

---

**論 説**

---

**「所有権概念」再考**

—20世紀ドイツ私法学における論争を中心に—

田 口 勉

## 一 はじめに

## 1) 通説の所有権概念

ドイツの通説は、所有権を法秩序が認める、物の包括的な支配権であると定義し、所有者は物を包括的に支配する、排他的な権利 (ein umfassendes Einwirkungs- und Ausschließungsrecht) を有するとした。このような理解は、後述するように、ドイツ民法典の立法者が19世紀パンデクテン法学の立場を継承したという立法史を根拠にしている<sup>(1)</sup>。

## 2) 通説への批判

しかし、伝統的な所有権概念については、現在のもとより、過去においても批判的意見が主張された。民法典施行以前においては、ゲルマン法からの批判が目される。すなわち、パンデクテン法学の所有権概念は個人主義的・自由主義的性格を有しているが、社会性を欠くという、批判である。所有権の社会性を強調する代表者は、ギールケ (Otto v. Gierke) である<sup>(2)</sup>。

民法典施行後、とくに土地所有権に大幅な制限が加えられてきたが、このような状況の変化も、伝統的な所有権概念を批判する一因となった。近時の教科書では、大幅な公法上の制限によってもはやドイツ民法第903条の規定は適切とはいえず、通説の所有権概念は事実上誤りであると認識せざるを得ないという疑念が表明されている<sup>(3)</sup>。

### 3) 基本法上の所有権

さらに、第二次世界大戦後、ドイツ連邦憲法裁判所は、所有権の本質に関する議論を大きく変化させた。すなわち、連邦憲法裁判所は、基本法により保障される所有権概念は基本法自体から獲得されなければならないとし、基本法の所有権概念は（民法などの）単純法の規範から導き出すことができないだけでなく、私法上の法的地位は基本法の財産権保障から逆に与えられるに過ぎない、という決定を下した<sup>(4)</sup>。

この連邦憲法裁判所の決定は、基本法上と私法上二つの所有権が存在することを認めると解釈できるものであり、そうであれば、両者の関係が大きな課題となる。しかし、基本法上の所有権概念がいかなるものかについて学説は対立し、定説はないようである<sup>(5)</sup>。

このような状況は私法上の所有権議論にも影響を与える。民法学説においては、これを受けて、私法上の所有権概念の意義を否定する学説まで登場しているのである。例えば、バウアー（Fritz Baur）の教科書の校訂者シュツルナー（Rolf Stürner）は、統一的な所有権概念はもはや存在せず、所有権概念には基法上のものと私法上のものと2種類あるとし、基本法上の所有権に対して私法上の所有権は意味を失ったと評価するまでに至っているが<sup>(6)</sup>、これは少し極端な見解のようである。

### 4) 所有権の社会化

ドイツにおける私法上の所有権概念をめぐる論争で、とりわけ注目されるのは、基本法第14条第2項第1文「所有権は、義務を伴う。」をどのように所有権に取り込むべきかが一つの論点となっていることである。本条は20世紀初頭のワイマール憲法で初めて規定され、基本法にも受け継がれたものだが、「所有権の社会化」の思想の現れとされる<sup>(7)</sup>。同条の規定は、後述するように、私法上の所有権概念の見直しに大きな影響を与えている。

## 5) 揺れる所有権概念

以上のように、伝統的な所有権概念は、公法上の制限が大幅に増加したことを適切に反映できないと批判される一方で、基本法からの新たな要請に対応できないとの批判を受け、まさに厳しい状況に置かれている。

今日のドイツ私法学は、はたして伝統的な所有権概念をそのまま維持すべきなのか、あるいは新しい要請に応じた、新たな所有権概念を再構築すべきなのか、重大な岐路に立っていると言えよう。

## 6) 日本の物権法への影響

所有権法の領域においてドイツ民法学から多大な影響を受けたわが国も、右のようなドイツ私法学の動向には無関心ではいられないであろう。戦後の民法学に多大な影響を与え、所有権法理論をリードした川島武宜教授は、古典的名著『所有権法の理論』において、所有権を観念的・絶対的支配権として位置づけたが<sup>(8)</sup>、同書の冒頭でドイツの著名な学者サヴィニー、ヴィントシャイおよびヴォルフの所有権概念を引用していることから<sup>(9)</sup>、その理論がドイツ民法学の影響を受けたことは明白である。そして川島教授の所有権理論は今日もなおわが国の通説といつてよいであろう<sup>(10)</sup>。

同書の出版後今日に至るまで、とりわけ土地所有権をめぐり、様々な問題状況が生じており、今日も活発に議論されている<sup>(11)</sup>。そうであれば、わが国の所有権理論を再検討するうえでもドイツの学説の状況を検討することは有益であろう。

本稿は、以上のような問題意識に立ち、20 世紀のドイツ私法学における、所有権概念をめぐる議論を検討する。

(1) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung (1957), S. 173f. Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auflage (1989), § 24 I, S. 211.

包括的支配権としての所有権の特徴としては、一般に全体性 (Totalität)、抽象性 (Abstraktheit) および絶対性 (Absolutheit) が挙げられる (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 6. Sachenrecht. (4. Auflage.

- 2004) [§ 903, Rdn 4. (Säcker)] S. 628.)。
- (2) カール・クレッシエル「『ゲルマン的』所有権概念について」[K・クレッシエル / 石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像—ドイツ法史の新しい道』(創文社 1989年) 所収] 267頁、302頁以下。
- (3) Schwab/Prütting, Sachenrecht, 31. Auflage (2003), § 27 IV, S. 135.
- (4) BverfGE 58.300ff. [砂利採取決定]
- (5) 平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社 2017年)
- (6) Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 18. neubearbeitete Auflage (2009), § 24I, S. 306.
- (7) 甲斐道太郎・稲本洋之助・戒能通厚・田山輝明『所有権思想の歴史』(有斐閣 1979年) 142頁以下。
- (8) 川島武宜『所有権法の理論』(1949年 岩波書店) 1頁以下。
- (9) 川島・前掲註(8) 1頁。
- (10) 舟橋諄一・徳本鎮『新版注釈民法(6) 物権(1) 物権総則(補訂版)』(有斐閣 2009年) 7頁以下〔舟橋・徳本執筆〕、川島武宜・川井健『新版注釈民法(7) 物権(2) 占有権・所有権・用益物権』(有斐閣 2007年) 302頁以下〔川井執筆〕。
- (11) とくに近時の問題については、日本法社会学会編『新しい所有権法の理論』(法社会学第80号 2014年)、吉田克己『現代土地所有権論 所在者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題』(信山社 2019年)などを参照されたい。

## 二 ドイツ民法典(BGB)の所有権概念

最初に、議論の出発点となるドイツ民法典の条文を検討する。所有権概念に関係する重要な条文は、ドイツ民法典第90条および同第903条である。

### [1] 所有権の対象

#### 1) BGBは有体物に限定

ドイツ民法第90条は「本法において物とは有体物のみをいう<sup>(12)</sup>。」と定め、ドイツ民法第903条の定める所有権は、個々の有体物についてのみ認

められるとする。したがって、集合物や権利は、所有権の対象とされない<sup>(13)</sup>。

しかし、私法上の所有権を有体物に限定することは当然ではなかった。というのは、過去においてはこれと反対に権利ないし無体物をも所有権の対象とする立法が一般的であったからである<sup>(14)</sup>。

## 2) BGB 以前の法典は対象拡大

ドイツ民法典以前の立法は、所有権の対象を広くとらえ、無体財産をはじめとする権利も所有権の対象とするものが多かった。以下、その例を挙げる。

### (a) マキシミリアヌス・ババリクス私法典

最初の重要な領邦法典である 1756 年マキシミリアヌス・ババリクス私法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) 第 2 編第 2 章は、以下のような規定を置き、準所有権 (Quasi dominium) としてではあるが、すでに権利についての所有権を認めていた<sup>(15)</sup>。

§1 所有権は、法律と命令で許された範囲内において妨げられることなく自由に彼の財産を支配する権力 (eine Macht und Gewalt) である。

§2 所有権は、Dominium plenum, verum vel quasi, directum & utile, naturale & civile, solitarium & commune に分類される。……準所有権 (Quasi dominium) は無体物 (unkörperliche Dinge) に認められ、dominium verum は有体物に認められる……。

§4 性質上われわれが占有できないものおよび特別の命令によって排除されているものを除き、あらゆるものが所有され得る。

なお、右の第 2 条における「準所有権」が無体物にのみ認められるという制限は、概念規定における明確な根拠に基づくものではなく、当時の慣用的な用法に従ったに過ぎなかったようである。自然法は有体物と

無体物とを区別しなかったから、当時において有体物・無体物ともに所有権を認めることは自明であったと推測される<sup>(16)</sup>。

(b) プロイセン一般ラント法 (ALR)

1794年プロイセン一般ラント法第1編第8章は、「所有権について」という表題のもとで以下のように規定し、無体物などにも所有権を認めた<sup>(17)</sup>。

§1 所有者とは、物または権利の実質について自らの力により他者を排除し、自身あるいは第三者によってこれを処分する権能を有する者をいう。

§2 排他的な使用に供し得る物はすべて所有権の対象となる。

(c) オーストリア一般法典 (ABGB)

ドイツ以外の立法においても、たとえば1811年オーストリア一般法典は、広義の意味の物を立法化した<sup>(18)</sup>。

3) 有体物に限定された意義

ドイツ民法典が、それ以前の立法に反して、所有権を有体物に制限したことはきわめて重要な決定であったといえる。所有権を有体物に限定することに対する批判が、すでにドイツ民法典の起草段階から存在し<sup>(19)</sup>、施行後も散見される<sup>(20)</sup>。

それにもかかわらず、準備草案の起草者であるヨーハウ (Johow) は、無体物上の所有権は法律的な観念ではないとし、誤った所有権理論の帰結であるとした<sup>(21)</sup>。パンデクテン法学の所有権概念を正当としたヨーハウにとって、所有権を有体物に限ることは自明のことであったようである<sup>(22)</sup>。

これは所有権の本質をどのように理解するかに関接にかかわる問題である。所有権を有体物に限定することにより初めて、物を包括的にかつ排他的に支配する権利として所有権をとらえることが可能になる。普通法の所有権概念にとって、物は有体物に限定されなければならなかった。

## [2] BGBの所有権概念

### 1) BGBの規定

ドイツ民法典は所有権概念をどのように立法化したのであろうか。実は、ドイツ民法典には、所有権の定義を定めたと思われる規定が見当たらないのである。

所有権に関する規定は、ドイツ民法典第3編第3章に置かれているが、その第1節はいきなり「所有権の内容」から始まる。その冒頭の規定である第903条第1文は、「物の所有者は法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り、その物を自由に用い、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる<sup>(23)</sup>。」と規定する。

後に述べるように、本条を所有権概念規定と解する学説もあるけれども、それは少数説にとどまり、本条は所有権の内容を規定するものと理解されている<sup>(24)</sup>。

### 2) 所有権概念規定の放棄

立法者は所有権概念をどのように考えていたのであろうか。結論を述べると、立法者は準備草案の段階から所有権定義を放棄することを明言し、その態度を貫いた。

まず、準備草案の起草者ヨーホウ (Johow) は、所有権定義を規定しない理由として、第1に所有権概念に疑念がないこと、第2に実務が所有権概念の定式化にほとんど関心がないこと、そして第3にこれまでの立法において所有権定義の条文化が成功したとはいえないことをあげる<sup>(25)</sup>。デルンブルグは、第3の理由に関して、これまで所有権の定義が議論されてきたが、すべての点について満足な成果を得たことはなかったと述べている<sup>(26)</sup>。

そして、準備草案の見解に従った第一草案理由書 (Motive) も、「草案は定義を規定せず、所有者に帰属する権利の重要な内容を規定する<sup>(27)</sup>。」とした。

このように、立法者は所有権定義を規定しなかったけれども、所有権概念が無用であると考えていなかったことは明らかである。

### 3) 通説の所有権概念

通説は、立法者の見解をもとに、所有権を以下のように定義している。すなわち、所有権は法秩序が許容する、物の包括的な権利であると。今日最も多用されるこの定式は、ヴォルフ（Martin Wollf）によるものである<sup>(28)</sup>。

すでに述べたように、通説の所有権概念の基礎は19世紀パンデクテン法学である<sup>(29)</sup>。当時問題となったのは、現実にも様々な制限を受けている所有権を、包括的な支配権と定義するのは矛盾ではないかという点であった<sup>(30)</sup>。

これに対して最終的な解決をはかり、古典的な定義を定立したのはヴィントシャイト（Windscheid）であった。彼は、所有権を完全に定義するには「それ自体」（an sich）という範疇を取り入れなければならないとし、「所有権とは、それ自体としては、権利者の意思を物のあらゆる関係について決定的たらしめる権利である」と定義した<sup>(31)</sup>。

そして、「所有権はそれ自体としては無制約（schrankenlos）であるが、制限を受ける<sup>(32)</sup>。」と述べたうえで、「無制約」に短い註をつけ、「それは制限の否定である<sup>(33)</sup>。」とした。

クレッシェルは、「所有権の制限可能性を所有権概念の中に取りこむことを可能にしたのは、明らかにこの所有権概念の形式的性格であり、所有権の内容をなす具体的な支配権能と切り離されていたことである<sup>(34)</sup>。」と述べている。

こうして、「所有権は無制約だが制限を受ける」という矛盾が理論上は解決され、パンデクテン法学の所有権概念が通説となった。

通説の所有権概念は、クレッシェルが指摘するように、形式的かつ抽象的なものである。その結果、通説による所有権の性質についての叙述は、具体的な内容を示すという積極的なものではなく、消極的な形で表される



ことになる。先に引用したヴィントシャイトの「それは制限の否定である。」という表現ほど、このことを象徴的に示すものはないと言われている<sup>(35)</sup>。

#### 4) 概念と内容の区別

ドイツ民法典上の所有権概念の特徴として形式性、抽象性があげられるが、「概念」と「内容」の厳格な区別もまた重要である。すでに述べたように、立法者は、ドイツ民法第903条第1文を「内容」規定とし、通説もこれに従っている。

所有権概念とその内容との区別は、所有権概念を定立するためには必ずしも必要な考え方ではない。立法者および通説があえて採用した考えである。したがってこの区別に反対する学説も主張されているように、この区別それ自体が学説における所有権概念の対立の一因となりうる<sup>(36)</sup>。

それでは、通説にとって、所有権の概念と内容とを区別することはいかなる意義を持っているのであろうか。通説によれば、所有権の概念と内容とを区別することにより、パンデクテン法学上の所有権概念を今日まで維持することが可能となり、その結果、所有権は今日でもなお物権法体系の中核的概念としての機能を果たしている、とされる。その理由は、民法典施行から現在に至るまで所有権を制限する広範な立法等が行われてきたため、今日の所有権は、施行当初からすると大幅に変化していることは否定できない。しかしながら、その変化はあくまでも所有権の内容すなわち所有者が有する具体的権限について生じているにすぎず、所有権概念それ自体は何ら影響を受けていないとし、たとえ所有権が広範な制限に服するとしても、所有権概念自体は変化せず、所有者はなお物に対する包括的な支配権者であり続けている、というのである<sup>(37)</sup>。

所有権概念の議論は、一言でいえば、このような法律による所有権制限の増大を所有権概念にどのように位置づけるべきかをめぐる対立であり、この点は19世紀から今日まで変わらない。

### 5) 主観的権利としての所有権

19世紀末に主観的権利 (subjektives Recht) の性質について活発な議論が行われ、主観的権利は「法秩序によって与えられた、人の利益を満足させるのに役立つ力 (Macht) <sup>(38)</sup>」であるという理解が確立された。

この見解は、今日なお通説であるが、その理由として、私的自治の原理に基づき、個人の自立のために諸権利が与えられるという基本法の立場に合致することが指摘されている <sup>(39)</sup>。

通説は、所有権もこのような主観的権利の一つと位置付けるけれども、通説と異なる所有権概念を主張する学説は、所有権を主観的権利としてのみ捉えてはならず、所有権の義務性を強調する。したがって、所有権概念論争は、所有権の主観的権利性をめぐる争いでもある。

(12) 原文は、§ 90 BGB. Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. であるが、柚木馨・高木多喜男『現代外國法典叢書 (1) 獨逸民法 [1] 民法總則 [復刻版]』(有斐閣 1988年) 128頁は、körperliche Gegenstände を有体物ではなく、「有体的目的」と訳している。本稿は「有体物」と訳した。

(13) Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 5. neubearbeitete Auflage (1992), S. 431f.

(14) Reinhold Johow, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB. [Abgedruckt bei Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, 1. Band. (1982)] S. 614

(15) Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, [Nachdruck 2001] S. 98f.

(16) Jochen Lehmann, Sachherrschaft und Sozialbindung? (2004), S. 27.

(17) Hans Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. (1994) S. 104.

(18) オーストリア一般法典の規定は以下の通りである (Lehmann, a.a.O. S. 27. [前掲註 (16)]).

§ 353 所有権が意味することは、有体物か無体物かを問わずすべて物が人に帰属するということである。

§ 354 所有権は、権利とみなされ、物の実質および利用を任意に支配し、他者を排除することのできる権限である。

(19) Otto von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, [Nachdruck 1997] S. 47.

(20) レーマン (Lehmann) は、物権法を物支配に関するものと捉えたことは「われ

- われの法体系が犯した最も大きな誤りの一つ」とするヘーデマン (Hedemann) の批判を紹介する (Lehmann, a.a.O. S. 28. [前掲註 (16)])。
- (21) Johow, a.a.O. S. 614. [前掲註 (14)]
- (22) Johow, a.a.O. S. 615. [前掲註 (14)]
- (23) 本条文の翻訳は、大場浩之・鳥山泰志・水津太郎・根本尚徳 [訳] 『ヴォルフ / ヴェレンホーフアー ドイツ物権法』(成文堂 2016 年) 609 頁に従った。
- (24) Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch3. Sachenrecht. (1898) [Nachdruck 1997] § 903 S. 57. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht. §§ 903-924. (2016) [§ 903 BGB, Rdn. 6. (Althammer)] S. 25. Münchener Kommentar, a.a.O. [§ 903, Rdn. 4. (Säcker)] S. 628. [前掲註 (1)]
- (25) Johow, a.a.O. S. 639. [前掲註 (14)]
- (26) ハインリヒ・デルンブルヒ著 [福島義一・中村進午・山口弘一訳] 『独逸民法論 第二巻 物権』(1898 年 東京専門学校出版部) [信山社 1998 年復刻版] 110 頁。
- (27) Motive, [Abgedruckt bei Benno Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band.3. (1979)] S. 145.
- (28) Wolff-Raiser, a.a.O. S. 173f. [前掲註 (1)]
- (29) クレッシェル・前掲註 (2) 274 頁以下、甲斐道太郎ほか・前掲註 (7) 117 頁以下 [田山輝明執筆]。
- (30) クレッシェル・前掲註 (2) 275 頁以下、デルンブルヒ・前掲註 (26) 110 頁。
- (31) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 8. Auflage (1900), § 167, S. 757. Fn.5.
- (32) Windscheid, a.a.O. § 167, S. 757. [前掲註 (31)]
- (33) Windscheid, a.a.O. § 167, S. 757. Fn.3 [前掲註 (31)]
- (34) クレッシェル・前掲註 (2) 276 頁以下。
- (35) Lehmann, a.a.O. S. 49. [前掲註 (16)]
- (36) Lehmann, a.a.O. S. 35. [前掲註 (16)]
- (37) Lehmann, a.a.O. S. 35. [前掲註 (16)]
- (38) Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Erster Halbband (1952), § 72, S. 273f.
- (39) Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht. §§ 854-882. (2012) (Seiler) § 854 Einleitung zu §§ 854ff., Rdn.18 S. 13.

### 三 所有権概念に関する 20 世紀の諸学説

#### [1] 「単なる排他的権利」としての所有権

##### 1) シュロスマン

これから、通説に反対し、新たな所有権概念を定立した学説の検討に移りたい。最初にドイツ民法典施行後から 1910 年代にかけての学説を検討する。

そこで注目されるべきは、シュロスマン (Schloßmann) の見解である。彼は、民法典施行直後に単なる排他的権利としての所有権を主張した。すなわち、ドイツ民法第 903 条第 1 文が所有権概念を定めると捉えたうえで、批判を展開する。すなわち、物支配は制限を受け、また第三者の制限物権にも劣後するから、支配の無制限性は実際に存在しておらず、無制限な支配を所有権概念のメルクマールとすることは不可能である。結局のところ所有権の本質は排他性にあるとして、所有権を単なる排他的権利とした<sup>(40)</sup>。

シュロスマンの見解に対しては、その理論からは何が排他的権利なのか明らかでなく、それは物支配の権利であり、結局のところ、彼が考えたように物支配を排除することはできないであろうと批判される<sup>(41)</sup>。

##### 2) シュミット-リンブラー

###### i) 定義

上記のシュロスマンの見解をさらに発展させたのはシュミット-リンブラー (Walter Schmidt-Rimpler) である。彼は所有権を以下のように定義する。すなわち、

「所有権は内容的に消極的に規定された、順位において同一の物に考  
え得るすべての権利に劣後する排他的な権利である。それと並んで、

制限物権は内容的に積極的に規定された、順位においてその物について考え得る他の権利に優先する排他的な権利として問題となり得る<sup>(42)</sup>。」

この定義は、所有権を排他的権利とする点でシュロスマンと共通するが、さらに所有権が制限物権に劣後することを指摘することによって、制限物権によって所有権内容を明らかにしようと試みる点に特徴がみられる<sup>(43)</sup>。

#### ii) 最上位としての所有権

彼は、「無制限な支配が現実には制限されている」という批判をかわすため、所有権が順位において制限物権に劣後するという点を定義に持ち込んだ。しかし、所有権が順位において劣後するといっても、物に関して認められる権利関係の基準のもとでは、所有権は最上位のカテゴリー (eine oberste Unterart) であるとし、所有権の優越的地位を認める<sup>(44)</sup>。

#### iii) 制限物権による所有権内容の決定

シュミット-リンプラーは所有権の内容を明確にしようと試みるが、その方法として制限物権によって内容を決定することを模索する。すなわち、所有権は内容的に消極的にのみ規定されるにすぎないが、制限物権は内容的に積極的に規定されるため、少なくとも制限物権の内容は明白であるという点に注目する。

すなわち、所有権は内容的に消極的なものであり、所有権の内容を概念上確定することはできないが、制限物権——その内容は法律上確定されており、したがって積極的である——によってその内容が示されている。すなわち、所有権は制限物権を除いた残存物として内容を決定することができるという<sup>(45)</sup>。

### 3) シュミット-リンプラー説への批判

第一の批判は、シュミット-リンプラーは、所有権を内容的に消極なものであると捉えるが、他方で所有権が物に対する可能な「権利の全体性 (Allheit)」を有することを前提としている。この全体性は包括的支配権に対応する積極的なものに外ならず、消極的な所有権という捉え方とは矛盾する<sup>(46)</sup>。

第二の批判は、所有権が制限物権に劣後するという理解についてである。制限物権により所有権の内容が大幅に制限されることはあるけれども、その劣後は一時的に認められるに過ぎない。彼のいう劣後性は、所有権が制限物権の消滅により再び元に戻ること（いわゆる弾力性）を考慮していない。また、そもそも制限物権は所有権に依存しており、このことはやはり所有権が包括的支配権であることを前提とするものである。以上から、所有権の劣後性は概念のメルクマールとしては不適當である、というものである<sup>(47)</sup>。

以上のような批判を受けて、単なる排他的権利説は過去の学説となっている。

## [2] 内容で示された所有権概念（バウアー）

### 1) 内容による所有権概念の定義

第二次世界大戦後の学説の検討に移る。まず取り上げるのは、フリッツ・バウアー (Fritz Baur) の見解である。彼の主張の要点は、所有権概念とその内容とを区別せず、ドイツ民法第 903 条第 1 文は所有権概念を定めると考える点にある。

バウアーは、権利の概念とその内容とは区別できないという。すなわち、通説の所有権理論は、所有権概念と内容の区別を前提に、所有権概念を絶対的なものとする一方で、同時に所有権の内容によって所有者に実際の権限を与える試みであるけれども、所有権を包括的支配権と定義したことにより、所有権を内容のない空疎なものにしてしまったという<sup>(48)</sup>。さら

に、包括的支配という用語は、所有者の優位を主張するプロパガンダに利用される危険性すら生じさせる、と厳しく批判する<sup>(49)</sup>。

そこでパウアーは、「内容で示された所有権概念<sup>(50)</sup>」を提示する。すなわち、ドイツ民法第 903 条は、所有者が、物を任意に使用するという積極的な権限と他人の介入を排除するという消極的な権限とを有する、と規定することによって所有権概念を「間接的に」定義している<sup>(51)</sup>。したがって「所有権は物について包括的に利用する権利 (umfaßendes Nutzungs- und Verwertungsrecht) である<sup>(52)</sup>。」と定義されるという。

## 2) 社会的拘束

次に、パウアーが、所有権に加えられている様々な制限により所有権概念が変化しているのか、とりわけ基本法からの要請である社会的拘束 (Sozialbindung) についてどのように考えているのか、見てみよう。

パウアーによれば、主観的権利一般がそうであるように、所有権も社会的拘束から免れることはできない。所有権の社会的拘束は様々な要素を含むが、第一は現実の状況から生じる拘束であり、第二は公共の要請を顧慮して生じる拘束である。両者は同時に生じることがあり、その適例は、ドイツ民法第 906 条の Nachbarrecht の規定である、という<sup>(53)</sup>。

そしてこのような社会的拘束によって所有権概念が変化するののかに関して、それは所有者が負う社会的拘束の変化であるとは言えるけれども、所有権理解の変化とまでは言えないという<sup>(54)</sup>。

以上から、パウアーにとって、社会的拘束はあくまでドイツ民法第 903 条にいう所有権の制限の一つにすぎず、所有権概念を構成する要素とは位置付けられていない。その結果、所有権の制限が大幅に増加しても、そのことは所有権概念に何ら影響を与えないという結論になる。社会的拘束と所有権概念との関係については、パウアーも通説の理解と同じである。

## 3) 「内容で示された所有権概念」に対する批判

i) パウアーに対する批判として挙げられるのは、ドイツ民法典が統一

的な所有権概念を前提として構築した物権法秩序を脅かすことになるという批判である。

ドイツ民法典は——立法こそしなかったが——統一的な所有権概念の存在を前提として物権法秩序を構築した。ドイツ民法典は所有者に重要な保護を与えているが（ドイツ民法第1004条、985条、823条1項参照）、これは所有者に等しく認められるべきである。

これに対し、パウアーによる試みは、統一的な所有権概念そのものを否定し、内容の違いによる複数の所有権概念を承認する方向に進むであろう。そうすると、その結果生じた所有権の違いによって所有者の保護が異なるようなことになりかねない。このような帰結は、物権法秩序の重要な基礎を脅かすものであり、法的安定性にとって望ましいとはいえない<sup>(55)</sup>。

ii) 第二の批判は、内容による所有権概念の定立が困難であり、理論上も問題であるという批判である。

内容によって所有権概念を定立するためには、所有者に帰属する個々の権限が数え上げられ、そこから所有権概念を導くことになろう（いわゆる列挙主義）。しかし、この場合、制限物権をどのように扱うべきかという困難な問題が生じる。制限物権は、本来所有者に帰属する権限が他人に付与されるものである。そこで、列挙主義によれば、所有権概念にとって不可欠であり、付与できない権限（所有権の本質的権限）と、そうでない権限とを確定しなければならないことになる。そのため、ある権限が付与できない本質的権限とされたとすると、その権限を内容とする制限物権を設定した所有者はもはや所有者とはいえないことになろう。このような帰結は、今日の物権法秩序からは受け入れがたいであろう<sup>(56)</sup>。

iii) 第三の批判は、所有権についての制限について評価である。

パウアーは、所有権への制限が増大しても、所有権概念自体は影響を受けないとしている。しかし、内容によって定義される所有権概念にあっては、大幅な制限の影響によりその内容が変化すると理解するのが素直であろう。それにもかかわらず、概念自体に影響がないと言い切ることは説得力に欠けるように思われる。



iv) 以上の検討から明らかなように、内容によって所有権概念を定立することは適切でないといえるであろう。

### [3] 権利関係としての所有権

#### 1) 義務を含む所有権概念

##### i) 基本的な考え方

権利関係といえば、一般に債権者と債務者との関係を規律する債権が中心となり、人と物との関係を規律する物権法にはなじまないように思われるが、その基本的な発想は、次のラレンツ (K. Larenz) の説明から読み取れよう。すなわち、

「人が特定の物についての所有者であるのは、他人 (可能性としてすべての人) との社会的関係においてのみである。ロビンソン・クルーソーは、無人島にいる限り、所有者ではない (彼に所有権は必要ない)。なぜなら、その物の使用について彼と争うことができる人は誰もいないからである。二人目の人が現れてはじめて、その物の使用について争いが生じ得るといえよう。……・所有者と他の者との権利関係としての所有権の本質は、所有者にすべての他者との関係で特定の物の排他的使用を認めるという点にある<sup>(57)</sup>。」

##### ii) 権利関係説の概要

これまでの学説は所有権をもっぱら主観的権利として理解するものであったが、これに対して、義務を取り込み、しかも主観的権利と義務とを同一視する新たな所有権概念が提唱された。その一つが、権利関係 (Rechtsverhältnis) として所有権を捉える立場である<sup>(58)</sup>。いわゆる権利関係説である。

権利関係説は、所有者に課される義務をも取り込んで所有権概念を構成すべきことを提唱する。義務を取り込む点で、通説とまったく異なる視点

に立つものである。

権利関係説は、通説に対し、次のように批判する。通説は主観的権利を私法体系の基礎に置き、所有者の支配権限のみを所有権の本質と理解するが、通説のような一面的な把握ではもはや所有権の本質を十分に理解することができないという<sup>(59)</sup>。

所有権概念には義務を取り込む必要があり、義務を取り込んだ所有権はもはや概念上も無制限ではなく、最初から制限されている。その結果、通説のいう包括的な支配権という所有権概念は放棄されるべきである、と主張する<sup>(60)</sup>。

### iii) 所有者の義務の位置づけ

ただ、義務を所有権に取り込むといっても、どの次元で取り込むべきかは必ずしも明白でない。二つの可能性が考えられる。一つは、所有権の内容として義務を取り込むと理解することが考えられる。しかしこの考えは、通説の理解と変わらない。通説においても所有権の内容として支配権限が制限され、所有者が義務を負い得ることは承認されているからである。この考えに立てば、新たな所有権概念を定立する意味はないことになる<sup>(61)</sup>。

そこで、権利関係説は、もう一つの可能性を追求する。すなわち、所有者の義務を所有権概念の構成要素にまで引き上げ、さらに主観的権利と義務とが併存することを承認する。これによって新たな所有権概念を定立しようとする<sup>(62)</sup>。

所有権概念に義務を取り込んだ場合、さらに問題となるのは、主観的権利と義務とに対等な地位を認めるべきか、あるいは一歩進めて主観的権利を否定する方向に進むべきかである。この点は支持者の中でも対立する<sup>(63)</sup>。

## 2) 学説史

レーマンによれば、この学説の先駆者は19世紀のイエリング（Rudolf v.

Jehring) とギールケ (Otto v. Gierke) である。彼らは、所有権を権利関係として捉えるべきことを明確に主張したわけではないが、とりわけ所有権において権利と義務を結合するギールケの主張が所有権の権利関係説の背後にあるとされている<sup>(64)</sup>。

1930年代に、プロマイアー (Karl Blomeyer) が所有権の権利関係説を展開した。その理論は、民族共同体論から出発して個々人の義務を強調する国家社会主義の世界観に適合するものであったが、私法体系の基礎としての主観的権利を廃棄することに反対し、自由主義的法学を擁護したとも評価されている<sup>(65)</sup>。

戦後になって1960年代、ルードヴィヒ・ライザー (Ludwig Raiser) は、主観的権利は私法における中心的な体系の基礎となる概念ではないという考えを新たに提唱した。彼は、法秩序は個人の主観的権利を超えた地位と権利関係を保障しており、個人はむしろ個人を超えた秩序に組み込まれ、その構成員としての地位を得る。そして、彼は、所有権を最も高度で複雑な法的地位と特徴づけ、所有権は最も包括的な物利用のために所有者のあらゆる権限の他に義務をも含む、と主張した<sup>(66)</sup>。

上述したように、ラレンツも、権利関係を権利と義務の総体であるとし、所有権にも義務が結びつき得ると主張した<sup>(67)</sup>。

1970年代以降、権利関係説は力強い進展を見る<sup>(68)</sup>。

### 3) ゾンティスの見解

1970年代に権利関係説は、ゾンティス (Johannes Sontis) とゲオルギアデス (Apostolos Georgiades) により有力な学説へと発展した。次に、この二人の見解を検討する。

最初はゾンティスである。彼は、主観的権利は私法秩序の中心的概念あるけれども、今日ではもはや不十分であり、「権利関係」を中心概念とすべきであるとして、その理由を以下のように述べる。

「今日では所有者が義務を負うことが広く認められている。とくに

基本法第14条第2項（「所有権は義務を伴う。」）によって課された社会的拘束は所有者の行為義務を含んでおり、民法典およびその他の立法も同様の義務を認めている。しかし、主観的権利概念は義務になじまないから、主観的権利だけでは所有者の義務内容を十分に明らかにすることができない。また権限の制限が所有権に内在している、といういわゆる内在理論（Immanenztheorie）もドイツ民法第903条の文言からするとその適用の余地がない。

このような困難を回避する方法は、所有権を権利関係として構成することである。主観的権利としての性格はもはや上位概念ではなく、所有権関係の下位概念と位置づけられるべきである<sup>(69)</sup>。

ゾンティスの特徴は、第一に、基本法第14条2項の社会的拘束を根拠に義務を私法上の所有権概念に取り込もうとする点である。第二に、その結果、所有権概念に併存する主観的権利と義務の関係については、所有権の主観的権利性を否定しないまでも下位概念に引き下げ、権利と義務を同一の地位のもと捉える点である。

#### 4) ゲオルギアデスの見解

次にゲオルギアデスを取り上げる。彼の主張は、所有権の実態が変化しているから、それに応じて所有権概念も変化すべきというものであり<sup>(70)</sup>、通説の所有権概念に対し、以下のような問題点を指摘する。

①通説の所有権概念は、形式的抽象的であり内容が空疎であるから、所有権が実際は経済的および社会的に変化しているにもかかわらず、概念上は不変であるという奇妙なことになっているという点<sup>(71)</sup>。

②公法による制限が所有権に内在するのかが否かが問題となるが、通説の所有権概念では公法による所有権制限をどう位置付けるべきか明かでないという点<sup>(72)</sup>。

③通説の所有権概念は一面的であって、今日の多様な——公法的、農業的、工業的な——所有形態や現象に対応できないという点<sup>(73)</sup>。

こうした点を批判し、通説の所有権概念に代わる、現代の状況に対応した新しい所有権概念が定立されるべきであるという。

そして、所有権秩序では自由と義務の衝突が生じ、新しい所有権概念は個人の利益と公共の要請とを比較考量した内容のものでなければならない。その際、出発点とすべきは、基本法第 14 条第 1 項および同条第 2 項であるとする<sup>(74)</sup>。ゲオルギアデスは、同条第 2 項は単なるプログラム規定ではなく、私人間にも直接適用されると理解し、所有権に義務を取り込むことは基本法からも要請されているという<sup>(75)</sup>。

以上から、所有権は、主観的権利だけでなく、法的義務をもそれ自体に含んでいると捉えるのが実情に合致する、という結論を導く<sup>(76)</sup>。

そして、義務を含むことによって所有権概念は、以下のように変化するという。すなわち、私法ドグマが当面する課題は、所有者に、行為義務を課する法律上の条件と主観的権利概念とを帰属させることである。一般に右の条件（すなわち行為義務）と主観的権利概念とは両立しないけれども、所有権を権利関係として理解するならば、所有者の地位が負う義務内容を所有権に包含させることが可能となる、と<sup>(77)</sup>。

## 5) 権利関係説への批判

### i) 基本法上の社会的拘束による根拠づけ

これまでは権利関係説を概観してきた。ここからは、権利関係説に対する批判の検討に移る。

権利関係説の特徴として第一に挙げられるべきは、権利関係説は権利関係という概念の下で、私法上の所有権概念を基本法第 14 条第 2 項のいわゆる社会的拘束に適合させようとする点である。そこで、まずこの点についての問題点を検討する。

権利関係説は、所有権の社会的拘束を認める基本法第 14 条 2 項にその根拠を求める。同条同項から所有者が負う義務を直接引き出すことができれば、これは所有者の義務を所有権の構成要素とする権利関係説にとってはまことに都合がよいといえる。

しかし、私権と基本法上の権利は範疇が異なるにもかかわらず、ゲオルギアデスのように基本法第14条第2項が私人間へ直接適用されるべきであるとして基本法上の社会的拘束から私法上の帰結を直接導く点は批判されよう。すなわち、ここで指摘するまでもなく、憲法の通説は「第三者効」説であり、私法は個人の相互関係を具他的に規律するのに対し、基本法上の権利は個人の関係を私法の一般条項等によって間接的に規制するに過ぎないとされるからである<sup>(78)</sup>。直接適用という少数説に依拠して基本法上の社会的拘束から私法上の効果を直接導くことは適切とはいえない。この点についての権利関係説の主張には無理があるように思われる<sup>(79)</sup>。

次に、仮に権利関係説が主張するように基本法第14条2項が私法関係に直接適用され得るとした場合、今度は同条同項のいう公共の義務の内容が不明確であるという問題が生じるであろう。すなわち、その義務内容が何かについて基本法は何も語っておらず、不明確であることは否定できない。結局、裁判官は所有者の負うべき義務を事件ごとに自由裁量に基づいて決めざるを得ないであろう。その結果として、判決により予期しなかった所有権内容が形成されてしまい、所有者の権利が侵害される懸念が生じよう<sup>(80)</sup>。

## ii) 権利と義務の対等性

権利関係説への最も強い批判は、主観的権利と義務とを対等なものとして位置付ける点についてである。以下、この点を検討する。

権利関係説は、権利と義務が所有権の権利関係から直接引き出されるとし、権利と義務を対等なものとして位置付けるが、これはドイツ民法典物権法の基本構造と一致しない。

ドイツ民法典物権法は、主観的権利を基礎として構築されている。このことは物権法の構成を見ても明らかである。すなわち、第3編第1章に「占有権」が置かれ、同第2章に「土地を目的とする物権に関する規定」が置かれ、以下に各物権が置かれている。規定される内容は、物権の内容、移転、負担および消滅である。

しかし、所有者の義務に主観的権利と対等の地位を認めることは、主観的権利が体系上中心的意義を有することを否定することになりかねず、主観的権利を基礎とするドイツ民法典物権法から逸脱することを意味しよう。このような結果をもたらす所有権概念を定立することは疑問であるといわざるを得ない<sup>(81)</sup>。

この点に関し、アイヒラー（Hermann Eichler）も、所有者の義務をすべて物権法の領域に包含することは、物権法秩序の全体像を見失わせることになる、と警鐘を鳴らす<sup>(82)</sup>。

さらに、ゲオルギアデスによって提唱された、「私法と公法の厳格な区別の漸次的な克服<sup>(83)</sup>」という主張は大きな問題を含んでいる。なぜなら、これは権利と義務の同等性を否定し、義務の優位性を認める試みであり、いわば私法の公法化を図るものだからである。そもそも私法は個人の利益に基づいて行動する可能性を個人に提供するが、これを可能とするのは主観的権利の体系である。主観的権利は個人の権利関係を自ら決定するという私的自治の原理の基礎に外ならない。したがって、主観的権利体系を否定する試みは、このような私法の意義を否定する危険性をはらんでいる<sup>(84)</sup>。

### iii) 所有者の危険責任

権利関係説によれば所有者の地位にある者は当然に所有物について危険責任を負うことになるが、これはドイツ民法典の考え方と一致しないと批判される。例えば「所有権による請求」という表題のもとに置かれたドイツ民法第 1004 条第 1 項は、所有者に妨害排除請求権を認めるが、妨害しない義務を課しているわけではない。もし同条同項を所有者に妨害しない義務をも課していると理解すべきならば、同条同項は「所有権の内容」という表題のもとに置かれたはずである。この点からも、権利関係説は主観的権利説を前提としたドイツ民法典になじまないことは明白である<sup>(85)</sup>。

### iv) 所有権の不明確性

権利関係としての所有権は、通説の所有権概念に比べて、明確な所有権

概念を形成することが困難にならざるを得ないという問題を抱える。なぜなら、所有権概念に取り込まれる義務は広範なものであるからである。義務の具体的内容を定義に持ち込むならば、多様な内容の所有権概念となり、きわめて不明確にならざるを得ないであろう。これを回避するためには高度な抽象化が不可欠であるが、これは権利関係説が通説に対して主張した批判でもある。権利関係説は、義務を内容とした明確な所有権概念を未だ提示できないでいる<sup>(86)</sup>。

#### [4] 包括的帰属としての所有権

##### 1) 学説史

次に、所有権を物の人への包括的帰属と理解する見解を取り上げる。これに近い考えはすでに19世紀から主張されていた<sup>(87)</sup>。ドイツ民法典施行後最初にこの見解を提唱したのはヴェスターマン (Harry Westermann) である。彼は、以下のように述べる。

「ドイツ民法第903条は、所有権の定義を含まず、所有者の有する積極的権限と消極的権限とを典型的に記述するにすぎない。……所有者の有する積極的権限と消極的権限をともに生じさせるのは、人への物の包括的帰属 (die umfassende Zuordnung der Sache) である。それは財産だけでなく、義務の割り当ても含む<sup>(88)</sup>。」

これに続いたマンフレート・ヴォルフ (Manfred Wolf) も、所有権を「物に対する包括的で絶対的な帰属権<sup>(89)</sup>」と定義した。

##### 2) 帰属説の考え方

ヴェスターマンは、通説に対し、物の直接支配性と、排他性による絶対的保護という点からは物権制度を十分に説明できないと批判し、これらむしろ財産帰属の結果にすぎないとする<sup>(90)</sup>。財産帰属の範囲は帰属され



る権利の種類によって規定され、所有権の場合は、対象となる物によって規定される。さらに物の包括的帰属と同時に、所有者には法共同体に対する責任が割り当てられる、という<sup>(91)</sup>。

この見解の特徴として、第一に挙げることができるのは、帰属の対象を物だけでなく債権にも広げ、財産権全体を新たに秩序付けようとする点である。主唱者のヴェスターマンが拠り所としたのはヴィアッカー (Franz Wieacker) であるが、ヴィアッカー自身は新たな所有権概念の定立を模索したわけではなく、財産法の新しい秩序付けとりわけ債権と物権の対立の克服を図ったに過ぎなかった。そしてその起源はオットー・フォン・ギールケにまで遡ると指摘されている<sup>(92)</sup>。

この見解の第二の特徴は、権利関係説と同様に、所有者の義務そのものを所有権概念に取り込む点である。

### 3) 帰属説への批判

#### i) 概念の不明確さ

帰属を物権の基礎とする学説に対しては、第一に帰属概念の不明確さが批判されている。

ザイラー (Seiler) は、帰属概念の不明確さについて消費貸借契約を例に指摘する。すなわち、金銭消費貸借契約による金銭返還請求権を担保するため抵当権を設定した債権者は、抵当目的物を差し押さえてこれを換価することができる。この場合を、帰属という観点からは様々に言うことができよう。消費貸借という言葉の通常の意味からは、債権者に帰属しているのは金銭返還請求権ということになろうが、抵当目的物が帰属しているとも言えるから、この点は不明確である、という<sup>(93)</sup>。この批判は、帰属説はすべての財産が帰属するというのであるから、物権と債権の区別が曖昧になることを指摘するものである。

さらに、包括的帰属という点からは、所有権と制限物権の区別も曖昧である。ヴェスターマンは、所有権を包括的帰属とし、制限物権を個々の権能についての帰属として区別するが<sup>(94)</sup>、制限物権も物の利用という観点か

らは包括的帰属ということができ、帰属という点だけでは区別はできないであろう。すでにヴェスターマンの説明でも、所有権と制限物権の内容があらかじめ決められていることは注目される。やはり両者の区別は物支配という要素を基準とせざるを得ないのではないか<sup>(95)</sup>。

以上から明らかのように、以上の帰属説についての批判は、帰属の対象の確定が曖昧であるという指摘である。すなわち、物権が帰属するという場合「いかなる権利」が帰属するのが問題となる。ところが帰属説は、権利者に帰属する結果（効果）として所有権などが認められるというだけで、いったい「いかなる権利」が帰属するのかについては語っておらず、帰属する権利の区別の基準が不明確である。この点から帰属説に対しては疑念が生じる。

## ii) 帰属概念自体の問題性

さらに、所有者の権利は所有権の帰属の結果である、という発想自体に疑問が提起されている。実際には帰属説の発想とは反対ではないかと批判される。すなわち、対象が所有者に帰属するのは、所有者がこれを包括的に使用しかつ他者を排除して良いからであって、その逆ではないというのである<sup>(96)</sup>。

帰属説においてもやはり物支配が帰属の中心にあることは否定できないのではないか。それにもかかわらず、帰属説は、中心となるべき物支配を背後に追いやり、帰属という外面的帰結だけを拠り所とするものである。このようなアプローチは説得的とはいえない<sup>(97)</sup>。

## iii) 権利と義務の対等

ヴェスターマンによれば、所有者は所有権の帰属により、同時に共同体(Gemeinschaft)に対する責任を負う、とされる<sup>(98)</sup>。

この点は、前述の権利関係説でも問題であった。権利と義務を同等のものと位置づけて、共同体に対して所有者が負う義務を私法に持ち込むことは、私法の公法化を招きかねず、私的自治の基礎となる主観的権利の意義

を否定することになり、自由を基調とする私法秩序に対する脅威となろう<sup>(99)</sup>。

なお、マンフレート・ヴォルフは、右の批判を受け入れたためか、所有者に義務が帰属することには言及していない<sup>(100)</sup>。

以上から、帰属としての所有権概念は、通説にとって代わるべきものとはいえないであろう。

### [5] まとめ——新しい所有権概念に対する疑問

これまで、所有権概念について、通説を批判する主要な見解を概観した。所有権を包括的支配権と理解する通説に対して、批判説は、所有権が公法を始めとする法律による大幅な制限を受けている現状を適切に反映し得ていないと批判し、新たな所有権概念を提唱する。このうち現在も有力な学説は、「権利関係説」(前述 [3] 参照) および「帰属説」(前述 [4] 参照) である。これらの学説は、さらに基本法第 14 条 2 項の「所有権の社会的拘束」を所有権概念自体に取り込む意図を持っていた。

検討の結果、権利関係説と帰属説には問題があることが明らかにされたと思われる。これらの学説は、所有権概念に義務など広範な内容を取り込み、物権と債権の区別や私法と公法の区別を克服しようと努力するが、その結果、明確な所有権概念を提示できなかった。

さらに義務を所有権概念に取り込む点も問題である。すなわち、これらの学説は主観的権利が物権法体系および私的自治の基礎であるという意義を弱体化しあるいは否定して、私法体系を崩壊させる危険性をはらんでいる。

したがって、新しい所有権概念は重要な問題を抱えており、これらを支持することは躊躇されよう。

(40) Lehmann, a.a.O. S. 51ff. [前掲註 (16)]

(41) Lehmann, a.a.O. S. 55f. [前掲註 (16)]

- (42) Walter Schmidt-Rimpler, Die Eigentümerdienbarkeit. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Konfusion dinglicher Rechte, nebst einem Exkurs über die Erbenhaftung im B. G. B. (1911) S. 35.
- (43) Lehmann, a.a.O. S. 57. [前掲註 (16)]
- (44) Schmidt-Rimpler, a.a.O. S. 25. [前掲註 (42)]
- (45) Schmidt-Rimpler, a.a.O. S. 34f. [前掲註 (42)]
- (46) Lehmann, a.a.O. S. 60. [前掲註 (16)]
- (47) Lehmann, a.a.O. S. 60f. [前掲註 (16)]
- (48) Fritz Baur, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht. AcP 176 (1976) S. 116.
- (49) Baur, a.a.O. S. 116. [前掲註 (48)]
- (50) Baur, a.a.O. S. 117. [前掲註 (48)]
- (51) Baur, a.a.O. § 24I, S. 211. [前掲註 (1)]
- (52) Baur, a.a.O. S. 117. [前掲註 (48)]
- (53) Baur, a.a.O. S. 118. [前掲註 (48)]
- (54) Baur, a.a.O. S. 118. [前掲註 (48)]
- (55) Lehmann, a.a.O. S. 42. [前掲註 (16)]
- (56) Lehmann, a.a.O. S. 43. [前掲註 (16)]
- (57) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 7. Auflage (1989), § 12, I, S. 195f.
- (58) Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Erster Halbband (1952), § 71, I, 3, S. 271f. Larenz, a.a.O. § 12, I, S. 194ff. [前掲註 (57)]
- (59) Johannes Sontis, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag. (1973) S. 997f.
- (60) Lehmann, a.a.O. S. 68. [前掲註 (16)]
- (61) Sontis, a.a.O. S. 992. [前掲註 (59)]
- (62) Lehmann, a.a.O. S. 67. [前掲註 (16)]
- (63) Lehmann, a.a.O. S. 67f. [前掲註 (16)]
- (64) Lehmann, a.a.O. S. 64f. [前掲註 (16)]
- (65) Lehmann, a.a.O. S. 65f. [前掲註 (16)]
- (66) Lehmann, a.a.O. S. 66. [前掲註 (16)]
- (67) Larenz, a.a.O. § 12, I, S. 196, und S. 199. [前掲註 (57)]
- (68) Lehmann, a.a.O. S. 66f. [前掲註 (16)]
- (69) Sontis, a.a.O. S. 997f. [前掲註 (59)]
- (70) Apostolos Georgiades, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis, in: Festgabe für Johannes Sontis (1977), S. 149ff.
- (71) Georgiades, a.a.O. S. 151ff. [前掲註 (70)]
- (72) Georgiades, a.a.O. S. 153. [前掲註 (70)]
- (73) Georgiades, a.a.O. S. 154. [前掲註 (70)]
- (74) Georgiades, a.a.O. S. 156f. [前掲註 (70)]

- (75) Georgiades, a.a.O. S. 158f. [前掲註 (70)]
- (76) Georgiades, a.a.O. S. 162. [前掲註 (70)]
- (77) Georgiades, a.a.O. S. 162f. [前掲註 (70)]
- (78) ポートピエロート／ベルント・シュリンク／トルステン・キングレーン／ラルフ・ポッシャー [永田秀樹・倉田原志・丸山敦裕訳]『現代ドイツ基本権 (第 2 版)』(法律文化社 2019 年) 67 頁。
- (79) Lehmann, a.a.O. S. 70ff. [前掲註 (16)]
- (80) Lehmann, a.a.O. S. 74ff. [前掲註 (16)]
- (81) Lehmann, a.a.O. S. 78. [前掲註 (16)]
- (82) Hermann Eichler, Institutionen des Sachenrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil Grundlagen des Sachenrechts, S. 143f.
- (83) Georgiades, a.a.O. S. 162. [前掲註 (70)]
- (84) Lehmann, a.a.O. S. 79f. [前掲註 (16)]
- (85) Lehmann, a.a.O. S. 76f. [前掲註 (16)]
- (86) Lehmann, a.a.O. S. 83. [前掲註 (16)]
- (87) たとえばブリント (Brinz) は、所有権を「有体物が人に法的に帰属することである」と定式化していた (Lehmann, a.a.O. S. 85. [前掲註 (16)] )。
- (88) Harry Westermann, Sachenrecht (fotgeführt von Harm Perter Westermann), 7. Auflage 1998, S. 160.
- (89) Manfred Wolf, Sachenrecht (fotgeführt von Marina Wellenhofer), 31. Auflage 2016, S. 1. 同書 (ただし第 30 版) の翻訳として、ヴォルフ／ヴェレンホーファー (大場浩之 鳥山泰志 水津太郎 根本尚徳 [訳])『ドイツ物権法』(成文堂 2016 年) 1 頁以下。
- (90) Harry Westermann, Sachenrecht, 4. Auflage 1960, S. 7f.
- (91) Westermann, a.a.O. S. 114. [前掲註 (90)]
- (92) Lehmann, a.a.O. S. 84f. [前掲註 (16)]
- (93) Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht. §§ 854-882. (2012) (Seiler) § 854 Einleitung zu §§ 854ff., Rdn.19 S. 13f.
- (94) Westermann, a.a.O. S. 114f. [前掲註 (90)]
- (95) Lehmann, a.a.O. S. 87. [前掲註 (16)]
- (96) Eichler, a.a.O. S. 143f. [前掲註 (82)]
- (97) Lehmann, a.a.O. S. 87f. [前掲註 (16)].
- (98) Westermann (fotgeführt von Harm Perter Westermann), a.a.O. S. 160. [前掲註 (88)]
- (99) Lehmann, a.a.O. S. 88. [前掲註 (16)]
- (100) Manfred Wolf, Sachenrecht (fotgeführt von Marina Wellenhofer), 31. Auflage 2016, S. 1ff. ヴォルフ／ヴェレンホーファー (大場浩之のほか訳)・前掲註 (89) 1 頁以下。

## 四 法律による所有権制限と所有権概念との関係

通説によれば、所有権は無制限な包括的支配権であるが、それはあくまで概念上のことであって、所有権が現実には様々な制限とくに公法による制限を受けることが想定されており、実際には無制限でない。すでに検討したように、法律による所有権制限を所有権概念に取り込む代表的な学説として「権利関係説」と「帰属説」がある。このように所有権制限と所有権概念との関係は現在もお議論されている。これは所有権概念の問題という側面だけでなく、その実質的な内容の問題でもあり、通説にとってもきわめて重要な問題である。

法律による所有権制限の法的な性質については、いわゆる外部理論 (Außentheorie)、いわゆる内在理論 (Immanenztheorie) およびいわゆる分離理論 (Trennungstheorie) が主張されている。そこで、以下では、所有権制限の意義についてとくに所有権概念への影響について検討したい。

### [1] ドイツ民法典の立場——分離理論

#### 1) 部分草案

ヨーホウは、所有権を扱う第3部を、第1章「所有権の対象」から始め、第2章「所有権の概念」、第3章「所有権の制限」と続ける。第3章は本来「所有権の内容」とすべきところであるが、これに「所有権の制限」という表題を付けたことは、所有権の内容と制限とを同一視していることに外ならないであろう<sup>(101)</sup>。このような理由から、彼は、所有権制限をその内容の制限と位置付けたものと推測される。

また、ヨーホウは、第2章「所有権の概念」には約4頁を当てるに過ぎないのに<sup>(102)</sup>、第3章「所有権制限」には約16頁を費やしている<sup>(103)</sup>。このことは、所有権がいろいろな制限を受けることが、すでに立法当初から当然であると認識されていたばかりでなく、きわめて重要な問題として認識

されていたことを示すものであろう<sup>(104)</sup>。

## 2) ドイツ民法典

理由書 (Motive) も、所有権についての第 1 章は「所有権の内容と制限」という表題で、所有権制限が所有権内容の制限であるとしており、ヨーハウの立場に従っている<sup>(105)</sup>。このことを示す条文として、ドイツ民法第 906 条第 1 項条第 1 文を挙げることができる<sup>(106)</sup>。すなわち、所有権権限が制限されると、その権限が所有権の内容でなくなるため、行使できないという規定ぶりになっている<sup>(107)</sup>。

そして、理由書は、土地所有権の制限に関してであるが、公益から警察法による制限が必要であるとする<sup>(108)</sup>。しかしラント法 (州法) による制限については言及されていないが、それは制限の内容が多様であったためと推測される。すでに当時から所有権に広範な制限のあることが認識されていたことを示すものである<sup>(109)</sup>。

以上から、立法者は、所有権制限に関していわゆる分離理論の立場であり、所有権の制限を所有権の内容に関するものと位置づけ、制限により所有者に帰属する権限が所有権から分離される、と理解していた。

## [2] 外部理論

### 1) 意義

外部理論は、所有者は法律の制限によりいかなる権限も奪われず、ただその権限の行使を制限されるに過ぎない、というものである。所有権の制限は外部から生じ、所有権の内容とは関係がないとする点で、分離理論と異なる<sup>(110)</sup>。

分離理論は、法律による制限と制限物権の設定による制限とを区別する。後者の場合、所有者がその権限を第三者に譲渡するため所有者の権限が制限されるのに対し、前者の場合はその権限の行使が制限されるにすぎないとする<sup>(111)</sup>。

なおアイヒラーは、「法律による所有権内容の制限は所有権にアプリアリに内在する (immanent) <sup>(112)</sup>。」と述べるが、「内在」の意味が次に検討する内在理論のものと異なるので、外部理論に位置付けるのが適切である。

## 2) 批判

外部理論は、ドイツ民法第 903 条の「法律あるいは第三者の権利が妨げない限り」という文言とは矛盾しないけれども、基本法による財産権保障に適合しないためもはや時代に合わないため、今日支持者はいない。なぜなら、基本法第 14 条第 1 項第 2 文は立法者に所有権の内容と規制を規定する権限を与えるが、この立法者の内容形成権限には財産権の制度的保障という制約が課される。ところが、外部理論によれば、法律による制限は権限の行使を制限するにすぎず、内容を制限するものではないから、法律による制限には財産権の制度的保障が及ばないことになるからである <sup>(113)</sup>。

## [3] 内在理論

### 1) 意義

内在理論といっても、多様な考え方があって正確に表現することは困難であるが、一般的には、制限自体が所有権の属性であると捉える立場である。この立場では、法秩序は所有権を保護すると同時に必要な制限を加えているとして、制限の必要性が強調される。そしてその制限が所有権に内在するとみなしている <sup>(114)</sup>。

多様な内容を持つ内在理論ではあるが、本稿のテーマからは、その制限を所有権概念に関連させる立場と、所有権の内容の制限と捉える立場とに大別することができよう。本稿ではレーマンによる分類に従い、前者を「真正な内在理論」、後者を「不真正な内在理論」と呼ぶこととする <sup>(115)</sup>。



## 2) 真正な内在理論

### i) 起源と特徴

レーマンによれば、真正な内在理論を最初に展開したのは、「ローマ法の精神」第 2 版において所有権の制限は所有権概念の制限であると述べたイエリング (Rudolf von Jhering) であろうとされる<sup>(116)</sup>。

イエリングは、ローマ法の所有権理解を個人主義的所有権理論と呼び、これに反対して共同体的所有権理論 (eine gesellschaftliche Eigentumstheorie) を主張し、所有権は——他のあらゆる私法上の権利と同様に——共同体への配慮によって影響を受け、かつ義務付けられているとした<sup>(117)</sup>。

その後、ギールケが義務を負う所有権を想定し、所有権の制限が所有権概念に含まれると主張した<sup>(118)</sup>。

イエリングとギールケという著名な法律家によって主張された真正な内在理論は、所有権を権利関係と捉える学説の理解と一致するよう見える。しかし、権利関係説と内在理論は全く同一というわけではない。というのは、確かに両者は所有権の社会的義務を強調する点は一致するけれども、イエリングとギールケの真正な内在理論は所有権の主観的権利性を否定するのに対して、権利関係説は主観的権利性を必ずしも否定せず、義務に主観的権利と同等な地位を認める立場もあるからである<sup>(119)</sup>。この点は、権利関係説を展開するゾンティスが、真正な内在理論に反対していることから明らかである<sup>(120)</sup>。

### ii) 批判

真正な内在理論に対する批判として第一に挙げられるのは、ドイツ民法典の基本的な考え方と一致しないという点である<sup>(121)</sup>。ドイツ民法第 903 条第 1 文は、法律による制限を「所有権の内容」という表題のもとに位置付けており、制限は所有権の内容に関するものと位置付けられている。したがって、真正な内在理論はドイツ民法典の立場とは両立しない。

この点についてゾンティスも、(真正な) 内在理論がドイツ民法典第 903

条第1文と適合しないと述べている<sup>(122)</sup>。

第二の批判は、法律による制限を所有権概念の問題と位置付けるならば、所有権概念のなかに主観的権利とその対立する要因（制限）とが混在することになる点である。この結果、すでに述べたように、所有権概念が拡大し、かえって不明確になってしまうという問題が生じる<sup>(123)</sup>。このような事態は避けられるべきである。

第三の批判は、法律による公法上の制限を所有権概念に取り込むことは、公法と私法の区別を解消することにつながり、妥当ではないという批判である。公法と私法の区別を解消することは、所有権の主観的権利性を害するおそれがあることが懸念される<sup>(124)</sup>。

### 3) 不真正な内在理論

#### i) 概要

いわゆる不真正な内在理論は、所有権の制限が所有権の内容に内在すると定式化する。この見解の代表的な論者ライザー（Raiser）は、基本法第14条第2項の私人間への直接適用を根拠に、公共の福祉により市民の自由が制限される点を強調している<sup>(125)</sup>。そのうえで、ライザーは不真正な内在説を以下のように定式化した。すなわち、

「所有者の義務だけでなく、権限もまた社会的に拘束される。所有権には共同体から付与された権限に対応する、内在的な制限が認められる。その制限は共同体の要請から個人の自由領域を制限するものである。制限の限界は明らかでないばかりでなく、立法の状況は制限がますます増大する傾向にある。……今日の福祉国家が公共の福祉を理由に市民の自由に加えた制限は大きな意味を持っている。制限は公法に属するものである。おそらくこの制限が完全に明らかにされたとき、私的所有権の内容が正確に明らかになるであろう<sup>(126)</sup>。」

## ii) 批判

ライザーの見解は、所有権制限を所有権の社会的拘束に求める点を除いて、通説の理解と異なるところはない。すでに明らかなように、通説も、所有権は概念上無制約であっても、その内容は当然に制限されるとしていた。不真正な内在理論は、通説の理解の延長線上にあり、新しい理論とはいえない。

また、不真正な内在理論は所有権の制限を公共の福祉からの要請であるとするが、その根拠を基本法第 14 条第 2 項の私人間への直接適用に求めている点には異論も生じよう。

以上から、不真正な内在理論がこれまでの議論に貢献するところはほとんどないと思われる<sup>(127)</sup>。

(101) Johow, a.a.O. S. 490ff. [前掲註 (14)]

(102) Johow, a.a.O. S. 495-499. [前掲註 (14)]

(103) Johow, a.a.O. S. 499-514. [前掲註 (14)]

(104) Lehmann, a.a.O. S. 96. [前掲註 (16)]

(105) Motive, a.a.O. S. 142. [前掲註 (27)]

(106) ドイツ民法第 906 条第 1 項条第 1 文は「土地の所有者は、気体、蒸気、臭気、煙及び煤の侵入、熱の伝達、騒音の到達及び振動の伝達その他これらに類する他人の土地から発せられた作用については、その作用が自己の土地の利用を害せず、又は本質的に害しないときは、その作用を禁ずることができない。」と規定する（翻訳はヴォルフ・ドイツ物権法 [前掲註 (23)] 610 頁による。）。

(107) Lehmann, a.a.O. S. 97. [前掲註 (16)]

(108) Motive, a.a.O. S. 143. [前掲註 (27)]

(109) Lehmann, a.a.O. S. 96. [前掲註 (16)]

(110) Lehmann, a.a.O. S. 98. [前掲註 (16)]

(111) Staudinger Kommentar, a.a.O. § 903BGB. III, S. 235. [前掲註 (24)], Eichler, a.a.O. S. 142. [前掲註 (82)]

(112) Eichler, a.a.O. S. 142. [前掲註 (82)]

(113) Lehmann, a.a.O. S. 99f. [前掲註 (16)]

(114) Lehmann, a.a.O. S. 100. [前掲註 (16)]

(115) Lehmann, a.a.O. S. 102. [前掲註 (16)]

(116) Lehmann, a.a.O. S. 102. [前掲註 (16)]

(117) Lehmann, a.a.O. S. 102. [前掲註 (16)] イエリングの所有権理論の詳細については、甲斐道太郎ほか・前掲註 (7) 227 頁以下 [田山輝明執筆]、[ハインリヒ・

デルンブルヒ著独逸民法論第二巻物権（日本立法資料全集別巻118）（信山社1999年）111頁参照。

- (118) Lehmann, a.a.O. S. 102f. ギールケの所有権理論の詳細については、甲斐道太郎ほか・前掲註（7）230頁以下〔田山輝明執筆〕参照。
- (119) Lehmann, a.a.O. S. 101f. [前掲註（16）]
- (120) Sontis, a.a.O. S. 997. [前掲註（59）]
- (121) Lehmann, a.a.O. S. 103f. [前掲註（16）]
- (122) Sontis, a.a.O. S. 997. [前掲註（59）]
- (123) Lehmann, a.a.O. S. 104f. [前掲註（16）]
- (124) Lehmann, a.a.O. S. 105. [前掲註（16）]
- (125) Wolff-Raiser, a.a.O. § 52I3. S. 179. [前掲註（1）]
- (126) Wolff-Raiser, a.a.O. § 52I3. S. 180. [前掲註（1）]
- (127) Lehmann, a.a.O. S. 106ff. [前掲註（16）]

## 五 結びにかえて

### 1) 論争の原因——増大する所有権制限

以上から明らかになったのは、ドイツにおける所有権概念論争は、所有権に対する様々な制限の増加により、通説の所有権概念が維持できるのかあるいは否定されるべきなのかについての対立を原因とすることである。

通説は、所有権の「概念」と「内容」とを区別するドイツ民法典の起草者の考えを承継し、所有権は概念上は包括的かつ無制限な支配権であるけれども、その内容すなわち権限が制限を受けることは当然であるとする。その結果、たとえ所有権への制限がどんなに増大したとしても、概念上の包括的支配権性は変更することなく維持できるし、そうしても矛盾はないとする。

通説の所有権概念は、実質的な内容を排除した、形式的なものであり、いわゆる概念法学の典型例ともいえるであろう。きわめて抽象度の高い法概念であればこそ、その内容に大きな変化が生じたとしても、変化してい

ないと主張し得るわけである。

これに対する批判説として有力な学説は「権利関係説」と「帰属説」である。これらの学説は、通説に対して、その所有権概念は現実の所有権の姿を適切に反映しておらず、誤りでありもはや維持できないとし、所有権の包括的支配権性を否定する。そしてあるべき所有権概念は所有権制限を反映すべきであるとし、所有権制限としてとくに所有者の義務を重視し、これを所有権概念自体に取り込もうと努める。その結果、その所有権概念は広範囲で多様な内容を持ち、不明確なものにならざるを得ないというデメリットを抱えてしまったことはすでに述べたとおりである。

## 2) 物権法の指導原理としての包括的物支配

以上のような所有権概念の対立は理論的な論争であり、実際に生じている問題について結論を異にすることはないから、実益がないともいえる。しかし、少なくとも所有権概念は物権法の基礎であり、物権法の指導原理の一つとして機能するものであるから、その意義は否定できない。指導原理として通説と批判説のどちらが妥当なのかが考察されるべきであろう。

例えば、第三者に対する排他性を考えてみよう。排他性はどの学説においても所有権の重要なメルクマールとされるが、なぜ排他性が所有者に認められるのかを考えると、「所有権が物に対する包括的支配権であるから」という説明が最も素直であろう。これに対して、批判説は所有権の包括的支配権性を否定しながらやはり排他性を承認するが、その理由は民法第 903 条に規定されているからという以上のものではない。この点は矛盾ではないか。結局のところ、包括的支配権性は、これを否定する批判説においても依然として指導原理として機能しているように思われる。所有権概念にとって、包括的支配権性はその指導原理として欠くことのできない、本質的要素といえよう。批判説は、包括的支配権性を否定する点で、問題がある。

### 3) 所有者の義務は所有権の本質的要素か？

次に、通説と批判説の決定的な違いは、所有者の義務を所有権概念の構成要素とすべきかすなわち所有権の本質的構成要素とすべきかにかかわる。通説は所有権概念とその内容を区別し、所有権を主観的権利と捉え、所有者の義務を所有権概念から排除し、あくまで所有者の義務は内容の問題と捉える。これに対して、批判説は、所有者の義務を所有権の本質的構成要素と位置付ける。この点に関して通説と批判説は鋭く対立しており、所有権概念論争において最も重要な問題である。

批判説は、所有者の義務を取り込むことについて、とくに基本法第14条第2項第1文「所有権は義務を伴う。」を根拠にする。この条文の意義については、ゲルマン的所有権像との関係<sup>(128)</sup>や社会的所有権概念としての理解<sup>(129)</sup>などをめぐって論争があり、最終的な解決をみていないとされる。基本法の領域の問題が私法へ影響しているわけであり、私法の観点だけでは解決が困難な状況にある。したがって、この問題については結論を留保せざるを得ない。ただ、批判説が基本法へアプローチすることに対する懸念として、すでに述べたように、私的自治の基礎である、自由な所有権を弱体化することになるのではないかという懸念があることは指摘しておきたい。

### 4) 「制限に対する制限としての制度保障<sup>(130)</sup>」

自由な所有権を弱体化するおそれがあるという、批判説に対する右の懸念は、批判説ばかりでなく通説にも当てはまるように思われる。確かに通説は義務を所有権概念から排除するけれども、内容について広範な制限を承認する点では批判説と変わらず、内容の制限には何ら制約がない。そのため、通説の立場を維持したとしても、所有権制限に歯止めがないため、実質的にはもはや自由な所有権とはいえない状況にもかわらず、「概念上は包括的支配権である」と言っているに過ぎない状況が生じ得る。結局、所有権の自由の弱体化を生じさせる危険性を阻止できないのではないか。

この点で注目されるのは、基本法第 14 条 1 項第 1 文の財産権の制度保障である。私法では所有権の制限はいわば無制限であったともいえる状況にあったところ、この制度保障は、所有権制限に一定の限界があることを明らかにし、所有権の包括的支配権性を保障するものといえる。この制度的保障には、通説の弱点を補い、本来の自由な所有権を保障することが期待される。

そうすると、所有権に対する制限はどこまで認められるのか、制限の限界はどこにあるのかが問題となろう。この点は今後の課題である。

最後に以上から、現在、所有権法は基本法から大きな影響を受けており、その問題を私法の視点から検討するだけではもはや十分とはいえず、基本法との関係にも配慮しなければならない。しかし、それにもかかわらず、本稿で検討した限りではあるけれども、所有権が物に対する包括的支配権であることは否定できないように思われる。

(128) クレッシュェル・前掲註 (2) 311 頁以下。

(129) ポートピエロート他・前掲註 (78) 366 頁以下。

(130) ポートピエロート他・前掲註 (78) 365 頁。