

ナチス期における所有権思想

——F・ヴィーアツカーの所有（権）論を中心として——

榎澤能生

(一) はじめに
『所有権制度の転換』

(1) 諸前提

(2) 市民的所有権概念の政治的基礎

(3) 市民的所有権概念の政治的基礎の崩壊

(4) 所有権秩序の新しい編成原理

(5) 新しい表象形式の提示

(6) 検討

(二) 『所有権制度の転換』に対する批判

(1) H・ゼーデルの批判

(2) R・ヘーシンの批判

(3) H・シュトルの批判

(三) 批判に対するヴィーアツカーの対応

(1) 規範的秩序と対象的秩序

(2) 秩序状況および民族の任務付与としての所有 *Eigen*

(3) 所有権の物的な類別から人的な編成へ

(4) 世襲農場秩序と不動産秩序

(5) 世襲農場所有権と民法上の所有権

おわりに

はじめに

(1) 「国家社会主義によって、ドイツ民族にドイツの法を！」⁽¹⁾というスローガンの下に、大規模な法革新運動がナチ政権下のドイツで展開されたことは周知の通りである。現実社会の変化にもかかわらず、なお屹立する市民法体系とこれを支える市民的法律学の体系に対して、法と現実の乖離という視角からさまざまな批判がなされてきたが、ナチズムの法革新運動は、その中でも最もラディカルで、広範な体系批判であったと評価できるであろう。

しかし、民法の領域では、立法作業においても学問的営為においても法革新は、他の領域に比しそれほど容易なことではなかった。このことは、ヴィーアッカーが、一九三六年九月二四〜三〇日に行なわれたバードエルスタでの若手研究者会議における報告の冒頭で「権力掌握以来近年の民法の展開を前にしての第一印象は、私法の基本概念についての展開と發展的解明につき語られることが、他の領域と比べて明らかに少ないことである。……新帝国の改革立法も厳密な意味においては存在しない。数百の新法律の中であって、ほんの若干のものが民法の概念および新規制を対象とするにすぎない。ただ家族法において私法思考の基本的転換が見い出されるだけである。」⁽²⁾と言い、またゼーデルが「文字通り一千年の間従事され、作り上げられてきた、固有の「民」法の領域——ここでは概して研究者は、受け継がれた法をなお眼前に置かねばならない——におけるほど、新しい法思考の貫徹を達成することが困難な領域はないということを、私は承認したい。」⁽³⁾と云うのを聞いても容易に察知しうるところである。

このことは、BGB（ドイツ民法典）の必然的な発展である「ナチス時代の私法学」は語れても、特殊「ナチス私

法学」は語れないという主張を裏付けている。この主張によれば、「BGBは永久不変の自然法典ではなく、制定当時の時代に制約されたものであり、それは一言でいえば市民社会の私法典である。したがって、第一次大戦後の社会的経済的変動は当然に新しい私法学を要求したのである。ナチス時代の急激な社会変革は、それをさらに強度に要請し、それに答えたのがナチス私法学である。」⁽⁴⁾ということになる。すなわちナチス私法学の主張は「現代社会生活の必要の反映」であり、しかもその最も徹底的な対応であったと把握され、したがってナチス私法学の発展としての戦後西ドイツ私法学が語られるのである。ここではナチス私法学は現代法律学一般に解消される。

これに対して、ナチス私法学を批判する動きの中で、特殊「ナチス私法学」の存在を析出しようとする試みがなされている。⁽⁵⁾これによれば、ナチス私法学は、「裁判官の法律への拘束」を、「指導者の意思への拘束」に転化する理論として、⁽⁶⁾あるいは主観的権利概念を否定するものとして把握される。⁽⁷⁾さらに、このような業績を踏まえつつ、近年、現代法律学一般に共通な側面（Ⅱ「ナチス時代の私法学」）とファシズム的な側面（Ⅲ「特殊ナチス私法学」）の二つの側面から、ナチス私法学を分析するという視角が提起されている。⁽⁸⁾

(2) ナチスの所有権論については、すでに我妻栄氏⁽⁹⁾、吾妻光俊氏⁽¹⁰⁾の研究がある。我妻氏は、ナチスの所有権論を「即ち、各人はドイツ民族協同体において一つの肢分たる地位を認められ、その地位に基づいて物資に対する自主的な名誉ある職分を確認せられる。それが所有権である。その内容は、職分たることの当然として、具体的・個別的に定まり、権限であると共に義務であり奉仕である。」と特徴づけ、さらに「所有権をもって社会的職分となすことも、抽象的・包括的概念たることを否定して具体的内容なりとなさんとすることも、理論としては決してナチス特有のもの

のではない。然し、この理論を徹底せしめ、殊に、世襲農地所有権について立法によってその理論の実践を敢行したことにについては学ぶべき所が多い。」⁽¹¹⁾とする。他方、協同体における職分としての所有権論を基礎づける「協同体理論」については、その世襲農地への適用によって、協同体理念に基づく世襲農地所有権理論が、農耕地法律関係を規律する一典型として、相当合理性あるものとなっていると評価する反面、協同体理論が、「血の純潔というが如き一種の信仰というべきものに基づく非合理的な要素」をもっている点を批判し、このような要素を「濾過」することによつてのみ、この理論は「普遍性と合理性を持つことが出来るであらう」とする。こうして我妻氏は基本的にはナチス所有権論を従来の所有権論の発展方向を徹底させたものとして把握する一方、ナチス特有の非合理性がそこに付着していることを批判し、これを除去すべしと主張する。現代法律学一般に共通な側面（Ⅱ「ナチス時代の私法学」）、その意味でいわばノーマルな側面と、ナチスに特有な側面（Ⅱ「ナチス私法学」）Ⅱアブノーマルな側面の両面がナチス所有権論の中に読み込まれ、後者の「濾過」を通じた前者の普遍性と合理性が確認される。ここではしかしながら、両側面の結合の論理は、考察の対象とはなっていない。ノーマルな側面が何故アブノーマルな側面に媒介されざるをえなかったのか。この結合のいわば必然性を、ドイツ社会が刻印されていた歴史的・構造的特質の分析を通じて説明することが、今後のナチス所有権論研究ひいてはナチス私法学研究に課せられた問題ではなからうか。そうでなければ、両側面の統合体として現に存在したナチス私法学は「理解の可能性と必要性とを欠く偶然的化物になる」⁽¹²⁾しかないであらう。同時にこの課題は、「ナチス時代の私法学」が何故反「ナチス私法学」たりえなかったかということの解明と表裏の関係にある。

(3) しかしながら本稿は、右の課題に対する解答を用意するものではない。本稿は、私なりにこの課題へアプローチしていくための前提作業として、F・ヴィーアッカーのナチス期における一連の所有権に関する論著を中心に、ナチス所有(権)論の一端を検討する研究ノートである。

ヴィーアッカーは、一九〇八年八月五日ボンメルンの *Stargard* に生まれ、三三年フライブルクの講師、三七年にライプツヒの助教授、ついで正教授となり、四六年ゲッチンゲン大学に、四九年フライブルク大学に移り、五三年再びゲッチンゲン大学教授となり現在にいたっている。⁽¹⁴⁾

ナチスの法革新運動の一翼を担った研究者グループのいわば拠点であったキール大学では、K・ラレンツ、W・ジールベルトを中心とする若い世代の研究者たちが一学派(キール学派)を形成していた。ヴィーアッカーも、ライプツヒへ移るまではキール大学におり、このキール学派に所属していた。⁽¹⁵⁾「新しいドイツの法の建設にあたっての基本観念を、自由な討議の中で共同で討論し推進するために」⁽¹⁶⁾一九三五年キールのキッツェベルクで若い大学講師による会議が開催されたが、ヴィーアッカーもこれに参加し、その報告書を執筆している。こうしてナチス法イデオロギーの一員として研究生活を開始したヴィーアッカーは、ローマ法研究の傍ら、『所有権制度の転換』を皮切りに所有権に関する論文および土地法に関する論著をあい次いで発表し、この分野での代表的な論者となったのである。

(1) 一九三三年九月三〇日から一〇月三日にかけて、ライヒ國務大臣H・フランク率いるナチスドイツ法律家連盟によってライプツヒで開催された法律家会議に掲げられた標語である。Vgl. Rudolf Schraut, *Deutscher Juristentag 1933. Ansprachen und Fachvorträge 1933*, Berlin.

- (2) Franz Wieacker, Der Stand der Rechtsrenewierung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts. Deutsche Rechtswissenschaft 2, 1937, S. 3.
- (3) Helmut Seidel, "Franz Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung." Deutsches Recht 1935, S. 334.
- (4) 五十嵐清「フアンズムと法学者」北法一四卷四二四頁。このような見解は、「今日の多くのドイツ私法学者の認めるところである」とされる。
- (5) 同・「ドイッ」[私法]「比較法研究三一」一九七〇年・二二〇頁。ここで五十嵐氏は、西ドイツにおいてナチスの法と法学に対する批判がさかんになってきたことを紹介され、氏の前掲論文は、「従来の通説に依拠しており、現時点においてすでに不十分である。」とされておられる。
- (6) Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. 1968. 広渡清吾「ナチスと利益法学」(一)——「ナチス」私法学』研究ノート(一)「法学論叢九一巻二号一頁以下五号三二頁。」
- (7) Peter Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, 1968. 広渡清吾「キツェンムルク (Kitzeberg) 会議における若き法律家たち」——「ナチス私法学」研究ノート(二)——法学論叢九二巻四・五・六合併二七八頁以下。
- (8) 広渡・前掲「ナチスと利益法学」二号三頁、同・「第三帝国におけるブルジョア法の『転換』」(東京大学社会科学研究所編・フアンズム期の国家と社会5『ヨーロッパの法体制』一九七九年・所収)三頁以下。
- (9) 我妻栄「ナチスの所有権論」(一九三八年、『民法研究I』一九六六年・所収)三三九頁以下。
- (10) 吾妻光俊『ナチス民法学の精神』一九四二年・六七頁以下。
- (11) 我妻・前掲三八四頁。
- (12) 同・三八六頁。
- (13) 清水幾太郎『現代思想』上一〇六頁。
- (14) F・ヴィーアッカー／鈴木祿弥訳『近世私法史』訳者あとがき七三六頁。

(15) P. Thoss, a. a. O., S. 39.

(16) Wieacker, Das Kitzberger Lager junger Rechtslehrer. Deutsche Rechtswissenschaft 1, 1936.

(一) 『所有権制度の転換』⁽¹⁾

ヴィアッカーは、本冊子を発行する前年の一九三四年、ドイツ法律家新聞に「所有権制度の転換について」⁽²⁾と題する小論を掲載している。この論文は、BGB九〇三条の所有権概念の政治的基礎と現代におけるその崩壊を歴史的に概観し、この概念とそれに固執する従来の所有権論に対して批判を提起しつつ、物の類型に応じた所有権論の構築を提示するという内容のものであり、本冊子のライトモチーフを既にうち出している。

この小論の詳述を奨励されることが契機となつて、三五年『所有権制度の転換』(以下「転換」と略)の完成をみることになるが、これが枢密院顧問官C・シュミット編集の「現代のドイツ国家」⁽⁴⁾シリーズ第一三号として発刊されたことに注意しておきたい。若手の法研究者に対してナチス法理論研究を奨励するこのシリーズに執筆の機会を得た研究者は、これを利用して「世に出るチャンス」とした。⁽⁵⁾ヴィアッカーもまた、本冊子により新進気鋭のナチス法イデオログとして、学会に登場したのである。⁽⁶⁾

(1) 諸前提

ヴィアッカーは、本論に入るに先立ち本書の性格を規定する重要な事項につき言及している。⁽⁷⁾

その第一は、本書における研究目的についてである。ヴィアッカーによれば、BGB九〇三条⁽⁸⁾の所有権概念につい

て生じた変化——この変化は、ライヒが社会保障を導入した瞬間からすでに生じた——は、戦時経済および戦後非常経済によって一九世紀の財貨分配の現実性が完全に崩壊した段階においてさえ、目にとめられないままであった。民法教義学は、この現象の法理論的説明を等閑に付したのである。しかし、一九三三年の変革後においては、国家の諸法律においてなお意義深い所有権概念がもつ思考形式の、明確かつ確定的な規定のための探究がなされねばならない。というのは、ナチスの国家が所有権に対して保護を与えると宣言したとはいっても、明らかに実体上新しい価値内容が、この決定の基礎となっているからである。そこで、現代物権法の領域におけるあらゆる法革新作業は、所有権のこの新しい価値内容の解明をもって始められねばならない。

すなわち、所有権の内容上の変化を分析の俎上にのぼすこと、ナチス国家が保護を宣言した新しい所有権の内容を解明し理論づけることが本書の研究目的である。そのさい、所有権の新しい内容は、もはや九〇三条の規定によって表現されえない。古くなった規定にかわる、新しい概念規定が考察されることになる。⁽¹⁰⁾この作業を怠ると法律学が教義学的手段を用いて法的現実を秩序づける可能性を喪失することになると危惧されるのである。

第二にヴィーアッカーは、所有権の構造を明らかにすべく努める場合、規範主義的実証主義の意味における新たな上位概念を再び設置してはならないとし、一九世紀の規範主義が完全には解明できなかった、「所有権」制度の具体的内容が考察され、記述されるべきであり、その素材は、正しい物財分配を確保する法規が生み出されるように整理され結合されねばならない、とする。すなわち、主観的権利としての所有権把握から、物財分配機能としての把握への転換と、それに伴う規範主義的抽象的規定から具体的内容規定への転換という、本書の基本方向が示される。

最後に、素材の分類・編成について。所有権概念とその社会的素材に関する確固とした理解のための第一の前提条件として、不動産と動産の決定的分離ということが提起される。「マッチ箱、鉄道、農場、工場用地に同じ『物』という概念を当て、それらを同一原理の下に服せしめ、決疑論の委曲の中で初めて、折に触れて別種の不動産と動産を改めて区別するという限りにおいては、法的現実性に関する法理論はもはや貫徹せず、実りのある秩序概念はもはや形成されない。」なぜなら、「このことによって、それぞれ社会的機能および法技術上の組織化がまったく異なるがゆえに、正しい生活秩序によって別様に整備され価値づけられなければならない法的現実が、九〇三条の所有権概念の形式的妥当の背後に隠されてしまうからである。」ヴィーアッカーは、動産と不動産の社会的機能の相違を、具体的に次のように説明する。すなわち、土地は、まず個人々の空間として共同体の成員に帰属するし、また、身分上の財産集団——たとえばドイツの全世襲農場——の具体的構成部分でもあり、さらに国家の空間として、国家的支配の必要に供される。このように、土地は、多様な支配関係の対象であるということが、第一点である。さらに第二に、不動産に対するあらゆる「権利」は、原料生産の担い手における権利として、固定的な帰属権能秩序 *Zuständigkeitsordnung* の類型的表現形式であり、この秩序は、相続、収用、経済的用途の変更という長期的事件によってのみ変動する。これに対して動産、とりわけ大量生産商品における絶対的権利は、多様で束の間の生活諸関係を秩序付けている。たとえば動産が、生産者、仲介人、委託購売者、消費者の手へと転々とするに伴ない、動産上の絶対的権利は、生産者、消費者、仲介人、委託購売者の所有権を表現する。したがって動産における権利は、非類型的な形式で現実を表現せざるを得ない。

現行物権法においては、これらすべての差異に関し、登記制度によって単に形式的な区別が実現されているにすぎない。八五四条以下の占有権は、九〇三条の「所有権の内容」に関する教義を、動産および不動産について同様に編成している。所有権の取得における区別（九二五条以下、九二九条以下）は、明瞭な相違を提起するに充分ではない。

かくしてヴァーアッカーは、動産所有権と不動産所有権を峻別し、前者においては、ドイツ民族共同体における物の具体的機能価値によって認められ義務づけられる、物に対する極めて多様な帰属関係を、後者においては、答責的に管理された、それにも拘らず自立的な土地利用帰属関係の考察に歩を進めることになる。

(2) 市民的所有権概念の政治的基礎⁽¹⁾

B G B 九〇三条に表現されるような市民的所有権概念を要求した政治的基盤は何であったか。これについてのヴァーアッカーの分析は、以下の二点にまとめることができるであろう。

第一は、旧身分的封建制に対する第三身分の自由要求である。所有権の「神聖」は、一七八九年のブルジョアジーの闘争であった。抽象的に構成された市民的所有権概念⁽¹²⁾は、市民の保護を目的とする国家の治安措置に抵触しない範囲で、有産の第三身分の自由な処分権を保障せんとしたのである。自由という概念は常に多義的に理解されうるが、ここでは旧身分的封建制に対する、また一方で重商主義と結合し、他方で旧身分と結びついた経済形態に対する、行動的・論争的内容を担っている。

第二の政治的基礎は、一九世紀において政治的に支配的なものとなりつつあった形式民主主義の権力意識である。

形式民主主義というイデオロギーにより表象される自由社会の特質は、その序列と編成が、代替可能な所有 *fungibler Besitz* によって規定されていることである。この自由社会は、支配の中心に位置する超人的秩序を解体したことに伴ない、個々人の所有権の保護領域を、自律的法主体が形成する社会の中に新たに求めなければならなかった。この保証を、自由社会は、形式民主主義においては揚棄されない社会層形成の力により規範力と限定力を付与された自由概念の中に見出した。形式民主主義が、代替可能な所有における社会的価値の段階づけにおいてまさに、いわばそのヒエラルヒーを認める時、所有権の制度的保証が、根本的な体制原理として要求されたからである。したがって形式民主主義にとって、政治的に主張された自由要求を伴なう、所有権の排他的定義は、生き生きとした満ち足りた支配保証だったのである。

政治的要求と所有権の概念内容との関係についての、以上のようなヴィーアッカーの見解を、やや敷衍しつつ整理し直すと以下の通りである。

第一に、国家が身分制を通じて社会を意識的に秩序づける、ということ否定する点に、市民の政治的要求を見るということ。

第二に、具体的な身分的拘束からの自由要求は、所有権の具体的内容規定ではなく、抽象的的一般的概念規定を帰結したということ。

第三に、国家による社会の意識的な秩序づけを否定し、社会秩序は、個人のテリトリーの保護を通じて、自動的に形成されるものとする考え方は、常に国家と個人の緊張関係を前提としつつ、所有権に国家的干渉に対する闘争の内

容を付与し、さらに、所有権を、一定の目的のために一定の行為をなすことのできる権能（＝Kompetenz）としてではなく、何をしてもよい権利（物に対する任意の処分）として構成せしめるにいたったということ。

ウィーアッカーが、新しい所有権の観念を考えるにあたって、以上のような社会哲学と所有権概念へのその帰結を、真向から否定するということについては、後にみる通りである。

(3) 市民的所有権概念の政治的基礎の崩壊

市民的所有権概念を支えた政治的基盤が一九世紀以来変化し、それによって所有権のもつ機能も分裂、変化したということについてのウィーアッカーの観察を、次にみてみよう。⁽¹³⁾

経済権力形成の均衡が調整されないという顕著な傾向により、経済構造の内部で、大所有と小所有の分裂が生じ、それぞれに相異なる社会機能が帰属するや否や、さまざまな集団は、所有権が形式的に等しく保障する無制限な法的権能を援用することによって、それぞれの価値を獲得することになる。すなわち、①確固たる個人は、その規定的メルクマールを奪われ、交換可能な数としてその編成と配置が数にしたがって規定される大衆へと変じ、その所有権の自由要求の内容は、もともと旧制国家に対して展開してきた政治力をますます喪失し、経済権力へ向けての保護要求へと変化する。②他方、経済権力（大資本結合体）は、生産、生産休止、財産分配および賃金政策を、その活動規則の中で絶対的に規定することにより、決定的な所有権制限を行なう。こうして、経済権力にとって所有権は、固有の権力手段となる。

このように市民的所有権概念は、その経済的・政治的基盤を喪失し、分裂的内容を同時に包摂せざるを得なくな

り、その形式的性格を層々深めるにいたったというわけである。現実との乖離にも拘わらず、古い概念に固執し続けるか、分裂的現実に適合した概念を形成するか、それとも分裂的現実を再び統合し、その新しい秩序に接合する法概念を形成するのか。ヴィーアッカーが選んだのは、この最後の選択肢であった。

(4) 所有権秩序の新しい編成原理

ヴィーアッカーは、ワイマール共和国を支配した政治的傾向を多元主義であると規定し、その法的表現をワイマール憲法の中に読みとる⁽¹⁴⁾。これは、決定を断念して秩序づけを放棄した社会国家の中立宣言であるが、ナチス国家はこれをまず廃棄する。そして第一に、再び生き生きとした、組織された共同体秩序を措定し、第二に、これに適合的な所有権秩序を創造するという課題が提示される。

まず新しい共同体秩序の具体的編成については、労働者—企業家、賃借人—賃貸人、ラント—国家といった、従来の破壊的・弁証法的集団形成を、労働戦線 *Arbeitsfront* 経営共同体、食糧団 *Nährstand* 農民階級 *Bauernthum* 等の、統合されたライヒ職能団体の編成によって止揚する、とされる。

次に、このような編成原理に接合すべく形成される法秩序の根拠を次の点に見い出す。すなわち、諸戦線 *Fronten* および職務〔諸団体〕*Berufe* は、自然的民族秩序の分枝であり、その中では、職能身分的な集団規制による一連の法定立が、強制を伴わずしかも秩序づける法発展の最良の原理として現われるという点である。ヴィーアッカーが「制約を受けた所有権秩序 *gebundene Eigentumsordnung*」という多義的概念を使用する場合、その念頭にあるのは、このような観念である。

かつて古典的自由主義は、国家による身分制を通じての社会の秩序づけを否定した。ナチス国家は、その国家目的の遂行のため、職能身分制という手段を用いて再び社会を統合しようとしている。法律学はこの課題にいかに関与できるか。これがヴィーアッカーの法律学の出発点であった。

(5) 新しい表象形式の提示⁽¹⁵⁾

① 秩序概念再形成の課題とその手続

さて、所有権制度の変化の過程が、政治的、国民経済的には十分に明確にされたのに対して、市民的所有権概念はその変化の影響を受けないままであるという事態は、ヴィーアッカーの目には、法律学が教義学の手段をもって法的現実を秩序づけることの可能性を喪失する危機としてうつる。そこで所有権制度の変化に対応する法的表現形式の発見、秩序概念の再形成という要求がもち上がるのである。

ヴィーアッカーは、このような要求の現実化にあたって前提となる手続を次のように示す。第一に、「所有権」の形式的規定の背後にある素材を具体的により分け記述し、第二に、新しい法秩序における素材のもつ価値関係 *Wertbeziehung* を基礎としてこの素材を分析する。こうして初めて、これらの具体的類型を整理する、新帝国の生活秩序に適合した原理を発見する試みが可能となるとされる。

ここで留意すべきは、素材のもつ価値が、秩序づけのメルクマールとされていることである。このメルクマールに従って、たとえば不動産所有権の新しい表象方法が考え出されるのであるが、価値の担い手としての素材把握ということそれ自体が、個人主義的、経済的考察方法として、批判の対象とされることになるのである。しかし、まずはさ

しあたり、動産と不動産のそれぞれについての所有権表象に関する、ヴィーアッカーの所論を追ってみよう。

② 所有権の一般的基本観念

ヴィーアッカーは、動産所有権と不動産所有権の表象定式を別個に考察する前に、まず所有権に関する一般的基本観念を提示し、これに一定の限定を付すことによって、それぞれの概念規定を行うという思考順序をとる。

そこでまず、一般的基本観念であるが、これを彼は、法共同体による、法人格への物財の割当として定式化する。

第一に、「法共同体による」ということの意味について。通常ある者が所有権を獲得するのは、自由な領域をわがものとすることによってではなく、民族秩序の一定の地位における家族の相続財産および労働収入によってである。したがって所有権の効力は、共同体による、かつ共同体における法人格の承認に基づいている。法人格は、民族秩序および法秩序の基礎的構成員として、さらに生存能力ある人格として承認される。ある者の相続財産および労働が、その者およびその家族に活動領域を与え、その範囲においてこの者が、然るべき地位の下で民族秩序に帰属して初めて、共同体は人の物に対する関係に効力を付与する。これが、法共同体による法人格への割当の秩序原理であるとされるのである。

次に、「物財の割当」ということについて。物財の法人格への割当は、同時に正当な配分として、民族秩序の物財の適正な使用を確保しようとするものである。そこで、物財が事物の本性に適合的に *sachgemäß* 使用されるような割当が適正な割当となる。ここにおいて事物の本性に適合した物財の使用とは、民族秩序の秩序目的に奉仕すると同時に、法人格にその活動領域を与えるものである。

總じてヴィーアッカーが提示する所有権概念は、人が民族秩序の中で自己答責的、合目的に行爲するために、また、物が民族秩序の中でその機能を実現するために必要とされる、財物の法人格への分配である、とすることができらるであらう。任意に物を処分することのできる自由な権利としての所有権が大前提として存在し、それが一定限度において制限されると理解されるのではなく、目的に忠実な物の使用という要請により、初めから内容を規定されたものとして所有権が觀念される。また、民族秩序において答責的合目的に行爲するためには、民族構成員は、労働、職務に服していなければならない。そこで、職、能、身、分、序、と、の、関、連、に、お、い、て、所有権が具体的に基礎づけられる。さらに所有権は、物財、配、分、と、し、て、機、能、的、に、構、成、さ、れ、る。

③ 動産所有権

さて、物財配分秩序としての所有権秩序のうち、動産所有権として現われる領域は、物財配分の決定が、紛争の場合を除いて、個々人に答責的、自主的に委ねられる程に、物財の共同体への結合度が弱い領域として規定される。しかしその中でさらに、所有権に対する制約の強弱により、三つのグループが区別される。

動産の第一のグループは、外国為替、脂肪・穀物・ミルク等の多くの農業生産物、もっぱら公的な生産・販売規制に服している工業生産物のように、共同体の全体経済のため直接的に重要な商品である。このような物財の配分決定は、もはや個々人に委ねられない。この場合において、ある者が所有権者であるという言明は、他の個人との関係でその者が法の保護を受け、管理権能を行使するという意味にすぎず、所有権という名の下に、排他的包括権として把握される法的権能の束が個々人に帰属する訳では決していないとされる。

第二のグループは、商品という表現により把握される物のグループである。この場合の所有権の本質的表現は処分権能であり、処分権能の内容は、国家または公的な経済団体の価格規制および市場統制により、すでに本質的な範囲において規定されている。

第三のグループは、自己使用住居、家具、衣服、道具といった、個々人の使用財である。この場合には所有権は、包括的支配権と考えることができる。とされる。

ここでは、第一・第二グループと第三グループの間には、包括的支配権であるか、そうでないかという大きな相違が存在すること、また、第一グループは、不動産所有権の觀念に極めて類似していることを指摘しておこう。

④ 不動産所有権⁽¹⁶⁾

1、不動産の特質

不動産のもつ社会的機能に関するヴィーアッカーの考え方については、(2)ですでに紹介したとおりであるが、不動産所有権の觀念定式をひき出す前提として、不動産の特質につきさらに敷衍した説明が加えられる。

第一に、あらゆる土地は個人を越えて存続する目的¹¹民族の価値に直接規定されている、とされる。すなわち、現行法秩序においても、動産上の役権、たとえば用益権は、用益権者の死亡を越えて存続しないのに対し、不動産上の役権、地上権、物的負担等は生命を越えて存続する。つまり、期間を計算された法的帰属関係の形式が土地に帰属するのであり、法人格が不動産を所有するのではなく、むしろ不動産が所有権者をもつという関係となる。こうして、不動産管理者としての所有権者の把握、管理権能としての不動産所有権という觀念が、不動産の特性から引き出され

てくることになるのである。

第二に、土地は、動産のように自然的に区切られた外的経験世界の物体でないから、それぞれの土地は、法共同体の承認によって初めてその個別性を獲得するとされる。このような特質から、土地のあらゆる法的秩序は、強い社会的内容を含むということ、どの土地法制度も共同体の政治的現実との直接的連関のうちにあるということが演繹される。この帰結は、不動産法の秩序づけの原理をすでに示唆している。

2、不動産法の秩序づけの課題

右のような特質を有する不動産の、秩序づけの原理となるものは何か。ヴィーアッカーはこれを、土地がもつ一定の価値であるとする。法共同体において土地は、複数の法的価値を有するとされ、以下の三種の価値があげられる。第一は、国家の支配空間、大職業団体の利益の管理空間としての価値。第二に、原料生産（たとえば農業用鋤業用の土地における）、またはその他の利用（たとえば居住空間、営業用として利用される土地における）から生ずる収益価値 *Erlagswert*。この価値により、個々の法仲間と、個人を越えた団体のための継続的な生活空間が形成される。第三に、貨幣経済において現われる実質価値 *Substanzwert*。この実質価値は譲渡、または信用担保のための負担の形式における処分権能の部分的分離により活用される。

さて、結論的に言えばヴィーアッカーは、土地空間の法的秩序づけにあたって、右の第一および第二の価値を優位させる。一九世紀の立法者は、物権の類型を法定し、それ以外の任意の法形式を排除することにより登記を容易とした。これにより土地の動産化、資本化が促進される一方、自然において産出される収益の分割に奉仕する権利は、一

部債務法にゆだねられ（たとえば使用貸借および用益貸借）、一部ラント法に任せられた（たとえば永小作権）。ヴィーアッカーは、このような政策を、土地の実質価値を優位した結果、農業上の基本秩序の崩壊の方向に向った一九世紀の傾向を支持するものであり、したがって法革新の原則的意図と直接対立するものと評価し、第一および第二の価値を優位させる、土地空間の法的秩序づけを提示することになる。

3、歴史的基礎

ヴィーアッカーは、このような選択の正当性を、ドイツの土地制度の歴史をふり返ることによって論証しようとする。それによれば、ドイツ元来の土地制度は、共同体への帰属を媒介とする利用権 *Nutzbesitz* の分配規定であったということになる。すなわち、民族移動後の共同的農業土地利用（北西ドイツを中心に広範に存在したフーフエ制）においては、共同体に結合された、家と菜園に対する所有権は、譲渡できず自由に相続できなかったし、フーフエ所有は、三圃式農業の経営管理において共同の経済計画により拘束された。家と菜園に対する権利は家共同体への帰属によって、フーフエに対する個別利用および入会地に対する共同利用は、村落共同体への帰属によって媒介され実現される。このようなフーフエ制における所有関係を、ヴィーアッカーは「社会法的に制約された土地所有権」という基本型を具現したものと評価する。

この基本型は中世を通じて維持されたとされる。すなわち、身分的支配・服従形式のための、拘束された土地形態の使用ということを秩序原理とするグルントヘルシャフト下においても、フーフエ制下の所有構造は破壊されることなく維持された。また、グルントヘルシャフトの領主構造が徐々に消滅し始める中世末期においても、上級および下

級の権利・義務の二元性に基礎を置いた依存関係の中で、土地空間の段階構造は維持された。土地法における利得、したがって分配の原則は、利用に限定されており、この利用は、下級所有者による自作と上級所有者への収益分の引渡しとによって、両所有者が土地を利用する、という方法で分配される。したがって所有権はローマ法のように完全権Ⅱ物権法ヒエラルヒーの頂点として、派生的利用権は下位のものとして構成されず、むしろ所有権の観念は、支配秩序と生活秩序の具体的統一から生じる。

ところが、ヴィーアッカーは、その後の展開、すなわちグーツヘルシャフト↓農民解放↓無拘束の所有分配へといたる全過程を、元来の土地制度を破壊する不幸な展開であったと総括する。まず、貴族的グーツヘルシャフトが土地に対する完全権へと発展し、他方ほとんどの地域で、土地に対する農民の権利は、純粹に人的か、制限的に物的か、あるいは相続できない利用権に転落した。こうして、土地利用の分配形式が、土地に対する完全権へと変容したとされる。また、一九世紀初頭のプロイセンの農民解放は、「農民の土地からの解放」と墮し、農民は人格的に自由ではあるが無産の日雇として土地を手放すこととなった。これは、グーツヘルシャフト打破をめぐる大ブルジョア階級の利害が、第一に、グーツヘルシャフト解消による広範な国内市場の創出に、第二に、人格的に自由な無産の労働力の供給にあったからだとされる。この過程で、あらゆる所有権制約は、等質的に把握された個人所有権に解消され、私人の土地の総計を国民国家の空間として認識する能力、「土地Ⅱ国家の生活空間」なる観念が喪失された。

元来の土地制度を破壊する、このような不幸な展開の中で失なわれたもの——土地利用の分配形式・「土地Ⅱ国家の生活空間」なる観念。これは先にみた、土地がもつ第一および第二の価値である——をいかに回復するか。この課

題に直面してヴィーアッカーは、自由主義的土地政策に反対した一九世紀の潮流について検討を加えつつ、そのうちの一つであるゲルマニステンの中世的土地法形式の発見を評価し、これに対しては新国家の立法作業に当って強い関心が将来も寄せられるであろうとする。しかし、もはや彼らのように仲間関係的ドイツ中世の魅力あふれる小世界へ沈潜してはいられない。中世的陶冶により形成されたと同じ民族精神に対し、二〇世紀のドイツ民族秩序の生活規定に適合的な現代的法形式を当てがうという、一大翻訳作業がここで提示されることになる。

4、新しい不動産所有権概念の構成——答責的管理権能としての所有権

ヴィーアッカーは、新しい概念を構成するにあたって、まず公法的制約が土地制度を形成し、同時に私的土地法が土地制度の構成部分であり、さらに国家的経済政策として把握される公法的制限のほかに、現行土地秩序たる世襲農場法が所有権を責任ある権能とみなしている限り、土地所有権は、その唯一の形式的規定が、処分権能・排他権能である絶対的主観的権利とはみなされない、ということを前提として出発する。そして、世襲農場法に概念構成の原理を見出し、その表象方法を現行家族法・相続法における「管理」制度から借用するという手順を踏む。

まず、世襲農場法における権利帰属は、権利者の利益において法により認められた意思力ではなく、責任ある法権力 *Rechtsmacht* であり、これはさまざまな段階における、個人を越えた団体に奉仕するために農民に与えられる。この、団体に奉仕するために与えられた責任ある法権力こそ、ヴィーアッカーのいう新しい所有権の内容であると思われる。ヴィーアッカーはこのような内容に類似する制度的原理をもつ法領域を現行法のうちに見い出す。それは、後見人・父が子に対して、夫が妻に対して、遺言執行人が相続人に対して、受託者が委託者に対して有する権利関係

であり、この権利は管理の目的によって実質的に限定され、また、管理行為を正しく実行する義務を含んでいる。他人または共同の目的、あるいは個人を越えた目的のための、他人または共同の財産の、このような処分方法を、ウィーアッカーは、受託者の管理として、またこのような処分に関する権能と義務を、管理権能として理解することができる。そうして所有権を、受託者の管理権能として表示するとき、新しい所有権概念の最初の説明を発見することができる。そうして所有権を、他者の財産の受託者による管理に与えられている制度的原理は、(1)管理目的の範囲内で管理対象を取り扱う管理権能¹⁷⁾法権力の存在、(2)誠実な、事物の本性に適った管理において、この権能を行使することに關する義務の存在、管理権能の自由な放棄の制限、の二点にまとまる。これを世襲農場法にひきつけて考察すると次のようになる。(1)農民は管理する権能を有するが、制限を受ける（負担設定の許可義務）。譲渡することによる完全処分権能はない。¹⁷⁾(2)農民は、劣悪な管理を行った場合には、農民たる地位を失なうか、あるいは立ち退かされるから、管理権能のため義務づけられ、責任を負わされている。¹⁸⁾この管理権能を、農場を譲渡することによって処分することはできない。こうして、管理という制度的原理を世襲農場法制に当てはめることにより、答責的管理権能という、世襲農場所有権の規定が与えられたわけである。

しかし、ここで注意すべきことは、世襲農場所有権といういわば特殊な所有権規定が、特別法としての世襲農場法においてのみ妥当するものとして構成されている、というわけではないという点である。むしろ、世襲農場法という領域において獲得された答責的管理権能としての所有権概念は、全土地空間にあまねく適用される、指導的原理として位置づけられているのである。それでは一体、このような指導的原理が、世襲農場法という農民的所有の新制度か

ら導出されねばならない必然性がどこにあるのか。不動産所有権の観念を、世襲農場所有権を手掛りに構成する以上、当然この問題を処理しておかねばならないはずである。しかし、ヴィーアッカーは、このような設問をして、それに解答していくという論理展開をとっていない。そこでヴィーアッカーの所論を、このような展開に再構成してみよう。

先にみたようにヴィーアッカーは、不動産の秩序づけにあたって、土地がもつ一定の価値、すなわち、第一に、国家の支配空間、大職業団体の利益の管理空間としての価値、第二に、原料生産、またはその他の利用から生ずる収益価値、を秩序づけの原理とした。ところで公物としての土地は、その他の土地と比べて高度に目的拘束的であり、その職務の特別な機能に結合した管理空間である。その意味で事物の本性に適合した処分につき拘束された土地空間の原型を代表している。農地も、それが世襲農場であるという公法的確定において、公物と類似した特徴が現われる。したがってヴィーアッカーのいう、土地のもつ第一の価値を、世襲農場法は規範上表現しているのである。また、一定の秩序に適合した経営管理目的以外の負担設定の禁止、私法行為による譲渡不能は、農地を商品として扱うのではなく、経営目的という職務を遂行するための対象として、すなわち利用・管理の対象としての把握を意味するのであり、これは、土地のもつ第二の価値の規範的表現となっている。また、世襲農場においては、「管理義務のための権利」を思考することができるから、「義務に適合した権利行使」、「義務のための権能」を観念することが可能である。権利と義務の調和という、法発展の最良の原理が自然的民族秩序の一環である世襲農場に存在するのであり、この意味で「制約を受けた所有権秩序」の典型を、世襲農場所有権は示している。さらに、管理権能の分配のための前提条

件は、管理する資格のある人間の人格的名譽である。すなわち、農民身分へ帰属していることが土地分割の要件となる。したがってここでは法主体の互換性は存在しない。職能身分秩序と、それに接合する法秩序の形成というヴィーアッカーの図式が、世襲農場法において確認できる。このように世襲農場法は、ヴィーアッカーが最優先する不動産の秩序づけの原理を明瞭に表現しており、「制約を受けた所有権秩序」の典型を示しており、さらに職能身分秩序と不可分な法秩序を形成している結果、全土地空間に適用される指導原理を内包するものとして位置づけられていると思われる。

それでは土地法の体系はどのように構成されるか。これについては、いまだ本書ではつめた検討はなされていないが、ほぼ次のように構想される。まず基本的には、農民的所有の新制度から獲得される「管理」という語法が、全土地空間に拡張される。しかしその場合、管理の内容、拘束の強弱により、土地所有権は段階的地位に区分される。農民の管理権能は、木目のこまかい具体的な制約によって示されるのに対し、その他の土地の管理はより広くゆるい管理秩序によって規定される。前者には世襲農場法による農民的所有と定住法が、後者には居住地および企業地の領域が当てはまる。かくしてヴィーアッカーの提示する土地法の体系は、I部 登記法・占有法、II部 世襲農場法、III部 定住法 IV部 居住地法、V部 企業地法、という構成になる。

(6) 検 討

以上、ヴィーアッカーが所有権について説くところをやや詳細に跡づけてきた。改ためてその主張につき、検討を加えておきたい。

ヴィーアッカーが、「転換」について語るとき、従来のいかなるものをいかに「転換」しようというのだろうか。それは端的に次のように言うことが可能であろう。すなわち、自由・独立・平等な個人により自律的に形成される自由社会に適合的な物財の配分形式を、新しい国家によって他律的に再編される職能身分社会に適合的な物財配分形式へと転換させることであると。この場合、次の諸点を指摘することができる。

第一に、自由社会における物財の配分決定は、個々人のイニシアチブに委ねられ、権利・義務関係のメカニズムを通して行なわれる。しかし、ここでは財の配分ということが社会的課題として先在するのではなく、権利・義務関係も、この課題遂行の手段として観念されるわけではない。むしろ自由な権利・義務関係の設定・変動を通じて結果として財が分配されることになるという関係に立つ。所有権の概念規定はしたがって、任意の処分可能性を中核とするその効力規定に替えられてさしつかえない。

これに対してヴィーアッカーは、所有権の一般的概念を、人が民族秩序の中で自己答責的、合目的に行為するために、また物が民族秩序の中でその機能を実現するために必要な、法共同体による財物の法人格への配分であると規定した。

一般に法律・裁判の現代的特色として、「権利義務の法」から「資源配分の法」へ、あるいは「個別的正義」にもとづく思考から、「目的 \parallel 手段」にもとづく思考への変化ということが指摘される。¹⁹⁾この観点からすれば、所有権を物財配分の法とし、民族の課題遂行という目的に規定された権能 \parallel 手段としてその内容を考察するヴィーアッカーの法思考のうちに、現代法律学に一般的な傾向を明瞭に読み取ることができるであろう。

第二に、しかしながらこの現代法律学一般に共通な「所有権」把握は、ヴィーアッカーにおいては、職能身分秩序を前提とする所有権観念と一体化している。ヴィーアッカーは、社会の秩序づけを放棄した社会国家にかわる新しい国家の第一の任務を、統合されたライヒ職能団体を通じた社会の再編であるとし、この編成原理に適合的な所有権秩序を構想する。所有権は、その主体の身分的帰属と不可分のものとして観念される。とりわけ土地配分にあたっては、法主体が一定の職能身分に属するという現実的要件と、職能身分的名譽を保持しているという社会倫理的要件を充足していることが前提とされる。ここでは所有権は、民族構成員の民族共同体秩序における肢分的地位を確保する手段であり、個々人を一定の職能身分へ帰属させつつ民族共同体Ⅱ国家へと統合する機能として理解されているのである。もはや個人と国家は緊張関係の中で対峙しあうのではなく、前者が後者へ統合されるという融合関係の中にあるのであるから、所有権は国家に対する闘争的内容、国家的干渉からの自由という内容を含まない。

このようにヴィーアッカーの論述を追ってくると、ここで想起されるのは、プロイセン一般ラント法とそれを基礎づけたクリスチャン・ヴォルフの法哲学である。一般ラント法は、個々の身分を国家の職業身分として詳細に規定することによって、身分の存在根拠を国家意思に帰着させた⁽²⁰⁾。中世の自律的な身分制的社会秩序は、こうして一般ラント法により国家意思の側から再編・統合されたのである⁽²¹⁾。ヴィーアッカーがいう新しい共同体秩序の措定Ⅱ「社会の再編」の編成原理は、この一般ラント法による社会編成の原理ときわめて類似していることが指摘されねばならない。

ヴォルフは人間の権利を人間の本性的義務から演繹した。人間はその生得の義務を履行すべきであり、したがって

その義務を履行できるための道徳的力に権利が許容される。義務の当為から権利の許容が派生されるとするのである。⁽²²⁾ ヴィーアッカーが説く所有「権」も、たとえば世襲農場においては、権利者の利益において法により認められた意思力ではなく、個人を越えた団体に奉仕するために与えられた責任ある法権力であり、また経営目的という職務を遂行するために付与された、「管理義務のための権利」である。ヴォルフの「義務のための権利」思想の影響はもはや明瞭であろう。ヴォルフの学説が、それぞれの身分に属するすべての臣民に対し、国家の側から他律的に義務を強制した一般ラント法を哲学的に基礎づけたように、⁽²³⁾ ヴィーアッカーの所有権論も、それぞれの職能身分に属する民族共同体の構成員に対し、その職分に応じた具体的義務とそのため の権能を、他律的に付与するものであった。

最後に所有権概念の構成にあたっての所有権の類別について。ヴィーアッカーは、右にみたとおり職能身分秩序に接合する所有権秩序を構想する。この観点からみれば、所有権の類別もその主体の帰属に応じたいわば人的類別編成となるはずである。しかし、本書においてはそのような類別・編成原理は貫徹されておらず、物がもつ価値に応じたいわば物的な類別・編成がなされる。すなわち、物がもつ価値として交換価値と利用価値が区別され、前者を把握する権能として動産所有権が、後者を把握する権能として不動産所有権が構成される。物をすべて商品とみなし、所有権を交換価値を体現するものとみる考え方に対して、所有権には「所有者に対して客体を物質的に利用する地位を確保する」と「資本として作用し、利子・地代・他人の労働力による利潤等を収受する地位を確保するもの」との二種があることを認め、その取扱の区別を主張する理論は、「近時の所有権論に広く行なわれた所」⁽²⁴⁾ であり、ヴィーアッカーの所有権論に固有のものというわけではない。この区別を所有権概念構成の原理とした点にヴィーアッカー

の新しさをみることができるとしても、考え方としては従来の理論と軌を一にするものである。主体の身分的帰属に
応じた人的類別・編成という特徴的な原理は、所有権概念構成に当っての所有権の類別・編成には貫徹されていない
ということが、留意されてよいであろう。

- (1) Wiacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung. Hamburg 1935.
- (2) Ders., Zum Wandel der Eigentumsverfassung. Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934) S. 1446-51.
- (3) Ders., Wandlungen S. 7.
- (4) Der deutsche Staat der Gegenwart. (hrsg. Carl Schmitt)
- (5) 広渡清吾『キッツムルク会議における若き法律家たち』三〇四頁。
- (6) ヴィーアッカーのこの著作に対する書評の冒頭でH・ゼーデルは、「およそ法の革新ということに生き生きとした関心を
抱く者なら誰しも、『所有権制度の転換』の解明を課題とした著作を、期待に満ちた喜びをもって手にするであろう。」と
し、さらに次のように付け加える。「このことは、著作が、優秀な『現代のドイツ国家』集のうちに現われたとあっては、
なおさらのことである。」と。H. Sendel, a. a. O., S. 334.
- (7) Wiacker, a. a. O., S. 9ff.
- (8) 物の所有者は法律または第三者の権利に反しない限りにおいて、任意に物を処分し、物に対する他人のあらゆる干渉を
排除することができる。
- (9) ナチスは、一九二〇年二月二四日の党綱領一一項ないし一七項で、不勞所得の廃止、利子奴隷制の打破、戦争利得の没
収、トラストの国有化、大企業への利益参加、老人保障制度の確立、健全な中産層の創出・維持、土地改良共同利用の目的
のための土地の無償収用という要求を掲げた。これらの要求は全体として反資本主義的・反独占的傾向と近似し、社会主義的
要求として誤解されることしばしばであった。そこでヒトラーは一九二八年四月一三日のミュンヘン大会で、ナチスは私的
所有権に立脚すること、無償収用の条項は、不法な方法によって獲得された土地または国民の福祉の観点に従わずに管理さ

れている土地を必要に応じて収用することができ法的可能性を意味するにすぎず、この条項はますますユダヤ人の土地投機社会に照準されるということを、一七項に関する注釈として付加せざるを得なかつた。Ulrike Stieling-Wendeling; Die Entwicklung des Eigentumsbegriffes vom Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bis zum Ende des National-socialismus. (W. Däubler / U. Stieling-Wendeling / H. Welkoborsky, Eigentum und Recht. Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus, 1976) 以下の「その後発表された「フェーダーの具体的綱領」や「農業政策宣言」では、右の趣旨が最初から明らかにされている。我妻・前掲・三四三頁。

(10) シェートルはこのような作業の必要性を教育上の理由から承認する。Stoll, "Wandlungen der Eigentumsverfassung" Deutsche Juristen-Zeitung, 1935 H. 19 S. 1163-5.

(11) Wieacker, a. a. O., S. 12 ff.

(12) ヴィーブッカーは、「現行法の「所有権」の秩序概念が、具体的多様性を消失して、抽象的に構成されていることの理由を、勝利した第三身分の政治的要求を表現する法形式が抽象的なものであるということ、具体的支配に対する理性的闘争は、一般概念の不明瞭性を強要したという点にもとめている。Ebenda.

(13) Ders., a. a. O., S. 19 ff.

(14) ワイマール憲法第一五三條一項の所有権保護、二項の収用保護が、古典的自由主義の思考形式を表明している一方、これとならんで無媒介に、第一五六條の生産手段の共同化において、マルキシズムイデオロギーが入りこんでおり、また第一五三條三項の一般的定式と第一五五條の個別要求においては、「社会的・非マルクス主義的にかつ反自由主義的経済思想の適切な要求が、さらに第一六五條のレーテ体制の要求においては、「経済民主主義の新種のプログラムが表明されている」とす。

↳ Ders., a. a. O., S. 20.

(15) Ders., a. a. O., S. 22 ff.

(16) Ders., a. a. O., S. 46 ff.

(17) ライヒ世襲農場法第三七條一項および二頁参照。Reichsgesetzblatt 1933 I S. 690.

ナチス期における所有権思想(棚澤)

- (18) ライヒ世襲農場法第一五条参照。a. a. O., S. 687.
- (19) 田中成明「法的思考と正義・裁判」——V・オッペールの分析図式について——法学論叢第一〇二卷三・四号九四頁以下。平井宜雄「現代法律学の課題」（平井宜雄編著『法学』所収・日本評論社・一九七九年）七頁以下。
- (20) 村上淳一『近代法の形成』（岩波書店・一九七九年）一五六頁。
- (21) 村上・前掲・一五七頁。
- (22) 和田小次郎『近代自然法学の発展』（有斐閣・一九五一年）一六一頁以下。
- (23) 村上・前掲・一五八頁。
- (24) 我妻・前掲・三七一頁。

二 『所有権制度の転換』に対する批判

我妻栄氏は、「ナチスの所有権論」の中でヴィーアッカーのこの著を評するに、「……今日までなおナチス所有権論の権威たる地位を保有するものと称するを妨げぬものと思う」とし、とりわけ動産と不動産を峻別しつつ後者を利用して権能として構成したことに高い評価を与えている。また、ヴィーアッカーに対するシュトルの批判については、「然し非難の重点は、主として、内容を具体的に説くこと不十分なりとするにあって、その考え方そのものを否認するものではない。」として、この批判を消極的に位置づけている。しかし、このシュトルのものを含めた二・三の批判は動産・不動産区分論批判、個人主義的・規範主義的思考様式批判等、考え方そのものを問うものとなっており、それゆえにこそヴィーアッカーは、これらの批判を受け入れつつ、「ドイツ法」誌上で再論を余儀なくされたのである。

そこで本節では、『転換』に寄せられた主たる批判について紹介し、これによりヴィーアッカーの考え方がいかなる変更を受けたかについて次節で検討することになる。

(1) H・ゼーデルの批判⁽²⁾

ゼーデルの批判の中で最も重要と思われる論点は、所有権の類別のメルクマールについてである。ゼーデルは、ヴィアッカーが所有権を動産と不動産に類別する際に挙げる基準となる区別のメルクマールを、第一に、土地は多様な支配諸連関の対象である（まず土地は個別空間として共同体分肢に帰属している。次に身分上の所有集団——たとえばドイツ世襲農場身分——の具体的構成部分として、この土地形式の基本構成に編入されている。さらに国家の空間として、国防であれ入植であれ、いずれにせよ直接に国家的支配の必要に供されている。）ということ。第二に、不動産に対するあらゆる権利は、たとえば相続、収用のように長期にわたる出来事によってのみ変動すること。第三に、不動産は動産のように手から手へと転々とするのではなく「むしろ不動産自体が新しい所有権者を受け入れる。動産が常に法人格に奉仕するのに対し、法人格が不動産に奉仕する。」「法人格が、使用または消費する動産を持つように、不動産を持つのではない。むしろ不動産が所有権者を持つ。不動産にはその管理者が必要なのである。」ということとしておさえた上で、これらすべてのメルクマールは、区別の基本的な視点とはいい難いと批判する。ゼーデルは、所有権の内容を規定するものとして、共同体規定性 *Gemeinschaftsbestimmtheit* という概念を提示する。この共同体規定性の意味は、所有権の内容は不動産の場合でも、動産の場合でも、共同体によるあるいはより強力な、あるいはより弱い支配 *Dominanz* によって規定されるということである。このような視角からすれば、動産と不動

産の区別は本質的な視点ではなくなるとされるのである。すなわち、週末休養用不動産や山中の別荘などについては、個人的使用対象物や家具のような動産の場合と同様、共同体規定性は弱い⁽²⁾が、逆に、原材料・生活手段のように動産であっても、共同体が特に要求する場合には、規定性が強化されるものもある。このように動的なものであれ不動なものであれ、財貨に対する共同体規定の強弱は、土地と動産の分離によっては説明されないというわけである。⁽³⁾

前節でみたとおり、ヴィーアッカーも動産を三つのグループに分類するにあたっては、対象に加わる拘束の強弱という視角を考察の基底にすえた。そのため、強い拘束が加わる第一グループの動産の所有権は、不動産所有権に近似した規定を与えられており、動産・不動産の峻別の枠組を自から崩す結果となっている。ゼーデルの批判をもう一歩進めれば、ヴィーアッカーの動産・不動産区分論は、一定の政策目的に対して果たす素材の社会的機能にしたがった秩序づけの帰結ではなく、素材がもつ性質の相違にしたがったいわば自然科学的観点からの分類であったということができるであろう。

ゼーデルの批判の第二点は、ヴィーアッカーがいまだに個人主義的思考形式にとらわれているという批判であるが、これについてはヘーンがより詳細に論難するところである。

その他の点についてのゼーデルの批判は、必ずしも的を射たものとはいえないと思われる。たとえば、「国家対個人所有権」という二元的・対抗的把握批判である。これについてゼーデルは、「ヴィーアッカーが土地を国家の支配空間として記述する時、彼は明らかに国家を個々人に対して対立的に構成する把握、個々人の所有権を国家に対して保護せんとする把握から出発している。」⁽⁴⁾とす。しかし、前節での我々の検討からは、このような批判は出てこな

い。すなわちヴィーアッカーは、市民的所有権概念がもっていた国家に対する闘争的な内容が、資本主義の発展に伴って欠落するにいたったという歴史認識を示すものの、この失なわれたものを回復しようというのではなく、逆に国家Ⅱ民族共同体へと統合されている肢分的地位と所有権とを結合させようとするのであり、そこからは国家と個人の融合関係、一体的関係は読み取れども、対抗的・二元的関係を読み取ることは困難である。

(2) R・ヘーンの批判⁽⁵⁾

ヘーンの批判は、ヴィーアッカーの基本的な思考形式を問題にしているという意味で重要である。それは結論的に言えば、規範主義的思考形式に対する、具体的秩序思考⁽⁶⁾からの批判と総括することができよう。

ヘーンは、まずヴィーアッカーが、所有権の類別のメルクマールを法共同体が財貨に対して与える評価 Wertung から獲得するということを前提に、法共同体における土地にさまざまな方向から帰属する「法的価値 Rechtswert」を探究することに対して、換言すれば、土地を「価値権の担い手」として把握することに対して、それが個人主義的・経済主義的考察方法であると批判する。「土地を価値対象物とする立場は、その商品としての把握と関係しており、土地を生活空間および共同体の実体として把握することの否定を意味し、土地に経済的目的をみるものである。」このことは、世襲農場についてみてみれば明らかである。「世襲農場は『価値権の担い手』ではなく、生活秩序であり、共同体存在の一部である。世襲農場においては、財貨は共同体の外部に存在し、評価の対象を形成しているのではなく、全民族の共同体の内部における部分共同体としての農民の生活共同体の実体を形成している。⁽⁷⁾」

ヘーンの第二の批判点は、「法共同体」のための「受託者の管理権能」としての土地所有権の把握に対するもので

ある。ヘーンはまず、ヴィーアッカーが、世襲農場法について、農民はその処分において制約を受け、劣悪な管理に對して責任を負うことを強調し、世襲農場所有権のこのような純粹に否定的な側面によって不動産所有権一般を規定している点を指摘し、「所有権者のなし得ないことが前面にでてくる。」と評する。この指摘は、ヴィーアッカーの議論の土俵が、いまだに規範論理操作のレヴェルで設定されており、対象それ自体の把握に失敗している批判として理解すべきである。

さらに、ヴィーアッカーの「管理権能」としての不動産把握によっては、不動産は生活共同体から切り取られ、農民が職務を執行するところの個人の規模へ転化し、他方農民は職務を執行するところの個人、人格となるのであり、世襲農場と融合した農民的生活共同体を説明することはできないとする。⁽⁸⁾

総じてヘーンの批判は、「ドイツの土地空間における法的考察の秩序課題」を解決せんとするヴィーアッカーの試みが、土地分配および土地利用の技術上の規制をめざすものであり、ここでいわれる秩序は、生活と実体を伴なう具体的共同体秩序ではなく、常に規範的な秩序であるということである。このことは、ヴィーアッカーが冒頭で「所有権制度の具体的内容が……考察および記述されるべきであり」この場合素材は「その執行により正しい物財配分が確保されるところの法規が与えられるように」秩序づけられるべきであると説明する時、とりわけ明瞭に表現されるとヘーンはいう。かくして彼は「ヴィーアッカーは、解きゆるめられたとはいえ新しい規範体系へと行き着いた。」と結論するのである。

(3) H・シュトルの批判⁽⁹⁾

シュトルの批判で重要であると思われるのは、法における一般概念がもつ意味と、具体的秩序思考について、ヴィーアッカーが誤認しているという指摘である。シュトルは、抽象的な一般概念の必要を次のように説く。「確かにあまりに広くなされる一般化は、内容欠如という危険にさらされる。しかし、法現実に適合的であるために、生活事象の多様性に対して記述的に対応する必要はない。我々はこの多様性を共通のメルクマールの定立、比較、区別により克服する。そのために我々は一般概念を形成する。」⁽¹¹⁾ところがヴィーアッカーは、BGB九〇三条の抽象的一般的概念を攻撃し、所有権概念の具体化・個別化を企図したのであり、シュトルのいう生活事象の多様性への記述的対応を行なったのである。このような作業、すなわち法規の具体化をもってヴィーアッカーは、具体的秩序思考からの要請であると誤解しているのではないか、というのがシュトルの批判である。「具体的秩序思考に基づく主張は、法律上の個別概念だけが法現実を持ち得るということではなく、むしろ法概念は理論上の考察や文献上の研究からではなしに、民族における一定の共同体の生活に対する直観と判断から獲得されるべきであるという主張として理解されねばならないであろう。」⁽¹²⁾

シュトルは第二に、ヴィーアッカーの不動産所有権の表象形式Ⅱ「答責的に管理された独立の利用帰属関係」を批判する。シュトルによれば、民族に根ざした所有権の概念は、管理や利用という表象によって表現されるべきではなく、むしろ民族構成員の誰もが所有を想起するような「自己帰属性 *Zueigensein*」を表現するものでなければならぬ。管理にせよ利用にせよ、他人の財産、他人の物のための世話 *Fürsorge* を意味するかの如き印象を与えるという批判である。⁽¹³⁾

- (1) 我妻・前掲・三五三頁。
- (2) Seidel, a. a. O., S. 334 ff.
- (3) Ders., a. a. O., S. 335.
- (4) Ebenda.
- (5) Reinhard Höhn, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, 1935, S. 65 ff.
- (6) C. シュニッツトによつて提唱された。Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken*, 1934. 加藤新平氏の紹介によれば、具体的秩序・形成の思想とは、いやしくもある一定の意味をもち、共同の価値意識に立脚しそして何らかの程度において実体的統一性を有する社会団体、協同体がある時、この内面に存在した形成されゆく具体的生活秩序をもって法となす考え方である。加藤新平「具体的秩序思考をめぐる若干の問題」法学論叢三八卷一号二四〇頁、また同氏によれば、統一的な明確な理論づけを欠いていたシュミットの所論を哲学的に基礎づけようとしたのがカール・ラレンツであるとされる。ラレンツは、秩序ということが、単に現象の経験的な整頓、規則正しい運行というようなことでではなく、それ自らの中に形而上学的な民族精神の意味を宿していねばならぬものだとすることを強調した。加藤・前掲一四五頁。
- (7) Höhn, a. a. O., S. 67.
- (8) Ders., a. a. O., S. 68.
- (9) Ders., a. a. O., S. 69.
- (10) Stoll, a. a. O., S. 1164.
- (11) Ders., a. a. O., S. 1165.
- (12) Ebenda.
- (13) Ders., a. a. O., S. 1164.

三 批判に対するヴィーアッカーの対応

以上の批判に対して、ヴィーアッカーは立場表明を余儀なくされ、「ドイツ法」誌上に、「所有権と所有⁽¹⁾」という論文を書くことになる。批判の中でも、ヴィーアッカーにとりわけ大きな影響を与えたのは、ヘーンの、規範主義的思考様式に対する論難であり、したがってこの論文ではまず思考方法そのものに関する考察から始められる。

(1) 規範的秩序と対象的秩序 *gegenständliche Ordnung*

ヴィーアッカーは、「秩序 *Ordnung*」、「秩序思考 *ordnende Betrachtung*」という言葉が持つ二つの意味を峻別する。

まず、「秩序」という言葉は、一方で規範的準則の技術的、体系的に摩擦のない連関^{II}法秩序 *Rechtsordnung* という意味で使用されるが、他方で人、財産、土地からなる民族の具体的特別領域と任務付与 *Aufgabestellung* の概念（世襲農場または家族の自然的秩序）という意味も持つ。また、「秩序思考」という言葉も単に伝来の法的概念形成を修正・変更し、合目的かつ（抽象的な意味において）「より正しい」新たな（規範）体系上の連関を導く思考様式という意味とは別に、理論的体系的に一貫した法的概念形成を放棄して、一般に民族の総共同体の基礎事実およびこの基礎事実の生活法則（家族、経営、世襲農場、食糧団）を発見して記述することと理解することも可能である。このようにヴィーアッカーは、「秩序」と「秩序思考」という言葉がもつ二つの意味を区別し（規範的秩序と対象的秩序）、後者の意味における「秩序」、「秩序思考」が、従来の私法学の対象であった、民族の生活領域を本質的

に改造するため必要であるとする。

このような思考図式は、後年の論文にも引き継がれている。一九四一年五月ヴィーアッカーは、ライプツィヒ大学法学部の研究協同体における民族法の新形成についての報告をもとに、『ドイツ財産法の体系について』⁽²⁾という論文を書いている。BGBにかわる統一法典としての民族法典が構想されていたことは周知のとおりであるが、この論文は、法典編纂にあたって、体系構成の作業に資すべく、いわば一つのたたき台として執筆されたものである。この中でヴィーアッカーは、「体系」という言葉が、二重の意味をもっていることを指摘しているが、これは「秩序」概念の分析とパラレルであると思われる。すなわち、体系は第一に、法の記録、伝達のために不可欠のものであるとされる⁽³⁾。法命令の字句通りの意味は、その法命令自身が要求する適用範囲をほとんどカバーするということはないし、法典上の規範の集合は、それが規律する生活秩序の全範囲をおおいはしないから、明晰な体系なくして立法者はその精神を明らかにすることのみならず、実定規範さえ明確なものとなし得ない。そこで、法のわかりやすさ、平易さを担保する外的秩序プランとしての体系が、法の判然たる伝達のため必要となるとされる。これは、規範論理上の一貫性、体系性としての「体系」の位置づけであると理解できよう。

これとは別にヴィーアッカーは、体系は、法律 *Gesetz* 以前に *Recht* が先在しているという見解に実証主義が道を譲った時、新たな課題を受けとるとし、概念および体系は、もはや単なる「抽象的な」秩序概念、いわば論理的簡約ではなく、生活秩序の精神 *Sinn* を解明するために必要な形式でなければならないとする。「この精神は、個々の事例について把握できるように、実定法において確かな形式を獲得するため、日々の現実の多様性の背後にあるま

まりとして、法律が表明している意識および概念にまで持ち込まなければならない。概念および体系はしたがって、この精神を知覚し、みえるようにするために必要な条件である。正しい体系とは、現実の多様性と個々の事例における特殊性が、普遍的な根本思想のまとまりの中へと現われるところの、様式、秩序にほかならない。」こうしてヴィーアッカーは、論理的簡約としての規範体系と対置される新しい「体系」観を、対象的秩序に内在する精神の表現方式・秩序として提示するが、これは先にみた「秩序思考」の第二の意味——民族の総共同体の基礎事実およびこの基礎事実の生活法則を発見し記述すること——に対応するものと考えられるのである。

次にヴィーアッカーは、現行市民法体系を、正しい体系とはいえないものと評価し、その原因を、私法体系の歴史を振り返ることを通じて説明しようとする。ヴィーアッカーによれば、現行私法体系の基礎となったのは、第一に、ヒューマニズムの直接的影響の下で一六世紀に展開された体系的志向——これにより、民法の素材を論理的カテゴリーにしたがって新たに秩序づける、自律的な体系の形成への要求がかかげられ、パンデクテン体系の原理が準備された——であり、第二に、人間の本性および人間の共同生活の諸現象から、民法法を引き出すという課題を承認し、これによって最初に法学的人間学を形成した、近世自然法の体系である。前者の体系は、先の第一の意味（規範的秩序）における「体系」として特徴付けられているのであり、これがパンデクテン法学↓BGBの体系へと引き継がれた結果、現行の法体系が偏見に満ちたものになったとされる。他方、後者の自然法の体系は、第二の意味（対象的秩序）における「体系」を体現したものとして高く評価され、新しい民族法典の体系構成にあたっては、この自然法の体系に近似したものが構想されるのである。

さて、「所有権と所有」に話を戻すと、規範的準則の単なる論理的整合性を追求する考え方と、对象的秩序における法則性の発見と記述をめざす考え方を峻別し、後者の選択が民族の生活領域の本質的な改造のため必要であるということは、生きた民族的所有権秩序を理解するための努力にも妥当する、とされる。この場合に必要なことは、「論理的思考においてより合理的かつ体系上より正しい概念連関を発見する」ことではなく、「思考上のあらゆる法的連関把握の彼岸での民族的現実の記述と編成」であるとされる。

しかしこのことは、反概念法学の潮流が、法的事実の社会学的調査の必要としてつとに強調してきたところである。ヴァーアッカーはこのような潮流とは一線を画して次に言う。第一に「我々が法を規則としてではなく、民族の根本法則性自体として考察するとき、この法則性がその中で生じるところの对象的秩序状況を正しく把握することは、我々の法思考の必要条件である。しかしもちろんこのことは、ただ必要条件であるにすぎない。偶然的な民族的現実には、ドイツ生活の根本法則性とも矛盾しうるのであり、したがってこれは法律およびその他の指導行為によって変造されねばならない。」すなわち、事実偏重に対する注意である。より根本的には第二に、「民族の根本事実関係の顧慮は、法的事実の社会学的もしくは自然主義的調査に汲みつくしうるものではない。むしろ民族生活が現存し可視的であるところの、したがって民族生活が実定規則による規範化以前にすでに法であり同時に存在であるところの統一体が発見されねばならない。」⁴⁾

ここまでみてくると、ヴァーアッカーが、所有権論展開の前提となる基本的な法学的思考方法について、規範主義的傾向に対するヘーンの批判、および具体的秩序思考の理解をめぐるシュトルの批判を受け入れていることは明瞭で

あり、さらに所有権論についても「……単に明瞭かつ解きゆるめられたというだけの規範体系が創造されるべきではないとするなら、所有権もまた、もはや権能『それ自体』もしくは民族的現実の外部から課せられる抽象的法義務としては理解され得ない。所有権はとりわけ、規範ではないし、また権利主体と物のあいだの純粹な効力関係ではない。』⁽⁵⁾とヴィーアッカーが言うとき、所有権を、法人格への共同体による財物分配(物の人への帰属関係)規定として、あるいは一定の義務を遂行するための管理権能として、もっぱら規範論理的に構成したことに對する自己批判を含蓄させていると考えられる。

それでは一体、「実定規則による規範化以前にすでに法であり同時に存在であるところの統一体」としての所有権とはいかなるものであるか。

(2) 秩序状況 Ordnungslage および民族の任務付与としての所有 Eigen

ヘーンは、ヴィーアッカーが「法共同体」のための「受託者の管理権能」として土地所有権を把握することに対して、所有 Eigen の全内容が欠如していると指摘する。⁽⁶⁾ここでヘーンは、Eigen という言葉の意味内容について明確に説明してはいない。しかし、右のようなヴィーアッカーの所有権把握を規範的把握として批判し、生活と実体を伴う具体的共同体秩序の考察が欠如しているという文脈から推察すれば、Eigen とは、このような共同体秩序の一環として位置づけられる所有権というほどの意味が付されているものと思われる。ヴィーアッカーは、ヘーンが欠如していると批判しつつも充分な説明を与えなかった所有^{アイゲン}という概念を、逆に批判を克服する方途として利用しようとする。そこでこの所有^{アイゲン}についてのヴィーアッカーの論述をフォローしておこう。⁽⁷⁾

まず所有^{アイゼン}とは、民族構成員、その家族、さらに一族のグループが位置づけられているところの、一定の意味連関および任務連関における秩序状況である。それは、単に個々人の、物または他の個々人に対する関係ではなく、人間と物が編入され位置づけられている共同体の状態、Zustandである。たとえば、農民・家・小屋・農場・設備、あるいは経営指導者・被用者・経営・経営財産。

次に、意味連関ないし任務連関ということの意味、すなわち民族の任務付与と所有^{アイゼン}の関係について。所有^{アイゼン}の民族的秩序状況とは、人間とその民族の世界との対象的かつ具体的な秩序連関の様式、すなわち物財との連関秩序である。この連関秩序は、経済的關係（経済学上の所有権考察）でも、心理的關係（社会学上の所有権考察）でもない、純粹に事實的な關係であり、また単に当為上の規範的な關係（法律学上の所有権概念）であるのみならず、民族的流儀に適っており、家族、経営体、世襲農場にすでに予じめ与えられているような、生活法則上の根本秩序を伴う關係である。したがってこの連関秩序は、単に事実上の秩序状況であるのみならず、一定の条件の下ですでに正しい秩序状況でもある。それが正しいというのは、その存続によってすでに民族的任務に奉仕している場合である。かくして民族的任務を付与されているということが、生きた所有^{アイゼン}の必要条件とされる。所有^{アイゼン}のこのような意味連関は、ほとんどの場合、職能身分による任務付与のうちに最も明瞭に看取しうる。

ヴィーアッカーは以上のように、「実定規則による規範化以前にすでに法であり同時に存在であるところの統一体」としての所有権^{アイゼン}所有^{アイゼン}なる概念を提示することにより、第一に、伝統的所有権概念——その政治的エッセンスは「任意の処分」である——批判にさいして従来行なわれていた、所有権に対する義務拘束を強調する否定的規定——「所

有者がしてはならないことが前面に出る」——を回避し、对象的センスを欠いた規範化としての概念規定を克服しようとする。所有は、もはや権利主体の主観的諸権利（所有する権利、および妨害排除請求権）と諸義務の束とは観念されない。第二に、職能身分による民族の任務付与と所有の結合ということから、所有の内容は人的特別秩序からはじめて記述できるとされ、事物のもつ性格による所有権の分類から、人的特別秩序に応じて付与される民族的任務の種類にしたがった所有の分類へと転ずることになる。

(3) 所有権の物的な類別から、人的な編成へ

このように民族の秩序状況としての所有を類別するさいに強調されるのは、対象の属性に応じた物的編成ではなく、所有者が編入されている身分的地位に付与された民族的任務に応じた編成である。ここでは前著『転換』の基本的な枠組であった、動産・不動産区分論は、後景に退いている。ヴィーアッカーは、ゼーデルによる動産・不動産区分論批判を、動産と不動産が動く物と地表面の一部として機械主義的に分けられてはならず、さらに具体的秩序状況としての所有は、もはや抽象的かつ固定的に規定された類型にしたがって分類されるのではなく、その編成に応じて多様な機能を有しているという主張として理解する限り正しい批判であると思われ。したがって、機械主義的・自然科学的限定としての動産・不動産区分は、民族の共同生活の根本法則に対応する機能、編成にとつてかわらねばならないと主張するのである。ヴィーアッカーは、不動産と動産はその任務付与を別個に秩序づけられるべきであるという前著における主張を、動産は不動産に比して全民族的必要および要求に服する度合につき、低くあるべきだというのではなく、法技術上同一に扱うならば隠されてしまうところの任務付与の多様性を指摘するもの

として、ゼーデルの批判に弁明する。それにも拘わらずこの弁明は、動産・不動産カテゴリーによる所有の編成への固執を正当化する説得性をもちえていない。任務付与の多様性による所有の編成という視角は、動産・不動産区分よりもむしろ、世襲農場と都市の不動産の区別をクローズアップさせることになる。

(4) 世襲農場秩序と不動産秩序 *Liegenschaftsordnung*

『転換』においてヴィーアッカーは、世襲農場法を、全土地空間に適用される指導原理を内包するものとして位置づけてはいたが、世襲農場秩序とその他の不動産秩序の関係については、前者においてより強い拘束が、後者においてより弱い拘束が加わるといふ程度の記述にとどまっていた。しかし、動産・不動産区分にかわって、世襲農場秩序とその他の不動産秩序という区分が、所有の新しい編成にとって重要な枠組となるや、両者の相互関係についての一層の理論化が要請されることになるのは当然である。

両者の相互関係についてヴィーアッカーは以下の三点を指摘する。⁽⁹⁾

第一に、世襲農場の具体的な生活秩序から、土地法に関する一般的な指導原理を演繹しようという試みが始まらずに浮かぶが、このことは基本的には不可能であるとする。その理由は、世襲農場以外のほとんどすべての土地は、ただちにドイツ民族の血の源泉であり、食物生産の場であるというわけではないからである。「土地がジッペの手から離れるや否や世襲農場ではなくなるほどの、農民の土地とジッペとの結合は、民族の血統の源泉であるという、農民階級の特異性と優越性に根拠づけられている。……無条件の抵当Ⅱ強制執行保護は、一方でこのような特殊的地位から、他方で統制された市場秩序による農場の計画経済上の収益確保との関連においてのみ理解できるのであって、こ

のことが妥当しない不動産に適用することはできない。世襲農場の非譲渡性は、農場の農民への人的結合からの帰結である。もし農場がジッペの手から離れたら、農場は世襲農場ではなくなり、農民の民族的任務は遂行しえなくなるであろう。したがって、非譲渡性の原則は、農地の具体的特別秩序に限定される⁽¹¹⁾。

それにも拘らず第二に、世襲農場立法は、その特殊に農民的な秩序内容を越えて、あらゆる所有にとつての方向を指示する指導原理を含んでいとされる。その原理とは、(1)人的に規定された具体的生活秩序、所有の全民族的任務付与。(2)民族構成員と職能身分の榮譽および相應の所有者の答責任。これらの原理は、全民族的秩序観の表現であるとされる。たとえば、所有の経済的・経営的統一性。職業名譽および職業資格において表現される職業秩序への、職業構成員の対象に則した組み込み。「したがって職能身分上の名譽裁判権の制度は、しばしば、緊密な職業範囲において、新しい原則が所有把握にも貫徹されたことの徴表となっている⁽¹²⁾。」

第三に、これはむしろ第一の世襲農場秩序の特殊性ということからの帰結であるが、一般の不動産法が世襲農場秩序に適用されないという関係が成り立ちうることに指摘される⁽¹³⁾。たとえば現行土地登記簿秩序の技術が、世襲農場法においてうちたてられた基本原理と矛盾する場合には、これは適用されない。同様に農民を九〇三条の意味における所有権者(非所有権者)として記述することは正しくないとされる。農民は所有者であり、その所有は全民族的任務付与の緊急性により、ワイマール憲法一五三条の法的保障よりも強力かつ正当に保障される。さらに、九〇三条の所有権が適用不能となるや否や、農民も血族 *Geschlecht* も同時に所有者であるということが許される(農民を機関としジッペを団体または総有として把握するという技術操作は必要ないという主旨)のであり、自然科学的概念

形成に奉仕する法思考においてのみ、ジッペ構成員とジッペとが同時に所有をもつ^{アイゼ}ということとは矛盾であるとされる。こうして、世襲農場法がうちたてた基本原理と矛盾する一般不動産法の適用は、世襲農場法に不適用の明示的規定がない場合でも、拒否されうるということになる。

総じてヴィーアッカーは、世襲農場法秩序とその他の不動産法秩序を、別個の構成原理の下に服するものと把握し、前者の構成原理を後者に対する指導的、な原理として優位させる。

(5) 世襲農場法と市民的不動産法の原理的区別に基づく法技術レヴェルの諸問題

世襲農場法と市民的不動産法の一、般的な関係について以上のように整理できるとしても、個々の法技術は、この関係の中でいかに作動するのか。ヴィーアッカーは「農民法と市民的不動産法」⁽¹⁴⁾という論文で、世襲農場法が実務上使用可能な理論的措施を講ぜられているか否かを問題とする。このような理論的課題解決にとって、ドイツ法律家身分の知的育成と厳格な訓練が役に立っているのだが、しかしまさにこのことが逆に皮肉な結果を生んでいるという法律学の新しい状況について、ヴィーアッカーは次のように指摘する。民法上の概念形成の立法政策上の理念が固執されるや、長期にわたる概念形成史の考えぬかれた成果としての市民的不動産法が、結局農民の特別法の完成を押えることになる。すなわち市民的不動産法の高度な法技術に熟達していることが、農民法の生々とした形成の障碍となりうるということである。「このようなしばしば認識される危険にさいして問題となるのは、正しい用語法や農民法の方⁽¹⁵⁾法上の表現純粋性ではなくて、私法学が、従来の私法領域における新しい法概念を、個人主義的弊害からの私法の浄化をこえて、新しい民族秩序の緊急の政治課題と歩調を合わせることに成功しているか否かということである。」⁽¹⁵⁾

して本論文においては、農民法に関するい、わ、ば、抽象的な議論から、法技術上の具体的な議論へと、ヴィーアッカーの課題意識が変化している点に注意しておきたい。

市民的不動産法の個別規定の使用可能性が、農民秩序との関連において考察される。結論的には、①世襲農場所有権は民法上の所有権とは異なる。②民法上の相続法において基礎とされる包括承継の原理は、ジッペ所有により廃棄される。③債務負担と処分の分離は、實際上適用されなくなった。④物権法上の不動産・動産担保類型は、世襲農場については考えられない。⑤物権法上の善意者保護は廃止された。⑥従物の善意取得が保護される場合には、それは独自に理由づけられる。⁽¹⁶⁾

以上の論点についてすべて紹介することはさしひかえ、以下ではさしあたり①の世襲農場所有権と民法上の所有権の関係についての議論だけを追ってみることにする。世襲農場に対する所有権の概念に関する見解はさまざまにわかれており、ヴィーアッカーはこれを次のように整理しつつ検討している。

(a) 世襲農場所有権に対する最初の理解とそれへの批判⁽¹⁷⁾

①民法上の所有権規定には、農地の特別秩序における、負担が設定されない所有権は存在しない。他方、農民は疑いなく世襲農場において所有をもっている。そこで当初世襲農場所有権は、法律による譲渡禁止の下に置かれた、⁽¹⁸⁾ 九〇三条の意味における所有権として理解された。⁽¹⁹⁾ しかし、法律による譲渡禁止は、その意味連関からすれば、特定の第三者保護のため差し押えの場合のみをカバーしているのであり、処分制限によって農民の所有を確保するのではない。したがって、世襲農場所有権との間に法の類似性はない。

②世襲農場所所有権は、民法上の所有権よりも狭い範囲の制限物権であるという見解⁽²⁰⁾。このように考えると、農民から物権的な利益権限が取り上げられることになるが、実際には農民の権利は小さくなったのではなく明確に規定されたのであり、この見解も成り立たない。

③九〇三条の意味における市民的所有権を、一定の観点においてのみ受け入れるという定式⁽²¹⁾。この考え方も、一九世紀以来ドイツ法理論の観念を喪失した制度は、市民的理論により厳格かつ基本的な意義を付与された思考形式に拘束されることなしには、理解され得ないということに苦悩している。

(b) 新しい研究について⁽²²⁾

ヴァーアッカーは、世襲農場所所有権を何らかの形で民法上の所有権概念と関係づけて説明しようとする以上のような当初の考え方から、世襲農場所所有権を民法上の所有権とは別種の現実的かつ真正の所有権とする新しい考え方を區別し、後者の議論を基本的には正しい確信から出発するものと評価しつつ、そこに含まれる個々の主張について検討を加える。

① W・ヘルシェルの世襲農場所所有権論について⁽²³⁾。

ヘルシェルは、超個人的任務付与が段階づけられていることから、世襲農場所所有権も三つに段階づけられた、すなわち農民ジッペ、職能身分（ライヒ食糧団）、ドイツ民族の信託所有権であると把握する。また、ジッペに対する農場の目的拘束をきわめて強いものと考ええる結果、農民とは別に農民ジッペもまた、一子相続権をもつ人的範囲としてののみならず、所有者であるとされる。農民とジッペによる、完全所有権のこの分有 Teilung は合有あるいは組

合の思考形式では適切に表現されないが、信託は最も通りのよいそのドイツ法的表象形式である。他方、農場の処分権の程度⁽²⁴⁾への、目的に適合的な信託財産拘束の導入もまた、抽象的処分権の体系に対して、信託と農民的^{アグリカル}所有を共通に特徴づけている。

ヴィーアッカーは、ヘルシエルが以上のように、使用可能な表象形式を獲得するため、新しい農民法と同様にドイツ私法の一般的發展法則を表現している生きたドイツ私法の形式Ⅱ信託を参照したことにつき、方法的には確かに適切であると評価しつつも、次のように批判する。現代私法上の信託は、第三者の私的利益のために純粹に他人によってなされる私的管理ということにその特徴がある。信託所有権は、その権利の具体的内容にしたがえば通常所有権ではなく、他人によって規定される信託財産管理である。これに対して農民は、私法上の信託者のように世襲農場においても「他人である friend」第三者の利益に結合した、単に他人によって用いられる権利を持つのではない。むしろ農民の真実かつ真正の所有権はジッペの分有権 *Mitrecht* により拘束されるのであり、農民はこのジッペに一分肢として帰属し、自分のジッペ財産を管理することを通じて（これはたとえば夫が夫婦の総財産を妻の私法上の受託者として管理するのではないのと同様である）このジッペに奉仕するのである。したがって結局そのジッペの受託者である農民は、所有権者である。さらに、信託の高次の段階、すなわち職能身分に対する農民とジッペの拘束についても同様である。もちろん農民は政策上ドイツの食糧空間の受託者であるが、職能身分上の課題領域にとつて、世襲農場の特別財産性だけが決定的である訳ではない。政策的意味における信託財産とは協同体的要求に対する全財産である。したがってこの概念を特定の職能身分上の拘束に留保することはできない⁽²⁵⁾。

『転換』においてヴィーアッカーは、不動産所有権を受託者の答責的管理権能であると規定した。この規定は、ヘルシュェルの信託的所有権という考え方と非常に類似している。ヴィーアッカーのこのような不動産所有権概念の規定が、シュトルルによって、所有Ⅱ「自己帰属性」を表現しえないものとして批判されたことは前節にみたところである。ほかならぬそのヴィーアッカーが、信託的所有権を信託財産管理であつて所有権ではないとしてヘルシュェルを批判するとき、もはや『転換』における不動産所有権規定が放棄されていることは明らかであろう。

② 現在承認されている見解⁽²⁶⁾

世襲農場所有権は、現在承認されている見解にしたがえば、世襲農場法三七条以下における、具体的な・目的に規定された形成を本質とする完全権⁽²⁷⁾ volles Recht である。したがつて処分権能は単に与えられているのではなく、また規範上制限されているのでもなく、世襲農場の秩序において読みとられねばならない。

ジッペに結合した、世襲農場の特別財産に対する処分は、農民という具体的地位に基づいて、目的規定の程度にしたがつてのみ許されかつ必要である。このことから次の二点が帰結する。

- 1、善意の第三者保護の規定（BGB 一三五条二頁）は適用されない。
- 2、重大な事由による一子相続裁判所の同意 *Genehmigung*⁽²⁸⁾ に対する正しい理解、すなわち同意は、「私法形成的高権行為」ではなく、処分が具体的な権利の一部をなすということを明確にするものであるということ。

(1) Wiacker, Eigentum und Eigen. Deutsches Recht 5 (1935) S. 496-501.

- (2) Ders., Zum System des deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge. Leipzig 1941.
- (3) Ders., a. a. O., S. 5 ff.
- (4) Ders., Eigentum und Eigen. S. 496.
- (5) Ders., a. a. O., S. 497.
- (6) Höhn, a. a. O., S. 67.
- (7) Wiacker, a. a. O., S. 497.
- (8) Ebenda.
- (9) Ders., a. a. O., S. 498 ff.
- (10) シュッペという概念は法律上の概念ではないが、世襲農場法において、シュッペと家族の思想が再生された。農民家族は繰り返し言及される(たとえば第二条、五条、六条、八条)。法律上の効果が、明示的にこの家族と結合してはいないものの、農場と家族の緊密な結合は、法律の中心に位置する。農場の維持にさいして法律は、家族の範囲を越えて、古いシュッペの概念を、一子相続秩序において採用した。H. Stoll, Deutsches Bauernrecht. 1935 S. 19/30.
- (11) Wiacker, a. a. O., S. 499.
- (12) Ebenda.
- (13) Ebenda.
- (14) Wiacker, Bauernrecht und bürgerliches Liegenschaftsrecht. Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936) S. 193-204.
- (15) Ders., a. a. O., S. 194.
- (16) Ders., a. a. O., S. 203.
- (17) Ders., a. a. O., S. 194 ff.
- (18) BGB 第一三五条(1)ある目的物についてなされた処分が、特定人の保護のみを目的とする法律上の譲渡禁止に違反した場合には、その処分はこの者に対してのみ無効である。強制執行または仮処分による処分は法律行為による処分に同じ。

- (19) Vgl. W. Vogels, *Das Reichserbhofrecht* 2. Aufl. 1934. § 37 I.
- (20) Vgl. W. Schapp, *Reichserbhofrecht*, 1934. S. 16.
- (21) Vgl. H. Dölle, *Lehrbuch des Erbhofrechts*, 1935. § 6, K. Blomeyer, *Hat der Bauer Eigentum am Erbhof?*
- (22) Wieacker, a. a. O., S. 195.
- (23) Ebenda. Vgl. W. Herschel, *Das Erbhofeigentum*, 1936. (本書は参照し得なかつた。) ヴィーアッカーは、ヘルシュェルの著²¹⁾の「Erbhofeigentum und Treuhand. Deutsche Juristen-Zeitung 91. (1936) S. 1330-1336.」を採りてみ検討を加えている。以下の要約は、この論文にもよっている。
- (24) ライヒ世襲農場法第三七条一項 RGBI. 1933 I S. 690.
- (25) シュートルも、ヘルシュェルが、信託概念を象徴的に使用することに対しては直観的な形象を与えるものと評価するが、これを法的に使用することについては、このことによりこの概念が、法律上の概念としてもつ価値を喪失することになるとして反対する。Stoll, *Schrifttum zum Bauernrecht. Archiv für die civilistische Praxis* 1936. B. 22 H. 3 S. 366 ff.
- (26) Wieacker, *Bauernrecht und bürgerliches Liegenschaftsrecht*. S. 197 ff.
- (27) H・デレはこれに対してなお、「所有権者の権限の法律による切りつめ」を主張するとされる。Vgl. Dölle, *Lehrbuch des Erbhofrechts* 1935. 要するに世襲農場所有権は、民法上の所有権の制約されたものとみるか、それとは別個の完全権とみるかの対立があり、ヴィーアッカーは後者の考え方をとるとのことである。同じ立場に立つ者として M. Busse, *Stoll, Herschel, Dietz*らの名が挙げられている。
- (28) 世襲農場法第三七条一項。

おわりに

私は所有権の概念構成をめぐるヴィーアッカーの議論を跡づけることを通して、ナスス期における所有権思想の一

端を垣間見てきた。

従来、ナスス所有権論の權威的地位をもつものと評されてきた『轉換』におけるヴィーアッカーの議論は、所有権をもちや任意の処分可能性としては把握せず、共同体による法人格への物財配分規定であるとする点で、また所有権を対象が有する価値に応じて物的に類別・編成する点で、さらにたとえば不動産所有権を一定の義務を遂行するための利用・管理権能としてもつばら規範論理的に構成する点で、従来の所有権に関する議論の方向と軌を一にしつつ、それを発展させるものであった。だが同時にこの議論の中には、職能身分を通じて再編・統合された社会秩序に接合する所有権秩序の構想という新しい要素も混入されていたのであった。この意味で『轉換』での議論には、BGBの発展としての「ナチス時代の私法学」とそれとは質的に相違する「ナチス私法学」とが混在していたとみることができらるであろう。この混濁は、種々の批判を契機として執筆された「所有権と所有」^{アイゼン}を中心とする諸論稿において「ナチス私法学」へと純化する。ここではもはや所有権は、規範論理的に構成されることなく、「所有」^{アイゼン}なるカテゴリーをもって表象される、人間と物が編入され位置づけられているところの共同体の秩序状況として把握される。規範主義的思考方法にかわる対象的秩序思考が強調されたのである。物の価値に応じた所有権の類別から、人的特別秩序にしたがって付与される民族的任務の種類に応じた所有^{アイゼン}の分類へと転ずることにより、ヴィーアッカーの課題意識は、動産・不動産峻別論から、世襲農場秩序とその他の不動産秩序の関係を解明することに移り、さらには固有の方法を備えた土地法学の樹立へと向っていくのである。

そこでこの研究ノートの次の課題は、公法・私法という思考枠組によって寸断されていた全土地法素材を固有の方

法で統一しようとする、新しい土地法学の建設の試みについて、その最も熱心な論者の一人であったヴィーアッカーの議論に則しつつ検討を加えることである。