

# 物権概念の「柔軟化」について

——ライザーの物権法論によせて——

赤松秀岳

- I はじめに
- II 所有権概念について
- III 所有権にもとづく請求権について
- IV 物権的期待について
- V 物権と債権の峻別について
- VI 結び

## I はじめに

伝統的民法学は、抽象的概念、形式論理を重んじてきた。しかし、かかる方法では現実の法的生活に適合しえない、として、これが批判されるようになってすでに久しい。そして、これらの点で、我が国とドイツの民法学は、事情を同じくするものと思われる。ところで、民法の解釈をめぐるかような傾向は、必然的に、個々の解釈論上の諸問題の

物権概念の「柔軟化」について

中に具体化されていくことになる。物権法の領域では、例えば、所有権の絶対性の制限や非典型担保等の諸問題に、その具体化を認めることができる。また、物権と債権を厳格に峻別する財産法体系を今日なおも維持すべきか、についての議論をここに加えることもできよう。本稿は、このような視角から、主として、我が国にも広くその名を知られた西ドイツの民法・商法学者であるルードヴィヒ・ライザー<sup>(1)</sup>教授の物権法論を考察しようとするものである。ライザーは、伝統的な抽象的・論理的所有権・物権概念にとらわれず、現代社会の法現象の現実の姿に応じた、弾力的な法律構成を一貫して追求している。本稿では、便宜上、かかる傾向を一括して物権概念の「柔軟化」と呼ぶことにしたい。これは、ライザー自身が「伝統的所有権概念の柔軟化」(Auflockerung des traditionellen Eigentumsbegriffs)という言葉を用いているのにならうものである。<sup>(2)</sup>

ライザーの権利論については、これまでにも何度か、我が国に紹介されている。<sup>(3)</sup>とくに、本稿のⅢとⅣでとりあげる所有権にもとづく請求権と物権的期待については、ライザーの見解は、請求権競合論や期待権論あるいは所有権留保論の立場から、すでに検討されつくしているかのようにも思える。<sup>(4)</sup>しかし、従来我が国へ紹介されてきたのは、主として、これらの個別的問題の立場から見たライザーの見解であった。他方で、ライザーの一連の論稿には、冒頭に述べたように、明確な、一貫した姿勢がうかがわれる。従って、筆者は、前述した視角からライザーの物権法論をいま一度整理し直してみることに、なおも若干の意義を感じているのである。

(1) ライザーは、一九〇四年シュトゥットガルトに生まれる。ギムナジウム修了後、彼は、父親の勧めにより、まず、保険実務に従事するが、一九二三年からミュンヘン、ジュネーヴ、ベルリンで法学を学び、一九三三年にはベルリンで大学教授資格を取得している。その後、再び保険実務に就くが、一九四二年シュトゥラスブルク大学へ招へいされる。しかし、ライザーが実際に講義を始めたのは、一九四五年ゲッティンゲン大学においてである。一九五五年には、ライザーは、テュービンゲン

大学へ移っている。なお、戦後は、大学行政やキリスト教関係の分野での活躍も著しい。長い闘病生活の後、一九八〇年六月一三日に死去。Vgl. Ulrich Bälz, Nachruf von Ludwig Raiser, Juristenzeitung 1980 S. 486f.

本稿で以下に挙げる物権法にかんするもののほか、ライザーの主要著作としては、Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935) Neudruck (1961) を挙げることができよう。また、Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, herausgegeben von F. Baur, J. Esser, F. Kübler und E. Steindorf (1974) の巻末には、一九七四年までのライザーの業績リストが掲載されている。

(2) Raiser, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, in: Festschrift für Martin Wolff zum 80. Geburtstag (1952) S. 138. なお、ナチス時代の民法学は、個人の権利を「共同体における」構成員としての地位へ解体し、その自由を廃止しようとした。これに対して、ライザーは、権利概念における個人の自由という要素を決して放棄しな( Festschr. für M. Wolff S. 137, vgl. auch P. Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung (1968) S. 142ff.)。従って、かかる意味では、ライザーの言う所有権、物権の「柔軟化」は、それらの「解体」や「分解」とは異なることに注意しなければならぬ。

(3) 例えば、原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き——」山中康雄教授還暦記念論文集『近代法と現代法』(昭和四八年)一二八頁以下、一六二頁、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(昭和五四年)二二二頁以下など。

(4) 後述Ⅲ注(1)およびⅣ注(1)参照。

## II 所有権概念について

一 一九二六年発足の「カイザー・ヴィルヘルム外国私法・国際私法研究所」に当初から助手として参与したライザーは、一九二九年に刊行された「比較法大辞典」第二巻に「所有権」の項目を執筆した。<sup>(2)</sup> ここには、ドイツ民法学に伝統的な所有権・物権概念は、所有・物権制度の比較法的・歴史的研究にあたっては役に立ちえない、との認識が

明確にうち出されている。そして、伝統的所有権・物権概念に対するかかる批判的態度は、それぞれ一九六一年と六二年に発表された、「社会科学辞典」第三巻の「所有権」の項目、および、「西欧・東欧法における法概念としての所有権」という論文<sup>(4)</sup>でも、基本的に維持されている。また、その他、戦後に発表された彼の論稿のいたるところに、同様の思想がうかがわれる。

二 それでは、ライザーの批判する伝統的所有権・物権概念とは、いかなるものであろうか。彼が念頭におくのは、パンデクテン法学のそれである。その特徴を整理すれば、以下のとおりである。<sup>(5)</sup>

(ア) 所有権の本質は、有体物に対する全面的で永久の支配力にあり、この点で、所有権とその他の制限物権は、質的に峻別される。周知のように、中世においては、その身分制的社会構造に対応して、土地所有権は、上級所有権と下級所有権とに分割されていた。そして、両者が互いに制限しあう結果、土地について取引・利用の自由は存しえなかつた。ところが、その後、農民解放等を通じて、分割所有権の制度は、しだいに廃止されていくことになる。これにより、土地についても取引・利用の自由が確立するわけである。パンデクテン法学の所有権概念は、かかる経緯の法律学における反映にほかならなかつた。<sup>(6)</sup>これによれば、所有権は、そこに含まれる個々の権能の総和に尽きるものではなく、その背後にありこれらの権能を生み出す源泉であると観念される。<sup>(7)</sup>すなわち、所有権とは、法により所有者に与えられた抽象的な力であり、これは、本来、自由にあらゆる方向へ全面的に広がりうるものなのである。そして、個々の権能は、かかる抽象的全面的な支配力が一定の方向に具体化したものにすぎない。従って、所有権を権能ごとに分割することは、その概念上許されない。また、所有権の支配力は全面的なものだから、同一物上に複数の所有権が成立することも概念上不可能である。<sup>(8)</sup>それゆえ、分割所有権なる観念は、ここでは完全に否定されるのである。<sup>(9)</sup>

同一物上に複数の物権が存立している場合には、それらのうちの一つだけが所有権たりうる。それ以外の物権は、所有権とは異なり全面性を欠く制限物権であるほかはない。制限物権は、上述したところを一貫すれば、決して所有権の権能の一部が分離譲渡されたものではない。そして、制限物権は時間的に有限であり、所有権がいつかはその拘束から解放される可能性が存していなければならない。このように、所有権と制限物権とは、そこに含まれる権能の大小により量的に区別されるものではなく、前者は全面的で時間的に無制限な権利、後者は全面性を欠き時間的に必ず制限された権利、というように、質的に峻別されているのである。<sup>(10)</sup>

さらに、以上に対応して、所有権の客体は、極めて抽象的に、有体物という概念によってのみ定められる。従って、不動産と動産の区別もなされない。このように、客体の範囲を物の有体的全体性のみによって確定することを通じて、所有権がこれに全面的独占的な支配を及ぼすことが保障されているのである。<sup>(11)</sup>

(イ) 所有権の本質を個々の具体的権能を超えた抽象的全面的な支配力に求めることにより、所有権は、それ自体としてはあらゆる制限から自由な、絶対的な権利であるとされる。例えば、ある人の所有物の上に他の人の制限物権が設定されており、これにより所有者から一定の権能が奪われている場合でも、所有者が依然その物につき所有権を有していることにはかわりはない。所有権の本質は、抽象的な支配力・支配可能性にあるものと観念されているからである。従って、制限物権が消滅すれば、所有権は、当然に本来の範囲を回復する。弾力性 (Elasticität) と呼ばれる性質である。<sup>(12)</sup> また、法律が所有権に一定の制限を課す場合にも、同じく抽象的に理解された所有権の本質は、これにより少しもそこなわれるものではない。<sup>(13)</sup> さらに、以上の点にも関連して、所有権は、それ自体としては無制限な、自由で絶対的な権利であるとされる。<sup>(14)</sup> パンデクテン法学の所有権概念も、決して、個々の具体的な場合に所有権が制限を

こうむることを見のがしていたわけではなかった。しかし、所有権の制限はあくまでも例外的なものとされ、もっぱら無制限性、絶対性のほうを強調する傾向にあった<sup>(15)</sup>。例えば、土地の所有者は、本来、隣人の利益を配慮する必要はなく、従って、相隣法的制限の課せられる場合があっても、それは、シカーネ禁止の一般原則によるものにすぎなかった<sup>(16)</sup>。また、公法と私法を厳格に分離する結果、公法上の制限は、純粹に私法上の概念として所有権を扱うパンデクテン法学の視野の外に置かれ、このことが上述の傾向にいっそう拍車をかけることとなった<sup>(17)</sup>。さらに、全ドイツ共通法をもっぱらの対象としたパンデクテン法学の性格上、ラント法による所有権制限もまた、考察から排除された<sup>(18)</sup>。

(ウ) 所有と占有が厳格に峻別される。前述のように、所有権は、抽象的全面的な支配力として観念され、しかも、物をその有体的全体性において把握する。これは、所有権の究極の対象が現実的な利用ではなく、観念的な価値であることを示すものにほかならない。従って、現実に物支配の事実がどこにあるかにかかわらず、抽象的観念的にみて所有権の帰属する者に、所有物返還請求権、妨害排除請求権等による保護が与えられるのである<sup>(19)</sup>。

(エ) 以上のような所有権概念は、自明な公理 (Axiom) あるいは論理上当然の帰結であり、それゆえ、時と場所を超えてア・プリオリに妥当するものとして扱われる。例えば、一八世紀末から一九世紀初頭にかけて制定されたプロイセン一般ラント法、オーストリー一般民法典は、いずれも分割所有権の制度を明文規定により承認していた。しかし、後になると、パンデクテン法学の影響のもとに、両法の解釈としても分割所有権は否定されていくことになる。分割所有権は、所有権概念と当然に矛盾する、というのがその理由であった<sup>(20)</sup>。

三 このように、伝統的な民法学によれば、所有権は、有体物に対する抽象的全面的な支配力であり、この点で、その他の制限物権とは質的に峻別される。また、所有権は、制限物権や法律の制限によってもその本質を失うことの

ない、自由で絶対的な権利である。しかも、それは、現実の物支配の事実にかかわらず所有者に帰属する。そして、これらの性質は、所有権の概念自体から形式的、論理的に導き出される。言い換えれば、所有権が以上のようなものであることは、あたかもア・プリオリに自明であるかのように扱われているのである。

ところが、ライザーは、これに対して次のように述べる。「ローマ法の伝統を受け継ぐヨーロッパ大陸の法律学は、バルトルス (Bartolus) 以来、私的所有権という現象について、対象のあらゆる特殊性から抽象された、一般的に妥当する概念規定をみいだそうと努めてきた。……しかし、比較法的研究は、所有権の形態や法的内容が経済・文化史的にどのように決定されているか、の認識をその急務とする。従って、法体系の論理からではなく、生活関係を直視することを通じて、所有権概念を導き出さねばならないのである」(Eigentum 1929, S. 772)。「価値ある財貨について私的な支配力、処分力が認められるか、認められるとして、それはいかなる財貨についてであるか、また、かかる支配力、処分力が個人に与えられるのか、それとも家族もしくはその他共同生活のための団体に与えられるにとどまるのか、さらに、その支配力、処分力がいかなる内容をもち、どのような範囲にまで及ぶのか。これらの問題に対する解答は、それがどの時代のいかなる国の法秩序についてであるかによって、非常にさまざまである。……どのような法的地位に……「所有権たる」地位が与えられるのか、また、その権能がいかなるものであるか、については、一般的に確定できず、常に、特定の法秩序に着目してこれを確定しうるにすぎないのである」(Eigentum 1961, S. 39)。「所有権の概念は、……ア・プリオリに確定されうるものではなく、歴史的な経験から明らかにされねばならない……。異なった法秩序の法制度を評価、比較するための絶対的基準は存しない。一九世紀ヨーロッパ大陸の偉大な私法典や自由主義的法律学のつくりあげた、いわゆる『古典的』所有権概念も、かかる基準たりえない。それは、せい

ぜい、共通点と相違点を便宜的に明らかにし、理解するための手段にすぎないのである」(Rabelszeitachr. 26, S. 230)。要するに、次のとおりである。ある時代、ある国の法秩序が所有・物権制度をいかに形づくるか、は、当該の法秩序が独自にこれを定めるところである。従って、そこには、さまざまな多様性が存することになる。しかし、現実には、存するかかる多様性は、伝統的民法学の形式的論理的所有権概念によっては十分に把握できない。現実の姿は、形式論理で画一的に割り切れない、変化に富んだ複雑なものだからである。それゆえ、かかる形式的論理的概念に必要以上にとらわれることなく、当該の法秩序において所有・物権制度の現実にあるがままの姿、機能を直視しなければならぬ<sup>(21)</sup>、と。

ライザーによれば、ア・プリオリに妥当するかの外観を呈する伝統的所有権概念も、それ自体、一定の歴史的背景の産物にすぎない。彼によれば、早くから取引の客体とされていた動産については、単一の抽象的所有権概念が比較的容易に認められえたとされる。これに対して、農業経済のもとで最も重要な生産手段であった土地は、長く取引から除外されていた。そして、可能な限り多くの人々が土地からの収益にあずかることができるように、土地は、特別な社会的・国家的制限・拘束のもとにおかれていた。従って、単一的抽象的所有権概念は、土地については、動産ほど容易には成立しえなかったのである (Eigentum 1929, S. 776; Eigentum 1961, S. 39)。ところが、ローマにおいては、法曹がもっぱら考察の対象としたローマの私有地 (ager privatus romanus) については、土地に対する上のような制限は存しないか、せいぜいその譲渡につきみられるにすぎなかった。ローマ市民は、土地を、相隣法による最低限度の制限を度外視すれば、完全に自由に利用することができたのである。ライザーは、以上のような背景のもとで、市民法上の所有権 (dominium ex iure Quiritium) について、動産、不動産の区別なく、完全な・分割しえな



い・時間的に無制限な所有権という観念が成立しえた、とする。所有権に課せられる制限は、制限物権により外部から加えられた例外的なものにすぎず、従って、その消滅により、所有権は、おのずと本来の範囲を回復した。また、所有物返還請求訴訟 (*rei vindicatio*) は、所有権を有する者だけに当然に認められた等々 (*Eigentum* 1929, S. 776)。ヨーロッパ大陸の近代民法学、民法典は、ユスティニアヌス法典を経て、以上のようなローマ的所有権概念を継受したのである。例えば、あらゆる封建的拘束を廃棄すべく大革命を経験したフランスでは、ローマ的絶対的所有権概念が自然権思想により定着せしめられた。また、ドイツにおいても、土地の自由流通化を求める経済的自由主義に応じて、歴史法学により、ローマ的所有権概念が確立したのである (*Eigentum* 1929, S. 775 f.; *Eigentum* 1961, S. 39f.)。ライザーは、かかる経緯のすえ成立した伝統的所有権概念は、一九世紀が念頭においた所有権像に応じて形成されたものだから、それ以外にこれを適用するにあたっては慎重でなければならぬ、とする (*Rabelszeitschr.* 26, S. 231)。

伝統的民法学にとっては、所有権が前述のような性質を有することは、論理的に当然なのだが、ライザーは、比較法的・歴史的観点から、これが必ずしもそうでないことの、いくつかの例証を挙げている。例えば、所有権は、動産、不動産を問わず、有体物に対する全面的で永久の支配力であり、他方、制限物権は、これとは質的に峻別された、時間的に必ず制限された権利である、という観念は、イギリスの封建的土地法にはあてはまらない。ライザーによれば、イギリスでは、動産と不動産が区別され、動産については、ローマ的所有権と類似の概念が成立したものとされる。ただ、侵害に対する救済手段が、占有者を保護するトレスパス訴訟によるという違いが存するにすぎない。しかし、土地については、事情が異なる。この点では、*lord* が *tenant* に土地を与えて保有させる反面、*tenant* が *lord* に対して役務をなす義務を負うという関係が、すべての土地を領有する国王から最下層の直接占有者に至るまで、幾重にも

重なりつつ及ぶ。つまり、国王以外の者は皆、他の者から土地を保有するのである。<sup>(22)</sup> このような関係のもとでは、物に対する全面的で永久の所有権と、全面性を欠き時間的に必ず限定された制限物権との質的対立は、成り立ちえない。ここでは、土地に対するすべての権利は等質であり、ただ、そこに含まれる権能の数、範囲により量的に区別されるにすぎないのである。<sup>(23)</sup> (Eigentum 1929, S. 772, 774 f., 776 f., 784; Eigentum 1961, S. 39)。ライザーは、この点においては、中世ドイツ法も同様である、とする (Eigentum 1929, S. 772, 775; Eigentum 1961, S. 39; Wolff-Raiser, S. 176)。

また、前述のように、一九世紀の民法学は、所有権を、抽象的に、自由で絶対的な権利ととらえ、その制限をあくまでも例外的現象と解する。そして、とくに、公法上の制限を、純粹に私法上の所有権概念から排除する。しかし、ライザーは、歴史的にみて、かかる観念が今日もはや維持できないものとして、次のように述べる。「自由放任主義 (Laissez-faire) が終わりをづけ、それがもたらす社会的弊害が自覚されるに及んで、共同秩序の中では無制限な権利や自由は存せず、従って、それらの濫用は保護に値しない、ということが再確認されるようになった。諸外国と同様ドイツでも、判例は、かかる見解にしだいに意を払うようになり、権利濫用の観点、あるいは、隣人等の他人や公共の福祉に対する信義則上の顧慮義務の観点から、所有権者の自由に制限を設けている。そして、かかる制限は、今日、例外的に外部から所有権に課せられたものとしてではなく、「所有権に」内在する (immanent) ものとして扱われているのである」 (Eigentum 1961, S. 40)。「現代の法律学は、他のあらゆる権利と同じく、所有権に制限が内在するのを認めている。諸国の憲法は、立法者に、そのつど公共の福祉の要請や公益を考慮して、所有権の内容、制限を定める権能を与えている。我々の理解するところによれば、所有権者の法的地位は、権利のみならず隣人や公共に対す

る義務をも含んでいる。今日、一般公共に奉仕すべく、経済的に重要な財物、とりわけ土地や工業上の生産手段に課せられる所有権の制限は、経済・社会政策の要請によっては、非常に大幅なものに及ぶこともありうるのである。……これらの制限の大半が公法に属するということは、しかしながら、それらを、今日我々が私的所有権と呼ぶ法的地位の構成要素とみなすことを妨げるものではない」(Rabelszeitschr. 26, S. 233)。「所有権の客体をその経済的機能に従って分類し、……当該の所有権者の法的地位を公法にまでも立ち入って明らかにすることにより、「所有権の内容等を抽象的に定めるドイツ民法九〇六条、ボン基本法一四条等の」諸規定は、生命を吹きこまれ、色づけされるのである」(Eigentum 1961, S. 41f.)。

つまり、こうである。いきすぎた経済的自由主義の弊害が明白になった今日、所有権者の自由は、一九世紀におけるように抽象的なものとしてではなく、共同体の中での自由としてとらえられねばならない。だから、ある所有権者の法的地位の内容がいかなるものかを、抽象的に一般的に確定することはできない。当該の所有権の共同体における在り方に従い、それは、さまざまに異なるからである。それゆえ、客体の機能の差異に応じて、また、私法のみならず公法上の特別法等により現行法がそこにいかなる拘束を課しているかを明らかにして、当該の所有権の内容を具体的に説明しなければならぬ。ライザーによれば、今日、所有権に課せられる制限は、抽象的で一定不変な内容の所有権に外部から付加されたものではなく、<sup>(24)</sup>所有権の具体的な内容自体を構成するものなのである。<sup>(25)</sup>

さらに、観念的な所有と現実的な占有の分離も、比較法的、歴史的にみれば、常にあてはまるものではない。例えば、ゲルマン法、イギリス法においては、所有権にもとづく返還請求権という考え方は存せず、「より強い占有権を有する」占有者 (der „besser berechtigte“ Besitzer) が保護される。ライザーは、その他、ローマ法において、法

務官法上の所有権が所有秩序と占有秩序の間を調整したこと、「ワイマール期の」「社会的」所有権 („soziales“ Eigentum) という思想が占有利用を伴わない所有を排斥しようとしたこと等々を挙げている (Eigentum 1929, S. 773)。

結局、ライザーの説くところは、次のように要約できよう。一九世紀の民法学は、抽象的形式的な所有権・物権概念を前提とする。そして、これらを論理的に操作することにより、ア・プリオリに自明であるかのように、さまざまな法的帰結を導く。しかし、かかる所有権・物権概念自体が、実は、一定の歴史的背景にもとづくものにほかならない。また、比較法的、歴史的にみれば、これらは必ずしも常に妥当するものではない。従って、我々は、このような形式的論理的概念にとらわれず、当該の法秩序において、所有・物権制度の現実にあるがままの姿、機能を具体的に明らかにしなければならない、と。

四 以上に紹介した、伝統的所有権・物権概念に対するライザーの批判は、もっぱら比較法的・歴史的観点からなされたものであった。しかし、ライザーは、現行法の解釈論でも、同様の姿勢を貫いている。すなわち、機能的な視点からする所有権・権利概念の把握は、そのまま、彼の現行法の解釈論における出発点をなしているのである。例えば、民法解釈学は、所有権を、規範論理 (Normlogik) の観点からではなく、私法体系におけるその秩序づけの機能 (Ordnungsfunktion) に着目して考察しなければならない、として、ライザーは、伝統的理論に反し、制限物権を、所有権の権能の一部が分離譲渡されたものと理解している。制限物権の経済的機能に着目すれば、このことは疑う余地はない、というのがその理由である。<sup>(26)</sup> また、すでに述べたところからも明らかのように、ライザーは、現代における権利概念の任務は社会における個人の自己主張と自己責任 (Selbstbehauptung und Eigenverantwortung der

Person)を可能ならしめ保障することにある、として、ここから、所有権の社会的拘束や権利濫用の禁止の強化を導き出している。のみならず、今日、権利という思考方法が機能すべき領域自体が限定されていることを理由に、一九世紀の民法学のように民法全体を権利の体系としてとらえることに反対する。つまり、法的救済の認められるところに常に権利があるものと解する傾向に警告を与えているのである。<sup>(27)</sup>

次章以下では、本章で紹介したライザーの所有権概念についての考え方が、彼の解釈論の中にどのように具体化されているかを、いくつかの実例に即して明らかにしてみたい。所有権や物権概念の「柔軟化」とも呼ぶべき傾向が浮かび上がってくるはずである。

- (1) 五十嵐清「ドイツにおける比較法の発展」北海道大学法学論集二二巻一号(昭和四五年)八〇頁以下、八六頁以下。
- (2) Artikel „Eigentum“, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes 2. Bd (1929) S 772. ff. — *Zeit* Eigentum 1929 *に*よる引用による。
- (3) Artikel „Eigentum“, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 3. Bd. (1961) S. 39 ff. — *Zeit* Eigentum 1961 *に*よる引用による。
- (4) Das Eigentum als Rechtsbegriff in den Rechten West- und Osteuropas, *Rabelszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 26 (1962) 230 ff. — *Zeit* Rabelszeitschr. 26 *に*よる引用による。
- (5) *ら*の点について W. Wiegand, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert III* (1976) S. 118 ff.; 吉岡正「近代的所有権概念の変遷について」法学論叢四八巻二号(昭和一八年)五〇頁以下、同「所有権の論理的構造と機能——所有権の類型に就いて——」法学論叢五二巻二号(昭和二一年)五〇頁以下、高島平蔵『近代的物権制度の展開と構成』(昭和四四年)、鎌野邦樹「近代ドイツ法学における所有権概念の変遷」早稲田大学大学院法研論集三〇号(昭和五八年)七一頁以下参照。

- (9) J. W. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, 2. Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart, 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht (1930) S. 3, 6, 9 ff., 11 ff., 35 ff., 27.
- (10) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Teil § 167; Raiser, Eigentum 1929, S. 783.
- (11) G. F. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht 6. Aufl. 1. Bd. (1873) § 144; Wiegand, a. a. O., S. 139 ff. なぞ 末川博『物権法』(昭和三一年)二七六頁以下。
- (12) Windscheid, a. a. O., § 169 a; Puchta, a. a. O., § 144.
- (13) Windscheid, a. a. O., § 200 Anm. 3; Wiegand, a. a. O., S. 137, 139 ff.; Raiser, Eigentum 1929, S. 784; 末川・前掲書二七七頁 我妻栄『物権法』民法講義Ⅱ(昭和二十七年)二頁以下。
- (14) 川島武宜『所有権法の理論』(昭和二十四年)一七〇頁以下 vgl. auch Windscheid, a. a. O., § 200, 3; Wiegand, a. a. O., S. 139 Anm. 86.
- (15) Windscheid, a. a. O., § 167 u. dort Anm. 3; Wiegand, a. a. O., S. 114 ff.; Raiser, Eigentum 1929, S. 783.
- (16) 吉岡・前掲法学論叢四八卷二号六四頁。
- (17) Wiegand, a. a. O., S. 146 ff.
- (18) Hedemann, a. a. O., S. 127.
- (19) Hedemann, a. a. O., S. 104 Anm. 22; Windscheid, a. a. O., § 169 Anm. 6.
- (20) Hedemann, a. a. O., S. 119 ff., 127, 226 f., 257 ff., 312.
- (21) F・ヴァーブッカー著鈴木木祿弥訳『近世私法史』(昭和三六年)五三六頁以下。
- (22) 川島・前掲書一一〇頁以下。
- (23) Wiegand, a. a. O., S. 150 ff.
- (24) Vgl. M. Wolff und L. Raiser, Sachenrecht 10. Bearbeitung (1957) (以下' Wolff-Raiser に引用する) S. 172, 174, 175.
- (25) 長谷川元吉『ESTATE 論——イギリス法における土地所有権の理論——』青山法学論集一卷一・二号(昭和三四年)二頁。
- (26) 甲斐道太郎教授は、この点を次のように説明される。「封建的 tenure 原則のもとでは、土地に関するすべての物権は、

不定期的、一時的 (temporary) なものでしかあり得ない。『保有は、もともと封主ないし領主の恩恵的贈与とそれに対する土地保有者の公的義務を前提ないし条件として成立し、かつ存続する。したがってその保有期間は、保有者の義務履行いかんにかからしめられているのであり、それは当然はじめから不定期たる性質をおびる』のである。だから、封建的土地法においては、ローマ法におけるような永久的所有権 (dominium) と、一時的な制限物権との峻別は考えられず、すべての物権は等質的であり、ただ量の差としてとらえられるのである』(『内法』渡辺洋三「封建的土地所有についての若干の考察」) 法社会学五号 (昭和二九年) 五九頁)。「土地所有権の近代化」(昭和四二年) 六二頁。

(24) 例えば、フランス民法典(六五一一条)や古い普通法理論は、土地に課せられる相隣法的制限を、法定地役権として、所有権に外部から加えられた負担と法律構成する (Eigentum 1929, S. 776)。

(25) Vgl. auch Eigentum 1929, S. 776, 783, 787; Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961 S. 471 ff.; Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius-summa iniuria (1963) S. 146 ff., 149 ff.; Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1966), in: Die Aufgabe des Privatrechts (1977) S. 162 ff., 176 f.; Die Zukunft des Privatrechts (1971), in: Die Aufgabe des Privatrechts S. 209 f., 213 ff., 219 f., 227; Verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie und Städtebau, Zeitschrift für evangelische Ethik 15 (1971) S. 87 f., 95 ff.; Das Eigentum im deutschen Rechtsdenken seit 1945 (1976-77), in: Vom rechten Gebrauch der Freiheit (1982) S. 126 ff.; Eigentum als Menschenrecht, in: Festschrift für Fritz Baur (1981) S. 109 ff., 116 ff.; Wolf-Raiser S. 2, 5, 172 ff., 178 ff., 以上のものがライナーの見解の背景となる議論を概観するものとして、高橋寿一「所有権制限法理の展開——西ドイツにおける近年の所有権概念の変遷をふまえて——」一橋研究九卷二号 (昭和五九年) 五七頁以下。

(26) Funktionsteilung des Eigentums, in: Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis (1977) S. 168, 170.

(27) JZ 1961 S. 471 ff.

### III 所有権にもとづく請求権について

一 ライザーは、一九五二年に刊行された、恩師マルティン・ヴォルフの生誕八〇周年記念論文集に、「所有権にもとづく請求権と占有をなす権利」と題する論文<sup>(1)</sup>を捧げている。ここでは、「古くから慣れ親しまれ、公理として定着している我々の物権法解釈学の命題や概念を、今日なおも維持できるかどうかあらためて検討する」(S.134)との立場から、所有物返還請求権をめぐる議論について、考察が加えられている。そして、そこには、前章で明らかにした伝統的所有権概念に対する批判的態度をうかがうことができる。

二 ライザーは、所有者と占有者の法律関係についての議論の中から、(ア)ドイツ民法九八六条の「占有をなす権利」(Recht zum Besitz)の問題、および、(イ)所有物返還請求権と契約上の返還請求権の競合問題を取りあげる。

(ア) 「占有をなす権利」の問題 (S. 125 ff.) ドイツ民法九八五条は、「所有者は、占有者から物の返還を請求することができる」と定めている。これに対して、続く九八六条一項前段は、「占有者又は占有者に占有をなす権利を与えた間接占有者が所有者に対して占有をなす権利を有するときは、占有者は、物の返還を拒むことができる」と規定している。つまり、受益権者、賃借権者、受寄者等「占有をなす権利」を有する者は、所有者の目的物返還請求に應ずる必要はないわけである。ところで、その具体的な意味については、争いがある。Einrede (抗弁権) 説によれば、ドイツ民法九八六条一項前段は、「占有をなす権利」を有する者に、所有者の所有物返還請求権に対する抗弁権を与えたものとされる。しかし、これを抗弁権と解すると、例えば、被告の欠席裁判手続において、被告に長期にわたって賃貸したばかりの物を所有権にもとづき返還請求していることが、原告自身の陳述から明らかになったような場合



にも、請求認容の判決がなされねばならない。従って、かかる不合理な結果を避けるため、Einwendung 説は、「占有をなす権利」を、抗弁権ではなく、「原告の主張、立証から被告の「占有をなす権利」が認められる場合」職権をもって斟酌さるべき Einwendung と解するわけである。この見解の代表者であるシェルクは、次のように説く。「占有をなす権利」の設定により、所有者は、自己の所有権から直接占有をなす権利を分離譲渡することになる。それゆえ、この場合、所有権にもとづき直接自己に物の返還を請求する権利は、そもそも発生していない。だから、このことは、裁判官の職権により斟酌されねばならない。そして、「占有をなす権利」が賃借権のように相対的な債権関係にもとづくときでも、当事者間の対内関係では、物権の設定の場合と何ら異ならないのである、と。<sup>(2)</sup>

(イ) 所有物返還請求権と契約上の返還請求権の競合問題 (S. 127 ff.) ライザーの説明によると、請求権の競合についてのジーバーの基本思想は、次のとおりである。すなわち、同一の当事者間に、複数の請求権が個々のに、法律上別々に発生するのは、それらの成立根拠もしくは給付の対象がそれぞれ別個のものであり、しかも、債権者がいずれかを選択して異なった法的効果を生ぜしめるにつき、保護に値する利益を有する場合に限られる、と。<sup>(3)</sup>ところで、所有者が自己の物について使用貸借や賃貸借契約等を締結した場合には、例えば、その終了後、これらの契約にもとづき返還請求権が生ずる。この契約上の請求権と所有権にもとづく返還請求権とは、物の返還を目的とする点で、その内容を同じくする。従って、ジーバーの立場からは、この場合、契約上の返還請求権のほかに、ドイツ民法九八五条の所有物返還請求権を認める余地はないわけである。<sup>(4)</sup>しかし、ライザーによれば、ジーバーの見解は、ついに一般的な賛同を得るには至らなかった。多数説は、契約上の返還請求権の有無にかかわりなく、当然に所有物返還請求権の発生を認める。ライザーは、その背後には、所有者が占有を失えば当然に所有物返還請求権が生ずる、という伝統的

な公理が存するものと考えている（S. 135）。

以上(ア)(イ)における中心論点は、結局、所有者が自己の物につき賃貸借契約等の債権関係にもとづき占有を相手方に移転した場合、はたして所有物返還請求権が有効に発生するか、という問題である。ライザーは、次のように自らの見解を展開する。伝統的民法学によると、所有者が直接占有を失えば、当然に所有物返還請求権が生ずるものとされる。そして、この命題は、物権法上の公理の一つとして扱われてきた。しかし、請求権は、それが「一定の利益を」保護する特別な機能を有するがゆえ、その存在を認められるものにすぎない。従って、法秩序がかかる保護の必要性を認めないところには、請求権は存しない、との推定がはたらくのである。その一例が、占有者がドイツ民法九八六条にいう「占有をなす権利」を有する場合である。ここでは、所有者の保護よりも占有者の保護が優先させられている（S. 135）。従って、この場合、所有者を保護する機能を営む所有物返還請求権は、そもそも発生していないことになるのである。

そして、ライザーは、以上の結論は伝統的所有権概念の再検討を通じてのみ充分に根拠づけられうる、とする。

「かかる法律状態を理解する鍵は、……通常、所有権に認められてきた抽象的・不変的性質を、所有権から奪うことである。このような「所有権の抽象的・不変的」性質は、「制限」物権により制限されることはあっても、所有者が『たんに』債権的に拘束されているにすぎない場合には、「この拘束を」物権法上顧慮に値しないものとして無視してきたのであった。……ここでの問題は、「ナチスの時代に」過激な『キール学派』……が試みたように、権利概念そのものを解体することではない。所有権が一定の内容をもつ物権的な支配権であることを否定する必要はない。しかし、この権利は、当該の所有権者の有する包括的で複雑な法的地位の中に深くうめこまれている。そして、かかる

法的地位は、私法上・公法上のさまざまな権利、義務を伴い、また、当該の物の目的いかんにより、多様に段階づけられ、区別されているのである。「伝統的な」法律学は、抽象化の方法により、このような法的地位をすべて常に同じ内容をもつ権利へと圧縮する。かくして得られた厳密な所有権概念は、法技術的な取り扱いを非常に容易にするという便利さ、利点をもつ。しかし、これは、実は、「柔軟な」法律構成の可能性を失う危険という代償のもとに得られたものである。周知のように、信託 (Treuhand) を我々の財産法に組み入れることのむつかしさは、その一例である。同様に、所有権の私法上・公法上の制限 (Zweckbindung) を解釈学上把握することもまた、しばしば困難を伴ってきた。しかし、今日の我々の経済・社会状態においては、自由主義的な一九世紀とは異なり、かかる「所有権の」制限が増大している。従って、それに応じて、民法解釈学も、所有権の概念構成にあたってこのような制限を考慮しなければならぬ。そして、このことは、所有者の法的地位そのものを概念の基礎とすることによってのみ、可能となるのである (S. 137f.)。すなわち、こうである。伝統的民法学は、個々の場合における当該の所有権の機能的特殊性 (ここで問題となっている所有権について言えば、例えば、賃貸借契約が締結され、実質的には利用権能を失い、たんに賃料收取権として機能しているにすぎないという特殊性) を切り捨て、すべて単一の所有権概念へと抽象化する。そして、占有を失えば常に所有物返還請求権が生ずるという公理は、このような抽象的所有権概念に対応するものにほかならない。しかし、ライザーは、所有権の私法的・公法的制限が非常に増大した今日、我々は、かかるような抽象的・単一的所有権概念を捨てて、当該の所有者の法的地位そのものを直視しなければならない、とする。つまり、かかる具体的な法的地位そのものを法律構成の出発点とするわけである。

所有権概念を以上のように理解すれば、所有者が賃貸借契約等にもとづき物の占有を他人に移転した場合、これに

より債権関係が設定されるのみならず、所有者の法的地位が「物権的にも」変更をこうむるものと解するにつき、もはや何らの障害も存しない。つまり、この場合、契約関係の存在が所有者の法的地位に変更をもたらし、所有物返還請求権を排除するのである。「占有をなす権利」ではなく、債権関係の存在自体が、所有物返還請求権を排除する。従って、例えば、契約期間の満了や解除の後も、所有物返還請求権は、同様に排除されたままである。この場合、債権関係は、契約上の返還請求権等による清算関係としてなおも存続しているからである。これらの場合、所有物返還請求権はそもそも発生していないのだから、このことは、裁判官の職権により斟酌されねばならない。結局、ライザー<sup>(5)</sup>によれば、所有物返還請求権が生ずるのは、所有者占有者間に何らの債権関係も存しない場合に限られるのである(S. 138 ff.)。

三 前章で述べたように、伝統的民法学は、個々の場合の所有権制限にかかわりなく、あらゆる所有権の内容を抽象的に一定不変のものにとらえる。また、所有と占有や物権と債権を厳格に峻別する。従って、例えば、所有者が貸借等の債権関係にもとづき占有を他人に移転した場合にも、抽象的観念的に理解された所有権の内容は何らそこなわれず、それゆえ、必ず所有物返還請求権が発生することになる。このことは、あたかも自明な公理あるいは論理上当然の帰結として扱われるのである。しかし、前章で明らかにしたように、ライザーは、かかる抽象的所有権概念を批判する。その基礎には、伝統的民法学の抽象的所有権概念や形式論理によっては、今日の複雑な社会における所有・物権制度の現実の機能を把握できない、との認識がある。そして、それぞれの所有権の内容を、現行法がそこに私法上・公法上いかなる拘束を課しているかを明らかにしつつ、また、客体である物の差異にも着目して、個々具体的に確定しようとするのであった。本章で紹介した、契約関係の存する場合に所有権の内容が物権的にも変更をこうむり、

所有物返還請求権が排除される、というライザーの見解は、以上のような彼の基本思想の一つの具体化といえるだろう。ここでも、ライザーは、当該の所有者の具体的な法的地位を、単一の所有権概念へと抽象化せず、そのまま法律構成の出発点としているからである。また、ここに、所有と占有や物権と債権の厳格な峻別を論理的に貫ぬくことに對するライザーの批判を読みとることも可能であろう<sup>(6)</sup> (S. 137 f.)。要するに、ライザーは、抽象的所有権概念や形式論理にとらわれず、現実の法的生活に即して柔軟な法律構成を行うのである。

- (1) Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, in: Festschrift für Martin Wolff zum 80. Geburtstag (1952) S. 123 ff. — 以下、本章においては、ヴォルフ記念論文集の頁数のみにより引用する。なお、ライザーのこの論文については、以下の文献を参照されたい。東孝行「『所有権に基づく請求権と占有をなす権利』に関するルードウィッヒ・ライゼルの所説」六甲台論集四卷四号(昭和三二年)六九頁以下、同「所有権の私法的制限に関する一考察——占有すべき権利による制限を中心として——」神戸法学雑誌一〇卷四号(昭和三六年)五一〇頁以下、とくに五四二頁以下、奥田昌道「所有者と占有者との法律関係の一考察(一)——請求権競合論の観点から——」法学論叢七九卷三号(昭和四一年)一頁以下、新田敏「所有者に課せられた債権的拘束と物権的請求権」慶応大学法学研究四〇卷九号(昭和四二年)五三頁以下、とくに六二頁以下、山田幸二「ドイツ民法における不適法占有者の費用償還請求権」福島大学商学研究三七卷三号(昭和四三年)一頁以下、とくに五頁、九頁注(3)、伊藤高義『物権的返還請求権序論——実体権的理解への疑問として——』(昭和四六年)四五頁以下、岡本詔治「ウヴェ・ディーデリクセン著『債権関係にもとづく占有をなす権利』(紹介)松山商大論集二二卷六号(昭和四七年)八一頁以下、とくに八七頁以下、四宮和夫『請求権競合論』(昭和五三年)一三六頁、一四二頁注(10)、一四三頁注(12)、佐賀徹哉「賃借権の物権化に関する一試論——物権・債権交錯の一断面——」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望』上(昭和五六年)一〇一頁以下、とくに一一四頁以下。

- (2) M. Scherk, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 986 I BGB) Jherings J. 67 (1917) S. 311-337, S. 357.

- (3) H. Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz (1907)

S. 227.

- (4) Siber, a. a. O., S. 227 ff., 252; Der Rechtszwang in Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht (1903) S. 119 f.
- (5) なお、ドイツ民法典は、所有物返還請求権に付随する法律関係(例えば、収益返還請求権や占有者の費用償還請求権等)について詳細な規定をおいている(九八七条以下)。しかし、ライザーによれば、契約関係により所有物返還請求権が排除される場合には、さらに、これらの諸規定の適用も排除される(S. 139 f.)。従って、例えば、賃借人が賃借物の修理につき請負契約を締結し、請負人に賃借物の占有を移転した場合、所有者は、請負人に対して所有物返還請求権をもたない反面、請負人もまた、所有者に対し占有者としての修理費用の償還請求権を有しない。請負人は、結局、注文者たる賃借人に対する契約上の報酬請求権行使するほかない。そして、以上もまた、ライザーにおいては、伝統的所有権概念の再検討を通じて得られる帰結の「ひなびたもの」<sup>9)</sup>。Vgl. auch Anm. zu: BGH, Urteil v. 14. 6. 1951, JZ 1951 S. 716 ff.; Verwendungsansprüche des Werkunternehmers JZ 1958 S. 681 ff.; Anm. zu: BGH, Urteil v. 29. 10. 1959, JZ 1961 S. 124 ff.; Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen JZ 1961 S. 529 ff.
- (9) Vgl. Funktionsteilung des Eigentums in: Festgabe für Johannes Sonnis (1977) S. 171.

#### IV 物権的期待について

一 ライザーは、一九六一年に、『物権的期待』と題する書物<sup>(1)</sup>を<sup>(1)</sup>発表した。今日の経済生活においては、例えば、所有権留保売買に典型的に見られるように、所有権やその他の物権の取得に向けられた期待は、極めて重要な役割を果たしている。ライザーは、現実の生ける法により認められたかかる期待を現行の物権法体系へいかに組み入れるか、言い換えれば、これを新たな物権として承認することができるか、について検討する。そして、とくに、所有権留保売買の法律構成、効力に言及している。ここでも、本稿で明らかにしてきたライザーの基本的な考え方との関連性に留意しながら、これらを見ていくことにしたい。

二 ライザーは、さまざまな権利の取得に向けられた見込みが現実の法的生活で営む機能に着目し、その経済的・社会的ファクターを評価することを通じて(S. 7)、物権法の領域における経済的に重要な期待として次の三つを挙げ( S. 19)。(a)不動産につき拘束力ある所有権移転の合意がなされたが(ドイツ民法八七三条二項参照)、いまだ移転登記を完了していない場合、所有権取得に対して相手方の有する期待(S. 15)、(b)有効に抵当権の設定がなされたが、被担保債権がいまだ発生していない(あるいは、抵当証券が交付されていない)場合(ドイツ民法一一六三条参照)、登記簿上抵当権者として登記された者の有する、抵当権取得に対する期待(S. 16)、(c)動産売買において売主に目的物の所有権が留保された場合(ドイツ民法四五五条参照)、買主が代金完済まで有する、後の所有権取得に対する期待(S. 18)。そして、ライザーは、判例、学説がこれらの期待にいかなる物権的効力を与えているかを考察する。本稿において必要な限りで、そのアウトラインのみを示せば、次のとおりである。

(ア) 譲渡性(S. 22-25) 以上の(a)(b)(c)の期待を有する者は、独立して、それらを第三者に譲渡し、または、質入れできるものとされている。譲渡の対象は、所有権移転を求める請求権などではなく、当該の期待それ自体である。そして、これらは、それぞれ物権移転の方式に従い譲渡されることになる。

(イ) 原因関係からの独立性(S. 25-32, Bes. S. 31 f.) 期待は、その原因となる債権関係とは別個に譲渡される。だから、期待の譲渡がなされても、債権関係は、依然として当初の当事者間にとどまり続ける。例えば、登記前の不動産買主、留保買主は、自己の有する期待を第三者に譲渡した後も、依然として売買代金を支払う義務を負担する。また、被担保債権未成立の場合に抵当権取得の期待を有する者は、期待の譲渡の後も、消費貸借の約束にもとづき貸金を交付する義務を負い続ける。しかし、以上のような期待の独立性にも限界がある。期待の存続は、原因関係の存

続に依存しているからである。従って、当初の当事者のもとで原因関係につき取消、解除等がなされれば、すでに第三者に譲渡された期待も消滅する。また、期待のこのような性質は、譲渡がなされず、それが当初の当事者間に存立している場合にも変わらない。ただし、以上は、例外的に、未登記の不動産譲受人の期待についてはあてはまらない。ここでは、ドイツ民法上所有権移転の合意が原因関係からの抽象性を有するのに対応して、期待も、原因関係の無効、解消等により影響を受けない。

(ウ) 中間処分に対する保護 (S. 33-35) 被担保債権未成立の登記簿上の抵当権者が有する期待は、所有者が目的不動産を他に譲渡したり、これに別の抵当権を設定することによっては、何ら害されない。後に貸金の交付がなされれば、被担保債権とともに、当初の順位の抵当権を取得することができる。また、ドイツ民法一六一条は、条件成就未定の間になされた処分により期待が害されない旨を規定している。従って、留保買主の期待も、売主の中間処分に対して保護されることになる。さらに、登記前の不動産譲受人の期待についても、所有権移転請求権が仮登記されている場合に限り、同じく中間処分に対する保護が認められる。

(エ) 目的物に対する支配権能、第三者の侵害に対する保護 (S. 39-43) 留保買主は、所有者に対して、自己が目的物を占有・利用する権利を有することを主張しうる。所有者は、これを書してはならない(ドイツ民法一六〇条参照)。さらに、ライザーは、所有権にもとづく返還請求権、妨害排除請求権を定めるドイツ民法九八五条、一〇〇四条を、留保買主についても類推適用する。しかし、これ以外の二つの期待については、以上の効力は認められない。

それでは、判例、学説により上述のような物権的効力を付与されるこれら三つの期待を、現行法上物権として認めることができるだろうか。ライザーによれば、この問題は、論理的に判断できる性質のものではない (S. 63)。それ



その期待に判例、学説上認められている物権的効力、物権性の程度が、現行法上の物権と同視できるほどに強力なものかどうかを逐一評価、比較しなければならぬ (Vgl. S. 56, 63)。次のとおりである。前述のように、登記前の不動産譲受人の期待には、「物権移転の方式に従う譲渡性のほかに」仮登記を具備した場合に限り所有者の中間処分に対する優先効が付与されている。しかし、物に対する支配力までは承認されていない。また、被担保債権未成立の登記簿上の抵当権者の期待も、「譲渡性と」所有者の中間処分を制限する効力を有するが、いまだ目的物に対する支配権能〔すなわち、担保権の場合だから、換価権〕までは認められていない。従って、これら二つの法的地位は、物権的性質〔の一部〕を備えてはいるものの、現行法上物権〔と同視しうる地位〕であるとは言いがたい (S. 69f.)。ところが、これらに対し、留保買主の期待については、「譲渡性や」中間処分に対する優先効のみならず、物を占有すべき権利や〔物権的請求権の類推による〕第三者の侵害に対する保護までも認められている (S. 61f.)。従って、ここでは、前二者に比較してより強い物権性が認められているわけである。ただ、留保買主の期待は、原因となる債権関係が無効であれば成立せず、あるいは、その解消とともに消滅する。それゆえ、この点では、「ドイツ民法上」物権に本質的なメルクマールである〔原因関係からの〕独立性 (Unabhängigkeit) を欠き、その物権性にも弱いところはあつた。しかし、ライザーは、例えば、現行法上でも質権の効力が被担保債権のそれに附従していることにかんがみれば、このことは、留保買主の期待を物権と解するにつき何らの障害とはならない、とする。結局、ライザーは、留保買主の期待に限り、これを物権として扱うのである。 (S. 62f.)。

さて、以上により、留保買主の期待に限り、それは判例、学説によって認められた新たな物権であることが明らかになった。それでは、これは、いかなる内容の物権なのか。プロマイヤーは、留保買主に完全な所有権を認め、売主

はこれに対し「代金債権を担保する」質権を有するにすぎないものとする。<sup>(2)</sup>しかし、ライザーは、代金完済まで所有権を留保しておくという売主の意思に反すること等を挙げて、プロマイヤーの構成に反対する。ライザーは、プロマイヤーの背後には、本稿のIIで明らかにした所有権と制限物権の峻別という伝統的な思考方法が存するものと考えている（Vgl. auch S. 64）。これによれば、そもそも所有権概念と期限あるいは解除条件はいいれない。つまり、「時間的に限定された所有権」（Eigentum auf der Zeit）なるものは、あらゆる実定法に先行して妥当すべき所有権概念と必然的に矛盾する。これによると、所有権は、必ず時間的に無制限な物支配でなければならぬからである。従って、「代金完済によりいずれ失われてしまう」留保売主の期限付ないし解除条件付の物権は、「所有権ではなく」制限物権「の一つである質権」でしかありえないことになる。<sup>(3)</sup>しかし、ライザーがかかる伝統的概念・理論構成にとらわれないことは、本稿でこれまで述べてきたところからも明らかであろう。ライザーは、所有権留保売買の法律構成にあたって、所有権の分割帰属を認めることに踏み切る。つまり、代金完済までの間、留保売主と買主の両者とも、それぞれ目的物の所有権の一部ずつを有しているものと法律構成する。一個の所有権が、ここでは二人の者に帰属しているわけである。そして、この場合の分割帰属の特徴は、いずれ時間の経過により、つまり、代金の完済により、所有権が買主に完全に移転する点にあるものとされている（S. 54, 64ff.）。IIで述べたように、所有権と制限物権を峻別する伝統的な考え方によれば、所有権を権能ごとに分割することはその概念上許されず、従って、一個の所有権は必ず一人の者のみに帰属しなければならないはずである（S. 54）。しかし、ライザーは、これにはとらわれない。そこには、やはり、伝統的な概念構成を論理的に貫くことによっては、新たな経済的需要を充たすべく発達した所有権留保という物権制度の現実の機能を適確に把握しえない、との認識が存するものと思われる。

かような所有権の分割帰属という構成から、ライザーは、所有権留保売買の具体的な局面での効果を導いている(S. 69 ff.)。例えば、買主は、「あたかも所有者として」占有するから、自主占有を有すると言うべきであり、従って、売主は、間接占有をもたない(S. 73 ff.)。また、買主が所有権の一部を有する限度で、目的物が買主の責任財産に帰属しているから、買主の債権者は、目的物を差押え、換価しうる。売主は、これに対して第三者異議の訴えを提起できない。優先弁済請求の訴えを提起しうるにとどまる(S. 91 ff.)。さらに、同じ理由から、買主が破産した場合、売主は、別除権を有するにすぎず、取戻権を行使しえない(S. 94)等々。

三 以上のように、ライザーは、物権的効力をもつさまざまな期待の物権性を比較、評価し、留保買主の期待を物権として扱っている。また、留保買主の期待は、ドイツ民法上物権に本質的なメルクマールである原因関係からの独立性を欠くけれども、このことは、留保買主の期待を物権として扱うのを妨げないとされている。本稿の観点からは、まず、これらの点が興味深い。ここには、さまざまな法的地位の物権性に、強弱による段階を認めるという極めて柔軟な考え方をみることができ、その前提には、物権的期待を考察する場合に、必ずしも伝統的民法学のように形式論理には拘泥しないという姿勢がある。伝統的民法学の考え方によれば、物権の効力は、物権概念の論理的分析を通じて、物権のみに固有のものとして導かれる。しかも、このように論理的な思考によるため、物権については、すべての物権的効力が認められるが、それ以外の権利等については、これらは一切認められないという二者択一に帰着せざるをえない(Vgl. S. 41)。それゆえ、物権以外の権利や法的地位に物権的効力の一部だけが付与されたり、物権として扱われる権利が、実は、物権が通常有すべき性質の一部を欠いている、というような現象は、論理的にありえないはずである。しかし、ライザーがとりあげたいくつかの物権的期待は、それぞれ現実生活上の需要を充たすべく、

判例、学説を通じて個別的に発達してきたものであった。従って、それらの期待の内容や効力は、それぞれの機能に応じて、決して一様ではない。だから、これらを形式論理、抽象的概念により画一的に割り切って把握することは、とうてい不可能である。つまり、これらの期待の現実の機能を明らかにするためには、形式論理や抽象的概念にとらわれてはならないのである。物権的期待についてのライザーの見解は、このような発想にもとづくものと思われる。

さらに、ライザーが所有権留保売買を所有権の分割帰属という構成により理解している点にも注目したい。IIで述べたとおり、所有権と制限物権を質的に峻別する伝統的な考え方に従う限り、かような構成は、論理的に許されないはずである。しかし、ライザーは、この点についても非常に柔軟に解する。彼は、歴史的、比較法的にみれば、このような公理では割り切れない、機能的に分割された支配関係が数多くみいだされることを指摘する(S. 53f.)。そして、所有権の分割帰属という構成こそが、所有権留保売買の現実の機能に最もよく即応するものと考えてるのである。<sup>(4)</sup>

結局、物権的期待や所有権留保売買についてのライザーの研究も、本稿で明らかにしてきた彼の基本思想の一つの具体化であると言えよう。すなわち、ライザーは、ここでも、形式論理、抽象的概念にとらわれず、当該の法制度の現実の機能を直視した、柔軟な法律構成を追求しているのである。

(1) Dingliche Anwartschaften (1961) ——以下、本章においては頁数のみで引用する。なお、これについては、以下の文献を参照されたい。山田晟「Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften」(紹介)法学協会雑誌七九卷四号(昭和三七年)一八頁以下、神崎克郎「所有権留保売買とその展開」神戸法学雑誌一四卷三号(昭和三九年)四八三頁以下、船越隆司「期待権論——所有権留保の場合を主眼に——」法学新報七二卷四号(昭和四〇年)二五頁以下、山崎寛「所有権留保売買買主の所  
有期待権の譲渡について(一)——留保買主の期待権(一)——」法と政治一七卷四号(昭和四一年)九七頁以下、劉得寛

「Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften (《ルードヴィヒ・ライザーの「物権的期待」》) 法学三一巻一号 (昭和四二年) 一三七頁以下、竹下守夫「所有権留保と会社更生」(上) 法曹時報二五巻二号 (昭和四八年) 一頁以下、岡本詔治「所有権留保売買における占有をなす権利」松山商科大学創立五十周年記念論文集 (昭和四八年) 六〇九頁以下、新田宗吉「所有権留保売買における法律関係」(一) (二・完) 上智法学論集二〇巻一号九七頁以下、二号一五一頁以下 (昭和五一年)、田中整爾「所有権留保売買をめぐる占有関係——主としてドイツ法を中心として——」末川先生追悼論集『法と権利』1 民法雑誌七八巻臨時増刊号(1) (昭和五三年) 二三七頁以下、加藤智泰「所有権留保の法理と機能」名城法学論集第七集 (昭和五四年) 一一八頁以下。新井誠「今世紀ドイツにおける期待権概念と所有権留保との交錯——続・条件附法行為概念の本質を求めて——」国学院法学二〇巻四号 (昭和五八年) 一八七頁以下。

(2) A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre Teil 2: Über bedingte Verfügungsgeschäfte (1939) S. 220 ff.

(3) Blomeyer, a. a. O., S. 121 ff., 172 f.

(4) Vgl. Raiser, Funktionsteilung des Eigentums, in: Festgabe für Johannes Sontis S. 174 f., Das Eigentum im deutschen Rechtsdenken seit 1945, in: Vom rechten Gebrauch der Freiheit S. 140.

## V 物権と債権の峻別について

一 さて、本稿でこれまで述べてきたところにより、伝統的民法学の抽象的・論理的所有権・物権概念が、ライザーにおいては、機能的観点から著しく「柔軟化」されていることを明らかにしえたと思う。すなわち、伝統的民法学は、抽象的・形式的な所有権・物権概念を前提とする。そして、これらを論理的に操作することを通じて、さまざまな法的帰結を導く。かかる方法によれば、例えば、所有権に占有を伴わない場合、論理的に当然に、所有物返還請求権が生ずることになる。また、物権以外の権利や法的地位に物権的効力の一部を認めることや、物権に本質的な性質の一部を欠く権利を物権として扱うことは、論理上許されない。さらに、一個の所有権を権能ごとに分割することも、

同様に、論理的に不可能のはずである。しかし、前述のように、ライザーは、例えば、賃貸借関係の存続中、所有権から所有物返還請求権を生じないものとする。あるいは、未登記の不動産譲受人、被担保債権未成立の登記簿上の抵当権者が有する期待は、厳密な意味での物権ではないが、譲渡性や中間処分に対する優先効等物権的効力の一部を備えるものと解する。また、留保買主の期待は、原因関係からの抽象性を欠くが、それにもかかわらず物権とみなされる。そして、物権として扱われる留保買主の期待の内容は、ライザーによれば、権能ごとに分割された所有権の一部にほかならない。このように、ライザーの見解は、本稿でみてきた限りでは、ことごとく伝統的な所有権・物権概念に反するのである。しかし、ライザーは、所有権・物権概念を以上のように柔軟に理解することを通じて、それぞれの制度の現実の機能に即した法律構成を行おうとする。そして、その際、伝統的民法学の形式論理、抽象的概念は、むしろ、障害として受けとめられているのだった。

ところで、周知のように、伝統的民法学は、物権と債権を論理的に厳格に峻別した。しかし、複雑・高度化した現代社会は、ここでも、かような論理的峻別に再検討を迫るに至っている。本稿で扱った所有権にもとづく請求権や物権的期待をめぐる論稿において、ライザーは、この問題にも触れている。つまり、抽象的・論理的物権概念の「柔軟化」は、物権法に固有の問題だけでなく、近年の、物権と債権の厳格な峻別の緩和をもその射程内に置いているのである。本章では、とくに債権の「物権化」(Verdinglichung obligatorischer Rechte)をめぐる議論に関連させながら、この点を明らかにしてみたい。

二 ドイツでは、債権の「物権化」とは、その基本構造が債権である権利に物権的性質の一部が付与される場合であると解されている。<sup>(1)</sup>これについての議論の一端を簡単に素描すれば、次のとおりである。

すでに、ドイツ民法典の制定過程あるいはその直後において、物権と債権の区別に関連して、とくに不動産賃借権の法的性質が論じられていた。<sup>(2)</sup>ところが、この問題は、第一次大戦後の住宅難の時期を経て、レーニングにより、新たな観点から光をあてられることとなった。レーニングは、利益法学の方法に立脚する。それによると、物権は一定の利益状態の維持を、債権はその変更を目的とするものとされる。<sup>(3)</sup>そして、レーニングは、賃貸借がそもそも一定の利益状態の維持（利用の継続）を目的とするのに、諸国の法制によれば、あたかも利益状態の変更を目的とするものとして、つまり、債権として構成されている点を問題視した。<sup>(4)</sup>言いかえれば、賃借権が債権とされていることを、その機能に着目して批判したわけである。

続く時代には、ヴィーアッカーが、機能的にみて、現行の財産法体系が前提とする物権と債権の峻別へ組み込むことのできない法律関係が多数存することを指摘した。例えば、引渡を受けた留保買主の地位、<sup>(5)</sup>占有を具備した不動産賃借権、<sup>(6)</sup>仮登記された請求権等は、<sup>(7)</sup>一定の物権的効力を伴なう。また、地上権（Erbbaurecht）についての当事者の約定が第三者に対しても効力を及ぼすことや信託等も、<sup>(8)</sup>物権と債権を峻別する立場からは理解できない。さらに、<sup>(9)</sup>有体物のみならず、債権も財産帰属の客体たりうるのに、現行法は、この点につき極めて不十分にしか対応していない。結局、ヴィーアッカーは、伝統的な債権法と物権法の体系に代えて、機能的観点から、財貨交換法と財貨帰属法という体系によるべき旨を主張するのである。<sup>(10)</sup>また、同じ時期に、ラレンツは、ナチス法学の立場から、伝統的法律学。「抽象的・普遍的概念」（*abstrakt-allgemeiner Begriff*）を批判した。そして、これに代わる方法として、「具体的・普遍的概念」（*konkret-allgemeiner Begriff*）なるものを提唱する。<sup>(11)</sup>これは、後述の類型論につながる考え方であり、<sup>(12)</sup>ヴィーアッカーにも影響を与えたようである。<sup>(13)</sup>

戦後、ラレンツは、類型論<sup>(14)</sup>の立場から、物権と債権の峻別や債権の「物権化」に触れている。彼は、次のように述べる。ドイツ民法典の体系は、形式論理により構成された抽象的・普遍的概念の体系である。すなわち、ここでは、まず、規律すべき対象から特定のメルクマールがとり出されて抽象化され、これを本質的なメルクマールとする諸概念が構成される。そして、この概念に包摂される場合が存すれば、論理必然的に一定の法的帰結が導かれるのである。伝統的には、法律学の科学性とは、かかる論理的一貫性にほかならないものとされてきた<sup>(15)</sup>。しかし、以上の方法により構成された概念は、そこに含まれる諸メルクマールをすべて、概念上欠くことのできないものとする。だから、例えば、ある概念が当然含むべきメルクマールの一部を欠き、その部分だけ他のメルクマールを備える、というようなことはありえない。従って、物権と債権が以上のように概念構成される限り、債権の「物権化」なる中間形態を把握することは不可能なのである<sup>(16)</sup>。このように、抽象的・普遍的概念やその論理的体系によっては生活現象を充分に把握できない場合、ラレンツは、「類型」(Typus) <sup>(17)</sup> という思考によるべきものとする。類型の特質を示す好例は、契約法の典型契約の類型である。ここでは、例えば、混合契約にみられるように、複数の異なった契約類型のエレメント <sup>(18)</sup> 同士が結合して、混合類型を形成することもできる。このように、抽象的・普遍的概念に対して、類型は、そこに含まれるエレメントの可変性を特徴とする。従って、あるエレメントが退き、それに代わって他のエレメントが前面に出たり、あるいは、新たなエレメントが加わったりすること等が可能である。その結果、ある類型から別の類型への移行も流動的であることになる<sup>(19)</sup>。かかる思考方法によれば、混合類型の一種としての債権の「物権化」を、つまり、債権に物権的性質の一部が与えられ、保護が強化される諸場合を解釈論上把握することも可能となる<sup>(20)</sup>。そして、ラレンツのこのような試みもまた、実際の法的生活をその現実的具体性においてとらえようとするものにほかならないの



である。<sup>(21)</sup>

以上を要するに、レーニング、ヴィーアッカーらは、機能的観点から、物権と債権の峻別を論理的に貫ぬくと適切に解決できない問題、あるいは、理解できない問題の存在を指摘した。他方、ラレンツは、法学方法論の領域で、抽象的概念と形式論理の体系を批判し、新しい方法の一つとして類型論を展開した。この類型論は、従来の方法では不可能だった現実の法的生活の具体的把握を、とくに中間形態の把握を可能ならしめる。従って、類型論に立脚して債権の「物権化」を理解する傾向が現われるわけである。<sup>(22)</sup>

三 物権と債権の峻別をめぐる議論の一つの流れを以上のように理解するならば、ライザーによる物権概念の「柔軟化」は、これに物権概念の側から対応するものでもあるといえよう。上述のところから明らかのように、物権と債権の厳格な峻別の緩和と物権概念の「柔軟化」は、いずれも、形式論理や抽象的概念により現実の法的生活における機能を理解しえないことを問題の発端とする。そして、伝統的な概念、論理にとらわれず、現実の機能に即した構成を行う方向へ解決を求める点も同じである。例えば、本稿のⅡで述べたように、ライザーによれば、所有権や物権がどのような形に構成するかは、ア・プリアリに論理上当然に確定されるのではなく、それぞれの国、時代の法秩序が独自に決定するところとされていた。ライザーは、このことから、完全な物権と「賃借権等の」債権関係にもとづく占有形態との区別が、論理必然的な基準によるものではなく、歴史的にしばしば流動的なものであることが理解される、と説く。<sup>(23)</sup> 現実には、例えば、占有を具備した不動産賃借権等が、債権としての性質からは論理的に導き出せない、物権的効力の一部を有することもありうるからである。本稿のⅣでとりあげた物権的期待についての研究で、ライザーは、物権的性質・効力を物権のみに論理的に固有のものとして、他の権利や法的地位にもその一部を認める柔軟

軟な考え方を示していた。ライザーは、物権性に段階を認めるかのような立場を前提として、広義の物権的地位(dingliche Rechtsstellung)の中に、第三者対抗力を有する不動産賃借権や仮登記された請求権等をも含めている。そして、これら広義の物権的地位にいかなる程度まで「狭義の」物権法上の諸規定が適用されうるかを、それぞれの場合に応じて個別的に検討すべきものとしているのである。<sup>(24)</sup> また、Ⅲで扱った、債権関係の存在により所有物返還請求権が排除されるという見解について、ライザーは、かかる伝統的所有権概念の「柔軟化」が、最近の、債権と物権の峻別を債権の概念、機能の側から克服しようとする試みに、ある程度まで、物権の側から対応するものである、とも述べている。<sup>(25)</sup> すなわち、「物権化」により機能を強化された賃借権等に対して、今日、所有権は、もはやかつてのような絶対性を貫くことができない。そして、「柔軟化」された所有権概念は、このことの反映に他ならない、というわけである。さらに、方法論的にも、ライザーの所有権「や物権」概念は、概念を類型論的に再構成することによってのみ充分に基礎づけられうる、との指摘がなされている。<sup>(26)</sup> なるほど、前述のように、例えば、物権性に強弱による段階を認めるライザーの見解は、類型論との親近性を感じさせるように思う。また、本章で紹介した、伝統的民法学の方法に対するラレンツの批判が、ライザーの立場と一定の共通性を有することも明らかであろう。いずれも、抽象的概念、形式論理にとらわれず、現実の機能を具体的に把握しようとするものだからである。そして、かかる方法によれば、完全な物権とその他の権利は論理的に峻別されえず、従って、場合によっては、債権に物権的効力の一部を付与できるようにすることは、くり返すまでもなからう。

四 要するに、ライザーによる物権概念の「柔軟化」には、債権の「物権化」をめぐる議論と軌を同じくするところがあるといえよう。つまり、物権概念の「柔軟化」は、物権法上の現代的諸問題のみならず、最近の、物権と債権

の厳格な峻別の緩和にも対応するものなのである。「柔軟化」された物権・所有権概念は、物権以外の権利にも物権的効力の一部を与える可能性を認め、また、強化された債権関係を前にして、所有物返還請求権の貫徹を許さないからである。そして、その背後には、類型論をめぐる議論のように、民法解釈の方法一般に及ぶ問題がひかえている。問題は、このように、法学方法論上のそれへと深まっていくのである。

(1) その意義および具体例については、C. W. Canaris, *Veddinglichung obligatorischer Rechte*, in *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag* Bd. 1 (1978) S. 371 ff. の紹介と「拙稿「カナリス「債権の物権化」(紹介)」同志社法学一七九号(昭和五八年)九七頁以下。

(2) 例えは、*Gutachten des Herrn Professor Dr. Fischer zu Greiswald über die Frage: Soll der Grundsatz: „Kauf bricht Miete“ oder entgegengesetzte Grundsatz des deutschen und preussischen Rechts im bürgerlichen Gesetzbuche aufgenommen werden? und mit welchen Modificationen in dem einen oder anderen Falle?*, in *Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages* 2. Bd. (1888) S. 312 ff.; C. Crome, *Die juristische Natur der Miete*, *Jherings J.* 37 (1897) S. 45 ff. など。

(3) G. A. Löning, *Die Grundstücksmiere als dingliches Recht* (1930) S. 7. については、岡川健三氏の紹介(九州大法学政研究二巻二号(昭和七年)一頁以下)があげられる。

(4) Löning, a. a. O., S. 11.

(5) F. Wieacker, *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung*, *Deutsche Rechtswissenschaft* 6 (1941) S. 52 ff. など、林良平「物権関係債権関係の交錯——ヴィーアッカー氏の民法改組に関する提言——」斎藤博士還暦記念『法と裁判』(昭和一七年)三七一頁以下参照。

(6) (7) (8) Wieacker, *DRW* 6, S. 57 ff.

(9) Wieacker, *DRW* 6, S. 61 ff.

(10) Wieacker, *DRW* 6, S. 66.

- (11) K. Larenz, Zur Logik des konkreten Begriffs, Deutsche Rechtswissenschaft 5 (1940) S. 279 ff.;
- (12) Larenz, DRW 5, S. 293; Typologisches Rechtsdenken, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 34 (1940/41) S. 20 ff.
- (13) Wieacker, DRW 6, S. 49.
- (14) 類型論については、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(三)・完」法学論叢九卷四号(昭和五一年)七七頁以下、磯村哲編『現代法学講義』有斐閣選書56(昭和五三年)第三章 法解釈方法論の諸問題(磯村教授担当)、篠田四郎「私法における類型論——その基礎研究——」(一)(二)(三)名城法学三〇巻二号一頁以下、三号一頁以下、四号三〇頁以下(昭和五五—五六 年)参照。
- (15) K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 5, neu bearbeitete Aufl. (1983) S. 421.
- (16) Larenz, a. a. O., S. 437, 439.
- (17) Larenz, a. a. O., S. 443.
- (18) Larenz, a. a. O., S. 448.
- (19) Larenz, a. a. O., S. 452 f.
- (20) Larenz, a. a. O., S. 455.
- (21) Larenz, a. a. O., S. 454.
- (22) 例えば、ディーデリクセンは、本稿Ⅲで扱ったライザーの論文を承けて、賃借権等「債権関係にもとづく占有をなす権利」の構造の解明を試み、それを「相対的支配権」であるとす。この権利は、相対的である点では債権の性質を、しかし、所有物返還請求権を排除する点では物権の性質を備えているものとされる。そして、ディーデリクセンがここで方法的によりよいものがあるのが、ランレンの類型論である。U. Diederichsen, Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen (1966) S. 104 f. また、同様に、ゲオルギアデスは、留保買主の地位を物権と債権の中間形態であるとする。A. Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltkauf (1963) S. 111.
- (23) JZ 1961 S. 467.
- (24) Dingliche Anwartschaften S. 59 f.

(25) Festschrift für M. Wolf S. 138.

(26) Diederichsen, a. a. O., S. 95.

## VI 結 び

以上に考察してきたライザーの見解は、請求権競合論や所有権留保売買をめぐる問題等個別的問題の研究としても、我々にとって示唆的であろう。しかし、これらの点については、我が国において、すでに多くの論稿が発表されているので、それらに譲ることにしたい。本稿で追跡してきたのは、ライザーの具体的な解釈論の基礎にある、物権概念の「柔軟化」の過程である。そして、これは、結局、伝統的な抽象的概念、形式論理による方法の再検討ということに他ならなかった。ライザーの見解は、このような視角からも、示唆的であるように思われる。例えば、伝統的民法学の「峻別の論理」<sup>(1)</sup>が批判されている点などには、我々も注目すべきであろう。すなわち、所有権と制限物権、所有と占有、物権と債権、公法と私法等の峻別を論理的に貫くことによっては、今日の複雑な法現象の現実の機能を的確に把握できないものとされている点である。我が国でも「峻別の論理」の再検討にかかわる問題が議論されてきたことは、改めて説くまでもなからう。いずれにせよ、問題は、法解釈方法論の領域へ及び、幅広く奥深い。あるいは、民法解釈の方法をめぐるナチス期の議論の位置づけなども問題とならうか。かような点に着目しつつ、物権と債権の区別をめぐる、ドイツの議論をさらに学説史的に追跡していくことを今後の課題として、ひとまず本稿を終えることにしたい。

(1) 川島『所有権法の理論』六二頁。