

《論 説》

ボワソナード民法草案における
所有権の「絶対性」

——非制約性と対抗可能性——

小 柳 春 一 郎

はじめに

- (1) 問題の提示——コード・シヴィルとボワソナード草案
 - (2) 自然権としての所有権
 - (3) 所有権の絶対性——非制約性と対抗可能性
 - 一 フランス時代における二重譲渡論の展開と所有権の絶対性
 - 1 二重譲渡論における所有権＝絶対権論
 - (1) 相対的所有権移転論への批判
 - (2) 所有権の絶対性＝対抗可能性
 - 2 ボワソナード物権変動論の評価
 - (1) ボワソナード理論への批判
 - (2) 肯定的評価
 - 二 草案における所有権の絶対性
 - 1 二重譲渡論——対抗可能性としての絶対性
 - (1) 所有権の相対的帰属の否定
 - (2) 絶対性＝対抗可能性としての物権
 - 2 所有権論——非制約性としての絶対性
 - (1) 絶対性＝非制約性への批判
 - (2) 所有権制限の具体例——泉水地所有者の権限
- おわりに

はじめに

(1) 問題の提示——コード・シヴィルとボワソナード草案

本稿は、近代日本の所有権論の出発点となった旧民法ボワソナード草案（以下、「草案」という。）における所有権規定を取り上げ、ボワソナードの所有権思想を検討する試みの一環である。ボワソナードについては、星野英一教授の「日本民法典に与えたフランス民法の影響」論文により、あらためてフランス法学及びボワソナード民法草案が現行民法に与えた影響に注目が集まり、それ以後多数の業績が生まれている¹⁾。基礎法学のレベルでは大久保泰甫教授の『日本近代法の父ボワソナード』以来その重要性が再認識され、研究が進展してきた²⁾。

最近の研究は、個別の法制度についてのボワソナード草案の特徴を明らかにするだけでなく、ボワソナードを19世紀フランス法学において位置づけるという作業にも着手している。クリストフ・ジャマン教授が「ボワソナードとその時代」論文において、ボワソナードの経済学的業績を主たる素材としながら「実定法＝自然法＝経済的自由。これがボワソナードの法的・経済的活動を正当化する三幅対であった」としつつ、「かれは無条件の経済的自由主義の擁護者ではない。……むしろ道徳主義的な別の自由主義、個人の自由と社会の秩序とを同時に二つながら守ろうと心を配る自由主義に近づける」と論じていることが注目される³⁾。また、水林彪教授は、草案の受戻（買戻）規定、質権規定及

1) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響(一)」日仏法学 3号(1965年)、同『民法論集第1巻』(有斐閣、1970年)に所収。その後の動向については、Eiichi HOSHINO, *L'influence du Code civil au Japon, 1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, 2004が明らかにしている。

2) 大久保泰甫『日本近代法の父ボワソナード』(岩波書店、1977年)、更に、近年の大久保泰甫＝高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂、1999年)。

3) クリストフ・ジャマン(大久保泰甫訳)「ボワソナードとその時代」西村重雄＝児玉寛編『日本民法典と西洋法伝統』(九大出版会、2000年)25頁。

び商事行為の概念を検討して、草案の中に一種の資本主義的民法になりきらない部分が存在することを指摘している⁴⁾。もっとも、民事法における基本的な制度である所有権、契約、親族などについてどのような考え方を有していたかについて、ボワソナードの見解を19世紀フランス法学のなかで位置づけることは、なお課題となっている⁵⁾。

そこで、本稿は、ボワソナードの所有権論を取り上げ、フランス法との関連を検討する。所有権をとりあげるのは、一つには、所有権が民事法におけるもっとも基本的な制度である点にあるが、それだけでなく、19世紀のフランス民法学が、そもそも所有権の正当性について多くの議論をし、また、絶対性・排他性・永続性というその三属性を中心とした所有権の基本概念を創り出したことを考えるならば、ボワソナードの所有権観をその中で位置づけることがボワソナードの思想を考える場合に重要な意味を持つことになるからである。このような観点からの検討は従来存在しない。

最初に、本稿の問題意識を明らかにするために、草案における所有権規定をコード・シヴィルの所有権規定(初版でなく、第2版による)と比較してみよう(下線部は、筆者が付加した。)

草案財産編31条「所有権とは、法律または当事者間の約束による制限及び条件の範囲内で、もっとも広範に物の使用、収益及び処分をなす自然権である。(La propriété est le droit naturel d'user, de jouir et de disposer d'une chose, de la

4) 小林彪「日本『近代法』における民事と商事」石井三記ほか編『近代法の再定位』(創文社、2001年)190頁、「土地所有秩序の変革と『近代法』」歴史学研究会・日本史研究会編『日本史講座8 近代の成立』(東大出版会、2005年)152頁等。なお、拙著『近代不動産賃貸借法の研究——賃借権・物権・ボワソナード』(信山社、2001年)は、不動産賃貸借規定に即して、19世紀フランス法学との関連でボワソナード学説の意義を論じたものであり、とりわけ後述のトロロンが農業労働者を雇用し、資本投下を行う大規模借地農のフランスにおける展開を背景に賃借権が物権であるという理論を説いたが、それがボワソナードに影響を与えていたこと、しかし、そうした借地農像は日本の(資本を有さない)小作人とは距離があったことを指摘している。

5) この意味では、本稿は、浅津安恕『失われた契約理論：プーフェンドルフ・ルソー・ヘーゲル・ボワソナード』(昭和堂、1998年)が提起した問題を19世紀フランス法学に即した形で検討するものである。

manière la plus étendue, dans la limite et sous les conditions apportées par la loi ou par les conventions particulières.)⁶⁾」

コード・シヴィル544条「所有権とは、法律または規則によって禁止された使用をなさないかぎり、最も絶対的に物の収益及び処分をなす権利である。(La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.))」

一見して明らかなように、草案財産編31条の規定は、基本的な構造としてはコード・シヴィル544条を継承している。しかし、注目すべきことに、第一に、コード・シヴィルには自然権との文言は見られないのに対して、草案は所有権を自然権 (droit naturel) と明記している。第二に、コード・シヴィルでは「もっとも絶対的に (de la manière la plus absolue)」という著名な文言があり、しばしば所有権の「絶対性」の条文上の根拠となったのに対して、草案は、「絶対」という文言を使用せず、「もっとも広範に (de la manière la plus étendue)」という文言に置き換えている。この点が、草案における所有権規定の重要な特徴となっている⁷⁾。本稿は、この第二の絶対性文言削除を中心に検討するものである。

6) G. E. BOISSONADE, *Projet du Code civil pour l'empire du Japon, t. I^{er}, Des droits réels*, 2^e édition corrigée et augmentée, Tokyo, 1882, article 31, p. 73.

7) その他にも相違がある。①コード・シヴィルは、所有権の権能として収益及び処分をあげるのに対して、草案は、使用、収益、処分の三権能を列挙している。②コード・シヴィルは、所有権制限について、法令と規定しているのに対して、草案は、法律及び約定と規定している。①の点については、当時の多くのフランス法学の論者がコード・シヴィルは三権能を列挙すべきであったと論じているが、コード・シヴィルが二権能のみに言及したことに思想的な意味を求めている訳ではないので、本稿ではとりたてて検討しない。②の点については、第一にコード・シヴィルでは約定による制限は認めないのかが問題になるが、現在に至るまで約定による物権設定、賃借権設定などを約定による所有権制限として理解するのが一般的であり (例えば, Christophe CARON et Véronique RANOUIL, *«Propriété; Eléments, Caractères, Limitations; Propriété apparente» JurisClasseur Code civil*, art.544-fasc.10, 2001, n° 21), また, ボワソナードが念頭に置いたのもその点であるから特に問題にならない。第二に、草案では命令による制限は認めないのかが問題になるが、この点は後に検討する (本論文注86)。

(2) 自然権としての所有権

第一の自然権としての所有権については、筆者は、稲本洋之助先生古稀記念論文集において「ボワソナードの所有権論——自然権思想とその特質」において検討を行った⁸⁾。そこにおいて筆者は、(i)稲本洋之助教授や吉田克己教授さらにはフランスにおけるアルペラン教授などの研究に従いながら、19世紀においては反封建を主たる課題とした所有権＝自然権論と反社会主義を課題とした所有権＝自然権論の二つがあることを紹介し、ついで(ii)ボワソナードの所有権＝自然権論を、民法草案の注釈だけでなくボワソナードのフランス時代の著作を検討しながら位置づけ、19世紀フランスの法学者であるトロロンがボワソナードに大きな影響を与えたことを指摘した。トロロンは、反社会主義の所有権＝自然権論者、コード・シヴィル＝民主主義法典論者、均分相続擁護論者として知られる。トロロンのボワソナードへの影響は広く認められる。従来の研究との関連では、検討に新規性があるのは(ii)であろうから、この点について若干紹介すると次のようになる。

①草案の註釈では、社会主義的土地国有論の批判が自然法論と結びつけられていた。ボワソナードは、草案31条の所有権規定の註釈(第2版)を次のように始めている。

「ヨーロッパにおいては、とりわけ過去一世紀以来、所有権、とりわけ土地所有権の性格及び正当性について、多くの議論が存在する。政治理論家のなかには、所有権は実定法律の創造物であると主張する論者がいる。その議論を認めるならば、法律を以てすればいつでもまた自由に所有権を変更し、制約を加え、さらにはそれを廃止できることになる。かくして、国家のみが土地所有者であるという制度も可能になる。この理論は、現代版社会主義の一種(*une des formes du socialisme moderne*)であるが、しかし、理論家が考えるほどあたらしいものではない。すでにこうした考え方は違った名前やかたちで、ギリシャ、ローマの共和国、ローマ帝国、また近くはヨーロッパの封建制さらには絶対王政で適用され

8) 『都市と土地利用』(日本評論社、2006年2月刊行予定)。

ていた。」

ボワソナードは、この「現代版社会主義の一種」について註釈では理論的に批判しないが、日本は経験と実績によって裏付けられた道に従うべきであると指摘し、法律が所有権を創設するのではなく、法律は所有権を保障したり、確認したりするだけであるとする。かくして、草案(第2版)は、所有権を自然権(droit naturel)であると宣言した。以上のように、土地公有論への批判がボワソナードの自然権としての所有権規定にあった。

②フランス時代におけるボワソナードの主著と考えられる『遺留分制度史論』(1873年出版、原論文は1867年に精神・道徳学士院賞を受賞)は、トロロンを引用しながら、所有権＝自然権論を強調していた⁹⁾。そもそもこの論文は、コード・シヴィルの均分相続規定が農地細分化を招き有害ではないかという当時の論争に関連して募集された懸賞論文であった。そこでボワソナードは次のように述べた。

「ここまで述べてきたことをまとめれば、次のようになる。所有権は、そして遺言なしの相続も遺言もみな自然権(droit naturel)である。それは個人の自由の帰結であり、また個人の自由の保障であって、人間の正当かつ高尚な希望にかなうからである¹⁰⁾。」

『遺留分制度史論』においてボワソナードのトロロンへの傾倒は著しかった。巻末の人名索引によると、トロロンへの言及回数が最多である。とりわけ、トロロンの所有権論としての主著である¹¹⁾『コード・シヴィル下の所有権論』(後述するように、反社会主義の観点から所有権＝自然権論を主張した。)の引用は、9回を数え、全て肯定的な文脈で引用されている¹²⁾。

③ボワソナードは、『遺留分制度史論』でコード・シヴィルの均分相続主義

9) 大久保前掲『ボワソナード』22頁。

10) BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Paris, 1873, n° 383.

11) R. T. TROPLONG, *De la propriété d'après le code civil*. 1848.

12) BOISSONADE, *Histoire de la réserve*, n°s 383, 449, 477, 527, 554, 565, 581, 632, 650.

について民主主義という観点から擁護していたが、ここにもトロロンの影響が見られた。ボワソナードは、均分相続主義がフランスを危機に陥れているという批判とりわけ小土地所有のために農業に非効率、資金不足、災害対応不十分などが生まれているという議論に対して、いずれも小土地所有でも対応可能であると指摘した。そして、小土地所有には農業の問題だけでなく、社会秩序という利益があると指摘し、トロロンの所有権論を引用しながら、現在は耕作者が借地農から土地所有者になる傾向があり、それが社会秩序に有益であるという議論を紹介した後に、次のように述べた。

「土地の細分化はフランスを1848年に救い、1871年にも救った (Le morcellement de la terre a sauvé la France en 1848 et en 1871)。所有権に敵対的な社会主義理論または Kommunismus は、無知及び退廃の産物 (fruit de l'ignorance autant que de la perversité) であり、都市のプロレタリアの意識を揺るがすことができたが、農村の1200万の土地所有者の心を動かすことはできなかった。……疑問の余地のないことがある。それは、土地所有は、その土地を手入れする人間を道徳化すること、そして土地所有権が彼にとり喜びのもととなることである。」¹³⁾

このようにボワソナードのフランス時代の所有権論は、所有権を労働の観点から正当化し、反社会主義を課題とする議論であった¹⁴⁾。草案(第2版)における議論は、自らの持論を詳細に展開することを避け、単にその結論部分だけを示したことになる。

13) BOISSONADE, *Histoire de la réserve*, n°634.

14) ボワソナードの自由主義思想について、大久保泰甫『日本近代法の父ボワソナード』27頁。また、野田良之「解説」(G.E. ボワソナード著(久野桂一郎訳)『経済学者ラ・フォンテーヌ』(みすず書房, 1979年))は、「かれがアダム・スミスの自由主義経済思想に強い影響を受け、経済を人間の自由な競争にゆだねておけば、『見えざる神の手』の導きによって、利害の調和が生れ、社会生活は幸福のうちに発展するという極めて明るい楽観がそこに脈うっていることがわかる。ボワソナードが人となった時代には、フランスの産業資本主義は最盛期にあり、かれの壮年期は、フランス人が今日でも最もよき時代として憧れるという第二帝政時代の繁栄のなかで過ぎたことを考えれば、このような自由主義の思想がかれの心を支配していたことは怪しむに足りない。」と述べている(128頁)。

④トロロンは、19世紀フランスの註釈法学者であり、賃借権物権説で知られるが、同時に反社会主義としての所有権＝自然権論、更にはコード・シヴィル＝民主主義法典論を提唱したことで著名である¹⁵⁾。トロロンは、『コード・シヴィル下の所有権論』(Raymond-Théodore TROPLONG, *De la propriété d'après le code civil*, 1848)において、ポルタリスの言葉を引用しながらコード・シヴィルが所有権を自然権としたこと、さらにそれが民主主義精神を体現したものであることを次のように論じた。

「起草者にとって、所有権は自然権である。所有権は人間が労働の代償として得られる報酬である。……実定法が個人の所有権の基礎であるなどということはできない。」(97頁)。

「コード・シヴィルは、原理のレベルで所有権を民主主義の上に基礎づけただけでなく、運動のレベルでも民主主義精神は働いている。……(相続においては……小柳注) 完全な平等が法の原理になっているのである。」(101頁)

「大土地所有は、ローマとイタリアを滅ぼした。中小土地所有はフランスを救うであろう。(La grande propriété a perdu Rome et l'Italie. La propriété moyenne et petite sauvera la France.)」(106頁)

トロロンは、コード・シヴィルの均分相続規定を民主主義の観点から重視した。この所有権＝自然権論は、他の註釈法学者に影響を与えた。たとえば「註釈法学の王」と呼ばれたドゥモロンブは、その所有権論を展開するに際して、トロロンによる所有権＝自然権論に依拠し、肯定的な評価を与えていた。

⑤ボワソナードが小土地所有は1848年(2月革命)と1871年(パリ・コミュン)に社会主義からフランスを救ったという議論を展開した際に、トロロンの大土地所有がローマを滅ぼし、中小土地所有がフランスを救うという議論を下敷きにしていたと考えられる。ボワソナードが賃借権について物権の構

15) トロロンについて、Mikhail XIFARAS, *L'Ecole de l'Exégèse était-elle historique ? : Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) lecteur de Friedrich Carl von Savigny, Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Reche und Philosophie in Deutschland und Frankreich, Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, herausgegeben von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, *Ius Commune* 144, 2001.

成を採用したのも、トロロンの賃借権物権説さらには所有権理論の影響であった。ボワソナードが賃借権物権説を採用したのも、トロロンと同様に、賃借人が労働により土地所有者になること、それが社会を安定させることを期待したためであったと考えられる。こうしたボワソナードの社会観は、従来必ずしも明らかでなかったボワソナードの基本的な民事法思想を考える場合に重要な手掛かりを提供するものと思われる。ボワソナードの所有権＝自然権論も基本的にトロロンの影響下にあるものと理解しうる。

以上の特徴を有するボワソナードの所有権＝自然権論との関連で問題になるのが、所有権＝絶対権としなかった草案の態度である。これは、いかなる意義を有するのであろうか。本稿は、前稿では紙数上の制約のために十分展開できなかったボワソナードにおける所有権の絶対性論について、あらためて検討する。

注目すべきことに、ボワソナードは、不動産物権変動論(二重売買論)についてのフランス時代の論文(1871年)では、所有権の絶対性を重要な根拠に、議論を展開していた。しかし、草案起草(1882年)においては、所有権は絶対的ではないと論じた。一見するところ、所有権＝自然権論においては、ボワソナードの議論はフランス時代と連続性があったのに対して、所有権が絶対権か否かについては変化があったことになる。これについて、いかに理解すべきか。これが本稿の問題意識である。

(3) 所有権の絶対性——非制約性と対抗可能性

コード・シヴィル544条の所有権の絶対性については、稲本洋之助教授が「近代的所有権の成立過程」と題する優れた研究を發表し¹⁶⁾、また、吉田克己教授が「フランス民法典544条と『絶対的所有権』」¹⁷⁾と題する優れた論文を發表し、一般にはコード・シヴィル 544 条を個人主義的・絶対主義的な所有権観

16) 稲本洋之助「近代的所有権の成立過程」甲斐道太郎＝稲本洋之助＝戒能通孝＝田山輝明『所有権思想の歴史』(有斐閣、1979年)所収。

17) 吉田克己「フランス民法典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年)。

=無制約な所有権観の出発点として理解されているが、しかし、コード・シヴィル544条そのものはそうした所有権観を規定したものではなく、むしろ反封建制という課題が重要であったこと、ところが、19世紀中葉において反社会主義の潮流の中で自由主義的解釈が盛んになり、所有権について極端な個人主義的・自由主義的解釈・理解が生まれたことを指摘している¹⁸⁾。本稿も基本的にこうした研究を前提に議論を進めるが、なお、所有権の絶対性という場合に、その非制約性だけでなく対抗可能性の側面に注目する点で特色を有する。

そもそも、所有権に絶対性 (*caractère absolu*) があると論ずる場合又は所有権は絶対権 (*droit absolu*) であるという場合に、「absolu絶対」とはいかなる意味で使われているのか？これについては、JurisClasseurの「所有権——要素、性質、限界」論文において所有権の要素、性質等を検討したカロンとラヌイル (Christophe CARON et Véronique RANUIL) は、所有権の絶対性を論ずる場合の「絶対absolu」が多義的であるとしつつ、コルニュ Cornuの法律辞典 *Vocabulaire juridique*¹⁹⁾の参照を求めている²⁰⁾。同法律辞典は、山口俊夫『フランス法辞典』の基本となっているため、『フランス法辞典』におけるabsoluの叙述を引用しながら、その元になっている *Vocabulaire juridique*におけるフランス語を付加する。

「1 絶対の、限定のない *sans restriction aucune, sans limites*◇公序性をもつ公民権や例外を許容しない個人的権利無能力などに関するものについていわれる。

この意味では、民544条の規定(……)にも拘わらず、今日では所有権は絶対的な権利ではない *en ce sens la propriété n'est pas, en dépit de l'art. 544 du C. civ., un droit absolu*と一般に解されている。→*inéligibilité, incapacité*

2 すべての者に対抗できる *opposable à tous*◇*<erga omnes>*な強制力をもつこと。この意味では、すべての物権 *droit réel* はこの性質をもつ。→*relativité*。

18) ドイツ語文献でも同様の指摘がある (Alphons Bürge, *Das Französische Privatrecht in 19. Jahrhundert*, 1995, p.42)。更に、西川洋一「問題の考察——近代法の再定位のための7つの試みに接して」前掲『近代法の再定位』236頁。

19) *(absolu)*, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, 6^e éd. mise à jour avec locutions latines, 2004.

20) CARON et RANUIL, *op. cit.*, n° 48.

opposabilité

3 「時として」無条件の、裁量的な(discretionnaire)◇その行使が濫用性を伴うことのない『絶対権droit absolu』(未成年者の婚姻についての両親の同意権droit de consentement, とくに新聞等における反駁権droit de réponse)などにおいて用いられる。

4 完全な、例外のない。(用例) interdiction absolue絶対禁止, inceste absolue〔免除dispenseのない〕絶対的近親婚→irréfragable

5 「その他の用法」◇〈nullité absolue 絶対無効〉〈majorité absolue 絶対多数〉〈franchise absolue 絶対的保険対象外項目〉など各種の表現においてそれぞれ固有の意味内容をもつ²¹⁾」

以上の辞典の記述に従えば、所有権は、無制限・無制約の権利ではないという観点からは絶対権droit absoluではないことになり、しかし、万人に対抗しうる物権であるという観点からは絶対権droit absoluでありうることになる(実は、ボワソナード自身そのように述べていることになる(後述参照)。

また、日本でもこの問題は論じられたことがあり、七戸克彦教授が「所有権の『絶対性』概念の混迷」論文において「所有権の絶対性」という言葉では思想的な非制約性という意味のみならず、技術的な対抗可能性という意味が重要であると論じ²²⁾、さらに、所有権の絶対性の多義性として、そのほかにも、①観念性(現実的支配から離れうること)、②全面性・円満性(使用収益処分の総てに及ぶこと)、③渾一性(所有権は権利の束ではなく、他物権と所有権が同一人に帰属すると原則として混同がおこること)、④弾力性(制限物権が消滅すれば全面支配権となること)、⑤永久性(消滅時効にかからないこと)及び⑥絶対不拘束性(他者から拘束を受けないこと)などをあげている。

また、加藤雅信教授の『新民法大系Ⅱ物権法』は、『「所有権の絶対」』という言葉は、二様の意味で用いられている」と述べ、「所有権の絶対的非拘束性」(＝使用収益処分の「三つの権能を基本的に他人の干渉を受けることなく自由

21) 「absolu」山口俊夫編『フランス法辞典』(東大出版会, 2002年)。

22) 七戸克彦「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」山内進編『混沌のなかの所有』(国際書院, 2000年) 256頁。

に行使できる」こと)及び「所有権の対世効」(=「物権の一種である所有権には、債権の相対的効力と対比される物権の絶対的効力が当然認められ」ていること)を指摘している²³⁾。ここで加藤教授が「所有権の絶対的非拘束性」としているものは、先ほどの法律辞典でのabsoluの意義の1(無制限性・無制約性)に相当し、「所有権の対世効」としているものは、先ほどの法律辞典でのabsoluの意義の2(万人への対抗可能性)に相当すると考えられる。

最近のフランス民法学では、たとえば、アティアスは、所有権について絶対性、排他性及び永続性を指摘しつつ、所有権の絶対性には、(i)哲学的解釈と(ii)法律学的解釈とがあるとする。(i)哲学的解釈には、①拡張的解釈と②否定的解釈とがあり、①は、19世紀末の議論が所有者の権能に対する制約はすべて所有権に外在的なものと理解したことを意味する。この場合には、絶対性とは非制約性であった。②の否定的解釈とは、所有権はその絶対性により他の物権と区別しようというものである。これは、所有権がその支分権と包括性において異なっていることを意味する。また、(ii)法律学的解釈においては、所有権はその絶対性故に他の権利と3点において異なるとしている。具体的には、①所有権は、その絶対性故に他の権利の要素にならず、逆に他の権利が所有権を基準にしているということ、②所有権が最も一般的な状態であり、支分権がなくなればそれに復するというこ及び③所有権が最も完全な物権であるということである²⁴⁾。基本的に、ドゥモロンブ以来の立場を継承するものと考えられる。また、先に紹介したカロンとラヌイル(CARON et RANOUIL)の「所有権——要素、性質、限界」論文は、所有権の絶対性について、①所有者の権能として、使用、収益、処分の三権能を総て有すること、②所有権の対象として、土地所有権であればその上下に及び、附合法理の対象となること、③権利の第三者への対抗可能性をあげている²⁵⁾。

さらに、近年『所有権論』を発表したクシファラス教授は、所有権の絶対性

23) 加藤雅信『新民法大系Ⅱ物権法(第2版)』(有斐閣, 2005年)249頁。

24) Christian ATIAS, *Droit civil : Les biens*, 1991, n°53.

25) CARON et RANOUIL, *op. cit.*, n°48.②の点は、例えば日本法では建物は土地に附合しないため、相違があり得ることになる。

について、①物権としての対抗可能性の意味における絶対性 (absolu- réel), ②用益権等の他物権と区別され・使用収益処分全権能を包括する完全な権利としての絶対性 (absolu- complet), ③物について濫用の権利をも包括した最高権力としての絶対性 (absolu- suprême), ④消滅時効の対象にならないという意味で永続性を有するという観点からの絶対性 (absolu- perpétuel) 及び⑤物が単一の所有者にのみ帰属するという観点からの絶対性 (absolu- exclusif) があることを分析している²⁶⁾。

これらの指摘を見る限り、絶対性には種々の意義があることが明らかであるが、とりわけ、本論文において重要なのは、対抗可能性としての絶対性と利用権能の非制約性としての絶対性である、本稿は、ボワソナードはフランス時代においては、二重売買における所有権の相対的帰属という当時の通説を批判するために所有権＝絶対権と主張したが、その際、絶対性を「対抗可能性」という意味(いわば先の引用の2に該当する。)に捉えていたことを従来の研究によりながら再確認し(一)、この点については、草案において物権の一般的特性を対抗可能性として規定し、それ故もはや所有権を絶対権として強調する必要がなくなり、むしろ所有権に対する規制・制限を位置づけるために、草案においては所有権を「絶対的ではない」(この場合の絶対性は先の引用の1の無制限性や加藤教授のいう絶対的非拘束性に該当する。)と論じたことを指摘し、その後、こうした抽象論としての所有権の定義が具体的な法制度にどの様に関連していたかを検討するため、所有権制限の具体例として相隣関係とりわけ泉水に関する草案の諸規定を検討する(二)。

一 フランス時代における二重譲渡論の展開と所有権の絶対性

ボワソナードは、パリ大学在職時代に「謄記新理論序説」(1871年)と題する論文で注目すべき不動産二重譲渡解釈論を展開した²⁷⁾。その際、コード・シ

26) Mikhail XIFARAS, *La propriété: étude de philosophie du droit*, 2004, p.115.

27) BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription, A l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires*, *Revue pratique de droit français*, t. XXX, 1870.

ヴィル544条の規定する所有権の「絶対性」に重要な意味を与えていた。この点については、すでに鎌田薫教授や七戸克彦教授が重要な研究を発表している²⁸⁾。また、筆者も不動産賃貸借の対抗に関連して簡単に論じたことがある²⁹⁾。こうした研究が明らかにしている事柄を、所有権の絶対性という面に一層注目しながら再検討することにする。

1 二重譲渡論における所有権＝絶対権論

(1) 相対的所有権移転論への批判

「謄記新理論序説」論文の意義を理解するために、当時の不動産二重譲渡・不動産物権変動論について概観する必要がある。日本民法176条は物権変動について意思主義を採用し、177条は不動産物権変動に関して登記を対抗要件とする。こうしたありかたの母法は、フランス法であった。日本民法の不動産物権変動に関する解釈論において、①未登記の第一売買は、その所有権取得を登記のある第二買主に対抗し得ないことになるが、それをどの様に説明するか？②未登記の第一売買は、第二買主が悪意さらには一層背信的な場合（背信的悪意）にも対抗し得ないのか？が重要な問題であったが³⁰⁾、実はフランスでも同様であった。これについての19世紀における通説は、①の二重譲渡については、第一買主は売主に対する関係では所有者であるが、しかし第三者に対する関係では所有者となり得ないとする所有権の相対的帰属説であった。この相対的帰属説は、売買では合意による所有権移転を規定する民法1138条と対抗要件

28) 鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の『転換』をめぐる」比較法学9巻2号(1974年)60頁註(10)は、同論文の内容を簡潔・的確に紹介する。更に、このボワソナードの論文を位置付ける優れた研究として、七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法学研究(慶應義塾大学)64巻12号(1991年)がある。なお、同「『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年)。同「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64巻2号(1991年)155頁。

29) 拙著『近代不動産賃貸借法の研究』289頁。

30) 鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一ほか編民法講座2物権(1)(有斐閣, 1984年)。

としての謄記を明らかにする1855年法とから導き出されたものであった。また、②の問題については、フランスの古典的判例、学説は、《第二買主が単なる認識を有する場合には第一の売買は謄記なくして対抗しえない》と解するものであった。その理由は、第一買主は容易に謄記し得たにもかかわらず謄記をなさなかった以上、不利益を被ってもやむを得ないこと、第二買主の主観的態様を問題にすると対抗、不対抗が偶然的な事情により左右されることになることであつた。しかし、同時に、古典的判例、学説は、第二買主と売主との間で「通謀ある詐欺」が存在するときには第一買主は謄記なくして対抗しうることを認めた³¹⁾。換言すれば、売主との間で「通謀ある詐欺 (fraude concertée)」に参加する第二買主は、謄記を備えようとも、謄記なき第一買主の立場を破ることができなかった。この未登記の第一買主は、詐欺的第二買主には対抗しうるというのは、1855年法の制定当時の解釈であつた。「詐欺 (fraude)」とは、形式的には適法であるが、実質的には法律、又は契約から生ずる一定の義務規則を免がれる目的で行われる行為に対する反道徳性の評価とされる³²⁾。詐欺的行為は、「詐欺はすべての規則の例外をなす」、「詐欺はすべてを破る」という法格言が示すように、無効、又は対抗不能のサンクションを受ける³³⁾。しかし、二重売買の場合、単なる悪意と詐欺との間に明確な線を引くことは困難でもあり、そこから更に議論が生じた。

ボワソナードの二重譲渡論もまたその一例であつた。ボワソナードの「謄記新理論序説」論文は、②の問題について「我々の意見、我々の確信は、第二買主が悪意であるときは謄記の形式において優位を得ていてもそこから利益を得ることはできないというものである。売主と第二買主との間に通謀ある詐欺が

31) 星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」同『民法論集第2巻』(有斐閣、1970年) 63頁、滝沢幸代『物権変動の理論』(有斐閣、1987年) 150頁。
鎌田前掲「不動産二重売買」論文比較法学 9 巻 2 号 42 頁。

32) 滝沢 153 頁、鎌田前掲 43 頁。また、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール(5)」法学協会雑誌 94 巻 7 号 (1977 年) 78 頁註 (64)。フロードについては、TERRE, *Droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., 1998, n° 431; GESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 2^e éd., 1983, n° 741 et s.

33) 鎌田前掲 44 頁以下。

存在する場合には、我々はより強い理由により同じ解決を与える。」と述べた³⁴⁾。ボワソナードは売主と第二買主との間に通謀ある詐欺が存在する場合について、従来指摘されていない独自の・そして最も決定的な理由として、第二買主と売主の間に通謀ある詐欺が存在する場合には、第一買主が詐欺行為取消権により第二売買の取消しを請求しうることを指摘する³⁵⁾。さらに、ボワソナードは、第二買主が単なる悪意である場合にも第一買主は謄記なくして対抗しうると論じた。その際、ボワソナードは、②に関する自らの解釈論を根拠づけるために①の問題である謄記と所有権移転の一般理論にまで議論を展開した。当時の通説である所有権の相対的帰属説に対し、これを「相対的所有権(propriété relative)」を創り出すことになり、コード・シヴィル544条に矛盾すると批判した。

『この物は自分の物であってしかも自分の物ではない』と考えることは、無意味以外のなにものでもない。物を最も絶対的に処分できる者が買主であるとすれば、売主はもはや物を最も絶対的に処分できないことになる。逆に、売主に絶対権(droit absolu)があるとすれば、買主には存在しないことになる。³⁶⁾

「所有権が、純然たる法律上かつ民事法律上の制度であるとすれば(私見は、そうではないと考えるが)、法律は、所有権を絶対権(droit absolu)として創設し、そして所有権はこうして定義されていると考えるべきことになるのであるから、所有権及びその絶対権としての特性を廃止することなくしては、この権利を相対的な権利、人に対する権利、債権に変えることは許されない。まして所有権は原始的且つ自然的な権利であるからして、法律はこれを承認し、保護し、制裁を認めなければならない³⁷⁾。」

かくして、ボワソナードは、第一買主は合意により所有権を取得する以上勝

34) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.538.

35) なお、詐欺行為取消権行使の要件として債務者の無資力があるがこれについてボワソナードは、この場合には第一買主は不動産の取得によってのみ救済されることを指摘し、無資力は要求されないとしている。

36) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.549.

37) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.548.

記なくして第三者に対しても所有権を取得する、と論じた。問題は、この理論をそのまま貫くとなると第一買主は謄記をなす必要を感じなくなり、謄記法の意義もまた認められなくなることである。これについて、ボワソナードは、謄記をなさない第一買主はフォートをなし、それゆえ、損害賠償義務を負うと論じた。その損害賠償としては、現物賠償が適当であり、不幸にも無効の契約をなした第二買主に不動産を与えることは考えうる限り、最も直接的で自然、且つ完全な賠償であると述べた³⁸⁾。

更に、ボワソナードは、「第二買主が謄記以外の方法で所有権移転について認識 (connaissance) を有するときは、第一買主の謄記の欠如ゆえに対抗する権利は主張しえない」と述べて、悪意第三者排除論を展開した³⁹⁾。ボワソナードは、(所有権は第三者との関係でも謄記なくして完全に移転するから) 謄記は第三者に対する関係でも所有権移転の効力を持つものではなく、所有権移転の証拠にすぎないと理解し、それゆえ、第三者が謄記以外の方法で第一買主の所有権移転の認識を有するときは、第一買主の謄記の欠如から利益を得ることは許されないと考えた。また、「謄記の目的は善意 (bonne foi) の第二買主保護にある」と論じ、さらにその第二買主の悪意の証明は証人による証拠を許さず、自白と宣誓という二つの確実な方法に限るべきことを論じた⁴⁰⁾。なお、ボワソナードは、登記のない抵当権が悪意の買主や第二抵当権者に対抗しうるかという問題については、これを否定している。その理由は、二重売買の場合と異なり、この場合には権利が両立可能であることにあり⁴¹⁾。

(2) 所有権の絶対性=対抗可能性

以上検討したように、「謄記新理論序説」においてボワソナードは、所有権を絶対権として理解した。この場合の所有権の絶対性は、いかなる意味を持ったのであろうか？それは、権利の対抗可能性であった。

38) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.557.

39) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.560.

40) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.570.

41) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.574.

「学者の見解は、常に次のようなものである。抵当権についての謄記制度が最初に設けられた時において（革命期に一時的に謄記制度を導入した革命暦7年ブリュメール11日法のこと……小柳注、後に民法典により廃止された。）、また謄記制度が1855年に再び導入されてから後は、所有権は当事者間では合意により、第三者に対する関係では謄記により移転する。

しかし、所有権の定義を法律、学説、判例の中で探してみよう。法律においては（コード・シヴィル544条）『所有権とは、最も絶対的に物の収益及び処分をなす権利である』。学説においては、所有権は物権の最たるものであり、人間の物に対する直属且つ直接の権利である。それは絶対的關係であり、すべての者に対する関係であり、万人に対抗できる関係であり（un rapport absolu, *erga omnes*, opposable à tous）、これに対しては所有者以外のすべての者は消極的主体になる。これに対して、債権は、純粹に相対的なものであり、一人の又は複数の債務者、明確に特定された主体に対してのみ対抗しうる。判例はどうかといえば、所有権のこの性質にもまたこの定義にも異を唱えたことはない、⁴²⁾

以上のように、この所有権＝絶対権という考え方は、ボワソナードの議論の中核的部分であった。ボワソナードは、所有権＝物権＝万人に対抗しうる絶対権と理解し、債権＝相対権＝特定債務者のみに対抗しうる権利と対比した。そして、ボワソナードが所有権を絶対権として理解したときには、万人に対抗できるという意味の対抗可能性が中心であった。所有権が万人に対抗できるものであるとすれば、その移転が意思表示によってなされれば相対的帰属はあり得ないというのがボワソナードの見解であった⁴³⁾。なお、所有権を自然権として理解している点は、ここでは詳論されていないけれども、考え方としては明示されていた点は注意してよい。すでに冒頭で検討したように、所有権を自然権として理解することは、ボワソナードにとってきわめて重要な前提であっ

42) BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle, p.547.

43) もっとも、物権一般の特性を対抗可能性としたときに、抵当権についても同様に考えるべきことにならないか、抵当権について悪意排除説にならないかという問題が生ずる。フランス法における抵当権の公示と対抗に関しては、吉井啓子「不動産担保物権の対抗—フランス抵当制度からの考察—（二・完）」同志社法学49巻1号、2号（1997年）更に、本論文注41参照。

た⁴⁴⁾。

2 ボワソナード物権変動論の評価

ここでは、二つの立場からのボワソナード物権変動論への評価を指摘しよう。第一は、ボワソナードの論文発表当時の批判である(1)。第二は最近における議論である(2)。

(1) ボワソナード理論への批判

(ア) ガルソネ

以上のボワソナードの見解に対して、直ちに批判が現れた。民事訴訟法の体系書で知られることになるパリ大学教授ガルソネ(Eugène GARSONNET)⁴⁵⁾は、

44) なお、ボワソナードが所有権の絶対性を、非制約性・非限定性の意味において用いた場合もある。『遺留分制度史論』において、ボワソナードは、遺留分が所有権の絶対性に反しないかという問題を検討している。すなわち、遺言の自由を強調する論者から見れば、「民法によれば、所有権は物を最も絶対的に処分しうる権利であるところ、遺留分の制度は、父の所有権を麻痺させるものであり、それゆえ、所有権のそうした性格と矛盾しないか」という問題である(BOISSONADE, *Histoire de la réserve*, n° 455)。これについて、ボワソナードは、544条が所有権について規定するときに、「法律または規則によって禁止された使用をなさないかぎり」と付加していることを重視する。ボワソナードによれば、「所有権制限は、所有権そのものと同一の根拠に由来する。すなわち、自然法である。我々は、一般的利益のための所有権制限を尊重する。というのも、各人が、総ての人がその各人のために与える保護の代償として総ての人のためのいくつかの犠牲をなすことは、正当かつ良いことである。そこに文明社会のもっともよい高貴な部分が存在する。私人のための所有権制限もまた同様に正義の性質がありまた自然の義務としての性質がある」(n° 460)。ボワソナードによれば、遺留分もまたそうした観点からの所有権制限に相当する。以上のように、ボワソナードの特徴は、所有権の非制約性という意味の絶対性に重きを置かないことである。こうしたボワソナードの特徴は、後に草案の注釈で所有権は絶対のものではないと指摘することに結びついている。

45) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 2^e éd., 1898-1904, 8 vol.等。

「謄記論とりわけ謄記欠缺を主張する者の悪意論——ボワソナード説への応答」論文において、通謀あるフロードと単なる悪意を同一に扱うのは不適当であること、法の規定自体が謄記なくしては第三者に対抗し得ないと規定しており、ボワソナードの指摘するように未謄記の第一買主を絶対的所有者とはしていないこと、第三者が単なる悪意である場合に証拠方法を自白と宣誓に限定する理由がないことなどを論じ、伝統的な通説の立場からボワソナードを批判した。とりわけ、ボワソナードが批判した権利の相対的帰属については、権利の効果が相対的であることは珍しくないとして、次のように、指摘した。

「衡平は重要であるが、法律はそれよりも更に重要である。」⁴⁶⁾

「1855年3月23日法は、謄記の原理を再定立した。この法律の第3条は、細かな相違を除けば、革命暦7年ブリュメール11日法26条の規定と同様であり、『謄記があるまでは、前条に規定する契約又は判決は、当該不動産の物の上に権利を有し、その権利を法律に従って保存した第三者に対し、対抗することができない。』こうして、条文そのものからだけでも、未謄記の権利が、後に取引をなした謄記をなした第三者に対抗できないことが導かれるのである。⁴⁷⁾」

「一定の者についてだけ効果を持つ法律行為とか、特定の人に対しては存在しない行為というのは目新しいことでも、珍しいことでもない。……債権譲渡は、当事者間では譲渡と価格についての合意があれば有効であるが、しかし、第三者に対しては、債務者に通知をなすか、又は債務者が承諾をなすまでは存在しない(1690条)。⁴⁸⁾」

ここでのガルソネの議論は、もっぱら、1855年法が謄記があるまでは第一買主は第三者に対抗しえないと規定していることを根拠にしている。その限りで、ボワソナードが主張した相対的所有権という問題をどう考えるかという問題には正面から答えていない感がある。しかしまた、ボワソナードの悪意者排

46) GARSONNET, De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription, *Revue pratique de droit français*, t. XXXI, 1871, p.240.

47) GARSONNET, *op.cit.*, p.249.

48) GARSONNET, *op.cit.*, p.251.

除説は、悪意者排除を規定していない1855年法とも簡単には一致しがたいという問題があることを示すものでもある。

(イ) リオン＝カーン

商法学者として著名なリオン＝カーン (LYON-CAEN) は、1894年に判例評釈においてボワソナードの二重売買論を取り上げた。そして、次のように述べている。

「この見解は、実に先見的なものではあるが、しかし、所有権移転における謄記の役割に反し、また、1352条の規定する証拠法理にも反する。1855年3月23日法の審議録を見ても、ボワソナードが主張するような謄記を証拠とする考え方は採用されていない。逆に、謄記は、不動産が第三者に対する関係で所有権を移転するための不可欠の要件とされている。謄記がなされなければ、所有権は第三者に対する関係では移転されていない。この登記手続を代替しうるものは存在しない。これが絶対的解決であることは、謄記が真正の要式行為であることから一層よく理解しうる。⁴⁹⁾」

このリオン＝カーンの批判は、ガルソネの批判と共通するものがある。

(ウ) ビュフノワル

また、民法学者として著名であったビュフノワル (Claude BUFNOIR) は、ボワソナードの主張する絶対的所有権移転理論は、相対的所有権移転論を採用するフランス民法典や1855年法に適合しないと論ずる。

「おそらく、ボワソナード氏の議論の出発点は正しい。所有権は、万人に対抗しうるものとして移転される。しかし、その謄記がない場合には、その権利は、少なくとも第3条に規定される第三者に対しては効力がなかったものとされる。こ

49) LYON-CAEN note sous Req. 27 novembre 1893, S.1894.385. 事案そのものは、第二売買について通謀ある詐欺が認定されたものであって、通謀ある詐欺については第一買主が謄記なく対抗しうるものであった。リオン＝カーンについては、<http://www.univ-paris12.fr/chde/DJ19/Fiches%20signalétiques/Lyon%20Caen.pdf> 参照。

これらの者に対しては、所有権は効果を有しない。そして第3条は、謄記の欠缺を主張する者について善意と悪意との間で何の区別もしていない。損害の問題も賠償の問題もない。債権の原理が存在するだけである。謄記は証拠の問題ではなく、未謄記の権利の効力の問題である(Cass., 5 juil.1882, D. 83. 1. 350参照)。ボワソナード氏は謄記を法定証拠とし、それがない場合には、反対の意味で証拠となるとする。それは、第三者に損害賠償を与えるためであるが、こうしたボワソナード氏の議論は、1855年法の目的と内容をねじ曲げたものである。⁵⁰⁾

このように見てみると、ボワソナードの見解に対しては相当に有力な法律学者がいずれも法文の規定に反すると批判していることが注目される。

(2) 肯定的評価

以上のボワソナード説は、フランスの解釈学説としては単独説であったが、解釈論を離れて、立法論として見れば、魅力あるものという評価も可能であった。しかし、それを超えて、ボワソナードの議論は、フランスにおいて後年あらわれる悪意第三者排除説を採用した判例の先駆とも考えられ、フランスでも近年ボワソナードの再評価が生まれつつある⁵¹⁾。そのような再評価論の代表と考えられるデュクロの見解をここで紹介しよう⁵²⁾。

デュクロは、不動産二重譲渡において、判例・学説がほとんど一致して悪意第二買主排除説を採用していなかった19世紀において唯一こうした動向に反対し、悪意第二買主排除説を唱えたのがボワソナードであったとする。

「1968年に至るまでで、悪意の第二買主に謄記の原理を適用することが、理論的観点からも衡平の観点からも問題があると指摘した論者は、一人しかいなかった。それがボワソナードである。ボワソナードは、判例と学説が一致して支持し

50) BUFNOIR, *Propriété et contrat*, 1924, p.124.本書は、ビュフノワルの講義を後に出版したものである (<http://www.univ-paris12.fr/chde/DJ19/Fiches%20signaletiques/Bufnoir.pdf>)。

51) SOURIOUX, *La pensée juridique de G. Boissonade*, *Revue internationale de droit comparé*, 1991-2, p.360.

52) 鎌田前掲二重売買論文60頁註(10)。

ていた理論に正面から異を唱えたのである。その業績は、無視され、また批判を受けた。しかし、ボワソナードの見解は未来に開かれたものであった。というのも、後に1968年にはじまり1974年及び1979年に認められた判例変更がその見解を採用したからである。⁵³⁾

以上のように、デュクロは、ボワソナードの見解がその発表後1世紀近くを経て判例変更によって採用されたことを指摘している。デュクロによれば、1855年法により導入されたフランスの不動産公示のシステムは、物権の絶対的対抗可能性と意思表示による所有権移転に根拠をもつものである。もしも、意思主義を厳格に貫くとすれば、第三者には見えない合意により、その後現れる買主等が害されるおそれがある。そこで、不動産公示の手续をおこなわない第一買主等に対して対抗不可能性という制裁が与えられる。それ故、物権の対抗可能性と不動産公示の二重のシステムからフランス法は成り立っていることになる。デュクロは、「道徳的要素への配慮があること、より正確には先に公示手続を完了した悪意の第二買主が、判例の言葉によれば、結果として、不動産公示制度の原理の適用を受けないことは、結局、物権の特性である排他性（これをデュクロは、対抗可能性の具体的結果として理解する。）の原理が復活することを意味する。⁵⁴⁾」と述べている。こうした理解にもボワソナードの見解が反映されていると考えられる⁵⁵⁾。

二 草案における所有権の絶対性

以上のボワソナードの物権＝万人への対抗可能性論を前提として、ここでは、はじめに草案の物権変動論について検討し(1)、その後所有権の定義の問題

53) Marc DUCLOS, *L'opposabilité du droit réel : De la sanction judiciaire des droits*, 1989, n°209.

54) DUCLOS, *op. cit.*, n°236.

55) 一層最近の判例の展開については、吉井啓子『『対抗』理論における第三者の主観的態様の意義—近時のフランス破産院判決からの考察—』國學院法学38巻2号(2000年)。

を取り上げる(2)。

1 二重譲渡論——対抗可能性としての絶対性

(1) 所有権の相対的帰属の否定

草案は、契約の当事者間の効力として、契約により所有権移転が即時になされることを草案351条で規定した。その上で、第三者に対する契約の効力に関する財産編368条以下で物権変動における謄記の役割について次のように規定した⁵⁶⁾。

351条「ある特定物又は有体物を与える債務は、有償名義によるものにせよ、無償名義によるものにせよ、また、不動産であれ動産であれ、契約者に所有権を、物の引渡しを要せず、即時に移転させる (transfère la propriété au stipulant, immédiatement et indépendamment de la tradition due)。ただし、合意に附帯することがありうる停止条件があるときにはその限りではない。」

368条「以下に記すものは、財産所在地の府県庁の下級機関である郡または区の役所にある特別の簿冊 (registre spécial tenu à la sous-préfecture (kou ou goun yakou-sho)) にこれを謄記される (sont transcrits)。

一 不動産所有権またはその他すべての不動産上の物権の譲渡を記したる有償または無償、公正または私署のすべての生存中の証書 (tous actes entre-vifs) ……」

370条「謄記に至るまでは、前に挙げた証書の効力により獲得若しくは回復された物権は、同一の権利につき外見上権利者 (titulaire apparent)⁵⁷⁾と善意 (bonne foi) で契約しまたは本主若しくはその代理人から第1の権利と抵触する権利を取得し必要とされる謄記 (transcription) または記入登記 (inscription) をなした承継人 (ayant-cause) には対抗することができない⁵⁸⁾。悪意 (mauvaise foi) 及び

56) G. BOISSONADE, *Projet du Code civil pour l'empire du Japon*, t. 2^e, *Des droits personnels ou obligations*, 2^e édition corrigée et augmentée, Tokyo, 1883, p.119 et p.171.

57) ボワソナードの見解に従えば、契約により所有権は(第三者に対する関係でも)すでに買主等に移転しているから、売主等は外見上権利がある者ということになる。

共謀 (collusion) は、367条によってのみ証明される。」

367条4項「承継人の悪意は、訴訟における自白 (aveu) または宣誓拒否 (refus de serment) によってのみ証明できる。但し、譲渡人と共謀した詐欺 (fraude concertée avec le cédant) があれば、通常の証拠方法により証明できる。」

ボワソナードは、草案においても、フランス民法流の契約による所有権の即時移転を維持し、更に、「謄記新理論序説」論文における自説を採用している。①謄記制度の目的は善意の第二買主などの保護にあるとする。未謄記の第一買主は悪意の第二買主に対抗しうる。②第三者の悪意は、第一買主が証明しなければならないし、証明方法には、制限があった。単なる悪意の場合には、訴訟上の自白または宣誓拒否でなければ証明できなかった (374条4項)。③譲渡人と共謀した詐欺 (fraude concertée) があるときには、通常の証拠方法で第三者の悪意を証明できた (374条4項但書)。④抵当権などについては、両立しがたい権利ではないという理由からこうした悪意者排除論を採用しない。

以上の点は、ボワソナード民法草案における物権変動論の大きな特徴であり、従来の研究でも検討がなされている。所有権の絶対性に注目する本稿では、以上の①から④までの草案の特徴を背後で支えた議論である⑤謄記のない第一買主等についても謄記なくして第三者に対する関係では完全に所有者になるということについて検討しよう。

「ほとんどすべてのフランス法文献において『不動産所有権は当事者間においては合意のみにより移転し、第三者 (承継人と置き換えて頂きたい。) に対する関係では謄記により移転する。』という理論に接するが、それは誤っている。この理論は、コード・シヴィル1140条と1183条が根拠になっているようにも見えるが、しかし所有権やすべての物権一般の性質に矛盾する。物権は、人と物、権利の主体と客体との直接且つ無媒介な関係である。……所有権は、明らかに、その性質上、絶対権である。相対権であるのは債権だけである。(La propriété est,

58) ボワソナード草案における承継人と第三者 (tiers) について、「ボワソナードは、わが国にいわゆる (広義の) 『第三者』概念を、承継人と、局外者たる (狭義の) 第三者とに分け」たとの指摘がある (池田真朗「ボワソナードにおける『第三者』の概念」法学研究 (慶大) 59巻6号 (1986年) 18頁)。

évidemment, dans sa nature, un droit *absolu* ; le droit de créance seule est un droit *relatif*).⁵⁹⁾」

「コード・シヴィルは、明らかに、合意のみに所有権を絶対的なしかたで移転させる効果を持たせているのであり、所有権移転には、引渡しも謄記も要件としていない。1855年に謄記制度が導入されたからといって、このために奇妙な相対的所有権 (*propriété relative*) がうまれたと考えることは許されない。まして1855年法審議の際に、繰り返し、『コード・シヴィルの原理はすべて維持されており、それを補完するだけである』と説明されている。⁶⁰⁾」。

ここで見るように、ボワソナードは、所有権が債権と区別される絶対権であるということをその物権変動論における中心に据え、当時のフランスにおける通説である所有権の相対的帰属論について相対的所有権を創設する議論として批判している。ここから、謄記＝証拠＝第三者善意必要（第三者が認識する場合には謄記なくして対抗しうる）というボワソナードの議論が展開しているのである。

ここでの所有権の「絶対権」としての性格は、相対権である債権との対比で用いられるものであり、物権共通の性格として理解することが可能である。その意味で、物権そのものについてボワソナードがいかに考えていたかを検討する必要が生まれる。

(2) 絶対性＝対抗可能性としての物権

草案は、教育的配慮に富み、定義や原則に関する規定が多いという特徴を有するが、物権、債権という基本概念についても定義を設けている。財産編2条は、次のように規定している。

「物権 (*droits réels*) は、物の上に直接に行使され、万人に対抗しうる (*s'exerçant directement sur la chose et opposables à tous*) 権利であり、主たる物権と

59) BOISSONADE, *Projet, Des droits personnels*, n°215.なお、ボワソナード自体も *absolu* という言葉が単純 *simple* との対比で使われる例や相対的 *relatif* との対比での使用例があることを示し、絶対的にも種々の意義があることを示している (n°215の注)。

60) BOISSONADE, *Projet, Des droits personnels*, n°214.

従たる物権とがある。

2 主たる物権は以下のものがある。

- 一 完全または支分された所有権
- 二 用益権、使用権及び住居権
- 三 賃借権、永借権及び地上権
- 四 占有権

以上の権利は、本編第一部において定めるところによる。

所有権の従たる権利である地役権もまた本編第一部で規定される。

3 従たる物権は、債権担保のためのものであり、次のものがある。

- 一 質権
- 二 不動産質権 (antichrèse)
- 三 留置権
- 四 先取特権
- 五 抵当権

以上の権利は、第4編に定めるところによる。』⁶¹⁾

以上のように、草案は、所有権を物権として位置づけ、更に物権について万人に対抗しうる (opposable à tous) として定義している。なお、これに対して、債権については、「特定の者に対し行使されるものであり (s'exerçant contre une personne déterminée)、その者から法律の認める原因によってその者が負担する作為又は不作為の義務の履行を得る権利」としている。

ボワソナードは、物権の定義規定である草案財産編2条の註釈において物権には二重の特性 (double caractère) があるとして次のように述べている。

「第一に、物権は物の上に直接に行使される。『物権は物の上の権利である』。物権を有する者は人に対して請求をする必要がない。その反対に、債権又は人権

(droit personnel) は人に対する権利であり、それ故に人権という名もある。

第二に、物権は『全ての人に対抗しうる』、すなわち当該物についてなにか侵害をしたり給付をなしたりする者に対しては誰であれそれをやめさせることができ

61) BOISSONADE, *Projet, Des droits réels*, art.2.

る。それゆえ、物権は絶対権 (*droit absolu*) と呼ばれる。この点について債権は、特定の者すなわち債務者にしか請求し得ないのであり、それ故に相対権 (*droit relatif*) と呼ばれる。⁶²⁾

ここで明らかなように、ボワソナードは、物権一般について万人に対抗するという意味で絶対権として定義し、特定の債務者にのみ対抗しうる債権と区別している。改めて注目すべきは、物権について絶対権として理解し、相対権である債権と対比されていることである。

物権が絶対権であり、その意味で相対権である債権と対比されるべき存在であることは、多くのフランス民法学の文献で詳述されていた。もっとも、コード・シヴィルに物権一般についての定義規定が存在したのかといえそうではない。むしろ、物権については必ずしも明確な規定を有していないことが特徴である。

たとえば、註釈法学派の王と呼ばれたドゥモロンブは、543条の註釈において、物権と債権についての基本的な説明を行っている。

コード・シヴィル543条「財産については、所有権、単なる収益権又は地役権のみを取得することができる。(On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.)」

この条文は、物権となりうる権利を列挙したものと考えられている。そこに述べられているように、所有権、単なる収益権の具体例としての用益権そして地役権は、コード・シヴィルが明確に物権として認めているものである。ドゥモロンブは、この条文についての註釈において、物権と債権の原理的な相違を論じている。

「物権は、人と物の間に直接的かつ無媒介の関係を創り出すものである。ここには二つの要素しかない。すなわち権利の主体である人と権利の客体である物である。……さらに、次のようにいえる。物権は、絶対的 (*absolu*) なものである。換言すれば、それは全ての人に対し存在し、万人に対する効力を持つ *erga omnes*。

62) BOISSONADE, *Projet, Des droits réels*, n°4.

これに対して、債権は相対的である。換言すれば、債権は、債権者に対して人的に義務を負うただ一人の者との関係においてしか存在しない。⁶³⁾

伝統的に存在する物権＝万人に対抗しうる絶対権、債権＝債務者のみに主張しうる相対権という分類は、ドゥモロンブにおいても維持されている。そして、この絶対権たる物権と所有権の関係が問題になる。ドゥモロンブは、この点について、「所有権は、明らかに、種々の物権のうちで第一かつ最も完全なものである。それは、物権の代表である。」と述べている。それだけでなく、用益権などの他物権と所有権の関係についても、それらの諸権利に一般的属性として物権性があると考えのではなく、それらの物権の基本形が所有権であるとして他物権を「所有権の支分権 (démembrement de la propriété)」として理解する。

「所有権、すなわち完全な所有権は、その所有者に対して、物の上における、最も絶対的なしかたで、その物に存在すべき全ての権利を与える。所有権は、物の上に存在すべき総ての物権の束 (le faisceau de tous les droits réels) なのである。⁶⁴⁾」

「我々の立場は、所有権が総ての物権の一般的源泉であり、いわば大貯蔵庫であるというものである。⁶⁵⁾」

このようなドゥモロンブの議論を見ると、所有権の定義において絶対という言葉があることは、物権の代表である所有権が万人に対抗しうるという伝統的な意味における絶対権であることを説明しやすくしていることになる。換言すれば、コード・シヴィル544条は、所有権を絶対権と規定しているというとき、すくなくとも、そこにおいて、所有権の対世効（より正確には物権の対世効）との関連で議論を展開することが可能であり、それ故、その限りでは説得力のある議論を展開できることになる。

これに対して、草案の特徴は、物権の定義を規定上も明確化し、さらにそこ

63) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens*, t. I^{er}, 2^e édition, 1861, n°464.

64) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°471.

65) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°472.

において万人に対抗しうるという意味での絶対権としての性格をはっきりさせたことである。それ故、コード・シヴィルに比べれば、所有権について絶対の文言を使う必要は存在しないものと考えられる。

2 所有権論——非制約性としての絶対性

(1) 絶対性＝非制約性への批判

(ア) コード・シヴィルにおける絶対性

そもそも所有権を絶対権として理解するのは、コード・シヴィル544条中の著名な「最も絶対的に (de la manière la plus absolue)」という文言に由来があった。それではこの文言はどのような狙いで規定されたのか？

これについてアルペラン教授によれば、「最も絶対的に」という文言が使われた理由は、①他物権の典型である用益権との区別（「まず、物を処分する絶対権があるということは、所有権を用益権 (usufruit) と区別することが可能になる。」）、②封建制復活の防止（「また特に重要な点であるが、封建制を否定すること又は旧領主制度に適合的であった『分割所有権』制度を否定することを意味する。どのようなものかはともかく封建制につながる土地制度が復活するのではないかという懸念はなお存在しており、この懸念への対応は、コード・シヴィルの多くの条文がなしたことである。……農地賃貸借に関する条文は、賃借人が期間永久の土地賃借権を取得することがないようにと規定されていた。……」）及び③革命期に売却された国有財産取得者の保護（「そして最後に、絶対という修飾語は、すでにミラボーが1789年に個人はその所有物の絶対の主であるというかたちで使ったものであるが、所有者たちとりわけ国有財産取得者（ポルタリス及びグルニエが所有権についての誤った理解を揺さぶった。）を安心させることを目的としていた。」）にあった⁶⁶⁾。

かくして、「最も絶対的に」という文言は、土地所有者はその土地について何

66) この点は、AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7^e édition par P. ESMEIN, t. II, n°139 note 1などでも指摘を見ることができる。

でもできた土地所有に対する制限はできる限り小さなものとすべきであるという思想的・自由主義的枠組みというよりも、主として反封建主義という歴史的枠組みにとらえられるべきことになる。アルペラン教授は、コード・シヴィル起草者の所有権観について次のように述べる。

「所有者を物について無限の権利を有する『主権者』とすることは問題外であった。⁶⁷⁾」

「神聖かつ不可侵ではあっても、所有権はそれを保障し・それを宣言する国家なしには考える余地のないものであった。⁶⁸⁾」

さらにアルペラン教授は、所有権の絶対性が「法律または規則によって禁止された使用をなさないかぎり」認められるものであったことを指摘していた。

その後の、展開については、次の指摘が参考になる基本的文献である。

「所有権の権能について、544条の文言によれば、法律または規則によって禁止された使用をなさないかぎり『最も絶対的に物の収益及び処分をなす権利である』。この法律の規定について、何人かの註釈法学者は、ローマ法に由来するものであるということを主張したが、所有者が禁止されていない限り何事をもなしうることとなる。そこからすぐに、註釈法学の信奉者たちは、この『絶対』性 (le caractère absolu) を所有者の権限の無限性という意味において解釈し、きわめて極端な表現を用いるようになった。マルカデによれば、所有者は、『彼の物の主人であり領主である』、所有者は『物の上に絶対の万能権力、完全な専制力を有する』のであり、これに應えてドゥモロンブは、『絶対権として、所有権は、物の主人に主権や完全な専制権を与える』と述べた。かくして、所有権の絶対性は、それが与える権能に付いてみれば、その専制性と主権性によって示されることになる。⁶⁹⁾」

67) J.-L. HALPERIN, *Le Code civil*, 2^e édition, 2003, p.57. なお、この点については、カルボニエ教授の教科書でも見ることができた (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les Biens*, 1969, 6^e édition, [25]-i-(3)).

68) J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2^e édition, 2001, n°9.

69) M. VIDAL, *La propriété dans l'école d'exégèse en France, Quaderni fiorentini : per la storia del pensiero giuridico moderno* 5-6, 1976-1977, p.36.

当初は、歴史的・反封建的な狙いがあった絶対的という言葉が、その後、無制約性という方向に解釈されるようになったというのである。

稲本教授もまた、「フランスにおける近代的所有権の成立過程」論文で、コード・シヴィルの所有権規定については、コード・シヴィルの所有権規定について、反封建制という要素を重視すべきであるとして、次のように述べている⁷⁰⁾。

「所有権を利用権および処分権として併記する規定にしばり、かつ、その絶対性を強調していることが特徴的である。ところで、フランスの私法学がほぼ共通に掲げる所有権の三大属性——絶対性、排他性、永久性——は19世紀中葉以降の定式であって、ナポレオン法典制定時にそのような体系的理解が存在していたとはいえず、立法者の意識においては、それらすべてを『もっとも絶対的なしかた』という表現のうちに漠然と捉えていたように思われる。今日いう排他性が封建的土地所有と根本的に異なる新しい原理として重視され、さまざまな制度的編成（他物権の非永久性、共有の一時性……）を与えられたといっていよい。」

こうした反封建制という課題を以て生まれた「絶対」の文言が、19世紀における自由主義的文脈において、所有権の非制約性を重視する役割を担うことになったと考えられる。

(4) 註釈法学者の絶対性論

a. トゥリエ

その後の註釈法学者の中で、比較的早く所有権を絶対権として位置づけたのは、トゥリエである⁷¹⁾。トゥリエは、私権を絶対権と相対権とに分類した。絶対権とは、個人又は私人が社会の他の構成員とは独立に有する権利であり、相対権とは社会の構成員相互の関係から生ずる権利である。その例として、父権、相続権をあげている。更に、トゥリエは、絶対権は、自然に由来するものであり、法律はこの限りでは宣言 (déclaration) としての性格を有するにすぎ

70) 稲本洋之助「近代的所有権の成立過程」前掲『所有権思想の歴史』103頁。

71) 吉野悟「所有権の完全性と絶対性——ポ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——」日本法学62巻2号(1997年)80頁。

ないと論じた⁷²⁾。

興味深いことに、トゥリエは、絶対権として安全 (sûreté), 自由 (liberté) 及び所有権 (propriété) をあげている。これは、フランス人権宣言 2 条 (「すべての政治的組織の目的は、時効によって消滅することのない自然権を保全することである。ここでいう権利とは、自由、所有権、安全及び王政への抵抗である。(Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.)」) を彷彿させる議論である。安全としては、自らの生命、身体及び名誉を享受しうる権利として理解し、自由とは法の禁止のない限り総てをなし得る権利として理解する。その上で、所有権について次のように述べる。

「所有権は、人間の第三の絶対権 (droit absolu) である。自然かつ絶対の権利として、所有権は、人が有する財産を平穩に享受でき、それを自らの意に反して譲渡することを強制されないという権能である。

また、所有権は、民事法上の権利であり、法律に従って、財産を取得し、占有し、譲り渡し、また有償又は無償で、生前贈与又は遺言により処分しうる権利である。

所有権は、自然法にその起源をもつが、それを永続的ならしむる民事法律により完成する (La propriété qui prend son origine dans le droit naturel, a reçu sa perfection du droit civil, qui l'a rendu permanente.)。その起源と展開については本書第二部で検討した。

所有権は、相続、遺言、生前贈与を受ける権能でもあり、そうした方法で自らの財産権を移転する方法であり、また時効による取得する権能でもある。

かくして、その起源においては絶対のこの権利は、社会において相対的性格を有する (Ainsi, ce droit absolu dans son origine prend dans la société un

72) TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique continué et complété par J.-B. DUVERGIER*, t.1, 1846, n°206.

caractère relatif.)。所有権は、ほとんど無限の修正を受ける。⁷³⁾

以上見たように、トゥリエの見解は、所有権は自然権に基礎を有するが、実定法律によりその永久的性格を与えられ、社会的観点から種々の制約を受けるというものである。フランス民法典の思想史を近年刊行したニオールによれば、この所有権観は、起草者のものに近いということであった⁷⁴⁾。いずれにせよ、トゥリエが所有権制限を念頭に置きながら、所有権を絶対権でありながら相対権としての性格を有すると論じていることが注目される。ここでいう絶対とは、すでに見たように、他の社会構成員とは独立という意味であったが、これは所有権の無制約性という観点に近いものであった。トゥリエは、そうした所有権の絶対性が相当の範囲で制約を受けることを認識していたため、「起源においては絶対の権利は、社会において相対的性格を有する」という一種の矛盾に近い表現に及んだと考えられる⁷⁵⁾。

b. ドゥモロンブ

「註釈法学派の王」と呼ばれたドゥモロンブは、所有権について、絶対的・排他的・永続的権利とする定式を広めたことで知られている。そのドゥモロン

73) TOULLIER, *op. cit.*, n°251.

74) Jean-François NIORT, *Homo Civilis : Contribution à l'histoire du Code civil français*, 2004, t.1, p.167-181.

75) なお、これに関連してトゥリエの所有権起源論も重要である。トゥリエは、自然状態においては、土地は誰にも帰属しておらず、消極的共同財産であったが、農業の進歩と共に永久的所有権が必要になったが、これを基礎づけるのは実定法律であることを強調した（「所有権に対して現在我々が認めているような永続性を与えるためには、実定法律が必要であるし、それを執行する法曹が必要である。一言で言えば、民事法制度が必要である。……一時的所有権又は占有がもたらす優先権は、社会に先行するものであるが、現在我々が知っているような永続的所有権は、民法の所産である (la propriété permanente, telle que nous connaissons aujourd'hui, est l'ouvrage du droit civil).」(TOULLIER, *op. cit.*, n°71)。) 以上のように、トゥリエは、所有権の基礎が社会に先行するとしつつ、永続的所有権が実定法律の所産であることを強調している。自然的要素と社会的要素の双方に配慮するトゥリエの以上の所説は、所有権についての「起源においては絶対の権利は、社会において相対的性格を有する」という把握と共通するものがある。

ブは、次のように所有権の性質についての説明を始めている。

「コード・シヴィル544条は、次のように規定している。『所有権とは、法律または規則によって禁止された使用をなさないかぎり、最も絶対的に物の収益及び処分をなす権利である。』この定義が我々に示すことは、所有権においては二つの本質的な性質が存在することである。それは、次の点である。

- 1 所有権は絶対である。
- 2 所有権は排他的である。

絶対権として、所有権は、物を有する者に、主権又は完全な専制権を与える。

所有者は、使用することができる。

所有者は、収益をなすことができる。

所有者は、処分をなすことができる。⁷⁶⁾」

以上のように、ドゥモロンブがここで論じている所有権の絶対性とは使用収益処分の権能について制約を受けることなく所有者が行使しようということであり、所有権の非制約性を意味している。ドゥモロンブは、所有権が絶対権であることを根拠に、その使用、収益、処分の三権能の行使のあり方について広範に所有者の自由を認める。

「所有者は、最も絶対的な権利を有し、それ故、その物を濫用することが可能である。……所有者は、その物について、たとえそれが本来のあり方ではない場合であっても自ら望む総ての使用をなすことができる。所有者は、その物を変更し、完全にその形質、用途、収益方法を変えることができる。その土地の上に建築を行い、その土地の下に掘削を行うことができる(552条)。第三者のためにその一部又は全部を譲渡できる。それを放棄し、委ね、譲渡することができる。⁷⁷⁾」

以上の叙述に続けて、ドゥモロンブは、ポティエの所有権論を引用しながら、所有者は生産力ある優良な土地を荒地としてしまうこと、美しい絵の上に絵の具を塗ってしまうこと、本を火に投じ、破壊してしまうことも可能なこと

76) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°542.

77) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°544.

を指摘する。

問題は、このような濫用 (*abuser, mésuser*) について権利の濫用が問題にならないかである。ドゥモロンブがこれについて次のように論じていることは、注目される。

「現在においても、社会の利益は重要である。個人はその財産を濫用するよりもよく管理すべきであるという格言は確かに正しい。また、この種の権利行使が度を超しているときには、所有者は場合によっては禁止され、また法律問題になりうることも知っている。

しかし、次のことを理解する必要がある。所有権は絶対のものであるから、その所有者に、法律上ではなくとも、すくなくとも事実上において物を濫用する権利を与える。そうでなければ、絶対の権利ではない。これに対する総ての予防的措置は、所有権に対する攻撃になるのであり、利益をもたらすというよりも危険である (*toute restriction préventive, en portant atteinte au droit même de propriété, aurait eu ainsi beaucoup plus de dangers que d'avantages.*)。

ある哲学者は次のように述べている。『もしも、政府が所有権の濫用について判断するようになれば、政府はすぐにそれに続いて所有権の行使のあり方についても判断するようになるであろう。それでは、所有権と自由の真の原理は失われることになる。』(トマ・レナル)⁷⁸⁾

以上のように、ドゥモロンブの議論は、所有権の濫用についての法律上の制

78) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°545. トマ・レナル (Thomas RAYNAL, 1713—1796) は当初は神父であったが、後に啓蒙思想家となり、英国議会史 (1748年) 及びオランダ史 (1747年) で著名になった。ディドロと共に完成したインド諸島およびアメリカ大陸歴史 (1770年) は、30版を数えるほど読まれ、奴隷制度反対及び植民地制度への反省を求めた書として知られる。1774年にはローマカトリック教会よりその書は禁書となり、1781年から1790年までパリを追放された。フランス革命後は、立憲君主政を支持した (王寺賢太「商業の時代の歴史家——レナル／ディドロ『両インド史』紹介 (その一)」, 東京大学仏語仏文学研究会『仏語仏文学研究』18号 (1998年) 21—45頁)。もっとも、ここでドゥモロンブがトマ・レナル神父のどの著作を引用しているかは、明確にされていない。

裁を否定することが特徴である。この限りで、所有権の非制約性を強調する。もっとも、ドゥモロンブの所有権論を「資本の人を押し退けていく自由」とまで論評すべきかについては、躊躇の余地があり得る。というのも、ドゥモロンブは、コード・シヴィル544条の規定する法令による所有権制限についても積極的な位置づけを与え、次のように述べているからである。

「法律や命令により設けられた所有権制限は、所有権そのものに内在している。所有権が存在するのは、その存在と分離不可能な諸条件下においてのみである。……自然法というものを、それぞれの所有者が絶対的自由 (la liberté absolue) を有し、自らの土地にその望むことを全てなし得、それにより生ずべき隣地への損害には何の配慮もしないというものとして考えるならば、それは、全く根拠のない抽象である。そうした絶対的自由は、野蛮や戦争に他ならない (Cette liberté-là, elle ne serait autre chose que la barbarie et la guerre !). ……神は所有権を人間社会の最も重要な基礎として創られたが、おそらく、それを反社会で野蛮な権利とすることは望まれなかった。至高の判定者たる立法者が、各人にその限界を定め、その財産処分について共通で相互的な条件を決定するため、規定を設けるとき、立法者は神意を満たすのである。それゆえ、立法者は所有権を服属させるのではなく、所有権に規律をあたえ、所有権を文明化するのである。また、それが限度を超えることをないようにし、所有権にその完全で平和な自由を保障するのである (il (= le législateur) la (= la propriété) discipline, il la civilise, et en la défendant contre ses propres excès, il en garantit la pleine et paisible liberté)。⁷⁹⁾」

ドゥモロンブは、ここでは所有権制限について積極的な弁証を行っている。ドゥモロンブによれば、所有権が自然法の制度であるのと同様に、法令による所有権制限もまた自然法に由来し、絶対的自由としての所有権は、野蛮・戦争につながるというのである。もともと、コード・シヴィル544条は、一方では、所有権の絶対性、他方では法令によるその制限という相対立しうる二つの原理

79) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou servitudes foncières*, t. 1^{er}, 3^e édition, 1856, n°8.

を規定している⁸⁰⁾。それゆえ、ドモロンブの議論の一部を強調すれば、所有権の絶対性を強調する議論として理解可能ということになるであろう。また、実際には、個々の解釈論では、ドモロンブはしばしば所有権の制限よりも非制約性を強調する理論を展開していた。

いずれにせよ、所有権は、物権の代表として万人への対抗可能性としての絶対性を有することは争いのないことであった。逆に言えば、所有権は無制約ではないという意味で所有権は絶対権でないと言えようとするならば、所有権の対世効すら否定する議論として受け取られかねないことになる。とすると、対世効としての絶対性は、この非制約性としての絶対性とは区別が可能であるものの、しかし共に所有権の絶対性又は所有権は絶対権であるという表現を使うため、非制約性としての所有権の絶対性という議論を支えたとすら考えられる。

c. アコラス

1840年に『所有権とは何か?』を出版し、所有権を盗みであると告発したブルードンであっても、所有権については、絶対権として理解していた(実は、その方が批判しやすい。)⁸¹⁾。こうした中、544条の絶対権という文言を批判していた学者としてはアコラスがあげられる。

アコラスは、パリコミュニケーション時代の急進的活動で知られる法学者であるが、民法に関する体系書においてコード・シヴィル544条の所有権規定についても次のような体系的な批判をしていた。

「コード・シヴィルの定義の不十分さは、次の3点においてみられる。

- 1 コード・シヴィルの定義は、所有権が最も絶対的に用益及び処分する権利であると述べているため、反哲学的であり、また、所有者の道徳的義務を不必要にも損ねている。
- 2 個人の権利と社会の権利を相対立させているために、その思想及び形式において矛盾を見せている。

80) この点を強調するものとして、Le MARQUIS de VAREILLES-SOMMIÈRES, La définition et la notion juridique de la propriété, *Revue trimestrielle de droit civil*, t. 4, 1905, p.443.

81) XIFARAS, *op. cit.*, n°3.

3 所有権制限に関して法律のみならず単なる命令による制限も認めているため、国家元首の恣意に所有権を委ねている。」⁸²⁾

以上のように、アコラスは、所有権を最も絶対的に収益及び処分をなしうる権利であるとするコード・シヴィル544条の文言をその制約を十分に示し得ないものとして批判している。この点については、アコラスは、「人間には絶対というものはなく、所有権は法律の限界に服しさらにモラルの限界に服するのである。」と述べている。アコラスは、所有権の限界について法律上の限界と道徳上の限界とがあるとする。法律上の限界とは、所有者がその権利行使に際して他人の権利を損なうと所有権の限界を超えたことになることを意味する。道徳的な限界とは、所有者がその所有物の完全な効用を引き出すことである。この意味では、所有者が無意味に所有物を破壊することなどは道徳的義務の違反になる。しかし、これに対しては、法律上の制裁は与えられない⁸³⁾。

このように、所有権についての制約を重視するアコラスは、実際の544条の註釈では次のように述べている。

「この条文によれば、所有権は、絶対権であると同時に制限された権利であるという二重の性格を有する (D'après cet article, le droit de propriété a le double caractère d'être à la fois un droit absolu et un droit limité.)。絶対権として、所有権は、物から物の生み出す総ての利益を得る権能を意味する。制限された権利として、所有権は、種々の制約の下にある。」⁸⁴⁾

82) Émile ACCOLLAS, *Manuel de droit civil: commentaire philosophique et critique du Code Napoléon, contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, 2^e édition, 1874, p.569.

83) ACCOLLAS, *op. cit.*, p.570. こうした議論の後、アコラスは、所有権についての適当な定義は「所有権は、個人がその労働の所産に有する権利であり、また他人の自由から引き出した産物への権利である。」であると述べる。以上のようにアコラスは、所有権の基礎を労働に求めるが、しかし、他人の労働の所産による所有権も認めている。「すべての個人は、所有権を有するための同一の権利を有する。換言すれば、総ての個人は、所有権を取得するために努力するための同一の権利を有する。」というのがアコラスの立場であった。

84) ACCOLLAS, *op. cit.*, p.571.

先に、アコラスが、コード・シヴィル544条の定義を批判していたことを論じたが、実際の544条論では、所有権を絶対権かつ制限権という二重の性格において把握していた。以上三人の論者の議論を検討したが、トゥリエは、所有権は、その起源においては絶対的であるが、社会においては相対的であるとし、ドゥモロンブは、所有権は、自然法に根拠を有する絶対的な権利であるとしつつ所有権制限も所有権を文明化するために自然法に由来し、絶対的自由は野蛮や戦争に他ならないとしたのであり、さらに、アコラスは、所有権は、絶対権であると同時に限定された権利であるという二重の性格があると論じたのである。コード・シヴィル544条自体が絶対性というモメントと法令による制限というモメントを二つながらに有している。その意味で、多くの論者は、この二つのモメントに配慮した議論を展開していた。しかし、あえてその中で比較を行えば、ドゥモロンブが、所有権の絶対性を強調するに際しては最も熱心であった。そして、アコラスは、544条の規定について批判的であるという点では所有権の非制約性についてはもっとも消極的であったと考えることができる。果たして、以下に見るボワソナードの議論がアコラスに影響を受けたものかは明らかではないが、一脈通ずる点があったと考えられる。

(ウ) 草案の規定

所有権に関する定義規定である草案財産編31条についてボワソナードは、次のように述べている。

「全ての国において所有権は、人がその物について有することのできる権利のうちもっとも広範なものである。しかし、それは絶対のものではない。コード・シヴィルは絶対と規定したが、それはおそらくは不注意によるものである (Dans tous les pays, le droit de propriété est *le plus étendu* qu'une personne puisse avoir sur une chose, mais il n'est pas *absolu*, comme le dit, par inadvertance, sans doute par Code civil.)。所有権は、もっとも広範なものであっても、一般公共の利益や隣人の利益のための制限に服するのである。また、場合によっては、所有者自身のための制限に服することもある。多くの場合、所有権制限は、法律によってなされる。所有権について規定する本章及び地役権の章においてこうし

た所有権制限を見いだすことができる。所有者によって締結された約束の効力として所有者の権利に対して制限や条件が付されることもある。とりわけ、所有者が、使用権、用益権、地役権又は賃借権を設定した場合にはそうである。⁸⁵⁾

こうしてみると、ボワソナードの議論は、所有権を「絶対のものでない」と明言している点が注目される。その際のボワソナードの念頭にあったのは、所有権の法律等に基づく制約の強調である。とすると、この際の絶対は、非制約性という意味において使われていたと考えられる。また、ボワソナードは、コード・シヴィルの文言を批判する点などドゥモロンブと距離を置いたものと見ることができるであろう⁸⁶⁾。

ボワソナードの規定は、所有権の絶対性などの三大属性(多くの註釈法学者が従った理論)を規定していない。それどころか、ボワソナードは、ドゥモロンブにおいて重視された絶対権としての所有権の性格を否定している。当時の多くの註釈法学者は、所有権について絶対的、排他的、永久的権利(*droit absolu, exclusif et perpétuel*)とするドゥモロンブに代表された定式を受容していた。それ故、544条について絶対性という文言を批判した論者はほとんど見いだすことができない(例外は、後述のアコラス)。

このように、所有権を人が物の上に有しうる権利のうちに最も広範なものと

85) BOISSONADE, *op. cit.*, n° 56.なお、プロジェの初版(1880年)の注釈は極めて簡単なもので、①所有権の使用収益処分之三権能の分析、②所有権は絶対ではないこと及び③所有権には制限があることを述べるにとどまっている。

86) なお、これに関連して、所有権制限について、草案財産編31条が「法律または当事者間の約束による制限及び条件の範囲内で(*dans la limite et sous les conditions apportées par la loi ou par les conventions particulières*)」と規定していることが注目される。コード・シヴィル544条は、「所有権とは、法律または規則によって禁止された使用をなさないかぎり(*pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*)」と規定していたから、草案では、命令による所有権制限を認めないことになる。この点については、アコラスが、命令による所有権制限を認めるコード・シヴィルについて、国家元首による恣意を許すことになると批判していたことが注目される(本論文注82)。なお、この点と異なり、現行民法は、「法令」による制限を認めることになる。憲法との関連につき、加藤雅信前掲物権法250頁。

して定義づける論者としては、マルカデがいた。マルカデは、所有権について次のように述べていた。

「所有権とは、物の上に存在しうるうちで最も広範で最も完全な権利 (le droit le plus étendu, le plus complet qu'il soit possible sur une chose) である。⁸⁷⁾」

「すでに526条に関して述べたように、所有権は、人が物の上に有しうるうちで最も広範な権利である (le droit de propriété est le droit le plus étendu qu'on puisse avoir sur une chose)。よく知られるように、この権利は、所有者をその物の主人・領主とし、物の上に絶対の万能権力、完全な専制権を与える。しかし、この物の上の無限定の権限は、しばしば特別法や命令が公益のために制限も受けることにより、限定されることがあり、また現に限定されている。⁸⁸⁾」

ここで見られるように、ボワソナードが所有権は物上権のうちで最も広範なものであると述べる際には、ほとんどマルカデの叙述を引き写している。マルカデは、所有権を単純に絶対権とは論じていない。こうした点は、ボワソナードに影響を与えたものと考えられる。なお、マルカデは、所有権が最も広範な権利であると述べた後に、「万能権力」、「専制権」などの所有権の無制約性を強調する文言を展開している。この点は、ボワソナードが受け入れることはなかった。

(2) 所有権制限の具体例——泉水地所有者の権限

19世紀における註釈法学者の所有権論を検討した吉田教授は、ドゥモロンブの所有権絶対性論の具体例として、その相隣関係における泉水地所有者の権限についてのコード・シヴィル641条論を検討している。泉水地所有権の問題は、農業社会であった当時において重要問題であったし、また、所有権制限の典型例とされていた。なお、ボワソナードもまたこの問題に注目していたのであり、民法における所有権制限の具体例として取り上げるのに好適である。ここ

87) MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t.II, 2^e édition, 1873, n°356.

88) MARCADE, *op. cit.*, n°405.

では、草案の規定の特徴を理解するためにこの問題を検討する。

(ア) コード・シヴィル

これに関連するコード・シヴィルの規定(原始規定)は次のとおりである。

641条「その土地に泉を有する者は、それを自由に (*à sa volonté*) 使用することができる。ただし、法律行為または時効により低地の所有者が権利を取得したときはこの限りでない。」

642条「前条の取得時効は、低地の所有者がその地における水の通行又は利用のための工作物を竣工してから30年にわたり継続して利用していたときに限り成立する。」

643条「市町村又は地区の住民に必要な水を供給している場合には、泉水地所有者は、水流を変えることができない。しかし、住民が法律行為又は時効により使用权を獲得したのでなければ、泉水地所有者は、償金を請求できる。償金の額は、専門家が確定する。」

まず、641条が泉水地所有者の自由な使用权を規定し、それを制限するのは低地所有者が権原又は取得時効により権利を取得する場合であることを規定する。続く642条は、取得時効の要件を明らかにし、更に、643条は、市町村・地区の住民に水が現に供給されている場合について泉水地所有者の流水義務及び市町村等に対する償金請求権を規定する。

以上の規定について以下の問題が存在した。第一に、泉水地所有者の工事により隣地の水脈が断たれた場合に、隣地所有者が損害賠償を請求しうるかである。第二に、いかなる場合に、低地所有者の流水使用权の取得時効が成立するかである。

この点についてアルペラン教授は、次のように述べている。

「泉については、コード・シヴィル641条が泉水地所有者に『自由に』使用する権利を認めた。一部の学説は、これをもとに、泉水地の所有者は、流水の流れを止めたり、泉源を封じたり、さらには隣地への水脈を断ちかねない土砂堆積を行ったりできると論じた。こうした絶対的所有権の考え方は、破毀院 (Civ. 29 janvier 1840, S. 1840, 1, 207 ; Civ. 4 décembre 1849, DP, 1849, 1, 305) が採用したものであるが、温泉やミネラル水に重大な影響を与えるもので

あった。⁸⁹⁾」

(1) 註釈法学者

ここでは、この泉地所有権論について、先に所有権の性質について説明を展開した3人の論者がどのような議論を展開したかを検討しよう。先に述べたように、トゥリエは、所有権は、その起源においては絶対的であるが、社会においては相対的であるとし、ドゥモロンブは、所有権は、絶対的な権利であるとしつつ所有権制限も所有権を文明化するために自然法に由来し、絶対的自由は野蛮や戦争に他ならないとしたのであり、さらに、アコラスは、所有権は、絶対権であると同時に限定された権利であるという二重の性格があると論じたのである。これらの論者が具体的な問題における解決において違いを見せたであろうか？

a. トゥリエ

トゥリエは、土地所有権はその上下に及ぶという原則を適用する結果、泉地所有権を有する者は、泉水についても所有権を有するとする。その上で、泉水地所有者は、その泉水の水流を変更し、下流所有者へ流れるのを妨げることも可能であると論ずる。なお、時効については明確ではない⁹⁰⁾。

b. ドゥモロンブ

これについてドゥモロンブは、隣人を害するだけのための工事について賠償請求を認めた伝統的解決を否定し、泉水所有者の所有権の絶対性を重視した⁹¹⁾。そもそもドゥモロンブは、次のように述べてこの議論を展開した。

「土地所有者は、そこから生ずる水の所有者であるから、基本原理は、土地所有者がその水を最も絶対的なかたちで処分できるということになる（544条）。そこ

89) J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, n° 72. なお、役権一般につき、武林悦子「フランス民法における SERVITUDES（役権）の研究(1)～(5完)」愛知学院大学論叢法学研究45巻4号、46巻1, 2, 3, 4号（2004～2005年）が体系的かつ有益である。

90) TOULLIER, *op. cit.*, n°131.

91) 吉田前掲論文211頁。

から、二つの帰結が得られる。

第一に、泉の存在する土地の所有者は、それを自由に使用できる(641条)。……所有者は、その水流を止めることも可能であり、水を完全にふさぐこともでき、水流を変更して土地の自然の傾斜による低地の水利用を奪うことも可能である。……

第二の帰結は、土地所有者は、その土地において、地下水を発見するために自分が必要な掘削をなすことができる。その結果として隣地所有者に対して責任を負うものではない。たとえ、この工事の結果として水脈が断たれることになっても責任は負わない。⁹²⁾」

こうした叙述に続けて、ドゥモロンブは、泉水地所有者が水流を変更するの
が、何らかの自分又は他人の利益を目的とするものでない場合でも、水流を断
たれた低地所有者に対して責任を負わないと指摘する。その最大の理由は、
641条が自由な水利用権を規定していることと544条が所有者に絶対的な処分権
を与えていることであった⁹³⁾。

第二に、低地利用者の取得時効がいかなる場合に成立するかである。コード
・シヴィル642条は、取得時効の要件として、①工事がなされること、②工作物
が外形上認識することができるものであること、③工事が完成していること、
④工事が低地所有者によりなされること、⑤工事が低地利用者の水利用のため
になされることを要件としている。ところが、この工事・工作物について、⑥
低地所有者が自分の土地に工作物をなせばよいのか、それとも高地すなわち泉
水所有地に工作物をなす必要があるのかが明確ではなく、議論が分かれてい
た⁹⁴⁾。

⑥の点について、低地工事で足りるとする論者(低地工事説)、たとえば、
ドゥマントは、その理由について、コード・シヴィル起草時の議事録さらには
実際上の必要性を論じていた⁹⁵⁾。これに対して、ドゥモロンブは、工事は高地

92) DEMOLOMBE, *Traité des servitudes*, t.1, n°63.

93) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°66.

94) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n°843.

95) DEMANTE et COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. II, 1895, n°493 bis I.

(泉水地)になす必要があるという高地工事説を採用した。その理由は、取得時効は他人の権利又は物を占有することが要件となること、また642条の法文は低地工事で取得時効の要件を満たすとは書いてないことなどである⁹⁶⁾。泉水所有地所有者の所有権の非制約性を重視するドゥモロンブらしい議論である。

判例は、高地工事説を採用した(Cass 4 mars 1885, S. 88.1.108, D.86.1.34)。高地工事説によると、取得時効が成立するためには非常に厳しい要件が課されることになる。結局、1898年4月8日法による民法642条改正は、642条の取得時効規定について低地所有者が「泉のわき出る地に認識でき、永続的な工作物を設置完成すること (des propriétaires des fonds inférieurs ……ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents)」を必要とすると規定し(642条2項。これは、現行規定である。)、判例の結論を採用した。論争は高地説が判例・立法により採用されるかたちで終わったのである⁹⁷⁾。

c. アコラス

アコラスは、コード・シヴィル544条の所有権規定を批判していたが、泉水利用権についてはどのように考えていたのであろうか？

まず、641条について、アコラスは、この条文は、コード・シヴィル631条が規定する土地所有権はその上下に及ぶとする原則の適用であると指摘する。そのうえで、土地所有者は、その土地に存在する泉水についても所有権を有すること、そして土地に対するのと同様に処分権を有することを指摘する。そして、フランス古法における学説とそれを支持する学者がこの泉水処分権に制限を加える見解を展開しているとし、他の利用者を害する目的でその泉水利用をおこなうことを許さない見解(制約説)があることを指摘する。これに対して、アコラスは、次のように述べて、泉水地所有者の無制約な権限を肯定する。

「こうした制約説の見解を採用することはできない。制約説は、641条の法文に反

96) DEMOLOMBE, *Traité des servitudes*, n°80.

97) 市町村の水使用とはいかなる場合を包含するかであるが、産業用等は認められなかった。なお、この点は、後に見るボワソナード草案でも同様である。

するし、また、原理にも反するからである。

というのも、法の領域と道徳の領域との区別が必要だからである。法の領域では、個人間の関係について社会が干渉するための規則が問題になっている。

レナルの表現を借りれば、社会が所有権の濫用について判断するようになれば、社会はそれに続いて所有権の行使のあり方についても判断するようになるであろう。こうしたことでは、法の原理は失われることになる。⁹⁸⁾

以上のように、アコラスは、所有権の濫用という考え方について批判的であり、法と道徳の区別を失わせるものであると論じている。所有権濫用法理を否定するとき、アコラスが引用したトマ・レナルは、期せずしてドゥモロンブが所有権濫用法理を否定するときに引用した論者であった。それによれば、所有権濫用を認めるときには、所有権の行使のあり方について社会が干渉することになり、それは法の原理を認めないことになるというのである。所有権の性質についての抽象論におけるドゥモロンブとアコラスの相違は、ここでは消えていることになる。

さらに、642条の低地所有者による泉水利用権の取得時効については、「所有権の取得時効については、コード・シヴィルにおいては、泉水地所有者の所有権に対する低地所有者による越境(empiètement)がある場合にのみ認められる。」と指摘し、結局高地工事がある場合に限りて取得時効を認める⁹⁹⁾。

以上のように見ると、アコラスは、所有権の定義規定である544条について、コード・シヴィルの絶対性及び無制約性に批判的であっても、泉水利用権に関する実際の解釈論においては、法と道徳の区別を理由として所有権の無制約性に近い帰結を採用していることが分かる。この問題に関する限り、アコラスの具体的解釈論は、ドゥモロンブが解釈論を展開するに際して所有権の絶対性を重要な論拠にして導き出した結論と同じなのである。

(ウ) ボワソナード

ボワソナードは、すでにフランス時代にこの泉水利用問題に関心があったよ

98) ACOLLAS, *op.cit.*, t.I, p.665.

99) ACOLLAS, *op.cit.*, t.I, p.667.

うであり、1868年に発表した「新イタリア民法とコード・シヴィルの比較」論文で比較的詳細に検討している。第一に、642条の工事が低地になすだけで足りるか、高地についてなさねばならないかについて次のように述べている¹⁰⁰⁾。

「わがコード・シヴィル642条に関して、高地における泉の水について時効取得に必要な工事が高地についてなされるべきかそれとも低地になすことで足りるかの議論がなお続いている。イタリア民法541条は、高地説を採用した。」

ここでは、ボワソナードは、フランスで議論がある問題について、イタリア民法は、高地説を採用したと論じている。もっとも、イタリア民法の採用した考え方の意義については特に意見を述べてはいないし、フランス法についていずれの説を採用すべきかについての議論も展開していない。

第二に、泉水利用権について次のように論じている。

「流水に関する法定地役権の規定は、イタリア民法において、詳細である（536から545条まで及び592条から615条まで）。これは、この国の水資源を必要あるところに及ぼすことが重要であることに関連する。これらの法定地役権は、優れて経済的配慮という意味がある。この経済的配慮は、所有者の自由に対する同様の制限（de pareilles restrictions à la liberté des propriétaires）を正当化する。経済的配慮は、承役地に損害を与える以上に、はるかに要役地の利益になるものである。かくして、自然の泉の所有者は、自らに不要な水を停止せしめてはならない。正当な償金を受け取ることにより、それを要求する低地の所有者に対して、水を譲渡する義務を負う（545条）。これは一種の公用徴収であるが、わがコード・シヴィルでは一定数の住民集団がいることが必要になっていた。しかし、イタリア民法では個人のために認めている。とはいえ、この私的利益の背後に公共的利益があることを理解することは容易である。」

以上のように、ボワソナードは、一般論として、泉水利用権について、所有者の自由を強調する見解に批判的であることがわかる。公共的利益や経済的配慮（水の有効利用）が重視されるべきであり、それにより、泉水地所有者の利

100) BOISSONADE, Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon, *Revue pratique de droit français*, t. XXVI, 1868, p.15（復刻『ボワソナード論文撰上巻（仏文）』信山社、2002年、237頁）。

益が害されることよりも、全体的な水の利用増進が重要であると理解している。それ故、ボワソナードは、泉水所有者は、不要な水については、低地利用者が請求する場合には、流水義務があることを規定したイタリア民法を評価している。

この問題について草案財産編は、次のように規定する。

240条「泉水所有者は、自由に (à son gré) それを利用でき、自然に流れる隣地所有者の水利用を奪うこともできる。ただし、権原または時効により低地の所有者が権利を取得したときはこの限りでない。」

241条「泉水が、市町村又は地区の住民の家庭用に必要な場合には、泉水所有者は、自らに必要でない水を流さなければならない。市町村は、その費用で、泉水の通行のために、償金を払って、泉水地に、永久の損害を与えない限りで、必要な工事を行うことができる。」

242条「その他の場合において、私人の泉から余った水が、その土地の外に流出しているときは、その水の出口に接する隣人は、前条の定めに従い必要な工事を行うことにより、一時的に、その水を自分の所有地に引き入れることを請求する。」

296条「地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、不動産所有権の取得時効に必要な性質と期間の占有により、時効によって取得することができる。」

2 隣地からの水の利用の時効の期間は、取得時効を主張する土地所有者が、自らの利益のために水の通行又は利用のための工作物を竣工した時から進行する。」

以上のように、草案財産編の泉水関連規定は、基本的にコード・シヴィルに影響を受けているが、その特徴は、①240条が、泉水地所有者に泉水の自由な所有権を認め、下流地所有者の水利用を奪うことを認めていること（個人としての低地所有者には不要水使用权を認めないこと）、②市町村等の泉水使用权について市町村が泉水地に工事をなし得るとしていること、③低地所有者が泉水使用权を取得時効するための要件として低地工事で足りるとしていることにある。

①については、草案は、コード・シヴィル641条及びそれについて泉水地の

所有権の絶対性を強調するドゥモロンブの立場に近く、ボワソナードがフランス時代に注目したイタリア民法(泉水地所有者の不要な水について個人としての低地所有者の利益のために流水義務を課する。)とは異なった規定をしている。ボワソナードは、その理由として次のように述べている。

「泉水の自然の流水は、低地所有者にとっては負担になる。しかし、低地所有者は、それに対する権利を有するものではない。泉水地の所有者は、それ故、原則として、その水を別のところに流したり、更に、第三者のために処分することもできる。¹⁰¹⁾」

この点は、所有者の利益のための配慮として理解しうる。結局のところ、ボワソナードは、泉水地所有者の所有権の無制約性を重視したのである。そして、低地所有者の水の必要性については、「権利を有さない」ということから、それを利用権とすることを否定した。ここでは、ボワソナードは権利を有するか否かで簡単に割り切った議論を展開している。権利濫用法理とは無縁な姿勢を感じ取ることができる。

②続く草案241条は、泉水が市町村・地区の住民の家庭用に必要な場合に、泉水所有者に対して不要水流水義務を課し(水利用を奪う権利を認めないことになる)、更に、市町村に泉水通行のための工事権限まで認めた。草案241条の母法であるコード・シヴィル643条に由来する規定である。これについてボワソナードは、次のように述べる。

「この規定は、コード・シヴィルにも存在し(643条)、多くの諸外国の民法典もこれに従っている。この規定は、一定の場合には、公共的利益又は集团的利益が個人の利益に優先しなければならないという原理に基づいている。¹⁰²⁾」

もっとも、コード・シヴィル643条は、泉水所有者に流水義務を課していたが、市町村の工事権限までは規定していなかった。この点で興味深いのは、ミネラル水源の保護に関する1856年7月14日の法律である。アルペラン教授は、この法律により、ミネラル水の泉については、保護地域について行政の許可を得て工事を行いうること、その場合に当該地域所有者等には補償が与えられる

101) BOISSONADE, *Projet, Des droits réels*, n°370.

102) BOISSONADE, *ibid.*, n°371.

場合が定められたことを指摘している¹⁰³⁾。

この1856年7月14日の法律(Loi du 14=22 juillet 1856 sur la conservation des sources d'eaux minérales)は、フランスに古くから存在した健康上の効能のあるミネラル水源について保護をはかった法律である¹⁰⁴⁾。当時においては、およそ1200のミネラル水源が存在し、そのうち重要なものは120存在したが、国有は6、地方自治体有が30であって残りの多くが個人有になっていた。それ故、これに対する規制が必要となった。同法律は、一定のミネラル水源についてコンセイユデタでの審議を経た後に勅令により公益ミネラル泉として指定しうること(1条)及び同様のコンセイユデタでの審議の後デクレにより一定の地域についてミネラル水源集水保護地域(périmètre de protection)として指定できることを定める(2条)。この集水保護地域において掘削、工事等は原則として禁止され、これをなすには事前の許可がなければならない(3条)。工事許可が与えられた場合でも、ミネラル水源所有者の請求によりそれが水源を減少させるばあいには工事は禁止される(4条)。逆に、ミネラル水源所有者は、水源集水保護地域の(他人)の土地において、集水、導管等の目的のために、農商務大臣の許可を得た場合には工事をなし得る(7条)。水源集水保護地域における土地所有者の工事禁止や工事受忍義務により損失があった場合には、それに対する補償が合意又は裁判所を通じて決定される(10条)。これらの規定は、土地所有者の所有権の絶対性を修正したことになる¹⁰⁵⁾。

103) J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, n°72.

104) J. B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, t. 56. 1856, p.283.

105) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. IV, *Des biens*, 3^e édition, 1906, n°853は、同法により水源集水保護地域の土地所有者は、工事について禁止されたこと及び水源所有者による工事受忍義務が課せられたことを捉えて二重の法定地役が課せられたことになっているとしている。現在では、ミネラル水源の保護については、公健康法典(Code de la santé publique)により、同様の規定が設けられている(L1322-2条以下, Gérard MIMETEAU, *Servitudes dérivant de la situation des lieux*, *JurisClasseur Code Civil*, Art. 640 à 643, Fasc.20, 2002, n°87)。ボワソナードは、日本でもこの問題を論じたことがある(『ボワソナード答問録』(法政大学出版局, 1978年)119頁)。

草案の規定は、1856年7月14日の法律を参考にしたものと考えられる。この意味で、ボワソナードは草案がコード・シヴィルよりも一歩進めたものであることを指摘している。こうした工事権限は、242条において泉から余った水が所有地から流出している場合に、隣地所有者に工事権限を認めるまでに至っている。ボワソナードは、このような規定はコード・シヴィルに存在しないがイタリア民法に存在すると指摘し、さらに、「富者の食卓からのこぼれものを受ける」ことは、許されるべきであるし、また、水資源の有効活用になるから経済上の利益があると述べている¹⁰⁶⁾。更に、この市町村の水利用権の成立について次のように述べている。

「フランス法は、市町村の水利用権をすでに水の供給がある場合に限定している。しかし、この点では、日本民法草案は異なっている。日本民法では水源が水を供給しうる場合にも市町村の水利用権を認めている。それ故、この点は、新しい泉が発見された場合に相違をもたらす。日本民法草案では、泉の発見とともに市町村の水利用権が生まれうる。¹⁰⁷⁾」

③草案296条2項は、低地利用者の水利用権取得時効について工事を泉水地（高地）についてではなく低地（すなわち自分の土地）になせば十分であることを規定し、コード・シヴィルについて存在した疑問を解決している。これについてボワソナードは、そもそもコード・シヴィル642条は、草案のように解釈されるべきであるし、また、高地所有者としては隣地工事について権限がないように見えるが、異議を唱えることが可能であると指摘する。

以上の叙述を見る限り、草案は、所有権の絶対性（非制約性）を単純に認めたものではなかったと考えられる。

おわりに

以上、ボワソナードにおける所有権の絶対性論について検討してきた。最後

106) BOISSONADE, *ibid.*, n°374.

107) BOISSONADE, *ibid.*, n°373 note (d).

にボワソナードの思想と所有権の絶対性の位置づけについてあらためてまとめることにする。

まず、ボワソナードの思想についてである。①ボワソナードはフランス時代においては、二重売買における所有権の相対的帰属という当時の通説を批判するために所有権＝絶対権と主張したが、その際、絶対性を「対抗可能性」という意味に捉えていた。②ボワソナードは、草案において物権の一般的特性を対抗可能性として規定し、それ故もはや所有権を絶対権として強調する必要がなくなった。③むしろ所有権に対する規制・制限を積極的に位置づけるために、草案においては所有権を「絶対的ではない」(この場合の絶対性は加藤教授のいう絶対的非拘束性に該当する。)と論じた。④こうした抽象論としての所有権の定義が具体的な法制度にどの様に関連していたかについては、所有権制限の具体例として相隣関係とりわけ泉水に関する草案の諸規定に関する限り、所有権制限に対する好意的傾向が存在した。

⑤もっとも、ボワソナードの議論は、例えば所有権を自然権として肯定し、反社会主義的色彩を有し、また、権利濫用的な考え方とは遠ざかっていたなど基本的には19世紀の註釈法学の流れに属する。20世紀へのフランス法学の展開においては、権利濫用法理の承認、所有権の絶対性＝非制約性の否定＝所有権の社会的機能という議論の登場(レオン・デュギ¹⁰⁸⁾)などが重要であるが、そうしたあり方とはボワソナードは異なっていた。⑥とはいえ、所有権についてボワソナードが「絶対ではない」と明確に指摘したことは、その後の所有権の絶対性への批判に先駆するものとすら考えられる。ボワソナードの二重譲渡論が、20世紀後半における判例変更の先駆となったように、ボワソナードの所有権の絶対性批判は、所有権の社会性を強調する20世紀の議論の先駆者として評

108) この点について、Paul COSTE - FLORET, *La nature juridique du droit de propriété d'après le code civil et depuis le code civil*, 1935, p.60. また、鈴木隆『パリの中庭型地家屋と都市空間——19世紀の市街地形成——』(中央公論美術出版, 2005年, とりわけその第8章「19世紀前半の土地利用規制とその限界」)が明らかにした19世紀パリにおける都市計画的土地利用制限のあり方との関連などは、今後の重要な検討課題になる。

価されてよいであろう。⑦もっとも、本稿が検討した所有権制限の具体例としては泉水地所有権の問題に限定されている。より広い文脈でボワソナードの所有権論を位置づけることはなお今後の課題となりうるであろう。

また、本稿は、ボワソナードの所有権論を通じて、当時における所有権の絶対性の多義性を指摘した。ところで、この所有権の絶対性の多義性は、現在でも問題にされている。本稿の「はじめに」で紹介した七戸教授は、物権変動論において、ボワソナードの二重譲渡論におけるような所有権の絶対性＝対抗可能性を重視した議論を展開し、二重譲渡につき日本民法177条は第二買主について「無権利者からの取得を認めた条文」であると主張する。七戸教授によれば、二重譲渡における第二買主について伝統的通説は、「権利者からの取得」であると理解するが（不完全物権変動説，相対的効力説），しかしそれは所有権の絶対権としてのあり方とりわけその対抗可能性のあり方に反するというのである。この意味でボワソナードの所有権論は、現在の解釈学的議論にも大きな示唆を与えている¹⁰⁹⁾。

もっとも、これに対して、次のように、通説的立場から、所有権の絶対性について解釈論的にあまり意義を求めない議論が存在する。

「第1に、「所有権絶対の原則」は、近代市民法における思想的スローガンであって、個々の条文・法制度に対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、立法政策により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。¹¹⁰⁾」

以上の議論にいう「思想的スローガン」としての所有権の絶対性とは、いかなるものを意味するのかと問えば、主として非制約性としての所有権の絶対性

109) 七戸克彦掲「所有権の『絶対性』概念の混迷」262頁。

110) 七戸論文232頁。また、「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年）193頁以下（金山直樹発言・松岡久和発言）。

を意味するものではないかと考えられる。また、「技術的概念」としての所有権の絶対性とはなにかと問えば、本稿が論じてきた対抗可能性であったことは明らかである。

ところで、本稿が述べたように、ボワソナード自身、非制約性という観点においては、所有権は絶対権ではないと論じ、しかし、対抗可能性の意味において所有権は絶対権であると指摘し、登記のない第一買主の所有権取得は悪意の第二買主に対抗しうると主張したのであった。この意味でボワソナードもまた、所有権の絶対性の多義性を認め、具体的状況に応じた議論の展開をしていることになる。更に、ボワソナードは、未騰記抵当権については、悪意の買主に対抗しうるとは議論を展開していない（両立不可能な権利ではないという理由¹¹¹⁾）。このように見ると、ボワソナードにおいてもまた、対抗可能性という意味の物権の絶対性について、一定の判断により修正を加えていることになる。これをどの様に評価すべきであろうか？なお今後の検討に委ねなければならないが、こうした意味でボワソナードの所有権絶対性論を検討することは、単に過去の法理論を追跡し直すにとどまらない意味を持つと考えられる。

111) BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle*, p.574; BOISSONADE, *Projet, Des droits personnels*, n°214; BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon: accompagné d'un commentaire*, t. 4, *Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels*, 1889, art. 1260 et 1262. 更に、藤原明久『ボワソナード抵当法の研究』（有斐閣、1995年）152,160頁。