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

Title	所有権と自由
Sub Title	Eigentum und Freiheit
Author	ポイケルト, アレクサンダー(Peukert, Alexander) 水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.426- 469
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 講義 : 2010年度大陸法財団寄附講座「大陸法の基本概念」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0425

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.

講義
2010年度大陸法財団寄附講座「大陸法の基本概念」

所有権と自由

アレクサンダー・ポイケルト*
水　津　太　郎／訳

A. 所有権＝自由？
B. いくつかの例
C. ドイツ法における所有権と自由
　Ⅰ. 基本権
　Ⅱ. 私法
　　1. 様々な密度の濃い規制
　　2. 構成要件と違法性
　　3. 権利侵害による請求権
　　4. 移転可能性と強制執行
　　5. 憲法上の所有権と規範による反射的保護
　Ⅲ. 所有権の静態性：排他性を有する原始的権利の法定主義
　Ⅳ. 自由の動態性：平等な自由の法原理の発展的開放性
　　1. 自由の概念
　　2. 制限による自由の保障
　　3. 自己責任による自由の行使能力：私的自治
　　4. 不法行為的保護による平等な自由の確保
D. 結論
　Ⅰ. 財貨帰属の法原理の不存在
　Ⅱ. 主観的権利の概念
　Ⅲ. 所有権の論理に対するリベラルな批判

* 大学教授・法学博士。ゲーテ大学フランクフルト・アム・マイン〔Goethe-Universität Frankfurt am Main〕、国際無体財産法に重点をおいた民法・経済法の講座〔Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht〕。エクセレンス・クラスター規範秩序の形成〔Exzellenzcluster Herausbildung normativer Ordnungen〕［採択拠点］。http://www.jura.uni-frankfurt.de/peukert/

A. 所有権＝自由？

所有権と自由は、自由な法治国家秩序が有する２つの基本概念です。そのような秩序はヨーロッパと同じように、日本においてもみられます。以下の論述は、ドイツ法を基礎として、所有権と自由は相互にいかなる関係にあるのか、という問いに取り組むものです。

西洋の古い精神史的伝統によれば、所有権と自由は等置されています。この解釈は、ローマ法の概念である „dominium“ と13世紀におけるローマ法の継受にまで遡ることができます。たとえば、トマス・アクィナス〔*Thomas von Acquin*〕の際には、人間は „dominus suorum actuum“ すなわち「自己の行為の主人」であるといわれています。けれども同時に、13世紀においては、物を適法に所有するものとしての所有権もまた、„dominium“ と呼ばれていたのです[1)]。ジョン・ロック〔*John Locke*〕は、おそらくもっとも影響力をもった近世の所有権の理論家ですが、かれの際には „property“ という概念において、この同一視がみられます。ロックは1690年の著作、『統治二論〔Two Treatises on Government〕』第２篇において、個人の行為の自由〔„liberties“〕と個人に属する財〔„properties“〕との間を区別していますけれども、それはあくまで一部だけにとどまります。そうではなく、かれは主として „property“ という専門用語を、人格の自由な発展を求める権利についても、所有権についても用いているのです。「ここでも、他のところでもまた、propertyによってわたしが考えているのは、人が財ばかりではなく、その人格に対しても有しているpropertyのことであると理解してもらわなければならない」[2)]。この解釈はついには、ドイツ連邦共和国基本法との関係でも主張されることになります。このようにしてわれわれは、基本権に関する指導的な理論家のひとりである、ギュンター・デューリヒ〔Günter Dürig〕において、「所有権とは自由のことである」

1）*Willoweit*, in: Schwartländer/Willoweit, Das Recht des Menschen auf Eigentum, 1983, Seite 7, 10 f.; さらに、*Pipes*, Property and Freedom, 1999, Seite 3 ff., 63を参照。

という定式をみるのです。所有権は人権のひとつではあるが、それ以上に自由のもっとも重要な現象形式である、かれはこう説いています[3)]。

本講義が主張するアンチテーゼは次のとおりです。このように所有権と自由を同一視することは短絡であり、率直にいえば誤っている、と。すなわち、ドイツの憲法と私法を再構成すれば、２つのコンセプトの間には広大な差異が存することが示されるのです。

こうしてみてみますと、たしかに事実、所有権は所有者に対して、自己の物を思いのままに扱い、かつ他人による一切の干渉を排除する自由を与えています。ドイツ民法典903条１文はそのように述べていますし、同じような規定としては、フランス民法典544条[4)] や、いうまでもなく日本民法206条があります。しかし、この物を支配する自由は、自由というものの特殊な形式のひとつなのです。この自由は、ただ消極的―防御的にのみ働く自由、とくに人格発展をおこなう一般的な自由とは異なるかたちで構想されています。

B. いくつかの例

この区別は実際にもきわめて大きな意味を有しています。「所有権をもつ」

2）*Locke*, Two Treatises of Government（1680-1690）, Book 2, §§ 173, Seite 85, 123（「……わたしがpropertyという総称によって呼ぶ、生命、自由および資産の相互的な保全のために、かれが、すでに団結しているか、または団結しようと考えている他の人びとともに社会に参加することをつよく求め、すすんでそうしようとする、というのは理由のないことではない」）; ロックと同じように述べるのは、*Pipes*（Fußnote 1）, Seite XV; *Heinsohn/Steiger*, Eigentum, Zins und Geld. Ungelöste Rätsel der Wirtschaftswissenschaft, 4. Auflage, 2006, Seite 462（「自己所有権も所有権に属する」）.

3）*Dürig*, Das Eigentum als Menschenrecht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 109（1953）, Seite 326, 334 f.（自由のもっとも重要な現象形式としての所有権）; *derselbe*, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Maunz/Nawiaski/Heckel, Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, 1958, Seite 13, 31.

4）「所有権は、法律または規則によって禁止された使用をしない限り、もっとも絶対的な仕方で物を享受し、処分する権利である」。

ということと「自由である」ということの間の区別は、とりわけ財貨の帰属の限界領域において、決定的なものとなるのです。このことを説明するために、ドイツと日本の裁判実務からいくつかの例を挙げてみましょう。

物の所有者は、物が写真に撮られ、その写真が使用される場合に、このことを阻止することができるでしょうか？　換言すれば、「自己の物のイメージに対する権利」[5] なるものが存在するのでしょうか？

ドイツにおいてこの問題は、歴史的な建造物と彫刻品に関して議論されてきました。たとえば、ベルリンのテーゲル城のように、数百年たった建造物はもはや著作権法によっては保護されません。そうである以上、写真撮影の差止請求権の基礎としては、建造物に対する所有権か、あるいは書かれざる排他的権利があるにとどまります。ドイツの裁判所の圧倒的多数は、そうした自己の物のイメージに対する権利を否定しました。物の所有権は物に対して事実上の干渉があることを必要とするし、書かれざる「自己の物のイメージに対する権利」なるものは存在しないと判示したのです[6]。しかしながら、1974年に出されたテーゲル城判決において、連邦通常裁判所は異なった判断を下しました。裁判所は、公式にはアクセスできない物の写真を営業上利用することは、物の所有権に対する干渉にあたると考えたのです。判示では、所有者には、物に関するすべての財産的価値ある収益が、包括的に割り当てられていると述べられています[7]。

5）この定式を最初にはっきりと用いたのは、*Löhr*, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 20. 9. 1974, Wettbewerb in Recht und Praxis 1975, Seite 523, 524.

6）Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1989, Seite 2251, 2252〔フリーゼンハウス事件〕; Oberlandesgericht Brandenburg, Zeitschrift für Urheber und Medienrecht 2010, Seite 356 ff.; Landgericht Waldshut-Tiengen, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 1999, Seite 1166, 1167 f. 傍論として、Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1960, Seite 1614; おそらくまた、Oberlandesgericht Oldenburg, Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 1988, Seite 951, 952もそうである。態度決定をしないのは、Landgericht Berlin, Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 1999, Seite 525, 526.

東京地方裁判所は2002年、とりわけて美しいカエデの木の写真撮影に関して、テーゲル城判決とは異なる判断を下しました。有体物としての木は、写真とその利用によっては干渉されない、そうだとすると写真撮影は権利を侵害するものではないと判示したのです[8)]。

つまり、ドイツ民法典は日本民法と同じように、有体的対象に狭く制限された物概念、所有権概念に依拠していますが[9)]、それにもかかわらず、お城の写真あるいはカエデの木の写真を処分する権限を有するのはだれか、という問いについて、答えが異なっているのです。連邦通常裁判所の解釈によればこの問いの答えは所有者ですが、東京地方裁判所の解釈によれば写真家ということになります。後者は――はっきりとは述べていませんが――写真家の経済活動の自由を根拠にするものといえます。

これらに類する事案はほかにもたくさんみることができます。そのような例として、連邦通常裁判所には現在、次の問いが立てられています。すなわち、ゲームの観客個人によって製作されたアマチュアサッカーの撮影フィルムが、ヴィッテンベルクのサッカー協会に帰属するのか、という問いです。あるいはそうではなく、だれもがみな経済活動の自由を行使して、そのようなフィルムを閲覧可能とするインターネットサイトを運営することができるのでしょうか？[10)]

わたしが最後に挙げる例もまた、ゲームに関連するものです。コンピューターゲームにおいて、著名な競走馬の名前を使用することは許されるでしょう

7）Bundesgerichtshof, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1975, Seite 500 f.〔テーゲル城事件〕; Kammergericht, Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band 20, Seite 402（1909）; Oberlandesgericht Köln, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2003, Seite 1066 f.

8）［東京地判平成14年７月３日］判時1793号128頁; International Review of Intellectual Property and Competition Law（IIC）2002, Seite 355に英訳が公刊されている。

9）ドイツ民法典90条と日本民法85条を参照。

10）この問題については、*Peukert*, hartplatzhelden.de - Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, Wettbewerb in Recht und Praxis 2010, Seite 316.

か？　あるいはそうではなく、馬の名前はその所有者に属するところ、コンピューターゲームの製作者はライセンス料を支払わなければならないのでしょうか？　日本の最高裁判所は2004年、金森対テクモ「競馬［ギャロップレーサー］」判決において次のように判示しました。競走馬の名前に対する排他的権利は存せず、また、コンピュータープログラムの製作者の行為は不法行為にも当たらないとしたのです[11)]。またもや経済活動の自由の思想が、勝利を収めることになりました。

例に挙げたケースにおいて当事者の各々は、財貨分配の根本規範について争っているのです。お城、カエデの木、競走馬の所有者、とくにまたヴィッテンベルクサッカー協会は、「所有権」という根本規範を引き合いに出しています。「所有権」の根本規範によりますと、新しく発展してきた財産的価値ある利益もすべて、それらを自己の労働によって創造し、あるいは少なくともその存在を可能ならしめた人に、それだけでつねに属するということになるでしょう。

これに対して、写真の撮影者、ゲームの製作者、そしてインターネットサイトの運営者は、「自由」という根本規範を引き合いに出しています。「自由」の根本規範によりますと、だれもがみな、存在する財貨の利用についての平等な権利を有していることになります。ただし、それが法律によってある人に割り当てられている場合にはこの限りでありません。「自由」の根本規範にしたがう場合には、写真の撮影者、ゲームの製作者およびウェブサイトの運営者は、かれらに写真、名前およびフィルムが独占的に帰属する、ということを主張するのではありません。むしろ、かれらはこれらの財貨の利用を、その他のすべての私権の主体にも同じように許すというのです。なぜなら、そうした財貨はだれにも独占的に帰属しないからです。つまり、かれらは、所有権ではなく、経済的なチャンスを摑むという、すべての私権の主体が有する平等な自由を引き合いに出しています。

さきに挙げたような例に遭遇するのは、とりわけ、古典的な不動産と動産に

11）［最判平成16年２月13日民集58巻２号311頁］International Review of Intellectual Property and Competition Law（IIC）2006, Seite 352に英訳が公刊されている。

対する物の所有権とは関わりのない場所です[12)]。なぜなら、実際に、すべての土地と大部分の動産はもうすでに分配されているからです。訴訟はこの範囲では１次的には所有者たちの間（たとえば土地の隣人の間）で起こり、所有権原（同一財貨をめぐる請求者間の争い〔Prätendentenstreit〕）が問題となります。

けれども、古典的な物権法においてですら、平等な自由と所有権は区別されています。より精確にいいますと、所有権をそもそも一番はじめに取得する自由と、いったん取得したものを所有権によって保護することは、区別されているのです。このようにして、無主の動産を占有によって先占する権利は、万人に等しく帰属することになります[13)]。ここでは、所有権を取得するという平等な自由が問題となります。先占の権利がかかわるのは、所有権を取得するよりも前の時期のことなのです。先占の権利を最初のものとして行使したときは、かれが所有権を取得します。これにより取得した権利によって、所有者はいまや、かれよりも前にその物を先占することができたかもしれない、すべての他人を排除することができます。平等な自由が独占的な特権へ転化したというわけです。

これらの例を手がかりとして、われわれは「所有権と自由」というわれわれの一対の概念を、さらに明確に規定することができます。わたしのいう「所有権」とは、原始的な排他的権利を意味しています。その典型は、物の所有権と精神的所有権に属する諸権利です。後者には、著作権と産業保護権が含まれます。これらの権利は、ある物またはある発明が、ある者に排他的に帰属することを命じます。「自由」によってわたしが考えているのは、望むことをおこない、また中止する、一般的な行為自由です。この自由は、人間すべてに、原理的にみて平等に与えられています。この自由はある特定の財貨にではなく、行為をする可能性一般にかからしめられているのです。ここにはまた、所有権を

12）その他の例は、*Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, Seite 136 ff.（スポーツ大会、インターネットドメイン、企業秘密、電気エネルギー、人格的特性、オンライン世界から生じるヴァーチャルな財貨の移転）.

13）ドイツ民法典958条、日本民法239条１項を参照。

取得するという平等なチャンスも数えられます。

わたしは以下において、この区別がドイツの憲法と私法においてどのように貫かれているかを説明したいと思います。説明の際には、ヨーロッパ大陸法秩序を特徴づけている、法典化の理念も取り上げられるでしょう。法典化の理念に関しては、次のことが問題となります。排他的な所有権原は、議会立法者によってのみ創設されてしかるべきなのか、あるいは特別な法律上の基礎がないときにも裁判所によって形成されてよいものなのか。この管轄問題の背後には、財貨帰属の法原理をめぐる問題が控えています。そのような法原理があるならば、裁判所はこの原理に依拠することができるであろうというわけです。ではほんとうに、財産的価値ある利益はすべて、これを産出し、あるいはその存在を可能ならしめた人に、分配されなければならないのでしょうか？

C. ドイツ法における所有権と自由

Ⅰ．基本権

わたしはいずれが正しいのかを対比して分析する作業を、ドイツ憲法の基本権から始めたいと思います[14)]。このような分析の始め方はドイツの私法学者にとっては、なんら特異なことではありません。なぜなら、ドイツ基本法１条３項によれば、基本権は直接に効力をもつ法として、立法、執行権および裁判を拘束しているからです。基本権は「客観的価値秩序」を表しており、それは私法においても顧慮されなければなりません。私法は基本権と矛盾するものであってはならないのです[15)]。

所有権と自由の関係をめぐるわれわれの問いについては、ドイツ基本法14条とドイツ基本法２条１項が関連します。ドイツ基本法14条は所有権と相続権を規制しており、同法２条１項は一般的自由の権利を規律しています。これらの

14）ドイツ連邦共和国基本法〔Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 05. 949〕。最終の改正は、Gesetz vom 21.7.2010, Bundesgesetzblatt, Teil I Seite 944.

条文を対置してみることで、［所有権と自由の間の］基本的な相違が明らかとなります。

ドイツ基本法14条１項は所有権と相続権を保障しています。これらの際に問題となるのは、単純客観法［下位法］の参照を要する法概念です。つまり、「所有権」と「相続権」は、法秩序によってより細密に形作られることになります。ドイツ基本法14条１項２文は、日本国憲法29条２項と同じように明文で、所有権と相続権の内容と制限は、法律によって定められることを明確にしています。連邦憲法裁判所の確立した判例法理によれば、立法者より前に与えられた、絶対的な所有権概念なるものは存在しないのです[16)]。

このような立場にたつことから、連邦憲法裁判所は、所有権保障の保護領域は、ただ次の場合に限って認められると考えています。すなわち、単純法から導くことができる帰属が与えられている場合です。この帰属はその法的な実体において、私的利用性と原則的な処分権能によって特徴づけられます[17)]。ある法的地位が私的に利用できるというのは、保護客体をみずから利用し、かつそのものから第三者を排除できる権能が権利者に付与されており、その結果とし

15）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 6, Seite 55, 71（1957）（立法者の裁量は、憲法制定者の価値判断が表されている他の根本規範においても限界づけられるとする）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 7, Seite 198, 205（1958）〔リュート判決〕; Bundesverwaltungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 1991, Seite 3293, 3296（所有権保障）; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat, Band 29（1990）, Seite 1, 3 ff.

16）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 15, Seite 126, 143 f.（1962）（憲法そのものがすでに所有権保障を受ける権利の存在を規定できているわけではなく、そうした権利が存在することを規定できるのはまず第一に立法者であるとする）; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 84, Seite 230, 235（1982）. 学説ではたとえば、*Raiser*, Das Eigentum als Rechtsbegriff in den Rechten West- und Osteuropas, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 26（1961）, Seite 230 f.

17）確立した判例法理である。Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 24, Seite 367, 390（1968）; Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 2006, Seite 1191, 1192を参照。

て、この財が私的なイニシアティブの基礎となりうるというときです[18]。これにくわえて必要とされる処分権能とは、その法的地位が――場合によってはもろもろの制限が課せられるにせよ――移転できることを意味しています[19]。総じて、このような保護領域が認められるという者は、客観的法秩序により物所有権と同じようにして排他的に自己に帰属せしめられている、そうした財産的価値ある主観的権利をみずからが処分する、ということを証明できなければなりません[20]。

したがって、ドイツ基本法14条は、国家の先行給付を前提としているのです。国家は所有権と相続権を、さしあたり一度、法律によって作り出さなければなりません。それと同時に、ドイツ基本法14条はこの法的地位を、個別のケースにおける公用収用や、その他の比例性に反する制限に対してもまた保障し、保護しています。つまり、所有権というものは、国家によって創設されると同時に、国家から保護されているのです[21]。

ドイツ基本法２条１項による一般的自由の基本権は、これとはまったく異なるかたちで組み立てられています。一般的自由の基本権というものは、所有権または相続権のように法制度を保護するものではありません。そうではなく、「人格の自由な発展」を保護するものなのです。この自然的自由は国家に先行

18）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 31, Seite 229, 240 f.（1971）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 101, Seite 54, 75（1999）.

19）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 26, Seite 215, 222（1969）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 31, Seite 229, 241（1971）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 38, Seite 348, 370（1975）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 101, Seite 54, 75（1999）を参照。

20）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 51, Seite 193, 216（1979）（「財産的価値を有する法的地位」）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 112, Seite 93, 107（2004）. この意味ではまず第一に、ヴァイマルライヒ憲法153条に関する、*Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, Seite 3（「それぞれの私的な財産権」〔強調は原文〕）.

21）この所有権保障のパラドックスの解決につき、詳しくは、*Peukert*（Fußnote 12）, Seite 692 ff.

するものと考えられます[22]。ドイツ基本法１条における人間の尊厳の保護と、ドイツ基本法３条による法の前の平等が結びついて、一般的な行為自由は、ドイツ基本法秩序の出発点、中心点を形成しているのです[23]。一般的な行為自由の観念によれば、各人には、各人自身のために、尊厳と自由を等しく求める権利が与えられています。18世紀の古典的な基本権のテクスト[24] において最高の価値を有するものと呼ばれている生来の人権というのはこの権利であって、所有権ではないのです。日本国憲法13条において説かれているのも同じことです。イマヌエル・カントにとってもまた、「他人の強制する選択意思からの独立」という意味での自由が、「唯一の、根源的な、人間であることからだれにでも帰属している権利」なのです[25]。

要するに、平等な自由は所有権とは異なり、国家法によって作出されるもの

22）*Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, Neue Juristische Wochenschrift 1974, Seite 1529, 1530 ff.

23）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 65, Seite 1, 41（1983）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 115, Seite 118, 153 f., 159（2006）（自由に自己決定をおこない、みずからを自由に発展させることは人間の本質に属するという）; *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Auflage, 1993, Seite 153（現代国家の法的発展すべての基礎としての自由と平等）.

24）ヴァージニア権利章典〔1776年６月12日〕１条（「すべての人は生まれながらにして等しく自由で独立しており、一定の生来の権利を有する。これらの権利は人びとが社会に参加するにあたり、いかなる合意によっても、人びとの子孫からこれを奪い、取り上げることはできない。それらはすなわち、財産を取得して所有し、幸福と安全を追求し獲得する手段をともなった、生命と自由を享受する権利である」）、アメリカ独立宣言〔1776年７月４日〕（われわれは、すべての人は平等に作られ、造物主によって一定の侵すべからざる権利を与えられ、これらの権利のうちには生命、自由そして幸福の追求が含まれているという真理を自明のことと信じる）、フランス人権宣言〔1789年８月26日〕１条１文（「人は自由で、権利において平等なものとして出生し、生存する」）を参照。これらと同様の思想を持つ17世紀の自然法理論につき、*Dreier*, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 72（1987）, Seite 159, 161を参照。

25）*Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Kants gesammelte Schriften, Band VI, 1902/1910, Seite 237.

ではありません。むしろ、すべての人間に平等な自由を与えるという構成は、前国家的なものであって、ただなお国家によって修正されることがありうるというにとどまります。そして、国家行為によって平等な自由を修正する場合にはいつも、憲法的秩序において正当化されること、そうした秩序による拘束に裏打ちされることが求められます。

ドイツ基本法２条１項の保護領域は以上に述べたことに対応しています。包括的で、かつ欠缺がないのです。連邦憲法裁判所の確立した判例法理によれば、ドイツ基本法２条１項が保護しているのは、人格の発展の核となる領域にとどまらず、あらゆる生活領域における人間の行為様式のすべてということになります[26)]。こうして一般的な行為自由は、受け皿的基本権〔Auffanggrundrecht〕となるのです。経済活動の自由と契約自由も、同一の要保護性を有する職業の自由（ドイツ基本法12条１項）を害しない範囲においてではありますが、ドイツ基本法２条１項によって保護されます[27)]。ドイツ基本法２条１項においては、自由な法秩序であることを際立たせる原理がしっかりと根を下ろしているのです。この原理によれば、個人の自由には原理的に制限がなく、他方で、国家がこれに干渉する権能には原理的に制限があることになります[28)]。

この平等な自由という構成は、国家により修正を受けることがあります。所有権を創設するということもまた、この修正に数えられるのです。たしかに、すべての所有者は、自己の物を取り扱う平等な自由を有します。しかし［その反面で］、所有者はすべての非所有者との関係では、際立たされた、特権化された地位を占めるのです。所有者は自己の権利をどのように行使するかという

26）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 6, Seite 32, 36 ff.（1957）〔エルフェス判決〕; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 80, Seite 137, 152 ff.（1989）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 95, Seite 267, 303（1997）. 異なる見解をとるのは、*Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, 1999, Randnummer 428.

27）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 25, Seite 371, 407（1969）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 95, Seite 267, 303（1997）を参照。

28）*C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928/1954, Seite 126.

ことを、ひとりで決定します。このことによって同時に、当該財を取得する、という他の者にもともと与えられていた平等な自由が抑圧されます。この関係はいくつかの例を手がかりとして示したとおりです。したがって、所有権には、法律における正当化と法律に服することが求められることになります。

同じことは、われわれが取り上げた、法典化された所有権原とはかかわりを持たない例、つまり、お城やカエデの木の写真を撮影し、あるいはコンピューターゲームにおいて馬に特定の名前をつけることを裁判所が禁止することについても当てはまります。そうした要求が強制の力で認められることもまた、被告が有する自由の基本権への干渉に当たるというわけです。このような干渉は憲法的秩序に属したものでなければなりません[29)]。すなわち、裁判所による禁止は、有効な法的基礎に基づくとともに、比例性に適ったものでなければならないのです。したがって、ドイツ基本法２条１項によれば、市民の基本権になんらかの不利益、つまりなにごとかの強制が課せられるのは、形式的かつ実質的に憲法に適合し、かつ自己を自由に発展できるよう適切な活動の余地を残している、そうした諸規定に基づく場合に限られます[30)]。

目的論的観点からみましても、一般的な行為の自由と、特殊な所有者の自由は区別されます。法的に平等な人の尊厳と自由は、すでに説明したように、自分自身のために保障されるものです。これに対して、所有権は、こうした最高の価値の実現に仕えるひとつの装置なのです。なぜなら、所有者に財産法の領域において自由な活動の余地が確保されるのは、個人が私的領域および経済領域において自由に自己を発展し、かつ自己責任をもって生活することができる

29）たとえば、Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 6, Seite 32, 36 ff.（1957）〔エルフェス判決〕; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 17, Seite 306, 313 f.（1964）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 80, Seite 137, 152 ff.（1989）〔他の典拠の指示あり〕; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 95, Seite 267, 306（1997）を参照。

30）たとえば、Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 91, Seite 207, 221（1994）; *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, Seite 7を参照。

ようにする、[まさに]そのためだからです[31]。したがって、所有権の保障は、個々人の観念に見合った、生活に必要なもろもろの経済上の前提を担保します。憲法上の所有権は［自己目的ではなく］、最終的には、所有者の人格とその人格の自由な発展の手段である場合に限って正当化されるのです。

要するに、われわれは以下のように要約することができるでしょう。潜在的な債務者の一般的な行為自由は欠缺なく、かつ国家の先行給付を要せずに保護されています。これに対して、主観的―排他的な私権は、ひとつひとつにつき法律を媒介とした構成を必要とします。所有者のために選り分けられた自由の区域は、法律上の保護領域が及んでいる範囲に限られるのです。したがって、原理上制限を受けない行為の自由は、国家があらかじめ給付をするかどうかにかからしめられる、そのときそのときの所有者の自由に対置されます。そうであるがゆえに、ドイツ基本法は、一般的な行為の自由と特別な所有者の自由を、はっきりと区別しているのです。

Ⅱ．私法

さて、これらの憲法上の基本構造が私法においてどのように写し取られているのか、いまからこのことを説明しなければなりません。

１．様々な密度の濃い規制

この私法という領域においてはじめに注意を引くのは、所有権と自由の関係において、様々な密度の濃い規制が引かれているということです。物の所有権と精神的所有権に属する諸権利は、ドイツにおいても日本においても、詳しく法典に書かれています。より精確には、物の所有権は一般民法典において[32]、

31）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 24, Seite 367, 389（1968）; Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 2006, Seite 1191, 1192. 同じようにいうのは、Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Band 132, Seite 181, 186 f.（1996）.

32）ドイツ民法典854条以下、903条以下、日本民法175条以下、206条以下。

精神的所有権は特許権[33]、著作権[34]、商標権[35] などに関する特別法においてです。こうした体系的な分裂が生じているのは、本質的には、歴史的な理由に基づきます。それにもかかわらず、ここに挙げられたすべての法律と所有権的権利は、同一の構造を指し示しているのです。具体的には次のとおりです。

まず最初に、１次的な排他的権利が規範化されています。１次的な排他的権利に関するもろもろの規定は、所有者がいかなる権能を有しているのかを確定しています。ドイツ民法典903条１文によると、所有者は、法律または第三者の権利の制限内において、自己の物を自由に扱い、かつ他人による一切の干渉を排除することができます。日本民法206条も同じように述べています。この所有権に対応する定義は、精神的所有権に属する諸権利を定めるもろもろの法律においてもみいだされます。著作権法は、著作者が自己の著作物に対して有する排他的権利を規定しています[36]。商標権者は、商品および役務について登録商標を使用をする排他的権利を有します[37]。その他もまた同様です。

これらの規制の分析は次のことを明らかにします。すなわち、物の所有権も精神的所有権に属するすべての権利も、確定され、制限づけられた保護領域を指し示しているということです[38]。

第１に、おのおのの法律はただ特定の財貨のみを［各人に］割り当てています。民法は有体物を[39]、著作権法は文芸、学術および美術の著作物を[40]、特

33）ドイツ特許法〔Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. 12. 1980, Bundesgesetzblatt 1981, Teil I Seite 1〕。最終の改正は、Gesetz vom 31. 7. 2009, Bundesgesetzblatt, Teil I Seite 2521.

34）ドイツ著作権法〔Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965, Bundesgesetzblatt, Teil I Seite 1273〕。最終の改正は、Gesetz vom 17.12.2008, Bundesgesetzblatt, Teil I Seite 2586.

35）ドイツ商標法〔Markengesetz vom 25.10.1994, Bundesgesetzblatt, Teil I Seite 3082〕。最終の改正は、Gesetz vom 31.7.2009, Bundesgesetzblatt, Teil I Seite 2521.

36）ドイツ著作権法11条、15条、日本著作権法17条１項、21条～ 28条。

37）ドイツ商標法14条１項、日本商標法25条本文。

38）詳細には、*Peukert* (Fußnote 12), Seite 212 ff.

39）前掲注9)。

40）ドイツ著作権法１条、２条。

許法は技術的な発明を[41]、商標法は商品および役務の区別のための商標を[42]［各人に］割り当てています。他の法律も同じように規定しています。これらは保護領域の、垂直的な限界です。

第２に、おのおのの財貨はけっして包括的には割り当てられていません。むしろ、各保護領域は、水平的にも制限づけられているのです。このようにみてみますと、たしかに、カエデの木は土地の所有者に帰属します。けれども、木の写真を撮影することは、物権法に関連する干渉ではありません。さらに、相隣私法と公法は、たとえば土地の上空の利用について、所有者の権能を制限しています[43]。精神的所有権に属する排他的な諸権利もまた、いくつもの制限に服しています。このようにして、美術の著作物、発明、そして商標もまた、自由に用いることが許されているのは法律の規制に則った方法においてなのです。たとえば、美術の著作物を引用し、あるいは発明を試験目的で実施することは、権利者の許諾を要せずに認められています[44]。所有権的権利の内容、および垂直的制限と水平的制限を法典化することによって、議会立法者は、所有権を保障するというみずからの憲法上の権限を実現したのです。

これに対して、所有権的権利の場合と対比できるであろう、一般的な行為自由の法典化なるものをドイツ民法典のなかに探し求めるのは無益なことです。ドイツ民法典は、国家に先行するものと観念された、万人の平等な自由を明文で規律し、あるいはこれが原則であると明文で定める規範を含んでいません。ドイツ民法典と異なる方法をとったのは、1794年のプロイセン一般ラント法と、1811年に制定され、その後も通用しているオーストリア一般民法典です。この２つの法律は、「生来の」あるいは「自然な」他人の権利を害せずに営ま

41）ドイツ特許法１条１項。

42）ドイツ商標法１条、３条。

43）ドイツ民法典905条以下、日本民法207条［ただし、ドイツ民法典905条とは異なり、上空の利用の制限を明記していない］、209条以下。

44）たとえば、日本著作権法30条以下とドイツ著作権法44a条以下、日本商標法26条とドイツ商標法23条、日本特許法69条とドイツ特許法11条を参照。

れる行為の自由に言及しています。これらの自由は、権利を取得するための基礎を形成しています。正当化根拠なくして、第三者によって制限されることがあってはなりません[45)]。

これらと同じような規定はドイツ民法典にはありませんが、だからといってそれは、この法典が、すべての人間に平等で自然な、すなわち国家に先行するものと観念された自由が付与されているという原則を基礎においていないことを、けっして意味するものではありません。すなわち、ドイツ民法典の［第1草案］理由書をみれば明らかなように、19世紀末のこの法律の起草者たちにとってこの原理はあまりにも自明なものであったために、かれらはあえてこれに言及する必要はないと考えたのです[46)]。そして事実、ドイツ民法典は以下に述べるように、平等な自由に基づく私法であることを特徴づけるすべての要素を示しています。

ドイツ民法典1条は出生の完了と関連づけて、すべての人間は平等に権利能力を有することを定めています[47)]。さらに、ドイツ民法典は多くの領域において、私的自治を実現しています。人はみな、人的会社と法人を設立することができます[48)]。相続は遺言のかたちをとることで、私的自治によって規律するこ

45）プロイセン一般ラント法〔Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten〕序論第1章 本法一般について 83条（「人間の普遍的権利は、他人の権利を害さずに自分自身の幸福を求め、増進することができる自然な自由を基礎とする」）、87条（「自然法、実定法のいずれによっても禁じられない行為は、合法なものと呼ばれる」）〔テクストは、*Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1970〕。オーストリア一般民法典〔Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch（ABGB）vom 1. 6. 1811〕26条（「何人も、特別な権利が与えられない限り、他人に何事かをなすよう強制し、そのほか他人の自由な行為を制限してはならない」）、317条（「物が何人にも属さない場合には、占有権原は他人の権利を害しない、生来の行為自由に求められる」）.

46）Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 1896, Seite 726-727.

47）日本民法3条1項をも参照。

48）ドイツ民法典25条、32条、705条を参照。

とができます[49]。そしてとりわけ、行為能力者はみな、拘束力ある契約を、法律に反し、また良俗に違反する内容の合意でない限り、各人が望んだ内容で締結できるのです[50]。

自由な法秩序の分配原理によれば、行為は原理的に許されており、ただ例外的に法律上の根拠に基づき禁止されるにすぎません。この原理もまた、ドイツ民法典のなかに貫かれています。このことはとくに、法定債務関係と不法行為法を手がかりとして示すことができます。

禁止されていないことは許可されている、という原則はまず第１に、責任を発生させる構成要件を制限することによって実現されています。このようにして不法行為による責任[51]、不当利得[52] または事務管理[53] は、法律に定められたもろもろの構成要件が与えられる場合に限って問題となります。それがなければ、当該行為は法的には影響をもつことなくそのまま、つまり許されていることになるのです。したがって、この責任の列挙主義〔Enumeration〕[54] によって、「からっぽな」、責任が免除された空間が作られることになります。平等な自由はその空間のなかで展開することができます。そこでなにをしてよいのかを決定するのは、裁判官ではなく、私権の主体自身なのです。

ドイツ民法典は、このからっぽの空間を尊重することをはっきりと示しています。フランス民法典とは異なり、不法行為法において大きな一般条項は予定していません。そうではなく、３つの部分からなる規制をおいているのです。第１に、所有権および所有権と同等のその他の諸権利、ならびに生命、身体、健康および身体運動の自由は、絶対的な法益として保護されます[55]。それ以外のさらなる財産侵害は、これを特別に保護する法律に違反したことに基づき［第

49）ドイツ民法典1937条～ 1941条を参照。

50）ドイツ民法典241条１項、311条１項、134条、138条を参照。

51）ドイツ民法典823条以下。

52）ドイツ民法典812条以下。

53）ドイツ民法典677条以下。

54）詳細には、*Peukert*（Fußnote 12), Seite 528 ff.

55）ドイツ民法典823条１項。

２規制］[56]、あるいは、故意の良俗違反による侵害の際に限って［第３規制］[57]、賠償を受けることができることになります。同じように、不当利得法の基本的な規範も、ちょうど４つの責任構成要件に分かれて独立しています[58]。事務管理に関する諸規定も同様です[59]。

この細分化は、［責任を］制限づける方向に働くものといわれます。一般的な行為自由が相対的にみてまだ新しい成果物であった社会[60]においては、過度に重い責任、予見できない責任なるものがあるとは考えられなかったのでしょう。

いうまでもなく、ドイツ民法典の起草者たちにとって、平等に秩序づけられた私権の主体［の間］に、自分たちの予想を超える利益の衝突があるかもしれないということは意識されていました。そうするとこのことからまさに、どのような行為を意欲し、またどのような行為をすべきかを、法秩序がいつ人間に原則として委ねているのかが評価されなければならないことになります。この評価を規制できるのは一般条項だけです。ドイツ法においては、故意の良俗違反による侵害の禁止[61]と不正競争の一般的禁止がこれに当たります[62]。しかしながら――一般条項は不法行為法において平等な自由の原則を実現する２番目の要素［１番目は責任構成要件の制限］であるところ――、これらの一般条項は、「ある人の選択意志が、他の人の選択意志と、自由の普遍的法則にしたがって合一されうる」[63]よう、平等に秩序づけられた自由を調整するものなのです。ある者が自己の一般的な行為の自由あるいは競争の自由を行使することができるようになると、このことによって他人の自由は制限を命じられることに

56）ドイツ民法典823条２項、824条、825条。

57）ドイツ民法典826条。

58）ドイツ民法典812条。

59）ドイツ民法典677条～687条。

60）これについては、*Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Seite 72 ff.（1845年プロイセン営業法、1869年北ドイツ連邦営業法）.

61）ドイツ民法典826条。

62）ドイツ不正競争防止法３条。

なります。自由の行使は、故意の良俗違反による侵害であってはならず、業務取引においてはとくに、不正競争であってはならないのです。これに対して、ドイツ民法典と不正競争防止法における不法行為法の一般条項は、すでに取得された財産、とくに競争によってえられた事業者の資産を保障するものではありません。これらの諸規定は、確定的に定義づけられた所有権原を作り出すものではなく、経済その他［の活動］を発展させる平等なチャンスを保障するものなのです[64]。

不法行為法上の法の継続形成もまた、この平等なチャンスの保障という目的に仕えています。ドイツの裁判所は法の継続形成によって、さきに説明した、ドイツ民法典が採用した責任の基礎に関する列挙主義を克服しました。この克服の過程にはとりわけ、すでに1904年に承認されることになった設立されかつ稼働中の営業に対する権利[65]と、第２次世界大戦後に発展した一般的人格権の承認[66]が挙げられます。裁判所はこれらの事例において、設営された営業あるいは人格に対する所有権を承認したのではけっしてありません。むしろ、

63）*Kant*（Fußnote 25), Seite 230, 237（「自由〔他人の強制する選択意志からの独立〕は、それがどの他人の自由とも普遍的法則にしたがって両立できる限りで……」); カントと同様の主張は、*Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, 3. Band, 1845, Seite 1, 8（「したがって、法の概念は、自由な存在者たちの必然的な相互関係についての概念である」); 詳しくは、*Peukert*（Fußnote 12), Seite 237 ff.; これらと異なる見解をとるのは、*Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage, 1967/1996, Seite 476 ff.（超実定的な社会倫理の表現としての一般条項).

64）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 32, Seite 311（317 ff., 319）（「不正競争行為が――『所有権』としての――客観的な資産を根拠づけ、またこれに対する営業主の信頼を保護することを正当化することはできない」); Bundesverfassungsgericht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1993, Seite 751（753). のれんと企業信用につき、態度決定をしないのは、Bundesverfassungsgericht, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2004, Seite 616（617); Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Band 140, Seite 134（145).

65）Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 58, Seite 24（1904）〔ジュート繊維事件〕.

ドイツ民法典と不正競争防止法が定める制限的な不法行為責任の構成要件によっては十分に対応することができなかった、経済的、一般的な［人格］発展の自由を危険にさらしたことに、責任が課せられたのです。営業に対する枠組権〔Rahmenrecht〕は、事業者の経済活動の自由を保護しています（ドイツ基本法２条１項、12条１項、5条１項２文）。より精確には、まさしく所有者の権能が不当に過大行使されないように保護しているのです。このようにして、精神的所有権に属する権利の侵害に当たるとする警告を受けた際には、故意の不当なものだけではなくあらゆる警告に対して、営業上の権利を引き合いに出すことができます。営業上の権利は、所有者にその法的権原の限界を遵守するように促す、矯正方法としての役割を演じているのです[67]。一般的人格権は、マスメディアが十分な公的な利益もないのに情報を独占しようとすることに対して私生活を保護し、また、人の肖像または氏名を望まないのに商品化されないよう保護しています。［一般的人格権という］新しい権利によって人格を商業財に作り変えようとしているのではありません。そうではなく、権限なく金儲けの手段に用いられることから保護されるべきということなのです[68]。

中間的な要約として、２つの、明らかに異なる自由の構想が確認されなければなりません。一方の自由は、法律によって確定された私的支配の領域である

66）Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 13, Seite 334, 338（1954）〔読者の手紙事件〕; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 15, Seite 249, 257 f.（1954）; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 26, Seite 349, 354 f.（1958）〔アマチュア騎手事件〕.

67）Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen（Großer Senat）, Band 164, 1 ff.（2005）; *Peukert*, Änderung der Rechtsprechung zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung?, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2005, Seite 73 ff.

68）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 34, Seite 269（272, 280 ff.）; Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1959, Seite 525（526）; Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 2000, Seite 2194（2195）（一般的人格権は、ドイツ基本法２条１項が有する照射効を同法１条１項との関わりにおいて顧慮して、具体化されなければならないとする）; Bundesgerichtshof, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2005, Seite 788（790 ff.）（人格の保護と芸術の自由を「衝突する基本的価値」として衡量している）を参照。

のに対して、他方の自由は、細密に規定されたものではなく、その行使が一般法に属する法律によって調整されるものです。一方では、以上とはまた別個の所有権のメルクマールが、そして他方では、平等な自由の調整のための法的装置が、この区別を明らかにしています。

２．構成要件と違法性

別個の所有権のメルクマールというのは、物の所有権と精神的所有権に属する諸権利の侵害は、当該行為の違法性を徴表するということです。したがって、法律により定義づけられた保護領域への客観的干渉は、原則として違法であり、ただ例外的にのみ正当化されます。所有権侵害の状況はそれだけですでに、無価値の評価を受けるのです［結果不法］。侵害者がなぜこのような行為をおこなったのかということは、特別な正当化根拠の枠内においてのみ考慮されます[69)]。

不法行為法の一般条項と、法の継続形成によって承認された営業と人格に対する枠組権は、まったく異なる判断構造を有しています。さきにみた枠組権は、確定された保護領域を有しておらず、良俗違反、不正といった充塡を必要とする要件を具備することで保護されます。侵害行為の違法性が、個別の事例の全事情を顧慮した利益衡量によって、積極的に決定されなければならないのです［行為不法］[70)]。この禁止に関する構成要件は原理的には今後も開かれた

69）結果不法をめぐる学説の争いについては、Bundesgerichtshof, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1962, Seite 254（255）; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, 1994, Seite 399 ff.; *Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Archiv für die civilistische Praxis, Band 99（1906）, Seite 1 f.（ドイツ民法典823条１項は「それ自体」として存する違法性に関するものであるという）を参照。

70）Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 45, Seite 296（306 f.）（1966）; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 98, Seite 94, 99（1986）（「設立されかつ稼働中の営業の不法行為的保護は一般的人格権と同じように、絶対的にではなくおのおの具体的な事例についての利益、法益の衡量によって決定されなければならない」）; *Larenz/Canaris*（Fußnote 69）, Seite 369; *Leser*, Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Band 183（1983）, Seite 568（584 f.）.

ものではありますが、法律上の典型例、あるいは判例の事例群によって類型化することができるでしょう[71]。たとえば、著名人の私生活に関する新聞報道の際には、マスメディアのプレスの自由は、その著名人の一般的人格権と調和するものでなければなりません[72]。著名人の氏名と肖像を権限なく用いることそのものは、それ自体としては禁止されていません。ここでもつねに、個々の事例の諸事情が重要になるのです。このようにして、著名な政治家の肖像を掲載した広告は、政治的なメッセージがその広告と結びついているならば許容されうるということになります[73]。

事例群の類型化によってようやくえられる行為不法のドグマティッシュなモデルは、同一順位に属する自由の利益の調整に関するものです。当事者の一方はみずから自分のために、他方に優先する権利を請求することはできません。行為の結果だけでは違法性は基礎づけられないのです。そうではなく、行為者の行為の包括的な評価によってはじめて違法性が基礎づけられます。衡量の目的は、すべての関与者にとって可能な限りひろく認められるように、調整の対象となっている双方の［人格］発展に対する期待を制限づけることにあります。

要するに、所有権のドグマーティクは、優先的な保護利益と劣後的な保護利益の間を、図式的―固定的に段階づけることを志向します。これに対して、自由のドグマーティクは、同一順位に属する利益を衡量するのです。

71）ドイツ不正競争防止法４条、ドイツ民法典826条と一般的人格権につき、Palandt/*Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 69. Auflage, 2010, § 826 Randnummer 19 ff., § 823 Randnummer 99 ff.

72）Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 156, Seite 206, 210（2003）（一般的人格権は枠組権としての特性を有するために、その射程範囲は絶対的には確定しておらず、原則として他面において保護に値する利益との法益の衡量をとおしてはじめて決定されるものといわなければならないとする）.

73）Bundesgerichtshof, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2007, Seite 139 ff.〔財務大臣辞職事件〕.

３．権利侵害による請求権

所有権と自由のさらなる違いは、次の問いとの関連で明らかになります。所有権利益の侵害による請求権と、自由の利益の侵害による請求権はどのようにして構成されるのか、という問題です。

物の所有権と精神的所有権に属する諸権利は、すでに述べたように、確定的に定義づけられた保護領域によって法律上規定されています。この場合には、１次的な排他的権利が問題となります。この１次的な権利が保護領域に対する干渉によって侵害される場合、差止め、損害賠償その他の法的救済を求める２次的な請求権が生じます[74)]。たとえばドイツ民法典823条１項と日本民法709条のように、物の所有権についての請求権の基礎は、別に規律された１次的な所有権の参照を求めています。２次的な保護請求権は原則として、１次的な権利とは無関係に存在します。したがって、所有権侵害による損害賠償請求権は、別個に移転することができるのです。

所有権侵害による損害賠償請求権と異なるのはとくに、不法行為法の一般条項に基づく請求権と、営業と人格に対する枠組権の侵害による請求権の場合です。これらの請求権は別個の、１次的な主観的権利を公認するものではありません。そうではなく、場合ばあいにその基礎を、客観法のなかに直接還元するのです[75)]。さきに挙げたもろもろの規定は、人格と財産に関する自由の利益を保護しています。それらはただ、自己の人格または財産を良俗に反して、不正に、あるいはその他違法に直接侵害された者のみが行使できるのです[76)]。この構想において保護法益、請求権、そして原告適格者は相互に不可分に結びつけられています。１次的な権利と２次的な保護請求権の間を区別することは、で

74）*Raiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung 1961, Seite 465, 466; *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, Seite 51 ff.; *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage 1948, Seite 13 f., 99 ff.; *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal, Band 26 (1917), Seite 710, 752 f. を参照。

75）詳しくは、*Peukert*（Fußnote 12), Seite 863 ff.

76）不正競争防止法８条と、Palandt/*Sprau*（Fußnote 71), § 823 Randnummer 73 ff. を参照。

きないのです。

4．移転可能性と強制執行

この構成が実際上の意義を有するのはとくに、法的地位の移転可能性をめぐる問題についてです。

物の所有権と精神的所有権に属する諸権利の法律上の規律は、すでに述べたように、1次的な主観的権利を構築しています。これらは顕在化した侵害とは無関係に定義づけられているのです。このように侵害なくして観念されるところ、1次的な権利は、内容を変更せずに権利者を交替することができます。換言すれば、完全に、あるいは少なくとも制限的にであれば、移転可能というわけです[77)]。どのような処分の方法が問題となり、これらの処分がいかなる方式でなされなければならないのかは、所有権を法典化するなかでそのつど規律されています[78)]。物権法においてこの問題を取り扱う限りは、処分行為とそこから派生する制限物権の numerus clausus〔閉鎖数［法定主義］〕から出発しなければなりません[79)]。

これに対して、自由の利益の不法行為による保護というものは、それ自体としては移転できるものではありません。侵害なくして観念される、独自の処分対象としての権利がそもそも欠けています[80)]。むしろ、客観法は、侵害が顕在

77）*v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, 1910/1957, Seite 151, 313 ff.

78）ドイツ民法典873条、925条以下、ドイツ特許法15条、ドイツ商標法27条～31条、ドイツ著作権法28条～44条。

79）*v. Tuhr*（Fußnote 77), Seite 137; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen. Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, Seite 241 ff.; さらに、日本民法175条。

80）*Peukert*, „Sonstige Gegenstände“ im Rechtsverkehr, erscheint in 2010 in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht. この問いの意義についてはまた、*Gareis*, Das Recht am menschlichen Körper, in: Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1.8.1900, 1900, Seite 59, 82（侵害されないというだけで主観的権利を観念できるのか、あるいはできないのかが問題であるという）.

化したことを根拠としてのみ請求権を生じさせるのです。このようにして、良俗違反の行為または不正な行為に対する保護は、それ自体として移転することはできません。営業と人格に対する枠組権も同様です[81)]。良俗違反、不正その他違法に直接侵害を受けた者に、原告適格が原始的に付与されます。これらの請求権はただ直接侵害を受けた事業者、ないし自己の自由な［人格の］発展が侵害されていると主張する、そのときどきの人格の保持者にのみ属するのです。

この移転可能性に関するドグマティッシュな構成もまた、次にみるように根本的な評価を反映するものです。所有権は移転し、放棄することが可能です。このことによって業務行為をおこない、市場を発展させることができるようになります。これに対して、属人的な自由は移転し、放棄することができません。とくに、人が奴隷状態に入ることは法上有効にはなりえないのです。

所有権は移転可能であるが、不法行為法によって保護された自由の利益はこの限りでない、という事情はさらに、強制執行法と倒産法においても表れています。これらの法領域もまた、所有権と自由の間を区別し、この方法によって自己責任を基礎におく秩序を実現しているのです。ドイツ民事訴訟法は、債権者に属する個々の債権の強制執行を規律しています[82)]。これに対して、倒産法は、債務者が支払不能となったり、債務超過になった場合において、すべての債権者を共同で満足させる仕方について規律しています[83)]。

双方のケースにおいては次の問題が提起されます。すなわち、債権者は自己の債権の満足をえるために、国家権力の助力をえて、いかなる財産的価値を把握することができるか、という問いです。この場合、債権者の利益は債務者の

81）営業に対する権利につき、*v. Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Dölle/Kunkel, Festschrift für Ernst Rabel, 1954, Seite 333, 400, 一般的人格権につき、Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 119, Seite 237, 240（1992）を参照。肖像権につき態度決定をしないのは、Bundesgerichtshof, Juristenzeitung 1987, Seite 158〔ネーナ事件〕. 精神的利益の保護の一身専属性につき、Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 143, Seite 214, 220（1999）〔マレーネ事件〕.

82）ドイツ民事訴訟法704条。

83）ドイツ倒産法１条。

利益、つまり自己の所有権、さらには自己の自由を失わないという利益と対立しています。ドイツ法はこの対立を、責任の強制を段階的に異なったものとして位置づける体系を用いて解決しています。この構想はすでに示した、一方では独立に移転可能な主観的権利、他方では移転不能な自由、これらの間を区別することに基づいているのです[84)]。

債務者がなお倒産にいたっていない間は、独立に移転可能な、主観的な財産権の状態においてのみ執行されます。これらの権利が強制執行手続において、第三者または債権者に移転されるのです。次の原則が妥当しています。すなわち、債務者が法律行為による処分によって自由意思をもって移転しうる権利は、債権者の満足のために強制執行によっても換価することができる、という原則です。この独立に移転可能な権利のストックには、物の所有権と精神的所有権に属する諸権利、両権利から派生した諸権利、およびすべての債権が数えられます[85)]。ただし、債権はその内容からみて債務者の人格と結びつけられていないものに限られます。

これに反して、一般的人格権は移転することができません[86)]。営業のような集合物にも、あるいはのれん、顧客リストのような財産的価値にも、移転可能な権利は存しません。これらの財貨を妨害されずに利用できるという利益は、不法行為法によって「のみ」、侵害から保護されることになります。人格および、のれん、顧客リストのような財産的価値ある利益には移転可能な権利が存しない、ということはさらにまた、これらの利益が個別の強制執行には服さな

84）詳しくは、*Peukert*（Fußnote 12）, Seite 587 ff., 611 ff.

85）ドイツ民事訴訟法808条以下。Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 2005, Seite 3353（インターネットドメインは差押可能な財産権ではないとしたもの）; Oberlandesgericht Stuttgart, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2002, Seite 884（独立した「物権」でなく差押えできないとしたもの）; *Lüke*, in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 4, 2. Teilband, §§ 808-915h, 3. Auflage, 1999, § 857 ZPO Randnummer 30（権利なのであって、たんなる事実上の取得の見とおし、期待はこの限りでないと説く）.

86）前掲注81）を参照。

いということにも繋がります[87]。したがって、個別の強制執行においては、債務者からこの者が取得した所有権的権利と債権のすべてを取り上げることはできますが――しかし、不法行為によって保護された自由、すなわち債務者が人格や顧客との付き合いを、さらにお金を稼ぐためにあれこれと利用するという自由についてはこの限りではないのです。

これらの自由は、債務者が経済上最終的に破滅する、つまり支払不能または債務超過におちいる場合にはじめてひろく制限されることになります。すなわち、倒産手続が始まると、債権者の満足のために債務者から取り上げられるのは、債務者が取得した所有権と債権のストックにとどまりません。債務者はそれ以上に、その他の財産的価値ある利益を自由に管理し、これによって収益をあげる権能を失うのです[88]。ここにはとくに、顧客関係、のれん、商号および企業秘密を含んだ、企業の集合物が数えられます。そうした財産の構成要素は、独立に移転可能な権利が欠けているところ、個別の強制執行には服しませんが、しかし倒産財団には属するというわけです[89]。

この区分の背後には次の考え方があります。債務者は倒産手続の開始により――しかもそれによってはじめて！――きわめてひろい範囲で、経済取引から撤退させられる、というものです。この手続開始の瞬間に債務者は、そのときまでにあるいはまだ自分に残されていた権利と財貨を使って収益をあげる、という営みを止めさせられることになるのです。この場合にもなお債務者に残さ

87）Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 32, Seite 103, 105 ff.（1960）; Bundesgerichtshof, Monatsschrift für Deutsches Recht 1963, Seite 308（取引そのものは強制執行の対象とはならない、差押可能な部分とならんで、差押不可能な部分も含んでいるとする）; Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1990, Seite 2931, 2932 f.（医薬品の承認は差し押さえることができないが、その財産的価値は医薬品の製造と販売についての私的な主観的権利〔特許、ライセンス〕の差押えをとおして債権者に与えられるという）。生産調整により認められた生産可能な牛乳の量は差押えできないとして、さきの決定に対応する論証をおこなうのは、Landgericht Memmingen, Rechtspfleger 1998, Seite 120.

88）ドイツ倒産法80条１文を参照。

89）*Peukert*（Fußnote 12）, Seite 631-633〔他の典拠の指示あり〕.

れるのは、自己の人格発展の自由です。とくに注目されるのは、倒産債務者にも、自分が労働するかどうかの決定が委ねられていることです。したがって、債務奴隷は、自由意思によっても強制的にも、いずれによっても作り出すことができません[90)]。さらに、倒産債務者にはその後も、かれの一般的人格権が帰属します。このことによって、倒産管財人は、倒産した著名人の氏名または肖像を、自己の裁量によって広告に掲載してお金に換えることはできず、このような仕方で債権者の請求権を満足させることはできないのです[91)]。

次のことがしっかりと確定されなければなりません。すなわち、法律によって定義づけられた移転可能な所有権と、不法行為法によって保護された自由の間をドグマティッシュに区別することは、強制執行と倒産のコンテクストにおいても基本的な意義を有するということです。責任強制に関する段階的体系はこの区分に依拠しています。この体系によれば、展望的な取得の自由は、移転可能な財産権のストックが使い果たされるときに、はじめて制限されることになるのです。

5．憲法上の所有権と規範による反射的保護

連邦憲法裁判所の以下の理論は、こうした私法上の構造を背景にすると、説得的なものとなります。同理論によれば、一定の法的地位は、同じように私的利益の保護が問題となるにもかかわらず、所有権保障の保護領域には服しません。すでに説明したように、連邦憲法裁判所は、憲法上の所有権保障のもとにあるのは、次のような主観的な財産権だけであるとしているのです。すなわ

90）*Smid*, in: Lüke/Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §§ 803-1066, 2. Auflage, 2001, § 857 ZPO Randnummer 9（法秩序は市民に行為の可能性を保障しようとしているところ、まさにこのことから、この行為可能性は差押可能な権利と構成されてはならないと説く）.

91）例として、*Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, 1997, Seite 525 f. のみを挙げておく。これと異なる解釈をとるのは、*Sosnitza*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte – Plädoyer für eine Neuorientierung, Juristenzeitung 2004, Seite 992, 998 ff.

ち、法秩序によって、そのときどきの権利者が自己の権利を私的利用のために処分しうる、というかたちで形成されている財産権です[92]。物の所有権と精神的所有権に属する諸権利、および相対権、とくに契約上の債権がこれに含まれます。したがって、たとえば排他的な商標権は、憲法上の所有権に組み入れられることになるのです[93]。

これに対して、混同を生ぜしめるワインの商標を使用する行為の禁止については、憲法上の所有権とはみなされませんでした。連邦憲法裁判所によればたしかに、このような禁止は間接的にワイン醸造会社の個別的な利益をも保護しています。つまり、この者だけが、ワインをそのブドウが栽培されたブドウ園の名前をつけて流通させることができるというわけです。しかしながら同裁判所によれば、ここでは、不正競争防止法に基づく禁止の場合と同じように、もっぱら反射的な「規範による保護」が問題となっているにすぎません。混同を生じさせるワインの商標を使用する行為の禁止は、所有権を創設するものではなく、すべてのワイン醸造会社の経済活動の自由を保護するものであると判断したのです[94]。

このようにして所有権と、法律による個別的な利益の保護の間を区分するのは、正当なことです。これまでの説明から明らかなように、一般法に属する法律による平等な自由の調整は、ドグマティッシュな視座、また機能的な視座か

92）前掲注17）。

93）Bundesverwaltungsgericht, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2004, Seite 408, 409 ff.

94）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 51, Seite 193, 212（1979）〔ドイツワイン法Ⅰ事件〕。この決定は、Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 78, Seite 58, 70（1988）によって1982年［改正］ドイツワイン法についても確認されている。これらの決定よりも前に、ドイツ不正競争防止法につき同様の判断が下されていたことは、Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 32, Seite 311, 319（1972）. ドイツ食品法については、Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 1992, Seite 36 f. 一般的なものとして、Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 2006, Seite 2613, 2614.

らみますと、移転可能な所有権的権利による特定の財貨の独占的な帰属ということとはいくらか異なっているのです。

Ⅲ．所有権の静態性：排他性を有する原始的権利の法定主義

この区別はとりわけ、ここで念頭においてきた問いに影響を及ぼします。それは、所有権と自由はどの程度法律によって規律することを要するのか、という問いです。この問いと取り組むことによって、われわれは自由な法治国家秩序が有するこの２つの支柱に関して、法典化の理念とその重要性を知ることができます。

法典化に関する問題は、本講義が大陸法財団によって実現されたものであることにかんがみますと、まさにここで語られるべきということになりましょう。というのは、たとえばドイツあるいはフランスの法秩序はつまるところ、それらが主として法律による規律を利用するものであることによって特徴づけられるからです。これに対して、コモンローの諸国は伝統的に、判例法に対してより開かれた態度をとっています[95)]。もちろん、こうした特徴づけは最初の、大雑把な捉え方以上のものではありません。連合王国あるいはアメリカ合衆国のようなコモンロー諸国においても、法典化の傾向を観察することができます。これとは反対に、［大陸法諸国における］法律もまた、多かれ少なかれ、個別事例の判断に関する大きな裁量の余地を裁判官に与えています[96)]。このようにして実際また、ドイツその他のヨーロッパ大陸秩序においても、立法を超える法の継続形成はけっして禁止されていません。このことについては著名なスイス民法典１条２項を参照してもらえれば足りるでしょう[97)]。同条項によると、制定法と慣習法が欠けている場合には、スイスの裁判所は、立法者であるならば定立するであろう規則にしたがって判断すべきとされています。ドイツの裁判

95）*Wieacker*（Fußnote 63), Seite 475, 496 ff.

96）*Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage 1996, Seite 250 ff. を参照。

97）http://www.admin.chでみることができる。

所構成法もまた、裁判官による法の継続形成を明文で認めています[98]。

もっとも、ここで問題となっている所有権と自由の間の区別は、［逆に、］原則として承認されたこの法の継続形成の権限には重要な限界があることを強調するのです。なぜなら、排他的な所有権的権利の創設は、議会立法者の手に留保されているからです。換言すれば、原始的な排他的権利の法定主義が存在しています[99]。

この法定主義はまず第一に、物の所有権から派生した、制限物権の法定主義から区別されなければなりません。ここで問題となっている法定主義とは、裁判所が、たとえば物の写真や馬の名前に関して、物の所有権と精神的所有権に属する諸権利を範型とする、書かれざる排他的権利を承認することを禁止するものをいいます。つまり、そもそもどの財貨が所有権というかたちで割り当てられるのか、という問いが問題となります。これに対して、制限物権の法定主義は、自己の所有権を法律により規律された方式とは異なるやり方で処分する、という所有者の権能に関わるものです。制限物権の法定主義によって制限されるのは、原始的な物の所有権から導くことができる、派生的権利の範囲です。こうしてみますと、［所有権の法定主義と制限物権の法定主義では］それぞれまったく異なる事態と権限が問題となります。すなわち、所有権的権利の際には、法の継続形成に関する裁判所の管轄が、制限物権の際には、所有者の処分権能が問題となるのです。したがって、ドイツの裁判所が、期待権のような書かれざる物権を承認したという事情[100]からは、同裁判所が原始的な所有権的

98）ドイツ裁判所構成法132条４項。

99）これについては、*Peukert*（Fußnote 12）, passim. 異なる見解をとるのは、*Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, Seite 38 f.（財産権の法定主義という大胆なテーゼはなににによっても裏づけられず、様々な法発展がみられるなかで「けっして役割を演じなかった」という）; *Ohly*, Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, in: Ohly/Bodewig und andere, Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005, Seite 105 ff., 119.

権利の法定主義に賛成しているとも、反対しているとも、いずれとも結論することはできません[101)]。

原始的な所有権に関する法の継続形成の禁止はむしろ、すでに示したように、憲法から導かれることです。憲法は、所有権の内容と制限につき明文で議会法を要求しているからです[102)]。私法は、原始的な所有権原の範囲が閉ざされたものであることを確認しています。物の所有権と精神的所有権に属する諸権利の法典化は、特定の財貨と権能に合わせて仕切られているのです。このことだけからしても、それらを他の財貨に類推適用することはできないことになります[103)]。すべての財産的価値ある利益はこれを創造し、あるいはその存在を可能ならしめた人に帰属する、という普遍的な一般条項は存在しないのです。法定債務関係は、――たとえば所有権侵害による損害賠償請求権、あるいは侵害利得による価格賠償請求権という形態において――所有権侵害につき責任を負わせています。この範囲では、１次的権利の参照を指示する２次的な請求権が問題となっています。法定債務関係によって１次的権利が設権されるわけではないのです。たとえば「その他の権利」の移転可能性に関する条項[104)] のような、法的取引に関する受け皿条項〔Auffangklauseln〕は、まさにそうした白地的性格を有しています。前者の条項はまた後者の権利の存在、一般には実体的な所有権秩序の存在を前提としているのです。たしかに、不法行為法の一般条項は、このように参照を指示するだけに尽きるものではなく、新たな種類の紛争の解決を可能としています。しかし、すでに説明したように、そうした場

100）とりわけ、Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 20, Seite 88, 97（1956）（「現に存在している権利についての条件付処分」に基づく期待権〔強調は著者〕）を参照。

101）*Schön*（Fußnote 79）, Seite 253 f. を参照。

102）ドイツ基本法14条１項２文。

103）詳しくは、*Peukert*（Fußnote 12）, Seite 232 ff.

104）ドイツ民法典413条、1273条～1274条、1068条～1069条、ドイツ民事訴訟法857条１項。詳しくは、*Peukert*, „Sonstige Gegenstände“ im Rechtsverkehr, erscheint in 2010 in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht.

合には所有者利益の保護を目的とし、またこれを保護するというわけではありません。むしろ、自由の利益の衝突を調整しているのです。

これまでに述べてきたことのすべてが、取得したものの保護に関する規律は静態性を有するということを導きます。この静態性は所有権の目的に対応しています。所有権とは、取得した財産を保護すべきものなのです。

Ⅳ．自由の動態性：平等な自由の法原理の発展的開放性

これに対して、平等な自由の法原理を実現するための装置は、いっそう大きな動態性と、発展的開放性によって特徴づけられます。

１．自由の概念

この不確定性はまたしても、自由というものの古典的―リベラルな理念に対応しています。すなわち、この理念のもとでは、強制の不在、ということだけが捉えられるのです[105)]。個人がどのように行為すべきか、ということについてはなにも述べられません。したがって、「消極的」自由が語られるわけです。その内容は開かれており、かつ不確定なものです。この自由の概念を基礎においているのはとくに、憲法上の一般的な行為自由です。ドイツ基本法２条１項はもっぱら、個人がその人格を自由に発展させる基本権を有すると述べるにとどまります。この自由をどのように行使することができ、さらにまた行使すべきなのかということについては述べてません[106)]。つまり、消極的自由というのは、第三者によって侵害されてはならない、可能性に関する「からっぽの空間」のことなのです。人がこの可能性によってなにを始めるか、という点については法によって確定されていません。なぜなら、この領域においては、［私的］自治が支配すべきとされるからです。法ではなく、各人が、みずから自分自身

105）*Kant*（Fußnote 25）, Seite 237; *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 4. Auflage 2005, Seite 13 f.; *Berlin*, Liberty, 2. Auflage 2002, Seite 168.

106）上記C Ⅰ。

でなにがおこなわれるべきかを決定することになります。

したがって、この自由な活動の余地を作り出そうとする法の装置は、このからっぽの空間が一般に存在するということだけを規定しさえすればよいのです。その内容、その詰め物についてはなにも述べてはいけません。

2．制限による自由の保障

この意味における古典的―リベラルな装置とは、法的準則の制限のことを指します。動態的な自由が法の限界とはかかわりのないところで動き出し、継続して発展できるようにするために、法秩序の命令は後景におかれます[107]。この講義では、所有権と契約外の責任との関係で、そのような限界づけが示されました。原始的［に創設される］所有権原の法定主義と、契約外の責任の列挙主義をとおして、自動的に「からっぽの空間」が作り出されます。その範囲では万人が、第三者に認められている利益を顧慮することを要せずに、みずからの考えにしたがって行為することができるのです。「からっぽの空間」においては万人が自由に行為できるのですから、ドイツ不法行為法における原則は、「何人をも害することなかれ」（neminem laedere）ではありません。そうではなく、汝に生じた損害は原則として汝自身が負担せよ（casum sentit dominus）とされているのです[108]。

新たな所有権原の創設が議会立法者の排他的権限に属する、ということもまた、そのような制限のひとつであると解することができます。すなわち、この立法者の排他的権限は、新たな所有権原の獲得のための手続上の障害を意味します。排他的権利をえたいと欲する者は、幾人かの裁判官だけではなく、議会の多数を説得しなければならないというわけです。このように厳格な要件の充足が求められるのは、［新たな所有権原の創設によって］平等な自由の構造が本質的に変更されることを反映してのことなのです。

107）*Peukert*（Fußnote 12）, Seite 906 ff.

108）*Larenz/Canaris*（Fußnote 69）, Seite 356 f.; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, Seite 186 ff.

3．自己責任による自由の行使能力：私的自治

［所有権原の創設に関わらない］その他の法的な装置は、平等な自由を行使する力を与えるものです。もっとも、いうまでもなく行使する自由の内容を確定するものではありません。この機能を有するのはなによりもまず第一に、私的自治です。私的自治は、自己の生活関係を法律行為によって自己責任により規律することを、個人に委ねています[109)]。

契約の拘束力を生じさせ、法人を設立し、あるいは遺言をおこなうかどうか、またその内容や目的をどのようなものとするのかについては、法秩序は、自己の平等な自由を行使し判断するよう、私権の主体に委ねています。ドイツ民法典は、この法律に別段の定めがない限り、債務関係の拘束力は契約に基づくこと、したがってつまり、当事者の２つの意思表示の合致に基づくことを明文で規律しているのです[110)]。契約自由は、私権の主体に相対権を生み出す権限を認めるものです。各人は強行法上の枠組みを遵守したうえで、契約に基づく債権を取得し、かつ義務を負担する平等な自由を有します。この場合の権利義務の内容はまたしても、法律によって事前に確定されるものではありません[111)]。この私的自治によって創設された請求権は、国家機関［裁判所］によって実現することができます。強制的な方法を用いることもできるのです。

こうした相対権はドイツ基本法14条による憲法上の所有権に割り当てられる、とみるのが正当です[112)]。なぜなら、債権は特定の債務者の特定の行為のみに向けられるものだとしても、債権者は自己の取得した権利［である債権］

109）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 81, Seite 242, 254（1990）; Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschau 2005, Seite 596, 598; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 130, Seite 371, 375 ff.（1995）（自由市場経済システムの私法上の決定的なエレメントとしての契約自由）; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, Seite 43 ff.; *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II/2, 1918/1957, Seite 1; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, 3. Auflage 1979, Seite 1 f.; *Bydlinski*（Fußnote 108）, Seite 179 ff. のみを挙げておく。

110）ドイツ民法典311条１項、241条１項を参照。

111）締結の自由と内容の自由については、*Flume*（Fußnote 109）, Seite 12 f.

を私的利用のために処分することができるからです。国家は、憲法にしたがう場合にのみ、この財産権を剝奪し、あるいはその内容に手をくわえることが許されます。それにもかかわらず、相対権については特別の法律は必要ありません。相対権はただ契約当事者間においてのみ効力を有するところ、合致したものとして表示され、かつ法律により拘束力を付与された当事者の意思によって正統性が付与されるというわけです。

これに対して、排他的な所有権的権利は、万人に対して効力を有します。所有権によってその行為の自由が制限される者すべての同意が必要となるところ、この同意は法律を要件とすることで代表されるのです[113)]。

4．不法行為的保護による平等な自由の確保

平等な自由の法原理を擁護し、かつ実現している、［人格］発展のために開かれた法制度がなにかほかにもないかと問うならば、いまいちど不法行為法の一般条項と、営業と人格に対する枠組権を俎上に乗せることになります。これらの法的基礎は、侵害者の良俗に反する、不正な、あるいはその他違法な行為を禁止することにあります。被害者が自己の人格または財産によってなにをなすべきであるかについて、積極的に確定するものではありません。この消極的自由の内容につき言明することは、自制しているのです。

所有者の自由の場合には事情が異なります。たしかに、所有者は自己の物を自由に取り扱うことができます。しかし、この自由は積極的に定義づけられたものなのです。なぜなら、法律が事前に、この自由がどの範囲にまで及ぶのかを確定しているからです。このようにしてたとえば、土地所有者がどのくらい

112）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 28, Seite 119, 141 f.（1970）; Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 2005, Seite 2363, 2366 f.

113）*Radbruch*, Rechtsphilosophie, 6. Auflage 1963, Seite 240 f.; *Vesting*, Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations-und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, Seite 21, 45.

自己の土地の上空を利用することが許されるのか、いかなる制限をたとえば上空飛行のために甘受しなければならないのかが、法律によって規定されることになります[114]。

以上によれば、所有者の自由とは、積極的に定義づけられた自由です。それは特定の財についての処分可能性と関連しています。

これとは逆に、一般的な行為自由とは、制約に対する消極的な防御に向けられるものです。それは不特定な人格の存在と関連しています。

D. 結論

Ⅰ. 財貨帰属の法原理の不存在

したがって、平等な自由の法原理を基礎におく秩序は、秩序の準則を制限し、これによって私的自治的行為の地平を開放することによって特徴づけられるのです。そうである以上、自由な法秩序のこの自己制限を特定の内容を有する準則によって乗り越える、「積極的［実定的］」自然法なるものは存在しえません[115]。国家権力によって達成されるべきことは、国家権力の行使と規則の定立によってのみ承認されうるものなのです[116]。ある規範的命題が法治国家の憲法的秩序のどこにも意義を有しないのであれば、その命題は効力を有しません[117]。

積極的自然法の観念は、とくに次の要請と関連しています。その要請によれば、財産的価値ある利益はつねに、自己の労働の果実としてこれを産出した人

114）ドイツ民法典905条。

115）詳細には、*Peukert*（Fußnote 12）, Seite 756 f.

116）*Raiser*（Fußnote 16）, Seite 230, 232（「したがって所有権概念は、一定の所有権体制とその背後にある経済体制の表現であると解されなければならない」）.

117）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 13, Seite 153, 164（1961）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 34, Seite 269, 286, 292（1973）〔ソラヤ事件〕; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 65, Seite 182, 191（1983）（破産法という法律による秩序づけの重要性）; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 96, Seite 375, 394（1997）.

に割り当てられなければならないとされるのです。つまるところ、われわれが例として挙げた事例に登場するカエデの木の所有者、競走馬の所有者の論拠は、この道徳的訴えに基づいています[118)]。われわれはいまや、これらの事例を解決することができるでしょう。

この道徳的訴えを基礎とする財貨帰属の法原理なるものは、すでに説明したように、ドイツの法秩序のなかによりどころを有しません。かりにそのような原理があるならば、とりわけ、憲法上の、まさしく制限づけられた所有権保障の限界を超えることになるでしょう。ドイツ基本法はすでに示したように、国家機関がこれをただ実現しなければならないといったような、絶対的な、所与とされた所有権概念というものを有していません。そうではなく、所有権の内容と制限は、原始的に、法律によって構成されるのです[119)]。たしかに、国家は法制度としての所有権を保障しなければなりません。したがってとくに、国家による包括的な［財の］分配制度は排除されます。少なくとも、国家による施し〔Almosen〕とは無関係に、みずからの所有権を基礎として自己責任のもとに生活できるというくらいには、所有権がなくてはならないのです[120)]。だから、たとえば動産上の所有権を廃止することは許されません。

例に挙げた事例において主張されたもろもろの権能は、このような意味で絶対不可欠のものとはみられません。木の所有者は、自由にアクセスできる木の写真撮影を差し止めることができないとしても、独立した生活を営むことでしょう。同じことは、コンピューターゲームにおいて競走馬の名前の利用が許された場合の、競走馬の所有者についても当てはまります。

したがって、それらは依然として、平等な自由の原則のもとに服します。訴えられた写真撮影者、ゲームの製作者またはウェブサイトの運営者のように、割り当てられていない取得の可能性を摑んだ者は、そこから生じる利益を保持

118）財貨帰属の中核にある思想につき、詳しくは、*Peukert*（Fußnote 12), Seite 732 ff.

119）上記C I。

120）*Raiser*, Zur Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 78（1952/53), Seite 118, 119.

することが許されるのです。

Ⅱ．主観的権利の概念

ドグマティッシュな観点からみると、所有権と自由の間で浮き彫りにされた区別は、主観的私権の概念にとっても実り豊かなものになるであろうと思われます。主観的権利の概念が表すのは、法秩序が個人に法的な力を付与するということです[121)]。だから、この概念は、ただあらかじめ規定された内容を有する所有権、債権その他の権利のみに適用されるべきでしょう。なぜなら、所有権などの権利はその持ち主に帰属するからです。

これに対して、散歩をする、所有権を取得できる、あるいは欺かれないということについて、主観的私権を語ることは間違っています。むしろ、これらについては、不法行為法によって保護された自由を語るべきように思われます[122)]。不法行為法によるこれらの自由の保護は、法的な力を媒介するものではなく、もっぱら、自由を実際にも行使できるという平等なチャンスを守るものだからです。

Ⅲ．所有権の論理に対するリベラルな批判

締めくくりに、ここで主張したテーゼが属する法政策的なディメンジョンについて、わたしの立場を明らかにしたいと思います。わたしの説明で明らかにされたことは、所有者の自由はすべての人間が有する一般的な行為自由とは根本的に区別されている、ということです。平等な消極的自由の構造は自由な法秩序の出発点を形成するのに対して、所有権はあらかじめ定義づけられた積極的自由を割り当てます。この積極的自由は消極的自由の構造を、そのときどき

121）*Larenz*, Zur Struktur „subjektiver Rechte“, in: Baur/Larenz/Wieacker, Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis, 1977, Seite 129, 141, 147（財産価値の割当て）; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage 2004, § 14 Randnummer 15; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, Seite 248（「権利とは割当てのことである」）.

122）*Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Auflage 1996, Seite 171 ff., 194 ff. を参照。

の所有者の利益のために変化させるのです。平等な自由は国家に先行し、かつ欠缺のないものとして観念されますが、所有権はこの平等な自由とは異なる構造を有するものであって、法律上の基礎を必要とします。

そうするとまず第一に、自由と所有権をこのように対置することは危険なものと評されるかもしれません。なぜなら、そうした対置は、自由な法治国家秩序が有する２つの基本的支柱を、相互に対抗させているかのようにうつるからです。所有権に対するリベラルな批判はそもそも矛盾、あるいは少なくとも法政策上危険なものといえるかもしれません。

しかしながら、ここでは所有権の理念そのものに疑いを投げかけているわけではないのです。むしろ批判の対象は、所有権の論理とでも呼ばれるべきひとつの傾向に限られます。所有権の論理[123]によれば、すべての価値を所有権によって分配することが通常のケースを形成することになります。あらゆる財産的価値はすでに、特定人に分配されているというわけです。われわれが挙げた例において所有権の論理にしたがうとすれば、カエデの木と馬の所有者およびドイツサッカー協会は、第三者の経済活動を差し止めることができることになってしまいます。

このようなほとんど無制限の所有権原が政治と司法によって認められると、平等な自由という「からっぽの空間」が制限されることになります。適法な取得をおこなう機会がますます少なくなっていくわけです。こうした自由を脅かす傾向は、近時ではとくに、ますます規模が膨らんできている精神的所有権に属する諸権利との関連において知られることになりました[124]。

けれども、こうした所有権に対する批判は、それよりもずっと前から定式化されているものなのです。それがみいだされるのはとりわけ、ドイツ連邦共和国の成果のしるしとみなされている、社会市場経済の精神的支柱となったもろ

123）*Dreier*, in: Schricker/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, 2001, Seite 51, 70 ff., 76 ff.

124）例として、*Hilty/Geiger*, Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, 2007のみを挙げておく。

もろの著作においてです。そうした例として、ヴァルター・オイケン〔Walter Eucken〕は1950年代の著作、『経済政策の諸原則〔Grundsätzen der Wirtschaftspolitik〕』において、所有権制度の必然性とその問題性を、レッセフェールと、私的所有権に対する社会主義的批判という伝統的な２分法に陥ることなく、「どこまでも厳しく考察すること」を求めています[125)]。オイケンによれば、私的所有権の濫用は、法によって脇を固められた、徹底的な経済競争によって阻止されなければなりません。所有権をめぐる競争は個人が［人格を］発展する余地を有してはじめて成立するのだから、この取得に関する自由を確保することを要する。したがってまた、自由な市場経済が受け入れられるかどうかは、効率による利益が個人に帰属するだけではなく、消費者を含んだすべての市場参加者にも振り分けられるかどうかにかからしめられると主張したのです[126)]。

今日観察することができる、こうした見方とは逆方向にある所有権の論理は、西洋において一般に増加しつつある安全の思想の表現であるといってよいと思います。国家は公共の安全を、まず第一に警察その他の保安法によって保障します。ここでは市民の自由との衝突が生じることがあります。たとえばデータの保護との衝突です[127)]。

そしてまた、国家は所有権原を用いて、そのときどきに優遇された権利者に対して保護を与えます。より精確には、望ましくない競争が生じる前に、そうした保護を与えるのです。ここには、取得した資産を守るという、ますます硬直しつつある、人口統計学上も老齢化している豊かな社会の試みを認めることができます。これに対して、自由と責任という双子のリスクと一緒に、大きなチャンス［を摑む機会］もまた、危惧され、遠ざけられているのです。しかしながら、私権の主体の関係を、あらかじめ積極的に定義づけられた権能によっ

125）*Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage 2004, Seite 273.

126）*Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937, Seite 11; *Mestmäcker*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, Juristenzeitung 1958, Seite 521, 526.

127）Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 120, Seite 274 ff.（2008）.

て規律する範囲が包括的になっていけばいくほど、ますます法秩序とこれにより規律される人間の共同生活は静態的なものになっていきます。なぜなら、個人がそこに進出することで、すべての発展に動態性を付与できる、規制されていない領域がいっそう小さくなるからです。歴史的な視座からみると、このような硬直状態は、とくに封建的秩序の際に観察することができます。封建的秩序は、階層化された社会構造を基礎とします。この社会構造は、万人にあらかじめ規定された自己の場所を割り当てます。西洋中世においてこれらの構造はとりわけ、農奴性と土地に対する分割所有権のような法制度によって固定化されていました[128)]。

近代の私法社会はこれらの拘束を廃止し、それに代えて私的な自由と、自由に移転できる所有権をおいたのです[129)]。このことによって動態性が解放されました。この動態性は開かれた社会の力に基づきます。それは、新しく生じるものに個人の自由な活動の余地を認めることを取りもち、そうしてみずからを塗り替えていく社会です。開かれた社会は、変化によってのみ維持できます。変化の可能性が開かれていることによってのみ、永続的であり続けるのです[130)]。

私法学の使命は次の点にあります。いわば目にはみえない平等な自由の法原理の構造とその制限を、つねに新たなものについて再構成するということです。なぜなら、この原理は、1900年に施行されたドイツ民法典の起草者たちとは異なり、2010年においてはもはや自明のものではないからです。けれども、この原理は現代の、自由な私法の基礎であり、またそうあり続けるのです[131)]。

128）*Schmoeckel*（Fußnote 60）, Seite 37 ff.

129）*M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Auflage 1921/1972, Seite 61; *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 1966, Seite 75-151; *Mestmäcker*, Recht und Politik in der EU, 2008, Seite 10 ff.

130）*Ladeur*（Fußnote 30）, passim を参照。

131）*Rückert*, Private Law, Concept of, in: Katz, The Oxford International Encyclopedia of Legal History, 2009, Volume 4, Seite 391 ff. これと異なる見解をとるのは、*Wieacker*（Fußnote 63）, Seite 543 ff., 621（旧市民社会が有した時代遅れの法像）.

〔訳者あとがき〕

本稿は、アレクサンダー・ポイケルト〔Alexander Peukert〕教授による講義、„Eigentum und Freiheit〔所有権と自由〕“の全訳である。この講義は、2010年度大陸法財団寄付講座「大陸法の基本概念」の第１講義として、2010年10月16日（土）と18日（月）に、慶應義塾大学においておこなわれたものである。

ポイケルト教授は、1973年にマリーエンベルク／ザクセンに生まれ、1993年からフライブルク大学に学び、1998年法学第１回国家試験合格、1999年に同大学で博士号を取得し、2001年に第２回国家試験に合格したあと、ベルリンにおいて弁護士となり、2002年以降マックス・プランク知的財産法・競争法・租税法研究所で研究活動をおこなった。、2008年にミュンヘン大学で教授資格を取得、2009年に現職であるフランクフルト大学教授に就任し、国際無体財産法に重点をおいた民法・経済法の講座を担当している。弱冠37才、新進気鋭の研究者である。

主たる研究業績としては、Die Leistungsschutzrechte des ausübenden Künstlers nach dem Tode, UFITA-Schriftenreihe, Band 169, Nomos-Verlag Baden-Baden, 1999, 194 S. と、Güterzuodrnung als Rechtsprinzip, Jus Privatum, Band 138, Mohr Siebeck Tübingen, 2008, XXII, 984 S. の２つのモノグラフが挙げられる。前者は博士論文であり、最優等の評価をえて伝統あるUFITA-Schriftenreiheの一冊として公刊されたものである。著者はこの論文によって、Dr. Georg-Rössler-Stiftung im Verein der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof für die Dissertationより表彰を受けている。後者は教授資格論文であり、著名なJus Privatumシリーズより公刊された、ほぼ1000頁に及ぶ大部なものである。この著書は学界からひろく注目を集め、すでに多数の書評が代表的な雑誌に掲載されている（Pahlow, ZUM 2009, 992; Sosnitza, GRUR Int. 2010, 91 f; Schack, UFITA 2010/II, 515-521; Peifer, AcP 210（2010）, 763-770）。その他にも、非常に多くの論文、評釈、書評、講演がある。詳しくは、http://www.jura.uni-frankfurt.de/peukert/ を参照されたい。

本稿には講義という名目がふされているものの、その内容はGüter-

zuodrnung als Rechtsprinzipを踏まえて、「所有権と自由」の関係を問い直そうとするきわめて論争的なものである。講義においては、「所有権と自由を同一視することは短絡であり、率直にいえば誤っている」というテーゼが、さまざまな角度から論証されている。論証の中心を占めるのは、基本法、民法・知的財産法、民事手続法の各領域におけるルールの体系的考察であるが、それにとどまらず、法哲学的、法社会学的、法政策的見地からの分析・検討も試みられている。法の経済分析とこれに対する（限定的な）評価については、前掲書第３章を参照されたい。おもな問題関心は、物のパブリシティのような新しい無体物をめぐる紛争をどのように解決すべきか、という点にあるが、こうした現代的な問題に対して所有権一般の基礎理論からアプローチするところに、方法上の特徴を認めることができよう。確認として、質疑応答の際にポイケルト教授が、伝統的な有体物上の所有権についても同様の理が妥当する旨、強調されていたことを付言しておきたい。なお、本稿の主張の位置づけ、評価については訳者が別稿で詳しく検討する予定である。

翻訳に際しては、ポイケルト教授が当日の講義原稿に脚注をつけ、改訂をくわえた版を定本とした。（　）は原文の（　）、「　」は原文の „ “ を表すが、書名は ‚ ‘ と同じく『　』で記した。〔　〕は（　）内の（　）、原語または訳語の挿入を意味するほか、簡単な注記は適宜〔　〕で括ることにした。［　］の部分は訳者による補足である。

翻訳の公表をご快諾いただき、テクストに関する質問にお答えくださったポイケルト教授をはじめ、大陸法財団寄付講座の責任者である金山直樹教授、ディスカッション通訳の労をお取りくださり、訳文につきご教示をいただいた中田邦博教授に、この場を借りて心よりお礼申し上げたい。

Bei Herrn Prof. Dr. Alexander Peukert möchte ich mich recht herzlich für die große Unterstützung bedanken.

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