慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	現代所有権理論に見る道具的・ドグマ的アプローチとモデル化
Sub Title	Instruments, dogmes et modèles : note sur quelques théories contemporaines de la propriété
Author	Xifaras, Mikhaïl(Yabumoto, Masanori) 薮本, 将典
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.12 (2009. 1) ,p.323- 352
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	慶應義塾創立150年記念号下巻 講演
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090125-0323

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講演

現代所有権理論に見る道具的・ドグマ的アプローチとモデル化

ミカイル・クシファラス
薮　本　将　典／訳

はじめに
Ⅰ．所有権とは何であったか？
Ⅱ．現代における所有権の理論化
Ⅲ．歴史家によるモデル化
Ⅳ．近代民法の伝統に基づく所有権についての三つの概念化方式の適用
［訳者あとがき］

はじめに

まずは、今回お招きいただきました金山教授にひと言御礼申し上げたいと存じます。私は日本が好きですし、慶應義塾大学をはじめとする日本の私立大学の名声には、心より感服致しております。今日こうして皆さんの前でお話させていただくことは、大変嬉しくまた光栄に存じます。

金山教授と相談のうえ、所有権について皆様にお話する運びとなりました。このテーマについて、私は2004年に著書（*La propriété, étude de philosophie du droit,* coll. Fondements de la politique, PUF；訳者註）を公刊しております。しかし今回は、この本の内容を要約するというよりは、あえて脇道に分け入って、所有権の理論化の方法に関する所見を述べさせていただこうと考えています。そうすることで、所有権に関心のある方々も法理論に広く関心をお持ちの方々も、共に興味を抱いていただけるのではないかと、ささやかな期待を寄せている次

第です。ともあれ、そうした皆さんを共に退屈させるだけに終わらなければ良いと思っています。

所有権に関するあらゆる考察の出発点とは、次のようなものではないでしょうか：即ち、２世紀以上にもわたって、私たちは所有権というものを心得て来たわけですが、ここ数十年の間に、もはや今まで通りのものとは様変わりしてしまっています。法律や経済の専門用語と同様に、日常用語においても、「所有権」という言葉は、人が有体物の上に持つ絶対的かつ排他的な権利であるという概念を長いこと意味してきました[1)]。しかし、ここ数十年の間に専門家の間では、もはやこのような所有権の概念は受け入れられないものとなっているのです。様々な知的財産権の本質に関する論争が、こうした移り変わりを端的に示していると思われます。つまり、これら所有権の本質とは一体何なのでしょう？　古典的な権利としての所有権でしょうか？　それとも、単なる一時的な独占でしょうか？　あるいは、国家によって認められた排他的な利用特権でしょうか？　さらに、知的財産権が例外でないとすれば、所有権のあらゆる形体に関するモデルについてもそう言えるのでしょうか[2)]？　はたまた、あらゆる所有権は一時的な独占あるいは利用特権でしかないのでしょうか？　所有権の本質についてすら、議論百出のありさまなのです[3)]。

従って、最初に次のことを確認しなくてはなりません。つまり、問題となっている事柄がきちんと把握されないことには、所有権を理論化することは不可能なので、まず取り上げるべきは古典的で厄介な問題、即ち「所有権とは何か？」ということから始めなければならないのです。

1）Thomas C. Grey, « The disintegration of Property », in J.R. Pennock & J.W. Chapman (ed.) *Property* Nomos - Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy XXII New York, New York University Press, 1980, pp. 69-87.

2）Jean-Marc Mousseron, Jacques Raynad, Thierry Revet « De la propriété comme modèle » in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281 et s.

3）Ejan Mackaay, « La propriété est-elle en voie d' extinction ? » in *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, Litec, 1991, pp. 217-247.

この問題に取り組むにあたって、（１）私は過去から話を進め、所有権がどのようなもの「だった」のかを簡単に振り返った上で、（２）現在の研究の動向を示し、かつこれに批評を加え、（３）方法論を提示すると共に、（４）その帰結をごく簡潔に示すことにします。

Ⅰ．所有権とは何であったか？

近代における所有権概念の歴史は、３つの段階に分けられると考えます。第１段階は所有権ドグマの生成の段階、第２段階は所有権ドグマによる支配の段階、そして第３段階が所有権ドグマの崩壊の段階となります。

第１段階　興隆

所有権ドグマの潜在的な台頭こそが、人が具体的な物の上に持つ絶対的な権利としての所有権の概念をめぐって展開されたものでした。

このような概念の原点は、おそらくスペイン＝スコラ学派[4]や近代自然法学派の業績に求められ、ホッブズによって最終的な形に整えられました。こうした考え方は、17世紀を通じて潜在的に台頭して行きます。18世紀には、物質に対する人間精神の優越[5]を示す、自然権たる個人の排他的かつ絶対的な所有権の名の下に、「封建制度」における重層的な所有権propriétés superposéesに対する批判が思潮として確立されたのです。民法学者もこの概念を取り入れています：ブラックストーンは、これに標準となるキャッチフレーズ[6]を与え、ポティエは、ふたつの所有権（上級所有権domaine éminentと有用所有権domaine utile）に関する慣習法上の区分を引き継ぎつつも、上級所有権は領主の支配権

4）Marie-France RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques du concept moderne de propriété,* Genéve, 1987.

5）重農主義に関する文献同様、自然法主義に関する文献に通底する観念である。

6）ウィリアム・ブラックストーンによれば、所有権とは「人が外物について請求し、行使する独占的かつ専制的な支配権であり、世界中の他のいかなる個人の権利もすべて排除される。」*Commentaries*, II, chapter 1.

の及ぶ領域を示しており、いわゆる所有権が唯一妥当する領域が有用所有権となります[7)]。ここに、第１段階は終わりを迎えるのです。

第２段階　所有権ドグマの隆盛

このような、（所有権が）自然権に基づくであろう排他的かつ絶対的な権利であるとの考えは、諸々の人権宣言、アメリカ権利章典（修正第７条）や1789年のフランス人権宣言（第17条）、そして1804年のナポレオン法典（第544条）のような、偉大な近代法典の数々によって認められていることが確認できます。

ここでひとつ、はっきりさせておくべき点があります。それは、これらのテクスト自体が、ひとつの「ドグマ」を表明するものではない、ということです。何となれば、テクストというのは、その解釈によってしか意味を持ち得ません。「民法典による所有権」なるものは存在せず、あるのはその編纂者や註釈者によって作られた所有権の概念なのです。文面通り、民法典はそもそも所有権者や権利あるいは物の本質について、何も語っていません[8)]。そこに、人が自身に帰属する有体物の上に持つ至高の権利の承認を読み込むのが、註釈者なのです。このようにドグマというものは、学説上の創造物であるということになり

---

7)「封土や年貢賦課地とされる不動産については、ふたつの所有権が区別される：即ち、直接所有権domaine directと有用所有権domaine utileである。封土や年貢賦課地の領主が持つ直接所有権は［……］古くからの、本来的かつ根源的な不動産所有権であり、そこから生じた割譲に由来する有用所有権とは区別される。従って、それは上級所有権domaine de supériorité に他ならず、自身の不動産の所有者や占有者から領主と仰がれることと共に、領地に認められる何がしかの義務と貢租をも要求し得る、まぎれもない領主の権利である。この種の所有権は、本論で扱うべき所有権domaine de propriétéではない；むしろ、上級所有権と呼ぶべきものである。
土地の有用所有権は、有用であるものすべてを含んでいる；例えば、それを任意にあるいは直接所有権を持つ領主の承認を要件として、使用・処分することによってもたらされる利益といったものである。有用所有権こそ、土地に関して所有権と呼ばれるものである。」Robert-Joseph Pothier, *Traité du droit du domaine de propriété, in Œuvres*, Paris, 1821, tome X, p. 3.

8）第544条は次のように規定している：「所有権は、物について法律または規則が禁じる使用を行なわないかぎり、それを最も絶対的なしかたで収益し、処分する権利である。」

ます。それは自明のこととして、徐々にすべての人々に認められるようになるのですが、このことは次の逸話が如実に物語っています：1789年の段階で、フランス人権宣言の原始規定には所有権が複数形で起草されていました。所有権が複数形であるということは、ここでは旧体制（アンシャン・レジーム）下での財産権、即ち重層的な所有権を伴った上級所有権や有用所有権その他について語られている、ということを暗示しています。早くも翌年の1790年には、「単なるミス」であるとして、この複数形は修正されました。この意外な逸話は、1789年の国民議会が、自身が定義する所有権に揺ぎ無い確信を抱いていた訳ではなかったということを私たちに示しています[9)]。

20年後、家族法に関する諸条文について議論が紛糾するのを目の当たりにする一方で、民法典第544条は護民院でも、国務院でも全く議論されることなく採択されました[10)]。1804年の段階では、以後所有権は人が有体物の上に持つ絶対的な権利であると明言することに一切異論がなかったのです。

以上の比較から私は、1789年から1804年の間に、所有権の定義をめぐって「ドグマ的コンセンサスconsensus dogmatique」が確かに成立したのだと考えます。

ここで私がドグマ的コンセンサスと呼んでいるのは、所有権に関して議論の余地のない法律上の定義が存在するという考えをめぐって形成された一般的な

9）M. Suel, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir. » in *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, Chevalier Marescq, 1974, pp. 1295-1318.

10）この点に関しては、Karl Friedrich von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in: *Thibaut und Savigny,Ihre programmatischen Schriften*, München（Verlag Vahlen）, 1973, pp. 123-124. の証言を参照。

11）ピエール・ルジャンドルによれば、「公理とは社会における自明の理であり、我々が威厳と呼ぶものをはっきりと心に抱かせるような効果を生み出す、熟慮に値する尊厳ある命題を意味する。［……］この観念は、［……］議論の余地のない命題の理念と不朽の機能に関する理念との激突の産物なのである。［……］公理は不滅である。」*L'empire de la vérité*, Fayard, 2001, p. 25 à 29.

合意のことであり、制度における恒久不変の本質に対応する科学的・普遍的な真理のことです。法学ドグマと言っても構いません[11)]。この法学ドグマの認識基盤となる規定を表すには、いくつかの方法があります。それは、より高次の形而上学に言う真理、つまりは神聖にして不変である自然法を反映したものであるかもしれません。（あるいは）法律学上の技術的な「法的構築物」であるかもしれません[12)]。いずれにせよ、「所有権とは何か」という問いに対する答えに、異論を差し挟む余地はありません：つまりは、人が有体物の上に持つ絶対的な権利なのです。

1804年のフランスにおいて、このドグマ的コンセンサスは、制度そのものの正当性に関する政治的コンセンサスを伴っていました。こうした事情は、意外でもあり興味深くもあります。フランス革命末期には、政治体制の性質や政治的自由の範囲、あるいは社会における教会の地位に関して、誰ひとりとして見解の一致を見なかった一方で、（ジャコバン派、オルレアン派や極右王党派といった君主制擁護派、ナポレオン支持者を含めた）あらゆる人々が、所有権というのは正当かつ必要な制度であると認めていました。そのうえ、民法典が所有権を

12）C. ジャマンは「法的構築物」と呼び、プラニオルは「一般理論」と呼んでいるが、事物は語の変化に影響されない。言葉と事物とは、ドイツ＝パンデクテン法学の一般的論理である。この点に関しては、C. Jamin, « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle » in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, note 10, p. 505. を参照。サレイユの法的構築物の観念については、M. XIFARAS, « La veritas iuris selon R. Saleilles », in *Droits*, Paris, PUF, n° 47, 2008, pp. 77-147. を参照。

13）「民法の全体系は所有権、即ちあらゆる社会制度がそれに立脚する基本権の行使に由来する、あらゆる物事を定義することに向けられ、それは各個人にとって生命それ自体と同じくらいかけがえのないものである。何となれば、所有権が生命維持の手段を個人に保障するからであります。［……］立法者たる市民諸君、法律は所有権が自身の物を最も絶対的なしかたで収益し、処分する権利であること、そしてこの権利がどんなに身分の低い個人にあっても神聖なものであることを認めている。［……］この原則は、あらゆる法律の普遍の精髄なのであって……」J.-E. M. Portalis, *Exposé des motifs du titre de la propriété*, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, P. U. Aix-en-Provence, 1988, pp. 126 et 127.

「法律に普遍の精髄l'âme universelle de la législation」[13] であるとする以上、政治的憲法不在の下では民法典がカルボニエの言うところの「フランスの市民的憲法constitution civile de la France」となるのです。かくして、第２段階も終焉を迎えます。

第３段階　ドグマの衰退と崩壊

この段階の最初の局面は、プルードンの有名なパンフレット『所有権とは何か？　Qu'est-ce que la propriété?』[14] が世に出ることで、1840年のフランスに巻き起こったと言える政治的コンセンサスの決裂に始まります。このパンフレットにおいて、所有権を不正なものと断罪する観念が、明晰さと烈しさをもって表明されました。それはまさに「社会問題」の誕生であり、別の言葉で言うならば、所有権をめぐる闘争の始まりであったのです。

しかし、このパンフレットを少し読み進めてみると、当のプルードン自身次のように書いています：「所有権の正確な概念は、ローマ法によって与えられている；それは、人間の物に対する絶対的・排他的・専制的支配である。」[15]

14）初版を参照：Pierre-Joseph Prodhon, *Qu'est ce que la propriété ? Œuvres complètes*. Paris（1923-1959）, reprint Parts. Genève, Slatkine, 1982, tome IV. p. 133 et s.（特にp.153.）もちろん、1840年という年号はまったく恣意的なものである。1795年には、ブラックス・バブーフが『所有権反対Contre le droit de propriété』と題する有名なパンフレットを公にしている。その中で彼は「君は私に、かの有名な所有権の諸原理の内容を教えてくれる。君と私は、この権利の不当性について意見を同じくする。君は、これぞ人間の誤謬に基づく最も嘆かわしい創造物のひとつであると断言する。君は、我々の悪徳、苦難、犯罪、その他のありとあらゆる悪が、まさにそこから生まれることも認める。」François-Noël BABŒUF, « Contre le droit de propriété » in *Le tribun du Peuple*, édition du 21 novembre 1795. 1765年には、チェーザレ・ベッカリーアが既に「この怖ろしい権利、そしておそらく必要ならざるもの」について語っている（C. Beccaria, *Des délits et des peines*, chap. XXII）。それでも、19世紀フランスの世論における「所有権をめぐる闘争」は、プルードンの冊子の成功によってその火蓋が切られたのである。

15）P.-J. Proudhon, « Qu'est ce que la propriété ? » Premier mémoire, *op. cit*, appendice, p. 357. プルードンの所有権理論については、M. Xifaras, « Y-a-t-il une théorie de la propriété chez Proudhon ? » in *Corpus*, Paris, Fayard, 2004, n° 47, pp. 229-282.を参照。

これ以上の明瞭な定義付けがあるでしょうか。所有権の正当性に関する政治的コンセンサスの崩壊は、その定義に関するドグマ的コンセンサスには全く影響していないのです。それどころか、闘争の中心人物たちが、所有権を人が有体物の上に持つ絶対的な権利であると考えていたからこそ、彼等は所有権の起源の正当性や限界、そしてその配分について議論することができたのです。

ここで思い切って仮説を述べさせていただきますと、現代哲学におけるジャック・ランシエール[16]の用語を借りて、次のように定式化することができます：従って、所有権に関しては不一致désaccordが存在していたことになり、それは、いわゆる不和mésententeとは異なるものである。不一致においては、見解は違えども同じ事柄が語られます。一方、不和においては、論争の的になっている事柄について、お互いの了解すら成り立っていないのです。ランシエールによると、通常の政治体制とは不和であって、不一致ではありません。こうした考え方が正しいとすれば、社会主義者や共産主義者の運動が、敵対する自由主義あるいは共和主義の潮流に断固とって代わる事ができなかった理由も頷けます：所有権ドグマをめぐる論争にまでこぎつけることもなくして、彼等は所有権を不和ではなく不一致の対象としてしまったのであり、従って語の真っ当な意味での政治問題ではなく、単なる社会問題としてしまいました。それを行なうには、「所有者は誰であるか、そしていかなる限界の下にあるか」を自らに問うのみならず、物をめぐる人間関係についての新機軸を打ち出すべく努力すべきだったのです。

あとはドグマ的コンセンサス自体が崩壊するのを待つだけですが、それはずっと後のことであり、所有権をめぐっての政治的批判によるダメージのみならず、おそらくは成熟した資本主義の健全なる進展にとりわけ起因するものです[17]。この進展については良く知られているので、思い切って少し端折ってみましょう。

・所有権の制限の進展（権利濫用の認定、都市計画の規制、個人の権利としてで

16）Jacques Rancière, *La Mésentente : politique et philosophie* Paris, Galilée, 1995.

17）以上がトマス・グレイ前掲書の中心的なテーゼである。

はなく社会的職分としての所有権に関する学説[18])

・法人という技術を体系的に駆使した官僚的団体（企業や国家）の発達、ならびに所有権が管理権から区別された個人所有権の集合形体から個人所有権への置き換え[19)]

・無体財産を対象とし、暫定的なものである知的財産権（著作権、特許など）の発展

これらの変化は、概して所有権の「社会化」などと記述されます[20)]。私は、もっと思い切った言い方をすべきだと思っています。先に見た論文の中で、トマス・グレイは所有権の「崩壊」を論じています[21)]。彼によれば、もはや誰ひとりとして所有権というものが分かっていないばかりでなく、制度それ自体がその重要性を失ってしまっているのです。成熟した資本主義にいて、（所有権という）用語は権利の束（bundle of rights）を意味し、従って哲学による現代の社会経済制度の正当化は、所有権の原則よりも個人の自由の原則に立脚している、ということになります。

トマス・グレイの言うように、もはや誰も所有権というものが分かっていないということは認めるべきだと思いますが、成熟した資本主義において制度そのものが重要性を失っているという点には首肯しかねます。反対に私は、所有権はかつてないほどに、いっそう中心的でダイナミックな制度となっていると考えます。例えば、成熟した資本主義の中心的な制度のひとつである、知的創造の領域では、「所有権化propriétarisation」への非常に力強い変動、即ち様々な知的財産権に関する規定が、ひとつの所有権制度に収束して行くと同時に、

18）例：Léon Duguit, La propriété fonction sociale（1911）, in *Les transformation du droit privé,* Paris Alcan, 1912.

19）cf. A.A. Berle and C.C. MEANS, *Private property and the Modern Corporation* 1932. Cf. aussi Charles A. Reich, « The new property » *Yale Law Journal*, 1964, pp. 733-787.

20）ジャン＝ルイ・アルペランによると「フランス私法史にとって、1880年代は一大転換点をなす。この十年間を契機として、立法による民法典の修正が増大し、学説は伝統的な方法論とは決別する意思を表明する」*Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, 2001, p. 171.

21）Thomas Grey, *The disintegration of property, art. cit.*

それらの規定がそれまで適合しなかった対象にまで拡大しているのが見て取れます[22)]。このような状況にあって、もはや所有権を定義しようがないという事実があるからこそ、あらためて次のように問い直すことが急務であると考えるのです：「所有権とは何か？」と。

しかしながら、この問題はここ数十年と同じように提起されるわけではありません。現状は、財産権の細分化および法の専門技術的作用に影響を及ぼす概念の拘束力の低下によって特徴付けられているのです。

・財産権の細分化は、所有権に関するドグマ的定義の欠如に直接起因します。この不在が特殊個別的な制度の増加に道を譲ったのです。以後、知的所有権、商事所有権、農地所有権、公共所有権、等が存在しています。法分野によっては、所有権に関する同一の定義が必要であるとは限らず、もはや所有権に関する「一般的な」定義は存在していません。

・概念の拘束力の低下も、ドグマ的コンセンサスの欠如から生じています。誰ひとり所有権というものが分かっていない以上、概念上の一貫性や理論上の厳密さを気にすることなく、各人は自由に用語を使うことができるのです。かくして欧州人権裁判所は、「財産」概念の拡張のみに基づいて第１付加議定条項第１条を適用するに際して、判決ひとつを丸々費やしながら、「所有権」という言葉を一体どのような意味で用いているのかについては触れていません[23)]。同様に、フランスの憲法院は所有権の「変質」を違憲と判断しつつ、その本来の性質といったものについては言及していません[24)]。裁判官（そして法学者）は、決まってこうした類の理論上の曖昧さを用いる一方で、「所有権」という用語について一般に共有された意味が不在であるということは、彼等に全くもって斬新な自由を与えているのです。このようなコンテクストから、現在の学説の

22）W. Fisher III, « Geistiges Eigentum - ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten » in *Eigentum im internationalen Vergleich*（Vandenhoeck & Ruprecht, 1999）, 265-91.

23）Stéphanie Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes françaises, européennes et internationales*, LGDJ, 2006.

動向を知ることができます。

Ⅱ．現代における所有権の理論化

現状については、強調しようとする事柄に応じて、非常に多くの「メニュー」を提示することができます。こうした提示の中で、私はふたつの傾向、即ち道具的および新（ネオ）＝ドグマ的と名づける傾向に限って話を進めたいと思います。これらふたつの傾向には、数多くの繊細な下位区分を含めることが出来ます。それぞれの傾向は共に、所有権ドグマの崩壊への反動なのです。

2.1.　所有権に関する道具的アプローチ

道具的見地からの反動は、所有の対象と追求される目的を中心に分析を進めるべく、「所有権という概念」をきれいさっぱり放棄することによって成り立っています。「合法性の概念」を「機能主義の観念」に代替することが行なわれ、実務における法規範を「アド・ホックに」記述することに価値が置かれます[25)]。

このようなアプローチに従えば、実際のところ人は所有権の一般概念も、所有権に関する一般理論も必要としておらず、これとは異なる財産を法的に所有する制度をその機能に着目して的確に記述し、与えられた目的そのものに応じて、そうした制度を理性的な形体の下に提示すれば、それで充分なのです。あるいは、狂気についてのフーコーの語り口を借りるならば：「所有権など存在しなかった」、それはごく小さな権力の装置として存在していたに過ぎない、これを法的な言葉で言い換えると次のようになります：それは特殊な法制度に過ぎず、これら特殊な制度は統合的かつ一貫した概念には包摂され得ない。

24）Décision du Conseil Constitutionnel nº 98-403 DC du 28 juillet 1998. 立法者が「所有権に必要と認める制限を設けることができるとすれば、それは、これらの制限が当該権利の意味と範囲を変質せしめるような過酷な性質を持たない限りにおいてである」として、憲法院は追い立てについて争いのある場合の解決法に関する法律の中のふたつの規定を違憲であると判示している。

従って、このアプローチは財産権の細分化を認めるものです。それは、権利の対象・主体・合目的性に応じて様々な所有制度を区別する分類を拡めて行きます。対象に着目すれば、知的所有権、商事所有権、不動産所有権、その他を、所有者の法的性質に着目すれば、公共所有権、団体所有権、個人所有権、その他を挙げることができるでしょう。また、所有権の政治的合目的性に注目するならば、自由主義的所有権、社会主義的所有権、さらには共和主義的所有権を挙げることも可能でしょう。

以下に述べることを論証する時間的余裕はないのですが、これらの分類は、どれも真に興味深いものであるとは言えません。様々な所有の類型は、これら「形容詞をともなった」所有権の間に構造体としての相応関係を見出すことにことごく失敗しており、どれも所有権それ自体を構成しようとする定義に無関心であるという欠陥が見られるからです。この「客観的」分類は、それほどまでに異なる制度を示すのに、どうして同じ「所有権propriété」という言葉を用いるのかに言及しません。それは、不動産所有権や知的財産権が異なる対象に適用された同一の所有権であるのか、あるいはこれとは反対に、名称は別として特に共通するものを持たない、別個の構造体としての権利であるのかを語っていないのです[26)]。主観的分類であれば、個人の性格の違いなどはきちんと度外視したとして、国家の所有権が私人としての所有権であるのかどうか、はたまたそれが特別の所有権であり、さらには選択的なものであるのかどうかなどということには言及しないのですが[27)]。

目的論的分類というのは所有権の構造体そのものについて、私たちに何も語っていません。それも、当の構造体と制度の政治上の意義との間に因果関係が存在しないという単純な理由から。制度というのは、コンテクストと当事者それぞれに異なるプランとの結びつき方に同時に左右されるものなのです。例えば、知的財産権は文化産業に携わる企業の法的な道具（copyright）であると同時に、独立したプログラマーの共同体の法的な道具でもあり、彼らは後に改良

25）多数の例のうち、Felix Cohen, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach » 35 Colum. L. Rev. 809, 814-817（1935）. を参照。

された自身の創造物（copyleft）が排他的に所有されるのをことごとく阻止するために、自身の所有者としての特権を行使することでその裏をかきます。このcopyrightとcopyleftは、同一の権利に付けられたふたつの名称であり、まったく違った使われ方をするのです[28)]。

要するに私は、道具的アプローチでは、法制度の構造体を記述することはできないと考えます。それは、法制度とその効果のみを考察の対象とし、それらの着想に至るあり方、即ち所有権の「概念的要素」とでも呼び得るものを考察の対象外としているからです。

ところで、所有権においては、現実の利害関係と法制度しか問題になりません。長い時の中で繰り返し用いられ、理屈が積み重ねられて行くうちに、法に関する実務は多くの語彙とそれに対応する語義を身に付け、それらを自明の事柄として人々が分かち合うようになると、制度の不変の要素もしくは恒常的な要素となるに至ります。例えば所有権について語るとき、普通は第三者の排除、さらには自由な使用・処分という概念を所有権という言葉に結び付けています。もちろん、常にこれらの用語を組み合わせて使用することは出来ませんが（所

26）知的財産権が「古典的」所有権か「特殊な」所有権か、さらには所有権ではないのか、といった問題は19世紀を通して議論された。フランスにおける議論に関しては、Augustin-Charles Renouard, Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts. Deux volumes. Paris J. Renouard, 1838-1839; Édouard-René Lefebvre（de）LAboulaye & Georges Guiffrey, *Introduction à la propriété littéraire au XVIIIe siècle, recueil de documents publiés par le comité de l'association pour la défense de la propriété littéraire et artistique*, Paris, L. Hachette, 1859, Adrien-Joseph Gastambide *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, Cosse et Marchal, 1860. を参照。論争史については、Laurent Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle », *Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis*, juin 2004, pp. 103-125. を参照。

27）フランスにおける私的所有権との関係における公共所有権の本質に関する問題は、オーリューによって論じられ、以来議論が尽きない。当該議論に資する近時の主要な貢献として、P. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, L.G.D.J.,1997. があげられる。

28）この点については、Séverine Dussolier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Editions Larcier, Bruxelles, 2005. を参照。

有権と排他性を切り離すcopyleftが良い例です）、法律家の大半は、さして考えもなく、こうした結合を行なっており、多少なりともそれを行なわざるを得ないと感じています。それというのも、彼ら法律家は、排他性あるいは自由な使用・処分というものを所有権における不可分の特性とみなしているからです。このように変わることのない結合のことを、私はあえて「構造体structure」と呼んでいるのです。であるならば、法律家が形作るもの（コーエンは「事物とはその所為である」と記しています）に目を転じてみても、あながち間違いではないと思われます。しかし、法律家が規範を生み出し、これを適用するだけの存在であると捉えるだけでは不十分です。彼等法律家は、自らが生み出し適用する規範ともみなし得る概念をも生み出すのです。従って、当事者の間での実務を大まかに構造化する法現象については、このような「概念的」次元も俎上にのせなければなりません。ところが、この法の「概念的要素」の方は、法規範や法実務と同じ時間性の中では推移せずに、長い時間をかけて展開して行きます。ですから、この要素を扱うには歴史が頼みの綱になるのです。時間の制約もありますので、ここではこれ以上立ち入らず、ふたつ目の傾向へと話を進めて行きましょう。

おそらく、財産権の細分化と同様に、法の進展における学説の影響力の喪失をも黙って見過ごすことに嫌気が差したことが、多くの学者に新たな所有権ドグマの復権を望ませることにつながっています。ここで詳しく立ち入るつもりはありませんが、今日フランスでは、人が具体的な物の上に持つ絶対権としての所有権ドグマの崩壊を未だに認めようとしない人たちと、こうした崩壊を念頭に置いた上で、所有権理論の「革新」を目指す人たちに分かれています。

2. 2.　所有権に関する新（ネオ）＝ドグマ的アプローチ

例えば、フレデリック・ゼナティの所有権理論（彼は1981年に有名な学位論文を提出しましたが、未だにその新しさを失っていません）のケースなどは、長年少数派の旗頭を務めながら、最近では主流派の地位を確立していると言っても過言ではありません[29)]。

このアプローチによれば、所有権には確かに「不変の本質」[30] が存在するのですが、それは「人が有体物の上にもつ絶対権」などではなく、自身に固有のものとして所有しているという観念なのです。この自身に固有のものとして所有しているという概念は、「共有であること」とは正反対の意味を持ち（ポティエ伝来の法格言によれば、「固有財産と共有財産は相容れない」）、ここから、自身に固有のものと共有のものとは相容れないという事実と並んで、排他性、自由な使用・処分、絶対性という三つの特性が生じます。ゼナティによれば、この不変の本質はローマ人によって見出され、中世スコラ学の時代にいったん埋没した後、民法典の編纂者たちによって再発見されるのですが、すぐに註釈者達によって歪められてしまい、ゼナティ自らの手で、やっと日の目を見るに至ったのです。かくして、神学のドグマにも似た、普遍的で時を超越した、永久不変の概念が「所有権の一般理論」に息吹を与えます。ともすると、新（ネオ）＝ドグマ主義の先鋭さが目に付きますが、むしろ再＝ドグマ化re-dogmatisation（ここでは詳しく述べませんが、法概念の変化の可能性を認め、「かく在るcomme si」という形体に関するドグマ体系を組み上げることで、これらの法概念に純技術的な存在論上の地位を認める穏健な立場[31]）をこそ話題にすべきでしょう。

私は、この「再＝ドグマ化」という類の試みは必ず失敗すると思います。なぜなら、相容れないふたつの要求を満たそうとしているからです。これらの理論は、一方で実定法を記述し、所有権の純然たる理念的本質ではなく、「全くもってあるがままの所有権」、即ち法律や裁判所の判決に現われるものとしての所有権の本質を提示することを望んでいます。他方で、所与の法体系で用いられている所有権という用語のあらゆる意味合いを、制度の本質の真実なる唯

29）Frédéric Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » in Naoki Kanayama（dir.）, *Himeji International Forum of Law and Politics*, 1995, n° 2 pp. 3-33. Cf. Aussi Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, Paris, PUF 2007.

30）Rémy Libchaber, « La recodification civile », in *Bicentenaire du Code civil*, Paris, Litec, 2004. 中の表現。

31）法概念、法理論、法原則などからサレイユが作り上げた概念に他ならない。この点については、M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon R. Saleilles » *art. cit.* を参照。

一の現われであるべき統合的概念に包摂することを望んでいるのです。

ところが、これらふたつの要求を満たすためには、法の立役者（弁護士・裁判官・公務員・法学者）が、日々の実務において所有権という用語を同じ意味で、もしくは矛盾しない限りでの意味の幅をもって用いている必要がありますが、そんなことはあり得ません。互いに相反する多くの概念が、同じ所与の法秩序（時に同じ論理）の中で用いられている以上、それらの使用を完璧に記述するには、このような多様性を認めた上で、「所有権」という用語のあらゆる意味を今や複雑で入り組んだものとなってしまった統合的概念への一元化を放棄することが求められるのです。

たとえば、所有権が排他性を前提とする個人への帰属を意味するという主張は、法律家の日々の実務においては、所有権という語が排他的ではない所有権、不分割・共有・互有・copyleftを示すために、大まかにかつ構造化的に用いられているということを認めなければなりません。「実生活」において、所有権を排他的なものとして提示し、「固有財産と共有財産は相容れない」と言い切ることは、見当違いもはなはだしいのです。自由な使用・処分（「実生活」には、第三者の権利が付された所有権や、規制や情愛によって制限された所有権が満ちています）や絶対性（「万人に対するerga omnes」対抗可能性とは、常に法秩序の多元性を背景とする所与のある法秩序についてのものなのです）に関しても、同じことが言えます。

つまり、「実生活」における所有とは、ゼナティがこの用語の意味として与えたほどの絶対性など、いわば露ほども持っていないのです。（先鋭な、あるいは穏健な）新（ネオ）＝ドグマ主義を擁護する人たちは、所有権という用語の使用について、その多様性は否定せずに、それらの相容れない意味合いを「階層秩序化する」ことで、これを認めようとしています。かくして、彼らは「本質的な」意味と単なる「属性」、「一般な」制度と「特殊な制度」、「一般」原則とその「例外」あるいは「修正」、「法の外殻」とその「変性」を区別します。従って、例えば排他性は所有権の本質的な属性ですが、ある一定の所有権が持つ集合的な特性については、所有権者がそうあるべく望んだ使用に由来する、二次的な性

質であるということになります。あるいはさらに、所有権は「原則として」完全なものですが、この原則の「修正」によって分割されるのです。はっきり言って、所有権の「本質」、「一般事例」あるいは「本性」といったものを識別する経験的基準などあるはずもなく、だからこそ、このような階層秩序化は常に恣意的なものなのです。例えば、実定法には所有が共同のものとなる数多くの状況が規定されているのもかかわらず、なぜ所有権は排他的であると言えるのでしょう？　どうして「自身に固有のものとしての所有していること」とみなす所有権の定義の方を、例えば「協同の法的組織」とみなす定義よりも好ましいとして、排他性を二次的・副次的な属性とみなすことを放棄するのでしょう？実生活、即ち法律家による用語の使用法において、所有権というのは、ある時は排他性の理念と結び付き、またある時は協同の理念に結び付き、さらに正確を期すならば、双方は常に互いに結び付いています。なぜなら、所有権というのは（所与の同じ法秩序において、様々に異なり相反する様相に応じて）「それらの諸関係を組織すること」をその務めとしているからです。「本質的属性」の威光を備えた関係を示す用語のひとつが他に勝ることを掲げるには、学問と合理化を盾に取って、実定法の「概念的要素」の記述にイデオロギー的「バイアス」を持ち込む、恣意的な選択を行なわなければなりません。こうした態度は、技術的な意味でドグマ的であるばかりでなく、無批判的な思想であるという、一般的な意味でドグマ的なのです。

以上を総括するに際して、私は多くの流派の法律ドグマ主義者を定義し得ると考えています。ある人たちは条文とその指示内容に齟齬があると主張し、別の人たちは総合的な方法論の活用を主張し、またある人たちは形而上学的な前提を採用すべきと主張する等々。私に言わせれば、学術論文の中で法制度を一義的な仕方で定義しようなどと主張すれば、それはもうドグマ主義者であると言ってしまって構いません。実際のところ、私はアメリカのリアリストが「書物の中の規範rules in books」と「行動における規範rules in action」を区別したように[32]、「書物の中の概念concepts in books」と「行動における概念concepts in action」を区別すべきだと考えています。法に関わる中で、法律

家は同一の制度に関して相反するような概念化を時に同じ理屈・判例・教科書において、どんどん発動して行きます。その結果、法制度を一義的に定義するはずの論説は、決まって単純化され、恣意的でイデオロギー的なものになっているのです。さらに、私は「行動における概念」を記述できると考えますが、それにはまず、あらゆる「ドグマ」即ち、これらすべての使用を包摂するとみなされる、制度の一義的な定義付けを行なうことを放棄する必要があるのです

以上を行なうには、法の長い歴史において法実務を構造化した概念的要素に取り組むべきこと、そして同じ法制度についてであっても、相反する様々な概念化が多数存在するということを説明すべきことが要求されます。ここでは詳しくは立ち入りませんが、制度の実証的な現われを記述することで、制度の「（自然的または技術的な）本質」が示されるという「法理念」の観念に対しては、「モデル」の観念をこれに置き換えるべきだと考えます。それは、所与の法秩序において法の立役者達が黙示的かつ明示的に用いている、所有権に関する様々な概念化を可能な限り遺漏なく説明しようとする、ごくシンプルな精神の構築物となります。

このアプローチによって、法律家によって行なわれる概念化を、彼等が守る実務上の利益の反映あるいは道具に単純化することなく、即ちドグマ的でないやり方で、それらが構造化に際して持つ役割を説明することが可能となるのです。ここでは、ふたりのフランス法史者、アンヌ＝マリー・パトルとポール・ウルリヤックの業績を取り上げて、そうしたモデル化となり得べきものを皆さんに示したいと思います。

32）この点については、以下に定評がある。Karl Llewellyn, The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, New York, Oceana Publications, 1930 et *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice,* University of Chicago Press, 1962.

Ⅲ．歴史家によるモデル化

3. 1.　アンヌ＝マリー・パトルによるモデル化[33)]

アンヌ＝マリー・パトルによるモデル化は、フランスにおいて大成功を収め、多くの現代所有権研究にとっての基本書となっています。彼女によれば、フランス法史における所有権のモデルはひとつではなく、「ふたつ」存在します：即ち、ローマ的排他モデルと慣習法に基づく同時並存的所有権モデルです。

ここでは、所有権に関するふたつの「概念consepts」が話題になっているのみならず、財産権に関するふたつの一般的な「着想conceptions」（パトルによれば「ふたつの土地所有システム」）、さらには現行法全体を説明し、互いに「一般」理論たり得る財産権に関するふたつの理論が位置付けられる、ふたつの法領域が話題になっている、ということをはっきりさせておかなければなりません。

かくして、同時並存を認める制度の方は、法が柔軟で経験に基づくものであり、理論として確立されていないような世界全体の姿が含まれているのに対して、排他制度の方は、はるかに概念的（学説法の伝統）、抽象的で形式的な法の姿を背景としています。問題となるのは、単なる所有権の概念ではなく、実際の所有権の「概念化方式」の方なのです。

法律家が繰り広げる果てしない言説の海に見られるような、所有権についての様々な技術的限定を分析的に要素ごとに分解して行けば、数え切れない方法、それも互いに矛盾さえしなければ、どんな方法であっても、それらを組織し直すことができます。この意味で、所有権のモデルは膨大な数で、おそらく無限に生み出されることが可能なのです。しかし、モデルはその一貫性のみで評価されるわけではなく、妥当なものでなければなりません。この意味で、モデルは可能な限り多くの現行実務、即ち出来る限り多くの法の立役者の信条に対応していなければならない、ということになります。

このような観点からすると、パトルのモデルは、非常に長いスパンでの規範

33）パトルの著書を参照。

と実務の大枠の説明にある程度成功した、と彼女自身が主張しているように、大いに成果を期待できるものなのです。同時並存的所有権モデルは「慣習法」を適用するモデルである一方、排除モデルの方は中間法および民法典の適用において現われます。

ここから、抽象的なモデル化ではなく、しっかりと歴史に根差したモデル化の方が妥当であるということを付け加えなければなりません。というのも、後者は多様な法慣習を具現化するからであり、そこにおける所有権の概念とは、同一または類似の、あるいは同質の意味を充分な持続性をもって指し示す慣習であり、これによって、それらの語義が意味の共通範囲となり、法律家の仲間内での自明の理となって、法制度となります。つまり、探求すべきは形式モデルではなく、実務からの沈殿物と長期的に共有されてきた確信の方なのです。

しかしながら、このパトルのモデル化には、いくつか問題点があります：

――先ず、様々に異なる所有権の概念化と、所有権概念の意味を産出し得る解釈の土台の役目を果たすテクスト「資料体（コーパス）」が混同されており、あたかも所有権の概念が、テクスト解釈者の産物であるよりは、むしろテクストの中に潜むものであるとみなされ、さらには、異なるふたつのテクストの解釈が同じ所有権の概念化には到達し得ないかのようであります。しかしながら、ここではひとつの例をあげるにとどめますが、所有権を「有用所有権」のみに還元する概念上の選択は、『ローマ法大全』と慣習法書のどちらを解釈の出発点としても、一様にあり得るものなのです。

――加えて、あまりに概括的でイデオロギー的過ぎます。（そこには、ローマ法起源かゲルマン法起源か、というわざとらしい対置がずいぶんはっきりと読み取れますが、こんなものはフランスの法的国粋主義にまつわる、とりとめのない問題のひとつに過ぎません。）「ローマ法の精神」に固有の所有権の概念化とも言うべきものが、はっきり区別され得るものとして、しかも「自国の慣習法の精神」に固有のそれに匹敵し得るものとして存在したと想定することは、非常に困難で、また危険を伴います。その上、ローマ法は個人的・絶対主義的・形式的かつ厳格な所有権[34]の概念化に枠組みを与えはしましたが、逆に（主

権的な）権利としてよりは、むしろ関係として、即ち物に対する個人的・集団的・相対的な関係としての所有権[35] にも枠組みを与えているのです。同じことは、ゲルマン法についても言えます。それは、最も野蛮な主観的自由に基づく使用に組み入れられるかと思えば、個人の権利に対する集団の特権の防禦であるとも捉えられるのです。

以上、あまりに短い説明ではありますが、私はここから、歴史的に見て妥当な所有権の概念化を説明するモデルというのは、ある「テクスト」によって指標化され得るものではなく、ましてや「伝統」などといったものでもなく、同じ伝統のさなかにあって、相矛盾する所有権の概念化方式を多々見出しうるのだ、ということを特に強調したいと考えます。

3. 2.　ポール・ウルリヤックによる農地所有権のモデル化[36]

以下に示すよりもずっと詳しい註釈に値すべき、農地所有権に関する小著の中で、ポール・ウルリヤックは次のような考えを展開しています：

――我々は、所有権が「排他的・個人主義的・平等主義的かつ自由主義的」であることを疑うことをしない、それは60年代以降の農業法の実態が、この信条に反するものであっても変わらない。

フランス語文献の中で、これほど明瞭に所有権ドグマの崩壊を言い当てたものに、私はついぞ出会っておりません。

――法の実態には一貫性がまったくないように見えるが、歴史的に見ると、そこには三つのモデルが共存していることが読み取れる：即ち、共同体的・封建領主制的・君主制的モデルである。

ウルリヤックによれば、「“モデル”の概念は、“進歩”の概念に代わるもの

34）Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989.

35）Michel Villey, Notes sur le concept de propriété, in *Critique de la pensée juridique moderne, 12 autres essais*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 187-200.

36）Paul Ourliac, Histoire et droit rural, in *Aspects du droit privé en fin de XXe siècle. Études réunies en l'honneur de Michel de JUGLART*, Paris, LGDJ-Montchrétien, 1986, pp. 285-297.

でなければならない」なぜなら、法制度の単線的な進展など存在せず、あるのは「輪廻cycles」の変化を暴き出す「変異」だからなのです。歴史についての単線的概念においては、唯一のモデルが変化するのを目の当たりにするわけですが、輪廻的概念では、数多くのモデルがどんどん引き続いて行きます。しかし、ここで付け加えるべきは、これがウルリヤック独特の考えであるということと共に、彼がこの輪廻という考え方に徹底してこだわっているわけではないということです。というのも、彼によれば、様々なモデルは時の流れに沿って引き続いているのではなく、現時点において共存しているのです。従って、彼の歴史概念は単線的なものでも、輪廻的なものでもなく、ニーチェが使っているような意味での「系譜学的」なものとなります。

この系譜学的な方法は、ふたつの仕方で理解することが出来ます。第一に、過去の法理念は、現在の歴史を説明することができます。なぜなら、法制度はその起源以来、同じものであり続けているからです。共同体的・封建領主制的そして君主制的な所有権モデルで、現代の農業法を説明できるならば、それはフランス法というものが、外観は抜きにして、構造的には共同体的であり、封建的であり、君主制的であるからなのです。ここにおいて、これらのモデルが共時的に存在しているということが、法制度の構造それ自体における不変の要素や特徴の永続性を意味しているのです。このような考え方は、これらのモデルが歴史的に不変のものとすることによって記述した事柄を本質化することに立ち戻ります。これでは、ウルリヤックの考えとは違ってしまいます。

それというのも実際、彼によれば、これらのモデルは「実在する」ものではなく、ウェーバーの用語に言うところの、単なる「理念型」なのです。別の言い方をすれば、それらはある時期に作り上げられた形式化なのですが、所与の歴史上の前例に由来しつつも、それを的確に形式化しているために、独立したものとなっています。即ち、こうした形式化に対する当初のモデルとして機能した制度とは、必ずしも実質的な関係を持たないような、他の現実との類似によって適用可能となったのです。よく知られているように、彼と同じく注意深いニーチェ読者であったドゥルーズの言葉を借りれば、これらのモデルは、具

体的な歴史から生じつつも、きちんとそこから断ち切られていることで、まったく異なり得る歴史上のコンテクストや状況に、ある新たな制度を説明するのに役立つものとなったのです。モデルの永続性というものは、制度の歴史的継続性にではなく、所与のコンテクストにおいて練り上げられた概念化の数々に、新たな意味を与える解釈者の力量に体現されます。従って、ウルリヤックが「君主制モデル」を現代農業の把握のために動員していても、何もそれは現代国家が旧体制（アンシャン・レジーム）下の国家と同じである、ということを意味するはずはありません。君主制国家による介入を検証することで得られたモデルによって、かなりの違いはあれ、現在の状況を明らかにできるということを意味しているのです。さらに言えば、同一モデルを継続的に使用する鍵は、それによって上書きされる実在性というものの永続性ではなく、新たな制度の解釈に資する、このモデルの力量なのです。かくして、解釈学的反復の現象について語ることが可能になります。それによって、あれやこれやの過去の概念が、現代の制度の数々を解釈する、即ち新たな意味合いを与えるものとして、常に利用可能となるのです。永続性の要素とは、モデルそのものであり、変化するのは、記述される現実に応じてモデルに結び付く意味合いなのです。現代法において、古法における意味での封建領主はもはや存在しませんが、「古来の（水車やパン焼きかまど等、領主が専有する施設の）強制使用anciennes banalités」のモデルは、我々に現行の農業法について何がしかの理解を深めさせてくれると共に、歴史的に新たな意味を獲得するわけです。

ようやくこの点までこぎ付けたところで、ウルリヤックの形式化にはひとつ曖昧なところがある、ということを認めなくてはなりません。彼は歴史的起源によるモデルを提示しつつ、封建領主的所有権の歴史的意味合いは、旧体制の下でも現行法の下でも同じであり、こうした永続性は、同一の制度的構造の永続性（あるいは回帰）によってのみ説明され得るという考えを（信憑性のあるものとして）広めようとしています。同じようなモデルの下に理解される以上、現代の構造は原型となった制度の構造と同一視される他はない。このような決め付けは、起源と構造、さらには原型と理念型との混同を不可避的にもたらし

ます。ウルリヤックはモデルの永続性を解釈学的反復であると思わせつつ、現実におけるこれらのモデルの永続性というものが、その歴史性の否定であるという示唆を与えるのです。

こうした曖昧さをはっきりさせるには、起源と構造体、理念型と原型とを慎重に区別する必要があります。即ち、元来そのようなものとして理解された典型的事例を参照することなく、それらの内的な一貫性のみに目を向けて、これらのモデルを記述するということが前提となるわけです。この場合、モデルの起源をあれこれ「封建的」か「君主制的」か、などと詮索することは無意味となり、これらのモデルの内部での限定、即ち固有の一貫性のみが興味の対象となります。ここでまたドゥルーズの用語に従うなら、以上のことは要するに、これらのモデルを社会史の一般的な見取り図の上に指標化することを拒みつつ、それらを固有の「内在性を備えた見取り図」の上に投影し、さらには厳密な意味での哲学上の概念を構成するにとどめるようとする、ということになります。かくして、最終的に私が提唱する方法論というものは、法制史よりも法哲学に関するものになるわけです。

Ⅳ．近代民法の伝統に基づく所有権についての三つの概念化方式の適用

民法の伝統における近代の所有権についてこの方法論を適用すると、互いにはっきり異なって相容れない、所有権についての三つの概念化方式を導き出すことができま[37]。

1．至高の支配

法の技術的な要素における、至高の支配というのは、人が具体的な物の上に持つ絶対的な所有権についてのドグマが具体化したものですが、このドグマは、

37）ここでは、以下拙著の成果をごく簡単に要約して示す。 M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

当然それよりはるかに複雑で精巧な概念的構造体を正確に記述するものではありません。

至高の支配の典型な例は、個人による具体的な動産の所有でしょう。この典型例から、所有権に関するそうした概念を他のあらゆる財産類型へと拡張すべく、努力が払われてきたのです。

このような所有権の概念化における所有の対象は、具体的な物もしくは法律上具体的な物であるとみなされるすべての物ということになり、例えば人の労働などもそれに含まれます。所有権者自体については、純然たる法律上の能力のみによって定義されるにとどまらず、自らが所有する財産の評価（活用）をあれこれ働きかける法的・社会的かつ政治的な能力、即ち人と物を制御する能力によっても定義されます。

この権利は、多くの事柄が示すように、技術の上で絶対的なものになります。

・それは先ず、所有権が物権であることを意味し得るということであり、それも物と所有権者との間に人的関係が入り込む余地が一切ない、という意味での「物権の中の物権」なのです。このような意味において絶対的であるということは、物に対する直接無媒介の権力を示しています。

・絶対的であるということは、物理的かつ法的権力の完全性、つまりは想定し得る物の使用・不使用に際限がないということをも意味します。

・絶対的であるということは、時間によって所有権を消し去ることができないという意味で、永遠であるということをも意味します。無論こうした要素と取得時効との調和には、重大な問題性が伴います。

・さらに、絶対的であるということは、排他的であることと同義なのですが、この排他的という言葉には、少なくともふたつの非常に異なった意味があります：即ち、あらゆる第三者の絶対的な排除という意味では、所有権は個人的なものとなりますが、所有権の共同体の構成員でないすべての第三者の相対的排除という意味では、それらの構成員は包摂されていることになります（例えば、不分割や共同所有における場合）。この概念化方式では、所有権は個人的あるいは集団的なものとなり得ますが、それが個別的なものであることに変わりはあ

りません。

さらにこの概念化方式には、所有権に対するふたつの外在的制限が存在します。所有権はその国の「法律と規則」によって制限されるという点での市民権と、所有権は個々の所有権の共存によって制限されるという点での共有権がそれです。

2. 財産の帰属

この所有権の概念化方式は、近代の財産（体）理論によって現われたものです。それによると、すべての財産は法的総体universitas jurisの形で、一体性をもって個人に帰属します。ところで、ここに、そうした所有権概念が展開される基になった典型例として、いわゆる「法人の」所有権があります。その特徴的な例が教会の所有権ですが、それは個人の所有権と同様に、公共機関や私設団体にも広がっていったのです。

この所有権の概念化方式において、所有権者は個人である必要はなく、財産所有権の構造は主体—権利—目的（物）の形体をとらずに、財産（体）とその目的（Zweck）との間の法律上の帰属関係という形体をとります。ここでの所有権は、ある目的に向けられた財産の総体が排他的に帰属するために認められた法律上の保護であり、これらの財産は目的に仮託されているのです。このような帰属関係によって、享受と管理に関する権利がひとまとまりで配分されます。基礎となる帰属関係proprietasは、それによって与えられる権力potestasとは、はっきりと区別されるのです。ここでは、所有することと管理することを厳然と切り離すことができます。

「プロプリエタスproprietas」と「ポテスタスpotestas」、言うなれば所有権propriétéと（対象に及ぶ）支配権力の範囲domaineの分離は、取得可能性appropriabilitéや譲与可能性cessibilité、あるいは譲渡可能性aliénabilitéとの区別へと拡張して行きます。財産というのは取得可能であるばかりか、譲与可能性なしに所有され、さらには譲渡可能性がなくとも譲与可能性が付与されることすらあるのです。例として、人類の文化財は所有されていても譲与可能性は

なく、まして譲渡は不可能です。人間の臓器は誰かに帰属し、無償の場合に限って譲与可能性を有しますが、（有償で）譲渡することはできないのです。

財産所有権は、信託的な所有権です。享受と管理に関する権利の受益者に認められる諸権利は、その性質上限定され、かつ目的を与えられています。それらは、「～に対する権利」でも「～の権利」でもなく、「～のための権利」であって、財産（体）を構成する利益に資するよう定められているのです。

この概念化方式における所有権は、集団的にして排他的なものとなります。享受と管理に関する権利は、財産（体）（パトリモワーヌ）を構成する目的に適ってさえいれば、個人かグループかに関係なく割り当てられます。あらゆる形体において、集団的所有権と排他的所有権との関連付けを行なうことは可能なのです。

3. 享受の留保

三つ目のモデルはフランスにおいて、作品に対する著者の権利は通常の所有権であるべきだという概念を放棄する試みとして、著作権の分野で登場しました。このモデルについては、残念ながらあまり良く知られていない偉大な法律家オーギュスタン＝シャルル・ルヌアールによって徹底的に論じられています[38)]。ルヌアールによれば、著作権というのは思想や著作、あるいは原稿に対する自然権ではありません。報酬こそが、社会が著者に提供するものであり、それは彼等の作品が文明の発展に寄与するものであるからなのです。

この報酬の機能を果たす法的なメカニズムというのが、ルヌアールによると、著者へのある特権の保障となります。それは、作品によって生み出される経済的利益の排他的な留保によって構成され、当該作品の複製の販売に対する一定期間の独占の形体をとります。

私は、ルヌアールの提唱する所有権モデルというのは、15世紀以降廃れてしまっていた慣習法上の所有権モデル、セジーヌsaisineであると仮定しています。あるいは、もっと正確を期すならば、ルヌアールは19世紀の歴史家、特に彼と

38）A. C. Renouard, *Théorie du droit des auteurs, op. cit.*

同時代を生きたアンリ・クリマルトが行なった、この慣習法上の制度についての理論的再構成を利用しているのです[39]。そして、これらの歴史家達にとって、慣習法上の所有権とは、封建的な所有権と混同してはならないものなのです。

クリマルト流のセジーヌが持つ基本的な特徴は、次の通りです：

・人に関する権利と物権が複雑に絡み合った混合体であり、セジーヌの法的な原因は、権利を保障する権限の名義人とセジーヌの名義人との間の個人的な約束である、しかもその約束は、具体的な財産あるいは無形の財産、動産または不動産に関して行なわれる。

・セジーヌは排他性と共同性が錯綜している。その目的は具体的な使用（セジーヌを名義人に与える権限者は、その永続化を認める）にあるが、この具体的な使用というのは、その他の具体的な使用と共に、同一の財産の上に何ら問題なく共存し得る。従って、同一の農地あるいは同一の芸術作品の上に複数のセジーヌが重層的に存在することは、珍しくない。同時並存的所有権とでも言うべきものである。

・セジーヌの対象は物それ自体ではなく、セジーヌの名義人の生産活動である。それは、名義人の権利を保障する権威者にとって、何がしかの価値を有する程度のものである。この意味では、経済的所有権であり、その対象は生産活動の金銭的な価値となる。

・セジーヌとしての所有権の基本的な特徴は、公示性である。権利の証拠が証書にではなく、むしろ所有される財産によって行なわれる、周知された具体的な使用の方にあるからである。ここに言う所有権とは、観念的かつ不可視の法律関係ではなく、所有していることそれ自体の外観である。従って、所有権を立証するものは、著作権を構成する作品の生産行為そのものであり、あるいはまた、土地の継続的な所有なのである。

・セジーヌは一時的なものであり、ある財産の生産・活用が、権利を保障する

39）Henri Klimrath, De la saisine（étude historique）, *Revue de législation et de jurisprudence*, Paris, Bureau de la rédaction, 1835 vol II, pp. 356-400.

権威者に利益をもたらすという役務への報酬である。従って、セジーヌは権限者が報いるべき活動と運命を共にする。

これらの概念化方式はいずれも、所有権の一般理論を入念に作り上げる際の枠組みとして役立つと共に、財産法全体を説明するものであると言うことが出来ますが、法が想定する実生活においては、どれも残りをすっかり押しのけてしまうというわけには行かないようです。従って、所与の法秩序における、これら所有権の概念化方式は純粋な形で現われるということがなく、ある時は競合関係に立ち（例えば、フランスの公共所有権はモデル２とモデル３の間で揺れています）、またある時は補完関係に立つ（著者の権利はモデル３に基づいて作られており、特殊な法分野として現われ、不動産所有権の理論をそれほど揺さぶるものではありません）ということを続けながらも、同じ推論の中で重なり合い、もつれ合う（例えば、モーリス・オーリューは自らの公共所有権理論を作り上げる際、モデル１とモデル２を同時に援用していますが、それがもとで、彼は概念的に一貫性を持った定義を打ち出すことに失敗しています[40)]）ということも起こります――そうであっても、推論の有効性やその推論によって支えられる規範の一貫性は損なわれないのです。

［訳者あとがき］

去る2008年５月15日および16日の両日、パリ政治学院教授（Institut Universitaire de France会員）ミカイル・クシファラスMikhaïl Xifaras氏を三田キャンパスにお迎えし、フランス語によるセミナーならびに「所有権理論化の方法Comment théoriser la propriété」と題する講演が行われた。本稿は、先のセミナーで交わされた活発な議論をうけて、後日同氏によって敷衍され、これに詳細な註を付したうえで改題された講演原稿を訳出したものである（従って、当日の講演内容とは異なる部分のあることをここに予めお断りしておく）。

40）M. Xifaras, « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », *Droits*, Paris, PUF, n° 42, pp. 49-74. を参照。

何よりもまず、拙訳を本誌に掲載するにつき、ご快諾をいただいたクシファラス氏に心より御礼申し上げたい。また、訳文の検討に際しては、クシファラス氏ご自身は勿論のこと、金山直樹氏（本塾大学院法務研究科教授）ならびに岩谷十郎氏（本塾法学部教授）の両氏には、誤訳の指摘を含む示唆に富んだ貴重なご意見を多数頂戴したことをここに申し添えておく。