

所有権制限法理の展開

——西ドイツにおける近年の所有権概念の変遷をふまえて——

高 橋 寿 一

I 序——問題の所在

周知のように、わが国では、民法 206 条において、所有権に関する規定が置かれて以来、今日まで所有権制限に関する様々な法理論が展開されてきた。すなわち、戦前においては、所有権の社会化思想が強調され、また戦後においては、所有権の「社会性」がともすればファシズムの方向へ流れていきやすいことに対する反省の上に、「社会性」の具体的な意味内容の確定に法律学の努力が傾けられてきた。そして今日においてもなお、所有権特に土地所有権に関して、いかなる制限が課されるべきか、いかにして制限が強化されるべきかが問われていると言えよう。⁽²⁾

本稿は、第 1 に、公法上の損失補償、すなわち、所有権制限と補償との関係について、第 2 に、所有権とその制限との関係について、西ドイツにおける近年の議論を素材として検討することにより、今後のわが国における所有権制限の理論構成の方法に関して示唆を得ることを目的としている。

ところで、この 2 つの問題に対するわが国における理解の仕方は以下の通りである。

第 1 に、公法上の損失補償、すなわち、所有権制限とその補償との関係については、特定の財産権に規制を加える場合には、正当な補償が必要とされる（憲法 29 条 3 項）。すなわち、適法な公権力の行使により、特定の財産権に対して特別の犠牲が課されたときは、全体的な公平負担の見地から財産的補償がなされる。

第 2 に、所有権とその制限との関係については、憲法 29 条 2 項には、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定されているにも拘らず、民法 206 条は、所有権に対する諸制限は、所有権に対して外

部から付加されたという構成をとっているものと解されている⁽⁴⁾。したがって、所有権の内容を定める諸法令は、所有権の自由の外的制約要素として理解され、所有権の内容を内在的に構成するものとしては考えられていない。

以上のような所有権制限に関する通説的見解に対しては、以下の点を指摘することができる。

第1に、前者の問題に関しては、少なくとも土地所有権については前述の原則の適用を受けない理論構成が求められよう。すなわち、土地の自然的＝非労働生産物的性格およびその有限性を根拠として、土地所有権は、他の財産権とは異なり強力な法的規制に服すべきことが一般的に承認されている今日においては、その制限に対する補償についても、他の財産権とは異なった取り扱いが必要である。

第2に、後者の問題に関しては、所有権特に土地所有権について、それに対する制限は、所有権に対する外的制約要素としてではなく、その内容を形成する内的要素として理解されるべきである。所有権に対する制約を外在的と解しようが内在的と解しようが、制限される程度や可能性という点では、論理的には両者において差異はない。しかしながら、実際的には、所有権制限に関して、これを外的なものとするよりも所有権にとって内在的なものとして理解した方が、今日における土地所有権制限の要請に対してより効果的な対応をすることができるのではなからうか⁽⁵⁾。

本稿においては、わが国におけるこのような問題提起に対する示唆を得るために、近年の西ドイツにおける所有権論の動向を検討したい。西ドイツでは、近年、特に都市法制度の充実に伴い、土地所有権制限に関する法理論的研究の進展が顕著であり、この意味で、西ドイツの所有権論を検討することのわが国の所有権研究において有する意義は、決して看過することのできないものがあると思われるからである。以下においては、西ドイツの近年における公法学および私法学における所有権概念をめぐる議論の展開に目を向けてみたい。

(注)

(1) 例えば、末弘厳太郎『物権法』上巻、大正11年、2頁以下。

(2) このことは、例えば、都市においては、異常な高地価とそれに基因する宅地の入手難などにおいて、また、農村においては、農地の商品化傾向の進展により農地の流動化が依然として進まないことなどを見ても容易に首肯し得よう。

- (3) 例えば、田中二郎『新版行政法』上巻，昭和49年，211頁以下。
- (4) 例えば、舟橋諄一『物権法』昭和35年，343頁。
- (5) 野村好弘『注釈民法(7)』昭和43年，231頁は，民法206条を本文のように解している。

II 西ドイツにおける所有権概念

1 戦前における所有権概念

西ドイツにおいては，1896年に公布された民法典の成立によって，ローマ法的な私的個人主義的所有権が法制度上確立したが，第1次大戦後，ワイマール憲法153条3項において，「所有権は義務を伴う。その行使は同時に公共の福祉に役立つべきである。」という所有権の義務性を強調する規定が設けられて以来，所有権制限に関する法理論が急速に展開した。第2次大戦以前における注目すべき所有権論としては，例えば，ワイマール期におけるヘーデマンに代表される所有権⁽⁶⁾論とナチス法学の所有権論⁽⁷⁾を挙げることができる。これらの議論については，本稿においては，紙幅の制約上，以下の2点を指摘するとどめたい。

第1に，これらの所有権論の双方においても，所有権概念の中に，義務性・社会性を包含すべきことが主張されている。特に，ナチス法学においては，所有権概念の義務性が，民族協同体に対する関係において極端な形で徹底されている。

第2に，ナチス法学の特徴として，所有権概念の具体化・個別化の主張を挙げることができる。すなわち，ある物の民族協同体において有する意義や機能に応じて，その物に対する所有権の内容が具体的・個別的に形成されるという主張である⁽⁸⁾。

それでは，このような特色を有した戦前の所有権論は，戦後において，いかなる展開を遂げ今日に至っているのであろうか。以下においては，戦後特に現在における西ドイツの所有権論を検討しよう。

(注)

(6) J. W. Hedemann, Sachenrecht, 1924; ders., Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 2. Teil, 1. Hälfte, 1930.

(7) F. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935. わが国におけるものとして，我妻栄「ナチスの所有権理論」(『牧野教授還暦祝賀法理論集』)

昭和13年、381頁以下および『民法研究I』昭和41年、337頁以下所収）、吾妻光俊『ナチス民法学の精神』昭和17年、がある。

- (8) ヴィーアッカーによれば、物資は動産と不動産に大きく分類され、さらに後者は、農地、国内植民地、都市住宅地、工業用地などに分類される。

2 公法学における動向

(1) 学説

次に今日における公法学説の動向である。公法学における所有権論は、所有権に対する公的規制と収用との関係、換言すれば、基本法14条1項2文と3項あるいは同条2項と3項との関係をめぐって展開されてきた。

結論的に言うならば、近年においては、土地所有権に含まれる各種の利用権の中、特に公的統制の必要性の強いもの（論者が特に挙げるものは建築の自由である）を土地所有権には含まれないものとして分離し、建築の自由という土地利用権の一類型を強力な公的統制の下に置こうとする動きが顕著であると言える。⁽⁹⁾すなわち、土地所有権者は、自己の土地に建物を建築する自由を有さず、かかる権利は、公権力により、土地利用計画などを通じて付与（Verleihung, Zuteilung）されるものであると考えるのである。この点、従来は、包括的・普遍的所有権が維持されていたため、建築の自由の法的な確定は、土地所有権の本質に潜在的に存在している機能および利用可能性の実現または解放であると解されてきた。その結果、ある土地に建築的利用可能性が認められると、それはその土地の法的性質が顕在化したこととなり、たとえ実際に建築行為がなされていなかったとしても、再びその利用可能性を奪うことは、補償なしには行うことができないことになる。しかし、かかる利用可能性の剝奪は、土地所有権者の現実の利用を妨げるものではないから、かかる場合にまで補償を認めることは不合理であろう。ここに、建築の自由を、公権力が土地所有権者に対して付与したの^と考える見解の^上の^意義が存する。かかる見解に立てば、土地所有権に属さない建築の自由が公権力により侵害されても、それは基本法14条3項に言う公用収用には該当せず、補償を行うか否かは、理論的には、専ら立法政策の問題であることになるものと考えられる。しかし、建築の自由がいかに制限されようとも、補償を要しないと考えることは、實際上余りにも不都合であろう。そこで、例えば、ベッケンフェルデ（E. W. Böckenförde）のように、既に建築的利用のなされている土地について従来の利用が妨

げられた場合にのみ、補償を認めるべきである⁽¹⁰⁾と構成することにより、このような不都合な結果は回避されることになる。

以上のような公法学における新たな動向は、都市計画関連諸法規の円滑な運用を確保し、土地所有権に対する一層強力な公的規制を可能とすることになる。しかし、都市における土地所有権にとって建築の自由は、正にその本質的要素とも言い得べきものである。このような土地利用権を土地所有権は、今日もはや持ち得ないと解されつつあること、筆者は、ここに、今日の土地所有権論における1つの大きな潮流を見い出すのである⁽¹¹⁾。

それでは、次に、かかる新たな土地所有権論の有する意義について検討しよう。

第1に、近年の新たな土地所有権論は、前述した従来の所有権論を一層発展させたものであることは明らかであろう。すなわち、近年の所有権論は、特に都市的土地所有について、正に具体的個別的に展開されたものである⁽¹²⁾し、また、所有権者に対する法的諸義務は、理論的には絶対的なものとして考えられた所有権者の恣意的権能 (Willkürmacht) を制限するのではなく、内在的構成要素として所有権の内容を構成するものと考えられている⁽¹³⁾。

第2に注意すべきことは、このような土地所有権論が生じた背景として、地域的拘束性 (Situationsgebundenheit) に関する BGH の長年にわたる判例の集積があったことを指摘して置く必要がある⁽¹⁴⁾。従来、基本法14条2項の社会的拘束性と同条3項との区別のメルクマールは、公的介入が平等原則に反して特別の犠牲を課するものであるか否かに求められていたが、1959年の連邦裁判所の判決によって、たとえば、土地所有権者に特別の犠牲が課される場合であっても、当該土地が周囲の状況から判断して地域的拘束を受けると考えられる場合には、この公的介入は、取用とはならず社会的拘束を課したものに過ぎないと判断された⁽¹⁵⁾。この判決によって、土地所有権に対する補償を要しない公的介入の範囲が著しく拡大することになった。さらに、以後の連邦裁判所は、59年判決においては、従来の利用方法が公的介入により妨げられたか否かが地域的拘束性の有無の判断基準とされていたのに対し(自然的・事実的要素)、理性的に観察すれば、このような利用はなされ得ないであろうと考えられる利用方法が禁止されたか否かを判断基準としている(価値的・規範的要素)⁽¹⁶⁾。したがって、たとえ従来の利用が公的介入により妨げられたとしても、その利用は、所与の地域的

状況を理性的に観察すれば通常なされ得ないであろうと判断される場合には、それは社会的拘束として補償を要しないことになる。このようにして、戦後の連邦裁判所の判例において、地域的拘束性の理論が導入され、また、その際の判断基準も、自然的・事実的要素から、価値的・規範的要素へと移行することにより、補償を要しない社会的拘束性の領域が拡大し、公的規制がより容易になされ得るようになっていった。⁽¹⁷⁾近年における新たな土地所有権論は、以上のような社会的拘束性と収用に関する判例の集積を1つの背景として、そして、それを一層発展させるものとして登場したものと言うことができよう。

(2) 連邦憲法裁判所の見解

次に、連邦憲法裁判所の動向である。前述のような土地所有権保障の「相対化・機能化」の傾向は、近年における連邦憲法裁判所の決定においても、これを確認することができる。

1981年7月15日の決定を見てみよう。⁽¹⁸⁾本件は、砂利採掘業を営む原告が、従来使用していなかった土地で砂利採掘を行おうとして「水管管理法」(Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 1976)に規定する官庁の許可を得ようとしたところ、水源汚染のおそれがあることを理由として、許可が拒絶されたため、原告が補償を求めた事案であり、かかる規定の基本法14条との合憲性が問題とされた。本決定は以下のように述べる。「憲法により保障された所有権の概念は、憲法そのものから得られなければならない。憲法の下位に立つ通常の法律 (das einfache Recht) の諸規範からは、憲法上の意味における所有権概念も導き出し得ないし、私法上の法律上の地位 (Rechtsstellung) からは、具体的な所有権の保障の範囲も定めることができない。⁽¹⁹⁾」「ある特定の時点において、所有権者に具体的にいかなる権能が帰属するかは、むしろ、この時点で適用され、かつ所有権者の地位を規制するすべての法規を総括してみれば明らかとなる。このとき、所有権者があ
る一定の権能を有していないことが明らかになれば、この権能は、彼の所有権には属さない。立法者が、かかる除外をいかにして行うかは、専ら法律技術 (Gesetzestechnik) の問題である。⁽²⁰⁾」引用した決定内容の前半部分においては、憲法上の所有権概念は、下位法ではなく憲法そのものにより導き出されねばならないとされ、後半部分では、所有権者の具体的な権能は、諸法規の総括から明らかにされるとしており、この2つの部分は矛盾しているようにも見える。パ

ウアーは、この点を批判し、かかる論旨を「循環論法」(Zirkelschluß)であると批判する。⁽²⁾したがって、本決定が従来の連邦憲法裁判所の見解といかなる関係に立つのかは必ずしも明確ではないが、本決定をして従来の所有権概念を変化せしめたものと解している者が多い。⁽²⁾すなわち、所有権は、もはや統一的包括的支配権としての地位を与えられず、立法者によりその内容を自由に形成されるものとされたと解するのである。⁽²⁾

このように、連邦憲法裁判所の近時の動向としては、個人の所有権保障の相対化を指摘することができよう。前述した公法学説における動向ともあわせて、注目すべき現象である。

(注)

- (9) 例えば, W. Geiger, Zur Abgrenzung der Eigentumsbeschränkung vom Enteignungstatbestand, in: Grundeigentum—Inhalt und Schranken, Hefte der Deutschen Gesellschaft für Agrarrecht, 1971, S. 33—34. E. W. Böckenförde, Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung, in: Staat Gesellschaft Freiheit, 1976, S. 323—326. P. Badura, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, AcP 176, S. 122. なお, ベッケンフェルデによれば, この考え方は連邦建設法35条に間接的に表現されているとされる。Böckenförde, a. a. O., S. 333. なお, ベッケンフェルデの所説は, 藤田宙靖「財産権の保障とその限界」(『公法研究』38号) 132頁に既に紹介されている。
- (10) Böckenförde, a. a. O., S. 326—327.
- (11) なお, 本稿では触れないが, 近年, 社会民主党により発表された処分—利用所有権構想も, 本稿との関連で注目すべきである。この構想については, 広渡清吾「公的土地取得の法構造」(『法律時報』49巻12号) 52頁以下, 同「土地所有権の概念と法的規制」(渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究 下』1983年) 412頁以下, 大西泰博「ドイツ不動産所有権法の現代的課題」(『早稲田社会科学研究所』18号) 209頁以下参照。
- (12) ヴィーアッカーをその出発点とする所有権の個別化・具体化の主張は, 戦後においては「機能的所有権」(Funktionseigentum)として多くの者により承認されている。例えば, Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags, Bd. II, Teil T, 1972, S. 27. Geiger, a. a. O., S. 31. T. Maunz, Bodenrecht vor den Schranken des Grundgesetzes, DÖV 1975, S. 4. マウンツは以下のように主張する。「そもそも土地所有権は, 多様な経済システムの中で多様な目的を果たさねばならない。例えば, 農業的に方向づけられた経済構造の下で果たされるべき目的は, 高度の工業経済におけるものとは異なる。したがって, 土地所有権は, それが既建築地, 建築許容地(Bauland), 建築期待地(Bauerwartungsland),

農地であるかにより異った法的規制に服する。」なお、機能的所有権については、H.-M. Pawlowski, Substanz- oder Funktionseigentum? AcP 165, S. 395 ff. が詳しい。

- (13) Badura, a. a. O. (Fußnote 9), S. 127.
- (14) これらの判例の動向については既に、遠藤博也『計画行政法』昭和51年、210頁以下、藤田・前掲論文124頁以下、広渡・前掲論文「土地所有権の概念と法的規制」407頁以下に紹介されている。
- (15) BGHZ 30, 338 ff. 本件は、原告が、道路に面している土地を購入し、営業用家屋を建てようとしたところ、3年間の建築禁止を課されたため、かかる建築禁止を収用であるとして補償を請求した事案である。もっとも、本判決においては、自然的・事実的要素のみならず、本文後述のような価値的・規範的要素も考慮されている。なお、「自然的・事実的」「価値的・規範的」という用語は、遠藤・前掲書に依った。
- (16) 例えば、BGHZ 60, 126 ff. 本件の事案は、原告は従来農業を営んできた自己所有の土地で砂利採取業を営もうとして、砂利採取の許可を申請したが、当該土地は、近隣に存する取水施設を保護するために設定された水利保護地域に属するからという理由で、かかる許可申請が拒否されたため、原告が、かかる許可の拒絶は収用であるとして、市当局などに対して補償を請求したという事案である。
- (17) 藤田・前掲論文130頁は以下のように述べる。「これらの判例の動向は、すなわち一言にして表わせば、当該土地に最もふさわしいものとして期待される機能に適合した利用のみを保障する、という意味での、土地所有権保障の相対化・機能化ということが出来るであろう。」
- (18) BVerfGE 58, 300 ff.
- (19) BVerfGE 58, 300 (335).
- (20) BVerfGE 58, 300 (336).
- (21) F. Baur, Die „Naßauskiesung“ —oder wohin treibt der Eigentumschutz? NJW 1982, S. 173. なお、本決定に対するパウアーの批判として、このほかに、Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl., 1983, S. 227. がある。
- (22) 前註(21)で挙げたパウアーのほか、H. Rittstiegl, Grundgesetz und Eigentum, NJW 1982, S. 721 ff. 他方、ライスナーは、本決定を従来の連邦憲法裁判所の見解と整合的に解しようとする。Vgl. W. Leisner, Eigentumswende, DVBl. 1983, S. 61 ff.
- (23) これに対して、パウアーは、本決定によって、所有権者の憲法上の地位の保障が空洞化することに対し、重大な危惧の念を表明している。この点につき、前註(21)に掲げた文献を参照。

3 私法学における動向

次に、所有権概念をめぐる私法学における近時の動向についてである。今日の私法学においては、戦前の所有権論がいかに継承され、また、いかに発展させられているであろうか。まず、所有権概念と義務性との関係については、所有

権には、義務が内在的なものとして課されているという内在理論 (Immanenztheorie) が多数説であると言うことができよう。すなわち、所有権は、「それ自身無制限な」権利としてはみなされず、総体的法秩序から生ずる諸制限により制約されており、また、共同社会の利害を顧慮する義務を所有権の内在的構成要素として内包させていると解されている⁽²⁴⁾。したがって、今日の民法学における所有権は、義務観念と必然的に結合しており、民法 903 条のローマ法的個人主義的所有権をゲルマン法的見地より修正したものと考えることができる。次に、所有権の具体化・個別化論に関してであるが、この理論も、内在理論と関連して、各々の物カテゴリーの社会的機能に応じて所有権の範囲を個別的に定めていこうとするいわゆる「機能的所有権論」として継承・発展させられていることは前述の通りである。そして、この理論は、各々の所有権のカテゴリーを個別的に展開する結果、ともすれば、従来の所有権概念の統一性をも放棄して、所有権概念そのものが、個々の物カテゴリーに応じて分解され個別的に形成されるべき旨の主張にもつながる傾向を多分に有している⁽²⁵⁾。

このようにしてみると、今日の私法学における所有権論は、民法 903 条の伝統的所有権概念に対して、大きな修正を要求していると言うことができよう。もとより、この見解は、従来の所有権観念のもたらした社会的弊害や現代における所有権制限の強化の必要性を考慮すれば、当然首肯することができよう。ところが、近年においては、伝統的所有権概念に立脚しつつも、所有権制限の強化の要請を実現していこうとする動きがみられる⁽²⁶⁾。以下においては、かかる動きを近年の民法学における所有権概念論をめぐる動向として検討したい。

(1) 「概念」—「内容」二元論

伝統的所有権概念に立脚する近年の見解は、その中に 2 つの中心的な主張を見出すことができる。それは、「概念」と「内容」の峻別論と法律関係論である。まず、前者の理論から見ていこう。

伝統的所有権概念に立脚する近年の見解は、所有権概念 (Eigentumsbegriff) と所有権内容 (Eigentumsinhalt) とを区別する。そして、所有権は、概念としては、物に対する人の無制限な支配権として、これを変更することができない。それに対して、所有権内容は、所有権概念のかかる定義から明らかになるのではなく、経済的社会的関係の変遷による影響を受けるのであり、具体的には、経済的社会的諸関係の変更により変化せしめられる法秩序全体から明らかにな

るのだと説明する。⁽²⁷⁾ゲオルギアデス (A. Georgiades) によれば、所有権概念については、一般的抽象的形式的概念が重要であるとされ、実質的内容は問題ではない。そこにおいては、物の自己のものとしての所持 (Zu-eigen-Haben einer Sache), すなわち、物の人に対する法的帰属性 (die rechtliche Zugehörigkeit) が示されている。このような帰属関連性は、存在するかしないかであり、制限や変容を受けることはない。もっとも、このような概念は、全くの無内容なものではない。なぜならば、「所有権者の直接的物支配」とか「法律による所有権者の全面的支配権」(die totale Rechtsmacht) という本質的一般の権限を表わすメルクマールは、所有権概念そのものから生ずるからである。ただし、そのような抽象的権限に対して具体的な内容を与えることは、概念ではなく、その時々⁽²⁸⁾の具体的法秩序に委ねられるべきことになる。

以上の理論については、以下の点に注意しなければならない。

第1に、この理論は、所有権概念に義務を内在させるゲルマン法的な所有権の理解に対して、所有権概念は義務を含まない、制約されない存在であることを強調する。したがって、この理論によるときは、前述の内在理論や具体化論は、以下のように説明される。すなわち、内在理論については、義務が内在するのは、所有権概念ではなく所有権内容についてであること、また、具体化論については、統一的な所有権概念までが放棄され個別化されるのではなく、具体化されるのは、あくまでも、所有権内容であることが主張される。そして、概念と内容のかかる峻別を前提として、内在理論や具体化論は、ゲオルギアデスにより肯定的な評価⁽²⁹⁾が与えられるのである。

第2に、この理論は、従来のローマ法的所有権概念を維持しつつも、所有権を制限する諸要素を外在的制約要素として解さずに、所有権内容を内的に構成するものと解しようとしている。すなわち、ゲオルギアデスは、所有権概念を「直接的物支配」とか「全面的法律的支配権」として把握してはいるものの、⁽³⁰⁾実質的には無内容なものであると考えざるを得ず、したがって、その具体的内容は、その時々⁽³¹⁾の社会的経済的諸関係により規定される法秩序により、すなわち、立法者による法形成により内的に決定されることになる。

(2) 法律関係論

もっとも、ゲオルギアデスなどの前述の議論に従った場合でも、所有権者の負うべき義務の内在性については、さらに説明を要する。すなわち、伝統的ロ

ローマ法学的見解によれば、所有権は、権利 (das subjektive Recht) として把握されているため、所有権に義務を内在させることを可能とするための理論構成が、問題とされる。基本法14条2項によれば、所有権は、公共の見地に基づく社会的拘束により当然に制限を受けるものとされており、所有権者は、受忍義務や不作為義務などの消極的義務のほかに、給付義務や作為義務などの積極的義務をも負わされている。しかるに、所有権を権利としてのみ考えるローマ法学的見解による限り、消極的義務はともかく、積極的義務まで所有権に内在的なものとして構成することは、伝統的権利概念とは相容れないことになる。⁽⁶²⁾そこで、民法学上の所有権においても、積極的義務を内在させることを可能とする法律構成はいかなるものであるかということが問題となる。これについて農地所有権との関連において一例を挙げれば、所有権者に対する内在的制約として一定の作物の栽培の制限あるいは禁止を課することは可能であるが、耕作放棄地の所有権者に対して耕作義務を内在的義務として課することが可能であるか、ということである。

民法学上における、かかる問題に対処するために、従来から、所有権を法律関係 (Rechtsverhältnis) として理解すべきことが、多くの学者により主張されてきた。⁽⁶⁴⁾すなわち、所有権者の法律上の地位は、もはや伝統的見解のように、権利としてのみこれを理解することは適当ではなく、権利のほかに義務やその他の法的諸関係を含む統一的な法的構成体として、すなわち、法律関係あるいは所有権関係 (Eigentumsverhältnis) として理解されねばならない。⁽⁶⁵⁾そして、所有権関係においては、所有権者に帰属する物に関して、所有権者の第三者および公共に対する関係が規律されることになる。このように、所有権を法律関係として理解することにより、所有権の中に消極的義務のみならず、積極的義務をも含ませることが可能となる。⁽⁶⁶⁾

なお、この見解においても、所有権概念と所有権内容との前述の峻別は維持されねばならない。すなわち、所有権を法律関係として理解することは、物の人に対する帰属概念である所有権概念を変化せしめるものではない。そして、所有権内容は、所有権関係において、物に関する所有権者の第三者および公共に対する関係が規律されることによって、その内容が具体化されることになる。

以上のようにして、所有権を伝統的ローマ法的所有権と解する見地に立脚したとしても、概念と内容を分離し、後者を立法者による法形成に委ね、所有権

を法律関係として理解することにより、所有権に対して積極的行為義務をも内在させることが可能となる。

このような見解は以下の点においてその意義を認めるべきであろう。

第1に、このような見解は、所有権概念に修正を加えようとする近年の立場に対して、伝統的ローマ法的所有権概念を擁護する。

第2に、第1の点にも拘らず、このような見解は、所有権に消極的および積極的義務を内在させ、所有権内容の形成を立法者による法形成に全面的に委ねることにより、近年の所有権制限の強化の要請に対して、それに応える努力を行っている。すなわち、伝統的ローマ法的所有権に立脚する限り、それに対する制限は、あくまで外から加えられた偶然的契機に過ぎないのであるが、⁽²⁷⁾ゲオルギアデスらの見解によれば、それは、もはや外在的要素ではなく、所有権の内容を内的に構成するものとして理解されるのである。かかる構成によって、従来のローマ法的所有権観念と比較して、所有権に対する公法的小よび私法的介入が、実際上容易になされることになろう。もっとも、この見解に立脚した場合でも、立法者は、基本法19条2項に定める所有権の「本質的内容」(Wesensgehalt)を侵害することはできない。⁽²⁸⁾

(注)

(24) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 1957, S. 174. H. Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, S. 174. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl., 1983, S. 1.

(25) 例えば, Schultze von Lasaulx, AcP 151, S. 454.

(26) 近年のものとして例えば, J.M. Sontis, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: Festschrift für K. Larenz, 1973, S. 981 ff. A. Georgiades, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnisse, in: Festgabe für J. Sontis, 1977, S. 149 ff. なお, ゲオルギアデスの主張の一部は, 大西泰博「西ドイツにおける土地法の展開」(『早稲田社会科学硏究』22号) 143頁以下において既に紹介されている。

(27) 例えば, P. Liver, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Privatrechtliche Abhandlung, 1972, S. 149 ff. Sontis, a. a. O., S. 988. J. - D. Kuckein, Die Eigentumsordnung in der BRD unter besonderer Berücksichtigung des Wesens des Eigentums (Diss. Würzburg), 1973, S. 5. Georgiades, a. a. O., S. 150.

(28) Georgiades, a. a. O., S. 151-153.

(29) Georgiades, a. a. O., S. 153-155.

(30) 所有権概念は、単なる思考型式に過ぎず、実質的には無内容なものであることを説く者として、例えば, Staudinger-Seufert, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Vorbem. zu § 903 Anm. 3.

- (31) バウアーは、内在理論に立脚して、このような見解を批判する。すなわち、①概念と内容の分離はそもそも不可能であり、絶対的支配権という意味での義務を負わない所有権は存在しない、②「最も包括的な支配権」という定義は、他人を支配する権能（Macht）を意味するような印象を与えるものであり危険である、③「支配権」（Herrschaftsmacht）という表現は、実際に、所有者にいかなる権限が帰属するか明らかにしていないという意味で無内容である。Baur, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, AcP 176, S. 117.
- (32) Staudinger - Seufert, a. a. O., § 903 Anm. 31. L. Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S. 473. Sontis, a. a. O., S. 997. Georgiades, a. a. O., S. 163.
- (33) 例えば、「ぶどう経営法」（Weinwirtschaftsgesetz）に関する連邦憲法裁判所の見解につき, DÖV 1967, S. 345.
- (34) K. Blomeyer, Zur Lehre von den Rechten des Einzelnen, in: Festschrift für H. Lehmann, 1936, S. 101 ff. Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1959, S. 427 ff. Raiser, a. a. O., S. 472 ff. K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 5. Aufl., 1980, S. 168 ff. Meier - Hayoz, Vom Wesen des Eigentums, in: Festgabe für K. Otfinger, 1969, S. 176 ff. Lent - Schwab, Sachenrecht, 18. Aufl., 1981, S. 105 ff. Sontis, a. a. O., S. 997 ff. Georgiades, a. a. O., S. 159 ff.
- (35) ラーレンツによれば、法律関係とは、「複数の権利主体を互いに結合させる法的紐帯（das rechtliche Band）」であり、そこにはその一要素である権利のほか、それに対応する義務その他の法的諸関係が含まれるとされる。Larenz, a. a. O., S. 472.
- (36) Sontis, a. a. O., S. 997. Georgiades, a. a. O., S. 163. もっとも、ゾンティスは、かかる構成が可能となるためには、より詳細な検討を必要とするとする。Vgl. C. Pestalozza, Eigentum verpflichtet, NJW 1982, S. 2169 ff.
- (37) 例えば, E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 1971, S. 80 ff.
- (38) Sontis, a. a. O., S. 999.

III むすびに代えて

以上が西ドイツにおける所有権論の動向の素描である。これまでの叙述から、特に以下の点を指摘することができよう。

まず第1に、BGB制定以降それに対する批判として提起された所有権の義務づけ論および具体化論が、戦後においては、ナチス的色彩を払拭した上で継承し発展させられている点を指摘することができる。すなわち、前述のように、所有権の義務づけ論は内在理論として、また、具体化論は機能的所有権論として、今日多くの者により承認されるに至っている。

第2に、上の点を前提とした上で、近年においては、土地所有権保障の「相対化」傾向が顕著であることを指摘したい。特に、都市法制との関連で、土地所有権の本質的内容の1つとも言うべき建築の自由が、土地所有権の内容から分離せしめられ、公権力により付与されたものであり、したがって、公権力による建築の自由の剝奪については必ずしも補償を要するものではないと解する有力な学説が存在すること、また、連邦憲法裁判所の近年の諸決定において、立法者による所有権に対する介入がより容易にされていることに、かかる傾向を明瞭に指摘することができる。

第3。それに対して、従来の伝統的ローマ法的所有権概念に立脚する学説においても、パンデクテン法学において主張された絶対的所有権概念への全面的依拠から離脱して、今日における所有権制限の強化の要請に対応していこうとする動きが見られる。かかる動きは第2において示した動向とは必ずしも同一ではないものの、かかる見解においても、伝統的所有権概念に依拠しつつも、立法者による所有権に対する公法的小よび私法的介入を實際上より容易にするための理論構築が意図されている点において、第2において指摘した動向との共通の方向性を指摘することができよう。

第4に、日本との関連について指摘して置きたい。西ドイツの公私法学における前述の動向は、わが国に対して、理論的には、所有権制限法理の理論構成の方法において、すなわち、土地所有権から、その本質的要素とも言うべき種類の土地利用権を分離して、これを公権力により付与されたものとする構成、および、所有権に対する制限を所有権に対して外から加えられる偶然的要素としてではなく、正に所有権の内容そのものを構成する内在的要素とする構成において、貴重な示唆を与えるものであると同時に、具体的な結果という点から見ても、補償を必要としない所有権制限の範囲の拡大、そして、所有権に対する公的介入の実際上の容易化という点において、多大な示唆を与えるものと言えよう。今日のわが国における土地所有権をめぐる問題に対して有効に対応するに際して、西ドイツにおける所有権制限法理の動向は、十分に参考に値するものと思われる。

最後に、農地所有権との関連である。これまでの議論（特に公法学上の議論）は、主として、都市における土地所有権が中心とされてきたが、以上の議論は、農地所有権については、いかに適用されるべきであろうか。農地所有権に対し

ては、具体的にいかなる制限法理が形成されるべきであろうか。ここでは筆者の今後の課題として問題提起にとどめて置きたい。

(筆者の住所：〒186 国立市東2-4 一橋大学院生寮)