



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	物概念論の構造：パンデクテン体系との関係をめぐって
Author(s)	水津, 太郎
Citation	新世代法政策学研究, 12, 299-346
Issue Date	2011-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47294
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP012_009.pdf



物概念論の構造 ——パンデクテン体系との関係をめぐって——*

水 津 太 郎

I はじめに

わが国の民法は「物」を「有体物」に制限しています（85条）。このような狭い物概念に対しては古くから批判がみられたところですが、物概念に関する研究はしばらく前まではあまり盛んではありませんでした¹。しかし、近時では、フランス法を手がかりとしてわが国の物・財産概念、ひいては物権法のあり方を問い直そうとする試みがあらわれ²、このような動きはアンリ・カピタン協会の改正準備草案が公表されるに及んでいっそう加速しつつあるようにみえます³。そこから伺われるのは、ごく大雑把

* 本稿は、2010年11月19日に北海道大学でおこなった報告をもとに、前半部分を中心として構成し直したものである。報告後の質疑応答の際には諸先生方から有益なご教示をいただいた。この場を借りてあつくお礼を申し上げたい。

¹ 大村敦志「物の概念」『新しい日本の民法学へ（学術としての民法Ⅱ）』270頁（東京大学出版会、2009年）〔初出、2007年〕参照。

² 文献を含め、片山直也「財産— bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』177-203頁（有斐閣、2006年）。

³ 門広乃里子「フランス民法典第2編『財産』法改正準備草案の紹介と試訳」国学院47巻1号130-84頁（2009年）、フランス物権法研究会訳「フランス物権法改正の動向」民商141巻1号134-175頁（2009年）、ユーグ・ペリネ-マルケ（平野裕之訳）「アンリ・カピタン協会による物権法改正提案」民商141巻4・5号443-465頁（2010年）、ユーグ・ペリネ-マルケ（平野裕之訳）「フランスにおける所有権をめぐる大きな潮流」民商141巻4・5号419-442頁（2010年）など。

にいえば、物概念を有体物に限定するのは狭きに失し、債権その他の権利・情報のような個々の無体物、さらには集合物・財産のような財の集合をも取り込むかたちで再編すべきではないか、という方向性です。

けれども、フランス法はそもそも広い財産 (biens) 概念を基礎とするインスティトゥーティオーネン体系に与しています。これに対して、わが国の民法はこうした体系を採用していた旧民法の編成を自覚的に退け、あえて物概念を狭く有体的対象 (körperliche Gegenstände) に制限したドイツ法的なパンデクテン体系を採用した、という経緯があります。そうすると、物概念の再編につき議論をする際には、次の2つの問題を考察しておかなければならないでしょう。1つは、なぜパンデクテン体系が物概念を狭く規定し、ドイツ民法典と現行民法の立法者がこの構想を受け容れたのか、という問題、もう1つは、われわれの体系において狭い物概念から生じる諸問題がどのように位置づけられ、また位置づけられるべきなのか、という問題です。本稿が取り組むのは、これらのうちの前者の問題です。

以下では、まず民法体系と物概念の関係について概観し (Ⅱ)、次いで狭い物概念の形成過程をたどったあと (Ⅲ)、考察の成果を手掛かりに分析と検討をくわえます (Ⅳ)。いうまでもなく本稿が扱う問題は非常に広くかつ深く、すべてを十分に論じつくすことは困難です。先行研究の助けも借りながら、基本的な分析・思考の道筋を示すにとどめざるをえません。

本論に入る前に、用語を整理しておきましょう。「物」には「有体物」と「無体物」が含まれますが、文脈上明白な場合には有体物をたんに「物」と表記します。このことに対応して、個々の有体物と無体物を合わせて「財」と呼ぶことがあります。「財の集合」については、——ドイツ法学流にまとめると——集合権利は無体物であるが、集合物は「有体物」の一カテゴリーであるとみる立場と、集合物も集合権利もいずれも「無体物」であるとみる立場がありますが、問題の整理との関係上、「(個々の) 有体物」「(個々の) 無体物」と「財の集合」は原則として区別して取り扱います。「財産」⁴は狭い意味では集合物と対比される、集合権利の主たるものとみ

⁴ 比較法研究の観点からみると、この用語の取扱いは厄介である。フランスでは、オーブリ＝ローによってツァハリエの Vermögen 論が継受され、patrimoine 論が展開されたと言われる。それによると、patrimoine は人格の発現であり、したがって

られますが、広い意味では「物」「財」「集合物」などすべてを指示する概念として用います。ドイツやわが国で「財産法」といわれる場合の用法です。

patrimoine には唯一不可分性が認められるなどとされている。横山美夏「財産一人と財産との関係から見た信託」NBL 791号17頁 (2004年)、原恵美「フランスにおけるパトリモワヌ論の原型—オーブリ＝ローの理論の分析—」法政論究69号357-390頁 (2006年) 参照。patrimoine は「資産」などと訳されており、「財産」は biens の訳語に当てられている。しかし他方、patrimoine の淵源とされる Vermögen ——これは本文でも述べるように Rechtsgesamtheit に属する——を「財産」と訳することにドイツ法学上異論はない。biens に原語上対応する Güter は「財」「財貨」などと訳されている。両者の相異は訳語の問題にとどまらない。すなわち、ドイツの Vermögen 論においてもフランスの patrimoine 論と同じように、いわゆる主観説を支持するものがないわけではない。Vgl. z. B. Fritz RITTNER, Die veränderungen des Vermögens im modernen deutschen Privatrecht, in: Ernst CAEMMERER/ Konrad ZWIEGERT (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin/Tübingen 1967, S. 129-148, 133-134. 議論状況につき、石田文次郎「財産の独立と主体性」『財産法における動的理論』46-56頁 (厳松堂書店、1928年) [初出、1914年]。しかしながら、一般にはこの種の本質論が展開されることはほとんどなく、客観説が前提とされているようである。代表的なフランス法の体系書は、ドイツ法の教育を受けた者は、フランスの学説が patrimoine 概念に苦心しているのを「驚きをもってたしかめる」という。ドイツの観点からは、財産の分割は「機能性という単純な問題」であり、「その許容性は法律に基づくのであり、この限りで謎を提供するものではない」からである。目的拘束による財産分割をめぐって、フランスの学者のなかには、ドイツ法は「財産担い手のない財産」を認めていると理解しているものがあるが、これは「誤解」であって、そのようなものはドイツでも認めていないとする。Murad FERID/Hans Jürgen SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl., Heidelberg 1994, Rn. 1 C 301-302, S. 288-289. フランス法に造詣の深いビュルゲによれば、ドイツにおいて財産の唯一不可分性という前提は、布林ツ・ベッカーにより展開された目的財産論の決定的影響のもとで、すでに19世紀に放棄されていた。これに対して、フランスではこのすでに時代遅れになった要素がなお保持されており、新たな発展が妨げられているとみている。アルフォン・ビュルゲ (金山直樹＝田中実訳)「一九世紀フランス私法に対するパンデクテン法学の影響—Vermögen から patrimoine へ」Historia Juris 比較法史研究 1号266頁 (1992年)。

II 民法体系と物概念

1 分析の視角

なぜ物概念は有体物に制限されたのか、という問題を歴史的に追跡したものはこれまでもあります⁵が、本稿はこの問題を、民法体系との関連を明確に意識しながら詳らかにしようとする点において、いくつかの特色を有します。では、そのような研究がこれまでになかったのか、ということではありません。よく知られたところでは、狭い物概念という視点に重きをおいて物権債権峻別の成立の問題を明らかにしたヴィアッカーの研究⁶があり、近時では、たとえばクーピッシュが物概念の歴史を民法体系との関係を意識しながら描いています⁷。わが国においても、我妻栄の『近代法における債権の優越的地位』や川村泰啓の『商品交換法の体系』は⁸この角度から読むことができるものです⁹。しかしながら、他方で、物権債権峻別の研究をみてみますと、おもに権利の体系の確立という角度から峻別体系の成立を論じるものがあります。著名なのはドゥビシャールの

⁵ Thomas RÜFNER, Zu §§ 90-103, Mathias SCHMOECKEL/Joachim RÜCKERT/Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, Tübingen 2003, Rn. 2-Rn. 9, S. 307-313 m.w.N.; 曾田厚「物の抽象性と有体性(1) (2・完)」法協91巻3号453-509頁、4号614-651頁(1974年)。

⁶ Franz WIEACKER, Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 126, Leipzig 1941, jetzt in: Christian WOLLSCHLÄGER (Hrsg.), Zivilistische Schriften (1934-1942), Ius Commune Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 137, Frankfurt a.M. 2000, S. 357-430.

⁷ Berthold KUPISCH, Institutionensystem und Pandektensystem: Zur Geschichte des res-Begriffs, in: Irish Jurist, Bd. 25-27 (1990-1992), S. 293-301; ferner DERS., Zur Wirkungsgeschichte der Institutionen, in: Okko BEHREND/Solf KNÜTEL/Berthold KUPISCH/Hans Hermann SEILER (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Bd. 1, 2. Aufl., Heidelberg 1997, S. 289-298.

⁸ 我妻栄『近代法における債権の優越的地位(学術選書1)』(有斐閣、1953年)〔初出、1927-1929年〕、川村泰啓『商品交換法の体系I〔増補版〕』(勤草書房、1982年)〔初版、1972年〕。

⁹ 鎌田薫「財—総論」ジュリ1126号78頁(1998年)。

研究¹⁰で、峻別論研究の第1人者である赤松秀岳はこれを基礎として史的展開を描き出し¹¹、近時では、筏津安恕がこの視点をドイツと日本の双方で強力に打ち出しています¹²。

もつとも、そうであるとする、次の問いが生じます。物権債権峻別を扇の要として描かれる、狭い物概念、権利の体系という構成的ないし原理はいったいいかなる関係にたっているのか。より具体的にいえば、〔1〕権利の体系は必然的に狭い物概念を導き、物権債権峻別に到達するのか、反対に、〔2〕物概念の制限——このことが物の上の権利に影響を及ぼすのは当然である¹³としても——と、物権と債権の区別の間にはなにか繋がりがあのか、という問いです。しかしながら、先行研究ではいずれか一方の要素に重きがおかれているところ、この問いはいまだ十分に詰められていないようにうつります。そこで、本稿では狭い物概念の形成過程を権利の体系、物権債権峻別という視座をもちつつ検証することで、この問いに応えることを試みます。

このように体系との関係を意識しつつ物概念に迫ることは、民法体系に関する研究にもいくらか寄与するところがあるでしょう。パンデクテン体系の生成史については、シュヴァルツとビエルネの研究が代表的なもので¹⁴、

¹⁰ Roland DUBISCHAR, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative: Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht, Tübingen 1961.

¹¹ 赤松秀岳「ドイツにおける物権・債権峻別論の展開」『物権・債権峻別論とその周辺—二十世紀ドイツにおける展開を中心に—』3-12頁、6頁注3(成文堂、1989年)〔初出、1987年〕。

¹² 筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編—ヴォルフ・カント・サヴィニー—』(昭和堂、2001年); Yasuhiro IKADATSU, Der Paradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen: Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 89, Ebelbach 2002.

¹³ Vgl. Gerhard DULCKEIT, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 158/159, Tübingen 1951, S. 34-35.

¹⁴ Andreas Bertalan SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, zuerst in: ZRG (RA), Bd. 42 (1921), jetzt in: Hans THIEME/Franz WIEACKER (Hrsg.), Rechtsge-

わが国でもすでに紹介・検討されています¹⁵。かれらの著名なテーゼによると、パンデクテン体系は、ローマ法と自然法の混合物(シュヴァールツ)、法学教育のための外的体系(ビエルネ)であると規定されます。けれども、以下の考察から明らかになるように、本稿の問題についてはこれらのテーゼはよく当てはまりません。一般的な性格をどのように規定するか、という問いはもちろん重要ですが、他方でこうした性格規定が抽象的に一人歩きすると、各論的な問題が誤って捉えられてしまうおそれもあるように思います。

以上のような問題意識・視点から、本章では、インスティトゥーティオーネン体系とパンデクテン体系の史的展開を、ごく簡単に振り返ることにします¹⁶。

2 インスティトゥーティオーネン体系——財産の法

ガイウス『法学提要(*Institutiones*)』〈物について〉(第2巻・第3巻)は、„*res*“ 概念に *res corporales* (有体物) のみならず *res incorporales* (無

schichte und Gegenwart: Gesammelte Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen 13, Karlsruhe 1960, S. 1-25; Lars BJÖRNE, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 59, Ebelsbach 1984.

¹⁵ 吉野悟「提要システムからパンデクテン・システムへ—人の法について—」磯村哲先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開上』1-64頁(有斐閣、1978年)、塙浩「法学における体系化の史潮と近代法典法体系」『西欧における法認識の歴史(塙浩著作集11巻)』25-67頁(信山社、1992年)〔初出、1989年〕、赤松秀岳「近代パンデクテン体系の史的素描」『十九世紀ドイツ私法学の実像(熊本大学法学会叢書3)』261-290頁(成文堂、1995年)〔初出、1991年〕のほか、近時では、耳野健二「学問によるパンデクテン体系の成立(1)(2)(3・完)——一九世紀前半のドイツにおける法律学の近代化の一側面」産法40巻3・4号156-194頁、41巻1号80-121頁、41巻2号28-67頁(2007年)、佐藤啓子「いわゆる『家族法』の成立について」桃法15号267-294頁(2010年)、さらに、水津・後掲注(108)511-575頁〔ただし、着手時期との関係もあり、耳野論文を顧慮していない〕。

¹⁶ Taro SUZU, Grundsätzliche Überlegungen zur Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten: Über die Probleme der Voraussetzungen, Begründungen und Modelle der Unterscheidung, in: Keio Law Review, No. 11 (2010), S. 15-41.

体物) をも含め (*G* 2, 12-14)、後者を触れることができない物と規定し、「*ius* からなるもの」¹⁷、たとえば相続財産(*hereditas*)、用益権(*ususfructus*)、そして債権債務関係(*obligationes*)を例に挙げています。ガイウスの体系はこの広い „*res*“ 概念を中核としたものです¹⁸。〈物について〉は財産をめぐる法の全体を意味し、相続法(*G* 2, 97-*G* 3, 87)だけでなく債権債務法(*G* 3, 88-225〔そもそも独立の編を構成していない〕)も包摂しています。もとより物権と債権の峻別はみいだされません¹⁹。そもそもローマ法では、という眉唾ですが、一般には、そこでは実体法と訴訟法の明確な区別がみられなかったと説かれています²⁰。訴訟の場を離れた抽象的な主観的権利という観念は後景に退き、客観法に基づく個別具体的な訴訟上の救済と主観的権利が結びつけられていたというのです。そうだとすると、〈訴権について〉(第4巻)の際に、*acito im rem* (対物訴権)と*actio in personam* (対人訴権)の区別がみられる(*G* 4, 2-9)からといって、これをストレートに現代の物権債権峻別に接続させることは困難であるといわなければなりません²¹。

もとより、こうした訴権の体系を克服し、実体法の体系を構築すればそ

¹⁷ このテキストの解釈については、Christoph BECKER, Die „*res*“ bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?: Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte 12, Köln u.a. 1999, S. 41.

¹⁸ Werner FLUME, Die Bewertung der Institutionen des Gaius, in: ZRG (RA), Bd. 79 (1962), S. 1-27, 22-23; ferner vgl. Franz WIEACKER, Griechische Wurzeln des Institutionensystems, in: ZRG (RA), Bd. 70 (1953), S. 93-126, 97.

¹⁹ WIEACKER, System (Fn. 6), S. 383-384; KUPISCH, Institutionensystem und Pandekten-system (Fn. 7), S. 294, 297-298.

²⁰ Vgl. z. B. Max KASER/Rolf KNÜTEL, Römisches Privatrecht: ein Studienbuch, 19. Aufl., München 2008, S. 27, 39, 396.

²¹ DUBISCHAR, Zweiteilung der Rechte (Fn. 10), S. 3-23; ferner vor allem Helmut COING, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, zuerst in: Helmut Coing/Frederick H. LAWSON/Kurt GRÖNFORS, „Das subjektive Recht“ und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 5, Frankfurt a.M. 1959, jetzt in: Dieter SIMON (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947-1975, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1982, S. 244-248, insbes. S. 248. すでに、赤松・前掲注(11)峻別論3-4頁。

れだけで、物権債権の体系的区分が生ずるというわけではありません。啓蒙期自然法の体系家、プーフェンドルフは合意を中核とした包括的な私法体系を構築しましたが、その体系は摘要としての著作、『義務論』²²の表題と構成が示すように、あくまで義務の体系であったとみられています²³。客観的に規定された自然法実質的な価値倫理、この意味において他律が基礎におかれ、権利の観念は義務の背後に隠れていたというのです。この限りにおいて、権利のカテゴリーとしての物権債権の区分が成立する余地はありませんでした²⁴。また、体系の配列をみても、プーフェンドルフは *Institutiones* に準拠しつつ、財産法を *dominium* (所有権) の一般理論からはじめ、次いで「所有権の根源的取得の仕方 (*Modi originarii acquirendi dominii*)」と「所有権の派生的取得の仕方 (*Modi derivativi acquirendi dominii*)」を区別しています。ここでいう „*dominium*“ とはいわば「最広義の所有権」²⁵「財産に値する意味」²⁶であり、有体物上の物権に限られません。こうして「所有権の派生的取得」には、相続や契約も組み入れられて

²² Samuel VON PUFENDORF, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, Lund 1673, in: Wilhelm SCHMIDT-BIGGEMANN/Gerald HARTUNG (Hrsg.), *Gesammelte Werke*, Bd. 2, Berlin 1997; DERS., *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, Bibliothek des deutschen Staatsdenkens 1, hrsg. u. übers. v. Klaus LUIG, Frankfurt a.M./Leipzig 1994.

²³ 強調する近時のものとして、vgl. IKADATSU, *Paradigmawechsel* (Fn. 12), S. 4-7, 48-49, 150 und Hannes UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, *Jus privatum* 120, Tübingen 2007, S. 56. このテーゼを厳しく批判するのは、Marietta AUER, *Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant: Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds*, in: *AcP*, Bd. 208 (2008), S. 584-634, 604-608. しかし、本稿との関連では、プーフェンドルフの契約理論が他律的観点から規定されていること(アウアーもそのこと自体は認めている [S. 605 Fn. 90, S. 606])、所有権の意味が非常に広いものであることの2点を確認しておけば十分である。

²⁴ 自然法義務概念と物権債権峻別の関係につき、DUBISCHAR, *Zweiteilung der Rechte* (Fn. 10), S. 91-107, insbes. S. 91.

²⁵ Klaus LUIG, *Zur Übersetzung von Samuel von Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, in: PUFENDORF, *Über die Pflicht* (Fn. 22), S. 227.

²⁶ WIEACKER, *System* (Fn. 6), S. 386-387.

います。つまり、「[広い] 所有権を財産法全体の中軸」²⁷とする体系だったというわけです²⁸。

この *Institutiones* の系譜に属するフランス民法典は、これを義務の体系と規定できるかどうかという問題^{28a}はともかく、その原初的配列において²⁹、「財産および所有権の諸変容について (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*)」(第2編)と「所有権取得の諸態様について (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*)」(第3編)という区分を採用していました。ここにいう「財産 (*biens*)」は動産と不動産から構成されるものであり (Art. 516 CC)、権利を含みうる広い概念として構想されています (Art. 526, 529 CC)。「所有権 (*propriété*)」の客体については「物 (*choses*)」という表現が用いられています (Art. 544 CC) が、「所有権取得の諸態様」には相続法(第1・2章)も債権債務法(第3・4章、第6～

²⁷ SCHWARZ, *Pandektensystem* (Fn. 14), S. 18.

²⁸ これに対して、ヴィアッカーは、プーフェンドルフの体系を、契約と所有権を独立に対置するものとみ、契約と相続を所有権取得原因に組み入れるプロイセン一般ラント法とフランス民法典の体系との相違を際立たせている。WIEACKER, *System* (Fn. 3), S. 383, 386-387, 394. しかしながら、プーフェンドルフが契約を、所有権の派生的取得の主たるケースとみていたことは明らかである。PUFENDORF, *De officio* (Fn. 22), I. 12, 13: *Inter vivos facto prioris domini res transeunt vel gratis, vel interposito contractu*. プーフェンドルフによる財産法体系全体につき、Malte DIESELHORST, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, *Göttinger rechtswissenschaftliche Studien* 97, Göttingen 1976, S. 42-51, insbes. S. 45, 48. 他方、WIEACKER, *PGN*² (Fn. 31), S. 310 では特段の注記なく、本稿と同様の理解が示されている。いずれにせよ、プーフェンドルフが物権と債権の体系的区別を基礎としていないことには争いはない。ヴィアッカーもそのことを当然の前提としている。

^{28a} ドイツ法的パンデクテン体系との対比を意識してこの問いを肯定するものに、IKADATSU, *Paradigmawechsel* (Fn. 12), S. 3, 49-51, basierend auf Peter LANDAU, *Hegels Begründung des Vertragsrechts*, in: Manfred RIEDEL (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Suhrkamp Taschenbücher Wissenschaft 88, Frankfurt a. M. 1975, S. 176-197 など、直近のものとして、水林彪「近代民法の原初的構想—1791年フランス憲法律に見える Code de lois civiles について—」*民法研究* 7号101-114頁(2011年)も参照。

²⁹ 現在では担保編が分離されている。

16章) も含まれているところ、体系的に考察すれば、„chose“ もまた有体物に限定されるものではないのは明かです。この意味では、フランス民法典の体系もプーフェンドルフと同じように、„biens“, 広い „propriété“ を中核にすえるものと規定されます。体系配列の観点からは、物権債権を峻別するものとみることはいかなるのです³⁰。

わが国の旧民法はよく知られているように、ボワソナードを経由してこのフランス民法典の構成を受け継ぎ、「財産編」「財産取得編」「債権担保編」という編別を採用していました。「財産」は「各人又は公私の法人の資産を組成する権利」であり、「此権利には二種あり物権及び人権是なり」(旧財1条)とするものの、「物」には「有体なる有り無体なる有り」(旧財6条1項)と規定します。「無体物」は「智能のみを以て理會するもの」であり、物権および人権、著述・技術・発明に関する権利、一定の財産および債務の包括(旧財6条3項)を含むとし、不動産と動産には権利が包摂されうると捉えます(旧財10・13条)。こうした財産・広い物概念に対応して、相続法(旧財取第13・14章)と合わせて債権債務法(旧財第2部、旧財取第3～12・14章)も「財産取得編」に割り当てられます。つまり、旧民法の体系は物権債権峻別ではなく、編別からも明らかなように、「財産」を中核にすえるものでした。

3 パンデクテン体系——物権債権峻別

すでに中世ローマ法学にも物権と債権の区別の萌芽がみられるようですが、両者の体系的峻別の起点となったのは、16世紀ドイツの人文主義法学者・アーペルの構想であったといわれます。アーペルは、インスティトゥーティオーネンの „*personae*“, „*res*“, „*actiones*“ の3部体系を、物を有体物に制限するとともに権利の体系に組み替え、„*dominium*“ と „*obligatio*“ の2部体系を構築し、その他の法素材を様々な弁証法的カテゴリーを用いて両権利と関連づけました。このようにして、峻別体系を「最初に」³¹提唱した、「先駆者」³²「発見者」³³はアーペルであり、その構想は「体

³⁰ WIEACKER, System (Fn. 3), S. 383, 387; jüngst FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht? (Fn. 105), S. 9.

³¹ Roderich STINTZING, Art. Johann Apel, in: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft,

系的法学創造へのドイツ精神の第1歩」³⁴「主観的権利の私法体系への重大な体系的転回の起点」³⁵に位置づけられています。

もともと、狭い物概念・峻別体系が「撤回の余地のないものとなった」³⁶のは、19世紀・歴史法学派の始祖である、かのサヴィニーの功績があった

Abt. 1, Königliche Akademie der Wissenschaften: Historische Kommission (Hrsg.), Geschichte der Wissenschaften in Deutschland: Neuere Zeit, Bd. 18, München/Leipzig 1880, Kap. 7, Nr. 8, S. 294; WIEACKER, System (Fn. 6), S. 389; DERS., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 157; Gerd KLEINHEYER/Jan SCHRÖDER, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten: Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, Uni-Taschenbücher 578, 5. Aufl., Heidelberg 2008, S. 482. アーペルが物権債権の分類の創始者とされていることについてはすでに、好美清光「Jus ad remとその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面」一橋大学研究年報法学研究3号288頁(1961年)。

³² Friedrich Xaver AFFOLTER, Das römische Institutionen-System: Sein Wesen und seine Geschichte, Thatbestand, Rechtsverhältnisse und Rechtsordnung: Grundlagen eines allgemeinen Teils des Privatrechts, Bd. 1, Heidelberg 1897, S. 92; DUBISCHAR, Zweiteilung der Rechte (Fn. 10), S. 47 Fn. 46.

³³ Stephan BALTHASAR, Vom „Knastbruder“ zum Professor der Rechte: Johann Apel zur Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten, in: Thomas HOEREN (Hrsg.), Zivilrechtliche Entdecker, München 2001, S. 35-69, 37.

³⁴ Hans BRANDT, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft: der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 120, Leipzig 1940, S. 51.

³⁵ Franz WIEACKER, Humanismus und Rezeption: Eine Studie zu Johannes Apels Dialogus oder Isagoge per dialogum in IV libros Institutionum, zuerst in: ZgS, Bd. 100 (1940), jetzt in: Gründer und Bewahrer: Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Göttingen 1959, S. 44-91, 84.

³⁶ WIEACKER, System (Fn. 6), S. 389. これに対して、BECKER, Die „res“ bei Gaius (Fn. 17), S. 28-29, S. 77 mit Fn. 386は物概念論との関係において、サヴィニーではなくヴァイントシャイトを重視している。しかし、——少なくとも——ドイツ民法典との繋がりとという意味では適切でない。のちにみるように、ヨーホウはサヴィニーの構想を基礎にしているからである。ベッカーも『部分草案理由書』を詳しく取り上げているが、にもかかわらずこのことを見落としている。直接関連する「物の概念」のテキストしか参照せず、それに先立つ詳細な「序論」を無視しているからである。

からです。伝統的には、サヴィニーは意思に定礎した権利の体系を構築し、意思支配としての権利の区分を起点として、有体物上の権利である物権と、人の行為に対する権利である債権を、独立対等なものとして対置したと理解されています。その構想によると、物権法と債権法は（同時的）財産法と規定され、ここに含まれない家族法（純粹と応用）と相続法（連続的財産法）はその後ろに配され、これらに総則が冠として被せられます。このようにしてハイゼに由来するパンデクテン体系は、広く受け容れられることになりました。

パンデクテン体系において物概念が財産概念を排斥していく過程にあって無視できないのは、*universitas rerum* 論、つまり財の集合をめぐる議論です。あとで詳しく述べますが、伝統的な解釈によれば、*universitas rerum* は *universitas iuris* と *universitas facti*, ごく大雑把にいうと、特別財産と集合物に区別され、両者はともに *universitas* ではあるものの、異なる原則に服するものと理解されていました。しかし、19世紀の末にはこのような理解はほとんど完全に退けられることとなります。というのは、ハッセとミューレンブルッフによって両者の区別と原則はローマ法源解釈上維持できないことが論証され、また、この解釈を受け継いだヴェヒターが、*universitas rerum* それ自体は権利客体となりえないこと、いわゆる分析論を基礎づけた結果、かれらの議論がのちの普通法学をつよく規定することになったからです。

ドイツ民法典の立法過程において、パンデクテン体系を採用することは早々に決定されました。そして、物権法の起草者であるヨーハウは、サヴィニーの構想を明示して³⁷受け容れ、物権と債権を峻別すると同時に「物（Sache）」概念を有体的対象に制限し（§ 90 BGB）、このことと合わせて、財の集合（*universitas iuris et facti*; *Rechtsgesamtheit und Sachgesamtheit*）につき固有の規律を設ける必要がないことを、ハッセ、ミューレンブルッフ、ヴェヒターを引用して³⁸ 基礎づけたのです。こうして成立したドイツ民法典は、「総則」（第1編）のあと、「債務関係法」（第2編）と「物権法」（第3編）を続け、最後に「家族法」（第4編）と「相続法」（第5編）を配置

しています。

このドイツの法状況はよく知られるように、わが国の現行民法の立法過程に大きな影響を及ぼしました。「独逸式」³⁹「例へば独逸新民法草案」⁴⁰にしたがい、物権と債権の峻別と物概念の有体物への制限（85条）、財の集合の規定の不要が説かれ、その結果、旧民法の編成が根本的に改められたのです。現在われわれの目の前にある、「総則」（第1編）「物権」（第2編）「債権」（第3編）「親族」（第4編）「相続」（第5編）の5部構成はこのようにして採用されました。ドイツ民法典と異なり、①物権と債権の順序が逆なのは、債権は物権の変動を目的とするのが通常であるところ、「自然の順序」⁴¹からすればザクセン式のほうが適切であること、また、②「債務関係」でなく「債権」とされたのは、物権債権というように権利で揃えたほうが良いという「体裁論」⁴²によります。

Ⅲ パンデクテン体系における物概念の有体物への制限の確立

1 対象の選定

以上の経緯をみると、物概念の有体物への制限、権利の体系、そして物権債権峻別にどのような考慮が働いたのかを理解するには少なくとも、アーペル、サヴィニー、ハッセ・ミューレンブルッフ・ヴェヒター、そしてドイツ民法典と日本民法の立法過程を考察する必要があります。もとより点と点をつなぐ作業には限界があり、また点を描くこと自体容易なことではありませんが、本稿の問題関心から現時点で把握していることを示そうと思います。課題とされている「きちんとした歴史研究」⁴³は今後の研究に委ねるほかありません。

³⁹ 広中編・後掲(107)民法典編纂の新方針658頁、福島編・後掲(107)穂積文書114頁。

⁴⁰ 法典調査会・後掲(107)民法主査会35頁。

⁴¹ 広中編・後掲(107)民法典編纂の新方針657頁、福島編・後掲(107)穂積文書114頁。

⁴² 広中編・後掲(107)民法典編纂の新方針1428頁、法典調査会・後掲(109)民法総会55頁。

⁴³ 石部雅亮発言「討論」村上淳一編『法律家の歴史的素養』129頁（東京大学出版会、2003年）。

³⁷ JOHOW, TE-SachR, S. 1; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I (Fn. 104), S. 125.

³⁸ JOHOW, TE-SachR, S. 61, 66; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I (Fn. 104), S. 185, 190.

2 法学史

(1) 前史——人文主義法学：アーペル

アーペル⁴⁴はどのようにして、„*personae*“, „*res*“, „*actiones*“ の3部体系から、„*dominium*“, „*obligatio*“ の2部体系へと再編したのか。この問題はドイツでもあまりよく知られていませんが、おおむね次のようにまとめることができます⁴⁵。

アーペルによれば、①「第1に *persona* それ自体は市民法あるいは法学の特別な *caput* ではない」⁴⁶。 *persona* はむしろ体系上、*causa*, *locus*, *tempus*, *quantitas*, *qualitas et eventus* (原因、場所、時、量、質および出来事) と同じように、„*circumstantiae* (状況)“ の1つとしての地位を有するだけです。 *persona* が *caput* に数え上げられているのは、人がすべての *circumstantiae* のなかで重要な役割を演じているところ、これを他の *circumstantiae* と区別して取り扱うほうが、„*commodum* (便宜)“ と考えたからにすぎません。では、② *res* はどうか。「はたして事物の世界で *res* でないものなどあるのだろうか？」⁴⁷と、アーペルは問いかけます。というのは、*res* には *res in corporales* と *res in incorporales* が含まれるとされているからです。けれども、*res in corporales* をめぐる問題は実際には *dominium*, すなわち〈*res corporalis* を完全に処分する、そうでなければこれを取り戻す権利〉をめぐる問題そのものです。そうだとすれば、ガイウスが *res* と呼んだものを *dominium* と名づけたのなら、いっそう適切かつ明白だったでしょう。 *res* というのは „*obscurus* (あいまい)“ です。第1の *caput* は *res* ではなく *dominium* に再編しなければなりません。しかし、そうすると、③ *actio* と

いうのも „*pariter non exacte* (また不正確)“⁴⁸ です。なぜなら、*dominium* がすべての法の一の *pars* であるのなら、他の *pars* が *actio* ではなく *obligatio* であるのは論理必然だからです。 *dominium* と *actio* を対比するのは、„*causa efficiens* (作用因)“ と „*effectus* (作用)“ の混同にほかなりません。 *dominium* と *obligatio* は *causa efficiens* であり、他方、*rei vindicatio* と *actio personalis* は *effectus* に位置づけられます。なぜなら、*rei vindicatio* は *dominium* から、同様に、*actio personalis* は *obligatio* から流れ出るものだからです。したがって、*dominium* に相対する他の *caput* は、自明のこととして、*obligatio* であるとみられます。

総じて、アーペルは、「全法学2つの *caput* は *dominium* と *obligatio* である」⁴⁹と結論します。他の法素材はすべてこの2つに関連づけられます。すなわち、それらは *dominium* か *obligatio* の、*partes* (部) ないし *species* (種)、*causae efficiens* (作用因) ないし *effectus* (作用)、*adfina* (類似) ないし *contraria* (対立)、さらにはあれこれを変動させる *circumstantiae* (状況) に配されます。

ここに、*partes*, *species*, *causa efficiens*, *effectus*, *adfina*, *contraria*, *circumstantiae*⁵⁰というのは、ルターを終生の友人であり、「ドイツの教師 (*praeceptor germaniae*)」として知られる、人文主義者・メランヒトンの弁証法⁵¹を法学に応用することにより導入されたカテゴリーにほかなりません。*partes*, *species* はともに「概念と分類」と関連し、*causa efficiens* と *effectus* は各々「発生」「内容および効果」を意味します。*adfina* と *contraria* は文

⁴⁸ APEL, *Dialogus* (Fn. 44), Sign. L 1^r, p. 145 (SULP).

⁴⁹ APEL, *Dialogus* (Fn. 44), Sign. L 1^v, p. 146 (SEMP). ここでいう *dominium* と *obligatio* の体系と、APEL, *Methodica* (Fn. 44), Sign. P 1^v のシェーマに示された *ius in re* と *ius ad rem* の体系 (STINTZING, *Geschichte I* (Fn. 31), S. 294-295; 好美・前掲注(31) *Jus ad rem* 289頁、原典の図像は、水津・前掲注(45)アーペル405頁)の関係については、検討すべき問題が残されている。水津・前掲注(45)アーペル443-444頁注111・112を参照。

⁵⁰ APEL, *Methodica* (Fn. 44), *Cap. I-7*.

⁵¹ ヤン・シュレーダー (守矢健一訳)「初期近代の法学方法論におけるトピックの歴史について」『トピック・類推・衡平—法解釈方法論史の基本概念—』18頁 (信山社、2000年)。

⁴⁴ Johann APEL, *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcommodata*, Nürnberg 1535; ID., *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum divi Iustiniani Imperatoris*, Breslau 1540. 以下では、*Methodica* についてはニュルンベルク版を用いるが、*Dialogus* についてはルーヴアン版から引用する。

⁴⁵ 詳しくは、水津太郎「ヨハン・アーペルの法理論—物権債権峻別論の起源—」法研82巻1号385-452頁 (2009年)。

⁴⁶ APEL, *Dialogus* (Fn. 44), Sign. K 6^r, p. 139 (SULP).

⁴⁷ APEL, *Dialogus* (Fn. 44), Sign. K 7^v, p. 142 (SULP).

字どおり翻訳すれば各々「相似」「相反」となりますが、内容からみれば「補足的検討」「消滅または放棄」に対応します。*circumstantiae* とは「修正事情」「法律要件のメルクマール」のことです。今日われわれが馴染んでいる教科書の体系（概念・分類・発生・内容・効果……）はこのアーペルの構想に由来するというものがあります⁵²。*dominium* と *obligatio* の2部体系を支えているのはこの弁証法的カテゴリーです。たとえば、2部体系によると「人」がどこに位置づけられるのか、ただちに疑問が生じますが、アーペルによればそれはすでにみたように、*circumstantiae* というカテゴリーに定位されることになるわけです。

問題は、なぜアーペルがこうした体系の再編を遂行したのか、という点にあります。人文主義法学は一般に、①古事学的傾向、②教育的傾向、③体系的傾向を有するところ、①純粹ローマ法を求める努力を指摘するものがあります⁵³。これはアーペルが *libellus Institutionum* の発見譚を語っていることによるのでしょう（のちにいわゆる *Brachylogus*⁵⁴ であると考証され、アーペルはその「第一発見者」⁵⁵ とみなされている）が、*libellus Institutionum* による基礎づけは「歴史的正当化」⁵⁶、すなわち後づけ的な役割しか有していません⁵⁷。アーペルの本来的関心はむしろ、②ヴィッテンベルクグルー

プの本領である法学教育の改革にありました⁵⁸。アーペルの告発によると⁵⁹、*mos Italicus* による法学教育の実態をひどいもので、*Digesta* の講義の際にまだひと月も学んでいない初学者にいきなり、難解なことで著名な *De condictione indebiti*（非債弁済による不当利得返還請求訴権について）の冒頭の法文（*D. 12, 6, 26 pr.*）から講述する、法学の *prima principia* である *Institutiones* の講義も、*De actionibus*（訴権について）のある法文（*Inst. 4, 6, 31*）でひと月も停滞し、5年たっても全体の講義が終わらない、それにもかかわらず、権威的な教授たちは自分の名誉だけを追い求め、こうした講義の方法を改めないから、学生の修学に困難が生じているというのです。わたしの耳もすこし痛くなってきましたが、とにかくアーペルが体系再編を試みたのはまずもって、学生に解りやすく講義するためであったことは疑いありません。けれども他方で、③アーペルがみずから体系を教育とは無関係に、「それ自体まさに正当な私法体系」⁶⁰とみていたこともまたたしかです。では、その正当性を支えるものはなにか。それは、弁証法的論理にくわえて、体系の「簡潔明瞭」⁶¹性であるとみることができます。すなわち、*res* を *dominium*（有体物上の所有権）に再編する理由は、有体物と無体物を一括りに規律するのでは法関係が「あいまい」になる、という点にあります。そして、訴権ではなく権利の体系を志向する理由は、*actio* を *dominium* と同列におくのは、*rei vindicatio* と *actio personalis* は各々 *dominium* と *obligatio* から流出するものである以上、「作用因」と「作用」の混同であり、*res* と同じく「また不正確」だからです。

⁵² Theodor MÜLLER, D. Johann Apel, Königsberg 1861, Abgedruckter Text, in: Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben im Zeitalter der Reformation, Erlangen 1866, S. 230-328, 270; STINTZING, Geschichte I (Fn. 31), S. 290. これに対して、消極的なのは、Guido KISCH, Der Einfluß des Humanismus auf die Jurisprudenz in: DERS., Studien zur humanistischen Jurisprudenz, Berlin/New York 1972, S. 17-61, 22, 34.

⁵³ Vgl. BRANDT, Eigentumserwerb (Fn. 34), S. 51; 好美・前掲注(31) Jus ad rem 290頁。

⁵⁴ Eduardus BÖCKING, *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berlin 1829. これについては、Friedrich Carl VON SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Aufl., Bd. 2, Heidelberg 1834, S. 251-269; ferner DUBISCHAR, Zweiteilung der Rechte (Fn. 10), S. 42-45 m.w.N.

⁵⁵ STINTZING, Geschichte I (Fn. 31), S. 292 und AFFOLTER, Institutionensystem (Fn. 32), S. 95.

⁵⁶ DUBISCHAR, Zweiteilung der Rechte (Fn. 10), S. 46.

⁵⁷ Arg. APEL, *Dialogus* (Fn. 44), S. 155-156 (SULP): „Caeterum ut haec omnia melius et exactius intelligerem, adiuvit me libellus Institutionum.“

⁵⁸ とくに強調するのは、Friedrich MERZBACHER, Johann Apels dialektische Methode der Rechtswissenschaft: Eine Station in der Entwicklung des juristischen Unterricht, in: ZRG (RA), Bd. 75 (1958), S. 373-374; ferner BALTHASAR, Apel (Fn. 33), S. 66.

⁵⁹ APEL, *Dialogus* (Fn. 44), Sign. I 5^r, p. 121 からはじまるいわゆる第1部。

⁶⁰ WIEACKER, Apels Dialogus (Fn. 35), S. 72.

⁶¹ Gerhard THEUERKAUF, Lex, speculum, compendium iuris: Rechtsaufzeichnung und Rechtsbewußtsein in Norddeutschland vom 8. bis zum 16. Jahrhundert, Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 6, Köln/Graz 1968, S. 197 が端的に指摘する。

(2) 後期普通法学Ⅰ：サヴィニー

サヴィニーの体系⁶²は伝統的に、「権利の体系」として特徴づけられています⁶³。サヴィニーによると⁶⁴、法状態を現実生活のなかで眺めるときに現れる、「個々の人格に帰属する力」すなわち「各人の意思が支配し、われわれの同意をもって支配する領域」が、「権利」です。個々の権利は法関係から抽象により特別に分離された側面であり、「法関係」を基礎とします。法関係は有機的本性を有し、個々の権利はその全体直観から導き出されるというわけです。このことを重視すると、サヴィニーの体系は「法関係の体系」と特徴づけられることになります⁶⁵。「法関係」は「法規則によって規定された人格と人格の関係」であり、その本質は「個人の意思の独立的支配の領域」と定められます。この考え方の基礎にあるのは、自由の共存を可能とするための法という観念です。サヴィニーによれば、人間という自由な存在者たちが「外界」にあるときにはたがいに接触が生じる場所、その共存を図るためには各人の存在と活動に自由な空間を与える「目にみえない境界」が必要である、「そうした境界を規定し、これによってこの自由な空間を決める規則」が、「法」であるとされるのです。この「自由な存在者たちの共同生活の必要条件」としての「権利」が侵害されるとき、防御のために権利自体に一連の変更が生じます。このことを捉え

たのが「訴権」という概念です⁶⁶。『体系』は第1巻冒頭において、この意味での「権利それ自体の体系」⁶⁷を描くことが課題であるとしています。

サヴィニーはなぜ物権と債権を峻別したのか。ここで問題としているのはもっぱらその基礎づけです。すでに指摘されているように⁶⁸、サヴィニーは法関係を意思支配の対象を区分することから出発しています⁶⁹。すなわち、意思支配の対象は、①「本人」と、本人の外にある「外界」に大別され、後者はさらに、②自由を持たない「自然」と、③自分と同じく自由な存在者である「他人」に分けられます。つまり、「単純な論理的考察において」、①本人、②自然、③他人の3つがありうることになるわけです。しかしながら、自分自身に対する意思支配(①)は対象から除外されます。なぜなら、このような力は、「すべての真の権利の基礎と前提」であり、「実定法による承認と限界づけは不要」であるところ、他のそれと同列におくことはできないからです。したがって、問題となるのは、「自然」(②)と「他人」(③)の2つです。「自然」については、「われわれによって」支配できるのは全体ではないところ、意思支配の対象は「物」すなわち「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」に限定されます。これに対して、「他人」については「そう簡単ではない」。「物」と同じようにみると奴隷がそうであるように、他人の自由と人格を破壊してしまうからです。そうすると、意思支配の対象は他人全体ではありえません。行為者の自由から切り離された「他人の個々の行為」に制限されます⁷⁰。このよう

⁶² 以下基礎とするのは、Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 5, Berlin 1840, 1841; DERS., Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1851.

⁶³ COING, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“ (Fn. 21), S. 256, 260. その意味につき、児玉寛「サヴィニーにおける古典的民法理論」法政研究50巻3・4号394-396, 429頁(1984年)。自然法的な義務の体系との対比を強調するものとして、筏津・前掲注(12)パラダイム転換267頁。

⁶⁴ SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 7-8, 332-335.

⁶⁵ Z. B. Joachim RÜCKERT, Savignys Dogmatik im „System“, in: Andreas HELDRICH u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, München 2007, S. 1263-1297, 1286, 1288. この視角からの徹底した解釈として、耳野健二「＜関係＞を基礎とする法秩序—サヴィニー法体系論における法関係の意義」Historia Juris 比較法史研究14号146-216頁(2006年)。

⁶⁶ SAVIGNY, System V (Fn. 62), S. 1-2.

⁶⁷ SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 3; vgl. auch DERS., System V (Fn. 62), S. 1.

⁶⁸ 代表的な文献では、Wolfgang WIEGAND, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, in: AcP, Bd. 190 (1990), S. 112-138, 114-116; 赤松秀岳「サヴィニーと物権債権峻別論」『19世紀ドイツ私法学の実像(熊本大学法学会叢書3)』291-327頁(成文堂、1995年)[初出、1991年]、体系全体との関係につき、BJÖRNE, Rechtssysteme (Fn. 14), S. 154-171; 筏津・前掲注(12)パラダイム転換183-217頁。

⁶⁹ SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 334-340, 367; DERS., Obligationenrecht I (Fn. 62), S. 305.

⁷⁰ 耳野・前掲注(65)関係212頁はこの点を捉えて、サヴィニーは所有権と債権の相違を「意思支配の対象の相違から導き出しているわけではない」、むしろ両者の違いは自由の「非対称性」(物)と「対称性」(他人)という「関係の性質の相違」に由

にして、「物」に対する権利である「物権」、そのもっとも純粹かつ完全な姿である「所有権」「物に関する人格の無制限かつ排他的な支配」と、他人の行為に対する権利である「債権」⁷¹という、2つの権利のカテゴリーが区別されるのです。両権利はともに存在者の自然的限界を超えて人格の力を外界に拡張するものであるところ、これらの関係の総体は「財産」、これに関する法制度の総体は「財産法」と称されます⁷²。

「ここで試みた法制度の構成は、各法制度のもっとも内的な本質に、すなわち各法制度と、各法制度が内在している人間それ自体の本質との有機的関連性に基づいている」⁷³。

こうして基礎づけられた区別は、他者の自由の観点から次のように対比されています⁷⁴。物権は債権とは異なり、「特定個人のみに対する有効性」ではなく、「万人に対する一般の有効性」を有し、「きわめて大きな拡張においてはたらくべきである」。このことから、物権は債権よりも「固く特定された性質」を有し、個人の意思のはたらく余地のない絶対法および *jus publicum* を多く含むのに対して、債権は「特別な柔軟性」を有するところ、

来しているという(いずれも強調原文)。

⁷¹ 原語は „Obligation“。なお、この用語は、「法関係」の意味で用いられる場合 (SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 303 Z. 11-12: Ein solches Verhältniß der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir *Obligation*) と、「権利」の意味で用いられる場合 (z. B. DERS., System I (Fn. 62), S. 303 Z. 22-24: Durch beide Arten der Rechte also, das Eigenthum wie die Obligationen, S. 374 Z. 4-11: So das Eigenthum ..., die Obligation ... Von dieser, der Natur jener Rechte völlig angemessenen Behandlung ...) の双方があるように思われる。いずれにせよ、„Obligation“ は、「債権」と「債務」の双方を含む (DERS., System I (Fn. 62), S. 377 Z. 6: Obligationen, also Forderungen und Schulden)。この用語の持つ意味を Obligationenrecht に基づき詳しく追跡するものとして、赤松秀岳「債権概念と債権法の意義—サヴィニーの債務法論」同法332号3097-3133頁 (2009年)。

⁷² 法・法規則・法制度・法関係・権利の相互関係については、児玉寛「サヴィニーの《法制度論》—理論と実践の架橋」村上淳一編『法律家の歴史的素養』29-56頁 (東京大学出版会、2003年) 参照。

⁷³ SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 386.

⁷⁴ 鋭利な分析・検討は、児玉・前掲注(63)古典的民法理論402-405頁。

絶対法に対比される媒介法が優位を占めるというのです⁷⁵。

サヴィニーは、「詳しく観察すると、むしろこの区別については、様々な民族の多様な実定法の規定に、広く自由な裁量の余地があることが明らかになる」というものの、しかし「厳格な」「完全に独立した」峻別、すなわち所有権はその取得を媒介し準備しうる債権を觀念せず、また、債権はその行為が目的としうる物権を觀念しない——サヴィニーの汲み取ったローマ法の立場——が、「かの権利の性質にとって完全に適切な取扱い」であるとしています⁷⁶。①ドマのように物権を債権に組み入れるのでは、先占および加工の場所がないし、他方、②フランス民法典・プロイセン一般ラント法のように債権を物権の取得手段とするのでは、委任がその一般的性質によれば他の目的にも向けられうることを捉えられないというわけです。これらはいずれも「誤り (Abirung)」であり、「不自然かつ一面的で、法関係の真正な認識の妨げとなる」と断じています。

このようなサヴィニーにおける法概念、権利のカテゴリー区分についてはカントの影響が指摘されており⁷⁷、経験的歴史的法学への応用ないし取込みという意味においてそのこと自体は認めることができるようにも思

⁷⁵ SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 373-374 Fn. f und S. 57-58; DERS., Obligationenrecht I (Fn. 62), S. 17. ただし、サヴィニーによれば、権利が、①万人に向けられているのか、②特定個人に向けられているのか、という性質は、「相対的にみて下位に秩序づけられ、法体系全体の基礎には適切でないものとみられなければならない」ものの1つである。この特性によると、物権と相続法(①)、親族関係と債権(②)がまとめられることになってしまうという。SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 386-387.

⁷⁶ SAVIGNY, System I (Fn. 62), S. 371-375 und S. 375 Fn. i.

⁷⁷ Hans KIEFNER, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, zuerst in: Jürgen BLÜHDORN/Joachim RITTER (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft: zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts 3, Frankfurt a.M. 1969, jetzt in: Hans KIEFNER, Ideal wird, was Natur war: Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und 19. Jahrhunderts, Bibliotheca eruditorum 21, Goldbach 1997, S. 59-81, 64-65, 66-67; 近時強調するものとして、筏津・前掲注(12)パラダイム転換209, 210頁。とくに物概念との関係では、Gerhart HUSSERL, Der Rechtsgegenstand: Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, Berlin 1933, S. 183 Fn. 370 a.E.; 曾田・前掲注(5)物(1)469頁、jüngst HKK/RÜFNER, §§ 90-103 (Fn. 5), Rn. 6, S. 311.

います⁷⁸が、サヴィニーの体系形成にカントの影響が実際上どの程度はたらいたのか、という点については局面ごとになお慎重な留保が必要であるとされています⁷⁹。

(3) 後期普通法学Ⅱ：ハッセ・ミュレンブルッフ・ヴェヒター

18世紀末の普通法学においては、中世ローマ法学に由来する、次のような *universitas rerum* 論が支配していました。それによれば、〔1〕 *universitas rerum* は *universitas iuris* と *universitas facti* に区別される、〔2〕 *universitas iuris* には *universitas facti* とは異なり、(a)《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》〔物上〕代位原理〔*Surrogationsprinzip*〕〕と、(b)包括的对物訴権 (*in rem actio universalis*) が適用されるといわれます。〔1〕の区別基準は、古くは権利の *universitas* と物の *universitas* の区別と解されていたのが、*ius* が客観的にも解されることによって、法上の *universitas* と事実上の *universitas* という意味がこれに混在して付与されていました。具体例として挙げられていたのは、*universitas iuris* につき相続財産、特有財産、(争いはあるが) 嫁資、*universitas facti* につき畜群、在庫商品、図書館などです。〔2〕(a)の原則によれば、*universitas iuris* に属する金銭により購入された物は *universitas iuris* に属し、この物は金銭と同一の法関係に服する一方、この *universitas* に属する物が売却された場合には同じように、取得された金銭がその物の代わりになるとされます。(b)は、無権原者が他人に属する *universitas iuris* を占有する場合、その他人は1つの包括的对物訴訟

⁷⁸ この文脈で批判的なものとして、z. B. RÜCKERT, *Idealismus* (Fn. 79), S. 364-372. この種の見解に理解を示しつつ、分析視角を体系の構成原理と体系の配列問題に限定するという戦略によって包括的に応接するものとして、筏津・前掲注(12)パラダイム転換26頁、184頁・244頁注6、201頁・251頁注65、203頁、205頁・253頁注73、204頁・251-251頁注69、208-209頁・253頁注83。

⁷⁹ Joachim RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* 58, Ebelsbach 1984; Dieter NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre: Ein Versuch, Ius Commune Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte* 66, Frankfurt a.M. 1994をはじめ、文献の所在とともに、vgl. AUER, *Subjektive Rechte* (Fn. 23), S. 629-631; 耳野健二『サヴィニーの法思考—ドイツ近代法学における体系の概念—』(未来社、1998年)参照。

によってすべての *universitas* をその占有者から請求できるというルールです。相続回復請求権をイメージすると解りやすいと思います。

このような *universitas rerum* 論は、ハッセとミュレンブルッフによって、徹底的に批判されることになりました⁸⁰。両者に共通する方法論は歴史法学派のそれ、すなわち「典拠批判 (*Quellenkritik*)」です⁸¹。

ハッセ⁸²がおもに批判したのは区別論〔1〕であり、その骨子は次のようにまとめることができます。「絶対的」な *universitas* 概念なるものは存在せず、ある客体が *universitas* であるかどうかは「文言」いかににかかわらず、「関係」にしたがって「相対的」に規定されるにすぎない⁸³。サヴィニーが「根本的かつ説得力のある方法」として受け容れた⁸⁴その論証過程を一部取り出してみましよう。

畜群は *universitas facti* の代表的なものです、ハッセによれば、畜群は *universitas* という文言の有無とは無関係に、かつ一定の関係においてのみ、*universitas* として規律されています⁸⁵。法源をみると、① *D. 6, 1, 1, 3; D. 6, 1,*

⁸⁰ 水津太郎「19世紀前期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について—支配的見解に対するハッセとミュレンブルッフの批判—」法政論究64号203-238頁(2005年)。

⁸¹ Vgl. Dieter STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz: Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht*, Bd. 73, Bielefeld 1972, S. 19; Arno WELLE, *In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii: Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen, Schriften zur Rechtsgeschichte*, H. 40, Berlin 1987, S. 71. この文脈における方法論批判として、Josef KOHLER, *Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI.: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit*, in: *ArchBürgR*, Bd. 22 (1903), S. 1-20, 5, この批判に応接するのは、Alfred WALLER, „Surrogeion.“: Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problem der Einheit und Identität, Bonn 1904, S. 7 und S. 9 Fn. 1.

⁸² Johann Christian HASSE, *Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession*, AcP, Bd. 5 (1822), S. 1-68.

⁸³ HASSE, *Ueber Universitas juris und rerum* (Fn. 82), insbes. S. 1-7, 55-60.

⁸⁴ SAVIGNY, *System I* (Fn. 62), S. 378-379 mit Fn. o und S. 384 Fn. d.

⁸⁵ HASSE, *Ueber Universitas juris und rerum* (Fn. 82), S. 8-10.

2-3 は所有物返還請求、②*D. 20, 1, 13 pr.* は質入れ、③*D. 30, 21; D. 30, 22; Inst. 2, 20, 18* は遺贈との関係で畜群を *universitas* とみなしていますが、*universitas* という文言は用いられていません。他方、④*D. 41, 3, 30, 2* は *universus grex* という表現を用いつつ、占有と使用取得との関係では畜群は *universitas* ではないと説いています。しかし、⑤用益権に関する *D. 7, 1, 70, 3* は畜群が *universitas* として用益権に服すると、畜群を維持する法的義務は *universitas* としての畜群と関連するとし、このことを簡潔かつ強調して表現するために *universitas* という文言も使用しているのです。では、*universitas iuris* はどうか。たとえば特有財産は、①特有財産訴権 (*D. 15, 1, 32, pr.*) との関係において *universitas* として規律されています (*D. 15, 1, 40* [*universitas* という文言はない])。しかし、「特有財産が絶対的な *universitas* であると結論しようとするのならばまったく確実に誤るであろう」。というのは、②権力保持者の権利・処分権との関係において特有財産は *singulae res* として扱われ、③畜群とは異なり所有物返還請求との関係の際にも *universitas* として規律されず (*D. 6, 1, 56*)、④*universitas* としての特有財産の使用取得なるものは考えられないからです。さらに、⑤承継 (*successio*) との関係でも特有財産は *universitas* ではありません。一見すべてのものが移転したようにみえる場合でも、それは個々の対象と関連しているからです (*D. 33, 8, 6 pr.; D. 6, 1, 56; D. 15, 1, 53; D. 15, 1, 16; Inst. 2, 7, 2*)。ただし、⑥分配訴権 (*tributoria actio*) との関係 (*D. 14, 4*)、⑦遺贈との関係 (*D. 33, 8, 57, 1-2; D. 33, 8, 6; D. 33, 8, 8 pr.*) にあつては、特有財産は疑いなく *universitas* とみられます。つまり、特有財産も畜群と同じように、相対的な *universitas* にすぎないというわけです⁸⁶。

ミューレンブルッフ⁸⁷はハッセよりもいっそう徹底的に、従来の *universitas rerum* 論を批判しました。「*universitas juris* と *universitas facti* …… の通常の区別は……《*universalia* において物は代価の地位を襲い代価は物

の地位を襲う》ルールとともに完全に放棄されなければならない」⁸⁸。ここでは原則論 ([2]) 批判のみを取り上げることにします。この論証は代位論者にとってはよく知られたものです⁸⁹。

ミューレンブルッフによれば、《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》([2] (a)) は従来争いなく肯定されるとみられていた、「相続人の請求 [相続回復請求権] との関係でさえ真実ではない」⁹⁰。というのは、①ユウエンティウス元老院議決をみると、この法諺がそのまま通用するのはごく一部に限られるからです。すなわち、相続人は相続財産中の物の売却代金も請求できますが、売却代金しか請求できなくなるのは特別な根拠がある場合に限られますし、他方、相続財産占有者が物を相続財産のために調達した場合には、相続人は相続財産中の金銭が用いられなくても代金償還によりこの物を請求する権利を有します (*D. 5, 3, 20, 6-6d; D. 5, 3, 20 pr.-1; D. 5, 3, 20, 12; D. 5, 3, 22; D. 5, 3, 25, 17*)。②*D. 5, 3, 22* にあるハドリアヌス帝の宣示は文面上この法諺の文言を一部含んでいますが、パウルスが同法文でこの宣示を引いたのは、同一物再購入事例における差額の返還義務を基礎づけるためであるところ、このようなコンテキストを顧慮すれば同宣示を一般化することは認められません。同じようにして、*universitas iuris* と包括的对物訴権を結合する ([2] (b)) のも「誤った基本見解」に基づきます⁹¹。というのは、①ハッセがいうように *D. 6, 1, 56* が存在するし、また、②根拠とされてきた *D. 5, 3, 20, 10* はこの一般的拡張を基礎づけるものではないからです。すなわち、同法文においてウルピアヌスが、ユウエンティウス元老院議決は軍営特有財産その他の *universitas* にも適用されると述べたのは、あくまで家子が軍営特有財産を遺言により処分した相手方は相続人とみなされ、特有財産は相続財産のように取り扱われる

⁸⁸ MÜHLENBRUCH, Ueber die s. g. juris und facti universitates (Fn. 87), S. 323.

⁸⁹ Vgl. z. B. Edger WINDMÜLLER, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Leipzig 1902, S. 5, 71, 近時のものでは、Hubert MENKEN, Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts, Münster 1991, S. 9-11.

⁹⁰ MÜHLENBRUCH, Ueber die s. g. juris und facti universitates (Fn. 87), S. 335-338.

⁹¹ MÜHLENBRUCH, Ueber die s. g. juris und facti universitates (Fn. 87), S. 338-344.

⁸⁶ HASSE, Ueber Universitas juris und rerum (Fn. 82), S. 11-16, 26-32.

⁸⁷ Christian Friedrich MÜHLENBRUCH, Ueber die s. g. juris und facti universitates, in: AcP, Bd. 17 (1834), S. 321-379. この論文と、キールルフの批判に応接した『パンデクテン法教科書』(第3版)の関係につき、水津・後掲注(92)中期212-213頁。

ことを証明するため、つまり、包括承継との関係で言及したにすぎません。

ハッセとミュールブルッフにならぶ *universitas rerum* 論批判の論客とみなされているのは、ヴェヒターです。なかでも、いわゆる分析論の基礎づけはひろく注目を集めました⁹²。いまではよく知られているように⁹³、ドイツ法では一般に分析論がとられていますが、その嚆矢となったのはヴェヒターの主張であるとみられます⁹⁴。具体的には次のとおりです⁹⁵。

まず第1に、*universitas rerum* 上の占有は認められません⁹⁶。①*universitas rerum* それ自体は観念上のものですし、②*D. 41, 3, 30, 2* が畜群上の占有をはっきりと否定しているからです。所有権についても、当時畜群に関して肯定説がありましたけれども、①占有につき所有の意思 (*animus habendi*) が個物にあるというのなら所有権についても同様なはずですし、②ローマ法上総体としての畜群の *Vindication* が許容されている (*vindicatio gregis*) のは、所有権を認めているのではなく、「実際上の必要と事柄の単純化」のためにすぎず (個物の所有権は無視されない [*D. 6, 1, 1, 3; D. 6, 1, 2; D. 6, 1, 3 pr.*])、③根拠に挙げられる *D. 18, 1, 35, 6* は「たんに対象の *Obligation*

⁹² 水津太郎「19世紀中期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について—キールルフの反論とヴェヒターの検討を中心として—」法研80巻12号205-236頁 (2007年)。

⁹³ 古積健三郎『『流動動産譲渡担保』に関する理論的考察(1)(2・完)』論叢133巻2号16-38頁、6号51-74頁 (1993年)、池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察(1)–(8・完)―日独諸制度の横断的比較―」北法45巻4号51-90頁、5号91-152頁、46巻1号77-146頁、4号115-181頁、5号145-213頁、6号83-138頁 (1994-1996年)、同「物概念の展開へのドイツ法学の影響とその限界―担保目的物を中心に」ゲルハルド・リース教授退官記念論文集『ドイツ法の継受と現代日本法』253-277頁 (日本評論社、2009年)。

⁹⁴ Vgl. WINDSCHEID, Pandektenrecht⁹ I (Fn. 99), § 137, S. 691 Fn. 5; DERNBURG, Pandekten⁷ I (Fn. 99), § 68, S. 157 Fn. 5; ferner JOHOW, TE-SachR, S. 61, in: SCHUBERT, Vorlagen, SachR I (Fn. 104), S. 185.

⁹⁵ Carl Georg WÄCHTER, Ueber Sachgesammtheiten (rerum universitates) überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht, in: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht, H. 1, Stuttgart 1845, S. 1-35. この論文と、死後出版された『パンデクテン』の関係については、水津・後掲注(98)後期(1)34-37頁。

⁹⁶ WÄCHTER, Ueber Sachgesammtheiten (Fn. 95), S. 17-20.

と売買の完全なる存在」につき述べるだけだからです。第2に、*universitas rerum* 上の「担保権」も否定されます⁹⁷。一見そのようにみえるとしても、担保権はあくまで個物ないし権利上に成立し、ただどの構成要素に及ぶかが異なるだけであるとみられます。(i)在庫商品の場合、担保権は加入物にも及びますが、離脱物には及びません。①*D. 20, 1, 34 pr.* のほか、現代でも通用する理由づけを提供します。すなわち、②「当事者の意思と当面の関係の性質」、つまり売却された商品に及ぶとすると「設定者は在庫商品の買主をみつけれないであろう」反面、倉庫に補充された商品に及ばないとすると、「生き生きとした取引が行われるときには」担保目的物がなくなってしまうというのです。(ii)畜群の際には付加物はもちろん (*D. 20, 1, 13 pr.*)、離脱物にも及びます。「担保権はたんに担保権行使時になお担保設定者のもとにある部分についてのみ実行可能であるべきである」という意思は推定されないからです。(iii)財産上の担保権の際にも、(ii)と同様の考慮が当てはまります。したがって、*universitas* 一般に共通する特性など、まったく問題とならないというわけです。

このようにして19世紀の末には、おおむね次のような見解が支配的なものとなりました⁹⁸。*universitas iuris* と *universitas facti* の区別それ自体を放棄するのは行き過ぎであり、*ius* を主観的意味で捉え、権利の *universitas* と物の *universitas* の区別と捉えるべきであるが、しかしハッセとミュールブルッフのいうように、かつて *universitas iuris* 固有の特質といわれてきたものは誤りであり、*universitas* はただ相対的に、すなわち個々の関係において法上の統一体を形成する、また、ヴェヒターのいうように、*universitas* は「物」ではなく、権利の単一の客体とはならないと解される⁹⁹。

⁹⁷ WÄCHTER, Ueber Sachgesammtheiten (Fn. 95), S. 20-25.

⁹⁸ 詳しくは、水津太郎「19世紀後期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について(1)(2・完)―現代ドイツにおける物上代位論の前史として―」法研81巻4号29-76頁、5号33-86頁 (2008年)。

⁹⁹ 議論状況につき、vgl. Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., bearb. v. Theodor KIPP, Frankfurt a.M. 1906, § 42, S. 178-182 insbes. mit Fn. 6, § 48a, S. 217-218, § 137, S. 689-694; Heinrich DERNBURG, Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1902, § 68, S. 157-158 insbes. mit Fn. 8 und 10, § 226, S. 530 Fn. 3. ちなみに、ヴィント

3 法典編纂

(1) ドイツ民法典

ドイツ民法典をパンデクテン体系にしたがって編纂することは、その起草¹⁰⁰の当初の段階から予定されていました。『準備委員会答申』によると、①「体系については、本質的に普通法の最近の理論、近時の民法典および草案の先例にしたがわなければならない」。作業は、(a)債権債務関係法、(b)物権法、(c)後見法および家族法の大部分、(d)夫婦財産法および相続法、(e)総則に分担されます。②フランス民法典はまぎれもない編纂者の技能をみせているが、「しかし、形式と内容ともに不均一であり、体系においても欠陥を含んでいる。しかも多くの点でドイツ法学の成果にも、たとえば不動産法にみられるように今日の取引の要求にも遅れを取っている」、とりわけドイツ帝国内の法の多様性を調整しなければならないが、同法はそれに適した基礎を提供できない¹⁰¹。その後、予決問題に関する本会議（第4回）において、パンデクテン体系の採用が正式に決定されました。ヴェーバーの提案が基本的に受容され、①総則、②各則に大きく区分し、②を、(a)物権法および占有法、(b)債権債務関係法、(c)家族法、(d)

シャイトは当初集合物一般が権利の客体となりうることを認めていたが、その後畜群のような「自然的総体」に限って権利客体となりうる、という立場に改説した。しかし、一般的な見解ではない。ヴェヒターに与して否定説を主張するデルンブルクは、ヴィントシャイトの類型論を評して、「内的根拠を有せず、法源もこうした妙な結論の受容れを強制していない」と断じている。ヨーホウが否定説を支配的なものとして受け容れたことは、後述のとおりである。

¹⁰⁰ 全体につき、平田公夫「ドイツ民法典編纂過程の諸特徴」岡法42巻4号1-26頁（1996年）、同「ドイツ民法典編纂史の諸相—とくに法典編纂の諸前提について—」岡法47巻1号13-48頁（1997年）、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』3-61頁（九州大学出版会、1999年）。

¹⁰¹ Gutachten der Vorkommission vom 15.4.1874, in: Werner SCHUBERT, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB -Einführung, Biographien, Materialien-, Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Berlin/New York 1978, S. 170-185; 平田公夫訳「準備委員会答申『ドイツ民法典起草計画・方法について』」岡法35巻2号201-217頁（1985年）。

相続法に細分する、という編別がとられることになったのです¹⁰²。

ドイツ民法典は「この法律において物（Sachen）とは、有体的対象（körperliche Gegenstände）のみを意味する」と定めています（§ 90 BGB）。所有権の対象も有体的対象に制限されます。財の集合については規定はなく、その観念は否定的に解されていました。問題は、〔1〕立場の基礎づけ、〔2〕規定の要否、〔3〕規定の位置に分けられますが、ここでは〔1〕〔2〕のみを取り上げます¹⁰³。〔1〕については、ヨーホウの『部分草案理由書』が詳細に展開し、〔2〕は、第1委員会議事録、そして『第2委員会議事録』で取り上げられています¹⁰⁴。これらをまとめて整理すると、次のとおりです¹⁰⁵。

¹⁰² Protokoll der vierten Sitzung vom 25.9.1874; SCHUBERT, Materialien, S. 214-217.

¹⁰³ 全体として、水津太郎「有体物規定に関する基礎的考察Ⅰ—ヨーホウ物権法部分草案1条をめぐって—」法研82巻12号211-274頁（2009年）、同「有体物規定に関する基礎的考察Ⅱ—ドイツ民法典90条の成立—」法研83巻1号67-134頁（2010年）。

¹⁰⁴ Reinhold JOHOW, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Berlin 1880, in: Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht I, Berlin/New York 1982, Einleitung und §§ 1, 14, 15, 85 TE-SachR; Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889), S. 3300-3301, 3344-3346, 3727-3729, in: Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Berlin/New York 1985, Allgemeiner Teil I, S. 426-427, 448-449, Sachenrecht I, S. 441-442; Protokolle der [2.] Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin 1899, S. 1, in: Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3: Sachenrecht, Berlin 1899, S. 486.

¹⁰⁵ 以下では、『第1草案理由書』を資料から積極的に排除している。本稿の問題につき同書の内容を精査すると、『部分草案理由書』とは異なり、サヴィニーの体系を基礎とせず、これとは異なる立場を提示する一方、サヴィニーの体系の影響が認められる部分をことごとく排除していることが明らかになる。なお、立場は変わらないが、財の集合に関して、ハッセ、ミューレンブルッフ、ヴェヒターの引用が排除されていることも指摘しておこう。そうすると、本稿の問題につき両書の連続性から出発して『第1草案理由書』を、「圧縮された形式」（WIEGAND, Numerus clausus

なぜ物概念を有体物に制限するのか ([1])、という点は、物権債権峻別の確立と不可分のものと捉えられます。物を「狭義」「本来の意味」「有体的物件」に制限し、「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」と定式化します。——この定式から明らかなように——理由づけとしてなによりもまず第1に引くのはサヴィニーの『体系』第1巻、意思支配の対象区分を起点とした基礎づけです。債権債務関係法との関係で、「物権法の独立的地位」を強調し、狭い物概念を厳格に保持して、①物権取得手段としての債権からの独立固有性と、②物権における人的側面の間接性を承認しなければならない。こうしてパンデクテン体系の採用はたんに「作業区分」を示すだけのものではなく、「内的な諸根拠」に基づくものであると宣言します。このことを基礎として、第2に、ひろく法典・草案・学説を渉猟し、「より狭い本来の物概念から出発する場合にのみ、単純かつ明確な物権法に到達できる」というのが、「今日ではドイツの学者の共通意見」であること、第3に、「物という表現を無体的な財産対象に適用することは、物権法規範の権利に対する類推適用に[われわれを]いざなうが、そうした規範は権利については適切でない」ことを指摘します。例外・限界事象、無体的対象も存するが、物権法規範を物権編に規定し、あとは物権編の外ないし内で特別なルールを設けるという方針をとり、物権法の独立性を堅持するのが相当である。すなわち、①債権譲渡・相続回復請求権などは他編に規定を置き、②地上権・有価証券・権利用益権・権利質権に

(Fn. 116), S. 633)、「きわめて簡潔な要約」(BECKER, Die „res“ bei Gaius (Fn. 17), S. 24)と規定するのは誤りである。このように内容が異なる以上、いずれを優先すべきかを問題とせざるをえないが、①『第1草案理由書』は起草委員の助手により作成されたもので、委員会の校閲と承認を経たものではなく、このように内容の異なる部分は助手個人の見解が示されていると推測されること、そして、②事後の議論・審議の過程において、この内容の異なる部分を格別顧慮した形跡がみあたらないことにかんがみれば、少なくとも本稿の問題については、『部分草案理由書』を優先させるのが相当である。論証につき、水津・前掲注(103)有体物規定II90-99, 102, 117頁を参照。なお、『部分草案理由書』がサヴィニーに依拠しながら組み立てた「物権法の独立的地位」という構想について、包括的・体系的な批判的考察を与えるものとして、Jens Thomas FÜLLER, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Jus Privatum 104, Tübingen 2006.

は例外規定を設け、③精神的所有権は絶対権ではあるが、有体上の所有権とは対象および内容を異にし特別法もあるところ、所有権概念に組み込みその規定を適用するのは適当でない、④物権は絶対権、人権は相対権という原則については例外もあるが、「例外はその本質には触れ、ただ内容を変えるのみ」である、⑤権利上の所有権は権利それ自体の帰属と同義であり、権利には所有権の諸原則は通常妥当しないからこうした概念構成には意味が乏しいとします。反対の構想としては様々なものを取り上げますが、フランス民法典については、「物権法を債権債務関係法と相続法から区分したかたちで与えていない」と断じます。第2編で *biens* に「権利」も含めており、この意味でプロイセン一般ラント法と同様であるし、また、*propriété* の際にはたいてい *chose* と語られているところ、*chose* は「本来の意味で」[有体物と]理解されているように推論できるかもしれないが、第3編をみれば「*biens* と *choses* の間にそうした区別が想定されていたというのは困難」だからです。

有体的対象への制限から、① *Sachgesamtheit* (集合物)、「集合名詞により名づけられた有体的には結合されない複数の物の総体」の対象性も否定されます。反対説・立法があるとしつつも、ヴェヒターなどを引いて、近時の研究によってこの立場は維持できないことが明らかにされた、集合物の特質といわれるものはきちんとみれば意思解釈の補助手段であるのに、集合名詞の使用に引きずられて不当に一般化されてしまったといい、占有・引渡し・所有権・所有物返還請求・用益権・担保権のいずれの際にも個物が問題となると結論します。② *Rechtsgesamtheit* (集合権利)、*Vermögen* (財産) ももちろん所有権対象とはなりません。そして、かつては *Sachgesamtheit* と異なり代位および包括的对物訴訟が妥当するといわれたが、ミューレンブルッフ、ハッセおよびヴェヒターによって、この区別と原則が不当であることについては意見が一致しているということです。

けれども、物概念の定義規定を設けるべきか ([2])、という点は問題となります。不要なようにも思われますが、次の点を考慮するとそうした考え方は適当でないとします。①法文上「有体的」という形容詞を何度も付加しなければならないのは煩雑であること、② „*Sache*“ (物) と „*Gegenstand*“ (物と権利) の区別が定着していること、③物概念の2義的な解釈を防止すること、④権利上の所有権および精神的所有権を否定し、

かつ、⑤集合物・財産総体概念を否定することを明確化することです。もちろん、例外もありますが、⑥単純な言語用法の利益のためには小さな不正確は甘受すべきと切り返します。これに対して、物権法規範は法律上権利にも適用されうる、という旨の例外則をあえて設ける必要はありません。

(2) 日本民法

現行民法は旧民法の編成を組み換え、パンデクテン体系に改組しました¹⁰⁶。『法典調査規程理由書』によると、①民法典編纂法には羅馬式（インスティトゥーティオーネン体系）と独逸式（パンデクテン体系）があるが、前者は後者が現れるに及んで「廃れ」ている。羅馬式はガーイウスが人事法・物件法・訴訟法に3分したことにはじまるけれども、まず訴訟法が分離され、のちに「社会の進歩」とともに物件法の範囲が「広濶に失して實際上不便」になるに及び、物権取得編あるいは義務法相続法がそこから分割し独立の1編を構成するに至ったところ、近世ではインスティトゥーティオーネン体系ではなくパンデクテン体系が採られている。②旧民法の編別は「只便宜上各編個々の標準」に拠るにすぎず、「権利の区別」「権利行為の種類」といった「一定の論理的彙類法」に基づくものではない、財産権を「物権人権」に分けるがこの2大区別を「財産法分類の基礎」としておらず、財産編と財産編の一部である取得編を並立せしめ「独立の債権編」を設けていないとされます¹⁰⁷。このようにしてパンデクテン体系の採用は、総会（第2回）において正式に決定されました。

現行民法は「この法律において『物』とは、有体物をいう」と規定しています（85条）。これはすでにみたように旧民法の構成を退けたものです。ドイツ民法典の際と同じように、〔1〕立場の基礎づけ、〔2〕規定の要否の問題のみを考察し、〔3〕規定の位置の問題¹⁰⁸には立ち入りません。〔1〕〔2〕

については、乙号主査会（第2回）の際に説明・議論がなされ、甲号審議の際には主査会（第20回）では「理由」で〔1〕を確認、理由づけを補強し、審議ではもっぱら〔2〕が争われ、総会（第13回）でも〔2〕のみが議論されました¹⁰⁹。これらは次のようにまとめることができます。

まず、なぜ物を有体物に制限するのか（〔1〕）。この点については、①既成法典は物を「頗ぶる広い意味」で捉え、有体物のみならず無体物「権利行為」を含めているため、「名状すべからざる混雑」「甚だしい抵触」「往往穏当ならざる点」「頗る奇異なる結果」「誤謬」が生じていると厳しく論難します。「財産権」は「物権」か「人権」であるとする（旧財1条）一方、「物」には「権利」も含まれる〔旧財6条〕とすれば、「物権の物権」や「人権の物権」という「物」があることになる。「債権の所有権」も認められる（旧財取24、68）とするのは、「実に物権の何物たるを知ること能はざらしむ」。財産権は物権人権の2つであるという「大区別に反する」「撞着する」というわけです。ただし、「不動産を目的とする権利又は動産を目的とする権利」が不動産または動産として取り扱われる場合（遺贈・差押え）など、無体物も有体物と同じように規律される場合があるところ、「物と云ふ字は有体物に限ると云ふことを原則として便宜上特別の規定を以て物に関する規定を是等の無体物に適用すると云ふ」ことにすればよいとします。また、②有体物に限るとしたほうが「普通の感念」「近來の歐羅巴の立法」に適うとし、ドイツ民法典の草案を例として挙げています。

財の集合を一物とみることもはっきりと否定しています。④「集合物」「増減し得べき多少類似なる物」については、「行為の性質、当事者の意思等」によって物がまとめられた際に特殊の権利が付与されるにすぎず、便宜上1個の総括名称を付するのはもとより妨げないが、「之を特殊の一物

平野裕之＝西原慎治編『民法（債権法）改正の論理（別冊タートンスマン）』552-553頁（新青出版、2010年）。

¹⁰⁹ 法典調査会「民法主査会議事速記録」法務大臣官房司法法制調査部監『日本近代立法資料叢書13』35-39、590-593、594-601頁（商事法務研究会、1988年）、法典調査会「民法総会速記録」法務大臣官房司法法制調査部監『日本近代立法資料叢書12』467-474頁（商事法務研究会、1988年）。なお、旧民法に関しては、田中清『『物』について』名法186号53-74頁（2001年）参照。

¹⁰⁶ 全体として、松尾弘「民法典の基本制度設計—法典調査会の最初期の活動から」ジュリ1333号72-80頁（2007年）。

¹⁰⁷ 広中俊雄編著『日本民法典資料集成第1巻第1部民法典編纂の新方針』654-663頁（信山社、2005年）、福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』113-115頁（民法成立過程研究会、1965年）。

¹⁰⁸ この問題につき、水津太郎「民法総則の意義—総則思考の構造—」池田真朗＝

とみるは誤れり」とし、また、②「包括財産」も「物の種別として茲に之を掲くは其当を得ず」、(a)性質をいえば「権利と義務との集合体」であり、「場合に因り法律上之を一体物の如く視ることなきに非ず」といえども、これは「其関係法文の規定より生ずる結果に過ぎず」、(b)とくに物とは有体物のみをいうのだから包括財産をもって物とできないことは「言を待たざるなり」というのです。

物の定義規定を設ける理由（〔2〕）については、次の点が挙げられています。①無体物を含まないことを規定し、すでにみたような誤りを避けること、②各条に「有体」という形容詞を冠する「煩を省」くこと、③物のような「普通の用語」で「既成法典に於けると大に異なりたる意義」を有すること、④「教科書臭い」が、物を広く解するものが出てくる心配がある、「体裁の悪いのは万一にも起こる云うことの実際の害に較ぶれば小さい」ことです。これに対して、無体物である権利を物と同視する必要がある場合には関係条文の規定により自明ならしめることができるから、とくに規定は「要せざるなり」とします。なお、規定の仕方について、①「本法に於て」、②「のみ」の要否がはげしく議論されました。①が維持されたのは、(a)民法は民法のことしか決められない、しかし「民事の根本法」で定めれば特別法上も同じ意味で解されるから心配はない、(b)「本法に於て」をとると純然たる教科書のようになる、(c)「本法に於て」があると既成法典の修正であるようにみえるからです。②が削除された経緯は次のとおりです。無体物を物とみる場合もあるから「のみ」という強い書き方には語弊があるというのに対し、起草者側は、物はいくまで有体物、「どんな場合でも其の主義は何処迄も貫徹する積り」、しかしながら特別な場合には無体物である権利をあたかも不動産または動産とみて取り扱うだけで、「決して法律が物とすると云う精神ではない」と反論しましたが、「のみ」というと「如何にも言はなくても宜いのと言ふたと云ふやうに見えます」から削除したほうがいいなどといわれたところ、「のみ」の有無は「吾々共は少しも重きを置かぬことであります夫故にどちらになつても宜しい」としました。こうして採決の結果、「のみ」が削除されることになったわけです。

Ⅳ 有体物概念・権利の体系・物権債権峻別

1 アーペル・サヴィニー

本稿の問題は、物権債権峻別を扇の要として描かれる、狭い物概念、権利の体系という構成ないし原理はいったいいかなる関係にたっているのか、というものでした。より具体的には、〔1〕権利の体系は必然的に狭い物概念を導き、物権債権峻別に到達するのか、反対に、〔2〕物概念を制限することと、物権と債権を区別することの間にはなにか繋がりがあるのか。その背後には、この問題を追跡することによって、パンデクテン体系がもつ典型的な特質の一端が示されるのではないか、という関心があります。これまでの考察を踏まえて分析・検討をくわえると、次のようになります。

アーペルの構想は、おもに——*mos Italicus* との対抗という文脈のもと——法学教育の目的から出発し、弁証法的論理を駆使して、簡潔明瞭な体系を描き出そうとしたものでした。すなわち、*dominium* と *obligatio* の2分体系は次のように根拠づけられています。①有体物と無体物を区分しない体系は「あいまい」であるがゆえに、*res* を *dominium* (有体物上の所有権) に再編し、こうして体系の1翼が定位されます。そうすると、②他の1翼は *actio* ではなく *obligatio* であるといわなければならない。*rei vindicatio* と *actio personalis* は各々 *dominium* と *obligatio* から流れ出るものである以上、*actio* を *dominium* と並置するのは「作用因」と「作用」の混同であり、*res* と同じく「また不正確」だからです。これに対して、③*persona* は、*dominium* と *obligatio* に関する「状況」、つまり原因・場所・時などのような法律要件のメルクマールの1つにとどまります。従来体系の冒頭に配されていたのは、その重要性にかんがみれば冒頭配置が「便宜」であったからにすぎません。アーペルによれば、こうした弁証法的論理にかなう簡潔明瞭な体系が、法学教育に合するのみならず、正当な私法体系であるということになります。つまり、この構想では、物を有体物に制限することと、訴権ではなく権利の体系を志向することは、教育的配慮・弁証法的論理・簡潔明瞭性によって支えられています。そこでは、〔1〕権利の概念・その背後にある理念から物を有体物に制限するという思考・論理はなく、また、〔2〕物を有体物に制限することと、*dominium* と *obligatio* を対置することの間にはさきに挙げた3要素によるつながりが認められるだけで、内的な連関を

みいだすことは困難です。

これに対して、サヴィニーの構想は次のようなものでした。自由の共存を可能にするために各人の自由領域を画する規則が「法」であるとし、「権利」をこの「自由な存在者たちの共同生活の必要条件」とみて、「個々の人格に帰属する力」すなわち「各人の意思が支配し、われわれの同意をもって支配する領域」と規定し、権利と権利侵害の際の「訴権」、この意味での「権利それ自体の体系」を描くことを課題とします。個々の権利は「法関係」「法規則によって規定された人格と人格の関係」を基礎とし、その本質は「個人の意思の独立的支配の領域」にあります。意思支配の対象は、「単純な論理的考察において」、①本人、②自然、③他人の3つに区分されますが、①は、全権利の基礎であり実定法の承認を必要としないため、「権利」としては構成されません。②については自然全体の支配はできず、その対象は「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」である「物」に限定されます。他方、③は、「他人」も自由な存在者である以上、「物」と同じようには支配することはできず、その対象は「他人の個々の行為」に限定されます。こうして、有体物に対する権利である「物権」と、他人の行為に対する権利である「債権」が区別されるというわけです。

物権と債権の区別の基礎づけ、という視点から分析すると、両者に共通するのは「論理的」という要素ぐらいしかありません。サヴィニーはさきにみたとおりの自分の区分を「論理的」と呼んでいます。しかし「形式的なわけでも、たんに論理的なわけでもなく、もとより形式論理的なわけでもない」¹¹⁰。それは、自由の共存を可能にするための法の基本問題とかわっています。自分を対象とする意思の力が権利と構成されないのは「外界」、つまり他の自由な存在者たちとの接触が生じないところ、法以前のものと捉えられるからであるとみられます。外界に対する意思支配の対象が「自然」と「他人」に区別されるのは、自由を持たないものか、自分と同じく自由な存在者であるかに由来します。後者が他人全体ではなく、他人の「行為」に限定されるのは他人もまた自由な存在者だからです。「人格—物の関係と、人格—人格の関係とが本来異質なものであり、だからこそ、前者の関係の性質を後者に全面的に適用することはできない、という

¹¹⁰ RÜCKERT, Savignys Dogmatik (Fn. 65), S. 1287.

論理が示されている」¹¹¹。前者が「[有体]物」に限定されるのは、「われわれによって」支配できるのは自然全体ではないことに基づきます。簡潔な説明ですが、これは次のことをいおうとしたものと読むことができます。すなわち、自由な存在者たちの共存のためには、一人ひとりが自然全体を支配することはできない、その範囲は「空間的に限界づけられた」部分に限られる、と。つまり、本稿なりにまとめ直しますと、各個人の自由を基礎とした——自律的な——意思支配の対象区分、という論理によって支えられているということが出来ます。このようにして、[1] 意思支配・意思力のはたらく対象・仕方から物が有体物に制限されるとともに、[2] 物を有体物に制限することと、物権と債権を区別することの間に確固とした内的な連関がみだされることになります。

ここにおいて問題となるのは、「物」から「権利」を除くことの根拠です。本稿の考察の範囲からでも、「無体物」としておもに想定されていたのは「権利」であり、これを「物」に含めるかどうか大きな問題となっていたことが解ります。端的にいうなら、「物」を有体物に制限するか、という問いは「物」から無体物＝権利を除外するか、という問いとほぼ等しいものだったのです。しかし、サヴィニーはこの問題を、みてきたテキストのなかでは直接には取り上げていません¹¹²。サヴィニーにとって、「物」に「権利」が含まれないことは自明なことだったと考えられます。意思支配の意思支配、意思力の意思力なるものは——「他人」は「物」のように支配できないとしたことと同様に——さきにみた“論理”からは観念できないはずだからです。このことは、サヴィニーが権利意思説から出発したうえで、さらにそこにおける意思概念を自律的なものと捉えていたこと¹¹³を確認しています。なぜなら、客観的に規定された自然法的実

¹¹¹ 耳野・前掲注(65)関係212頁。

¹¹² Vgl. auch WINDSCHEID, Pandektenrecht⁹ I (Fn. 98), § 48a, S. 217 Fn. 1 und § 137, S. 689-691. ローマ法において無体物が有体物と同じように取り扱われるかが問題となったものとして、権利と集合物が挙げられるとするが、権利の上の権利の可否をめぐる議論状況の紹介に際して、サヴィニーの名は挙げられていない。

¹¹³ 筏津・前掲注(12)パラダイム転換5頁。もともと、筏津にあって他律的意思と自律的意思の対置は、おもに契約理論の再編の基礎づけとの関連で定立されている。

質的な価値倫理を前提とする、その意味での他律的な意思が基礎におかれていたなら、意思と権利を結合したとしても、そうした権利の上の権利を認めることもありうる選択肢であったはずだからです。以上の分析は、物から権利が論理上当然に除外されるかどうかは、権利概念の理解、体系の基本原理にかからしめられることを示しています。たとえば、権利を「法により保護された利益」と捉えれば、権利の排除は必然的なものではなく、物に権利を含める立場も成り立ちうることになります。これと同じことは、訴権や義務に定礎した体系を組み立てる場合にも当てはまるでしょう。事実そうであったことは、すでにみてきたとおりです。

この限りにおいて、サヴィニーの基礎づけは“哲学的・原理的”ともいえます。そうであるがゆえに、実定法の裁量の余地を認めながらも、「厳格な」「完全に独立した」峻別が適切であるとしているのです¹¹⁴。両者の関係をあいまいにする構想は「誤り」であり、「不自然かつ一面的で、法関係の真正な認識の妨げとなる」と断じています。これに対して、アーペルの構想は、教育的配慮・簡潔明瞭性を顧慮する、という意味において“实际的・機能的”なものであり、厳格な峻別の基礎を提供するものではありません¹¹⁵。このような捉え方は、物権・抽象的所有権概念の生成史というコンテキストをよりよく説明することになるでしょう。すなわち、——ドイツにおいて人文主義法学はローマ法の継受と同時期に生じたために力を持ちえなかった、という事情はあるとしても——18世紀の終わりごろまで物権の本質的メルクマールがなにかについては混乱したイメージが支配し、19世紀に入っても債権概念との関係も含めて争われ続け、現在の物権法の基礎にあるようなコンセプトは、そのなかでしだいにようやく固まってきたものとみられています。ヘルシャフト的所有権観念を基礎とする分割所有権論が克服され、抽象的所有権概念が確立したのも19世紀のことです。そして、ヴィーガンツによれば、この「すべての展開の出発点と基礎」¹¹⁶を提供したのが、すでにみたサヴィニーの構想であったと位置づけられます。ヨーハウがサヴィニーを引き合いに出して、債務法と独立対置された物権法を構築したことはすでにみてきたとおりです。もっとも、サヴィニーは厳格な峻別がローマ法に合致し、法関係の有機的本性、「各法制度のもっとも内的な本質に、すなわち各法制度と、各法制度が内在している人間それ自体の本質との有機的関連性に基づいている」と述べており、単純な性格規定を許していません¹¹⁷。

これに対して、本稿は、筏津の着想は物概念論との関係でも重要な意味を持つことを示すものである。

¹¹⁴ 赤松・前掲注(67)サヴィニー291-327頁は、サヴィニーの方法全体を含めた詳細な分析・検討の結果、基本的にサヴィニーの峻別論は柔軟な、厳格性を修正しうるものであったと捉えているが、他方で、慎重ながらも、「全体としてみれば、本節で述べたところとは逆に、サヴィニー自身は、両者の峻別を徹底すべきものと解していたといえようか」(319頁)ともいい、物権変動の際に分離主義をとり、無因性を認めたとされるのも、この文脈で理解すべき点であろうとする。ドイツでは、サヴィニーの際には徹底した峻別がとられているとみるのが一般的な解釈である。物権法の側からは、WIEGAND, Die Entwicklung des Sachenrechts (Fn. 68), S. 115-116, この意味において、DERS., Sachenrechtsmodernisierung, in: Lutz ADERHOLZ u. a. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann, Köln 2008, S. 731-744, 732 は、「サヴィニーの体系性のよく知られた特質」「公理に基づく演繹的な、まさしく真正な体系」を指摘する。債務法の側からは、Ralf MICHAELS, Vor § 241, Mathias SCHMOECKEL/Joachim RÜCKERT/Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II-1, Tübingen 2003, Rn. 34, S. 38.

¹¹⁵ Vgl. BALTHASAR, Apel (Fn. 51), S. 66-67. この文脈では、いわゆる *titulus-modus* 理論の創始者もまた、アーペルであるとされていることが注目される。同理論はのちの近世法を支配した有因論であり、サヴィニーが対峙し、克服の対象としたものである(前掲注(114)も参照)。つまり、アーペルは物権債権を峻別する一方、*titulus-modus* 理論を提唱するという限りでは、両者の合目的的関連性を認めていた。水津・前掲注(45)アーペル426-427頁、SUIZU, Unterscheidung (Fn. 16), S. 39-41.

¹¹⁶ Wolfgang WIEGAND, Numerus clausus der dinglichen Rechte: Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilistischen Dogmas, in: Festschrift Kroeschell, Frankfurt/New York 1987, S. 623-643, 631, vgl. auch S. 633. 以上の文脈についてはおびただしい研究があるが、ヴィーガンツのものとして、DERS., Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: Der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Helmut COING/Walter WILHELM (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 3, Frankfurt 1976, S. 118-155; DERS., Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert, in: ZNR 1981, S. 1-15.

¹¹⁷ 水津・前掲注(45)アーペル424-425頁、SUIZU, Unterscheidung (Fn. 16), S. 38-39 で

こうしたアーペルとサヴィニーの基礎づけの相違は、峻別論という角度から、体系観の史的変遷——人文主義的な「体系」と歴史法学派の「体系」の相違に関する代表的な見解を補強するように思います。シュレーダーによれば、人文主義法学の方法は現実には、法素材の叙述、現代風にいえばいわゆる外的体系を志向したもので、もちろん法学教育を目的とするけれども、——アーペルにおいても確認できたように——それだけではなく、大量の法素材を見通しよく、かつ自由に使えるようにするものでした¹¹⁸。カントによる認識論のコペルニクスの転回——われわれの認識が対象にしたがうのではなく、対象がわれわれの認識にしたがわなければならない——によってはじめて、対象とは区別された学問による内的体系、独立した認識の総体という観念が生まれ、学問の体系はそれ自体内的な構造を有すると捉えられるようになる。このことは法学において、「体系」は内的な構造の意味において理解されるという意味をもち、カンティアナーはこれを抽象的に与えられた法学の体系と捉えていたが、歴史法学派はそこから移行し、法そのものが体系として、すなわち内的に秩序づけられた総体というかたちで現れる、したがって学問によって写し取られるべき法の

は、アーペルの特徴づけとの対比において、サヴィニーの一面をあまりにも強調しすぎたきらいがある。その背後には、権利のカテゴリー区分、(自然法的体系とは異なり)物概念から無体物＝権利を除くロジックを明らかにするという問題設定があったわけだが、単純な性格規定を、しかも内実を十分明らかにしないままに与えたことには問題があったと考えている。「哲学的」という言葉の多義性がもたらす問題については、NÖRR, Savignys philosophische Lehrjahre (Fn. 79), S. 138-143, 306-319の分析、さらにこれを引きつつ緻密な検討をおこなう、Alfons BÜRGE, Der Streit zwischen „philosophischer“ und „historischer“ Rechtsschule aus französischer Sicht, in: Reihard BLÄNKNER/Gerhard GÖHLER/Norbert WASZEK (Hrsg.), Eduard Gans (1797-1839): Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz, Deutsch-Französische Kulturbibliothek 15, Leipzig 2002, S. 313-337, 314-315を参照。

¹¹⁸ Jan SCHRÖDER, Die ersten juristischen „Systematiker“: Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechtswissenschaft im 16. Jahrhundert, zuerst in: Maximiliane KRIECHBAUM (Hrsg.), Festschrift für Sten Gagnér zum 3. März 1996, Ebelsbach 1996, jetzt in: Thomas FINKENAUER/Claes PETERSON/Michael STOLLEIS (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Neuzeit, Geschichte, Theorie, Methode: Ausgewählte Aufsätze, 1976-2009, Tübingen 2010, S. 1-34, 32.

体系という意味で解した¹¹⁹、とされています¹²⁰。サヴィニーの峻別論は、その基礎づけをみる限り、こうした意味での内的体系を志向していたのは明らかです。これに対して、アーペルの関心は、教育的配慮・弁証法的論理・簡潔明瞭性になかった法素材の叙述、外的体系に向けられていたようにみられます。大量かつ複雑な法素材を見通しよく叙述する、この意味において法体系の透明度を高める、という構想は現代でもみられるところで、す。本稿がただちに思い浮かべるのは、〈クリスタライズド民法〉シリーズのコンセプト¹²¹です。「目標」は細かな学説や判例の状況にとらわれて「法の全体像」を見失わないよう、「民法典に規定されている様々の法制度を、そのエッセンスに即して、簡潔かつ鮮明に、かつ可能な限り高い学問的水準において示すこと」、「民法全体を鳥瞰しうる分量の範囲内で民法の全体像を示すこと」にあり、この意味で「結晶化」という言葉を冠したとされています。ここには、体系的叙述の必要性和重要性がはっきりと示されているといえるでしょう¹²²。

¹¹⁹ Jan SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850), München 2001, insbes. S. 245-246; ferner DERS., Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Ius Commune Sonderhefte, Texte und Monographien 11, Frankfurt a.M. 1979, insbes. S. 130-131. すでに、石部雅亮「歴史研究と体系形成」村上淳一編『法律家の歴史的素養』67-68頁(東京大学出版会、2003年)。

¹²⁰ ヘックにはじまり、ラーレンツとカナリスによって展開された現代における外的体系と内的体系の区別論については、Franz BYDLINSKI, Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht, in: Andreas HELDRICH u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, München 2007, S. 1017-1040 および S. 1018 Fn. 4 に挙げられた文献を参照。

¹²¹ 加藤雅信『クリスタライズド民法事務管理・不当利得』251頁(三省堂、1999年)。名宛人としては、学生のみならず、実務家・研究者も想定されており、法学教育だけのためにこのような構想が採用されているわけではないことを付言しておく。なお、加藤の峻別論については、加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリ1229号(2002年)、同『新民法体系Ⅱ物権法〔第2版〕』19-32頁(有斐閣、2005年)。

¹²² 外的体系の独自の意義、その体系化の基準、内的体系との関係についてはいまだ議論が十分に詰められていない。この問いにつきまず第一に参照されるべきは、

以上の考察は、最初に述べたパンデクテン体系の一般的な性格規定の問題性を明らかにします。シュヴァルツはパンデクテン体系をローマ法と自然法の混合物であるとし、物権法と債務法の区分はローマ法に由来するとみています¹²³が、そこでは少なくともいわゆる外的体系は *res* を中核として組み立てられており、両者の峻別はみられません。サヴィニーが峻別の際にローマ法を引き合いに出したのは、内的な構造に着目したものとみることができます。いまでも物権と債権の区別はローマ法に由来すると説かれることがあります¹²⁴が、同じことでしょう。ビエルネが説く、法学教育のための外的体系というテーゼは、アーペルにはよく当てはまりますが、サヴィニーには通用しません。サヴィニーは物権と債権の区別の際に、教育目的をまったく考慮していないからです。サヴィニーの峻別論はなによりも内的体系として展開されたものであり、これを写し取ったものが外的な峻別であるとみることができます¹²⁵。この意味において、「パンデクテン体系は教授配列であった」¹²⁶という一点を強調するのは誤解を招きやすいように思います。

2 ハッセ・ミュールブルッフ・ヴェヒター

さて、このように物概念を有体物に制限したとしても、財の集合に重要な意義が認められるのならば、これを体系上適切な位置におくべきようにも思われます。しかし、ハッセ、ミュールブルッフ、ヴェヒターは財の集合、すなわち *universitas rerum* という抽象概念が持つ意義をいちじるし

く減殺しました。

批判の内容を簡単にまとめると、次のとおりです。①絶対的な *universitas rerum* というものは存在しない。相対的な *universitas rerum*, すなわち一つの法関係ごとに統一体取扱いが決められるにすぎない。② *universitas iuris* と *universitas facti* の区別は維持できない。いずれも相対的な *universitas* というに変わりがなく、*universitas iuris* と代位と包括的对物訴権の承認を結びつけるのは適切でない。③ *universitas rerum* 上の権利なるものは存しない。あくまで個々の権利、個物上の権利があるにすぎず、一体的規律は法ないし当事者意思により、かつそれが認める限りで承認される。このような批判は、*universitas iuris* と *universitas facti* の区別そのものを否定する、という部分を除いて基本的に受け容れられることになりました。

より解りやすくするために、現代の *universitas rerum* とその通説的理解¹²⁷を用いて説明し直しましょう。*universitas rerum* は権利を含む総体（集合権利〔*Rechtsgesamtheit*〕）か、有体物の総体（集合物〔*Sachgesamtheit*〕）かによって、*universitas iuris* と *universitas facti* に分けられますが、前者は一般にはより限定的に、特別財産を指すものとされています¹²⁸。例としては、相続財産、（財産共同制における）共有財産、特有財産および留保財産、（両親の管理に服する）子の財産、組合財産、倒産財団などがあります（ドイツでは信託の一般法がないために、信託財産が特別財産であるかどうかは争われる）。他方、後者には在庫商品、属具、図書館などが属します。まず、①これらのすべてが、つねにひとしく、あらゆる法関係のなかで統一体として取り扱われるわけではありません。たとえば、責任や管

かの *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer Rechtswissenschaft, Wien u.a. 1996 の著者の手になる、BYDLINSKI, *Zum Verhältnis von äußerem und innerem System* (Fn. 120), S. 1017-1040.

¹²³ SCHWARZ, *Pandektensystem* (Fn. 14), S. 17-18.

¹²⁴ たとえば、Hans Hermann SEILER, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2000, Einl. zum SachR, in: Elke HERRMANN (Hrsg.), *Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht: ausgewählte Schriften*, Köln u.a. 2004, S. 229-295, 237.

¹²⁵ この文脈ではとりわけ、耳野・前掲注(65)関係206, 211-231頁参照。内的体系としてのパンデクテン体系につき、外的体系とのかかわりにおいて包括的に考察するのは、BYDLINSKI, *System und Prinzipien* (Fn. 122), S. 115-413.

¹²⁶ BJÖRNE, *Rechtssysteme* (Fn. 14), S. 279.

¹²⁷ Vgl. Karl LARENZ/Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004, S. 357-359, 386-392; Soergel *Bürgerliches Gesetzbuch*, begründet von Hans Theodor SOERGEL, 13. Aufl., Bd. 1, Stuttgart u.a. 2000, Vor § 90 [Jochen MARLY], Rn. 6-12, S. 530-531; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Bd. 1, München 2006, § 90 [Georg HOLCH], Rn. 42-48, S. 1129-1130.

¹²⁸ Dernburg, *Pandekten*⁷ I (Fn. 98), § 68, S. 157; ferner Ludwig ENNECCERUS/Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Halbbd. 1, 15. Aufl., Tübingen 1959, S. 847 Fn. 6.

理の側面で、あるいは担保との関係で、かつ各々多様なあり方で、一体的規律がなされるにとどまります。②前者と後者とで区別し、前者にはつねに包括請求と物上代位が認められるというのは乱暴です。包括請求が認められるのは相続回復請求権に限られますし、しかもそれですら強制執行のために訴訟のなかで個々の遺産対象を記載しなければなりません。また、物上代位はしばしば——古典的な学説と同じように——特別財産の一般的性質であるかのように説かれますが、そもそも物上代位は一般原則ではなく、したがって前者の際にもいつも同じように認められるわけではありません¹²⁹。他方で、後者についても属具の際には物上代位の明文規定があります。しかしながら、在庫商品の譲渡担保の際には物上代位は認められず、合意による延長という構成がとられています。③前者も後者も、——義務負担行為の対象となりうるのは別として——原則として単一の権利客体ではありません。前者はもちろんですが、例外として共同相続人は自己の持ち分全体を処分することが認められているなどといわれます。後者についても個物が問題となります。所有権・占有はもちろん、担保権についてもそうであり、例外として用益賃貸借信用法の制定によってこの限りで農業属具に一括して質権を設定できるようになったといわれたり、さきにみた在庫商品の譲渡担保の際にいわゆる特定性の問題が緩和されるなどと説かれるにとどまります。要するに、*universitas rerum* といっても絶対的なもの、1つの「物」であるわけではなく、むしろ個々の権利、個物の上に権利・占有が存し、統一的取扱いについては *universitas iuris* であろうと、*universitas facti* であろうと、より具体的な一つひとつの総体につき、かつ個別の関係において、その有無・方法が吟味されている、ということ。このことは、ハッセ、ミューレンブルッフ、ヴェヒターの主張が現在でも支配的なものであることを示しています。

とりわけハッセとミューレンブルッフの批判は、その論証の仕方から歴史法学派の方法論に規定されたものと総括されています。しかし、厳格な法源解釈の背後には、*universitas rerum* の際には、抽象類型的な規律より

も個別具体的な規律のほうが望ましい、という実質的な考慮がはっきりと伺われるように思われます。

3 ドイツ民法典・日本民法

ドイツ民法典はサヴィニーと、ハッセ、ミューレンブルッフおよびヴェヒターの構想を受容しました。物概念は「有体的対象」「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」に制限され、これによって、物権債権峻別、「物権法の独立的地位」が確保されるとします。その際に真っ先に挙げるのが、①サヴィニーによる意思支配の対象区分を起点とした基礎づけであり、これが「内的な諸根拠」であるとみます。しかしそれだけでなく、②法典・草案・学説の状況、そして、③物権法規範を「権利」その他の無体的対象に適用することは原則として適当でない、という考慮を付け加えます。無体的対象の存在を承認しつつ、しかし物権法規範を物権編に規定し、あとは物権編の外ないし内で特別なルールを設ける方針のほうが相当であるとするのです。この意味において、債権譲渡・権利質権などの特則・例外は織り込み済みであるということが出来ます。権利以外の無体的対象、精神的創作物にも考慮を払いますが、物所有権とは対象・内容を異にし特別法もあるため、物所有権の規定を適用するのは相当でないとします。ここには、法素材をどのように配列・秩序づけるのが適切か、という観点が含まれているといえるでしょう。このことはすぐあとで述べる定義規定の問題においてよりはっきりとしています。性格規定には慎重でなければなりません、この限りにおいて、アーペルの構想がここに息づいているとみることが出来るように思います。財の集合についてはハッセ、ミューレンブルッフおよびヴェヒターの主張につきています。集合物および集合権利・財産の対象性は否定され、特別な規定は設けられないことになりました。

立法固有の問題は、物を有体的対象に限るのが適切であるとしても、わざわざその旨の定義規定を置くべきか、ということです。これを設けることにしたのは、①「有体的」文言の重複・煩雑回避、②、*Sache*“（物）と *Gegenstand*“（物と権利）の区別の定着、③物概念の2義的な解釈の防止、④権利の上の所有権および精神的所有権の否定と、⑤集合物・財産総体概念の否定の明確化、⑥例外は小さな不正確であり単純な言語用法の利益の

¹²⁹ 全体として、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(1)～(4・完)」法学研究80巻3号21-68頁、4号45-94頁、5号25-59頁、6号33-73頁(2007年)。

ためには甘受すべきという理由によります。

日本民法はとくにドイツの状況にならい、旧民法のインスティトゥーティオーネン式の編成を退け、物概念の制限とこれによる物権債権峻別を基礎としたパンデクテン式の編成に改組しました。両国の立法過程のおもな相違は、①サヴィニーの基礎づけを引いておらず、結論のみが提示されていること（その結果、非人格性と空間的限定性を基礎とした物の概念規定はどこにもみられない）、②議論状況の渉獵範囲・検討が少ないこと、③規範の適用関係よりはむしろ、概念の混同の問題が強調されていることです。無体物「権利行為」を「物」に含め、「物権の物権」「人権の物権」「債権の所有権」概念を認めることに対する批判は、ドイツ民法典の立法過程におけるものよりも鋭く、かつ手厳しいようにうつります。「名状すべからざる混雑」「甚だしい抵触」「往往穩当ならざる点」「頗る奇異なる結果」「誤謬」とまでいうのですから。財の集合の評価については、記述は簡略であるものの、ドイツと基本的に同様です。集合物については「之を特殊の一物とみるは誤れり」、「包括財産」も「物」でないことは「言を待たさるなり」とします。

定義規定をめぐる議論もおおむねドイツと同じように展開されています。大きな相違は、①有体物と権利を総称する *Gegenstand*（対象）のような概念が考案されていない（ただし、物と権利の総称については事後ドイツで厳しく批判されることになる）点、②「本法に於て」「のみ」につき細かな議論がなされた点です。①のために、ドイツでは「有体的対象」とあるのに日本では「有体物」とされ、また、②の結果、ドイツでは「のみ」という限定句が付されているのに、日本ではこの文言が削除されることになりました。

ドイツ民法典、日本民法ともに、民法体系、物権法の独立的地位、物概念に関する資料をみる限りでは、以上の根拠づけのみが挙げられています。しかし、それだけではなく、社会経済的な基礎があることを指摘するものがあります。ヴィーガンツはドイツ民法典について、法律行為による処分禁止を否定する規定の資料が、絶対的所有権概念と物権法定主義の潜脱を防止し、信用商品取引を円滑ならしめる趣旨であることをはっきりと述べていることから、ここに19世紀の私法が一次的には取引法であったことが明らかになっているとします。そして、同じような需要に応えるものとし

てとくに、処分行為の抽象性と善意取得の導入を指摘し、物権法を債務法から鋭利に限界づけるという構想は、「サヴィニー的体系の説得力」のほかに、「市民社会市場の需要」も作用したと分析しています¹³⁰。こうした取引の自由・安全による説明はよく知られるように、わが国でもみられるところです。川島武宜によれば、物権債権という2つの権利の対立は、「しばしば純粹に觀念論的に」説明されるが、これは「特殊＝近代的な歴史的現象」であって、資本制社会における商品交換を基礎とし、物的支配と人的関係の厳格な分離を表しており、これによって所有権および契約＝債権の「自由」が確保されるとみ、後者による前者の制限を自由に許すことは両者の分離と矛盾するがゆえに、物権法定主義が定められていると説いています¹³¹。

V おわりに

本稿では、パンデクテン体系において物概念が有体物に制限されていることの意味を、権利の体系、物権債権峻別という問題を意識しながら追跡し、これらの相互の関連性とそのあり方を、背後を規定する事情をいくらか加味しつつ明らかにすることを試みました。積み残した課題はたくさんありますが、本稿の考察からでも、一見すると受け容れられやすい、たとえば物とは有体物と無体物をいう、といったような単純な物概念の拡張論にはなお検討しなければならない基礎的な問題が多いことは明らかです。

しかしながら他方で、現代においては債権の財貨性・情報の価値、財の集合の重要性が強調されるほか、新たな様々な財が登場してきており、しかもそれらのなかにはかならずしも古典的な意味での「権利」による保護になじまないもの、たとえば営業利益や、（そもそも財といえるかも問題ですが）環境が含まれています。そうすると、単純な有体物概念の堅持論もまた不当であるといわなければなりません。「権利論の限界」と呼ばれ

¹³⁰ WIEGAND, Die Entwicklung des Sachenrechts (Fn. 68), S. 118-120.

¹³¹ 川島武宜『所有権法の理論』45-48頁（岩波書店、1949年）。川島による峻別論の基礎づけについては、瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ1229号109-111頁（2002年）参照。

ている問題を意識しつつ、財の保護の基礎理論の構築に取り組むこと、これが次の課題となります。

（3月19日稿了）

[付記] 本稿は、平成22年度科学研究費補助金（若手研究(B)：課題番号22730092）の助成を受けた研究成果の一部である。