九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

加工（specificatio）の要件としての「新たな物（nova species）」

ファン・デア・メルヴェ，コーネリアス
九州大学大学院法学研究院 ： 協力研究員 ： ローマ法・民法

梁田，史郎
九州大学大学院法学研究院 ： 協力研究員 ： ローマ法・民法

https://doi.org/10.15017/22908

出版情報：九大法学. 104, pp.212-182, 2012-02-23. 九大法学会
バージョン：
権利関係：

加工（specificatio）の要件としての「新たな物（nova species）」[(1)]

コーネリアス・ファン・デア・メルヴェ
梁　田　史　郎（訳）

Ⅰ．導　入

Ⅱ．ローマ法

Ⅲ．ローマ＝オランダ法

Ⅳ．スコットランドの体系的・権威的著書の著述家達

Ⅴ．現代のスコットランド法および南アフリカ法における「新たな物」の例

Ⅵ．結　論

Ⅰ．導　入

近代法において、加工（specificatio）による所有権取得の要件の一つが、「新たな物（nova species）」が形成されることである、ということは一般に受け入れられています。私は、この問題に関するスコットランドの最新の事例、Kinloch Damph Ltd. v. Nordvik Salmon Farms Ltd. and Others[(2)]の事案と判決を簡単に説明して、「新たな物」とは何を意味するのかについての検討を始めたいと思います。

原告ら（スコットランドでは pursuers と呼ばれます）は、被告ら（スコットランドでは defenders）に、売買代金が全額支払われるまでは所有権を留保するという売買契約で、125万匹のスモルト（初期段階のサケの稚魚）を売却しました。被告らは、海水中の生簀において買い入れたスモルトを飼育し、結果として彼らは30倍のサイズのサケに成長させました。そして被告らは代金支払債務を履行しないまま[(3)]、破産しました。原告らは、所有権留保の効果としてサケの所有権を保持していると主張し、サケの返還を請求しました[(4)]。これに対して被告らは、自分たち（後には彼らの破産管財人）が加工によるサケの所有者であるから、契約における所有権留保条項は効力を持たない、と主張しました[(5)]。

被告らは、主張の一つとして、彼らの飼育の効果として、スモルトはそのものとしては存在しなくなり、成魚としてのサケという、その構成要素に戻すことのできない「新たな物」が存在するに至ったのだ、と主張しました。彼らは、スモルトとサケは生物学上 salmo salar〔訳註（以下同じ）、学名（タイセイヨウサケ）〕という同一の種であるという専門家の意見を受け入れはしたものの、スモルトがサケになる過程で経た生理学上の変化は[(6)]、法律的な意味において、成魚となったサケが「新たな物」であるというのに十分である、と主張しました。彼らはベルの『原理（Principles）』（1829）を引用し、新たな製品を構成する材料が独立して存

在しえないほどに破壊されていれば、加工者（workman）が所有権を取得するという効果の論拠としました。[7]

原告らは「新たな物」が形成されたことを否定し、元々の物がまだ存在していると主張しました。彼らが売った魚は成魚に育ちましたが、しかしそれらはなお同じ実体であり salmo salar という同じ種です。それらは成長して、より大きく、より価値の高いものになりましたが、それでもなお同じ生物です。そこには元の物質の破壊もなければ製造工程もなく、生物の成長があるだけです。スモルトがサケになる過程の成長と生理学上の変化は、人間の介入がなくても自然界においてそれらが経験したであろう、自然のプロセスです。原告らは、ローマの法学者らと〔スコットランドにおいて法源としての価値のある〕体系的・権威的著書の著述家らが、加工を適用するための基準を設けるよりもむしろ例を用いて説明していたことと、ローマ人の日常生活において動物は重要であるにもかかわらず、彼らが生物の成長の例を挙げなかったことは、示唆的だと考えました。それゆえに原告らは法廷で、加工の法理を生物に拡大するべきではないと主張したのです。[8]

マクファドヤン卿は、加工の法理の要件である「新たな物」が形成されたという主張を退けました。主要な争点は、加工の法理が生物の（人間の飼育に助けられたものであるとはいえ）自然な成長に適用できるかということでした。彼は、ある意味ではスモルトがもはや存在しないと言いうることと、スモルトが成魚としてのサケへと成長する過程は不可逆的なものであることは認めました。しかしながら、この法理の適正な射程は、無生物の対象に関してか、人間の労力によって材料から物が形成されその材料が形成の過程で使い尽くされ存在しなくなった場合に関してである、という結論を下しました。生物の成長の過程を扱っている〔法源としての価値のある〕権威はなく、加工に関して動物の飼育に言及するローマの著作もありません。日常生活における動物の重要性は、過去の時代のほうがより大きかったということに鑑みると、このように言

及がないということは、加工の法理はそのような場合に適用されなかったことを強く示唆します。従って彼は、たくさんの salmo salar を飼育した養殖業者は、その間にそれらがスモルトからサケになったとしても、スモルトから区別される「新たな物」を形成したとは認められず、すなわちその所有権が飼育者に与えられるところの「新たな物」を形成していないとの結論を下しました。被告らの生簀にいる成魚のサケは、原告らが供給したスモルトと同じものだということです。[9]

Ⅱ．ローマ法

「新たな物」が存在するに至っていないと判断した「博学なる裁判官」が正しいかどうか検証するためには、他人に属する材料（material）から物（species）を作った人が出来上がった製品の所有者になるという、加工という法概念の淵源に立ち戻らなければなりません。[10] この概念はローマ法に由来するものではありますが、加工（specificatio）という用語は、中世の著述家たちによって「物を作ること（speciem facere）」という表現から作られた賛辞（eulogism）です。[11] もうひとつの興味深い事実は「新たな物」という文言はローマ法のテキストにたった一回しか見られないことです。[12] その他は「何らかの物（aliquam species）」[13]、「従来のその物を保持していない（suam speciem pristinam non continet）」[14]、「物が変更された（species mutata）」[15]、「材料と船とは別のものである（aliud sit materia, aliud navis）」[16]という表現が使われています。さらに、従たる物の主たる物への付合（たとえば adiunctio）や単なる固体の混合（commixtio）や液体の融和（confusio）と対立するものとして、「物を作ること（speciem facere）」が生じる具体的事実に関してローマの全法学者が一致していたということが推測できます。サビーヌス学派とプロクルス学派は、材料の所有者か物の製作者のどちらが最終製品の所有者になるかという点についてのみ対

立していました。サビーヌス学派は、材料（matter）が切り札として常に形（form）より勝り、材料の所有者に、最終製品について、場合によっては所有物取戻訴訟を提起するための、提示訴権（actio ad exhibendum）の行使を認める判断をしました[17]。対照的に、プロクルス学派は形を優先し製造者に最終製品の所有権を与えました。従って、サビーヌス学派によってかプロクルス学派によってかを問わず、用いられた例はすべて、「新たな物」の要件の内容と射程を決定するための基礎として用いることができるのです[18]。

ローマにおいて加工の規則の適用が問題となるのは５つの産業工程に限られていました[19]。第一に、ブドウからブドウ液やワインに[20]、蜂蜜とワインを混ぜて蜂蜜酒に[21]、オリーブからオリーブオイルに[22]、あるいは穀物の穂を脱穀して穀物に[23]、といった農業の工程。第二に、金、銀、鉄や他の金属の塊から、花瓶、コップ、杯、平皿、大皿、像を作りまたはその逆にする鍛冶の工程[24]。第三に、衣服など体を覆うものが羊毛から作られた場合のような裁縫の工程[25]。第四に、船あるいは長椅子や戸棚などの調度品をイトスギから造る場合のような大工仕事の工程[26]。最後は軟膏や目の膏薬[27]、香水をつくるような調剤の工程です。このような工程すべてから生じた製品は、加工の規則を適用するための「新たな物」か少なくとも「何らかの物」に相当するとみなすことができます。これらの工程はいずれも、生物を扱ってもおらずまた自然の成長に依存してもいません。むしろ、用いられた材料の実質に重大な変更をもたらしたのは、人間の技術です。

「新たな物」が作られるためには、以前の実質が重大な変更を被っていなければなりません。「新たな物」が生じるために必要な変更の程度を定めるために、そのような変更を指し示す動詞を調べました。

たいていの例においては中立的な動詞「作る（facere）」が「衣服を作った（vestimenta fecerit[28]）」や「蜜酒が作られた（mulsum factum sit[29]）」というように用いられています。より強い意味の「変換する（transferre）」や

「変形する（transfigurare）」が「別の個体に変換された（aliud corpus sit translata）[30]」や「分解されあるいは変形された装具（ornamentum dissolutum aut transfiguratum）[31]」のように使われた例も若干あります。用益権の遺贈を扱った法文においては、最終製品が新しい名前を持つならば、「新たな物」が作られているであろうことが暗示されています[32]。

個々の法律家の判断は、もちろん、その当時の哲学の理論に影響されています[33]。サビーヌス学派は、事物の本質は質料（matter）であるというストア哲学に影響されて、最終製品を材料の所有者に与えることにした、と伝えられています。「なぜなら材料なしには何らの物も構成されえないから（quia sine materia nulla species effici potest）[34]」。それに対して、プロクルス学派は、質料よりも形相（form）がより重要であると教えたアリストテレスと逍遥学派に影響され、最終製品を、形相を作るか生み出すかした者に与えました。「なぜなら、作られたものは以前には誰のものでもなかったのであるから（quia quod factum est antea nullius fuit）[35]」。明らかに、哲学はまた加工の他の要件、すなわち、最終製品が原状に復しえないという要件にも影響を与えています。それゆえ新しい形相、同一性（identity）、種（species）が作られても、鋳潰すことができる金属製品のようないくつかの製品は、以前にどんな状態であっても、本質的に原状に復すことができるものとみなされました。おそらくは、板材や布から作られた船や衣服もそうです。

元の材料あるいは物が、新しい物になるために、どれほどの変更を被っていなければならないかという程度もまた、最終製品を製造者に与えるプロクルス学派による原理的説明の影響を受けているのですが、結局、それは支配的見解となりユースティーニアーヌス帝にも一定の制限の下で受け入れられました。最終製品を製造者に与える原理的説明に関しては、三つの理論が提議されています[36]。第一は先占理論で、それによると古い客体は一度消滅し他の物に変更されます。従って、新しい製品は先占によって所有権取得に服する無主物（res nullius）です。この理論

の一つの難点は、製造者が所有者となる意思で占有を意識的に取得したことはなく、また（ワインを作るような）長い製作の過程においては、現場で最終製品を先占する最初の者は製造者ではないかもしれないということです。その他の難点は、法文が〔材料の〕仮想破壊あるいは破壊のようなもののみを述べ、完全な破壊とは言っていないということです。[37] 加工は破壊自体を必要とするのではなく、物の同一性を変更するような破壊的な出来事を必要とするのです。[38]

もう一つの理論は、主物たる新たな形へ元の材料が一種の付合を成すことにより、製造者が最終製品を取得するというものです。この理論においては新しい物の作成者が用いた骨折り、労力、技術からなる労働が重要な役割を果たすので、後代に労働（workmanship/labor）理論、最後には、加工者が最終製品に費やした時間と技術のと引き換えにその所有権を与えられるとする報償（reward）理論と呼ばれるようになりました。[39] 付合理論の主な難点は、物質（材料）が非物質すなわち最終的な形に付合する他の例が存在しないことです。さらに、労働理論あるいは報償理論に対する主な批判は、ローマ法において、時間と労働を他人の物に費やした者がその物の所有権を取得できるという一般原則が存在しないということです。したがって、羊毛を染めること、金属を精製すること、他人の財を修理または改良することは、「新たな物」が形成されていないが故に、加工とはみなされません。[40] 穀物の脱穀に費やされた骨折りと労力に関わらず、生産された穀物は「新たな物」ではなく、単にもともと存在した物の新たな姿に過ぎない、と判断した法学者もまた、これを支持しています。[41] もっとも説得的な理論はヴィアッカーのもので、[42] 加工の規則は、所有物取戻訴権（rei vindicatio）で追及できないほどに形態が変更された目的物を請求する実際上の困難を認め展開された分析の最終段階のものだ、というものです。それゆえ、プロクルス学派が最終製品を加工者に与えた主な理由は、イギリス法のような追及法理がないことによる、所有者にとっての自分の材料を特定する実務的困難です。この理論

に従えば、古い物が消滅している必要はなく、所有物取戻の制度のために必要な同一性を保てない程度の変更を被っていればよいことになります。

Ⅲ．ローマ＝オランダ法

ローマのテキストとは異なり、ローマ＝オランダ法の〔法源としての価値のある〕権威は加工の定義に関して、「新たな物」の要件について明示的に言及しています。たとえば、グロティウスは『オランダ法学入門』において、善意にて新しい形を他人の所有物である材料に与えた者は、その所有権を取得すると述べています[43]。フーバーは nieuw maeksel すなわち新たに作られた物について述べています[44]。フィッニウスは「他人の材料からの新たな物の姿（speciei novae ex aliena materia formation）」という表現を用いています[45]。ヨハネス・フートは「新たな物の完成（novae speciei confectio）」という表現であり[46]、ファン・ルーベンは「ある者が他人の材料から新たな物を作った場合（qua quis ex aliena materia novam speciem fecit）」です[47]。ある者は製造工程を指すのに「作る（facere）」より強い動詞を用いています。すなわち、フィッニウスは「変形する（transformare）」と「形成する（formare）」で[48]、フートは「帰する（conferre）」であり[49]、ファン・ルーベンの後の著作では「一緒に詰め込む（confercire）」が用いられています[50]。

ほとんどのローマ＝オランダ法の著述家は、ローマにおける「新たな物」の例のいくつかまたはすべてを繰り返しています[51]。最も広範なリストはファン・ルーベンの Censura Forensis に見られますが、そこで彼は他人のブドウ、オリーブ、穀物の穂から作られたワイン、オリーブオイル、穀物の例や、他人のワインと蜂蜜から蜂蜜酒、他人の薬剤から軟膏や香水が作られる例、他人の羊毛から作られる衣服、他人の木材から作

られる船や戸棚や長椅子といった例を挙げています[52]。ここでは、他人の金塊や銀塊から作られた金や銀のコップないし像の例が補われています[53]。いくつかの新しい例、すなわち、他人の麦芽と穀類からビールを醸造すること[54]、他人の穀物から穀粉をつくること[55]、他人のキャンバスに絵画を描くこと[56]、といった例が加えられています。

フィッニウスの法学教科書は、最終製品の例として「新たな物」というには十分ではないものを含んでいます。その例は、毛糸が紫に染められること、同じ種類の二つの液体が混ぜられること、ブドウが乾燥されること、オリーブがピクルスにされることなどです[57]。さらに驚くべきことに、他人のミルクからチーズやバターが作られることや、果物からお酒が作られることなどもです[58]。

ローマ＝オランダ法の権威は、穀物の穂から穀物を脱穀することが「新たな物」を作り出したことになるか、という問題について一致していません。彼らは、穀物が穂に復しえないことは認めるものの、ほとんどの著者はガーイウスに従って、穀物の脱穀は「新たな物」を作らず、すでに存在する物（穀物）をあらわにするに過ぎないとします[59]。フィッニウスはこの例を、全てのマメ科の植物[60]、例えばハウチワマメ[61]、レンズマメ、エンドウ、ヒヨコマメ等に拡大します[62]。フィッニウスは、穀物の穂とブドウやオリーブを明確に区別しています。穀物の穂は穀物が生産されるための材料ではありません。すなわち、穀物は同じ物であり続け、同じ名前を保持します。それに対してワインやオリーブオイルは、ブドウやオリーブから生産されます。すなわち、それらは異なる名前を持ち異なる物に変換されています[63]。フートはこの見解に強く反対しています。彼は、この理由付けによればワインやオイルは、全体としてのブドウやオリーブに含まれていると主張することもできる、と論じています。また、ブドウを搾ることによってワインになることは、穀物の穂をこすったり揺すったりして穀粒になること以上のものではない。決してワインはただ、ワインの液分を支えている外皮を圧搾して破ることのみ

によって現れるわけではないが、それは穀物が、穂の穀粒を覆っている殻をこすって外すだけで現れないのと同じことである[(64)]、と。

加工の基礎にある理論に関して、ローマ＝オランダ法の著述家たちは、先占理論かあるいは付合理論かを支持しています。ファン・デア・ケーセルはユースティーニアーヌス帝の法学提要に関する彼の Dictata[(65)]のなかで、加工による取得の真の基礎を発見しようとしています。彼は多くの解釈者が、生の材料が加工によって物に与えられた形に従うのはある種の付合だとするユースティーニアーヌス帝に同意している、と指摘しています[(66)]。しかしファン・デア・ケーセルは、形は材料なしには存在しえないが故に、この見解を受け入れることはできないと主張しています。形は、他人の物が付合しうるところの、我々の物ではありません。従って、加工は無主物が先占者に取得されることの一例である、というのがより良い見解であるとするのです。ワインがそこから産出されるところのブドウは残存せず明らかに消滅しています。ブドウから作られたワインは「新たな物」であって、以前には存在しなかったものであり新たな名前を持つものです[(67)]。無主物が加工者によって占有を取得されるということは明らかに D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）に由来していますけれども、そこで、プロクルス学派の見解の基礎となっているのは、生産された物が以前には存在していなかったという理由であることが述べられています。これには D. 41. 2. 3. 21（Paul 54 ed.）が加えられなければならず、そこでは「あるいは我々が物として生じるべく作ったもの（vel quae in rerum natura essent fecimus）」という文言が明らかに加工に言及しており、それまでは自然界に存在しなかった「新たな物」を示唆しています[(68)]。ファン・デア・ケーセルは、それゆえ、その物は自己の物としての権原、すなわち人が先占によって取得した物を占有するのと同じ権原によって占有されたとみなされなければならない、と言っています。これはまた、先占のすべての事例において自己のためにする意思（animus sibi habendi）が要求される理由でもあります。さらにファン・デア・ケー

セルは、加工を工業的付合とすることは混乱の原因になると言います。彼は、「新たな物」が材料に還元できるときにこそ、そのような場合は「新たな物」が材料に付合するのだから、工業的付合の問題になると言っています。つまり、花瓶や指輪があなたの金や銀で作られているときは付合が適用され、あなたが花瓶や指輪を取得できるだろう、あなたはあなたの材料が持つ強さや力によって、「新たな物」を取得するのである、と。従って彼は、形は材料に付合しうるけれども材料は形に付合しえない、という結論を下しています。

同様の見解はフィッニウスの『ユースティーニアーヌス帝法学提要注解（Commentary on Justinian's Institutes）』にも表されています。[69] フィッニウスは加工を付合による〔所有権〕取得の一形態とみなすことは馬鹿げたことである、と言います。彼は、ファン・デア・ケーセルのように、何かが他人の物から作られたときは、「新たな物」は、物に基づく物の強さと力によってではなく、または我々の意思に反してあるいは我々の知らない間にではなく、我々の努力によって作られたのである、と論じています。さらに、材料が形に付合するというのは、形は材料を前提としておりその逆ではないが故に、不条理なことであるとします。従って、フィッニウスは、この〔所有権〕取得の方法はある種の先占とみなされなければならない、と言っています。すなわち、製造されたものは、それまで何人にも属さなかったので、自分のために作ったものは先占した者に帰属するという理由により、製作者の所有物となります。彼は、この見解の権威としてネルウァとプロクルスを引用します。[70] サビーヌス学派の見解が認容される限りでは（すなわち、「新たな物」が原状に復しうる場合）、彼は付合が適用されうることを認めますが、むしろ新たな取得は起こらないとみなすことが良いとしています。[71]

かなり多くのローマ＝オランダ法学者が加工を工業的付合の一形態と分類していることは、最も強力な付合／労働理論への支持と言えるでしょう。[72] この点に関してファン・デア・ケーセルは、我々の物に、それ

自身の性質によってではなく人間の労働と技術によって、何らかのものが加わった場合に、人工的付合が生じる、と説明しています[73]。さらなる付合理論への支持はグロティウスや他の者らによって使われた、形は、最終製品がそれから作られたところの材料よりも、その本質のためにより重要である、という議論に見出しえます[74]。これに従えば、形が変更されたときは対象それ自体が以前にそうであったものとは別の何かになる、ということです。関連のある一節においてグロティウスは、材料は消滅したのではなくて、ただ何か別のものに変換される程度の変更を被ったに過ぎないと考えることを明確に示しています[75]。これはまたグロティウスの「戦争と平和の法」の中の文章によっても確認できます。そこで彼は、最終製品は材料の所有者と製造者との共有財産になるという自然法の見解を表しています。そこで彼は、形は実質の一部に過ぎず実質の全部ではないと述べ、形の変更は実質をほぼ（完全にではなく）破壊するとしたウルピアーヌスを引用しています[76]。さらなる付合／労働理論への支持は、グロティウスとスホラーが、他人のキャンバスに絵画を描いた画家が絵画の所有者となることを承認したことに見出せます[77]。スホラーは、画家の事例において、形は物の本質であり物に同一性を与えるが故に、「新たな物」の創造という、ある意味での加工があると論じています[78]。しかしながら、どの著述家も、材料は形に付合し加工者の所有物になると断言するベッケルマンほど、行き過ぎる気はないのです[79]。

Ⅳ．スコットランドの体系的・権威的著書の著述家達

体系的・権威的著書の著述家達のほとんどは、加工に「新たな物」またはそれと同様のものを要求します。例えばステア、アースキン、ベルは、加工を他人に属する材料から「新たな物（または客体)」を作ること、と叙述しています[80]。バンクトンは加工を以下のように叙述しています。

すなわち、「ある者が物または労働の作品を他人の材料から作る場合」というようにです[81]。単に新しいものを作ることよりもより強い言葉が用いられているのです。ステアは新しいものを生産することと言い、ベルは生の材料が異なる物へと製造されていると言っています[82]。何人かの著述家は、製品に投入された労働に言及し[83]、ある者は加工者（specificans）を職人（artificer）という仰々しい呼び方やそれほどでなくても労働者〔原語はworkmanであるが、本稿の他の個所ではこの語を加工者と訳している〕と称しています[84]。ベルは変化が実質においてなされることを要求しています[85]。

体系的・権威的著書の著述家のほとんどは、ローマにおける「新たな物」の例のいくつかを繰り返しています。例えばステアは、金属で作られたコップなどの加工品、ブドウから生産されたワイン、他人の羊毛で織られた布、他人の木材で作られた船といった例を挙げています[86]。新しく加えられる例として、他人の（〔通常の種類よりも〕硬い品種である）大麦（bear）から生産された麦芽[87]、他人の穀物からの粉[88]、粒からの小麦粉[89]、コップやタンカード〔取っ手・ふた付きのビール用大ジョッキ〕に作り変えられた金塊[90]、そして木から形作られた像[91]、といった例も挙げられています。布を染めることというローマの例に加えて、大麦（barley）を麦芽にすることが[92]、材料たる物を「新たな物」に変えない例として言及されています。

加工の理論的基礎に関して、著述家たちは付合／労働理論に強力な支持を提供しています[93]。バンクトンとアースキンとベルは加工を工業的付合の項目に分類しています[94]。バンクトンは、「ある人によって材料が労働の付合物になるように用いられた労働あるいは勤労の故に、どんな物であれその人のものとなるときに」、加工が生ずると述べています[95]。アースキンは彼の『原理（Principles）』において、最終製品が、それがそこから作られたところの材料に復しえないときは、従来の客体がなお存在しているという法的擬制の余地はなく、「それゆえ労働がその後に材料の所

有権を引き寄せる」と説いています[96]。ベルは「工業的付合は人の技芸または工業によって生み出される」と述べています[97]。ステアは明白に、最終製品が従来の状態に復しえない場合は、材料は労働に譲歩するということを認めています。続けて、これは材料が消費された場合だけでなく、材料は残存するが最初の性質に復しえない場合にも生ずる、と述べています[98]。このことから明らかに、彼が最終製品を先占の対象となる無主物とはみなしていなかったことがわかります。おそらくはベルを除いて、誰一人として、明示的にも黙示的にも先占理論には言及していません。ベルの、もし独立した存在としての材料が消失したときは、所有権は加工者のものである[99]、という叙述は、おそらく伝統的な先占理論への黙示的な支持と分析しえます。

Ⅴ．現代のスコットランド法および南アフリカ法における「新たな物」の例

スコットランドの判例法は非常にたくさんの「新たな物」の実例を有しています。Black v. Incorporation of Bakers Glasgow（1867）[100]において、裁判長は、一定量の小麦をひいて一級、二級、三級の穀粒と麩にした製粉業者が、４つの個別の、完全で不変な種類の所有権の客体を作り出したことを認めました[101]。Oliver and Boyd v. The Marr Typefounding Co Ltd.（1901）[102]において the Outer House〔上級民事裁判所の第一審部〕は、見たところ、盗まれた大量の印刷用の活字が溶かされ、新しい活字が作られた場合に、「新たな物」が作られたと判断しているように思われます[103]。International Banking Corporation and Others v. Ferguson, Shaw and Sons（1910）[104]は、精製された綿実油が高い技術でにスエット（牛・羊などの腎臓と腰部分の硬い脂肪）と混ぜ合わされたときに、新たな製品すなわち合成ラード（料理や調剤に用いるために溶かされ浄化される）が生産されたと認定しています。M'Laren Sons & Co v. Mann, Byars & Co（1935）[105]におい

て、シェリフ裁判所は、布地から衣服が作られた場合に、衣料品会社は布地としての個別の存在を破壊し「新たな物」を生み出したと判断しました。McDonald v. Provan（of Scotland Street）Ltd.（1960）[106]は、盗まれた自動車のエンジン、ギアなど車台（chassis）の半分を含む前半分を他の自動車の後半分に溶接し、一台の自動車に組み立てた場合に、「新たな物」が生み出された可能性は高い、と判断しています。しかしこの事件では、加工は否定されました。なぜなら裁判所は、組み立てられた自動車の二つの構成部分は分離可能であり、また、善意（bona fides）の要件が満たされていないと判断したからです。In Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG でメイフィールド卿は、Outer House（1986）の判決において[107]、帯状のステンレス鋼のコイルを、流し台を作るために短く切断したときに、原状に復しえない旨の証拠がある場合、加工がなされたと述べています。彼は、ステンレス鋼の取引において切断されたステンレス鋼は別の形状、すなわち製造、流通上の意味において「新たな物」と認識されるという事実に影響されたと思われます。上訴審においてワイリー卿も[108]、マクドナルド卿も[109]、この見解を批判しました。マクドナルド卿は、「私は市場の力が加工の要件としての「新たな物」を作りうるとは考えない」と結論を下しています[110]。

これまでのところ南アフリカの裁判所は、「新たな物」が生み出されたと認めることにとても消極的でした。しかし私の意見では、報告されている事例のいくつかは「新たな物」の事例であると解釈しうるように思われます。スクラップ金属（天板）と鉄（脚）を溶接してテーブルが作られた事例[111]、二台の破損車と他の材料から一台の自動車が組み立てられた事例[112]、倉庫が完全に分解され、はるかに大きい倉庫に組み入れられた事例[113]がこれに当たります。これに対して、新しいテープホルダーが、明確に区別できるラベルと商標を含んだ図柄が掲載された容器という新しい「衣」をまとって供給されたという事例について、裁判所は唯一、躊躇しつつも「新たな物」が生み出されたことを認めています[114]。しかしながら

この判決は、加工と著作権の境界を曖昧にするものとして批判されています。[115]

Ⅵ. 結　論

それではどの時点で、材料の本質は、「新たな物」が生み出されたと結論づけるのに十分なほど変更されるのでしょうか。それは古い物が消滅した時点でしょうか、最終製品が新しい同一性を得たときでしょうか、最終製品が新しい名前を得たときでしょうか、新しい製品が古い製品より相当程度に価値を増したときでしょうか、もしくは古い製品が新しい商品に変換されたときでしょうか。無生物の難点は、植物や動物と異なり、多様な種に明確に分類されないことです。我々はもはや、質料と形相の区別に基くアリストテレスの存在の体系に従っていないことはもちろん知りもせず、「新たな物」が生み出されたか否かを決するにあたっては先例と良識に頼らなければなりません。さらに結論に到達しようとする際には、スコットランドと南アフリカの両法は、付合／労働理論において裁判所が最終製品の生産に関与した労働と技術の量を考慮に入れるための十分な権威を提供している、ということを受け入れることが合理的だと思われます。そのことを前提とするならば、倉庫が取り壊されて、それよりかなり大きな倉庫が古い材料と新しく購入された材料で建てられた場合と、二台の壊れたＢＭＷの自動車の部品を再利用して一台の自動車が組み立てられた場合に関する二つの南アフリカの事例を、「新たな物」が生み出された例として分類することが合理的だと思われます。南アフリカの裁判所は最終製品がなお倉庫でありＢＭＷであるという理由で、加工の例とはみなしませんでした。[116]

さて、Kinloch Damph とサケに変化したスモルトの例に戻ります。こ

の事例において私は、スモルトの飼育の結果「新たな物」が生み出されたことにはならない、という点について裁判所に賛成するものの、自然な成長の過程は決して加工とはならない、とほとんど断定的に述べたことは行きすぎである、と考えます。自然な成長による加工がローマ法文において言及されていない理由は、ローマにはある種類の生物を他の種類に変化させる生産工程がなかったことです。[117] さらに、生物の加工をまれでありそうもないものにしているのは、生物の成長と発展が、経験上も認識されている生物学的な摂理に従っているという事実です。

しかしながら、植物や動物の自然な成長に対する人間の介入が加工とみなされる例がいくつかありそうです。人間がその技量によって、最終製品がもはや元の材料と同一物であるとは認められないような仕方で、自然の摂理を変えることがありえます。最終製品が元の材料と同一物であると認められる唯一の基礎を断絶することによって、むしろ職人というべき加工者が「新たな物」を創造し、加工によって所有者となるのです。本件において被告らは、かなりの程度サケの育成に寄与したにせよ、スモルトがサケに成長する自然の摂理を変えたわけではありません。[118]

本当に自然の発達を変化させる例として頭に浮かぶのは、日本の園芸家が科学的に成長を遅らせることによって苗木を盆栽に仕立てることです。もうひとつの例としては、珍しい種類の蝶について、蛹の自然な発展を技能的に導き、成虫にすることです。1994年のオランダの高等裁判所の判決はもう一つの実例を提供しています。[119] 養鶏業者が供給業者から大量の卵を購入し、供給業者は代金が全額支払われるまでは卵の所有権を留保しました。人工的に卵を孵化させるために、卵は孵卵器に三週間置かれなければならなかったのですが、卵の位置を常に変化させなければならず、建物内の温度や湿度の管理にも細心の注意が必要でした。この工程に従って、何千もの卵が孵化し売却用のひよこになりました。この養鶏業者が破産した際、裁判所は、卵についてなされた所有権留保が

ひよこに転換されているかということを判断しなければならなかったのです。裁判所は、卵が人間の介入によりそのような変質を被ったので、所有権留保はひよこに及んでいないと決定しました。ひよこは養鶏業者に納入された卵から育成されたものと認識しうるにしても、卵の同一性は著しく変更され、もはや「新たな物」とみなされざるをえないほどであったのです。(120)

［付記］

コーネリアス・ファン・デア・メルヴェ教授（Prof. Cornelius van der Merwe）教授は、ステレンボッシュ大学（南アフリカ）法学部教授、アバディーン大学教授（スコットランド、現在名誉教授）を歴任された、財産法とりわけ区分所有法の権威として世界的に著名な法学者であるが、その出身地南アフリカが「混合法制」を採用していることから、ローマ法への造詣が深い。混合法制とは、法典を持たない英国流 common law の性格を有しながら、実体法は civil law すなわちローマ法の伝統を汲む制度であり、南アフリカをはじめスコットランド、アメリカ・ルイジアナ州などがこれを採用している。中でも南アフリカにおいては、現在でも、ローマ法ならびにこれを解釈した17世紀から18世紀のローマ＝オランダ法の体系書が実定法の効力を有している。

本稿は2006年にメルヴェ教授がソウル国立大学で在外研究に従事しておられた折、九州大学国際交流基金にて本学で開催された Nova Species as a Requirement for Specification と題する講演の翻訳であり、Roman Legal Tradition 2［2004］pp. 96-114に加筆されたものである。混合法制においては、現在の問題に対処する際、法源を遡ることによって解決を求める。本講演はその具体例を示すもので、読者には生きたローマ＝オランダ法に触れていただきたい。招聘にあたっては福岡工業大学の西村重雄教授（当時は九州大学）ならびに本学の小島立准教授にご尽力をいただいた。この場を借りてお礼を申し上げたい。

なお、メルヴェ教授は、2009年５月から６月にかけて日本学術振興会「外国人招聘研究者（短期）」として、九州大学において「『混合法制』における財産法上の『共有』概念の再検討」の共同研究に従事されるなど、その後もたびたび来日され、我が国の研究者と活発な学術交流を展開されている。 ［五十君麻里子］

註

（１） 本報告の最初のバージョンは、‘Nova Species’として、E. Metzger ed. 2 Roman Legal Tradition: Law for All Times: Essays in Memory of David Daube 97- 114（2004）に公表済みである。

（２） 1999 Outer House Cases LEXIS（June 30, 1999）.

（３） 被告破産時の売買代金の未払い残額は、£70 000以上であった。

（４） 金銭債務の存在に争いの余地はなかったものの、原告らはむしろ、より価値の高い所有権に基づく請求の方を望んだ。

（５） 後にこれらの両訴え〔所有権確認と引渡請求〕は実現不可能である事が明らかとなった。というのは、訴え提起後にサケの感染が疑われ、サケはthe Diseases of Fish（Control）Regulations 1994に従って処分されることになったからである。E. Metzger ‘Acquisition of Living Things by Specification’ Edinburgh Law Review 8（2004）112. を参照せよ。

（６） 彼らは、塩分環境への順応に必要な、えらと腎臓に作用した変化に言及しました。

（７） Kinloch Damph, paras. 21-25, 36, 38-40. G.J. Bell Principles of the law of Scotland, 10th ed.（Edinburgh, 1899）, § 1298（1）「規則は以下のようなものである。── もし材料が、個別の存在として、善意で破壊されていれば、所有権は加工者のものである。……もしいまだ元の形状に戻すことができるならば、所有権は材料の所有者のものと判断される。……」

（８） 彼らはまた、Armour v. Thyssen Edelstahlwerke A.G. 1986 SLT 452 at 458H（Outer House）において、メイフィールド卿が重視した市場価値と評価の上昇が、the Inner House of the Scots Court of Appeal, the Court of Sessionへの上訴において受け入れられなかった、という事実に言及した。Armour v. Thyssen Edelstahlwerke A.G.1989 SLT 182 at 188K and 190J を見よ〔後注107〕。この判断は、the House of Lords 1991 SCLR 139, 1990 SLT 189, HL によって、他の根拠により覆された。

（９） Kinloch Damph, para. 47.

（10） 加工に関する近年の著作として以下のものを参照せよ。B. C. Stoop, ‘Non

solet Dominium mutare: Some Remarks on Specificatio in Classical Roman Law' 66 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 3（1998）; G. Dolezalek, 'Plädoyer für Einschränkung des § 950 BGB' 195 AcP 392, 394-396（1995）; D. J. Osler 'Specificatio in Scots Law' in R. Evans-Jones（ed.）The Civil Law Tradition in Scotland（Edinburgh, 1995）100-127.

（11） Osler（note 10）, 100; T. Mayer-Maly, 'Spezifikation; Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut' 73 ZSS（rom. Abt.）120, 128（1956）を参照。

（12） D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）末尾。〔本稿におけるローマ法文テキストは講演者の表記によっている。〕

（13） D. 41. 1. 12. 1（Callistratus 2 inst.）

（14） D. 6. 1. 5. 1（Ulpian 16 ed.）.

（15） D. 41. 1. 24（Paul 14 Sab.）.

（16） D. 13. 7. 18. 3（Paul 29 ed.）.

（17） D. 10. 4. 12. 3（Paul 26 ed.）.

（18） J.A.C Thomas, "Non solet locatio conduction dominium mutare" in Mélanges Meylan（1963）, vol 1, 351と Metzger（note 5）114ページも参照。

（19） 一般的に Mayer-Maly（note 11）154ページ参照。

（20） D. 10. 4. 12. 3（Paul. 26 ed.）：「もしある者が私のブドウからブドウ液を作ったならば（si quis ex uvis meis mustum fecerit）」。

（21） D. 6. 1. 5. 1（Ulpian. 16 ed.）：「もし私の蜂蜜とあなたのワインから蜂蜜酒が作られたならば（si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum）」。

（22） D. 10. 4. 12. 3（Paul. 26 ed.）：「あるいはオリーブからオリーブ油を（vel ex olivis oleum）」。

（23） D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）：「あるいはあなたのブドウまたはオリーブまたは穀物の穂から、ワインまたはオリーブ油または穀物を（vel ex uvis aut olives aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum）」。

（24） D. 10. 4. 9. 3（Ulpian 24 ed.）：「たとえばもし杯から塊が作られたならば（veluti si ex scypho massa facta sit）；D. 30. 44. 2（Ulpian 22 Sab.）：「もしある者がコップを遺贈しそして塊が作られたならば、あるいはその反対ならば（si pocula quis〔legavit（原稿では脱落している）〕et massa facta est vel contra）and D. 30. 44. 3：もし大皿が遺贈されそして塊を、次にコップを作ったならば」（si lancem legavit et massam fecit, mox poculum）；D. 32. 49. 5（Ulpian 22 Sab.）「金が…遺贈されそしてその後溶かされた（aurum....legatum sit et postea sit conflatum）」；D. 32. 88. 3（Paul 5 leg.Iul. Pap.）：「しかしながら塊が遺贈された場合にそれから作られた杯は（massa autem legata scyphi ex ea facti）」；D. 41. 1. 12. 1（Callistratus 2 inst.）：「もし私の金とあなたの銀から何らかの物が作られたならば（si aere meo et

argento tuo conflato aliqua species facta sit）」; D. 41. 1. 24（Paul 14 Sab.）:「たとえばもしあなたが私の金から像を、もしくは銀から杯を作ったならば（veluti si ex meo auro statuam aut argento scyphum fecisses）」。

(25) D. 30. 44. 2（Ulpian 22 Sab.）:「同様にもし羊毛が遺贈されそして衣服をそれから作ったならば（ item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat）」; D. 32. 88 pr.（Paul 5 leg. Iul. Pap.）:「羊毛が遺贈された場合に、それから作られた衣服は（ lana legata vestem, quae ex ea facta sit）」; D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）:「あるいはあなたの羊毛からの衣服を（ vel ex lana tua vestimentum）」。

(26) D. 13. 7. 18. 3（Paul 29 ed.）:「その材料から作られた船は（ navem ex ea materia factum）」; D. 32. 88. 1（Paul 5 leg Iul. Pap.）:「材料が遺贈された場合に、それから作られた船や戸棚は（et materia legata navis armariumve ex ea factum）; D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）:「あるいは私が、あなたの木板から船あるいは戸棚あるいは椅子を作った場合（vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero）」。

(27)「目の膏薬（collyrium）」の意味について A. Vinnius Institutionum Imperalium. Commentarius, 2nd ed.（Amsterdam, 1655）at Institutes 2 1 25 § 2 を参照せよ。: genus medicamenti, potissimum oculorum,.... quod fluxum impediat et sistat and emplastrum: medicamentum est in massam coactum, quod igni praemollitum vulneri imponitur ab .... subigo, versando mollio, in massam formo....vulgo nunc unguentum vocant.

(28) D. 10. 4. 12. 3（Paul 26 ed.）.

(29) D. 6. 1. 5. 1（Ulpian 16 ed.）.「作る（facere）」という単語が使われる他の場合は以下のとおり。D. 7. 4. 10. 5（Ulpian 17 Sab.）; D. 13. 7. 18. 3（Paul 29 ed.）; D. 30. 44. 2; D 32. 88 pr – 3（Paul 5 leg. Iul. Pap.）; D. 41. 1. 24（Paul 14 Sab.）. この動詞は極めて中立的で、最終的な製品を「新たな物」とするのに必要とされる変化の程度をまったく示唆していない。

(30) D. 10. 4. 9. 3（Ulpian 24 ed.）:「別の個体に物が変換されたならば、たとえば杯から塊が作られたならば…なぜなら変更された外形はほとんど物の実質を壊しているからである（ in aliud corpus res sit translata veluti si ex scypho massa facta sit:....nam mutata forma prope interemit substantiam rei）」。

(31) D. 7. 4. 10. 6（Ulpian 27 Sab.）:「同様に、装具が分解されあるいは変形されると用益権は消滅する（proinde et ornamentum dissolutum aut transfiguratum extinguit usum fructum）」。D. 7. 4. 10. 7（Ulpian 27 Sab.）も参照せよ。「しかしもし、（船が）解体され、たとえ全く他に加えられることなく同じ木材により再造されたとしても、用益権は消滅する（si autem

［navis］dissolute sit licet isdem tabulis nulla praeterea adiecta restaurata sit, usum fructum extinctum）；D. 32. 49. 5（Ulpian 22 Sab.）「金が溶かされた場合であっても物質が残存しているならば（aurum sit conflatum, materia tamen maneat）」；D. 41. 1. 12. 1（Callistratus 2 inst.）：「もし私の銅とあなたの銀が溶かされ何らかの物が作られたならば（si aere meo et argento tuo conflata aliqua species facta sit）」；D. 41. 1. 24（Paul 14 Sab.）：「もし材料は存続し、ただ物の限りで変更されたならば（si materia manente species dumtaxat forte mutata est）」。

（32） 名前の変更があるときはいつでも新たな物が生じるという見解は、遺贈の目的物を扱っている法文に、おそらく由来している。そこでは同時に、目的物の形も変更されている。したがって、もし〔金属の〕塊について用益権が遺贈され、それから食器が作られたときは、用益権は消滅する。D. 7. 4. 10. 5（Ulpian 17 Sab.）：「もし〔金属の〕塊の用益権が遺贈され、それから食器が作られたならば、あるいはその反対ならば、ウルセイウスが引用するカッシウスは、用益権は消滅すると書いている。私は、その見解を正しいと考える（Si massae usus fructus legetur et ex ea vasa sint facta vel contra, Cassius apud Urseium scribit interire usum fructum quam sententiam puto veram.）」。D. 7. 4. 10. 7（Ulpian 17 Sab.）：「解体され再造された船」。また、D. G. van der Keessel Dictata ad Justiniani Institutionum, ed. B. Beinart, et al.（Amsterdam, 1965）（D. 41. 1. 26 pr.（Paul 14 Sab.）を引用する）ad I 2 1 § 37. 1: Vinum autem quod inde feci est nova species, quae antea non existit, et novem nomen habet.

（33） H. G. Henckert, Saakvorming as Wyse van Eiendomsverkryging（LL.M. thesis University of Stellenbosch 1988）15-17; Gero Dolezalek（note 10）, 394-405参照。

（34） D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）.

（35） 同上。

（36） 一般的に、H. Coing, Europäische Privatrecht（Munich, 1985）, vol 1, § 55. II. 2; Dolezalek,（note 10）405-410; Heiko Henkert（note 33）, 10-15を参照。

（37） D. 10. 4. 9. 3（ Ulpian 24 ed.）：「たとえばもし杯から塊が作られた場合。たとえ実際に塊を提示したとしても、提示訴権の責任を負う。なぜなら変更された形はほとんど物の実質を破壊したからである（veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massa exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.）」。

（38） Metzger（note 18）114参照。

（39） この理論のための最も強力な支持は、D. 7. 4. 10. 7（Ulpian 17 Sab.）に見られる。そこでは、船を解体しそして再造した者に、船の所有権が加工の法

理により与えられている。また、D. 50. 16. 13. 1（Ulpian 7 ed.）：「実質が保たれていても形が変更されている物ですら（サビーヌスとプロクルスが是認したように）「離れている（abesse）」と見られる。それゆえ劣化あるいは変形して返還されたときは、「離れている」と見られる。なぜならば大抵の場合、原料（res）よりも手仕事（manus）により価値があるからである（Res 'abesse' videntur（ut Sabinus ait et Pedius probat）etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, vederi abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re.）」も参照せよ。

（40） D. 41. 1. 26. 2（Paul 14 Sab.）.

（41） D. 41. 1. 7. 7（Gaius 2 rerum cott.）.

（42） F. Wieacker, 'Spezification. Schulprobleme und Sachprobleme' in W. Kunkel and H.J. Wolff（edd.）Festschrift für Ernst Rabel,（Tübingen, 1954）2: 263-292.

（43） Hugo de Groot（Grotius）, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, ed. F Dovring, et al.（Leiden, 1952）, at 2. 8. 2. また以下のものも参照せよ。W. Schorer, Aantekeningen over de Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid van Hugo de Groot, 2nd ed.（Middelburg, 1779）, 150-152（at Grotius, Inleidinge 2. 8. 2））. Schorer の 英 語 訳 は is appended in A.F.S. Maasdorp（tr.）, The introduction to Dutch jurisprudence of Hugo Grotius, 3rd ed.（Capetown, 1903））に付されている。W. de Vos and G.G. Visagie（edd.）, Scheltinga se 'Dictata' oor Hugo de Groot se "Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid"（Johannesburg, 1986）, 130-131（at Grotius, Inleidinge 2. 8. 2）; Van der Keessel（note 32）, 161（qui ex aliena materia rudi novam facit speciem）（citing J.F. Böckelmann, Compendium Institutionem Justiniani sive Elementa Juris Civilis）（2 ed. Amsterdam, 1727）ad I 2 1: Specificatio est, cum ex aliena materia alius novam speciem facit,eo animo, ut sibi adquirat; D. G. van der Keessel Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam, ed. P. van Warmelo, et al.（Amsterdam, 1961）, 2: 146（at Grotius, Inleidinge 2. 8. 2）（quod species nova, quae facta est）; I. G. Heineccius, Elementa Iuris civilis secundum ordinem Institutionum（Amsterdam, 1727）ad I II 1 § 368: quum quis ex alienis materia novam speciem facit. ...Sciendum autem aliquid novi accedere debere si specificatio accedere debeat eg annulus antea non erat, nec poculum, nec vestis ergo nova plane forma inducitur in has materias; si ergo forma iam adsit, non est specificatio; Heineccius Elementa Iuris naturae et Gentium in Opera Omnia（Genevae, 1747/8）§ 259: Cum enim plerumque in materiam nulla cadat

adfectio, in formam ob artificium vel maxime cadat, nova species merito addicenda fuerit specificanti.

（44） U. Huber Heedensdaegse Rechts-geleerdheyd, tr. P. Gane（Durban, 1939）, 1: 134（at 2. 7. 1. 2）.

（45） Vinnius（note 27）, at Institutes 2.1.25, introduction.

（46） J. Voet, Commentarius ad Pandectas, 4th ed.（The Hague, 1724）, 2: 731（at D. 41. 1. 21）.

（47） S. van Leeuwen, Censura Forensis, Theoretico-Practica（Leiden, 1662）, at 1. 2. 5. 1（131）.

（48） Vinnius（note 27）, at Institutes 2.1.25. introduction, uses ‘transformare”: Qui rem alienam in aliam speciem transformavimus. § 5において彼は、新たな船の形成をいかに船の竜骨の形状が左右するかを説明するのに「形成する（formare）」という動詞を用いている。

（49） Voet（note 46）, 731（at D. 41. 1. 21）: specificatio seu novae speciei confectio.

（50） Van Leeuwen（note 47）at 1. 2. 5. 1: novam speciem confert（from confercio: I stuff, press or cram together）and later confecerit（from confacio: I put together）.

（51） たとえば、Schorer（note 43）, 150-152（at Grotius, Inleidinge 2.8.2）; Heineccius（note 43）at Institutes I II 1 § 368-369; Van der Keessel（note 32）at Institutes I 2 1 par 1 and 2; Huber（note 44）, 134（at 2. 7. 3-5）; Vinnius（note 27）, at Institutes 2. 1. 25; Voet（note 46）, 731-733（at D. 41. 1, § § D. 41. 1. 21, 23; S. van Leeuwen, Het Rooms-Hollands-Regt（Amsterdam 1732）2. 5. 3, 4 tr. Commentaries on Roman-Dutch Law, ed. C.W. Decker（London, 1881）, 1: 180 181を参照。

（52） Van Leeuwen（note 47）, at 1. 2. 5. 1（131）: ut, si quis ex alienis uvis, olivis, aut spicis, vinum, oleum, aut frumentum fecerit, ex alieno auro argento, vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino & melle mulsum, ex alienis medicamentis emplastrum vel collyrium, ex aliena lana vestimentum, vel ex alienis tabulis navem, vel armarium vel subsellia fecerit.

（53） たとえば、Grotius（note 43）, at 2. 8. 3: Schorer（note 43）, 151（at Grotius , Inleidinge 2. 8. 2）; Van der Keessel（note 32）, 161-163（at Institutes 2. 1. 1 §§1, 2を参照。

（54） Grotius（note 43）, at 2. 8. 3; van Leeuwen（note 51）, 180（at 2. 5. 3）.

（55） Van der Keessel（note 32）, 163（at Institutes 2 1 § 3）.

（56） Grotius（note 43）at 2. 8. 3. Cf. Scheltinga（note 43）, 131（at Grotius, Inleidinge 2. 8. 3）. 彼はグロティウスに賛成せず、画家がキャンバスに絵画を描くのは付合の事例であって加工の事例ではないと結論付ける。

(57) Vinnius (note 27), at Institutes 2. 1. 25 §§1, 4 and 5: but cf Voet (note 46), 731-732 (at D. 41. 1. 21).

(58) Vinnius (note 27), at Institutes 2. 1. 25 § 5: Et alioquidicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec ficeram ex pomis alienis expressam facientis fieri. また Osler (note 10), 105, on the Commentaria iuris civilis (Paris, 1553) of Connanus (1508-1551) at 3. 6. 2も参照。「コナーヌスの例は残念ながら、一般に生の原料は製造物のごくわずかの価値しかないと率直に思っている現代の読者を混乱させるものである。コナーヌスとは異なり、我々は、ワインを原料のブドウよりも相当に価値の高いものであると考える傾向がある。それならば我々にとって、ワインは製造者が所有権を取得することの最良の例となろう。」

(59) Van der Keessel (note 32), 161参照。彼は、D. 41. 1. 7. 7のガーイウスに従っており、彼によれば、そこでより詳細な説明がなされ、Institutes 2 1 25の限定がなされている。また、Heineccius (note 43) at Institutes 2.1 § 368: (Si ergo forma iam adsit, non est specificatio, quia grana iam semper infuerunt frumento. Observat hoc Gaius in D. 41. 1. 7. 7) も参照。

(60) Vinnius (note 27), at Institutes 2. 1. 25. § 5. これらの植物は、さやや殻のなかに種をもつ。The Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. (Oxford, 1995), s.v. Leguminous.

(61) これは、一般的にはスイートピーとして知られている、紫やピンクや白や黄色の花をつける庭園あるいは飼料用の植物である。

(62) Vinnius (note 27), at Institutes 2. 1. 25, § 5 はこれをさらに拡大している。: et poterant quoque in alium usum converti, uvae siccari, oleae servari ad condituram etc. Et alioqui dicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec siceram ex pomis alienis expressam facientis fieri ((したがってそれらが以前そうであったのとは別の存在になったので、) 干しブドウや保存加工されたオリーブなどのように、別の用途に変更されることもありうる。そして、他人のミルクから作られたチーズやバター、果実酒が他人の所有物にならないことについては、他の個所で述べられている〔講演者注〕).

(63) Id.

(64) P. Gane (ed.), The Selective Voet (Durban, 1957), 6: 204 (at D. 41. 1. 7. 7 (Gaius 2 rerum cott.)): "Should you say with Vinnius that it would be possible for the wine or oil not to be pressed from the grapes or olives, but for the grapes to be dried and the olives to be pickled, that has nothing to do with the case. The ears too can be given without threshing as fodder to draught animals and thus equal reasoning applies to both ears and grapes."

（65） At Institutes 2. 1 § 37. 1: Quaeri autem potest quidnam sit fundamentum acquisitionis in specificatione. Plurimi interpretes cum Auctore putant hic speciem quondam adesse accessionis. Considerant enim formam tanquam rem specificantis cui accedat materia rudis aliena; sed admitti id nullo modo potest, nam forma sine materia subsistere nequit. Forma non est res nostra cui altera potest accedere. Rectius ita dicemus in specificatione esse exemplum occupationis res nullius: nam illae uvae ex quibus vinum expressi non manet uvae sed plane exstinguuntur. Adeoque dominium illarum evanescit. Vinum autem quod inde feci est nova species, qua antea non existit et novem nomen habet（D 41. 1. 26 pr.）Illud autem est res nullius quae a me specificanti occupatur uti patet ex D 41. 1. 7. 7, ubi dicitur fundamentum quo nititur Proculi sententia hoc fuisse quia quod factum est antea nullius fuerat. Accedit D. 41. 1. 3. 21 ubi in verbis hisce vel quae ut in rerum natura essent fecimus manifeste respicitur ad specificationem. Adeoque innuitur novam illam speciem antea in rerum natura non fuisse. Immo observatur rem illam possideri titulo pro suo, id est eodem titulo quo et res occupatione acquisitas possidemus. Haec quoque est ratio cur in specificante requiratur animus rem sibi habendi qui in omni occupatione quoque est necessarius. Confusionis autem vitandae causa possumus specificationem enumerare inter species accessionis industrialis, maxime quia in altero casu, quo nova species cedit pristine materiae domino, revera vis quadam accessionis industrialis conspicitur, nempe, ut supra dicebam, si nove species ad pristinam rudem materiam reduci quet, species cedit pristine domino materiae, veluti si ex auro vel argento vas conflaverim, annulos fecerim etc., vas illud tibi acquiritur. Quo casu revera accessio quadam locum habet. Nunc enim tu vi et potestate materia rei novam speciem inde factam.

（66） 加工を人工的付合に分類する Böckelmann Compendium Iuris（quoted in van der Keessel（note 32）, 161）も参照。彼は続いて quo casu materia cedit formae et res fit specificantis, nisi ad priorem rudem materiam possit reduci と述べている。

（67） D. 41. 1. 26 pr.（Paul 14 Sab.）を引用している。

（68） Van der Keessel Praelectiones ad Grotium 2. 8. 1も 参 照。“iurisconsulti Romani rationem acquisitionis ex eo repetunt, quod species nova, quae facta est, antea in rerum natura non fuerit. ”

（69） Vinnius（note 27）, at Institutes 2. 1. 25, intrduction - § 1: Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt: sed perperam. Non enim nova illa species vi & potestate rei nobis acquiritur, cum ex aliena materia fiat; non

ignorantibus nobis aut invitis: sed nostro ipsorum facto, qui rem alienam in aliam speciem transformavimus: adeoque inconcinnum est, dicere materam accedere formae.quoniam haec illam, non illa hanc praesupponit. Quapropter hic modus potius occupantis quaedam species vederi debet; cum id, quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervae et Proculi（D. 41. 1. 7. 7 et D. 41. 2. 3. 21）. Num quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest; aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem.

（70） この見解はvan Leeuwen（note 47）, 131 at 1. 2. 5. 2, 3によっても支持されている。（そこでは材料が消耗したか完全に性質を変えた場合における所有権の取得を是認している）。フィッニウス（note27）がInstitutes 2. 1. 25 § 1においてD. 41. 2. 3. 21（Paul 54 ed.）に言及しているということは、先占を念頭に置いていたにちがいないことの証拠である。さらにVoet（note 46）731-732（at D. 41. 1, § 21）を見よ。彼は、最終製品が原状に復せないときは、以前の材料はとにかく消滅もしくは消失し、加工が生ずると論ずる。そして、加工者が善意であろうと悪意であろうと、結論は異ならない、と。：neque bona vel mala fides specificatoris efficere possit, ut magis aut minus res ipsa prior videatur superesse. どちらの場合にも加工者は、元の材料に復しえないほどに変更を被った物は消滅したと理解されるという理由で、新たなタイプの所有者とされる。善意か悪意かは、以前の物がどれほどの程度にいまだ存在するかということに影響を及ぼさない。

（71） Van Leeuwen（note 47）, 131（C.F. 1. 2. 5. 2）は正当にも、これらの復元可能性の例が本当に加工の例であるかを問題にしている。：Semper inspiciatur utrum res extincta fuerit, nec ne; nam si manente materia, forma tantum externa mutetur, atque id quod factum est ad priorem et rudem materiam reduci posit, ratio naturalis non patitur, ut dicamus ipsam rem dominii sui naturam mutasse; sed potius vires et conditionem materiae, ut potentioris existentiae, sequi［D. 41. 1. 24（Paul 14 Sab.）; D. 32. 78. 4（Paul 2 Vit.）］neque haec prop. loquendo specificatio dici potest.

（72） Voet（note 46）, 731-732（at D. 41. 1. 21）; Van Leeuwen（note 47）, 131（C.F. 1. 2. 5. 1）. See also Heineccius Institutes（note 43）II 1 § 368;

（73） Van Leeuwen（note 47）, 131（C.F. 1. 2. 5. 1）: Accessio artificialis est, qua rebus nobis, non tam ex sui natura, quam ex humano labore et industria aliquis accedit: dicitur specificatio.

（74） Van Leeuwen（note 47）, 181（RHR 2 5 3）: En de gedaante meer doet tot de wese van de zaak als de stof, so werd de gedaantegever den eygendom

toegewesen. この考え方は Heineccius, Institutes（note 43）II 1 § 368にも見られる。 Nimirum sit hic accessio formae ad materiam, & hinc diputabant veteres Icti, utrum materia sit nobilior forma, an forma materia praestantior? Materiae ideo plus tribuebant Sabiniani quia sine ea forma subsistere non possit. Contra Proculejani praeferebant formam, quia illa, ut philosophi loquuntur, dat esse rei.

(75) Grotius（note 43）, 2. 8. 2. これはSimon van Groenewegen van der Madeの脚注（その脚注は『入門』の1644年以降の版に加えられている）によって支持されている。 彼は、D. 50. 16. 13. 1（Ulpian 7 ed.）における 'abesse' の定義に言及する。同法分においては、サビーヌスとペディウスの、物はその実質が維持されていても形が変更されていれば失われたものとみなされる、との言が引用されている。Groenewegen はまたD. 34.2.6.1（Marcellus resp.）にも言及する。これらの脚注については Maasdorp（note 40）70 n.2 を参照。

(76) H. Grotius De Iure Belli ac Pacis（Paris, 1625）（tr. F.W. Kelsey, New York, 1964）, vol. 2, at 2. 8. 19. 2: ita cum res constet materia et species, sequitur naturaliter rem communem fieri pro rata unumquodque est. Species enim pars substantiae, non substantia tota: quod Ulpianus vidit, cum dixit mutata forma prope interemtam substantiam.

(77) Grotius（note 43）2. 8. 3.

(78) Schorer（note 43）at Grotius 2. 8. 3: omdat het teekening het goed zulk een nieuwe gedaente geeft waardoor het zelve, als't ware een nieuwe stuk word. De gedaente nu zegt De Groot geeft de wezen aan de Zake. Cf. Scheltinga（note 43）at Grotius 2. 8. 3. 彼はグロティウスに反対しキャンバスに絵を描くのは付合の例であって加工の例ではないと結論づけている。

(79) Böckelmann（note 66）: quo casu materia cedit formae et res specificantis nisi ad priorem rudem materiam posit reduci.

(80) J. Dalrymple［Viscount Stair］, The Institutions of the Law of Scotland, ed. D.M. Walker（Edinburgh, 1981）, 313（at 2. 1. 41）; J. Erskine, An Institute of the Law of Scotland, ed. J.B. Nicolson（Edinburgh, 1871）, 1: 264（at 2. 1. 16: J. Erskine, Principles of the Law of Scotland（21st ed.（Edinburgh, 1911）, 123-124（at 2. 1. 8-9）; Bell（note 7）, 504（§ 1298（1））.

(81) A. McDouall［Lord Bankton］, An Institute of the Laws of Scotland（Edinburgh, 1751: reprinted 1993）, 1: 507（at 2. 1. 13）（quoting Institutes 2. 1. 25）.

(82) Stair（note 80）, 313（at 2. 1. 41 and G.J. Bell Commentaries on the Law of Scotland, 7th ed.（Edinburgh, 1870; reprinted 1990）, 1: 297.

(83) Stair (note 80), 313 (at 2. 1. 41).

(84) See Bankton (note 81), 507 (at 2. 1. 2. 13-14 (artificer, workman)); Bell (note 7), 504 (§ 1298 (1) (workman)).

(85) Bell (note 7), 504 (§ 1298 (1)).

(86) Stair (note 80), 313 (at 2. 1. 41). G. MacKenzie, The Institutions of the Law of Scotland, 7th ed. (Edinburgh, 1730), at 2.1.7 は船、コップ、ワイン、オイルの例に言及する。Erskine Institute (note 80) 264 (at 2. 1. 16) and Principles (note 80), 123 (at 2. 1. 8) は金塊から作られた皿とワインに変化したブドウの例に言及する。Principles (note 80), 124 (at 2. 1. 9) において彼は、異なる物質を混ぜることによって生産される新たな物について述べている。

(87) Stair (note 80) 313 (at 2. 1. 41). The Scottish National Dictionary ed. W. Grant (Edinburgh, 1941), vol. 1, s.v. Bear：「大麦の一種で通常の種類のものよりも硬く品質は劣る。通常の大麦は穂先に二列の粒をつけるが、bear は４列である。…これはまた BIG of BIGGE と呼ばれる」。bear あるいは bere は大麦（barly）の元来の名前である。

(88) Bankton (note 81), 518はイギリス法について論じているが、スコットランド法も同じだと述べている。

(89) Bell (note 7), 504 (§ 1298 (1)).

(90) Bankton (note 81), 518はイギリス法について論じているが、スコットランド法も同じだと述べている。

(91) Bankton (note 81) 507 (at 2. 1. 2. 13).

(92) 大麦を麦芽にすることは、より硬い種類の bear を麦芽にするよりも、格段に容易な作業である。The Scottish National Dictionary (note 87) s.v. Bear を参照せよ。

(93) 付合理論はまた、近代の様々なスコットランドの判決によって支持されている。例えば、Wylie and Lochhead v. Mitchell 1870 8 M 552 (1870)。イングリス卿は 556ページにおいて加工を「材料が一方当事者に属し、技能的労働が他方によって提供された場合における、人間の技芸と工業による所有権の新たな対象の生産」と記述し、557ページにおいて、加工を工業的付合の一種として分類している。

(94) Bankton (note 81), 507 (at 2. 1. 2. 12; Erskine, Institute (note 80) 264 (at 2. 1. 16) and Principles (note 80) 123 (at 2. 1. 8; Bell, Principles (note 7) 503-504 (§ 1298).

(95) Bankton (note 81), 507 (at 2. 1. 2. 12).

(96) Erskine, Principles (note 80) 123 (at 2. 1. 8). アースキンは、『スコットランド法提要』(Institute (note 80), 264 (at 2. 1. 16)) においても、ここで言

及している法的擬制（fictio iuris）に言及しているが、その擬制から、『原理』におけるほど明確な結論は導いていない。

（97） Bell（note 7）, 503（§1298）.

（98） Stair（note 80）, 313（at 2. 1. 41）. ステアが、最終的な製品を労働と使われた材料の価値の割合に応じて割り当てるコナーヌスを引用していることもまた、ステアが黙示的に、「新たな物」の製造に巻き込まれた労働の程度が「新たな物」が作られたかどうかを決定するのに一定の役割を果たす、と考えていたであろうことを示す、明らかな証拠である。

（99） Bell, Principles（note 7）, 504（§ 1298（1））.

（100） 6 M. 136（1867）.

（101） Id. at 141.

（102） 1901 SLT 170（Outer House）.

（103） ストーモンス・ダーリング卿が加工を念頭に置いていたかどうかは、必ずしも明らかでない。彼は、活字の形状が大いに変更され、同一性が完全に破壊されたにもかかわらず、活字の変換が、被告らがその占有を失った後は、彼らの返還義務を免れさせることに、非常に疑いを抱いていた。

（104） 1910 S.C. 182.

（105） 1935 51 Sh.Ct. Rep. 57（Sheriff Court）.

（106） 1960 S.L.T. 231.231-232（Outer House）.

（107） 1986 S.L.T. 452（Outer House）.

（108） 1989 S.L.T. at 191L-192A.

（109） 1989 S.L.T. 190J.

（110） Id.

（111） S. v. Riekert 1977 3 SA 180（T）.

（112） これがKhan v. Minister of Law and Order 1991 3 SA 180（T）の事実であるが、裁判所は不当にも、動産の付合の例として扱った。

（113） この事例はAldine Timber Co v. Hlatwayo 1932 TPD 337のものである。しかしBarry J. at 341を見よ。「私には、本件の事実関係は、古い材料になされた仕事は加工の性質をもつものではないように思われる。なぜならば、なんら新しい物が作られておらず元の物がそのものとして存在しているからである。ブドウをワインにする例や穀物をパンにする例は、加工の意義を明確に示している。私は、本件の事案がこの範疇に入らないことを疑わない」。しかしここでは、倉庫を拡張する目的で古い材料が古い材料に加えられたわけではない。古い倉庫がまず取り壊され、その後、古い材料が新しい材料とともにうまく利用され、新しい倉庫が建てられたのである。裁判所は、最終製品を作るために用いられた創造的な技術を、十分に考慮していない。

（114） Frank & Hirsch（Pty）Ltd. v. A Roopenand Brothers（Pty）Ltd. 1991 3 SA 240（D）at 246B-C.

（115） C. Visser ‘Termination of Copyright by Accession and Specification’ 1991 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 813-819による、本件に関する議論を参照せよ。

（116） それぞれ Aldine Timber（note 113）と Khan（note 112）。

（117） Metzger（note 5）113 and “Postscript on nova species and Kinloch Damph Ltd. v. Nordvik Salmon Farms Ltd” 118 in Metzger ed. Roman Legal Tradition 2004, 115参照。彼は、ローマ人はこれらの事例を果実の取得に関する規則のもとに扱っている、と述べる。

（118） Metzger（note 5）114を参照せよ。

（119） HR 24 March 1994, NJ 1996, 158.

（120） Metzger（note 5）114を参照せよ。: “[T]he issue is identity, not identifiability, as is clear from the fact that specification is present even when one knows, e.g., that this wine came from those grapes”. メツガーは115ページにおいてカリフォルニアの事件である Moore v. Regents of the University of California, 51 Cal 3d 120, 793 P 2d 479（1990）に言及する。そこでは、カリフォルニア大学の研究者が患者から細胞を採取し、万能細胞の培養を促進するために使用した。概してこれらの細胞は死亡しただろう。しかしメツガーは、研究者がその介入により自然の摂理を変更したことを理由に、彼らは何か新のものを作り出したのである、と述べている。また、L. Skene, “Proprietary Rights in Human bodies, body parts and tissue”（2002）Legal Studies 120-121; D. Johnston, “The renewal of the old”（1997）80 CLJ 92-93; and Metzger, Roman Legal Tradition（note 117）120-121も参照せよ。