

Title	ゲルハルト・ドウルカイ著『債権の物権化』
Sub Title	Gerhard Dulkeit : Die Verdinglichung obligatorischer Rechte
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1956
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.29, No.9 (1956. 9) ,p.66- 72
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19560915-0066

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.

Gerhard Dulceit:

Die Verdinglichung

obligatorischer Rechte

1951, 76 SS., Recht und Staat 158/159.

ゲルハルト・ドゥルカイ著

『債権の物権化』

一

ドイツにおいて、民法の解釋學は、これまで、専ら、法典の構成的・技術的な研究に従ってきた結果、概念は硬化し、理論は危機に瀕しているが、漸く最近になつて、根本的な課題の研究が行われる傾向にある。ドイツ民法學の現状をこう判断しながら(序 92)、著者は、「それなしにはいかなる學問も生命を有し發展可能となることのできないような、概念的歴史的に確立された根本原理の研究」を目標とし、「この荒廢のままに打棄てられた」というか或はむしろまだ開拓されていない精神領域——そこにあらゆる法論理が根をおく概念の深層の極みに到達する」方向での、新しい探究を志している(S. 9)。

著者が表題に掲げている「債権の物権化」とは、「現行財産法體系において、明かに債権と規定されているが、しかし既に物權の特徴を自らに備えているような債権が存在するか」という問題である(第一章 問題設定 S. 10)。この問題に答えることが、著者が、「財産法秩序の體系的構成並びに理論的貫徹にとつて本質的な根本原理」たる「債権と物權の相互關係」更に「この二つの權利に適している概念規定若くは論理的構造」の探究へ誘う(S. 7)。

著者は、この債権と物權との關係につき、先ず實定法規の批判的敘述から出發して(第二章 民法典における債權的地位の物權化)、その歴史的並びに理論的基礎を明かにし(第三章 現行規制の歴史的基礎及び理論的基礎)、自らの體系的展開を企てながら(第四章 財産權の體系概念的展開)、法政策的に新しい理論的解決を導き出すと努める(第五章 法政策的結論)。なお附録で、住居所有權法(一九五一年三月一五法律)について透徹した批評を加えている。

二

著者は、現行法における債權的地位の物權化に關するものとして、次の諸條を擧げている。

1. 占有保護

- (a) 事實上の占有狀態の保護(占有訴權八六一條以下)
- (b) 一〇〇七條による權原ある動產占有の物權化
- (c) 八二三條一項による占有の物權化と八二三條二項による占有の物權化

2. 九八六條二項による動產債權の物權的保護

3. 不動産債權の物權的保護

(a) 五七一條以下、五八一條二項による使用貸賃借占有及び利益貸賃借占有の物權的保護

(b) 使用貸賃人保護法一條四項

4. 假登記——不完全な物權化として（八八三條）

著者によれば、これらの關係條文から、次の二つのことが認められる。一つは、これらの條文が、形式的には、債務法的な制度を利用しており（九八六條、五七一一條等。特に五七一一條は、貸賃人と賃借人との間に存する債權關係の不動産取得者への法定移轉という形をとつている）第二章 民法典における債權的地位の物權化 (§§ 211-212)、事實的には、債權そのものが物權化するのではなく、それ自身債權であるものが個々の物權的特徴を帯びるに過ぎず、ただ例外的にのみ、このような權利に絕對的効力が認められている（一〇〇七條、八二三條一項、八八三條。特に一〇〇七條は重要性をもつ。著者は、本條を、ドイツ固有法のゲヴェーレの概念及びその債權の物權化の機能を保持しているものとみる (§§ 141, 145) ことであり、他の一つは、この物權化は——唯一つの例外（使用貸賃人保護法一條四項。これによれば、賃借人に占有が引渡される前に物權的保護が與えられるが、著者はこれを不當としている (§§ 211) を除いて——常に請求權の對象となる物の占有或は「登記占有 (Buchbesitz)」としての不動産登記簿記載に結びつけられている、ということである (§ 11)。

著者はこれについて次のような意味を付與している。即ち、占有にこのような機能認められるのは公示の原則の効力によるのである

り、更にこれはゲヴェーレ保護の根本思想によるのである。そしてこの効力は占有そのものが受けるのではなく、「占有において推定的に化體されている權利」がそれを受けるのである（八二三條一項参照） (§ 11)。

三

1. 著者は、この點に關する現行民法典の立場を缺陷あるものと考へる。著者によれば、民法典の規制の出發點は普通法から承繼した債權と物權との分離であるが、その不當な嚴格化の結果、ドイツ固有法において生命を有していた債權と物權との内的概念的關係という觀念が、それらの純粹に外的な機能的關連の理論に解消されてしまい、完全な或は單に制限的であれ債權の眞の物權化は排除されてしまつていようにみえる。こうして、實際の必要から債權に物權的効力が與えられねばならない時に、債務法的な補助構成をとることになる。民法典自身の中にある規制の基礎たる法思想とその構成との矛盾は、ローマ普通法の形式觀念とゲルマン法思想との有機化されない混淆に基くものであり、これは内的理論的なそこに導く（第三章 現行規制の歴史的基礎及び理論的基礎 (§§ 81-83)）。——

1. 第一節 現行法における債務法的構成と眞の物權化——占有の公示の機能及び物權化の機能——民法典における理論的そこ。

2. 著者は、民法典の缺陷の一つを、ローマ法における債權と物權の分離に單に外見上對應する、普通法以來とられている債權契約と物權契約の區別にみる。ローマ法は物權契約を知らなかつたが、後に引渡の *traditio* が債權契約から引離され、抽象的効力をもつ物

權契約の概念が展開されることになつた。しかし、著者によれば、物權契約の抽象性は債權と物權の機能的協働さえも覆ひ隠し、それを不當利得の領域に押しやるが、その時には抽象的効力をもつ物權的合意といふことは無意味となり、又有因的物權契約を考へるならば、それは餘計な重複である。こうして物權契約が否定された後、著者は、法律行爲による物權取得について、二つの可能性が残るとする。それは、物權の取得を單純な引渡及び債權契約における引渡の *causa* に依據せしめる、ロー法的な引渡主義か、物權取得を債權契約自身において完成せしめる、ドイツ固有法の契約主義かである (§§. 88, 89)。この點に關しての著者自身の解決によれば、「契約において約束された (*versprochenes*) *Eigen* は、當事者間において且つ觀念的には取得者に歸屬する」。この相對的 *Eigen* から、占有移轉或は不動産登記簿記載によつて、絕對的 *Eigen* が生じる。讓渡人の給付義務或は取得者の請求權は、債權契約によつて移轉している相對的 *Eigen* によつてのみ基礎づけられる。かかる義務或はかかる權利の「內的概念的必然性」は他の方法では示されない。その理由は、「他の方法では、給付義務を主觀道德的(註)——原文イタリッタの部分、以下同じ) 自己義務負擔——これは確かに契約においても含まれているが、それだけでは一方的且つ恣意的に變更されうる——の確かならぬ基礎の上におくか、或は個々の法人格者にとつて他律的な法秩序の外的強制の上におくかができるだけであつて、決して契約そのものによつて基礎づけることはできないであらうから」 (§§. 88, 89)。——第二節 債權契約と物權契約——附加的な物權契約の無意義なこと——契約主義と引渡主義——契約義

務の概念的基礎づけ

3. 著者は前出のところで契約概念についての民法典の缺陷をみたが、今權利の對象としての物の概念という別の側面から検討を加へ、債權の物權化についての自己の考え方がどの範圍で認められるかを見究めようとする。普通法—民法典は法的な物の概念を「有體物」に限つてゐる(九〇條)。法的意味における物と所有權は相關概念であるから、この物の概念の限定によつて所有權の對象領域が確定され、無體の財産客體、就中債權の如きは所有權の對象からは除外されることになる。これに對し著者は、これらも「所有 (*zueigenhaben*)」の對象として、權利の握り手に「歸屬する (*eigen „zustehen“ oder „gehören“*)」のであるが、と異議を述べ、所有權とは認められない無名に止まる「無體物についての完全權 (*Volrecht*)」の移轉、就中債權讓渡と、債權及びその他の無體物上の利益權、質權の如き制限物權の設定とを比較し、給付請求權の「歸屬 (*Gehören*)」若くは「所有 (*Zueigenhaben*)」を少くとも固有の物權の完全權として——民法典上も認められている債權上の制限物權と並んで——認めねばならない、とする (§§. 82-86)。

——第三節 法的意味における物

4. 著者は、獨自の物權契約の觀念の否定から、進んで、外見上債權契約と物權契約の區別に對應するように思われる債權と物權の區別は放棄されるべきか、是認されるべきか、又いかなる限度でか、といふ問題に入つてゐる。著者は、債權と物權の法的現實における機能的關連、兩者の共通性を認めた上で、債權と物權の差異——一つは相對的觀念的な、従つて實現への請求權によつて補充され

た、他は絶対的現實的な所有の形式——の承認を正しいとする。又債權契約によつて物權の内容が直接定まることは債權と物權との差異が維持されないのを示している、という批判に對しても、債權の基礎をなす相對的 *Eigen* が事實上の給付によつてこれに對應する物權に變化するという見解にとつては、物權の内容が債權契約により讓渡され或は設定された相對的 *Eigen* 若くは債權に依存するのは自明のことである、とする (*SS. 488 ff.*)。しかし、民法典が、債權と物權との正しい區別から、完全な概念的分離にまで導き、その結果兩者の内容の共通性を殆んど見落してしまつたことを不當としている (*SS. 47 ff.*)。——第四節 債權と物權の區別の是認—民法典におけるその誤つた分離

四

現行法の批判、その歴史的、理論的基礎を採ねた後、著者は、こうして得られた結果を、財産權の體系—概念的展開として跡づけている。以下、原書の目次を中心として二・三の點につき紹介する。

1. 履行による請求權の絶対權への變化

2. 有體物の讓渡——相對的 *Eigen* と請求權——有體物についての制限物權の設定 相對的 *Eigen* と請求權の性質についての著者の補説がみられる。それによれば、相對的 *Eigen* と請求權は決して一致しない。相對的 *Eigen* の對象は物自體であり、請求權の内容は給付、即ち債務者の一定の容態である (第四章 財産權の體系—概念的展開 *SS. 43*)。

3. 無體物の讓渡……(a) 外主體的存在

紹介と批評

(b) 相對的 *Eigen* の讓渡及び負擔—絶対權の本質と對世的効力—物の占有と告示の機能—相對的 *Eigen* と債權の關係—物權的請求權 著者は、絶対權の本質、對世的効力、物の占有及びその告示性という一連の問題について、次のように考へている。即ち、廣く把握された物及び所有權の概念から引出される絶対的若くは物權の權利の本質は、普遍的効力の中に求められず、その絕對性、あらゆる人的關係からの分離、即ち物についての直接の支配に求められる。これに對し普遍的効力は、權利が告示可能な外的な占有の事實に化體されているところのみ與えられる。有體物についての所有權は常に普遍的効力をもつが、債權についての相對的 *Eigen* は告示性のない權利として關係相手方に對してのみ働らく。従つて、占有の告示性が物についてのあらゆる權利に物權的性質を與えるのではなく、既に物の占有自體がこれを與える。占有の告示性には別の機能、例へば一般的侵害可能性、對世的効力、占有者の爲の權利推定、無權利の占有者からの善意取得等が當てられる (*SS. 48 ff.*)。

(c) 權利上の物權の設定—*Rechts-Sache* としての *Eigen*—物權及び相對權による負擔 著者は、いかなる範圍で權利上の物權といふことがいわれるか、權利自身が他の權利の客體でありうるのか、或は權利の對象のみが他の權利の客體でありうるのか、を問題とする。著者は、先ず權利と物の關係について、權利と物とは切離されるべきではないが、物の主體への意思的 *Zuordnung* としての權利と歸屬された (*zugeordnet*) 物そのものとは區別されるべきであると、權利は *Rechts-Sache* 若くは *Eigen* というそれ自身統一的な概念の主觀的な側面であり、物は、その客觀的な側

面であるとする。そして、権利上の権利として考えられるのは、「物的に制限された、若くは他の完全權に負擔を負わす權利」のみである、とする。その理由は、或る者が他の權利について完全權をもつならば、他の者は權利者であることを止め、そうなれば全權利が新しい一人の權利者に移轉しなければならぬから。こうして、制限物權によつて負擔を負つた權利自身が絶対權であれば、負擔を負わす權利は、その對象について物にも又權利自身にも存立し、この權利上の權利は負擔を負つた權利と同じ性質のものである。これに對し負擔を負つた權利が相對權である場合には、負擔を負つた權利と負擔を負わす權利とは同じ性質であるるか(例えば、債權についての利益權はそれ自身債權であるか!)。債權上の制限物權は負擔を負つた完全な債權からの切片としてそれ自身再び債權となる。しかし、債權の基礎には常に相對的 *Eigen* があり、債權上の制限物權も債權につき存するのではなく、債權の基礎にある債權者の相對的 *Eigenecht* に存する。この制限物權の物權性にも拘らず、効力において相對的であるのは、負擔を負つた他の完全權の相對的性質による (*SS. 83-86*)。

(d) 人的給付についての請求權——債權の本質——實際的効果 著者は、これまで、有體物、無體物についての權利の讓渡及び設定を、外的財產客體或は權利が關係している限りでみてきたが、ここに、人的給付についての相對權につき考察する。著者は、人的給付も財產客體として「無體の對象」となるが、特殊性は、この給付が獨立して既に存在している財產客體に向けられるのではなく、給付によつて始めて實現されるもの、極端な場合には給付、即ち義務者

の一定の行爲そのものであることに存する、とみる。そして、ここでは給付と給付の對象、債權の内容と相對的 *Eigen* とは——概念的には區別されねばならないが——、事實上一致する。相對的 *Eigen* は給付そのものに存立するから、給付自身物權化され、若くは「物」になる、とする (*SS. 87-88*)。

五

著者は、再び、占有移轉、不動産登記簿記載によるあらゆる相對的 *Eigen* 若くは債權の物權化というゲルマン法の根底にある考え方は、完全に概念の内的論理に照應していることを確認した後、法政策的考慮から、動産、不動産——不動産權については、從來の類型が保持されるべきである——についての債權の物權化を組織立て、使用貸借及び利益貸借においては、不動産登記簿記載によつても(任意規定的)占有によつても物權化する、と述べている (第五章 法政策的結語 *SS. 88-89*)。

六

以上に紹介した *Dalkefer* の論說につき、問題點を大別すれば、(1) 占有の觀念、(2) 有體物と無體物、權利上の權利、(3) 債權と物權の三つになると考へる。

1. 著者は占有保護の眞の對象を占有を爲す權利であるとみる。この點の當否は別として、ただ著者が現行民法典における債權の眞の物權化の意義を付與している一〇〇七條の場合、占有の基礎に債權のあることが問題なのであるか。というのは、一〇〇七條は、

關係者の何れもが占有を爲す權利を立證することのできないような場合に關してはと考えられるから。

2、有體物と無體物の權利の客體としての等置、それに基く權利上の(制限)物權の基礎づけは有益なものと考えられる。著者が、債權についての「所有權」も又債權以外の何物でもない。權利上の所有權の觀念は「空の重複」である。所有權は決して權利自身には成立せず、その權利の對象についてののみ成立する(§§)とし、他の箇所で自己のもつ債權についての所有權を認めようとする(§§)のは、著者の根本的な立場からいつて正しい。しかし後者を認める根據はなお明かでない。

3、本書の直接の課題である債權と物權の關係が問題點の中樞である。著者の理論的根原理もここにある。著者は、債權契約と同時に取得者は相對的 *Erwerb* を取得し、これが占有或は不動産登記簿記載によつて絕對權となる、と説く。著者によれば、これが「内的な概念的必然性」なのであるが、しかし、一つの法體系はこのよき規制的な必然性によつて規制されるのか、或は何が現實をよき規制するかという見地から、法概念に選擇可能な地位、機能が付與されるのかは、一つの問題たりえよう。著者は、債權だけでは給付義務は契約上導き出されえず、債權の基礎となる相對的 *Erwerb* から始めて可能であるとみるが、法律の力で、當事者間の契約における當事者の意欲が當爲となり、これから給付義務が生じると考へることはできないか。著者は、一般に廣く債權關係から生じると考えられる諸々の義務を相對的 *Erwerb* に基いていかに説明するものであろうか。又、債權の目的物が特定していないような場合には相

對的にせよ *Erwerb* は成立する餘地がないのではないか。

4、本書の表題である債權の物權化自體について。著者のように債權と物權との關連を概念的内的必然性とみる見方に對して(これは、債權の物權化を全財産法領域に認める)、債權と物權とは財産法の分野において機能的關連を示しているものであり、固有に債權の物權化とみられるところでも、本來債權であるものに物權の効力が與えられているとみる從來の考へ方も、まだ完全には克服されないのではないか。更に實際生活に著者の理論を當てはめてみる時、相對的 *Erwerb* の數が多くなり、法的外觀(まだ占有が移されていない間は讓渡人が外に向つては完全な權利者である)と眞の法狀態との分離が生じることになり、法的現實における安定性がおびやかされはしないか。

以上のように疑問の數は決して少くない。しかし、僅か八〇頁足らずの本書の中に、財産法の根本的な概念が次々と表われ、お互に緻密な關連をもつて——特に、法解釋學のみならず、歴史的探究、哲學的洞察の下に——説明されていることは、多年の經驗と優れた思索の表現として始めて可能であろう。殊に、本書に述べられている個々の制度は我が國のそれと異つていとはいへ、根本的な立場において、我々にも、多くの刺戟が與えられていることに感謝したい。我が國において、占有權の本質、權利上の權利、所有權の意義などという問題は、既に一時代前に解決済となつてしまつていゝ感があるが、これらについても、更に、現在の關心事たる賃借物權化などの法現象とともに、もう一度根本的に——社會事實との關連で法社會學的に、と同時に、歴史的にも、體系的、概念的にも——

考え盡される必要があるのではなからうか。

附記

この紹介は、本書に對する Harry Westermann の書評 (Archiv für die civilistische Praxis, 152. Band, I. Heft, 1952) に負うところが大きい。

著者は既に一九五四年一月一六日他界された。著者を追憶する Wolfgang Kunkel, Karl Larenz, Kurt Ballerstedt の講演 „Gerhard Dulceit als Rechtshistoriker, Rechtsphilosoph und Rechtsdogmatiker“ が發行されたこと (1955, Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Nr. 11) 著者の思考の續きは最早聞かれなう。哀悼の意を表す。

(林崎トシ子)

中村吉三郎著

『明治法制史』(増訂版)

—

戦後、長足な進展をみせた明治研究の一環として、法制史の分野においても、數多の注目すべき業績が次々と發表されてきていることは、すでに周知のとおりである。

さらに、明治時代の法制史・法學史に新たな領域を開拓されつつある、早稻田大學・中村吉三郎教授は、従前、公けにされた諸論策を主體とする體系ある一巻の書をもたれ、これを「明治法制史」と題して刊行されたのであつたが(昭和三〇)、このたび、その後の研鑽の成果である自由民權運動をめぐる二つの論稿を添加され、増訂版としてふたたび世に問われた。これを機會に、別異な立場から意欲的な考究を試みた明治法制史の專著である本書を紹介することは、決して意義なしとしないであらう。あえて一文を草し、蕪辭を弄するゆえんである。

二

日本の近代化の基點となつたものは、いうまでもなく明治維新であるが、著者は、大井憲太郎の、いわゆる「ナマビラケ」の明治維新に焦點をあわせ、この「ナマビラケ」の日本を、「何とかしてホンビラケの日本」(一)にするために、自由民權運動が起つたのである、「うちに矛盾をうみつつ變轉して行く自由民權運動のゆくえをとらえ、これを一本シンに通して見てゆくのが、かえつてナマビラケの本性をつかめ、案外、明治法制史の正體をとらえるツテにもなるのではないか」(四)とされ、この思考を根本として、本書の敘述をすすめられている。したがつて、「妙に、自由民權運動にばかりこだわら、變に自由民權派にのみまつわるようになった」が、これが變遷を「シン」に見て行くのが、明治法制史解明の……最も近道で、ここにこそ、明治法制史構成のメドがあるとにらんだからなのである」(上)。