



Title	物権と債権の区別
Author(s)	森田, 宏樹
Citation	新世代法政策学研究, 17, 45-74
Issue Date	2012-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49975
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP017_004.pdf



物権と債権の区別

森 田 宏 樹

I. 日仏各報告における課題の設定

私が担当したテーマは、「物権と債権の区別」であり、フランス側の報告者は、第1回セミナーに引き続き、パリ第13大学のムスタファ・メキ教授（Mustapha Mekki）である。

日仏共同セミナーに向けて私が設定した課題のねらいは、物権と債権の区別とそれに結びつけられている権利侵害に対する法的サンクションの相違について、日本の判例・学説の現状を分析して示したうえで、それに対応するフランス法の考え方はどのようなものであるかを引き出し、両者を比較検討することにある。

以下では、私とメキ教授のそれぞれの報告内容を要約して示すことにしよう。

II. 森田報告

1. 序 論

旧民法は、物権および債権の定義規定を置いており、その財産篇2条1項では、物権は、物について直接に行使され、かつ、すべての人に対抗しうるものであつて、主たるものおよび従たるものがあると規定し、同3条1項では、債権は、特定の人に対し、この者が法律が認めた原因によって負担した作為または不作為の義務を尽くさせるために行使されるものであつて、主たるものおよび従たるものがあると規定する。

これらの定義について、旧民法の起草者であるポアソナードは、「物権は、万人に対し、すなわち、この物に対する侵害または主張により、それを妨害する何人にも対抗しうるものであり、このことから絶対権と称される。これに対し、債権は、債務者という特定の者に対してのみ主張しうるもので、このことにより、相対権と称される」との帰結を導く¹。

現行民法の起草者は、定義規定を設けないとの一般方針のもとで、これらの定義規定を再録しなかったが、それらは自明の前提としていたところであり、民法典の第2編および第3編を「物権」および「債権」とすることで、物権と債権を権利の基本分類として承認した。

したがって、物権と債権の観念は、その起源においては日仏民法典に共通である。しかし、両法のその後の展開を観察したとき、一定の相違点を指摘することができる。

第1に、フランス法では、契約の対抗力の考え方が、20世紀初めに学説によって明らかにされ、それ以降、多数説によって受容されるに至っている。これによると、契約の拘束力と契約の対抗力とを混同することは誤りであることが指摘される。契約上の債務の相対効の原則とは、契約上の債務は当事者に対してのみ拘束力を有するというものであるのに対し、契約上の債務の拘束力以外の効力は、社会的な事実として万人に対抗しうるものであり、これにより、第三者は債権者の債務者に対する権利を尊重する義務を負うことになる。

このような契約の対抗力の観念は、一部の論者によって日本法にも導入されているが、多数説はそれを知らないか、それを受け入れていない。このことからすると、「契約の対抗力」が正確に意味するところは何かとの問いが提起されよう。

第2に、フランス法と日本法とでは、権利侵害に対する司法的救済の相違があることを指摘しうる。

日本民法は、民事責任に基づく損害賠償については、金銭賠償の原則を採っている。現実賠償は、法律が認めた特定の場合にしか認められない。したがって、権利を侵害する違法行為の差止めが認められるためには、現

実的サンクションが侵害された権利それ自体の直接的効果として正当化される必要があるとされている。

こうした条件のもとで、権利侵害行為の差止めの許容性は、物権または債権という権利の性質と結びつくものと考えられている。物権は、その直接の効果として、他人による侵害を排除する権利であるのに対し、債務者による債務の履行を妨げる第三者の行為の差止めは、債権の相対性を理由に認められないとされる。

これに対し、フランス法では、違法行為の差止めの許容性が、侵害された権利が物権と債権のいずれかによって異なると考えられているのだろうか。契約から生じた債権の対抗力を承認することにより、契約は、その間接的な効力として、第三者が債権の実現を妨げる行為を差し止めることができるのか。

以下では、物権と債権の対抗力の射程（2）および物権と債権の司法的救済（3）について検討するとともに、物上債務のような物権と債権の中間に位置する権利が提起する問題を取り上げよう。

2. 物権および債権の第三者に対する対抗力の射程

A. 契約の相対性および対抗力

不法行為責任の成立要件に関して、債権と物権という権利の性質による相違が存するのか。いかなる範囲および要件のもとで、契約の第三者に対する対抗力を認めることができるか。債務者が引き受けた契約上の債務を妨げることで、第三者が債権者に対して不法行為責任を負うためには、第三者が契約の存在を認識していれば足りるのか、それとも、害意あるいは信義に反する行為態様であることを要するのか。

(1) 日本法

日本法では、2つの学説の潮流が対立している。

伝統的な多数説は、第三者は当事者が締結した契約を尊重する義務を負わないと主張する。このことは、契約は当事者間でのみ拘束力を有し、当事者は第三者に対してその合意を課することはできないし、契約から生じた債権の実現を妨げない義務もないことを理由とする。したがって、第三者による債権の侵害によっては、たとえそれを認識していても、不法行為

¹ G-É. Boissonade, *Projet du Code Civil pour l'empire du japon, accompagné d'un commentaire*, nouv. éd., tome I, 1890, n° 4, pp. 18-19.

責任を負わない。債権の実現は債務者の意思に依存し、不履行契約の債権者は、債務者に対する損害賠償を請求しうるのみであるとする。

もっとも、これらの論者も、例外的に、債権も財産権の一種であることから、第三者の不法行為責任の可能性を認める。これは第三者が債権者に対して詐害の意思があった場合であり、自由競争の原理の範囲を逸脱した場合である。

これに対し、別の新たな潮流は、伝統的学説の正当化について、それは形式的に過ぎ、社会の実態に適合していないと批判し、債権も財産権として物権と同様に保護されるべきとする。このように第三者に対する契約の対抗力を認め、第三者が契約の存在を認識していることを要件として、原則として、契約に対する侵害がなされたときは、不法行為責任を負うとする。

(2) フランス法

先にみたように、フランス法では、多数説は、社会的事実として第三者に対する契約の対抗力の原則を承認する。そこから、第三者は契約を尊重すべき義務を負うとする。かくして、契約より生じた債権の存在を認識しつつ、当該契約の履行を妨げることにより契約を侵害した場合には、第三者は不法行為責任を負うとする。

ところで、近時、契約の対抗力の原則を再考する論者もいる。ヴィントゲンは、その学位論文において、仏独の比較法の方法により、多数説を批判する²。彼によると、社会的事実としての契約の対抗力は原則ではない。対抗力の概念は、純粋に記述的なものである。法規範がそれを定めるときでしか法的効果を生じえない以上、社会的事実というだけでは、契約の第三者に対する効力を説明することはできないとする。したがって、契約の第三者に対する効力は、対抗力の概念ではなく、契約にそのような効果を付与する規範の中に見いだす必要があるとする³。

こうした観点からすれば、第三者は、契約が第三者に対抗しうるから、

第三者は契約を尊重しなければならないと断言するのは不正確であることになる。なぜなら、契約の第三者に対する効力は、問題となっている法律制度によって多様であり異なる。そこから、第三者の当事者に対する不法行為責任は、不法行為責任の規律に照らして正当化されるときに負わされうることになる。このことは、当事者の利益と第三者の利益の双方を考慮することを要求する。

(3) 不動産の二重譲渡事例における日仏の実定法の比較

かかる学説の対立を検討するために、具体的を取り上げよう。それは、同一売主による同一不動産の二重譲渡のケースである。

不動産公示の規律は、日仏でほぼ同一である（フランス法における1955年1月4日デクレ30条、日本民法177条）。その取得を先に公示した者が所有権を対抗しうる。

日本法では、判例および多数説は、不動産公示の規律の原則をシステムティックに適用し、第一売買について第二買主の単純悪意は、第二買主が優先権を主張することを妨げない。第一買主および第二買主のいずれも、同一売主と同一の目的物について有効に契約を締結しうるのであって、その抵触が生じた場合には、公示の規律が紛争を解決する。第二買主が公示のない先行する売買の存在について認識していたか否かは、この点では重要でない。もっとも、判例および学説は、第二買主が先行売買を認識しつつ、第一買主に対してフロード（詐害の意思）があった場合には、第一売買の公示の欠缺を主張する正当な利益が有しないと解している。

この場合に、第二買主は、第一買主に対して不法行為責任を負うのだろうか。判例は、第二買主の単純悪意では十分ではないとする。この解決は、公示のない第一売買の権利移転の効果は、第二買主に対して効力を生じないことによって説明される。したがって、第二買主は、フロードがある場合にのみ不法行為責任が認められる。

これに対し、契約の対抗力の考え方から示唆を得て、第一売買は、公示がなくとも、悪意の第二買主に対抗しうると主張する学説も存する。第二買主の単純悪意によって、第一売買の公示の欠缺を援用することはできず、それと同時に、悪意の第二買主は、第一買主に対して不法行為責任を負う

² R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 96 et s. et n° 391 et s.

³ この点につき、F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007, n° 184-190 も参照。

べきことになろう。

フランスの判例は、1968年判決⁴以来、これと同様の解決を採ってきたところである。第二買主が公示のない先行の売買について単に認識していた場合にも、このことは第二買主のフォートの特徴づけるものであり、不動産公示の規律を自らの利益のために援用しえないとする。しかし、近時、破産院は、第3民事部の一連の判決により、判例変更を行っている⁵。これによると、不動産公示の原則は、第三者の善意・悪意を問わず、適用されることになる。

このような判例変更を踏まえると、第一買主は悪意の第二買主に対して不法行為責任に基づく賠償を請求することができるだろうか。契約の認識のみでは、第二買主の不法行為責任を負わせるには十分ではないことになろう。このように解すると、不法行為責任の作用は、公示の原則が損なわれない範囲に限定して認められることになろう。

このことは、悪意の第三者に対する契約の対抗力の原則は、こうした状況の下では当然には適用されないことを意味しよう。この場合には、不動産公示制度によって保護されるべき一般的利益、すなわち、不動産取引の安全と、売主および第三者によってその債権が尊重されるべき第一買主の利益とを調和させる必要があるわけである。

B. 物権または債権の特定承継人に対する対抗力

(1) 物上債務の概念

物が譲渡された場合に、この物について設定された物権は、その特定承継人に対抗しうる。このことは、物権は、物に対する直接の権利であり、それが何人の占有のもとに存しようと物に対して追及することによって説明される。

これに対し、物についての債権は、それを尊重することに同意しない限り、特定承継人に対して対抗しえないのが原則である。人的債務は、意思に基づいてそれを引き受けた者しか拘束しないから、たとえ物に関する債

務であっても、物とともに移転しない。

しかし、債権債務関係が物とともに移転する場合があります、これが物上債務ないし *propter rem* 債務である。これは、物権と債権の中間の範疇に分類される。

物上債務の概念は、フランス学説の創意によるものである。日本法の多数説は、この概念自体を知らない。もっとも、これに類似した概念はとして「状態債務」が知られている。これは、不動産賃借権の法的性質を説明するために援用されるものである。

フランス法では、フランス民法典1743条が一定の要件のもとで賃借物の取得者に対する賃借権の対抗力を承認している。同様の規律は、日本民法にも見いだしうる。不動産賃借権は、これを登記したときは、その後その不動産について物権を取得した者に対しても、その効力を生ずると規定される（日本民法605条）。さらに、借地借家法が特別法として、借地上に借地人名義で登記された建物が存する場合（借地借家法10条）または建物賃借人が建物の引渡しを受けた場合（借地借家法31条）には、賃借権は敷地または建物の物権取得者に対抗しうる。

(2) 物上債務の概念の実益

物権と異なり、債権は追及効を有しない。そうすると、物上債務が特定承継人に対抗しうることを、いかにして正当化しうるのだろうか。いかなる基準によって、物の所有者に課された債務が物的なものと性質決定することができるのだろうか。

物上債務が問題となる場合には、物の所有者は、移転した物に関する債権を尊重すべき義務を負うのみならず、当該債権の債務者となることに義務づけられる。したがって、ここでは、特定承継人に対する契約の債務的効力（*effets obligatoires*）の拡張が問題となっているのであって、契約の非債務的効力（*effets non obligatoires*）の対抗が問題となっているわけではない。これは、契約の相対効の原則に対する例外を構成するものである。

賃借物の取得者は、前主の義務を引き受けなければならないのは、法律がそれを義務づけるからである。特定承継人に対する契約の義務的譲渡とすることができよう。こうした解決は、物上債務の概念に訴えることによって正当化しうるものではない。デュクロが正当に指摘したように、物上債務に関する論議の実益は、いかなる要件のもとで物の権利の移転とも

⁴ Cass. Civ. 3^e, 22 mars 1968, Bull. civ., III, n° 129.

⁵ Cass. Civ. 3^e, 10 févr. 2010, Bull. civ., III, n° 41; Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 2010, pourvoi n° 09-15.891; Cass. Civ. 3^e, 12 janv. 2011, Bull. civ., III, pourvoi n° 10-10.667

に債務の移転が生ずるかという物上債務の制度が明らかになったことを前提として、その債務の性質を論ずるという理論的なものにすぎない⁶。

(3) 物に関する債権の対抗力

使用貸借の場合には、貸主が使用貸借の目的物を譲渡した場合に、使用借主の権利は新所有者に対抗しうるか。

メキ教授が述べるように、その無償性を理由に物上債務と性質決定しえないとすれば、新所有者は前主の債務を引き受けることを拒絶しうることになる⁷。この場合に、契約の債務的効力の相対効と、第三者に対する契約の非債務的効力の対抗力の原則とを区別することが可能であることを前提にすると、後者の原則によれば、新所有者は、使用借権の存在を認識していることを条件として、使用借主の利用債権を尊重すべき義務を負うことになるだろう。これを肯定するときは、新所有者は使用借主に対して不法行為責任を負うべきことになる。このとき、判事は、新所有者に対し、損害賠償のみならず、現実賠償として使用借権を引き受けることを命ずることができるだろうか。こうした解決を認めるならば、これは、使用借主の権利に物権性を認めるのとはほとんど同じことになる。

このことは、物権と債権の区別は、契約の対抗力の考え方によって相対化されるとしても、その原則の射程は、第三者の利益の考慮によって調整されるべきことを意味しよう。

3. 第三者に対する物権または債権の司法的保護

A. 物権の司法的保護

(1) 日本法

日本の学説は、物権を有する者は、第三者によってその権利が侵害された場合は、この第三者に対して、その権利の完全性を回復するために、違法行為の排除を請求しうる。こうした権能は、物に対して直接的に行使さ

れる権利であって、排他性および絶対的な対抗力を有するという、物権の性質それ自体から導かれるものである。したがって、これは、物権一般についての直接の効力の1つである。これは、物の所有者のみならず、所有権の権能の一部を有する者、すなわち、他人の物を享受する物権についても認められる。こうした物権の理解は、判例によっても認められている。また、物権を有する者は、第三者による侵害があった場合には、第三者にフォート（故意または過失）があるときは、不法行為責任に基づく損害賠償を請求しうる（日本民法709条）。

(2) フランス法

この点で、フランスと日本の学説は、一定の範囲では同様に説明することが可能である。フランスの学説もまた、物権性に、現実的サンクションを結びつけることを、次のように正当化している⁸。一方で、物権は絶対的対抗力を有するから、物権に対するあらゆる侵害は訴権を生ずる。他方で、物権の排他性は、その権利主体に絶対的な権能を付与する。

もっとも、後者の点については、フランスの学説も一致しているわけではないように思われる。一方で、排他性は所有権についてしか見いだされないと主張する見解⁹があるのに対し、他方で、排他性は所有権以外の物権についても見いだされるとする見解¹⁰もある。後者の見解によれば、地役権者や用益権者のような他物権についても、その性質は異なるが、物の享受の直接の権能を有し、その権能の範囲内で所有権と同様の効力が生ずることになる。

いずれにせよ、この点で、日本法とフランス法とは大きな相違は見いだされない。

⁸ この点につき、C. Bloch, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n°s 137 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., Répertoire Defrénois, 2010, n° 368 などを参照。

⁹ Bloch, *op. cit.*, n°s 138 et s. を参照。

¹⁰ M. Levis, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, n° 41 et s. ; Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 372 を参照。なお、Bloch, *op. cit.*, n°s 141-3-142 も参照。

⁶ J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, L.G.D.J., 1984, n° 190, p. 223.

⁷ この点につき、メキ教授とは反対に、使用借主の権利の物的性質を認め、新所有者の明渡請求を否定する見解として、Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 2003, Répertoire Defrénois, n° 914, p. 589 などを参照。

B. 債権の司法的保護

(1) 日本法

債権者は、第三者に対して、債権を侵害する違法行為の差止めを請求しうるのか。

既にみたように、日本法の判例および多数説は、違法行為の差止請求の可否を、物権または債権という権利の性質、換言すれば、侵害された権利の絶対性および排他性に結びつけている。

こうした立場は、現実的サンクションの付与による司法的救済は、物権や人格権のように、万人に対抗可能で、かつ排他性のある絶対権に固有のものであるとの考えによって説明されている。これに対し、債権は、特定の者に対して一定の給付を請求する権利である以上、債務者に対してのみ対抗しえない相対権であり、違法行為の差止請求権の付与によって保護されうるものではないとされる。

(2) フランス法

この点で、フランス法の状況はどのようなものなのか。日本法とは異なり、フランス法では、第三者に対する契約上の債権の対抗力が一致して認められる。メキ教授が述べるように、対抗力は、あらゆる権利の属性であって、物権に固有のものではない。したがって、問題となる権利がいかなるものであれ、すべての第三者は、当該権利の実現を妨げうるようなあらゆる行為をしない義務を負っている。よって、権利主体は、かかる債務の現実履行を請求しうることになるのだろうか。

この点について、フランスの多数説は、物権の司法的保護は、債権よりも効力が強いが、債権についても、不法行為に基づく現実賠償としての差止請求がカテゴリー的に排除されているわけではないと解しているように思われる。

マロリー＝エネスによれば、物権に対するあらゆる侵害は、その完全性を回復するために訴権を生じさせるが、第三者が債権の履行の妨害行為を行った場合には、それがフォートによる場合のみ不法行為上の訴権を生じさせるとされる¹¹。また、ヴィントゲンによれば、物権には権利侵害行為の一般的差止めによる治癒的な方法による保護が与えられるのに対し、か

かる差止請求による債権の保護は、権利の性質から義務的ではない（判事の裁量にゆだねられる）とされる¹²。

こうした見解によれば、物権または債権という権利の性質による保護の程度の相違は、権利の構造に結びついていることになる。しかし、他の論者は、この点についてより詳細に検討し、物権と債権の相違を相対化している。

ブロックは、その学位論文において、違法行為の差止請求を、民事責任に特有の自律的な機能として認めるべきことを提案する¹³。彼によれば、違法行為の差止請求は、客観的に違法な所為に基づくものであり、フォートまたは損害を特徴づける必要はなく、かかる機能は賠償機能とは独立であるとされる。したがって、違法行為の差止請求のメカニズムを理解するうえで物権と債権の区別は決定的ではない。もっとも、物権の完全性の回復については、判事には裁量は認められず、義務的な性質を有する点では異なる¹⁴。

さらに、日本法との比較の観点からは、フランス法では、レフェレ（急速審理）によって、明らかに違法な侵害の差止めのための保全措置を命ずる権限が判事に認められていること（フランス新民訴訟法典809条）を指摘しておく必要がある。日本法にも同様に保全訴訟手続は存するが、しかし、これは、本案訴訟における請求権の暫定的な保全のみを目的としたものである点で異なるものである。フランス法の一般的射程を有するレフェレによる差止命令は、民事責任の一般法上の差止請求権の代替物として用いられている¹⁵。フランス法においては、レフェレによる差止命令が存在することによって、権利保護について現実適合性と柔軟性が付与されているといえることができる。

¹² Wintgen, *op. cit.*, n° 146 et s

¹³ Bloch, *op. cit.* 違法行為の差止請求の問題一般については、G. Viney, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, p. 547 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., L.G.D.J., 2010, n° 12 et n° 34 et s. を参照。

¹⁴ Bloch, *op. cit.*, n°s 148-149 et n°s 464-465.

¹⁵ *Id.*, n° 185 et s.

¹¹ Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 368.

（3）賃借権の侵害行為の差止請求

違法行為の差止請求に関して、日本の学説が盛んに論じてきたのは、賃借人は、賃借権それ自体に基づいて、侵害行為の差止請求（妨害排除請求）をなしかつという問題である。

日本の判例は、賃借人は、賃借不動産の無権原占有者である第三者に対する妨害排除を請求しうることを認める。多数説もこれを支持し、賃借権の物権性によってこれを正当化する。日本法上も、賃借権は債権と性質決定されるが、賃借不動産の新所有者に対抗可能である場合には、賃借権は追及効を有し、物権としての通有性を備えることになる。これを「賃借権の物権化」という。この点で、侵害行為の差止請求の可否は、関係する権利の物権的性質と結びついているという日本の古典的学説の論理を見いだすことができよう。

これに対し、有力学説は、債権にも対抗力を認めることで、すべての賃借権に現実的サンクションを認める。賃借人に、無権原占有者に対する妨害排除請求権を認めるのが妥当であり、不法占有者は、不動産の利用を正当化しうりいかなる権原も有しないのだから、妨害行為の差止請求をなしかつのは、所有者である賃貸人のみであつて、賃借人ではないと主張することを許容する理由はないことを実質的理由とする。

この点に関しては、フランス法上に同様の議論を見いだすことはできなかった。このことは、不動産賃借人は、その享受する権利を回復するために、第三者に対する妨害排除請求をなしかつないことを意味するのか。この点の議論がない理由をいくつか推測することは可能である。フランス法では、1975年7月9日法律（フランス民法2278条2項）以来、賃借人にも占有訴権が付与されている。しかし、ペリネ-マルケ物権法改正草案によれば、占有訴権の廃止が提案されているので、これにより改正がなされたときには、賃借人はレフェレによる差止請求以外には救済手段を有しないことになるのか。さらに、占有訴権が不法占有者に対して認められない場合がありうることを指摘しておこう（転借人が賃借人の承諾なく、転借権を第三者に譲渡した場合）。

4. 結 論

以上の検討を要するに、第三者に対する権利の対抗力があらゆる権利の属性であることを認めるならば、物権と債権の区別は相対化する。しかし、対抗力の射程は両者では必ずしも同一ではない。

物権は、絶対的な対抗力を有するとされるのに対し、契約より生じた債権については、第三者に対して当該権利を尊重する義務を課することは、同時に第三者の自由に対する制限を課することを意味する。したがって、物権とは異なり、具体的な状況のもとで、第三者に対する債権の対抗力の原則を適用するさいには、債権者が当該債権の実現に対して有する利益と、競合する取引の自由に関して第三者が有する利益の衝突を調整する必要がある。このような観点からは、具体的なケースにおける解決は、フランス法と日本法とでそれほど隔たつてはいるわけではないように思われる。

このような認識によると、違法な権利侵害に対して付与される保護の程度も、物権と債権とは異なるということができよう。侵害された権利の完全性を回復するための違法行為の差止請求は、物権については義務的であるのに対して、債権についてはより限定された範囲においてのみ認められることになる。

Ⅲ. メキ報告

1. 序 論

法的ドグマティークは、体系化の技術であり、とりわけ法を一貫した方法で構造化することを可能とする最も基本的な分類（*summa divisio*）の総体によって基礎づけられる。物権と債権の区別も、こうした権利の主要な基本分類の1つであつて、客観法が法主体に付与する法的権能の総体を構造化して把握することを可能とする点で、教育的な機能を有する。もっとも、その歴史的な起源は技術的というよりも政治的なものであり、その認識は、両者の区別の境界を相対化することを可能とする。

一般に、物権と債権の区別は、権限（*pouvoir*）の用語によって示される場所、債権は二者間の法的関係によって特徴づけられるのに対し、物権

は権利主体の物に対する直接的な権限と定義される。こうした区別のアプローチは、ペリネ-マルケの物権法改正草案がフランス民法典522条および523条を是認することによって強固なものとなっている。

森田が提起した諸問題は、フランスの学説において、なお活発な議論がある主要な側面に焦点を当てたものであって、いずれも、債権と物権の区別の相対性、とりわけ両者の法制度が時に近接をみせる場合があることに関係している。このような学説の議論が沸騰している移行期の文脈において、物権と債権の区別について再検討することは有益である。物権法の改正とともに、過去を一掃し、物権と債権の区別を捨て去る必要があるのだろうか。実定法および主要な学説について考察すれば、区別を放棄するのは尚早であるといえよう。

回顧的な視角からは、物権と債権の区別が学説と判例の不断の対話を基礎に構築されたものであり、精緻なものであることが示されよう。しかし、物権と債権の対置をドグマティックなやり方で擁護することは、とりわけそれが現実に反するようときには、空疎なものとなろう。展望的な視角からは、区別は維持されるべきだとしても、その外延を柔軟化すべきであろう。

以下では、物権と債権と区別につき、第1に、回顧的な視角から、この区別が維持しうること（2）、第2に、展望的な視角から、一定の条件のもとでこの区別が適切であること（3）を明らかにしよう。

2. 物権と債権の区別の維持

議論の豊かさと学説による省察の緻密さにかんがみれば、物権と債権の相違を説明するについては、法的性質と制度とを対置する比較的古典的な構成を選択するべきであろう。法的性質の違いが、その制度の違いを条件づける。物権と債権とを対置することは技巧的な面があることは否定できないとしても、両者は、理論的な性質は異なり（A）、それに制度は結びつくが、制度は次第に収斂してきていることが明らかになろう（B）。

A. 理論的に異なる性質

物権と債権の区別は、少なくとも理論的には、何よりも性質の相違に基

づくものである。その区別が確かなものであるかを評価する前に、その区別の起源に立ち戻るのが適当であろう。

(1) 区別の起源

物権と債権の区別の基準のみならず、その起源についても、学説上見解の対立がある。

一方で、アカリウスなどの古典的学説は、ローマ法における物に対する権利（*jus in re*）と物に関する権利（*jus ad rem*）、すなわち、物に関して生じ、与える債務を約した者に対して行使される権利との区別に結びつける¹⁶。

他方で、ミシェル・ヴィレイなどの見解は、こうした見方を批判する。物権と債権の区別は権利の観念の存在を前提とするが、ローマ法には権利の観念はなく¹⁷、*jus*は、物質的基礎を欠いた物（*chose*）を意味する。*jus in re*は、より正確には有体物についての「一定量の法的利益」と定義されるもので¹⁸、物に対する権利ではなく、物それ自体を意味する。*jus ad rem*が債権を意味するようになったのは中世であり、*jus in re*が物権を意味するようになったのは、17世紀ないし18世紀にすぎない¹⁹。ここから権利の性質の相違による分類が生まれ、ドノーやドイツのロマン主義者、次いでポティエによって説かれたものである。

(2) 物権と債権の構造

物権は物に対して直接に行使される権利であるのに対し、債権は債務者を介して間接的に物に関わる権利にすぎない。伝統的には、こうした権利の構造の違いから、その効果の違いが導かれた。すなわち、物権は万人に絶対的に対抗しうる権利で、第三者は積極的行為によって物権を侵害しえ

¹⁶ C. Accarias, *Précis de droit romain*, Tome I, 3^e éd., 1882, n° 189, p. 449. このほか、J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, P.U.A.M., 2002, spéc. n° 12, p. 30, note 23 を参照。

¹⁷ M. Villey, *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, Rev. hist. dr., 1946-1947, p. 201 et s., spéc. p. 221 et s.

¹⁸ M. Villey, *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*, Mélanges F. de Visser, Tome II, Rev. int. dr. antiquité, 1949, p. 427 et s., spéc. p. 430.

¹⁹ M. Villey, *Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne, suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des glossateurs*, Conférences de l'institut de droit romain, 1947, p. 205 et s.

ないという意味での消極的な対抗力が問題となるのみである。このような物権の万人に対する(*erga omnes*)対抗力から、不動産および一定の動産の公示の要請が導かれることになる。これに対し、債権は、相対的な対抗力しかなく、民法典1165条が定める合意の相対効の原則に服すると説かれた。

しかし、フランスの現在の学説によれば、このような対抗力の有無によって物権と債権の相違を基礎づけるのは、誤った考え方であるとされる。ここで議論の対象となっているのは、権利の性質の相違ではなく、法制度の相違にすぎない。物権と債権の権利の構造の相違をそれぞれの制度に即して検証すべきであろう。

B. 次第に同一化する両制度

物権と債権の区別は、何よりもまず権利の性質の違いを表すところの制度の違いであったが、いかなる分析視角に立つにせよ、制度の相違は相対化していることを認めなければならない。大抵の場合、分析は、債権と対比して、物権に特有の性質が認められることから出発している。このような物権の特性は、権利の発生原因と権利の効力という2つの基軸のもとに構成されている。

(1) 権利の発生原因 (source) の相違

一部の学説が引き合いに出す第1の相違は、権利の発生原因にある。古典理論によれば、債権はこれを創設するのは自由であるのに対し、物権については、フランス民法典543条の解釈により、限定列举主義ないし物権法定主義 (*numerus clauses*) が存するものとされる。

後者は、2つの論拠に基づく。1つは、起草過程でフランス民法典543条の趣旨として示された、封建的な人役権の復活の回避という政治的次元の論拠であるが²⁰、これは今日では意味を失っている。もう1つは、1955年1月4日デクレ28条が、不動産公示の対象を法定の物権に限定していることであるが²¹、これと反対の趣旨の判例は少なくなく、所有権の通常の権

利内容に対するさまざまな変更や分属は非除されていない。

このような根拠の薄弱さからすれば、債権と対置される物権の限定列举主義の射程は弱いと考えることができよう。第1に、法定の例外が増大していることは、限定列举性を相対化させている。第2に、規定の中には、物権の非限定性を暗黙に承認したものと分析しうるものがある。例えば、地役権に関するフランス民法典686条は、封建的な人役権の再現を禁ずるのみで、新たな地役権の創出を禁ずるものではないと分析することが可能である。

以上から、物権の本質的な構造を尊重することを条件として、新たな物権を創設することは自由であるとの考え方が浮上することになる。法定の物権のカテゴリーは一種のモデルであって、その本質的な構造に反しない限度で、新たな物権を創設することは自由である²²。

判例も、実務を受けて、こうした方向にある。新たな無名の地役権の創設が多様化している。同じ現象は、物的担保やその他の分野（区分所有建物の専用駐車場など）についても確認される。

物権法定主義によって物権のカテゴリーを特定することは困難であることから、物権法改正草案は、法律が明示的に認めていないすべての物権に対する受け皿として、30年を上限期間とする「特別享受（利用）の物権」（608条ないし611条）の創設を提案している。

(2) 効力 (force) の相違

物権は、債権よりも強い効力があるとししばしば説かれる。物権には、債権にはない追及効と優先効がある。また、物権には絶対的な対抗力があり、物権に対するあらゆる侵害には、実効的なサンクションがあるとされる。

(i) 追及効と優先効

しかし、このような主張も相対化する必要があり、物権の基準たりえない。追及効については、第1に、即時取得が認められる動産については、追及効の射程は弱い。第2に、追及効は他人物に関する物権（他物権）に

²⁰ Loaré, *Procès verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoléon*, 2^e éd., Paris, 1808, Tome IV, p. 56 et 57, cité par J. Scapel, *th. préc.*, p. 43.

²¹ この点を指摘するものとして、Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 360 を参照。

²² このような見解を説くものとして、J. Scapel, *th. préc.*, n° 25, p. 44. このほか、地役権に関して、Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, *op. cit.*, n° 361. なお、G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique, recherches au confluent du droit civil et du droit fiscal*, L.G.D.J., 1999, Préf. P. Catala et M. Cozian, spéc. n° 305, p. 198 も比較参照。

ついてしか意味がない。第3に、一定の不動産賃借権については追及効が認められている（フランス民法典1743条）。優先効についても、従たる物権（担保物権）に関して意味をもつにすぎず、物権一般の特徴ではない。

(ii) 権利の対抗力：

しばしば、物権と債権は、対抗力の違いによって区別される。物権は、万人に対する絶対的な対抗力があるのに対し、債権は、債務者に対する相対的な対抗力しかない。物権には絶対的な対抗力があるから、第三者は物権を侵害しない義務を負うが、それに伴い、不動産物権は公示の原則が妥当する。これに対し、債権は、合意の相対効の原則の適用により、当事者しか義務を負わず、第三者には義務を課さないとされる。

このような権利の対抗力の強度を基軸として物権と債権を対置することには問題がある²³。ここでは、「対抗力」の用語の混同が議論を曖昧にしており、対抗力の意味は、両者では異なって用いられている²⁴。

物権について、絶対的な対抗力は、何人も物権の存在を無視しえないことを意味するが、かかる意味での対抗力は、債権についても同じように妥当する。何人も債権によって創出された「法的状況（situation juridique）」を無視することはできず、これにより不法行為責任が生ずる²⁵。不法行為責任は、物権と債権の二項対立とは独立であり、これを越えるものである²⁶。

債権について相対的な対抗力といわれるときには、合意の相対効について論じているのであって、債務者のみが合意から生ずる債務の履行義務を負うことを説明しているにすぎない。

したがって、権利の対抗力は、物権に固有なものではなく、あらゆる権利の属性である²⁷。債権に特有な性質というのは、債務者に対する関係で

の債務と第三者に対する関係での不作為債務という、債権債務関係の二重性という点にのみ存する。

(iii) 対抗力の異なる様態とその均一化

もともと、物権と債権という2つのカテゴリーでは、権利の対抗力の様態は同一ではないことも事実である。

公示を欠く不動産物権には、ほとんど権利としての実効性がないが（1955年1月4日デクレ28条）、公示を備えた物権は、第三者の悪意推定をもたらす、債権よりも実効性を備えたものとなる。

このような公示の効力は、同一不動産の二重譲渡の場合に明瞭であるが、近時の破産院民事第3部の2010年2月10日および2011年1月12日の2つの判決²⁸は、先に公示をした買主の優先というかかる公示の効力を回復させた。破産院1968年3月22日判決以来、先に公示した第二買主が取得時に悪意であったときは、第二買主には不法行為上のフォート（フランス民法典1382条）があり、公示の原則による優先を主張しえないと解されていたからである。今後は、不動産公示の原則のみが適用されることになり、取引の安全が買主の善意・悪意に優越することになる。

他方、債権はこれとは異なっている。第三者は、債権に服することに承諾し、またはそれを認識していることを要件としてのみ、第三者に対抗しうるからである。

もともと、実をいえば、かかる様態の相違もまた相対化している。物権については、不動産公示が第三者に対抗する唯一の手段ではなく、とりわけ、合意による地役権の承役地の特定承継人については、判例は、事前の公示の要件を緩和し、売買証書の記載または特定承継人の取得時の悪意のみで足りるとする。債権譲渡についても、債務者の明確な承諾があれば、公正証書による通知または承諾がなくとも、債務者および第三者への対抗力が認められている。

droits patrimoniaux, L.G.D.J., 1960, spéc. n° 25, p. 67.

²⁸ Cass. 3^e civ., 10 févr. 2010, Bull. civ. III, n° 41, R.D.C., 2010, p. 895 et s., obs. S. Pimont ; Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011, pourvoi n° 10-10667, publié au bulletin, R.T.D. civ. 2011, p. 369 et s., obs. Th. Revet.

²³ 物権の対抗力の概念については、J. Ducloux, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., 1984, spéc. p. 170 et s. を参照。

²⁴ かかる混同を指摘するものとして、とくに F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, Dalloz, coll. Précis, n° 37. を参照。

²⁵ この趣旨を説くものとして、Ch. Larroumet, *Introduction au droit privé*, op. cit., n° 499.

²⁶ この点につき、特に、T. Azzì, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, R.T.D. civ. 2007 p. 227 et s. を参照。

²⁷ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des*

(iv) 物上債権債務 (*obligations propter rem*)

物上債務とは、当事者の意思に関わらず、物に波及して、これを取得した第三者が債務を負い、または、第三者に利益をもたらすものである。

法律または判例によって、当事者の同意に基づかず、物に従って当然に移転する多様な契約関係が認められている。法律上のものとしては、労働契約（労働法典1224-1条）、保険契約（保険法典 L.121-10条）などが挙げられる。賃借権については、フランス民法典1743条は、公正証書または確定日付のある賃借権については、目的物の新所有者は賃借人に対する明渡請求をないせないと規定する。さらに、判例はこれを緩和し、新所有者の単純悪意が証明された場合にも同様とする。ここでは、新たな所有者は賃貸人の地位を承継するから、「対抗力」というよりも、契約の「拘束力」（の拡張）が問題となっている。

しかし、かかる例外則を使用貸借にも拡張することは考えられないであろう。無償契約では、公示を要件として物権のみが新所有者に対抗しうることになる。このような扱いの相違は、おそらく、新所有者の権利に制約が課されることに対して賃料という反対給付を取得することが、賃借権の強化された「対抗力」を正当化する補償とみることができることによって説明されよう。

物上債権債務は、つねに契約であるわけではなく、法律の規定により、契約上の訴権のみが移転する場合がある（フランス民法典1792条および1646-1条が規定する不動産建築に関する転得者の担保訴権など）。さらに、判例は、法律上の規定がない場合にもこれを拡張している。しかし、物の移転に伴い、第三者に債務が移転する場合と、債権が移転する場合とを区別する必要がある。判例は、第三者が債務を負う場合は、その同意が必要であるとするが、第三者が権利を取得する場合には、その同意は効力要件とはされていない。

以上のような条件のもとでは、対抗力の観念によって、物権と債権とを明確に区別するのは、改めて困難であるといえよう。対抗力は、債権よりも、大抵の場合に公示を伴う物権のほうがより自動的に認められるといえる。しかし、これは、権利の性質の相違というよりも、対抗力の程度の相違の問題にすぎない。

(v) サンクションの「強度(force)」

最後の比較の視角として残るのは、物権の侵害におけるサンクションは、債権の侵害の場合に認められるよりも、より「強力」なのか、という問題である。

レヴィによれば、物権に対するあらゆる侵害に固有のサンクションとして、違法行為の差止めが認められることを正当化する決定的な役割を果たしているのは、物権の絶対性であるとされる。この見解によれば、違法行為の差止めは、物権では義務的であるのに対し、債権では事実審判事の裁量にゆだねられ、かつ、フォートおよび損害の証明が前提となる²⁹。違法行為の差止めが、民事責任の古典的な要件との関係では自律的なものとして認められる（フォートや損害の証明を要しない）のは、それが認められる権利に特有な性質を理由とする場合のみである³⁰。物権の絶対性および排他性が、ありうる唯一のサンクションが現実「賠償」であることを説明するものであるとされる³¹。果たして、違法行為の差止めは、物権に固有であって、債権に対しては考えられないと結論づけることができるのだろうか。

第1に、物権の排他性に基づく現実「賠償」は、用益権者と虚有権者、または要役地と承役地の所有者間の関係では考えられない。この場合は、不作為債務を負うのみで、排他性はないが、差止請求はなお可能である。そして、物権法よりも債権法のほうが、このような関係を構造化するのに適している³²。

第2に、ブロックは、その博士論文において、違法行為の差止めは物権

²⁹ M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, préf. P. Raynaud, spéc. n° 16 et s.

³⁰ *Ibid.*, n° 134.

³¹ これを説くものとして、Ch. Atias, obs. in Defrénois, 1996, art. 36358-69, p. 798. このほか、F. Zénati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, R.T.D. civ. 1993, p. 313 et s. を参照。

³² F. Zénati, in *Responsabilité de l'usufruitier*, obs. sous Civ. 3, 26 juin 1991, R.T.D. civ., 1993, p. 168. を参照。これと同旨を説くものとして、C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préf. R. Bout et avant-propos Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, spéc. n° 141-3, p. 153 et s.

の場合のみを越えて認められることを論証しているが、これによれば、違法行為の差止めには、関係する権利の性質にかかわらず、自律的なものとして認められることになる。その例証として、物権の範疇外で、このメカニズムが適用された多数の事例が存する。①都市計画法および建築法上の規律に違反した建築物の除却請求は認められているが、ここでの侵害は物権に関するものではない。②用益権者と虚有権者または要役地と承役地の所有者間の違法行為の差止請求は、物権の排他性ではなく、債務法上の制度より導かれた論拠である不作為債務の現実履行に基づくものである。さらに、③債権の領域でも、違法行為の差止請求の一形態として、現実履行の強制が権利として認められている³³。例えば、契約の拘束力の尊重を理由に、建物の取壊請求が均衡を欠くと考えられる場合（建物の高さが約定に33cm不足した事例）でも、現実履行として認められるとしたものがある³⁴。

こうしてみると、違法行為の差止めは、物権に特有なものであるとの考え方は維持しえないといえよう。違法行為の差止めの法制度は、債権法の領域では多様であるにせよ、それが物権のみに認められたサンクションであるというのは困難である。

要するに、物権が債権といかなる点で区別されるかを理解しようとしても、大抵の場合は、権利の性質に相違があるというよりも、効力の程度の相違が問題となっているにすぎない。2つのカテゴリーの権利の法制度がしばしば収斂しているのは、物権と債権の境界が完全に隔絶されてはいないことが認められる。そうであるとしても、物権と債権の区別は実定法上のものであり、それが相対化しても、学説によって擁護され続けている。

3. 物権と債権の区別の適切性

物権と債権の区別には、あらゆる二分法と同様に、限界がある。いずれにも入らない場合が増大していることは、この基本分類を捨て去るに十分な理由となるのか。物権と債権の区別が危機に瀕しているのかを検討する

³³ Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2007, D., 2007, p. 1119, note O. Gout ; J.C.P. éd. E, 2007, II, 1823, note M. Mekki.

³⁴ Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103.

ために（B）、それに先だって、この区別を適用することに厳しい批判が妥当することが明らかになった場合について再検討するのが適切であろう（A）。

A. 厳しい批判が妥当する区別

物権と債権の区別に厳しい批判が妥当する場合としては、2つの場合が取り上げられるべきであろう。いずれのカテゴリーの外に位置づけられる権利があるほか、2つの種類が混ぜ合わされた場合がある。

(1) カテゴリー外の諸権利

物権と債権の区別は、実定法を読み解く枠組みとして利用され、二分法に収まらないようなオリジナルな場合を分類することを容易にするものである。しかし、いずれにも分類しえない場合や物権と債権の中間に位置するハイブリットな状況がある。

(i) 分類しえない諸権利

①フランス民法典1743条によれば、公正証書の形式によるか、または確定日付のある賃借権については、新所有者はその尊重義務が課される。賃借権は債権であって、債権は原則として新所有者の承諾なくして移転しえないはずである。これを賃借権の追及効と性質決定することも可能であり、それを理由に物権と性質決定する見解もある³⁵。しかし、多数説は依然として債権と性質決定している³⁶。

このほかにも、物権・債権のいずれかに分類するのが躊躇される権利が数多く存在する。例えば、②乳量割当量（quotas laitiers）は、フランス民

³⁵ J. Derrupé, *La nature du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Toulouse, 1952 ; du même auteur, *Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire*, Mélanges L. Boyer, 1996, p. 169 s. これとつとに同旨を説くものとして、R.-T Troplong, *Droit civil expliqué, De l'échange et du louage*, t. 1, n° 6 s. et t. 2, n° 473 et s.

³⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^e éd., Puf, coll. Thémis droit privé, n° 38 et 92 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, op. cit., n° 806, p. 254 ; Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. 2, *Les biens - Droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., n° 450, p. 255 et n° 455, p. 258. などを参照。

法典526条にいう不動産物権であって、それが割り当てられた不動産とともにしか譲渡しえないとする見解があるほか、債権とする見解もある。より正確には、不動産上の無体的権利の問題であろう。③留置権についても議論がある。多数説は物権と性質決定しており、判例もこの立場を採っている。これに対し、留置権には、追及効も優先効もなく、物の効用を目的とする物権ではなく、物理的所持によって行使される事実上の権限であって、留置権には物権の構造と何ら共通性が認められないことを理由に、物の返還債務の態様として債権と性質決定する見解もある。④先買権は、契約の強制的譲受権であって、物権でも債権でもない。

(ii) ハイブリッドな諸状況——物権と債権の並存

他方で、債権と物権の制度を組み合わせ、ある種のハイブリッドな状況を構成する多くの場合がある。

まず、①通時的な結合として、時の経過に従い、物権と債権が相次いで現れる場合がある。例えば、建築予定賃貸借の枠内で、賃借人に地上権(droit de superficie)が付与される場合がこれに当たる。また、②共時的な結合として、同一制度内において、債権と物権が並存する場合がある。例えば、地役権で、真の人的役務と分析しうる積極的義務を負う場合がそれであり、ここでは物権から債権が生じている。当事者の合意により債務を負わせる地役権は、判例によって「創り出された」地役権に多くみられる。例えば、営業財産の地役権として、その買主に競業する商業活動を禁止する場合、承役地の所有者に要役地のための給付の履行義務を課す場合が挙げられる。将来は、このような人役権のカテゴリーは、とりわけ環境法の分野で増加することがありえよう。かかる物権と並存する債権は、用益権者と所有権者の間の共通利益の相互の義務（物権法改正草案577条1項）から引き出される。

以上にみたまてすべての場合において、物権と債権の区別に対する批判が妥当なとしても、それは主として、それらの基底に存する債務が急増していることを理由とするもので、これにより、物権と債権の区別が柔軟なものとなっている。

(2) 物上債務という捉え難い概念

(i) 物上債務という「緩衝材」

物権と債権の区別をゆがめるよりも、中間的なカテゴリーの存在を認めたいほうがよいと思われる場合が「物上債務 (obligation réelle)」である。物上債務は、真の意味での物権でも債権でもないすべての場合の緩衝材として用いられる。物上債務の概念は、トゥリエに始まり³⁷、ミションによって最初に体系化された³⁸。ミションによれば、物上債務は、主たる物権に結びつけられた負担を意味し、より正確には、主たる物権の享受または債務の担保として設定した物権の所持から生ずるものとされる。この見解によると、物的債務の基準は、法律によって定められることになるが、かかる基準は不十分なものである³⁹。

(ii) 物上債務の自律性

ボヌカーズによれば、主たる物権から引き出された物についての負担のみが物上債務であって、ミションとは異なり、他人の債務のために担保として設定した物の所持から生ずるものを物上債務と認めない⁴⁰。後者の場合は、他人の債務がその債務の発生原因であって、物は当該債務の上限を画するために用いられるにすぎないことによる。

自律的な物上債務の基準は、ボヌカーズによれば、債務者が自ら履行するか、物に対する権利を放棄するかをいずれかを選択しうるという放棄の権能の有無にあるとされる。物上債務は、主たる物権に従たる性質を有し、かつ、法律に基づく生ずるものであって、自由に創出しえない。また、物上債務は、積極的債務によって特徴づけられる点で、これが原則として禁ずる地役権とも異なる⁴¹。同様の見解は、ドゥ・ジュグラールによっても

³⁷ C.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Tome VI, 1812, art. II, n° 397, p. 479, cité par J. Scapel, *th. préc.*, note 218, p. 71.

³⁸ L. Michon, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891.

³⁹ 同旨の指摘をするものとして、J. Scapel, *th. préc.*, n° 56, p. 72 et 73.

⁴⁰ J. Bonnet, *Supplément du Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Tome V, Sirey, 1930, spéc. n° 193 et s., p. 400 et s.

⁴¹ *Ibid.*, spéc. n° 193 et s., p. 400 et s.

説かれている⁴²。しかし、物上債務を放棄の権能の有無によって特徴づけるのはあまりに内容に乏しい。

(iii) 物上債務——債権説

これに対し、物上債務を債権のカテゴリーに結びつける見解も存する。この見解に属するアベルカヌは、競合する物権相互間の第三者に対する対抗力の抵触を解決する機能に限定して、物上債務を認める⁴³。共有者間や相隣関係など、同一の物に対して物権が競合する場合において課されるものであり、債務であって物権ではないが、物権を発生原因とするものとされる。この見解を発展させたのがスカベルであり、共有者間、用益権、地上権、地役権、相隣関係、越境侵害など競合する物権相互間の抵触を解決する技術として、物上債務を理解する（完全物上債務）⁴⁴。もっとも、スカベルは、それと並んで、財産の利用に対する権利の帰属主体を保護するという上記と異なる機能をもつ物上債務（不完全物上債務）を認める⁴⁵。権利移転型の契約において、物の権利の譲渡に伴い、契約上の訴権が譲受人に移転するのが、その例である。

(iv) 物上債務——付従性基準

物上債務が過度に広がることを避けるべく、物上債務の特性は物権に対する付従性にあるとし、ボヌカーズ⁴⁶やコルンプロブスト⁴⁷の見解を発展させて、付従性を基準として、物上債務を限定的に理解する見解がある。この見解によると、物上債務は、物権に対して付従性があるから、物権と同様に物とともに移転し、主たる物権の消滅とともに消滅するが、他方で、物権とは別個の債権であって、物権と債権のハイブリッドな性質を有する

⁴² M. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937.

⁴³ H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français, contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*, Préf. M. Frejaille, L.G.D.J., 1957, n° 25, p. 20.

⁴⁴ J. Scapel, *th. préc.*, p. 291 et s.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 433 et s.

⁴⁶ Bonnecase, *op. cit.*, n° 187, p. 384.

⁴⁷ M. Kornprobst, *Étude sur la notion de servitude en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1936, p. 261 et 274.

とされる⁴⁸。この基準によると、付従性がない単なる物に関する債権や、物権の内容の延長にすぎないものは、物上債務には含まれないことになる。

以上を要するに、物上債務の概念は、物権と債権の区別には厳しい批判に対して、未解決の領域がなくなるわけではないにせよ、その区別の完全性を維持するために持ち出されたものである。このような試みは、物権と債権の区別を維持するため採られるべき解決は、より大きな柔軟性を導入することにあることを示していよう。

B. 危機に瀕する区別？

物権と債権の区別がもはや説得力を失い、不適切であるとすれば、単純にこれを止めてしまうべきなのだろうか。物権と債権の二分法に収まらない場合の増加に直面して、一方を他方に吸収ないし融合させることで、この区別を放棄する見解も存在する。こうした見解には、債権のカテゴリーを物権に吸収する方向をめざす客観理論と、物権のカテゴリーを債権に吸収する方向をめざす債権理論とがある。

(1) 客観説

客観説 (*thèse objective*) は、すべての権利は価値に還元されると考える。こうした見解を最初に説いたのは、ゴドゥメであるが、債務は、債務者という人から切り離されて脱人格化され、2つの一般財産間の関係という財産的価値として捉えられる⁴⁹。こうした理解は、サレイユによって発展させられ、債務者の人格ではなく、給付の価値が重要であると説かれた⁵⁰。

このような債権関係の財産的理解は、1950年代以降の論者において広く受け入れられたが、その要因には、第1に、物理的媒体と権利が分離するという財産の非物質化があり、第2に、債権債務関係の流通という現象がある。

このように債権債務を二者間の関係というよりも給付という財産的価

⁴⁸ F. Rouvière, J.-Cl. Civ., art. 637 à 639 C. civ., spéc. n° 35 et n° 41.

⁴⁹ E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, spéc. p. 30.

⁵⁰ R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris, 2^e éd., 1901, spéc. n° 80, p. 71.

値として捉える見方は、EU法においても認められている⁵¹。欧州人権条約プロトコル1条にいう「財産 (bien)」の概念には、債権のみならず、より広くあらゆる財産的価値が含まれる⁵²。これと同じく、フランスの憲法院も、債権者を「債権の所有者」と性質決定することで、非常に広い「財産」概念を採用している⁵³。これによると、いずれも所有権の客体とされ、物権と債権の区別は相対化している⁵⁴。

(2) 債権説

プラニオルが主張した債権説 (thèse personnaliste) によれば、物権は、人と物の間の法的関係としては捉えられない。この見解は、物権と債権の区別は、共同体の中でしか理解しえず、それゆえ社会生活を前提とするとの見方から立論する。物権における人と物の関係も、社会的事実すぎない。これによると、物権も、債権と同じく、債務関係として捉えられる。物権は排他的な権利であり、万人に区別なく対抗可能であり、社会のすべての個人は、この権利を侵害しない一般的な債務を負っている。したがって、物権の帰属主体は、万人に対してそのような債権を有するものと捉えられる⁵⁵。これが有名な「一般的不作為債務 (obligation passive universelle)」である。

債権説によれば、物権と債権はいずれも権利主体と義務主体とから構成され、両者の間に権利の構造に違いはない。物権では万人が義務主体である点で異なるのみである。これによると、物権と債権の区別は相対化し、先にみた物上債務は無益なものとなろう。

債権説に対しては、カルボニエが指摘するように、一般的不作為債務と

いうのは、万人に課されるところの法律および他人の権利を尊重する一般的な「義務 (devoir)」にすぎず、技術的な意味での「債務 (obligation)」ではないのであって、概念の用い方が厳密ではないとの批判が妥当しよう⁵⁶。物権と債権はいずれも法的事実として万人に対抗可能なものであって、債権説は、債権については債務者のみが履行すべき債務を負っているという合意の相対効と、第三者対抗力とを混同するものといえよう。

(3) 緩和された債権説

債権説を再検討し、新たな見解を構成したのが ジノサールである。ジノサールは、ローマ法は権利の概念自体を知らないというヴィレリの業績を基礎として、所有権は権利ではなく、物の状態であると捉える。使用、収益および処分権能がない所有権が存在しうることが示すように、所有権は、物についての絶対的権能ではなく、「物がある人に帰属しているという関係」、すなわち、物の帰属関係 (lien d'appartenance) と定義される⁵⁷。

このような所有権の定義を前提とすると、すべての債権はかかる意味での所有権の客体であるとされる。そして、権利を一般的不作為債務を負う関係として定義する。もっとも、先にみた極端な債権説とは異なり、債権の相対効の存在は否定しない⁵⁸。かくして、所有権は、物または債権を対象とするものとなる。このような分析は、いかなる法文にも抵触しないのみならず⁵⁹、債権についての担保権や用益権を設定した場合を分析すれば明らかなように、債権者の債権に対する権利と、所有者の物に対する権利とでは、権利の分析内容は異ならないことを理由とする⁶⁰。

他方で、真の意味での物権たりうるのは、所有権以外の他人の物についての物権のみであるとされる。そして、物権は、債権と同じく、他人の物

⁵¹ H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, 2000, P.U.A.M., 2002, spéc. n° 460.

⁵² CEDH, 30 nov. 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, § 124, D. 2002. 2568. フランスの破毀院もその理由づけを支持している。Cass. 2^e civ., 3 mai 2007, n° 05-19.439, D. 2007. 2336, chron. V. Vigneau.

⁵³ S. Mouton, *La modernisation du droit constitutionnel de propriété : à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers*, D. 2010, p. 2553 ;

⁵⁴ Cons. const. n° 2010-607-DC, § 9, RTD civ. 2010. 584, obs. Th. Revet : « droit de propriété des créanciers garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ».

⁵⁵ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1^{re} éd., 1900, I, n° 762.

⁵⁶ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 43, p. 75.

⁵⁷ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, spéc. n° 12, p. 33.

⁵⁸ *Ibid*, n° 25, p. 67.

⁵⁹ *Ibid*, n° 15, p. 39.

⁶⁰ *Ibid*, n° 19, p. 47. R. Libchaber, *L'usufruit des créances est-il possible ?*, R.T.D. civ., 1997, p. 615 et s. も参照。

に対する債権債務関係という相対的な権利として捉えられる⁶¹。もっとも、ジノサルは、物権については、その経済的な重要性の帰結として、より厳格な枠づけと不動産公示の原則に服する点にその特殊性を認める⁶²。

ジノサルの見解にも批判はなくはないが、現代的学説の一部によって支持されている。とりわけ、ゼナティ＝ルヴェは、所有権は物の状態であるとしつつ、これに排他性という明確な基準を与えるという修正を加えているが、所有権、物権および債権の分類については、ジノサルの見解を基本的に受け継いでいる⁶³。

以上の検討からすれば、物権と債権の区別は、維持されるべきである。そして、緩和された債権説によって、その内容をより豊かなものとするのが可能であろう。すなわち、「所有権」とは物の状態であり、他人の物に対するもののみが「物権」として理解しうる。物権と債権は、同一の構造を有するが、物権は義務主体が抽象的であるのに対し、債権では義務主体が特定している。物権は、経済的な側面での重要性から、そのより厳格なサンクションと特定の公示方法が正当化される。

しかし、いかなる理論およびその修正を支持するにせよ、物権と債権の区別は、多くの議論があっても、財産法の支柱としての役割を果たし続けるが、それぞれのカテゴリーは、それが柔軟であるという条件のもとでのみ、正当性を有し、操作可能なものとなろう。よって、いずれかのカテゴリーのみには分類しえない権利が多数存することを認め、両者を組み合わせることで、一定の物権は債権の効果を生じ、一定の債権は物権の効果を生じうることを認める必要がある。今後の課題は、物権と債権の区別を見直すのではなく、物上債務の概念によって、実務上生ずるハイブリッドな状態をいかにして規律すべきかを検討することである。かくして、権利および財産法は、所有権、他人の物に対する物権、債権および物権に付随する物上債務という方程式によって基礎づけられることになる。

⁶¹ Ginossar, *op. cit.*, n° 41, p. 109 et n° 49 et s., p. 136 et s.

⁶² *Ibid.*, n° 67, p. 182.

⁶³ F. Zénati, *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981 ; du même auteur, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, R.T.D. civ., 1993, p. 305 et s.; F. Zénati et Th. Revet, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 2 et n° 192.