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

Title	ドイツ法における財貨帰属の理論
Sub Title	
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.125- 163
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453692-00000004-0125

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.

ドイツ法における財貨帰属の理論

水津太郎

一　はじめに
二　帰属論の萌芽
三　帰属論の起点
四　帰属論の展開
五　おわりに

一　はじめに

「物権性（Dinglichkeit）」の本質とはなにか。この問題につき、ドイツでは、ヴェスターマン[1]を主唱者とする「帰属論（Zuordnungslehre）」という見解が主張されている[2]。それによれば、物権性の本質はその「財貨帰属機能（güterzuordnende Funktion）」に求められる。この見解は提唱以来、諸々の批判に晒され、現在支配的見解となるには至っていない。けれども、物権性の本質を語る際には無視できない有力な異説に位置づけられ、批判的吟味の対象とされている。のみならず、代表的・標準的文献のうちにこれを承継・発展させるものもみられる[3]。他方、わが国において、物権性の本質はその帰属機能にあると一言で断じるものは現在に至るまで存しない[4]。しかし、これに類する考え方は主張されている。すなわち、物権法を「財貨移転秩序」と対置された「財貨帰属秩序」の枠内に定位する広中俊雄の体系構想[5]がそれである。この構想はひろく注目を集めているが、少なくとも物権性本質論との関係においてはいまだ十分に分析・検討されているとはいえない。近時ではそもそも、物権性の本質それ自体を議論することに対する関心がいちじるしく低下している。

本稿はこうした認識をもとに、ドイツにおける帰属論の生成と展開をフォローするものである[6]。その目的の一つがわが国の物権性本質論に対して新たな視点と刺激を与えることにあるのはいうまでもないが、問題意識はそれにとどまらない。帰属論を分析・検討することにより、権利論、財産論、金銭所有論、債権譲渡論、債権侵害論、侵害利得論など、私法理論のあちこちにおいて重要な役割を演じている「帰属」（ないし「帰属割当」「割当」）なる概念につき、物権債権峻別体系との関係をみすえながら、その意味・位置づけを明瞭ならしめるという体系的関心を有している。それがしばしば「物権的（dinglich）」とも語られることからすれば、帰属論という素材はこうした関心を充足するのに格好のものということができよう。

もっとも、紙幅の関係上、本稿の課題は次の点に限定されざるをえない。すなわち、帰属論の先駆者とみなされている論者から、ヴェスターマンが発想の源としたヴィアッカーを経由して、主唱者に位置づけられているヴェスターマンの見解までの分析。それ以降の発展、発展史を踏まえた理論の分析・検討およびわが国の議論との接続については次稿に委ねられる。(7)

(1) Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 1. Aufl., Karlsruhe 1951, § 2, S. 6-12, 2. Aufl., Karlsruhe 1953, § 2, S. 6-12, 3. Aufl., Karlsruhe 1956, § 2, S. 6-12; id., Sachenrecht: Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Karlsruhe 1960, § 2, S. 6-12, 5. Aufl., Karlsruhe 1966, § 2, S. 6-12. 補訂版につき、Harry Westermann/Harm-Peter. Westermann, Westermann Sachenrecht: Ein Lehrbuch, Bd. 1, 6. Aufl., Fortgef. von Harm-Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Winfried Pinger, Heidelberg 1989, § 2, S. 8-17, 7. Aufl., Fortgef. von Harm-Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, Heidelberg 1998, § 2, S. 8-15.

(2) 議論状況につき、vgl. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3: Sachenrecht, Neubearbeitung, Berlin 2000, Einl. [Hans Hermann Seiler], in: id., Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht: Ausgewählte Schriften, Köln ua 2004, S. 237-239; Bürgerliches Gesetzbuch, begründet von Hans Theodor Soergel, 13. Aufl., Bd. 14, Sachenrecht 1, Stuttgart 2002, Einl. [Astrid Stadler], Rn. 24, S. 7-8; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl, Bd. 6, Sachenrecht, München 2004, Einl. [Manfred Eberhard Rinne], Rn. 4, S. 4; und Hans Schulte, Harry Westermann, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 1, Berlin 2007, S. 314-316. 佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(一)—フランス法を中心に—」論叢九八巻五号三〇頁注二（一九七六年）はすでに、ドイツでは帰属論という見解が主張されていること、しかしこれに対しては批判がみられることを指摘しており、その他、とくに所有権論との関係で帰属論に触れるものがみられるが、断片的考察にとどまる。

(3) Z. B. Jan Schapp/Wolfgang Schur, Sachenrecht, Vahlen-Studienreihe Jura, 3. Aufl., München 2002, Rn. 14, S. 9-10; Karl Heinz Schwab/Hanns Prütting, Sachenrecht: Ein Studienbuch, Juristische Kurz-Lehrbücher, 32. Aufl., München 2006, Rn. 14, S. 6; Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Bd. 1, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, § 1 II 2, S. 14-17; Jan Wilhelm,

Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 2007, Rn. 2, S. 2; Manfred Wolf, Sachenrecht, Grundrisse des Rechts, 23. Aufl., München 2007, Rn. 1-15, S. 1-8; Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., Münster/Köln 2008, Einl. § 854 [Arndt Lorenz], Rn. 1, S. 3581.

（4） 議論状況につき、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法(6)物権(1)物権総則』四―一〇頁［舟橋諄一］（有斐閣、一九九七年）、瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ一二二九号一〇四―一一五頁（二〇〇二年）、とくに絶対性につき、七戸克彦「所有権の『絶対性』概念の混迷―とくに物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論における―」山内進編著『混沌のなかの所有（法文化叢書一）』二三五―二五四頁（国際書院、二〇〇〇年）参照。

（5） 広中俊雄『物権法（現代法律学全集六）〔第二版増補〕』一―五頁（青林書院、一九八七年）、同『債権各論講義〔第六版〕』五〇七―五〇八頁（有斐閣、一九九四年）、同『新版民法綱要第一巻総論』四―八頁（創文社、二〇〇六年）。

（6） なお、フランスにおける「帰属（appartenance）」を手掛かりとした所有権論の展開については、わが国でも以前から紹介されている。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』一八五―一八七頁（有斐閣、二〇〇六年）および同所引用文献参照。

（7） 「帰属」をめぐる訳語の問題については、松岡久和「『価値追跡』説の展開と限界―物権から債権への『格下げ』問題の克服の試み―」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』三四七―三四八頁注一二（有斐閣、一九八九年）に有益な指摘がみられるが、本稿では、各論者の各文脈における用法を尊重し、適宜原語を付して対応するという方針をとる。

二　帰属論の萌芽

ライザーは、所有権と財産の関係を考究する際に、所有権を「物の人への帰属関係（Verhältnisses der Zugehörigkeit）」と規定する見解があったことを紹介し、論者として、ローマ＝普通法理論の側からヴィルトとブリンツ、ゲルマニスティクの側からプントシャールトの名を挙げた。(8) この時点では現在みられるような帰属論はいまだ主

張されておらず、もとよりライザーもそうした文脈で紹介したものではなかったが、この指摘をもって、かれらは帰属論の先駆者とみなされることとなった。[9] そこで、以下では、かれらの見解を簡単に振り返ることにしよう。

1　ローマ＝普通法学

(一)　ローマ法的所有権観

ローマ法の観念によれば、「所有権は元来無制約である」。しかし、もとよりそれが制限されることもありうる。けれども、所有者がこうした制限を引き受けているときでも、所有者はあくまで所有者であり続ける。典拠としてよく引かれるD. 50, 16, 25 pr. によれば、自己の土地の上に他人が用益権（*ususfructus*）を有する場合、用益権は所有権（*dominium*）の一部ではなく役権（*servitus*）の一つであるから、土地はなにかその一部が他人のものというのではなく、„*totum nostrum esse*（すべてわれわれのもの）“と正しく語ることができる。このように「物の上に観念される諸々の権能のうちのあれこれが所有者に欠けているが、所有者は所有者であることを止めない」という事態を説明するには所有権をどう定義したらよいのか。後期普通法学ではこの問題につき多くの取り組みがなされた。ヴィルトとブリンツの見解はこの文脈に位置づけられるものである。[10]

(二)　ヴィルト

ヴィルトは一八五六年、物権債権峻別体系につき論じたモノグラフィー[11]のなかで、次のような特色のある所有権論を展開した。[12] 所有権概念をめぐる従来の見解は支配の呪縛にとらわれ、その「単純な本性」を看過している。こうした誤りの源は、他物権の本質が支配にあることから所有権のそれも同様に理解しなければならない、という「根本的錯誤」にある。では、ヴィルトのいう「単純な本性」とはなにか。一言でいえば、それは、「支配関係（Herrschaftsverhältnis）」と対置された「付属関係（Pertinenzverhältnis）」である。「所有権の本質は、物に関する

支配ではなく……法上の付属関係にある」。かの D. 50, 16, 25 pr. は、所有権は物の法上の付属を本質とし、法上の支配はその当然の効果にすぎず、たとえそれが欠けてもその本質は害されないことを示している。そして、この法文と D. 7, 6, 5 pr.; D. 7, 5, 63; D. 41, 3, 44, 5 を合わせ読めば、次の命題が明白となるのである。「ローマの観念によれば所有権の本質は *jus in re* [*aliena*] とはかかわらない、*jus in re* [*aliena*] がすべて物に関する法上の支配を付与するものであることは争いないけれども、所有権の本質が支配に存することはありえない」。

直接的な証拠は以上に尽きるが、傍証として次の諸点も挙げることができる。[13] ①所有権訴訟の性質の相違。*rei vindicatio* と *actio in rem negatoria* は次の点において性質を異にする。前者では所有権の本質、法上の付属関係が争われるのに対して、後者ではそのことそれ自体ではなく役権の存否、すなわち所有権の効果、法上の支配のみが争われる。両訴訟の性質の相違はこうした定式によりはじめて正しく表現されるというわけである。②所有権と他物権の関係。もしも所有権の本質を法上の支配とみるなら、他物権が存する際にはそれがつねに侵害されているとみることになる。しかし、こうした「やぶれかぶれの」結論を受け容れるのは相当でない。「*jus in re* [*aliena*] の本質は純粋な支配」「所有権は本質的には法上の付属関係」したがって「*jus in re* [*aliena*] は物の付属関係とはかからわず所有権の本質を侵害しない」、という理性的解釈の途が残されているからである。③人と物の関係の規定。所有権を「物的な付属関係」というなら、これを「人的な付属関係」すなわち家長が妻、子および奴隷に対して有する *manus* または *potestas* と「同一の理念」を有するものとみ、こうした視座から、人と物の関係を次のように規定することができる。「物はわたくしのもの、わたくしに属するもの、いわばわたくしの人格の一部、延長された *ego* である。……物はわたくしの人格に法上付属する。この関係はそれだけですでに一つの現実の法関係である」。④所有権の並存の可能性。*dominium ex jure Quiritium* [市民法上の所有権] と *dominium bonitarium* [法務官法上の所有権] が並存することは、所有権を法上の付属関係とみる場合にのみ、正しく解釈

することができる。すなわち、市民法上の所有者が手中物を売却し引き渡した場合、たんにそれだけでは売主は市民法上の所有権を失わず、買主は法務官法上の所有者として保護されるが、売主に残存する市民法上の所有権は買主が市民法上の所有権を取得するまでの過渡的なものである。もしも所有権を法上の支配とみるならこの関係を適切に説明できないであろう。市民法上の所有者は物に関する支配をまったく有しないにもかかわらず、なお依然として所有者にとどまるからである。そして、以上のような所有権構想を占有の概念に反映させれば、占有とは「有体物とのたんなる事実上の付属関係」であると規定されることになる。[14]

㈡　ブリンツ

ヴィルトに遅れること約二〇年、ブリンツは『パンデクテン』第一巻の改訂[15]の際にヴィルトの構想を受け容れ、次のように説いた。[16]所有権とは、「有体物と人との法上の結合（Verbindung）」である。こうした状態は「付属、帰属（Pertinenz, Zugehörigkeit）」と表記される。①元来包括的な力から一次的に導かれたものとして人と人との結合である *patria potestas, manus* と同列におかれる一方、②所有権から派生したものとして「権能と権力（Befugnisse und Machtvollkommenheiten）」を意味するにとどまる他物権とは次元を異にする、そして、③占有はこうした構想に相応して「有体物と人との事実上の結合」と規定される。

では、なぜ所有権は物と人との結合と規定されるのか。[17]所有権では「結合」から「利用権と処分権（Gegrauchs- und Verfügungsbefugniß）」が当然のものとして生じる。両者の関係、利用権と処分権は合わせて「支配（Herrschaft）」と表現するのが一般だから要するに、「結合」と「支配」の関係が問題となる。両者は「二つの異なる事柄」であり、「所有権の本質」は後者ではなく前者であるとみなければならない。「支配に依拠して所有権を定義するすべての努力は実際また無益なものである」。それでは「支配なき所有権（Eigentum ohne Herrschaft）」が存するという事実を捉えきれない。D. 50, 16, 25 pr. さらにD. 41, 3, 44, 5を参照すれば次のことが明らかとなる。「所有権に

とって本質的なことはただ一つ、支配ではなく、結合である」。なるほど、「占有権と取戻権（Besitzes- und Vindicationsrecht）」は所有権の本質に属し、これがなければ所有権は生じない。しかし、このことは、利用権と処分権が所有権の本質に属さないという解釈とも、所有権の本質がたんに物と人との法上の結合に存するという規定とも矛盾しない。というのは、占有権と取戻権は利用権と処分権ではなく、また、それらは法上の結合と同一のものとみられるからである。「はるか以前にヴィルト博士は所有権の本質が結合にあることを指摘していた。かれは支持者をえなかったが、このことはかれの見解が無価値であることの証拠ではないのである」。

2　ゲルマニスティク

㈠　ゲルマン法的所有権観

ドイツ古法ではローマ法的観念とは異なり、所有権はけっして元来無制約なものではなく、したがって、所有権と制限物権の間には「程度の差」しかないと理解されていた。中世ドイツにおける法の多様性を特徴づけるものの一つとして、「法圏（Rechtskreis）」すなわち「特定の法関係に関する特別法」の存在が挙げられる。たとえば、荘園法（Hofrecht）はグーツヘル＝農民関係の法、レーン法（Lehnrecht）は封主＝封臣関係の法、家人法（Dienstrecht）は家人の権利義務に関する法であった。だから、一人の人間が同時にすべての法圏に属するとともに、一般法であるラント法が適用されることも考えられた。ここから、「一つの法圏の内部で与えられた最高の権利」を所有権とみる観念が形成された。家人法における「内部所有権（Inwärts-Eigen）」がそれであり、「内部」というのはそれがあくまで当該法圏内において認められる所有権であることを示すものであった。[18]

㈡　プントシャールト

プントシャールトが一九二二年、ZRG Germ. Abt. 上に公刊した「中世オーストリア家人法における『内部所有

権[19]』は内部所有権研究の基本文献とみなされるものであるが、そのねらいは副題が示すように「所有権理論への寄与」にあった。[20] ドイツではローマ＝普通法学の指導的学説にしたがい、所有権を「物の上の支配」と規定するのが一般である。しかし、法理論はこうした「権能（Machtbefugnis）」としての「『主観法［権利］』」ではなく、むしろ一次的作用として人と物を法上互いに結びつける「客観法規定」から出発しなければならない。法規定の目的はこの結合のうちに具体化され、権利はこの目的の充足のためにはじめて作出される。こうして、所有権の「二重の意味」が明らかとなる。すなわち、①「根本的規定的関係」ないし「内面」としては「結合、帰属、管轄（Verbindung, Zugehörigkeit, Zuständigkeit）」、②「主観法関係」ないし「外面」としては「所有者の全権能の総体」、両者は、②は非所有者も有しうるのに対して、①はあくまで所有者のみが有しうる、という関係にたつ。

［ローマ＝普通法学の側でも］「ブリンツはこの重要な真実を意識していた」が、内部所有権研究からもその正当性は実証される。[21] 中世の法的確信はラント法と競合する特別法、つまり第二の客観法に対応するものとして「第二の所有権」、ラント法と無関係の特別な家人法上の内部所有権を観念していた。このことは、家人は法律行為の際には自己の主人との関係ですら所有者として登場する、「法は主人の所有権を無視している」という事実からなによりも説得的に証明される。けれども、もしもラント法のみから考察したり、発生法源の相違を無視するなら、内部所有権は主人の所有権から派生したものとして所有権の性格が否定されなければならない。つまり、主観法［権利］＝権能＝支配ではなく、客観法＝結合＝帰属から出発しなければ内部所有権が「所有権」と語られていた事実を説明できないというわけである。プントシャールトによれば、内部所有権研究からえられる教示は次の二点に要約される。第一に、「［所有権は］人と物を法上結びつけるものであり、所有者は自己の所有権を客観法の適用の一次的作用という意味において有するという解釈」、第二に、「所有権関係における帰属と権力の法上の区別、すなわち支配が帰属に基づくのであり、帰属が支配に基づくのではないということ」。

（8） Ludwig Raiser, Art. „Eigentum“, in: Franz Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. II, Berlin 1929, S. 772-773. コンテクストを補足しておこう。①ライザーの問題意識は所有権と財産の関係にある、②たいていの社会学で承継されている一般の用法では両者は同一視され、「『所有権』は物的支配ではなく対象それ自体」と呼ばれる、③法学でも当初はこうした同一視がいたるところでみられ、近時でもオーストリア一般民法典の Eigentum, スウェーデン法の egendom, イギリス法の property はこうした思考を承継している、④「物と物の上の権利の区別」が所有権にも貫徹されたのはドイツ普通法学の成果であるが、イギリス法における土地上の estate, 動産上の ownership もほぼ同一の意味を有している、⑤この区別は「支配権（Herrschaftsrecht）としての所有権」という観念を維持することを正当化するけれども、これと対立する見解がある、⑥この文脈で引き合いに出されるのが、本文でみた所有権を「物の人への帰属関係」と規定する見解であり、そこで挙げた論者のほか、イタリアロマニスティクに属するシャローヤ、ボンファンテを引いている、⑦ライザーによれば、前説は後説よりも「解釈論上の明確性と利便性」において優位にたつ、なぜなら、人への帰属というすべての財産客体に関する形式的なメルクマールに限らず、同時に、所有権関係の特別な内容を指示し、交替可能性のある主体の代わりに物それ自体とそこに生じた関係の内容上の相違を強調するものだからである。

（9） Hermann Eichler, Institutionen des Sachenrechts: Ein Lehrbuch, Bd. I, Berlin 1954, I 3 a), S. 9 Fn. 13; Josef Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 38, Hab., Berlin 1975, S. 74 Fn. 41（以上、帰属論前史としてライザーの参照を指示）; vgl. auch Jan Schapp, Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung, Schriften zur Rechtstheorie, H. 58, Berlin 1977, S. 46 mit Fn. 54; Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, 1. Abt, 1. Teil, 5. Aufl., Bern 1981, Systematischer Teil [Artur Meier-Hayoz], Rn. 251, S. 108（以上、ライザーを帰属論に着目した最初期の文献として引用）.

（10） 以上については、vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. I, Frankfurt a.M. 1906, § 167, S. 857-858 und S. 858 Fn. 4, S. 858-859 Fn. 5, Zit. S. 857, S. 858-859 Fn. 5. ちなみに、ヴィントシャイトはこの問題を、所有権の定義に „an sich“ のカテゴリーを導入することにより解決すべきとする。かれによれば、所有権とは「an sich に物につきその諸々の関係の

すべてにおいて権利者の意思を決定的なものとする権利」であり、ここに „an sich“ とは「法が所有権付与において行った決定を個々のあれこれの関係において撤回しなかった限りで」という趣旨をいおうとするものである。

(11) Karl Julius Gottfried WIRTH, Beiträge zur Systematik der römischen Civilrechts insbesondere hinsichtlich obligatorischer und dinglicher Rechte, Erlangen 1856.

(12) WIRTH, Systematik, S. 28-32, Zit. S. 29, 32.

(13) WIRTH, Systematik, S. 32-40, vgl. auch S. VII, Zit. S. 36, 37, 38, 39.

(14) WIRTH, Systematik, S. 40-43, Zit. S. 40.

(15) Alois BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. I, Erlangen 1873.

(16) BRINZ, Pandekten^2 I, § 64, S. 210, § 130, S. 470, § 135, S. 492, § 185, S. 756, Zit. S. 210, 470, 492, 756. ちなみに、初版では第二版とはまったく異なる体系・解釈をとっていた。ここでは、所有権と他物権を区別せず、「物権」一般の内容として、①なんらかの法上の力（rechtliche Macht, *posse*）、一般には *actio in rem*, たいていはこれに加えて、②一定の範囲の権能（Befugnisse, *licere*）を挙げていたことのみを指摘するにとどめる。Alois BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, 1. Aufl., Abt. I, Erlangen 1857, § 49, S. 174.

(17) BRINZ, Pandekten^2 I, § 130, S. 470-475, Zit. S. 472, 473.

(18) 以上については、vgl. Heinrich MITTEIS/Heinz LIEBERICH, Deutsches Privatrecht: ein Studienbuch, Juristische Kurz-Lehrbucher, 8. Aufl., München 1978, Kap. 25 II Vor-2, S. 84, Zit. S. 84（世良晃志郎＝広中俊雄訳『ドイツ私法概説』一六二―一六三頁、一六五頁訳注三〔創文社、一九六一年〕［第三版の翻訳］）; ID., Deutsche Rechtsgeschichte: ein Studienbuch, Juristische Kurz-Lehrbucher, 18. Aufl, München 1988, Kap. 30 I 1, Kap. 31 I 3 b), S. 210-213, 226, Zit. S. 226（世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』三〇九―三一〇、三二七―三二八頁、三二八頁訳注一〔創文社、一九七一年〕［第一一版の翻訳］）.

(19) Paul PUNTSCHART, Das „Inwärts-Eigen“ im österreichischen Dienstrecht des Mittelalters: Ein Beitrag zur Eigentums-Theorie, in: ZRG Germ. Abt., Bd. 43 (1922), S. 66-102.

(20) PUNTSCHART, „Inwärts-Eigen“, S. 66-68, 93-99, Zit. S. 94, 96, 99.

(21) PUNTSCHART, „Inwärts-Eigen“, S. 100-102, vgl. S. 68-93, Zit. S. 100, 101, 102. なお、プントシャールトは内部所有権研究とは離れ

た文脈で、所有権と支配の関係につき、所有権は原初的ないし典型的には支配と結びつけられているけれども、支配の理念と所有権の実際が一致しないことはまれではないとし、論証として、社会の不満を抑えその安定を図るために形成されてきた「ライエ関係（Leiheverhältnisse）」（処分権の容認がひろくみられる）を引いている（S. 95-96）ことを付言しておく。

三　帰属論の起点

ヴェスターマンはみずからの帰属論を展開する際に、ヴィアッカーの論文の影響を受けたことを明示している。[22] それは、一九四一年にDRWに掲載された「財産帰属の手段と対象としての債権――債務法と物権法の間の区別の批判への寄与――」[23]というものである。もっとも、ヴィアッカーは同年、『ドイツ財産法の体系について：検討と提案』[24]という著書を、次年、AcPにおいて「物概念、物の単位および物の帰属」という論文[25]を公刊している。これらの論考はいずれもナチスのいわゆる「法改革（Rechtserneuerung）」運動に向けて公刊されたものであり、帰属論との関係では「債権」『体系』「物概念」合わせて三部作というべき内容を有している。[26] 当人の言を無視して、ヴェスターマンに影響を与えたのはこれらの三論考というものがしばしばみられるゆえんである。[27]

しかしながら、これらの三論考は帰属論を体系的に展開したものではけっしてない。基本的には各々の主題に即して叙述が進められている。だから、われわれは帰属論に関わる論旨を析出・総合しなければならない。その要点を示せば次のようになろう。「帰属」概念は、物権法と債務法から「財産秩序」と「契約秩序」へという体系再編のうちの、前者における基本概念として導入されたものである。この物権法の財産秩序への再編は次のようにして志向される。現行体系の問題性とその歴史規定性を提示し、物＝有体物の法から無体物およびそれらの総体をも含んだ財産の法への拡張を基礎づけること。以下では、現行体系の問題性と歴史規定性の分析、新たな

体系構想の順にみることにしよう。

1　現行体系の問題性

ヴィアッカーによれば、ドイツ民法典（BGB）は物を有体物に制限し、有体物上の権利の法すなわち物権法を債務法と対置させているが、こうした態度は適切でない。

㈠　対象としての債権[28]

債権も「直接的な（『物権的な』）財産帰属（Vermögenszuordnung）の対象」すなわち「土地・物その他の財産構成要素のように、とくに処分と責任さらにまた執行の対象」となりうる。にもかかわらず、ドイツ民法典は債権を「債務者債権者間の相対的な請求権関係」とみ、「財産対象」としての側面を十分に顧慮していない。権利用益権・権利質権、権利果実、債権譲渡、非権利者処分などの規定はあくまで例外的ないし周辺的なものである。しかしながら、次の事態にかんがみればこうした取扱いには問題が存する。①債権譲渡が債務法に組入れられているように、ドイツ民法典の処分をめぐる規律には不当な混乱がみられること、②日常の取引観念では物と債権が同一視され、良い債権・悪い債権、売掛の帰属・譲渡などが語られていること、③租税法、強制執行法、公用収用さらに貸借対照表でも債権は物と同列に置かれていること、④抵当権は土地の代位物である賃料債権および保険金債権にも及び、用益権にも対応する規定が設けられていること、⑤賃貸人の地位の移転の際に賃料債権の事前処分が絶対効をもって制限されていること、⑥信託における受託者に属する債権の規律、そして最後に、⑦有価証券制度である。

㈡　無体物一般・財産・特別財産・営業[29]

このように債権すら原則的に財産対象として取り扱われない以上、自然力、精神的産物、取引機会といった他

の無体物がそうした取扱いを受けないのはいうまでもない。このことは財産、特別財産および営業についても当てはまる。特別財産に関する代位規定、世襲農地と諸々の付属財産を一体的な権利対象として把握する世襲農地法、建設融資を可能にするために地上権を不動産とみなす地上権令は数少ない例外である。こうした「財産概念の原則的不顧慮」は次のような難点を招来する。①私法上の地位の公的な義務拘束は財産概念によってはじめて正しく把握できる、こうした義務は一般に個物上の所有権ではなく包括的な財産的地位と結合されているのである、②財産概念を無視すると、特別財産、営業といった家族財産法、相続法および商法上不可欠な「目的的に結合された財産のまとまり」を体系の中心として把握できない、これらはたいてい様々な種類の対象の動的な結合体であるし、むしろ無体物がしばしばその中核を形成しているからである、③財産概念の不顧慮は「個人責任の対象」という執行法、破産法および実体法にとって共通する財産の基本的使命をくもらせる、だから今日では家族財産法、相続法、商業財産、世襲農地における責任に関する問題は体系上見通しが悪く統一的に把握できない。

㈢　問題性の要点[30]

現行法の問題性は次のようにまとめられる。ドイツ民法典は「物権すなわち財産権の一段面」「有体的対象（『物』）上の絶対権」のみを知っている。だから、「個々の財産構成要素としての物ではない対象（自然力、精神的産物、取引機会、権利）」、したがってまた、「財産、特別財産あるいは営業という体系上の基本概念」を知らない。「今日の体系は財産帰属の基本問題を物権法において十分には受け止めていない」、すなわち「個人あるいは団体の物的設備は社会におけるその経済社会上の使命を充足するために存する、という財産の社会上の基本的機能に盲目である」。

2　現行体系の歴史規定性

ヴィアッカーによれば、こうしたドイツ民法典の体系は歴史的にみてけっして普遍的なものではない。[31]

(一)「財産」の体系[32]

ガーイウス『法学提要（*Institutiones*）』は、「人の法（*jus personarum*）」（第一章）と対比された「物に関する法（*jus quod ad res pertinet*）」（第二章、第三章）を有するが、ここにいう「物（*res*）」には「無体物（*res incorporales*）」も含まれるところ、相続法も相続財産の取得として包括承継の観点からここに取り入れられるとともに、債務法も独立の章を形成しておらずこれらと一体的に把握されている。「物の上の物的権利としての *jus in re* の概念は古典法ではまったく知られていないから、*De rebus* という表現はパンデクテン体系の『物権法（Sachenrecht）』とまったくなにものも共有しない」、「*jus in re-obligatio* という対照法も知らない……、債務法は物権法とともに人の法と対置されるただ一つの財産法（eiziges Vermögenrecht）を形成している」。そして、ユースティーニアーヌス帝のインスティトゥーティオーネン体系も、一見すると明確を欠いているが、同一の基礎に基づいている。

こうした理解を承継するのは自然法である。「自然法理論およびドイツの自然法的諸立法では *dominium* あるいは Eigentum は一貫して、普通法におけるように有体物上の物的権利そのものではなく、財産（Vermögen）というに値するものを有している」。自然法は「社会の（もとより構成された）政策秩序の描写」をその体系構成の原理とする。この原理から財産を「人に帰属している諸対象のすべての範囲」と規定し、その社会的機能を正当に指示するとともに、なかば無意識的に、ドイツ私法の最良の伝統を普通法に抗して擁護・保存していた。そこでは「広い」「機能的な」物概念および所有権概念が採用される。こうした構想はグローティウスにはじまり、プーフェンドルフの体系を経由し、プロイセン一般ラント法（ALR）、オーストリア一般民法典（ABGB）、フランス民法典（CC）に受け継がれている。体系配列の観点からみると、これらは二つに区別できる。一つは、

インスティトゥーティオーネン体系を承継し、相続法と契約法（財貨交換法）を所有権取得原因として財産法にとりこむもの（グローティウス、プロイセン一般ラント法、フランス民法典）、もう一つは、所有権法と契約法を独立したものとして構想し、財産秩序と契約秩序を対立させるもの（プーフェンドルフの体系、オーストリア一般民法典）。

(二)「物＝有体物」の体系[33]

では、なぜドイツ民法典では物が有体物に制限されているのか。この「財産法の物権法への衰弱」の萌芽は中世ローマ法学にみられるが、こうした体系の範を形成したのは、［市民法の体系化を強力に推進した人文主義者］アーペルの『法学に適用された弁証法的方法論（*Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata*）』である。アーペルによれば、『法学提要』の *res* は［有体物上の］*dominium* の不精確な表示であり、意味に即していえばこれと対置されるべきは *actio* ではなく *obligatio* である、『法学提要』は概念上のカテゴリーを混同しており、この限りで訂正されなければならない。「いまはじめて、*De rebus* という古い章立ての財産に関する叙述がたんなる物権法になった。やっといま、財産法は有体的対象の法へ衰弱した。いまをもって、*obligatio in personam*, 債務法が、論理上の対立項として、絶対権というこの狭められた概念と対置されえたのである」。

アーペルの体系構想は、のちの普通法体系を絶え間なく規定するとともに、ダルエス・ネッテルブラットといったヴォルフ学派の後期自然法に波及し、そこから歴史法学派の端緒へと影響を及ぼした。とはいえ、こうした構想が「撤回の余地のないものとなった」のは、サヴィニーが『現代ローマ法体系（System des heutigen Römischen Rechts）』においてこの構想を「意思支配（Willensherrschaft）としての主観法［権利］の規定と結合したとき」である。サヴィニーは、意思支配の対象を「不自由な自然」と「他人」に区別する。前者については一定の空間的範囲のみを支配できる。このように「『限界づけられた不自由な自然の部分』（すなわち有体物）」［括弧はヴィア

ッカーの補足」を「物（Sache）」と呼び、「物の上の権利（Recht an der Sache）」を権利の第一形式と規定する。「どのようにして有体的対象上の主観法［権利］（*jus in re*）が最上位の区分の基礎となり、物概念が財産概念を根絶していくのかが知られるのである」。他方、後者については今日他人それ自体は支配できない以上、支配の対象は他人の個々の行為に限られる。こうした「他人の個々の行為に対する支配関係」を「債権（Obligation）」と規定する。以上から、財産は「人の物権と債権の総計」と理解される。「この一方的であるが透徹した体系上の基本思考の構成」すなわち「狭い物概念および物権概念という論理純粋主義（logischer Purismus）」は、パンデクテン体系、そしてザクセン民法典、バイエルン草案のような地方特別法へと突き進み、最後にはドイツ民法典に結実することになった。

㈢　両体系の相違[34]

こうした二つの体系の相違は次のように定式化される。すなわち、一は、「社会秩序における財産と財貨の流通から出発する体系」であり、「物のみならずあらゆる対象に適用される一般的な財産法（あるいは『所有権法』）」を有する。他は、「私法を主観法［権利］のメルクマールにより区分する体系」、これは財産法を「*jus in re*（『物権』［有体物上の物的権利］）と *obligatio*（『債権』）の間を対比する原理」によって分類する。

3　「財産秩序」と「契約秩序」

以上の考察から、ヴィアッカーは、物権法と債権法の対置に換えて新たな体系の提示を試みる。

㈠　論理と機能[35]

「民法財産法体系の歴史は、われわれにその批判の素材をも与える。債務法と物権法の間の区別は、体系のなかで社会の現実を描写せよ、との要求に十分に応えていない。この区別は財産法を、財産の社会的機能（soziale

Funktion）が表れない論理上のカテゴリー（logische Kategorien）によって分割するからである」。したがって、現代の体系の第一の使命は「物権法という未完成の作品を財産秩序の法へと補充すること」にある。この法領域では総財産、特別財産、営業、これに続いて土地、船舶、商品その他の動産、支払手段、債権その他の権利およびこれら以外の財産構成要素が取り扱われる。日常的あるいは経済上の用法にしたがいこれを「所有秩序（Eigentumsordnung）」と呼ぶこともできるが、所有権のもとでは有体物上の権利のみを理解するというのがドイツの法学者の根強い慣行であるから、生じうる誤解を排斥するにはむしろ「財産秩序（Vermögensordnung）」というほうが望ましい。このように社会的機能に着目すれば、財産秩序と体系上の統一体を形成するのは債務法ではなく契約法であるから、物権法を財産秩序により補充したのとは反対に、債務法から不法行為法を切り離し、これを「交換法（Umsatzrecht）」、法的にいえば「契約秩序（Vertragsordnung）」に制限する必要がある。したがって、財産法は次の両秩序に区分されるべきである。すなわち、「一方では、財産およびその構成要素の人への物的帰属（財産秩序）、他方では、金銭および信用取引を含めた給付交換の契約（契約秩序）」。以上のように、新たな体系は徹底して論理よりも機能を重視するという視点から構築されている。[36]

(二) 三つの体系構想

このように財産秩序と契約秩序を区分するとしても、体系再編の際には次の三つの途が残されている。(1)「契約法を『静的な』所有権法［財産秩序］に組み込む」方法（とくにプロイセン一般ラント法、フランス民法典）、これとは反対に、(2)「少なくとも動産法を財貨交換法［契約秩序］に組入れる」方法（とくにブラントの提案）、［中間的なものとして］、(3)「財産秩序と契約秩序の間を財産帰属と財貨交換、双方の現実の機能領域を写し取るものとして二区分」する方法（とくにプーフェンドルフの体系）。このうち支持されるのは(3)である。(1)によれば、交換と信用をめぐる取引が本性上独自性を有していることが正当に評価されない。また、相続法の財産秩序への

組入れもなされるが、それでは家族財産法との社会的な関連性が覆い隠される。(2)は、財貨流通の運動性を強調するものである。①物権契約の独自性は廃止されるべきであるが、動産所有権移転の効果は契約当事者間の原因行為の弁済に組み尽くされるものではなく、当該対象の財産への帰属を規定するという独自の機能を有する、つまり、交換契約を直接の取得原因として承認することは財貨交換法のみを構想することを意味しない。②動産所有権を契約秩序に吸収する一方、不動産所有権その他のすべての対象を財産法に残すというなら、正当な根拠なく、財産帰属の統一的概念から個々の構成要素が引き離されてしまう。したがって、(3)が正当であるけれども、次の点に留意する必要がある。物権法と債務法の対比につき静止性と運動性あるいは永続性と暫定性を引き合いに出すものがみられるが、二つの秩序の対比は本来的にはこのことと関わるものではない。なぜなら、商人の取引における債権・商品・金銭の帰属はけっして静止的あるいは永続的とはいえないが、それでも財産秩序における機能は土地その他の確固とした財貨とまったく同様に現れるからである。「財産秩序と契約秩序の間を二つに区分することではじめて全財産法における以下相互の社会的な基本問題が体系上明確に写し取られる：一は、民族同胞（あるいは目的的に結合された特別財産）の財産設備（Vermögensausstattung）、他は、国民経済における給付回転の手段としての交換契約（Umsatzverträge）である」。

(三)　結論の定式化[37]

以上の考察から、新たな体系が次のように提示される。「前書」「序編」「第一編 人と財産」「第二編 家族と家財」「第三編 団体」という全体系のうち、「財産法の体系」は第一編における「第一章 民族同胞」「第四章 損害調整」の間の二つの章、すなわち「第二章 財産秩序」と「第三章 契約秩序」に位置づけられる。「財産秩序」は「第一節 財産」と「第二節 個々の財貨」に区別され、「財産」では「第一款 財産能力」「第二款 総財産」「第三款 特別財産と営業」「第四款 他人の財産の管理」「第五款 財産移転」「第六款 不当利得」、「個々の財貨」では「第

一款土地」「第二款船舶」「第三款動産」「第四款金銭その他の支払手段」「第五款財産権」「第六款その他の財産対象」が規律される。

(22) 初版から第五版すなわち生前最終版までは帰属論の定式が示されたあと、„so ausdücklich auch Wieacker, DRW 41, 61“と付記されるとともに、当該論文が本文の二箇所で引用されていた。Westermann, Lehrbuch[1], § 2, Vor, II 1 2, S. 6, 8; ID., Sachenrecht[5], § 2, Vor, II 1 2, S. 6, 8. しかし、死後第一版では補訂者により一箇所の引用が落とされ、同第二版すなわち最新第七版ではすべての引用が削除された結果、現在ではヴィアッカーの影響はみえづらくなっている。Westermann/H.P. Westermann, Sachenrecht[6] I, § 2, Vor, II 1 c) 3, S. 8, 11; ID., Sachenrecht[7], § 2, Vor, I, II, S. 9-11.

(23) Franz Wieacker, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung: Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, in: DRW, Bd. 6 (1941), S. 49-66, in: Christian Wollschläger (Hrsg.), Zivilistische Schriften (1934-1942), Frankfurt a.M. 2000, S. 333-355［以下論文集より引用］. この論文の綿密な紹介・検討として、林良平「物権関係債権関係の交錯―ヴィアッカー氏の民法改組に関する提言の紹介―」斎藤還暦『法と裁判』三七一―四〇一頁（有斐閣、一九四二年）。

(24) Franz Wieacker, Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, H. 126, Leipzig 1941, in: Christian Wollschläger (Hrsg.), Zivilistische Schriften (1934-1942), Frankfurt a.M. 2000, S. 357-430［以下論文集より引用］.

(25) Franz Wieacker, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, in: AcP, Bd. 148 (1943), S. 57-104.

(26) ヴィアッカーとナチズムの関係については、次稿で帰属論批判を取り上げる際にその文脈のなかで検討する。本稿では法解釈学的見地から客観的な分析を行う。この問題につき一般には、五十嵐清「ファシズムと法学者―ナチス私法学の功罪を中心に」『比較民法学の諸問題』一―二一頁（一粒社、一九七六年）［初出、一九六四年］［戦前・戦後の論考を概観、「ナチス私法学の積極的建設者」としつつ、具体的秩序思想・民法体系再編成などの特徴を比較法的視座から相対化し、急激な社会変動に対応したものとして「要するにＢＧＢの発展であった」と結論づける］、赤松秀岳「ナチス法学と物権・債権峻別論」『物権・

債権峻別論とその周辺』九四―九九頁（成文堂、一九八九年）［初出、一九八八年］［「債権」論文を分析、用語はともかく内容的にはナチス的色彩はほとんどみられず、機能的考察に徹した問題提起は今日なお興味深いとする］; Ralf Kohlhepp, Franz Wieacker und die NS-Zeit, in: ZRG Rom. Abt., Bd. 122 (2005), S. 203-223［包括的研究、ナチス期の論考と先行研究を精緻に分析・検討、総括的評価は困難として慎重な態度をとる、法改革運動との関係では新たな法典編纂に参与する可能性は少壮の野心的な学者にとって非常に大きな誘惑であったのではないかと推測する］; ferner neuerdings Joseph Georg Wolf, Franz Wieacker, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. I, Berlin 2007, S. 76-78［直近の評伝、とくに所有権論を分析・検討、「その構想はナチス的ではなかった」と断言し、抽象概念の拒絶はイェーリング以来の方法論批判、ベーゼラー・ギールケ以来のドグマ批判に負うとする、ただしシューレによるものという意味で留保が必要］.

(27) Vgl. Eichler, Institutionen I, I 3 a), S. 9 Fn. 13; Aicher, Eigentum, S. 73 mit Fn. 33; ferner Hermann Arnold Schultze-von Lasaulx, Besprechung von Harry Westermann: Lehrbuch des Sachenrechts, 1. Aufl., in: AcP, Bd. 151 (1950/1951), S. 455; Fritz Fabricius, Zur Theorie des stückelosen Effektengiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und. Sachenrecht, in: AcP, Bd. 162 (1963), S. 469 mit Fn. 41. シュルツェ・フォン・ラゾーによれば、この三論考はヴェスターマン以前に実り豊かなものとして当時すでに認識されていたとのことである。なお、Ludwig Enneccerus/Martin Wolff/Ludwig Raiser, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 10. Aufl., Tübingen 1957, Einl., S. 4 Fn. 7 は „bes. DRWiss. 1941, 61“ とする。

(28) Wieacker, Forderung, S. 348-354, Zit. S. 349, 354; id., System, S. 388-389; vgl. id., Sachbegriff, S. 58, 65.

(29) Wieacker, Forderung, S. 352, 353 und zwar a) d); id., System, S. 388-391, Zit. S. 389, 391; id., Sachbegriff, S. 60-64, 65. なお、集合物が例外として財産対象として把握される場合につき、用益賃借人の調達属具組入れによる用益賃貸人の属具取得の規定［物上代位］、［農業］用益賃借人の経営属具を動産抵当の統一的対象とする用益賃借人信用法、在庫商品の譲渡担保において特定性を放棄する解釈を挙げている。id., System, S. 389; id., Sachbegriff, S. 77.

(30) Wieacker, Forderung, S. 354-355, Zit. S. 354-355; id., System, S. 388, Zit. S. 388.

(31) 以下にみるように、ヴィアッカーは「峻別論」成立の契機につき、物概念の広狭という視点を重視している。これに対して、

一般には、権利の体系の確立いかんという視点が重視されている。赤松秀岳「ドイツにおける物権・債権峻別論の展開」『物権・債権峻別論とその周辺』三—六頁（成文堂、一九八九年）〔初出、一九八七年〕、犀利な分析として、筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編—ヴォルフ・カント・サヴィニー—』（昭和堂、二〇〇一年）、IKADATSU Yasuhiro, Der Paradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen: Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 89, Ebelsbach 2002. 問題は両者の関係であるが、この点については、水津太郎「物権債権峻別論の意義と限界」三色旗七一六号一一—一九頁（二〇〇七年）で一つの見方を示した。

(32) WIEACKER, Forderung, S. 350; ID., System, S. 383-384, 386-387, Zit. S. 383-384, 386, 389, 390; ID., Sachbegriff, S. 58-59. オーストリア一般民法典の位置づけは、ID., System, S. 383 と S. 387 で異なっているが、本文では前者によった。ID., System, S. 387 Fn. 5 は、ドマが財産法を債務法と相続法に区分したのに対して、ブルジョンは両者を財産法に引き入れ、フランス民法典は後者にしたがったとする。

(33) WIEACKER, System, S. 383, 384-386, 389-390, Zit. S. 384-385, 389, 390; ID., Sachbegriff, S. 59. アーベルとサヴィニーにつき、vgl. auch ID., Humanismus und Rezeption, ZgS, Bd. 100 (1940), Friedrich Carl von Savigny, ZRG Rom. Abt., Bd. 72 (1955), in: Gründer und Bewahrer: Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Göttingen 1959, S. 44-91, 107-143.

(34) WIEACKER, System, S. 382, Zit. S. 382.

(35) WIEACKER, Forderung, S. 354-355; WIEACKER, System, S. 382, 387-388, 391-393, 395-396, Zit. S. 387, 392, 396.

(36) WIEACKER, System, S. 393-395, vgl. S. 383, 386-387, Zit. S. 393, 395. ヴィアッカーの体系構想は広中俊雄のそれと近似している。広中自身によれば、自己の構想をはじめて公にしたのは一九六六年の講演、しかし「実質的には、ぼくの記憶では〔昭和〕四〇年〔一九六五年〕ごろにほぼ固まっていた着想」とのことだから、ヴィアッカーのそれより二五年ほど遅いが、アイデアの源は「ドイツで大分前に行われ始めた不当利得法の議論〔類型論〕」というのみで、ヴィアッカーの名は挙げられていない（同「民法の体系的把握の道程について—『債権各論講義』の最終分冊から民法総論へ—」『民事法の諸問題（広中俊雄著作集四）』五三四—五三六頁〔一九九四年、創文社〕〔初出、一九九〇年〕）。ここでは、ドイツにおいて類型論が展開されたのは帰属論より後であることだけを指摘するにとどめ、両者の影響関係については次稿で立ち入って分析することにする。

(37) Wieacker, System, S. 424-427, Zit. S. 424, 425. 本文は『体系』の提案であるが、「物概念」論文では「個々の財貨」すなわち「財産対象」につき詳細な分析・検討をくわえたあと、条文のスタイルで提案を行っている。§aないし§lの項目を順に挙げると、「財産構成要素」「公の目的規定による取引無能力」「土地」「土地構成部分」「集合物」「物構成部分」「金銭」「商品」「従物」「土地の従物の特殊性」「果実」。冒頭規定「財産構成要素」第一項によれば、「財産には、土地、物［動産］、支配された自然力、権利ならびに精神的産物、取引機会および割当てのようなその他の対象が属する」。ID., Sachbegriff, S. 102-104, Zit. S. 102.

四　帰属論の展開

ヴェスターマンの『物権法体系書』は、ヘック、ライザーの伝統を受け継ぐ本格的体系書であり、(38) 一九五一年に初版が出版されて以来、第四版において書名が『物権法』に変更され、一九八六年に著者が急逝したあと、第六版で補訂者により二巻に分けられたが、第七版の際にふたたび一書にまとめられ、現在この一九九八年版が最新のものとなっている。本稿との関連では初版から最新版まで基本構想に変更はみられない。しかし、帰属論に関する補訂者、かれの息子H・P・ヴェスターマンは、父の主張の骨子を維持しつつも、オリジナルテクストをしばしば大きく改変している。そこで、本稿では次の方針をとりたい。著者自身の最終版、第五版を基礎として叙述し、初版以来のかれによる改訂については有意なものを脚注で取り上げ、補訂者による変更は次稿でまとめて取り扱い、本稿では脚注のなかで簡単に触れるにとどめる。

ヴェスターマンは初版の「序言」において次のように宣言する。「わたくしは体系構築につき物権法の両支柱としての『帰属』と『物権的請求権』のうちに、物権法と債務法の関係という困難な問題の解決と実際上意義深い個々の問題のための新たな途がそれにより開かれるところの、多くの点で新しい基礎をみいだしたものと信じ

る」[39]。「帰属」がヴィアッカーから示唆をえたものであることはすでに述べたとおりである。「物権的請求権」は「財貨帰属法としての物権法」という構想の一部として展開されている[40]。この体系書に関する書評の多くが帰属論を正面から取り上げ、これに対する自己の評価を提示しているのもゆえなしとしない[41]。以下では、著者の構成にしたがい、帰属、物権的請求権、帰属法の本質的メルクマールの順にみていこう。

1　帰属

ヴェスターマンによれば、「帰属」という概念は以下の内容を有するものである。

(一)　基礎[42]

ヴィアッカーもはっきりというように、「物権性の本質とはその帰属機能（zuordnende Funktion）である」。物権性の本質を語る際には、「アプリオリな概念ではなく現行法により展開された制度の描写が問題となる」、という基本スタンスから出発する。現在では一般に「訴訟保護の絶対性」あるいは「物との関係の直接性」が語られている。前者によれば、物権は万人により顧慮されなければならず、それが侵害されれば返還または停止請求権をもって侵害者から保護される。債務法的権利がただ債務者に対してのみ訴訟可能性を与えるのとは異なるという。後者は物が客体として直接的に把握されるとし、権利者と他人の関係・対象の財産への帰属を問題にしない。これによると、物権が有体物に制限されるのは概念上当然ということになる。しかし、「訴訟保護の絶対性と客体との関係の直接性は、実際には、一方だけでも双方合わせても満足な説明を与えることができない。それらはむしろ物権の財貨帰属機能の発露にすぎないのである」。①帰属とは「当該対象が権利者の財産に属していること（Zugehörigkeit）」を意味する。その範囲は「権利の性質」によりその時々で規定される。②帰属が実際上問題となるのはとくに、(a)個別執行および包括執行、(b)処分、(c)損害の調整につき、実体的権利の所在が決定的となる

場合である。ただし、帰属が欠缺していてもその「外観」があれば、善意取得または善意弁済により一定の限度で帰属が補完される。反対に、③帰属は「対象についての答責性」をも作出する（「管轄〔Zuständigkeit〕としての帰属」）。だから、所有者は自己の所有権の危険性につき第三者に責任を負担しなければならない。

(二) 債務法との関係[43]

物権法と債務法はこう区別される。物権法の主たる使命は「物を特定人に帰属させること」にあり、人と人との関係はこれに続いて生じるのに対して、債務法は「人と人との財産法上の関係」を問題とし、対象の法的運命についてはせいぜい間接的に関わるにすぎない。しかし、このように両者が区別されるとしても、ヴィアッカーが強調するように、「帰属客体としての債権の対象化（Vergegenständlichung）」は争うことのできない事実である。ドイツ民法典第三編および学問上のカテゴリーが物権法に制限されているのは、歴史、そして直接支配可能な対象は有体物のみあるいは有体物には他の対象とは異なる特別な法形式が妥当しうるという観念によるものである。「たしかに、債権は内容上は債権者と債務者の間の法的拘束のみを創設する……［ここでは債権侵害の問題には立ち入らないという］。しかし、こうして特定された法関係は帰属を必要とし、またその能力を有する対象なのである。帰属は直接的かつ絶対的に作用する」。①債権も帰属行為の対象となりうる。債権質・債権譲渡がその例である。ここでは「相対的に作用する債権的権利が絶対的に作用する帰属行為の対象」となる。②成立または移転により債権者となった者は「万人に対する権利の担い手」である。したがって、非権利者の処分または執行破産の際には、物につきそうした問題が生じた場合と同様に規律される。③債権譲渡は物所有権譲渡と「機能上」「本質的同一性」を有する。だから、公示原則はともかく、無因原理と特定原則の適用・債権譲渡担保と物譲渡担保の問題構造の同定のように、両者はひろく共通の取扱いを受けている。④多数当事者の債権債務関係の形式は物権法上のそのような関係にも適用されうる。

(三) 他の法領域との関係[44]

「第三編［物権編］で規制された諸現象が唯一の帰属諸形式というわけではまったくない。むしろそれらは他の、民法とそれ以外の私法において規制された諸制度とならんで存する」。帰属は「法上財貨として承認されているすべての対象」に存し、その効果は「つねに客体との直接的な関係と訴訟保護の絶対性」である。これらは「すべて構造上同一の諸現象」とみられる。①債権についてはすでに述べたが、②無体財産権（著作権、特許権）、③男女同権法による改正前の夫の管理用益権、④氏名権、⑤破産管財人［の管理処分権］の際にもこうした現象がみられ、⑥営業についても帰属の問題が生じている。「ある現象が対象化されるとすぐに、帰属の問題もまた浮上するのである」。

2 物権的請求権

すでに述べたように、ヴェスターマンは物権法の体系化の際に、「物権的請求権」を「帰属」とならぶもう一つの支柱に位置づけている。

(一) 概念[45]

物権法の「内容」は帰属を語るだけでは十分に描写されない。このことが物権的請求権を物権法体系における第二の支柱とみなす理由であるとみられる。「対象の二重の帰属が関与者間の権利義務を発生させる」、二重帰属は所有者—占有者関係でもよい、こうして生じる「請求権」が物権的請求権と呼ばれる。「その法［律］上の原因（Rechtsgrund）は対象の二重帰属である」。例を挙げて説明しよう。(I)ある馬がEから盗まれ、善意のGがこれを取得する。善意取得は排斥されるから、Gは所有者にはならない。Gはこの馬に餌をやり、これを用いていた。その後、EがGに馬の返還を訴えたが、Gがこの馬を酷使したため、現在では使い物にならなくなっている。

(Ⅱ)Eは森一筆つきの宅地の所有者であるが、登記簿にはNが所有者として登記されている。Nが善意のGに用益権を設定した場合、善意取得によりこの用益権設定は有効になる。その結果、GとEの間には法律上一連の権利義務が生じる。事例(Ⅰ)では、馬はEの財産に帰属するから、Gに帰属するのは「この動物の外面的所持」「占有」のみである。事例(Ⅱ)では、所有権はE、用益権はGというふうに土地の二重帰属が生じている。しかし、これをもっては両事例でのEG間の関係は明らかにならない。事例(Ⅰ)では、EはGから返還請求権により取り戻し、事情によっては賠償を請求できる一方、Gは場合によっては餌代を請求しうる。他方、事例(Ⅱ)の際にEG間に生じる権利義務は多様である。

(二)　債務法上の請求権との対比[46]

物権的請求権は次のような性質を有する。①右の事例に示されるように、いかなる債務法上の基礎も有さない。すなわち、「法律上の帰属要件（Zuordnungstatbestand）」と直接に結びつけられている。しかし、②債務法上の関係は物権的請求権を補充または変更することができる。たとえば、所有者が自己の物を使用貸借する場合には、物権的請求権とならんで使用貸借による請求権が存するし、要役地所有者と承役地所有者との間には「法定債務関係」とならんで設定者と取得者の間の契約上の合意がみられる。もっとも、土地の一つが移転されるならば新所有者との関係はもっぱら「物権的法関係」により規律される。また、先に挙げた事例(Ⅰ)(Ⅱ)においては当初から「二重帰属の効果としての法定関係」のみが存する。[47] このようにして、③物権的請求権は債務法上の請求権のように、ただ二人の関与間でのみ作用する。「物権法上の結合関係は相対的に作用する二人の間の権利義務関係として債務関係に類似する」「物権法上の『結合関係』と債務法上の『結合関係』には大幅な類似性が確認される」。そうすると、両請求権の区別は本質的には、ただ「成立要件の相違」のみにより基礎づけられる。「物権的請求権の際には二重帰属（doppelte Zuständigkeit）[48]、債務法上の請求権の際には債務法上の事象（schuldrechtlicher

Vorgang)」。この意味において二つの請求権は「本質的同一性」を有するということができる。

㈢　債務法規定の補充適用[49]

とすれば、債務法の一般規定が物権的請求権に適用されうるか、というきわめて困難で争いのある問いには次のように応えられる。「物権法上の関係の特別な利益評価がそれを排斥しない限り、補充的に適用されなければならない」。適用範囲の確定には個別の考慮を要する。とくに問題となるのは以下の規定である。①代償請求権（BGB二八一条［現二八五条］）、②信義誠実原則（BGB二四二条）、③履行補助者責任（BGB二七八条）。①は、所有者―占有者関係には適用されない。占有者が所有者の物を無断で処分した場合、所有者は所有権を保持したまま売得金を請求することはできず、売得金をえるためには追認により処分を有効にしなければならない（BGB八一六条）。もしも代償請求権が認められるなら、追認は不要となり、占有者は所有者の売得金請求と取得者の追奪請求双方に晒されることになってしまう。しかし、このように法律により企図された「犠牲の限界」を歪めることは許されない。②について、相隣関係および役権のように、物権法上の関係それ自体がすでに信義誠実にしたがい利益を調整しているところではその適用は無駄である。しかし、一般的には支配的見解とともに、「帰属問題」については格別、「すべての物権法上の給付関係」に適用しなければならない。信義誠実は「結合関係についての典型的な調整規範」であり、権利者と義務者の利益を調整する債務法上の請求権に適合的である。他方、帰属は「財貨を一人の権利の担い手に絶対的に帰属させる」から、利益調整ではなく「一義的な帰属の創設」が問題となる。帰属そのものには適用されない、しかし帰属から生じる物権的請求権すなわち結合関係には適用される、というのは以上の分析を基礎とするが、こうした結論は「法的安定性と公平の要求」にも適合するのである。③は、物権的請求権の履行の際にも適用される。債務者が自己の代わりに補助者に行為させている場合債務者は自己の補助者の有責につき責任を負担する、という基本思想については義務の成立原因は問題となら

ないから。したがって、拾得者または悪意者が物を自己のお手伝いに委ねている場合には、そうした者の有責につき責任を負う。

3　帰属法の特殊性

ヴェスターマンによれば、「帰属」と、「帰属を変動させる行為（zuordnungsändernde Geschäft）」すなわち「処分行為（Verfügungsgeschäft）」は特殊なメルクマールにより特徴づけられ、こうした特殊性は帰属法の強行的規制により担保されている。

(一)　帰属の特殊性[50]

帰属の特殊性は次の点に現れる。第一に、絶対性。これは「帰属機能の発露」と呼ばれる。対象につき確固とした財産法上の地位を与えるという目的は、帰属をあらゆる方面で作用させることを要求するからである。たしかに、仮登記義務者の処分にみられるように、「相対的に作用する帰属」も生じうる。しかし、これは相対無効の結果としての稀有な例外、「体系に反する異物」にとどまる。だから、立法者は一般には取消しのように、全部有効・遡及的全部無効という構成により類似の利益状況を実現している。第二に、公示。「絶対性に対応するのが帰属の公示である」。帰属が絶対的に作用する以上、経済その他の判断はその上に構築されるから、財産対象の帰属を万人に対して認識可能にしなければならない。だから、物権法は公示にむけて努力している。動産法では占有、不動産法では登記簿を用い、占有と登記に推定効を与え、さらに善意取得制度を設けている。動産所有権移転は公示原則をつよく破壊している。［けれども、］公示は善意取得により「少なくとも間接的に」担保される。なぜなら、善意取得のリスクは権利者に公示と実体的な権利状況の一致を間接的に強制するものだから。手段として、動産法では返還請求権、不動産法ではこれに一部対応する更正登記請求権が存する。こうした公示

の努力は物権法上の処分行為の特殊な構成に通じている。これに対して、他の対象の帰属については公示原則は貫徹されていない。第三に、順位。債務法上の権利は原則として平等である。しかし、「帰属が分割されている場合には帰属している諸権利には順位関係が存する」。その際には、帰属機能に基づく効果がふたたび問題となり、関与者間には一定の関係が創設されることになる。第四に、自己の物の上の権利。制限物権とこれを負担する所有権が混同する際には、原則として物権が維持される。「制限物権は完全権と並存する独立した帰属形式であるという観念」がこのことを可能にする。債務法上の関係と異なり、概念上二人の関与者を前提とするわけではない。自己の物の上の権利の典型は、いわゆる所有者土地担保権である。これは、土地所有者の経済上の利益と登記簿による公示の整備にかんがみ許容されたものである。その法的構成は他のこうした権利の形成にとって決定的な役割を演じている。

(二) 処分行為の特殊性[51]

帰属を変動させる処分行為も帰属の特殊性に対応して形成されている。第一に、特定原則。処分行為は絶対効をともなう帰属の変動だから、「特定の対象と」関連づけられなければならない。義務づけ行為であれば、債務者の義務の特定し、関与者間の権利義務の限界づけが可能になれば十分であるのと対比される。特定は公示により担保されるが、物権的合意も帰属の特定を要求する。特定原則は無因原則とともに、「すべての帰属変動・処分」に妥当する「共通の基本的特質」である。動産・不動産譲渡のみならず、債権譲渡その他の権利（たとえば著作権、特許権）の譲渡でも、処分対象が精確に指示されなければならない。問題となるのは延長された所有権留保、集合動産・包括債権の譲渡担保であるが、その際には価値による特定では十分でなく、各対象の特定が必要である。第二に、二重要件。物権法上の処分行為は公示原則を顧慮して、二重の要件から構成されている。(1)「意思のモメント」、(2)「実行のモメント」。(1)は物権的合意、(2)はその実行行為すなわち動産処分における引渡

し、不動産処分における登記および債権質における通知をいう。(2)は、処分がその時点についても第三者に対して確定可能な可視的行為のなかで行われ、その結果が物的権利状況の変動をあらゆる第三者に明白ならしめる、という二重の機能を有する。(2)の要請が帰属の特殊性から生じたものであることは、他人のための行為の方式である代理と追完の対比により示される。代理の際に追完とは異なり顕名が要求されるのは、たんなる権利喪失ではなく、権利義務の帰属割当が問題となるからである。「帰属はその対象がなんであるかにかかわらずこれを周知することをつよく求めるという命題」が確認される。もっとも、すでにみたように、(2)は動産所有権移転の際につよく破壊され、債権その他の権利（著作権、特許権）の譲渡についても放棄されている。債権譲渡につき公示・通知を放棄したのは、権利の帰属は動産・不動産のそれのようには対外的に認識可能にならないこと、処分対象の無体性によるが、債権譲渡が債権質と異なり物権法ではなく債務法に規定されているという立法技術上の偶然の結果でもある。この「債権譲渡の秘密性」から、通知が要求される債権質ではなく、債権譲渡担保が用いられるようになった。ちなみに、法律行為によらない［法律上の］帰属変動については、(1)とともに(2)も放棄される。とくにこのことが妥当するのは包括承継である。第三に、無因性。無因原則は先述のように、特定原則とともに全処分行為共通の基本的特質を構成する。これによれば、処分行為はその法律上の原因すなわち処分者の帰属変動義務から切り離され、それが欠缺または脱落しても処分は有効であり、処分の成果の回復は不当利得により実現されることになる。

(三)　帰属法の強行性[32]

帰属と処分行為の特殊性は、「規制がひろく強行的であること」により担保される。①債務法上の関係は原則としてただ関与者とその利益のみに作用するから、契約自由は当然の帰結である。他方、帰属は万人すなわち非関与者にも妥当しなければならない以上、法律が直接の関与者の意思を顧慮せず第三者の利益もみ、強行規定を

創設するのは当然である。また、②財産配分についての「法的安定性と明白性への努力」も形成自由の制限を要求する。もしも形成自由があるなら、多様な変種が容易に現れ、不明確性が生じることになってしまう。そして、③所有者が自己の所有権に過渡の負担を課するのを防止する、という要請も強行性付与をある程度規定したものといえる。この強行性は次の二つの現象に現れる。(a)「完結数（geschlossene Zahl）」、(b)「類型強制」。すなわち、当事者は新たな帰属形式を自由に創設しえず(a)、法律が認める範囲でのみ帰属関係を変更しうる(b)。たとえば、第三者異議権または取戻権を作出する合意(a)、債権消滅は抵当権にとって意味を持たないという合意(b)をしても無効である。

(38) Vgl. Bernhard Großfeld, Harry Westermann: Vom Ethos des Professors, in: Westfälische Jurisprudenz: Beiträge zur deutschen und europäischen Rechtskultur; Münster ua 2000, S. 393.

(39) Westermann, Lehrbuch[1], Vorwort, S. VII.

(40) Vgl. Westermann, Lehrbuch[1], § 2, S. 6-12; id., Sachenrecht[5], § 2, S. 6-12.「第二章 財貨帰属法としての物権法」は「Ⅰ 物権性の本質を解明するための理論」「Ⅱ 財貨帰属」「Ⅲ 物権的請求権」「Ⅳ 要約」の四節から構成されている。第六版以降では補訂者により章題が「物権法の帰属作用」に変更されている。Westermann/H.P. Westermann, Sachenrecht[6] I, § 2, S. 8; id., Sachenrecht[7], § 2, S. 8. ちなみに、「物権的請求権」を「帰属」と対置して「物権法の両支柱」としている点に対して、バウアーは「それらは実際に相互に対立するものなのか?」と疑問を呈している。Fritz Baur, Besprechung von Harry Westermann: Lehrbuch des Sachenrechts, 1. Aufl., in: JZ 1952, S. 59.

(41) 批判的なものとして、Hermann Arnold Schultze-von Lasaulx, 1. Aufl., in: AcP, Bd. 151 (1950/1951), S. 455; Julius von Gierke, 1. Aufl., in: ZHR, Bd. 115 (1952), S. 226; Fritz Baur, 1. Aufl., in: JZ 1952, S. 559; Ludwig Raiser, 2. Aufl., in: JR 1955, S. 118-119; Walter Gerhardt, 6. Aufl., in: JZ 1990, S. 1068, 肯定的なものとして、Heinlich Kronstein, 3. Aufl., in: FamRZ 1959, S. 172.

(42) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 2, Vor, I 1 2, II 1 3, IV, S. 6-7, 9, 12, Zit. S. 7, 9, 12. 補訂者は第六版において、(1)本文①ないし③の叙述の位置を組み替え、(2)E・ヴォルフの批判に対して応接し、(3)帰属機能の定式と帰属の包括性と部分性の説明を補充しているが、第七版では一旦追加した(2)を削除している。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 2, II 1 a) 2, S. 9-10, 11; ID., Sachenrecht[7], § 2, II 1 a), S. 9.

(43) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 1, III, § 2, II 1 2, IV, S. 6, 7-8, 12, Zit. S. 6, 8, 9. 補訂者は第六版の際に、(1)「債務法上の権利の物権化」現象に関する議論状況、(2)債権帰属変動の具体例を補充する一方、(3)「帰属は直接的かつ絶対的に作用する」という断言、(4)本文②の執行破産ケースと③の叙述全体を削除している。第七版では、(2)の補充をふたたび削除し、「帰属客体としての債権の対象化」という表現およびドイツ民法典と民法学の問題性に関する叙述を省略する反面、ピッカーに依拠して、債権者と債務者の関係は物権者とこれを尊重する義務を負担する者の関係と構造上同一という分析を付加している。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 2, II 1 c) 3, S. 10-11, 11-12; ID., Sachenrecht[7], § 2, II 1 c) 2, S. 10, 11.

(44) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 2, Vor, I 3, II 1 2, IV, S. 6, 7, 8, 12, Zit. S. 6, 8. 特許権と営業については立ち入った考察を行っている。特許権と土地所有権を対比し、直接性・絶対性および処分行為につき両者に同一の規律が妥当するとし、営業については先行研究の分析から問題点を析出し、第四版において、「営業」すなわち物的要素と人的要素からなる統一体は取得者の法的地位の絶対的保護をともなうが、帰属変動についての特別な形式を欠くから個々の権利に予定された形式をもって移転されなければならない、「この意味において営業は対象とその帰属として問題となりうる」という。ID., Lehrbuch[1], § 2, II 2, S. 8; ID., Sachenrecht[4], § 2, II 2, S. 8. 補訂者により、第六版以降、(1)管理用益権・破産管財人の例が脱落し、(2)営業に関する説明が全面削除される一方、(3)一般的人格権の例が追補され、(4)［物権性］本質論は［物権法という］現代の法ドグマーティクの秩序づけの要求にもはや無条件には対応していないという文句が付加されている。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 2, I 3, II 3, S. 9, 11; ID., Sachenrecht[7], § 2, I 3, II 2, S. 9, 10.

(45) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 2, III 1, IV, S. 9-10, 12, Zit. S. 9, 12. 第六版以降は補訂者により、物権的請求権の法律上の原因に関する本文の強調つき定式が削除されている。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 2, III 1, S. 11-12; ID., Sachenrecht[7], § 2, III 1, S. 11-12.

(46) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 2, III 1 2, IV, S. 10, 12, Zit. S. 10, 11, 12. 第五版では、本文②の末尾で、ヴォルフ＝ライザーの指摘に応接し、二重帰属のみが物権的請求権を発生させるという意味ではないこと、けれどもそれが「実際上もっとも意義深い原因」であることを補足している。第四版までにはみられなかった記述である。ID, Lehrbuch[1], § 2, III 1, S. 10; ID, Sachenrecht[4], § 2, III 1, S. 10. 補訂者は第六版において、物権的請求権の説明につき次の点を補充している。(1)侵害により発生・状態の回復を志向、(2)万人が名宛人、(3)物権者の「特別な権利実現機能」、(4)相手方の有責性の不問、(5)執行破産における特別強化（第三者異議の訴え、取戻権）。反面、本文②末尾の事例(I)(II)へのあてはめ、第五版における右記の補充、「成立要件の相違」に関する鋭利な定式を削除している。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 2, III 1, S. 12-13; ID., Sachenrecht[7], § 2, III 1, S. 11-12.

(47) 「法定債務関係」「物権的法関係」「法定関係」は文脈上、すべて物権的請求権をめぐる関係を意味している。こうした関係を gesetzliche *Schuld*verhältnisse とみる、つまり性質論につきいわゆる債務説に与していることについては、WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 2, III 1, S. 10, vgl. auch § 1, II 3 b), S. 5; WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[7], § 1, I 2 a), S. 5.

(48) ヴェスターマンが *Zuständigkeit* を Zuordnung と同様の意味で用いる場合があることにつき、vgl. auch RAISER, Besprechung, in: JR 1955, S. 118.

(49) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 2, III 3, IV, S. 10-12, Zit. S. 11, 11-12, 12, vgl. § 31, IV 4, V, S. 146-148. 次のケースも挙げられている。(1)存続においては帰属要件にかかわらない請求権は、特別な例外が妥当しない限り、債務法により取り扱われる。たとえば本文事例(II)においてGが家屋を義務に反して保険に入れない場合、これにより生じる損害賠償請求権は債務法により規律される。「物権的性質は請求権の成立のみに影響を与え、その内容と展開には影響を与えない」。(2)法律自体が適用を認めている場合がある。BGB九九〇条二項は悪意占有者責任、BGB一一四六条は抵当目的物所有者責任につき遅滞法を適用している。(3)代償請求権は所有者―占有者関係を除けば、特別な利益状況がそれに反対しない限り、物権的請求権にも適用されうる。判例も居住権（BGB一〇九三条）につきその適用を肯定している。これらは初版以来の叙述である。ID, Lehrbuch[1], § 2, III 3, S. 10-11. 補訂者は、第六版において、(1)占有者が所有者に返還義務を負う場合に返還要件および返還場所につき債務法の規定の適用があるか、という問題を補充し、(2)所有者―占有者関係に対する代償請求権の適用に関する叙述の位置を組み替え、(3)仮登記権者の遅延賠償請求の肯否を付加し、(4)信義誠実原則の帰属問題に対する適用可能性を追求している。WESTERMANN/H.P. WESTER-

MANN, Sachenrecht[6] I, § 2, III 2 3, S. 14-16; ID., Sachenrecht[7], § 2, III 2 3, S. 12-15.

(50) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 3, I, IV, S. 13-15, 20, Zit. S. 13, 14, 20, vgl. § 3, II, IV, S. 17, 21. 補訂者は第六版において、帰属の特殊性につき次の点を補充している。(1)絶対性については、①万人に対して全法的観点のもとで権利者という定式、返還請求権・除去停止請求権・不法行為的保護の導出、②「権利の分解可能性」の承認例（住居所有権〔法律〕、信託〔判例〕）、③制限物権の絶対性の説明、(2)公示については、占有の公示機能に関するバウアーの見解への応接。第七版では、公示と実体の一致の手段の記述を削除し、公示と処分行為の構成の関係の記述を他の場所に移行している。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 3, I 1 Vor b) c) 2, S. 17, 18-20; ID., Sachenrecht[7], § 3 I 2, II 2, S. 19, 21.

(51) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 3, II, IV, S. 15-19, 20-21, Zit. S. 15, 17, 18, 20-21, 21, vgl. § 4, IV, S. 28. 次の点を補足しておく。(1)公示の放棄につき、(a)動産上の質権・用益権放棄、(b)海上船舶の所有権移転も挙げていること、(2)「第三者のための処分」の可否を問い、支配的見解に抗して、第三者のための契約（BGB三二八条）の類推適用を肯定していること。(1)(b)・(2)は初版以来であるが、(1)(a)は第五版において挿入された記述である。ID, Lehrbuch[1], § 3, II 2 4, S. 16, 18-19; ID, Sachenrecht[4], § 2, II 2, S. 16. 補訂者は第六版の際に、(1)延長された所有権留保における特定方法、(2)「営業」売却の際の特定原則の制限に関する叙述を補充する反面、(3)代理と追完の対比で引かれた本文の命題を削除する。第七版では、(2)の叙述をふたたび削除する一方、延長された所有権留保・集合財産譲渡担保における特定性の緩和を指摘し、債権譲渡担保の秘密性に対処するものとして他の法秩序における「登録担保権」導入の試みを紹介している。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 3, II 1 2 b), S. 22-23, 24; ID., Sachenrecht[7], § 3, II 1 2 d), S. 20-21, 22.

(52) WESTERMANN, Sachenrecht[5], § 3, I, IV, S. 20-21, 21, Zit. S. 20. 補訂者は第六版において、強行性の緩和現象を補充し、産業保護法の領域における移転可能な法的地位の数の拡張（(a)の緩和）、所有権移転型担保の展開（(b)の緩和）を挙げている。WESTERMANN/H.P. WESTERMANN, Sachenrecht[6] I, § 3, III 2, S. 27-28; ID., Sachenrecht[7], § 3, III 2, S. 24.

五　おわりに

本稿では、物権性本質論、ひいては私法における「帰属」概念の意味・位置づけを解明するために、ドイツ法における帰属論の発展を、ローマ＝普通法学、ゲルマニスティクから出発し、ヴィアッカーを経由して、主唱者であるヴェスターマンにいたるまで分析した。包括的な分析・検討はヴェスターマン以降の発展を追跡したあとに行うが、中間的総括として基本的な点をまとめておこう。

ドイツにおいて各論者の議論は、「帰属論」というかたちで一括りにされるのが一般である。しかし、本稿の考察から明らかになったように、一口に「帰属論」といってもそのコンテクストは多様であり、このことが主張内容に看過できない差異をもたらしている。

まず、帰属論の萌芽（二）。ヴィルト、ブリンツ、プントシャールトは、前二者と後者において、一はローマ＝普通法、他はゲルマン法というように対象を異にしながらも、物権法枠内における所有権の位置、具体的には所有権とその制限の関係を追及するという意味では同一の関心を有している。すなわち、ローマ＝普通法では所有権は元来無制約であるが、制限物権が設定されても所有者の所在に変更はなく、他方、ゲルマン法ではもともと所有権と制限物権には質的差異はなく、家人法における内部所有権もなお所有権と語られうる。ここから、出発点は正反対であるが、「支配なき所有権」も所有権と規定されるのはなぜか、という同一の問いが生じる。かれらが主張する帰属論はこの問いを解決するためのものである。「支配」と「帰属」という対立軸を設定し、所有権の本質は前者ではなく後者にあるから、制限的所有権も所有権であるには変わりがないという。したがって、このタイプの帰属論が念頭におくのは、あくまで「所有権」本質論である。ロマニステンは所有権の本質は「帰属」、制限物権のそれは「支配」という独創的な主張を展開し、他方、ゲルマニステンは制限物権についてはと

くに触れていない。制限物権にも同一の理解を及ぼすのは論理上可能であるにもかかわらず、かれらの問いを前提とする限り、そうしたインセンティブが生まれる余地はないのである。ローマ物権法体系の問題性、また、解釈論上の諸問題に対して関心が払われていないのも、かれらの関心事からすれば当然のことといえよう。

次に、帰属論の起点（三）。ヴィアッカーはナチスの法改革運動に向けて新たな財産法体系を提唱する。そこでは、「物権法」と「債務法」の対置から「財産秩序」（前者の拡張）と「契約秩序」（後者の制限）の対置へ、という体系再編が企図される。「財産秩序」、すなわち物＝有体物の法のみならず無体物およびそれらの総体をも含んだ財産の法という新たな体系の一翼の基礎に定位されるのが、「帰属」概念である。したがって、ヴィアッカーのいう帰属論は、「所有権」どころか「物権」をも乗り越え、広く「財産」全体を包摂するものとして構想されている。かれの問題・歴史分析によれば、パンデクテン体系とインスティトゥーティオーネン体系は狭い論理的な物概念・物権法を有する体系と広い機能的な物概念・財産法を有する体系の対立として描き出され、こうした両者の相違は要するに、〝論理〟と〝機能〟という基礎的・思想的・方法的視座の相違に由来するものとみなされる。こうした分析をもとに、ナチス法学よろしく前者を退け後者に与し、「債務法と物権法の間の区別は、体系のなかで社会の現実を描写せよ、との要求に十分に応えていない」と断じる。ありうべき体系構想として、財産秩序のみ、契約秩序のみ、双方の並置の三つを取り上げ、ここでも機能的分析から最後の方向すなわち「財産秩序」と「契約秩序」の体系を志向する。このように、ヴィアッカーの問題意識は財産法体系の再編に重点がおかれているため、具体的な解釈論的構成にはあまり意が払われていない。

最後に、帰属論の展開（四）。ヴェスターマンは「物権性の本質」につき「アプリオリな概念ではなく現行法により展開された制度の描写」から出発しながらも、新たな財産法体系を志向するヴィアッカーの帰属論にしたがうことを明言する。このいわば跛行的性格がヴェスターマンの構想をいささか不明朗にしているように思われ

る。すなわち、「物権性の本質とはその帰属機能である」と定式化するにもかかわらず、ヴィアッカーのように、帰属は債権・無体物・財産のような「法上財貨として承認されているすべての対象」につき語られるという。そうするとひるがえって、帰属は「物権」固有の性格ではないのではないかという疑問が生じる。のちの批判は主としてこの点に向けられたものである。ヴェスターマンは物権法体系の第一の支柱として「帰属」概念を提唱し、絶対性・直接性はその発露にすぎないとみ、もう一つの支柱である物権的請求権を「対象の二重帰属」より基礎づけたあと、帰属の特殊性（絶対性・公示・順位・自己の物の上の権利）、帰属変動行為＝処分行為の特殊性（特定原則・二重要件・無因性）、これらを担保するための帰属法の強行性（完結数・類型強制）を取り上げ、帰属を起点とした物権法体系とこれに接合する解釈論上の諸準則につき詳細かつ明確な解説を与えている。こうした叙述の方向は『物権法体系書』という著書の性格に規定されたものであろう。しかし、そうであるからか、債権譲渡などの例外はあるものの、物権法以外、たとえば債務法に組み込まれている不当利得・不法行為法と帰属の関係などについては言及されていない。

以上を要するに、「帰属論」を語る際には次の相違に留意しなければならない。第一に、物権債権峻別体系を前提とするのか（萌芽・展開）、体系再編を構想するのか（起点）、第二に、所有権を対象とするのか（萌芽）、物権一般を対象とするのか（展開）、およそ財産すべてを対象とするのか（起点）、第三に、体系の抽象的基礎づけのみを志向するのか（萌芽・起点）、解釈論上有用な概念構築までを企図するのか（展開）。

これらの点に留意しながら、ヴェスターマン以降の発展をフォローし、立ち入った分析・検討を行ったあと、そこからえられた知見に基づきわが国の議論を考察すること、これが次稿の課題である。

本稿は、平成二〇年度科学研究費補助金（若手研究(B)：課題番号 20730076）の助成を受けた研究成果の一部である。