

ドイツにおける民法上の所有権の概念・内容と、 所有権と不動産利用権との法的関係

— 現在の学説の概観的な確認とヨホウ物権法部分草案の検討 —

田中英司

目次

- I 本稿の問題意識と課題
- II 現在の学説の概観的な確認
 - 1 民法上の所有権の概念・内容
 - 2 所有権と不動産利用権との法的関係
- III ヨホウ物権法部分草案の検討
 - 1 所有権の概念・内容に関するヨホウの構想
 - 2 所有権と不動産利用権との法的関係に関するヨホウの見解
- IV 結びと今後の課題

I 本稿の問題意識と課題

本稿は、ドイツ借地・借家法に関する筆者のこれまでの比較研究と接続するものであるが、その意味するところは、本稿の問題意識の点も含め、次のようである。

筆者は、わが国の借地権に対応するドイツの地上権、および、わが国の居住を目的とする借家権に対応するドイツの住居使用賃借権に関して、これまで、不動産利用権の存続保障・保護の問題を考察の基軸とし、日本法の仕組みと対比する形でドイツ法の仕組みを把握し、そのうえで、ドイツ法の仕組みを構成している法規範が形成された立法の展開過程を考察してきた¹。これら一連の考察により、基本的には、借地法学の理論体系と借家法学の理論体系はより明確に区別され、不動産利用権の一定の存続期間の保障に関する問題と不動産利

用権設定契約の更新ないし継続に関する問題は峻別して考慮されなければならないことが示唆されたのみならず、個別的にも、従来の理論に代わる理論体系の再構築に関する貴重な示唆がいくつか与えられた。しかし、いうまでもなく、筆者のこれまでの比較研究は、借地・借家法学の再構成のために必要とされる、ひとつの学問的作業にすぎず、さらなる研究の積み重ねが求められる。

特に、一方において、地上権の法源である「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴、地上権の一定の存続期間の保障、および、地上権設定契約の更新に関する個別的な仕組み²、他方において、住居使用賃借権の存続保護に関する基本的な仕組み³にかんがみると、立法の展開過程に関する考察とともに、不動産利用権と対峙する不動産所有権自体にも、より目が向けられる必要がある、と考えられる。すなわち、所有権の概念・内容それ自体、土地所有権と土地利用権としての地上権との法的関係、および、敷地の構成部分としての建物（住居）をめぐる所有権と住居使用賃借権との法的関係にも、より焦点をあてて考察することが不可欠となる。

このことは、たとえば、より具体的には、次のような問題意識にもとづいている。

「地上権令」における地上権の存続保護に関して考えてみると、まず、そもそも、地上権設定契約が更新される可能性が生じるためには、地上権者の更新の優先権が契約によって有効に合意されていなければならない。さらに、更新の優先権が契約によって有効に合意されている場合にも、それにもかかわらず、土地所有者は、地上権者による更新の優先権の行使を容易に回避しうる仕組みとなっている。また、「地上権令」においては、存続保護とは全く逆の発想にもとづく土地所有者のイニシアティブによる地上権の存続期間の延長という法制度も設けられている。これらの仕組みは、「地上権令」の基盤に、地上権の存続期間が満了した場合、地上権者に委譲されていた土地は、原則として、地上権設定者としての土地所有者のもとに返還されるべきである、すなわち、地上権は、基本的に、有期限の制限物権である、という考え方が存在することを窺わせる。そして、このことにかんがみると、土地所有権と土地利用権としての地上権との法的関係という観点をより念頭に置きながら考察を積み重ねるこ

とが必要となる、と考えられるのである。

また、住居使用賃借権の存続保護に関しては、こうである。住居使用賃借権の存続保護に関する基本的な仕組みは、原則としての「二重の存続保護」と、その例外としての「定期賃貸借契約」によって構成されている。このようなドイツ法の仕組みには、1960年以降における立法の展開過程の考察から、具体的な法規範の形成をめぐるドイツ二大政党間の対立が反映していることが明らかとなった。そして、この対立は、根本的には、賃貸住居の性質の理解にかかわっており、一方で、住居の所有権の法的・経済的な保障にも重点が置かれるべきであるという考え方と、他方で、住居の所有権における社会的な義務・社会的な拘束が強調されるべきであるという考え方との対立であった。このことにかんがみると、今後、ドイツの住居使用賃借権における「二重の存続保護」と、わが国における正当事由判断との構造的な差異を具体的な裁判例を素材として考察する作業を進める際にも、住居をめぐる所有権と住居使用賃借権との法的関係という観点が、より重要となる、と考えられるのである。

ところで、ドイツにおいては、伝統的に、所有権の概念・内容それ自体が、きわめて重要な物権法上の考察対象のひとつとされているようであり、私法上・民法上の所有権概念・内容をめぐる理論的・歴史的な考察が絶えることなく続けられ、また、所有権に対する（特に都市計画にかかわる）公法上の制限が増大している現代において、所有権の概念・内容はどのように考えられるべきであるのか、ということが問われている。他方、わが国においても、所有権の概念・内容との密接な関連が意識されながら、土地所有権と不動産利用権との法的関係に関して、理論的・歴史的な考察が積み重ねられてきた（いわゆる近代的土地所有権論）。さらには、「所有権」は、法学のみならず、哲学・経済学・社会学・政治学等においても、それぞれの観点にもとづいて、重要な研究テーマのひとつとされていることは周知のとおりである。

本稿の課題は、筆者が、民法上の所有権の概念・内容、および、所有権の概念・内容と不動産利用権との法的関係に関する研究を始めるにあたり、まず確認しておきたいと考えたことを整理し、検討する点にある。

すなわち、さきに述べた問題意識にもとづくと、ドイツにおいて、不動産所

有権と不動産利用権との法的関係、さらに、その基礎にあるところの民法上の所有権の概念・内容は、そもそも、どのようなものとして理解されているのだろうか、ということが基本的な問題となろう。はじめに、この点が確認・検討される必要がある、と考えられるのである。そして、本稿は、この点の確認・検討を次の二つの点で行うものである。第一に、現時点における理解を押さえるために、現在の学説を概観的に確認する。第二に、ドイツ民法典（以下、BGB）が編纂される過程において、最も初期の立法作業に属し、きわめて重要な資料のひとつとして位置づけられている⁴ところの、部分草案を検討する。第二の点は、物権法の領域においては、ヨホウ物権法部分草案ということになるが、そこにおいては、所有権の概念・内容に関して、後の審議過程と比較して、起草者の立場が詳細に明らかにされており、特別な意義を有する資料である⁵、と評価されていることにかんがみて、まず第一に考察すべきである、と考えられるものである。

なお、所有権の概念・内容に関しては、次のような点も確認・検討しておきたい。所有権は、完全性・包括性・全面性・総体性・全体性・絶対性・自由性・抽象性という用語等で表されるが、このような所有権の概念・内容と、所有権に対する制限・拘束との関係は、ヨホウ物権法部分草案においては、どのように理解されていたのであろうか。また、現在では、どうであろうか。さらに、ドイツのみならず、わが国においても、BGBはきわめて自由主義的・個人主義的な考え方にもとづく所有権の観念、換言すると、所有権の「無制限性」を前提としているのであり、これに対して、伝統的なドイツ法における所有権の理解は、より強く社会的な拘束によって特徴づけられていた、という見解が見受けられるが、BGBと伝統的なドイツ法における所有権の観念は、このように対照的に把握されるべきものであろうか、というような点である。

II 現在の学説の概観的な確認

それでは、民法上の所有権の概念・内容、および、所有権と不動産利用権と

の法的関係に関して、現在の学説はどのように理解しているのか、ということ
を概観的に確認することから本稿の考察をはじめることとする。ただし、本稿
では、厳密な意味における概観がなされるのではなく、さしあたり、主たる注
釈書および体系書等⁶を参照しつつ作業を行うにとどめたい。

1 民法上の所有権の概念・内容

(1) 民法上の所有権の概念・内容に関して概観的に確認する作業に入る前
に、Eigentum、すなわち、「所有権」⁷という法的用語について、触れておかな
ければならないことがある⁸。

Eigentum（「所有権」）という法的用語は、そもそも、民法・私法の領域に
おいても、かなり多様な形で見出される。すなわち、本稿の考察において念頭
に置かれている、Alleineigentum（単独所有権）のみならず、Miteigentum
（共有）、Gesamthandseigentum（合有）、Wohnungseigentum（住居所有権）、
等である。さらに、Eigentum（「所有権」）という法的用語は、憲法、行政法、
税法等の他の法領域においても用いられている。

このように、Eigentum（「所有権」）といわれるとき、その種類はかなり多
彩である⁹、といえるが、本稿において考察の対象とされるのは、民法上の所
有権、より正確にいうと、BGB903条の意味における所有権である。すなわち、
BGB903条1文「ある物の所有権者は、法律または第三者の権利が妨げとなら
ない限り、任意にその物を取り扱い、あらゆる影響から他人を排除することが
できる」、という文言に表現されているところの所有権である。

(2) ところで、他の法領域において見出される「所有権」のなかで、特に
留意すべきものは、憲法上の所有権である。この憲法上の所有権に関して、本
稿では、次の点につき、その大枠のみを確認しておくことにする¹⁰。すなわち、
民法上の所有権は、憲法上の所有権、すなわち、基本法14条の意味における所
有権と、いかなる関係にあるのであろうか。また、それぞれの所有権の概念・
内容には、基本的に、どのような異同が見られるのであろうか。さらには、そ
もそも、BGB903条と基本法14条は、どのようなことがらを規整しているので

あろうか、という点である。なお、周知のように、基本法14条は、次のような文言である。

「1項 所有権および相続権は、保障される。その内容および制限は、法律によって定められる。

2項 所有権は、義務づけられる。所有権の行使は、同時に、公共の福祉に役立つべきである。

3項 公用収用は、公共の福祉のためにのみ認められる。(以下、省略)」。

基本法14条における規整は、次のように整理されうる。所有権は、憲法上、保障・保護される。しかし、所有権の内容と制限を定めることは立法者に課されている(1項1文、2文)。所有権は、社会的な拘束の支配下にあり(2項)、この社会的な拘束の内容は、立法者によって定められうる(1項2文)。社会的な拘束は、所有権の剥奪(公用収用)をも正当化しうる(3項1文)。

まず、いうまでもなく、基本法14条は、所有権と国家との関係、所有権者の国家に対する公法上の関係を規整するものである。同条における規範の目的は、まず第一に、国家の諸々の介入に対して所有権を保障・保護する点にある。したがって、基本法14条は、国家に対する市民の防衛権を定めている。また、所有権の保障ないし保護は、個人の自由な展開と財産法の領域における自己責任にもとづく生活の形成に関して、その実質的な基礎を個人に確保するためのものである。すなわち、所有権は、個人の自由を実現するための基本的な諸条件に属する、と捉えられている。

これに対して、BGB903条は、それに続く諸々の規定とともに、所有権者その他の私人との間に妥当し、所有権者その他の私人との民法上の関係を規整するものである。

基本法14条1項1文による所有権の保障は、より詳しくみると、憲法の教義上、制度保障(Institutsgarantie)、および、個別保障ないし現存保障(Individualgarantie, Bestandsgarantie)という異なる機能をともなう保障を含んでいる、といわれている。

制度保障においては、個人の個別的な所有権の保障ではなく、法制度の保障が問題とされる。制度保障にもとづいて、立法者は、財産法の領域における自

由主義的な活動を可能とするところの法制度・法規範に関して、その本質の存続を維持しなければならない。制度保障は、私法秩序から剥奪されてはならないところの、所有権についての憲法上確固たる最小限の存立を保障する。制度保障の意味における所有権は比較的狭く理解されているが、特に、物についての所有権がそれに属する、と捉えられている。物についての所有権は、法制度として、確かに、変化した諸関係に適合させられうるが、しかし、その本質的な内容において侵害されてはならないのである（基本法19条2項「基本権は、いかなる場合でも、その本質的内容において侵害されてはならない」）。ただし、制度保障における所有権は、物についての所有権に限られてはいない。

他方、個別保障ないし現存保障は、個々の所有権者の具体的な法的地位の保護を目的とする。個別保障は、所有権者に、所有権の侵害に対する権利を、それとともに、公用収用に対する保護を与える。個別保障の意味における所有権の概念は、かなり広範に捉えられており、物権法上の所有権の概念よりも広い。ここには、私法の領域に限ったとしても、自己責任にもとづく使用と利益のために権利者に割り当てられ、権利者が自己決定によってそれらを処分することができるところの、あらゆる財産的価値がある私的な権利が属する、とされている。具体的な私法上の権利としては、民法上の所有権、制限物権、無体財産権とならんで、住居使用賃借人の占有権、売買契約・消費貸借契約・住居使用賃貸借契約から生じる請求権等が挙げられている。この点において、基本法14条は、単に、物権法上の所有権の保障のみならず、財産権の包括的な保障を含んでいるのである。しかし、このことは、これらの権利の内容が均一化されることを意味しない。基本法14条は、立法者を、個別保障の意味における所有権すべてについて、それらを物権と同じように絶対的に保護するように義務づけてはいない。立法者には、当然、基本法19条2項の枠組みにおいて、形成の余地が与えられるのである。たとえば、住居使用賃借人の権利は、たとえ憲法上所有権として保護されるとしても、時間的に制限された期間と制限された処分権能をともなう権利であることはいうまでもない。

民法上の所有権の概念・内容に関しては（3）以下で整理するが、以上の点と関連するので、民法上の所有権の対象に関して、ここで簡潔に触れておくこ

とにする¹¹。

民法上の所有権は、物、すなわち、有体物（BGB90条）についてのみ存在する。民法上の所有権は、きわめて限定的であり、財産的価値があるすべての権利を包括するのではない。したがって、無体財産権等の非有体物についての権利は、民法上の所有権ではない。BGB903条は、物についての所有権を私法上整えているのである。また、民法上の所有権は、個々の物についてのみ存在する。物の全体、たとえば、倉庫の商品全体や蔵書は、その対象ではない。

さて、基本法14条は、所有権の保障とともに、所有権の内容、所有権に対する諸々の制限・拘束が、法律によって定められる、とも規定している。市民が社会的に拘束されていることから、他の市民に対する関係においても、公共に対する関係においても、無制限の所有権が市民に帰属することはありえないのである。また、所有権の内容と、所有権に対する諸々の制限を定めることに関する立法者の権能は、所有権の対象が社会的な関連・社会的な機能のなか中存在すればするほど、ますます広くなる、と理解されている。私法の領域においても、立法者は、基本法の価値決定にもとづいて、所有権を保障し、同時に、所有権の社会的義務性を具体化するところの、私法上の規範の複合体を用意するように義務づけられている。民法上の所有権の内容は、基本法に合致して定められなければならないし、基本法上有効に課された制限は、原則として、民法上の所有権の保護をも制限する。したがって、民法上の所有権は、その基礎を、BGB903条のみならず、基本法14条および基本法に合致した法律全体のなかにも置いている、といえる。同じように、住居使用賃貸借契約における、賃貸人の解約告知に対する賃借人の法的保護は、憲法に合致して規整されなければならない住居使用賃貸借法に、その規範的な基礎を見出すのである。

(3) それでは、民法上の所有権の概念・内容に関する概観に移ることにする。

民法上の所有権の概念・内容に関する理解・考え方、および、その理解・考え方をめぐる議論に関しては、いうまでもなく、今日まで続いている歴史的な流れがある。本稿においては、そのような民法上の所有権の概念・内容に関する歴史的な観点における考察をさしあたりおくことにし、はじめに、現時点に

おける理解を押さえることにする。

その際、まず、次のことに留意しなければならない。すなわち、抽象的・形式的な所有権の概念・内容と、所有権をめぐる法秩序が展開するなかでの、現行法にもとづく具体的・実体的な所有権の内容とは、峻別されなければならない¹²、ということである。両者は、明確に区別されたうえで論じられなければならない、と考えられる。本稿で取り扱われるのは、主として前者である。

抽象的・形式的な所有権の概念・内容は、BGB903条において表現されている。BGBのなかには、所有権の概念、所有権という法制度の内容に関する規定は、この903条以外、存在しない¹³。

ある物、すなわち、ある有体物の所有権者は、「法律または第三者の権利が妨げとならない限り」、「任意にその物を取り扱い、あらゆる影響から他人を排除することができる」、というBGB903条1文に関して、現在の学説は、いくつかの点で、ほぼ共通の理解を示している、と考えられる。

第一は、BGB903条1文の意義・性質にかかわる点である¹⁴。

今日、BGB903条においては、民法上の所有権が定義されているのではなく、むしろ、所有権の本質的な内容が定められている、と理解されている。あるいは、所有権者に帰属する諸々の権利・権能・法的地位・法的な力の本質的な内容が一般的・包括的に表されている、と捉えられている。これに対して、BGB903条には、物についての他の権利から所有権を概念的に限定する機能、すなわち、所有権を定義する働きはない、といわれている。また、903条の文言によると、第三者はその物に対するあらゆる影響から排除されうる、と規定されているにもかかわらず、903条には、そのための請求権の基礎は含まれていないのであり、所有権者が自己の権能を法的に貫徹することができるための諸規範は他の諸規定のなかに存在する、と解されている。

第二は、BGB903条1文を基礎として、所有権の本質的な内容を踏まえ、民法上の所有権の概念をどのように理解するのか、民法上の所有権概念の特徴をいかなる点に見出すのか、という点である¹⁵。

今日、物権法の体系の中心に位置する最も重要な権利である、と捉えられている所有権は、ある物についての最も完全な権利、完全無欠な物的な権利、あ

るいは、ある物に関する法秩序が認めるところの、最も包括的・全面的な支配権である、と理解されている。ある物がある人に包括的に帰属させる完全な権利が所有権である。所有権者は、ある物について考えられるすべての権能を、自らのなかで、ひとつに結合させるのである。所有権の独自性は、所有権が、権利の担い手に、包括的な法的な力を認める点にある、といわれている。

もっとも、所有権が最も包括的な支配権であるという意味は、物についての他の権利と比較して、そのように捉えられる。所有権者は、利用権能または換価権能のみが帰属する制限物権者と異なり、自己の物を、原則として、あらゆる観点において、使用・利用・処分するのである。

所有権は物を包括的・全面的に支配しうる権利であるという理解（物支配権能の全面性・全体性）は、所有権の分割不可能性と結びつけられる。所有権は、それが及ぶ限りで、分割されない、かつ、分割不可能な支配を基礎づけるのである。たとえば、物を利用・使用するための個別的な権能が、所有権という形態において、異なる主体に委ねられることはできない。上級所有権と下級（利用）所有権とに分割された所有権の形態は、拒絶される。ある物についての個別的な権能・権限は、制限物権という形態においてのみ認められるのである。

第三は、民法上の所有権の内容、すなわち、BGB903条1文において一般的・包括的に表されているところの、所有権者に帰属する諸々の権能の本質的な内容に関する点である¹⁶。

BGB903条1文においては、所有権者に帰属する諸々の権能が、積極的な権能と消極的な権能によって特徴づけられている、と説明される。

任意に自己の物を取り扱うという積極的な権能は、所有権者が、諸々の行為または不作為を通して、任意に、自己の物に影響を及ぼすことができる、ということである。所有権者は、最終的に、自己の物の運命を定め、自らの責任において自己の物を自由に処理する権能を有するのである。諸々の行為には、事実的な措置（物の使用・利用・毀損・滅失等）と、処分という法的な措置（譲渡、物権の設定、放棄等）が含まれる。

他方、消極的な権能とは、所有権者が、自己の物に対するあらゆる影響から第三者を排除することができることである。積極的な権能は、この消極的な権能

能によって補われるのである。消極的な権能の範囲は、所有権の積極的な権能の範囲から明らかとなる、と解されている。

また、所有権は、具体的・個別的な諸々の権能が総計・総和されたものとしてではなく、所有権者に帰属する、ある物に関する諸々の権能の抽象的な総体として、把握されている（所有権の総体性）。BGBにおいては、所有権者に、個別的な権能が列挙的に与えられているのでは決してなく、むしろ、ある物をもって考えうる、あらゆる利用の可能性に関して、包括的・一般的な許可が与えられている、と理解されているのである。

最後に、第四の点は、所有権と不動産利用権との法的関係にもかかわることであるので、項目を改めることにする。

2 所有権と不動産利用権との法的関係

第二および第三の点によると、所有権は、ある物についての最も完全な権利、最も包括的・全面的な支配権であり、ある物に関する諸々の権能の抽象的な総体である、と理解されている。しかし、このことは、所有権の内容が何ら限定されないこと、所有権者に帰属する積極的・消極的な諸々の権能の「行使」が全く制限されないことを意味するわけではない。この問題は、いわゆる所有権に対する諸々の制限・拘束という形で論じられる点であり、所有権と不動産利用権との法的関係にもかかわる点である¹⁷。

現在の学説においては、民法上の所有権についても、その無制限性が認められているのではなく、無制限な所有権が実際に法的現実として存在することもない、と理解されている。所有権の内容は、決して無限定なものではありえないのである。所有権者に帰属する諸々の権能の「行使」¹⁸は、妨げられることがあるのである。「法律または第三者の権利が妨げとならない限り」、というBGB 903条1文の従属節が、そのことを明確にしている。この従属節を通して、所有権に対する無数の制限が認められ、その結果、それらの制限を通して具体化され、確定されるところの、具体的・実体的な所有権の内容は、常なる変遷のもとにあることになるのである。制限を受けない権利は存在しないこと、あら

ゆる権利に制限は内在していることから、所有権が多数の制限の支配下にあることは異論の余地なく認められている。

法律による所有権に対する諸々の制限を完全に列挙することは困難であるが、BGBにおける所有権に対する諸々の制限・拘束は、すべての人のために機能する一般的な制限と、相隣法上の制限とに分けられる。そして、一般的な制限に関する最も重要な規範が、BGB903条1文の従属節に見出されるのである。BGB以外の法律上の制限としては、特に公法による所有権に対する制限・拘束が重要であり、とりわけ、現代では、土地の所有権について多様な形の制限・拘束が現れていることは周知のとおりである。

第三者の権利による所有権に対する制限の典型は、制限物権によるものである。地上権等の制限物権は、所有権の一部として所有権から取り出されたものではなく、所有権とは質的に異なる、独立して存在する権利である、と理解されている。制限物権によって、権利の担い手に、ある物についての部分的な権能が認められることになり、所有権者の権能の行使は制限されるのである。確かに、所有権者に帰属する諸々の権能は存続するが、しかし、それらの権能が制限物権と衝突する限りで、所有権者の権能の行使は制限されるのである。所有権概念の抽象性によって、制限物権の設定を通して、たとえ所有権が強い制限を受けるとしても、所有権は維持される、と考えられている。

これに対して、たとえば、使用賃借人や用益賃借人の請求権は、BGB903条1文の意味における「第三者の権利」には属さない、と理解されている。債務法上の請求権は、所有権自体を制限するのではなく、単に、契約当事者である所有権者の人的な義務を基礎づけるにすぎないのである。もっとも、たとえば、住居使用賃貸借法上の特別な法規整には留意しなければならないことも、同時に指摘されている。

最後に、所有権がある物についての最も完全な権利であることと、所有権が法律および第三者の権利によって諸々の制限を受けることが結び合わされることによって、所有権の特質として、次の二つの点が説明される。

ひとつは、所有権に対する諸々の制限が確認されえない限り、所有権は制限されていないものと推定される、という特質である（所有権の非制限性に関する

る推定)。法律および第三者の権利が妨げとならない限り、所有権者の物支配は貫徹されるのである。逆に、所有権に対する諸々の制限が及ぶ限りで、所有権者は、積極的・消極的な諸々の権能を行使してはならないのである。そして、諸々の制限が存在することを主張する者は、それらの制限を証明しなければならない。

二つめの特質は、所有権に対する諸々の制限が消滅したならば、所有権は再び強固になる、すなわち、何ら制限されない所有権が再び当然に復活する、という所有権の弾力性である。このような所有権の弾力性は、法律上の制限が存在しなくなったときにも、制限物権が消滅したときにも、同様に妥当する。

Ⅲ ヨホウ物権法部分草案の検討

続いて、ヨホウ¹⁹によって作成された物権法部分草案とその理由書（1880年刊行）²⁰の検討に移ることにする。ここでは、所有権の概念・内容に関するヨホウの構想、および、所有権と不動産利用権との法的関係に関するヨホウの見解を理解し、考察することが課題となる。

1 所有権の概念・内容に関するヨホウの構想

(1) ヨホウは、はじめに、「所有権は、さまざまな対象との関連において語られ、その対象が異なることに応じて、所有権の概念は異なる内容を有する。したがって、まず第一に、本草案が所有権の対象として何を考えているのか、ということが確認され、それから、所有権の概念の論究へと移らなければならない」、と述べ、民法上の所有権の対象について、次のように論じた²¹。

「一般的な用語法によると、自己が完全に支配するものは自らのものである。物のみが、人間の意思に、意思なく服するに適し、物についてのみ、人の完全な支配が働きうる。そして、物に関する、人のそのような支配が、ローマ法において、通常、dominium、と理解されたものである。これに対して、ドイツ

法においては、所有権の概念に関する理論が欠けていたため、所有権の概念が考えうるすべての法的取引の対象へと転用されることへと至り、その結果、しばしば、所有権と財産が、もはや互いに区別されなかった」。

プロイセン一般ラント法²²、バイエルンラント法等、若干の法典の起草者たちは、所有権の概念が考えうるすべての法的取引の対象に及ぶという考え方に従った。しかし、ザクセン民法典、ヘッセン草案等の他の法典編纂は、おおよそ、所有権の概念を有体物にのみ用いた。そして、私法に関する現在の法典編纂もまた、所有権の概念を有体物に限定して用いるという考え方に立たなければならぬことは疑問の余地がない、と論じられた。また、個々の物のみが、所有権の対象でありうる、とも主張されていた。

このように、ヨホウにおいては、民法上の所有権の対象は、個々の物、すなわち、個々の有体物のみである、と理解されていたのである。

それでは、ヨホウは、民法上の所有権の概念・内容に関して、どのような構想を持っていたのであろうか。

(2) まず第一に留意しなければならないことは、ヨホウの論述においては、所有権の概念に関して、何らかの特徴が明確に述べられることはあまりなく、さらに、所有権を定義することが、詳細な検討の結果、断念されるに至っている、という点である。しかも、このような結論にヨホウが至ったのは、所有権に対する諸々の制限・拘束が考慮された結果であった、という点である。

ヨホウが、民法上の所有権に関して、常に、所有権に対する諸々の制限・拘束を念頭に置きながら把握しようとしていたことは、部分草案の理由書において、「所有権の概念」という表題の論述が次の主張をもって始められていたことから明らかである。

「所有権の概念は、結局のところ、人と物との対峙にもとづいている。物は、意思がないゆえに、意思能力がある人によって支配されるという定めを有する。この支配は、それ自体としては、完全に無制限である。この支配は、身体的な可能性と同じように、それを行使する限り及ぶ。しかし、この支配は、その本質を変えることなしに、諸々の制限を許容する。そして、法秩序は、個々の物に関する法的な力を制限することを断念することはできない。法秩序が、この

力を、それ自体としては制限のないものと認めることから逃れることができないのと同じように」²³。

続いて、ヨホウは、ローマ法および中世ドイツ法に関して、一定の認識を示しつつ論を進め、そこにおいては、所有権の定義は与えられていなかった²⁴、と述べたが、特に、ローマ法に関する次の論述は注目に値する。

「きわめて古代のローマ法において、所有権の概念は、完全に抽象的なものとして現れた。所有権がその物に関して付与した支配は、その物自体のなかに理由を有したところの、諸々の制限にのみ従った。所有権者は、自己の権利の対象をもって、自ら望むことを行うことができ、そのことに対する第三者のあらゆる影響を排除することができた。しかし、すでに十二表法²⁵の立法時に、この単純な考え方は、増大する取引の現実的な諸々の要求に屈した。土地所有権は、公的な利益において、また、隣人の利益のために、さまざまな制限に従属させられた。ある人が、他の人とともに、その他の人が所有する物に関して有したところの関係には、特に保護に値する場合、その物自体に対する直接的な方向が与えられた。これらの関係は、その物をその総体性において把握する所有権者の支配とならんで、その物に関する他人の部分的な支配を生み出した。このようにして、所有権に対する法律上の諸々の制限、および、物についての制限的な権利へと至った。したがって、より後のローマ法にとって、それ自体としては所有権の本質をなしているところの、物に関する人の法的な完全な支配は、仮定的な性質のみを有するのである」²⁶。

ここでは、ローマ法のもとにおいても、所有権は、確かに、物に関する人の法的な完全な支配を意味したが、それとともに、諸々の制限・拘束の支配下にもあった、というヨホウの理解が示されていたのである。

さらに、ヨホウの考察は、所有権ないし所有権者の定義・概念が明文の形で置かれた近代の諸々の法典編纂に及んだ²⁷。

ヨホウは、それらの近代の法典編纂を、所有権ないし所有権者の定義・概念において、同時に、所有権に対する諸々の制限が考慮されていたもの（バイエルンラント法²⁸、フランス民法典等）と、それらが考慮されていなかったもの（プロイセン一般ラント法、ザクセン民法典²⁹等）とに区別した。しかも、ヨホ

ウは、両者の形式的な差異は、所有権の理解において、両者が本質的に異なることを意味しない、と考えた。というのは、所有権ないし所有権者の定義・概念のなかに所有権に対する諸々の制限に対する考慮を盛り込まなかった法典も、諸々の制限・拘束の存在は、そのような所有権の定義・概念と調和するという考えにもとづいていたからである、と論じられた。

最後に、ヨホウは、サヴィニー、プフタ、ヴィントシャイト等の学説における所有権の定義・概念についても検討し、おおむね次のように論じた³⁰。

一方において、所有権は物に関する人の完全・無制限な、排他的な支配である、というように定義する学説が存在する。しかし、このような定義は、物に関する所有権者の支配が、法律または第三者の権利によって制限されている場合にかんがみると、維持されえないのではないか、という異議にさらされている。他方において、そのような異議を回避するために、ある留保を定義のなかに取り入れた学説もある。しかし、ヨホウは、このような学説も、物に関する所有権者の支配が、第三者の権利や法律上の諸々の制限によって、きわめて大きな部分に関して、その活動領域を失った場合、所有権の定義・概念はどこに見出されるのか、という問題に答えられていないがゆえに、満足できるものではない、と考えた。また、所有権の弾力性に着目する考え方も、ヨホウによると、所有権に対する法律上の諸々の制限の影響が説明されていない、と論じられた。

以上のような総合的な考察にもとづいて、ヨホウは、「所有権の定義を満足すべき形で与えることは、きわめて困難であり、おそらく不可能である」³¹、と考え、民法典には所有権の定義を置かないという結論に至った。特に、「所有権の概念は、一方において、一般に疑わしいことはないが、他方において、実際に活用できる法規の形態において所有権の概念を明確に述べることは、これまでなお、立法上成功していなかった」³²、という考慮が重視されたのである。

(3) さて、所有権に対する諸々の制限・拘束という側面を重要視しながら民法上の所有権を理解しようとしていたヨホウは、結局、次の条文を起草するに至った。

「所有権者は、その権利に対する諸々の制限が法律または第三者の権利によ

って基礎づけられていない限り、その物を占有し、他人を排除して任意にその物を取り扱う権利を有する」(物権法部分草案85条)。

この85条においては、より具体的な文言をもって、「所有権の内容として、その物を占有し、任意にその物を取り扱う、所有権者の排他的な権利」³³が規定されたのである。

85条において表されたところの、民法上の所有権の内容、すなわち、所有権者に帰属する諸々の権能・法的地位に関して、ヨホウの論述は、次のいくつかの点に及んだ³⁴。

第一に、プロイセン一般ラント法において認められていたような分割された所有権の形態、すなわち、所有権から個々の権能を永続的に切り取ることは、所有権を分割できない権利として理解する民法典の構想とは相容れない、と論じられた。ヨホウは、ヴィントシャイトの所説に依拠して、「所有権は、所有権者に当然帰属すべきである諸々の権能の総計・総和ではない」ことを強調したのである。

第二に、所有権者に帰属する諸々の権能を列挙したザクセン民法典の立場について、それらの諸権能が所有権から生じることは疑いないが、それにもかかわらず、民法典において、それらの諸権能を列挙することは得策ではない、と主張された。その理由として、ヨホウは、そのような列挙は不必要であり、さらに、危険である、と述べた。というのは、物権法部分草案85条において明らかにされた所有権の内容から、すべての権能が結果として生じると誤解されうることを気遣う必要はないし(権能を限定的に列挙する必要性はないということであろう)、もし諸権能が列挙されたならば、所有権は個別的な一連の権能から構成されたものと誤解される危険性があるからである、と論じられた。

第三に、85条において明らかにされた所有権の内容においては、「積極的な要素と消極的な要素が区別されうる」が、「両方の要素は、ある物について考えうる、すべての権能を汲みつくす」、と説明された。「しかも、ひとつの権能または他の権能を行使する所有権者は、これに関して、所有権を指摘すること以外の、さらなる正当化を必要とはしない」、と論じられた。ここでは、「所有権の法的な力は完全かつ排他的であること」が前提とされていたのである。

「所有権者は、積極的な要素によって、自己が欲するように、任意にその物を取り扱うことができ、他の人は、消極的な要素によって、所有権者の意思に反して、任意にその物を取り扱ってはならないのである」。

第四に、所有権者に帰属する諸々の権能・法的地位に関して85条で表されたことは、あくまで、「市民的な競合者に対する所有権者の関係に適用されるが、しかし、公的な権力の最高形態としての国家に対する関係には適用されない」ことが確認された。他方、「私的な所有権の不可侵性の保障は、民法上の規範を含んでいるのではない」、と説明された。

2 所有権と不動産利用権との法的関係に関するヨホウの見解

他方、ヨホウが所有権の理解において本質的により重要視した所有権に対する諸々の制限・拘束という側面³⁵、および、その側面と関連する所有権と不動産利用権との法的関係に関しては、どのような論述がなされたのであろうか。

まず、所有権に対する諸々の制限・拘束に関するヨホウの一般的な立場は、次の論述から明らかである。

「その物に関する支配が、その物にかかわる関係の総体において当然帰属すべきであるところの人が、所有権者である・・・しかし、この支配は、直接的に、法律の規定によっても、間接的に、その同じ物を個別的な関係において把握するところの他の人の権利によっても、制限されうる・・・本草案もまた、この考え方に従わなければならない」³⁶。

次に、より具体的・個別的な点に関するヨホウの論述をみておくことにする。

第一に、所有権に対する諸々の制限・拘束は、どのような種類・範疇に分けられるのか、という点である³⁷。

ヨホウは、所有権に対する制限の種類・範疇につき、プロイセン一般ラント法における「所有権に対する諸々の制限は、性質、法律、または、意思表示によって定められなければならない」、という規定に従って検討した結果、法律の規定による制限、または、第三者の権利による制限という二つの種類・範疇のみを認めるに至った。

第二に、所有権に対する法律による制限に関して、一般的には、次のような論述がなされていた。

「所有権が、たとえ、自然法上のひとつの装置であるとしても、その内容は、その程度において、さまざまに解釈でき、定められていない。したがって、所有権の内容は、抵抗なしに、実定法によって限定されうる。しかし、これらの限界は、これまた同様に、はじめから定かではない。これらの限界は、立法者が満たさなければならないと考えるところの諸々の要求に応じて、ときには、より狭く、ときには、より広く設けられうる。満たされなければならない諸々の要求は、部分的には、公共の福祉によって、部分的には、個人の所有権を考慮することよりも重い私的な利益によって与えられる。……所有権に対する法律上の制限は、所有権の積極的な側面にも、消極的な側面にもかかわる」³⁸。

また、ヨホウは、当然のことながら、公法上の制限に関しても考慮していたのであり、「私法は、その基礎的な制度、すなわち、所有権においても、公法上の主権の支配下にある。そして、さまざまな関係において、公法は、所有権者の任意に取り扱う力に制限を設けた」³⁹、と論じたのである。

第三に、所有権に対する第三者の権利による制限に関しては、どのように論じられたのであろうか。

①所有権に対する制限となる「第三者の権利」とは何か、という点に関しては、次のように論じられた。

「(物権法部分草案) 85条は、その物に関する所有権者の人的な義務の有効性には対立しない。……所有権者が、その内容によって所有権を制限するところの物的な権利を設定したとき、はじめて、所有権は、他の人の権利によって影響を受ける。単に人的に所有権者にかかわる他の人の諸々の権利ではなく、むしろ、所有権者という人に依存することなく、その物自体を把握する諸々の権利のみが所有権に対する制限としての力を有するというを示唆するために、これらの権利は、85条において、『第三者』の権利と言い表されたのである」⁴⁰。したがって、第三者の権利とは制限物権である、ということになる。

②所有権に対する制限となる第三者の権利、すなわち、制限物権という物的

な権利が設定された場合、所有権と制限物権との法的関係はどのように理解されていたのであろうか。ヨホウは、次のように論じた。

「物的な権利は所有権から取り出された権能である、という若干の学者、たとえば、プフタによって立てられた見解は、おそらく今や、一般的に、根拠がない、と認識されているであろう。所有権は分割できない権利であり、その権利は、確かに、一連の権能を認めるが、しかし、そのような一連の権能から構成されているのではない。したがって、所有権者は、そのような権能を自己の権利から取り出し、他の人に委譲する状況には全くない。・・・物的な権利は、単に、その物に関する所有権者の支配を制限するところの、その物についての非所有権者の権利である。この権利の消滅と同時に、この制限は効力を失う。所有権は、その権利者に帰属していた権能の再取得が所有権者の側で必要とされることなしに、再び強固になるのである」⁴¹。「所有権者は、その物を自己の財産のなかに保持し、同時に、・・・個別的な権能を任意に切り離すことによって自己の所有権を弱めることはできない」⁴²、という分割された所有権の形態を否定したところの論拠は、制限物権との法的関係にも妥当したのである。

③ヨホウは、所有権に対する第三者の権利による制限を、所有権に対する制限であると理解するよりは、むしろ、所有権の行使に対する制限であると把握する学説について、その理論的な功績を高く評価する旨を述べていた⁴³。

IV 結びと今後の課題

以上、本稿では、ドイツにおいて、民法上の所有権の概念・内容、および、所有権と不動産利用権との法的関係は、現在の学説においてどのように理解されているのか、ということを一六三概観的に確認し、さらに、ヨホウ物権法部分草案とその理由書を対象として、所有権の概念・内容に関するヨホウの構想、および、所有権と不動産利用権との法的関係に関するヨホウの見解を検討してきた。

本稿の考察によると、民法上の所有権の概念・内容、および、所有権と不動

産利用権との法的関係に関して、現在の学説における理解と、BGBの編纂過程における最も初期の立法作業に属するところの、ヨホウ物権法部分草案における理解との間には、意外にも、さまざまな点で、広範な見解の一致が存在していることが明らかにされた、と考えられる。民法上の所有権の概念・内容に関する理解・考え方をめぐる歴史的な展開の考察はさしあたりおかれるとしても、起草者ヨホウの構想・見解の枠組みは、現時点においても、ほぼ維持されている、といえよう。特に、ヨホウにおいても、民法上の所有権は、常に、所有権（の行使）に対する諸々の制限・拘束という側面を重要視しながら把握されなければならないと考えられていた、という点には十分留意される必要がある。まさに、物権法部分草案の理由書において述べられていたように、「民法典は、まず第一に、完全に存在し、しかし、それから、所与のものが再び制限されるという形で、所有権の内容を確認したのである」⁴⁴。

今後は、本稿の考察の結果を踏まえ、所有権（の行使）に対する制限・拘束という観点にもとづいて、地上権、および、住居使用賃借権をめぐる、より具体的な問題を設定し、それらの問題の考察を積み重ねることによって、民法上の所有権の概念・内容、および、所有権と不動産利用権との法的関係に関する研究を深めていくことが課題となる。

住居をめぐる所有権と住居使用賃借権との法的関係に関する問題については、すでにIにおいて述べたが、ドイツにおける地上権をめぐる、より具体的な問題としては、たとえば、次のような問題が考えられる。

地上権の存続保障に関する問題である。「地上権令」においては、地上権の存続期間に関する規定はいっさい置かれていない⁴⁵。したがって、「地上権令」の建前からすると、完全に無期限の地上権、いわゆる永久地上権を設定することも一応認められていることになる。すなわち、地上権という制限物権に関しては、不動産利用権の時間的な限界が定められないこともありうることになる。

しかし、このことは、民法上の所有権の概念・内容の理解の核心にかかわる問題となる。一方においては、永久の地上権の設定を通して、たとえ所有権（の行使）が強い制限を受けるとしても、所有権概念の抽象性によって、所有権は維持される、と考えることもできる。しかし、他方では、ヨホウによって

も指摘されたように、物に関する所有権者の支配が、地上権という第三者の権利によって、きわめて大きな部分に関して、その活動領域を失った場合、所有権の概念は一体どこに見出されうるのか、ということが問われることにもなる。この問題は、所有権者に帰属する諸々の権能に関して、剥奪することができないと考えられるような本質的な権能は存在するのか、もし存在するとするならば、その権能とはいかなるものであろうか、という問題意識⁴⁶とも関連し、考察に値する問題である。

- 1 拙著『ドイツ借地・借家法の比較研究—存続保障・保護をめぐる—』（成文堂、2001年）。
- 2 拙著・前掲注（1）52頁以下参照。
- 3 拙著・前掲注（1）144頁以下、および、拙稿「ドイツ使用賃貸借法の新たな展開と住居使用賃貸借権の存続保護」京園2003年2号（2003年）50頁以下参照。
- 4 児玉寛・大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覧」石部雅亮『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）viii頁。
- 5 Hans Hermann Seiler, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3 Sachenrecht §§ 903—924*, Neubearbeitung, 2002, S. 42.
- 6 Seiler (Fn. 5), S. 20ff.; Franz Jürgen Säcker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6 Sachenrecht*, 3. Aufl., 1997, S. 573ff.; Claus Ott, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Reihe Alternativkommentare) Band 4 Sachenrecht*, 1983, S. 234ff.; Fritz Baur/Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, *Sachenrecht*, 17. Aufl., 1999, S. 1 ff., 268ff.; Manfred Wolf, *Sachenrecht*, 20. Aufl., 2004, S. 18ff.; Johannes M. Sontis, “Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff”, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, 1973, S. 981ff.; Wolfgang Schön, *Der Nießbrauch an Sachen Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung*, 1992, S. 1 ff. 等を参照した。
- 7 本稿では、Eigentumは、一律に、「所有権」と訳すことにするが、このことについても少し留意が必要なようである。たとえば、森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995年）5頁以下によると、Eigentumという用語は、かなり多義的であり、「所有権」、「財産権」、さらには、「所有」、「財産」という観念のすべてを意味するようである、と指摘されている。
- 8 Seiler (Fn. 5), S. 23ff.; Säcker (Fn. 6), S. 582f.
- 9 Seiler (Fn. 5), S. 24によると、「所有権」という法的用語は、一般的に、重要な個別的諸権能をとともう、対象についての法的地位に関する略語として使用されている、といわれている。
- 10 Seiler (Fn. 5), S. 27ff.; Säcker (Fn. 6), S. 577f., 581f.; Ott (Fn. 6), S. 236ff.; Baur/Baur/Stürner (Fn. 6), S. 1 f., 268ff.; Wolf (Fn. 6), S. 19ff., 32f.
- 11 Seiler (Fn. 5), S. 21; Säcker (Fn. 6), S. 577; Baur/Baur/Stürner (Fn. 6), S. 269; Wolf (Fn. 6), S. 24.
- 12 たとえば、Sontis (Fn. 6), S. 981f., 992を参照。
- 13 Dirk Olzen, “Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs”, *Juristische Schulung*, 1984, S. 328.
- 14 Seiler (Fn. 5), S. 21f., 49ff.; Säcker (Fn. 6), S. 578; Ott (Fn. 6), S. 235, 239f.; Schön (Fn. 6), S. 8 f.
- 15 Seiler (Fn. 5), S. 20f., 49; Säcker (Fn. 6), S. 578, 580; Ott (Fn. 6), S. 235, 242f.;

- Baur/Baur/Stürner(Fn. 6), S. 17, 269; Wolf(Fn. 6), S. 24; Sontis(Fn. 6), S. 987ff.; Schön(Fn. 6), S. 7 ff.
- 16 Seiler(Fn. 5), S. 49, 51f.; Säcker(Fn. 6), S. 578f.; Ott(Fn. 6), S. 235, 239f.; Wolf(Fn. 6), S. 24ff.; Sontis(Fn. 6), S. 987; Schön(Fn. 6), S. 9 ff.
- 17 Seiler(Fn. 5), S. 21ff., 49ff.; Säcker(Fn. 6), S. 578f., 581, 583ff.; Ott(Fn. 6), S. 235ff., 242f.; Baur/Baur/Stürner(Fn. 6), S. 1 ff., 269; Wolf(Fn. 6), S. 25, 32ff.; Sontis(Fn. 6), S. 981, 987ff.; Schön(Fn. 6), S. 10ff.
- 18 たとえば、ゾンティスは、所有権者は、常に、任意にその物を取り扱う法的な力を有しているものであり、法律または第三者の権利が妨げとなっているときには、所有権者は、単に、その法的な力を行使できないだけである。行使に対する諸々の制限は、所有権の内容を唯一限界づけるものであり、法的な力の行使に対する諸々の制限によって、所有権においては、自然のままの自由が社会的な自由へと整えられ、社会的な自由だけが権利の内容となりうる、と論じている (Sontis(Fn. 6), S. 987ff.)。
- 19 起草者ヨホウについては、たとえば、川角由和「ドイツ民法典におけるネガトリア請求権 (1004条BGB) 形成史の基礎研究—ヨホウ物権法草案前史ならびにその基本構造を中心に—」龍谷30巻1号 (1997年) 4頁注 (1)、33頁参照。
- 20 R. Johow, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht*, 1880. 本稿では、Werner Schubert, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil I*, 1982に収録されているものによる。
- 21 Johow(Fn. 20), S. 490ff., 515.
- 22 「排他的な使用が認められうるすべてのものは、所有権の対象である」、と規定されていた (Johow(Fn. 20), S. 490)。
- 23 Johow(Fn. 20), S. 495.
- 24 Johow(Fn. 20), S. 495-497.
- 25 たとえば、O. ベーレンツ/河上正二 [訳著]『歴史の中の民法 ローマ法との対話』(日本評論社、2002年) 79頁以下参照。
- 26 Johow(Fn. 20), S. 495f.
- 27 Johow(Fn. 20), S. 497.
- 28 「所有権は、自己の物に関して、自己の任意に、法律および秩序が認める限り、自由かつ妨げられることなしに処理する力である」、と規定されていた (Johow(Fn. 20), S. 497)。
- 29 「所有権は、ある物を完全かつ排他的に支配する権利を与える」、と規定されていた (Johow(Fn. 20), S. 497)。
- 30 Johow(Fn. 20), S. 497f.
- 31 Johow(Fn. 20), S. 498.
- 32 Johow(Fn. 20), S. 515.
- 33 Johow(Fn. 20), S. 515.

- 34 Johow(Fn. 20), S. 515-518.
- 35 このことは、部分草案の理由書において、「所有権に対する諸々の制限」という表題の論述が占めた分量（499頁ないし514頁）からも明らかであった。
- 36 Johow(Fn. 20), S. 515.
- 37 Johow(Fn. 20), S. 499-502.
- 38 Johow(Fn. 20), S. 499f.
- 39 Johow(Fn. 20), S. 517.
- 40 Johow(Fn. 20), S. 517.
- 41 Johow(Fn. 20), S. 502.
- 42 Johow(Fn. 20), S. 501.
- 43 Johow(Fn. 20), S. 502.
- 44 Johow(Fn. 20), S. 503.
- 45 拙著・前掲注（1）56頁以下参照。
- 46 Schön(Fn. 6), S. 14ff. においては、Nießbrauch（用益権）に関して、そのような問題意識にもとづいて考察がなされている。