

I はじめに

近代民法の指導原理の 1 つに、完全円満な支配権である所有権の保障があることは、改めて言うまでもない。たとえば、代表的な民法総則の体系書の 1 つは、古典的市民法の指導原理として、「権利能力平等の原則」、「所有権絶対の原則」、および「私的自治の原則」の 3 つを挙げている¹。これに「過失責任の原則」が付け加えられることもあるが²、ともあれ、所有権が契約とともに民法の根幹をなしていることに疑いの余地はない。

ところで、契約に関する議論は豊富であるのに対して、所有権とりわけその総論的な検討に関しては、近年、関心が薄れていることが指摘されている³。実際、近年の教科書における所有権に関する叙述は、かなり簡単なものになっている⁴。その背景としては、所有権に関する法学的検討が持ちうる社会経済的意義が、かつての状況と比較して小さくなっているという事情が指摘されている⁵。戦後日本の土地所有権論を主導した近代的土地所有権論は、住宅問題の深刻化と借地借家法の意義の増大を背景としたものであった。しかし、住宅問題と借地借家をめぐる問題状況は、往時とは様変わりしている⁶。また、いわゆるバブル経済期には、土地の過剰利用や過剰流動化に対処することを標榜しつつ土地所有者の責務を検討するという形で、土地所有権論が議論された。所有権をめぐってこれらと同様の深刻な問題状況が再現するということは、現在ではまず考えられない。

¹ 四宮和夫『民法総則〔第 4 版〕』（弘文堂、1986 年）16-17 頁。この把握を踏襲するより新しい教科書の例として、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005 年）7-8 頁を挙げておく。なお、四宮・同上書の最新版である四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第 9 版〕』（弘文堂、2018 年）9-14 頁は、これらの市民法の 3 つの基本原則の挙示を維持するとともに、「個人の尊厳と男女平等」を新しい基本原理として付け加えている。

² つとに、我妻榮『新訂民法大意上巻』（岩波書店、1953 年）21 頁は、「権利能力・人格」、「契約の自由・私法的自治」、「私有財産権の尊重・所有権の絶対」に加えて「過失責任・自己責任」を民法の指導原理として挙げていた。この 4 原理の挙示に従うより新しい教科書の例として、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007 年）2 頁、佐久間毅・石田剛・山下純司・原田昌和『民法 I 総則〔第 2 版〕』（有斐閣、2018 年）13-15 頁、中舎寛樹『民法総則〔第 2 版〕』（日本評論社、2018 年）29-32 頁などがある。

³ 大村敦志『もうひとつの基本民法 I』（有斐閣、2005 年）113 頁。小粥太郎「所有権のイメージ」糠塚康江編『代表制民主主義を再考する』（ナカニシヤ出版、2017 年）218 頁にも同旨の指摘がある。

⁴ これに対して、研究書レベルでは、貴重な業績もある。文化人類学的知見を踏まえて所有権の起源を探る加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂、2001 年）、緻密な論理で所有権の論理構造を探求する鷹栖信孝『財産法における権利の構造』（成文堂、1996 年）、同『所有権と占有権』（成文堂、2003 年）などをその代表的なものとして挙げることができよう。

⁵ 大村・前掲注（3）113-114 頁参照。

⁶ 私自身の分析として、吉田克己「住宅法の過去・現在・未来」『浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集 早稲田民法学の現在』（成文堂、2017 年）163 頁以下がある。

しかし、近時は、かつてとは異なる文脈において、所有権論の検討、とりわけその総論的な検討を深化させる必要性が大きくなっている。

第1に、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。新たな財は、基本的には無体財であり、情報がその典型である。その中には、著作物や特許のように、立法によって独立の財であることが認められ、財産的価値の排他的帰属が確保されているものがある。そこでは、財としての情報が誰にどのように帰属するかに関する法的ルールが定められている。他方で、パブリシティ価値やある種のデザインのように、知的財産としての法的保護の対象になる利益ではないが、一定の行為との関係で不法行為による法的保護の可否が問題になる利益もある。さらに、身体のように、従来は財であることを規範的に否定されていたが、事実の次元ではその商品化が現実のものとなっているケースもある。

これらについて、そもそも財としての法的保護をすべきであろうか。また、これが肯定される場合に、どのような法的保護を構想すべきであろうか。そこでは、多様な新たな財に対応する多様な法的保護のあり方を構想することが要請される。それは、財の多様性に対応する多様な帰属関係を構想するという他にない。この課題を追求する際には、所有権論、またさらに広く帰属論の深化が要請される。

第2に、不動産所有権に関しても、新たな問題状況が生じている。かつては、いわゆるバブル経済期に典型的に見られたように、土地の過剰利用と過剰商品化がもたらす問題性への対処が土地所有権の領域における基本的問題であった。ところが、近時の日本においては、この領域での課題は、土地や不動産の過少利用と商品性の減少さらには喪失がもたらす問題性への対処に移行してきている。超高齢社会と人口減少社会の出現を背景とした空き家問題・空き地問題、そして所有者不明土地問題がその具体的な現れである。これらへの法的・政策的な対処は、現代日本社会が直面する喫緊の課題である。その際には、かつてとは異なる文脈における、さらに言えば正反対の文脈における土地所有権論の深化が求められる。

本章においては、本書の総論の一部として、所有権の総論的検討を行う。その際に、上に記した第1と第2の2つの事情を念頭に置きつつも、しかしながらそれらへの対処策の具体的な検討を行うのではなく、所有権とは何かという理論的検討に中心的課題を設定する。そこでは、主としてフランスにおけるこの論点に関する議論の展開を素材としつつ、それらの批判的検討を踏まえた新たな所有権論の提示が目指される。

II 所有権に関する古典理論：客体に対する支配権としての所有権

1 「使用・収益・処分」の3権能を内容とする所有権

(1) 大陸法系の民法における所有権規定

日本民法は、第2編「物権」第3章「所有権」の冒頭に置かれた206条において、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益および処分をする権利を

有する」と規定する。旧民法財産編は、第1部「物権」第1章「所有権」の冒頭に、「所有権トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲナス権利ヲ謂フ」との規定を置き、物の「使用・収益・処分」の3つの権能をもって所有権を定義していた。民法206条は、「定義ノ体裁ヲ捨テ規定ヲ実体ヨリシテ所有権ノ何タルカ知ラシム」という考え方を基礎に起草されているが⁷、実質的には所有権の定義規定として立法されたものと言ってよい。実際に、民法起草者である梅謙次郎は、同条を所有権の定義規定と理解している⁸。

民法206条による所有権の定義の特徴は、①所有権を地上権や永小作権、地役権等のいわゆる用益物権と同列の物権と位置づけていること、②所有権の内容を、目的物の「使用・収益・処分」を行う権利という形で、所有者に認められる主観的権能によって把握していること、③そのような権能について「法令」による制限の可能性が認められていること、などの諸点に求めることができる。④また、日本民法は、「物」を有体物に限定しているから（85条）、所有権の客体も有体物に限定されることになる。

フランス民法典は、著名な544条において、「所有権は、法律または規則によって禁じられる使用を行わない限り、最も絶対的な仕方でも物を収益し、かつ、処分する権利である」との規定を置いている。これは、所有権の定義規定と理解されている⁹。①日本民法とは異なりパンデクテン体系を採らないフランス民法典の下では、この所有権が物権であることは体系上明確になっていないが、所有権を代表的な物権と理解するのは、フランス法における伝統的な理解である¹⁰。②同条には、「収益する *jouir*」という文言と「処分する *disposer*」という文言しか含まれていない。しかし、この「収益」には「使用 *usus*」と「収益 *fructus*」とが含まれるというのが、伝統的理解である¹¹。したがって、フランス民法典も、「使用・収益・処分」の3権能で所有権を定義していることになる。③同条が法律とともに規則による所有権制限の可能性を定めているのは、日本民法206条の「法令」による制限という考え方に直接的に影響を与えたものと考えられる¹²。④フランス民法典が所有権の客体を有体物に限定しているかについては、学説上の議論がある。しかし、伝統的な学説によれ

⁷ 廣中俊雄編『民法修正案（前3編）の理由書』（有斐閣、1987年）242頁（同書には、『民法修正案理由書』の頁と同書の通し頁との2種類の頁があるが、本稿で用いるのは、後者の頁である）。

⁸ 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』（有斐閣、1911年、1984年復刻）102頁。

⁹ フランスの学説における一般的な理解である。たとえば、Jean Carbonnier, *Droit civil, volume II, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p.1640を参照。

¹⁰ 一例を挙げると、François Terré et Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9e éd., 2014, no.120, p.131。「フランス法の伝統においては、少なくとも1789年の革命以降は、所有権は典型的な物権であると考えられている」と述べる。

¹¹ たとえば、Christian Larroumet et Blnadine Mallet-Bricout, *Traité de droit civil, Tome 2, Les biens, droits réels principaux*, 6 éd., Economica, 2019, no.220, p.122。

¹² 「規則」による所有権制限という論点については、吉田克己「フランス民法典第544条と『絶対的所有権』」同『現代土地所有権論』（信山社、2019年、初出は1990年）参照。本書第Ⅱ部における民法206条の改正案の検討においてこの論点に触れるが、本稿においてはこの論点に立ち入ることはしない。

ば、所有権の客体は有体物に限定される¹³。

これに対して、ドイツ民法典は、903条において、「物の所有者は、法律または第三者の権利によって制限を受けない限り、その物に対して自由に振る舞い、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる」と規定する。所有者に認められる主観的権能によって所有権を定義することはフランス民法典と同じであるが、「使用・収益・処分」という具体的権能の挙示は存在しない。また、法律に基づく所有権制限の可能性のみ規定し、規則には言及されていない点も、フランス民法典とは異なる¹⁴。他方で、ドイツ民法典は、「物」を有体物に限定する（90条）ので、所有権の対象が有体物に限定されることが明らかである。フランスにおいても、前述のように、結論的には同様の考え方が伝統的に採用されているが、法典の規定上はその点が明確ではない。

以上からすると、日本民法206条は、基本的にフランス民法典544条の系譜を引いている。先に示した①～③の特徴は、フランス民法典から承継したものである。他方で、④の「物」概念のように、ドイツ民法典の承継という性格が強い部分もある。ともあれ、以上に示した①から④の特徴において、所有権に関する古典的理解が示されていると捉えることができる。

(2) 「使用・収益・処分」の3権能による所有権の定義の形成

ところで、「使用・収益・処分」による所有権の定義は、ローマ法のものではなく、中世期ローマ法学、より具体的には後期註釈学派（註解学派）によるものであることが、後述する所有権に関する現代理論の旗手フレデリク・ゼナティによって指摘されている¹⁵。ゼナティは、ローマ法におけるドミニウム（*dominium*）とフランス革命によって創出されたフランス民法典における所有権概念の同質性に留意しつつ、それらの所有権概念を次のようにまとめる。「ローマ的所有権と同様に、民法典によって樹立された革命的所有権は、内容というよりは空間である。排他性という障壁の内部では、すべてが可能である。（ミシュル・）ヴィレイがドミニウムに関して述べたように、所有は、非法の空間なのである」¹⁶。非法の

¹³ これを批判的に指摘する文献として、Frédéric Zenati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *RTDC*, 1993, p.307 を参照。

¹⁴ スイス民法典もこれらの点においてドイツ民法典と同様の考え方である（641条）。これに対して、イタリア民法典は、フランス民法典寄りの規定を置いている（832条）。以上の概観については、Larroumet et Mallet-Bricout, *supra note*(10), no.188-190, pp.98-99 を参照。

¹⁵ Zenati, *supra note*(13), p.313 et s.

¹⁶ Zenati, *supra note*(13), p.315. ゼナティ自身が本文の引用で触れているように、この認識は、法哲学者でありローマ法学者でもあるミシュル・ヴィレイの指摘に負うものである。ヴィレイによれば、近代以降の所有権に対応するローマ法のドミニウムは、家父がその家屋、家族構成員、家族資産に対して持っている「主権 *souveraineté*」であって、この権限には特定の限界は存在しない。それは、近代社会が知っている主観的権利 (*droit subjectif*) ではない。それは、市民社会 (*cité*) の外部で、法の外部で機能するのである。Michel Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p.151. また、153頁も参照。そこでは、ローマにおける所有者が物について行使する絶対的な権力は、法ではなく、「法の沈黙」で

空間であるがゆえに、主体はそこで、無制限の自由を行使しうる。

ゼナティの認識によれば、そのようなローマ的な所有権観念が、中世の後期註釈学派の下で変質してくる。バルトルス学派は、所有権について、《法律が禁じることを除いて物を完全に処分しうる権利》と定義した。所有権は、本来は、抽象的な潜在的な可能性としてしか定義することができないはずである。それを一定の内容を持つ権利と定義したところで、ローマ法からの逸脱が始まったのである。その後の学説は、バルトルス学派の試みをさらに進めて、「使用・収益・処分」という3つの具体的権能で所有権を定義するようになる。それは、ローマ法からの逸脱をさらに進めるものであった。——以上のようにゼナティは説く。

「使用・収益・処分」という具体的権能で所有権を定義することは、もう1つの重要な帰結をもたらした。「使用・収益・処分」は、権利の客体である物の効用に関わる。そのようにして、本来は、主体と客体との法関係である所有権を捉える視点が、大きく客体に傾くことになったのである。その結果生じたのが、所有権と客体との混同であり、両者の一体化である¹⁷。それは、所有権の物化を意味する¹⁸。そのような現象を端的に表現するのが、*ius in re*（物における権利）という観念である。この現象は、一方で所有権の客体を有体物に限定するという帰結をもたらすとともに、他方で、客体化した所有権の分割によって他の物権の成立を説明するという著名な所有権の分肢 (*démembrement de la propriété*) 理論を根拠づけることになった。

このようにして、所有権に関する古典理論が形成された。それは、この理論形成当時の、土地利用の現実性と重疊的土地支配関係を特徴とする封建的土地所有関係にローマ法的所有観念を適合させるという性格をもったものであった¹⁹。それが、封建的土地所有を廃絶し

ある旨が指摘されている。この認識を共有する他の文献として、Rémy Libchaber, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p.307 ; Marie-Hélène Renault, *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, 2004, p.46 などがある。

¹⁷ 所有権と客体との混同・一体化の起源を中世ローマ法学に求めるこのようなゼナティの見方とは異なる理解も示されている。たとえば、William Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, no.427, p.789 ; Id., *Droit des biens*, 2^e éd., LGDJ, 2014, no.427, p.353 は、所有権と物との一体化が生じたのはローマ法においてであり、所有権の客体の有体物への限定も、ローマ法において生じているとの理解を示している。Christophe Caron et Hervé Lécuyer, *Le droit des biens*, *Connaissance du droit*, Dalloz, 2002, p.11 も、同様の認識である。他方で、この現象は、大陸法に固有のものではない。Yaëll Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystemique*, Éditions Yvons Blais, 2017, p.147 は、比較法的検討を踏まえて、大陸法と同様にコモンローにおいても、所有権と客体との混同・一体化が見られる旨を指摘している。

¹⁸ ドミニウムの物化について、Frédéric Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, dactylo. 1981, no.202, pp.278-279 ; 所有権の物化について、Ibid., no.304, p.403 参照。また、Zenati, *supra* note(13), p.313 も参照。

¹⁹ とりわけ参照、Zenati, *Essai....*, *supra* note(18), no.192 et s. p.267 et s.

たはずのフランス革命後にも生き残っている。これが、ゼナティによる古典理論批判の核心のひとつであった。ゼナティによる古典理論批判の詳細については、後述する。

2 古典理論の補正：物に対する抽象的支配権としての所有権

ところで、「使用・収益・処分」の3権能だけをもって所有権の定義とし、あるいは所有権の内容と捉えることには、致命的とも言える欠陥がある。客体の使用を用益物権の設定等によって他者に全面的に委ねる場合には、所有権が論理的には否定されることになってしまうからである。この問題点は、フランスでもしばしば指摘されるし²⁰、日本でも早くから指摘されていた。たとえば、民法起草者の1人である富井政章は、使用・収益・処分の3権能をもって所有権を定義する見解²¹に対して、それは、完全な状態における所有権の作用と所有権の本体とを混同するものだと批判する²²。富井によれば、使用・収益・処分を所有権の成立要素と考える場合には、そのひとつを欠くときは直ちに所有権が消滅するというようになってしまう（88頁）。しかし、所有物の上に地上権、永小作権、質権等の設定があっても、所有権が消滅するとは考えられていない（89頁）。このような点を踏まえると、所有権の正確な定義は、「所有権とは法定の範囲内において物に付き一般の支配をなす権利をいう」とすべきである（90頁）。所有権は、法律上の支配権であって、事実上の支配をすることは必要ではない。これが占有権との違いである（91頁）。このように、抽象的な全面的支配権として所有権を把握する見解は、サヴィニーを代表とするドイツのパンデクテン法学においても採用されているものであり²³、前述のように、ドイツ民法903条の採用する立場でもある。

古典理論が使用・収益・処分という具体的な支配権能によって所有権を把握するのに対して、以上の見解は、より抽象的な一般の支配権として所有権を把握する。古典理論には、先の批判が示すような欠陥があり、理論的には後者に優位性があると見るべきである。そのような点もあり、現在の日本における通説は、後者の理解を採っている²⁴。

²⁰ 先駆的には、Marquis de Vareilles-Sommière, *La définition et la notion juridique de la propriété*, *RTDC*, 1905, no.81, pp.486-487 によるこの観点からの批判がある。比較的近時のこの趣旨の批判としては、Frédéric Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica*, 2007, no.2, p.3 ; Dross, *Les choses*, supra note(17), no.8, p.12 ; Id., *Droit des biens*, supra note(17), no.8, p.21 を挙げておく。

²¹ 富井は明言していないが、前述のように、梅の見解である。所有権論に関する梅と富井の対立を指摘する文献として、鷹栖・『所有権と占有権』前掲注(4) 1-2頁がある。

²² 富井政章『民法原論第二巻物権』（有斐閣、1923年合冊版、1985年復刻）88頁以下。この文献の参照頁は、以下、本文中に直接に記す。

²³ 赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺』（成文堂、1989年）138-139頁、川角由和『不当利得とはなにか』（日本評論社、2004年）51頁参照。

²⁴ たとえば、我妻榮（有泉亨補訂）『新訂物権法』（岩波書店、1983年）は、所有権の内容として使用・収益・処分の3権能を挙げた後、「しかし、重要なことは、所有権の内容は、使用・収益・処分の3権限に尽きるものではなく、また多くの権限の集積でもなく、所有者の意思によって、どのようにでも利用することができるという点に特色をもっているこ

しかし、ここでは、このいずれの見解も、抽象度に差異はあれ、客体に対する支配の次元において所有権を把握しているという共通性がある点に着目しておきたい。このようにして、いずれの理解についても、「支配権説」という呼称を与えることができる。後者の物に対する抽象的支配権としての所有権を捉える理解は、古典理論を覆すものではなく、それを補正する性格のものなのである。

III 有力な対抗理論：排他的帰属関係を表現する権利としての所有権

支配権説に対する有力な対抗理論として、排他的帰属関係を表現する権利として所有権を把握する理論がある。フランスにおいて所有権に関する現代理論と呼ばれるもので、これは、「帰属関係説」と特徴づけることができる²⁵。支配権説と帰属関係説との対立は古くから存在し、すでに中世期に、支配権説を打ち出したバルトルスに対して、所有権の本質を帰属関係に見るバルドゥス説が対峙していた²⁶。現代においても、古典理論である支配権説が長らく圧倒的な通説の地位を確保した後に、この対立が再浮上しているわけである。現代において所有権＝帰属関係という理解を強く打ち出すのは、フランス法学を想定して言えば、先駆的にはシャレール・ジノサールであり、それを発展的に承継するフレデリク・ゼナティである。以下、両者の議論に即して、帰属関係説の概要をまとめておく。

1 ジノサールにおける物権論・所有権論²⁷

とである」と述べる（270頁）。また、「所有権は、客体に対する種々の権能の束ないし総合ではない。法令の制限内においてどのようにでも利用することができる渾一な内容を有する」（258頁）とも説いている。これに先行して、末弘巖太郎『物権法（上）』（有斐閣、1921年）320頁も同様の把握を示す。簡潔に所有権は客体＝物に対する「包括的な支配権」とする川島武宜『民法Ⅰ総論・物権』（有斐閣、1960年）196頁も参照。この見解が通説であることは、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』（商事法務、2014年）112頁でも指摘されている。また、排他的支配力を所有権の本質と把握し、使用・収益・処分などの諸権能をその現象形態と把握する鷹巣・『権利の構造』前掲注（4）20-21頁も、同旨と捉えることができるであろう。

²⁵ 先の「支配権説」およびここでの「帰属関係説」という呼称は、松尾弘「所有権とは何か——開発のための諸刃の剣」法セミ 725号（2015年）14頁にある「支配権能説」および「帰属関係説」という呼称に示唆を得たものである。

²⁶ 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）12頁。仲野は、この2つの把握を「主観的個別支配としての所有」と「客観的帰属秩序としての所有」という形でまとめている。同上書 155頁。

²⁷ Shaler Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LDJG, 1960. 同書の参照頁は、以下、書名を略して本文中に直接に記す。同書に対する批判として、Jean Dabin, *Une nouvelle définition du droit réel*, *RTDC*, 1962, p.20 et s.があり、これに対するジノサールの反論として、S. Ginossar, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, *RTDC*, 1962, p.573 et s.がある。不動産賃借権の法的性質という観点からのジノサール批判として、Louis Rigaud, *À propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux*, *Revue internationale de droit comparé*, 1963, p.557 et s. も参照。な

(1) 物権論

ジノサールの議論の核心は物権の本質の解明にあり、その結果として、財産権の二大範疇である物権と債権を峻別する伝統的学説が批判された。その際に、普遍的消極債務 (l'obligation passive universelle) を物権の本質と捉える「人的関係説」²⁸の見解に示唆が求められる。しかし、結論的には、この理論も不十分だと評価されて、これら2つの理論を超える新しい物権理論が志向される。

まず、伝統的理論の下では、物権は、所有権を含めて、人(債務者)に対してではなく、直接的かつ無媒介的に物の上に行使される権利と定義される(3頁)。しかし、伝統的学説は、物権を特徴づけるために、追及権と優先権を援用する。ジノサールによれば、それは、第三者への影響、すなわち対抗可能性の問題を抜きにして物権を把握し得ないことを示している(4頁)。伝統的学説自体、単に物権を物の上の直接的権利と構成するに止まることはできていないのである。他方で、伝統的理論に対峙して提示された現代学説である人的関係説(ペルソナリスト)の議論は、主観的権利はすべて人と人との法的関係であるという発想を基礎としている(4頁)。ここから、物権を侵害しないという普遍的消極債務が万人に対して課されているという発想が導かれる。しかし、普遍的消極債務の存在自体には疑いがないとしても、それによって物権を特徴づけるのは不十分である。普遍的消極債務は、相対権と言われる権利を含めて、すべての主観的権利に妥当するからである(10頁)。

それでは、ジノサールは、物権の本質をどこに求めるのか。物的債務 (l'obligation réelle) がその回答である。物的債務は、物権の消極的側面であって、それこそが物権をして物権たらしめるのである。「換言すれば、われわれの観点においては、ある権利は、それに対応する債務が物的であることを理由として、物権になる」(100頁)。この物的債務には、忍容という消極的給付(たとえば通行)の対象になるものと、作為という積極的給付(たとえば修繕)の対象になるものがある。このように把握する場合には、物権と債権との差異は、相対的なものとなる。いずれの権利も、特定の者(積極的主体、債権者)が、他の特定の者(消極的主体、債務者)に対して、積極的または消極的給付を請求することができるも

お、リゴアは、ペルソナリストを初めとする古典理論批判に対する反批判を展開して、物権と債権の峻別に関する古典理論を擁護する代表的論者である。Voir, Louis Rigaud, *Le droit réel, Histoire et théorie, son origine institutionnelle*, thèse pour le doctorat, Toulouse, 1912. 他方で、ジノサール理論の日本における紹介としては、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(2)」法学論叢 99巻2号(1976年)36頁以下が詳細である。また、片山直也「財産——bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣、2006年)185-187頁、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(2011年)277-279頁、森田宏樹「処分権の法的構造について」『日本民法学の新たな時代・星野英一先生追悼』(有斐閣、2015年)478-479頁も参照。なお、フランスの文献で、Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi et Sylvie Cimamonti, *Les biens*, 2e édition, LGDJ, 2010, nos.38-44, pp.39-45は、ジノサール理論の系譜とその内容を適切に分析しており、本稿でも参考にした。

²⁸ この見解を説く論者は、personnaliste(ペルソナリスト)と呼ばれる。マルセル・プラニオルがその代表的論者である。

のだからである。このようにして、物権と債権とは、同一の法カテゴリーに属する共通の性格を有する権利として、パラレル構成で把握される。物権を債権から区別するのは、債務者が、固定した特定の者ではなく、特定の財の所有者であるということにすぎないのである（182頁）。これは、結局のところ、伝統的な物権の否定論というところに帰着する見解である²⁹。

（2）所有権論

ところで、所有権は、以上の分析の対象には入っていない。所有権には、物的債務の消極的主体である債務者が存在しないからである。したがって、所有権は、他の一般の物権とは異なる権利であるという位置づけが不可避のものとなる。このようにして、ジノサール理論においては、所有権が他の物権と同様に人の物に対する支配権であるという古典理論が否定され（29頁）、使用・収益・処分という3権能で所有権を把握することも否定される（30頁）。所有権は、物権とは別の法カテゴリーとして抜き出され、そのようにして、所有権＝帰属関係という理解が導かれるのである。「所有〔権〕³⁰は、それによってある物が人に帰属する、それによってある物が彼のものになるという関係以外のなにものでもない」（33頁）。

所有権＝帰属関係と捉える場合には、所有権の対象は、有体物に限定されるわけではない。すべての主観的権利を対象にして帰属を観念することができるからである（34頁）。たとえば、債権についても帰属を観念することができる以上、債権についても所有権が成立する。実際、ジノサールの著書の多くの部分は、債権が所有権の対象になることの論証に当てられている。そこで重視されているのは、債権の債務者に対する関係という内部構造においても、第三者との関係という外部構造においても、所有権に認められる法的保護が債権者にも認められることを示すことである（37頁以下）。

所有権論は、ジノサール理論の中心というわけではなかった。しかし、その独自の物権論から導かれた所有権論は、所有権に関する古典理論の特徴のすべてを否定する斬新なものであった。そして、ジノサール理論におけるこの所有権論が、若干の不十分性を指摘されつつも³¹、ゼナティに承継されることになる。

2 ゼナティにおける所有権論

²⁹ Dabin, *supra* note(27), p.20 がこれを明確に指摘している。

³⁰ ジノサールを含めてフランスの論者は、一般的に「所有 *la propriété*」と「所有権 *le droit de propriété*」を明確に区別しない。そのため、原文が単に *propriété* であっても、文脈に応じて「権」を補って「所有権」と翻訳することがある。

³¹ ゼナティによれば、ジノサール理論においては、なお不十分性が認められる。古典理論の影響を払拭できずに、所有権が財と把握されている点である。Frédéric Zenati et Naoki Kanayama, *Entretiens sur la propriété, Himeji International Forum of Law and Politics*, No. 2, 1995, p.56.換言すれば、所有権＝帰属関係という理解が貫徹されていない。ゼナティは、この点に、ジノサール理論の不十分性を見る。これに対して、ゼナティ理論の下では、後述のように、帰属関係である所有権は、帰属関係の客体である財とは峻別される。

(1) ゼナティ理論の基本的発想と古典理論批判

ゼナティは、ジノサールとは異なり、所有権論に正面から取り組む³²。そこでは、所有権に関する古典理論を克服して所有権理論を刷新することが志向される。ゼナティによれば、所有権は、それによって人が特定の〔有体〕財や権利を自分のものとするという排他的な関係である(817頁)。つまり、所有権は、人と有体財や権利とを結合する排他的な帰属関係である³³。これがゼナティの核心的な主張であった。その背後には、財の法の構造を、《主体—帰属関係—客体》の3要素で把握するという構想がある³⁴。

この基本的理解に基づいて、所有権に関する古典理論が全面的な批判の対象になる。

①まず、古典理論は、所有権を物権として把握する。ところで、物権は主観的権利である。主観的権利は、2主体間の関係を前提とする。一方には権利者である積極的主体が存在し、他方には当事者間で設定された義務を負う消極的主体が存在する。この関係は、消極的側面からは、債務(obligation)と分析することができる。この債務関係は、特定の主体に課される。したがって、所有権を主観的権利と性格づけることはできない。所有権には特定の消極的主体が存在しないからである(85-86頁)。——この分析は、明示されていないが、ジノサールの物的債務論を下敷きに行っているものと考えられる。

②次に、物権を所有権から派生する分枝と捉える分枝理論については、まずそれが所有権の絶対性と衝突するという観点からの批判がなされる(104頁)。他方で、使用・収益・処分の3権能で所有権を把握する支配権説が分枝理論を準備したという認識が示された上で、この定義によれば、分枝によってこれらの権能の一部が失われた場合に、設定者になお所有権が残っていると言えるであろうかという、この支配権説に対してしばしば提示される批判が改めて提示される。この問題性がある以上、所有権を再定義するか分枝理論を放棄するかを選択しなければならない、というわけである(104-105頁)。もっとも、ゼナティが実際に行ったのは、この2つの可能性のうちの1つの選択ではなくて、所有権を再定義して分枝理論を放棄するという作業であった。

③所有権の客体を有体物に限定する理解については、古典理論によって挙げられる根拠

³² 以下は、主として、Zenati, *Essai....*, supra note(18), no.2 et s. p.10 et s.による。以下の記述における同書の参照頁は、書名を略して本文中に直接に記す。日本におけるゼナティ理論の詳細な検討として、舟橋哲「所有権に関するZenati理論——権利客体論への序章として」法学政治学論究 32号(1997年)201頁以下がある。また、奥田昌道「ゼナティ教授の所有権論」法時 65巻 11号(1993年)15頁以下、横山・前掲注(27) 279-285頁、森田・前掲注(27) 479-482頁も参照。Zenati et Kanayama, supra note(31), pp.53-75も、ゼナティ理論の理解のために有益である。

³³ この点はまさにジノサール理論の承継である。

³⁴ この点は、Zenati et Kanayama, supra note(32), pp.55-56に、きわめて明瞭に表明されている。また、実際に、Zenatiの体系書であるFrédéric Zenati, *Les biens*, PUF, 1988の構成は、「第1部・財の区分」「第2部・人と財の関係」である。言うまでもなく、第1部が客体論に、第2部が帰属関係論に対応する。この構成は、Thierry Revetとの共著になった第3版(Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, 3e éd., PUF, 2008)においても、表現の変更はあるが、基本的に維持されている。

は検討に堪えないという形での批判が行われる³⁵。すなわち、古典理論は、有体物への限定はローマ法を承継するものであると主張する。しかし、ローマ法のドミニウムは、有体物も無体物も対象にしていた。有体物への限定は、封建時代の学識法によって創出されたものにすぎない。さらに、有体物への限定は、ナポレオン法典の考え方にも合致しない。ドイツ民法典とは異なり、フランス民法典は、所有権の客体を有体物に限定していないからである。——以上の批判は、やや形式的なレベルのものにすぎず、それだけではその説得力に疑問を呈する向きもあるかもしれない。しかし、この批判の基底には、所有権を帰属関係と把握する場合には、無体物も帰属の対象になる以上、無体物も所有権の客体になると把握しなければならないという体系上の理解があると見るべきである。

(2) ゼナティ理論の内容

以上の批判を踏まえたゼナティ理論の積極的提示の内容をポイント書きにして示すと、次のようである。

①所有権は、一般の財産権と同列に置かれるべき権利ではない。所有権は、財産権とは、まったく異なる特徴を備えているからである(10頁)。所有権は、物権ではないし、より一般的に財産としての権利ではない(14頁)。

②所有権は、物権ではなく、権利や有体財と人とを結合する関係である(817頁)。その関係は、他者を排して自己にある物が帰属するという関係(ポティエ)である³⁶。つまり、所有権は、排他的な帰属関係を表明するものに他ならない(541頁)。所有権は、人から発する法律関係であって、物から発する法律関係である物権とは正反対の存在である。それゆえ、ドミニウムは、物の中には類別されない。ドミニウムは、財ではありえない。所有権についても同様のことがらを指摘することができる(252-264頁)。

③帰属関係に基づく排他性こそが所有権の本質である(541頁)。この排他性に基づいて、目的物に対する全面的な支配が認められる³⁷。ゼナティが所有権をドミニウムと同様の「非法の空間」と理解していることは、前述した。ドミニウムは、この非法の空間で行使される力(*puissance*)である(254頁以下)³⁸。

④以上のような排他的帰属関係としての所有権によって、客体の法律的な処分権限が基

³⁵ この項については、Zenati, *supra* note(13), pp.307-310 を参照した。

³⁶ ゼナティはここで、次のようなポティエの定義を引いている(541頁)。所有権は、「ある物を私に固有のもの(*propre*)とし、他のすべての者を排して私に帰属させる権利である」。ポティエ所有権論のこの帰属関係の部分に着目するのは、ゼナティの特徴である。ポティエ所有権論は、多くの場合には、註解学派と同様に、所有権に基づく支配権能と物からの諸効用の受益を中心とするものであると捉えられている。たとえば、Voir, Louis Rigaud, *Le droit réel, Histoire et théorie, son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse, 1912, pp.103-104.

³⁷ また、所有物返還(*revendication*)等の訴権の基礎にも、排他性がある(545頁)。

³⁸ 次の引用も参照。「ドミニウムは、ローマ法において、財であるとも、権利であるとも考えられていなかった。それは、力であって、それゆえ、主体と不可分に結合した主観的権限なのである」。Frédéric Zenati-Castaing, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTDC, 2006, p.451.

礎づけられる。法律的な処分権限をその客体である財産権の内容と見ることはできない。処分客体の内容として処分権限が含まれるという論理矛盾に陥るからである。所有権が財産であることを否定することによって、このアポリアから脱却することができる（以上、593頁以下）³⁹。なお、法律的処分＝移転の対象は、所有権ではなく、その客体である物である。所有権＝帰属関係は、原所有者の下で消滅し、新所有者の下で発生する⁴⁰。

3 若干のコメント

ジノサルおよびゼナティによって提示された所有権に関する現代学説の理論的功績は、何よりもまず、所有権を客体の主体への帰属関係と位置づけたところにある。財の法における権利は、一般に主体と客体との間の法的関係を表現するものであるから、所有権も基本的には法的関係を表現するものであり、その法的関係とは何かと問えば、それが帰属関係であることは、ある意味で自明である。支配権説も、所有権にはそのような側面があることを否定するものではないであろう。しかし、支配権説の下で生じている所有権と客体との一体化と、それと不可分である所有権の客体化・物化によって、帰属関係としての所有権が、ともすれば見失われがちになることもまた事実である。

しかし、この理論的功績を確認した上で、同時に指摘しなければならないのは、現代学説には、他方で、理論的難点があることである。結局は同趣旨に帰するが、それを2つの視点からまとめておきたい。

①第1に、現代学説は、帰属関係をすべて所有権で表現する。しかし、それは、客体の多様性に応じて適切な法規整を行うという観点からすると、単純化しすぎではないか。帰属関係の法的規整は、客体の特性に応じた多様な形を採ることが望ましいのではないか。たとえば、ジノサルは、先にも触れたように、債権を対象とする所有権が成立することを主張するとともに、その内容が、権利の内的構造においても外的構造においても、有体物所有権と同様であることを示そうとしている⁴¹。しかし、その分析は、実際には、債権の主体への帰属関係の内容は、有体物所有権とは異なるものであることを示す結果になっているように思われる。債権については、その給付内容の主体への帰属が債権という権利によって法的に表現されているという理解でよいのではないか⁴²。また、本稿では具体的に取り上げていないが、身体について、ゼナティは、その「物」としての性格を承認するとともに、その主体への帰属が所有権によって表現されるものと主張している。しかし、身体

³⁹ なお、処分権の法的構造の分析としては、ゼナティ理論も含めた詳細な分析を行う森田・前掲注（27）463頁以下が有益である。

⁴⁰ Frédéric Zénati, *Les biens*, PUF, 1988, no.103, pp.114-115; Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, no.176, pp.279-280.

⁴¹ Ginossar, *supra* note(27), nos.19-34, pp.46-86.

⁴² なお、債権自体についても、主体への帰属を語るができる。また、その意味で、債権の「所有」——「所有権」ではない——を語ることもできる。しかし、それは、帰属関係を表現する債権が擬制的に客体化しているものにすぎない。擬制的客体化については、後掲の注（45）を参照。

が主体に帰属することを認めることは正当であるとしても、その法的表現形態は、所有権ではなく、人格権と構成すべきではないか⁴³。

ジノサール＝ゼナティ理論の所有権論の以上のような問題性は、フランスの学説によっても指摘されている。たとえば、ベルジェルほかの浩瀚な体系書『財産』は、有体物所有権と同じ内容の所有権を債権に適用する場合には、所有権概念の歪曲をもたらすとの批判を行っている。同書はまた、所有権概念を単なる帰属関係の意味で用いる場合には、所有権を空虚なものにしてしまうと指摘する。その場合には、所有権に基づく全面的な支配権という側面が切り落とされる危険があるからである⁴⁴。

②もっとも、実際には、この批判の後半部分は、必ずしも正鵠を射ていない。ゼナティは、先にまとめたところに示されているように、排他的帰属に基づくドミニウム＝所有権は「非法の空間」であるとして、主体の客体に対する全面的な支配を認めているからである。むしろ問題は、すべての客体について、同様に同等の全面的支配を認めるところにあるのではないか。これをジノサール＝ゼナティ理論の第2の問題点として指摘しておきたい。

客体の主体への帰属がある場合には、それに基づく主体の客体に対する支配が認められるべきである。しかし、その具体的内容は、客体の特質に応じて、多様であってよいのではないか。むしろ多様であるべきではないか。これが本稿の認識である。これは、結局のところ、先に指摘した第1の問題点を、視角を変えて指摘するものにすぎない。

以下、このような観点に立って、あるべき所有権論を試論的に提示してみたい。それは、基本的には所有権を帰属関係と把握しつつ、帰属に基づく支配を表現する権利については、所有権をそのうちの1つにすぎないものと位置づけ、権利関係の多様性を志向するものとなる。それは、帰属関係に関する法的規整の多様性を志向する構成に他ならない。

IV 帰属関係と支配を表現する1つの権利としての所有権

1 基本的な法的構成

(1) 帰属関係の二層構造

以上の認識を踏まえた所有と所有権に関する法的構成を端的に提示しておきたい。

財の法の構造は、《主体－帰属関係－客体》の3つの要素によって把握することができる。所有権は、これらのうちの帰属関係にかかわる⁴⁵。このような認識を採用する点で、私見は、

⁴³ ゼナティの身体論および身体の帰属論の特徴とその問題点の指摘として、吉田克己「身体の法的地位(1)」民商149巻1号(2013年)25-28頁、同論文(2)民商149巻2号(2013年)124-125頁参照。

⁴⁴ Bergel et al., supra note(27), no.44, pp.42-45, notamment p.44.

⁴⁵ したがって、所有権は、法律関係の客体ではない。権利は、一般に、主体－客体間の帰属関係を表現するものであって、客体自体ではない。しかし、この帰属関係が客体化して法律関係の対象になることはある(帰属関係の客体化)。たとえば、譲渡の対象になるのは、法律上は、所有権等の権利であって、その客体ではない(日本民法176条参照)。しかし、これは、法律構成上客体化されているだけであって(擬制的客体化)、実際の客体は、それ

所有権＝帰属関係説に左袒する⁴⁶。

ところで、私は、財の帰属関係に関して、帰属関係の二層構造という把握を示したことがある⁴⁷。次のようである。

(α) 出発点は、「物」すなわち帰属関係の客体である。社会の法意識において存在が認められるに至った「物」＝客体について（ここでの「物」は、無体物も含む広義で用いられる）、その主体への帰属（主体の側から言えば専有 **appropriation**）が可能であるかがまず問われる。この問いは、ある物を法的に財として扱ってよいかという問いである。ここで問題となる帰属関係は、抽象的一般的な帰属関係である。(β) そして、これが肯定されると、次に、その帰属関係は具体的にどのような法的形態において確保されるかが問題になる。そこでは、所有権や各種の用益物権などが登場する。債権もまた、帰属関係を具体的に表現する法形態である。また、特別法に基づく各種の知的財産権のような帰属形態もある。

先に示したジノサールとゼナティの帰属関係説は、この二層構造の α のレベルで所有権を捉える理論である。しかし、この抽象的一般的な帰属関係は、所有権についてだけ問題になるものではなく、権利一般について問題になるものである。したがって、α については、所有権構成を採用する必要はない。むしろ、所有権以外の帰属関係についても問題になるわけであるから、この帰属関係を所有権として構成することは避けるべきである。この点で私見はジノサール＝ゼナティ理論から離れる。この帰属関係は、単に「所有」と呼ぶべきであるというのが、かつての提言であった⁴⁸。要するに、「所有」と「所有権」とは、概念的に区別すべきである⁴⁹。

らの権利の客体である。この客体は、「媒体」と「実体」の結合構造において把握される。この点は、後述する。古典的理論における権利の客体化・物化は、この擬制的客体化を現実の客体化と混同している。

⁴⁶ 日本の文献で所有権を帰属関係と捉えるものとしては、広中俊雄『物権法〔第2版〕』（青林書院、1982年）を挙げておく。そこでは、「有体的財貨の包括的全体の帰属の法的形態が所有権である」との把握が示されている（369頁）。正当な認識である。これに対して、平野裕之『物権法』（日本評論社、2016年）263頁は、帰属概念に着目しつつ、物の法的処分は帰属主体に認められるという理解を示しつつ、この「帰属」部分をあえて所有権という必要はないとする。債権その他の財産権についても、帰属主体に処分権が認められるからである。この認識もまた正当である。要するに、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いうことである。この点は、後にまた触れる。このようにして、広中の所有権理解と平野の帰属理解とは、矛盾なく両立しうるものと把握される。

⁴⁷ 吉田克己「財の多様化と民法学の課題——理論的考察の試み」NB L 1030号（2014年）14-15頁。

⁴⁸ 吉田・前掲注（47）14頁。

⁴⁹ あるいはここでの「所有」を単に「帰属」と呼ぶ考え方もありうるであろう。フランスでは、この帰属関係を「権原性 *titularité*」と呼ぶ発想もある。この発想にも、上記の単に「帰属」と呼ぶ考え方と共通するものがあるだろう。しかし、ここでは、財の法ではないが、身体の「自己所有」などの表現も意識しつつ、差し当たり「所有」の語を用いておきたい。

他方で、帰属関係説が排他的帰属関係に基づいて認める全面的な支配権は、この帰属関係の二層構造の β に対応するものである。排他的全面的な支配という内容は、所有権に固有であって、他の物権には当てはまらない⁵⁰。そうすると、帰属関係の具体的内容を所有権で捉えるのは、有体物の帰属関係に限定すべきであって、帰属関係＝「所有」のすべてに広げるべきではない。この点でも私見はジノサール＝ゼナティ理論から離れる。それ以外の帰属関係については、債権や知的財産権を始め、多様な帰属関係を構想すべきである⁵¹。このようにして、客体の特性に応じた多様な法規整が確保される。

帰属関係の二層構造を内容とする財の法の体系は、ほぼ以上のようなものである。 β レベルの帰属関係は、客体の具体的な支配を内容とするものであるから、端的に「支配」と表現してもよい。その意味で、この二層構造論は、権利論に即して表現すると、《帰属＝支配》説ということになる⁵²。また、この支配に関しては、所有権と各種の用益物権を並列的に比較する古典理論とも通じるものがある。しかし、無体物についても「所有」を認めた上でその具体的支配形態を問題にするという点で、古典理論とは基本的な発想を異にする。

さらにもう1点指摘すべきは、所有権が提示するこの帰属関係と支配の2つの側面において、基底の・核心的位置を占めるのは、帰属関係だということである。支配は、帰属関係を前提とし、そこから導出される権能に他ならない。このように、帰属関係の二層構造や所有権の2つの側面と言っても、(抽象的) 帰属関係と支配とは、その存在の位相を異にする。このような理解は、憲法29条の財産権保障の意義を考える上でも、有益であると考えられる。このような理解を踏まえた不動産所有権の制限と財産権保障との緊張関係に関する具体的検討は、第3部第1章「不動産所有権の今日的課題」において行う。

(2) 実体と媒体

私は、以前に、帰属関係の客体である財の構造に関して、「媒体」と「実体」との結合構

⁵⁰ たとえば、地上権等の用益物権は、一定の限度において使用・収益・処分権能を有するにすぎない。もっとも、その限度では、排他的性格を有する。

⁵¹ なお、ここでは、権利はすべて、帰属関係を表現するものとして位置づけられる。これとは異なり、ジノサール＝ゼナティ理論においては、所有権は、帰属関係を表現するものとして位置づけられるが(ただし、ゼナティによれば、ジノサール理論にはこの点で不十分性がある。注(31)参照)、他の権利はすべて、資産を構成する物として所有権の客体として位置づけられる。この理論の下では、物権や債権の客体化＝物化が生じるのである。所有権と他の権利との原理的峻別という理論的立場がその背景にあるが、物権や債権の文字通りの客体化＝物化を認めることは、所有権の客体化＝物化と同様に理論的問題を含むであろう。なお、所有権等の財産権の現実の客体化ではなく、擬制的客体化がありうることについては、注(42)および注(45)で指摘した。

⁵² このような把握には、ジャン・ダバンの《権利＝帰属＋支配》という権利論と通底するものがある。ダバン権利論の詳細については、Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007 (1952年に公表された著作の覆刻版)を参照。サヴィニーやヴィントシャイドの意思説およびイェーリングの利益説という従来の主要な権利論との関係におけるダバン権利論の位置づけについては、簡単な叙述ではあるが、山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』(有斐閣、2018年)111-112頁〔吉田克己〕参照。

造において把握することができるという観点を提示したことがある⁵³。すなわち、財を財 (bien 人間にとって有用なもの) たらしめるのは、財に内在する価値である。この価値は、財の場合には、基本的には財産的価値であるが、これに人格的価値が付加される場合もある⁵⁴。これらは抽象的存在であるが、それが法律関係の客体である財の「実体」をなす。財は他方で、有体財ケースを想定すると、有体物のレベルで把握することができる。この有体物は、財に内在する価値を支える物理的具体的な存在である。これを「媒体」と呼ぶことができる。媒体は、常に具体的な相において現れる。このようにして、有体財は、具体的な媒体としての有体物と、抽象的な実体としての価値の結合構造において把握されることになる。無体財についても同様であって、ここでは、情報等の無体的存在（無体物）を媒体として、その実体である財産的価値や人格的価値が存在するという構造が見出される。

この視点に基づいて先の帰属関係の二層構造を改めて観察すると、先の α における抽象的一般的帰属関係の対象は、上で整理した「実体」である。この帰属を、私見は、「所有」と概念化しているわけである。これに対して、 β の具体的帰属形態が問題になるのは、「媒体」においてである。「媒体」は、「実体」とは異なり、個別的具体的な諸相において現れる。法律的には、これが、有体物に対する所有権や用益物権、また債権や知的財産権などの多様な具体的権利として現れることになる。

このように把握するならば、帰属関係の二層構造の内容は、より明確になるであろう。

2 フランスにおける所有権への構造的アプローチ

以上のような財の法と所有権に関する構想を念頭に置いて近時のフランスにおける理論展開を観察すると、所有権に関する古典理論と現代理論のいずれをも批判しつつ提示された「構造的アプローチ」と称する新たな所有権理論が注目される。ウィリアム・ドロスがその提唱者である⁵⁵。

①ドロス理論の特徴は、まず、客体を起点として立論を展開し、かつ、所有権を客体から切り離して把握するところに求められる。

まず前者の客体から出発する点であるが、ドロスによれば、古典理論の問題点は、物に過度の位置づけを与えているところに求められる。そこでは、所有権は、その客体である物を転写する形で概念化されているのである (no.4, p.420)。ところで、フランス民法典5

⁵³ 吉田・前掲注 (47) 13-14 頁。

⁵⁴ 財において、財産的価値に加えて人格的価値も付加される場合が生じていることは、現代的な法現象のひとつの特徴になっている。しかし、このような点については、本稿では立ち入ることができない。詳しくは、吉田・前掲注 (47) 15-21 頁参照。

⁵⁵ 注 (17) で引いたドロスの体系書においても触れられているが、その詳細な展開は、William Dross, *Une approche structurale de la propriété*, *RTDC*, 2012, p.419 et s.においてなされている。以下では、主要にはこの文献を用いる。この文献の参照頁は、本文中に直接に記す。また、森田・前掲注 (27) 484-487 頁には、処分権の分析という視点からのドロス理論の検討がある。齋藤哲志「用益権の法的性質——終身性と分枝権性」日仏法学 28 号 (2015 年) 89 頁注 (149) も参照。

44条が列挙する「使用・収益・処分」は、所有権に認められる諸特権ではなく、物から人が得ることができる諸効用の観点から物それ自体を叙述するものに他ならない⁵⁶。古典理論は、それを所有権の内容と捉えてしまったので、「使用・収益・処分」の1要素でも欠けると所有権が消滅するというようになってしまっているのではないかという批判を受けることになり、また、物権の設定を所有権の分枝と捉えざるを得ないという理論的難点を抱え込むことになったのである。「使用・収益・処分」を物の効用と考えれば、その一部を他者に付与しても所有権自体が消滅しないことは当然であるし、分枝は所有権ではなくて物に関わると考えれば、所有権の分枝（分割）という把握に伴う理論的難点も消滅する（no.9, p.423）。

次に、所有権を客体から切り離して把握するという点（no.6, pp.421-422）であるが、これは、所有権を、客体ではなく主体・客体間の関係として把握することを意味する。この関係は、帰属関係以外のものとは考えられない。そうすると、ドロスは、所有権論としては、基本的には帰属関係説に類別されることになる。

②ドロス理論の第2の特徴は、無体物と権利とを区別した上で、客体を無体物に限定し、権利一般を客体から排除するところに求められる。これは、権利を客体化し、より高次の権利（所有権）の客体と捉えるジノサール＝ゼナティ理論に対する明確なアンチ・テーゼである。次のように述べる。「無体物と権利との区別をこのように明確に提示すると、権利の所有という考え方は、その重要な支持基盤を失う。その支持基盤は、無体物と権利の混同によって形成されていたからである。無体物上の所有を認めることは、権利の所有を認めるということは何ら意味するものではない」（no.23, p.431）。無体物と権利とは区別されるべきものだからである。

ドロスによれば、所有権に関する現代理論の下で、「所有」は、過度に拡張されて、有体物および無体物に限定されず、権利まで客体に含むことになってしまった。しかし、それでは「所有」概念が稀釈化し、操作的な概念である性格を失ってしまう。「所有」の技術的な実効性を確保しようとするのであれば、その適用は、権利を排除して物に限定しなければならない（no.4, pp.420-421）。ここでは「所有 la propriété」が語られているが、それは、文脈からして、「所有権 le droit de propriété」を意味するものと考えらるべきである。

先にドロス理論を基本的には帰属関係説に類別されると整理したが、このように、帰属関係の客体は、有体物と無体物とに整理されることになる。その上で、有体物の帰属関係＝「所有」は、所有権によって表現されることになろう。問題は、無体物の「所有」が法的にどのように表現されるかである。先の引用からすると、ここでも「所有権」が想定されている可能性はある⁵⁷。しかし、それでは、権利を所有権の客体とすることに対してドロ

⁵⁶ Dross, *Les choses*, supra note(17), no.8, p.12 ; Id, *Le droit des biens*, supra note(17), no.8, p.21.

⁵⁷ 私見においては、「所有」と「所有権」とを明確に区別している。しかし、フランスでは、両者は一般に明確に区別されず、「所有」と「所有権」とが相互代替的に用いられている印象がある。この点は、注（30）でも指摘した。

スが行った批判が、今度はドロス自身に跳ね返ってくることになる。無体物「所有」を表現する権利関係は、ドロス理論においても、たとえば知的財産権や債権など、所有権以外の財産権と捉えられていると見るべきであろう。

このように、さらなる明確化の必要性を感じるところがあるとはいえ、ドロス理論の発想は、帰属関係の多様化を志向する本稿の構想と大きく重なってくる。ドロス理論はまた、所有権を客体から切り離して帰属関係と把握するとともに、「使用・収益・処分」という所有権に基づく諸権能にも着目している点において、所有権を帰属と支配の両面において把握するという本稿の構想とも、大きく重なっている。さらに、「使用・収益・処分」を客体である物の効用を叙述するものと把握する点などは、私が十分に気づいていなかったところで、まさに目から鱗が落ちる思いがする⁵⁸。今後、ドロス理論との対話を深めながら、先に示した構想の彫琢に努めたい。

その際には、一般的な理論的検討と同時に、具体的個別的な検討を深めることが望まれる。本書の第3部における「不動産所有権の今日的課題」の検討は、そのような性格を持っている。そこでは、現代日本社会において顕著な形で問題になっている「負財」とそれがもたらす所有者不明土地問題について、本稿で整理した所有権論を踏まえつつ、具体的な対応策に関する基礎的な検討を行うつもりである。

⁵⁸ ドロスは、アリストテレスの分析を借りて、「使用・収益」＝「広義の収益」を物の「使用価値 la valeur d'usage」の次元に属し、「処分」を物の「交換価値 la valeur d'échange」の次元に属するものとの整理を行う。Dross, *Les choses*, supra note(17), nos.9 et 9-1, p.13 ; Id, *Le droit des biens*, supra note(17), no.9, p.21.この整理は、マルクスの商品概念分析にも連なるものである。この整理に本稿で用いている「実体」「媒体」概念を重ねると、使用価値は、媒体が提示する多種多様な利用可能性にかかわり、交換価値は、物の抽象的な実体にかかわることになる。