

# 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一条をめぐって——

水 津 太 郎

- 序——本研究の問題意識
- 一 課題と方法
- 二 民法典編纂の基本方針
  - (一) 体系に関する問題
  - (二) 準備委員会答申
  - (三) 予決問題に関する審議
    - 1 体系の確定
    - 2 総則の役割
- 三 ヨーホウ物権法部分草案
  - (一) 物規定の適用関係
  - (二) 『部分草案理由書』
    - 1 概観
    - 2 総論——「序論」
      - (1) 物権法の独立的地位
      - (2) 物権法の内容
- 四 第一委員会——プランクの修正提案
  - (一) 定義規定の原型
  - (二) 第一委員会議事録
    - 1 第一章第一節「物に関する一般規定」の位置
    - 2 TE-SachR § 1の要否および方式
    - 3 TE-SachR §§ 14, 15の要否
    - 4 TE-SachR § 85の物規定の挿入の要否
  - 5 第一草案
- 六 分析と検討

- (一) 資料の状況と視角の設定  
 (二) 部分草案の起草から第一草案の成立まで

- 1 『部分草案理由書』  
 2 第一委員会議事録

## 序——本研究の問題意識

民法八五条は「この法律において『物』とは、有体物をいう」とする。同条が、フランス民法典の流れを汲み無体物をも物に含めた旧民法の規定を、ドイツ民法典に倣って修正したものであることは一般に知られるところである。<sup>(1)</sup>

しかし、物概念を有体物に制限することに対しては古くから批判が強い。<sup>(2)</sup> 今日の社会的・経済的事情にかんがみれば、物を有体物に制限するのは狭きに失する。権利、エネルギー、精神的創造物、集合物、企業なども物に含めるべきというわけである。そうすると、ドイツ民法典がなぜ、物を有体的対象に制限したのが問題となる。当時の三大法典、プロイセン一般ラント法、オーストリア一般民法典、そしてフランス民法典はいずれも、物に無体物を含める広い物概念ないし財概念を採用していた。にもかかわらず、ドイツ民法典の起草者はなぜ、狭い物概念を採用し、そうした定義規定を置いたのか。

有体物規定にはなおもう一つの問題がある。民法起草者が参照したのは、精確には、ドイツ民法典の第一草案であった。<sup>(3)</sup> しかし、同草案では物規定は物権編の冒頭に置かれていた。これが総則編に移行されたのは第二草案においてである。<sup>(4)</sup> にもかかわらず、わが民法の起草過程では、第二草案を参照するより前に、物規定の総則編への配置が決定された。こうした経緯を踏まえて、物規定は総則編ではなく物権編に置くべきであったと主張する

ものがみられる。<sup>(5)</sup>しかし、そういうのであれば、まず次の点を明らかにする必要がある。ドイツ民法典の第一草案はなぜ物規定の位置を物権編の冒頭としていたのか、そして、第二草案ではなぜこれを総則編に移行するにしたのか。

このように問うことには、こうした問題は先行研究によってすでに応答されているのではないかと、この疑問が生じるかもしれない。しかしながら、のちに示すように、その多くは資料的制約から、『第一草案理由書』と『第二委員会議事録』、つまりムグダン編集にかかる『ドイツ民法典全資料集』所収資料しか参照できなかったものである。しかも、それですら部分的に考察するにとどまる。さらに、一九七〇年代以降、ヤーコプスとシュールベルトによりドイツ民法典編纂過程における未公開資料が続々と公開され、資料の状況は現在大幅に改善されている。『成立史資料集成』『起草者提出資料集成』『逐条・審議資料集成』所収資料がこれである。結論を先取りすると、本研究の問題についてはこれらの新資料を用いなければ、不十分であるのはもとより、不正確な結論しかえられない。新資料を用いた研究もないではないが、参照範囲が限定的であるところ、この重要な問題は看過されている。

## 一 課題と方法

本研究はこうした問題意識から出発し、ドイツ民法典における物概念規定の立法趣旨を、新資料を広く用いて実証的に解明することを課題とする。<sup>(6)</sup>先行研究との関係を明確にし、また、検証の可能性を担保するために、まず本研究が基礎とする資料を提示し、その後これらについて分析・検討を加えるという手法をとりたい。あらかじめ関連規定をみておこう。

ドイツ民法典は、物を有体的対象に制限する規定を、総則編に配置している(§80)。この規定は直接には第二草案に由来するものである(§778)。それ以前の第一草案では規定の位置が異なり、物権編の冒頭に置かれていた(§778)。ヨーホウの物権法部分草案にも対応規定がある(§1)が、同草案はそもそも規定の仕方を異にしており、物概念の定義ではなく、物規定の適用関係というかたちで定めている。これらの規定・草案の基礎には、民法典編纂の基本方針をめぐる議論があった。

こうして本研究では、民法典編纂の基本方針に始まり、部分草案、第一草案を経由して、第二草案で完成した規定がドイツ民法典に結実するまでの経緯を追跡する。もともと、紙幅と内容の関係上、本研究は構成を二部に分け、本稿では第一部として、第一草案が成立するまで、すなわち主にヨーホウ物権法部分草案をめぐる議論を取り上げる。それ以降、ドイツ民法典成立に至るまでの考察と全体の総括は、次稿<sup>(8)</sup>・第二部で行うことにする。

## 二 民法典編纂の基本方針

### (一) 体系に関する問題

一八七四年四月一日、準備委員会 (Vorkommission) は連邦参議院 (Bundesrath) の付託に対する回答として、ドイツ民法典編纂の計画と方法に関する「答申 (Gutachten)」を同議院に提出した。この答申は民法典編纂の基本方針を示したものととして、その後二〇年あまりに及ぶ編纂事業を根本的に規定したものととして知られる。本稿との関連では、パンデクテン体系の採用がいわば当然の前提であるかのような記述がみられる点がとくに重要である。

同年の九月以来、連邦参議院により組織された第一委員会 (Die 1. Kommission) は、各条文を起草する前に

決めておかなければならない予決問題 (Vorfragen) を検討した。同年九月二三日、第四回本会議 (書記…ノイバウアー) の際には「ドイツ民法典の体系 (System des BGB)」が取り上げられ、準備委員会答申でははっきりとしていなかったパンデクテン体系の採用が明確に決定された。その三日後の二六日、第六回本会議 (書記…ノイバウアー) では、本稿の問題との関連で重要な役割を演じる、「総則で規制されるべき素材 (Die im Allgemeinen Teil zu regelnden Materien)」につき議決がなされた。

以下では、準備委員会答申、第一委員会の各予決審議の内容を順にみていくことにする。

## (二) 準備委員会答申<sup>(9)</sup>

〔G1〕答申の起草者は、シェリング、ゴールドシュミット、キューベル、ノイマイヤー、ヴェーバーの五人である。答申では、民法典編纂の目的、方法、対象など、多くの事柄が触れられているが、体系に関連する記述は意外と少ない。後期普通法学の精華、パンデクテン体系を採用することは自明のものともみられていた節がある。関連部分を抜き書きすると、以下のとおりである。<sup>(10)</sup>

〔G2〕われわれの考えによれば、将来の法典は以下の前提を充足していなければならない。すなわち、「ドイツ帝国内に存する民法体系のうちたしかなもの」とされた共通の法制度と法命題を堅持すること、相互に法規が異なっている場合にいずれの法規を採用するかは、第一に社会の要求と合目的性を顧慮し、次いで法律的—論理的な首尾一貫性にしたがって決定すること、今日の状況に適合する法原理を徹底して積極的に採用する際には、かならず伝統的な法および地方の固有の事情にとくに配慮すること、最後に、採用されることになる法命題の条文化に際しては、学者だけに通用する隠語も、法律条文に不可欠な技術上の明晰性と精確性を曖昧にしまし、わゆる俗語もいずれも用いることなく、むしろ圧縮された簡潔さを目指し、一般人にも理解できる、しかし厳し

い技術によって磨きぬかれた法律用語を使用するよう努めること」である。

〔G3〕したがって、課題としては、本質的に三つのものが挙げられる。「ドイツ帝国内で現在通用している規範のすべてにわたり合目的性、内容の真实性、実施の一貫性を顧慮しながら調査すること、普通法と呼ばれている法（普通民法とドイツ私法）の共通の基礎とは異なる近年の大きな民事立法、ラント法および随時発布される帝国法の諸規定をどの程度維持するべきか、あるいは調整を試みるべきか、試みるとすればどのような調整をすべきなのかを慎重に検討すること、最後に、正しい条文化および正しい配列にできる限りの配慮を払うこと」。

〔G4〕こうしてみると、現行の民法典ないし草案の一つを直接、将来の法典またはその主要部分の基礎とすることは許されない。①バイエルン・マクシミリアン民法典とプロイセン一般ラント法がこの目的に適さないことは、「詳しく説明するまでもない」。②フランス民法典は、たしかに、まぎれもない編纂者の技能をみせている。「しかし、形式と内容とも不均一であり、体系においても欠陥を含んでいる (fehlerhaft in seinem System)」。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ぬが、フランス法はそれに適した基礎を提供できない。③ヘッセン大国民民法典草案およびザクセン王国民民法典は、いずれも中規模の一支邦国のための法典編纂にすぎず、さらに、後者はすでに本質的に統一的な法が存在していたために、相異なる法体系間の調整という作業には取り組んでいない。④バイエルン王国民民法典草案（物権法と債務法部分のみ完成）およびドイツ債務関係法草案も、今般の目的を部分的にしか満たしておらず、また、主要な一部のみを編纂しているにすぎないし、後者はとりわけ、ドイツ商法典への依存および債務法以外の法分野一般と現行の多様な民法体系への遠慮から法命題を自由かつ完全に作り上げるといふ任務に十分に応えていない。したがって、立法委員会は、たしかに現行の民法典ないし草案を普通法の理論と実務とともに民法典の土台として利用し、また、オーストリア、

スイスその他の外国の立法活動も利用しうるが、しかし特定の提案に拘束されることはないのである。

〔G5〕「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」。しかし、この点について制限を設けるべきか否かは、委員会の自由な裁量に委ねられる。

〔G6〕各法素材は五人程度の編纂者に分担させるべきである。①債権債務関係法。これはきわめて広い範囲のものを含み、個々の難問も有するけれども、近時の法典や草案にしばしば取り上げられ、基本的にはもう準備ができてゐる。だから、これについては特別委員または鑑定人の適切な協力のもとで、ただ一人の編纂者を挙げるだけで十分であろう。②不動産物権法。この法領域に精確に通暁し、ここだけを担当する編纂者を一人必要とする。不動産担保法も同人に任せられるかもしれないけれども、物権法の全体草案は二人の編纂者の協力によって作成されなければならない。③後見法および家族法の大部分。これらは一人の手に委ねるのが目的に適っている。④夫婦財産法および相続法。複数の特別委員を用意するが、一人の編纂者にこの両者を一緒に担当させるのが妥当である。というのは、この二つの法分野は、一部は相互に幾重にも絡み合い、一部はローマ法原則とゲルマン法原則のまったく独特な結合に基づいており、最後にまた一部は広範囲にわたる法の地方的多様性についての完璧な知識および精確な配慮を高度に要求するからである。そして、⑤総則。中位の分量にとどまるが、これを不要とするわけにはいかない。総則については「一般的なものから特殊なものへと下降していくのではなく、むしろ特殊なものから出発しつつ暫時的に一般的なものをそこから分離していくほうが妥当なように思われる」。もっとも重要な一般理論をその形態と帰結を顧慮しつつ各々の各論部分において検討するときに、最終的に総則に採用するのが適切と思われるのはどの法命題か、各則に残しておくべきものはどの法命題か、ということがはっきりしてくるからである。

(三) 予決問題に関する審議

1 体系の確定<sup>(11)</sup>

〔V1〕ドイツ民法典の体系と編纂作業の区分については、ヴェーバーの提案（方針五号）が修正のうえで受け容れられた。修正点は「ドイツ民法典の体系は一般に、近時の学説と立法作業にしたがわなければならない」という最初の文の削除であり、その他については提案の内容がほぼ支持されている。具体的にはこうである。

〔V2〕「ドイツ民法典は以下のように区分されなければならない。

A. 総則 (ein allgemeiner Teil)´

B. 各則 (ein besonderer Teil)´ すなわち、

a) 担保法を含んだ物権法 (Sachenrecht)´ および占有法 (Recht des Besitzes)´

b) 債権債務関係法 (Obligationenrecht)´ どの専門用語 (債権法 [Recht der Forderungen]´ 債務関係法 [Recht der Schuldverhältnisse]) を選択すべきか、という定義についての議決は(12)では留保する、同法は総則と各則から構成される、

c) 家族法 (とくに婚姻法、親子関係、後見法)、いわゆる人の法 (Personenrecht) も組み入れるべきか、組み入れるとしたらどの範囲でそうすべきか、そうしたときには『家族法』という名称を変更すべきか、という問題についての議決は(12)では留保する、

d) 相続法」。

2 総則の役割<sup>(12)</sup>

〔V3〕物権法、債権債務法、家族法および相続法の起草者を任命する際に、ある法素材について、「それが各

則にそもそも属さない、そうでなくても、排他的には属さないし属さないようにみえる」ために総則で規制されるのが適当なのか、そうしたものではなく、各則で規制されるべきなのかをどのように判断するのか、という問題が生じた。この問題を検討する際に、ヴィントシャイトの提案（方針六号）をもとに、総則で規律されるべき素材としては次のものとされた。

〔V 4〕 第一は、法（いわゆる客観的意味でのレヒト）。個別的には、①制定法、慣習法、自治法、特権付与状、②時間的範囲（訴求力）、空間的範囲（国際私法）。判例法については問題が高度に政治的な意味を有することから法典にはなにも組み込まない。以下の点の検討については編纂者に委ねられる。国家契約が法源性を有するか、領邦君主と高級貴族の自治権につき民法典あるいは施行法でなにか規定すべきか、時間的範囲は学説あるいは施行法に委ねるべき事柄ではないか、東ドイツの法素材をなにか法典に採録するほうがよいか。第二は、権利。これについては特別な内容を捨象したものである。具体的には、①権利主体（狭義の人の法）については、自然人の始期と終期、権利能力、行為能力、法人。②権利の発生と消滅（変動）については、契約を含む法律行為、有効要件、無効の追認、解釈、条件・期間・前提をとおした効力の自己制限。

### 三 ヨーホウ物権法部分草案

#### （一）物規定の適用関係

連邦参議院が物権法の部分草案（TE-SachR）<sup>(13)</sup>の起草を委嘱したのは、プロイセン代表・ベルリン上級裁判所判事、ヨーホウであった。ヨーホウがその成果である部分草案を理由書とともに公にしたのは、一八八〇年八月のことである。<sup>(14)</sup>

ヨ一ホウの部分草案には、BGB § 90 に対応する物概念の定義規定は存しない。しかし、これに相応する規定をみつけることができる<sup>(15)</sup>。それは、「物権法」部分草案の劈頭、すなわち第一章「一般規定 (Allgemeine Bestimmungen)」第二節「物に関する一般規定 (Allgemeine Bestimmungen über Sachen)」の最初に設けられた規定である<sup>(16)</sup>。

TF-SachR § 1 Die über Sachen gegeben Bestimmungen finden auf Rechte nur nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Vorschrift Anwendung.

物権法部分草案一条 物に関する規定は、権利に対しては、ただ特別な法律上の規定がある場合にのみ適用される。

ヨ一ホウの整理によれば、第一節「物に関する一般規定」は「物の概念」(§ 1)と「物の性質」から構成され、後者は八つの事項、すなわち「不動産と独立の権利」(§ 2)、「物上の権利が排除される場合」(§§ 3-4)、「共同利用のために指定された土地と水」(§ 5)、「構成部分」(§§ 6-13)、「一個の土地」(§ 13)、「集合物」(§§ 14-15)、「従物」(§§ 16-19) [§ 19 は集合物・従物に共通]、「果実」(§ 20) を定める<sup>(17)</sup>。

このうち、集合物に関する規定はのちの議論との関係上、ここでみておかなければならない。この点を定める規定の文面は次のとおりである<sup>(18)</sup>。

TF-SachR § 14 Durch die Bezeichnung mehrerer physisch nicht zusammenhängender Sachen mit einem Gesamtnamen kann nicht die Sachgesamtheit als solche, sondern es können nur die darunter begriffenen einzelnen Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen werden.

物権法部分草案一四条 物理的には関連性を有しない複数の物が集合名詞によつて指示される場合には、これによつて法関係の対象となりうるのは、集合物そのものではなく、集合物のもつて把握された個々の物のみである。

TF-SachR § 15 Ist der Gegenstand eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden mit einem Gesamtnamen bezeichnet, so sind im Zweifel hierunter diejenigen Sachen zu verstehen, welche zur Zeit des Rechtsgeschäftes die

Sachgesamtheit gebildet haben.

物権法部分草案一五条 法律行為の対象が生者間で集合名詞によって指示される場合には、疑いがあるときは、それは法律行為時に集合物を形成していた物と解釈されなければならない。

すぐあとでみるように、ヨ－ホウは所有権論との関係においても物概念の問題を詳しく取り上げている。そこで、第三章「所有権 (Eigentum)」第一節「所有権に関する一般規定 (Allgemeine Bestimmungen über das Eigentum)」の最初に掲げられた所有権の概念に関する規定も引いておこう。

TE-SachR § 85 Der Eigentümer hat das Recht, die Sache zu besitzen und über dieselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind.

物権法部分草案八五条 所有者は、法律または第三者の権利の制限を受けない範囲で、物を占有し、他人を排除してこの物を処分する権利を有する。

## (二) 『部分草案理由書』

### 1 概観

ヨ－ホウは『部分草案理由書』に「序論」「総論」を付し、そのなかで「I. 物権法の概念と民法典におけるその独立的地位」「II. 物権法の内容・草案の構成」「III. 動産と不動産の自然な区別が物権法の形成に与える影響」「IV. 現行物権法」につき解説し、そうしたのちに、各規定の理由「各論」を順に詳しく述べている。

ヨ－ホウによれば、TE-SachR § 1の理由は、序論の直後、第一章第一節「I. 物の概念」で解説されていることであるが<sup>19)</sup>、しかし、内容からみればこの部分だけのみでは足りない。同条に関連する説明は、序論

のⅠとⅣにもみいだされるからである。そして、規定の位置の問題との関係では、序論Ⅱ、および第一章第一節「Ⅱ. 物の性質」の各冒頭部分の説明も無視できない。既述のように、のちの議論との関係では、TE-SachR §§ 14, 15 の理由もみておかなければならないが、これは第一章第一節Ⅱ. の五番目、「5. 集合物」に存する。

さらに、ヨーホウは各論第三章「所有権」に関する「序論」の冒頭、「Ⅰ. 所有権の対象」のなかでも物概念につき詳しい解説を与えている。したがって、この部分も合わせてフォローする必要がある。

以下、理由書の構成によりつつ、すなわち物権法の独立的地位、物権法の内容、現行物権法（以上、序論Ⅰ、Ⅱ. 冒頭、Ⅳ）、物の概念、物の性質、集合物の概念（以上、第一章第一節Ⅰ、Ⅱ. 冒頭、Ⅱ. 5.）、所有権の対象（第三章序論Ⅰ）の順に、関連する部分を立ち入ってみていこう。

## 2 総論——「序論」

### (1) 物権法の独立的地位<sup>(20)</sup>

「Ⅰ」委員会の決議は第一草案を総則、物権法、債権債務関係法、家族法および相続法の五つの領域に分けて編纂すべきとしている。

「Ⅱ」このことは「作業区分」を策定するだけであり、「遵守されるべき法体系についての決定」を含むものではない。けれども、この体系は「純粹に外形的なもの」ではなく「内的な諸根拠」に基づいていることを見誤ってはならない。それは、サヴィニー『現代ローマ法体系』第一卷第五章以下で示されているとおりである。<sup>(21)</sup> すなわち、「意思支配 (Willensherrschaft)」の対象はただ二つ、「自由を持たない自然 (unfreie Natur)」と「他人 (fremde Person)」のみである。われわれは自由を持たない自然を全体ではなく、ただ特定の空間的限界においてだけ支配できる。「こうして限界づけられた自然の断面」が「物 (Sache)」これと関連づけられるのが権利

の第一形式、「物の上の権利 (das Recht an einer Sache)」である。そのもつとも純粹かつ完全な形態が「所有権 (Eigentum)」と呼ばれる。他人に関する支配はかれの自由を破壊しないよう、ただかれの個々の行為に對してのみ及ぶ。「こうした他人の個々の行為に関する支配の關係」が「債権債務關係 (eine Obligation)」である。この二つの権利により人の力は自然的存在の限界を超えて拡張される。こうした個人の力を拡張する關係の總体がかれの「財産 (Vermögen)」を、これに関する法制度の總体が「財産法 (Vermögensrecht)」を形作る。財産法は家族法および相続法から次のように区別される。まず、財産法では關係者は抽象的人格においてのみ考慮されるが、家族法では特定個人をとおして人間性の有機的總体と結びつけられた具体的な關係にしたがって考慮される。次に、財産法は人間の死亡により生じる財産担い手の交代を度外視しているが、相続法は死亡により解放された財産の新たな私人への移転を仲介する法制度を含んでいる。

〔J3〕もつとも、「学説はこれらの内的な区別をつねにはつきりと意識しているわけではない」。すなわち、前世紀の理性法論 (rationalistische Theorie) の際には、①債権債務關係はその大部分が物權の發生または移転を目的とすること、②物權は物權に對峙する人々の意思を間接的に捕捉するために人的側面をも有することからすべての法体系は「人的な權利義務の体系」として表された<sup>(22)</sup>。物權法、債権債務關係法および相続法はごちゃまぜにされ、各個の人的な法關係は外的視点・理性的視点から区分されたというわけである。「このことと相伴って、私法制度の性格にとつて非常に重要な、有体的な財産対象としての物と、無体的な財産対象としての權利の間の区別は脇に追いやられた。權利を無体物と名づけてこれを物概念に引き入れ、そして、(より狭い本来の意味での)物の上の權利についてのみ真実であるはずの法命題を、人權に對しても適用するに至ったのである」。こうした理性法論の「混乱」は一連の現行法のうち、とくにプロイセン一般ラント法、フランス民法典、さらにはオーストリア一般民法典に影響を及ぼした。

〔J4〕けれども、「民法の性格に対する学問的洞察の今日的立場」は、財産法を家族法と相続法から分離することのみならず、財産法を物権法と債権債務関係法へ区分することをも要求し、かつこれを可能なものとしている。法上唯一有用な「自由を持たない自然の空間的に限界づけられた部分」という意味での物概念を嚴格に保持することで、物権法を次の理解に服せしめなければならない。すなわち、①物の上の権利は、その取得を仲介し準備するものとして役立つ債権債務関係に対して独立固有なものであること、②物権は物に対する直接的権利であり、人的側面はあくまで間接的なものであること。

〔J5〕立法の領域でこのことに説得力を与えているのは、プロイセン一般ラント法の改訂である。改訂草案は民法の領域を四つの部分、すなわち物権法、債権債務関係法、家族法および相続法に区分し、「さしあたり形式のうえでは」ラント法の構成を脱した。そして、この区分は、各部の順番はともかくとして、同法の前身であるバイエルン・マクシミリアン民法典、近時では、ザクセン王国民法典、さらにはヘッセン大公国民法典草案およびバイエルン王国民法典草案にもみいだされる。同じことは、フランス民法典の系列に属さない重要な外国の民法典、とくにチューリヒ州私法典、リーフラント・エストニア・クールラント私法にも当てはまる。

〔J6〕草案が「物権法は民法典の独立の部を形成すべき」ことを前提にできたのは、以上の理由によるのである。

〔J7〕もつとも、区分に中間物が生じるのは不可避であるから、物権法が独立的地位を有することは、①物権法にこれと実質的に関連する債権債務法上の個々の規定を取り入れること、②各部に特有な原則の例外に当たる中間物を設けることを妨げない。このなかでは、配列ルールの例外にとどまる①よりも、②のほうがいっそう重要である。「草案は次の観念に依拠している」。物権は完全な財産権として「物についての直接的支配 (unmittelbare Herrschaft)」を付与する。もはや履行または給付に条件づけられず、そのもの自体として存立し、した

がって権利主体の支配領域に干渉するあらゆる者に対する請求権を生み出す<sup>(23)</sup>。これに次いで、物権は「絶対権 (absolutes Recht)」に属するが、他方、人権ははじめから特定人に対して向けられる「相対権 (relatives Recht)」である<sup>(24)</sup>。しかし、「実際上の諸根拠」はこの原則を厳格に貫徹することを許さなかった。物権にも一定の侵害者にはそれ自体としては付与されるべき有効性が拒絶され、また、人権にも例外的に債務者以外の人に対する有効性が認められる。「物権と人権の対比 (Gegensatz zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Rechte)」はこれによつては放棄されない。物権の有効性の例外は物権の概念を揺さぶらない、「例外はその本質には触れず、ただ内容を変えるのみだからである」<sup>(25)</sup>。そうした例外は物権の概念から絶対性のモメントを取り除くものでもなく、<sup>(26)</sup> 実定法による限定的な例外として示される<sup>(27)</sup>。まったく同じように、人権の例外的有効性もその本質に触れるものではない。プロイセン一般ラント法のいわゆる „Recht zur Sache“ (*ius ad rem*) は新たな登記法のなかですでに放棄され、これに依拠した「相対的物権」の構想も圧倒的な批判を受けているのである<sup>(28)</sup>。

## (2) 物権法の内容<sup>(29)</sup>

〔J8〕「物に関する一般規定」は物権法の最初におかれなければならない。このことは「物権の概念」の分析から示される。物権は「法秩序により承認された物に関する直接的な、すなわちもはや行為または給付により仲介されるべきではない支配」を付与するから、物権の概念にとつての本質的な要素は次の三つである。①権利主体、②権利対象としての物、③主体と物との間に存する一定の法関係。まず、①については、物権法で一般に規定すべきでない。権利主体たりうるのは人のみであるというのは、物権法とその他の法領域で異ならないからである。だから、「権利主体としての人の理論は物権法の特別な観点から秩序づけられるべきではなく、むしろ四つの各則から切り離して起草される総則の主たる対象を形成する」。これに対して、②は物権法で規定すべきである。権利対象・物は、「人格の法 (Recht der Persönlichkeit) にはかかわらない法関係の形成」を独自に要求

する。<sup>(30)</sup>そして、「このことはたいいてい、物に関する直接支配を秩序づける法領域において現れる。したがって、物に関する一般規定は、物権法の劈頭に、その適切な場所をみいだすのである」。そうである以上、③につき規定するのは「物権法の本来の使命」といわなければならない。その際には、「物に関する直接支配の形式と範囲の相違」にしたがって分節される。

### (3) 現行物権法<sup>(31)</sup>

〔J9〕普通法のグループ。①普通法 (Das gemeines Recht)。その主たる法源であるユースティニアヌス帝法は、われわれが現在物権法に数える素材の体系的な編成を含むものではない。物権法の個々の素材に関する法命題が主どの章に捜し求められうるかが示されるだけである。これについては、ヴィントシャイトの『パンデクテン法教科書』を指示すれば十分である。ローマ法を普通法として通用させるための修正「現代的慣用」は、ラント法を除外すれば三重の法源により行われている。カノン法、ドイツ帝国法およびドイツ普通慣習法がこれである。しかし、これらの法源は物権法のすべてをカバーするものではない。②バイエルン・マクシミリアン法典 (Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, 1756)。物権法を第二編で編成し、一章に区分する。③ザクセン王国民法典 (Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1863)。物権法は五編のうちの二番目を形成し、§ 186 から § 661 までを包摂する。その他、第一編において物に関する一般規定を含む (§§ 58-78)。④ヘッセン大公国民法典草案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, 1845)。第二編は財産対象というタイトルを含み、占有、所有権、役権、消滅時効および取得時効に区分される。⑤バイエルン王国民法典草案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1864)。「物について」は第一編 (一般規定) の主要部分 (Art. 143-172) を「物の上の占有および権利」は第三編 (Art. 1-450) を構成する。

〔J10〕プロイセン一般ラント法 (Das preussische Allgemeine Landrecht, 1794)。「既述のように〔J3〕、同法では物権法は区別しては取り扱われていない」。改訂 (Revision) の試みがなされたが、完成には至らなかつた。一八一七年の指示によると、改訂素材は一六の *Pensum* に区分され、その一三番目にたいいのきわめて重要な物権がまとめられた。第一草案 (一八二九年) の審議のあと、はじめの三つの章題 (物権法総論、占有および所有権) が「プロイセン一般ラント法改訂草案 第一部 物権法」の表題のもとで公にされ (一八二九年)、修正と補充を施したあと最後に、「プロイセン国民法典 第二部 物権法, 1840」という表題で物権法が発表された。この草案は一一章、一三七二条からなる。

〔J11〕フランス民法典 (Code civil, 1803 ff.)。「一八〇三年以降帝国ライン川左岸の一部領域で通用しているフランス民法典は、記述のように〔J3〕「プロイセン一般ラント法と」まったく同じく、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」。

〔J12〕外国法。英米法との比較の試みは有益でない。というのは、同法における物権法の発展は非常に特殊であり、そこで刻印された法思想はドイツ物権法の法典化にとって役に立つ素材を提供せず、これとの対比には多大な労力が要求されるであろうからである。比較の対象となる外国法はたとえば以下のものである。①オーストリア一般民法典 (Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 1811)。第二編「物の法について」は、最初に一般規定「物とその法上の区分」 (§§ 258-308) を、次に、第一章「物権について」のうちの最初の七つの節で占有、所有権、担保権および役権 (§§ 309-530) を、一六番目の節で「所有権と他物権の共有」 (§§ 325-856) を取り扱い、第三編「人の法と物の法の共通規定」にも物権法上の諸規定を含む。②チューリヒ州私法典 (Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 1854)。第三編「物権法」は全法典中の §§ 474-902 を占める。③リーフラント・エストニア・クールラント私法 (Liv-, est- und kurländisches Privatrecht, 1864)。

物権法は第二編の対象である (art. 529-1690)。

3 各論 I——第一章第一節「物に関する一般規定」

(1) 物の概念：TE-SachR § 1 の理由<sup>32)</sup>

「J13」<sup>32)</sup>「物」という言葉は法律において様々な意味で用いられる。狭義では「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」、広義では「財産権の対象」。だから、民法典のなかで「物」という言葉がいかなる意味を有しているのが、とくに確定されなければならない。

〔J14〕ローマ物権法は狭義の物概念を基礎として発展した。他方、古ゲルマン法では事情は異なっていた。当時の経済状況では「土地占有の継続的な収益」が直接的な法的支配の対象と解釈された。レーエン体系が形成されるとまた、封主の収益との関係で同様の解釈がとられた。この途上でゲルマン占有制度、つまりゲヴェーレは物との関係を解消し、継続的な収益が決定的なものとなったのである。継続的収益を付与する権利・ゲレヒトザームは不動産と同じようにゲヴェーレ、所有権、用益権、質権の対象とみなされた<sup>33)</sup>。「収益しうるゲレヒトザームの法的資格はローマの概念、*jus in re aliena* とバラレルではなく、それは *juristische Sache* であり、法的には有体物と完全に同等であった」。この法思想は中世すべてを席卷し、この思想を介して国家高権、あらゆる種類の公的官職、教会官職すらも私法に組み込まれることになった。ローマ法研究が再興したとき、とくに中世イタリア実務もそのとりこになり、イタリアの法学識者はローマ法、*Corpus juris* のなかにもずからの法観念の表現を探索した。そこでは、たとえば *pr. §§. 1, 2, J. de rebus incorp. (II. 2)*<sup>34)</sup> のように、*res* の語は「財産客体について一般的な意味」で用いられていたのである。「この根本的に異なる法観念の混同が到達したたぐさんの誤解とその近代法発展への影響」を詳細に論究する場ではない。以下のことを指摘すれば十分である。

すなわち、「学説がローマ人にとってはただ“*res corporales*”のみに適用された物権法上の概念と規範を“*incorporalia*”に対しても適用するに至ったこと。そうした概念と規範は“*incorporalia*”との関係では適切でなく、法的真実を含んでいなかったたのである」。

〔J15〕この「誤れる理論」の影響を最小限にとどめたのが、バイエルン・マクシミリアン民法典である。II. 189 *res corporales* と *incorporales* が観念されてくるけれども、*res* は “*Ding*” と翻訳され、また、II. 1810 *das Recht zu einer Sache* “が *jus personale*” から区別されているところ、結果として、物概念は有体的物件に制限されている。これに対応して、物権法にも特別な部が認められ、とくに債権債務関係法から区別されたものとみなされているのである。

〔J16〕これに対して、近時の法典編纂では異なる態度をとるものがある。まず、プロイセン一般ラント法では、物概念は広義と狭義に区分され、明瞭性を欠いている。すなわち、「物 (*Sache*)」とは一般に「権利または義務の対象となりうるすべてのもの」をいい (I. 281)、「人間の行為、同様にその権利もまた、それが他人の権利の対象を構成する限り」物に含まれる (I. 282) が、狭義では「性質あるいは人間の合意のいずれかにより、権利存続の対象でありうる独自性を有するもの」が物と呼ばれる (I. 283)。この体系では、①「広義の物概念、そのような物の上の所有権の観念」が基礎におかれ、②債権債務関係と相続法は所有権の権原として現れるだけであり、そして、③物の語がどの意味で用いられているのかを示す規定は例外的に存するにすぎない。これに対して、改訂草案は、先述のとおりたしかに、②につき、体系再編というかたちで「独立した物権法」を志向しているが、③に対する論難は、込められた意味は文脈がおのずと明らかにするからそのための解説は必要ない、として却下し<sup>35)</sup>、さらに、①に関しては、二重の物概念は生産的でなく無意味という理由で廃止したものの、物概念につき「一般ラント法改訂の意図にもっとも精確に結びつく」として「拡張された」意味を選択し、次のように

規定している。「権利または義務の対象となりうる、行為と権利をも含むすべてのもの」(II. 1 § 1)<sup>(36)</sup>。しかし、草案において物という表現は、圧倒的に「2 § 3 にいう狭義の意味で用いられている。「そうであるなら、むしろこの概念を留保し、拡張された概念を放棄したほうが適切だったであろう」。次に、フランス民法典は、「第二編「財産および所有権の諸変容」において、「bien」を、「meubles ou immeubles」に区分するところ (art. 516 ff.) で、これについての「権利」も bien に含めており (art. 526; 529 ff.)」この点について体系レベルではプロイセン一般ラント法と同じような影響を受けている。所有権の章ではたいてい「chose」と語られているところ、ここから chose のもどでは物は「本来の意味で」理解されていると推論できるかもしれないが、第三編「所有権取得の諸態様について (Des différentes manières dont on acquiert la propriété)」をみれば、「bien et chose の間にそうした区別が想定されていたというのは困難である」(art. 711 ff., 714)。最後に、オーストリア一般民法典もこの系列に属する。物を「あらゆる財産客体」と理解し「人から区別され、人の使用に役立つすべてのもの」を法的意味の物と呼び [§ 285]、「取引対象となるすべての有体物と無体物は占有することができる」とする [§ 311]、「人の法 (Personenrecht)」に「物の法 (Sachenrecht)」を対置させ、後者を二つの章、すなわち「物的な物の法について (Von den dinglichen Sachenrechten)」 「人的な物の法について (Von den persönlichen Sachenrechten)」に区分しているからである。

[J 17] これに対して、「ドイツの新たな法典編纂はすべからず、物概念を『より狭い本来の意味』に制限した」。ザクセン王国民法典は草案段階では § 62 において、「権利客体としての一般的意味」を有するような物の定義を与えようとした<sup>(37)</sup>が、結局はとりやめ、定義すべてを捨象するとともに、「物は取引能力を有する限りおおよそ権利の対象になりうるとする」成案 § 58 の理由のなかではっきりと、「ここで語られる物とは単純に、空間関係 (Raumverhältnis) したがってなんらかの広がり、大きさとして空間的な分量を有し、所有権の対象として

問題となるもの、つまり有体物 (körperliche Sachen) のことである」と注記した<sup>(38)</sup>。ただ、財産構成要素である不動産と動産の区別の際に (§ 86)、若干の権利は「不動産に」他の権利は「動産に数えられ」とするが、これらの権利が物概念に服するといった誤解をもたらす意図にでたものではないのは明らかである。バイエルン王国民法典草案とヘッセン大公国民法典草案もまた、物概念の定義を含んでおらず、理由書がはっきりと述べているように、<sup>(39)</sup> 物をただ「有体的物件 (körperliche Dinge)」と理解している<sup>(40)</sup>。

〔J18〕次の考え方が「今日ではドイツの法学者の共通意見」であるとみなしてよい<sup>(41)</sup>。「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 (ein einfaches und klares Sachenrecht) に到達できる。通常の言語の用法も主としてこの理解を前提としているのである」。現在では、広義の物概念を採用する右記三法典でもこうした考え方が有力である。プロイセン一般ラント法の改訂者は現行法の規定を非難している。コッホは同法の物の定義は「実際の使用にとつて役に立たない」とし<sup>(42)</sup>、フェルスターは「不明確で使用に耐えず混乱させる」というのである<sup>(43)</sup>。フランス民法典についてはツァハリエ、オーストリア一般民法典についてはウンガー<sup>(44)</sup>が同種の批判を加えている。

〔J19〕「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のである」。たしかに、たとえば債権譲渡と所有権譲渡、相続回復請求権と *rei vindictio* を対比すれば分かるように、しばしば権利にも物と同じような問題がみいだされる。けれども、これらとともに物権法のなかで規律するのは適切でない。「物権法上の関連規範」を狭義かつ本来の意味での物に限定して定立したうえで、右のような事例については物権法外の各部において対応する事柄を規定するほうが、「いっそう明確な法 (ein klareres Recht)」となるからである。

〔J20〕以上のことと対応して、本草案では物という言葉はどこでも「ただ」の、意味、有体的物件 (ein

körperliches Ding) の意味」でのみ使用されている。「もしもこの法典で対応する概念規定を採録するとしたら、このことはただ法典の言語の用法を固定する目的を有するだけであろう」。一般論としては、この草案の内容すべてから物のもとでなにか理解されているのかを簡単に知るができるといつてよい。しかしながら、プロイセン一般ラント法、フランス民法典という大きな法律がいくどもそしてはつきりと、Sache (bien, chose) という表現を、「財産対象という広い、権利をもとに包括した意味」とも結びつけているという事情は、「諸々の誤解」を、物に関する規定は権利に対してはただ特別な法律上の規定がある場合にのみ適用される、という規定 (TE-Sachs I) によつて防止することを無駄ならしめないといつてよいのである。

〔J21〕もつとも、「特別な法律上の規定がある場合」には、物に関する規定が権利にも適用されうる。こうした「物権法規範の権利に対する拡張」として、物権法は次の場合を規定している。第一に、「TE-Sachs 2:1」う「若干の独立した権利」。すなわち、同条によれば、「土地所有権と離れて相続および譲渡できる独立の権利」は移転、負担および強制執行につき土地と同様に取り扱われ、これに対しては登記法の一般規定が準用される。たとえば私的処分によるものでは、地上権などがある。<sup>(46)</sup>第二に、「若干の証書——無記名証券、手形その他の裏書できる有価証券——」。この場合には債権の行使が証書の占有にからしめられるため、証書の物権法的運命が債権に直接的に影響を及ぼす。第三に、「一定の制度」。用益権と質権は、性格上主として物を対象とする事例につき規定されているが、若干の権利についても利用されうる。

(2) 物の性質<sup>(47)</sup>

〔J22〕①物の自然な用途と性質は「多くの法領域で際立った法上の利益」を有する。だから、②「法学」にとしては、物の概念に引続き、法関係上意義深い区別の概観を理性的に秩序づけて与える必要がある。③「多くの立法」もまたこのような概観を含んでいるのである。

〔J23〕バイエルン・マクシミリアン民法典(III.1)、『ヘッセン大公国民法典草案(III.1)』、オーストリア一般民法典(§§ 291 ff.)のように、①「個々の物カテゴリーの単純な羅列」であるならば、立法により規定すべき内容ではない。②「性質名称の説明」も通常学問に委ねることができる。③「物の性質が特定の法律関係に有する影響」については、法典のなかでこの法律関係を取り扱う箇所が規定する。したがって、本章では次の命題だけが含まれる。すなわち、第一に、立法する意義を有し、第二に、これを設けることによって煩雑な繰り返しを避けられるような一般的意義を有する命題である。

(3) 集合物の概念<sup>(48)</sup>

〔J24〕集合物 (*universitates rerum distantium; Sachgesamtheiten, Gesamtsachen*) は古く、単一物 (*res unitae; einheitliche Sachen*)、合成物 (*res compositae; zusammengesetzte Sachen*) と並び、有体的な権利客体の第三のもの (*D. 41, 3, 30 pr.*) とされてきた。集合物は、「たとえば畜群、商品倉庫、図書館のように集合名詞により呼ばれた有体的には結合されない複数の物の総体」と考えられ、この総体それぞれが権利の対象となりうると主張された。しかし、のちになって、こうしたケースでは総体それぞれはけつして「一物・有体的統一体ではなく、観念されたもの・法上の統一体」と理解することになった。<sup>(49)</sup>「これによれば、集合物は無体物として、単一物・合成物と等しく対比されることになる。」

〔J25〕集合物それぞれ自体が権利の対象となりうる、というのはかつて普通法では一般的な見解であった。<sup>(50)</sup>ドイツの法典およびその立法作業においては明文で承認されている。プロイセン一般ラント法(I. 2 §§ 32, 36 ff.)、同改訂草案(II. § 21)、バイエルン・マクシミリアン民法典(III. 5. § 6 Z. 4)、バイエルン王国民法典草案(I. Art. 15)、ザクセン王国民法典(§ 63 S. 2)。他方、フランス民法典、オーストリア一般民法典、ヘッセン大公国草案ではこの限りでない。しかし、集合物が特別な権利客体であるといえるのは、①集合物を組成する諸々の物が

権利客体であることを完全に停止する場合、あるいは、②それらが個物として集合物の帰属主体とは異なる他人の権利に服することができるときに限られよう。こうしてみると、①を支持するものは誰もいない。プロイセン一般ラント法 (I. 2 § 39)、バイエルン・マクシミリアン民法典 (II. 5. § 6 Z. 4)、ザクセン王国民法典 (§ 63)、そしてバイエルン王国民法典草案 (I. Art. 15 § 2) もそうである。他方、②を認めるものは、普通法上現在でもなお存在し<sup>(51)</sup>、また、プロイセン一般ラント法 (I. 2 § 36 in Verbindung mit § 38)、ザクセン王国民法典 (§ 63 S. 2) のように地域法でも承認されている。

〔J26〕しかしながら、近時の研究はこの立場は維持しえないことを明らかにした<sup>(52)</sup>。この見解によれば、法律関係の対象を形成するのは集合物それ自体ではなく、むしろ集合物を組成する個物である、集合物の際に現われる特質は、新たな観念的な客体を指定するだけで説明される法規則ではけつしてなく、きちんとみれば意思解釈の補助手段であるのに、集合名詞の使用ということから不当に一般化されてしまったと説かれる。「すなわち、法律行為の際に複数の物が集合名詞で呼ばれる場合、観念的存在を権利の対象とする意思はどこにもなく、むしろつねに特定の物が念頭に置かれているのである」<sup>(53)</sup>。

〔J27〕「すべてのことから、集合物それ自体が権利の対象となりうるという解釈は正当性を有しないことが明らかとなる」。とくに物権法についていえば、①集合物それ自体の上の「占有」は許容できない。「観念的本体の事実的支配力 (tatsächliche Gewalt) なるものはありえないからである」。②集合物の「引渡し」の際には集合物を組成している物の引渡しがありうるにすぎない。③個物の「所有権」が A に属する場合、その物が同時に集合物の一部として B の所有に属するということはありえない。所有権の排他性に矛盾するからである。④集合物の「所有物返還請求」は、訴え提起時に総体を組成している個々の物を返還請求する、という意味でのみ許容されうる<sup>(54)</sup>。⑤集合物上の「用益権」につき主張された諸命題は意思解釈上の意味を有するだけであり、用益権の対

象となりうるのはただ個々の物と権利のみである。⑥集合物それ自体の上の「担保権」なるものは、新たなドイツの担保法で異論なく受け容れられている特定性原則を前に挫折するであろう。

〔J28〕 集合物論につきなお継続して行われている論争、そして地域法の規定によって固定された根拠のない観念をみるならば、ドイツ民法典の立場を TE-SachR § 14 に定立された原則「集合物それ自体は権利の対象となりにえない」によって完全に明確にするのが賢明であるように思われる。

〔J29〕 集合物上の所有権および権利の上の所有権が拒絶されることから当然に、財産総体 (Vermögensinbest.)、すなわち物と権利の総体もまた所有権の対象となりにえないことが明らかになる。したがってとくに、相続人は相続財産上に所有権を有しない。プロイセン一般ラント法 (I. 9 § 368)、そしておそらくフランス民法典<sup>(55)</sup>とは異なる。そうではなく、相続財産に属する物の上に所有権を有するのである。

〔J30〕 すでに考察した集合物に関する解釈論上の問題をみれば、複数の物が集合名詞によって指示されるときに、それらの物が各々それ自体として捉えられるのか、そうではなく共同帰属というかたちで捉えられるのか、という問いについては一般的な規則を定立するのは適切でない。

〔J31〕 これに対して、他の問い、すなわち法律行為によって把握された物を表意者の意図において確定するにはどの時点が基準とされるかについては、「一般的な視点」を手に入れることができる。ただちに示されるのは、①生者間の行為と、②死亡による行為との間の厳格な区別である。①生者間の行為の際には、表意者が念頭に置いているのは通例、現在集合物を形成している物であるが、②死亡による行為の際には通例、処分者の死亡時に集合物を形成しているであろう物である。この②の事実を法律上の解釈ルールに盛り込むことは相続法、より正確には遺贈の理論の役割である<sup>(56)</sup>。したがって、本章で採録すべき解釈ルールは生者間の行為(①)に限定する(1)が *§ 15* (TE-SachR § 15)。

〔J32〕法律行為の有効性、すなわち法律行為に対応する権利の取得が各別の要件、たとえば物権法上の契約の際には物の引渡または登記簿への登記にからしめられる場合には、かの解釈ルールは、この各別の要件を充足しない物については適用の余地がない。すなわち、ある図書館の買主は売主に、この呼び名で捉えられる各本の引渡しを要求することができるとも、図書館の引渡しは、ただ買主に引き渡される本の所有権のみを買主に移転させるのである<sup>(57)</sup>。

〔J33〕集合物につきなお規定を置く契機となつたのは次の点についてである。すなわち、もともと一般に用いられる集合名称で捉えられる物はいかなる種類のものか。 *De verborum significatione* (言葉の意義について) というディーゲスタの章 [D. 50, 16] はこの点に関する多くの言明を含んでゐる。プロイセン一般ラント法では諸々の表現「Mobilarvermögen, baares Vermögen, Kapitalvermögen, Effekten, Möbeln, Hausrath, Geräthschaften, Mowentien, Mobilien, edle Metalle, Gold und Silber, Juwelen, Schmuck und Geschmeide, Putz, Garderobe, Weißzeug und Wäsche, Equipage im Sinne eines bespannten Wagens und im Sinne der Ausrüstung einer Militärperson の意味が説明され (I. § 2 10 ff.)」改訂草案 (II. §§. 6 ff.) はこれらの規定の大半を残している。バイエルン・マクシミリアン民法典は抑制的で、個々の体系、とくに夫婦財産法 (I. 6 § 21) と遺贈 (III. 7 §§ 20 ff.) のようにこれに関連する解釈ルールを与えていたが、他方、バイエルン王国民法典草案<sup>(58)</sup>「Zimmergeräth, Sammlung, Hausrath (Einrichtung, häusliche Einrichtung, Hausfahrniß), Mobilarschaft, Einrichtung zu einem Gewerbsbetriebe, „Haus mit Allem, was sich darin befindet“, Baumansfahrniß (Gutsinventar), Werkzeug, Schiff, Geschirr などの表現の説明を含むこと」(I. Art. 156-162)<sup>(59)</sup>。フランス民法典<sup>(60)</sup>「meubles, meubles meublans, biens meubles, mobiliers, effets mobiliers, maison meuble, „maison avec tout qui s'y trouve“ の定義を有し (art. 533-536)」、ヘッセン大公国民法典草案も同種の表現「Zimmer-

geräth, Meubles, Hausgeräth, „Gebäude sammt seiner Einrichtung zu einem bestimmten Handel oder Gewerbe“, „Haus mit Allem, was sich darin befindet“を定義しつゝ (II. 1 Art. 22-25)。他方、ザクセン王国民法典は遺贈のところ (§§ 2464-2466) にのみ、若干のこれに関する解釈ルールを含むだけである。

〔J34〕これらのすべての規定は、バイエルン王国民法典草案 (I. Art. 133) が明示するように、「法律行為の判断の際には、行為の内容または諸事情から異なる意思がはつきりと読み取れない場合に限り適用されるべき」ものとして理解されなければならない。さて、そうした集合名詞の用い方は様々な方言および生活慣行がある以上、ドイツの地域ごとで異なるし、また、時代によっても変遷しうるものである。このことを顧慮するとき、ドイツ全土につき規定する法典のなかで右のような解釈ルールを設けることは、格別好ましいとはいえない。各個の事例についての基準となる、時代的かつ地域的に規定された言葉の用法の生き生きとした直観から汲み出される裁判実務は、帝国全土についての言葉の用法を長期にわたって固定する立法の試みよりも正当な解釈をよりよく保証する。だから、草案においてその種の規定を取り上げることが控えることにした。

〔J35〕近世までは、集合物・*universitas facti* はより高次の総体カテゴリー・いわゆる *universitas rerum* の下位に秩序づけられ、これに対峙する第二の *universitas rerum* として、*universitas juris* というものが存した。*universitas juris* とは、制定法によって総体とみなされ、かつ取り扱われなければならない物と権利の総体〔財産総体〕であり、以下の特別な法原則に服するとされたものである。①命題 *res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei* (物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う) あるいはより一般的な表現、*surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur* (代位するものは代位されるものの性質を受け取る)、すなわち *universitas* 上に権利を有する者は *universitas* を、権利の取得の際に *universitas* に属している物と権利のみならず、物または権利の譲渡の結果譲渡されたものの代わりに取得された財産客体を顧慮したかたちで有する。②命題

*universitas juris* の所有者は他人のもとに存する *universitas juris* を、対物的包括訴訟によって返還請求することができるといえる。なにが *universitas juris* に算入されるかという問題は普通法理論においてつねに争われてきた。意見が一致したのは、相続財産が *universitas juris* であることだけであり、*peculium* (特有財産) と *dos* (嫁資) に関しては議論があった。

〔J36〕しかしながら、ミューレンブルッフ、ハッセおよびヴェヒター<sup>(59)</sup>がすべての学説を打ち破ったところ、現在では以下の点で意見が一致している。すなわち、かの区別は維持することができないこと、また、一般的な法原則とみられたものはただ個々の法命題の許されざる抽象化に基づくことである<sup>(60)</sup>。近時の法典は権利の総体 (*Rechtsgesamtheiten*) に関する一般規定を含んでいない。このことはプロイセン一般ラント法にすら当てはまる<sup>(61)</sup>。したがって、本草案において権利の総体につきなにか規定を置く必要は存しない。

#### 4 各論Ⅱ——第三章「所有権」序論「所有権の対象」<sup>(62)</sup>

〔J37〕所有権は様々な対象との関係で語られており、対象の相違に応じて所有権概念は異なる内容を有する。「したがって、まず第一に、草案が所有権の対象としてなにをどの意味で用いているかを確定し、そのあとで、所有権概念の検討に移らなければならない」。

〔J38〕一般の用法によれば、わたしが完全に支配するものがわたしのものといわれる。「有体的物件、物だけが、意思を持たずに人間の意思のもとに服することができるのであり、この物の上だけに、人の完全な支配が作用しうる」。このような物についての人の支配がローマ法において通常、*dominium* として理解されるものである。これに対して、所有権概念の理論形成がおこなわれなかったドイツ法では、「ありうべき法的取引の対象すべて」に対して所有権概念が転用され、その結果、所有権と財産はもはや見分けがつかなくなったのである<sup>(63)</sup>。

〔J39〕この非法学的観念は日常生活の用法にとどまらず、普通法の理論と実務に対しても影響を及ぼした。<sup>(64)</sup>これに依拠する法典も多い。バイエルン・マクシミリアン民法典は通常「性質上われわれが占有所持なしえないものを除きまたは個別の法規により排除されない限り、すべてを」所有できる (II. 2 § 4, vgl. auch §§ 1-2)<sup>(65)</sup>。プロイセン一般ラント法によれば、所有権の対象は「排他的利益を与えうるものすべて」(I. 8 § 2) である。オーストリア一般民法典は広義の「所有権」という表現を「財産」の意味で用いているが、狭義(技術的意味)での所有権は有体物上のみに生じるといふ (vgl. §§ 353-354)<sup>(66)</sup>。

〔J40〕その他の法典ないし草案はこうした観念から遠ざかり、所有権概念を一般に有体物に限定して用いている。そうしたものとしてはとりわけ、ヘッセン大公国民法典草案とザクセン王国民法典が挙げられる。

〔J41〕「現在の私法の法典編纂もこの立場に依拠しなければならないことは疑いない」。そうであるとするとき、実際に所有権であるもののみを所有権と呼ぶことが適切であるように思われる。他の関係について所有権という用語を用いることは禁止される。「異質の概念を混同するおそれ」があるからである。<sup>(67)</sup>「これによると、以下のものが排斥されなければならない」。

〔J42〕第一に、「権利の上の所有権」。<sup>①</sup>もしも「権利者の権利の内容それ自体から生じる諸々の権能とは一致しない権利」なるものがあるのならば、こうした概念を語ることができるかもしれない。しかし、事実はそうではない。いわゆる権利の上の所有権とは、対外的な関係においては権利それ自体と同義である。「ある者がこの権利の上に所有権を有する」というときは、「この権利がその者に帰属する」という意味にはかならない。<sup>(68)</sup>②この概念を用いることに多くの意味があるわけでもない。なぜなら、法律は通常、他の権利を所有権の諸原則に服せしめることはないからである。もちろん、すでにみたように (TE-SachR 2)、所有権の譲渡および負担に関する諸規定が適用されなければならない若干の権利も存する。しかし、またそうであるがゆえに、処分の対象

とされるのは権利の上に想定された所有権なるものではなく、あくまで権利なのである。

〔J43〕第二に、「観念的総体の上の所有権」。所有権の対象は個物のみである。個物には単一物と合成物があ(69)る。複数の物が物理的な結びつきなく合成される場合に合成物と語るのは、比喩的な意味しか持たない。なぜなら、個物上に成立する権利は総体への組み入れによって影響を受けないからである。集合名詞のもとで総体を形成する個物は各々法上の独自性を維持するところ、実際には一つの新たな総体を形成せず、それ自体として捉えることができる。実定法は観念的総体を法律関係の対象として取り扱(70)い(71)うが、本草案は TE-SachR § 14 につき挙げた根拠から、そうした立場を取っていない。

〔J44〕第三に、「精神的所有権」。精神的活動の成果を機械的方法で複製ないし複写する権利は、その著作者に排他的に帰属する。著作権の対象は精神的作業の成果であり、その財産法的利用 (vermögensrechtliche Nutzung) は著作者の排他的権利に属する。著作権を精神的所有権と構成する見解は歴史的にも比較法的にもみられ、帝国憲法もこれにしたがったが、諸々の帝国法律および近時の学説がこれを退けたように、この見解は「誤っている」。①所有権の「対象」は有体物である。他方、著作権の客体は、クロスターマンによれば「産み出された作品、より精確には、著述家または芸術家の活動の実体的成果・文書または画像ではなく、これらの物に与えられた形式・模写および機械的複製をな(72)しうる精神的活動の成果」である。②所有権の「内容」は物についての排他的支配に関する法による。他方、精神的創造の著作者は排他的権利を、ただ財産法的利用の上にも有する。したがって、著作者はたしかに複製および模写から第三者を排除する権能を有するが、しかし、公刊された作品を使用することそのものは誰に対しても禁止できない。思想はひとたび世界に登場すれば、その創造者の排他的支配から解き放たれるのである。③著作権の「取得」は産出という事実により行われる。所有権とのアナロジーは、他の素材から新たな物を作成する者がその物の所有者となる際にみいだされる。しかし、加工による

所有権の取得を先占の一ケースとみれば、著作権とのアナロジーは失われる。<sup>(72)</sup> そうみないなら、著作権の成立と加工により制作された物の上の所有権の取得との間には一定の類似性が存するけれども、前者は精神的活動、後者は機械的活動という生産活動の相違はつねに残る。そもそも、取得方式の同一性は権利の法的性格にとつて決定的ではない。決定的なのはむしろ、個々の権利の内容ないし対象「①②」である。したがって、所有権の概念は精神的活動の成果には適用できない。著作権を物権に数えることは<sup>(74)</sup>そもそも許されない。「著作権はたしかに絶対権である。けれども、物的なものではない。それは物にかからしめられるものではないから」。著作権はすでに帝国の特別法によって秩序づけられており、また、民法の他の制度との密接な関連を有していないところ、委員会の決議もいのように民法典から除外しておくのが適切である。はつきりさせておくべきは次の点だけである。「精神的所有権の観念は草案の所有権概念と合致せず、したがって、所有権について与えられた規定は著作権およびこれに類する権利に対しては適用することができないこと」。これらの権利を民法典から除外することは施行法に委ねられる。もつとも、民法体系のなかでこれらの権利に相応しい箇所があるかという問題を検討する余地も残されている。<sup>(75)</sup>

#### 四 第一委員会——プランクの修正提案

##### (一) 定義規定の原型

一八八四年二月二一日、第一委員会は第二八八回本会議（書記・リーベ）において、物権法部分草案の審議を開始した。本稿に関連する問題が取り上げられたのは、この初回会議においてである。すなわち、ここでは、「物に関する一般規定」節の位置と、TE-SachR § 1 の要否および内容が議論された。前者については、総則に

移行すべきではないかという提案が出されたが、これは退けられた。後者については、規定の適用関係ではなく、物概念の定義規定を設けるべきとの提案が支持された。

ヨーホウは本会議の審議を受け、編集委員会宛編集原案 (RedVorl)<sup>(76)</sup> を策定する際に TE-SachR § 1 を修正し、物概念の定義を設けた。規定の位置は物権編のまま動かしていない<sup>(77)</sup>。

RedVorl § 769 Unter Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände (nicht auch Rechte) zu verstehen.

編集委員会宛編集原案七六九条 この法律において物のもとでは、有体的対象 (権利ではない) のみが理解されなければならぬ。

編集委員会 (Redaktionsausschub)<sup>(78)</sup> はこの原案を受け、文案を精査し、いわゆる第一草案原案、すなわち編集委員会決議暫定集成 (Zust)<sup>(79)</sup> をとりまとめ、これを踏まえて編集委員会草案 (KE)<sup>(79)</sup> を確定した。両者の文面は同一であるため、後者のみを挙げておこう。

KE § 769 Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

編集委員会草案七六九条 この法律において物とは、有体的対象のみを意味する。

集合物の概念に関する議論も本稿の問題と関連を有する。これについて取り上げたのは、右物権法初回会議のちょうど一週間後、同年同月一八日、第二九一回本会議 (書記：リーベ) である。その日は、TE-SachR § 14 につき二つの修正提案が出されたが、結局同条それぞれ自体を削除することで意見が一致した。

第一委員会は右審議の二カ月後、一八八四年四月一八日、第三二二三回本会議 (書記：リーベ) において、さきに挙げた第三章冒頭 TE-SachR § 85<sup>1</sup>、つまり所有権の概念をめぐる審議を行った。ヨーホウは第三章「所有権」の序論として物概念の問題に触れていたが、同会議においても、所有権の対象に関する一文を付加すべきとの提

案がなされたことをきっかけにこの問題について議論がなされた。審議の結果、この提案は受け容れられなかった。その他、占有権能に関する文言を削除すべき、さらに、概念規定全体を削除すべきとの提案が出されたところ、所有者に属する権利の本質を必要にして十分に盛り込むべきという観点から、前者の提案が基本的に支持され、各種草案における修正のあと、編集委員会草案では次のように規定された。

KE § 831 Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind.

編集委員会草案八三一条 物の所有者は、法律または第三者の権利により制限されない範囲で、他人を排除して思うままに物を処理し、かつこの物を処分する権利を有する。

以下、第一節の位置、TE-SachR § 1, §§ 14, 15 および § 85 の順に審議の内容をみていくが、TE-SachR § 85 については本稿の問題と関連する部分、すなわち所有権の対象をめぐる提案のみを取り上げる。

## (二) 第一委員会議事録

### 1 第一章第一節「物に関する一般規定」の位置<sup>(81)</sup>

〔PI1〕本会議の審議は、「物に関する一般規定」という節の位置の問題から開始した。そこでは二つの角度から提案が出された。

〔PI2〕〔1〕一の提案者はシュミットである。かれはこの節全体を総則に移行し、たとえば新たに「第四章物」を設けてそこに採録しよう主張した。その意図は、本節の諸規定が民法典の他の部に含まれた物あるいは土地に関する諸規定にも適用されることを明確にする、という点にあった。かれが引き合いに出したのは、一八

七四年九月一四日における予決審議の議決である〔V3〕。同議決は、個別の部にそもそも属さない、あるいは排他的には属さない法素材を総則の編纂者に付託していたところ、自説の根拠づけに相応しいとみたわけである。

〔PI3〕これに対して、「2」他は、ヴェーバーより提案された。かれは、節の置換えを議決する以前に、この節の個々の規定を確定するよう主張した。そうしたうえで、各規定の内容上、当該規定は総則に置くほうがいっそう適切ということになったなら、提案によってその移動を考慮すればよいのである。

〔PI4〕多くの者は、第一節の諸規定を総則に移行することは拒絶したけれども、次の点を留保した。各規定の民法典の他の部への置換えがその規定の内容に照らして合目的であるかどうかを、たとえば立ち入った特別な提案に基づき吟味する。<sup>(82)</sup>

〔PI5〕意見が一致したのは次の点であった。すなわち、諸規定をこの位置にとどめるといふ決議はそれらが物権法の領域外にも適用されることを妨げるものではけつしてないということである。

〔PI6〕その他には以下のこと考慮された。

〔PI7〕第一節で提案された諸規定は物の一定の性質に諸々の法律効果を結びつけた。これらの法律効果はむしろ「物権法的性格 (sachenrechtliche Natur)」を抜きには語れない。そうだとすると、「物の上の物権に関する取得」だけに適用されるともいえよう。けれども、若干の規定はそのものとしては物権法的性質を有するが、*res extra commercium* に関する規定のように、「間接的には債権債務関係法とも」関わりうるであろう。その他の諸規定はたとえば代替性のように、「主として債権債務関係法上の法律効果のみと結びつけられる物の性質」に関係するか、あるいは、従物性のように、物の性質が物権的法律関係に対して影響を及ぼすことを拒絶するといふかたちで、「物権法にとっては消極的な、——過小評価されるべきではないが——意味」を有するものとみ

られる。

〔P I 8〕 決議対象となる諸規定は物権法を超える射程範囲を有する。このことが誤解されるおそれはあるまい。けれども、①物権法を超える射程範囲を有することはこれらの諸規定がいずれにせよ物権法的性格を有することを否定しない。②物権法外の適用可能性は他の位置への移動を正当化するものではない。なぜなら、他の部にも適用されうる法規範、あるいはすべての部で用いられた表現の理解に必要な法規範のすべてを総則に採録するよりも、むしろ特別な部への採録によって総則の法規範を不要ならしめるほうがいっそうなしうることだからである。「総則はけっしてその法律に現れる法概念についての辞典としての用途を有するものではない」、ということを見誤ってはいけない。③ひとたび法典のなかで物権法につき特別な章を設けるとすれば、物一般に関係する諸規定もまたこの章に属するであろう。これらの諸規定をこの章から取り除くのなら、「互いに関連するものが切り離され、法典の理解と運用が本質上困難になろう」。

〔P I 9〕 「総則への移行を主張する」提案「1」はただちに拒絶することが適当である。というのは、「場所に関する問題 (Platzfrage)」が決議対象となる諸規定の内容と文面に影響を与えないとはいえないからである。

## 2 TE-SachR s 1 の要否および方式<sup>(83)</sup>

〔P I 10〕 TE-SachR s 1 については、四つの提案が出された。

〔P I 11〕 「1」第一の提案はシュミットのものである。かれは「物は取引能力を有する限りおよそ権利の対象になりうる」との規定を第一項として挿入すること、そのうえで、場合によっては TE-SachR s 1 を「ここではなく本節の末尾におくことを提案した。挿入規定はザクセン王国民法典五八条<sup>(84)</sup>を参考にしたものである。

〔P I 12〕 次に、「2」ヴェーバーもシュミットと同じように、TE-SachR s 1 を節の最後に回すよう提案した。

けれども、冒頭におくべきとしたのは、「代替物 (vertretbare Sachen)」の定義規定であった。同規定はヨールホウの修正提案であり、それによれば代替物とは「取引上一般にただ量〔数、尺度または重量〕によってのみ規定されるもの」(s. 21a)<sup>(85)</sup>をいう。

[P I 13] これらの提案はいずれも TE-SachR S 1 の移動を求めるものであったが、[3] ラディカルな対案も提出された。すなわち、ルートによれば、TE-SachR S 1 は端的に削除されるべきである。

[P I 14] このように審議が進行するなかで、「4」いわば折衷的な意見を提出したのがブランクである。かれは、TE-SachR S 1 ではただ「言葉の定義 (Worddefinition)」をおくべきであると主張した。「Unter Sache ist nur ein körperlicher Gegenstand zu verstehen」。

[P I 15] 審議ではブランクの提案〔4〕が多数の支持をえ、他の提案〔1〕ないし〔3〕はこれにより退けられた。その理由は次のとおりである。

[P I 16] „Sache“ とどう表現はしばしば、普通法上の *res corporales* と *res incorporeales* の区別にみられるように、「より一般的な概念」、——カウザ (*causa*) ・訴訟物の意味を除けば——Körper と *Recht* ともとりうる二義的なものとして用いられる。

[P I 17] 民事訴訟法も、物に関する規定が権利に対して適用されるとの疑念が生じないように、「Sache“ に „körperlich“ を付加して (SS 712, 745, 746, 810 Abs. 3)。

[P I 18] 委員会はこれまでの議決のなかでつねに、物を「有体的対象」と理解しており、物にも権利にも適用される規定を設けようとしたところでは、「Gegenstand“ という表現を選択している。

[P I 19] (ここ) で一致している言葉の定義「有体的対象」をこの場所に設けることは、「Sache“ とどう表現の二義的な解釈を防止し、こっそり隠された定義を含んだ草案の規定を設けないで済む、という点で「有益」であ

る。

〔P I 20〕これに対して、オーストリア法、プロイセン法においてみられるように、所有権概念をすべてのあるいは個々の権利に対して適用することは拒絶されなければならない。せいぜいなお一定の権利 (bestimmte Gerechtigkeiten) の際に広義の所有権なるものが語られるにすぎない。こうした所有権概念の転用は言葉の定義によって否定すれば足りるのである。

〔P I 21〕TE-SachR § 1 はさらに物権法の規定は登記された権利、権利利益権・権利質権のように、事情によつては法律により権利に対して適用されるとするが、このような参照指示は「不要」である。

〔P I 22〕シュミットの提案 (I) によれば、物は取引能力ある限り権利の対象となりうるとのことであるが、この命題は「それだけをとるなら自明」であるし、この命題に草案の命題「TE-SachR § 1」を結びつけるなら、「権利はただ特別な法律上の規定がある場合にのみ権利の対象となりうるかのような誤解」に至りかねない。そして、同提案は、*res extra commercium* は例外であると付言するが、このことはここではさしあたり顧慮しないでもよりに相違ない。

〔P I 23〕言葉の定義の規定は本節の最初にとどめておかなければならない。このことは「自明」である。シュミットとヴェーバー (I)〔2〕は TE-SachR § 1 を節の末尾に回すよう提案するけれども、これは同規定が物に関する規定は権利にも適用されうるという「例外的留保」を内容とすることからのみ、主張されたにすぎないからである。

3 TE-SachR §§ 14, 15 の要否<sup>(86)</sup>

〔P I 24〕TE-SachR §§ 14, 15 の修正提案が出された。

〔P I 25〕一つは、ヨーホウ自身のものである。かれは、TE-SachR § 14 のテキストを次のように修正するよう提案した。「複数の独立して存する物は取引あるいは法律行為において集合名詞で呼ばれる場合にも、法律関係の対象となりうるのは総体ではなく、総体のもとで把握された個々の物のみである」<sup>(87)</sup>。修正目的は簡潔であった草案の規定を明確にするという点にあった。すなわち、①集合物のみならず財産総体 (Vermögensganzen) にも適用されること、②法律行為による指示のみが想定されていることをはっきりさせるとともに、③「物理的には関連性を有しない複数の物」という不適切な表現を改めるものである。この提案に関連して、TE-SachR § 15 末尾の文言の修正も提案した。すなわち、「……集合物を形成していた」を「……そのもとで把握されていた」に置き換えるべきという〔①に対応〕。

〔P I 26〕もう一つの提案は、シュミットから出された。かれは、TE-SachR §§ 14, 15 を一つの条文にまとめるか、場合によっては双方削除すべきであると主張した。

〔P I 27〕審議の結果、TE-SachR §§ 14, 15 はともに削除されることになった。

〔P I 28〕TE-SachR § 14 につき考慮されたのは以下の点である。「集合物 (自然的総体、取引的総体) と呼ばれるものがこの法律の意味における物ではないことは、TE-SachR § 1 で決議された言葉の定義からすでに明らかになっている」。だから、かつての支配的見解に反対するために設けられた草案の規定は「余計」なように思われる。これに対して、かつての支配的であった見解にしたがい物の概念を拡張しようとする試みには賛成しない。その根拠は『部分草案理由書』が強調するとおりである。

〔P I 29〕TE-SachR § 15 についてはこうである。同条は個々の解釈問題に対処しようとしたものである。けれども、法律行為により集合名詞が使用されるときには、法律上の規則ではなく、裁判官による具体的な判断によってのみ解決できるであろうなお他の非常に多くの解釈上の困難性がこれに結びつけられる。法律行為による

意思表示が意欲したであろう個々の物を確定する際にどの時点が基準となるか、という特殊問題には副次的な意味のみが相応しく、したがって、規定を設ける十分な理由はみあたらないのである。

〔P I 30〕その他、次の点については特別な規定は「必要ない」ことで意見が一致した。① *universitas iuris* (『部分草案理由書』〔J 35〕〔J 36〕)、② *res succedit in locum pretii* … 原則 (『部分草案理由書』〔J 35〕)、③ 取引において現れる集合名詞の意味 (『部分草案理由書』〔J 33〕〔J 34〕)。しかしながら、以下についてはこの限りでない。すなわち、相続法の審議の際に、とくにまた *hereditatis petitio* (相続請求) を顧慮して決議されるべき特別規定。

#### 4 TE-SachR § 85 への物規定の挿入の要否<sup>(89)</sup>

〔P I 31〕TE-SachR §§ 85 をめぐり、ヴェーバーは同条に「所有権の対象は物である」という一文を挿入するよう提案した<sup>(90)</sup>。

〔P I 32〕けれども、審議ではこの提案は拒絶された。そこで考慮されたのは次の点である。

〔P I 33〕これまでの立法のうちのいくつかは、たんに物に関する支配にとどまらず、他のすべての個々の権利について所有権概念を用いてきた。容易に思いつくのはとくに、絶対権に対する所有権概念の拡張である。なかでも著作権は精神的所有権と呼ばれている(帝国憲法参照)。しかしながら、諸々の帝国特別法は著作権を所有権と呼ぶことをすでに廃止したようである。このような状況にあるのだから、民法典が所有権の対象としてなにを想定しているのかを明確にしておく必要は認められなければならない。

〔P I 34〕しかし、この必要には次の点により十分に応えられる。① TE-SachR § 1 に関する議決によって物の定義規定が挿入されること〔P I 10〕、〔P I 23〕、② 法典、とくにここで決議されるべき規定では物の上の

所有権のみが語られ、したがってそうした所有権のみが承認されること。

## 五 第一草案

パーベが完成した第一草案(B)<sup>(91)</sup>を帝国宰相に提出したのは、一八八七年二月二七日のことである。帝国宰相は一八八八年一月五日、同草案を連邦参議院に付託し、連邦参議院は、同年三二日にその公表を決定した。

第一草案において物概念の定義規定は、第三編「物権法」の第一章「一般規定 (Allgemeine Bestimmungen)」に属する。部分草案と異なり「第一節」が省略されたのは、第一章をともに構成していた登記法の規定(第二節)が民法典から除外されたところ、第一章における節の区分が廃止されたことによる。第一草案の文面は編集委員会草案とまったく同様である。<sup>(92)</sup>

E I § 778 Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

『第一草案理由書』は、第一章「一般規定」を以下の九つに区分している。<sup>(93)</sup>「物概念」(§ 778)、「代替物」(§ 779)、「消費物」(§ 780)、「不動産」(§ 781)、「物の構成部分」(§§ 782-786)、「一個の土地」(§§ 787-788)、「従物」(§§ 789-791)、「物と権利の収益および負担」(§§ 792-795)、「物権処分 of 法律行為による制限」(§ 796)。すでにみたように(PI 27)、部分草案にあった「集合物」に関する規定(§§ 14-15)は第一草案では削除されることになった。

所有権の内容については、第四章「所有権」の冒頭に、編集委員会草案と同一文面で規定されている。<sup>(94)</sup>

E I § 848 Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder

durch Rechte Dritter begründet sind.

## 六 分析と検討

### (一) 資料の状況と視角の設定

ここで、これまでにもってきた資料を整理しておこう。(1)準備委員会答申〔G1〕～〔G6〕、(2)第一委員会予決審議、①体系の確定〔V1〕〔V2〕、②総則の役割〔V3〕〔V4〕、(3)『部分草案理由書』、①総論、(a)物権法の独立的地位〔J1〕～〔J7〕、(b)物権法の内容〔J8〕、(c)現行物権法〔J9〕～〔J12〕、②各論Ⅰ…第一章第一節「物に関する一般規定」(a)物の概念〔TE-SachR § 1の理由〕〔J13〕～〔J21〕、(b)物の性質〔J22〕〔J23〕、(c)集合物の概念〔J24〕～〔J36〕、③各論Ⅱ…第三章「所有権」序論「所有権の対象」〔J37〕～〔J42〕、(4)第一委員会議事録、①第一章第一節「物に関する一般規定」の位置〔PI1〕～〔PI9〕、② TE-SachR § 1の要否および方式〔PI10〕～〔PI23〕、③ TE-SachR §§ 14, 15の要否〔PI24〕～〔PI30〕、④ TE-SachR § 85の物規定の挿入の要否〔PI31〕～〔PI34〕。

では、これらの資料をどのような視角から分析・検討すべきか。この問題を決するためにはあらかじめ、TE-SachR § 1からEI § 778, EII § 77aを経由してBGB § 90に至る起草過程の全体を視野に入れておかなければならない。内容的にみると、物概念を有体的対象に制限すること、物に関する規定は特別規定がある場合に限り権利に適用されること、以上の二点については最初から最後まで変更はなかった。もともと、テキストに着目すると、二つの点で修正がみられる。まず、TE-SachR § 1では物規定の適用関係というかたちで規定されていたが、EI § 778では物概念の定義規定がおかれるようになった。次に、TE-SachR § 1とEI § 778は物権編

に組み込まれていたが、EISS77aになると総則編に移行されることになった。そうすると、考察の際には、次の三つの問題を意識する必要がある。すなわち、【1】規定の基礎、【2】規定の仕方、【3】規定の位置の三つである。

以下では、これらの点に留意しながら『部分草案理由書』と第一委員会議事録を包括的に読み直す。準備委員会答申と第一委員会の予決審議については、両資料に言及されている限りで触れることにしたい。

## (二) 部分草案の起草から第一草案の成立まで

### 1 『部分草案理由書』

ヨーホウの部分草案は物権法の冒頭に、「物に関する規定は、権利に対しては、ただ特別な法律上の規定がある場合にのみ適用される」と規定する。

【1】の問題。第一委員会の審議との関係からは、【1】物概念一般、【2】集合物論、【3】所有権対象論に分けてみていかなければならない。

【1】ヨーホウは物概念を「狭義」(J13) (J19) 「本来の意味」(J19) 「有体的物件」(J20) (J38) に制限し、これを「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」(J13)。(J2) (J4) (J38) 参照) と定式化する。これは、①非自由・非主体性、②空間的限定性を基調とした捉え方である。他方、無体物としてはとくに「権利」(J3) (J16) (J19) (J20)、さらには「行為」(J16) 参照) を想定する。両者を含む広義の物概念は、「財産権の対象」(J3)。(J20) も参照) と呼ばれる。ヨーホウが物概念を右の意味での有体物に制限した理由は次の点にあった。出発点となったのは、①サヴィニー流のパンデクテン体系の採用である。かれは理由書の冒頭・本文で、かの『体系』第一巻法関係論の節を引用し(J2)、 「意思支配」の対象区分を起点と

した権利体系を全面的に受け容れ、物を右のように規定し、物支配の法・物権法と、行為支配の法・債権債務関係法を区別すること、さらには財産法と家族法・相続法を区別することが、「民法の性格に対する学問的洞察の今日的立場」(J4)であるとき、とくに債権債務関係法との関係で、物権法の独立的地位を強調する。すなわち、非自由・非主体かつ空間限定的物概念を厳格に保持して、物権取得手段としての債権からの独立固有性と、人的側面の間接性を承認しなければならないという。こうしてヨーホウにあつては、パンデクテン体系の採用は作業区分を示すだけのもの(G5)(G6)(V1)ではなく、「内的な諸根拠」に基づく(J1)ということになる。ヨーホウはさらに、②ローマ物権法は狭義の物概念を基礎として発展してきたというローマ法的正統性を指摘する(J14)とともに、プロイセン一般ラント法の改訂草案(J5)(J10)をはじめ、バイエルン・マクシミリアン民法典(J15)(J5)(J9)、近時ではザクセン王国民法典、ヘッセン大公国民法典草案およびバイエルン帝国民法典草案(J17)(J5)(J9)、さらには外国の民法典の状況(J17)注(40)(J5)(J12)にも目を配り、物権法の独立性・物概念の有体物制限が世界的潮流であるとき、「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(ein einfaches und klares Sachenrecht)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」(J18)であると評価する。規定の仕方からみてヨーホウが大きな関心を寄せていたとみられるのは、③「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」(J19)とある。債権譲渡・相続回復請求権などのように、権利の際にも類似の問題が生じうるもの、これについては「物権法上の関連規範」を有体物に限定して定立したあと、物権法外で規定するほうが「いっそう明確な法」につうじる(J19)といい、また、物権は絶対権、人権は相対権という原則は「実際上の諸根拠」から厳格には

貫徹されていないけれども、「例外はその本質には触れず、ただ内容を変えるのみだから」、これをもって両者の対比は放棄されないとし(「J7」)、こうして、すぐあとでみるように、テクスト起草の際に「特別な法律上の規定がある場合」の例外三種を認めているのである。以上をまとめれば、ヨーホウの基礎づけは重層的であり、具体的には、体系的理由(①)を基礎とし、歴史的理由(②)、実際の理由(③)により補強するものということができよう。しかしながら、以上と異なる立場に立つものもみられるのだから、これに応接しておかなければならない。ヨーホウはそのうち、①中世ローマ法、②理性法論、③プロイセン一般ラント法、④フランス民法典、⑤オーストリア一般民法典を取り上げる。①では、ローマ物権法は狭義の物権概念を基礎としていたにもかかわらず、中世ローマ法が、古ゲルマン法、レーエン体系をとおして流れ込んできた「収益しうるゲレヒトザーメ」、*juristische Sache* の観念に、*Institutiones* の法文による基礎づけを与えたことが、「ローマ人にとってはただ *res corporales*」のみに適用された物権法上の概念と規範を *incorporalia* に対しても適用する」という「誤解」を導いたと断じる(「J14」)。②については、理性法論は、債権の物権変動規定性と物権の人的側面から「人的な権利義務の体系」を構築し、物権法、債権債務関係法および相続法を区別せず、「私法制度の性格にとって非常に重要な、有体的な財産対象としての物と、無体的な財産対象としての権利の間の区別」を排除し、権利を無体物として物概念に引き入れ、「(より狭い本来の意味での)物上の権利についてのみ真実であるはずの法命題を、人権に対しても適用」したと批判する(「J3」)。③ないし⑤については次のようにいう。理性法論の「混乱」は一連の現行法のうち、とくにプロイセン一般ラント法、フランス民法典、オーストリア一般民法典に影響を及ぼした。プロイセン一般ラント法は広義の物概念を肯定し、権利の上の所有権概念を認め、債権債務関係と相続法を所有権の権原と理解する。フランス民法典は、“*bien*”に「権利」も含めている点で、体系レベルではプロイセン一般ラント法と同様の影響を受けている。“*chose*”は一見「本来の意味で」理解されているよ

うにみえるが、精確にみれば「Bienとchoseの間にそうした区別を想定するのは困難である」。オーストリア一般民法典もこの系列に属し、物を「あらゆる財産客体」を理解し、「人の法」に「物の法」を対置させ、後者を二つの章、すなわち、「物的な物の法について」「人的な物の法について」に区分する（J16）（J10）（J12）。しかし、プロイセン一般ラント法の改訂草案では「さしあたり形式のうえでは」物権法の独立的地位を認め（J5）、改訂者も広義の物概念に対して批判的であるし、こうした批判はフランスとオーストリアにおいてもみられる（J18）。要するに、ヨーホウによればすでにみたとおり、狭義の物概念を堅持し、「単純かつ明確な物権法」（J18）を創設するのが相当というわけである。

〔2〕集合物につき、ヨーホウは、集合物それ自体は権利の対象となりえないと結論する。集合物は「無体物」であることから出発し（J24）（J27）①参照、集合物の問題を、個物の権利客体性の停止と、個物と集合物の帰属主体の区別に分け、前者はまったく支持されていないものの、後者は普通法学説、プロイセン一般ラント法のザクセン王国民法典により承認されていることを確認する（J25）が、近時の研究の成果を参照して（J26）、「集合物それ自体が権利の対象となりうるという解釈は正当性を有しないことが明らかとなる」（J27）とし、以下のように分節する。①占有・観念的本体上の事実上の力は存立不能、②引渡し・個物の引渡しのみがありうる、③所有権・排他性と矛盾、④所有物返還請求・個物の返還請求のみが許容されうる、⑤用益権・集合物関連の諸命題は意思解釈の問題、⑥担保権・特定性と衝突。集合名詞を用いた法律行為の際に、生者間においては通例、法律行為時に集合名詞に含まれていた物が目的物とされているといえる（J31）が、他の問題、とくに集合名詞の意味については、ローマ法、プロイセン一般ラント法および同改訂草案、バイエルン王国民法典草案、フランス民法典、ヘッセン大国民法典草案は詳細な規定を設けている（J33）ものの、一律に決めるのは相当地でないとする（J34）。そして、集合物上の所有権が否定されることから財産総体上の所有権も当然認めら

れないとし、プロイセン一般ラント法、フランス民法典は相続財産上の所有権を認めているようであるが、これについても認められないという(「J29」)。かつて財産総体には集合物とは異なり制定法上認められ、代位および対物的包括訴訟が妥当するものがあると説かれ、相続財産のほか、特有財産と嫁資がこれに含まれるかどうかにつき議論があったが、ミューレンブルッフ、ハッセおよびヴェヒターは集合物との区別は維持できないこと、これに妥当する一般的な法原則なるものは存しないことを明らかにし、また、プロイセン一般ラント法ですら権利の総体に関する一般規定を含んでいないとする(「J35」)。

〔3〕所有権の対象は既述のところ(「1」)に相応したかたちで把握される。「有体的物件、物だけが、意思を持たずに人間の意思のもとに服することができるのであり、この物の上だけに、人の完全な支配が作用しうる」(ローマ法上の *dominium*) (「J38」)。古ドイツ法は広い所有権概念から所有権と財産を混同し(「J38」)、普通法学説、バイエルン王国民法典草案、プロイセン一般ラント法、さらにはオーストリア一般民法典にもこうした用法はみられる(「J39」)が、とくにヘッセン大公国民法典草案とザクセン王国民法典にみられるように、近時では所有権概念は一般に有体物に限定して用いられていると指摘する(「J40」)。ヨーホウが重視するのは「異質の概念を混同するおそれ」(「J41」)が生じるという点である。ここからとくに、①権利の上の所有権、②觀念の総体の上の所有権、③精神的所有権の三つが排斥される(「J41」)とし、①については、権利の上の所有権は権利それ自体の帰属と同概念である、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い(「J42」)、②については、右集合物論(「2」)の参照を指示する(「J43」)とともに、③についてはバランスを失するほど詳細に論じ(「J44」)注(70)も参照)、対象・内容・取得のいずれの面にも相違があるが、法性決定との関係では対象・内容の相違が決定的であるところ、著作権は「絶対権である。けれども、物的なものではない」とし、特別法の存在と民法制度との関連性の希薄を考慮したうえで、「精神的所有権の觀念

は草案の所有権概念と合致せず、したがって、所有権について与えられた規定は著作権およびこれに類する権利に対しては適用することができない」と結論する（J44）。

【2】の問題。次に、こうした基本構想を法文上どう表現すべきかが問題となる。ヨーホウは以下の説明を与えている。

〔1〕物規定。物概念規定と物性質規定に分けて論じられる。前者については、物概念が有体物に制限されていることは草案をみれば明らかだから規定を設ける必要はないように思えるけれども、プロイセン一般ラント法、フランス民法典の存在を思えば、「諸々の誤解」を防止するには規定を置く必要があるという（J20）。こうして、物に関する規定は権利には原則適用されない、というTE-SachR §1が設けられた。ここにいう「物に関する規定」（直訳では「物につき与えられた規定」とは、「物権法規範」（J21）。（J14）（J19）も参照）と同義とみられる。物概念の定義規定ではなく物規定の適用関係というかたちで規定した理由は不明であるが、実際的理由〔1〕〔1〕③に着目したものと推測が許されよう。物規定が権利にも適用される例外、「特別な法律上の規定がある場合」としては主に、①地上権、②有価証券、③用益権・質権が想定されている（J21）。後者については、物の性質に関する規定は、①多くの法領域で有益であり、②法學上もそうした規定を秩序づけておく必要があるため、③多くの立法でもこの種の規定の概観を有している（J22））ところ、立法意義があり、かつ法文上の繰返し回避に役立つ規定を設けるとする（J23）。

〔2〕集合物。集合物の対象性については、論争が継続していること、誤った地域法の規定の存在を考慮すると、TE-SachR §14を設けて「自己」の立場を明確にするのが賢明であるという（J28）。TE-SachR §1を物概念の定義規定として起草しなかったことも、TE-SachR §14の起草を促したものとみることができよう。集合名詞を用いた法律行為につき、目的物確定時点については「一般的な視点」が存するところ、その旨を

TE-SachR § 15 として規定する (J 31) が、集合名詞の意味については時代的・地域的に異なりうるから、立法ではなく裁判実務に委ねるべきであるとみる (J 34)。

[3] 所有権。TE-SachR § 85 は所有権の対象を「物」と規定するとどまり、有体物であるとは明示していない。あえて有体をふす必要はなく、これで十分と判断していたことが窺われる。

[3] の問題。ヨーホウは物規定を物権法の冒頭に配置した。ザクセン王国民法典、バイエルン王国民法典草案では総則に存する (J 9) が、「物権の概念」の分析からは相当でない (J 8)。物権の本質的要素は、①権利主体、②権利対象としての物、③主体と物との間に存する一定の法関係であるところ、①は一般に問題となりうるため、総則におくのが適当であるが、②物は「人格の法 (Recht der Persönlichkeit) にはかわらない法関係の形成」を独自に要求し、これが現れるのは「たいてい、物に関する直接支配を秩序づける法領域」である以上、「物権法の劈頭に、その適切な場所をみいだす」というわけである。③が物権法で規律されるのはいうまでもない。もっとも、なぜ物権法の「劈頭」が適切な場所であるのかの説明はとくになされていない。

## 2 第一委員会議事録

こうして起草されたヨーホウの部分草案は、第一委員会の審議にふされた。そこで、取り上げられたのは、【2】と、【3】の問題である。つまり、【1】については異論は出されなかった。【1】物概念の有体物制限・物規定の適用関係については (P I 18) (P I 21)、【2】集合物の対象性否定については (P I 28) (財産総体については、(P I 25) ①参照)、【3】所有権対象の制限については (P I 20) (P I 34) を参照されたい。

【2】の問題。審議では、【1】TE-SachR § 1 として物概念の定義規定を設けること、【2】集合物に関する TE-SachR § 14 を削除する、【3】TE-SachR § 85 に所有権対象を明記する必要はないことが決められた。

〔1〕について。「言葉の定義 (Wortdefinition)」をおくべき」というプランクの提案が採用された (P I 14 (P I 15))。まず、規定不要説に対しては、① „Sache“ という表現は「二義的なものとして用いられるため (P I 16)」、民事訴訟法は「有体的」と付加して対処 (P I 17) している、② 審議では物を「有体的対象」と理解し、物と権利を示すには „Gegenstand“ としつつある (P I 18)、③ 定義規定を (1) に設けることは „Sache“ という表現の二義的な解釈を防止し、あいまいな規定を設けなくて済む、という点で「有益」(P I 19) である、④ オーストリア法、プロイセン法のように所有権概念を権利に対して適用することは拒絶されるが、格別の規定ではなく、言葉の定義により否定すればよい (P I 20) と説かれた。次に、TE-SachR § 1 のように物権法の規定は事情によっては法律により権利に対して適用されるということについては、「不要」(P I 21) とされた。この定義の必要・意味を述べた部分はいうまでもなく、ヨーホウの理由書には存しない。もっとも、物規定一般の意義につき、繰返し回避の点を指摘していたところ (J 23) (I 2) (I 1) は、理由①において民事訴訟法の対処を退けた部分との対応をみることも可能であろう。その他、審議の際には、物は取引能力ある限り権利の対象となりうる、という規定を置くべきという提案もなされたが、この命題は「それだけをとるなら自明」であるし、「誤解」を招きかねないから適当でない (P I 11) (P I 22) として退けられた。

〔2〕について。集合物を物に含める試みには賛成できない (P I 28) が、有体物規定を設ける以上この結論は「言葉の定義からすでに明らか」であるから、あえて規定を設けるのは「余計」である (P I 28) とし、TE-SachR § 14 を削除した (P I 27)。ここでは財産総体の対象性を否定する規定も不要であると考えられていたとみることができる (P I 25) ①参照。ヨーホウは物概念の定義規定を置かなかつたからか、規定の必要を強調していた (J 28) (I 1) (2) (2) けれども、ここではその必要性がはっきりと否定されている。そして、集合名詞を使用した法律行為の規律は一般に裁判実務に委ねられるべきであるところ、目的物確定基準の問題も

副次的な意味しないからこれについて規定を設ける十分な理由はみあたらないとして、TE-SachR § 15 も削除した (PI 29)。かさねて、① *universitas juris*、② 代位原則、③ 集合名詞の意味についても、規定は不要とする (PI 30)。これらについてはヨーホウも規定を設けておらず、とくに③については裁判実務に委ねるべきであると強調していた (J 34) [1 [2] (2)]。

[6] (2) (3)。TE-SachR § 85 に「所有権の対象は物である」という一文を挿入する提案が出されたが、拒絶された (PI 31) (PI 32)。従来の立法、とくに精神的所有権論を顧慮すれば所有権対象を明確にする必要は認められる (PI 33) もの、この必要性には、① TE-SachR § 1 の定義規定、② 法典上の用法によって応えられるからである (PI 34)。この点についてはヨーホウも規定の必要を認めていなかった (1 [2] (3))。

【3】の問題。審議では、物規定の総則への移行を禁止すること (PI 9)、ただし、物権法以外の領域への適用を妨げないこと (PI 5) で意見が一致した。これに対しては、総則への移行提案が出された (PI 2)。これは、① 他編への適用可能性と、② 予決審議 (V 3) を理由とする。しかし、同審議の議決では、物規定の総則への組入れは予定されていなかった (V 4) から、② の援用は不適切なものであった。もっとも、審議ではこの点をつくものはみられず、以下の点が考慮された。たしかに、物規定は物権法を超える射程範囲を有する (PI 7)。しかし、① このことは物規定が「物権法的性格 (sachenrechtliche Natur)」を有することを否定しない (PI 7) (PI 8) ①、② 各則にも適用されうる法規範、あるいは各則で用いられた表現の理解に必要な法規範のすべてを総則に採録するのは適切でない、「総則はけっしてその法律に現れる法概念についての辞典としての用途を有するものではない」(PI 8) ②、③ 物権法につき特別な章を設けるなら、物規定もこの章に属するはずである、そうしないと、「互いに関連するものが切り離され、法典の理解と運用が本質上困難になろう」(PI 8) ③。そして、同提案はただちに拒絶することが適当である。「場所に関する問題 (Platzfrage)」は規

定の内容と文面の策定に影響を与えかねないからである (PI 9)。ヨーホウは物規定の物権法冒頭配置を、物規定の他編への適用可能性 (J 22) [1] [2] [1] [1] [J 8] 「たいてい」 [1] [3] を認めたくて、[物に関する直接支配を秩序づける法領域]との関連性 (J 8) [1] [3] から基礎づけていたところ、理由①は同旨であり、理由③はかれの論旨を消極面から敷衍したものと見えるが、総則の役割に関する理由②は『部分草案理由書』にはみられず、ここで新たに付加されたものである。他方、ザクセン王国民法典、バイエルン王国民法典草案が物規定を総則に配置しているという情報 (J 9) は議事録には記載されていない。なお、審議では、ヨーホウの際には触れられていなかった問題、すなわちなぜ物権法の最初に規定を置くのか、という点 (1) [3] にも触れられた。すなわち、Te-Sachs I を節の末尾に回すべきとの提案との関連で、同提案は同規定が物規定の例外的適用を定めたものであることから主張されたとみられるところ、言葉の定義であれば最初に置くのは「自明」であるという (PI 28)。

- (1) 四宮和夫『能見善久『民法総則』(法律学講座双書) (第七版) 一三五—一三六頁 (弘文堂、二〇〇五年) 参照。
- (2) 古典的には、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(学術選書一) (有斐閣、一九五三年) 「初出、一九二七—一九二九年」、同『新訂民法総則』(民法講義一) 二〇一—二〇二、二〇四—二〇七頁 (岩波書店、一九六五年)。近時において再編の方向を示すものとして、鎌田薫『財—総論』ジュリ一二六号七八—八二頁 (一九九八年)、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) 二七〇—二七二頁 (東京大学出版会、二〇〇九年) 「初出、二〇〇七年」。
- (3) 広中俊雄編著『日本民法典資料集成第一巻第一部民法典編纂の新方針』一一五九頁 (信山社、二〇〇五年)、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一三三 三五頁 (商事法務研究会、一九八八年)、法典調査会・主査会五九三頁、その他、広中・集成(1) 六五六—六五七頁、福島正夫編『明治

民法の制定と穂積文書』一一四頁(民法成立過程研究会、一九五六年)。

(4) この点については、岡孝「日本とドイツの民法典比較素描」法時七一巻四号四六頁、四八一四九頁注一〇(一九九九年)、Takashi Oka, *Einige Bemerkungen über den Einfluss des deutschen Rechts bei der Entstehung des Entwurfs zum japanischen BGB und bei seiner Beratung*, Ingeborg SCHWENZER/Günter HAGER (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2003, S. 148-149. 以下では、民法起草者が第二草案をみたのはいつか、その際にはどの版のそれを参照したのか、という問題の検討もなされている。

(5) 代表的なものとして、川島武宜『所有権法の理論』一一二、一七五頁(岩波書店、一九四九年)、同『民法Ⅰ総論・物権』一二六頁(有斐閣、一九六〇年)、同『民法総則(法律学全集一七)』一四二頁(有斐閣、一九六五年)〔有体物規定について〕。

(6) ドイツ民法典編纂過程および資料については、わが国における先学の研究を前提としている。とくに参照したのは、全体につき、平田公夫「ドイツ民法典編纂過程の諸特徴」岡法四二巻四号一―二六頁(一九九六年)、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―」岡法四七巻一号一三一―四八頁(一九九七年)、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』二〇―二二頁(九州大学出版会、一九九九年)、資料につき、児玉寛二大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覽」『ドイツ民法典の編纂と法学』V-XIII頁(九州大学出版会、一九九九年)、人的構成につき、平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと」(一)―(三・完)岡山大学教育学部研究集録五六号六三―七二頁、五八号二三―三四頁、六〇号二八―二九三頁(一九八一―一九八二年)。

(7) 全体の紹介を基本とし、省略する際にはそのつど注記する。もともと、表現および内容に本質的な変更がない限りで、紙幅と理解の便宜上、修正を加えたところがある。ただし、鍵括弧つきで引用した部分は例外なく原文どおりである。

(8) 水津太郎「有体物規定に関する基礎的考察Ⅱ―ドイツ民法典九〇条の成立―」法研八三巻一号(二〇一〇年)〔近刊〕。

(9) Gutachten der Vorkommission vom 15. 4. 1874; 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. 翻訳として、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』」岡法三五卷二号二〇一—二一七頁(一九八五年)。この答申につき、vgl. Hans-Peter BENOHR, Die Grundlage des BGB: das Gutachten der Vorkommission von 1874, Jus 1977, S. 79-82; 石部・編纂史概説二〇—二二頁。
- (10) Gutachten der Vorkommission vom 15. 4. 1874; SCHUBERT, Materialien, S. 170-171, 171-172, 176-179; 平田訳・準備委員会答申二〇三、二〇四—二〇五、二〇八、二一一—二二二頁「ただし、訳語を一部変更した」。
- (11) Protokoll der vierten Sitzung vom 25. 9. 1874; SCHUBERT, Materialien, S. 214-217.
- (12) Protokoll der sechsten Sitzung vom 28. 9. 1874; SCHUBERT, Materialien, S. 218-220. なお、次回第七回本会議でもこの問題につき継続審議がなされ、素材の付加が議決されたが、そのなかに物規定は含まれておらず、本稿の問題と関連しないため、このことは省略する。
- (13) Teilentwurf zum Sachenrecht von Johow (1880).
- (14) 部分草案以前の段階で、本稿と関連するのは以下の資料である。(1)起草委員会議のために提出した準備草案(一八七四—七五年)。第一部第一章二条はのちの部分草案一条とまったく同様の文面である。①同条については、「物の概念を定義することは控える、物概念の用い方は第二条から判明するというわけである」と述べ、②物に関する一般規定には「物権法にとつて必要と思われる」規定のみを入れているが、他の法領域の要求に応じて他の規定もこれに含めるとしたら、「この章は法典の総則に移行されるべきではないかが吟味されなければならない」と留保している。Vorentwürfe Johows aus den Jahren 1874/75 für die Redaktorenkonferenz; Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I: §§ 854-1017, Berlin/New York 1985, S. 2, 10-11. ②物権法編纂の諸原則(一八七四年秋)。「A. 総論」では、①「1. 物権法においては、物に関する独立の支配としての物の上の権利が規定されるべきであり、「物権取得の」手段および準備として物権に仕える債権債務関係は通常顧慮されない」、②「2. 物のもとは、自由を持たない自然の空間的に限界づけられた部分のみが理解されるべきである。——それにもかかわらず、物権法上の制度(とくに用益権と質権)の債権に対する適用は物権法において取り扱うことを要する」。Grund-

- sätze für die Bearbeitung des Sachenrechts, abgesehen von dem Sachenrechtsspensum zugewiesenen Spezialfragen; Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht I: Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Berlin/New York 1982, S. XXIX. 基本的には部分草案の段階と異ならぬ。のさびめるヤベジ(1)①は(120)'(2)①は(14) (121)'(2)①は(12) (14) (13)と対応している。あとで(1)②について次の点を補足する必要がある。同所では物に関する一般規定を置く位置を留保していたが、部分草案では、物は主として直接支配性を関連するから、物に関する一般規定は物権法に置くべきであり(180)'(1)①は他の法領域にこの利益となる規定が含まれていても変わりがないとみている(122)参照)。
- (5) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil I: §§ 1-240, Berlin/New York 1985, S. 421.
- (9) Reinhold JOHOW, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Berlin 1880, S. 1; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 15.
- (11) JOHOW, TE-SachR, S. 1-4 Randnotiz; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 15-19.
- (12) JOHOW, TE-SachR, S. 3; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 17.
- (13) Reinhold JOHOW, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Begründung, Sach-enrecht, Bd. 1, Berlin 1880, S. III; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 113.
- (14) JOHOW, Begründung, TE-SachR I, S. 1-4; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 125-129.
- (15) Friedrich Carl von SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, § 53 ff.
- (16) ヲの埒に(18) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1879, § 43, insb. Fn. 1 の参照を指示している。
- (17) 権利侵害前にも物権的請求権の存在を語りうるかどうかが争われてくること、肯定説と(1) WINDSCHEID, Pandektenrechts I, § 43 unter Ziff. 2, 否定説の根拠として August THON, Rechtsnorm und subjectives Recht:

- Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878, S. 156 ff. 及びその序文。
- (24) 絶対権と相對権を峻別する支配的の見解を以て WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 43, Fn. 8; Joseph UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig 1876, § 62; THON, Rechtsnorm, S. 207 ff.; Franz FÖRSTER, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Bd. 3, 3. Aufl., Berlin 1873, S. 1 ff. 註釋的見解を以ては Carl NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse: Eine civilistische Ausführung, nebst einem Anhange, den Grundriß zu einem neuen Systeme für die Darstellung des Pandektenrechts enthaltend, Kiel 1866 を以て回顧すべき Franz Peter BREMER, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte: eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts, Leipzig 1867, S. 16 ff., 93 ff.
- (25) THON, Rechtsnorm, S. 170 ff. のたゞ反たてぬるを以て Siegmund SCHILDOMANN, Der Vertrag, Leipzig 1876, S. 257-267 を以てす。
- (26) Friedrich Carl von SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5, Berlin 1841, S. 26 及び註釋に Karl Georg von Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, Stuttgart 1842, S. 296; UNGER, System I, § 61, S. 517 ff. のたゞ具體的に展開せられたる WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 40, Fn. 1 の参照を以てす。
- (27) FÖRSTER, Theorie und Praxis III, S. 2 ff.; THON, Rechtsnorm, S. 155 ff.; Otto LENZEL, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Heidelberg 1876, S. 10 ff.
- (28) 論議を以てするに於て 相對的物權の構想を主張したる Karl ZIEBARTH, die Realexecution und die Obligation: Mit besonderer Rücksicht auf die Miete erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preussischen, Halle 1866 によつての註釋的書誌 Heinrich DEGENKOLB, KrVJSchr, Bd. 9 (1867), S. 205 ff., 229 ff., 及び FÖRSTER, Theorie und Praxis III, S. 4 ff.; WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 43, Fn. 6.
- (29) JOHOW, Begründung, TE-SachR I, S. 4; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 128.
- (30) Wilhelm GIRTANNER, Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff mit besonderer Rücksicht

- auf Sachgesammtheiten (universitas rerum), Accession und Miteigentum, JherJb, Bd. 3 (1859), S. 64.
- (15) JOHOW, Begründung, TE-SachR I, S. 12-16; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 136-140.
- (16) JOHOW, Begründung, TE-SachR I, S. 17-21; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 141-145.
- (17) Andreas HEUSLER, Die Gewere, Weimar 1872, insb. §§ 8, 21 参考: 2129°
- (18) *Inst. 2, 2, pr., 1, 2: Quaedam praetera res corporales sunt, quaedam incorporeales. Corporales haec sunt, quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res immutabiles. Incorporeales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae.*
- (19) Motive zu dem revidirten Entwurf des allgemeinen Landrechts, Berlin 1834, Pensum XIII, I B, S. 5.
- (20) *レハノ民法典ハノノヲモトノモトノ表現ナルヲ補足スルニシテ*。「それ自体では権利能力を有しなす権利の対象トシテ (Jeder Gegenstand eines Rechts, der nicht selbst rechtsfähig ist)」(Satzung 332)° Samuel Ludwig SCHNELL, Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern mit Anmerkungen von Dr. S. L. Schnell, Bd. 2/1, 2. Aufl., Bern 1837, Satzung 332 Anm.
- (21) ノノトハノノの見方ニ批判的なコメントの鑑定意見の参照を指示スルニシテシテ° Karl Georg von WÄCHTER, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen: Ein Beitrag zur Beurtheilung desselben, Leipzig 1853, S. 177.
- (22) 直接典拠を示すわけはなさか、ノノ引用が Eduard SEBENHAAR/Georg SIEGMANN, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen und zu der damit in Verbindung stehenden Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1869, § 58 Motive 456°
- (23) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (Fortsetzung), München 1864, S. 1; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Th. 2, Darmstadt 1845, S. 2.
- (24) チューリッヒ州私法典も同じく同様である(vgl. Johann Caspar BLUNTSCHLI, Erster Entwurf des privat-

- rechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, Bd. 2, Zürich 1851, § 474 Anm. 2)「リーフランド・ホストニア・クルラント私法はたしかにまた「有体物と無体物」(§ 529)を区別しているけれども、しかしたいてい形容詞ぬきの「物」という表現を用い、そこではただ有体的物件のみを理解しているから、同条の意味は、「無体物」という表現が用いられるところでそこで理解しなければならぬものを語る点のみにあることを補足している。
- (41) 典拠として引用しているのは、VON SAVIGNY, System I, S. 338; ID., Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 99; Moritz August von BETHMANN-HOLLWEG, Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit, Bonn 1876, S. 22.
- (42) Christian Friedrich Koch, Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts, Bd. 3, 3. Aufl., Berlin 1857, § 81.
- (43) Franz Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1873, S. 98.
- (44) Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 1, 6. Aufl., Heidelberg 1876, § 168 Fn. 3. シマホリは同所を「Sache, res, chose」という言葉の多義性は「きわめて多くの混乱と錯誤」を法学にもたらしたところ、本書ではSacheとこの言葉を「自由意思の性格が相応しくない有体的なもの」(おぼろげなRechtssache (*causae*)) の意味に限りて用いるように。
- (45) UNGER, System I, S. 356. ウンガーは同頁以下で詳細な考察を与えているが、結論部ではこう批判している(S. 360-361)。「有体物と無体物の区分は「まったく不十分なもの」であり、このことはそれが物の法的な区分について非法的な意味での物の表現そのものを受け容れていることからおのずと明らかである。「実際上も危険でかといじむしい錯誤にいたりかねない」ものであることは、「すべての無体物は占有することができ」という§ 311の表現が証明しているところである。
- (46) この部分は、ヨーホウの参照指示にしたがい、TE-SachR § 2 の提案理由から補った。JOHOW, Begründung, TE-SachR I, S. 23-24; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 147-148.
- (47) JOHOW, Begründung, TE-SachR I, S. 21; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 145.

- (84) JOHNOW, Begründung, TE-SachR I, S. 60-64, 65-66; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 184-188. 卷頭に「集合物」の注、財産總体の含みたる (一〇三) [一〇五] 参照)。
- (85) GEORG Friedrich PUCHTA, Pandekten, Aufl. 12, Leipzig 1877, § 35 Z. 1; WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 137.
- (86) Karl Adolph von VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Bd. 1, Marburg/Leipzig 1863, S. 107 (註 終版) の各章註釋や文配の足跡に註釋に「ル」の字を挿入して「ル」。
- (87) PUCHTA, Pandekten, § 35; Leopold August WARKKÖNIG, Ueber den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sogenannten Universitas rerum, ACP, Bd. 11 (1828) S. 179; Julius BARON, Die Gesamtrechtsverhältnisse in Römischen Recht, Marburg/Leipzig 1864, S. 30; GIRTANNER, Sachgesammtheiten, S. 97; WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 137 Fn. 6-8.
- (88) ヲハハニ參照せしむルニ「ル」ヲ「ル」ニシテ Carl Georg WÄCHTER, Ueber Sachgesammtheiten (rerum universitates) überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht, H. 1, Stuttgart 1845, S. 1 ff.; ID., Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, Stuttgart 1842, S. 235; UNGER, System I, S. 476 ff.; Heinrich Robert GÖPPER, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamt-Sachen nach römischem Recht, Halle 1871, S. 94; Erunst ECK, Besprechung: GÖPPER, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamt-Sachen nach römischem Recht, Behrendsz, Bd. 5 (1871), S. 424; Adolf EXNER, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Wien 1867, S. 215, 243; FÖRSTER, Theorie und Praxis I, § 21 Fn. 2; Heinrich DERNBURG, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1860, S. 435; ID., Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1, Halle 1875, § 60 Fn. 4. 註釋に「ル」の字を挿入して「ル」。
- (89) VON VANGEROW, Pandekten I, § 71; Anton RANDA, Der Besitz nach österreichischem Rechte: mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches, 2. Aufl., Leipzig 1876, S. 392 ff.

- (53) ヨーホウは「*corpus*」で、集合名詞の使用により生じる問題、すなわち、①どの時点を基準として権利客体を形成する諸々の物が確定されるのか、法律行為時かそうではなくそれ以降か、②複数の物は各々それ自体として捉えられるのか、そうではなく共同帰属とどうかたちで捉えられるのか、という問題を詳細に検討している (JOHNSON, Begründung, *TE-SACHR* I, S. 61-63; SCHUBERT, Vorlagen, *SACHR* I, S. 185-187) が、「*corpus*」は省略する。
- (54) WINDSCHEID, *Pandektenrecht* I, § 137 は所有物返還請求に関する「*res*」の諸法文から、普通法上畜群その他の自然的総体はそれ自体で権利の客体となりうるとしてしているけれども、他の集合物については新たな見解「権利客体成否定説」に賛同して「*res*」を補足して「*res*」とする。
- (55) ANTON VON STABEL, *Institutionen des französischen Civilrechts: (Code Napoléon)*, Mannheim 1871, §§ 52, 85.
- (56) Friedrich MOMMSEN, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, Schwetschke 1876, § 406, S. 407; Gottfried VON SCHMITT, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Begründung, Erbrecht, Bd. 1, Berlin 1879, § III [Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht I: Testament, Erbeinsetzungsvertrag; Gesetzesentwurf, Pflichterbrecht, Berlin/New York 1984, S. 387-388].
- (57) 誤解を避けるために、部分草案ではこの旨を定めた規定が置かれていた (*TE-SACHR* § 19)。*corpus* の規定は、第一委員会の審議において、「*corpus*」自身の提案に基づき、誤解のおそれないとして削除されている。Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889), S. 3359; JAKOBS/SCHUBERT, *Berating*, AllgT I, S. 455.
- (58) チューリッヒ州私法典 (§ 484: bewegliches Gut, fahrende Habe, Möbeln, Hausrath, Werkzeug, Schiff, Geschirr の意味に関する規定)、「*res*」民法典 (Satzung 340: 右表現 *res* Leinwand に関する規定) の参照を指示して「*res*」。
- (59) 自明であり、また後注のウンガールの参照指示で十分とみたのか、典拠を示していないが、各々以下の論文を指し

- 158° Johann Christian Hassse, Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession, AcP, Bd. 5 (1822), S. 1-68; Christian Friedrich Mühlentruch, Ueber die s. g. juris und facti universitates, AcP, Bd. 17 (1834), S. 321-379; Wächter, Erörterungen I, S. 1-35.
- (90) Vgl. UNGER, System I, § 57 unter I.
- (91) Vgl. FÖRSTER, Theorie und Praxis I, § 22.
- (92) Johow, Begründung I, TE-SachR, S. 490-495; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 614-619.
- (93) Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 2, Berlin 1878, § 78.
- (94) Wiguläus Xaver Aloys von Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem: Worinn derselbe sowol mit dem gemein- als ehemalig Chur-Bayrischen Land-Recht genau collationirt, Th. II, München 1761, Anm. b zum II. 1 § 2; Paul von Roth, Bayrisches Civilrecht, Th. II, Tübingen 1872, § 118 Fn. 39.
- (95) von Roth, Bayrisches Civilrecht II, § 118 Fn. 17.
- (96) UNGER, System I, S. 524.
- (97) モーホクは、Stobbe, Handbuch II, § 78 の他 (vgl. Windscheid, Pandektenrecht I, § 168) がこの狭い用法に反対してこのローマの法学者もすでに「民事裁判管轄を示すために *dominium ususfructus* (D. 7, 6, 3) *dominium proprietatis* (D. 7, 4, 17) などと言葉を用いつつこの区別を示して、通常の用法を取り入れる「実際上の利益」をみあたらずに断つ」Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen, 8. Aufl., Leipzig 1875, § 231 Fn. a を引き合らに出して、むしろ法律用語においてはなんらかのかたちでわれわれに帰属するすべてのものに「曖昧な用法」は自制しなければならぬ、たとえば債権上の所有権を語るものは所有権と債権債務関係に関する概念と原則の混同をまたらしかねないと補足している。
- (98) Windscheid, Pandektenrecht I, § 168.
- (99) 付合テースにこの構成部分 (TE-SachR §§ 6 ff.)、付合 (第三章第四節) の参照を指示している。
- (70) モーホクは、Oscar von Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehren von dem Verlagsvertrag

und Nachdruck: nach den geltenden deutschen und internationalen Rechten mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebung von Oesterreich, Preussen, Bayern und Sachsen, Stuttgart 1857-1858; id., Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Photographien und gewerblichen Mustern: nach dem gemeinen deutschen Recht, Stuttgart 1877; Rudolph KLOSTERMANN, Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, nach preussischem und internationalem Rechte, Bd. 1, Berlin 1867; id., Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken, Abbildungen, Compositionen, Photographien, Mustern und Modellen: nach deutschem und internationalem Recht, Berlin 1876; 依拠「*イニ*」を詳述「*イニ*」<sup>8</sup>。JOHAW, Begründung I, TE-SachR, S. 492-494; SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. 614-618. それによると、著作権の法的構成は書物を出発点とする。すでにローマ法でも芸術家の創造を財産法の対象とみる機縁は存した (*Inst.* 2, 1, 34) が、机上を越えるものではなく、実際に問題となったのは、印刷技術の発明により書物を機械的に複製して財産法的利用を享受する可能性が開かれたときからである。著作者は再版に対して自己の作品の保護を要求したが、長い間承認されなかった。この要求を所有権の観点から正当化する努力もみられたけれども、書物の法定保護はもっぱら、個々のケースごとに皇帝およびラント諸侯により発せられる特権付与状 (Privilegien) に委ねられていたのである。一七世紀末頃から一八世紀の間にはじめて、各領域において再版を禁止する法律が制定されたが、一八〇六年のドイツ連邦議会に「著述マ帝国」の崩壊によってこの保護は実際上の意味を失った。けれども、このことが、当時のドイツ連邦議会に「著述家および芸術家の所有権の再版および無権限模造に対する保護について」の立法作業を促し、この連邦の作業はプロイセン「学問および芸術作品上の所有権の再版および模造に対する保護に関する」法律 (一八三七年六月一日) によっていちじるしく推進されることになった。これらの立法の成果はすべてはつきりと精神的所有権の観念に依拠している。帝国憲法 (一八七一年四月一六日) も同一の観念にしたがう。これに対して、諸々の帝国法律 (著作権関係 [一八七〇年六月二一日、一八七六年一月九日、一八七六年一月二一日、一八七六年一月二一日]、特許権関係 [一八七七年五月二五日]) は文言上、各法により保護された権利に特定の構成を与えることとし、精神的所有権という呼称を放棄した。精神的所有権の理論が主張されたのは一七世紀であり、一八世紀によりはつきりと展開され、それ以来、ドイツのみならずフランスおよびイタリアにおいても学説を支配したけれども、近時の論者はこれを退けること



- (77) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der ersten Beratung der 1. Kommission (1884–1887) (sog. Kommissionsentwurf).
- (78) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 464 ㊦ RedVorl § 769 ㊰ KE § 769/E I § 778 ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ Vgl. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Erste Beratung, Erstes Buch: Allgemeiner Teil, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, Drittes Buch: Sachenrecht, Berlin 1885, S. 205; Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Anlagen: Entwürfe, Berlin/New York 1986, S. 209.
- (79) Prot I, S. 3297–3299; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 424–426.
- (80) Prot I, S. 3298; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 425 ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ 多数意見は「㊿」を支持した趣旨を顯わねど。
- (81) Prot I, S. 3300–3301; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 426–427.
- (82) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 426 Fn. 3 ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ 「四八条」が指示されたところの内容については五八条のほどもある。
- (83) Nutzungen einer Sache oder eines Rechts sind die Früchte derselben und die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.
- (84) Prot I, S. 3344–3346; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 448–449.
- (85) Mehrere für sich bestehende Sachen können auch dann, wenn sie im Verkehr oder in einem Rechtsgeschäft mit einem Gesamtnamen bezeichnet werden, nicht als Ganzes der Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein, sondern nur die darunter begriffenen einzelnen Sachen.
- (86) Bilden mehrere körperlich getrennte Sachen nach ihrer Natur ein zusammengehöriges Ganze oder werden dieselben als ein solches nach der ihnen zukommenden Bestimmung im Verkehr behandelt (Gesamt-sache, Sachsgesamtheit), so kann das Ganze als eine Sache Gegenstand von Rechten sein. Rechte und

Pflichten in Ansehung der einzelnen verbundenen Sachen sind nicht ausgeschlossen.

- (88) Prot I, S. 3727-3729; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung; SachR I, S. 441-442.
- (90) ヴェーバーは彼の他、占有権能とともに利益権能も規定すべきを提案していた。この提案は退けられ、占有権能に関するテクストも削除された。所有者の本質的権能にかかわらずないため無駄、また、所有者の権能を不完全に列举するのは適切でないというのがその理由である。Prot I, S. 3729; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung; SachR I, S. 442.
- (16) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung (1888) (Sog. 1. Entwurf).
- (52) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ausgearbeitet von der in Folge des Beschlusses des Bundesrathes vom 22. Juni 1874 eingesetzten Kommission, Erste Lesung; Berlin 1887, S. 220; SCHUBERT, Vorlagen, Anlagen, S. 874.
- (53) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3: Sachenrecht, Berlin 1888, S. 32-77; Benno MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3: Sachenrecht, Berlin 1899, S. 18-43.
- (64) E. I, S. 243; SCHUBERT, Vorlagen, Anlagen, S. 897.