



東京大学ビジネスロー・ワーキングペーパー・シリーズ
No. 2018-J-01

フランス注釈学派における「支分権」理論の展開

物権体系における相隣関係および地役権に
関する規定の位置づけを中心に

東京大学大学院法学政治学研究科博士課程
柴田彬史

2018 年 10 月

東京大学大学院法学政治学研究科

先端ビジネスロー国際卓越大学院プログラム
ビジネスロー・比較法政研究センター（ビジネスロー部門）

このペーパーは <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/research/blwps/> から無料でダウンロードできます（無断転載禁止）。

先端ビジネスロー国際卓越大学院プログラム及びビジネスロー・比較法政研究センターについては、
下記のサイトをご参照下さい。

<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/admission/graduate/advancedblp/> <http://www.ibc.j.u-tokyo.ac.jp/index.html>

要旨

本稿は、日本民法において所有権の限界（第2編 物権 第3章 所有権 第1節）として位置づけられる相隣関係に関する諸規定の理論的な基礎付けのための準備作業として、フランス法に関する次の2点を問題としたものである。第一に、フランス法において、所有権から生じる支分権（*démembrement*）の概念について、いかなる理論が展開したかという問題である。次に、第一の点を踏まえて、フランス法において相隣関係および地役権に関する諸規定（フランス民法第2巻 第4編 第1章から第3章）が、物権のカタログの中でどのように位置づけられてきたかという問題である。

第一の問題について、本稿では、フランス法における Pothier 以降の学説の展開を、注釈学派を中心に位置づけた。支分権の理論の展開の発端は、Pothier の提唱した、全ての物権は所有権から切り出され（*détaché*）て生じる支分権であるとする立場（本稿では、全物権支分権説の立場と呼ぶ）であった。Pothier が提唱した全物権支分権説は、フランス民法典の成立後、Toullier によって謂わば再発見されて提唱された。これに対して、Delvincourt や Duranton は、支分権の概念を厳密に解することにより、一部の物権を支分権ではない物権とする立場を示した（本稿では、一部物権支分権説の立場と呼ぶ）。このような2つの立場が対立する中、Demolombe は、支分権の概念に基づいて、幅広く物権を定義づける特徴を基礎づける。Demolombe 自身は厳密には全物権を支分権と解するわけではなかったが、全ての物権は所有権から生じると解し、主として支分権たる物権を想定して物権を定義づける特徴を論じており、支分権の概念を物権と強く結びつけようとした。Demolombe の立場は、その後、Baudry-Lacantinerie = Chauveau によって受け継がれ、修正を受けつつも、全物権支分権説の理論に組み込まれた。これに対して、一部物権支分権説は、Aubry = Rau によって受け継がれた。Aubry = Rau は、Demolombe や Baudry-Lacantinerie = Chauveau の立場とは異なり支分権の概念を物権を定義づける特徴と結びつけず、Duranton や、異なる立場であるとはいえ Toullier の立場と多くの点で共通したのである。

第二の問題について、上述したいずれの立場においても、支分権の概念は、支分権自体が充足すべき要件によって、支分権である物権と支分権でない物権と、あるいは、物権による制約と物権によらない制約とを区別する機能を有していなかった。また、フランス民法典の役権の章において規定されている相隣関係に関する諸規定の位置づけは、Toullier や Aubry = Rau が、一部の規定を除き真の役権であるとする一方で、Duranton、Demolombe、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、厳密には役権ではなく、所有権の行使方法や、所有権に課された物権以外の制約であるとしており、立場が分かれていた。しかし、このような対立にもかかわらず、とりわけ袋地に基づく通行権（フランス民法682条以下）は、前者の立場のみならず、後者の立場においても、真の役権と謂わば同視されていた。これは、原則として所有権の通則を形成するとされた規定を、物権であ

る役権に関する規定として位置づけることを意味する。そのためには、所有権から切り出されていないものを、所有権から切り出されたもの（支分権）と位置づけ、さらに役権として位置づけなければならない。しかし、ここで、上述したように、支分権の概念はこのような位置づけを妨げないのである。

【目次】

序論	……1
1、問題の所在	……1
(a) 相隣関係に関する諸規定の位置づけ	……1
(b) フランス法における所有権や物権の区別のための諸概念	……3
2、研究の方針	……4
(a) 所有権の「支分権」に関して対立する2つの立場	……5
(b) 各学説の立場の究明のための基本軸	……6
3、行論計画	……7
第1章 Pothierの支分権論——全物権支分権説の端緒	……7
1、Pothierの理解する所有権	……8
(a) Pothierの理解する所有権とフランス民法典における所有権との異同	… …8
(b) Pothierの理解する <i>domaine</i> の意味	……10
2、物権、「支分権」の類型およびその特徴	……12
(a) 物権および「支分権」の類型と、「支分権」の特徴	……12
(b) 物権の定義	……15
(c) 物権の <i>objet</i>	……17
3、不動産役権、広義の <i>servitude</i> に関連する問題	……19
(a) 物権を負担する物の所有権者の義務	……19
(1) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……20
(2) 土地ラントの権利の負担を負う土地の所有権者の定期払いの義務	……22
(3) 小活	……23
(b) 相隣関係に関する諸規定の位置づけ	……23
第2章 フランス民法典	……27
1、所有権 (<i>droit de propriété</i>)	……27
2、物権 (<i>droits réels</i>)	……28
(a) 物権の類型	……28
(b) 物権の <i>objet</i>	……28
3、不動産役権および相隣関係に関する諸規定	……29
(a) 物権の負担を負う物の所有権者の義務	……29
(b) 相隣関係に関する諸規定——自然役権および法律上の役権	……30

第3章 一部物権支分権説による理解	……31
第1節 Delvincourt	……31
1、domaine の語義	……31
2、物権、支分権 (démembrement) の定義、類型およびその特徴	……32
(a) 物権の類型と支分権の類型	……33
(b) 物権の objet	……36
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……38
(a) 物権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……38
(1) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……39
(2) 承役地の所有権者が負担する工作物の負担 (フランス民法 698 条)	……40
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……41
第2節 Duranton	……43
1、domaine の語義	……43
2、物権、支分権 (démembrement) の定義、類型およびその特徴	……45
(a) 物権の類型と支分権の類型	……45
(1) 物権の定義と類型	……45
(2) 支分権の定義と類型	……48
(b) 物権の objet	……51
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……54
(a) 物権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……54
(1) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……54
(2) 承役地の所有権者が負担する工作物の負担 (フランス民法 698 条)	……56
(3) 小活	……58
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……58
第4章 注釈学派における Pothier の再発見——Toullier	……60
1、domaine の語義	……61
2、物権、支分権 (démembrement) の定義、類型およびその特徴	……64
(a) 支分権の定義および類型	……64
(1) 定義	……64
(2) 類型	……70
(b) 所有権に課される制約 (restriction)	……73
(c) 物権の定義	……78

(d) 物権の objet	……80
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……83
(a) 物権を負担する物の所有権者の義務	……83
(1) obligation の 3 類型	……83
(2) 広義の servitude の義務と、「広義の servitude に作為義務なし」の考え	……84
(3) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……86
(4) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）	……89
(5) 小活	……90
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……69
第 5 章 物権と支分権概念の密接化と全物権支分権説の不徹底——Demolombe	……95
1、domaine の語義	……96
2、物権、支分権（démembrement）の定義、類型およびその特徴	……99
(a) 支分権の定義と類型	……99
(1) 所有権の要素（éléments）・属性（attributs）	……99
(2) 支分権の定義	……100
(3) 支分権の類型	……103
(b) 物権の定義と類型	……106
(1) 物権の objet	……107
(α) 所有権の objet	……108
(β) 所有権以外の物権の objet	……109
(2) 物権の定義	……117
(3) 物権の類型	……122
(c) 所有権に課される制約（restriction）	……127
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……131
(a) 物権の負担を負う物の所有権者の義務	……131
(1) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務	……132
(α) Demolombe の解釈と作為義務の否定	……132
(β) 解釈の根拠と、広義の servitude に作為義務なしの考えの参照	……133
(γ) devoir と obligation との相違と、広義の servitude に作為義務なしの考えの位置づけ	……134
(δ) 広義の servitude に作為義務なしの考えと、支分権の概念との結びつ	

き	……138
(2) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）	……140
(α) 承役地の所有権者の devoir	……140
(β) フランス民法 698 条が認める作為義務の性質	……141
(3) 小活	……143
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……145
(1) 全体としての位置づけ	……146
(2) 自然役権および法律上の役権の内での区分け	……147
第 6 章 全物権支分権説の再興と、Demolombe の理解の修正：Acollas、Baudry-Lacantinerie = Chauveau	……153
第 1 節 受動的主体の理解の変更：Acollas	……154
1、domaine の語義	……154
2、物権、支分権（démembrement）の定義、類型およびその特徴	……155
(a) 支分権の定義および類型	……155
(1) 類型	……155
(2) 定義	……157
(b) 物権の定義および類型	……159
(1) 定義	……159
(2) 類型	……163
(c) 物権の objet	……165
(d) 所有権に課される制約（restriction）	……169
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……171
(a) 物権の負担を負う者（物権の設定者）の義務	……171
(1) 用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務	……171
(2) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）	……173
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……174
第 2 節 obligation の理解の変更：Baudry-Lacantinerie = Chauveau	……176
1、domaine の語義	……176
2、物権、支分権（démembrement）の定義、類型およびその特徴	……178
(a) 支分権の定義および類型	……178
(1) 類型	……178
(2) 定義	……179

(b) 物権の定義と類型	……182
(1) 類型	……182
(2) 物権の objet	……186
(3) 物権の定義	……191
(α) 直接かつ中間者なき権利	……192
(β) 物権の特徴と支分権との関係	……194
(c) 所有権の制約 (restriction) 、および、所有権の行使の限度 (limites)	……196
(1) 制約 (restriction)	……196
(2) 限度 (limites)	……198
(3) 小活	……201
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……202
(a) 物権を負担する物の所有権者の義務	……202
(1) 広義の servitude に作為義務なしの考えの歪曲	……202
(2) 用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務	……204
(3) 物権を負担する物の所有権者が負う消極的 (受動的) な obligation	……206
(4) 不動産役権の工作物の設置の負担 (フランス民法 698 条)	……210
(5) 小活	……212
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……215
第7章 一部物権支分権説の存続 : Aubry = Rau	……219
1、domaine の語義	……219
2、物権、支分権 (démembrement) の定義、類型およびその特徴	……225
(a) 物権の定義および類型	……225
(1) 物権の定義	……225
(α) 前提となる財 (biens) の概念	……225
(β) 物権 (droits réels) の定義	……227
(2) 物権の類型	……229
(3) 物権の objet	……237
(b) 支分権の概念と類型	……244
(c) 物権と、所有権が被る制約 (restriction) の類型	……248
3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題	……252
(a) 物権の負担を負う者 (物権の設定者) の義務	……252
(1) 用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務	……253

(2) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）	……
255	
(3) 小活	……258
(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ	……259
第 8 章 結論	……264
1、「支分権」理論の展開の総括	……264
2、所有権、物権や役権に関する基本軸から導かれる帰結	……266
(a) 所有権と <i>domaine</i>	……266
(b) 物権概念識別機能	……267
(c) 物権の <i>objet</i>	……270
(d) 物権に関する <i>obligation</i> の類型論	……271
(e) 自然役権および法律上の役権	……273

序論

1、問題の所在

本稿では、日本民法における相隣関係に関する諸規定の理論的な基礎付けのための準備作業として、フランス法に関する次の2点を問題とすることになる。まず第一に、フランス法において、所有権から生じる支分権（*démembrement*）の概念について、いかなる理論が展開したかという問題を取り扱う。次に、第一の点を踏まえて、フランス法において相隣関係および地役権に関する諸規定が、物権のカタログの中でどのように位置づけられてきたかという問題である。

(a) 相隣関係に関する諸規定の位置づけ

相隣関係に関する諸規定は、日本とフランスとで、その法典中の位置づけが次のように異なる。

日本民法において、袋地のための通行権（日本民法 210 条以下）などよく知られた例をはじめとする相隣関係の諸規定（日本民法 209 条以下）は、様々な類型を含む。たとえば、自然の流水の受忍に関する規定（日本民法 214 条以下）、境界標に関する規定（日本民法 223 条以下）、囲障に関する規定（日本民法 225 条以下）、境界線上の共有壁などに関する規定（日本民法 229 条以下）、境界線からの植栽や建築物の距離制限に関する規定（日本民法 234 条以下）、隣地の観望に関する規定（日本民法 235 条）、屋根からの雨水の注瀉に関する規定（日本民法 218 条）法 210 条以下）が挙げられる。

これらの諸類型は、日本民法の母法であるフランス民法においても見受けられる。たとえば、袋地の所有権者が主張できる囲繞地の通行権に関する規定（フランス民法 682 条以下）であり、自然の流水の受忍に関する規定（フランス民法 640 条以下）、境界標に関する規定（フランス民法 646 条）、囲障に関する規定（フランス民法 647 条）、境界線上の共有壁などに関する規定（フランス民法 653 条以下）、境界線からの植栽や建築物の距離制限に関する規定（フランス民法 671、674 条）、隣地の観望に関する規定（フランス民法 675 条以下）、屋根からの雨水の注瀉に関する規定（フランス民法 681 条）などである。このように、これらの相隣関係に関する諸規定は、日本民法とフランス民法との間で類似した多くの類型を含むことがわかる。

しかしながら、そうであるにもかかわらず、日本民法とフランス民法とで、これらの相隣関係に異なった性格が与えられている。すなわち、日本民法において、これらの相隣関係に関する諸規定は、所有権の限界（第2編 物権 第3章 所有権 第1節）と題されて、所有権の章のうちに規定されている。つまり、所有権に関する規定として位置づけられている。これに対して、フランス民法において、これらの相隣関係（*voisinage*）に関する諸規定は、第2巻 諸財および所有権の様々な修正（*Livre II : Des biens et des différentes*

modifications de la propriété)、第4編 不動産役権 (Titre IV : Des servitudes ou services fonciers) のうちに、第1章 場所の位置状況により生じる役権 (Chapitre I : Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux) および第2章 法律により設けられる役権 (Chapitre II : Des servitudes établies par la loi) と題されて規定されているのであり、前者は自然役権 (servitudes naturelles)、後者は法律上の役権 (servitudes légales) とも呼ばれる。つまり、自然役権および法律上の役権は、不動産役権 (servitudes ou services fonciers) として位置づけられているのであり、日本民法における用語法によれば地役権 (第2編 物権 第6章) の一類型として位置づけられているのである。本稿では、フランス民法典におけるこれらの2つの類型を総称して、「自然役権および法律上の役権に関する諸規定」と呼び、また、フランス民法典の制定の前において、これらの2つの類型に相応していた諸規律を総称して「相隣関係に関する諸規律」と呼ぶことにする。加えて、フランス民法典における「自然役権および法律上の役権に関する諸規定」と、日本民法における所有権の限界の節において規定された諸規定とを、共通して「相隣関係に関する諸規定」と呼ぶことにする。

このように、相隣関係に関する諸規定は、日本民法とフランス民法との間で内容的に類似した規定から構成されているにもかかわらず、それらの位置づけが異なるのはなぜか。この疑問が本稿の出発点である。この点を明らかにするためには、両法典が定める相隣関係に関する諸規定とりわけ地役権に関するそれが、物権のカタログの中でどのように位置づけられてきたかという点が問題となる。

なお、フランス民法は、自然役権および法律上の役権 (第2巻 第4編 第1章および2章) に続けて、第3章 人為により設けられる役権 (Chapitre III : Des servitudes établies par le fait de l'homme) を規定しており、この役権は当事者間の約定*1や遺言、時効などにより設けられる類型を規定する。これらは、日本民法における地役権 (日本民法 280 条以下) と概ね一致するものである*2*3。本稿では、フランス民法におけるこの類型は、「人為により設けられる役権」と呼ぶこととする。

*1 専ら約定によって成立する場合を念頭に約定役権 (servitudes conventionnelles) と呼ばれる場合もある。

*2 日本民法における地役権も、約定、遺言、または時効によって設定されることが認められている。川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7) 所有権・囲繞地通行権・地上権・地役権』(有斐閣、2007年) 948頁[中尾英俊執筆]

*3 厳密には、フランス法における、人為により設けられる役権の成立方法は、本文で記載した方法の他にもう1つあり、現行のフランス民法典では、家父の用法による成立 (destination du père de famille) と呼ばれるものである。なお、Capitant 協会による 2008 年 11 月 19 日の物権編改正草案は、この「家父の用法」の呼称の廃止を提唱しており、代わりに「土地の間の所有権者の用法 (destination du propriétaire entre fonds)」としている (草案 616 条)。

(b) フランス法における所有権や物権の区別のための諸概念

日本民法とフランス民法との間で、相隣関係に関する諸規定が、このように異なる位置づけをなされていることを理論的に基礎づけるためには、両法典においてそれぞれ定められた相隣関係に関する諸規定が有する特徴の違いは何かという点が問題となる。ここで、当該問題を解決するためには、所有権と、他物権の一類型としての地役権とが、どのように関係づけられるべきかという点が問題となることになる。この問題は、たとえば、袋地のための通行権と、地役権としての通行地役権との間における場合などのように、似通った特徴を有し、訴訟においても両者に基づく請求が両方とも主張されることがある*4類型においては、とりわけ顕著となる。この点を究明するにあたり、フランス法においては、フランス民法典の制定以前から、フランス民法典が制定されて、前述したように不動産役権（servitude, service foncier）の一類型として定める規定が成立した後にかけて、これらの相隣関係に関する諸規定（自然役権および法律上の役権に関する諸規定）について、どのように位置づけをすべきかという問題が、長らく議論されてきたという事情がある。実際、一方の側では、多くの学説は、学説ごとに程度の差異はあれども、相隣関係に関する諸規定を、人為により設けられる役権の類型とは、異なる特徴を有するものとして区別している*5。しかし、他方では、そのような区別をしつつも、なお、相隣関係に関する諸規定（自

*4 たとえば、最高裁平成10年2月13日判決民集52巻1号65頁の一審（那覇地裁平成7年4月27日判決民集52巻1号88頁）および二審（福岡高裁那覇支部平成9年1月30日判決民集52巻1号99頁）では囲繞地通行権と通行地役権との両者に基づく主張がなされており、一審は囲繞地通行権に基づく主張を認容し、二審は通行地役権に基づく主張を認容した。そのほか、東京地裁平成7年8月23日判例タイムズ910号140頁、東京地裁平成28年2月26日判決事件番号平成26年(ワ)第15270号TKC25533857なども、通行権を基礎づける根拠として通行地役権と囲繞地通行権との両者が主張され、通行地役権が認められた事案である。

*5 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.18（特に法律上の役権に関して）；J. M. Pardessus, *Traité des Servitudes foncières*, t. II, 8e éd., Strasbourg, 1838, No.241, pp.1~2；A. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. V, 4e éd., Paris, 1844, No.146, pp.127-128；E. Acolas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.575, pp.661-662；C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services foncières*, t. I, 6e éd., Paris, 1876, Nos.8, 303, p.13~14, 15~16, 331, et 7e éd., Paris, 1882, Nos.8, 303, p.13~14, 15~16, 331, C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services foncières*, t. II, 6e éd., Paris, 1876, No.664, p.161, et 7e éd., Paris, 1882, No.664, p.161；G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des*

然役権および法律上の役権に関する諸規定)を、役権 (*servitudes*) に関する諸規定に含めることを肯定する学説*6もまた存在するのである。さらに、そこにおいてフランス法の諸学説は、所有権の行使の一態様に過ぎないものと、他物権としての不動産役権とを、区別するために、次のような4つの点を問題としてきた。すなわち、まず、所有権の単なる行使か、所有権に課された制約 (*restriction*) かという問題である。次に、所有権に課された制約 (*restriction*) か、他物権かという問題である。さらに、他物権のうち、所有権の支分権 (*démembrement*) である物権か否かという問題である。最後に、支分権のうち、不動産役権であるか否かという問題である。

このように、フランス法における学説は、相隣関係に関する諸規定の位置づけという問題の理論的な解決のための議論を積み重ねてきたのであり、これと併せて、所有権と、所有権以外の物権 (他物権) と、さらに、他物権のうちでもとりわけ不動産役権という物権との関係を整理するための理論を形成し、発展させてきた。日本民法において相隣関係に関する諸規定 (所有権の限界の章の諸規定) の位置づけが、フランス民法における相隣関係に関する諸規定 (自然役権および法律上の役権に関する諸規定) のそれと異なることを理論的に基礎づける上で、フランス法の研究が示唆を与えるように思われるのである。

その際、フランス法において、相隣関係に関する諸規定がとりわけ不動産役権に関する諸規定とどのような関係にあるのかが問題となる。この関係を整理するにあたっては、前述したフランス法において所有権や所有権以外の諸物権との関係についての上記4つの問題のうち、所有権から生じる支分権 (*démembrement*) の概念の如何が問題となる。ところが、この概念について従来日本では必ずしも詳細な議論がなされてこなかったのであり、また、フランス法においても学説史は複雑な展開をしている。そこで本稿ではこの支分権の概念が、所有権と物権としての不動産役権とを区別するために用いられている場合に、いかなる内容のものと理解されてきたのかという点に着目したい。

2、研究の方針

biens, 3e éd., Paris, 1905, No.818, pp.535-536 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, 7e éd., Paris, 1931, No.717, pp.764-765 ; A. Colin et H. Capitant avec J. Morandière, id., t. I, 8e éd., Paris, 1934, No.717, pp.763-764 ; M. Kornprobst, *La notion de servitude en droit privé*, thèse Strasbourg, 1397, p.2 ; C. Beudant et P. -L. Pigeonnière avec P. Voirin, *Cours de Droit civil français*, t. IV Les biens, 2e, éd., Paris, 1938, No.562, p.613.

- *6 Claude Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.18 (特に法律上の役権に関して) ; J. M. Pardessus, *Traité des Servitudes foncières*, t. I, 8e éd., Strasbourg, 1838, No.73, p.170 は自然役権や法律上の役権も、フランス民法 639 条に基づき、役権として捉えている ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. V, 4e éd., Paris, 1844, No.147, p.131.など。

(a) 所有権の「支分権」に関して対立する2つの立場

上述した2つの問題のうち、第一の点、すなわち所有権から生じる支分権に関する理論がいかに関係したかという問題については、何よりもまず初めに、支分権の語が、いかなる意味を有するかという点をまず検討しなくてはならない。この語は以下の各章において見るように、少なくともこの概念を厳格に用いる立場によれば、所有権から切り出された(détaché) 一部を意味する語である。また、このことは、必然的に、支分権が切り出された母体たる所有権は、当該支分権として切り出された一部を失うことを意味することになる。もっとも、フランス民法典は、支分権(démembrement)の語を用いていない。そのため、所有権から生じた支分権という概念や理論の内容は、専ら学説の理解に依拠することになる。

次に、所有権から生じる支分権の概念に関する、フランス法の学説の発展や展開においては、概して言えば、所有権以外の物権全てが、所有権の支分権であると捉える立場か、少なくとも所有権以外の物権のいくつかは、支分権(démembrement)ではないと捉える立場か、という対立軸があったことが指摘できる。しかし、同じ語を用いているとはいえ、これらの両学説の立場において、支分権の語が担う理論的役割には違いが存在する。すなわち、前者の立場においては、所有権以外の物権は全てが所有権の支分権である以上、支分権の定義や、ある(所有権以外の)物権が支分権として有する特徴は、物権の定義や、当該物権が物権として有する特徴と、次第に結びつけて理解されるようになる。したがって、支分権の概念は、(所有権以外の)物権全般の内容を定める役割を担っていた。これに対して、後者の立場においては、支分権の定義や、ある(所有権以外の)物権が支分権として有する特徴は、所有権の支分権に該当しないとされる物権についてはあてはまらない。したがって、支分権の定義や特徴は、全ての物権の定義や特徴を明らかにする役割を担うことはできないのであって、全ての物権の定義や、物権であることによって有する特徴は、支分権の定義や特徴とは、別個独立に考えられることになるのである。

本稿では、便宜上、前者の立場を、以下、全物権支分権説と呼ぶ。この立場は、フランス古法時代に R. J. Pothier が提唱したことを発端とする。フランス民法制定後、この説は、C. B. M. Toullier によって支持された後、C. Demolombe によって折衷的内容を伴いつつ発展させられ、E. Acolas、G. Baudry-Lacantinerie などにより、変容を伴いながら追随された。とりわけ Demolombe は、この立場に基づき、物権の objet に関する理解や、物権が有する特徴、および、物権がそれを設定された物の所有権に与える制約(restriction)の性質や負担など、物権全般に共通する性質や特徴の多くを、支分権の概念と論理的に結びつけて理解するのである。しかし、その一方で、全ての物権を支分権であると解する大前提は、早くも貫徹できないものとなるのである。

次に、後者の立場を、以下、一部物権支分権説と呼ぶ。この立場は、フランス民法制定当初、C. Delvincourt や、A. Duranton によって支持された後、19 世紀後半において、C. Aubry = C. Rau によって支持された。この立場において、物権の諸類型のうち、いずれの物権を

所有権の支分権と解するか、という点は、学説ごとに異なっており、一義的には定まらない。また、先ほど述べたように、この立場において、支分権の概念は、物権全般に関する性質や、全ての物権が共通して有する特徴を導く根拠とはならない。そのため、支分権の概念やその類型に該当する物権を定めることは、物権の理解に関して、必ずしも重要な意味を有しないことになる。とりわけ Aubry = Rau は、支分権 (démembrement) の概念を大々的に取り上げることがせず、所有権から生じた支分権たる物権と、支分権でない物権との間に、格別の相違を導かず、さらに、ある物権の類型が所有権の支分権であるか否か、という点についても、必ずしも明確にしていけないのである。

したがって、以下の各章では、注釈学派を中心とした 19 世紀の各学説について、全物権支分権説と、一部物権支分権説との立場とに分けながら、順に見ていくこととする。

(b) 各学説の立場の究明のための基本軸

前述 (1 (b) 参照) したように、本稿が究明すべき問題は、第一に、所有権、他物権、不動産役権など関係づけるための諸概念、とりわけ支分権についての展開がどう展開したかという点であり、第二に、相隣関係に関する諸規定の位置づけという点である。

このうち、第二の問題は、物権の類型のうち、所有権や不動産役権にのみ関係する問題である。これに対して、第一の問題は、所有権や不動産役権の 2 つの権利類型のみならず、その他のあらゆる物権を含む物権理論の全般にわたるものであり、広範な範囲を有するものである。そのため、当該第一の問題についてフランス法における各学説の立場を究明するにあたっては、それらの各立場どうしの理論的な比較のために、所有権やその他の諸物権に関連する様々なことがらのうちで、とりわけ支分権の概念と関連するいくつかの問題点を取り上げ、それらを軸とすることにする。

まず、物権の筆頭である所有権に関する理解は、あらゆる物権に関する理解の前提となるものであるところ、本稿の対象とする学説史は、前述 ((a) 参照) したように、フランス民法典の制定以前に示された Pothier の立場を起点として展開することになる。そのため、とりわけ Pothier の理解については、それがフランス民法のように 1 つの物について 1 つの所有権のみが存在するという立場か、複数の所有権が並立するという立場か、という問題点まで含めて究明しなければならぬ。ここでは、domaine という語をいかなる意味において理解するかという点が重要となる。また、当該語は、フランス民法の制定後においても、所有権や、所有権が含む諸権利の理解と関連することになる。したがって、所有権に関しては、とりわけ domaine をどう理解するかという点を中心に、物権全般の理解のための前提を確認するべく取り上げることとする。

次に、物権全般に関しては、支分権 (démembrement)、物権、制約 (restriction) などの諸概念自体の定義や特徴、および、類型を取り上げなければならない。加えて、前述 ((a) 参照) したように、支分権の概念は、とりわけ全物権支分権説の立場において、物権の objet は何かという点や、物権を負担する物の所有権者が義務 (obligation) を負いうるかという

点とも、結びつけられる場合があった。このうち、物権の **objet** は何かという点は、広く物権全般に関係する点である。そのため、諸概念の定義や特徴、類型に関する問題と共に、物権全般に関する問題として取り上げなければならない。これに対して、物権を負担する物の所有権者が義務（**obligation**）を負いうるかという点は、**Pothier** の立場においては物権全般にわたって関係する問題であったものの、フランス民法制定後の各学説の立場においては、用益権（**usufruit**）に関する条文の解釈の問題や、不動産役権に関する明文規定の理解の問題の2点を中心として展開した。そのため、この点については、第二の問題、すなわち、不動産役権や相隣関係に関する諸規定の位置づけの問題と共に取り上げることとする。

以上のように、各学説の立場を究明するにあたって取り上げる基本軸としては、次の5点となる。すなわち、①物権の理解の前提として、所有権の理解と **domaine** の語義に関する点であり、②物権全般の理解に関わる諸概念の定義や特徴、および、類型に関する点と、③物権の **objet** に関する点であり、④不動産役権を中心に、必要に応じて用益権（**usufruit**）も含めた理解について、物権を負担する物の所有権者が負う義務（**obligation**）に関する点であり、⑤相隣関係に関する諸規定の位置づけに関する点である。

3、行論計画

したがって、以下では、一方で、全物権支分権説と一部物権支分権説との対立軸に沿って、各学説の立場の展開を追い、他方で、各学説の立場について、所有権、物権全般、不動産役権に関する基本軸に沿って整理し、比較することにする。

まず、第1章では、フランス民法制定以前の立場として **Pothier** の立場を取り扱う。次に、第2章では、フランス民法典に関して物権に関連する諸規定を簡潔に取り扱う。その後、第3章では、フランス民法制定当初に一部物権支分権説を採用するとして、**Delvincourt** および **Duranton** を取り扱い、第4章から6章では、全物権支分権説を採用する立場として、**Toullier**、**Demolombe**、**Acollas**、**Baudry-Lacantinerie** = **Chauveau** を取り扱った後、第7章では、19世紀後半に、一部物権支分権説を採用する立場として、**Aubry** = **Rau** を取り扱う。これらを踏まえて、最後に、物権や支分権に関して結論を総括することとする。

第1章 **Pothier** の支分権論——全物権支分権説の端緒

何よりもまず **Pothier** の理論は、フランス民法典の制定以前のものである。そのため、当然の事ながら、**Pothier** の理解においては、物権が共通して有する特徴は何かという点やいかなる権利が物権と解されているかという点のみならず、所有権が、どのような権利と解

されているかという点、言い換えれば、フランス民法典が定める所有権と同様に解されているかという点もまた、何ら自明ではなく、究明しなければならない点である。また、相隣関係に関する諸規律（前述、序論 1（a）参照）、すなわち、フランス民法典の下で自然役権および法律上の役権に関する諸規定（前述、序論 1（a）参照）として規定されているものに相応するものについて、Pothier の理解において、どのように位置づけられているかという点も、何ら明らかではなく、究明しなければならない点である。そこで、本章においては、これらの点についても触れながら、前述した基本軸となる問題について、順に取り上げることとする。すなわち、まず、所有権や *domaine* に関する理解を取り扱う（1 参照）。次に、物権全般について、支分権、物権の定義や特徴および類型、さらに、物権の *objet* を取り扱う（2 参照）。最後に、不動産役権と関連する問題として、物権を負担する物の所有権者が負う義務（*obligation*）や、相隣関係に関する諸規定の位置づけを取り扱う（3 参照）。

1、Pothier の理解する所有権

（a）Pothier の理解する所有権とフランス民法典における所有権との異同

Pothier の一連の *Traité* が執筆されたのは、18 世紀であり、フランス民法典の制定以前であって、封建遺制の末期（à la fin de l'ancien régime）^{*7} と呼ばれる時期である。フランス法学において、この時期の、「所有権の組織構造は、なお、封建的な痕跡を残していた」^{*8} と評されている。すなわち、所有権の組織構造は、ある同一の土地の所有権に附された諸特権を、領主（*seigneur*）と、封臣（*vassal*）または貢納人（*censitaire*）などの土地保有人（*tenancier*）との間で分断した状態であったとされるのであり、領主に帰属する分を *domaine éminent* または *domaine direct* と呼び、封臣または貢納人に帰属する分を *domaine utile* と呼んでいたのである^{*9}。このような所有権の組織構造（*organisation de la propriété*）は、「二重の *domaine* 理論または分断された *domaine* 理論」（*théorie du double domaine ou domaine divisé*）^{*10} と

*7 O. Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Deuxième Tirage, 1951, No.480, p.642.

*8 O. Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Deuxième Tirage, 1951, No.480, p.642. 原文は次のようなものである : l'organisation de la propriété garde encore l'empreinte féodale ; ...

*9 O. Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Deuxième Tirage, 1951, No.481, pp.643-644 ; A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.120, p.149.

*10 O. Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Deuxième Tirage, 1951, No.481, pp.643-644.

呼ばれ、あるいはまた、並立的所有権 (*propriétés simultanées*) *11等と呼ばれるのである。このように、領主と土地保有人のいずれが有する権利についても所有権であると解する理論の下では、たとえば、領主の有する *domaine éminent ou direct* は、上級所有権や本来所有権、土地保有人の有する *domaine utile* を、下級所有権や準用所有権などのように訳出される*12。したがって、*domaine* の語は所有権と訳出されることになるのである。

以上と比較しながら、Pothier が想定する所有権の組織構造を検討する。Pothier は次のように述べる。「所有権たる *domaine* (*domaine de propriété*) は、それによってある物が自己に固有であり、かつ、他の全ての者に対して排他的に自己に帰属するがゆえに、そのように呼ばれる。この所有権は、その効果についての関係から検討されると、ある物を、とはいえ他人の権利に対しても、法律に対しても、侵害を与えることなく、任意に処分する権利と定義される……」*13 (傍点は柴田による)。また、次のようにも述べる。「所有権は、……、それによってある物が、我々に、他の全ての者に対して排他的に帰属する権利であり、同一の物の全体について 2 人の者がそれぞれ所有権たる *domaine* を有し得ないということは、この権利の本質である」*14 (傍点は柴田による)。ここにおいて、ひとまず *domaine* の訳出を、棚上げする(後述、(b) 参照)とすれば、Pothier の理解する「所有権たる *domaine*」(*domaine de propriété*) とは、誰であれ、単独の 1 人の者に排他的に帰属するものであって、任意の処分権を含むものであると言える。Pothier は、また、この内容を敷衍して、次のようなことを為すことが可能であると述べる。すなわち、第一に「その物から生じる果実全てを……取得する権利」*15であり、第二に「その物を、それが自然と定められるところの

*11 A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.120, p.149 ほか随所。

*12 たとえば、山口俊夫『概説フランス法上』(東京大学出版会、1978 年) 19 頁、O. Martin, 埴浩訳『フランス法制史概説』(創文社、1986 年) 963 頁、など。

*13 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.4, p.288. 原文は次のようなものである : Le domaine de propriété est ainsi appelé parce que c'est le droit par lequel une chose m'est *propre* et m'appartient privativement à tous autres. Ce droit de propriété, considéré par rapport à ses effets, doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui ni aux lois:

*14 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.16, p.297. 原文は次のようなものである : Le droit de propriété étant,, le droit par lequel une chose nous appartient privativement à tous autres, il est de l'essence de ce droit, que deux personnes ne puissent avoir chacune pour le total le domaine de propriété d'une même chose.

*15 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.5, pp.288-289. 原文は次のようなものである : Le droit d'avoir tous les fruits qui naissent de la chose, ...

一般的使用法のためにのみならず、この者が為そうと欲するところの何らかの使用法のためにも、使用する権利」*16であり、第三に「その物の形態を変更する権利」*17であり、第四に「その物を、適宜、まるごと滅失させる権利」*18であり、さらに「その物を譲渡」*19する権利などである。これらの行使態様から、Pothier のいう「所有権たる domaine」(domaine de propriété) は、使用収益・処分権の全てを含んでいることがわかる。このような Pothier の理解は、現行フランス民法において所有権を定義する 544 条の内容と基本的に一致していると言える。すなわち、フランス民法 544 条「所有権は、法律または命令により禁じられた使用をしない限り、最も絶対的な態様で物の使用収益および処分をなす権利である」*20である。

このように、Pothier が理解する所有権の組織構造は、フランス民法における所有権と同様に、単独の者に排他的に帰属する権利であって、前述のような並立的所有権 (propriétés simultanées) を前提とする理解ではない*21。そこで、次に Pothier が用いる domaine の語の意味と物権との関係を検討する。

(b) Pothier の理解する domaine の意味

Pothier は、まず、動産について次のように述べる。「動産に関しては、1 種類の domaine しか存在せず、それは「所有権たる domaine」である」*22。次に、不動産については、次のように詳細に述べている。「封土において、または、貢納地において、保有されている

*16 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.5, p.289.

原文は次のようなものである : Le droit de se servir de la chose, non seulement pour les usages auxquels elle est naturellement destinée, mais pour quelque usage que ce soit qu'il en voudra faire :

*17 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.5, p.289.

原文は次のようなものである : changer la forme de sa chose, ...

*18 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.5, p.289.

原文は次のようなものである : perdre entièrement sa chose, si bon lui semble.

*19 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.5, p.289.

原文は次のようなものである : d'aliéner sa chose, ...

*20 原文は次のようなものである : 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.

*21 同旨、A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.120, p.149.

*22 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.3, p.287.

原文は次のようなものである : à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété.

土地（または建物）に関しては、2つの *domaine* を区別し、すなわち、*domaine direct* と、*domaine utile* である。……領主が、……有する *domaine direct* は、古い、土地の本来的かつ根源的な、*domaine* であり、そこから、一般に、為される譲渡によって、*domaine utile* を切り離したのであり、（その *domaine direct* は、）したがって、優越性による *domaine* (*domaine de supériorité*) でしかなく、かつ、領主らが、彼らに拘束される土地の所有者や占有者によって、自らを領主と認識させ、彼らの領主性を承認する一定の義務や定期支払を要求する権利以外の何物でもない。この種類の *domaine* は、決して、……「所有権たる *domaine*」ではなく、一般には、むしろ優越性による *domaine* と呼ぶべきである」*23（1つ目の傍点は柴田による、2つ目の強調は Pothier による）。その上で、Pothier は、次のように判断する。「土地に関しては、「所有権たる *domaine*」と呼ばれるのは、*domaine utile* なのである」*24。これらの記述から、Pothier も、前述した一般的な理解（（a）参照）と同様に、土地について、領主と土地保有人との間の2つの *domaine* の存在を認識していたと言える。しかし、当該一般的な理解とは異なり、それらの2つの *domaine* の内で、封臣や貢納人などの土地保有人が有する *domaine utile* のみが、所有権たる *domaine* であるとし、かつ、領主が有する *domaine direct*、または、Pothier が優越性による *domaine* と呼ぶものは、「所有権たる *domaine*」（*domaine de propriété*）ではないと明言するのである。したがって、Pothier の理解においては、*domaine* の一部のみを、「所有権たる *domaine*」（*domaine de propriété*）と呼ぶのであり、かつ、*domaine* の語は所有権とは異なる意味を有することが見て取れるのである。これらのことから、前述の引用した箇所（（a）参照）で棚上げした *domaine* の語を、所有権と訳出することは適切ではないと言えよう。

そこで、Pothier の理解する意味において、所有権と所有権でない権利との両方に共通して用いられている *domaine* の語を正確に訳出するためには、Pothier が、所有権ではないと明言した *domaine*、すなわち、*domaine direct* を、いかなる権利として位置づけているかと

*23 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.3, pp.287-288. 原文は次のようなものである： À l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux de domaines; le domaine direct, et le domaine utile. Le domaine direct qu'ont les seigneurs ... est le domaine ancien, originaire et primitif de l'héritage, dont on a détaché le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel en conséquence n'est plus qu'un domaine de supériorité, et n'est autre chose que le droit qu'ont les seigneurs de se faire reconnoître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs des héritages tenus d'eux, et d'exiger certains devoirs et redevances recognitifs de leur seigneurie. cette espèce de domaine n'est point le donianie de propriété, ... ; on doit plutôt l'appeler *domaine de supériorité*.

*24 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.3, p.288. 原文は次のようなものである： C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle *domaine de propriété*.

いう点を考慮しなければならない。ここにおいて Pothier は、物権について次のように述べる。「物権」 (droits réels) と呼ばれる、jus in re には、複数の種類がある。主たるものは、「所有権たる domaine」である。物権のその他の種類であり、「所有権たる domaine」から生じるのであって、その支分権 (démembrements) としてあるものは、「優越性による domaine」、たとえば、封土または貢納地の領主権であり、土地ラントの権利であり、人役権も不動産役権も含めた servitude であり、抵当権である」*25 (強調は Pothier による、なお、この箇所はすぐ後 (後述、2 (a) 参照) に改めて触れる)。すなわち、Pothier は、領主の有する domaine direct、つまり、Pothier が「優越性による domaine」 (domaine de supériorité) と呼ぶものを、物権の一類型として列挙しているのである。したがって、Pothier の理解によれば、domaine の語は、所有権や物権 (droits réels) として有する、物についての権利または特権を意味するのであって、そのように訳出されるべきであると言えよう*26。このため、以下では、Pothier の理論に言及する場合においては、「上級所有権、本来所有権」「下級所有権、準用所有権」等の訳語は用いないこととする。

2、物権、「支分権」の類型およびその特徴

(a) 物権および「支分権」の類型と、「支分権」の特徴

まず、物権および「支分権」の類型は何かという点について、前述 (1 (b) 参照) した最後の引用箇所を改めて指摘すれば、Pothier は、物権として、「優越性による domaine」 (domaine de supériorité)、土地ラントの権利 (droit de rente foncier) *27、人役権も不動産

*25 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.3, p.288.

原文は次のようなものである : Il y a plusieurs espèces du jus in re, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démembrements, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle; le droit de rente foncière; les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles que ceux des servitudes prédiales; le droit d'hypothèque. また、R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.383, p.396 においても、同種の諸権利を土地について有する物権 (les droits réel que nous avons sur les héritages) として挙げている。

*26 同旨、A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.187, p.219.

*27 なお、rente の類型は、フランス民法典においても、土地の対価の恒久的な定期払に関する rente (フランス民法 530 条) や、終身定期払契約による rente viagère (フランス民法 1968 条以下) などが存在する。もっとも、これらの類型はいずれも、物権を生じないものとされる。これに対して、本文で、Pothier が述べる droit de rente foncier は、(しばしば恒久的とされた) 物権を構成する類型である。したがって、droit de rente foncier は、厳密には、「当該権利に関係する特定の土地につき物権として定期払を受

役権も含めた *servitude*、抵当権 (*droit d'hypothèque*) を列挙するにあたり、次のように述べていた。「物権」 (*droits réels*) と呼ばれる、*jus in re* には、複数の種類がある。主たるものは、「所有権たる *domaine*」である。物権のその他の種類であり、「所有権たる *domaine*」から生じるのであって、その支分権 (*démembrements*) としてあるものは、……」

28** (1 つ目の強調は Pothier による、それ以外の傍点は柴田による)。すなわち、Pothier の理解によれば、所有権は物権の一類型であるほか、所有権以外の物権の類型は、いずれも所有権の支分権 (*démembrement*) なのである。ここにおいて、Pothier は、明確に全物権支分権説を主張しているのである。なお、物権の一類型として示された *servitudes* について、Pothier は次のように説明する。「*servitudes* には主たる 2 種類がある。人役権と不動産役権である」29**。また、それぞれの種類について次のように述べる。「人役権は、*servitude* が帰属するところの当該人に附着するものであり、その者が設定をされたところの有用性のためであって、したがって、その者と共に消滅する。不動産役権は、*servitudes prédiales* と呼ばれ、ある土地または建物の所有権者が、近隣の土地または建物について、その土地または建物の便利さのために有するものである。」***30** (傍点は柴田による)。すなわち、人役権 (*servitudes personnelles*) とは、後に、フランス民法の下では、用益権 (*usufruit*)、

ける権利」を意味するが、訳語として非常に長くなるため本文では、以下、土地ラントと訳出するにとどめることとする。

***28** R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.3, p.288.

原文は次のようなものである : Il y a plusieurs espèces du *jus in re*, qu'on appelle aussi *droits réels*. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des *démembrements*, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle; le droit de rente foncière; les droits de *servitudes*, tant ceux des *servitudes personnelles* que ceux des *servitudes prédiales*; le droit d'hypothèque. また、R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.383, p.396 においても、同種の諸権利を土地について有する物権 (*les droits réel que nous avons sur les héritages*) として挙げている。

***29** R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XVII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.2, p.216.

原文は次のようなものである : il y a deux principales espèces de *servitudes* ; les *personnelles* et les *réelles*.

***30** R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XVII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.2, p.216.

原文は次のようなものである : Les droits de *servitudes personnelles* sont ceux qui sont attachés à la personne à qui la *servitude* est due, et pour l'utilité de laquelle elle a été constituée, et finissent par conséquent avec elle. Les droits de *servitudes réelles*, qu'on appelle aussi *servitudes prédiales*, sont ceux qu'aie propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin pour la commodité du sien.

使用権 (usage) および居住権 (habitation) と名付けられた諸権利を指し (第2巻第3編)、不動産役権 (servitudes réelles または servitudes prédiales) は、後に、フランス民法典の下で役権 (第2巻第4編) を指すのである。本稿では、以下、便宜上、人役権 (フランス民法の下では、用益権、使用権および居住権) と不動産役権の両者を含む意味における servitude については、その旨を明示し、または、「広義の servitude」と呼ぶこととする。

次に、「支分権」 (démembrement) としての特徴は何かという点について、Pothier は、物権につき、次のようにも述べる。「土地または建物の所有権は、その土地または建物が所有権者以外の他人に対して物権を負担しているときにもまた、不完全である。すなわち、なぜなら、これらの物権は、所有権から切り出されたたくさんの権利であるからである。」*31 (傍点は柴田による)。すなわち、Pothier の理解によれば、「支分権」 (démembrement) とは、所有権の一部を切り出した (détaché) もの、すなわち、所有権の一部が切断された (amputé) ものである*32。

さらに、支分権 (démembrement) が、「所有権から切り出された」 (détachés de la propriété) ものとして理解されることから導かれる特徴は何かという点について、Pothier は、まず、次のように述べる。「所有権においても、その他全ての権利におけるのと同様に、「権利の実体的基礎」 (fond de droit) と、「権利の行使」 (exercice de droit) とを区別する」*33。Pothier は、この区別が問題となる例として、未成年者について次のように述べ、心神喪失者、禁治産者、婚姻した妻についても同様にあてはまると述べる。「未成年の所有権者は、実に、その所有権が含むそれらの権利全ての実体的基礎を有するが、……その行使を有しないのである」*34、「未成年者たる所有権者について、我々がいましたが述べたことがら全ては、同様に、心神喪失における所有権者または、浪費癖のための禁治産者についてもあてはまる」*35、「ある妻は、その婚姻において、その夫権の下に入るとき、彼女は彼女

*31 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.3, p.288.

原文は次のようなものである : La propriété d'un héritage est aussi imparfaite lorsque l'héritage est chargé de droits réels envers d'autre que le propriétaire : car ces droits réels sont autant de droits qui ont été détachés de la propriété.

*32 同旨、A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.115, p.144.

*33 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.7, p.290.

原文は次のようなものである : On distingue dans le droit de propriété, de même que dans tous les autres droits, le fond du droit et l'exercice du droit.

*34 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.7, p.290.

原文は次のようなものである : Un mineur propriétaire a bien le fond de tous les droits que son droit de propriété renferme, mais il n'en a pas l'exercice,

*35 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.7, p.290.

原文は次のようなものである : Tout ce que nous venons de dire du propriétaire mineur

の財の所有権を保持する。すなわち、したがって、彼女はこの所有権が含む「権利の実体的基礎」を有する」*36。Pothierは、これらの場合においては、所有権者は、「権利の実体的基礎」（fond de droit）を保持しており、行使（exercice）のみが制約を受けていると解する。これに対して、Pothierは、前述のように所有権の支分権（démembrement）、すなわち物権（droit réel）が、所有権の一部として切り出された場合においては、母体たる所有権が不完全（imparfaite）になると述べるのであり、不完全な所有権が「権利の実体的基礎」（fond）を保持するとの趣旨を述べる記述は見当たらない。このことから、Pothierは、所有権の支分権すなわち物権を負担する所有権は、当該支分権が切り出された分だけ、所有権の「権利の行使」のみならず、「権利の実体的基礎」をも失うものと考えていることがうかがえる。したがって、Pothierの理解において、支分権すなわち物権であるたくさんの権利（autant de droits）は、それが切り出された分だけ母体たる所有権が含む権利（droits）を失わせるという特徴を有するのであって、単に所有権の行使に制約を課すものではないのである。

また、支分権（démembrement）が、母体たる所有権と同一の性質を有すべきかという点について、Pothierは、母体たる所有権から支分権として切り出された（détachés）一部であるからといって、支分権として切り出された部分が、一般的な特徴としてその母体である所有権と同一の性質や特徴を有すべきとは述べていない。したがって、Pothierの理解によれば、所有権から支分権が切り出されるべき態様は、母体たる所有権と同一の性質や特徴を有することになる場合には限られないことがうかがえるのである。

最後に、Pothierが物権の類型として列挙する諸権利が、所有権から生じる支分権、すなわち、所有権から切り出された（détaché）一部として解されるべき根拠は何か、という点について、その理論的な根拠は、少なくとも明示的には与えられていないと言わなければならない。また、Pothierの理解においては、領主（seigneur）の domaine direct と、広義の servitude や抵当権などその他の物権とされた類型とが、等しく支分権と解されるべき根拠も明らかではないのである。

(b) 物権の定義

まず、Pothierは、物権（Jus in re）を Jus ad rem と比較して次のように述べる。「Jus in re は、我々が、少なくとも一定の観点で、我々に帰属するものによって、物において有する権利である。Jus ad rem は、我々が、物においてではなく、単に物との関係によって、私

s'applique pareillement au propriétaire en démence, ou interdit pour prodigalité..

*36 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.7, p.290.

原文は次のようなものである : Lorsqu'une femme, en se mariant, passe sous la puissance de son mari, elle conserve le droit de propriété de ses biens : elle a en conséquence le fond des droits que renferme ce droit de propriété ; ...

に対して、私にそれを付与する obligation を契約した者に対してのみ、有する権利である」
*37。次に、Pothier は、物権 (jus in re または droit dans une chose) に関して、次の 2 つの箇所のように述べている。「我々が土地について有する物権、たとえば、封土の権利、貢納地の権利、果実払いの権利、土地ラントの権利、裁判の権利、用益権、使用権は、疑いなく、不動産の類型に帰属する。なぜなら、これらの権利は、一定の観点で我々に帰属するものとして解され、我々がそれの上にそれらを有するべき土地自体に外ならないからである」*38 (傍点は柴田による) や、「我々が土地 (または建物) において有する物権、jura in re、たとえば、土地ラントの権利、果実払いの権利、用益権など、一定の観点で我々に帰属するものとして解され、これらの権利は土地そのものに他ならず、……」*39。すなわち、Pothier の理解によれば、物権 (jus in re) は、当該権利が存在すること自体、その権利を有する者に、ある物が、少なくとも一定の観点で帰属していることを前提として成立する権利であり、権利を有する者に帰属させる必要のない権利である。これに対して、jus ad rem (または droit à la chose, contre la personne) は、その権利を有する者にある物が帰属していることを想定せず、その者が有する権利を行使することで、その効果として、ある物を (一定の観点で) 自己に付与し、帰属させる権利とされているのである。なお、Pothier は、このように、物権 (jus in re) を、jus ad rem と対比するにあたり、物権 (jus in re) が有する特徴に関して、何ら支分権 (démembrement) の理論と結びつけていない。

このような理解に基づき、物権の特徴に関連して、次の 2 点の問題を指摘できる。すなわち、第一は、物権は、それがいかなることながらを objet とするかという点において、何らかの特徴を形成するか、という問題であり、第二は、物権を負担する物の所有権者は、義

*37 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.1, p.285.

原文は次のようなものである : Le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards. Le *jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner.

*38 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.383. 原文は次のようなものである : Les droits réels que nous avons sur les héritages, tels que les droits de fief, de censive, de champart, de rente foncière, les droits de justice, les droits d'usufruit, d'usage, doivent sans doute appartenir à la classe des immeubles ; car ces droits ne sont autre chose que l'héritage même sur lequel nous les avons à prendre, considérés comme nous appartenant à certains égards.

*39 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.396. 原文は次のようなものである : les droits réels que nous avons dans des héritages, jura in re, comme un droit de rente foncière, de champart, d'usufruit, ces droits n'étant autre chose que l'héritage même, considéré comme nous appartenant à certains égards,

務 (obligation) を負いうるか、という問題である。このうち、第二の問題は、前述 (序論 2 (b) 参照) したように、不動産役権や、必要に応じて広義の *servitude* (前述、2 (a) 参照) との関連において後述 (3 (a) 参照) することとする。そこで、以下では、(c) において、第一の問題、すなわち物権の *objet* について取り扱う。

(c) 物権の *objet*

Pothier は、いましがた見た物権 (*droits réels* と呼ばれる *jus in re*, *droit dans une chose*) の定義において、*objet* という語に触れない。もっとも、他の箇所においては、Pothier も *objet* の語を用いていることが散見される。そこで、Pothier の理解において、物権 (*jus in re*) やそれ以外の *jus ad rem* などの *objet* とされるものは何か、という点を明らかにすることによって、*objet* の概念が、何らかの物権の特徴を形成するか、という問題を取り上げることとする。Pothier はまず、債権 (*créance*) たる *jus ad rem* について、次のように述べる。「債権たる *jus ad rem* に関しては、それらは、それらの *objet* を為す物の不動産または動産から、それらの性質を引き出すのである。もし債権が一定額の金銭について、または、何かしら他の動産たる物についてならば、この債権は動産たるものである」*40。「*droits ad rem*、すなわち、債権に関しては、その債権が何らかの土地を *objet* とするときには、それはそれが及ぶべき土地と同一の状況を有すると見なされるべきであり、……」*41。これらの箇所での *objet* は、債権 (*créance*) たる *jus ad rem*、*droits ad rem* によって給付される対象物を指すことがわかる。また、*personnelle* な単なる債権 (*simple créance personnelle*) とされる借地人 (*fermier*) の権利*42について、次のように述べる。「この借地人の権利は、この小作地の土地において生じることになる果実を取得することしか *objet* としない……」*43。こ

*40 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.384. 原文は次のようなものである : à l'égard des créances *jus ad rem*, elles tirent leur nature d'immeubles ou de meubles de la chose qui fait leur objet. Si la créance est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose mobilière, cette créance est mobilière.

*41 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.397. 原文は次のようなものである : à l'égard des droits *ad rem*, c'est-à-dire des créances, lorsque la créance a pour objet quelque héritage, elle doit être censée avoir la même situation que cet héritage auquel elle se termine,

*42 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.385.

*43 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XXIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.なし, p.385. 原文は次のようなものである : ce droit du fermier n'a pour objet que d'acquérir les fruits qui naîtront dans les terres de cette métairie, なお、この賃借人の権利は、この直後において、単なる債権 (*simple créance personnelle*) と法性決定されている。

の箇所での *objet* は、対象物たる土地について一定の利益を得る行為を指すことがわかる。さらに、後述（3（b）参照）のように準契約（*quasi-contrat*）とされ、*personnelle* な義務（*obligation*）を生じる*44とされる境界標の設置（*bornage*）に関する規定について、次のように述べる。「この訴権により要求される境界標の設置の *objet* は、近隣の土地が接する場所において、どこがそれらの土地の一方が終わり、他方の土地が始まる箇所であるかを、定めることであり、そこに認識されうる境界標を設置することである」*45。この箇所での *objet* は、土地の境界が明確になるという利益を得ることを指すことがわかる。したがって、Pothier の理解において、*droits ad rem*、*personnelle* な単なる債権（*simple créance personnelle*）、あるいは、*personnelle* な義務（*obligation*）を生じる規定が付与する権利の *objet* は、3 類型存在するのであり、(a)行為自体、(b)給付の対象物、および、(c)対象物について得る利益または有用性*46であると言えよう。

これに対して、Pothier が、物権（*jus in re*）について、*objet* の語を用いる箇所は見当たらない。とはいえ、物権（*jus in re*）について、*objet* が何ら観念し得ないものではないはずであり、少なくとも、次の2つの意味において区別することができよう。すなわち、①対象物を指す *objet* であり、言い換えれば、当該物権がどの物またはどの土地に課されたものかを示す *objet* と、②対象物において得る利益または有用性を指す *objet* であり、言い換えれば、当該物権がその物から引きだそうとする利益を示す *objet* である。以下では、便宜上、①を対象としての *objet*、②を利益としての *objet* と呼ぶ。これに基づき、仮に、物権（*jus in re*）に関する Pothier の前述の引用箇所を見返すならば、①対象としての *objet* は、物権の権利者に一定の観点において帰属するとされる物であることになる。また、②利益としての *objet* は、当該ある物の、使用や収益など何らかの有用性（*utilité*）であると解し得るのである。したがって、前述したように、Pothier は、物権（*jus in re*）について、*objet* の語を明示的に用いていないとはいへども、それでもなお、Pothier の理解によれば、物権は、このように区別された①②の2つのタイプの *objet* を想定できるという特徴がうかがえるのである。

なお、ここで、Pothier は、前述（（b）参照）したように、まず、*jus ad rem* について、特定の物を権利者に付与する義務（*obligation*）を契約した者に対してのみ有する権利であると述べていた。そのため、Pothier の理解によれば、当該義務（*obligation*）は、その者自

*44 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.231, p.323.

*45 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.233, p.324.

原文は次のようなものである： l'objet du homage qui est demandé par cette action est de déterminer, dans les endroits où les héritages voisins se touchent, quel est celui où l'un des héritages finit et l'autre commence, et d'y planter une borne qui se puisse apercevoir.

*46 このように *objet* の語が複数の意味において用いられている点については、森田修『Pimont の「契約のエコノミー」論（1）』法学協会雑誌 127 巻 1 号 135 頁を参照。

身として契約した当該特定の人物が負う性質であることがうかがわれる。次に、先ほど引用した箇所から、Pothier の理解によれば、このような *jus ad rem* は、債権 (*créance*) たる *jus ad rem* と言い換えられるのであり、また、当該債権 (*créance*) は、*personnelle* な単なる債権 (*simple créance personnelle*) と言い換えられるのである。したがって、上述したような一定の義務 (*obligation*) を特定の者が負う性質は、*personnelle* と表現されていることがわかる。これに対して、前述 (b) 参照) したように、Pothier の理解によれば、物権 (*jus in re*) は、まず、少なくとも一定の観点で、権利者に帰属するものによって、物において有する権利である。それゆえ、物権 (*jus in re*) において、当該物権に関係する特定の物や土地 (①対象としての *objet* たる物や土地) は、それらの所有権者が誰であれ、当該物権を負担することになることがわかる。次に、Pothier は、このような物権 (*jus in re*) は、*droits réels* とも呼ばれると述べていた。したがって、上述したような、ある物権に関係する物や土地が、それらの所有権者が誰であれ、負担することになる性質は、*réels* と表現されていることがわかるのである。そこで、本稿では、以下、便宜上、前者のような性質 (*personnel*)、すなわち、その者自身として契約した特定の者について定まる性質を、*人*的な性質、または、*人*的に定まる性質と呼び、そのような性質であることを、*人*的定立性と呼び、後者のような性質 (*réel*)、すなわち、関係する特定の物や土地について定まり、したがって、それらの所有権者が誰であるか、それらの所有権が誰から誰へ移転するかなどを何ら問題としない性質を、*物的*な性質、または、*物的*に定まる性質と呼び、そのような性質であることを、*物的定立性* (*réalité*) と呼ぶこととする。

3、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題

(a) 物権を負担する物の所有権者の義務

Pothier は、*jus ad rem* (または *droit à la chose, contre la personne*) について、前述 (2 (b) 参照) した箇所を改めて引用すれば、「私に対して、私にそれを付与する *obligation* を契約した者に対してのみ、有する権利である」*47と述べていた。すなわち、義務を契約した者 (*personne qui a contracté envers nous l'obligation*) の存在を明示的に想定しているのであり、かつ、この箇所において、Pothier が想定する義務 (*obligation*) は、作為義務であることが見て取れる。また、前述 (2 (c) 参照) したように、*jus ad rem* について、契約した者が負う義務 (*obligation*) は、*人*的に定まる性質 (*personnelle*) であることがうかがわれた。

これに対して、前述 (2 (b) 参照) したように、Pothier は、物権 (*jus in re*) について、物権を負担する物や土地の所有権者や、その他の者が負いうる義務 (*obligation*) には触れていなかった。このため、Pothier の理解において、物権 (*jus in re*) に関して、物権を負担

*47 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.1, p.285.

原文は次のようなものである : Le *jus ad rem* est le droit que nous avons, ... , contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner.

する物や土地の所有権者は、義務（obligation）、とりわけ作為義務を負いうるかという点が問題となる。

ここで、前述（（１）（b）、（２）（a）および（b）参照）したように、Pothier は、広義の servitude（前述、２（a）参照）に含まれる用益権や不動産役権をはじめ、領主の諸権利や、土地ラントの権利（droit de rente foncier）など種々の権利が、物権に含まれるものと解していた。結論から述べれば、Pothier は、これらの物権（jus in re）のうち、少なくとも、広義の servitude に含まれる用益権（usufruit）や、土地ラントの権利につき、それらの権利を有する者に対して、物権を負担する物の所有権者（物権の設定者）が作為義務を負う場合を認めている。そういうわけで、本来的には、このような義務（obligation）に関する問題は、物権全般に関係しうる性質ではあるものの、本稿では、不動産役権や広義の servitude（前述、２（a）参照）に関連する問題として取り上げることとする。以下、順に見ることとする。

（１）用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務

第一に、用益権（usufruit）である。まず、Pothier は、用益権者が負う修繕義務の範囲につき、次のように述べる。「慣習法が本条によって相互的な受贈者に負担させているところの修繕義務に関して、第一に観察することには、それは用益権の継続中に亘って生じるあらゆる修繕を無差別に負担させているのではないということであり、慣習法は、終身の修繕、または一般に用益権上の修繕と呼ぶ修繕しか負担させておらず、慣習法は、一般に大規模修繕と呼ぶ修繕は負担させていないのである」*48（傍点は柴田による）。また、用益権者（usufruitier）がそのような大規模修繕（grosses réparations）の義務を負うのは例外的に次のような場合に限ると述べる。「大規模修繕ですら負担させられるべき場合があり、それは、それら（大規模修繕）が相互的な受贈者の過失から生じたときで、当人が、為す

*48 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.238, p.200.

原文は次のようなものである： Observez en premier lieu, à l'égard des réparations dont la coutume charge par cet article le donataire mutuel, qu'elle ne le charge pas indistinctement de toutes les réparations qui surviennent pendant le cours de son usufruit; elle le charge seulement des réparations viagères, qu'on appelle autrement réparations usufruitières; elle ne le charge pas de celles qu'on appelle grosses réparations. 同旨、R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.238, p.214. 「寡婦の死亡配偶者財産取得権者は、他の用益権者と同じく、その用益権の期間に亘って為すべく生じる維持管理の修繕しか義務を負わないのであり、大規模修繕の義務は負わない」。原文は次のようなものである： La douairière, de même que les autres usufruitiers, n'est tenue que des réparations d'entretien qui surviennent à faire pendant le temps de son usufruit; elle n'est pas tenue des grosses réparations:

べく義務づけられている終身の修繕を為すことを懈怠して、相互的贈与に含まれる土地(または建物)をそれを為すべきように、維持管理しなかったときである」*49。

そこで、次に、原則として用益権者の負担ではない大規模修繕 (*grosses réparations*) を、当該土地 (または建物) の所有者に、為すよう義務づけることはできるか*50、という点につき、Pothier はまず、次のように述べ、一般的には、広義の *servitude* (前述、2 (a) 参照) に関するローマ法源の法文 (D. 7, 1, 7, 2 および D. 8, 1, 15, 1) が大規模修繕を所有者の義務 (作為義務) とすることに否定的だったものと解されていることを説明する。すなわち、「(広義の) *servitudes* の性質は、承役地の所有者に、何かしらを容認するよう、または、しないよう強いることを構成するが、しかし何かしらをするを強いることを構成するものではない」 (D. 8, 1, 15, 1) *51 こと (以下、この法文に基づく考えを、広義の *servitude* に作為義務なしの考え、と呼ぶ) を根拠に、「もし壁が老朽化によって崩れたとしても、用益権者も所有者もそれらの修繕の義務を負わず」 (D. 7, 1, 7, 2) *52 という一節は、用益権者のみならず、所有者も大規模修繕を為す義務 (*obligation*) を負わない趣旨であると解されていると説明するのである*53。

これに対して、Pothier は、用益権 (*usufruit*) が用いられる場合として、相互的な贈与 (*donation mutuel*) に基づく一例を示しながら、次のように述べる。「それでも尚、私が思うことには、相互的な受贈者 (家の所有者だった亡夫の妻 : 用益権者) は、この家の所有者であった亡夫の相続人 (亡夫を相続して虚有権者となる者) に対して、もし、この相続人 (虚有権者) がその家の虚有権を委棄しようと思うのでなければ、当該相続人がこれらの大規模修繕を為す義務を負っていることを主張すべく、実に基礎づけられている」*54。また、Pothier は、直前に引用したような相互的な贈与 (*donation mutuel*) に基づく用

*49 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.238, p.200.

原文は次のようなものである : *il y a un cas auquel le donataire mutuel doit être chargé même des grosses réparations,; c'est lorsqu'elles viennent de la faute du donataire mutuel, qui n'a pas entretenu comme il le devoit les héritages compris au don mutuel, en négligeant de faire les réparations viagères qu'il étoit obligé de faire.*

*50 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.239, p.201.

*51 原文は次のようなものである : *servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut patiatur aut non faciat;*

*52 原文は次のようなものである : *Si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.*

*53 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.239, p.201.

*54 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XIV, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.239, p.201.
原文は次のようなものである : *Néanmoins je pense que le donataire mutuel est bien fondé à prétendre contre l'héritier du prédécédé propriétaire de la maison, qu'il est tenu de faire ces réparations, si mieux il n'aime abandonner sa nue propriété.*

益権に関する場合のみならず、寡婦の死亡配偶者財産取得権（douaire）に基づく用益権に関する場合についても、同旨を述べており*55、Pothier が、大規模修繕を為す義務について特定の原因（事由）に基づく用益権に限定する趣旨であると解すべきことを基礎づける記述は見当たらない。すなわち、Pothier の理解によれば、用益権を設定された土地または建物の所有権者（虚有権者）、すなわち、用益権を負担する物の所有権者は、一般的に大規模修繕をなす義務（作為義務）を負うのである。

（2）土地ラントの権利の負担を負う土地の所有権者の定期払いの義務

第二に、土地ラントの権利（droit de rente foncier）である。前述（（1）（b）、（2）（a）および（b）参照）したように、Pothier は、当該権利を物権（jus in re、または、droits réels、）として理解する。つまり、この物権の権利者とは、特定の土地に関して、定期払を受ける側の当事者であり、逆に、当該物権の権利者に対して定期払い義務を負う側の当事者は、原則として、当該特定の土地の所有権者であることになる。また、Pothier は、広義の servitude と土地ラントの権利との違いにつき次のように述べる。「droits de servitude は、それを負う当該土地または建物の占有者に、何かしらを為すこと、または、何かしらの物を給付することは、決して義務づけない。すなわち、そのことにおいてこそ、これらの権利（servitudes）を、土地から収入を得る権利や賦役させる権利と異ならせるのである」*56。すなわち、Pothier の理解によれば、広義の servitude が、広義の servitude に作為義務なしの考えによる拘束を受けるのに対して、土地ラントの権利のように土地から収入を得る権利（droits de redevance foncière）などは、当該考えによる拘束の範囲外なのである。のみならず、土地ラントの権利は、当該物権を負担する土地の所有権者が義務（obligation）、とりわけ作為義務を負うことを本質的要素とする類型なのである。

*55 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XIII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.246, p.224.

「これらの理由にもかかわらず、我らが優秀な学者らは、寡婦の死亡配偶者財産取得権者は、亡くなった夫の相続人、すなわち、用益権を使用収益するところの土地（または建物）の所有権者に、その用益権の期間中に大規模修繕を為すことを強いることができる」と判断する」。原文は次のようなものである：nonobstant ces raisons, nos bons auteurs décident que la douairière peut contraindre l'héritier du mari, propriétaire des héritages dont elle jouit en usufruit, à faire les grosses réparations pendant le cours de l'usufruit.

*56 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XVII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.1, p.216.

原文は次のようなものである：les droits de servitude n'obligent point le possesseur de l'héritage qui la doit, à faire quelque chose ou à donner quelque chose : en quoi ces droits diffèrent des droits de redevance foncière et des droits de corvée. なお、ここでも直後に、広義の servitude に作為義務なしの考えの根拠とされる法文（D. 8, 1, 15, 1）が引用されている。

(3) 小活

このように、Pothier は、物権を負担する物の所有権者について、当該所有権者が、義務 (obligation)、とりわけ作為義務を負うことを全面的に否定しているわけではないことがわかる。Pothier の理解によれば、まず、広義の servitude に作為義務なしの考えは、第二の例 (前述、(2) 参照) から、広義の servitude (前述、2 (a) 参照) の固有の特徴と解されているのであって、広義の servitudes 以外の物権についてまで及ぶものではない。また、第一の例 (前述、(1) 参照) から、広義の servitude の類型とされる物権についても、用益権を負担する物の所有権者は、作為義務を負う場合があるのであり、広義の servitude に作為義務なしの考えは、必ずしも例外を許さない厳格さを有するものではないのである。さらに、Pothier の理解によれば、ある物権を負担する物の所有権者が義務 (obligation) を負いうるか否かは、当該物権ごとの固有の性質などに基づいて定まるのであって、物権が所有権の支分権 (démembrement) であることから一律に導かれるものと解される箇所は見受けられない。そのため、物権の負担を負う所有権者が義務 (obligation) を負いうるかという問題もまた、支分権の理論とは結びついていないのである。

なお、Pothier は、用益権を負担する物の所有権者 (虚有権者) が負うと判断した大規模修繕 (grosses réparations) の義務 (obligation) や、広義の servitude に作為義務なしの考えによって、当事者が負わないとされる義務 (obligation)、とりわけ作為義務について、それらがそれぞれ想定する義務が、当該特定の者が負うべき性質、すなわち、人的に定まる性質 (personnelle) の義務であるか、何人であれその物または土地の所有権者が負うべき性質、すなわち、物的に定まる性質 (réelle) の義務であって、所有権が移転したときには、新たに取得した者が代わって負うべき義務であるか、という性質の区別には触れていない。そのため、この点は、フランス民法典の制定後の学説 (後述、Delvincourt、Duranton、および Toullier など) において、解釈が争われることになるのである。

(b) 相隣関係に関する諸規定の位置づけ

Pothier は、広義の servitude (前述、(2) (a) 参照) につき、次のように特徴づける。「servitudes は、他人の物を、何らかの使用法に利用し、または、所有権者または占有者に対して何らかの使用法を禁じる権利である。」*57。続けて次のように述べる。「(広義の) servitude は、一方で、それを負う者の側は、その権利が帰属する者が、当人が当該権利を利用するところの使用法のために、その物を利用すること、または、その権利を有する者が、(それを負う者が) そこで (何か) 為すことを妨げる権利を有する事柄を (それを負

*57 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t. XVII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.1, p.216.

原文は次のようなものである : Le droit de servitude est le droit de se servir de la chose d'autrui à quelque usage, ou d'en interdire quelque usage au propriétaire ou possesseur :

う者が) 差し控えることを、受忍すること以外の何物からも構成されない。」*58。すなわち、前述 (a) 参照) したように、Pothier の理解によれば、広義の *servitude* は、その特徴として、広義の *servitude* に作為義務なしの考えによる拘束を受ける*59のである。

これに対して、Pothier は、相隣関係に関する諸規律 (後のフランス民法典の下では、自然役権および法律上の役権に関する諸規定に相応する。前述、序論 1 (a) 参照) について、不動産役権につき取り扱う *Traité* においては取り扱っていない。それらは、*Traité de contrat de société* の 2 つの補遺 (*appendice*) において、共同体または財産共同の準契約 (*quasi-contrat de communauté*) または、相隣関係 (*voisinage*) の準契約に基づくものとして言及されているのである。たとえば、一方において、共有壁 (*murs mitoyens*) や、共有の垣根 (*haies*) ・溝渠 (*fossés*) 等に関する規定は、共同体 (財産共同) の準契約 (*quasi-contrat de communauté*) に基づくものであると解されている*60。他方において、境界標の設置 (*bornage*) 、高地から流下する水、修繕のための隣地立入、壁の互有権の売却などに関する諸規定は、相隣関係 (*voisinage*) の準契約 (*quasi-contrat*) に基づくものであると解されているのである*61。

ここで、まず、Pothier は、組合 (*société*) や共同体 (財産共同) (*communauté*) につき、次のように述べる。「組合とは、2 人または複数人が何かしらの物を共有にすることを合意する契約である。この契約の履行のとき、彼らは、そうすべく合意したものを共有とし、彼らの間で形成されるのは 1 つの共同体 (または財産共同) である。この種類の共同体 (または財産共同) は、これまた組合と呼ばれ……」*62、「また、彼らの間に何らの合意も介在することなく、したがって、何らの組合契約にもよらずに、複数の者の間に形成される共同体 (または財産共同) もあり、たとえば、相続が複数の相続人について始まり、また

*58 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, XVII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.1, p.216.

原文は次のようなものである : La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste donc à autre chose qu'à souffrir que celui à qui elle est due, se serve de la chose pour l'usage pour lequel il a droit de s'en servir, ou à s'abstenir de ce que celui à qui elle est due a droit d'empêcher qu'on y fasse.

*59 ただし、その例外を容認する場合がある点は、前述 3 (a) 参照。

*60 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.181, p.281 et s.

*61 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.230, p.322 et s.

*62 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.2, p.150.

原文は次のようなものである : La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étoient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi société,

は、ある遺言が複数の受遺者について共同体的に為されたときである」*63、「この共同体（または財産共同）は、契約ではなく、準契約であり、それはそれらの物が共有である者らの間に、組合契約から生じる obligation に類似した obligation を形成する。……。組合と共同体（財産共同）との違いは、このことからしか構成されない」*64。すなわち、Pothier の理解によれば、組合と共同体（財産共同）（communauté）との主たる違いは、その成立根拠が異なる点、すなわち、契約によって成立するか、準契約（quasi-contrat）によって成立するか、という点なのであり、かつ、組合も共同体（財産共同）（communauté）の一類型なのである。

次に、Pothier は、相隣関係（voisinage）につき、次のように述べる。「相隣関係は、近隣の者の間に、すなわち、いずれも隣接する土地の所有権者または占有者の間に、相互的な obligations を形成する準契約である」*65。すなわち、Pothier の理解によれば、相隣関係もまた、準契約なのである。ここで、Pothier は、相隣関係については、共同体（財産共同）（communauté）の一類型とは述べていない。ただし、Pothier は、相隣関係に関する諸規律の1つとして挙げる境界標の設置（bornage）に関する規律について、次のように述べ

*63 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.2, p.150.

原文は次のようなものである : il y a aussi une communauté qui se forme entre plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles aucune convention, ni par conséquent aucun contrat de société ; comme lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires :

*64 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.2,

pp.150-151. 原文は次のようなものである : Cette communauté n'est pas un contrat, mais c'est un *quasi-contrat*, qui forme entre les personnes entre lesquelles les choses sont communes des obligations semblables à celles qui naissent du contrat de société. C'est en cela seulement que consiste la différence de la société et de la communauté. 同旨、同, No.182,

p.282 「組合とこの種の共同体との主要な違いは、組合は契約であって、そこから生じる共同体は、当事者の意思（表示）と同意によって形成されるが、対照的に、この種の共同体は、契約ではなく、それは当事者の同意や意思（表示）なく、形成されることである」 原文は次のようなものである : La principale différence entre la société et cette espèce de communauté, c'est que la société est un contrat, et que la communauté qui en résulte est formée par la volonté et le consentement des parties. Au contraire, cette espèce de communauté n'est pas un contrat, et elle se forme sans le consentement et la volonté des parties.

*65 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.230, p.322.

原文は次のようなものである : Le voisinage est un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins, c'est-à-dire entre les propriétaires ou possesseurs d'héritages contigus les uns aux autres.

ている。「共同体（財産共同）が、共有である物の共有者に、それらの一方が要求するときは、当該共同体（財産共同）が生じうる訴訟や衝突を阻止するために、それらを分割することを義務づけるのと同様に、相隣関係も、近隣の者の一方が要求するときは、境界標の欠缺が生じうる篡奪や訴訟を阻止するために、それらの土地を境界標で縁取することを義務づけている」*66。すなわち、Pothier は、相隣関係を、共同体（財産共同）（communauté）と対比して考えられるべきもの、類似したものとして認識していることがうかがえるのである。

このように、Pothier の理解によれば、相隣関係に関する諸規律（後のフランス民法典において自然役権および法律上の役権に関する諸規定に相応するもの）は、共同体（財産共同）（communauté）または相隣関係（voisinage）の準契約（quasi-contrat）に基づくものとして位置づけられる。このような準契約に基づく諸規律が生じる権利は、前述（2（a）および（b）参照）した物権（jus in re）の諸類型のうちには含まれていなかった上、物権（jus in re）であると述べられる箇所は見受けられない。また、このような準契約から生じる obligation の性質について、一部の obligation、たとえば共有壁のために必要となった修繕についてそれぞれ隣合う者（chacun des voisins）が負うとされる obligation*67などは、必ずしもその性質が、人的に定まる性質（personnelle）か物的に定まる性質（réelle）か明らかではない。しかし、前述（2（c）参照）したように、相隣関係（voisinage）の準契約に基づくとされる境界標の設置（bornage）に関する規律など、明示的に、人的に定まる性質の obligation（obligation personnelle）を生じるものと解されるものが存在するのである。さらに、このように準契約に基づくとされるこれらの諸規律は、組合や共同体（財産共同）（communauté）に共通する規律や、それに類する規律の適用を受けることとなる。たとえば、Pothier は、共同体（財産共同）に共通する一般原則として次のようなことがらを挙げている。「一般的な原則であることには、ある物の共同体は、その物が共有で帰属する者らの各人に、その物がその性質ゆえに、定められているところの使用法について利用する権利を与える」*68。すなわち、共同体（財産共同）においては、定められた使用法による

*66 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.231, p.322.

原文は次のようなものである： De même que la communauté oblige ceux entre qui des choses sont communes à les partager, lorsque l'un d'eux le demande, pour empêcher les contestations et les différends que la communauté peut occasioner; de même le voisinage oblige les voisins à borner leurs héritages, lorsque l'un d'eux le demande, pour empêcher les usurpations et les contestations auxquelles le défaut de bornes peut donner occasion.

*67 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.219, pp.312-313.

*68 R. J. Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, t, VII, Nouvelle éd., Paris, 1821, No.207, pp.297-298. 原文は次のようなものである： C'est un principe général, que la communauté

用法制限が生じるのである。

このように、Pothier の理解においては、相隣関係に関する諸規律（後のフランス民法典の下での自然役権および法律上の役権に関する諸規定に相応するもの）は、準契約（quasi-contrat）に基づくものとして位置づけられていたのであり、それらが生じる obligation は、人的に定まる性質（personnelle）であるとされるものが存在するなど、所有権の行使の一形態とも、役権とも解されていなかったのみならず、そもそも物権とすら解されていなかったと解しうる面が見受けられるのである。そのため、後にフランス民法典の下での自然役権および法律上の役権に関する諸規定について生じるような、所有権か不動産役権かという位置づけの問題は、Pothier の理解においては生じなかったのである。

第2章 フランス民法典

1、所有権（droit de propriété）

前述（第1章1（a）参照）したように、フランス民法は、所有権について、次のように定める。フランス民法 544 条「所有権は、法律または命令により禁じられた使用をしない限り、最も絶対的な態様で物の使用収益および処分をなす権利である」。前章（第1章1（a）参照）において見たように、フランス民法制定以前において、domaine の語は、所有権の組織構造（organisation de la propriété）に関する2つの立場に応じて、異なることがらを意味していた。つまり、「二重の domaine 理論」に基づくならば、並立的所有権（propriétés simultanées）、すなわち、所有権を意味していたのであり、Pothier のように、単独の者に排他的に帰属する所有権としての理解に基づくならば、所有権に含まれる諸権利を意味していたのである。このうち、Pothier の理解する所有権は、フランス民法典の下で理解される所有権と同じく、単独の者に排他的に帰属するものであった。したがって、所有権の組織構造に関しては、フランス民法典の立場は、Pothier の立場と大差ないと言える。

次に、フランス民法の制定後において、上述したように、フランス民法は、所有権の定義（フランス民法 544 条）において、domaine の語を用いない。しかし、それでもなお、制定当初のフランス民法においては、土地または所有地の意味において domaine の語を用いる条文（フランス民法 591 条、624 条など）のほかに、何らかの権利の意味において domaine の語を用いる条文があった（フランス民法（旧）2226 条）*69。そのため、この語は、フ

d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commun, le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est, par sa nature, destinée, avec ce tempérament... ..

*69 ただし、旧 2226 条は、2008 年の時効法の改正によって、2260 条に移転されると共に、

フランス民法典制定後も、19 世紀前半期の学説を中心として、1 つの物について 1 つの所有権のみが排他的に成立するという理解の下で、何らかの権利の意味において用いられる場合に、所有権を意味するか、それ以外を意味するかという点について立場が分かれることとなる（後述、第 3 章第 1 節 1、第 2 節 1、第 4 章 1 参照）。

2、物権（droits réels）

（a）物権の種類

前述（第 1 章 2（a）および（b）参照）したように、Pothier の理解において、物権の種類は、領主の domaine（domaine direct）、土地ラントの権利（droit de rente foncier）、裁判の権利（droit de justice）なども含んでおり、多数存在していた。

これに対して、フランス民法典の下においては、物権と明示される権利の種類が少ない。まず、フランス民法典が、物権篇と目される第 2 卷 諸財および所有権の様々な修正（Des biens et des différentes modifications de la propriété）で取り扱っている物権は、所有権の他に、用益権（usufruit）、使用権（usage）、および居住権（habitation）（第 2 卷、第 3 編）と、不動産役権（第 2 卷、第 4 編）のみである。これらの他には、唯一、抵当権が、明文において物権（droit réel）であると明示されるされているのみである（フランス民法（旧）2114 条 1 条）*70。そのため、これらの種類の他に、物権と解すべき類型があるか、という点に関して議論が生じることになるのである。また、フランス民法典は、これらの物権のいずれについても、所有権から生じる支分権（démembrement）であるとは述べていない。そのため、所有権以外の物権について、支分権と解すべきかという点や、解すべきであるとしても全ての物権を所有権の支分権と解すべきかという点について議論が生じることになるのであり、次章（第 3 章）以降で見るように各学説がそれぞれ少しずつ異なる理解を示すことになるのである。

（b）物権の objet

前述（第 1 章 2（c）参照）したように、Pothier の理解において、物権（jus in re、droits réels）の objet は明示されていなかった。しかし、そうとはいえども、物権について①対象としての objet、および、②利益としての objet の 2 つの類型を区別する余地がうかがわれた。また、物権（jus in re）以外の jus ad rem などの objet については、3 つのことがらを意味する類型が見受けられた。

フランス民法典は、物権（droit réel）についても、それ以外についても、一部の条文において objet の語を用いている。たとえば、不動産財に関するフランス民法 526 条は、

domaine の語は用いられなくなった。現行条文は次のようなものである： On ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce.

*70 ただし、旧 2114 条は、2006 年の改正によって、2393 条 1 項に移転された。

次のように定める。フランス民法 526 条「(次の諸財が) 不動産であるのは、それらがあてはめられる objet ゆえである。すなわち、不動産たる物の用益権、役権、不動産返還請求を目的とする訴権である」*71。しかし、フランス民法典は、objet の語が複数のことがらを意味しうることにについて、その旨を明示的に述べるわけではない。そのため、フランス民法典の下においても、物権の objet がいかなることがらを意味しうるかという問題は、学説において論じられることになるのである。

3、不動産役権および相隣関係に関する諸規定

(a) 物権の負担を負う物の所有権者の義務

前述(第1章3(a)参照)したように、Pothier の理解において、物権の負担を負う物の所有権者が、義務(obligation)、とりわけ作為義務を負いうるかという問題は、各物権ごとに検討されていた。そこにおいて、一方では、物権の負担を負う物の所有権者が作為義務を負うことが、本質的要素である類型が存在した。他方では、とりわけ広義の servitude は、広義の servitude に作為義務なしの考えによる拘束を受けていたが、それでもなお用益権(usufruit)を負担する物の所有権者(虚有権者)は、大規模修繕(grosses réparations)の義務を負いうるものと解されていた。

これに対して、まず、Pothier の理解において、物権の負担を負う物の所有権者が作為義務を負うことが本質的要素であるとされていた土地ラントの類型は、フランス革命に際して、封建制に汚された(entachées de féodalité)ものであると判断されたために廃止され(1790年12月18-29日の法律など)、フランス民法典は、物権の負担を負う物の所有権者が作為義務を負うことが、本質的要素である類型を、物権篇(第2巻)において規定せず、また、物権としても明示していない。そのため、物権を負担する物の所有権者、または、その他の者が、義務(obligation)を負うことがありうるかという問題は、明らかではなくなり、学説の解釈によることとなった。

また、用益権(usufruit)を負担する物の所有権者(虚有権者)が、大規模修繕(grosses réparations)について、作為義務を負うかという問題は、フランス民法典の下においても、明示的には規定されなかった(フランス民法 605、607 条)。フランス民法 605 条は次のように定める。「①用益権者は、維持管理の修繕についてしか義務を負わない。②大規模修繕は、所有権者の負担に留まる。ただし、それらが用益権の開始以来の、維持管理の修繕の欠缺によって生じた場合を除くのであり、この場合においてはそれもまた用益権者が義務を負うのである」*72。また、フランス民法 607 条は次のように定める「所有権者も、用

*71 条文は次のようなものである : Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : — L'usufruit des choses immobilières ; — Les servitudes ou services fonciers ; — Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

*72 条文は次のようなものである : L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. —

益権者も、老朽化によって崩落し、または、不可抗力によって打ち壊されたものを再建する義務は負わない」*73。

さらに、フランス民法典は、不動産役権を負担する承役地の所有権者について、役権の行使のために必要な工作物についての出捐または設置を、両当事者間の約定によって、承役地の所有権者の義務とすることを明文上認めた（フランス民法 698、699 条）。フランス民法 698 条は、役権を行使しまたは保存するために必要な工作物（*ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver*）につき、次のように定める。「これらの工作物は、役権の設立権原（証書）が反対のことを述べない限り、要役地の所有権者の費用において施されるのであり、承役地の所有権者の費用においてではない」*74。

このため、物権の負担を負う物の所有権者、または、その他の者が、義務（*obligation*）、とりわけ作為義務を負いうるかという問題は、物権全般の特徴に関係しうる問題であるものの、主として上述した用益権（*usufruit*）や不動産役権など、広義の *servitude* の類型において、検討されることとなり、これらの権利に関する条文が、ローマ法源以来の、広義の *servitude* に作為義務なしの考え（前述、第 1 章 3（a）（1）参照）と、どのような関係を有するかという問題と共に、学説上、様々な理解が示されることになるのである。

（b）相隣関係に関する諸規定——自然役権および法律上の役権

前述（第 1 章 3（b）参照）したように、Pothier の理解において、相隣関係に関する諸規律は、共同体（財産共同）（*communauté*）または相隣関係（*voisinage*）に関する準契約（*quasi-contrat*）に基づくものと解されており、少なくとも一部のものは、人的に定まる性質の義務（*obligation personnelle*）を生じるものと述べられていた。

これに対して、フランス民法典は、前述（序論 1（a）参照）したように、相隣関係に関する諸規定を、自然役権および法律上の役権と名付け、条文上、役権の編（第 2 巻、第 4 編、第 1 章および 2 章）に置いた。これにより、自然役権および法律上の役権が、所有権の行使の側面に過ぎないか、それとも物権たる役権であるか、という点について議論が生じることになるのである。

Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu.

*73 条文は次のようなものである：Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit.

*74 条文は次のようなものである：Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.

第3章 一部物権支分権説による理解

本章では、フランス民法典の下で、主として C. Delvincourt や A. Duranton らによって、フランス民法制定直後から 19 世紀の前半頃にかけて主張された立場を検討する。これらの者は、物権の種類のうち、一部の物権のみが所有権の支分権（*démembrement*）であると解する説、すなわち、一部物権支分権説の立場を採用するのであり、Pothier の全物権支分権説に基づく立場とは異なっている。

そこで本章においては、第 1 節において、Delvincourt を取り扱い、第 2 節において、Duranton を取り扱うことにし、それぞれ、第一に、所有権に関して *domaine* の語の用法を確認し、第二に、物権および支分権の定義や類型、特徴、および、物権の *objet* とを取り扱い、第三に、不動産役権、自然役権および法律上の役権に関連する問題を取り扱うこととする。

第1節 Delvincourt

1、*domaine* の語義

前述（第 1 章 1（b）参照）したように、Pothier は、*domaine* の語を、所有権や物権が有する、物についての権利または特権の意味で用いており、*domaine* の語は所有権と同義ではなかった。

これに対して、Delvincourt は、物権（*droit réel*）や支分権（*démembrement*）に関する一節において、次のように述べる。「私はここで抵当権については述べないが、しかしそれは物権であり、ただしそれが対物訴権を生じる、すなわち、それはあらゆる一時占有者（他主占有者）に対して行使されうるという意味においてのみである。実際、言及すべきことには、私はここでは、それらが所有権の支分権である、すなわち、それらが物の *domaine* の真の一部を為し、それらが所有権に再統合され、または、所有権から切り出されることに応じて、その価値を増大したり縮減したりする限りにおいてしか、物権を取り扱わない。ここで、これらの特徴は抵当権においては出くわされない。すなわち、それは決して所有権の支分権ではない……」*75（傍点は柴田による）。すなわち、Delvincourt の理解によ

*75 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, pp.337-338. 原文は次のようなものである：Je ne parle point ici de l'hypothèque, qui est cependant un droit

れば、所有権 (propriété) の支分権 (démembrement) であることは、当該権利が物の domaine の真の一部を為すことを意味するのである。Delvincourt の理解においては、所有権のみが domaine と呼ばれるのであり、所有権の支分権を為す物権の類型は、domaine の一部を為すものであって、当該物権自体が所有権とは別の domaine の類型を構成するものとは考えていない。このことは、Pothier が、所有権たる domaine (domaine de propriété) の他に、所有権の支分権とされた領主の domaine についても、domaine の語を用いていた点とは異なる (前述、第 1 章 1 (b) 参照)。なお、上に引用した一節については、すぐに改めて触れることになる (後述、2 (a) 参照)。

ただし、Delvincourt は、このような何らかの権利を指す用語法のほかに、次のように domaine の語を用いる箇所も見受けられる。たとえば、Delvincourt は、灌漑 (irrigation) のための水路 (canal) に関連して、次のように述べる。「ある domaine がある流水によって横切られていて、しかしながら、当該 domaine の所有権者がその水を使用する権利を有しない、ということはあるのである、……」*76。この箇所において、Delvincourt が用いる domaine の語は、単に土地、または、所有地を意味するのであって、所有権や、所有権が含む諸権利など、何らかの権利を意味するわけではない。

このように、Delvincourt の理解において、domaine の語は、土地または所有地を意味する場合もあるが、権利を意味する場合には、所有権を指す意味で用いられているのである。したがって、domaine が権利を指す場合において、所有権 (propriété) でない domaine は存在しないのであり、また、Pothier とは異なり、domaine de la propriété という表現は登場しないのである。

2、物権、支分権 (démembrement) の定義、類型およびその特徴

前述したように、Pothier は、まず、所有権をはじめとして、全ての物権は、所有権の支分権であると解していた (前述、第 1 章 2 (a) 参照)。また、物権 (jus in re, droits réels) または、物において有する権利 (droit que nous avons dans une chose) に関しては、その権利を有する者に一定の観点で帰属した物から何らかの利益、有用性を引き出す権利である

réel, mais seulement dans le sens qu'elle produit l'action réelle, c'est-à-dire qu'elle peut être exercée contre tout détenteur. En effet, il faut remarquer que je ne traite ici des droits réels, qu'autant qu'ils sont des démembrements de la propriété, c'est-à-dire qu'ils font réellement partie du domaine de la chose, qu'ils en augmentent ou en diminuent la valeur, suivant qu'ils sont réunis à la propriété, ou qu'ils en sont détachés. Or, ces caractères ne se rencontrent point dans l'hypothèque : elle n'est point un démembrement de la propriété ;

*76 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.12. 原文は次のようなものである : Qu'il est possible qu'un domaine soit traversé par une eau courante, et que le propriétaire du domaine n'ait cependant pas le droit d'user de l'eau ;

と解していた。そこでは、物権の特徴の1つとして、①対象としての *objet* と、②利益としての *objet* との2つの種類の *objet* を想定する余地があった（前述、第1章2（b）および（c）参照）。そこで、以下では、これらの点に関する理解につき、順に取り扱い、それぞれ Pothier の理解とどのように異なるか順に究明することとする。

（a）物権の種類と支分権の種類

Delvincourt は、まず、物権 (*jus in re*) と *jus ad rem* について次のように述べる。「財に関して、2つの種類の権利を有しうる。すなわち、*jus in re* と言われる、物における権利か、または、*jus ad rem* と言われる、物に対する権利かである」*77。Delvincourt は、この区分を踏まえて、物権 (*jus in re*) と *jus ad rem* につきそれぞれ次のように述べる。「物における権利は、誰であれそれを占有する者に対してその物を追求する能力を与えるものである。この権利により、対物訴権と称される訴権が生じる」*78。「物に対する権利とは、我々に対して、我々にそれに関係するところの物を付与する *obligation* を契約した者にのみ、追求する権利である。この権利により、対人訴権と称する訴権が生じるのである。」*79。すなわち、Delvincourt の理解によれば、物権 (*jus in re*) すなわち物における権利 (*droit dans la chose*) であるか、*jus ad rem* すなわち物に対する権利 (*droit à la chose*) であるかは、当該権利が特定の物を追求する態様に応じて決まる。当該権利が、それに関係する特定の物を、当該物が誰の手中にあるかを問わずに追求する能力 (*faculté de poursuivre la chose*) を付与するならば、その権利は物権 (*jus in re*, *droit dans la chose*) であり、対物訴権を生じる。これに対して、当該権利が、それに関係する物を、その物の給付につき義務 (*obligation*) を負う特定の者に対してのみ追求する権利 (*droit de poursuivre seulement le personne*) しか付与しないならば、その権利は *jus ad rem* (または *droit à la chose*) であり、対人訴権を生じるのである。このような区分に基づき、Delvincourt は、対物訴権を生じる権利として、相続権 (*hérédité*)、広義の *servitude*、質権 (*gage*) または抵当権 (*hypothèque*) などを列

*77 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.309. 原文は次のようなものである : On peut avoir, relativement aux biens, deux espèces de droits : le droit dans la chose , dit *jus in re* , ou droit réel ; et le droit à la chose , dit *jus ad rem*.

*78 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.309. 原文は次のようなものである : Le droit dans la chose est celui qui donne la faculté de poursuivre la chose contre celui qui la possède , quel qu'il soit. De ce droit, naît l'action nommée *réelle*.

*79 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.310. 原文は次のようなものである : Le droit à la chose est celui que nous avons de poursuivre seulement la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous donner la chose dont il s'agit. De ce droit, résulte l'action dite *personnelle*.

挙げているのである*80。なお、Delvincourt の理解によれば、最後の引用箇所において述べていた義務 (obligation) とは、作為義務を想定していることがうかがえる。また、当該義務 (obligation) について、その性質が、人的に定まる性質 (personnelle) か、物的に定まる性質 (réelle) かという問題 (前述、第 1 章 2 (c) 参照) については、後述 (3 (a) 参照) するように、役権の承役地の所有権者による工作物の負担 (フランス民法 698 条) の点において明らかにされることになる。

次に、Delvincourt は、支分権 (démembrement) の概念について、前述 (1 参照) した箇所を改めて詳しく引用すれば、次のように述べていた。「私はここで抵当権については述べないが、しかしそれは物権であり、ただしそれが対物訴権を生じる、すなわち、それはあらゆる一時占有者 (他主占有者) に対して行使されうるという意味においてのみである。実際、言及すべきことには、私はここでは、それらが所有権の支分権である、すなわち、それらが物の domaine の真の一部を為し、それらが所有権に再統合され、または、所有権から切り出されることに応じて、その価値を増大したり縮減したりする限りにおいてしか、物権を取り扱わない。ここで、これらの特徴は抵当権においては出くわされない。すなわち、それは決して所有権の支分権ではないのであり、抵当権は、所有権者の手中においてその価値を縮減せず、所有権者はそれがいかなる価値に値しうるとしても、たとえ抵当権がその価値を超えて課されているとしても、いつでも売却できるのに対して、しばしば、もし用益権が課されていたならば、所有権者は、その真の価格の半分は引き出せないのである」*81 (傍点は柴田による)。すなわち、まず、Delvincourt の理解によれば、支分権 (démembrement) とは、所有権からその一部 (partie) として切り出された (détachés) ものであり、それにより、母体たる所有権の価値 (valeur) を縮減し、また、所有権に再統合

*80 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, pp.309-310. なお、同書, p337 によれば、不動産質 (antichrèse) は、jus in re を有しない権利であると解されている。

*81 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, pp.337-338. 原文は次のようなものである : Je ne parle point ici de l'hypothèque, qui est cependant un droit réel, mais seulement dans le sens qu'elle produit l'action réelle, c'est-à-dire qu'elle peut être exercée contre tout détenteur. En effet, il faut remarquer que je ne traite ici des droits réels, qu'autant qu'ils sont des démembrements de la propriété, c'est-à-dire qu'ils font réellement partie du domaine de la chose, qu'ils en augmentent ou en diminuent la valeur, suivant qu'ils sont réunis à la propriété, ou qu'ils en sont détachés. Or, ces caractères ne se rencontrent point dans l'hypothèque : elle n'est point un démembrement de la propriété ; elle n'en diminue pas la valeur dans la main du propriétaire, qui vendra toujours le fonds tout ce qu'il peut valoir, quoiqu'il soit grevé d'hypothèques bien au delà de sa valeur ; tandis que, souvent, il n'en retirera pas la moitié du prix réel, s'il est grevé d'un usufruit.

され (réunis) ることで母体たる所有権の価値を増大するものであり、かつ、そのような特徴を有するものに限られるのである。Delvincourt は、ある物権が、所有権の価値 (valeur) の増大や縮減を生じるかという点を、支分権たる物権と支分権ではない物権とを区別するための基準として用いているのである。また、Delvincourt の理解によれば、抵当権は、一方では、それに関係する特定の物を、当該物が誰の手中にあるかを問わずに行使・追求する能力を付与する点において、物権 (jus in re) である。しかし、他方では、所有権の価値 (valeur) を縮減させ、または、増大させるという支分権の特徴を有しないのであり、したがって、所有権の支分権ではないのである。

また、Delvincourt は、支分権たる物権の類型について、所有権から切り出されうる態様に関連して、次のように述べる。「所有権から切り出された限りない物権が存在しうるのであり、かつ、そこで数多くの支分権として存在しうるのである。一層の容易性のために、我々は、それらを、他の全てを包含する主たる 2 つの種類に還元するのであり、すなわち、使用収益の権利と、役権である」*82。さらに、ここで述べる使用収益の権利 (droit de jouissance) については、直後の箇所において次のように述べる。「使用収益の物権は、その物の生産物の全部または一部を包含しうる。前者の場合 (全部) においては、それは用益権と称するのであり、後者の場合 (一部) においては、もしそれが土地に適用されるならば、それは使用権の名を有し、もしそれが家に関するならば、居住権の名を有するのである」*83。すなわち、Delvincourt の理解によれば、所有権から切り出された支分権である物権は、限りなく様々な切り出され方があるものの、全て、用益権 (および使用権、居住権) または役権のいずれかの類型に該当するものなのである。言い換えれば、所有権の支分権である権利の類型は、用益権 (および使用権、居住権) と役権のみであることになるのである。

したがって、Delvincourt は、物権 (jus in re) の類型のうち、用益権 (および使用権、居住権) と役権、または、それらのいずれかに還元できる類型を所有権の支分権であると解する一方で、抵当権など所有権の支分権ではない物権を認めているのである。ここにおい

*82 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.337. 原文は次のようなものである : ... il peut exister une infinité de droits réels détachés de la propriété, et qui en sont comme autant de démembrements. Pour plus grande facilité, nous les réduirons à deux espèces principales, qui comprendront toutes les autres, droit de jouissance, et droit de servitude. その他、同書, p.302 など各所において用益権や役権は所有権の支分権であると述べられている。

*83 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.337. 原文は次のようなものである : Le droit réel de jouissance peut embrasser tout ou partie des produits de la chose. Dans le premier cas, il se nomme usufruit ; dans le second, il prend le nom d'usage, s'il s'applique à un fonds ; et d'habitation, s'il s'agit d'une maison.

て、Delvincourt は一部物権支分権説の立場を主張していることがわかるのである。

(b) 物権の objet

次に、物権の objet は何かという点を明らかにすることによって、objet の概念が、物権の特徴を形成するか、という問題を取り扱う。まず、前述（第 2 章 2 (b) 参照）したように、フランス民法 526 条は、不動産財に関連して、次のように、objet の語を用いていた。フランス民法 526 条「(次の諸財が) 不動産であるのは、それらがあてはめられる objet ゆえである。すなわち、不動産たる物の用益権、役権、不動産返還請求を目的とする訴権である」。当該条文が用いる objet は、対象物を意味するものであり、前述（第 1 章 2 (c) 参照）した、①対象としての objet と、②利益としての objet との区別に基づくならば、①対象としての objet である。このような用語法に基づき、Delvincourt は、無形の財、すなわち、権利につき、次のように objet の語を用いる。「無形の財とは、権利においてしか構成せず、謂わば、民法上にしか存在しないものであり、たとえば、債権、訴権、積極的（能動的）役権などである。……。したがって、これらの財は、現実のかつ実際の存在を有さず、そこから帰結することには、それらはそれらが結びつけられる objet の性質以外の性質を有することはできないということである。したがって、それらは、この objet がそれ自体動産か不動産かに応じて、動産または不動産であることになる」*84。また、同旨を述べて、とりわけ物権につき、次のように objet の語を用いる。「狭義の物権は、それらが当てはめられる objet の性質を有し、したがって、その objet 自体に応じて、動産または不動産である」*85。さらに、用益権につき、次のように objet の語を用いる。「用益権者は、その objet の形態を変えることも、性質を変えることもできない」*86。「もし、用益権が立脚するところの objet に関する訴訟が生じるならば、用益権者は、その使用収益が訴訟の直接の目標

*84 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.300. 原文は次のようなものである : Les biens incorporels sont ceux qui ne consistent que dans un droit, et qui n'existent, pour ainsi dire, que civilement ; telles sont les créances, les actions, les servitudes actives. ... ces biens n'ayant donc pas d'existence réelle et effective, il en résulte qu'ils ne peuvent avoir d'autre nature que celle de l'objet auquel ils se rapportent. ils seront donc meubles ou immeubles, suivant que cet objet le sera lui-même.

*85 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.338. 原文は次のようなものである : les droits réels, proprement dits, prennent la nature de l'objet auquel ils s'appliquent, et sont en conséquence meubles ou immeubles, suivant que les objets le sont eux-mêmes : ...

*86 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.375. 原文は次のようなものである : il ne peut, en conséquence, changer la forme ni la nature de l'objet. なお、同書, p.401 も同旨の文面で objet の語を用いる。

である限りにおいてしか、費用の負担やその他の有責性による負担の義務を負わない」*87。すなわち、これらの各箇所 で用いられる objet の語は、①対象としての objet であることがわかる。

これに対して、Delvincourt は、役権の負担 (charge) に関して、次のように objet の語を用いる。「役権は、ある土地または建物について、別の所有権者に帰属する土地または建物の使用や有用性のために課される負担である。一般に、負担、と言う。なぜなら、実際、その語自体が指し示すように、objet であることがなくしては、役権が承役地について費用が掛かるとは解され得ないからである」*88。ここで、上述したフランス民法 526 条に基づけば、役権の①対象としての objet は、土地または建物 (héritage) である。これに対して、直前の引用箇所によれば、役権を負担する承役地の所有権者の側からみて、負担 (charge) であることがら (fait) とは、要役地の所有権者の側からみれば、要役地の使用 (usage) や有用性 (utilité) のために享受する利益であることがらを指すことがうかがわれる。つまり、この箇所 で用いられる objet の語は、②利益としての objet であることがわかるのである。

なお、その他に、フランス民法 524 条 1 項は、不動産財につき、次のように定めて objet の語を用いる。「①土地の所有権者が、この土地の利便や利用開発のためにそこに存置した objets は、用法ゆえの不動産である」*89。当該条文が用いる objet は、単に物体を意味する。また、Delvincourt も、物権 (jus in re) や jus ad rem という区別とは無関係に、次のようにも objet の語を用いる。「動産は、一般に、ある場所から別の場所へ、動物のように、それ自身によってであれ、無生物のように、外部的な力の効果によってであれ、輸送され得る objet である」*90。「法に於いては、一般に、それらの性質ゆえに、動産の類型に帰

*87 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, pp.399-400. 原文は次のようなものである : s'il survient un procès relatif à l'objet sur lequel repose l'usufruit, l'usufruitier n'est tenu des frais et autres condamnations, qu'autant que la jouissance est l'objet direct de la contestation.

*88 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.1. 原文は次のようなものである : La servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage, appartenant à un autre propriétaire. On dit une charge : Parce qu'en effet on ne peut concevoir de servitude, comme le mot même l'indique, sans que le fait qui en est l'objet, ne soit onéreux à l'héritage servant.

*89 条文は次のようなものである : Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination. なお、旧 524 条は、2015 年に 2 項以降が改正されたが、1 項は原文のままである。

*90 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.286. 原文は次のようなものである : Les meubles sont, en général, les objets qui peuvent se transporter

属するところの様々な *objet* を不動産に含めているのである」*91。「それらの性質ゆえの不動産財は、ある場所から別の場所へ輸送され得ないものであり、たとえば、土地、それらに附着している *objet*、……」*92、等々*93。これらの箇所で用いられる *objet* の語は、上述したフランス民法 524 条 1 項と同様に、単に、物体を指すものであることがうかがえるのであって、物権 (*jus in re*) や *jus ad rem* などの権利の *objet* として述べられたものではないのである。

このように、Delvincourt は、物権の *objet* に関して、①対象としての *objet* の意味において用いられる場合が多く見られた。しかし、少なくとも役権に関しては、②利益としての *objet* の意味において用いられる場合も見受けられ、その場合において、当該 *objet* の語が意味する内容は、承役地の側にとっての負担 (*charge*) であり、要役地の側にとっての利益であった。したがって、Delvincourt の理解においても、物権は、①②の 2 つのタイプの *objet* を想定しているのである。また、Delvincourt は、このように、物権の *objet* が何かという問題に関して、何ら支分権 (*démembrement*) の概念に基づく説明をしていない。したがって、Delvincourt の理解において、物権の *objet* は、支分権の概念と結びつけられていないことがうかがわれるのである。

3、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題

(a) 物権の負担を負う物の所有権者の作為義務

Pothier の理解においては、物権を負担する物の所有権者（物権の設定者）が、義務 (*obligation*)、とりわけ作為義務を負うことは、少なくとも一般的に否定されるものではなく、所有権者である者が作為義務を負うことを本質的要素とする類型が存在したほか、広義の *servitude* に作為義務なしの考えの拘束の下でもなお、例外的に義務を認める場合が見受けられた（前述、第 1 章 3 (a) (1) および (2) 参照）。これに対して、前述（第 2

d'un lieu à un autre, soit par eux-mêmes, comme les êtres animés, soit par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées.

*91 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.287. 原文は次のようなものである : en droit, on met au nombre des immeubles, divers objets qui, par leur nature, appartiennent à la classe des meubles.

*92 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, pp.287-288. 原文は次のようなものである : Les biens immeubles par leur nature sont ceux qui ne peuvent être transportés d'un lieu à un autre, tels que les fonds de terre, et les objets qui leur sont adhérens,

*93 その他、C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.297 et 335 ; C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.2 et 88 など。

章3 (a) 参照) したように、物権を負担する物の所有権者が、義務 (obligation)、とりわけ作為義務を負いうるかという問題は、フランス民法典の下では、主として、用益権 (usufruit) と不動産役権に関して議論されることとなった。そこで以下では、当該問題に関する Delvincourt の理解を、用益権と不動産役権について究明しながら、Pothier の理解と比較することにする。

(1) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務

まず、用益権 (usufruit) について、Delvincourt は、広義の servitude に作為義務なしの考え (前述、第1章3 (a) (1) 参照) の根拠とされるローマ法源の法文 (D. 8, 1, 15, 1) に言及する*94。その上で、それにもかかわらず、所有権者の大規模修繕について、次のように述べる。「私は、Pothier の *Traité du Douaire*, No.246 と共に、所有権者は、その負担における修繕を為すべく強いられ得ると思いたいのであり、私はこれに関してはフランス民法 605 条に基礎づけるのであり、本条は、大規模修繕が用益権者の負担におけるのでないというに留まらず、明示的にそれが所有権者の負担におけると言っているのである。すなわち、したがって、所有権者はそれらを為す義務を負う……」*95。すなわち、Delvincourt の理解によれば、用益権を負担する物の所有権者は、大規模修繕 (grosses réparation) を為すことにつき、強いられ得る (peut être contraint) のである。Delvincourt は、ここで obligation の語を用いていないとはいえども、明示的に Pothier の立場に賛同し、用益権の設定を受けた所有権者について、義務を負い、とりわけ、作為義務を負いうることを認める。このとき、Delvincourt は、Pothier (前述、第1章3 (a) (1) 参照) と同様に、この点に関して、所有権者が負う大規模修繕の義務が、人的に定まる性質 (personnelle) であるか、物的に定まる性質 (réelle) であるかという点に明示的には触れていない。もっとも、用益権を負担する物の所有権者が負うとされる大規模修繕の作為義務は、広義の servitude に作為義務なしの考えとの関連において言及されている。そのため、まず、Delvincourt の理解において、当該大規模修繕の作為義務と、広義の servitude に作為義務なしの考えが否定している作為義務とは、同一の性質を有することがうかがわれるのである。そうであれば、また、Delvincourt の理解において、広義の servitude に作為義務なしの考えは、一般的に広義の servitude について拘束を課すものであるとしても、例外を許さないものではないと捉えら

*94 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.398.

*95 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 2, Bruxelles, 1827, p.398. 原文は次のようなものである : je penserais avec Pothier, du Douaire, n° 246, que le propriétaire peut être contraint de faire les réparations qui sont à sa charge ; je me fonde à cet égard sur l'article 605, qui ne se contente pas de dire que les grosses réparations ne sont pas à la charge de l'usufruitier, mais qui dit formellement qu'elles sont à la charge du propriétaire : donc le propriétaire est tenu de les faire ;

れていることがわかるのである。このような理解は、役権に関するフランス民法 698 条に関連して一層明確になる。

(2) 承役地の所有権者が負担する工作物の負担 (フランス民法 698 条)

次に、役権の工作物に関する設置の負担 (フランス民法 698 条) について、Delvincourt は、ここでも、広義の *servitude* に作為義務なしの考え (前述、第 1 章 3 (a) (1) 参照) の根拠とされるローマ法源の法文 (D. 8, 1, 15, 1) を引用した上で、次のように説明する。

「この原則自体は、役権は物によって負うものと見なされることに基礎づけられているのである。ここで、一般にある物に作為の義務を課すことはできない」 *96。すなわち、Delvincourt の理解によれば、まず、広義の *servitude* に作為義務なしの考えは、原則である。その上で、Delvincourt は、フランス民法 698 条が、承役地の所有権者に課すことを認めた作為義務について、次のように述べる。「承役地の所有権者は、一時占有者としてしか義務を負わないのであり、したがって、人的に定まる性質として負うのではないのであり、したがって、その訴権は物的でしかあり得ないのである。……。したがって、謂わば、1 つ目に加えられた 2 つ目の役権であり……」 *97 (傍点は柴田による)。「それらの工事を為す義務は、2 つ目の役権と解されて、この分野における一般原則についての例外であり……」 *98 (傍点は柴田による)。「修繕の *obligation* は、……、物的に定まる性質である。したがって、それは土地に割当するのであり、……」 *99 (傍点は柴田による)。前述 (2

(a) 参照) したように Delvincourt の理解において、物権 (*jus in re*) すなわち物における権利 (*droit dans la chose*) とは、その権利者が、誰であれその物を占有する者に対して追求する能力を有する権利であり、対物訴権を生じるものであった。ここで、これらの引用箇所について、Delvincourt の理解によれば、フランス民法 698 条に基づいて承役地の所有権

*96 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.87. 原文は次のようなものである : ce principe lui-même est fondé sur ce que la servitude est censée due par la chose. Or, on ne peut imposer à une chose l'obligation de faire.

*97 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.87. 原文は次のようなものである : il n'est tenu que comme détenteur ; donc, il n'est pas tenu personnellement ; donc, l'action ne peut être que réelle. C'est donc en quelque sorte, une seconde servitude ajoutée à la première ;

*98 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.88. 原文は次のようなものである : l'obligation de faire les ouvrages, considérée comme une seconde servitude, étant une exception au principe général en cette matière,

*99 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.88. 原文は次のようなものである : L'obligation de réparer est réelle, Elle affecte donc tout l'héritage;

者が負う作為義務は、承役地の一時占有者（*détenteur*）としてしか負わず、つまり、一時占有者である限りにおいてしか負わない義務、すなわち、物的に定まる性質（*réelle*）の義務（*obligation*）なのである。裏返せば、人的に定まる性質として（*personnellement*）負う義務（*obligation*）ではなく、または、Delvincourt と反対の立場の学説が「単なる人的に定まる性質の義務」（*simple obligation personnelle*）*100 と呼ぶものではない。したがって、当該作為義務に関して生じる訴権は対物訴権（*action réelle*）であるとされる。また、Delvincourt の理解によれば、フランス民法 698 条に基づいて承役地の所有権者が負う作為義務は、役権の分野における一般的原則（*principe général*）、すなわち、広義の *servitude* に作為義務なしの考えに対する例外なのである。さらに、Delvincourt の理解によれば、当該作為義務は、1 つ目の役権に加えられた 2 つ目の役権（*seconde servitude ajoutée à la première*）であり、当該作為を求める権利もまた、1 つの役権なのである。したがって、Delvincourt の理解においては、承役地の所有権者、すなわち、物権を負担する物の所有権者に、作為を求めることをその内容とする役権も存在しうると解されていることがわかる。このように、Delvincourt の理解によれば、これらの箇所において、作為義務を想定する *obligation* は、物的に定まる性質（*réelle*）であり、その物の一時占有者、少なくとも所有権者が、所有権者である限りにおいて負う性質のものである。これに対して、前述（2（a）参照）したように、*jus ad rem* において、ある物の給付について、特定の者が負うとされた義務（*obligation*）は、特定の者がその名に基づいて負うのであって、人的に定まる性質として（*personnellement*）負う義務（*obligation*）であることがわかる。したがって、当該作為義務が、物的に定まる性質（*réelle*）の作為義務であり、かつ、広義の *servitude* に作為義務なしの例外であると解されることに基づくならば、Delvincourt の理解において、広義の *servitude* に作為義務なしの考えとは、広義の *servitude* が物的に定まる性質（*réelle*）の作為義務を負うことを原則として否定する考えであることがわかるのである。広義の *servitude* に作為義務なしの考えに関するこのような理解は、Pothier（前述、第 1 章 3（a）参照）の理解においては明らかにされなかった点である。用益権に関する前述の点と同じく、Delvincourt にとって、広義の *servitude* に作為義務なしの考えは、あくまで原則であり、明文による（フランス民法 698 条）または解釈による（フランス民法 605 条）条文上の根拠があれば例外を許すものなのである。

（b）自然役権および法律上の役権の位置づけ

前述（第 1 章 3（b）参照）したように、Pothier は、フランス民法典の下における自然役権および法律上の役権に相当する、相隣関係に関する諸規律を、共同体（財産共同）（*communauté*）または相隣関係（*voisinage*）による準契約（*quasi-contrat*）に基づくものと解していた。これに対して、前述（第 2 章 3（b）参照）したように、フランス民法典は、

*100 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.87.

自然役権および法律上の役権を、条文の上では、役権の編（第2巻、第4編、第1章および2章）において定めた。そこで、以下では、Delvincourtが、自然役権および法律上の役権に関する諸規定を、どのように位置づけるかという問題をとりあげることにする。

Delvincourtは、個人の有用性を対象とする法律上の役権として、不分割共有の権利（droit d'invasion）、境界標の設置（bornage）の権利、通行（passage）の権利、囲障（clôture）の権利、壁等の互有（mitoyenneté）の権利、および、観望（vue）の権利を挙げる*101。そのうえで、これらについて次のように述べる。「それらは厳密には役権ではなく、これらはむしろ共同体（財産共同）の準契約、または、相隣関係の準契約の効果である。しかし、それでも尚、それが他方について一方の所有権者のそれぞれの賦課から生じる以上、一般にそれら全てを、不都合なく、役権の類型の内に並べることができるのである」*102。また、準契約（quasi-contrat）につき、次のように説明する。「一般に、合意なくして、しかし、obligationと訴権とを産出する合法的行為を、準契約と称する」*103。さらに、この義務（obligation）の例としては、壁などの修繕費用の分担義務（obligation de contribuer aux réparations）を挙げている*104。すなわち、Delvincourtの理解によれば、これらの法律上の役権は、共同体（財産共同）（communauté）または相隣関係（voisinage）の準契約（quasi-contrat）に基づいて生じるものなのであり、役権ではなく、所有権の行使方法でもないのである。

最後に、Delvincourtは、これらの自然役権および法律上の役権について、共同体（財産共同）（communauté）や相隣関係（voisinage）による準契約（quasi-contrat）に基づいて生じる義務（obligation）の性質を明らかにしていない。もっとも、Delvincourtは、quasi-contratについて、相続人が相続する遺産（legs）に関連して、次のように述べる箇所がある。「被相続人の人格を表するものとして（負う）債務と、遺産であり、（これは）同一の法性において（負うの）ではない。なぜなら、遺産は、決して被相続人のゆえに帰することになるのではなく、あらゆる契約や準契約と同様に、人的に定まる性質の義務を生じる相続の

*101 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.18.

*102 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.18. 原文は次のようなものである：Ce ne sont pas à proprement parler, des servitudes; ce sont plutôt des effets du quasi-contrat de communauté, ou de celui de voisinage. Mais comme il en résulte néanmoins des assujétissemens respectifs des propriétaires les uns à l'égard des autres, on peut sans inconvénient, ranger le tout dans la classe des servitudes.

*103 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.20. 原文は次のようなものである：On nomme quasi-contrat, un fait licite, qui, sans convention, produit cependant obligation et action.

*104 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.20.

承認の準契約に基づいて帰することになるものだからである」*105（傍点は柴田による）。すなわち、Delvincourt の理解によれば、あらゆる準契約（quasi-contrat）は、人的に定まる性質の義務（obligation personnelle）を生じるものと捉えられる。つまり、Delvincourt の理解においては、準契約に基づくとされる自然役権および法律上の役権について、それらが生じるとされる obligation は、相隣する各所有権者間で生じる人的に定まる性質の義務（obligation personnelle）を有することになると解する余地のあることがわかるのである。

このように、Delvincourt の理解において、自然役権および法律上の役権に関する諸規定、すなわち、相隣関係に関する諸規定は、共同体（財産共同）（communauté）や相隣関係による準契約（quasi-contrat）に基づいて生じるものとして位置づけられるであり、これらの諸規定が生じる obligation は、人的に定まる性質の義務（obligation personnelle）であると解する余地がある。この立場は、前述（第 1 章 3（b）参照）した、Pothier の理解と大差ないと言える。なお、Delvincourt は、自然役権および法律上の役権につき、相隣する所有権者が、相互に負う賦課（assujétissement）から生じるという点において、servitude と呼ぶ。しかし、ここまで述べてきた Delvincourt の理解によれば、ここにおいて用いられた servitude の語は、単に、義務（obligation）の負担を指すのであって、物権としての役権の意味でも、広義の servitude の意味でもないのである。

第2節 Duranton

1、domaine の語義

Duranton は、まず、物権の例を挙げるに際して、所有権について次のように述べる。「所有権、または domaine、すなわち、dominium であり、次の編に於いて述べられるものである」*106。また、さらに明確に次のようにも述べている。「所有権者と、maître、すなわち dominus とは、所有権と domaine とのように、同義の用語である。フランス民法は、こ

*105 C. Delvincourt, *Cours de code civil Nouvelle Édition*, t. 3, Bruxelles, 1827, p.308. 原文は次のようなものである : des dettes comme représentant la personne du défunt ; et des legs, non pas en la même qualité, puisque les legs n'ont jamais été dus par le défunt, mais en vertu du quasi-contrat d'addition d'hérédité, qui produit, comme tous les contrats et quasi-contrats, une obligation personnelle.

*106 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4e éd., Paris, 1844, No.232, p.181. 原文は次のようなものである : La propriété ou le domaine, dominium, dont il sera parlé au titre suivant.

これらの様々な表現を区別なく用いている。とりわけ、次の手法によって所有権を取得することはできないことを確立するために、何人も、取引市場にない物の *domaine* を時効によって取得することはできない（フランス民法（旧）2226 条）と述べているのは、そういうわけである。」*107（なお、フランス民法（旧）2226 条が 2006 年改正されたことは、前述、第 2 章 1 参照）。すなわち、Duranton は、まず、フランス民法（旧）2226 条が用いる *domaine* の語が、所有権の意味であると解している。その上で、このことに基づき、所有権 (*propriété*) と *domaine* の語は、同義語であると述べているのである。したがって、Duranton の理解において、これらの箇所で見られる *domaine* の語は、所有権を指す意味において用いられるのである*108。

ただし、Duranton も、このように権利を指す用語法のほかに、次のように *domaine* の語を用いる箇所が見受けられる。たとえば、牧養役権 (*servitude de pacage*) に関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「牧養役権とは、ある農地の所有権者が、当該土地に結びつけられた家畜の群れを、他人の土地に、権原（証書）にしたがって、あるときは決まった地面について、あるときはその *domaine* の全ての地表面について、放牧に遣るべき権利である」*109。また、要役地の所有権者の権利に関連して、次のように述べる。「こ

*107 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.258, pp.201~202. 原文は次のようなものである : *Propriétaire et maître, dominus, sont des termes synonymes, comme propriété et domaine. Le Code se sert indifféremment de ces diverses expressions : c'est ainsi, notamment, qu'il dit qu'on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce (art. 2226), pour établir qu'on ne peut en acquérir la propriété par ce moyen.*

*108 そのほか、たとえば、A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, p.173 では、No.232 の表題において、「所有権または *domaine* は物権である (*La propriété ou le domaine est un droit réel*) 」と述べる。また、同書, No.231, p.180 では、*jus ad rem* によって債権者は *domaine de la chose* を取得すると述べる。また、同書, No.265, p.206 では、所有権が完全か、不完全かという点について、*domaine plein* や *domaine moins plein* と述べ、封建遺制下における *domaine direct* と *domaine utile* を、*domaine moins plein* の場合に含めている。さらに、同書、No.459, pp379-381 でも所有権と同義で、*domaine* を用いる。なお、この箇所は後に再び立ち戻ることになる。その他、同書, No. 616, pp.568-569, および、t, V, 4e éd., Paris, 1844, No. 261, p.236, No.475, p496.

*109 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.527, p.529. 原文は次のようなものである : *La servitude de pacage est le droit qu'a le propriétaire d'un fonds rural, d'envoyer paître le troupeau attaché à ce fonds sur l'héritage d'autrui, tantôt sur un terrain déterminé, tantôt sur toute la surface du domaine, selon le titre.*

れこれの *domaine* の家畜らのための牧養役権に関するならば、要役地の所有権者は、別の *domaine* の家畜らも、当該同一の *domaine* (要役地) において要役地の所有権者が、その耕作以外の他のこと、たとえば、商売の対象として有する家畜らでさえも、承役地上に放牧に遣うことはできないことになる」*110。これらの箇所において、Duranton が用いる *domaine* の語は、単に土地、または、所有地を意味するのであって、所有権や、所有権が含む諸権利など、何らの権利を意味するわけではない。

このように、Duranton の理解において、*domaine* の語は、権利の意味において用いられる場合には、所有権を意味するのであり、それ以外の意味において用いられる場合には単に土地または所有地を意味する。したがって、権利の意味において用いられる *domaine* の概念について、所有権でない *domaine* は存在しないことになる。このような Duranton の *domaine* の語についての理解は、前述 (第 1 節 1 参照) したように、Delvincourt の理解における *domaine* の語の用法と同じであると言えよう。

2、物権、支分権 (*démembrement*) の定義、類型およびその特徴

(a) 物権の類型と支分権の類型

(1) 物権の定義と類型

Duranton は、まず、物権 (*jus in re*) と *jus ad rem* (または *jus in personam*) について、次のように述べる。「学説は、財に関して、2 つの種類の権利を設ける。すなわち、物における権利、すなわち *jus in re* と、物に対する権利、*jus ad rem* または *jus in personam* であり、かつ、この区別の帰結において、これによって人が司法においてそれらの権利を行使するところの手段である訴権も、2 つの種類がある。すなわち、1 つは対物訴権であり、もう 1 つは対人訴権である」*111。すなわち、Duranton の理解によれば、当該権利が物権 (*jus in re*) か *jus ad rem* (または *jus in personam*) かに応じて、その権利から生じる訴権が対物訴権であるか対人訴権であるかが決まるのである。

そこで、次に、物権 (*jus in re*) や *jus ad rem* (または *jus in personam*) の定義、すなわち、

*110 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.610, p.611. 原文は次のようなものである : S'il s'agit d'une servitude de pacage pour les bestiaux de tel domaine, il ne pourra envoyer paître sur le fonds assujetti, ceux d'un autre domaine, ni même ceux qu'il tiendrait dans le même domaine pour autre chose que sa culture, par exemple, comme objet de commerce.

*111 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.225, p.175. 原文は次のようなものである : La doctrine établit relativement aux biens deux espèces de droits : le droit dans la chose, *jus in re*, et le droit à la chose, *jus ad rem* ou *in personam* ; et, en conséquence de cette distinction, les actions, qui sont les moyens par lesquels on exerce les droits en justice, sont de deux sortes : les unes réelles, les autres personnelles.

いかなる性質を有する権利と解するかという点に関して、Duranton は、物権 (jus in re) について次のように述べる。「物における権利、すなわち、jus in re とは、ある者に、別の者に関することなく帰属する、ある物についての能力である。この権利は、かくのごとく物を割当し、それが帰属する者は、それを占有するあらゆる個人に対して、たとえこの者が善意であるとしても、行使することができる」*112 (強調は Duranton による)。すなわち、Duranton の理解によれば、物権 (jus in re, droit dans la chose) は、当該権利が、それに関係するところの物を、当該物が誰の手中にあるかを問わず、その物を占有する者に対して行使する能力 (faculté sur une chose) を有するものであるとされている。このことは、前述 (第 1 節 2 (a) 参照) した Delvincourt の理解と共通する。もっとも、Duranton は、物権 (jus in re, droit dans la chose) について、別の者に関することなく帰属する (sans égard à une autre personne) 権利であると述べており、物権を定義づけるこのような特徴は、Delvincourt の理解においては、少なくとも明示的には見受けられなかったものである。ここで、Duranton の理解によれば、単に当該物を占有する者は、ここでの「別の者 (autre personne)」とは異なることがうかがえる。そこで、「別の者 (autre personne)」の指す内容を明確にするため、jus ad rem (または jus in personam) の定義と比較すると、Duranton は、jus ad rem (または jus in personam) について次のように述べる。「単なる jus in personam, aut ad rem obtinendam は、我々が、ある人に対して、その者が何かしらを給付しまたは為すことについて有する権利であり、その (者の) obligation から生じる権利であり、それはその者およびその相続人を超えては伸長されない」*113。すなわち、Duranton の理解によれば、jus in personam, aut ad rem obtinendam は、当該権利に係る物の給付などの義務 (obligation) を負う者に対してのみ有する権利 (droit contre une personne) であるとされている。これらの定義を、物権の定義と比べるならば、先ほどの「別の者 (autre personne)」とは、物の給付などの義務 (obligation)、とりわけ作為義務を負う者を指していたことが見て取れる。したがって、Duranton の理解によれば、物権とは、物の給付などの作為の義務 (obligation) を負う者に関することなく、誰であれ当該物を占有する者に対して行使できる権利の類型であることになる。

*112 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4e éd., Paris, 1844, No.225, p.175. 原文は次のようなものである : le droit dans la chose, le *jus in re*, est une faculté appartenant à une personne sur une chose, sans égard à une autre personne. ce droit affecte tellement la chose, que celui à qui il appartient peut l'exercer contre tout individu qui la possède, nonobstant la bonne foi de celui-ci ;

*113 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4e éd., Paris, 1844, No.225, p.176. 原文は次のようなものである : Le simple *jus in personam, aut ad rem obtinendam*, est droit que nous avons contre une personne pour qu'elle donne ou fasse quelque chose, droit dérivant de son obligation, qui ne s'étend pas au-delà de sa personne et celle de son héritier.

また、Duranton は、用益権 (usufruit) に関して次のように述べる。「用益権者は、用益権の性質によって、それが課されている物において、直接的かつ中間者なく、権利を有するのである。用益権者は、学説が、物における権利、すなわち *jus in re* と称するものを有するのである」*114 (傍点は柴田による)。すなわち、Duranton は、用益権が物権 (*jus in re*) であると述べるに際して、用益権者が、その性質によって (*par la nature*)、直接的かつ中間者なく (*directement et immédiatement*) 権利を有するものであると述べる。ここで、前段落において整理した物権の定義と比べるならば、直接的かつ中間者なく (*directement et immédiatement*) 権利を有することとは、物の給付などの義務 (*obligation*)、とりわけ作為義務を負う者を有しないことに対応するものであり、かつ、当該箇所におけるその性質 (*la nature*) とは、物権であることから導かれる性質を意味することがわかる。

このように、Duranton の理解において、物権 (*jus in re*) が別の者 (*autre personne*) に関係しないこととは、物の給付などの義務 (*obligation*)、とりわけ作為義務を負う者を有しないことを指し、そのことは、さらに、当該権利が直接的かつ中間者のない (*directement et immédiatement*) こととして表現されているのである。ただし、これらの箇所においては、専ら作為義務が想定されているため、受動的な義務 (*obligation*) または受忍義務としての *obligation* については言及されない (後述、3 (a) 参照)。また、用益権が、物権 (*jus in re*) として、直接的かつ中間者のない (*directement et immédiatement*) 権利という性質を有することと、後述 (3 (a) 参照) のように広義の *servitude* として、広義の *servitude* に作為義務なしの考え (前述、第 1 章 3 (a) (1) 参照) による拘束を受けることとの区別についても、同じく言及されていない。

このような理解に基づき、次に、Duranton の理解において、いかなる権利の類型が物権 (*jus in re*) に該当するかという点について、Duranton は、物権 (*jus in re*) の例として、次の諸権利を挙げている。すなわち、所有権*115、相続権 (*droit d'hérédité*) *116、広義の *servitude**117、抵当権 (*droit d'hypothèque*) *118、および、一年以上平穩公然に一時的権原

*114 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.73, pp.58-59. 原文は次のようなものである : *l'usufruitier, par la nature de l'usufruit, a directement et immédiatement un droit dans celle qui en est grevée; il a ce que la doctrine nomme le droit dans la chose, le jus in re : ...*

*115 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.232, p.181.

*116 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.236, p.183.

*117 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.237, p.184.

*118 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.238,

によらずして (nec vi, nec clam, nec precario ab adversario) 為された占有 (possession annale) *119である。また、Duranton は、永小作権 (emphytéose) および droit de superficie については、次のように述べる。「我々が思うことには、単に永小作権または droit de superficie の権利を約定して、両当事者はこの型の用益権、つまり通常の用益権よりさらにもっと拡張された用益権、を設定しようとしたと見なされるのであり、……」*120。すなわち、Duranton の理解によれば、これらの 2 つの類型の権利は、用益権 (usufruit) の一類型と捉えられているのである*121。

(2) 支分権の定義と類型

まず、Duranton の理解において、これらの物権のいずれが所有権の支分権 (démembrement) であるか、という点について、Duranton は、用益権 (usufruit) について次のように述べる。「用益権は、それを有する者に、所有権者そのもののようにその物を使用収益する権利を、その実質を保持する負担において、帰属させるのであり (フランス民法 578 条)、したがって、それが存続する限り、所有権者は自己の権利の行使を享受せず、その使用収益、つまり、その物の生産物に関して、弱まっているのである。すなわち、そこで、使用収益権は、所有権の主要な属性である。したがって、用益権は、この関係の下では、domaine の支分権なのである」*122 (傍点は柴田による)。また、使用権 (usage)

p.184.

*119 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4e éd., Paris, 1844, No.245, pp.188-189.

*120 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4e éd., Paris, 1844, No.81, p.73. 原文は次のようなものである : nous pensons que, en convenant simplement d'une emphytéose ou d'un droit de superficie les parties sont censées avoir voulu constituer cette espèce d'usufruit, plus étendu encore que l'usufruit ordinaire, また、同書, No. 459, p.379 においても、同旨がうかがえる。

*121 そのため、この点は、後に異なる類型の権利を混同していると批判されることになる。C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.483quater, p.372.

*122 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4e éd., Paris, 1844, No.459, p.380. 原文は次のようなものである : l'usufruit attribue à celui qui l'a, le droit de jouir de la chose comme le propriétaire lui-même, à la charge d'en conserver la substance (art. 578) ; par conséquent tant qu'il subsiste, le propriétaire ne jouit pas l'exercice de son droit, quant à la jouissance, c'est-à-dire quant aux produits de la chose, est assoupi : or, la jouissance est un des principaux attributs de la propriété. L'usufruit est donc, sous ce rapport, un démembrement du domaine. また、同旨は、同書, No.616, pp568-569 でも述べられている。

および居住権 (*habitation*) についても、次のように述べる。「所有権者の使用収益権は、使用権者の権利により制約され、縮減されるのであり、かつ一時的であることにつき、その物の *maître* が服する使用収益の権利の縮減は、尚、第三者の権利の存続期間全てについて、第三者のための、その *domaine* の変容であり支分権である」*123 (傍点は柴田による)。これらの説明において、*domaine* が所有権と同義の語として、かつ、*maître* が所有権者と同義の語として理解されるべきことは、前述した通りである (1 参照)。Duranton の理解によれば、用益権、使用権および居住権は、使用収益の権利 (*droit quant à la jouissance* または *droit de jouir*) という所有権の属性 (*attribut*) が縮減され (*diminué*)、または、制約される (*restreint*) 点に基づき、所有権の支分権 (*démembrement*) であると解されるのである。

これに対して、Duranton は、役権について次のように述べる。「役権は、それが割当された土地自体における権利であり、それがその土地のために設けられるところの土地における権利であり、学説や法律の用語法を用いると、物権である。隠喩的に *objet* である土地の積極的 (能動的) や消極的 (受動的) な法性と述べるが、しかし、一般に時折述べるのとは異なり、所有権自体の支分権ではないのであり、所有権は、たとえその使用法が多少なりとも制約されるとしても、なお完全なのである。なぜなら、*domaine* と、その行使とは、別の話だからである」*124 (1 つ目の傍点は柴田による、2 つ目の強調は Duranton による)。この箇所は改めて後述するが、すなわち、Duranton の理解によれば、役権は、それを課された承役地が、所有権の使用法 (*usage*) を制約される (*restreint*) ものであるが、それでもなお、所有権自体は完全 (*entière*) であるという点に基づき、所有権の支分権ではないのである。したがって、Duranton は、物権の種類のうち、用益権 (および使用権、居住権) を所有権の支分権であると解する一方で、役権を、所有権の支分権ではない物権と認めているのである。ここにおいて、Duranton も一部物権支分権説の立場を主張していると言えるのである。

*123 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.459, p.380. 原文は次のようなものである : *la jouissance du propriétaire, dans ces cas, est restreinte, diminuée de toute celle de l'usager ; et pour être temporaire, cette diminution du droit de jouir que subit le maître de la chose n'en est pas moins une altération, un démembrement de son domaine au profit du tiers pour toute la durée du droit de celui-ci.*

*124 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.475, p.496. 原文は次のようなものである : *La servitude est un droit dans le fonds même qui en est affecté, et dans celui au profit duquel elle est établie, un droit réel, pour employer le langage de la doctrine, et même de la loi : c'est, métaphoriquement parlante une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet *1, mais non, comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même, qui n'en est pas moins entière, quoique son usage soit plus ou moins restreint ; car, autre chose est le domaine, autre chose est son exercice : ...*

次に、このように *Duranton* が、一部物権支分権説の立場を示す以上は、所有権の支分権である物権の類型と、そうではない物権の類型とを区別する基準は何かという問題がある。そこで、*Duranton* の理解において、支分権が有すべき特徴を究明する。直前の用益権と役権との引用箇所を比較すると、用益権と役権とは、いずれも、当該物権を課された所有権が制約される (*restreint*) ことになる点で共通している。しかし、*Duranton* の理解によれば、用益権においては、所有権の属性 (*attribut*) が制約される (*restreint*) のに対して、役権においては、所有権自体は完全 (*entière*) であって、その行使 (*exercice*) が制約される (*restreint*) に過ぎないとされていることがわかる。すなわち、*Duranton* の理解によれば、所有権の支分権であるためには、その権利が、単なる所有権の行使 (*exercice*) を制約するのみならず、所有権の属性 (*attribut*) 自体を制約する (*restreindre*) もでなければならないと言えよう。さらに、前述した物権 (*jus in re*) の類型においては、相続権、抵当権および物権とされる占有のいずれも、所有権の主たる属性 (*attribut*) とされる使用収益、または処分権を制約するものではない。そうであれば、これらの物権の類型もまた、この基準の下では、所有権の支分権とは解されないと考えられる^{*125}。そのため、結局、*Duranton* の理解によれば、所有権の支分権である物権は、用益権（および使用権、居住権）のみとなるのである。このような支分権の有すべき特徴は、*Pothier* の理解と異なる点であり、当然ながら *Pothier* の全物権支分権説においては必要のないものである。もっとも、そこにおいて、所有権の支分権である物権とそうでない物権とを区別する基準として、*Duranton* が、権利の行使 (*exercice*) と権利の属性 (*attribut*) とを区別する点は、*Pothier* が、権利の行使 (*exercice*) と実体的基礎 (*fond*) とを区別し、権利の実体的基礎 (*fond*) 自体が失われている場合を不完全な所有権、すなわち、支分権である物権が切り出された (*détaché*) 所有権と解していた点（前述、第1章2 (a) 参照）との類似性をうかがわせる。そこで、*Duranton* の理解について、*Pothier* の理解との違いを、もう少し詳細に検討するならば、まず第一に、*Pothier* の理解と *Duranton* の理解とでは、上述した基準によって区別されることが異なることがわかる。つまり、*Pothier* は、権利の行使 (*exercice*) と、権利の実体的基礎 (*fond*) という2つのことがらを、所有権に課される、物権ではない制約と、物権たる制約とを区別するために用いていた。これに対して、*Duranton* は、権利の行使 (*exercice*) を制約されるに過ぎない物権の類型を認めることによって、ある権利が物権であるために、必ずしも何らかの権利の属性 (*attribut*) を制約される必要はないことを明らかにし、*Pothier* の理解よりも物権であるための要件を緩和した。*Duranton* は、その上で、物権の諸類型を、権利の属性 (*Pothier* の用語法においては権利の実体的基礎と対応する) を制約する (失わせる) 物権と、権利の行使のみを制約する物権とに、大別するのであり、このような区別をするた

*125 抵当権については、既に、阿部裕介『抵当権者の「追及権」について——抵当権実行制度の再定位のために (六)』法学協会雑誌 130 卷 11 号 2349 頁が、抵当権が支分権と解されていない可能性を指摘している。

めの道具として当該基準と支分権の概念とを用いているのである。言い換えれば、Pothier も Duranton も、所有権の実体的基礎 (fond) を失い、または、権利の属性 (attribut) を制約されるもののみを支分権 (démembrement) と呼び、そうではなく所有権の行使 (exercice) のみを制約されるものは支分権と解さないという点においては、共通している。しかし、Pothier の理解において、このような区別による境界点は、物権と物権ではないものとの区別による境界点と一致していたのに対して、Duranton は、Pothier が設けたこのような区別の仕組みを維持しつつ、このような区別による境界点と、物権と物権でないものとの区別による境界点とをずらしているのである。また、第二に、Duranton の理解においては、Pothier の理解におけるよりも、支分権の概念が厳密に解されていることがわかる。Pothier のいう実体的基礎 (fond) は、いかなる行使に向けられた実体的基礎であるかという点について、限定されていなかった。これに対して、Duranton のいう権利の属性 (attribut) は、とりわけ、使用収益の権利 (droit quant à la jouissance または droit de jouir) が言及されるに過ぎず、この場合には、使用収益としての行使に向けられたものであることを要する。そのため、たとえばにその他の権利の属性の例として、処分する権利が考え得るとしても、なお、Duranton の理解において、権利の属性 (attribut) の名において、母体たる所有権から支分権として切り出されうる諸権利 (droit) の種類の幅は、Pothier の理解において、実体的基礎 (fond) の名において、母体たる所有権から支分権として切り出されうる諸権利 (domaine や droit) の種類の幅よりも限定されたものとなることがうかがわれるのである。

(b) 物権の objet

Duranton の理解においても、物権の objet は何かという点を明らかにすることによって、objet の概念が、物権の特徴を形成するか、という問題を取り扱う。Duranton は、まず、所有権に関連して、次のように objet の語を用いる。「所有権は、objet である物の最大の範囲で使用収益権を含み、……」*126。すなわち、この箇所では Duranton が用いる objet の語は、①対象としての objet である。また、前述 (第2章2 (b) 参照) したように、フランス民法 526 条は、用益権 (使用権、居住権) や役権の①対象としての objet について述べる*127。Duranton は、用益権および永小作権に関連して、次のように objet の語を用いている。「永小作権者と用益権者は、その課された objet が産出するあらゆる果実を取得し、…

*126 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.451, p.479. 原文は次のようなものである : le droit de propriété renfermant la jouissance la plus étendue de la chose qui en est l'objet, また、A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.262, p.203. も同旨で objet の語を用いたものと思われる。

*127 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.14, p.10, No.16, pp.11-12, No.71, pp.57-58. など。

…」*128。また、使用権 (usage) に関連して、次のように述べる。「もしそこに通常ではないものでさえ、使用権が存在したならば、この権利は、それが立脚することになる objet のあらゆる一時占有者に対して、……、行使され得た」*129。さらに、準用益権 (quasi-usufruit) の沿革に関連して、次のように objet の語を用いる。「用益権が割当された物の実質を保持する義務は、特に、当人が為す使用法によって消費される物、たとえば、小麦、ワイン、通貨など、に關するときには、充足され得ないからであり、かつ、ローマの法学者らは、これらの物は用益権の素材 (物質) たり得ないと考えていた。しかし、ローマ元老院決議は、*utilitatis causa*、すなわち、それらの (消費される) 物も、用益権の終期において、その相続人が、用益権者が受領した物の量と同量、同一の性質や品質、または、その評価額を返還するという、用益権者によって付与された担保の手段においては、少なくとも準用益権の objet でありうると、判断した」*130。さらに、役権に関連しても、前述 (a) 参照) した箇所を改めて引用すれば、次のように objet の語を用いる。「隱喩的に objet である土地の積極的 (能動的) や消極的 (受動的) な法性と述べるが、しかし、一般に時折述べるのとは異なり、所有権自体の支分権ではないのであり、……」*131。すなわち、これらの引用箇所において用いている objet は、①対象としての objet であること

*128 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.471, p.396. 原文は次のようなものである : L'emphytéote et l'usufruitier gagnent tous les fruits que produit l'objet grevé, また、同書, No.616, p.568 も用益権につき「課された objet」と述べる。

*129 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.446, p.476. 原文は次のようなものである : s'il y avait eu un droit d'usage, même irrégulier, ce droit eût pu s'exercer contre tout détenteur de l'objet sur lequel il aurait résidé,

*130 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.464, pp.384-385. 原文は次のようなものである : cette obligation de conserver la substance de la chose affectée du droit d'usufruit ne peut être remplie *specialiter* quand il s'agit de choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait, comme du blé, du vin, du numéraire, etc., que les anciens jurisconsultes romains avaient pensé que ces choses ne pouvaient être la matière d'un usufruit. mais un sénatus-consulte décida, *utilitatis causâ*, qu'elles pourraient du moins être l'objet d'un quasi-usufruit, au moyen de la caution donnée par l'usufruitier, qu'à la fin de l'usufruit, son héritier rendrait la même quantité de choses que celle qu'il avait reçue, en même nature et qualité, ou leur estimation.

*131 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.475, p.496. 原文は次のようなものである : c'est, métaphoriquement parlante une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet, mais non, comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même,

がうかがえる*132。

これに対して、Duranton は、専ら役権を念頭に置きつつ、広義の *servitude* に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「この権利（用益権を指す）が *servitude* の一種であることに基礎づけたのであり、承役地の所有権者が、単に彼が譲与した役権の行使を害しうることになることがらを為してはならず、要役地の所有権者がそれを利用するために必要なものを設置することを受忍し、この *objet* のために何ら為すことを強いられないというのが、*servitude* の性質である」*133。当該箇所で見られる *objet* の語は必ずしも明確ではないとはいえ、それは、承役地の所有権者の側からみれば、要役地の所有権者が為し得ることがらを害さず、かつ、受忍することであり、要役地の所有権者の側からみれば、それによって要役地の所有権者が役権により享受する利便、すなわち、②利益としての *objet* を指すと解される余地があることがわかる。その他に、Duranton が明確に、②利益としての *objet* の意味において、*objet* の語を用いる箇所は見当たらない。この点は、前述した（第1節2（b）参照）Delvincourt と異なる点である。

その他に、Duranton も、物権や対物権などの権利の区別とは無関係に、次のように *objet* の語を用いる箇所が見受けられる。「財は、国に、市町村または公的施設に、個人に、帰属し、または、それらは、放棄された *objets* や、野生動物のように、人に帰属しない」*134。また、フランス民法 524 条 1 項（前述、第1節2（b）参照）に関して、次のように述べる。

「用法ゆえの不動産であるものは、所有権者によって、この土地の利便や利用開発のために、恒久的に留まるべく附着させられた動産たる *objet* である」*135。すなわち、これらの

*132 その他、A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.149, p.133 et 134. など。

*133 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.638, p.595. 原文は次のようなものである：ce droit est une espèce de servitude, et qu'il est de la nature des servitudes que le propriétaire du fonds assujetti soit simplement tenu de ne pas faire ce qui pourrait nuire à l'exercice de celle qu'il a concédée, et de souffrir que le propriétaire du fonds dominant fasse ce qui est nécessaire pour en user, mais sans qu'il soit lui-même astreint à rien faire pour cet objet.

*134 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.7, p.4. 原文は次のようなものである：les biens appartiennent à l'Etat, à des communes ou établissemens publics, à des particuliers, ou ils n'appartiennent à personne, comme les objets abandonnés, les animaux sauvages.

*135 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.46, p.36. 原文は次のようなものである：sont immeubles par destination, les objets mobiliers qui ont été attachés à un fonds par le *propriétaire*, à perpétuelle demeure, pour le service et l'exploitation de ce fonds. または、同書, No.368, p.305 も同旨で *objet* の語を用いる。

引用箇所において用いられる *objet* の語は、単に物体を指すのである*136。

このように、Duranton は、物権の *objet* に関して、少なくとも、①対象としての *objet* の類型を想定するほか、とりわけ役権に関しては②利益としての *objet* の類型を想定していると解する余地がある。また、Duranton の理解においても、これらの物権の *objet* に関して、何ら支分権 (*démembrement*) の概念から導いていない。したがって、Duranton の理解において、物権の *objet* は、支分権の概念と結びつけられていないことがうかがわれる。この点は、前述（第1節2（b）参照）した Delvincourt の理解と共通すると言えよう。

3、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題

(a) 物権の負担を負う物の所有権者の作為義務

Duranton においても、物権を負担する物の所有権者が、義務 (*obligation*)、とりわけ作為義務を負いうるかという問題については、用益権における大規模修繕 (*grosses réparations*) と、役権の承役地の所有権者が負う工作物の負担（フランス民法 698 条）の 2 点を取り上げることになる。

(1) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務

まず、用益権 (*usufruit*) を負担する物の所有権者が、用益権者に対して大規模修繕 (*grosses réparations*) を為す義務を負いうるかという問題について、Duranton は、Pothier が用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕義務を肯定する立場であることを指摘した上で、「それでも尚、かくのごときは、私見ではない」*137 と明確に否定し、次のように述べる。「用益権を設定しても、所有権者は、この権利の性質そのものゆえに、用益権者を使用収益させるべく義務づけられないのであり、所有権者は、単に、狭義の役権（不動産役権）において、承役地の所有権者は、その役権の設定のみゆえには、その行使に必要な工事を為すことについて義務づけられず、単にそれらが設置されることを受忍するべく義務づけられる（フランス民法 698 条：原典は 693 条とするが誤植と思われる）のと同様に、（用益権においても）それを使用収益するに委ねておくべく義務づけられるのである。なぜなら、（広義の）*servitude* の性質は、承役地の所有権者に、何かしらを容認するよう、または、しないよう強いることを構成するが、しかし何かしらをすることを強いることを構成するものではない（D. 8, 1, 15, 1）からである。すなわち、用益権は、（広義の）*servitude* の一種なのである」*138（1 つ目の傍点は柴田による、2 つ目の強調は Duranton による）。ま

*136 その他、A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.501, p.514, No.522, p.527 など。

*137 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.615, p.562. 原文は次のようなものである：néanmoins, tel n'est point notre sentiment.

*138 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.615,

た、これに付け足すように、Pothier の立場は用益権一般について述べたものではないと限定的に理解し、また、後に見る Toullier（後述、第 4 章 3（a）（3）参照）が、Pothier の立場は実用上の不都合を生じると批判する点に賛同するのである*139。いましがた引用した箇所によれば、すなわち、まず、Duranton は、用益権（usufruit）を、広義の servitude の 1 つとして捉えているのであり、かつ、広義の servitude に作為義務なしの考えの根拠とされる（前述、第 1 章 3（a）（1）参照）ローマ法源の法文（D. 8, 1, 15, 1）を引用した上で、用益権が、不動産役権と同様に、当該考えに服すると解していることがわかる。次に、Duranton は、用益権を含む広義の servitude について、「受忍するべく義務づけられる（oblige à souffrir）」と述べる。したがって、Duranton は、前述（2（a）（1）参照）した作為の義務（obligation à faire）の他に、受忍する義務をも認めており、かつ、広義の servitude を負担する物の所有権者（物権の設定者）が、この種の obligation を負うことを認めていることがわかるのである。さらに、Duranton が、用益権を課された所有権者に大規模修繕の義務、すなわち作為義務を課することに強く反対していることは明らかであるところ、その根拠は用益権（usufruit）を負担する物の所有権者は用益権者（usufruitier）を使用収益させる義務を負わないことであるとし、このことは「この権利の性質そのもののゆえに（par la nature même de ce droit）」と述べた上で、その根拠として、広義の servitude に作為義務なしの考えの根拠とされるローマ法源の法文（D. 8, 1, 15, 1）を提示する。そのため、当該引用箇所において「この権利の性質そのもの（la nature même de ce droit）」が指し示す内容は、ローマ法源の法文（D. 8, 1, 15, 1）から導かれる広義の servitude に作為義務なしの考えである。つまり、Duranton の理解によれば、用益権を負担する物の所有権者が大規模修繕の作為義務を負わないとする立場の根本を為す根拠は、広義の servitude に作為義務なしの考えであることがうかがえる。したがって、当該箇所において、Duranton が否定している大規模修繕の作為義務の性質は、広義の servitude に作為義務なしの考えが否定している作為義務の性質と同一であることを前提にしていることがわかるのである。そこで、Duranton においても、広義の servitude に作為義務なしという考えが想定する作為義務が、いかなる性質を有するものであるか、という点が問題となることになる

pp.563-564 原文は次のようなものである： En constituant l'usufruit, le propriétaire, par la nature même de ce droit, ne s'oblige pas à faire jouir l'usufruitier, il s'oblige seulement à le laisser jouir, de même que, dans les servitudes proprement dites, le propriétaire du fonds assujetti ne s'oblige pas, par la constitution seule de la servitude, à faire les travaux nécessaires à son exercice, mais seulement à souffrir qu'ils soient faits (art, 693) ; car, *servitutum non ea natura est, ut quis faciat, sed aliquid patiat, aut non faciat* (註 1 : L. 15, §1, de Servitutib.) : l'usufruit est une espèce de servitude. また、同旨、同書, No.616, p.568, No.638, p.596.

*139 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.615, pp.566-567.

(2) 承役地の所有権者が負担する工作物の負担（フランス民法 698 条）

次に、役権の工作物に関する設置の負担（フランス民法 698 条）についても、Duranton は、ローマ法源の法文（D. 8, 1, 15, 1）を参照、引用している*140。その上で、次のように述べる。「D. 8, 1, 15, 1 において汲み出され、最も正確で確実な原則として我がフランスの学者らにより採用された、この提示は、フランス民法 697~699 条において、確立され、分析され組み合わされている。実際、賦課されることになるのは、その土地なのであり、それを占有する人ではない。この人は、自己の土地しか義務づけられないと解されるのであり、自分自身が義務づけられると解されるのではない」*141（傍点は柴田による）。また、ローマ法源において、壁により家、梁、支柱を支え、かつ、維持管理するべきとされた役権（servitude oneris ferendi）に関する法文（D. 8, 5, 6, 2）を参照して、次のように述べる。

「学説の共通した見解によれば、その原則は、ローマ法源においてさえ、家の壁等で隣家の壁・支柱を支える役権に関して例外を受容するのであり、……（D. 8, 5, 6, 2 は）何らの役権もそれを負う者に為すべきことを義務づけず、単に受忍し、または、為さないことを義務づける……考えに対して、明確にこの例外を設けている」*142（傍点は柴田による）。すなわち、Duranton の理解によれば、まず、広義の servitude に作為義務なしの考えに基づいて、広義の servitude を負担する物や土地の所有権者（設定者）が負う受忍する義務（à souffrir）または不作為の義務（à ne pas faire）は、厳密には物、すなわち土地が負う性質の義務である。次に、広義の servitude に作為義務なしの考えは、原則（axiome, principe）であり、ローマ法源において壁により家、梁、支柱を支え、かつ、維持管理するべきとされた役権（servitude oneris ferendi）に関する例外（exception）が認められていたのであるところ、フランス民法 697~699 条の諸条文はこれらに則って規定されたものと解されるのである。

*140 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.462, pp.485-486, No.612, p.612.

*141 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.462, pp.485-486. 原文は次のようなものである： Cette proposition, puisée dans la L. 15, § 1, ff. de Servitutibus, adoptée par nos auteurs les plus exacts comme axiome certain, est consacrée par le Code aux articles 697-698-699, analysés et combinés. Et en effet, c'est le fonds, et non la personne qui le possède, qui se trouve assujetti : cette personne n'a entendu obliger que son fonds, et non s'obliger elle-même.

*142 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.463, p.486. 原文は次のようなものである： suivant l'opinion commune des docteurs, le principe, même dans le Droit romain, reçoit exception à l'égard de la servitude oneris ferendi,, établit clairement cette exception, contre le sentiment, qui pensait qu'aucune servitude n'oblige celui qui la doit à faire, mais seulement à souffrir ou à ne pas faire.

る。このような理解に基づき、Duranton は、役権の行使のための工作物に関する承役地の所有権者の義務（フランス民法 698 条）に関して、次のように述べる。「その負担は、設定者とその相続人らのみが負うという態様で単に人的に定まる性質ではなく、かつ、その物の単なる承継人が負うのではなく、それは、抵当権の設定から生じる負担の限度において、物的に定まる性質である」*143（傍点は柴田による）。「フランス民法 698 条は、このローマ法源の法文が壁で、家、梁、支柱を支え維持管理する役権について判断することを、一般的な態様で確立しているのである」*144。すなわち、Duranton の理解によれば、まず、フランス民法 698 条が承役地の所有権者に課すことを認めている作為義務は、原則である「広義の servitude に作為義務なしの考え」に対する例外と位置づけられるのであり、ローマ法源が特定の種類の役権にしか認めていなかった規律を人為により設けられる役権全般に拡張させたものなのである。次に、当該負担（charge）、すなわち、工作物を設置等する作為義務は、物的に定まる性質（réelle）であって、人的に定まる性質（personnelle）ではない、とされるのである。ここで、このように物的に定まる性質（réelle）とされる、フランス民法 698 条に基づく作為義務は、広義の servitude に作為義務なしの考えの例外と位置づけられていた。そうであるならば、原則である広義の servitude に作為義務なしの考えが否定する作為義務もまた物的に定まる性質（réelle）の作為義務を想定していることがわかる（前述、(1) 参照）。したがって、Duranton の理解において、広義の servitude に作為義務なしの考えとは、広義の servitude が物的に定まる性質（réelle）の作為義務を負うことを原則として否定する考えとして捉えられていることになるのである。この点は、前述（第 1 節 3（a）（2）参照）した Delvincourt と共通する。

なお、前述（2（a）参照）したように Duranton は、物権の一般的な特徴として、直接的かつ中間者がいない（directement et immédiatement）こと、すなわち、物の給付などの義務（obligation）、とりわけ作為義務を負う者を有しないことを挙げていた。ここにおける物の給付などの義務（obligation）は、物の占有者とは無関係の「別の者（autre personne）」が負う義務であり、物すなわち土地などが負う性質の義務とは解し得ない、特定の人を負う義務、すなわち人的に定まる性質（personnelle）の義務であることがうかがえる。したがって、物権の特徴とされる、直接的かつ中間者がいない（directement et immédiatement）こととは、人的な性質の（personnelle）義務（obligation）を負う者がいないことを意味する

*143 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.613, p.612 原文は次のようなものである : la charge n'est pas seulement personnelle, de manière que le constituant et ses héritiers en seraient seuls tenus, et non les simples successeurs à la chose ; elle est réelle, à l'imitation de celle qui naît de la constitution d'hypothèque.

*144 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.613, pp.612-613 原文は次のようなものである : notre article 698 consacre d'une manière générale ce que cette loi décide pour la servitude *oneris ferendi*.

のである。

(3) 小活

以上を小活すると、Duranton は、義務 (obligation) を大別して、人的に定まる性質 (personnelle) の義務と、物的に定まる性質の (réelle) 義務とに分ける。その上で、全て物権は、人的に定まる性質 (personnelle) の義務、とりわけ人的に定まる性質 (personnelle) の作為義務を負う者が存在しない権利の類型であると解する。また、とりわけ物権を代表する広義の servitude につき、厳密には物が義務づけられ、よってその物の所有者 (または占有者) が義務づけられる性質、すなわち、物的に定まる性質 (réelle) の受忍する義務 (obligation à souffrir) を認める。これに対して、物的に定まる性質 (réelle) の作為義務は、とりわけ広義の servitude については、広義の servitude に作為義務なしの考えによって原則として否定されており、フランス民法 698 条はそのような物的に定まる性質の作為義務を約定によって認める例外であると捉えられるのである。

(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ

Duranton は、自然役権および法律上の役権について、次のように述べる。「前二者の分類については、これらは、真の役権というよりも、相隣関係たる事実のみによって形成された義務負担だからであり、これらは、所有権それ自体に課された真の負担というよりも、単に所有権の行使方法なのである」*145 (傍点は柴田による)。また、次のようにも述べる。「相隣関係の事実のみから生じる、これらの様々な義務負担は、実際には、所有権の行使方法でしかなく、法律がかくして、一方が、その任意に応じて自己の物を利用して、他方を害さないために、定めたものである」*146 (傍点は柴田による)。すなわち、Duranton の理解によれば、自然役権および法律上の役権は、所有権の行使の側面なのであり、所有権に課された何かしら所有権とは異なる別の存在を想定していないのである。そこで相隣する所有権者に生じる義務負担 (engagement) は、2 つの所有権が隣接するがゆえに、相互に害さないように修正されたそれらの行使方法であると解されているのである。こう

*145 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.146, pp.127-128 原文は次のようなものである : pour celles des deux premières classes, ce sont des engagements qui se forment par le seul fait du voisinage, plutôt que de véritables servitudes ; ce sont de simples modes d'exercice du droit de propriété, plutôt que de véritables charges imposées aux propriétés elles-mêmes.

*146 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.146, p.129 原文は次のようなものである : ces divers engagements, résultant du seul fait du voisinage,, ne sont, en réalité, que des modes d'exercice du droit de propriété, que la loi a ainsi fixés, afin que l'un, en usant de sa chose suivant son libre arbitre, ne nuise pas à l'autre.

して、Duranton の理解においては、最早、準契約 (quasi-contrat) に基づくものとしての位置づけはなされない。

しかし、Duranton は、自然役権および法律上の役権について、なお servitude の呼称を使用するのであり、その理由は次のようなものである。「これらの考察は、我々に、フランス民法典によって採用された自然役権や、法律上の役権の呼称を拒絶することには決して及ばないのであり、法律自身が、これらの表現のそれぞれに、これらの様々な servitudes の種類の効果に関して、結びつけている意味について理解すれば十分である」*147。したがって、Duranton の理解によれば、ここで自然役権および法律上の役権について用いる servitude の語は、名ばかりのものに過ぎず、あくまでも本質的には役権でないものに、真の役権に認められるものと同一の効果を結びつけていることがわかる。

ただし、それでもなお、同一の効果を結びつけられた法律上の役権の中には、真の役権と非常に似通った取り扱いを受ける場合が見受けられる。Duranton は、法律により設けられた袋地の通行役権 (フランス民法 682 条以下) に関連して、それが袋地でなくなった場合 (非袋地化) にも存続することや、時効によって消滅することを肯定して、次のように述べる。「本条 (フランス民法 701 条) は、実に、……地裁が、一定の場合において、その役権が、今後は先に行使されていた土地の別の部分を通して行使されることになることについて、命じることを認めているのであるが、それは役権自体の廃止を表明することについては認めていないのであり、これは実に異なることである。ここで、これが法律により設けられた役権に関することは重要か。すなわち、その設定の源泉は、その問題が触れることがらにおいては、全く無関係である。ここで、地裁が、それらの権能の限界を超えることなく、約定役権の廃止を表明し得ないように、同様に、彼らは、法律によって、純粹かつ單純に、解除条件の下でもなく、または、撤回の負担と共にでもなく、設けられた役権の消滅を命じることはできないのである」*148 (傍点は柴田による)。「この規律 (純

*147 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.147, p.121 原文は次のようなものである : ces observations au surplus, ne nous portent point à rejeter les dénominations de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, adoptées par le Code ; il suffit de bien s'entendre sur le sens que la loi elle-même attache à chacune de ces expressions relativement aux effets de ces diverses espèces de servitudes.

*148 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.435, p.464. 原文は次のようなものである : cet article autorise bien,, les tribunaux à ordonner, dans certains, cas, que la servitude sera exercée dorénavant par une autre partie du fonds que celle par où elle s'exerçait d'abord; mais il ne les autorise pas à prononcer la suppression de la servitude elle-même, ce qui serait bien différent. Qu'importe qu'il s'agisse ici d'une servitude établie par la loi : l'origine de sa constitution est fort indifférent en ce qui touche la question. Or, comme les tribunaux ne sauraient, sans excéder les bornes de leur pouvoir,

粹随意行為は何らの時効も基礎づけないという規律)は、設定された権利や、それを保存することを怠った者には全く適用されないものであり、……、法律により命じられ、かつ、その後に証書によって認められた役権は、それが2人の当事者の任意かつ自発的な意思(表示)から生じたときと、同一の効果を有するのである」*149 (傍点は柴田による)。すなわち、Duranton の理解によれば、法律上の役権として一度認められた、袋地であることに基づく通行役権は、非袋地化 (cession d'enclave) によってその場所を通行するという所有権の行使が不要となってもなお、消滅を命じられるべきものでないものであり、さらに、所有権の行使でありながら、袋地の通行役権自体は不使用に基づく時効によって消滅するものとされていることがわかる。

このように、Duranton の理解において、自然役権および法律上の役権は、本質的には所有権の行使方法でしかないが、それらの諸規定の取り扱いは、必ずしも自然役権および法律上の役権の全ての類型について一律には解されておらず、とりわけ、袋地に基づいて法律によって成立する通行役権については、真の役権に非常に接近したものとして理解されており、ひとたび成立した後は、人為により設けられた役権と同一の効果を有することになるのである。こうして、Duranton の理解において、相隣関係に関する諸規定 (自然役権および法律上の役権に関する諸規定) は、フランス民法典以前に Pothier の理解において準契約 (quasi-contrat) に基づくものと位置づけられる存在から、明らかに物権である所有権の行使方法と位置づけられる存在となることによって、それまでよりも一歩役権に近づいた。しかし、それだけにはとどまらず、これらの規定の一部、とりわけ袋地に基づいて法律によって成立する通行役権については、さらに、真の役権に非常に接近した存在とされるのである。

第4章 注釈学派における Pothier の全物権支分権説の再発見――Toullier

prononcer la suppression d'une servitude conventionnelle, de même ils, ne peuvent ordonner la cessation d'une servitude créée par la loi, qui l'a établie purement et, simplement, et non sous une condition résolutoire, ou avec charge de révocation.

*149 A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, V, 4e éd., Paris, 1844, No.436, p.466. 原文は次のようなものである : Cette règle ne s'applique point à un droit constitué et que l'on a négligé de conserver,, où la servitude commandée par la loi, et constatée ensuite par un acte, avait les mêmes effets que si elle avait été le résultat de la volonté libre et spontanée des deux parties.

第3章においては、フランス民法典制定直後から19世紀前半において Delvincourt および Duranton によって支持された一部物権支分権説の理解を整理した。これに対して、フランス民法典の施行後においても、Pothier のように全物権支分権説を支持する立場が登場する。この立場を支持し、フランス民法典の施行直後から19世紀前半において見出される代表的な者としては、C. B. M. Toullier が挙げられる。もともと、Toullier と Pothier との立場の間には、フランス民法典の制定から起因する法制度の変化（前述、第2章参照）が介在した。したがって、Toullier と Pothier とは、全物権支分権説の立場を支持する点について共通するとはいえ、両者の物権、支分権などの理解については、いくらかの違いが生じていることが容易に予想されるのである。そこで、以下では、前章の例に倣い、次の3点に分けて究明することとする。すなわち、第一に、所有権との関連ににおいて *domaine* の語義を確認し、第二に、物権および支分権 (*démembrement*) の定義、類型および特徴を取り扱い、最後に、不動産役権、自然役権および法律上の役権に関連する問題を取り扱うこととする。

1、*domaine* の語義

Toullier は、まず、*domaine* について、次のような見解を紹介する。「何人かの学者らは、*domaine* と *propriété* との間の1つの相違を打ち立てる。彼らは、*propriété* によって、人が、これこれの者に、他の者に対して排他的に、帰属するものとしてそれを解する限りにおいて、一般にその物自体において解するこの法性と考えるのである。かつ、*domaine* によって、彼らは、自己に帰属するものを任意に処分する権利であり、彼らが *propriété* の効果として見なす権利と解するのであり、したがって、彼らによれば、*domaine* は、人に附着するのに対して、*propriété* は物自体に附着する（とされる）のである。そういうわけで、*domaine* と *propriété* は、相関的な2つの文言であり、一方が、処分する積極的（能動的）な権利であることになり、他方がつねにその物に追隨する消極的（受動的）な法性であって、所有権者の処分に服する（ことになる）のである」*150。すなわち、この見解は、所有権を、

*150 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.83, pp.52-53. 原文は次のようなものである： Quelques auteurs établissent une différence entre le domaine et la propriété. Ils entendent par la *propriété* cette qualité que l'on conçoit dans la chose même, en tant qu'on la considère comme appartenant à telle ou telle personne, exclusivement aux autres. Et, par la *domaine*, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, droit qu'ils regardent comme l'effet de la propriété ; de sorte que selon eux, le domaine est attaché à la personne, au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs ; l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire.

人に結びつき、かつ、処分を為す積極的（能動的）な権利（droit）を指す *domaine* と、物に結びつき、その物の排他的な帰属を示す消極的（受動的）な法性（qualité）を指す *propriété* とに、分解するのである。本来、このような見解は、ローマ法源におけるいくつかの法文*151や、中世ローマ法学を通して*152構築されたものであり、フランス民法典の理解のために特に用意されたものではない。これに対して、Toullier は、この見解につき、次のように述べる。「この区別は、余りにも曖昧で、Puffendorff が実によく観察したように、実務においては何らの使用もあり得ないのであるが、しかし、理論に於いては、それは所有権の性質について照らし出す光を拡げうる」*153。すなわち、Toullier は、この見解が、フランス民法典の下での所有権の理論的な側面の理解のために一定の有用性を有すると捉えていることがうかがわれるのである。ところが、まず、Toullier の記述において、これらの *domaine* と *propriété* の 2 つの語が併用されているのは、専らフランス革命以前の二重の *domaine* 理論（*théorie du double domaine*）（前述、第 1 章 1（a）参照）が想定する土地の権利関係についての記述においてのみである。さらに、それらの記述においては、次のように述べている。「封建制の本質は、領主が、封臣または臣下に対して、*propriété utile* または *domaine utile*、すなわち *dominium utile* を権利譲与したのであり、一般に封臣（または臣下）を *propriétaire du fief servant* と呼んだのは、そういうわけである他、自らに留めていたと見なされる *propriété directe*、すなわち *dominium directum* から構成されていたのであって、一般に（領主を）*propriétaire du fief dominant* と呼んだのはそういうわけである」*154。「完全な所有権は、領主と封臣との間で分割されていたのであり、封臣が、所有権の有用な権利のほぼ全てを有する態様であり、例外として処分または譲渡の権利は、かつては領主の許可なくしては行使し得なかったのであり、領主は無償でそれを認めてはいなかった」

*151 Éric Meiller, *La notion de servitude*, thèse Lyon III, L.G.D.J., 2012, Nos. 150-153, pp.242-247. は、*dominium* と *proprietas* との区別をローマ法源の法文自体から取り出せると説明している。

*152 A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.187, p.219.

*153 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.83, p.53. 原文は次のようなものである : Cette distinction, trop subtile, comme l'a fort bien observé Puffendorff, ne peut être d'aucun usage dans la pratique ; mais, en théorie, elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété.

*154 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.100, p.64. 原文は次のようなものである : l'essence de la féodalité consistait dans la propriété directe, *dominium directum*, que le seigneur, c'est ainsi qu'on appelait le propriétaire du fief dominant, était censé s'être réservée, en concédant la propriété ou domaine utile, *dominium utile*, à son vassal ou sujet ; c'est ainsi qu'on appelait le propriétaire du fief servant.

155**。ここで、*domaine* と *propriété* とを峻別する見解によれば、*propriété* の語は、誰かしらに排他的に帰属する物の法性を指すものであった。しかし、Toullier は、これらの引用箇所において、領主 (*seigneur*) と封臣 (*vassal*) とのいずれの権利の名称についても *propriété* の語を用いており、かつ、それが *domaine* と言い換えうるように述べているのである。したがって、Toullier の理解においては、このようなフランス革命以前の土地の権利関係に関する用語法は、前述のような *domaine* と *propriété* とを峻別する見解とは、異なる見解として捉えられていることがうかがえるのである。そうであれば、Toullier の理解において、権利を指す *domaine* と排他的帰属を指す *propriété* とを峻別する見解が、それらの2つの語のセットとしては用いられないにもかかわらず、なおフランス民法典の理解にどのように取り込まれているかという点が問題となる。ここにおいて、Toullier は、所有権につき次のように述べる。「所有権は、一般に為し得る行使とは無関係に存続する。一般に、所有権の行為を何らなさないとしても、それらを為す無能力状態にあり、かつ、他人がそれらを、所有権者の知らない内にせよ、その好みに反してにせよ、為すとしても、なお所有権者である。その権利は、当人または他人によって、自己の名において、これらの行為を為す法律上の（随意）能力からなる。所有権は、その物に本質的に属する法性として解されているのである」156**。すなわち、Toullier の理解によれば、ある物の排他的帰属を指す法性（*qualité*）である *propriété* と、排他的帰属を受ける者すなわち所有権者自らが為し、あるいは、他人がその者の意思に反してさえ為し得るその権利（*droit*）の行使（*exercice*）とは、峻別されているのであり、これこそ、前述した、排他的帰属を指す *propriété* と権利を指す *domaine* との峻別に、符合していることが見て取れる。したがって、Toullier の理解によれば、*domaine* の語義は、フランス民法典の下では、所有権が含む諸権利（*droit*）に対応していることがわかるのである。前述したように、Pothier の理解（第1章1（b）参照）において、*domaine* の語は所有権が含む諸権利を意味していた。Delvincourt（前述、第3章第

***155** C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.100, p.64. 原文は次のようなものである：La propriété parfaite était partagée entre le seigneur et le vassal ; de manière que celui-ci avait presque tous les droits utiles de la propriété, à l'exception du droit de disposer ou d'aliéner, qu'il ne pouvait exercer autrefois sans la permission du seigneur, qui ne l'accordait pas gratuitement.

***156** C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.82, p.52. 原文は次のようなものである：Le droit de propriété subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire. On n'est pas moins propriétaire, quoiqu'on ne fasse aucun acte de propriété, quoiqu'on soit dans l'impuissance de les faire, et même quoiqu'un autre les fasse, soit à l'inçu, soit contre le gré même du propriétaire. Le droit consiste dans la faculté légale de faire ces actes, par soi ou par autrui, en notre nom. La propriété est considérée comme une qualité inhérente à la chose.

1 節 1 参照) や Duranton (前述、第 3 章第 2 節 1 参照) の理解において、何らかの権利の意味において用いられる *domaine* の語は、所有権自体を意味していた。したがって、Toullier の理解において、何らかの権利の意味において用いられる *domaine* の語が、所有権の含む諸権利 (*droit*) を意味し、所有権 (*propriété*) 自体とは異なる概念となっている点は、Pothier の理解と類似する一方で、Delvincourt や Duranton の理解とは異なっていることがわかる。

なお、このほかに、Toullier は、*domaine* の語を次のようにも用いている。たとえば、複数の者の間での共同体 (財産共同) (*communauté*) による権利に関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「共同体 (財産共同) による諸権利は、分割によってのみならず、さらに所有権を移転する資格のあるその他のあらゆる契約によっても設けられ得る。たとえば、2 つの近隣の *domaine* の所有権者が、共通の費用において、圧搾機を購入し、または、建設し、かつ、それが彼らのそれぞれの *domaine* の使用や有用性のために共用で有り続けると約定する場合であり、……」*157。この箇所において用いられている *domaine* の語は、単に土地または所有地を意味することがわかる。

このように、Toullier の理解において、*domaine* の語は、単に土地または所有地の意味において用いられる場合のほか、何らかの権利の意味において用いられる場合には、所有権が含む諸権利 (*droit*) を指すのである。ここで、これらの諸権利 (*droit*) が、所有権 (*propriété*) の帰属とは別に、所有権者の意思に反してさえ為し得る場合とは何かという点について、少なくともその一例として容易に想起されるものは、所有権に対して課される制約 (*restriction*)、物権、および、前章まで、所有権からその一部として切り出された権利を指していた類型、すなわち、支分権 (*démembrement*) である。そこで、次に、それらについて明らかにするため、物権、支分権 (*démembrement*) の定義、類型およびその特徴は何かという問題を取り上げることとする。

2、物権、支分権 (*démembrement*) の定義、類型およびその特徴

(a) 支分権の定義および類型

(1) 定義

Toullier は、まず、所有権について、次のように述べる。「一般に所有権は 2 つの種類に分けられる。すなわち、「完全な所有権」 (*propriété parfaite*) と、「不完全な所有権」 (*propriété imparfaite*) である。所有権は、所有権者がそれが含む何らの権利の行使におい

*157 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.469bis, p.336. 原文は次のようなものである : Ils peuvent s'établir non seulement par des partages, mais encore par tout autre contrat habile à transférer la propriété. Par exemple, les propriétaires de deux domaines voisins achètent ou font construire a frais communs un pressoir, et stipulent qu'il restera commun pour l'usage et l'utilité de leurs domaines respectifs ;

でも妨げられないとき、これらの権利の何らも切り出されていないときに、完全であり、それがその行使において妨げられるとき、これらの権利のいくつかは切り出されたときに、不完全である」*158（傍点は柴田による）。このとき、Toullier は、所有権が行使において妨げられる（gêné）場合と、所有権が含む権利（droit）が切り出された（détaché）場合とを並べている。この 2 つの場合が同義であるか、それらの一方が他方の場合を含む関係であるか、という問題は、後述（（b）参照）することになる。

Toullier は、次に、これらの切り出された（détaché）権利について、次のように述べる。「かくして切り出され、かつ第三者に譲与された、これらの権利のそれぞれは、完全な所有権の一部なのであり、それは支分権なのである。ひとたび切り出されたなら、この権利はそれ自体、それを取得した者のために、その者の行為なくしてはもはや失われ得ない真の propriété となるのである」*159（傍点は柴田による）。Toullier は、この箇所を指して、役権について、次のように言い換える。「No.93 で見たことには、他人の土地上でこれらの行為を為す権利、または、所有権者がそれらを為すことを妨げる権利は、それ自体 propriété の一種となり、多少なりとも完全な所有権の性質と特権とを持つのである」*160（傍点は柴田による）。また、支分権全般について、次のように述べる。「物権は、その再統合が完全な所有権を形成するところの権利として第三者に権利譲与された一部に外ならず、これらの権利が所有権に結びつけられ得ることは明確であって、それらは支分権でしかない。」*161。すなわち、Toullier の理解によれば、第一に、支分権（démembrement）

*158 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.92, pp.59-60. 原文は次のようなものである : on divise la propriété en deux espèces : propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; Imparfaite, lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés.

*159 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.93, p.60. 原文は次のようなものである : Chacun de ces droits, ainsi détachés et conférés à une tierce-personne, est une portion de la propriété parfaite ; c'en est un démembrement. Une fois détaché, ce droit devient lui-même , pour celui qui l'a acquis, une véritable propriété qu'il ne peut plus perdre sans son fait.

*160 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.469bis, p.327. 原文は次のようなものである : nous avons vu, n° . 93 , que le droit de faire ces actes sur le fonds d'autrui, ou d'empêcher le propriétaire de les faire, devient lui-même une sorte de propriété, qui participe plus ou moins de la nature et des privilèges de la propriété parfaite.

*161 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839,

とは、完全な所有権が含む諸権利 (droits qu'elle renferme) から切り出された (détaché) 一部 (partie) の権利 (droit) であり、かつ、物権 (droits réels) とは、完全な所有権の一部が、当該物権の権利者に譲与されたものであって、すなわち、支分権なのである。したがって、物権は全て支分権であって、それらの権利は所有権が含む権利の一部 (partie) として、所有権 (droit de propriété) と結びつけて解されるのであり、所有権の性質を有するのである。こうして、Toullier は、全物権支分権説を支持する立場であることがわかるのである。なお、このとき支分権を切り出された (détaché) 母体たる所有権が、切り出される前に含んでいた諸権利、すなわち、完全な所有権が含む諸権利 (droits qu'elle renferme) とされるものが、Toullier の理解におけるところの domaine に該当することについては、前述 (1 参照) した通りである。

Toullier の理解によれば、第二に、このように理解された支分権 (démembrement) すなわち物権 (droits réels) は、「それを取得失得した者のために、その者の行為なくしてはもはや失われ得ない真の propriété となる」*162 ののである。ここで、Toullier が、支分権すなわち物権を、真の propriété (une véritable propriété) と呼ぶことが意味することがらは何か、という点について、Toullier は、所有権に関して、次のような原則または特徴を指摘する。「何人もその propriété を、その行為なくして、かつ、その意思 (表示) に反しては、奪われ得ない」*163。Toullier の理解によれば、この原則は、ローマ法源の法文「我々に帰属するものは、我々の同意なく、他人に移転され得ない。」(D. 50, 17, 11) *164 を根拠とするものとされる (以下、この法文に基づく考えを、帰属の不可侵奪性の考え、と呼ぶ)。このことを踏まえて、Toullier は、フランス革命以前の土地ラント (rente) が、フランス民法の下では物権の性質を失ったことを説明する際に、次のように述べている。「今日これらの rentes の性質は、全く変わった。古法の判例においては、それらは物権だったのであり、所有権の délimitations (démembrement の誤植と思われる：後註を参照) であり、何人も自己の財を売却することを強いられ得ないように、買い戻し不能であることはそれらの本質で

No.95, p.62. 原文は次のようなものである : Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie concédée à un tiers des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement.

*162 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.93, p.60. 原文は次のようなものである : ce droit devient lui-même, pour celui qui l'a acquis, une véritable propriété qu'il ne peut plus perdre sans son fait.

*163 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.338, p.213. 原文は次のようなものである : Personne ne peut être dépouillé de sa propriété sans son fait et contre sa volonté.

*164 原文は次のようなものである : *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transfertur non potest.*

あって、……。しかし、フランス民法は、それらを、一般に反対に約定することを認めることなく、動産であり、本質的に買い戻し可能であると表明する。そこから帰結することには、それらは物権ではなく、……」*165（傍点、および *délibations* の語に関する挿入部は柴田による）*166。すなわち、Toullier の理解によれば、支分権たる物権 (*droits réels*) は、本質的に買い戻しできないのであり、すなわち、買い戻しできる (*rachetable*) ことは帰属の不可侵奪性の考えに反するのである。また、Toullier は、フランス民法の下で、広義の *servitude* についても、原則として償還が認められないことを主張するに際して、次のように述べる。「広義の *servitude* は、さらにそれが債務や定期支払金のように償還される余地がないことにおいても異なる。なぜなら、何人もその *propriété* を売却することを強いられ得ないからである」*167。すなわち、Toullier の理解によれば、支分権たる物権である用益権（および使用権、居住権）や不動産役権についても、帰属の不可侵奪性の考えがあて

*165 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.352, pp.221-222. 原文は次のようなものである : aujourd'hui la nature de ces rentes est totalement changée. Dans l'ancienne jurisprudence, elles étaient des droits réels, des *délibations* de la propriété ; et comme personne ne peut être forcé de vendre son bien , il était de leur essence de n'être pas rachetables ; Mais le Code les déclare meubles et essentiellement rachetables , sans qu'on puisse stipuler le contraire (Art. 529 et 530) . Il en résulte qu'elles ne sont plus des droits réels,

*166 ここで言及される土地ラント (*rentes*, *rente foncier*) の権利に関しては、C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, VI, 5e éd., Paris, 1839, No.174, p.180.においても、かつて、所有権の支分権 (*démembrement*) であったと述べる箇所がある。また、*délibations* という語は、Toullier の原典の当時の辞書 (*Académie Française, Dictionnaire de l'Académie Française*, Tome Premier, 6e éd., Paris, 1835, pp500-501; *Académie Française, Dictionnaire de l'Académie Française*, Tome Premier (A-H), 6e éd. Publiée en 1835, Bruxelles, 1838, pp308-309) においても、現代の辞書 (Paul Robert entièrement revue et enrichie par Alain Rey, *Le Grand Robert de la Langue Française*, t. III, 2e éd., Paris, 1985, pp.294-295 ; Alain Rey = Danièle Morvan, *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, 2005, pp2209-2211) においても、フランス革命前のフランス語に関する辞書 (Takeshi Matsumura, *Dictionnaire du français médiéval*, Paris, 2015, pp868-871) においても、存在を確認することができない。

*167 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.381, p.241. 原文は次のようなものである : Elle en diffère encore en ce qu'elle n'est pas susceptible d'être remboursée comme les dettes et les rentes, parce que personne ne peut être contraint de vendre sa propriété ; さらに、同書, No.585, p.428 は、広義の *servitude* のうち、不動産役権のみについても、改めて同旨を述べている。

はまることになるのである。

このように、Toullier の理解によれば、所有権の支分権たる物権 (droits réels) は、支分権として所有権から切り出された (détaché) 後においても、なお母体たる所有権が有する特徴の一部を維持しているのである。このことは、すなわち、所有権と、その支分権たる物権は、このように物権が所有権と共通して有する特徴につき、全体 (tout) と一部 (partie) との関係であって、全体 (tout) の一部 (partie) は、全体と同一の性質を有するものとして捉えられていることを意味するのである。それは、一般に、たとえば、鍋に入ったスープから取り出された一掬いのスープが、残りの鍋のスープと同一の性質を有する*168 という捉え方である。

前述 (第 1 章 2 (b) 参照) したように、Pothier の理解によれば、物権は、ある物が一定の観点で権利者に帰属すると解される (considérés comme nous appartenant à certains égards) 権利であった。このことを踏まえて、Toullier の理解と見比べるならば、前述 (1 参照) したように、Toullier は、排他的帰属を指す propriété と、所有権が含む諸権利 (droit) を指す domaine とを峻別する。すなわち、Toullier の理解において、所有権の支分権に過ぎないものとされる物権は、所有権の有する特徴の一部を維持し、排他的に帰属すると解されるのであり (帰属の不可侵奪性の考え)、かつ、排他的帰属を propriété と理解するがゆえに、支分権たる物権は真の propriété (véritable propriété) と捉えられることになるのである。したがって、Toullier の理解は、Pothier の理解に基づいて発展していることがわかる。もっとも、前述 (第 1 章 2 (b)、(c)、3 (a) 参照) したように、Pothier は、所有権の性質から物権の性質を導いていなかった。したがって、この点において、Toullier は、Pothier よりも、支分権 (démembrement) という概念による所有権と物権との結びつきを強める試みを打ち出していることがわかる。ただし、全体 (tout) と一部 (partie) とが、全体と同一の性質を有することは、論理的には何ら必然のものではない。そのため、ここで、Toullier が、少なくとも帰属の不可侵奪性の考えに関して、所有権と、支分権 (démembrement) たる物権とを、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) との関係であると捉える根拠は何か、という点が問題となる。しかし、Toullier の理解によれば、所有権と物権とが、そのような関係であると捉える根拠は、物権が、所有権の支分権であり、所有権が含む諸権利 (droit) の一部、すなわち、domaine の一部である (前述、1 参照) というもののほかにはうかがわれない。そういうわけで、Toullier の理解において、所有権と、支分権とが、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) との関係にある理由は、支分権であることそれ自体によって基礎づけられていることになるのである。

Toullier は、このような理解に基づき、支分権たる物権の類型について述べるに際し、ま

*168 Éric Meiller, *La notion de servitude*, thèse Lyon III, L.G.D.J., 2012, No. 168, p.265. は、中世ローマ法学 Glossateurs 派による全体 (tout) と一部 (partie) の関係に関する区別の 1 つの例として、鍋から取り出したスープを挙げる。

ず、フランス民法 544 条、686 条を参照する。前述（第 1 章 1（a）参照）したように、フランス民法 544 条は、次のように定める。「所有権は、法律または命令により禁じられた使用をしない限り、最も絶対的な態様で物の使用収益および処分をなす権利である。」。フランス民法 686 条 1 項は、次のように定める。「①所有権者は、その所有地について、または、その所有地のために、好きなように役権を設けることが認められる。ただし、それでも尚、それらの設けられた利便は、人について課されるのでも、人のために課されるのでもなく、単に、土地について、かつ、土地のために課される限りにおいてであり、かつ、これらの利便がさらに何らの公序にも反しない限りにおいてである」*169。Toullier は、これらの条文を参照しながら、支分権たる物権の類型について、次のように述べる。「もし一般に完全な所有権から分離させることができる権利は何か、どのような態様でそれは支分権化しうるかを問うならば、まずもって、原則としては、各自がその所有権を最も絶対的な態様で処分できることを掲げなければならず（フランス民法 544 条）、当人は、好きなようにそれらの権利を切り出すことができ、欲するようにこれらの権利を拡張または限界を画することができるのであり、要するに、適宜判断したあらゆる態様で自己の所有権を支分権化することが、それが法律または公序に反しない限り（フランス民法 544、686 条）、できるのである。そういうわけで、この態様において、一般的な原則を追従する。すなわち、禁じられていない全てのことがらは認められている、である」*170（傍点は柴田による）。すなわち、Toullier は、物権の類型を、少なくとも明示的には限っていないのであり、この箇所は、後世の学者が Toullier を物権法定主義（*Numerus clausus**171、または、*limitation légale de création des droits réels**172、*les seuls droits réels sont ceux énumérés*

*169 条文は次のようなものである : Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

*170 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.96, p.62. 原文は次のようなものである : si on demande quels sont les droits qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrer, il faut d'abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (544), il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut ; en un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois ou à l'ordre public (544, 686). Ainsi, dans cette matière, on suit le principe général : tout ce qui n'est pas défendu est permis.

*171 たとえば、Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 6e éd., L.G.D.J., 2015, No.354, p109.

*172 たとえば、G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil Les biens*, 2e éd., Sirey, 1980, No.8, p.8.

par la loi*173などと表現される)の否定派と捉える根拠となっている*174。また、Toullierは、このとき、所有権から、支分権として切り出される(détaché)権利が、母体たる所有権において使用収益や処分などいかなる行使、利益の享受、に向けられていた権利であるべきか、という点に関する何らの条件も附していない。前述したように、Pothier(第1章2(a)参照)の理解において、支分権は所有権の実体的基礎(fond)を切り出し、失わせるものとされていたが、いかなる行使に向けられた実体的基礎であるべきかという点に関する条件は附されていなかった。これに対して、Delvincourt(第3章第1節2(a)参照)の理解において、支分権として切り出される権利は、限りない態様がありえるものの、全て用益権(使用権および居住権)か、役権かのいずれかに還元されるべきものとされた。また、Duranton(第3章第2節2(a)参照)の理解において、支分権は、所有権の主要な属性(attribut)、とりわけ使用収益の権利(droit quant à la jouissance または droit de jouir)が縮減され(diminuté)または制約される(restreint)ものでなければならず、それゆえ、支分権とされる物権は、主要な属性とされる使用収益の権利を縮減し、または、制約する用益権(usufruit)、使用権(usage)および居住権(habitation)のみであることがうかがわれた。これらの立場と比較するとき、Toullierの理解においては、全ての物権が支分権であり、しかも、生じうる物権の類型は少なくとも明示的には限られないのであり、さらに、支分権たる物権が、いかなる行使または利益の享受に向けられた部分(partie)であるべきかという点に関する条件は附されていない。したがって、このような点において Toullierの理解は、Pothierの理解と共通しており、DelvincourtやDurantonの理解とは異なっていることがわかるのである(なお、後述、(b)参照)。

(2) 類型

このように、Toullierの理解において、支分権たる物権の類型は少なくとも明示的には限られない。もっとも、Toullier自身が、具体的に物権(droit réel)と明示しているものは、次の諸権利にとどまっている。まず、所有権につき、次のように述べる。「この権利(所有権)は、物権、jus in re と呼ぶものである」*175。また、広義の servitude について、次のように述べる。「一般に servitudes 全般を、他人の物について設けられた物権、jus in re

*173 たとえば、A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.213, p.252 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 6e éd., L.G.D.J., 2015, No.354, p109.

*174 たとえば、A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.212, p.251.

*175 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.84, p.55. 原文は次のようなものである : Ce droit est ce qu'on appelle un droit réel, *jus in re*.

と定義することができ、……」*176。ここで、Toullier は、用益権 (usufruit) についても、次のように述べて、広義の servitude の一類型であると理解する。「それら(広義の servitude) は、自然と主たる 2 つの類型に並べられるのであり、人役権 (servitudes personnelles) と不動産役権 (servitudes réelles) である。もし servitude の権利が、単に個人のために、その承継人らに移ることなく、その者に附される態様で、設けられるならば、一般に人役権、すなわち、人に帰する servitude と呼ぶのであり、たとえば、用益権者たる者に附される用益権であり、それはその死亡において消滅する」*177。その上で、広義の servitude につき(ただし、どちらかといえば不動産役権を想定しつつ)、所有権の排他性と関連して、次のように述べる。「しかし、一般に、一定の使用法について、(すなわち)、一定の所有権の行為をなすべく、または、所有権者がそれらを為すことを妨げるべく、他人の土地または物に役立たせる権利を有しうる。……、完全な所有権の支分権であり、または、物権、(すなわち) jura in re であるこれらの権利は、(広義の) servitudes と呼ばれるのであり、……」*178 (傍点は柴田による)。より明確に、不動産役権について、地下部分の所有権と対比して、次のように述べる。「対照的に、役権は、その性質ゆえに、無体物である。これは、所有権の支分権であるが、土地の(物質的・有体的な)部分ではない」*179 (1 つ目の強

*176 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.377, p.238. 原文は次のようなものである : On peut donc définir les servitudes en général un droit réel, *jus in re*, なお、個別的に用益権については、同書, No.388, p.249 において、不動産役権については、同書, No.469bis, p.327 において、物権であると述べる。

*177 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.382, pp.241-242. 原文は次のようなものである : elles se rangent naturellement en deux classes principales, servitudes personnelles et servitudes réelles. Si le droit de servitude est établi en faveur d'un individu seulement, de manière qu'il soit attaché à sa personne sans passer à ses successeurs, on l'appelle servitude personnelle, c'est-à-dire, servitude due à la personne ; par exemple, l'usufruit qui est attaché à la personne de l'usufruitier, et qui s'éteint à sa mort.

*178 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.376, p.237. 原文は次のようなものである : On peut cependant avoir le droit de faire servir la terre ou la chose d'autrui à certains usages, d'y faire certains actes de propriété, ou d'empêcher le propriétaire de les faire. Ces droits qui sont,, des démembrements de la propriété parfaite, ou des droits réels, *jura in re*, sont appelés *des servitudes*, また、C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, IV, 4e éd., Paris, 1824, No.60, p.59.でも、同様に、servitude を完全な所有権の支分権であると述べる。

*179 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.469bis, p.329. 原文は次のようなものである : Au contraire, une servitude est par sa

調は Toullier による、2 つ目の傍点は柴田による）。さらに、用益権 (usufruit) についても、改めて明確に次のように述べる。「用益権は所有権の支分権であり、……」*180。質権 (gage) および抵当権 (hypothèque) につき、次のように述べる。「質権と抵当権は、フランス民法が、所有権の取得方法を取り扱う第 3 巻においてしか述べていないところの、物権である」*181。ただし、これらの物権とされた類型については、それらの編 (第 3 巻 (旧) 第 17 編および (旧) 18 編) に関する巻が執筆されなかった*182こともあり、個別的に支分権であることを明確にする (あるいは否定する) 箇所は見受けられない。占有 (possession) については、まず、3 つの類型を区別して次のように述べる。「占有する権利、占有、および、占有の権利は、異なる 3 つのものであり、それらは同時に 3 人の異なる者において見出されうるのである。たとえば、もしある所有権者がその土地が占有剥奪されたまま放置したとしても、彼は尚占有する権利が附されるところの所有権を保持するのである。篡奪者は、1 年の占有の後、占有の権利、すなわち、その土地の一時占有 (他主占有) について暫定的に維持管理させ、かつ、人がそれを妨害することを阻止し、所有権者に倣って所有権に基づいて認められる行為をさせる権利を有するのである。最後に、第二の篡奪者で、暴力またはその他によって第一の篡奪者を追い出す者は、現在の占有を有することになるのである」*183。すなわち、Toullier の理解によれば、1 つ目の類型であ

nature une chose *incorporelle*. C'est un démembrement du droit de propriété, mais non pas une partie du fonds. また、C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. X, 5e éd., Paris, 1839, No.153, p.218.においても、明確に同旨を述べている。

*180 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.389, p.250. 原文は次のようなものである : L'usufruit est un démembrement de la propriété ;

*181 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.105, p.68. 原文は次のようなものである : Le gage et l'hypothèque sont des droits réels dont le Code ne parle que dans le 3e. Livre qui traite de la manière d'acquérir la propriété.

*182 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code* の一連の体系書は、売買 (フランス民法典第 3 巻、第 6 編) の編以降 (フランス民法 1582 条以下) が執筆されず仕舞いとなった。

*183 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.79, p.52. 原文は次のようなものである : Le droit de posséder, la possession et le droit de possession, sont trois choses tellement distinctes, qu'elles peuvent se trouver en même temps en trois personnes différentes. Par exemple, si un propriétaire négligent se laisse déposséder de sa terre, il n'en conserve pas moins le droit de propriété auquel est attaché celui de posséder. L'usurpateur, après un an d'occupation, a le droit de possession, c'est-à-dire, le droit de se faire maintenir provisoirement sur la détention de la terre, d'empêcher qu'on ne l'y trouble, et de

る占有する権利 (*droit de posséder*) は、所有権が含む諸権利 (*droits*) の 1 つである。Toullier は、残る 2 つの類型、すなわち、占有 (*possession*) および占有の権利 (*droit de possession*) につき、次のように述べる。「占有は事実であり、したがって、これが物権かを問うことはできない。しかし、占有の権利は、その者が所有権者と推定され、その占有において、暴力によってそれを妨害しようとするべき者全員に対して、それを維持 (管理) させるものであり、明らかに物権である」 *184。すなわち、Toullier の理解によれば、一年を経過し、当該占有を維持し、妨害を阻止することが認められる占有の権利 (*droit de possession*) は、物権とされているのである。その他、永小作権 (*emphytéose*) につき、次のように述べる。「永小作権は、……、フランス民法は、我々にこの契約に関する何らの規律も与えておらず、それにつきその性質と特有の特徴を決めるのはかなり困難である。……。しかし、永小作権は、なお、複数の県において存在している。1 つの明確な法律が、一般に時折長期賃貸借または土地定期金契約と混同するこの権利についての考えを定めることが望まれるべきことになる」 *185。すなわち、Toullier の理解によれば、物権たり得るものであるように見受けられるのである *186。

(b) 所有権に課される制約 (*restriction*)

Toullier は、まず、所有権の行使が含むあらゆる行為を、次の 3 つの類型に集約する。「所有権の行使は、所有権者に認められるあらゆる行為からなり、または、むしろ彼に禁じられていないあらゆる行為からなる。なぜなら、明示的な法律によって禁じられていないことがら全ては、認められているからである。また、これらの行為全てを列挙することは、

faire, à l'instar du propriétaire, les actes permis en vertu du droit de propriété. Enfin, un second usurpateur, qui aurait chassé le premier par violence ou autrement, aurait la possession actuelle.

*184 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.99, pp.63-64. 原文は次のようなものである : La possession est un fait ; on ne peut donc demander si c'est un droit réel. Mais le droit de possession, qui est celui d'être présumé propriétaire, et de se faire maintenir dans sa possession contre tous ceux qui voudraient la troubler par des voies de fait, est évidemment un droit réel.

*185 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.101, pp.65-66. 原文は次のようなものである : L'emphytéose, et le Code civil ne nous donne aucunes règles relativement à ce contrat, dont il est assez difficile de déterminer la nature et le caractère spécifique. Cependant l'emphytéose existe encore dans plusieurs départements. Il serait à désirer qu'une loi précise fixât les idées sur ce droit que l'on confond quelquefois mal-à-propos avec le bail à longues années , ou avec le bail à rente.

*186 同旨、A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t, IV, 4e éd., Paris, 1844, No.80, p.67, 註 1.

無益であるのと同じく困難であるが、しかし、一般にそれらは、次の3つの類型に結びつけられ得るのであり、それは所有権の基礎的な3点に対応するのである。すなわち、使用収益、排他性、処分である。」*187。すなわち、Toullier の理解によれば、所有権の行使が含む行為 (actes) は、全て、使用収益 (jouissance) に基づく使用収益の行為か、排他性 (exclusion) に基づき他者の利用や関与を排斥する行為か、あるいは、処分 (disposition) に基づく処分の行為か、のいずれかに該当するのである。

このことを踏まえて、Toullier は、次に、所有権の行使の制約 (restriction) に関連して、次のように述べる。「所有権を修正することは、それが伸長されるところの物そのものに関して、その行使を制約することである。……。 (所有権の) 修正は、所有権それ自体に触れるのであり、これはこの権利の行使に附された制約である。」*188。すなわち、Toullier の理解によれば、所有権の修正すること (modifier) とは、その行使を制約する (restreindre l'exercice) ことである。また、Toullier は、このような行使の制約を、上に述べた所有権の3つの基礎的な点 (trois points fondamentaux) に結びつけて、次のように述べる。「これらの行使は、ほぼ限りない数の行為から構成され、これらの行為は、……。次の3つの基礎的な点に結びつくのである。すなわち、処分、使用収益、排他性であり、すなわち、その物を処分の権利において、その物を使用収益する権利において、および、他人における使用を禁じ、またはそれらを排斥する権利においてである。所有権は、これらの3つの基礎的な点において修正されうるのである」*189。すなわち、Toullier の理解によれば、上述したように、所有権のあらゆる行使は、全て処分の行為、使用収益の行為、または、排他性

*187 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.85, p.56. 原文は次のようなものである : L'exercice du droit de propriété consiste dans tous les actes qui sont permis au propriétaire, ou plutôt, qui ne lui sont pas défendus ; car tout ce qui ne lui est pas défendu par une loi formelle, lui est permis. Il serait aussi difficile qu'inutile d'énumérer tous ces actes ; mais on peut les rapporter à ces trois classes , qui répondent aux trois points fondamentaux de la propriété : Jouissance, Exclusion, Disposition.

*188 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.242, pp.161-162. 原文は次のようなものである : La modifier, c'est en restreindre l'exercice à l'égard des choses mêmes auxquelles elle s'étend. ... Les modifications touchent le droit de propriété en lui-même ; ce sont restrictions mises à l'exercice de ce droit.

*189 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.243, p.162. 原文は次のようなものである : Cet exercice consiste dans un nombre d'actes presque infini; ces actes,, se rapportent à ces trois points fondamentaux : disposition, jouissance, exclusion ; C'est-à-dire, dans le droit de disposer, dans le droit de jouir de la chose, et dans le droit d'en interdire l'usage aux autres, ou de les en exclure. La propriété peut être modifiée dans ces trois points fondamentaux.

に基づき他人を排斥する行為のいずれかに該当するものであった。そのため、このような所有権の行使に対するあらゆる制約もまた、全て、処分(disposition または droit de disposer)、使用収益(jouissance または droit de jouir) および排他性(exclusion または droit d'en interdire l'usage aux autres, ou de les en exclure) の3点のいずれかの権利に関連して受けるものとなる。さらに、Toullier は、このような行使の制約の例を、次のように3箇所で説明する。

「法律は処分または譲渡することを禁じ、(または) 譲渡することを義務付け、(あるいは) 法律は一定の行為を為すことを強制しまたは禁じることができるのである。所有権者は、そのときは、彼に帰属する物につきできることを為し得ないのであり、処分する方法において強制され、または、妨げられるのである。使用収益の権利もまた、複数の方法により修正され得る。その使用収益は、所有権から、全部または一部において、用益権、使用権または居住権の場合におけるように、分離されうるのである。最後に、排他性の権利もまた、多くの態様で修正されうる。所有権者は、その自己の土地上で、別の者によって、所有権の一定の行為を為すことを、または、自分自身がそれらを行なうことを妨げられることを、受忍するべく強いられ得るのである。」*190。「所有権は、使用収益の権利に関して、多くの態様で修正されうる。これらの態様のうち最も顕著なものは、使用収益権が全部または一部において、虚有権から、多少なりとも長い期間につき、分離されることになる場合である。我々は、それを用益権、使用権、および居住権の編において述べる。所有権者は、また一定の使用収益について常に自ら禁じ、または、それらを第三者に認めることもできる。我々は、それを役権の編において述べる」*191 (傍点は柴田による)。

*190 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, Nos.244-245, pp.162-163. 原文は次のようなものである : elle peut défendre de disposer ou d'aliéner; elle peut obliger d'aliéner ; elle peut contraindre a faire ou défendre de faire certains actes. Le propriétaire alors, ne peut pas faire ce qu'il peut de la chose qui lui appartient ; il est contraint ou gêné dans la manière d'en disposer. Le droit de jouir peut aussi être modifié de plusieurs manières : la jouissance peut être séparée de la propriété, en tout ou en partie, comme dans les cas de l'usufruit, du droit d'usage ou d'habitation. Enfin, le droit d'exclure peut être aussi modifié de beaucoup de manières. Le propriétaire peut être forcé de souffrir faire sur son héritage, par une autre personne, certains actes de propriété, ou être lui-même empêché de les faire.

*191 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.326, p.207. 原文は次のようなものである : La propriété peut être modifiée en beaucoup de manières, relativement au droit de jouir. La plus remarquable de ces manières est le cas où le droit de jouissance se trouve en tout ou en partie, séparé de la nue propriété pour un temps plus ou moins long. Nous en parlerons au titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. Le propriétaire peut aussi s'interdire pour toujours certains actes de jouissance, ou les permettre

「法律によって、または、人為によって設けられる、所有権の諸修正の中で、一方のものら、かつ、それが最大数であるものらは、一般に（広義の）servitudes と呼ぶものである。……。もう一方のものらは、本質的に（広義の）servitudes とは異なる。なぜなら、もし全ての役権が所有権の修正物であるとしても、全ての所有権の修正物が（広義の）servitudes であるわけではないからである」*192。すなわち、Toullier の理解によれば、第一に、処分（disposition）に基づく行使を、修正し、すなわち制約する（restreindre）場合とは、一定の処分の方法を強制され（contraint）、または、妨げられる（gêné）ことを指すのである。このことから、Toullier の理解において、所有権の行使を妨げられる（gêné）場合は、所有権の行使を制約する（restreindre l'exercice）こととなる場合に含まれることがわかる。また、第二に、用益権（usufruit）、使用権（usage）および居住権（habitation）は、使用収益（jouissance）に基づく行使を、修正し（modifier）、すなわち、制約する（restreindre）類型であることがわかる。加えて、第三に、直前の2つ目の引用箇所によれば、不動産役権（前述、（a）参照）も、使用収益（jouissance）に基づく行使を修正し、すなわち制約する類型であることがわかる。さらに、1つ目の引用箇所において「その自己の土地上で、別の者によって、所有権の一定の行為を為すことを、または、自分自身がそれらを行なうことを妨げられることを、受忍するべく強いられ得る」と述べる一節もまた、少なくとも不動産役権を含むことがらを指し示していることが見て取れるのであり、したがって、不動産役権は、使用収益に基づく行使のみならず、排他性（exclusion）に基づき他人による利用や関与を排除する行使もまた、修正し（modifier）、すなわち、制約する（restreindre）類型なのである。

ここで、前述（（a）参照）したように、Toullier の理解によれば、用益権（および使用権、居住権）や役権は物権であり、全て物権は所有権の支分権であって、かつ、支分権は、所有権から、一部の権利が切り出され（détaché）たものである。したがって、用益権（使用権、居住権）や役権が、使用収益（jouissance）に基づく行使や、排他性（exclusion）に基づく行使を修正し（modifier）、すなわち、制約する（restreindre）ということは、これらの物権が、所有権の行使を制約する（restreindre l'exercice）ものであることを意味する。これに対して、Toullier は、処分（disposition）に基づく行使を制約する（restreindre）ことについて、何らの物権も示唆していない*193。そのため、Toullier の理解において、処分

à un tiers. Nous en parlerons au titre des servitudes.

*192 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.247, pp.162-163. 原文は次のようなものである： Entre les modifications de la propriété, établies par la loi ou par le fait de l'homme, les unes, et c'est le plus grand nombre, sont ce qu'on appelle des servitudes. ... Les autres diffèrent essentiellement des servitudes; car, si toutes les servitudes sont des modifications de la propriété, toutes les modifications de la propriété ne sont pas des servitudes.

*193 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839,

に基づく行使に課される制約 (restriction) については、支分権たる物権に基づく制約ではない制約であることがわかる。さらに、Toullier は、直前の 2 つ目の、使用収益の権利 (droit de jouir) に関する引用箇所続けて、次のように説明する。「これらの特種の場合とは無関係に、そこで、法律は、一般に、公的に、または、特定個人に現実の損害を生じうる所有権のあらゆる使用を禁じるのであり、……」*194 (傍点は柴田による)。すなわち、Toullier の理解によれば、処分 (disposition) に基づく行使に関する制約のみならず、使用収益に基づく行使に関する制約においても、物権である制約以外の制約、すなわち、所有権の一部が支分権として切り出された (détaché) ことによる制約ではない制約が存在しているのである。

したがって、Toullier の理解によれば、前述した箇所 ((a) (1) 参照) において残した問題につき、およそ所有権がその行使を妨げられ (géné)、したがって、制約される (restreint) 場合は、所有権から物権たる支分権が切り出される (détaché) ことによってその行使が制約される場合よりも、広いのであって、同義のものではないのである。前述したように、Pothier (第 1 章 2 (a) 参照) は、所有権の実体的基礎 (fond) の制約と、行使 (exercice) の制約とを区別することにより、支分権すなわち物権であるものと、そうではないものとを区別していた。Duranton (第 3 章第 2 節 2 (a) 参照) もまた、権利の属性 (attribut) を制約・縮減するか、行使のみを制約するか、という点によって、支分権であるものと、支分権ではないものとを区別していたが、しかし、Duranton は、そのような区別を物権の類型の中で行うことにより、所有権から属性 (attribut) を切り出す (détacher) 支分権たる物権と、所有権の行使のみを制約する物権とを、区別していた。Toullier もまた、所有権の行使について、支分権が切り出されることによって受ける制約 (restriction) と、支分権の切り出しには基づかずに課される制約とを区別する点においては、Pothier や Duranton と共通する。しかし、Toullier は、全物権支分権説の立場に基づくため、このような区別は、支分権たる物権に基づく制約と、それ以外の制約とを分けることになるのであり、この点において、Pothier の理解と共通し、Duranton の理解とは異なることがわかるのである。こうして、Pothier の理解において、実体的基礎 (fond) が失われることと行使 (exercice) ができないこととされ、Duranton の理解において、権利の属性 (attribut) が縮減されることと行使が制約されることとされた区別の基準は、Toullier の理解において、いずれも所有権の行使に制約 (restriction) を課することになるものとされた上で、支分権として所有権の一部が

No.249 以下, p.164 et suiv.においても、何ら物権を例示することなく所有権の処分に關する諸制約を説明する。

*194 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.327, p.207. 原文は次のようなものである : Indépendamment de ces cas spéciaux y les lois défendent en général tout usage de la propriété qui pourrait causer un dommage réel au public ou aux particuliers ;

切り出される (détaché) ことによって母体たる所有権が制約を被ることと、それ以外に単に所有権の行使について制約 (restriction) を課されることとして、整理された。Toullier の理解におけるこの区別は、物権と物権以外との区別と一致するのである。

もっとも、Toullier の理解において、ある制約が支分権か否かという問題、すなわち、所有権の一部が切り出されることによるか否かという問題は、物権自体の定義なくしては、必ずしも判然としないものであり、さらに、Toullier 自身もまた、必ずしも全ての支分権について母体たる所有権から切り出されたものであると判断することを徹底できていないように見受けられる箇所がある。たとえば、上述の行使の制約に関連して、引用した 3 つの箇所の 1 つ目や 2 つ目において、Toullier は、用益権 (usufruit) については、使用収益権が虚有権から分離される (séparé de la nue propriété) と述べており、所有権の一部が切り出された (détaché) ものとされる支分権の定義に沿う表現が用いられている。これに対して、同じく支分権である不動産役権については、為すことを妨げられ (empêché de les faire)、受忍すべく強いられ (forcé de souffrir)、あるいは、一定の使用収益の行為を自らに禁じまたは他人に許可する (s'interdire certains actes de jouissance, ou les permettre à un tiers) と述べるに止まっているのであり、ここでは、当該不動産役権が物権とされ、かつ、物権は支分権であるとされることを予め考慮せずして、当該制約が所有権の一部を切り出された (détaché) ことによる制約であると判断することは容易ではないことがうかがえるのである。

(c) 物権の定義

そこで、支分権 (démembrement) の概念の定義や類型を通覧したところで、今度は、物権 (droit réel, jus in re) が、物権自体の定義、および、物権であること自体によって有すべき特徴は何かという問題を取り上げる。Toullier は、物権 (droit réel, jus in re) 自体の特徴について、jus ad rem と比較して、次のように述べる。「一般に物権、jus in re と呼ぶものの、特有の特徴を形成するのは、その物が見出されるところのあちこちに、その物を追求するこの能力であり、対人権、または、droit à la chose、jus ad rem との違いにつき、(jus ad rem は) 純粹に人的に定まる性質の結びつきから生じ、2 人または複数の決まった者らの間に存在し、それに基づいて一方は、何かしらを為し、または、付与するべく義務づけられるのであり、要するに、物権に基づいて、私は私が取得した所有権を主張し、対人権または droit à la chose に基づいて、私は、所有権者となることを要求し、その債務者がその所有権を私に移転することを要求するのである。したがって、droit à la chose、jus ad rem は、物権、jus in re を取得するための手段なのである」*195 (傍点は柴田による)。すなわ

*195 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.84, pp.55-56. 原文は次のようなものである : C'est cette faculté de suivre la chose partout où elle se trouve, qui forme le caractère spécifique de ce qu'on appelle un droit réel, jus

ち、Toullier の理解によれば、物権 (droit réel)、すなわち jus in re とは、まず、それに関係するところの物を、当該物が誰の手中にあるかを問わずに追求する能力 (faculté de suivre la chose) を有する権利の類型であり、また、純粹に人的に定まる性質の結びつき (lien purement personnel) から生じるのではない権利の類型である。さらに、この箇所において、純粹に人的に定まる性質の結びつきとは、とりわけ作為義務を想定していることがわかる。Toullier は、当該箇所に先立って、前述 ((a) 参照) した箇所を改めて見れば、同旨を、所有権について、次のように述べていた。「この権利 (所有権) は、物権、jus in re と呼ぶものである。所有権の結びつきは、所有権とその物の間に、その他の者全てと無関係に、存在し、所有権は、その物が、見出される何人の手中であれ、その占有者が善意であるとしても、かつ、当人に対して何らの人的に定まる性質の義務を契約していないとしても、追求することができるのである」*196 (傍点は柴田による)。すなわち、Toullier の理解によれば、物権が、それに関係するところの物を、当該物が誰の手中にあるかを問わずに追求する能力 (faculté de suivre la chose) は、他の者 (autre personne) と無関係に存在するのであり、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を契約した者を要しないとされる。当該箇所において、他の者 (autre personne) とは、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を契約した者を指すことがわかる。したがって、Toullier の理解において、物権 (droit réel、jus in re) とは、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を負う者が存在しない権利の類型なのである。

このように、Toullier の理解において、物権 (droit réel、jus in re) が、当該物を占有している者が誰であれ、その物に対して行使できる権利の類型であると解する点は、前述したように、Delvincourt (第3章第1節2 (a) 参照) や Duranton (第3章第2節2 (a) 参照) の理解と共通する。また、物権が、他の者 (autre personne)、すなわち、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を負う者の存在しない権利の類型であると言い換える点は、前述 (第3章第2節3 (a) (2) 参照) したように、Duranton の理解と一致している

in re, à la différence du droit personnel ou du droit à la chose, *jus ad rem*, qui résulte d'un lien purement personnel, existant entre deux ou plusieurs personnes déterminées, et en vertu duquel l'une est obligée de faire ou de donner quelque chose ; en un mot, en vertu d'un droit réel, je réclame une propriété qui m'est acquise, en vertu du droit personnel ou du droit à la chose, je demande à devenir propriétaire, je demande que le débiteur me transfère sa propriété. Le droit à la chose, *jus ad rem*, est donc un titre, un moyen pour acquérir le droit réel, *jus in re*.

*196 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.84, p.55. 原文は次のようなものである : Ce droit est ce qu'on appelle un droit réel, *jus in re*. Le lien de la propriété existe entre le propriétaire et la chose, indépendamment de toute autre personne ; il peut la suivre en quelques mains qu'il la trouve, quoique le possesseur soit de bonne foi, et n'ait contracté envers lui aucune obligation personnelle.

ことがわかる。

(d) 物権の objet

いまして見たように、Toullier は、Pothier（前述、第 1 章 2（c）参照）と同じく、物権（droit réel, jus in re）や jus ad rem の特徴を述べるにあたって、objet の語に触れていない。とはいえ、Toullier も、物権に関して objet の語を用いている箇所はある。そこで、Toullier の理解においても、物権の objet は何かという点を明らかにすることによって、objet の概念が、物権の特徴を形成するか、という問題を取り上げることとする。

まず、Toullier は、物（choses）や財（biens）に関連して、次のように objet の語を用いる。「人自身も、奴隷制が認められている国々においては、……、それらが別の権利の objet となり得る限りにおいて、物の呼称の下に含められる」*197（強調は Toullier による）。「これらの権利は、一般に触れたり掴んだりすることができる有体物について行使されるかは重要ではなく、それらは尚無形なのであり、なぜならそれらはそれらの権利を、その objet と混同してはならないからである」*198。「無体物は、それらの性質によっては、動産でも不動産でもないが、法律の定めによって、それらは、それらが objet である有体物の性質に応じて、これらの法性のいずれかであると見なされる」*199。また、フランス民法 526 条（第 2 章 2（b）参照）においても、objet に触れる*200。さらに、Toullier は、所有権に関連して、次のように述べる。「その objet であるところの物に関する所有権、または、添付権の拡がり（範囲）を取り扱う」*201。「所有権の limites は、その objet であるところ

*197 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.2, p.2. 原文は次のようなものである : L'homme lui-même, dans les pays où l'esclavage est admis,, en tant qu'ils peuvent devenir l'objet d'un autre droit, sont compris sous la dénomination de choses.

*198 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.8, p.5. 原文は次のようなものである : Il n'importe que ces droits s'exercent sur une chose corporelle qu'on peut toucher ou saisir, ils n'en sont pas moins incorporels ; car il ne faut pas confondre les droits avec la chose qui en est l'objet :

*199 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.9, p.6. 原文は次のようなものである : Les choses incorporelles, ne sont de leur nature ni meubles ni immeubles ; mais par une détermination de la loi, elles sont censées être de l'une ou de l'autre de ces qualités, suivant la nature de la chose corporelle qu'elles ont pour objet.

*200 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.17, pp.13-14.

*201 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.63, p.39. 原文は次のようなものである : Nous traiterons,, de l'étendue de la

ろの物理的な物にあてはめられる」*202。すなわち、これらの引用箇所 で用いられる objet の語は、前述（第1章2（c）参照）した、①対象としての objet と、②利益としての objet との区別に基づけば、①対象としての objet であることがわかる。

これに対して、Toullier は、広義の servitude について、次のように objet の語を用いる。「servitude は、それを負う者の側では、それが帰する者がその物を、servitude の objet に従って、利用することを受忍し、または、この者が妨げる権利を有する行為を自ら差し控えることから、構成される」*203。この箇所は、後ほど改めて触れることになる（後述、3（a）（2）参照）が、この箇所における objet は、servitude の権利を有する者が何らかの利用をなし、または、何らかの行為を被らずに済むという利益を意味することがうかがえる。さらに、Toullier は、不動産役権に関連して、次のように objet の語を用いる。「厳密には、全ての役権は、承役地の所有権者に関してそれらを考えるにおいては、消極的（受動的）である。なぜなら、それらはこの所有権者を、為すことについて決して義務づけないからである。しかし、それらをそれらの objet に関連して考えれば、一般に承役地の所有権者が、所有権の一定の行為を決して為さないことを義務づけるだけである役権を消極的（受動的）役権と呼び、また、（要役地の）所有権者に、その土地上で何かしらを為させておくことを義務づける役権を、積極的（能動的）役権と呼ぶのである」*204。また、共有された要役地につき、次のように objet の語を用いる。「もしそれが通行権に関するならば、全ての共有権者は、同一の場所を通して行使されるべく義務づけられることになるのであり」、もしその役権がかくして権原（証書）によって限定されていたならば、同一の期間に亘り、

propriété relativement aux choses qui en sont l'objet, ou du droit d'accession ;

*202 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.242, p.161. 原文は次のようなものである : Les limites de la propriété s'appliquent aux choses physiques qui en sont l'objet.

*203 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.378, p.239. 原文は次のようなものである : La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste qu'à souffrir que la personne à qui elle est due se serve de la chose, conformément à l'objet de la servitude, ou à s'abstenir soi-même des actes que cette personne a le droit d'empêcher.

*204 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.598, p.444. 原文は次のようなものである : À proprement parler, toutes les servitudes sont négatives , en les considérant relativement au propriétaire du fonds servant, puisqu'elles n'obligent jamais ce propriétaire à rien faire. Mais en les considérant relativement à leur objet, on appelle négatives les servitudes qui obligent seulement le propriétaire de l'héritage servant à n'y point faire certains actes de propriété ; Et affirmatives , celles qui obligent le propriétaire à laisser faire quelque chose sur son fonds.

同一の *objet* のためにである」*205。これらの箇所において用いられている *objet* の語もまた、要役地の所有権者が何かしらの為すこと、または、要役地の所有権者が承役地の所有権者に対して何かしらの為されずに済むことを意味する。言い換えれば、役権の権利を有する者、すなわち、要役地の所有権者が享受する利便 (*service*) を意味するのである。そうであれば、これらの箇所で用いられる *objet* は、②利益としての *objet* であることがわかる。したがって、Toullier の理解によれば、少なくとも、広義の *servitude* (用益権、使用权、居住権、および、不動産役権) の②利益としての *objet* は、その権利者がそれに関係する特定の物を利用等することにおいて、その物から引き出される利益、利便なのである。

なお、この他に、Toullier も、物権 (*droit réel, jus in re*) や対人権 (*droit personnel*) とは関係なく、次のように *objet* の語を用いる箇所がある。「全ての王国にとって貴重な *objet* であり得る鉱山が、そこから最大のありうる生産物を引き出すために必要な才能と手段を有する人々によってしか利用開発されないことは、公益なのである」*206。当該引用箇所において用いられる *objet* の語は、単に物体を指すのである*207。

このように、Toullier は、物権の *objet* に関して、①対象としての *objet* の意味における用語法のほか、少なくとも広義の *servitude*、とりわけ不動産役権に関して、権利者が享受する利益や利便を指す意味において、②利益としての *objet* の意味における用語法も見受けられるのである。したがって、Toullier の理解においても、物権は、①②の2つのタイプの *objet* を想定していることがわかる。このような Toullier の理解は、前述 (第3章第1節2 (b) 参照) した Delvincourt の理解と共通する。また、Duranton (第3章第2節2 (b) 参照) も、①対象としての *objet* の意味における用語法が大半であったものの、なお②利益としての *objet* の意味において、権利者が享受する利便を指すと解しうる箇所があった。さらに、前述 (第1章2 (c) 参照) したように、Pothier の理解においては、物権の *objet* が何であるかは明示されていなかったが、それでも、①対象としての *objet* や②利益としての *objet* の2つの類型を想定する余地があった。そうであれば、物権の *objet* に関する、Toullier の理解は、Duranton や Pothier の理解とも矛盾していないことがわかるのである。

*205 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.652, p.494. 原文は次のようなものである : *s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit* », pendant le même espace de temps et pour le même objet, si la servitude était ainsi limitée par le titre.

*206 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.148, p.102. 原文は次のようなものである : *Il est de l'intérêt public qu'une mine qui peut être un objet précieux pour tout le royaume, ne soit exploitée que par des gens qui aient les talents et les moyens nécessaires pour en retirer le plus grand produit possible.*

*207 その他、C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.331, p.210, No.469bis, p.328, No.475, p.344. など。

3、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題

(a) 物権を負担する物の所有権者の義務

前述（第2章3（a）参照）したように、物権を負担する物の所有権者は義務を負いうるか、という問題は、物権全般に関係する問題ではあるものの、フランス民法典の制定後においては、用益権に関して、虚有権者が大規模修繕の義務を負うか、という問題と、不動産役権に関して、約定により承役地の所有権者に課された役権の行使のための工作物の負担（フランス民法 698 条）の性質は何か、という問題との2つの問題に関連して詳細に議論される。また、これら広義の *servitude* については、これまで見てみたように、ローマ法源に由来するとされる広義の *servitude* に作為義務なしの考え（前述、第1章3（a）（1）参照）が存在する。さらに、Toullier は、義務（*obligation*）の類型を、その結びつき方に基づき、3つに分けている。そこで、以下では、まず、Toullier の示す *obligation* の3類型を整理し（（1）参照）、次に、Toullier の立場において、広義の *servitude* に作為義務なしの考えをどう理解するか、という点を明らかにする（（2）参照）。その後、用益権を負担する物の所有権者の大規模修繕の義務を取り扱い（（3）参照）、最後に、役権に関して承役地の所有権者に課される工作物の負担（フランス民法 698 条）を取り扱い（（4）参照）、最後に小活（（5）参照）することとする。

(1) *obligation* の3類型

Toullier は、まず、*obligation* の性質を次のように区別する。「言及すべきことには、人にしか結びつかない義務があり、他に、物にしか結びつかずかつ義務づけられない義務、または、物の一時占有者しか結びつけずかつ義務づけられない義務があるのである。その他（の義務）は、同時に人と物とを結びつけるのである。そういうわけで、3種類の *obligation* があり、1つは純粋に人的に定まる性質であり、別の1つは純粋に物的に定まる性質であり、最後にもう1つは同時に人的に定まる性質と物的に定まる性質なのである」*208（傍点は柴田による）。また、純粋に物的に定まる性質の義務（*obligation purement réelle*）について、次のように述べる。「純粋に物的に定まる性質の義務においては、その者は、当人が占有する財の原因（事由）においてしか義務づけられない。したがって、その義務が純粋に物的に定まる性質であるときはいつでも、その者はその義務づけられた物を放棄することに

*208 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.344, p.218. 原文は次のようなものである： il faut remarquer qu'il y a des obligations qui ne lient que les personnes ; d'autres qui ne lient et n'obligent que la chose , ou le détenteur de la chose. D'autres qui lient en même temps les personnes et les choses. Ainsi, il y a trois espèces d'obligations ; les unes purement personnelles, d'autres purement réelles, et d'autres enfin personnelles et réelles en même temps.

よって解放されることができることは、一般的な原則である」*209。すなわち、Toullier の理解によれば、まず、純粋に人的に定まる性質の義務（obligation purement personnelle）とは、人にしか結びつかず人のみを義務づける義務（obligation）であり、つまり、特定の者（およびその相続人等）がその者自身が負うものであることがわかる。これに対して、純粋に物的に定まる性質の義務（obligation purement réelle）とは、特定の物に結びつき、誰であれその物の所有者や占有者が、義務づけられる義務（obligation）である*210。このように、人的に定まる性質（personnelle）と物的に定まる性質（réelle）という義務（obligation）を区別する理解は、前述した Delvincourt（第3章第1節3（a）（2）参照）や Duranton（第3章第2節3（a）（3）参照）の理解と一致している。また、（純粋に）物的に定まる性質の義務（obligation purement réelle）を、厳密には物が負う義務であるとしつつ、その物の所有者や占有する者が義務づけられる義務であると解する点は、Duranton の理解と一致している。前述（2（c）参照）したように、Toullier は、物権（droit réel, jus in re）や対人権（droit personnel）の定義に関しては、とりわけ作為義務を想定していた。しかし、ここでは、各義務（obligation）と、物または人との結びつき方にしか触れていない。そこで、以下では、これらの人的に定まる性質（personnelle）または物的に定まる性質（réelle）の義務（obligation）について、これらが、それぞれ作為義務とそれ以外の義務とを生じうるかという問題について取り上げることとする。

（2）広義の servitude の義務と、「広義の servitude に作為義務なし」の考え

このような義務（obligation）の区別に基づき、Toullier は、まず、広義の servitude が、当該物権を負担する物の所有者に課す義務（obligation）につき、次のように述べる。「obligation は、servitudes の場合においては、いつでも純粋に物的に定まる性質である。

*209 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.348, p.220. 原文は次のようなものである : Dans les obligations purement réelles, la personne n'est obligée qu'à cause des biens qu'elle possède. C'est donc un principe général que toutes les fois que l'obligation est purement réelle, la personne peut se dégager par l'abdication de la chose obligée.

*210 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, Nos.346-348, pp219-220. は、このような純粋に物的な性質の義務（obligation purement réelle）の一例として、抵当目的物たる財の第三取得者（cas du tiers-possesseur d'un bien hypothèque）が、その財の所有者である限りにおいて負う義務を例を挙げている。また、人的な性質であると同時に物的な性質である義務の一例として、ある金銭の支払の義務を負う者が、その所有する不動産を当該支払の担保として割当する場合を挙げている。

servitude の obligation を負うのは、物であって、人ではない」*211。すなわち、Toullier の理解によれば、広義の servitude の負担は、厳密には物が負うとしつつも、義務 (obligation) を生じるのであり、すなわち、それはいつでも、物に結びつく義務 (前述、(1) 参照)、つまり、純粋に物的に定まる性質の義務 (obligation purement réelle) である。

Toullier は、次に、広義の servitude が、それを負担する物の所有権者 (物権の設定者) が負うことになる純粋に物的に定まる性質の義務 (obligation purement réelle) の内容について、先ほど引用した箇所 (前述、2 (d) 参照) を改めて指摘すれば、次のように述べていた。「servitude は、それを負う者の側では、それが帰する者がその物を、servitude の objet に従って、利用することを受忍し、または、この者が妨げる権利を有する行為を自ら差し控えることから、構成される」*212。また、このことを指して、広義の servitude に作為義務なしの考えを指摘し、その根拠となるローマ法源 (D. 8, 1, 15, 1) (前述、第 1 章 3 (a)

(1) 参照) を引用すると共に、次のように述べる。「真の理由は、servitude が物によって帰するのであって、人によって帰すのではないからである。……。その義務は純粋に物的に定まる性質であり、それは物にしか結びつかず、人には結びつかないのである」*213。すなわち、Toullier の理解によれば、広義の servitude において、厳密にはその物や土地が負い、または、物や土地に結びつき、それを負担する物の所有権者 (物権の設定者) が義務づけられることになる純粋に物的に定まる性質の義務 (obligation purement réelle) は、広義の servitude に作為義務なしの考えによる拘束を含み、かつ、全て受忍し (à souffrir) または差し控える (à s'abstenir) すべき義務 (obligation) である。したがって、Toullier の理解によれば、純粋に物的に定まる性質の義務 (obligation purement réelle) は、少なくとも、受忍する (または差し控える) 義務 (obligation) を含むのである。しかし、純粋に物的に定まる性質の義務に、作為義務も含まれるか否かという問題は、依然として残る。この点は、以下に続く、用益権 (usufruit) の負担を負う所有権者の大規模修繕 (grosses réparations)

*211 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.349, p.220. 原文は次のようなものである : L'obligation est toujours purement réelle dans le cas des servitudes. C'est la chose, et non la personne qui doit la servitude.

*212 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.378, p.239. 原文は次のようなものである : La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste qu'à souffrir que la personne à qui elle est due se serve de la chose, conformément à l'objet de la servitude, ou à s'abstenir soi-même des actes que cette personne a le droit d'empêcher.

*213 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.379, p.239. 原文は次のようなものである : La véritable raison en est que la servitude est due par la chose et non par la personne. ... L'obligation est purement réelle ; elle ne lie que la chose et non la personne, ...

を為す義務の有無と不動産役権 (*servitude réelle*) の工作物の負担 (フランス民法 698 条) に関する議論において、明らかにすることになる。

なお、Toullier の理解によれば、前述 (2 (b) 参照) したように、所有権は、支分権たる物権が切り出される (*détaché*) とき、切り出された分につき、その行使は制約 (*restriction*) を受けるとされる。そのため、一見すると、物権、とりわけ広義の *servitude* を負担する物の所有権者が負う当該受忍する義務 (*obligation*) は、支分権たる物権が所有権から切り出されることによる制約 (*restriction*) と同じことがらしか意味しないように見受けられる。しかし、前述 (2 (b) 参照) したように、Toullier の理解から導かれる帰結として、自己の所有権から一部の権利を切り出されたことにより制約を受ける所有権者は、当該切り出された部分について、単なる行使の制約には止まらず、当該行使の権利自体を失っているのである。したがって、その者が負う、物的に定まる性質の (*réelle*) 受忍する義務 (*obligation à souffrir ou à s'abstenir*) とは、厳密には、切り出された権利、すなわち、自らの手を離れた権利を、別の者が物権の権利者として行使する (物権の権利者が自ら作為することによって行使する (*à souffrir*) にせよ、物権を負担する物の所有権者に対して為さないよう要求することによって行使する (*à s'abstenir*) にせよ) ことを受忍する義務なのであって、当該物権を負担する物の所有権者が切り出された部分に該当する権利の行使をしない (*ne pas faire*) 義務ではない。こうして、母体たる所有権から切り出され、母体から失われたものと解される支分権の概念を用いる結果として、支分権を切り出されることによって母体たる所有権が受ける制約 (*restriction*) と、切り出された支分権たる物権、とりわけ広義の *servitude* を負担する物の所有権者が負う受忍する義務を指すところの純粹に物的に定まる性質の義務 (*obligation purement réelle*) とは、それぞれ別の内容を指すものとして区別されていることがうかがわれるのである。

(3) 用益権の負担を負う物の所有権者の作為義務

Toullier は、用益権の負担を負う所有権者が、大規模修繕の義務を負うか否かという点に関して、まずもって、フランス民法 605 条と 607 条 (前述、第 2 章 3 (a) 参照) との関係から結論を導いている。フランス民法 605 条と 607 条は次のように定めていた。フランス民法 605 条「①用益権者は、維持管理の修繕についてしか義務を負わない。②大規模修繕は、所有権者の負担に留まる。ただし、それらが用益権の開始以来の、維持管理の修繕の欠缺によって生じた場合を除くのであり、この場合においてはそれもまた用益権者が義務を負うのである」。フランス民法 607 条「所有権者も、用益権者も、老朽化によって崩落し、または、不可抗力によって打ち壊されたものを再建する義務は負わない」。Toullier は、まず、フランス民法 605 条について、次のように述べる。「フランス民法 605 条は、その自然な意味において取るべきであり、つまり、命令的ではないのである。この条文の目標は、修繕に関する用益権者の義務を定めることである。当該条項は、用益権者が維持管理の修繕についてしか義務を負わないと述べているのである。それから、それが加える

ことには、大規模（修繕）は、所有権者の負担に留まるのであり、もちろん、もし彼がそれらを為すべきと判断するならである。……さらに、この規定は、用益権の性質に基礎づけられており、我々が前述で見たように、それはその物によって負うのであって、その人によって負うのではないのであり、義務づけられているのはその土地または建物のみなのであり、所有権者たる人ではないのである」*214。すなわち、Toullier の理解によれば、フランス民法 605 条は、用益権の性質（la nature de l'usufruit）に基礎づけられている。ここで「用益権の性質（la nature de l'usufruit）」とは、前述（（2）参照）したように、まずもって、広義の servitude を負担する物の所有権者が負う義務は、厳密には物が負う義務、物にのみ結びつけられた義務であり、かつ、広義の servitude においては、obligation は、いつでも（純粹に）物的に定まる性質の義務（obligation (purement) réelle）であることを指すのであり、さらに、広義の servitude が負う（純粹に）物的に定まる性質の義務（obligation (purement) réelle）は全て受忍する義務であること（広義の servitude に作為義務なしの考え）を指すのである。これに基づき、Toullier は、605 条と 607 条との関係から次のように述べる。「フランス民法 605 条が述べることには、大規模修繕は所有権者の負担に留まる。しかし、我々が既に言及したことには、この規定は命令的ではないのであり、それは用益権者の義務を維持管理の修繕に限定する目標を有するのであって、大規模（修繕）は、所有権者が自己の所有権の保存のために為すべきと判断する場合においてしか所有権者の負担ではないのである。この条文の意味がフランス民法 607 条により説明され、定められるのは、この態様によるのであり、それはその帰結である。……。言及することには、この規定は一般的であり、それは建物の全体的な崩落や破壊の場合についてあてはめられるのみならず、さらにもっと通常の、一部のみが老朽化や不可抗力によって壊れた場合にも適用されるのであり、用益権は、所有権者がそれらの物を良好な状態に修繕したり再建したりしなければならないものではなく、残存するものについて残るのである。……。したがって、フランス民法の下では、用益権者は、所有権者につき、用益権の存続期間に亘って生じた大規模修繕を為すべく強制し得ないように思われる」*215（傍点は柴田による）。す

*214 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.443, pp.297-298. 原文は次のようなものである : Il faut donc prendre l'art. 605 dans son sens naturel, qui n'est point impératif. Le but de cet article est de fixer l'obligation de l'usufruitier relativement aux réparations. L'article dit *qu'il n'est tenu qu'aux réparations d'entretien*. Puis il ajoute que les grosses demeurent à la charge du propriétaire ; bien entendu s'il juge à propos de les faire. ... Cette disposition, au reste, est fondée sur la nature de l'usufruit, qui est dû par la chose et non par la personne, comme nous l'avons vu ci-dessus; c'est l'héritage ou le fonds qui est seul obligé, et non la personne du propriétaire.

*215 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.443, pp.301-302. 原文は次のようなものである : L'art. 605 dit que les grosses

なわち、Toullier の理解によれば、用益権 (usufruit) が広義の servitude である以上 (前述、2 (a) (2) 参照) は、用益権を負担する物の所有権者が負う義務 (obligation) は、純粹に物的に定まる性質の義務 (obligation purement réelle) であるが、広義の servitude に作為義務なしの考えに基づき、フランス民法の下で大規模修繕の作為義務は負い得ない*216のである。したがって、Toullier の理解において、所有権者の大規模修繕の作為義務を否定する立場を根本的に基礎づける根拠は、広義の servitude に作為義務なしの考えであり、かつ、広義の servitude に作為義務なしの考えは、広義の servitude が物的に定まる性質 (réelle) の作為義務を負うことを否定する考えとして捉えられていることがわかる。この点は、前述した、Delvincourt (第 3 章第 1 節 3 (a) (2) 参照) や Duranton (第 3 章第 2 節 3 (a) (2) 参照) と共通している。なお、Toullier は、これらの立場と相反する Pothier の立場 (前述、第 1 章 3 (a) (1) 参照) について、夫婦間で夫が先だった場合の未亡人たる妻の権利 (douaire) の場合に限定的に理解した上で、さらに、当該解釈は、フランス民法典の下ではフランス民法 607 条と抵触するほか、実用上も、所有権者にほとんどまたは生涯に亘って使用収益することのない建物などのために、財産を換価して大規模修繕の費用を捻出することを強いることになる不都合を生じると主張するのである*217。

réparations demeurent à la charge du propriétaire. Mais nous avons déjà remarqué que cette disposition n'est pas impérative ; qu'elle a pour but de limiter les obligations de l'usufruitier aux réparations d'entretien, et que les grosses ne sont à la charge du propriétaire que dans le cas qu'il juge à propos de les faire pour la conservation de sa propriété. C'est de cette manière que le sens de cet article est expliqué et fixé par l'art. 607, qui en est une suite. ... Remarquez que cette disposition est générale; qu'elle ne s'applique pas seulement au cas de la chute ou de la destruction totale de l'édifice, mais encore au cas plus ordinaire où une portion seulement est tombée par vétusté et détruite par cas fortuit ; l'usufruit se conserve sur ce qui reste, sans que le propriétaire soit tenu de réparer et de rétablir les choses en bon état. ... Il paraît donc que, sous l'empire du Code, l'usufruitier ne peut contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations survenues pendant la durée de l'usufruit. なお、同書, No.443, p.305 においても、同旨を再述している。

*216 なお、Toullier (同書, No.443, pp397-398) は、用益権の存続期間中に必要となった大規模修繕のみならず、用益権の開始時に必要だった大規模修繕についても、同様に、フランス民法 605 条を軸に、フランス民法 600 条「用益権者はそれらの物をその現状において取るが、所有権者の面前で、または、所有権者を適式に呼んで、当該用益権に服する動産の目録と不動産の現状の記録を作成した後にしか、その使用収益を為し得ない。」との関係から、同様に所有権者の義務を否定している。

*217 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.443, pp.302-304.

(4) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）

まず、前述（第 2 章 3（a）参照）したように、フランス民法 698 条は、次のように述べる。「これらの工作物は、役権の設定証書に反対の定めがない限り、要役地の所有権者の費用において施されるのであり、承役地の所有権者の費用においてではない」。Toullier は、役権の行使に必要な工作物の設置の工事（フランス民法 698 条）について、次のように説明する。「これらの工事は、要役地の所有権者の費用におけるのである。なぜなら、それらは、当人の有用性のために為されるからであり（フランス民法 698 条）、なぜなら、役権の性質は、承役地の所有権者は受忍し、または、為さないことを義務づけられることにおいて構成されるのであって、何かしらの為すことから決して構成されないからである。ローマの法学者 Servius の権威は、ローマ（法源）においても、この一般的な原則について、壁で建物の梁や柱を支える役権、*oneris ferendi* に関して、1 つの例外を認めていた……。…ローマの法学者 Gallus は、対照的に、それは、当該原則について何らの例外もなすべきではないと考え、彼の見解は、フランス民法 698 条により確立されているように思われるのであり、それは、役権の使用のためや、それを保存するために必要な工事は、要役地の所有権者の費用におけるのであると、一般的に規定し、例外がない。ただし、その設定証書に反対の定めがない限りであり、この場合においてさえ、承役地の所有権者は、いつでも、承役地の所有権、または、役権を負うこの土地の部分を委棄して、この義務から解放されることができるのである（フランス民法 699 条）」*218（傍点は柴田による）。すなわち、Toullier の理解によれば、フランス民法 698 条が定める要役地の所有権者による費用負担の原則は、広義の *servitude* に作為義務なしの考えに基礎づけられているのである。また、Toullier の理解によれば、この広義の *servitude* に作為義務なしの考えは、徹底される

*218 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.663, p.501. 原文は次のようなものである : Ces ouvrages sont aux frais du propriétaire du fonds dominant, parce qu'ils sont faits pour son utilité (698), et parce que la nature des servitudes consiste en ce que le propriétaire du fonds servant est obligé de souffrir ou de ne pas faire , et non point de faire quelque chose. L'autorité du jurisconsulte Servius avait fait admettre, à Rome, une exception à ce principe général , relativement à, la servitude d'appui , *oneris ferendi* ; Le jurisconsulte Gallus,, pensait au contraire, qu'il ne fallait faire aucune exception au principe ; et son opinion paraît consacrée par l'art. 698 du Code civil, qui porte en général, et sans exception, que les ouvrages nécessaires pour user de la servitude, et pour la conserver, sont aux frais de celui à qui elle est due; À moins que le titre d'établissement ne dise le contraire ; et, dans ce cas là même, le propriétaire du fonds servant, pourrait toujours se dégager de cette obligation, en abandonnant la propriété du fonds asservi (699), ou de la partie de ce fonds qui doit la servitude.

べき原則なのであり、権原（証書）によって承役地の所有権者の負担を約定することは、当該大原則に抵触する性質のものであって、明文により設けられた例外なのである。さらに、Toullier は、この約定によって課される承役地の所有権者の作為義務の性質につき、前述（（2）参照）のように、servitude を負担する物の所有権者が負う義務（obligation）がいっつも純粹に物的に定まる性質（purement réelle）であることと併せて、次のように述べる。

「原則はかくして一般的であり、当該役権を設定する権原（証書）によって、それを使用するため、または、それを保存するために必要な工事を為すべく義務づけられることになる場合においてさえ、この義務は純粹に物的に定まる性質でしかないことになり、または、その物にしか課さない」*219。すなわち、Toullier の理解によれば、フランス民法 698 条が認める例外的な作為義務もまた、厳密には物が負う義務であり、純粹に物的に定まる性質の義務（obligation purement réelle）である。したがって、Toullier は、少なくとも広義の servitude について、明文による例外に基づく場合に限られるものではあるが、物的に定まる性質（réelle）の作為義務の存在も認めていることがわかるのである。フランス民法 698 条が承役地の所有権者に課すことを認める作為義務に関する、このような理解は、Duranton（第 3 章第 2 節 3（a）（2）および（3）参照）と共通するものである。

したがって、Toullier の理解によれば、Toullier は、まず、義務（obligation）を大別して、人的に定まる性質の（personnel）義務と、物的に定まる性質の（réelle）義務とに分ける。次に、物権（droit réel）について、全て物権は、人的に定まる性質の義務（obligation personnelle）、とりわけ人的に定まる性質（personnelle）の作為義務を負う者が存在しない権利の類型であるとする。また、とりわけ物権の筆頭の例である広義の servitude につき、厳密には物が負い、言い換えれば、物に結びつき、広義の servitude を負担する当該物の所有権者（または占有者）が、物的に定まる性質（réelle）の受忍する義務（obligation）を負うことを認める。最後に、物的に定まる性質（réelle）の作為義務は、少なくとも広義の servitude については、広義の servitude に作為義務なしの考えによって全面的に否定されており、そこにおいてフランス民法 698 条は、明文による例外として物的に定まる性質（réelle）の作為義務を認める規定なのである。

（5）小活

以上、ここまで見たフランス民法の施行後の各学説の立場を、物権の特徴および義務（obligation）の性質という点について小活するならば、Delvincourt、Duranton、Toullier は、

*219 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.349, p.220. 原文は次のようなものである： principe tellement général, que dans le cas même où il serait obligé, par le titre qui constitue la servitude, à faire les ouvrages nécessaires pour en user ou pour la conserver, cette obligation ne serait censée que purement réelle ou imposée qu'à la chose,

いずれも、義務 (obligation) に関して、大別して人的に定まる性質 (personnelle) と物的に定まる性質 (réelle) とを区別する。また、人的に定まる性質 (personnel) の義務が、一般的にさらに作為義務と不作為義務に区分できるところ、物的に定まる性質 (réelle) の義務もまた、物権 (droits réels, jus in re) の典型例である広義の

義務 (obligation) の 4 類型

人が負う (personnelle)	作為義務	不作為義務
物が負い 所有権者が負う (réelle)	とりわけ広義のservitudeにつき	
	作為義務 (ただし例外) 仏民698条	受忍する義務 (または) (不作為義務)

servitude について、さらに作為義務と、作為を伴わない義務とに区分していた。さらに、Duranton、Toullier は、物権全般が、人的に定まる性質の義務 (obligation personnel) を負う者が存在しない権利の類型であると解するのである。

ここで、物的に定まる性質 (réelle) の、作為を伴わない義務について、前述 ((2) 参照) したように、Toullier の理解によれば、全物権支分権説の立場から、物権は所有権から切り出された (détaché) ものであり、切り出された部分については母体たる所有権に対する制約 (restriction) を課すこととなる。したがって、支分権たる物権が切り出されることによって、母体たる所有権から失われているがゆえの制約と、物権の権利者が、母体たる所有権から切り出された (détaché) 権利を行使することを受忍する義務 (obligation à souffrir) とは異なるものと解されなければならない。これに対して、Duranton の理解 (第3章第2節2 (a) 参照) によれば、所有権の支分権と解されるものは、広義の servitude の内でも、用益権 (および使用権、居住権) のみである。用益権 (および使用権、居住権) については、所有権の行使のみならず、所有権の属性 (attribut) が縮減されることによって母体たる所有権が制約される (restreint) のであり、このように行使の制約には止まらない点において、Toullier と共通する。しかし、不動産役権は、所有権の支分権ではないのであり、役権を負担する土地 (または建物) の所有権者は、なお完全な (entière) 所有権を有し、その行使を制約されるに過ぎないものとされた (第3章第2節2 (a) (2) 参照)。つまり、Duranton の理解において、不動産役権を負担する承役地の所有権者は、あらゆる所有権に基づく権利を保持しているのであり、不動産役権が行使を制約する場合に限り、行使しうることがらを行使しないようにするだけである。そのため、Duranton は、役権の承役地の所有権者が負う物的に定まる性質の義務について、受忍することを義務付ける (oblige à souffrir) もののほか、不作為を義務づける (oblige à ne pas faire) ものにも言及していた (第3章第2節3 (a) (2) 参照)。このような理解による場合においては、物権を負担する物の所有権者に対して、物権の権利者がその権利を行使するとき、自ら作為することによって行使する場合における当該行使と、物権の負担を負う所有権者がそのことを受忍すること (à souffrir) との関係、および、物権の負担を負う所有権者に対して何かしら為さないう要求することによって行使する場合における当該行使と、物権の負担を負う所

有権者がそのような行為を為さないこと（à ne pas faire）との関係は、いずれも役権の権利の行使が同時に伴う必然的な義務であることになるのであり、謂わば同じコインの表と裏の関係である。したがって、Duranton の理解においては、物権、とりわけ不動産役権の承役地の所有権者が負う物的に定まる性質の義務は、受忍する義務（à souffrir）である場合と不作為の義務（à ne pas faire）である場合とのいずれもありえるのであり、Toullier のように、受忍する義務としか解し得ないという理論的な窮屈さは生じない。言い換えれば、Toullier は、役権が所有権の支分権（démembrement）であるとする立場を採用することによって、物権を負担する物の所有権者について、物的に定まる性質の不作為義務を觀念できない、という理論的窮屈さを強いられていることがわかる。

とはいえ、Toullier や Duranton の立場に至るまで、義務（obligation）を、人が負い、人に結びつく性質、すなわち、人的に定まる性質（personnelle）か、あるいは、物が負い、物に結びつく性質、すなわち、物的に定まる性質（réelle）かという点で区別された 2 類型に整理し、さらに、それぞれを、作為の義務と、作為ではない義務とに細別した 4 類型に整理するという点に関しては、このように共通した理解が形成されてきたことがわかるのである。

（b）自然役権および法律上の役権の位置づけ

前述したように、Pothier（第 1 章 3（b）参照）の理解と Delvincourt（第 3 章第 1 節 3（b）参照）の理解とにおいて、相隣関係に関する諸規律、つまり、フランス民法典の下での自然役権および法律上の役権に関する諸規定に相応するものは、準契約（quasi-contrat）に基づくものとされた。これに対して、Duranton（第 3 章第 2 節 3（b）参照）の理解において、自然役権および法律上の役権は、所有権の行使の一側面であって、所有権に課された負担・制約ではないとされており、立場が分かれていた。そこで、これらと比較しつつ、Toullier によるそれらの諸規定の位置づけを究明することにする。

Toullier は、まず、自然役権と法律上の役権との区別を否定して、次のように述べる。「そこで説明されることになるそれらの役権は、同一の類型であり、すなわち、法律によって設けられた役権だからである」*220。また、高地から低地への水の流下に関する自然役権の類型に関して、次のように述べる。「その地表面にそれらの水が邪魔な態様で拵がっているとところの高地の所有権者は、それらを低地の上に流下するところの水路に合流させることができることになりかねない。しかし、この自由は、近隣の者につき非常に損害を生じるものとなり得るのであり、法律は、衡平性の理由により、この点について、高地または低地の占有者の所有権について制約しまたは限界を画したのであり、この制約は真の役

*220 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.484, p.356. 原文は次のようなものである : les servitudes qui s'y trouvent expliquées sont de la même classe, c'est-à-dire, des servitudes établies par la loi.

権であり、（すなわち）その起源は非常に古いものであるところの *servitude légale* である。……。したがって、低地または高地の所有権を修正して、この役権を設けているのは、法律なのである」*221（傍点は柴田による）。すなわち、Toullier の理解によれば、自然役権の類型は、法律によって衡平性の理由（*motif d'équité*）から、所有権が制約され（*restreint*）または限界を画され（*limité*）るという点に基づき、*servitude légale* なのであり、かつ、真の役権（*véritable servitude*）なのである。したがって、Toullier の理解においては、自然役権および法律上の役権は同一の類型として、*servitude légale* と呼ばれ、かつ、いずれも、真の役権と解されているのである。

ただし、Toullier は、法律上の役権の編（フランス民法第 2 巻第 4 編第 2 章）に規定されている諸権利の一部については、次のように述べる。「一般に、そこに、役権とは関係のない多くの規定、たとえば、境界標の設置、互有権などに関する規定を見出す」*222（傍点は柴田による）。このとき、Toullier は、これらの類型について次のように述べる。「私見としては、我々は、それを、所有権の修正としか解しない。なぜなら、実際、それは、所有権の拡がり（範囲）または一般的使用法を、それが公益のためであるにせよ、近隣の者らの利益関心のためであるにせよ、規律し、修正し、および、彼らが相互に害し合うことを阻止することにしか関しないからである」*223。すなわち、この箇所を見る限りでは、そこで指摘された類型は、所有権の修正（*modification de la propriété*）、すなわち、所有権に制約（*restriction*）を課す類型（前述、2（b）参照）と解されているかのように見受けられる。しかし、実際のところ、Toullier が、囲障（*clôture*）、境界標の設置（*bornage*）、互

*221 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.484, p.357. 原文は次のようなものである : Le propriétaire du fonds supérieur, sur la surface duquel les eaux s'étendent d'une manière gênante, pourrait les réunir en masse dans un canal d'où elles s'écouleraient sur le fonds inférieur. Mais cette liberté pouvant devenir très-préjudiciable aux voisins, la loi, par un motif d'équité, a restreint ou limité sur ce point le droit de propriété des possesseurs des fonds supérieurs ou inférieurs ; et cette limitation est une véritable servitude, une servitude légale dont l'origine est même fort ancienne, ... C'est donc la loi qui, en modifiant la propriété des fonds inférieurs ou supérieurs, établit cette servitude.

*222 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.485, p.358. 原文は次のようなものである : on y rencontre beaucoup de dispositions étrangères aux servitudes, telles que celles qui concernent le bornage, la mitoyenneté, etc.

*223 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t, III, 5e éd., Paris, 1839, No.485, p.358 註 1. 原文は次のようなものである : Quant à nous, nous n'y voyons que des modification de la propriété, parce qu'en effet il ne s'agit que de régler l'étendue ou l'usage du droit de propriété, de le modifier, soit pour l'intérêt public, soit pour celui des voisins, et d'établir des règles pour empêcher qu'ils ne se nuisent réciproquement.

有権 (mitoyenneté) に関する規定を位置づけているのは、所有権の限界 (limites de la propriété) の章である *224。前述 (2 (b) 参照) したように、Toullier の理解において、所有権の修正 (modification de la propriété) とは、所有権の行使に附された制約 (restriction) を意味した。また、前述 (2 (b) 参照) したように、Toullier の理解によれば、役権は所有権の支分権であるところ、所有権の支分権は、所有権の修正 (modification de la propriété) に含まれる類型であり、所有権は、支分権として物権が切り出された分について、その行使につき制約 (restriction) を受けるのであった。これに対して、Toullier は、所有権の限界 (limites de propriété) を区別して、次のように述べる。「所有権の限界を画することは、所有地が終わる正確な地点を定めることであり、それを超えては所有地が伸長されないものである」 *225。すなわち、Toullier の理解によれば、所有権の限界 (limites de propriété) は、所有権の行使範囲を明らかにするもの、すなわち、所有権の行使方法を定めた規定の一種型なのであり、所有権の行使に課される制約ではない。そうであれば、前述した囲障、境界標、互有権の類型が、所有権の限界に位置づけられているということは、つまり、それらの類型は、所有権の行使方法、つまり、所有権自体であって、所有権の行使に制約 (restriction) を付す何かしら別の存在ではないということの意味する。したがって、Toullier の理解において、これらの類型が役権とは関係がない規定 (dispositions étrangères aux servitudes) とされる趣旨は、それらが所有権自体であって、その支分権ではなく、所有権に課された制約 (restriction) でもないということの意味していることがうかがわれるのである。

このような理解に基づき、Toullier は、相隣関係に関する諸規定から、所有権の限界 (limites de propriété) に関する類型を除いたもの、すなわち、真の役権 (véritable servitude) とされる servitude légale として、水の流下から生じる (servitude qui dérivent de la situation des lieux aux eaux) 類型、樹木の植栽のための距離制限 (distance requise)、観望 (vues)、屋根の雨水の注瀉 (l'égoût des toits)、通行権 (passage)、および、休閒地放牧権と共用牧場放牧権 (parcours, vaine pâture) を位置づけているのである *226。

以上のように、Toullier の理解においては、所有権の限界 (limites de propriété) とされる規定と、所有権の修正 (modification de la propriété) とされる規定とは、論理的には、次のような 3 つの類型を含むことがわかる。すなわち、①所有権自体であり、所有権の行使方

*224 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, Nos.159-241, pp.109-161.

*225 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, No.242, p.161. 原文は次のようなものである : Limiter la propriété, c'est déterminer le point précis où elle finit , et au-delà duquel elle ne s'étend pas.

*226 C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III, 5e éd., Paris, 1839, Nos.509-564, pp.373-415.

法の一環を為す諸規定とされる所有権の限界 (*limites de propriété*) とされる規定であり、②所有権に課された制約 (*restriction*) であり、所有権の修正 (*modification de la propriété*) とされる規定であるが、支分権ではない規定であり (前述、2 (b) 参照)、最後に、③所有権に課された制約 (*restriction*) であり、所有権の修正 (*modification de la propriété*) とされる規定であって、かつ、支分権であるもの (前述、2 (b) 参照)、である。ここで、Toullier は、相隣関係に関する諸規定、つまり、自然役権および法律上の役権に関する諸規定を、これらの種類のうちの、①と③に振り分けるのであり、①に振り分けられたものが所有権の限界 (*limites de propriété*) と呼ばれ、③に振り分けられたものが *servitude légale* (自然役権及び法律上の役権) であることになる。その判別基準は、所有権に制約を付すものか否かであることがわかれた。前述 (第3章第2節3 (b) 参照) したように、Duranton は自然役権および法律上の役権を一般的には所有権の行使方法と解しながら、一部、袋地に基づいて法律により成立する通行役権 (フランス民法 682 条以下) につき個別的に理解していた。したがって、Toullier は、自然役権および法律上の役権について一括して一般的に位置づけているわけではない点では、Duranton よりもさらに個別的な理解を発展させていることがわかる一方で、所有権の限界 (*limites de propriété*) に該当する類型については、Duranton と共通することがわかる。もっとも、Toullier は、①に振り分けた類型以外の *servitude légale* を真の役権と解するため、自然役権および法律上の役権の諸規定と、人により設けられる役権との、不動産役権の諸類型に関する限りでは、②と③との種類の判別は問題とならず、したがって、それらの判別基準も明示されなかった。

第5章 物権と支分権概念との密接化と全物権支分権説の不徹底――Demolombe

第4章においては、フランス民法典の施行後の全物権支分権説として先陣を切った者の代表である Toullier の理解を整理した。そこにおいて、Toullier の理解は、5点において Pothier の理解と共通していた。まず第一に、*domaine* の語は、何らかの権利の意味において用いられる場合には、所有権が含む諸権利 (*droit*) を意味するのであって、所有権自体を意味するものではなかった (前述、第4章1参照)。第二に、支分権 (*démembrement*) として、所有権から切り出された物権は、物権の権利者に対して排他的に帰属するものと解された。ただし、Toullier は、この点につき、このような帰属の不可侵奪性の特徴は、所有権の支分権が、所有権から切り出された後においても、なお維持する所有権と共通する特徴であると考えることにより、支分権の特徴を母体たる所有権から導くという新たな模索を行っていた。第三に、Toullier は、所有権のあらゆる行使が使用収益、処分、排他性という基礎的な3点に還元されるものと解したため、何であれ所有権から支分権として切り出された権

利は必然的に、これらの3点の少なくともいずれか1つを制約する (*restreindre*) ものであるとしつつも、支分権として切り出される権利がもともといかなる行使に向けられたものであるべきかという点に関する条件は課しておらず、物権の種類も少なくとも明示的には限っていなかった。第四に、Toullier は、支分権の切り出しによる所有権の行使の制約 (*restriction*) と、支分権の切り出しによらない単なる行使の制約とを区別していた。Toullier は、Pothier と同じく、全物権支分権説の立場を支持していたため、当該区別は、物権と、それ以外の所有権に対する制約との区別と一致していた。第五に、Toullier は、物権 (*droits réels*) の定義においては、*objet* の語に触れておらず、この点については何ら支分権の概念と結びつけていなかった。

そこで、以下では、Demolombe の理解について、Pothier の理解や、上述したように Pothier の理解を各所で維持していた Toullier 理解と比較することにする。これまでの例に倣い、まず、*domaine* の語義を確認し (1 参照)、次に、物権、支分権 (*démembrement*) の定義、類型およびその特徴を取り扱い (2 参照)、最後に、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題を取り扱うこととする (3 参照)。

1、*domaine* の語義

前述 (第4章1参照) したように、Toullier は、*domaine* の語を、単に土地または所有地の意味において用いる場合と、何らかの権利の意味において用いる場合とが存在し、後者の意味において用いられる *domaine* の語は、*domaine* と *propriété* とを峻別する理解を前提として、所有権を含む諸権利 (*droit*) を指していた。

Demolombe は、以下に述べるように、*dominium*、*dominus*、および、*domaine* という3つの語を用いており、これらの3つが意味することがらはいずれも異なっている。

まず、Demolombe は、*dominium* の語について、物権 (*droit réel*) と対人権 (*droit personnel*) との違いに関連して、次のように述べる。「物権と対人権の違いは、その効果に関して、重要である。一方は、*dominium* を生じ、他方は単に *obligatio* を生じる。物権は、所有者にするのであり、対人権は、債権者にしかない」*227 (なお、物権が、所有者 (*propriétaire*) にすると述べる意味については、後述 (2 (b) (3) 参照) する)。また、公益に基づく所有権の公用収用に関連して、次のように述べる。「……、公用収用、すなわち、公益の原因 (事由) のための、所有権そのもの、つまり *dominium* の、強制された譲渡に関するときに、正当でかつ事前の損害賠償の *obligation* を明示的に課しているフラ

*227 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.473, p.357. 原文は次のようなものである : La différence entre le droit réel et le droit personnel, quant aux effets, est capitale. L'un produit le *dominium*; l'autre, seulement l'*obligatio*. le droit réel fait le *propriétaire*; le droit personnel ne fait que le *créancier*.

ンス民法 545 条……」*228。すなわち、これらの箇所から、Demolombe の理解によれば、dominium の語は、所有権を意味していることがわかる。

次に、Demolombe は、dominus の語について、用益権 (usufruit) に関連して、次のように述べる。「nuda とは、なぜなら、実際、所有権は、そのときは、所有権者、dominus の権原を常に保持する者の手中においては、果実を生じず、いつかその所有権がそれから分け隔てられた属性により、自身のために再び有用に帰着することを見るという確保された期待と共に、奪われて (はぎ取られて) いることになるからである」*229。すなわち、Demolombe の理解によれば、この箇所で用いられている dominus の語は、所有権者を意味していることがわかる。

第三に、Demolombe は、domaine の語について、たとえば、droit de superficie に関連して、次のように述べる。「我がフランス法では、法律の欠缺において、所有権を構成する権利に、かくのごとき期間の限界を課することはできないことになり、かつ、したがって、それは、そうであるように、それを基礎づけるところの様々な objet について考慮して、単に所有権の消滅の機会を除き、不変的で恒久的である。その物の喪失、たとえば、(それについて) droit de superficie が及んでいたところの家の崩壊が、一般に、通則に基づき、取り壊された建物が当該 droit de superficie を、その全拡がり (範囲) において、基礎づけるべき domaine の一部を為すのでない限り、その権利を消滅させるべきことになるのは、そういうわけである」*230。すなわち、この箇所において、Demolombe の理解によれば、第一文

*228 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.304, p.331. 原文は次のようなものである : l'article 545 qui impose,, formellement l'obligation d'une juste et préalable indemnité lorsqu'il s'agit de l'expropriation, c'est-à-dire de la cession forcée de la propriété elle-même, du *dominium*, pour cause d'utilité publique;

*229 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475bis, p.362. 原文は次のようなものである : *nuda*, parce qu'en effet, la propriété se trouve alors stérile et dépouillée dans les mains de celui qui conserve toujours le titre de propriétaire, dominus, avec l'expectative assurée de voir un jour sa propriété se revêtir utilement pour lui-même des attributs qui en ont été séparés.

*230 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.483quater, pp.372-373. 原文は次のようなものである : On ne pourrait pas, chez nous, en l'absence d'une loi, imposer une telle limite de temps à un droit qui constitue une propriété, et qui est conséquemment, comme tel, permanent et perpétuel, excepté seulement les chances d'extinction du droit de propriété, eu égard aux différents objets sur lesquels il repose. C'est ainsi que la perte de la chose, la ruine, par exemple, de la maison sur laquelle portait le droit de superficie, devrait en général l'éteindre d'après le droit commun, à

で用いられる *objet* の語は、①対象としての *objet* である（なお、Demolombe の *objet* の語の用語法の詳細については、後述、2 (b) (1) 参照）。したがって、これと対応するべき、第二文で用いられる *domaine* の語は、対象物であるところの土地（または所有地）を意味していることがわかる。また、用益権に関連して、次のように、*domaine* の語を用いる。「虚有権者は、用益権の課された *domaine* の一部を為す穀倉の屋根を再建する義務を負うことになりかねず……」*231。さらに、いずれも役権に関連する以下の4箇所において、次のように *domaine* の語を用いる。「ある家の賃借人、または、ある *domaine rural* の借地人が……」*232。「*domaine* の利用開発に役立つ家畜のために水を飲ませる権利、または、建物の修繕のために木材を収取する権利の……」*233。「実際、そこで、この生産力または魅力が付加されるところの *domaine* のために提示された、いわゆる有用性はないのではないか。近隣の土地におけるこれらの狩猟または漁労権が、それらが設けられている土地の市場価値や賃料を増大させることは、明らかではない」*234。「この役権（牧養役権）は、単に一定の部分についてであれ、この土地の全範囲についてであれ、他人の土地（承役地）上で、権原（証書）に応じて、ある *domaine*（要役地）上に、その利用開発のためにいる動物たちを、放牧させる権利からなる」*235。すなわち、Demolombe の理解

moins que la maison détruite ne fit partie d'un domaine sur lequel reposerait, dans toute son étendue, le droit de superficie.

- *231 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.499. 原文は次のようなものである : le nu-propriétaire serait obligé de rétablir la couverture de la grange, qui fait partie du domaine grevé d'usufruit;
- *232 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers* t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.680, p.178. 原文は次のようなものである : le locataire d'une maison ou le fermier d'un domaine rural
- *233 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers* t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.683, p.181. 原文は次のようなものである : droit d'abreuvement pour les bestiaux qui servent à l'exploitation d'un domaine, ou du droit de prendre du bois pour la réparation des bâtiments,
- *234 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers* t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.686, p.184. 原文は次のようなものである : N'y a-t-il pas là, en effet, dit-on, une utilité manifeste pour le domaine: auquel est ajouté ce produit ou cet agrément? Et n'est-il pas évident que ces droits de chasse ou de pêche dans le fonds voisin augmentent la valeur vénale et locative du fonds, au profit duquel ils sont établis.
- *235 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers* t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.931, p.431. 原文は次のようなものである : cette servitude consiste dans le droit de mener paître sur le fonds d'autrui, soit sur une certaine partie

によれば、これらの箇所における *domaine* の語は、いずれも土地または所有地（農地、要役地）の意味で用いているのである。

このように、Demolombe の理解によれば、*dominium* の語は所有権を、*dominus* の語は所有権者を意味するのであり、*domaine* の語は、土地または所有地を意味するのである。したがって、Demolombe の理解において、*domaine* の語は、何らかの権利の意味においては用いられていないことがわかる。このことは、前述（第 4 章 1 参照）した Toullier の理解とは異なるのであり、さらに、Toullier が維持していた Pothier の理解（前述、第 1 章 1（b）参照）とも異なることがわかる。

2、物権、支分権（*démembrement*）の定義、類型およびその特徴

（a）支分権の定義と類型

（1）所有権の要素（*éléments*）・属性（*attributs*）

まず、Demolombe は、所有権が含む、使用・収益および処分権につき、次のように述べる。「所有権が、次の 3 つの属性、3 つの要素を含むことを認識するために、所有権の長々とした分析をする必要はない。すなわち、1* 物を使用する権利……、2* 収益する権利、すなわち、果実を収取する権利、3* 処分し、それを変更し、変容させ、取り壊し、他人に移転し、最後に悪用する権利であり、すなわち、現在の *maître* のためにはそれ以降繰り返されえないことになる、決定的（終局的）な使用法を為す権利である」*236。すなわち、Demolombe の理解によれば、これらの 3 つの権利は、所有権の属性（*attribut*）であり、要素（*elements*）なのである。また、Demolombe は、続けて、所有権者（*propriétaire*）に可能なこととして 2 点を指摘した上で、次のように述べて総括する。「一般に、また、所有権者は、次のこともできると認められた。1* その絶対の権利に基づき、その者において、かつその物について、任意に、所有権のあらゆる行為を、行使することであり、2* その排他的権利に基づき、当人以外の何らの者が何らの行使をすることについても、異議を唱えることである。かくのごときは、その再統合が所有権の複雑な権利を形成するとこ

seulement, soit sur toute l'étendue de ce fonds, suivant le titre, les animaux placés sur un domaine pour son exploitation.

*236 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475, p.361. 原文は次のようなものである： il n'a pas fallu, en effet, une bien longue analyse du droit de propriété, pour reconnaître qu'il renferme trois attributs, trois éléments : 1* le droit d'user de la chose, (*uti, usus*) ; 2* le droit d'en jouir, c'est-à-dire d'en percevoir les fruits (*frui, fructus*) ; 3* le droit d'en disposer, de la changer, de la transformer, de la détruire, de la transmettre à un autre, d'en abuser enfin ; c'est-à-dire d'en faire un usage définitif, qui ne pourra plus se renouveler désormais pour le maître actuel (*ab. uti, ab. usus*).

ろの、要素たる権利であり、それらがかくして、全体的かつ完全な1つの権利に再統合されるとき、一般に、その所有権は、完全であり、まるごと、欠けるところのない、すなわち、*plena potestas* と言うのである」*237。すなわち、Demolombe の理解によれば、所有権者は、先に述べた3つの属性 (*attribut*) たる権利について、絶対的な権利 (*droit absolu*) であることに基いて行使を為す権利と、排他的な権利 (*droit exclusif*) であることに基いて行使を為す権利があるのである。これらの権利は、いずれも所有権の行使に関する権利である点において共通すると言える。しかし、Demolombe は、使用・収益および処分の権利を、属性 (*attribut*)、要素 (*elements*) と呼ぶのに対して、これら2点は、要素たる権利 (*droits élémentaires*) と呼ぶのであり、属性 (*attribut*) または要素 (*elements*) とは呼ばない。これらにの間には、前3点が、所有権自体の属性 (*attribut*)、要素 (*elements*) であり、謂わば何を為す権利かを示すのに対して、後2点は、所有権者の行使態様に関する要素たる権利 (*droits élémentaires*) であり、謂わばどのように為す権利かを示す、という違いがあるのである。したがって、Demolombe の理解において、所有権の行使に関する諸権利は、何を為すか、という属性 (*attribut*) による観点と、どのように為すか、という行使態様による観点との、2つの観点から二元的に構成されていることがわかる。これらを踏まえて、Demolombe は、これらを全て含むとき、所有権が完全な権利 (*droit total et complet, pleine*) であると解するのである。

前述(第4章2(b)参照)したように、Toullier は、使用収益 (*jouissance*)・処分 (*disposition*) と排他性 (*exclusion*) とについて、格別の区別をすることなく、所有権の基礎的な3点であると解していた。したがって、Demolombe は、この点について、いましがた述べた2つの観点を持ち込むことによって、さらに二元的に区別していることがわかる。

(2) 支分権の定義

Demolombe は、このように所有権の要素 (*éléments*)・属性 (*attributs*) と、所有権者の要素たる権利 (*droits élémentaires*) とを区別した上で、まず、所有権の要素 (*éléments*) または属性 (*attribut*) につき、次のように述べる。「これらの様々な要素または属性は、明らかに、不可分でも、分離できないものでもなく、実際、それら (要素・属性) は、複数

*237 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.475, p.361. 原文は次のようなものである : On a constaté aussi que le propriétaire pouvait : 1* en vertu de son droit absolu, exercer librement chez soi et sur sa chose, tous les actes de propriété ; 2* en vertu de son droit exclusif, s'opposer à ce qu'aucun autre que lui en exerçât aucun. Tels sont les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété; et quand ils sont ainsi réunis en un droit total et complet, on dit que la propriété est pleine, qu'elle est entière et parfaite, *plena potestas*.

の者の間に、分離され、分割される (divisés) のである」*238。

次に、所有権とその他の物権との関係について、次のように述べる。「所有権は、明らかに、物権全ての、筆頭でかつ、最も完全なものであり、傑出した物権である。したがって、所有権が、……、生じることが可能な、様々な支分権もまた、必然的に物権である。すなわち、用益権、使用权、居住権、役権である」*239 (傍点は柴田による)。その上で、「なんであれ全ての物権が所有権から生じると主張するために、一般に次のように理由付けできる」*240と述べて、とりわけ次の2点を指摘する。「所有権は、ある物についてありうべき物権全ての束なのである」*241 (傍点は柴田による)。また、所有権者以外の第三者に譲与する物権につき、次のように述べる。「この物についての所有権たる物権は、……減衰され、支分権化され、したがって、それは属性を逸出させるのであり、したがって、この逸出であり、まさしくこの属性である物権は、所有権の全体の権利の支分権なのである」*242。Demolombe は、こうした説明の末、次のようにも述べる。「私に関する限り、私は、全く、所有権を一般的な源泉として、謂わば、全ての物権の大きな貯水池とし

*238 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475bis, p.361. 原文は次のようなものである : Ces divers éléments ou attributs ne sont pas évidemment indivisibles ni inséparables ; et il est arrivé, en effet, qu'ils se sont séparés et divisés entre plusieurs personnes.

*239 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.352. 原文は次のようなものである : La propriété est évidemment le premier et le plus complet de tous les droits réels; c'est le droit réel par excellence ! Et, par suite, les divers démembrements dont le droit de propriété est, comme nous le verrons bientôt, susceptible, sont aussi nécessairement des droits réels : l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes.

*240 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.353. 原文は次のようなものである : pour soutenir que tout droit réel quelconque dérive du droit de propriété, on peut raisonner ainsi :

*241 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.353. 原文は次のようなものである : la propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose ;

*242 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.353. 原文は次のようなものである : le droit réel de propriété sur cette chose est amoindri et démembré; donc, il en est sorti un attribut; donc, le droit réel, qui en est sorti et qui est précisément cet attribut, est un démembrement du droit total de propriété.

て示す議論の支持者である」*243（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、第一に、全て所有権から生じる支分権は物権である。また、全ての物権は所有権が、一般的な源泉（source générale）となるのである。第二に、1 つ目の引用箇所によれば、母体たる所有権が物権であることにより、所有権から生じる支分権もまた、必然的に物権であるとされている。つまり、Demolombe の理解によれば、所有権から生じる支分権たる物権が、物権である根拠は、それら支分権の母体たる所有権が物権であるからである。そうであれば、Demolombe の理解において、母体たる所有権から切り出された支分権は、母体たる所有権と同一の性質を有するものであると解されているのであり、母体たる所有権と支分権たる物権とは、同一の性質を有する全体（tout）と一部（partie）との関係、すなわち、鍋のスープと一掬いのスープとの関係（前述、第 4 章 2（a）（1）参照）にあると解されていることがわかる。前述（第 4 章 2（a）（1）参照）したように、Toullier の理解によれば、このような同一の性質を有する全体（tout）と一部（partie）との関係は、支分権たる物権が、母体たる所有権と同じく、帰属の不可侵奪性を有するという点についてのみ述べられていた。これに対して、Demolombe の理解において、支分権たる物権は、そもそもそれらが物権であること自体、このような同一の性質を有する全体（tout）と一部（partie）との関係によって基礎づけられるのである。したがって、Demolombe の理解によれば、支分権たる物権の様々な側面や特徴は、広く支分権であることから導かれることになり、支分権の概念は支分権たる物権の側面や特徴を導くために不可欠となるほど密接に物権と結びつくことになるのである。この点において、Demolombe の理解における支分権の概念は、Toullier の理解と異なっていることが見て取れる。さらに、第三に、Demolombe の理解によれば、4 つ目の引用箇所からわかるように、支分権たる物権は、属性（attribut）の逸出（sorti）である。これに対して、Demolombe は、このとき、支分権たる物権の元となる権利として、所有権者の権利とされた要素たる権利（droits élémentaires）を挙げていない。そのため、Demolombe の理解において、所有権の支分権として切り出されうる権利は、所有権の属性（attribut）（または要素（éléments））とされる使用収益する権利や処分する権利であって、所有権者の要素たる権利（droits élémentaires）とされる絶対的な権利（droit absolu）や排他的な権利（droit exclusif）であることに基づいて行使する権利ではないことがうかがわれるのである。前述したように、Pothier（第 1 章 2（a）参照）の理解において、支分権として切り出されうる権利が、いかなる行使に向けられた実体的基礎（fond）であるべきかという点や、Toullier（第 4 章 2（a）（1）参照）の理解において、いかなる行使に向けられた諸権利（droits）であるべきかという点は、格別、限定されていなかった。

*243 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.472, p.354. 原文は次のようなものである：en ce qui nous concerne, nous sommes tout à fait partisan de l'argument qui représente la propriété comme la source générale et, pour ainsi dire, comme le grand réservoir de tous les droits réels.

これに対して、Demolombe は、支分権として切り出されうる権利が、所有権の属性 (attribut) (または要素 (éléments)) であると解することにより、一定の条件を附しているのであり、この点において、Pothier や Toullier の理解とは異なっていることがわかる。

このように、Demolombe は、所有権から生じる支分権を物権と解すると共に、それが物権であること自体支分権であることから導いており、支分権の概念を少なくともこれらの物権と密接したものと解する。ここにおいて振り返るならば、これらの理解を示した先ほどの 4 つの引用箇所は、そもそも全ての物権が所有権から生じる (dérive du droit de propriété) ことを主張するものであった。そのため、Demolombe は、少なくともこれらの箇所によれば、Pothier や Toullier のように全物権支分権説の立場であるように見受けられるのであり、この点は、後に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau が誤解する (後述、第 6 章第 2 節 2 (a) 参照) ことになるのである。しかし、実際のところ、Demolombe の立場は、全物権支分権説と一部物権支分権説とのいずれの立場にも親和的と解しうる折衷的な立場である。すなわち、一方で、Demolombe の立場は、すぐ後 ((3) 参照) に見るように、必ずしも全ての物権を支分権と解する立場とは言えない面がある。上述した引用箇所においても、所有権は全ての物権の「一般的な源泉」 (source générale)、「全ての物権の大きな貯水池」 (grand réservoir de tous les droits réels) であると述べ、あるいは、「全ての物権が所有権から生じる」 (tout droit réel dérive du droit de propriété) と述べるなど、所有権が物権を生じる母体であり、そこから生じる物権が支分権であることを想起させる表現を用いてはいるものの、支分権とは明言していないのである。もっとも、他方で、Demolombe の立場においては、後述 ((b) (2) 参照) するように、物権について一般的に定義づけている特徴が、支分権であることを前提とするように見受けられる面があるため、支分権と解されない物権は、物権を定義づけるいくつかの特徴を欠くことになり、純然たる物権とは異なるもの、謂わば物権の亜種のように扱われている箇所が見受けられるのである。

(3) 支分権の類型

Demolombe は、このような理解に基づき、支分権たる物権として、次のものを指摘する。用益権 (usufruit)、使用権 (usage)、居住権 (habitation)、および、役権 (servitudes) について、前述 ((2) 参照) した箇所によれば、次のように述べる。「所有権が、……、生じることが可能な、様々な支分権もまた、必然的に物権である。すなわち、用益権、使用権、居住権、役権である」 *244 (傍点は柴田による)。また、永小作権 (emphytéose) について、次のように述べる。「永小作権は、……、固有の合意なのであり、それは、その

*244 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.352. 原文は次のようなものである : les divers démembrements dont le droit de propriété est, comme nous le verrons bientôt, susceptible, sont aussi nécessairement des droits réels : l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes.

特種の特徴と特有の効果を有し、……、特有の特徴を構成する、所有権の一定の支分権を設ける」*245（1つ目の強調は Demolombe による、2つ目の傍点は柴田による）。第三取得者（tiers détenteur）が弁済の代位（subrogation）しうるために、取得すべき所有権またはその支分権の例に関連して、次のように述べる。「所有権、または、それらによって所有権が合法的に断片化されうるところの、支分権の1つであるものは、次のものたちである。すなわち、虚有権であり、用益権である（……）。私は、次のものも付け加える。すなわち、永小作権であり、もし一般に、以前から信頼されている判例に与して、永小作権が我がフランスの現行法においても、所有権の全体から切り出された断片として存在すると認めるならば、である（……）」*246（傍点は柴田による）。

これに対して、Demolombe は、抵当権（hypothèque）、先取特権（privilege）および質権等について、私見として明言することを避けながら、次の各箇所におけるように述べる。まず、抵当権（hypothèque）について、次のように述べる。「それは、それがどのように所有権を減衰させるかをみるとき、一般に、所有権の支分権ではないと言いうる」*247。

「抵当権は、ローマ法源においても、我がフランス古法においても、さらに今日のフランス民法典においてすら、所有権の支分権の列に分類されていないように見受けられることは真実である」*248。「科学的には、我々は、抵当権が用益権または役権のように、所有

*245 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.485, p.376. 原文は次のようなものである : Elle est, une convention *sui generis*, qui a son caractère spécial et ses effets particuliers ; elle crée un certain démembrement du droit de propriété, qui constitue son caractère distinctif. また、同書, No.171, p.82 でも支分権であると述べている。

*246 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXVII, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* t. IV, 版不明, Paris, 1876, Nos.568-569, p.518. 原文は次のようなものである : La propriété, ou l'un des démembrements, par lesquels elle peut légalement se fractionner : Soit la nue propriété; Soit l'usufruit (... ..). Nous ajoutons : Soit l'emphytéose; si on admet, avec une jurisprudence désormais accréditée, que l'emphytéose existe dans notre Droit moderne, comme une fraction détachée du droit total de propriété (... ..).

*247 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.353. 原文は次のようなものである : peut-on dire qu'elle ne soit pas un démembrement de la propriété, lorsqu'on voit comment elle amoindrit le droit du propriétaire !

*248 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.354. 原文は次のようなものである : il est vrai que l'hypothèque paraît n'avoir jamais été classée au rang des démembrements de la propriété, ni dans le droit romain, ni dans notre ancien droit, ni même encore aujourd'hui dans le Code

権の支分権として、解されうるとは信じないのであり、……」*249。抵当権 (hypothèque) や (動産) 質権 (nantissement) について、次のように述べる。「我々が、いくつかの物権、たとえば、抵当権や質権を、所有権の真の支分権として解することを求めるときに、我々を立ち止まらせる 2 つの異議がある。1* 我々は、これらの種類の権利が、所有権を細分化し、または、断片化させるとは、見ないのであり、敢えて言うなら、それら物権が所有権を包み、それら物権が所有権を締め付けることは真実であるが、しかし、それらの物権は、権利そのものを、その不動産の所有権者と抵当権債権者との間で分割する (divisent) というよりも、むしろ実に、それらの物権はそれによって、その (所有権の) 行使を妨げるのである、と」*250 (傍点は柴田による)。先取特権 (privilege) について、次のように述べる。「売主の先取特権を、用益権または役権に倣って、所有権の支分権として考えることからなる考えは、私には正確とは思えない。……」*251。すなわち、Demolombe は、これらの引用箇所のいずれにおいても、これらの物権の類型が、支分権でないと明言しているわけではないが、そうであるとはいえども、これらの物権の類型を支分権と解する立場に対して、少なくとも賛同しないのである。ただし、抵当権、先取特権、および、質権については、それらの編 (第 3 卷 (旧) 第 17 編および (旧) 18 編) に関する巻が執筆されなかったこともあり、これらの類型が支分権か否かという問題に関する説明は、直前に

Napoléon.

*249 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* t. I, 版不明, Paris, 1877, No.453, p.452. 原文は次のようなものである : scientifiquement, nous ne croyons pas que l'hypothèque puisse être considérée, à l'égal du droit d'usufruit ou de servitude, comme un démembrement du droit de propriété ;

*250 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, pp.354-355. 原文は次のようなものである : deux objections qui nous arrêtent, lorsqu'on nous demande de considérer comme de véritables démembrements de la propriété certains droits réels, tels que l'hypothèque et le nantissement : 1* Nous ne voyons pas que ces sortes de droits morcellent ou fractionnent le droit de propriété ; il est vrai qu'ils l'enveloppent, qu'ils l'étreignent, si j'osais dire ainsi; mais ils en entravent par là l'exercice bien plutôt qu'ils ne divisent le droit lui-même entre le propriétaire de l'immeuble et le créancier hypothécaire.

*251 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* t. I, 版不明, Paris, 1877, No.453, p.451. 原文は次のようなものである : L'idée qui consiste à considérer le privilège du vendeur comme un démembrement de la propriété, à l'instar d'un droit d'usufruit ou de servitude, ne nous paraît pas exacte :

引用したこれらの箇所などからうかがわれる限度に止まる*252。

なお、ここで、文面上は、「異議」としてしか示されておらず、必ずしも Demolombe 自身の立場であるか判然としないとはいえ、先ほどの引用箇所によれば、抵当権は、所有権の権利自体を分割する (diviser) というよりも、所有権の行使を妨げる (entravent l'exercice) 物権とされる。したがって、そこでは、所有権の一部が切り出される (détaché) ことによって母体たる所有権の行使を妨げる支分権と、そうではなく単に所有権の行使を妨げるものが、区別されることがわかる。このような区別に基づく理解は、これまでに見た、Pothier (前述、第1章2 (a) 参照)、Duranton (前述、第3章第2節2 (a) 参照)、Toullier (前述、第4章2 (b) 参照) らの理解と共通するものである。もっとも、Toullier の理解において前述 (前述、第4章2 (b) 参照) したように、このような区別により、支分権か否かを判別することは、必ずしも容易ではなかった。そうであれば、Toullier らの理解と共通し、Demolombe が言及する上述の「異議」に基づく理解もまた、このような不便さについて共通することになる。実際、Demolombe は、上述したように、抵当権 (hypothèque) などの類型につき、支分権であるか否かを明言できていないことが見て取れるのである。

(b) 物権の定義と類型

前述 (第4章2 (a) (1) 参照) のように、Toullier は、全物権支分権説の立場に基づいて、物権が有する特徴の一部につき、所有権が有する特徴を支分権たる物権も維持すると解していた。Demolombe もまた、前述 ((a) (2) 参照) したように、母体たる所有権と支分権とが、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) との関係であることを前提としているが、Toullier に比べて、このような関係であることをはるかに広く考慮しており、支分権たる物権が物権であること自体、それが所有権から切り出された (détaché) 支分権だからであるとしていた。このため、Demolombe の理解において、支分権の概念は、物権の理解と密接に結びついていた。

Demolombe は、これに加えて、物権の定義において、権利と objet との関係 (割当の態様) を考慮するため、objet の語を頻繁に用いる上、物権の objet をも支分権の概念と結びつけて理解しようと試みるのである。

そこで、以下では、まず、予め語義の曖昧さを取り除くために、物権に関して用いる objet の語につき究明し ((1) 参照) 、その後に、物権の定義 ((2) 参照) と、物権の類型 ((3) 参照) を取り扱うこととする。

*252 Demolombe の一連の体系書 *Cours de Code Napoléon* は、フランス民法 1386 条 (第3巻第4編の中途) で中断したのであり、以降については Demolombe 自身によって執筆されたものではない。A. Colin = H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, 7e éd., Paris, 1931, No.25, p.33 註2 参照。

(1) 物権の objet

まず、Demolombe は、財 (biens) の 2 類型について、次のように述べる。「有形の財は、物質的、可視的、確実な存在を有するものであり、……。……。無形の財は、対照的に、外在的な存在を有しない財であり、理性によってしか理解され得ないものであり、……。たとえば、権利である。すなわち、相続権、用益権、役権、債権、その他例外なくあらゆる権利である」*253。すなわち、原則としては有形の財とは有体物であり、無形の財とは権利であるという区別がなされていることがわかる。Demolombe は、これを踏まえて、この区別につき、次のように述べる。「一方の側に、人について有用たりうるあらゆる物、すなわち、全ての狭義の財を置き、他方の側に、人がこれらの財について有しうる権利を置くことからなるのである。換言すれば、この区別は、最終的に、権利を、それが存在するところの(狭義の)財から区別することに至らせるのであり、権利をその objet から区別するに至らせるのである」*254。「権利そのものは、(狭義の)財ではなく、または、少なくともそれは虚構的かつ取り決めによる財でしかないのであって、それは、有形物との関係によってしか理解されないものであり、有形物は、その objet であり、当該権利を表象するものである」*255。また、次のように述べる。「それらの物は、それらが objet であるところの権利の帰結によってしか、財ではない」*256。すなわち、Demolombe の理解によれ

*253 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.31, pp.17-18. 原文は次のようなものである : Les biens corporels sont ceux qui ont une existence matérielle, visible, palpable, ... Les biens incorporels au contraire sont ceux qui n'ont pas d'existence extérieure, et qui ne peuvent être perçus que par l'intelligence, ... Tels sont tous les droits, ... les droits d'hérédité, d'usufruit, de servitude, les créances, tous les droits enfin sans exception; ...

*254 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.33, p.18. 原文は次のようなものである : Elle consiste à mettre d'un côté toutes les choses qui peuvent être utiles à l'homme, c'est-à-dire tous les biens proprement dits, et de l'autre côté les droits que l'homme peut avoir sur ces biens. En d'autres termes, cette division aboutit finalement à distinguer le droit du bien sur lequel il existe, à distinguer le droit de son objet.

*255 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.33, p.18. 原文は次のようなものである : Le droit lui-même n'est pas un bien, ou du moins il n'est qu'un bien fictif et conventionnel, qui ne peut se comprendre que par son rapport avec la chose corporelle, qui en est l'objet et que le droit représente. 同旨は、同書, No.462, p.337 でも述べられている。

*256 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.33, p.19. 原文は次のようなものである : les choses ne sont biens

ば、有形の財である有体物を狭義の財と呼び、かつ、無形の財、すなわち、権利は、それを表象する狭義の財を *objet* とすることによって初めて理解されるものとなり、また逆に、狭義の財たる物自体も権利の *objet* となるときにのみ財と認識されるのである。これらの点は、前述した Delvincourt（第3章第1節2（b）参照）や、Toullier（第4章2（d）参照）の理解においても見受けられたものであり、基本的に共通する。また、これらの引用箇所において用いられている *objet* は、少なくとも当該権利が物権であれば、①対象としての *objet* であると言えよう *257。

（α）所有権の *objet*

このような有形の財と、無形の財すなわち権利との間の区別に際して、Demolombe は、フランス民法 526 条（前述、第2章2（b）参照）が、所有権に触れていないことに基づき *258、次のように述べる。「有体物の側に、最も本質的に無形の物であり、そのまさに基本型であり、……、あらゆる無体物の基準（模範）である、所有権の権利を分類した」 *259（傍点は柴田による）。「所有権が、その物のあらゆる有用性を吸収して、その物そのものと混同されるように思われ得たことや、それが実際、排他的に、その *maître* に固有のものとするのは、真実である。一般に、その物は、この場合においては、謂わば、物質的（素材的）に、その物が直接かつ中間者のない *objet* であるところの、権利を、表象していると、解し得たのであり、……、法律の条文においてさえ、この混同、より正確に言えば、……、その物自体と、その物が服している所有権との同一化が、生じているのは、それゆえなのである」 *260（強調は Demolombe による）。「所有権は、法律により、有形

que par le résultat des droits dont elles sont l'objet. 同旨は、同書, No.330, pp.186-187.でも述べている。

*257 このような対比については、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.464, p.341.など。

*258 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.334, p.180. また、当該条文についての説明は、同書, No.335, p.189, No.483quater, p.371 など。

*259 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.33, p.19. 原文は次のようなものである : placé du côté des choses corporelles, la chose la plus essentiellement incorporelle, le type même, et, l'étalon de toutes les choses incorporelles, le droit même de propriété !

*260 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.35, pp.19-20. 原文は次のようなものである : Il est vrai que le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de la chose, a pu paraître se confondre avec la chose elle-même, qu'il rend en effet exclusivement propre à son maître. On a pu considérer que la

の財として解されており、その性質ゆえの動産または不動産であるのに対して、その他の権利は、無形の財として解されており、それらがあてはめられる *objet* ゆえの動産または不動産である」*261（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、所有権は、本質的には他のあらゆる権利と同様に、無形の財であるが、ある物の有用性が、権利である所有権自体の有用性と一致するがゆえに、所有物 (*propriété*) と所有権 (*propriété*) との概念が混同 (*confusion*)、同一化 (*identification*) を生じ、所有権だけ、フランス民法典において有形の財 (*bien corporel*) として扱われていると解されている*262のである（以下、便宜上、所有物と所有権との同一化の考え、と呼ぶ）。また、直前の引用箇所において、所有権について、用いられている *objet* は、①対象としての *objet* であることがわかる*263。さらに、ここにおいて、Demolombe の理解によれば、物と所有権とが同一化される帰結として、物が有しうる有用性は、全て所有権それ自体の有用性であると解されているのであり、所有権が行使されることによって物から引き出す利益とは解されていない。そのため、Demolombe は、少なくとも所有権について、①対象としての *objet* 以外に、②利益としての *objet* を想定していないことがうかがわれるのである。

（β）所有権以外の物権の *objet*

このような理解に基づき、所有権以外の物権についても、物権の *objet* は何かという問題を取り上げる。まず、Demolombe は、物権 (*droits réels*) と対人権 (*droits personnels*) の権利との区別に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「我々は、物権と対人権との間に為すべき区別について述べよう。実際、権利は、それらがあてはめられるところの *objet* を割当する態様に応じて、2 つの類型に分断されるのであり、それは、一方のものは、

chose, dans ce cas, représentait, pour ainsi dire matériellement, le droit dont elle est l'objet direct et immédiat; et c'est de là qu'est venue, dans les textes mêmes de la loi, cette confusion, ou plutôt,, cette *indentification* (*identification* の誤植と思われる) de la chose elle-même et du droit de propriété auquel la chose est soumise.

*261 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.522, pp.438-439. 原文は次のようなものである : ce premier est considéré par la loi comme un bien corporel, meuble ou immeuble par sa nature, tandis que les autres sont considérés comme des biens incorporels, meubles ou immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent.

*262 同旨、A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, No.115, p.144.

*263 その他、前述（（１）、参照）した C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.483quater, pp.372-373. は、地上物所有権 (*droit de superficie*)（前述、（a）、参照）について、同様に *objet* の語を用いる。

物（権）と呼ばれるのであり、他方のものは、対人（権）と呼ばれる、というこの関係の下においてである」*264（強調は Demolombe による）。このうち、物権一般について、次のような定義に関連して、objet の語を用いる。「ある有形の財がその objet であるところの権利は、その財そのものに、直接的かつ中間者なく割り当てしている以上、in re、つまり物権であることが可能となる」*265（傍点は柴田による）。所有権以外の物権につき、所有権にのみ「所有物と所有権との同一化の考え」（前述、（α）参照）があてはまることに関連して、次のように objet の語を用いる。「部分的な権利、すなわち、所有権の支分権化された権利は、その物そのものとその人との間に、この緊密さ、この同一化を生じないのであり、必然的に、我々が検討する規律、すなわち、それらがあてはめられる objet の性質自体による、という手段において、評価され、法性決定されるべきであった」*266。物権（droit réel）を構成する要素（éléments）に関連して、次のように objet の語を用いる。「物権とは、人と物との間に設ける権利であり、直接かつ中間者なき関係であって、したがって、2 つの要素しか見出されない。すなわち、その権利の積極的（能動的）主体である人、および、その objet である物である」*267（傍点は柴田による）。これに基づき、物権（droit réel, (droit) in re）たる用益権（usufruit）（前述、（a）（2）および（3）参照）に関連して、次のように objet の語を用いる。「我々が、使用法によって消費されない物が、

*264 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.463, p.337. 原文は次のようなものである : Nous voulons parler de la distinction qu'il faut faire entre les droits réels et les droits personnels. Les droits, en effet, se divisent en deux classes, suivant la manière dont ils affectent l'objet auquel ils s'appliquent; et c'est sous ce rapport que les uns sont appelés réels, et les autres personnels.

*265 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.333, p.188. 原文は次のようなものである : le droit dont un bien corporel est l'objet, peut être in re, droit réel, affectant directement et immédiatement, le bien lui-même. 同旨は、同書, No.464, p.340.においても述べられる。

*266 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.335, p.189. 原文は次のようなものである : les droits partiels, démembrés du droit de propriété, ne produisant pas cette intimité, cette assimilation entre la chose elle-même et la personne, devaient être nécessairement appréciés et qualifiés au moyen de la règle que nous examinons, à savoir par la nature même de l'objet auquel ils s'appliquent.

*267 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.464, p.339. 原文は次のようなものである : le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose, une relation directe et immédiate; de telle sorte qu'on n'y trouve que deux éléments, savoir : la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet. 同旨は、同書, No.464, p.341 でも述べられる。

唯一真の用益権の *objet* でありうるものであることを見ることになるのは、そういうわけである」*268。「用益権の課された物は、同時に、同一の性質の 2 つの権利の *objet* である。すなわち、虚有権者の物権の *objet* と、用益権者の物権の *objet* とであり……」*269。なお、この箇所は改めて後述（（3）参照）する。さらに、自然役権または法律上の役権に関する諸規定に該当する、流水の利用の規定に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「フランス民法典は流水が土地所有権者のために *objet* となりうる場所の様々な権利を取り扱った」*270。物権（*droit réel*, (*droit in re*) たる不動産役権（前述、（a）（2）および（3）参照）である、人為により設けられる役権に関連しても、次のように *objet* の語を用いる。「設定証書にこのために挿入された明示的なあらゆる条項さえ無関係に、事実状況に基づき、および、契約者または設定者たる両当事者の意思（表示）の解釈によって、承役地の所有権者が、自らその土地または役権の *objet* を為すその土地の部分、要役地の所有権者の使用収益が減じられるようには、利用し得ないと判断することは、あり得るのである」*271。その他、抵当権（前述、（a）（3）参照）の沿革に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「ローマの法務官は、……、抵当権の債権者に、……、（それによって）単に債権者が抵当権を設定された *objet*（抵当目的物）が、これこれの者に、その者が当該抵当権を同意した当時において、帰属していたことのみを主張するところの、単なる *action in*

*268 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.41, p.22. 原文は次のようなものである : *c'est ainsi que nous verrons que les choses qui ne se consomment pas par l'usage, sont les seules qui puissent être l'objet d'un véritable droit d'usufruit, ...*

*269 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.216, pp.173-174. 原文は次のようなものである : *la chose grevée d'usufruit est donc en même temps l'objet de deux droits de même nature : du droit réel de nu-propiétaire et du droit réel de l'usufruitier ;*

*270 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.15, p.21. 原文は次のようなものである : *le Code a traité des différents droits dont les eaux vives peuvent être l'objet au profit des propriétaires fonciers.* また、同書, No.61, p.68 でも同旨を述べて *objet* の語を用いる。

*271 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.890, p.392. 原文は次のようなものである : *indépendamment même de toute clause formelle insérée à cet effet dans l'acte constitutif, il se pourrait que l'on décidât, d'après les circonstances et par interprétation de la volonté des parties contractantes ou du constituant, que le propriétaire du fonds servant ne peut pas se servir lui-même de son fonds ou de la partie de son fonds qui fait l'objet de la servitude, de manière que la jouissance du propriétaire du fonds dominant en soit amoindrie.*

factum を認めていた」*272。これらの多数の引用箇所で見られている objet の語は、全て有形物、土地などの有形の財を指すのであり、①対象としての objet である*273。したがって、Demolombe の理解によれば、物権の objet といえば、それは何よりもまず、有形物を想定する①対象としての objet のことを指すのである。

それでもなお、役権に関して、次のように objet の語を用いる。「一方の側としては、承役地であり、それ自体、内在的に減じられ、多少とも価値を下げられることになるのであればならず、そして、他方の側としては、要役地であり、それ自体、絶対的に、土地の法性において、もっと有用性または利益を、取得するのでなければならぬのである。一般的に土地の属性となる役権が、その土地そのものと同じく恒久的な有用性を objet として有しなければならず、単なる一時的な便利さを有するのではないのは、このためなのである」*274（傍点は柴田による）。すなわち、この箇所で見られる objet の語は、明らかに役権の権利者（要役地の所有権者）が享受する有用性（utilité）または利益（avantage）を指すのであって、対象物であり有形物である土地を指すものではない。同様に、役権と認め得ない（負担が）人的に定まる性質（personnel）の権利につき、その理由を述べること

*272 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, p.354. 原文は次のようなものである : le Prêteur, ... il avait, ... accordé au créancier hypothécaire, ... une simple action *in factum*, par laquelle il prétendait seulement que l'objet hypothéqué avait appartenu à telle personne, à l'époque où elle avait consenti l'hypothèque.

*273 その他、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.465, p.341, No.472, p.355 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.216, p.174, No.219, p.177, No.225, p.184. ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.105, pp.128-129, No.109, p.132 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.699, pp.194-195, No.877, p.382 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* t. II, 版不明, Paris, 1878, No.582, p.365. など。

*274 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.678, p.177. 原文は次のようなものである : il faut que, d'un côté, le fonds servant, en tant que fonds, se trouve lui-même intrinsèquement amoindri et plus ou moins déprécié ; et que, de l'autre côté, le fonds dominant acquière lui-même absolument, en sa qualité de fonds plus d'utilité ou d'avantage. Et voilà pourquoi généralement la servitude, qui devient un attribut du fonds, doit avoir pour objet une utilité perpétuelle comme le fonds lui-même, et non pas seulement une simple commodité passagère:

に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「これらの種類の権利は、それ自体として土地と同様に解される、土地自体の有用性も魅力も、その直接かつ主たる *objet* として有さず、まずもって、その人の個別的な魅力を *objet* とするからである」*275（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、ある合意または約定が役権と法性決定されるためには、当該権利が、土地自体の有用性 (*utilité*) や魅力 (*agrément*) を、*objet* として有さなければならない、ということがわかる。実際、Demolombe は、導水 (*conduite d'eau*) 役権に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「(用法や使用の方法が決められているので) ないとき、および、導水そのものを直接的に *objet* とする役権に関するときはいつでも、我々が信じることには、要役地の所有権者は、その役権がいかに取得されたのでも、(つまり) 権原 (証書) によって、または、時効によって、これらの水を、自己の土地上で、好きな使用法に用いることができ、……」*276。牧養役権 (*servitude de pacage*) や眺望役権 (*servitude de prospect*) に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「もし、役権の *objet* を構成することがらが、たとえば、牧養役権または、眺望役権のように、不可分ならば、その役権が、不可分的に、全体について、承役地の (共有者間で) 分断された全ての部分について課すことは明らかである」*277。すなわち、これらの場合に用いられる *objet* の語も、要役地の所有権者、すなわち当該役権の権利を行使する者が享受する有用性 (*utilité*) または利益 (*avantage*) を指すことがわかるのである。また、同じく役権について、次のように *objet* の語を用いる箇所がある。たとえば、導水役権について、次のように述べる。「(導水役権と) 似たような役権が帰属する者は、承役地に損害を与えうる方法で水を腐敗させることも、変質させることも、もちろん少なくともかくの如きが、当該役権が、産

*275 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.686, p.185. 原文は次のようなものである : ces sortes de droits ont pour objet direct et principal, non pas l'utilité ni l'agrément du fonds lui-même, considéré en soi et comme fonds, mais avant tout l'agrément individuel de la personne.

*276 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.849, p.355. 原文は次のようなものである : autrement et toutes les fois qu'il s'agit d'une servitude qui a directement pour objet la conduite d'eau elle-même, nous croyons que le propriétaire du fonds dominant, de quelque manière que la servitude ait été acquise, par titre ou même par prescription, peut employer ces eaux sur son fonds à tel usage que bon lui semble, et les appliquer,

*277 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.908, p.408. 原文は次のようなものである : si le fait qui constitue l'objet de la servitude est indivisible, comme une servitude de pacage, ou de prospect, il est clair qu'elle pèsera indivisiblement, pour le tout, sur toutes les portions divisées du fonds servant.

業上の施設におけるそれらの使用の後の排水に関するかのようには設けられたところの objet 自体の必然的な帰結であるのでない限り、できないということである」*278。また、たとえば、通行役権について、次のように述べて、objet の語を用いる。「一定の決まった objet のために設けられ、または、一定の行使方法に制限された通行権は、それとは異なる objet についても、異なる行使方法についても、伸長され得ない」*279。「設定権原（証書）において見出されるあらゆる表現を検討すべきであり、これらの様々な語句、すなわち、voie, chemin, sente, sentier の語句は、実に、異なる通行権を表明しうるものであり、その意味とそれぞれの拡張（範囲）は、役権の objet、地方の使用法、それぞれの土地の位置関係に基づいてこそ、各事案に於いて定められなければならない」*280。これらの引用箇所を用いられる objet の語は、文面上は、設ける動機（motif）、意図や狙い（but）を指すように思われる。しかし、先ほど引用したように、Demolombe の理解によれば、一般的に役権を設ける狙いは、要役地が「絶対的に、土地の法性において、もっと有用性または利益を、取得する」*281 ようにすることである。したがって、その具体的な内容の根本を為すことからは、やはり、いかなる有用性（utilité）または利益（avantage）を取得するか、という点にあるのである。このように、Demolombe は、役権に関しては、objet の語を、役権がもたらす有用性（utilité）または利益（avantage）を指す意味でもまた用いている。この意味

*278 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.914, pp.413-414. 原文は次のようなものである : celui auquel une pareille servitude appartient, ne peut corrompre ni altérer les eaux d'une façon préjudiciable au fonds servant, à moins, bien entendu, que telle ne soit la conséquence nécessaire de l'objet même pour lequel la servitude a été établie comme s'il s'agit de l'écoulement des eaux après leur emploi dans un établissement industriel.

*279 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.926, p.427. 原文は次のようなものである : le droit de passage établi pour un certain objet défini, ou restreint à un certain mode d'exercice, ne saurait être étendu à un autre objet ni à un mode d'exercice différent.

*280 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.926, p.427. 原文は次のようなものである : il convient ... de bien peser toutes les expressions qui se trouvent dans le titre constitutif; ces différents mots : voie, chemin, sente, sentier, peuvent exprimer des droits de passage bien différents; et c'est d'après l'objet de la servitude, les usages locaux, et la situation respective des fonds, que le sens et l'étendue de chacune d'elles doivent être déterminés dans chaque espèce.

*281 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.678, p.177. 原文は次のようなものである : acquière ... absolument, en sa qualité de fonds plus d'utilité ou d'avantage.

における objet は、②利益としての objet である。

なお、この他に、Demolombe も、物権や対人権とは無関係に、次のように objet の語を用いる箇所がある。「ローマ法源も、動産と不動産の区別を、有形の objet についてしかあてはめていなかった」*282。また、地上物の権利 (superficie) に関連して、次のように述べる。「一般に、建物、耕作物、森林、樹木および植栽など、地面の地表面に定着している objet 全てを地上物と呼ぶ」*283。これらの引用箇所で見られる objet の語は、単に物体を指すのである*284。

以上の引用箇所において見受けられ、かつ、後述（(2) 参照）するように、Demolombe は、objet の語を、物権の定義と密接に関連させて用いる。そのため、物権の objet は、基本的に①対象としての objet の意味しか指さないという帰結を生じている。しかし、このように objet の概念を、物権と密接なものと解する Demolombe でさえ、役権の分野においては、なお、②利益としての objet の意味において objet の語が用いられる場合が見受けられるのであり、そこでは、役権の有用性 (utilité) または要役地の得る利益 (avantage) を指すのである。したがって、Demolombe の理解においても、物権の objet は、少なくとも役権について、①対象としての objet と、②利益としての objet の2つの類型を想定していることがわかる。この点は、前述したように、Delvincourt (第3章第1節2 (b) 参照)、Duranton (第3章第2節2 (b) 参照)、Toullier (第4章2 (d) 参照) の理解と共通しているのである。

最後に、Demolombe は、フランス民法典の規定における、「所有物と所有権との同一化の考え」（前述、(α) 参照）を、次のように批判する。「所有権、すなわち、所有権の権利そのもの、jus ipsum が、有形の財を構成し、用益権や、役権は、無形物だとは！しかし、用益権や役権は、所有権の断片であり、かつ、あらゆる一部が、全体とは別の性質である、などということは、考えられないではないか！しかし、フランス民法 526 条、529 条から生じることがらは、さらに、このようにして、所有権を、その他の権利から区別して、今までのいつの時代の立法者らによっても確立されていた学説に従うことしか為さな

*282 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.329, p.186. 原文は次のようなものである : le droit romain n'appliquait-il qu'aux objets corporels la distinction des meubles et des immeubles.

*283 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.483, p.368. 原文は次のようなものである : On appelle superficie tous les objets, bâtiments, ouvrages, bois, arbres et plantes qui sont adhérents à la surface du sol.

*284 その他、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.684, p.182. など。

かった。とはいえ、この学説は、厳密に正確でもなく、論理必然的でもない」*285。また、Demolombe は、不動産財とされる物権について次のように述べる。「全て不動産の所有権の支分権化された権利は、このことから、それが適用される objet ゆえに、同じく不動産である。なぜなら、部分は、全体と別の性質を有し得ないからである」*286（傍点は柴田による）。前述（（α）参照）したように、Demolombe の理解によれば、フランス民法典における「所有物と所有権との同一化の考え」は、あくまでも物と権利との混同（*confusion*）に過ぎず、所有権は本質的には無形の財、すなわち、権利である。その上で、これらの引用箇所によれば、Demolombe の理解において、本質的には無形の財である所有権と、その他の支分権たる物権とは、全体（*tout*）と一部（*partie*）の関係にあり、かつ、当該一部（*partie*）は、全体（*tout*）と、当然に同一の性質を有するべき関係にあるのである。前述（（a）（2）参照）したように、Demolombe の理解において、支分権たる物権は、それが物権であること自体、支分権であるからであるとされていたのであり、所有権と支分権たる物権とは、同一の性質を有する全体（*tout*）と一部（*partie*）との関係であるとされていた。Demolombe は、さらに、当該箇所において、母体たる所有権と支分権とが、同一の性質を有する全体（*tout*）と一部（*partie*）との関係であることに基づいて、所有権と、支分権たる物権とが、いずれも本質的には無形の財であることを導くのであり、また、不動産を①対象としての objet とする所有権の支分権もまた、不動産を①対象としての objet として有すること、および、それゆえに、そのような所有権と、その支分権たる物権とが、いずれも不動産財（*bien immobilier*）であることを導くのである。こうして、Demolombe は、支分権たる物権が、無形の財であること、母体たる所有権と同一の有形の財たる objet を有すること、および、母体たる所有権が objet に基づいて不動産財となるとときには支分権たる物権も不動産財となることについても、支分権の概念と、所有権と支分権とが同一の性質を有する全体（*tout*）と一部（*partie*）との関係であることとから導いているのである。

*285 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.34, p.19. 原文は次のようなものである : La propriété, le droit lui-même de propriété, jus ipsum, constitue un bien corporel; et l'usufruit, et les servitudes sont des biens incorporels ! Mais l'usufruit et les servitudes ne sont que des fractions de la propriété; et il est inconcevable que toutes les parties soient d'une autre nature que le tout ! Voilà pourtant ce qui résulte des articles 526 et 529, qui, d'ailleurs, en distinguant ainsi le droit de propriété d'avec les autres droits, n'ont fait que suivre une doctrine consacrée par les législateurs de tous les siècles. Mais cette doctrine pourtant n'est pas rigoureusement exacte ni logique.

*286 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.335, p.189. 原文は次のようなものである : tout droit démembré de la propriété d'un immeuble, est par cela même immeuble aussi par l'objet auquel il s'applique; car la partie ne saurait être d'une autre nature que le tout.

(2) 物権の定義

Demolombe は、物権 (*droit réel*) につき、前述 (1) (β) 参照) した箇所を改めて引用すれば、次のように述べる。「ある有形の財がその *objet* であるところの権利は、その財そのものに、直接的かつ中間者なく割り当てしている以上、*in re*、つまり物権であることが可能となる」*287 (傍点は柴田による)。「物権とは、人と物との間に設ける権利であり、直接かつ中間者なき関係であって、したがって、2つの要素しか見出されない。すなわち、その権利の積極的 (能動的) 主体である人、および、その *objet* である物である」*288 (傍点は柴田による)。また、絶対的 (*absolu*) とされる物権 (*droit réel*) と、相対的 (*relatif*) とされる対人権 (*droit personnel*) との違いを、次のように説明する。「ある者の、別の者に対するあらゆる特種の *obligation* と無関係に存在するのが、物権であるのに対して、対人権は、ある者がとりわけ別の者に対して義務づけられている限りにおいてしか存在しない」*289 (傍点は柴田による)。すなわち、Demolombe の理解によれば、物権が人と物との直接的かつ中間者なき (*directement et immédiatement*) 関係であることとは、物権が、ある者の (別の者に対する) 特種の *obligation* 全てと無関係に存在する (*existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne (en vers une autre)*) ことを意味していることがわかる。

そこで、次に、この特種の *obligation* (*obligation spéciale*) とは何か、という点に関して、Demolombe は、物権の設定について、一般的に次のように述べる。「物権の生成原因 (動力因) は、譲渡であり、より一般的には、それによって、所有権の全体における、または

*287 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.333, p.188. 原文は次のようなものである : le droit dont un bien corporel est l'objet, peut être *in re*, droit réel, affectant directement et immédiatement, le bien lui-même. 同旨は、同書, No.464, p.340.においても述べられる。

*288 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.464, p.339. 原文は次のようなものである : le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose, une relation directe et immédiate; de telle sorte qu'on n'y trouve que deux éléments, savoir : la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet. 同旨は、同書, No.464, p.341 でも述べられる。

*289 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.464, p.340. 原文は次のようなものである : c'est que le droit réel existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne en vers une autre; tandis que le droit personnel n'existe qu'autant qu'une personne est spécialement obligée en vers une autre.

一部における、移転を達成するところの、正当な手段である」*290。また、前述（1 参照）した箇所を改めて引用すれば、次のようにも述べていた。「物権と対人権の間の違いは、その効果に関して、重要である。一方は、*dominium* を生じ、他方は単に *obligatio* を生じる。物権は、所有権者にするのであり、対人権は、債権者にしかしない」*291（強調は Demolombe による）。さらに、役権に関連して、次のように述べる。「所有権の全部の譲渡は、もちろん、所有権者に、取得者に対する何らの人的に定まる性質の *obligation* も課さず、この所有権の断片の譲渡もまた、この効果を有し得ないことは明白であり、役権は所有権の全体から切り出された 1 つの要素以外の何物でもない」*292（傍点は柴田による）。すなわち、これらの引用箇所から、Demolombe の理解によれば、所有権以外の物権の設定は、所有権の一部（*partie*）または断片（*fraction*）の譲渡（*aliénation*）であるとされるのであり、一方で、当該所有権の一部を譲与された物権の権利者の側は、大まかに言えば*293、権能を限られた所有権を取得するものと捉えられ、他方で、当該所有権の一部を譲与した者の側は、当該権利の取得者に対して何らの人的に定まる性質の *obligation*（*obligation personnelle*）も負わないとされる。したがって、Demolombe の理解において、物権とは、人的に定まる性質の *obligation*（*obligation personnelle*）を負う者が存在しないものと捉えられていることがわかる。そうであれば、物権が、ある者の（別の者に対する）特種の *obligation*

*290 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.464, p.339. 原文は次のようなものである : la cause efficiente du droit réel, c'est l'aliénation, ou plus généralement les modes légitimes, par lesquels s'accomplit la transmission, en tout ou en partie, de la propriété.

*291 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.473, p.357. 原文は次のようなものである : La différence entre le droit réel et le droit personnel, quant aux effets, est capitale. L'un produit le *dominium*; l'autre, seulement l'*obligatio*. le droit réel fait le *propriétaire*; le droit personnel ne fait que le *créancier*.

*292 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.676, p.175. 原文は次のようなものである : L'aliénation du droit total de propriété n'impose, bien entendu, au propriétaire, aucune obligation personnelle envers l'acquéreur; et il est évident que l'aliénation d'une fraction de ce droit ne saurait avoir non plus cet effet; or la servitude n'est pas autre chose qu'un élément détaché du droit total de propriété;

*293 厳密には、前述（（2）（a）、参照）したように、完全な所有権と同じく、「所有物と所有権との同一化の考え」（前述、（1）（α）、参照）の適用を受けることにより有形の財と解される地上物所有権（*droit de superficie*）と、無形の財とされるその他の物権とを区別をしている。

全てと無関係に存在する (existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne (en vers une autre)) ものであることとは、物権が、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を負う者の存在しない権利の類型であることを指すことがうかがわれる。こうして、Demolombe の理解において、物権が、人と物との直接的かつ中間者なき (directement et immédiatement) 関係であることと、物権が、ある者の (別の者に対する) 特種の obligation 全てと無関係に存在する (existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne (en vers une autre)) ことと、物権が、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を負う者の存在しない権利の類型であることとは、いずれも同一の内容を指し示す表現であることがわかるのである。

前述したように、Duranton (第3章第2節3 (a) (2) 参照) や Toullier (第4章3 (a) (4) 参照) の理解によれば、物権は、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を負う者の存在しない権利の類型であるとされていた。したがって、この点については、Demolombe の理解も同じであり、共通していることがわかる。ただし、Duranton や Toullier は、まず、物権の特徴に際して述べる義務 (obligation) につき、とりわけ人的に定まる性質の作為義務を想定していた。これに対して、Demolombe は、人的に定まる性質の義務全般を想定しており、とりわけ作為義務を想定するわけではない。また、Duranton や Toullier は、人的に定まる性質の作為義務につき、何かしらを給付しまたは為す義務 (obligation) と述べていた。これに対して、Demolombe は、人的に定まる性質の義務全般につき、特種の obligation (obligation spéciale) と述べる。これらの違いは、Demolombe が obligation の類型をどのように区分するか、という点から生じるのであり、後述 (3 (a) 参照) することになる。

このような理解に基づき、Demolombe は、物権が、絶対的 (absolu) とされる特徴を敷衍して、物権を定義づける特徴として、次のような3点を指摘するのである。「物権に位置づけよ、そうすれば、それが、固有かつ唯一の力によって、何ら債務者たる中間者もなく、それが直接的に及ぶところの当該物そのものに対して、強力で絶対的となると、全てそれらの仲間 (の権利) たちは、それが通るために開かれるのである。すなわち、第三取得者に対する追及権であり、債権者に対する優先 (弁済) 権であり、全ての者に対する不可分性である」*294。すなわち、Demolombe の理解によれば、当該引用箇所において物権を定義づける特徴として列挙された、追及権 (droit de suite)、優先 (弁済) 権 (droit de

*294 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.473, p.357. 原文は次のようなものである : Place au droit réel! Et que tous les rangs s'ouvrent pour lui faire passage, lorsqu'il s'avance tout-puissant et absolu, par sa propre et seule force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle il porte directement : droit de suite contre les tiers détenteurs ; droit de préférence contre les créanciers ; indivisibilité envers et contre tous ;

préférence)、不可分性 (individualité) の3点は、物権が、直接的 (directement) かつ中間者がいない (sans l'intermédiaire d'aucun débiteur) こと、および、絶対的 (absolu) であること、すなわち、物権 (droit réel) の定義において言及されていたことに基礎づけられているのであり、そこから導かれるのである。また、Demolombe の理解によれば、特種の obligation (obligation spéciale) とされる人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を負う者とは、債務者 (débiteur) を意味するのである。なお、当該箇所指摘された、3点の特徴のうち、追求権 (droit de suite)、すなわち、第三取得者を含め、物権の①目的としての objet が誰の手中にあるかを問わず追求できる権利に関しては、前述したように、Delvincourt (第3章第1節2 (a) 参照)、Duranton (第3章第2節2 (a) 参照) および Toullier (第4章2 (c) 参照) においても、言及されていた。これに対して、優先 (弁済) 権 (droit de préférence) と不可分性 (individualité) との2点は、少なくとも明示的には言及されていなかったものであり、この点は Demolombe の理解において新たに示されていることがわかる。

ここまで述べてきた物権を定義づける特徴は、Demolombe による物権の一般的な定義と、Demolombe が一般的に物権の生成原因 (動力因 : cause efficiente) を譲渡と述べることから導かれたものである。本来、所有権以外の物権が同様の特徴を有する理由は、何よりもそれが物権だからであり、それらの物権が所有権の支分権 (démembrement) と解されるか否かということとは直接的には関わらないはずである。ところが、上述したように、Demolombe は、物権の権利者を所有権者と称し、物権の設定を所有権の一部譲渡であると述べており、物権が人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を負う者の存在しない権利の類型であること、言い換えれば物権が (directement et immédiatement) 関係であることを、所有権全体の譲渡の場合と所有権の断片 (fraction) の譲渡の場合とが同一の効果を有すべきであるとすることから導いていた。つまり、Demolombe の理解において、物権を定義づける上述した特徴もまた、支分権であることを前提とし、かつ、所有権と支分権とが同一の性質を有する全体 (tout) と部分 (partie) との関係であることから、導かれていることがわかる。実際、Demolombe は、物権としての所有権とその他の物権との関係につき、前述 ((1) (α) 参照) した箇所を改めて引用すれば、次のように関連づけていた。

「所有権は、明白に、物権の最前列にあり、より正確には、なぜならこれは、それが基本型であるというのでは十分ではなく、それは……全ての物権の基準 (模範) なのである」

***295.** すなわち、Demolombe の理解によれば、物権は、物権であること自体から導かれる特徴であっても、その基準 (模範 : étalon) たる所有権に倣って (à l'instar du droit de propriété) 理解されるべきなのである。また、用益権 (usufruit) の説明に際して、前述 ((1) 参照)

*295 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.333, p.188. 原文は次のようなものである : Le droit de propriété est évidemment au premier rang des droits réels; ou plutôt même, car ce n'est pas assez dire, il est le type, il est l'étalon de tous les droits réels.

した箇所を改めてさらに詳しく引用すれば、次のように述べる。「用益権は、物の使用収益の権利、すなわち、人を、何らの債務者たる中間者なく、その物と直接かつ中間者のない関係に置く物権であり、それは、用益権を、使用収益権に関することがらにおいて、固有のものとさせるのである。……それは物を割当する限りにおいては、明らかな物権である。そして、このことは全く単純であり、用益権は、支分権、（すなわち）所有権の一部なのであり、ところが、その部分は、全体の性質以外ではあり得ないのである。したがって、用益権の課された物は、同時に、同一の性質の2つの権利の *objet* である。すなわち、虚有権者の物権の *objet* と、用益権者の物権の *objet* とであり、（それらは）別個かつ独立の権利であり、……、それは各人が固有の存在かつ行使の条件を有し、一方は、一般に他方に対して要求できないのである」*296（1つ目の強調は Demolombe による、2つ目以降の傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、用益権が物権として、直接かつ中間者のない (*direct et immédiat*) 権利であり、かつ、所有権とは別個かつ独立の権利 (*droit distinct et indépendant*) であるのは、それが支分権であり、同一の性質を有する全体 (*tout*) と一部 (*partie*) の関係にあるからなのである。ここにおいても、Demolombe が物権を支分権の概念と非常に密接に結びつけて理解していることがうかがわれるのである、このような密接さは、Pothier や Toullier の理解においては見られなかったものである。

ただし、Demolombe は、このように一般的な表現によって、物権の生成原因（動力因：*cause efficiente*）が譲渡であることを示していたにもかかわらず、前述（（a）（3）参照）したように、抵当権 (*hypothèque*) や動産質権 (*nantissement*) については、「異議」が示す立場として示すに留めながらも、次のように述べていた。「我々は、これらの種類の権利が、所有権を細分化し、または、断片化させるとは、見ないのであり、敢えて言うなら、それら物権が所有権を包み、それら物権が所有権を締め付けることは真実であるが、しかし、それら物権は、権利そのものを、その不動産の所有権者と抵当権債権者との間で分割する (*divisent*) というよりも、むしろ実に、それらの物権はそれによって、その（所有権

*296 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.216, pp.173-174. 原文は次のようなものである：*l'usufruit est le droit de jouir d'une chose, c'est-à-dire un droit réel qui met la personne en rapport direct et immédiat avec la chose, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, et qui la lui rend propre, en ce qui concerne la jouissance. ... il n'en est pas moins, en tant qu'il affecte la chose, un droit éminemment réel. Et cela est tout simple; l'usufruit est un démembrement, une partie du droit de propriété ; or la partie ne peut pas être d'une autre nature que le tout. La chose grevée d'usufruit est donc en même temps l'objet de deux droits de même nature : du droit réel de nu-propiétaire et du droit réel de l'usufruitier ; droits distincts et indépendants, ... , qui ont chacun ses conditions propres d'existence et d'exercice, et dont l'un en général ne peut rien demander à l'autre.*

の)行使を妨げるのである、と」*297(傍点は柴田による)。そのため、それらの類型の権利については、前述したように、物権の生成原因(動力因)が譲渡であると解する理解はあてはまらないことがうかがわれるのであり、したがって、当該理解から導かれていた物権を定義づける特徴についても、それらの類型の権利が有しているか明らかではないのである。

ここまで見たように、Demolombeの理解において、支分権が物権であること(前述、(a)(2)参照)や、物権を定義づける特徴は、それらの物権が支分権であること、および、所有権と支分権とが、同一の性質を有する全体(tout)と一部(partie)との関係であることから導かれていた。もっとも、前述(第4章2(a)(1)参照)したように、全体(tout)の一部(partie)が、全体と同一の性質を有することは、論理的には何ら必然のものではない。そのため、所有権と支分権とが、同一の性質を有する全体(tout)と一部(partie)との関係にあると解する根拠は何かという点が問題となる。この点について、Toullierの理解においては、当該部分が支分権であり、所有権が含む諸権利(droits)の一部であるということ以外には根拠を見出すことができなかった。Demolombeの理解においても、その根拠は、支分権が、所有権の属性(attribut)または要素(éléments)を切り出された(détaché)ものであるということ以外には見受けられないのである。

(3) 物権の類型

以上述べてきた理解に基づき、Demolombeが、いかなる権利を物権と解しているかという問題を取り上げる。

まず、Demolombeは、物権と解される類型について、次のように2種類に分けて提示する。「物事の基盤にいけば、2種類の物権が存在することを見出すのである」*298。その上で、これに続けて、フランス民法典第2巻(物権篇)が取り扱う(所有権以外の)物権であり、主たる物権(droits réels principaux)と呼ばれる類型*299と、単に一定の債権(créance)

*297 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.471, pp.354-355. 原文は次のようなものである : Nous ne voyons pas que ces sortes de droits morcellent ou fractionnent le droit de propriété ; il est vrai qu'ils l'enveloppent, qu'ils l'étreignent, si j'osais dire ainsi; mais ils en entravent par là l'exercice bien plutôt qu'ils ne divisent le droit lui-même entre le propriétaire de l'immeuble et le créancier hypothécaire.

*298 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.472, p.356. 原文は次のようなものである : en allant au fond des choses, on trouve qu'il existe deux sortes de droits réels :

*299 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.472, pp.356-357.

を担保する目標を有するに過ぎない (seulement pour but de garantir) 従たる物権 (droits réels accessoires) *300とを示す。Demolombe は、前者の物権の種類として、用益権 (usufruit)、使用权 (usage)、居住権 (habitation)、役権 (servitudes) などを挙げる。その他、固有の合意 (convention *sui generis*) によって生じる永小作権 (emphytéose) (前述、(a) (3) 参照) も該当するものと思われる *301。また、Demolombe は、後者の物権 (従たる物権) の種類としては、抵当権 (hypothèque)、先取特権 (privilège)、動産質権 (nantissement)、不動産質権 (antichrèse)、完成された質権 (droits de gage perfectionnés)、および、固有の物権 (droits réels *sui generis*) を挙げる *302。

ただし、Demolombe は、これらの 2 種類の物権の種類のいずれにも列挙されていない物権と、これらの 2 種類の種類のいずれにも属しないとされる権利とを、各 1 つずつ認めている。すなわち、前者は、一定の占有 (possession) であり、後者は、droit de superficie である。

そこで、まず、占有について簡潔に触れる。Demolombe は、占有 (possession) につき、2 種類の占有を区別して、次のように述べる。「我がフランス民法典は、占有もまた、明示的に物権の中に含めて並べていない」 *303。「しかし、なお我が法律が占有を物権として認識していることは確実である」 *304。「possession naturelle を、possession civile と混同すべきではない」 *305。「占有するとは、権能である、すなわち、possidere, posse である。しかし、この権力は、単に事実としてでも、あるいはまた、権利としてでもありうるのである。前者 (事実として) の場合においては、その占有は、naturelle であり、後者 (権利

*300 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.472, p.356.

*301 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, Nos.485-490, pp.373-380、とりわけ、Nos.485 et 490, p.376 et 380.

*302 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.472, p.356.

*303 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.479, p.364. 原文は次のようなものである : notre Code ne range pas non plus expressément la possession au nombre des droits réels.

*304 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.479, p.365. 原文は次のようなものである : mais il n'en est pas moins certain que nos lois reconnaissent la possession comme un droit réel.

*305 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.479, p.365. 原文は次のようなものである : il ne faut pas confondre la possession naturelle avec la possession civile.

として) の場合においては、*civile* である」*306。「*possession naturelle*、または単に一時占有は、すなわち *nuda detentio* と呼ぶのであり、それは、純粹に自然かつ物理的で、占有された物の所有権に対する、何らの主張も伴わない。それは現実には1つの事実でしかなく、たとえそれが何度も何かしらの法学的な効果を取得するに至りうるとしても、それは決して権利ではなく、したがって、対人権でないのと同じく、物権でもない」*307。「対照的に、*possession civile* は、物の所有権についての主張を伴う占有であり、すなわち自主占有の意思(心素)を伴って、である。疑いなく、それもまた事実、すなわち占有、すなわち事後的支配(体素)から始まらなければならないが、しかしひとたび事後的支配(体素)と自主占有の意思(心素)とを取得すれば、それはその意図のみによって、権利として、すなわち、*jus possidendi* として保持される。そして、そのときは、実際、法律によって求められた条件が充足されるとき、それは、真の物権を構成するのであり……」*308。すなわち、Demolombe の理解によれば、占有の2種類のうち、*possession civile*、すなわち、事後的支配(体素)と自主占有の意思(心素)とを兼ね備え、かつ、フランス民法上に規定された要件(フランス民法(旧)2228条以下など)を充足する類型に関しては、物権(*droit*

*306 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.479, p.365. 原文は次のようなものである : *posséder, en effet, c'est pouvoir, possidere, posse. Mais cette puissance peut être soit de fait seulement, soit aussi de droit. Dans le premier cas, la possession est naturelle ; elle est civile dans le second cas.*

*307 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.479, p.366. 原文は次のようなものである : *on appelle en effet possession naturelle, ou même simple détention, nuda detentio, celle qui est purement naturelle et physique et qui n'est accompagnée d'aucune prétention à la propriété de la chose possédée. Celle-là n'est en réalité qu'un fait; et quoiqu'il puisse arriver par fois qu'elle obtienne quelques effets juridiques, elle n'est point un droit, pas plus dès lors un droit réel qu'un droit personnel.* Demolombe は、このような占有の例として、農地賃借人(fermiers)や、係争物受託者(séquestres)を挙げる。

*308 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定6e éd., Paris, 1881, No.479, p.366. 原文は次のようなものである : *la possession civile, au contraire, est celle qui est accompagnée de la prétention à la propriété de la chose, cum animo rem sibi habendi. Il y faut sans doute aussi, pour qu'elle commence, le fait, c'est-à-dire l'occupation, corpus ; mais une fois acquise corpore et animo, elle se conserve par la seule intention, comme droit, comme jus possidendi. Et alors, en effet, lorsqu'elle réunit les conditions exigées par la loi (art. 2228 et suiv. C. Napol., art. 23 procéd.), elle constitue véritablement un droit réel,*

réel)   のである*309。

次に、主たる物権 (droits réels principaux) と、従たる物権 (droits réels accessoires) とのいずれにも分類されない権利とされる、droit de superficie の性質は何か、という問題を取り上げる。Demolombe は、まず、当該権利のローマ法源における沿革を、次のように締めくくる。「以上が、どのようにして、droit de superficie が、生じ、所有権の支分権となったかである」*310。また、フランス古法の立場につき、次のようにまとめる。「我がフランス古法もまた同様に、この所有権の支分権を認めていた」*311。すなわち、Demolombe の理解によれば、ローマ法源やフランス古法における droit de superficie は、所有権の支分権 (démembrement) だったのである。これに対して、Demolombe は、フランス民法典の立場について、次のように要約する。「フランス民法典もまた、我々が言うところのこの種類の所有権を、維持し確立している」*312 (傍点は柴田による)。ここで、フランス民法 553 条は次のように定める。「全て、建築物、植栽、および、地上または地中の工作物は、反対のことが立証されない限り、所有権者によって、その費用において施されたのであり、かつ、当人に帰属すると推定される。ただし、所有権の侵害なくして、第三者は、他人の建物の地下であれ、建物以外の全ての部分であれ、取得し、または、時効によって取得しうる。」*313。Demolombe は、droit de superficie が、フランス民法においても認められるとする根拠の筆頭のものとして、当該フランス民法 553 条を挙げ、次のように述べる。「フランス民法 553 条は、地面の所有権者ではない第三者が、権原によるにせよ、時効による

*309 その他、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traite de la distinction des biens* t. I, 推定 6e   d., Paris, 1881, No.482, p.368.でも、同旨を述べる。

*310 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traite de la distinction des biens* t. I, 推定 6e   d., Paris, 1881, No.483, p.369. 原文は次のようなものである : voilà comment le droit de superficie prit naissance et devint un démembrement du droit de propriété.

*311 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traite de la distinction des biens* t. I, 推定 6e   d., Paris, 1881, No.483bis, p.369. 原文は次のようなものである : Notre ancien droit français avait également admis ce démembrement du droit de propriété.

*312 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traite de la distinction des biens* t. I, 推定 6e   d., Paris, 1881, No.483ter, p.370. 原文は次のようなものである : Le Code Napoléon maintient et consacre aussi, disons-nous, cette espèce de propriété.

*313 条文は次のようなものである : Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

にせよ、他人の建物の全部または一部の、所有権を取得できることを表明している」*314(傍点
は柴田による)。この箇所においても、「全部または一部の」とは、他人の建物の全部
または一部を指すのであって、所有権の全部または一部ではない。これらの説明の末、
Demolombe は、droit de superficie の性質について、次のように述べる。「したがって、
superficie は、真の所有権、すなわち、有形かつ物理的な財なのであり、フランス民法 518
条に基づき、性質ゆえの不動産なのであって、単に無形の財、すなわち、フランス民法 526
条に基づき、それが適用される objet ゆえの不動産財ではないのであり、……」*315(傍点
は柴田による)。すなわち、Demolombe は、フランス民法典における droit de superficie に
関して支分権の語を付しておらず、この権利は、真の所有権 (un vrai droit de propriété) で
あって、有形の財に該当する権利であると解するのである。ここで、前述 (1) (α) 参
照) したように、Demolombe は、所有権の支分権たる物権を含めたあらゆる権利を本質的
には無形の財と解しつつも、唯一、所有権だけは、フランス民法典における所有物と所有
権との同一化の考えにより有形の財として扱われていると捉える。したがって、droit de
superficie が有形の財と解されていることは、Demolombe の理解によれば、当該権利は、地
上物 (superficie) のみについての所有権であって、支分権たる物権の一類型ではない、と
いうことを意味するのである。言い換えれば、droit de superficie は、①対象としての objet
(前述、(1) 参照) のみが一部に限られたのであり*316、他の支分権たる物権のように所
有権の属性 (attribut) または要素たる権利 (droits élémentaires) が一部に限られたものでは
ないのである。なお、「地上権」という日本民法 265 条に基づく用語法は、一般的に、所
有権以外の物権たる他物権、とりわけ用益物権の一類型を指す意味において用いられるの
であり、いましがた整理した、droit de superficie とは権利の性質や特徴のみならず、所有権
を含む物権のカatalogueの内における位置づけ自体が異なる。したがって、以下では、
Demolombe と同様に真の所有権として位置づけられる場合における、droit de superficie に
ついては、「地上物所有権」と訳すこととし、「地上権」の用語は用いないこととする。

*314 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定
6e éd., Paris, 1881, No.483ter, p.370. 原文は次のようなものである : dans l'article 553, qui
déclare qu'un tiers, non propriétaire du sol, peut acquérir, soit par titre, soit par prescription, la
propriété de tout ou partie du bâtiment d'autrui ;

*315 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定
6e éd., Paris, 1881, No.483quater, p.371. 原文は次のようなものである : La superficie est
donc un vrai droit de propriété, c'est-à-dire un bien corporel et physique, immeuble par sa
nature, d'après l'article 518, et non pas seulement un bien incorporel, un bien immeuble par
l'objet auquel il s'applique, d'après l'article 526 ;

*316 同旨、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I,
推定 6e éd., Paris, 1881, No.523, pp.439-440.

なお、所有権や物権の類型について、フランス民法 543 条は、次のように述べる。フランス民法 543 条「財について、所有権か、単純な使用収益の権利か、主張可能な土地の役権だけを、持つことができる」*317。本条について、Demolombe は、次のように述べる。

「フランス民法 543 条は、限定列举的であり、したがって、個人らが財について設けられ得る権利は、必然的に、いつでも次の 3 つのタイプの 1 つに帰着し得るのでなければならない。すなわち、あるいは、所有権に帰着し、あるいは、使用収益権、すなわち、用益権、使用権または居住権に帰着し、あるいは、最後に役権に帰着しなければならない。合意と処分の自由が動き回るべきは、この円内においてなのである」*318。すなわち、Demolombe の理解によれば、前述したように、主たる物権 (*droits réels principaux*) とされる類型は、これらの物権とされていた。その上で、Demolombe は、これらの物権以外に、当事者間で自由に約定によって手直しを加えた物権を創設するとしても、それらは、当該条文上のいずれかの類型に該当するものであると解するのである。ただし、前述したように、Demolombe は、これらの所有権、用益権（および使用権、居住権）、役権など、主たる物権 (*droits réels principaux*) とされる物権以外に、従たる物権 (*droits réels accessoires*) と呼ばれる物権の類型や、占有を挙げていたのであり、それらは、いずれもフランス民法 543 条の文面には掲げられていないのであって、上述した「円内」 (*dans ce cercle*) には含まれない類型とされていることがうかがえるのである。

(c) 所有権に課される制約 (*restriction*)

前述（第 2 款 2 (b) および 3 (b) 参照）したように、Toullier は、広く所有権の行使に対する制約 (*restriction*) を認め、その一類型として、物権が所有権から支分権として切り出される (*détaché*) ことによって生じる制約を挙げている。また、相隣関係に関する諸規定の位置づけにおいて、所有権に課された制約 (*restriction*) か否かという基準によって、所有権の行使方法と解される規定と、真の役権と解される規定とを区別していた。そこで、以下では、Demolombe についても、制約の概念が、所有権、物権、役権などを関係づけるためにどのように機能しているかという問題を整理するために、制約 (*restriction*) の概念

*317 条文は次のようなものである : On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.

*318 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.519, p.436. 原文は次のようなものである : l'article 543 est limitatif, et qu'en conséquence les droits, que les particuliers peuvent établir sur les biens, doivent nécessairement toujours pouvoir être ramenés à l'une de ces trois classes : soit à un droit de propriété; soit à un droit de jouissance, c'est-à-dire d'usufruit, d'usage ou d'habitation ; soit enfin à des services fonciers. C'est dans ce cercle, que la liberté des conventions et des dispositions doit se mouvoir.

が物権とどのように関係するかという問題を取りあげることとする。

まず、Demolombe は、所有権の要素 (éléments) や属性 (attributs) が分離され (séparé) うること、すなわち、支分権となりうることの説明に際して、その典型例として、フランス民法 543 条 (前述、(a) 参照) に基づき、用益権と役権を挙げる *319。このとき、役権について、次のように述べる。「これらの所有権についての制約は、このときは、人に対してではなく、他人たる者に帰属する土地に対してであり、所有権を拘束させ、賦課拘束させるこれらの制約は、実際、役権、不動産役権の名を受ける」 *320 (傍点は柴田による)。続けて、用益権 (usufruit) についても、次のように述べる。「疑いなく、用益権や使用権もまた、所有権の、同一の拘束、同一の賦課拘束を生じるが、唯一の違いは、後二者 (用益権・使用権) の場合においては、所有権が人のために賦課拘束されるのに対して、前者 (役権) の場合においては、所有権が土地のために賦課拘束される、ということである。」 *321。この上で、Demolombe は、ローマ法源の法文「役権は、使用権や用益権のように人的であるか、建物または土地の役権のように物的であるかである」 (D. 8, 1, 1) *322 を指摘した上で、広義の servitudes について、次のように述べる。「ローマ法源は、これらの所有権の縮減や制約の全てを、(広義の) servitudes の共通の名で呼び、単に人役権を、不動産役権と区別していただけである」 *323 (傍点は柴田による)。すなわち、Demolombe の理解によれば、役権と用益権 (および使用権、居住権) とは、土地のためか (au profit d'un

*319 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475bis, pp.361-363.

*320 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475bis, p.362. 原文は次のようなものである : ces restrictions au droit de propriété, non pas cette fois envers une personne, mais envers un fonds appartenant à une autre personne, ces restrictions qui l'assujettissent, qui l'asservissent, ont reçu, en effet, le nom de *servitudes* ou *services fonciers*, *servitudes praediorum*.

*321 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475bis, pp.362-363. 原文は次のようなものである : Sans doute l'usufruit et l'usage produisent aussi le même assujettissement, le même asservissement de la propriété; la seule différence, c'est que dans ces deux derniers cas, la propriété est asservie au profit d'une personne, tandis que, dans le premier, elle est asservie au profit d'un fonds.

*322 原文は次のようなものである : *Servitudes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitudes rusticorum praediorum et urbanorum*.

*323 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.475bis, p.363. 原文は次のようなものである : le droit romain appelait-il toutes ces diminutions et restrictions du droit de propriété du nom commun de *servitudes*, en distinguant seulement les *servitudes personnelles* d'avec les *servitudes réelles* :

fonds)、人のためか (au profit d'une personne)、という違いを除き、いずれも、所有権の賦課拘束 (assujettissement, asservissement)、縮減 (diminution) や制約 (restriction) を生じるのである。先ほど述べたように、これらの用益権 (および使用権、居住権) や役権は、当該箇所においては、所有権から属性 (attributs) または要素 (éléments) が切り出される例として説明されていた。したがって、Toullier と同じく、Demolombe の理解においても、用益権 (および使用権、居住権) や役権を筆頭に、少なくとも支分権たる物権は、属性 (attributs) または要素 (éléments) の一部を切り出し、所有権に対する制約 (restriction) と解されていることがうかがわれるのである。

次に、支分権と解されていないと思われる物権の例として、抵当権 (hypothèque) や (動産) 質権 (nantissement) について前述 ((a) (3) 参照) した箇所を改めて引用すれば、支分権と解することに対する「異議」として、次のように述べていた。「それらの物権は、権利そのものを、その不動産の所有権者と抵当権債権者との間で分割する (divisent) というよりも、むしろ実に、それらの物権はそれによって、その (所有権の) 行使を妨げるのである、と」*324 (傍点は柴田による)。すなわち、Demolombe の理解、または、少なくとも当該箇所で説明された「異議」に基づく理解によれば、抵当権 (hypothèque) や質権 (nantissement) は、所有権の行使を妨げるのである。そうであれば、支分権と解されていないと思われる物権、すなわち、母体たる所有権から属性 (attributs) や要素 (éléments) が切り出されることによる制約 (restriction) を生じないと思われる物権は、そうはいえども、所有権の行使を妨げるのであり、所有権の行使に対する制約であることがうかがわれるのである。

さらに、その他の制約 (restriction) について、Demolombe は、まず、次のように述べる。「所有権の排他的かつ絶対の特徴にこうしてもたらされる諸制約の数は、相当多数である」*325。その上で、そのような諸制約 (restrictions) の例に該当する類型を 1 つ、および、一般的にはこれらの例とされるものの厳密には異なるものであるとする類型を 1 つ指摘する。まず、前者 (例である類型) について、次のように述べる。「所有権は、公益の名において、排他的特徴においてにせよ、絶対的特徴においてにせよ、限定されることになり得る。最も頻繁には、かつ、ほぼいつも、そういうわけで所有権者が公益について払う個別的な犠牲は、損害賠償と引換でしか生じない、……。とはいえ、時折は、何らの損害賠

*324 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.471, pp.354-355. 原文は次のようなものである : ils en entravent par là l'exercice bien plutôt qu'ils ne divisent le droit lui-même entre le propriétaire de l'immeuble et le créancier hypothécaire.

*325 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.555, p.471. 原文は次のようなものである : le nombre des restrictions apportées ainsi au caractère exclusif et absolu de la propriété est assez considérable.

償の権利も帰属せず、たとえば、法律が所有権に課す制約が、倫理的な絶対の利益関心の原因（事由）により、公衆安全または公衆衛生などの場合である」*326（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、公益（*intérêt public*）の名において所有権に課される制約（*restriction*）は、所有権の排他的特徴（*caractère exclusif*）や絶対的特徴（*caractère absolu*）を限定する。ここで、前述（（a）（1）参照）したように、Demolombe の理解において、排他的な権利（*droit exclusif*）であることに基づいて行使を為す権利や、絶対的な権利（*droit absolu*）であることに基づいて行使を為す権利は、行使態様に関する権利とされていた。そのため、排他的特徴（*caractère exclusif*）や絶対的特徴（*caractère absolu*）を限定するこれらの制約は、所有権の行使に対する制約（*restriction*）であることがうかがわれるのである。このことから、Demolombe の理解において、所有権に対する制約（*restriction*）は、物権に基づいて生じる場合以外にも生じることがわかる。したがって、この点は、前述（第4章2（b）参照）した Toullier の理解と共通することがわかる。

最後に、所有権の排他的・絶対的特徴に対してもたらされる諸制約に関連して指摘された後者（厳密には制約とは異なる類型）について、Demolombe は、自然役権および法律上の役権の類型に触れ、次のように述べる。「一般に、……、フランス民法典が、役権の編（第2巻第4編）において取り組んでおり、かつ、民法典がそれを実際、法律上の役権の名で呼ぶところの、諸制約を挙げることができる。……。しかし、実を言えば、全てこれらの諸規定の秩序は、……、所有権の自由についての制約を構成しているわけではなく、それらは、所有権の自由を管理し、洗練させ、最後に、一般的には統一的かつ不変的に、存在と行使の方法を、ある意味ではフランスにおける所有権の存在の態様を、決めているのであり、そして、それはしたがって、それらは制約的または例外的な諸規定を構成するわけではなく、それらは、対照的に、その自由の完全性において考慮された、所有権の共通かつ通常の仕組みを形成しているのである」*327（傍点は柴田による）。すなわち、

*326 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.556, pp.471-472. 原文は次のようなものである：La propriété peut se trouver limitée, au nom de l'intérêt public, soit dans son caractère exclusif, soit dans son caractère absolu. Le plus souvent, et même presque toujours, le sacrifice individuel que fait ainsi un propriétaire à l'intérêt général n'a lieu que moyennant une indemnité; quelquefois, pourtant, aucune indemnité n'est due, comme, par exemple, lorsque les restrictions que la loi impose au droit de propriété ont pour cause des intérêts absolus de morale, de sûreté ou de salubrité publique.

*327 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens* t. I, 推定 6e éd., Paris, 1881, No.555, p.471. 原文は次のようなものである：On pourrait citer les restrictions dont le Code Napoléon s'occupe dans le titre des Servitudes et qu'il appelle, en effet, du nom de servitudes légales. Mais, à vrai dire, tout cet ordre de dispositions ne

Demolombe の理解によれば、自然役権および法律上の役権（第 2 巻第 4 編第 1 章および 2 章）に関する諸規定のうち、少なくとも当該引用箇所において想定された諸規定は、厳密には、所有権の行使方法を決めているものであって、所有権に対する制約（restriction）を生じるものではないのである（なお、後述 3（b）参照）。

3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題

(a) 物権の負担を負う物の所有権者の義務

前述（2（b）（2）参照）したように、Demolombe の理解において、物権は、（directement et immédiatement）関係となる権利の類型、すなわち、人的に定まる性質の obligation（obligation personnelle）（別の債務者に対する特種の obligation（obligation spéciale）とも呼ばれる）を負う者の存在しない権利の類型であるとされていた。そこにおいて、Demolombe は、物権には存在しないとされる人的に定まる性質の obligation（obligation personnelle）について一般的に述べており、特に作為義務に限ることもしていない。また、少なくとも支分権たる物権に関して、所有権の一部の譲渡（aliénation）を生成原因（動力因）として、所有権と支分権とが、同一の性質を有する全体（tout）と一部（partie）との関係であることに基づき、支分権は、所有権とは別個かつ独立の権利（droit distinct et indépendant）であるとされていた。さらに、このような Demolombe の理解は、支分権と解される用益権（usufruit）や不動産役権についても同じく述べられており（前述、2（b）（2）参照）、これらの 2 つの類型は、いずれも servitude の共通の名で呼ばれる（広義の servitude）とされていた（前述、2（c）参照）。

そのため、物権の負担を負う物の所有権者が何らかの obligation を負うことはできるかという問題は、Demolombe の理解においても生じることになるのであるところ、前述（第 2 章 3（a）参照）したように、この問題は、フランス民法典の下では、主として用益権（usufruit）や役権などの広義の servitude の類型に関連して議論されたのである。これまでに見た Delvincourt、Duranton、Toullier の立場（前述、第 4 章 3（a）（5）参照）からわかるように、この問題は、第一に、いかなる種類の obligation が存在すると考えるかという点と密接に関係するのであり、そのため、obligation の類型をどのように整理するかという点が問題となる。また、第二に、広義の servitude の類型については、ローマ法源由来とさ

constitue pas,, des restrictions à la liberté de la propriété; elles ne l'asservissent pas, comme on le dit improprement; elles la gouvernent; elles la civilisent; elles déterminent enfin d'une manière générale, uniforme et permanente, le mode d'existence et d'exercice, et en quelque sorte la manière d'être de la propriété en France; et il est dès lors évident qu'elles ne constituent pas des dispositions restrictives ou exceptionnelles, mais qu'elles forment au contraire le régime commun et normal du droit de propriété, considéré dans la plénitude de sa liberté.

れ、常に主張されてきた「広義の *servitude* に作為義務なし」の考え（前述、第1章3（a）（1）参照）が存在しており、当該考えを *obligation* の類型論の中で、どのように位置づけるかという点と関係することになるのである。

そこで、以下では、Demolombe の理解において、いましがた述べた、*obligation* の類型論、および、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えの位置づけの2点の問題を明らかにするために、用益権を負担する物の所有者（虚有権者）の大規模修繕（*grosses réparations*）の作為義務があるかという問題（後述、（1）参照）と、役権の行使のために承役地の所有者が負いうる工作物に関する設置の負担（フランス民法 698 条）の性質は何かという問題（後述、（2）参照）とについて、順に取り上げることとする。

（1）用益権の負担を負う物の所有者の作為義務

（α）Demolombe の解釈と作為義務の否定

Demolombe は、用益権（*usufruit*）の負担を負う物の所有者が、大規模修繕（*grosses réparations*）の作為義務を負うか否かという点に関して、条文上は、フランス民法 605 条と 600 条の解釈から結論を導いている。

まず、フランス民法 605 条「①用益権者は、維持管理の修繕についてしか義務を負わない。②大規模修繕は、所有者の負担に留まる。ただし、それらが用益権の開始以来の、維持管理の修繕の欠缺によって生じた場合を除くのであり、この場合においてはそれもまた用益権が義務を負うのである」（前述、第2章3（a）参照）に関して、次のように述べる。「用益権者は、例外である場合を除き、一方（維持管理の修繕）を為すべく義務づけられ、他方（大規模修繕）を為すべくは義務づけられないのであって、以上が、まさに、フランス民法 605 条であり、それは実際、用益権者の義務しか規律していないのである。この条文が述べることには、大規模修繕は、所有者の負担において止まるのであり、付言すべきことには、それは、用益権者についてと同様に、所有者もそれを義務を負うとは述べていないのであり、それは、その負担に止まるのであり、すなわち、この関係の下では、それは、何ら所有者の条件において変更しなかったということであり、大規模修繕は、それに関しては、用益権の存続期間に亘り、それらがその前にそうであったように、その後にもそうであることになるように、要するに、所有者の計算において止まるのであり、しかし、所有者はそれらを為すかまたは為さぬか任意なのである。」*328（強調は

*328 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.497. 原文は次のようなものである : L'usufruitier est obligé de faire les unes, il n'est pas obligé de faire les autres, sauf un cas d'exception; voilà tout l'article 605, qui ne règle effectivement que les obligations de l'usufruitier. Les grosses réparations, dit cet article, demeurent à la charge du propriétaire; notez bien qu'il ne dit pas, comme pour l'usufruitier, que le propriétaire en est tenu ; elles demeurent à sa charge, c'est-à-dire qu'il n'y a

Demolombe による)。すなわち、Demolombe の理解によれば、フランス民法 605 条は、物権の負担を負う所有権者の義務については言及しておらず、したがって、所有権者に義務を課しているものではないとされる。

次に、Demolombe は、フランス民法 600 条も同じ理解を支えるとする。フランス民法 600 条柱書は次のように定める。「用益権者は、それらの物（①目的としての objet たる物を指す）が存する状態において受け取る。……」*329（挿入句は柴田による）。Demolombe は、この条文から、次のように結論づける。「そこから帰結することには、所有権者に、その物が当該用益権の開始の時点に於いて必要であることになるべき、大規模修繕を為すことを強いることはできないのであり、したがって、用益権者は、その使用収益の存続期間にわたって必要となるべき大規模修繕を為すことを所有権者に強いることもまたできないのであり、……」*330（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、用益権者は、大規模修繕が、用益権の開始時から必要であった場合も、用益権の存続期間中に必要となった場合も、決してそれを虚有権者に対して為すよう強いることはできない。

したがって、Demolombe の理解において、用益権の負担を負う所有権者は、用益権者に対して大規模修繕の作為義務を負わないことがわかる*331。

（β）解釈の根拠と、広義の servitude に作為義務なしの考えの参照

いましがた述べたように、Demolombe の立場は、条文上は、フランス民法 605 条と 600 条の解釈から導かれていた。もっとも、これらの条文は、所有権者が大規模修繕の作為義務を負うことを肯定する立場も、自説の根拠として解釈していた*332ため、Demolombe は、これらの条文を、上述したように解釈すべきと主張する根拠として、そのような解釈のみが用益権の本質的な特徴（caractère essentiel de l'usufruit）と一致することを指摘し、次のよ

rien de changé, sous ce rapport, dans la condition du propriétaire, et que les grosses réparations restent, à son égard, pendant l'usufruit, ce qu'elles étaient avant, ce quelles seront après, en un mot, qu'elles sont à son compte, mais qu'il est libre de les faire ou de ne pas les faire;

*329 条文は次のようなものである：L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont,

*330 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.497. 原文は次のようなものである：il résulte qu'il ne peut pas forcer le propriétaire à faire les grosses réparations, dont la chose aurait besoin au moment de l'ouverture de l'usufruit; donc, il ne peut pas non plus le forcer à faire celles qui deviendraient nécessaires pendant la durée de sa jouissance;

*331 その他、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.652, p.567.でも、同旨を述べる。

*332 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.496.

うに述べて、当該本質的な特徴とは、ローマ法源の法文 (D. 8, 1, 15, 1) が定式化していることがらであると指摘する。「用益権は、物について、所有権者以外の者のために課された (広義の) *servitude* であり、……ここで、(広義の) *servitude* は専ら土地について課すのであり、それは所有権者である当該人を義務づけるのではなく、義務づけることはできないのである (フランス民法 686 条)。D. 8, 1, 15, 1 は、実に良く次の文言において、当該規律を定式化するのである：すなわち、(法文の引用省略)。したがって、受忍すること、容認すること、かくのごときが、虚有権者の唯一の *devoir* なのであり、……」*333 (法文については、前述、第 1 章 3 (a) (1) 参照)。

すなわち、まず、Demolombe の理解において、所有権者が用益権者に対して大規模修繕の作為義務を負わないとする直接的な根拠は、条文の解釈である。しかし、それらの条文を Demolombe が理解するように解釈すべき根拠は、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えなのである。したがって、Demolombe が、用益権を負担する物の所有権者の大規模修繕の作為義務を否定する立場は、広義の *servitude* に作為義務なしの考えに基礎づけられているのであり、この点は、前述したように、Duranton (第 3 章第 2 節 3 (a) (1) 参照) や Toullier (第 4 章 3 (a) (3) 参照) の立場と共通していると言える。

次に、Demolombe の理解によれば、広義の *servitude* は、厳密には土地 (または建物) または物に課されたものであり、当該土地 (または建物) または物の所有権者を義務づけるものではなく (*n'obliger pas*)、義務付けることもできない (*ne peut pas obliger*)。その上で、広義の *servitude* を課された土地 (または建物) の所有権者が、当該土地 (または建物) についてなされる広義の *servitude* の行使を受忍すること (*souffrir*)、容認する (*tolérer*) ことは、*devoir* であるとされる。そこで、この箇所で用いられている *devoir* とは何かという点、および、*obligation* とどう異なるかという点が、問題となる。

(γ) *devoir* と *obligation* との相違と、広義の *servitude* に作為義務なしの考えの位置づけ

まず、Demolombe は、用益権の負担を負う所有権者がこのような *devoir* を負うことは、フランス民法 599 条 1 項から生じること (*ce qui résulte de l'article 599*) *334、または、「用益権の特徴そのものの必然的な帰結 (*conséquence nécessaire du caractère même du droit*)

*333 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.500. 原文は次のようなものである : L'usufruit est une servitude imposée à une chose, au profit d'une personne autre que le propriétaire; ... or, la servitude pèse uniquement sur le fonds; elle n'oblige pas, elle ne peut pas obliger la personne du propriétaire (art. 686). La loi 15, § 1, au Digeste de *servitutibus*, formule très bien la règle en ces termes : ... Souffrir, tolérer, tel est donc le seul devoir du nu-propriétaire; ...

*334 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.500.

d'usufruit) 」*335であるとする。フランス民法 599 条 1 項は次のように定める。「①所有者は、その行為によっても、いかなる態様によるにせよ、用益権者の権利を害することはできない。」*336。Demolombe は、この条文につき、次のように解釈する。「明らかに、フランス民法 599 条は、それ自体によっては、虚有権者について、何らの特種かつ定められた obligation も課していないのであり、それは、単に、虚有権者に、用益権者の権利について害しないことを強く勧告するだけであり、すなわち、それは、純粹に消極的（受動的）な一般的 obligation しか、その負担としていない」*337（傍点は柴田による）。

すなわち、Demolombe の理解によれば、まず、フランス民法 599 条 1 項は、用益権を負担する物の所有者（虚有権者）に対して、何ら特種かつ定められた obligation (obligation spéciale et déterminée) を課していない。ここで、前述（2 (b) (2) 参照）したように、Demolombe の理解において、特種の obligation (obligation spéciale) とは、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を意味していた。したがって、フランス民法 599 条 1 項が、用益権を負担する物の所有者に、何ら特種かつ定められた obligation (obligation spéciale et déterminée) を課していないこととは、何ら人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を課さないことを意味するのである。また、用益権 (usufruit) は物権である（前述、2 (b) (3) 参照）ところ、そもそも物権は、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を負う者が存在しない権利の類型であるとされていたこと（2 (b) (2) 参照）に鑑みれば、フランス民法 599 条 1 項が何ら特種かつ定められた obligation (obligation spéciale et déterminée) を課していないことは、用益権が物権である以上、当然のことがらを確認しているに過ぎないことがわかる。

次に、フランス民法 599 条 1 項は、用益権を負担する物の所有者が、用益権者の権利を害してはならないことを規定しているところ、Demolombe の理解によれば、ここで定められているものは純粹に消極的（受動的）な一般的 obligation (obligation générale purement négative) であり、先ほどの特種の obligation (obligation spéciale) と対比されるのである。もっとも、その内容であるフランス民法 599 条 1 項の文面は、単に、用益権を負担する物

*335 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.652, p.567.

*336 条文は次のようなものである : Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

*337 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.500. 原文は次のようなものである : évidemment l'article 599 n'impose, par lui-même, aucune obligation spéciale et déterminée au nu-propriétaire; il lui recommande seulement de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier; c'est-à dire, qu'il ne met à sa charge qu'une obligation générale purement négative. また、同書, No. 652, p.567 でも同旨を述べる。

の所有者である者が、他人である用益権者の権利を害してはならない旨を定めているに過ぎず、受忍する (souffrir) ことについても、容認する (tolérer) ことについても、何ら言及しておらず、何らの具体性も有しない。そうであれば、当該条文は、単に他人の権利を害してはならないことを述べているだけであり、いわゆる一般法義務を述べているに外ならないことがうかがわれるのである。こうして、純粋に消極的 (受動的) な一般的 obligation (obligation générale purement négative) とは、純粋に消極的な一般法義務を意味することがうかがわれるのである。

その上で、Demolombe の理解によれば、前述 ((β) 参照) した、広義の servitude を負担する土地または物の所有者の受忍または容認すべき devoir は、当該純粋に消極的 (受動的) な一般的 obligation (obligation générale purement négative) から帰結するのである。前述 ((β) 参照) したように、当該受忍または容認すべき devoir とは、用益権を負担する物の所有権が、支分権たる用益権を切り出されたがゆえに失われていること、すなわち、所有権に対する制約が存在することを前提に、切り出された当該支分権の行使を受忍または容認すべきであることを指していた。したがって、用益権を負担する物の所有者が、支分権を切り出されたことによる制約を前提として、用益権者による当該支分権たる用益権の行使を受忍または容認する devoir は、一般法義務から導かれるものであって、物権自体の直接的な効果として生じるものではないことがわかるのである。そうであれば、当該 devoir は、所有者が誰であれ、少なくとも自己の所有物の所有権から何であれ支分権として物権が切り出されて (détaché) いるならば、それによって生じる制約を前提として、物権の権利者が当該支分権たる物権を行使することについて負う性質、言い換えれば、物的に定まる性質 (réelle) (前述、第 1 章 2 (c) 参照) のものであることがうかがわれるのである。実際、Demolombe は、用益権を負担する物の所有者について、改めて人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を否定すると同時に、次のように述べている。「虚有権者に、用益権者に対する、何かしらの人的に定まる性質の obligation を課す条項は何ら存在しない」*338。「直接的に、虚有権者に、用益権者自身に対する人的に定まる性質の obligation を課す条項は、我々は、それがそこに存在しないということは、維持するのである。かつ、そこには存在しえなかったのである。なぜなら、用益権は純粋に物的に定まる性質の負担だからである」*339 (傍点は柴田による)。すなわち、Demolombe

*338 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.500. 原文は次のようなものである : il n'y a aucun article, qui impose au nu-propriétaire une obligation personnelle quelconque envers l'usufruitier;

*339 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens* t. II, 推定 5e éd., Paris, 1880, No.584, p.501. 原文は次のようなものである : un article qui impose directement une obligation personnelle au nu-propriétaire envers l'usufruitier lui-même, nous maintenons qu'il n'en existe pas ! et il n'en pouvait pas exister, puisque l'usufruit est une charge

の理解によれば、虚有権者の所有権が用益権を負担すること、すなわち、虚有権者の所有権から支分権たる用益権が切り出され、制約 (restriction) を受けることは、純粹に物的に定まる性質の負担 (charge purement réelle) なのである。そうであれば、先ほど述べたように、虚有権者が、自己の所有権に課された制約の存在を前提として、自己の所有権から切り出された用益権の行使を受忍または許容する devoir もまた、純粹に物的に定まる性質 (purement réelle) であることがうかがわれるのである。

ここで、前述 ((β) 参照) したように、当該 devoir は、「広義の servitude に作為義務なし」の考えから導かれたものであった。したがって、当該 devoir の性質が、純粹に物的に定まる性質 (purement réelle) と解されるならば、「広義の servitude に作為義務なし」の考えとは、広義の servitude を課された物の所有権者が (純粹に) 物的に定まる性質 ((purement) réelle) の作為義務を負うことを否定する考えを指すことがわかる。「広義の servitude に作為義務なし」の考えについてのこのような理解は、前述したように、Delvincourt (第3章第1節3 (a) 参照)、Duranton (第3章第2節3 (a) (2) 参照)、Toullier (第4章3 (a) (3) 参照) と共通する。

以上のことから、Demolombe の理解において、義務は2種類に分けられる。第一に、特種な obligation (obligation spéciale) または特種かつ定められた obligation (obligation spéciale et déterminée)、すなわち、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) であり、あるいはまた、単に obligation と呼ばれるものである。第二に、純粹に物的に定まる性質の負担 (charge purement réelle) があること、すなわち、所有権から支分権たる物権が切り出され (détaché)、所有権に制約 (restriction) が存在することを前提として、支分権たる用益権の行使を受忍または許容する、これまた物的に定まる性質 (réelle) の devoir である。この devoir は、少なくとも広義の servitude については専ら消極的 (受動的) なものであって、純粹に消極的 (受動的) な一般的 obligation (obligation générale purement négative)、すなわち一般法義務から帰結するのである。つまり、Demolombe の理解においては、一般法義務を除き、obligation の語は原則として人的に定まる性質 (personnelle) の義務しか指さず、逆に物的に定まる性質 (réelle) の義務については、devoir の語が用いられていることがわかる。また、前述したように、後者の devoir は、広義の servitude たる物権自体の直接的な効果として生じるものではない。そうであれば、Demolombe の理解において、物権を負担する物の所有権者は、一般法義務から帰結する物的に定まる性質 (réelle) の devoir しか負わず、当該物権自体から生じる特有の義務を何ら負わないことになる。すなわち、Demolombe は、このように obligation の類型論について物権自体から生じる obligation が存在しないと解する点においても、物権が受動的主体 (sujet passif) の存在しない権利の類型であると解する (前述、2 (b) (2) 参照) 点を徹底させていることがうかがえるのである。

purement réelle.

前述（前述、第4章3（a）（5）参照）したように、Toullier の理解によれば、純粋に物的に定まる性質の obligation（obligation purement réelle）もまた、義務（obligation）と呼ばれた。また、この義務は、厳密には物が負い、当該物の占有者たる所有権者が義務づけられることになることとされていた（前述、第4章3（a）（1）参照）。そのため、Toullier の理解によれば、広義の servitude を課された物の所有権者が負う純粋に物的な性質の obligation（obligation purement réelle）は、広義の servitude から直接生じるものではないとしても、広義の servitude が物を義務づけることを介して、謂わば間接的にその占有者たる所有権者が負う obligation であった。そうであれば、そのような間接的な限度においては、当該物的に定まる性質の obligation は、広義 servitude の効果として生じた obligation であった。これに対して、Demolombe の理解によれば、純粋に物的に定まる性質の負担（charge purement réelle）があること、すなわち、支分権が切り出されたことにより所有権が負う制約が存在することを前提に、所有権を負う devoir は、消極的（受動的）な一般法義務から帰結するものとされるのであり、当該物権の効果として生じる特有の義務ではない。したがって、Demolombe の obligation および devoir に関する類型的な理解は、Delvincourt、Duranton、Toullier らの理解（前述、第4章3（a）（5）参照）と異なるのであり、物的に定まる性質の義務は、devoir と呼ばれることで obligation の類型とは区別され、一般法義務から導かれるものとなったのである。

（δ）広義の servitude に作為義務なしの考えと、支分権の概念との結びつき

ところが、Demolombe の理解はこれだけに止まらず、さらに、広義の servitude に作為義務なしの考えを、支分権の概念と結びつけて説明しようとする。上述（（β）および（γ）参照）したように、Demolombe の理解によれば、広義の servitude に作為義務なしの考えから、広義の servitude を負担する物の所有権者は、当該用益権の行使を受忍すること（souffrir）、容認する（tolérer）こと devoir を負うのであり、これは物的に定まる性質（réelle）の消極的（受動的）な義務とされていた。また、当該 devoir は、用益権には限らず、少なくとも所有権から支分権として切り出され、母体たる所有権に制約を課することを前提とする物権の類型であれば、負いうることがうかがわれた。

Demolombe は、このような純粋に受動的な特徴につき、前述（2（b）（2）参照）した箇所を改めて詳しく引用すれば、不動産役権に関連して、次のように述べていた。「役権の純粋に受動的な特徴は、さらに、その源泉に本質的に属している。所有権の全部の譲渡は、もちろん、所有権者に、取得者に対する何らの物的に定まる性質の obligation も課さず、この所有権の断片の譲渡もまた、この効果を有し得ないことは明白であり、役権は所有権の全体から切り出された1つの要素以外の何物でもないものであり、それは所有権者の権利についての制約でしかなく、その絶対の権利についての例外により、その土地上での何かしらの行為を、近隣の土地の利益関心において差し控え、または、その排他的な権利についての例外により、近隣の土地（乙）の所有権者が、自己の土地（甲）上で何かしら

権利を行使することを受忍することを、同意するものである」*340（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、この箇所において、役権の源泉（origine）とは、その直後に示されているように、それが所有権全体から一要素が切り出されること、所有権の一部の譲渡であることを指すことがわかる。また、前述（2（b）（2）参照）したように、Demolombe の理解において、所有権以外の物権、とりわけ支分権たる物権の生成原因（動力因）（cause efficiente）は、所有権の一部の譲渡であった。このことから、この箇所において、Demolombe のいう役権の源泉（origine）とは、物権の生成原因（動力因）（cause efficiente）と同じ内容を指すことがわかるのであり、すなわち、所有権から一部が譲渡されること、切り出される（détaché）ことを指すのである。こうして、Demolombe は、広義の servitude に作為義務なしの考えから導かれた、役権の純粋に受動的な特徴（caractère purement passif）を、当該物権が所有権から一部として譲渡されたものであること、すなわち、支分権であること、に属すると述べるのであり、広義の servitude に作為義務なしの考えから生じる特徴を、支分権であることに基づくものとして理解するのであり、広義の servitude に作為義務なしの考えは、それらの物権が支分権であることから生じるもののよう理解するのである。そうであれば、Demolombe の理解において、純粋に受動的な特徴（caractère purement passif）は、広義の servitude に限らず、所有権から切り出された支分権であれば全てが共通して有する特徴となることがうかがわれる。すなわち、全て支分権たる物権が、純粋に受動的な特徴（caractère purement passif）を有し、全て支分権たる物権が、広義の servitude に作為義務なしの考えの適用を受けるのと同様の帰結を生じることになることがうかがわれるのである。したがって、Demolombe の理解においては、少なくとも広義の servitude に作為義務なしの考えや、そこから導かれる、役権または広義の servitude の純粋に受動的な特徴は、広義の servitude に固有の特徴ではないことになる。この点は、これまでに見た、Pothier（第1章3（a）参照）、Delvincourt、Duranton、Toullier（第3章3（a）（5）参照）のいずれの理解とも異なるのである。

*340 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.676, p.175. 原文は次のようなものである： Le caractère purement passif de la servitude est d'ailleurs essentiellement inhérent à son origine. L'aliénation du droit total de propriété n'impose, bien entendu, au propriétaire, aucune obligation personnelle envers l'acquéreur; et il est évident que l'aliénation d'une fraction de ce droit ne saurait avoir non plus cet effet; or la servitude n'est pas autre chose qu'un élément détaché du droit total de propriété; elle n'est qu'une restriction au droit du propriétaire, qui consent: soit, par exception à son droit absolu, à s'abstenir d'un acte quelconque sur son fonds, dans l'intérêt d'un fonds voisin; soit, par exception à son droit exclusif, à tolérer que le propriétaire de ce fonds exerce sur son propre fonds un droit quelconque.

(2) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）

このように、Demolombe の理解によれば、全て支分権たる物権を負担する物の所有権者は、当該支分権としての物権が所有権から切り出され（détaché）、失われていることによる制約を受けることを前提に、各支分権たる物権が行使されることについて受忍し許容する devoir を負うのであり、これは、消極的（受動的）な一般法義務から帰結するものであって、当該物権の効果として生じる特有の義務ではない。そうであれば、Demolombe の理解において、物権、とりわけ支分権たる物権を負担する物の所有権者が負う作為義務は、いずれも支分権の概念に基礎づけられながら、人的に定まる性質（personnelle）のものについては、物権自体を定義づける特徴から否定され、物的に定まる性質（réelle）のものについては、広義の servitude に作為義務なしの考えによって否定されることがわかる。

そのため、次に、役権の承役地の所有権者が課される、役権の行使のための工作物に関する作為義務（フランス民法 698 条）はいかなる性質を有するかという点が問題となる。

（α）承役地の所有権者の devoir

Demolombe は、承役地の所有権者が約定により負う工作物に関する設置の負担（フランス民法 698 条）について、フランス民法 699、686 条 1 項との結びつきにおいて理解する。前述（第 2 章 3（a）参照）したように、フランス民法 698 条は、次のように定める。「これらの工作物は、役権の設定権原（証書）が反対のことを述べない限り、要役地の所有権者の費用において施されるのであり、承役地の所有権者の費用においてではない」。また、フランス民法 699 条は、次のように定める。「承役地の所有権者が、権原（証書）によって、その費用において、当該役権の使用または保存のために必要な工作物を設置するべく負担させられている（前条と）同一の場合においては、承役地の所有権者は、いつでもその承役地を要役地の所有権者に委棄して、その負担から解放されることができる」*341。また、前述（第 4 章 2（a）（1）参照）したように、フランス民法 686 条 1 項は、役権について次のように定める。「①所有権者は、その所有地について、または、その所有地のために、好きなように役権を設けることが認められる。ただし、それでも尚、それらの設けられた利便は、人について課されるのでも、人のために課されるのでもなく、単に、土地について、かつ、土地のために課される限りにおいてであり、かつ、これらの利便がさらに何らの公序にも反しない限りにおいてである」。

まず、Demolombe は、原則である、前述（（1）（β）参照）した広義の servitude の特徴をここでも強調する。「通常は、承役地の所有権者は、全く受動的な obligation しか義

*341 条文は次のようなものである： Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

務を負わない。……。容認または差し控えること、これがその唯一の *devoir* である」*342。このため、フランス民法 698 条について、次のように確認する。「実際、我がフランス民法は、何らの場合においても、承役地の所有権者が、当然に、役権の行使に必要な工作物を設置する義務を負うことは、認めていない」*343（傍点は柴田による）。なお、前者の引用箇所において、承役地の所有権者が負う全く受動的な *obligation* (*obligation toute passive*) を、*devoir* と言い換えることは、前述（(1)（β）参照）した用益権の大規模修繕義務に関して、消極的（受動的）な一般的 *obligation* (*obligation générale négative*) を、*devoir* と言い換えることと共通している。

（β）フランス民法 698 条が認める作為義務の性質

次に、Demolombe は、承役地の所有権者が約定により負う工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）の性質について、フランス民法 699 条が承役地を委棄する (*abandonner*) ことにより解放されることを認めることに基づいて、次のように述べる。「そういうわけで、その負担は、そのとき、純粋に物的に定まる性質なのである」*344（傍点は柴田による）。「一方では、……、その負担に同意し、または、課された者自身は、かつ、したがって、その相続人らまたは一般承継人らも、彼らが承役地を委棄するときから、当該負担は賦課することを止めるのであり、そして、他方では、その負担は、単独の名義においても、この土地の所有権を取得した誰かしらの者に及ぶのである」*345。すなわち、

*342 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.871, pp.378-379. 原文は次のようなものである :
Régulièrement le propriétaire du fonds servant n'est tenu que d'une obligation toute passive : Tolérer ou s'abstenir, tel est son seul devoir;

*343 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.872, p.379. 原文は次のようなものである : en effet, notre Code n'admet, en aucun cas, que le propriétaire du fonds assujetti soit tenu, de plein droit, de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude;

*344 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.880, p.383. 原文は次のようなものである : ainsi, la charge est alors purement réelle.

*345 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.880, p.383. 原文は次のようなものである : d'une part, qu'elle cesse de peser,, sur celui-là même qui l'a consentie ou à qui elle a été imposée, et par conséquent aussi sur ses héritiers ou successeurs universels, dès qu'ils abandonnent le fonds servant; et, d'autre part, qu'elle atteint quiconque acquiert, même à titre singulier, la propriété de ce fonds.

Demolombe の理解によれば、フランス民法 698 条において承役地の所有権者が約定により負う工作物の設置の負担 (charge) は、当該承役地を有する限りにおいて負う負担であり、当該承役地が委棄 (abandonnement) されたときは、誰であれそれを取得する者が負うことになる負担なのであって、Demolombe の理解によれば、このような負担は、当該引用箇所において、純粹に物的に定まる性質 (purement réelle) である。

ここで、前述 (α)、(1) (γ) 参照) した役権の承役地の所有権者が負う純粹に受動的な devoir も、物的に定まる性質 (réelle) の義務とされていた。しかし、当該 devoir は、何であれ支分権たる物権が切り出され、母体たる所有権から失われることによって所有権が制約を受けることを前提に、当該物権の権利者による物権の行使を受忍するものだったのであり、他人の権利を害してはならないという一般法義務から帰結するものであって、特有の物権の効果として生じるものではなかった。これに対して、フランス民法 698 条に基づいて承役地の所有権者が負う工作物の設置の作為義務は、役権の行使 (または保存) のために約定によって生じるものであり、役権自体に基づいて生じるわけではないとしても (後述、および、(3) 参照)、明らかに役権という特有の物権に関して生じるものである。したがって、純粹に受動的な devoir と、フランス民法 698 条に基づく作為義務としての純粹に對物的な負担とは、性質が異なることが見て取れるのである。

ここで、Demolombe は、このフランス民法 698 条に基づく物的に定まる性質 (réelle) の作為義務につき、次のように述べる。「この obligation は、利便は人について課されてはならない (フランス民法 686 条) ことに基づく原則に反し、承役地の所有権者が作為をすることについても支払を為すことについても義務を負うことを可能とはしないのであり、この obligation は、私に言わせれば、それが役権の従たる物的に定まる性質の負担の特徴を有するからしか、例外的に許可されなかったものであり、その負担が人によってしか完済され得ないとしても、それは土地の債務として解されることになるのであって、それは、それが一形態であって、帰結として、その特徴を呈しなければならないところの役権と同様にである」*346 (1 つ目の強調は Demolombe による、2 つ目の傍点は柴田による)。また、次のようにも述べる。「承役地の所有権者の負担とされた、役権の行使に必要な工作

*346 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.880, pp.383-384. 原文は次のようなものである : cette obligation, contraire aux principes d'après lesquels les services ne doivent pas être imposés à la personne (art. 686) et qui ne permettent pas non plus que le propriétaire du fonds servant soit tenu de faire ni de payer, cette obligation, disons-nous, n'a été autorisée exceptionnellement que parce qu'elle aurait le caractère d'une charge réelle accessoire de la servitude, et qui, bien qu'elle ne pût être acquittée que par la personne, serait considérée comme la dette du fonds, de même que la servitude dont elle est une modalité et dont elle doit, en conséquence, revêtir le caractère.

物を設置する当該 obligation は、我が法の本質的な原則、すなわち、役権は人について課され得ない、という原則に反しているのであり（フランス民法 686 条）、したがってこの例外は、もし特別な条文がそれを許可してないならば、公序に反するとして無効であることになるのであり、……」*347。すなわち、Demolombe の理解によれば、フランス民法 698 条に基づく作為義務としての純粹に対物的な負担は、役権に従として物的に定まる性質の負担（charge réelle accessoire de la servitude）であり、これが物的に定まる性質（réelle）と認められる根拠は、それが役権の従たるもの（accessoire）である帰結として、役権と同様の特徴を呈する（帯びる）（revêtir le caractère）からである。したがって、フランス民法 698 条に基づく作為義務は、役権に従として付随する役権とは別のものなのであり、従たるもの（accessoire）でなければ、本質的には、フランス民法 686 条に反して人に課されるもの、すなわち人的に定まる性質（personnelle）であり、物的に定まる性質（réelle）ではないことがうかがわれるのである。実際、Demolombe は、純粹に受動的かつ純粹に物的に定まる性質の義務を devoir と呼ぶのに対して、これらの引用箇所において、フランス民法 698 条に基づく作為義務を obligation と呼ぶのであり、これにより土地が被る負担を債務（dette）と呼んでいる。前述（（1）（γ）参照）したように、Demolombe の理解において、obligation とは原則的に人的に定まる性質の obligation（obligation personnelle）を指すのであり、これを負う者は債務者（débiteur）と呼ばれるのであった。このように、Demolombe の理解においては、役権の従たるもの（accessoire）となることによって、対物的（réelle）な性質を帯びる obligation を、日本の訳語として「従物債務」と訳す*348ことは正確であった。

（3）小活

以上、ここまで見た Demolombe の立場を、obligation の類型論（obligation や devoir の類型整理）の問題と、広義の servitude の位置づけという問題との点について小活するならば、Demolombe は、まず、obligation の語を、原則的には人的に定まる性質の obligation（obligation personnelle）としてしか使わず、基本的に債務（dette）を指し、これを負う者は債務者（débiteur）と呼ばれる。また、物権、少なくとも支分権たる物権は、それを定義づける特

*347 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.881, pp.384-385. 原文は次のようなものである：

l'obligation qui est mise à la charge du propriétaire du fonds assujetti, de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, était contraire aux principes essentiels de notre droit, d'après lesquels la servitude ne peut pas être imposée à la personne (art.686) ; cette exception aurait donc été nulle, comme contraire à l'ordre public, si un texte spécial ne l'avait autorisée

*348 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002 年）396~397 頁。"obligation réelle"の項目を参照せよ。

徴として、人的に定まる性質の **obligation** を負う者が存在しない類型とされる。

これに対して、物権を負担する物の所有権者が、自己の所有権から支分権が切り出され（**détaché**）、失われていることによる制約（**restriction**）を受けるという純粋に物的に定まる性質の負担（**charge réelle**）

の存在を前提に、当該物権の行使を受忍し（**souffrir**）または容認（**tolérer**）するするという物的に定まる性質（**réelle**）とされる義務は、

obligation と charge réelle / devoir の理論構造

	特種		一般的
	作為義務	不作為義務	
人的性質の obligation (personnelle)	 物権の従たる 作為義務 （民法698条）	devoir 支分権たる物権の 行使を受忍する 義務	一般的義務 一般法義務
物的性質の 義務 (réelle)			

devoir と呼ばれ、**obligation** と区別される。この **devoir** は、消極的（受動的）な一般的義務（**obligation générale négative**）または一般法義務から帰結するものであり、何であれ少なくとも支分権たる物権が切り出されたならば、誰であれ当該物権を負担する物の所有権者である者に課されることになるものであって、特有の物権の効果として生じるものではない。

前述（第4章3（a）（5）参照）したように、Delvincourt、Duranton、Toullier は、**obligation** を、人的に定まる性質（**personnelle**）のものと物的に定まる性質（**réelle**）のものとの区別していた。したがって、Demolombe が、物的に定まる性質の受忍し容認する義務を **devoir** と呼び、**obligation** の類型から排斥したことは、Toullier まで受け継がれてきた理論構造を断ち切るものであり、**obligation** の類型に関する理論構造上の変革である。

Demolombe は、こうして、物的に定まる性質の義務を、**obligation** の類型から排斥し、物的に定まる性質（**réelle**）の受忍し容認する義務（**devoir**）を、一般法義務から帰結されるものとして捉え直すことにより、理論上、少なくとも支分権たる物権全般につき、物的に定まる性質の義務において、純粋に物的に定まる性質（**réelle**）である作為義務は存在しないものと解することになる。そのため、広義の **servitude** に限らず、少なくとも支分権たる物権全般（前述、2（b）（3）参照）について、広義の **servitude** に作為義務なしの考えをあてはめるのと同じ帰結を導くことになるのである。

この点について、Pothier（前述、第1章3（a）（1）参照）が明示していたように、広義の **servitude** に作為義務なしの考えは、広義の **servitude** に固有の特徴を指す内容であった。また、Pothier は、所有権の支分権（**démembrement**）として列举する諸物権のうちに、物的に定まる性質（**réelle**）の作為義務を本質的内容とする物権の類型を認めていた。このような理解の下においては、広義の **servitude** 以外の支分権たる物権において、支分権であることに基づいて、広義の **servitude** に作為義務なしの考えをあてはめるのと同じ帰結を導くこ

と、すなわち、物的に定まる性質 (réelle) の作為義務を否定することは不可能であった。また、フランス民法典の下で示された Delvincourt (第3章第1節3 (a) (1) および (2) 参照)、Duranton (第3章第2節3 (a) (2) 参照)、Toullier (第4章3 (a) (2) および (3) 参照) の理解においては、もはや物的に定まる性質の作為義務を本質的内容とする物権の類型は存在しなくなったとはいえ、これらの立場は広義の servitude に作為義務なしの考えが、広義の servitude に固有の特徴であるとする考えを維持していた。これに対して、Demolombe は、広義の servitude に限らず、物権、少なくとも支分権たる物権全般について、作為義務なしの考えをあてはめると同じ帰結を導き、すなわち、物的に定まる性質 (réelle) の作為義務を否定するのであり、この点で Toullier までの立場とは異なるのである。

最後に、Demolombe は、フランス民法 698 条に基づき、役権の承役地の所有権者が約定によって負担しうる工作物に関する作為義務について、本質的には、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であるとしつつ、物権たる役権の従たるもの (accessoire) となることによって、主たるものである物権と同様に物的に定まる性質 (réelle) の obligation の特徴を呈する (帯びる) (revêtir le caractère) ものと捉える。これにより、本来は、役権について人的に定まる性質 (personnelle) の義務を禁じているフランス民法 686 条に反する性質の義務を、役権とは別のもので理解し、かつ、物的に定まる性質の義務へと変換することで、例外として認めるのである。

この点について、前述したように、Duranton (第3章第2節3 (a) (2) 参照) や Toullier (第4章3 (a) (4) 参照) の理解において、フランス民法 698 条は、広義の servitude に作為義務なしの考えに対する例外であるとされた。これに対して、Demolombe は、当該条文が認める作為義務を、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であると解することにより、フランス民法 686 条に対する例外であるとするのであり、この点において Demolombe の理解は、Duranton や Toullier の理解と異なっていることがわかる。

こうして、Demolombe の理解において、物権を負担する物の所有権者が負うことになる義務は、受忍義務についても、作為義務についても、当該物権自体の効果として、物権自体に基づいて生じるものではなくなったのであり、物権自体からは何らの義務も生じないものとされるに至った。もっとも、後述するように、Acollas や Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、一方は物権の受動的主体 (sujet passif) を想定することにより、他方は物権についても obligation を認めることにより、物権自体に基づいて生じる義務の再構成を図ることになるのである。その意味においては、上述した Demolombe の理解は、必ずしも学説の支持を得なかったことがわかるのである。

(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ

これまで、自然役権および法律上の役権に関する諸規定の位置づけとして見た立場は、

大別すれば、一部を所有権の行使方法と解しつつも、その他を真の役権と解する Toullier（前述、第4章3（b）参照）の立場と、真の役権とは解さない立場に分かれており、後者の立場は、さらに、それらの類型を、準契約（quasi-contrat）と解する Pothier（前述、第1章3（b）参照）および Delvincourt（前述、第3章第1節3（b）参照）と、所有権の行使の一側面と解する Duranton（前述、第3章第2節3（b）参照）とに分かれていた。

このように、自然役権および法律上の役権の類型の位置づけは、学説全体にわたって立場が割れているのみならず、全物権支分権説や一部物権支分権説の立場ごとに見ても全く一致していない問題であることがわかる。そこで、これらと比較しつつ、Demolombe の立場を究明することとする。

（1）全体としての位置づけ

前述（2（c）参照）したように、一方で、Demolombe の理解によれば、物権、少なくとも広義の servitude は、所有権に制約（restriction）を課すものであった。しかし、また他方で、Demolombe によれば、（自然役権および）法律上の役権の類型において、所有権が制約を被るかのように見える諸規定は、所有権の自由を管理し、洗練させ、統一かつ不変的に（uniforme et permanente）、その存在と行使の方法（mode d'existence et d'exercice）を決めているものであり、つまり、所有権の行使方法を定めるものであって、所有権の制約（restrictions）を構成するものではなかった。すなわち、Demolombe の理解によれば、少なくともこの箇所（前述、2（c）参照）で想定されていた（自然役権および）法律上の役権の類型については、真の役権とは異なるのである。

このような理解を支えるべく、Demolombe は、まず、ローマ法源における自然役権の取り扱いや、フランス古法における Pothier の理解を指摘する^{*349}。また、一般的に次のように述べる。「servitude の語は、一般的な規律についての例外の考え、通則に反する例外の考えを含むのである」^{*350}（傍点は柴田による）。このような沿革的な下支えに基づき、Demolombe は、自然役権および法律上の役権に関する諸規定全般について、次のように述べる。「当該（第4）編の第1章および2章において関係するところの様々な規定は、例外の特徴を有することからはほど遠く、それ自身、あらゆる所有権の一般的規律と通則とを構成している。したがって、それら（自然役権・法律上の役権に関する第4編第1・2章の規定）は、役権ではないのである。フランス民法544条の文言において、所有権は、

^{*349} C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.8, pp.11-13.

^{*350} C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.8, p.13. 原文は次のようなものである： Le mot servitude implique l'idée d'une exception à la règle générale, d'une dérogation contraire au droit commune.

物を最も絶対の方法により使用収益し処分する権利であり、ただし、法律または諸規律によって禁じられた使用を為すのでない限りにおいてである。法律または諸規律によって導入された様々な禁止は、したがって、所有権それ自体に本質的に属する（内属する）のであり、これはその存在と分かちがたいこれらの条件下でしか、当該所有権は確立されていない……」*351（1つ目の傍点は柴田による、2つ目の強調は Demolombe による）。「役権があるためには、それらの土地の一方は、他方の土地に対して、通則によってはそれが服しない拘束の状態において位置づけられなければならない……」*352。すなわち、Demolombe の理解によれば、およそ所有権についての一般的規律（*règle générale*）、つまり全ての所有権の行使の通則（*droit commun*）を形成するものは、そもそも当該規律に抵触する範囲に所有権が及んでいないこと、言い換えれば、所有権はそもそも当該規律に抵触する行為を為しうる権利として構成されていないということを明らかにしているだけであって、所有権がそれらの規律に服することによって被るように見える内容は制約（*restriction*）ではない。そこにおいて、自然役権および法律上の役権の類型は、いずれも、そのような一般的規律に該当するとされる。したがって、それらによって所有権が被るように見える内容のいずれも、所有権の行使方法であって、役権による制約（*restriction*）ではないことになるのである。このことは、前述（2（c）参照）したように、Demolombe が、公益の名による個別的な犠牲（*sacrifice individuel*）を制約（*restriction*）の例として挙げていた点と対照的である。

（2）自然役権および法律上の役権の内での分け

このように、Demolombe は、まずもって、自然役権および法律上の役権に関連する第 4 編第 1 章および第 2 章の諸規定を、役権たる制約（*restriction*）ではないものとして括る。

*351 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.8, pp.13-14. 原文は次のようなものである : les différentes dispositions dont il s'agit dans les chapitres I et II de notre titre, loin d'avoir le caractère d'exception, constituent elles-mêmes la règle générale et le droit commun de toutes les propriétés. donc, elles ne sont pas des servitudes. Aux termes de l'article 544, la propriété est le droit de jouir et de 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*. Les différentes prohibitions introduites par les lois ou par les règlements, sont donc inhérentes au droit de propriété lui-même; ce n'est que sous ces conditions inséparables de son existence, que le droit lui-même est consacré;

*352 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.8, p.15. 原文は次のようなものである : pour qu'il y ait servitude, en effet, il faut que l'un des fonds soit placé vis-à-vis d'un autre fonds, dans un état d'assujettissement, auquel, de droit commun, il n'était pas soumis;

とはいえ、Demolombe は、その上で、それらの諸規定を、役権と共通する点の多さに応じて、所有権（の行使）の通則すなわち、所有権の行使方法、から、真の役権に至るまでの間を、少なくとも 3 つの類型に分けており、決して一律に取り扱っているわけではない。

すなわち、まず、第一類型として、Demolombe は、境界標（bornage）や囲障（clôture）に関して、次のように述べる。「たとえば、境界標や囲障の権利に関することがら全てのように、（フランス民法 646、647、661 条）、役権の外見すら示していないいくつかのものが、そこでは、一般に、当該法的操作の前でも後でも、2 つの土地の間に役権の何かしらの痕跡も見出さない」*353。この箇所において、Demolombe が指摘する 3 つの条文は、それぞれ境界標（bornage）に関するフランス民法 646 条、囲障（clôture）に関する 647 条、および、境界壁の互有権（mitoyenneté）に関する 661 条である。これらの条文は、文面上、所有権者が有する権利を確認するに止まり何ら制約（restriction）があるかのように見える内容を含んでいない類型である。したがって、Demolombe の理解によれば、これらは、所有権の行使方法であり、自然役権および法律上の役権に関する諸規定の中でも、役権たる制約から縁遠いものと解されていることがわかる。前述（第 4 章 3（b）参照）したように、これらの類型は、Toullier の理解においても、役権から除外され、所有権の限界（limites de propriété）、すなわち、所有権の行使方法と解されていたものである。よって、Demolombe の理解は、これらの類型について、Toullier の理解と共通するのである。

次に、第二類型として、Demolombe は、土地または建物の自由（liberté des héritages）と、植栽等の距離制限（distance）や、眺望（vue）との関係について、次のように述べる。「それ（土地または建物の自由）は、法律がこれらによって逸脱を予防するところの諸制約にもかかわらず、完全に手を付けられずにまると存在しているのであり、より正確に言えば、所有権が、規律されかつ社会的なこの自由、（すなわち）その共通の limites が、お互いを相互的に害することを阻止するための各所有権者の平等な利益関心以外の目標を有しない自由につき、恩恵を受けているのは、まさにこれらの諸制約からなのである。……。たとえば、立法者が、隣接した 2 つの土地の所有権者について述べる際、立法者が区別なく一方につき他方についてと同様に彼らにつき述べるときである。すなわち、あなたは、近隣の土地からこれこれの距離においてしか、あなたの土地上で樹木を植えられず（フランス民法 671 条）、あなたは一定の条件下においてしか眺望孔を開けられず（フランス民法 676 条）、それらが何らの役権も設けないことは実に明白である。そのときは、実際、Pierre の土地と、Paul の土地と、どれが要役地でどれが承役地なのか。明らかに、いずれ

*353 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.12, p.19. 原文は次のようなものである : il y en a,, quelques-unes qui ne présentent pas même l'apparence d'une servitude comme, par exemple, tout ce qui concerne le bornage et droit de clôture (art. 646, 647 et 664), où l'on n'aperçoit, ni avant ni après l'opération, aucune trace quelconque de servitude entre les deux fonds.

でもない。なぜなら、かくのごときは、全ての所有権の通則なのであり、この土地または建物の立場の完全なる平等は、高一度合いにおいて、役権の特徴を排斥するからである」

***354** (傍点は柴田による)。すなわち、Demolombe の理解によれば、この箇所では例示された距離制限 (distance) に関するフランス民法 671 条や、眺望 (vue) に関する 676 条は、全ての土地所有権に課され、隣接する双方が利益を享受するものであって、限られた所有権についての個別的な犠牲を生じるわけではなく、この意味において通則を形成するものでありつつも、所有権に対して真の制約 (restriction) を課すものである。また、Demolombe の理解によれば、これらの制約 (restriction) が、支分権たる物権とされる物権を構成しない根拠は、それがあらゆる土地に課される制約であって、一方を要役地、他方を承役地とするような、限られた土地にのみ利益を享受させるような例外的な制約ではないことにあるのである。したがって、Demolombe は、単なる所有権に対する制約と、支分権たる物権としての役権による制約との区別のために、通則によっては服さない例外的な拘束状態として位置づけられるか、という基準を用いていることが見て取れる。

最後に、第三類型として、Demolombe は、袋地に基づく通行権 (droit de passage) について、次のように述べる。「その土地 (承役地) は単に、それ以降、1 つの役権を課されるだけであり、ひとたび法律に基づいて設けられれば、それらの特徴全てを提供し、一般に、人為によって設けられるべき真のかつ普通の役権のあらゆる効果を生じ、実際、これらの条文 (フランス民法 682-685 条) において、この役権の源泉やその当初の cause が、この役権を、その他の狭義の役権と異ならせるべきであると、表明するものは全くない」

***355** (傍点は柴田による)。さらに、非袋地化 (cession d'enclave) の場合について、次の

***354** C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.8, p.15. 原文は次のようなものである : elle existe tout entière et parfaitement intacte, malgré les restrictions par lesquelles la loi en prévient les écarts; ou plutôt c'est à ces restrictions elles-mêmes que la propriété est redevable de cette liberté réglée et sociable, de cette liberté dont les limites communes n'ont d'autre but que l'intérêt égal de chacun des propriétaires afin de les empêcher de se nuire réciproquement l'un à l'autre. Quand le législateur, par exemple, dit aux propriétaires de deux fonds contigus, quand il leur dit à l'un comme à l'autre sans distinction. Vous ne pourrez planter des arbres sur votre fonds qu'à telle distance du fonds voisin (art. 671) ; vous ne pourrez ouvrir de vues que sous certaines conditions (art. 676), il est bien clair qu'il n'établit là aucune servitude. Où est alors, en effet, le fonds dominant et le fonds servant, celui de Pierre ou celui de Paul? évidemment ni l'un ni l'autre; car tel est le droit commun de toutes les propriétés; et cette parfaite égalité de position des héritages est, au plus haut degré, exclusive du caractère de la servitude.

***355** C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.636, pp.118-119. 原文は次のようなものである : son

2 箇所のように述べる。「通行役権は、ひとたびフランス民法 682 条に基づいて設けられたなら、あらゆる点において、その他の全ての役権と同一の原則によって統制された通常の役権を構成する。そして、我々が、また同じく、この役権が、袋地が偶発的にまたは決定的にでさえ、（袋地と）同一の所有権者に帰属し公道に隣接する別の土地への袋地の統合によってにせよ、道路の設立によってにせよ、袋地でなくなるに至るべき場合において消滅しないと考えるのは、このためなのである」*356（傍点は柴田による）。「一般に、役権は、それらが属性となるところの土地と同様に、恒久的であり、それらは法律によって定められた場合においてしか消滅せず（フランス民法 703 条以下）、この規律は明らかに、フランス民法 682 条において問題であるところの通行役権にも、法律がそこで例外をもたらさない限りは、適用できる」*357。すなわち、Demolombe の理解によれば、当該通行役権は、真の役権（servitude véritable）であると明言されこそしないものの、その源泉（origine）と当初の cause（cause initiale）が異なる点を除けば、その効果と服する規律は真の役権（servitude véritable）と全て共通することになるのである。前述（3（a）（1）（δ）参照）したように、Demolombe は、源泉（origine）と発生原因（動力因）（cause efficiente）とを類似した意味で用いていた。これに加えて、Demolombe は、源泉（origine）と、袋地による通行役権の cause につき、次のようにそれぞれ述べる。まず、源泉（origine）に関

fonds est seulement désormais assujéti à une servitude, qui, une fois établie en vertu de la loi, offre tous les caractères et doit, en général, produire tous les effets d'une servitude véritable et ordinaire, qui aurait été établie par le fait de l'homme; rien n'annonce effectivement dans nos articles (682-685) que l'origine de cette servitude et sa cause initiale doivent la différencier ensuite d'avec les autres servitudes proprement dites.

*356 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, Nos.641-642, p.123. 原文は次のようなものである：la servitude de passage, une fois établie en vertu de l'article 682, constitue une servitude régulière, gouvernée, de tous points, par les mêmes principes que toutes les autres servitudes. Et voilà pourquoi nous pensons également que cette servitude ne cesserait pas d'exister dans le cas où l'enclave viendrait à cesser d'une manière accidentelle ou même définitive, soit par la réunion du fonds enclavé à un autre fonds appartenant au même propriétaire et joignant la voie publique, soit par l'établissement d'un chemin.

*357 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.642, p.124. 原文は次のようなものである：les servitudes sont, en général, perpétuelles, comme les héritages dont elles deviennent des attributs; et elles ne s'éteignent que dans les cas déterminés par la loi (art. 703 et suiv.); cette règle sera évidemment applicable à la servitude de passage dont il est question dans l'article 682, à moins que la loi n'y ait apporté une exception;

しては、フランス民法 639 条「不動産役権は、（土地または建物の）場所の持ち前の位置関係から、法律により課される義務から、または、所有権者間の合意から生じる」*358について次のように述べる。「フランス民法 639 条は、不動産役権の 3 つの源泉を指し示す。……。我々は、ここで、まずもって、その起草案面におけるいくらかの不正確さを指摘できよう。一方では、法律によって課された obligations は、それ自身が、第 2 章における問題であるところの役権を構成し、これらの obligations は法律上の役権の源泉としては提示され得ないことは明らかであって、……。したがって、純粹かつ單純に、これらの役権または、これらの法律から生じる obligations というに止めなければならない」*359（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、法律上の役権と、法律によって定められた義務とは同義なのであり、したがって、法律上の役権の源泉 (origine) とは、法律そのものを指していることがうかがわれるのである。次に、cause に関しては、通行役権の非袋地化の場合に、原因無ければ効果なし (cesante causa, sesant effectas) の格言に基づいて消滅すべきと主張する立場に反論して、次のように述べる。「袋地は偶然の理由であって、それでも尚それはこの語の法技術的な意味においては、cause ではないのであり、ひとたび設けられた役権の真の cause として、最も近く直接的な cause は、恒久的な方法によって、……。それを設けている法律そのものなのである」*360（傍点は柴田による）。すなわち、Demolombe の理解によれば、ここで用いられている cause とは、生成原因（動力因）(cause efficiente)（前述、3 (a) (1) (δ) 参照）の意味であり、その語が指す内容は、法律そのものであることがわかる。したがって、これらのことから、Demolombe が、袋地に関する当該通行権（フランス民法 682 条以下）について、真の役権との違いとして

*358 条文は次のようなものである : Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.

*359 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.12, p.19. 原文は次のようなものである : L'article 639 assigne à la servitude foncière une triple origine. ... Nous pourrions faire remarquer ici d'abord quelque inexactitude dans la rédaction. D'une part, les obligations imposées par la loi, constituant elles-mêmes les servitudes dont il est question dans le chapitre II, il est clair que ces obligations ne sauraient être présentées comme la source des servitudes légales. ... Il fallait donc purement et simplement se borner à dire que ces servitudes ou ces obligations dérivent de la loi.

*360 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.642, p.125. 原文は次のようなものである : l'enclave en est le motif occasionnel, il n'en est pas la cause, dans le sens technique de ce mot; la vraie cause de la servitude une fois établie, sa cause prochaine et directe, c'est la loi elle-même qui l'établit d'une façon perpétuelle, ...

指摘する源泉 (origine) および cause は、いずれも法律を指す語であることになる。言い換えれば、Demolombe の理解によれば、袋地に関する通行役権は、法律によって定められた点において、真の役権 (servitude véritable) と異なるに過ぎず、当該類型は、たしかに法律上の役権の章の中で説明されており*361、これが一般的に所有権の通則と解されていることは前述 (2) 冒頭) したところであり、さらに、真の役権 (servitude véritable) であるとは明言されていないものの、もはやほとんど役権と異ならないことがうかがわれるのであり、成立後に役権と同一の効果を生じる以上は、少なくとも所有権に対する制約 (restriction) となるものであると言えよう。

なお、Demolombe は、こうして、本質的に異なる権利の類型が、フランス民法典第 2 巻第 4 編に混在する状況を、「まるで異なる origine と特徴の諸規定のこの接近」*362 と評しながら、それでも尚、次のように述べる。「疑いなく、……、区別無くこれらの負担の全てに共通であるいくつかの原則が存在する (とりわけ、フランス民法 640、701、702 条を比較せよ)」*363。すなわち、Demolombe の理解によれば、役権について定められたこれらの条文による規律は、所有権の通則であって、役権ではない自然役権および法律上の役権の諸規定にも適用されることになるのである。

こうして、Demolombe の理解によれば、自然役権および法律上の役権の類型には、第一に、所有権の行使方法を明らかにするものであって、何ら所有権に制約 (restriction) を課さない類型、第二に、所有権に対する制約 (restriction) ではあるが、支分権たる物権としての役権ではなく、つまり、通則から外れた例外的な拘束状態を構成しない類型、および、第三に、少なくとも所有権に対する制約 (restriction) であり、法律によって設けられた点を除き、真の役権 (servitude véritable) と同一の効果を生じる類型の、3 類型が存在するのである。

このように、Demolombe が、自然役権および法律上の役権に関する諸規定について一般的には所有権の行使方法と解する一方で、その一部、とりわけ袋地に関する通行権を真の役

*361 法律上の役権は、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.298 et s., p.325 et s.から説明され、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. II, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.598 et s., p.80 et s.において、袋地による通行権に触れる。

*362 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.5, pp.6-7. 原文は次のようなものである : ce rapprochement de dispositions d'une origine et d'un caractère entièrement différents

*363 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 推定 7e éd., Paris, 1882, No.12, p.19. 原文は次のようなものである : il y a sans doute,, un certain nombre de principes, qui sont communs à toutes ces charges sans distinction (comp. surtout les articles 640, 701, 702) ;

権に非常に接近したものとして理解する点は、前述(第3章第2節3(b)参照)した *Duranton* と共通する立場である。また、実際、*Demolombe* は、前述のように、フランス民法 682 条によって設けられた通行役権が、ひとたび設けられた後には、「あらゆる点において、その他の全ての役権と同一の原則によって統制された通常の役権を構成する」と述べるに際して、*Duranton* の前述(第3章3(b)参照)した箇所を引用している。ただし、前述のように *Duranton* は、裁判所による廃止や、不使用に基づく時効という特定の点ごとに述べていたのであって、あらゆる効果が通常の役権と共通するとまで表明してはいなかった。したがって、いましがた説明したように、*Demolombe* が、袋地に関する通行権を真の役権に非常に接近させて理解する点は、*Duranton* の理解よりも、さらに一般的に推し進められていることがわかる。また、*Demolombe* は、所有権に対する制約(restriction)ではあるが、通則を構成するにすぎず、支分権たる物権としての役権ではない類型を認めており、この点も、*Duranton* と異なることがわかる。

第6章 全物権支分権説の再興と、*Demolombe* の理解の修正：*Acollas*, *Baudry-Lacantinerie* =*Chauveau*

第5章においては、*Demolombe* の理解において、物権、とりわけ支分権たる物権を定義づける特徴が支分権の概念と密接に結びつけられたことや、物的に定まる性質(réelle)の義務を *devoir* と呼ぶなど義務(obligationや*devoir*)に関して独特の立場をとること、および、自然役権および法律上の役権について3類型を区別することなどを整理した。もっとも、*Demolombe* は、支分権の概念を物権や物権を定義づける特徴と密接に結びつけて理解していた上に、支分権の類型について、全ての物権が所有権から生じ、または、所有権は全ての物権の貯水池であると述べていたにもかかわらず、抵当権(hypothèque)、質権(nantissement)、先取特権(privilège)を支分権と解する立場に賛同していなかった(前述、第5章2(a)(3)参照)。そのため、これらの従たる物権の類型を純然たる物権から区別して不徹底な全物権支分権説の立場を採用しているか、あるいは、単に実質的には一部物権支分権説を採用しているか、判然としなかった。

そこで、以下では、このような支分権の概念と物権との密接化や、物権に関する義務(obligation、*devoir*)の類型論など、それまでに見た *Toullier* までの考えを変更し、あるいは、発展させた点に関して、その後 *E. Acollas* (第1節)や *G. Baudry-Lacantinerie* = *Chauveau* (第2節)が、どのように維持し、または、どのように変更したかという問題と、自然役権および法律上の役権に関する位置づけをどのように発展させたかという問題に注目しな

がら、これまでの例に倣って、次の3点の問題を取り上げることとする。すなわち、まず、所有権に関して、*domaine* の語義を確認し(各節1参照)、次に、物権、支分権(*démembrement*)の定義、類型およびその特徴を取り扱い(各節2参照)、最後に、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題を取り扱うこととする(各節3参照)。

第1節 受動的主体の理解の変更：Acollas

1、*domaine* の語義

前述(第5章1参照)したように、Demolombe の理解においては、*domaine* の語義は、何らかの権利の意味においては用いられず、土地または所有地を指す意味における用語法だけに止まり、所有権、物権および支分権などの権利の理論的理解に関与する語ではなくなった。そこで、この点に関して、Acollas による *domaine* の語の用語法を確認することとする。

Acollas は、フランス古法での *domaine direct* や *domaine utile* に言及する際^{*364}に用いるほかに、フランス民法典の下でも *domaine* の語を何らかの権利の意味において用いる箇所が見受けられる。たとえば、物権の類型に関連して、次のように *domaine* の語を用いる。

「フランス革命は、個人がその所有権に関連して好きに為すことを判断できる、*domaine* の分解やその整備の用語体系を限ったのか」^{*365}。また、用益権者(*usufruitier*)が有する権利に関して、次のように述べる。「用益権者は、使用収益する権利を取り込むが、いかなる程度においても処分する権利は有さず、したがって、この処分権がまるごと虚有権者たる者において留まるのは当然であるように思われる。この理由付けは、もし *domaine* を3つの権利に分解することが、現実と反する抽象論とは別物であったならば、正確であっただろうが、用益権が存在するときには、処分する権利の属性の1つは必然的に麻痺させられるのであり、虚有権者は、用益権者と同様に、その物の本質を変更することはできないのである……」^{*366}。すなわち、これらの箇所において用いられている *domaine* の語は、

*364 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, pp.560-561.など。

*365 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.567. 原文は次のようなものである：*a-t-elle limité la nomenclature des décompositions du domaine et les arrangements que l'individu peut juger à propos de faire relativement à la propriété?*

*366 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code*

所有権または所有権が含む諸権利を指すことがわかる。したがって、この点では、Acollas による *domaine* の語の用法は、前述したように、*domaine* の語を所有権が含む諸権利を指す意味において用いていた Toullier（第4章1参照）や、*domaine* の語を所有権を指す意味において用いていた Delvincourt（第3章第1節1参照）や Duranton（第3章第2節1参照）と類似することがわかる。

もっとも、Acollas は、*dominium* の語もまた、次のように用いる。「傑出した物権は所有権であり、ただし、所有権者はその *dominium* をまさに分解することができるのであり、……」*367。すなわち、この箇所において用いられている *dominium* の語もまた、所有権または所有権の諸権利を指すことがわかる。

このように、Acollas の理解においては、*domaine* の語や *dominium* の語は、明確には使い分けられていない。このことは、*domaine* と *propriété* を峻別した Toullier（前述、第4章1参照）とも、*dominium* を所有権と解し、*domaine* を土地または所有地と区別していた Demolombe（前述、第5章1参照）とも異なる。もっとも、Acollas における、*domaine* や *dominium* の語義に関する無頓着さは、これらの語が、Acollas の理解において、フランス民法典の理解の下での所有権や支分権たる物権の関係を定める理論を構成するにあたって、重要視されなくなっていることがうかがわれるのである。

2、物権、支分権（*démembrement*）の定義、類型およびその特徴

(a) 支分権の定義および類型

(1) 類型

Acollas は、支分権と物権との関係について、次のように述べる。「物権は、複数の段階を含み、換言すれば、より完全か完全より劣るかである。全ての中で最も完全であるのは所有権であり、その他はこの基本的な権利（所有権）の支分権でしかない。物権の用語体系を与えるか、所有権の支分権の用語体系を与えるかは、これらの支分権に所有権自身を

Napoléon, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.609. 原文は次のようなものである : L'usufruitier absorbe le droit de jouir ; il n'a dans aucune mesure celui de *disposer* ; il semble donc logique que ce dernier droit subsiste tout entier dans la personne du nu-propriétaire. Ce raisonnement serait exact si la décomposition du domaine en trois droits était autre chose qu'une abstraction qui se heurte aux réalités ; lorsqu'un usufruit existe, l'un des attributs du droit de disposer est forcément paralysé ; le nu-propriétaire ne peut pas, plus que l'usufruitier, changer la substance de la chose ;

*367 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.20. 原文は次のようなものである : le droit réel par excellence est le droit de propriété ; mais le propriétaire peut fort bien décomposer son *dominium* ;

加えれば、現実には 1 つのものであり同じことである」*368（強調は Acollas による）。

「全て物権は、所有権の支分権であり、もし用益権たる物権について所有権の支分権の特徴を拒絶するならば、それはいわんやその他全て（の物権）についても拒絶しなければならないことになる」*369（傍点は柴田による）。すなわち、Acollas の理解によれば、全て物権は所有権の支分権（*démembrement*）なのである。こうして、Acollas は、明示的に、全物権支分権説を支持する立場であることがわかるのである。この点においては、前述した Demolombe（第 5 章 2（a）（2）および（3）参照）とは異なり、立場が明確である。

こうして、たとえば、用益権（*usufruit*）、役権、先取特権（*priviège*）について、次のように述べる。「財の使用収益権は、多少なりとも伸長される。すなわち、使用収益権は様々な性質の諸利益からなる。それゆえの、所有権と、その主たる支分権たち、（すなわち）用益権、役権、最後に、我々が実用的な理由のために、その研究を、抵当権の分野において立ち戻ることになるところの留保された先取特権である」*370（1 丁目、および 3 丁目以降の強調は Acollas による、2 丁目の傍点は柴田による）。使用権（*usage*）や抵当権（*hypothèque*）についても、次のように述べる。「実際、所有権は、支分権（化）の余地があるのであり、（すなわち）不動産役権、……、用益権、使用権は所有権の支分権である。……。抵当権もまた同じく所有権の支分権であり、……」*371（傍点は柴田による）。

*368 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.560. 原文は次のようなものである : *Le droit réel comporte des degrés, en d'autres termes, il est plus ou moins complet. Le plus complet de tous est la propriété; les autres ne sont que des démembrements de ce droit fondamental. Donner la nomenclature des droits réels ou des démembrements de la propriété, en ajoutant à ces démembrements la propriété elle-même, c'est, en réalité, une seule et même chose.*

*369 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.608. 原文は次のようなものである : *Tout droit réel est un démembrement de la propriété ; si l'on refusait le caractère de démembrement de la propriété au droit réel d'usufruit, ce serait à fortiori qu'il faudrait le refuser à tous les autres.*

*370 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, 序文 p.LXXXVII. 原文は次のようなものである : *La jouissance des biens est plus ou moins étendue : elle consiste dans des avantages de nature diverse. De là, la propriété et ses principaux démembrements, l'usufruit, les servitudes, enfin le privilège retenu dont nous renverrons l'étude à la matière des hypothèques pour raison d'utilité pratique.* その他、同書, p.606 においても、用益権や役権は、支分権（*démembrements*）であると明言されている。

*371 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.233. 原文は次のようなものである : *La propriété, en*

前述したように、Toullier（第4章2（a）（1）参照）の全物権支分権説の理解によれば、支分権は、母体たる所有権から切り出された（*détaché*）一部の権利であった。Demolombe（第5章2（a）（2）参照）の理解によれば、支分権は、母体たる所有権から属性（*attributs*）または要素（*éléments*）が切り出された（*détaché*）もの、すなわち、属性（*attributs*）の逸出（*sorti*）であった。Acollasは、所有権から切り出す（*détacher*）という語を用いないが、代わりに、所有権を意味する「*dominium*を分解する」（*décomposer son dominium*）と述べ、分解する（*décomposer*）という語を用いており（前述、1参照）、支分権とされたものが母体たる所有権から失われていると解する点では、これまでに見た、Pothier、ToullierやDemolombeと変わらないと言えよう。もっとも、Acollasは、全ての物権が支分権であると捉えており、支分権として切り出された権利が、母体たる所有権においていかなる行使に向けられたものであったかという点について、特段の限定をしていない。この点は、前述したように、Pothier（第1章2（a）参照）やToullier（第4章2（a）（1）参照）の理解と共通する一方で、切り出されるものを属性（*attributs*）（または要素）に限っていたDemolombe（第5章2（a）（2）参照）とは異なることがわかる。

（2）定義

次に、Acollasは、所有権と、こうして支分権とされた物権との関係について、所有権が含む使用収益の権利（*droit de jouir*）に関連して、ひとまず次のように述べる。「所有権は、支分権を含み、物の使用収益の権利は、この物の処分の権利とは別個独立に存在することができる」*372（傍点は柴田による）。もっとも、Acollasは、支分権の存在条件に関して、次のように述べる。「物権は、それ自体、人が設けようと欲するだけ、断片または支分権を設ける余地がある」*373。「私の見解では、個人は、好きなように所有権を分解する自由を表明されるべきであり、……、ただし、それは、いかなる場合においても、買い戻しの条件の下でしか課されないものであり、全ての所有権者は、いつでも、この存在する支分権から利益を享受していた者に損害を賠償して、その所有権の支分権を消滅させる権利を

effet, est susceptible de démembrements; les servitudes réelles ou services fonciers,, l'usufruit, l'usage, sont des démembrements de la propriété. L'hypothèque est également un démembrement de la propriété ;

*372 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.522. 原文は次のようなものである : la propriété comporte des démembrements; Le droit de jouir d'une chose peut exister indépendamment du droit de disposer de cette chose.

*373 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.20. 原文は次のようなものである : Il est susceptible en lui-même d'autant de fractionnements ou démembrements que l'homme en veut établir.

有しなければならないのである」*374（傍点は柴田による）。「人は、自由であって、その自由を拘束する権利でさえ有しているのであり、……、しかし、（支分権を）譲渡するのでは決してなく、かつ、常に取り戻すべきものであるという条件下においてしか、拘束を課す権利は有していない」*375（傍点は柴田による）。すなわち、Acollas の理解によれば、物権の設定は、母体たる所有権の一部を分解（décomposer）して渡す（または切り出す（détacher））ものとされつつも、常に買い戻し（rachat）の権能を所有権者の側に与えるという条件（condition）の下でしか為されるべきではないのであり、所有権の一部の譲渡（aliénation）とは決して解されない。Acollas の理解において、所有権者と物権の権利者との関係は、所有権者が物権の権利者にいつでも買い戻しを要求できる関係、すなわち、物権の権利者が常に所有権者の買い戻しの権利に従属する関係に留められていることがわかる*376。前述したようにのように、Toullier（第4章2（a）（1）参照）の理解によれば、支分権たる物権は、ひとたび切り出されたならば、それ自体、権利者の行為によらずしては最早失われ得ない真の所有権（véritable propriété）になり（所有権の不可侵奪性の考え）、本質的に買い戻し不能であるとされていた。また、Demolombe（第5章2（b）（2）参照）の理解によれば、支分権たる物権の設定は、謂わば所有権の一部の譲渡（aliénation）であり、支分権たる物権は、その権利者が固有の存在条件（conditions propres d'existence）を有する、別個独立の権利（droits distincts et indépendants）であって、一方は他方に対して要求できないものとされていた。したがって、Acollas が、所有権と支分権たる物権との関係について、物権は常に所有権に基づく買い戻し（rachat）の権利に服するものと解することは、支分権の概念が所有権の一部を分解し（または切り出す）ことによって失われることを意味する点を維持しながら、当該分解し（切り出し）た部分を、どのような態様で付与する

*374 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code*

Napoléon, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.568. 原文は次のようなものである：A nos yeux,, l'individu doit être déclaré libre de décomposer la propriété à sa guise;; mais elle ne s'impose, dans aucun cas, que sous une condition de rachat; tout propriétaire doit avoir, en tout temps, le droit de faire cesser le démembrement de sa propriété, en indemnisant celui au profit duquel ce démembrement existe. 同書, p.20 でも同旨を述べる。

*375 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.708. 原文は次のようなものである：L'homme, étant libre, a bien le droit d'engager même sa liberté;; mais il n'a le droit de l'engager qu'à la condition de ne jamais l'aliéner et d'être toujours à même de la reprendre;

*376 このため、Acollas は、不動産役権が恒久的な支分権（démembrement perpétuel）と解されていることを指摘しつつも、その点に対して疑問を示しており、買い戻し（rachat）を認めるべきと主張する。E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, pp.659-660, 707, 731.

かという点を変更したのである。この点は、Toullier が、物権はその権利者自身の行為によらずしては失われ得ないと解する理解を真っ向から否定する。また、Demolombe の理解とも異なり、支分権たる物権が、所有権に対して別個独立の権利 (*droits distincts et indépendants*) であるという特徴は修正され、弱められているのである。

(b) 物権の定義および類型

(1) 定義

Acollas は、まず、物権が含む要素 (*éléments*) について、次のように述べる。「あらゆる権利の要素は、次のようなものである。すなわち、1* 権利が帰する者、2* それを負う者、3* それ (権利) がにかかわる物であり、換言すれば、全ての権利には次のものがある。すなわち、1* 能動的主体、2* 受動的主体、3* *objet* である」*377。すなわち、Acollas の理解によれば、物権も含めた全ての権利は、能動的主体 (*sujet actif*)、受動的主体 (*sujet passif*)、*objet* の 3 つの要素を有する。そこで、物権が有する受動的主体について、Acollas は、次のように述べる。「目下、物権と対人権を提示することは容易である。物権により理解されるところにおいて、*objet* はいつでも初めから決められており、これに対して対照的に、受動的主体は、初めから決められているのではなく、それが *objet* について生じる主張によってしか定められない。対人権と称するところにおいては、……、受動的主体はいつでも初めから決められている」*378。また、I. Kant を引用して、次のように述べる。「物権は、誰もそれに異議を唱える者がいない限り、受動的主体の考えを排斥するかのようには思われるのであり、それは物においてかかわる。しかし、受動的主体は、尚存在するのであり、この受動的主体は、社会的な集合体の全体なのである。……。したがって、物権を全ての者に対する権利と法性決定するのは、まさしく正確なのである。この表現は、さらに、……、物権は、この権利の *objet* について主張を掲げる何らかの者に対して対抗可能なので

*377 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.18. 原文は次のようなものである : Le éléments de tout droit sont les suivants : 1* *Une personne à qui est dû le droit* ; 2* *Une personne qui le doit* ; 3* *Une chose sur laquelle il porte*. En d'autres termes, il y a dans tout droit : 1* *Un sujet actif* ; 2* *Un sujet passif* ; 3* *Un objet*.

*378 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.18. 原文は次のようなものである : Il est maintenant facile de féfinir le droit réel et droit personnel. *On entend par droit réel celui dans lequel l'objet est toujours déterminé à priori, tandis qu'au contraire, le sujet passif n'y est pas déterminé à priori et ne s'y détermine que par la prétention qu'il élève à l'objet. On nomme droit personnel celui dans lequel le sujet passif est toujours déterminé à priori, ...*

ある、ということをも指し示す」*379（傍点は柴田による）。すなわち、Acollas の理解によれば、物権（droit réel）とは、物権の権利者が能動的主体として当該物において（in re）有する権利について、社会の全ての者が受動的主体（sujet passif）として受忍すべく服する権利の類型である。この受動的主体は、通常は特定の者には定まらず、誰かしらが権利者に対して異議を唱えるときごとに特定の者として定まる（déterminer）*380とされる。また、Acollas は、受動的主体が、物権に服する（subir）ことについて、次のように述べる。「服する必要性は、物権であれ、対人権であれ、obligation と法性決定され、しかし、一般に、対人権に服する必要性を特徴づけるために、この語をもっと特別に充てており、obligation は、この意味においては、債務の語の同義語としての意味を有する」*381。すなわち、Acollas の理解によれば、obligation の語は、とりわけ債務（dette）の意味に限定して用いる場合もあるとはいえ、その語の本来的な意味によれば、物権についても受動的主体は obligation を負うのである。したがって、Acollas の理解によれば、物権は、受動的主体が全世界の者であり、何かしらの異議を唱えるまでは特定の者として定まらないものの、受動的主体は常に、物権に基づいて直接的に、当該物権について服する（subir）という obligation を負うことになる権利の類型であることがわかる。ただし、Acollas の理解において、ここで物権に服する obligation として想定している類型は、受忍する obligation であって、作為の obligation まで含むものではないことがうかがわれる。そのため、物権に関する obligation が、作為に関する obligation である場合の受動的主体については、債務が特定の人を義務づけるものであることと対比して、役権の承役地所有権者が承役地を委棄して義務を免れることを認めるフランス民法 699 条に関連して、次のように述べる。「不動産役権は、決まった土地または建物の所有権者を義務づける。その帰結として、役権に関わる土地また

*379 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.19. 原文は次のようなものである：Le droit réel, tant que personne ne le conteste, semble exclure l'idée d'un sujet passif; il porte *in rem*. Cependant le sujet passif n'en existe pas moins; ce sujet passif, c'est la collectivité sociale tout entière : ... Il est donc fort exact de qualifier le droit réel de droit *adversus omnes*. Cette expression indique encore, ... que le droit réel est opposable à quiconque élève une prétention à l'objet de ce droit.

*380 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.560.においても、同旨を述べる。

*381 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.19. 原文は次のようなものである：La nécessité de subir, soit le droit réel, soit le droit personnel est qualifiée d'*obligation*; cependant on réserve plus spécialement ce mot pour caractériser la *nécessité de subir le droit personnel*; l'*obligation*, dans ce sens, a pour synonyme le mot *dette*.

は建物の所有権者は、この土地を委棄して解放されることができる」*382。ここで、フランス民法 699 条において、承役地の所有権者が土地の委棄によって解放されることを想定している義務は、フランス民法 698 条に基づく義務であり（前述、第 5 章 3 (a) (2) (α) 参照）、作為義務（前述、第 2 節 3 (a) 参照）である。すなわち、Acollas の理解によれば、物権に関する作為の obligation については、物権を負担する物の所有権者を受動的主体と解するのである。したがって、Acollas の理解において、物権の受動的主体は 2 類型あるのであり、受忍する obligation については、全ての者であり、作為の obligation については、当該物権の①対象としての objet である物の所有権者であることがわかる。

ここまで見たように、Acollas は、所有権や支分権たる物権も含めた全ての権利が、受動的主体 (sujet passif) を有すると解するところ、その根拠として、次のように述べる。「人だけが権利を有することができ、権利は、人と人との間に存在する必然的な関係から生じるのであって、物は権利の素材でしかありえない」*383。また、I. Kant の言葉を引用して、次のように述べる。「その地上でただ独りである者であったとしたら、（その者は）厳密には外在的な objet を何らその者のものとして有しまたは取得することはできないことになるのである」*384。すなわち、Acollas の理解によれば、物権であれ対人権であれ、人と人の間に存在する直接的な関係から生じるのである。そのため、Acollas の理解において、物権 (droit réel) と対人権 (droit personnel) とは、とりわけ受忍義務と不作為義務との構造を比較する限り、受動的主体が、全ての者であるか、特定の 1 人または複数人であるか、という違いしか生じないことになるのである。そこでは、objet たる物は、単なる素材 (matière) とされる。これに対して、これまでにみてきた、Duranton（前述、第 3 章第 2 節 3 (a) (2) 参照）、Toullier（前述、第 4 章 3 (a) (4) 参照）、および Demolombe（前述、第 5 章 2 (b) (2) 参照）の理解において、物権は、人と物との間の関係とされていたのであり、当該物についての直接的かつ中間者なき (directement et immédiatement)

*382 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.660. 原文は次のようなものである : *La servitude réelle oblige le propriétaire d'un héritage déterminé. D'où la conséquence que le propriétaire de l'héritage sur lequel porte la servitude, peut se libérer en abandonnant ce fonds.*

*383 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.524 註 1. 原文は次のようなものである : *Les personnes seules peuvent avoir des droits ; les droits résultent des rapports nécessaires existant entre les personnes ; les choses ne peuvent être que la matière des droits.*

*384 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.19. 原文は次のようなものである : *un homme qui serait tout seul sur la terre ne pourrait proprement avoir ou acquérir comme sien aucun objet extérieur.*

関係と表現され、すなわち、人的に定まる義務（obligation personnelle）を負う者が存在しない権利の類型であるとされていた。したがって、Acollas の理解は、物権に関して、人や物の結びつき方が異なっていることがわかる。この立場は、後に *personnaliste*（訳出するならば、法主体主義者となろう）と呼ばれる*385のものであり、Acollas はその先鋒の 1 人にあたるのである。

前述（第 5 章 2（b）（1）（β）参照）したように、Demolombe の理解によれば、およそ物権は受動的主体（*sujet passif*）が存在しない権利の類型であった。そのため、Acollas が、物権についても受動的主体（*sujet passif*）の存在を全般的に肯定する点は、Demolombe の理解と異なっていることがわかる。Acollas は、Demolombe の理解を変更しており、物権について対物的に服する者を、全ての者に拡張しているのであり、Demolombe の理解において物権を負担する物の所有権者と解された者は、単に物権を負担する者であって、かつ、無数に存在する受動的主体の 1 人であることになるのである。

また、Demolombe の理解において、物権を負担する物の所有権者が負う義務（*devoir*）は、一般法義務から帰結するものであって、物権自体の効果として生じるものではなかった。これに対して、Acollas の理解において、物権を負担する所有権者は、物権自体の受動的主体（*sujet passif*）なのであり、そのため当該受動的主体が物権に服する（*subir*）義務（*obligation*）は、物権自体の効果として生じるものとなる。したがって、Acollas の理解は、この点についても、Demolombe の理解と異なることがわかる。

さらに、Demolombe の理解において、*obligation* の語は、主として人的に定まる性質の *obligation*（*obligation personnelle*）を指していたのであり、物権、とりわけ支分権たる物権を負担する物の所有権者が、当該所有権から支分権たる物権が切り出されたことによって制約（*restriction*）を受けることを前提に、当該物権の行使を受忍し（*souffrir*）または容認する（*tolérer*）*devoir* は、一般法義務から帰結するものであるとされ、*obligation* とは区別されていた。これに対して、Acollas の理解において、物権の受動的主体（*sujet passif*）である社会的な集合体の全体（*collectivité sociale tout entière*）、すなわち、全ての者が、物権に服する（*subir*）義務は、*obligation* とされるのである。したがって、Acollas の理解は、この点についても、Demolombe の理解と異なるのである。

なお、Acollas は、このような物権を定義づける特徴について、何ら物権を定義づける特徴を支分権の概念から基礎づけていない。そのため、Acollas の理解は、この点でも、Demolombe とは異なっているのであり、物権を支分権の概念と密接に結びつけているわけではない。

*385 たとえば、Éric Meiller, *La notion de servitude*, thèse Lyon III, L.G.D.J., 2012, Nos. 69 et suiv., pp.129 et suiv.は、人格主義者（*personnaliste*）の代表的な主張者として、J. L. E. Ortolan、H. Michas、M. Planiol、G. Ripertなどを挙げている。

(2) 類型

Acollas は、このような理解に基づき、物権の類型として次のものを挙げる*386。すなわち、所有権 (le propriété)、人役権すなわち用益権や使用権 (les servitudes personnelles, usufruits et usage)、不動産役権 (les servitudes réelles)、動産質権 (le gage)、不動産質権 (l'antichrèse)、留置権 (le droit de rétention)、先取特権 (le privilège)、抵当権 (hypothèque)、占有 (la possession)、永小作権 (l'emphytéose) *387である。

また、Acollas は、占有について次のように述べる。「それは、何らの、所有権についての主張にも随伴され得ず、また、反対に、この主張を援用する。前者（所有権の主張を伴わない占有）においては、占有は事実でしかない。後者（所有権の主張を伴う占有）においては、あるいは、占有は所有権に有効に結合し、あるいは、分け隔てられる。もし占有が結合されるならば、占有は所有権に対応する事実である。もし占有が分け隔てられるとしても、占有は事実上、なお所有権を推定し、かつ、占有は同時に特殊の権利を構成する」*388。Acollas は、こうして構成された占有の権利 (droit de possession) につき、次のように述べる。「占有が、所有権またはその支分権の推定でしかないなら、占有は必然的に所有権またはその支分権らと同一の、物権の性質を有するのである」*389（傍点は柴田による）。したがって、Demolombe よりもはるかに詳細さに欠けるとはいえ、Acollas も、所有権に対する主張を伴うか否かによって、事実である占有と、物権たる占有を区別する点においては、Demolombe と共通する理解であることがわかる。

最後に、Acollas は、droit de superficie について、次のように述べる。「これは地上に限

*386 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.561.

*387 永小作権は、1790 年 12 月 29 日の法律によって現在でも認められていると解している。E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.564.

*388 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.563. 原文は次のようなものである : Elle peut n'être accompagnée d'aucune prétention à la propriété, ou, au contraire, impliquer cette prétention. Dans le premier cas, elle n'est *qu'un fait*. Dans le second, ou elle est effectivement jointe à la propriété, ou elle en est séparée. Si elle y est jointe, elle est *le fait* qui correspond au droit de propriété. Si elle en est séparée, elle n'en fait pas moins présumer le droit de propriété, et elle constitue en même temps *un droit spécial*.

*389 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.563. 原文は次のようなものである : *la possession n'étant qu'une présomption du droit de propriété ou de ses démembrements, elle a nécessairement la même nature de droit réel que la propriété ou ses démembrements.*

られた所有権の一種である。この新たな権利は、また、したがって、必然的に所有権と同一の物権の性質を有するのである。フランス民法 519、553、664 条が、その存在を確立している」*390*391。ここで、所有権の性質について、次のように述べる。「所有権は、権利と共に正反対のものを形成する物となった」*392。「フランス民法が、所有権をその objet と混同しているという観点を失わないことが重要であり、そういうわけで、所有権は、あるときは性質ゆえの不動産であり、あるときは用法ゆえの不動産である。すなわち、所有権は、あてはめられる objet ゆえの不動産では決してない」*393。すなわち、Acollas も、フランス民法典 518、519 条が、不動産の所有権を当該所有権自体の性質ゆえの不動産としているものと解釈しており、所有物と所有権との同一化の考え（前述、第 5 章 2 (b) (1) (α) 参照）を前提としていることがわかる*394。これに基づき、Acollas の理解によれば、フランス民法 553 条などから導かれる *droit de superficie* は、所有権の一種であり、不動産に関与するときには当該権利自体が性質ゆえの不動産（フランス民法 519 条）となるのである。したがって、Acollas は、所有物と所有権との同一化の考えを前提とする点や、不動産に関する *droit de superficie* を性質ゆえの不動産と解する点において、前述（第 5 章 2 (b) (3) 参照）した Demolombe の理解と共通するのであり、*droit de superficie* は、「地上物所

*390 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.563. 原文は次のようなものである : *C'est une sorte de droit de propriété limitée à la surface. Ce nouveau droit, aussi, a donc nécessairement la même nature de droit réel que la propriété. Les art. 519, 553, 664 en établissent l'existence.*

*391 E. Acollas (小島龍太郎訳) 『仏国民法提要 第五』(司法省、1884 年) 111 頁は、*surface* を「土地の上面」と約しているが、これでは地表面しか含まないかのような語弊がある。Acollas は、同箇所、地上の建物に附属するものに関するフランス民法 519 条を引用しているため、地上（地表から上方全て）を指すのであって、地表面に限る趣旨ではないと思われる。

*392 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.523. 原文は次のようなものである : *le droit de propriété est ainsi devenu une chose formant antithèse avec les droits.*

*393 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, pp.528-529. 原文は次のようなものである : *Il importe de ne pas perdre de vue que le Code Napoléon confond la propriété avec son objet; la propriété se trouve être ainsi tantôt un immeuble par nature, tantôt un immeuble par destination : elle n'est jamais un immeuble par l'objet auquel elle s'applique.*

*394 ただし、Acollas は、このような所有物と所有権との同一化の考えに沿って、所有権を有形の権利 (*droit corporel*) と為すことは拒んでいる。E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.523.

有権」との訳語を用いるべきであって、「地上権」（日本民法 265 条）とは異なることがわかる。ただし、Demolombe は、droit de superficie を真の所有権（un vrai droit de propriété）と理解していた。これに対して、Acollas は、droit de superficie を、所有権の一種（une sorte de droit de propriété）と述べており、所有権そのものとは差異を含みうることを示唆しているものであり、この点は、Demolombe と異なっていると言えよう。したがって、Acollas の理解によれば、droit de superficie は、真の所有権であって、支分権たる物権ではないのでありつつも、何らかの点において所有権と異なりうる余地のあるものと解されていることがうかがわれる。

(c) 物権の objet

ここまで見てきた物権を定義づける特徴のほかに、物権の objet は何かという点を明らかにすることによって、objet の概念が、物権の特徴を形成するか、という問題を取り上げることとする。

Acollas は、まず、全ての権利が有する要素に関連して、前述（（b）（1）参照）した箇所を改めて引用すれば、次のように objet の語を用いる。「あらゆる権利の要素は、次のようなものである。すなわち、1* 権利が帰する者、2* それを負う者、3* それ（権利）がかかわる物であり、換言すれば、全ての権利には次のものがある。すなわち、1* 能動的主体、2* 受動的主体、3* objet である」*395。また、権利と objet との関係について、財（bien）の理解に関連して、次のように objet の語を用いる。「正確な用語法において、……、権利そのもの以外に財は存在しない。……。権利を考慮しなければ、諸物そのものは、権利の科学に馴染みがなく、それら（諸物）は権利のあり得べき objet としてしか、属さない。……。権利は、ここで財であり、その objet は、いわば、財の形態でしかない」*396。「財は、権利と同一のものであることである、……」*397。すなわち、ここで、objet の理

*395 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.18. 原文は次のようなものである：Le éléments de tout droit sont les suivants : 1* Une personne à qui est dû le droit ; 2* Une personne qui le doit ; 3* Une chose sur laquelle il porte. En d'autres termes, il y a dans tout droit : 1* Un sujet actif ; 2* Un sujet passif ; 3* Un objet.

*396 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.522. 原文は次のようなものである：Dans une langue exacte, il n'y a,, d'autres biens que les droits eux-mêmes. ... Abstraction faite des droits, les choses en elles-mêmes sont étrangères à la science du droit ; elles n'en relèvent que comme objet possible des droits. ... Le droit, voilà le bien ; l'objet n'est, en quelque sorte, que la forme du bien

*397 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code*

解のために、簡潔に財の理解を整理すると、Acollas の理解によれば、objet である諸物 (les choses) は、厳密には財が示す形態 (forme) でしかなく、財ではない。正確には、財は権利そのものであるとされており、財 (bien) は、権利と同一のもの (identique) なのである。前述 (第 5 章 2 (b) (1) 参照) したように、Demolombe は、権利の objet となる有形物こそ狭義の財であり、権利そのものは (狭義の) 財ではない (le droit lui-même n'est pas un bien) と述べていた。また、そのような Demolombe の理解は、それ以前の者らとも共通していた (前述、第 5 章 2 (b) (1) 参照)。したがって、Acollas が、財を権利と同一のものと解する点は、Demolombe やそれ以前の Toullier までの各立場と異なるのであり、実際、Acollas は他の学説が権利の objet たる物を財と呼ぶことにつき、objet の正確な概念の全体像からほど遠い (il s'en faut de la totalité qu'elles aient cours) と評している *398。このことを踏まえた上で、これらの箇所における objet の意味を明らかにすると、Acollas の理解によれば、これらの箇所で用いられる objet は、いわゆる物権、すなわち、物についての権利 (droit sur une chose) に関するならば①対象としての objet であることがわかる。

このような理解に基づき、Acollas は、所有物と所有権との同一化の考えに関連して、所有権につき、次のように objet の語を用いる。「とりわけ所有権に関することがらにおいて、フランス民法典はそれをその objet と分離しなかったのであり……」 *399。また、広義の servitude について、次のように objet の語を用いる。「近代法の最も確実な方向性は、所有権を個人と同じく解放することであり、servitude は、人についても、その権利の objet である物についても、もう止めにして、現在のフランス社会においても、……、各自が結局、最も自ら妥協する気にならないことがらについての利益関心とは、固有の独立性についての利益関心なのである」 *400。用益権 (usufruit) に関連して、次のように objet の語を用いる。「実際、用益権者の権利は、物権であり、ここで、ある者が物権を有するときには、

Napoléon, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.559. 原文は次のようなものである : Les biens,, sont identiques avec les droits;

*398 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.523.

*399 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.523. 原文は次のようなものである : en ce qui concerne spécialement le droit de propriété, il ne l'a pas séparé de son objet,

*400 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.607. 原文は次のようなものである : la direction la plus certaine du droit moderne est d'affranchir la propriété comme l'individu ; plus de servitude, ni pour l'homme, ni pour les choses qui sont l'objet de son droit ; même dans la société française actuelle,, l'intérêt sur lequel chacun se sent en définitive le moins disposé à transiger est celui de son indépendance propre.

一般に、その者は自らこの権利の *objet* を為す当該物を使用収益するのであり、……」*401。さらに、不動産役権の消滅事由に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「それが、物についての権利に関し、もしその物が消滅するならば、その事実、当該権利そのものが、*objet* を欠いて消滅することを、必然的に課すのである」*402。抵当権 (*hypothèque*) に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「抵当権者の権利は結局はただ一つの権利に帰するのであり、それは抵当権を設定された *objet* (抵当目的物) の価格に対する権利である」*403 (傍点は柴田による)。これらの引用箇所において用いられる *objet* の語は、いずれも、①対象としての *objet* の意味を指すことがわかるのである*404。

もっとも、Acollas は、まず、広く権利の *objet* につき、次のようにも述べる。「権利の *objet* に関しては、それらはあるときは有形であり、あるときは無形である。子供の、認知される権利、教育を受ける権利は、いずれも無形の *objet* である。」*405。すなわち、Acollas が無形の *objet* をも一般的に想定していることをうかがうことができる。とはいえ、たしかに、この箇所で挙げられた無形の *objet* (*objet incorporel*) の例は、いずれも身分の権利 (*droits d'états*) であり、Acollas はこのような権利も (広義の) 物権 (*droits réels*) であると述べている*406が、これらはそもそも物についての権利 (*droit sur une chose*) の類型ではない。

*401 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.634. 原文は次のようなものである : Le droit de l'usufruitier est, en effet, *un droit réel*; or, lorsqu'une personne, a un droit réel, elle jouit, en général, par elle-même de la chose qui fait l'objet de ce droit;

*402 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.724. 原文は次のようなものである : Lorsqu'il s'agit d'un droit sur une chose, si la chose périt, le fait s'impose et forcément le droit lui-même périt faute d'objet.

*403 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.233 註 1. 原文は次のようなものである : Le droit hypothécaire se résout finalement en un seul droit, qui est le droit au prix de l'objet hypothéqué.

*404 その他、フランス民法 526 条に関して、E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.537 など多数。準用益権に関して、同書, p.616-618 など。

*405 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.525. 原文は次のようなものである : Quant aux objets des droits, ils sont tantôt corporels, tantôt incorporels. Le droit de l'enfant à être reconnu, son droit à être élevé, ont l'un et l'autre un objet incorporels. 同書, p.526 でも同旨を述べる。

*406 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.19.

しかし、実際、次に、Acollas は、物についての権利 (*droit sur une chose*)、すなわち、いわゆる物権に関しても、無形の *objet* を想定している。たとえば、役権の要役地を複数の共有権者が有する場合について、次のように *objet* の語を用いる。「全ての共有権者らは、その数が何人であろうが、彼らが、もともと決められていた、同一の場所を通して、同一の時間帯において、および同一の *objet* のためにしか行使することを主張しない限り、当該役権を行使する権利を有する」*407。「役権が、通行のように、不可分の行為にかかわる代わりに、承役地の砂を収取する権利のように、可分な行為を *objet* とするときには、収取されうるべきその実質的量が決められているか否かを区別しなければならない」*408。すなわち、これらの役権に関する引用箇所を用いられている *objet* は、いずれも②利益としての *objet* であり、無形の *objet* である。

なお、この他に、Acollas においても、次のように *objet* の語を用いる箇所がある。「ある土地の所有権者が、この土地の利便や利用開発のために、そこに付置した *objets* は、用法ゆえの不動産である」*409。すなわち、この箇所を用いられている *objet* の語は、単に物体を指すのである*410。

このように、Acollas は、物についての権利 (*droit sur une chose*)、すなわちいわゆる物権について、その *objet* として、①対象としての *objet* のほかに、少なくとも役権において見られるように、②利益としての *objet* を意味する、無形の *objet* を想定しているのであり、したがって、2種類の *objet* を想定していることがわかる。前述（第5章2（b）（1）参照）したように、Demolombe は、狭義の財として、物権の *objet* は、基本的に有形物を想定し

*407 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.722. 原文は次のようなものである : tous les copropriétaires, quel qu'en soit le nombre, ont le droit d'exercer la servitude, pourvu qu'ils ne prétendent l'exercer que par le même endroit, aux mêmes heures et pour le même objet, qui ont été originellement déterminés.

*408 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.722. 原文は次のようなものである : Lorsque la servitude, au lieu de porter sur un fait indivisible, comme le passage, a pour objet un fait divisible, par exemple le droit d'extraire du sable du fonds servant, il faut distinguer si la quantité des substances qui pourront être extraites a été déterminée.

*409 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.533. 原文は次のようなものである : Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés, pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination.

*410 その他、E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.534, p.536, p.626.など。

ていた。そのため、Acollas の理解は、この点に関して、Demolombe の理解と異なることがわかる。また、Acollas は、このような物権の objet に関して、支分権の概念と結びつけていないことがうかがわれる。そのため、Acollas の理解は、この点についても、Demolombe の理解と異なっていることがわかる。もっとも、Demolombe も、少なくとも役権に関しては、Toullier（第4章2（d）参照）などの理解と同じく、①目的としての objet と②利益としての objet の2つの種類の objet を想定していたのであり（第5章2（b）（1）参照）、その点では、Acollas は、Demolombe や Toullier と共通していることがわかる。

（d）所有権に課される制約（restriction）

Acollas についても、所有権に課される制約（restriction）の概念が、所有権、支分権や物権を関係づけるためにどのような役割を有するかという問題を取り上げる。まず、前述（（a）

（1）参照）したように、Acollas の理解において、所有権の支分権は、母体たる所有権を分解する（décomposer la propriété）ものであった。そのため、母体たる所有権は分解されたことによる制約（restriction）を受けることがわかる。実際、Acollas は、たとえば、支分権たる役権（前述、（a）（1）参照）について、次のように述べている。「役権は、……、個人の行為から生じる例外的な（所有権たる）権利の制約である」*411。

次に、Acollas は、所有権を支分権へと分解すること（décomposition）を伴わずに制約（restriction）が課された所有権を、限定された権利（droit limité）と呼ぶ*412。Acollas は、所有権が含むこのような制約（restriction）に含まれる例として、自然役権および法律上の役権すなわち、「《場所の自然の状況から生じる役権や法律上の役権》と不適切に名付けられている制約（フランス民法 640-686 条）」*413を挙げた上で、1 つ前に引用した箇所

*411 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.575. 原文は次のようなものである： *La servitude,, est une restriction de droit exceptionnel qui dérive du fait de l'individu.*

*412 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.575. なお、Toullier（前述、第2款（3）、参照）が囲障（clôture）、境界標（bornage）、互有権（mitoyenneté）を指して呼んでいた所有権の限界（limites de la propriété）とは、「所有地が終わる正確な地点を定める（déterminer le point précis où elle finit）」ものであり、所有権の制約（restriction）ではないものであった。これに対して、Acollas の limitation de la propriété は、所有権に課された制約（restriction）の一類型である。このように、limites、limitation という同根の語を用いているとはいえ、その指し示す内容が異なるため、Toullier において「限界」、Acollas においては「限定」と異なる訳語を充てることとした。

*413 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.575. 原文は次のようなものである： *Aux restrictions*

を改めて詳細に引用すれば次のように述べる。「所有権の限定、および、とりわけ役権の名を不適切に有する限定を、真の役権と混同しないことが重要である。所有権の限定とは、通則に基づき、すなわち、全て同一の状況において全ての所有権者について法律により課されている、所有権たる権利の制約である。役権は、対照的に、個人の行為から生じる例外的な（所有権たる）権利の制約である」*414（傍点は柴田による）。この箇所は、自然役権および法律上の役権の箇所（後述、3（b）参照）において再度触れることになるが、Acollas の理解によれば、所有権の限定（*limitation de la propriété*）の場合と、所有権から支分権たる物権を分解した（*décomposer*）真の役権（*véritables servitudes*）の場合とは、いずれも所有権たる権利の制約（*restriction*）である。したがって、Acollas の理解において、少なくとも役権に関しては、支分権の分解は、分解された母体たる所有権に制約（*restriction*）を生じさせるものであり、かつまた、所有権の制約（*restriction*）は、所有権から支分権が分解される場合の他にも存在していることがわかる。言い換えれば、Acollas の理解において、所有権に制約を課すものが、支分権たる物権であるか、それ以外の諸規定であるかは、当該制約が所有権を分解する（*décomposer*）ことによって所有権に課されたものか否かという点に応じて区別されるのである。前述したように、Pothier（第1章2（a）参照）の理解においては、実体的基礎（*fond*）を切り出されることによる制約（*restriction*）と、行使（*exercice*）の制約とを区別しており、Toullier（第4章2（b）参照）の理解においては、支分権の切り出しによる制約と、そうでない制約とを区別しており、これによって、支分権たる物権とそれ以外の諸規定とを区別していた。したがって、Acollas は、この点について共通していることがわかる。

また、前述（第5章3（b）（3）参照）したように、Demolombe の理解において、物権を負担する物の所有権が負う *devoir* は、母体たる所有権から支分権たる物権が切り出されたことにより制約（*restriction*）を受けることを前提に、当該物権の行使を受忍し（*souffrir*）または容認する（*tolérer*）ことについて負うものであった。そのため、当該物的に定まる性質（*réelle*）の *devoir* は、制約（*restriction*）の存在を前提としており、制約の存在と結びつけて理解されていた。これに対して、Acollas の理解において、物権に基づく *obligation*

si mal dénommées « servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux et servitudes légales. » (art. 640-686).

*414 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.575. 原文は次のようなものである：Il importe dès à présent de ne pas confondre les limitations de la propriété, et notamment celles qui portent improprement le nom de servitudes, avec les véritables servitudes. *La limitation de la propriété est une restriction du droit de propriété, d'après le droit commun, c'est-à-dire qui est imposée par la loi à tout propriétaire dans les mêmes circonstances ; La servitude, au contraire, est une restriction de droit exceptionnel qui dérive du fait de l'individu.*

に服する (subir) 受動的主体は、全ての者であるため、受忍義務に関する限り、当該物権に基づく obligation は、母体たる所有権が分解されたことによって制約 (restriction) を課されることから生じるわけではないのであり、それゆえ当該 obligation は、当該物権が分解された母体たる所有権に制約 (restriction) が課されることと結びついていない。そのため、Acollas の理解は、この点において、Demolombe の理解と異なっていることがわかる。

3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題

(a) 物権の負担を負う者 (物権の設定者) の義務

(1) 用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務

用益権の負担を負う所有権者が、大規模修繕 (grosses réparations) の義務を負うか否かという点に関して、Acollas は、まず、所有権者の状況 (situation) を、次のように説明する。「用益権者の権利に関することにおいては、虚有権者は用益権者が使用収益するに委ねなければならないだけである」*415 (強調は Acollas による)。また、用益権者について、次のように説明する。「フランス民法 600 条は、用益権者が、それらの物を現状において受け取ることを表明することによって始めており、このことが言わんと帰結することには、用益権は物権であって、(すなわち) 用益権者は疑いなく、自らその物を使用収益する権利を有するが、ただし、用益権者は所有権者に、その維持管理すべきことも、その物を良好な状態に戻すことすらも、強いることはできない」*416 (1 つ目の強調は Acollas による、2 つ目の傍点は柴田による)。すなわち、前述 (b) (1) 参照) したように、Acollas の理解において物権に服する (subir) ことは obligation であるとされるところ、Acollas の理解によれば、物権たる用益権 (usufruit) に服する所有権者 (虚有権者) が負う obligation は、用益権者が使用収益することに委ねる (laisser) ことのみであり、また、用益権者は所有権者に対して何らかの作為を要求することはできない。ここで、2 つ目の引用箇所によれば、Acollas の理解において、用益権者が、所有権者に対して、作為を求められないことの根拠は、用益権が物権であることによるとされているのである。また、Acollas の理解において、全物権支分権説に基づき、用益権 (usufruit) が支分権 (démembrement) たる物

*415 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.624. 原文は次のようなものである : *En ce qui concerne le droit de l'usufruitier, il n'a qu'à laisser jouir l'usufruitier.*

*416 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, pp.627-628. 原文は次のようなものである : *L'art. 600 commence par déclarer que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont; ce qui revient à dire que l'usufruit étant un droit réel, l'usufruitier a sans doute le droit de jouir de la chose par lui-même, mais qu'il ne peut forcer le propriétaire ni à l'entretenir, ni même à la lui remettre en bon état.*

権と解されることを考慮するならば、虚有権者の所有権は、用益権に該当する一部を分解され（切り出され）、失っているものであり、したがって虚有権者において用益権者が使用収益することに委ねる（laisser）こととは、虚有権者の所有権から分解され（切り出され）た当該用益権を用益権者が行使することを受忍することを意味することがわかる。

このような理解を踏まえて、Acollas は、用益権の負担を負う所有権者が大規模修繕の義務を負うことを否定し、その根拠について、次のように述べる。「用益権者の権利は、物権であり、そこで、ある者が物権を有するときには、その者は一般に、自らこの権利の objet を為す物を使用収益するのであるが、しかし、その権利の他に、その者は何ら人に要求すべきではないのである」*417。「私見において、たった 1 つの理由付けだけで、この議論全てを免れるに十分であり、この理由付けとは、繰り返すが、用益権は物権を構成するということである」*418（傍点は柴田による）。すなわち、Acollas の理解によれば、用益権の負担を負う所有権者が大規模修繕の義務を負わないことは、用益権が物権であることから直接、当然のこととして導かれることがらなのである。

前述したように、Toullier（第 4 章 3（a）（3）参照）の理解によれば、広義の servitude の一類型である用益権を負担する物の所有権者が、専ら受忍する義務を負う根拠は、広義の servitude に作為義務なしの考えにあったのであり、物権であることから必然的に導かれるものではなかった。これに対して、Demolombe（第 5 章 3（a）（1）（δ）参照）は、広義の servitude に作為義務なしの考えを引用しつつも、これと同様の帰結を、物権全般、少なくとも全ての支分権たる物権に拡張させた。すなわち、まず全て物権は受動的主体が存在しないとするを踏まえた上で、支分権たる物権の設定は、所有権の一部譲渡であって、所有権の同一の性質を有し、それらは別個かつ独立（distincte et indépendant）の権利となり、所有権者と支分権たる物権の権利者とは相互に他方に対して要求できないものであって、明文上の例外を除きいずれも、特有の物権から生じる物的に定まる性質の作為義務を負わないと解するのであった。次に、そこにおいてとりわけ支分権たる物権を負担する物の所有権者が、自己の所有権から切り出された支分権が行使されることを受忍する devoir を負うことは、一般法義務から帰結するとしたのである。これらと比較すると、

*417 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.634. 原文は次のようなものである：Le droit de l'usufruitier est,, un droit réel; or, lorsqu'une personne, a un droit réel, elle jouit, en général, par elle-même de la chose qui fait l'objet de ce droit; mais, en dehors de son droit, elle n'a rien à demander à personne.

*418 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.635. 原文は次のようなものである：Une seule raison suffit, à nos yeux, pour dispenser de toute cette argumentation; cette raison, c'est, nous le répétons, que l'usufruit constitue un droit réel.

Acollas は、最早「広義の servitude に作為義務なし」の考えを引用することすらせず、物権であること自体から、直接受忍する義務しか負わないことを導き出す。本来、Pothier の理解によれば、広義の servitude に作為義務なしの考えは、広義の servitude に固有の特徴とされていたはずであるところ、Acollas の理解によれば、その考えは全ての物権についてあてはまる特徴へとすり替えられているのである。

(2) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）

Acollas は、承役地の所有権者が、約定によって工作物の設置に関する義務を負担する場合（フランス民法 698 条）について、非常に手短かにしか言及しておらず、まず、フランス民法 698 条「これらの工作物は、役権の設立権原（証書）が反対のことを述べない限り、要役地の所有権者の費用において施されるのであり、承役地の所有権者の費用においてではない」（前述、第 2 章 3（a）参照）について、わずかに次のようにしか述べない。「この条文は、明白なことを確立している」*419。また、続くフランス民法 699 条「承役地の所有権者が、権原（証書）によって、その費用において、当該役権の使用または保存のために必要な工作物を設置するべく負担させられている（前条と）同一の場合においては、承役地の所有権者は、いつでもその承役地を要役地の所有権者に委棄して、その負担から解放されることができる」（前述、第 5 章 3（a）（2）（α）参照）についても、これらの 2 条が認める承役地の所有権者の作為義務の性質については、次のように述べるだけである。「費用を支払う obligation は、この場合においては、物的に定まる性質の負担の特徴を有し、役権の従たるものであって、承役地の所有権者が、その土地を委棄して解放されることができるのは、この理由によるのである」*420（強調は Accollas による）。すなわち、非常に簡潔ではあるが、Acollas の理解によれば、これらの 2 条が認める承役地の所有権者の作為義務は、役権の従たるもの（accessoire）であり、したがって、役権本体とは別のものであるが、対物的な（réelle）特徴を有するとされる。

前述（第 5 章 3（a）（2）（β）参照）したように、Demolombe の理解によれば、これらの 2 条が認める承役地の所有権者の作為義務は、本質的には人的に定まる性質の obligation（obligation personnelle）であると捉えつつも、役権の従たるもの（accessoire）と

*419 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.721. 原文は次のようなものである : Cet article consacre l'évidence.

*420 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.721. 原文は次のようなものである : L'obligation de payer les frais prend, dans l'espèce, le caractère d'une charge réelle, accessoire de la servitude ; c'est pour cette raison que le propriétaire du fonds servant peut s'en libérer en abandonnant le fonds.

なることにより、役権と同じく物的に定まる性質 (réelle) を帯びるものと解されていた。これらの点において、Acollas の理解は、Demolombe と比べると詳細さを欠くと言わざるを得ないとはいえ、Demolombe と類似していることがわかる。ただし、Demolombe は、主として人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) 、すなわち債務のみを obligation と呼び、また、フランス民法 698 条が承役地の所有権者に課す obligation は、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であると解していた。これに対して、Acollas は、物的に定まる性質の、物権に服する (subir) 義務も obligation と呼び、また、少なくとも明示的には、当該条文による obligation について、本質的に人的に定まる性質 (personnelle) のものとして述べていない。そのため、Acollas の理解においては、これらの 2 条が認める物的に定まる性質 (réelle) の obligation は、敢えて翻訳するならば「従物義務」であろう。

(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ

前述 (2 (d) 参照) したように、Acollas の理解によれば、自然役権および法律上の役権は、所有権の制約 (restriction) であるが、「不適切に名付けられている制約 (restrictions si mal dénommés)」なのであり、真の役権 (véritables servitudes) ではない。Acollas は、自然役権、法律上の役権、人為によって設けられる役権の 3 つを区別した上で、次のように述べる。「人為によって設けられるもの以外の不動産役権は存在しないのであって、……。この区分の前 2 者に関しては、それらは完全に役権の分野の外なのであり、それらは、語句の混同の帰結による位置づけしか有さなかったものであり、それはローマ法源に遡り、フランス古法は常に十分に (混同) しないよう気をつけては居なかったのである。現実には、これらの役権と称するものらは、真の役権のように所有権の通則についての例外を構成することからほど遠く、対照的にこの通則を形成しているのである。換言すれば、それらは、学説と正確な用法においては、所有権の限定なのである」*421 (強調は Acollas による)。すなわち、Acollas の理解において、所有権に制約 (restriction) を課す存在ではあるが、支分権たる物権である役権に該当しないこれらの諸規定は、所有権の限定 (limitations de la

*421 E. Acollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, pp.661-662. 原文は次のようなものである : Il n'existe d'autres servitudes réelles que celles qui sont établies par le fait de l'homme, ... Quant aux deux premières branches de la division, elles sont absolument en dehors de la matière des servitudes ; elles n'y ont pris place que par suite d'une confusion de mots, qui remonte au droit romain, et dont l'ancien droit français ne s'est pas toujours suffisamment gardé. En réalité, ces prétendues servitudes, loin de constituer, comme les véritables, des exceptions au droit commun de la propriété, forment au contraire ce droit commun. En d'autres termes, elles sont, dans une doctrine et dans un langage exacts, des limitations de la propriété.

propriété) と呼ばれる。また、Acollas は、これらの自然役権および法律上の役権、すなわち、所有権の限定 (limitations de la propriété) である諸規定が、物的に定まる性質 (réelle) の特徴 (caractère) を有するか、それとも Pothier が解したように obligation (ここでは、obligatoir personnel を意味する) しか構成しないか (Pothier の理解について、Acollas がここで述べるように解する余地があったことについては、前述、第 1 章 3 (b) 参照)、という問題を取り上げ*422、次のように述べる。「私としては、その科学的な理由付けは、これらの限定の物的に定まる性質の特徴のために好ましいという見解である」*423。すなわち、Acollas の理解によれば、自然役権および法律上の役権、すなわち、所有権の限定 (limitations de la propriété) である諸規定は、真の役権と同じく物的に定まる性質の特徴 (caractère réel) を有するが、それが所有権の通則 (droit commun) を形成するがゆえに、所有権の限定 (limitations de la propriété) なのである。

ただし、Acollas は、境界標 (bornage) および囲障 (clôture) に関する規定については、所有権の限定 (limitations de la propriété) の類型から除外すべきであるとして、次のように述べる。「実際、これらの規律は、所有権を限定しておらず、確立しているのである」*424。すなわち、Acollas の理解によれば、これらの類型は、所有権たる権利の制約 (restriction) に該当しないのであり、所有権の行使方法なのである。

このように、真の役権か否かを判断するために、所有権の通則を形成するか否かという基準を用いる点は、前述した Demolombe (第 5 章 3 (b) 参照) と共通する。また、Demolombe の理解において、所有権の通則とされた自然役権および法律上の役権は、さらに、袋地のための通行権を除けば、所有権の行使方法である類型であって、所有権に制約 (restriction) を課さないものと、所有権に制約 (restriction) を課す類型とに区別されていた。Acollas もまた、自然役権および法律上の役権の諸規定を、所有権の行使方法であって、所有権に制約 (restriction) を課さないものと、所有権の限定 (limitations de la propriété) であって、所有権に制約 (restriction) を課すものとに分けるのであり、この点で Demolombe の理解と共通することがわかる。

*422 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.662.

*423 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.662. 原文は次のようなものである : Nous sommes d'avis, pour notre part, que la raison scientifique est en faveur du caractère réel de ces limitations.

*424 E. Accollas, *Manuel de Droit civil commentaires philosophiques et critique du Code Napoléon*, t. I, 2e éd., Paris, 1874, p.663. 原文は次のようなものである : Ces règles, en effet, ne limitent pas le droit de propriété; elles le consacrent.

第2節 Obligation の理解の変更 : Baudry-Lacantinerie = Chauveau

1、domaine の語義

前述したように、Demolombe（第5章1参照）の理解において、domaine の語は土地または所有地しか意味しなかった。Acolas（第1節1参照）の理解においては、所有権または所有権の諸権利の意味において用いられる domaine の語が見受けられた。

Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、フランス古法の制度（前述、第1章1（a）および（b）参照）に関連して domaine の語を用いる場合*425を除き、domaine の語を所有権という意味においては用いていない。たとえば、Baudry-Lacantinerie は、次のように述べて、所有権を domaine direct と domaine utile とに区別することを拒む。「所有権たる権利の絶対的な特徴は、domaine direct と domaine utile という封建的な区別を却下することもまた可能とする」*426。また、所有権が含む諸権利の意味においても、わずかに、用益権者（usufruitier）が、用益権を課された所有地に附着する役権を行使できることに関連して、次のように domaine の語を用いるにとどまる。「用益権者に関しては、たとえその権利が一時的であるとしても、しかし、その権利は、農地賃借人の権利よりももっと広いのであり、その権利は所有権のあらゆる domaine utile を有するのであって、彼について（その要役地にあたる土地に附着した）役権の利益を享受することを拒絶することは、条文の余りにも狭い解釈であることになる」*427。すなわち、当該箇所における domaine utile は、本来所有権が含むべき使用収益権を意味しているのであり、domaine は所有権が含む諸権利を指すことがわかるが、所有権自体を意味するものではない。

Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、その他の箇所では、domaine の語につき、

*425 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.163, p.127, No.192, p.146 など。

*426 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.200, p.152. 原文は次のようなものである：
: Le caractère absolu du droit de propriété permet aussi de repousser la distinction féodale du domaine direct et du domaine utile.

*427 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.880, p.614. 原文は次のようなものである：
: Quant à l'usufruitier, bien que son droit soit temporaire, il a cependant plus d'étendue que celui du fermier; il a tout le domaine utile de la propriété et lui refuser le bénéfice de la servitude d'aqueduc serait une interprétation trop étroite du texte.

主として、次のような用法が見受けられる。まず、たとえば、対人権（droit personnel）の例として、次のように *domaine* の語を用いる。「私が、私の *domaine* 内の 500ha を含む N 区に有する土地 20ha を、あなたに売却し、あなたは、売買の履行において引渡されるべきその土地が、共通の合意により指し示されたときにしか、その所有者となることはできない」*428。用法ゆえの不動産である家畜などに関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「それゆえ、そこから帰結することには、これらの動物たちや農耕具らは、動産として、したがって土地から分け隔てられて、差し押さえられ得ない（フランス民事訴訟法 592-1 条）。もし、対照的に、これらの *objet* がそれらの動産たる物としての性質を保持するのであったならば、所有権の債権者らはそれらを動産として、したがって、当該土地と分け隔てられて、差し押さえられることになり、そういうわけで、当該所有者をその *domaine* を耕作することが不可能とさせることができかねないのである」*429。用益権（usufruit）に例として、次のように *domaine* の語を用いる。「遺言者は、次のように言うのである。すなわち、私は、私のどここの *domaine* の用益権を、1 人目に遺贈し、それからその者の死後は、2 人目に、その者の死後は 3 人目に…遺贈すると。これが順次の用益権の場合である」*430。これらの箇所において用いられている *domaine* の語は、土地または所有地を意味しているのである*431。また、たとえば、所有権がある土地の上方

*428 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.7, p.7. 原文は次のようなものである : je vous vends 20 hectares de terre à prendre dans mon domaine de N. qui en contient 500 ; vous ne deviendrez propriétaire que lorsque le terrain qui doit vous être livré en exécution de la vente aura été désigné d'un commun accord.

*429 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.58, p.56. 原文は次のようなものである : De là il résulte que ces animaux et ustensiles ne pourront pas être saisis mobilièrement par suite séparément du fonds (C. pr., art. 592-1^o). Si, au contraire, ces objets conservaient leur nature de choses mobilières, les créanciers du propriétaire pourraient les saisir mobilièrement, par suite séparément du fonds, et mettre ainsi le propriétaire dans l'impossibilité de cultiver son domaine.

*430 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.445, p.304. 原文は次のようなものである : un testateur peut dire: Je lègue l'usufruit de mon domaine de N. à *Primus*, puis à sa mort à *Secundus*, à la mort de celui-ci à *Tertius* ... C'est le cas d'un usufruit successif.

*431 その他、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.612, p.399, No.618, p.403, No.621, p.404, No.623, p.406, No.682, p.443, No.744, p.482, No.924, p.649 など。

にも下方にも及ぶことに関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「ある土地地面の所有権者の上空の *domaine* と地下の *domaine* の境界を定めるのは、垂直線（垂直方向を示す下げ振り）である」*432。この箇所における *domaine* の語は、対象物を指す点で所有地を意味する用語法と同様であるが、空間であるために、所有地ではなく所有空間を意味するものである。

このように、Baudry-Lacantinerie の理解において、*domaine* の語は、わずかに所有権を含む諸権利を意味する例があったものの、ほとんどの場合には、単に土地または所有地を意味するのである。その点では、前述（1 冒頭参照）した Demolombe の理解とほぼ共通することがわかる。

2、物権、支分権（*démembrement*）の定義、類型およびその特徴

（a）支分権の定義および類型

（1）類型

Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、支分権（*démembrement*）と物権との関係について、次のように述べる。「一般にある物について有しうる最も完全な物権は、所有権である。その他の物権らは、Demolombe が述べるように、所有権の支分権、裁断物でしかなく、実に言うべきは、所有権は全ての物権の総和でしかない」*433（傍点は柴田による）。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、全て所有権以外の物権は、所有権の支分権（*démembrement*）なのである。こうして、Baudry-Lacantinerie = Chauveau もまた、全物権支分権説を支持する立場であることがわかる。

なお、当該箇所において、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、このような全物権支分権説の立場を、Demolombe の立場と解していることがうかがえる。しかし、前述（第 5 章 2

（a）（3）参照）したように、Demolombe は、抵当権（*hypothèque*）、先取特権（*privilege*）および質権（*nantissement*）等について、少なくともこれらを支分権と解する立場に賛同していないのであり、純然たる全物権支分権説の立場と解することは困難であった。また、

*432 たとえば、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.331, p.235. 原文は次のようなものである：
: C'est le fil à plomb qui détermine les limites du domaine aérien et du domaine souterrain du propriétaire d'un fonds de terre. また、同様の用語法は、同書, No.337, p.239 でも見られる。

*433 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.195, p.149. 原文は次のようなものである：
Le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose est le droit de propriété. Les autres droits réels ne sont que des démembrements, des *cisaillements*, comme le dit M. Demolombe, du droit de propriété, qui n'est, à bien dire, que la somme de tous les droits réels.

たしかに、Demolombe は、自らの立場として、所有権は全ての物権の「一般的な源泉」(source générale)、「全ての物権の大きな貯水池」(grand réservoir de tous les droits réels)であると述べ、あるいは、「全ての物権が所有権から生じる」(tout droit réel dérive du droit de propriété)と述べていた。しかし、これらが支分権と同義であるかという点や、支分権と同義ではないならば、いかなることがらを意味するかという点は、明らかではなかった。そのため、Baudry-Lacantinerie = Chauveau が、当該引用箇所において、全物権支分権説を支持する立場として Demolombe に言及する点は、誤解と言わざるを得ない。もっとも、当該箇所において明示的に Demolombe に言及している点は、以下に述べる支分権の定義(2)参照)が、Demolombe の理解と多くの共通点を有する理由を説明するものと言える。

こうして全物権を支分権と解する、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、実際、様々な物権について、支分権(démembrement)であると明示している。たとえば、用益権(usufruit)、役権、抵当権(hypothèque)、永小作権(bail emphytéotique)を指す bail(後述、(b)(1)参照)について、次のように述べる。「処分する権利は、その物が余地のあるところのあらゆる法律行為を為す能力を含む。すなわち、全体または一部の、無償でのまたは有償での譲渡であり、所有権の支分権、(つまり)物権の設定であって、(たとえば、)用益権、役権、および、抵当権や、bail の譲与などである」*434。使用権(usage)について、次のように述べる。「要するに、使用権は、所有権の支分権なのである」*435。

(2) 定義

前述((1)参照)した当該引用箇所によれば、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、支分権を、母体たる所有権からの裁断物(cisaillements)であると捉えており、所有権から切り出された存在であると解していることがうかがえる。実際、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、用益権者が有する広義の servitude の確認を求める訴権(action confessoire)*436に関連

*434 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.205, p.156. 原文は次のようなものである: Le droit de disposition comporte la faculté de faire tous les actes juridiques dont la chose est susceptible: aliénation totale ou partielle, à titre gratuit ou onéreux; démembrement du droit de propriété, constitution d'un droit réel, usufruit, servitude ou hypothèque, concession d'un bail, etc. また、用益権(usufruit)については、同書, No.461, p.313.においても、支分権(démembrement)であると述べる。役権については、同書, No.211, p.159.においても、支分権(démembrement)であると述べる。

*435 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.865, p.597. 原文は次のようなものである: l'usage, après tout, est un démembrement de la propriété.

*436 なお、action confessoire は、通常は「役権確認訴権」と訳出される(たとえば、山口

して、次のように述べる。「用益権は、所有権の支分権として、切り出されるのであり、時効の他には、取得から生じる手段しか含まない」*437（傍点は柴田による）。

Baudry-Lacantinerie = Chauveau において、物権が、所有権から切り出された (*détaché*) ものと表現される箇所はわずかである。とはいえ、このように、支分権とされたものが母体たる所有権から失われていると解する点では、これまでに見てきた Pothier (第 1 章 2 (a) 参照)、Toullier (第 4 章 2 (a) (1) 参照)、Demolombe (第 5 章 2 (a) (2) 参照)、および、Acolas (第 6 章第 1 節 2 (a) (1) 参照) の理解と共通すると言える。

次に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、支分権たる物権の設定を、所有権の一部の譲渡 (*aliénation*) と捉えるか否かという点につき、前述 ((1) 参照) した箇所を改めて引用すれば、たとえば、所有権に本質的に属する能力と解する処分する権利 (*droit de disposition*) に関連して、次のように述べていた。「処分する権利は、その物が余地のあるところのあらゆる法律行為を為す能力を含む。すなわち、全体または一部の、無償でのまたは有償での譲渡であり、所有権の支分権、(つまり) 物権の設定、(たとえば、) ……」*438。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、所有権の支分権である物権の設定は、所有権の一部の譲渡 (*aliénation partielle*) の一例であることがうかがわれるのである。また、物権である役権が、原則としてその設定後に買い戻しする (*racheter*) ことができないことに言及するに際して、次のようにフランス民法 545 条を指摘する。「役権は、不動産物権を構成する。物権であるのは、それが土地または建物について、別の土地または建物のための負担において構成されるためである。そこから帰結することとして、とりわけ、承役地の所有権者は、役権を買い戻す権利を有さない。なぜなら、要役地の所有権者に対する買い戻しを課すなら、それは要役地所有権者の権利を収用することになりかねないからである。すなわち、これは、フランス民法 545 条が可能としない。」*439。すな

俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002 年) 13 頁。"action confessoire"の項目を参照せよ。)。しかし、この箇所では用益権をも含めた広義の *servitude* の存在の確認を求める訴権を指しているため、そのような訳語は差し控えることとした。

*437 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.549, p.359. 原文は次のようなものである: le droit d'usufruit,, qui se détache, comme un démembrement de la propriété, ne comporte, en dehors de la prescription, que des modes dérivés d'acquisition;

*438 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.205, p.156. 原文は次のようなものである: Le droit de disposition comporte la faculté de faire tous les actes juridiques dont la chose est susceptible: aliénation totale ou partielle, à titre gratuit ou onéreux; démembrement du droit de propriété, constitution d'un droit réel,

*439 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI)

わち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、支分権たる物権、少なくとも役権の負担を負う者は、原則として買い戻し (rechat) の権利を有しないのであり、その根拠は物権の一方的な買い戻しが、フランス民法 545 条に反するからである。ここで、フランス民法 545 条は、所有権に関する規定であり、次のように定める。「何人も、それが公益の原因 (事由) のためであり、かつ、正当かつ事前の損失補償と引換でない限り、その所有権を譲渡することを強いられ得ない」*440。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、所有権に関する本条の規定は、物権である役権についてもあてはまるのである。そうであれば、Baudry-Lacantinerie = Cheneau においても、支分権たる物権は、所有権の一部であると解されることに加え、母体たる所有権と同一の性質を有するもの解されていることがうかがわれるのである。

さらに、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、所有権者による、使用権 (jus utendi)、収益権 (jus fruendi)、処分権 (jus abutendi) の各行使は、所有権の行使の有用な属性 (attributs utiles de son exercice) であり、所有権に本質的に属する法性 (qualités inhérentes à ce droit) であるとされる*441 ところ、用益権や役権につき、次のように述べる。

「用益権は使用収益する権利であると、法律は言う。この droit de jouir の表現は、その物を利用する権利、(すなわち) jus utendi と、その果実を収取する権利、(すなわち) jus fruendi を包含しており、換言すれば、usus と fructus である。それがゆえの、用益権 (usufruit)、用益権者 (usufruitier) の名称なのである。したがって、所有権者には、jus abutendi しか残らない。すなわち、用益権とは使用権および収益権だが処分権はないのである。」*442。

Des biens, 3e éd., Paris, 1905, No.800, p.520. 原文は次のようなものである : La servitude constitue un droit *réel immobilier*. Un droit RÉEL, car elle consiste dans une charge sur un héritage au profit d'un autre héritage. Il s'ensuit notamment que le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit de racheter la servitude, elle, en imposant le rachat au propriétaire du fonds dominant, il l'exproprierait de son droit : ce que ne permet pas l'art. 545. また、買い戻しができないことについては、同書, No.803, p.522 でも言及される。ただし、約定によって買い戻しの権利を合意することは可能とされている。同書, No.1173, p.911.

*440 条文は次のようなものである : Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

*441 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.204 et s, pp.154 et s.

*442 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.434, p.297. 原文は次のようなものである : L'usufruit est le *droit de jouir*, dit la loi. Cette expression *droit de jouir* comprend le droit de se servir de la chose, *jus utendi*, et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi*, en d'autres termes, l'*usus* et le *fructus*; d'où les dénominations d'*usufruit*, *usufruitier*. Il ne reste donc nu propriétaire que le *jus*

「用益権は、使用権と収益権に及び、役権は使用権のみを割り当てする」*443。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、用益権は、所有権の行使の属性 (attributs) のうち、使用権および収益権を支分権として切り出したものであり、役権は、使用権のみを支分権として切り出したものである。したがって、物権、少なくとも用益権や役権は、所有権の属性 (attributs) の逸出として解されていることがわかるのである。

これらのことから、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、支分権たる物権は、所有権の一部を譲渡して設定されたものであって、すなわち、所有権の一部 (partie) であり、所有権の属性 (attributs) の逸出であるほか、母体たる所有権と、切り出された一部 (partie) である支分権とは、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) との関係であるものである。前述 (第5章2 (a) (2) 参照) したように、Demolombe の理解において、支分権 (démembrement) は所有権から、所有権の属性 (attributs) または要素 (éléments) の一部が、切り出された (détaché) ものであり、物権、少なくとも、支分権たる物権の設定は、所有権の一部譲渡であるとされ、所有権と支分権たる物権とは、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) との関係であるとされていた。したがって、支分権の概念の定義や、それを特徴づける特徴に関する Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解は、Demolombe の理解と共通していると言える。

(b) 物権の定義と類型

(1) 類型

前述 ((a) (1) 参照) したように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、全物権支分権説の立場をとるため、必然的に支分権に該当する類型と、物権に該当する類型は一致する。もっとも、支分権として例示された類型は、必ずしも物権の全類型を網羅しているわけではないため、ここで、改めて、物権と解される類型は何かという問題を取り上げることとする。

まず、前述した箇所 ((a) (1) 参照) によれば、物権の設定 (constitution d'un droit réel) として、用益権 (usufruit)、役権、抵当権 (hypothèque) や、bail を挙げていた。次に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、フランス民法 543 条が掲げ、別個独立の存在 (existence indépendante) を有する主たる物権 (droits réels principaux) の他に、債権に結びつけられる従たる物権 (droits réels accessoires) を指摘し、その例として上述した抵当権 (hypothèque)

abutendi : ususfructus est jus utendi et fruendi sed non abutendi.

*443 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.790, p.515. 原文は次のようなものである : L'usufruit porte sur le *jus utendi* et sur le *jus fruendi*, les servitudes réelles affectent le *jus utendi* seulement.

のほか、先取特権 (privilège) や質権 (droit de gage) を挙げている *444。

また、フランス民法典に明文が無かった永小作権 (bail emphytéotique) については、1902 年 6 月 25 日-7 月 4 日の法律によって設けられた特別法において物権であることが明文上定められた (同法 1 条)。この立法により、19 世紀に亘って続いた物権か否かという論争は終結したとされる *445。実際、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、自己の土地の上に建物を建築することを用益権者に認める場合に関連して、次のように述べる。「用益権者について採用される解決法は、土地の占有を与えられるあらゆる物権の権原者、(すなわち) 使用権者、永小作権者にも伸長されるべきことになる」 *446 (傍点は柴田による)。すなわち、永小作権もまた、物権であると解しているものであり、また、全物権支分権説の立場によれば所有権の支分権であると解していることがうかがわれる (前述、(a) (1) 参照)。

これに対して、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、占有 (possession) と droit de superficie については、所有権の支分権たる物権と解さない。まず、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、占有につき、次のように述べる。「一般に、しばしば、占有は物権として解されるべきか否か、という問題もまた生じた。当該論争は、大きな実務上の利益関心はなく、占有が単なる事実であるにせよ、または、それが権利であるにせよ、それがそれ自体として保護されていることおよびそれが重大な利益 (優位性) を生じることが確実である。それに関する規律は、その真の性質を探究する必要もなく、それが権利か事実かを知らなくても、明確な方法により定められているのである」 *447。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、占有は、それに結びつけられる法律上の効果が明確に定められている以上、権利、とりわけ物権か、それとも単なる事実か、とい

*444 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.188, p.143.

*445 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.189, pp.143-145.

*446 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.29, p.28. 原文は次のようなものである : La solution adoptée pour l'usufruitier devrait être étendue à tous les titulaires d'un droit réel investis de la possession du fonds, à l'usager, au bailleur emphytéotique.

*447 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.190, p.145. 原文は次のようなものである : On a souvent aussi agité la question de savoir si la possession devait être envisagée comme un droit réel. La controverse n'a pas un grand intérêt pratique; que la possession soit un simple fait, ou qu'elle soit un droit, il est certain qu'elle est protégée pour elle-même et qu'elle procure des avantages sérieux. Les règles qui la concernent sont fixées d'une façon précise, sans qu'on ait à rechercher sa nature véritable, sans qu'on ait besoin de savoir si c'est un droit ou un fait.

う判断をする必要を生じないのである。その上で、占有の態様につき、3つの類型を区別している。第一の類型として、所有権者が自己の所有する物を占有する場合について、次のように述べる。「所有権と占有との間には、権利と権利の行使との間に存在する違いがある。最も頻繁には、占有するのは所有権者であり、そのときは、権利の権原者がその権利を行使するのであり、その行為（事実）は当該権利と一致している」*448。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、所有権者が占有する行為は、その権利の行使として捉えられているのである。第二および第三の類型は、所有権者以外の者が他人の物を占有する場合であり、これらにつき、次のように述べる。「占有には2つの要素がある。すなわち、1* 事実であり、すなわち、事後的支配（corpus）であり、その物を一時占有すること、すなわち、その手中に有することからなる。さらに、一般にそれを、自ら、または、中間者、たとえば賃借人、使用借主、受寄者などによって一時占有するかは重要ではない。2* 自主占有の意思、animus、すなわち、所有権者の権原においてその物を有する意思（表示）であり、aminus rem sibi habendi または aminus domini である。現実的支配の事実なき自主占有の意図は、十分ではない。自主占有の意図なき現実的支配もまた十分ではない。すなわち、nuda detentio sine animo domini は、占有を、少なくとも possession civile、（すなわち）法学上の効果を産出する余地のある占有を構成しないのであり、単に possession naturelle または, détention しか構成しないのである」*449。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、第二の類型は、法学上の効果を生じる占有、possession civile であり、事後的支配（体素：corpus）と自主占有の意思（心素：aminus domini）とを具備するものである。第三の類型は、法学上の効果を生じない占有、possession naturelle または détention とされるものであり、事後的支配または自主占有の意思を欠くも

*448 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.230, p.175. 原文は次のようなものである：Il y a entre la propriété et la possession la différence qui existe entre le droit et l'exercice du droit. Le plus souvent c'est le propriétaire qui possède; alors le titulaire du droit exerce son droit; le fait est d'accord avec le droit.

*449 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.230, pp.175-176. 原文は次のようなものである：Il y a deux éléments dans la possession: 1° le fait, *corpus*, qui consiste à *détenir* la chose, c'est-à-dire à l'avoir sous sa main. Peu importe d'ailleurs qu'on la détienne par soi-même ou par intermédiaire, tel qu'un locataire, un emprunteur, un dépositaire; 2° l'intention, *animus*, c'est-à-dire la volonté d'avoir la chose à titre de propriétaire, *animus rem sibi habendi* ou *animus domini*. L'intention sans le fait ne suffit pas. Ni le fait sans intention: la *nuda detentio sine animo domini* ne constitue pas une possession, du moins une possession civile, susceptible de produire des effets juridiques, mais seulement une *possession naturelle ou détention*.

のである。前述したように、Toullier の理解（前述、第 2 節（2）（a）参照）によれば、占有は、所有権者が占有する権利（droit de posséder）と、所有権者以外の者が 1 年以上占有する場合における占有の権利（droit de possession）および、1 年に満たない占有（possession）とに分けられていた。前述（第 5 章 2（b）（3）参照）したように、Demolombe も、所有権者以外の者が占有する場合を 2 つに分け、所有権に対する主張を伴い、事実的支配（体素）および自主占有の意思（心素）を具備する possession civile と、所有権に対する主張を伴わない possession naturelle とを区別していた。Toullier（第 4 章 2（a）（2）参照）は、所有権者が占有する類型（droit de posséder）と、所有権者以外が占有する類型とに分けた上で、後者を、1 年を経過し、暫定的に法的保護を受けるもの（droit de possession）と、事実似すぎず保護を受けないもの（possession）とに分けていた。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、占有が事実か物権かという点についていずれかに位置づけることを避けているものの、所有権者が占有する類型と、所有権者以外の者が占有する類型とに分ける点で、Toullier や Demolombe の理解と共通しており、所有権者以外の者が占有する場合を事実的支配（体素）および自主占有の意思（心素）の具備の有無によって、法学上の効果を生じるもの（possession civile）と法学上の効果を生じないもの（possession naturelle）とに分ける点で、Demolombe の理解と共通していることがわかる。

次に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、droit de superficie について、次のように述べる。「ローマ法源は、フランス民法 553 条において今日定式化された推定についての例外を認めていなかったのであり、（ローマの）学者等は droit de superficie を、他人の物についての物権として検討していた。この権利の当該特徴は、今日、変容されたことが見出される。superficiaire は、単なる用益権を有するのではなく、実に所有権を有するものであり、したがって、この権利は、その性質上《恒久的》であり、役権との違いにおいて、その権利は不使用によっては消滅しない」*450（強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau による）。「droit de superficie は、同一の不動産を objet とするようと思われる 2 つの物権を接触させる。すなわち、実際、まず、地下物の所有権であり、それから、建物や地上物の所有権である。しかし、これらの権利の権原者は、不分割共有の状態にはない」*451（強調は

*450 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.341, p.241. 原文は次のようなものである：Le droit romain n'admettait pas d'exception à la présomption formulée aujourd'hui dans l'art. 553 et les jurisconsultes envisageaient le droit de superficie comme un droit réel sur la chose d'autrui. Le caractère de ce droit se trouve aujourd'hui modifié. Le superficiaire n'a pas un simple droit d'usufruit, mais bien un droit de propriété; par conséquent ce droit est « perpétuel » de sa nature, et, à la différence des servitudes, il ne s'éteint pas par le non usage

*451 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.343, p.242. 原文は次のようなものである：Le droit de

Baudry-Lacantinerie = Chauveau による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、droit de superficie は、所有権なのであり、とりわけある土地を、建物や地上物の所有権 (propriété des édifices et superficies) と、地下物の所有権 (propriété du tréfonds) との隣接する 2 つの物についての所有権に分けた場合の前者を指す権利なのであって、支分権たる物権ではないのである。したがって、このような Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解は、Demolombe (第 5 章 2 (b) (3) 参照) と共通するのであり、Acollas (第 6 章第 1 節 2 (b) (2) 参照) とともに基本的に共通することがわかる。こうして、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解においても、droit de superficie は、「地上物所有権」との訳語を用いるべきであって、「地上権」(日本民法 265 条)とは異なることがわかる。

(2) 物権の objet

Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、objet の概念を物権を定義づける特徴として理解する。そのため、物権の定義 (後述、(3) 参照) に先立ち、先にその objet の語が意味することからは何かという問題を取りあげることとする。

まず、財と物との関係について、次のように述べる。「フランス民法典は一定の物 (*in bonis alicujus*)、財という特別の名称を有することになる物のみに取り組んでいる」*452。「財を物と混同してはならない。すなわち、それらは、種類が類型と区別されるように、区別されるのであり、全て財は、実際、物であるが (*tous les biens en effet sont des choses*)、ただし、全ての物が財なのではない」*453。財と権利との関係について、次のように述べる。「資産は、債権と物権のみを包括し、たとえ全体が議論の余地のない有用性を示しているとしても、それ以外はないが、しかし、何らかの有用性 (だけ) では、ある権利が資産の構成要素たる一部となるには足らず、それ自体から直接的に金銭に評価可能な利益を惹起しなければならないのであり、資産は、言い換えれば、財しか含まない。ここで、よ

superficie met en contact deux droits réels qui semblent avoir pour objet le même immeuble: on trouve en effet, d'abord, la propriété du tréfonds puis celle des édifices et superficies. Les titulaires de ces droits ne sont pas cependant dans un état d'indivision: ... 同旨は、同書, No.201, pp.153-154 でも述べられている。

*452 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1, pp.1-2. 原文は次のようなものである: le code ne s'occupe que des choses qui, se trouvant *in bonis alicujus*, prennent la dénomination spéciale de BIENS.

*453 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.10, p.11. 原文は次のようなものである: Il ne faut pas confondre les biens avec les choses: ils s'en distinguent comme l'espèce se distingue du genre. Tous les biens en effet sont des choses; mais toutes les choses ne sont pas des biens.

り話を進めれば、金銭的価値の考えに帰着する余地のある権利しか、……、財ではない」
*454（傍点は柴田による）。「我々が物につき、中間者なく、すなわち、物権、*jus in re* の場合であれ、中間者を伴い、すなわち、対人権の場合であれ、有しうの権利しか、財ではない。したがって、諸物は、我々には、権利または財の、中間者なくまたは中間者を伴った、*objet* として見えるのであり、財そのものとして見えるのではない」*455すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、物（*chose*）である財と、権利である財とが存在し、物である財は、権利である財の *objet* となるのであって、この関係は、物権（*droit réel*）、*jus in re* の場合にもあてはまるのである。

Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、対人権（*droit personnel*）の *objet* について、次のように述べる。「権利の *objet* であり、物の給付のような積極的行為または、差し控えからなる。……。ある厳格な分析は、債権の正確なまたは真の *objet* は、決して物ではなく、行為または差し控えであることを論証している」*456。これに対して、物権（*droit réel*）の *objet* について、次のように述べる。「物権の固有かつ直接の *objet* は、有体物であり、物理的、物質的（素材的）な物であり、動産または不動産であって、……」*457。すなわち、

*454 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.2, p.3. 原文は次のようなものである : Le patrimoine n'englobe que les droits de créance et les droits réels et non les autres, bien que tous présentent une utilité incontestable ; mais il ne suffit pas d'une utilité quelconque, pour qu'un droit fasse partie intégrante du patrimoine, il faut qu'il procure directement et par lui-même un avantage appréciable en argent ; le patrimoine, en d'autres termes, ne comprend que des *biens* ; or, ainsi qu'on le dire plus loin, il n'y a de biens,, que les droits susceptibles de se ramener à l'idée d'une valeur pécuniaire.

*455 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.9, pp.9-10. 原文は次のようなものである : il n'y a de biens que les droits que nous pouvons avoir sur les choses, soit immédiatement, ce qui est le cas du droit réel, *jus in re*, soit médiatement, ce qui est le cas du droit personnel. Les choses nous apparaissent donc comme étant les objets directs ou indirects des droits ou biens et non comme étant les biens eux-mêmes.

*456 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.4, p.5. 原文は次のようなものである : l'objet du droit, qui consiste en un fait positif, comme la prestation d'une chose ou en une abstention., une analyse rigoureuse démontre que l'objet précis ou véritable du droit de créance n'est jamais une chose, mais un fait ou une abstention ;

*457 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.102, p.90. 原文は次のようなものである : L'objet propre

Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、対人権 (droit personnel) または債権 (droit de créance) は厳密には、行為 (fait) または差し控え (abstention) を objet とするものであるのに対して、物権は、物 (chose) を objet とするのであり、物権の objet となる物 (chose) は、物理的 (physique)、物質的 (素材的) (matérielle) な有体物 (chose corporelle) を指すのであって、行為や差し控えではなく、その物が提供する利便やその物が有する有用性でもない。したがって、これらの箇所 で用いられている物権の objet の語は、①対象としての objet であることがわかる。

このような理解に基づき、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、物権 (droit réel) に関して、次のように objet の語を用いる。たとえば、物権全般について次のように objet の語を用いる。「物権は必然的に物を objet とする。対人権は、物の給付であれ、別の作為であれ、不作為であれ、objet とすることができる」*458。「優先 (弁済) 権をもたらす物権は、さらに追及権も具備しており、それに基づき、その権利の権原者は所持者の手中に対して、その権利の行使に至るために、なんであれ、その権利の objet たる物を、追求することができるのである」*459。所有権について、次のように述べる。「所有権の一般的な効果、その属性ら、その能力らは、その権利の動産たるまたは不動産たる objet が何であれ、原則として同一である」*460。また、所有権に関しては、Demolombe (前述、第 5 章 2 (b) (1) (α) 参照) が述べていたことと同様に、フランス民法典は、所有物と所有権との同一化の考えを示していることに触れて、次のように objet の語を用いる。「所有権に関することにおいては、実に何百年もの伝統に基づき、なにせローマ法源にまで遡り、所有権が及ぶところの物そのものと混同されているようであり、そういうわけで、それらの物自体を、

et direct du droit réel est une chose corporelle, physique, matérielle, un meuble ou un immeuble;

*458 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.7, p.7. 原文は次のようなものである : Le droit réel a nécessairement pour objet une chose. Le droit personnel peut avoir pour objet soit la prestation d'une chose, soit un autre fait, soit une abstention.

*459 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.7, p.9. 原文は次のようなものである : Le droit réel qui entraîne le droit de préférence, est en outre armé du droit de suite, en vertu duquel le titulaire du droit peut poursuivre entre les mains du détenteur, quel qu'il soit, la chose objet de son droit, en vue de parvenir à exercer ce droit.

*460 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.204, pp.154-155. 原文は次のようなものである : Les effets généraux du droit de propriété, ses attributs, ses facultés, sont les mêmes en principe, quel que soit l'objet mobilier ou immobilier du droit.

それが所有権の *objet* である限り、財と解するに至らせた。これは、フランス民法 517 以下、および、我々が所有権を有するところの全ての不動産または動産たる物を、財として解している、528 条から帰結される。この混同は、所有権は人がある物につき有しうる最も完全な権利であるという理解において、正当化ではないにしろ、言い訳を見出す。なぜなら、この絶対で排他的な権利は、その物自体と同一視されうるからである」*461。droit de superficie に関して、次のように述べる。「droit de superficie は、それが及ぶところの同一の *objet* に基づく、特種の性質としての 1 つの所有権でしかない」*462。人役権および不動産役権（広義の *servitude*）について、次のように述べる。「人役権と不動産役権は、法典（の成立）以来、物を *objet* とする共通の特徴を有するのであり、……」*463。これらの引用箇所において用いられている *objet* の語は、いずれも①対象としての *objet* を意味することがわかる。

それでもなお、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、不動産役権について、フランス民法 686 条に関連して、次のように述べて、*objet* の語を用いる箇所がある。「役権が、人に対しても、人のためにも課され得ないという二重の規律が意味することには、すなわち、一方で、役権は、土地自体に課されるというよりは土地の所有権者の法性に於いてある人に

*461 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.9, p.10. 原文は次のようなものである : en ce qui concerne ce dernier, il paraît l'avoir confondu, d'après une tradition bien des fois séculaire, puisqu'elle remonte jusqu'au droit romain, avec la chose même sur laquelle ce droit porte et il a été ainsi conduit à considérer les choses comme les biens, en tant qu'elles sont l'objet d'un droit de propriété. C'est ce qui résulte des art. 517s. et 528 qui considèrent comme des biens toutes les choses immobilières ou mobilières sur les quelles nous avons un droit de propriété. Cette confusion trouve son excuse, sinon sa justification, dans cette considération que le droit de propriété étant le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, puisque c'est un droit absolu et exclusif, peut paraître s'identifier avec la chose elle-même. なお、同旨は、同書、No.103, p91 でも見受けられる。

*462 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.188, p.143. 原文は次のようなものである : Le droit de superficie n'est qu'un droit de propriété d'une nature spéciale, à raison de l'objet même sur lequel il porte.

*463 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.431, p.296. 原文は次のようなものである : Les servitudes personnelles et les servitudes réelles ont, depuis le code, ce trait commun d'avoir pour objet une chose ;

課されることになる利便を直接のかつ主たる objet とすることはできない」*464 (傍点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、役権は、土地自体に課された利便 (service) を objet とするのであって、人に課された利便を objet とするものではないのである。役権の権原の逸脱に関連して、次のように objet の語を用いる。「承役地の所有権者は、役権が過度であり、一定の制限に服しなければならないと主張するとき、連続した2つの問題を検証し解決しなければならない。まず第一に、その役権は、その objet 自体に従い、その行使される権利はそれが設定した権利であるか (という問題である)。この1つ目の問題は、何であれ損害の存在に関するあらゆる懸念を考慮に入れずに、解決する。これは、役権の拡張の場面であり、それは役権の権原者が譲与された利益 (優位性) を超えるときから存在し、かつ、たとえこの変革が何ら承役地に損害を生じないとしても禁じられなければならない」*465 (傍点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、この箇所においても、objet にしたがう、とは、役権の権原者が享受する利益が、譲与された利益 (avantages concédés) の範囲内であることを指すのであり、objet の語は利益 (avantage)、すなわち、役権が要役地の所有権者に付与する利便 (service) を指していることがわかる。したがって、これらの箇所で用いられる objet の語は、②利益としての objet であり、役権によって要役地の所有権者が享受する利益、すなわち、利便 (service) を指すのである。

このように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、対人権 (droit personnel) または債権 (droit de créance) は、それらを定義づける特徴として、行為 (fait) または差

*464 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1077, p.810. 原文は次のようなものである : la double règle que la servitude ne peut pas être imposée à la personne ni en faveur de la personne signifie : d'une part, qu'une servitude ne peut pas avoir pour objet direct et principal des services qui seraient imposés à une personne en qualité de propriétaire d'un fonds plutôt qu'au fonds lui-même ;

*465 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1133, p.865. 原文は次のようなものである : Lorsque le propriétaire de l'héritage assujéti soutient que la servitude est abusive et doit être soumise il certaines restrictions, il convient d'examiner et de résoudre successivement deux questions. En premier lieu, la servitude est-elle conforme à son objet même et le droit exercé est-il bien le droit qu'il avait constitué? Cette première question se résout, abstraction faite de toute préoccupation relative à l'existence d'un préjudice quelconque; c'est l'hypothèse d'une extension de la servitude, qui existe dès que le titulaire de la servitude dépasse les avantages concédés et qui doit être prohibée, alors même que cette innovation ne causerait aucun préjudice au fonds servant.

し控え (abstention) を objet とするのに対して、物権は、その特徴として、物理的 (physique)、物質的 (素材的) (matérielle) な有体物 (chose corporelle) を objet とする。したがって、基本的に物権の objet は、①対象としての objet を想定しているのである。しかし、それでもなお、少なくとも役権に関して、②利益としての objet の意味で用いられる場合があり、役権の objet は、役権の行使によって要役地の所有権者が享受する利便 (services) または利益 (avantage) を指す場合が見受けられる。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解においても、objet は、少なくとも役権において、2つの類型を想定し続けていることがわかる。

前述 (第5章2 (b) (1)参照) したように、Demolombe の理解によれば、権利である財は、有体物たる物である財 (狭義の財) を objet とすることに基づき、物権の objet は、基本的に有体物たる物であり、すなわち①対象としての objet のみが想定されていたが、なお、役権については②利益としての objet を認めていた。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解は、権利である財が、物である財を objet とする点、物権の objet は基本的に有体物たる物 (chose corporelle) であり、①対象としての objet を想定する点、および、それでもなお少なくとも役権について②利益としての objet を認めている点において、Demolombe の理解と共通しているのである。もっとも、Demolombe は、さらに、支分権たる物権について、物権が基本的に①対象としての objet を想定する点を、所有権の支分権である点に結びつけていた。これに対して、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、objet の概念を物権 (droit réel) や対人権 (droit personnel) を定義づける特徴としつつも、支分権の概念と結びつけるわけではなかった。

(3) 物権の定義

前述 ((2) 参照) したように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、物権を定義づける1つの特徴は、それが基本的に物理的 (physique)、物質的 (素材的) (matérielle) な有体物 (chose corporelle) を①対象としての objet として有することであった。このような objet の理解に基づき、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、物権 (droit réel) の定義について、次のように述べる。「物権とは、我々が物について直接かつ中間者なく有するものである。これは、物における権利、jus in re であり、Pothier が述べるように、この物が我々に少なくとも一定の観点において帰属することに基づくのである。これは、我々が、この物について、所有権、或いは用益権や役権のような、所有権の支分権を有することを意味している。その物は、人の行為および意思に直接的に服することになる。物権においては、2つの要素のみ見出される。すなわち、1* 人、すなわち、権利の能動的主体であり、権利の権原者であり、たとえば、所有権に於ける所有権者である。2* 権利の objet である物である」^{*466} (強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau による)。また、対人権 (droit

^{*466} G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI)

personnel) については、受動的主体 (sujet passif) を含む 3 つの要素が見出される^{*467}と述べた上で、次のように述べる。「一般にわかるように、対人権においては、権利の権原者と当該権利の objet との間に、物権においては遭遇しない中間的存在が存在する」^{*468} (傍点は柴田による)。さらに、具体的な権利の類型として、物権たる用益権 (usufruit) につき、次のように述べる。「用益権者は、そういうわけで、その物と直接かつ中間者なき関係に置かれ、それは物権の特有の特徴である」^{*469}。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、まず、物権は、その権利者が、物について直接かつ中間者なく (directement et immédiatement sur une chose) 権利を有する類型である。次に、このことは、物権が、物における権利 (droit dans la chose)、jus in re であることと同義である。さらに、物権がこのような特徴を有する根拠は、Pothier が述べるところの、この物が「少なくとも一定の観点で我々に帰属する」(前述、第 1 章 2 (b) 参照) ことであり、かつ、この一節は、物権が所有権の支分権であることと同義であるのである。そこで、以下では、これらの点を、2 つの問題とし、第一に、物権の権利者が、物について直接かつ中間者なく権利を有するとは、どういうことかという問題を取りあげ、その後、第二に、当該物権の特徴は、支分権の概念とどう結びつくかという問題を取り上げることとする。

(α) 直接かつ中間者なき権利

Des biens, 3e éd., Paris, 1905, No.3, p.3. 原文は次のようなものである : Le droit réel est celui que nous avons directement et immédiatement sur une chose. C'est un droit dans la chose, jus in re, en vertu duquel, comme le dit Pothier, cette chose nous appartient au moins à certains égards : ce qui signifie que nous avons sur cette chose ou un droit de propriété, ou un démembrement de la propriété, tel qu'un droit d'usufruit, de servitude. La chose se trouve soumise directement à l'action et à la volonté d'une personne. On ne trouve dans le droit réel que deux éléments : 1° Une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit, par exemple le propriétaire dans le droit de propriété ; 2° Une chose objet du droit.

*467 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.4, p.5.

*468 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.5, p.6. 原文は次のようなものである : On voit qu'il existe dans le droit personnel, entre le titulaire du droit et l'objet du droit, un intermédiaire qui ne se rencontre pas dans le droit réel.

*469 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.441, p.301. 原文は次のようなものである : l'usufruitier est mis ainsi en rapport direct et immédiat avec la chose, ce qui est le caractère distinctif du droit réel.

第一に、上記において引用した箇所に基づく、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、物権は、その権利者が物について直接かつ中間者なく (*directement et immédiatement sur une chose*) 権利を有するのであり、つまり、中間的存在 (*intermédiaire*) がないという特徴を有する。直前に引用した 3 つの箇所によれば、このことは、物権においては、能動的主体 (*sujet actif*) と *objet* という 2 つの要素しか見出されず、受動的主体 (*sujet passif*) という要素が見出されないことを意味するものとされている*470。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、物権が直接的かつ中間者なく (*directement et immédiatement*) 有する権利であることは、物権が受動的主体 (*sujet passif*) を有しないことと同義であることがわかる。

次に、受動的主体 (*sujet passif*) とはいかなる者を指すかという点が問題となる。前述した Acolas (第 6 章第 1 節 2 (b) (1) 参照) の理解において、物権を含む全ての権利は、能動的主体 (*sujet actif*)、受動的主体 (*sujet passif*)、および、*objet* の 3 つの存在を有するのであり、物権の受動的主体、すなわち、物権に服する者とは、社会全ての者である (ただし、後述 (c) (1) 参照) とされ、いわゆる *personnaliste* (法主体主義者) の立場の特徴を示していた。これに対して、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、物権について受動的主体の存在を認めておらず、このような *personnaliste* (法主体主義者) の立場に対する批判に関連して、次のように述べる。「かつて主張されたことに、物権は受動的な主体を有し、すなわち、その絶対的な特徴が全ての者に対抗可能であるところの権利を遵守すべく義務づけられた人間一般であるとされた。しかし、そこには表現の幻影の一種があるだけであり、実は、何らかの第三者の負担における *obligation*、(すなわち)、その者と物権の権原者との間の法的な結びつきは存在せず、したがって、そのような当該第三者を、この同じような権利 (物権) の受動的主体とみなすことはできない」*471 (傍点は柴田による)。

*470 なお、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.813, pp.532-533.では、用益権や役権について、人や土地を能動的主体 (*sujet actif*)、動産や土地または建物 (*héritage*) を受動的主体 (*sujet passif*) と表現する。しかし、これらの表現は、用益権 (*usufruit*) などの人役権と不動産役権とを対比するための比喩に過ぎず、役権に関して、本文で触れた意味において受動的主体 (*sujet passif*) の存在を肯定するものではない。

*471 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.3, p.4. 原文は次のようなものである : on a quelquefois soutenu que le droit réel avait un sujet passif, la généralité des l'hommes, obligés de respecter un droit dont le caractère absolu est opposable à toute personne ; mais il n'y a là qu'une sorte de mirage d'expressions ; à la vérité, il n'existe pas d'obligation à la charge d'un tiers quelconque, de lien de droit entre lui et le titulaire du droit réel, et l'on ne saurait regarder par suite le premier venu comme le sujet passif d'un semblable droit.

すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、物権が受動的主体 (sujet passif) を有しないことは、物権の権原者に対して obligation を負う第三者が存在しないことを意味するのであり、ここでいう obligation とは、それを負う第三者と物権の権原者との間の法的な結びつき (lien de droit) を指すのである。Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、このことを、用益権について、賃貸借契約と比較して、次のように具体化して説明する。「フランス民法 1709 条が述べることには、《賃貸借は、それによって、当事者の一方が、他方にある物を……使用収益させるべく義務づけられる契約である》と。そういうわけで、用益権者は使用収益する権利を有し、借地人は賃貸人に使用収益させるよう要求する権利を有するのである。したがって、賃貸人と賃借人との間には、使用収益する権利に関して、義務の結びつきがあり、それは虚有権者と用益権者との間には存在しないのである」*472 (強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、物権である用益権 (usufruit) とは異なり、債権である賃借権においては、賃貸人が賃借人に対して使用収益させるべく義務を負う (s'obliger) のであり、このように賃貸人が賃借人に対して義務を負う関係は、義務の結びつき (lien d'obligation) と呼ばれる。ここで、債権である賃貸借契約に基づいて、賃貸人が賃借人に対して負う義務 (obligation) とは、当然ながら債務を指す。そうであれば、物権には存在しないとされる中間的存在 (intermédiaire)、換言すれば、物権の権原者に対して obligation を負う第三者、すなわち、物権の権原者に対して obligation である法的な結びつき (lien de droit) を負う第三者とは、物権の権原者に対して、とりわけ、債務に該当する obligation を負う第三者を意味することがわかる。したがって、obligation の類型に関しては、後述 (3 (a) (2) 参照) することになるが、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、物権の権原者が、直接的かつ中間者なく (directement et immédiatement) 権利を有する特徴とは、obligation の内でもとりわけ債務たる obligation を負う者が存在しないことを意味するのである。

(β) 物権の特徴と支分権との関係

第二に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、物権が直前に述べたような特徴を有する根拠は、Pothier が述べるところの、この物が「少なくとも一定の観点で我々に帰属する」(前述、第 1 章 2 (b) 参照) ことであるとされ、かつ、この一節は、物権が所有権の支分権であることを意味するものとされているのである。その帰結として、

*472 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.441, pp.301-302. 原文は次のようなものである: « Le louage des choses, dit l'art. 1709, est un contrat par lequel l'une des parties S'OBLIGE à faire jouir l'autre d'une chose ... ». Ainsi l'usufruitier a le droit de jouir; le preneur a le droit d'exiger que le bailleur le fasse jouir. Il y a donc, entre le bailleur et le preneur, relativement au droit de jouissance, un lien d'obligation, qui n'existe pas entre le nu propriétaire et l'usufruitier.

Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、物権について、物権の権利者が、物について直接かつ中間者なく (*directement et immédiatement sur une chose*) 権利を有するという共通の特徴がある根拠は、物権が所有権の支分権であることにあることがわかる。また、このとき、物権が、所有権の支分権であることが、共通する特徴を有する根拠となる理由は、母体たる所有権と切り出された支分権たる物権とが、同一の性質を有する全体 (*tout*) と一部 (*partie*) との関係であることが前提とされているからにほかならないのである。そこで、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解と、Demolombe および Pothier の理解との異同を究明することとする。

まず、Demolombe (前述、第 5 章 2 (b) (2) 参照) は、一方で、物権について、それらの物権が所有権と同じく、直接的かつ中間者のない関係となるという共通の特徴を有することを指摘し、他方で、物権、少なくとも支分権たる物権が、このような共通の特徴を有することを、所有権と支分権たる物権とが、同一の性質を有すべき全体 (*tout*) と一部 (*partie*) との関係を有すること、すなわち、支分権であることから基礎づけていた。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、物権について、その権利者が、物について直接かつ中間者なく (*directement et immédiatement sur une chose*) 権利を有するという共通の特徴を有する根拠として、所有権以外の物権が所有権から生じる支分権であることを指摘し、さらに、所有権と所有権以外の物権とが、同一の性質を有する全体 (*tout*) と一部 (*partie*) との関係にあることを暗示している点は、Demolombe の理解と類似性を有することがわかる。ただし、前述 ((a) (1) 参照) したように、Demolombe は厳密には全て物権を支分権と解していたわけではなかった点で違いがあるのである。

もっとも、Pothier (前述、第 1 節 2 (b) 参照) の理解によれば、*droit à la chose, contre la personne*、つまり *jus ad rem* は、その効果として、ある物を権利者に帰属させるものであった。これに対して、物における権利 (*droit dans une chose*)、物において有する権利 (*droit que nous avons dans une chose*)、つまり *jus in re* は、我々がそれについて当該権利を有すべきところの物 (土地など) 自体に外ならないものであった。Pothier の理解において、物権 (*jus in re*) は、当該物を帰属させる必要がない点で、*jus ad rem* と異なるものとされていたのであり、このような意味において、一定の観点で自己に帰属するものとされていたのであって、これらの説明において、物権が所有権の支分権であることは持ち出されていなかった。また、Pothier は、所有権から切り出された支分権の例として、所有権者の作為義務を伴う土地ラントの権利 (*droit de rente foncier*) や、優越性による *domaine* (*domaine de supériorité*) としての領主の権利、たとえば、裁判の権利 (*droits de justice*)、なども挙げていたものであり、母体たる所有権と切り出された支分権とが同一の性質を有するものとは、述べておらず、そのような関係であると解されていることが見受けられる箇所は見当たらない。物権 (*jus in re*) を定義づける特徴と、支分権の概念とは結びつけられていなかったのである。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、Pothier が物権を、一定の観点で自己に帰属するものと述べることを、直ちに物権が所有権の支分権で

あることと同義であると捉える点は、Baudry-Lacantinerie = Chauveau が、Demolombe と共通または類似する理解に基づいて Pothier の記述を解釈したものであり、所有権と所有権から切り出された支分権とが、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) との関係であることを暗黙の前提としている点もまた、Baudry-Lacantinerie = Chauveau が、Demolombe と共通または類似する理解に基づいて Pothier の記述を補充的に解釈したものであることがわかる。

(c) 所有権の制約 (restriction) 、および、所有権の行使の限度 (limites)

Baudry-Lacantinerie = Chauveau についても、所有権、所有権に対する制約 (restriction) 、支分権たる物権などを関係づけるにあたり、制約 (restriction) などの概念がどのような役割を果たすかという問題をとりあげる。Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、所有権に課される制約 (restriction) と限度 (limites) という 2 つの概念について、次のように述べる。

「所有権が絶対的であるとしても、その能力が非常に広大だとしても、その属性が非常に拡張されているとしても、それでもなおいくつかの制約に取り巻かれているのであり、一般にそれはさらにその正当な行使の限度を定めることができる」*473 (傍点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、制約 (restriction) と限度 (limites) とは、区別される概念であることがわかる。そこで、以下、これらの 2 つの概念について、それぞれ指し示す内容とその例とを取り扱うこととする。

(1) 制約 (restriction)

Baudry-Lacantinerie の理解において、制約 (restriction) の概念が用いられる対象は、大別して 2 つある。すなわち、所有権から支分権たる物権が切り出された場合と、それ以外の法律の定めや規律による場合とである。

まず、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、所有権から支分権が切り出される場合について、役権を例として、所有権に本質的に属する能力の一部が時効にかかる可能性に関連して、次のように述べる。「所有権に本質的に属する能力の全て、その属性の全てとその権利そのものはその性質上、時効にかからず、……、さらに、第三者が継続的な使用によって、(または) 所有権としての、possession utile および十分に長く続く占有によって取得し、または、その支分権の 1 つ、たとえば、servitude が所有権に本質的に属する能力の 1 つを

*473 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.212, p.159. 原文は次のようなものである : Si absolu que soit le droit de propriété, si larges que soient ses facultés, si étendus que se trouvent ses attributs, il n'en est pas moins entouré de certaines restrictions et l'on peut fixer par ailleurs les limites de son exercice légitime.

制約するに至る、必要がある」*474（傍点は柴田による）。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、servitude に代表される支分権は、それが所有権から本質的に属する能力（*facultés inhérentes au droit de propriété*）、または、属性（*attributs*）（前述、（a）（2）参照）を切り出された母体たる所有権を制約する（*restreindre*）存在なのである。

Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、所有権から支分権が切り出されることによる制約の場合以外の、もう 1 つの場合について、法律（*lois*）や諸規律（*règlements*）による定めを挙げているフランス民法 544 条（前述、第 1 章 1（a）参照）の存在を次のように指摘する。

「フランス民法 544 条自体、所有権が服する余地のあるところの制約の存在を表明する気配りをしている。優越する秩序の利益関心、社会的、一般的または公的秩序の利益関心は、時折、所有権の絶対性のいくらかを従わせるのであり、所有権者に一定の行使の行為を禁じ、一定の条件において位置する財の一時占有者であるという事実のみによって、何かしらを為すこと、様々な義務を充足することを義務付けさえする」*475（傍点は柴田による）。Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、同内容を、当該引用箇所直後で、「所有権が一般的利益関心において服すべき犠牲の範囲（*l'étendue du sacrifice que la propriété doit subir dans l'intérêt général*）」*476（傍点は柴田による）と言い換える。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、これらの一般的利益関心（*intérêt général*）や公的秩序（*l'ordre public*）によって所有権に課される制約（*restriction*）は、犠牲（*sacrifice*）なのであり、支分権が切り出される場合と同じように、所有権は、それらの制約（*restriction*）がなければ

*474 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.211, p.159. 原文は次のようなものである： Toutes les facultés inhérentes au droit de propriété, tous ses attributs et le droit lui-même sont de leur nature imprescriptibles,; il faut encore qu'un tiers ait acquis par un usage continu, par une possession utile et suffisamment prolongée le droit de propriété, ou l'un de ses démembrements, une servitude, par exemple, venant restreindre l'une des facultés inhérentes au droit.

*475 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.212, p.159. 原文は次のようなものである： L'art. 544 lui-même prend soin d'annoncer l'existence de restrictions auxquelles le droit de propriété est susceptible d'être soumis. Des intérêts d'ordre supérieur, d'ordre social, général ou public, commandent parfois que l'on fasse plier quelque peu l'absolutisme du droit de propriété, que l'on interdise aux propriétaires certains actes d'exercice, même qu'on les oblige à faire quelque chose, à remplir diverses obligations, par le seul fait qu'ils sont détenteurs de biens placés dans certaines conditions.

*476 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.212, p.159.

当然に行使できることをなし得なくなるという帰結をもたらすものである。

したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解においても、制約 (restriction) は、所有権から支分権たる物権が切り出される場合のほかにも存在し、言い換えれば、物権による制約と、法律上の諸規定による制約とは、当該制約が支分権の切り出しによって生じるか否かという点によって区別されることがわかる。この点は、これまでの Pothier (第 1 章 2 (a) 参照)、Toullier (第 4 章 2 (b) 参照) および、Acolas (第 6 章第 1 節 2 (d) 参照) の理解と共通することがわかる。

(2) 限度 (limites)

制約 (restriction) が、所有権に犠牲 (sacrifice) を強いるものであるのに対して、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、限度 (limites) について、次のように述べる。「所有権は、法律によって、または、行政当局の規律によって課された諸制約に服するだけではない。その絶対的な特徴にもかかわらず、所有権は、さらにこの権利に本質的に属する能力の正当な行使を確保する合理的な限度に取り囲まれている。それは実は、最早、所有権に対する真の侵害には関係しないのであり、一般にそれに要求する犠牲ではないのであって、これらの限度はむしろ所有権の利益関心自体において定められているのであり、それらはその通常の仕組みを、その自然の行使を明確にし、他の所有権者のありうる営みに対する遵守を確保し、要するに、近隣の所有権者のそれぞれの関係において生じる余地のある私的秩序と私権との衝突を規律するのである」*477 (傍点は柴田による)。同箇所は、このことに加えて、次のように述べる。「私が私の所有権について求める遵守は、私を他人の所有権を遵守すべく義務づけるのであり、全ての権利が相関的なものとして devoir を有することは真実である。すなわち、そういうわけで、その物を好きに使用する権利は、必然的に近隣の者が、当人の所有権を使用収益する能力を委ねておく obligation によって限度を画されることになるのである」*478 (傍点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie

*477 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.215, p.162. 原文は次のようなものである : La propriété n'est pas seulement soumise à des restrictions imposées par la loi ou par les règlements de l'autorité administrative. Malgré son caractère absolu, elle doit encore être circonscrite en des limites rationnelles qui assurent le légitime exercice des facultés inhérentes à ce droit. Il ne s'agit plus, à vrai dire, d'atteintes véritables au droit de propriété: ce n'est plus un sacrifice qu'on lui demande; ces limites sont plutôt déterminées dans l'intérêt même de la propriété; elles ont pour objet de préciser son régime normal, son exercice naturel, d'en assurer le respect contre les entreprises possibles des autres propriétaires, de régler, en un mot, les conflits d'ordre privé et de droit civil, susceptibles de naître dans les rapports respectifs des propriétaires voisins.

*478 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI)

= Chauveau の理解によれば、限度 (limites) *479 とは、複数の所有権が、衝突 (conflit) し合い、接し合う場合に、何人も他人の権利を侵害してはならないという devoir から帰結する概念であり、具体的には、人がその所有する物を使用収益する権利を行使するときに、他人はその者が使用収益するに委ねておく obligation (obligation de laisser) を負うことから、その結果として当該 obligation に反しない範囲で定まる概念であって、所有権の犠牲 (sacrifice) ではなく、本来行使できる能力を失わせる概念ではない。ここで、devoir とは、所有権に限らず、およそ自己の権利を遵守されるのと同じく、他人の所有権を遵守すべきことを指すものであり、何人も他人の権利を侵害しないように自己の権利を行使すべき一般法義務を意味することがわかる。また、当該 devoir は、衝突し合い接し合う所有権について他人が有する所有権を使用収益するに委ねておく obligation (obligation de laisser) を導き、さらに当該 obligation が、所有権の限度 (limites) を導くのであって、所有権の限度 (limites) を画する規律が、当該 obligation を導くわけではない。したがって、ここで述べられた obligation の類型は、とりわけ所有権と所有権との関係について述べられているのであり、複数の所有権が衝突し、あるいは、接し合いさえすれば生じるものであって、所有権が制約 (restriction) を受けることを要しないのであり、まして、支分権たる物権が切り出されることによる制約 (restriction) を受けることは想定されないものであり、むしろ、いかなる制約 (restriction) から導かれるものでもない (なお、その他の obligation については、後述、3 (a) 参照)。そうであれば、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、所有権の限度 (limites) とは、所有権の行使方法を指すものにほかならないことがわかる。

このような考えに基づき、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、まず、自然役権および法律上の役権に関する規定を含むフランス民法第 2 卷、第 4 編の全般について、次のように

Des biens, 3e éd., Paris, 1905, No.215, p.163. 原文は次のようなものである : Le respect que j'exige pour ma propriété m'oblige à respecter celle des autres, tant il est vrai que tout droit a pour corrélatif un devoir: ainsi le droit d'user à son gré de la chose se trouve nécessairement limité par l'obligation de laisser au voisin la faculté de jouir aussi de sa propriété.

*479 なお、前述したように、Toullier (第 4 章 3 (b) 参照) が用いる limites は、所有地が終わる正確な地点を定める (déterminer le point précis où elle finit) ものであり、Acollas (第 6 章第 1 節 2 (d) 参照) が用いる limitation de la propriété は、所有権から支分権 (démembrement) を分解する (décomposer) 場合と同様に、制約 (restriction) であり、いずれも、Baudry-Lacantinerie = Chauveau が用いる limites, limitation と意味が異なっていることがわかる。そのため、Baudry-Lacantinerie = Chauveau が用いる limites, limitation については、限度、限度を画するものと訳すこととし、Toullier が用いる limites を限界と訳し、Acollas が用いる limitation を限定と訳したものと、それぞれ区別することとした。

述べる。「所有権の理論のいくつかの側面は、第2編の外で規律されたのであり、取得の方法が、第3巻の初めと、時効の最後の編において位置していることが見出されたのはそういうわけであり、さらに、立法者が役権の編において、むしろ、所有権者の権利をその近隣の者の等しい権利と調和させるための、所有権の行使の通常^レの限度を画するものや、隣接する所有権の各自の状態を定める目的において不可欠である制約、として検討されるべき、いくつかの規定を記したのも、そういうわけである」*480（傍点は柴田による）。さらに、自然役権および法律上の役権に関する諸規定（第2巻第4編第1章および2章）のうちのいくつかについて、次のように述べる。「相隣関係としての事実だけで、所有権者らの相互的な利益関心において、所有権に本質的に属する能力の行使についてのいくつかの限度^レを画するものを課す。この相互性の特徴は、……、それが専ら所有権自体を遵守させることや、近隣の所有権者のそれぞれの権利の間の衝突を規律することに関することを論証する。フランス民法は、これらの限度^レを画するもののいくつか、（つまり）最も通常で、最も不可欠ないくつか、一般的かつ一定不変的な適用であるものを、明示的な文言において定めたのであり、実際、servitude の編において書かれ、水の流れについて取られた予防策（フランス民法 681 条）、日当たりや観望の取り決め（フランス民法 675-681 条）、植栽のために遵守すべき距離制限（フランス民法 671-674 条）、一定の建設物について求められる距離や中間の工作物（フランス民法 674 条）に関する諸規定は、近隣の所有権者について、相互的に課された限定の必要性に立脚するのである」*481（傍点は柴田による）。

*480 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.196, pp.149-150. 原文は次のようなものである : certains côtés de la théorie du droit de propriété ont été réglementés en dehors du titre II; c'est ainsi que les modes d'acquisition ont trouvé place au début du livre III et au titre final de la prescription; c'est ainsi encore que le législateur a écrit dans le titre des servitudes certaines dispositions, qui devraient plutôt être envisagées comme des limitations normales de l'exercice du droit de propriété, des restrictions indispensables dans le but de fixer l'état respectif des propriétés limitrophes, de concilier le droit d'un propriétaire avec le droit égal de son voisin.

*481 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.216, p.164. 原文は次のようなものである : Le seul fait du voisinage imposer ... certaines limitations à l'exercice des facultés inhérentes à la propriété, dans l'intérêt réciproque des propriétaires. Ce caractère de réciprocité ... prouve qu'il s'agit uniquement de faire respecter la propriété elle-même et de régler le conflit entre les droits respectifs des propriétaires voisins. Le code a déterminé en termes exprès quelques-unes de ces limitations, les plus usuelles, les plus indispensables, celles qui sont d'une application générale et constante ; en effet les dispositions écrites au titre des *Servitudes*, concernant les précautions à prendre pour l'écoulement des eaux (art. 681), l'aménagement des jours et des

すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、少なくとも直前の引用箇所では、列挙された水の流れ (écoulement de l'eau)、日当たり (jours) や眺望 (vues)、一定のものの距離制限 (distance)、中間の工作物 (ouvrages intermédiaires) など、自然役権および法律上の役権に含まれる代表的な諸規定は、所有権の行使の限度 (limites) を画するものであり、すなわち、所有権の行使方法であって、所有権を制約する (restreindre) するもの、すなわち、所有権に犠牲 (sacrifice)、真の侵害 (atteintes véritables) を生じるものではないのである。

(3) 小活

このように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解においては、所有権に犠牲 (sacrifice) を強いるものである制約 (restriction) と、所有権の限度 (limites) を画するに過ぎず、すなわち、所有権の行使方法を明らかにするものであって、犠牲 (sacrifice) や真の侵害 (atteintes véritables) を生じないものとが区別されており、前者たる制約 (restriction) は、さらに支分権たる物権と、公的秩序 (l'ordre public) ・一般的利益関心 (intérêt général) による諸規定との 2 つに分かれ、後者たる限度 (limites) には自然役権および法律上の役権の章に位置づけられた諸規定の一部が該当することがわかる。

前述 (第 5 章 2 (d) および 3 (b) (2) 参照) したように、Demolombe は、制約 (restriction) の語のみを用いて、limites や limitation 等の語を用いていなかった。もっとも、Demolombe は、とりわけ公益 (intérêt public) に基づく制約 (restriction) を、所有権者の個別的な犠牲 (sacrifice individuel) として捉えた上で、所有権の行使方法であって、何ら制約 (restriction) を課さない類型、所有権の制約であるが、所有権の通則である類型、および、制約であって、支分権たる物権であるタイプの 3 つを区別して。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、所有権に犠牲 (sacrifice) を強いるものを制約 (restriction) と捉え、所有権に犠牲を強いないそれ以外のものと区別する点において Demolombe と共通しているのであり、さらに、所有権の行使方法であって制約 (restriction) を課さない、所有権の限度 (limites) の類型、所有権の制約 (restriction) であり、法律上の諸規定によって生じる類型、および、所有権の制約であり、支分権たる物権であるタイプの 3 つを区別する点においても、Demolombe と共通していることがわかる。Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、Demolombe の区別に基づきつつ、所有権の行使方法を意味する類型について、他人が他人の所有権を使用収益するに委ねておく obligation (obligation de laisser) から導かれる所有権の行使の限度 (limites) を定める規律として、限度を画するもの (limitation) と称しているのである。

vues (675-681), la distance à observer pour les plantations (art. 671-674), la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions (art. 674) reposent sur la nécessité des limitations réciproques imposées, aux propriétaires voisins.

3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題

(a) 物権を負担する物の所有権者の義務

前述（2 (b) (3) (α) 参照）したように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、物権 (droit réel) は、obligation のうちでも、とりわけ債務たる obligation を負う者が存在しない権利の類型であり、このことを指して、物権の権原者は、直接的かつ中間者なく (directement et immédiatement) 権利を有すると表現されていた。もっとも、前述（2 (c) (2) 参照）したように、所有権と所有権との関係においては、全て、衝突し合い、あるいは、接し合う所有権者は、何人も他人の権利を侵害しないように自己の権利を行使すべき一般法義務から帰結する、他人が他人の所有権を使用収益するに委ねておく obligation (obligation de laisser) を負うとされていた。そうであれば、所有権以外の、支分権たる物権についても、物権を負担する物の所有権者 (物権の設定者) が負うべき obligation が存在するか否かという点が、問題になる。そこで、この問題について、これまでと同様に、用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕と、役権の工作物に関するフランス民法 698 条とに関する理解を順に取り上げることとする。

(1) 広義の servitude に作為義務なしの考えの歪曲

前述（2 (b) (3) (α) 参照）したように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、用益権 (usufruit) の権原者と虚有権者 (nu propriétaire) との関係を、賃貸借に基づく賃借人と賃貸人との関係と比較することによって、直接的かつ中間者なき関係 (rapport direct et immédiat) という物権の特有の特徴 (caractère distinctif du droit réel) を説明していた。Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、これに続けて、用益権の負担を負う虚有権者について、次のように述べる。「賃貸人と賃借人との間には、使用収益する権利に関して、義務の結びつきがあり、それは虚有権者と用益権者との間には存在しないのである。虚有権者は、用益権者に関して、消極的 (受動的な) 役割しか義務づけられない。すなわち、虚有権者は、その使用収益の権利を妨げてはならず、しかし、彼は使用収益させるべく義務づけられてはいないのであり、そういうわけで、虚有権者は、用益権者がその物をそれが定められたところの使用法につき用いられるために、必要な修繕を為す義務を負わないことになる (フランス民法 600 条)。すなわち、作為ではないことにおいて義務を負うのであって、作為において義務を負うのではない、と。対照的に、賃貸人は、借地人に使用収益させるべく義務づけられるのであり、……。要するに、用益権者は、使用収益する物権を有し、借地人は対人権を有するのである」*482 (1 つ目の強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau

*482 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.441, p.302. 原文は次のようなものである : Il y a donc, entre le bailleur et le preneur, relativement au droit de jouissance, un lien d'obligation, qui

による、2つ目の傍点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、この引用箇所において説明された内容は、物権の特徴を説明しているのであり、したがって、用益権において債務たる obligation を負う者が存在しないことの他に、虚有権者が用益権者に対して消極的(受動的)な役割(rôle passif)しか義務づけられないこと、つまり、「作為ではないことにおいて義務を負うのであって、作為において義務を負うのではない」(Tenetur in non faciendo non in faciendo) *483 こともまた、物権の特徴である。しかし、Pothier(前述、第1章3(a)(1)参照)において、Delvincourt(前述、第3章第1節3(a)(1)参照)において、Duranton(第3章第2節3(a)(1)参照)において、および、Toullier(第4章3(a)(2)参照)において、これまでたびたび触れてきたように、この引用箇所と同旨を述べるローマ法源の法文「(広義の servitude の)性質は何かしらを容認するよう、または、しないよう強いることを構成するが、しかし何かしらをすることを強いることを構成するものではない((servitutum) non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut patiatut aut non faciat)」(D. 8, 1, 15, 1) (「広義の servitude に作為義務なし」の考えの根拠となる法文である)は、広義の servitude について述べた一節であって、物権一般について述べたものではなかった。Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、広義の servitude に作為義務なしの考えを、物権一般にあてはまる特徴へと広げているのであり、そこにおいて、明示的に servitude に言及するローマ法源の法文(D. 8, 1, 15, 1)は最早引用されず、その法文の一部の箇所を取り出して言い換えたラテン語風の表現(以下、作為義務なしのラテン語風の表現、とする)に置き換えられているのである。

前述したように、Demolombe(第5章3(a)(1)(β)参照)は、「広義の servitude に作為義務なし」の考えの根拠とされる法文(D. 8, 1, 15, 1)を引用しつつも、支分権の概念と結びつけることによって、この考えによるのと同様の帰結を、物権、少なくとも支分権たる物権全てにもたらしていたのであり、広義の servitude の固有の特徴から物権、少なくとも全ての支分権たる物権にあてはまる特徴へと広げていた。また、Acolas(第6章第1節3(a)(1)参照)は、最早ローマ法源の法文(D. 8, 1, 15, 1)を引用せず、物権であること自体から、用益権の負担を負う所有権者が受忍する義務しか負わないことを導き、

n'existe pas entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Le nu propriétaire n'est tenu que d'un rôle passif à l'égard de l'usufruitier: il ne doit pas entraver son droit de jouissance; mais il n'est pas obligé de le faire jouir; ainsi il ne sera pas tenu de faire les réparations nécessaires pour que l'usufruitier puisse employer la chose à l'usage auquel elle est destinée (art. 600). *Tenetur in non faciendo non in faciendo*. Au contraire, le bailleur est obligé de faire jouir le preneur,

En un mot l'usufruitier a un droit réel de jouissance, le preneur un droit personnel.

*483 なお、この表現は、前述の引用箇所以外に、G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.557, p.363, No.681, p.441.などの箇所においても、用益権について、繰り返し述べられている。

「広義の servitude に作為義務なし」という考えを、広義の servitude に固有の特徴から、全ての物権についてあてはまる特徴へ、つまり、Demolombe よりもさらに拡張されたものへとすりかえていた。ここにきて、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解は、このように Demolombe において広義の servitude から支分権たる物権全てへと拡張され、Acolas においてさらに全ての物権へと拡張された流れに沿っており、広義の servitude に作為義務なしという考えを、全ての物権にあてはめながら、その上でさらに、そのように全ての物権の特徴へと拡張された内容の根拠として、ローマ法源の法文 (D. 8, 1, 15, 1) から servitutum という主語を削ぎ落とし、かつ、要約した、「作為義務なしのラテン語風の表現」を提示しているのである。こうして、例えるならば、もともと A (広義の servitude) を対象としていた命題 B (D. 8, 1, 15, 1) は、Demolombe によって A' (少なくとも支分権たる物権全て) を対象とする命題 B に変更され、Acolas によって A'' (全ての物権) を対象とする命題 B' に変更され、さらに Baudry-Lacantinerie = Chauveau によって A'' を対象とする命題 B' (D. 8, 1, 15, 1 に類似した「作為義務なしのラテン語風の表現」命題) に置き換えられることになる。すなわち、当初の「A について B である」という命題は、「A'' について B' である」という別物にすり替えられ、あたかも全ての物権がローマ法源に由来する考えに基礎づけられた特有の特徴を有するかのような説明を下支えすることになるのである。

(2) 用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務

このような理解に基づき、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、虚有権者の大規模修繕をなす義務について、次の3箇所述べるように否定する。「虚有権者は、かくのごとく、用益権に服する物の引渡の後には、用益権者がその権利を使用収益することを妨げないことから構成される消極的(受動的)な obligation しか有しない(註3: 用益権者が虚有権者に大規模修繕を実施するべく強いることができないのはこのためである)。消極的(受動的)としても、この obligation は、重要な帰結を含むのであり、それは、虚有権者について、所有権に本質的に属するいくつかの能力の行使を取り上げる帰結を有する」*484 (傍点は柴田による)。「フランス民法 605 条 2 項が言うには、《大規模修繕は、所有権者の負担において止まる》と。そこから、虚有権者が、それらを為すことを義務づけられることが

*484 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.558, p.364. 原文は次のようなものである: Le nu propriétaire, comme tel, après la délivrance de la chose soumise à l'usufruit n'a qu'une seule obligation négative qui consiste à ne pas empêcher l'usufruitier de jouir de son droit (3). Bien que négative, cette obligation comporte d'importantes conséquences; elle a pour résultat d'enlever au nu propriétaire l'exercice de certaines facultés inhérentes au droit de propriété.

(3) C'est pourquoi l'usufruitier ne peut contraindre le nu propriétaire à effectuer les grosses réparations.

帰結されるか？一般には、そう主張され、しかし、私見では、誤りにおいてである。まずもって、この解決法は、用益権の開始時に必要であった大規模修繕に関して正当化することが不可能であるように思われる。なぜなら、フランス民法 600 条が述べることには、用益権者は、《それらの物をそれらがある現状において受け取る》からである。かつ、目下、もし所有権者が用益権の開始時に、その需要が感知されていたところの大規模修繕を為す義務を負わないならば、どうして、その期間中に亘って必要となる大規模修繕を為す義務を負い得ようか。フランス民法 605 条が述べることには、実に、これらの修繕は、所有権者の負担において止まるのであり、しかし、それによって、それは単に用益権は、大規模修繕に関することにおいては、所有権者の状況について何ら変更しないというこの考えを表明すると解しているのである。すなわち、以前と同様に以後、彼はそれら（大規模修繕）を、もし彼がそれらが為されることを欲するならば、為すべきことになるのである。なぜなら、用益権者は、そこで、義務を負わないからであり、しかし、以前と同様に以後、所有権者はそれらをして為さないことも自由である」*485（強調は、Baudry-Lacantinerie = Chauveau による）。「所有権者は、用益権者の使用収益させる義務を負わないのであり、単に使用収益するに委ねなければならないだけであり、作為ではないことにおいて義務を負うのであって、作為において義務を負うのではない。所有権者が、大規模修繕を為すべく義務づけられることは、この原則に違反するのである」*486（強調は、Baudry-Lacantinerie =

*485 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.681, pp.440-441. 原文は次のようなものである：« Les grosses réparations », dit l'art. 605, al. 2, « demeurent à la charge du propriétaire ». S'ensuit-il que le nu propriétaire soit obligé de les faire? On l'a prétendu, mais à tort, selon nous. Cette solution, tout d'abord, semble impossible à justifier relativement aux grosses réparations, qui étaient nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit; car l'art. 600 dit que l'usufruitier « prend les choses dans l'état où elles sont ». Et maintenant, si le propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations dont le besoin s'était fait sentir lors de l'ouverture de l'usufruit, comment pourrait-il être tenu de faire celles qui deviennent nécessaires pendant son cours? L'art. 605 dit, il est vrai, que ces réparations *demeurent à la charge du propriétaire*, mais par là il entend simplement exprimer cette pensée que l'usufruit ne change rien à la situation du propriétaire en ce qui concerne les grosses réparations : après comme avant, il faudra qu'il les fasse, s'il veut qu'elles soient faites; car l'usufruitier n'en est pas tenu; mais après comme avant il est libre de ne pas les faire.

*486 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.681, p.441. 原文は次のようなものである：Le propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, *tenetur in non faciundo non in faciundo*. C'est violer ce principe que d'obliger le propriétaire à faire les

Chauveau による)。また、フランス民法 607 条（前述、第 2 章 3 (a) 参照）に関する箇所においても、次のように述べる。「同条（607 条）は次のように意味するのである。すなわち、虚有権者も用益権者も、大規模修繕の義務を負わず、全体的な建設または、再建もまた義務を負わないのであり、D. 7. 1. 7. 2. の法文が表明するように、決して負わないのである」*487（傍点は柴田による。D. 7. 1. 7. 2 については、前述、第 1 節 3 (a) 参照）。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、用益権の負担を負う所有権者は、まずもって債務たる obligation は負わず、さらに大規模修繕のような作為からなる obligation もまた負わない。しかしそれでもなお、用益権の負担を負う所有権者は、用益権者がその権利を使用収益することを妨げないことから構成される消極的（受動的）な obligation（obligation négative）を負うのであり、当該 obligation は、所有権に本質的に属するいくつかの能力の行使を取り上げる帰結を有するとされる。前述（2 (c) (2) 参照）したように、衝突し合い、あるいは、接し合う所有権者が他の所有権者との関係で、何人も他人の権利を侵害してはならないという devoir、すなわち、一般法義務から帰結する、他人が他人の所有権を使用収益するに委ねておく obligation（obligation de laisser）の類型は、何ら所有権に犠牲（sacrifice）を強いるものではなく、所有権は制約（restriction）を被らないものとされていた。したがって、ここで、用益権の負担を負う所有権者が負うべき消極的（受動的）な obligation（obligation négative）は、いずれも他人の権利の行使を妨げないことを求める点において共通するとはいっても、明らかに所有権に制約（restriction）が課されることを想定している点において異なる obligation の類型として理解されていることがわかる。そこで、役権の承役地の所有権者に課される工作物に関する作為義務（フランス民法 698 条）の性質は何かという問題を取り上げるに先立って、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解における、obligation の類型と、それらの類型におけるこの消極的（受動的）な obligation（obligation négative）の位置づけとを取り上げることとする。

（3）物権を負担する物の所有権者が負う消極的（受動的）な obligation

前述（第 4 章 2 (a) (1) 参照）したように、フランス民法 686 条 1 項は、不動産役権が設ける利便（service）が、土地について、かつ、土地のために課されるものでなければならず、人について課されるものも、人のために課されるものも認められないという原則を打ち立てている。

grosses réparations.

*487 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.681, p.442. 原文は次のようなものである：L'article signifie : le nu propriétaire et l'usufruitier, qui ne sont pas tenus des grosses réparations, ne sont pas tenus non plus des réfections totales ou reconstructions, et il ne fait guère ainsi que traduire ce passage de la loi 7 § 2 D., *De usuf. et quem.*, VII, 1 :

まず、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、この原則について、次のように述べる。「この規定は、役権が、この法性において土地の所有者に課された人的に定まる性質の給付を構成することはできず、したがって、それは、その土地の所有者を止めれば、義務づけられることを止めることになり、新たな所有者が代わって義務づけられることになる。……。私は、私の有する利便を一定の期間について賃貸して（フランス民法 1780 条）、似たような義務負担を人的に定まる性質として契約することはできるが、私は物的に定まる性質として、すなわち、土地の所有者の法性において、したがって私とこの土地について私を承継する者について、それを契約することはできない」*488（強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau による）。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、ある義務負担（engagement）を契約するとき、ある者が、ある土地の所有者の法性において（en qualité de propriétaire d'un fonds）、かつ、当該法性における限りにおいて負担する義務は、物的に定まる性質として（réellement）負う義務であり、人について課される（imposé à la personne）義務、すなわち、いずれの土地の所有者であるかを何ら問題にすることなく、その者自身として負担する義務は、人的に定まる性質として（personnellement）負う義務である。この区分に基づき、役権は、物的に定まる性質（réelle）の義務負担を契約する類型に該当し、賃貸借（louage）は、人的に定まる性質（personnelle）の義務負担を契約する類型に該当するものとして捉えられていることがわかる。

次に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、このような物的に定まる性質（réel, réellement）と人的に定まる性質（personnel, personnellement）との区別を、obligation についてもあてはめる。たとえば、上述したフランス民法 686 条 1 項に関して、ある土地に、別の土地の所有者によって行使される産業上または商業上の利益関心において課される（imposée à un fonds dans l'intérêt de l'industrie ou du commerce exercés par le propriétaire d'un autre fonds）義務が、役権として課されたもの、すなわち、物的に定まる性質として（réellement）課されたもの、と解され得ない場合について、次のように述べる。「当該合意が、その土地自体についての利益、すなわち、商業上の利用開発の本質的な拠点や道具を得させるよりもむしろ、その職業・商売の行使をしやすくするために、売主を同業者との競合を避けさせる意

*488 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1073, p.805. 原文は次のようなものである : Cette disposition signifie que la servitude ne peut pas consister en une prestation personnelle imposée au propriétaire d'un fonds *en cette qualité*, de sorte qu'il cesserait d'en être tenu en cessant d'être propriétaire du fonds, et que le nouveau propriétaire en serait tenu à sa place. Je puis bien contracter un semblable engagement *personnellement*, en vous louant mes services pour un certain temps (art. 1780), mais je ne puis pas le contracter *réellement*, c'est-à-dire *en qualité de propriétaire d'un fonds*, par conséquent pour moi et pour ceux qui me succéderont dans le fonds.

図しか有しないか否かを見極めることが重要なのである。この場合においては、その権利は、不動産役権の名目を与えられ得ないのである。そういうわけで、買主に対して、この産出のための利用開発に従事している売主の同意なく売却地から鉱物の灰を持ち出す権利を禁じる条項は、買主の負担としての人的に定まる性質の obligation として分析されるべきである」*489（傍点は柴田による）。また、たとえば、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、用益権者が用益権の objet たる土地または建物に自ら役権を課す権利を否定するに際して、次のように述べる。「役権、（すなわち）不動産物権であり、不動産についての所有権の支分権を、設定するためには、先ず第一に、承役地の所有権を有しなければならない」*490（傍点は柴田による）。「用益権者に関しては、彼は、自ら進んで、厳密な意味での役権を同意することは決してできず、彼は所有権者ではなく、彼は当該不動産につき処分する権利を有しないのであって、一般に、当該不動産の使用収益のみに影響する、役権に類似した、一時的な物的に定まる性質の負担を同意する権利さえ彼に認めるべきではない。実際、不動産役権は、所有権の支分権であって、用益権の支分権ではないのであり、用益権の権原者は、人的に定まる性質の obligation を負うことしかできない」*491（傍点は柴

*489 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1076, p.809. 原文は次のようなものである : il importe, ... de voir si la convention n'a pas pour but de mettre le vendeur à l'abri de la concurrence d'un rival, de faciliter l'exercice de sa profession, de son commerce, plutôt que de procurer un avantage au fonds lui-même, c'est-à-dire au siège et à l'instrument essentiel de l'exploitation commerciale; en ce cas, le droit ne pourrait être concédé à titre de servitude réelle : ainsi la clause qui interdit à l'acquéreur le droit d'extraire du fonds vendu des cendres minérales sans le consentement du vendeur, qui se livre à l'exploitation de ce produit, devrait s'analyser en une obligation personnelle à la charge de l'acquéreur.

*490 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1096, p.826. 原文は次のようなものである : Pour constituer une servitude, droit réel immobilier, démembrement du droit de propriété sur les immeubles, il faut, en premier lieu, avoir la propriété de l'héritage servant.

*491 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1097, p.827. 原文は次のようなものである : Quant à l'usufruitier, il ne peut jamais, de son chef, consentir de servitudes réelles proprement dites, il n'est pas propriétaire et il n'a pas le droit de disposer de l'immeuble; on ne doit pas même lui reconnaître le droit de consentir des charges réelles temporaires, analogues aux servitudes, affectant seulement la jouissance de l'immeuble. La servitude réelle est, en effet, un démembrement de la propriété et non de l'usufruit, et le titulaire de ce droit ne peut qu'assumer une obligation personnelle.

田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、これらの箇所では言及された人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) は、いずれも買主や用益権者の名において負うものである。それらは、土地の所有権者としての法性において、かつ、その法性の限りにおいて、すなわち、物的に定まる性質として (réellement) 負う obligation と対置されることがうかがわれるのである。

前述 ((2) 参照) したように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、用益権の負担を負う所有権者が負う消極的 (受動的な) obligation (obligation négative) と、賃貸借における賃貸人が負う債務たる obligation とを区別していた。いましがた示したように、

Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、賃貸借は人的に定まる性質 (personnelle) の義務負担を契約する類型と捉えられていた。したがって、賃貸借契約に基づいて、賃貸人が負う債務たる obligation は、このような人的に定まる性質として (personnellement) と物的に定まる性質として (réellement) との区分によれば、賃貸人自身として負う人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であることになろう。これに対して、用益権の負担を負う所有権者が負う消極的 (受動的) な obligation (obligation négative) は、前述 ((2) 参照) したように所有権に本質的に属するいくつかの能力の行使を取り上げる帰結を有する (a pour résultat d'enlever... .. l'exercice de certaines facultés inhérentes au droit de propriété.) ものである。また、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、このような obligation を負う範囲について、次のように述べる。「用益権の遵守に限られた虚有権者の obligation は、この権利から解放されている物には関係しない」*492。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、用益権を負担する物の所有権者が負う消極的 (受動的な) obligation は、用益権に服する物の所有権に関する限りで課され、用益権を遵守し、その行使を妨げないことから構成される obligation なのであり、(所有権以外の) 物権の負担を負うことによって生じる obligation であり、その帰結として、用益権に服する物の所有権者である者が、所有権者である限りにおいてしか負わない obligation であることになる。したがって、人的に定まる性質として (personnellement) と物的に定まる性質として

(réellement) との対置に鑑みるならば、当該消極的 (受動的) な obligation は、物的に定まる性質 (réelle) の obligation として捉えられていることがわかるのである。

このような人的に定まる性質として (personnellement) と物的に定まる性質として (réellement) との区別、および、obligation の類型に関する理解に基づき、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、役権の負担を負う承役地の所有権者についても、用益権の負担を負う所有権者と同じく、次のように述べる。「役権は要役地の所有権者に、承役地の所有権者の給

*492 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.560, p.366. 原文は次のようなものである: L'obligation du nu propriétaire, limitée au respect de l'usufruit, ne concerne pas les choses affranchies de ce droit.

付を要求することを可能にしない。役権は、受動的な役割しか義務を負わない、すなわち、作為ではないことにおいて義務を負うのであって、作為において義務を負うのではないのである」*493（強調は、Baudry-Lacantinerie = Chauveau による）。また、役権は、物的に定まる性質（réelle）の義務負担を契約する類型と解されていたのであり、実際、次のように述べている。「役権は……誰であれ、承役地の所有権者により受忍されなければならない」*494。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、承役地の所有権者は、承役地の所有権者の法性において、かつ、所有権者の法性の限りにおいて、役権を受忍しなければならない。したがって、役権の行使を妨げないことからなる消極的（受動的）な obligation（obligation négative）を、物的に定まる性質として（réellement）、負うことがわかれるのである。

なお、前述（c）（2）参照）したように、所有権と所有権との関係において、何人も他人の権利を侵害してはならないという devoir、つまり、一般法義務から帰結するところの、所有権者が、他人が他人の所有権を使用収益するに委ねておく obligation（obligation de laisser）は、衝突し合い、あるいは、接し合う所有権から生じるものであって、物権の負担を負うことによって生じるものではない。しかし、当該 obligation もまた、衝突し合い、あるいは、接し合う所有権の①対象としての objet の所有権者であることによって負う obligation である。したがって、いましがた述べた人的に定まる性質として（personnellement）と物的に定まる性質として（réellement）との区別に基づくならば、物的に定まる性質として（réellement）に負う obligation であることになる。

（4）不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）

このような物的に定まる性質の（réelle）、かつ、消極的（受動的）な obligation に対して、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、前述（（1）参照）した「作為義務なしのラテン語風の表現」に基づき、少なくとも用益権や役権について、共通して、給付（prestation）、すなわち、作為をなす obligation を否定する。そのため、役権の行使のために必要な工作物について、承役地の所有権者が作為を為すべきことを約定することを認めるフランス民

*493 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.811, p.531. 原文は次のようなものである : le droit de servitude ne permet pas au propriétaire du fonds dominant d'exiger une prestation du propriétaire du fonds servant. Celui-ci n'est tenu que d'un rôle passif, *tenetur in non faciendo, non in faciendo*.

*494 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.815, p.533. 原文は次のようなものである : une servitude ... doit être soufferte par le propriétaire par le propriétaire, quel qu'il soit également, du fonds servant, ...

法 698 条および 699 条（前述、第 2 章 3（a）参照）に基づいて生じる obligation についても、次の 2 つの箇所のように述べて、真に物的に定まる性質（réelle）の obligation ではないと解する。「フランス民法 698 条から導くことは、承役地の所有権者は、役権の行使につき必要な工事を為すことについて、たとえば、通行役権が行使される道の維持管理をすることについて、この法性に於いて義務づけられ得るということである。ただし、ここで、述べたように、人的に定まる性質の給付は、……役権を構成せず、それらは従たるものでしかない。役権の義務を負うのは、土地なのであって、この土地の所有権者は、その行使を容易にすることについてのみ、一定の工事を為す義務を負っているのである。したがって、フランス民法 686 条 1 項と、698 条との間に矛盾はないのである」*495（1 つ目の強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau による、2 つ目および 3 つ目の傍点は柴田による）。「承役地の所有権者について、この法性において、その費用負担において役権の使用または維持のために必要な工作物を設置するという、設定権原によって課された obligation は、承役地に課された物的に定まる性質の負担であり、承役地と共に、承継されていく所有権者たちに移る。フランス民法 698、699 条は、それらの工事が必要である当時における要役地や承役地の所有権者を、一般的な方法で検討しており、その合意内に登場する（特定の）人たちについてではないのであって、これらの条文は、全て要役地の一時占有者たちのために、全て承役地の一時占有者たちに対して設けられた負担の物的定立性について何ら疑いを残さない。この負担が役権の一態様であると言い得たのは、このためなのである。… …。（ただ）もし物事の本質について言えば、これは真の物権ではない。承役地の所有権者は、義務づけられた土地または建物）の一時占有者に差し向ける義務を負う。これは、債権者と債務者を伴う対人権であるが、しかし、役権に溶接された権利であり、あらゆる変化に追随するのであり、その権利の能動的主体と受動的（主体）は、役権の行使について一組となった 2 つの土地または建物の所有権者と共に変化するのであり、……」*496（傍

*495 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1073, p.805. 原文は次のようなものである : il résulte de l'art. 698 que le propriétaire du fonds assujetti peut être obligé *en cette qualité* à faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple à entretenir le chemin par lequel s'exerce une servitude de passage. Mais ici, qu'on le remarque bien, la prestation personnelle ne constitue pas la servitude,; elle n'en est que l'accessoire. C'est le fonds qui doit la servitude, et le propriétaire de ce fonds ne s'engage à faire certains travaux que pour en faciliter l'exercice. Il n'y a donc pas antinomie entre l'art. 686 al. 1 et l'art. 698.

*496 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1131, pp.863-864. 原文は次のようなものである : l'obligation imposée par le titre constitutif au propriétaire du fonds servant, en cette qualité, de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, est une

点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、まず、役権が、それを負う者について、物的に定まる性質 (réelle) であること、すなわち、承役地の所有権者の法性において、かつ、その法性の限りにおいて義務づけることは、換言すれば、土地が義務を負うことであるとされる。また、フランス民法 698 条、699 条が認める約定に基づいて生じる作為の obligation は、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であって、役権とは別物であるものが、役権に溶接され (soudé)、すなわち、役権の従たるもの (accessoire) とされ、役権自体と同様に、承役地の所有権者の法性において、かつ、当該法性の限りにおいて、物的に定まる性質として (réellement) 作動するようになる結果として、物的に定まる性質 (réelle) の様相、つまり、物的定立性 (réalité) (第 1 章 2 (c) 参照) を呈するに過ぎないのである。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、フランス民法 698 条に基づいて生じる作為の物的に定まる性質 (réelle) の obligation は、訳語として「従物債務」の語を用いることが正確であると言えよう。

(5) 小活

ここまで見てきた Baudry-Lacantinerie = Chauveau の立場を、物権を定義づける特徴、および、obligation の類型という点について小活するならば、まず、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、obligation の類型として、ある人の名において負う人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) と、ある物が負い、換言すれば、当該物の所有権者が、所有権者の法性において、かつ、所有権者の法性の限りにおいて負う物的に定まる性質 (réelle) の obligation とを区別する (前述、(3) 参照)。

次に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解 (前述、2 (b) (3) (α) 参照) によれば、物権 (droit réel) は、その権利者がその①対象としての objet たる物について直接かつ中間者なく (directement et immédiatement sur une chose) 権利を有するという特徴がある。

charge réelle qui grève le fonds servant et passe avec lui à tous ses propriétaires successifs. Les art. 698 et 699, qui envisagent d'une façon générale les propriétaires des fonds dominant et servant, à l'époque où les travaux sont nécessaires et non les personnes mêmes qui ont figuré dans la convention, ne laissent aucun doute sur la réalité de la charge établie au profit de tous les détenteurs du fonds dominant à l'encontre de tous les détenteurs de l'héritage servant; c'est pourquoi l'on a pu dire que cette charge était une modalité de la servitude. ... Si l'on va au fond des choses, ce n'est pas un véritable droit réel; le propriétaire du fonds servant est tenu de s'adresser au détenteur de l'héritage assujéti; c'est un droit personnel avec un créancier et un débiteur, mais un droit soudé à la servitude, qui en suit toutes les fluctuations; les sujets actifs et passifs du droit varient avec les propriétaires des deux héritages accouplés pour l'exercice de la servitude; ...

ここにおいて物権について否定される中間者、中間的存在 (intermédiaire) とは、債務たる obligation、すなわち、対人的な obligation (obligation personnelle) を負う者を指していた。

さらに、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は (前述、(1) 参照)、本来は、広義の servitude について作為義務を否定していたローマ法源に由来する考え (広義の servitude に作為義務なしの考え) (前述、第 1 章 3 (a) (1) 参照) を、「作為義務なしのラテン語風の表現」によって全ての物権について作為義務を否定する "考え" に拡張させる。このとき、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、この "考え" によって、物権の負担を負う者の作為義務について、人的に定まる性質として (personnellement) 負うものを指すか、物的に定まる性質として (réellement) 負うものを指すかを、区別せずに否定する。

こうして、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解 (前述、(d) (1)、(2) 参照) によれば、物権に関しては、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) についても、作為の obligation についても否定される。もっとも、物権の負担を負う所有権者は、物的に定まる性質 (réelle) とされる obligation については負うのであり、少なくとも用益権や役権において、その権利の行使を妨げないことから構成される消極的 (受動的) な obligation (obligation négative) は、物的に定まる性質として (réellement) 負うものである。

これに対して、フランス民法 698 条、699 条が、役権の行使に必要な工作物について、約定によって、承役地の所有権者に課す作為の obligation (前述、(4) 参照) は、物権たる役権とは本来別物であり、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であるものが、物権たる役権の従たるもの (accessoire) とされることによって、物的に定まる性質として (réellement) 作動する作為の obligation の様相を呈するに過ぎないものとされる。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauvea の理解によれば、一方では、物権たる役権自体の内容として、承役地の所有権者が負うことになる作為の obligation は存在せず、「広義の servitude に作為義務なし」の考えから拡張された「作為義務なしのラテン語風の表現」に基づく "考え" は貫徹されている。また、他方では、フランス民法 698 条、699 条に基づく承役地の所有権者の作為の obligation は、役権の従たるもの (accessoire) となり、誰であれ承役地の所有権者がその法性において、かつ、その法性の限りにおいて負うのであって、すなわち、物的に定まる性質として (réellement) 作動するものであるから、人について課される義務、すなわち、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を禁じるフランス民法 686 条には抵触しないのであり、フランス民法 698 条、699 条は、原則を定めるフランス民法 686 条の例外ではないのである。

最後に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、衝突し合い、あるいは、接し合う所有権と所有権との関係において、何人も他人の権利を侵害してはならないという devoir、すなわち、一般法義務から帰結するものとして、それぞれの物の所有権者が物的に定まる性質として (réellement) 負う obligation を認める。しかし、当該 obligation は、一般法義務たる devoir から帰結する obligation であって、所有権の限度 (limites)、すなわち、所有権の行使方法を明らかにするに過ぎず、支分権たる物権が切り出されることによって所有権が受ける制

約 (restriction) に基づくものではないのである。

obligation の類型と理論構造

人的に定まる obligation 人が負う	作為義務 ↓	不作為義務	
物的に定まる obligation 物が負い、物の 所有権者が負う	物権の従たる 作為義務 仏民法698条	制約を帰結する 消極的 (受動的) obligation (obligation négative)	制約を帰結しない 所有権を使用収益するに 委ねておく obligation (obligation de laisser) ← 一般法義務 (devoir)

前述したように、まず、Duranton (第3章第2節3 (a) (2) 参照)、Toullier (第4章3 (a) (4) 参照) や Demolombe (第5章2 (b) (2) 参照) の理解においても、物権は、人的に定まる性質の義務 (obligation personnelle) を負う者が存在しない権利の類型であると解されていた。したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解は、この点について、Duranton、Toullier、および Demolombe と共通していると言えよう。

次に、Delvincourt、Duranton、Toullier の立場 (第4章3 (a) (5) 参照) においては、obligation は、人的に定まる性質 (personnelle) のものと物的に定まる性質 (réelle) のものとが区別されており、物的に定まる性質 (réelle) の obligation は、厳密には物が負うが、その物の所有権者が負うものと解されていた。ただし、物的に定まる性質 (réelle) の作為の義務は、「広義の servitude に作為義務なし」の考えに抵触するものであり、フランス民法 698 条に基づいて認められる例外であるとされていた。Demolombe (第5章3 (a) (3) 参照) は、原則として人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) のみを認め、物権を負担する物の所有権者が、その所有権から支分権たる物権が切り出されることによって受ける制約 (restriction) を前提に、当該支分権たる物権が行使されることを受忍し (souffrir)、または、容認する (tolérer) という、物的に定まる性質 (réelle) の義務は、一般法義務から導かれる devoir であると解することによって、obligation と区別していた。物的に定まる性質 (réelle) の obligation が原則として存在しないことから、当然ながら、本質的に物的に定まる性質 (réelle) の作為の obligation もまた存在しないものとされており、フランス民法 698 条に基づいて承役地の所有権者が負う作為の obligation は、物権たる役権の従たるもの (accessoire) となる帰結として、役権と同様に物的に定まる性質 (réelle) の特徴を呈する (revêtir le caractère) に過ぎず、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であって、役権において人について課された義務を禁じるフランス民法 686 条に抵触する例外であるとされていた。Baudry-Lacantienrie = Chauveau は、一方では、再び物的に定まる性質 (réelle) の obligation を認め、Delvincourt、Duranton、Toullier

の立場を引き戻す。すなわち、物権を負担する物の所有権者が、物的に定まる性質として (réellement)、消極的 (受動的) な obligation (obligation négatoire) を負うことを認める。しかし、他方では、本質的に物的に定まる性質 (réelle) の作為の obligation を認めておらず、フランス民法 698 条に基づいて承役地の所有権者が負う作為の obligation は、物権の従たるもの (accessoire) となる結果、物的に定まる性質として (réellement) 作動するに過ぎず、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であると解することで、Demolombe の立場と共通点を有する。このように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、Delvincourt、Duranton、Toullier の立場と、Demolombe の立場との、折衷的な立場を構築する。その上で、さらに、独自の立場に基づく 2 点の変更を加える。1 点目に、このように理解したフランス民法 698 条に基づく作為の obligation につき、フランス民法 686 条の原則との関係では、物的に定まる性質 (réelle) であると捉えながら、「広義の servitude に作為義務なし」の考えから拡張された「作為義務なしのラテン語風の表現」に基づく "考え" との関係では、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であって、役権とは別物であると捉えることで、巧妙にいずれにも抵触しないものと捉えるのである。2 点目に、Demolombe が一般法義務から帰結する物的に定まる性質 (réelle) の義務と解していた devoir について、その語の意味、それが果たす役割、および、その語が Demolombe の理解において指していた義務の理解の 3 つを全て変更した。まず、devoir の語の意味について、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、一般法義務自体を devoir と呼ぶ。次に、衝突し合い、あるいは、接し合う所有権と所有権との関係において、何人も他人の権利を侵害してはならないという一般法義務たる devoir は、他人はその者が使用収益するに委ねておく obligation (obligation de laisser) を導き、所有権の行使方法に関する諸規定を基礎づけるものとなった。最後に、Demolombe の理解において devoir が意味していた義務は、物権から生じる消極的 (受動的) obligation (obligation négatoire) となったのである。こうして、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、Demolombe とは反対に、obligation の類型を幅広く認め、同じく物的に定まる性質として (réellement) 負う obligation でありながら、(所有権以外の) 物権が存在するがゆえに課される物的に定まる性質 (réelle) の obligation と、所有権以外の物権を必要とせずに課される物的に定まる性質 (réelle) の obligation であって、所有権の行使方法を明らかにする諸規定を基礎づけるにとどまるものとを、obligation の類型の内に含めるのである。

(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ

前述 (2 (c) (1) 参照) したように、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、用益権 (usufruit) や役権に代表される所有権の支分権は、それらが切り出された母体たる所有権を制約する (restreindre) ものであり、所有権に犠牲 (sacrifice) を強いるものであった。これに対して、前述 (2 (c) (2) 参照) したように、自然役権および法律上の役権のうち、とりわけ、水の流れ (écoulement de l'eau) (フランス民法 681 条)、日当たり

(jours) や観望 (vues) (フランス民法 675-681 条)、距離制限 (distance) (フランス民法 671-674 条)、中間の工作物 (ouvrages intermédiaires) (フランス民法 674 条) などの諸規定は、所有権の行使の限度 (limites) を画するもの、すなわち、所有権の行使方法を明らかにするものであって、所有権に対する制約 (restriction)、(sacrifice) を生じないものであった。したがって、少なくとも、直前に列挙された、所有権の行使方法と解される類型は、所有権の支分権、すなわち、物権たる役権ではないものと解されていることがわかる。

実際、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、次のような見解について、「反論することが難しいように思われる (il nous semble difficile de répondre.)」*497 と述べる。「一般に言われることには、自然役権と法律上の役権は、真の役権ではない。なぜなら、それらはフランスの土地所有権の通則を構成するものであり、役権はこの通則の例外を想定するからである。……。ある土地が、自然役権や法律上の役権以外の役権を課されていないとき、所有権者は、それを譲渡するにおいて、あらゆる役権を課されていないことを宣言することを躊躇わない。実際、人為から生じる役権の他に、真の役権は存在しない。なぜなら、これらは土地所有権の通則の例外を構成する唯一のものだからである。」*498 (傍点は柴田による)。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、自然役権および法律上の役権は、ひとまずは、全般的に、所有権の通則 (droit commun) を構成するものであって、真の役権 (véritable servitude) ではないのである。

もっとも、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、このような自然役権および法律上の役権について、真の役権との間に一定の共通性を認める。まず、自然役権および法律上の役権に関する諸規定の一部について、次のように述べる。「何であれ、ここで、土地所有権に、それを規律することを意図して、課される様々な負担を役権 (自然または法律上の) と法性決定し、かつ、それらに Des servitudes ou services fonciers の表題において収容所を与えることで、我が立法者は、全てこれらの負担を物的定立性の同等の特徴を有するものと解し

*497 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.818, p.535.

*498 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.818, p.535. 原文は次のようなものである : Les servitudes naturelles et les servitudes légales, a-t-on dit, ne sont pas de véritables servitudes; car elles constituent le droit commun de la propriété foncière en France, et la servitude suppose une exception à ce droit commun. Quand un fonds n'est pas grevé de servitudes autres que les servitudes naturelles et les servitudes légales, le propriétaire, en l'aliénant, n'hésite pas à le déclarer libre de toute servitude. C'est qu'en effet il n'y a de véritables servitudes que celles qui résultent du fait de l'homme, parce que ce sont les seules qui constituent une exception au droit commun de la propriété foncière.

たことを、明確に証明した」*499（強調は Baudry-Lacantinerie = Chauveau による）。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、自然役権および法律上の役権のうち一部は、真の役権と共通して物的定立性の特徴 (*caractère de réalité*) を有し、かつ、所有権に課される負担 (*charge*) であり、所有権に課される別の存在である。したがって、これは、先ほど述べた所有権の行使方法を明らかにするに過ぎない所有権の行使の限度 (*limites*) を除いた諸規定を指すことがうかがわれる。

次に、とりわけ袋地状態 (*l'état d'enclave du fonds*) という原因 (事由) (*cause*) に基づく通行役権 (*droit de passage*) (フランス民法 682-685 条) について、当該通行役権は、袋地が非袋地化 (*cessaion d'enclave*) した場合でも存続するという立場に基づき、次のように述べる。「法律は、実を言えば、役権を設けるのではなく、法律は「役権への権利を」開き、その確立を主張する資格 (を与えるの) であり、法律はこの点に関して求められる条件を決めているのである。これらの条件が存在するとき、袋地の所有権者は彼に帰属する能力を利用しまたは利用しないことにつき自由なのであり、ただ、彼は尚、近隣の土地または建物についての役権は有さないのであって、役権自体、すなわち「役権としての権利」は、単に通行の基礎とその行使の方法が、合意によるまたは裁判所による規律の助けにおいて、または、時効の帰結として、定められた日に生まれるだけである。……。そういうわけで、役権への権利は法律により開かれたが、しかし役権は、規律または時効によって生まれるのであり、ひとたび設けられれば、当該役権は、人為による役権と同様に振舞うのであって、原則として恒久的に設けられるのであり、役権はフランス民法 703 条以下が規定する消滅事由のみに服するのであり、この一覧の中に、非袋地化は見当たらないのである。フランス民法 682 条の資格への途を開く原因 (事由)、すなわち、土地の袋地状態とその緊急の需要は、疑いなく変わりうるものであって、その原因 (事由) は消滅するが、しかし、役権が生まれたらどうなるか？ 最早フランス民法 682 条は援用され得ないが、ただし、袋地 (だった土地) の所有権者は最早この条文に頼る必要はない。なぜなら、役権は (既に) 設けられ、定められているからである。」*500 (1~3 つ目の強調は

*499 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.818, p.535. 原文は次のようなものである : Quoi qu'il en soit, en qualifiant de *servitudes* (naturelles ou légales) les différentes charges qu'il impose ici à la propriété foncière, en vue de la réglementer, et en leur donnant asile dans le titre *Des servitudes ou services fonciers*, notre législateur a prouvé clairement qu'il considérait toutes ces charges comme ayant un égal caractère de *réalité*.

*500 G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, (t.VI) *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, No.1050, pp.787-788. 原文は次のようなものである : La loi ne crée pas, à vrai dire, la servitude; elle ouvre « un droit à la servitude », la faculté d'en réclamer l'établissement, et elle détermine les conditions requises à cet égard; lorsque ces

Baudry-Lacantinerie = Chauveau による、4 つ目の傍点は柴田による）。すなわち、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解によれば、自然役権および法律上の役権の種類のうち、少なくとも袋地状態 (l'état d'enclave du fonds) に基づく通行役権の場合において、法律の規定に基づいて成立した役権そのものは、人為によって設けられる役権と同様に作動し、同一の効果を生じるのである。

前述したように、Duranton (第3章第2節3 (b) 参照) や Demolombe (第5章3 (b) (2) 参照) は、真の役権か否かを判断するために、所有権の通則 (droit commun) を形成するか否かという基準を用いており、自然役権および法律上の役権は、一般的には、所有権の通則の形成する規律であって、真の役権 (véritable servitude) ではなかった。これらは、Duranton の理解によれば、一般的には、所有権の行使方法 (modes d'exercice du droit de propriété) であり、Demolombe の理解によれば、一般的には、所有権それ自体に本質的に属する (inhérentes au droit de propriété lui-même) ものであった。もっとも、両者とも、袋地に基づく通行役権については、ひとたび成立した後は、人為によって設けられた役権と同一の効果を生じ、非袋地化 (cession d'enclave) によっては消滅しない、と解していた。

したがって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、所有権の通則 (droit commun) を形成するか否かという基準によって、自然役権および法律上の役権が真の役権 (véritable servitude) ではない、と理解する点や、袋地に基づく通行役権について、真の役権たる人為によって設けられた役権と同一の効果を生じ、非袋地化 (cession d'enclave) によっては消滅しないと解する点において、Duranton や Demolombe の立場と共通することがわかる。また、前述 (2 (c) (3) 参照) したように、自然役権および法律上の役権を、①所有権の行使方法、すなわち、所有権に制約 (restriction) を課さない類型と、②所有権に制約を課すものの、通則である類型と、最後に③所有権に制約を課し、支分権たる物権である類型との3つを

conditions existent le propriétaire du fonds enclavé est libre d'user ou de ne pas user de la faculté qui lui appartient, mais il n'a pas encore de servitude sur l'héritage voisin; la servitude elle-même, « le droit de servitude » naît seulement le jour où l'on a déterminé l'assiette du passage et son mode d'exercice, soit à l'aide d'un règlement conventionnel ou judiciaire, soit comme conséquence de la prescription. ... Ainsi le droit à la servitude est ouvert par la loi, mais la servitude naît d'un règlement ou de la prescription; une fois créée, elle se comporte comme les servitudes du fait de l'homme; établie, en principe, à perpétuité, elle est soumise aux seules causes d'extinction que prévoient les art. 703 s., et dans cette liste ne figure pas la cessation de l'enclave. La cause qui donne ouverture à la faculté de l'art. 682, l'état d'enclave du fonds et ses besoins impérieux, est sans doute variable; elle peut disparaître, mais qu'importe si la servitude est née? On ne pourra plus désormais invoquer l'art. 682, mais le propriétaire du fonds enclavé n'a plus besoin de recourir à cet article, puisque la servitude est établie, déterminée.

区別する点で、Demolombe と共通することがわかる。その上で、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、自然役権および法律上役権に関する諸規定の一部、すなわち、直前に述べた 2 つ目の類型について、真の役権と共通して物的定立性の特徴 (*caractère de réalité*) を有するものであることを明示し、かつ、所有権に課される負担 (*charge*) であると呼ぶのである。

第 7 章 一部物権支分権説の存続：Aubry = Rau

第 3 章において見たように、フランス民法典の下で、19 世紀前半において、一部物権支分権説の立場を採用していた代表的な者として、Delvincourt、Duranton が挙げられた。もっとも、これらの 2 人の立場は、それぞれ相違点が存在した。まず第一に、いかなる物権を所有権の支分権 (*démembrement*) と捉え、かつ、支分権である物権と支分権ではない物権とを区別するためにいかなる基準を用い、それによって支分権という概念にいかなる機能を持たせるかか、という点について、それぞれ理解が異なっていた（前述、第 3 章第 1 節 2、第 2 節 2 参照）。また第二に、自然役権および法律上の役権の位置づけについても、異なる立場を示していた（前述、第 3 章第 1 節 3 (b)、第 2 節 3 (b) 参照）。

また、第 4 章において見たように、Toullier は、全物権支分権説の立場を採用する側の者であったとはいえ、*obligation* の類型に関する理解という点については、一部物権支分権説の立場を採用する Delvincourt、Duranton と多少なりとも多くの共通点が見受けられた（第 4 章 3 (a) (5) 参照）

その後、19 世紀の後半において、一部物権支分権説の立場を採用する代表的な者としては、Aubry = Rau が挙げられる。そこで、本節では、Aubry = Rau につき、Delvincourt や Duranton との関係においては、先ほど述べた 2 点に関する理解を比較し、Toullier との関係においては、*obligation* の類型論に関する理解を比較しながら、Aubry = Rau の一部物権支分権説に基づく立場を究明することとする。

以下では、これまでの例に倣い、初めに *domaine* の語義と用語法に触れ（1 参照）、次に物権、支分権 (*démembrement*) の定義、類型およびその特徴（2 参照）について整理し、最後に、不動産役権、広義の *servitude* に関連する問題について取り扱う（3 参照）こととする。

1、*domaine* の語義

Aubry = Rau は、フランス古法の制度（前述、第 1 章 1 (a) および (b) 参照）に関連し

て、*domaine* の語を用いる場合 (*domaine utile* や *domaine direct* など) *501 を除き、*domaine* の語義と *dominium* の語義とを、区別して用いている。

先にまず、Aubry = Rau は、*dominium* の語について、所有権に関連して、次のように用いる。「所有権は、この語 (*dominium*) の固有の意味において、ある物についてのある人の最も完全な法学的権能としての考えを表明し、かつ、それに基づいてある物が、ある人の意思 (表示) および行動に、絶対的かつ排他的に服することになるところの権利である、と定義することができる」 *502。また、*propriété* の語が、拡張的に用いられることに関連して、次のように *dominium* の語を用いる。「この語の真の語義において、所有権は、有体物についてしか解されない。しかし、*propriété* の用語は、無体物についても、使用と処分の排他的権利を指し示すために、伸長された (註 6 : *dominium* の用語も、ローマ法源において、類似の拡張を受容していた。……)」 *503。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、*dominium* の語は、所有権たる権利を意味することがわかる *504。

*501 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, Nos.224-224bis, pp.446-454 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, Nos.224-224bis, pp.636-646.

*502 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.190, p.169 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.190, pp.255-256. 原文は次のようなものである : La propriété, dans le sens propre de ce mot (*dominium*) , exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir, le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne.

*503 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.190, p.170 および註 6 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.190, p.257 および註 6. 原文は次のようなものである : Dans l'acception véritable du mot, la propriété ne se comprend que pour les choses corporelles. Mais le terme *propriété* a été étendu à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d'en user et d'en disposer (*6 : Le terme *dominium* avait reçu, en Droit romain, des extensions analogues.).

*504 なお、C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.162, p.2 註 1bis.では、*dominium* について、次のような説明がなされているが、補訂者により加えられたものであり、Aubry = Rau の理解を明らかにするものとはいえない。「*dominium* の語は、主として、他人の身体についての所有権の考えを指しており、補足的に、その意思 (表示) についての権利の考えを指していた。かくのごときが、奴隷について、*maître* に帰属する権利の特徴であった (Le mot *dominium* indiquait principalement l'idée d'un droit de propriété sur le corps d'autrui,

これに対して、Aubry = Rau は、domaine の語について、次の諸例のように用いている。たとえば、用法ゆえの不動産 (immeubles par destination) (フランス民法 524 条) に該当しないものに関連して、次のように domaine の語を用いる。「ある domaine 上に、そこで肥育され、かつ、その後売却されるために置かれた動物たちは、家禽小屋の家禽が不動産とならないのと同様に、不動産には決してならない」*505。また、たとえば、所有権が土地の地下にも地上に及ぶという規律が適用できない場合に関連して、次のように domaine の語を用いる。「フランス民法 546 条、552 条、および 553 条は、ある domaine を横切る道の所有権に関する訴訟については、当該 domaine の所有権者が、これらの条文に基づいて、法律上、当該道の所有権者とみなされることはできない、という意味において、適用されない」*506。あるいは、たとえば、不分割共有の下にある土地に附され、同様に不分割共有の特徴を示す従たるもの (accessoire) に関連して、次のように domaine の語を用いる。「これは、とりわけ、複数の家の利便につき定められた、散歩道、路地、中庭、便所、または、井戸についてや、様々な fonds または domaines の利用開発に割り当てされた大通り、小道、通、または、動物用の水飲み場について、生じることである」*507。さらに、たとえば、樹齢の長い森林 (haute futaie) についての用益権において、用益権者 (usufruitier)

et subsidiairement seulement celle d'un droit sur la volonté. Tel était le caractère du droit appartenant au maître sur l'esclave.)」。

*505 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.164, pp.13-14 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.164, p.17. 原文は次のようなものである : les animaux placés sur un domaine pour y être engraisés, et ensuite vendus, ne deviennent point immeubles, non plus que ne le deviennent les volailles de basse-cour.

*506 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.192, p.184 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.192, p.287. 原文は次のようなものである : Les dispositions des art. 546, 552 et 553 sont sans application aux contestations relatives à la propriété d'un chemin traversant un domaine, en ce sens que le propriétaire du domaine ne peut, en vertu de ces articles, être légalement réputé propriétaire du chemin. また、この箇所の直後でも同様の用法で domaine の語を用いている。

*507 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.221ter, p.412 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.221ter, pp.588-589. 原文は次のようなものである : C'est ce qui a lieu notamment pour les allées, ruelles, cours, fosses d'aisances, ou puits, destinés au service de plusieurs maisons, et pour les avenues, sentiers, chemins, ou abreuvoirs, affectés à l'exploitation de divers fonds ou domaines.

が例外的に伐採を認められる場合に関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「法律は、同じくまた、用益権者に、整備されていない樹齢の長い樹木の森林において、用益権に服する *domaine* の一部を為す葡萄畑のために添え木を取っていく権利を認める」*508。同じく、用益権において、虚有権者 (*nu-propriétaire*) が、大規模修繕を為し得ることに関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「さらに、用益権が、建物を含む *domaine* に関わる場合において、虚有権者が、火事またはその他あらゆる偶発事故によって破壊された建物を再建する権利を有するのは、そういうわけである」*509。加えて、たとえば、役権について、所有権者の人的に定まる性質の利益 (*avantage personnel*) のためには設けられないことに関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「ある庭園において散歩し、または、果実を収取する権利が、たとえそれが近隣の家所有権者のために設けられたとしても、不動産役権を構成しないのは、そういうわけである。ある住居の所有権者に対して、この住居の近隣に位置する *domaine* の林または水辺において為された狩猟権または漁撈権の権利譲与も、また同様である」*510。最後に、抵当権 (*hypothèque*) の設定された土地の明示に関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「もしそれが、たとえば分益小作地など、特種の呼称の下で知られた *domaine* に抵当権を設定することに関するならば、

*508 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.230, p.485 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.230, p.688. 原文は次のようなものである : Elle lui accorde également le droit de prendre, dans les futaies non aménagées, des échalas pour les vignes faisant partie du domaine soumis à l'usufruit;

*509 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.233, p.508 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.233, p.718. 原文は次のようなものである : C'est ainsi encore que, dans le cas où l'usufruit porte sur un domaine qui comprend des bâtiments, le nu-propriétaire est en droit de faire reconstruire les bâtiments détruits par un incendie ou par tout autre accident. また、用益権の *objet* を為す物の滅失による消滅事由に関連して、同書, 4e éd., No.234, p.513 ; 5e éd., No.234, p.724 においても、同様の用法で *domaine* の語を用いている。

*510 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.247, p.62 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.247, p.100. 原文は次のようなものである : C'est ainsi que le droit de se promener dans un jardin, ou d'y cueillir des fruits, ne constitue pas une servitude réelle, encore qu'il ait été établi au profit du propriétaire d'une maison voisine. Il en est de même de la concession d'un droit de chasse ou de pêche, faite au propriétaire d'une habitation, dans les bois ou dans les eaux d'un domaine situé à proximité de cette habitation.

それが位置している市町村の指定とともに、この名称によって指し示せば十分であることになる」*511。すなわち、これらの引用例において用いられている *domaine* の語は、いずれも土地または所有地を意味するのであって、所有権または、所有権が含む諸権利として、何らかの権利を意味するものではない*512*513。わずかに用語法が明確でない箇所として、不動産を解除条件付で譲渡する場合に関連して、次のように *domaine* の語を用いる。「ある不動産が、解除条件の下でしか、譲渡されなかったときには、疑いなく、前主たる所有権者としては、*propriété* において取り戻す可能性または機会があるのであり、かつ、一般に、その手中における当該物の復帰は、遡及効を伴って、（つまり）あたかも当該譲渡が生じなかったかのように執り行われるが、しかし、当該前主たる所有権者は、このことのために、フランス民法 2125 条の意味における条件付の *droit de propriété* を有するものではない。同様の権利は、その有効性が将来のかつ不確定の出来事に服するところの取得の権原（証書）を想定するのであり、かつ、売主または贈与者のために、その証書によって *droit de propriété* を移転するところの証書から生じることはできない。自己の物を譲渡する所有権者は、単に解除条件の下（での譲渡）にすぎない）としても、なお、完全にその *propriété* を奪われるのであり、かつ、解除の場合において、そこには条件下で取得した権利の混同はなく、全く単に、当該時間的間隔において、そう（所有権者）であることをやめていた、前主たる所有権者についての原因（事由）による復帰があるのである。もしこの復帰が一般に遡及して生じるとしても、かつ、もし当該不動産が、当該前主たる所有権者の *domaine* に、取得者から生じたあらゆる処分行為の消滅と共に、戻るとしても、それでもなお、当

*511 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.266, pp.279-280 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.266, pp.472-473. 原文は次のようなものである : s'il s'agissait d'hypothéquer un domaine, par exemple, une métairie, connu sous une dénomination spéciale, il suffirait de le désigner par ce nom, avec indication de la commune où il est situé. また、同書, 4e éd., No.276, p.352 ; 5e éd., No.276, p.580 においても、同様の用法で *domaine* の語を用いている。

*512 その他、C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.284, pp.408-409 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.284, p.669.など。

*513 なお、C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.191, p.277 註 23, No.223, p.625 註 12. ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.242, p.38 註 4bis などにおいても、*domaine* の語が使われているが、これらは、補訂者により加えられたものであり、Aubry = Rau の理解を明らかにするものとはいえない。

該取得者が、その取得から解除までの時間的間隔において、所有権者であった事実は真実である」*514。すなわち、この箇所最後に用いられている *domaine* は、当該一文のみを見る限りでは、土地または所有地を指すとも、所有権たる権利を指すとも解しうる。もっとも、Aubry = Rau は、当該箇所において、*propriété* と、*droit de propriété* とを使い分けているのであり*515、*propriété* は所有地を意味することがわかる。また、直前の引用箇所の初めの一文における *propriété* と、最後の一文における *domiane* は、いずれも不動産 (*immeuble*) を主語として、*propriété* または *domaine* に戻る、という同じ文構造になっており、これらの箇所における *propriété* と *domaine* とは同じ意味において用いられていることがわかる。したがって、Aubry = Rau の理解によれば、この引用箇所においても、*domaine* の語は、所有地たる土地を意味していると言えよう。

このように、Aubry = Rau の理解によれば、*dominium* の語が所有権を意味することに対して、*domaine* の語は専ら土地または所有地を意味しているものであり、何らかの権利の意味において用いられたものではない。前述したように、一部物権支分権説の立場を採用し

*514 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.266, pp.265-266 註 13 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.266, p.445 註 13. 原文は次のようなものである : Quand un immeuble n'a été aliéné que sous une condition résolutoire, il y a sans doute pour l'ancien propriétaire possibilité ou chance de rentrer dans la propriété; et, en général, le retour de la chose entre ses mains s'opérera avec effet rétroactif, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu ; mais il n'a pas pour cela un droit conditionnel de propriété dans le sens de l'art. 2125. Un pareil droit suppose un titre d'acquisition dont l'efficacité est subordonnée à un événement futur et incertain, et ne peut résulter, en faveur du vendeur ou donateur, de l'acte même par lequel il transmet son droit de propriété. Le propriétaire qui aliène sa chose, quoique sous une condition résolutoire seulement, ne se dépouille pas moins d'une manière complète de sa propriété; et, en cas de résolution, il y aura non point consolidation d'un droit acquis sous condition, mais tout simplement retour de la cause à l'ancien propriétaire, qui, dans l'intervalle, avait cessé de l'être. Si ce retour s'opère en général *ex tunc*, et si l'immeuble rentre dans le domaine de ce dernier avec anéantissement de tous les actes de disposition émanés de l'acquéreur, il n'en est pas moins vrai que de fait celui-ci aura été propriétaire dans l'intervalle de l'acquisition à sa résolution.

*515 なお、Aubry = Rau は、当該引用箇所（註の文）の前後の本文においても、*propriété* と *droit de propriété* との使い分けが見受けられる。C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.266, p.265 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.266, p.444 など。

ていた Delvincourt（第3章第1節1参照）や Duranton（第3章第2節1参照）の理解において、domaine の語は所有権を意味するものであり、とりわけ Duranton は、propriété の語、domaine の語、および、dominium の語の全てを、所有権を意味するものとして用いていた。全物権支分権説の立場を採用していた Toullier（第4章1参照）の理解において、domaine の語は所有権が含む諸権利を意味しており、排他的帰属を意味する propriété の語と峻別されていた。これに対して、Demolombe（第5章1参照）の理解においては、domaine の語は土地または所有地の意味でのみ用いられており、所有権を意味する dominium の語と区別されていた。Baudry-Lacantinerie = Chauveau（第6章第2節1参照）においても、domaine の語は、わずかに所有権または所有権が含む諸権利を意味する例があったものの、それを除けば domaine の語は、土地または所有地の意味でのみ用いられていた。したがって、Aubry = Rau の理解において、domaine の語が、専ら土地または所有地の意味において用いられている点は、Demolombe や Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解と共通し、Delvincourt、Duranton、Toullier らの理解とは異なることがわかる。

これまで見たように、domaine の語は、二重の domaine 理論（前述、第1章1（a）参照）や、フランス民法典の下での Delvincourt、Duranton の理解において所有権を意味し、Pothier（前述、第1章1（b）参照）や Toullier の理解において所有権が含む諸権利を意味することによって、所有権をはじめとする物権の理論構造に関与してきた。しかし、こうして Demolombe、Baudry-Lacantinerie = Chauveau や Aubry = Rau の理解において、専らまたは原則として土地または所有地を意味するものとして扱われるようになることにより、所有権をはじめとする物権の理論構築にわずかとはいえ関与していた役割を解かれ、諸物権の理論構造の舞台から退場することとなったことがわかる。

2、物権、支分権（démembrement）の定義、類型およびその特徴

（a）物権の定義および類型

（1）物権の定義

（α）前提となる財（biens）の概念

Aubry = Rau は、まず、私権（droits civils）の objets のうち、身体（le corps）、自由（la liberté）、尊厳（l'honneur）などを、人の存在そのものと混同される（se confondent avec l'existence même des personnes）objets とし、これらの objets 以外の、すなわち、人とは別に、かつ、独立に存在する（qui existent en dehors et indépendamment de la personne）objets を、外在的な objets（objets extérieures）と呼ぶ^{*516}。Aubry = Rau は、この外在的な objets（objets extérieurs）について、次のように述べる。「私権の外在的な objets は、（他）人ま

*516 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.162, p.1 ;
C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*,
t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.162, p.1.

たは物である」*517。同時に、Aubry = Rau は、私権 (droits civils) の objets について、もう一つ別の区分を認め、次のように述べる。「私権の objets は、有形または無形であり、それは、それらが理性によってしか理解され得ないか否かによる」*518。このため、Aubry = Rau の理解によれば、私権 (droits civils) の外在的な objets (objets extérieurs) とされる物 (choses) は、有形 (corporel) または無形 (incorporel) であることが想定されるのであり、実際、不動産 (immeuble)、すなわち、人か物かという区分において物 (choses) に分類される類型は、無形の不動産 (immeuble incorporel)、すなわち、フランス民法 526 条 (前述、第 2 章 2 (b) 参照) に基づき、用益権 (usufruit) や役権などの権利を含む*519のである。したがって、Aubry = Rau の理解によれば、ここで登場する、外在的な objets (objets extérieurs) は、有形の物 (choses corporels)、すなわち、物理的、物質的な物のほか、無形の物 (choses incorporels)、すなわち、権利も含む意味において用いられていることがわかる。これらのことから、Aubry = Rau が用いる「私権 (droits civils) の objets」という語句は、私権として取り扱うものごと、を意味するに過ぎず、①対象としての objet でも、②利益としての objet でもないことがうかがわれる。その上で、Aubry = Rau は、これらの「私権 (droits civils) の objets」を、次のように述べて、財 (biens) と呼ぶのである。「私権の objets は、それ自体において、……、それらが、それらについて行使すべき権利を有する人に提供する有用性の関係の下で、検討されることができる。この最後の観点 (有用性) の下で検討し、したがって、それらの個別性を捨象するなら、これらの objets は、財と呼ばれる」*520 (強調は Aubry = Rau による)。

*517 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.162, p.1 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.162, p.2. 原文は次のようなものである : Les objets extérieurs des droits civils sont des personnes ou des choses.

*518 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.162, p.1 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.162, p.1. 原文は次のようなものである : Les onjets des droits civils sont corporels ou incorporels, selon qu'ils tombent sous les sens, ou qu'ils ne peuvent être perçus que par l'entendement.

*519 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.165, p.23 et suiv. ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.165, p.30 et suiv.

*520 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.162, p.2 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.162, p.2. 原文は次のようなものである : On peut considérer les objets des droits civils,, soit sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des

(β) 物権 (droits réels) の定義

このような理解を前提として、aubry = Rau は、次に、当該外在的な objets (objets extérieurs) に関して、次のように物権 (droits réels) と対人権 (droits personnels) とを説明する。「外在的な objets について権利は物 (権) か対人 (権) かである。後者 (人的に定まる性質の権利) は、狭義の対人権または債権と、(妻に対する夫の、または、子に対する親の) 権能としての権利とに細分される。物権とは、物と、人との間に、その物が多かれ少なかれ完全に服する権能について、中間者なき、かつ、直接的な関係を創設して、それ自体により、定められた人に対してのみならず、全ての者に対して、行使される余地があるものである。狭義の対人権とは、定められた 2 人の者の間に存在する obligation の繋がりに結びつけられるもので、それらの性質上、義務づけられた人、その義務負担により義務を負う者らに対してしか行使される余地はない」*521 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、物権 (droits réels) は、物と人との間の関係であって、中間者なきかつ直接的な関係 (rapport immédiat et direct entre une chose et la personne) であるのに対して、狭義の対人権 (droits personnels proprement dits) は、定められた人と人との間の関係であって、obligation の繋がりに結びつけられる (se rattachant à un lien d'obligation) 関係である。ここで、2 つの権利の類型の対置により、物権 (droits réels) が有する、中間者なきかつ直接的な関係 (rapport immédiat et direct) とは、換言すれば、狭義の対人権 (droits personnels proprement dits) が有する、定められた人と人との関係がないこと、すなわち、人と人との間の obligation の繋がりに (lien d'obligation) がないことを意味していることがわかる (なお、

droits à exercer sur eux. Envisagés sous ce dernier point de vue, et par conséquent abstraction faite de leur individualité, ces objets s'appellent des biens.

*521 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, pp.49-50 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.72. 原文は次のようなものである : Les droits sur les objets extérieurs sont réels ou personnels. Ces derniers se subdivisent en droits personnels proprement dits ou de créance, et en droits de puissance. Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous. Les droits personnels proprement dits sont ceux qui, se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont de leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée, et contre ceux qui sont tenus de ses engagements. なお、droit de puissance が、夫権や親の権利を想定することについては、同書, 4e éd., No.172, p.51 ; 5e éd., No.172, p.74.を参照せよ。

obligation の類型に関しては、後述、3 (a) 参照)。

Aubry = Rau は、その上で、物権 (droits réels) について、狭義の対人権 (droits personnels proprement dits) と比べつつ、次のように述べる。「物権と狭義の対人権は、主として3つの関係の下で、他方と異なる。a. 物権は、それが関係する個性性において定められた物を想定する。対人権は、給付、すなわち、ある行為の達成または、その種類においてしか定められていない物の引渡、しか objet としない。b. 物権が帰属する者は、この権利に服する同一の物についての行使を、この物のあらゆる占有者または一時占有者に対して、追求することができる。……c. 複数の者が、異なる時期につき、1つの物について、同一の物権であれ、異なる物権であれ、互いに衝突する (競合する) ことになる物権を有するときには、先に取得された権利が、原則として、もっと後に取得された権利に対して優位を占める。対照的に同一の債務者に対する対人権の衝突 (競合) の場合においては、何らの債権者も、一般的な事柄において、優先権を享受しない」 *522。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、物権は、中間者なき、かつ、直接的な関係を有するという特徴の他に、それが関係する物を有し、当該物権に服する物の占有者などに対して追求する (poursuivre) 権利 (追求権) および、当該物権に後れる他の物権に対する優先 (弁済) 権 (droit de préférence) を有する、という特徴があるのである。

前述したように、Delvincourt (第3章第1節2 (a) 参照)、Duranton (第3章第2節2 (a) (1) 参照)、および、Toullier (第4章2 (c) 参照) の理解において、物権は、それが関係する物を、それが誰の手中にあるのであれ、追求し行使できる権利の類型であるとされていたのであり、追求権は、とりわけ物権を定義づける特徴をなしていた。Demolombe (第5章2 (b) (2) 参照) の理解において、物権を定義づける特徴は、3つが挙げられ、追求権の他に、優先 (弁済) 権 (droit de préférence) と、不可分性 (individualité)

*522 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, p.50 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.73. 原文は次のようなものである : Les droits réels et personnels proprement dits diffèrent les uns des autres sous trois rapports principaux. a. Le droit réel suppose une chose déterminée dans son individualité sur laquelle il porte. Le droit personnel n'a pour objet qu'une prestation, c'est-à dire l'accomplissement d'un fait, ou la livraison d'une chose qui peut n'être déterminée que dans son espèce. b. Celui auquel appartient un droit réel, peut en poursuivre l'exercice sur la chose même soumise à ce droit, et contre tout possesseur ou détenteur de cette chose. ... c. Lorsque plusieurs personnes ont, à des époques différentes, acquis sur une chose, soit le même droit réel, soit des droits réels différents qui se trouvent en collision l'un avec l'autre, le droit acquis antérieurement l'emporte, en principe, sur le droit acquis plus tard. Au contraire, en cas de collision de divers droits personnels contre un même débiteur, aucun des créanciers ne jouit, en thèse générale, d'un droit de préférence.

が指摘されていた。Baudry-Lacantinerie = Chauveau (第6章第2節2 (b) (2) 参照) の理解において、物権を定義づける特徴は、2つが挙げられ、追求権と、優先 (弁済) 権 (droit de préférence) とされていた。したがって、Aubry = Rau が、物権を定義づける特徴として、追求権のほかに優先 (弁済) 権とを指摘している点は、Demolombe や Baudry-Lacantinerie = Chauveau らと共通していることがわかる。

なお、Aubry = Rau は、先ほどの引用箇所においては、物権が関係する物 (chose déterminée sur laquelle il porte) を、objet と表現していない。もっとも、Aubry = Rau は、物権について、所有権における所有物と所有権との同一化の考え (前述、第5章2 (b) (1) (α) 参照) に関連して、次のように述べて objet の語を用いている。「所有権は、それが服する objet のあらゆる有用性を吸収し、その表象物としてのこの objet と謂わば混同される。したがって、所有権の objet が有形の物であるときには、この権利の有用性は、いわば、物質的にその物により表象されることになるのであり、この理由により、(この権利は) 有形の財を構成するものとして検討されることができるのである。それは、所有権以外の物権については、話が異なる。これらの権利 (所有権以外の物権) は、それが関係する objet のあらゆる有用性を吸収せず、いかなる方法においても、物質的にこの objet により表象されているとは解され得ないのである」*523 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、所有権についても、所有権以外の物権においても、それが関係する物は objet と表現されるのであり、ここでの objet は①対象としての objet であることがうかがえる (後述、(3) 参照)。

(2) 物権の種類

このような理解に基づき、Aubry = Rau は、物権の種類について、まず、次のように述べる。「フランス法は、その語の完全な意味においては3つの種類の物権しか認識していない。すなわち、所有権、不動産役権または人役権、および、抵当権である」*524。ここで、

*523 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.162, p.2 註2; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.162, p.3. 原文は次のようなものである: Le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de l'objet qui y est soumis, se confond en quelque sorte avec cet objet, qui en est comme la représentation. Lors donc que l'objet d'un droit de propriété est une chose corporelle, l'utilité de ce droit se trouve, pour ainsi dire, matériellement représentée par la chose, et peut, par ce motif, être envisagée comme constituant un bien corporel. Il en est autrement des droits réels autres que la propriété. Ces droits, n'absorbant pas toute l'utilité de l'objet sur lequel ils portent, ne peuvent, en aucune manière, être considérés comme étant matériellement représentés par cet objet.

*524 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, p.50 ;

Aubry = Rau は、人役権 (servitudes personnelles) の語句につき、次のように解している。

「民法典は、役権を不動産役権と、使用収益権を人役権と法性決定している。フランス民法 543 条」*525。「フランス民法 543 条が、使用収益の権利という表現の下で、用益権と共に含むこれらの権利 (使用権と居住権を指す) は、明らかに用益権と同一の性質であり、フランス民法 526 条が特段言及していないならば、その理由はおそらくは、使用権および居住権が、譲渡の余地も、抵当権を設定される余地も、差押される余地もないからである」*526 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、これらの物権 (所有権、人役権すなわち用益権 (usufruit)、使用権 (usage)、および、居住権 (habitation)、役権、抵当権 (hypothèque)) は、いずれも完全な意味における物権 (droits réels dans le sens complet du mot) であり、つまり、前述 ((1) 参照) した特徴を具備する物権の類型であることがわかる。

なお、Aubry = Rau の理解によれば、使用権および居住権 (droits d'usage et d'habitation) は、人役権 (servitudes personnelles) に含まれ、完全な意味における物権のうちに含まれる。しかし、同時に Aubry = Rau の理解によれば、これらの使用権および居住権は、抵当権を設定される余地も、差押 (saisie) を受ける余地もないものである。したがって、Aubry = Rau の理解において、抵当権を設定される余地があること、および、(債権者による) 差押を受ける余地があることは、完全な意味における物権 (droits réels dans le sens complet du mot) が有すべき固有の特徴 (caractère propre du droit réel) ではないことがうかがわれる (な

C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.73 註 1. 原文は次のようなものである : Le Code qualifie de services fonciers, les servitudes réelles, et de droits de jouissance les servitudes personnelles. Art. 543.

*525 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, p.50 註 1 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.73. 原文は、droits d'usage et d'habitation という語句に附された註の文であり、次のようなものである : Le Droit français ne reconnaît que trois espèces de droits réels dans le sens complet du mot, savoir : la propriété, les servitudes, réelles ou personnelles, et l'hypothèque.

*526 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.165, p.24 註 3 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.165, p.30 註 3. 原文は次のようなものである : Ces derniers droits que l'art. 543 comprend, avec l'usufruit, sous l'expression droits de jouissance, sont évidemment de même nature que ce dernier ; et si l'art. 526 n'en fait pas spécialement mention, la raison en est probablement que les droits d'usage et d'habitation ne sont susceptibles, ni de cession, ni d'hypothèque, ni de saisie.

お後述、差押については留置権に関する引用箇所も参照せよ）。

また、Aubry = Rau は、不動産についての先取特権 (*privilège*) について、次のように述べる。「不動産についての先取特権が生じる効果は、一般に、かつ、それらの間の債権者の集団に関することを除き、抵当権の効果と同一であり、我々は、*hypothèque* の語を、単なる抵当権または狭義の抵当権および、不動産についての先取特権とを指し示すために用いて、同時に扱う。次の提示は、抵当権の一般的効果を要約している。すなわち、1* ある債権の支払について割り当てされた不動産についての物権として、抵当権は当該債権者に二重の利益を確保するのであり、課された不動産の価格について、無担保債権者に対しても、後順位抵当権者たる債権者らに対しても、優先されること（優先（弁済）権）、および、当該不動産らをそれらが移り渡るのが誰の手中においてであれ、それらを売却し、かつ、その価格について支払を受けるために、これらの不動産を追求できること（追求権）である」*527。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、少なくとも不動産についての先取特権は、抵当権と同様に完全な物権と解されていることがうかがわれる。

さらに、Aubry = Rau は、動産質 (*le droit de gage mobilier*) について、次のように述べる。「動産質は、ローマ法源においては、完全な物権を構成するが、フランス法においては、動産は抵当権によって追求されず、という規律に基づき、最早不完全な物権しか形成しないのである」*528（強調は Aubry = Rau による）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、

*527 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.283 p.404 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.283, p.658. 原文は次のようなものである : Les effets que produisent les privilèges sur les immeubles étant en général, et sauf ce qui concerne le rang des créanciers entre eux, les mêmes que ceux des hypothèques, nous en traiterons simultanément, en employant le mot hypothèque pour désigner, et l'hypothèque simple ou proprement dite, et les privilèges sur les immeubles. Les propositions suivantes résument les effets généraux du droit d'hypothèque : 1° Comme droit réel sur les immeubles affectés au paiement d'une créance, l'hypothèque assure au créancier le double avantage, d'être préféré sur le prix des immeubles grevés, tant aux créanciers chirographaires, qu'aux créanciers hypothécaires postérieurs (*droit de préférence*) , et de pouvoir suivre ces immeubles en quelques mains qu'ils passent, pour les faire vendre et se faire payer sur le prix (*droit de suite*) .

*528 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, p.50 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.73. 原文は次のようなものである : Le droit de gage mobilier, qui, en Droit romain, constituait un droit réel complet, ne forme plus, en Droit français, à raison de la règle *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, qu'un droit réel incomplet.

動産質 (le droit de gage mobilier) もまた、不完全とはいえ物権の一類型と解されているのである。

これらに対して、まず、Aubry = Rau は、superficie および、永小作権 (emphytéose) に関して、次のように述べる。「物権の内において、superficie、(すなわち) その objet に関して部分的または制約された所有権でしかないものについても、永小作権、(すなわち) 私見としては、今日においては最早、永小作権者に対人権しか付与しないものについても、言及しない」*529。これらの2つのうち、前者、つまり superficie について、Aubry = Rau は、直前の引用箇所のほか、次のように述べる。「droit de superficie とは、その地下 (地下物 : tréfonds) が別の所有権者に帰属する土地に定着している、建築物、樹木、または植栽 (建物および地上物 : édifices, et superficies) に関する所有権である」*530 (傍点は柴田による)。加えて、物権のうちで所有権のみが、所有権における所有物と所有権との同一化の考えにより、有形の財 (bien corporel) と解されること (前述、(1) (β) 参照) に関連して、次のように述べる。「droit de superficie は、不動産としての、有形の真の所有権を構成する。それから帰結することには、所有権に倣って、かつ、役権とは異なり、不使用によつては喪失されない」*531 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、droit de superficie は、地上物 (superficie) のみを対象とする真の所有権なのであって、所有権以外の物権 (他物権) の一類型ではない。したがって、Aubry = Rau の理解においても、droit de superficie は、「地上物所有権」と訳すべきであって、日本法における「地上権」

*529 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, p.51 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.73. 原文は次のようなものである : Nous ne mentionnons parmi les droits réels, ni la superficie, qui n'est qu'un droit de propriété partiel ou restreint quant à son objet, ni l'emphytéose, qui, à notre avis, ne confère plus aujourd'hui à l'emphytéote, qu'un droit personnel.

*530 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.223, p.438 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.223, pp.623-624. 原文は次のようなものである : Le droit de superficie est un droit de propriété portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérent à la surface d'un fonds (édifices et superficies), dont le dessous (tréfonds) appartient à un autre propriétaire.

*531 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.223, p.438 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.223, p.624. 原文は次のようなものである : Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière. Il en résulte qu'à l'instar du droit de propriété, et à la différence des servitudes, il ne se perd pas par le non usage.

(日本民法 265 条) とは性質や位置づけが異なると言える。

次に、後者、つまり永小作権 (emphytéose) について、Aubry = Rau は、先ほどの引用箇所のほか、次のように述べて、永小作権が 3 種類にまたがる法性の変遷をたどったものと解している。すなわち、第一に、1790 年 12 月 18-29 日の法律は、将来において、買い戻し (rachat) のできない恒久的な土ラント (rente foncier) (前述、第 1 章 2 (a) 参照) を廃止したものであるところ、同法につき次のように述べる。「恒久的でない永小作権に基づいて生じる定期支払金は、買い戻しの能力を除外して、前述した法律 (1790 年 12 月 18-29 日の法律) は、黙示的に、永小作権について、フランス古法の判例において結びつけられていた特徴および効果を保持し、そういうわけで、永小作権者のために、同じくまた彼らが認められていた *domaine utile* の権利も維持した」*532。第二に、革命暦 3 年メシドール 9 日 (1795 年 6~7 月) の法律および革命暦 7 年ブリュメール 11 日 (1798 年 10~11 月) の法律について、次のように述べる。「しかし、永小作権を検討する方法は、革命暦 3 年メシドール 9 日の法律と、革命暦 7 年ブリュメール 11 日の法律においては、最早見出されない。この権利を、用益権、または、永小作権者の名目において使用収益する権利としての法性決定の下で、抵当権を設定する余地のある *objets* の内に並べて、これらの法律の起草者らは、彼らが最早、(永小作権を) ローマの学者等のように他人の物について使用収益する権利としての物権としてしか、解していなかったことを明らかに示した」*533 (強調は Aubry = Rau による)。第三に、フランス民法典の下での性質または位置づけについて、次のように述べる。「私見に於いて、議論に服する唯一の問題は、永小作権者の使用収益権が、フランス民法の下で、革命暦 3 年メシドール 9 日の法律および革命暦 7 年ブリ

*532 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.224bis, p.453 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.224bis, p.645. 原文は次のようなものである : En exceptant ainsi de la faculté de rachat les rentes dues en vertu d'emphytéoses non perpétuelles, la loi précitée conserva implicitement aux baux emphytéotiques, les caractères et les effets qui y étaient attachés dans notre ancienne jurisprudence, et maintint ainsi, au profit des emphytéotes, le droit de domaine utile qui leur était également reconnu.

*533 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.224bis, p.453 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.224bis, p.645. 原文は次のようなものである : Mais cette manière d'envisager le droit de l'emphytéote ne se retrouve plus dans les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. En rangeant ce droit parmi les objets susceptibles d'hypothèque, sous la qualification d'*usufruit* ou de *jouissance à titre d'emphytéose*, les rédacteurs de ces lois ont nettement indiqué qu'ils n'y voyaient plus, comme les jurisconsultes romains, qu'un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui.

ユメール 11 日の法律が、それに帰させた、抵当権を設定される余地のある、不動産物権としての特徴を保持したか否かである。ところが、かくして掲げられた当該問題の否定（的応答）は、私には、フランス民法 526、543、2118、および、2204 条の諸規定から明らかに帰結するように思われる。これらの条文は、その目的が、限定列举的な方法で、抵当権を設定され、不動産差押される余地がある財と同様に、無形の不動産、所有権の支分権を形成する物権を列举するのであり、（これらの条文は）永小作権の名目における使用収益権に何らの言及も為しておらず、このこと自体によって、この使用収益権について、抵当権を設定され、強制収用の余地がある、不動産物権の特徴を拒絶している」*534（傍点は柴田による、なお、当該箇所は後述、（b）で改めて触れる）。「フランス民法典は、その沈黙によって、永小作権者の使用収益の権利について、その公布に至るまで保持していたところの、不動産物権の特徴を、実質的に取り上げたことを認めるべく強いられることになる」*535（傍点は柴田による）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、永小作権（emphytéose）は、フランス古法および 1790 年 12 月 18-29 日の法律の下では、永小作権者（emphytéote）に対して、二重の domaine 理論（前述、第 1 章 1（a）参照）の下での domaine

*534 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.224bis, p.454 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.224bis, p.646. 原文は次のようなものである : La seule question qui soit, à notre avis, sujette à discussion, est celle de savoir si la jouissance de l'emphytéote a conservé, sous le Code Civil, le caractère de droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque, que lui attribuaient la loi du 9 messidor an III et celle du 11 brumaire au VII. Or, la négative de la question ainsi posée, nous paraît clairement résulter des dispositions des art. 526, 543, 2118 et 2204. Ces articles, dont l'objet est d'énumérer, d'une manière limitative, les immeubles incorporels, les droit réels qui forment des démembrements de la propriété, ainsi que les biens susceptibles d'hypothèque et de saisie immobilière, ne faisant aucune mention de la jouissance à titre d'emphytéose, refusent par cela même à cette jouissance, le caractère de droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque et d'expropriation forcée. なお、同旨は、C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.259 p.125 註 1 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.259, p.202 註 1.においても述べられている。

*535 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.224bis, p.455 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.224bis, p.648. 原文は次のようなものである : on n'en serait pas moins forcé de reconnaître que le Code Civil a, par son silence, virtuellement enlevé à la jouissance de l'emphytéote, le caractère de droit réel immobilier, qu'elle avait conservé jusqu'à sa promulgation.

utile を付与するものであったが、革命暦 3 年および 7 年の法律の下では、所有権ではない不動産物権 (droit réel immobilier) を付与するものであり、最終的に、フランス民法典の下では、対人権 (droit personnel) を付与するに過ぎず、最早物権 (droits réels) ではないのである (なお、前述、第 6 章第 2 節 2 (b) (1) 参照*536)。

また、留置権 (droit de rétention) について、次のように述べる。「留置権が追求権を生じず、この語の完全なる意味において、真の物権を構成しないとはいえども、しかし、留置権はその基盤とその objet に基づき、少なくとも一定の範囲において、第三者に対抗されうる」*537 「一般的に認めることには、我がフランスの新たな立法において、留置権は何らの追求権も生じない。しかし、このことにもかかわらず、何人かの学者らは、留置権に物権たる法性決定を帰させなければならないと信じた。……。私見においては、この法性決定は不正確である。すなわち、実際、一方で、物権の固有の特徴は、追求権をもたらすことであり、他方で、ある権利は、それが一定の条件下で、第三者に対抗され得ることのみによっては、物的に定まる性質ではない」*538 (傍点は柴田による)。さらに、留置権に服する動産が占有剥奪された場合に、返還を求めうることにについて、次のように述べる。「このことについて、私が留置権に物権の特徴を認めると言いたいのではない。差押の返還を求める訴権は、訴訟手続の形態の 1 つでしかなく、それは物権と同じく、対人権の保持および行使のためにも用いられ得るのである」*539。すなわち、Aubry = Rau の理解によ

*536 永小作権 (emphytéose) は、その後、1902 年の立法により、明示的に不動産物権を付与する権利類型として認められた。

*537 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.256bis p.120 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.256bis, p.194. 原文は次のようなものである :
Quoique le droit de rétention n'engendre pas de droit de suite, et ne constitue pas un véritable droit réel dans le sens complet de ce mot, il peut cependant, d'après son fondement et son objet, être opposé à des tiers, du moins dans une certaine mesure.

*538 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.256bis p.120 註 20 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.256bis, p.194 註 20. 原文は次のようなものである : On reconnaît généralement que, dans notre nouvelle législation, le droit de rétention n'engendre aucun droit de suite. Mais, malgré cela, certains auteurs ont cru devoir lui attribuer la qualification de droit réel. ... A notre avis, cette qualification est inexacte : d'une part, en effet, le caractère propre du droit réel est d'emporter un droit de suite; et, d'autre part, un droit n'est pas réel par cela seul qu'il peut, sous certaines conditions, être opposé à des tiers.

*539 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.256bis pp.120-121 註 25 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours*

れば、留置権 (*droit de rétention*) は、追求権 (*droit de suite*) を欠いた不完全な物権であるというよりも、そもそも (それに服する者が) 物的に定まる性質ではないものである。したがって、物権 (*droit réel*) ではない権利と解されていることがうかがえるのである。

最後に、占有 (*possession*) について、次のように述べる。「この表現の最広義の意味において、人に、ある物について、使用、収益または、変容の事実行為を行使する物理的、現実かつ排他的な可能性を付与する事実上の状態または関係を、*possession* と呼ぶ」*540 (傍点は柴田による)。「ある者が、物権の行使に服する意図なくして、ある物をその支配下に置くとき、この事実は一層特有のものとして、*possession naturelle* または一時占有 (*détention*) の名称を有する」*541 (傍点は柴田による)。「ある人が、ある物を所有権の行使に服する意図と共に、支配下に置くときには、この事実は、この語の法学上の意味において、狭義の *possession* を構成する。」*542 (傍点は柴田による)。その上で、これらの 2 つの *possession* について、次のように述べる。「フランス民法は、これらの 2 つの

de Droit civil français, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.256bis, pp.195-196 註 25. 原文は次のようなものである : Ce n'est pas à dire, pour cela, que nous reconnaissons au droit de rétention le caractère de droit réel. La saisie-revendication n'est qu'une forme de procéder, qui peut être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel aussi bien que d'un droit réel.

*540 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.177, p.77 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.177, p.106. 原文は次のようなものである : On appelle *possession*, dans le sens le plus large de cette expression, l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels d'usage, de jouissance, ou de transformation.

*541 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.177, p.77 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.177, p.106. 原文は次のようなものである : Lorsqu'une personne tient de fait une chose sous sa puissance, sans avoir l'intention de la soumettre à l'exercice d'un droit réel, ce fait prend plus particulièrement le nom de *possession naturelle* ou de *détention*.

*542 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.177, pp.77-78 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.177, pp.106-107. 原文は次のようなものである : Lorsqu'une personne tient une chose sous sa puissance, avec l'intention de la soumettre à l'exercice d'un droit de propriété (*animo sibi habendi*) , ce fait constitue la *possession* proprement dits, dans le sens juridique du mot.

事実上の状態を、共通の *possession* の呼称の下に結合させており (*ayant réuni ces deux états de fait sous la dénomination commune de possession*)、我が民法によれば、*possession* は、ある物が、所有権、または、役権、使用収益権、使用権のために服していることを望みながら、この物を一時占有し、または、この権利を行使する者の事実であると、定義することができる」*543 (傍点は柴田による)。「*possession* は、事実上の状態しか構成しないにもかかわらず、しかし、法律は、それに一定の法学上の効果を結びつけている」*544 (傍点は柴田による)。「何人かの学者たちが(占有に)権利の特徴を帰属させているのは、占有を、それに結びつけられた法学上の効果の発生原因(事由)として考えているがゆえである。私見では、占有は *droit sui generis* を構成するものではない。法律が保護し保障しているのは、占有それ自体というよりは、その存在を想定しているところの、所有権または役権なのである」*545 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、占有 (*possession*) は、一時占有 (*détention*) を意味する *possession naturelle* であれ、狭義の *possession* (*possession proprement dite*) であれ、事実または事実上の状態に過ぎないのであって、権利を構成するものではないのである。

(3) 物権の objet

前述 ((1) 参照) したように、Aubry = Rau の理解において、objet の語は、物権に限らず、私権 (*droits civils*) 全般に関しても用いられており、多様な用語法があることがうか

*543 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.177, p.78 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.177, p.107. 原文は次のようなものである : Le Code Napoléon ayant réuni ces deux états de fait sous la dénomination commune de *possession*, on peut, d'après notre Droit, définir la possession en sa faveur à un droit de propriété ou à un droit réel de servitude, de jouissance, ou d'usage, détient cette chose, ou exerce ce droit.

*544 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.177, p.78 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.177, p.107. 原文は次のようなものである : Quoique la possession ne constitue qu'un état de fait, la loi y attache cependant certains effets juridiques.

*545 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.177, p.79 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.177, p.108. 原文は次のようなものである : C'est en considérant la possession comme la cause génératrice des effets juridiques qui y sont attachés, que certains auteurs lui attribuent le caractère d'un droit. A notre avis, la possession ne constitue pas un droit *sui generis*. Ce que la loi protège et garantit, c'est bien moins la possession elle-même, que le droit probable de propriété ou de servitude dont celle-ci fait supposer l'existence.

がえる。そこで、これまでの例に倣い、ここでは、物権に関する限りにおいて、*objet* の語がいかなる意味において用いられているか、という問題を取り上げることとする。

まず、第一に、前述（(1) 参照）したように、Aubry = Rau は、所有権、および、その他の物権に係る決まった物（*chose déterminée sur laquelle il porte*）を、*objet* と呼ぶのであり、この場合において用いられる *objet* の語は、①対象としての *objet* を意味するものであった。実際、Aubry = Rau は、所有権に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「全ての人の共通の仕様につき定められた物は、排他的な占有の余地がなく、このこと自体によって、所有権の *objet* を形成できない」*546。droit de superficie について、前述した箇所を改めて引用すれば、次のように *objet* の語を用いていた。「superficie、（すなわち）その *objet* に関して部分的または制約された所有権でしかないもの」*547。用益権について、次のように *objet* の語を用いる。「用益権の唯一の *objet* を形成していた 1 軒の家が、不可抗力により焼失したときには、虚有権者、または、用益権者によるこの家の再建は、用益権を復活させることにならない」*548。居住権（droit d'habitation）について、次のように *objet*

*546 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.168, p.34 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.168, p.43. 原文は次のようなものである : Les choses qui, destinées à l'usage commun de tous les hommes, ne sont pas susceptibles de possession exclusive, ne peuvent, par cela même, former l'objet du droit de propriété. また、同書, 4e éd., No.169, p.38 ; 5e éd., No.169, p.48、および、C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, Nos.239bis-240 p.8 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, Nos.239bis-240, pp.12-13.においても、*objet* の語について、同様の用語法が見受けられる。

*547 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.172, p.51 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.172, p.73. 原文は次のようなものである : la superficie, qui n'est qu'un droit de propriété partiel ou restreint quant à son objet

*548 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.234, pp.513-514 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.234, p.724. 原文は次のようなものである : lorsqu'une maison, qui formait l'unique objet de l'usufruit, a été incendiée par cas fortuit, la reconstruction de cette maison, par le nu-propriétaire ou par l'usufruitier, ne ferait pas renaître l'usufruit. また、同書, 4e éd., No.235, p.522 ; 5e éd., No.235, p.735 においても、*objet* の語について、同様の用語法が見受けられる。

の語を用いる。「居住権とは、居住用の家を *objet* として有する使用権に過ぎない」*549。準用益権（*quasi-usufruit*）について、次のように *objet* の語を用いる。「使用によって消費される物は、狭義の用益権の *objet* ではあり得ず、それらは準用益権の（*objet* である）余地しかない」*550。「狭義の用益権との違いにおいて、準用益権は、……、その権利の *objet* を形成する物の所有権を、準用役権者に移転する」*551。不動産役権について、次のように *objet* の語を用いる。「土地または建物、すなわち、土地および建物、のみが、役権を課される余地があるのである。フランス民法 637 条。無形の不動産および、とりわけ、役権自体は、この性質の負担の *objet* とはなり得ない」*552。最後に、抵当権について、次のように *objet* の語を用いる。「抵当権はそれ自体において、不動産たる性質なのである、なぜなら、抵当権は中間者無き *objet* として不動産を有するからである」*553（この箇所は、後述、（b）において改めて詳述する）。これらの引用箇所において用いられる *objet* は、①

*549 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.237, p.535 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.237, p.750. 原文は次のようなものである : Le droit d'habitation n'est qu'un droit d'usage ayant pour objet une maison d'habitation.

*550 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.166, p.32 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.166, p.40. 原文は次のようなものである : Les choses qui se consomment par l'usage ne peuvent être l'objet d'un usufruit proprement dit ; elles ne sont susceptibles que d'un quasi-usufruit.

*551 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.236, p.525 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.236, p.738. 原文は次のようなものである : A la différence de l'usufruit proprement dit, le quasi-usufruit,, transfère au quasi-usufruitier, la propriété des choses formant l'objet de son droit.

*552 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.249, p.69 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.249, p.121. 原文は次のようなものである : Les héritages, c'est-à-dire les fonds de terre et les héritages, sont seuls susceptibles d'être grevés de servitudes. Art. 637. Les immeubles incorporels, et notamment les servitudes elles-mêmes, ne peuvent être l'objet de charges de cette nature.

*553 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.165, p.24 註 4 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.165, p.31 註 4. 原文は次のようなものである : elle est en elle-même de nature immobilière, puisqu'elle a un immeuble pour objet immédiat.

対象としての *objet* を意味していることがわかる。

しかし、第二に、Aubry = Rau は、*objet* の語によって、ある物権がその関係する決まった物から引きだそうとする利益を指し示している場合がある。たとえば、森林における使用権 (*droit d'usage dans les forêts*) について、次のように *objet* の語を用いる。「それはたとえば、暖房の薪 (の取得)、建築用木材 (の取得)、(養豚に) ドングリを食べさせること、牧養、などを *objet* とする使用権である」*554。不動産役権について、次の諸箇所ののように *objet* の語を用いる。「承役地の所有権者は、反対の合意がない限り、役権の *objet* を形成するものと同一の使用法に用いる権利を失わない」*555。不動産役権が、所有権者の人的に定まる性質の利益 (*avantage personnel*) のためには設けられないことに関連して、次のように *objet* の語を用いる。「もしこれらの権利が、所有権者の個人的な利益しか *objet* としておらず、土地または建物自体の有用性 (を *objet* とするもの) でないならば、当該土地の所有権者およびその承継人らのために、不動産役権の特徴を伴って似たような権利を設定することはできないのであり、……」*556。排水役権が、不継続役権 (*servitude discontinue*) と解されることに関連して、次のように *objet* の語を用いる。「家事または産業上の排水を、近隣の土地へ運ぶべく定められた工作物、たとえば排水管を伴う排水路などの存在は、それが関係する役権に、継続性の特徴を刻印するものではない。たしかに、ひとたび排水へ投じられた水は、人のその後の行為なくして排水されるというのは真実だが、ただし、この排水は、要役地の所有権者によって排水路に投じられた水しか、承役地へ運ばれない以上、当該役権はこの者の度重なる行為によってしか行使されないことを認めざるをえないのであって、それゆえ、当該役権は、不継続的なのである。反対の説は、

*554 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.185, p.125 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.185, p.188. 原文は次のようなものである : Tels sont les droits d'usage ayant pour objet le bois de chauffage ou de maronage, la glandée, et le pacage.

*555 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.254, pp.99-100 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.254, p.166. 原文は次のようなものである : le propriétaire du fonds assujetti ne perd pas, à moins de convention contraire, le droit de faire servir ce fonds aux mêmes usages qu'à ceux qui forment l'objet de la servitude.

*556 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.247, pp.61-62 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.247, p.100. 原文は次のようなものである : Il ne serait même pas possible de constituer de pareils droits avec le caractère de servitudes réelles, au profit du propriétaire d'un héritage et de ses successeurs, si ces droits n'avaient pour objet que l'avantage personnel des propriétaires et non l'utilité de l'héritage lui-même,

水の移送からなる役権の **objet** 自体と、当該役権が要役地の所有権者によって行使されることについて助力となる手段とを、混同してしか、維持し得ないのである」*557。承役地の所有権者が、役権の行使を妨げず、その有用性 (*utilité*) を減じさせない限り、承役地上であらゆる工事をなし、もっと費用がかからないようにすることができる、という規律について、次のように **objet** の語を用いる。「同一の意図において、役権の行使されている方法がその土地または建物を利用する能力を取り上げ、かつ、当該役権の利益関心につき、要役地所有権者からその有する権利を奪うことなくして、もっと損害を生じない方法に置き換えることが可能であるときには、役権の当該規律を惹起することができるのである。これは、たとえば、砂または粘土の採取を **objet** とする役権の場合に、示されうる」*558。「全ての役権は、要役地においてにせよ、承役地においてにせよ、生じた変化に基づいて、それが最早要役地のための有用性として何らの **objet** も有しないとき、または、その行使が物質的 (素材的) に、かつ絶対的に不可能となるとときには、消滅する」*559。これらの引用

*557 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.248, p.68

註 9 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.248, p.119 註 9. 原文は次のようなものである :

L'existence d'ouvrages destinés à transmettre au fonds voisin des eaux ménagères ou industrielles, tels qu'un évier avec tuyaux de descente, n'imprime pas à la servitude dont il s'agit le caractère de continuité. Il est vrai qu'une fois versées dans l'évier, les eaux s'écouleront sans le fait *ultérieur* de l'homme ; mais comme cet écoulement ne transmettra au fonds servant que les eaux versées dans l'évier par le propriétaire du fonds dominant, on est bien obligé de reconnaître que la servitude ne s'exercera que par des actes successifs de ce dernier, et que dès lors elle est discontinue. On ne pourrait soutenir le contraire qu'en confondant, avec l'objet même de la servitude qui consiste dans la transmission des eaux, les moyens à l'aide desquels elle est exercée par le propriétaire de l'héritage dominant.

*558 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.254, p.100 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.254, p.167. 原文は次のようなものである : Il peut, dans le même but, provoquer le règlement de la servitude, lorsque la manière dont elle est exercée lui enlève la faculté de tirer parti de son héritage, et qu'il est possible d'y substituer un mode moins préjudiciable à ses intérêts, sans priver le propriétaire de l'héritage dominant des avantages auxquels il a droit. C'est ce qui pourrait se présenter, par exemple, à l'occasion d'une servitude ayant pour objet l'extraction de sable ou de terre argileuse.

*559 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.255, p.101 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.255, p.169. 原文は次のようなものである : Toute

箇所において用いられる *objet* の語は、②利益としての *objet* であって、当該権利により当該物から引き出しうる利益 (*avantage*) を意味するのであり*560、とりわけ不動産役権においては、要役地が得る利益 (*avantage*)、有用性 (*utilité*) を意味するのである。

このように、Aubry = Rau の理解によれば、物権に関する *objet* の語は、①対象としての *objet* の意味において用いられて、当該物権に係る決まった物を指す場合と、少なくとも、使用権 (*usage*) や不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられて、当該物権が引き出す利益 (*avantage*)、有用性 (*utilité*) を指す場合とがあるのである。

これまで見ていたいずれの者の理解においても、*objet* の語は、物権に関して、まず、①対象としての *objet* の意味において用いられており、当該物権に係る決まった物を指していた。しかし、それだけではなく、さらに、いずれの者の理解においても、*objet* の語は、②利益としての *objet* の意味において用いられていると解され、少なくとも解しうる場合があった。すなわち、Delvincourt (前述、第3章第1節2 (b) 参照) の理解においては、物権に関する *objet* の語は、少なくとも不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられており、利便 (*service*) である事実 (または行為) を指していた。Duranton (前述、第3章第2節2 (b) 参照) の理解においては、専ら不動産役権を念頭に置きつつ広義の *servitude* に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられていると解されうる場合があり、役権によって享受することを意図する利便 (*service*) を指し得た。Toullier (前述、第4章2 (d) 参照) の理解においては、広義の *servitude* や不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられており、要役地の所有権者が何かしらを為し、または、承役地の所有権者から何かしらを為されずに済むこと、つまり、役権によって享受する利益、利便 (*service*) を指していた。Demolombe (前述、第5章2 (b) (1) (β) 参照) の理解においては、不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられており、役権の権利者 (要役地の所有権者) が享受する有用性 (*utilité*) または利益 (*avantage*) を指していた。Acollas (前述、第6章第1節2 (c) 参照) の理解においては、物権について一般的に無形の *objet* が認められ、少なくとも不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられており、役権の権利者 (要役地の所有権者) が為し得る何かしらの行為、つまり、役権によって享受する利便、利益を指していた。最後に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau (前述、第6章第2節2 (b) (2) 参照) の理解におい

servitude cesse lorsqu'elle n'a plus aucun objet d'utilité pour l'héritage dominant, ou que l'exercice en devient matériellement et absolument impossible, à raison de changements survenus, soit à l'héritage dominant, soit à l'héritage servant.

*560 その他、C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.253, p.93 註 16 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.253, p.157 註 16. など。

ては、不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味において用いられており、土地自体に課された利便 (*service*) または利益 (*avantage*) を指していた。これらと比べると、*Aubry = Rau* の理解においては、*objet* の語は、①対象としての *objet* の意味で用いられるほかに、広義の *servitude*、とりわけ使用権 (*usage*) や不動産役権に関して、②利益としての *objet* の意味で用いられており、物権が引き出す利益 (*avantage*)、有用性 (*utilité*) を指していた。したがって、*Aubry = Rau* の理解は、物権に関して *objet* の語を、①対象としての *objet*、および②利益としての *objet* の両者の意味において用いる点で、これまでに見た全ての者の立場と共通し、また、②利益としての *objet* の意味における *objet* の語の用語法が、不動産役権に限られない点で、*Delvincourt* や *Toullier* と共通することがわかる。また、これらの立場の全てを通じて、②利益としての *objet* が指す内容は、当該物権の権利者がそれが、それが関係する物から引き出しうる利益 (*avantage*) であり、とりわけ不動産役権に関与するときには、要役地の所有権者が当該物権の行使によって、承役地から引き出しうる利便 (*service*) や有用性 (*utilité*) と表現されていたことが見て取れるのである。

なお、この他に、*Aubry = Rau* は、次のように、*objet* の語を用いる。たとえば、不動産財に関連して、次のように述べる。「地面に結びつけられ、または、取り付けられた *objets* や、とりわけ建物またはその他の建築物は、人の産業の生産物であり、……」*561。「用法ゆえの不動産とは、土地または建物の所有権者によって割り当てされたところの使用法に基づき、法が不動産とみなす、動産たる *objet* であり、しかし、それらは構成要素たる部分をなさないものである」*562。果実 (*fruit*) の概念に関連して、次のように述べる。「果実の考えの拡張により、法律は、この特徴を、再生産される余地がなく、それが部分を為すところの物から、その実質の変更または縮減なくしては、切り離され得ない一定の *objet* に帰させている」*563。埋蔵物 (*trésor*) に関連して、次のように *objet* の語を用いる。「埋

*561 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.164, p.5 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.164, p.6. 原文は次のようなものである : Les objets unis ou incorporés au sol, et notamment les bâtiments ou autres constructions, qui sont le produit de l'industrie de l'homme,... ... なお、同様の用語法は当該箇所以下に多く散見される。

*562 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.164, p.12 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.164, p.15. 原文は次のようなものである : Les immeubles par destination sont les objets mobiliers que la loi répute immeubles, à raison de l'usage auquel ils ont été affectés par le propriétaire d'un fonds de terre ou d'un bâtiment, dont ils ne font cependant pas partie intégrante.

*563 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.192, p.186 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*,

蔵物により、一般に、不動産の内に、または、動産の内に、隠され、または、埋められた、あらゆる *objet* であって、何人もその所有権を立証することができないものと、解する」
*564。にこれらの引用箇所で行われている *objet* の語は、単に物体を指すのである *565。

(b) 支分権の概念と類型

Aubry = Rau は、所有権の支分権 (*démembrement*) という概念に触れる箇所が非常に少ない。たとえば、前述 (a) (1) 参照) したような物権 (*droits réels*) と狭義の対人権 (*droits personnels proprement dits*) との特徴の比較など、物権に関する総論的叙述において、物権を所有権およびその支分権 (*démembrement*) として説明する記述は登場しない。しかし、それでもなお、Aubry = Rau は、支分権 (*démembrement*) という概念を用いている。たとえば、永小作権 (*emphytéose*) に関連して前述 (a) (2) 参照) したように、Aubry = Rau は、適用される *objet* ゆえの不動産に関するフランス民法 526 条 (前述、第 2 章 2 (b) 参照)、所有権、用益権および役権の類型に関する 543 条 (前述、第 5 章 2 (b) (3) 参照)、抵当権を設定される余地のあるものに関する (旧) 2218 条 *566 および、債権者による差押を受ける余地のある財に関する (旧) 2204 条 *567 について、改めて引用すれば、次のよう

t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.192, p.289. 原文は次のようなものである : Par une extension de l'idée de fruits, la loi attribue ce caractère à certains objets qui, n'étant pas susceptibles de se reproduire, ne peuvent être détachés de la chose dont ils font partie sans altération ou diminution de sa substance.

*564 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.201, p.240 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.201, p.369. 原文は次のようなものである : On entend par trésor, tout objet caché ou enfoui, dans un immeuble ou dans un meuble, et de la propriété duquel personne ne peut justifier.

*565 その他、C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.164, p.20, No.167, p.33 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.164, p.27, No.167, p.42. など、多数。

566 なお、(旧) 2218 条は、次のように定めていた。「抵当権を設定される余地があるのは、次のもののみである。1 取引市場にある不動産財、および、不動産とみなされるそれらの従たるもの、2* 不動産財の用益権およびその存続期間に亘り従たるものであるもの。(Sont seuls susceptibles d'hypothèques, 1, Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles. 2, L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.)」。ただし、(旧) 2218 条は、2006 年の改正により、2397 条へ移転された。

*567 なお、(旧) 2204 条は、次のように定めていた。「債権者は、次のものにつき強制

に述べていた。「これらの条文は、その目的が、限定列挙的な方法で、抵当権を設定され、不動産差押される余地がある財と同様に、無形の不動産、所有権の支分権を形成する物権を列挙するのであり、……」*568（傍点は柴田による）。すなわち、Aubry = Rau の理解において、これらの条文が指し示す所有権以外の物権、すなわち、人役権（用益権、使用権および居住権：servitudes personnelles）、不動産役権（servitudes réelles）、抵当権（hypothèque）の少なくともいずれかは、所有権の支分権を形成する物権（droit réels qui forment des démembrements de la propriété）であると解されていることがわかるのである。

実際、Aubry = Rau は、まず、用益権（usufruit）につき、次のように述べる。「用益権は、所有権の支分権を形成し、かつ、用益権者のためにその資産に含まれる財を構成するのであり、……」*569（傍点は柴田による）すなわち、まず、Aubry = Rau の理解によれば、用益権は、明確に所有権の支分権（démembrement）を形成する物権である*570。そうであ

執行を追求できる。1* その債務者の所有権に帰属する、不動産財および不動産とみなされるそれらの従たるもの、2* 不動産たる性質の財について、債務者に帰属する用益権。（Le créancier peut poursuivre l'expropriation, 1. des biens immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en propriété à son débiteur; 2. de l'usufruit appartenant au débiteur sur les biens de même nature.）」ただし、（旧）2204 条は、2006 年の改正により、原規定は廃止され、2193~2195 条などにおいて、分解して再規定された。

*568 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.224bis, p.454 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.224bis, p.646. 原文は次のようなものである : Ces articles, dont l'objet est d'énumérer, d'une manière limitative, les immeubles incorporels, les droit réels qui forment des démembrements de la propriété, ainsi que les biens susceptibles d'hypothèque et de saisie immobilière,

*569 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.234, p.520 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.234, pp.732-733. 原文は次のようなものである : L'usufruit formant un démembrement de la propriété, et constituant pour l'usufruitier un bien compris dans son patrimoine,

*570 なお、C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.226, p.663 註 11 においても、次のように述べられているが、補訂者により加えられたものであり、Aubry = Rau の理解を明らかにするものとはいえない。「分割の規律とフランス民法 815 条の規定の適用は、相続財産としての不分割共有の財の所有権が、虚有権と用益権とに支分権化されているときには、いつでも困難を生じる（L'application des règles du partage et des dispositions de l'art. 815

れば、人役権の呼称の下にまとめられる、使用権および居住権もまた、用益権と同じく所有権の支分権を形成する物権であることがわかる。また、不動産役権に関連して、次のように述べる。「ある土地のあらゆる生産物または収益を対象とするのではなく、かつ、所有権の支分権、または、単純許容行為の帰結でありうる使用収益の行為であるもの、たとえば、通行、採水、休閒地放牧、素材の採集または存置などは、一般に、所有権の取得の観点において曖昧な占有しか、構成しないものと解されるべきことになるのは、そういうわけである」*571（傍点は柴田による）。直前の引用箇所において、所有権の支分権（*démembrement de propriété*）であり得る使用収益の行為（*faits de jouissance*）として挙げられている例は、通行（*passage*）、採水（*puisage*）、休閒地放牧（*vaine pâture*）など、いずれも不動産役権（*servitudes réelles*）の代表的な類型である。なぜなら、通行役権（*droit de passage*）、採水役権（*droit de puisage*）および牧養役権（*droit de pacage*）は、不継続役権（*servitudes discontinues*）の典型例だからである*572（フランス民法 688 条 3 項）。したがって、Aubry = Rau の理解によれば、当該引用箇所における「所有権の支分権」の語句は、少なくとも不動産役権（*servitudes réelles*）を含む物権の類型を示唆していることがうかがわれるのである。

これに対して、Aubry = Rau は、抵当権を無形の不動産（*immeuble incorporel*）と捉える立場に関連して、次のように述べる。「本文において与えられた解決法（抵当権を無形の不動産と解する立場）を擁護するために、私は、……、抵当権が所有権の支分権であると言うところまで至りはいしない。実際、一定の程度において、所有権に本質的に属する能力の行使を全くもって制約しつつも、しかしながら、抵当権は抵当権の債権者に、所有権者の権利の何らの部分も付与しないのであり、したがって、抵当権は、固有の物権しか構成しない。ただし、抵当権が物権を構成するというこのこと自体によって、いつでも認めら

soulève toujours des difficultés lorsque la propriété de biens indivis d'une succession est démembrée en nue-propriété et en usufruit.) 」。

*571 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.217, p.373 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.217, p.538. 原文は次のようなものである : C'est ainsi que des faits de jouissance qui ne porteraient pas sur tous les produits ou émoluments d'un fonds, et qui pourraient être le résultat d'un démembrement de propriété, ou d'une simple tolérance, par exemple, des faits de passage, de puisage, de vaine pâture, d'extraction ou de dépôt de matériaux, seraient en général à considérer comme ne constituant qu'une possession équivoque au point de vue de l'acquisition de la propriété.

*572 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.248 p.67 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.248, p.118.

れていることであり、……、一般に結論づけるべきことには、抵当権はそれ自体において、不動産たる性質なのである、なぜなら、抵当権は中間者無き *objet* として不動産を有するからである」*573（傍点は柴田による）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、まずもって、抵当権 (*hypothèque*) は、前述（(a) (2) 参照）したように物権であるが、固有の物権 (*droit réel sui generis*) *574であって、所有権の支分権 (*démembrement*) ではない。したがって、ここにおいて、Aubry = Rau は、一部物権支分権説の立場に与する者であることがわかるのである。また、Aubry = Rau は、所有権の支分権と解されない抵当権の特徴として、2点を指摘する。すなわち、抵当権が、その権利者、つまり、抵当権者たる債権者に、所有権者の権利の何らの部分も付与しないこと、および、それでもなお抵当権が、一定の程度において所有権に本質的に属する能力の行使 (*l'exercice des facultés inhérentes à la propriété*) を制約する (*restreindre*) こと、である。前者に基づき、所有権の支分権とは、所有権者の権利の一部分 (*partie*) を権利として付与したものと解されていることがわかる。そうであれば、明示的には言及されていないものの、Aubry = Rau の理解においても、支分権を形成する物権は、所有権から切り出された (*détaché*) 部分であり、母体たる所有権は切り出された部分につき失われるものとして解されていることがうかがわれるのである。後者に基づき、抵当権は、所有権の行使に制約 (*restriction*) を課すのであり、また、抵当

*573 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.165, p.24 註 4 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.165, p.31 註 4. 原文は次のようなものである : Pour défendre la solution donnée au texte, nous n'irons pas jusqu'à dire,, que l'hypothèque est un démembrement de la propriété. En effet, tout en restreignant, dans une certaine mesure, l'exercice des facultés inhérentes à la propriété, l'hypothèque n'investit cependant le créancier hypothécaire d'aucune partie des droits du propriétaire; elle ne constitue donc qu'un droit réel *sui generis*. Mais, par cela même qu'elle constitue un droit réel, ce qui a toujours été reconnu,, on doit en conclure qu'elle est en elle-même de nature immobilière, puisqu'elle a un immeuble pour objet immédiat.

*574 なお、本文で示したように、Aubry = Rau の理解において、固有の物権 (*droit réel sui generis*) とは、所有権の支分権でない物権を意味する。これに対して、前述（第 2 節 第 3 款（2）（a）、参照）したように、Demolombe の理解において、固有の物権 (*droit réel sui generis*) とは、永小作権 (*emphytéose*) を意味していた。しかし、Demolombe は、全ての物権が所有権の支分権であるという立場（全物権支分権説）に基づくため、永小作権もまた所有権の支分権であり、「固有の (*sui generis*) 」とは、明文規定に基づかないことを意味するのである。したがって、Aubry = Rau と Demolombe とは、固有の物権 (*droit réel sui generis*) という同一の語句を用いているが、それぞれ異なる意味を有する。

権を課された所有権が受ける制約 (restriction) は、物権を課されること自体から生じるものであることがわかる。したがって、物権が所有権に課す制約 (restriction) は、所有権から支分権たる部分 (partie) を切り出されることによって生じるものには限られないのである。

前述 (第3章第2節2 (a) (2) 参照) したように、Duranton の理解において、支分権たる物権は、所有権たる domaine の一部が切り出されたものであり、支分権でない物権は、所有権の行使 (exercice) が制約される (restreint) に止まるものと解されていた。したがって、Aubry = Rau の理解において、支分権たる物権は、所有権者の権利の一部分 (partie) を権利として付与 (切り出す) したものとされるのに対して、支分権でない物権とされる抵当権が、所有権の行使に制約 (restriction) を課すものとされる点は、Duranton の理解と共通することがわかる。

このように、Aubry = Rau の理解によれば、所有権の支分権 (démembrement) を形成する物権とは、所有権者の権利の一部 (partie) を切り出して権利として付与した物権の類型を意味し、少なくとも、人役権 (用益権、使用権および居住権 : servitudes personnelles) が該当し、不動産役権 (servitudes réelles) もまた、支分権に該当することが示唆されていた。しかし、Aubry = Rau は、その他に、所有権の支分権を形成することなく、①対象としての objet として特定の物を想定し、かつ、追求権 (droit de suite) や優先 (弁済) 権 (droit de préférence) をもたらず、という物権の固有の特徴 (caractère propre) を具備する物権を認めており、少なくとも、抵当権 (hypothèque) が、これに該当する。このことから、Aubry = Rau の理解において、物権が有する固有の特徴 (caractère propre) は、物権自体の性質として導かれているのであって、ある物権がこれらの特徴を持つことは、当該物権が所有権の支分権であることを示唆するものとは解されていない。また、所有権の支分権と解される物権が、それらの固有の特徴を有することも、それらが物権であること自体から導かれるのであって、それらの物権が所有権の支分権であることから導かれているわけではない。したがって、Aubry = Rau の理解において、①対象としての objet を想定することをはじめとして、物権が有する特徴は、支分権 (démembrement) の概念と何ら結びつけられていないことがわかるのであり、それゆえさらに、母体たる所有権と、所有権から切り出された支分権とは、同一の性質を有する全体 (tout) と一部 (partie) の関係とも捉えられていないのである。

(c) 物権と、所有権が被る制約 (restriction) の類型

ここで、Aubry = Rau についても、制約 (restriction) という概念が、所有権、物権、支分権などを関係づけるためにどのような役割を有するかという問題を取り上げる。

前述 ((b) 参照) したように、Aubry = Rau の理解において、物権によって所有権が被る制約 (restriction) は、抵当権のように所有権から何らの部分も付与せず、すなわち、所有権から何らの支分権をも切り出さない物権においても生じるのであり、所有権からその

一部を切り出す支分権（*démembrement*）たる物権のみにおいて生じるわけではなかった。

もっとも、Aubry = Rau は、所有権が被る制約（*restriction*）について、物権による場合に
限ることなく、次のように一般的に述べる。「所有権が、その性質上絶対的な権利である
としても、しかし、その行使は、公益において設けられた様々な制約に服している。他方
の側で、所有権に本質的に属する能力は、他人の所有権に決して侵害をもたらさないとい
う条件においてしか行使され得ない。それゆえの、それらの互恵的な利益関心のためのい
くつかの *limites* なのであり、近隣の所有権者らはこれらの能力の行使において（その *limites*
を）踏み越えてはならない。最後に、所有権は、*servitudes légales*、または、約定による役
権の効果によって変容されることになり得る」*575（傍点は柴田による）。「公益は、所
有権に当然に本質的に属しているこれこれの能力の行使が、完全に所有権者に対して禁じ
られ、または、一定の条件下でしか認められない、ということを求めうる。この理由に基
づく立法上の諸規定から帰結する制約または負担は、それらがある土地について、別の土
地（または建物）の中間者無き有用性のために設けられ、この観点について要役地の特徴
を呈する（帯びる）ときには、*servitudes légales* を構成する。この場合の他においては、一
般に、それは所有権の行使にもたらされる単なる *limitation* としか解すべきではない。直前
の種類の制約であり、残りの相当数は、（あるいは）公的な安全性または清潔さの理由に
基づき、（あるいは）国富の保存または発展に結びついた理由に基づき、（あるいは）海
軍または陸軍の必要に基づき、（あるいは）最後に埋蔵物の要求に基づいている」*576（傍

*575 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.190, p.170
; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*,
t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.190, p.256. 原文は次のようなものである : Quoique la
propriété soit un droit absolu de sa nautre, l'exercice en est cependant soumis à diverses
restrictions établies dans l'intérêt public. D'un autre côté, les facultés inhérentes à la propriété
ne peuvent être exercées qu'à la condition de ne point porter atteinte à la propriété d'autrui. De
là, certaines limites que, pour leur intérêt réciproque, les propriétaires voisins ne doivent pas
dépasser dans l'exercice de ces facultés. Enfin, la propriété peut se trouver modifiée par l'effet
de servitudes légales ou conventionnelles.

*576 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.193, p.188
; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*,
t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.193, pp.291-292. 原文は次のようなものである : L'intérêt
public peut exiger que l'exercice de telle ou telle des facultés naturellement inhérentes au droit
de propriété, soit complètement interdit au propriétaire, ou ne lui soit permis que sous certaines
conditions. Les restrictions ou charges qui résultent de dispositions législatives fondées sur ce
motif, constituent des servitudes légales, lorsqu'elles sont établies sur un fonds pour l'utilité
immédiate d'un autre héritage, qui revêt à ce point de vue le caractère de fonds dominant. En

点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、これらの 2 つの引用箇所において、5 つの概念が登場する。公益に基づく類型の制約 (restriction)、所有権の行使が踏み越えてはならない limites、所有権の行使にもたらされる limitation、servitudes légales、および、最後に人為によって設けられる役権である。このうち、少なくとも最後 (5 つ目) の人為によって設けられる役権については、前述 (b) (2) 参照) したように、所有権の支分権と解される物権であり、所有権からその一部が切り出されるものであり、所有権が被る制約 (restriction) の一類型であった。そこで、残る 4 つにつき、それらの関係を究明することとする。

まず、直前の 2 つ目の引用箇所によれば、公益に基づく類型の制約 (restriction) は、公益のための servitudes légales と、公益に基づき所有権の行使にもたらされる limitation との 2 つの類型を含むものである。ここで、Aubry = Rau の理解によれば、これらの制約 (restriction) のうち、servitude légales は、一方の土地について他方の土地の有用性 (utilité) のために設けられるという意味において要役地および承役地が存在するものであり、limitation は、当該条件を満たさないそれ以外の制約を指すのである。

次に、直前の 1 つ目の引用箇所によれば、Aubry = Rau は、公益 (intérêt public) に基づく類型の制約 (restriction) の他に、所有権者どうしの互惠的な利益関心 (intérêt réciproque) に基づき、衝突し合う所有権者の権利について相互に侵害をもたらさないために踏み越えてはならない limites という概念を想定している。このような limites と、制約 (restriction)、limitation との各概念の関係につき、Aubry = Rau は、相隣関係に関するいくつかの規定に関連して、次のように述べる。「異なる所有権者に帰属する土地の間の近接した関係または相隣関係は、これらの所有権者の個々の権利の衝突を生じ、そして、この衝突は、所有権に本質的に属する当然の能力の行使について課された一定の limitations によってしか調和させられ得ないのである。これらの通常の、且つ、不可欠の limitations は、理論上は、次のような規律に帰着させることができ、それ自体が、所有権の行使は他人の所有権に損害を生じさせないという条件に服するという、この原則から導かれるのである」*577。「屋

dehors de cette hypothèse, on ne doit plus y voir que de simples limitations apportées à l'exercice du droit de propriété. Les restrictions de la dernière espèce, assez nombreuses du reste, sont fondées, soit sur des motifs de sûreté ou de salubrité publiques, soit sur des raisons qui se rattachent à la conservation ou au développement de la richesse nationale, soit sur les besoins de la marine ou de l'armée, soit enfin sur les exigences du trésor.

*577 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.194, pp.193-194 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.194, p.302. 原文は次のようなものである : les rapports de continuité ou de voisinage entre des fonds appartenant à des propriétaires différentes, ont pour effet nécessaire de mettre en conflit les droits respectifs de ces

根の注瀉、観望や日当たり、樹木の植栽、最後に、一定の建築物について求められる距離や中間の工作物に関する民法典の規定に結びつけられているのも、これらの規律なのである。不動産役権の章に位置づけられているとはいえども、これらの規定は決して真の *servitudes légales* を構成するものではない。それらが設ける諸制約は、近隣の所有者らについて、それぞれの利益関心のために課されているのであり、かつ、何ら要役地の考えも、承役地の考えも含まないだけに、それらはますます、他の土地のためのある土地について負担を創設するものとしては、解され得ない。これらの規定は、実際には、所有権の通常の行使が制約されるべき *limites* を決め、または、和解の一種の手段として近隣の所有者の対立する利益関心を調和させる目的しか有していない」 *578 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、所有者どうしの互恵的な利益関心 (*intérêt réciproque*) に基づき、相互に侵害しないために設けられた諸規定として、列挙されたいくつかの規定もまた、制約 (*restriction*) を設けるものである。もっとも、これらは、所有権に本質的に属する当然の能力の行使について課された *limitations* なのであって、要役地や承役地の存在を伴う真の *servitudes légales* (*véritables servitudes légales*) とは峻別されるのである。そうであれば、所有者らが相互に侵害しないために乗り越えてはならない *limites* とは、これらの諸規定が、所有権の相互の侵害を防ぎ、調和させるために設ける制約 (*restriction*) のうち、とりわけ *limitation* の帰結として形成するものであり、所有権の行使

propriétaires; et ce conflit ne peut être concilié qu'au moyen de certaines limitations imposées à l'exercice des facultés naturellement inhérentes à la propriété. Ces limitations normales et indispensables peuvent en théorie se remener aux règles suivantes, qui découlent elles-mêmes de ce principe, que l'exercice du droit de propriété demeure subordonné à la condition de ne point causer dommage à la propriété d'autrui.

*578 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.194, p.194 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.194, p.303. 原文は次のようなものである : C'est à ces règles que se rattachent les dispositions du Code concernant l'égout des toits, les vues et jours, les plantations d'arbres, enfin la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions. Quoique placées au titre des *servitudes ou services fonciers*, ces dispositions ne sont point constitutives de véritables servitudes légales. Elles peuvent d'autant moins être considérées comme créant des charges sur un fonds au profit d'un autre fonds, que les restrictions qu'elles établissent, sont réciproquement imposées aux propriétaires voisins pour leur intérêt respectif, et n'emportent aucune idée d'héritage dominant ni d'héritage servant. Ces dispositions n'ont en réalité, d'autre objet que de déterminer les limites dans lesquelles doit se restreindre l'exercice normal du droit de propriété, ou de concilier, au moyen d'une espèce de transaction, les intérêts opposés des propriétaires voisins.

の限界点あるいは限界を画する線を指す概念であると言えよう。

したがって、Aubry = Rau の理解によれば、公益 (intérêt public) に基づく類型であれ、所有権者の互恵的な利益関心 (intérêt réciproque) に基づく類型であれ、これらに該当する諸規定は、所有権に課される制約 (restriction) である。このうち、公益に基づく制約は、公益に基づく servitudes légales と、それ以外の limitation とに区分される。また、所有権者どうしの互恵的な利益関心に基づく制約も、とりわけ、屋根の注瀉 (l'égout des toits)、眺望や日当たり (les vues et jours)、樹木の植栽 (les plantations d'arbres)、および、一定の建築物について求められる距離や中間の工作物 (la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions) に関する諸規定は、limitation に区分され、その他に真の servitudes légales (véritables servitudes légales) が存在することがわかれるのである。

前述 (第2節第4款第1項 (2) (c) 参照) したように、Acollas の理解において、limitation は、所有権が被る制約 (restriction) の一類型であり、自然役権および法律上の役権の類型を含んでいた。そのため、物権としての人為によって設けられる役権と、自然役権および法律上の役権とは、支分権たる物権として制約を生じるもの、真の servitudes légales として制約を生じるもの、および、limitation として制約を生じるものの3つに分かれる。Aubry = Rau は、一方で、limitation を所有権が被る制約 (restriction) の一類型と捉える点において、Acollas (第6章第1節2 (d) 参照) と共通している*579。しかし、他方で、servitudes légales を limitation とは異なるものとして峻別する点において、Aubry = Rau が用いる limitation の概念は、Acollas が用いる limitation の概念とは異なることがわかる。なお、これらの引用箇所に基づく限り、Aubry = Rau の理解において、人為により設けられる役権または約定役権 (servitudes conventionnelles) と真の servitudes légales との性質上の違いは明らかとならない。そのため、servitudes légales が、真の役権か否かという問題は、後述されることになる (3 (b) 参照)

3、不動産役権、広義の servitude に関連する問題

(a) 物権の負担を負う者 (物権の設定者) の義務

前述 (a) (1) 参照) したように、物権は、中間者なきかつ直接的な関係 (rapport immédiat et direct) を有するものとされ、それは換言すれば、狭義の対人権 (droits personnels proprement dits) が有する、定められた人と人との関係がないこと、すなわち、人と人との間の obligation の繋がり (lien d'obligation) がないことを意味していた。しかし、ここで、物権を負担する物の所有権者が、いかなる obligation も負わないか否かという問題はなお残されている。そこで、以下では、この問題について、これまでの例に倣い、用益権の負担を負う物の所有権者 (虚有権者) が大規模修繕の義務を負うかという問題と、役権の工作物に関してフ

*579 このため、limitation を訳出するならば、Acollas と訳語の用法を統一して「所有権の限定」とすべきことになる。

フランス民法 698 条が承役地の所有権者に課す作為義務の性質は何かという問題とを、順に取り上げることとする。

(1) 用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務

Aubry = Rau は、まず、広義の *servitude* について、次のように述べる。「フランス民法の起草者たちは、封建制の記憶を想起する恐れにおいて、人役権の表現を排斥するべきと信じた。しかし、それは誇張された不安であった。なぜなら、何人も、この法律用語の意味について誤解し得なかったからであり、かつ、要するに（人役権たる）使用収益する権利は、真の（広義の）*servitudes* を構成するのであり、そこにおいて、不動産役権に適用されるのと同じく、広義の *servitudes* は作為を構成しない（*Servitus nunquam in faciendo consistit*）、という規律が適用されるからである」*580（強調は Aubry = Rau による）。ここで、当該箇所掲げられたラテン語風の表現は、広義の *servitude* に作為義務なしの考えの根拠とされるところの、前述（第 1 章 3（a）（1）参照）した法文（D. 8, 1, 15, 1）を要約した表現であり、原文たる法文と必ずしも一致するものではない。しかし、Aubry = Rau の理解によれば、この表現は、明らかに広義の *servitude* に作為義務なしの考えを提示している（さらに後述、（2）参照）のであり、要約されているとはいえども、当該考えは、広義の *servitude* 全般に、しかしまた、広義の *servitude* のみに、適用される規律として捉えられていることがわかる。

このような理解に基づき、Aubry = Rau は、用益権の負担を負う所有権者の大規模修繕の義務について、次のように述べて、否定する。「虚有権者は、この法性のみにおいて、用益権者に対して、何らの積極的（能動的）*obligation* についても義務づけられない。広義の *servitudes* は作為を構成しない（*Servitus nunquam in faciendo consistit*）。用益権者が、虚有権者に対して、大規模修繕を実施すべく強いるための何らの訴権も有さず、かつ、大規模修繕を用益権者が自ら為した場合においても、用益権者は、少なくとも用益権が存続するだけ長く、虚有権者に対して行使すべき何らの償還の訴権も有しない、ということは、この原則に基づくのである。虚有権者について、この法性において、法的に課される唯一の

*580 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.225, p.462

註 1 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.225, p.656 註 1. 原文は次のようなものである : Les rédacteurs, du Code Napoléon ont cru devoir écarter l'expression de *servitudes personnelles*, dans la crainte de réveiller le souvenir de la féodalité. Mais c'était là un scrupule exagéré, puisque personne ne pouvait se méprendre sur le sens de ce terme technique, et qu'après tout les droits de jouissance constituent de véritables *servitudes*, auxquelles s'applique, tout aussi bien qu'aux *servitudes réelles*, la règle *Servitus nunquam in faciendo consistit*. L. 1, D. de serv. (8, 1).

obligation は、何であれ用益権者の権利を害しうることを決して為さないことである。フランス民法 599 条 1 項」*581（前者の強調は Aubry = Rau による、後者の傍点は柴田による）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、一方で、虚有権者は、大規模修繕を為す義務、すなわち、作為の義務は負わない。しかし、他方で、虚有権者は、その法性、すなわち、用益権（usufruit）を負担する物の所有権者であるという法性において、用益権者の使用収益を害しうることをなしてはならないのであり、かつ、この性質は法的な obligation なのである。したがって、まず、Aubry = Rau の理解において、物権を負担する物の所有権者は、obligation を負いうるものと解されていることがわかる。次に、虚有権者が負う当該 obligation は、用益権を負担する物の所有権者であるという法性において負う以上、その所有する物に物権が課されることによって生じるものであって、決して一般法義務に基づくものではない。実際、Aubry = Rau は、当該 obligation の範囲について、次のように述べている。「虚有権者が用益権者の使用収益を害することを決してなすべきでないという規律は、この法性においてしかその権利を制約しないのであり、虚有権者が、用益権に含まれない土地の所有権者と同様に、所有権に本質的に属するあらゆる能力を自由に行使できることを為すことは、たとえこの行使から、用益権者の使用収益するところのあらゆる利益の縮減を生じるべきであるとしても、妨げない」*582（傍点は柴田による）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、虚有権者が負う当該 obligation は、用益権の負担を課された

*581 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.233, p.506 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.233, pp.715-716. 原文は次のようなものである : Le nu-propiétaire n'est, en cette seule qualité, tenu envers l'usufruitier à aucune obligation positive. *Servitus nunquam in faciendo consistit*. C'est en vertu de ce principe que l'usufruitier n'a aucune action pour contraindre le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations, et que, dans le cas où il les a faites lui-même, il n'a, aussi longtemps du moins que dure l'usufruit, aucune répétition à exercer contre ce dernier. La seule obligation qui pèse de droit sur le nu-propiétaire en cette qualité, c'est de ne rien faire qui puisse, en quoi que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. Art. 599, al. 1.

*582 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. II, 4e éd., Paris, 1869, No.233, p.507 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.II, 5e éd., Paris, 1897, No.233, p.717. 原文は次のようなものである : La règle que le nu-propiétaire ne doit rien faire qui nuise à la jouissance de l'usufruitier, ne restreint que ses droits en cette qualité, et n'empêche pas qu'il ne puisse, comme propriétaire de fonds non compris dans l'usufruit, exercer librement toutes les facultés inhérentes à la propriété, alors même qu'il devrait résulter de cet exercice une diminution des avantages dont jouissait l'usufruitier.

物の所有者であるという法性において、かつ、当該法性の限りにおいて、負うのである。

(2) 不動産役権の工作物の設置の負担（フランス民法 698 条）

まず、Aubry = Rau は、不動産役権について、次のように述べる。「役権は、承役地の所有者によってではなく、この土地自体によって、義務を負っているものであり、それら役権は、作為（義務）も、給付（義務）も構成せず、この所有者に対して、受忍し、または、不作為の、消極的（受動的）obligation しか課さない」*583（傍点は柴田による）。また、Aubry = Rau は、この箇所においても、「広義の servitude に作為義務なし」の考えを指摘して、次のように述べる。「servitudes の性質は、（承役地の所有者に、）何かしらを容認するよう、または、しないよう強いることを構成するが、しかし何かしらをすることを強いることを構成するものではない（D. 8, 1, 15, 1）。……。本文において指摘された特徴は、さらに、不動産役権についてと同じく、人役権についても帰属する」*584（強調は Aubry = Rau による）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、人役権（servitudes personnelles）、つまり、用益権（使用権、および居住権）について前述（（1）参照）したラテン語風の表現 *Servitus nunquam in faciendo consistit* は、ここで引用されたローマ法源の法文 D. 8, 1, 15, 1 と、と同内容を指していたのである。また、Aubry = Rau の理解によれば、当該法文に基づくところの、「広義の servitude に作為義務なし」の考えは、不動産役権にも用益権（usufruit）にも同じく適用されるものである。そうであれば、前述（（1）参照）したように、虚有権者が、当該考えの下でなお、用益権を課された物の所有者の法性において、かつ、当該法性の限りにおいて負うとされた、用益権者の権利を害しうることをなさない obligation は、不動産役権を課された承役地の所有者が、当該考えの下でなお負うとされる、受忍しまたは不作為の、消極的（受動的）obligation（obligation passive de souffrir, ou de ne pas faire）と同一の性質であることがわかる。

*583 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.247, p.66 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.247, p.116. 原文は次のようなものである : Les servitudes étant dues, non par le propriétaire de l'héritage servant, mais par cet héritage lui-même, elles ne consistent, ni à faire, ni à donner, et n'imposent à ce propriétaire que l'obligation passive de souffrir, ou de ne pas faire.

*584 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.247, p.66 註 22 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.247, p.116 註 22. 原文は次のようなものである : *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiat, aut non faciat*. L. 15, § 1, D. de serv. (8, 1). Le caractère indiqué au texte appartient, du reste, aux servitudes personnelles aussi bien qu'aux servitudes réelles.

次に、Aubry = Rau は、フランス民法 698 条に基づいて、承役地の所有権者に課される作為の義務について、次のように述べる。「広義の *servitudes* は作為を構成しない (*Servitus nunquam in faciendo consistit*) の規律についての例外により、それに関する費用が、承役地の所有権者の負担となることを約定することが認められている。フランス民法 698 条。同じような約定は、……、*obligation réelle* しか生ぜず、承役地の所有権者は、相反する全ての権利放棄にもかかわらず、要役地の所有権者にこの土地を委棄することによって、将来についても過去についても、(その義務から) 解放されるべきことが認められている。フランス民法 699 条。ただし、また、この *obligation* は、役権の性質そのものを有する以上は、承役地の次々承継されていく所有権者たちに移り渡る」*585 (最初の強調は Aubry = Rau による。それ以外の傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、フランス民法 698 条が承役地の所有権者に課すことを認める作為の負担は、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えと抵触する存在なのであり、したがって、役権の性質そのものを有し (*participant de la nature même du droit de servitude*)、つまり、役権自体の内容として課された作為の義務なのである。また、Aubry = Rau の理解によれば、フランス民法 698 条が課す作為の *obligation* は、承役地の所有権者である限りにおいて課されるものであり、かつ、その所有権者が変われば、その負担は新たな所有権者に移り、同じく、所有権者である限りにおいて課される性質である。この性質は、用益権や不動産役権が、本来的に負うとされるところの、受忍または不作為の、消極的 (受動的) *obligation* (*obligation passive de souffrir, ou de ne pas faire*) と共通するものであったところ、Aubry = Rau は、このような性質を有し、フランス民法 698 条に基づく作為の *obligation* を、物的に定まる性質の *obligation* (*obligation réelle*) と解する。したがって、受忍または不作為の、消極的 (受動的) *obligation* (*obligation passive de souffrir, ou de ne pas faire*) もまた、物的に定まる性質の *obligation* (*obligation réelle*) であることがわかる。さらに、これらのことから、Aubry = Rau の理解において、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えは、広義の *servitude* について、物的に定まる性質の作為の *obligation* を原則として否定するものであることがわか

*585 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.253, pp.90-92 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.253, pp.154-155. 原文は次のようなものである : par exception à la règle *Servitus nunquam in faciendo consistit*, il est permis de stipuler que les frais dont il s'agit seront à la charge du propriétaire de l'héritage servant. Art. 698. Une pareille stipulation,, n'engendre qu'une obligation réelle, dont le propriétaire du fonds servant est, nonobstant toute renonciation contraire, admis à s'affranchir, pour le passé aussi bien que pour l'avenir, par l'abandon de ce fonds au propriétaire du fonds dominant. Art. 699. Mais aussi cette obligation passe-t-elle, comme participant de la nature même du droit de servitude, aux propriétaires successifs de l'héritage servant.

る。こうして、Aubry = Rau は、用益権や役権がその内容として負う obligation として、物的に定まる性質の obligation (obligation réelle) の類型を認め、さらに、その類型に、例外的ではあれども、フランス民法 698 条に基づく作為の obligation をも含めているのである。

前述したように、Pothier (第 1 章 3 (a) 参照) の理解において、物権の内には、当該物権自体の内容として作為義務を負う類型が存在していた。Duranton (第 3 章第 2 節 3 (a) (2) 参照) や Toullier (第 4 章 3 (a) (4) および (5) 参照) の理解において、フランス民法 698 条に基づく作為の obligation は、広義の servitude に作為義務なしの考えの例外であり、その性質は、物的に定まる性質 (réelle) の obligation または純粹に対物的な obligation (obligation purement réelle) であった。もっとも、Duranton は、この obligation について、obligation réelle という表現を与えておらず、Toullier もまた、purement の語を挟んだ語句としてしか提示していなかった。次に、Demolombe (第 5 章 3 (a) (2) 参照)、Acollas (第 6 章第 1 節 3 (a) (2) 参照)、および Baudry-Lacantinerie = Chauveau (第 6 章第 2 節 3 (a) (4) 参照) の理解において、フランス民法 698 条に基づく作為の obligation は、役権の従たるもの (accessoire) であって、役権自体とは別物であり、役権と作動を同じくすることによって物的に定まる性質 (réelle) の性質を帯びる (revêtir) に過ぎないものとされていた。また、Demolombe と Baudry-Lacantinerie = Chauveau との理解においては、さらに、フランス民法 698 条に基づく作為の obligation は、本質的には人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) であるとされていた。そのため、これらの者の立場において、当該条文に基づく物的に定まる性質 (réelle) の作為の obligation は、「従物債務」または「従物義務」との訳すべきものであった。また、とりわけ Demolombe は、obligation の語を原則的に人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle)、すなわち、債務の意味においてのみ用いており、物的に定まる性質 (réelle) の obligation を認めないという、obligation の類型論において特異な立場であった。

以上に対して、Aubry = Rau の理解において、フランス民法 698 条に基づく作為の obligation は、まずもって、物権たる役権自体の内容として課される obligation なのであって、役権の従たるもの (accessoire) でもなければ、本質的に人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) が物的に定まる性質 (réelle) の特徴を帯びた特種なものでもない。これらの点において、Aubry = Rau の理解は、Demolombe、Acollas および Baudry-Lacantinerie = Chauveau らの理解と異なることがわかる。また、Aubry = Rau の理解において、フランス民法 698 条に基づく作為の obligation は、物的に定まる性質の obligation (obligation réelle) であり、「広義の servitude に作為義務なし」の考えと抵触するものである。これらの点において、Aubry = Rau の理解は、Duranton や Toullier の理解と共通している。逆に、Aubry = Rau の理解は、フランス民法 698 条に基づく作為の義務を、本質的にはフランス民法 686 条に反すると解する Demolombe と異なり、また、フランス民法 686 条にも、「広義の servitude に作為義務なし」の考えにも反しないと解する Baudry-Lacantinerie = Chauveau と異なることがわかる。

なお、これらの点に鑑みると、Aubry = Rau の理解における obligation réelle については、「従物債務」や「従物義務」の訳語を用いることは不適切となることがわかる。ここで、Aubry = Rau の理解によれば、personnelle な性質とは、特定の人とその者自身たる法性に基づいて定まる性質であり、réelle な性質とは、特定の物に基づいて定まり、したがって、当該物の所有者たる法性に基づき、かつ、その法性の限りにおいて定まる性質である。Aubry = Rau の理解において、obligation personnelle と obligation réelle との区分は、各 obligation について、それが personnelle な性質を有するか、réelle な性質を有するか、という通則的、一般的な区分に基づいて忠実に分類したものである。したがって、これらの両類型は互いに対を為すのであり、前者を「人的に定まる性質の義務」「人的義務」と翻訳するならば、後者は「物的に定まる性質の義務」「物的義務」となるのである。

(3) 小活

ここまで見てきた Aubry = Rau の立場を、物権の特徴、および、obligation の類型という点について小活するならば、いましがた見たように、Aubry = Rau は、obligation を、それが特定の人々の法性に基づいて課される（人的に定まる性質）か、特定の物の所有者たる法性に基づいて課される（物的に定まる性質）か、という点に基づいて、obligation personnelle と obligation réelle とに分ける。また、obligation personnelle において、作為の obligation と不作為の obligation が区分されるように、obligation réelle においても、作為による、積極的（能動的）な obligation と、受忍し、または、不作為による、消極的（受動的）な obligation (obligation passive) とが区分される。

次に、Aubry = Rau の理解（前述、(a) (1) 参照）によれば、物権 (droits réels) は、①対象としての objet である特定の物について、中間者なきかつ直接的な関係 (rapport immédiat et direct) を有するものとされた。もっとも、それは換言すれば、狭義の対人権 (droits personnels proprement dits) が有する、定められた人と人との関係がないこと、すなわち、人と人との間の obligation の繋がり (lien d'obligation) がないことを意味していた。ここで、人と人との間の obligation とは、直前の obligation の類型によれば、obligation personnelle であることがわかる。したがって、

物権が、中間者なき直接的な関係 (rapport immédiat et direct) を有するとは、すなわち、物権は、obligation personnelle を生じず、これを負う者が存在しないことを意味するのである。もっとも、いましがた見たように物権は、

義務 (obligation) の 4 類型

人が負う (personnelle)	作為義務	不作為義務
物が負い、 所有者が負う (réelle)	作為義務 (仏民法698条)	受忍し、または 不作為の義務

obligation réelle を生じるのであり、何らの obligation をも生じないわけではない。

また、前述（第4章3 (a) (2) 参照）したように、支分権でない物権を認める一部物

権支分権説においては、支分権が切り出され (détaché)、権利自体が失われていることにより制約を受ける物権と、権利自体は何ら切り出されず単に行使が制約を受ける物権とが存在する。そこにおいて、前者の物権において、物的に定まる性質の消極的義務 (obligation passive) は、権利自体が失われていることによる制約 (restriction) とは、異なるものであり必然的に受忍する義務に限られる。これに対して、後者の物権 (支分権でない物権) においては、物権が行使に課す制約と、物権を負担する物の所有権者が有する権利を行使を差し控えることとは、謂わば同一のコインの表と裏との関係であり、受忍義務に限らず不作為義務でもありうることになるのである。

最後に、Aubry = Rau の理解によれば、「広義の servitude に作為義務なし」の考えは、広義の servitude について、物的に定まる性質 (réelle) の作為の義務を原則として禁じる考えを意味するのであり、かつ、根拠とされるローマ法源の法文と同様に、広義 servitude についてのみ解されていた。したがって、広義の servitude 以外の物権の類型において、作為の obligation réelle が存在しうる可能性は何ら否定されていないことがわかる

(b) 自然役権および法律上の役権の位置づけ

前述 (2 (c) 参照) したように、Aubry = Rau の理解において、servitudes légales は、公益 (intérêt public) のためであれ、所有権者どうしの互恵的な利益関心 (intérêt réciproque) のためであれ、人為によって設けられる役権や、limitation と同様に、所有権が被る制約 (restriction) を構成するものであった。また、limitation との違いにおいて、要役地および承役地を有し、要役地の有用性 (utilité) のために設けられるものとされていた。

実際、Aubry = Rau は、limitation 一般について、不動産役権と関連して、次のように述べる。「我々は、役権の理論から、一方で、所有権の行使が服することになる通常の limitation と、他方で、そのようなものとして所有権者に課されている obligation および、最後に共有壁の互有権に関する諸規定を、除外した。……。これらの分野は、役権の理論においてというよりも、所有権または共有権の理論に立ち戻っているものであり、……」*586。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、共有壁の互有権に関する諸規定は、limitation ですらないものである。そうであれば、それらの規定は、所有権に対する制約 (restriction) ではないものであって、所有権または共有権の行使方法を明らかにした規定と解されているこ

*586 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.238, p.4 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.238, p.6. 原文は次のようなものである : Nous avons éliminé de la théorie des servitudes, d'une part, les limitations normales auxquelles se trouve soumis l'exercice du droit de propriété, d'autre part, les obligations qui sont imposées aux propriétaires comme tels, et enfin les dispositions relatives à la mitoyenneté. ... Ces matières, qui rentrent dans la théorie de la propriété ou de la copropriété, bien plus que dans celle des servitudes, ...

とがうかがわれるのである。そこで、残る問題として、役権の理論に含まれるものとされる *servitudes légales* の法的性質、すなわち、物権としての真の役権と解されているか否かという点を明らかにすることとする。

まず、Aubry = Rau は、不動産役権、すなわち、広義の *servitude* から人役権（用益権、使用权、および居住権）を除外した（狭義の）*servitude* について、次のように定義している。「（狭義の）役権（*servitude*）は、ある土地または建物について、別の所有者に帰属する土地または建物の有用性または魅力のために、設けられる物権である。フランス民法 637 条」*587（傍点は柴田による）。また、役権の類型について、次のように述べる。

「役権は、法律により、または人為により設けられる。フランス民法 639 条」*588。さらに、当該フランス民法 639 条に基づく役権の類型につき、次のように述べる。「本条（フランス民法 639 条）が場所の自然の状況から生じると表明し、かつ、法律により設けられる役権に対置している役権は、現実には、*servitudes légales* でしかない」*589（フランス民法 639 条については、前述、第 5 章 3（b）（2）参照）。すなわち、Aubry = Rau の理解によれば、自然役権と法律上の役権とは、いずれも法律に基づくものとして、*servitudes légales* と表現される。さらに、このような *servitudes légales* と、人為によって設けられる役権とは、特段の区別なく、物権としての役権に含まれるのであり、この点について、*servitudes légales* の類型を物権としての役権から除外する意図をうかがい得る記述は、何ら見受けられない。実際、Aubry = Rau は、人為により設けられる役権の章においてその行使や権利義務を規定する諸規律につき、次のように述べる。「フランス民法は、*servitudes légales* と人

*587 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.238, p.1 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.238, p.2. 原文は次のようなものである : La servitude (*sensu stricto*) est un droit réel établi sur un héritage, pour l'utilité ou l'agrément d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. Art. 637.

*588 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.238, p.2 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.238, p.2. 原文は次のようなものである : Les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme. Art. 639.

*589 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.238, p.2 註 3 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.238, p.2 註 3. 原文は次のようなものである : Les servitudes que cet article déclare dériver de la situation naturelle des lieux, et qu'il oppose aux servitudes établies par la loi, ne sont en réalité que des servitudes légales. フランス民法 639 条自体は、自然役権、法律上の役権、および、人為によって設けられる役権の 3 類型を掲げているためである。

為によって設けられる役権に共通の原則を提示していないが、しかし、人為によって設けられる役権について素描するそれらの規律は、それらの行使やそれらが生み出す権利または義務に関するものは、少なくともこれらの規律が、様々な *servitudes légales* の類型を規律する特種の規定に反していない限りは、*servitudes légales* にもまた適用される」*590。

さらに詳細に踏み込むならば、このような理解に基づき、Aubry = Rau は、*servitudes légales* を、次のように述べて、2つの類型に区分する。「*servitudes légales* は、公益または市町村の有用性、または、特定個人の有用性を *objet* とする。フランス民法 649 条」*591。このうち、まず、公益 (*intérêt public*) または市町村の有用性を *objet* とする *servitudes légales* について、次のように述べる。「通常は、公益において、所有権の行使にもたらされる様々な制約をこの名目の下に並べるのである。(しかし) もっと厳格で、同時に、フランス民法 650 条の規定にもっと一致して、我々は、フランス民法 637 条により与えられる定義の意味において真の役権を構成する負担しか、公益または市町村の有用性の役権の内には分類すべきでないとするに至る。公益において、§ 193 において既に説明された所有権の行使につきもたらされる単なる *limitations* については、公益または市町村の利益関心に基づいて設けられ、他の土地の利益のために、一定の土地に課されている負担についてしか言及しない」*592 (傍点は柴田による)。すなわち、Aubry = Rau の理解において、当該公益 (ま

*590 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.238, pp.2-3 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.238, p.3. 原文は次のようなものである : Le Code ne pose pas de principes communs aux servitudes légales et aux servitudes établies par le fait de l'homme ; mais les règles qu'il trace pour ces dernières, en ce qui concerne leur exercice et les droits ou obligations qu'elles produisent, s'appliquent également aux servitudes légales, à moins que ces règles ne soient contraires aux dispositions spéciales qui régissent les différentes servitudes de ce genre.

*591 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.238, p.2 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.238, p.3. 原文は次のようなものである : Les servitudes légales ont pour objet, soit l'utilité publique ou communale, soit l'utilité des particuliers. Art. 649.

*592 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.239, pp.4-5 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.239, pp.6-7. 原文は次のようなものである : On range ordinairement sous ce titre les différentes restrictions apportées, dans un intérêt public, à l'exercice du droit de propriété. Une méthode, tout à la fois plus rigoureuse et plus conforme aux dispositions de l'art. 650, nous a conduits à ne classer parmi les servitudes d'utilité publique ou communale, que les charges qui constituent de véritables servitudes dans le sens de la

たは市町村)の有用性の役権 (*servitudes d'utilité publique ou communale*)、すなわち、公益 (または市町村の有用性) を *objet* とする *servitudes légales* の類型は、前述 (2 (c) 参照) したように、公益に基づいて所有権に課される制約 (*restriction*) のうち、*servitudes légales* とされる類型に対応していることがわかる。また、Aubry = Rau の理解によれば、フランス民法 637 条が示す定義に合致するものを真の役権 (*véritables servitudes*) と呼ぶのであり、Aubry = Rau は、当該定義に合致するもののみを、公益 (または市町村) の有用性の役権 (*servitudes d'utilité publique ou communale*) に位置づけるのである。したがって、Aubry = Rau の理解において、公益 (または市町村) の有用性の役権 (*servitudes d'utilité publique ou communale*)、すなわち、公益 (または市町村の有用性) を *objet* とする *servitudes légales* の類型は、真の役権 (*véritables servitudes*) を構成するものであることがわかるのである。

次に、特定個人の有用性を *objet* とする *servitudes légales* につき、次のように述べる。「私的有用性の *servitudes légales* は、場所の自然の状況から生じ、または、土地所有権の利益関心において設けられる。……。場所の状況から生じる唯一の私的有用性の役権は、フランス民法 640 条の文言において、低地が、高地から生じる水の自然の流下につき課されていることになるものである」*593。「他の私的有用性の役権は、土地所有権の利益関心のために設けられるものの類型に含まれる」*594。すなわち、Aubry = Rau の理解において、私的有用性の *servitudes légales* (*servitudes légales d'utilité privée*)、すなわち、特定個人の有用性を *objet* とする *servitudes légales* であり、とりわけ土地所有権の利益関心のために設けられる類型は、前述 (2 (c) 参照) したところの、所有権者どうしの互恵的な利益関心 (*intérêt*

définition donnée par l'art. 637. Les simples limitations apportées, dans un intérêt public, à l'exercice du droit de propriété ayant déjà été éposées au § 193, nous n'aurons à mentionner ici que les charges qui, établies en vue d'un intérêt public ou communal, sont imposées à certains fonds pour l'avantage d'autres fonds.

*593 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.239bis, p.6 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.239bis, p.10. 原文は次のようなものである : Les *servitudes légales d'utilité privée* dérivent de la situation naturelle des lieux, ou sont établies dans l'intérêt de la propriété foncière. ... La seule *servitude d'utilité privée* qui dérive de la situation des lieux est celle dont, aux termes de l'art. 640, les fonds inférieurs se trouvent grevés pour l'écoulement naturel des eaux provenant des fonds supérieurs.

*594 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.239bis, p.6 ; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.239bis, p.11. 原文は次のようなものである : Les autres *servitudes d'utilité privée* rentrent dans la catégorie de celles qui sont établies pour l'intérêt de la propriété foncière.

réciproque) のために所有権に課される制約 (restriction) のうち、要役地や承役地を伴い、要役地の有用性 (utilité) のために設けられた真の servitudes légales (véritables servitudes légales) として想定されていた類型に対応していることがうかがわれるのである。このような類型の対応関係は、前述 (2 (c) 参照) したように、所有権者どうしの互恵的な利益関心 (intérêt réciproque) のために所有権に課される制約 (restriction) のうち、limitation に区分された類型が、特定個人の有用性を objet とする servitudes légales の類型として提示されていないことからもうかがい知ることができる。すなわち、屋根の注瀉 (l'égout des toits)、眺望や日当たり (les vues et jours)、樹木の植栽 (les plantations d'arbres)、および、一定の建築物について求められる距離や中間の工作物 (la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions) に関する諸規定であつた。Aubry = Rau は、このような特定個人の有用性を objet とする servitudes légales の類型として、水の流下による役権 (servitude relative à l'écoulement naturel des eaux) *595、特別法による灌漑に関する役権 (servitudes relatives aux irrigations) *596、特別法による有害排水に関する役権 (servitudes concernant l'écoulement artificiel à procurer aux eaux nuisibles) *597、袋地に基づく通行役権 (servitude de passage pour cause d'enclave) *598 を挙げるのである。したがって、私的有用性の servitudes légales、すなわち、特定個人の有用性を objet とする servitudes légales は、真の servitudes légales (véritables servitudes légales) なのであり、フランス民法 637 条の定義に合致する物権としての役権であることがうかがわれるのである。

このように、Aubry = Rau の理解によれば、servitudes légales の類型に該当するとされる役権の諸規定は、人為によって設けられる役権と共に、物権としての役権を構成していることがわかる。前述したように、Demolombe (第 5 章 3 (b) 参照) や Baudry-Lacantienrie = Chauveau (第 6 章第 2 節 3 (b) 参照) の理解において、自然役権および法律上の役権は、所有権の通則 (droit commun) を形成するものであつて、真の役権ではないものと位置づ

*595 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.240, p.8
; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.240, p.13.

*596 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.241, p.13
; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.241, p.23.

*597 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.242, p.22
; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.242, p.36.

*598 C. Aubry et C. -F. Rau, *Cours de Droit civil français*, t. III, 4e éd., Paris, 1869, No.243, p.25
; C. Aubry et C. -F. Rau revue par C. Falcimaigne avec M. Gault, *Cours de Droit civil français*, t.III, 5e éd., Paris, 1900, No.243, p.42.

けられた上で、しかしそれにもかかわらず、とりわけ袋地に基づく通行役権に関して、ひとたび設けられた後は、他の役権と同一の原則によって統制された通常の役権を構成するとされた。これに対して、Aubry = Rau の理解において、servitudes légales が所有権の通則 (droit commun) を形成するに過ぎないものと解すべき記述は見受けられず、また、真の役権でないものが、ひとたび成立すると真の役権と同一の効果を生じるとする旨の記述も、見受けられない。Aubry = Rau が、これらの論理を用いていない点からもまた、Aubry = Rau が servitudes légales を物権としての真の役権と解していることをうかがうことができる。

ここで、さらに、Aubry = Rau が、このような servitudes légales について、物権であるのみならず、所有権の支分権 (démembrement) と解するか否かという点については明らかではない。もっとも、前述 (2 (b) 参照) したように、Aubry = Rau の理解において、物権が有すべき固有の特徴 (caractère propre) は、完全な意味における物権か不完全な物権かという点と関連するものであって、当該物権が所有権の支分権であるか否かという点とは無関係であった。そのため、完全な意味における物権か不完全な物権かという問題と比して、支分権 (démembrement) であるか否かという問題は、所有権の一部を切り出された (détaché) と解するか否かという観念的な違いを除き、物権につき特段の効果の違いを生じないのである。

第8章 結論

本稿では、フランス法における Pothier 以降の学説の展開を、注釈学派を中心に位置づけた。その際、一方では、支分権の概念に関する理論を中心として、所有権、物権、支分権、および、役権という、諸権利の関係づけに関わる諸概念に関する理解を整理した。また、他方では、自然役権および法律上の役権に関する諸規定の位置づけをめぐって展開した理解を整理した。

1、「支分権」理論の展開の総括

支分権の理論の展開の発端は、Pothier の提唱した全物権支分権説の立場であった (前述第1章2 (a) 参照)。そこでは、所有権以外の諸物権は、所有権から切り出された (détaché) 支分権 (démembrement) とされた。Pothier が提唱した全物権支分権説は、フランス民法典の成立後、Toullier によって謂わば再発見されて提唱された (前述第4章2 (a) (1) 参照)。

Pothier の理解において、所有権は、単独の者に帰属し、使用収益や処分の権利を含む排他的な権利と解された (前述、第1章1 (a) 参照)。つまり、Pothier は、同一の土地に

について複数の所有権が成立するという所謂「二重の *domaine* 理論」に基づく所有権の理解を採用していなかった。このように、所有権が、単独の者に帰属し排他的か、同一の土地について並立しうるかという問題（以下では、所有権の組織構造の問題という）について、Pothier は前者の単独の者に排他的に帰属する所有権という概念を基礎とする立場を採用し、これはフランス民法典の下での所有権の理解（フランス民法 544 条）と基本的に同じであった。このことは、Toullier が、フランス民法典の制定後に、所有権から切り出された（*détaché*）支分権という概念を用いるにあたって、母体である所有権の組織構造という前提部分についても、Pothier と同一の立場を採用する理論的な背景を為していた。もっとも、Pothier や Toullier が採用した全物権支分権説の立場において、支分権は、所有権から「切り出された一部」とされる以上には突き詰められず、全ての物権を緩やかに所有権と結びつけていたに止まる（前述第 1 章 2 (a)、および、第 4 章 2 (a) (1) 参照）。すなわち、支分権として母体たる所有権から切り出された諸権利が、もともといかなる行使に向けられたものであるべきか等、支分権として充足すべき要件は特に課されていなかった。また、支分権であることによる帰結も限定的であり、わずかに Toullier において、切り出された支分権は、母体たる所有権と同様に独立した排他的権利となるという、帰属の不可侵奪性の考え（前述第 4 章 2 (a) (1) 参照）が示されていたに過ぎなかった。

このように支分権の概念を曖昧にとどめていた初期の全物権支分権説に対して、Delvincourt や Duranton は、支分権であると言いうるために充足すべき要件を課し、支分権の概念を厳密に解することにより、一部の物権を支分権ではない物権として括りだし、一部物権支分権説の立場を打ち出した（前述第 3 章第 1 節 2 (a)、および、第 3 章第 2 節 (a) (2) 参照）。この立場においてとりわけ Duranton は、Pothier（前述第 1 章 2 (a) 参照）が所有権について、実体的基礎（*fond*）と行使（*exercice*）とを区別した点と実質的に共通する理解に基づき、当該区別を物権の各類型についても検討することにより、支分権であると言える物権を厳選する（前述第 3 章第 2 節 2 (a) (2) 参照）。こうして、一部物権支分権説においては、母体たる所有権が実体的基礎を失うことになる支分権たる物権と、行使のみを制約されることになる支分権でない物権とが区別され、Duranton は、支分権たる物権と言いうる類型を、用益権（*usufruit*）（および使用権（*usage*）、居住権（*habitation*））のみと解するほど厳密に捉えていた（前述第 3 章第 2 節 2 (a) (2) 参照）。

このように、19 世紀の半ばにおいて、支分権の概念をめぐる 2 つの立場は、一方が、所有権と支分権との緩やかな結びつきにより全物権を支分権と解し、他方は、支分権の要件を厳格に考えることによりごく一部の物権のみを支分権と解するという対極的な理論状況にあった。そこにおいて、Demolombe は、支分権の概念に基づいて、幅広く物権を定義づける特徴を基礎づける。Demolombe 自身は厳密には全物権を支分権と解するわけではなかったものの、全ての物権は所有権から生じると解し、主として支分権たる物権を想定して物権を定義づける特徴を論じており、支分権が所有権と同一の性質を有する全体（*tout*）と部分（*partie*）との関係であることを前提としていた（前述第 5 章 2 (a) (2) および (3)

参照)。

このように、支分権たる物権を定義づける特徴を広く支分権であることから基礎づける Demolombe の立場は、その後、19 世紀後半から 20 世紀初頭になって、Baudry-Lacantinerie = Chauveau によって受け継がれ、修正を受けつつも、全物権支分権説の理論に組み込まれることとなった(前述第 6 章第 2 節 2 (a) (1) および (2) 参照)。これに対して、一部物権支分権説は、19 世紀の後半において、Aubry = Rau によって受け継がれた(前述第 7 章 2 (b) 参照)。Aubry = Rau は、支分権である物権は、フランス民法 543 条などにより限定されていると解する上、明示的には用益権についてしか支分権であると述べておらず、Duranton の立場と同じく、支分権である物権を一部に限定する。そのため、Demolombe や Baudry-Lacantinerie = Chauveau とは異なり、物権を定義づける特徴は、何ら支分権の概念によっては基礎づけられない。その結果、物権の objet や物権に関する obligation の類型論などにおいて、異なる立場でありながら、緩やかな支分権の概念を採用した初期の全物権支分権説の立場である Toullier と多くの点で共通することになった反面、Demolombe や後期の全物権支分権説の立場である Baudry-Lacantinerie = Chauveau とは obligation の類型論など、多くの点で異なることとなったのである。

2、所有権、物権や役権に関する基本軸から導かれる帰結

そこで、このような理論展開の経緯を踏まえた上で、物権や役権に関して、もっと具体的に、序論において指摘した 5 点の基本軸に沿って、これまで見た内容から、フランス法において導きうる帰結を述べることに。

(a) 所有権と domaine

前述(1 参照)したように、所有権の組織構造に関する、Pothier の理論とフランス民法典の理論は、いずれも、所有権を、単一の者に帰属する排他的な権利として理解した点において、共通していた。したがって、この点については、本稿において見てきた全ての学説史において共通していた。すなわち、所有権は、支分権たる物権が切り出される(détaché)ことで、一部を失う母体と解された。

domaine の語は、フランス古法の制度の下では、二重の domaine 理論の下で所有権の意味において用いられていたほか、フランス民法典の下でも、Delvincourt や Duranton の理解においては所有権の意味において用いられていた(前述第 3 章第 1 節 1、および、第 3 章第 2 節 1 参照)。しかし、Pothier は、所有権が含む諸権利の意味において用いており、支分権たる物権の権利者とされた領主の権利を domaine direct や domaine de supériorité と表現する際には、domaine の語は、支分権として切り出された諸権利を意味していた(前述第 1 章 1 (b) 参照)。このように、所有権が含む諸権利の意味における domaine の語の用法は、Toullier でも見受けられた(前述第 4 章 1 参照)。しかし、既に Toullier は domaine を単に諸権利(droits)と言い換えており、Demolombe、Baudry-Lacantinerie = Chauveau (前述第 6

章第2節1参照)、および Aubry = Rau (前述第7章1参照)においては、domaine の語は、専ら土地または所有地の意味において用いられることによって、次第に権利としての意味を失い、支分権の理論とは関係しないものとなった。

(b) 物権概念識別機能

Pothier は、所有権の行使に対する制約 (restriction) を課す存在と、(所有権以外の) 物権、および所有権との概念を区別していた (前述第1章2 (a) 参照)。このとき、Pothier は、(所有権以外の) 物権が支分権であり、支分権は所有権の一部を切り出した (détaché) ものであると解することから、(所有権以外の) 物権は、所有権の行使に対する制約に止まらず、所有権の実体的基礎 (fond) を失わせるものであるとする。しかし、Pothier の理解において、支分権は、既に (所有権も含めて) 物権 (jus in re) とされていた諸類型から、所有権たる domaine (domaine de propriété) を除いた残りの類型に対して付与された名称であり、予め支分権であると判断したものを物権 (jus in re) と呼ぶわけではない (前述第1章2 (a) 参照)。また、物権 (jus in re) と解されていた諸類型のうちで、所有権たる domaine (domaine de propriété) を識別する基準は、当該物権 (jus in re) の類型が domaine utile であるか否かという点にあった (前述第1章1 (b) 参照)。したがって、この点についても、支分権の概念によって識別されているわけではない。さらに、Pothier の理解において、そもそもある権利が物権 (jus in re) であるか否かを識別する基準は、当該権利が特定の物において (dans un chose) 利益を得る類型であって、すなわち、その物において引き出す利益を享受するために、その物を自己に帰属させることを要しない類型であるか否かという点にあることがうかがわれた (前述第1章2 (b) 参照)。そうであれば、この点についても、支分権の概念によって識別されるわけではない。このように、Pothier の理解において、支分権の概念は、それ自体として、ある権利が、所有権の行使に対する制約を課す存在、(所有権以外の) 物権、および、所有権のいずれであるかを区別する役割を担っていない。すなわち、支分権は、ある権利が、(所有権も含めた) 物権 (jus in re) であり、かつ、所有権以外の物権であると判断された後に、結果として付与される特徴であるに過ぎないものとなる。実際、Pothier の理解において、支分権の概念は、いかなる行使に向けられた実体的基礎 (fond) を切り出すべきものであるかなど、支分権であるための要件が言及されていないのであり (前述第1章2 (a) 参照)、支分権という概念自体には、ある権利が支分権であるかを自ら識別する機能はなかったことがうかがわれるのである。

Pothier について述べたことがらは、Toullier の理解においてもあてはまる。すなわち、前述 (1 参照) したように、Toullier は、Pothier と類似して、支分権が、所有権の権利のうちいかなる行使に向けられた諸権利 (dorits) を切り出すべきものであるかなど、支分権であるための要件を明らかにしておらず、無数の支分権が存在すると解されていたのである。Toullier も、制約 (restriction)、(所有権以外の) 物権、および、所有権との概念を区別していた。ここで、所有権に制約を課す権利が、公益などによる制約か、(所有権以外

の) 物権による制約かを識別する基準は、当該制約を課す権利が、特定の物について追求権を有し、かつ、人的な性質の obligation (obligation personnelle) を負う者の存在しない(すなわち、当該物につき直接的かつ中間者なき) 類型か否かという点にあることがうかがわれる(前述第4章2 (b) および (c) 参照)。すなわち、支分権の概念は、当該制約を課す権利が、所有権から切り出されたものであるか否かを自ら判断する機能を有しない。実際、Toullier 自身も、用益権については、使用収益権が「分離される」(séparé) と表現していたのに対して、たとえば、役権については、物権であり、したがって、支分権であるはずであるにもかかわらず、切り出されたものであることを明確に示唆することはできていない(前述第4章2 (b) 参照)。そうであれば、たとえば、Toullier の理解において、役権が所有権から切り出されたものであると認識される根拠は、それが物権の代表的な類型であり、かつ、全て物権は支分権とされるからであることがうかがわれるのである。

Delvincourt や Duranton は、支分権である物権、支分権でない物権、および、所有権との概念を区別していた。ここで、Delvincourt は、支分権である物権か、支分権でない物権かを区別する基準として、当該物権の設定により所有権の価値(valeur)を縮減し(diminuer)、または、当該物権の消滅により所有権の価値を増大する(augmenter)か否かという点を提示していた(前述第3章第1節2 (a) 参照)。その上で、Delvincourt は、抵当権はそれが設定された所有権の価値を減じないと判断し、支分権たる物権ではないと判断していた。したがって、この基準は、Delvincourt の理解においては、所有権の価値の縮減・増大という支分権の概念自体が有すべき要件に基づいて、支分権たる物権と支分権ではない物権とを区別する機能を有するものと捉えられていたのである。しかし、一般的に、少なくとも日本の不動産市場において抵当権を設定された不動産が、抵当権を設定されていないときと同額で売却できると解することは非現実的であると言わざるを得ない。むしろ、物権を設定された不動産が何ら価値の縮減を受けることなく売却できると解すること自体、およそ現実的ではないように思われる。そうであれば、現実には、Delvincourt の提示する支分権の要件は、物権のうちから支分権でない物権を区別する機能を有しないと云わざるを得ない。また、Duranton は、支分権である物権か、支分権でない物権かを区別する基準として、それが所有権の属性(attribut)自体を制約(restreindre)するか、所有権の行使(exercice)を制約するにとどまるかという点を提示していた(前述第3章第2節2 (a) (2) 参照)。その上で、Duranton は、用益権(usufruit)については、所有権の使用収益の権利(droit quant à la jouissance または droit de jouir)という属性を制約するものであるから支分権たる物権であるが、役権については、所有権の行使(exercice)を制約するに止まるから支分権たる物権ではないと判断していた。したがって、この基準もまた、Duranton の理解においては、所有権の属性を制約することという支分権の概念自体が有すべき要件に基づいて、支分権たる物権と支分権ではない物権とを区別する機能を有するものと捉えられていたのである。しかし、ある制約が、所有権の属性自体を制約する場合と、行使のみを制約する場合とは、観念的な違いでしかなく、属性自体を制約することを論証できるものではない。実

際、Duranton が提示した基準と同様の基準は、他の学説においても用いられていた。すなわち、Demolombe も、所有権を細分化し、または、断片化させるか、行使を妨げるにとどまるかという基準として提示し（前述第 5 章 2 (a) (3) 参照）、Aubry = Rau も、所有者の権利の何らかの部分が付与するか、所有権に本質的に属する能力の行使を制約するにとどまるかという基準として提示していた（前述第 7 章 2 (b) 参照）。しかしながら、その結果として、Demolombe と Aubry = Rau は、Duranton とは異なり役権を支分権たる物権と判断するのであり、Demolombe は、Duranton や Aubry = Rau とは異なり、永小作権

(*emphthéose*) を支分権たる物権と判断するのである。このように、これらの立場は、同様の基準を提示しながら、支分権たる物権と判断される物権の類型が三者三様に異なるのである。このことは、当該基準が、恣意性を排除できず、支分権の概念自身が有すべき要件に基づいて支分権たる物権と支分権ではない物権とを区別する機能を付与するものとはいえないことを示しているといえよう。さらに、Baudry-Lacantinerie = Chauveau もまた、同様に属性 (*attribut*) の逸出か否かという基準により、全物権支分権説を説明する（前述第 6 章第 2 節 2 (a) (2) 参照）。しかし、Baudry-Lacantinerie = Chauveau もまた、多くの物権の類型において、当該物権がいかなる所有権の属性 (*attribut*) の一部譲渡であるかを明示的に示唆できていないのである。

このように、支分権の概念は、これらの学説のいずれにおいても、支分権自体が充足すべき要件によって、支分権である物権と支分権でない物権と、あるいは、物権による制約と物権によらない制約とを区別する機能を有してこなかったことがわかる。

なお、最後に、支分権という概念を用いる必要性はあるかという問題を取りあげる。上述したいずれの立場においても、所有権に課されるある制約が支分権であると判断されるのは、論理的には、当該制約が、その他の概念によって、既に物権と判断され、または、物権のうち不動産役権と判断されたその後である。つまり、たとえば、不動産役権は、ある制約が物権であり、物権のうちでも不動産役権であるということまで判断が為された後になって、初めて自己の立場において不動産役権を所有権から生じる支分権と呼ぶか否かに応じて、支分権とされ、または、支分権とされないということに過ぎないのである。そうであれば、ある制約が、特定の類型の物権であると判断されたとき、それらにさらに支分権の概念を付加して、所有権に対する通常の制約とは異なり、敢えて「所有権から切り出された」ことによる制約であると論じる必要があるかという問題が残る。たしかに、Pothier の理解においては、封土保有人が有した *domaine utile* は、本来的には、領主が有する *domaine direct* の元の権利から、一般に為される譲渡によって切り為されたものであると解されていたのであり（前述第 1 章 1 (b) 参照）、Pothier は、前提として、これらの *domaine utile* と *domaine direct* とは、それらの権利の発端において、一部を切り離されたことによって *domaine utile* が成立し、切り出された母体の残部として *domaine direct* が存続したと理解していたことがうかがわれる。しかし、フランス民法典の下で、単一の者に帰属する排他的な所有権が確立され、かつ、多くの物権が明文の規定で定められている現在において、

物権と位置づけられる全部または一部の類型について、単に所有権の行使に多少なりとも大きな制約を課す権利であると解することを超えて、所有権の権利の一部を切り出す権利であると解すべき必要性があるかといえ、疑問の余地があると思われる。少なくとも、本稿において整理し、上述した立場のいずれにおいても、当該必要性があること、すなわち、物権の全部または一部について、所有権から権利を切り出すものと解さなければならず、単に制約を課すには止まらないものと解さなければならない理由があること、は根拠づけられていないように思われるのである。

(c) 物権の objet

Pothier の理解において、物権の objet は明示されていなかった。とはいえ、物権 (jus in re) の全般的な定義から、当該物権がどの物・土地に関するかとを指すところの①対象としての objet と、当該物権が当該物・土地からいかなる利益を引き出し享受するかを指すところの②利益としての objet とを想定することができた。すなわち、Pothier の理解からうかがう限り、物権はいずれにおいても①②の 2 つの objet を想定する余地があった(前述第 1 章 2 (c) 参照)。

その後の学説においては、明示的に物権について objet の語が用いられるようになったところ、Toullier (前述第 4 章 2 (d) 参照)、Aubry = Rau (前述第 7 章 2 (a) (3) 参照) は、物権全般について①対象としての objet を想定するほか、少なくとも広義の servitude や不動産役権に関して、②利益としての objet を想定しており、物権の権利者が取得する利益、または、要役地の所有権者が享受する有用性 (utilité)、利便 (service) を意味していた。また、Delvincourt (第 3 章第 1 節 2 (b) 参照)、Duranton (第 3 章第 2 節 2 (b) 参照)、Acollas (第 6 章第 1 節 2 (c) 参照) は、物権全般について①対象としての objet を想定するほか、少なくとも不動産役権に関して、②利益としての objet を想定しており、要役地の所有権者が享受する利益 (avantage) または利便 (service) を意味していた。最後に、Demolombe (前述第 5 章 2 (b) (1) 参照) と Baudry-Lacantinerie = Chauveau (前述第 6 章第 2 節 2 (b) (2) 参照) は、財の定義から物権の objet として、基本的に①対象としての objet しか想定していなかったものの、結果的には、やはり不動産役権について②利益としての objet を想定しており、要役地の所有権者が享受する有用性 (utilité) または利益 (avantage)、あるいは、利便 (service) または利益を意味していた。

したがって、フランス民法典の下においても、物権が②利益としての objet を有することは、否定されておらず、全ての立場において、少なくとも役権は、①対象としての objet たる承役地のほかに、要役地の所有権者が、当該役権からいかなる利益 (avantage)、利便 (service) または有用性 (utilité) を享受するかという点について、②利益としての objet を想定していることがわかる。

(d) 物権に関する obligation の類型論

Pothier は、物権について、物権を負担する物の所有権者が作為義務を負う場合があることを認めていた。また、広義の *servitude* は、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えによって、その物の所有権者は作為義務を負わないと解しつつ、用益権を負担する物の所有権者の大規模修繕の義務について、義務を負う場合を認めていた。もっとも、それらの義務について、人的に定まる性質の *obligation* (*obligation personnelle*) か物的に定まる性質 (*réelle*) の *obligation* かという点については明示していなかった (第 1 章 3 (a) 参照)。

フランス民法典の下で、土地ラントなどの権利が廃止されたことや、役権の承役地の所有権者に工作物に関する作為義務を課す規定 (フランス民法 698 条) が設けられたことにより、物権を負担する物の所有権者が負う *obligation* の問題は、主として用益権の大規模修繕義務の有無と、役権の承役地の所有権者に課される工作物についての作為義務 (フランス民法 698 条) の性質は何かという問題を中心として理論が展開することとなった (前述第 2 章 3 (a) 参照)。

Delvincourt、Duranton、Toullier は、人的に定まる性質の *obligation* (*obligation personnelle*) か物的に定まる性質 (*réelle*) の *obligation* とを大別し、かつ、それぞれ作為の義務と、作為でない義務 (受忍または不作為義務) とにさらにわけた上で、物権は、人的に定まる性質の *obligation* (*obligation personnelle*) を負う者が存在しない権利の類型であると解する。その上で、物的に定まる性質 (*réelle*) の *obligation* について、広義の *servitude* を念頭に、役権の権利者が行使することを受忍する *obligation* を負うと解する (前述第 4 章 3 (a) (5) 参照)。このとき、役権を支分権と解する立場は、支分権の切り出しによって受ける制約と、切り出された権利を権利者が行使することを受忍する *obligation* とは、異なるものとなり、常に受忍の *obligation* を構成することになった。しかし、役権を支分権と解さない立場は、権利者が役権を行使することと、役権の行使を受忍し、または容認してそれを害する行為を為さない (不作為) 義務とは、表裏一体の関係となるため、受忍義務と不作為義務とのいずれも可能となることとなった。

次に、広義の *servitude* については、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えによって、原則として、物権を負担する物の所有権者が、物的に定まる性質 (*réelle*) の作為義務を負うことは認められないとする。その上で、フランス民法 698 条が定める作為義務は、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えに対する例外であると捉えて、Delvincourt は 1 つ目に加えられた 2 つ目の役権 (物的に定まる性質) と解し (前述第 3 章第 1 節 3 (a) (2) 参照)、Duranton (前述第 3 章第 2 節 3 (a) (2) 参照)、Toullier (前述第 4 章 3 (a) (4) 参照) は、物的に定まる性質 (*réelle*) の作為の *obligation* であると解する。ここでは、当該作為義務は、役権自体に課された *obligation* であるとされるのである。もっとも、これらの立場においては、物的に定まる性質の *obligation* は、決して *obligation réelle* とは呼ばれず、避けられていた。

Aubry = Rau は、このような Duranton、Toullier の立場をそのまま維持した上で、フランス民法 698 条に基づいて役権の承役地の所有権者に課される工作物についての作為義務に

ついて、正面から、obligation réelleであることを認めたのである（前述第7章3（a）（2）参照）。

これに対して、Demolombe、Acolas、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、物権が、人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) を負う者が存在しない権利の類型であると解する点では、これまでの立場と共通するものの、物的に定まる性質 (réelle) の義務の性質に関して Delvincourt、Duranton、Toullier、Aubry = Rau とは異なる理論構成を示す。まず、Demolombe は、obligation について主として人的に定まる性質の obligation (obligation personnelle) しか認めない（前述第5章3（a）（1）（γ）および（δ）参照）。その上で、物権を負担する物の所有権者が、物権の権利の行使を受忍する義務は、一般法義務から帰結するものであると解し、devoir と呼ぶことで obligation と区別する。さらに、「広義の servitude に作為義務なし」の考えを、実質的に全ての支分権たる物権についてあてはめ、これらの物権の全てにおいて、物的に定まる性質 (réelle) の作為義務を否定するものと捉える。そこで、フランス民法 698 条に基づく作為義務は、本質的には人的に定まる obligation (obligation personnelle) であって、役権に関して人的に定まる (personnelle) 負担を禁じるフランス民法 686 条に反するものでありながら、役権の従たるもの (accessoire) となることを物的に定まる性質 (réelle) を帯びた obligation と解するのである（前述第5章3（a）（2）参照）。次に、Acolas（前述第6章第1節3（a）（1）および（2）参照）と Baudry-Lacantinerie = Chauveau（前述第6章第2節3（a）（5）参照）は、物的に定まる性質 (réelle) の obligation も認め、用益権や役権を負担する物の所有権者も、受忍する物的に定まる性質 (réelle) の obligation を負うとする。その上で、「広義の servitude に作為義務なし」の考えを、Demolombe よりもさらに広く、全ての物権にあてはまるものへと拡張し、全ての物権において、物的に定まる性質 (réelle) の作為義務を否定するものと捉える。Acolas はそこで、フランス民法 698 条に基づく作為義務は、役権の従たる物 (accessoire) となることで物的に定まる性質 (réelle) を帯びるものであるとする。最後に、Baudry-Lacantinerie = Chauveau は、ここで、フランス民法 698 条に基づく作為義務を、本質的には人的に定まる obligation (obligation personnelle) であって、役権に関して人的に定まる (personnelle) 負担を禁じるフランス民法 686 条に反するものでありながら、役権の従たるもの (accessoire) となることを物的に定まる性質 (réelle) を帯びた obligation と解することにより、物的に定まる性質 (réelle) であることによりフランス民法 686 条に反さず、本質的には人的に定まる性質 (personnelle) であることにより「広義の servitude に作為義務なし」の考えにも反しないものと解するのである。

このように、Demolombe 以外の全ての者は、obligation を大別して、人的に定まる性質 (personnelle) のものと物的に定まる性質 (réelle) のものとを認めていることがわかる。また、Demolombe、Acolas、Baudry-Lacantinerie = Chauveau の理解において、obligation の類型論が複雑になった原因は、Demolombe が、「広義の servitude に作為義務なし」の考えと、物権を負担する物の所有権者が負う受忍義務を、とりわけ支分権たる物権らについて、

それらが支分権であることから基礎づけたためであった（前述第5章3（a）（1）（δ）参照）。しかし、本来、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えは、広義の *servitude* の類型に固有の特徴であって、所有権と支分権が同一の性質を有する全体（*tout*）と一部（*partie*）であることを前提に、所有権から一部譲渡をされたものであることにより生じるものではなかったのである（前述第1章3（a）参照）。そうであれば、「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えから導かれた受忍する義務もまた、支分権であることによって基礎づけられるべきものではなかったのである。

したがって、Delvincourt、Duranton、Toullier、および、Aubry = Rau の理解に基づく限り、物権は、人的に定まる性質の *obligation* (*obligation personnelle*) を負わない一方で、少なくとも物的に定まる性質（*réelle*）の受忍する *obligation* を負うのであり、広義の *servitude* については「広義の *servitude* に作為義務なし」の考えに基づき、例外的に定められたフランス民法 698 条の場合にのみ、物的に定まる性質の *obligation* (*obligation réelle*) を負うのであるが、広義の *servitude* 以外の物権については、現在においても、必ずしも物的に定まる性質（*réelle*）の作為の *obligation* を負うことも禁じられていないように思われるのである。

（e）自然役権および法律上の役権

自然役権および法律上の役権に関する諸規定、または、相隣関係に関する諸規定の位置づけの問題は、次のように展開したことがわかる。

まず、Pothier（前述第1章3（b）参照）と Delvincourt（前述第3章第1節3（b）参照）は、一律に、全てを準契約（*quasi-contrat*）に基づくものであると捉えていた。また、いずれも、当該準契約から生じる義務は、人的に定まる性質（*personnelle*）ものと解することをうかがわせる箇所が存在した。そのため、これらの者の理解において、相隣関係に関する諸規律・諸規定は、物権でも、所有権の行使方法でもなかった。

また、Acolas（前述第6章第1節3（b）参照）は、自然役権および法律上の役権について、全て所有権の通則を形成するとした上で、囲障（*clôture*）、境界標の設置（*bornage*）を所有権の行使方法であって、所有権に対して何らの制約（*restriction*）も課さないものであるとする。その上で、その他の類型については、所有権の限定（*limitation de propriété*）であり、所有権に課された制約（*restriction*）であって、物権たる役権ではないものの、所有権とは別の存在であり、物的に定まる性質（*réelle*）のものであると解する。

次に、Duranton（前述第3章第2節3（b）参照）は、自然役権および法律上の役権を一括して、所有権の行使方法であり、何ら所有権に制約を課す別の存在を生じるものではないとする。その上で、袋地に基づく通行権（フランス民法 682 条以下）については、源泉（*origine*）が法律であるとしても、ひとたび法律により命じられたならば、当該役権は、人為により設けられた役権と同一の効果を有するとされ、非袋地化（*cession d'enclave*）が生じるとしても、消滅しないものであるとする（第3章第2節3（b）参照）。ここで、Duranton は、当該袋地による通行権を、役権、と呼び、人為により設けられた役権と同一

の効果を生じるとしており、この類型に限っては、真の役権または真の役権に準じる性質であると解していることがうかがえる。

また、Toullier（前述第4章3（b）参照）は、自然役権および法律上の役権の類型を、個別的に検討した上で、囲障（clôture）、境界標の設置（bornage）、互有権（mitoyenneté）に関する諸規定については、所有権の行使方法であり、所有権の行使に何らの制約（restriction）も課さないものであるとする。その上で、その他の類型（袋地に基づく通行権）は全て、真の役権であると解するのである。

最後に、Demolombe（前述第5章3（b）参照）、Baudry-Lacantinerie = Chauveau（前述第6章第2節3（b）参照）、および、Aubry = Rau（前述第7章3（b）参照）は、いずれも自然役権および法律上の役権の諸類型に関する諸規定を、①所有権の行使方法、すなわち、所有権に何らの制約（restriction）も課さない類型、②所有権に対する制約であり、物権ではない類型、および、③真の役権または真の役権に準ずる類型、の3つの類型に分類する点で共通する。その上で、DemolombeとBaudry-Lacantinerie = Chauveauとは、袋地に基づく通行権（フランス民法682条以下）を、③真の役権に準じるものとして扱い、源泉（origine）または生成原因（動力因）（cause efficiente）が異なるに過ぎず、ひとたび生じた後は「通常の役権を構成し」、「人為により設けられるべき真のかつ普通の役権のあらゆる効果を生じ」とし、非袋地化によっては消滅しないとするのであり、Durantonと共通する。また、Aubry = Rauは、袋地に基づく通行権や、排水の役権などを、③真の役権と解するのである。

したがって、これらの立場に基づく、フランス民法上の自然役権および法律上の役権の諸規定（第2巻第4編第1章および第2章）の位置づけは、初めこそ準契約（quasi-contrat）とされていたものの、次第に、所有権の行使方法、所有権に課された制約、および、真の役権またはそれに準じるものという3類型が混在するものと解されるようになったことがわかる。さらに、とりわけ袋地に基づく通行権（フランス民法682条以下）は、Duranton、Toullier、Demolombe、Baudry-Lacantinerie = Chauveau、および、Aubry = Rauのいずれにおいても、真の役権または真の役権に準じるものと解されており、特に、真の役権に準じるものと解される立場においては、真の役権と同様に非袋地化（cession d'enclave）によっては消滅しないことが強調されたのである。この際、たとえば、自然役権および法律上の役権に関する諸規定を原則としては真の役権と解さない立場であり、かつ、役権を支分権と捉える立場を取り上げると、次のような問題が生じるかに見える。すなわち、原則に於いて、所有権の通則を形成するに過ぎないと位置づけた規定が、物権であり支分権である役権と同視されるためには、まずそれが支分権でなければならない、かつ、役権としての特徴を有していなければならない、という二重の条件を課されているように見受けられるのである。しかし、前述（b）参照）したように、支分権の概念は、実質的には何ら、ある制約が所有権や物権であるかを判断する機能を有しない。したがって、解釈上の問題としては、当該袋地に基づく通行権の規定によって生じる権利が、物権の特徴を有し、人によ

り設けられる役権と同じ要件を具備してさえいれば、自然役権および法律上の類型を原則としては真の役権と解さない立場のフランス法の学説についても、真の役権に準じて解釈されている袋地に基づく通行権を、真の役権と解しているものと捉えることも可能であるように思われるのである。

このように、フランス民法典において、自然役権および法律上の役権（第2巻 第4編 第1章および2章）に位置づけられた諸規定は、初期の Pothier と Delvincourt との立場を除けば、いずれも、所有権の行使、所有権に対する制約、および、真の役権または真の役権に準じるもの、という3つの類型の全てまたは一部に該当するものと解釈されていた。しかし、そのような差異にもかかわらず、袋地に基づく通行権（フランス民法 682 条以下）については、真の役権または、真の役権と解する余地があるほど非常に接近したものと解されていることがわかるのである。