

Title	有体物規定に関する基礎的考察II：ドイツ民法典九〇条の成立
Sub Title	Grundsätzliche betrachtungen zur vorschrift der körperlichen Sache II: entstehung des § 90 BGB
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.1 (2010. 1) ,p.67- 134
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100128-0067

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.

有体物規定に関する基礎的考察Ⅱ

——ドイツ民法典九〇条の成立——

水 津 太 郎

- 一 課題と方法
- 二 第一草案
 - (一) 定義規定の成立
 - (二) 『第一草案理由書』
 - 1 概 観
 - 2 総論——「一般的視点」
 - (1) 物権法の独立的地位
 - (2) 物権の概念
 - (3) 物権法の構成
 - 3 各論Ⅰ——第一章「一般規定」
 - (1) 物規定の位置
 - (2) 集合物の概念
 - (3) 物の概念：E 1878の理由
 - 4 各論Ⅱ——第三章「所有権」前注「所有権の対象」
- 三 第一草案に対する批判
 - (一) 物規定の問題性
 - (二) 『鑑定意見集成』
 - 1 物権法の独立性
 - 2 物規定の位置
 - 3 物規定の要否
 - 4 物概念の狭隘性
 - 四 第二草案からドイツ民法典まで
 - (一) 物権編から総則編への移動
 - (二) 『第一委員会議事録』
 - 1 E 1878の要否
 - 2 第一章「一般規定」の位置
 - 五 分析と検討
 - (一) 資料の状況と視角の設定
 - (二) 『第一草案理由書』とその問題性
 - (三) 第一草案に対する批判と第二草案の成立

- 1 「鑑定意見集成」
- 2 「第二委員会議事録」
- 四 ドイツ民法典の成立
- 総括 I——本研究の位置
- (一) 先行研究の評価
- (二) ドイツ

- 1 新資料刊行前
- 2 新資料刊行後
- (三) 日本
- 1 新資料刊行前
- 2 新資料刊行後
- 総括 II——本研究の結論

一 課題と方法

本稿は、ドイツ民法典における物概念規定の起草過程に関する研究の第二部を構成するものである。前稿⁽¹⁾が第一部として第一草案の成立まで、すなわち主にヨーホウ物権法部分草案をめぐる議論を考察したのを受けて、本稿ではそれ以降、ドイツ民法典成立に至る経緯を取り上げるとともに、全体の総括を行う。

前稿で述べたように、本研究は、わが民法の系譜を辿り、狭い物概念を採用・規定する理由、そうした規定の位置の問題を明らかにする基礎を固めるとともに、新資料を含め立法資料を広く渉獵することで、先行のドイツ民法典起草過程研究の見直しの必要性・問題性を指摘するものである。そのために、前稿と同様、まずはじめに基礎資料を提示し、その後で分析・検討を加えるという構成をとることにしたい。

二 第一草案

(一) 定義規定の成立⁽²⁾

パーペが完成した第一草案⁽³⁾を帝国宰相に提出したのは、一八八七年二月二十七日のことである。帝国宰相は一八八八年一月五日、同草案を連邦参議院に付託し、連邦参議院は、同年三一日にその公表を決定した。

第一草案において物概念の定義規定は、第三編「物権法」の第一章「一般規定 (Allgemeine Bestimmungen)」に属する。部分草案と異なり「第一節」が省略されたのは、第一章をともに構成していた登記法の規定(第二節)が民法典から除外されたところ、第一章における節の区分が廃止されたことによる。第一草案の文面は編集委員会草案とまったく同様である。⁽⁴⁾

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

『第一草案理由書』は、第一章「一般規定」を以下の九つに区分している。⁽⁵⁾「物概念」(§ 778)、「代替物」(§ 779)、「消費物」(§ 780)、「不動産」(§ 781)、「物の構成部分」(§§ 782-786)、「一個の土地」(§§ 787-788)、「従物」(§§ 789-791)、「物と権利の収益および負担」(§§ 792-795)、「物権処分法律行為による制限」(§ 796)。すでにみたように(P I 27)、部分草案にあった「集合物」に関する規定(§§ 14-15)は第一草案では削除されることになった。

所有権の内容については、第四章「所有権」の冒頭に、編集委員会草案と同一文面で規定されている。⁽⁶⁾

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

(二) 『第一草案理由書』

1 概観

『第一草案理由書』はまず最初に「一般的視点」「総論」として、「I. 草案の体系における物権法の地位」「II.

物権」「Ⅲ. 物権的性質を持つ一定の法素材の草案による規制からの排除」「Ⅳ. 物権法の法律行為。とくに物権契約」「Ⅴ. 不動産法の基礎としての登記制度」「Ⅵ. 形式的登記法の分離」「Ⅶ. 物権法の構成」を取り上げた後、各規定の理由の解説「各論」に入る。

第一章「一般規定」の諸規定は「前注」と「法典で規制されるべき諸点」に分けられ、E1s778の理由に關しては後者の冒頭、「1. 物の概念」で記されたものとされている。もつとも、物規定の位置の問題を探るためには一般的視点Ⅱ.の冒頭部分とⅦ.2.、および第一章前注の冒頭部分もみておかなければならない。また、ヨーホウの理由書の対比という視点からは、一般的視点Ⅰ.の叙述もフォローしておく必要がある。なお、集合物に關しては第一草案では規定が削除されたため、これについての見解は第一章前注「2. 集合物」で示されていることを付言しておく。

第四章「所有権」は「前注」「所有権の内容」と続いている。E1s848の理由は後者の冒頭に記されているが、物概念の問題には触れられておらず、「所有権の対象」についてはヨーホウと同様、「前注」で取り上げられている。

以下では、『第一草案理由書』の順序に引き直し、物権法の独立的地位、物権、物権法の構成（以上、一般的視点Ⅰ.、Ⅱ.、Ⅶ.2.）、規定の位置、集合物の概念、物の概念（以上、第一章前注冒頭・2.、法典で規制されるべき諸点1.）、所有権の対象（第四章前注）の順に、内容を詳しくみておこう。

2 総論——「一般的視点」

(1) 物権法の独立的地位⁽⁷⁾

〔M1〕物権法は草案の体系のなかで独立の地位を占めている。物権法は、一方では債務関係法と家族法、他

方では相続法から自足的なものとして区分されるのである。

〔M2〕物権法の独立性は、本質的には「物権と人権の対置 (Gegensatz zwischen dinglichem und persönlichem Rechte)」に基づく。というのは、「債権債務関係法と家族法はただ人相互間の法的関係のみを顧慮するから、原則として人権のみが問題となる」。また、相続法は死者の財産の他人への移転を規定する。これに対して、物権法は人と物との法的関係、したがってとくに物権を秩序づける使命を有するからである。

〔M3〕古い法典、とりわけプロイセン一般ラント法とフランス民法典はしばしば以下のようにして、債権債務法上の規定と物権法上の規定をごちゃ混ぜにしている。すなわち、両法典は、①すべての権利に存する人的側面を出発点とし、物権についても、人的側面は間接的にしか存しないにもかかわらず、この視座から捉えている。また、②債権債務関係をただ物権の取得または変更のための手段としてのみ取り扱っているからである。

〔M4〕こうした方法は「概念上の対置」からは正当でない。それは「法律関係の本質への洞察を妨げ、これにより法律の正しい適用を危うくする」ものである。

〔M5〕このことは学問においてははるか昔から知られており、新たな諸法典はこの考え方にしたがった。ザクセン王国民法典、およびヘッセン大公国民法典草案・バイエルン王国民法典草案では、物権法の独立性が紛れもなく表現されている。

(2) 物権の概念⁽⁸⁾

〔M6〕債権債務法上の権利は権利者に、「義務者の給付に対する請求権」を根拠づける。物権は「物そのもの」を、所有権あるいは「制限権 (begrenztes Recht)」⁽⁹⁾のいずれか一方のかたちで把握する。物権より生じる請求権の向きは特定人に制限されない。

〔M7〕物権の概念から、物権は「絶対効」を有する、という規則が明らかになる。物権は物を権利者の意思

に服せしめる限りで、この物に対する第三者のあらゆる影響を排除する。したがって、物権はこれと矛盾した態度をとる万人に対して作用するというわけである。絶対効が拒絶されるのなら、法律はこれを特別に規定しなればならない。けれども、そうした規定があっても物権的性格が当該権利から取り除かれるわけではない。「物権性と絶対性の両概念は相重なるものではない」。債権は原則としてただ相対的にのみ作用するとしても、「絶対効を有する他の人権」も存する。そうしたものとしてはとりわけ、①物権法により土地のように取り扱われる一定の独立した権利、②家族法に属する様々な権利、③「いわゆる無体財産権」がある。「したがって、絶対性はただ通常の場合にのみ、物権にともなう性質であるとみなすことができる」。

〔M8〕「物権性」の本質は、「人の物についての直接的支配力 (unmittelbare Macht)」にある。権利者自身により行使できるか、法秩序の機関の手続によらなければならないかは重要ではない。次の点だけが決定的である。①権利が他人の意思によらずに作用可能なこと、②義務者の存在が必要とされないこと。「ここから同時に、物権はただ本来の意味における物、すなわち有体的物件上のみ成り立ちうることが導かれる」。観念のなかにだけ存する物件、とくに集合物と権利に対しては「現実的支配力 (reale Macht)」は行使できないのである。⁽¹⁰⁾

(3) 物権法の構成⁽¹¹⁾

〔M9〕物権法には諸々の物権・占有のほか、物の一定の性質に結びつけられるべき法律効果もここに属する。物の性質と結合される法律効果は「主として物権法的性格」を有する。

〔M10〕にもかかわらず、近時の法典、とくにザクセン王国民法典とバイエルン王国民法典草案では「総則」において取り扱われている。これは、その射程範囲が他の法部分にも拡張されるということを根拠とする。

〔M11〕だが、総則は各則に属する諸規定が法典の他の各則にとつても基準になることを理由にこれらを探録する使命を有するわけではない。かりにそのように解するならば、各則の多くの規定に誤った印象を与えること

になろう。

〔M12〕 法典が表すあらゆる各命題の射程範囲はこの命題の内容と、それと他の諸命題との関連性に依りて調整される。物に関する一般規定につきこのことが誤解されかねないなどと憂慮する必要はない。

〔M13〕 これらの規定の適切な位置は「物権法の冒頭」である。

3 各論Ⅰ——第一章「一般規定」

(1) 物規定の位置⁽¹²⁾

〔M14〕 諸々の物の性質のうち、すべての物に固有、したがって物概念にとって決定的なのは「有体性」である。その他の性質は一部に共有されるのみである。草案の定立する命題のうちのいくつかは権利の領域に及ぶ。ただし、その権利と物の性質と直接に関連する他の諸命題が関連しており、または各権利の体系の顧慮からこのことが求められる場合である。

〔M15〕 一般規定が民法典にとって有する「実際上の目的」はとくに、様々な法に通用している規範の繰り返しを規制の際に不要ならしめるという点にある。物概念の規定もこの目的の達成のために設けられた。

(2) 集合物の概念⁽¹³⁾

〔M16〕 これに対して、集合物 (Sachgesamtheit) の規定は右目的の観点からは必要ない。

〔M17〕 物と集合物の区別は、普通法学説によりかつて一般に用いられていた *res singulae* と *universitates rerum* の区分と関連している。*res singulae* の概念は *unita* (単一物) と *composita* (合成物) の双方を含み、草案の物概念によってカバーされる。他方、*universitas* については、*universitas facti* と *universitas iuris* に区別されなければならない。

〔M18〕 *universitas facti* とは、「取引上特別の名詞により指示されるのが通常である複数の個々の物」をいう。たとえば、畜群、ミツバチの集団、図書館、商品倉庫。このような総体は自己を形成している諸々の物とは区別された物、集合物を形作り、権利がその上に創設されるともいわれる。

〔M19〕この觀念に依拠するのは、プロイセン一般ラント法 (I. 2 §§ 32, 36-39)、バイエルン・マクシミリアン民法典 (II. 5. § 6 Z. 4)、バイエルン王国民法草案 (I. 155)、ザクセン王国民法典 (§ 63 S. 2) である。

〔M20〕普通法学説において現在では、次の見解が支配的である。すなわち、集合物は権利の対象ではありえない。¹⁴⁾

〔M21〕「草案の立場では物概念は有体的対象のみに適用されうる。だから、集合物に觀念的客体(無体物 (*incorporal*)) をみる見解とは相容れない」。したがって、ある人が諸々の物の総体の所有者と呼ばれる場合、このことは法的に言えば、かれが総体を形成しているすべての個々の物の所有権を有することを意味するにほかならない。かれが所有権を主張する場合には、総体に属するとされる各々各個の物を取得したことを証明しなければならぬ。なぜなら、この方法によってのみかれの権利の対象が確定されうるからである。草案における物権の規制は、つねにただ個々の物の上の権利を取得しうることを、総体上の用益権なるものも総体中の個々の物そのものが用益権の対象であることを明らかにするであろう。草案は集合物が権利の対象となりうるという觀念に対して、拒絶の態度をとっているのである。

〔M22〕したがって、草案が形式的にはさきに挙げた法典と矛盾するのももちろんである。だが、このことは草案に対する批判とはなりえない。なぜなら、現行法における集合物の解釈は、実際上の必要性の充足に役立つのではなく、もっぱらローマ法の威光に支えられているけれども、ローマ法の関連言明は、右法典の基礎に置かれていない意味で捉えるなら、物概念を正当に評価するものではないからである。

〔M 23〕この草案の立場がはっきりしないなどと懸念するには及ばない。なにが「物」と理解されうるのかを E I S 778 が明示しているからである。したがって、集合物の権利対象性を退けるための規定は「余計」である。〔M 24〕もっとも、法律または法律行為が複数の物を一つの集合名詞で呼ぶ場合には、これをどう解釈するかが困難になりうる。

〔M 25〕けれども、この困難性は法律上の規則によっては防止することができない。むしろ、個々の事例でどの物が想定されているのかという問題は、具体的な判断に委ねられなければならないのである。プロイセン一般ラント法 (I. § 210 ff.)、その他の法典 (フランス民法典 [art. 533-536]、ヘッセン大公国草案 [II 22-55]、バイエルン王国民法典草案 [I. 156-162]) は、集合物の指示にみられる一定の表現がどのように解釈されるべきかを命じているが、これらの規定は帝国立法にとって模範とする価値を有しない。そうした表現の用い方は様々な方言および生活慣行がある以上、ドイツの地域ごとで異なるし、また、時代によっても変遷しうるものだからである。

〔M 26〕普通法の古い理論では、物と権利の総体が *universitas juris* として通用していた。すなわち、その方式の一定の総体は法的統一体として取り扱われ、かつ、共通の原則に服したのである。相続財産が *universitas juris* であることについては意見が一致していた。これに対して、他の総体、とくに *dos* (嫁資) および *peculium* (特有財産) については争われた。プロイセン一般ラント法 (I. 2 §§ 33-35) 上問題となったのは人の総財産と相続財産である。 *universitas juris* につき定立された原則では、次のものが強調されなければならない。①命題 *res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei* (物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う)、あるいはより一般的にいえば *surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur* (代位するものは代位されるものの性質を受け取る)、②他人のもとにある *universitas juris* の返還は対物的包括訴訟により請求することができるという命題。

〔M 27〕しかしながら、第一の命題は「一般的な法的真実ではなく、法律は実際のな考慮に基づき個々の法関係についてのみこれを利用することができる」(E I §§ 341, 460, 895, 913, 1000, 1002, 1034, 1219 など参照)。第二の命題については、「()では所有物返還請求権と相続回復請求権の規律の参照を指示すれば十分である」(E I §§ 929, 945 と E I §§ 2080-2091 をみよ)。他方、財産そのものについていえば、財産概念は周知のものとして前提とされなければならない。したがって、定義は不要である。夫婦財産、親の権力のもとにある子の財産、被後見人の財産の特別な法関係については、家族法で取り扱われる。総体としての相続財産が服すべき諸原則は相続法においてのみ合目的に規定されうる。この場所で規定する必要は存しない。

(3) 物の概念：E I S 778 の理由⁽¹⁵⁾

〔M 28〕ローマ物権法は「有体的物件 (ein körperliches Ding)」という「物の自然な概念 (der natürliche Begriff der Sache)」に基づき展開されている。法源は物件を *res corporales* と *res incorporales* に区分している (*pr. §§. 1, 2, J. 2. 2*) が、() から導くことができるのは次のことだけである。すなわち、一定の観念中にのみ存在する物件 (*res, quae in jure consistunt*) を、すべての関係あるいは個別の関係で有体的物件と同じように取り扱うことが、法秩序の自由に委ねられていること⁽¹⁶⁾。ドイツ古法でゲヴェーレが形成された際に、収益しうる権利が(有体)物と法上同一視されるに至った⁽¹⁷⁾。

〔M 29〕プロイセン一般ラント法 (L. 2 §§ 1-3) は物を二義に区分する。フランス民法典 (art. 516 ff., 526, 529 ff., 711 ff.) とオーストリア一般民法典 (§§ 285, 311) もまた広義と狭義の物概念を知っている。

〔M 30〕これに対して、バイエルン・マクシミリアン民法典 (II 1 §§ 9, 10) はローマ法の解釈を基礎におく。バイエルン王国民法典草案 (Mot zu E I 1)、ザクセン王国民法典 (Mot zu § 58) およびヘッセン大公国民法典草案 (Mot zu E II 2) では、「物」という言葉は——動産と不動産の区別のところを除けば——、ただ「本来の(狭

い)意味」でのみ用いられている。

〔M 31〕「草案は既述のように〔M 21〕、物権をただこの意味での物の上のみ認めている」。

〔M 32〕草案の諸規定は、①物とはつねに「有体的対象」を意味していること、②ある規範が物にも権利にも適用されるところでは「対象 (Gegenstand)」という表現が選択されていることを明らかにしている。

〔M 33〕こうした言葉の定義をこの位置におくことは次の点で「有益」である。すなわち、「物」という言葉の二義的な解釈を、「有体的」という形容詞をそのつど付け加える (CPO §§ 712, 745, 746, 810 III) ことなく防止できることである。

〔M 34〕権利は物ではない、という規定の「消極的な意味」は、物に関して適用される規定は権利には適用されないという点にある。法律がこのルールの例外を認めようというのは「自明」であるから、ここで強調するには及ばない。

4 各論II——第三章「所有権」前注「所有権の対象」⁽¹⁸⁾

〔M 35〕所有権の対象としては物 (E I § 778) のみを観念することができる。草案の基礎にある所有権概念にはこのことが対応している。他方、他の立法は所有権概念を広く把握している。プロイセン一般ラント法 (I 8 § 2)、バイエルン・マクシミリアン民法典 (II 2 § 41)⁽¹⁹⁾、さらには、オーストリア一般民法典 (§§ 353-354) を参照。

〔M 36〕①「物所有権類似の権利の上の所有権なるものは、草案において承認された権利の上の用益権および質権と同じようには観念されえない」。権利用益権および権利質権に物権法上の規定が類推されるのは、物用益権および物質権に特有の、「設定者所有権に対する権利内容の限定性」が、権利用益権および権利質権に対して転用されることに基づく。他方、所有権の際にはこうした権利内容の限定性は欠落する。②権利の上の所有権に

よって想定されるのは、対象とされた権利そのみであろう。③この権利についてはこれについての特別な法規範が基準となるところ、所有権規範を引きずり込むことに価値はないのである。

〔M37〕他の絶対権、とくに相続権および著作権についてだけ、所有権とのアナロジーがいくつか存する。①帝国憲法は著作権につき精神的所有権の保護を語っているが、これに基づき公布された諸々の法律では所有権という表現を用いられていない。②このアナロジーは、特別の規定が欠けている場合に、事情によっては、個々の所有権規範、とくに所有権保護の適用を正当化するかもしれない。登記された権利に土地に関する規定の準用を認める E I S 781 II もこれを認める契機となろう。しかし、このアナロジーは所有権概念の一般化に通じるものではないのである。

三 第一草案に対する批判

(一) 物規定の問題性

第一草案が公表されるやいなや、数々の鑑定意見が多方面から提出された。帝国司法庁 (Reichsjustizamt) はこれらの意見のうち了知できたものを、『鑑定意見集成』²⁰⁾に取りまとめている。本稿との関連では、物権法の独立性、物規定の位置、物規定の要否、物概念の狭隘性をめぐる意見が重要である。他方、帝国宰相が提示した論点に対する連邦諸政府の回答を集めた『連邦諸政府意見集成』²¹⁾も公刊されているが、当該論点には本稿の問題は含まれていなかった。²²⁾

『鑑定意見集成』は「第二委員会の作業に強く影響を及ぼした」²³⁾。そこで、以下では、『鑑定意見集成』に要約された意見を、右に掲げた四つの論点に整理してみよう。これにより、帝国司法庁が様々な意見のうちのと

れを、どのように受け止め、第二委員会の審議の基礎としたのが明らかになるであろう。

(二) 『鑑定意見集成』

1 物権法の独立性⁽²⁴⁾

〔Z1〕フックス⁽²⁵⁾は、草案の物権概念に対する批判を基礎とし、物権と債権の対置を論難するに及んで、これとの関連において、草案の有体物規定を批判している。かれによれば、草案は物権を「物に関する直接的現実的支配」とみる解釈を基礎に置くものである（第一草案理由書〔M8〕）。しかし、この解釈が物概念を含む一連の問題の解決を不満足ならしめている原因である。物権は「絶対性」と同視されなければならない。その理由の中核はこうである。①「現実的」支配はそもそも権利ではなく、物理的権力としての占有の問題である。「直接的」支配も物権の本質とみなすことはできない。すべて権利はその概念上、物に対してではなく、人間、より精確には特定人に向けられているか不特定人に向けられているかのいずれか一方だからである。したがって、権利は相対的なものと絶対的なものどちらかである。②『第一草案理由書』の解釈は歴史的にも正当化されない。この解釈はローマ法上証明することができなかつた。普通法理論もローマ起源の物権を、人に対する権利から概念上区別する統一的指標をみつけることができなかった。そして、ドイツ物権法に属する権利は、絶対的な訴訟保護という基準によつてのみ、債権債務関係上の権利から区別されていたのである。③草案自体、自己の基本的理解を貫徹していない。物的負担、先買権および土地債務を物権法も組み込んでいるが、これらは「積極的給付に向けられた」絶対権にはかならないからである。④債権的権利と物権との間の鋭利な区別はローマ人の際にも概念的なものではなく、むしろこの区別は、義務を認識させる手段の欠缺と、取引未発達による絶対的訴訟保護の有体物制限の許容という事実に基づくものである。けれども、ドイツ国民はこの手段を登記簿によりもたらした

し、また、今日の生活は「絶対的訴訟保護を必要とする他の法益」を生み出した。プロイセン一般ラント法が概念の拡張、*Recht zur Sache* の保護、物権法定主義の放棄によって物権債権峻別の調整に進んだのはそのためである。こうして、フックスは次の結論に到達する。「ローマ起源の物権とは異なる権利に絶対的な訴訟保護を付与することについて概念上の制限は存しない、ある権利が物権的すなわち絶対的に保護されるべきか、どの範囲でそうされるべきかという問題は、もっぱら国民経済上の必要と法政策的様式の考慮が決め手とされなければならぬ」。

〔Z2〕フックスに対してはウェントが次のように反論している。たしかに、物に関する人の直接的支配という物権の定義は議論の余地がないとはいえず、先買権、物的負担、抵当権および土地債務の際に『第一草案理由書』が説明することもこの定義に対応してはいない。「にもかかわらず、フックスが、物権の対象と内容により基礎づけられた物権と債権債務関係上の権利の間の区別を否定するのは、不当である」。物権の本質を形成するのは絶対的な訴訟保護そのものではなく、この保護をとまなう物の享受という形態なのである。

2 物規定の位置⁽²⁶⁾

〔Z3〕ベッカー⁽²⁷⁾によれば、第一章の諸規定は、例外はあるにせよ（たとえば E I § 786 「自然力により土地から切り離されたものと他の土地の合併」、§ 795 「負担の分配」、§ 796 「物権処分法律行為による制限」、一般に、民法典の総則に属すべきものである。なぜなら、物の概念と種類は「債務関係法、家族財産法および相続法にとってもよく問題となる事柄」だからである。ビングナー⁽²⁸⁾も同一の根拠に基づき、E I §§ 778-781 「物概念・代替物・消費物・不動産」、§ 792 「果実概念」、§ 793 「収益概念」を総則に移行するほうが望ましいとする。

〔Z4〕これに対して、一八八八年一月九日づけのロストトッカー・ツァイトウング⁽²⁹⁾は、E I §§ 778-796 「物

規定全体」に含まれた諸規定の位置を物権法の冒頭におくことは正当であるとみる。

3 物規定の要否⁽³⁰⁾

〔Z5〕ゴールトシュミット⁽³¹⁾は、物に関する多くの規定、E1§778「物概念」、§779「代替物」、§780 I「消費物概念」、§781「不動産」、§782「物の本質的構成部分」、§783「土地の本質的構成部分」、§784「土地の産出物」（種子に関する規定を除く）、§786「自然力により土地から切り離されたもの」と他の土地の合併〕は「余計」であるから削除すべきという。ズロウオスキー⁽³²⁾も同じように、E1§§778-780「物概念・代替物・消費物」、§781 I「不動産の定義」、§783「土地の本質的構成部分」の諸規定を「無駄」であるとして削除するよう勧める。

4 物概念の狭隘性⁽³³⁾

〔Z6〕ギールケ⁽³⁴⁾は、物の原子論的物質的解釈に反対し、物概念を無体物に拡張するよう主張する。これは、「空間的に限界づけられた権利客体と観念的に限界づけられた権利客体を同列に置く」、という自己のドイツ法的立場を首尾一貫したものである。すなわち、かれは草案につき次の点を批判する。「Sache」という表現を有体的対象のみに用いようとしている（E1§778）こと、それにもかかわらず物と物の上の所有権をしばしば同一視し、物と権利を同種のものとして並置せしめていること、両種の属名として“Gegenstand”を選択していること。こうして草案は用語を少しいじることによって不十分なローマ法的定式を永久に温存し、この言葉の障害をもって適切な概念形成を妨げているのである。一方ではつきりと確認されるのは、物所有権は一つの権利でありかつ権利以外のなものでもない、ということである。他方で、無体物の概念は維持されなければならない。なぜなら、われわれがある権利の客体を、「それ自体で価値を有しかつ取引能力を有する対象」と観念し、そうし

たことから純粹主観的な意思関係から切り離して独立した地位を与えている場合、この観念的に限界づけられた権利客体が、空間的に限界づけられた権利客体と同質性を有しかつ同価値である旨を表現することは、必要不可欠だからである。対応する主観的権利からはつきりと切り離された非物質的客体を指示するには、“unkörperliche Sache” という従来の表現がもつともよく適している。“Sache” という言葉は非人格的な権利客体を意味するドイツ的技術的な表現であるし、“Gegenstand” ないし “Gut” という言葉はおよそ法的特徴を有していないからである。さて、“unkörperliche Sache” は概念上 “Recht” とは一致せず、有体物と同じように権利の対象となりうるだけである、ということがきちんと確定されるならば、法典用語において日常用語にしたがい、“Recht” という言葉を同時にその対象的側面を指示して用いることが絶対に排斥されるというわけではないであろう。だから、第三者の権利の上の物的負担 (E I § 1061)、権利質権または権利利益権 (E I §§ 1028-1035, 1214, 1217-1224) とするのは非難されない。しかし、所有権と物の双方に当てはまる概念をえるため (E I § 370 「譲渡人の義務」, § 459 「売主の義務」) あるいは “Rechte an Rechten” として構成された概念の客体を指示するために、故意に “Recht” という表現を選び取るならば誤った観念を引き起こすことになる。物と権利の混同は財産の理解にも影響を及ぼしている。草案によれば、“Sachen” と “Rechte” は “Vermögen” の構成要素とされ、同じように財産対象 (Vermögensgegenstände) と呼ばれる。けれども、客観的意味での財産対象の総体として捉えられた財産に属するのは物のみであり、権利は属さない。権利が算入される際には、意思力としての権利とは区別された客観的エレメントが想定されているのである。他方、主観的に理解された財産は権利のみを含み、物を含まない。物が権利と同列に置かれるとき、そこではこの物の上の所有権が考えられているのである。

〔Z7〕ギールケ⁽³⁵⁾は、集合物および財産総体をも物概念に服せしめるよう主張し、この観点からも草案の物概念を批判する。草案では集合物および財産総体は一般論として取り上げられないが、これらの概念は法生活にと

ってなくてはならないものであるという。①有体物として法秩序の領域に現れるものは、物理的・化学的・全体的・形状にある自然的対象ではなく、「人間の意思支配に服する諸関係のなかで自然と労働によって産出された物的財貨 (Sachgüter)」である。畜群、チェスのセットなどの客観的単一性は、法的取引がそれを承認する限り、船あるいは草木の生い茂る土地とまったく同じように現実的 (real) である。近時の学説を顧慮して従来の立法および普通法実務で確立されてきた集合物の概念を拒絶する理由はこれっぽちも存しない。差し迫った取引の必要と民族の直感に対する顧慮が、集合物概念の拒絶に反対するであろう。草案はみずからの誤りに個別規定を用いて不十分かつ技巧的な構成によって (とくに EIS 780 II 「讓渡用集合物を消費物とする」) 対処しようとして試みている。

②同一の非難は、客観的財産統一体の概念の拒絶に対しても提起されなければならない。草案は財産のうちに、個々の物と権利の総計だけしかみていない。たしかに、人の包括財産とりわけ遺産につき一定の関係において客観的存立を与えているが、それは原則を変更するものではなく、様々な技巧的な手段が用いられているのである。特別財産はそれ自体無視されている。『第一草案理由書』にはそうしたものの、とくに土地、ゲゼルシャフト、ゲマインシャフト、家、山、商業財産のドイツ法的な構成はまったく知られていない。

〔Z 8〕フックスもギールケと同じように、物の原子論的物質的解釈に対する批判、物概念の無体物概念への拡張を主張する。かれは物権性と絶対性を同視する立場から、「経済的意味において一体をなしている法益」に物の性格を付与することが許容されるとする。もつとも、フックスによれば、草案によると適切な概念形成への道が閉ざされる、というギールケの批判は、次の理由から正当なものではない。①有体物・無体物・物と他の対象を区別するかということには実際上の重要性はない。さらに、②対象という属概念から物を分離することは、物という言葉の解釈の誤解を防止する利点を有するとともに、ハンディな専門用語の使用を可能ならしめる。

〔Z 9〕フックスはたびたびギールケに応接しつつ、草案が集合物概念を一切認めないことを首尾一貫し

ないと批判する。かれによれば、物権性の概念について草案の立場に与したとしても、畜群、ミツバチの群れのような自然的総体上の物権は承認されなければならない。そのような総体の上には現実的支配力が行使できるからである。これについての包括訴訟は生活の必要に反するところ、ローマ法とは異なり認められない。包括訴訟は相続回復請求権の規制の際に許容されるのである。

〔Z 10〕一八八九年八月一七日づけドイツ農業新聞⁽³⁸⁾は、集合物上の登録質の導入を提案するところ、この観点から物概念の拡張を支持している。

〔Z 11〕コーザック⁽³⁹⁾は、有価証券の解釈との関係で、E I S 78 に対して疑念を投げかける。草案は無記名証券を E I S 879 「善意取得」との関係では「物」に数える一方、E I S 1036 「利益権」、§ 1226 「質権」では「権利」に属するとし、指図証券については E I S 1225 「質権」においてこれを「権利」とみているが、そうすると、特別規定がないところではどうしたらよいか分からなくなるのではないか。たとえば、使用貸借人の法定質権が使用貸借人の有価証券に対して拡張されるのか、富くじ券の拾得者は E I S 910 ff. 「遺失物の拾得」によって拾得者に属する権利を有するのか、などにつき疑念が生じうる。

四 第二草案からドイツ民法典まで

(一) 物権編から総則編への移動

一八九〇年一二月四日、連邦参議院は第一草案を修正する目的で新たな委員会を組織する旨を決議した。いわゆる第二委員会 (Die 2. Kommission) がこれである。同委員会は、一八九一年四月一日より審議を開始した。各々の審議の前には、帝国司法庁準備委員会 (Vorkommission des Reichsjustizantes) によって事前審議がなさ

れたことがあり、その重要な寄与が注目されているが、物に関する一般規定についてはこの審議は行われなかった。⁽⁴¹⁾

第二委員会が E I § 778 につき審議をしたのは、一八九三年一月九日、⁽⁴²⁾ 第一七六回本会議のことである。ここでは、第一委員会と同じように、「一般規定」の節の位置と、規定の要否の問題が取り上げられた。後者については、再度削除提案が出されたものの、規定の必要を認めることで意見が一致した。他方、前者ではあらためて総則への移動が問題となったが、本会議ではなく、編集会議 (Redaktionskommission) で決すべき事柄であるとされ、結論はひとまず留保されることになった。第一七九回本会議でも物規定の審議の締めくくりに当たって、物規定の位置の問題は編集会議に委ねることが確認されている。⁽⁴³⁾

もともと、編集会議の成果である第二委員会決議暫定集成 (E I-VorZust)⁽⁴⁴⁾、編集会議決議暫定集成 (E I-Zust-RedKom)⁽⁴⁵⁾ をみると、第一章対応条文につき、前者では §§ 778-796、後者では §§ 778-795 が割り当てられているところ、結局編集会議でも総則への移動は行われなかったことが明らかとなる。文面は変わらないので、後者の該当規定のみを挙げておこう。⁽⁴⁷⁾

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

ところが、逐次刊行された「編集会議の議決に基づく第二読会によるドイツ帝国に関する民法典草案」⁽⁴⁶⁾ すなわち第二草案 (E II)⁽⁴⁸⁾ においては、第三編「物権法」第一章「一般規定」全体が削除されている。同所に含まれていた多くの規定、E I §§ 778-780 「物概念・代替物・消費物」、§§ 782-785 「物の構成部分」、§ 788 「土地の構成部分としての権利」、§ 789 「従物概念」、§§ 791 「従物としての器具」、§ 792 「果実概念」、§ 793 「収益概念」、§ 794 I 「果実の分配」、§ 795 「負担の分配」は、第一編「総則」第二章「物」E II §§ 77 a-77 n に振り替えられ、⁽⁴⁹⁾ その他の規定は、他の編・章に移行され、あるいは削除されることになった。⁽⁵⁰⁾

E I § 77 a Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

官版の総則・債務関係法・物権法部分は一八九四年に公刊された⁽⁵¹⁾。官版に至る前に漸次出版された暫定版には、パイオニア社のものとマンドリのものがある⁽⁵²⁾。前者をみると、一八九二年刊行の総則部分ではまだ物規定は挿入されておらず⁽⁵³⁾、同年と一八九三年に分けて刊行された債務関係法の各巻末補遺でも特段の注記はみられないが⁽⁵⁴⁾、一八九四年刊行の物権法部分において、E I § 77 以下の諸規定が総則に移行される旨、脚注で補足されている⁽⁵⁵⁾。後者でも事情は同様であり、一八九二年刊行の総則では物規定は挿入されておらず⁽⁵⁶⁾、一八九三年刊行の債務関係法でもとくに指摘はみられないが、一八九四年刊行の物権法にいたり、総則への移行が注記されている⁽⁵⁸⁾。もっとも、後者ではより詳しく、「寄稿者の前注」として、「編集は一八九四年三月に完了した。ベルリン、一八九四年三月末。マンドリ」と記されているので、この指摘を踏まえれば、遅くとも同年の三月には移行が完了していたことになる。こうして、総則への移行は一八九四年三月前の段階で行われたことになるが、この時期までに第二草案がもう一度本会議で審議された形跡はないから、編集会議が最後の段階になって全体の位置を移動したとみるほかない。詳らかにはできないけれども、各条項すべてが § 77 の枝番号 (a-n) で示されているところ、土壇場での決定であったことは推測できるであろう。

その後、一八九五年一〇月二二日に公刊された連邦参議院提出草案、いわゆる修正第二草案 (E II rev)⁽⁶⁰⁾では諸規定の条項数が § 89 99 に改められている。一八九六年一月一六日、連邦参議院本会議で承認された帝国議会提出草案、すなわち第三草案 (E III)⁽⁶²⁾ はこれを維持した⁽⁶³⁾。とくに議論はなされなかったようである⁽⁶⁴⁾。『帝国司法庁覚書』でも取り上げられていない⁽⁶⁵⁾。帝国議会 (Bundesrat) では第二委員会 (Die XII. Reichstagskommission) において § 89, 91, 93, 99 につき提案がなされた (§ 89, 91, 99 却下・§ 93 取下) が、物概念の定義と物規定の位置については議論されなかった⁽⁶⁶⁾。こうして条項数が調整されたかたちで (§ 90-103)、一八九六年、ドイ

ツ民法典 (BGB)⁽⁶⁷⁾ が成立した⁽⁶⁸⁾。

BGB § 90 Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

ドイツ民法典九〇条 この法律において物とは、有体的対象のみを意味する。

ドイツ民法典では関連規定は、第一編「総則」の第二章「物 (Sachen)」として組み込まれている。同章の構成を簡単に整理すると、次のとおりである。「物概念」(§ 90)、「代替物」(§ 91)、「消費物」(§ 92)、「構成部分」(§§ 93-96)、「従物と属具」(§ 97-98)、「果実と収益」(§§ 99-102)、「負担の分配」(§ 103)。その後、一九九〇年以降、動物の法的地位を高めるために、動物は物ではなく特別法により保護されるとする BGB § 90a が挿入され、これにともない、第二章の表題が「物および動物」に改められている。

所有権の内容に関する E I § 848 の帰趨についても触れておこう。第二委員会では様々な提案が出され、処分権能に関する文言の削除などが決議されたあと、E II § 818 などを經由して、これがそのまま BGB § 903 に結実した⁽⁷⁰⁾。連邦参議院段階ではシカーネの禁止をめぐる提案⁽⁷¹⁾、帝国議会第一二委員会では支配を中心とした規定に修正するか、あるいは規定を全面削除すべきとする提案⁽⁷²⁾が出されたけれども、E II § 818 のテキスト自体は修正されなかった。以上の経緯において、物概念の定義および物規定の位置をめぐる問題については一度も取り上げられていない。テキストは次のとおりである⁽⁷³⁾。

BGB § 903 Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.

ドイツ民法典九〇三条 物の所有者は、法律または第三者の権利を妨げない限りで、物を自由に処理し、他人のあらゆる干渉を排除することができる。

以下では、資料により明らかにできる部分、すなわち第二委員会第一七六回・第一七九回本会議の審議を、円

IS 778 の要否と第一章の位置に整理してみていくことにしよう。

(二) 『第二委員会議事録』

1 EIS 778 の要否⁽⁷⁴⁾

〔P II 1〕 EIS 778 に対しては次の二つの提案が出された。

〔P II 2〕 「1」クニイーは同条を削除しよう主張した。

〔P II 3〕 これに対して、「2」マンドリは次のように提案した。すなわち、同条をこの位置から削除し、その代わりに EIS 778 として種類物を債務負担の対象とした際の品質に関する規定を置くべき⁽⁷⁵⁾というのである。

〔P II 4〕 第二委員会は削除の提案「〔1〕」。「〔2〕」の前段も参照」を退け、マンドリの提案「〔2〕」「種類物規定をここに盛り込むかどうか」については編集会議に委ねた。その際に考慮されたのは次のことである。

〔P II 5〕 EIS 778 に示された命題は、草案の言葉の用法を明確にするという「目的」を有する。

〔P II 6〕 「実質的には」この命題から次の命題が導き出されなければならない。すなわち、権利はただ個物の上のみ承認される。いわゆる集合物上の権利なるものは承認されないというわけである。

〔P II 7〕 これに対して、EIS 778 には以下の疑念が提示された。第三編「物権法」は同条の意味での「物」、つまり有体的対象上の権利だけではなく、受益権、質権のように他の対象上の権利も取り扱っている。もし同条の命題を第三編の冒頭におくならば、後者の権利は前者のそれと同等であるにもかかわらず、「いわば変則的なもの」とされてしまうであろう。

〔P II 8〕 しかしながら、この懸念は貫徹できない。①それは EIS 778 の内容というよりむしろ第三編の表題「物権法」に対して向けられるものであるから、決定的なものということはできない。②「小さな不正確は単純

な言語の用法の利益のために甘受しななければならないであろう」。

〔P II 9〕他方、削除提案は以下の点を根拠としている。① EIS 778の内容は草案の他の規定から困難なく導き出すことができること、さらに、② 同条の命題を特別な規範として草案に設けたのは本質的にはただ現行法に異なる性格の諸規定が存したためにすぎないこと、最後に、③ 現在の編纂方針からすれば教義的性格、理論的にもむきを有する条文は可能な限り排除されるべきであること。

〔P II 10〕これらの根拠がある種正当なものであることは否定できない。だがしかし、① EIS 778という明文をおくことによってこの法典の言語の用法は安定性という点でいちじるしい利益を享受するのは間違いない。②たとえば債権上の所有権のように無体物上の物権も語りうる、という意見が委員会で公然と出されたことを考えれば、はつきりとした表現によって疑念を取り除いておくことが好ましいように思われる。

2 第一章「一般規定」の位置⁽⁷⁶⁾

〔P II 11〕EIS 778の文面と法典上の位置については、編集会議によって決議されるべき事柄である。編集会議はとりわけ、すでに提起されているように、第三編第一章全体を総則に移動させるか否かについて判断しなければならぬであろう。

〔P II 12〕EIS 778-796の諸規定を第三編の冒頭にとどめるべきか、総則に移行するべきかというこれまで留保されてきた問題については、この問題の検討と提案の提出はまず第一に編集会議に属する事柄である、ということ意見が一致した。

五 分析と検討

(一) 資料の状況と視角の設定

本稿でみてきた資料を整理すると、次のとおりである。(1)『第一草案理由書』、①総論、(a)物権法の独立的地位 (M1)～(M5)、(b)物権の概念 (M6)～(M8)、(c)物権法の構成 (M9)～(M13)、②各論Ⅰ：第一章「一般規定」、(a)物規定の位置 (M14)～(M15)、(b)集合物の概念 (M16)～(M27)、(c)物の概念 [E18778の理由] (M28)～(M34)、③各論Ⅱ：第三章「所有権」第一節「所有権の内容と限界」前注「所有権の対象」(M35)～(M37)、(2)『鑑定意見集成』、①物権法の独立性 (Z1)～(Z2)、②物規定の位置 (Z3)～(Z4)、③物規定の要否 (Z5)、④物概念の狭隘性 (Z6)～(Z11)、(3)『第二委員会議事録』、①E18778の要否 (PⅡ1)～(PⅡ10)、②第一章「一般規定」の位置 (PⅡ11)～(PⅡ12)。

問題は、これらの資料をどのような視角から分析すべきかである。この点については前稿と同じように、起草過程全体の流れにかんがみ、以下三つの視角を設けることにする。すなわち、どのような基本的立場に立ったのか、それをいかにしてテキストに反映したのか、そのテキストをどこになぜ置いたのか。定式化すれば、【1】規定の基礎、【2】規定の仕方、【3】規定の位置、ということになる。

以下では、この三つの視点から各資料を広く読み直す。その際には、前稿で考察した『部分草案理由書』第一委員会議事録との関係に留意したい。

(二) 『第一草案理由書』とその問題性

第一草案は、「この法律において物とは、有体的対象のみを意味する」との規定を、第三編物権法の冒頭第一

章に設けている(BI 15778)。「第一草案理由書」がこの規定に与えた理由を、「部分草案理由書」第一委員会議事録と対比しながらみてみよう。

【1】の問題。前提として、「部分草案理由書」と第一委員会議事録の関係を振り返っておく(前稿六(二)2【1】)。第一委員会では部分草案の結論が前提とされ、理由づけについては議論は行われなかった。そうすると、結論については『部分草案理由書』第一委員会議事録の双方、理由づけについては前者との対比が問題となろう。まず、結論について、双方の内容と『第一草案理由書』の立場は一致している。すなわち、【1】狭義の物概念の採用・権利への例外適用(J20)(J21)≡(PI18)(PI21)≡(M31)(M34)(M13)、【2】集合物の対象性否定(J27)≡(PI28)≡(M21)、財産総体については(J29)≡(PI25)①参照≡(M23)参照、【3】狭義の所有権概念(J38)(J41)≡(PI20)(PI34)≡(M35)(M36)に關してである。

では、理由づけについてはどうか。『部分草案理由書』と『第一草案理由書』の対比が問題となるが、以下の参照箇所を比較してみれば明白なように、後者は前者の内容を大幅に圧縮している。【1】に關する、①物概念の歴史的展開(J14)≡(M28)、②広義の物概念を持つ近時の法典(J16)(J10)≡(M29)、③狭義の物概念を持つ近時の法典・草案(J15)(J9)≡(M30)、【2】に關する、①対象性についての問題構造(J25)≡(M16)、②対象性を肯定する立法・草案(J25)≡(M19)、③近時の普通法學說の理解(J26)≡(M20)、④対象性否定の解釈論上の意味(J27)≡(M21)、⑤集合名称使用についての問題構造(J30)≡(J33)≡(M24)、⑥原則的な目的物確定基準(J31)≡(省略)⁷⁸⁾、⑦集合名詞の意味を規定する立法・草案(J33)(J34)≡(M25)、⑧ *universitas juris* に關する學說・立法(J35)(J36)≡(M26)、【3】に關する、①ローマ法とゲルマン法(J38)≡(省略)、②所有権概念の広狭をめぐる立法・草案(J39)(J40)≡(M35)、③権利の上の所有権の否定(J42)≡(M36)、④所有権対象論からみた集合物対象性の否定(J38)≡(省略)、⑤精神的所有権の

否定 (J44) (M37)。

他方、『第一草案理由書』には『部分草案理由書』にみられない記述が付加されている箇所がある。とくに目を引くのは次の点である。(1)につき、『第一草案理由書』は、ローマ法における *res corporales* と *res incorporales* の区分の意味を、「一定の観念中のみ存続する物件 (*res, quae in jure consistunt*) を、すべての関係あるいは個別の関係で有体的物件と同じように取り扱うことが、法秩序の自由に委ねられていること」にみいだしている (M28) が、この記述はヴィントシャイト『パンデクテン教科書』から独自に引いてきたものであり (前掲注〔16〕参照)、ヨーホウにはみいだされない (J14)。(2)につき、ヨーホウは、*universitas juris* には、① 代位と、② 対物的包括訴訟の二命題が妥当するという伝統的解釈を評価するに際し、ミュレーンブルッフ、ハッセ、ヴェヒターを引いてこれを退けるだけであった (J36) が、『第一草案理由書』は、右三者の引用を排除する一方、他の規定・審議を踏まえ、第一草案の諸規定を援用しつつ、①については「一般的な法的真実ではなく、法律は実際的な考慮に基づき個々の法関係についてのみこれを利用することができる」と性格規定し、②については「所有物返還請求権と相続回復請求権の規律」に委ねることを付け加えている。(3)につき、『第一草案理由書』は、権利上の所有権概念否定の理由づけとして、① 権利利益権と権利質権との対比、「設定者所有権に対する権利内容の限定性」の欠缺を強調し、これに、② 権利との同定、③ 必要性の否定を補足している (M36) が、ヨーホウは、②と③につき詳論するという構成をとり、①については触れていなかった (J42)。

とりわけ重要なのは、『第一草案理由書』と『部分草案理由書』の論旨が衝突する部分である。『第一草案理由書』が無体財産権を「人権」と断じている (M5) のに対して、ヨーホウはペンディングにしていた (J44 末尾注 (75) など、細かな点で気になるところは多いけれども、ここではとくに以下の三点を強調しておきたい。

第一は、物権法の独立的地位の問題である。たしかに、パンデクテン体系を採用し、物権法の独立的地位を確

保するという結論は両者ともに同様である（J6）＝（M1）。しかし、両資料の間には重大な相違が存する。①「基礎づけ」ヨ－ホウはサヴィニーを引用し、「意思支配」の対象区分を起点とした権利体系を受け容れていた（J2）が、『第一草案理由書』はこの引用を排除し、物権と人権の対置、法律関係の本質の洞察・法律の正しい適用という視点から体系を構築し直している（M2）（M4）。サヴィニー＝ヨ－ホウと『第一草案理由書』のいうパンデクテン体系がまったく別物であることは、後者が前者と異なり、物権法と債権債務関係法の関連性をみいださず、むしろ債権債務関係と家族法を「人権」カテゴリーにまとめていることから明白である。サヴィニー⁽⁷⁹⁾によれば、物権と債権はともに個人の力を存在者の自然的限界を超えて外に拡張するものであり、両者の法関係の総体は「財産法」として捉えられる一方、債権と親族関係の間には、外的・内的、一時的・継続的、任意的・有機的、部分行為・人格全体、他方の意思のもとへの服従、万人に対する存在承認の請求といった相違がある⁽⁸¹⁾ところ、万人と対置された「特定個人に対する」⁽⁸²⁾法律制度として親族関係と債権をまとめる多数説は「完全に退けられるべき」⁽⁸³⁾であり、両者の類似性は「たんに人を欺く外面的かつ偶然的な親近性であり、真の同一性ではない」と断じられる⁽⁸⁴⁾。ヨ－ホウがこのサヴィニーのプログラムを忠実に承継していたのに対して、『第一草案理由書』ではこの立場がはっきりと修正されているのである。こうした基礎づけの相違は、物権法の独立的地位の確保という問題と、物概念の有体物への制限という問題を結びつけるかどうか、という問いに接続する。すなわち、②「位置づけ」ヨ－ホウはサヴィニーよろしく両者の問題を結合し（J2）、物概念の制限によって物権法の独立的地位を確保すべきとし（J4）、そうしない理性法論、この流れに位置づけられるプロイセン一般ラント法・フランス民法典・オーストリア民法典は反対に広い物概念を採用していたことを指摘している（J3）が、『第一草案理由書』の対応箇所ではこの論理関係が完全に削除され（M2）（M4）、このことに対応したのである。プロイセン一般ラント法とフランス民法典に関する批判的説明から物概念の広さの問題だけが取り除

かかれている (M3)。

第二は、物の概念の問題である。これは第一の問題と関連する。すなわち、ヨーホウは「意思支配」の対象区分から出発するところ、ここでもサヴィニーに忠実に、物権法の独立性の確立と同時に、物を「狭義」「本来の意味」「有体的物件」に制限し、「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」という「物」の定義を導いている (J2) (J4) (J13) (J19) (J20) (J38) が、『第一草案理由書』はサヴィニーを基礎としなかったからであろう、対応箇所においてこの定義を、ごとく、削除し (M1) (M5)、(M28) (M34)、(M35) (M37)、たんに「本来の (狭い) 意味」(M30)。(M8) (参照) 「有体的物件」(M8) (M28) (M31) 「有体的対象」(M32) というのみにとどめ、具体的内容にはまったく触れていない。

第三は、物権の概念の問題である。このようにみてくると、『第一草案理由書』はどのような論理で有体的物件への制限を基礎づけたのが問題となる。同書はこの問題を「物権」の「概念」の箇所を取り扱い、概念理解についての自説の立場から、有体的物件への制限を演繹するという構成をとっている。すなわち、物権の概念と「絶対性」の問題を切り離し (M7)、物権性の本質を「人の物についての直接的支配力 (unmittelbare Macht)」に求めることで、「この」から同時に、物権はただ本来の意味における物、すなわち有体的物件上のみ成り立ちうる「ことが導かれる」とし、觀念のなかだけに存在する物件、とくに集合物と権利に対しては「現実的支配力 (reale Macht)」は行使できないという (M8)。問題としているのが直接的なのか、現実性なのかは分りにくい、素直に読めば「双方」ということになろう。直接的かつ現実的に支配できるのは有体的物件に限られるというわけである。反対に、もしも物権性の本質を「絶対効」とみるのであれば、物概念が制限されることはなかったように思われる。物権ではないが絶対効を有する権利として、土地と同一視される権利、家族法上の権利、無体財産権を認めているからである (M7)。他方、ヨーホウが物権の概念につき述べた対応箇所をみ

ると、物権性と絶対性のズレを認める点、「物についての直接的支配 (unmittelbare Herrschaft)」に言及する点(「J7」)は同一であるが、物権の対象の問題には、まったく触れられていないところが異なる。ヨーホウにとつて概念理解と対象制限の問題が無関係であることは、「所有権の対象」を論じた箇所、「まず第一に、草案が所有権の対象としてなにをどの意味で用いているかを確定し、そのあとで、所有権概念の検討に移らなければならぬ」(「J37」)としていいることから窺われる(ちなみに、「第一草案理由書」の対応箇所ではこの叙述が削除されている(M35))。たしかに、ヨーホウも集合物のところで、「観念の本体の事実に支配力 (tatsächliche Gewalt) なるものはありえない」ことを理由に挙げている(「J26」)。「第一草案理由書」対応箇所ではこのテキストは排除されている(M21)とところ、(M8)の記述は、あるいはこれを持ってきたものと推測できよう(M8)末尾注(10)参照)。しかし、ヨーホウがこの根拠づけを用いたのは、あくまで集合物上の「占有」を否定するという文脈においてであり、物権一般の対象限定のために引き合いに出したわけではけつしてない。ヨーホウはあくまで「意思支配」の対象区分を起点とした権利体系から物概念の制限を基礎づけている。こうした基礎づけの相違が、物概念の定義という第二の問題に影響を及ぼしていることは明らかであろう。ヨーホウの物概念は、①非自由・非主体性、②空間的限定性を特徴としていたが、『第一草案理由書』は具体的内容にまったく触れていなかった。直接的かつ現実的支配力という根拠づけを用いるなら、非自由・非主体性という特徴は、少なくとも物概念制限の根拠から直接導くことはできない(①)一方、物概念を「感性的」に捉え、たとえばエネルギーをこれに含むことも可能ということになろう(②)。

以上を要するに、ヨーホウがサヴィニーの体系を基礎としていたのに対して、『第一草案理由書』はこれを排したために、物権法の独立的地位・物の概念・物権の概念についての理解ないし位置づけに修正を余儀なくされたものとみることができ。

【2】の問題。ここでも、「1」物概念、「2」集合物、「3」所有権対象に関する規定に區別して考察しよう。

「1」物概念の定義規定は部分草案ではなく、第一委員会の審議ではじめて設けられたところ、主に第一委員会議事録との対比が問題となる(前稿六【2】【1】)。結論として、『第一草案理由書』はこの問題については同資料の内容をほぼ適切に採録しているとみることができる。すなわち、①重複回避(P I 16)≡(M 33)。(J 23)≡(M 15)参照)・②“Sache”と“Gegenstand”の區別(P I 18)≡(M 32)・③二義的解釈防止(P I 19)≡(M 33)・④権利の上の所有権の否定(P I 20)〔P I 34〕≡(M 36)・⑤例外ルールの不要性(P I 21)≡(M 34)もつとも、⑤のところの両資料を対比すると分かるように、『第一草案理由書』では第一委員会議事録と異なり、定義規定の「消極的な意味」として、物に関して適用される規定は権利には適用されないという点が読み込まれている。第一委員会議事録では部分草案の規定の仕方を退けるのに急で、右の意味を定義規定に付与しようとしたのかははっきりしていなかった。

【2】ヨーホウは集合物に関するテクストを二つ設けていたけれども、第一委員会はこれらをもに削除した(前稿六【2】【2】)。(1)集合物の対象性否定(TF-SachR s 14)については言葉の定義がある以上余計とし(P I 28)。財産総体に関しても同様(P I 25)①参照)・②集合名詞使用の際の目的物確定基準(TF-SachR s 15)については副次的な意味しかなく、集合名詞を使用した法律行為の規律は一般に裁判実務に委ねられるべきである(P I 29)ことを理由とする。『第一草案理由書』は、①については同様である(M 23)が、②については一般論として後者の点を強調するのみで、前者すなわち目的物確定基準の問題については触れていない(M 25)。(3)集合名詞の意味、④ *universus juris* 関係の規定をめぐっては、ヨーホウがいずれも規定を不要とみ、③については裁判実務に委ねるべきことを強調し(J 34)〔J 35〕、第一委員会も③④ともに規定不要の結論を述べていた(P I 29)ところ、『第一草案理由書』は、③に関してはヨーホウと同旨を指摘し(M 25)・④に関して

は新しく、財産一般は周知、特別財産は家族法・相続法で規律するのが相当という理由を独自に付加している（M27）。

〔3〕所有権対象の明文規定はヨ－ホウも設けておらず、第一委員会でもその必要は拒絶された（前稿六（二）2〔2〕〔3〕）が、『第一草案理由書』もその必要を問っていない（M35）。

〔3〕の問題。この点について、第一委員会はヨ－ホウの論旨を承継・補充・省略していた（前稿六（二）2〔3〕）。『第一草案理由書』と対比すると、①近時の法典・草案の異なる立場（J9）＝（M10）、②他の領域への適用可能性（J22）（J8）＝（PI7）＝（M9）（M12）という消極的事情、それにもかかわらず物権法冒頭に置く理由の一、すなわち、③物規定が物権的性質を有すること（J8）＝（PI8）＝（M9）は同一である。

しかし、次の点に留意しなければならない。「PI7」「PI8」と「M11」「M12」をみれば明らかのように、『第一草案理由書』は第一委員会議事録の文面を大きく書き換えている。そうして、①物権法につき特別な章を設けるなら物規定もこの章に設けないと「互いに関連するものが切り離され、法典の理解と運用が本質上困難になろう」（PI8）という、右③の裏面とも読みうる理由を削除し、また、②総則の役割について、他編への適用があることから総則に採録するというのは適当でないなどというだけで（M11）、「総則はけっしてその法律に現れる法概念についての辞典としての用途を有するものではない」（PI8）との印象的な表現を採録していない。なお、細かい問題になるが、規定を物権法のどこに置くのかという問題につき、「冒頭」という結論が示すのみで（M13）、物規定の例外的適用を定めるなら格別、言葉の定義であれば最初に置くのは「自明」という考慮（PI28）も落としている。

さて、そうすると、第一草案の起草趣旨を確定する際に、『部分草案理由書』および第一委員会議事録と、『第一草案理由書』の記述のどちらを用いるべきかが問題となる。両者に相違があること、とくにもっとも根本的な

部分に内容的な相違があることを明らかにした以上、この問題を棚上げすることはできない。そのためには、編纂研究の成果に依拠して『第一草案理由書』の成立過程を確認しておく必要がある⁽⁸⁵⁾。パーベが一八七七年一月二七日に帝国宰相に提出し、帝国宰相が一八八八年一月五日に連邦参議院に付託した第一草案には、理由書はもともと付されていなかった。パーベは第一草案と合わせて起草委員の助手 (Hilfsarbeiter) がまとめた理由書を公刊しよう提案した。「本草案の理由を含む資料は異常なほど膨大であり、その参照が困難なものであるのはきわめて明白である。したがって、その概観と理解を容易ならしめるより簡潔な理由書を仕上げるのが実質的に妥当とみられる」という⁽⁸⁶⁾。これに対して、連邦参議院の司法委員会は、委員会の承認をえない理由書を公にすることに異例なほど遺憾の意を示していた。けれども、民法典編纂作業をこれ以上遅らせないために、パーベの提案が受け容れられたのである。こうして公刊された『第一草案理由書』には、助手個人の説明とともに、とくに部分草案起草者の理由書と委員会の議事録の抜粋が含まれることになった。もともと、抜粋といっても、単純な要約、コンテクトをしつかりと顧慮したものとはいえない。物権法部分を担当したのは、動産法についてはブラウンシュヴァイク上級地方裁判所判事・リーベ⁽⁸⁷⁾、不動産法についてはツェレ上級地方裁判所判事・アヒレス⁽⁸⁸⁾であった。このような経緯を踏まえて、シューベルトはこう述べている⁽⁸⁹⁾。「第一草案理由書がときおり、部分草案理由書と委員会議事録のいずれにも帰することができない説明を含んでいるときには、おそらく主に助手個人の見解が問題となっているのである。……同書が学問的作品として高いレヴェルにあり、第一草案の基礎を解明するための重要な補助手段であることは疑いない。一九〇〇年以後のドグマーティクを今日なお見渡すことができないほどに規定した。他方、この『理由書』は、第一草案の成立をなんらかの仕方でも明らかにするには適していない。この限りで成立史の資料としては用いられない」。事実、パーベ自身、「この理由書を委員会の校閲と承認に服せしめることは見合わされるに相違なく、したがって同書はその作品としては直接的なものではなく、

ただ限定的な意味のみを有するとみなされなければならない」とはっきりと指摘していた。⁽⁹⁰⁾「それにもかかわらず、同書は一部ではドイツ民法典に関するもつとも重要な資料と考えられてきたし、今日でもなおそうみなされているのである」⁽⁹¹⁾。さて、そうすると、これまでみてきた『部分草案理由書』第一委員会議事録と『第一草案理由書』の相違は、助手であった実務家、リーベないシアヒレスの個人的見解であるということになる。そして、こうした修正が編纂作業遅滞防止という政策的理由から、委員会の承認をえずに行われたものであるとすれば、この部分を第一草案の起草趣旨の確定のために優先させることはできない。これに対して、ともかく「官版」として公刊された以上、むしろ『第一草案理由書』のほうを基礎とすべきという見方もありえないではない。これによれば、『部分草案理由書』第一委員会議事録は、起草経緯については格別、その趣旨の確定のための資料からは積極的に排除すべきことになろう。『第一草案理由書』のみに依拠していたかつての研究を見直す必要はなく、逆に、新資料を駆使して規範内容を明らかにする近時のドイツ、日本の起草過程研究の試みはおしなべて不当ということになる。しかし、このような見方をはっきりと支持するものはみられない。そして、右に述べた経緯にかんがみれば、同書を優先させることはできないというべきである。誤りを避けるためには、新資料のみを用いるのが相当であろう。こうしてみると、同書の利用価値は主に、①「立法資料」事後の議論・審議の過程で同書の参照が指示される際に、当該規定の立法趣旨を確定する場合、②「ドグメンゲシヒテ」民法典制定後の解釈論が同書を基礎として展開されている際に、理論史を明らかにする場合に限られる。⁽⁹²⁾ ドイツ・日本ともに今日でも『第一草案理由書』を基礎とするのがみられるけれども、本稿では以上の理由からこうした立場を排除したい。

(三) 第一草案に対する批判と第二草案の成立

1 『鑑定意見集成』

帝国司法庁によって編集された E18778 に対する批判を、本稿の視点から整理し直すと次のとおりである。

【1】の問題。物概念 (Z1)、所有権対象 (Z3) については次のような批判がなされた。フックスによれば、物権を「物に関する直接的現実的支配」とみる『第一草案理由書』の解釈 (M2) は、①占有の問題との混同・権利の対人的性格、②歴史的正当化の困難性、③「積極的給付に向けられた」絶対権の存在 (物的負担、先買権および土地債務)、④「絶対的訴訟保護を必要とする他の法益」の必要性から支持できない。物権を「絶対性」と同視するとともに物権と債権の峻別を相対化し、「ある権利が物権的すなわち絶対的に保護されるべきか、どの範囲でそうされるべきか」という問題は、もっぱら国民経済上の必要と法政策的様式の考慮が決め手」であるという (Z1)。こうして、かれはのちにみるギールケと同じように、「経済的意味において一体をなしている法益」に物の性格を付与することが許容されると主張する (Z9)。フックスに反対するのはウエントである。かれは、物権と物との結合を堅持する立場から、「物権の対象と内容により基礎づけられた物権と債権債務関係上の権利の間の区別を否定するのは、不当」という (Z2)。これに対して、ギールケによれば、物の原子論的物質的解釈は適切でなく、物概念を無体物に拡張すべきである。すなわち、一方で、「空間的に限界づけられた権利客体と観念的に限界づけられた権利客体を同列に置く」というドイツ法的立場が首尾一貫される。ある権利の客体を、「それ自体で価値を有しかつ取引能力を有する対象」と観念し、純粹主観的な意思関係から切断するとき、この観念的に限界づけられた権利客体は、空間的に限界づけられた権利客体と同質性かつ同価値なのである。他方で、物と物の上の権利が明確に峻別される。対象・権利概念のほか、財産対象として物と権利を挙げた点を見れば、草案の態度はローマ法と同じく両者を混同するものであり、適切でない。財産対象については、

客観的意味では物のみを、主観的意味では権利のみを指示するとみるべきである(26)。さらに、コーザックは異なる角度から草案の物概念に対して批判を投げかける。有価証券につき物とみるのか権利とみるのかが一定していないところ、明文ない場合に混乱するところである(21)。

総体概念(2)についても批判が加えられた。ギールケによれば、集合物と財産総体も物概念に含まれる。すなわち、①集合物については、物概念は自然的対象ではなく「人間の意思支配に服する諸関係のなかで自然と労働によって産出された物的財貨(Sachgüter)」であること、従来の立法および普通法実務、取引の必要と民族の直感を根拠とし、草案の個別的な対処を批判する。②財産総体については、草案の態度、すなわち客観的財産統一体概念の拒絶、とくに遺産にみられる技巧的対処、ドイツ法的に構成された特別財産の無視を論難する(27)。フックスもギールケに応接して、集合物の否定を批判している。かれによれば、かりに物権性の概念について草案の立場に与したとしても、現実的支配力行使しうる自然的総体上の物権は承認されはずだから、集合物の否定は首尾一貫していない。包括訴訟は相続回復請求権は格別、自然的総体については認められない(29)。ドイツ農業新聞は集合物上の登録質の導入との関連で、物概念の拡張を支持していた(210)。

【2】の問題。まず、規定の要否につき、ゴルトシュミットとズロウオスキーは、物の概念規定など、物規定の多くを「余計」「無駄」であるとして削除するよう求めた(25)。次に、表現の仕方につき、物・対象・権利という用語をめぐって議論がなされた。すなわち、無体物の権利客体性を承認するギールケの立場(1)からは、①“Gegenstand”という表現を用いることも考えられるはずである。しかし、かれによれば、“unkörperliche Sache”とどう伝来の表現がもつともよく適しており、“Gegenstand”などはおおよそ法的特徴を有しない、かえって“Gegenstand”は物と権利の混同をもたらすことになる。②“Recht”は“unkörperliche Sache”とは異なる、という前提が確定されれば、“Recht”という表現の使用が絶対に排斥されるわけではない

(第三者の権利の上の物的負担、権利質権または権利用益権) けれども、物と権利の混同につながる用い方は許されない(譲渡人の義務、売主の義務、“Rechte an Rechten”、財産対象論)(Z 6)。これに対して、フックスは前提を共有しながら【1】も、この種のギールケの批判に与しない。①用語の区別には実際上の重要性はなく、②対象から物を分離することは物の解釈の誤解の防止、ハンディな専門用語の使用に役立つというのである(Z 8)。

【3】の問題につき、ベッカーは、他編への適用可能性を根拠として、物の概念規定をはじめとする多くの物規定を総則に移行するよう主張し、ピングナーも同旨を述べた(Z 3)。これに対して、ロストックカー・ツァイトウングは、物権法の冒頭におくのが正当であるとする(Z 4)。

2 『第二委員会議事録』⁽⁹⁸⁾

E 18778 については帝国司法庁準備委員会では議論がなく、第二委員会ではじめて取り上げられた。あらかじめ次の点を確認しておこう。第二委員会では『第一草案理由書』による修正部分が基礎とされた形跡はみられない。また、『鑑定意見修正』における批判は、結論としては、総則への移行を除いて取り入れられなかった。

第二委員会できくに問題となったのは第一委員会と同様、【2】と【3】の問題であった。【1】の問題については、『部分草案理由書』(前稿六(二)【1】) およびこれを受けた第一委員会議事録(前稿六(二)【1】)の結論が維持されている。すなわち、【1】物概念を有体物に制限すること(P II 6)、【2】集合物上の権利は認められないこと(P II 6)、【3】債権上の所有権は否定されること(P II 10)には変わりがない。もともと、フックス・ギールケの批判(三【1】)の影響を受けたのであろうか、①無体物上の物権を肯定する見解(P II 10)、②債権用益権・債権質権を物のそれと同等とみる見解(P II 7)が提案された。しかし、①は理由なく退けら

れ（P I 10）、②については言葉の問題にすり替えられてしまった（P II 8）（以下【2】③参照）。

【2】の問題につき、第二委員会は、「1」物概念の定義規定を維持した。第一委員会においては、「2」集合物、「3」所有権対象を独立の条文として明記するかどうかが部分草案の規定との関連で議論された（前稿六（二）【2】（2）（3））が、第二委員会ではもはや議論されなかった。

定義規定については、第一委員会と同様（前稿六（二）【2】（1））、また、ゴルトシュミットとズロウオスキの批判においてもみられたように（三）【2】、削除の主張がなされたが、次の理由で否定された。①言葉の用法を明確にするという「目的」を有すること（P II 5）、②「実質的には」集合物上の権利なるものが承認されないという命題が導出されること（P II 6）。権利用益権、権利質権の存在が「いわば変則的なもの」とされる、という批判に対しては、③これはむしろ物権法という表題に向けられるものである、「小さな不正確は単純な言語の用法の利益のために甘受しなればならないであろう」と反論し、また、当然推知できる・他の法を排除する意味しかない・教義的性格を有するという削除提案の根拠については、④言語用法の安定性という利益無体物上の所有権否定の明白な表現という点からは受け容れられない（P II 10）と批判している。第一委員会と対比すると、言語用法の明確化（①④）は（P I 19）、集合物上の権利の否定（②）は（P I 28）、無体物上の所有権の否定（④）は（P I 20）（P I 34）と同旨である。しかし、重複の回避（P I 16）（P I 17）（参照）、“Sache”と“Gegenstand”の区別（P I 18）は触れられていない。前者、すなわち重複回避については、定義規定そのものを持たなかったヨーホウも指摘していた（J 23）（参照）。他方、反論のかたちをとって説かれた「小さな不正確」論は、第二委員会ではじめて指摘されたものである。

【3】の問題。総則への移行の可否については、「編集会議」マターであるとされた（P II 11）（P II 12）。もつとも、編集会議の成果である第二委員会決議暫定集成、編集会議決議暫定集成では、この移動は行われなかつ

た。しかし、第二草案にいたると、物の定義規定をはじめとする多くの規定が、EINSTANDとして総則に移し替えられている。この移行は、編集会議が第二草案・物権法のテキストを確定する最後の段階、一九八四年三月前に行われたものと推測されるが、その理由を述べた資料はみあたらない。いずれにせよ、第二委員会が、物権法冒頭に置く旨を定めた部分草案（前稿六(一)1〔3〕）と第一委員会議事録（前稿六(一)2〔3〕）の立場を退け、第一委員会では排斥された反対提案（同）、ベッカーとピングナー批判（三1〔3〕）を受け容れた格好になった。反対・批判見解の根拠は物規定の他編への適用可能性にあったところ、この点に着目すると、総則への移行は、人・権利主体、物・権利客体という体系的考慮とは無縁であったということができよう。こうした構成は理論上、狭い物概念ではなく、広い物概念を前提とする。この限りで、パンデクテン体系ではなく、インスティトゥーテイオーネン体系に親和的なものといえよう。

ここで問題となるのは、編集会議の位置づけである。⁹⁴ 編集会議は、委員長ハーナウアー、総括報告者ブランク、そして個別報告者、物権法についてはプロイセン上級参事官・キュンツェルにより構成されていた。同会議の役割は総会がドグマティッシュかつ法政策的な問題に集中的に取り組めるよう負担を軽減するところにあった。そして、非法律家委員に配慮したのであろう、本会議は体系およびテキスト確定に関する問題には原則として取り組まなかったところ、同会議は第一委員会の編集委員会に比して多くの裁量を与えられていたとされる。こうして、第二委員会が第一委員会とは異なり、総則への移行の可否を編集段階に白紙委任した理由は明らかにされる。しかし、編集会議がどのような理由で総則への移動を結論したのかは説明することができない。

(四) ドイツ民法典の成立

こうして第二草案では第一草案と同一の文面、「この法律において物とは、有体的対象のみを意味する」が、

第一編総則の第二章「物」に設けられた(E II § 77a)。この規定は内容・位置ともに修正なく、ドイツ民法典に受け継がれている(BGB § 90)。

総括Ⅰ——本研究の位置

(一) 先行研究の評価

本研究は、ドイツ民法典における物概念規定の立法趣旨の実証的解明を課題とした。前稿と本稿のこれまでの考察により、この課題はすでに応答されている。その成果を踏まえて、本研究の位置を明らかにするために、先行研究の評価を行っておきたい。

結論からいえば、先行研究が用いてきた資料の範囲は非常に限定されていたとみざるをえない。もとより、ヤーコプスとシューベルトによる新資料の公刊の前後では資料のアクセス可能性が異なるから、一概に比較するのは公平でない。しかし、『第一草案理由書』と『第二委員会議事録』にしても、部分的な考察、とくに当該規定の理由が直接に示された箇所だけしかフォローしないものが多かった。それに、新資料が公刊された今日では閲覧可能性の点はそもそも問題とならない。物概念を有体的対象に制限する基礎的理由を述べるのは、『部分草案理由書』である。物概念規定は部分草案の審議における提案を原型とするところ、第一委員会議事録を参照しなければ定義規定を置く意義を明らかにすることはできない。『第一草案理由書』を用いることには問題があることはすでに強調したとおりである。近時の研究ではこれらの新資料を用いるものもみられるが、『第一草案理由書』『第二委員会議事録』の際と同じように、その考察範囲は狭く、不十分なものである。とくに問題なのは、『部分草案理由書』第一委員会議事録と、『第一草案理由書』の対比分析の作業が欠けている点であろう。こうし

た考察範囲の断片性は、自己の主張・理解を導くために必要な限りで立法資料を援用するものが多いという事情と関連しているように思われる。

以上のことを示すために、ドイツと日本の主要な物概念研究における起草資料の取扱いを、各々新資料の刊行前後に分けて概観しておこう。

(二) ドイツ⁽⁹⁶⁾

1 新資料刊行前

ドイツにおいては民法典施行後まもなく、ゾームの対象論⁽⁹⁷⁾をめぐってはげしい論争が巻き起こった。同理論の核心は、対象概念が財産法体系の基礎を形成していること、「対象」とは「処分行為、取引の対象」⁽⁹⁸⁾を意味していること、この意味で処分可能な権利は対象に含まれ、物も権利と等置されることにある。しかし、ゾーム自身は BGB § 90 の起草過程についてまったく関心を示していなかった。この点をついたのがもつとも手厳しい批判者、ビンダー⁽⁹⁹⁾である。かれは、対象は統一的概念ではないこと、一次的には「財産構成要素」と理解すべきであること、処分対象は物ではなく権利であることなどを主張したが、その際、ゾームテーゼは立法者意思に反すると批判した。すなわち、『第一草案理由書』における E I S § 78 の理由のうち、「M 28」〔M 31〕〔M 34〕のテキストをそのまま引用し、「M 29」〔M 33〕の内容を要約しながら、「M 31」〔M 34〕からは一見ゾームテーゼが導かれようであるが、とくに「M 28」に着目して詳しく考察すれば、理由書は対象を「物件」の意味で、すなわち「ローマ人が *res*」という表現を使用しているの⁽¹⁰⁰⁾と同じように理解していたことが明らかに。「物と権利が対象であるのは、権利または処分の対象だからではなく、それらがわれわれの観念の対象だからである」⁽¹⁰¹⁾という。そして、このような理解にはとくにギールケの批判があったことを指摘しつつ (Z 6) (Z 7) 対応部分頁を引

(104) 用)、『第二委員会議事録』(PII)以下を引いて、第二委員会はさしたる検討もなくこれを受け容れたことを明らかにしている。(105) ビンダーと同じようにゾームを批判するのは、トゥール(106)である。かれは、「M 32」を引きつつ対象概念は法律上有体物と無体物を合わせたものとして非常に一般的な意味で用いられているが、処分と関連するのは権利だけであり、物に関する処分とは、精確にいえば物の上に存する所有権の処分のことであるという。(107) こうして、物と所有権を処分客体として同一視するゾームの見解は、「わたしの考えによれば普通法学説によつてすでに克服されたローマの区分への逆戻り」(108)であると論難する。他にもこの論争に参加したものはあつたけれども、BGB s 90の起草過程に関心を向けるものはなかつた。

対象論争はドグマティッシュな性格をつよく有していたが、歴史的・哲学的研究がおろそかにされていたわけではない。なかでも卓越したものと評価されているのは、フッサールの研究(109)である。かれは、所有権概念形成について様々な段階を区別する。(a)原初状態では所有権ではなく、法により承認された個々の法成員と特定の財との関係(„primäre Eigenrelation“)(110)のみが存する。(b)歴史的展開のなかでこの関係の客体が法化し、„Rechtszuständigkeit“⁽¹¹²⁾すなわち法成員と権利客体、所有権との関係が生じ、こうして財そのものはEigenrelationの客体であることを停止する。法との関係では物と所有権は同一のものであり、物は法との関係では所有権としてだけ問題となる。(113)最後に、(c)様々なWertschichtが物から思想上切り離され、独立のものとしてされる。このようにしてたとえNutzhabenとWertschichtが独立の権利客体・Nießbrauchを形成する。(114)の客体は、第一秩序の財および権利対象としての物それ自体とならぶ、第二秩序の財として現れる。ローマ人よりres in corporalesと呼ばれていたのはこの高次の権利対象であるという。こうした物と所有権の同定についての歴史的理論的説明はゾームテーゼを深化させるものである。(115)けれども、——この高度に抽象的な理論体系から推測されるように——かれの関心がBGB s 90の起草過程に向けられることはなかつた。物概念についての基礎研究とし

ては、ゾコロウスキイの研究も注目されている。もつとも、かれは「物概念といわゆる有体物」のところで古
 代法研究を中心とする。他方、「集合物と現代法における物」では BGB § 90 に触れているが、立法資料を引く
 のは集合物肯定の立場からこれを批判する、という文脈においてである。すなわち、『第一草案理由書』「集合
 物」〔M 21〕を引きながら、集合物の権利客体性を嚴格に否定し、たとえば集合物上の利益権が語られるところ
 でも個物が物権の対象として取り扱われるというが、諸立法からみれば「不可解」な立場であるという。⁽¹²⁰⁾ そこで
 は、BGB § 90 の規範的意味を実証的に確定するという作業はなされていない。

ナチスの法改革運動は、BGB § 90 に対しても批判を向けた。ヴィアッカーによれば、現行法は二重の意味で
 疑わしい。まず、首尾一貫すれば同規定は総則ではなく物権法に置かれるはずである。次に、有体物に制限して
 いるのは相当でない。「広い機能的な物概念だけが……権利、企業そしてエネルギーも有体物と同一の機能的価
 値を有する共同体の社会的秩序を対象とする法の現実の使命に適合する。だから、来たる法は内容的には「諸
 国にみられるのと」同様に広い物概念(対象)から出発し、これに応じて今日の物権法の代わりに財産法 (Ver-
 mögensrecht) を置くべきであろう」。⁽¹²¹⁾ 導入部で「われわれはまず第一にこの特異な出発点に立ち入らなければ
 ならない」というにもかかわらず、資料として引かれるのは『第一草案理由書』「集合物」〔M 17〕以下だけであ
 る。⁽¹²⁴⁾ しかも、同書を批判対象である「支配的理論」、すなわち集合物否定説の典拠として利用している。

BGB § 90 の包括研究としてはレールとヒルの Dissertation が存する。⁽¹²⁵⁾ これらは現在でも基本文献とみられて
 いるけれども、不思議なことに、起草過程についてはまったく立ち入っていない。

第二次世界大戦後のものでは、ラーレンツの対象論が重要である。かれは権利対象を二つに区別する。「第一
 秩序の権利対象」は「支配権または収益権の対象、狭義の権利客体」を意味し、「第二秩序の権利対象」は「権
 利主体が法律行為により処分できる対象」「処分対象」であり、「権利と権利関係」をいう。⁽¹²⁷⁾ たとえば、ある人の

所有権が存立する物は第一秩序の権利対象であり、其の物の上に存立する所有権は第二秩序の権利対象である。そうして、第一秩序の権利対象には物（BGB § 90）のほかに、「第三者に対して有効な支配権または用益権が存在しうる無体的対象」「法秩序が支配権または収益権を承認する一定の無体的対象」⁽¹²⁸⁾、たとえば精神的作品、発明などが含まれるという⁽¹²⁹⁾。けれども、レーアブーフという著作の性格もあつてか、物概念の形成史は考察されていない。

個別問題から出発するものでは、ベッカーとベルナーによる構成部分研究⁽¹³⁰⁾が、物概念論一般においても注目されているけれども、本稿の問題に関わる記述は含まれていない。構成部分と電気エネルギーの問題を合わせて取り上げ、科学技術の進展の物概念に対する影響を論じるミュラーアイゼルトも、やはり BGB § 90 の起草過程には立ち入っていない。プレツヒャーの企業概念研究は犀利な分析・検討を含んでいるが、——副題にあるように——理論的基礎づけを試みたものであり、実証研究として役立つものではない。

2 新資料刊行後⁽¹³³⁾

近時では、物概念の発展史研究として重要なものが二つ現われている。一つは、ベッカーの論考集⁽¹³⁴⁾である。これは主にローマ法を対象とするが、BGB § 90 の起草過程にも詳しく立ち入り、「第一草案理由書」「第二委員会議事録」のみならず、「部分草案理由書」にも目を配っている。もともと、「部分草案理由書」は「物の概念」しか顧慮しておらず、第一委員会議事録も物規定の位置と TE-SachR § 1 の要否に関する審議の結論以外は参照していない。「第一草案理由書」「第二委員会議事録」の援用部分も限定的である。とくに問題なのは、①「第一草案理由書」を「部分草案理由書」の「きわめて簡潔な要約」⁽¹³⁵⁾と一言で評価している点、②〔P II〕を引きたりながら第二委員会は物規定の総則への以降に「したがった」⁽¹³⁶⁾と断じている点である。すでに詳しくみてきたように、

①②双方ともに実証的には維持できない。かれの考察をまとめておこう。(a)部分草案から第一草案までについては、(i) TE-SachR 81 の条文・理由づけとして、〔J13〕～〔J21〕「単純かつ明確な物権法、プロイセン一般ラント法、フランス民法典、オーストリア一般民法典、バイエルン・マクシミリアン民法典、ザクセン王国民法典、バイエルン王国民法典草案、ヘッセン大公国民法典草案」を詳細に紹介する。⁽¹³⁷⁾ただし、かならずしも資料に忠実でなく、また、資料にない情報を付加している。他の部分の資料は顧慮されていない。(ii)第一委員会における審議については、〔PI9〕「総則への移行の提案の却下」〔PI15〕「言葉の定義への置換え」を指摘するが、理由については触れていない。(b)『第一草案理由書』に関して、〔M28〕「ローマ法」〔M8〕「有体物制限」〔M34〕〔M13〕「物規定の権利への不適用・法律上の例外許容」〔M21〕「集合物否定」のみを紹介する。⁽¹³⁸⁾こうして、『部分草案理由書』と『第一草案理由書』を同趣旨のものとしてみるが、右①で指摘したとおり正当でない。(c)第二草案については、〔PII7〕「権利用益権、権利質権」〔PII10〕「債権上の所有権」の疑念、却下の結論を指摘し、理由については〔PII8〕「小さな不利益」だけを挙げる。⁽¹⁴⁰⁾〔PII11〕「総則への以降の決議」を引き、総則への移行を指摘するが、右②で批判したように誤りである。もう一つは、リュフナーが担当したHKK(歴史的・批判的コンメンタール)の物規定(BGB §§90-103)部分⁽¹⁴¹⁾である。かれはBGB §90の起草過程も取り上げている。特徴的なのは、第一委員会における審議を比較的詳しく紹介する一方、『部分草案理由書』は「物の概念」の核心部分の参照を指示するにとどめ、『第一草案理由書』『第二委員会議事録』にいたっては引用すらしていない、という点である。紙幅の制約があつたのであろう、資料の重さの置き方に興味が引かれる。具体的にはこうである。(a)『部分草案理由書』については、〔J17〕以下を引き、TE-SachR 81は普通法上の *res* 概念と自然法的典編纂の物概念を拒絶する意図を有していたとする。⁽¹⁴²⁾(b)第一委員会議事録に関しては、第一委員会におけるプランクの提案が有体物規定の原型であると指摘し、その理由として、〔PI20〕「権利も含んだ包括的な *res* 概念

の排除（ヨーホウと同様）」を紹介するとともに、「P I 18」「対象概念」「P I 19」「言葉の定義の位置」を引用する。⁽¹⁴³⁾

ドグマティッシユな物概念研究としては、エレクトロニクスの変遷が物概念に与える影響を具体的に論じた、ピドリンスキー⁽¹⁴⁴⁾のものがあり、しばしば引用されているけれども、BGB § 90の物概念から出発するにもかかわらず、そこに込められた規範的意味の確定には関心が払われていない。Dissertationとして、ケーリン⁽¹⁴⁵⁾の包括研究が現れているが、直接の対象がスイス法であるからか、BGB § 90の起草過程には立ち入っていない。直近に公刊されたフュラーのHabilitationsschrift⁽¹⁴⁶⁾は、ドグマティクのレヴエルにおいては物権法の独立性は基礎づけられないことを詳細に論じたものであり、本稿の視点からも興味深いものであるが、分析視角は物概念ではなく物権概念および物権法上の諸準則に置かれているため、BGB § 90の起草過程の実証分析は行われていない。⁽¹⁴⁷⁾本稿の視座からとくに問題とみられるのは、『部分草案理由書』『物権法の独立的地位』（「J I」）～（「J 8」）「ヨーホウによるサヴィニーのプログラムの受容」と『第一草案理由書』『草案の体系における物権法の地位』『物権』（「M 1」）～（「M 8」）をともに引用し、両者を連続的に捉えている点である。⁽¹⁴⁸⁾資料の参照箇所は異なるものの、ベッカーと同様の問題点といえることができよう。

(三) 日本

1 新資料刊行前

初期のものとして注目されるのは、三瀧信三の研究⁽¹⁴⁹⁾である。かれは無体物概念の排斥に対して疑問を投げかけ、その文脈で、「仏法系ノ観念ヲ排斥シテ本法ニ於テ物トハ有体物ノミヲ謂フモノナリト明言⁽¹⁵⁰⁾」したE I § 778の理由を探求する。もっとも、「独逸現行民法第九十条亦之ニ依レルコト勿論⁽¹⁵¹⁾」とし、E I § 778からBGB § 90をつ

など『第二委員会議事録』は顧慮しない。E1s778についても、『第一草案理由書』のうち、直接E1s778に触れる「物の概念」のしかも一部、すなわち〔M28〕〔ローマ法〕〔M29〕〔M30〕〔近世法〕の内容を紹介するにとどまる。こうして、かれによれば、「理由書ハ別ニ其理由ヲ詳述スル所ナ⁽¹⁶³⁾」い、と断じられることになる。

我妻栄⁽¹⁶⁴⁾は近代債権論のプログラムから出発し、とくに担保・集合物・企業をめぐる議論を念頭において、社会的経済的事情と法律的概念という論理を媒介に、物概念の拡張を主張した（法律上の排他的支配可能性説）。けれども、日本民法八五条がこれに倣ったものとするBGB§90については、「物の観念を個々の有体物に限⁽¹⁶⁵⁾」、「これ〔無体物概念〕を排斥した⁽¹⁶⁶⁾」、「有体物主義の理論を貫徹して集合物……の観念を認めなかつた⁽¹⁶⁷⁾」という結論が指摘されるだけで、その理由いかんは考証されていない。他方、近代所有権論の視角から物権の客体としての有体物の意義を評価する、川島武宜⁽¹⁶⁸⁾は、規定の位置との関係で、BGB§90の起草過程に関心を向ける。『第一草案理由書』「物の概念」〔M28〕以下を引用して、「ドイツ民法においてもこの規定〔日本民法八五条〕に相当する第九〇条は総則編中にある。しかしその第一草案においては、同条にあたる第七七八条は物権編中に位置せられたのであり、「理由書」は問題を専ら物権の客体の表現方法として論じているのである⁽¹⁶⁹⁾」という。しかし、なぜBGB§90（総則編）ではなく、E1s778および『第一草案理由書』（物権編）を尊重しなければならないのかについては触れられていない。また、規定の位置以上に、自身のテーゼが同条に込められた規範的意味と合致しているかを実証的に検証する作業はなされていない。

債権所有権論⁽¹⁶⁰⁾、集合物論⁽¹⁶¹⁾、財産論⁽¹⁶²⁾にも目を引くものがあるが、有体物制限という結論が挙げられるだけで、なぜ有体物に制限されたのか、という点を考証するものはなかった。

こうした状況のなか、新資料が刊行される少し前に、曾田厚⁽¹⁶³⁾は物概念の基礎研究に取り組み、BGB§90の起草過程について詳細な考察を与えた。その際には、『第一草案理由書』については「物の概念」「集合物」のほか、

「一般的視点」、とくに「物権の概念」に目が配られている。『第二委員会議事録』が顧慮されているのはいうまでもない。まず、(a)物概念一般につき、(i)〔M 28〕「ローマ法の状況」〔M 8〕「現実的支配力」を直接引用するとともに、(ii)〔P II 11〕は総則移行の理由を語らないことを指摘する⁽¹⁶⁵⁾。次に、(b)物定義規定の法的意義として、(ii)〔M 33〕「二義的解釈防止」〔P II 10〕①「用語法の確実性」を引いて熟語的意義説の系譜を示すとともに、物権的意義説批判の文脈で、〔P II 7〕「有体物以外の対象上の権利の存在を理由とした有体物制限への懷疑論」⁽¹⁶⁷⁾と、〔P II 8〕「表題との関係」を紹介する一方、同説に与するとみられる〔M 1〕以下の参照を指示する。最後に、(d)集合物の有体性との関係で、(iii)〔M 8〕〔M 21〕〔M 23〕および〔P II 6〕「集合物の否定」を引く⁽¹⁷⁰⁾。こうしてみると、曾田の研究は新資料刊行前のものとしては、ドイツと合わせてみても、もつとも包括的な研究と評価することができる。しかし、当時の資料でもなお汲み取られていない部分はないではない。考察箇所が散在している点も問題であろう。新資料が刊行された今日では補充修正が必要となるのはもちろんである。

本稿の問題との関連では、川村泰啓の「私的所有」論⁽¹⁷¹⁾、広中俊雄の「財貨秩序」論⁽¹⁷²⁾を逸することはできない。これらの研究は、物概念の再構成の契機を含むものである。しかし、いずれも BGB § 90 の起草過程の実証的考察に立ち入るものではない。前者は独自の分析枠組みから出発しており、また、後者は体系的整序の色彩が強いものである。

2 新資料刊行後⁽¹⁷³⁾

近時では、物概念をめぐる諸々の議論を構造化し、再検討の見通しを提示する論考が目される⁽¹⁷⁴⁾。しかしながら、本稿の問題は取り扱われていない。論考の性格上、当然ともいえよう。フランス財産論研究の進展も目覚ましいけれども、もとより本稿とは対象を異にする。「債権的価値帰属権」論⁽¹⁷⁶⁾「格下げ」問題⁽¹⁷⁷⁾が抱える問いも物概念

と関連するものであるが、問題意識と基本構想の関係であろう、物概念の角度からの考察は前面には出ていない。

BGB § 90 の起草過程の考察は、集合物論の再検討の文脈にみいだすことができる。分析論の主張者である古積健三郎⁽¹⁷⁸⁾は、『第一草案理由書』「物権の概念」(M 8)を紹介し、「物的権利は有体的物権のみに成立でき、集合物は物権の客体とならない」とし、日本民法八五条の持つ意義は BGB § 90 のそれにほぼ等しいと指摘している⁽¹⁸⁰⁾。新資料は利用されていない。集合財産担保論から出発し、主に担保の角度から物概念に切り込むのは、池田雅則である。かれは『第一草案理由書』「第二委員会議事録」のほか、新資料を用い、『部分草案理由書』第一委員会議事録にも目を配っているが、援用部分は限定されている。とくに『第一草案理由書』に重きを置いているようである⁽¹⁸²⁾けれども、すでにみたたとおり、立法趣旨の確定という点では適切でない。(a)部分草案から第一草案までにつき、(i)部分草案には「この規定 [E I § 778] に相当する条項はなかった」として『部分草案理由書』を考察せず、E I § 778 は同条の審議過程で提案・採択されたものとし、審議のうちの (P I 19) 「二義的解釈の防止」を紹介する⁽¹⁸³⁾。他方、(ii) T E - S a c h R § 14 「集合物の否定」を挙げつつ、同規定は第一草案で削除されたことを指摘するが、理由として援用するのは『第一草案理由書』(M 23) [E I § 778 で十分]である⁽¹⁸⁴⁾。(b)『第一草案理由書』に関して、(i)有体物規定につき、[M 31]「物権客体は有体物」を紹介し、⁽¹⁸⁵⁾(ii)集合物否定の理由との関係で、(ア)「M 8」[現実的支配力行使不能] [M 7]「物権性」、(イ) [M 22]「実際上の必要性なし」、(ウ) [M 33]「定義の問題」を引く⁽¹⁸⁶⁾。(c)第二草案については、(i)総則への移行との関係で、[P II 4]「削除提案排斥」を紹介し、理由として [P II 5]「用語の明確性」 [P II 6]「集合物の否定」を指摘する⁽¹⁸⁷⁾。(ii)集合物否定につき、ギールケの批判 [Z 7] 対応部分、[P II 1] 以下「集合物否定の維持」を参照し、理由としては——断りを入れつつ——『部分草案理由書』[J 27] ③⑥「排他性・特定性との関係」を援用する⁽¹⁸⁸⁾。

総括Ⅱ——本研究の結論

本研究の成果として、ドイツ民法典における物概念規定の立法趣旨をまとめておこう。その際には、わが民法の起草過程の考察に備え、第一草案とそれ以降に分けてみていく必要がある。

第一草案の起草趣旨の確定のためには、『部分草案理由書』と第一委員会議事録、および関連する限りで準備委員会答申と予決問題議事録が用いられる。第一に、物概念はなぜ有体的対象に制限されるのか。「有体的対象」とは、①非自由・非主体性、②空間的限定性を基調とした物概念、「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」をいう。無体物としてはとくに権利、さらに行為が想定される。制限根拠は重層的なものであり、①サヴィニー流のパンデクテン体系、「意思支配」の対象区分を起点とした権利体系の採用（体系的理由）を基礎として、②ローマ法的正統性と近時の法典・草案・学説の状況（歴史的理由）、さらに、③物権法規範の権利に対する適用の原則不当性（实际的理由）が付け加えられる。例外・限界事象、無体的対象も認められるが、物権法規範を物権編に規定したうえであとは特別なルールを設けるという方針をとり、物権法の独立性を堅持するのが相当である。すなわち、①債権譲渡・相続回復請求権などは他編に規定を置き、②地上権・有価証券・権利利益権・権利質権には例外規定を設け、③精神的所有権は絶対権ではあるが対象・内容を異にし特別法もあるため、所有権概念に組み込みその規定を適用するのは適当でない。なお、④物権人権の区別は實際上貫徹されていないが例外は本質に触れるものではないから、区別自体は放棄されない、⑤権利の上の所有権は権利それ自体の帰属と同義であり、権利には所有権の諸原則は通常妥当しないからこうした概念構成には意味が乏しい。こうして、広い物概念をとる他の法典の立場は退けられる。有体的対象への制限から、①集合物、②財産総体の対象性も否定される。反対説・立法もあるが、近時の学説にしたがひ、こう理解すべきである。①占有・引渡し・所有権・

所有物返還請求・用益権・担保権のいずれの際にも個物が問題となり、集合名詞を用いた法律行為の解釈は通常
 の目的物確定基準を除いて一律には決められない。②財産総体は所有権対象とはならず、また、財産総体と集合
 物の区別は不当、財産総体特有の一般原則なるものも存しない。第二に、物概念の定義規定を設ける意義はどこ
 にあるのか。不要との考え方もありうるが、次の点を考慮すると相当でない。①「有体的」文言の重複回避、②
 „Sache“ (物) と „Gegenstand“ (物と権利) の区別の定着、③物概念の二義的解釈の防止、④権利の上の所有
 権および精神的所有権の否定、⑤集合物・財産総体概念の否定の明確化。これに対して、物権法規範は法律上権
 利にも適用される、という旨の例外則をあえて設ける必要はない。第三に、どうして物規定を物権法の冒頭に
 置くのか。他の立法・草案のように、総則へ配置するのは適当でない。①物規定の物権法外の適用はその物権法
 的性格を否定しない、②総則は辞典ではなく、他編への適用・使用は総則への採録を正当化しない、③物権法に
 置かなければ規定の関連性の喪失、法典の理解と運用の困難をもたらすからである。そして、言葉の定義は冒頭
 に置くのが自明と解される。

では、第二草案、そしてドイツ民法典についてはどうか。ここでは『第二委員会議事録』とこれに影響を与え
 たと推測される『鑑定意見集成』が基礎となる。第一の問題についてはとくに補足すべきことはない。物概念の
 拡張を説く批判的見解・提案は自明のように退けられた。第二に関して、批判の影響も受けたのか、削除説があ
 らためて主張されたけれども、却下された。もともと、理由として付加されたのは一点のみ、すなわち、例外は
 あるが単純な言語用法の利益のためには小さな不正確は甘受すべき、という点である。第三については、結論そ
 れ自体が変更され、総則編への移動が行われた。しかし、第二委員会では編集会議に委ねることしか決められて
 おらず、同会議の成果である二つの草案でも移動は行われていない。最後段階での決定と推測されるが、理由を
 示す資料はみあたらない。他編への適用可能性を根拠とする提案・批判を受け容れる一方、反対の立場をとって

いた第一草案の理由①②③を退けたかたちになった。こうした経緯からは、総則編への移動は物の権利客体性というインスタイトゥーティオーネンの考慮に基づくものではなかったということができる。現在のところはこれ以上、理由を詳らかにできない。このことを明らかにできるとどまる。

ここで『第一草案理由書』に依拠した場合との相違を簡潔に際立たせておこう。もともと大きな相違は、第一の問題にある。すなわち、同書はヨールホウと異なり、サヴィニーの体系を基礎としておらず、その影響をことごとく排除している。ヨールホウはサヴィニーに忠実に、「意思支配」の対象区分から出発したパンデクテン体系を採用したところ、物権法の独立性は同時に狭義の物概念を帰結し、合わせて、物概念は「空間的に限界づけられた自由を持たない自然の一部」と規定されることになった。ここでは物権概念の解釈と物概念の規定の問題は結びつけられていない。ヨールホウは徹頭徹尾、サヴィニーのプログラムにしたがっていた。他方、『第一草案理由書』はサヴィニーの体系を採用しない。そこで、同書は、狭義の物概念採用の根拠を、物権概念の理解に求める。物権性の本質は絶対性ではなく、直接的現実的支配にあり、そうであるから物概念は、「有体的物件」「有体的対象」に制限されるという。この根拠からは物概念を右以上に規定することはできない。非自由・非主体性は演繹されない一方、感性的物概念の採用も可能となろう。こうして、同書によれば、パンデクテン体系・物権法の独立性という体系的問題と、物概念の規定の問題は切り離されることになる。第二の問題についてはおおむね相違はみられない。ただ、細かい点であるが、『第一草案理由書』では、物規定は原則権利には適用されないという点が、定義規定の消極的意味に読み込まれている。第三の問題に関しては、内容的には類似しているが、テキストは大幅に書き換えられている。そのこととの関係で、総則は辞典ではない、関連性の喪失・法典の理解と運用の困難に関する指摘が落とされ、また、言葉の定義の冒頭配置に関する考慮も削除されている。

最後に、本研究の意義を二点にまとめておこう。①〔解釈論〕わが民法の有体物規定の淵源である第一草案の

起草趣旨を実証的に明らかにした。その継受過程については次稿で考察する予定である。沿革と切り離してみても、ドイツ民法典の起草過程における議論は興味深い。狭い物概念を批判する際にはここで示された議論を十分に踏まえなければならぬであろう。とくに、無体的対象の存在が否定されていたわけではけっしてなく、ただこれを「物」に含めて物権法規範を直接適用することに実際上の問題があるとみられていた点が重要である。ともあれ、物概念の再構成の必要があるか、どのように再構成すべきかを考察することは今後の研究に委ねられなければならない。②〔編纂史〕新資料の公刊後にも、立法趣旨の確定の際に、『第一草案理由書』のみに依拠し、あるいは同書と『部分草案理由書』第一委員会議事録の同一性を前提とした研究が、ドイツ、日本を問わずしばしばみいだされる。該当条文の資料にしか当たらないものも多い。しかし、本研究の考察はそのことの問題性を具体的に明らかにした。編纂史研究により従来から指摘されていたところを、物概念規定を素材に用いて実証したわけである。本研究のようなアプローチは、検証を経ていない他の規定についても有用であろう。のみならず、立法趣旨を正確に捉えるためには不可欠であるように思われる。

- (1) 水津太郎「有体物規定に関する基礎的考察——ヨーホウ物権法部分草案一条をめぐって——」法研八二巻一二号(二〇〇九年)。
- (2) 本節二(一)は前稿との接続上、水津・有体物規定Ⅰ五の部分再掲したものである。
- (3) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung (1888) (sog. 1. Entwurf).
- (4) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ausgearbeitet von der in Folge des Beschlusses des Bundesrathes vom 22. Juni 1874 eingesetzten Kommission, Erste Lesung, Berlin 1887, S. 220; Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe, Berlin/New York 1986, S. 874.

- (5) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3: Sachenrecht, Berlin 1888, S. 32-77; Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3: Sachenrecht, Berlin 1899, S. 18-43.
- (6) E I, S. 243; SCHUBERT, Vorlagen, Anlagen, S. 897.
- (7) Motive III, S. 1; MUGDAN, Materialien III, S. 1.
- (8) Motive III, S. 1-2; MUGDAN, Materialien III, S. 1-2.
- (9) 下記の表現は、Gustav HARTMANN, Rechte an eigener Sache: Untersuchungen zur Lehre vom Eigentumsrecht, JherJb, Bd. 17 (1879), S. 69-144 から借用したものであり、所有者に所有権以外の権利が帰属する権利「所有者抵当権など」を包摂する点で、「他人の物の上の物権」という表現よりもより特徴を捉えたものであると補足する。モーホウも同旨を述べていたが、その位置は「序論」「II. 物権法の内容：草案の構成」の後半部分であり、本研究とは直接関連しない箇所である。前稿で触れられつづいたのはそのためである。Vgl. Reinhold JOHNSON, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Begründung, Sachenrecht, Bd. 1, Berlin 1880, S. 7 mit Fn. 1; Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht I: Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Berlin/New York 1982, S. 131.
- (10) ハリビ、第一章前注「③ 価値」を指示しているが、内容的にみれば「② 集合物」の誤植であらう。
- (11) Motive III, S. 23-24; MUGDAN, Materialien III, S. 13-14.
- (12) Motive III, S. 25; MUGDAN, Materialien III, S. 14.
- (13) Motive III, S. 25, 28-30; MUGDAN, Materialien III, S. 14, 16-17. 「集合物 (Sachsgesamtheit)」は、財産總体を含んだ広義で使用している。すなわち *universitas facti* の関係では狭義であるが、*universitates rerum* の文脈では広義である。
- (14) 学説の概観として Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 5. Aufl., Frankfurt a. M. 1979, § 137, Nr. 4, 5 を引く。モーホウもサントニャイナを挙げつづいた(「24」注(49))が、通説を指示す

をたぬの引用せしめり詳釋せしむる (〔一七二〕注 (22))。

- (15) Motive III, S. 32-33; MUGDAN, Materialien III, S. 18.
- (16) WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 137 及 釋文。モーホンのハイムンヤーンに於けるローテ法體理は「
 じつじやないた (〔一七三])」。
- (17) 參照せしむる Andreas HEUSLER, Die Gewere, Weimar 1872, §§ 8, 11. モーホンの回文 (〔一七四〕注 (23))。
- (18) Motive III, S. 257; MUGDAN, Materialien III, S. 142.
- (19) 原文は VI. 2 § 4 及び 2 條を參照せしむる。
- (20) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt, 6 Bde., Berlin 1890. 以後の文種の補記 (要録など) は「
 じつじやないた」の Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1891-1895); Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil: §§ 1-240, TeilBd. 2, Berlin/New York 1985, Anhang IV, S. 1388-1443.
- (21) Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt, 2 Bde., Berlin 1891.
- (22) Schreiben des Reichskanzlers vom 33. 6. 1889 an alle Bundesregierungen (sog. Rundschreiben des Reichskanzlers); SCHUBERT, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB-Einführung, Biographien, Materialien-, Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Berlin/New York 1978, S. 329-334.
- (23) Werner SCHUBERT, Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs; ID., Materialien, S. 40.
- (24) ZustGA III, S. 3-4. 釋文 ZustGA VI, S. 538 によつて Wilhelm KINDER, Das Recht an der Sache: Kritische Bemerkungen zum dritten Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Breslau 1889 に対する批判が紹介されてゐるが、本稿の問題とは関連しない。

- (52) Eugen FUCHS, Das Wesen der Dinglichkeit: Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889, S. 11 ff., 153, 154; auch ID., Ueber das Wesen und die praktischen Folgen der Dinglichkeit im Entwurfe, Vortrag in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, JherJb. 30 (1888/89), S. 47-53.
- (29) ZustGA III, S. 9-10. 兼顧 ZustGA VI, S. 539-542 につき、この問題については記載がない。
- (27) Ernst Immanuel BEKKER, System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich, H. 2, Berlin 1888, S. 9, S. 83 Fn. 5.
- (28) Adrian BINGNER, Eingaben. 1) の趣意書の年月は不明 (ZustGA VI, S. 678)。なお、コンナナーは帝國裁判所 Senatpräsident.
- (26) Rostocker Zeitung v. 9. Nov. 1888.
- (25) ZustGA III, S. 10. 兼顧 ZustGA VI, S. 539-542 及びこの問題に記載はない。
- (13) Ludwig GOLDSCHMIDT, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, H. 1: Die formalen Mängel des Entwurfs, Leipzig 1889, S. 47, 102, 103, 172, 173.
- (22) Ferdinand ZRODŁOWSKI, Codificationfragen und Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Prag 1889, S. 34.
- (23) E I § 778 に関する ZustGA III, S. 14 を基本として、同所の参照指示にしたがって、一般的に「概念」意義に関する ZustGA I, S. 28, 及びその集合物・財産総体に関する ZustGA III, S. 10-11 を顧慮した。補遺 ZustGA VI, S. 542 には意見が収録されている。なお、ZustGA I, S. 30-31 の参照も指示されているが、物概念と直接関連しなかったため、この点については記載しない。
- (24) Otto VON GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 43 ff.
- (28) VON GIERKE, Entwurf, S. 283 ff.

- (36) FUCHS, Dinglichkeit, S. 61 ff., 79 ff.
- (37) FUCHS, Dinglichkeit, S. 80 ff.
- (38) Deutsche landwirthschaftliche Presse v. 17. Aug. 1889.
- (39) Konrad COSACK, Das Sachenrecht: mit Ausschluss des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, H. 13, Berlin 1889, S. 3.
- (40) Hans SCHULTE-NÖLKE, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 71, Frankfurt a.M. 1995; 紹介として、平田公夫「帝國司法庁(Reichsjustizamt)とドイツ民法典(一)―(三)・完」岡法四七卷二号二一九―一四四頁、五一卷二号一三三―一三二頁四号八二五―八四〇頁(一九九七―二〇〇二年)。
- (41) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unverföentlichen Quellen, Allgemeiner Teil: §§ 1-240, TeilBd. 1, Berlin/New York 1985, S. 481.
- (42) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. XVI Fn. 2; Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unverföentlichen Quellen, Sachenrecht I: §§ 854-1017, Berlin/New York 1985, S. X.
- (43) もともと、E I S 796 「法律行為による処分禁止」については、第二〇六回本会議において、法律行為による処分権能の排除または制限が許されないことは物権のみならず譲渡可能な権利すべてに当てはまるという理由から、総則に位置する法律上および裁判上の処分禁止に関する規定のあつて置くべきことが決められた。Protokolle der [2.] Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin 1899, S. 256-258; MUGDAN, Materialien III, S. 500-501; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, SachR I, S. 488; 憲法社(2)の参照。
- (44) BGB-Entwurf in der Paragrafenzählung des E I nach der „Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches“ von Planck

- (1891-1895).
- (45) BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach der „Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission“ der 2. Kommission (1891-1895).
- (46) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 488-492.
- (47) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 490.
- (48) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Zweite Lesung (1894, 1895) (sog. 2. Entwurf).
- (49) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, auf amtliche Veranlassung, Berlin 1895, S. XX-XXI, S. 26-30.
- (50) E II auf amtliche Veranlassung, S. 247 Fn. 1. 其後記述は「凡そ土地に關する規定の準用」に「風の土地」に「物權法：土地上の權利に關する一般規定」に E I § 781 II 「土地に關する規定の準用」に E II § 928 I 「物權法：地上權」に E I § 790 「從物の効果」に E II § 265 a 「債務關係法：契約に基づく債務關係」に § 794 II 「占有者に対する果實の分配」に E II § 907 II 「物權：所有權に基づく請求權」に E I § 796 「法律行為による処分禁止」に E II § 102 「総則：意思表示」の「この点につき、前掲注(43)参照」に各々移行された。残る「規定」に E I § 781 I 「不動産の定義」および E I § 786 「自然力により土地から切り離されたものその他の土地の合併」は第二委員会に削除された。
- (51) Allgemeiner Theil-Recht der Schuldverhältnisse-Sachenrecht, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Auf amtliche Veranlassung, Buch 1-3, Berlin 1894.
- (52) Georg MAAS, Bibliographie des bürgerlichen Rechts: Verzeichnis von Einzelschriften und Aufsätzen über das im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich vereinigte Recht, Berlin 1899, ArchBürgerR, Bd. 16 (1899), Sonder-Ausgabe, S. 30-31.
- (53) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Druck der Aktiengesellschaft Pionier, I. Buch: Allgemeiner Theil, Berlin 1892,

S. 22.

- (15) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Druck der Aktiengesellschaft Pionier, II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin 1892, S. 40, II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse 2, Berlin 1893, S. 147-148.
- (16) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Druck der Aktiengesellschaft Pionier, III. Buch: Sachenrecht, Berlin 1894, S. 1-4 Fn. 1.
- (19) Gustav MANDRY, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, AcP, Bd. 79 (1892), S. 147.
- (15) MANDRY, E II, AcP, Bd. 80 (1893), S. 544-546.
- (19) MANDRY, E II, AcP, Bd. 82 (1894), S. 243-247.
- (16) Vgl. JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. XVI; ID., Beratung, SachR I, S. X. 各条の前身は「一八九一年」五月六日から五月一九日まで「第二草案修正のため再度審議がなされた」とあるのは「一八九五年」の誤植である(岡孝「民法起草とドイツ民法第二草案の影響」法時七〇巻七号五六頁注九〔一九九八年〕参照)。
- (19) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung (1895) (sog. Bundesratsvorlage).
- (15) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und eines zugehörigen Einführungsgesetzes sowie eines Gesetzes, betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung und zur Konkursordnung: in der Fassung der Bundesratsvorlagen, Auf amtliche Veranlassung, Berlin 1898, S. 15-17.
- (16) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1896) (Reichstagsvorlagen oder 3. Entwurf).
- (16) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs: Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, Berlin 1896, Text, S. 14-16.

- (16) Vgl. JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 494.
- (19) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs: Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, Berlin 1896, Denkschrift, S. 104; MUGDAN, Materialien III, S. 961; und Denkschrift, S. 20; Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899, S. 832.
- (19) Vgl. Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes: nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, S. 31-32; MUGDAN, Materialien III, S. 994; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, AllgT I, S. 494-495.
- (19) Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung vom 20. 8. 1896 (RGBl. 1896, 195).
- (89) Bürgerliches Gesetzbuch: in der Fassung vom 1. Januar 1900, Berlin 1896, S. 14.
- (89) Protokolle der [2.] Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin 1899, S. 118-120; MUGDAN, Materialien III, S. 577-578; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, SachR I, S. 443-444.
- (70) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, SachR I, S. 444.
- (71) Denkschrift, S. 122; MUGDAN, Materialien III, S. 972; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, SachR I, S. 444-445.
- (72) Bericht, S. 120-121; MUGDAN, Materialien III, S. 997; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, SachR I, S. 445.
- (73) BGB in der Fassung vom 1. Januar 1900, S. 150.
- (74) Prot II 3, S. 1; MUGDAN, Materialien III, S. 486; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung AllgT I, S. 481. ズトビゼ' Prot II 3; MUGDAN や種々ニシ' 補記記シ JAKOBS/SCHUBERT の雑誌 (Fn. 55 und 56) や用いた。
- (19) Wird ein körperlicher Gegenstand (Sache), welcher nur der Gattung nach bestimmt ist, geschuldet, so ist ein Gegenstand... [von mittlerer Art und Güte zu leisten].
- (76) Prot II 3, S. 1-2; MUGDAN, Materialien III, S. 486; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung AllgT I, S. 481 (兼一ヨ大回部分: [「ムロ」]: ヲの類々ヲ JAKOBS/SCHUBERT, Beratung AllgT I, S. 481 や其等類々ニシ) ; und Pro-

- † 13, S. 26; JAKOBS/SCHUBERT, *Beratung AllgT I*, S. 488 (第一七九回部分 [P II 12] : この部分は MUGDAN, *Materialien III*, S. 500 の註を省略せよ)。)
- (77) 水津・有体物規定一六六(一)。
- (78) 「P I 29」は規定の必要について反対するだけで、解釈それ自体にはとくに反対していないことを補足しておく。
- (79) Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840. 以下に同じ。基本的是 *Grundriss* Lars Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* 59, Ebdelsbach 1984, S. 154-171; 石部雅亮「サヴィニーの家族法論」磯村哲彦編『市民法学の形成と展開上』一六九—二〇六頁(有斐閣、一九八七年)、赤松秀岳「サヴィニーと物権・債権 峻別論」『十九世紀ドイツ私法学の実像』二九—三三二頁(成文堂、一九九五年)「初出、一九九一年」。
- (80) VON SAVIGNY, *System I*, § 53, S. 339-340, S. 344.
- (81) VON SAVIGNY, *System I*, § 53, S. 342-344 und § 58, S. 387-388.
- (82) VON SAVIGNY, *System I*, § 58, S. 387.
- (83) VON SAVIGNY, *System I*, § 53, S. 343.
- (84) VON SAVIGNY, *System I*, § 58, S. 388.
- (85) SCHUBERT, *Entstehungsgeschichte*; ID., *Materialien*, S. 49; und ID., *Einführung, Motive zu dem Entwurf eines BGB*, Bd. 1, 100 Jahre bürgerliches Gesetzbuch: Bürgerliches Recht, Bd. 4, Goldbach 2000, S. [1-2]; vgl. auch Gottlieb PLANCK, *Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Nebengesetze*, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1913, S. XXVIII [bearb. v. P. KNOKE]. プランクはノッケはシュベルトと異なり、①担当者としてリーベのみを挙げ、また②一部報告者の協力があった旨を指摘していた。シュベルトはとくにこれらの差異を指摘することなく、一次資料を引きつ淡々と述べるのみであるが、プランクはノッケの叙述を修正したものとみることができよう。なお、プランクはノッケも「これ」『第一章案理由書』』についての委員会の議決は行われなかった」とする核心部分は同様であったことを確認しておく。わが国初期のものとして簡単にではあるが、新田敏「ドイツにおける不動産附合法の形成—土

- 地・建物を中心として」法研四一巻一二号五〇頁注一（一九六八年）、田中克志「ドイツ民法典編纂と不動産担保法」『抵当権効力論』一二七頁注四九（信山社、二〇〇二年）「初出、一九七八年」参照。
- (86) Bericht vom 27. 12. 1887 anlässlich der Übergabe des I. BGB-Entwurfs, Berichte des Kommissionsvorsitzenden Pape an den Reichskanzler; SCHUBERT, Materialien, S. 310.
- (87) Rosemarie JAHNEL, Kurzbiographien der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuch; SCHUBERT, Materialien, S. 89. 動産法拒絶。
- (88) JAHNEL, Kurzbiographien; SCHUBERT, Materialien, S. 92; und Werner SCHUBERT, Vorlagen, SachR I, S. XXVI-XXVII. 不動産法拒絶。
- (89) SCHUBERT, Entstehungsgeschichte; ID., Materialien, S. 49-50, 同所後半を引用するのは、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』三三頁（九州大学出版会、一九九九年）。児玉寛Ⅱ大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覧」『ドイツ民法典の編纂と法学』ix頁「児玉」（九州大学出版会、一九九九年）も参照。
- (90) Bericht vom 27. 12. 1887 von Pape; SCHUBERT, Materialien, S. 310.
- (91) SCHUBERT, Einführung zu den Motiven, S. [1].
- (92) Vgl. SCHUBERT, Einführung zu den Motiven, S. [2]. シューベルトはカイプ社の『第一草案理由書』複製版（ドイツ民法典の一〇〇年シリーズ）に所収された解題のなかで、この種のものとしては異例なほど当該書の価値に対する消極的言辞を述べたあと、最後に、新資料刊行後の同書の意義として、ドイツ民法典成立史（たとえば第一草案に対する批判の完全な理解）と、二〇世紀のドクメンテーションを挙げている。
- (93) 第二委員会議事録の公刊は作業終了後に計画されたものであり、だからこそ、第二委員会は第一委員会よりもいっそう詳細かつ明瞭に議事録を記述させたが、この『第二委員会議事録』は総会の承認をえたものではなかった。しかし、編集会議に等しいものとされた議事録委員会（Protokollausschub）による校閲を経ている。したがって、『第一草案理由書』と異なり、資料性は問題とされていない。SCHUBERT, Entstehungsgeschichte; ID., Materialien, S. 58, なお、児玉Ⅱ大中・資料一覧x頁「児玉」を参照。

- (75) SCHUBERT, Entstehungsgeschichte; ID., Materialien, S. 57, 59.
- (76) 本研究に直接関連する『部分草案整理田書』の第一委員会議事録の注行が完一した。一九八五年を基準とする。
- (76) 文書の整理・整理及びその後の Joachim ICKEL/Malte STREPER, Vorbemerkungen zu §§ 90-103, Norbert HABERMANN (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1: Allgemeiner Teil, Berlin 2004, Schrifttum, S. 1; Thomas RUFNER, Zu §§ 90-103, Mathias SCHMOECKEL/Jochim RÜCKER/Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, Tübingen 2003, Rn. 10-11, S. 314-317 （以下略）、（以下略）、（以下略）。
- (77) Rudolf SOHM, Der Gegenstand: Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht, Heinrich Degenkorf zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, Leipzig 1905; ID., Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, ArchBürgR, Bd. 28 (1906), S. 173-206; ID., Noch einmal der Gegenstand, JherJb, Bd. 53 (1908), S. 373-394.
- (78) SOHM, Gegenstand, S. 7.
- (79) Julius BINDER, Der Gegenstand, ZHR, Bd. 59, S. 1-78; ID., Vermögensrecht und Gegenstand, ArchBürgR, Bd. 34 (1910), S. 209-260.
- (80) BINDER, Gegenstand, S. 13, 30; ID., Vermögensrecht, S. 219-220.
- (81) BINDER, Gegenstand, S. 1.
- (82) BINDER, Vermögensrecht, S. 220.
- (83) BINDER, Vermögensrecht, S. 220.
- (84) BINDER, Vermögensrecht, S. 220.
- (85) BINDER, Gegenstand, S. 13 Fn. 25.
- (86) BINDER, Gegenstand, S. 13 mit Fn. 26.
- (87) Andreas von THUR, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 10, Das deutsche bürgerliche Recht, Leipzig 1910.
- (88) VON THUR, AllgT I, § 18, S. 318-319 mit Fn. 25 a.

- (20) VON THUR, *AllgT I*, § 18, S. 319 Fn. 26.
- (21) Vgl. insb. Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Lehre von den Rechtsgegenständen*, ArchBürgR, Bd. 31 (1908), S. 322-327; Ernst Immanuel BEKKER, *An Rudolf Sohm, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung*, Berlin/Leipzig 1910, S. 1-12.
- (22) Gerhart HUSSERL, *Der Rechtsgegenstand: Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin 1933. トハチーニシテ懸念スベシク HKK/RUFNER, §§ 90-103, Rn. 11, S. 315-316 以下参照。
- (23) HUSSERL, *Rechtsgegenstand*, S. 18.
- (24) HUSSERL, *Rechtsgegenstand*, S. 175.
- (25) HUSSERL, *Rechtsgegenstand*, S. 176.
- (26) HUSSERL, *Rechtsgegenstand*, S. 41.
- (27) HUSSERL, *Rechtsgegenstand*, S. 177.
- (28) Vgl. HUSSERL, *Rechtsgegenstand*, S. 179 Fn. 362.
- (29) Paul SOKOLOWSKI, *Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, *Die Philosophie im Privatrecht*, Bd. 1, Halle 1907.
- (30) SOKOLOWSKI, *Sachbegriff*, § 1, S. 28-43.
- (31) SOKOLOWSKI, *Sachbegriff*, § 22, S. 373-404.
- (32) SOKOLOWSKI, *Sachbegriff*, § 22, S. 384, 392, S. 592 Fn. 764, S. 594 Fn. 779.
- (33) Franz WEACKER, *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, AcP, Bd. 148 (1943), S. 57-104.
- (34) WEACKER, *Sachbegriff*, S. 58.
- (35) WEACKER, *Sachbegriff*, S. 58.
- (36) WEACKER, *Sachbegriff*, S. 81 mit Fn. 30.
- (37) Karl LÖHR, *Der Sachbegriff des § 90 BGB und seine Erweiterung*, Marburg 1940; Herbert HILL, *Der Sachbegriff im deutschen und österreichischen Zivilrecht*, Gießen 1940.

- (87) Karl LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967, § 22, S. 285-305. 454
 67) カル・ラレンツの『ドイツ民法の総論』(1967年)第22条、285-305頁。HKK/RÜFNER, §§ 90-103, Rn. 11, S. 317 mit Fn. 59. 271の項を参照。『戦後法學』の項への註を参照。Vgl. jüngst Karl LARENZ/Manfred WOLF, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 20, insb. Rn. 1-3, S. 350.
- (88) LARENZ, AllgT, § 22, S. 285.
- (89) LARENZ, AllgT, § 22, S. 285, 298.
- (90) 註1-3, LARENZ, AllgT, § 22, S. 298-301.
- (91) Walter BECKER, Die einheitliche Sache als wirtschaftlicher Wert und als Rechtsbegriff, ZAKDR 1936, S. 84-87; Bodo BÖRNER, Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des Bürgerlichen Rechts, Festschrift für Hand Dölle, Bd. 1, Tübingen 1963, S. 201-227.
- (92) Franz Arthur MÜLLERERSERT, Der Einfluß von Fortschritten der Technik auf den Sachbegriff des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, DGWR 1939, S. 171-175.
- (93) Fritz BRECHER, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand: rechtstheoretische Grundlegung, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, H. 46, Bonn 1953.
- (94) 近世民法・法律學の基礎理論(1953年)第46巻。HKK/RÜFNER, §§ 90-103, Rn. 11, S. 317.
- (95) Christoph BECKER, Die „res“ bei Gaius- Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?: Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 12, Köln u.a. 1999.
- (96) BECKER, Die „res“ bei Gaius, S. 24.
- (97) BECKER, Die „res“ bei Gaius, S. 25.
- (98) BECKER, Die „res“ bei Gaius, S. 18-24.
- (99) BECKER, Die „res“ bei Gaius, S. 25.
- (100) BECKER, Die „res“ bei Gaius, S. 25.

- (140) BECKER, Die „res“ bei Gaius, S. 25.
- (141) HKK/RÜFNER, §§ 90–103, Rn. 1–54, S. 306–363.
- (142) HKK/RÜFNER, §§ 90–103, Rn. 9, S. 313. 同時に「ありふべき権利客体として物と権利を並置したという (vgl. auch TE-OR § 1)。」
- (143) HKK/RÜFNER, §§ 90–103, Rn. 9, S. 313. その他「*res extra commercium* の削除に触れるが」〔PI 22〕ではな
 く「Prot I, S. 3313; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung AllgT I, S. 432 を引用する。」
- (144) Peter BYDLINSKI, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP, Bd. 198 (1998), S. 288–328.
- (145) Oliver KÄLIN, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 174, Zürich 2002.
- (146) Jens Thomas FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht?, Jus privatum, Bd. 104, Tübingen 2006.
- (147) FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht?, vgl. insb. S. 10.
- (148) FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 8–9, 35–36.
- (149) 三瀧信三「無体物觀念の排斥に関する疑問」志林一三卷八〇九号四七七—四九三頁（一九二一年）、同『民法総則提要第二冊』（有斐閣、一九二九年）、同『全訂民法総則提要上巻』（有斐閣、一九三二年）。
- (150) 三瀧・無体物四八四頁。
- (151) 三瀧・無体物四八五頁。なお、同・総則二二七頁、同・全訂総則二一〇頁。
- (152) 三瀧・無体物四八四—四八五、四九〇頁。
- (153) 三瀧・無体物四八四頁。
- (154) 我妻栄「近代法における債権の優越的地位（學術選書一）」（有斐閣、一九五三年）「初出、一九二七—一九二九年」、『民法総則（民法講義一）』（岩波書店、一九三三年）、「集合動産の譲渡担保に関するエルトマンの提案」、『民法研究IV担保物権』（有斐閣、一九六七年）「初出、一九三〇年」、『新訂民法総則（民法講義一）』（岩波書店、一九六五年）。

- (155) 我妻・優越的地位一八六頁「初出、一九二八年」。なお、同・一五六―一五七頁「初出、一九二八年」参照。
- (156) 我妻・総則二三一頁、同・新訂総則二〇一頁。
- (157) 我妻・エルトマン一八六頁。
- (158) 川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店、一九四九年)、同『民法Ⅰ総論・物権』(有斐閣、一九六〇年)、同『民法総則(法律学全集一七)』(有斐閣、一九六五年)。
- (159) 川島・理論一七七頁注二。なお、同・民法Ⅰ二二六頁、同・総則一四二頁参照。
- (160) 勝本正晃「債権の所有権的關係」『民法研究第一卷』四五七―五〇二頁(巖松堂書店、一九三三年)「初出、一九三三年」、奥野健一「債権に関する一考察」法曹二卷十号一―一〇頁(一九三三年)、我妻栄「権利の上の所有権という觀念について」『民法研究Ⅲ物権』一六三―二二九頁(有斐閣、一九六六年)「初出、一九三六年」。
- (161) 平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想(増補新版)』九〇―九八頁(有斐閣、一九七〇年)「初版、一九二四年」、我妻前掲。
- (162) 松本烝治「総括的意義に於ける財産」『私法論文集』一八五―二〇七頁(巖松堂、一九二六年)「初出、一九二一年」、石田文次郎「財産法における動的理論」三〇―六七頁(有斐閣、一九二八年)「初出、一九二八年」(M17)以下「近世法における集合物および財産觀念の否定」を引く(三六頁)のみ。
- (163) 曾田厚「物の抽象性と有体性(一)(二・完)」法協九一卷三号四五三―五〇九頁、四号六一四―六五一頁(一九七四年)。
- (164) 曾田・物(一)四七二―四七三頁。ヴァイントシャイトの引用、有体物無体物の対立を現実的対観念的の図式で把握していること、感性主義的把握か空間主義的把握かという問題には触れられていないことに着目する。
- (165) 曾田・物(一)四七三頁注八。
- (166) 曾田・物(一)四七七頁。
- (167) 曾田・物(一)四八三頁。
- (168) 曾田・物(一)四七九―四八〇頁注八、四八三頁。にもかかわらず、無体物上の用益権・質権の例外性・不正確性を前提とするのは論旨不徹底と批判する。

- (169) 曾田・物(二) 四八三頁。物権債権峻別と有体物制限との関連を指摘する民法修正案理由書との「相似」を指摘する。けれども、すでに論証したとおり、同所からは両者の関連はむしろ切断されていると読むのが相当である。
- (170) 曾田・物(二・完) 六三〇―六三一頁注一。両者の対比から第二委員会では集合物排斥が有体物制限の「主要な目的」とされるに至ったとみる。
- (171) 川村泰啓『商品交換法の体系Ⅰ(増補版)』三九一―五八、七二―八〇頁(勁草書房、一九八二年)「初版、一九七二年」。
- (172) とくに物・物権との関係では、広中俊雄『物権法(現代法律学全集六)(第二版)』三、一〇頁(青林書院、一九八二年)「初版、一七八九年」。「第二版増補、一九八七年(新資料公刊後)」。
- (173) ドイツと同様、わが国でも今日では物概念に関する研究は、ごく低調であるとされる。大村敦志「物の概念」『新しい日本の民法学へ(学術としての民法Ⅱ)』二七〇頁(東京大学出版会、二〇〇九年)「初出、二〇〇七年」。
- (174) 鎌田薫「財―総論」ジュリ―二二六号七八―八二頁(一九九八年)、大村前掲。
- (175) 片山直也「財産―bienおよびpatrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』一七七―二〇三頁(有斐閣、二〇〇六年)およびその引用文献参照。
- (176) 松岡久和「債権的価値帰属権についての予備的考察」龍谷大学社会科学研究年報一六号六八―九四頁(一九八六年)。
- (177) 松岡久和「価値追跡―説の展開と限界」龍谷大学法学部創設二十周年記念『法と民主主義の現代的課題』三二―三三頁(有斐閣、一九八九年)、同「ペールの『価値追跡』について」龍法二二卷二号―一六四頁(一九八九年)、同「アメリカ法における追及の法理と特定性―違法な金銭混和事例を中心に―」林良平献呈「現代における物権法と債権法の交錯」三五七―三九四頁(有斐閣、一九九八年)。
- (178) 古積健三郎「流動動産譲渡担保」に関する理論的考察(二)(二・完)『論叢一三三卷二号一六―三八頁、六号五二―七四頁(一九九三年)』。
- (179) 古積・流動動産譲渡担保(一)二三頁。
- (180) 古積・流動動産譲渡担保(二・完)五四頁。

- (181) 池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察(一)——(八・完)——日独諸制度の横断的比較——」北法四五卷四号
 五一―九〇頁、五号九一―一五二頁、四六卷二七―一四六頁、四号二一五―一八一頁、五号一四五―二三三頁、
 六号八三―一三八頁(一九九四―一九九六年)、「物概念の展開へのドイツ法学の影響とその限界——担保目的物を中心
 に」ゲルハルド・リース教授退官記念論文集『ドイツ法の継受と現代日本法』二五三―二七七頁(日本評論社、二〇
 〇九年)。
- (182) 池田・集合財産担保(二) 六〇二頁、同・物概念二五四頁、二七二頁注一一参照。
- (183) 池田・集合財産担保(二) 六一一頁注一八。
- (184) 池田・集合財産担保(二) 六一一頁注一八。
- (185) 池田・物概念二五四頁、二七二頁注一一。
- (186) 池田・集合財産担保(二) 六〇一―六〇二頁、六一一―六一二頁注一九―二二。
- (187) 池田・物概念二五四頁、二七二頁注一二、注一三。
- (188) 池田・集合財産担保(二) 六〇二頁、六一三頁注二七、二八。

本研究は、二〇〇九年一〇月二二日(於・学習院大学)に開催された、ドイツ民法研究会における報告原稿に加筆・
 修正を加えたものである。ご教示いただいた先生には記して感謝申し上げます。