

## 所有権の『絶対性』概念の混迷：とくに物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論における

七戸, 克彦  
慶應義塾大学法学部：助教授

<https://hdl.handle.net/2324/6108>

---

出版情報：混沌のなかの所有. 10, pp.231-273, 2000-10-20. 国際書院  
バージョン：  
権利関係：

## 第10章 所有権の「絶対性」概念の混迷

——とくに物権の性質論・物権的請求権論・  
物権変動論における

七戸 克彦

### 1 「所有権絶対の原則」の不明瞭

#### (1) 物権変動論と所有権絶対の原則

議論の前提となる用語に関して、各々の定義するところが違っていたために、議論そのものが混乱してしまうケースがある。筆者は、これを、「所有権絶対の原則」という基本用語について経験した。話題は、民法176条の意思主義と177条の対抗要件主義の関係という、民法解釈学の領域における典型論点であり、しかも、論争の相手は、わが国におけるフランス法研究の第1人者である金山直樹教授、並びに、これまた物権変動論に関するわが国の第1人者である松岡久和教授であった。

民法176条の意思主義によれば、A B間で第1譲渡の意思表示がなされると、所有権は譲受人Bに移転し、反面、譲渡人Aは無権利者となる、といわなければならない。ところが、その後、A C間で第2譲渡が行われ、第2譲受人Cが第1譲受人Bより先に登記を具備すると、177条の対抗要件主義により、Cが完全な所有権を取得し、反面、完全な所有者であったはずのBは無権利者となる。この一見矛盾するかのとき両条の関係をどのように解するかにつき、今日のわが国の民法学説は、次の2方向に分かれる。その1は、第1譲渡の後も、Bが登記を備えるまではBは完全な所有権者ではなく、反面、Aは完全な無権利者ではないとし、それゆえ、第2譲渡によるCの権利

取得は「権利者からの取得」である、と理解する学説群である（債権的效果説・相対的効力説・不完全物権変動説など）。その2は、Cの権利取得を「無権利者からの取得」と捉える学説群である（公信力説・失権説など）。この見解は、第1譲渡の結果、Aは完全な無権利者となっており、したがって、Cは本来ならば権利を取得する余地はない、との前提に立つ（《Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.（何人も自己の有する以上の権利を他人に譲渡することを得ない）》）。わが国の民法学説は、この命題を「無権利の法理」と呼称している）。しかしながら、民法典は、無権利者からの取得者を保護するため、「無権利の法理」に対する種々の例外規定を有している（94条2項・表見代理・取得時効・債権の準占有者への弁済など）。177条もまた、これらの規定と同様、「無権利の法理」に対する例外規定として、「無権利者からの取得」を認めた条文である、というのである<sup>19</sup>。

そこで、この問題に関する母法フランス法の立場を見てみると、かつて19世紀の古典的学説は、わが国の「権利者からの取得」構成と同様の構成をとっていた。だが、この立場はその後改められ、今日のフランスの通説は「無権利者からの取得」構成に立っている。そして、その先駆となったのは、わが旧民法起草者ポワソナードであった。これらの見解の旧通説に対する批判は、次のようなものである。すなわち、旧通説の立場は、①所有権絶対の原則に反する、②意思主義に反する、③両者の結合原則であるところの《Nemo plus juris...》原則に反する<sup>20</sup>。

ところが、以上のような「無権利者からの取得」構成から「権利者からの取得」構成に向けられた批判に対して、金山教授・松岡教授は直ちに異を唱えられた。反論の趣意は、大略次の2点である。すなわち、第1に、「所有権絶対の原則」は、近代市民法における思想的なスローガンであって、個々の条文・法制度に関する解釈論の次元での法律構成の装置として直接援用することは無意味である。第2に、かりに具体的解釈論の領域における理論装置として「所有権絶対の原則」を考えたとしても、そこにいう技術的概念としての「絶対性」は、法思想としての「絶対性」と異なり、立法政策上これ

に自由に変更を加えることが可能である。そして、対抗要件主義の採用により、技術的概念としての「絶対性」は修正ないし排除されたと理解すべきである、というのである<sup>3)</sup>。

## (2) 物権の性質論・物権的請求権論と所有権絶対の原則

ところで、上記二重譲渡の法的構成をめぐる論争は、177条にいう「対抗スルコトヲ得ス」の文言をどのように理解するか、という形で捉えることもできる。この点につき、フランス法学説・ボワソナードは、物権変動(原因)ないしそこから生じた物権は、原則として万人に対して「対抗可能(opposable)」であるが、それが対抗要件主義の条文によって例外的に「対抗不能(inopposable)」になると説明する。しかも、彼らの説明にあっては、ここにいう「対抗可能性(opposabilité)」は、「不可侵性(inviolabilité)」と同義であり、さらに、それらは、物権・債権の識別基準としての「絶対性(absoluité)」と同義である。

19世紀フランス古典的学説は、物権・債権の区別を、物上権ないし対物権(jus in re)・対人権(jus in personam)——すなわち人の物に対する直接支配権・人の人に対する間接的請求権の違いに求め、物権の右性質から、追及権(droit de suite)・優先権(droit de préférence)の2つの効力が発生すると捉えた。その訴権レベルでの発現形態が、所有物返還訴権(action en revendication)・否認訴権(action négatoire)をはじめとする対物訴権(action réelle)であるが、これらの効力につき、古典的学説は、それが万人に対して(erga omnes)主張できる点に着眼して、物権は「絶対権(droit absolu)」であると述べ、特定人(債務者)に対する請求可能性しか有さない「相対権(droit relatif)」たる債権に対置させた。そして、ここにいう「絶対性」に対して、万人に対する「対抗可能性」の語を充てるのが、フランスにおいては従来より確定した用語法であった。物権の「絶対性」と「対抗可能性」の用語が同義とされているのは、かかる経緯による。

これに対して、19世紀末以降に登場した対人権説(personaliste)は、物権

もまた万人に対して「一般的不作為義務 (obligation passive universelle)」を課す点においては債権と同様であるとして、物権・債権をとともに人の人に対する権利義務関係として統一的に理解しようと試みた。この主張は、古典的学説の通説的地位を覆すには至らなかったが、しかし、この見解によって、フランス法学説は、次の3点において進化した。第1は、物権の直接支配権たる性質を対内的効力、絶対権たる性質(=追及権・優先権)を対外的効力として峻別する理解を定着させた点である。第2は、対外的効力(絶対性=對抗可能性)の構造につき、第三者の「不可侵義務 (obligation d'inviolabilité)」ないし「尊重義務 (devoir de respecter)」概念を基軸とする法律構成を定着させた点である。すなわち、物権に関しては万人が不可侵義務を負っているがゆえに、侵害者は、右不可侵義務違反を理由に、金銭賠償ないし原状回復を命じられる。「絶対性」「不可侵性」「對抗可能性」の3者は、右のような具体的法構造を指す技術的概念として理解されることになる。第3は、以上の構造理解が、契約あるいは債権の第三者効力に関する理論に影響を与えた点である。すなわち、契約ないし債権は、請求可能性に関しては相対的であるが(=対内的効力)、不可侵性=對抗可能性に関しては、物権と変わるところがない(=対外的効力)。したがって、第三者の契約侵害ないし債権侵害に対しては、物権と同様、金銭賠償ないし原状回復が認められる、とする理論の発生である(「契約の對抗可能性」理論、及び、これをさらに拡張し、全ての法律事実・法律要件・権利・法的地位は原則的に對抗可能性を有するとする「對抗可能性の一般理論 (théorie générale de l'opposabilité)」)。

以上を要するに、フランスでは、第1に、法思想としての「所有権絶対の原則」における所有権の「不可侵性」(1789年フランス人権宣言17条「所有権は、一の神聖で不可侵の権利(un droit inviolable et sacré)であるから……」)ないし「絶対性」(フランス民法544条「所有権は、……〔物〕を最も絶対的な仕方 (la manière la plus absolue) で収益し、処分する権利である」)の用語法と並んで<sup>4)</sup>、これに直結する形で、具体的な解釈論——とくに上記物

権の性質論及び効力論——の領域における技術的概念として、これらの用語が用いられている。第2に、技術的概念としての「絶対性」「不可侵性」の用語は、物権の性質論・効力論の領域においては、「対抗可能性」の用語に置き換えられている。そして、この点は、ボワソナード旧民法においても、ほぼ同様である<sup>5)</sup>。

ところが、ボワソナード民法典成立後、今日に至るまでの間に、このような理解は放棄されてしまった。すなわち、今日のわが国においては、第1に、法思想としての「所有権絶対の原則」にいう「不可侵性」「絶対性」（憲法29条「財産権は、これを侵してはならない」、民法206条「所有者ハ……自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ有ス」）は、具体的な解釈論の次元における技術的概念としては必ずしも観念されていない。第2に、「対抗可能性」の用語を、技術的概念としての「絶対性」「不可侵性」の意味で用いる用語法も、一般的ではない。二重譲渡の法的構成につき混乱が生じた背後には、こうした用語法の変化が控えている。

かかる変化は、いかなる事情から生じたのであろうか。結論的にいえば、問題は、主として、物権・債権の識別基準（したがってまた物権の性質）、及び、物権的請求権の根拠をめぐるわが国の議論の特殊性から生じた。そこで、以下では、まず、この領域におけるわが国の議論の変遷を概観することにしよう。

## 2 物権の性質論・物権的請求権論における「絶対性」概念

### (1) 現行民法起草者及び立法直後の学説

#### ① 現行民法起草者

現行民法起草担当者の1人穂積陳重は、法典調査会における「第二編 物権」の趣旨説明において、「物権ト云フ文字ハ全ク財産権ノ一種デアツテ此物ノ上ニ行ハレ而シテ総テノ人ニ対抗スルコトガ出来ルト云フ丈ケノ物権ノ積リデ用キテアリマス」と述べ、物権の属性として「直接支配性」と「絶対

性（対抗可能性）」の2者を掲げる旧民法財産編2条1項の定義（「物権ハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且総テノ人ニ対抗スルコトヲ得ヘキモノニシテ主タル有リ從タル有リ」）を承継する旨を明言する。また、原案176条（現行175条）の審議において、「物権ハ御存知ノ通り総テノ人ニ対抗スルコトノ出来ル強イ権利デアリマスル」、「憲法ハ憲法、夫レハ二十七條デアリマス『日本臣民ハ其所有権ヲ犯サルルコトナシ』斯ウ云フコトガ書イテアリマス、デ是ハ絶対的ニ其所有権ヲ法律デモ何ンデモ侵サレヌト云フヤウニ書イテアリマスガ併シ然ウ云フ意味ニ解釈シテハアリマスガ兎ニ角所有権ト云フモノハ非常ナ公益ノ為メ其他ノ処分ノ為メデアツテモ法律デナケレバ其定マツタ所ヲ害セラレヌ侵サレヌ斯ウ云フコトニナル」と述べる<sup>6)</sup>。すなわち、現行民法の立法者においては、所有権ないし物権の性質につき、「直接支配性」と並んで「絶対性」を挙げ、かつ、「絶対性」を指して「対抗可能性」と呼ぶ、フランス法・ボワソナード旧民法の用語法が維持されている。

なお、後述するように、今日わが国にいわゆる「請求権」あるいは「物権的請求権」という概念は、明治40年代になってドイツ法を継受したものであり、現行民法制定段階において、これらの概念は定着していない。現行民法の規定中には「請求」の文言がしばしば認められ、さらに、端的に「請求権」の用語を用いる条文も存在するが<sup>7)</sup>、しかし、フランス法の訴権体系を維持する旧民法においても、「請求」の用語を用いる条文は存在していたのであるから<sup>8)</sup>、この用語の存在を根拠として、現行民法（原始規定）において請求権体系がとられていると解するのは妥当ではない。また、現行民法起草段階においては、ドイツ法の「物権的請求権」に関する規定も参照されているが<sup>9)</sup>、しかしながら、起草者は、概ねフランス法・旧民法以来の訴権体系に立脚した説明を行っている<sup>10)</sup>。

## ② 立法直後の学説

次に、立法直後の学説について見てみよう。

松波仁一郎＝仁保龜松＝仁井田益太郎『帝国民法正解（第参巻・物権）』（明治29年）は、旧民法財産編2条の定める物権の意義のうち、直接支配権

たる性質（「物権ハ直チニ物ノ上ニ行ハル、権利ナリ」との性質）に関しては、これを維持する。しかしながら、絶対権たる性質（「物権ハ総テノ人ニ対抗スルモノナリ」との性質）に関しては、「債権モ民法以外ノ財産権モ財産権ニアラサル権利モ亦悉ク総テノ人ニ対抗スルハ権利一般ノ性質ト言ハサルヘカラス」として、これを物権の属性から除外している<sup>11)</sup>。さらに、『同（第五巻・債権）』（明治29年）における債権の意義に関する記述個所でも、「一旦成立シタル債権ハ他ヨリ之ヲ侵害スルコトヲ許サ、ルモノナレハ此点ヨリ見ルトキハ債権モ亦物権ト同ク間接ニ之ヲ以テ総テノ人ニ対抗スルコトヲ得ルモノト謂フヘシ」との記述が認められる<sup>12)</sup>。これらの記述はいずれも、現行民法起草段階において穂積陳重の補助を務めた仁保亀松が担当したものとされ、また、兩個所で挙げられている俳優の引き抜き事例は、イギリスにおける第三者の契約侵害に関するリーディングケースであるラムレー対ガイ（Lumley v. Gye）事件（1853年）を参照したものと解されることから<sup>13)</sup>、同書における、第三者の契約（債権）侵害理論を根拠として物権の性質から「絶対性（対抗可能性）」を排除する論理は、イギリス法の影響を受けたものと解される。なお、物権の効力としては、上記物権の直接支配性を論じた個所において「追及権」が挙げられているのみで<sup>14)</sup>、「優先権」に関する記述は見当たらない。

梅謙次郎『民法要義（巻之二・物権編）』（明治29年）も、物権の定義につき「物権トハ物ノ上ニ直接ニ人ノ行為ヲ施スコトヲ得ル範囲ヲ云フ」として、「直接支配性」のみを掲げ、「絶対性」には触れていない。もっとも、絶対性を挙げない理由については、述べられてはいない。一方、物権の効力に関しては、「物権ハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル結果トシテ優先権（*doit de préférence*）ト追及権（*droit de suite*）トノ二効力ヲ生ス」とする<sup>15)</sup>。

岡松参太郎『註釈民法理由（中巻・物権編）』（明治30年）は、物権の定義につき「物権トハ直接ニ物ヲ支配シ一般ニ対抗スルヲ得ルノ私権ナリ」として、直接支配性と対抗可能性の2つを挙げる。なお、後者に関しては「対世権」の語も充てられているが、しかし、「絶対性」の語に関しては、所有権



の定義に関する個所で、「所有権ハ絶対ノ権利ナリ」とする説（ティボー・ベーキング）に対し、「是レ所有権ノ性質独立シテ無制限ナルコトヲ表明スルモノナリト雖所謂絶対ノ文字ハ其意義漠然ニシテ未タ所有権ノ何モノタルヤヲ表ハスニ於テ適當ナルモノト云フ能ハス」との批判が加えられ、デルンブルクに従い「法令範囲内ニ於テ物ニ付キ完全ノ支配ヲ為ス権利」との定義がなされている。また、イエーリングに依拠しつつ「所有権カ法令ノ範囲内ニ於テ其制限ヲ受クルハ止ムコトヲ得サルコトナリ」とも説かれる。一方、物権の効力については、次の4つが挙げられている。その1は「物権ハ権利者ヲシテ物ヲ支配セシム」、その2は「物権ハ対物訴訟ヲ生ス」、その3は「物権ハ優先権ヲ生ス」、その4は「物権ハ追及権ヲ生ス」というものである<sup>16)</sup>。

富井政章『民法原論（第二巻・物権上）』（明治39年）の記述も、すこぶる興味深い。富井は、「物権ノ本質ニ関シテハ從來二ノ見解アリ」として、物権の意義に関する「対物関係説」「対人関係説」の対立を紹介する<sup>17)</sup>。このうち「対物関係説」とは、「物権トハ人ト物トノ関係ニシテ直接ニ或物ヲ支配スル権利ヲ謂フ其之ヲ以テ一般ノ人ニ対抗スルコトヲ得ルハ物上支配権タルノ結果ニ過キストシ物権ノ定義中ヨリ之ヲ除外スルヲ例トス」とする見解であり、「古来最モ汎ク行ハレ」「今日尚仏國一般学者ノ固執スル所」「独逸ニ於テモイエーリング、デルンブルクヒ其他多数学者ノ採ル所」であって「欧州大陸ニ行ハルル通説」と見るべきものである。これに対する「対人関係説」は、「物権ハ他ノ権利ニ同シク人ト人トノ関係ニ外ナラス而シテ其主要ナル性質ハ一般ノ人ニ対スル権利ナルコトニ在ルモノトス」というものであり、ドイツでは「サヴィニー、ウィンドシャイド等」が、またイギリスでは「一般学者」が、フランスでは「プラニオル等少数ノ学者」が唱えるところとされる。そして、富井は、この対立につき詳細な検討を加えた後、両説の要素を取り入れて、物権を次のように定義する。「物権トハ或物ニ就キ一定ノ利益ヲ享クル絶対権ヲ謂フ」。だが、物権の効力について触れた個所で、富井は、右定義のうち「絶対的効力」の側がとくに重要であるとし、その内容として次の3つを挙げる。その1は「一般ノ債権ニ優先スル効力」、その2は

「後ニ発生シタル物権ニ優先スル効力」、その3は「物ノ所在ニ追及スル効力」である。なお、同書は、「物上請求権」の用語を用いる最初期の文献でもあるが、しかし、論旨は、上述のように、基本的にはフランス法に依拠している<sup>18)</sup>。

以上のように、現行民法立法直後の学説における物権の定義は、「直接支配性」に関しては、旧民法財産編2条をそのまま承継しているが、これに対して、「絶対性」に関しては、イギリス法の影響を受けた学説は、この概念を排除し、富井のようにフランスの対人権説の影響を受けた学説は、むしろこの概念を中心に物権の性質・効力を説明しようとした。さらに、岡松のように、ドイツにおける「所有権の社会性」論の先駆的主張（デルンブルク・イエーリング）を参照しつつ、「絶対性」概念を排斥する見解も存在した。一方、物権の効力に関しては、体内関係たる物の直接支配を挙げる見解、対外関係たる優先権・追及権のほか、その訴権レベルでの発現形態である物上訴権を挙げる見解があるが、その基本的な枠組みは、フランス法・旧民法のそれである。ドイツ法の「請求権」ないし「物権的請求権」概念は、この時代においては未だ定着していない。

## （2） 明治40年代—大正初期の学説

### ① 「請求権」及び「物権的請求権」の継受

ドイツ法の「請求権」及び「物権的請求権」の体系が、わが国に紹介され定着するのは、明治40年代以降のいわゆる「学説継受」の時代のことである<sup>19)</sup>。

まず第1に、ドイツ法の「請求権」概念に関して、これを詳細に論じた本格的な研究は、志田鉦太郎「請求権ノ本質」（明治40年）、中島玉吉「請求権ノ競合」（明治42年）、松本丞治『人法人及物（註釈民法全書・第一巻第一冊）』（明治43年）、川名兼四郎「請求権」（明治43年）等の登場を待たなければならない<sup>20)</sup>。

第2に、ドイツ法の「物権的請求権」概念に関していえば、既に横田秀雄『物権法（全）』（明治38年）、富井政章『民法原論（第二巻・物権上）』（明治

通法学は、両者を「所有権自由の訴え (Eigentumsfreiheitsklage)」として統一的に理解した。そして、この立場を承継して成立したのが、現行ドイツ法の「所有権に基づく請求権」であり、それゆえ、ドイツの学説は、所有権に基づく請求権の種類につき、①返還請求権と③妨害排除請求権の2つを挙げるのが通例である。これに対して、④1005条の引取請求権 (ドイツ普通法の提示訴権 (actio ad exhibendum) 起源) および⑥1007条の前占有者の返還請求権 (ローマ法のプブリキアーナ訴権 (actio Publiciana) ないしゲルマン法の観念的ゲヴェール起源) は、上記①・③の請求権の補充的制度とされ、①・③と同等の地位には位置づけられていない。また、今日のわが国にいわゆる妨害予防請求権は、③1004条の妨害排除請求権の中に包摂されており、別個の類型としては立てられていない。

なお、物権・債権の識別基準 (したがってまた物権の定義) につき、「ドイツ民法は、絶対権・相対権の対立概念を基礎としているために、物権と債権を支配権・請求権という対立概念によって区別することは一般になされていない」<sup>24)</sup>。後述するように、ドイツにおいては、法思想的な側面で「所有権の絶対性」を強調する学説は、もはや存在しないが (3(3)①参照)、しかしながら、物権的請求権の実質的根拠に関していえば、ドイツの多数説は、今日もなお、これを物権の「絶対権」たる性質に求めている。

さて、以上のようなドイツ法の体系を、上記明治40年代の学説は、そのままわが国に導入した。その結果、この時代の学説において、物権的請求権の種類は、返還請求権と妨害排除請求権の2種とされ、各々の類型の要件・効果についても、ドイツ法とほぼ同様の理解がとられている。また、物権的請求権の根拠に関しても、ドイツ法学説と同様、これを「絶対性」に求める見解がほとんどである。

### ③ 「物権的請求権」導入の背景

ところで、旧民法・ドイツ法と異なり、本権訴権ないし物権的請求権に関する明文規定をもたない現行民法下において、物権侵害に対して原状回復を求める法律構成としては、金銭賠償に関する不法行為の規定 (709条以下)

39年) (上述) に「物上請求権」あるいは「所有権ヨリ生スル請求権」の語が見出されるが<sup>21)</sup>、しかしながら、ドイツ法の体系が明瞭に看取されるようになるのは、上記「請求権」に関する諸論稿のほか、鳩山秀夫「工業会社ノ營業行為ニ基ク損害賠償請求権ト不作為ノ請求権」(明治44年)、石坂音四郎「一般的不作為ノ訴(権利侵害ノ予防)」(明治45年)、松本丞治「煤煙ニ因ル相隣者間ノ権利侵害」(大正2)以降、教科書レベルでは、中島玉吉『民法釈義(卷之二上・物権篇上)』(大正3年)、川名兼四郎『物権法要論』(大正4年)以降のことである<sup>22)</sup>。

## ② ドイツ法における物権的請求権

ここではまず、上記学説が参照した、ドイツ法の物権的請求権とはそもそもどのようなものであったかを確認しておく必要がある<sup>23)</sup>。

ドイツ民法典(BGB)における「物権的請求権(dinglicher Anspruch)」の体系は、所有権の章下に設置された「所有権に基づく請求権(Ansprüche aus dem Eigentume)」(第2編第3章第4節。985-1007条)の諸規定と、右規定の他物権への拡張・準用規定——地上権につき旧1017条・地上権令11条、役権につき1027条(地役権)・1065条(用益権)・1090条(制限的人役権)、質権につき1227条——からなる。また、抵当権に関しては、これに妨害排除請求権を認めた1134条・1135条があり、これらは1192条により土地債務に準用される。

このうち、「所有権に基づく請求権」の節は、①返還請求権(Herausgabenspruch)(985条)と、②右返還請求権が行使された場合の所有者—占有者関係(Eigentümer-Besitzerverhältnis)(986-1003条)、③妨害排除請求権(negatorischer Anspruch)(1004条)、④占有権に基づく引取請求権(Abholungsanspruch)(867条)の所有権への準用規定(1005条)、⑤動産占有者の所有権推定(1006条)、⑥動産の前占有者の返還請求権(Anspruch aus früherem Besitz)(1007条)からなるが、その本体部分は、①返還請求権と③妨害排除請求権である。これらは、ローマ法の所有物返還訴権(rei vindicatio)と役権否認訴権(actio negatoria)に由来し、19世紀ドイツ普

を原状回復に類推する、という方法も考えられる。というのも、不法行為の効果につき金銭賠償原則をとる日本法の立場は、比較法的に見て異色であり、イギリス法・フランス法・ドイツ法の何れにあっても、不法行為に原状回復効果を認めているからである。だが、大判明治37年12月19日民録10輯30巻1641頁は、不法行為構成に立脚して妨害排除を認めた原判決を、わが国における不法行為の効果は特別の規定がない限り金銭賠償に限られるとして破毀したため、とりわけ当時社会問題にもなっていた妨害排除・妨害予防の事例につき、不法行為構成以外の方法でこれを認める必要性が生じた。明治40年代の学説がドイツ法の「物権的請求権」概念を参照した背景には、このような事情も存在している。

また、以上のような事情から、学説は、物権的請求権導入に際して、その実質的根拠と並んで、条文根拠を提示する必要性を感じた。その結果、この時代の学説は、これを、①占有訴権に関する規定（198-200条）の類推、②189条2項・202条1項の「本権ノ訴」の文言の存在、③（とくに返還請求権につき）191条・196条の「回復者」の文言の存在に求め<sup>29)</sup>、これが、今日の物権法教科書等の記述へと受け継がれてゆく。だが、これらの規定は全てフランス法・旧民法起源であって、ドイツ法の物権的請求権との間の歴史的関係性はない。つまり、これらの規定の援用は、単なる便宜的な借用に過ぎない。

だが、かかる学説の努力が実って、大正期に入ると、判例は、「物権的請求権」構成に立って妨害排除を認めるようになる。すなわち、大判大正4年12月2日民録21輯30巻1965頁が「所有権カ侵害セラレタルトキハ不法行為ニ関スル原則ニ従ヒ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキコト勿論ナルモ其侵害セラレタル所有権尚ホ依然トシテ存在スルトキハ之ニ基キ所有物ノ取戻妨害排除其他一般ニ所有権侵害ノ除却ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ」と判示したのを皮切りに、大判大正5年6月23日民録22輯18巻1161頁は「所有権ニ基ク所有物ノ返還請求権ハ其所有権ノ一作用ニシテ之ヨリ発生スル独立ノ権利ニ非サルヲ以テ所有権自体ト同シク消滅時効ニ因リテ消滅スルコトナシト云ハサルヲ得ス」

とし、大判大正6年3月23日民録23輯10巻560頁が「所有権ニ基ク物ノ返還請求權ハ所有権ノ一作用トシテ其内容ヲ成ス權利ニシテ所有権ト離レテ存在スル独立ノ權利ニアラス」として独立した移転可能性を否定し、さらに、大正9年5月14日民録26輯10巻704頁が「所有権ニ基ク物權的請求權ハ他人ノ挙措ニ由リテ事実上ノ状態カ所有権ノ内容ニ適セサルニ至リタル場合ニ所有権ノ内容ニ適スル状態ヲ将来ニ向テ回復スルヲ目的トスルモノナレハ……侵害行為ヲ将来ニ向テ禁止スルコトヲ請求シ得ヘキモノトス」と判示するに及んで、判例においてドイツ法的な「物權的請求權」概念は完全に定着した<sup>26)</sup>。

### (3) 大正期——末弘説の登場

上述したように、明治40年代以前の学説は、物權の意義につき、「直接支配性」を掲げる点ではフランス法・旧民法に依拠しつつも、「絶対性」に関しては、イギリス法の第三者の債權侵害論を背景にこれを排除する説、フランス法理論を前提にこれを積極的に維持する説が存在し、かかる理解が物權の効力（優先権・追及権ないし本權訴權）の根拠に反映された。他方、ドイツ法の物權的請求權を導入する明治40年代以降の学説の多くは、ドイツの絶対権・相對権の峻別体系を背景に、物權的請求權の実質的根拠を「絶対性」に求めた。こうした学説の対立状況を一変させ、今日の学説の基礎を築いたのは、末弘巖太郎の權利一般の不可侵性論と物權法教科書の体系であった。

#### ①權利一般の不可侵性論

末弘の提唱した權利一般の不可侵性論は、——少なくとも当初においては——、第三者の債權侵害に対して不法行為に基づく損害賠償請求（＝金銭賠償）を求めることができるか、という論点に関するものであった。この問題に関しては、上述したように、イギリス法を参照しつつ不法行為責任を肯定する見解が古くから存在し、また、現行民法起草者も、民法709条にいう「權利侵害」要件を、債權侵害をも含む広い概念として捉えていた。ところが、明治30年代後半より、ドイツ民法の不法行為の条文（BGB823条1項）の解釈にならって、709条にいう「權利侵害」は絶対権の侵害を指し、した

がって、相対権に過ぎない債権の侵害に対して不法行為責任を問うことはできない、とする見解が主張されはじめ、この立場は、石坂音四郎「債権ハ第三者ニ依リテ侵害セラルルヲ得ルヤ」(明治41年)以降、一時は通説的地位を占めるに至った<sup>27)</sup>。

これに対して、末弘は、「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」(大正3年)、「債権ノ排他性ニ就テ」(大正4年)、『債権各論』(大正7年)、「中島博士の新著に引用された余の所説に就て」(大正10年)において、「絶対性即不可侵性」すなわち「権利者以外ノ凡テノ人ハ権利行使ノ妨害トナルヘキ行為ヲ為サルノ義務〔＝「一般的不作為義務」〕ヲ負担」という性質は、物権固有の属性ではなく、権利一般に承認される通有性であり、したがって、第三者の債権侵害に対して不法行為責任を追及し得ると主張した<sup>28)</sup>。右末弘の主張は、大正4年に判例が同様の理論に基づき不法行為責任を肯定したことと相俟って(大判大正4年3月10日刑録21輯5巻279頁(附帯私訴)、大判大正4年3月20日民録21輯9巻395頁)、その後通説的地位を占めるに至る。

## ② 物権の性質論・物権的請求権論

しかしながら、末弘の権利一般の不可侵性論は、物権・債権の識別基準それ自体の側にも波及せざるを得ない。この論点に関して、末弘は、第1に、ドイツの少数説(マシュケ)を引用しつつ、「世人ノ一般ニ唱フル絶対権相対権ノ区別ヲ否定セサルヲ得ス」と述べる<sup>29)</sup>。第2に、末弘は、これに代えて、「排他性(Ausschließlichkeit)」の有無を区別の基準として立てる<sup>30)</sup>。この用語は、末弘においては、「一物上ニ同種ノ権利二個以上存在スルコトヲ得ス(Dominium plurium in solidum esse non potest.)」との原則、すなわち今日いわゆる一物一権主義を意味する。しかし、ドイツにおける「排他性」の用語は、——所有権の定義につき「物ノ所有者ハ、法律又ハ第三者ノ権利ノ制限内ニ於テ、自由ニ其ノ所有物ヲ処理シ且他人ノ一切ノ干渉ヲ排除(ausschließen)スルコトヲ得」<sup>31)</sup>と規定するドイツ民法903条が、物権の属性として「直接支配性」と「絶対性」の2者を挙げるティボー・サヴィニー・ヴィントシャイトら19世紀パンデクテン法学の立場を承継したもので

あることから知られるように(3(3)①参照)——、「絶対性」「不可侵性」を意味する単語である。にもかかわらず、「排他性」の用語に上述のような特殊な定義を与え、これを物権・債権の識別基準としたことから、わが国のその後の学説の混乱が生ずることとなった。

さらに、この主張は、妨害排除請求の側面にも波及する。この論点に関して、末弘は、当初、民法605条・建物保護法1条による賃借権の排他性の承認は「法律ノ特別ナル規定ニ基クモノニシテ、其本来ノ性質ニ由来スルモノニアラス」と説く一方<sup>32)</sup>、「権利ガ物権其他支配権ナルトキハ……支配権夫レ自身ノ効力トシテ妨害除去乃至予防ノ請求権発生スルト云ハザルベカラズ」とも述べていた<sup>33)</sup>。すなわち、債権その他の権利に関しては、金銭賠償については権利一般の不可侵性論に基づき広く救済するが、妨害排除・妨害予防については直接支配性ないし排他性の認められる権利についてのみ限定的に救済される、というのが当初の末弘理論の全貌であった。

以上の末弘の主張は、『物権法(上巻)』(大正10年)において、さらに整理・体系化される<sup>34)</sup>。すなわち、同書は、第1に、「物権の内容」として、「物に付き直接利益を享受すること」と「物権の排他性」の2者を並列的に掲げる一方、絶対性に関しては、「絶対性とは何人に対しても権利を対抗し得ること、換言すれば何人も其権利を尊重せねばならぬ之を侵害するのは法の禁ずる所であると云ふ意味に外ならぬ。して見れば絶対性は物権乃至支配権に限った特質ではなく、苟も権利たる以上凡て絶対性を有すと云はねばならぬ」として、これを物権固有の属性から除外する立場が確認される。第2に、「物権の効力」に関しては、追及権・優先権の2つを挙げる従来のフランス法的理解が排除され、これに代えて、「優先的効力」と「物権的請求権」の2者が掲げられている。なお、「此等の効力は凡て物権の排他性から当然生まれる結果である」とされ、上記「物権の内容」で挙げられていた直接支配性の側からは説明されていない。また、「排他性」の意味に関しては、「後に発生する物権に対する優先的効力(排他性)」の項において「同一物上に互に相矛盾すべき内容の物権が二個以上同一に成立することを許さぬ」性質



との説明がある。さらに、そこでは、「公示方法を充たさざる物権には完全な排他力がない（一七七条・一七八条）」とも説かれている。第3に、物権的請求権に関しては、従前の学説が、ドイツ法の立場をそのまま継受し、返還請求権と妨害排除請求権の2分類に立っていたのに対して、妨害排除請求権から妨害予防請求権を独立させ、返還請求権・妨害排除請求権・妨害予防請求権の3分類とした点が目新しい。

### ③ 妨害排除の不法行為構成

ところで、上述したように、当初の末弘理論は、金銭賠償に関しては、権利一般の不可侵性論に基づき広く認めるが、妨害排除に関しては、直接支配性ないし排他性のある権利に限定するという2本立ての構成をとっていた。だが、後者の問題に関して、大正10年、大審院は、権利一般について妨害排除を認める画期的な判決を下した。すなわち、「権利者カ自己ノ為メニ権利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ権利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其権利カ物権ナルト債権ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシトス」というのである（大判大正10年10月15日民録27輯26巻1788頁）。これを受けて、末弘は、本件評釈『判例民法（大正10年度）』〔一四八事件〕（大正12年）において従前の見解を改め、金銭賠償のみならず、妨害排除の根拠をも権利一般の不可侵性に求めるに至る<sup>35)</sup>。すなわち、「禁を犯して権利を侵害する者あらば不法行為を理由として茲に『賠償請求権』が生まれる。併し既に損害が生じた場合に之が『賠償』を許す位ならば、何故に其『損害』を『予防』すべき妨害の除去を許さないか。それは不法行為法理をしてより有効ならしむるものである。それならば『物権』に妨害除去の効力を認める以上——『排他性』をこそ有しないが——同じく不可侵性を有する債権に付ても妨害排除の効力を認めてい、訳である」と。しかも、その法律構成は、妨害排除の承認は「不法行為法理をしてより有効ならしむる」との記述や、「英米法のinjunction」への言及等から判断するに、物権的請求権構成ではなくして、不法行為構成のように見える。

一方、判例は、その後も、権利一般の不可侵性に基づき妨害排除請求を認

める判決を、立て続けに下した（大判大正11年5月4日民集1巻5号235頁「苟モ権利タル以上反対ノ規定ナキ限其ノ種類如何ヲ問ハス総テ対世的性質ヲ有スルモノニシテ対世的性質ヲ有スルモノハ唯タ物権ノミニ限ルニ非ス本件ノ〔河川敷地〕専用権モ亦一種ノ財産権トシテ対世的性質ヲ有スルモノナルヲ以テ之ヲ侵害シタル第三者ニ対シ侵害ヲ排除スルニ適當ナル行為ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ第三者ニ対シテハ金銭賠償以外ノ請求ヲ為シ得ヘキモノニ非ストノ論旨ハ其ノ理由ナシ」, 大判大正12年4月14日民集2巻5号237頁「此ノ〔寺院の境内地の〕使用权ハ物権タルト債権タルトヲ問ハス不可侵性ヲ有スルモノナレハ之ヲ妨害スル者ニ対シ其ノ妨害ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス（大正十年（オ）第六六九号同年十月十五日当院判決参照）」等）。そして、このうちの大正11年判決に対しても、末弘は判旨賛成の評釈を書いている<sup>36)</sup>。

こうして形成された、妨害排除の根拠をも権利一般の不可侵性に求める末弘新説の立場は、後の「(民法雑記帳(六))妨害排除請求権の問題」(昭和10年)、「(民法雑記帳(三三))物権的請求権理論の再検討」(昭和14年)において、さらに発展し、「物権的請求権理論そのものを根本的に捨てて、事を独り物権に限局せず、広くすべての権利侵害に対する救済手段として如何なる条件の下に妨害排除乃至原状回復の請求を許し得べきかを衡平法的見地から考究し、新に積極的に統一的理論を樹立すること」が必要であり、「不法行為に対する救済手段として、民法の明定する損害賠償の外、原状回復、妨害排除乃至予防等の請求をも許すべきではないかと言ふ問題」に対して、損害賠償のほか差止をも認めた昭和9年の不正競争防止法1条の規定を援用しつつ、これを肯定すべ旨が主張される。また、その要件に関しては、「権利の種類・権利の目的・侵害の種類態様・侵害の結果被害者の蒙るべき損害の程度態様・妨害排除を実現する為加害者に要求せらるゝ犠牲の程度等に応じて色々に定められるべき」とされ、「絶対性」「不可侵性」といった「権利の種類」のみによる抽象的・画一的な判断基準は、もはやとられていない<sup>37)</sup>。

#### (4) 昭和初期以降—今日までの学説

以上の末弘説は、その後の学説に多大な影響を及ぼした。しかし、その一方で、末弘の体系の基礎にあった権利一般の不可侵性論は、その後の不法行為法理論の発展により、その意義を失ってゆく。他方、相互に相容れない理論体系であるところの、妨害排除に関する物権的請求権構成（末弘旧説）と不法行為構成（末弘新説）につき、その各々の系譜を引く学説間で衝突が生ずることとなる。

##### ① 権利一般の不可侵性論のその後

先に述べたように、末弘の権利一般の不可侵性論は、709条にいう「権利侵害」要件につき、ドイツ民法823条1項と同様、これを絶対権の侵害に限るとする学説に対する、アンチ・テーゼとして提唱されたものであった。しかし、その後、大学湯事件（大判大正14年11月28日民集4巻12号670頁）は、同条の「権利侵害」要件を「吾人ノ法律観念上其ノ侵害ニ対シ不法行為ニ基ク救済ヲ与フルコトヲ必要トスト思惟スル利益」の侵害と読み替え、さらに、末川博は、『権利侵害論』（昭和5年）において、709条にいう「権利侵害」の文言は「違法性」の徴表に過ぎないとする見解を発表した。この理論によって、709条の要件は「権利侵害から違法性へ」と読み替えられ、同条の「権利」侵害の文言をめぐるかつてのドイツ法的解釈論と末弘の権利一般の不可侵性論の対立は意味を失い、その結果、「絶対性」の用語・法構造をめぐる議論も、やがて消失していくこととなる。さらに、末川は、「通説のやうに、債権は権利であるからといふ理由だけで、直ちに第三者の不可侵義務を認め、それを根拠にして第三者による債権侵害の可能性を断ずべきではなくて——即ち不可侵義務があって後に債権侵害が認められるといふ風に解すべきではなくて——、寧ろ逆に、第三者による債権侵害の可能性は債権自体の構造によって之を決し、それが可能であるが故に、違法と評価される場合には、第三者の不可侵義務が認められるのであるという風に解すべきである」とし<sup>38)</sup>、かくして「不可侵性」「不可侵義務」の概念も、理論装置としては無意味な

存在へと変質してゆく。

一方、こうして「権利侵害」に取って代わった「違法性」要件の認定基準に関しては、末川が違法性理論を発表した翌年、我妻榮「債権法（不法行為）」日本評論社『現代法学全集（第三七巻）』（昭和6年）により、相関関係理論が提唱される<sup>39）</sup>。これは、「非侵害法益は単なる利益なることあり、権利なることあり、その権利も所謂絶対権なることあり、又相対権に止まることがある。これと同時に侵害行為の態様も権利の行使なることあり、所謂自由（放任）行為なることあり、又禁止規定に違反する行為なることがある。社会衡平の理想はそれぞれの場合に於ける被侵害法益の種類と侵害行為の態様との相関関係に於て損害の分担を決定しなければならないであらう」とする理論であって、右引用から知られるように、「絶対権」たる性質への顧慮は、完全に放棄されたというわけではない。しかしながら、この理論において、「絶対権」は、かつての学説における「権利侵害」要件の決定的な判断要素から、「違法性」の相関的判断の1要素に過ぎないところまで降格されており、ここにも、その後の学説において「絶対性」概念の検討が行われなくなる契機が存在する。

## ② 物権の性質論・物権的請求権論のその後

以上のようにして、権利一般の不可侵性論は当初の使命を終えたが、しかし、右理論を基点として末弘が構築した物権ないし物権的請求権の体系は、今日の学説にそのまま受け継がれた。まず第1に、物権の効力として追及権・優先権の2者を掲げる従前のフランス法的理解は消失し、末弘にならって、優先的効力と物権的請求権の2つを挙げる見解が通説化した。さらに、第2に、物権的請求権の種類を返還請求権・妨害排除請求権・妨害予防請求権の3つに分類し、その各々の条文根拠を占有訴権の3類型に求める彼の説明も、今日の学説に継受された。そして、第3に、物権の意義あるいは物権的請求権の根拠につき絶対性を挙げる見解も、ほぼ姿を消した。そもそも末弘理論において「絶対性」は、権利一般の通有性として、従前にも増して重要な意味を持たなければならないはずであるが、従前のドイツ法的解釈論との対立

関係ゆえに、末弘はこれを消極的なニュアンスで論じていた。そして、これに追い打ちをかけるように、違法性理論・相関関係理論が通説化したため、結局、権利の「絶対性」という観念は、その居場所を失ってしまったのである。

一方、排他性を物権相互間の優先的効力と同義と解しつつ、物権的請求権の実質的根拠を排他性に求める末弘の主張は、無権原侵害者に対して物権的請求権が行使される場合を説明できない。このことから、その後の学説は2方向に分かれた。第1説は、排他性を末弘の定義（物権相互間の優先的効力）よりも広い概念として捉えつつ、物権的請求権の根拠を右拡張された排他性概念に求める見解であり、第2説は、排他性ないし絶対性を導くところの直接支配性の側に遡って、これを物権的請求権の根拠とする見解である<sup>40)</sup>。

このうち、第1説によれば、「排他性」には2義あるとされる。①その1は、末弘にいう「排他性」すなわち一物一権主義ないし物権相互間の（あるいは学説によっては債権に対する優先的効力をも含む）優先的効力——換言すれば、第三者が権利者であった場合に彼の権利に優先する性質——であり、この意味における「排他性」から、登記の対抗力が説明される。②その2は、この見解によって新たに加えられたところの、第三者が無権利者であった場合に、「あたかも違法な侵害が正当防衛の権利を生ぜしめ自力救済を認める如く」、彼を排除することのできる性質であり、この意味における「排他性」から、物権的請求権が導かれる、というのである<sup>41)</sup>。しかしながら、第1に、①の優先的効力ないし対抗要件主義が問題となるケースというのは、②物権的請求権が行使されるケースの1場合に過ぎない。すなわち、XがYに対して物権的請求権を行使した場合に、Y側としては、何らかの権原の存在を抗弁として主張することがある。返還請求権に関していえば、XY間賃貸借契約やYの地上権といった「占有すべき権利（Recht zum Besitz）」の存在がそれである<sup>42)</sup>。ここで地上権を例にとれば、それがXとの間の設定ないし移転契約によるものならば、Xの請求は右契約の存在を理由に排斥される。一方、右権原がX以外の者（Aとする）に由来するものであって、かつ、Xの

所有権もAに由来するものならば（なお、Xの所有権が異なる前主Bに由来する場合には、A・Bの何れが真の権利者であるかによって勝敗が決まる）、Yの地上権登記がXの所有権登記に先行している場合にのみ、Xの請求は排斥される。これが対抗要件主義であって、この場合におけるXY間が直接契約関係で結ばれていない以上、そこで行使されているのは、契約法上の請求権ではなくして、（この見解によれば）物権的請求権のはずである。以上を要するに、この見解における①の意味の「排他性」は、②の意味の「排他性」の中に包摂される。第2に、②の意味における「排他性」の内容は、ドイツ民法903条にいう「排他性」の説明と同一であるが、しかしながら、同条における「排他性」を、ドイツの学説はまさに「絶対性」と呼んでいるのである。また、この見解にいう「正当防衛の権利」ないし「自力救済」の観点は、後述するように第2説の立場においても主張されるが、しかし、それはあらゆる権利について認められるものであって、要するに、ここにいう「排他性」の説明は、末弘にいう権利一般の通有性たる「絶対性」「不可侵性」の単なる言い換えに過ぎない。にもかかわらず、この見解は、第1に、①の意味における「排他性」と②の意味における「排他性」を、全く別の問題のように捉え、かつ、第2に、②の「排他性」が、従来の見解にいう「絶対性」「不可侵性」と結局同じ事柄を述べていることに気がついていない。しかも、かかる理解に、さらに、①の領域における、二重譲渡の法的構成に関する「権利者からの取得」構成が加わった結果、今日の学説における「排他性」の用語は、全く不明瞭な概念となってしまった。

同様の問題は、第2説（物権的請求権の根拠を「直接支配性」に求める説）についても生じた。この見解は、次のようにいう。「物権を有する者は、この物権の内容を実現するためには、他人の行為の介在することを必要としない。しかし、物権の内容を実現することが他人の支配に属する事情によって妨げられているとき……には、物権を有する者といえども、その他人の支配を侵して物権内容を実現することは許されない（自力救済の禁止）。そこで、物権は、その妨害事情を支配する地位に在る者に対して、その妨害を除去す

ることを請求する力を持たなければならない。そうでなければ、物権は全く有名無実のものになってしまう。これが物上請求権の認められる理論的根拠である」<sup>49)</sup>。①だが、第1に、この見解の援用する「自力救済の禁止」は、支配権に限らず、およそ全ての権利について妥当する原則であり、したがって、右原則の援用部分は、「物権的請求権」の認められる根拠ではなくして、「請求権」の認められる根拠を説明しているに過ぎない。②第2に、上記引用のうち、物権的請求権の効果が原状回復であることを、物権の直接支配性から理由づけるのは正しい。しかしながら、このような説明は、従前の学説（物権の属性として直接支配性と絶対性の2つを掲げる見解）においても同様であり、この点に関して両説に違いがあるわけではない。③したがって、問題は、物権的請求権の相手方——債権債務関係で結ばれていない者に対して何ゆえこの権利を行使できるのか——の論点に存するのであって、従前の学説にいう「絶対性」は、この点を説明するための、次のような法構造を指す用語であった。すなわち、物権は、第1次的には、万人に対して不可侵義務を負わせ、第三者がこの義務に違反した場合には、第2次的な効果として、物権的請求権が発生する、という法構造である。一方、権利一般の不可侵性論は、この法構造は、物権のみならず、全ての権利について認められるとする理論であって、物権にはこの構造は認められないとする理論ではなかったはずである。つまり、末弘説に立っても、物権的請求権の根拠として「絶対性」を挙げる部分は、依然として維持されなければならなかったはずである。にもかかわらず、末弘旧説を含め、それ以後の物権的請求権に関する学説は、この法構造それ自体を捨てているように見える。

### ③ 妨害排除の不法行為構成のその後

もっとも、上述したように、末弘に関していえば、彼はその後、「物権的請求権」概念そのものを放棄し、①権利一般の不可侵性から損害賠償のみならず妨害排除の効果も発生するとし、②右効果が発生するか否か、あるいは損害賠償と妨害排除の何れの効果が認められるかは、種々の要素の総合考慮によるとする見解に改説している。

このうち、要件論に関する②の主張は、上記末川違法性理論・我妻相関関係説の延長線上にあるが、こうした主張の発生経緯について若干補足すれば、以下ようになる。これらの主張は、相手方の権利行使によって被害を蒙った当事者が差止ないし金銭賠償を請求できるか、という論点を淵源としている。この問題に関して、学説が参照した理論は、フランス法の権利濫用論、及び、ドイツ法の受忍限度論であった<sup>40</sup>。これらは何れも、「所有権の絶対性」の法思想に対する、「所有権の社会性」の法思想に基づく制限法理と理解されるが、それらは、まず、わが国の不法行為法（＝金銭賠償の側面）に導入され、上記末川違法性理論・我妻相関関係理論や、戦後の受忍限度論へと発展してゆく。他方、信玄公旗掛松事件（大判大正8年3月3日民録25輯6巻356頁）を契機に、牧野英一・末弘巖太郎らにより、権利濫用には至らない（したがって差止は認められない）が不法行為責任（金銭賠償）が認められるレベルとして「適法行為による不法行為」という新たなカテゴリーが提唱されたことによって<sup>41</sup>、差止と金銭賠償の効果の違いは、侵害行為の違法性の程度による差と理解されるようになる。そして、このような差止と金銭賠償の要件面における等質性が、末弘新説のような、物権的請求権概念を破棄して、金銭賠償と原状回復を一律に不法行為により処理する主張（上記①）へと連なるのである。一方、物権的請求権概念を維持する学説においても、不法行為に関する相関関係説や受忍限度論は、そのまま物権的請求権における「侵害」要件の判断に移植されることとなる。

さて、このような流れの中で成立した末弘新説の法律構成（上記①）は、戦後、次第に有力化していく。ここでは、立法史研究において、現行民法起草者が、不法行為における金銭賠償の原則をさほど厳格に解していなかったことが明らかにされた点も大きい。しかし、そうなると、問題となるのは、物権的請求権と不法行為に基づく原状回復請求権の関係である。不法行為の条文に基づく原状回復が認められるならば、民法典制定後に参照された——したがって条文根拠のない——ドイツ法理論であるところの「物権的請求権」概念は、そもそも認める必要はない、ということになる。この点に関して、



学説の中には、末弘新説と同様、「物権的請求権の理論そのものは、終局に於て物権と云ふ権利自体の効力でなく、不法行為の効果だと考えても、実は余り不当でないことになる」とする見解もあるが<sup>46)</sup>、学説の多くは、物権的請求権構成と不法行為構成を併用している<sup>47)</sup>。

不法行為の効果は金銭賠償に限られるとして、原状回復・差止の根拠をドイツ法的な物権的請求権概念に求めるか（「物権的請求権構成」ないし「権利説」）。不法行為の効果として原状回復をも認めるがゆえに、「物権的請求権」概念はわが国においては不要と解するか（「不法行為構成」ないし「非権利説」）。それとも、その要件・効果の特殊性に着眼して、物権的請求権を不法行為に基づく差止請求権とは別個の類型（不法行為の特則？）として維持するか（「二元的構成」ないし「併用説」）。この問題につき、私見は、不法行為構成ないし二元的構成に立つが、しかし、この点を論ずることが本稿のテーマではない。イギリス法の影響を受けた初期学説、フランス法・旧民法の物上訴権体系を維持する初期学説、ドイツ法を継受した物権的請求権構成、権利一般の不可侵性論やその延長線上にある不法行為構成の何れにおいても、「絶対性」概念は、金銭賠償ないし原状回復効果を発生させるところの「不可侵義務」違反の法構造を指す用語として理解されていること、ただ、わが国における議論の特殊性から、右法構造に関する説明が行われなくなり、あるいは「直接支配性」「排他性」という用語に特異な意味内容を付与しつつ、これを使用した説明へとすり替わったこと、そして、その結果、「絶対性」「不可侵性」「対抗可能性」の用語のもつ意味が曖昧化したことは、以上に述べたとおりであり、それゆえ、わが国の物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論において、「絶対性」「不可侵性」「対抗可能性」の用語を——その本来の意味・法構造を再認識しつつ——使用することは、混乱した議論を整理するためには、むしろ有用と考える。本章の考察目標——物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論の領域における「絶対性」の用語の意味内容を明らかにすること——との関連で必要な検討は、以上の限りで充分であろう<sup>48)</sup>。

### 3 「所有権絶対の原則」の諸相

だが、「絶対性」の用語に対する批判は、上記物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論の領域における「絶対性」の用語法の曖昧さのほか、次のような点にも向けられていた。その1は、本稿冒頭でも掲げた、「所有権絶対の原則」は法思想上の概念であって、解釈論の領域においては機能しないとの主張であり、その2は、物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論以外の領域における「絶対性」の用語法の多義性であり、その3は、今日において「所有権絶対の原則」は種々の制限を受けており、したがって、古典的市民法における「絶対性」はもはや維持されていないとの主張である。

#### (1) 法思想としての所有権の「絶対性」と

##### 法技術としての所有権の「絶対性」

そこで、まず第1に、「所有権絶対の原則」は法思想上の概念であり、したがって、具体的な解釈論で用いることに意味はない、との批判について。

所有権に限らず、およそ全ての権利ないし法秩序は、これを実効あらしめる制度的保障が存在する場合にのみ、現実のものとなる。これを逆向きに言い換えれば、当該権利ないし法秩序がたとえ法規の上で宣明されていたとしても、これを具体化する法制度が存在しない場合には（あるいは右制度が及ばない部分に関しては）、当該規定は国家公共団体の施策方針・努力目標を示したものに過ぎず、法的拘束力ないし裁判規範性をもたない（プログラム規定）。同様に、かりに当該権利ないし法秩序が法思想として一般に承認されていたとしても、これを直接的な形で保障する法制度が存在しない場合には、当該権利ないし法秩序は、具体的権利性をもたない。たとえば環境権は、今日のわが国においては1つの法思想として確立・定着した概念と見うるが、しかし、この用語を直接用いて当事者を規律する具体的法規が未だわが国には存在しないがゆえに、環境権論者の一部は、右権利は憲法13条の幸福追求

権や憲法25条の生存権の中に包摂されているとし、かつ、憲法13条・25条はプログラム規定ではないと主張することによって、環境権の具体的権利性を根拠づけようとする。

所有権に関しても、これと全く同様である。すなわち、ここには、所有権に関する一定の法思想が定立され、それを前提に（右法思想に対応する限りでの）制度的保障が確立され、そして、右制度的保障の限りにおいて所有権は具体的権利性をもつ、という2段構造が存在する。そして、かかる構造のゆえに、法思想としての所有権と、具体的権利としての所有権との間には、しばしば時間的・内容的にずれが生ずる。また、法思想としての所有権概念が同一であっても、これを具体的な法制度に反映させる仕方は、前章の考察からもその一端が知られるように、各国・各時代によってまちまちである。

したがって、ここでは、第1に、法思想としての所有権と、具体的権利としての所有権を分けて考える必要があり、第2に、両者の間には上述したような関係が存在することを認識する必要があり、第3に、かかる関係を認識しつつ、具体的権利としての所有権の法構造を考えるべきである。

しかるに、わが国では、近代市民法における法思想としての所有権の内容——法思想としての「所有権絶対の原則」——に関する考察は進んだが、その一方で、具体的権利としての所有権に関しては、前章で見たように、「絶対性」の用語を用いた説明が行われなくなり、その結果、両者の関係が断ち切れてしまった。「所有権絶対の原則」をもっぱら法思想的な概念と捉える理解や、あるいは法思想としての所有権の「絶対性」と解釈論の次元における所有権の「絶対性」とは全く無関係であるとする理解は、こうしたわが国の特殊事情から生じたものであり、そして、それは望ましい状況とは思われない。

## （2）法技術としての所有権の「絶対性」の多義性

ところで、解釈論において「絶対性」の用語が問題となるのは、前章で考察した物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論の領域だけではない。法

思想としての「所有権絶対の原則」から導かれるところの、近代的所有権の特質としては、①観念性（所有権は、物の現実的支配（占有）から切り離された、物を支配し得る観念的・抽象的な権能として理解される）、②全面性・完全性ないし円満性（右観念的支配権能は、物の使用・収益・処分の全てに及び、したがって、たとえば現実的利用を他人に委ねても、地代徴収などによってその部分の価値を確保することができる）、③渾一性（所有権は、占有権のような個々の権利の束ではなく、したがって、たとえば所有権と他の物権が同一人に帰属すると、混同によって消滅する）、④弾力性ないし柔軟性（制限物権による制限を受けても、それが消滅すれば当然に全面的支配を回復する）、⑤永久性ないし恒久性（存続期間の制限はなく、また消滅時効にもかからない）、⑥絶対不拘束性（他者から不当な侵害や拘束を受けない）等が挙げられ、これら各々の特質を具現する実定法規の解釈論（根拠論・要件論・効果論）において、「絶対性」の用語を用いた説明がなされることがある。前章で考察したのは、このうちの⑥であり、そこにおける「絶対性」の法構造と、他の領域におけるそれとの間には、内容に差異が認められる。また、⑥の領域と同様、他の領域の内部における「絶対性」の用語法も、論者によって一様ではない。この点を捉えて、「絶対性」の用語は多義的で曖昧であると述べるのは正しい。

しかしながら、第1に、「絶対性」の用語によって示される具体的な法構造が、各法制度ごとに異なることは、むしろ、法思想としての「所有権絶対の原則」が、わが国にあっても、種々の法制度において現実化されていることの証に他ならないのであって、この点を理由として、個々の法制度の解釈論の次元で「絶対性」の用語を用いるべきではないと批判することは、——前章での考察からも知られるように——、法思想としての所有権と、具体的権利（裁判規範）としての所有権の間にある目的—手段の関係を、かえって曖昧化させる。第2に、個々の法制度の内部における「絶対性」の用語法の曖昧さに対しては、——⑥の領域につき前章で試みたように——、これを明確化するための努力がなされるべきであって、この概念を放棄すべしとの主

張には、直ちに結びつかないはずである。

### (3) 「所有権絶対の原則」の修正

最後に、古典的市民法における「所有権絶対の原則」は、今日においてはもはや破棄されているとの主張について。ここでは、次の2点が問題となる。その1は、この主張が前提としている「所有権絶対の原則」の意味内容であり、その2は、右原則に対して今日加えられている種々の制限をどのように位置づけるか、という点である。

#### ① 「所有権絶対の原則」の戯画化

まず、第1の点について。我妻栄＝有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（昭和58年）は、上記⑥所有権の絶対不拘束性につき、次のようにいう。「所有権は、その本質上、絶対不拘束性をもつといわれることがある。しかし、現時の法律論としては、(a)『立法によっても制限し得ない権利』という意味では是認し得ないのはもちろんのこと、(b)『明瞭な法律のない限り無制限なものとするべきだ』という意味でも是認することはできない。所有権も、社会共同生活において妥当な作用を営む限りにおいて是認される権利であることは、他の権利と全く同様である」<sup>49)</sup>。

しかしながら、(a) (b) のような意味での絶対的所有権観念は、フランス革命期にも、フランス民法典成立時にも、存在しなかったようである。まず、(a) の点についていえば、「所有権絶対の原則」をはじめて宣明したとされる1789年フランス人権宣言17条及び1804年フランス民法典544条の文言からも知られるように<sup>50)</sup>、立法による制限は、「所有権絶対の原則」が当初より折り込み済みの制約であって、後の時代になってはじめて現れた修正ではない<sup>51)</sup>。一方、(b) のような意味における所有権絶対の原則の理解——それはおそらく、同じくフランス人権宣言によって宣明された罪刑法定主義と同様の、成文法主義（＝慣習法の禁止）・类推解釈の禁止・明確性の原則を考えるのであろうが——も、当初においては存在していない。「革命期からナポレオン法典成立期の所有権論には、所有権の社会性とそこに由来する所

有権の内在的義務を説くものが少なくない」<sup>52)</sup>のである。のみならず、フランス民法典成立後、19世紀前半の初期注釈学派 (Ecole exégétique) においては、所有権を自然権と捉える理解すら否定され、これを社会制度と見る見解が有力化した。ところが、19世紀半ばになると、所有権＝自然権説が再び通説的地位を取り戻し、さらに、ドモロンブら19世紀後半の注釈学派最盛期の学説は、(a) 立法による制約に対して総じて消極的態度をとり、また、(b) 法令の範囲内であれば所有権の恣意的 (濫用的) 行使をも容認するようになる。すなわち、フランスにおいて「絶対的所有権」の法観念が成立するのは、19世紀後半のことなのであるが、しかしながら、この立場を上記 (a)・(b) のように表現するのは、いささか極端に過ぎる。こうした極端なまでに戯画化された「絶対的所有権」像を述べるのは、デュギーら20世紀以降の科学学派 (Ecole scientifique) であり、「所有権の社会性」を強調する彼らは、従前の学説を批判するため、「絶対的所有権」概念を、典型的な悪役像に仕立て上げたのである<sup>53)</sup>。

ドイツにおける経緯も、フランスと似たり寄ったりである<sup>54)</sup>。ドイツにおいて「所有権の絶対性」の法思想を確立したのは、ティボー、サヴィニーら19世紀前半のロマニステンであり、フランスよりも若干早い。右概念は、その後、ヴィントシャイトら19世紀後半のローマ法学者に受け継がれるが、これら「十九世紀のパンデクテン法学では、事実上及び権利による『完全な物支配』の完全排他的な帰属が、『絶対的』と呼ばれ始めたい。そのいみでは、『無制限で排他的な』物支配の属性が『絶対的』である。それから進んで、もっと一般的には、権利としての『無制限で排他的』な物支配のちからである性質が、『絶対的』である」<sup>55)</sup>。そして、この概念が、所有権を直接支配性と排他性 (=絶対性) の2面から定義づける1900年ドイツ民法典903条 (2(3)②参照) に承継される。しかしながら、ここでは、ローマ法の所有権にあっても一定の制限は認められている点、そして、「所有権の絶対性」を強調する19世紀パンデクテン法学者も、これを否定するものではなかった点に注意を要する。たとえばヴィントシャイトは、所有権の制限を、一般法

規による制限と、第三者が取得した権利による制限の2種に分けており、この区別も、上述の民法典903条の文言に反映されている。また、一般法規による制限には、いわゆるインミッシオン（*immissio*; *Immision*）や、相隣関係規定があるが、それらローマ法起源の制限も、前者はドイツ民法906条、後者は907条以下に受け継がれている。これを要するに、19世紀パンデクテン法学における「所有権の絶対性」もまた、フランス法におけると同様、一定の制限を当然の前提とする思想なのである。ところが、同じローマ法学者ながら、デルンブルクやイエーリングは、これらの制限では不十分と考えた。ゲルマニストのギールケも同様であった。そして、彼らによる「所有権の絶対性」批判を嚆矢として、「所有権の社会性」の法思想は、やがてワイマール憲法下において確立することとなる。

これらの学説が日本法に与えた影響に関しては、すでに前章でその一端を紹介しておいた。すなわち、第1に、物権の属性として「直接支配性」と「絶対性」の2者を挙げるティボー・サヴィニー・ヴィントシャイトと、「絶対性」を排除し「直接支配性」のみを掲げるデルンブルク・イエーリングの対立は、すでに明治30年代の現行民法立法直後の学説により紹介されていた(2(1)②)。第2に、所有権の「絶対性」批判と結合していたところのフランスの権利濫用論やドイツの受忍限度論に関しては、明治40年代以降の学説により参照されていた(2(3)③)。第3に、末弘が権利一般の不可侵性論を唱えた際援用したマシュケ論文は、イエーリング・ギールケと同時代のドイツ民法成立前夜の著作であり、ティボーら19世紀パンデクテン法学の唱える物権の「絶対性」はローマ法の誤解に基づくとの彼の主張も、末弘により引用されている(2(3)②)。そして、ここでは、第4に、フランスあるいはドイツの「所有権の社会性」の法思想が、とくに大正期になって、牧野・末弘らにより、わが国に本格的に導入されたことを、追加しておかなければならない。第3の側面（第三者の債権侵害の領域）において、ドイツ法起源の「絶対性」概念は、末弘によって徹底的に排撃された。これと同様に、第2の側面（権利濫用論・受忍限度論）、あるいは第4の側面（法思想の側面）にお

規による制限と、第三者が取得した権利による制限の2種に分けており、この区別も、上述の民法典903条の文言に反映されている。また、一般法規による制限には、いわゆるインミッシオン (immissio; Immision) や、相隣関係規定があるが、それらローマ法起源の制限も、前者はドイツ民法906条、後者は907条以下に受け継がれている。これを要するに、19世紀パンデクテン法学における「所有権の絶対性」もまた、フランス法におけると同様、一定の制限を当然の前提とする思想なのである。ところが、同じローマ法学者ながら、デルンブルクやイエーリングは、これらの制限では不充分と考えた。ゲルマニストのギールケも同様であった。そして、彼らによる「所有権の絶対性」批判を嚆矢として、「所有権の社会性」の法思想は、やがてワイマル憲法下において確立することとなる。

これらの学説が日本法に与えた影響に関しては、すでに前章でその一端を紹介しておいた。すなわち、第1に、物権の属性として「直接支配性」と「絶対性」の2者を挙げるティボー・サヴィニー・ヴィントシャイトと、「絶対性」を排除し「直接支配性」のみを掲げるデルンブルク・イエーリングの対立は、すでに明治30年代の現行民法立法直後の学説により紹介されていた(2(1)②)。第2に、所有権の「絶対性」批判と結合していたところのフランスの権利濫用論やドイツの受忍限度論に関しては、明治40年代以降の学説により参照されていた(2(3)③)。第3に、末弘が権利一般の不可侵性論を唱えた際援用したマシュケ論文は、イエーリング・ギールケと同時代のドイツ民法成立前夜の著作であり、ティボーら19世紀パンデクテン法学の唱える物権の「絶対性」はローマ法の誤解に基づくとの彼の主張も、末弘により引用されている(2(3)②)。そして、ここでは、第4に、フランスあるいはドイツの「所有権の社会性」の法思想が、とくに大正期になって、牧野・末弘らにより、わが国に本格的に導入されたことを、追加しておかなければならない。第3の側面(第三者の債権侵害の領域)において、ドイツ法起源の「絶対性」概念は、末弘によって徹底的に排撃された。これと同様に、第2の側面(権利濫用論・受忍限度論)、あるいは第4の側面(法思想の側面)にお



て確立した。右立法もまた、上記「所有権の社会性」に基づき古法の制度を復活・利用したものと評価されるが、しかし、当時の学説は、右立法によって近代市民法の指導原理たる所有権絶対の原則及び私的自治（意思自律）の原則のコロラリーである意思主義が成立する前の状態に戻ったと理解した。そして、このような理解に対して、対抗要件主義は所有権絶対の原則・意思主義に対する限局された例外に過ぎず、所有権絶対の原則・意思主義は対抗要件主義によって破棄されたと理解すべきではない、と主張したのが、本稿冒頭で触れた、ボワソナード及び今日のフランス法学説であった。したがって、対抗要件主義によって所有権の絶対性及び意思主義は変更ないし破棄されているとする今日のわが国の理解は、母法との関係でいえば先祖帰りであるばかりか、対抗要件主義の基本構造を見失わせる結果となった。対抗要件主義は、登記を欠缺した第1譲受人に対して、登記法により新たに創設された登記義務（公示義務）に対する違反を理由に、取得した物権の対抗可能性（＝絶対性・不可侵性）を喪失させるものであり、登記を具備することによって初めて物権の対抗可能性（＝絶対性・不可侵性）が生ずると理解すべきものではない（わが民法177条も、登記なくして「対抗スルコトヲ得ス」と規定しているのであって、登記があれば「対抗スルコトヲ得」とは規定していない）。反面、第2譲受人は、彼自身が登記を具備した場合には（＝彼自身に登記義務違反がない場合には）、あたかも不法行為に基づく現物賠償と同様、上記第1譲受人の登記義務違反を理由に物権を取得する。したがって、不法行為の被害者に対する加害者の賠償が、加害者の財産権を侵害するものとは評価されないと同様、第2譲受人の所有権取得は、第1譲受人の所有権に対する不可侵義務違反にはならない。但し、その取得態様が、悪意または背信的悪意であった場合には、第1契約ないしその結果第1譲受人が取得した所有権に対する不可侵義務違反が問われ、第2譲受人は所有権を取得することができない。以上のようなボワソナード・今日のフランス法学説の説明に対して、本稿で述べたような「所有権絶対の原則」をめぐる議論の迷走の結果、「絶対性」「不可侵性」「対抗可能性」の用語が有していた具体的法

律構成部分を失った今日のわが国の学説は、その批判的検討はおろか、理解すら覚つかない状態まで後退してしまったのである。

#### 注

- 1) 学説の詳細に関しては、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版・注釈民法(6)物権(1)』(有斐閣, 1997(平成9)年)423頁以下〔原島重義＝児玉寛〕参照。
- 2) フランス法学説・ボワソナード説の詳細に関しては、七戸①「不動産物権変動における対抗要件主義の本質——ボワソナードを起点として——」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集23号(1986(昭和61)年)71頁, 同②「『対抗』のフランス法的理解——不動産物権を中心に——」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集26号(1987(昭和62)年)65頁, 同③「(紹介と批評)マルク・レヴィス著『物権の対抗可能性——権利の裁判上の制裁について——』」法学研究(慶大)64巻2号(1991(平成3)年)152頁, 同④「不動産物権変動における対抗要件主義の構造」私法53号(1991(平成3)年)239頁, 同⑤「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法学研究(慶大)64巻12号(1991(平成3)年)195頁, 同⑥「(紹介と批評)カトリーヌ・テレーズ・パロー・サリュエ著『法定公示——公の情報と行為の証明——』」法学研究(慶大)65巻10号(1992(平成4)年)163頁。なお、「民法学の過去・現在・未来」研究会「物権変動論の最前線——不動産の二重譲渡問題を中心に——」姫路法学20号(1996(平成8)年)193頁〔七戸〕も参照。
- 3) 「物権変動論の最前線」(前掲注(2))193頁以下〔金山・松岡〕。なお、「物権変動の事実上の競合状態を解消して物権の排他的帰属を確定する方式は、三つに大別される」とし、《Nemo plus juris ...》原則もその方法の1つに過ぎないとする『新版・注釈民法(6)』(前掲注(1))460頁〔原島＝児玉〕の「規範構造説」も、同様の発想に立つものと解される。なお、横山美夏「(民法学のあゆみ)原島重義＝児玉寛『対抗の意義』『登記がなければ対抗できない物権変動』新版注釈民法(6)所収」法律時報71巻11号(1999(平成11)年)114頁参照。
- 4) 訳文は、高木八尺＝末延三次＝宮沢俊義編『人権宣言集』(岩波文庫, 1957(昭和32)年)131頁, 133頁〔山本桂一〕, 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——』(法曹会, 1982(昭和57)年)11-12頁による。以下同様。

- 5) フランス法・ボワソナード旧民法における所有権の「絶対性」「不可侵性」「対抗可能性」に関しては、ジュオン・デ・ロングレー（福井勇二郎訳）「対物権と対人権の区別に関する史的考察（1）～（2・完）」法学協会雑誌59巻2号（1941（昭和16）年）179頁，3号389頁，福井勇二郎「（新著紹介）ルネ・カピタン『物権の本質に就て』」法学協会雑誌59巻4号（1941（昭和16）年）628頁，山本桂一「フランス各種法領域における所有権とくに無体財産権の観念について（1）」法学協会雑誌87巻3号（1970（昭和45）年）1頁，佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察（1）～（3・完）」法学論叢（京大）98巻5号（1976（昭和51）年）27頁，99巻2号36頁，4号62頁，七戸・前掲注（2）掲記の諸論稿，及び，七戸「わが国における『物権的請求権』概念の推移——旧民法から現行民法に至るまで——」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集25号（1987（昭和62）年）79頁，吉野悟①「所有権の絶対性と完全性——ボアソナード民法から明治30年頃まで・問題の所在——」日本法学62巻1号（1996（平成8）年）45頁，同②「所有権の絶対性と完全性——ボアソナード民法の窓を通して見たフランス民法教科書の場合——（1）～（2・完）」日本法学62巻2号（1996（平成8）年）73頁，3号93頁参照。
- 6) 法務大臣官房司法法制調査部監修『（日本近代立法資料叢書1）法典調査会民法議事速記録一』（商事法務研究会，1983（昭和58）年）570頁，572頁，575頁。
- 7) 「損害賠償ノ請求権」（721条・724条），「家督回復ノ請求権」（旧966条。現行884条），遺留分「減殺ノ請求権」（旧1145条。現行1042条）。星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会，1978（昭和53）年）5頁，奥田昌道①『請求権概念の生成と展開』（創文社，1979（昭和54）年）208頁，同②『債権総論（増補版）』（悠々社，1992（平成4）年）9—10頁，大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——（2）」法学協会雑誌103巻6号（1986（昭和61）年）212頁注（26）参照。なお，その後の追加条文においても，「手形上若クハ小切手上ノ請求権」（398条ノ2第3項・398条ノ3第2項），「価格のみによる支払の請求権」（910条）の表現が認められる。
- 8) 財産編のみを取り上げても，29条1項・39条1項・124条1項・129条2項・131条2項・139条・145条2項・168条1項2項・169条・195条1項・237条2項・281条1項・316条1項・336条第1・341条1項・343条・352条3項・354条1項

2項・382条1項・386条2項3項・392条・393条・394条1項2項・399条・400条・403条3項・405条・415条・420条1項2項・421条2項・423条・424条・430条・445条2項・449条・455条3項・458条・460条2項・477条2項・478条2項・510条第2項・512条・544条・551条・556条2項・561条2項の諸条が「請求」の用語を用いている。

- 9) たとえば、質権に関する原案349条（現行353条）の参照条文には、質権に「所有権に基づく請求権」(2)(2)②参照)の準用を認めたBGB第1草案1155条・第2草案1134条（現行1127条）が挙げられている。法務大臣官房司法法制調査部監修『(日本近代立法資料叢書2) 法典調査会民法議事速記録二』(商事法務研究会, 1983(昭和58)年)668頁, 七戸・前掲注(5)・97頁注(95)(b)。
- 10) 七戸・前掲注(5)・85頁以下。
- 11) 穂積陳重=富井政章=梅謙次郎校閲・松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎合著『帝国民法正解(第参巻・物権)』(日本法律学校・有斐閣, 1896(明治29)年, 復刻版・信山社, 1997(平成9)年)83頁以下。
- 12) 穂積陳重=富井政章=梅謙次郎校閲・松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎合著『帝国民法正解(第五巻・債権)』(日本法律学校・有斐閣, 1896(明治29)年, 復刻版・信山社, 1997(平成9)年)4頁, 5頁。吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣, 1993(平成5)年)17頁以下。
- 13) 吉田・前掲注(12)・17頁, 18頁。なお, ラムレー対ガイ事件は, 既に明治17年, 法学協会討論会において論じられていた。「(討論筆記) 演劇興業ノ損害要償」法学協会雑誌7号(1884(明治17)年)1頁。なお, 右討論会において, 穂積陳重は「物権ヲ物ノ上ニ有スル權利ニシテ物上権ナト云フ古臭キ定義ハ今日ノ法律家ノ擯斥スル所ニシテ最早協会員諸君中ニ此ノ如キ古説ヲ墨守スル人アラサルヘキヲ信ス」とする。吉田・前掲注(14)・12-13頁, 小柳春一郎「明治前期の民法学——法学協会における設例討論を素材として——」水本浩=平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社, 1997(平成9)年)34頁以下。しかし, 穂積自身を含め(前掲注(6)参照), イギリス法を参照する学説であっても, 物上権たる性質=直接支配性は, 物権・債権の識別基準として維持された。
- 14) 松波=仁保=仁井田・前掲注(11)・91頁。
- 15) 梅謙次郎『民法要義(巻之二・物権編)』(和仏法律学校・明法堂, 1901(明

治29)年,復刻版・信山社,1992(平成4)年)1頁以下。なお,最後の版である第31版(有斐閣,1911(明治44)年,復刻版・有斐閣,1984(昭和59)年)1頁においては,物権の定義が「物権トハ物ノ上ニ自己ノ行為ヲ施スコトヲ得ル法律上ノ力ヲ云フ」の表現に改められ,また,物権の効力であるところの「優先権」「追及権」につき,ドイツ語《Vorzug》《Verfolgungsrecht》が追加されている。

- 16) 富井政章校閲・岡松参太郎著『註釈民法理由(中巻)』(有斐閣,1897(明治30)年)2頁以下,134頁。本書に関しては,第9版(有斐閣,1899(明治32)年)につき復刻版がある(信山社,1991(平成3)年)。なお,債権の定義について触れた個所でも,物権・債権の相違に関する記述があり,そこでは,イギリス法の影響が認められる。吉田・前掲注(12)・18-19頁。
- 17) 富井政章『民法原論(第二巻・物権上)』(有斐閣,1906(明治39)年)5頁以下。なお,最後の版である大正12年合冊版(上册12版・下冊11版)＝富井政章『訂正民法原論(第二巻・物権)』(有斐閣,1923(大正12)年)に関しては復刻版がある(有斐閣,1985(昭和60)年)。
- 18) これに対して,吉田・前掲注(12)・15-16頁は,富井の他の著作を根拠に,富井における「対世権・絶対権及び対人権・相対権という分類は,博士自身述べるように,英法のrights in rem とrights in personamの区分であり,この語の若干の修正はあるにしても,基本にある考え方は,対世権を広く捉え(権利の通性とされる)債権をもカバーするものと見るイギリス法的立場であったと見てよからう」とする。
- 19) 大塚・前掲注(7)「(2)」法学協会雑誌103巻6号202頁,「(3)」8号60頁,七戸・前掲注(5)・88頁,大塚直「所有権(物権的請求権)・人格権・環境権」法学教室157号(1993(平成5)年)23頁参照。
- 20) 志田鉦太郎「請求権ノ本質」法学協会雑誌25巻9号(1907(明治40)年)121頁,11号813頁,川名兼四郎①「相続回復ノ請求権」法学協会雑誌25巻10号(1907(明治40)年)1428頁,11号1565頁,12号1747頁,同②「不作為ノ債権」法学協会雑誌26巻7号(1908(明治41)年)456頁(とくに460頁),同③「氏名論」『法政大学創立三十周年記念論文集』(明治42年)349頁(とくに393頁,397頁注一),同④「請求権」法学協会雑誌28巻5号(1910(明治43)年)801頁,中島玉吉「請求権ノ競合」京都法学会雑誌4巻3号(1909(明治42)年)20頁……

- 所収・『民法論文集』（金刺芳流堂，1915（大正4）年）112頁，松本丞治『人  
 法人及物（註釈民法全書・第一卷第一冊）』（三書樓・巖松堂，1910（明治43）  
 年）69頁。
- 21) 横田秀雄『物権法（全）』（日本大学，1905（明治38）年）7頁，191頁，富井・  
 前掲注（17）・29頁。
- 22) 鳩山秀夫「工業会社ノ営業行為ニ基ク損害賠償請求權ト不作為ノ請求權」法  
 学協会雑誌29巻4号（1911（明治44）年）599頁……所収・『民法研究（第四巻）』  
 （岩波書店，1930（昭和5）年）308頁，『債權法に於ける信義誠実の原則』（有  
 斐閣，1955（昭和30）年）425頁，石坂音四郎「一般的不作為ノ訴（権利侵害ノ  
 予防）」法学新報22巻9号（1912（明治45）年）44頁，10号7頁……所収・『民  
 法研究（第二巻）』（有斐閣，1913（大正2）年），『改纂民法研究（上）』（有斐  
 閣，1919（大正8）年）148頁，松本丞治「煤煙ニ因ル相隣者間ノ権利侵害」法  
 学志林25巻8号（1913（大正2）年）78頁，中島玉吉『民法釈義（卷之二上・  
 物権篇上）』（金刺芳流堂，1914（大正3）年）6頁以下，15頁以下，282頁以下，  
 川名兼四郎『物権法要論』（金刺芳流堂，1915（大正4）年）3頁，60頁。
- 23) ドイツ法の物権的請求権に関しては，川島武宜「物権的請求権に於ける『支  
 配権』と『責任』の分化（1）～（3・完）」法学協会雑誌55巻6号（1937（昭和12）  
 年）25頁，9号34頁，11号67頁，中井美雄「ドイツにおける権利侵害予防制度  
 の一考察」立命館法学56号（1964（昭和39）年）28頁，柳澤弘士「予防的不作為  
 請求権の構造——とくにドイツにおける Vorbeugende Unterlassungsklageを  
 斟酌して——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）20号（1979（昭和54）  
 年）75頁，玉樹智文「妨害排除請求権の機能に関する一考察——ドイツにおけ  
 る議論を巡って——」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望  
 （中）』（有斐閣，1982（昭和57）年）127頁，山田晟「物権的請求権としての  
 『引取請求権』について』『法学協会百周年記念論文集（第3巻）』（有斐閣，1983  
 （昭和58）年）1頁，赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え—  
 —その法的構成を中心として——」同志社法学36巻3号（通巻186号）（1984  
 （昭和59）年）90頁，小川保弘『物権法研究』（法律文化社，1985（昭和60）年）  
 1頁，田中康博①「物権的請求権の拡張」六甲台論集32巻2号（1985（昭和60）  
 年）173頁，同②「物権的請求権における『責任要件』について」六甲台論集34  
 巻4号（1988（昭和63）年）123頁，辻義教「物上請求権一考（1）～（3）」阪

- 南論集社会科学編22巻1号(1986(昭和61)年)21頁, 2号1頁, 3号(1987(昭和62)年)47頁, 七戸・前掲注(5)・83頁以下, 大塚・前掲注(7)「(6)」法学協会雑誌104巻9号(1987(昭和62)年)68頁以下, 鷹巢信孝「所有権に基づく妨害排除請求権」佐賀大学経済論集21巻3号(1988(昭和63)年)105頁, 和田真一「費用の過大さを理由とする妨害排除請求権の制限——BGB251条2項の適用範囲論をめぐって——」立命館法学225・226号(1992(平成4)年)27頁, 海老原明夫「所有権の訴としての妨害排除の訴——19世紀ドイツ普通法学におけるactio negatoria——」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』(東京大学出版会, 1993(平成5)年)193頁。
- 24) 於保不二雄「物権的請求権の本質」法学論叢(京大)70巻2号(1961(昭和36)年)5頁。なお, ドイツにおける物権・債権の峻別論に関しては, 後掲注(54)に掲げる文献参照。
- 25) 鳩山・前掲注(22)・613頁, 石坂・前掲注(22)・57頁, 松本・前掲注(22)・83頁, 川名・前掲注(22)・60-61頁。だが, これを定着させたのは, 鳩山の以下の著作であろう。鳩山秀夫①「(民法判例批評)所有権侵害ニ因ル妨害除去ノ請求権」法学協会雑誌35巻1号(1917(大正6)年)122-123頁……所収・『民法研究(第二巻)』(岩波書店, 1930(昭和5)年)187頁, 同②「所有権ヨリ生スル物上請求権」法学志林22巻2号(1920(大正9)年)9頁, 4号1頁, 23巻2号(1921(大正10)年)44頁……所収・『民法研究(第二巻)』1頁, 『債権法に於ける信義誠実の原則』(有斐閣, 1955(昭和30)年)353頁。
- 26) なお, このうちの大正5年判決, 大正6年判決は, 物権的請求権の性質論とも関係する。この論点に関して, 学説は, ①純物権説ないし物権効力説(物権の効力・作用に過ぎず独立の権利ではないとする説), ②債権説ないし準債権説(物権とは別個の債権であるとする説), ③請求権説(独立の請求権ではあるが純粋な債権ではないとする説)等に分かれ, この点に関する理解の相違から, 物権と独立した時効消滅の可能性(大正5年判決の論点), 物権と独立した移転可能性(大正6年判決の論点), 物権的請求権に対する債権法規定の適用可能性といった個別論点が争われることとなる。判例・学説の詳細に関しては, 舟橋諄一=徳本鎮編『新版・注釈民法(6)物権(1)』(有斐閣, 1997(平成9)年)108頁以下〔好美清光〕参照。
- 27) 石坂音四郎「債権ハ第三者ニ依リテ侵害セラルルヲ得ルヤ」法学新報18巻

- (1908(明治41)年)7号23頁,8号38頁,9号16頁……所収『民法研究(第一卷)』(有斐閣,1911(明治44)年)135頁,『改纂民法研究(下)』(有斐閣,1920(大正9)年)。吉田・前掲注(12)・35頁以下。
- 28) 末弘巖太郎①「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事24卷3号(1914(大正3)年)47頁,5号27頁,同②「債権ノ排他性ニ就テ」法学志林7卷10号(1915(大正4)年)1頁,12号15頁,同③『債権各論』(有斐閣,1918(大正7)年)1027頁以下,同④「中島博士の新著に引用された余の所説に就て」法学協会雑誌39卷5号(1921(大正10)年)93頁。なお,吉田・前掲注(12)・51頁以下。
- 29) 末弘・前掲注(28)①・法曹記事24卷3号80頁。なお,末弘の引用するマシュケの著作(MASCHKE(R.), *Das Eigentum im Civil-und Strafrechte. Untersuchungen zur organischen Structur der Sachenrechte*, Berlin-Leipzig, Verlag: Georg Wattenbach, 1895. [Neudruck: Ferlag: Ferdinand Keip, 1970.] )に関しては,後記3(3)①も参照。
- 30) 末弘・前掲注(28)①・法曹記事24卷3号68-69頁。
- 31) 訳文は,於保不二雄=高木多喜男『(現代外国法典叢書(3))独逸民法(Ⅲ)』(有斐閣,復刊版・1955(昭和30)年)76頁による。以下同様。
- 32) 末弘・前掲注(28)①・法曹記事24卷5号58頁。
- 33) 末弘・前掲注(28)③・1101頁。
- 34) 末弘巖太郎『物権法(上巻)』(有斐閣,1921(大正10)年)15頁以下,47頁以下。
- 35) 『判例民法(大正10年度)』(有斐閣,1923(大正12)年)[一四八事件]499頁〔末弘巖太郎〕。
- 36) 『判例民法(大正11年度)』(有斐閣,1924(大正13)年)[三四事件]142頁〔末弘巖太郎〕。なお,大正12年判決の評釈としては,『判例民事法(大正12年度)』[四五事件]183頁〔平野義太郎〕がある。
- 37) 「(民法雑記帳(6))妨害排除請求権の問題」法律時報7卷8号(1935(昭和10)年)26頁……所収・『民法雑記帳』(日本評論社,1940(昭和15)年)236頁,『(末弘著作集Ⅱ)民法雑記帳(上)(第2版)』(日本評論社,1980(昭和55)年……初版は1953(昭和28)年)217頁,「(民法雑記帳(33))物権的請求権理論の再検討」法律時報11卷5号(1939(昭和14)年)46頁……所収・『民法雑記帳』22



- 8頁、『(末弘著作集Ⅱ)民法雑記帳(上)(第2版)』212頁。
- 38) 末川博『権利侵害論』(日本評論社, 1930(昭和5)年)(本文引用箇所は402頁), 第2版『権利侵害論』(日本評論社・法学叢書11, 1944(昭和19)年)(同上336頁), 第3版『権利侵害論』(日本評論社, 1949(昭和24)年)(同上336頁), 所収・『(末川博法律論文集Ⅱ)権利侵害と権利濫用』(岩波書店, 1970(昭和45)年)263頁以下(同上496頁)。なお, 吉田・前掲注(12)・80頁以下参照。
- 39) 我妻栄『債権法(不法行為)』『現代法学全集(第37巻)』(日本評論社, 1931(昭和6)年)415頁以下。なお, 吉田・前掲注(12)・86頁以下参照。
- 40) 物権的請求権の実質的根拠に関する今日の学説の詳細に関しては, 舟橋諄一  
①『物権法』(有斐閣, 1960(昭和35)年)27頁以下, 同②「いわゆる物権的請求権について」私法29号(1967(昭和42)年)378頁, 於保・前掲注(25)・1頁, 『新版・注釈民法(6)』(前掲注(26))106頁以下〔好美〕参照。
- 41) 三沢元次①「不法行為における原状回復の救済論——金銭賠償主義批判——」東洋法学24巻1号(1980(昭和55)年)31頁以下, 同②「妨害排除請求権における理論的根拠の研究(1)」東洋法学24巻2号(1981(昭和56)年)76頁以下。
- 42) 相手方の「占有すべき権利(Recht zum Besitz)」は, 物権的請求権の要件である「客観的違法状態」の阻却事由として働く。もっとも, この点につき, 近時の学説は, 相手方の占有すべき権利が消滅してはじめて物権的請求権が生ずる, と説く。『新版・注釈民法(6)』(前掲注(26))152頁〔好美〕によれば, 「この変遷は, 所有権の絶対観からその社会的制限の承認への, 所有権把握の理念的变化に対応するものと理解される」。所有権の「絶対性」から「社会性」への法思想の変化に関しては, 3(3)①参照。
- 43) 我妻栄=有泉亨『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店, 1983(昭和58)年)22頁。なお, 物権的請求権と自力救済の関係を論じた文献として, 鎌野邦樹「物権的請求権について——妨害排除と『自力救済』を中心に——」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』(成文堂, 1997(平成5)年)119頁がある。
- 44) フランス19世紀後半の注釈学派は, 「所有権の絶対性」を強調するあまり, 権利の濫用を容認する態度をとっていた。これに対して, 19世紀末以降の学説は, 「所有権の社会性」の法思想を掲げつつ, これに反対した。なお, この問題に関しては, すでに明治40年, アペール(彼は司法省法学校における梅謙次郎らの師として知られている)が前年に発表した論文につき, 抄訳が現れている。ジョ

ルジュ・アッペール（渡部信抄訳）「相隣地所有者間ノ権利関係」法学協会雑誌25巻8号（1907（明治40）年）1162頁，9号1336頁。一方，ドイツ民法典は，土地所有権の限界（相隣関係）に関する規定（906条「土地ノ所有者ハ，瓦斯，蒸気，臭気，煙，煤，熱，音響，振動ノ侵入其ノ他他ノ土地カラ来ル類似ノ干渉ガ其ノ土地ノ利用ヲ害セズ又ハ其ノ侵害ガ本質的ナラザルトキ若ハ土地ノ場所的關係上他ノ土地ノ利用ニ因リテ通常生ズベキモノナルトキハ，之ヲ禁ズルコトヲ得ズ」），及び，妨害排除請求権の制限規定（1004条2項「所有者ガ忍容スル義務ヲ負フ場合ニ於テハ，前項ノ請求〔妨害排除請求〕を為スコトヲ得ス」）により，受忍限度を超えた場合にのみ権利の行使を認めている。なお，この点に関しては，後に改めて触れることにしたい（3(3)④）。

- 45) 牧野英一①「改造論の一原理としての無過失責任——岡松博士の長逝を悼みつつ——」中央公論37巻2号（405号）（1922（大正11）年）64頁……所収・「無過失責任」『法律に於ける進化と進歩』（有斐閣，1924（大正13）年）169頁，同②「具体的妥当性——法律の社会化といふ思想の適用として——」法学志林24巻10号（1922（大正11）年）1頁……所収・『法律に於ける具体的妥当性』（有斐閣，1925（大正14）年）1頁，同③「権利の觀念の転回に就いて——鳩山博士の日本債権法新版を読む——（上）（下）」法学志林26巻7号（1924（大正13）年）1頁，8号1頁……所収・『法律に於ける具体的妥当性』290頁，末弘巖太郎④『民法講話（上）』（岩波書店，1926（大正15）年）110頁以下，同②「適法行為による『不法行為』」法律時報5巻7号（1933（昭和8）年）8頁……所収・『民法雑記帳』（前掲注（37））323頁，『（末弘著作集Ⅲ）民法雑記帳（下）（第2版）』（日本評論社，1980（昭和55）年……初版は1953（昭和28）年）256頁，同③「音響・煤烟等の災害と法律」法律時報6巻10号（1934（昭和11）年）3頁……所収・『民法雑記帳』339頁，『（末弘著作集Ⅲ）民法雑記帳（下）（第2版）』262頁。大塚・前掲注（7）・「(1)」法学協会雑誌103巻4号32頁以下。
- 46) 戒能通孝『債権各論』（巖松堂，1943（昭和18）年）461頁。なお，大塚・前掲注（7）・「(3)」法学協会雑誌103巻8号133頁参照。
- 47) 学説の詳細に関しては，大塚・前掲注（7）・「(2)」法学協会雑誌103巻6号144頁以下，178頁，「(3)」8号135頁参照。
- 48) 本章で検討した問題に関しては，以上に引用した文献のほか，川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店，1949（昭和24）年）……所収・『川島武宜著作集

(第7巻・所有権)』(岩波書店, 1981(昭和56)年)1頁,『新版・所有権法の理論』(岩波書店, 1987(昭和62)年), 渡辺洋三「所有権の思想」井上茂編『(岩波講座・現代法13)現代法の思想』(岩波書店, 1966(昭和41)年)139頁, 原島重義①「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き——」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』(法律文化社, 1973(昭和48)年)119頁, 同②「権利論とその限界」法政研究(九大)42巻2~3合併号(1975(昭和50)年)265頁, 同③「わが国における権利論の推移」法の科学4号(1976(昭和51)年)54頁, 同④「法と権利に関するひとつの試論——民法学から——」日本法哲学会編『権利論(法哲学年報1984)』(有斐閣, 1984(昭和59)年)26頁, 中山充「公害の賠償と差止に関する法的構成の変遷」磯村哲先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開(下)』(有斐閣, 1980(昭和55)年)219頁, 米倉明「財産の私法上の保護」『岩波講座・基本法学3——財産』(岩波書店, 1983(昭和58)年)181頁, 佐賀徹哉①「物権的請求権」星野英一編集代表『民法講座2物権(1)』(有斐閣, 1984(昭和59)年)15頁, 同②「物権的請求権」法学教室62号(1985(昭和60)年)24頁と, それらの引用する諸論稿参照。

49) 我妻=有泉・前掲注(43)・258頁。

50) 1789年フランス人権宣言17条の全文は「所有権は、一の神聖で不可侵の権利であるから、何人も適法に確認された公の必要性がそれを要求する場合で、かつ事前の正当な補償の条件の下でなければ、これを奪われることがない」というもの、また、1804年フランス民法典544条の全文は「所有権は、物について法律(lois)又は規則(reglements)が禁じる使用を行わないかぎり、それを最も絶対的な仕方ですべての利益を享受し、処分する権利である」というものである。さらに、人権宣言中には「自由は、他人を害しないすべてをなし得ることに存する。その結果各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界をもたない。これらの限界は、法(la Loi)によってのみ、規定することができる」旨の規定もあり(4条)、また、民法典には「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、その所有権を譲渡することを強制することができない」旨の規定もある(545条)。ところが、今日のわが国の物権法教科書等は、このうちの立法による制限部分を省略して、フランス法の立場を紹介している。

51) フランス革命期における「絶対的」所有権の意味内容に関しては、稲本洋之

助「1789年の『人および市民の権利の宣言』——その市民革命における位置づけ——」東京大学社会科学研究所編『基本的人権3歴史Ⅱ』（東京大学出版会，1968（昭和43）年）87頁，甲斐道太郎＝稲本洋之助＝戒能通厚＝田山輝明『所有権思想の歴史』（有斐閣新書，1979（昭和54年）年）81頁以下〔稲本洋之助〕，田村理『フランス革命と財産権』（創文社，1997（平成9）年），フランス民法典における「絶対的」所有権に関しては、『所有権思想の歴史』（前掲）102頁以下〔稲本〕，高島平蔵『近代的物権制度の展開と構成』（成文堂，1969（昭和44）年）4頁，20頁，藤田勇『『営業の自由』と所有権観念』高柳信一＝藤田勇編『資本主義法の形成と展開1 資本主義と営業の自由』（東京大学出版会，1972（昭和47）年）69頁注（28），原田純孝『近代的土地賃貸借法の研究』（東京大学出版会，1980（昭和55）年）34頁，吉田克己「フランス民法典第544条と『絶対的所有権』」乾昭三編『土地法の理論的展開』（法律文化社，1990（平成2）年）192頁（とくに194頁以下）。

52) 吉田・前掲注（51）・202頁。

53) 以上の学説の経緯につき，吉田・前掲注（51）・205頁以下。なお，本稿で用いた「戯画化」の表現は，同論文205頁による。

54) ドイツにおける物権・債権の峻別論，及び，「所有権の絶対性」概念の展開に関しては，前掲注（23）・前掲注（48）に掲げた文献のほか，石井紫郎「財産と法」『岩波講座・基本法学3——財産』（岩波書店，1983（昭和58）年）1頁，川角由和「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係——その序論的考察——（1）～（2・完）」九大法学50号（1985（昭和60）年）61頁，51号27頁，赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺——二十世紀ドイツにおける展開を中心に——』（成文堂，1989（平成1年），吉野悟①「所有権の完全性と絶対性——十九世紀前半パンデクテン法学の場合——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）37巻（1996（平成8）年）81頁，同②「所有権の完全性と絶対性——十九世紀前半パンデクテン法学の場合・補遺——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）38巻（1997（平成9）年）159頁，同③「所有権の完全性と絶対性——十九世紀後半パンデクテン法学の場合——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）39巻（1998（平成10）年）7頁。

55) 吉野・前掲注（54）③・69頁。