

## 近世私法における分割所有権の盛衰

田 口 勉

### 目 次

はじめに

第一節 注釈学派 Glossatoren による分割所有権理論

- 1 ローマ法の所有権理論
- 2 分割所有権理論の生成
- 3 Bartolus と Baldus による分割所有権理論の完成
- 4 その後の展開

第二節 自然法における分割所有権

- 1 自然法学派の台頭
- 2 プーフェンドルフの dominium 理論
- 3 ヴォルフの dominium 理論

第三節 18世紀末の自然法的な諸法典における分割所有権

- 1 プロイセン
- 2 オーストリア
- 3 プロイセン一般ラント法およびオーストリア一般民法典における分割所有権の位置づけ
- 4 フランス
  - (a) フランス近世私法における分割所有権の受容
  - (b) 市民革命と土地所有問題
  - (c) コード・シヴィルによる分割所有権の排除

第四節 分割所有権の衰退

- 1 ティボーによる分割所有権の排除
- 2 抽象的所有権概念の展開
- 3 分割所有権に代わって抽象的所有権概念が浸透した原因
- 4 抽象的所有権概念は自由主義を推進したのか？

結びにかえて

## はじめに

分割所有権制度とは、今日の共有制度とは異なり、例えば所有権の権限を処分権と用益権などに分割し、分割された各権限を異なる者に帰属させて、両者とも所有者とみなすという法制度である<sup>1)</sup>。すなわちこれによれば、同一の物に同時に（その有する権能はそれぞれ異なるが）複数の所有者が存在することになる。

今日のフランス・ドイツ・日本をはじめとする大陸法系の物権法制は、いわゆる近代的な絶対的抽象的所有権を確立し、その根幹とする。このため、分割所有権制度は、法制史における特殊な所有権制度として位置づけられ、ほとんど注目されることはない。しかしながら、中世から19世紀初頭まで基本的に変更されることなく存続したという長い歴史を有する法制度であるから<sup>2)</sup>、19世紀以降の近世私法においてこの分割所有権から近代的な所有権へと転換が進められた理由を探求することは、近代的な所有権の意義を考察する上で重要な意味を有するであろう。本稿はこのような問題意識から、近代私法とくにドイツにおける分割所有権制度の変遷を考察し、所有権法史におけるその意義を明らかにすることを目的とするものである。

- 
- 1) 分割所有権についての基本的文献として代表的なドイツ語文献としては、Heinz Wagner, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*. (1938) [以下ではWagner, [前掲註 (1)] として引用する。] がある。邦語の基本的な文献としては、片岡輝夫「フランス法における分割所有権の歴史的研究 (一)」*国家学会雑誌* 64 卷 (10・11・12号 1950年)・「同 (二)」同 65 卷 (2・3号 1951年)「同 (三)」同 65 卷 (5・6・7号 1952年) [以下では、片岡 (一) (二) (三) として引用する。] がある。
  - 2) Wagner, [前掲註 (1)] S. 9ff.

## 第一節 注釈学派 Glossatoren による分割所有権理論

### 1 ローマ法の所有権理論

#### 古代ローマ法における分割所有権論

ティボーが 19 世紀初頭に分割所有権についての決定的な論文<sup>3)</sup>を発表してから今日に至るまで、注釈学派が分割所有権制度を形成したことについて学説は一致しており、異論は見られない<sup>4)</sup>。

注釈学派がこれを形成する以前にも、分割所有権の特徴であるところの、一つの物の上に複数の所有権が成立するという考えがまったくなかったわけではないが、それは分割所有権に直接結びつくものではなかった。その一例として、古代ローマ法の所有権制度に関する次のような議論が挙げられる。

マックス・カーザー (Max Kazer) は、古代ローマ法においては分割所有権が行われていたと主張して、その再構成を試みた<sup>5)</sup>。これに対し、ディオズディ (György Diosdi) は、古代ローマ法においても所有権は絶対的な権利であったとして反論して、その論証を試みている<sup>6)</sup>。両者の対立につ

---

3) Thibaut, Über dominium directum und utile, in Versuch über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 2. Auflage, Jena 1817. S. 87ff. [Münchener Digitalisierungs Zenterum Digitale Bibliothek] <https://www.digitale-ammlungen.de/en/view/bsb10571443?page=73>

4) Wagner, [前掲註 (1)] S. 20. Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte 6. Auflage, (1988) S. 55. 同書の翻訳書として H. シュロツサー著・大木雅夫訳『近世私法史要論』(有信堂高文社、1993 年) 53 頁、片岡 (一) [前掲註 (1)] 59 頁以下。

5) Max Kazer, Geteilte Eigentum in älteren römischen Recht.; in Festschrift Paul Koschaker, 1939 [Nachdruck 1977] Bd. I S. 445-478. ders., Römisches Privatrecht, 15. Auflage 1989 § 22.II S. 105. 同書の翻訳書としてマックス・カーザー著・柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(創文社 1979 年) [但し第 10 版の翻訳] 180 頁。

いてその評価はいまだ定まっていなくても、この論争は20世紀におけるものであり、中世の注釈学派の分割所有権理論に何の影響も与えていないことは言うまでもない<sup>7)</sup>。

#### 古典期の duplex dominium (二重所有権)

古典期ローマ法の時代には絶対的な所有権が確立し、用益権限は他人の物に対する権利であったことについて学説は一致している<sup>8)</sup>。しかし、古典期には他方で、ガイウスの『法学提要』の記述<sup>9)</sup>にみられるようにいわゆる二重所有権 (duplex dominium) が存在していた。それは以下のようなものである。

二重所有権の発生は、市民法 (ius civile) と政務官法 (ius honorarium) との併存から生じたものである。すなわち、市民法による所有権 (dominium ex iure Quiritium, 「クイリーテース所有権」と呼ばれる。) の取得は形式的な「握取行為」(mancipatio) によらなければならなかったが、握取行

6) GY・ディオズディ著・佐藤篤士他訳『ローマ所有権法の理論』(学陽書房1983年) 158頁。

7) 片岡(一) [前掲註(1)] 61頁。

8) Kazer, Römishes Privatrecht, [前掲註(5)] §22. II S. 105ff. カーザー『ローマ私法概説』[前掲註(5)] 181頁以下、ディオズディ『ローマ所有権法の理論』[前掲註(6)] 202頁以下、片岡(一) [前掲註(1)] 60頁。

9) 該当する記述はI 54とII 40である。それは以下のような内容である。

I 54 「その他に、ローマ市民には2つの所有権があるので(というのは、奴隷は、財産中にあるか、クイリーテースの権にもとづいてか、あるいは両方の法にもとづいてある者に帰属すると理解されるからである)、もし奴隷がその者の財産中にあれば、たとえそれと同時にクイリーテースの権にもとづいてはその者には帰属しないとしても、われわれは、奴隷は主人の権力のもとにある、と言う。というのは奴隷に対してクイリーテースの虚有権をもつ者は権力をもつとは理解されないからである。」(佐藤篤士監訳・早稲田大学ローマ法研究会訳『ガイウス 法学提要』(敬文堂2002年) 16頁から17頁)

II 40 「次に、われわれは外人にあっては所有権はひとつであることに注意しよう。ある者は所有者であり、あるいは所有者でない、と理解される。かつてはローマ国民もこうした法を用いた。なぜなら、クイリーテースの権によってある者は所有者であり、あるいは所有者ではない、と理解されたからである。けれども、後に所有権に区別が認められ、そのため、ある者はクイリーテースの権にもとづく所有者になることができ、ある者は財産中にもつことができるようになった。」(同書61頁から62頁。)

為を行うことができるのはローマ市民に限られていた。このため簡易な「引渡」(traditio)という方法による所有権取得も広く行われ、両者が併存した。そこで両者の関係が問題となった。所有権取得が「握取行為」によらず「引渡」によって行われた場合には、「引渡」による所有権取得者は市民法の所有者ではないため、市民法上の所有者は「引渡」による取得者に対してその譲渡物の返還を求めることができた。これに対し、政務官法は「引渡」による取得者を保護するために、取得者に対し「売却され引き渡された物の抗弁」(exceptio rei venditae et traditae)あるいは「悪意の抗弁」(exceptio doli)を認めたため、ようやく「引渡」による取得者が市民法上の所有者よりも強い立場に立つことができた。この結果、譲渡した所有者は市民法上の所有権を喪失せず、依然として所有者であるけれども、それは実体のない単なる外形的な法的地位を有するに過ぎないという法現象が生じた(このため虚有権とも言われる)。このような不完全な地位に置かれた「引渡」による取得者も、最終的には「使用取得」(usucapio)によって市民法上の所有権(クイリーテース所有権)を取得することができた。しかし「使用取得」の要件を満たすまで、取得者は「財産中にもつ占有者」(in bonis esse)にすぎないとされたことから、その間の権利は「ボニテース所有権」(bonitarium dominium)と呼ばれた<sup>10)</sup>。

以上のように、二重所有権はもっぱら二つの法秩序が併存したことから生じた問題であり、所有権の分割はまったく問題とされなかった<sup>11)</sup>。これが次に述べるように、注釈学派が所有権分割理論を形成するうえで重要な契機となったけれども、注釈学派によって形成された分割所有権とは明らかに異なるものであった。

---

10) Kazer, Römishes Privatrecht, §24. III S. 115f. [前掲註 (5)] カーザー『ローマ私法概説』[前掲註 (5)] 198 頁以下、佐藤篤士『ローマ法史 II』(敬文堂 1988 年) 200 頁以下。

11) 佐藤・ローマ法史 II [前掲註 (10)] 201 頁。

## 2 分割所有権理論の生成

### dominium utile という用語の登場

10世紀から11世紀にかけて、注釈学派の所有権理論において *dominium utile* という用語が最初に用いられたのは不動産の時効取得に関してであった<sup>12)</sup>。その用法によると、*dominium utile* は *dominium directum* と併存する権利であり、2つの所有権形式は互いに排斥しあうものとされ、所有権から生ずる権利の分割は行われていなかった。したがって、この時代の *dominium directum* と *dominium utile* の区別は、ローマ法のクイリース所有権とポニテース所有権の併存に対応するものであったと言える<sup>13)</sup>。

### 分割所有権理論生成の原因

#### i) ユースティーニアヌス法典起源説

注釈学派が分割所有権を形成するに至ったドグマ上の起源については、今日も議論がある<sup>14)</sup>。ユースティーニアヌス法典 (*Digesten*) における矛盾が原因であるとする学説は、ユースティーニアヌス法典 1. u. C.7,25 が<sup>15)</sup>、上述のガイウス『法学提要』に見られる二重所有権を排除したけれども、同時に時効取得 (*Präskription*) に関してその区別を存続させたことを原因と理解する。すなわち、使用取得による動産の取得者がその権利を *dominium* の制限なく取得する一方で、不動産 (*res immobiles*) の時効

12) Wagner, [前掲註 (1)] S. 12f.

13) Wagner, [前掲註 (1)] S. 13.

14) 片岡 (一) [前掲註 (1)] 60 頁。

15) 1. u. C.7,25 は「……朕ハ所有者——ソノ者ノ許ニテ或ルハ“クイリース”ノ権ニ基ク虚有権 (*nudum ex jure Quiritum*) ガ、或ハ単ニ財産中ニアルモノ (*in bonis*) ガ見出サルル彼等所有者——ノ間ニ何等ノ相違ノ存スルコトモ認メズ。蓋シ朕ハ、カカル区別 (*distinctio*) モ、“クイリース”ノ権ニ基クテフ名称 (*ex jure Quiritum nomen*) ……モ、ソノ存スルコトヲ欲セザルガ故ニ……」(片岡 (一) [前掲註 (1)] 65 頁。)

取得者には第三者に対する訴権 *actio* と所有者に対する抗弁 *exceptio* しか与えられなかったのである。これを二重所有権の理論を用いてクイリーテース所有権とボニテース所有権の区別によって説明することは、先の条文により両者の区別が否定されたためできなくなったのである。

そこで考え出されたのが、不動産の時効取得者が取得する権利が本来の所有権とは異なる所有権類似の権利であるとしてこの矛盾を回避する方法であった。時効取得者には用益権限のみを認め、他方で本来の所有者に形式的な法的地位を認めると構成することによって、一つの物に異なる種類の二つの権利が併存するとした。異なる種類の権利が同一物に併存することは、ユースティーニアヌス法典によるクイリーテース所有権とボニテース所有権の区別の禁止に反しないという解釈である。端的に言えば、ユースティーニアヌス法典は一つの物に同等の所有権は一つしか存在し得ないと言っているにすぎず、異なる種類の所有権であれば併存してもかまわないだろうという理屈である。こうして条文間の矛盾・衝突の回避が図られた<sup>16)</sup>。

この所有権類似の権利は、不動産の時効取得者に与えられた訴権 *actio utilis* にちなんで *dominium utile* と呼ばれ、本来の所有権は *dominium directum* と呼ばれた<sup>17)</sup>。

#### ii) ランゴバルド封建法書起源説

これに対し、注釈学派が分割所有権を展開するにいたる起源をランゴバルド封建法書に求める見解がある<sup>18)</sup>。封建法上の家臣の権利 (*libri feudorum*) が *dominium* と類似するものとして理解された理由として、第一に家臣には物の不法占拠者である第三者に対して所有者であるかのような権

---

16) Wagner, [前掲註 (1)] S. 14. Wolfgang Wigand, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumbegriff, in Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts 19. Jahrhundert. Band III (1976) S. 123. 片岡 (一) [前掲註 (1)] 68 頁以下。

17) Wagner, [前掲註 (1)] S. 13.

18) Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 55f. [前掲註 (4)] H. シュロッサー・近世私法史要論 [前掲註 (4)] 53 頁以下。なお片岡 (一) [前掲註 (1)] 60 頁参照。

利が認められたことが挙げられる。第二に、家臣に *utiliter* への訴権が認められたことである。これによって *dominium utile* という用語が成立したとされる<sup>19)</sup>。

この考えはすでに 19 世紀のゲルマン法学者フィリップス (Philips) により主張されたが<sup>20)</sup>、その後、ゲルマン法学が分割所有権をドイツ法精神の産物であると位置づけるための根拠とされた<sup>21)</sup>。

しかし、すでに 19 世紀の実証的研究によって、ランゴバルド封建法書は封土に対する主君の権利を所有権とするのに対し、家臣の権利を「恩賞による占有」・「使用収益権」・「主君に準じて訴訟を行う権利」とし、所有権としていないことが立証されていた<sup>22)</sup>。さらに以下で述べるように、注釈学派によって *dominium utile* が用いられたのは封建家臣の権利についてではなかったのであるから、今日ではランゴバルド封建法書起源説を否定する見解が有力である<sup>23)</sup>。

以上の分割所有権の起源についての論争から確認される重要な点は、どちらの学説を支持するかとは関係なく、フィリップスやギールケなどの 19 世紀ゲルマン法学者がゲルマン法特有の現れであるとした分割所有権の発生がゲルマン法とは直接関係なかったことであろう<sup>24)</sup>。

19) Wagner, [前掲註 (1)] S. 10. S. 14f.

20) Wagner, [前掲註 (1)] S. 10.

21) Jochen Lehmann, *Sachherrschaft und Sozialbindung?* (2002) S. 145. [以下では、Lehmann, [前掲註 (21)] として引用する。]

22) 片岡 (一) [前掲註 (1)] 60 頁、カール・クレッシェル 「「ゲルマン的」所有権概念説について」[同・石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社 1989 年) 所収。

以下では、「クレッシェル・前掲註 (22)」として引用する。] 295 頁以下。

23) 片岡 (一) [前掲註 (1)] 60 頁。

24) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 145.



### 3 Bartolus と Baldus による分割所有権理論の完成

#### dominium utile の展開

後期注釈学派（助言学派）<sup>25)</sup>は、分割所有権理論の発展において、新しく形成された *dominium utile* という用語を永借人（*Emphyteuta*）と地上権者（*Superficiar*）の権利に用い、さらに家臣の封土（*Beneficium*）に、ついには容假占有者（*Prekarist*）の権利に用いた<sup>26)</sup>。このような発展の背景となったのは、他人の土地に広範な権利を有する者に所有者の返還請求権と類似する訴権（*vindicatio utile*）が認められたことであった。訴権からその根拠となる権利を導き出すという注釈学派の方法論によれば、*actio utilis* という訴権が認められることは、必然的にそれに対応する *dominium utile* が存在するはずであるという結論になる。同様に *dominium directum* という用語が、所有者に帰属する本来の返還請求訴権（*actio directum*）からそれに対応する権利として引き出された<sup>27)</sup>。

アーズ（*Azo*）<sup>28)</sup>は *dominium utile* 概念をさらに発展させた。彼はこれを永借人と地上権者に用いたが、これらの権利は *vindicatio utile* によって保護されただけでなく、さらに限定的ではあったが譲渡権限が認められ、真正な所有権に類似したものとされた<sup>29)</sup>。

*dominium utile* が以上のように概念上拡張されたことにより、*dominium utile* に2つの形式が存在することになる。第一の形式は、物について何等の権限も認められない *dominium directum* に対する *dominium utile* の形式である。これは前述の二重所有権であり、この場合には所有権の権限はすべて *dominium utile* を有する者に帰属するから、所有権の分割は問

---

25) ヴィーアッカー〔鈴木祿弥訳〕『近世私法史』（創文社 1961年）69頁以下。以下では「ヴィーアッカー・〔前掲註（25）〕」として引用する。

26) Wagner, [前掲註（1）] S. 15f.

27) Lehmann, [前掲註（21）] S. 145f.

28) ヴィーアッカー・〔前掲註（25）〕 59頁。

29) Lehmann, [前掲註（21）], S. 146.

題にならない。これに対して第二の形式は、dominium utile が封建関係 Lehnverhältnis に適用される場合であり、両者にそれぞれ物に対する一定の権限が認められ、所有権の分割が生じる場合である。この場合、dominium directus（直接所有者）はなお物を「所有する（eigen）」ことができるが、他方、dominium utilis（用益所有者）には物の用益権限が<sup>30</sup>帰属する。このように所有権の権能を分割したことで、所有権を単一の完全な権利（いわゆる完全性 Totalität）として理解することは不可能となり、所有権を異なる権限の束として理解する結果をもたらした<sup>30</sup>。

#### バルトルスとバルドゥスによる分割所有権理論の完成

バルトルス（Bartorus）（1314年—1357年）は、上述の二つ意味の dominium utile を明確に区別したが、その法理に封建関係に存在する支配関係を反映させなかった。むしろ、dominium directum はすべての国民に認められるが、dominium utile は法務官法の保護に基づくものであるとして、上記の第一の形式の意味で理解すべきとした<sup>31</sup>。

バルトルスの高名な弟子であったバルドゥス（Baldus）（1327年—1400年）は師の学説を受け継いだ、さらに一步を進め、dominium directum が上位であり、dominium utile が下位にあると特徴づけた。これ以後バルドゥスの学説に従い、dominium directum は上級所有権（Obereigentum）、dominium utile は下級所有権（Untereigentum）と呼ばれるようになった<sup>32</sup>。

---

30) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 146.

31) Wagner, [前掲註 (1)] S. 18.

32) Wagner, [前掲註 (1)] S. 18f. クレッシェル・[前掲註 (22)] 272 頁。

## 4 その後の展開

### ローマ法の継受

その後、ローマ法がドイツへ継受された際に上記の分割所有権理論も導入された。そして *dominium utile* が様々な利用権、例えば、永借権者 (Erbpächter, Emphyteuta)、永小作人 (Superficiar) そして封建的権利の保有者などの権利に広範に用いられた<sup>33)</sup>。

後期注釈学派の分割所有権理論は、当初、学識者法としてドイツ語圏に取り入れられ、土地利用関係の理論として浸透し、その後 16 世紀になると帝国立法および地方立法の対象となった<sup>34)</sup>。

### パンデクテンの現代的慣用

分割所有権という法形象が受容されると、*dominium utile* が所有権に類似する返還請求権が認められたことに帰せられるという起源は次第に忘れ去られた。下級所有権という用語が長きにわたり使用されたことにより、その意義および本来の理論が意識されなくなった。それにともない、17 世紀のパンデクテンの現代的慣用 (*usus modernus*) は、後期注釈学派の分割所有権理論に本質的な変化をもたらした<sup>35)</sup>。

分割所有権理論に決定的な変更をもたらしたのは、ゲオルク・アーダム・シュトルーフエ (Georg Adam Struve) (1619 年—1692 年) であった。その変更とは、バルドゥスがまだ *dominium directum* だけを *proprietas* (固有权) としていたのに対し、シュトルーフエが *dominium utile* にも *proprietas* の持分を認めたことであった<sup>36)</sup>。

この点について、シュトルーフエはその著書 “*Jurisprudentia Romano-*

---

33) Wagner, [前掲註 (1)] S. 27ff.

34) Wagner, [前掲註 (1)] S. 32f.

35) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 149.

36) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 150f.

Germania Forensis”において次のように述べる。

私は言う。A（上級所有者）は Pproprietät（固有権）の持分以外は何も持っていない。B（下級所有者）は Pproprietät の持分を有し、そして彼しか有しない用益権限を有する。A の同意がなければ物の Substanz（実体）を処分することができない。しかし A は物の用益権限を有していない。そして B の同意がなければ物の Substanz を処分することができない。彼は物を占有し、同時に用益権限を有する<sup>37)</sup>。

シュトルーフエは、dominium において物の自由な処分権限としての意味での proprietas（固有権）と果実取得権としての意味での proprietas とを区別した。そして dominium を dominium plenum（完全な所有権）と dominium minus plenum（不完全な所有権）とに区別した。さらに後者の下位概念として dominium directum（上級所有権）と dominium utile（下級所有権）とを区別した。dominium plenum は処分権限の制限がまったくない完全な所有権を言い、あるいは dominium directum とも言われるとし、ドイツ語では Mehrereigentum あるいは Grundeigentum（土地所有権）と言われるという。これに対し、dominium utile は、ドイツ語では Mindereigentum あるいは Nutzbar Eigentum（用益所有権）と言われるが、この場合は分割所有権であるとした<sup>38)</sup>。

シュトルーフエが述べた上級所有権および下級所有権の権限は、それまで引き継がれてきた注釈学派の理論に反しており、彼独自のものである。したがって、これは大きな革新であったと言える。上級所有権および下級所有権ともに proprietas を分属させるのであれば、土地の処分権能は両者にとともに認められることになる。これと結び付いた土地流動化の阻害は後の分割所有権排除の重要な要因の一つとされている<sup>39)</sup>。

---

37) 以上は Lehmann, [前掲註 (21)] S. 151. からの引用による。

38) Wagner, [前掲註 (1)] S. 36. Wiegand, [前掲註 (16)] S. 124f.

39) Wagner, [前掲註 (1)] S. 37.

シュトルーフエの新しい理論は様々な影響を与えたが、とくに次の時代の自然法学派への影響が注目される。自然法学派はシュトルーフエの理論をそのまま承継したのである<sup>40)</sup>。

## 第二節 自然法における分割所有権

### 1 自然法学派の台頭

自然法学派の創始者はフーゴー・グロチウス (Hugo Grotius 1583 年—1645 年) であるとされている<sup>41)</sup>。グロチウスにより開拓された自然法の思考は、18 世紀の終わりにカントが観念論哲学を確立するまで、法のあらゆる分野に浸透し、ほとんど途切れることなく妥当した<sup>42)</sup>。

自然法の原理は次の 3 点に要約される。第 1 にあらゆる法は最上位の不変かつ永久の原理をその根拠とすること、第 2 にこの最上位の原理から論理的思考によって法の基本原則およびあらゆる法規が演繹されること、第 3 に実定法はそれが理性から自然法としてあらゆる時代および国民 (Völker) に知られているものと一致しないときは効力を有しないこと、以上の 3 原理である<sup>43)</sup>。

---

40) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 150. さらにレーマンは、シュトルーフエの見解は 100 年後の農民開放の土地法制改革を予見させると評価する。すなわち、単に分割所有権のドグマ上の構成だけを考え、上級所有権に結びついた特殊な特権を考慮しなければ、下級所有者には土地の用益権限だけでなく、*proprietas* の持分も帰属するのに対して、上級所有者には *proprietas* の持分しか帰属しないから、下級所有権の優位が認められる。そして領主の特権が廃止されれば、大きな権限が帰属する下級所有権者に所有権全体が帰属するという帰結になる。後年の農民開放では下級所有権者の地位が向上し、上級所有者が没落したが、シュトルーフエの新しい理論はこの帰結をすでに予想させるものであると言う (Lehmann, [前掲註 (21)] S. 150f.)。

41) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 332 頁以下。

42) Wagner, [前掲註 (1)] S. 38.

ある基本原理が自然法に合致するか否かの問題について、グロチウス、プーフェンドルフなどの初期の自然法学者は社会性という原則を提示してこれを論じた。この社会性という原則はローマ法の観念に染まった原理にすぎなかったから、自然法はローマ法と一致することが常であった。そして、自然法学者は実定法の問題を論じなかったけれども、実定法の大部分は自然法の原理から導き出された結果と一致すると考えた<sup>44)</sup>。

しかし、自然法を上位の永続的な法秩序に位置付けるという勢いと精神力はまもなく弱まり、自然法の思考は次第に厳格な教義学へと移行した。私法の分野ではローマ法が大きな影響力を持った。他方、公法の分野では自由と平等の人権観念がグロチウス、プーフェンドルフおよびヴォルフによって推進された<sup>45)</sup>。

ヴォルフを通じてプーフェンドルフに遡る物権法の体系は、後述の自然的な法定編纂に大きな影響を与えたといわれている。とりわけプロイセン一般ラント法 (ALR) の体系がそうであった<sup>46)</sup>。したがって、本稿では、プーフェンドルフとヴォルフの所有権理論を検討することとする<sup>47)</sup>。

## 2 プーフェンドルフの dominium 理論

### 『自然法と万民法について』

ザムエル・プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf 1632 年—1694 年) が私

---

43) Wagner, [前掲註 (1)] S. 38f.

44) Wagner, [前掲註 (1)] S. 39f.

45) Wagner, [前掲註 (1)] S. 40.

46) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 416 頁。

47) グロチウスの所有権理論については、ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 338 頁以下、吉野悟「グロチウスとプーフェンドルフにおける所有権思想 (一) (二)」日本法学第 53 巻 1 号 (1988 年) 35 頁以下、同第 54 巻 1 号 (1988 年) 35 頁以下、松尾弘「グロチウスの所有権論 (一) (二・完) ——近代自然法における所有権理論と民法理論の古典的体系——」一橋研究第 14 巻 3 号 (1989 年) 107 頁以下、同 3 号 (1989 年) 131 頁以下参照。

法発展に今日まで及ぼした影響は、グロチウス（とホッブズ）の影響より大きくかつ直接的であったと評価されている<sup>48)</sup>。

プーフェンドルフは、1672 年の彼の著作『自然法と万民法について』（*De jure naturae et gentium*）において、*dominium* について、グロチウスに依拠し、*dominium* は「最上位の不変かつ永久の原理」であるとする。すなわち、人間は自分一人だけでは生存することができず、世界の物がその生活と保護のために必要とされる。このため創造主である神はあらゆる物に対する力を人間に与えたので、人間は物を利用することができるようになった。しかし神からの付与は人間の権利としてまだ基礎づけられていなかったが、ようやく人間の共同生活から各人に特定の権利を与える必要が生じた。この権利は各人によって制限されるが、何があなたの物とされ、何が私の物とされるのかは人間の合意によって決められる。そのため所有権制度は合理性 *ratio* によって基礎づけられた社会性の基本的事項に含まれるという<sup>49)</sup>。

#### プーフェンドルフの所有権理論

プーフェンドルフは、*dominium* を以下のように定義する。

「……さらに、*proprietas* すなわち、*dominium* は権利であり、この権利によって、ある物の実体が、全体として同じ仕方では別の人には帰属しないという風に、ある人に帰属する。

というのも、*dominium* および *proprietas* は、私にはひとつの同じものだからである。たとえある人々が、*proprietas* とは用益権から区別されて分離された権利であり、他方で *dominium* とは用益権と結びついたものであると述べているとしても、しかしこの基準は、いつまでも墨守されるものではない。……<sup>50)</sup>」

---

48) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 378 頁以下。

49) Wagner, [前掲註 (1)] S. 41.

プーフェンドルフの定義は、dominium と proprietas を区別するそれまでの現代的慣用の理解に従わず、両者を同じものであるとする点が注目される<sup>51)</sup>。

そして分割所有権について次のように述べる。すなわち、

「さらに、次のことも dominium の力である。それは、自分の物として私たちに帰属している物を私たちの任意に処分して、そしてその物の使用から他の人々を排除することができる権利である。但し、その他の人々が、約束によって個別の権利を私たちから獲得したときは、この限りでない。そしてそれゆえに、その物が私たちの物である限り、全体として同じ仕方で他人の物になることはできない。同じ仕方で、と私が言うのは、同じ物が、持つということの多様性に応じて様々な人々に帰属することは、妨げられておらず、またとても頻繁に行われているからである。例えば、同じ土地に共同体は dominium eminens (優越的な所有権) を有しており、土地の [私的] 所有者は dominium directum を有しており、抵当権者は dominium utile を有している<sup>52)</sup>。」

上記引用の前半は排他性について述べたものである。そして、後半の「全体として同じ仕方で他人の物になることはできない。……」以下は、分割所有権について述べた部分である。それによれば、同一の物に同一の所有権が複数併存するは禁じられているが、異なる種類の所有権であれば禁じられていないとする。これは分割所有権理論である<sup>53)</sup>。

---

50) 以上の訳は、出雲孝『ボアソナードと近世自然法論における所有権論』（国際書院 2016年）[以下では、出雲・[前掲註(50)]として引用する。] 122頁以下からの引用による。

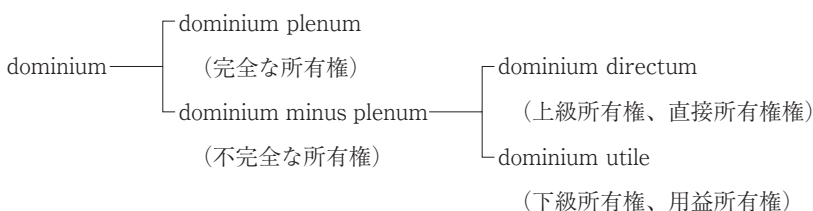
51) 出雲・[前掲註(50)] 123頁以下。

52) 以上の訳は、出雲・[前掲註(50)] 123頁以下からの引用であるが、同書の dominium directum と dominium utile の日本語訳を割愛した。



### プーフェンドルフ理論の特徴

こうして、プーフェンドルフは、パンデクテンの現代的慣用におけるシュトルーフエの所有権定義をほぼそのまま承継した<sup>54)</sup>。自然法学の特徴は法の体系化であるが、プーフェンドルフも、dominium plenum と dominium minus plenum とを区別し、さらに後者の下位概念として dominium directum と dominium utile とを区別する。そしてこれを次のように体系化した<sup>55)</sup>。



この体系化は、後述のように大きな意味を持った。先のシュトルーフエは、dominium plenum と dominium directum とを同義のものと理解したが、上記のような体系化により、両者を異なるものと解釈する余地が生じたのである。これが重要な転機となり、後にヴォルフは、dominium ple-

53) プーフェンドルフの分割所有権理論を吉野悟教授は次のように説明される。すなわち「プーフェンドルフによれば、国民或いはその君主が同じ土地の上に dominium eminens を有し、また個々の「ドミヌス」が dominium directum を有し、永借権者などは準所有権 (dom. utile) を有することができる。かれによれば、dominium eminens と結びついて (coniunctum)、国 (civitas) 或るは君主の財産占有 (sua bona を possidere する) におけるドミニウムが考えられる。プーフェンドルフにおける完全な所有権に対する制限されたドミニウム (dominium limitatum) として、不完全所有権 (dominium minus plenum) (例えばプロイセン法学で Nutzeigentum と呼ばれた) がある。さらに直接的 (directum) 所有権と準所有権 (dominium utile) へ分かたれている様である。」(吉野悟「グロチウスとプーフェンドルフにおける所有権思想 (一)」[前掲註 (47)] 79 頁。)

54) Wagner, [前掲註 (1)] S. 42.

55) 自然法によるより詳細な体系化については、Wigand, [前掲註 (16)] S. 131 参照。

num を dominium directum とは異なる「真実の所有権」と理解して、不分割の抽象的所有権への道を開いた（この点については後述「3 ヴォルフの dominium 理論」参照）。

さらに、自然法の方法論はローマ法からの解放をもたらした。すなわち dominium を上位の法原理から演繹するという自然法の方法論は、法理論の正当性をユースティーニアーヌス帝法典などのローマ法源へ依存することから解放した。その結果、ローマ法からの影響が排除された<sup>56)</sup>。それは他方で、分割所有権から抽象的所有権への転換を推し進めた一因ともなつたと推測される。というのは、注釈学派が分割所有権理論を導き出したのはローマ法源の解釈のためであり、ローマ法源に束縛されなければ分割所有権理論に固執する必要がなくなるからである。

プーフェンドルフの以上の見解は急速に広まり、トマジウス<sup>57)</sup>をはじめとするその後の自然法学者もプーフェンドルフの分割所有権理論を踏襲した<sup>58)</sup>。

### 3 ヴォルフの dominium 理論

#### ヴォルフの所有権理論

次にクリスティアン・ヴォルフ (Christian Wolff 1679 年—1754 年) の dominium 理論を検討しよう。ヴォルフによる自然法の体系化は、19 世紀のパンデクテン法学に大きな影響を与え、現行ドイツ民法典の基礎となつ

56) Wagner, [前掲註 (1)] S. 42.

57) クリスティアン・トマジウス (Christian Tomasius) は、1688 年の『神法学提要』(Institutiones jurisprudentiae divinae) において、dominium について次のように述べて、プーフェンドルフの見解に従っている。すなわち、「所有権とは、ある物がある人の「私有物」(res propria) とする権利を言う。ところで、「私有性」(proprietas) とは、物のいわゆる実体が、別の人に同じ仕方では帰属しないという風に、ある人に帰属していることを言う。」(以上の訳は、出雲・[前掲註 (50)] 199 頁以下からの引用による。)

58) Wagner, [前掲註 (1)] S. 43.

たと言われている<sup>59)</sup>。

ヴォルフは、その著書『科学的方法によって研究された自然法』(Jus naturae method scientifica pertractatum)において、dominium について、以下のように述べている。

i) 所有権の定義について

「物を自分の任意にすなわちそう考えたように disponere (処分) するという jus proprium (固有の権利) を、私たちは dominium と名付ける<sup>60)</sup>。」

「物の実体その物を処分する権利は、proprietas (固有権) と言われる。そして、処分権を何らかの物に持っている人は、proprietaryus (固有権者) と名付けられる<sup>61)</sup>。」

ヴォルフも、後述 iii) からも明なように分割所有権を承認し、前提とする。前述のとおり、プーフェンドルフは proprietas と dominium を同一のものとして捉えたのに対し、ヴォルフは伝統的な理解に回帰し、proprietas を dominium の権能の一つと位置付ける<sup>62)</sup>。

次に、ヴォルフは排他性と所有権の内容について次のように述べる。

ii) 所有権の排他性について

「jus proprium (固有の権利) は全て、他人をそこから排除する権利を含む。というのも、jus proprium は、一人の人に個別的にのみ認められるものだからである<sup>63)</sup>。」

---

59) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 392 頁以下。

60) 以上の訳は、出雲・[前掲註 (50)] 230 頁からの引用であるが、一部を変更している。

61) 以上の訳は、出雲・[前掲註 (50)] 233 頁からの引用であるが、一部を変更している。

62) 出雲・[前掲註 (50)] 234 頁。

63) 以上の訳は、出雲・[前掲註 (50)] 230 頁からの引用であるが、一部を変更している。

## iii) 所有権の権能（内容）について

「dominus（所有者）には物を任意に処分することが許されており（第195節）、そして物それ自体についてすなわちその物の実体について処分することも、その使用について処分することもその収益について処分することも可能であるから、自ずと次のことが分かる。dominium（所有権）は3つの権利を含んでいる。すなわち、実体について処分する権利、使用について処分する権利、収益について処分する権利である。1番目が *proprietas*、2番目が *ius utendi*、最後が *ius fruendi* と呼ばれる。*ius utendi* および *ius fruendi* は、合わせて *ususfructus* と呼ばれる。ところでもし *dominium* が、その内容においてひとつの権利も欠いていなければ、*dominium plenum*（完全な所有権）と呼ばれる。もし何らかの権利が欠けているならば、*dominium minus plenum*（不完全な所有権）と呼ばれる。もし人が *proprietas* を持っているならば、彼は譲渡権者と呼ばれる。そして、彼の物が彼固有の物に留まっている限り、たとえ他人が使用や収益を行っていても、依然として *dominus* と名付けられる。……<sup>64)</sup>」

## ヴォルフ理論の特徴

上記引用 iii) で注目されるのは、第一にヴォルフが所有権の権能（内容）として物の使用、収益および処分の三つを挙げていることである。所有権の内容をこの三つの権能を列挙することで例示するという方式は、現行ドイツ民法典 (§903.BGB)、フランスのコード・シヴィル (Art.544) および現行日本民法典（第206条）にそのまま引き継がれている。

第二に注目されるのは、ヴォルフもプーフェンドルフと同様に分割所有権を前提としながら所有権の排他性を強調していることである。これについてヴィーガンツは、分割所有権を前提にすると排他性の貫徹は不可能で

---

64) 以上の訳は、出雲・[前掲註(50)] 234頁以下からの引用であるが、一部を変更している。

あり、分割所有権を認めながら排他性を強調することは不可解であると述べている<sup>65)</sup>。これに対し、レーマンはこの批判は少なくともヴォルフには当てはまらないという。なぜなら、ヴォルフは排他性に配慮し、*dominium plenum* の保有者が *dominium utile* を成立させるためには合意（契約）が必要であるとしているからである。ヴォルフの理解に従えば、所有者は自らの意思によらなければ所有権を失うことがなく、包括的排他性の喪失も自らの意思によるものに限られるのであるから、自らの意思によって排他性を喪失することは認められてよいことになろう。したがって、所有者は自らの意思によって排他性を制限し、これを *dominium utile* の保有者に許容するというヴォルフ理論においては、それぞれに排他性が認められることは矛盾ではない、という<sup>66)</sup>。

しかしながら、確かにヴォルフにおいては分割所有権を認めながら、所有権の排他性を承認することとは矛盾しないとしても、やはり排他性と分割所有権の並存は理論的に矛盾する。例えば所有者の変更により新たに所有者となった者は当初の合意に拘束されないから、一つの物に排他的な二つの所有権が併存してしまう。この矛盾は、分割所有権につきまとう大きな欠陥である。これを克服するためには、分割所有権の排除が考えられる。

そして注目される第三は、*dominium plenum*（完全な所有権）の重要性である。上記の「もし人が *proprietas* を持っているならば、彼は譲渡権者と呼ばれる。そして、彼の物が彼固有の物に留まっている限り、たとえ他人が使用や収益を行っているとしても、依然として *dominus* と名付けられる。」というヴォルフの解釈は、*dominium plenum* の保有者こそが真正な所有者であるという理解へと導く。すなわち、*dominium plenum* の保有者が *dominium utile* の法的地位を明確にする権限を有しているとすれば、*dominium minus plenum*（不完全な所有権）に理論上優先する真正な所有

---

65) Wigand, [前掲註 (16)] S. 129.

66) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 153.

権 (ein wahres Eigentum) が存在するはずだからである。さらに一步を進め、dominium plenum の保有者だけが真正な所有者であると考えれば、ティボー (Thibaut) が主張したように分割所有権の排除という帰結を導くことが可能となる。このように dominium plenum (完全な所有権)こそが真正な所有権であるという考えは、分割所有権から不分割かつ包括的物支配としての所有権概念へと移行する一步となったと言ってよいであろう<sup>67)</sup>。

以上から明らかなように、自然法学の所有権理論は分割所有権から不分割かつ包括的物支配としての所有権概念へと向かう萌芽をすでにその中に含んでいたのである。したがって、19世紀に歴史法学派によって推進された包括的物支配としての所有権概念の発展は、自然法の所有権理論の必然的な結果であったと評することができよう。

---

67) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 153.

### 第三節 18 世紀末の自然法的な諸法典における分割所有権

フランス大革命の後 19 世紀の初頭までに理性法論と啓蒙主義とが結びついて、中央および西ヨーロッパにおいて近代的な諸法典が編纂された。前節で検討した自然法は、これらの諸法典編纂の基礎となった。それ以前に行われた法採録とは異なり、これらの法典編纂に共通する特徴は、為政者あるいは国民的普遍意志の——自由で理性に適いかつ同義的な——行動がよりよい社会を創造しうる、という信念に基づいて、体系的かつ網羅的な新秩序によって社会を包括的に設計することであった。自然法諸法典は、革命的な改造の記録である<sup>68)</sup>。

そこで本稿は、自然法的諸法典の代表的なものとして、プロイセン一般ラント法 (ALR 1794 年)、オーストリア一般民法典 (ABGB 1811 年) およびフランスのコード・シヴィル (Code civil 1804 年) を取り上げ、これらにおける所有権規定を検討したい。

#### 1 プロイセン

##### プロイセン一般ラント法成立の経緯

大法官フェルストが失脚したのちにその後継者として任命されたカルマーは、自然法が貫徹していること・疑念は裁判官ではなく立法委員会がこれを解決すべきことなどの諸基準に従って、プロイセン一般ラント法の編纂事業を推進した<sup>69)</sup>。編纂作業は主にスアレツとクラインが担った<sup>70)</sup>。

---

68) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 402 頁以下。

草案が1787年に公開され、意見聴取が行われて、最終案（「スアレツの改訂案」）が完成した。法律の公布は1792年6月1日と予定されたが、政治的反動とフランス革命の影響によりその発効が無期限に延期されてしまった。ようやく公布されたのは1794年2月5日であった<sup>71)</sup>。

### プロイセン一般ラント法の所有権規定

前節の検討から明らかなように、18世紀自然法の所有権理論はローマ法上の絶対的所有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<sup>72)</sup>。後期自然法論の成果である「プロイセン一般ラント法(1794年)」（Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794）（以下ではALRと記す。）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い、分割所有権を詳細かつ綿密に規定した<sup>73)</sup>。

第1部第8章は、所有権について以下のように規定する。

#### 第1部第8章「所有権について」<sup>74)</sup>

##### 【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Substanz（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

69) ヴィーアッカー・[前掲註(25)] 411頁。

70) スアレツとクラインの所有権概念については、吉野悟「比較法史の基礎としての自然法学の所有権概念——スアレツ・クライン——」日大法学紀要 36巻(1995年) 131頁以下に詳しい。

71) ヴィーアッカー・[前掲註(25)] 413頁以下。

72) クレッシュェル・[前掲註(22)] 273頁。

73) Wagner, [前掲註(1)] 49.f. クレッシュェル・前掲註(22) 274頁。

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



てこれを放棄する権限である。

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

【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 19 条 物の Proprietät のみを有し、用益権を有しない者を Eigner (所有者) という。

第 20 条 Proprietät の持分を有し、同時に用益権限を有する者は、物の用益所有者という。

第 22 条 物の所有権と、所有権の性質から流出する権利との分割は推定されない。

そして第 1 部第 18 章は分割所有権に関連する一般的な規定と Lehen と Erbzisgut について規定する。一般的規定で意味があるのは以下の規定である。

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とき、Proprietät を共有するが、所有者に帰属する用益権限を有しない者を上級所有者という。

第 2 条 上級所有者と用益所有者とが共有する物の Proprietät については、一方の関与とそれに対する他方の承諾がなければ有効に処分することができない。

第 4 条 所有権に帰属する用益権は、用益所有者の有する特別なかつ排他的な所有権である

プロイセン一般ラント法の所有権概念

プロイセン一般ラント法の規定する所有権の特徴は次のように指摘できよう。

第一に、ヴォルフの見解に従った所有権概念である点である。すなわち、第1部第8章第1条は、所有権の本質を Substanz を処分する権限に求め、同第10条はこの権限を Proprietät と呼ぶ。このような所有権理解はヴォルフの見解と同じである<sup>75)</sup>。さらに、第1部第18章第1条および第2条は、当時の一般的な理解に従い、Proprietät が上級所有者と用益所有者に共有され、その結果として両者の同意がなければ物を処分することができないとしている<sup>76)</sup>。

第二に、第1部第18章第4条が、dominium utile を物に対する所有権 (Sacheigentum) としてではなく、権利に対する所有権と構成した点である。ALR は権利に対する所有権を認めていたので、このような構成が可能であった<sup>77)</sup>。これは所有権を権利の束とする自然法の考えに対応したものである。すなわち、所有権は個々の権利ないし権限の束であり、その権利ないし権限自体にさらに所有権が成立するという考えである。その結果、所有権の個々の構成要素が複数の所有者に分属することが可能となり、それでもなおそれぞれが所有権として存在するとされるため、所有権の分割が可能となるのである。このような理解は上級所有権と用益所有権との分割を認める前提条件であり、一般に列挙理論あるいは束 (たば) 理論と呼ばれている<sup>78)</sup>。後に歴史法学派は列挙理論ないし束理論を否定し、所有権を有体物に限ったが、このように理解する主たる目的は分割所有権の排除にあった。

---

75) Wiegand, [前掲註 (16)] S. 132.

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

77) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 156.

78) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 157.

## 2 オーストリア

### テレジア法典 (Codex Thersianus)

オーストリアの法典編纂は、プロイセンと平行して、マリア・テレジアおよびヨーゼフ二世のイニシアティブのもとに進められた。1811 年のオーストリア一般民法典 (ABGB) に至るまで、所有権を含む法典の立法化が何度か試みられた<sup>79)</sup>。最初の試みであったテレジア法典では、分割所有権廃止の立法が試みられていたことが注目される。すなわち、1766 年に公布されたが施行されなかった「テレジアの民法典」(Codex Thersianus juris civilis) は、第 2 部第 3 章 §1 において分割所有権を明確に排除し、それに代わって後年いわゆる抽象的所有権概念へと展開する所有権概念を取り入れたのである。条文は以下の通りである<sup>80)</sup>。

- §1. Num.1. 最も重要な物権は所有権である。所有権はその効力において他の種類の権利に勝るばかりでなく、同時にそれ自体完結する。
- Num.3. 所有権を有する者は物の主人であり……所有者には所有権から生じる支配性、用益および利便性すべてが存在する……。
- Num.5. これに対して他人の物に対する権利も正当性を有するが、これは決して所有権ではない。この権利は物に対して制限された効力しか有しない……。
- Num.6. したがって所有権はその本質は全く単一で真実に自然で同時に権利として完全で、他に分割することのできないものである。

---

79) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 422 頁以下。

80) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 158f.

Num.7. 物に対する他の権利はすべて完全な所有権——それは分割できない——に到達することはできない。

Num.8. 上述の性質を有しない物権は所有権ではない。用益所有権は俗称にすぎない。

以上の規定は、所有権は分割できない権利であり、所有権は一つの物に一つしか成立し得ず、他人の物に対する権利は所有権でないとしており、分割所有権を否定するものである。ただし、今日の抽象的所有権概念とは異なり、自然法に従って所有権を個々の権限から説明する。しかしながら、所有権の完全性を強調し、所有権を権限の唯一の根拠とする点については、抽象的所有権概念——すなわち、個々の権限は所有権から流れ出るにすぎず、他人の物に対する権利として譲渡することができ、権限が譲渡されても所有権の完全性は損なわれないという理解——そのものと言える<sup>81)</sup>。

#### ホルテン草案と後期マルティニス草案

テレジア法典の改定版であるホルテン草案 (das Entwurf Horten) は、分割所有権を規定しなかった。そのため、レーマンは、同草案は *dominium utile* を所有権とみなさなかったと理解する<sup>82)</sup>。確かに、その根拠として、永借権 (Erbzinsrecht) について所有者は所有権を維持したまま他者に自己の物についての権利を設定することができるという規定が挙げられているが、しかしそれにもかかわらず他方では、永借人 (Erbzinsmann) には用益所有権が与えられると規定し<sup>83)</sup>、分割所有権を認めている。したがって同草案は抽象的所有権と分割所有権のどちらも認める折衷説であったと思われる。

その後、後期マルティニス草案 (das spätere Entwurf Martinis) は「分割

---

81) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 159.

82) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 160.

83) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 160.

所有権」という表題のもとに数条の規定を置き、正面から分割所有権学説を復活させたけれども、ヴォルフ流の「本来の所有権は不分割である」とする規定も置かれた<sup>84)</sup>。したがって、この草案も折衷説の立場であったといえる。

#### オーストリア一般民法典の所有権規定

1811 年のオーストリア一般民法典 (ABGB) は最終的に、分割所有権理論を採用した。関連する条文は以下の通りである<sup>85)</sup>。

357 条 物の Substanz (実体) についての権利と用益についての権利とが一人かつ同一人に帰属するとき、この所有権は完全であり、分割されない。しかし物の Substanz についての権利だけが所有者に帰属し、物の Substanz についての権利とともに物を用益する権利が他の者に排他的に帰属するときは、所有権は分割され、各所有権は不完全である。前者を上級所有権、後者を下級所有権と呼ぶ。

359 条 Substanz についての権利を用益権限から分離することは、一部は所有者の処分によって行われ、一部は法律の命令によって行われる。上級所有権と下級所有権との関係により生じた違いに応じて、所有権が分割された Güter (所有者), Lehn-Erbpacht そして Erbzinsgüter (永借人) と呼ばれる。

---

84) このような規定として以下のようなものがある。「§ 1. 物が本来のかつ直接取得された時点で、所有権は分割されず、制限もされず、負担も負わない。これは所有者の自由な使用あるいは法秩序から引き出される帰結にすぎない。§ 6. 確かに所有権は法律によってあるいは所有者の意思によって数えきれないほどの態様に制限されたり、負担させられる。しかしながら所有権はあらゆる他の制限と負担にもかかわらず分割されず、完全なものである。それゆえ所有者が土地領主に義務づけられるときも、所有者の完全性は破られない。」以上につき Lehmann, [前掲註 (21)] S. 160f.

85) ABGB 357 条、359 条および 360 条は現在削除されている。条文の引用は、Lehmann, [前掲註 (21)] S. 157f. による。

360 条 長期にわたり地代の支払いを受け、あるいは毎年土地から定期金の支払いを受けるだけでは、所有権の分割は生じない。  
Substanz についての権利が用益権から分離されたことが明白でない場合はすべて善意の占有者が完全な所有者とみなされる。

### 分割所有権の勝利？

テレジア法典は分割所有権を完全に排除したが、その後のホルテン草案と後期マルティニス草案は分割所有権を承認し、他方で、ヴォルフの影響を受けて、分割不可能な完全な所有権を想定した規定も置いた。こうして分割所有権を承認し、あわせて完全な所有権も認めるという折衷的な立法が企図された。このような状況を受けて立法されたオーストリア一般民法典も分割所有権を承認することとなった。ただし、立法の直前に、フランス革命によりフランスのコード・シヴィルが分割所有権を拒絶したこと<sup>86)</sup>は、分割所有権の廃止をあらためて考え直す契機となったことであろう。それにもかかわらずオーストリア一般民法典が分割所有権を維持した理由は明らかではないが、上述のそれまでの立法の経緯の他に、プロイセン一般ラント法の模範的規定も重要な役割を果たしたものと推測される<sup>87)</sup>。しかし、これをもって分割所有権が不滅の生命力を有していたことの証しと捉えることは早計であろう。後述するように、そこには分割所有権への否定的な評価が見られるからである<sup>88)</sup>。

---

86) Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im X I X. Jahrhundert. Zweiter Teil I. Hälfte (1930) S. 16ff.

87) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 162.

88) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 162.

### 3 プロイセン一般ラント法およびオーストリア一般民法典における分割所有権の位置づけ

#### 分割所有権に対する消極的評価

プロイセン一般ラント法およびオーストリア一般民法典は、分割所有権をどのように評価したのであろうか。両法典による分割所有権の採用は、実務に広く浸透していたために妥協した結果であって、決して分割所有権を理論的に優れたものとして積極的に評価したためではなかったと推測される。むしろその評価は消極的なものであったと言えよう。以下にその理由を述べる。

#### i) 所有権不分割の推定

第一に、プロイセン一般ラント法もオーストリア一般民法典も所有権の不分割を推定する規定を置いたことを指摘できる。これはヴォルフの理論に従ったものであるが、彼は完全かつ無制限な所有権 (dominium plenum) を所有権の理想とし、完全な所有権が本来の所有権であり、分割所有権に優先するとしている。不分割の推定規定を置いたこと自体、分割所有権を消極的に評価するものであると言えよう<sup>89)</sup>。

#### ii) 包括的物支配としての所有権定義

第二に、二つの法典は、所有権をヴォルフの学説に従って包括的物支配権と定義した。この定義も分割所有権の消極的評価の表れといえよう。ヴォルフは所有権が包括的物支配権であるとの理解から出発し、完全な所有者は最終的な処分権限を有するが、これを下級所有者への認容によって制限することができるとした。このような包括的物支配は、所有権の一部の権限を他人に譲渡しても、所有権は変化しない (分割されない) という帰結を必然的にもたらすものである<sup>90)</sup>。後のランダ (Randa) の分割所有権

---

89) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 163.

90) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 164.

批判はこの好例である。彼はオーストリア一般民法典について包括的所有権概念に基づいて「したがって分割所有権の採用は、法律上の概念と一致しない。そして §§ 357—379 に規定された理論はそれ自体矛盾するため、廃棄されなければならない<sup>91)</sup>。」と批判している。したがって、所有権を包括的物支配と定義したことは、分割所有権については消極的に評価するものといえよう。

### 分割所有権と完全な所有権との関係

分割所有権が分割をやめて完全な所有権へ転換する場合、上級所有者と下級所有者のいずれが所有権を失うのか、すなわちいずれが完全な所有者となるのか。所有権推定が占有に基づいて認められることからすれば、下級所有権者に完全な所有権が与えられることになろう。このことはオーストリア一般民法典 § 360 が、「用益権者（下級所有権者）が善意である限り、彼が完全な所有権者とされる。」と明白に定める。

プロイセン一般ラント法は所有権が分割されないと推定するだけで、この点は明白でない。しかし、第一部第一八章第 681 条は「占有者に完全かつ負担を負う所有権が帰属するのが通常である。」と規定するから、完全な所有権がオーストリア一般民法典と同様に占有者のために推定されることになり、やはり下級所有権者が完全な所有者であると考えられる<sup>92)</sup>。

しかし、以上の理解は、自然法の所有権理論の当然の帰結とはいえない。所有権の特徴として所有者の処分の自由を強調するならば、これとはまったく反対の帰結——上級所有権者こそが完全な所有権者であり、下級所有権者は所有権を失うと解すること——も可能だからである。すなわち、所有者の自由な処分により用益権限が下級所有者に与えられ、所有権の分割が生じるのであるから、この自由な処分権を有する上級所有者こそが真実の所有者であると考えられるからである<sup>93)</sup>。それに加えて、ヴォルフのよ

---

91) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 165.

92) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 165.

93) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 166.



うに完全な所有権を包括的所有権とし、これが分割所有権よりも優先するならば、むしろ完全な所有権は上級所有者に帰属することになる。すなわち自然法本来の理解からは下級所有者を完全な所有者とみなすことは困難である<sup>94)</sup>。

それにもかかわらず、プロイセン一般ラント法とオーストリア一般民法典が下級所有権を本来の所有権と推定する規定を置いたのは、一方で国家政策上の目的によるものであり、他方で占有と利用を重視した結果であった<sup>95)</sup>。

19世紀には、学説がローマ法と結びつき、ティボー (Thibaut) の影響を受けて、上級所有者を完全な所有者と考えたが、他方で立法者によって行われた農民開放の結果、下級所有者が完全な所有者とみなされ、上級所有権は消滅した<sup>96)</sup>。したがって、農民開放という社会的現象に伴う国家政策が、自然法の所有権理論を押しつけたと言えるであろう。

分割所有権は、プロイセン一般ラント法とオーストリア一般民法典に採用されたが、その地位は危ういものであり、その終末もきわめて早かった。その原因は、一つには法典の所有権定義が包括的物支配という抽象的所有権概念に基づくものであり、それ自体に分割所有権を排除する契機を含んでいたことである。そしてこれを後押ししたのが、19世紀前半の農民開放であった。これによって分割所有権が事実上廃棄されることになる<sup>97)</sup>。

---

94) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 166.

95) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 167.

96) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 167.

97) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 167f.

## 4 フランス

### (a) フランス近世私法における分割所有権の受容

#### 分割所有権の継受

コード・シヴィルの検討に入る前に、それまでのフランスにおける分割所有権の状況について概観したい。フランスにおいても14世紀に分割所有権理論の継受が始まり、16世紀には慣習法に根づいて、以後旧制度下の土地所有制度の根幹になったと言われている<sup>98)</sup>。すなわち、一方で授封契約を締結した主君は被封印物である土地について上級所有権を保有し、他方で受封者である家臣はこれに対する下級所有権を保有して、土地についての所有権は両者に分割される、と看做されることになった<sup>99)</sup>。

ところが、この理論の継受が決定的となった16世紀末に、復古学派がユースティーニアヌス帝法典の純歴史的・批判的な研究を開始し、分割所有権理論を否認する見解が主張されるようになった<sup>100)</sup>。すなわち、復古学派は、*dominium* に *directum* と *utile* の二種が存在するとしながらも、この二つの何れが *propriété* (真実の所有権) であるかを問題とした。結果的に分割所有権の否定へと向かった。この問題について二つの見解が対立した。*dominium directum* を真実の所有権とする見解は、バルトルス、バルドスの見解を援用して、*dominium directum* を真実の所有権とし、*dominium utile* を役権にすぎないと解した<sup>101)</sup>。例えば、Cujacius は、「スベテノ所有権ハ *dominium directum* ナリ。封土ノ説明者が正シクモ教ヘタル如ク、*dominium utile* ハ存在セズ<sup>102)</sup>。」と主張した。

これに対して、*dominium utile* を真実の所有権とする見解が対立した。

---

98) 片岡(三) [前掲註(1)] 80頁。

99) 片岡(三) [前掲註(1)] 82頁。

100) 片岡(三) [前掲註(1)] 94頁。

101) 片岡(三) [前掲註(1)] 98頁。

102) 片岡(三) [前掲註(1)] 94頁。

例えば Donellus は次のように述べた。「凡ソ土地ヲ永久的ニ受領スル者ハ如何ナル者ニテモ所有者ノ有スル殆ドスベテノ権利ヲ取得スベク、永借人モ、地代ト通常ノ長期借地人以上ノ諸給付ヲ負担スル外ハ所有者ノ有スル殆ドスベテノ権利ヲ有スルヲ以テ、彼ノ権利ハ所有権ニ最モ近く、彼自身ハイハバ所有者ニ準ズル者ナリト認メラルベシ。……dominium utile ヲ云々スルハ、モトヨリ不適當且法学者ノ知ラザル言葉ヲ用フルモノナリ、……。」<sup>103)</sup>と。

しかし、以上のようなどちらを真実の所有権と看做すかという論争は、すでに分割所有権が広く定着し一般化していた慣習法にはほとんど影響を与えなかった。実務では依然として分割所有権が広く通用したとされる<sup>104)</sup>。

#### 18 世紀における分割所有権

コード・シヴィルの基礎を築いたのは普通法の体系家であった。代表的な体系家としては 17 世紀のドマ (Jean Domat) と 18 世紀のポティエ (Robert Joseph Pothier) が挙げられる。ポティエの民事法的諸労作は、コード・シヴィルの最後の時期において、体系のための基礎となった。自然法論はコード・シヴィルに対しては体系的形成に作用した<sup>105)</sup>。そこで、ポティエの所有権観を検討する。

片岡氏が依拠する Chénon は、16 世紀と 18 世紀の学説が全く対照的であったことを指摘し、18 世紀には *dominium utile* が *propriété* (真実の所有権) であるとされて、*dominium directum* は *dominium utile* がそれから解放されるべき役権になったと主張する<sup>106)</sup>。これに対して片岡氏は、

---

103) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 94 頁。

104) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 95 頁。ただし、封地ではなく、貢納地については 14 世紀にはすでに農民を唯一の所有権者とし、領主を貢納徴取権者 (他物権者として位置づけられる) とする理解が有力であった (稲本洋之助「フランスにおける近代的所有権の成立過程」甲斐道太郎ほか『所有権思想の歴史』(有斐閣新書 1979 年) [以下では稲本・[前掲註 (104)] として引用する。] 75 頁。)

105) ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 431 頁。

106) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 98 頁。

Chénon が右の主張の根拠としたポティエの見解を検討し、Chénon の主張に反対される<sup>107)</sup>。

片岡氏が紹介するポティエの見解は次のような内容である。

ア) まず *seigneurie utile* を *propriété* とみなし、*seigneurie directe* を *seigneurie utile* から分離されたものとする。物権の主たるものは *propriété* であり、この「*domaine de propriété* ハ、ソレニヨツテ……客体が他ノスベテノ者ヲ排除シテ余ニ帰属スルトコロノ権利」「ソノ効果カラ見レバ、客体ヲ意ノマヽニ処分シテ、而モ他人ノ権利ヲ侵害スルコトナク法ニ触レルコトノナイ権利、即チ客体ニツイテ自由ニ処分ヲスル権利乃至ハ [客体を] 使用シ処分スル権利」即ち排他的・包括的な所有権である。そして、*domaine de propriété* と呼ばれるものは *domaine utile* であり、*domaine directe* は *domaine utile* から派生し、かつその分離形態の一つにすぎないとする<sup>108)</sup>。

イ) ところが片岡氏はポティエが *domaine directe* と *domaine utile* の具体的な属性を説く段になると、ア) の見解を放棄してしまうと指摘される。この点に関するポティエの説明は次のようである。すなわち、封主が封土に対して留保する *domaine directe* は、「封主ヲシテ自ラ封主ト名乗ラシメ、且ツ彼ガ……封土ノ封主タルコトヲバ *domaine utile* ヲ有スル封臣ヲシテ認メシメル権利ヲ内容トスルモノデアル」ガ、封主ハ更ニ、「我々ノ慣習法上…… [特定の事由のある場合に] 封土ヲ差押ヘル権利、封臣ヲシテ封土ノ明細書ヲ提出セシメル権利、[封臣に] 誠実義務違背ガアッタ場合ニハ [封土を] 没収スル権利、封土売却ノ場合ニ貢租ヲ徴収スル権利……」をも有する。封臣は成程「果実ヲ收取スル権利、[封土を] 意ノマヽニ処分スル権利」を有するが、それは、彼が「[如上の] *domaine directe* ヲ有スル者ヲ封主トシテ承認スル限りニ於テ」のみそうである。そして封土・永借地に関しては二種の *domaine* すなわち *domaine directe* と *domaine utile*

107) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 99 頁。

108) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 99 頁。

とが並存すること、そしてこの両者が相補って *domaine de propriété* の内容を構成することを容認するとされる<sup>109)</sup>。以上がポティエの説くところである。

以上のようなポティエの説明は、ア) では所有権の包括的排他的性質について述べて、*domaine utile* を唯一の正当な所有権とするのに対し、イ) では *domaine directe* と *domaine utile* との並存を容認し、*domaine directe* も所有権の性質を有することを認める。ヴォルフにおいて述べたように包括的排他性と分割所有権の並存は明らかに矛盾した事態であり、片岡氏が疑念を抱かれるのはもっともである。しかし、ポティエの説明は、すでに検討したドイツにおける自然法学説の説明と類似する。すなわち、自然法学説は「完全な所有権」を前提として、ローマ法の所有権概念に基づいて包括的排他的所有権を論じた。ポティエによるア) の説明はこれに該当する。引き続き自然法学説は、不完全な所有権である分割所有権について考察する。ポティエによるイ) の説明はこれに該当する。自然法学説は所有権概念としてローマ法の包括的排他的所有権概念を説きつつも、すでに封建制度の法的基礎として広く定着していた分割所有権制度を無視することはできなかった。そこに矛盾を感じながらも、それに妥協して、包括的排他的所有権と分割所有権の並存を受け入れた。このような両者の妥協的な並存は、プロイセン一般ラント法やオーストリア一般民法典の折衷的な立法にも見られる。自然法が法学の主流であった当時、ポティエが自然法学説と同様に考えたとしても不思議ではないであろう。

Chénon によれば、18 世紀のフランス法学では、*domaine utile* を真の所有権とする見解が大勢を占めていたとされるけれども<sup>110)</sup>、片岡氏によれば、*domaine directe* を真の所有権とする見解も依然として主張されていて、法律家の多くが領主など体制側の者であったことを考えると、「第十八世紀の法律家が、Chénon の述くやうに、衆目一致して *domaine utile* を真

---

109) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 99 頁以下。

110) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 101 頁以下。

の propriété と認め、domaine direct を『domaine utile がそれから解放されるべき役権』と看做してゐたわけではない』と考えることが出来るであろう、とされる<sup>111)</sup>。

#### (b) 市民革命と土地所有問題

フランスでは 18 世紀末の市民革命により、封建制が打破されるに至った。農民を封建的拘束から解放するため、農地制度の改革が試みられた。これにより封建制度と密接に結びついた分割所有権制度が排除されることになる。その経過を稲本洋之助教授の論稿<sup>112)</sup>によって概観したい。

#### 革命初期

フランス革命初期による封建制打破はまず身分的差別の廃止から始まり、農奴らの人的隷属関係が廃止された。次に土地所有に関して 1789 年 6 月から 8 月まで開かれた国民会議で問題とされたのは、領主が農民から定期または不定期に徴収してきた貢納等のいわゆる「封建諸税」であった。国民議会の解決策は巧妙で、農民が一定の金額を領主に対して支払った場合にその土地について以後の納税義務が消滅するというものであった。しかし、その金額は金銭による貢納の場合は年額の 20 倍とされるなど、通常の農民が支払うことができない金額であった<sup>113)</sup>。

すでに国民会議は、「所有権」(propriété) が一個の自然権であって、それを擁護するために国家が形成され、憲法が定められることを確認していた<sup>114)</sup>。そして、本来は 16 条からなる「人および市民の権利の宣言」が採択される際に、「所有権は、侵すことのできない神聖な権利であるから、いかなる者も、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合、かつ、正当かつ事前の補償の条件のもとでなければ、それを奪われること

---

111) 片岡 (三) [前掲註 (1)] 108 頁。

112) 稲本・[前掲註 (104)] 69 頁以下。

113) 稲本・[前掲註 (104)] 84 頁以下。

114) 稲本・[前掲註 (104)] 86 頁以下。

ができない」という第 17 条が追加された<sup>115)</sup>。

フランス革命初期における諸改革は、封建制の有償廃棄や制限選挙制の採用にみられるような、ブルジョア階級上層の利益を具体的に反映した「改革」といえる。いいかえれば革命をある程度までは進行させるがそれ以上はおしとどめることが必要となる。そのような意味での革命の制御手段として法律に特別の役割が期待された。これを稲本教授は「法律革命」と呼ぶ<sup>116)</sup>。

この「法律革命」の認識を「所有」の転換という視角からみると、抽象的所有権の採用が方向づけられたことを指摘できる。すなわち「まず、近代的な法原則として、物的所有は、土地所有権を含めて一元的で排他的な私的所有権一般に服すべきものとされた。封建的な重層構造は上級所有権の消滅によって解消されるが、その補償は新たな所有権秩序のルールにしたがって行われ、上級所有権者がそれによって他に新たな所有権を取得することを妨げない。法律は、上級所有権を消滅させる権利を下級所有権者に与えるが、それを具体的に助成しない。重層的所有権の解消は、対等の市民となった両所有権者の私的自治に委ねられる<sup>117)</sup>。」「右のようなメカニズムを通して、封建的土地所有は、法律上、近代的所有一般へと転換されるのであるが、領主・農民の現実的關係においてはなんらの変化も生ぜず、従前どおり貢納の支払いを強制されるのであった<sup>118)</sup>。」「すなわち、「法律革命」は、「所有」の法律上の転換のみをはかり、その背後にある社会関係の変革をおしとどめることを目的としていた<sup>119)</sup>。

---

115) 稲本・[前掲註 (104)] 86 頁以下。稲本教授は、この第 17 条が採択された背景として、「ここで注意すべきことは、国民議会の議員の四分の三近くが法曹出身者であって、アンシャン・レジーム下において封建諸税や官職株から直接・間接の利益を得ていた者が少なくなかったことである。」として、第 17 条の採択は、自らの利益を「正当かつ事前の補償」なしに奪われることないようにするためであったとされ、この規定が「のちに、近代的所有権の定義規定のように評価され広く知られるようになった [ことは] ……歴史の皮肉というべきであろうか。」とされる (稲本・[前掲註 (104)] 87 頁以下)。

116) 稲本・[前掲註 (104)] 90 頁以下。

117) 稲本・[前掲註 (104)] 92 頁。

118) 稲本・[前掲註 (104)] 92 頁。

このように土地所有権に関しては、貢納等のいわゆる「封建諸税」の解消が中心課題であり、社会からの要求という現実が所有権理論に先行した。そこでは所有権理論はその解消にとってふさわしいものであればよく、いわば付随的結果的な意味しか持たなかったといえる。しかしそうであったとしても、上級所有権が廃止され、下級所有権を唯一の所有権とする所有権理論への転換がはかられたことは大きな変化であった。

### 革命中期

1792年に国王の執行権が停止されて共和制に移行してから1794年のテルミドオルの反動までの革命中期は、農民が法律革命ではなく、社会関係の変化を求めて封建諸税の無償廃棄を求めたことが土地改革の原動力となった<sup>120)</sup>。

「法律革命」の成果としての有償廃棄のシステムにもたらされた最初の革命的変更は、挙証責任の転換であった。当時まで封建諸税は領主によって「はじめに合意があった」として一方的に押し付けられ、反証がない限り農民は支払うべきとされてきた。これに対し、1792年6月から8月にかけて議会は、不定期税だけでなく年次的諸税についても支払義務が領主と農民の合意によって成立したものであることを証書によって〔領主が〕立証しない限り請求することができないと、定めた。この挙証責任の転嫁により、法律上の「有償廃棄」は事実上の「無償廃棄」へと転換した。なぜなら数百年も前の合意がかわされたことの証書を提出することは多くの場合不可能であったからである<sup>121)</sup>。

フランス革命がかかえた土地問題の一つが教会財産の処理であった。革命によって聖職者の身分と特権が廃止され、教会財産が国有化されたことにより形成された国有財産をあらためてどのように充用すべきかが問題となった。政府の基本方針は一貫して国有財産を売却することによって、①

---

119) 稲本・〔前掲註(104)〕92頁。

120) 稲本・〔前掲註(104)〕93頁。

121) 稲本・〔前掲註(104)〕93頁以下。



国家の財政需要にあてるとともに、②新しい土地所有農民を創出することであった。二つの目的のうち常に①が優先され、その結果、土地を取得し得たのは農民よりも上中層ブルジョアジーであった<sup>122)</sup>。

封建制の廃棄と国有財産の売却は、重層的所有権概念を一掃した。そして旧領主がいまや市民として新たに土地所有者となった。農民は封建的諸負担が一掃され、また部分的に国有財産の売却や共同地の分割などを通じて新たに土地を取得した。このような新しい土地所有者が社会的階層を問わず、不可侵の権利を保障されたことは、市民革命を不可逆的なものにした<sup>123)</sup>。

市民革命が近代的所有権の成立に果たした役割について、稲本教授によれば、市民革命を経て、ローマ法的な一元的排他的な私的所有権が土地を含めたすべての物に共通に妥当すべき一般的観念とされたことである。とりわけ所有一般の観念に労働生産物でない土地所有を服せしめる上で、市民革命が不可欠の役割を果たした、とされる。そこで重視されたのは、利用を伴う占有 (occupation) であったとされる<sup>124)</sup>。

### (c) コード・シヴィルによる分割所有権の排除

#### カムバセレス第一草案

革命期の議会は 1793 年に民法典の編纂事業に着手し、同年に第一篇「人の身分」、第二篇「物」、第三篇「契約」から構成された「カムバセレス第一草案」が提出された<sup>125)</sup>。同草案第二篇第二章で、物の享受方法として所有権、占有権、用益権、使用権の四つがあげられた。そして「物の所有(権)は、物が存する者が有する、その物を享受し、処分する権利である」(二章二条)。「二人の者が同時かつ別個に、同一の物の全体の所有者となることはできない。domaine direct は、domaine utile から分離することが

---

122) 稲本・[前掲註 (104)] 95 頁以下。

123) 稲本・[前掲註 (104)] 97 頁。

124) 稲本・[前掲註 (104)] 98 頁以下。

125) 稲本・[前掲註 (104)] 100 頁。

できない」(同第三条)と規定された<sup>126)</sup>。

カムバセレス第一草案の所有権定義で注目されるのは、所有権を用益権、使用権、処分権などの権限の束と捉えていることである。そして domaine utile を真実の所有権とし、上級所有権を否定する。以上から、同草案が、先に検討した 18 世紀フランスにおける所有権理論とりわけ domaine utile を真の所有権とする所有権理論に基づくものであることは明らかである。

#### コード・シヴィルの所有権規定

1804 年のコード・シヴィルも三部構成をとり、所有権を次のように定義した。「所有 [権] は、法律または規則によって禁止される使用をしない限り、物を最も絶対的なしかたで享受し、処分する権利である」(544 条)。稲本教授は、革命期の諸草案との違いとして、物の享受についての規定とくに所有権を利用権として特記する規定がなくなったことを指摘される<sup>127)</sup>が、これは domaine utile が所有権であることがすでに共通理解となり、この点を指摘する必要性がなくなったことによるものと推測される。また、その定義が「絶対性」を強調しているが、フランス私法学が共通に掲げる所有権の三大属性——絶対性、排他性、永久性——は 19 世紀中葉以降の定式であることから、立法者にはそのような体系的な理解が存在していたとはいえないことを指摘される<sup>128)</sup>。

私的所有権秩序と公権力との関係については、徴税権を物権的権利ないしは土地共有権（重農主義学説）とみる考え方を排したこと、公的な強制取得を公益事由の存在および正当な事前補償の条件のものにのみ許容した（545 条）ことが指摘される<sup>129)</sup>。

そして不動産の位置づけについて、当時「動産は商取引の分野に属し、

---

126) 稲本・[前掲註 (104)] 101 頁。

127) 稲本・[前掲註 (104)] 103 頁。

128) 稲本・[前掲註 (104)] 103 頁。

129) 稲本・[前掲註 (104)] 103 頁。

不動産は特に民法の領域に属する」として不動産所有権と動産所有権を別に規定すべきという見解も主張されていたが、コード・シヴィルは、土地所有権が「所有権」一般に包摂され動産と同一の法理に服するものとした。稲本教授は、民法典が不動産に関する規定を数多くおいているのも、土地所有権を可能なかぎり動産と共通する普通法に服せしめるためのものであったとされる<sup>130)</sup>。

コード・シヴィルの所有権規定の最大の特徴は、稲本教授によれば、所有権を排他的な物的支配の権利とし、カンバセレス第一草案の表現を借りれば «domaine direct» と «domaine utile» との不可分性を確立した点であるとされる<sup>131)</sup>。このように、コード・シヴィルが分割所有権を排除したことは確かである。しかし、コード・シヴィルの意義はそれにとどまり、これに代わる新たな所有権概念（すなわち絶対的抽象的所有権概念）を——もちろん所有権の「絶対性」を強調する点でその方向性は示されているけれども——確立したとまでは言えない。その確立は 19 世紀後半の法学者たちの手に委ねられた。

---

130) 稲本・[前掲註 (104)] 104 頁以下。

131) 稲本・[前掲註 (104)] 107 頁。

## 第四節 分割所有権の衰退

### 1 テイボーによる分割所有権の排除

#### 自然法学の終焉——法学方法論の転換

分割所有権は、19世紀に入ってからドイツではなお強い影響力を維持した。19世紀前半のドイツ各ラントの立法において依然として強く支持されたのである。例えば、コード・シヴィルがバーデンに継受された際、バーデンラント法（Das Basische Landrecht）は土地の分割所有権を承認した。立法による最初の分割所有権廃止は、1863年のザクセン民法典（Das Bürgerliche Gesetzbuch für Königreich Sachsen）まで待たなければならなかった<sup>132)</sup>。

しかし学説においては変化の兆しが表れた。転機となったのは自然法がカントにより基礎づけられた精神科学の方法論によって否定され、その影響力を失ったことである<sup>133)</sup>。カントは1763年の「自然理論および道德の諸原則の明白性についての研究（あるいは形而上学の明白性について）」（Untersuchungen über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral (oder: über die Evidenz in metaphysischen Wissenschaften.)）において、数学と他の精神科学の方法論が本質的に異なることを提示した。すなわち、数学は、概念・定義から出発してその帰結を獲得するが、その概念・定義は自由に創造され得る。これに対して数学以外の精神科学は、経験という対象と結びつくものであり、確かな内的経験を通じた観察により客体の明白なメルクマールすなわち直接的意識を確

---

132) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 168.

133) Wagner, [前掲註 (1)] S. 54f.

定し、これによつてはじめて一般性、明白性および抽象性を獲得することができる、とされた。こうしてカントは認識にとつての経験の意義を明らかにしただけでなく、19 世紀精神科学の思考形式を基礎づけた。これにより理性的な上位原則を立てそこから個々の帰結を導くという自然法の数学的演繹的方法論は論駁されて、自然法学はその役割を終えた<sup>134)</sup>。自然法に代わつた歴史法学は、法の正当性を「理性」でなく、経験としての「ローマ法源」に求めた。

このように自然法批判を基礎づけたカントではあつたが、自然法の学説に従つて分割所有権理論を自然法の制度として説明している<sup>135)</sup>。カントまでも自然法の所有権理論に従つたことは当時いかに分割所有権が支配的であり、確固なものであつたかを示している。

#### ティボーによる分割所有権の排除

これに対して、学説において分割所有権の排除がすでに議論されていたが、とりわけアントーン・フリードリヒ・ユストゥス・ティボー (Anton Friedrich Justus Thibaut) が 1801 年に発表した論文「直接所有権と用益所有権について」(Über dominium directum und utile<sup>136)</sup>) は、分割所有権理論が注釈学派の誤解に基づくものであることを立証し、学説における分割所有権に終焉をもたらした、と評されている<sup>137)</sup>。

ティボーが、この論文において主張した要点は次の二点である。一つは法学の方法論としての歴史的根拠づけの重要性であり、他の一つは dominium utile を所有権とする理解が注釈学派の錯誤によるものであつたことである<sup>138)</sup>。

彼はまず dominium utile に関する文献を広範に検討し、これに対する異

---

134) Wagner, [前掲註 (1)] S. 54f. ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 447 頁。

135) Wagner, [前掲註 (1)] S. 55.

136) Thibaut, [前掲註 (3)].

137) クレッシェル・[前掲註 (22)] 274 頁、Lehmann, [前掲註 (21)] S. 168.

138) Wagner, [前掲註 (1)] S. 58f.

議が最初からあっただけでなく、その擁護者も理解が一致していなかったことを明らかにする。そして、dominium utileはその定義が曖昧であったことにより、誰でもこれを利用することができたのであり、それはまさに万人に対する万人の争いをもたらすものであった、とする<sup>139)</sup>。これを回避できるのは歴史的ドグマであり、歴史的ドグマだけが真実の概念へと導くのであるとし、ローマ法源に照らしてローマ法が dominium directum と dominium utile の区別を知らなかったことは明らかであるから、「自然法が dominium utile 概念を引き出したことは、……意味のない行為であった<sup>140)</sup>」という。

ティボーによれば、注釈学派は二種類の dominium utile を知っていたとされる。第一のものはパルドスなどによる当初の理解である。すなわち dominium utile は、排他的で完全な所有権であり、これは訴権の名称によって形式的に dominium directum と区別されるにすぎず、ローマ法上も存在したとされる。これに対して第二のものはシュトゥルーフェによる封建制度への転用事例である。すなわち dominium utile は家臣 (Vasall)、永借地人 (Emphyteuta) および地上権者 (Superficiar) が有するとされる不完全な所有権であると理解する立場である。そしてティボーは、後者の理解を注釈学派の誤解に基づくものであるとする。なぜなら、注釈学派はローマ人が dominium を完全な所有権としてのみ理解し、それ以外の意味では用いなかったことを見落としているからである。上述の家臣等が有する権利は利用権と固有権 (Proprietätsrechte) を含むとはいえ所有権でなく、他人の物における物権に他ならないという<sup>141)</sup>。

#### ティボーの所有権概念

ティボーは所有権概念を明確に定義していないが、彼が所有権について述べていることを手掛かりにして、その所有権概念がどのようなものであ

---

139) Thibaut, [前掲註 (3)] S. 70 und 74ff.

140) Thibaut, [前掲註 (3)] S. 78.

141) Thibaut, [前掲註 (3)] S. 88f.

ったか検討しよう。

1803 年に出版された『パンデクテン法の体系』(System des Pandektenrechts, Band2, (1803)) で、ティボーは以下のように所有権を説明している。すなわち、

「所有権 (dominium) は、その性質は、個々の有体物を自己の目的のために恣意的に支配するという権限が誰にでも与えられる物権である。この権利は外部から制限を受け得るので、所有者の権利が法律あるいは恣意によって制限されるときは、所有権も制限され得る。しかしその制限がなくなるや否や再び無制限な権利として特徴づけられる<sup>142)</sup>。」

また、ティボーにとって「本来の所有権」という観念が重要である。前述の「直接所有権と用益所有権について」において「本来の所有権」を以下のように説明している。すなわち、

「本来の所有権は、すべての範囲において様々な権利を包含する。所有者は物のあらゆる果実を収取し、物権的訴えを提起し、さらに物についての他の多くの権利を行使し、これを譲渡し、その形を変更し、これを破壊することができるなど……。所有者は他者にその物の一部ないし全部の利用を認めることができ (Servituten, Nießbrauch)、あるいは他人のために個別の Proprietäts-Rechte (固有権) に担保権を設定することができる (Verpfändung)、あるいは Proprietäts-Rechte と利用権を並存させることができる。Emphyteusis (永借地権) と Superficies (地上権) が……存在する。所有者が本質的な Proprietäts-Rechte を他者にすべて譲渡した場合は別として、他者に物について

---

142) A. F. J. Thibaut, System des Pandektenrechts, Band2, (1803) [Nachdruck Keip Verlag, 1997.] § 777, S. 23.

の個別の権利の行使を許したに過ぎないときは、彼は依然として所有者であり続ける。その他の権利を譲渡された者は、*ius in re aliena*（他人の物における権利、制限物権）を有するに過ぎない<sup>143)</sup>。』

このようなティボーの所有権理論は、今日の抽象的所有権概念と基本的に一致すると言ってよいであろう<sup>144)</sup>。なぜなら、第一に、所有者には彼に帰属する物の運命を決定する包括的権限が与えられるからであり、第二に、所有権が無制限であるゆえ、たとえ所有者の権限が制限されることがあるとしても所有権の本質は変化せず、制限がなくなれば再び包括的な所有権に復帰する（いわゆる「弾力性」）とされているからである。

確かにティボーは分割所有権を純粹に歴史的観点から探求し、これを注釈学派の錯誤によるものであることを立証し、後の時代に大きな影響を与えたけれども、彼の所有権理論はヴォルフに代表される所有権理論と類似する点も多い。

第一の類似点は、ティボーも自然法の一般理論に従い、所有権を用益権と固有権（*Nutzungs- und Proprietäts-Rechte*）を本質的な要素とするものとして複数の個別権限から所有権を構成する点である。

第二の類似点は、ティボーもヴォルフも「完全な所有権」を分割所有権に取って代わる新しい所有権像——それは後に抽象的所有権概念へと発展する——として想定している点である。ヴォルフは「完全な所有権」を本来の所有権として、その保有者がその意思に従って物を支配する権限を有すると特徴づけた。なおヴォルフにおいては、この本来の所有権は形而上の範疇に属し、自然法と一致するものであり、法秩序による承認を必要としないものであった。これに対してティボーにおいても、本来の所有権あるいは真実の所有権の意味内容は本質的にヴォルフのそれと異ならない。ただし、ティボーにおいてはそれがローマ法源の歴史的考察によって承認

---

143) Thibaut, [前掲註 (3)] S. 85f.

144) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 171.



されなければならないものであったけれども。

第三の類似点は、ティボーもヴォルフも、固有権 (Proprietät) を有する者は用益権を譲渡しても所有権を失わないからという理由から、固有権を有する者を本来の (真実の) 所有者とすることである。その結果、用益権限を有する者は所有者でないとした。

以上のように、ティボーの所有権理論はヴォルフのそれとときわめて類似する。この類似性は、ティボーがヴォルフから大きな影響を受けたことを示しており、ティボーの所有権理論が自然法の所有権理論を前提としていたことを示すものである。ヴォルフに代表される自然法の所有権理論はローマ法の理論を取り入れており、分割所有権を否定する要素 (たとえば「完全な (本来の) 所有権」) を包含しており、これによって自然法理論の枠内において分割所有権排除論を展開することが可能であった。ティボーの排除論はこの方向性を押し進めたと言えよう。ティボーの理論的枠組みはあくまで自然法理論であったのである<sup>145)</sup>。

#### ティボーの歴史的意義

19 世紀の法学は自然法からパンデクテン法学へと転換したが、ティボーはどのような歴史的役割を果たしたのであろうか。ティボーが分割所有権を排除するにあたって大きな役割を果たしたことは誰しも認めるところである。しかし、上述のように、彼はあくまで自然法の理論的枠組内で分割所有権排除を展開した。そのため、ティボーは自然法から歴史法学派への仲介者とはいえない、と評されている<sup>146)</sup>。

しかし、彼が歴史法学派に大きな影響を与えたことは否定できないであろう。第一に、ティボーが定式化した「本来 (あるいは真実) の所有権」を、後のパンデクテン法学が継承して、抽象的所有権概念へと発展させたが、このティボーの定式化が抽象的所有権概念形成に与えた影響を見落と

---

145) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 173.

146) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 173.

すべきではない。

第二に、ヴォルフは所有者に目的物を破壊する権利を認めず、物を保持する義務を認めていた。これに対し、ティボーは所有者に目的物を破壊する権利が例外なく帰属するとし、物を保持する義務を取り去った。この点は、後のパンデクテン法学が所有権概念の中心に物支配を置いて所有権を主観的権利とする方向性を示した、と評することができる<sup>147)</sup>。

第三に、ティボーは法体系を公法と私法とに二分し、所有権を私法ドグマとして位置づけ、かつ私法ドグマに制限した。彼の『パンデクテン法の体系』は、Allgemeiner Theil（総論）と Besonderer Theil（各論）から構成され、後者をさらに Regierungsrecht（公法）と Privatrecht（私法）に二分し、所有権を Privatrecht で論じている<sup>148)</sup>。ティボーが行ったこのような体系化は、封建制を前提とした自然法には見られなかったものであり、画期的なことであった<sup>149)</sup>。この体系化はティボーの所有権理論の成果を確実なものとしただけでなく、パンデクテン法学にも承継された。

以上から明らかことは、ティボーがすでに歴史法学派の抽象的所有権概念の基礎を準備していたことである。したがって、ティボーを歴史法学派への仲介者と評価し、抽象的所有権概念の始祖と呼ぶことは正当である<sup>150)</sup>。

#### ティボーの分割所有権排除と農民開放との関係

i) 前述のティボーの論文発表といわゆる農民開放の始まりは時代的に重なるため、両者には密接な関連があったと理解される傾向にある。たとえばある者は、抽象的所有権の貫徹を農民開放推進の一要因とし、農民開放と抽象的所有権とを一体の事象と理解する。またある者は、ティボーが

147) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 176.

148) ティボー『パンデクテン法の体系』第1巻が「総論」と「各論・公法」に、同第2巻が「各論・私法」に充てられている。

149) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 177.

150) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 191f.

前述の論文を執筆したのは農民開放に感銘を受けたためであると理解する<sup>151)</sup>。しかしながら、以下に述べるその間の歴史的事実は、少なくともティボーの論文が農民開放に影響を及ぼさなかったことを示している。

プロイセンにおいては 1799 年から 1806 年までの間に国有地に定住する農民が貢納義務や賦役義務などを免除され、いわゆる農場隷属から解放された。また各地において農民は買取金の支払いにより自己の耕作する土地の完全かつ負担のない所有権を取得することが可能となった。これは貴族階級から大きな抵抗を受けたけれども、1807 年 10 月 9 日の Martini-Edikt により、私領における農民開放が実施された<sup>152)</sup>。

以上のように当初の農民開放は、プロイセン一般ラント法の封建的所有権秩序を変更するものではなく、農民に人的な自由を与えたに過ぎなかった。自由な所有権の実現は目的とされていなかったのである。それはナポレオン戦争の敗戦から生き残るために経済的資源の有効利用を図ることが目的であった<sup>153)</sup>。

1811 年の Edikt が領主の上級所有権の解消を定めたが、そのために高額な補償金の支払いが必要とされたため、その解消は遅々として進まなかった。ようやく 1850 年に自由な所有権の確立が憲法により承認され、同年 3 月 3 日の「物的負担と領主と市民との関係改善に関する法律」により上級所有権が解消された<sup>154)</sup>。

以上の歴史的経過は、農民開放がプロイセンの国家目的のために推進されたものであり、ティボーの論文とは直接の関係がなかったことを示している。したがって、ティボーの論文発表が農民開放と時期的に重なり、同じ方向性を持つがゆえに、影響を与えたように見えるけれども、ティボーが農民開放に影響を与えなかったことは明らかである。

ii) ティボー自身は農民開放にそれほど関心がなかったようである。彼

---

151) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 178.

152) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 178f.

153) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 179.

154) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 179f.

は分割所有権として特徴づけられる *Erbleihe* をはじめとする封建法上の制度に何ら異議を述べておらず、19世紀初頭に存在した土地関係を承認していた。また誰が真正な所有者かという問題について、ティボーは当初、上級所有者を「真正な所有者」としていたが、農民開放の終わりには下級所有者に変更している。これらは、彼の所有権理論が農民開放を念頭に置いたものではなかったことを示している<sup>155)</sup>。

## 2 抽象的所有権概念の展開

ティボーの上記論文は、今日の抽象的所有権概念（不分割かつ包括的物支配としての所有権概念）形成の序章であったが、ヴィントシャイト (*Windscheid*) による抽象的所有権概念の確立に至るまでにはなお約 50 年を要し、その間の経過には二つの段階があった。第一の段階は、所有権と他人の物における権利（制限物権）とを厳格に区別することを手掛かりに、抽象的所有権概念の基準を見出すことが試みられた段階である。第二の段階は、実際に存在する様々な所有権制限を包括的物支配という概念規定に適合するよう試みられた段階である<sup>156)</sup>。以下ではそれぞれの段階について検討しよう。

### 第一段階

第一の段階でのテーマは、所有権はいかなる基準によって所有権とされるのか、すなわち所有権をして所有権たらしめるものは何かであった。自然法は所有権を個々の権利から構成される権利の束と理解していたため、このような理解からただちに不分割かつ包括的所有権概念を確立することは極めて困難である。そのために克服されるべき課題として、所有権をそ

---

155) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 183f.

156) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 185.

れに帰属する個々の権利ないし権限から離れて、抽象化された存在と捉えることが必要となる。そして、他方で、所有者が近隣者の権利のためあるいは公共の利益のためにその権利行使が制限される場合、あるいは物についての広範な権利が第三者のために設定された場合などに、明確に所有権の存在を示す基準を見出さなければならなかった<sup>157)</sup>。

ティボーが所有者を決定する重要なメルクマールとしたのは「本質的な固有権」(die wesentlichen Proprietätsrechte)であった。所有者が「本質的な固有権」を第三者に譲渡しない限り、彼は真実の所有者であり続ける一方で、これを有せず、用益権限を譲渡されたにすぎない第三者は所有者でないとされた。ティボーの所有権理論は、所有権を個々の権限の束とし、固有権を有する者を所有者とするする自然法の所有権観に留まっており、所有者か否かの判断基準を固有権の有無に求めたのである。しかし、「本質的な固有権」とはどのようなものなのか、その基準は何かが問題となるが、ティボーはこの問題について何ら答えていない。したがって、この点について未解決であった彼の所有権理論は、不完全であった<sup>158)</sup>。後の抽象的所有権理論は、所有権概念とその内容とを区別することによってこの問題を解決する。所有権の権能やその制限は所有権の内容の問題として位置づけられ、所有権概念から切り離された。その結果、固有権を用いて所有権概念を定義する必要がなくなり、ついには固有権という考え自体が放棄されることになる。

しかし他方で、ティボーは、所有権に課せられた制限が消滅すると所有権が再び制限のない状態に復帰するという、後に弾力性と呼ばれる理論を述べている。これは抽象的所有権概念の重要なメルクマールの一つである。この点は、ティボーが抽象的所有権概念を暗黙のうちに前提としたことを示している<sup>159)</sup>。

所有権を包括的物支配とする方向性を推進したのは、サヴィニー (v.

---

157) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 185.

158) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 186.

159) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 186.

Savigny) であった。サヴィニーは所有権を「権利として所有権の形成は単一かつ完全であり、また物に対する人の支配は無制限かつ排他的である<sup>160)</sup>」と定義し、所有権に数えられる個々の権限を背後に完全に退かせた。所有者の有する個々の権利はもはや「概念構成要素」ではなく、「行使方法」に過ぎないとされた。個々の権限は所有権から流れ出るものであって、所有権の説明には不必要とされた。こうして分割所有権の基礎となっていた——所有権の本質を個々の権限を数えあげることによって説明するという——列挙理論は排除された<sup>161)</sup>。このような所有権概念の変化は、当時漸進的に進められていた農民開放に対応するものであった。19世中葉には今日の民法の所有権概念が完全に形成された。そして、オーストリア一般民法典およびプロイセン一般ラント法の定める分割所有権は誤っており、排除されるべきという見解が支配的となった<sup>162)</sup>。

#### 第二段階——所有権概念と所有権制限との関係

無制限な物支配確立の第二段階では、かつて分割所有権の取り扱いに関してのみ論じられていた問題が視野に入ってきた。それは、概念上は無制限で何によっても影響されないはずの物支配が実際には様々な制限を受けるという現実と矛盾するのではないかという問題であった。そのため、初期の学説は、所有権は実際には無制限ではなく、第三者の権利の負担を負うばかりでなく、公法上の広範な制限に服しており、無制限な物支配という所有権概念を維持することはできないとし、所有権は全般的な支配権としか呼びようのないものであり、包括的物支配は単なる可能性に過ぎないとした<sup>163)</sup>。後にヴィントシャイトが所有権を「それ自体としては無制限である」と定義して、この問題を最終的に解決し、彼の定義が今日まで本

160) Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts. I § 56. S. 367.

161) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 187f.

162) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 188.

163) クレッシェル・[前掲註 (22)] 275 頁以下。Lehmann, [前掲註 (21)] S. 188f.

質的に変わることなく維持されている<sup>164)</sup>。

### 3 分割所有権に代わって抽象的所有権概念が浸透した原因

19 世紀において、抽象的所有権概念はゲルマン法からの批判などがあつたにもかかわらず、学説に支持され、最終的にはドイツ民法典に採用されて、確固たる地位を確立した。それはいわば一直線で挫折を知らない勝利の進軍にたとえられる<sup>165)</sup>。それは、他面では何世紀にもわたって承認されてきた分割所有権がいつも簡単に排除されたことを意味する。19 世紀においてこのような抽象的所有権概念の勝利がなぜ可能だったのであろうか。以下ではこの問題を検討したい。

#### i) ローマ法の影響——抽象的所有権概念の起源としてのローマ法

抽象的所有権概念が浸透した理由の一つとして、ローマ法が大きな役割を果たしたことは誰も認めるところである<sup>166)</sup>。しかしローマ法源は、所有権と他人の物における権利とを厳格に区別したけれども、本来的に定義規定を欠いていた。ローマ法源は（ティボーの例が示しているように）分割所有権排除の根拠としての意味を有したけれども、そこから抽象的所有権定義が直ちに導き出されるものではなかった。なぜなら確かに不分割性は抽象的所有権概念のメルクマールの一つであるとしても、不分割性だけが無制約な物支配として概念上理解されていたわけではないからである。したがって、所有権概念の定義は純粹なローマ法の思考の外で行われた<sup>167)</sup>。

---

164) クレッシェル・[前掲註 (22)] 276 頁以下。Lehmann, [前掲註 (21)] S. 190.

165) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 192.

166) Wiegand, [前掲註 (16)] S. 151.

167) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 193f.

このことは、18世紀末から19世紀初頭におけるゲルマン法学が——ローマ法と関係なく——「土地に関しては、主に（都）市民ないし都市住民が完全で無制限の所有権者である<sup>168)</sup>。」と理解したことからも明らかである。所有権を無制限な物支配とすることがローマ法に依拠することだけで達成され得たかは疑わしいのである<sup>169)</sup>。より重要であったのは、明白な概念性および唯一の所有権概念がもつ魅力（Faszination）であった<sup>170)</sup>。

### ii) 唯一の所有権概念としての抽象的所有権概念がもたらす魅力

ヴィーガンツは、抽象的所有権概念が広まった理由として、歴史法学派にとって単一的かつ統一的な所有権概念が魅力的なものであったことを指摘する<sup>171)</sup>。歴史法学派が学問上の理想としたのは演繹的・抽象的思考方法と純粋な体系化であり、後に概念法学として確立されたが、単一的かつ統一的な所有権概念はあらゆる点で体系的かつ形式的概念に支えられた概念法学上の物権法秩序に適合するものであった。そのため歴史法学派にとってこの所有権概念は魅力的に見えたに違いない<sup>172)</sup>。その影響を受けた一例として「それ（所有権）は権利として単一かつ完全に表われる<sup>173)</sup>」というサヴィニーの説明を挙げることができる。

### iii) 人間による生命のない自然に対する支配という観念

ヘッカー（Damian Hecker）は、包括的物支配としての抽象的所有権概念が成功した理由の一つとして、人間は生命のない自然を支配する使命を負っているという哲学上の確信がその基礎にあったことを立証した<sup>174)</sup>。それによれば、19世紀以降の哲学では自然が人間の意思に服従するもので

168) クレッシェル・[前掲註 (22)] 286 頁。

169) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 194.

170) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 195.

171) Wiegand, [前掲註 (16)] S. 151f.

172) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 196.

173) Savigny, [前掲註 (160)] I § 56. S. 367.

174) Damian Hecker, Eigentum als Sachherrschaft. (1990) § 25. S. 220ff. Lehmann, [前掲註 (21)] S. 197.



あり、人間には自然に対する無制限な形成権が帰属すると考えられたという。これを展開したのはカントとヘーゲルであり、彼らは意思のない自然と人間との対立を、人間の物に対する支配の根拠とした。そして、人間の意思によって物をはじめて目的を与えられ、個々の物が人間の所有物とされることが可能になるとした。このような観念論哲学が抽象的所有権概念の成功をもたらしたというのである<sup>175)</sup>。

このような観念論哲学がパンデクテン法学の所有権理論全体へ影響を与えたことは、サヴィニーが「自然を支配する使命」を物権法の基礎としたことから明らかである<sup>176)</sup>。法学説上の所有権定義がこの哲学的傾向と直接に結びついた例も一部で見られた。その例として、ベッキング (Backing) が、意思を有する人間と意思を有しない物との対立に依拠して、所有権を意思の対象および主体の規定する客体であると定義したことが挙げられる<sup>177)</sup>。その影響はヴィントシャイト (Windscheid) の「その意思が全体の関係において重要であるならば、その者がその物の所有者であることは正当である」という説明にも見られる<sup>178)</sup>。したがって、所有者の意思は、包括的物支配としての所有権ドグマにおいて決定的な要素であったといえよう<sup>179)</sup>。

以上のように、所有者意思を基礎に所有権概念を形成する点は、サヴィニーからヴィントシャイトまで継続性があるように思われるが、ラレンツ (Karl Larenz) はサヴィニーの弟子であったプフタ (Puchta) とヴィントシャイトとの間には基本的な違いがあると評している。その違いは、プフタはなお所有者の意思を主観的権利概念に結びつけて倫理的行為の可能性として捉えたのに対し、ヴィントシャイトにおいては所有者の意思が純粹に心理学的なカテゴリーへと引き下げられた点にあるという<sup>180)</sup>。確かに、

---

175) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 197f.

176) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 198.

177) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 198.

178) Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandktenrechts, Band 1, 9. Aufl. (1906) § 167, S. 856f.

179) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 198.

ヴァイントシャイトは、実際的意思形成から独立して主観的権利をその担い手に帰属させるため、所有者の意思を物権的請求権の行使に限定し、包括的物支配に関しては所有者意思を問題としなかった。ヴァイントシャイトは、所有者個々の具体的意思をもはや所有権概念の決定的要素としなかった。この点からプフタとヴァイントシャイトは断絶している、と評価するのである。

しかし、ヴァイントシャイトの方法論は、個人の具体的な意思を法秩序の客観的意思によって置き換えるものであり、その結果、法秩序による権利授与の根拠としての道徳的倫理的側面が問題とならないのである。したがって、ヴァイントシャイトが所有者意思の意義を否定したと見ることは誤りであり、プフタとの間にやはり継続性があると評価されるべきであろう。観念論哲学の影響はヴァイントシャイトまで一貫して及んでいる<sup>181)</sup>。

#### 4 抽象的所有権概念は自由主義を推進したのか？

##### 自由主義の意義

抽象的所有権概念は自由主義との結びつきにより浸透したという評価がこれまで繰り返し主張されてきた<sup>182)</sup>。ある者は、所有権は基本的に自由な内容と関連しており、抽象的所有権概念はこれに対応するものであるとする<sup>183)</sup>。他の論者は、所有権概念を個人主義的なものとなし、自由主義こそが個人主義の最も重要な表れであるとして、自由主義との関連を強調する<sup>184)</sup>。以上のようなこれまでの議論は、経済的自由と政治的自由とを区

180) K. ラーレンツ [米山隆訳]『法学方法論』(勁草書房 1991年) 28頁、39頁以下。Lehmann, [前掲註 (21)] S. 199.

181) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 199f.

182) クレッシュェル・[前掲註 (22)] 279頁以下。

183) Wagner, [前掲註 (1)] S. 65. その他の論者の詳細については、Hecker, [前掲註 (174)] §24. S. 217.

184) Schlosser, [前掲註 (4)] §5. S. 159f. シュロツサー・大木訳・[前掲註 (4)] 161頁以下。

別せず、また憲法領域と私法領域を区別することなく、大雑把な議論に終始していた。そこで本稿は、とくに私法上の所有権ドグマがいかにして自由主義の社会的政治的動きに突き動かされたのか、を検討する。

自由主義の意義はいかなるものであろうか。今日の支配的な自由主義概念は、基本的には国家拘束あるいは社会拘束からの個人の自由に理想を見出すものである。その内容は多様であるが、とくに政治的自由と経済的自由という二つの観点が重要である。まず政治思想における自由主義は、絶対主義的・封建的支配構造の批判を特徴とし、これに代わる社会構造として社会契約的な構成を基礎とした、個人主義から出発する国家秩序の形成を目指すものである。この関係で自由主義が重視したのは人権の概念であり、権力分立によって国家権力を弱体化して個人の自由、寛容さおよび公開性を保証することを目指した。その基礎となったのがロックによって展開された人権というコンセプトとカントの倫理学・法学説であった<sup>185)</sup>。

他方、経済的自由主義は、イギリスの古典経済学説とりわけアダム・スミスによるもので、その基本的な考えはすべての経済的な規制とくに国家による干渉の排除を要求するものである。経済領域から国家活動を排除することは自由主義的な自由概念の基本的要素である。ただし、この二つの自由は同一の根源に基づくものであり、密接不可分であることは言うまでもない<sup>186)</sup>。

#### 抽象的所有権概念と政治的自由主義との関係

この問題は、その理論的基礎と政治的影響による現実の動きとを区別して検討しなければならない。第一の理論的基礎については、抽象的所有権概念が政治的自由主義を基礎としているのか、とくに抽象的所有権概念の担い手であった歴史法学派がカント哲学への接近を示していたのか、である。第二の現実の動きについては、歴史法学派の抽象的所有権概念が 19

---

185) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 202f.

186) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 203.

世紀の社会発展とくに農民開放に関して自由な所有権を創造する場面で実際の役割を果たしたのか、である<sup>187)</sup>。

i) カント哲学と歴史法学派との結びつき

18世紀末および19世紀初頭のドイツにおいては自由の実現に向けた政治的動きはまだなかった。そのため自由主義の重要な先駆者となったのはカントであった。カントは確固たる上位原則から自然法を引き出すことは不可能であることを証明したため、自然法はその基礎を失ってしまった。歴史法学派は自然法に代わって歴史的に生成する法を探求すべきとして、これをローマ法に求めた。とはいえ歴史法学派による体系化のレベルは後期自然法の理論と同じレベルであったと言われている<sup>188)</sup>。

カントの道徳的基礎は、個人が自由を自分でコントロールすること（自己規律）および道徳的行為であった。そして国家の法は、カントのいう道徳的行為の範囲内で個人の自由を制限するに過ぎない。カントの理論を承認したサヴィニーは、法は特定の領域における個人の自由を遮ることなく、その自由を保障するものであるとし、この自由の実現手段として個人には法の強制力すなわち主観的権利が与えられるとした。こうして主観的権利はその自由の中に正当性を見出し、私法の広範な体系形成の基礎となった。民法は、所有の自由を含む私的自治の形式的体系とされ、この考えがドイツ民法典の基礎となった。無制限な物支配という所有権定義は主観的権利概念から演繹されたものであり、自由でリベラルな思想と結びついている。したがって、所有権はまさに自由主義思想の産物ということができよう<sup>189)</sup>。

ii) 自由主義的な政治運動への影響

抽象的所有権が自由主義的な政治運動との関係について、国法学が抑制

---

187) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 204.

188) Wieacker, [前掲註 (25)] S. 373f. ヴィーアッカー・[前掲註 (25)] 464 頁以下。

189) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 205.

を旨としていた時代に私法学説は所有権概念によって自由主義理論を基礎づけたと、言われている<sup>190)</sup>。この限りで、私法は憲法上の保障の欠如を補うという役割を果たしたと言える。私的自由を求める市民階級は抽象的所有権概念を基本的人権保障の手本として援用することができた。こうして所有権概念と自由主義的な政治運動との間には明白な相互作用が認められる。したがって、この点を抽象的所有権概念が成功した理由の一つと理解することはもっともなことである<sup>191)</sup>。

これに対してレーマンは、抽象的物権概念を自由主義の成果と見ることはできるとしても、自由主義の政治運動に影響を与えたかはまた別問題であるとして、上記の見解に疑念を提起する<sup>192)</sup>。レーマンが問題としたのは、所有権概念の政治的次元がその所有権概念の普及に役割を果たしたのか、主唱者が所有権概念の助けを借りて当時の政治変動に積極的に参加したのか、政治的見解の背後に抽象的所有権概念があったことが立証できるのか、が検討されるべきことである。そこで以下では、19 世紀の政治問題であったプロイセンの農民開放を中心にこの問題を検討しよう<sup>193)</sup>。

プロイセンの農民開放は、1806 年以降のプロイセン国家全体の改革の一つであり、シュタイン (Stein) とハルデンベルグ (Hardenberg) によって推進されたが、この改革にはカントとアダム・スミスの影響が認められる。しかし抽象的所有権概念が現実の分割所有権廃止に影響したかについては疑念が残る。まず、ティボーは歴史法学派に属さないが、彼の *dominium* 論文はこの問題に役割を果たさなかったことである<sup>194)</sup>。

歴史法学派の主唱者であるサヴィニーおよびプフタもその活動において農民開放という事象を認識しまたこれを歓迎したという事実を認めることができない。むしろ、サヴィニーは彼自身が農場主であったこともあつ

---

190) クレッシェル・[前掲註 (22)] 281 頁。

191) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 206.

192) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 206.

193) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 207.

194) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 208.

て、封建関係から解放された農民の新しい秩序には批判的であった、と言われている。サヴィニーが分割所有権を排除したのは、ようやく占有権に関する論稿の最終版においてであった<sup>195)</sup>。プフタも抽象的所有権概念の理論的帰結として分割所有権を排除したにすぎなかった。したがって、歴史法学派は農民開放を積極的に推進したこともなく、これを側面から支えることもなかったばかりでなく、むしろ同時代の自由主義的潮流に反対していた<sup>196)</sup>。ヴィーアッカーはこれを、自由主義時代の政治的経済的要求への「無意識の賛成」と評している<sup>197)</sup>。

#### 抽象的所有権と経済的自由との関係

抽象的所有権が経済的自由に果たした役割についても政治的自由の場合と同様である。確かに抽象的所有権はその処分容易さから取引の活性化に寄与したが、これは歴史法学派が目指したことなく、あくまでも副次的なものに過ぎなかった<sup>198)</sup>。またプロイセンの農民開放において、負担のない所有権の確立と経済的自由とは直接結びついてはいなかった。したがって、経済的自由主義との結びつきもなかったと言わざるを得ないのである<sup>199)</sup>。

---

195) Wagner, [前掲註 (1)] S. 67.

196) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 208f.

197) Wieacker, [前掲註 (25)] S. 442.

198) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 209.

199) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 210.

## 結びにかえて

これまでの検討は以下のように要約されよう。

### i) 分割所有権と抽象的所有権の関係

これまでの検討から明らかされたことは、分割所有権と抽象的所有権の歴史は密接に結びついていたことである。この二つの概念は注釈学派のバルトルス (Bartolus) にまで遡ることができる。しかし、両者は互いに排斥しあう性質を持ち、理論的に両者は並存しえないにもかかわらず、その後の現代的慣用と自然法学派は両者の並存を維持した。

しかし、自然法においては、確かに分割所有権は受容されたが、所有者の自由が所有権の本質的構成要素とされ、それが自己の物に対する処分という点に現れるとされた点が注目される。さらに、分割所有権が完全な所有権 (本来の所有権) から派生するものとされたことがとりわけ重要であろう。これらの点から、自然法は、分割所有権よりも (抽象的所有権に通ずるものとしての) 完全な所有権に重きを置いたと言えよう<sup>200)</sup>。

### ii) 自然法的諸法典における分割所有権

実務においては、分割所有権が封建的な土地制度を説明する有益な理論として広く浸透していった。これに対し、確かにプロイセン一般ラント法およびオーストリア一般民法典などの自然法的諸法典は分割所有権を認めただけども、全体としては完全な所有権に基礎を置く所有権概念を重視した立法であったと言えよう<sup>201)</sup>。

### iii) ティボーによる分割所有権排除

ティボーは、分割所有権を注釈学派による誤解であるとして排除した。

---

200) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 211.

201) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 212.

その際、彼がローマ法源に存在するとした物の無制限な処分権限として所有権概念は、実はローマ法源のものではなく、自然法のものであった。分割所有権排除および抽象的所有権優位の方向性はすでに自然法の中に内在していた<sup>202)</sup>。

#### iv) 抽象的所有権概念の発展

19世紀における包括的物支配としての抽象的所有権概念の広まりは、それがカントの自由と倫理規律と親和的であったことが大きい。本来であれば、それは政治的自由との結びつくものであるが、歴史法学派とくにローマ法部門の主唱者たちは自由主義運動の目的達成のために積極的に行動することはなかった。抽象的所有権概念が私法学の自由主義的性格から推進されたという主張や、個人の私的自由を実現するために意識的に用いられたという主張は誤りである<sup>203)</sup>。

#### 分割所有権の衰退の原因

それでは、数世紀にわたりヨーロッパ私法に君臨してきた分割所有権が19世に入り、急速に衰退した原因はどこにあるのであろうか。最後にこの点について考える。

上述のまとめでも指摘したように、第一に、片岡氏およびヴィーガントが指摘するように、法理論の問題として分割所有権理論は物権の重要な要素である包括的支配権性と矛盾するという点が挙げられる。自然法は、自由な処分権限を所有権に認めたが、この点を強調すればするほど、一つの物に二人の所有者がそれぞれ排他的権利を有することは論理的破綻をもたらす。また二人の所有者が同一の意思を持たない限り、所有物を処分できないということも大きな問題であった。自然法が分割所有権よりも完全な所有権を重視したというのも理論的な一貫性からの必然的な結果と言えるであろう。

---

202) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 212.

203) Lehmann, [前掲註 (21)] S. 213.



理論的な点としては以上を指摘できるが、これに加えて分割所有権の衰退の原因として決定的であったのは、政治的経済的状況の変化とりわけ農民開放であったとすることができる。農民を封建的負担から解放するため、分割所有権をはじめとする土地改革が課題となったが、そこで農民を土地所有者とするため、分割所有権の廃止が試みられ、領主の上級所有権を否定し、農民の下級所有権のみを所有権と認めるという土地制度の改革が推進された。とくにフランスにおいては農民開放が市民革命によってドラスティックに行われた。その結果、18 世紀のフランスでもポティエによって支持されるなど依然として大きな影響力を有していた分割所有権は、コード・シヴィルにおいては完全に否定されたのであった。この帰結は、もはや法学説の発展の結果というよりも、政治的経済的状況の変化によるものと言えよう。

以上の結論は、プロイセンとオーストリアでは農民開放が急速には進まなかったため、分割所有権の廃止が 19 世紀後半まで待たなければならなかったことから裏づけられよう。市民革命に伴う政治的経済的変革が分割所有権の影響力の急速な衰退をもたらしたことは明かである。

また分割所有権の衰退は、抽象的所有権の拡大と表裏一体であった。抽象的所有権の首唱者であったサヴィニーやプフタは農民解放を推進する意図を全く有していなかったにもかかわらず、抽象的所有権は、分割所有権に取って代わり、急速に支持を広げた。最終的にはドイツ民法典が抽象的所有権概念を採用したことにより、20 世紀においては分割所有権は立法上および実務上も完全に消滅した。

しかし、法理論としての分割所有権は、完全に消滅することなく、19 世紀のゲルマン法学においてドイツ的所有権として継承され、20 世紀においても立法政策としてその採用が主張されることがあった。分割所有権は、依然として抽象的所有権を批判するための理論として生き残っている<sup>204)</sup>。

---

204) 拙稿「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——」神奈川法学第 55 巻第 1 号 (2022 年) 参照。