

《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——

(2・完)

藤 田 貴 宏

IV.

このように、「人への権利」にせよ「物のための権利」にせよ、何れも、その使用を推奨する趣旨ではなく、対物権のラテン語表現としての拙さ曖昧さを強調する手段として採り上げられたのではあるが、だからといって、ヒューベルが、「より正確な現代の解釈者 *puriore hujus saeculi Interpretes*」、つまり、人文主義法学者の立場から、物における権利と物に対する権利の対概念を全く無視しているというわけではない。それどころか、長年大学でローマ法を講じ裁判実務の経験もあるヒューベルにとって、「物における権利と物に対する権利という区分 *divisio juris in re et ad rem*」が「現代の学説、法廷、及び、大学において広く受容され普及している *in doctrina hujus saeculi, in foro et in Academiae valide recepta et pervulgata est*」ことは自明の事実であり、それ故、それがローマ法源上の区分ではないとしても、「教育上の配慮から甘受できる *docendi causa toleratur*」としたのである¹⁾。とはいえ、当該区分が広く流布し

1) II. [...] Caeterum quia in doctrina hujus saeculi, in foro et in Academiae, haec divisio juris in re et ad rem valide recepta et pervulgata est, docendi causa toleretur licet, idque praecipue, quia cum jus in Re dicimus, fundamentum uniforme actionis in Rem tenemus, quo carent inutiliter hi, quibus non placet his terminis uti. Dicere enim eos ubique videas, actionem in Rem esse, quae datur ex jure domonii, quod in universum non est verum. Nam res docet, dari in rem actiones iis, qui nequaquam sunt domini, ut sunt consessoria et Serviana, et hypothecaria, atque etiam hereditatis petitio, qua de re mox consideratius.

III. Jus in re definiemus, quod sit, *facultas homini in rem competens, sine respectu*

た主たる理由は、フェルトマンが懸命に擁護する「物に対する権利」そのものではなく、「物における権利と呼ぶことによって対物訴権の共通の基礎を把握できる cum jus in Re dicimus, fundamentum uniforme actionis in Rem teneamus」ところにある。つまり、物における権利は、「対物訴権が、役権認諾訴権、質物訴権、抵当物訴権、更には相続請求の場合のように、所有者者ではない者にも付与される dari in rem actiones iis, qui nequaquam sunt domini, ut sunt confessoria et Serviana, et hypothecaria, atque etiam hereditatis petitio」. という紛れもない事実をふまえて、「所有権 dominium」、及び、地上権 superficies や永借権 emphyteusis 等の「準所有権 utile dominium」以外に、「相続権 hereditas」、役権 servitus、「質権 pignus」もまた、対物訴権をもたらし権利として位置づけるために非常に好都合な概念なのである。物における権利をこの目的

ad certam personam, unde producit actionem in rem ubicunque ea sit et adversus quemcunque possessorem. Jus ad Rem erit nobis, Facultas competens adversus aliam personam, ut nobis aliquid det vel faciat ; quas definitiones imitati sumus ejus exemplo, cujus auctoritate lubenter utimur, Grotii lib. 2. manu duct. cap. 1. §. ult. [...] (Digressiones, I, 4, 4, II-III, 238-239.)

“II. …ところで、物における権利と物に対する権利というこの区分は、現代の学説、法廷、及び、大学において広く受容され普及しているために、教育上の配慮から甘受できるとしても、その主たる理由は、物における権利と呼ぶことによって対物訴権の共通の基礎を把握できるところにあるのであって、これらの用語を用いることに気が進まない人々にとっても、そのような共通の基礎無しに済ますのは不都合である。実際、対物訴権とは所有権に基づいて付与されるものである旨主張する人々が至る所に見出されるが、これは全く正しくない。というのも、事物の教える通り、対物訴権は、役権認諾訴権、質物訴権、抵当物訴権、更には相続請求の場合のように、所有者者ではない者にも付与されるからである。この点については後に詳しく検討する。

III. 【グロティウスに倣って上記二つの権利が定義される *Definitur utrumque jus illud, exemplo Grotii, …*】

我々が定義するところによれば、物における権利とは、「特定の人への顧慮なしに人が物に対して行使できる権能」であり、それ故、物がどこにあらうとあらゆる占有者に対して対物訴権を発生させるものである。一方、我々にとって、物に対する権利とは、「我々に何かを与えあるいは為すべく他人に対して要求できる権能」である。これらの定義は、ある人（我々は喜んで彼の権威に依拠する）、すなわち、グロティウスの『ホラント法学入門』第2巻1章末尾に見える例に倣ったものである。”

で法学教育に生かすことはヒューベル自身も望むところであり、『市民法講義』において実際に用いられている²⁾。物に対する権利が対人訴権の前提とな

2) *Res singulorum* supra esse diximus, quarum nomine competit actio, uti rem amisisse dicitur, qui nullam ejus persequendae actionem habet, l. 14. §. 1. de V. S. Actio est in rem vel in personam. In rem, qua petimus rem nostram. In personam, qua persequimur rem nobis debitam, ut plenius ad §. 1. I. de action. Res nostra proprie quidem dicitur, quae est in Dominio nostro, l. 19. de V. S. et l. 66. de R. V. cujus vindicandae jus habemus, l. 49. de R. V. ita ut id, quod suum est, opponatur ei, quod in credito est, l. 27. §. 2. et l. 34. in pr. de aur. et arg. leg. quanquam non raro quod suum est, ad ea, quae nobis debentur, extendi videmus, l. 6. §. 6. de his, quae in fraud. credit. l. 22. et l. 96. §. 1. de solut. Generaliter igitur, Res nostrae singulorum sunt, quas actione, vel reali, vel personali persequimur. Actionis in rem fundamentum est, non modo dominium, sed latius omne *Jus in re*, ita dictum; Fundamentum personalis actionis est, *Jus ad rem*, vulgo dictum. Haec enim recepta est distinctio inter jus in Re et ad Rem, ex Jure Canon. c. 8. de concess. praeb. in 6. et 40. de praeb. in 6. In jure civili haec oppositio specierum nusquam reperitur. Jus in re memoratur quidem saepius, at non perpetuo hoc sensu, cum aliquando tam late pateat, ut omnes causas ejus, quod interest, complectatur, l. 2. §. 22. de Vi bon. rapt. Sed jus ad rem ita simpliciter nusquam nominatur: quanquam docendi causa lubenter his terminis utimur. dix. lib. 4. Digress. c. 4. Sequitur hanc doctrinam Grotius 2. manud. c. 1. §. ult. quando Jus circa res dividit in *Beheering en Inschult*. *Beheering* est jus in Re. Quod subtilius, ait, esse *Recht van toebehooren bestande tusschen de mensch en de sake, sonder noodig opsicht op een ander mensch*. Iterum *Inschult*, jus ad re, est, *Recht van toebehooren, dat de ene mensch op den anderen heeft, om van hem eenige saeke te genieten*. Hoc exemplo nobis quoque, Jus in Re sit, *Facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam*. Unde producit actionem in rem, ubicunque ea sit, et contra quemcunque possessorem. Jus ad rem est, *Facultas competens in aliam personam, ut nobis aliquid det, vel faciat*, quod ideo producit actionem in certam personam, non contra tertium. Eodem modo definitur obligatio; Nam qui alium habet obligatum, jus ad rem habere dicitur, ut in loco videbimus. Nos quinque Species Juris in re statuimus, *Dominium, Jus domino proximum, vulgo utile Dominium, Hereditatem, Servitutem, Pignus*. Quod si tu utile dominium pro specie distincta domini malis accipere, quod per me licet, recte dices, *quatuor esse juris in re species, ut est in positionibus*. (Praellectiones, I, 89, in Inst. 2, 1, n. 12.)

“法学提要第2巻1章の12:「個々人に帰属する」物とは、それを理由に訴権が付与されるものであると上に述べた。同様に、物を追求する訴権を有していない者は物を喪失したと解される【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第14法文1節】。訴権は対物訴権か対人訴権かの何れかである。対物訴権とは我々が我々の物を請求す

る訴権であり、対人訴権とは我々に対して義務づけられた物を請求する訴権であることは、法学提要4巻6章「訴権について」第1節について詳しく論じている通りである。本来確実に我々の物と言えるのは、我々の所有権に属する物であり【学説彙纂50巻16章第29法文及び同6巻1章「所有物取戻訴権について」第66法文】、我々はそれを取り戻す権利を有しているので【同第49法文】、「自己に属する」ものは貸し付けられているものに対置される【同34巻2章「金や銀等の遺贈について」第27法文2節及び第34法文冒頭】。ただし、「自己に属する」ものの範囲が我々に対して義務づけられているものにしばしば拡大されることは知られている【同42巻8章「債権者への詐害行為として何が為されたならば損害が回復されるのか」第6法文6節及び同46巻3章「弁済及び免除について」第22法文、第96法文1節】。従って、「個々人に帰属する」我々の物とは、我々が物的訴権もしくは人的訴権によって請求できる物である。対物訴権の基礎となるのは、所有権だけではなく、より広く、文字通り「物における権利」全てであり、人的訴権の基礎となるのは、一般に言うところの「物に対する権利」である。物における権利と物に対する権利というこの区分はもちろん教会法に由来している【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「聖職禄及び頭職について」第40節】。市民法にはこのような対概念は全く見出されない。確かに、物における権利はしばしば市民法において言及されているけれども、常にこのような意味において用いられているわけではない。というのも、ある場合には、利害関係の原因全てが含まれるという程に広い意味で用いられているからである【学説彙纂47巻8章「暴力強奪物訴権」第2法文22節】。一方、物に対する権利はそもそも全く言及されていない。とはいえ、教育に際しては、我々は喜んでこれらの用語を使用する。この点については『余聞』第4巻4章で既に述べた。グロティウスは『入門』第2巻1章最終節でこの学説に従い、物に関わる権利を「支配権」と「請求権」に区別している。「支配権」とは物における権利である。彼が言うには、この権利は、より正確には、「他人を顧慮する必要なく人と物の間に存在する帰属の権利」とされる。他方、「請求権」、つまり、物に対する権利とは、「ある人が他人からある物を享受するためにその他人に対して保持する帰属の権利」である。この例に倣って、我々においてもまた、物における権利とは、「特定の人への顧慮なしに人が物に対して行使できる権能」と解されるべきである。それ故、この権利は、物がどこにあらうとも、そしてまた、如何なる占有者に対しても、対物訴権を発生させる。物に対する権利とは、「我々に対して何かを与えあるいは為すべく他人に対して要求できる権能」であるので、一定の人に対する訴権を生じさせ、第三者との関係では生じさせない。オブリガティオも同じように定義される。というのも、他人を義務づけている者は、後に適当な場所で見ることになるように、物に対する権利を有するとみなされるからである。我々は、五種類の物における権利、すなわち、所有権、一般には準所有権と呼ばれている所有権類似の権利、相続権、役権、質権と想定している。ただし、準所有権を所有権の一種と解することを望むのであれば、私はそれを許している以上、『法学要論』におけるのと同様に、物における権利は四種類である」と述べてもよい。”

る債権の同義語として容認されるのは、結局、このような利便性のいわば反射的効果にすぎない。ヒューベルは、両概念を定義する際、デ・フロートが『ホラント法学入門』で提示した「支配権（ベヘリング）Beheering」と「請求権（インスフルト）Inschult」の区分に依拠している。法学提要の体系に倣って「物の区分 onderscheyt der saken」から「物に関する権利 regt over de saken」へと叙述を進めたデ・フロートは、一般に「帰属（トゥベホーレン）toebehooren」と称されていた「物に関する権利」を、まず、「他人を顧慮する必要なく人と物の間に存在する帰属の権利 het regt van toe-behooren bestaende tusschen den mensch, ende de sake sonder noodig opsigt op een ander mensch」である支配権と、「ある人が他人からある物あるいは行為を享受するためにその他人に対して保持する帰属の権利 her regt van toe-behooren dat den eenen mensch heest op den anderen omvan hem eenige sake ofte daet te genieten」である請求権とに二分したのである³⁾。『入門』には、重要な語句につ

3) Verstaen hebbende det onderscheyt der saken, laet ons komen tot het regt over de selve, ende ondersoeken *was het regt is ende hoe 't selve wert bekomen ende benomen*.

Wy en spreken hier niet van 't ruym genomen regt nogte van 't regt dat uyt de waer gid heytkomt : Als de Land-stant rakende, 't welk over sulx naermaels verklaert sal werden, maer van *Regt* dat *toebehooren* wert benoemt, waer door, als geseyt is, yet wert geseyt het onse 't welk wy verdeelt hebben in Beheering ende Inschult.

Beheering is 't *regt van toe-behooren bestaende tusschen den mensch, ende de sake sonder noodig opsigt op een ander mensch*.

Inschult is *het regt van toe-behooren dat den eenen mensch heeft op den anderen om van hem eenige sake ofte daet te genieten*.

Beheering is *besit regt ofte eygendom*. (Regts-Geleertheit, II, 1, 54. 引用は1667年刊フルーネウーヘン補注版テキストによる)

“物の区分を理解した後、続いて、我々は、この物に関する権利へと進み、権利とは何か、そしてまた、当該権利が如何にして取得され喪失されるかを探究する。

ここで我々が論じるのは、広い意味でのレヒトではなく、州等族身分に関わる権利のような高位者の権威に由来する権利（これについては後に説明される）でもなく、帰属（トゥベホーレン）と称されている権利であり、この権利の故に、一般に言われている通り、あるものが我々のものと言明されるのである。我々は、この権利を、支配権と請求権に区分する。

いて、<L. (=ラテン語で Latine)>の記号とともにラテン語訳が欄外に付されていたが⁴⁾、それによれば、支配権は「物への権利 *jus in rem*」、請求権は「人への権利乃至債権 *jus in personam sive creditum*」にそれぞれ対応するものとデ・フロートは考えていたことになる。デ・フロートの言う支配権と請求権については、既にフィンネンが肯定的に言及していたが⁵⁾、ヒューベルは、それを更に、物における権利と物に対する権利に相当するものとして理解し、「帰属」を「権能 *facultas*」に置き換えた上で、物における権利を「特定の人への顧慮なしに人が物に対して行使できる権能 *facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam*」、物に対する権利を「我々に何かを与えあるいは為すべく他人に対して要求できる権能 *facultas competens adversus aliam personam, ut nobis aliquid det vel faciat*」とそれぞれ定義している。それ故、フェルトマンが『論考』の中でデ・フロートによる権利の定義と区分を批判したとき、ヒューベルがこれに激しく反論しデ・フロートを弁護したのは当然であった。フェルトマンが、まず、「物における権利」の定義について、デ・フロートが当該権利の「原因 *causa*」に言及していないと非難し、「物そのものが神もしくは人間の処分の影響を被っているという性質の故に *propter qualitatem, qua ipsa res ex Dei aut mortalium dispositione affecta*」という語句で原因を明示した自らの定義の優位を主張したのに対して、ヒューベルは「定義の効用 *definitionum usus*」を論拠に反論している。「定義の効用が事物を判明明白に人々の眼前に示すところにある *definitionum est usus, rem distincte et perspicue ob oculos ponere*」のだから、定義に際しては、フェルトマンが用いているような「玉虫色の表現 *conglomerata verba*」や「他の事物の記述にも適合するような語句 *verba quae sunt aliarum quoque rerum descriptionibus apta*」

支配権とは、他者を顧慮する必要なく人と物の間に存在する帰属の権利である。

請求権とは、ある人が他人からある物あるいは行為を享受するためにその他人に対して保持する帰属の権利である。

支配権は占有権と所有権の何れかである。”

4) 1631年刊初版二刷に基づくアンドレアー＝アバルドールン編集のテキスト（1939年刊第4版）を参照した。

5) 「対物権概念と所有権の移転（1）」注32参照。

は避け、「それぞれの事物の類や種的相違 *genus et specifica cujusque rei differentia*」を「可能な限り少ない語句で *quam paucioribus verbis*」簡潔に記述すべきだというのである。そして、デ・フロートが、そのような定義の条件を十分に満たし、二つの権利を「見事に表現している *luculenter expressit*」以上、「物における権利と物に対する権利の相違について述べていない *juris in re differentiam a jure ad rem non expressit*」という第二の批判も直ちに退けられることになる⁶⁾。

6) [...] Est praecutus Scriptor alius, cujus *ουχ ηνδανε θυμω αηνορι* dicta aliorum sequi, sed de se mavult usurpari illud *αυτος εφα*. Is in Grotianis definitionibus reprehendit, quod causam juris in re differentiam a jure ad rem non expresserit Grotius, imo jus ad Rem cum obligatione confundat, cum *αυτος* putet obligationem esse causam juris ad Rem. Ne causa omittatur, cuperet addi in definitione, quod jus in re tale sit, *propter qualitatem, qua ipsa res ex Dei aut mortalium dispositione affecta, vel quod ad eo occupata sive tradita, aut alio modo ad eum pervenerit*. Est metuendum, ne non *ασεβειας* rerum faciat *αυτος* eum, qui hac sibi parte obloquatur, si negemus scilicet, *ab Jove principium* hic fuisse petendum: credo, quia Grotius in religione suspectus est, accuratior in articulo pietatis hic noster videri voluit. Sed quid iis faciemus Jtis, qui dominium, qui pleraque caetera sine mentione numinis finire sunt ausi? Imo quid his, qui usumfructum, servitutem, actionem aliaque innumera sine expressione causae definierunt? His omnibus vide ne non dicam scribat ille *της κακουργιας*, aut forte *περι την ευσεβειαν*. Si definitionum sit usus, rem distincte et perspicue ob oculos ponere, censeo conglomerata illa verba, de divina et mortalium dispositione, et cetera quae sunt communia et tralatitia et aliarum quoque rerum descriptionibus apta, nihil ad rem pertinere; sufficit *genus et specifica cujusque rei differentia*; quam quo paucioribus verbis complectimur, eo probabilior definitio habenda est. Sed utrumque illud membrum Grotius in praesenti definitione luculenter expressit. Nam de eo quod idem *αυτος* notat, differentiam juris in Re jurisque ad Rem a Grotio non fuisse servatam, moror, qui tam acutum homo cernens heic caecutire potuerit. Qui enim non videt differe facultatem, quae competit in rem ipsam et quae in personam competit, aut a Grotio non videt expressum id esse discrimen, eum fieri non potest, non videri caecum. (Digressiones, I, 4, 4, III, 239.)

“【…嘲りに対してグロティウスを弁護する Grotius a cavillis quibusdam vindicatur】

…何かに苛立っている某書き手がいて、他の人々の主張に従うことは彼の＜いきり立った心には相容れず＞、＜あの御方自ら仰せになった＞という文句 [Diogenes Laertius, Vitae Philosophorum, VIII, 1, 46.] を自らについて用いられることを敢えて望んでいる。この人は、グロティウスの定義について、グロティウスが物における権利の原因、及び、物に対する権利との相違について述べておらず、そればかりか、物に

しかし、ヒューベルが反論の必要性を最も意識したのは、「対物権と債務を混同している *jus ad rem cum obligatione confundit*」との第三の批判であり、それ故、この点については、章を改めて詳細に検討されている⁷⁾。フェルトマ

対する権利と債権とを混同している旨非難し、他方、＜この御方自ら＞は、債務が物に対する権利の原因にあたると解しておられる。彼によれば、原因が忘却されることのないように、定義に次のように付け加えられたならばグロティウスも喜ぶであろうというのである。すなわち、物における権利は、「物そのものが神もしくは人間の処分の影響を被っているという性質、あるいは、人による先占や引渡その他の仕方て人に帰属したという事実の故に」そのようなものであり得るのである、と。憂慮されるのは、我々がここで「ユビテルに始原を」求めることを当然ながら否定するとき、＜この御方＞がこちらの立場に立って反駁する者を不信心の罪に問おうとするのでないかということである。思うに、我々がグロティウスは、その宗教的立場に疑いを持たれていたので、敬虔さという「観点」においてより厳格であるとみなされることを欲したはずである。しかしながら、所有権その他について敢えて神意にふれることなく定義する法律家たちを、我々はどう扱うべきであろうか。更に言えば、用益権や地役権、その他無数の訴権について原因を明示することなく定義している人々についてはどうだろうか。注意してもらいたいのは、以上のように述べたからといって、この人が＜法律家の不徳＞や＜敬虔さについて＞書いているなどと言いたいわけではないということである。定義の効用が事物を明白判明に人々の眼前に示すところにあるのならば、神や人間の処分に関する先のような玉虫色の表現や、共通で一般に用いられ他の事物の記述にも適合するような語句は、全く相応しくないと私には思われる。しかも、ここでは、それぞれの事物の類や種の相違で十分なのであり、我々は、少ない語句で把握すればするほど、より信頼に値する定義を手に入れることができる。他方、グロティウスは先の定義の何れの部分も見事に表現している。すなわち、物における権利と物に対する権利の相違がグロティウスによって顧慮されていない旨＜この御方＞が指摘していることについては、それ程明敏に識別できるこの人がなぜ彼を盲目扱いできたのか私は驚いている。というのも、物そのものに対して行使可能な権能と人に対して行使可能な権能が異なること、あるいは、グロティウスによってそのような区別がはっきりと示されていることに気付かない者こそ、盲目扱いされて然るべきであるから。”

7) [L.] *Tertia in Grotii definitionem nota collocatur, quod jus ad Rem distinguere nesciverit ab Obligatione. Usurpari novos terminos, quibus res notae et receptae exprimuntur, nisi plane fatui aut horribiles sint, utcunque tolerari potest. Sed terminis novitiis eo usque abuti, ut res etiam novae et commentitiae in artem invehantur, exemplo pravam neque ferendum est. Jus ad Rem, terminum in jure novum et inauditum, ferimus tamen; sed idem jus ad rem esse effectum obligationis atque ita propriorem actionis personalis causam, quam sit ipsa obligatio; id ego putem esse *αθεμιστον*, a juris scientia alienum.*

Qui jus ad Rem in Scholis recentioribus nuncpant, illud omnes adhuc non nisi in obligatione consistere adfirmarunt.

II. *Putavi autem, inquit alius, semper, a quo tempore juri operam dedi, quod obligatio sit proxima causa juris as Rem, et quod hoc jus ab obligatione differat, veluti effectus a sua causa. Dicere id vero fortius audeo, haec prima ratio dissentendi; quia per rerum naturam certum est, obligationem prius existere quam jus ad rem.* Difficile igitur, ne non coacturus sit omnes ad consensum, si naturale, hoc est, necessarium prolaturus sit argumentum, quod per rerum naturam aliter se habere nequeat. Audiamus igitur. *Illa scil. obligatio, inquit, nascitur statim, ubi contractus intervenit l. 20. ff. de Jud. et tunc illico adstringitur persona debitoris l. 3. pr. ff. d. O. et. A.* Hoc scilicet argumentum per rerum naturam certum erat, in quo nihil quam mala ex jure civili applicatio apparet. Quid si id ego retorqueam? *Si quo tempore nascitur obligatio, eodem momento jus ad Rem nascatur, falsum est, obligationem prius existere quam jus ad rem.* Haec consequentia plus, ni fallor, naturalis habet necessitatis, quam illius argumentatio; at perinde assumptio in proclivi est, *obligationem et jus ad Rem pariter nasci.* Nam ubi jus est, quo alius nobis ad rem praestandam tenetur, ibi jus ad rem est: sed wuamprimum contractus intervenit et obligatio existit, confestim alteri contrahentium jus comparatum est, quo alter ad rem dandam vel faciendam tenetur; Ergo simul ac contractus initus est, non minus jua ad rem quam obligatio perficitur. Jam licebit reddere modo dicta, quia constat, *obligationem non existere prius quam jus ad Rem existat, per rerum naturam certum est, obligationem non esse martem, et jus ad Rem filiam, ut nobis parturit illam ο αυτος, cujus alterum videamus argumentum.*

III. *Obligatio proprie loquendo inest debitori, de quo dici solum potest, quod obligetur, id est, firmiter ligetur et necessitate adstringatur pr. I. de Obligat.* sequuntur alia satis *αλλοτρια*, ex quibus planissimum evadere dicit, haud aliter considerari posse obligationem quam quod sit vinculum personae ejus, qui alteri aliquid debet praestare. Assumit porro: *Jus creditoris non esse obligationem, sed jus ad rem;* unde sequatur, Jus ad rem et obligationem, qua personis conveniunt diversis, etiam esse res diversas. Responsio parata est, obligationem esse vinculum inter creditorem et debitorem et respectum haber ad utrumque, ut toto jure palam est; dabo unum locum. Paulus in l. 42. §. 2. d. Procurator. Ea, inquit, *obligatio, quae inter dominum et Procuratorem consistere solet, mandati actionem parit.* Ubi primo habemus, obligationem esse inter utrumque; dein, quod etiam respectu creditoris ita dicatur. Nam jus, ex quo nascitur actio, id sine dubio creditorem respicit, quoniam huic jus persequendi, id est, actio competit: atqui obligatio parit actionem, ait Paulus: obligationem igitur cum respectu ad eum cui debetur, usurpat. Proinde non valet argumentum: jus ad rem est penes creditorem, obligatio ei non inest, ergo jus ad rem in obligatione non consistit. Interea hoc concedendum, non esse utrumque prorsus idem: jus ad rem creditori competit solo, obligatio utrumque respicit, continens jus creditoris et onus debitoris: hoc onus potest

etiam et solet quandoque obligatio nominari, sed proprie, est vinculum inter utrumque. Jam illo sensu jus ad rem differt ab obligatione, quemadmodum pars a toto, vel si mavis, ut relatum a correlato. (Digressiones, I, 4, 5, I-III, 240-241.)

“I. 【対物権が債務の効果であると述べなかったとしてグロティウスを批判するのは不当である Grotium male reprehendi, quod jus ad rem non dixerit, esse effectum obligationum.】

グロティウスの定義に対して投げかけられている第三の非難は、物に対する権利を債権から区別できていないという点であった。広く知られ受け入れられている事柄を表現するのに新たな概念を用いることは、それらの概念が単なるご託宣やあまりにひどいものでない限り、さしあたり許される。しかし、例えば、聞いたこともない空想上の事柄が学問の内に持ち込まれる程に新たな用語を濫用することは、本末転倒であり許されるべきではない。それでもやはり、我々は、対物権という見たことも聞いたこともない法律用語を甘受することにしよう。しかしながら、この対物権が債権そのものではなく債務の効果であり、従ってまた、対人訴権本来の原因でもあるというような主張は、＜法外的なもの＞、つまり、法学とは無縁のものであると私は考える。講義において初学者に対物権について教示する者たちは、これまで誰もが、この権利が債権から成るものであることを認めてきた。

II. 【これを証明する論拠は論破される Argumentum quo id probetur, refutatum.】

ある人は言う。「しかしながら、私は、法に従事して以来常に、債務とは対物権の近接因であり、結果がその原因と異なるように、この権利も債務と異なると考えてきた。私がこの点を敢えて強調して述べているのは（これが見解の対立の第一の原因である）、債務が対物権よりも早く存在するということが事物の本性に照らして明白だからである」と。このように、事物の本性からして別様ではあり得ないという自然的理由づけ、つまり、必然的な論拠を持ち出そうとする限り、彼が全ての者に同意を強いるつもりであると解さざるを得ない。それ故、我々としてもこれに耳を傾けるべきであろう。彼が言うには、「それ（つまり債務）は、契約が締結されると直ちに成立し【学説彙纂5巻1章「裁判について」第20法文】、その際即座に債務者の人格は拘束される【同44巻7章「債務と訴権について」第3法文冒頭】」。このような論証は事物の本性によれば確かに自明であったけれども、そこに現れているのは市民法の悪しき適用例にすぎない。これに対して、「債務が発生すると同時に対物権もまた発生するのだとすれば、債務が対物権よりも先に成立するというのは誤りである」と私が反論するならばどうであろうか。私の誤りでなければ、こちらの推論の方が先の論証よりも多くの自然的必然性を伴っているし、同時にまた、債務と対物権が同時に発生するならばとの仮定も容易である。確かに、他人が我々に物を給付すべく義務づけられるような権利が存在する場合、そこに対物権が存在している。しかし、契約が締結され債務が発生するや否や、直ちに契約当事者の一方が権利を取得し、この権利によって相手方は物を与えあるいは為すべく義務づけられる。それ故、契約が締結されると同時に、債務のみならず対物権もまた成立する。いまや許されるのは主張をそっくり撤回することであろう。というのも、「債務が対物権が成立するよりも早く発生

ンの批判は、何よりもまず、「原因 *causa*」と「結果 *effectus*」という論理的範疇によって債務と対物権を区別する自説によって支えられていた。すなわち、「債務が対物権よりも早く存在するということは事物の本性に照らして明白である *per rerum naturam certum est, obligationem prius existere quam jus ad*

するわけではない」ということは明らかであり、「この御方」が我々に産んでみせようとしているように、債務が母で対物権が娘であるわけではないことこそ「事物の本性からして自明である」からである。それでは、この人の第二の論証に目を向けることにしよう。

III. 【同じ著者による第二の論拠 *Aliud ejusdem Auctoris.*】

「オブリガティオとはそもそも債務者の側に存在するものであり、義務づけられる、つまり、強く拘束されく強制をもって義務づけられる」【法学提要3巻13章前書】とすることができるのはこの債務者についてだけである」。続いて論じられているのは別の全くく無関係な事柄>であるが、この書き手が言うには、それらの事柄から、オブリガティオというものを他人に対して何かを給付せねばならない者の人的な拘束と考える他ないということが、極めて明白な事柄として帰結するとされる。更に彼は、「債権者の権利はオブリガティオではなく対物権である」との前提に立つ結果、対物権とオブリガティオは、それぞれ異なる人に帰属する以上、それら自身もまた異なっていることになる。これに対しては、オブリガティオというものが、あらゆる法から明らかな通り、債権者と債務者を結びつける鎖であって、双方に関係しているという反論が用意されている。典拠を一つだけ示しておこう。それは学説彙纂3巻3章「訴訟代理人について」第42法文2節のパウルスの見解である。この法文においてパウルスが言うには、「本人と訴訟代理人との間に通常発生するオブリガティオは委任訴権をもたらす」。最初に両者の間に債務が存すると考えるのであれば、債権者の側に関してもそのように解されるべきである。実際、そこから訴権が生み出されるような権利が債権者に関係していることは疑いない。というのも、訴求する権利、つまり、訴権が債権者に付与されているからである。ところで、パウルスは、オブリガティオが訴権をもたらすと述べている。従って、パウルスは、オブリガティオを義務を負われる者の観点から用いていることになる。従って、債権者の側に存するのは対物権であってオブリガティオではなく、それ故、対物権はオブリガティオの内には存しないという主張は成り立たない。ただし、両者が全く同じものであるわけではないことは認めねばならない。つまり、対物権は債権者にのみ属するが、オブリガティオは当事者双方に関係しており、債権者の権利と債務者の義務とを内包しているのである。この義務もまたオブリガティオと名づけることができ、場合によってはそのように呼ばれることも多いが、本来、オブリガティオとは当事者間を結びつける鎖である。このような意味でまさに、部分が全体と異なり、あるいはそのように言いたければ、関係づけられたものが関係そのものと異なるように、対物権はオブリガティオと異なっているのである。”

rem」以上、「債務が対物権の近接因である obligatio est proxima causa juris ad rem」と言えるので、「結果がその原因と異なるように veluti effectus a sua causa differt」対物権と債務も異なるというのである。ヒューベルは、「債務が発生するのと同時に対物権もまた発生するのだとすれば、債務が対物権よりも先に成立するというのは誤りである si quo tempore nascitur obligatio, eodem momento jus ad rem nascatur, falsum est, obligationem prius existere quam jus ad rem」とこれに反論した上で、フェルトマンのように「債務が対物権よりも早く存在する obligationem prius existere quam jus ad rem」と断定するよりも「債務が発生するのと同時に対物権もまた発生する quo tempore nascitur obligatio, eodem momento jus ad rem nascatur」と想定する方が「容易である in proclivi est」以上、自らの反論の方が「より多くの自然的必然性を伴っている plus naturalis habet necessitatis」と主張している。フェルトマンが「事物の本性 natura rerum」という「必然的な論拠 necessarium argumentum」を持ち出したことを逆手にとった純粹に論理的な反論がここでは提示されたのである。これに対して、『天恵』による再批判を受けた『再検討』での議論はより法学的な内容となっている⁸⁾。まず、フェルトマンは、債務と対物権を区別してい

8) [XI.] Tertium *σφάλμα* Grotii commissum ex sententia tua Vir Cl. in definiendo jure ad Rem hoc est ; quod ο *μεγας* nihil definitioni inserverit, unde colligi possit illa notabilis differentia inter jus ad rem, quod dicitur, et obligationem. Quam feliciter autem hanc notam Grotio probes etiamnum inhaerere, statim in limine *cap. 7.* irrefragabili ratione liquet, ex ipsom et erroris auctore ; Grotius enim, ais, *idem quod ego scripsi, docuit l. 2. de. b. et p. c. 11. §. 3. ibi ; multis enim casibus evenit, ut obligatio sit in nobis et nullum jus in alio.* Quin et Seneca, si fidem habemus, jam notat discrimen juris ad rem ab obligatione, quia scripsit *l. 6. de benef. c. 4. quasdam pecunias, de quibus jus creditori non dicitur, deberi, sed non exigi.* Quod si Philosophus, ille , qui testatus erat alibi, non placere sibi nimis tenues Jctorum distinctiones, hanc jam differentiam agnoverit ; quis dubitet, inprimis liquidum et palpabile discrimen hoc esse habendum? Etenim ejusmodi est ratio disputandi tua, Vir Clar. ut insolens videri non debeat, te verba, quae de mere naturalibus debitis, veluti *misericordiae et gratiae reponedae*, de quibus diserte Grotius et Seneca loquuntur, et quae *ουδεν προς διονυσον*, ad consequentiam debiti civilis sollicitare. Quod si putarem, operam esse dandam, ut hujus ineptiam consecutionis pluribus verbis demonstrarem, ineptiora fuerint mea dicta, quam omnibus sano sensu praeditis

haec tua videri necesse est. Quod sequitur argumentum plus habet dialectices. Cui recte intelligendo praesumi velim, non quaeri inter nos, an omnino differat jus ad Rem et obligatio : sed an ita different, ut qui obligationem dicat, jus ad Rem non dicat. Hoc enim si Grotius obtineat, jus ad rem in obligatione contineri : non fuit ei necesse bis eandem rem in definitione commemorare. Non vero inde ab initio scripsimus *lib. 4. cap. 5. Digression. Non esse idem jus ad Rem cum obligatione ; sed hanc comprehendere jus ad Rem, quod creditori competit, ac insuper onus debitoris, adeoque obligationem esse vinculum illud, quo jus creditoris onusque debitoris connectuntur*. Quae autem mihi tecum erat disputatio Vir. Cl. haec erat ; an juris ratio patiatur, ut jus ad rem medium inter obligationem actionemque statuatur, adeoque an jus ad rem sit partus obligationis, quod tu valde valideque volebas ac etiamnum velle videris. Ego sic juris disciplinam ferre putavi, putantque omnes, quibus non pluris sunt commenta novitia, quam veteres fontes ; *Μητερας των αγων ειναι τας ενοχας*, *Matres actionum* scil. personarum, *esse obligationes*, quemadmodum Theophilus dixit in *pr. Inst. de Obligat.* nec quicquam notius in elementis Jurisprudentiae, quam actiones in personam nasci ex obligatione, et hanc esse vel e contractu, vel delicto. Posthac dicendum erit, si dis placet, actiones in personam oriri ex jure ad Rem, hoc denique nasci ex obligatione. Ego hoc fascimentum aversabar et auctoritate Juris conditorum atque ratione carere probaveram. De auctoritate veterum nihil adhuc allatum, quo fides fieret, jus ad rem illis a facie omnino, aut de nomine unquam fuisse notum, nedum ut pro causa actionum propinquiore, quam est ipsamet obligatio, habuerint. Atque haec sola explodendae huic sententiae sufficiebant, *ληρος γαρ αλλως το τουτο*. Tu vero ut probares, obligationem esse Matrem juris ad Rem, hac ratione utebare, quam repetis in *cap. 7. §. 2. benedictorum* ; quod *obligatio prius existat quam jus ad Rem, idque per rerum naturam certum sit*, scilicet, quod mater suo partu sit prior. Ego contra eviceram, *eodem momento, quo nascitur obligatio, jus quoque ad rem, cujusmodicunque hoc est, oriri*. Quod tu jam mihi largiris et addis, quid tum? Num ideo non differunt? Periit argumentum tuum, quo velut naturali necessarioque fretus adeo te efferebas, cum diceres ; *quod jus ad rem ab obligatione differat, velut effectus a sua causa, dicere fortius audeo, quia per rerum naturam certum est, obligationem prius existere quam jus ad rem*. Hunc clypeum nunc tradis, et tamen latere nudo aequae fortis es verborum strepitu quam dudum. Vis enim probare, quod pariter nascantur nihilominus obligatio jusque tuum ad Rem different. Quod ipsemet antea affirmabas et quo te muniebas, hoc mihi tradis ; Quod a me tibi nunquam est negatum, hoc a me postulas. Ne sim igitur ingratus, largior vicissim, jus ad rem ab obligatione differre ; neque enim is unquam recusavi. Recognosce sis Lector e statu quaestionis, modo e verbis dudum a me scriptis exhibito uter nostrum suam causam prodiderit.

[XII.] Sed nimis lubrica liberalitas tua, quae tam subita poenitentia inirritum cedit ; siquidem §. sequenti rursus contendis, *jus ad rem ab obligatione veluti effectum a causa distare*, idque tametsi pariter nascantur : Quod acute probas e contractu et obli-

gatione, e nuptiis atque consensu, e donatione atque conventione similibusque rebus, quarum natiuitas eodem tempore accidens, non impediat, quominus euidenter discrepent. Primum quidem, Vir Consultissime, probatu opus erat, quod ius ad rem et obligationes, ita erga se inuicem habeant, quemadmodum obligatio et contractus caeteraeque res abs te enumeratae. Si enim maxime haec a te exempla recte adducerentur, nihil ex iis conficeres, quam posse quaedam uno tempore constituta *χρειν* et *διαφοραν* causae effectusque tueri; verum an hoc et illud ita se habeat, nihilominus probandum superest. At hoc misso, dicam paucis quid intersit. Actus transitorii statim atque perfecti sunt, effectus suos producant, et ipsi quidem transeunt ac evanescent, effectus autem partusque eorum durant ac vivunt: Unde fit, ut distincta nomina consequantur; actus quidem ipsi, dum celebrantur, effectus vero postquam ipsi actus sunt transmissi. Sic conuetio, qua nuptiae contrahuntur, transit, ipsum vero matrimonium, quia durat, nomen ab ipso consensu diversum obtinet. Idem in contractu fit; Ille quidem ipse transit, effectus autem ejus, obligatio durabilis et perpetua est: Hinc et nomine eam post contractum duraturo insigniri consentaneum erat. Jam haec ratio monstrat euidenter; In obligatione idem nullo modo iterum fieri. Est enim non transitorius, sed actus ad perpetuitatem comparatus, qui suam vim suumque effectum continet atque secum fert, nullo tamen nomine proprio ab ipsa distinctam: Quemadmodum Patria et dominica potestas, quia sunt durabilia iura, non habent effectus diversi nominis sibi met aequales; etsi peculiares effectus propriis nominibus designari oportere res ipsa loquitur. Servitus, ususfructus, Hereditas, quia non sunt iura momento transitoria, suos effectus sub se suisque nominibus complectuntur et absorbent; nisi velis cavillari, ut alibi facis, effectum esse ius hereditatis, ius ususfructus, ius servitutis. Dic etiam ius obligationis effectum, hoc est idem cum iure obligationis ipasaeque adeo obligatione. Dixi de hoc argumento sanis hominibus abunde, plus satis etiam tibi, Vir Clarissime, quod refellas. (Animadversiones, XI-XII, 285-288.)

“XI. 【原因と結果が異なるのと同じように債務と対物権が異なっているのかどうか An obligatio et Jus ad rem different, quemadmodum causa et effectus】

グロティウスが犯した第三の「過ち」は、聡明な貴方の見解によれば、対物権の定義に見出される。それはすなわち、「この偉大な人」が、いわゆる対物権と債務の明白な相違を引き出す根拠となり得るものを何も定義中に挿入しなかったという点である。しかも、貴方が今もなおどれほど満足そうにこの非難がグロティウスにあてはまる旨論じているかは、『天恵』第7章冒頭での過ちの主自身に由来する疑問の余地のない理由づけによって直ちに明らかとなる。というのも、貴方が言うには、「グロティウスは私が書いたのと同じことを『戦争と平和の法』第2巻11章3節で述べているからである。そこには、＜我々には債務はあるが他者には権利はないということが多々ある＞とある」からである。いやそればかりか、我々がもしこれを信用するとすれば、セネカが既に債務と対物権の相違を指摘していることになる。というのも、セネカは、『善行について』第6巻4章において、「債権者の権利というものが問題とならない」何らかの金銭は「義務づけられるが請求できない」と書いているからであ

る。ところで、別の箇所では法律家たちの浅薄な区別は全く気に入らないと明言しているこの哲学者が、仮にこのような違いを既に知っていたとするならば、特に明白で親しみやすいこの相違を維持すべきことに誰が異論を唱えるだろうか。なぜならば、聡明な氏よ、同情や好意に応える義務のような単なる自然的な義務に関わるに過ぎない「全く不適切な」一節を市民法上の債務を論じるために持ち出しても必ずしも奇異とは見なされないというのが、貴方の議論の仕方なのであるから。そこでもし仮に私が、この推論の愚かさをもっと多くの言葉でもって証明すべく努めようと考えていたならば、私の言動は、健全な感覚を有する全ての人々にとって、貴方の主張がそう見られるよりも一層愚かなものになったであろう。以上に続く論拠は弁証術により深くかかわっている。この論拠を適切に理解するために予め確認しておきたいのだが、我々の間において問われているのは、対物権と債務がそもそも異なるか否かではなく、オブリガティオと呼ぶ者は対物権とは呼ばないという仕方で両者が異なるのかどうかという点である。というのも、もしここで、グロティウスが対物権はオブリガティオに含まれると主張しているのであるならば、定義に際して同じ事柄に二重言及する必要はないからである。確かに、我々は、当初から、「対物権とオブリガティオは同じではなく、オブリガティオには債権者に帰属する対物権に加えて債務者の義務も含まれているので、オブリガティオとはまさに債権者の権利と債務者の義務を結びつける鎖である」と書いていた。『余聞』第4巻5章。ところで、聡明な氏よ、私からすれば、貴方との議論は次のようなものであった。それはすなわち、対物権とは、債務と訴権の媒介項として位置づけられ、そうであるが故にまさに、債務から生まれた子であるという法的理由づけを許容できるか否か、であり、貴方は極めて強い調子でそう主張していたし、今もなおそうであるように見える。法の教説は、テオフィルスが『法学提要釈義』3巻13章「債務について」冒頭節で述べている通り、「訴権（当然ながら人的訴権）の母は債務である」と説いており、新しく考え出された事柄が古い原典よりも優れているわけではないと思う者は誰もがそのように考えている。また、法学の基礎知識の中で、対人訴権が債務から発生し、債務が契約もしくは不法行為から発生するという点ほどよく知られているものもない。対人訴権が対物権から発生し、対物権が債務から発生するということのようなことは、もし神の御心に適うならば、今後学べばよからう。私自身は、既に、このような夾雑物を取り除き、そこに法の創始者たちの権威も理性も欠けていることを証明した。古代人の権威に照らして、対物権が彼らにとって馴染みのものであったとか、あるいは、その名称についてかつて知られていたと信じさせるものは今のところ何一つ示されていないし、まして、彼らが対物権を債務そのものよりも近い訴権の原因とみなしていたわけでもない。そして、先の見解を退けるには以上で十分であった。「というのも、そのようなものはそもそも戯言にすぎないのであるから」。ところが、貴方は、債務が対物権の母であることを証明するために、次のような理由を用いたのであり、それは『天恵』第7章2節においても繰り返している。その理由とはすなわち、「債務は対物権よりも先に発生し、このことは事物の本性上明白である」、つまり、母はその子に先んじるというものである。これに対して私は、「債務が発生するその同じ瞬間に、対物権もまた、

それが如何なる種類のものであれ、発生する」と主張した。それでは、貴方が今回私に示し付け加えたのは一体何か。そもそも両者に違いなどないのではなからうか。貴方が「対物権と債務は、結果がその原因と異なるのと同様に、異なっており、私は敢えてこの点を強調しておく。というのも、債務が対物権に先んじるということは事物の本性上明白であるから」と述べたにもかかわらず、あたかも自然的で必然的であるかのように信頼性を誇示していた貴方の論拠は既に失われている。貴方は、今やこのような盾を放棄したわけだが、丸腰をものともせず騒々しい語句をかざして以前と同様に力に満ち溢れている。というのも、貴方は、債務と貴方の言う対物権とが同時に発生するにもかかわらず異なっていると証明しようというのだから。貴方自身が前もって承認し防御に用いていたことを貴方は私に対して主張し、私が貴方に対して否認していないことを私に要求している。それ故、礼を失することのないように、対物権は債務と異なっており、実際この点を否定したこともないと返答しよう。読者よどうか分かってもらいたい。問題の性質、更には、以前私が書いた文言に照らして、我々の内のどちらの言い分が正しいかを。

XII. 【同時に発生するものがどうして原因と結果であり得るのか *Quomodo, quae simul nascuntur, causa et effectus esse queant*】

しかしながら、貴方の束の間の寛大さは、全く突然の後悔によって消え失せている。というのも、貴方は、続く節で再び、「対物権と債務は結果と原因がそうであるのと同様に異なっている」と断言しており、にもかかわらず両者は同時に発生するというのである。そして、貴方は、この点を、契約と債務、婚姻と合意、贈与と合意その他、その発生が同時であっても互いに明確に区別されることを妨げないような事柄に基づいて、念入りに証明している。聡明なる氏よ、まず証明されねばならないのは、対物権と債務が、貴方が列挙した契約と債務その他の事柄がそうであるように、互いに相対しているということである。というのは、これらの事例の多くが適切に引用されているとしても、貴方がそれらから引き出し得るのは、同時に成立した何らかのものを原因と結果という「性質及び相違」とみなし得るということにすぎず、債務と対物権が実際にそのようなものなのかどうかは、証明されるべき事柄として依然残されたままであるのだから。しかし、この点はひとまず置いて、重要な点を手短かに述べておこう。行為とは一時的なものであるから直ちに完成し効果を生み出す。そして、行為そのものは経過し消失するが、その効果、つまり、そこから生まれた子は存続し生き続ける。別々の名称が生じるのはこのためであり、行為が行われている間はまさに行為と呼ばれ、行為そのものが消え去った後は効果と呼ばれるのである。例えば、婚姻が締結される合意は消え去るけれども、婚姻関係は、それが存続する以上、合意そのものとは別の名称を保持する。契約においても同じことが生じる。つまり、契約はそれ自体確かに消え去るけれども、その効果すなわち債務は存続し継続する。そしてこの場合、契約後も存続する名称をこれに付けることは理に適っていた。以上のような論理は直ちに次のことを教えてくれている。すなわち、債務においては同じ論理は決して当てはまらない、と。なぜなら、債務とは、一時的な行為ではなく、存続に向けられた行為であり、そのような行為は、自己の効力乃至効果を内包しもたすけれ

ないはずのデ・フロート自身が「我々には債務はあるが他者には権利はないということが実際に多々ある *multis enim casibus evenit, ut obligatio sit in nobis, et nullum jus in alio*」と述べている矛盾を指摘して、両者を区別する自己の立場を優位を主張した。しかし、この一節は、デ・フロートが「自然法上約束から権利が発生すること *promissis jus naturaliter oriri*」を論証するにあたって、「将来に関して現在の意思を表明する言明 *assertio explicans de futuro animum qui nunc est*」に更に「確実な遵守を表示するのに相応しい徴表 *signum sufficiens ad indicandam perseverandi necessitatem*」と「相手方に固有の権利を付与することを欲する徴表 *signum volendi jus proprium alteri conferre*」が加わる三つの段階を区別した際に、ローマ法上の用語を流用して「片約 *pollicitatio*」と呼ばれる第二段階について述べたものであり、そこでは、「同情や好意に応える義務 *debitum misericordiae et gratiae reponedae*」等を念頭に、「市民法によらずとも義務づけるのは確かだが相手方に固有の権利を付与することはない片約 *pollicitatio, quae seposita lege jure civili obligat quidem, sed jus proprium alteri non dat*」から発生する「自然的な義務 *naturalia debita*」が論じられているにすぎない⁹⁾。この「自然的な義務」と、第三段階の「完全な約束 *perfecta promissio*」において相手方に生じる「固有の権利 *jus proprium*」との関係が、あくまで自然法上のものであって、市民法乃至ローマ法上の債務と対物権の関係

ども、それは独自の名称によって債務そのものから区別されるようなものではないからである。つまり、債務の効果は、影が身体についてまわるように、債務に付随するのである。これは、家父権や主人権が持続的な権利であるが故に、それら自身に相当する効果に別の名称が付されていないのと同じである。とはいえ、特殊な効果に固有の名称が付されるべきであるのは当然である。役権、用益権、相続権は、瞬間的に過ぎ去ってしまう権利ではないが故に、自らの効果を自己あるいは自己の名称の内に含み取り込んでいる。ただし、貴方がどこかでやっているように、この場合の効果は相続権の権利、用益権の権利、役権の権利であると誤魔化そうとしなければの話である。債務の効果もまた債務の権利であり、同時にまた、対物権は債務の結果であると言いたければ言えよ。結局、それは、債務の効果、あるいはむしろ債務そのものと同じなのであるから。私は、健全な人々を前に必要以上に述べてきたし、貴方に対してもうこれで十分であろう。聡明な氏よ、何か反論があるだろうか。”

9) *De jure belli ac pacis*, II, 11, II-IV, 350-352.

とは全く次元を異にするのは誰の目にも明らかである。それ故、ヒューベルは、「もし仮に私が、この推論の愚かさをもっと多くの言葉で証明すべく努めようと考えていたならば、私の言動は、健全な感覚を有する全ての人々にとって、貴方の主張がそう見られるよりも一層愚かなものになったであろう *si putarem, operam esse dandam, ut hujus ineptiam consecutionis pluribus verbis demonstrarem, ineptiora fuerint mea dicta, quam omnibus sano sensu praeclatis haec tua videri necesse est*」と述べて、フェルトマンの主張をまともに受け取ることさえしてない。また、フェルトマンは、既に『論考』において、「対物権は債務と訴権の媒介項として位置づけられる *jus ad rem medium inter obligationem actionemque statuitur*」が故に「債務が対物権の母にあたる *obligationem esse Matrem juris ad rem*」とも主張していた。これは「債務は対物権の近接因である」という命題の単なる敷衍にすぎず、『余滴』で既にヒューベルが提示していた純粹に論理的な反論がそのまま妥当するが、『再検討』では、法学内在的な反論が新たに追加されている。「古代人の權威に照らして、対物権が彼らにとって馴染みのものであるとか、あるいは、その名称についてかつて知られていたと信じさせるものは今のところ何一つ示されていない *de auctoritate veterum nihil adhuc allatum, quo fides fieret, jus ad rem illis a facie omnino, aut de nomine unquam fuisse notum*」のであるから、対物権はそもそもローマ法源上の概念であるとは言えず、「まして、彼らが対物権を債務そのものよりも近い訴権の原因とみなしていたわけでもない *nedum ut pro causa actionum propinquiore, quam est ipsamet obligatio, habuerint*」。そうである以上、我々は、「訴権の母は債務である *μητερες των αγωγων αι εννοχαι*」というテオフィルス¹⁰⁾の言葉に従うべきであり、実際、「法学の基礎知識の中で、対人訴権が債務から発生し、債務が契約もしくは不法行為から発生するという点ほどよく知られているものはない *non quicquam notius in elementis Jurisprudentiae, quam actiones in personam nasci ex obligatione, et hanc esse vel e contractu, vel ex delicto*」。更に、フェルトマンは、「対物権よりも先に債務が存在する」の

10) *Institutionum graeca paraphrasis*, III, 13, pr.

ではなく「債務と対物権とが同時に発生する *pariter nascuntur obligatio jusque ad rem*」という前提に立ったとしてもなお、両者は原因と結果の關係に立つと主張して、同じように「その発生が同時であっても互いに明確に區別されることを妨げないような事柄 *res, quarum nativitas eodem tempore accidens, impediatur, quominus evidenter discrepent*」の例として、「契約 *contractus*」と「債務 *obligatio*」、「合意 *consensus*」と「婚姻 *nuptiae*」、「合意 *conventio*」と「贈与 *donatio*」等を挙げている。これに対して、ヒューベルも、「行為そのものは確かに経過し消失するが、その効果、つまり、そこから生まれた子は存続し生き続ける *ipsi quidem transeunt et evanescent, effectus autem partusque eorum durant ac vivunt*」という一般論を提示し、「一時的な行為 *transitorii actus*」とその「効果 *effectus*」に「別々の名称 *distincta nomina*」を与えることの合理性を認めている。しかし、「合意」や「契約」という行為が消え去った後に「婚姻」や「債務」という効果が持続するのは確かだとしても、債務それ自体が「一時的な行為」として消失してしまった後に対物権という「効果」が存続するわけではない。債務はむしろ「存続に向けられた行為 *actus ad perpetuitatem comparatus*」と解されるべきであり、そのような行為は「自己の効力乃至効果を内包し自分自身に伴っているけれども、それは独自の名称によって債務そのものから區別されるようなものではない *suam vim suumque effectum continet atque secum fert, nullo tamen nomine proprio ab ipsa distinctam*」。債務は、「家父権 *patria potestas*」や「主人権 *dominica potestas*」といった人の身分に由来する権利、あるいは、「相続権 *hereditas*」、「役権 *servitus*」、「用益権 *ususfructus*」といった物における権利がそうであるように、自らの「効果」と一体であり、「債務の効果は影が身体についてまわるように債務に付随している *effectus obligationis comitatur obligationem, ut umbra suum corpus*」のである。

以上のような反論からも明らかなように、ヒューベルは、「対物権よりも先に債務が存在する」とか「債務が対物権の近接因である」といった主張に反駁し、デ・フロートが債務と対物権を混同しているという批判が全くの誤解であると論じているのであって、債務と対物権を概念上區別することそれ自体に反

対しているわけではない。むしろ、両者は「同時に発生するにも関わらず異なる *pariter nascuntur, nihilominus differunt*」というのがヒューベル自身の立場でもある。しかし、両者が原因と結果の関係にないとするならば、一体如何にして区別されるのか。フェルトマンは、デ・フロートによる債務と対物権の混同を批判する更なる論拠として、「対物権と債務は、それぞれ異なる人に帰属する以上、それら自身また別々のものである *jus ad rem et obligationem, qua personis conveniunt diversis, etiam esse res diversas*」と主張していたが、ヒューベルの自説はこれに対する「反論 *responsio*」として簡潔に提示されている。すなわち、「オブリガティオは、債権者と債務者とを結びつける鎖であって、双方に関係している *obligationem esse vinculum inter creditorem et debitorem et respectum habere ad utrumque*」というのである。この「鎖 *vinculum*」としてのオブリガティオ概念は、周知のように、「オブリガティオ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 *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solendae rei secundum nostrae civitatis iura*」という法学提要における定義¹¹⁾に由来するものであるが、フェルトマンも同じ法文を自説の論拠として引用していた。しかし、オブリガティオとは、本来、「債権者の権利と債務者の義務を内包する *continens jus creditoris et onus debitoris*」ことで文字通り「当事者間を繋げている鎖 *vinculum inter utrumque*」であって、例えば、「本人と訴訟代理人との間に通常発生するオブリガティオは委任訴権をもたらす *ea obligatio, quae inter domnium et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit*」¹²⁾と言われる場合、それが委任者の訴権であるにせよ受任者の訴権であるにせよ、オブリガティオという概念が、単に「債務者 *debitor*」のみならず、当該訴権の前提となる権利を有する「債権者 *creditor*」との関係においても用いられていることは明らかである。要するに、「債権者にのみ属する *creditori competit soli*」対物権と「鎖」としてのオブリガティオは、「部分が全体と異なる

11) *Inst.* 3, 14, pr.

12) *D.* 3, 3, 42, 2, *Paul.* 8, ad ed.

ように *quemadmodum pars a toto differt*」あるいは「関係づけられたものが関係そのものと異なるように *ut relatum a correlato differt*」異なっているのである。このようなヒューベルの反論にも関わらず、フェルトマンは、『天恵』において、「債権者に存するのは対物権であってオブリガティオではなく、それ故、対物権はオブリガティオには内包されない *jus ad rem est penes creditorem, obligatio ei non inest ; ergo jus ad rem in obligatione non consistit*」という主張を繰り返し、『再検討』で更に徹底した反駁を受けることになる¹³⁾。既

13) *Sed vereor, ne plane me constrictum habeas vi dialectices tuae in §. 4. 5. et seqq. d. cap. 7. quibus negas obligationem respectu creditoris dici, ut ratiocinatio tua valeat ; Jus ad rem est penes creditorem, obligatio ei non inest ; Ergo jus ad Rem in obligatione non consistit, quod repetis heic sub finem §. 5. Quicquid autem profers, nihil arguit quam verbum obstringi et obligatum esse debitori duntaxat convenire, quod nemo vocat in dubium. Quod autem ipsa obligatio creditori non conveniat, neque loco veterum ullo neque recentiorum nec ulla ratione probas. Δειζω τι και εν το μικροτατον, κ' αγω σιωπησσαι dicebat ille. Atqui, regeres, Tibi Probatio incumbit ; Et habes rationem. Dixi dudum, vinculum, quod est genus obligationis connectere duos et tangere duos, tam eum qui tenet, quam qui tenetur, etsi is qui tenetur, solus sit obstrictus et obligetur, quemadmodum alter obligat et obstringit. Quis te docuit, vinculum et obligationem minus de eo qui vincit et obligat, quam de eo qui vincitur et obligatur, posse praedicari? Probavi ex l. 42. §. 2. d. Procurat. (quanquam hoc adeo tritum est, ut probatio supervacua sit,) obligationem producere actionem. Quod actionem parit, hoc respectu creditoris dici oportet ; Proinde et obligationem ejus respectu usurpari inevitabile est. Tu interim insultas et exclamas ineptissime in §. 5. nec scis quid agas, cum vellicas id quod ad rem non pertinet, argumentumque a me de textu elicium nullo verbo contrectas. Quid? Cum jura dicunt, obligationes ad hoc esse inventas, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest l. 38. §. 17. d. V. O. §. 19. Inst. de Inutil. stipul. utrum respectu creditoris, an debitoris eas loqui censes? Piget in re tam manifesta laborare. Quid aliud sunt nomina quam obligationes, et quis non omni die cum toto jure dicit, obligationes cedi, vendi, donari, in solutum dari, oppignorari? Quis haec sanus homo respectu debitoris intelligit? Nunquid cum cedere, vendere, donare suam obligationem dices? Per me dicas licet et obtineas obligationem nihil ad creditorem spectare, parique modo quicquid adversum me disputas obtineto. Ejusmodi commitis sunt, quae §. 11. 12. 13. et 14. congesta videmus, quae partim non intelligo, partim adeo frigida et αλλοτρια sunt, ut sine frigore nauseaeque refutari non possint. Mallem solvisses hoc merum argumentum. Omne jus est in re, vel ad rem, ut tu vis : obligatio est jus ; Ergo alterutrum. Non in re, fateris ; Ergo ad rem, ita ut hoc saltem ea contineatur. At tu ingenti supercilio ducto, respondes in §. 15. dividen-*

dum prius esse inter jus personarum et rerum, hoc iterum esse vel in re vel ad rem comparatum, dein obligationem refert ad jus personarum. Tunc sentis, obligationem ad jus personarum esse referendum, quatenus juri rerum, tam quod in re, quam quod ad rem spectat, opponitur? Id quidem tu ex professo negasti atque adversus eam sententiam disputasti in toto *Cap. 28. Tractat. de jure in Re et ad Rem*. Non expetas, opinor, ut obligationes ad jus personarum referantur, ostendam. Quis enim, nisi qui tua legere sustinet, me ferat heic loci de re in scholis adeo protrita operose disputantem? Agnosce, quaeso, duntaxat, te nihil respondisse ad hoc *διλημμα*, obligationem esse e duobus unum, jus ad rem, vel in re, vel ne jus quidem omnino. Vix ausim affirmare, forte am tibi plus solidae responsionis condicere queam ad argumentum, quod profers vonum, in quo nihil solidi reperiet, qui solidi quicquam intelligit. Tu tamen *μεγα πνεων jam docui te, φασκεις quid sit obligatio, cape adhuc aliud argumentum, ex veteri jurisprudentia* (hoc revera tibi novum) §. f. *cap. 7. Creditor non est*, ita intendis, *cui Natura tantum ex conventionem nuda quid debetur. l. 10. ff. de R. I. l. 5. §. 2. de solut. l. 7. §. 5. ff. de Pact.* Ergo, nequidem ad probationem rei tritissimae potuisti e tribus unum seligere locum, qui loquatur id quod affirmas? An ex *l. 10. ff. de R. I.* cujus verba sunt; *secundum Naturam esse, commoda cujuscunque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*, potes docere, quod tanto cum spiritu aggredieris? Nihil magis quam ex reliquis duobus, quorum nescio, an alter aliquid longinquae consecutionis ad hanc rem pertinentis contineat. Speras igitur, ut negem illam propositionem? Juvabo te potius, Vir Cl. bona fide; neque defugiam auctoritatem Ulpiani, qui in *l. Creditores ff. de verbor. signif.* tradit eos, quibus natura debetur, non esse loco creditorum. Quod si textuum illorum citationes ab operis typorum mendosae fuerint, est, Vir Cl. quod ignoscendum habeas; tametsi illa *παροπηματα* tibi tam sint familiaria, potius ut calami quam typi esse videantur. Sed audiamus sine captione syllogismus. Atqui, *is qui naturaliter debetur, non habet jus ad Rem, et tamen subest obligatio*; sequitur agmen textuum, qui probent eum cui naturaliter debetur, habere obligationem, quos non evolam, sed ultro largiar lubens. Potes igitur concludere, quod fieri possit, ut obligatio fit, ubi non est jus ad Rem. Naturalis, inquam, obligatio: Quem enim hoc putas negaturum? Nonne hac tota disputatione de jure in Re et ad Rem egimus, cum respectu ad actiones in rem et personam? Et cum igitur obligationem ego jus ad rem continere dixi, quemquam me sui compotem dubitare censes, me de obligatione civili esse locutum? Tam misellae captiones ab iudicii, an ab argumenti imbecillitate veniant, aliis existimandum relinquam. Ego quidem libenter in meliorem partem omnia praesumi volo. (Animadversiones, XIII, 288–290.)

“XIII. 【オブリガチオは債務者のみならず債権者についても用いられること Obligationem non debitori duntaxat, sed et Creditori convenire】

ところで、私が恐れているのは、『天恵』第7章の4及び5節以下において、貴方がその弁証術の力で私を縛りつけようとしているのではないか、ということである。その箇所、貴方は、自らの推論を妥当させようとして債権者の視点からオブリガ

ティオという呼ぶことを否定しており、その5節末尾で、「債権者の側に存するのは対物権であってオブリガティオではなく、それ故、対物権はオブリガティオに内包されない」と繰り返している。貴方が何と言っているにせよ、ここでは、「拘束される」とか「義務づけられる」といった語句が債務者にのみ相応しいという以上のことは述べられておらず、それについて誰も異論はない。しかも、貴方は、オブリガティオそれ自体が債権者について用いられないということを証明するにあたって、古代や現代の人々からの典拠を示していないし、根拠らしい根拠も挙げていない。＜できるだけ簡潔に話すのであって隠すつもりは全くない＞と確かに昔の人は言った。しかし、思い起こして頂きたいのだが、証明責任は貴方にある。そして、貴方はそれだけの分別をお持ちである。私は、以前から、束縛する者と束縛される者の双方を結びつけ、双方に関わることが、鎖、すなわち、オブリガティオのあり方であると述べてきたし、たとえ束縛される側だけが拘束され義務づけられ、相手方は義務づけ拘束するのであるとしても、そうなのである。鎖あるいはオブリガティオが、鎖に繋がれ義務づけられる者以外に、鎖に繋ぎ義務づける者を指し示すことはできないと貴方に教えたのは一体誰なのか。私は、学説彙纂3巻3章「訴訟代理人及び弁護人について」第42法文2節に基づいて（証明が不要な程によく知られていることではあるけれども）、「オブリガティオが訴権を生み出す」ことを証明した。訴権を生み出すと言えるのは、当然、債権者に関してである。またそれ故、オブリガティオを債権者に関して用いることもまた避けられない。ところが、貴方は、全く愚かにも、第5節において、嘲笑し罵るばかりで、何が問題なのかさえも分かっていない。というのも、問題と無関係なことを喚き立て、私が法文から引き出した論拠には一言も触れていないからである。何故なのか。「オブリガティオは、それぞれの者が自己のために利益となるものを得るためにまさに創出される」と法が定めているにもかかわらず【学説彙纂45巻1章「言語による債務について」第38法文17節、及び、法学提要3巻19章「無効な問答契約について」第19節】、オブリガティオが用いられるのは債権者と債務者のどちらかであると貴方はお考えなのか。これほど明白な問題について詮索するのはもうんざりである。オブリガティオ以外の名称が何かあるだろうか。誰もが、日々法と関わり合う中で、オブリガティオが譲渡され、売却され、贈与され、弁済に供され、質入されるといった言い方をしているのではないだろうか。正気の人間ならば誰がこれらの点を債務者との関連で理解するであろうか。債務者がそのオブリガティオを譲渡したり贈与すると貴方は言いたいのだろうか。貴方は、私などお構いなしに、オブリガティオが債権者と無関係であると主張しこれに拘り続けており、あらゆることについて依然同じ様な仕方でも私を論難している。第11、12、13、14の各節で積み重ねられているのはそのようなものであって、その一部は理解不能であるし、また一部は無用で＜関係のない＞事柄であるために、寒気と吐き気なしには反論することもできない。私はむしろ貴方が私の論証を理解したものと考えていた。あらゆる権利は、あなたの主張する通り、物における権利かあるいは物に対する権利である。オブリガティオは権利であるので何れかにあたることになるが、物における権利ではない。そこで貴方は、オブリガティオが物に対する権利であり、少なくともこの対物権がオブ

リガティオに含まれるということを確認しているのだ、と。ところが、貴方は、第15節において、極めて傲慢な態度で、「権利は、まず、人の権利と物の権利に区分され、後者が更に物における権利と物に対する権利に区分される」と答えており、その結果、オブリガティオを人の法に数え入れていることになる。オブリガティオが、物における権利と物に対する権利の双方を指し示す物の権利に對置される以上、人の権利に含まれるべきと貴方は考えているのではないだろうか。確かに、貴方は、この点を公然と否認し、『物における権利と物に対する権利に関する論考』第28章において、そのような見解に反論した。思うに、この時貴方は、私が貴方と議論を戦わせることで、[貴方の言い分に従えば] オブリガティオが人の権利に帰されるということを暴露されるとは予期していなかったであろう。貴方の書いたものを辛抱強く読む者以外に、一体誰が、学校においてさえ忌避されるような事柄について、私がこの場所で苦勞して論じるのを堪え忍んでくれるだろうか。ただ願わくば、貴方には、この<ディレンマ>、つまり、オブリガティオが、物に対する権利と物における権利の何れかであるのか、あるいはそもそも権利などではないのか全く答えていないということに気付いてもらいたい。敢えて断言はしないが、もっと多くの確実な返答があれば、あるいは、貴方が新しいと主張する論拠について同意できるかもしれない。実際のところ、何か確実な事柄を理解できる者がその論拠の中に確実なものを見出すことは決してないであろうから。しかし貴方は<傲慢である>。『天恵』第7章最終節で貴方が<おっしゃる>には、「既に私は貴方にオブリガティオとは何かを教示した。更に加えて、古代の法学からもう一つの別の論拠(貴方にとって確かにこれは新たな論拠である)を受け取り給え」とされ、「単に裸の合意に基づいて自然上何かを義務づけられるその相手は債権者ではない【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第10法文、同46巻3章「弁済及び免除について」第5法文2節、同2巻14章「合意について」第7法文5節】」と主張している。それでは、周知の事柄の証明のために、これら三つの法文から、貴方の主張について言及する箇所を一つでも抜き出すことができたのだろうか。学説彙纂50巻17章第10法文の文言は、「何らかの物の利益は不利益を被る者に帰するのが自然である」というものであるが、この法文に基づいて、貴方が傲慢にも言い張る事柄を教示できるのであるか。残り二つの法文によっても同じことである。恐らくは、二つの内どちらかに当該問題の関わる未知の推論でも含まれているのであろうが。だからといって貴方は私が先の命題を退けるとでも期待しているのだろうか。むしろ私は、聰明なる氏よ、貴方を支持するであらうし、学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第10法文において、自然において義務づけられる相手となる者は債権者の地位に立たないと述べるウルピアヌスの權威から逃げるつもりなどない。しかしもし、先の法文の引用が印刷作業の故に不正確となったのであるならば、聰明な氏よ、貴方はそれを諒とせざると得ない。ただし、そのようなく言い間違い>が貴方においてこれほど頻繁に見出される以上、印刷ではなくむしろペンの過ちであるように思われるのだが。とにかく、我々は、駄弁を排して、三段論法に耳を傾けることにしよう。ところで貴方は言う、「自然的に義務づけられる相手となる者は対物権を有していないが、オブリガティオはこの者に帰属している」と。これに続

にみた委任訴権に関するパウルス言葉に加えて、「オブリガティオはそれぞれの者が自己のために利益となるものを得るためにまさに創出される *inventae sunt obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interst*」とする法文¹⁴⁾を引用することで自説を補強したヒューベルがここで皮肉を込めて指摘したのは、同様に新たな論拠を追加してきたフェルトマンの「法文の不適切な引用 *textuum citationes mendosae*」と「言い間違い *παρορηματα*」であった。オブリガティオが債権者の対物権を内包するというヒューベルを主張を覆すために、フェルトマンは、「単に裸の合意に基づいて自然上何かを義務づけられるその相手は債権者ではない *creditor non est, cui Natura tantum ex conventionem nuda quid debetur*」、及び、「自然的に義務づけられる相手となる者は対物権を有していないが、オブリガティオはこの者に帰属している *is cui naturaliter debetur, non habet jus ad Rem, et tamen subest obligatio*」という二つの前提から、「三段論法 *sylogismus*」によって、「対物権がない場合でもオブリガティオが存在し得る *fieri potest, ut obligatio sit ubi non est jus ad Rem*」との結論を導いたが、最初の前提の典拠として引用された三つの法文、すなわち、「何らかの物の利益は不利益を被る者に帰するのが自然である *secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*」という一般原則¹⁵⁾、「利息 *usurae*」が「問答契約に基づき義務づけられた *ex*

くのは、自然的に義務づけられる相手になる者がオブリガティオを有することを証明する一連の法文であり、私はそれらの法文を繙くことはしないが、喜んでこれを認めたい。そうして貴方は、対物権がない場合でもオブリガティオが存在し得ると結論づけている。要するに、これは自然債務である。実際、誰がこの点を否定すると貴方はお考えなのか。我々は、この論争において、物における権利と物に対する権利を、対物訴権および対人訴権との関連において論じてきたのではなかったのか。そうである以上、オブリガティオが対物権を内包すると私が論じた際、私がこれに関連することを吟味しており、同じく訴権との関連におけるオブリガティオ、つまり、市民法上のオブリガティオについて述べているのだと貴方は思わないのだろうか。判断力あるいは論拠の脆弱さからこれほど哀れな駄弁が帰結するのだろうか、その評価は他の人々に委ねたい。全てがより適切な方向で理解されることを私は心より望んでいる。”

14) D. 45, 1, 38, 17, Ulp. 49, ad Sab. : Inst. 3, 19, 19.

15) D. 50, 17, 10, Paul. 3, ad Sab.

stipulatione debebantur」場合と「合意に基づき自然的に義務づけられた ex pacto naturaliter debebantur」場合を区別する法文¹⁶⁾、そして、「裸の合意は訴権ではなく抗弁をもたらす nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem」という原則の下、「誠意訴訟 bonae fidei iudicia」に関して、契約締結後「直ちに合意がなされた ex continenti pacta subsecuta sunt」場合には例外的に訴権が付与されるとする法文¹⁷⁾は、何れも、対物権はオブリガティオに内包されないとのフェルトマンの主張を根拠づけているとは到底言えないし、もう一つの前提に至っては、それが、論争の主題であるはずの「市民法上のオブリガティオ obligatio civilis」ではなく、いわゆる「自然債務 obligatio naturalis」に言及するものであるのは誰の目にも明らかである。

なお、『再検討』で再度取り上げられた以上二つの論拠以外に、『余滴』では、対物権と債務の区別をめぐるデ・フロート批判の論拠が更にもう二つ反駁されている¹⁸⁾。一つは、仮に対物権とオブリガティオが同じものであるとする

16) D. 46, 3, 5, 2, Ulp. 43, ad Sab.

17) D. 2, 14, 7, 5, Ulp. 4, ad ed.

18) IV. Ita liquebit responsio, ad tertium *του αυτου* quod in ordine primum est, argumentum. Si jus in obligatione consistat, *cur ergo aliter*, inquit, *jus ad rem definiunt quam obligationem?* Nam *unius rei duas definitiones esse non posse scimus ex Aristotelis axioma apud Hotomannum*. Nos non esse idem jus ad Rem cum obligatione fatemur: sed hanc esse causam illius, ut ille vult, id falsum esse contendimus. Qui dicunt, jus ad rem in obligatione consistere, non dicunt, obligationem vicissem nihil esse aliud quam jus ad Rem. Jus ad rem est in obligatione, quia pars ejus est. Obligatio non est jus ad rem simpliciter, quia plus comprehendit, onus etiam debitoris. Ideo est aliquid in obligatione quod non sit jua ad rem; nihil est in jure ad rem, quod non sit in obligatione.

V. Denique argumentatur, *qui rem futuram dare promisit, is continuo obligatur l. 13. d. V. S. stipulator vero jus non potest habere ad eam rem, quae nondum est rerum in natura l. 73. d. V. O.* Repetendum hic, quod a principio diximus, jus in re oppositam habere speciem, jus *in personam* potius quam *ad rem*; quod vocabulum *παρανομασίας* causa magis quam exigente rei momento receptum videtur. Verba tamen non facient, ut res diversa fiat: respiciamus ad finitionem superiori capite positam. Jus ad Rem est, *facultas competens in personam aliquam, ut nobis det vel faciat*. Jus ad Rem igitur, non requirit praesentiam vel acutalem existentiam rei, modo de persona constet, quae dare vel facere debeat, adversus quam licet agere ad rem persequendam.

Quando debitor obnoxius est ad rem praestandam, tunc hoc jus suam habet perfectionem : praestatio rei non facit ad essentiam hujus juris, sed vinculum, quo debitor est obstrictus. Hoc vinculum praesens et firmum est, tametsi res nondum extet : adeoque jus ad Rem tum etiam existit, quia in persona, non in re fundatur : effectum saltem caret ; quemadmodum et obligatio effectum saepe destituitur, propter defectum rei solvendae ; quod minime in causa est, ut obligatio extinguatur. Ex his sponte corrunt quae postremo allegantur exempla eorum, qui bonis cesserunt aut palam solvendo esse desierunt, quasi cum obligati sint, creditoribus tamen adversus eos nullum jus ad rem competat, quia res nullas habeant. Jus ad rem, inquam, minime desinit, ubi debitor obnoxius est ad rem praestandam ; nam quod dare non possit, hoc ad ipsius incommodum, non ad impediendum jus creditoris pertinet *l. 137. §. 4. d. V. O.*

VI. Refutatae sunt sine difficultate, rationes, quibus haec novitas fulciri cupiebat. Superest, ut in genua et veteri doctrina acquiescamus, qua inauditum est, aliquem dari obligationis effectum, quod jus ad Rem appelletur. Jura nos ita docent, obligationem esse effectum contractus, rursus effectum obligationis proximum, esse Actionem in personam §. 1. *Inst. d. Action.* Quod si verum, ut sine dubio, est, falsum sit oportet, medium aliquod inter obligationem extare et actionem personalem, aut aliud hujus esse principium proximumque fundamentum, quam obligationem ; Id quod argumenti loco esse velim ad probationem contrariae veritatis. Neque id etiam satis, quo pacto cohaereat, animadverto, jus omne in duas dividere species, ut nihil sit, quin vel in Re sit vel ad Rem, et tamen negare quod obligatio sit jus ad Rem. Quid igitur ; est ne obligatio jus in Re? Non dixeris, opinor : neque jus ad Rem esse pateris. Ergone juris nomine prorsus impertienda non est? at hoc Justinianus non patietur, qui obligationes in jure scribit consistere, ut usumfructum, usum et haereditatem *in cap. de reb. corpor. et incorpor.* neque id quinquam censeo negaturum. Aut igitur obligatio erit jus in Re, aut jus ad Rem. Illud nemo dicet, hoc igitur solum superest ; aut dic, quid sit Obligatio. (Digressiones, I, 4, 5, IV-VI, 241-242.)

“IV. 【第三の論拠が反駁される Tertium argumentum refutatur.】

順序の上では第一番目にあたる＜この御方＞の第三の論拠に対しては以下のような返答が可能であろう。もしオブリガティオに権利が内包されるのであるならば、「一体なぜ対物権はオブリガティオとは別に定義されているのであろうか。というのも、我々は、一つの事物に二つの定義はあり得ないということをホトマヌスの著書にあるアリストテレスの公理から既に学んでいるのであるから」と彼は言う。しかし、我々は、対物権とオブリガティオが同じであると言っているのはなくて、かの人が言い張るように後者が前者の原因であるというのは誤りであると主張しているのである。対物権がオブリガティオに内在すると言明する者は、同時に、オブリガティオが対物権に他ならないと言明しているわけではない。対物権は、オブリガティオの一部であるが故に、オブリガティオに内在する。オブリガティオは、対物権以外に債務者の義務も内包するが故に、単純に対物権であるとは言えない。それ故、オブリガティオの

内には対物権ではない何かが存しているのに対して、対物権の内にはオブリガティオに内在しないものは何一つ存しないのである。

V. 【第四の理由づけが退けられる *Quarta ratio refellitur*】

最後に、「将来の物を与える旨約束した者は直ちに義務づけられるが【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第13法文】、要約者は未だ現実に存在していない物に対する権利は取得できない【同45巻1章「言語による債務関係について」第73法文】」と論じられている。ここで思い起こすべきなのは、我々が最初から述べていた通り、物における権利の対概念は物に対する権利ではなくむしろ人への権利であって、対物権という語句も事柄の重要性というよりはむしろ＜教育＞のために受け入れられているという点である。とはいえ言葉が事物を別のものに変えてしまうわけではない。我々は前の章で提示された定義に立ち返るべきであろう。すなわち、「物に対する」権利とは「我々に与えもしくは為すように何者かに要求できる権能」である。それ故、対物権は、目的物の現時点での存在や現実の存在を必要とせず、ただ単に人について、つまり、与えもしくは為す義務を負い、物を追求する相手方として訴えることの許される人について成立する。債務者が物の給付を義務づけられている場合にまさに、当該対物権は成立する。つまり、当該権利の本質を成しているのは、物の給付ではなく、債務者を義務づけている鎖である。物が未だ存在していなくとも、この鎖は現に存在し確証される。のみならず、対物権もまた、それが物ではなく人に基礎づけられている以上、この時既に存在しており、ただ効果を欠いているにすぎない。これは、オブリガティオが弁済される物の不足によってしばしばその効果を奪われるけれども、だからといって、オブリガティオが消滅するわけではないということと同じことである。最後に述べたことからすれば、財産を欠きあるいは現実に弁済可能な状態にない人々という証拠も自ずと失われる。これでは、債務を負っているにも関わらず、彼らが物を所有していないという理由で、彼らに対する対物権は債権者に付与されないとでも言うようなものである。敢えて言うが、債務者が物の給付へと義務づけられている限り、対物権が失われるということは決してない。というのも、与えることができないということは、債務者の都合に属するのであって、債権者の権利の障碍とは関係ないからである。学説彙纂45巻1章第137法文4節。

VI. 【通説の承認 *Confirmatio doctrinae receptae*】

この珍奇な説が依拠しようとした諸論拠は難なく反駁された。我々は元々あった古い学説の下に安らうしかなく、そこでは、対物権と呼ばれるものがオブリガティオの何らかの効果としてもたらされるなどということは認められていない。我々の法は、オブリガティオが契約の効果であるのに対して、オブリガティオの最も近接した効果は対人訴権であると教えている。法学提要4巻6章「訴権について」第1節。これが疑いなく真であるとするならば、オブリガティオと人的訴権との間に何らかの媒介物が現れたり、人的訴権の源やそれに最も近い基礎がオブリガティオ以外に存在するというのは誤った理屈である。背理を証明する論拠として主張したいのはこの点である。どのように成立したものであれ全ての権利を二つの種類に区別し、それは物における権利か物に対する権利の何れかである他ないとしながら、オブリガティオが対物

ならば、「一つの事物に二つの定義はあり得ない *unius rei duas definitiones esse non posse*」との「アリストテレスの公理 *Aristotelis axioma*」¹⁹⁾に反して、

権であることを否定することもまた適切ではないと私は考える。そもそも、オブリガティオは物における権利であろうか。貴方はこれを否定した。思うに、債務が物に対する権利であることも貴方は認めないであろう。だからといって、オブリガティオに権利の名を与えないのが正しいのであろうか。しかし、ユスティニアヌスはそのようなことは認めないはずである。というのも、彼は、法学提要2巻2章「無体物について」[2節]において、オブリガティオが、用益権や使用権、相続財産と同様に、権利から成っている旨書いており、そうである以上、彼がオブリガティオが権利であることを否定するとは思えないからである。従って、オブリガティオは物における権利か物に対する権利かの何れかになるであろう。前者であると主張する者は誰もいない以上、残るは後者だけである。もしそうではないと言うのならば、オブリガティオとは何か言ってみてほしい。”

19) フェルトマンは、「ホトマヌスにおいて *apud Hotomannum*」とするだけで、具体的な典拠を示していないが、おそらく、フランソワ・オトマン *François Hotman* (1524-1590年) の『弁証術教程 *Dialecticae Institutio*』(1573年)の次の一節に基づくものであろう。

Quin igitur planius Aristotelis definitionem explicas? Definitio est oratio, quae quid sit, et quale si id de quo ambigitur, proprie, aperte, ac breviter enuntiat. Neque enim ex sola essentia satis intelligitur, quid sit esse hoc, vel cur ita sit: sed qualitas insuper exponenda est. Itaque veteres eam veram esse definitionem dixerunt, quae ex genere et differentia constaret: quoniam genus respondetur ad quaestionem quid est: differentia vero ad quaestionem quaele est. Ea vero demum differentia sunt, quae definitione differunt. Scitum est enim illud Aristotelis, neque diversarum rerum unam definitionem, neque unius rei diversas definitiones, esse posse, οὐτε γὰρ εἷνα δύοιν, οὐτε δύο του αὐτου ορους δυνατόν εἶναι. Denique genus non est tota speciei substantia. non enim solum genus sine differentia speciem format, ut neque sola differentia sine genere: sed tamen interdum accidit, ut qualitates aliunde quam ex differentiis exponendae sint: cum aut vera qualitas ignota est, aut non sufficit. tum igitur aut proprietates aut accidentia, causas, pro supplemento adhibemus. (Dialecticae Institutio, II, 14, 177-178. 引用は1573年ジュネーヴ刊初版のテキストによる)

“そうである以上、定義をアリストテレスよりも平易に説明することなどできょうか。定義とは、問われているものが何でありどのようなものであるかを、それに相応しいやり方で明確かつ簡潔に言明する命題である。しかも、本質からだけでは、それが何であり何故にそのようになっているのか十分に理解できないので、更に、性質が明らかにされねばならない。それ故、古代の人々も、真の定義とは類と種差から成ると言った。つまり、類が何であるかという問いに答えるのに対して、種差はどのよう

「人々是对物権をオブリガティオと別に定義している *aliter jus ad rem definiunt quam obligationem*」ことになるというものである。しかし、「対物権はオブリガティオの部分であるが故にオブリガティオに内包される *jus ad rem est in obligatione, quia pars ejus est*」との立場からデ・フロート擁護するヒューベルにとって、対物権とオブリガティオは当然別物であり、そうである以上、これと異なる前提に立つ上記主張は批判の論拠として全く的外れと言わざるを得ない。これに対して、「将来の物を与える旨約束した者は直ちに義務づけられるが、要約者は未だ現実に存在していない物に対する権利は取得できない *qui rem futuram dare promisit, is continuo obligatur, stipulator vero jus non potest habere ad eam rem, quae nondum est rerum in natura*」というもう一つの論拠は、デ・フロートを批判すると同時に、オブリガティオは対物権の近接因としてこれに先行するというフェルトマン自身の立場を裏付けようとするものでもある。しかし、ここでは、「要約者 *stipulator*」つまり「債権者」の「物に対する権利」が本来「人への権利」であることが忘れられ、物の存在を前提とする「物における権利」と混同されている。「対物権は、目的物の現時点での存在や現実の存在を必要とせず、ただ単に人について、つまり、与えもしくは為す義務を負い、物を追求する相手方として訴えることのできる人について成立する *jus ad Rem non requirit praesentiam vel actualement existentiam rei, modo de persona constet, quae dare vel facere debeat, adversus quam licet agere ad rem persequendam*」のである。ヒューベルは、フェルトマンが提示する合計四つの論拠を悉く退けた上で、最後にもう一度反論の要点を法文との整合性という観点からまとめている。まず、「契約もしくは不法行為に基づいて義務づ

なものかという問いに答えるのである。反対に、定義によって区別されるものは、まさにそのような種差によって存在する。実際、アリストテレスは、異なる物に一つの定義はあり得ず、一つの物に異なる定義はあり得ないことを知っていた。要するに、類は種の実体全てではない。というのも、差異が類無しには種を形成しないのと同様に、類は差異無しには種を形成しないからである。ただし、時には、性質が、種差以外に基づいて解明されることがある。それはすなわち、真の性質が未だ知られていなかったり、それだけでは不十分であったりする場合である。そこで、その際には、独自性、偶有性、原因といったものが補充的に用いられる。”

けられた者を訴える *agit cum eo, qui obligatus est vel ex contractu vel maleficio*」場合には「対人訴権が用意されている *proditae actiones in personam sunt*」という法文²⁰⁾の趣旨を素直に理解する限り、「オブリガティオが契約の効果であるのに対して、オブリガティオの最も近接した効果は対人訴権であること *obligationem esse effectum contractus, rursus effectum obligationis proximum, esse Actionem in personam*」に疑問の余地はなく、それ故、「オブリガティオと人的訴権との間に何らかの媒介物が現れたり、人的訴権の源やそれに最も近い基礎がオブリガティオ以外に存在するというのは誤った理屈である *falsum est oportet, medium aliquod inter obligationem extare et actionem personalem, aut aliud hujus esse principium proximumque fundamentum, quam obligationem*」。また、「どのように成立したものであれ全ての権利を二つの種類に区別し、それは物における権利か物に対する権利かの何れかである他ないとしながら、オブリガティオが対物権であることを否定すること *quo pacto cohaereat, jus omne in duas dividere species, ut nihil sit, quin vel in Re sit vel ad Rem, et tamen negare quod obligatio sit jus ad Rem*」は、オブリガティオが「物における権利」ではあり得ない以上、結局、オブリガティオの権利性そのものの否定に行き着く。しかし、これは、「相続権、用益権、締結されたオブリガティオのように権利を内容とするもの *ea, quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoque modo contractae*」を「無体物 *res incorporales*」と位置づける法文²¹⁾に明らかに矛盾している。これらの齟齬は、オブリガティオを、単に債務としてだけではなく、同時に、人への権利、つまり、対物権として理解することによってのみ解消可能である。『余滴』や『再検討』における極めて辛辣な言い回しと自説への揺るぎない自信は、何よ

20) *Inst.* 4, 6, 1.

21) *Inst.* 2, 2, 2. この法文末尾に見出される「オブリガティオの権利そのもの *ipsum ius obligationis*」という表現は、フェルトマンによって、オブリガティオにその「効果 *effectus*」である対物権が含まれないことの理由として用いられることになるが(注13参照)、「権利」によって構成される無体物の具体例を列挙する法文の趣旨からすれば、既にヒューベルが示唆していた通り、むしろオブリガティオと権利の一体性を強調するものと解されるべきであろう。

りもこのような法源との整合性に裏打ちされていた。「オブリガティオとは、二者間を繋ぐ鎖、つまり、債務者と債権者が互いに結びつけられる鎖であり、まさにそれ故に、債権者の権利と債務者の義務という二つの部分から成っている obligatio est vinculum inter duos : vinculum, quo debitor et creditor inter se conjunguntur, adeoque duabus constat partibus, jure Creditoris, et onere debitoris」という、後に『市民法講義』で提示される簡潔な定義²²⁾は、その何気ない印象とは裏腹に、フェルトマンとの激しいやりとりの中で確立されたものなのである。

22) [1.] Habuimus Jura in Re constituta, sine respectu ad certam personam, quaeque rem ipsam afficiunt, ubicunque existunt, Dominium, Servitutem, Hereditatem, (de pignore alibi agetur). Tempus est, ut discamus, quale sit jus, quod ad rem comparatum est; vel potius in personam ad rem consequendam, quod pari passu ambulare cum obligatione, neque differre ab ea, nisi modico respectu, *ad tit. de A. R. D.* probavimus. Scilicet, Obligatio est vinculum inter duos; vinculum, quo debitor et creditor inter se conjunguntur, adeoque duabus constat partibus, jure Creditoris, et onere debitoris. Illud, *jus ad rem* vulgo dicitur: hoc specialiter obligatio; tamen *Obligatio* cum respectu ad creditorem etiam usurpetur, ut cum obligatio cedi, vendi, legari dicitur, qua de re latius actum in *lib. 4. Digress. c. 5. et amimadv. de jur. in Re et ad rem c. 13.* (Praelectiones, I, 279, in Inst. 3, 14, n. 1.)

“我々は、物において存在する権利、つまり、一定の人への顧慮無しに、物そのものに作用し、如何なる場合にも存続する権利として、所有権、役権、相続権（質権については別の箇所でも論じられる）を以上にみてきた。今や、物に対して用意されている権利、あるいはむしろ、物を追求するための人への権利とは如何なるものかを学ぶ時である。この権利は、オブリガティオと共に歩調を同じくして進むもので、つまらない見方をしない限り、オブリガティオと別々のものでもないということは、2巻1章「物の区分について」への注釈において既に解明した。あらためて言うまでもなく、オブリガティオとは、二者間を繋ぐ鎖、つまり、債務者と債権者が互いに結びつけられる鎖であり、まさにそれ故に、債権者の権利と債務者の義務という二つの部分から成っている。この内の前者が、一般に、対物権と呼ばれ、後者が特にオブリガティオと呼ばれている。ただし、オブリガティオは、オブリガティオが譲渡され、売却され、遺贈されるといったように、債権者の観点からも用いられる。以上の点については、『余聞』第4巻第5章及び『物における権利と物に対する権利の再検討』第13章でより詳細に論じられている。…”

V.

自然法乃至万民法上の所有権移転における「引渡 *traditio*」の要否についても、『余滴』の一章を費やして詳細に論じられている。この問題は、そもそも市民法上、所有権が当事者の「合意のみ *solo consensu: sola conventione*」では移転せず、目的物の引渡が要求されていることとの対比において生じたものである。それ故、ヒューベルも、引渡を所有権移転の要件とする「市民法的根拠 *ratio civilis*」について簡単に言及している²³⁾。「完全で予測可能な権利を確

23) [I.] Ratio quare in Jure nostro sola conventione neque dominium neque aliud jus quod rem ipsam afficiat et devinciat, acquiratur, mere civilis et arbitraria Romanorum est; prope eadem, quae vetuit ex nudis pactis obligationem et actionem nasci: scilicet haec; quod minus e republica videbatur, jura persecta et peremptorii praejudicii nimis facile constitui et stabiliri. Ex quo vis dicto saepe parum considerato ligari necessitatis vinculo cives, atque in foro conveniri inutile credebant. Ideo non aliter nasci obligationem, quam ex ejusmodi concepta verborum formula voluerunt, quae mentem promittentis plene planeque significaret, ut nullus dubitationi locus superesset. Similiter dominium et huic affinita jura, nudo consensu perfectionem suam adipisci non placuit, visum requirere adhuc aliud continuatae voluntatis indicium et actum quasi confirmatorium eumque magis externum. Isque in dominiis rerum corporalium receptus est, *Traditio*; in caeteris juri-bus quae rem afficiunt ipsam, aliquid instar et vice traditionis; veluti patientia usus, cessio in jure, et si qua similia. (Digressiones, I, 4, 7, I, 252-253.)

“I. 【いわゆる物における権利が合意のみに由来しない理由が吟味される *Ratio indagatur*, quare e solo consensu non oriatur jus in Re, quod dicitur.】

我々の法において、所有権も、物そのものに作用し密接に関係するその他の権利も、なぜ合意だけでは取得できないのか、その根拠は、単に市民法上のもので、ローマ人たちの考えに由来している。これは、裸の合意から債務や訴権が生じることを許さなかった理由とほぼ同じである。それはつまり、完全で予測可能な権利を確立し保持することが国家にとってそれほど容易ではないと考えられたからである。市民たちは、何らかの形で言明されたけれども思慮に欠けることも多い強制的鎖によって、拘束されたり裁判所に訴えられたりするのを不都合と考えたのである。それ故、如何なる疑念も生じる余地がないように、約束者の意思を平易かつ明確に表示する予め定められた何らかの言い回しによる以外に債務が発生しないものとされた。同様に、所有権やこれに類似する諸権利〔の移転〕も裸の合意だけで完了するとはみなされず、これに加えて、意思の持続を示す別個の徴表や、保証に相当する行為あるいはそれ以上

立し保持することが国家にとってそれほど容易ではないと考えられた *minus e republica videbatur, jura perfecta et peremptorii praejudicii nimis facile constitui et stabiliri* 時代、「何らかの形で言明されたけれども思慮に欠けることも多い強制の鎖によって、拘束されたり裁判所に訴えられたりするのを不都合と考えた *ex quovis dicto saepe parum considerato ligari necessitatis vinculo, atque in foro conveniri inutile credebant*」古代ローマ人は、例えば、「約束者の意思を平易かつ明確に表示する予め定められた何らかの言い回し *ex ejusmodi concepta verborum formula, quae mentem promittentis plene planeque significaret*」、つまり、問答契約を債務乃至訴権の発生要件としたが、合意のみによる所有権移転を認めなかった理由も、「裸の合意から債務や訴権が生じることを許さなかった理由とほぼ同じ *prope eadem ratio, quae vetuit ex nudis pactis obligationem et actionem nasci*」と言える。つまり、所有権の慎重かつ完全な移転とその予測可能性を担保するために、「意思の持続を示す別個の徴表や、保証に相当する行為あるいはそれ以上の外面的な行為 *aliud continuatae voluntatis indicium et actum quasi confirmatorium eumque magis externum*」が要求されたのである。そのような「外面的な行為 *actum externum*」として無方式の引渡は、例えば、土地の所有権移転に際して、『市民法講義』に説明されている通り²⁴⁾、「非手中物 *res nec mancipi*」にあたる「属州の土地 *praedia provi-*

に外面的な行為が要求されたものと考えられる。有体物の所有権においてそのような行為として受容されたのが「引渡」である。物それ自体に作用する他の権利においても、引渡に倣いこれに代わる何かが要求されている。例えば、用益受忍や擬制譲渡、その他類似のものがこれにあたる。”

24) 54. Porro quamvis Traditio jure positivo introducta, et a naturali simplicitate aliena, etsi non contraria sit, tamen Jus Romanum vetus sola traditione ad Dominii propagationem minime contentum erat, sed plura desiderabat solennia. Praesertim in mancipatione atque in jurecessionem, quibus modis dominium Quiritarium constituebatur, ut dict. *supr.* Sed traditione sola Bonitarium duntaxat dominium quaerebatur in rebus *nec mancipi*, ut praediis provincialibus, quae stipendiaria et tributaria dicebantur. Nam victis bello populis, Romani dominos se ferebant praediorum, quae aut vendebant, aut in plebem vel milites veteranos partiebantur, aut denique reddebant deditiis, tributo sive stipendio iis imposito, Liv. l. 3. *in fin.* Sic ut το κριωτατον jus summum, penes Remp. Rom. tota rei utilitas et libera dispositio ipsorum esset provincialium, επικαρπια και πληρεστατη

κατοχή, emolumentum et plenissima possessio, interpretatur Theophilus. Et hoc jus, dominium Bonitarium, ac summum illud civium Rom. *Quiritarium* vocabatur. Longe autem diversa ratio fuit *bonitarii*, quam ejus, quod *utile* vulgo appellatur. Provinciales enim nullo non dominiorum jure et effectum, tam in administrando quam alienando gaudebant, neque cogniti erant modi, quibus bonitarium dominium, ut hodie emphyteusis, amitteretur. Traditione igitur olim non Italica, sed stipendiaria et tributaria praedia alienabantur, quomodo *quae in provinciis sunt* vocabantur, ait Imp. Eodem modo Glossarium vetus Graecum, et Theoph. stipendiaria praedia appellant, *τα εν ταις επαρχιας κτηματα, Possessiones provinciales*. Atque ita est, quod talia non nisi in provinciis fuerint; cave interim putes, cuncta in provinciis praedia fuisse tributaria et stipendiaria; non paucae enim per provincias civitates Jure Italico. donatae erant, quae immunitate gaudebant, ut Hotomannus *hic* monet; ideoque Tribonianus provincialia non exposuit una voce, quod alias expeditus erat, sed ita circumloctutus est, ut significaret, esse in provinciis agros, qui onera provinciarum non ferrent. Haud perinde explicuerim, quid his verbis sibi velit Imp. *Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur*. Indicant enim, olim ea per traditionem alienari non potuisse, verum nova Justiniani constitutione in *l. un. C. de usuc. transform.* id introductum esse, quod sine dubio falsum. Traditionem esse, rerum nec Mancipi, docet Ulp. *tit. 19. §. 6.* Res Mancipi non traditione, sed aliis modis alienabantur, de quibus *supr.* dixi. Jam praedia Italica erant Mancipi, Provincialia secus. Ergo haec tradi potuerunt, illa non poterant olim, hodie per *d. l. un.* Possunt; dicendum igitur; *ipsa Italica quoque praedia eodem modo alienantur*. Theophilus evitavit hoc vitium sua paraphrasi, cum *ου διαφερομαι δε οποιονδηποτε εστι το παραδιδομενον πραγμα υπο του δεσποτου*, inquit, *ειτε αγρος Ιταλικος, σπιπενδ.* et c. Non distinguo, qualis sit res, quae traditur a domino sive ager Italicus, seu stipendiarius et c. Denique Justiniani, inquam, tempore certum est, nihil fuisse discriminis inter acquisitionem praediorum, quae in Italia, et quae in provinciis erant, nedum inter tributaria et stipendiaria; sed hodie omnium dominia per Traditionem indistincte transferri, *d. §. 40. et l. un. C. de usucap. transform.* (Praelectiones, I, 120-121, in Inst., 2, 1, n. 54.)

“54. 更に、引渡が実定法によって導入され、自然的単純さとは矛盾しないとはいえ異質のものであるとしても、古代のローマ法は、所有権の存続に際して、引渡だけでは満足せず、複数の儀式を要求した。とりわけ、クイリーテース [ローマ市民] の所有権が取得される方式である掘取行為や法廷譲渡においてそうであることは先に述べた。これに対して、引渡だけで取得されたのは、属州の土地のような非手中物に関する財産内保持の所有権にすぎず、そのような不動産は [元老院支配地については国庫への] 納税あるいは [皇帝支配地については皇帝への] 貢納の義務があるとされた。というのも、戦争による諸民族の征服を通じて、ローマ人は、自らを土地の所有者と称し、それらの土地を売却し、あるいは、平民や古参兵らに分配し、更には、降服者たちに返還したが、彼らには貢納もしくは納税の義務が課されたからである。リ

cialia]、より正確には、属州内の「納税及び貢納の義務のある土地 stipendiaria et tributaria praedia」について、「財産内保持の所有権 dominium Bonitarium」をもたらしたにすぎず、「手中物 res mancipi」である「イタリアの土地 praedia Italica」の「クイリーテースの所有権 dominium Quiritarium」の取得には「掴取行為 mancipatio」や「法廷譲渡 in jure cessio」といったより厳格な方式が求められていたところ²⁶⁾、ユスティニアヌスの勅法²⁶⁾によって手中物

ウィウス『ローマ建国史』第3巻末尾。このように最高権はローマ国に属していたため、それら属州の土地の利用や自由な処分は全て「収益及び完全な占有」に相当したとテオフィルスは解している。そして、後者の権利は「財産内保持の」所有権、後者のローマ市民の最高権は「クイリーテースの」所有権と呼ばれた。ところで、「財産内保持の所有権」の意義は、一般に「準所有権」と呼ばれているもののそれとは全く異なる。なぜなら、属州の人々は、管理や処分に際して所有権者としての権利や効力を享受していなかったし、今日永借権がそうであるように、財産内保持の所有権を放棄する手段は認められていなかった。従って、かつて引渡によって譲渡できたのは、イタリアの土地ではなく、納税や貢納の義務が課された土地であり、皇帝[ユスティニアヌス]が言うように、「属州に存する土地」がそのように呼ばれていたのである。同様に、古いギリシャ語の注釈やテオフィルスも、貢納義務のある土地を「属州の占有地」と称している。ただし、そのような土地が属州にのみ存するというのはその通りであるが、属州の土地が全て貢納や納税の義務を課されていたと考えてはならない。というのも、ホトマヌスが本節注解において指摘している通り、属州の中にはイタリア権を付与された都市も少なくなく、それらの都市は免税特権を享受していたからである。それ故、トリボニアヌスは、他の場合であれば全く問題のない「属州の」という一語を用いずに、このように回りくどい言い方をして、属州としての負担を被っていない土地が属州内に存することを明らかにしたのである。皇帝が「貢納及び納税の義務のある土地もまた同じ仕方で処分される」という言葉で何を言おうとしていたのかについては全く別の説明が必要である。なぜなら、この言葉は、それらの土地がかつては引渡によって処分できず、勅法彙纂7巻31章「使用取得の変更、及び、手中物と非手中物の区別の廃止について」第1法文にあるユスティニアヌスの新たな勅法によって引渡による処分が導入されたということを示唆しているけれども、これは明らかに誤っているからである。非手中物の引渡については、ウルピアヌスが『ウルピアヌス著作の諸章』19章「所有権及び物の取得について」6節において教示している。手中物は引渡ではなく別の方式によって処分された。これについては先に述べた。イタリアの土地は既に手中物であったが、属州の土地は違った。従って、後者は引渡[による所有権移転]が以前から可能であったのに対して、前者はかつて不可能であったが、今では前述の勅法彙纂7巻31章第1法文によって可能になっている。それ故、「イタリアの土地そのものもまた同じ仕方でも処分される」と言うべきで

と非手中物の区別が廃されたために、引渡がローマ法上唯一の所有権移転の方式となるに至った²⁷⁾。引渡による所有権移転というローマ普通法の原則はこのような歴史的経緯に由来するのである。

これに対して、「自然法乃至万民法上、引渡は所有権移転の要件とみなされない Traditionem jure Naturali et Gentium non videri esse necessariam ad domini transalationem」というのがヒューベルの主張である²⁸⁾。確かに、このよ

あった。テオフィルスは、「所有権者によって引き渡される物として、私は、イタリアの土地や納税の義務の課された土地等を区別しない」と述べることで、『釈義』ではこのような誤りから免れている。以上から、敢えて言うが、ユスティニアヌスの時代において、イタリアの土地と属州の土地の取得には全く差異はなく、ましてや貢納ないし納税の義務のある土地の取得との間にも差異がなかったのは確実である。とにかく、今日では、あらゆるものの所有権は区別なく引渡によって移転される。本章第40節及び前掲勅法彙纂7巻31章第1法文。”

25) ヒューベルは、引渡によって属州の土地が取得された場合に付与される法務官法上の所有権類似の地位を「財産内保持の所有権 *dominium bonitarium*」と呼んでいるが（「所有権が何らかの自然的方法で取得される *dominium ab modis quibuscumque naturalibus adquiri*」場合に「クイリーテースの所有権 *dominium Quiritarium*」の対概念としてこの名称を用いるのが当時の一般的な用法であった。例えば、Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionem*, §. CCCXXXVI. 参照。）、この名称は、今日では、ガイウスを典拠に（Gaius, *Institutiones*, II, 41.）、手中物が引渡によって取得された場合に用いられている。

26) C. 7, 31, 1.

27) Inst. 2, 1, 40.

28) II. Justinianus in §. 40. *Inst. d. A. R. D. per traditionem res nobis acquiri jure naturali testatur. Sed ratio, quam subicit; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi; parum abest, quin confirmet id quod certissimae autor Philosophiae Grotius docet lib. 2. d. j. b. et. p. c. 6. in pr. et §. 1. item cap. 8. §. 25. nec non introd. jur. Holl. 2. cap. 5. Naturaliter, id est, ex simplici dictamine rationis, praesupposita propagatione dominiorum, sufficere ad translationem dominii, declarationem perspicuam dominii, qui proprietatem rei suae in alium se transferre profitetur, sive ut Imperator ait, voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri. Porro Grotius, ut vero traditio etiam requiratur, ex lege est civili, inquit, quae quia a multis gentibus recepta est, jus gentium improprie dicitur; quae admodum Romanis Jctis non est infrequens, ea quae non domestici instituti neque sibi solis usitatasunt, adscribere juri Gentium. Cl. Wissenbachius disp. 1. de Mut. th. 4. notat Grotium, quod Traditionem vocet commentum juris*

civilis, citato opere *de jure belli et pacis* l. 2. c. 12. n. 15. et quidem, *parum*, inquit, *civiliter*, aliaque addit, quibus suspicari videtur, id in contemptum juris Romani a Grotio scriptum; quo nihil magis eum procul habere existimo. Imo in capite objecto, de traditione οὐδεις λόγος reperitur, sed de aliis circa venditionem singularibus juris Romani requisitis agitur, nec usquam de Traditione *commenti*, quod sciam, vocabulum usurpat. Etsi hoc positum quoque nihil offensione dignum significaret; neque enim commentum in deteriorem partem sumi ubique necessum est. Jam ratio, quare ex simplicitate juris Naturae et gentium non sit traditio necessaria, est ejusmodi, ut omnem dubitandi causam funditus tollere videatur. Nam qui jus aliquod plene perfecteque adeptus est, quod separari ab eo potest, habet naturaliter jus ac potestatem id dimittendi et in alium transferendi; quod opinor, nagabit nemo; si nimirum adsint ea, quae ad effectum actionum moralium requiruntur; quae sunt duorum generum, interna et externa. Intrinsicus requiritur, deliberatio atque Electio, id est, plena voluntas; Extrinsecus, ejusmodi signa voluntatis externa, quae ex usu humanae societatis sufficiunt, ut sententia animi perspicue et indubitato aliis innotescat; cujusmodi signa sine dubio sunt, sermo et interpretis semonis scriptura. Haec requisita, si utriusque concurrant, tam scilicet a parte ejus in quem jus transfertur quam transferentis, nihil potest obstare, quominus translatio juris perfecta censeatur. De juris, inquam, translatione agimus, quod cum incorporale sit, nihil ad perfectionem sui corporale desiderat. Altera sit haec ratio; si naturaliter ad dominii translationem traditio necessaria esset, nunquam sine traditione fieret illa translatio; quod tamen aliter se habere multa docent; Proinde neque necessitas illa traditionis stabiliri potest. Omnium rerum, quarum possessio quod eos qui faciendi sunt dominii praeexistit, sola conventionione dominia acquiruntur §. 43. I. de A. R. D. Jusjurandum in litem tribuit dominium rei aestimatae, si penes jurantem sit possessio, iterum sine traditione l. 46. d. R. V. (Digressiones, I, 4, 8, II, 253-254.)

“II. 【自然法乃至万民法上、引渡は所有権移転の要件とみなされない Traditionem jure nat. et Gentium non videri esse necessariam ad dominii translationem.】

ユスティニアヌスは、法学提要2巻1章「物の区分について」第40節において、「我々は、自然法上、＜引渡によって＞物を取得する」と明言している。しかし、彼が提示している根拠とは、「なぜなら、自己の物を他人に譲渡しようと欲する所有権者の意思を尊重する以上に自然的衡平に適うことはないから」というものであった。そしてこれは、この上なく確実な哲学の権威グロティウスが『戦争と平和の法』第2巻第6章第1節の1や同第8章第25節、更には、『ホラント法入門』第2巻第5章で教示していることを裏付けるのに何ら不足はない。自然法上は、つまり、理性の単純な命令である所有権の存続という前提に基づくならば、所有権の移転に際しては、自己の物の所有権を他者に移転する旨申し出る所有権者の明示的な意思表示、あるいは、皇帝が述べているように、「自己の物を他人に譲渡しようと欲する所有権者の意思」で十分なのである。続けて、グロティウスが言うには、「他方で引渡も要求される場合があるとしてもそれは市民法に基づいているのであって、多くの民族に受けて

うな主張は、引渡を物一般の所有権移転の要件と位置づけた法文²⁹⁾において、

入れられているという理由でそれを万民法と呼ぶのは適切ではない」[前掲第1節の2]。ローマの法律家も、このように、自国の制度でも自分たちに固有の慣行でもないようなものを万民法の内に数え入れることが少なくない。聡明なウィッセンバキウス氏は、『消費貸借論』討論1の論題4で、『戦争と平和の法』第2巻第12章第15節[の1]の記述を引用しつつ、グロティウスが引渡を市民法の「創出物」と呼んでいると指摘し、[引渡だけでは]「市民法上は不十分である」と述べた上で、ローマ法を軽視する意図でグロティウスがそのように書いていると疑わせるような他の箇所も付け加えている。しかしながら、私にはむしろ、グロティウスはローマ法から全く離れていないように思われる。実際、問題となっている章においては、引渡について<一言も>論究されておらず、売買に関するローマ法上の別の諸要件が論じられているのであり、また、私の知る限り、他の箇所でも引渡について「創出物」という語句を用いてはいない。また、たとえ用いているとしても、それは論難に値するようなものではなくない。というのも、創出物という語句は常に悪い意味で用いられる必要はないからである。自然法及び万民法の簡明さの下では引渡が不要となる根拠は、これを疑うあらゆる理由を根こそぎ払拭すると思われるほどに十分なものと言える。それはすなわちこういうことである。何らかの権利を明白かつ完全に取得した者は、その権利がこの者から分離可能である限り、自然法上、当該権利を放棄し他人に移転する権利もしくは権能を有しており、この点を否定する者はまずいまいと思われる。道徳的行為の効力発生に求められる要件が確かに揃っているとすれば、内的要件と外的要件の二種類が存在していることになる。内的に要求されるのは、熟慮と選択、つまり、十分な意思である。他方、外的に要求されるのは、人間社会の習慣に照らして、心の決断が明瞭かつ確実に他者に知られるのに十分な程度の意思の外的徴表であり、言葉や言葉の媒介者たる文字がそのような徴表に当たることは疑いない。これらの諸要件が、当事者双方に、つまり、権利を移転する者のみならず権利を移転される者の側にも見出される限り、権利の完全な移転があったとみなされるのを妨げることはできない。言ってみれば、我々が論じているのは権利の移転についてであり、権利というものがそもそも無体的である以上、それ自身の完全性にとって有体的なものが求められるということはない。もう一つの根拠はこうである。仮に、自然法上、所有権の移転に引渡が必要だとすると、所有権の移転は引渡なしには決して行われないはずであるが、多くのことが実際にはそうではないと教えてくれている。それ故、そのような引渡の必然性を維持することはやはり不可能である。所有権者になるはずの人々の下に既にその占有が見出される物については全て、合意だけで所有権が取得される。法学提要2巻1章第43[ゴドフロワ版等では44]節。訴訟における宣誓は、他方で、評価物の所有権を、たとえばその占有が宣誓者の下にあるとしても、引渡なしに移転させた。学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第46法文。”

29) Inst. 2, 1, 40.

「我々は、自然法上、引渡によって物を取得する *per traditionem iure naturali res nobis adquiruntur*」と述べられていることに矛盾するように見える。しかし、この法文で注目すべきなのは、「自己の物を他人に譲渡しようと欲する所有権者の意思を尊重する以上に自然的衡平に適うことはない *nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi*」という理由づけの部分である。「自己の物を他人に譲渡しようと欲する所有権者の意思 *voluntas domini, volentis rem suam in alium transferre*」それ自体の尊重が、「所有権の存続承継 *propagatio dominiorum*」を要求する「理性の単純な命令 *simplex dictamen rationis*」に相当するとしても、「引渡の必然性 *necessitas traditionis*」を導き出す理由としては不十分と言わざるを得ない。その一方で、所有権者が「所有権の全てもしくは一部を移転できる *dominium, aut totum, aut ex parte transfere possunt*」ところに「所有権の本性 *dominii natura*」が存し、「所有権者の意思に基づいて所有権を取得するためには、生得の権利以外に、前の所有権者がそうなるよう望んでいる旨表明すること、及び、相手方においてそれが確実な権利として承諾されることで十分であると考えられる *om door wille des eygenaers eygendom te bekomen, schijnt genoeg te zijn na 't aengeboren regt, dat den vorigen eygenaer toont te willen dat sulx geschiede, ende dat het by den anderen als een vast regt aengenomen werde*」以上、「自然法の下では所有権の移転に引渡は不要である *ad dominii translationem naturaliter traditionem non requiri*」とするデ・フロートの見解³⁰⁾に目を向けるならば、先の法文の一節は、むしろ、このような合意の

30) ヒューベルが引用しているのは次の箇所である。

I. 1. Acquisitione derivativa nostrum fit aliquid, facto hominis aut legis. Homines rerum domini, ut dominium, aut totum, aut ex parte transferre possint, juris est naturalis post introductum dominium: inest enim hoc in ipsa dominii, pleni scilicet, natura. Itaque Aristoteles: ορος του οικειον ειναι, οταν εφ αυτω η απαλλοτριωσαι. proprietatis definitio est, ubi penes nos est jus alienandi. Duo tamen notanda sunt, alterum in dante, alterum in eo, cui datur. In dante, non sufficere actum internum voluntatis, sed simul requiri aut verba, aut alia signa externa: quia actus internus, ut alibi diximus, non est congruens naturae societatis humanae. (De jure belli ac pacis, II, 6, I, 1, 266-267.)

“I. 1. 承継取得によって何かが我々のものとなる場合、それは人間の行為か法律

に基づく。人間は所有権の全てもしくは一部を移転できるが故に物の所有権者なのであり、この点は、所有権というものがもたらされた後、自然法に属している。というのも、所有権の本性そのものにそれが含まれることは全く自明であるから。それ故、アリストテレスも、「所有権の定義が見出されるのは、処分する権利が我々の下にある場合である」と述べている[Ars Rhetorica, I, 5, 1361 a, 21-22.].ただし、二つの点に注意すべきであり、その一方は与える側に、もう一方は与えられる側に関わる。与える側においては、意思の内的作用だけでは不十分であり、同時に、言葉やその他の外的徴表が求められる。なぜなら、内的作用は、別の箇所です既に述べた通り、人間社会の本性に相応しくないからである。”

XXV. Ultimus acquirendi modus qui juris gentium dicitur, est per traditionem. Atqui supra diximus, ad domini translationem naturaliter traditionem non requiri; quod et ipsi jurisconsulti in quibusdam casibus agnoscunt, ut in re donatae usufructu retento, aut in eum collata qui possideat, aut commodatam servet; in jactis missilibus: imo etiam ante adeptam possessionem nonnullis casibus nunc quoque transit dominium, ut hereditatis, legatorum, rei donatae ecclesiis et piis locis, aut civitatibus, aut causa alimentorum, bonorum quorum universalis societas contracta est. (De jure belli ac pacis, II, 8, XXV, 319-320.)

“万民法に属すると言われている取得方式の最後は引渡によるものである。しかし、先に述べた通り、自然法上、所有権の移転に引渡は不要である。このことは、法律家たちも幾つかの場合に承認している。すなわち、用益権を留保した物の贈与、占有する者へ物の譲与、使用貸借された物の譲受、ミッシリアの投下といった場合がそうである。また、相続財産、遺贈物、教会や貧窮施設、あるいは、都市への物の贈与、扶養のための物の贈与、全財産の組合の締結のように、占有が取得される前の段階で所有権が移転する場合もある。”

Geeygent goet wert door besit bekomen met wille des origen eygenaer ofte sonder sym wille.

Om door wille des eygenaers eygendom te bekomen, schijnt genoeg te zijn na 't aengeboren regt, dat den vorigen eygenaer toont te willen dat sulx geschiede, ende dat het by den anderen als een vast regt aengenomen: wear op de aenneminghe volgende schijnt niet meer vereyscht te werden. Maer de Burger-wet, meerder magt hebbende over een yders goet als den eygenaer selve, seekende alle onbedagte vervremdingen te voor-komen, ende de luyden voor het berouw te bewaren, heeft gewilt dat den eersten eygenaer den tweeden tot het dadelike besit moeste doen komen: [...] (Inleydinge, II, 5, 68-69.)

“物は占有によって有効に取得されるが、その際、前の所有権者の意思を伴う場合と伴わない場合がある。

前主の意思に基づいて所有権を取得するためには、生得の権利以外に、前の所有権者がそうなるよう望んでいる旨表明すること、そしてまた、相手方においてそれが確実な権利として承諾されることで十分であるように思われる。つまり、この承諾に続

みに基づく所有権移転の理由づけとして理解できる。そこで、ヒューベルは、デ・フロートの主張を敷衍しつつ、「自然法及び万民法の簡明さの下では引渡が不要となる根拠 *ratio, quare ex simplicitate juris Naturae et gentium non sit traditio necessaria*」を次のように論じている。まず、「自己の物を他人に譲渡しようとする所有権者の意思」を尊重し、所有権の移転を実現させるためには、「道徳的行為 *actio moralis*」一般に求められる「内的要件 *interna*」と「外的要件 *externa*」が満たされねばならない。つまり、「熟慮と *deliberatio*」と「選択 *electio*」から成る「十分な意思 *plena voluntas*」に加えて、「そのような意思の外的徴表で、人間社会の習慣に照らして、心の決断が明瞭かつ確実に他者に知られるのに十分な程度のもの *ejusmodi signa voluntatis externa, quae ex usu humanae societatis sufficiunt, ut sententia animi perspicue et indubitato aliis innotescat*」が必要となる。とはいえ、ここで要求されているのは、道徳的行為の当事者がその意思を正確に相手方に表示するための「外的徴表 *signa externa*」であり、「人間社会の習慣 *usus humanae societatis*」の下では、「言葉 *sermo*」と「文字 *scriptura*」がこれに当たる。従って、所有権の移転に際しても、「これらの諸要件が、当事者双方に、つまり、権利を移転する者のみならず権利を移転される者の側にも見出される限り、権利の完全な移転があったとみなされるのを妨げることはできない *haec requisita, si utrinque concurrant, tam scilicet a parte ejus in quem jus transfertur quam transferentis, nihil potest obstare, quominus translatio juris perfecta censeatur*」。所有権という「無体的なもの *incorporale*」の「完全性 *perfectio*」は、目的物という「有体的なもの *corporale*」の引渡に左右されるべきではないのである。また、「仮に、自然法上、所有権の移転に引渡が必要だとすると、所有権の移転は引渡なしには決して行われないはずである *si naturaliter ad domini translationem traditio necessaria esset, nunquam sine traditione fieret illa translatio*」が、そのよ

くものはもはや要求されないと考えられるのである。しかしながら、市民法は、如何なる物についても成年者を所有権者として扱うことによって、慎重な取引が行われるように努め、また、人々の後悔を防ぐために、旧所有権者が新所有権者に直接の占有をもたらすことを要求した。…”

うな意味での「引渡の必然性」がそもそも存在し得ないことは、デ・フロートが列挙するローマ法上の事例、すなわち、「用益権を留保した物の贈与 *res donata usufructu retento*」³¹⁾、「占有する者への物の譲与 *res in eum collata qui possideat*」³²⁾、「使用貸借された物の譲受 *rem commodatam servat*」³³⁾、「ミッシリアの投下 *jactus missilium*」³⁴⁾のようにそもそも引渡が不要な場合や、「相続財産 *hereditas*」³⁵⁾、「遺贈物 *legata*」³⁶⁾、「教会や追悼施設、あるいは、都市への物の贈与 *res donata ecclesiis et piis locis, aut civitatibus*」³⁷⁾、「扶養のための物の贈与 *res donata causa alimentorum*」³⁸⁾、「全財産の組合の締結 *bona quorum universalis societas contracta est*」³⁹⁾のような「占有が取得される前の段階で所有権が移転する *ante adeptam possessionem transit dominium*」場合を考えれば明らかである。また、ヒューベルは、引渡による所有権移転を万民法ではなく市民法上の制度として位置づける点においてもデ・フロートに同調している。とはいえ、引渡が古代ローマ市民間における非手中物の取引だけでなく非市民を相手方とした取引一般における所有権移転方式であったこと、つまり、その限りにおいて引渡が自然法乃至万民法に由来することを、両者が無視しているわけではない。「引渡も要求される場合があるとしてもそれは市民法に基づいているのであって、多くの民族に受けて入れられているという理由でそれを万民法と呼ぶのは適切ではない *ut traditio etiam requiratur, ex lege est civili: quae, quia a multis gentibus recepta est, jus gentium improprie dicitur*」とのデ・フロートの評価⁴⁰⁾は、ユスティニアヌス法以前の「古代ローマ法 *Jus Romanum vetus*」ではなく、あくまで、引渡を所有権移転方式として一般化させたユスティニア

31) C. 8, 53, 28, Honor. et Theod.

32) D. 41, 1, 21, 1, Pomp. 11, ad Sab.

33) Inst. 2, 1, 44.

34) Inst. 2, 1, 44.

35) D. 41, 2, 23, pr., Iavol. 7, ex Cass.

36) D. 47, 2, 65, Nerat. 1, membr.

37) C. 1, 2, 23, Justin.

38) C. 8, 54, 1, Valer. et Gall.

39) D. 17, 2, 1, 1, Paul. 32, ad ed.; D. 17, 2, 2, Gai. 10, ad ed. Prov.

40) De jure belli ac pacis, II, 6, 1, II.

ヌス法を継受する同時代のローマ普通法に向けられている。ヒューベルも、そのような現行市民法としてのローマ法を念頭に置いていたからこそ、「ローマの法律家 *Romani Jcti*」のように「自国の制度でも自分たちに固有の慣行でもないようなものを万民法の内に数え入れること *ea quae non domestici instituti neque sibi solis usitata sunt, adscribere juri Gentium*」にここでは反対し、「引渡は実定法によって導入され、自然的単純さとは矛盾しないとはいえ異質のものである *traditio jure positio introducta, et a naturali simplicitate aliena est, etsi non contraria sit*」とすることができたのである⁴¹⁾。

以上のようにデ・フロートを後ろ盾とすることで、対物権の場合と同様にここでもまた、デ・フロート批判、つまり、引渡を自然法上の所有権移転方式とみなす反対説への反駁という形で自説を提示する論法が用いられることになる。反駁の対象としてまず取り上げられているのはフィンネンの見解である。「何らの引渡も無いまま裸の単なる合意だけで所有権が移転することはない *citra ullam traditionem nudis et solis pactis dominium non transfertur*」のはローマ法源⁴²⁾上明らかではあるが、「手から手への引渡 *de manu in manum translatio*」や「占有への誘導 *in possessionem inductio*」のような「真正かつ現実の引渡 *vera et naturalis traditio*」であれ、「簡易の引渡 *traditio brevi manu*」や「標識 *nota*」による「擬制的で象徴的な引渡 *ficta et symbolica traditio*」であ

41) 注28参照。なお、デ・フロートの引渡不要論に依拠した『余滴』における法学提要2巻1章第40節の解釈は、所有権移転に際して引渡だけでなく代金支払や担保提供が要求される売買の特殊性をデ・フロートが無視しているとの師ヴィッセンバッハによる批判が誤解であるという指摘も含めて、ほぼそのまま『市民法講義』に再録されている (*Praelectiones*, I, 119, in *Inst.* 2, 1, n. 52.)。

42) 「物の所有権は、引渡或使用取得によって移転するのであって、裸の合意では移転しない *Traditionibus et ususcaptionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*」という法文 (C. 2, 3, 20, *Dioc. et Maxim.*) に加えて、相続財産の売主は買主に引き渡す前であれば他人に売却し所有権を移転できるとする法文 (C. 4, 39, 6, *Anton.*)、未だ引き渡されていない物について所有物取戻訴権は行使できないとする法文 (D. 6, 1, 50, *pr. Call. 2, ed. mon.*; C. 3, 32, 27, *Dioc. et Maxim.*)、二重譲渡において先に引渡を受けた者を優先させる法文 (C. 3, 32, 15, *pr. Dioc. et Maxim.*) がそれぞれ引用されている。

れ、所有権移転に際して少なくとも何らかの形での引渡が要求される実質的な根拠は、フィンネンによれば、「何人も、物が自己の権力と実力の下に属していない限り、万民法を根拠に、自らの行為によって当該物を取得できない *nemo ex ratione juris gentium facto suo rem acquirit, nisi cujus potestati et manui subjecta sit*」という点に求められる⁴³⁾。引渡を、市民法だけでなく万民

43) *Traditio vel vera est, quae naturalis datio appellatur, l. non statim. 8. de pecul. et in re mobili est de manu inmanum translatio, in re soli in possessionem inductio: vel ficta, quae commoditatis causa fit, vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota sive symbolo, quod veram traditionem repraesentet. Non minus vero ficta et symbolica traditione dominium in accipientem transit quam vera et naturali, §. interdum. 43. et seq. ins. eod. At citra ullam traditionem nudis et solis pactis dominium non transfertur, etiamsi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi causa, placuit inter nos, ut mea res esset tua; licet id placuerit ex justa causa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam a me tibi tradita sit. Vid. l. traditionibus. 20. C. de pact. l. si ager. 50. de rei vind. Cur vero ad dominium transferendum non placet sufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem (sive ea nullius sit, sive alterius) acquirit, nisi cujus potestati et manui subjecta sit: quod ita quisque consequitur, si eam apprehenderit, si possessionem ejus nanciscatur, arg. l. 1. de acq. poss. Non aliter autem possessio rei alienae apprehendi, et per eam potestati nostrae res subijci potest, quam si dominus eam tradiderit, in cuius tamdiu potestate est et manet. Diss. tamen D. Grot. 2. de jur. bell. c. 6. et 8. contendens, ex ratione juris naturae seu gentium nihil amplius ad translationem dominii requiri, quam solam voluntatem domini rem suam alteri in hoc addicentis: jure autem et ratione civili institutum esse, securitatis dominiorum causa, et occurendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium a priore domino abeat, cum is alteri rem tenendam et possidendam tradiderit; quod quia a multis gentibus receptum, jus gentium improprie dicatur. Sed posito eo, quod diximus, et quae veterum sane omnium sententia fuit, traditione non nuda conventionione dominium jure naturali sive gentium acquiri. (Commentarius, II, 1, 40, com.1, 214-215.)*

“引渡には、まず、現実の引渡と呼ばれている【学説彙纂15巻1章「特有財産について」第8法文】真正な引渡があり、動産においては手から手への引渡、不動産においては占有への誘導がこれにあたる。他方、便宜的に行われる擬制的な引渡もあり、簡易の引渡その他の身体的行為による場合と、真正な引渡に代替する標識や目印による場合がある。つまり、擬制的で象徴的な引渡によっても、真正かつ現実の引渡による場合と変わらず、所有権は取得者への移転する。法学提要本章第43 [44] 節以下。これに対して、何らの引渡も無く、裸の単なる合意だけでは、つまり、たとえ交渉の過程で所有権が移転されるべく話し合われたとしても、「私の物が貴方の物になるよ

法乃至自然法上の所有権移転の要件として位置づけるフィンネンの立場は、それ故、「自然法乃至万民法によれば、所有権の移転には、自己の物を他人に今まさに与えようとしている所有権者の意思以上のものは要求されない *ex ratione juris naturae seu gentium nihil amplius ad translationem dominii requiri, quam solam voluntatem domini rem suam alteri in hoc addicentis*」とするデ・フロートの見解とは相容れない。ただし、デ・フロートが「所有権が承継される場合 *ubi dominia facta sunt derivativa*」を想定していることは明らかであるので、両者の対立もあくまでこの範囲に限定されたものである。ヒューベルによるフィンネンへの反論もまずこの点を確認することから始めている。すなわち、「所有権の原始取得 *originalis acquisitio dominii*」に関する限り、「意思の表

うに我々は取り決めた」という文句だけでは、所有権は移転しない。というのも、正当な原因故に、つまり、その物が貴方に売却されたことを理由に、我々が所有権の移転を取り決めたのだとしても、この物は私から貴方に引き渡されるまでは貴方の物にはならないからである。勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文、学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第50法文〔前書〕、勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文〔前書〕及び第27法文、同4巻39章「相続財産あるいは訴権の売却について」第6法文。合意の当事者の裸の意思は、一体なぜ所有権を移転するのに十分とは言えないのであろうか。その理由は、あらためて言うまでもないが、何人も、物が自己の権力と実力の下に属していない限り、万民法を根拠に、自らの行為によって（それが無主物であれ他主物であれ）当該物を取得できないからである。そして、各人がそのような状態に達するのは、物を手に取り、その占有を取得した場合である。論拠は学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第1法文1節。しかも、自己の権力の下に依然として物を保持している所有権者がその物を引き渡す以外に、他主物の占有は取得できないし、占有を介して物が我々の権力の下に服することもない。ところが、グロティウス氏は、『戦争と平和の法』第2巻第6章及び第8章においてこの点に異論を唱え、次のように主張している。すなわち、自然法乃至万民法によれば、所有権の移転には、自己の物を他人に今まさに与えようとしている所有権者の意思以上のものは要求されないのに対して、市民法によれば、所有権の安全のため、あるいは、無分別な処分を防止するために、従前の所有権者が他人に物を引き渡して保持させ占有させた時点で漸く所有権が彼の下から失われるとされており、この点は、多くの諸国民に受け入れられている結果、不適切にも、万民法と呼ばれているのである。しかしながら、既に述べたごとく法に定められているし、自然法乃至万民法上、所有権が裸の合意ではなく引渡によって取得されるというのがあらゆる古代人の見解であったのは明らかである。”

示によって所有権を移転できる者がこの場合存在しなかった以上、占有以外にその由来を見出し得ない *non aliter quam a possessione initium capere potuit, quia tunc nemo erat, qui significatione voluntatis ad praestare posset*」のは当然であり、上記主張の「論拠 *argumentum*」としてフィンネンが引用する法文⁴⁴⁾の「物の所有権は自然的占有に由来する *dominium rerum ex naturali possessione coepisse*」という一節も、「そのような事情の痕跡 *eius rei vestigium*」という言い回しから明らかな通り、直接には、「所有権なるものがこの世に存在する以前における所有権の原始的な先占取得について言及している *de primaeva occupatione dominiorum loquitur, antequam ulla adhuc dominia fuissent in mundo*」にすぎない。これに対して、所有権の承継取得においては、既に存在している所有権という「無体的な権利 *jus incorporale*」の移転が問題となるのであって、「国家の慣行 *institutum civitatis*」によって求められない限り、物の占有や引渡といった「有体的な行為 *actus corporalis*」を求める理由は見当たらない。つまり、自然法乃至万民法上は、「所有権を有していた者が、人間のあらゆる行為を遂行できる方法、つまり、明示の同意によって、当該所有権を移転するのを妨げようとするものは何もない *nihil ob stare coepit, quominus is, cujus erat dominium, eo modo id transferret, quo omnes humanae actiones, consensu scilicet declarato, explicantur*」のである。貸借物や寄託物がそのまま借主や受寄者に贈与されたり売却されたりする場合、市民法上も⁴⁵⁾、「物の移転には引渡のない所有権者の裸の意思で十分である *sine traditione nuda voluntas sufficit dominii ad rem transferendam*」とされていることは、「簡易の引渡」という一般的呼称にもかかわらず、「引渡行為の要求が自然の簡明さではなく法律に基づくものであること *a lege actum tradendi esse requisitum, non a simplicitate naturae*」の証拠となる。また、「相続人は、意思の証拠である遺言の効力によって、如何なる引渡もしくは占有も得ていないにもかかわらず所有権者となり、物に対して訴求できる *vi testamenti, quod est contestatio volun-*

44) D. 41, 2, 1, 1, Paul. 54, ad ed.

45) Inst. 2, 1, 44.

tatis, heredes fieri dominos et in rem agere posse, tametsi traditionem vel possessionem nullam habuerint」し⁴⁶⁾、「遺贈が、人間の何らの行為、つまり、占有もしくは引渡がなしに直ちに受遺者を所有権者にする *legata dominos faciunt legatarios immediate sine ullo hominum facto, possessione vel traditione*」場合がある⁴⁷⁾という点も同様に解され、自然法乃至万民法上、このような「死に瀕した者の最終的な意思表示 *ultima morientis declaratio*」を、「生存者間において表明された所有権者の意思 *voluntas domini inter vivos explicata*」との関係において特別視する必要もない。「所有権取得のこれほど多くの場面において、この問題が引渡に左右されることなく、譲渡する権利を有する者が行った意思の表示によって本来の完全な所有権が移転され得る以上、他の行為においてそのような意思の表示に加えて要求される事柄が、日常の所有権移転をより細かく規律するための法律上の創出物にすぎないことは全く明らか *cum in tot acquisitionum speciebus pateat, a traditione hanc rem non pendere; sed a professione voluntatis facta ab eo qui jus alienandi habet, dominium naturale plenumque produci, satis evidenter liquet, id quod in aliis actibus supra ejusmodi proffessionem exigitur, inentum esse legale, quo translationes dominiorum quotidianae accuratius ordinetur*」なのである⁴⁸⁾。

46) D. 6, 1, 50, 1, Callist. 2, ed. monit.

47) D. 31, 80, Pap. 1, definit.; D. 47, 2, 64 [65], Nerat. 1, membr.

48) Verum ad haec replicantem videor mihi audire Dn. Vinnium *Comm. Ad d. §. 43. Inst. de R. D.* adesse in his exemplis id quod jure gentium traditionem alioqui reddit necessariam, scilicet possessionem, sine qua dominium praestari nequeat; ideo traditione ibi supersederi, quia quod traditio adferret, jam adest. Ratio enim ejus pro contraria opinione haec est praecipue et prope unice: *quia nemo ex rarione juris gentium facto suo rem acquirit, nisi cujus potestati et manu subjecta sit, adeoque per possessionem arg. l. 1. §. 1. acquir. poss.* Recte scilicet argumentum hujus textus adducitur, qui aperte de primaeva occupatione dominiorum loquitur, antequam ulla adhuc dominia fuissent in mundo. Proinde conceditur Vinnii ratiocinatio de originali acquisitione dominii, quod non aliter quam a possessione initium capere potuit, quia tunc nemo erat, qui significatione voluntatis id praestare posset; sed ubi dominia facta sunt derivativa, nihil ob stare coepit, quominus is, cujus erat dominium, eo modo is transferret, quo omnes humanae actiones, consensu scilicet declarato, explicantur. Ad jus incorporale praestan-

dum, quid opus erat actu corporali ; si non ex instituto civitatis requirebatur ? Igitur cum in exemplis acquirendi, quae brevi manu fieri dicuntur, de quibus in *d. §. 43.* nulla fiat traditio, sed nuda conventio dominos faciat, quia lex ibi actum tradendi requirens cessat, satis liquet a lege id esse requisitum, non a simplicitate naturae. Porro citra jus positivum, quis causam reddet, quare voluntas domini inter vivos explicata non aequè dominio transferendo, quam ultima morientis declaratio sufficiat ? Nam vi testamenti, quod est contestatio voluntatis, heredes fieri dominos et in rem agere posse, temetsi traditionem et possessionem nullam habuerint, notissimum est et expressum in *l. 50. §. 1. d. R. V.* Legata similiter dominos faciunt legatarios immediate sine ullo hominum facto, possessione vel traditione *l. 80. d. leg. 2. l. 64. in f. d. furt.* Si quis excipiat, vim legis hanc esse, quae recta via dominium operetur, id equidem admittemus, collecturi inde, quod, ubi lex traditionis antecessionem remittit, ibi per se dominium, positis communibus voluntarii actus requisitis, producat. Enimvero si absque traditione dominium nullo modo per naturam transferri posset, videndum, ne non legis potestatem aut certe verecundiam Legislatoris excederet, tollere citra ullam necessitatem tam necessarium imò essenziale juris naturalis requisitum. Potius cum in tot acquisitionum speciebus pateat, a traditione hanc rem non pendere ; sed professione voluntatis facta ab eo qui jus alienandi habet, dominium naturale plenumque produci, satis evidenter liquet, id quod in aliis actibus supra ejusmodi professionem exigitur, inventum esse legale, quo translationes dominiorum quotidianae accuratius ordinentur. (Digressiones, I, 4, 8, III, 254-255.)

“III. 【ウインニウスの反対の論拠が退けられる Ratio Vinnii contraria removetur.】

『法学提要注釈』2巻1章43 [40] 節への注釈において以上の点に反対しているウインニウス氏は、むしろ、他の場合にであれば万民法に従って引渡を必要とするようなもの、つまり、それなくして所有権の移転は不可能な占有というものが、上記の諸事例に既に存在していて、そこには引渡によって表示されるべきことが既に見出される以上、引渡は不要であると解しているように思われる。反対説のために彼が提示する論拠として特に注目され、ほとんど独自のものと言ってよいのは次の一節である。「その理由は、何人も、物が自己の権力と実力の下に属していない限り、つまり、占有によらない限り、万民法を根拠に、自らの行為によって当該物を取得できないからである。論拠は学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第1法文1節」。当該法文が論拠として適切に引用されているのは確かである。というのも、明らかにこの法文は、所有権なるものがこの世に存在する以前における所有権の原始的な先占取得について言及しているからである。それ故、所有権の原始取得に関しては、ウインニウスの推論に同意できる。というのも、意思の表示によって所有権を移転できる者がこの場合存在しなかった以上、占有以外にその由来を見出し得ないからである。しかし、所有権が承継される場合には、所有権を有していた者が、人間のあらゆる行為を遂行できる方法、つまり、明示の同意によって、当該所有権を移転するのを妨げようとするものは何もない。国家の慣行に基づいて要求されていないのであれば、一体なぜ、無体的な権利を移転するために有体的な行為が必要とされるのか。

続いて、皮肉にも「一層念入りな論拠 rationes subtiliores」として取り上げられ、ヒューベルの辛辣な批判に曝されているのが、『論考』でのフェルトマンの主張である⁴⁹⁾。フェルトマンによれば、「黄金の時代や銀の時代において

この法学提要2巻1章第43[44]節において言及され、一般に簡易の引渡と呼ばれている所有権取得の諸事例においては、引渡行為を要求する法は妥当しないので、引渡は行われず、裸の合意が所有権者を生み出す。そのような引渡行為の要求が自然の簡明さではなく法律に基づくものであることは、以上の点から十分に明らかである。更に、生存者間において表明された意思が、死に瀕した者の最終的な意思表示とは異なり、所有権の移転には十分ではないという理由を、実定法以外から提示できる者などいるだろうか。というのも、意思の証拠である遺言の効力によって、相続人が、如何なる引渡もしくは占有も得ていないにもかかわらず所有権者となり、物に対して訴求できるということは、全く明らかであり、学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第50法文1節にも述べられているからである。同様に、遺贈は、人間の何らの行為、つまり、占有もしくは引渡がなくても直ちに受遺者を所有権者にする。学説彙纂31巻「遺贈及び信託遺贈について」第80法文、及び、同47巻2章「窃盗について」第64法文。もし何者かが、所有権について適切に定めている法文が以上のような内容であることに着目して、そこから、法律が引渡の先行を求めている場合には、当然、所有権は、随意的行為に要求される共通の諸要件によって移転されると結論づけるならば、無論我々はこれを認めるであろう。実際、引渡なしには所有権そのものが全く移転できないとすると、法律の権限や立法者の怠慢の度を明らかに逸脱して、何らの必要もないのにこれほど必然的でなおかつ本質的な自然法上の要件を排除してしまう恐れがある。むしろ、所有権取得のこれほど多くの場面において、この問題が引渡に左右されることなく、譲渡する権利を有する者が行った意思の表示によって本来の完全な所有権が移転され得る以上、他の行為においてそのような意思の表示に加えて要求される事柄が、日常の所有権移転をより細かく規律するための法律上の創出物にすぎないことは全く明らかである。”

49) *Contrarium Vinnii rationem modo audivimus atque removimus; plura in nupero tractatu de jure in Re et ad Rem cap. 13. §. 20. et seqq. proferuntur; ubi; quod naturale ut cogat et necessario traditionem requirat, exinde planius fit, ait Auctor, quod ut aetate aurea atque argentea ad occupationem opus erat apprehensione, sic postquam (aetate ferrea scilicet,) dominia sunt facta certissima, traditione ad abdicationem, argum. l. 35. d. R. J. Poeticum argumentum si versibus esset ornatum forte Poetas movere potuisset: nam ita simpliciter nihilo meliorem quam ab auro et argento ad ferrum exhibet consequentiam; nisi regula iuria citata in subsidium, illam adstruat, quae nihil tam naturale esse dictat, quam eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est. In quibus verbis quid praeter to naturale proposito conveniat, nemo facile dixerit. Nam consequentia probanda statuit, idem esse juris in acquisitione derivativa do-*

minii, quod fuit originaria, at regula agit de constitutione et solutione ejusdem rei. Sed instat o avtos. Quemadmodum in occupatione corporis humani accessio ad corpus, id est rem, intervenire debet, sic etiam (inter quemadmodum et sic etiam duae fere paginae et plures στιχοι tam prosa quam versa, ut αποδοσιν periise putes, intersunt) quando agitur de re abalienanda, factum aliquod vel traditionem intervenire necesse est, ut dominium rei, quae mea est et propria, rursus a me abdicetur; quod si factum non sit, tunc quia alienans, si res sit mobilis, naturaliter eam perdere et cum ea se in pedes dare queat, ejus adhuc erit propria et dominium translatum dici nequit. Citato Feldeno, idoneo scilicet auctore philosophiae civilis. Prima ratio in his verbis iterum est ab occupatione primaeva ad traditionem hodiernam, quod utrobique actu corporali sit opus; sed momentum diversitatis pridem demonstravimus. In acquisitione rerum quae Nullius erant, causa dominii praestandi non potuit esse voluntas domini, quia nullus erat dominus; quod secus post dominia stabilia se habuit. At vero si omnium voluntas, quorum intererat, in statu primaevo rerum humanarum concurrisset, non est dubium, quin conventionem sola dominia rerum inter se partiri potuissent atque tunc, praevio concessu expresso, nihil per occupationem quam possessio acquisita fuisset. Alterum in objectis verbis admodum argumentum est lepidum; quia post conventio-nem de domino transferendo is qui rem nondum tradidit in pedes se conjicere et rem perdere potest, naturaliter fieri nequit, ut is cui res tradenda erat, dominium adeptus dicatur. Ergone si fur rem meam possideat, cum qua se in pedes conjicere et quam perdere potest, minus ego dicar dominus? Tu regeres, dominium quod juris est, a me per corporalem rei absentiam non abscedere: Ego similiter dominium quod juris est, in me per naturam facile transire potest, etsi possessio quae corporalis est non pariter juncta sit. [...](Digressiones, I, 4, 8, IV, 255-256.)

“IV. 【より一層念の入った他の論拠が退けられる Rationes aliae subtiliores refelluntur】

今我々はウインニウスの反論に耳を傾けこれを退けたところであるが、最近出版された『物における権利並びに物に対する権利に関する論考』の第13章第20節以下においても多くの反論が提示されている。その箇所では著者が言うには、「黄金の時代や銀の時代において先占には捕獲が必要であったように、その後（つまり鉄の時代）は放棄するための引渡によって所有権が確認されたことから、自然法が引渡を強制し必ず要求するのは自明であり、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第35法文がその論拠となる」というのである。詩的な論拠は、詩句によって飾られていたならば、詩人たちを感銘させることはできたかもしれない。というのも、御覧のように、黄金や銀から鉄に至る推論以外に注目すべき詩句は示されていないからである。ただし、補充的に引用された法準則、すなわち、「結びつけられたのと同じ仕方ですれぞれが解き放たれることほど自然なことではない」と教示する準則が先の推論を補っている。「自然なこと」を除いて、これらの文言の一体どれが先立つ主張と一致するのか容易に説明できる者はいなかったはずである。なぜなら、証明すべく試みられているの

先占には捕獲が必要であったように、その後は放棄するための引渡によって所有権が確証されたことから、自然法が引渡を強制し必ず要求するのは自明である *quod naturale jus cogat et necessario traditionem requirat, exinde planius est, quod ut aetate aurea atque argentea ad occupationem opus erat apprehensione, sic postquam dominia sunt facta certissima, traditione ad abdicationem*」とされ、その際、「結びつけられたのと同じ仕方でそれぞれが解き放たれることほど自然なことはない *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere,*

は、所有権の原始取得の場合と同じ法が承継取得においても妥当するという推論であるのにもかかわらず、引用された準則は同じ事柄の成立と解消に言及しているからである。しかし、＜この人＞はあくまで次のように主張する。すなわち、「先占において、本体、つまり、物に対する人間の身体の接近が生じなければならないのと同様に、私自身の物の所有権が私によって更に譲渡される場合のように物の譲渡が問題となる際にも（＜…と同様に＞と＜…際にも＞の間には、ほとんど二頁分にも渡る韻文及び散文の夥しい＜連打＞が＜終了＞の見込みは全くないと思わせるほど見出される）、何らかの行為あるいは引渡が行われねばならず、この行為がない限り、譲渡者は、物が動産であるならば、それを失うこともそれを持って逃げ出すこともあり得るのであるから、依然として譲渡者自身の物であり、所有権が移転されたと解することはできない」と。フェルデヌス、すなわち、市民的哲学〔政治学〕の才能ある著者も引用されている。この一節に見出される最初の論拠は、やはりまた、原初の先占から今日の引渡に至るまで何れの場合も有体的行為を要するというものであるが、我々は先に既に両者の違いの重要性について論じた。無主物の取得においては、所有権の譲渡原因は、所有権者が存在しない以上、所有権者の意思ではあり得ないけれども、所有権が確立された後は事情が異なる。実際のところ、人間的事象の原初的狀態にあっても、利害関係者全ての意思が一致するならば、合意だけで物の所有権を相互に分配し得たこと、そしてまたそのような場合、所有権は先行する明示の同意によって取得され、先占によって取得されるのは占有にすぎなかったということに疑問の余地はない。問題の一節に見出される第二の論拠は全く馬鹿げている。すなわち、所有権移転の合意の後に、物を引き渡さなかった者が「逃げ出し」たり物を失うこともあり得る以上、物が引き渡されるはずであった者が所有権を取得したとは当然には解されないというのである。それでは、盗人が私の者を占有している場合、この者が物を持って逃げ出したり物を失ったりし得るからといって、私はもはや所有権者とは呼ばれないのであろうか。読者の貴方は、権利である所有権が物の有体的不在を理由に私から失われることはないかと答えてくれるであろう。私も同様に、権利である所有権は、たとえ物理的占有が同時に伴わなくても、当然かつ容易に私に移転し得ると答えることにしよう。…”

quo colligatum est.』という法文⁵⁰⁾が「論拠 argumentum」として引用されている。しかし、オウィディウス⁵¹⁾を思わせる「黄金や銀から鉄に至る推論 ab auro et argento ad ferrum consequentia」は、多少とも「詩的 poeticum」ではあっても、法的な論拠とはなり得ない。一方、「補充的に引用された法準則 regula juris citata in subsidium」については、「言語による債務関係は言語によって無効とされ、裸の合意に基づく債務関係は反対の合意によって解消される verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur」という法文の後段部分からも明らかな通り、「同じ事柄の成立と終了 constitutio et solutio ejusdem rei」に言及しているので、所有権の「成立 constitutio」には「先占 occupatio」、「終了 solutio」には「引渡 traditio」というように所有権の変動に「何らかの行為 aliquod factum」を求めることが「自然である naturale」論拠として確かに役立ちそうに見える。実際、「先占において、本体、つまり、物に対する人間の身体の接近が生じなければならないのと同様に、私自身の物の所有権が私によって更に譲渡される場合のように物の譲渡が問題となる際にも、何らかの行為あるいは引渡が行われねばならない quemadmodum in occupatione corporis humani accessio ad corpus, id est rem, intervenire debet, sic etiam quando agitur de re abalienanda, factum aliquod vel traditionem intervenire necesse est, ut dominium rei, quae mea est et propria, rursus a me abdicetur」というフェルトマンの主張はそのような趣旨のものとして理解することができる。しかしながら、この主張は、所有権の原始取得と承継取得の相違を無視し、事柄の性質上「所有権者の意思 voluntas domini」を問題にし得ない前者を、前主の意思に媒介される後者と同一視しているだけでなく、「人間的事象の原初的狀態にあっても、利害関係者全ての意思が一致するならば、合意だけで物の所有権を相互に分配し得た si omnium voluntas, quorum intererat, in statu primaevo rerum humanarum concurrisset, non est dubium, quin conventionem sola dominia rerum inter se partiri potuis-

50) D. 50, 17, 35. Ulp. 48, ad Sab.

51) Metamorphoses, I, 89-150.

sent」可能性を全く考慮していない⁵²⁾。

また、引渡を自然法乃至万民法上の所有権移転の要件とみなすフェルトマンは、「相続や遺贈による所有権取得 *acquisitio dominii per successionem heredis et per legata*」についても同様の立場を維持しようとしており、この点については節を改めてより徹底した批判が加えられている⁵³⁾。まず、「所有権が全く

52) なお、フェルトマンは、「何らかの行為がない限り、譲渡者は、物が動産であるならば、それを失うこともそれを持って逃げ出すこともあり得るのであるから、依然として譲渡者自身の物であり、所有権が移転されたと解することはできない *si factum non sit, tunc quia alienans, si res sit mobiles, naturaliter eam perdere et cum ea se in pedes dare queat, ejus adhuc erit propria et dominium translatum dici nequit*」とも述べているが、ヒューベルは、所有権の効力が「物理的占有 *possessio quae est corporalis*」の有無に左右されないことをもってこの主張を退けている。しかし、ここでの問題は、既に移転された所有権の効力ではなく、所有権の移転そのものであって、前者における「物理的占有」の要否が後者における「引渡」の要否を根拠づける関係にあるとは必ずしも考えられない。

53) *Sed pluris est, quod o avtıs in eodem capite, se accingit ad probandum rem multo quidem majoris momenti et perquam Jurisprudentiae salubrem; quo palam se facturum spondet, etiam in acquisitione dominii per successionem heredis et per legata, partim dominium non sine traditione transire, partim non transire omnino. Nam de hereditate; ego vero, inquit, ita didici, si liberi sint et sui heredes, tunc dominium in eos non tam transferri quam potius apud eosdem id manere l. 11. d. lib. et posth. Nos autem omnes didicimus et hic ipse textus iudicat, illam dominii continuationem a defuncto in suos heredes jure civili positam atque fictam esse, a Jure Gentium, de quo heic agimus, alienissimam. Quid enim absurdius naturaliter et sensu communi hominum, quam morte domini non finiri dominium? Sed instar avtıs, quia etiam ex posteriore capite L. Velleae vivo patre heredes, unde filiusfam. heres minor dicitur Plauto. Nos quid Justinianus dicat audiamus: Sui quidem heredes, inquit, domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur §. 2. Inst. de hered. qualit. Filius patre vivo quasi dominus et quodammodo, abusive dicitur, revera nihil minus, quia Pater dum vivit, adhuc est dominus et per naturam fieri nequit, ut duo ejusdem rei domini in solidum dicantur l. 5. §. ult. Commod. Ad quem dominium certo perventurum speratur, is quodammodo dominus, etiam antequam fiat dominus, existimatur; quae fictio nihili veritati praejudicat. Porro avtıs, si sint extranei, inquit, heredes, ad eos quod omnia jura dicuntur transire l. 23. d. Acquir. poss. id discrepat longe ab acquisitione dominii particularis alicujus rei corporalis; cum enim hereditate succedamus in omne jus defuncti, mirum non est, si id quoque rerum corporalium*

proprietaem in sese continet. arg. l. 113. d. R. I. Haec ratio, qua utitur est ejusmodi, qua contrarium probare in proclivi sit. Qui sit heres, etiam fit dominus rerum corporalium; at heres fit sine traditione, ergo etiam dominus. Nihil equidem profertur, quare si multarum simul rerum voluntate sola dominium transferri queat, non perinde singularum possit. Sed tempus est, ut, quo pacto dominia per ultimas voluntates, *subtiliore quadam traditione*, translata dicantur, intelligamus. Nam sine hac si fuerit; nimis palam erat dominia in heredes absque traditione propagari. At ille, *cum mortuus non moriatur*, pergit; *sed vivus l. 18. §. 1. d. manum. test. punctumque moriendi adnumeretur vitae, in ipso momento, quod separationem animae a corpore, quae per mortem contingit, praecedit, per id quod ante eam expletam voluntatem suam non revocat, traditio per eam patientiam, cujus quidem ante mortem secutam nullus est effectus l. 4. d. adim. leg. sed post eam vires capit, facta retro fuisse intelligitur.* Sermone perpexo et involuto rem impenetrabili subtilitate peplexam exponi nemo mirabitur. Mirabimur potius novam lucem Jurisprudentiae infusam ex Diogene Laertio, ut inde discamus, quod nemo adhuc audiverat, Testatorem qui heredem pronuntiavit aut legatum se relinquere testatus est, mox quando animam agit et spiritum exhalat, tradere quod antea dederat, censi. Id enim nimum a jure quidem abhorrens et monstrosum luculenter probat *αυτος ex lib. 5. Diogenis Laertii de vita Philosophorum.* Unde verba citat haec; *Bene quidem ut spero, erit. Caeterum et si quid contingerit, ista statuo; Domesticam omnem supellectilem Melanti et Pancreonti Leontis filiis trado.* Ecce Testator tradit; desinamus igitur pertendere, quod in testamentis Traditio non fiat. Si cui verba Diogenis ipsa recognoscere vacat, ea haec sunt in vita Theophrasti. Ubi Testamentum ejus recitatur; *Εσται μεν εν. Εαν δε τι συμβη, ταδε διατιθεμαι. Τα μεν οικoi υπαρχοντα παντα διδωμι Μελαντι και Πανκρεοντι τοις υιοις Λεοντος. και τα εξης.* Si maxime in hoc loco tradendi verbum extaret, quid foret hoc aliud quam, *velle tradi?* quemadmodum in sequentibus testator Theophrastus, *ταδε Βουλομαι γενεσθαι.* Sed in verbis objectis, nihil de tradendo est; *Παντα τα οικoi, omnia quae domi sunt, διδωμι, do;* ita scriptum est. Prorsus ut in nostris legibus, *do, lego.* [...] (Digressiones, I, 4, 8, V, 256–258.)

“V. 【相続による所有権の移転において引渡が行われることを要求する論拠。この点について特に詳細に論じられる Imprimis ea, quae vult, in translatione dominii per successionem, intervenire traditionem; qua de re fusius agitur】

ところで、<この人>が、同じ章で、遥かに重要で法学にとって極めて有益な事柄を証明しようと備えているのは注目される。そうして、彼は、相続や遺贈による所有権取得においても、ある場合には引渡によってのみ所有権が移転し、ある場合には所有権は全く移転しないことを明らかにする旨約束している。すなわち、相続財産について彼が言うには、「実際私は、卑属がいて彼らが自権相続人であるならば、所有権は彼らに移転するのではなく、むしろ元々彼らの下に存していると学んだ。学説彙纂28巻2章「家子及び後生児の相続人指定及び廃除について」第11法文」とされる。しかし、次のことは我々誰もが知っているし、当該法文そのものもそう示唆している。

つまり、死亡者からその相続人へのこのような所有権の継続は市民法によって確立され擬制されたものであって、我々がここで問題としている万民法とは全く無関係である、と。実際、自然の本性や人間の共通感覚に照らして、所有権者の死亡によって所有権が消滅しないということほど馬鹿げたことがあるだろうか。ところが、<この人>がなお主張するには、「それというのも、[自権相続人は] ウェッレーイウス法の後半章によれば家長の存命中も所有権者であるからであり、そのためブラウトゥスにおいても家子は不真正相続人と呼ばれている」とされる。これに対して、我々はユスティニアヌスが何と言っているのか聞くべきであろう。ユスティニアヌスは、「自権相続人とはすなわち家内相続人であり、家長の存命中も何らかの意味で所有権者とみなされる」と言っている。法学提要2巻19章「相続人の資格及び種別について」第2節。ここで、家子は、家長の存命中も、所有権者に準じるものとして、不適切にも、「何らかの意味で」所有権者であると呼ばれているけれども、本当のところは少しもそのようなことはない。なぜなら、家長が生きている限り、依然として彼が所有権者であり、二人の者が同じ物の全部について所有権者と解されるということは現実にはあり得ないからである。学説彙纂13巻6章「使用貸借直接訴権及び反対訴権」第5法文最終節。所有権が確実に帰属すると予想される者が、所有権者になる以前においても、「何らかの意味で」所有権者とみなされるだけであって、そのような擬制は真理にとって決して先例にはならない。更に、<この人>が言うには、「相続人が家外相続人である場合、あらゆる権利が彼らに移転すると解され【学説彙纂41巻2章第23法文【前書】】、これは何らかの個別の有体物の所有権の取得とは全く異なっている。というのも、我々は相続によって死亡者のあらゆる権利を継承する以上、そこに有体物の所有権もまた含まれるとしても何も不思議ではないからである。論拠は同50巻17章第113法文」とされる。このような根拠を、彼は、反対のことを証明するような方向で用いている。相続人となる者は有体物の所有権者にもなるのであるから、相続人は引渡なくして所有権者となるのである。この人は、同時に多くの物の所有権が意思のみによって移転できるのに、なぜ個々の物の所有権が移転できないのか無論全く述べていない。しかし今や、所有権が遺言を経た後で如何にして「何らかの厳格な引渡」によって移転されるのか考えるべき時である。というのも、引渡が無かったのならば、所有権が引渡しなしに移転したことは全く以て明らかであろうから。にもかかわらず彼は続けて言う。「死ぬことになる者は死んでいるのではなくまだ生きているのであり【学説彙纂40巻4章「遺言による解放について」第18法文1節】、死亡時は生存中に算入されるのであるから、死によって生じる肉体からの靈魂の離脱に先んじるまさにその時点において、引渡は、彼がそのような離脱の完了以前に自己の意思を撤回しないという点を介して、つまり、続いて生じる死亡の前には確かに無効であるが【同34巻4章「遺贈及び信託遺贈の取消及び移転について」第4法文】、死亡後に効力を發揮するそのような許容を介して、前もって行われたと解される」と。不明瞭かつ錯綜した文章の中に混乱した事柄が他の追隨を許さぬ繊細さによって開陳されていることについて今更驚く者はいないであろう。むしろ我々は、ディオゲネス・ラエルティオスから法学の新たな光が持ち込まれたことに驚いている。その光のおかげ

移転しない *dominium non transire omnino*」とするならば、そもそも引渡の要否を問題とする必要もなくなる。そのような場合として、フェルトマンは「自権相続人 *sui heredes*」への相続を挙げ、その論拠として、「自権相続人の下では、所有権の継続により、彼らがあたかも既に所有権者であったかのように如何なる相続も生じないと解され、彼らが家長の存命中に何らかの意味で所有権者とみなされるという事態が生じることはより一層明らかである *in suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*」とする法文⁵⁴⁾を引用している。これに対して、「死亡者からその相続人へのこのような所有権の継続は市民法によって確立され擬制されたものであって、我々がここで問題としている万民法とは全く無関係である *illam dominii continuationem a defuncto in suos heredes jure civili*

で、これまで誰もそのような話を聞いたことはないけれども、相続人を指定しあるいは遺贈する旨遺言した遺言者が、死に瀕して靈魂を吐き出した直後に、前もって与えていたものを引き渡したものとみなされるということを我々は理解できるようになるというのである。実際、＜この人＞は、法とは全く相容れない奇怪な事柄を、ディオゲネス・ラエルティオス『哲学者列伝』第5巻に基づいて、華々しく証明している。同書から彼が引用しているのは次の一節である。すなわち、「全て上手く行くことを私は期待している。しかし、もし何かが起きたならば、私は次のようにしようとしている。すなわち、家の蓄えは、レオンの息子であるメランテスとパンクレオンに引き渡すものとする」。この遺言者は引き渡している。それ故、我々は、遺言において引渡が行われないなどと言い張るべきではないというのである。ディオゲネスの言葉そのものを吟味することは自由であるとしても、これらの言葉はテオプラトス伝に現に見出される。そこにはテオプラトスの遺言が引用され、「全て上手く行くことを私は期待している。しかし、もし何かが起きたならば、私は次のようにすることに決めている。すなわち、家の蓄えは、レオンの息子であるメランテスとパンクレオンに与えるものとする云々」とある。仮にこの箇所「引き渡す」という語が見出されるとしても、この語が意味するところが、続く一節で遺言者テオプラトスが「以下のことが行われるよう私は望む」と述べているのと同様に、なぜ「引き渡されることを望むこと」であってはないのか。しかも、問題の一節において、引き渡すということについては全く言及されておらず、「家の蓄えを与える」と書かれている。我々の法文の場合と同様に、端的に、「与える」、つまり、「遺贈する」と書かれているのである。…”

54) D. 28, 2, 11, Paul. 2, ad Sab.

pósitam atque fictam esse, a Jure Gentium, de quo heic agimus, alienissimam] し、「家長が生きている限り、依然として彼が所有権者であって、二人の者が同じ物の全部について所有権者と解されるということは現実にはあり得ない pater dum vivit, adhuc est dominus et per naturam fieri nequit, ut duo ejusdem rei domini in solidum dicantur」というのがヒューベルの批判である。法学提要でも言明されている通り⁵⁵⁾、「自権相続人」とは「家内相続人であり、家長の存命中も何らかの意味で所有権者とみなされる domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur」としても、それはあくまで「何らかの意味でみなされている quodammodo existimantur」にすぎず、「そのような擬制は真理にとって決して先例にはならない quae fictio nihil veritati praejudicat」のである。

他方、「我々が相続人に指定された場合、相続を承諾するならば、まさに全ての権利が我々に移転する cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt」旨の法文⁵⁶⁾によれば、遺言中に指定されて初めて相続人足り得る「家外相続人 extranei heredes」には、その相続の承諾 aditio hereditatis によって直ちに「あらゆる権利が移転する omnia jura transire」ことになる。そこでフェルトマンは、「全体には部分も含まれる in toto et pars continetur」という法準則⁵⁷⁾を論拠に、「我々は相続によって死亡者のあらゆる権利を継承する以上、そこに有体物の所有権もまた含まれるとしても何も不思議ではない cum enim hereditate succedamus in omne jus defuncti, mirum non est, si id quoque rerum corporalium proprietatem in sese continet」と論じる。ただし、そのような法準則はあくまで引渡必要説を前提に援用されている。つまり、「相続人となる者は有体物の所有権者にもなるのであるから、相続人は引渡なくして所有権者となる qui fit heres, etiam fit dominus rerum corporalium; at heres fit sine traditione, ergo etiam dominus」のではなくて、「あらゆる権利 omnia jura」の移転について引渡がなされている以上、そこに含まれ

55) Inst. 2, 19, 2.

56) D. 41, 2, 18, pr., Jav. 1, epist.

57) D. 50, 17, 113, Gai. 3, ad ed. prov.

る「個々の物の所有権 *dominium singularum rerum*」の移転についても引渡がなされていることになるというのがフェルトマンの趣旨である。それでは、「遺言を経た後に所有権が何らかの厳格な引渡によって移転されたとなぜ言えるのか *quo pacto dominia per ultimas voluntates, subtiliore quadam traditione, translata dicantur*」。この点、フェルトマンにおいては、「死ぬことになる者は死んでいるのではなくまだ生きているのであり、死亡時は生存中に算入されるのであるから、死によって生じる肉体からの靈魂の離脱に先んじるまさにその時点において、引渡は、彼がそのような離脱の完了以前に自己の意思を撤回しないという点を介して、つまり、続いて生じる死亡の前には確かに無効であるが死亡後に効力を発揮するそのような許容を介して、前もって行われたと解されている *cum mortuus non moriatur sed vivus, pactumque moriendi adnumeretur vitae, in ipso momento, quod separationem animae a corpore, quae per mortem contingit, praecedat, per id quod ante eam expletam voluntatem suam non revocat, traditio per eam patientiam, cujus quidem ante mortem secutam est nullus effectus, sed post eam vires capit, facta retro fuisse intelligitur*」。しかし、「相続人を指定しあるいは遺贈する旨遺言した遺言者が、死に瀕して靈魂を吐き出した直後に、前もって与えていたものを引き渡したものとみなされる *testatorem qui heredem pronuntiavit aut legatum se relinquere testatus est, mox quando animam agit et spiritum exhalat, tradere quod antea dederat*」というような主張は、先にふれた「家内相続人 *domestici heredes*」への「所有権の継続 *dominii continuatio*」と同様、「自然の本性や人間の共通感覚に照らして馬鹿げている *absurdus naturaliter et sensu communi hominum*」し⁵⁸⁾、自然法乃至万民法上の議論として全く不十分であるばかりか、そこには市民法上の論拠さえ提示されていない。フェルトマンが論拠として引用しているのは、「家の蓄えは、レオンの息子であるメランテスとパンクレオンに与えるものとする *Τα μὲν οἱκοὶ ὑπαρχοντα πάντα δίδωμι Μελαντί καὶ Πανκρεόντι τοῖς υἱοῖς Ἀεοντος*」というディオゲネス・ラエルティオス『哲学者列伝 *Vitae phi-*

58) *Digressiones*, I, 4, V, 256.

losophorum』中のテオプラストス伝の一節⁵⁹⁾である。この一節の「与える διδωμι」を「引き渡す trado」という意味に解釈しようというわけであるが、そこには「家の蓄えを与える πάντα τα οἰκοι διδωμι」と書かれているにすぎない。そして、この一節がテオプラストスの遺言の一部であることを鑑みるならば、「与える」とは「遺贈する lego」という趣旨であることは明らかである。フェルトマンの引渡必要説はこうして退けられたのである⁶⁰⁾。

(完)

59) Vitae philosophorum, V, 2, 51.

60) 『天恵』におけるフェルトマンの反論を承けたヒューベルの一層辛辣な再批判は『再検討』第16章(Animadversiones, 298-302.)にみられるが、その大半は『余滴』での批判と重複した内容である。