帝も本章第11節においてそのように理解している。その箇所で、皇帝は、自然法が、人間精神に刻み込まれた神の似像に由来する以上、不変であると教示している。これに対峙しているのが、人間がそうであるように常に変化する人為的な法である。この人為的な法を如何なる意味で理解すべきかは、『国法論』第1巻2章20番以下で既に述べた。不当にも自然法と呼ばれているものは、「許容的」もしくは「勧告的」な自然法である。許容的自然法とは、既に述べたように、自然に許されなかつ反しない事柄に関わり、勧告的自然法は、同じく既に述べたような類のものである。そうすべきであると既に述べたとおり、自然法を獣から遠ざけるならば、自然法の定義として残されているのは、先に我々が称賛したキケロによるそれである。ただしそれは、この定義を次のように僅かに変更すること、どこかの神学者たちはそう望んでいるように思われるが、そのような変更を望むのでなければ、である。すなわち、「自然の創造主である神によって魂に植え付けられ、正直さを命じ反対を禁ずる理性の総体」というように。『国法論』第1巻2、3、4章で述べたところも参照されたい。

5. 市民法とは、自由な諸国民それぞれが自らに固有のものとして定立した法、もしくは、それぞれの国家に特有の法である。本章第1節。…”

11) *De finibus*, III, 5. 対話相手の小カトーがストア派の立場を代弁して述べている。

り立てられる *ex quibus animal, simulac natum est, fertur ad conservationem sui, tam bestia quam homo*」という趣旨に解釈されている。また、このような「自己保存 *conservatio sui*」に向けられた「生きている全てのものに共通する準則 *illae regulae, quae cunctis animantibus sunt communes*」として、「子づくり *procreatio sobolis*」、「子への愛情と養育 *amor et educatio sobolis*」、「自己防衛 *defensio sui*」、「自由への欲求 *studium libertatis*」等が列挙されているが、これらを内包する自然法が「法的結論を導く根拠 *rationes, quae faciunt Juris conclusiones*」となり得る旨論証する際に言及されているのは、『ミロー弁護 *Pro Milone*』で扱われた「自己防衛」のための殺人であった。「待ち伏せる者 *Insidiator*」や「追い剥ぎ *latro*」から「身を守る手段 *ratio expediendae salutis*」としての「殺害 *nex*」は「書かれてはいないが自ずと生じた法律 *non scripta, sed nata lex*」に基づいて正当化され、そのような法律を「我々は自然そのものから取り出し咀嚼し口に出している *ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus*」とのキケロの主張¹²⁾を下敷きに、ヒューベルは、自然法を、「書かれてはいないが、自然自身が獣に命じると同様に自ずと生じた法律 *lex non scripta, sed nata, quam feris Natura ipsa praescripsit*」と言い換えている。ところで、法学提要は、本章第1節で、「各国の民衆が自らのために定立した *quisque populus ipse sibi constituit*」市民法と「自然的理性が全ての人間の間に定立した *naturalis ratio inter omnes homines constituit*」万民法を区別しているが、ヒューベルの注釈では、このような万民法の定義は、むしろ、生きているもの全てに共通する自然法に、「人間に固有の *hominibus proprium*」万民法を対置するものとして位置づけられ、続く法文中に見出される「全ての諸国民において等しく尊重される *apud omnes populos peraeque custoditur*」との文言には言及されない一方で、「全てのあるいは大半の諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得するもの *quod Gentium omnium aut multatum voluntate vim obligandi accepit*」というデ・フロートによる万民法の定義¹³⁾

12) *Pro Milone*, 4, 10.

13) *De jure belli ac pacis*, I, 1, XIV, 1.

が、おそらくは市民法との区別を明確化する趣旨で引用されている。とはいえ、本章への注釈における『戦争と平和の法』からの引用はこれのみであり、万民法と自然法の関係をより詳しく論じるにあたって参照されているのは、やはり、キケロである。ヒューベルは、万民法を、「自然的理性から直接に生じる *oritur ex ratione naturali immediate*」ものと、「自然的理性からその論理的帰結として生じる *oritur ex ratione naturali consequenter*」ものとに区別し、前者を「原初的万民法 *Jus Gentium Primaevum*」、後者を「副次的万民法 *Jus Gentium secundarium*」と呼んだ上で、本章第2節にみられる「取引上の要請や人間の必要に応じて諸民族が自らのために何かを定めた *usu exigente et humanis neccessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*」との説明を、「所有権 *dominia*」、「命令権 *imperia*」、「戦争 *bella*」、「奴隷 *servitutes*」、「契約 *contractus*」等の諸制度から成る副次的万民法にのみ関わるものとして理解している。これに対して、原初的万民法のより正確な定義として引用されたのが、「為すべきことを命じその反対のことを禁じる、本性の内に植え付けられた最高の理性 *ratio summa, insita in natura, quae jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*」という『法律について *De legibus*』第1巻の一節¹⁴⁾であった。キケロ自身は、これを万民法ではなく、「法の端緒 *juris principia*」あるいは「法一般 *universum jus*」という意味での「法律 *lex*」の定義として提示しており、それをヒューベルが敢えて原初的万民法の定義として捉えたのは、この万民法が「自然的理性 *ratio naturalis*」によって「直接 *immediate*」創出されるものであり、その意味で、「自然法と呼んでも全く差し支えない *proprie et plene dici potest Jus Naturale*」からである。この原初的万民法＝自然法は、「獣に見出されるような自然的本能 *instinctus Naturae, qualis est in brutis*」ではなく自然的理性に由来し、単純な自己保存ではなく、「神への敬虔 *Religio erga Deum*」、「祖国と父祖への忠誠 *pietas erga patriam et*

14) *De legibus*, I, 6, 18. ただし、引用では、「本性の内に *in natura*」が「自然によって *a natura*」となっている。これは、後に触れる『余滴』での議論をみる限り、単純な誤植でも意図的な改変でもなく、ヒューベルが参照したテキストに由来するものと考えられる。

parenets]、「悪行と善行の完全な識別 *omne discrimen turpis ac honesti*」をその内容とする限りにおいて、全ての生きものに共通する自然法とは区別されるし、理性との直接的関係の有無によって副次的万民法からも明確に区別される。ヒューベルが、先に引用したデ・フロートの定義を踏襲し、そしてまた、「意思 *voluntas*」によって媒介される自然的理性との繋がりを強く意識して提示した、「正しい理性を用いる諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得する *ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit*」法という万民法の定義は、それ故、法学提要本章第2節の上記文言と同様、専ら副次的万民法に当てはまることになる。また、自然的理性に基づく「悪行と善行の完全な識別」、つまり、「習俗を支える必然的な道理が命じあるいは禁ずる事柄 *ea, quae ratio morum necessaria jubet aut vetat*」が原初的万民法＝自然法の内実であるとするならば、それは、「身体の防御 *tutela corporis*」、「子づくり」、「自由 *libertas*」、「無主物の先占 *occupatio ejus quod nullius est*」のように、「自然によって許されなかつ自然に反しない *licent, neque repugnat Naturae*」事柄を内容とする「許容的自然法 *jus naturae permittens*」や、「最近親者 *proximus sanguini*」への「相続 *hereditas*」のように「理性が良かれと勧めるけれども命じているわけではない *ratio suadet ut meliora, non tamen imperat*」事柄を内容とする「勧告的自然法 *jus naturae suadens*」とも明確に区別されねばならない。原初的万民法は、キケロの言う通り「為すべきことを命じその反対のことを禁じる *jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*」、あくまで「命令的 *praecipiens*」な自然法であって、そのような自然法こそ「本来の自然法 *Jus Naturale proprium*」なのである。

『市民法講義』には、最初別々に出版された法学提要と学説彙纂の部分が1690年に一つにまとめられた際、ライプチヒ大学での講義でヒューベルの『法の定理集』を用いていたクリスティアン・トマジウスの手になる批判的な「所見 *scholium*」とこれに対するヒューベルの「応答 *responsio*」が併せて収録されたが¹⁵⁾、その中で、トマジウスは、キケロに基づく原初的万民法＝自然法の定

15) [...] In hac iterata editione accidit, quod solet iis, qui docendo scribendoque proficiunt, ut emendando et novando non possut adstinere: quemadmodum heic

義について、それが「哲学的 philosophica」なものではなく「弁論的 oratoria」なものにすぎない旨批判している。これに対する「応答」としてヒューベルが参照を指示したのが、『余滴』第2部第1巻の第5章に収録された自然法の定義に関する論考¹⁶⁾である。そこでは、「人間に固有であるような真の自然法 *verum jus Naturae, quod hominibus proprium est*」が、やはり『法律につい

notabili accessione, si cui priora cum posterioribus conferre libeat, factum deprehendetur. Auxit haec incrementa consilium huc referendi Scholia, quae Vir Cl. *Christianus Thomasius*, Jurisconsultus Lipsiensis, ante biennium *Positionibus* nostris adjecta, publii juris fecit, quae cum ex his *Praelectionibus* sint desumta, quicquid ad illas spectabant, huc perinde referri poterat. Longe autem melius operisque modo convenientius erat, Scholiorum considerationem in his praelectionibus exequi; nisi quatenus heic jam prius occupata, expositaque fuerant: nam quae hujus erant generis, omisimus. Caeterum, non ingratas fere Lectori observationes, quae ex ipsis scholiis et responsionibus ad illa natae sunt, confidimus; cum, quod minime spernenda aut vulgaria sunt, quae Vir Eruditus protulit, tum quod lectionum et disputationum perpetuarum densitas his quasi emblematis ac intermissionibus distingui et recreari non incommodo posse videbatur. [...] (Praellectiones, I, praefatio)

“…この再版にあたっては、教授と著述を身を捧げる人々がそうであるように、修正や改変を避けることができなかった。この度の増補改訂によってどの程度の手が加えられたかは、前の版と後の版を見比べれば分かる。ライプチヒの法律家である聡明なクリスティアヌス・トマシウス氏が我々の『定理集』に二年間に渡って付け加え公にした所見を本書に組み入れるべしとの助言は、これらの増補箇所を更に増やすことになったが、『定理集』はこの『講義』から取捨選択されたものであるもので、それぞれの所見が『定理集』に向けられているとしても、同じように本書に採り入れることができた。しかし、それ以上に一層有益で努力に値したのは、これらの所見の考えに直接することである。ただしそれは、既に最初から本書で扱われ述べられていなかった限りにおいてであり、実際、我々はこの種類の所見については省略した。当の所見やそれらに対する応答から引き出された考察は読者にとっても決して不快なものではないと確信している。というのも、学識ある人が公にした事柄は決して軽視すべきでも陳腐でもないし、絶えず続く講義や討論の重苦しさに、割込みや小休止にあたるこれらの事柄によって変化を与え活気づかせることも無益ではないと思われたからである。…”

16) 1. Egimus in *parte prima c. XI. et seq.* De Jure Naturae, sicuti a Veteribus Jctis finitum et cum brutis animalibus commune judicatum est. Res jubet, ut

expositionem veri juris Naturae, quod hominibus proprium; subjungamus. Definitur hoc Jus naturae, quod sit *ratio summa insita ab autore naturae Deo, quae jubet ea quae facienda sunt prohibetque contraria*, verbis fere Marci Tullii *lib. 1. LL.* cujus exegesis justam alibi non dedimus, quia modum Justinianae disciplinae egrediebatur; Igitur heic eam collocare visum fuit. Dicitur *Ratio*, aliter dictamen rectae rationis, ut Grtius *lib. 1. c. 1. n. 10*. Nec enim adeo subtiles sumus, ut inter haec aliquod reale discrimen statuamus, ut *Commentator in Grotium* argutatur. Dictatum enim est, institutio, doctrina, iudicium de eo quod facere vel non facere debemus; adeoque nihil aliud quam *ratio jubens, aut vetans*, sive quod idem, ratio, quae jubet aut prohibet, ut Cicero loquitur. Neque rursus moratur non eorum acumen, de quo nuperus Auctor *dissertationis de origine Juris naturae et societatis civilis*, Jus Naturae non esse rationem ipsam. Non aequè late patere Jus Naturae quam Ratio patet, fatemur nec opus ita, ne genus sit latius quam quod definitur; sed rationem quae facienda jubet, contraria vatat dictatum mentis idemque Jus naturae esse nihil opinor impedimento est. Dicatur Summa ratio, quoniam est prima, perpetua et supra omnia omnesque regit actiones humanas.

II. *Insita ab Auctore naturae Deo*; hoc est, *το εργον του νομου γραπτον εν ταις καρδιαις*, *opus legis inscriptum cordibus hominum* Paul. *ad Rom. 2. v. 15*. Legem non scriptam appellat Plato *lib. 8. de LL.* magis aliis verbis quam mente alia. Cicero habet, *insita a Natura*; Theologos ita malle video, *a Deo*, quod et nos idcirco addimus, ut auctor obligans animos ad Juris observatiam magis esset in conspicuo. Cicero et Grotius id intelligendum reliquerunt, Neuter enim id negat. Cicero in *d. lib. 1. coelestem hanc descriptionem mentemque divinam*, imo *praepotentem Deum* appellat et *lib. 2. Ratio est recta summi Jovis*. Plato idem *τον λογον*, vocat *τον Θεον τον ενοικον*, *Deum in nobis habitantem*. Nec aliter ut dixi, Grotium sensisse autumo quando regulam juris Naturae ait esse convenientiam vel disconvenientiam cum Natura rationali, cujus loco alii malunt, ideam boni et mali a Deo conscientiae insculptam, quod nec Grotius in sua definitione omisit, in verbis, *ac consequenter ab Auctore Naturae Deo talem actum vetari aut praecipere*. Et fuit illa Naturae lex inde ab initio homini increata, cui parere debuit, non obstante, quod Poeta de statu primaevio, quem aetatem vocat, *1. Metamorph. Fab. 3.* ita. cecinit.

Aurea prima sata est aetas, quae vindice nullo,

Sponte sua sine lege fidem rectumque colebat.

Verba *sine lege* intelligit sine coactione legis, ut e sequentibus eadem fabula versiculis apparet;

Poenae metusque aberant nec vincula minacia collo

Aere ligabantur, nec supplex turba timebat

Judicis ora sui, sed erant sine iudice tuti.

Plane ut Tacitus, *vetustissimos mortalium nulla mala libidine, sine probro et scelere eoque sine poena et coercionibus egisse, Annal. I.* (Digressiones, II, 1, 5, I—II, 421-422.)

“Ⅰ【マルクス・トゥッリウスに基づく自然法の定義、そこではなぜ「最高の理性」と言われているのか *Definitio juris Naturae* e M. Tullio et cur ratio summa dicatur】我々は、第1部[第1巻の]第11章以下で、自然法について、古代の法律家によって定義され、獣と共通のものと解された旨論じた。ここで我々に要求されているのは、人間に固有であるような真の自然法の説明を付け加えることである。このような自然法は、マルクス・トゥッリウスの『法律について』第1巻の文言にほぼ倣って、「為すべきことを命じその反対のことを禁じる、自然の創造主である神によって植え込まれた最高の理性」と定義される。この文言の正当な解釈は、ユスティニアヌス法の教授の範囲を逸脱するので、他の場所に述べることはできなかった。そこで、そのような解釈をこの場所に示すことにしようと考えたのである。「理性」は、グロティウス『戦争と平和の法』第1巻第1章の10番にある通り、「正しい理性の命令」と言い換えることもできる。実際、我々は、グロティウスのある注釈者[ウィレム・ファンデル・ムーレン]のように、これらの間に現実味のある区別を設けるほど細かいことを主張しているわけでもない。命令とは、行うべきこともしくは行ってはならないことに関する手引き、教え、判定であり、そしてまた、「命令しあるいは禁止する理性」、もしくは、キケロの言うように「命じ禁じる理性」に他ならない。他方近頃出版された『自然法と市民的連帯の起源に関する論考』の著者[ファンデル・ムーレン]が言うように、自然法は理性そのものではないという人々の横槍も我々を妨げることはない。確かに、理性が明白であるのと同じ程に広く自然法が知られているとは言えないし、定義されたものよりも広義の類が必要であるとも思われない。しかし、為すべきことを命じ、その反対のことを禁ずる理性が、魂の教えであり、同じくまた、自然法でもあるということを経るものは何もないと私は考える。「最高の理性」と言われているのは、理性が最初に位置し永続的で全てのものの上に立ち、それ故、人間のあらゆる行為を支配しているからである。

Ⅱ【なぜ「魂に植え付けられた」と解されるのか。この点に関する聖書と世俗文献からの例証 *Quare dicatur insita menti; idque illustratum e sacris et profanis literis*】「自然の創造主である神によって植え付けられた」とは、つまり、「人の心に記された法の要請」ということである。パウロのローマ書第2章15行。プラトンが『法律』第8巻において、「法律は書かれていない」と主張しているのは、これとは別の意図ではなくむしろ文言において異なるに過ぎない。キケロは「自然によって植え付けられた」と述べているが、神学者たちはむしろ、「神によって植え付けられた」という表現を選ぶと思

て』の既にふれた一節に倣って、「為すべきことを命じその反対のことを禁じる、自然の創造主である神によって植え込まれた最高の理性 *ratio summa insita ab auctore naturae Deo, quae jubet ea quae facienda sunt prohibetque contraria*」と定義され、当該定義に含まれる「文言 *verba*」の「正当な解釈 *exegesis justa*」が試みられている。まず、ここで「理性 *ratio*」というのは、キケロの言うように、あくまで「命じ禁じる理性 *ratio, quae jubet aut prohibet*」であり、理性一般を自然法と同一視しているわけではない。「自然法とは正しい理性の命令である *jus naturae est dictatum rectae rationis*」とするデ・フ

われるので、創造主が魂に法の遵守を義務づけているということは自明であるとはいえ、我々もそれを付け加えている。キケロとグロティウスはこの点を当然理解されるべきものとして省略した。というのも、両者ともこれを否定しているわけではないからである。まず、キケロは、同じく『法律について』第1巻において、「この天空の概略にして神の精神」、更には、「全能の神」に言及し、同第2巻では、「[法律とは] 最高神ユピテルの正しい理性である」とも述べている。プラトンも同様に「理性」を「我々の内に住まう神」と呼んでいる。既に述べたように、グロティウスの考えもまたこれと異ならないと思われる。というのも、グロティウスは、合理的本性との一致不一致が自然法の基準であると述べており、そのような合理的自然を、神によって良心に刻み込まれた善悪の観念と呼ぶことを好む人々もいるからである。またグロティウスは、この点を彼の定義でも、「また、自然の創造主である神によってもそのような行為が禁じられあるいは命じられているというのが首尾一貫している」という一節にある通り、省いてしまったわけでもない。更に、人類にとって自明のそのような自然法は、たとえば、詩人[オウィディウス]が、『変身譚』第1巻第3歌で次のように詠っているとしても人類の誕生とともに生まれた。

「初めに黄金時代あり、官吏も法律もなく自ずと信義と道理を促す」。

「法律なしに」という文言は、同じ歌の続きの一節から明らかなおと、法律の強制なしにという意味であると解される。

「刑罰や恐怖は遠く離れ、脅しに満ちたくびきが銅で首に縛りつけられることもなかった[脅しに満ちた言葉が公示された銅板に見出されることはなかった *nec erba minantia fixo aere legebantur*]。嘆願する人々が裁判官の言葉に恐れおののくこともなく、裁判官がいなくとも彼らは安泰であった」。

これはまさに、タキトゥスが『年代記』第1巻で「太古の人間は、邪な欲望を抱かず、不貞を働くことも罪を犯すこともなかったので、刑罰や強制なしに振る舞っていた」と述べている通りである。”

ロートの定義¹⁷⁾も、キケロのそれと全く同趣旨であり、「自然法は理性そのものではない *Jus Naturae non esse rationem ipsam*」との批判は当てはまらない。このような「キケロとグロティウス *Cicero et Grotius*」の組み合わせは、更に、「自然によって *a natura*」から「自然の創造主である神によって *ab auctore naturae Deo*」への文言の変更を正当化する際にも用いられている。キケロが、「人間 *homo*」と「神 *deus*」に共有された「正しい理性 *recta ratio*」を「法律 *lex*」や「法 *jus*」と位置づける際に、それらを「この天空の概略にして神の精神、すなわち、全能の神 *haec coelestis descriptio, mensque divina, et praepotens deus*」と表現し¹⁸⁾、「命令したり禁止することに相応しい真のそして最初の法律とは最高神ユピテルの正しい理性である *lex vera, atque princeps, apta ad jubendum, et ad vetandum, ratio est recta summi Jovis*」と述べている¹⁹⁾のに対して、デ・フロートも、「合理的自然それ自体との一致不一致に応じて、道徳的な醜さもしくは必然性がその都度の行為に内在していることを示す *indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem*」のが先の「正しい理性の命令」の役割であるとした上で、「自然の創造主である神によってもそのような行為が禁じられあるいは命じられているというのが首尾一貫している *consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari, aut praecipi*」と主張している²⁰⁾。つまり、両者とも、「魂に法の遵守を義務づけている *obligans animos ad Juris observantiam*」のが「神」であることを否定しているわけではなく、ただ簡潔を旨とする定義に際しては「当然理解されるべきものとしてこれを省略した *id intelligendum reliquerunt*」に過ぎないのである。

以上にみた通り、ヒューベルの自然法の理解は主にキケロを典拠とするものであり、デ・フロートからの引用はあくまで補充的である。しかし、ヒューベ

17) *De jure belli ac pacis*, I, 1, 10, 1.

18) *De legibus*, I, 7, 23.

19) *De legibus*, II, 4, 10.

20) *De jure belli ac pacis*, I, 1, 10, 1.

ルが同時代の自然法論を軽視しているわけではない。例えば、自然法と万民法の相違を論じた『余滴』第2部第1巻の第9章²¹⁾では、「人間に生まれつき備

21) I. Habuimus de jure Naturali, των εν φύσει, quod dicitur. Sequitur quod εν θεσει Ius positivum, ut appellatur. Hoc esse duplex in scholis juridicis accepimus. Gentium vel Civile jus. Illud ait Grotius in *lib. 1. de jure bell. et pac. cap. 1. n. 14.* quod *genitium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit.*

II. Hobbes in *cap. 14. de Cive n. 4* Legem naturae dividit, in naturalem hominum et naturalem civitatum, quam vulgo jus Gentium ait appellari. Praecepta utriusque tradit eadem esse, verum quia civitates semel institutae induunt proprietates hominum, idcirco eandem legem respectu officii singulorum hominum vocat naturalem, applicatam vero totis civitatibus nominat jus Gentium. Huic partitioni adstipulatur Puffendorfius in *lib. 2. c. 13. §. 22. de Nat. et Gent.* ut nullum Jus Gentium a naturali et civili distinctum agnoscat.

III. Nec scio, an hac parte differentientem etsi adhuc Grotianam, quae communis videtur, sententiam sine anxia quaestione secutus, ausim profiteri. Quin ipse Justinianus noster et veteres Jurisconsulti forte propius ad hanc quam ad scholasticam opinionem accedere videntur. Nam illi Jus naturae esse dicunt, *quod natura omnia animalia bruta quoque docuit*; Jus Gentium, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit pr. et §. 1. Inst. de Iur. Nat. Gent. et Civ.*

IV. Definitionem juris Naturae, qua cum brutis communicatur a Jurisconsultis ab omnibus improbari videmus; nec potest nisi improprie defendi quatenus τα πρωτα κατα φύσιν prima naturalia, quae dicuntur; etiam hominibus applicari possunt eorumque respectu juris conclusiones producant, cujus generis est defensio sui corporis, amor libertatis, procreatio et amor sobolis similiaque, ut explicatum a nobis est in *Praelect. ad tit. Inst. de Iur. Nat. gent. et civ.*

V. Quod si definitionem juris Naturae Justinianaeam removeamus; necessum erit, ut definitio juris Gentium ei surrogetur. Et plane sic est; Justinianus per Jus Gentium intelligit idem, quod nos Jus Naturae *proximis capitibus* esse demonstravimus. Quid enim est hoc aliud quam quod *Naturalis ratio inter omnes homines constituit*, ut Imperator loquitur, nec obscurum est, ipsos jurisconsultos illud Jus Gentium non ratione turale vocare, quando non de primis Naturae cum bestiis communibus, sed de natura rationali agunt, ut Caesar indicat in *§. 11. Inst. de R. Div.* et Cajus in *l. 1. ff. de Acquir. Rer. dom.* qui discrete idem duas tantum species juris summas cognoscit, Jus Gentium, quod naturali ratione peraeque inter omnes servatur, et jus Civile; Imperator sic ait; *jure naturali, quod appellatur jus Gentium.* Plane, ut esse dicendum videatur, Jurisconsultis veteribus cum Hobbesio non male convenire.

VI. Sed Jus Gentium eo sensu cum jure Naturae coincidens non est ejusdem

usquequaque speciei. Quaedam enim naturali ratione immediate suggeruntur, quaedam per modum arbitramenti et per collectionem ex ea deducuntur, *usu ita exigente ac humanis necessitatibus*, ait Justinianus in §. 2. *Inst. de Iur. Nat. Gent. et civ.* Prioris generis sunt, *Deum colere, Parentes revereri, neminem laedere*, et omne discrimen *turpis ac honesti*. Posterioris sunt, quae habet Hermogenianus in l. 5. ff. *de Just. et jur.* Ex hoc jure *Gentium*, inquit, *introducta bella, discretæ gentes, regna condita, donimia distincta, agris termini positi, aedificia collata; commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, caeteraeque obligationes, institutae*. Bella omnium primo loco recenset Hermogenianus; an quia status primaevus hominum ante imperia, fuit bellum omnium adversus omnes?

VII. Hac diversitate animadversa, Doctores Juris hand absurde Jus Gentium diviserunt in primaevum et secundarium. Illud, quod dictata naturae cogentia et immediata continet, hoc, quod instituta hominum ratione quidem monstrata sed consensu populorum introducta persequitur. Verum haec instituta vel ejusmodi sunt, necessaria fuerint ad pacem generis humani, vel utilia saltem et probabilia; Si necessaria, tum sine dubio pertinent ad jus naturae eoque referri possunt; Sin aliter, magis est ut juris civilis esse videantur, quia vim accipiunt a potestate Lergumlatorum qui sunt in quaque Requib. et qui ob utilitatem iinstituti in eo sciendo conspiraverint. Ita disserit Cl. Puffendorfius in d. lib. 2. c. 3. §. 22. addens, a consensu Gentium non posse vim obligationis oriri; quia *δυναμὶς ἀναγκαστικῇ*, vis cogendi obligandique venit a superiore, qui non est inter Gentes diversorum imperiorum. Ideoque sic potest colligi, vel obligatio Juris Gentium est a natura, vel ex voluntate. Sic est a natura non facit speciem distinctam a jure Naturae; si est a voluntate, debet esse a superiore, qualis non est nisi in civitate sive Repub. etsi quod tu Jus Gentium vocas, est pars juris civilis ab Imperantibus plurium populorum recepti et stabiliti.

VIII. Verum Schola communis et ο *μεγας* Jus Gentium faciunt partem juris voluntarii d. cap. 1. n. 1. 3. et 14. difficile autem dictum videtur, quae sit illa voluntas vim legis juri Gentium tribuens, inter populos qui nullo imperii nulloque foederis aut pacti vinculo inter se colligati sunt. Neque profecto esse vim obligandi in illa voluntate populorum, nonne vel hoc argumento intelligitur, quod *saepe in una parte orbis terrarum est jus Gentium quod alibi non est*, ut Grotius ipse testatur lib. 1. cap. 1. n. 14?

X. Verum enimvero id absque dubio apparet, ea, quae juri Gentium adscribuntur, ut Imperia, donimia, servitutes, contractus et id genus alia, supponere actus humanae voluntatis, sine quibus imperia stabiliri, donimia distingui non otuerunt. Quanquam rursus verum est, Naturalem rationem satis evidenter dictasse, pacem aliter haberi non posse, quam illis rebus commodo mutuo constitutis. Adeo ut si

actus voluntatis faciat ut illa Juris Gentium fiant, dictamen rationis eadem Juri naturae vindicare videatur. Atque plane postillos actus voluntarios introducti imperii, domini, belli conventionumque, dictamina juris naturae adhuc in his rebus ordinandis regnare, docet ipse Grotius in *d. cap. 1. n. 10.* nam si maxime dicas, dominia

contractusque juris gentium esse, tum ne cui jus e contractu dominioque comparatum adimatur, id juri naturae immediate adscribendum est.

X. Denique sic videtur esse concludendum; Jus naturale non esse quod cum brutis commune est, nisi improprie, *sed quod cum ipso genere humano Natura rerum prodidit; hoc autem aequae Jus Gentium appellari §. 11. Inst. de Rer. divis.* Jam illud Jus, naturae an Gentium, recte dici a Doctoribus primaevum velsecundarium: Illud simplici dictamine ratiois constat, hoc supponit actum voluntatis humanae. Ad prius discretio turpis ac honesti, ad posterius bella, dominia, Imperia, contractus referuntur. Quod si tu malis, primaevum illud, Jura naturae, secundarium vero Jus gentium appellare, non repugnabo; si modo teneas, im necessitatemque obligationis quae in omni Jure requiritur, non esse diversam ab ea, quae in Jure naturae, aut alioqui in Jure civili dominatur. Neque vero desunt juris gentium instituta, quae longius a Naturae simplicitate secedunt, quam ut Juri Naturali adscribi posse videantur. Quo pertinent, ea quae in *libro tertio de jure Civitatis* collocavimus, de effectu jurisdictionis cujusque populo in alienis territoriis. Nam ex gr. ut res in una civitate judicatae effectum in diversis imperiis teneant, utilitas promiscua gentium fecit, ut ubique pro jure habeatur. Ut contractus secundum loci consuetudinem initus et celebratus, alibi ubi sic celebratus non valeret, pro justo legitimoque habeatur jus gentium est, longissime tamen a Naturali jure, si proprie loquendum est, remotum. Quare nihil adhuc causae apparet esse, quominus Naturae Gentiumque jura, distincta sicut antea soliti sumus, etiamnum appellemus atque usurpemus. (Digressiones, II, 1, 9, 442-445.)

“【万民法について、及び、万民法は自然法と異なるのかどうかについて、哲学的かつ法学的に論じられる De jure Gentium, et an distinctum sit a jure naturae disceptatur philosophice et juridice】I. 自然法、すなわち、＜自然の内にある＞と言われるものについては既に論じた。次は、＜定立される＞もの、すなわち、「実定法」と呼ばれるものである。これには万民法と市民法の二つがあると法学の講義では説明されている。グロティウスが『戦争と平和の法』第1巻第1章の14番で述べるところによれば、万民法とは「全てあるいは大半の諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得するもの」である。

II ホッブズは、『市民について』第14章の4番において、自然法を人類の自然法と市民の自然法とに区分し、後者は一般に万民法と呼ばれる旨述べている。また、ホッブ

ズの論ずるところによれば、何れの法の規則も同じであるが、国家は一旦創設されると人間の個性を自らに取り込むことになるので、同じ法律が、個々の人間の義務との関連では自然法と呼ばれ、逆に市民全体に適用される法律は万民法と称されている。プーフェンドルフは、『自然法及び万民法について』第2巻13章22節において、この区分に賛同して、万民法は自然法や市民法と全く異ならないと認めている。

Ⅲ 何れにせよ、私自身は、この点に関して見解を異にするグロティウスの見解に、それが一般に受け入れられている以上、迷い戸惑うことなく今もなお与する旨敢えて表明しておきたい。そればかりか、我らがユスティニアヌス自身や古代の法律家たちは、恐らく、学者めいた見解よりもこの立場に近いように思われる。というのも、彼らが言うには、自然法とは「自然が(獣を含む)全ての生きもの教示する事柄」であり、万民法とは「自然的理性が全ての人間の間に定立する事柄」であるから、法学提要第1巻第2章「自然法、万民法、市民法について」前書及び第1節。

Ⅳ 獣と共通であるとの自然法の定義は、法律家たちによってあらゆる点で否認されているように思われ、いわゆる<第一の自然>が人間にも当てはまり、人間に関して法的結論を導く限りにおいてのみ、不本意ながら、擁護可能であり、自己の身体の防御、自由への愛、子づくりと子孫への愛情、その他同種の事柄がそのような<第一の自然>に含まれるということは、『市民法講義』の法学提要1巻2章への注釈で述べた通りである。

Ⅴ もしユスティニアヌスによる自然法の定義を放棄するとするならば、万民法の定義をその代わりに据える必要があるだろう。当然ながら、その結果、ユスティニアヌスは、万民法として、我々が先立つ諸章で自然法について論じてきた事柄と同じものとして理解しているということになる。というのも、我々が論じたのは、皇帝の言うように、「自然的理性が人間の間に定立した事柄」に他ならず、また、周知の通り、獣と共有された第一の自然ではなく合理的本性について論ずる際に、法律家たちがそのような万民法を自然法と呼ぶのは決して稀ではないからである。これは、皇帝が法学提要2巻1章「物の区分について」第11節において、ガイウスが学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第1法文においてそれぞれ示唆している通りである。それぞれの箇所では、ガイウスは、法の最上位の種類として、自然的理性に基づいて万人の間で等しく遵守されている万民法、及び、市民法の二つをはっきりと認めているし、皇帝は、「万民法とも呼ばれる自然法によって」と述べている。従って、確かに、古代の法律家たちはそれほど苦もなくホッパシウスに賛同するものと解すべきように思われる。

Ⅵ しかしながら、このように自然法と一致する万民法は、あらゆる点において自然法と同じ種類に属するというわけではない。なぜなら、あるものは自然的理性によって直接に示され、あるものは自然的理性から判断や熟慮を介して、つまり、ユスティニアヌスが法学提要1巻2章第2節で言うように、「取引上のそのような要請や人間の必要に応じて」引き出させる。前者の種類に属するのは、「神を崇めること」、「父祖を

尊敬すること」、「何人にも危害を加えないこと」、そして、「悪行と善行の完全な識別」である。後者の種類には、ヘルモゲニアヌスが学説彙纂第1巻1章「正義及び法について」第5法文で述べている事柄が含まれる。彼が言うには、「この万民法によってもたらされたのは、戦争、諸民族の分離、王国の創出、支配権の区分、土地の境界の確定、建物の建造、商業、購買、売却、賃貸、賃借、その他確立された様々な債務関係である」。ヘルモゲニアヌスは、何よりもまず、戦争を挙げているが、もしかするとこれは、統治以前の人間の原初状態が万人の万人に対する戦争であったからなのかであろうか。

Ⅶ このような相違の故に、法学者たちが万民法を原初的万民法と副次的万民法とに区分しているのは決して無益ではない。前者には、強制的かつ直接的な自然の教えが含まれており、後者には、理性によって教示されるのは確かではあるが諸国民の同意によって初めて導入されるような人間の諸制度が記されている。実際、これらの諸制度は、人類の平和にとって、不可欠なものであるか、あるいは、少なくとも有用で信頼に値するものである。もし不可欠なものであるならば、それらは更に自然法にも関わっていることは疑いなく、それ故自然法の内に含めることもできる。もし不可欠とまでは言えないならば、それらは、それぞれの国家にあって制度の有用さ故にその導入に賛同した立法者たちの権限からその効力を受け取るものである以上、市民法に属すると考えられる。聡明なプーフENDORF氏は前掲書第2巻3章22節でこのように述べた上で、諸国民の同意からは拘束力は生じないと付言している。というのも、強制し義務づける力は主権者に由来し、そのような主権者は相異なる統治に服する諸国民の間には存在しないからである。従って次のようにまとめることができる。すなわち、万民法上の義務は、自然か、あるいは、意思かの何れかに由来する、と。自然に由来するならば、それは自然法と異なる種類のものではないし、意思に由来するならば、それは必ず、市民共同体、つまり、国家にのみ存在するような主権者に由来し、もしそれを万民法と呼ぶとしても、実際には、多くの諸国民の統治者たちによって承認され確認されている市民法の一部である。

Ⅷ ただし、一般的学説やかの偉大な人〔グロティウス〕は、万民法を意思に基づく法の一部と見なしている。前掲書第1巻1、3、14番。しかし、支配のくびきによっても盟約や合意の制約によっても互いに結びついていない諸国民の間で万民法に法律としての効力を与える意思とは一体如何なるものなのか述べるのは困難であるように思われる。諸国民のそのような意思に必ずしも拘束力が見出されるわけではないということは、グロティウス自身が前掲書第1巻1章14番で証言している通り、「地球のある地域において他の地域では万民法でないものがしばしば万民法となる」という主張からとりわけ明らかなのではないだろうか。

Ⅸ しかしその一方で、統治、支配、奴隷、契約その他のような万民法に数えられる事柄が人間の意思に基づく行為を前提としていることは疑いない。そのような行為がなければ、統治を確立することも支配を区分することも不可能である。とはいえ、これ

わった神の永遠の言葉、つまり、自然的理性を介して、神が全人類に啓示した自然的神法 *lex divina naturalis, quam Deus omnibus hominibus patefecit per verbum suum aeternum ipsis innatum, nimirum rationem naturalem*」を、「自然法と呼ばれることに唯一拘っている人類の自然的神法 *lex divina naturalis hominum, quae sola obtinuit dicilex naturae*」と「万民法と呼ぶこともできる市民の自然的神法 *lex divina naturalis civitaum, quae dici potest lex gentium*」とに区別しながらも、「双方の規範は同じである *praecepta utriusque eadem sunt*」

らの事柄を互いの便宜のために整える以外に平和を維持する方法はないというのが、自然的理性の全く明確な教えであることは確かである。意思に基づく行為がそれらを万民法に帰属させる限り、理性の命令は同じくそれらを自然法の下に取り戻そうとするものと思われる。しかも、統治、支配、戦争、契約といった意思に基づく行為が為された後も、依然として、自然法の命令がこれらの事柄を制御すべく妥当する旨、グロティウス自身が前掲書第1章10番で述べている。つまり、支配や契約が万民法に属すると当然言えるにしても、契約や支配から引き出された権利を万民法から引き離さないために、そのような権利は自然法に直接含められるべきなのである。

X 結局、次のように結論づけることができよう。すなわち、自然法とは、獣と共有されたものではなく、正確には、「事物の本性が人類それ自体とともにもたらしたもの」であるが、これもまた等しく「万民法と呼ばれる」のである。法学提要2巻1章第11節。今では、自然法せよ万民法にせよ、そのような法を、学識者は、原初的法、あるいは、副次的法と呼んでいる。前者は理性の単純な命令から成り、後者は人間の意思に基づく行為を前提とする。最初のものに属するのは、悪行と善行の識別であり、後のものに属するのは、戦争、支配、統治、契約である。前者の原初的法を自然法、後者の副次的法を万民法を敢えて呼ぶとしても、あらゆる法に求められる強制力と拘束力が自然法や市民法の場合と何ら変わらないことを認める限り、私はそれに反対するつもりはない。しかし、万民法には、自然法に含めることが不可能と思われるほど自然の単純さから離れてしまっている制度が属している。そのような制度にあたるのは、外国における各国の裁判権の効果について『国法論』第3巻で既に列挙したような事柄である。例えば、ある国で確定した判決の効力が別の主権の下でも維持されるような場合であり、諸国民に共通の利益に基づいて、至る所でそれが当然のこととみなされている。また、地域の慣習に則って交渉され締結された契約が、そのように締結された契約が無効となるような別の地域においても、正当で適法とみなされる場合にも万民法は存在するが、それは本来の意味で言うところの自然法からは著しく隔たったものである。それ故、自然法と万民法というこれまで慣れ親しんできた区別を口に出したり用いたりすることを控えるべき理由がないのは明らかである。”

とするホッブズ²²⁾並びに、ホッブズに賛同し、「主権者に由来するかのように諸国民を拘束する本来の意味での法律の効力を確かに有するような随意的乃至

22) *Lex omnis dividi potest, primum, pro diversitate authorum, in divinam et humanam. Divina autem produobus modis, quibus Deus voluntatem suam hominibus notam facit, duplex est: naturalis sive moralis, et positiva. Naturalis ea est, quam Deus omnibus hominibus patefecit oer verbum suum aeternum ipsis innatum, nimirum rationem naturalem. Atque haec est ea lex, quam toto hoc libello explicare conatus sum. Positiva est, quam Deus nobis ptaefecit per verbum propheticum, quo locutus est ad homines tanquam homo; quales sunt leges, quas tradidit judaeis circa politiam et cultum divinum; possuntque appllar leges divinae civiles, quia civitati Israelitarum, populi sui peculiaris, peculiare erant. Rursus, naturalis dividi potest in naturalem hominum, quae sola obtinuit dici ius naturae, et naturalem civitatum, quae dici potest lex gentium, vulgo autem jus gentium appellatur. Praecepta utriusque eadem sunt: sed quia civitates semel institutae induunt proprietates hominum personales, lex, quam loquentes de hominum singulorum officio naturalem dicimus, applicata totis civitatibus, nationibus, sive gentibus, vocatur jus gentium. Et quae legis et juris naturalis elementa hactenus tradita sunt, translata ad civitates et gentes integras, pro legum et juris gentium elementis sumi possunt. (De cive, XIV, 4, 315-316. 引用はモールズワース編『羅語哲学著作全集 Opera philosophica quae latine scripsit omnia』第2巻[1839年]所収のテキストによる)*

“「法」は、まず、その制定者に応じて、「神法」と「人法」に区別できる。更に、神法には、神がその意思を人間に知らせる二つの方法に従って、「自然的神法」乃至「道徳的神法」と、「実定的神法」の二つがある。「自然的神法」とは、人間に生まれつき備わっている神の「永遠の言葉」、つまり、「自然的理性」を介して、神が全人類に啓示する法である。そして、この法こそ、私が本書全体を通じて解明しようとしているものである。「実定的神法」とは、神が、「預言者の言葉」を介して我々に啓示した法であり、神は、この場合、いわば人間として人間に語りかけているのである。そのような法は、神が政治や祭礼に関してユダヤ人に伝えたものであり、また、イスラエル人の国家、つまり、その国民に固有の法であったので、「市民的神法」と呼ぶこともできる。更に、「自然的神法」は、「人間の」自然法と「市民の」自然法とに区別できる。前者は、「自然法」と呼ばれることに唯一拘っており、後者は、「万民法(レクス・ゲンティウム)」と呼ぶこともできるが、一般に「ユース・ゲンティウム」と称されている。何れの法もその命じるところは同じである。しかし、市民は一旦形成されても個々の人間の個性を内包しているので、個々人の義務について述べている我々はこの法を「自然法」と呼ぶけれども、あらゆる市民、及び、国民乃至民族に適用される限りでは、「万民法」と呼ばれるのである。「自然法」及び「自然権」の基礎についてこれまで述べてきた事柄は、「市民」と「民族」全体にも適用し、「万民法」及び「万民権」の基礎として位置づけることができる。”

実定的な万民法がこれ「自然法」とは別に存在するとも考えられない *nec praeterea aliud jus gentium voluntarium seu positivum dari arbitramur, quod quidem legis proprie dictae vim habeat, quae gentes tanquam a superiore profecta stringat*」とするプーフェンドルフの見解²³⁾が取り上げられている²⁴⁾。

23) *Est denique et illud heic expendendum, an detur peculiare jus gentium, positivum, et juri naturali contradistinctum? Super hac re enim inter eruditos non satis convenit. Multis jus naturae et jus gentium in se unum et idem habetur, quod extrinseca duntaxat denominatione differat. Inde et Hobbes. de Cive c. 14. §§. 4. 5. naturalem legem dividit in naturalem hominum, et naturalem civitatum, quae vulgo jus gentium adpellatur. Praecepta utriusque, addit, eadem sunt: sed quia civitates semel institutae induunt proprietates hominum personales, lex quam loquentes de hominum singulorum officio naturalem dicimus, adplicata totis civitatibus, nationibus sive gentibus, vocatur jus Gentium.*

Cui sententiae et nos plane subscribimus. Nec praeterea aliud jus gentium voluntarium seu positivum dari arbitramur, quod quidem legis proprie dictae vim habeat, quae gentes tanquam a superiore profecta stringat. Add, Boecler. ad Grot. I. 1. c. 1. §. 14. et ad I. 2. c. 4. §. 9. [...] (De jure naturae et gentium, II, 22, 160. 引用はシュミットビッゲマン編『著作集 Gesammelte Werke』第4巻 [1998年] 所収の初版 [1672年] テキストによる)

“最後にここで検討しておく必要があるのは、実定的で自然法と区別されるような固有の意味での万民法が存在するか否かという点である。というのも、この問題について学識者の間に十分な意見の一致がみられないからである。多くの人々にとっては、自然法と万民法はそれ自体においては一つで同じものと解されており、ただ外面的な名称において異なるにすぎない。それ故、ホッベシウスも『市民論』第14章第4及び5節において、自然法を「人間の自然法と、一般に万民法と呼ばれる市民の自然法とに」区別している。そして更に、「何れの法もその命じるところは同じであるが、国家は一旦形成されても個々の人間の個性を内包しているので、個々人の義務について述べている我々はこの法を自然法と呼ぶけれども、あらゆる市民、及び、国民乃至民族に適用される限りでは、万民法と呼ばれる」と付け加えている。

我々はこの見解に全く賛成である。また、主権者に由来するかのようには諸国民を拘束する本来の意味での法律の効力を確かに有するような随意的乃至実定的な万民法がこれとは別に存在するとも考えられない。グロティウス『戦争と平和の法』第1巻第1章第14節と第2巻第4章第9節へのボエクレルスの注解を参照せよ。…”

24) ホッブズやプーフェンドルフら同時代の自然法論者への批判的言及は、『余滴』第2

両者の見解によれば、「万民法上の義務が自然に由来するならば、それは自然法と異なる種類のものではなく、意思に由来するならば、それは必ず、市民共同体、つまり、国家にのみ存在するような主権者に由来し、もしそれを万民法と呼ぶとしても、実際には、多くの諸国民の統治者たちによって承認され確認されている市民法の一部である *si obligatio Juris Gentium est a natura non facit speciem distinctam a jure Naturae; si est a voluntate, debet esse a superiore, qualis non est nisi in civitatie sive Repub. etsi quod tu Jus Gentium vocas, est pars juris civilis ab Imperantibus plurium populorum recepti et stabiliti*」ということになるが、ヒューベルは、万民法をこのように自然法か市民法の何れかに振り分けてしまうことには反対であり、逆に、万民法を「全てあるいは大半の諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得するもの *quod Gentium omnium aut multatum voluntate vim obligandi accepit*」と位置づけ、「人間の意思 *humana voluntas*」に基づく「実定法 *Ius positivum*」である点で自然法から区別し、「全てあるいは大半の諸国民の意思 *Gentium omnium aut multatum voluntas*」に媒介される点で市民法とも区別するデ・フロートを支持している。ただし、このような万民法の概念規定は、「自然的理性が全ての人間の間に定立する事柄」(法学提要第1巻第2章第1節)とは必ずしも一致せず、むしろ後者はグロティウスの言う自然法に相当する。しかも、同じ法学提要中において「万民法とも呼ばれる自然法 *ius naturale, quod appellatur ius gentium*」と評され²⁵⁾、「自然的理性に基づいて万人の間で等しく遵守されている万民法 *ius gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur*」との表現も法源中に見出される²⁶⁾以上、「古代の

部第1巻第6章(Digressiones, 426-429.)、同第8章(434-441.)、『ローマ法文研究』所収の法学提要1巻2章第11節注解(Eunomia Romana, 23-25.)、『国法論 De jure civitatis』(1672年初版)第1巻第1部等にも見ることができる。特に最後のものは、『余滴』等での議論を簡潔にまとめたものであり、ヒューベルの自然法論全体を見渡す意味でも有益である。「ウルリク・ヒューベルの自然法論」(獨協法学71号[2007年])参照。

25) Inst. 2, 1, 11.

26) D. 41, 1, 1, pr. Gai. rer. cot. 2.

法律家たち *Jurisconsulti vetera*」がホップズやプーフェンドルフと同じ立場であったと考えられなくもない。しかし、『市民法講義』で既に論じられていた通り、万民法には、「神を崇めること *Deum colere*」、「父祖を尊敬すること *Parentes reuereri*」、「何人にも危害を加えないこと *neminem laedere*」、「悪行と善行の完全な識別 *omne discrimen turpis ac honesti*」のように「自然的理性によって直接示される *naturali ratione immediate suggeruntur*」もの、すなわち「原初的万民法 *Jus Gentium primaevum*」に加えて、「戦争、諸民族の分離、王国の創出、支配権の区分、土地の境界の確定、建物の建造、商業、購買、売却、賃貸、賃借、その他確立された様々な債務関係 *bella, discretiae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata; commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, caeteraeque obligationes institutae*」のように「自然的理性から判断や熟慮を介して引き出される *per modum arbitramenti et per collectionem ex ea deducuntur*」もの、すなわち「副次的万民法 *Jus Gentium secundarium*」も含まれているので、万民法が自然法と「あらゆる点において同じ種類に属するというわけではない *non est ejusdem usquequaque speciei*」。原初的万民法以外に、自然法と呼んで差し支えないのは、副次的万民法に属する「人間の諸制度 *instituta hominum*」の中で、「人類の平和にとって、不可欠なものであるか、あるいは、少なくとも有用で信頼に値するもの *vel ejusmodi sunt, ut necessaria fuerint ad pacem generis humani, vel utilia saltem et probabilia*」に限られるのである。その結果、固有の意味での万民法とは、「人類の平和 *pax generis humani*」にとって不可欠とまでは言えないが「諸国民の同意 *consensus populorum*」によって受け入れられた諸制度ということになりそうであるが、ここで問題となるのは、「諸国民の同意からは拘束力は生じ得ない *a consensu Gentium non posse im obligationis oriri*」とのプーフェンドルフの批判である。というのも、この批判があてはまるならば、これらの諸制度は「それぞれの国家にあって制度の有用さ故にその導入に賛同した立法者たちの権限からその効力を受け取るものである以上、市民法に属すると考えられる *juris civilis esse videntur, quia im accipiunt a potestate Legum latorum qui sunt in quaque Republ. et qui ob*

utilitatem instituti in eo faciendo conspiraverint」からである。にもかかわらず、敢えて固有の意味での万民法というものを想定するためには、「支配のくびきによっても盟約や合意の制約によっても互いに結びついていない諸国民の間で万民法に法律としての効力を与える意思とは一体如何なるものなのか quae sit illa voluntas vim legis juri Gentium tribuens, inter populos qui nullo imperii nulloque foederis sut pacti vinculo inter se colligati sunt」という問いに答えねばならない。この点、ヒューベルは、「全てあるいは大半の諸国民の意思に基づいて拘束力を獲得する Gentium omnium aut multatum voluntate vim obligandi accepit」というデ・フロートの万民法概念の核心を、「諸国民の意思 Gentium voluntas」による「拘束力 vis obligandi」の根拠づけではなく、むしろ、「万民法に数えられる事柄が人間の意思に基づく行為を前提としている ea, quae juri Gentium adscribuntur, supponere sctus humanae voluntatis」との認識の内に見出している。確かに、万民法は、「自然法の命令がこれらの事柄を制御すべく依然妥当する dictamina juris naturae adhuc in his rebus ordinandis regnare」が故に、拘束力を有する。しかし、このように拘束力という次元において、万民法と自然法が一致するとしても、万民法は、常に「人間の意思に基づく行為 actus humanae voluntatis」によって媒介され、なおかつ、例えば「外国における裁判権の効果 effectus jurisdictionis in alienis territoriis」のように「自然法に含めることが不可能と思われるほど自然の単純さから離れてしまっている制度 instituta, quae longius a Naturae simplicitate secedunt, quam ut Juri Naturali adscribi posse videantur」を含んでいる。その限りにおいて、「自然法と万民法というこれまで慣れ親しんできた区別 Naturae Gentiumque jura, distincta sicut antea soliti simus」は依然として有効であるというのがヒューベルの結論である。

Ⅲ

ヒューベルは、「物の権利、及び、無主物に関する考察を公にする exhibens tractatum de jure rerum et rebus, quae nullius sunt」旨題された『余滴』第4

巻において、『余滴』が公刊された当時(1671年)既にフローニンゲン大学教授であったフェルトマンのデュースブルク時代の著書『物における権利と物に対する権利に関する論考 Tractatus de iure in re et ad rem』(1666年)に徹底的な批判を加え、フェルトマンがその反論として公刊した『天恵 Benedicta』(1673年)に対しても、「礼儀に適った節度を保っているとは必ずしも言い難い反駁の書 eine nicht immer die Schranken wohlständiger Mäßigung einhaltende Streitschrift」とも評される²⁷⁾『いわゆる物における権利と物に対する権利の再検討 Ad ius in re et ad rem quod dicitur repetitiae animadversiones』(1675年初版、後に『余滴』第二版に収録)によって一層辛辣な再反論を試みた。以下では、このフェルトマンとの論争を素材として、ヒューベルの法学観をより具体的な次元で敷衍することにした。まず取り上げる論点は、いわゆる「物に対する権利(=対物権) ius ad rem」²⁸⁾の概念規定である。対物権²⁹⁾は、周知の通り、ローマ法源上の用語ではなく、中世教会法学及び封建法学においてそれぞれに特有の意義と機能を伴って用いられた概念であり、ローマ普通法学上の概念としては、ヨーハン・アーペル Johann Apel (1486-1536

27) Muther, <Gerhard Feltmann>, in: ADB Bd. 6 (1888), 618.

28) <ius ad rem>は、例えば「物〔の引渡〕を請求する権利 ius ad rem petendum」といったように意識するのではなく、字句通り、「物に対する権利」または「対物権」と訳し、<ius in re>や<ius in rem>と共に言及されている場合には前者を、単独で用いられたり<obligatio>との関係が論じられている場合には後者をそれぞれ使い分けた。特に後者の「対物権」という訳語の紛らわしさは、ヒューベルも批判している<ius ad rem>概念それ自体の曖昧さを感じ得るためにはかえって好都合であると思われる。他に頻出する用語の訳語を以下に掲げておく。<ius in re>=「物における権利」、<ius in rem>=「物への権利」、<ius in personam>=「人への権利」、<obligatio>=「債権」、「債務」(なお、両者をともに内包する関係あるいは鎖という意味に重点が置かれている場合には、「債務関係」や「債権関係」を敢えて用いず、「オブリガティオ」とした)、<actio in rem>=対物訴権、<actio realis>=「物的訴権」、<actio in personam>=「対人訴権」、<actio personalis>=「人的訴権」。

29) ローマ法学上の対物権については、さしあたり、Wesener, Dingliche und persönliche Sachenrechte-iura in re und iura ad rem, in: FS Niederländer (1991), 195-213. を参照。

年)によって、これら兩分野での用法とはさしあたり無関係に、権利一般の最上位区分として、「物における権利 *ius in re*」の対概念に据えられた。ルター派の本拠地ヴィッテンベルク大学で教えたアーペルは、弁証術や修辞学を神学の体系的叙述に応用したメランヒトンの影響の下、その著書の表題にある通り、「法学に適用された弁証術的方法的体系 *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accommodata*」を企図し、おそらくは「物 *res*」概念との関連性と概念区分としての対称性を意識して、＜オブリガーティオー *obligatio*＞ではなく、＜ユース *ius*＞と＜レース *res*＞を伴った対物権を巻末に付された図表中に採用したのであり、その意味するところは「債権 *obligatio*」と何ら変わらなかった³⁰⁾。このように「物における権利」乃至「物への権利 *ius in rem*」の対概念にして「債権」と同義語としての対物権は、ローマ法源に忠実な人文主義法学者たちには当然顧みられることはなかったが、実務や法学教育において相当程度流布したようであり³¹⁾、17世紀半ばには、有力な注釈書等でも言及され

30) 「債権」と同義語としての対物権の用法が、バルドゥスやヤーンソン等に見出される点については、Wesener, *Dingliche und persönliche Sachenrechte*, 198. 参照。

31) 1660年代にライプチヒ大学で法学を学びアルトドルフ大学で学位を取得したライブニッツもこの用語法を自明のものとして用いており、例えば、『法学の学習及び教授のための新方法 *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*』(1667年初版)の中には、法学提要の体系を敷衍する次のような記述が見られる。

Cum vero docendae Jurisprudentiae Methodus, comprehendat et Methodum disponendae, videamus quas varii vias iniverint. Juris enim in artem redigendi vetus admodum cura est, quam et Cicero olim Gellio teste agitavit. Denique in eandem curam incubuere Jurisconsulti veteres, neque enim tantum confusos Quaestionum et Responsorum libros, sed et Digesta, vel ipso nominis indicio ordinata, et Institutiones confecerunt. Sed quia eorum Scripta et mutilata et discerpta sunt, licet tantum ex Inscriptionibus Legum Justinianearum nonnulla divinare. Tribonianus aliam in Institutis, aliam in Digestis et Codice Methodum tenuit. Illic enim tria Juris objecta constituit, personas, res et actiones, ut Personarum capite explicuit potestatem Patriam, Dominicam, Nupitas, Tutelam, Curam, omnem nempe potestatem in ipsas immediate personas sine rerum interventu. Alterum caput est quoties res interveniunt, et vel principaliter, ut non certa persona proprie teneatur, sed certa res, ubicunque inveniri possit, quod est Jus in re, aut inter vivos, hinc

ようになっていた。例えば、18世紀にかけてオランダ以外にもヨーロッパ各国で版を重ねたフィンネン(1588-1657年)の『皇帝の法学提要全四巻への大学講

Dominium, Servitus, Ususfructus, Usus, Habitatio; aut ex Successione, hic Haereditas ab intestato vel ex Testamento, Legatum, Fideicommissum, etc. Vel res interveniunt minus principaliter, ita ut teneatur certa persona, non vero certa res, tum dicitur Jus ad rem. Jua ad rem est vel contractu vel quasi; vel delicto vel quasi. Ad tertium caput Actionum pertinent, et Exceptiones, Replicationes, totusque processus, et denique Judicis Officium. In Digestis vero ac Codice meras solasque Actiones ordine Edicti Perpetui *Tribonianus* recensuit, cum duobus prope titulis, tantum de personis rebusque quiddam praelibasset. (Nova methodus, II, 8, 296-297. 引用はアカデミー版『著作書簡全集 Saemtliche Schriften und Briefe』第6部第1巻[1930年]所収の初版テキストによる)

“法学の教授方法に分類方法も含まれるのは確かであるので、様々な人々が如何なるやり方を用いてきたのか見ておくことにしたい。というのも、法を学術化する試みはかなり古くから存在し、ゲッリウスの証言 [Noctes Atticae, I, 22, 7.] によれば、キケロがかつてそのような試みを実践したとされている。次いで、古代の法律家たちが、同じ試みに尽力し、問題と解答をひとまとめにした著作のみならず、解答の抜粋集、とりわけ概念を目印に整理された抜粋集や、教則本を著した。しかし、彼らの著作は切断され分解されてしまったので、せいぜいのところ、ユスティニアヌスの法文の記銘から幾つかの著作について推定できるにすぎない。トリボニアヌスは、法学提要と、学説彙纂及び勅法彙纂とで別々の方法を採用した。というのも、前者においては、法の対象として、人、物、訴権の三つを想定した上で、人の部門では、家父権、主人権、婚姻、後見、保佐といった、物の媒介なしに人そのものに直接向けられている全ての権能について説明した。第二の部門には、物が媒介する場合の中で、まず、一定の人が特別に義務づけられるのではなく、それがどこにあらうとも一定の物を取得できるというように媒介の程度が強い場合、つまり、物における権利が含まれ、生存者間では、所有権、役権、用益権、使用権、居住権が、相続に基づく場合は、無遺言あるいは遺言相続、遺贈、信託遺贈等が、これにあたる。また、逆に一定の物ではなく一定の人が義務づけられるというように、物による媒介の程度がより弱い場合も含まれ、こちらは物に対する権利と呼ばれる。物に対する権利は、契約もしくは準契約に由来するか、あるいは、不法行為もしくは準不法行為に由来する。第三の訴権の部門には、抗弁、再抗弁等、あらゆる訴訟手続に加え、最後に、審判人の職務も含まれる。以上に対して、学説彙纂と勅法彙纂においては、トリボニアヌスは、永久告示録の順序に従って、純粹に訴権だけを列挙したが、おおよそ二つの章 [D. 1, 5/8.] を用いて、人と物だけについて幾らか前もって吟味している。”

義及び裁判実務向け注釈 *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*』(1642年初版)第2巻第1章「物の区分について *De rerum divisione*」第11節への注釈³²⁾では、「個々人に帰属し得る物 *res singulorum*」に関する権利が「物への権利」と「物に対する権利」とに区分され、「所有権、使用权、用益権、不動産役権、占有権、質権もしくは抵当権 *dominium, usus, usufructus, jura praediorum, jus possessionis, pignus sive hypotheca*」を含む前者に対して、「物に対する権利とは、一言で言えば、債務もしくは債権である *ius ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum*」とされている。

他方、ドイツでは、イエーナ大学教授ゲオルク・アーダム・シュトルーヴェ *Georg Adam Struve* (1619-1692年)が、自ら指導した「演習 *exercitatio*」を編集した注釈書『学説彙纂の順序に従ってまとめられた法学要論 *Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*』(1653/58年初版)、及び、『法学要論』の内容を法学提要的構成の下に初学者

32) [...] *Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem: vel jus ad rem. Jura in rem sunt haec, dominium (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium et utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum et superficiarium), usus, usufructus, jura praediorum, jus possessionis, pignus sive hypotheca. Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum. Jus in rem D. Grotius est beheering. jus ad rem sive in personam, inschult. Idem jus in rem distinguit in jus possessionis; besit-recht; et jus dominii, vel quasi, quod eygendom vocat; eaque voce reliqua in re jura comprehendit, lib. 2. manud. c. 1. [...]*(Vinnius, *Commentarius*, II, 1, 11, comm. 1, 167. 引用は1740年ヴェネチア刊のテキストによる)

“1. …個々人がこれらの物について有するのは、物への権利か物に対する権利かの何れかである。物への権利には、所有権(完全な所有権と不完全な所有権とがあり、後者は、準所有権と呼ばれ、永借権や地上権といったものがこれにあたる)、使用权、用益権、不動産役権、占有権、質権もしくは抵当権が含まれる。物に対する権利とは、一言で言えば、債務もしくは債権である。グロティウス氏によれば、物への権利とは、「支配権(ベヘーリング)」、物に対する権利とは「請求権(インスフルト)」とされる。また同氏は、物への権利を、占有権(ベスィットレヒト)と、所有権乃至準所有権(エイゲンドム)とに区分し、後者の名称に、他の物への権利も含めている。『入門』第2巻第1章。…”

向けに略述した便覧『ローマ＝ゲルマン裁判法学 Jurisprudentia Romano-Germanica forensis』(1670年初版)において、「物に対する権利とは、その行為によって義務づけられた人に、物の給付すること、すなわち、何かを与えること、あるいは、何かを為し場合によっては甘受することを求めるために法律上付与された権限である *jus ad rem est facultas jure competens, qua ad rem praestandam, hoc est dandum aliquid, vel faciendum, aut aliquando patiendum, personam ex facto suo obligatam habemus*」との定義を提示しており³³⁾、特に『裁判法学』では、巻や章の表題中に「対物権」が掲げられ(「第

33) 全く同じ定義が、『法学要論』では、学説彙纂第1巻の第5章「人の身分について」から第8章「物の区分と性質について」までを扱う第3演習の末尾に、「物における権利」の定義とともに、『裁判法学』では、第3章の冒頭に「債務」の定義とともに、それぞれ掲げられている。

LXXXVII. [...] *Jus vero ratione rerum, praecipue privatarum, est duplex, IN RE et AD REM* 1. 19. 1. 11. 1. 13. §. 1. *de damn. infect. 1. 30. de nox. act. 1. 3. 1. 25. de O. et A. 1. 13. §. 4. de reb. eor. qui sub. tut. 1. 71. §. pen. et ult. de Leg. 1. 1. 2. §. 22. de vi bon. rapt. cap. 17. 40. de praeb. in 6. c. fin. de conc. praeb. in 6.*

LXXXIIX. *JUS IN RE* est facultas jure competens, quae ipsi rei inhaeret: adeoque actionem, ipsam rem (*sine personae obligatione*) persequentem producit. *d. 1. 25. de O. et A. §. 1. de action. Conf. Gregor. de Valent. comment. Theol. t. 3. d. 5. q. 1. punct. 1. et q. 7. punct. 2. Leonard. Less. de J. et J. 1. 2. c. 2. Dub. 2. num. 11. 12. Molin. t. 1. de J. et J. tr. 2. d. Gl. in c. si capitulo. d. conc. praeb. in 6. Laymann. Theol. mor. t. 3. tract. 1. c. 5. Das dingliche Recht oder dingliche Gerechtigkeit. Hoc jus in re cum Dn. Heinric. Hahn. Diss. de jur. rer. concl. 33. et ad Sutholt. anim. 3. et ad Wesenb. tit. de jud. num. 4. quintuplex statuimus (1.) Dominium stricte dictum, (2.) servitutem (3.) Jus pignoris (4.) Jus hereditarium et (5.) Jus Possessionis 1. 13. §. 1. C. de judic. 1. 9. 1. 10. 1. 25. §. 18. de petit. hered. Vel, quod eodem recidit, triplex: Dominium late sumtum, jus pignoris, et jus possessionis; atque illud dominium subdistinguiamus in universale, quod est hereditatis; et singulare, quod iterum est aliud rerum corporalium, aliud incorporeale sive servitutem. De singulis suis locis, ordinem Pandectarum sequentes, agemus.*

LXXXIX. *JUS AD REM* est facultas jure competens, qua ad rem praestandam,

hoc est dandum aliquid vel faciendum, aut aliquando patiendum, personam ex facto suo obligatam habemus. *I. 3. I. 25. de O. et A. Confer. Molinna t. 1. de J. et J. tract. 2. disp. 2. Bachov. ad Wesnb. tit. de fidejuss. num. 3. in fin. De hujus speciebus ad t. t. de pactis dicetur.* (Syntagma, exercitatio III, lid. 1. tit. 8. LXXXVII-LXXXIX, 74-75. 引用は1693年イエーナ刊のテキストによる)

“LXXXVII. …他方、権利は、主に私有物に関して、物における権利と物に対する権利の二つである。学説彙纂39巻2章「未発生損害について」第19法文、11法文、13法文1節、同9巻4章「加害訴権について」第30法文、同44巻7章「債務及び訴権について」第3及び25法文、同27巻9章「後見あるいは保佐の下にある者の物は命令なしに処分されたり取り替えられたりすべきではないことについて」第13法文4節[?], 同30巻「遺贈及び信託遺贈について」第5及び6法文、同47巻8章「暴力強奪物訴権について」第2法文22節、第六書3巻4章「聖職禄及び顕職について」第17及び40節、同7章「聖職禄の付与について」第8節。

LXXXIX. 物における権利とは、物それ自体に附着し、しかも物それ自体を(人の義務を伴わずに)追求する訴権を生み出すような、法律上付与された権限である。前掲学説彙纂44巻7章第25法文。グレゴリウス・デ・ワレンティス『神学注解』第3巻、討論5の問1の1番及び問7の2番、レオナルドゥス・レッシ『正義及び法について』第2巻2章の疑義2の11及び12番、モリーナ『正義及び法について』第1巻、論考2の討論2、第六書3巻7章第5節への標準注釈、ライマヌス『道徳神学』第3巻、論考1の第5章「物権及び物的正義」を参照せよ。物における権利にあたるものとして、我々は、ヘンリクス・ハーニウス氏の『物の権利に関する論考』結論33、『ストホルトゥス注解』所見3、『ウェセンベキウス注解[理論実務考察集]』裁判に関する章の4番に従い、1)狭義の所有権、2)役権、3)質権、4)相続権、5)占有権の五つを想定している。あるいはまた、これを減らして、広義の所有権、質権、占有権の三つとみなすこともできる。この場合、最初の所有権を、包括的所有権、つまり、相続権と、個別的所有権に区分し、後者の個別的所有権を、更に、有体物の所有権と、無体物の所有権、つまり、役権とに区別する。個々の権利については、学説彙纂の順序に応じたそれぞれの箇所でも論じることとする。

LXXXIX. 物に対する権利とは、その行為によって義務づけられた人に、物の給付すること、すなわち、何かを与えること、あるいは、何かを為し場合によっては甘受することを求めるために法律上付与された権限である。学説彙纂44巻7章第3及び25法文。モリーナ『正義及び法について』第1巻、論考2の討論2、バコウィウス『ヴェーゼンベック注解』保証人に関する章の3番。物に対する権利の種類については合意に関する章で言及される。”

APHORISMUS I. *JUS ad rem est facultas jure competens, qua ad rem praestandam, h. e. dandum aliquid, vel faciendum, aut aliquando patiendum,*

3巻：対物権及び債務について De jure ad rem et obligatione、第1章：対物権及び債務一般について De jure ad rem et obligatione in genere)、体系構成の要となる概念として用いられている。また、シュトルーヴェは、所有権の承継取得の要件との関連でも対物権に言及している。すなわち、取得要件として挙げられた「移転権限 potestas transferendi」、「移転意思 animus transferendi」、「引渡 traditio」の三つの内、「移転意思」は「所有権の移転に相応しい権原もしくは原因によって表示される exprimitur per titulum seu causam, ad transferendum dominium habilem」ことが必要であり、「原因もしくは権原にあたるのは約束つまり債務、そして、対物権であって、所有権それ自体は引渡

personam ex facto suo obligatam habemus. 1.3. pr. 1. 25. ff. de O. et A.

II. OBLIGATIO igitur est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura. pr. Inst. de oblig.

III. ORITUR jus ad rem ex facto obligatorio, quo quis alteri obligatur, ex quo ei, qui alium obligatum habet, jus ad rem competit, cujusmodi factum est triplex: 1.) pollicitatio et votum. 1. 2. 1. 3. et tot. tit ff. de pollicit. c. 3. et 6. x. de votis. 2.) conventio; 1. 1. §. 3. ff. de pact. seu, specialiori nomine, pactum 1. 3. ff. de pollic. 3.) delictum 1. 1. pr. ff. de O. et A. pr. Inst. de obl. quae ex delict. nasc. (Jurisprudentia, III, 1, aphor. I-III, 313-314. 引用は1760年フランクフルト刊のテキストによる)

“命題Ⅰ：物に対する権利とは、その行為によって義務づけられた人に、物の給付すること、すなわち、何かを与えること、あるいは、何かを為し場合によっては甘受することを求めるために法律上付与された権限である。学説彙纂44巻7章「債務及び訴権について」第3法文前書及び第25法文。

命題Ⅱ。従って、債務とは、我々の国家の法に従い何らかの物を履行する義務に我々が拘束されるような法の鎖である。法学提要3巻13章「債務について」前書。

命題Ⅲ。対物権は義務づける事実から発生し、この事実によってある者は他人に対して義務づけられ、他人を義務づけた者には対物権が付与される。そのような事実は三つある。すなわち、1)片約及び誓願。学説彙纂50巻12章「片約について」第2、第3法文、及び、章全体、別書3巻34章「誓願及び誓願による救いについて」第3及び6節。2)契約。学説彙纂2巻14章「合意について」第1法文3節。あるいはまた、より特殊な名称では、合意。同50巻12章第3法文。3)不法行為。同44巻7章第1法文前書、法学提要4巻1章「不法行為から発生する債務について」前書。”

によって初めてもたらされ取得される in causa seu titulo consistit promissio seu obligatio, et jus ad rem, per traditionem vero ipsum dominium constituitur et acquiritur」 というのである³⁴⁾。このような対物権の位置づ

34) APHORISMUS LVII. EX domini prioris voluntate in alterum transfertur dominium, vel ita, ut in personam certam voluntas conferatur. §. 40. et seqq. I. de rer. divis. vel in personam incertam. §. 45. (al. ed. 46.) I. d. t. Prius fit per traditionem, quae est actus, quo dominium ab eo, qui habet potestatem, et animum quid transferendi, in alium accipientem transfertur, d. §. 40. I. l. 9. §. 3. ff. de A.R.D.

LVIII. REQUITUR ergo 1.) ut tradens habeat potestatem transferendi, alienandi. pr. I. quib. alien. lic. vel non. 2.) ut habeat animum transferendi, qui exprimitur per titulum seu causam, ad transferendum dominium habilem. d. §. 40. 3.) ut fiat traditio vacuae possessionis et alter rem accipiat. I. 50. I. 46. et 47. ff. de R. V. I. 36. ff. de A. R. D. atque isthaec traditio et apprehensio ad acquirendam possessionem semper est necessaria, I. 23. pr. ff. de acquir. vel amitt. poss. licet dominium aliquando ex speciali legis dispositione, etiam sine traditione acquiratur. I. 80. ff. de leg. 2. I. 44. §. 1. ff. de leg. 1.

LIX. IN causa itaque seu titulo consistit promissio seu obligatio, et jus ad rem. I. 3. pr. ff. de O. et A. I. 126. §. 1. ff. de verb. obl. per traditionem vero ipsum dominium constituitur et acquiritur. I. 20. C. de pact. add. Syntagm. nostr. Feud. c. 7. aph. 2. Illud, quoad traditionem ex causa emtionis, singulare est, quod dominium non transferat per solam traditionem, nisi quoque pretium rei emtae venditori sit solutum, vel alio modo ei satisfactum, vel etiam venditor fidem de pretio expresse habuerit §. 41. I. de R. D. I. 19. ff. de contrah. emt. I. 5. §. 18. ff. de tribut. action. (Jurisprudentia, II, LVII-LIX, 102-103.)

“命題LVII.所有権が前主の意思に基づいて他人へと移転する場合、その意思は特定の者に表明されるか【法学提要2巻1章「物の区分について」第40節以下】、あるいは、不特定の者に表明されるか【同第45節（別の版では第46節）】の何れかである。前者は引渡によって行われる。引渡とは、所有権を、何かを移転する権限と意思を有する者から、これを取得する他人へと移転させる行為である。同第40節、学説彙纂1巻8章「物の区分と性質について」第9法文3節。

命題LVIII.それ故、所有権移転に必要なのは、1)移転者が移転もしくは処分の権限を有していること【法学提要2巻8章「処分を許されあるいは許されないのは誰か」前書】、2)移転者が移転の意思を有しており、その意思が所有権の移転に相応しい権原もしくは原因によって表示されていること【同2巻1章第40節】、3)占有可能な物の引

け³⁵⁾は、シュトルーヴェの師にあたるヘルムシュテット大学教授ハインリッヒ

渡が行われ、相手方が物を受領すること【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第50、46、47法文】の三点である。なお、最後に挙げた引渡と受領は、所有権が場合によっては特別な法律の規定によって引渡無しでも取得されることがあるとしても【同31巻「遺贈及び信託遺贈について」第80法文、同30巻「遺贈及び信託遺贈について」第44法文1節】、占有を取得するためには常に必要である。同41巻2章「占有の取得及び喪失について」第23法文。

命題 LIX. 従って、原因もしくは権原にあたるのは約束つまり債務、そして、対物権であって【学説彙纂44巻7章「債務及び訴権について」第3法文前書、同45巻1章「言語による債務について」第126法文1節】、所有権それ自体は引渡によって初めてもたらされ取得される。勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文。更に拙著『封建法要論』第7章の命題2も参照せよ。売買を原因とする所有権移転に関しては、特別に、引渡だけでは所有権は移転されず、売買目的物の代価が売主に支払われるか、その他の仕方でも売主に担保が提供されるか、あるいはまた、売主が代価について明確に信用を与えた場合にのみ移転される。法学提要2巻1章第41節、学説彙纂18巻1章「売買の締結について」第5法文18節、同14巻4章「分配訴権について」第5法文18節。”

35) 所有権取得の「遠隔因 *causa remotior*」と「近接因 *causa proxima*」を、それぞれ「権原 *titulus*」と「方式 *modus acquirendi*」と呼んで、前者は対物権をもたらずだけで、所有権は後者によって初めて取得されるという説明は、18世紀にかけて一般的なものとなる。例えば、当時教科書として絶大な人気を誇ったハイネクツィウスの『法学提要の順序に従った市民法綱要 *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*』(1725年初版)には次のような典型的な記述が見出される(なお、「物における権利」と「物に対する権利」の定義については、後にふれるヒューベルの見解が引用されている)。

§.CCCXXXI.

Quod circa res versatur ius, aut IN RE aut AD REM esse dicitur. Vocabula ius canonicum suppeditat, *cap. 8. de concess. praeib. in 6. et cap. 40. eod. in 6.* Distinctionem ipsam ius civile non ignorat. *L. 19. pr. et L. 13. §. 1. ff. de damm. inf. L. 3.pr. et L. 25. ff. de obl. et action.*

§.CCCXXXII.

IUS IN RE, recte cum Grotio definiente U. Hubero, est *facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam*. IUS AD REM *facultas, competens personae in personam, ut haec aliquid dare vel facere teneatur*. Quo pertinent obligationes, quae proinde personam non egredimur. Hub. *Praelect.ad Inst. h. t. §. XII. [...]*

§.CCCXXXIX.

Potius ad causam dominii progredimur, quae vel *remotior*, vel *proxima* est. Illa TITULUS dicitur *ad transferendum domonium habilis*, veluti, pro emto, pro legato, pro donato, pro soluto, pro dote, pro suo, pro derelicto, pro soluto, pro permutatio, pro transacto, pro adiudicato, qui omnes *αμεσως* ius ad rem tantum, non dominium operantur. *L. 20. C. de pact.* Haec vocatur MODUS ADQUIRENDI, et *αμεσως* aliquem constituit dominium.

§.CCCXL.

MODI ADQUIRENDI duorum generum sunt. Quarumdam enim rerum dominium IURE NATURALI vel GENTIUM; quarumdam vero IURE CIVILI nancisimur. (§.CCCXXXVI.) §. 11. *Inst. h. t.*

§.CCCXLI.

Modi acquirendi IURIS NATURALIS recte a Grotio *Lib. II. Cap. III. §. 1.* dividuntur in *originarios* et *derivativos*. ORIGINARIIS ab initio proprietas in rem nullius introducitur; DERIVATIVIS dominium iam constitutum ab uno in alium transit. Illos Pufendorffius *Lib. IV. Cap. VI. §. 1.* denuo vel *simpliciter tales* esse ait, quibus ipsum corpus adquirimus; vel *secundum quid*, quibus incrementum aliquod ad rem nostram adiungitur. *Simpliciter originarius* modus est OCCUPATIO: secundum quid talis ACCESSIO: *derivativus* TRADITIO. (Elementa, II, 1, CCCXXI-CCCXXXII/CCCXXXIX-CCCXLI, 110.1 113-114.引用は1751年レイデン刊のテキストによる)

“第331節：物をめぐる権利は「物における権利」か「物に対する権利」である。これらの用語はカノン法によってもたらされた。第六書3巻7章「聖職禄の付与について」第8節、及び、同4章「聖職禄及び顕職について」第40節。市民法もこの区別を無視してはいない。学説彙纂39巻2章「未発生損害について」第19法文前書及び第13法文1節、同44巻7章「債務関係及び訴権について」第3法文前書及び第25法文。

第332節：「物における権利」とは、グロティウスに依拠して定義するウルリクス・フベルスによれば、「特定の人とは無関係に物に対して行使し得る人間の権能」とされる。同じく、「物に対する権利」とは、「人に対して行使することによって、その者が何かを与えあるいは為すべく義務づけられるような人の権能」である。それ故、人を越えて作用することのない債務がこれにあたる。フベルス『市民法講義』法学提要2巻1章「物の区分について」への注解第12番。…

第339節：続いて述べるのは所有権の原因であり、これは遠隔因か近接因かの何れかである。前者は所有権の移転に相応しい「権原」と呼ばれ、例えば、売買、遺贈、贈与、弁済、嫁資、自主占有、放棄、交換、和解、裁定付与に基づく場合がこれにあたり、これらの権原は全て対物権をもたらすだけで、所有権をもたらすわけではない。勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文。後者は「取得方式」と呼ばれ、何らかの所有権を基礎づける。

・ハーン Heinrich Hahn (1605-1668年) の『理論実務的考察集 *Observata theoretico practica*』(1650/53年)の中で既に言及されている。本書は、マッテウス・ヴェーゼンベック *Mattaeus Wesenbeck* (1531-1586年) の『市民法学説彙纂パラティトラ *Paratitla in Pandectas iuris civilis*』(1565年)への注解という形式で著されたものであり、問題の箇所は、ヴェーゼンベックが「債務及び訴権について *De obligationibus et actionibus*」と題された学説彙纂44巻7章と勅法彙纂4巻10章の横断的注釈の中で、債務の「効果 *effectus*」につき、「債務は当然に何かを我々に取得させるのではなく、与えあるいは為すべく何者かを義務づけ、それを請求する訴権を発生させる *non nobis aliquid obligatio ipso iure acquirit, sed ad dandum faciendumve aliquem obligat, actionemque ad id exigendum producit*」と述べる一節に加えられた注解である。そこでは、「人を履行へと義務づける *personam adstringat ad praestandum*」債務と「物に何かが生じあるいは生じないという仕方 で物それ自体に作用する *rem ipsam afficit ita, ut a re aliquid fiat vel non*」物における権利の相違が指摘され、この相違との関連で、ライナー・バコフ *Rainer Bachoff* (1575-1634? 年) がやはりヴェーゼンベックの『パラティトラ』への注解書(1611年)の中で提示した「所有権その他の物における権利の取得方式 *modi acquirendi dominii vel alterius juris in re*」と「債務の取得方式 *modi acquirendae obligationis*」の区別が好意的に引用されている。ハーンは、「要物契約 *contractus realis*」であるが

第340節：「取得方式」には二種類ある。というのも、ある物の所有権は「自然法」乃至「万民法」の下で、またある物の所有権は「市民法」の下で取得されるからである(第336節)。法学提要2巻1章第11節。

第341節：「自然法」上の取得方式がグロティウス【『戦争と平和の法』第2巻第3章第1節】によって原始取得方式と承継取得方式に区別されているのは正しい。「原始取得方式」では、無主物に対する所有権が新規に創出され、「承継取得方式」では、既に確立されている所有権がある者から他の者へ移転する。プーフENDORFiusによれば【『自然法及び万民法』第4巻第6章第1節】、前者には更に、物の本体そのものを取得する単純な原始取得方式と、我々の所有物に何らかの増加分が付け加えられる二次的な原始取得方式とがあるとされる。単純な原始取得方式とは「先占」、二次的な原始取得方式とは「附合」、承継取得方式とは「引渡」である。”

故に両者が例外的に重なり合う消費貸借等においても同様の区別を維持しようとするフベルトゥス・ギファニウスHubertus Giphanius (1534-1604年) やルイス・デ・モリーナLuis de Molina (1535-1600年) らを批判してはいるが、少なくとも一般論としては、「所有権の権原 *titulum dominii*」としての契約と目的物の「引渡 *traditio*」とを区別し、「前者によって物に対する権利が移転され、後者によって物における権利が移転される *illo transferri jus ad rem, hoc vero jus in re*」という立場に与しているのである³⁶⁾。確かに、シュトルーヴェは対物権

36) N. VIII. Non ut verbis) Recte dicitur obligationis duplicem esse effectum, (1) quod personam adstringat ad praestandum (2) producat actionem personalem, *l. 25. h.* Illud eleganter exprimitur in *l. 3. h. t.* Quo ipso differt a jure in re, quod non adstringit personam ad praestandum, sed rem ipsam afficit ita, ut ratione ejusmodi juris, a re aliquid fiat vel non, citra tamen personae praestationem, *d. 1. 3.* Unde etiam recte colligit Bach. *in not. h.* diversos esse invicem modos acquirendi dominii vel alterius juris in re, et modos acquirendae obligationis. Quamvis aliquando concurrere videantur, ut in mutuo et permutatione. Equidem nonnulli distinguunt inter ipsos contractus et traditionem in iis. Giphani. *in d. 1. 3. n. 5. 6.* et seqq. seu ut Ludovicus Molina *de lust. et iur. pag. 31.* inter titulum dominii et traditionem, dicens, *illo transferri jus ad rem, hoc vero jus in re.* Verum isthaec non possunt separari in istiusmodi contractibus, quia propterea reales dicuntur quod sint contractus qui re perficiuntur, unde tamen haut possunt eximi e numro contractuum. Quare nec placet, quod Bach. h. contendit, mutuuum quatenus in eo dominium transfertur, non habere rationem contractus, sed quatenus debitor rem accipiendo ad tantumdem reddendum se obstringit. Quia enim (1) in mutuo dominium transfertur, qua est contractus realis. (2) contrahitur in mutuo non tantum ut tantumdem reddatur, sed ut etiam tradendo dominium transferatur, et in utroque conveniri debet, *pr. ibi: in hoc damus ut accipientium fiant, et quoque nobis non eadem res sed aliae reddantur. quibus mod. re contr. oblig.* Add. not. ad tit. de reb. cred. n. 10. pr. et n. 13. Alii distinguunt inter contractus perfectionem et consummationem seu implementum, ita ut quibusdam aquiratur dominium vel aliud jus in re quoad contractus consummationem, utpote in empt. venditione per traditionem, §. 41. *de acquir rer. dom.* Verum cum in realibus contractibus haec nequeant divelli, quod in iis concurret perfectio et consummatio: fortean rectius distinguitur inter finem contractuum adeoque et obligationis,

primarium atque essentialem, qui consistit in adstrictione personae ad dandum vel faciendum, d. 1. 3. iunct. 1. 2. C. de pact. et finem remotum atque accidentalem et secundarium, qui quoque est dominium vel aliud jus in re transferre, quod fit maxime per traditionem, 1. 20. d. acquir. poss. iunct. d. §. 41. de rer. divis. Obligatio itaque principaliter, primario et per se adstringit ad praestandum, eadem quoque transfert dominium vel aliud jus in re secundario aut consequenter. Et tantum de primo effectui. Actio personalis quae ex altero effectui promanat, vel nativa est vel dativa; Illa quae ex causa s. facto externo hominis pollicitatione, conventionione, aut delicto, haec quae ex obligatione immediate producta. (Observata, pars posterior, 44, 7, n. VIII, 861-862. 引用は1659年ヘルムシュテット刊第二版のテキストによる)

“VIII. <債務は当然に何かを我々に取得させるのではなく…>への注解：債務の効果が、1)人を履行へと義務づけ、2)人的訴権を発生させるという二つの点にあることが適切に述べられている。学説彙纂44巻7章第25法文。前者には同第3法文において正確な表現が与えられている。債務は、それ故、物における権利とは異なる。物における権利は、人を履行へと義務づけるのではなく、物それ自体に作用し、当該権利を根拠に物に何かが生じたり生じなかったりするが、その際人への履行は伴わない。従ってまた、バコウィウスが当該箇所への注解において、所有権やその他の物における権利の取得方式と、債務の取得方式とが互いに異なる旨結論づけているのも正しい。消費貸借や交換の場合のように、時に両者が重なる場合があると考えられるとしても、そうである。確かに、そのような場合にも、契約と引渡を区別したり【同第3法文へのギファニウス『学説彙纂及び勅法彙纂の諸章に関するアルドルフ講義』の注釈の5、6番以下】、ルドウィクス・モリーナ『正義及び法について』31頁にあるように、所有権の権原と引渡とを区別し、前者によって物に対する権利が移転され、後者によって物における権利が移転される旨主張する人々も少なくない。しかし、それらの契約において両者を区別することはできない。というのも、それらは物の引渡によって成立する契約であるが故に要物契約と呼ばれ、そのことによって契約の一群から除外されるわけでは決してないからである。それ故また、消費貸借は、それによって所有権が移転される限りでは契約としての性質は有していないが、債務者が物を受領することで同じだけのものを返還すべく義務づけられる限りでは有しているとのバコウィウスの主張もまた納得できない。なぜなら、1)消費貸借が要物契約である以上そこでは所有権が移転され、2)消費貸借は、同じだけのものを返還することだけではなく、それを引き渡すことによって所有権を移転するために締結されるのであり、双方について合意されねばならないからである。「この場合我々は、それらの物が受領者のものとなり、その同じ物ではなく同じ性質と種類の物が将来我々に返還されるようにするために引き渡す」法学提要3巻14章「如何なる方式で物の引渡による債務関係が締結されるのか」前書。なお、本書の学説彙纂12巻1章「貸与物について」への注解

と債務を別々に定義し、「債務乃至対物権 obligatio seu jus ad rem」ではなく「債務と対物権 obligatio e t jus ad rem」を所有権取得の「権原 titulus」と位置づけており、ハーンもまた、「身分が人の権利と異なるように、対物権は、本来、債務とは異なる jus ad rem proprie differt ab obligatione, ut status a jure personam」³⁷⁾と述べるなど、両者において、対物権と債務は単純に同一視されてはおらず、別々の概念と解されている³⁸⁾。しかし、そこに言う対物権は、例えば悪意の第二買主乃至受贈者に対する第三者効などとは全く無縁であり³⁹⁾、

10番冒頭及び13番を参照せよ。また、契約の成立と完了乃至実現とを区別して、売買においては引渡によって所有権が移転されるように【法学提要2巻1章「物の区分について」第41節】、所有権その他の物における権利は契約の完了時に取得されるとする人々もいる。しかし、要物契約においては、成立と完了は重なっているため、両者を区別することはできない。より適切なのは、恐らく、契約、更には、債務の主たる目的、つまり、与えあるいは為すべく人を義務づけることに向けられた本質的な目的【勅法彙纂2巻3章「合意について」第2法文と第3法文の組み合わせ】と、離れた目的、つまり、多くの場合引渡によって為される所有権その他の物における権利の引渡に相当する付随的で副次的な目的【学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第20法文と法学提要2巻1章「物の区分について」第41節の組み合わせ】とを区別することであろう。従って、債務は、第一にそれ自体としては、履行を義務づけ、第二にその結果として、所有権その他の物における権利を移転させる。最初の効果については以上の通りである。もう一つの効果として発生する人的訴権は生得的であるか後得的であるかの何れかである。前者は、片約、契約、不法行為といった人間の外的な行為に基づいて発生し、後者は債務から直接もたらされる。”

37) Observata, pars prior, 5, 1, n. IV.

38) ハーンとシュトルーヴェによる対物権の定義については Wesener, Dingliche und persönliche Sachenrechte, 201-202. 参照。

39) 二重売買における所有権者の確定、つまり、買主の優劣は、法源上、目的物の引渡＝占有取得の有無に決せられるのが原則であり（「先に引き渡された者が所有権の保持において優先するのは法的に自明である manifesti iuris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiore」 C.3, 32, 15, pr.）、従って、目的物の引渡を受けていない買主は、債権、つまり、対物権を有するに過ぎず、未だ所有権を取得していない以上、所有物取戻訴権を行使することも不可能である。このようないわば消極的な結びつきは、確かに、対物権概念と二重売買との間に存在する。しかし、上記原則に対する例外、すなわち、引渡を受けた悪意の第二買主との関係での第一買主の保護

その意味するところはあくまで債務と表裏一体の債権一般である。

このように、当時、ローマ普通法学上の概念として定着しつつあった対物権に対して、ヒューベルは如何なる態度で接しているのであろうか。そもそも、「何が財産に含まれるのか *quae in patrimonio sunt*」は、「我々の所有に属するもののみならず、何かが訴求され請求され追求されているならばそれもまた我々の資産の内に数えられるものと解すべきである *in bonis nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt, sed etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus*」旨ウルピアヌスが述べている通り⁴⁰⁾、何よりもまず「訴権 *actio*」に照らして考察されるべきである。そして、「対物訴権 *actio in rem*」か「対人訴権 *actio in personam*」の何れかによって「我々の財産に属するあらゆるものが請求されるということに疑問の余地はない *omnia, quae sunt in patrimonio nostro peti, non potest dubitari*」以上、「物が財産に帰属する根拠となる権利 *jus, quo res sunt in patrimonio*」もまた「物及び人を対象としている *in rem et personam competens*」はずである⁴¹⁾。これに

は、周知のように、バルドゥス以来、対物権概念とは無関係に、債務者の許害的財産処分について債権者に付与される「廃罷事実訴権 *actio in factum revocatoria*」の転用によって確保されていた(Wesener, 203-207. 参照)。このような第一買主の保護が債権の第三者効という意味で対物権概念と結びつくのは、プロイセン一般ラント法が、第一買主の保護を廃罷事実訴権ではなく買主の人的権利それ自体の効果として位置づけるとともに、ヨアヒム・ゲオルク・ダルイエス Joachim Georg Darjes (1714-1791年) に由来する「人的権利 *ius personale*」の区分、すなわち、「我々に対して何らかの行為を為すよう他人に要求する権利 *ius postulandi, ut alter actum aliquod nobis praestet*」である「狭義の人的権利 *ius personale in specie*」と「我々に対して何らかの物を与えるよう他人に要求する権利 *ius postulandi, ut alter rem quandam nobis praestet*」である「対物権 *ius ad rem*」の対概念を採用した時である(Wesener, 207-210. 参照)。それ故、この特殊プロイセン的とも言ってよい「対物権 *Recht zur Sache*」概念を前提に、その起源を辿るというような視点だけでは、例えば本稿で取り上げている17世紀後半のローマ普通法学の議論を適切に理解することはできない。

40) D. 50, 16, 49, Ulp. ad ed. 59.

41) [I.] Res igitur, quae hominem per et propter se locupletiore facere; vel, Latini aliquando loquuntur, beare possunt, quae revera sunt in patrimonio, extra illud constitutae. Quae sunt extra huiusmodi patrimonium, dicuntur Res nullius. De quibus

ut perspicue agamus, ordo postulat, ut primum breviter de rebus, quae sunt in patrimonio, dicamus; solet enim oppositorum similis et ad mutuam illustrationem habilis esse doctrina. Illud satis constat, alia esse, quae in dominio, alia quae et in bonis sive in patrimonio sunt. *In bonis enim nostra computari siceindum est*, inquit Ulpianus in *l. 49. d. V. S. non solum quae domini nostri sunt, sed etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus*. In patrimonio, inquam, est quicquid aut peti per actionem, aut retineper per exceptionem potest *l. 52. d. A. R. D.* sed exceptio ad similitudinem actionis redigitur. Proinde, si qualitatem et perpendamus, non potest fieri, quin etiam quae in patrimonio sint intelligamus. Nolumus tamen universam actionum materiam hac gratia excutere, siquidem a primo statim ingressu spes est huic proposito satisfieri posse. Prima et summa partitio actionum fertur, quod vel in rem sint vel in personam *§. 1. Inst. de Action.* In rem actiones dantur his, quibus aliquod jus in rem ipsam competit, adversus quemlibet possessorem, ad jus illud asserendum et rem petendam *d. §. et seqq.* Actiones in personam, per quas intendimus, personam adversarii, nobis aliquid dare, vel facere oportere *d. §. 1.* Hac divisione omnes actionum species comprehendi, nulla excepta, tyrones norunt; ideoque et omnia, quae sunt in patrimonio nostro his actionibus peti, non potest dubitari; etiam illud liquet, nihil esse in bonis nostris, circa quod non aliquod jus habeamus: Proinde jus illud esse duplex; In rem et personam competens. Hos terminos ex jure Civili novimus. (Digressiones, I, 4, I, 237.)

“I. 【物が財産に帰属する根拠となる権利は、物について主張できる権利及び人について主張できる権利の二つである *jus, quo Res sunt in patrimonio, esse duplex, in Rem et in personam competens*】

従って、物とは、自らを介しかつ自らによって人を富ませ、あるいは、ラテン人たちがしばしば述べているように、人を豊かにすることができるものであり、換言すれば、財産の内かあるいは財産の外に実際に存するものである。人の財産の外に存する物は無主物と呼ばれる。この無主物についても論じるべきなのは明らかではあるが、順序としては、まず財産の内に存する物について簡潔に述べるのが求められる。というのも、学問的な説明というものは、対となるものにも当てはまり相互の解明に相応しいものであるのが常であるから。財産の内に存する物の中で、ある物は所有に属し、ある物は資産もしくは財産に属することは自明である。ウルピアヌスも学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第49法文において、「我々の所有に属するもののみならず、訴求し請求し追求中のものであるならばそれもまた我々の資産の内に数えられるものと解すべきである」と述べている。言ってみれば、訴権によって請求されあるいは抗弁によって保持され得るものは何であれ財産に属するものであり【学説彙纂41巻

対して、「対概念*oppositio terminorum*」としての「物における権利」及び「物に対する権利」は、カノン法に由来するものであって、「ローマ法のどこにも見出されず、より正確な現代の解釈者たちによっても用いられていない *in jure Romano nusquam reperitur, neque a purioribus hujus saeculi Interpretibus usurpatur*」⁴²⁾。確かに、「物における権利」に相当する語句を含むローマ法源は

1章「物の所有権の取得について」第52法文】、抗弁は訴権に準じて扱われる。従って、性質や類似性について考慮すれば、何が財産に含まれるのか理解できないということはある得ない。しかし、だからといって、我々は、訴権の全ての内容を隈無く検討しようとは思わない。というのも、最初の一步で直ちに、ここでの論題を満足させる見通しが実際にあるからである。訴権の最初でかつ最も重要な区分は、対物訴権と対人訴権であるとされている。法学提要4巻6章「訴権について」第1節。対物訴権は、物それ自体への何らかの権利を有する者に、如何なる占有者に対しても当該権利を保持し物を訴求することができるように与えられるものである。同第1節以下。対人訴権とは、それによって、我々に何かを与えあるいなく為すべく、相手方の人格を義務づけるものである。同第1節。この区分にあらゆる種類の訴権が例外なく含まれることは、初学者でも知っている。従ってまた、我々の財産に属するもの全てがこれらの訴権によって請求されるということに疑問の余地はないし、我々がそれに関して何らかの権利を有していないようなものは我々の資産に決して属さないということもまた明らかである。そのような権利は、それ故、二つあって、物と人をそれぞれ対象としている。市民法の下で我々が知っているのは以上のような用語である。”

42) II. *Canonicae Doctores, inculcant alios; ajunt enim omne jus vel in Re esse vel ad Rem cap. 8. de concess. praeb. in 6. et cap. 40. de praeb. in 6. quemadmodum latius apud eos, qui volumina de jure in Re et ad Rem publicarunt, videre licet. In jure Romano haec oppositio terminorum nusquam reperitur, neque a putioribus hujus saeculi Interpretibus usurpatur, quod utrumque argumento est, eam neque elegantem esse neque necessariam; sed qui jus in Rem et in personam dicere contenti sunt, loquuntur tersius et loquuntur plenius. Minus elegantem cum judicamus, divisionem totam notamus; alioqui jus in re satis pure dici nemo negaverit; sed usurpari absque relatione ad alterum membrum, scilicet jus ad rem, probatur cum aliunde, tum ex I. 2. §. 22. d. Vi bonor. rapt. tametsi hic locus ab aliis ad probandam hanc divisionem citetur. Quare inquit Ulpianus, sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignoratata proponatur, sive deposita apud me, sic ut intersit mea, eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud jus, ut intersit mea non rapi, dicendum*

est, competere mihi hanc actionem. Palam est, Ulpianum jus illud, quod hadet commodatarius, conductor et depositarius nedum bonae fidei possessor, adeoque omne id quod interest, appellare, jus in Re. Proinde videant ne non causam prodant, qui suum jus in Re, quod in rem actioni respondeat, eliciunt. Jus ad Rem simpliciter ita nusquam toto jure memoratur; neque tam clare pribatur hic terminus artis, quam aliis videtur, ex Paulo in *l. 3. d. O. et A.* ubi obligationis *substantiam* in hoc ait consistere, *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.* Expectatur, ut terminus iste, de quo agimus monstretur; atqui jus ad rem nihilo ibi magis nominatur, quam jus ad factum. Si tamen ita explicetur, ut verba, *ad rem*, hunc sensum habeant, *ad rem dandam vel faciendam vel praestandam*; nihil quod ad rem ipsam attinet, refragabor, modum loquendi et voluptatem fingendi terminos vitupero, atque veteres notosque, *jus in rem vel in personam* praefero. Jus ad Rem qui dicit, ambigue loquitur, quia exaudiri potest quasi facta hinc removeantur; Persona est proximum et proprium et adaequatum hujus juris objectum; unde appellatio retius peteretur. Glossa in *l. 38. §. 2. Nox. act.* meminit juris in Re vel propter Rem; et ego jus quod est *propter* rem simpliciter, quam jus *ad Rem*, dicere mallet; quoniam hic terminus non est latinus, nisi suspenso intellectu, verba *ad rem* accipias, cum relatione ad *dandum, faciendam, praestandam*, sed jus *propter rem* sua interpretatione contentum est. [...] (Digressiones, I, 4, 4, II, 237-239.)

“Ⅱ. 【カノン法では「物における権利」及び「物に対する権利」と呼ばれる。これは確かに典雅ではなく学問に由来するわけでもないが、教育上の理由から維持可能である *Id in Jure Canonico, jus in Re et ad Rem vocari.* Minus eleganter id quidem neque ex Arte, docendi tamen causa posse retineri]”

カノン法の諸博士は別の用語を押しつけている。というのも、彼らが言うには、あらゆる権利は物の内にあるか物を対象としているとされるからである。第六書3巻7章「聖職禄の付与について」第8節、及び、同4章「聖職禄及び顕職について」第40節。また同様に、それらの用語は、物における権利及び物に対する権利について著作を公にしている人々にも広く見ることができる。このような対概念は、ローマ法のどこにも見出されないし、より正確な現代の解釈者たちによっても用いられていないが、その理由は何れも、そのような対概念が典雅でも必要でもないからである。他方、物への権利及び人への権利と呼ぶことに満足している人々は、こちらの方がより正確で完全であると主張している。先の対概念は典雅ではないと考えられるので、我々はこの概念区分全体について考察する。確かに、物における権利と呼んでも全く何の問題もない場合があることは何人も否定できないけれども、それが、もう一方、すなわち、物に対する権利とは無関係に用いられているということは、他の法文と並んで、学説彙纂47巻8章「暴力強奪物訴権について」第2法文22節によって証明されている。に

幾つも存在しているが、それらの語句は、「物に対する権利とは無関係に *absque relatione ad jus ad rem*」用いられているのみならず、例えば、「物が、私の元に、使用貸借されているにせよ、賃貸借されているにせよ、あるいはまた質に供されているにせよ、寄託されているにせよ、その物が奪われないこと

もかがわからず、先の区分を証明するものとしてこの箇所を引用する人々がいる。この法文でウルピアヌスが言うには、「物が、私の元に、使用貸借されているにせよ、賃貸借されているにせよ、あるいはまた質に供されているにせよ、寄託されているにせよ、その物が奪われないことが私にとって重要であり、また、その物が善意で私に占有されているにせよ、その物について私が用益権その他の何らかの権利を有しているにせよ、その物が強奪されないことが私にとって重要である以上、当該訴権が私に付与されると解されるべきである」。ここでウルピアヌスが、使用借人、賃借人、受寄者、更には善意占有者も含めて、彼らの有する権利を、それが重要なものである限り全て物における権利と呼んでいることは明らかである。それ故、対物訴権に対応するような物における権利をこの箇所に見出す人々は、その論拠を明かさぬように用心すべきであろう。物に対する権利は、全く当然ながら、如何なる法文においても全く言及されておらず、学術用語として明白に承認されているわけでもないけれども、他方で、学術彙纂44巻7章「債権及び訴権について」第3法文におけるパウルスに由来するとみなす人々もいる。この箇所で、パウルスは、債権の「本質」が「我々に対して何かを与え、為し、あるいは、履行すべく他人を義務づける」という点に存すると述べている。今論じている用語が示されていると期待されるにもかかわらず、そこでは行為に対する権利が言及されているだけで、物に対する権利については何処にも触れられていない。にもかかわらず、「物に対する」という語句が「物を与え、為し、あるいは、履行すべく」との意味を有しているのだと説明されるならば、私は、ここでは物そのものは全く問題となっていないと反論し、用語法や概念形成のいい加減さを非難した上で、「物あるいは人への権利」という旧来のよく知られた用語の方を選ぶ。物に対する権利と呼ぶ人の用語法は曖昧である。というのも、そこでは行為というものを無視しているように聞こえるからである。そうではなくて、人こそ、当該権利にとって最も近くて固有かつ十分な対象なのであり、それ故、より正確な命名が求められるべきであった。学説彙纂9巻4章「加害訴権について」第38法文2節への標準注釈は物における権利と物のための権利に言及している。そして、私自身も、物に対する権利よりむしろ、単に物の「ための」権利と呼ぶ方が好ましく思われる。というのも、この「物に対する権利」という用語は、知性の緩みから「与え、為し、もしくは、履行すべく」と関連づけて「物に対する」という語句を理解するのでなければ、おおよそラテン語であるとは言えないのに対して、「物のための」権利はその解釈次第で納得が行く。…”

が私にとって重要であり、また、その物が善意で私に占有されているにせよ、その物について私が用益権その他の何らかの権利を有しているにせよ、その物が強奪されないことが私にとって重要である以上、当該訴権「暴力強奪物訴権 *actio vi bonorum raptorum*」が私に付与されると解されるべきである *sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignoratā proponatur, sive deposita apud me, sic ut intersit mea, eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud jus, ut intersit mea non rāpi, dicendum est, competere mihi hanc actionem*」とのウルピアヌスの言葉⁴³⁾からも明らかなように、「使用借人 *commodatarius*」、「賃借人 *conductor*」、「受寄者 *depositarius*」といった他主占有者や「善意の占有者 *bonae fidei possessor*」の権利もまた「物における権利」として扱われており、「対物訴権に対応するような物における権利 *jus in Re, quod in rem actioni respondeat*」が想定されているわけではない⁴⁴⁾。また、「物に対する権利」の

43) D. 47, 2, 22, Ulp. ad ed. 22.

44) ただし、この主張は、物における権利として「所有権 *dominium*」、「所有権類似の権利 *jus proximum dominio*」乃至「準所有権 *utili dominium*」、「相続権 *hereditas*」、「役権 *servitus*」、「質権 *pignus*」を想定し（「私は、物に作用付着し物が何処にあっても追求できる権利として、五つ乃至四つのものを区別できると考える。それはすなわち、所有権、所有権類似の権利（中にはこれを所有権に含める人もいる）、相続権、役権、質権である。Ego quinque vel quatuor Jura possum cognoscere distindta, quae rem afficiant eique inhaereant, ubicunque reperiantur: sunt autem haec; Dominium, Jus proximum dominio, quod alii sub dominio comprehendunt, Hereditas, Servitus et Pignus.」 *Digressiones*, I, 4, 6, I, 243. 本稿「2・完」注2も参照）、「占有 *possessio*」乃至「占有権 *jus possessionis*」をそこから除外するヒューベルの立場（「占有権が占有それ自体と共に成立しかつ消滅することについては全く議論の余地はないと思われる。従ってまた、占有が物における権利ではないことを証明するために別の箇所で行った論拠は、占有それ自体の場合と同様に、このいわゆる占有権にもそのまま当てはまる *Plane extra controversiam habetur, jus possessionis cum ipsa possessione nasci et extinguī. Ideoque argumenta, quibus alias probavimus, possessionem non esse jus in Re, non minus directe conveniunt in hoc quod jus possessionis ducitur, quam in possessionem ipsam.*」 *Digressiones*, I, 4, 10, II, 266)を前提としたものであり、占有権を物における権利に含める見解（デ・フロート [本

ローマ法源中の典拠として、一般に、「債務の本質は我々に対して何かを与え、為し、あるいは、履行すべく他人を義務づけるところにある *obligationum subustatia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*」というパウルスの見解⁴⁵⁾が援用されるが、ここで言及されているのは、「物 *res*」ではなく「行為 *facta*」に対する権利である。つまり、「物に対する権利」という「用語法 *modus loquendi*」は、「債務の本質 *obligationis substantia*」から乖離し、「人が当該権利にとって最も近くて固有かつ十分な対象である *persona est proximum et proprium et adaequatum hujus juris objectum*」ことを看過し、「行為というものを無視しているように聞こえる *exaudiri potest quasi facta removeantur*」が故に、「曖昧 *ambigue*」であり、「学術用語 *terminus artis*」としても相応しいとは言えないのである。

従って、「対物訴権と対人訴権をそれぞれ発生させる権利が対となるような新たな区分 *nova distinctio, per quam ea jura, quae in rem et in personam actiones producunt, sibi mutuo opponerentur*」が仮に必要であるとするならば、別の対概念が望ましい。そのような対概念の「候補 *nomenclatura*」として、ヒューベルがまず挙げているのは、訴権の区分に倣った「物への権利 *jus in rem*」と「人への権利 *jus in personam*」という「従来からよく知られている概念 *veteres noti termini*」である。ヒューベルの主張は、あくまで、「＜対物権＞という呼称よりも、この＜人への権利＞という呼称の方が法律的言い回し

稿「2・完」注3]、フィンネン [注32]、ハーン及びシュトルーヴェ [注33]。論争相手のフェルトマンは、所有権、相続権、役権、質権、占有権に加えて、更に、「嫁資権 *jus dotis*」を付け加えたが、この点に対するヒューベルの批判は *Digressiones*, I, 4, IX, 258-264. 参照)に従えば、当該法文は「物における権利」の典拠となり得ることになる。本稿では立ち入らないが、フェルトマンとの論争でも、物における権利の定義と種類が主要な争点の一つとなっている (Feenstra, *Real Rights and Their Classification in the 17th Century: The Role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann*, *The Juridical Review*(1982), 106-120. 参照。より一般的な学説史的概観として、Feenstra, *Dominium and *jus in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction*, in: *New Perspectives in Roman Law of Property* (1989), 111-122. も参照)。

45) D. 44, 7, 3, pr., *Paul. inst.* 2.

からの乖離の程度が小さいように見える minus a phrasi juris abhorrentem videri illam appellationem, quam est illa juris ad rem」という程度の控え目なものであったが、フェルトマンは、「人への権利が、人の身分に由来し、先決訴権を発生させる jus in personam ex statu hominum habet originem, paritque actionem praejudicialem」ものである以上、「もし対物権が人への権利と呼ばれるならば、先決訴権をもたらず権利と識別不能になる si jus ad vocaretur jus in personam, non posset discerni ab eo jure, quod actiones praejudiciales informat」として、逆にヒューベルの用語法の曖昧さを指摘し批判した⁴⁶⁾。こ

46) De vulgata divisione juris in Re et ad rem ita disserueram in *d. cap. 4. ut juris quidem Romani auctoritate eam carere adserem, in scholis tamen et in docendo usum ejus haud inutilem videri. Hae sunt distinctae positiones, quas inter se minime contrariis, verum et plures dari partitiones ita comparatas, nemo, opinor, diffitebitur. Priorem igitur videamus numquid rite recteque refutaveris. Initio vellicas in cap. 6. §. 3. benedict. a me dictum, praestare, uti jus in personam nuncparetur, id quod vulgo jus ad rem vocatur. Paucissimis verbis obiter dixeram, si necesse foret, novan invehere distinctionem, per quam ea jura, quae in rem et in personam actiones producant, sibi mutuo opponerentur, non posse aliunde commodius quam ab iisdem terminis peti nomenclaturam. Cum enim jus quod est fons in rem actionis, jam modo dicatur jus in Re sive in Rem, quid obstat, quominus originale jus actionis in personam, eadem analogia, jus in personam diceretur? Hicne opus erit monstrare tibi scriptores vel interpretes, qui hoc modo loquantur? atqui nec ipsemet ita loquor, neque terminos dixi esse usitatos; verum minus a phrasi juris abhorrentem videri illam appellationem, quam est illa *juris ad rem*, id dixi et facile tueor. Sed, imo *jus in personam*, ait o Feltmanni, *exstratu hominum habet originem, paritque actionem praejudicialem*. Proinde si jus ad rem vocaretur jus in personam, non posset discerni ab eo jure, quod actiones praejudiciales informat. Quaeso, vir acutissime, quo pacto nunc actiones in personam non confunduntur cum illis, quae ex statu personarum veniunt? Imo, inquam, si nunc actiones in personam intelligantur sine respectu ad eas, quae sunt de jure maxime personali, nullum erat periculum, quin et jus in personam, comparatum ad aliquid habendum vel faciendum, facile distingueretur a jure quod ex statu hominis oritur. Utique nec tu negabis, actiones in personam ex jure aliquo nasci; quo autem ex jure si non adversus personam comparato? neque vero quisquam Ictus negabit,*

obligationem esse jus in personam, eique sufficit probando *l. 3. in pr. d. obligat. et action.* Obligatio autem est jus ad rem. Ergo jus ad rem nihil est aliud quam jus in personam. Dixeram, cum jus ad Rem nuncupamus, ambigui aliquid implicari, quia videri potest, quasi facta removeantur. At ego, ais tu, *factum rei vocabulo comprehendi tradi c. 28. n. 2. et seqq.* Quasi sermo esset inter nos, de eo quod tu alibi tradidisses, et non potius, quid ex eo termino simpliciter proposito posset exaudiri. Porro, uti probes, divisionem esse juris antiquam, ad textus abs te pridem citatos non ablegas, cum tamen neque dudum, neque jam denuo ullus textus id ullo modo probans a te fuerit adductus. Ideoque diffidens tibi; *finge haec*, ais, *aliter; an non id satis est, jure Pontificio claris verbis eam distinctionem expressam esse?* Atqui id egomet antea adfirmavi. Tu si quid adversus me probatum cuperes, e textu aliquo juris Romani earum specierum oppositionem adstruere debeas: [...] (Animadversiones, VI, 278-280. 引用は『余滴』第三版所収のテキストによる)

“【物における権利と物に対する権利の区分は称賛されるべきというよりは甘えられるべきものである。このことは、聡明な某氏が考えるように、矛盾ではない *Divisio juris in Re et ad rem ferenda magisquam laudanda. Haec non esse contradictria, ut vir Cl. putat*】

一般に流布している物における権利と物に対する権利の区分について、私は、『余聞』第4巻4章で、当該区分がローマ法としての権威を全く欠いている旨論じたけれども、付け加えて、講義や教授での使用は全く無益であるとまでは思われないうも述べておいた。これらは互いに全く矛盾しない別々の問題であり、実際に、そのような仕方では、複数の区分が示されたという点に異を唱える者はいないと思われる。そこで、最初の問題について、貴方が正当かつ適切に反駁したのかどうか見てみることにしたい。まず、貴方は、『天恵』第6章3節において、一般に「対物権」と呼ばれているものは「人への権利」と正式に呼ぶべき旨主張しているとして私の所論を非難している。私は、対物訴権と対人訴権を発生させる権利が対となるような新たな区分を導入する必要が仮に必要だとするならば、同じそれらの用語から候補を引き出すこと以上に容易なことはあり得ないと、ついでに少しばかり述べたにすぎない。実際、対物訴権の源である権利が端的に物における権利もしくは物への権利と呼ばれているのに、対人訴権の源となる権利を、同様の類推に基づいて、人への権利と呼ぶことに反対する理由があるだろうか。そのような表現を用いる著述家や解釈者をここで敢えて貴方に挙示する必要があるとでも言うのだろうか。他方、私自身がそのような表現を用いているわけではないし、それが一般に普及した用語であると述べたわけでもない。そうではなくて、この「人への権利」という呼称の方が「対物権」よりも法律的な言い回しからの乖離の程度がより小さいように見えると私は述べたのであり、この点を弁護するのは容易い。しかしながら、かのフェルトマヌス氏は、「人への権利は、言うまでもなく、人の身分に由来し、[自由の有無に関わる]先決訴権を発生させる」と述べる。そ

れに対して、ヒューベルは、自分自身が「人への権利」という名称を用いているわけではないと断った上で、もしフェルトマンの言う通りならば、「一体どういうわけで、対人訴権は、人の身分に由来する訴権と一致しないのか *quo pacto nunc actiones in personam non confunduntur cum illis, quae ex statu personarum veniunt?*」と問い返している。また、訴権とそれを発生させる権利とが対応関係にあり、対人訴権もまた「何らかの権利から生じる *ex jure aliquo nasci*」のだとすれば、その権利とは「債権 *obligatio*」であり、この「債権」が、パウルス言う「債務の本質」からも明らかな通り、「人に対して向けられた権利 *jus adversus personam comparatum*」であることに疑問の余地はな

れ故、もし対物権が人への権利と呼ばれるならば、先決訴権をもたらし権利と区別不能になるというのである。才知に富んだ氏よ、私は聞きたい。もしそうであるならば、一体どういうわけで、対人訴権は、人の身分に由来する訴権と一致しないのか。敢えて言うが、実際のところ、対人訴権が人の権利の大半に関わる訴権と無関係に理解されたならば、何かが取得されあるいは為されることに向けられた人への権利が、人の身分から生じる権利と容易に区別できなくなるという恐れなどなかったはずである。また、貴方も、対人訴権が何らかの権利から生じることをよもや否定することはあるまい。しかし、それが人に対して向けられた権利ではないのだとしたら、一体如何なる権利から生じるというのか。他方で、債権が人への権利であることを否定する法律家もいないであろうし、この点の証明するには、学説彙纂44巻7章「債務及び訴権について」第3法文の前書で十分である。ところで、債権は対物権である。従って、対物権とは人への権利に他ならない。私が述べたのは、我々がこれを対物権と呼ぶ場合、行為というものが無視されているように見えるので、何か曖昧さを残るということであった。「だが私は、『論考』第28章2番以下で、行為を含めて物という語を用いて論じた」と貴方は言う。これではまるで、我々の間の議論が、自明のものとされている概念から何を引き出し得るのかではなく、貴方がどこかで論じたことについて交わされているかのようである。更に、貴方は、古代の権利区分であることを証明しようと、以前に貴方が引用した法文へと我々を導いているけれども、これまでも、そして、今回も、この点を幾らかでも証明するような法文は何一つ引用されていない。それ故、疑惑の目は貴方に向けられる。確かに貴方は、「更に次の点も思い起こしてもらいたい。つまり、教会法上、明確な言葉でこの区別が表明されているということ十分なのではないのか」と言う。しかし、この点は私自身が以前に認めていたことである。もし貴方が私に対抗して何らかの証明を企図していたのであれば、ローマ法の何処からこの対概念を引き出さねばならなかったはずである。…”

く、「実際、債権が人への権利であることを否定する法律家もない *neque vero quisquam Jctus negabit, obligationem esse jus in personam*」。このように債権が人への権利であるという自明の前提の下で、「債権」をもし「対物権」と呼ぶならば、ごく単純な三段論法によって、「対物権とは人への権利に他ならない *jus ad rem nihil est aliud quam jus in personam*」との結論が導かれるのである。ヒューベルは、対物権に代わる概念のもう一つの候補として、標準注釈⁴⁷⁾に由来する「物のための権利 *jus propter rem*」を挙げているが、この点についても、フェルトマンは、ヒューベルがこの概念をあたかも積極的に推奨しているかのように見なす一方、「物のための権利とはそれを有する者によって既に取得された物を想定している *jus propter rem ponere jam rem acquisitam ei, qui habet*」という独自の解釈に立って、その主張の不当さを指摘している⁴⁸⁾。しかし、「＜物に対する＞権利は、別の語句を直ぐ後に聞き取れ

47) *Sed nonne hic excussor, sicut creditor, a suo iure per edictum divi Marci omnino cadit? Respond. non: quia per edictum amittit ius tantum, quod habet in re, vel propter rem: hi autem nummi neque obligati, neque debiti erant: [...]* (Glossa in D. 9, 4, 38, 2. 引用は1627年リヨン刊標準注釈付き市民法大全第1巻1078頁による)

“しかし、このように奪い返す者は、いわば債権者と同様に、神皇マルクスの勅法 [Inst. 4, 6, 30.] によって、自らの権利 [である加害訴権] を完全に失うのではなからうか。答えは否。というのも、勅法によって喪失するのは、物において有する権利が物のために有する権利であるが、[奪い返された] これらの金銭が債務として義務づけられ負担されていたわけではないからである。…”

48) *Verum ne tibi forte videar his digressionibus eludere vim reprehensionis tuae; age, quid tandem a me stultiae commissum? Quia dixi jus ad rem non posse collocari, quin aliud verbum juxta exaudiendum essey videlicet, ad rem dandam vel faciendam; alioqui latinum non esse, quod dicitur, jus ad rem praecise; at forte melius cum glossa jus propter rem, si omnino hujusmodi terminus sit recipiendus dictum iri; vel ideo, quod jus propter rem sua interpretatione contentum esset: Id volui idque dixi jus propter rem, esse latine dictum, etsi verba non suspendantur ab alio quod reticetur. Quemadmodum donationem propter nuptias latine licet dicere; donationem ad nuptias non licet, nisi, tecum ipse suppleas, verbum contrahendas, ornandas sut aliud simile. Tu vero facundiam tuam jactas, clamando, quasi jus propter rem ego commendaverim, ut clare distincteque id de*

quo *agitur*, ob oculos ponens. Ipse tamen memoras, ita me scripsisse, quod jus propter rem sua interpretatione contentum esset; Ergone quod requirit interpretationem, id veluti clarum remque penitus ob oculos ponens laudatur? Imo jus propter rem dixi aliud nihil postulare, quam ut illud *propter rem* explicetur; cum *jus ad rem* antequam possit explicari, aliud juxta se verbum velit ingeminari. Sed, in promptu est tibi objectio, quod jus ad rem indicet jus necdum quaesitum; *quilibet autem*, ais, *animadverit*, *jus propter rem ponere jam rem acquisitam ei, qui habet*. Acute, ut soles, omnia. Nam donationem propter nuptias, si teaudimus, *quilibet* haudubie *intelligit*, ponere contractas jam nuptias, ad contrahendas nullo modo pertinere. Jusjurandum propter calumniam, interprete τω Feltmanni, non futuris calumniis repertum est cohibendis, sed tantum ad exercitas pertinebit. Titulus, de his qui propter, *metum judicis non appellaverunt*, minime deiis loquetur, qui futuri periculi causa mente trepidaverint, sed de iis, qui metuunt id quod nemo reformidat, quod jam praeteritum atque transmissum est. Finem nullum haberemus, si absurditatem hujus tuae observationis, copia exemplorum convincere juvaret; [...] (Animadversiones, IX, 282-283.)

“【物に対する権利というよりはむしろ物のための権利と呼ぶほうが実際のところ適切である Rectius ne jus propter Rem, quam ad Rem dicatur】

実際のところ、私がこれらの余談によって図らずも貴方の反論の効果を台無しにしているように貴方の目から見えるのでなければ、私が一体如何なる愚行を犯したのか言ってもらいたい。というのも、私が述べたのは、「物に対する」権利は、別の語句を直ぐ後に聞き取れなければ、つまり、「与えられるべき物あるいは為されるべき事に対する」権利でなければ、使い物にならず、単に「物に対する権利」と言われただけでは全くラテン語とは言えないのに対して、標準注釈に倣って「物のための権利」と呼ぶならば、そのような用語が一般に受け入れられる限りにおいて、恐らくはより適切であり、従ってまた、その解釈次第では「物のための権利」に満足できるということであった。つまり、私は、「物のための」という語句がそこで述べられていない他の語句に左右されないとしても、「物のための」権利がラテン語による表現にあたると考えそのように述べたのである。これは、「婚姻のための贈与」と表現することはラテン語で許されても、「婚姻に対する贈与」と表現するのは、「締結されるべき」や「挙行されるべき」その他同種の語句を補充しない限り許されないということと同じである。これに対して、貴方は、私がまるで、「問題となっている」事柄を明確判明に人々の眼前に示すために、「物のための権利」を推奨しているかのように叫び立てて、雄弁さを披露している。しかしながら、物のための権利はその解釈次第で納得できると私が書いていることをどうか思い出してもらいたい。人々の目の前で、解釈を要することをあたかも明白であるように主張して長々と論じる者が称賛されることなどそもそもあるだろ

なければ、つまり、＜与えられるべき物あるいは為されるべき事に対する＞権利でなければ、使い物にならず、単に＜対物権＞と言われただけではおよそラテン語とは言えないのに対して、標準注釈に倣って＜物のための権利＞と呼ぶならば、そのような用語が一般に受け入れられる限りにおいて、恐らくはより適切であり、従ってまた、その解釈次第では＜物のための権利＞に満足できるはずである *jus ad rem non posse collocari, quin aliud erbum juxta exaudiendum esset videlicet, ad rem dandam vel faciendam; alioqui latinum non esset, quod dicitur, jura ad rem praecise; at forte melius cum glossa jus propter rem, si omnino hujusmodi terminus sit recipiendus dictum iri; vel ideo, quod jus propter rem sua interpretatione contentum esset*」というのがヒューベルの意図であり、フェルトマンはこの点を誤解あるいは曲解していると言わざるを得ない。「物のための *propter rem*」という表現が「物に対する *ad rem*」という表現よりも優れているのは、例えば、「既に締結された婚姻 *contractae jam nuptiae*」を理由とする贈与だけではなく、元々「婚姻前の贈与 *donatio ante nuptias*」と呼ばれていた「締結されるべき婚姻 *contrahendae*

うか。実際、私は、物のための権利が「物のための」ということの説明しか必要としないのに対して、「物に対する権利」は、それ自身が解明されるより先に、別の語句を付け加えることを求める、と述べた。ところが、貴方の方で用意された異議とは、物に対する権利はここで問われている権利を指し示しているわけではないというものである。すなわち、「物のための権利がそれを有する者によって既に取得された物を想定しているということは、しかし、誰でも気付くはずである」と貴方は言う。貴方がいつもそうであるように、ここでもすべて慎重にお願いしたい。というのも、貴方の言い分を従うならば、婚姻のための贈与が、既に締結された婚姻を指し、締結されるべき婚姻とは全く関係がないことを「誰もが」疑問の余地なく「理解する」はずであるから。偽証のための宣誓とは、フェルトマヌスという解釈者によれば、将来の偽証を予防するために創出されたのではなく、既に犯された偽証にのみ関係していることになる。「裁判官の強迫」のために「上訴しなかった」者に関する章 [C.7,67.] は、将来の危険の故に決心がつかない者について述べているのではなく、誰も恐れていないこと、つまり、既に過ぎ去ったことに疑念を抱く者について言っているというのである。このような貴方の考察の馬鹿らしさを膨大な事例によって証明することがお気に召すのであれば、枚挙に暇はない。…”

nuptiae」を理由とする贈与をも含意する「婚姻のための贈与 donatio propter nuptias」⁴⁹⁾と同様、その意味内容が「そこで省略されている他の語句に左右されない non suspenduntur ab alio verbo quod reticetur」が故に、「物に対する権利」の場合のように別の語句を補充することなく、当該語句の「解釈 interpretatio」によって理解できるからである。「物のための権利」の「物 res」が「既に取得された物 res jam acquisita」のみを意味するという前提でヒューベルを批判するフェルトマンは、ローマ法における前置詞「…のための propter」の用法を全く理解していないのである。

(未完)

49) C. 5, 3, 20, pr. Iustinianus.