
論 說

ゲルマン法学における所有権概念

—ギールケの「ドイツ的所有権」の成立と展開—

田 口 勉

Zur Lehre vom germanischen Eigentumsbegriff.

—Die Entstehung und Entwicklung

des deutschen Eigentumsbegriffs von Otto v. Gierke—

論 説

ゲルマン法学における所有権概念

——ギールケの「ドイツ的所有権」の成立と展開——

田 口 勉

目 次

はじめに

第一節 ギールケ「ドイツ的所有権」の概要

- 1 概要
- 2 本稿の分析視点

第二節 パンデクテン法学の所有権理論

- 1 分割所有権理論
- 2 ローマ法的所有権概念

第三節 ギールケ以前のゲルマン法学の所有権理論

- 1 18世紀ゲルマン法（史）学——ローマ法的所有権理論
- 2 初期のドイツ的所有権

第四節 ギールケのドイツ的所有権の成立

- 1 ギールケ法思想の根幹としての「社会法」
- 2 社会法的所有権としてのドイツ的所有権
- 3 分割所有権としてのドイツ的所有権——分割所有権の再生
- 4 ドイツ民法典立法作業へのギールケの影響

第五節 20世紀におけるドイツ的所有権の展開

- 1 ドイツ民法典施行から1920年代まで
- 2 1930年代の国家社会主義的所有権学説
- 3 第二次世界大戦後のドイツ的所有権

結びに代えて

はじめに

所有権のあり方は今日においても重要な課題であり、わが国では近時活発な議論が展開されている¹⁾。ドイツにおいても事情は同様であるけれども、中世からの重厚な法律学の伝統があるだけに、所有権をめぐる議論の広がりや深さはわが国の遠く及ばない水準にある。とくに 19 世紀に所有権学説をめぐるパンデクテン法学とゲルマン法学が激しく対立したことは、今日まで大きな影響を与えている²⁾。

19 世紀のパンデクテン法学はローマ法的所有権概念を展開したのに対し、ゲルマン法学はローマ法的所有権理論とは異なるいわゆるドイツ的所有権概念³⁾を展開した。最終的にドイツ民法典はローマ法的所有権概念を採用したにもかかわらず(同法第 903 条)、ゲルマン法学のドイツ的所有権は完全に過去の学説となることなく、20 世紀においても主張されている⁴⁾。

他方、所有権概念をめぐる議論は私法領域にととまらず、憲法の財産権

1) 近時の代表的な著作として、日本史法学会編『新しい所有権法の理論』法社会学第 80 号(2014 年 有斐閣)、吉田克己『現代土地所有権論—所有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)、吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』(成文堂 2021 年)などがある。

2) Karl Kroeschell, Zur Lehre vom „germanischen“ Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien. Hans Thieme 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern (1977). なお「同論文の邦訳として(和田卓朗訳)「ゲルマン的」所有権概念説について」:[K・クレッシェル 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 頁がある。本稿では Kroeschell の上記論文を上記翻訳書から「クレッシェル・前掲註 2」として引用する。田山輝明「ドイツ資本主義の発展と所有権の制限」:[甲斐道太郎・稲本洋之助・戒能道厚・田山輝明『所有権思想の歴史』(1979 年 有斐閣新書)所収] 126 頁以下。

3) ゲルマン法学的所有権学説は「ゲルマン的所有権」(das germanische Eigentum)あるいは「ドイツ的所有権」(das deutsche Eigentum)と表記される。両者が併記されることから明らかのように、内容による区別ではなく、単なる表記上の違いに過ぎない。ギールケの所有権学説に焦点を当てる本稿では、ギールケに従って「ドイツ的所有権」と表記する。

4) クレッシェル・前掲註 2) 参照。

保障との関係でも活発に議論されている。すでに20世紀の初め、ヴァイマル憲法第153条が所有権の義務性を承認し、基本法第14条第3項もこれを承継した。義務を伴う所有権という思想はローマ法的所有権理論には存在せず、これを主張したのはゲルマン法学であった。所有者の義務性がゲルマン法学の影響によるものであることは明らかである⁵⁾。

以上のような状況を考えると、ゲルマン法学の所有権学説の再検討が重要であることは明白である。そこで、本稿では、19世紀のゲルマン法学のうち、とくにオットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke) のドイツ的所有権学説に焦点をあて、その成立から現代にいたるまでの展開について検討したい。

第一節 ギールケ「ドイツ的所有権」の概要

1 概要

最初にギールケのドイツ的所有権学説の概要および特徴を示しておきたい。ローマ法的所有権学説とは異なるドイツ的所有権学説は特殊なものであり、馴染みのない読者も多いと思われるからである。ローマ法的所有権との対比でその相違点をまとめることが理解に役立つであろう。

なお所有権はギールケにとって重要なテーマの一つであったが、もっぱら所有権だけを論じた著作はなく、多数の著作の中で関連するテーマとして散発的に触れられているに過ぎない。そのような所有権に関する主要な著作として挙げられるのは、以下の3冊である。

- 1) 『ドイツ団体法論第1巻』 Das deutsche Genossenschaftsrecht. Band 1. (1868年)

5) クレッシェル・前掲註2) 参照。基本法をも含めた近時のドイツの学説状況については拙稿「『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——」神奈川法学第53巻1号(2020年)163頁以下を参照されたい。

- 2) 『私法 (学) の社会的任務 (課題)』 Die soziale Aufgabe des Privatrechts. (1889 年)
- 3) 『ドイツ私法第 2 巻』 Deutsches Privatrecht. Band II: Sachenrecht. (1905 年)

このうち 1) 『ドイツ団体法第 1 巻』はギールケの初期の著作で、まだ「社会法」という考えが登場していない。これに対して後者の 2 つの著書は「社会法」としての所有権学説を展開しており、ギールケの所有権学説の到達点と位置づけることができる。

ギールケはドイツ的所有権を以下のように述べている。

『ドイツ私法第 2 巻』

ギールケは上記『ドイツ私法第 2 巻』において「ドイツ的所有権」(Das deutsche Eigentum) と称する彼の所有権学説を以下のように体系的に説明している。すなわち、

- 1 ドイツ的所有権は可能な物支配の総体である。それゆえ物と人との抽象的な関係ではない。むしろその対象の違いに応じてその権利内容も異なる。その結果、土地 (不動産) 所有権と動産所有権は異なるものである⁶⁾。
- 2 ドイツ的所有権は物と結び付いたあらゆる関係を包含する。それは私法に尽きるものではない。あらゆる権利関係がとりわけ増大する公法上の権限までもが取り込まれる⁷⁾。
- 3 ドイツ的所有権は物についての共同体の権利と個別の権利とを包含する。共同の目的に役立つ事項は個人の権利概念に関連づけられない⁸⁾。

6) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht. Band II: Sachenrecht. (1905) S. 356. 以下では、Gierke, DPR. II 前掲註 6) として引用する。

7) Gierke, DPR. II 前掲註 6) S. 356f.

8) Gierke, DPR. II 前掲註 6) S. 357.

- 4 ドイツ的所有権は個人の財産的権利関係を包含するが、純粋な財産権概念に尽きるものではない。土地所有権の財産形成では、個人の権利が抑制され規制される⁹⁾。
- 5 ドイツ的所有権の概念には制限が含まれる。それゆえ他の権利と異なり、無制限な社会的権利ではない。むしろ社会秩序によって承認された法的利益にとって必要とされる範囲内で認められる。所有権は濫用のために与えられるのではなく、権利行使のために与えられるのである。……そしてそれは純粋な権限ではなく、家族、隣人そして公共に対する義務として行われる¹⁰⁾。……
- 6 ドイツ的所有権は段階的なものである。それは抽象的所有権概念のもつ弾力性を有しない。その結果、本質的構成要素が欠けていないときは完全な物支配であるけれども、それが欠けているときは不完全なままである¹¹⁾。
- 7 ドイツ的所有権は他物権と並立する物権である。それゆえそれは排他的な権利ではない。排他的支配権は対象に対する直接的支配権であるがゆえに、[他の権利が] 残る余地はない。ドイツ的所有権が他物権と異なるのは、物全体の支配に向けられた範囲だけである。他物権はその範囲が概念上限定されるが、他物権もその範囲においては所有権と同じように把握される。他物権は独立した所有権の「かけら」である。それゆえその数も限定されない。所有権に含まれた各構成要素はそれから分離され、特別の物支配の対象として扱われ得る。そしてそれが制限物権の内容とされる¹²⁾。
- 8 ドイツ的所有権は有体物だけでなく、無体物にも成立する¹³⁾。

9) Gierke, DPR. II 前掲註6) S. 358.

10) Gierke, DPR. II 前掲註6) S. 358.

11) Gierke, DPR. II 前掲註6) S. 358f.

12) Gierke, DPR. II 前掲註6) S. 359f.

13) Gierke, DPR. II 前掲註6) S. 360.

ギールケのドイツ的所有権についての右の説明は、ドイツ民法典の採用したローマ法的所有権概念を念頭にそれとの対比で述べられている。したがって、その特徴について以下で補足的な説明をしたい。わなわち、

上記 1 は、ローマ法的所有権は抽象的な権利であり、対象が不動産であれ動産であれ所有権の内容に違いがないのに対して、ドイツ的所有権では抽象的権利性が否定され、不動産所有権と動産所有権の内容が異なる、というものである。

上記 2 は、ゲルマン法では、私法と公法の区別が廃止され、それに対応して公法上の権限も所有権に取り込まれる、というものである。

上記 3 は、ゲルマン法では、所有権は純粹に個人的権利ではなく、共同体の目的を考慮すべきである、というものである。

上記 4 は、所有権が純粹に個人的なものでなく、個人の権利が制限されるとし、所有権の社会性を強調するものである。

上記 5 は、ローマ法的所有権が無制限な所有権であるのに対し、ドイツ的所有権は無制限ではなく、社会秩序によって承認された範囲内での権能しか認められず、むしろ社会に対して義務を負うものである、とする。

上記 6 は、ドイツ的所有権は段階的なものであり、弾力性がない。これは所有権が一律のものではなく、対象によって多様な内容を有するということである。

上記 7 は、ローマ法的所有権は排他的な支配権であり、他物権（制限物権）と対立するが、ドイツ的所有権は排他的な権利ではなく、他物権と併存する。これは、ギールケがドイツ的所有権を分割所有権——そこでは他物権も所有権の一つと理解される——と位置づけたことと関連する。

上記 8 は、ドイツ的所有権の対象は有体物に限られないということである。

『私法（学）の社会的任務（課題）』

これはギールケが 1889 年にウィーンの法曹協会（Wiener juristische Gesellschaft）で行った講演の記録であり、とりわけ大きな反響を呼んだも

のである¹⁴⁾。ギールケはこの講演で所有権に関して詳しく論じたが、その要点は以下のようにまとめられよう。

1 「義務のないところに権利なし」(Kein Recht ohne Pflicht) という命題は所有権にも当てはまる。義務のない所有権に未来はない。所有者には、濫用行為をしないという義務だけでなく、社会の要請する行為をなすべき義務が課せられる。そして所有権の濫用を禁止する一般条項が必要である¹⁵⁾。

ドイツ民法草案の所有権概念はローマ法体系に基づき無制限な絶対的権利とされているが、これでは私法の社会的任務を果たすことができない¹⁶⁾。私的所有権は本来、絶対的権利ではなく、公益のために内在的に制限されることがその概念自体に含まれるものである¹⁷⁾。

土地の権利関係が公に統制(Kontorolle)され、制限されなければ確かに土地保有の動化が進むが、しかしこれによって土地の社会的機能である個人と家族との伝統的な結びつきが破壊されるであろう。これを阻止し土地保有の安定化を目指すことは私法の社会的任務である¹⁸⁾。

2 物権と債権を区別するローマ法に基づく民法草案の用益賃貸借権(Pacht)と使用賃貸借(Miethe)は、ローマ法上の「売買は賃貸借を破る」(Kauf bricht Miethe)原則が適用される結果、賃借人は賃借物に対する直接の関係を否定されることがある。これに対しゲルマン法は債権と物権を一体のものとするだけでなく、他人の物に対する権利(制限物権)と所有権をも区別しない。その結果、賃借人と賃借物との関係は常に保全される。このような権利関係を十全に実現するた

14) クレッシュェル・前掲註2) 269頁。

15) Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. (1889). S. 14. 以下では Gierke, Aufgabe, 註15) として引用する。

16) Gierke, Aufgabe, 註15) S. 15.

17) Gierke, Aufgabe, 註15) S. 16.

18) Gierke, Aufgabe, 註15) S. 18.

めの法概念は、「論理的に不可能」として否定された古い分割所有権 (das getheilte Eigentum) である。したがって分割所有権という過去の法形象を捨て去るべきでない¹⁹⁾。

2 本稿の分析視点

ギールケは、ドイツ的所有権について『ドイツ私法第 2 巻』で細かく論じたが、『私法 (学) の社会的任務』では、公演という性質上聴衆にアピールするために焦点を絞っている。それは、第一に、所有権の無制限性ないし抽象性を否定し、義務を所有権に取り込むために、所有権を社会法 (の一部) として位置づける点である。社会法は重要な法領域として今日では揺るぎのない地位を占めるが、社会法の確立にあたってギールケはその主唱者として重要な役割を果たしたと評価されている。社会法はギールケのドイツ的所有権の形成およびその性格づけに重要であった。したがって、この社会法がどのようなものであり、いかなる影響を与えたかという点が、ドイツ的所有権を分析するために欠かせない、重要な視点である。

次に、ギールケは、社会法的所有権を実現するため、「論理的に不可能」として否定された古い分割所有権を捨て去るべきではないとした。分割所有権はパンデクテン法学により否定され、ドイツ民法典の施行により完全に排除された法形象である。しかし、ギールケはこの分割所有権をドイツ的所有権の重要なメルクマールとする。したがって、19 世において所有権理論はどのような状況にあったのか、ギールケがなぜこの分割所有権理論を採用するにいたったのかが分析視点として重要である。

そこで、以下では、以上の二つの分析視点から、ドイツ的所有権理論の形成と展開を検討することとしたい。

19) Gierke, Aufgabe, 註 15) S. 21.

第二節 パンデクテン法学の所有権理論

1 分割所有権理論

分割所有権理論の展開

i) 注釈学派

16世紀までの古い普通法学の所有権理論は、矛盾する二つの理論が対立した。一つは注釈学派の分割所有権理論であった。すなわち土地の主人の有する所有権能は直接所有権 (dominium directum) であり、永小作人 (Erbzinsbauer) および封臣 (Lehnsman) の有する土地の利用権限は用益所有権 (dominium utile) であるとされた。しかも直接所有権と用益所有権はどちらも所有権とされたが、これは学問的誤解とされている。

用益所有権は、直接所有権に依存しこれに下属するものであることから下級所有権 (Untereigentum) と呼ばれ、これに対し直接所有権は上級所有権 (Obereigentum) と呼ばれた。このような分割所有権理論は中世の重疊的土地所有権関係に適合する理論であった²⁰⁾。

ii) 自然法

これに対し、中世の自然法学者たちは、所有権の本質をローマ法上の包括的支配権とする見解を維持した。包括的支配権という所有権概念と分割所有権理論とは理論的に矛盾するものであり、そのため本来土地は、分割所有権における上級所有権者と下級所有権者のどちらに属するのか、が問題となった。この解決は、所有権に含まれる権能 (譲渡権と用益権) の区別によって試みられた。すなわち、上級所有権者は固有権 (proprietas) たる処分権を有するのに対し、下級所有権者は固有権を有しないとして両者の違いが強調された²¹⁾。

20) Heinz Wagner, Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus. (1938) S. 27ff. 以下では、Wagner, Das geteilte Eigentum, 前掲註 20) として引用する。クレッシェル・前掲註 2) 271 頁以下。

iii) パンデクテンの現代的慣用

17 世紀には、以上のような所有権学説がドイツへ導入された。上述の固有権論は下級所有権の所有権性を弱めて、分割所有権理論と包括的支配権理論との緊張関係を解消する可能性があったにもかかわらず、「パンデクテンの現代的慣用」は下級所有権者にも上記の固有権への持分を認め、あくまで下級所有権が所有権であることに固執した。このため 18 世紀自然法の所有権理論は、ローマ法上の包括的支配権理論と分割所有権理論とが併存するという、論理的矛盾をはらんでいた²²⁾。

iv) プロイセン一般ラント法 (ALR)

後期自然法論の成果である「プロイセン一般ラント法 (ALR)」(1794 年) は、このような状況のなかで分割所有権概念と絶対的所有権概念のどちらも認めるという妥協的な立法を行った²³⁾。

この点を条文によって確認しよう。分割所有権に関する条文は以下の通りである。

第 1 部第 8 章「所有権について」

【概念】

第 1 条 所有者は、自らあるいは第三者を通じて自らの力によって、ある物あるいは権利の実体を他者へ排他的に処分する権限を有する者をいう。

【所有権に帰属する権利】

第 9 条 完全な所有権に帰属する権限は、物を占有し使用し、そしてこれを放棄する権限である。

第 10 条 物の実体を処分する権限を固有権 (Proprietät) という。

21) Wagner, Das geteilte Eigentum, 前掲註 20) S. 38ff. クレッシュェル・前掲註 2) 272 頁。

22) クレッシュェル・前掲註 2) 273 頁。

23) Wagner, Das geteilte Eigentum, 前掲註 20) 49. ff. クレッシュェル・前掲註 2) 274 頁。

【所有権の分割】

第 16 条 概念上異なる権限が異なる者に帰属するときは、物の所有権は分割される。

第 20 条 固有権の持分を有し、同時に使用権限を有する者は物の用益所有権を有する。

第 1 部第 18 章「分割所有権について」

第 1 条 所有権が分割される時、固有権の持分だけを有し、所有者に帰属する使用権限の持分を有しない者を上級所有権者という²⁴⁾。

分割所有権理論の衰退**i) ティボーの分割所有権批判**

19 世紀に入り、古い所有権理論が批判されたが、最初に攻撃的になったのは分割所有権理論であった。決定的な成果を取めたのは、アントン・フリードリヒ・ユストゥス・ティボー (Anton Friedrich Justus Thibaut) による『直接所有権と用益所有権について』という論文 (1801 年) であり、これは分割所有権理論が注釈学派の錯誤によるものであることを証明するものであった²⁵⁾。その後、分割所有権論を批判する考え方が支配的となった。

ii) 観念論哲学による批判

ドイツで当時支配的であったカントの観念論哲学は、所有権を個人の外的な自由領域と捉えたが、これは分割所有権理論とは相容れないものであった²⁶⁾。

例えばグスタフ・フーゴー (Gustav Hugo) は、分割所有権を観念論哲学

24) 条文は、Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. mit einer Einf. von Hans Hattenhauer 2. Aufl. (1994) による。

25) クレッシェル・前掲註 2) 274 頁。

26) クレッシェル・前掲註 2) 275 頁。

の観点から検討した。彼によれば、所有権者とは自らの責任に基づいて自律的に行為する者をいうのであって、用益所有権を有する農民は領主から封建的負担を強要されるにすぎず、自律的に行為する者ではないから、所有者とはいえないとし、このように所有権の本質を欠く農民の用益所有権を所有権と呼ぶことは誤りであると結論づけた²⁷⁾。

iii) 自由な土地取引の障害

分割所有権は自由な取引を阻害するものであった。すなわち、プロイセン一般ラント法において分割所有権が成立する場合、土地を譲渡するためには上級所有権者と下級所有権者の両者の承諾が必要とされ、各自単独では自由に土地を処分することができなかった。後にプロイセンは下級所有権者たる農民を実質的に所有者とみなす旨の規定を設けたけれども、依然として上級所有権者の承諾が必要とされたため、土地の自由な取引が妨げられるという問題を生じさせた²⁸⁾。

2 ローマ法的所有権概念

ローマ法的所有権概念台頭の社会的・政治的背景——「農民開放」

当時の社会的・政治的課題の一つであった「農民開放」は、土地法制度として分割所有権制度に代わる新たな所有権制度を必要とする状況をもたらした。

19世紀初頭のドイツはナポレオンの圧倒的な影響下に置かれ、社会経済を近代化するため大いなる改革の時代に入った²⁹⁾。改革の重要な一つが「農民開放」といわれる農業制度改革であった。この改革は、封建的な領主

27) Wagner, Das geteilte Eigentum, 前掲註 20) S. 55ff.

28) Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Zweiter Teil I. Hälfte (1930) S. 6.

29) トーマス・ニッパース著・大内宏一訳『ドイツ史 1800年—1866年 上巻』(白水社 2021年) 9頁以下。以下では、「ニッパース・前掲註 29)」として引用する。

支配と共同体の組織に基づいた古い農業構造を解体し、農民をそれまで領主に対して負っていた賦課金や賦役や義務から解放するという改革である³⁰⁾。

農民の賦役撤廃は、道徳的な面では「農民はもはや社会の奴隷や役畜として扱われるべきではなく、人間としての権利と尊厳を認められるべき」であるというカントの観念論哲学の影響を受けていたことが指摘されている³¹⁾。

農業構造改革のために行われるべき土地法制度改革は、上級所有権を廃止し、下級所有権を唯一の所有権とする試みであった。1801年にフランスへ割譲されたライン同盟の地においては早々に農民の貢租、賦役が撤廃され、土地領主の上級所有権が廃止された³²⁾。

しかしそれ以外のドイツ諸国ではその歩みは遅々としたものであった。例えばバイエルンでは、1808年の勅令により王室領地の上級所有権が廃止され、続いて貴族の土地そして教会の土地について行われた。しかし反動が起こり1816年には改革の勅令を廃止する勅令が出された。1850年になってようやく上級所有権が最終的に廃止された³³⁾。他の諸国も同様で、オーストリアとプロイセンで農民解放が完了したのは1848年の革命後であった³⁴⁾。

上級所有権の廃止が困難を極めたのは、農民開放がもっぱら上からの改革であったという政治的状况によるものであったことに加えて、大きな経済的負担も原因となった。すなわちプロイセン一般ラント法でも財産権保障が認められていたため、上級所有権も財産権の一つであるという理由からその廃止のためには相当な補償が必要と考えられたが、その補償は農民にとって過大な負担であったという事情が指摘されている³⁵⁾。

30) ニッパードアイ・前掲註29) 33頁以下、47頁。

31) ニッパードアイ・前掲註29) 47頁以下。

32) クレッシェル・前掲註2) 282頁。

33) Hedemann, 前掲註28) S. 22f.

34) クレッシェル・前掲註2) 282頁。

35) ニッパードアイ・前掲註29) 52頁以下。

以上のように、農民開放は、分割所有権理論が前提とする上級所有権を消滅させ、所有権を下級所有権に一元化する試みでもあったから、分割所有権理論は時代に合わなくなった。分割所有権に代わる新たな所有権理論として登場したのはローマ的所有権概念であった。

ローマ法的所有権概念の提唱

分割所有権理論では、所有権は様々な権能が集まったものすなわち権能の「束」であり、分割が可能であった。これに対し、観念論哲学は所有権を個人の倫理的自律に基づく外的な自由領域とみなしたので、いくら権能の数を数え上げたとしても所有権の本質を定義したことになるなかった。そのため新しい所有権概念は物を一体的に支配し、そこから個々の権能が生まれてくるものでなければならなかった³⁶⁾。

i) サヴィニー

この新しい所有権概念の形成を担ったのは、フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー (Friedrich Karl von Savigny) を始祖とする歴史法学派 [パンデクテン法学派] であった。サヴィニーは、新しい所有権概念をローマ法に基づき「ある物に対するある人の無制限の独占的な支配」であるとした³⁷⁾。

ii) プフタ

彼の弟子であるプフタ (G. F. Puchta) もサヴィニーと同様に所有権を「物の完全な法的支配」と定義し、かつ共有 (Miteigentum) の場合を除き、同一の物に対して複数人の所有権 [が成立すること] は不可能であるとした³⁸⁾。

36) クレッシェル・前掲註 2) 275 頁。

37) Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Band 1. (1840) S. 367. なお本書の翻訳として小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂 1993 年) 324 頁。Wagner, Das geteilte Eigentum, 前掲註 13) S. 65ff.

38) G. F. Puchta, Pandekten. 3. Aufl. (Leipzig 1845) S. 204.

ローマ法的所有権概念の通説化

所有権を無制限で排他的な支配権と定義することに異論がなかったわけではない。すなわち所有権は現実には多くの（とくに公法からの）制限を受けており、無制限で排他的支配権ではないのだから、パンデクテン法学の所有権概念は現実離れである、という批判であった³⁹⁾。

これに対して、クレッシェルは、デルンブルク (Dernburg) などのパンデクテン法学者が、所有権が広範な公法上の制限を受けていることを考慮していたことを紹介し、その理論が現実離れしたものではなかったことを指摘する⁴⁰⁾。

最終的にはヴィントシャイト (Windscheid) が、「所有権とは、それ自体 (an sich) としては無制約であるが、いろいろな制限を受ける」ものであるとし、所有権の形式的性格から無制限であるはずの所有権が実際に制限されるという矛盾の解決をはかった⁴¹⁾。

ローマ法的所有権概念が通説となった結果、分割所有権を明示的に認めている各国法の規定も本来あってはならないものとされるようになる。クレッシェルはその例として「オーストリア一般民法典」(1811年) 第357条ないし第359条 [分割所有権に関する規定] が放棄されるべきであるというランダの見解を紹介している。こうして、分割所有権論は実務上も駆逐されていった⁴²⁾。

ローマ法的所有権概念とドイツ立憲主義との関係

クレッシェルは「自由と所有権」がドイツの立憲主義においてどのような機能を果たしたかに注目し、初期の憲法典では個人の自由と所有権が法律の留保を受けたとされているけれども、自由が優位に立つことが——観念論哲学の影響から——自明の前提であったことを指摘する⁴³⁾。

39) クレッシェル・前掲註2) 282頁以下。

40) クレッシェル・前掲註2) 282頁。

41) 拙稿・前掲註5) 170頁以下。

42) クレッシェル・前掲註2) 278頁。

1848 年にフランクフルト国民会議では「所有権は侵すことのできないものである。」と決議され、所有権の自由の強力な保障が求められた。しかしその後、法律による留保が広範なものとなり、19 世紀末の実証主義的国法学は所有権の自由をまったく空文化させたと言われている⁴⁴⁾。

これに対し、私法領域の所有権理論においては自由が法律による制限に優先するという意識が絶えることなく生き続けていた。その証はパンデクテン法学による所有権概念と個人的自由の理解が構造的に同じであったことである。その所有権概念の根底には「自由とは、法によって禁止されていない限り、各自が自分の気に入ったことをなす能力のことである。」というローマ法の伝統があった。パンデクテン法学の所有権概念はイエーリング (Ihering) の表現によれば「自由の体系」とされる私法の中核であったのである。こうしてパンデクテン法学は自由主義思想の担い手となった⁴⁵⁾。

第三節 ギールケ以前のゲルマン法学の所有権理論

1 18 世紀ゲルマン法 (史) 学

——ローマ法的所有権理論

18 世紀から 19 世紀前半のゲルマン法学は所有権をどのように理解したのであろうか。

i) ルンデ

ドイツ語で書かれたエストゥス・フリードリヒ・ルンデ (Justus

43) クレッシェル・前掲註 2) 279 頁。

44) クレッシェル・前掲註 2) 280 頁。これに対し、クレッシェルは、法治国が市民社会の基本的コンセンサスであり自由はそれにより担保されていたとして、このような見方に強く反対する (クレッシェル・前掲註 2) 280 頁以下)。

45) クレッシェル・前掲註 2) 281 頁。

Friedrich Runde) の『ドイツ普通私法原理』(Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts) [初版 1791 年] は、1829 年に第 8 版が出版されたことから明らかなように、19 世紀に入ってからも広く読まれた。ルンデは、土地に関しては都市民 (ビュルガー) が完全で無制限の所有権者であり、貴族や農民は不完全で制限された所有権を有するに過ぎず、とくに農民に残されているのは真の所有権の影のようなものにすぎないとする。これは、ルンデがローマ法の所有権理論を基準として、都市民の権利だけを所有権の名に値すると判断したことを示している。そこには特殊なゲルマン的 (ドイツ的) 所有権概念という考えは存在しなかった⁴⁶⁾。

ii) ゼルヒョウ

ルンデの叙述は、その先駆者ヨーハン・ハインリヒ・クリスティアン・ゼルヒョウ (Johan Heinrich Christian Selchow) の『現代ドイツ私法概説』(Elementa juris Germanici privati hodierni) [1757 年] の考えとも一致する。ゼルヒョウは、所有権と認められるのは都市民の「自己の財産に関する最も自由なる権利」だけであり、都市民の所有権にローマ法の影響があったことを認めていた⁴⁷⁾。

iii) アイヒホルン

歴史法学派の共同創始者であるカール・フリードリヒ・アイヒホルン (Carl Friedrich Eichhorn) も『ドイツ私法入門』(Einleitung in das deutsche Privatrecht) [1823 年] において、「所有権はドイツ的観念からいってもそれ自体として無制限の権利である」という理解を堅持した⁴⁸⁾。

以上から明らかなように、18 世紀から 19 世紀初頭のゲルマン法 (史) 学は所有権をローマ法上の所有権概念を基準に理解したのであり、特殊ドイツ的所有権という考えを提示しなかった。

46) クレッシェル・前掲註 2) 285 頁以下。

47) クレッシェル・前掲註 2) 287 頁。

48) Carl Friedrich Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. (1823) § 154. S. 396.

2 初期のドイツ的所有権

ドイツ的所有権の成立

歴史法学派の一部であったゲルマン法学がその独自性を主張し始めた 19 世紀前半、ゲヴェーレに関する論考が所有権問題に新しい展開をもたらした。

i) アルブレヒト

そのきっかけとなったのは、ヴィルヘルム・エドゥアルト・アルブレヒト (Wilhelm Eduard Albrecht) 『ドイツ古物権法の基礎としてのゲヴェーレ』 [1828 年] (Die Gewere als Grundlagungen des älteren deutschen Sachenrechts) であった。アルブレヒトは、それまでの研究が物権法に関してドイツ法とローマ法とは完全に一致するという理解を前提としていたことを非難し、ゲヴェーレをある物を裁判上主張する権能と理解し、その権能に人の物に対する法的関係の物権性が表現されているとした⁴⁹⁾。

クレッシェルは、この論文が後の所有権理論に大きな影響を与えたことを指摘する。例えば、エルンスト・テオドール・ガウプ (Ernst Theodor Gaup) は 1839 年に発表した論文で、アルブレヒトが「ゲヴェーレに表われる物権性が実体法から独立した、どの場合にも均一の性質 (Qualität) である」と理解したことに注目し、このことは、所有権と制限物権というローマ法的な対立がドイツ法には無縁であり、むしろ両者が併存し、しかも物権法と債権法の対立も知らないことを示しており、抽象的所有権を作り出したのはローマ法的思考であってドイツ法の本質ではないことを明白に示している、と述べた⁵⁰⁾。「こうして、抽象的なローマ私法的所有権対ドイツ法、という標語 (スローガン) が作られたわけである⁵¹⁾。」

49) Wagner, Das geteilte Eigentum 前掲註 20) S. 71f. クレッシェル・前掲註 2) 289 頁。

50) クレッシェル・前掲註 2) 290 頁以下。

51) クレッシェル・前掲註 2) 291 頁。

ii) ベーゼラー

アルブレヒトに続いて、ゲオルグ・ベーゼラー (Georg Beseler) は1835年に編んだ『相続契約論』(Die Lehre von den Erbverträgen)において所有権とは何かについて論じた。ベーゼラーは、ドイツでは土地に対する権利の分割が行われていたと考えたけれども、ドイツ法が封臣や小作農の地位を所有権として特徴づけていないことは認めた。しかしそれにもかかわらず、これ〔封臣や小作農の地位〕に一般的・広い意味で所有権という用語を使うべきことを提唱した。そして、ティボーが普通法上の分割所有権理論を否定したからといって、それがドイツ法の所有権について答えことにはならないとし、「ドイツ法においては、排他的で不可分の権利としての所有権概念を貫徹することはできない⁵²⁾。」と断じた。

iii) フィリップス

この議論をさらに進めたのは、ゲオルゲ・フィリップス (George Philips) の『普通ドイツ私法原理』(Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts) [1836年]であった。彼は、ケヴェーレによって特徴づけられる物権関係を所有権という用語で表わし、ドイツ法の所有権は無制限でもなく排他的でもなく、多様な形をとると理解した。ローマ法の所有権の概念は個人が物に対して最も近い関係にあることを言い表し、それゆえ他者の介入を完全に排除するが、ドイツ法では、ローマ法のような極端な抽象化は発展せず、同一物に対して複数人が支配を及ぼすことも可能であるとした⁵³⁾。

初期のドイツ的所有権の特徴

以上から看取されるのは、後にギールケが定式化したようなドイツ的所有権概念の本質的部分がすでに準備されていたことである。中心となる考

52) Wagner, Das geteilte Eigentum 前掲註20) S. 78f. クレッシェル・前掲註2) 292頁以下。

53) Wagner, Das geteilte Eigentum 前掲註20) S. 74f. クレッシェル・前掲註2) 294頁以下。

えは、ドイツ的所有権が確かに存在していたこと、それはゲヴェーレに表われているようにローマ法とは異なる独自の物権法理論に基づく固有の法制度であって、ローマ法継受においても分割所有権という法形象の中に維持され、生き延びたというものである。さらにゲヴェーレは様々な物権を包含するものであり、そのためドイツ法は完全な権利と他人の物に対する権利（制限物権）との対立を知らず、債権と物権との区別も知らなかったものであり、これは調和と平等を目指した特殊なドイツ法精神のあらわれであると考えられたこともギールケの見解と一致する。

しかしギールケと異なるのは、所有権はあくまで権利者の物支配であると捉えられていることである。そこには所有権が包括的社会的義務を有するというギールケのような主張はまだ見られない⁵⁴⁾。

ドイツ的所有権概念に対する批判

i) ドゥンカー

ルートヴィヒ・ドゥンカー (Ludwig Duncker) は、1839 年に発表した論考『直接所有権と用益所有権について』(über dominium directum und utile) において、フィリップスの見解は否定された分割所有権の新しい根拠をドイツ古法に見出す試みであるとし、フィリップスの見解に対して資料上の検討を加えた。その結果、ドイツ中世の法源では自有地 (das Eigen) は封地 (Lehen) ないし小作地 (Zinsleihe) と明確に区別されていたこと、そして封地ないし小作地は領主の自有地であり、封臣や小作農に所有権は認められていなかったことを立証し、フィリップスのテーゼは資料的に裏付けることができないと批判した⁵⁵⁾。

ii) ホーマイヤー

さらにカール・グスタフ・ホーマイヤー (Carl Gustav Homeyer) も、

54) Jochen Lehmann, Sachherrschaft und Sozialbindung? (2004) S. 241f. 以下では、Lehmann, 前掲註 54) として引用する。

55) Wagner, Das geteilte Eigentum 前掲註 20) S. 76f. クレッシェル・前掲註 2) 295 頁以下。

1844年の論文において資料研究を行い、私有地と封地の決定的対立は証書全体を通じて認められるものであって、その対立はあくまで堅持されなければならないと述べて、フィリップス等の見解を批判した⁵⁶⁾。

ローマ法的所有権とドイツ的所有権との対立構造の固定化

しかしその後のゲルマン法学者は、上記のような法源の資料検討に基づくドイツ的所有権批判を受け入れようとしなかった。このような状況についてクレッシェルは、「ゲルマン的所有権概念はまさしく、とうの昔に資料の正しい理解の問題ではなくなっていたのである。それはドイツ法の本質、その魂、その内奥に潜む精神にかかわる問題だった」と評している⁵⁷⁾。

このような状況を示す好例として、カール・アードルフ・シュミット (Carl Adolf Schmidt) の『ローマ法とゲルマン法の原理的相違』(Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechts) [1853年]が挙げられる。本書でシュミットは法史的資料研究に基づかずにドイツ的所有権概念とローマ法的所有権概念の相違を定式化したのである。そこから後にローマ法を批判するための常套句となった「ローマ法と対立する純粋なドイツ法」というテーゼが生まれた。ヴィルヘルム・アルノルトやオットー・ギールケのような著名な法史学者でさえこのような定式化の魔力から免れることができなかった⁵⁸⁾。

なおもう一点、シュミットについて触れておかなければならないのは、彼がはじめて「所有者の義務」が所有権概念に含まれると主張したことである。すなわちドイツ的所有権は物に対する道徳的支配権であり、道徳的目的に従い所有者に利用権限を与えるだけでなく、同時に所有者を義務づける、さらに、ローマ法の理解によれば所有者の義務は純粋な所有権概念には属さないけれども、ドイツ的所有権は権利と義務とが一緒になった権

56) クレッシェル・前掲註2) 296頁。

57) クレッシェル・前掲註2) 297頁。

58) クレッシェル・前掲註2) 297頁以下。

利関係の特徴とする、と述べた⁵⁹⁾。

シュミットの見解は、社会法概念こそまだないものの、ほとんどすべての面でギールケのドイツ的所有権を先取りしている。しかしそれにもかかわらず、ギールケがシュミットから直接に影響を受け、彼の見解を手本にして自己の見解を構築したであろうと評価することすることには——ギールケがシュミットの著作をほとんど引用していないこともあって——懐疑的な見方が強い⁶⁰⁾。

第四節 ギールケのドイツ的所有権の成立

1 ギールケ法思想の根幹としての「社会法」

「社会法」と「社会的な法」

i) 「社会法」

ギールケは今日の社会法理論の重要な先駆者の一人である。彼は、個人の結合が人間存在の基礎であるという彼独自の団体法思想から「社会法」(das Sozialrecht) 概念を導いた。一般的な理解によれば、社会は有機体としての諸団体が基礎となっており、個人は家族・なかま団体・自治団体を経て国家へと至るヒエラルヒーの中でその構成員として組み込まれる。個人をこのような諸団体に秩序づけるものとして社会法が構想される。社会法は私法・公法と並ぶ第三の法領域と位置づけられ、社会法においては国家と市民との対立および私法と公法との対立が止揚される、とされる⁶¹⁾。

ここで注目されるのは、彼の「社会法」があくまで団体法理論の一部として構想されたものであり、今日のように福祉国家思想とは無関係であっ

59) Lehmann, 前掲註 54) S. 247.

60) Lehmann, 前掲註 54) S. 248ff.

61) F・ヴィーアッカー・鈴木祿弥訳『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して』(創文社 1961年) 544頁以下。

た点である。したがって「社会法」といっても今日のそれとはその内容に違いがある。

ギールケが「社会法」にはじめて言及したのは『団体法理論とドイツ判例』(Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung) (1887年)であった。そこで彼は、社会法を、団体法概念という独立した法領域と同義のものとして⁶²⁾、個人法に対立するものであると述べながら⁶³⁾、他方では、社会法を法人の内部的関係を規律する法であると述べている⁶⁴⁾。

ii) 「社会的な法」

ギールケは、1889年にウィーンの法曹協会(Wiener juristische Gesellschaft)で行った「私法(学)の社会的任務」(Die soziale Aufgabe des Privatrechts)という講演において、「社会的な法」(das soziale Recht)という用語を用いている。すなわちゲルマン的思考として歴史的に正当化される社会的観察方法によれば、自由はすべて個人の社会的地位から生じる拘束を受けるべきであり、義務を伴わない権利は存在しえないとしたうえで、このような私法のあり方を「社会的な法」と呼び、上記の体系的概念である社会法と区別すべきであるとした⁶⁵⁾。

しかし、このような区別を主張しながら、ギールケは sozial (社会的) という言葉を様々な意味で使う。とりわけ注目されるのは「社会的」という言葉を法の社会的思想傾向と結びつける用例が見られることである。例えば、上述の『団体法理論とドイツ判例』において、ギールケは、法人の意思・行為と個人の意思・行為とのありうべき軋轢を説明する場合にどちらにも sozial (social) という形容詞を使用している。すなわち「社会的有機体」(social Organismus)と「社会的機能の担い手」(Träger(n) sozialer Funktionen)を用いて法人ないしその機関を考察するが、他方では人間の

62) Otto von Gierke, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. (1887) S. 156ff. 以下では、Gierke, Genossenschaftstheorie, 前掲註 62) として引用する。

63) Gierke, Genossenschaftstheorie. 前掲註 62) S. 9.

64) Gierke, Genossenschaftstheorie. 前掲註 62) S. 181.

65) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 14ff. S. 32ff.

「社会的欲求」(socialen Tribe)と「社会的性向」(socialen Anlagen)に言及する。そして「社会法」は上述の人間の性向が個々の場合に貫徹するように助力することはなく、反対に利己的ないし反社会的動機の危険性に対して社会的動機が勝利する蓋然性を高めるように努めているとする。それゆえ、一定の内的意思傾向を示す法律は、道徳的義務を立法的に啓発する力を有する、と述べている。ここで「社会法」という語は、本来の団体法上の概念という体系的意義から離れ、倫理的動機と結びつけて使われている⁶⁶⁾。

以上の例からも明らかなように、ギールケは「社会法」という用語に体系的意義と倫理的動機という二つの意味を与えている。そのため「社会法」と「社会的な法」の区別は意味を失っている。そこで以下ではとくに両者を区別せず、「社会法」という用語をもっぱら用いることにしたい。

ゲルマン思想による社会法の基礎づけ

ギールケは、ゲルマン思想の歴史に遡って社会法を基礎づけようとした。すなわち、ローマ法は初めから公法と私法の厳格な分離を特徴とし、私法が精巧な法技術を達成させたのに対し、公法は絶対主義的国家機構の手段であったという。しかし私法は、経済的没落、道徳的解体および社会的瓦解を阻むことは不可能だったのであり、弱者を強者から保護する試みや家族の固い結合を新たに築く試みは等閑視された。これに対してゲルマン法には公法と私法の分離は知られておらず、あらゆる法の統一こそが重視された。ゲルマン法上認められる自由はローマ法的な恣意ではなく、社会の利益に合致するよう道徳的に拘束された自由である。そこでは国家の優位も個人の優位も認められず、個人は常に共同体と結びつき、個人の利益は家族と法人のそれと一致したという。

ギールケにとって私法と公法との分離は、一面ではエゴイズムの助長をもたらし、弱者の保護を阻むものであった。他方、ゲルマン的な法の統一

66) Lehmann, 前掲註 54) S. 257.

においては家族と法人が、私法に社会的な性格を付与するという重要な役割を果たすものであった。すなわち、団体の高度な一体性により人間のエゴイスティックな動機が抑制されるとされた⁶⁷⁾。

ゲルマン的精神は、ギールケにとって私法の社会的任務の基準ないし基本方針であった。ギールケは sozial (社会的) という言葉にエゴイズムを助長するローマ法体系への攻撃と、法人の重要な役割とを結びつけた。そして、彼が言う社会法においては、①法人法による公法私法分離の克服、②共同体による個人の義務づけ (拘束) および③弱者保護、の三つが一体不可分な関係にあるとされた⁶⁸⁾。

以上のように、ギールケは、社会法を今日におけるような私法および公法から厳格に区別された体系的な意味ではなく、人間共同体を中心に置き個人の利益よりも共同体の利益を強調する法秩序の形成原理としての法と位置づけた。当初のギールケは、団体法史に関する初期の著作に示されているように社会問題の解決には関心を示さず、バーゼラーの学説などに見られるゲルマン法学の伝統の中であって国家体制の発展を論じるに過ぎなかった。彼が上記のような社会法概念を展開したのは、ようやくドイツ民法典の立法作業について発表した論稿においてであった。したがって、この変化は彼にとって重要な革新であったに違いない⁶⁹⁾。

社会活動からの影響

ギールケがドイツ民法典第一草案に反対した本質的動機がゲルマニストという彼の立場にあったことは言うまでもないが、これに加えて社会問題に強い関心を持っていたことも重要な要因であった。社会問題 (の解決) が、彼の社会法形成の推進力であった。

ギールケは、1873 年から参加した「社会政策協会」(der Verein für

67) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 4ff.

68) Lehmann, 前掲註 54) S. 258.

69) Helga Spindler, Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft. (1982) S. 155ff. 以下では、Spindler, Genossenschaft. 前掲註 69) として引用する。

Socialpolitik)⁷⁰⁾ と「福音教会・社会会議」(Evang. sozial. Kongress) における活動を通じて、とりわけ国民経済学者アドルフ・ワーグナー (Adolf Wagner⁷¹⁾) と親しく交流した。ワーグナーは当時生じていた階級対立を社会政策によって緩和しなければならないという思想の持主で、ギールケに大きな影響を与えた。成長しつつある社会民主主義の勢力をこれ以上伸長させないために、法秩序は社会的に形成されなければならないというギールケの考えもワーグナーの影響によるものである⁷²⁾。ただしワーグナーはギールケの著作を引用しているが、ギールケはワーグナーの著作を引用していない⁷³⁾。

2 社会法的所有権としてのドイツ的所有権

法政策的概念としてのドイツ的所有権

ギールケ以前のゲルマン法学のドイツ的所有権は、社会法思想とは無関係であった。ギールケも、初期の段階では同様であったが、ようやく前述のウィーン講演とドイツ民法典第一草案批判の著書において、社会法思想を取り込んだ、最終的な形でのドイツ的所有権学説——それはパンデクテン法学の抽象的所有権に代わるべきものとされた——の全体像を提示した。ドイツ的所有権は、その始まりにおいてもその完成においても政策的な議論である点で際立っている。それゆえドイツ的所有権は歴史的ないし

70) 社会政策協会は活動目的として、(i) 改革による社会関係の改造、(ii) 勢力を広げつつある自由主義の抑圧および (iii) 社会関係を革命的に改造するという社会主義的要求の防止の3つを掲げていた。同協会とギールケとの関係については Spindler, Genossenschaft. 前掲註 69) S. 92ff. 参照。

71) アドルフ・ワーグナー (1855-1917) はドイツの国民経済学の主要な学者の一人で、『政治経済学の基礎 (第3版 1894年)』(Grundlegung der Politischen Oekonomie) を著わしている。ワーグナーの生涯と業績については、Karl-Dieter Gröske, Karl Häuser, Bertram Schefold, Robert K. von Weizsäcker, Adolf Wagner »Grundlegung der Politischen Oekonomie« (1991) を参照されたい。

72) Spindler, Genossenschaft. 前掲註 69) S. 158ff.

73) Spindler, Genossenschaft. 前掲註 69) S. 158.

ドグマ的概念ではなく、その本質は法政策的概念である⁷⁴⁾。

「私法（学）の社会的任務（課題）」における社会法的所有権の展開

ギールケが社会法を探求するにあたって、所有権は重要な役割を果たした。ウィーンでの「私法の社会的任務」講演の構成を分析すると、全体の約三分の一が所有権に充てられている。彼は、法史と社会法について一般的な説明をした後、社会法秩序が所有権において具体化されていることを論じる。すなわち、共同体精神がどのようにして私法に浸透しているのか、そしてそれが個人主義的財産分野でどのように機能しているのかを説明する⁷⁵⁾。それによれば、所有権は社会法秩序を形成するための最も重要な出発点である。さらに、続く説明では、所有権は外部の財産的世界に対する支配を個人に保障すべきところの、社会法的現象とされる⁷⁶⁾。

ギールケが強調したのは、個人の物支配は社会法的所有権概念が着実に発展すれば、公共に従う法制度の重要性をより強く示す形式となること、および「義務を伴わない権利は存在しえない。」という点であった。所有者の負う社会的義務は濫用禁止からはじまって、「社会的に与えられた範囲で、所有物を必要とされる限りで正しく使用すべき義務」へと高められる、とされる⁷⁷⁾。

公共に対して所有者の負う特別な義務は外部から所有権に加えられる要素ではなく、所有権の必要不可欠な構成要素の一つとされる。すなわち「私的所有権はその概念上すでに絶対的な権限ではない。公共の利益のために所有権に課せられたあらゆる制限は、収用の可能性も含めてその概念に備わったものであり、その最も内的な本質に由来するものである。」社会法では、公法と私法の分離の克服が実現されるが、所有権においてはその

74) Lehmann, 前掲註 54) S. 264. ギールケがドイツの所有権の資料上の根拠を全く示していないことにつき、クレッシェル前掲註 2) 304 頁参照。

75) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 10f.

76) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 12f.

77) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 14f.

克服は公法上の制限が所有権概念に取り込まれることの中に現われる、とされる⁷⁸⁾。

ギールケによるローマ法的所有権の廃止は、次の発言で最高潮に達する。すなわち、土地所有権は「国家領域の一部について制限された用益権 (Nutzungsrecht) 以外の何物でもない⁷⁹⁾。」それゆえ所有者はもはや土地の支配者ではなく、共同体によって彼に承認された権利の保有者にすぎないとされる。これは封建法上の授与あるいは領主の上級支配を連想させる構成である。したがって、これは分割所有権の復活に通じる考えである。こうして所有権は、公共の利益が優位に立っているという意味で社会法上の制度とされた。

ギールケは、所有者が自由に土地を処分することにより土地の流動化が増大し、そのため社会問題が発生していると考えた。当時の土地流動化の状況をニッパードアイは以下のように説明している。

「社会史的に見ると、改革 [農民開放をいう。一引用者註] の結果として農村部には大農場主・農民・農業労働者という三つの階級からなる新たな構造が形成され [た]。……

原則的には大農場領主は農業企業家としての大農場主に、生まれに基づく身分から所有に基づく階級に変化した。このことは、騎士農場所有者の市民化から最もはっきりと見て取ることができる。危機と景気の変動、過剰債務と過剰消費、差押えと売却が、大農場をも事実上動産化した。大農場主からの脱落とその層への上昇が、まさに前世紀 [19 世紀。一引用者註] 前半には一つの重要な現象となったのである。20 年代から 70 年代までの間に、大農場の 3 分の 2 以上が差押えや売却によって所有者を変えたと見積もられている⁸⁰⁾。」

78) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 14f.

79) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 16.

80) ニッパードアイ・前掲註 29) 199 頁以下。

ギールケはこうした土地の流動化は土地所有者を自己破壊へと至らせるものであるという⁸¹⁾。その回避は、土地所有権を公共によって与えられる用益権とすることである。公共があらゆる人にその本来の利益のために用益権を与えるという考えは、土地所有権の自由な処分を認めるという考えと矛盾する。それゆえ、私法の社会的任務は所有権処分の自由の制限を推進することではなければならない。所有権が公共の利益によって義務づけられるならば、社会的な欠陥の進行が回避されよう、と主張した⁸²⁾。

以上のように、ギールケは、所有権をこのような政策を推進するための社会法と考えたのである。

ギールケの思想的立場

ギールケの社会法的所有権は、彼自身の宗教信条・政治信条を色濃く反映している。彼は、あらゆる土地は個人のものではなく公共財であり、所有者には公共の利益によって制限される利用権しか帰属していないと述べているが、その宗教信条はルターにまで遡る伝統に基づくものである⁸³⁾。また、福音教会・社会会議において、個人は全体のために役立つ構成員にすぎず、所有権は神によって信託された財産にすぎないとも発言している⁸⁴⁾。

彼の政治信条は保守主義であり、自由主義だけでなく社会主義にも反対した。例えば、社会主義者アントン・メンガー (Anton Menger) はローマ法的所有権概念を階級対立の現れであるとして、ドイツ民法典第一草案のローマ法的所有権を廃止すべきことを要求したが、この点に関する論争にギールケも参加した⁸⁵⁾。彼は、ローマ法的所有権概念に反対する点ではメンガーを支持したけれども、社会主義イデオロギーについては明白に拒絶した⁸⁶⁾。ギールケは、メンガーが第一草案の所有権概念を批判した理由は

81) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 18.

82) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 18f.

83) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 18.

84) Lehmann, 前掲註 54) S. 266f.

85) Spindler, Genossenschaft, 前掲註 69) S. 90f.

第一草案に社会的思想傾向が欠けている点にあると述べている⁸⁷⁾。

ギールケ以前の「社会法的所有権」

1870 年以降、パンデクテン法学の無制限な所有権概念に対する批判が次第に強まっていた。その批判の中心は所有権の共同体的義務づけであり、ギールケはその重要な論者とされている。しかしこの動きは、ギールケ以前にすでに始まっていた。

i) ロエズラー

その先駆者の一人がヘルマン・ロエズラー (Hermann Roesler) であった。彼はすでに『社会的行政法』(Das sociale Verwaltungsrecht) (1872 年) において無制限な所有権理論を放棄するよう要求した。ロエズラーによれば、所有権には社会的意味がふさわしく、「社会的物権法」(das Sociale Sachenrecht) が純粋な私法上の物権法と併存する。無制限な所有権は私法上の物権法領域に限られ、「社会的物権法」が適用されるや否や所有者の自由処分は終了する。しかし、社会的物権法上の所有権と私法上の所有権とは矛盾しない。所有権は社会的義務によって補完されるにすぎないのであって、侵害されるのではない。むしろ社会的物権法においては所有者の義務が所有権概念に含まれる。それゆえ所有者に排他的支配を与える硬直した所有権概念は私法上のものに過ぎない。社会的義務の対象となるのは土地所有権だけである。

このようにロエズラーは所有権の社会的思想を論じる点で、ギールケと類似する。相違点としては、ロエズラーが社会的義務を含む所有権を社会的物権法の領域でのみ論じ、私法上の所有権には触れていないのに対し、ギールケは公法上の義務を私法上の所有権概念に取り込んだことである⁸⁸⁾。

86) Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, (1889) S. 122, Fn. 2. 以下では、Gierke, Entwurf, 前掲註 86) として引用する。

87) Gierke, Entwurf, 前掲註 86) S. 25.

88) Lehmann, 前掲註 54) S. 269f.

ギールケと親しかったワーグナーは、ロエズラーの見解を詳細に引用しており、ギールケがワーグナーを介してロエズラーの所有権概念を知った可能性が推測される。しかし、ギールケはロエズラーを引用していないため、ギールケがその影響を受けたかは定かでない⁸⁹⁾。

ii) イェーリング

社会的方向性をもつ私法上の所有権概念を最初に提唱したのは、ルドルフ・フォン・イェーリング (Rudolf von Jhering) であった。彼は 1886 年初版の『ローマ法の精神・第 1 卷』(Geist des Römischen Rechts Teil 1) において「絶対的な所有権はなく、社会性を考慮して義務づけられた所有権があり得る」と述べ、パンデクテン法学の所有権概念に反対した⁹⁰⁾。イェーリングは後のギールケの社会法的所有権学説の多くを先取りしたが、これを基礎づけようとはしなかったし、パンデクテン法学の所有権概念を根底から覆すこともなかった⁹¹⁾。

イェーリングの見解は法学の世界ではほとんど影響力がなかったけれども、これに対して国民経済学では反響が大きく、これを契機に所有権の社会的方向性について活発な議論が展開された⁹²⁾。

iii) ザムター

アドルフ・ザムター (Adolph Samter) は、ギールケのウィーン講演の 10 年前、「社会的意味における所有権」(Das Eigentum in seiner sozialen Bedeutung) (1879 年) において、所有権の第一の要素である排他性ととも、共同体生活に必要とされる所有権制限が第二の要素として概念上所有者の支配と同一の次元で存在する、と主張した。彼は、イェーリングを引用して所有権の共同体的側面によってこれを基礎づけようとし、所有権は国家によって認められる物支配にすぎないとした。さらに、彼は、対象の性質に基づいて所有権を形成すべきとし、土地所有権については例外なく

89) Lehmann, 前掲註 54) S. 270.

90) Rudolf von Jhering, Geist des Römischen Rechts Teil 1, S. 7.

91) Lehmann, 前掲註 54) S. 270f.

92) Lehmann, 前掲註 54) S. 271.

公共化（国有化）すべきことを主張した⁹³⁾。

以上から確認できることは、この時代すでに所有権の社会的方向性の重要性が認識されていたことである。したがって、ギールケが彼の社会法的所有権を展開する段階で、これを論じるための十分な土壌がすでに存在していた⁹⁴⁾。

iv) ワーグナー

ギールケの社会法的所有権に最も大きな影響を与えたのは、国民経済学者のアドルフ・ワーグナー（Adolph Wagner）であったと推測される。彼は、ギールケ以前に、私法上支配的であったローマ法的所有権概念を最も広範かつ詳細に批判した人物であり、社会主義者からの土地の国有化の要求には反対しつつも、当時支配的であったローマ法的所有権概念をあまりに絶対的であるとしてその批判を体系的に展開した⁹⁵⁾。

ワーグナーは、単なる個人主義にすぎないローマ法上の所有権概念に代わって、国民経済上も社会政策上も維持しうる所有権理論の樹立を目指した。もっぱら形式論理に基づく私法ドグマに代わって、所有権の規定は社会経済的思考法——国民経済上そして社会政策上維持しうるか否か——によって評価されるべきである、とする。そして社会政策的所与から抽象化され、純粋に論理的に形成されたドグマティックならびにそこから引き出されたローマ法的所有権概念を、ワーグナーは非とした。なぜならローマ法的所有権概念はあらゆる対象を統一的に扱うため論理的に欠陥があるばかりでなく、しばしば不吉な影響を及ぼすからであるという。たとえば所有権利用の制限や義務づけはただちに拒絶されるが、それは誰もがローマ法的所有権の絶対性を思い浮かべるからであるという。その結果、所有者に与えられる処分の自由は濫用され、とくに中小の土地保有の状況は危険にさらされるという。しかしながら、ワーグナーは、所有権という形態を廃止することは社会政策上できないという。なぜなら所有権は保護主義の

93) Lehmann, 前掲註 54) S. 271f.

94) Lehmann, 前掲註 54) S. 272.

95) Lehmann, 前掲註 54) S. 272f.

もとで独立した人々——彼らは健全で活力のある国家の最良の基礎である——に中心的根幹となる基礎を与えるものであるから、とする⁹⁶⁾。

ワグナーは、イェーリング、ザムター、ロエズラーを引用して、所有権は法的共同体から力を付与され、社会の一定の目的に役立つものである、とする。このような社会性を有する所有権概念は所有者に課される制限と義務とを含むべきであり、不動産の私的所有権は公益と生産増加の正当な配分に反する限りで、廃止されなければならない。土地は私的所有権の支配下においても公共財であり続け、公共性が維持されるべきである。したがって、所有権は社会的官庁的性格 (socialen Amtscharakter) を有する、とする⁹⁷⁾。

ワグナーはギールケ以前にすでに以上のような所有権理論を詳細に展開したが、これをギールケの社会法的所有権と比べると、ほとんど同じであることに気づく。すなわち、ギールケはローマ法的絶対的所有権に反対し、所有権に共同体の利益のための制限だけでなく、公法上の義務も取り込んだ。そして無制限かつ不可侵な所有権概念から生じる危険性を指摘し、自由な処分や自由な負債が土地保有にとってマイナスの結果をもたらすと考えた。土地はあくまでも公共財であり、その利用は公共の利益のために個人に信託されているものであるという。以上のようなギールケの考えはワグナーの右の理解とほとんど一致する。ギールケが社会政策協会の活動を通じてワグナーと親しかったことを考慮すると、ギールケがワグナーから大きな影響を受けたことは明らかである⁹⁸⁾。

96) Lehmann, 前掲註 54) S. 272f. Karl-Dieter Grüske, Robert K. von Weizsäcker, „Wagners »Grundlegung« im Spannungsfeld zwischen Liberalismus und Sozialismus.„ in Karl-Dieter Grüske, Karl Häuser, Bertram Schefold, Robert K. von Weizsäcker, Adolf Wagner »Grundlegung der Politischen Oekonomie« (1991) S. 83ff.

97) Lehmann, 前掲註 54) S. 274.

98) Lehmann, 前掲註 54) S. 275.

3 分割所有権としてのドイツ的所有権 ——分割所有権の再生

ワグナーは国民経済学の立場から社会法的所有権理論を展開したが、ギールケは——ゲルマン法学者として当然の帰結ともいえるが——これを分割所有権と結びつけるという点で大きな役割を果たした⁹⁹⁾。すなわち、ゲルマン法学では、歴史的に純粋なドイツ的所有権が確かに存在していたけれども、ローマ法的所有権ドグマにより排除されてしまったと考えられていた。しかしギールケはこの端緒に立ち戻ることによって、分割所有権をドイツ的所有権として再生させたのである¹⁰⁰⁾。ギールケは、これによりこれ以後の私法学における所有権概念をめぐる議論に強い影響力をもつこととなった¹⁰¹⁾。

分割所有権は、ギールケのドイツ的所有権において社会法と並ぶ重要な要素である。この点も社会政策協会での活動と関連する。協会では土地投機と土地負債に大きな関心が払われ、土地政策に関しては土地価値の不当な高騰に対する課税、地上権 *Erbbaurecht* の改革および家屋敷の確保（いわゆる広範な民衆階級のための居住空間および労働空間の創造）などが協会の改革プログラムに含まれていた¹⁰²⁾。

ギールケもこの改革プログラムを支持し、そのため分割所有権を強力に弁護した。すなわち、論理的には不可能であると説明された分割所有権であるが、古い形式では十分に機能していた。分割所有権がなくてもかまわないということにはならない。われわれは新しい国民階層に土地を保有させ、定住させ、内地植民に永続的な効果をもたらし、労働者階級を移住さ

99) Lehmann, 前掲註 54) S. 275.

100) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 21. Wagner, Das geteilte Eigentum 前掲註 20) S. 83f.

101) Lehmann, 前掲註 54) S. 275f.

102) Lehmann, 前掲註 54) S. 276.

せることを意図している。このためには、永小作権 *Erbpacht* あるいは永貸借地 *Erbzinsgut* は維持されるべきである、とした¹⁰³⁾。ギールケは、ドイツ民法典の施行により分割所有権が最終的に廃止された後にも、内地植民 *die inner Kolonisation* のために分割所有権が必要であると主張した¹⁰⁴⁾。

以上のように、ギールケにとって分割所有権は社会法的土地法の構成要素として欠くことのできないものであった。したがって、土地改革の分野において分割所有権がいまだに語られるが、これは偶然とはいえない¹⁰⁵⁾。

分割所有権が特別な社会法的性質を有しているというギールケの考えは、今日でも見られる。たとえば、ハインリッヒ・ミッタイス (Heinrich Mitteis) は、1959 年に出版された『ドイツ私法』(Deutsches Privatrecht) の教科書で以下のように述べ、ドイツ民法典による分割所有権の廃止を最終的なものではないとしている。すなわち、

「プロイセン一般ラント法典やオーストリア一般民法典もまだ分割所有権を認めているが、十九世紀には、それは克服された。一九一九年、地上権の新たな規整をなすに際しても、それは用いられなかったのである。しかし、所有者感情の強化にまつところの大きい社会立法が、おそらく、ふたたびそれに立ち帰るであろう¹⁰⁶⁾。」

およそ 100 年の時間差があるにもかかわらず、言葉の上でもギールケの説明とほとんど一致することには驚かされる¹⁰⁷⁾。

ギールケは、社会政策活動を通じて、ローマ法的所有権がもたらした負

103) Gierke, Aufgabe, 前掲註 15) S. 21.

104) Gierke, DPR. II 前掲註 6) S. 373.

105) Lehmann, 前掲註 54) S. 277.

106) Heinrich Mitteis / Heinz Lieberich, Deutsches Privatrecht, (1959) S. 88. 訳出は同書の翻訳書であるハインリッヒ・ミッタイス著・世良晃志郎・廣中俊雄共譯『ドイツ私法概説』(創文社 1961 年) 163 頁による。

107) Lehmann, 前掲註 54) S. 277.

の側面から所有者の自由制限と義務化を強調し、当時すでにまったく古風で時代遅れと認識されていた分割所有権を、ローマ法に抵抗したドイツ法圏の典型的な創造物であると評価した。彼はこのようにして、分割所有権を所有者の自由を制限するための法形象として再生させようとしたのであった¹⁰⁸⁾。

4 ドイツ民法典立法作業へのギールケの影響

ドイツ民法典第一草案に対するギールケの批判はセンセーションを引き起こしたが、ギールケの批判によって修正の対象となったのは次のような条文の字句修正などに限られ、立法作業への影響は限定的であった。

第一は第一草案第 848 条の規定である。同条は、当初、所有者はその所有する物を処分するのは「恣意 (Willkür)」であると表現していたが、これが「任意 (Belieben)」に変更された。この修正の理由は、ギールケの批判によって生じた誤解を防止するためであった¹⁰⁹⁾。

第二は第一草案 849 条の規定である。同条は、当初、土地所有権は地球の中心から土地の表面まで無制限に及ぶと規定されていたが、これが、所有権は所有者の利益に関わらない範囲にはその効力が及ばない、へと変更された¹¹⁰⁾。しかしこの修正は、電力事業のための送電線設置やトンネルの設営をはかる産業界からの強い要請があったことも大きな要因であったと推測される¹¹¹⁾。

これに対して、ローマ法的所有権に代わってドイツの所有権を採用すべしというギールケの主張は、ドイツ民法典の立法作業において審議されることはなかった。したがって、ギールケの影響は条文の体裁などの部分的

108) Lehmann, 前掲註 54) S. 278.

109) Protokolle, angedruckt bei Mugdan III. S. 578.

110) Denkschrift. S. 149.

111) Lehmann, 前掲註 54) S. 280.

な修正に止まり、本質的な部分に及ぶものではなかった¹¹²⁾。

第五節 20世紀におけるドイツ的所有権の展開

1 ドイツ民法典施行から1920年代まで

ドイツ民法典施行直後の状況

20世紀初頭の私法学は、ドイツ民法典が1900年に施行されたことにより、ローマ法的所有権概念の採用を無条件に受け入れた。その結果、ローマ法的所有権とドイツ的所有権との対立をめぐる議論はほとんど行われなくなった¹¹³⁾。

ただ公法学では、公法上の所有権制限が私法学のいう無制限の所有権概念に適合しないのではないかが問題とされた。すなわち、警察法は所有者に公法上の義務を課しているが、この義務づけが私法上の無制限な所有権という理解と矛盾するのではないかというのである。そして所有者の負う公法上の義務を正しく位置づける理論は、社会的な義務づけを所有権の構成要素とするドイツ的所有権である、と主張され、ギールケがたびたび引用された。前述したように、ギールケ以前にすでに行政法学者のロエズラーが同様の主張をしていたにもかかわらず、ギールケが引用されたのは、当時の人々にとってドイツ的所有権とギールケとの結びつきがいかに強く印象付けられていたかを示すものであろう¹¹⁴⁾。

ヴァイマル憲法の制定

ドイツ民法典施行後の所有権理論に最初に重大な影響を与えたのは、ヴァイマル憲法の制定であった。ヴァイマル憲法は、私法上の所有権概

112) Lehmann, 前掲註 54) S. 281.

113) クレッシュェル・前掲註 2) 307 頁以下。Lehmann, 前掲註 54) S. 281.

114) Lehmann, 前掲註 54) S. 282.

念と憲法上の所有権概念の分裂・対立をはじめて生じさせた。それ以前は、たとえ憲法に所有権保障が規定されたとしても、所有権自体は私法上の意味で理解されるのが常であり、所有権概念はあくまで私法が定めるものとされていた。ヴァイマル憲法でも第 153 条第 1 項の所有権は、ドイツ民法典第 903 条に従って所有者に帰属する物または権利を任意に処分することのできる権限と理解された。しかし、それと並んでヴァイマル憲法第 153 条第 3 項は「所有権は義務を伴う。」と規定し、所有権の社会的義務をはじめて認めた。ヴァイマル憲法立法の準備作業で起草者は、所有権の社会的義務を規定するにあたってギールケの鑑定書を参照したと述べているから、この規定がギールケの思想にまで遡ることは明らかである¹¹⁵⁾。

その結果、この社会政策上の動機による所有権制限がたとえドイツ民法典の外部からもたらされたものだとしても、これにより所有権概念があくまで私法上のものであるという完結性は失われてしまった¹¹⁶⁾。

しかし、判例通説は、ヴァイマル憲法第 153 条第 3 項が私法に直接効果を及ぼすことを否定したため、ヴァイマル憲法によりドイツ民法典第 903 条以下の所有権秩序が根本的変化したとは考えられなかった。ドイツ民法典のローマ法的所有権概念は依然として当時の支配的理解であった¹¹⁷⁾。

いわゆる動態的所有権概念

しかし以上のような状況にもかかわらず、ドイツ的所有権が完全に消滅することはなく、1920 年代にいわゆる動態的所有権概念 (der sog. dynamische Eigentumsbegriff) として主張された。この理論は、所有権概念にとらわれず、所有権を機能として理解すべきであるとし、所有権の本質は利用許可と理解されるべきであると主張した。さらに公法上の制限を所有

115) クレッシェル・前掲註 2) 311 頁以下。

116) Lehmann, 前掲註 54) S. 283.

117) クレッシェル・前掲註 2) 312 頁。

権概念に含むべきこと、無体物および集合物にも所有権を承認すべきこと、そして所有者が社会的義務を負うべきことを主張した¹¹⁸⁾。

その代表的な論者は、ユストゥス・ヴィルヘルム・ヘーデマン (Justus Wilhelm Hedemann) であった。彼はゲルマン法学の中世ドイツ法理解に依拠して封建法の原理を再生し、国家を私的所有権の上級所有者として関与させるよう試みた。また同時に分割所有権が広範な大衆階級に居住空間を与えることに役立つと主張した¹¹⁹⁾。

この動態的所有権理論はギールケの主張と一致するものであるから、ヘーデマンはギールケのドイツ的所有権の直接の後継者といえよう¹²⁰⁾。

2 1930年代の国家社会主義の所有権学説

ナチ党綱領とドイツ的所有権

1930年代のドイツを支配した国家社会主義は一貫した所有権教義を持たなかったが、ナチ党綱領 (Das Parteiprogramm der NSDAP) にギールケの影響を見てとることができる。

党綱領第19は、「われわれは実質的な世界秩序に役立つローマ法に代えて、ドイツ普通法を採用することを要求する」としている¹²¹⁾。この綱領第19は、国家社会主義の学説とゲルマン法学との関係に関して重要な意味を持った。すなわち、当時の法学研究の方向を、ローマ法研究からゲルマン法研究へと転換させたことである。このことは同時にローマ法とゲルマン法の対立が当時一般的な理解であったことを示すものでもある。こうしたローマ法の拒絶は、当時の私法学がギールケのドイツ的所有権へと帰す

118) Lehmann, 前掲註54) S. 286.

119) Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. II 1, (1930) § 10. S. 388.

120) Lehmann, 前掲註54) S. 288.

121) Lehmann, 前掲註54) S. 290.

る一因となった。

党綱領第 17 もドイツ的所有権の再生にとって重要である。同第 17 は「われわれは、国家的要請に適合した土地改革を、すなわち公共の目的のために土地所有権の無償収用および土地賃料（地代）の廃止ならびに土地投機の防止を要求する」としている¹²²⁾。アルフレード・ローゼンベルグ (Alfred Rosenberg) は、そのためには、土地が公の性質を有することから動産とは異なる取り扱いをすべきこと、土地はむしろ全国民の所有とすべきことを主張した¹²³⁾。この時代の代表的な私法学者の一人とされるヘーデマンは、同第 17 の要求を古い分割所有権の再生であると解釈した¹²⁴⁾。

ギールケへの回帰

以上のように、国家社会主義的所有権学説はドイツ的所有権へと回帰していった。初期には多くの論文が書かれ、その所有権学説が完成することはなかったけれども、基本的な方向性は一致していた。新しい所有権の共通の出発点は「公共の利益は個人の利益に優先する」という原則であった。これを背景に民族共同体に対する所有者の義務が強調された。その結果、所有者はもはや自由に処分する権限を保有せず、事物に適合した行動をとるべきとされた。このような行政権限としての所有権というコンセプトは補償のない所有権の収用を容易にした¹²⁵⁾。

これを条文化する試みもなされ、たとえばドイツとイタリアの共同作業グループはこのような所有権概念を「所有者は自己の責任において物を使用することが許され、国家経済と労働秩序から生ずる公共の要請に一致する範囲でこれを処分することが許される」と定式化している。施行されることのなかった民族法典草案の「国民の共同生活の原則」第 8 条および第

122) Lehmann, 前掲註 54) S. 291.

123) Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. II 2, (1935) § 19. S. 352. Fn. 35.

124) Hedemann, 前掲註 123) § 19. S. 351f.

125) Lehmann, 前掲註 54) S. 292.

9条も同様の規定を定めるが、さらに「ドイツの土地所有権は、所有者に土地の管理と利用について高度な義務を負わせる」という所有者の義務を強調する規定を置いた¹²⁶⁾。

1935年、所有権を新たに定義する試みとは別に、国家社会主義の研究改革が行われた。これにより大学での物権法の研究（および講義）は、動産に代わる「商品と金銭」（Ware und Geld）と、不動産に代わる「土地法」（Bodenrecht）との二つに分けて行うことになった。分類はさらに細かく行われ、「具体的秩序」に対応する一連の所有権類型が続いた。その目的設定に応じて、同一の客体が異なる所有権秩序に帰属するのである。例えば「洋服は商人の倉庫にあれば商品であり、消費者の手に入れば個人財産（Eigentum）である¹²⁷⁾。」とされた。当時の人々は、このような法学の研究領域の変更を、ドイツ民法典のローマ法的抽象的所有権概念の否定と理解した¹²⁸⁾。

これとの関連で「ギールケに帰れ」というモットーのもとに、ギールケのドイツ的所有権への回帰がしばしば言及されている¹²⁹⁾。

国家社会主義的所有権学説の展開

以上のように、ギールケが国家社会主義的所有権学説に影響を与えたことは明らかであるが、さらに検討されるべきは、その影響ないし結びつきがどの程度のものであったのかである。単なるギールケの理論のコピーに過ぎなかったのか、あるいはギールケに新たな理論を加え、展開したのであろうか。次に国家社会主義的所有権学説の代表的論者とされるメルクとヴィーアッカーの学説を取り上げ、この点を検討しよう。

126) Lehmann, 前掲註 54) S. 292.

127) クレッシェル・前掲註 2) 310 頁。

128) Franz Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung. (1935). S. 86. 以下では、Wieacker, Wandlungen, 前掲註 128) として引用する。

129) Lehmann, 前掲註 54) S. 293.

i) メルク

ヴァルター・メルク (Walther Merk) はギールケの崇拝者であり、ローマ法とドイツ法の二元論によって特徴づけられるギールケの歴史像を受け継ぎ、共同体思想の中にドイツ法秩序の革新の出発点があると考えた。そして、所有権学説においてもギールケの見解を展開した¹³⁰⁾。

メルクは、1934 年出版の『時代の変転の中の所有権』(Das Eigentum im Wandel der Zeiten) において、ギールケのローマ法批判を繰り返し取り上げた。ローマ法に対して中世のドイツ的所有権は統一のかつ無制限な支配ではなく、義務と結びつくものであり、所有者の権限を分割し、財産の広範な分配を可能とするものとされた。そしてこれを大衆政策の実践として賞賛した。クレッシェルはこのようなメルクの主張を、ゲルマン法学派の古い闘争宣言を改めて導入するもの、と皮肉っている¹³¹⁾。

ii) ヴィーアッカー

1935 年に出版されたフランツ・ヴィーアッカー (Franz Wieacker) の『所有権制度の変転』(Wandlungen der Eigentumsverfassung) は今日まで国家社会主義的所有権学説の典型とみなされている。彼の出発点はすでにギールケによって形成されたテーゼ、すなわち抽象的概念に基づいて形成されたパンデクテン法体系とくに所有権概念は現実によって解体されるというテーゼである (先の「洋服」の事例参照)。

ヴィーアッカーは、新たな所有権秩序を形成するために二つの基本的要請を提示する。第一は、ローマ法的統一的抽象的所有権概念に代わって、所有権の具体的行使を考慮した、数多くの所有権態様が定められるべきことである¹³²⁾。第二は、共同体の利益による包括的な所有権制限が取り入れられるべきことである。彼によれば、所有権はもはや個人の (主観的) 権利ではなく、共同体によって与えられる物の正当な利用すなわち単なる行政権限 (Verwaltungszuständigkeit) に過ぎないとされた¹³³⁾。

130) Lehmann, 前掲註 54) S. 294.

131) クレッシェル・前掲註 2) 308 頁。

132) Wieacker, Wandlungen, 前掲註 128) S. 44f.

以上のようなヴィーアッカーの具体的ドイツ的所有権というコンセプトは、ゲルマン法学の伝統とりわけギールケのドイツ的所有権理論に、さらにベーゼラーの所有権理論にまで遡るものである。このようにヴィーアッカーの理論がギールケに類似するにもかかわらず、驚くべきことにヴィーアッカー自身はギールケの思想に回帰することを明示していない。しかし、ギールケとの類似性は偶然とはいえないであろう。なぜなら、当時の私法学の研究状況下では、ゲルマン法学への回帰が当然の前提とされたからである。またヴィーアッカーは上記の著書で、ギールケに傾倒したメルクをたびたび引用している。したがって、ヴィーアッカーもまたギールケの所有権学説の後継者であったと評することができよう¹³⁴⁾。

以上のように、国家社会主義の所有権学説はゲルマン法学とくにギールケのドイツ的所有権を継承した。それでは、はたしてそれがドイツ法史の時代区分において特別な意味をもっていると評することができようか。分割所有権の継承はドイツ的所有権そのものであり、具体的所有権という多様な所有権態様も、ギールケが『ドイツ私法』で述べた「ドイツ的所有権は可能な物支配の総体である」(前掲註6参照)および「段階的なものである」(前掲註11参照)の適用に過ぎない。したがって、国家社会主義の所有権学説はギールケのドイツ的所有権学説に全面的に依拠しているにすぎず、何ら新しい展開は行われなかったと評価されよう¹³⁵⁾。

3 第二次世界大戦後のドイツ的所有権

基本法と社会法的所有権としてのドイツ的所有権

国家社会主義の終焉により、ドイツ的所有権を基礎にした財産法秩序を

133) Wieacker, Wandlungen, 前掲註128) S. 25.

134) Lehmann, 前掲註54) S. 296.

135) Lehmann, 前掲註54) S. 296f.

新たに形成するという試みは水泡に帰し、ドイツ民法典本来のローマ法的所有権概念が復活することになった。そのためドイツ的所有権はもはや現実の法政策的議論の対象ではなくなった。

しかし、所有権の社会的義務性というドイツ的所有権の最も重要なメルクマールは、憲法の分野において復活の端緒を見出した。基本法第 14 条は、ヴァイマール憲法第 153 条の公共の福祉に義務づけられ制限された所有権保障——これは 1933 年にライヒ大統領令によって廃止された——を受け継いだ。このことは、再び、憲法上の所有権と私法上の所有権の分裂を生じさせた。連邦憲法裁判所のいわゆる砂利採取事件決定¹³⁶⁾によって確定したことは、基本法第 14 条第 1 項第 1 文の所有権概念はあらゆる法律上の規定を総合して獲得されなければならないということであった。そのため、憲法上の所有権概念はどのようなものか、ドイツ民法典の所有権概念と一致するのかという問題が生じた¹³⁷⁾。こうして所有権概念をめぐる議論は私法の領域を超えて、憲法の領域でも財産権保障との関係で活発に議論されている¹³⁸⁾。

他方で、戦後のドイツ私法学においても所有権概念の再検討が課題とされ、学説は特に基本法第 14 条第 3 項による所有権の社会的義務性を所有権概念に取り込むべく、議論を積極的に展開している¹³⁹⁾。確かに所有権の社会的義務性とドイツ民法典の伝統的なローマ法的所有権概念とは理論的に矛盾するけれども、伝統的理論であってもすべての社会的義務を排除するわけではない。例えば、ドイツ民法典第 226 条はシカーネ (Schikane) の禁止を明示的に定めているが、通説はこのような所有者の義務を承認するからと言ってドイツ的所有権概念の基盤に立つ必要はないと考えている¹⁴⁰⁾。したがって、問題はどのような内容の社会的義務が

136) BVerfGE 58, S. 300ff. S. 335.

137) Lehmann, 前掲註 54) S. 296f.

138) この点について平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社 2017 年) 118 頁以下参照。

139) 拙稿・前掲註 5) 参照。

140) クレッシュェル・前掲註 2) 307 頁。

取り入れられるのかにある。しかし、この点について意見の一致はみられない。

分割所有権としてのドイツ的所有権

戦後において、ドイツ的所有権が、そのもう一つのメルクマールである分割所有権として注目されたことがある。第一は、都市における土地不足を解消する可能性を持つものとしてであり、第二は、ますます強化される国家による個人所有権への介入の説明概念としてであった¹⁴¹⁾。

ドイツの土地改革運動においてとりわけ都市の土地問題に関する制度的な改革要求において、上級所有権および下級所有権という形式が大きな意味を持ったといわれている。ヴァイマル共和国の初期に行われた、広範な大衆階級に可能な限り広い居住空間を付与するという試みは分割所有権という発想に基づいていた。また第二次世界大戦後も都市の社会的土地利用を達成するため、新しい土地制度モデルとして、再び上級所有権・下級所有権という構成が模索されたが、これも実現されることはなかった¹⁴²⁾。

しかしそれにもかかわらず、分割所有権による土地法改革の要求が止むことはなかった。その顕著な一例としてフォーゲルの土地法改革提案が注目される。項をあらためて概観しよう。

フォーゲルの「土地法と都市の発展」

ハンス・ヨッヘン・フォーゲル (Hans Jochen Vogel) は、1972年にNJWに発表した「土地法と都市の発展」(Bodenrecht und Stadtentwicklung) という表題の論文において、土地所有権を共同体に帰属する処分所有権 (Verfügungseigentum) と個人に与えられる用益所有権 (Nutzungseigentum) とに分割すべしという提案——すなわち分割所有権

141) Lehmann, 前掲註 54) S. 299.

142) Lehmann, 前掲註 54) S. 299.

導入の提案——を行った¹⁴³⁾。この提案は 1973 年 4 月 10 日から同月 14 日まで開催されたドイツ社会民主党 (SPD) 大会で提案され、承認された。今後これに基づいて新しい土地法が展開されるべきとされたが、これは立法による解決の提案に過ぎず、改革に向けた具体的な法律の制定には至らなかった¹⁴⁴⁾。

フォーゲルの議論の出発点は、民法典のローマ法的所有権概念が都市において不都合な結果をもたらしているという問題意識である¹⁴⁵⁾。彼によれば、ドイツの土地法の起源はローマ法にまで遡り、土地法が形成されたのは 19 世紀の自由主義によってであり、それは自己責任に基づいて所有者に多大な決定の自由を与え、公共の利益を考慮しないものであった。土地の自由な処分がもたした結果は、土地所有者の独占的地位とそれから生じる土地投機であった。これは土地所有者が自己の住宅を得ようと欲する者を犠牲にして利益を得ることを意味した。このような土地法を改革しなければ、連邦共和国の政治体制の危機をもたらすに違いない、という¹⁴⁶⁾。

フォーゲルが改革の根拠としたのは、個人主義的なローマ法を排撃する、19 世紀ゲルマン法学の伝統である。すでに検討したように、ギールケはとくに処分の自由に関して動産と不動産を同一視することを批判し、土地流動性の激化により過大な債務と土地の細分化がもたらされることを危惧した¹⁴⁷⁾。フォーゲルが現行の土地法について表明した意見はギールケの主張と完全に一致し、ギールケとの直接の結び付きが認められる¹⁴⁸⁾。

さらにフォーゲルは、土地所有権が新たに定義される必要があるとして以下のような提案を行っている。それは分割所有権に外ならない。すなわち、

143) Hans Jochen Vogel, *Bodenrecht und Stadtentwicklung*, in: NJW 1972, S. 1544ff. S. 1546. 以下では、Vogel, *Bodenrecht*, 前掲註 143) として引用する。

144) Lehmann, 前掲註 54) S. 300.

145) Vogel, *Bodenrecht*, 前掲註 143) S. 1544f.

146) Vogel, *Bodenrecht*, 前掲註 143) S. 1547.

147) Gierke, *Aufgabe*, 前掲註 15) S. 18.

148) クレッシェル・前掲註 2) 314 頁以下。

「しかも、単に理論的には無制限の所有権が個別的な拘束や義務に服せしめられるというにとどまらず、所有権はそもそもその概念からして、社会的義務 (Sozialpflichtigkeit) に反しない諸権利・諸権能だけを含む、という方向で新たに定義されなくてはならない。別な言い方をすればこうである。これまでに土地所有権は、その効果こそ異なれ、多数の一般的・特殊的介入により、社会的義務 [を伴った権利] の線にまで押し戻されている。しかし、法律と [現実の] 措置との裂け目があれば、それ (土地所有権) はたちまち再び反社会的領域の中へ伸び出して来る潜在的可能性をもっている。将来それは、反社会性の境界線をこえぬ [法] 制度にならなくてはならない。その場合、追加的な権能や権利は、社会と両立することを確認した後、しかるべき代価と引きかえに、期間を限ってそれ (土地所有権) に与えるようにしたい。¹⁴⁹⁾」

フォーゲルの提案する新しい定義は、ドイツ民法典のローマ法的所有権概念を否定し、所有権を処分所有権と用益所有権とに分割する分割所有権に外ならない。右の説明の最後の「期間を限ってそれ (土地所有権)」という「それ」は用益所有権を指しているのであり、ローマ法的絶対的所有権概念を前提としては理解できない箇所である。

すなわち、処分所有権は収用により公に留まるのに対して、用益所有権は私法の契約に基づいて分配されるが、この契約は期限付きであり、個別的に合意される。最初の被収用者が引き続き用益所有権を取得したいと希望するときは、収用の補償は土地の使用料と相殺され得る、と主張する¹⁵⁰⁾。

以上のようなフォーゲルの提案は、様々に批判されている。例えば、クレッシェルの批判は、こうした提案を「土地法の再封建化」と評し、「歴史

149) Vogel, Bodenrecht, 前掲註 143) S. 1546. 該当箇所の訳出はクレッシェル・314 頁による。

150) Vogel, Bodenrecht, 前掲註 143) S. 1546.

学的現実分析の基礎をまったく欠いたものであり、基本法が保障する自由権としての所有権からも大きく逸脱すると、手厳しい¹⁵¹⁾。

さらに、所有権を処分所有権と用益所有権に分割することは土地所有者から補償なく財産権を収用することにほかならず、基本法第 14 条第 1 項の財産権保障に反し許されないと批判されている。土地秩序の共同体的利用という目的が国または地方自治体が処分所有権を取得すること（実質的には国有化）により直ちに実現し得ると考えることはあまりに安易にすぎると批判されている¹⁵²⁾。

以上のようなフォーゲルの提案は、第一に分割所有権への回帰という点で、第二に公共の利用が個人の利用に優先するという社会法の思想に基づくという点で、ギールケのドイツ的所有権の焼き直しであることは明白である。そこに新しい提案は見られないから、ドイツ的所有権の新たな展開とまでは評すことはできない。

それにしても 1972 年にギールケのドイツ的所有権が再び蘇り、それが古い法形式のまま土地法改革案として提案され、有力政党が党の政策としてこれを採択したことには大変驚かされる。今日においてもなおギールケが如何に大きな影響力を持っているかを示す一例である。

151) クレッシュェル・前掲註 2) 315 頁以下。

152) Lehmann, 前掲註 54) S.302.

結びに代えて

ゲルマン法学のドイツ的所有権は、歴史的な資料に裏付けられた法形象ではなく、ゲルマン法学者が古代においてそれが存在していたに違いないという確信に基づいて作り上げた創造物にすぎなかった。それにもかかわらずドイツ的所有権が今日まで大きな影響を及ぼしている原因は、ギールケがこれに社会法という性格を付与したことにある。またこれがローマ法的所有権概念を攻撃するのに有益と考えられたことも大きな要因である。

ドイツ的所有権の基本的な考えはギールケ以前のゲルマン法学によりすでに形成されていて、ギールケはそれまでのゲルマン法学のドイツ的所有権をそのまま承継したにすぎない。しかし、ギールケはドイツ的所有権を社会法として基礎づけるという大きな貢献をしたことにより、今日に至るまでドイツ的所有権の完成者とみなされている。

ギールケは当時の社会問題に対処するための社会政策の影響を大きく受け、社会法を形成した。彼は土地の流動化に危機感を抱き、その原因をドイツ民法典のローマ法的所有権に求め、法政策概念としてのドイツ的所有権がこれに取って代わるべきであると主張した。このように、法政策を意識した理論や主張を展開したことにより、ギールケは最も注目されるゲルマン法学者とみなされることとなった。

しかし土地問題に関する法政策をもっぱら所有権概念の問題として論じたことについては、方法論上の妥当性に疑問が生じよう。それは社会問題に対する法政策と法理論を混同するとの批判を免れないからである。もっとも当時はまだ法社会学などが確立しておらず、法学方法論として法概念・法論理と法政策とが明確に区別されず、その意識もなかったと思われる。したがって、社会問題に対処するにも法概念を問題とする他なかったことは已むを得ないように思われる。

ローマ法的所有権と対比したドイツ的所有権の特徴は、第一にそれが分

割所有権であることであり、第二に所有者が義務を負うということである。ドイツ的所有権はこの二つが一体となったものであるが、便宜上それぞれの側面から考察したい。

まずローマ法的絶対的所有権に代えて分割所有権を導入すべしとする点についてである。このような主張は 20 世紀になってからもしばしばみられたけれども（第 5 節 3 参照）、今日の私法は受け容れることができないと思われる。なぜなら、分割所有権は封建時代の権利関係に適合した法概念であり、今日の資本主義経済社会および法体系には以下のような理由によりまったく適合しないからである。第一に、土地の流動化が問題だからといって、その経済的社会的原因に対する対処をせず、流動化を困難にする分割所有権を導入して流動化を法的に困難にするというのはあまりに安易な解決策である。むしろ問題を深刻化させよう。第二に、分割所有権によってドイツ的所有権が法政策上目指すものは、一言でいえば所有権の制限である。しかもそれはローマ法的所有権概念を前提に考えられる制限の程度をはるかに超え、所有権の権能を単なる用益権にまで縮減するという凄まじいものである。これは実質的には私的所有権制度の廃止に外ならない。第三に、分割所有権は今日の物権法秩序と調和しない。分割所有権としてのドイツ的所有権は、ローマ法的所有権概念に基づいて構築されている今日の物権法秩序とあらゆる点で対立する。分割所有権を今日の物権法へ導入することは著しい混乱を引き起こし、不可能と言わざるを得ない。

以上のように分割所有権が私法上は認められるべきではないと考えられるが、憲法上はどうであろうか。前述したように、いわゆる砂利採取事件決定により基本法第 14 条第 1 項第 1 文の所有権概念が私法上の所有権概念と必ずしも一致しない可能性が生じている。分割所有権が私法では拒絶されるとしても、憲法においてはローマ法的所有権に代わってドイツ的所有権が採用される可能性が生じているのである。学説は、ドイツ的所有権を憲法上の所有権とすることに批判的であるといえよう。主な理由として第一に封建的な制度である分割所有権はそもそも自由を基調とする基本法（憲法）の基本的秩序に適合しないこと——この点に関しては分割所有権

が国家社会主義と親和的であったことが示唆的である——、第二にすでに述べたように分割所有権の導入は実質的に土地の国有化であり、憲法による財産権保障に抵触することなどである。

これに対し、ドイツ的所有権の第二の特徴である所有者が義務を負うという点は、これが基本法第14条第3項に取り入れられたことから今日もなお大きな問題である。憲法上の所有権概念と私法上の所有権概念とが分裂する可能性を生じているが、私法における通説はローマ法的所有権概念に従って所有者の義務性を所有権概念の構成要素としていないため、私法と基本法第14条第3項とは緊張関係にある。この点を克服するために憲法学と私法学の双方から検討が行われている。私法からの試みとしては、ローマ法的所有権概念であっても所有者の義務性はすべて否定されるものではなく、ある程度は認められることを前提としたうえで、所有者の義務を所有権概念に取り込む方向での解決が模索されている。しかし、やはり権利と義務との併存は論理的に矛盾するため、満足できる状況にはない¹⁵³⁾。

153) 拙稿・前掲註5) 参照。