

論 説

所有権理論と「物のアナロジー」

林 滉 起

- I はじめに
- II 所有権理論と「物のアナロジー」
- III おわりに

I はじめに

近時、所有権論が再び脚光を集めている。⁽¹⁾最近に至るまで「表面的な無風状態」⁽²⁾と評されたその議論状況が活性化していることには、次のような

(1) 日本法学会の2013年度の学術大会のテーマは「新しい所有権法の理論」であり、研究報告の諸成果は法社会学80号(2014)にまとめられている。基礎法学系連合と日本学術会議共催の2018年における公開シンポジウム(第11回基礎法学総合シンポジウム)のテーマとして「<所有権>を問い直す——基礎法学の挑戦——」が掲げられ、その内容については「小特集 <所有権>を問い直す——歴史・比較・理論」法時91巻2号61頁以下(2019)に諸論稿が見られる。2019年度の日本私法学会第83回大会のシンポジウムのテーマの一つは「不動産所有権の今日的課題」であった。報告された内容については、吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』3頁以下(第I部「所有権の基礎理論と不動産所有権の今日的課題」)の各論稿を参照。

(2) 小粥太郎「所有権のイメージ」糖塚康江編『代表制民主主義を再考する 選挙をめぐる三つの問い』218頁(ナカニシヤ出版、2017)、小粥太郎編『新注民法(5)物権(2)』341頁[小粥太郎](有斐閣、2020)。小粥は所有権をめぐる議論における無風状態の根底に、「所有権をその客体の金銭的価値ないし交換価値を体現したものとみるイメージ」があることを指摘する(同「所有権のイメージ」219頁)。

最近の教科書・体系書と比べて、かつては所有権論が詳しく論じられていたこ

背景事情があるとされる。すなわち、第一には、「現代社会においては、社会のさまざまな領域で多様な新たな財が出現している」ことであり、第二には、「土地や不動産の過小利用・管理不全と商品性の減少さらには喪失⁽³⁾がもたらす問題群への対処」が求められていることである。このような状況の下、社会における種々の法的問題に対処するために、所有権、さらには帰属の法的構造を分析する議論が盛んになされるようになってきている⁽⁴⁾のである。

と、また、最近でも所有権に関する重要な研究が現れていることについては、小淵太郎「所有権のイメージ」217頁以下、小淵太郎編『新注釈民法(5)物権(2)』339頁以下〔小淵太郎〕、吉田克己「所有権の法構造」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』4頁注(4)(成文堂、2021)を参照。

(3) 吉田・前掲注(2)4-5頁。また、第一の点につき、吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014)、第二の点につき、吉田克己『現代土地所有権論 所有者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題』(信山社、2019)、山野目章夫『土地法制の改革 土地の利用・管理・放棄』(有斐閣、2022)といった研究がある。なお、「所有者不明土地問題」については法社会学の立場からの検証もなされている。高村学人「所有者不明土地問題を問い直す——アンチ・コモンズ論からの問題再定義——」土地総合研究26巻4号72頁以下(2018)、同「所有者不明土地問題と入会権——表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正法化の実施に求められること——」入会林野研究40号5頁以下(2020)、高村学人=山下詠子「表題部所有者不明土地適正法化の入会地へのインパクトと求められる探索的調査」入会林野研究41号2頁以下(2021)を参照。

(4) 債権の帰属構造につき、林滉起「債権の帰属の法的構造に関する試論」早稲田法学会誌72巻2号89頁以下(2022)。

暗号資産の法的取扱いについての議論も近時盛んになされている。最近の主要な論稿だけでも以下のように挙げることができる。森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金法2095号14頁以下(2018)、本田正樹「仮想通貨の民法上の位置付けに関する一考察(1)(2・完)」民商154巻5号25頁以下(2018)6号32頁以下(2019)、原謙一「仮想通貨(暗号資産)の法的性質決定及び法的処遇——ビットコインを中心として——」横浜法学27巻2号79頁以下(2018)、片岡義広「再説・仮想通貨の私法上の性質——森田論文を踏まえた私見(物権法理の準用)の詳説」金法2106号8頁以下(2019)、加毛明「仮想通貨の私法上の法的性質——ビットコインのプログラム・コードとその法的評価」金融法務研究会『仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討(金融法務研究会報告書(33))』1頁以下(2019)、道垣内弘人「仮想通貨の法的性質——担保物としての適格性」近江幸治先

それでは、近時の議論において、所有権ないし帰属の問題はどのように分析されているのだろうか。

横山美夏はフランス法における近時の所有権理論の展開を紹介しつつ、日本法に対して次のような示唆が得られるとする。すなわち、近時のフランス法学説においては、所有権を主体と客体との帰属関係として把握する見解が有力であるところ、日本法に対しても、排他的帰属関係という観念との関係から財産概念の再考が促されること、財産の帰属と客体としての権利とを区別し得るようになること、債権等の無体物も所有の対象たる「物」に含まれると解し得るようになること、といった意義があり、排他的帰属という観点に立ち「所有を権能とは異なる視点から捉えることは、日本民法における所有概念のもつ多元性⁽⁵⁾について考察することを可能にするように思われる」とする。

吉田克己も所有権を排他的帰属関係として捉えるフランス法学説から影響を受けつつ、同時に、そうした近時のフランス法における有力説が帰属関係をおよそ所有権によって把握する点を批判して、次のように自説を展開する。すなわち、財の法は、主体・客体・帰属関係の三要素から構成されるところ、帰属関係は抽象的なレベルと具体的なレベルとにおいて把握される。抽象的帰属の問題は、多様な財の主体に対する帰属関係が観念されるか否かのレベルであるのに対し、具体的帰属の問題は財の種類⁽⁶⁾に応じて帰属関係がいかに表現されるかというレベルであるとされる。

生古稀記念『社会の発展と民法学 [上]』489頁以下(成文堂、2019)。

(5) 横山美夏「フランス法における所有 (propriété) 概念——財産と所有に関する序論的考察——」新世代法政策学研究12号295-297頁(2011)。横山の見解については、同「フランス法の所有 (propriété) 概念」法時91巻2号63頁以下(2019)及び同「物概念の現代的課題」民法研究第2集第6号【東アジア編6】31頁以下(2019)も参照。

(6) このような意味において、抽象的帰属を意味する「所有」と、その具体的表現たる「所有権」は明確に区別されると論じられる。吉田克己「財の多様化と民法学の課題——理論的考察の試み」NBL1030号14-15頁(2014)及び吉田・前掲注(2)20-24頁。

吉田はこのような帰属理解を基に、「財の多様化」に対応し得る理論を構築することを志向する。⁽⁷⁾

このように、近時においては所有権ないし所有の問題を権能の集合というよりは、帰属関係という観点から分析し直す動きが有力なものとなっており、新たな「所有権のイメージ」を形成しつつあると言っており⁽⁸⁾。

このようにして析出された、帰属関係という新たな「イメージ」が帰結し得る理論的領野の一つに法的処分論がある。ここでいう法的処分とは、法主体に対する権利の帰属状態を変更することを意味するとされるが、⁽⁹⁾近

(7) 吉田の議論は人格権(身体的人格権)の把握の仕方においても注目される。すなわち、《人格の媒体としての身体》論の提示である。身体が法人格概念とは異なり有体的存在であることを認めつつ、人格という「実体」を支える「媒体」である点において身体と人格とが密接な関係にあることを踏まえて、主体と身体との具体的帰属関係を「人格権」として表現する。吉田克己「身体の法的地位(二・完)」民商149巻2号5頁以下(2013)、同「法は身体をどのように捉えるべきか」法社会学80号141頁以下(2014)。この問題は、民法(学)における「物」概念の把握の仕方とも関わる。

なお、後述するように、吉田は法的処分の根拠を主体と客体との間における帰属関係の存在に見出しているが、身体に対する人格権は「財の法における権利ではなく、人の法に属する、人格に関わる権利」であるが故に、譲渡し得ないものとされる。同「身体の法的地位(二・完)」12頁、同「法は身体をどのように捉えるべきか」144頁。ただ、法的処分に関する従来の見方に再考の余地があるとすれば、一定の客体に対する法的処分の有効性が否定されるメカニズムの説明の仕方にもまた、再考の余地がある可能性も否定できない。

(8) 本文で挙げた論者は主としてフランス法学説を考察の対象とするが、ドイツ法学説における「帰属論」を検討対象とするものとして、水津太郎「ドイツ法における財貨帰属の理論」慶応義塾大学法学部編『慶應の法律学 民事法』127頁以下(2008)を参照。水津によれば、(少なくとも論文が執筆された当時においては)物権性の本質を議論することへの関心が日本法においては低下しているとされていた。また「帰属論」を検討する意義は、民法の体系的理解にも関係する旨が指摘されている(同論文127頁)。

(9) 筆者による端緒的な検討の試みとして、林晃起「法的処分と『契約の拘束力』」早法97巻4号43頁以下(2022)。森田や吉田の見解に対する分析については、同論文44-48頁等を参照。将来債権譲渡の法的構造を素材に、処分権や帰属をめぐるなされているドイツ法の議論について、水津太郎「ドイツ将来債権譲渡論の現況——将来債権譲渡の構造について」金融法35号144頁以下(2019)を参照。

時の有力な見解の特徴は、法的処分の根拠を帰属関係の存在に求めているということができる。森田宏樹によれば、法的処分とは、財産権一般につき、「帰属主体性」の位相に位置づけられる問題であり、一般的な処分権能を有する法主体に特定の財産が排他的に帰属することによって発生する「処分権」に基づいて、法主体は当該帰属関係を変更することができる⁽¹¹⁾とされている。また、吉田克己は、「有体物や無体物という客体について、主体への帰属が認められる、この帰属に基づいて客体の処分権が認められる、この帰属の法的形態は、所有権その他の財産権によって表現される」と述べている⁽¹²⁾。

(10) 例えば、「財産権の帰属関係という法的状態の変更をもたらす『処分行為』」という記述が見られる(森田宏樹「将来債権譲渡」潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』282頁(商事法務、2018))。もっとも、筆者の見通しでは、このような意味付けは十分には適切でないように思われる。なぜなら、帰属関係が現に発生していない段階での法的処分も有効とされているが、そのような場面において、処分行為を行う時点では帰属状態の変更は生じ得ず、帰属変更の効果がその後発生するか否かが未確定のこともあるからである(なお、森田は将来債権譲渡について、債権発生に先行する帰属変更を観念する(同書284頁))。

そこで筆者は、法的処分とは第一義的に、帰属変更の効果をもたらす規範を創出することとして捉え、実際にその効果が作動するかどうかは次の問題であると考えている。前稿において、契約に基づく法的処分を念頭に置きつつ、「法的処分(契約規範の創出)」と記したのはこのような理由による(林・前掲注(9)73頁)。このような意味において、筆者が「法的処分」という概念に含ませるニュアンスは、従来の学説とは微妙に異なってくる可能性がある。法的処分のメカニズムに関しては、別稿で再度検討する予定である。

(11) 森田宏樹「財の無体化と財の法」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』116頁(商事法務、2014)、同「処分権の法的構造について」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな時代』508頁(有斐閣、2015)。森田の見解を受容するものとして、平野裕之『物権法』263頁(日本評論社、第1版、2016)、同『物権法』298-299頁(日本評論社、第2版、2022)、同『債権総論』305頁(日本評論社、2017)、小粥・前掲注(2)『新注釈民法(5)物権(2)』344頁。

ドイツ法における「処分権」に関する議論については、水津・前掲注(9)を参照。ここからは、ドイツ法の文脈においても、「処分権」を帰属関係と不可分のものとして観念する見解が有力であることが窺われる。

(12) 吉田・前掲注(2)21頁注(49)。これは、平野・前掲注(11)『物権法』263

このような見方を筆者は以前、「物のアナロジー」として批判的に検討したことがある。すなわち、法的処分の根拠を帰属に見出す学説は、「法的処分論の所有権論からの解放」を志向し、法的処分に関する一般理論構築の端緒を開いた点において意義を有するものである。ところが、法主体による財産権の法的処分を、当該財産権の帰属によって基礎づけようとすると、現に帰属関係が発生していない段階での法的処分の場面においても、擬制的な帰属関係を観念する必要性が生じたり、法的処分の対象が権利であることを理由に、当該権利を擬制的に客体化するという発想が導かれたりしてしまう。また、帰属主体たる譲渡人の意思のみに重点が置かれ、譲受人をも含めた一連のプロセスを叙述することもできなくなる。つまり、帰属を法的処分の根拠として位置づけると、法的処分のメカニズムを説明することが理論的に困難になってしまうのである。⁽¹³⁾

頁（第1版）の記述を「正当」と評価した上での記述である。なお、平野は当該箇所において、財産権の法的処分の根拠を帰属主体性に求めつつ、身体に関する自己決定についてもこれと平行に論じられ得ることを示唆している。しかし、二つの問題の関係についてはより慎重に検討されるべきであるようにも思われる。なぜなら、法的処分と事実上の処分との違い、財産権と人格権との違い、といった要素が考慮されるべきだからである。吉田自身は「抽象的帰属」ないし（具体的なレベルにおいて観念される「所有権」とは区別される）「所有」の用語を用いるが、法的処分の場面においては、森田の言う「帰属主体性」と同様の意義を有するものと考えられる。吉田・前掲注（2）22頁注（52）及び吉田・前掲注（3）259頁を参照。このようなイメージは末川博の見解にも見られた。すなわち、「権利を処分し得るのは原則として権利を有している者に限られているのは疑ないけれども、これは法律が一般的に自明の理として認めているところであって、権利を有しているということに伴ういわば必然的な力である」という理解である（末川博『権利侵害と権利濫用（末川博法律論文集Ⅱ）95頁（岩波書店、1970）（「私権の行使」の初出：論叢20巻1号（1928））。「権利を有しているということ」の部分が「帰属主体性」・「抽象的帰属」・「所有」に対応すると評価することができる。末川の見解とそれに対する評価については、林滉起「末川博の権利論」早法98巻1号111頁以下（2022）を参照。

(13) 林・前掲注（9）44-48頁、特に47頁注（12）を参照。吉田の言う「擬制的客体化」（吉田・前掲注（2）20頁本文及び同頁注（48））が、現在における法的処分の一般的なイメージをよく表している。すなわち、物権変動や債権譲渡における

法的処分に関するこのような「物のアナロジー」的把握から脱却する必要があると考える立場に変更はないが、本稿においては、近時の有力学説に影響を与えたフランス所有権理論とその後の学説の展開を追跡しつつ、「物のアナロジー」の内実を明らかにし、理論的に克服されるべき問題点を析出することを目的とする。結論を先取りしてそれを指摘するならば、権利＝帰属関係は「物」のように把握されなければならないのか、また、⁽¹⁴⁾「法主体の意思の領分はどこまでか」という問いに関わるものである。

権利変動プロセスとして、物権あるいは債権それ自体が外部性を有する「物」であるかのように移転するイメージである。このような発想は、後に検討する有力なフランス法学説が、およそ権利を無体物として法性決定し、事実上の処分のアナロジーにおいて法的処分を把握していることと相通じるものがある。このような意味において、後に見るフランス法学説の問題を析出することは、現在の日本法における法的処分に関する一般的な理解の問題点をも抽出する作業であると言っていることができるだろう。

- (14) 筆者は、法的処分に関する「有力説と私見との相違は、法主体の意思的契機がそれ自体によって帰属関係の変更までをももたらし得るのか、あるいは、帰属関係を変更する規範の創出に留まるのか、という点に関する違いにあるともいえそうである」と指摘したことがあったが(林・前掲注(12)122頁注(45))、本稿はこの点に関する考察の準備作業でもある。

権利を物としてイメージすることの問題点として、法主体の意思が直接的に帰属関係たる権利に作用するという発想が導かれ得ることを指摘することができる。すなわち、「権利を持っている」ことを権利の法的処分の根拠とするということは、あたかも「物を持っている」ことを理由として物に対する事実上の処分を行うことができることとパラレルに把握しているかのようであり、法的処分の対象である権利＝帰属関係に対し主体の意思がそれ自体として作用するとイメージされているようでもあるが、果たしてこのことが妥当か否かという問題である。

このことは、法律行為における意思の意義に関する問題を惹起し、法律行為の拘束力の根拠についての問題とも関連する。つまり、拘束力が生じるのは、本人が欲したことそれ自体によるのか、あるいは、当該意思が種々の成立要件・有効要件を充足して、法的な存在として性格付けられ、法体系に包摂されるからなのかといった問題である。

また、ドイツ法の議論において、法的処分は処分の対象に直接的に作用すると觀念され、拘束力とは区別されるものとして認識されているようである(水津・前掲注(9)146頁、152頁を参照)。処分権の行使を、帰属主体による権利に対する直接的な作用と見る点において、森田や吉田の見解、ひいては近時のフランスにおけ

そこで以下においては、近時の法的処分論及び帰属論に影響を与えている、フランス民法学における所有権論を素材としつつ、そこにおいて法的処分の構造と権利概念及び物概念とがどのように関連づけられてイメージされているのか、という点に焦点を当てて検討する。具体的に述べると、近時フランス法において有力となっている所有権理論によれば、所有権は物権ではなく、有体的な客体についても、また、無体的な客体についても観念される一般的な帰属関係として位置づけられることになるが、そのような見方が客体の理解に対してどのような影響を及ぼし得るのか、また、法的処分の見方についてどのように作用するかが問題となる。法的処分と帰属に関する日本法学説に大きな影響を与えているフランス法学説を分析し、日本法における議論状況と照らし合わせることにより (Ⅱ)、法的処分論に関する理論的精緻化の方向性を探りたい (Ⅲ)。

Ⅱ 所有権理論と「物のアナロジー」

(1) ジノサール⁽¹⁵⁾

ジノサールは債権に対する所有権の成立を梃子にして、帰

る有力な潮流と基本的な発想を共有していると評価することができるだろう。

なお、契約規範論における「意思」の意義については、森田修『契約規範の法学的構造』(商事法務、2016)が、「契約規範の根拠として、契約締結時の当事者の主観的事実としての意思がどのように位置づけられるか」(はしがき)という問いを提起する。

- (15) ジノサールの理論は既に多くの先行研究によって紹介されたところであるし、筆者自身も以前に検討したことがある。佐賀撤哉「物権と債権の区別に関する一考察(二)」論叢99巻2号36頁以下(1976)、片山直也「財産——bien および patri-moine」北村一郎編『フランス民法典の200年』185-187頁(有斐閣、2006)、横山・前掲注(5)「フランス法における所有(propriété)概念——財産と所有に関する序論的考察——」277-279頁、森田・前掲注(11)「処分権の法的構造について」478-479頁、吉田・前掲注(2)12-15頁、林・前掲注(4)118-120頁等を参照。本稿においては、ジノサールによる所有権論それ自体というより、所有権論が帰結

属のあり方に関する客体の見方を変革した。すなわち、従来、所有権は物権の一種として、他の権利と同列に扱われてきたが、ジノサルは所有権を、帰属関係一般を表現する概念として、他の権利とは次元を異にするものへと格上げしたのである。まずはジノサルの所有権論を確認し、次いで、その帰結たる客体論を確認することにしよう。

(i) ジノサルの見解

ジノサルによれば、所有権は全面的な権能としても、また、そのような権能を構成する要素によっても、その本質が定義されることはない。⁽¹⁶⁾ 所有権とは、それによって客体が人に帰属するところの關係に他ならず、客体に対して潜在的に存続し続ける支配 (maîtrise) ⁽¹⁷⁾こそが所有権の本質的な属性である。

ところで、帰属の觀念は、有体物についてのみならず、すべての主観的権利に共通して認められる。例えば、債権者に帰属しているものは金銭ではなくて債権それ自体である。そこにおいて、債権とは、所有権の効果によって債権者に帰属し、債権者固有の資産に結び付けられている財のことである (une créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété)⁽¹⁸⁾。こうしたことからすれば、⁽¹⁹⁾ 民法典において「所有権」という語は、544条の定義にいうところの

すところの客体に関する見方に焦点を当てることによって、ジノサル理論が有する意義を別の側面から明らかにすることを目的とする。

(16) S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11.

(17) Ginossar, *supra* note (16), n° 12. ジノサルによれば、所有権に基づく帰属の觀念 (イメージ) は、動詞 avoir によってよく表されるとされる。すなわち、所有者とは客体を保持していないとしても、それを「持っている」者のことをいう (le propriétaire est celui qui l'« a », quand bien même il ne la tiendrait pas [筆者注: l'及び la は chose に代わる目的語人称代名詞])。Ibid.

(18) Ginossar, *supra* note (16), n° 13.

(19) 【544条】

所有権は、法律又は規則によって禁じられる使用を行わない限り、最も絶対的な

⁽²⁰⁾「物」に対する物権としてのみ理解されるわけではないことが明らかになる。それどころか、民法典は、無体的な財を含む、より広範な見方を全く排除していない⁽²¹⁾。というよりむしろ、所有権概念こそが、債権者が債権に対して行使する支配の観念 (l'idée de maîtrise exercée par le créancier sur sa créance) のみならず、債権者と他者一般とを関連づける法的関係の観念 (celle [引用者注 : celle は idée に代わる指示代名詞] de rapport juridique liant au créancier la généralité des hommes) を説明することを可能にするのである⁽²²⁾。

有体物に対して成立する物権という見方を超えて、所有権を一般的な帰属関係として把握する観念は、一見すると奇異に映るかもしれないとしつつも、ジノサルは自身の見解をそれほど目新しいものではないとする。彼はその根拠にローマ法を挙げる。ローマ法においては、有体物 (res corporales) と無体物 (res incorporales) との区別がある。ローマ人たちは、それが成立するところの財を吸収する (absorber) 点において、所有権が他のすべての権利とは異なることをよく知っていた。ところで、物は「専有」されると、法的な意味において「財」になる (les choses deviennent des « biens » au sens juridique du mot lorsqu'elles sont « appropriées »⁽²³⁾) ことから、財は有体か無体かで区別される。債権は無体財 (bien incorporel) の

仕方では物を享受し、処分することのできる権利である。

(20) ジノサルは chose という語をあくまでも「有体物」という意味に限定して使用していることが窺われる。客体論に関するジノサルの用語法について、また、ゼナティに至って chose 概念が変質・拡張することに関しては後述する。

(21) Ginossar, supra note (16), n° 15.

(22) Ginossar, supra note (16), n° 16. ここでいう「債権者が債権に対して行使する支配」は、後述するところの、債権の「相対的關係」に対応し、「債権者と他者一般とを関連づける法的関係」は債権の「絶対的關係」ないし「対抗可能性」に対応する。

(23) 「物 (chose)」が専有 (approprié) されると「財 (bien)」になるというのは、フランス法において一般的な見方である。こうした議論を参考にしつつ債権の帰属構造を検討したものとして、林・前掲注 (4) を参照。「財」の見方に関しては特に113-116頁を参照。

名に値するものであり、債権という無体財に対して成立する所有権を観念することは可能である。⁽²⁴⁾ローマの法学者によって提示されていた債権の所有権観念は、フランス民法典成立当時、フランスではほとんど知られていなかった。しかし、フランスにおいても、実定法上、債権に対する所有権の根拠を見出すことができる。以下のような理由から、債権を客体とする所有権を認めることが実定法に適合的だからである。⁽²⁵⁾

所有権の本質は、先述の通り、客体が人に対して帰属するというところにあり、かつ、所有権は客体に対する所有者の支配権限 (*pouvoir de maîtrise*) として説明することができる。ところで、債権者と債権との間にも帰属関係を認めることができ、所有権の存在を観念することができる。とすれば、債権者が、債権という財の所有者であることに基づいて、自らの債権を享受し、処分し得ることの説明が可能となる。そこでジノサールは、所有権に基づく享受及び処分の内容を、使用 (*usus*)・収益 (*fructus*)・処分 (*abusus*) という三つの観点から説明する。まず使用 (*usus*) について、物の所有者が自らの物を使用できるのと同様に、債権者も自らの権利を使用することができる。すなわち、金銭の支払いを受け、その効用を享受することなどである。次に収益 (*fructus*) については、物が天然果実 (*fruits naturels*) を生じさせるように、債権は法定果実 (*fruits civils*) を生じさせる場合があり、債権の所有者たる債権者はこれを享受することができる。最後に処分について、次のように説明される。たしかに、債権は無体的な存在であるが故に、有体物を事実上処分するように、有体的な仕方では毀損したり、消費したり、変形させることはできない。しかしながら、法律行為を基礎づける処分権能 (*faculté de disposition*) の次元においては、債権に対する所有権も、有体物を客体とする所有権と変わるところがない。なぜなら、有体物を客体とする場合であれ、債権を客体とする場合であれ、ともに権利変動は観念されるからで

(24) Ginossar, *supra* note (16), n° 17.

(25) Ginossar, *supra* note (16), n° 18.

ある。さらに言えば、例えば売買契約において、契約の主たる目的は所有権の移転であり、客体が有体的か無体的かに係わらず、共通の取扱い (règle) に服することになる。それはまさに、所有権が移転するという点⁽²⁶⁾において共通性を有しているからなのである。

債権を客体とする所有権を観念することには、以上の点以外にも次のことにおいて利点があるとされる。すなわち、債権の対内的な側面の説明のみならず、対外的な側面、つまり、第三者に対する対抗可能性を説明し得ることである。⁽²⁷⁾従来考えられてきたこととは異なり、債権は債権者と債務者との間の単なる紐帯⁽²⁸⁾ではない。およそ債権は二つの関係から分析されるからである。二つの関係とはすなわち、相対的關係と絶対的關係とである。それぞれ、能動主体は同じくするが、受動主体については異にする。相対的關係は、債権の実質的内容 (substance) を構成し、絶対的關係は、

(26) Ginossar, *supra* note (16), n° 19. この記述からは、ジノサールの見解において、所有権の一内容としての *abusus* には事実上の処分と法的処分とが含まれると理解されていることが分かる。また、後に検討する論者の見解との関係においては、ジノサールが移転の対象として捉えていたのは所有権であるという点にも留意しておきたい。本文で紹介した箇所を原文の一部直接引用すれば次のように書かれている。「売買の本質的な目的は、所有権の移転をもたらすことであり、……したがって、譲渡人が譲受人に対して移転するよう義務づけられているのは、まさに債権の所有権なのである (l'objet essentiel de la vente est d'opérer un transfert de propriété … et … c'est donc bien la propriété de la créance que le cédant s'engage à transporter au cessionnaire) (Ibid.)」。すなわち、ここでは「所有権の移転 (transfert de propriété)」及び「所有権を移転すること (transporter la propriété)」が語られているのである。

(27) Ginossar, *supra* note (16), n° 22.

(28) このような見方に対して、債権を物権と峻別しつつ、債権をあくまでも紐帯 (lien) として把握する立場を表明する論者としてドロスが挙げられる (W. Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n° 493-1)。こうしたドロスの見解は、権利概念と物概念とを明確に峻別したうえで、債権を客体とする所有権は観念し得ないという見方に基づいている。もっとも、権利概念と物概念とを峻別することと、債権の見方に客観的な側面 (非人格的な客体に関する側面) を導入することは別の問題であるので、ドロスの見解は債権を人と人との関係へと過度に還元してしまったとも評価できる。

債権者による債権の支配と第三者からの保護とを保障する。そして、後者の絶対的關係こそが「所有権」の名に値するものである。およそ債権者は自らの債権の所有者であり、物の所有者がそうするように、自らの債権を享受し、処分することができるし、第三者は債権者を尊重しなければならないことはこのことから説明されるからである。⁽²⁹⁾

以上のことから、所有権はおよそ帰属関係を表現する概念として(すなわち、もはや「物権」の範疇には属さない)、他の権利よりも高次の位相に位置づけられると同時に、有体物のみならず、権利という無体財をも客体とし得るという結論が導かれる。すなわち、人の資産(patrimoine)は財の総体(masse de biens)によって構成されるところ、財であるところの人の所有物(propriétés)は有体所有物(propriétés corporelles)と、無体所有物(propriétés incorporelles)とから成るのである。さらに言えば、物権も債権も所有権の客体としての無体財である点において共通である。どちらも債務的権利(droit d'obligation)であり、特定の人(能動主体=債権者)が特定の人(受動主体=債務者)に対し、能動的な給付又は受動的な給付を要求し得る権利であることに変わりはない。絶対的権利(droit absolu)としての所有権との関係においては、両者とも相対的権利(droit relatif)として同列に置かれるのである。両者の違いは、受動主体を物的に決定する

(29) Ginossar, supra note (16), n° 34.

(30) Ibid. 後にも触れることになるが、ジノサルがここで用いている propriété の語は帰属関係を表現する概念としての「所有権」としてではなく、その客体としての「所有物」として理解するのが合理的である。propriété は「所有権」を意味することもあれば、「所有物」を表すこともあるが、この文脈においては所有権の客体が論じられているからである。別の言い方をすれば、ジノサルは「所有権」としての propriété を財(bien)として性格付けていたのではなく、「所有物」としての propriété が財であると述べていたのである。「所有権」としての propriété を、潜在的に存続する支配という帰属関係として明言したジノサルの意図を尊重すれば、少なくとも内在的にはこのように理解されるからである。

(31) ジノサルが所有権と区別するところの「物権」とは、他人の所有物に対して設定された物権のことを指す。所有権と「物権」とは、受動主体(sujet passif)が決定されるか否かによって区別されるのである。Ginossar, supra note (16), n° 41.

か、人的に決定するかという態様の相違でしかない。⁽³²⁾

以上の理解を前提に、ジノサルは所有権の客体を次のように分類する。①有体財 (bien corporel) は、物理的な占有が可能な有体物 (chose matérielle)⁽³³⁾ であり、動産 (meuble) と不動産 (immeuble) とから構成される。②無体財 (bien incorporel) は (a) 相対的権利 (droit relatif) = 債務的権利 (droit d'obligation) としての物権と債権、及び (b) (ジノサル自身、本論で殆ど論じていなかったことを認めているが) 無体財産権 (droit intellectuel)⁽³⁴⁾ から構成されると述べられる。

(ii) 検討

以上のようなジノサルの見解の意義や特徴はどのような点に見出すことができるだろうか。

第一に、物権としてではなく、およそ帰属関係を表現する概念として所有権を性格づけたことである。この点は近時の所有権理論に至るまで決定的な影響を及ぼしており、(後にみるゼナティからの批判にも拘わらず) ジノサルによってほぼ完成された見方であるといってもよい。

第二に、その帰結として、所有権及び主体である人を除けば、財の法を構成する要素はおよそ所有権の客体として位置づけられるようになったことである。所有権かそれ以外か、という *summa divisio* において、有体物と無体財たる権利とは、所有権との関係においては、両者とも所有権の客体であり、したがって、どちらも財 (bien) であるという意味において同次元に置かれるのである。たしかに、ジノサル自身は権利を「無体物

(32) Ginossar, *supra* note (16), n° 67.

(33) ジノサルが chose という語を用いるのは有体財ないし有体物を論じる文脈に限られる。このことからジノサルにとって「物 (chose)」とは「有体物 (chose matérielle)」のことに他ならない、ということが窺われる。したがって、chose immatérielle というのはジノサルからしてみれば撞着語法でしかなさそうであるが、ゼナティの見解において chose 概念は変容する。この点については後述する。

(34) Ginossar, *supra* note (16), n° 68.

(chose immatérielle)」と呼ぶことはなかったものの、そのような呼称が生じるための構造的な下地は準備されていたと言えるだろう。

第三に、法的処分との関連について言えば、ジノサールによれば、有体物に対する事実上の処分も、権利変動を生じさせる法的処分も、どちらも所有権によって基礎づけられている。つまり、事実上の処分も法的処分も、どちらも民法典544条にいうところの「処分」に該当すると考えられているようである。もっとも、ジノサールにおいて、移転の対象は所有権とされており、そうであるとすれば、所有権は所有権それ自体の効力によって移転する、と考えられていたことになりそうである。しかしこれでは、いわゆる「投石の比喩」⁽³⁵⁾で言われるところの論理的矛盾を抱えてしまうことになる。後にゼナティは、法的処分についても処分の対象は所有権ではなく、所有権の客体であると述べることになるが、ゼナティ理論の新規性は所有権それ自体の理解というよりもむしろ、法的処分の客体に関する理解の刷新にあったと言うことができよう。もっとも、所有権に基礎づけられた「処分権能 (faculté de disposition)」によって所有者が法的処分を行うという発想はすでにジノサール理論の中で芽生えていたものであった。所有者の意思と処分との直接的・無媒介的な関連性を窺わせる理論構造⁽³⁶⁾を成していると評価できよう。

(35) 「処分さるべき客体が同時に自らを処分し得る力であるというのは、例えば、投げられる石が之を投げる手と同じであるというのと等しく、論理的に許されぬ」(末川・前掲注(12)95頁)という表現によってよく知られている。また、後にも触れられるように、フランスにおいてはプラニオルが同様の問題を指摘していたとされている。

(36) 法的処分も民法典544条にいう「処分」に含まれるとする見方は、法的処分を事実上の処分のアナロジーとして捉えているように筆者の目には映る。事実上の処分において、所有者の(事実的な)意思が直接的かつ無媒介的に所有権の客体へと向うように、法的処分においても、所有者の(法的な)意思は、(それを所有権と観念するのであれ、所有権の客体と観念するのであれ)処分の対象に向かって直接的かつ無媒介的に作用していると観念されているのではないだろうか。

(2) ゼナティ⁽³⁷⁾

ジノサールから決定的な影響を受けつつ、さらなる理論的深化を試みた論者としてゼナティを挙げなければならない。ジノサールの見解が当時の学説によって十分に受容されることはなかったものの、それを継承し発展させたゼナティの理論は現代の有力な潮流を成している。以下で検討する論者には、ジノサール及びゼナティの影響が少なからず及んでいる。そこで、ここでは、ジノサールの見解を継承しつつもゼナティの独自性が表れている点、ゼナティがそれ以降の論者に影響を与えた点を踏まえつつ、本稿の問題意識に沿いながら、その見解の意義を検討することにした。

(i) ゼナティの見解

それではまず、ゼナティの所有権論から確認することとしよう。ローマ法において所有権が人の「力」であった時、所有権は有体物と権利との区別なく、およそ客体とすることができていた。しかし、バルトルスを中心

(37) ゼナティの見解に関する主要な先行研究として、次のようなものを挙げることができる。奥田昌道「ゼナティ教授の所有権理論」法時65巻11号15頁以下(1993)、船橋哲「所有権に関する Zenati 理論——権利客体論の序章として」法学政治学論究32号201頁以下(1997)、横山・前掲注(5)「フランス法における所有(propriété)概念——財産と所有に関する序論的考察——」279-285頁、森田・前掲注(11)「処分権の法的構造について」479-482頁、吉田・前掲注(2)15-18頁。また、筆者による検討として林・前掲注(4)120-122頁。

ゼナティの所有権論は以上のような先行研究によって既に詳しく紹介されているが、本稿の問題関心にとっても重要な意義を有するので、ここでも確認しておきたい。また、本稿では所有権論に加えて、その帰結としての客体論にも重点を置くことにする。ゼナティの客体論の意義を先取りして少し述べると、所有権の客体をおよそ「物(chose)」として把握し、事実上の処分のみならず、法的処分の客体をも「物」とした点がジノサールとの違いであり、かつ、本稿の問題意識にとっても重要な点である。

また、通時的に検討するとゼナティの見解には揺れが見られる。ここでは後続の論者たちに大きな影響を与えた内容のある種のモデルとして扱い、近時の見解については若干の補足をするに止める。

とする註解学派によって、所有権は有体物にのみ成立すると理解されるようになってしまった（「権利であるから、所有権は権利を対象とすることはできない（*étant un droit, la propriété ne peut porter sur un droit*）⁽³⁸⁾）。現在の伝統的なフランス法学説もこの見解に依っているが、これは歴史的根拠を欠くものである。なぜなら、フランス民法典の起草者たちが参照したポティエの見解は註解学派ではなく、真のローマ法を受け継ぐものであり、無体物（*chose incorporelle*）に対して所有権が成立することを認めるからである。実際、民法典の規定にもこのことを前提とする条文が散見される。したがって、所有権の客体が有体物に限定されるという理解は、学説の教義

(38) F. Zenati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTDciv. 1993, p. 308. バルトルスを中心とする註解学派が果たした役割に関するゼナティの理解については、横山・前掲注（5）「フランス法における所有（*propriété*）概念——財産と所有に関する序論的考察——」281-283頁に詳しい。簡潔に述べれば、次のようなことである。すなわち、所有権の客体としての権利（*droit, objet de la propriété*）は、それ自体としては主体の権能ではなく、客体としての法的関係（*rapport juridique objectif*）として物に組み込まれていた（*jus in re*）に過ぎなかったが、中世の封建制度特有の事情を背景に、物それ自体の所有権（*propriété de la chose elle-même*）として観念されるに至ったのである（*Ibid.*）。もっとも、バルトルスの見解の評価についてはゼナティ自身がニュアンスを含ませている。すなわち、バルトルスが「権利の所有権」を認めていた（「何らかの権利を有している者は誰であれ、その権利の所有権（*dominium*）を有すると言われる（*quicumque habet aliquod jus, dominium illius juris dicitur habere*）」（*Ibid.*, note (13)）ことにゼナティは留意しているのである（*jus* が *dominium* の対象であることを表す属格 *juris* に格変化している点が重要である）。

なお、バルトルスその人については、森征一「バルトルスの法学観——ヨーロッパ中世法学の理解のために——」法研70巻3号1頁以下（1997）を参照。バルトルスの条例衝突理論については、同「バルトルス・デ・サッソフェラート『条例衝突理論』外観——中世イタリア法学 *Mos Italicus* 研究序説——」法研55巻3号（1982）1頁以下があり、それを受けた近時の論稿として、渡部茂己『『抵触法』の起源としての『都市法（条例）衝突理論』（森論文を中心として）とEU法』日法87巻2号129頁以下（2021）がある。バルトルスの法理論が今日においてもなお意義を有し続けていることが窺われる。概略的な記述として、勝田有恒ほか編著『概説 西洋法史』129-140頁（第10章「中世ローマ法学と条例理論」）[森征一]（ミネルヴァ書房、2004）を参照。

に過ぎず、しかもこのようなドグマは、法律を歪曲するような解釈から生じたものなのである。⁽³⁹⁾

無体財は有体的に把握することができないため、所有権とは相いれないと言われるとき、そこには所有権は（物理的な）占有に基づくという所与の前提がある。しかし、無体物に関して所有権の取扱いの適用を観念すべき様々な場合がある。それはすなわち、権利の取得、移転、返還請求といった諸態様である。このことは、実定法が、所有権が無体物をも客体とすることを前提としていることの表れである。したがって、「無体財の所有権 (propriété des biens incorporels)」とは、言葉の濫用ではなく、むしろ実定法の実相を表現している⁽⁴⁰⁾のである。

このようなことからゼナティは、学説に求められているのは、所有権の客体が有体物に限られるという主張を展開することではなく、無体財＝無体物が所有権の領野に含まれることを前提に、所有権の新たな内容を考究することであると説く。⁽⁴¹⁾そして、そのために参照されるべきなのは、バルトルスによって歪曲される以前の、ローマ法における所有権観念であるとされる。

ローマ法において所有権は、何らかの定義を与えられ得るものではなかったが、バルトルスとそのエピゴーネンたちが所有権の定義づけに重要な役割を果たすこととなった。彼らによれば所有権とは、法（律）がなすのを禁じる制約のない限りにおいて、物を完全に処分する権利 (jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur, droit de disposer complètement de la chose sans autre contrainte que ce que prohibe de faire la loi) とされた。たしかに、この定義は広範なものであったが、所有権の内容を明確に定義づけようとする後世の潮流を形成することになった。「所

(39) Zenati, supra note (38), pp. 308-310. 予告していた通り、ジノサールとは異なっていて、ゼナティは「無体物 (chose incorporelle)」の語を用いるが、しばしば「権利 (droit)」の言い換えの表現として登場する。

(40) Zenati, supra note (38), pp. 310-312.

(41) Zenati, supra note (38), p. 312.

有権とは、法の理性によって許される限りにおいて、自らの物につき使用し処分する権利である (dominium est jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur) という有名な定式が14世紀に登場し、これがフランス民法典544条の原型となった。なお、所有権の分肢理論も、所有権をその内容によって把握しようとする見方から生じたものである。そこで、中世の封建社会を前提とする所有権の「定義」を排し、民法典に合わせた所有権理論を構築するためには、所有権がもたらし得る効用 (usage) ではなく、効用の実現を可能にするメカニズムによって所有権を定義しなければならない。⁽⁴²⁾ そのメカニズムとはすなわち「排他性 (exclusivité)」のことであり、それは処分権能及び絶対性として現れることになる。⁽⁴³⁾ ここでは特に、排他性の意義と、その現れとしての処分権能とに注目しておきたい。⁽⁴⁴⁾

(42) Zenati, supra note (38), p. 313.

(43) 権利を分析する際に、行使される内容ではなく、それを可能とする構造に注目するというのは重要な視座である (もともと、このような見方はジノサルが提示した「支配 (maîtrise)」の観念によって、その一端が既に示されていたとも評価され得る)。日本法においても、権利意思説的な見方、権利利益説的な見方、折衷的な見方、というように、多様な「権利論」が論じられるとしても、およそ権利の「内容」に着目している点においては学説の大勢に共通性を見出すことができる。これに対し、法実証主義的な見方から、権利意思説も権利利益説も排斥する論者として、末川博を挙げることができる。末川によれば権利とは、法律秩序が主観化したところの許容的法規であり、権利は「利益もしくはその享受自体を指しているのではなく、現在又は将来の利益享受 (又は他の見地からすれば意思支配) を可能ならしめるということを指しているのであるから、権利は利益享受 (又は意思支配) そのものを内容とするのではなくて、それを法的に可能ならしめること——即ち法的に正当づけること——」を意味するとされる (末川・前掲注 (12) 450頁 (『権利侵害論』の初出:『権利侵害論——不法行為に関する研究の一部として——』(弘文堂書房、1930)))。詳しくは、林・前掲注 (12) 116頁以下を参照。近時の学説としては、吉田克己の「帰属＝支配説」が注目される (吉田・前掲注 (2) 20-24頁)。また、債権について、客体たる人の行為 (規範的に観念される「物」ないし「無体物」) に債権が成立することによって、当該客体は、主体 (債権者) による利益享受が正当化される給付 (「財」) となる、というメカニズムについては、林・前掲注 (4) 130頁を参照。

(44) Zenati, supra note (38), p. 314.

排他性について、ゼナティは次のように述べる。帰属 (appartenance) の観念は dominium 概念により、ローマ法において成立した。この観念は中世の法学者によって歪曲されてしまったが、ポティエは使用 (usus)・収益 (fructus)・処分 (abusus) を所有権の効果の描写としてしか理解しなかった。ポティエの定義によれば、所有権とは、それによって物が自らにとって固有のものとなり、他の者すべてを排して自らに帰属するようになる⁽⁴⁵⁾ ところの権利である。所有権が他を排する関係であることを、これ以上明確に表現することはできない。そして、フランス民法典は封建制と歴史的に断絶しており、全体として、排他性という観念に立脚するものとなっている。それでは、排他性とはどのような意義を持つのか。ローマ法における所有権と同様に、民法典によって法認された所有権は、内容というよりむしろ場である。排他性が構築する城壁の内では、すべてが可能となる。ミシェル・ヴィレイが dominium について言うように、所有権とは非-法的な場 (espace de non-droit)⁽⁴⁶⁾ なのである。所有権が限定され

(45) R.-J. Pothier, *Traité du droit de domaine et de propriété*, tome 1, 1772, n° 4. ポティエの記述は、「所有権とは、それによって、ある物が私にとって固有となり、他のすべての者を排するような仕方⁽⁴⁵⁾に私に帰属するようになる⁽⁴⁵⁾ところの権利である (propriété… c'est le droit par lequel une chose m'est propre, et m'appartient privativement à tous autres)」となっている。

(46) ヴィレイはローマ法における dominium のことを、法-外的事実 (fait extra-juridique) ないし本来的自由 (liberté naturelle) と性質づけている (M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Collection "Philosophie du droit" (12), Dalloz, 1969, pp. 151-152)。また、非-法論については J. Carbonnier, *L'hypothèse du non-droit*, *Les archives de philosophie du droit* N° 8, Sirey, 1963, p. 55がある。カルボニエ論文の内容とその意義については、北村一郎「《非法》(non-droit)の仮説をめぐって」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題 [上]』10-20頁を参照 (有斐閣、1996)。ここには、法社会学者としての面をも併せ持つカルボニエならではの視座がよく表されているといえよう。なお、法外ないし法の『空虚な場所』の問題は、民法学を越えて主権論とも関係する。法の『空虚な場所』については、嘉戸一将『主権論史——ローマ法再発見から近代日本へ』56-59頁 (岩波書店、2019) を参照。

次の処分の箇所において、法律行為が語られてはいるものの、ゼナティにおける

ることがあればそれは、544条に定められる通り、法律のみによる。そして、まさにこのような排他的関係から、所有者の物を処分する権能が認め⁽⁴⁷⁾られるとされる。

一般的な用語法において、物を処分する (*disposer une chose*) とは、その物について欲することを為すことを意味する。つまり、事実上の処分である。ところが民法典において処分という語は、より技術的な別の意義を有する。すなわち、法的処分である。所有者のみによって実現が可能な法律行為の実現にその本質が見出され、放棄、譲渡、物権の設定といった例を挙げることができる。所有者は排他的な関係を享受しているからこそ法律行為を実現しようという意味において、処分は排他性からの帰結である。権利の発生若しくは消滅、又はその両方の組み合わせによって、存在する法的秩序の変更をもたらし得るのである。自由としての所有権は法的に欲することの権能であり、これを行行使することによって権利状態を変更することができるのである。ところで、プラニオルによって、権利の内容に処分権能が含まれることの矛盾が指摘された⁽⁴⁸⁾が、自説においてはそのよ

所有権のイメージがかかる「非-法的」なるものであることには十分な留意がなされてよい。法的処分は直接的には法律行為によって実現される旨をゼナティは述べてはいるが、それを基礎づける場所の所有権の発動はまさに生の意思、事実上の意思の現実化として、少なくともそうしたことのアナロジーとして把握されているように窺われる。こうした意思の直接的で無媒介的な仕方での作用のイメージは主意主義 (*volontarisme*) 的なものの見方の一つの表れとも言えるかもしれない。主意主義については、金山直樹『現代における契約と給付』193頁及び241頁(有斐閣、2013)(前者の初出: 金山直樹「与える給付と担保する給付——それから100年、もう一つの歴史——」西村重雄=児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統——日本民法典百年記念国際シンポジウム——』(九州大学出版会、2000))を参照。この点は法律行為の拘束力の根拠といった問題とも連なり得る。

(47) Zenati, *supra* note (38), pp. 314-317.

(48) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, tome 1, LGDJ, 1928, n° 2336, note (1). M. Planiol, G. Ripert, et M. Picard, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd, tome 3, LGDJ, 1952, n° 218. プラニオルによれば、所有権の客体の効用を事実上享受することと法律行為とを峻別され、所有権が正当化し得るのは、客体の事実上の享受に限られるとされ

うな問題が生じることはない、と主張される。そもそも、プラニオルが指摘したことの前提には、所有権を財として把握する伝統的な理解があった。法的処分の根拠と法的処分の対象とが同一であることの矛盾を回避するために、法的処分の根拠を所有権と峻別し、法人格 (personnalité) ないし法的能力 (capacité juridique) の次元に位置づける必要性が生じたのである。ところが、ゼナティの見解に立てば、初めからそのような問題は生じないとされる。というのは、所有権を主体と財、つまり主体と有体財及び権利のような無体財との関係として観念すれば、所有権は有体財または無体財と初めから区別されているので、所有権を根拠として財に対する法律行為を実現することに論理的な矛盾は生じないとされるのである。

る。プラニオルの見解については、森田・前掲注 (11)「処分権の法的構造について」474-475頁も参照

(49) 法的処分の根拠と対象とは互いに区別されなければアポリアに陥ってしまう、という指摘にゼナティは相当に意識的である。そうであるからこそ、自説の利点を強調しているのだが、まさにそのことの帰結として、次の点に留意しておくべきであろう。すなわち、ゼナティは処分の根拠を所有権とし、処分の対象は所有権の客体、つまり物=財であるとする。この点にジノサルからの変化が見られる。ジノサルにおいては事実上の処分の対象は所有権の客体とされていたのに対し、法的処分の場面においては、所有権それ自体が対象として語られていた。たしかに、ジノサルの見解においては、法的処分の根拠と対象とが同一になってしまうというアポリアが残されていたが、事実上の処分と法的処分とが構造上区別されていたことは事実である。それに対してゼナティの見解に立てば、事実上の処分と法的処分とにおいて、根拠と対象とが共通であるという意味において、両者の構造は近接する。ゼナティの見解において、法的処分を事実上の処分のアナロジーとして性格づけることができるのは、このような理由による。この点は所有権の客体についての把握の仕方とも関わる。

(50) 1993年論文の時点においてゼナティは法的処分の根拠条文を544条と理解していたが、この点に関する見解も微妙な変化を見せる。すなわち、法主体が法律行為に基づいて法的に処分する権能を有することが表れているのは537条以下であるとするのである (F. Zenati-Castaing, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTDciv. 2006, p. 461)。とはいえ、なぜ法主体が法的処分をすることができるのかといえば、それはやはり「法主体が所有者であること」ないし propriété 概念自体に求められており (Ibid.)、ものの見方の実質に関する変化はほとんどないとも言える。

以上のような所有権理解は、客体に関する見方へどのように帰結するのだろうか、とりわけ、法的処分場面において、その意義が問題となる。

まず、ゼナティは自説とジノサールの見解との違いを次のように説明する。ゼナティによれば、ジノサールは依然として伝統的理解に影響を受けており、所有権の財としての性格を維持していた。すなわち、所有権とその客体たる財との混同が見られる。これに対して、自説においては、所有権は財と明確に区別され、主体と財とを結びつける関係として純化されているとする⁽⁵²⁾。

(51) Zenati, *supra* note (38), pp. 317-318. なお、絶対性は対抗可能性 (*opposabilité*) として現れるとされる。所有権の排他性は、それ自体の対抗、すなわち帰属の対抗可能性として機能すると同時に、処分権能を有する所有者によってなされた法律行為の対抗をも基礎づけるという意味において、権原の対抗可能性としても機能するとされる。Zenati, *supra* note (38), pp. 321-323.

(52) F. Zenati et N. Kanayama, *Entretiens sur la propriété*, Himeji International Forum of Law and Politics, No. 2, 1995, p. 56. しかしながら、ゼナティによるこのジノサール批判は正鵠を射ていないように思われる。先にも述べた通りであるが、ここでは一般に *propriété* という語が「所有権」という意味を持つこともあれば、「所有物」を意味することもあるという点に注意が必要である。ジノサールが財としての *propriété* を語っているとしても、あくまでそれは所有権の客体たる「所有物」を意味する文脈において *propriété* という語を用いているだけなのであって、そのことは「所有権」としての *propriété* を帰属関係のみならず、財をも意味する概念として用いているということを必ずしも意味しないからである。仮に同じ *propriété* という語が用いられていたとしても、ジノサール自身は帰属関係としての「所有権」と、客体としての「所有物」とは区別していたという理解を本稿の立場として強調しておきたい。その方がジノサールのテキストの内在的な理解としては、より整合的に理解することができるからである。ゼナティによるジノサール批判にはこのような一種の誤読があるように思われるのだが、ジノサールやゼナティの見解を紹介してきた日本の論者は、ゼナティのジノサール読解をそのまま受容してきたきらいがある。

なお、この「誤読」の副産物として、ゼナティが *propriété* を帰属関係の意味に純化した代わりに、客体としての *chose* 概念の幅を拡張した点については後述する。

もっとも、ゼナティ自身、*propriété* という語がラテン語の *proprietas* に由来するものであり (*dominium* ではない)、「固有である」という物の性質をも表現することに意識的である。却ってそれ故にゼナティは、そのような意味における

このように、財に関する理論 (théorie des biens) は三要素からなる。すなわち、人 (personne)、財 (bien) およびその二つの基体 (entité) 間の関係 (relation) であり、所有権こそが人と財とを結びつける関係である。たしかに、所有権概念は、財が専有可能な物 (chose susceptible d'appropriation) と定義される限りにおいて財概念に関わるものの、財そのものではないという点で、所有権と財とは概念上互いに区別される⁽⁵³⁾。

そして、ゼナティは客体について次のように整理する。ゼナティの図式によれば、財産理論の要素の一つたる財 (bien) は二種類に分けられる。すなわち、有体物 (chose corporelle) と無体物 (chose incorporelle) であり、無体物とは権利 (droit) を含む概念である。人 (主体) と財 (客体) との関係たる所有権 (propriété) は、主体の権能を基礎づける点において、主体的権利 (droit subjectif) の名にふさわしいが、財たる権利についてはそうではない。財という客体となる権利は客体的権利 (droit objectif) とでも呼ばれるべきものであるとされる。有体物であれ、権利という無体物であれ、所有権の客体となり、主体はそれらの所有者となり得るとされる⁽⁵⁴⁾。

propiétéを所有権 (droit de propriété) と区別すべきことを強調しつつ、物そのもの (chose elle-même) として語るべきことを説くのである。Zenati-Castaing, supra note (50), pp. 448-450.

(53) Zenati et Kanayama, supra note (52), p. 56. ゼナティの所有権観をどのように評価し、受容するかはひとまず措くとしても、帰属関係とその客体とを区別するという視点は重要である。このような見方に対して、日本法の一般的な理解としては依然として、帰属関係や物概念をめぐる概念上の区別及び概念相互の関係に関する理解が曖昧なままである。このことは、同じ財産権というカテゴリに属するにも拘らず、債権が無体物と呼ばれるのに対し、物権にはそのような呼称が与えられないことにも表れている。

(54) Zenati et Kanayama, supra note (52), pp. 64-65. ここにおける用語法が、ゼナティの客体論をよく表現している。すなわち、ジノサールにおいて chose は依然として有体物を意味する語として用いられていたが、ゼナティにおいては所有権の客体たる bien となり得る存在をおよそ包含する概念として、chose 概念が統一的に把握されることとなったのである。chose 概念が有体物に限定されていたのが、

このように理解された物概念を前提に、ゼナティが法的処分の際に語るのも「物」である。権利の移転を考える際も、権利は物として客体化されているので、権利の譲渡は、物の譲渡としてその構造が説明されることになる。すなわち、ゼナティによれば、権利は有体物と同様に、譲渡人の資産 (patrimoine) から譲受人の資産へと移転すると考えるのが最も簡明であるとされる。⁽⁵⁵⁾ 権利の譲渡とは、物としての権利に成立している譲渡人の所有権を消滅させると同時に、譲受人のために新たな所有権を設定することなのである (「設定=脱設定 (constitution=déconstitution)」)⁽⁵⁶⁾。

所有権の客体一般を意味する「物」へと意味的に変容したことを指摘し得るだろう。

ところで、少なくとも日本法において、権利を物として把握すべきではない。債権上の所有権について我妻の指摘があったように (我妻榮「権利の上の所有権という観念について」『民法研究Ⅲ 物権』224頁 (有斐閣、1966) (初出:法協54巻3-5号 (1936))), 各種の権利がそれ自体によって帰属関係を表現しているものとして理解されているからである。しかし、未だに一般的には債権が無体物として呼ばれることが多い。では同じ財産権としてのカテゴリに属するとされている物権が無体物と呼ばれないのはなぜか。それは、債権について無体物と呼ばれるべき対象に誤りがあったからにはかならない (林・前掲注 (4) 130頁)。すなわち、権利ではなく、権利の客体を「物」と呼べば、概念の混同は解決されるはずである。もっとも、およそ客体を「物」と呼ぶ必要性和合理性がどこまであるのか、有体物主義との関係をどのように理解するのか、といった点はなお問題として残る。とはいえ、「物」概念の体系的な位置づけを考え直す契機をもたらすという点において、ゼナティの見解には意義が見出される。権利と物との区別に関する検討は、別稿で引き続き検討することとしたい。

なお、droit subjectif と droit objectif の訳語について簡単に触れておきたい。通常、droit subjectif は「(主観的) 権利・主観的法」、droit objectif は「(客観的) 法」などと訳される語であるが (山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002) 及び中村紘一ほか監訳『フランス法律用語辞典』(三省堂、第3版、2012) における各項目を参照)、この箇所においてゼナティはそれとは異なった意味合いで用いている。すなわち、主体の権能を基礎づける排他的な帰属関係としての所有権のみが droit subjectif に該当し、所有権の客体となり得る無体物としての droit が droit objectif に該当するとされている。こうした事情から、droit subjectif には「主体的権利」、droit objectif には「客体的権利」という訳語をそれぞれ充てることとした。

(55) Zenati et Kanayama, supra note (52), p. 65.

さらに、権利をおよそ「物」として把握する自説の利点は、すべての財産権について、有体物に関する取扱い (régime) を適用する道筋が開かれる点にあるとされる。⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾

(56) F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n^{os} 176 et 210.

(57) Zenati et Kanayama, *supra* note (52), p. 68. 有体物の取扱いを無体物に適用することが chose 概念拡張の意義であるとするゼナティの見解は、ある意味において、我妻榮の「所有権とその他の財産権とを共通に規律する財産権理論の構成に努力すべきである」(傍点原文) という問題意識を彷彿とさせる (我妻・前掲注 (54) 224頁)。もっとも、問題は一般理論の構成の仕方にある。原文の記述から窺われるように (「何よりも、私の理論によれば、財産権全体を有体物の法的取扱いに服させることが可能となります (Elle [引用者注 : elle は ma théorie に相当する] permet avant tout de faire entrer l'ensemble des droits patrimoniaux aux dans le régime des choses corporelles) (Ibid.))、ゼナティにおいても、chose 概念の中心にあるのはあくまでも有体物であるのであるから、無体物たる権利の取扱いに関しても、常に有体物に関するイメージが必然的に伴うことになる (カテゴリ A とカテゴリ B に共通の、ないしは上位のカテゴリ X が観念されているのではなく、カテゴリ B がカテゴリ A に取り込まれるような仕方での「一般化」がなされる)。問われるのは、そのような仕方での「一般化」の是非であろう。

もっともゼナティ自身、客体の類型に応じて規範の適用領域に相違があり得ることを示唆しており (Zenati-Castaing, *supra* note (50), p. 451)、このような仕方での「一般化」に限界があることを認めてもいる。

(58) 以上のようなゼナティの所有権論・客体論・法的処分論とほぼ同様の見方を提示する論者としてリブシャベールが挙げられる (R. Libchaber, *La recodification du droit des biens*, in *Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004)。リブシャベールも所有権が内容によって定義づけられることはなく、物に対する全能 (plena in re potestas) として、すなわち全面的な支配関係として把握される旨を述べる (n^{os} 7-8)。そして、民法典544条に言う「享受する (jouir)」は客体の排他的享受を意味し、「処分する (disposer)」は法的処分を意味すると読むが、どちらの文言も所有権を構成する要素たる権能としてではなく、所有権の具体的な二つの現れとして意義を有するとされる (n^o 9)。客体については、所有権の客体としての「物 (chose)」に権利が含まれるとする。すなわち、権利は所有権の客体としての無体物 (chose incorporelle) とされるのである (n^o 13)。このような見方を前提に、法的処分の構造について次のように述べる。法的処分の典型例としての権利の譲渡は、譲渡人と物たる権利との排他的な関係を終了させ、譲受人のために別の関係を再生させることであるとされる。リブシャベールによれば、法的処分を通じて、所有者は法秩序の新たな可能性を開くのである (n^o 9)。

(ii) 検討

以上のようなゼナティの見解にはどのような意義を認めることができるだろうか。

第一に、所有権のメカニズムとして「排他性」という見方を前面に打ち出したことである。所有権を帰属関係として把握するのはジノサールによって既に示されていたが、ゼナティは、自らのローマ法理解及びフランス民法典に至るまでの歴史的な理解を前提に、フランス民法典における所有権も「排他的な」帰属関係であることを強く主張する。

第二に、このことの帰結として、所有権がおよそ帰属関係を表現するものとして措定され、かつ、*propriété* という語が「所有物」ではなく、帰属関係を意味する語として純化された結果、所有権の客体はおよそ「物 (*choses*)」という概念に一元化されることとなった。もっとも、ここでは、有体物の取扱いが基準とされつつ、権利などの無体物が、その取扱いに吸収されるような仕方で行われているという点には留意が必要である。

第三に、第一の点と第二の点との帰結を挙げることができる。すなわち、所有権の排他性故に、所有者には客体に対する「自由」が認められ、それを制約し得るのは法律又は規則のみである。そして、このことの帰結として、所有者は客体に対して処分を行うことができるが、ここで言う「処分」には事実上の処分も、法的な処分も含まれる。また、法的処分の対象も客体たる物であるとされていることから、事実上の処分と法的な処分の構造は、いわばパラレルに把握されていると言える。すなわち、「排他性」を根拠に観念される所有者の「自由」に基づいて、所有者の意思が客体に対して直接的に作用する、というイメージである。

(3) ダノス

以上のような論者と基本的な発想を共有しつつも、異なる理論的展開を提示する論者がいる。その一人がダノスである。その議論の特徴を先取りすれば、所有と占有とを明確に区別する点と、法的処分の根拠を所有権そ

れ自体ではなく、法主体の能力に求めつつも、所有との関連性をも論じている点とに見出すことが出来よう。

それでは、以下、ダノスの見解を見ていくことにする。

(i) ダノスの見解⁽⁵⁹⁾

まず、所有権についてのダノスの理解を確認しよう。ダノスによれば、所有権を、物の経済的利益を引き出す法的権能だとする古典的な定義は誤りだとされる⁽⁶¹⁾。なぜなら、所有権を帰属主体の権能によって定義づけると、所有権と他人の物に対する物権とが併存する際の所有権を説明することができなくなってしまうからである⁽⁶²⁾。それでは、他人のために物権が設定されたとしてもなお残る、所有権の本質とは何か。ダノスはジノサール⁽⁶³⁾を援用しつつ、それを物の将来における潜在的な享受と特徴づける。この

(59) ダノスの所有権論に言及する先行研究として、森田・前掲注(11)「処分権の法的構造について」482-484頁を参照。また、フランス債務法改正以後における「与える債務」に関するダノスの見解については、F. Danos, *Obligation de donner, de livrer et de délivrer*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurant Aynès*, 2019, LGDJ, p. 143があり、林・前掲注(9)64-72頁による紹介と検討とを参照。

(60) ダノスによって引用されているのはカルボニエである。カルボニエは所有権を物権の一種に分類したうえで、物権を「人が物の経済的効用の全部又は一部を『直接的に』引き出すことのできる法的権限 (pouvoir juridique qu'a une personne de retirer *directement* tout ou partie des utilités économiques d'une chose)」(イタリア体原文)と定義する(J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 3, *Les biens*, 19^e éd, PUF, 2000, n° 38)。所有権を物権に分類することからも窺われるように、カルボニエは所有権について伝統的な見方を維持している。もっとも、所有権の本質として「排他性 (exclusivité)」を主張する近時の学説についても意識的である。ところがカルボニエによれば、所有権の排他性は「所有権 (propriété)」という語それ自体によって前提とされているのである(Carbonnier, *op. cit.*, n° 68, *post-glose* (1))。

(61) F. Danos, *Propriété, possession, et opposabilité*, *Economica*, 2007, n° 21.

(62) Danos, *supra* note (61), n° 23. 所有権を使用 (usus)・収益 (fructus)・処分 (abusus)の三権能の総和で表現することができないという認識は、現在広く共有されるが、その理解はM. de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTDciv. 1905, pp. 486-487の記述が嚆矢とされる。

(63) Danos, *supra* note (61), n° 24.

ような見方に対しては、現に所有者が物を享受している場合の説明ができないのではないか、という批判が予想されるが、それは当たらないとされる。なぜなら、現実に享受が行われるか否かは占有に関わる問題であるからであり、所有権それ自体の問題とは区別される。所有者が物を享受し得るのは、所有者が物を現に占有しているからなのである。この場面において、所有権は占有の権原としての意義を有する⁽⁶⁴⁾。このように考えると、所有権を一定の権能 (prérogative) の集合として表現することはできなくなる。従来、所有権を構成する権能とされてきたものは、物に「含まれている」⁽⁶⁵⁾。要するに、古典的理解においては、物と所有権との混同があったのである。所有権それ自体は、物に対して行動するための一般的で未分化の権能 (faculté générale et indifférenciée d'action sur la chose) であり、主体が物に対し、その総体において、行為する能力 (aptitude du sujet à agir sur la chose dans son ensemble) なのである。これが個別化し単一化する (particulariser et singulariser) 場面こそ占有であり、それはすなわち、物の享受、つまり、使用 (usus)・収益 (fructus)・処分 (abusus) の現実的な行使のことである⁽⁶⁷⁾。なお、ここでいう「処分 (abusus)」は法的処分のことではなく、物それ自体に対する事実的な処分を意味するとされる。以上⁽⁶⁸⁾

(64) Danos, supra note (61), n° 26. 事実的な利益享受を法的な帰属関係が正当化するという発想は、先に紹介した末川の見解とも通ずるところがあり (前掲注 (43) を参照)、筆者も共有するところである。もっとも、先述の通り、少なくとも日本法において、帰属関係は各種の権利によって表現されていると考えれば十分である。

(65) 原文の表現は次の通りである。「諸権能は所有権それ自体に組み込まれているのではなく、物そのものに『含まれている』(les prérogatives ne sont pas… intégrées dans le droit de propriété lui-même mais sont « contenues » dans la chose même) (Danos, supra note (61), n° 28)」。つまり、占有によって実現される所有権の行使の「内容 (contenu)」は、所有権の客体たる物それ自体に「含まれている (contenu)」価値に他ならないということである。

(66) Ibid.

(67) Danos, supra note (61), n° 30.

(68) Danos, supra note (61), p. 35, note (2).

のことは、所有権を使用・収益・処分の総和として定義することはできないが、所有権によって正当化されるものの物の事実的な享受の内容が、544条の文言 (« *jouer et disposer* ») によって表現されている、という趣旨として理解される。所有権と占有との区別を端的に表現すれば、所有権は物を享受する権限 (*pouvoir de jouissance de la chose*) であるのに対し、占有は物の現実的な享受 (*jouissance effective de la chose*) のことであるとされる⁽⁶⁹⁾。

それでは次に、処分に関するダノスの見解を見ていこう。上記の通り、544条にいう処分は事実上の処分であり、占有によって実現される享受の一内容とされる。これに対して、537条は所有者が当該物に関して行う法律行為に関する規定であるところ、法的処分の問題は537条に関わるとする点⁽⁷⁰⁾が特徴的であり、前記までの論者たちとは見解を異にする⁽⁷¹⁾。

物そのものの事実上の処分 (享受) と法的処分とをどちらも所有権の内容と考える見解は、二種類の「処分」を繋ぐ概念として、物に対する所有者の「支配 (*maîtrise*)」を措定する⁽⁷²⁾。しかし、物それ自体の消費 (事実上の処分) と法的処分との間には、明確な差異が存在する。それは、事実上の処分が当該物の性質によって定まる使用に起因するのに対し、法的処分は権利の帰属主体の法的な能力に関わる、という点である⁽⁷³⁾。しかしながら、民法典の起草者は、このような区別を十分意識することはなかった⁽⁷⁴⁾。ところが、ダノスによれば、そもそもローマ法における *abusus* は有体物の有体的な消費、すなわち、物の享受の一態様を意味していたのであ

(69) Danos, *supra* note (61), n° 78.

(70) 【537条1項】

私人は、法律が定める変更の下、自らに帰属する財を自由に処分することができる。

(71) Danos, *supra* note (61), n° 62.

(72) Danos, *supra* note (61), n° 64. ダノスはここで引用こそしていないものの、「支配 (*maîtrise*)」はジノサールにおける重要な概念であった。

(73) Danos, *supra* note (61), n° 65.

(74) Danos, *supra* note (61), n° 66.

て、物を法的に処分する権能を指すものではなかった。⁽⁷⁵⁾

ところで、物それ自体に対する権利の行使と、権利に対する法律行為とを明確に区別したのはプラニオルであった。⁽⁷⁶⁾ 彼の見解からは、物の享受たる占有と、物に関連する法律行為との区別が導かれる。なぜなら、後者は所有権の行使とは言えないからであり、ダノスによればこのような区別は適切であった。また、プラニオルは一見すると論理的な次のような帰結も導いた。すなわち、事実上の処分から区別された法的処分は所有権のみを対象とするのではなく、譲渡可能な権利一般が問題となる。したがって、法的処分は所有権と特権的な関係を保ちえないとされたのである。もともと、プラニオルは法的処分を可能にする権能の性質を明らかにすることはなかつた。⁽⁷⁷⁾

プラニオルを踏襲しつつ、その見方を発展させたのがベラであった。ベラによれば、absus は物それ自体の享受のこととされつつ、法的処分を可能にする権能は、「個人の基本的な権限 (pouvoir fondamental de l'individu)」、すなわち、法的に行為する能力、法主体と不可分な要素であるとされたのである。⁽⁷⁸⁾

こうしたプラニオルとベラの見解からは、物それ自体の享受は、所有権によって正当化されつつ占有によって実現されるのに対し、法的処分は主体の権能に基づくのであって、所有権によって基礎づけられるわけではな

(75) Danos, supra note (61), n° 67.

(76) 前掲注 (48) 及び対応する本文を参照。

(77) Danos, supra note (61), n° 68. なお、プラニオルらの見解においては、所有権が他の権利と同列に位置付けられており、権利を「物」として取扱うダノスとは前提を異にしている点に留意しておく必要がある。ダノスの客体論については後述する。

(78) Danos, supra note (61), n° 69. D. Berra, Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, thèse Nancy, 1969は書籍として公開されておらず、参照することが叶わなかった。ベラの見解については、森田・前掲注 (11)「処分権の法的構造について」477-478頁を参照。

い、という区別が導かれるのである。

以上のような見解に与しつつ、ダノスは次のように述べる。物を譲渡したり、第三者のために権利を設定したりする権能（＝法的処分権能）を所有権の内容と解することはできない。物そのものの有用性（utilité）を享受することは、所有者が客体たる物を占有していることを前提に、所有権によって正当化される事実的行為であることから、所有権の内容とということが出来る。これに対して、法的処分は物の有用性を直接の対象とはしないから、所有権の行使とはいえない⁽⁷⁹⁾。法的処分は所有権の行使としては把握され得ず、人の地位とその行為する能力（statut de la personne et sa capacité à agir）に基づいているのである。すなわち、所有者としての地位と所有権とは区別される。法主体（sujet du droit）には、自らに帰属する財との関係において法的に行為する権能が認められるが、これは法人格に備わる一般的な能力が、主体が当該財の所有者となることによって個別化されるからである。このような意味において、所有者の法的処分権能と所

(79) これに対して、法的処分も物それ自体の交換価値に関わるという意味において、物の有用性の表現とする見解もある。Dross, supra note (28), n° 24. W. Dross, Une approche structurale de la propriété, RTDciv. 2012, n° 6-9. もっとも、こうした見方に対しては、物の交換価値とは他の物（商品）との交換比率なのであって、果たして物それ自体の価値なのだろうか、二種類の価値は存在の態様を異にするのではないか、という疑問も提示され得るだろう。

(80) Danos, supra note (61), n° 72-73. 法的処分権能と所有権との関係について、原文の表現によれば、「所有権と所有者としての地位との間には、相互無関連性と相互関連性とが存在するのである（Il existe une indépendance et une interdépendance entre le droit de propriété et la qualité de propriétaire）（Danos, supra note (61), n° 72）」とされる。なお、法主体の一般的権能が、所有権の成立によって個別化し、現実に行使されるようになる、というダノスの見方は、森田宏樹の見解に大きく影響しているように見受けられる。森田によれば、法主体には一般に財産を処分する権能が認められるが、帰属関係が現に発生することによって、当該財産権に対して観念されるようになるのが「処分権」であるとされているからである。それ故に、森田の見解にあつては、法的処分は「帰属主体性」の問題として位置づけられるのである（森田・前掲注（10）282-283頁及び同・前掲注（11）「処分権の法的構造について」508頁）。しかしながら、この点については、日仏の法制度の相

有権とは、相互に区別されつつ、関連するのである。⁽⁸⁰⁾このように、法的な処分行為が所有権によって正当化されないとすれば、処分権 (droit de disposer) は所有権に内包される要素とは言えず、処分権は所有権の内容とされ⁽⁸¹⁾ないのが論理的である。

このように、処分行為は、占有することによって物それ自体の有用性を享受することではないという意味において、所有権の行使とは言えないのだから、処分権能は所有権の内容に含まれない。処分権能は、主体の法的に行為する能力に由来するという意味において、所有権から区別されるのである。とはいえ、処分権能が所有権と無関係になるわけではない。それは、所有者でない者による当該物に対する処分行為が無効とされることか

違も関係するところであり、慎重な検討が必要となるだろう。すなわち、フランス法では他人物売買が「無効」とされているからこそ、ダノスは法的処分の場面に於ける帰属の意義を重視することになるが、日本法の文脈においても帰属が同様の意義を有するかどうか、という問題である。現段階での私見については、林・前掲注(9)74-75頁を参照。すなわち、契約に基づく法的処分の文脈であるが、帰属関係の存在を、契約の拘束力の移転的効果が実際に作動するための条件として理解している。このように、私見も、帰属の問題と法的処分の問題とを分離させつつ、両者の関連性を見出そうと試みており、この点において、「相互無関連性と相互関連性」を意識するダノスの発想と親和的である。問題は、その法的構成ということになるだろう。

また、ダノスによれば、客体の返還請求権も所有権それ自体の行使ではなく、所有者としての地位が問題となる場合の一例とされる (Danos, *supra* note (61), n° 74)。すなわち、revendicationの問題を「所有者としての地位」と関連させており、日本法の理解にとっても示唆的である。このように、帰属関係の存在を前提としつつ、その保護が問題となるような場面を、帰属主体性に基づく「財産権の一般理論」によって把握する可能性はあるかもしれない(物権的請求権や差止め等)。しかし、法的処分の有効性については(少なくとも日本法では)帰属関係の存在を必ずしも前提としないので、帰属主体性の問題に含めるのは困難ではないだろうか。問題の捉え方として、「法的処分を権利の内容としてでもなく、また帰属の効果としてでもなく、互いに位相の異なる規範の動態的構造の下で把握する」と提示したのもこのような趣旨によるが(林・前掲注(9)73頁)、具体的な内容については別稿での課題としたい。

(81) Danos, *supra* note (61), p. 85, note 2.

(82) フランス民法典は以下の規定によって、他人物売買が無効である旨を定める

らも明らかである。⁽⁸²⁾では、所有権と処分権能との関係は、如何にして把握されるのか。主体は、所有者としての地位を前提とすることによって、当該物に対する処分行為を行うことができる。つまり、処分権能それ自体は、法主体の法的に行為する能力に由来するものであるが、所有権によって付与される帰属主体性という地位に基づいてそれが具体化するという意味において、法的処分と所有権は関連するのである。⁽⁸³⁾

それでは、以上のように理解される所有権の客体に、ダノスは何を含めているのだろうか。自らに帰属する有体物は当然に含まれるとして、所有権以外の権利も「物 (choses)」概念に含まれているか否かが問題となる。

この点につき、ダノスは権利 (財産権) (droit patrimonial) も物概念に含まれると明言する。すなわち、物権であれ債権であれ、当該権利を行使することができるのは、財産権が所有権の客体としての物だからであるとされる (ce droit patrimonial est une chose sur laquelle porte le droit de propriété)。つまり、財産権は所有権の客体たる物であるが故に、財産権の占有を観念することができ、所有者はかかる占有に基づいて、当該物=財産権の有用性を享受することができるのとされる。権利という無体物の有用性享受は、直接的には所有権の行使ではなく、占有という事実⁽⁸⁴⁾に依拠しているが、その事実は無体物たる権利に成立している所有権によって正当化されているのである。例として、債権を客体とする所有権 (propriété des

点が特徴的である。ただし、目的物が他人物であることについて善意の買主を保護するために契約が存続するような「無効 (nul, le)」の法的意義については、検討の余地が残されている。

【1599条】

他人物売買は無効であり (La vente de la chose d'autrui est nulle)、その物が他人のものであることを買主が知らなかったとき、その売買は損害賠償責任を生じさせる。

(83) Danos, *supra* note (61), n° 78. このように、法的処分と所有権とを峻別しつつも、帰属主体性という結節点をも指摘する点が、プラニオル及びペラとは異なる自説の独自性とされている。

(84) Danos, *supra* note (61), n° 96.

(85) Danos, *supra* note (61), n° 214.

créances) の成立が認められるとされている⁽⁸⁵⁾。ここからは、ダノスが権利を物 (chose) 概念に含まれるとしつつ、有体物と無体物との取扱いについて、基本的には共通の視座から把握していることを見て取ることができる。

そして、法的処分の対象とされているのも、物とされている⁽⁸⁶⁾。さらには、所有権の移転は「与える債務 (obligation de donner)」の履行によって、物の占有が移転することによって実現されると理解されている⁽⁸⁷⁾。

(ii) 検討

以上確認してきたダノスの見解における特徴と意義とは、どのような点に見出されるだろうか。

第一に、所有と占有とを明確に区別した点を挙げることができる。すなわち、所有権とは物の潜在的な享受であり、一般的な権能であるとされ、現実になされる物の享受は占有によって実現されるとする。所有権は使用 (usus)・収益 (fructus)・処分 (abusus) の集合としては定義され得ない、とするのは近時の学説においては広く共有されていたが、所有と占有とを区別したうえで、所有権が占有を正当化するという関係から、このことを

(86) 原文の一部を引用すると、「物に対してなされる法律行為 (actes juridiques accomplis sur une chose)」という表現がある (Danos, supra note (61), n° 75)。

(87) この点については、次のように述べられる。「所有権は、占有の移転によって、取得者にもたらされる。所有権の取得のために、物の引渡し、つまり、取得者の占有の下に置くことを通じて契約により移転されるのは、物そのものなのである (La propriété est acquise à l'acquéreur par le transfert de la possession. Ce qui est transmis par le contrat, c'est la chose elle-même aux fins d'acquisition de la propriété, par le biais de sa remise, de la mise en possession de l'acquéreur) (Danos, supra note (61), n° 383)」。

なお、フランス債務法の改正に伴って、権利移転は与える債務の履行ではなく、契約の拘束力によって基礎づけられるようになったが、ダノスは改正後の法状況においても、与える債務は法典の内に依然として存続し、かつ、権利移転も与える債務の履行によって基礎づけられていると理解している。林・前掲注(9) 64頁以下を参照。

説明した点がダノスの新規性である。

第二に、事実上の処分と法的処分とを区別したことである。すなわち、例えばゼナティによれば、事実上の処分も法的処分も、どちらも所有権の内容として説明されていたが、ダノスの見方はこれと異なっていた。すなわち、事実上の処分は、物それ自体の有用性にかかわるのであるから、占有によって実現される所有権の内容と観念することが可能である。これに対して、法的処分は、物それ自体の有用性を享受することを意味しないのであるから、所有権に基づいて正当化される占有によっては実現されることはない。すなわち、所有権の内容ではない。言い換えれば、544条にいう処分は事実上の処分であり、法的処分は537条に規定される内容なのである。そこで、法的処分は所有権の外側に位置づけられ、法主体の能力が根拠であるとされる。もっとも、法主体がその能力を行使できるのは、法主体が当該物の所有者であるときに限られるという意味において、法的処分は所有権と関連する。法的処分を所有権から区別させつつも、両者の結節点を示した点にダノスの独自性が認められよう。

また、第一の点と第二の点とに共通することであるが、抽象的な権能が一定の事実によって具体化する、という思考枠組を見出し得ることも付け加えておこう。

もっとも、次の点には留意しておく必要がある。

第一に、事実上の処分と法的処分とを区別したとはいえ、両者の対象は共通して「物」とされている点である。このことは、権利がおよそ所有権の客体としての物とされていることが影響している。さらに、所有権の移転は、客体たる物を引き渡すことによって実現されると考えられている。まさに、法的な処分が物の外部的な移転のイメージによって把握されていることの証左といえよう。

第二に、法的処分の根拠が所有権以外に求められた結果として導かれた結論が、法主体の能力それ自体という点である。この点については、ゼナティの見解において語られていた、所有者の「自由」とあまり変わるとこ

ろはなく、帰属関係の発生に伴う法主体の能力の実現という主張においては、個人の意思の直接的な発現というイメージがむしろ鮮明になったとさえ言うこともできる。

(4) ショヴィレ⁽⁸⁸⁾

ショヴィレは、これまで見てきたような、帰属関係としての所有権という見方を継承しつつ、そのような理解に基づいて、権利移転の法的構造を論じた。所有権理論と法的処分論との結節点のみならず、(図らずも) 分岐点をも示しているという点において、検討の意義を有している。

(i) ショヴィレの見解

それではまず、ショヴィレの所有権観から確認していきたい。

propriété という語は、二つの異なる意味を帯びている。⁽⁸⁹⁾ すなわち、第一に人と物との排他的な関係を意味し、第二に物それ自体(所有物)を意味する。こうした所有権の主観的アプローチ (approche subjective) と客観的アプローチ (approche objective) は、ローマ法における dominium と proprietas とに由来するものであり、民法典にその影響が残っているのである。⁽⁹⁰⁾

まず dominium について、次のように説明される。第一の特徴として、dominium は物に対する人の権能であることが挙げられる。dominium という語は dominus から派生したものであるが、さらに元をたどれば domus に由来する。すなわち、domus は家を意味し、dominus

(88) 「与える債務 (obligation de donner)」に関するショヴィレの見解については、山城一真「フランス契約法における『与える給付』概念」慶應法学44号193-195頁(2020)を参照。

(89) このような見方はショヴィレ以前から示されていたものであったが(前掲注(52))、承継取得に関するショヴィレの見解にとって重要な意義を有しているため、ここでも検討する。

(90) P. Chauviré, L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens, LGDJ, 2013, n^{os} 85-86.

は家にあるものすべての主人という資格における家父長 (paterfamilias) を指す。財に対するこのような権能は、物の側ではなく、人の側に観点を置いている。この点において、dominium は所有権の主観的アプローチへと向かうものである。また、dominium の第二の特徴は、その内容を定義し得ないことにある。なぜなら、dominium は物に対する全面的な支配として現れるからである。すなわち、ローマ法における所有権は財に対するあらゆる権能を dominus に与えており、財の把握のための自由な領域を用意していたのである。したがって、ローマ法における所有権は権利 (jus) ではなく、権能 (potestas) として性格付けられるのである。

このような、古典時代のローマ法における dominium の叙述には、dominium の以上のような二つの特徴が表れている。すなわち、dominus たる人に付与された帰属関係であること、そして、内容によっては定義され得ず、所有者とその財との関係において保障される自由によって定義され得る、ということである。⁽⁹¹⁾

これに対して、proprietas については次のように説かれる。proprietas という語は、proprius という形容詞から派生しており、特有であるという性質、固有に帰属している、ということの意味し、物の内在的な性質、誰か特定の者にとって固有であるという性質を指す。したがって、proprietas は、物について所有者によって維持される関係を意味するのではなく、専有されている物それ自体を意味するのである。そして、帰属関係の客体たる物は、物に対する支配としての dominium とは区別される。こうして、proprietas は所有権の二重的な観念の第二の側面である客観的アプローチに向うのである。⁽⁹²⁾

それでは、フランス民法典における所有権概念はどのように把握されるべきなのだろうか。

(91) Chauviré, supra note (90), n° 87. まさにゼナティ的所有権観を継承していることが表れている。

(92) Chauviré, supra note (90), n° 88.

ショヴィレによれば、フランス民法典と封建的秩序との断絶にポティエが重要な役割を果たしたとの評価がなされる。当時適用されていた規律によっては説明し得ないポティエの記述がローマ法における所有権の影響を受けていたことは否定され得ないからである。⁽⁹³⁾⁽⁹⁴⁾

さらに、財の法に関して、民法典起草者たちがそれまでの封建制的な法状況との断絶を図っていたことは明らかである。このことは、中世の封建制によって本来の所有権が失われてしまったとするポルタリスの言明からも明らかである。⁽⁹⁵⁾ このため、民法典における所有権は、大筋においてローマ法における所有権を継承しているのである。

まず、民法典における所有権はそれが有体的なものであれ、無体的なものであれ、あらゆる種類の財を客体とすることができる。所有権は有体物のみを客体とするという主張も依然として見受けられるが、実体法上の根拠は何もない。むしろ、無体的な財をも客体とすることができることの実

(93) すなわち、「所有権とは、それによって、ある物が私にとって固有となり、他のすべての者を排するような仕方ですべての者に帰属するようになることの権利である (propriété… c'est le droit par lequel une chose m'est propre, et m'appartient privativement à tous autres)」(Pothier, supra note (45)) という記述を指し、「ある物が私にとって固有」という表現が重疊的な所有関係とは相容れないことが指摘されている。

(94) Chauviré, supra note (90), n° 89. ショヴィレがゼナティの見方を継承していることは、ポティエのこの記述を引用しつつ、物が排他的な仕方ですべての者に固有なものとなることに所有権の本質を見出している点にも表れている。

(95) 引用されるポルタリスの言明はこうである。「封建制の確立によってもたらされた奇異な変革が起きた時、所有権に関するすべての観念が歪曲され、すべての真なる格率が不明瞭なものとなったのである (Lors de l'étrange révolution qui fut opérée par l'établissement du régime féodal, toutes les idées sur le droit de propriété furent dénaturées, et toutes les véritables maximes furent obscurcies)」。P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome 11, 1827, p. 120.

(96) 【2255条】

占有とは、ある者が自ら又はその者の名において物を保有若しくは権利を行使する他人を通じて保有する物又は行使する権利の所持又は享受のことをいう。

(97) 【526条】

定法上の根拠として、民法典2255条⁽⁹⁶⁾、526条⁽⁹⁷⁾、529条⁽⁹⁸⁾を挙げることができる。

次に、dominiumと同様に、民法典の所有権は物を絶対的な仕方⁽⁹⁶⁾で享受し、処分し得る権利である。これは、立法者が所有権の内容を定義することなく、また、所有者と物との関係に介入することなく、所有者に対して財の有用性の無制限の享受を認めたことの表れである。

最後に、所有権に関する諸規定の中に、ローマ法における dominium と proprietas とによって二重化された所有権観念を看取し得る。たとえ

以下の権利は、その客体によって、不動産である。

不動産である物の用益権

地役ないし土地役務

不動産の返還請求を目的とする訴権

(98) 【529条】

元本を請求することができる金銭若しくは動産を目的とする債権及び訴権又は金融、商取引若しくは製造を業として行う会社における株式若しくは利益持分は、それらの事業に服する不動産が会社に属する場合であっても、法律の定めるところにより、動産である。それらの株式又は利益持分は、会社が存続する限りにおいて、各社員についてのみ動産とみなされる。

永久又は終身の定期金もまた、それが国についてのものであれ、私人についてのものであれ、法律の定めるところにより、動産である。

(99) 本条における propriété の翻訳については、propriété 概念をどのように理解するかにかかっている。既存の訳は「所有権」と理解しているようであるが、ここでは原文と併せて、ショヴィレの見解に沿うと考えられる翻訳をも併記することとする。

【545条】

・原文

Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

・既存訳①：神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法〔Ⅱ〕物権法 財産取得法 (1) 現代外国法典叢書 (15)』45-46頁 (有斐閣、1956)

「何人ト雖モ所有権ノ讓渡ヲ強制セラルルコトナシ、但シ、公用ノ為且正当ナル事前ノ補償ヲ受クル場合ハ此ノ限りニ在ラズ。」

・既存訳②：法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典 物権・債権関係上』5頁 (法曹会、1982)

「いかなる者に対しても、公益を事由として、かつ、その者が正当かつ事前の補償を受ける場合でなければ、その所有権を讓渡することを強制することができな

ば、544条と545条とを挙げることができる。すなわち、544条は、人が物に対して行使する権能としての所有権 (droit de propriété) を規定の対象としているのに対し、545条では専有されている所有物 (propriété) が問題となっている⁽¹⁰⁰⁾。

以上のように、封建制を基礎とした所有権概念との断絶が民法典起草者たちによって図られていたことは明らかである。そして、このような所有権理解を前提にショヴィレは所有権の承継取得 (acquisition dérivée) の法的構造へと検討の対象を進める⁽¹⁰¹⁾。

承継取得に関するショヴィレの所説における主旨は、次の二点にまとめられよう。すなわち、第一に「所有権の移転」は観念しないことであり、第二に承継取得は、物の放棄→新たな帰属関係の発生という時的区分から分析され得ることである⁽¹⁰²⁾。

それでは第一の点から見ていこう。承継取得に関する伝統的な理解は、所有権を財として法性決定しており、所有権という語の多義的性格 (caractère amphibologique) を考慮に入れてこなかった。「所有権の移転」という用語法は、所有権が移転の客体であることを前提としているが、所有権それ自体と所有権の客体たる物とは互いに区別されなければならない。このことは、ローマ的所有権理解を前提とすることから導かれる。まず、所有権とは人と財とを結びつける関係であるが故に、財ではない。次に、所有権という帰属関係は、法主体の財に対する投影であるが故に、移転され得ない。このような見方の基本的な構図はドゥ・ヴァレイユソミエールによって指摘されていたが、その見解に問題がなかったわけではな

い。」

・ショヴィレの見解に沿うと考えられる翻訳

「何人も、公益を理由とし、かつ、正当で事前の補償を受ける場合でなければ、その所有物の譲渡を強制されることはない。」

(100) Chauviré, supra note (90), n° 90.

(101) Chauviré, supra note (90), n° 91.

(102) Chauviré, supra note (90), n° 92.

かった。すなわち、ドゥ・ヴァレイユースミエールが「移転可能な権利はなく、また、権利の移転もない (il n'y a pas de droit transmissible, et pas de transmission de droit)⁽¹⁰³⁾」というとき、そこには権利 (les droits) と所有権 (la propriété) との混同が見られる。移転を観念し得ないのは権利についてではなく、所有権についてだからである。そして、権利の移転可能性が広く認められているのは、権利が所有権という関係における客体だからであり、権利もその一部をなすところの無体物 (chose incorporelle) は、有体物 (chose corporelle) と同様に、移転の客体となり得るのである。⁽¹⁰⁴⁾

所有権 (la propriété) と権利 (les droits) との取扱いにおいて差異が生じるのは、両者に性質上の相違があるからである。まず、権利と所有権とでは、関係の構造が異なる。権利について言えば、客体に加えて常に二人の主体が関与することになる。すなわち、能動主体 (sujet actif) と受動主体 (sujet passif) とである。これに対して、所有権について関係するのは所有者と物のみである。⁽¹⁰⁵⁾ 次に、所有権は、所有者に付与される権能の限定がないという点においても特徴的である。所有者は、立法者によって定立される境界による制限を除けば、自由の場 (espace de liberté) を享受することができる。⁽¹⁰⁶⁾ これに対して、権利について言えば、能動主体に認められる権能は、個別の権利ごとにその内容が定められている。こうした観点からすれば、「所有権 (droit de propriété)」という表現は propriété を権利と同列に扱うという点において、誤りがある。⁽¹⁰⁷⁾

次に第二の点、すなわち、承継取得における時的区分に関するショヴィ

(103) de Vareilles-Sommières, supra note (62), p. 452. ドゥ・ヴァレイユースミエールによれば、権利は人の権限 (pouvoir) ないし権能 (puissance) とされるところ、当該主体の人格と権利とは不可分であるが故に、権利の移転を観念することはできないものとされる (Ibid.)。

(104) Chauviré, supra note (90), n° 93. この記述からは、ショヴィレが権利を無体物として性質づけ、有体物と同列の地位に置いていることが明確に表れている。

(105) この点は、ジノサル理論の継承に他ならない。

(106) ヴィレイ及び、その影響を受けたゼナティの見解を継承している。

(107) Chauviré, supra note (90), n° 94.

レの所説を確認しておこう。所有権 (propriété) が、主観的な関係という意味で把握され、移転の客体たる性質を有しないとすれば、「所有権の移転」という見方は廃棄されることになる。そして、取得の過程は二つの段階を経るとされる。すなわち、元の所有者による所有権の放棄と、承継人⁽¹⁰⁸⁾の下での新たな所有関係の発生であり、所有者としての地位の承継が起こるのは、放棄がなされ、取得のための意思表示がなされる時に他ならぬ⁽¹⁰⁹⁾。

人に付与された権能として所有権を把握すると、かかる権能は各人格にとって固有のものであるので、その移転は観念し得ないことになる。移転するのは、ただ財のみである。したがって、「propriété の移転」という表現における propriété とは、客体としての propriété を意味するという理解の下、物 (所有物) の移転を意味するものとされなければならない。ただし、このように理解したところで、財の移転の構造が十分に語られたことにはならない。譲渡人が譲受人の手に財を譲渡し、新たな所有者＝主人 (dominus) が生まれる以上は、主体の観点から見た propriété にも関心を払わなければならないからである⁽¹¹⁰⁾。そして、所有者としての地位の承継は、放棄と、取得のための意思表示とによって実現される⁽¹¹¹⁾。

所有権は資産の構成要素のすべてに関連する主観的帰属関係なのであるから、有体物のみならず、物権及び債権も所有権の客体である。専有されている客体が何であれ、すなわち、有体物であれ権利であれ、取得の構造

(108) Chauviré, supra note (90), n° 95.

(109) Chauviré, supra note (90), n° 96.

(110) Ibid. ここで「手 (main)」のイメージが登場していることにも留意しておきたい。有体物のみならず、権利も無体物として把握される以上、権利変動の構造も、外部的な存在としての物が、譲渡人の手から譲受人の手へと移転するという観念がそこにはあることを看取することができる。また、権利変動における「手」のイメージとしてまず想起されるのは「投石の比喩」だろう (前掲注 (35))。「投石の比喩」によっては法的処分を説明し得ないことについては、前掲注 (13) 及び対応する本文を参照。

(111) Chauviré, supra note (90), n° 97.

は同一である⁽¹¹²⁾。取得に関するあらゆる態様が、所有権という帰属関係を再び発生させることを共通の要素として有するのであれば、その点において、承継取得も原始取得も共通の構造をもつことになる⁽¹¹³⁾。

それでは、承継取得の特徴はいかなる点に見出されるだろうか。それは、所有者（譲渡人）による法律行為の存在である、とされる。

主体による財の自由な処分を定める民法典537条は、技術的な意味合いというよりも、政治的で思想的な意味合いを有する。すなわち、複雑な権利関係ゆえに、財を自由に処分することが困難であった革命以前の法状況を、民法典は採らないことを明らかにしたのである⁽¹¹⁴⁾。

ところで、民法典544条は所有権を、物を享受し処分する権利として規定する。多くの論者は、「処分」を *abusus* と同視しつつ、物理的な処分 (*disposition matérielle*) と法的な処分 (*disposition juridique*) とを区別する。そして、537条は財の法的状況の変更のみを意味すると考えられており、所有者に法律行為を実現する権限を認める537条こそが承継取得と関連することになる⁽¹¹⁵⁾。

537条は所有者が自らの財との関連においてなす法律行為の実現を正当

(112) Chauviré, *supra* note (90), n° 98.

(113) Chauviré, *supra* note (90), n° 103. なお、承継取得と原始取得とが共通の構造を有するとはいえ、このことが、権利移転がおよそ原始取得であるということの意味するものとはされていない。なぜなら、ショヴィレ自身、譲渡人による放棄という過程を経る点において、承継取得を原始取得から区別しているからである。

日本法においても承継取得と原始取得とは、ある主体の下で発生する帰属関係が、前主との関係で発生するか否かによって区別されるのであり、権利変動メカニズムの把握の仕方（「権利がそのものとして前主から後主へ移転する」とみるか、「前主の下で権利が消滅し→後主の下で権利が発生する」とみるか）とは次元を異にするものである。別言すれば、仮に譲渡のプロセスを「前主の下で権利が消滅し→後主の下で権利が発生する」と把握するとしても、権利変動の原因が前主と後主との間における法律行為である以上、そのような権利取得態様は依然として承継取得に分類されることになろう（森田・前掲注（10）284頁も参照）。

(114) Chauviré, *supra* note (90), n° 161.

(115) Chauviré, *supra* note (90), n° 162. 法的処分に関わる条文は、544条ではなく537条であるとする点は、ダノスと同様である。

化する。この法律行為には、第三者のために物権を設定することのみならず、当該物を譲渡し、自らの資産から切り離すことも含まれる。帰属関係を終了させることは、財の自由な処分の最も顕著な例とさえ言えるのである。537条によれば、主体は財を自由に処分することができる⁽¹¹⁶⁾とされているが、このことが意味するのは、原則として財の譲渡可能性を制限するものはないということである。法的な取引を実現するにあたって必要となる法律行為を実現するための、各人に与えられたこの権能は、所有権の取得態様の一定の場合につき関連する。ところで、承継取得の場合において、元の所有者と財との間の関係は断ち切られることになるが、これは法律行為をもって行われる。承継取得は所有者の処分権限 (pouvoir de disposer) の顕著な現れである。

(ii) 検討

以上確認してきたショヴィレの見解は、どのような意義を有すると評価することができるだろうか。一言で述べれば、ジノサルやゼナティらによって展開されてきた所有権理論を継承しつつ、それに基づいて承継取得の法的構造に関する説明を試みた結果、かかる所有権理論に基づいて法的処分を説明することの課題をかえって浮き彫りにした、ということが出来る。

ショヴィレの議論において、これまでの議論と異なる点があるとするれば、それは譲受人の視点をも取り入れていることである。これまでは所有権と法的処分との関係が論じられる結果として、譲渡人側で生じるメカニズムに重点が置かれてきたように見受けられるが、承継取得全体の構造を分析するにあたって譲受人の側をも考慮する点が重要である。また、そのことの結果として、承継取得のプロセスが二つの時的区分（譲渡人による放棄→譲受人による新たな帰属関係創出）によって分析的に検討されていることも特徴的である。

(116) Chauviré, supra note (90), n° 164.

もつとも、このことから次のような疑問が生じる。すなわち、法的処分はもはや所有権によるばかりか、帰属主体性概念によっても説明され得ないのではないだろうか、ということである。まず、ショヴィレは事実上の処分は544条に関わり、法的処分は537条に関わるとしていることから、もはや544条は法的処分の根拠とされていない。それでは、法的処分は何によって基礎づけられているのだろうか。ここでは特に、譲受人の側の視点が意味を有することになる。

そもそも、537条は財が帰属している側の当事者、つまり譲渡人についてしか問題としていないので、譲受人の側をも含めた一連のプロセスを叙述していない。したがって、譲受人が帰属関係を新たに発生させることを含めた権利変動全体を基礎づけているわけではない。たしかに、譲渡人の側に限れば、537条は法的処分の根拠規定であるようにも読める。そうであるからこそ、先に検討したダノスは、537条を考慮しつつ、法主体の権能が具体化する場面、すなわち所有権の存在を重視したのである。すなわち、法主体に備わる権能こそが法的処分の根拠であるとしても、それを実際に行使し得るのは、特定の客体を対象とする所有権の存在（帰属主体性）によって、かかる権能が当該客体につき具体化されるときである、とされていた。しかし、譲受人の側をも検討の対象とするとき、このような説明には疑問が生じる。なぜなら、譲渡の場面において、譲受人は新たに帰属関係＝所有権を自ら創出するとされているが、その帰属関係＝所有権を発生させようとする時点において、譲受人の下に所有権は当然のことながら未だ発生していないのであるから、譲受人の法主体としての権能は当該客体につき具体化してはならず、したがって、かかる権能を行行使することはできないはずである。つまり、法的処分の説明に所有権の存在（帰属主体性）を前提とすると、譲受人の下で新たな帰属関係が発生することの基礎が失われてしまうことになる。仮に、譲受人の側については帰属主体性が前提とされず、法主体の一般的権能がそのまま行使されるのであれば、譲渡人による放棄と譲受人による新たな帰属関係創出とは、それぞ

れを基礎づける根拠が異なるということになる。しかし、このことに関する説明は見受けられない。譲渡人の側と譲受人の側とで生じる法的現象の根拠が同じものであるとするならば、所有権＝帰属関係の存在（帰属主体性）を法的処分の根拠とすることには困難が伴うということになるだろう⁽¹¹⁷⁾。

ショヴィレ自身がこのような疑問を提示したわけではないが、その説くところを敷衍すれば以上のように考えることができる。ショヴィレは近時有力な所有権理論を継承してはいるものの、譲受人の視点を含む承継取得の構造を説明しようと試みたことによって、所有権それ自体の内容のみならず、所有権という帰属関係の存在（帰属主体性）も法的処分の根拠となり得ないという問題を図らずも提示することとなり、そのことが所有権理論の限界点を指し示したという点において、ショヴィレの見解は意義を有するのではないだろうか。

小括

以上、所有権理論と法的処分論及び客体論との関連につき、フランス法における有力な学説の潮流を確認してきた。各論者の見解の要点は次の通りである。

ジノサルは、帰属関係としての所有権という見方を提示し、所有権を物権とは異なる次元へと格上げした。このことにより、有体物、物権、債権、無体財産権はおよそ所有権の客体として同列に扱われるようになった

(117) 法的処分は処分の対象たる権利の行使とはいえないことを、同様の構造をした論理によって説明するものとして、V. F. de Visscher, Du « jus abutendi », RTDciv. 1913, p. 343. ここでのドゥ・ヴィシエールの説明はこうである。法的処分の場面において、譲渡人による処分と譲受人による取得は同一の権能をもって実現されると考えられる。ところで、譲渡人が権利を取得しようとする時点において、譲受人は権利者ではないのだから、権利の取得を権利の内容によって基礎づけることはできない。したがって、譲受人による権利取得を権利の内容によって説明することができない以上、譲渡人による処分も含め、法的処分の問題を権利の内容として位置づけることはできないとされる。

た。また、法的処分については、論理的なアポリアを残しつつも、その根拠が所有権に見出されることとなった。

このような見方をより明確にし、理論的な進展を試みたのがゼナティであった。ゼナティによれば *propriété* という語は帰属関係を表現するものへと純化され、権利を含む客体はすべて *chose* 概念の範疇に含まれることになった。自由の場としての所有権によって、客体について所有者が望むことは原則としてすべてが可能になるとされ、法的処分も所有権によって基礎づけられる。

ダノスは、上記二者の所有権理論及びゼナティの客体論を継承しつつも、法的処分に関して異なる見方を示す。すなわち、所有権は占有によって実現される物の享受の権原としての意義を有するところ、法的処分は占有を前提とする享受とは異なる場面における問題である。したがって、法的処分は所有権を根拠とすることができない。法的処分は法主体の能力に根拠を有するが、その能力が具体的に行使されるのは、法主体の下に当該物についての所有権が発生したときである。この点において、所有権は法的処分と依然として関連性を持つものとされる。

ショヴィレもこれまで見てきたような所有権論・客体論に与するが、法的処分に限れば、所有権理論の限界点を示したものと評価できよう。すなわち、承継取得の構造を論じるにあたって譲受人の側の視点をも取り入れた点が重要であるが、そこではもはや所有権が論じられる余地がない。なぜなら、ショヴィレによれば、承継取得の場面において譲受人は法律行為によって所有権を発生させるものとされているが、その時点において譲受人は当該物の所有者ではないからである。この点に関するショヴィレの説明には不明瞭な点も残されているが、そのことが却って、所有権理論では法的処分のメカニズムを説明し得ないことの証左になっているとも言えよう。

III おわりに

(1) 問題の析出

以上のような、所有権理論と客体論・法的処分論との関係性からどのようなことが示唆されるだろうか。ここでは二つの問題点を指摘することにした。

第一に、客体に関する見方についてである。所有権を帰属関係そのものとして把握したことの帰結として、所有権の客体はすべて同じ位相に位置づけられることとなった。たしかに、ジノサールは「無体物」という呼称こそ用いなかったものの、権利を含む客体をおよそ財として取り扱った点で、そのような見方の萌芽として評価できよう。そして、物概念への一元化はゼナティによってなされることとなり、後続の論者たちによって継承されている。

このような見方の利点として、有体物に関する法的取扱いを、権利といった無体的存在についても拡張し得ることが挙げられていたが、そのような仕方での一般理論化については再考の余地がある。少なくとも、日本法においては我妻榮によって否定されていた仕方であり、⁽¹¹⁸⁾フランス法においても疑問が提示されている。⁽¹¹⁹⁾

第二の点は、第一の点の帰結でもあるのだが、本稿で検討してきた諸説に共通して確認される点として、法的処分の場面において、法主体の意思が対象に直接的に作用するというイメージで捉えられている点である。すなわち、権利も「物」として有体物と同様に取扱われる結果、譲渡の対象

(118) 我妻・前掲注(54)163頁以下。

(119) 例えば、L. d'Avout, Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, *Economica*, 2006, n^o 49-53. Dross, supra note (28), n^o 488 et s. ; supra note (79), n^o 23.

は「物」としての権利であるとされ、権利の譲渡の仕組みは、譲渡人の手から譲受人の手へと受け渡されるような観念で把握されている。つまり、権利を外部性のある有体物と同様に扱う結果、処分についても、事実上の処分のアナロジーにおいて法的処分が理解されているのである。その際、法主体単独の意思が客体に対して直接的に作用するものとされているようであり、結果として、意思の見方についても事実的なものと法的なものとの区別が曖昧になっている。しかし、このような把握の仕方に限界があることは、図らずもショヴィレによって示された通りである。

以上の疑問の要因は、所有権を帰属関係一般の表現として性格づけたこと及び権利を含む無体的存在を「物」のカテゴリに一元的に取り込んだことであると言えるだろう。本稿の冒頭で述べた「物のアナロジー」の問題点は、まさにこの点に位置づけられよう。たしかに、日本の有力な学説においては、所有権が帰属関係一般を表現する概念としては把握されていないものの、帰属関係を法的処分の根拠としつつ、第二点の疑問を依然として克服しきれていない点に課題を見出すことができるだろう。

(2) 今後の課題

以上の問題を克服するために、次なる課題を二点あげておきたい。

第一に、権利の取扱いの問題である。法的処分の対象が権利＝帰属関係それ自体であるとしても、果たして帰属関係として観念されるはずの権利を「物」であるかのように取扱わなければならないのだろうか。本稿で検討したフランス法学説は、財産権を物(chose)と法性決定することによって、法的処分を事実上の処分と平行なものとして、つまり、同一の法構造をなすものとして把握している。しかし、このような思考様式が法的処分について妥当しないことは上記の分析で示された通りである。そうであるとするれば、法的処分を帰属の論理をもって説明しようとする枠組みから脱却する必要があるものと考えられるが、そのためには権利概念と物概念との峻別の可能性とその根拠とが示されなければならない。すなわ

ち、有体物を典型とするような物概念に含めるような仕方でも権利を取扱う必然性が果してあるのか、権利概念と物概念とが区別されるとすればその根拠は何か、という問題である。

第二に、法的処分の場面につき、権利を物と同様に扱いつつ理論構成を行うことに困難が伴い、かつ、権利概念と物概念とが互いに区別され得るのだとすれば、権利概念と物概念との峻別を貫徹し得るような法的処分論の構成が問題となる。すなわち、帰属論から峻別された法的処分論の理論的基礎は何か、法的処分とはいかなる構造をした法現象として把握されるべきなのか、という問題である。⁽¹²⁰⁾

以上の二点を包含しつつ、法的処分のメカニズムを再検討する試みは、法主体が処分権を帰属関係に直接行使するという「イメージ」とは異なる観点から、法的処分という問題を捉え直すことの端緒となるだろう。

[付記]

脱稿後、本稿の主題及び筆者の問題関心と密接な関連性を有するものとして、「特集 財産権とその処分」法時95巻4号4頁以下(2023)の諸論稿に接した。これまでの拙稿に対する応接に心より感謝申し上げますとともに、残されている課題について引き続き検討を重ねたいと考えている。

(120) この問題に関する検討として、林・前掲注(9)及び同・前掲注(12)があるが、さらなる理論的な彫琢や具体的な問題の分析が必要である。