

サヴィニーとプロイセン一般ラント法：1824年講義 ノートの研究（一）

野田，龍一
九州大学法学部助手

<https://doi.org/10.15017/1774>

出版情報：法政研究. 48 (3/4), pp.105-140, 1982-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

サヴィニーとプロイセン一般ラント法

——一八二四年講義ノートの研究(一)——

野田龍一

はじめに

I サヴィニーALLR講義の目的と方法

II サヴィニーALLR講義における批判と継承

小 結

はじめに

フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny 1779—1861) は、一八一〇年、ベルリン大学に移った。爾来、かれにとって、当時のプロイセンにおける現行法たるプロイセン一般ラント法 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 1794* (以下ALLRと略) をその法律学のなかにおいて無視することはおよそ不可能であったと推断される。だが、かれはALLRに対してまったく敵対的態度をとりつづけたといわれる。たとえば、創設間もないベルリン大学法学部でALLRの講義がおこなわれなかつたのは、サヴィニーの影響によるものといわれる。⁽¹⁾ またティボーとの論争で有名な「立法と法学についての現代の任務」⁽²⁾ *Vom Beruf unsrer Zeit für*

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft でも、かれは「特にラント法の講義について言えば、現在の状況においてはなされない方がよいと信ずると断言」⁽³⁾しており、さらに一八一八年、ライントがプロイセン領となるに際し、かれは普通法の施行を主張すると同時に、ALRの施行に反対している。⁽⁴⁾ところが翌一八一九年—二〇年の冬学期になると、かれは、ベルリン大学で自らALRを講じ始める。その講義は、その後一八二一年、二四年、二九年および三二年（いずれも夏学期）に繰り返されている。⁽⁵⁾ALR講義に対するかれの態度のこの転換を説明するために、次のような理解が支配的である。すなわち、サヴィニーがおこなったALR講義とは、ALRがパンデクテン法から逸れている諸点についての簡単な紹介を伴っただけの、実質上はローマ私法についての講義だった。⁽⁶⁾この論証を以て、サヴィニーのALR講義は従来殆ど看過されてきたといっても過言ではない。⁽⁷⁾だが、われわれはこのような論証で満足できるだろうか。みぎに示した従来の理解にいわゆる「ローマ私法」ないしは「パンデクテン法」とは何か、またALR講義の名のもとに「ローマ私法」を講じることは可能であったのか、もし然りとすれば、それはラント法のいかなる変容を伴い、いかなる取捨選択をおこなうことになるのか。またサヴィニーがALRとパンデクテン法との相異を指摘したのは、いかなる意味があったのか。さらにわれわれはサヴィニーのALR講義のなかから、ALRに対するかれの具体的な批判ないしは評価を窺うことはできないものか。⁽⁸⁾以上の諸点につき、先に資料として石部雅亮教授（大阪市立大学）とともに紹介を開始している九州大学法学部所蔵イエーニゲン稿「サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義」 Franz Louis Jaehnigen, Vorlesungen über das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, (Berlin 1824 Sommersemester) ノートを手がかりに解明を企てること、⁽⁹⁾これが本稿の課題である。⁽¹⁰⁾

- (1) Max Lenz, *Geschichte der königlichen Wilhelms-Universität zu Berlin*, Bd. 1., Halle 1900, S. 230.
- (2) vgl. Hans Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, München 1973, S. 183.
- (3) 河上倫逸「ドイツ市民思想と法理論」創文社、一九七八年、三九四頁参照。
- (4) vgl. Ernst von Meier, *Savigny, das gemeine Recht und der Preussische Staat im Jahre 1818*, in der *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (以下 SZ. 以下引用) Bd. 30, Germ. Abt. (1909), S. 318—326.
- (5) vgl. Otto von Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, S. 48. (Anm. 53); Adolf Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny, Professorenjahre in Berlin 1810—1842*, Berlin 1929, S. 257, Anm. 1). 最近では石部雅亮「法典と法律学(一)」法学雑誌第二七卷第三・四号、三七一頁以下参照。
- (6) たとえば Hermann Kantowicz, *Savigny and the historical school of law*, in the *Law Quarterly Review*, Vol. 53, S. 326—343. とくに S. 337. わが国でも、河上、前掲書、前掲箇所はこのカントローヴィツの見解に立っているように見受けられる。
- (7) 従来の研究史につき一言すれば、近世私法法制史の立場から、サヴィニーの A L R 講義を最初に取りあげたのは、おそらく Hans Thieme, *Savigny und das Allgemeine Landrecht, in der Deutschen Juristen Zeitung*, München und Berlin 1935 S. 220—222 である。vgl. auch ders., *Die Preussische Kodifikation, Privatgeschichtliche Studien II*, in SZ. Bd. 57, Germ. Abt. (1937) S. 411. かれば、民族的法典としての A L R の再評価の立場から、サヴィニーの A L R 講義が、A L R を通じて、普通法に、さらには純粹ローマ法に立ち帰ることを目指したものであり、またその対象は、A L R がローマ法と異なっている点を叙述することであり、その結果すべてのドイツ的起源の法制度が無視され、「民族の法秩序のおおきな全体的概観としての鑄型から計画的に統合されたもの(= A L R)」が、サヴィニーの講義では、パンデクテンの現代的慣用の *Differentien-Literatur* という古い様式に分解されてしまった」と理解している。その後 Dieter Strauch, *Friedrich Carl v. Savignys Vorlesung vom Sommer 1824, in Staat-Recht-Kultur, Festgabe für Ernst von Hippel*, Bonn 1965, S. 262ff. がボン大学の所蔵にかかると一八二四年講義ノートの詳細な分析をおこなった

ており、このシュトラウフの研究が、今日なおサヴィニーのALR講義理解の拠り所となつていっていると云つてよい。vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter der besonderen Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 2. Aufl. 1967, S. 335. Anm. 45). ヴィーアッカーは、シュトラウフの研究に拠りながら、サヴィニーのALR講義につき「相変らず、偏見にとらわれ、不遜で、その細目においても不正確である。加えてロマニストとしてのサヴィニーの功績も〔この講義では〕まったく貧弱である」と評している。最近では、Wolfgang Wagner, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, in der Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhunderts*, Bd. I., Frankfurt am Main 1974, S. 131 ff. ヴァーグナーは、サヴィニーのALR講義をALRが後期啓蒙的絶対主義の「化石」となることから救う役割を果たしたととらえている。Wagner, a. a. O., S. 131.

- (8) この作業を、すでにD・シュトラウフがこころみている。本稿もシュトラウフの研究成果に拠るところが多い。
- (9) この講義ノートについては、法政研究第四八巻第一号一九五頁以下参照。その筆者フランツ・ルイ・イエーニゲンについては、同誌二〇九一二一〇頁を見よ。わたくしは一九八〇年九月このノートを解読し了えた。
- (10) 本稿は一九八〇年度九州大学法学部博士課程学位中間論文として提出したものの一部に補筆、訂正を加えたものであり、そのあらましについてはこれを一九八一年四月一日の法制史学会第三三回総会で報告する機会を得た。

I サヴィニーALR講義の目的と方法

まず第一に、サヴィニー自身、その講義の目的を何処に求め、またその方法をどのようなものとして考えていたのかを確認する必要がある。この点に関し、われわれはイエーニゲンのノートから若干の示唆を見出しうる。それによると、目的は「普通法、とくにローマ法の立場からみた場合あらわれてくるラント法を叙述すること」であつて、「⁽¹⁾個々の実定私法理論を満遍なく説明することが目的ではない」とあり、さらに「従来の法の個々の部分を、ラント法と具体的に結びつけることが重要となる。そしてこれが、本講義の計画であり、従来の法とラント法とのあいだに、い

わば一本の橋を架けることを目的とする⁽²⁾との説明がある。またその序論の末尾では「主な目的」として、「ラント法がローマ法から異なっている点を示すこと、なおローマ法から純粹に取り出されたものに、文献という学問的な衣装を纏わせ、これをふたたびローマ法に結びつけること⁽³⁾」と述べる。そしてそのさい強調されているのは「包括的法典との対比において—学問的精神を、ラント法のなかから、そして、ラント法において発展させることである。以上の叙述から、われわれは、つぎの点を確認しうる。サヴィニーは、その講義においてローマ法とALRとの再結合を実現させ、またALRを「学問的に」wissenschaftlich さらに形成することをこころみた。したがってALRを満遍なく説明することはかれにとっては不要であり、重要ではなかった。このような見地に立って、かれはその講義の対象を「私法の一般理論⁽⁵⁾」そしてとくに「ローマ法と結びついている」一般理論に限る。また講義の方法は「ラント法の発生的研究」die genetischen Studien des Landrechts⁽⁶⁾と呼ばれる。そしてそれに役立つものとして、(一)ラント法の法典資料 Materialien および(二)ラント法起草当時に通説だった普通法理論の研究が挙げられる。

その講義の序論で開陳された目的と方法についての論述は、サヴィニーのALR講義がその実はローマ私法だったとする従来の通説に対しこれを首肯する根拠を与えるように思われる⁽⁷⁾。だが、学問的精神をラント法のなかから発展させるということは具体的にどのような作業を指すのだろうか。「私法の一般理論」とは、どのようにして組み立てられ、それはラント法のどの部分を指すのか。また、いわゆる「発生的研究」とは何か、法典資料やラント法起草時に通説だった普通法理論を手がかりとするそれはローマ法への回帰を意味するのか。次に、講義の内容の分析に移ることによりこの点を究明する。

周知の通り、ALRはほぼ二万条より成り、今日の意味における私法・公法を包摂した。すでに触れたように、サヴィニーはその講義の対象を私法の一般理論に限った。その結果、ALRの多くの章がその講義から落ちることにな

る。すでに復元した講義概要は、⁽⁸⁾講義の対象をALRのどの部分に限るのかを明確に示している。それによると、講義の対象はALRの第一部、第二部のはじめの三章、第六章および第二部第一八章に限られる。さらに、第一部のうちでも第一八章（分割所有権）と第二三章（強制罰令権）とがサヴィニーの講義から落ちてゐる。第二部で取り扱われている部分は、主として親族相続法にかかわる規定（婚姻、親子関係、後見）である。なお第二部第六章は、第二部第七章以下で展開される社会・団体法に関する総則的部分であるが、サヴィニーの講義では総則の「法人」の項に移して取り扱われている。⁽⁹⁾みぎに挙げた諸章以外の部分は、原則として講義の対象とはなっていない。今それらの章を挙げれば、第四章（親族団体の権利⁽¹⁰⁾）、第五章（雇主と奴婢の権利義務）、第七—一五章、第一八章、第一九章および第二〇章（農民身分、市民身分、貴族身分、国家の官吏、教会と宗教的団体、下級上級学校、国家の権利義務⁽¹¹⁾）、国家の収益と国庫の権利、街路・河川・港湾および海岸に対する国家の権利とレガリーエン、臣民を特別に保護することについての国家の権利義務、救貧營造物およびその他の慈善財団、犯罪と刑罰）である。

この取捨選択を換言すれば、それは、スワルツの⁽¹²⁾いわゆる「人の法」*Personenrecht*—市民社会のなかの様々なより小さな社会の構成員としての市民の身分にかかわる法—を（家族法は例外として）排除し、「物の法」*Sachenrecht*—市民社会一般の構成員としての市民の財産にかかわる法—を原則として対象とすることを意味するといえる。また「人の法」のうちで例外として取り上げられる家族法の取り扱いについてもサヴィニーの講義はALRにおけるそれとはおおいに異なっている。すでに指摘されている通り、一七八一—八四年のプロイセン一般法典草案 *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten* にはなお存在した市民社会の法秩序の基礎概念としての家 *Haus* をALRは、婚姻、親子、奴婢関係に分解した。これに対しサヴィニーの家族法では、⁽¹⁵⁾さらに奴婢関係が削除されている。この点については後に再度ふれる。またALRは後見を親権の後ではなく国家の権利義務に続く章

（第二部第一八章）に置いたが、これは、事理の弁別なき公民をその教育と扶養およびその財産の有益な維持に関し保護することはまず第一には国家に属する事項であるとの観点に立つものだった。⁽¹⁶⁾ 一方サヴィニーは、後見を親権の次に位置づけている。このような転換は、サヴィニーが後見をもはや国家に属する事項とはみなさず、一般私法内の親族法上の事項と考えたことに由る。⁽¹⁷⁾

次に、サヴィニーがその講義の対象とした諸章に目を向けてみよう。かれはこれらの章をALRの編別構成で取り扱わず、「別添の概要」に基づき *nach dem beiliegenden Grundrisse*、取り扱っている。すでに触れたように、それはラント法のうちのみぎの諸章をパンデクテン体系で取り扱うことを意味するにほかならない。ここで先ずパンデクテン体系とは何かを確認しておく必要がある。一八一四年の一書簡⁽¹⁸⁾が明らかにするように、サヴィニーはそのパンデクテン講義にあたっては、ゲオルグ・アルノルト・ハイゼ「パンデクテン講義のための普通民事法体系綱要」*Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen* をその枠組とした。ではそのALR講義にあってもまたハイゼの「綱要」をその講義の枠組としたのだろうか。すでに示した「別添の概要」とハイゼの「綱要」とを対照すれば、両者のあいだには相当の相異あり、両者はおおまかな点に関してのみ一致しないことが明らかになる。⁽¹⁹⁾ 全体を総則、物権法、債務法、親族法、相続法に分かつ点では両者は一致しているが、ただし物権法は、サヴィニーでは *Sachenrecht* と呼ばれるの⁽²⁰⁾に對し、ハイゼでは *dingliche Rechte* と呼ばれ、また親族法の名称は、サヴィニーでは *Familienrecht* であるの⁽²²⁾に對し、ハイゼでは *dinglich-persönliche Rechte*（物的様相を帯びた人格的権利⁽²³⁾）となっている。またハイゼでは相続法に続いて、第六部として原状回復 *in integrum restitutio* が置かれているが、サヴィニーの講義ではこれが落ちて⁽²⁴⁾いる。

さらに細かに見れば、ほぼ以下のような差異に気づく。先ず総則に関して言えばハイゼでは、占有論が、その「綱

要」の第七章（空間的・時間的關係⁽²⁵⁾）に位置づけられるのに対し、サヴィニーはこれを権利論（第四章、権利の一般的性質）のなかで、権利の行使として論じている。⁽²⁶⁾次に物権法では、ハイゼがなお分割所有権 *dominium directum und utile* を所有権の一種として取り扱っているの⁽²⁷⁾に対し、すでに触れたようにサヴィニーはこれをその物権法から排除する。⁽²⁸⁾またハイゼでは所有論に続いて役権 *Servituten*⁽²⁹⁾が来るが、サヴィニーではこれが他物権 *Andere dingliche Rechte* となっている。⁽³⁰⁾さらにそこで取り扱われる個々の他物権の表現についても両者には相異がある。第三に債権法では個々の契約類型の類別の点で両者の相異が顕著である。ハイゼによればその類別は本質的に双務的な債務—給付債務—返還債務—作為債務—不作為および原状回復債務—損害賠償・罰債務—附随的債務⁽³¹⁾であるのに対し、サヴィニーでは要物契約—諾成契約—その他の契約—準契約—附随的債務⁽³²⁾となっている。第四に、親族法では婚姻—父権—後見という三つの区別の点ではサヴィニーはハイゼによっているが、その細目はむしろALRの排列に近い。⁽³³⁾最後に相続法の排列は無遺言相続—遺言の順に論じるハイゼとは異なって遺言—無遺言相続の順序になっている。⁽³⁴⁾

以上よりすれば、サヴィニーはそのALR講義にあってもハイゼの「綱要」をその枠組としたとは言いが、しかし、いずれにせよパンデクテン体系としてはハイゼ以来のそれを踏襲していることが明らかになったかと思う。ではこのようなパンデクテン体系の採用は、ALRの個々の規定をどのように再構成することになるのか。以下この点をやや詳しく考察してみよう。

ALRはその序章で法源論を取り扱い、次に第一部では人—物—行為—契約—不法行為—所持と占有—所有権—所有権の取得—生前行為による所有権取得の権原—死因処分による所有権取得の権原—第三者による所有権取得—所有権の保持—所有権の追求—権利義務の消滅—共有—分割所有権—他人の財産に対する物的権利および人的権利—地役権—強制罰令権という構成がとられ、一方第二部では婚姻—親子の権利義務—その家の親族成員の権利義務—親族共

同体の権利—雇主と僕婢と続き、さらに団体総論が置かれ、諸身分、教会、国家、後見、慈善財団そして犯罪と刑罰となつている。⁽³⁵⁾

一方サヴィニーの講義は、すでに触れたように、総則、物権法、債務法、親族法、相続法と展開する。総則は法源論より始まり、人、物と続く。人の章でALR第二部第六章の団体総論が法人論として取扱われることはすでに指摘した通りである。⁽³⁶⁾ 法人論を別とすれば以上まではほぼALRの編別と同じであるが、次にサヴィニーの講義では権利論が来る。権利論は権利の性質と権利の得喪の一般原因とに分かたれる。前者では権利の行使として占有が、また権利の追求として訴権論がそして最後に自力救済が取り扱われる。占有および自力救済はそれぞれALR第一部第七章、第七七—七八条とを素材とするものである。サヴィニーの講義で訴権論の叙述があることはALRの基本原理と際立った対照を成している。⁽³⁷⁾ 一方、権利の得喪の一般的原因ではALR第一部第四章（意思表示）、第九章（時効）（第五〇〇—六六九条）そして序章、第七四—七五条（国家の利益との衝突）が素材である。時効論ではALRの排列通りに、消滅時効と取得時効とが前後して論じられる点が注目⁽³⁸⁾に値する。最後に期日計算が論じられるがそれはALR第一部、第三章第四六—四七条を主たる素材とするものである。訴権論を除いて、講義で取りあげる素材はほぼALRのなかに求められていることが明らかになる。しかもその排列の点でも講義はALR第一部との類似性をもっている。このことは、パンデクテン体系にいわゆる総則が啓蒙的自然法体系に由来することのひとつのあらわれである。⁽³⁹⁾ 次に物権法講義の素材はALRのどこから来るのだろうか。物権法講義は所有権と他物権とに分かたれる。所有権は、概念と範囲、取得、喪失、訴、共有より成る。概念と範囲における素材は第一部第八章であり、取得のそれは同第九章である。喪失については該当規定の挙示が欠如している。訴はその素材を第一部第一五章（所有権の追求）、第一部第七章のうちの所有権者の返還請求権を取り扱う部分そして同第一〇章のうちの登記の効力を取り扱う部分に

求めている。最後に共有はその素材を第一部第一七章のうちの共有一般を取り扱う部分に求めている。次に他物権は総論、用益、使用と居住、地役権、先買権、永借権そして質権より成るが、その素材となつて⁽⁴⁰⁾いるのは、ALR第一部第一九章（他人の財産に対する権利）、第二二章、第一一一二一条（他人の財産を利用する権利）、第二二章、第二一一八六条（用益権）、第一九章、第二二一一二七条（使用・居住権）、第二二章、第一八五十六条（同）第二二章（地役権）、第二〇章、第五六八―六五七条（先買権、ネーエル・レヒト、買戻し権）、第二二章、第一八七―二二六条（永借権）および第二〇章（質権）それに一七八三年のプロイセン一般抵当令である。サヴィニーの物権法講義で特徴的であるのは、所有権と他物権との峻別であり、また他物権において、前出の六つの類型を置いていることである。これはローマ法以来の物権法定主義の継承を示すものといえるが、ただしハイゼの「綱要」に知られていない「先買権」が一項目としてあることは注目に値しよう。一方、ALRに規定のある分割所有権が落ちていないこととはすでに触れた通りである。さらに、ネーエルレヒト、物上負担、一連の営業権がサヴィニーの講義から落ちて⁽⁴¹⁾いる。第三に債務法はサヴィニーの講義の中心部分であり、分量も多い。すでに知られている通り、財産法を成すといわれるALR第一部では、債務法が物権法に従属する形で融合されている。すなわち、各々の契約は所有権の取得権原としてのみ取り扱われる。このことは、法典編纂者が前期普通法理論における「権原と取得様式」論 *Titulus und Modus Aquirendi-Lehre* を採用していることと無縁ではない。⁽⁴²⁾一方、サヴィニーの講義では物権と債権とが峻別されてお⁽⁴³⁾り各契約類型は債権各論で論じられる。したがってその債務法は―契約総則を取り扱う第一部第五章を別として―とくにALR第一部の第一章（生前行為により生じる所有権取得権原）、第二三章（第三者による所有権取得）、第一四章（財産および権利の保持）第一六章（権利の消滅）第一七章（共有）、第二〇章（質権）、第二二章および（他人の財産の利用権）の解体と再構成であるといつてよい。サヴィニーの債権各論はすでに触れたように要物契約、

諾成契約、その他の契約、準契約および附随的債務より成る。⁽⁴³⁾ 要物契約には消費貸借、使用貸借、寄託、質契約、無名契約が、諾成契約には売買、賃貸借、組合、委任が、その他の契約には贈与、保証、射幸行為が、準契約には事務管理、共同関係、不当利得が属す。みぎに挙げた諸類型のうち、消費貸借、無名契約、売買、贈与、射幸行為はALR第一章から、委任および事務管理は第一三章から、寄託、保証は第一四章から、不当利得は第一六章から、組合、共同関係は第一七章から、質契約は第二〇章から、そして使用貸借および賃貸借は第二一章からそれぞれ採られている。ALRでは所有権の付与、保持、消滅、担保といったように所有権を基軸として類別されている契約各類型がサヴィニーの講義では各契約の様態を基軸に再編成されている。事務管理・不当利得については、準契約としていわば「困惑した末の解決」⁽⁴⁴⁾ Verlegenheitsbegriff⁽⁴⁴⁾ がなされているといえる。この再編成をサヴィニーは自ら「ローマ法の体系 Ordnung」⁽⁴⁵⁾ と呼ぶのである。第四に親族法について考察する。ALRはその第二部で親族法を取り扱っている。その構成は、すでに触れた通り、婚姻—親子の権利義務—親子以外の親族構成員の権利義務—共同の親族権—雇主と奴婢である。その基礎にあるのは親族—親子を中心とする小家族である。⁽⁴⁷⁾ サヴィニーの講義では、この親族概念がさらに狭まり、雇主と奴婢との関係が排除されている。また、ALR第二部第四章でいわゆる共同の親族権とは、家族世襲財産権 Familienfideikommiss⁽⁴⁸⁾ をその内容とするものであるが、これもサヴィニーの講義の対象から明示的に排除されている。⁽⁴⁸⁾ またすでに触れたように、後見に関するALR第二部第一八章が、サヴィニーの講義では親族法に組み込まれている。「ALRでは第一部—一般法、自然法、平等法との対比において特別法、社会法、不平等法たる第二部に位置づけられていた親族法」がサヴィニーの講義では「財産法に従属する形で附加されている」⁽⁴⁹⁾ ののである。就中—後年の「現代ローマ法体系」 System des heutigen römischen Rechts⁽⁵⁰⁾ における叙述⁽⁵⁰⁾ と照応して—雇傭が、親族法から排除されまた債務法でも殆ど触れられない⁽⁵¹⁾ ことが注目に値しよう。これは雇傭をたんに債務法上の関係の規

制ととらえずなおかつ親族法からも區別される身分法に位置づけるサヴィニーの立場を示している。最後に相続法について考察する。ALRでは、相続法に関する規定はきわめて散在的である。サヴィニーは相続法講義にあたって、その素材を、次のように再構成⁽⁵²⁾している。相続法は、遺産付与と取得に分かれたれ、前者では、遺言、無遺言相続、必然相続と遺留分、相続不適格が取り扱われる。その素材は、遺言についてはALR第一部第二章（死因処分によって生じる所有権取得権原）に、無遺言相続以下相続不適格については夫婦、親子およびその他の親族関係および無主物に対する国家の権利につき定める第二部のそれぞれの章に求められており、一方、取得の素材は、所有権の取得の一種として遺産の取得を取り扱っているALR第一部第九章、第三五〇—四四九条である。

以上のことからわれわれは次の諸点を知る。今、ALR第一部では私的所有を基軸とする商品交換の諸関係が規制され、第二部においてそれが人的諸関係によって修正され変更されるという体系的連関⁽⁵³⁾を前提すれば、サヴィニーの講義にいわゆる私法の一般理論とは、ALRのうち商品交換の諸関係を規制する部分を原則として継承するものであった。そしてその枠組はパンデクテン体系であり、この体系に即してALR第一部を主とする諸規定が再構成されている。このような商品交換の諸関係の規制にあたる部分には、例外的に、団体総論が法人論として、また親族法が—貴族世襲財産および雇主—僕婢関係に関する規定を排除したうえで—付加されている。以上の意味においてここにわれわれはALRのパンデクテン化⁽⁵⁴⁾を見ることができよう。だが、それは、実質的にもローマ私法への回帰を意味するのだろうか。ローマ法の立場からALRを見るということは具体的にはどのような作業になるのか。以下はこの点を考察しよう。それはサヴィニーのいわゆる「発生的研究」とは何かを究明することにもなる。

その講義において、サヴィニーは、まず第一にALRにおける個々の法規定に言及している。その場合すでに見たようにALRの当該条文を指示する。と同時にしばしばローマ法の規定との異同の指摘がおこなわれる。ここでい

わゆる「ローマ法」とはいかなるローマ法を指すのだろうか。⁽⁵⁵⁾ イェーニゲンのノートではその表現はまったく一般的であり、ユースティニアヌス法典からの法源の引用は、わずか四箇所しかおこなわれてはいない。そのほかに古典ローマ法の個別的法規定としては、一二表法、マンリウス法 *Lex Manlia* およびマケドニア元老院議決 *Senatus Consultum Macedonianum* が言及されるにとどまる。⁽⁵⁷⁾ 「ローマ法」なる一般的表現の下で示される法規定と ALR における法規定との比較およびそれによる双方間の異同の指摘に関して言えば、イェーニゲンのノートによると、ローマ法と異なっているとの指摘はローマ法と一致しているとの指摘に比してほぼ二倍する。これは、D・シュトラウフの報告するところに照応している。⁽⁵⁸⁾ ALR における規定が「曖昧」「*dunkel*」⁽⁵⁹⁾ であり、あるいは「あまりにも一般的」「*zu allgemein*」⁽⁶⁰⁾ であり、あるいは「不明確」「*unbestimmt*」⁽⁶¹⁾ である場合、または、ALR の規定がローマ法とは異なっている際その相異についての立法理由を究明する必要がある場合、サヴィニーは、当時プロイセン司法省に八八巻の未公刊記録書類 *Akten* として所蔵されていた法典資料およびプロイセン一般法典草案注 (一七八四—一七八八年)⁽⁶⁴⁾ を参照する。またその場合、サヴィニーはしばしば ALR における当該規定が「近時のロマニスト」*die neueren Romanisten*⁽⁶⁵⁾ 「近時の法律家」*die neueren Juristen* あるいは「近時のひとびと」*die Neueren*⁽⁶⁷⁾ の理論から由来するものであるかどうかに言及する。そうである場合には、しばしばかれはこれらの理論およびそこから由来する ALR の規定に対し厳しい批判を加える。これは前期普通法およびそれを継承する ALR に対するサヴィニーの批判として位置づけることができる。だが、その場合前期普通法期の誰の理論が批判の対象としてサヴィニーの念頭に在ったのだろうか、イェーニゲンのノートからその名が知られるのは、わずかに、エッグァース *Chr. Ulr. Detl.*⁽⁶⁸⁾ v. Eggers⁽⁶⁸⁾ ネットテルブラット *D. Nettelblatt*⁽⁶⁹⁾ シュラー *J. E. J. Müller*⁽⁷⁰⁾ フォルクマール *J. N. Volkmar*⁽⁷¹⁾ グレウヘル *M. C. Fr. W. Grävell*⁽⁷²⁾ メルケル *J. Chr. Merkel*⁽⁷³⁾ マイスター *J. Chr. F. Meister*⁽⁷⁴⁾ ライザー *A. de*

Leyser⁽⁷⁶⁾ としてスワルツ C. G. Svarez⁽⁷⁶⁾ である。

以上のごとき法典資料や前期普通法理論の究明とともにサヴィニーは、類推解釈 e analogia⁽⁷⁷⁾ 反対解釈 argumen-
tum e contrario⁽⁷⁸⁾ を企つ、さらに「ラント法の精神」あるいは「法理」ratio legis⁽⁸⁰⁾ にもとづく解釈をおこなってい
る。後者の場合、かれは「精神」あるいは「法理」をALRにおける規定 lex, Gesetz にすら優先させるのである。

さらにイエーニゲンのノートでは、当時の裁判実務についての言及がしばしば見出される。すなわちかれは「裁判
慣行」Gerichtsgebrauch、裁判所の「判決」Entscheidungen あるいは「実務家の見解」Ansicht der Praktiker な
いし「実務」Praxis⁽⁸¹⁾ に触れる。後年「現代ローマ法体系」において、かれは「真の裁判慣行」を第一に適用するべ
き法源として挙げたが、⁽⁸²⁾ 「裁判慣行」―「実務」の重視は、一八二四年の講義でも顕著である。

以上よりすれば、サヴィニーのいわゆる「発生的研究」とは、たんに純粹ローマ法への無条件の回帰を指すとは考え
られない。かれにとって「ローマ法」とは、当時の法現実を捨象したうえで規定される「一般的法源群」を成すもの
であった。したがってプロイセンで妥当する法を考察するには、何よりもALRの存在を加味せねばならなかつた。⁽⁸³⁾
その際の究極的課題は、プロイセンの法現実においてローマ法より由来しながらすでに死滅したものをなお存続して
いるものから区別することであり、⁽⁸⁴⁾ ローマ法と異なっているとの理由でのみ法現実を批判しそれをローマ法化するこ
とではなかつた。一八二四年のALR講義でもこのようなサヴィニーの立場は貫かれており、⁽⁸⁵⁾ ときに
かれがその講義でALRの規定がローマ法と異なっているとの指摘を両者が一致しているとの指摘に比して二倍の回
数にわたりおこなっているという事実は、かれのいわゆる「発生的研究」がむしろローマ法とALRとの相異点を明
確にしローマ法とは異なるそれらの規定が実務でいかに適用されているかを明らかにすることを意図するものであ
ったことを推測させるのである。この推測に立つことが許されるとすれば、われわれはサヴィニーのALR講義にお

いてたんにALRのローマ法化ないしはパンデクテン化のみを見ることはできないのではなからうか。サヴィニーはその講義で、ある部分については、ローマ法とは異なるALRの規定を—それが積極的にそうであるかたんに消極的にであるかは暫く措くとして—むしろ継承したのであるまいか。にもかかわらず、かれが、また別の部分についてはローマ法と異なっているALRの規定に対し、「ラント法の本質」あるいは「ローマ法」を拠り所として真向から批判し解釈し直してゆくことも忘れてはなるまい。ローマ法と異なっていることが指摘されたALRの規定に対するかれの具体的評価の分析を手がかりに、サヴィニーがALRの諸部分のうち、どこを批判し、またどこを継承してゆかかを以下では究明したいと考える。

- (1) Jaehnigens Nachschrift S. 1. 法政研究第四八卷第一号、一九九頁。vgl. D. Strauch, a. a. O. S. 247—249.
- (2) Jaehnigens Nachschrift S. 1. 法政研究第四八卷第一号、一九九頁。
- (3) Jaehnigens Nachschrift S. 10. 法政研究第四八卷第一号、二〇七—二〇八頁。
- (4) Jaehnigens Nachschrift S. 1—2. 法政研究第四八卷・第一号、一九九頁。すでにこの立場は一八一四年の「任務」vgl. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny* S. 149f. および一八一八年の「意見書」vgl. E. v. Meier, *SZ.* Bd. 30, S. 321. にあらわれている。
- (5) Jaehnigens Nachschrift S. 10. 法政研究第四八卷・第一号、二〇七頁。「私法の一般理論」の内容については以下で論じる。
- (6) Jaehnigens Nachschrift S. 2. 法政研究第四八卷・第一号、一九九頁。サヴィニーのいわゆる「発生的」ないし「歴史的」研究の意味については、すでにわが国でも笹倉秀夫「近代ドイツの国家と法学」東京大学出版会一九七九年二五八頁以下。とくに「任務」におけるそれにつき二六九—二七二頁参照。vgl. D. Strauch, a. a. O. S. 250.
- (7) ここでいわゆる「学問的精神」がALR起草当時あるいは成立しえたようなプロイセン独自の法学の「精神」とは明確に区別されるものであることを、サヴィニーはすでに一八一八年の「意見書」で示している。vgl. *SZ.* Bd. 30., S.

320—321.

- (8) 法政研究第四八卷・第一号二二九—二三五頁参照。またボン大学所蔵ノートに付された「概要」につき vgl. D. Strauch, a. a. O. S. 262—264.
- (9) この点につき、法政研究四八卷・第二号二四七頁訳注(62)参照。
- (10) A L R 第二部第四章は、家族世襲財産 Familienfideikommiß を取り扱う。この制度はサヴィニーの講義から明示的に排除されている。vgl. Jaehrigens Nachschrift S. 199. 「これは、われわれの計画よりすれば、本講義には属さない」。
- (11) 國家の権利義務としては、無主物に関するそれが、原始取得および無遺言相続の項で言及されるにすぎない。法政研究第四八卷・第一号、二三〇頁参照。
- (12) Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat. hrsg. v. Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. Köln u. Opladen 1960, S. 306 ff.
- (13) Svarez, a. a. O. S. 306. 一方、サヴィニーにとって財産法 Vermögensrecht とは、所有権および債務関係という手段により、権利者の力をその自然な限界をこえて押し拡げるような法制度の総体である。Vgl. System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1. S. 340.
- (14) この点につき、石部雅亮「プロイセン國家の家族観」講座家族 8 家族観の系譜、弘文堂一九七四年 二八二—二八三頁。
- (15) サヴィニーの家族観については石部雅亮「サヴィニーの家族法論」市民法学の形成と展開(上)、有斐閣一九七八年 一八五頁以下参照。
- (16) この観点は編纂者スワルツによって明示されている。C. G. Svarez, amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des Allgemeinen Landrechts, in den Kamptz. Jahrbücher der Preussischen Gesetzgebung. Bd. 41, S. 185.
- (17) A L R が後見を原則として國家に属する事項とし、後見人を一種の官吏としたことに對し、サヴィニーは「これにより、〔後見〕事務のおおきな緩慢さがひきおこされ、そしてこのことにより、消極的なことが優先されるに到った。その結果、何もしないことが積極的行為に優ることになった」と批判を加えている。Jaehrigens Nachschrift S. 192.
- (18) 一八一四年一〇月二二日 Georg Arnod Heise 宛書簡——それによるとサヴィニーはこのハイゼの「綱要」の初版(一八〇七年刊)をそのパンデクテン講義の受講生らに所持させた。vgl. Otto Lenel ed., Briefe an G. A. Heise. SZ.

- Bd. 36 Rom. Abt. (1915) S. 136. 又 vgl. Andreas Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in SZ. Bd. 24 Rom. Abt. (1921) S. 581—582. わたくしはその第三版 (一八二三年) を参照することができた。なおサヴィニーは、一八二二—二四年の冬学期には、パンデクテンを講じており、その講義を聴講したルドルフ A. F. Rudorff の筆記ノートが現在チュービンゲン大学にある (その紹介として Knut Wolfgang Nörr, SZ. Bd. 96 Rom. Abt. (1979) S. 316)。
- (19) 以下の指摘は、すでに D・シュトラウフによっておこなわれているところである。vgl. D. Strauch, a. a. O. S. 249.
- (20) 法政研究第四八巻・第一号二三—三五頁参照。
- (21) vgl. Heise, Grundriß, S. 38.
- (22) 法政研究第四八巻・第一号二三—三三頁参照。
- (23) Heise, Grundriß, S. 129.
- (24) Heise, Grundriß, S. 212—216.
- (25) Heise, Grundriß, S. 33—35.
- (26) 法政研究第四八巻・第一号二三—三五頁参照。
- (27) Heise, Grundriß, S. 40.
- (28) 詳しくは本稿 II 注 (11) 参照。
- (29) Heise, Grundriß, S. 48.
- (30) 法政研究第四八巻・第一号二三—四頁参照。サヴィニーは、Servituten 概念をたんに歴史的で今日もはや意味のない概念であるとし、この概念を排除した ALR の立場を支持している。Jaehrigens Nachschrift, S. 60.
- (31) Heise, Grundriß, S. 88—128.
- (32) 法政研究第四八巻・第一号二三—三三頁。
- (33) 法政研究第四八巻・第一号二三—三三頁。この点につきすでに D. Strauch, a. a. O. S. 249.
- (34) Heise, Grundriß, S. 157—211. 法政研究第四八巻・第一号二三—三〇頁。
- (35) 以上について vgl. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe. Mit einer Ein-

führung von H. Hattenhauer, 1970, Frankfurt am Main und Berlin, S. 5—8.

- (36) 前注(9)参照。
- (37) サヴィニーの法体系において訴権論の占める意味については、法政研究第四八巻・第一号訳注(55)参照。訴権論の実体法典のなかでの取り扱いを排除する、プロイセン法の基本的態度に対する批判についても、法政研究第四八巻・第一号二〇三頁参照。
- (38) ALRにおける時効論およびそれと際立った対照をなすといわれるサヴィニーの時効論については、東海林邦彦「サヴィニーの消滅時効論」金沢大学法文学部論集、法学篇二三、一頁以下参照。一八二四年講義ノートでは、取得時効に関するサヴィニーのALRに対する見解も明らかとなる。が、この点については、後日稿を改めて論じたい。
- (39) この点につき、A. Schwarz, a. a. O. S. 597 ff. 右部・前掲書一六二頁参照。Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, Berlin, Bd. 1, 1873, S. 21. によればスワルンはALR第一部のはじめの七章を allgemeine Wahrheiten と呼んだといわれる。
- (40) ハイゼの「綱要」では、Servituten として Ususfructus, Usus, Habitatio und Operae, Servitutes praediorum urbanorum, S. p. rusticorum が先ず列挙され、続いて Emphytheusis und Superfices および Pfandrechte が挙げられている。Heise, Grundriß, S. 48—64.
- (41) 物上負担 Reallasten としては十分の一税 Zehnten、地代 Grundzinsen、賦役と貢納 Dienste und Frohnen があった。また営業権としては、Gast- und Schankwirtschaft, Braugerechtigkeit und Branntweinbrennen のような独占的営業権および種々の商業権があった。C. F. Koch, Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts, Band 1, Berlin 1845, S. 560 ff. 参照。
- (42) この点につき、石部雅亮、「啓蒙的絶対主義の法構造」有斐閣一九六九年、一六〇—一六一頁。
- (43) サヴィニーは、その講義の債権各論の冒頭で、「研究を容易にするために、ローマ法の体系 Ordnung を「維持する」と述べている。Jaehrigens Nachschrift, S. 133.
- (44) この点につき、Helmut Coing, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in der Festschrift für Hans

Dölle, Tübingen 1963, S. 25ff. insb. S. 33. 原島重義「民法理論の古典的体系とその限界」近代法と現代法、法律文化社一九七三年一二三頁参照。

- (45) 前注(43)参照。
- (46) ALRにおける Familie 概念については、石部・講座家族 8 二八二頁以下参照。
- (47) サヴィニーの親族法講義では、夫婦および親子のみがその考察の主たる対象であり、それ以外の親族が問題とされるのは、むしろ相続法においてである。法政研究四八巻・第一号二三〇頁参照。
- (48) 前注(10)参照。
- (49) 石部、「法構造」一六二頁参照。また前注(17)参照。
- (50) vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1. Berlin, 1840 S. 367.
- (51) サヴィニーは、雇傭について「請負 (opus locatum) / 雇傭 (operae locata) を賃貸借 (locatio conductio) と統合することはラント法では見出されず、請負と雇傭とは無名契約に属する」と説明するのみである。Jaehniogens Nachschrift S. 143. 無名契約の項では請負についての言及はあるが雇傭の叙述はない。Jaehniogens Nachschrift, S. 138—141.
- (52) 相続法を体系的に独立させ親族法の次に位置づけることの意味については、Savigny, System, Bd. 1., S. 384—386. を参照。ALRでは、遺言および相続契約は、所有権の間接的取得の一樣態として取り扱われる。
- (53) この理解につき、石部、「法構造」一六三頁参照。
- (54) ALRのパンデクテン化については、とくに vgl. W. Wagner, a. a. O., S. 131 ff.
- (55) シュトラウフは、サヴィニーのいわゆる「ローマ法」については常にユースティニアヌス法が理解されると指摘する。D. Strauch, a. a. O. S. 251.
- (56) すなわち、学説集纂から D. 12. 6. 44., D. 12. 19. 1. および D. 12. 6. 65. 9. (ALR第一部第一六章、第一八〇条)「債権者が、かれに当然帰属すべきもののみを得たときは非債弁済者に対しても返還義務なし」に対する批判 Jaehniogens Nachschrift S. 157.) また勅法集から C. 5. 27. 11. (ローマ法における父子関係につき、婚姻中に生れた子は夫の子と推定される Jaehniogens Nachschrift, S. 184.)。
- (57) サヴィニーによれば、ALR第一部第二三章、第七七—七九条は一二表法より由来する (Jaehniogens Nachschrift, S.

64)。また、マンリウス法は、A L R 第一附則九六条（婚外子は父の親族 *Familie* に属さないが、その例外として父親が兵役義務 *cantonpflichtig* あれば、その婚外子もその義務を負う）のローマ法における一類例であるとして引用される（*Jaehnigens Nachschrift* S. 189）。マケドニアーム元老院議決については、A L R 第二部第二章、第一二六一—三八条（スワルツによればこの規定はマケドニアーム元老院議決が規定した家子の消費貸借の無効を、債務一般の無効に拡張したものと解される *Svarez, Schlub-Revision, S. 135*）の叙述に際して言及がある（*Jaehnigens Nachschrift, S. 31.*）。

(58) *D. Strauch, a. a. O., S. 252.*

(59) たとえば A L R 第一部第九章、第五六八、五六九条につき *Jaehnigens Nachschrift, S. 38.*

(60) たとえば A L R 序章、第三条につき法政研究第四八巻・第二三〇頁 *Jaehnigens Nachschrift S. 13.*

(61) たとえば A L R 第一部第九章、第五四五条につき *Jaehnigens Nachschrift S. 42.*

(62) たとえば、一七九四年のプロイセン一般裁判所法（A G O）第一部第五章、第九九条につき *Jaehnigens Nachschrift, S. 59.*

(63) イェーニゲンのノートでは、立法資料 *Materialien* には以下の箇所が触れる。S. 6, 7, 13, 16, 24, 40, 55, 59, 62, 93, 97, 117, 120, 122, 150, 151, 178, 185. 法典資料の研究がサヴィニーにとっては大学で A L R を講じるためのひとつの重要な前提であったこと（*vgl. Beruf, (Hattenhauer, Hrsg.) S. 152, 183 und 230., A. Stoll, a. a. O., S. 257 (一八一九年アルニム A. Arnim 宛書簡)*）参照。

(64) 一般法典草案注については、「法典資料のほかは、ことに重要なものは、法典草案のなかの多数の注である。（ラント法の規定が）ローマ法と異なっている場合には、とくに重要である」との説明あり（*Jaehnigens Nachschrift S. 5.*）。「イェーニゲンのノートでは、S. 19, 31, 34, 41, 169, 170, 174, 180, 181, 182, 191, 192, 201, 205, 206.」とその引用がある。

(55) *Jaehnigens Nachschrift, S. 59, 63, 64, 132, 145.*

(66) *Jaehnigens Nachschrift, S. 34, 35, 92, 108, 131.*

(67) *Jaehnigens Nachschrift, S. 34, 36, 46, 59, 59, 99, 105.* みぎの三つの表現間で何らかの実質的な区別がおこなわ

れていたのか、わたくしにはわからない。

- (68) エッガースについては、法政研究第四八巻・第一号二〇三頁および注(54)参照。
- (69) ネットルブラットについては、法政研究第四八巻・第一号二〇二頁および注(48)参照。
- (70) ミュラーについては、法政研究第四八巻・第一号二〇二頁および注(49)参照。
- (71) フォルクマールについては、法政研究第四八巻・第一号二〇三頁および注(52)参照。
- (72) グレウエルについては、とくにその著書 “Die Lehren vom Besitze und von der Verjährung nach preussischem Rechte mit Hinweisung auf das römische und canonische”, Halle 1820 が批判の対象としてしばしば言及されている。vgl. Jaehnigens Nachschrift S. 21, 22, 34, 35, 37. サヴィニーのグレウエル批判については後に別稿で触れらる。
- (73) メルケル “Commentar über die allgemeinen Preussischen Gerichts, Deposit- und Hypothekenordnung nebst Bemerkungen zur Theorie der Protestation”, 2. The. 3.e Aufl. Breslau 1817; Jaehnigens Nachschrift, S. 35.
- (74) マイスター “Vor-Kenntnisse und Institutionen des positiven Privat-Rechtes sowohl des gemeinen in Deutschland bis zur Auflösung, als auch des gemeinen Preussischen Rechts. Ein akademisches Lehrbuch”, Züllgau, 1810; Jaehnigens Nachschrift, S. 59.
- (75) ライザー “Meditationes ad Pandectas XI Vol. Lipsiae, 1717—1748, Jaehnigens Nachschrift, S. 169.
- (76) スワルトの名はイエーニゲンのノートではただ一箇所—Jaehnigens Nachschrift, S. 55. (動産の即時取得制度)—で見出されるのみである。本稿II注(35)参照。
- (77) Jaehnigens Nachschrift, S. 75. 「本来の質の譲渡についてはラント法では言及がないが、この譲渡が許されることにもかかわらず、それが債務者の同意なしにおこなわれるとすれば、それを不誠実な行為 *eine unredliche Handlung* とみなさねばならないことは、類推によりこれを認めるべきである」(傍点筆者)。
- (78) Jaehnigens Nachschrift, S. 24 und S. 121.; S. 24 (ALR第一部第七章、第二二二条につき)。S. 121 (ALR第一部第五章、第一六一条につき)。

- (79) Jaehningens Nachschrift, S. 14, 53, 54, 102. ; S. 14 の事例については法政研究第四八巻・第二号三二二頁参照。
S. 53, 54 の事例については、以下Ⅱで与えられる。
- (80) Jaehningens Nachschrift, S. 38.
- (81) イェーニゲンのノートでは、S. 39. および S. 52 で「実務」Praxis の言及あり、S. 29. では「王室裁判所」Kam-
mergericht の実務の言及あり、S. 172. では「最高裁判所」Obertribunal の判決の引用がある。S. 179 ではベルリン
都市裁判所 Berliner Stadtgericht における離婚訴訟の数が報告され、また S. 196 では、「王室裁判所」と「最高裁
判所」との争いについての言及があり、さらに S. 206 では、マルク地方の法定相続に関する一五二七年の Constitutio
Joachimica が「裁判慣行」Gerichtsgebrauch よりすれば廃止されており、そのかわりに「純粹ローマ法」rein röm-
isches Recht が認容されているとの論述がある。
- (82) vgl. System, Bd. 1., S. 266.
- (83) vgl. System, Bd. 1., S. 100—105. ; der allgemeine Rechtsquellenkreis の内容については、vgl. System, Bd.
1., S. 264, 289.
- (84) vgl. System, Bd. 1., S. 94—95.

Ⅱ サヴィニーALLR講義における批判と継承

いかなる点においてサヴィニーはALLRの規定に対しローマ法の立場から批判を加え、あるいは逆にローマ法と違
背する規定を評価継承してゆくことになるのか。以下われわれはこの点をかれの物権法講義を主たる素材としながら
考察してみよう。物権法についてはサヴィニーはまとまった著作を残しておらずしかも物権法はALLRの中核部分と
して位置づけられるゆえこの領域において一八二四年講義ノートは重要な資料を提供すると考えるからである。

最初に所有権概念について考察する。ALLR第一部第八章、第一条によれば、「所有者とは、第三者を排除して、

自己の力に基づき、自らあるいは他人を通じて物あるいは権利そのものを処分する権能を有する者をいう」のであって、ここでは動産と不動産とを対象とする包括的な所有権概念が立てられている。ここで注目しているのは、ALLRが、こうした有体物ばかりでなく、無体物⁽²⁾に権利をも所有権の客体に数えられていることである。スワルツもまた、所有権は意識される有体物に及ぶのみならず、たんに行使によってのみ認識されうる権利 Gerechtsame にも拡張されると解している。⁽³⁾これに対し、ローマ法によれば所有権とは物に対する無制限の排他的支配であり、その客体が権利に拡張されることはないこと、一方「近時のひとびと」がこの拡張を企てALLRもこれに左袒していることを指摘したうえで、サヴィニーは、ALLRにおいてすらこのような拡張が具体的展開としては実際の意味をもたず、ただ第一部第五章、第三条「権利の所有権者も、その所有権を篡奪するあらゆる者に対し、それを追求しうる」においてのみこのような拡張は意味をもつが、その他の場合には所有権の客体は物に限られることを説いている。⁽⁴⁾みぎの第三条にいわゆる「権利の所有者」についてサヴィニーが何を念頭に置いていたのか不明であるが、⁽⁵⁾すくなくともこの限定により、所有権とは「実定法内における物（不自由な自然の一定の限界内の部分）に対する支配であり、原則として物以外は所有権の客体たりえない」⁽⁶⁾ことになる。これはスワルツ⁽⁷⁾ALLRの立場とは鋭く対立する。

またALLRは、すでに見たように、一方では抽象的一般的所有権概念を立てながら、他方、種々の分割所有権をも認容し、これを「商品交換の法原理、形式的平等の法原理の形成がみられる」⁽⁷⁾と説かれるその第一部で維持している。たとえば分割所有権の一種としてのレーエン（封）について、ALLR第一部第一八章第一三条は「ある者が物の収益所有権を有し、その場合かれが、上級所有権者に特別の忠誠を果すことが条件とされ、またそれと引きかえに、上級所有権者がかれに保護を与えるとき、この物はレーエンと呼ばれる」と規定する。この第一部第一八章の立法理由を、一七九三年の「最終校閲」Schluß-Revisionでスワルツは、⁽⁸⁾ほぼつぎのように説明している。プロイセンで

は、ユースティニアヌス法典が民事法分野で「普通法」であるのと同様の意味で「普通レーエン法」*ius commune feudale* の名称をもつレーエン法典は無い。またレーエン制をなお残している各プロヴィンツは、レーエンに関し、きわめて様々な法と制度をもつ。したがって、レーエン関係はこれを地方法と慣習とに委ねるべきである。にもかかわらず、レーエン法は、一般法典（ⅡALR）においてまったく無視することができないわけではない。それは、将来地方レーエン法起草のさいの導きの糸となるという意義をもつ。こうしてスワルツによれば「この章（ⅡALR第一部第一八章）は、本来的には、哲学的意味での一般封建法 *Ius feudale universale* を提供しており、そこには、様々な独自のレーエン法および制度から、複数のレーエンに適用され、また複数のプロヴィンツで適用される規則として何か抽象されるその限りで、実定的なものが混合される」⁽⁹⁾。ここで示されているのは、すでにネットルブラットやダールエース *Daries* が扱ったといわれる相対的仮説的自然法Ⅱ「人間によって創られた状態あるいは一定の制度を前提とする自然法」である。それはプロイセンの政治社会体制に基づき、その条件に規定された自然法である⁽¹⁰⁾と説かれる。ALRの編纂者はこの「仮説的自然法」*hypothetisches Naturrecht* の概念を用いることにより、歴史的有形態であるレーエンを抽象的一般的所有権概念と同列に抽象化し、結果として後者が無条件で妥当することを、一般的抽象的法体系たる第一部の枠内ですでに阻止したといえる。すでに見たように、サヴィニーは講義でこの第一八章Ⅱ分割所有権をその対象から完全に排除している。そればかりか、かれは、みぎに見たALR編纂者の立場に対し、真向から批判を加えているのである。サヴィニーによれば、法制度は二つに分かたれる。第一の種類は、ローマ法における「市民法」*ius civile* にあたる。それは、ただ個々の民族においてのみ見出されるのを常とする。その根拠は、そのような法制度を求める欲求がかつて存在したという歴史的理由であり、これにはたとえば、分割所有権（レーエン、永借地権）があたり、それらは一般法典に採用されるのに適していない。第二の種類はローマ法における

「万民法」*ius gentium* にあたり、それに属する法制度はきわめて一般的であり、時と場所とを問わず見出される。これには、たとえば売買、賃貸借、所有、引渡があたり、それらは一般法典に適合的である。以上の法制度二元論に立って、サヴィニーは、ALRが双方の法制度を同列に据えて、歴史的地方的法制度である分割所有権をも抽象的に取り扱ったことに対し、「このことにより、それらのもつ地方的歴史的 성격が完全に失なわれた」とし「実務でもこの欠陥はきわめて感じられるようになった」⁽¹¹⁾との批判を加えた。われわれは、ここに、サヴィニーがローマ法に見出される法制度二元論⁽¹²⁾に拠りながら、分割所有権の一般的抽象的法体系からの排除を主張しつつも、一方、分割所有権が歴史的具体的形態としてなお地方法典のなかに残存しつづけることを認容していたことを見る。後年の「現代ローマ法体系」でも、かれは、レートエン関係が、道徳的影響のとくに顕著なゲルマン法上の法制度であり、その性質を正しく理解しさえすれば、これを部分的に家族法あるいは国法に採りいれることができることを承認し、それゆえに家族法の境界をすべての時代と民族とに関して確立することを戒めている。⁽¹³⁾

次に所有権の移転につき考察する。周知のように、ALRは「物の所有権の間接的取得は、それに必要な権原のほかに、その現実の引渡を要する」（第一部第一〇章、第一条）とし、前期普通法以来のいわゆる「権原と取得様式」の理論 *Titulus und Modus Aquirendi-Lehre* に立脚している。サヴィニーは、この「権原と取得様式」理論に対し、その物権法講義の冒頭および所有権の間接的取得の項で厳しい批判を加えている。⁽¹⁴⁾ その批判の第一点は、ALRが、物の所有権の間接的取得のためには、つねに原因Ⅱ債務関係が権原として物の占有の引渡に先行せねばならないとすることに対してである。すなわち、サヴィニーは、こうした原因Ⅱ債務関係がないのに物権が移転する事例として、贈与、消費貸借を挙げ、このような事例はALRにおいても存在することを指摘している。そしてかれはこの「権原と取得様式」理論が、引渡のさいには「正当な原因」*iusta causa* が必要であるということに関するローマ法

源の誤った抽象と解釈に照応していると批判する。これは、「債務関係は動機にすぎず、せいぜい表示されるべき譲渡意思の認識手段たりうるのみ」とするサヴィニーの物権契約の債権契約からの峻別および前者の無因的構成に通じる途を示しているといえる。⁽¹⁵⁾ サヴィニーの批判の第二点は、ALRが、引渡を了えていない間は特定物債権を *Recht zur Sache* と構成して、それに悪意の第三者に対する効力を認めたことに対するものである。すなわちALR第一部第一〇章、第二五条は「引渡のときに、それより早く成立した他人の権原〔の存在〕を知る者もまた、その者の不利益において、より早くなされた引渡を主張することはできない」と規定する。この規定をめぐって、すでに編纂段階で議論があり、スワルツが、かかる効力の承認に反対であったことはすでにわが国でも知られているところである。⁽¹⁷⁾ すなわちかれは、その意見書の改訂 *revisio monitorum* で曰く「二人の人が同一物への対人的 *Recht zur Sache* をもち、そしてその一人に、占有移転その他適法な方法により取得される *ius reale* がさらに加わるときは、その者がより強いことは争いの余地がない。何がゆえに、ある人が他の人の *ius ad rem* を知っていることが、対人的 *Recht zur Sache* が物権の取得によって強まるのを妨げるのか、についてのいかなる独自の法律的根拠も挙げられではない」⁽¹⁸⁾。「純粹のローマ法的Ⅱ近代的な物権・債権理論を強く意識」し「取引における第二の競合債権者の自由競争の承認という、すぐれて近代的な志向」をスワルツがもっていたにもかかわらず、「健全な自然理性、国情、現実に通用している判例や地方法法を顧慮すべき上からの要請と、それに即応する多くの立法関与者の心情」⁽¹⁹⁾が勝利を占めその結果みぎの規定が成立したとすれば、これに対しサヴィニーがいかなる対応をその講義で示したかを究明することは興味深いことである。サヴィニーはこれにつき「……ここ〔ALR第一部第一〇章、第二五条〕で問題なのは、より早い権原とより遅い権原とであって、引渡は問題となっていない。そして、それゆえに、もし一方の者に引渡がおこなわれるとすれば、どうなるかが問われているのである」と解説したうえで、「この場合には、より早く

引渡がおこなわれることが決定的なのであって、それはより早い権原にすら勝る。このことはローマ法およびラント法の精神 *Geist des Landrechts* から帰結する⁽²⁰⁾と主張する。明文の規定あるにもかかわらず特定物債権の第三者に対する効力を「ローマ法」および「ラント法の精神」から否定し引渡を決定的なものとするこの見解は、先に見たスワルツのそれを継承するものであると言える。この事例は、サヴィニーのいわゆる「ラント法の精神」が法典編纂者の見解と対立しそれを無視するものであったとは必ずしも言えないことを証するであろう。⁽²¹⁾

さらに取り扱わねばならないのは、プロイセン独自の発展をとげてきた抵当権登記簿制度とそれと結合した登記簿の公示力および公信力の問題である。登記制度の採用によってALRにおいては権原と引渡とによる所有権——いわゆる自然的所有権——と登記された所有権——いわゆる市民的所有権——との齟齬をいかに処理するかが重要な問題となった。⁽²²⁾ ALRは、自然的所有権と市民的所有権とが衝突する場合には、「抵当権登記簿に登記された占有者が、不動産について第三者と締結せるすべての取引において、その不動産の所有者とみなされる」と規定し、さらに「そのような登記せる所有者と取引する者の権利に対しては、登記なき占有者も、その権利をこの者からのみ承継せる者も異議をのべえない」とし、⁽²⁴⁾ また「未登記の所有者にはそこから生じる不利益につき、法律の規定にしたがい、登記せる占有者に対してのみ損害賠償を請求する権利が留保される」と規定する。⁽²⁵⁾ ALRによれば、自然的所有権者すなわち権原と引渡とによる所有権者が原則として真の所有権であるが、例外的に登記と占有とが合致している場合には、第三者との関係につき登記された占有者を所有権者と擬制し、その限りで、登記簿に公信力を与えたといわれる。⁽²⁶⁾ これに対し、サヴィニーは「不動産の取得それ自体については、引渡になお抵当権登記簿への登記が付け加わる。……登記は所有権取得の本質的な必要条件ではない」とし、登記の効果がみぎに挙げた規定の意味における所有様の強い推定であるとし、これらの規定を「きわめて適切」*sehr angemessen* であると高く評価している。⁽²⁷⁾

一方、ALRは、不動産抵当権に関しては全面的に公信の原則を採用した。すなわち、不動産抵当債権者は、登記していない真の所有者に対し、抵当債務者が抵当権設定時に所有者であったという登記の援用をおこなうことができる。その結果、ユースティニアヌス帝法以来のいわゆる黙示および法定抵当は、善意の第三者に対しては何ら効力をもたないことになり、抵当権の安定性が図られた⁽²⁸⁾。編纂者スワルツは、この点につきつぎのように説明を加えている。「この命題にあるのはたんなる約定による抵当を、第三占有者に対する *ius reale* が生じる限りで、廃止することである」⁽²⁹⁾。この命題が、(1)ローマ法の原理(ローマ法では原則として所有権および他物権は、引渡以外のやり方では取得されぬ)(2)わが抵当令の精神(それは不動産に対するすべての物的権利 *Realrechte* が登記されることを要求する)(3)従来の実務(抵当登記簿の創定以来合意による抵当はすたれている)(4)破産令(それは合意による抵当とたんなる債務契約との区別を廃止した)(5)公共の福利の諸根拠、と合致することを強調し、スワルツは「……: 抵当登記簿が存在しないラントでは、ひよっとしたら、抵当権についてのローマ(法)の理論が維持されている。しかし、われわれのところでは、抵当登記簿が目指す物権の安定性 *Realsicherheit* を創出する容易かつ快適かつ信頼できる手段である」⁽³⁰⁾と述べ、また別の箇所では「……: 黙示および法定抵当権はその第三者占有者に対する *ius reale* を失う」⁽³¹⁾ことを明示する。こうしてALR第一部第二章、第一三六条は「その客体を成す物の占有と結びつけられない権利は、特別の法律により物権 *ein dingliches Recht* としての性格が与えられる場合にのみその性格をもつ」と規定し、またALR第一部第一〇章、第四一五条は「法定の、あるいは法的に有効な意思表示によって設定された抵当権は、登記なき限り物権の性質をもたない」と規定した。これに対し、サヴィニーは、とくにその物権法講義の末尾で「ローマの抵当法とプロイセン抵当法との比較」という一項目を設け、プロイセン抵当制度の長所短所を指摘している⁽³²⁾。かれが長所として評価する点は、抵当権の公示性と特定性であり、その結果生じる法的安定性である。一方

短所として指摘するのは「おおきな煩雑さ」と「高い費用」であり、それは所有地が細分されているところではいっそう顕著であり、そこではプロイセン抵当法の適用はほぼ不可能であると説く。またサヴィニーは、法的安定性の結果所有権の制限が生じ、所有権者は自己の危険負担で土地を債権者のために管理する者となっていることを指摘し、また売買価格が登記されることにより、有害な農場地投機に過度に余地を与えると言っている。しかし、かれによれば「これらの短所は、時代の状況により惹起されており、抵当法によって惹起されているのではなく、こうした時代状況は抵当制度が存在しないところでもまた見出される⁽³³⁾⁽³⁴⁾」。以上の叙述は、サヴィニーが、法的安定性を指向するプロイセン抵当制度の立場を基本的に支持し、ローマ法以来の黙示および法定抵当がプロイセンでは廃されていることを積極的に評価していることを示していると言える。

動産の即時取得制度に関しても、ALRは、ローマ法と違背する独自の制度を創定した。ALR第一部第一章、第二五―二六条は「適法な所有者あるいは占有者より離脱した物を、嫌疑なき者から有償契約によって取得した者は、この物を返還せねばならない」「にもかかわらず、かれはこのために与え為したすべてを請求しうる」と規定する。スワルツはその「最終校閲」で「この新理論は、市民的取引の信頼と活発さとを維持する必要から、また自然的衡平からは認められるように思われる。ある所有権者の不注意により、あるいはその受寄者、借主にかれが過度の信頼を与えたがゆえに、物がかれから離脱するときは、公けの取引で嫌疑なき者からこの物を善意で買った善意占有者の方が、この所有権者よりも、むしろいっそう保護に値する⁽³⁵⁾」との見解を表明している。これは、ローマ法の所有権に基づく返還請求権 *rei vindicatio* を、善意占有取得者の保護⁽³⁶⁾ 請求権によって制限することにほかならない。このALRの立場に対し、サヴィニーは、ローマ法源では、*rei vindicatio* は「所有権の必然的帰結」であり、これを善意占有者の保護の立場から制限するのは、「不当な考え」*eine unbillige Annahme* であると批判する⁽³⁶⁾。

最後に重要でありわれわれも看過しえないのは、ALRが、物権と債権とを峻別せず、他人の物に対する利用権はすべて一定の条件下で物権的性格をもつとの立場をとっている点である。⁽³⁷⁾すでに見たように、物権・債権を峻別するローマ法の立場からすれば、みぎのALRの立場はそれとは相容れないものと言わざるをえない。この問題を考察するにあたってひとつの格好の焦点となるのは貸借権 *Pacht-und Mietsrecht*⁽³⁸⁾であろう。ALR第一部第二章、第三五八条は「任意の売却によっては、使用賃借人および用益賃借人の権利義務は変更されえない」とし、いわゆる「売買は賃貸借を破らず」の原則を定めた。この命題がローマ法から違背していること、またその違背の根拠が貸借権の物権的性格にあることを、スワルツはその「最終校閲」ではつきりと示している。「売買は賃貸借を破るといふ命題は、なるほどユースティニアヌスの勅法類集四・六五・九に根拠づけられるが、しかしこの法文が継受されたかどうかについては法学者「の見解」は一致しておらず、また、このことについて一般に妥当している慣習も、従来生じていない。∴法典は、その理論よりすれば、必然的にそれとは反対のことを認めねばならない。けだし、賃借人は、契約に基づき、かれに物の占有が認められることにより、真の *ius reale* をうけとるからである」⁽³⁹⁾。これに対しサヴィニーはその講義でALRでは用益賃借人、賃借人、使用賃借人に物権 *ein dingliches Recht* をみとめること⁽⁴⁰⁾、主たる規定が分散していることを理由に、しばしば、ローマ法理論が採られているけれども、法典資料によれば、賃借人は物権をもつとの理論の方がALR解釈としては正しいものであり、それが意図的にローマ法と異なっていることとは明らかであり、この見解の帰結が売買は賃貸借を破らずであること⁽⁴¹⁾、したがって本講義でも、他物権の節に、使用賃借権、用益賃借権をも採りいれることが首尾一貫しているようにみえるが、ローマ法の体系 *Ordnung* を、ローマ法とALRとの関係のゆえに⁽⁴²⁾、維持することを説いている。われわれは、この叙述から、サヴィニーがALRの枠内では⁽⁴³⁾貸借権の物権性を認め、また「売買は賃貸借を破らず」なる命題がこの物権性に根拠づけられることを認容

していることを知るのである。このサヴィニーの立場は賃借権を純粹に債権的に構成するローマ法の立場とは無縁であるといえる。

- (1) vgl. Simon, Bericht über die scientivische Redaktion der Materialien der preußischen Gesetzgebung. in der Allgemeinen Juristischen Monatsschrift für die Preussischen Staaten, Bd. 11. 1811 S. 205—206. 以下で取り扱う諸問題の概説につき、石部、「法構造」一六三—一八三頁参照。
- (2) 権利を客体とする所有権については、我妻栄、「権利の上の所有権という観念について」民法研究Ⅲ物権、一九六六年有斐閣一六五頁以下、とくにプロイセン法につき一八六—一九〇頁参照。
- (3) 石部、「法構造」一六六頁。Svarez, Vorträge über Recht und Staat, S. 307.
- (4) Jaehnigens Nachschrift. S. 46.
- (5) A L R 第一部第一五章、第三条の解釈につき、C. F. Koch, Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts, Bd. 1., Berlin, 1845, S. 395. サヴィニーの A L R 講義の最も忠実な祖述者といわれるロッホ (vgl. Wagner, a. O., S. 112, Anm. 115.) は、「債権 Forderungsrecht を所有権に基づき返還請求することはできず、また占有訴訟によって返還請求することもできないから、本条は役権認諾の訴 *actio confessoria* について「定めたもの」理解されるべきである」と説く。
- (6) vgl. System, Bd. 1., S. 367.
- (7) 石部雅亮、久保正幡先生還暦記念「西洋法制史史料選Ⅲ近世・近代」一九三頁の表現による。
- (8) Svarez, *Schluss-Revision*, S. 87 ff.
- (9) Svarez, a. a. O., S. 88.
- (10) 石部、「法典と法律学 (一)」三八五—三九〇頁参照。
- (11) Jaehnigens Nachschrift, S. 58., vgl. D. Strauch, a. a. O., S. 259—260.
- (12) このような「地方的・歴史的法制度」と「一般的法制度」との峻別については、ローマ法源論としての叙述としてであるが—vgl. Savigny, System, Bd. 1. S. 111—112.

- (13) vgl. System, Bd. 1. S. 366. ちなみに一八四四年の報告によれば、レーエン制は、当時なおプロイセン王国の五分の一弱の地域で存続していたといわれる。vgl. Gräff-Rönn-Simon, Ergänzungen und Erläuterungen der Preussischen Rechtsbücher, Bd. 2. Breslau, 1844. S. 327 ff.
- (14) Jaehnigens Nachschrift, S. 45, S. 50. 「権原と取得様式」理論の概要については、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅」法学研究 3 (一九六一年) 一七九頁参照。
- (15) Jaehnigens Nachschrift, S. 45; Wilhelm Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927. S. 33—34. —その紹介は好美、前掲三四六—三四七頁—によれば、すでに、ベルリン大学における一八一五—一八二六年の講義で、サヴィニーは贈与の例を挙げて「ここには何らの債権関係もない。たんなる事実上の引渡である。……どこでいまやわれわれは、*justa causa* とは引渡 *Tradition* とともに所有権を移転するとの所有者の意図だと、名づける。…人はかの「債権」関係を *justa causa* と認めてきたが、それは大きな誤解である」と説いたといわれる。
- (16) 念のため Jaehnigens Nachschrift, S. 45 の当該箇所を挙げて以下の通りである。
- “In Ansehung der Theorie der Erwerbung aller dinglichen Rechte nach Römischen Recht hat sich unter den neueren Romanisten die Lehre von der allgemeinen Notwendigkeit eines *titulus* und *modus acquirendi* gebildet, entspringend aus einer falschen Abstraktion und Interpretation der Notwendigkeit einer *justa causa* bei der Tradition. Zur Zeit der Abfassung des Landrechts setzte man keinen Zweifel in die Richtigkeit dieser unrichtigen Lehre, und so ging sie denn auch in das Landrecht über… Nach den beiden ersteren §§ [sc. ALR I. 2. §.133. 134] besteht der Titel in einer vorausgehenden Obligation, die Erwerbungsart in der Erlangung des Besitzes. …Auf die falsche Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* bei den dinglichen Rechten ging auch der Irrtum mit über, daß bei dem *titulus* stets eine *obligatio* gedacht wurde [ALR] I. 2. §. 133, und dennoch ist das sowohl im Römischen Recht als auch nach dem Landrecht unrichtig, denn auch im letzteren gibt es viele Fälle, wo eine solche *obligatio* nicht vorhanden ist, z. B. bei der Schenkung, bei welcher, wenn auch eine Obligation oder ein Recht zur Sache gar nicht da ist, dennoch

- das Eigentum unzweifelhaft übergeht; Ebenso beim Darlehen, welches ohne alle weitere Abrede gegeben werden kann. Es beruht daher diese Lehre auf einer falschen Abstraktion von den meisten Fälle, wo eine solche obligatio vorher da ist.”
- (17) 好美、前掲、三三二八頁以下参照。
- (18) このスワルツの見解は、Glossen zum Allgemeinen Land-Recht von J. A. Gruchot, in den Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts durch Theorie und Praxis, Bd. 8. Hamm 1864, S. 604 に収録の “revisio monitorum” に見出され、その引用は好美、前掲三三一九頁にある。最近では、Stephan Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, Ius Commune, Sonderheft 8, Frankfurt am Main, 1978, S. 149—150. 参照。
- (19) 好美、前掲、三三〇頁の表現による。
- (20) Jaehrigens Nachschrift, S. 83. 同旨の主張は、Koch, Lehrbuch, Bd. 1. S. 432—433 に見出される。
- (21) スワルツの見解がそのまま A L R の規定に反映しておらず、サヴィニーが、A L R の規定を「ラント法の精神」の下に否定し、A L R とは異なるスワルツの見解を支持した別の事例は消滅時効における「善意」 bona fides 要件の問題である。カノン法以来 (c. 20. X. tit. de praescriptionibus)、消滅時効に関し時効主張者の善意が全時効期間を通じて存在することを要件とする見解が支配的であった。これに対し、スワルツは、その草案起草の段階では、債務者の容態を問題にしなかったが、カルマーがラヴェ Rave の見解に倣って善意要件を採用したといわれる (以上につき、東海林・前掲、四四頁参照)。カルマーの見解は A L R 第一部第九章、第五六八—五六九条に採りいれられているが、これに対しサヴィニーはその A L R 講義において ratio legis に拠り、法典資料を援用しつつこの善意要件を否定してゆくののである (Jaehrigens Nachschrift, S. 38—39)。
- (22) 石部、「法構造」一六八頁参照。
- (23) A L R 第一部第一〇章、第七条。
- (24) A L R 第一部第一〇章、第八条。
- (25) A L R 第一部第一〇章、第九条。
- (26) 石部、「法構造」一六八頁の表現による。

- (27) Jaehnigens Nachschrift, S. 52.
- (28) 石部、「法構造」一六九頁参照。
- (29) *Schluf-Revision*, S. 2.
- (30) Svarez, a. a. O., S. 2—3.
- (31) Svarez, a. a. O., S. 58.
- (32) Jaehnigens Nachschrift, S. 81.
- (33) Jaehnigens Nachschrift, S. 81.
- (34) ここでサヴィニーが、プロイセン抵当法の短所として「おおきな煩雑さ」と「高い費用」を挙げているのは、サヴィニー以降のプロイセンにおける登記制度の推移―実質的審査主義↓形式的審査主義―を示唆しており興味深い（石部、「法構造」一八一―一八二頁）。
- (35) Svarez, *Schluf-Revision*, S. 84 ff. 安永正昭、「動産の善意取得制度についての一考察―いわゆる占有の権利外観効を中心として―」法学論叢第八八巻・第四・五・六号、二九三頁参照。
- (36) Jaehnigens Nachschrift, S. 55. vgl. System, Bd. 1., S. 372, Anm. c. この点に関するサヴィニーの A L R 批判は、後年の *Obligationenrecht*, Bd. 2., Berlin 1853, S. 164—165. でも繰り返されている。
- (37) A L R 第一部第三章、第一三五条「对人的 Recht zur Sache をもつ者に、この権利に基づきその物の占有が移転されるときは、それによりその物につき対物權 ein dingliches Recht auf die Sache が生じる」。
- (38) プロイセンにおける賃借権につき最近では Gerhard Otte, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen 1978, S. 463 ff. 参照。
- (39) Svarez, *Schluf-Revision*, S. 67.
- (40) Jaehnigens Nachschrift, S. 22.
- (41) Jaehnigens Nachschrift, S. 59.
- (42) Jaehnigens Nachschrift, S. 59. サヴィニーはここでマイスター、*Vorkenntnisse und Institutionen*, § 140 の参照を指示するが、同書を参照できず、したがっていかなる意味で同書が引用されているのか明らかにすることができなかった。

た(前注(74)参照)。

(43) vgl. System, Bd. I, S. 372, Anm. d. ところで、財産法を構成する二つの部分である物権法と債務法との関係規律について、諸民族の実定法の多様な規定にはきわめて自由な活動余地が与えられていることをサヴィニーは認めている。そしてその一例として、ローマ法では *iura in re* が特定されているのに対し、プロイセン法では、占有とともに利用権が物権となることを指摘する。また、System, Bd. 8, S. 190 f. では、プロイセン法が引渡し後、賃借人や用益賃借人に、第三者に対する *in rem* 訴権を与えることを説く。

小 結

サヴィニーのALR講義は、ローマ法の立場からALRを「学問的に」ながめることをその特徴とし、ALRを普通法、とくにローマ法と架橋することを目的とした。その体系はパンデクテン体系であった。こうした点はサヴィニーがその講義で目指したのが、ALRという包括的法典から法学体系としての私法の一般理論を抽出すること⁽¹⁾であったことを示す。だがこの私法の一般理論の内実を問えば、それは必ずしも無条件にローマ法への回帰を目指すわけではない。たとえば、消極的には賃借権の物権的性格の肯定において、積極的にはプロイセン登記制度⁽¹⁾とくにそれによって保証される抵当権の公信力⁽¹⁾において明らかになったように、ローマ法とは異なっているALRの諸規定がサヴィニーのALR講義における「私法の一般理論」の中に受容されうる余地があったのである。またサヴィニーがローマ法の立場からALRの規定に対し批判を加える場合でも、たとえば *Recht zur Sache* の第三者に対する効力の否定の例で明らかになったように、かれの批判が、たとえALRの規定それ自体に向けられているものであるにせよ、ALRの「精神」の下に、その編纂者—スワルツ—の見解を継承するものであった。後年の「現代ローマ法体系」の表現を用いれば、サヴィニーのALR講義は「一般的法源群」としてのローマ法源を視座とし、「仮定的に付け加わ

る法源⁽²⁾」としてのALRを加味したうえで、プロイセンにおける普通法をその対象としたものであって、ローマ法から乖離しているとの理由だけでALRを批判しようとするものではなかったと言わねばならない。すなわち、プロイセン抵当法や賃借権の物権的性格は、サヴィニーの描く実定私法がもちうる諸相異の限界内の問題であり、ローマニスト的構成とは無縁であっても、プロイセンにおける普通法においては認容されるべきであるが、これに対し、権利の上の所有権、レーエン制および *Recht zur Sache* の特殊な効力は、みぎの限界を逸脱し、したがってプロイセンにおける普通法にあっては否定されるべきであることになる。⁽³⁾ サヴィニーのALR講義をローマ法Ⅱかれのいわゆる「一般的法源群」の枠内でのみ見れば、虚像を描くことになろう。本稿ではわずかの点についてしか考察することができなかったが、以上考察したような内容の講義をベルリン大学法学部でサヴィニーが講ずるといふことは当時のプロイセンの判例学説の流れのなかでいかなる意味をもちえたのか。次には、この点を個別テーマに即して考察することが課題となろう。

サヴィニーの一八二四年ALR講義にその主たる素材を求めた本稿は、みぎの作業を遂行しようと意気盛んな筆者のたんなる覚え書きにとどまった。

(1) 石部「法構造」一八二—一八三頁参照。

(2) vgl. *System*, Bd. 1, S. 100—103; 264; 289.

(3) 前注(43)参照。ただしプロイセンにおける動産の即時取得制度に対するサヴィニーの批判についてはなお不明な点が多くこの点は後日を期したい。

(4) サヴィニーのALR講義がその後の判例学説に与えた影響を究明するものとして、さしあたり、W. Wagner, a. a. O. S. 131 ff. insb. S. 140 ff. 参照。