

論 説

抵当本質論の再考序説(1)*

鳥 山 泰 志

序章

第一章 日本における抵当本質論の成立

第一節 旧民法典時代(明治20年代前半)

第二節 現行民法典制定期(明治20年代後半から明治30年代末まで)(以上、本号)

第三節 ドイツ法学説の継受期(明治40年代初めから昭和の初めまで)

第四節 我妻以前(昭和の初めから昭和10年代初めまで)

第五節 我妻説

第六節 我妻以後の学説の大局的動向

第七節 中間総括

第二章 ドイツ「質権」本質論の発展的解消

第三章 日本法の再考

終章

序章

第一節 問題意識

第一款 序説——2つの問題

「抵当権は目的物の有する交換価値を直接かつ排他的に支配する権利であること」にその本質がある⁽¹⁾。これは、昭和の頃は当たり前の方であった。交換価値の排他的支配に着目して抵当権の本質を論じるこ

*本稿は、2006年1月に一橋大学に提出した学位論文(「抵当本質論の再考」)の前半に加筆と修正を施したものである。この加筆等は、平成19年度科学研究費補助金(若手研究(スタートアップ))の助成による成果の一部である。

(1) 我妻栄『新訂 担保物権法〔第3刷〕』(1971年)223頁。

《論 説》

の立場は、価値権説と呼ばれ、我妻栄を代表的な主導者とする。価値権説は、抵当権と利用権の調和という指導原理又は視角のもと、抵当権によって把握される不動産の交換価値と、その支配が及ばない使用価値を厳密に区分する。ここから、抵当権と所有権及び用益物権は、明確な区分をもつようになる。

この価値権説は平成に入って2つの問題によって大きく揺さぶられた。

第1が、①抵当権に基づく賃料債権への物上代位の可否である。抵当権が目的不動産の交換価値しか支配しないと命題からは、使用収益の対価たる賃料に抵当権者は干渉できないとの帰結が導かれやすい。実際に、この代位否定説は、有力な学説として支持を集めていた⁽²⁾。それにもかかわらず、最判平1・10・27民集43巻9号1070頁は、肯定説の採用を表明した。以後、肯定説を前提に、最高裁ではいくつもの判決が下され、平成15年には大規模な法改正までもなされた。

第2が、②——債権者代位権の行使による場合も含めた——抵当権者による明渡請求の可否である。最判平3・3・22民集45巻3号268頁によれば、抵当権者は、抵当不動産の占有関係に干渉することが認められない。そのため、第三者がそれを占有しているだけでは抵当権の侵害は生じない。ここから同判決は、抵当権者が抵当不動産の占有者の排除を求めることを認めなかった。しかし、いわゆる占有屋の跋扈は、価値権説からの帰結に対する学説の反発を以前にも増して強いものとした。これを受けて最大判平11・11・24民集53巻8号1899頁は、平成3年判決の立場を一部放棄する。すなわち、同大法廷判決は、価値権説を原則論として維持しながらも、例外的に抵当権者が抵当不動産へ干渉することが可能な場合を認めるようになった。大法廷判決は、直接的には、抵当権者の求めに応じて代位による明渡しを肯定しただけであった。だが、同

(2) たとえば、柚木馨編『注釈民法(9)』(1965年)58頁〔西沢修執筆〕、川井健『担保物権法』(1975年)57頁など。鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集(下) 金融法の課題と展望』(1990年)26頁は、「今日では否定説が多数を占めるに至っている」とまで述べていた。

判決が傍論で述べていた、物権的請求権の行使としての明渡請求の可能性も、最判平17・3・10民集59巻2号356頁によって確認された⁽³⁾。

古典的な価値権説をそのまま維持することが困難であることは誰の目にも明らかである⁽⁴⁾。価値権説は、「実際の問題の解決にあたって十分機能しているとはいえない」⁽⁵⁾といわれることもある。しかし、価値権説は、現実の問題の解決にあたって役立つどころか、むしろ、乗り越え難い障壁であり続けてきたという方がより正確である。

瀬川信久によれば、一般の学説は、価値権というドグマを解体することで問題解決を目指しているとされる⁽⁶⁾。だが、解体というよりも、価値権説の枠組みは維持しつつ、これに修正を加えることによって問題解決を図っているというのが学説のより一般的な態度であろう。たとえば松岡久和は、被担保債権の不履行の前たる平時とその後の戦時とで抵当権による交換価値の支配に変更が生じるとし、戦時における賃料債権への代位と妨害排除の可能性を肯定する⁽⁷⁾。この修正は、古典的な価値権説にいわば時の観念を組み込むものと評価することが可能である。そし

-
- (3) 物上代位と妨害排除の問題に関しては、学者と実務家の双方の手による膨大な文献がある。要領よく過去の判例と学説をまとめるものとして、物上代位については、鎌田・前注⁽²⁾「物上代位」25頁以下、松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金法1504号(1998年)6頁以下を参照。同様に妨害排除に関しては、生熊長幸『執行妨害と短期賃貸借』(2000年)409頁以下を参照。
- (4) 鎌田薫「抵当権の効力」司法研修所論集91号(1994年)1頁の副題が、まさに「〔価値権〕論の意義と限界」である。
- (5) 平野裕之＝古積健三郎＝田高寛貴『民法3 担保物権〔第2版〕』(2005年)28頁〔古積執筆〕。
- (6) 瀬川信久「民法解釈論の今日的位相」同編『私法学の再構築』(1999年)15頁。
- (7) 松岡久和「抵当権の本質論について」占部洋之ほか編『高木多喜男先生古稀記念 現代民法学の理論と実務の交錯』(2001年)21-34頁。梶山玉香「物件価額の提供による抵当権の消滅」同志社法学53巻1号(2001年)1頁以下や、同「抵当物件の使用収益について」同志社法学54巻3号(2002年)223頁以下も、抵当権による抵当不動産の支配が設定から被担保債権の履行期到来の前後、又は競売申立の前後で質的に変更するという。

《論 説》

て、この組込みは、平成11年大法延判決に付された奥田補足意見にある意味、適うものかもしれない⁽⁸⁾。

だが、その修正は、対処療法的なものにすぎず、学説のとるべき最善の方策とはいえない。我妻の理解に遡れば、価値権ドグマの正当性は、保全抵当から投資抵当への発展史観に支えられていたはずである⁽⁹⁾。ところが、ドグマを正当化するはずのこの基礎は、いわゆる近代抵当論批判によって既に崩されているというのが一般の認識である⁽¹⁰⁾。ならば、この認識を覆さない限り、いかなる修正を加えようと価値権説を枠組みとする理解が説得力をもつことはない⁽¹¹⁾。

第二款 価値権説に代わる理論

1. 換価権説

本稿は、近代抵当論批判によって得られた認識を今改める必要を感じない。同様の立場から、学説の一部は、価値権説に代替する理論の提示を模索する。たとえば松井宏興が、我妻の近代抵当論に対する批判的な

(8) 奥田補足意見の「抵当権に認められる抵当不動産の交換価値に対する排他的支配の権能は、交換価値が実現される抵当権実行時(換価・配当時)において最も先鋭に現われるが、ひとりこの時点においてのみならず、抵当権設定時以降換価に至るまでの間、抵当不動産について実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配することができる点に、抵当権の物権としての意義が存するものとみられる。」という一節では、繰り返し「時」が使われている。この点のみに着目するならば、松岡らによって価値権概念に付加される時の観念は、補足意見に適合的である。もっとも、引用した奥田補足意見の一節は、修正説とは反対に、設定から実行までの間、抵当権による目的不動産の排他的支配に変更が生じないことを述べるものと理解するのが素直な読み方である。このことは、松岡自身も自覚している(松岡・前注(7)「本質論」31頁)。

(9) 第一章第五節も参照。

(10) たとえば、道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』(2008年)119-120頁、内田貴「抵当権と短期貸借」星野英一編『民法講座 第3巻物権(2)』(1984年)210-211頁、伊藤進「抵当権の学理上の課題」椿寿夫編『別冊NBL31号 担保法理の現状と課題』(1995年)191頁、松岡・前注(7)「本質論」9頁。近代抵当論批判は、第一章第六節でも簡単に触れる。

態度を前提に、換価権説を提唱している。

松井によれば、価値権説は、ドイツ普通法理論からは現れないものであり、むしろ、特殊な発展を遂げたプロイセンの抵当制度に由来するものである。そのため、価値権に抵当権の本質の普遍性をみることは疑問である。そして、抵当権の本質を価値権と捉えても、そのことから直ちに抵当不動産の占有や用益に抵当権の効力が及ばないと結論には達しない。それにもかかわらず、従来の価値権概念は、その帰結に繋がりやすい。そこで、価値権概念を、現在のドイツ通説に倣って、価値の取得に重点を置く換価権概念に代替し、ここに抵当権の本質を見出すべきである⁽¹²⁾。

松井の換価権説は、価値権説の消極的な評価に尽きている。同説によったとしても、価値権説から導かれやすい帰結を遮断するにとどまる。その換価権概念は、上記2つの問題を演繹的に解決するものとは言い難い⁽¹³⁾。

また、古積健三郎も、抵当権の本質を換価権に求める。

古積によれば、競売による換価が設定者の所有権さえ剥奪するものであるからには、抵当権者は換価に際して所有権に内在するすべての権能に干渉可能となる。ここから、競売開始以後の抵当権者には、賃料債権へ代位し、あるいは不法占有者に明渡しを請求することが認められる余

(11) これに対して、高橋眞「賃料債権に対する物上代位の構造について」金法1516号(1998年)8頁や、同「抵当権による賃料の把握について」大阪市立大学法学雑誌46巻3号(2000年)7頁以下(いずれも、同『抵当法改正と担保の法理』(2008年)所収)は、近代抵当権の思想から切り離され、抵当権が非占有担保であり、かつ優先弁済権を内容とすることを表現する技術的な意味での価値権概念を維持しようという。これを支持するものとして、梶山・前注(7)「抵当権の消滅」30頁注6、高橋智也「抵当権の物上代位制度の現代的位相(一)」熊本法学100号(2002年)74頁注1。

(12) 松井宏興『抵当制度の基礎理論』(1997年)201-202、205頁。

(13) 松岡・前注(7)「本質論」28頁注26や高橋・前注(11)「賃料の把握」5頁が、特に換価権からの賃料債権への代位の説明には論理的な連関が欠けているとの批判をする(松岡の批判は、より正確には後注(45)の太矢説に対して向けられたものである)。

《論 説》

地が開かれるという。古積も松井と同じくドイツの通説を意識しているが、自己と松井の主張の差異は明示していない⁽¹⁴⁾。

松井や古積以外の者からも換価権概念からの問題解決が試みられることがある。だが、ドイツ通説が何故そのような見解を採用しているかが明らかにされていないこともあり、論者によって換価権概念にばらつきがある⁽¹⁵⁾。そのため、都合よくドイツ通説が援用されている感を否めず、価値権説を覆すまでには至っていない。

2. 期待権説

近代抵当論批判とは関係ないが、川井健がやはり価値権説に代替する

(14) 古積健三郎「将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突」筑波法政23号(1997年)147-148頁、153頁注24及び注25、同「日本における抵当権の今日的問題」石川敏行ほか編『共演ドイツ法と日本法』(2007年)256-260頁。平野=古積=田高・前注(5)28頁〔古積執筆〕も参照。

(15) 競売手続の進行自体を阻害する占有を抵当権者の換価権の侵害行為と評価することで、これによる明渡請求を肯定する見解として、小林秀之=角紀代恵『手続法から見た民法』(1993年)73-74頁〔角執筆〕がある。そこにはドイツの議論に対する配慮がない。

また、太矢一彦「抵当権の性質について」独協法学46号(1998年)466頁も、抵当権の本質を換価権に求める。太矢によれば、不動産が使用、収益及び処分の対象となりうるところ、抵当権は、不動産の売却を目的とするものであり、したがって換価権が抵当権の中心的な権能となる点に換価権が抵当権の本質たる根拠が求められる(同様に、同「抵当権の物権性について」獨協法学48号(1999年)194頁)。そして、この換価権から、同「賃料債権に対する抵当権者の物上代位について(二)」獨協法学50号(2000年)220-221頁では、賃料債権への代位の可能性の説明がなされ、同「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学49巻2号(2006年)56頁以下、同「最判平17・3・10判批」金判1247号(2006年)48頁及び同「抵当権に基づく妨害排除請求における「抵当権侵害」の概念」東洋法学50巻1=2号(2007年)42-43頁では、抵当権に基づく妨害排除請求の正当化が試みられている。太矢は、直接に自らドイツ法を参照していない。かつてドイツ法学説を継受した日本の論者が換価権説に相当するものを唱えていたこと(本稿も第一章第二節第三款2(3)及び同章第三節で扱う)を自説の裏付けに利用するのみである(前掲「抵当権の性質について」467頁参照)。

理論として、期待権説を提唱している。

川井によれば、価値権説は、抵当権が究極的には担保設定者からその所有を奪うことの説明を欠くことに不十分さを残す。また、所有権を奪う点では抵当権も譲渡担保も異なるところがない。それならば、抵当権と譲渡担保の双方に共通する本質が探られねばならない。両者の究極の目的が同一であり、その法的処理もなるべく同一に扱われるべきだからである。この抵当権と譲渡担保の統一的説明という見地からは、それを期待権として説明するのが適切である。抵当権者は、抵当権実行により目的物の価値を取得することへの期待権を有し、この期待権に基づいて必要な限度で目的物の支配権を有する。この意味で期待権たる抵当権は、物権性を獲得し、また、その登記が行われることで対抗力も具備する。譲渡担保権者は、実質的に所有権を取得しておらず、所有権を取得しうる地位を有するにとどまる。また、担保権設定者も、債務の弁済によって所有権を留保又は復帰させる意味での期待権を有する。かように、期待権による本質の把握は、不動産担保物権を1元論的に把握するのに適している⁽¹⁶⁾。

期待権説は、示唆に富む見解ではある⁽¹⁷⁾。だが、それは、上記からも明らかのように、価値権説が抵当不動産の交換価値のみを把握するとの理解自体を否認するものではない。むしろ、期待権説提唱の意図は、譲渡担保をいかに法的に構成するかという当時の問題意識のもと、抵当権の法的構成を譲渡担保に及ぼそうとするところにあったと思われる⁽¹⁸⁾。そのため、期待権説が抵当権の本質自体に関する理解を直ちに覆すことはない。また、したがって、同説が上記の2つの問題を直接に解決することは、期待できない。

もっとも、川井の理解には看過してはならない点がある。それは、川

(16) 川井・前注(2)12-13頁。

(17) 所有の剥奪の手段は競売、すなわち換価である。期待権説は、この点において本文前述の古積や、前注(15)で紹介した太矢のいう換価権説と接点を持ち、彼らの換価権説から導かれる帰結を正当化するための材料を提供しうる。

(18) 川井・前注(2)185頁参照。

井の批判対象にある。前述のように、川井は、抵当権の本質を価値権だとする理解が典型担保のみの説明に終始しており、非典型担保を視野に入れていない点を批判する。つまり、その不満の1つは、理論の射程にある。そして、このように本質論の射程が論者によって区々となりうることは、抵当権に関して本質論という形で進められている議論構造に問題の根本的な原因があることを想起させる。

第三款 本質論の議論構造上の問題と本稿の姿勢

碧海純一による本質論一般に関する指摘に耳を傾ける必要がある。

碧海によれば、総じて、ある事柄の本質に関する議論は、本質の語の多義性のため、「いくつかの別個の問題が雑然とからみあって、一見単一の問題であるかのような外観を呈する」。そのため、一体的な解決が目指されるが、結局、その試みが失敗に終わることは多々ある。というのも、本質に関する議論においては、場合によっては、その内包だけでなく、その外延自体が不確定なときがあるが、このとき「内包の確定は、…原理上は論者の任意の選択にかかっている」ためによる。そこで、これを「各構成部分に分解し、そのうちの答えられるものについて答をもとめることによって、部分的に解決」することが問題解決のための選択肢として自覚される必要が生まれる⁽¹⁹⁾。

この指摘に照らして過去の抵当権の本質をめぐる議論を振り返るならば、こう言えよう。

(19) 碧海純一『法と言語』(1965年)169頁以下。そこでは、仮称問題と称されるもののうち、本文に述べた方法で少なくとも部分的に解決できるものが不完全問題と呼ばれ、その典型例が本質に関する問題であるとされる。たとえば、法人の本質をめぐる議論を想起されたい。周知のように、これは、権利及び法律の本質と密接な関連のもとで展開され、そこでは擬制説や実在説等が提唱された。しかし、法人本質論が現在の問題の解決には必ずしも有用でないことは、一致して認められているところである(内田貴『民法Ⅰ〔第4版〕』(2008年)217頁、山本敬三『民法講義Ⅰ〔第2版〕』(2005年)406-407頁)。「各説は同じ平面上の議論ではな」との指摘(星野英一『民法概論Ⅰ〔改訂版〕』(1984年)121頁)が注目される。法人本質論は、本質論の形での議論構造における落とし穴を示す恰好の例といえよう。

従来、価値権説が疑われ、検証に付されるとき、価値権説の提唱者によって提示された外延が所与のものとされたうえで、その内包のみが論議の対象とされてきた。しかし、そもそもその外延の確定が誤っている可能性がある。仮にそうだとするならば、価値権説、並びに抵当権と利用権の調和という視角から一定の説明がなされてきた個々の問題すべてを代替的な抵当権の本質論の定立をもって一挙に解決しようとすることは、原理的に不可能な可能性がある。

本質論という議論構造が問題の解決に適さないならば、本稿は、新たな抵当権の本質の提唱を目指すことを控えるべきである。むしろ、碧海の「論議のcrucialなポイントにおいては、このことば（「本質」という曖昧な、またそのゆえに魅力にとむ、ことば」。筆者注）の使用は回避さるべきである」との指示⁽²⁰⁾に従い、本質の語を用いない問題解決を試みる必要がある。

また、外延が原始的に誤認されている可能性からは、従来の本質論の外延を意識的に離れることが検討に値するように思えてくる。そこで、解決される問題の範囲にこだわらないで考察を進めることが企図される。換言すれば、本稿は、解決される範囲という意味での問題の限定を行わない。結果的に、従来の本質論の内であった一連の諸問題のうちの一部の解決に多少なりとも貢献できればそれで十分である。

本稿が「抵当本質論の再考」と題する所以は、以上のように、新たな本質論を提示することを求めず、また、我妻抵当論以後の本質論の外延に拘束されないことにある。

このような態度で検討を進めたならば、従来の本質論の内にはなかったいくつかの問題も考察の対象となりうるし、考察するべきである。本稿にはそういった類の問題を発見するための意義もある。これが本稿の題における「序説」の理由であり、新たに浮かび上がった問題の考察は次稿の課題となる⁽²¹⁾。

(20) 碧海・前注(19)182頁。

第二節 本稿の手法と視角

第一款 本稿の手法——2つの問題の再検討から導かれる考察手法

さて、本稿が解決される問題の範囲にこだわらないといっても、上記①②の問題の将来における終極的な解決は、念頭におかれる必要がある。これらにどう接近するべきか。今一度、2つの問題を振り返ろう。

①は、価値権という中間概念を除いた上で、利益考量によって応接することに馴染む問題である。価値権概念は、抵当権等が価値代替物にも当然に及ぶこと——ここから差押えの趣旨に一定の方向性を与えることにもなるが——のみを導くのであって、どの範囲の価値代替物にそれが及ぶかを直接に決するものではないからである。このことは、価値権説からその否定を導く学説が多数存在したとしても、同説の主導者たる我妻自身が肯定説にあった⁽²²⁾ことから明らかである。現に鎌田薫が解決の手法を利益考量に委ねている⁽²³⁾。だが、松岡は、これを「逃避」と批判し、結論の理論的な正当化を目指す必要を訴える⁽²⁴⁾。利益考量と同時

(21) 次稿は、仮に「不動産信用取引の自由とその限界」と題しておく。また、本稿から導かれる帰結は、拙稿「担保権存在条件としての『債権』(1)～(3・完)」一橋法学3巻1号191頁、2号207頁、3号191頁(2004年)の再考も迫る。これと本稿の関係については、第三章の脚注内で述べる。なお、本稿の叙述内容には、前稿のそれと一部重複するものもあることは、予め断わっておく。

(22) 第一章第五節参照。

(23) 鎌田・前注(2)「物上代位」55-56、62頁以下。これに連なるものとして、大西武士「抵当不動産の賃貸料に対する物上代位と利益考量試論」判タ902号(1996年)26頁以下、吉田光碩「抵当権による賃料への物上代位と各当事者の利害調整」ジュリ1114号(1997年)115頁以下がある。

(24) 松岡・前注(7)「本質論」15頁。鎌田・前注(2)「物上代位」77頁は、価値権説から導かれる「否定説…の基本的な考え方に一定の合理性および論理的明快さを認め」ながらも、現実の要請に応え、関係当事者の利害を調整するという目的を実現するためには賃料債権への代位を肯定せざるを得ないとする。松岡の批判は、この1文に向けられているとみてよい(松岡・前掲論文27頁注21参照)。ただ、鎌田の同論文63頁は、その利益考量が後の解釈論の展開のための前提作業であることを明らかにしているから、理論を完全に無視してよいとまでの意図はそこにはない。

に、又はそれに先立って、価値権ドグマの適切な処理が必要であろう⁽²⁵⁾。

②は、結論の妥当性そのものよりも、価値権ドグマの支配を克服することの困難さに大きな比重がある問題である。上記平成3年判決が下される前、すでに肯定説が圧倒的多数説であった⁽²⁶⁾。それにもかかわらず、最高裁は、結論として妨害排除の請求を否定した。大方の学説の価値判断を無視せざるを得なかったほど最高裁にはドグマの障壁が高かったのである。利益考量による解決は、極めて特殊な限界事例には適合的である⁽²⁷⁾。だが、それは、価値判断に一致があるところでは、有用性の低いものとなる。かつて我妻は、その方法論を論じるにあたって、法律学は、「法律的構成」を伴わざる限り無力である」と断じていた⁽²⁸⁾。平成3年判決がその証左であるとするならば、ドグマはドグマをもってしか制し得ないのではなからうか。

価値権説の説く交換価値や使用価値といった概念は、経済学的視点から問題に接近することを誘う⁽²⁹⁾。しかし、上の再検討からは、価値権というドグマが真に意味するところを知ることが共通して求められている

(25) 松岡・前注(7)「本質論」と高橋・前注(11)「賃料の把握」がこのような立場から実際に理論的な正当化を試みる先駆である(高橋智也「抵当権の物上代位制度の現代的位相(二・完)」熊本法学102号(2003年)193-199頁参照)。

(26) 当時の肯定説と否定説の勢力分布は、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」田山輝明ほか編『高島平蔵教授古稀記念 民法学の新たな展開』(1993年)274頁注8における文献の列举をみれば一目瞭然である。

(27) 瀬川信久「民法の解釈」星野英一編『民法講座 別巻1』(1990年)57頁。

(28) 後述の第一章第五節参照。

(29) たとえば、松井・前注(12)113-115頁が、価値権概念を考察する上で、マルクス主義経済学に触れ、使用価値が交換価値の前提であり、両者は密接な関係にあるところ、価値権説はその関連性を捨象してしまっているとの批判をする。同様に、松岡・前注(3)「物上代位権」11頁も、「そもそも使用価値を離れて抽象的に交換価値を観念することができるかどうかの問題であり、抵当権が交換価値のみを把握しているという理解自体が再考を要する」という(同旨を述べるものとして、内田貴「〈講演〉担保法のパラダイム」法教266号(2002年)15-16、18頁)。これも、近時の学説による価値権説の修正方法の1つである。

《論 説》

ことが明らかである。そこで本稿は、経済学的な視点を切り捨て、もっぱら法律学的な視点から、つまり——戦後民法学が忌み嫌っていたために、等閑にされがちであったが——ドグマと正面から向き合い、その論理内容を明らかにすることを経て、問題①②に考察を加えるという手法をとる。本稿での問題の限定は、このように、考察が専ら価値権ドグマの意義の解明に向けられることにある。

可能な限りでの問題解決しか求めないという本稿の態度からして、この手法によって問題すべてを解決することは固より期待できない。それでもこの考察は、後々の解決の基礎として不可欠なものと思える。

第二款 本稿の視角

従来、上記①②は、抵当権と利用権の調和という指導原理又は視角に等しく由来する問題と位置付けられてきた。そして、この指導原理は、これまでの本質論の外延確定の中心的な視角でもあり続けてきた。そこで、既存の外延を敢えて顧慮しようとしないう本稿は、——上記のように経済学的な視点を除くという目的のためにも——その視角からの考察を一旦凍結する。では、いかなる視角から問題に接近すべきか。2つが考えうる。

第1が完全に新しい視角を創造することである。

だが、価値権説の破綻の原因は、その登場以前の理論を無用に歪めたことに求めうる。そうだとするならば、新たな視角を創造するよりも先に、我妻抵当論の前後で変容した議論の外延と、その内外で変更した理論内容に着目し、そこから抽出される視角に基づいた考察を展開することが求められよう。

結論として、本稿(及び次稿)は、この第2の立場から、債権牽連性と物権性を代替視角として考察を進める。碧海の指示に照らしていえば、この2つの視角を構成部分とした問題の解体を行い、これによって本質の語を用いない解決を図る。

1. 債権牽連性

第1の債権牽連性とは、抵当権と被担保債権の関連性一般を指す。その典型は、付従性であり、これが検討の中心になる。敢えて債権牽連性という耳慣れない語を用いる理由は、2つある。第1に、検討を開始す

るにあたって、付従性の概念を必ずしも一義的に決しておくことができない⁽³⁰⁾。第2に、付従性に限らず、たとえば権利の実行には被担保債権の履行期の到来が条件となるといった、より一般的な抵当権と被担保債権の関連性をも考察の範囲に加える必要がある。その関連性を付従性の語で表すのは、明らかに不適切である。

この債権牽連性という視角からの考察の必要性は、かつて、付従性が抵当権(も含めた担保物権一般)の本質であるといわれた過去⁽³¹⁾を指摘することだけでも、十分に理解できよう。また、前述のとおり、修正価値権説は、時の観念を古典的価値権説に組み込むようになった点に特徴があり、その組み込みは、多かれ少なかれ抵当権を被担保債権(の履行期の到来)と関連付けることによっている。その背景には、我妻が当時の本質論を前にして、債権牽連性を意識的に自己の本質論から除いた⁽³²⁾ことがあるのであり、近年の修正価値権説は、——意識的か無意識的かは措くとして——その回復を行っているものといえよう⁽³³⁾。このことも、債権牽連性からの考察を理由付ける。

2. 物権性

第2の物権性は、物権たる抵当権がもつ性質にかかわる。やはりかつて、価値権説に先立って、抵当権(や質権)の本質は、売却権にあるといわれたことがある。売却権を換価権とほぼ同じものとみるならば、換価権説は、松井によって初めて提唱されたものではないし、また我妻価値権説は、換価権説に代えて提唱されたものであったといえる。そして、売却権に抵当権の本質があるとの言及の目的は、抵当権が物権であることを示すことにあった⁽³⁴⁾。このことから、本稿が物権性の視角に基づく検討を進めることの理由は明らかであろう。

本稿は、具体的には、物権の客体論や効力論に着目し、価値権説提唱の前後における理論の変更を明らかにしていく。このとき、抵当権のみを分析の対象としたのでは、価値権説に含まれる論理内容を見落とす。価値権説は、抵当権に法的な構成を与えるだけでなく、他の様々な周辺問題の統一的な理論構成を果たしていた。必要に応じて、先取特権や質権といった抵当権以外の権利にも触れていく⁽³⁵⁾。

物権性という視角からの検討には、抵当権が物権であることのみなら

(30) 民法典では、付従性が直接に語られていない。「債権の担保として」(342条)、「債務の担保に供した」(369条1項)といった文言がそれを示唆するにとどまる(山野目章夫『物権法〔第4版〕』(2009年)191頁)。日本で付従性という性質が独立して観念されるようになったのは、ドイツ語のAkzesessorietätに訳語が与えられてからとみてよいであろう(富井政章「未タ発生セサル債権ノ担保ニ就テ」志林11巻4号(1909年)1頁や、同『民法原論 第二巻物権(下)』(1914年)599頁が「従タル性質(傍点筆者)」の語を使っており、中島玉吉「根抵当論」同『続民法論文集』(1922年)7頁〔初出、法協33巻3号(1915年)〕が「従属性」という用語を使う。遊佐慶夫『民法概論 物権編第1分冊～第5分冊』(1919-1920年)211頁や、山下博章『担保物権法論』(1928年)5頁等がこの用語例に倣っていた。これに対して、石坂音四郎「根抵当論」同『改纂 民法研究上巻』(1919年)481頁〔初出、法協34巻1、4、7、10号(1916年)〕や、我妻栄「近代法における債権の優越的地位」同著者同名書(1953年)105頁〔初出、志林29巻6、7、9、10号、30巻3、5、6、10、11号、31巻2-4、6、10号(1927-1929年)〕、我妻栄=福島正夫「抵当権判例法(二・完)」法時7巻2号(1935年)53頁〔我妻栄『民法研究Ⅳ-2』(1967年)所収〕では、「附従性」が使われており、これが現在まで受け継がれていると思われる。後述するように(第一章第一節第一款)、それまでは、抵当権は、フランス語のdroits réels accessoires、すなわち「従タル物権」の1つであるとされ、ここから抵当権は、被担保債権と運命を共にするとの帰結が説明されていた)。また、付従性には数多くの例外が認められるために厳密な定義をしようとの姿勢が従来の学説には欠けていた。以上の2つから、付従性は、用語の使用方法すら曖昧で、多義的に内容を語られやすいものとなっている。以下、具体例をもって説明しよう。

現在の標準的な体系書による説明は、こうである。付従性には成立における付従性と消滅における付従性の2つがある。また、被担保債権の処分担保物権も従うとの帰結を導く性質として随伴性が別個観念されるが、これは付従性から派生するものである(道垣内・前注⁽¹⁰⁾『担保物権法』8-9頁。なお、随伴性の語が定着している理由は、三瀧信三「担保物権ノ移転性ト随伴性」法協31巻11号(1913年)1801頁以下が付従性(又は従属性)の用語の定着前において、随伴性の語を使用していたことに由来しよう)。ところが、この随伴性は、山野目・前掲書191頁では移転における付従性と呼ばれる(この呼称は、たとえば抵当権付きの債権に質権が設定された場合に、この債権質の効力が抵当権にも及ぶといった帰結を適切に表現できない印象を受けることから、あまり多くの使用をみないであろう)。

星野英一『民法概論Ⅱ〔合本再訂版〕』(1980年)265、345頁は、被担保債権から切り離して抵当権だけを譲渡することができないことを存続における付従性と呼ぶ(このように随伴性と区別して存続における付従性を述べるのは、我妻=福島・前掲論文53-54頁に従ってのことであろう)が、存続における付従性の用語は、消滅における付従性と同意義で用いられることもある(保証に関してであるが、奥田昌道『債権総論(増補版)』(1992年)382頁)。

あるいは、いくつかの体系書では、約定担保の付従性は厳格に貫かれず、権利実行時に被担保債権があれば成立における付従性に反することはないと説明される(高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』(2005年)10、92-93、256頁、高橋眞『担保物権法』(2007年)95、105頁)。しかし、これは、3、40年ほど前は成立における付従性とは区別される、実行における付従性と呼ばれるものであった。その背後には、実行における付従性は、抵当権の成立及び消滅における付従性や随伴性が緩和されたとしても、堅持されるべき「最後の一线」であるとの考えがあった(鈴木緑弥『物権法講義』(1964年)79頁。同様に、星野・前掲書345頁)。これに対して、そういった考えを背景にしないまま、実行における付従性とは、担保物権の実行に被担保債権の存在を要することをいうとの説明がなされることもある(山野目・前掲書192頁)。

さらに、担保物権を被担保債権から分離して信託することを認めること(信託法3条1号及び2号。いわゆるセキュリティ・トラスト)、すなわち被担保債権の債権者以外の者に担保物権を帰属させることの承認も、付従性の緩和の1つといわれることがある(四宮和夫『信託法〔新版〕』(1989年)138頁)。しかし、付従性及び随伴性を、被担保債権と担保物権という2つの権利自体の運命の共同を導く性質と狭く解するならば、債権者と担保権者の一致は、「付従性、随伴性のコロラリー」(道垣内・前掲書9頁)とはいえようが、付従性からの帰結そのものとはいえない。

以上に加えて、保証に目を転じると、448条の規定内容の現れとして、内容における付従性が一般に観念される(奥田・前掲書382頁、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』(2005年)338頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第3版〕』(2005年)443-444頁、中田裕康『債権総論』(2008年)451頁)し、保証人による主債務者の抗弁の援用まで付従性から導かれることも多い(於保不二雄『債権総論〔新版〕』(1972年)254頁、潮見・前掲書444-445頁。中田・前掲書451頁は、これを広義の付従性の1つとし、随伴性と並べる)。

付従性原則に積極的な法的意義を認めていくとき、その前提として少なくともより厳密な用語方法は決めておく必要がある。しかし、それは次稿

《論 説》

ず、それがなぜ債権ではないのかという反対の視点からの分析も必要となろう。というのも、我妻と時をほぼ同じくして価値権説を提唱した石田文次郎が価値権たる抵当権は、債権と共通する性質をもちもすると述べていたからである⁽³⁶⁾。

このように抵当権の債権性を検討していくことは、現実の問題処理と無関係ではない。

前述のように、平成11年大法廷判決は、代位による抵当権者の明渡請求を認めた。このとき代位の転用を認めるとして、何をもって保全される権利とするかが問題となる⁽³⁷⁾。同判決以前においては、これを抵当債

の課題である。そこで、本稿が付従性の語を使用するときは、道垣内の使用例に従い、必要に応じて、それとは異なる意味での付従性を考慮していくこととする。

(31) 第一章第三節参照。

(32) 第一章第五節参照。

(33) 修正価値権説だけでなく、換価権に抵当権の本質を求める見解の中でも、古積がやはり競売開始の前後における抵当権の効力の変化を主張していた(前注(14)該当本文参照)。また、鎌田・前注(2)「物上代位」79頁は、物上代位によって被担保債権の弁済を受けるには、その弁済期が到来していることが必要であるところ、「従前の議論にはこの点を看過していると見受けられるものも少なくない」と指摘し、ここに物上代位をめぐる議論の紛糾の原因の1つを見出す。このこともまた、我妻抵当論が、債権牽連性を本質論の外に置いたことと無関係ではないと思われる。

(34) 第一章第二節第三款2(3)及び同章第三節を参照。

(35) 太矢も抵当権の本質を考察するにあたってその物権性を検討する(前注(15)引用の「抵当権の物権性について」)。太矢が我妻の価値権説の論理内容を十分に明らかにすることができなかった一因には、先取特権等の抵当権以外の権利への配慮が不十分であったこともある。

(36) 第一章第四節参照。

(37) 序論で示した平成17年判決によって、物権的請求権の行使による妨害の排除が認められた。そのため、債権者代位の転用補充性から、もはや代位構成は排せられ、これを論じる意義はないとも考えられよう。だが、筆者は、第三章で述べるように、抵当権に基づく詐害行為取消権の可否も将来の論点と予測している。そこでも被保全権利は課題となりうる。そこで本稿もまた、債権者代位を素材にこの問題に取り組む必要がある。

務とする下級審裁判例もあった⁽³⁸⁾。だが、これでは物上保証の場合に対処できない。そこで、抵当権自体が被保全権利であるといわれることもあった⁽³⁹⁾。これらに対し、平成11年大法廷判決は、抵当権者の侵害是正請求権が被保全権利になるとした。この侵害是正請求権の性質には疑義がある。1つの考え方として、その請求権を担保設定契約から生じる通常の債権と理解することは不可能ではない。だが、債権の相対性を前提とする限り、この構成では第三取得者が登場した場合、もはや被保全権利を見出すことができなくなる。そこで通常、侵害是正請求権は、物権的な性質を帯びるものとみられる。だが、それが果たして、債権者代位権の被保全権利となりうるのかという疑問を生ぜしめる⁽⁴⁰⁾。

この問題は、前述の石田同様に、抵当権に債権性を承認する鈴木禄弥の物上債務説によるならば生じないのかもしれない。同説は、抵当不動産の所有者が、抵当権者に対して抵当不動産の現在の価格を限度とする金銭給付義務を負っているとみなす。物上保証人は、この義務の履行によって抵当責任から解放される。言い換えれば、物上保証人は、第三者弁済の形で被担保債権自体の弁済を行わなくとも、抵当権の負担を免れうるのである。この債務は、抵当不動産上に存在する(故に物上債務)。したがって、これは、抵当権設定者から不動産を譲り受けた第三取得者によっても負担される。第三取得者は、以後、物上保証人と同じ義務を負うこととなる^(41,42)。

これらの債権牽連性と物権性という2つの視角から同時に考察を進めることは困難である。だが、本稿は、価値権説の克服には、必ずそれらを同時に考察していく必要があると考える。

(38) 東京高判昭和63・7・28判時1289号56頁、大阪高判平成1・3・29判タ703号164頁、大分地裁平成2・4・27判タ731号183頁。

(39) 生熊長幸ほか「〈座談会〉最近の担保判例とその評価」法時63巻9号(1991年)72頁〔鎌田薫発言〕。

(40) 山野目章夫「最大判平成11・11・24判批」金法1569号(2000年)48頁、道垣内弘人「最大判平成11・11・24判批」ジュリ1174号(2000年)30頁参照。

第三節 考察の素材と叙述の順序

本稿での考察の素材とその叙述の順序は、次のとおりである。

まず、第一章では、日本法における議論の展開を追う。ここでの最初に、抵当権の債権牽連性と物権性という視角のもと、旧民法典の時代から我妻抵当論が登場するまでの学説の理解を探る(第一節乃至第四節)。この概観が把握された後、我妻がそれにはいかなる変更をもたらしたかを明らかにし(第五節)、その後の一般の学説に我妻説の影響がどのような形で温存されたかを示す(第六節)。

次いで、第二章でドイツ法における「質権」の本質論の展開を紹介する。我妻抵当論が登場する以前の日本法では付従性や売却権(換価権)に権利の本質を求める見解があったことは上述した。このような本質論は、ドイツ法継受の結果によるものであるし、我妻抵当論もまたドイツ法に強い影響を受けたものである。したがって、ドイツ法の考察を抜きにして、価値権説の論理内容を十分に理解することはできない。本稿が物権性を視角の1つとした理由には、ドイツにおける本質論が権利の物権性をめぐるものであったこともある。

ドイツ法を素材とするとき、ドイツ法学説の優れた論理内容に敬意を払うのは勿論のことである。だが、それにとどまらず、理論の生成と展開、その制度的な背景に細心の注意を払う必要もある⁽⁴³⁾。換価権説は、この点に不足があったため、大方の支持を獲得できないできた。

では、価値権説は、いつ生まれたか。先に紹介した松井によれば、そ

-
- (41) 鈴木禄弥「「債務なき責任」について」法学47巻3号(1983年)1頁以下(特に代位については23-26頁)。なお、鈴木は、同説の着想をフランスのobligation propter rem又はobligation réelleに得たとするが、山野目は、それと鈴木のもの上債務の関連性を否定する(その他、物上債務説の説く実益面の検証等も含め、山野目章夫「物上債務論覚書(上)(中)(下)」亜細亜法学23巻1号49頁、2号31頁、24巻2号21頁(1988-1990年)や、その概要として、同「物上債務論の検討」私法52号(1990年)121頁参照)。第一章注(43)(45)も参照。
- (42) 平成11年大法延判決が下された時点で侵害是正請求権から物上債務説を想起していたものとして、椿寿夫ほか「〈座談会〉 抵当権者による明渡請求」銀法571号(2000年)23-24頁[椿寿夫及び生熊長幸発言]、山野目・前注(40)「最大判平11・11・24判批」56頁注5。

れは、ドイツ普通法理論からは現れないとされる。この松井の理解が一般的な見方かもしれない。しかし、田口勉が指摘するように、これは、誤認である⁽⁴⁴⁾。価値権説は、——近代抵当権を意識してのものと思われるが——すでに普通法学説で論じられるものであった。また、価値の概念も、——マルクスに先立って——普通法学において純粋に法律学的な視点から論じられていた。そこで、第二章では、序説(第一節)を経た後、後期普通法学説における議論(第二節)から分析が始まる。そこでは、ローマ法の付従性をもつ「質権」が論の素材であった。論議の対象に付従性をもたない近代抵当権も視野に含めねばならないとき、あるいはそれが付従性をもつものともたないものの双方を含むドイツ民法典の「質権」となったとき、その時々の学説がどのような理解に至ったかが続いて検討される(第三節と第四節)。

最後に、第三章では、このドイツ法学説の分析結果に基づき、日本法

(43) つまり、本稿は、奥田昌道「ドイツ法」伊藤正巳編『岩波講座 現代法14 外国法と日本法』(1966年)250頁の「ドイツ民法上の諸制度なり、ドイツ民法学の諸理論が、ドイツ民法史ないし民法学史の中でどのような意義を有するか、どのようにして生まれてきたか、それはドイツの民法体系全体の中でいかなる位置を占め、いかなる機能を果たし、あるいは、果たすべきものとして荷わされているか、といった点に焦点を合わせて、これらの諸制度なり法理論を、いわば歴史的・体系的に理解しようとする」姿勢での分析に努めたい。結果、第二章は、叙述が冗長なものになるかもしれないが、やむをえまい。

(44) 田口勉「ドイツ普通法学における物的担保権」田山輝明ほか編『高島平蔵教授古稀記念 民法学の新たな展開』(1993年)199頁、同「担保権の価値権説について」関東学園大学法学紀要4巻2号(1994年)173頁。田口によれば、価値権説は、普通法学で「質権」を債権とする見解を克服するためにズームによって提唱された理論である。この認識は正しい(同様の視点から考察の進展を試みるものとして、横田敏史「抵当権の価値権説再考」慶應義塾大学法学政治学論究78号(2008年)89頁)。しかし、これら先行研究によっても、ドイツにおける本質論の意義や位置付けは、断片的にしか明らかにされていない。本文前述のように、学説全体の背景、周辺の理論の展開、価値権説や換価権説の趣旨及び射程、各学説の連続性を意識したさらなる検討が求められる。

を再考する。

第一章 日本における抵当本質論の成立

第一節 旧民法典時代(明治20年代前半)

本稿は、権利の物権性を基本的視角とする。そこで最初に、旧民法典の特徴の1つとして、権利の客体たる物が有体物に限られていなかったことを確認しておく必要がある。現行民法85条は、物を有体物に限定している。この結果、現行民法典の公布からしばらくの間、権利を客体とする質権や抵当権を物権と評することが疑問視された⁽¹⁾。これに対して、財産編6条1項は、物に有体物と無体物があると定めていた。このため、旧民法典の時代にはその疑義が存在しなかった⁽²⁾。

旧民法典のもう1つの特徴として、債権牽連性の有無を法典編別上の基準としていたことがある。それを標準とする区別の意義は、債権よりも物権の方が大きかった。以下は、これをみていく。

叙述は、主に旧民法典に関する体系書等に基づいて行われる。少なくともここで扱う内容に関する限り、基本的な見解の対立はない。どれも概ねフランスの伝統理論に沿った説明を行っている。そこで、叙述は、論者各人の名を列挙せずに進められる。また、当時の理解を内在的に把握するために、不格好ではあるが、必要に応じて現在及び過去のフランス法学説を本文並びに脚注で参照することもある。

第一款 債権牽連性——法典編別の基準としての意義

フランス法の伝統的な通説は、物権を主たる物権(*droits réels principaux*)と従たる物権(*droits réels accessoires*)に二分する。担保物権は、後者に含まれる。この主従の区別の基準は、物権が債権に従属するかどうか

(1) 次節第二款1参照。

(2) 債権担保編197条1項が用益権、賃借権、永借権及び地上権を抵当権の客体としうることを規定する(財産編にも内容の重複する規定がある。用益権につき財産編68条1項、賃借権につき同編135条本文)。また、債権担保編118条1項は、前記の同編197条を不動産質に準用する。債権は、無体の動産にすぎず、当然に動産質の客体になる。そのため、債権への質の設定可能性を定める特別な規定群はない。

か、あるいは物権が債権担保を目的としているか否かにある⁽³⁾。旧民法典は、この視点をさらに推し進める。すなわち、旧民法典は、権利の主従を権利一般の分類の第1次的な基準とすることによって、債権担保編という独立の編を設置してさえた。物権と債権の区別は、それに次ぐ基準であり、財産編や債権担保編でそれぞれ2次的な分類を導くにすぎない。

財産編2条1項は、「物権ハ…主タル有り従タル有り」と定める。同様に、同編3条1項は、「人権即チ債権ハ…主タル有り従タル有り」と規定する⁽⁴⁾。財産編に詳細な規定をもつのは主たる権利だけである。それぞれの従たる権利の財産編における扱いは、その存在が指摘されるにとどまる。その内容の詳細は、債権担保編に規定される。

主従の各物権は、こう説明される。

主たる物権とは、「完全又ハ虧缺ノ所有権」、「用益権、使用権及ヒ住居権」、「賃借権、永借権及ヒ地上権」、「占有権」をいう(財産編2条2項)。これらは、他の権利に付従することなく、独立して成立し、存続しうる。対して、従たる物権には、「地役権」、「留置権」、「動産質権」、「不動産質権」⁽⁵⁾、「先取特権」、「抵当権」がある(同条3項)。従たる物権は、他の主たる権利が存在する場合において、これに付従して存在する権利である。従たる物権は、主たる権利から分離され、独立して存在することができない。その代表例が抵当権である。抵当権は、主たる権利である被担保債権が存在してはじめて成立しうるし、被担保債権が弁

(3) 当時の日本で参照されたであろう文献を挙げるならば、たとえば、Baudry-Lacantinerie (G.), Précis de droit civil, 2^eéd., t. 1, 1885, n°1260, p. 728. 現在、本文記載の旨を指摘する文献として、Larroumet (C.), Droit civil, 5^eéd., t. 2, 2006, n°29-32, p. 22-24; Mazeaud, Leçons de droit civil, 12^eéd., t. 1, 1^{er}vol., par Chabas (F.), 2000, n°163, p. 272-274; Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), Traité de droit civil, Introduction générale, 4^eéd., 1994, n°223, p. 175.

(4) 本文後述の財産編15条2項も参照。

(5) 旧法の債権担保編は、動産質と不動産質のためにそれぞれ独立の章を用意していた(第2部第2章と第3章)。新法で両者が1つの章に統合される経緯については、次節第二款1(1)参照。

《論 説》

消されて消滅すればもはや存在しえない⁽⁶⁾。

この例に明らかなように、当時既に成立及び消滅における「付従性」⁽⁷⁾が認められていた。さらに、財産編15条1項は、物の主従を定め、同条2項が「債権ノ担保ハ債権ノ従ナリ」と規定する。従物は主物の処分に従うため(財産編41条2項)、主たる債権の処分に従たる担保が付従するとの結論が導かれる。このことから、法は、「随伴性」も予定していたといえる^(8,9)。

さて、債権担保編を設ける旧民法典の体系は、少なくとも当時は、比較法上、異例な存在であった⁽¹⁰⁾。起草者ボワソナードは、その設置を断行し、従たる物権をそこに配した理由を2つ挙げる。第1に、「物権は、2つの類型において存在するのであり、また、2つの類型において示される必要がある」。第2に、「現に、債権に付従するにすぎない物権は、その十分な理解のためには、これが担保する債権の後でなければ、有益

(6) 本野一郎ほか『日本民法義解 財産編第一巻総則・物権(上)』(発行年不明、『日本立法資料全集 別巻111』(1998年)を使用)〔総則〕13-14頁、井上操『民法詳解 債権担保編之部上巻』(1892年)4-5頁。なお、本文で述べたように、各種の担保物権は、財産編2条1項で「従タル物権」と総称されていたが、債権担保編2条3項では「物上担保」とも呼ばれていた。当時は、前者の使用が一般的であったので、本文ではそれで統一する。新民法典制定後については、次節第一款1を参照。

(7) この当時はまだ付従性や随伴性が観念されていなかったことについて、序章注⁽³⁰⁾参照。付従性や随伴性が認められていたといっても、正しくは、付従性又は従たる物権であることからの帰結が認められていたにすぎない。とはいえ、叙述の便宜上、本文のように鍵括弧をつけて済ませることもある。

(8) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編卷之貳』(1891年)13-14頁において、根拠条文の摘示はないものの、随伴性からの帰結の言及が確認される。なお、本文の内容を指摘するものとして、法典質疑会「民1765問題」志林11巻6号(1909年)67頁〔梅謙次郎解答〕や、今泉孝太郎「抵当権従属性の本質的否定」慶應義塾大学法学研究14巻2号(1935年)57-58頁。ただし、三瀧・前掲序章注⁽³⁰⁾「随伴性」818頁が、随伴性に関して、同論文公表の頃(1913年)ですら「参考書トシテ引用スヘキ材料殆ント」なしと述べていた。そのため、「随伴性」は、旧法時にはほとんど自覚されていなかったとする方が本来、適切な見方なのかもしれない。

に規定することができない」⁽¹¹⁾。

第2の理由は、実際上の要請をいう。その言葉からは、教条的な民法体系を構築することに物権を二分した意図を読み取れる。この点を重視すると、それには形式的な理由しかなかったというべきである⁽¹²⁾。

しかし、主たる物権と従たる物権は、効力面で大きく内容を異にす

- (9) 従たる物権のうち、地役権が特異な存在であった。財産編2条4項は、「右地役権ハ所有権ノ従タル物権ニシテ留置権以下ハ人権ノ担保ヲ為ス従タル物権ナリ」と規定する。地役権は、諸々の担保物権と同様に、従たる物権である。この点で、地役権は、所有権等の主たる物権と区別される。その一方で、担保物権の付従する対象は債権であるが、地役権のそれは所有権である。地役権には債権担保という制度目的もない。地役権は、これら2つの点で、他の従たる権利とも異なる(井上操『民法詳解 物権之部』(1890年、『日本立法資料全集 別巻227』(2002年)を使用)19頁参照)。

この付従する対象が何か、あるいは物権の目的が債権担保にあるか否かという基準に照らした結果、民法体系における地役権の所在は、所有権や用益物権の方へ引き寄せられ、その内容は財産編(214条以下)に規律される。「従タル物権ハ他ノ人権ノ担保タルヲ以テ通例ト(傍点筆者)」するのであり、地役権はその例外にすぎなかった(本野ほか・前注(6)『総則・物権(上)』〔総則〕14頁。同〔物権〕1-2頁も参照)。したがって、原則論として、「付従性」の有無が物権を二分する基準であり、それは、各種の担保物権の最も基礎的な性質であったと述べることに問題はないであろう(現在のフランスの体系書でも、総論部分で地役権を主たる物権に分類しながら、各論部分でその所有権への付従を論じるものがある。その例として、Larroumet (C.), *Droit civil*, 5^eéd., t. 1, 2006, n°506 bis., p. 320; Id., *supra* note3, t. 2, n°30-31, p. 22-23 et n°819, p. 494-495)。

- (10) フランス民法典は、2006年の改正によって第4編担保が新設された。この改正の経緯と概要に関しては、山野目章夫ほか「2006年フランス担保法改正の概要」ジュリ1335号(2007年)32頁以下、平野裕之=片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス(担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号)による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号(2007年)163頁以下、同「フランス担保法改正予備草案」慶應法学9号(2008年)203頁以下を参照。

- (11) Boissonade (G.), *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, nouvelle éd., t. 1, 1890, n°5, p. 19.

る。言葉少なげな第1の理由は、これを反映したものと評価しうる。ならば、債権担保編の設置理由を単純に形式的理由にのみ求める理解は不適切である。以下は、その効力面の違いをみていく。

第二款 物権性——主従の物権の間における効力の相違

1. 財産編で示される主たる物権の効力

フランスの古典的な見解は、ポティエ(Pothier)以来、物権を人と物との直接的な(directement)関係と理解し、この直接(支配)性に物権と債権の峻別の基礎を見出す⁽¹³⁾。ボワソナードもまた、すべての従たる物権も含め、直接性に物権の基礎があると述べていた⁽¹⁴⁾。そのため、当時の日本の学説も、基本的にフランスの古典的な通説に沿った理解を示す。

物権の直接性は、2つの効力を導く。これを定めるのが財産編2条1項の物権の定義である。これによると、物権とは、「直チニ物ノ上ニ行ハレ且総テノ人ニ対抗スルコトヲ得ヘキ」権利をいう。

権利が直ちに、つまりdirectementに物に行使されるため、権利は、他人——権利者と物を媒介する者——の行為を要せず、つまりimmédiatementに行使されうる。当時の体系書等では、この具体例として、書籍を所有する者は、閲読、貸与及び売却するにあたって、他人の行為を要しないことが示されている⁽¹⁵⁾。以下では、この効力を直接行使性と呼ぶ⁽¹⁶⁾。

権利を万人に対抗しうること、すなわち対抗力(opposabilité)も直接性

(12) 岡松・後注⁽⁶¹⁾『註釋(上)』8頁は、債権担保編を独立して設置したことには「便宜ニ出タリト云フ外学理上ノ根柢ナシ」という。

(13) Oeuvres de Pothier (par M. Bugnet), t. 1, 1845, p. 35-39 et t. 9, 1846, p. 101-102. ポティエは、直接性に*jus in re* (物権)と*jus ad rem* (物に対する権利)。すなわち物と人との間接的な関係であり、故に、物権ではなく債権)の区別の基準を見出した(Cf. Mazeaud, supra note3, t. 1-1, n°162, p. 272)。直接性がフランス法における伝統的な物権と債権の峻別の基礎であったことを指摘する現在の文献として、Larroumet, supra note9, t. 1, n°484, p. 309-310. 佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(一)」論叢98巻5号(1976年)31頁、七戸克彦「我が国における「物権的請求権」概念の推移」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集25号(1986年)81頁も参照。なお、ここでの叙述は、七戸前掲論文に負うところが大きい。

から導かれる。フランスの古典的な見解は、対抗力が第1次的には追及権(droit de suite)と優先権(droit de préférence)に発現すると考える⁽¹⁷⁾。当時の日本における体系書等でも同様の理解が示されることはあった⁽¹⁸⁾。もっとも、そのような体系書等の多くは、従たる物権を想定してそれらを説明する。すなわち、それらにおいては、抵当権や質権をもつ者は、その客体たる物を第三者が所持している場合でもこれに追及して

-
- (14) Boissonade, supra note11, t. 1, n°4-5, p. 18-20. 19世紀末のフランスでは、物権一般の本質を普遍的な不作為義務に見出す債権説(théorie personaliste)が提唱された。債権説は、古典の見解に対して次の批判をする。すなわち、古典的理解は、人と物という単なる事実を物権という抽象的な法的関係に高めているが、これは、物権のもつ社会的側面を無視するものである。ここから債権説は、物権においても人と人の関係を見出す(この議論の全体的な推移に関しては、佐賀・前注⁽¹³⁾「区別(1)」27頁以下、同「物権と債権の区別に関する一考察(二)」論叢99巻2号(1976年)36頁以下参照)。だが、ポワソナードは、古典的な立場にあり(七戸・前注⁽¹³⁾「物権的請求権」81頁参照)、当時の日本における学説もこれと同様の立場にあった(たとえば今村和郎=亀山貞義『民法正義 財産編第一部卷之壹』(1891年)41-44頁。これに対して、井上操・前注⁽⁹⁾『物権』13-14頁は、万人が物権を侵害しない義務を負うとするが、その理解が権利の社会的意義の認識を前提としていたかは疑問である)。
- (15) 井上操・前注⁽⁹⁾『物権』11-12頁、本野ほか・前注⁽⁶⁾『総則・物権(上)』〔総則〕11頁、今村=亀山・前注⁽¹⁴⁾13-14頁。このような説明は、当時のフランスにおけるごく一般的なものであった。たとえば, Baudry-Lacantinerie, supra note3, t. 1, n°1200, p. 689.
- (16) この呼称は、瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ1229号(2002年)104頁に倣った。
- (17) Cf. Larroumet, supra note9, t. 1, n°485, p. 310; Ghestin et Goubeaux, supra note3, n°223, p. 175. 「対抗(opposer, opposable, opposabilité)」という用語のフランス法学説における多義的な使用については、七戸克彦「対抗」のフランス法的理解 慶応義塾大学大学院法学研究科論文集26号(1987年)66-67頁、同「所有権の「絶対性」概念の混迷」山内進編『混沌のなかの所有』(2000年)233-235頁参照。
- (18) 今村=亀山・前注⁽¹⁴⁾17-18頁、江木衷『日本民法財産篇 物権之部』(1891年)30-36頁。

《論 説》

権利行使することが可能であり、また、それから優先的に弁済を受けることが可能であるということが対抗力の例として挙げられる⁽¹⁹⁾。

その一方で、主たる物権、殊に所有権を想定して財産編2条を注釈する体系書等には、追及権や優先権の語を用いさえしないものがある。そのような体系書等は、特に追及権の代わりに、本権訴権(action pétitoire)の行使可能性を対抗力の具体的な発現とする。つまり、財産編36条1項本文が、所有権者は「其物ノ占有ヲ妨ケラレ又ハ奪ハレタルトキハ所持者ニ対シ本権訴権ヲ行フコトヲ得」と規定する。ここから、対抗力の具体例として、書籍を奪い、あるいはその使用を妨げる者がいるならば、それがいかなる者であろうと、所有権者は、書籍を取り戻し、妨害の除去を求めることが可能であると述べられる⁽²⁰⁾。

所有権者による物の占有の回復自体は、追及権からも説明できる。所有権者は、物を奪われたとき、現占有者に対して物の回復を追及できる。こう説明すればよいからである⁽²¹⁾。だが、財産編36条1項本文という明文規定の存在は、そのような説明を迂遠と感じさせたのかもしれない

(19) 今村＝亀山・前注(4)17-18頁。江木・前注(8)34-35頁も、優先権に関しては、専ら従たる物権を想定した著述をする。

(20) 井上操・前注(9)『物権』12-13頁(ただし、同書23頁は、財産編3条の注釈の中で追及権に言及してもいる)。磯部四郎『大日本新典民法積義 財産編第一部物権(上)』(発行年不明。『日本立法資料全集 別巻81』(1997年)を使用)28頁も、財産編2条の注釈においては追及権と優先権の語を使っていない。ところで、旧法及び現行法制定時に論じられた本権訴権と物権的請求権は、あたかも同一のものとして論じられることがある(たとえば、舟橋諄一＝徳本鎮『新版 注釈民法(6)』(1997年)105頁〔好美清好執筆〕)。これは、鳩山秀夫が、物権的請求権の存在を論証するために現行法202条の「本権ノ訴」という文言を物権的請求権に読み替えた(鳩山秀夫「所有権より生ずる物上請求権」同『民法研究 第二巻(物権)』(1930年)123-124頁〔初出、志林22巻2、4号、23巻2号(1920年)〕)ことに由来するのであろう。しかし、本権訴権はフランス法に、物権的請求権はドイツ法に沿革が求められる概念である。そのため、両者は、異なるものと理解しておく必要がある(七戸・前注(13)「物権的請求権」80-88頁)。

(21) 後注⁽³²⁾該当本文の具体例①参照。

い⁽²²⁾。

主たる物権の効力としての追及権及び優先権の関係や、追及権と本権訴訟権の行使可能性の関係についての当時の理解がいかなるものであったか。これは、必ずしも明らかでない。しかし、この問を一先ず措くとしても、主たる物権に限れば、これについて追及権や優先権の具体的な適用が述べられていなかったからには、当時の一般の学説は、本権訴訟権の行使可能性こそをその対抗力の具体的な発現と捉えていたと考えるのが自然である⁽²³⁾。

(22) 本文での叙述に加え、次のことにも注意を払っておく必要がある。

フランスの古典的理論は、物権全般の効力として追及権や優先権を論じていた。これに対して、ダバンやジノサルはこう反論した。確かに、従たる物権には追及権や優先権がよく妥当するが、主たる物権にはそのようなことがない。最も主要な物権である所有権についてすら即時取得によって追及が封じられることがあるし、複数の所有権間での優先を論じることはあり得ない(Dabin (J.), *Le droit subjectif*, 1952, p. 180; Ginossar (S.), *Droit reel, propriété et créance*, 1960, p. 4. なお、ダバンの著書については、ジャン・ダバン(水波朗訳)『権利論』(1977年)の邦訳がある。同書の243-244頁参照。また、ジノサルの見解については、佐賀・前注(14)「区別(2)」37-50頁が詳しい)。このような認識は、現在のフランス法学説で広く共有されている。たとえば、Ghestin et Goubeaux, *supra* note3, n°223, p. 175; Larroumet, *supra* note3, t. 2, n°25, p. 18. また、Mazeaud, *supra* note3, t. 1-1, n°163, p. 272-274は、優先権と追及権を従たる物権との関係でしか論じていない。

以上の事情は、過去の日本の法学説においても、所有権を想定している限り、財産編2条の注釈で追及権と優先権に触れることが、実益をもたないだけでなく、困難を伴ったことを推察させる。

(23) 七戸・前注(13)「物権的請求権」82-83頁によれば、ボワソナードは、追及権と本権訴訟権の関係は、前者が実体的効力であるのに対し、後者は訴訟法上の効果、あるいは追及権という実体権を実現するための手段であるにすぎないと理解していたとされる。そうだとするならば、本文で示した、本権訴訟権を実体法のレベルで直截に把握する考え方は、少なくとも起草者の意思に反していたことになる。なお、現在のフランスですら、取戻訴訟権と追及権の関係は必ずしもはっきりしないようである(下村信江「フランス先取特権制度論(下)」帝塚山法学4号(2000年)150-151頁参照)。

《論 説》

ここまでから、主たる物権には、その直接性から直接行使性と対抗力が導かれるが、本権訴権の行使可能性が後者の具体的な発現と考えられていたことが確認された。

これに対して、財産編3条1項は、債権を「定マリタル人ニ対シ…作為又ハ不作為ノ義務ヲ尽サシムル為メ行ハルル」権利と定義する。債権は、特定人に対して作為又は不作為を求める権利しか基礎付けない。したがって、債権には直接行使性と本権訴権の行使可能性を認めることができない。債権がその権利者に物に対する権利を付与するとしても、その者と物の間には債務者という媒介者があり、その関係は間接的なものにすぎない⁽²⁴⁾。

では、これら直接行使性と本権訴権の行使可能性の2つの効力が従たる物権にも認められていたか。当時の体系書等にはこれに関する直接的な記述が見当たらない。以下は、多分に推測に基づくことを断わっておく。

まずは、直接行使性からみていこう。少なくとも、占有を伴う従たる物権の権利者と物の間には、即物的な関係がある。そこで、それには所有権の使用収益権限の類推から、直接行使性を肯定できる。すなわち、留置権の行使として物を留置し続けるのに第三者の行為が不要であることは、容易に首肯できる。また、動産質や不動産質にも、その留置的な権利行使に直接行使性を認められる。さらに、不動産質権者には目的物の使用収益権が認められていた(債権担保編124条)。その行使においても直接行使性を肯定することは不可能ではない。しかし、抵当権や先取特権は、占有を伴わないため、所有権と同様の即物的な直接行使性を認めることができない⁽²⁵⁾。

(24) 井上操・前注(9)『物権』22-25頁、今村=亀山・前注(14)14-15頁。

(25) 抵当権は、使用収益権に顕在する、客体の物理的又は即物的な直接行使をもたらしなない。フランスではこのことが、抵当権を他の諸物権と並べて論じることに疑義を生じさせるきっかけとなってきた。つまり、フランス法学説には、抵当権が所有権の支分(*démembrement de la propriété*)であるのかという古典的な論争がある。所有権には使用(*usus*)、収益(*fructus*)、処分(*abusus*)を行う権利が内在し、これら権利の一部が支分したも

さしあたってここでは、主たる物権の類推から単純にそれを肯定できないことを確認すれば十分である。抵当権と先取特権に関するこの問題は、後に改めて検討される⁽²⁶⁾。

次に、本権訴権の行使可能性であるが、主たる物権については、所有権に関する財産編36条のほか、同編67条と136条がそれぞれ用益権と賃借権(永借権と地上権はこれに含まれる)に関する本権訴権の行使可能性を定める。ところが、従たる物権にはそれらに相当する規定がない。

規定が存在しない以上、従たる物権には本権訴権が認められていなかったと考える。本権訴権、すなわち物の取戻訴権(又は回復訴権)⁽²⁷⁾を従たる物権に認める実益が大きいことは、その見方を強く示唆する。つまり、前述のように、従たる物権には追及権が典型的に承認されていた。従たる物権の権利者は、その客体たる物を第三者が所持する場合、取戻訴権による物の取戻しを経ずとも、追及権に基づいて直ちに権利行使することができる。権利者の保護は、それで十分だと考えられて

のが用益権や地役権である。抵当権は、特に使用収益権が伴わず、用益権等とは別異の考察が必要となる。その論争では、かつては、肯定説が多数の支持を集めていたといわれる。すなわち、所有者権といえども抵当権を設定した不動産を濫用的に使用することができない。また、抵当不動産の所有者が抵当不動産を処分できるとしても、抵当権者は、債務の弁済を受けるためにその処分を無視し、第三取得者との関係でも権利を行使できる。つまり、抵当不動産の所有者は、抵当権の設定によって完全な処分権をもたなくなる。ここから、抵当権が所有権の支分権であることが導かれる(Cf. Pont (P.), *Commentaire-traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques*, 1856, n°327, p. 312-315. ボワソナードも肯定説にあった(Boissonade (G.), *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, nouvelle éd., t. 4, 1891, n°397, p. 403-404. これにつき、藤原明久『ボワソナード抵当法の研究』(1995年)13-15頁〔初出、同「ボワソナード日本民法草案における抵当権の性質・目的物・種類」神戸法学雑誌30巻3号(1980年)〕)。しかし、現在は、否定説が支配的であるように思われる。たとえば、Mazeud, *Leçons de droit civil*, 7^eéd., t. 3 1^{er}vol., par Picod (Y.), 1999, n°232, p. 285が否定説にある。フランスでの以上の議論を概述するものとして太矢・前掲序章注⁽¹⁵⁾「抵当権の物権性について」167頁以下参照。

(26) 本款2(3)参照。

いたとするならば、取返す権利までも従たる物権に認める必要性は感じられなかったのではなからうか⁽²⁸⁾。

以上を要するに、ボワソナードは、主従の物権が直接性において共通すると述べていた。しかし、だからといって、主たる物権の効力がそのまま従たる物権に認められていたとは考えにくい。

2. 債権担保編で示される従たる物権の効力

直接性の具体的な発現の仕方は、主従の物権で異なる。以下は、従たる物権の効力に焦点を絞って検討を進める。その特徴は、担保権の1種たる債権との比較を通じてより鮮明になる。そこで、検討は、債権の効力から始められる。

(1) 担保権としての主従の債権の効力

財産編3条1項が主たる債権と従たる債権を区別していることは、上述の通りである。しかし、ボワソナードは、訴訟時における若干の違い——具体的には催告及び検索の抗弁(債権担保編18、19条)等が考えられ

(27) 本権訴訟には地役に関する訴訟もある。これには、要請訴訟(認諾訴訟)と拒却訴訟の2つがある(財産編269条)。前者は、ある土地の所有権等をもつ者が隣地の所有者等に対して隣地上に地役権をもつことを争う訴訟である。後者は、ある土地の所有権等をもつ者が隣地の所有者等に対して自身の土地上に地役権を負担しないことを争う訴訟である(今村=亀山・前注(14)324-325頁)。固よりこれら地役に関する訴訟が従たる物権に認められることは考えにくい。なお、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(二)」法協103巻6号(1986年)1204-1206頁が特に財産編36条にいう本権訴訟の意義について詳細な検討を加えている。

(28) 梅謙次郎は、後日の現行民法典の起草に際して、本権訴訟が所有権に限らず、すべての権利に認められることから、煩雑を避けるために財産編36条を削除する旨を述べている(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1 法典調査会民法議事速記録(一)』(商事法務、1983年)744頁。これは、舟橋=徳本編・前注(20)105頁[好美執筆]や、大塚・前注(27)1199頁が指摘するところである)。この説明は、本文での言及に反する事実である。その一方で、広中俊雄『物権法[第二版増補]』(1987年)231-235頁は、そもそも本権が占有権以外の占有を伴う物権に限られることから、本権訴訟が非占有権たる抵当権や先取特権に認められていなかった可能性を指摘する。

る——を除けば、両者の性質は、実質的に同一であると述べてもいた⁽²⁹⁾。訴訟時における主従の債権の共通性とは何をいうか。これは、債権を担保権の1つとして眺めることから明らかになる。

債権担保編1条1項本文は、「債務者ノ総財産ハ動産ト不動産ト現在ノモノト将来ノモノトヲ問ハス其債権者ノ共同ノ担保ナリ」と定める。また、同項但書は、「但法律ノ規定又ハ人ノ処分ニテ差押ヲ禁シタル物ハ此限ニ在ラス」としていた。したがって、総財産から差押禁止財産を除いた財産、すなわち、一般財産が債権の引当てとなる。そして、1項を受ける2項本文は、「債務者ノ財産カ総テノ義務ヲ弁済スルニ足ラサル場合ニ於テハ其価額ハ債権ノ目的、原因、体様ノ如何ト日附ノ前後トニ拘ハラス其債権額ノ割合ニ応シテ之ヲ各債権者ニ分与ス」と規定する。1項にいう一般財産は、債務者の無資力時に債権者間で平等な比例弁済の原資となる。一般財産は、まさに複数いる債権者にとっての共同の担保(*le gage commun, la garantie commune*)であり、債権も、担保権の1種である⁽³⁰⁾。

(29) Boissonade, *supra* note11, t. 1, n°8, p. 22.

(30) 梅謙次郎『民法債権担保論 第一冊』(1892年)13-24頁、宮城浩蔵『民法正義 債権担保編第壹巻』(1891年)9-15頁、井上操・前注(6)『担保(上)』9-14頁。なお、債権担保編1条の「共同ノ担保」という文言が、草案では*le gage commun*(フランス民法2093条の用語方法と同じ)であったが、理由書では*la garantie commune*となっている点につき、中田裕康「債権者平等の原則の意義」曹時54巻5号(2002年)20頁注15参照。フランスでは、類似する用語として、一般担保権(*droit de gage général*)という語も昔から今に至るまで使用されている。たとえば、Baudry-Lacantinerie (G.), *Précis de droit civil*, 2^eéd., t. 3, 1886, n°1059, p. 614; Pont, *supra* note25, n°17, p. 10; Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.), *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles théorie générale*, 1996, n°108 et s., pp. 100 et s.; Id., *Droit spécial des sûretés réelles*, 1996, n°1121, p. 537; Mazeaud, *supra* note3, t. 1-1, n°161, p. 271。共同担保と一般担保権は、いずれも債務者の財産と債権者の法的な関係に関わる概念である。前者は債権者が複数いる場合において債務者の財産に対する債権者間の関係を念頭に置いて使われるのに対し、後者は1人の債権者が債務者(の財産)に対していかなる権限をもつかを説明する際に使用されているようである。本稿は、一般担保権の概念が日本

《論 説》

このことは、主たる債権と従たる債権のいずれにも妥当する。確かに従たる債権は、担保される債権との関係では、債務者に帰属しない第三者の財産をその引当てとするため、特別の担保 (la garantie spéciale) と評価しうる。しかし、従たる債権によったとしても、債務の増加と資産の散逸という2つの原因に基づく危険の回避は、困難である。

つまり、債権者は、その債務者がさらに債務を負うこと、又はその財産を第三者に譲渡することによって、債権全額を回収できなくなる危険に晒されている。財産編340条以下は、財産の譲渡等で権利を害された債権者が債務者による当該行為を廃罷すること、つまり、当該財産を引当てとして債権を回収する余地を認めてはいる (廃罷訴権)⁽³¹⁾。だが、それは、財産の譲渡等が詐害の意思でなされた場合のみ許される例外である。資産散逸の危険は、これによっても十分に回避できない。そして、以上の2つの原因による危険は、主従の債権のいずれの債権者であっても共通して負担しなければならない⁽³²⁾。

概ね以上に、ボワソナードのいう、執行や破産も含めた広義の訴訟時における主従の債権の実質的な同一性を認めることができる⁽³³⁾。

(2) 担保権としての従たる物権の効力

債権担保編1条1項及び2項本文は、その主従にかかわらず、債権に適用される。担保権として眺めた場合、それらの間には大差がない。こ

に定着していない一方、それを前面に押し出す実益を感じられないので、その概念自体の使用は避ける。

(31) 旧民法典における廃罷訴権と現行民法典424条以下の詐害行為取消権の関係については、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』(2001年)241頁以下〔初出、同「民法四二四条～四二六条(債権者取消権)」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(1998年)〕を参照。

(32) 梅・前注⁽³⁰⁾『担保論』24-28頁、宮城・前注⁽³⁰⁾『担保1巻』19頁、井上操・前注⁽⁶⁾『担保(上)』19-20頁。本文の内容は、今なおフランス法学説で述べられている。たとえば、Mestre, Putman et Billiau, supra note30, Droit commun, n^{os}108 et s., pp. 100 et s.; Id., supra note30, Droit special, n^o1121, p. 537; Mazeud, supra note25, t. 3-1, n^o2-4, p. 7-9.

(33) このほか、権利行使に関する財産編339条(本款2(3)でも簡単に触れる)も主従の債権に等しく適用されることになろう。

れに対して、主たる物権と従たる物権は、担保の観点の入る余地の有無という点で全く異なる。本来、前者に関して担保を語りようがない⁽³⁴⁾。従たる物権は、人と物との直接的な関係であると同時に、担保権である。そのため、従たる物権においては、直接性から優先権——以下では、特に優先弁済権という⁽³⁵⁾——と追及権が物権の効果として顕在化する。この2つの効果は、一般債権者が被りうる、債務の増加と資産の散逸を原因とする危険の回避を可能とする。その一方で、従たる物権は、担保権である点で債権と共通する。このことから、従たる物権は、物の所有者に弁済義務を課し、その履行請求権を物権者に認める余地をもつ。

(a) 優先弁済権

前記の債権担保編1条1項及び2項本文は、「債権ノ担保ニ関スル一般ノ原則」を規定したものである⁽³⁶⁾。同条2項但書が「但其債権者ノ間ニ優先ノ正当ナル原因アルトキハ此限ニ在ラス」とし、その例外を認める。従たる物権の優先弁済権がここでいう例外である。これは、従たる物権の直接性から導かれる対抗力の現れの1つである。直接性は、2項本文が規定するところとは反対に、権利の客体、又は被担保債権の引当てとなる財産が1個の現存する特定の物であることをその前提とする。優先弁済権は、債務の増加による債務者無資力の危険からの回避を債権者に可能とする⁽³⁷⁾。

(34) もちろん、少なくとも現在、譲渡担保等によって、主たる物権である所有権にも担保機能が承認されていることを留保する必要はある(Cf. Larroumet, supra note3, t. 2, n°32, p. 23-24)。

(35) 当時の体系書等では、優先弁済権という用語の使用は見当たらない。単に優先権の語のみが用いられていた。だが、優先権は、相互に両立し得ない物権間での優先劣後という意味と、所有権及び各種の用益物権が物の用益に関して矛盾又は対立する債権に対する優先の意味で用いられることもある。本稿が以下で優先弁済権の語で統一表記するのは、それらと区別される、債権に対する担保物権の優先である。

(36) 本野一郎ほか『日本民法義解 財産取得編(下)／債権担保編』(発行年不明、『日本立法資料全集 別巻116』(1998年)を使用)〔債権担保編〕3頁。

(37) 梅・前注⁽³⁰⁾『担保論』28頁、宮城・前注⁽³⁰⁾『担保1巻』461-462頁。

《論 説》

(b) 追及権

債権者は、債務者がその財産を譲渡することによって無資力になる危険にも晒される。これが債権の原則であった。廃罷訴権は、例外的な救済手段であった。これに対して、従たる物権を有する者は、この財産散逸による危険を免れうるのが原則である。すなわち、従たる物権には原則的に、追及権が認められる。追及権は、物権設定者以外の者(第三所持者(tiers détenteur)⁽³⁸⁾)が物を所持する場合でも、権利者による権利行使を許す。しかも、その行使を認めるにあたっては、廃罷訴権の行使の場合とは異なり、目的物所持者の主観を問題とすることがない^(39,40)。

(c) 抵当権の債権性——担保目的物の所持者の義務

抵当権は、第三者によって設定される場合もある(債権担保編211条1項)。また、債務者が抵当権を設定した場合でも、その後、債務者が目的物を第三者に譲渡し、あるいはそれに第三者のための用益物権を設定したとき、債権者は、追及権に基づいて権利を行使できる。つまり、いずれにせよ、抵当権者は、主たる債務を負担しない第三者が所持する物に直接的に権利行使をすることができる。

(38) 旧法は、第三所持者という第三取得者よりも広い概念を用いている。前者には、用益権の設定を受けた者等も含まれる(債権担保編248条参照)。

(39) 梅・前注(30)『担保論』29頁、宮城・前注(30)『担保1巻』461頁、井上操・前注(6)『担保(上)』18-19頁。

(40) 従たる物権は、一般債権者が負う財産散逸の危険を免れさせる。そのため、本来、一般債権者のための例外的救済手段である廃罷訴権を従たる物権に認める必要はない。もっとも、従たる物権全般にそれを認めることができるかという点を決してそのようなことはない。

債権担保編147条以下は、不動産賃貸人の先取特権を定める。賃貸人は、賃貸不動産に備えられた動産に先取特権を行使することができる。ところが、同編148条2項によると、賃貸人は、賃借人が当該動産を撤去したとき、原則的にもはやこれに追及することができない。そこで、同条3項は、賃借人の行為が「賃貸人ノ権利ヲ詐害シテ為シタル」ものであった場合に、賃借人の行為を廃罷することを賃貸人に認める。このことは、廃罷訴権が、形式的に債権にのみ認められるというのではなく、従たる物権にも認められる余地があったことを示す。

この第三所持者に対する権利行使との関連では、その弁済義務を指摘しておく必要がある。というのも、ボワソナードが、追及権の主たる効果は第三所持者に対して弁済を請求することを可能にする点にあると述べてさえいた⁽⁴¹⁾からである。一般にこういわれていた。

普通の弁済権たる債権には債務者の人的な弁済義務が対当する。これと同様に、従たる物権の優先弁済権にも物的な弁済義務が対当する。前者は身上義務(*obligation personnelle*)と呼ばれ、後者は物上義務(*obligation propter rem, obligation réelle*)と呼称される。身上義務は債務者の身に付着し、その財産の全部が放棄されても免れることは許されない。権利者は、義務負担者に属する一般財産を差し押さえることができる。これに対して、物上義務は、第三者が物につき物によって負う義務である。この義務は、物の所持という事実によって生じる。そのため、義務負担者は、義務の目的たる財産の放棄によって義務を免れることができるし、権利者は、当該物しか差し押さえることができない⁽⁴²⁾。

物上義務は、債権担保編では抵当権に関する規定中に認められていた⁽⁴³⁾。すなわち、抵当不動産の所有者と被担保債権の債務者が同一人の

(41) Boissonade, *supra* note25, t. 4, n°496, p. 502. 藤原・前注⁽²⁵⁾160頁〔初出、同「ボワソナード日本民法草案における抵当権の効力・消滅(二)」神戸法学雑誌31巻3号(1981年)〕も参照。

(42) 梅・前注⁽³⁰⁾『担保論』9-11頁、本野ほか・前注⁽³⁶⁾『担保』4頁。

(43) 物上義務の文言自体は、旧民法典では見当たらない。だが、1900年に公布された旧民事訴訟法706条2項が抵当権を「不動産上ノ義務」と呼んでいた。なお、物上義務には、抵当権に関するもののほか、地役権を負担する承役地の所有者の修繕義務(財産編285条2項)等も含められるとされた(梅・前注⁽³⁰⁾『担保論』10頁参照)。また、以上の本文と同様に、身上義務と物上義務を対比して説明を行う過去のフランス法学説として、Baudry-Lacantinerie, *supra* note30, t. 3, n°1059-1060, p. 614 et n°1441, p. 828; Mourlon (F.), *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon*, 9^eéd., t. 3, par Demangeat (M.), 1874, n°1236 et s., pp. 537 et s.; Delsol, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, 2^eéd., t. 3, 1867, p. 454-457. 興味深いのは、かつては、限定承認の効果(フランス民法802条)も抵当不動産の第三取得者と同様の物上義務から理由付けられていたことである。すなわ

《論 説》

とき、この者が抵当権で担保されている債務を弁済する義務を負うのは当然のことである。そうでない場合、つまり、第三者が抵当不動産を所持する場合、抵当権者は、第三所持者に対しても抵当債務の任意の弁済を請求する権利をもつ。むしろ、第1次的にはこれしか求めることができない。抵当権者は、第三所持者がこの請求に応じない場合に限り、すなわち補充的に、抵当不動産を徴収し、これを売却することが許される(債権担保編248条参照)。ただし、第三所持者は、真の債務者ではない。そのため、第三所持者は、競売時の不動産徴収の甘受と滌除以外にも、不動産を委棄することでその弁済義務を免れることができる(同編252条)⁽⁴⁴⁾。

(d) 一般論のまとめと射程

以上を要するに、債権と従たる物権は、優先弁済権と追及権の有無で大きく異なる。しかし、それらはいずれも担保権であり、弁済請求権を基礎付ける点で共通する。さらに、引当てとなる財産の範囲に違いはあるが、そのいずれの弁済請求権にも財産所持者の弁済義務が対当してい

ち、限定承認をした相続人は、被相続人の身上義務を相続せず、相続財産につき相続財産によって物上義務を負う。そのため、相続人は、相続財産を債権者及び受遺者に委棄することで弁済義務を免れることができる(Pont, supra note25, n°9, p. 5)。ところが、現在は、この物上義務が論じられることはあまりないようである。むしろ、山野目・前掲序章注⁽⁴⁾「覚書(中)」39頁以下(特に53-55頁)によれば、現代のフランス多数説は、抵当不動産の所有者が物上義務を負うといっても、金銭給付義務を負うことはなく、せいぜい抵当不動産の保存義務を負担するにとどまると考えているとされる。また、フランス2006年改正担保法は、物上保証人が人的に責任を負わないことを明らかにし、これによって「物上債務」の問題に終止符が打たれた」とされる(山野目ほか・前注⁽¹⁰⁾「フランス担保法改正(平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」)」41頁)。

⁽⁴⁴⁾ 宮城・前注⁽⁸⁾『担保2巻』211-213、219、304-305頁、井上操『民法詳解債権担保編之部下巻』(1892年)577-584、590-591頁。以上の抵当不動産の第三所持者が取りうる諸手段は、フランス民法旧2166条以下に由来する。なお、フランス法、ボアソナード草案及び旧民法が予定する各物上保証人の地位全般については、椿久美子「物上保証人および第三取得者」中央学院大学法学論叢10巻2号(1997年)149頁参照。

た点でも共通する。従たる物権は、いわば債務ある責任であった⁽⁴⁵⁾。このように、弁済請求権及び弁済義務の觀念の余地の点で、「付従性」を基準に分類される主従の物権には大きな違いがあった。

もっとも、これは、専ら抵当権を想定して論じられた一般論であることに注意を要する。

まず、留置権には優先弁済権が認められていない(債権担保編94条1項)。ボワソナードは、ここに留置権と質権の間での最も大きな違いがあると指摘していた⁽⁴⁶⁾。また、先取特権も物権であるから、本来、追及権が認められるはずである。しかし、債権担保編131条3項は、先取特権者が法で定められた場合にしか追及権を行使できないと定める。同編189条1項と190条が、不動産を客体とし、登記によって公示された先取特権に追及権を認める。他方で、それらに相当する規定のない、動産を客体とする先取特権には追及権が認められない⁽⁴⁷⁾。抵当権の物上義務を定める同編248条以下は、不動産先取特権に準用される(同編194条)。だが、その他の権利に物上義務は基本的に考えられない⁽⁴⁸⁾。

これらから、上記の一般論が従たる物権すべてに妥当するわけではないことは明らかである。もっとも、この一般論の射程を総論レベルで意識する体系書等は、見当たらない。

(45) 念のために確認しておく、この抵当不動産の所有者が負う債務は、その金額が被担保債権額であることと委棄による責任回避可能性において、鈴木の上物債務説(序章注(41)該当本文)によって説明されるものとは異なる。

(46) Boissonade, *supra* note25, t. 4, n°214, p. 205.

(47) 宮城・前注(30)『担保1巻』643頁。

(48) 確かに、不動産質の設定された不動産を譲り受けた者も、債権担保編116条2項(「債務ノ満期ニ至レハ債権者ハ抵当権アル債権者ノ権利ヲ行フ」)に基づき、物上義務を負う可能性がある。だが、物上義務は、従たる権利をもつ者と第三所持者の間の権利関係である。したがって、その適用の多くは、第三所持者が登場しうる権利たる非占有担保権に関わる(もちろん、不動産質に限っては、さらに債権担保編127条に基づいて不動産質権者が収益権、つまり占有を放棄した場合に第三所持者が登場する可能性はある)。いずれにせよ、以上の点につき明確に論じる体系書等は、寡聞にして知らない。

《論 説》

(3) 従たる物権の直接行使性——売却権

前述のように、特に抵当権と先取特権に関しては、その直接行使性を所有権から類推することが困難である。また、これを直接に論じる当時の体系書等は、見当たらない。しかし、それを暗に示す言及がなされてはいた。これは、担保権の一般原則、すなわち一般債権者の共同担保の説明に見出される。次のような説明がなされることがあった。

一般債権者と債務者の関係は、人と人との関係にすぎない。そのため、債権者が仮に債務者の財産に対して「*抵当又ハ先取特権ノ如キ権利ヲ有セサルトキハ其財産ニ対シ固有ノ物権ヲ有スルモノニアラス*」。そのため、一般債権者は、「*直接ニ之ヲ処分スルノ権利ナシ*」。したがって、財産編339条1項が「*債権者ハ其債務者ニ属スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴権ヲ行フコトヲ得*」と規定するが、これは、債権者が「*債務者ニ代リ其権利ヲ行使スル*」ことを認めたものにほかならない。「*各債権者ハ各自固有ノ権利ヲ有*」さないため、「*均シク債務者ニ代リ其権利ヲ行フニ過キ*」ず、だからこそ売却代金は平等に分配される⁽⁴⁹⁾。

要するに、抵当権や先取特権のような権利をもたない債権者は、債務者の財産に直接的な支配を有さない。債権者と債務者の財産の間には間接的な関係しかない。そのため、債権者が債務者の財産を売却し、この代価から弁済を受けることも、債権者自身の固有の権利の行使ではなく、債務者の財産処分権の債権者による代位行使の結果である。債権者は、固有の権利がないため、按分比例弁済を受けるにとどまる。

では、債権者が抵当権や先取特権をもつ者であるならばどうか。上の説明を裏から理解するとこうなる。抵当権者等は、物に直接的な支配を有し、これを直接に処分する権利をもつ。したがって、当該物の売却は、抵当権者等の固有の権利の行使の結果であり、抵当権者等は、固有の権利をもつからこそ、優先弁済を受けることができる。

このような理解が許されるならば、債務者の介在なき物の売却権に抵

(49) 本野ほか・前注(36)『担保』9-11頁。梅・前注(30)『担保論』22-23頁、井上正一『民法正義 財産編第二部卷之壹』(1891年)244-246頁もほぼ同旨を述べる。

当権や先取特権の直接行使性を見出すことができよう。問題は、当時の日本で、そのような理解がなされていたかにある。

過去のフランス法学説に遡ると、少なくともポティエは、実際に、この売却権に抵当権の直接行使性を見出し、ここからそれが物権であることを根拠付けていたと思われる。ポティエによれば、抵当権とは債権者が債権を担保するために不動産において有する権利であり、これは、債務不履行があった場合に、代価から弁済を受けることを目的として、当該不動産を差押え、売却する権限からなる。そして、ポティエは、この定義を抵当権が物権であることと関連付けていた⁽⁵⁰⁾。

物を直接的に、言い換えれば他人の介在なく、売却する権限を観念することは、物における権利と物に対する権利の峻別を図ったポティエ⁽⁵¹⁾にとっては大きな意味があったであろう。また、それは、ローマ法以来の制度の沿革から十分に理由付けうる⁽⁵²⁾。

しかし、この観念的な直接行使性が日本において、当時の時点で実際に理解されていたかは、手元の資料からは、明らかにならない。売却権が明確に論じられるのは、現行民法典が制定されてから、つまり、ドイツ法学説の顧慮がなされるようになってからのことである⁽⁵³⁾。

(50) Pothier (par Bugnet), supra note13, t. 1, p. 38-39 et t. 9, p. 420.

(51) 前注⁽¹³⁾参照。

(52) 売却権は、ローマ法の *ius distrahendi* に遡る。すなわち、ローマ法の質——占有質 (*pignus*) と、非占有質 (*hypotheca*) を問わず——は、被担保債権の履行期到来後にその客体から被担保債権の満足を受ける権利を権利者にもたらす。満足の具体的方法は、古くは流質によった。しかし、共和政後期以後、質物の売却によって質権者が満足することの合意 (*pactum de vendendo*) がなされるようになり、やがてこの合意がなされるのが通常のこととなる。質物売却の合意は、明示の特約がなくとも黙示に約定されたものと扱われ、質権には質物を売却する権利、すなわち売却権 (*ius distrahendi*) が含まれると考えられるようになると、特約によってもこれを排除できなくなる。それどころか、流質の合意が禁じられることで質権者が満足を得る方法は、常に売却権の行使によるほかなくなる。質権者による売却は、所有権者の地位で行われるものではない。その処分権は、質契約において所有者が将来の売却を事前に同意していたことから正当化された(以

上、Max Kaser, Das römische Privatrecht, Abt. 1, 2. Aufl., 1971, S. 470-471)。質権者は、設定契約においてすでに売却の同意を得ていたからには、その行使の段階で改めて質物所有者の意思を問題とすることなく、つまり、他人を介在させることなく、売却権を行使できた。ポティエの抵当権の定義は、以上を反映させたものと考えうる(また、Mazeaud, supra note25, t. 3-1, n°232, p. 285が、法の発展に伴って抵当権に認められるようになった物権的な効力の1つとして*ius distrahendi*を挙げているのは、ポティエのこのような理解に沿ったものであろう)。

- (53) 次節第三款2(3)参照。ポティエの見解は、19世紀前半においては、トロロンのような代表的な註釈学派の論者によっても支持されていた。だが、すでにこの頃から、抵当権の定義に、追及権や優先弁済権(さらに不可分性)も含めるべきことが提案されていた(Troplong (M.), Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil, t. 2, 1833, n°385-387, p. 2-5)。Pont, supra note25, n°321, p. 308-309も、売却権を中心に抵当権の定義をするポティエの態度自体は妥当としつつ、その定義において非占有性と追及権を追加することを求める。19世紀後半以後になると、ポティエによる抵当権の定義に非占有性と追及権が欠けていることを強く問題視する者が現れるようになる(たとえば、Guillouard (L.), Traité des privilèges & hypothèques, 2^eéd., t. 2, 1898, n°631, p. 152-153. Cf. Huc (T.), Commentaire théorique & pratique du Code civil, t. 13, 1900, n°168, p. 210-211)。あるいは、さらに進んで、Mourlon, supra note43, n°1426, p. 636は、無担保債権者ですら債務者の財産を売却することができることを理由に、抵当権が物権であることの根拠として売却権を論じる必要を感じず、専ら優先弁済権と追及権にその根拠を見出す。

このように、母法国においてすら、抵当権の性質をめぐる議論の焦点は、売却権から、優先弁済権及び追及権、並びに非占有性に移行していた(さらに当時は、抵当権が所有権の支分であるかという論点(前注²⁵)の方が耳目を集めていたという事情もあった)。そうであるからには、当時の日本の学説が売却権という観念的な直接行使性を認識するのは極めて困難であったであろう(反対に、優先弁済権や非占有性を定義に追加すべきであるとの先端的な理解は、導入が試みられている。ボアソナード草案1201条の定義には、①「他の債務に優先して弁済を受けるため」や②「質契約(nantissement)を要せずに」という文言があった。①は、言うまでもなく、優先弁済権を表すものであり、②は、非占有性をいうものである(藤原・前注²⁵12頁参照)。②は、債権担保編195条では削られたが、①はそこでも維持されてお

第三款 小括

旧民法典の時代、債権牽連性には大きな意義があった。それは、債権担保編を独立して起草する基本的な視点とさえなっていた。

その意義は、物権にとって大きかった。主従の債権はその実質が同じであると評されもした。しかし、主従の物権は、直接性において共通するとしても、その具体的な発現の仕方が異なった。

り、少なくともこの点ではフランス法学説の展開は、日本の制定法に反映されていた(現行法制定に際する②の梅による再導入については、後注⁽¹⁷⁹⁾及び該当本文参照)。

20世紀前半のフランス法の体系書等にも抵当権の定義で売却権に触れるものはある(Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, 1927, n°325, p. 313; Id., *Traité pratique de droit civil français*, 2^eéd., t. 12, 1953, n°325, p. 374)。しかし、現在は、売却権を論じるものはほとんど見当たらず(Cabrillac (M) et Mouly (C), *Droit des sûretés*, 7^eéd., 2004, n°779, p. 650は、抵当権が物権であることの根拠として、抵当権者が抵当財産の価値を直接的に、すなわち人の介在、あるいは債務者の給付なしに受領できることを挙げる。このような思考様式は、ポティエの古典的な考え方に極めて近い。それでもそこでは、売却権自体が特別に観念されていない)、前注⁽⁵²⁾で引用のマゾーの著書がこれを示唆することとどまる。これはなぜか。いくつか考えられる。

第1に、即物的な物権の作用を法的効果に高めることを嫌った債権説(前注⁽¹⁴⁾参照)が台頭し、それへの一定の積極的な評価が定着して以来、所有権についてさえ直接性を論じることが避けられがちとなったことは無関係のことではなからう。

第2に、フランス法における不動産質(*antichrèse*)は、いわゆる用益質であり、質権者は、質物そのものの売却による元本債権の満足を求められない。そのため、売却権は、抵当権と不動産質の差異を明らかにする。だが、売却権が抵当権のみならず、質権全般に認められてきたローマ法の沿革は、不動産質を視野に入れたとき、論じ難い(富井・後注⁽⁶³⁾『原論2巻〔1923年版〕』189、498頁参照)。

第3に、売却権の根拠は、前注⁽⁵²⁾で述べたように、質権設定者の事前の同意である。法定抵当権が存在するフランス法——さらに債権担保編204条でこれを定める日本の旧民法——で売却権を抵当権一般の効力として認めることには障害があった。

《論 説》

主たる物権の直接性は、物を直接使用、収益、処分するという意味で即物的な直接行使性を導く。さらに、直接性から導かれる対抗力は、主に本権訴権の行使可能性の形で発現した。

これに対して、従たる物権の直接性から導かれる対抗力は、優先弁済権と追及権の形で発現した。もっとも、直接行使性の発現としての売却権は、当時の段階で認識されていたかは判断し難い。

また、従たる物権と債権は、引当てとなる財産の範囲と優先の有無及び追及の可否に差異をもつとしても、担保権である点では共通する。従たる物権には、債権と同様に、弁済請求権と弁済義務を観念する余地が認められていた。ここにも主たる物権との間での大きな違いがあったことは看過できない。

ただし、この一般論は、従たる物権すべてに妥当するわけではない。それは、抵当権を想定して論じられたものにすぎず、他の従たる物権にはそれぞれの個性のために必ずしも妥当しない。

第二節 現行民法典制定期(明治20年代後半から明治30年代末まで)

新民法典は、ドイツ法に倣い、いわゆるパンデクテン体系を採用した⁽⁵⁴⁾。また、多くの定義規定を削除し、いくつかの制度変更もした。さらに、ドイツ民法典第1草案の存在は、ドイツ法理論への注目の機縁となった。これらによって理論にいかなる変容が生じたか。以下は、主にこの点を見ていく。ここでの叙述は、ドイツ法学が過剰に摂取される前の資料による。その数はさほど多くはないので、予め具体的に列挙しておこう。民法典施行前のものとして、法典調査会等の『速記録』⁽⁵⁵⁾、『民法修正案理由書』⁽⁵⁶⁾、松波仁一郎、仁保亀松及び仁井田益太郎の共著『民

(54) 様々な文献がこの経緯を紹介している。最近の文献として、松尾弘「民法典の基本制度設計」ジュリ1333号(2007年)74頁以下参照。

(55) 本稿では、主に物権編に関する議論を記録する、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会民法議事速記録(二)』(商事法務、1984年)が頻繁に用いられる。

(56) 『未定稿本 民法修正案理由書』(発行年不明。広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』(1987年)51頁以下を使用)。

法正解』^(57,58)、梅謙次郎『民法要義』⁽⁵⁹⁾、法典質疑会の「法典質疑録」⁽⁶⁰⁾、岡松参太郎『註釋民法理由』⁽⁶¹⁾を中心的な資料とする。また、施行後の資料としては、横田秀雄『物権法』⁽⁶²⁾、富井政章『民法原論2巻(上)』⁽⁶³⁾が主に用いられる。

-
- (57) 本稿が参考とするのは、松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎〔穂積陳重=富井政章=梅謙次郎校閲〕『帝国民法正解 第貳巻』、同『同 第参巻』、同『同 第四巻』、同『同 第五巻』(2-4巻は1896年、5巻は1897年。信山社・日本立法資料全集別巻96-99(いずれも1997年)を使用)である。
- (58) 『民法修正案理由書』と『民法正解』は、補助委員の3名が執筆したもので、それぞれの執筆担当部分は、各補助委員が就いた起草委員の起草担当部分に相当するとされる(仁井田益太郎=穂積重遠=平野義太郎〔仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会〕法時10巻7号(1938年)20、27頁の仁井田発言参照)。各起草委員の担当部分は、ある程度の確証をもって特定できる(たとえば、前掲座談会29-30頁にある、仁井田益太郎の記憶に基づく分担表を参照)。また、特に『民法正解』は、場合によっては執筆者の個人的な見解が示されているようである(前掲座談会27頁の「年少気鋭で、斯うだと思つた事を思ひ切つて書いた」という仁井田の言葉がそう思わせる)。しかし、各起草委員の担当部分の完璧な断定は困難である。また、『民法修正案理由書』が起草委員の見解に反するものではないともいわれており(前掲座談会20頁の仁井田発言参照)、かつ『民法正解』は起草委員全員による校閲がなされているため、それらの内容は、起草委員共通の理解から大きく逸脱してはいないであろう。これらのことから、原則、補助委員各自の見解としてそれらを引用することは控える。
- (59) 本稿は、梅謙次郎『民法要義 卷之一総則編』、同『同 卷之二物権編』、同『同 卷之三債権編』の初版(1巻と2巻は1896年、3巻は1897年)と、それらの最終版(1巻が訂正増補33版、2巻は訂正増補改版31版でいずれも1911年、3巻は訂正増補33版で1912年。有斐閣からの復刻版(すべて1984年))を用いる。基本的な引用は初版によるが、読み手の便宜のために復刻版の頁数も括弧書きで示す。
- (60) 本稿は、宗文館から復刻された『法典質疑録 卷之一(1-12号)』、『同 卷之二(13-24号)』、『同 卷之三(25-36号)』(いずれも1989年)を用いる。当時の法典質疑会の構成員には、会長の梅を筆頭に、他の起草委員や補助委員など起草に関わった者が数多く含まれる(「法典質疑録」の各号の初めや、梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義1巻』巻末告示に役職も含め、構成員が明らかにされて

第一款 債権牽連性——学理上の権利分類の基準としての意義とその貫徹

1. 法典上の意義と学理上の意義

旧法は、主たる物権と従たる物権をそれぞれ財産編と債権担保編に別置していた。権利の主従は、広く権利一般を分類する第1次的な基準であり、それには民法典の体系を構築する基準としての意義があった⁽⁶⁴⁾。

これに対して、新法は、パンデクテン体系を採用することで、債権担保編を廃止し、主たる物権と従たる物権を第2編物権に一括する。言い換えれば、権利分類の基準としては、物権と債権の別を優先させる。さらに、法文での「従タル物権」との呼称(財産編2条)も避ける。たとえば、『民法正解』は、「新民法ハ法文ヲ以テ物権ニ主従ノ名称ヲ付セスシテ学者ノ随意ニ推測説明スルコトニ委」ね、物権の主従の区別を「法文ニ掲ケサルヲ可トス」⁽⁶⁵⁾という。新法は、旧法のように物権の主従による区別を法で示さず、その区別の評価を学説に委ねることにしたのである。

では、学説は、実際にその区別の基準をどう評価していたのか。

いる。会の設置の趣旨も含め、星野英一「復刻によせて」『質疑録1巻』前書を参照)。本文の以下では、質疑に対する解答の中で「会長」名義でなされている言及を梅の見解として引用することがある。

(61) 本稿は、岡松参太郎『註釋民法理由 上巻〔訂正7版〕』(1898年)、同『同中巻〔9版〕』(1899年)を用いる(信山社・復刻叢書法律学篇7-I/II(いずれも1991年)を使用)。初版(上巻が1896年、中巻が1897年)では上巻末に記載されている内容の一部が復刻版の底本版では中巻初めに記載されている。これ以外、本稿が引用する限りにおいては、各巻の内容と頁数につき本稿使用版と初版の間に違いはない。

(62) 横田秀雄『物権法』(1905年)。

(63) 富井政章『民法原論 第二巻物権(上)』(1906年)。同書の下巻(1914年に公刊)は、本節の時代区分から外れるため、ここで参照する資料とはならない。なお、本節で引用する上巻の内容及び頁数は、富井政章『民法原論 第二巻物権〔訂正合冊第17版〕』(1923年。有斐閣からの復刻版(1985年))におけるものと完全に同じである。そのため、復刻版の頁数を一々挙げることはしない。

(64) 前節第一款参照。

(65) 松波ほか・前注(57)『正解3巻』13頁。

岡松は、「本法ニ於テハ財産権ヲ大別シテ物権及ヒ債権ノ二種ト為シ物権ヲ更ニ分テ主タル物権及従タル物権ノ二ト為ス」と述べる⁽⁶⁶⁾。このように岡松は、法文上は消し去られた「従タル物権」の語を相変わらず使用し、第2次的なものとしてであるが、旧法における権利分類の基準を維持する。横田も同様であり⁽⁶⁷⁾、その『物権法』は、内容を3つの編に分けるが、第1編を「物権総論」、第2編を「主タル物権」、第3編を「従タル物権」とするほどである⁽⁶⁸⁾。

『民法正解』は、担保物権は「物上担保ト称」されるのが通常だという⁽⁶⁹⁾。だが、同書でも「従タル権利」という呼称が完全に排されていない⁽⁷⁰⁾し、また、物権の区別として最初に主従の区別が挙げられている⁽⁷¹⁾。したがって、『民法正解』の理解は、上記の岡松らのそれと実質的に同じといえよう。

しかし、民法典公布から10年後に公刊された富井の『民法原論2巻(上)』での理解は、これまで紹介してきたものと大分異なる。富井は、

(66) 岡松・前注(61)『註釋(中)』336頁。その9頁(上巻1896年版463頁)も参照。

(67) 横田・前注(62)『物権法』19、411頁。

(68) ただし、横田『物権法』の後日の版(たとえば、後注(50)で引用する版)では、第3編が「物上担保(債権ニ従タル物権)」に改められている。

(69) 松波ほか・前注(57)『正解4巻』886頁。また、梅・前注(59)『要義2巻』266頁(1911年版301頁)もまた、第7章留置権から第10章抵当権までが「所謂物上担保(Garanties réelles)(傍点原文)」を規定するものだという。旧法での物上担保という呼称については、前注(6)参照。

(70) たとえば松波ほか・前注(57)『正解4巻』1060頁。

(71) 松波ほか・前注(57)『正解3巻』104-105頁は、「第三 物権の区別」の項で「権利ヲ区別スル標準ニハ種々アリ左ニ其数例ヲ挙ケン」としたうえで、第1に「物権カ独立シテ存立シ得ルモノナルカ又ハ他ノ権利ニ付随スルニ非ラサレハ存立スルコトヲ得サルモノナルカニ依リテ区別ス」という。また、前注(69)のように、梅も担保物権を物上担保と呼称するようになる。だが、梅謙次郎「根抵当ヲ論ス」志林3巻22号(1901年。新聞55号(1901年)に左と同じ論文が掲載されている)48頁は、「抵当権又ハ質権ハ…所謂従タル権利ニシテ主タル債権存セザレバ存立スルコトノ出来ヌモノデアル(傍点原文)」と、やはり「従タル権利」の語を使用し、これによって、一定の帰結を導出しようとしている。

まず所有権と制限物権を区別し、後者を他物権と占有権に分ける。そして、他物権を用益物権と担保物権に分類する。曰く、他物権は他人に物の利益を帰属せしめるが、この物の利益には2種ある。すなわち「使用収益」と「交換価格」である。「交換価格」は、債務の弁済に充足されるものであり、常に「債権ニ従タル他物権ノ目的タルモノトス」。担保物権は「債権ニ従トシテ之ヲ担保スルカ為メニ存スル」⁽⁷²⁾。こうして富井は、「ドイツ法派の始祖」⁽⁷³⁾として、おそらく日本において初めて、債権担保を目的とすることに加えて、物の交換価値を把握することに担保物権と所有権及び用益物権の間での区別の基準の導入を試みる。そうはいつても、交換価値の把握が、抵当権等の本質だと富井の言及は、一切見られない。

この類別を導入する富井にしてみれば、主従に応じた物権の区別の意義は、付随的なものに後退して差し支えない。こう述べる。「物権ハ尚右ニ示ス以外ノ方面ヨリモ之ヲ分類スルコトヲ得即チ主タル物権ト従タル物権ト区別ノ如キ是ナリ(傍点原文)」⁽⁷⁴⁾。

以上から、こういえる。「付従性」は、法典編別の基準としての意義を失った。しかし、学理上は、第2次的なものとしてはあるが、権利分類の基準としての意義を保たれていた。とはいえ、この時代、すでにそこからの転換の可能性が富井によって示されていた。

2. 「付従性」の貫徹——根抵当と転質、転抵当及び抵当権の譲渡をめぐって

当時、「付従性」は、基本的に厳格に貫徹されるべき法原理であると理解されていた。だが、理論上、絶対に貫かれるべきものと考えられて

(72) 富井・前注(63)『原論2巻(上)』36-39頁。

(73) 奥田・前掲序章注(43)「ドイツ法」229頁。

(74) 富井・前注(63)『原論2巻(上)』43頁。また、富井政章『民法原論 第一巻 総論(上)』(1904年)第2編第2章(108-115頁)は、「私権ノ分類」を説く。そこで富井は、最も重要な区別が絶対権及び相対権の別と、人身権及び財産権の別だという。そして「其他ニ尚主タル権利ト従タル権利…等数多ノ種別ナキニ非スト雖モ本章ニハ之ヲ述ヘス(傍点原文)」とだけ述べる。もともと、この叙述は、後日の版で変更される。この詳細は、次節で扱う。

いたわけでもない。しばし実務の需要がその例外を正当化していた。以下では、根抵当と転質及び抵当権の処分に関する議論から、これを確認する。

(1) 根抵当

(a) 民法典施行前

第50回法典調査会(1894年12月4日)で、「抵当権ハ将来ノ債権ヲ担保スル為メニモ亦之ヲ設定スルコトヲ得」との規定を創設することが提案された⁽⁷⁵⁾。これに対して、富井は、債権なき担保の設定が可能だというのは「如何ニモ変則」であるとし⁽⁷⁶⁾、梅もそれに異議を唱えていた⁽⁷⁷⁾。これら起草委員の反対の結果、この提案は、否決された⁽⁷⁸⁾。

ところで、上記提案を受け、富井は、「今日根抵当ト云フモノガアルト云フコトデアリマスカ(傍点筆者)」との質問をしている⁽⁷⁹⁾。この質問からは、富井の2つの認識を読み取れる。第1に、根抵当を将来債権の担保と同義で理解していたこと、第2に、少なくとも当時は、根抵当に対する取引の需要がないと考えていた⁽⁸⁰⁾ことである。

しかし、仮に富井発言をそう理解することが許されるとしても、1点目は、起草委員共通の理解ではない。調査会の外で、梅は、将来債権の担保は許されないが、根抵当は、条件付債務の担保として許容されると

(75) 前注(55)『速記録2』809頁。これは、後日、梅と同じく商法典の起草委員となった田部芳の提案であった。

(76) 前注(55)『速記録2』810頁。

(77) 梅は、こう述べていた。仮にそのような規定を導入すると、「ひよつとスルト将来金ヲ借リルコトガアルカモ知レヌカラ今カラ抵当権ヲ設定シテ置カウト云フコトモ出来ルト云フコトニ為ラナケレバナラス」が、これを認められるはずがない(前注(55)『速記録2』813頁)。

(78) 前注(55)『速記録2』813頁。

(79) 前注(55)『速記録2』810頁。

(80) 田部の提案も、取引の実際ではなく、諸外国の立法の動向に着目した結果によるものであった(「今日根抵当ガアルカモ知レマセヌ…私ハ予言者デナイカラ確ニ言フノデハアリマセヌガ外国ニ於テモ能ク議論ガアルノデ日本ニ於テモ矢張り然ウ云フ問題ガ生ズルト云フコトハ事実ニ於テモ矢張り確カナコトト思ヒマス」(前注(55)『速記録2』810頁))。

《論 説》

述べているからである⁽⁸²⁾。

このように、「根抵当」として想定されるものは一様でなかった。とはいえ、富井及び梅の両起草委員は、将来債権の担保を否定することで、債権なきところに担保物権は存在し得ないとの考えにあった点では共通している。したがって、起草委員らは、根抵当に関しては、取引の実際を考慮したうえでなお、「付従性」が厳格に貫徹されるべきであることを立法のレベルで決定していたといえよう⁽⁸³⁾。

(b) 民法典施行後

民法典施行後、直ちに難題が時の学説に課せられる。根抵当に対する実務上の需要が、立法時の予期に反して大きかった。そこで、学説は、その有効性を認めるための理論構成に苦心する。

学説がこの問題に注目するきっかけとなったのが、東京控判明34・6・28新聞46号6頁である。同判決は、「抵当権ハ従タル物権」であるため、「主タル債権未タ存在セサルニ先チ独立シテ成立スヘキ理由」がないとして、根抵当の設定を無効とする。東京控訴院は、「付従性」を

(81) なお、当時の慣習は、質権についても根質ではなく、根抵当を語っていた(梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』454頁(1911年版503頁)は、「従来抵当ナル文字ハ本法ニ所謂質権及ヒ抵当権ノ総称ニシテ殆ト担保ト云フニ均シキ(傍点原文)」ものだったという(梅・前注⁽⁷¹⁾「根抵当」48頁も同旨を述べる))。なお、本文のすぐ後で示す梅の発言は、正確には質権を「根抵当」として設定することの可否の質疑に応答したものである。

(82) 法典質疑会「民第307号問題」法典質疑録14号(1897年、前注⁽⁶⁰⁾『質疑録2巻』所収)57-58頁。この発言の趣旨は、将来、金を貸し与える約束がなされたならば、貸主が現に金銭を授受することを停止条件とする消費貸借契約が成立するが、これに基づく債権が担保可能なのは、129条から明らかであるとするところにある(このことは、梅の後日の著作で詳述される。梅・前注⁽⁷¹⁾「根抵当」47-49頁、同・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻〔1911年版〕』500-501頁参照(初版にはこの言及はない))。法典質疑会「民485号問題」法典質疑録22号(1897年、前注⁽⁶⁰⁾『質疑録2巻』所収)580-581頁〔加藤正治解答〕も担保される債権は、停止条件の付された債務であるという。ただし、加藤は、この場合、質権及び抵当権の成立にも借主による金銭の授受という停止条件が付されるという。

貫徹することで、結果、根抵当を否定したのである。

梅は、直ちに民法施行前に示していた立場から、前掲東京控訴院判決に反対を表明する。すなわち、根抵当は、将来債権ではなく、条件付債権の担保であり、有効であるという⁽⁸⁴⁾。

その後、大判明35・1・27民録8輯1巻72頁は、結論において根抵当を有効だと判断し、前掲の東京控訴院判決を覆す。だが、その正当化が梅と違う。大審院は、根抵当が将来債権の担保であることを前提にす

(83) ドイツ法には土地債務という付従性なき不動産物権がある(制度の概要は、さしあたって、山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第3版〕』(1988年)250-256頁、伊藤進「ドイツ債権担保制度概論」同『物的担保論』(1994年)108-118頁〔初出、手研242、243号(1976年)〕参照)。岡松は、その存在に敢えて触れた上で、「本法ニ於テハ吾邦ニ於ケル慣習ト吾邦現時ノ信用制度ヲ計量シ未タ土地債務ヲ認ムルノ必要ナシトセリ(傍点筆者)」、したがって、抵当権等も含めた広い意味での質権(岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』403-404、538頁は、質権には広義及び狭義2つのそれぞれがあるという。広義の質権とは、「財産権ノ目的ノ上ニ存スル所ノ権利ニシテ債権ノ担保ニ供スルモノ」をいう。これは、有体物上のもに限られないし、それには抵当権も含まれる。これに対して、狭義の質権は、第9章に規定されるもの(その趣旨からは第9章第2節の動産質と同3節の不動産質)のみをいう。このような広義及び狭義の質権の概念の把握方法は、ドイツ法学説に伝統的なものである(次章第一節参照))は、当然に「債権ニ付随スルモノト断言スルヲ得ヘシ」という(岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』406-407頁)。後日、梅がこれとほぼ同じことを述べる(梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻〔1911年版〕』500頁(初版にはこの記述はない)。また、法典質疑会・前注⁽⁸⁾「民1765問題」67-68頁〔梅解答〕で、「獨民法ノ担保権ニ対スル觀念ハ大ニ羅馬法、佛法ノ主義ヲ襲ウタル我民法ノ觀念ト異ナリ、担保権ハ必ずシモ一定ノ債権ノ從タルモノデアルト云フ主義ヲ執ラヌデアル」との認識が示されてもいる)。梅が起草時の段階でドイツ土地債務を知らなかったはずがないことと、将来債権の担保を否定するその態度からして、梅が起草時から岡松と同じ考えであったと考えるのが自然である。こう考えることができるならば、ここでも起草者が実務の事情を汲んだ上で、「付従性」を有する担保法制のみを敢えて採用したと述べる。

(84) 説の内容については前注⁽⁸²⁾参照。そこで引用するもののうち、梅・前注⁽⁷¹⁾「根抵当」が、1901年の秋、つまり、東京控訴院判決と本文後述の大審院判決の間に執筆されたものである。

《論 説》

る。大審院は、「付従性」に反してもその有効性が認められる理由として次の3つを挙げる。第1に、第三者が不測の損害を受けない。第2に、根抵当は、銀行や商人間で広く行われている慣習である。したがって、第3に、法に反しない限り、その有効性を認めるべきであるが、将来債権の担保は、629条2項、638条1項等⁽⁸⁵⁾にあるように、むしろ法が予定するところである。

こうして大審院は、東京控訴院とは対照的に、抵当権が「従タル権利」であることに縛られずに、将来債権の担保、すなわち現存しない債権の担保を承認した。

当時、この将来債権担保構成を支持した者は、——前述のようにやはり起草時に根抵当を将来債権の担保と把握していた——富井が唯一であった。富井は、大審院の列挙した3つの理由に加え、こう述べる。担保物権が従たる権利であることは、担保物権がその債権の範囲を超えて存在することができないことを意味するにすぎず、決して被担保債権の発生以前の日付をもってこれを担保することができないことまでを意味しない⁽⁸⁶⁾。

つまり、富井は、「付従性」を被担保債権なきところで担保権は存在し得ないという意味で理解する必要はなく、それを上記の意味で解するならば、根抵当の有効性を承認しても「付従性」に反することはないというのである。その理解は、「付従性」の意義を縮小する点で、従来の、又は一般的な「付従性」の理解とは異なる。その一方で、富井説には、そのようなものであれ、「付従性」との抵触を避けようとの積極的な姿勢がみられる。これは、大審院の判決理由にみられないものである⁽⁸⁷⁾。

これに対して、横田は、質権及び抵当権が従たる物権であることから、その成立には被担保債権の存在が必要であるという従来の理解を前提とする⁽⁸⁸⁾。横田は、「付従性」と根抵当の有効性を両立させるため、

(85) これらのほか、大審院は、旧933条（「親族会ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相当ノ担保ヲ供セシムルコトヲ得」）も掲げる。

(86) 富井政章「根抵当の有効なる理由に就て」新聞83号(1902年)2-3頁。

(87) 富井は、後日、本文の立場を改める。詳細は、次節で述べる。

(88) 横田・前注(62)『物権法』544、601頁。

こう構成する。当座貸越契約といった与信契約が結ばれると、受信者は、信用開始の結果に対し、与信者を保護する義務を負う。根抵当で担保されるのは、この債権である⁽⁸⁹⁾。つまり、与信契約によって抽象的な債権が与信者に生じるが、この債権は現在のものであるから、「付従性」に抵触することなくその担保が可能だというのである⁽⁹⁰⁾。

ここまでをまとめよう。大審院は、「付従性」に例外を認めることに躊躇しなかった。これに対して、学説は、方法の差——「付従性」の意義を縮小し(富井)、又は被担保債権を操作する(梅、横田)——はあれ、「付従性」を維持しようとしていた点で一致する。

では、学説は、あらゆる場面で「付従性」を維持しようとしていたのか。必ずしもそうはいえない。次の転質、転抵当及び抵当権の譲渡の問題がある。

(2) 転質、転抵当及び抵当権の譲渡

旧法では、財産編15条と41条2項が随伴性からの帰結を導いていた⁽⁹¹⁾。だが、それら規定に相当する現行法87条2項は、旧法下での帰結を当然にもたらさない。87条2項は、主従の有体物に関する規定であるからである。もっとも起草者梅は、「従ガ主ニ伴フ…ノ原則ハ疑ナキモノ」であるから、無体物たる主従の権利のために特別な規程を用意しておく必要はないと述べる⁽⁹²⁾。つまり、現行法の理解においても「随伴性」は、当然のこととして予定されているというのである。だが、この「随伴性」の貫徹は、転質、転抵当及び抵当権の譲渡に関して疑問視される。

転質から見ていこう。その法的構成について、岡松と梅の見解の対立がある。

一方で、岡松は、転質は、原質権の被担保債権が質入れされることに付随してなされるものであるとし、いわゆる共同質入説を主張する⁽⁹³⁾。この見解に立つとき、被担保債権と原質権は分離処分されない。した

(89) 横田・前注(62)『物権法』547-548頁。

(90) 大審院判決が下される前、同様の見解が法曹会決議で採択されたことがある(新聞49号(1901年)3頁)。

(91) 前注(8)該当本文参照。

(92) 次の時代区分の資料であるが、法典質疑会・前注(8)「民1765問題」66-67頁。

がって、「随伴性」も破られない。

これに対して、梅によれば、質権が従たる物権であることからして理論上、そう理解すべきかもしれない。しかし、「是レ頗ル不便ナル所」である。そこで、梅は、転質を被担保債権から分離された質権の解除条件付譲渡と考える⁽⁹⁴⁾。要するに、梅は、実際上の見地から、「随伴性」に例外を認める。

この梅の理論を顧みない態度が当時、一般的であったようである。たとえば横田もまた、「従来ノ慣習ト實際上ノ便宜」を理由に、転質の形での質権と被担保債権の分離処分が認められているとだけ述べる⁽⁹⁵⁾。

梅は、375条による転抵当及び抵当権の譲渡に関しても、理論を貫徹することによる不便を理由に、それらを抵当権の被担保債権からの分離処分だとする⁽⁹⁶⁾。次の志田友吉の言及が興味深い。「理論ヨリ云へハ主タル債権ヨリ分離シテ従タル抵当権ノミヲ処分スルハ穩当」でない。だが、法でそのような処分が可能であるとされているからには、これを認めざるを得ない。そして、志田は、そうであるからには、この問題は「深く論スルノ必要ナシ」とまでいう⁽⁹⁷⁾。

志田のこの最後の言及に明らかなように、当時の学説の大半は、転質及び抵当権の処分——という根抵当に比べれば地味な問題——に関しては、既存の法と理論の隙間を埋める必要をほとんど感じていなかった。

第二款 物権性①——権利の客体に関わる疑義の発生

1. 物権の客体を有体物に限定することに由来する疑義

旧法下では、無体物も物であり、したがって債権や物権といった権利も物であった⁽⁹⁸⁾。このことは、債権上の所有権を観念する余地さえもた

(93) 岡松・前注(61)『註釋(中)』480頁。なお、法典質疑会「民第460号問題」法典質疑録20号(1897年、前注(60)『質疑録2巻』所収)505頁〔中山成太郎解答〕も岡松と同じ立場にたつ。

(94) 梅・前注(59)『要義2巻』400頁(1911年版444頁)。

(95) 横田・前注(62)『物権法』565頁。

(96) 梅・前注(59)『要義2巻』469頁(1911年版523-524頁)。

(97) 法典質疑会「民768号問題」法典質疑録35号(1901年、前注(60)『質疑録3巻』所収)366-367頁〔志田友吉解答〕。

らす。だが、これは、パンデクテン体系を採用することで物権と債権の厳格な峻別に迫られたとき、「頗ル奇異ナル結果」と感じられ、それでは「実ニ物権ノ何物タルヲ知ルコト能ハサラシム」といわれるようになる⁽⁹⁹⁾。そこで、新法85条は、パンデクテン体系採用の前提として、ドイツ民法90条と同じく、物を有体物に限定することにした。このことが——やはりドイツ法学説においてと同様に⁽¹⁰⁰⁾——一定の担保物権を物権とみることに疑義をもたらす。具体的に問題となるのは、権利質に関する第2編第9章第4節と、権利抵当に関する369条2項である。また、先取特権を規定する第2編第8章の中のいくつかの条文も同様の疑義をもたらす⁽¹⁰¹⁾。以下は、これをみていく。

(1) 権利質及び権利抵当

旧法は、動産質と不動産質のためにそれぞれ独立の章を債権担保編に用意していた⁽¹⁰²⁾。しかし、動産質と不動産質の間には客体が動産か不

(98) 前節の柱書を参照。

(99) 前注(56)『理由書』70、66-67頁。松波ほか・前注(57)『正解2巻』519-520頁、『正解3巻』94-99頁や、梅・前注(59)『要義1巻』153頁(1911年版180-181頁)、岡松・前注(61)『註釋(上)』141、146頁も同旨を述べる。林良平=前田達明『新版 注釈民法(2)』(1991年)586頁〔田中整爾執筆〕参照。このような旧民法典に対する批判は、富井が旧民法典施行延期派に与した理由の1つであった(「貴族院に於ける旧民法延期案に関する富井先生の賛成演説」杉山直治郎編『富井男爵追悼集』(1936年)159頁。富井政章「法典に対する意見」法協10巻1号(1892年)42頁も参照)。

(100) ドイツ法学説における議論については、次章参照。

(101) 物を有体物に限定したとしても、無体物たる権利を物とみなすことが必要な場合もある。前注(56)『理由書』70頁によれば、そういった場合には、特別な「関係条文ノ規定」を用意することで対応できる。だからこそ、総則における85条で、無体物に触れず、物を有体物に限定することが許される。そして、ここでいう関係法条のうち、物権編におけるものが本文で列挙したものや準占有に関する205条である。それらのほか、たとえば86条3項もそれに該当しよう(三瀧信三「無体物觀念ノ排斥ニ関スル疑問」志林13巻8=9号(1911年)491-492頁、平野義太郎「民法の変遷」法時10巻7号(1938年)6頁参照)。

(102) 前注(5)参照。

《論 説》

動産であるかにしか違いがない。むしろ、いずれも有体物を客体としている点で共通する。新法は、ここから、動産質と不動産質の両者を質権という上位の概念の下に統一する⁽¹⁰³⁾。そこで、新法は、動産質と不動産質を第9章に一括して規定する方式を採用し、それぞれのために第2節と第3節を個別的に割り当てる。その一方で、動産質の客体を有体物に限定したからには、旧法のように権利質を動産質に含めることは、もはや許されない。そこで、新法は、やはりドイツ民法典第3編第8章に準じて、権利質のために第4節という独立の節を用意した⁽¹⁰⁴⁾。

たとえば、梅は、法典調査会で次のように述べていた。「有体物ノ権利ガ物権デ」あり、物権たる「本統ノ質ト云フモノハ一節二節三節ノモノ丈ケデアル」。権利質は、準占有と同様に、準質又は准質とするのが理屈に合う^(105,106)。

権利質は、その客体が物権及び債権その他財産権のどれであろうと、物権ではない。権利質は、他の質とは異なる。したがって、第9章第1節の総則は、第4節で定める権利質に当然には適用されない。これが当時の一般的な考え方であったといえよう。『民法正解』によれば、権利質が物権でないからには、本来、それに関する規定を物権編に置くこと

(103) 前注(56)『理由書』279頁。松波ほか・前注(57)『正解3巻』14頁も同旨。

(104) 前注(55)『速記録2』579、693頁〔富井発言〕、前注(56)『理由書』279、288頁参照。旧法に関して、前注(2)と該当本文参照。

(105) 前注(55)『速記録2』694-695頁。

(106) 本文の梅発言を受けて、第47回法典調査会(1894年11月20日)では、第4節の「権利質」という見出しを「准質」に改めるべきであるとの提案がなされ、一度はこれが承認された(前注(55)『速記録2』694-695頁)。これが現在の「権利質」に戻されたのは、第8回民法整理会(1895年12月24日)においてである。富井は、その理由としてこう述べていた。仮に第4節の見出しを「準質」にすると、同節にある「質権」の文言をすべて準質に代える必要がある。また、権利質も実際の取引で盛んに用いられるものであるにもかかわらず、「一等下ツタ法律ノ運転デ準質ト見テヤルゾト云フコトハ甚ダ面白クナイ矢張り権利ヲ質ニスルニ相違アリマセヌカラ剥キ出シニ権利質ト言フタ方ガ宜カラウ」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査会民法整理会議速記録』(1988年)204頁)。

は理論に反するし、第1節総則は、実質的に権利質には適用されない。しかし、権利質も債権担保を目的とする点で動産質及び不動産質と共通するし、前3つの節の規定には権利質に準用すべきものが極めて多い。ここに、「理論ノ如何ヲ顧ミス質権ニ関スル末節ニ於テ権利質ニ関スル規定ヲ掲ケタ(傍点筆者)」理由と、敢えて362条2項が権利質に第1節総則も含めた「前三節ノ規定ヲ準用ス」と定めた理由がある⁽¹⁰⁷⁾。

梅は、法典調査会において、地上権や永小作権を客体とする抵当権(権利抵当)も「準抵当」と呼び、権利質と同様に理解する⁽¹⁰⁸⁾。

このように、通説は、権利質と権利抵当が物権編に規定されていることの理論的な正当化を放棄していた。もっとも、以上の梅による通説の言及は、梅が起草委員の1人として述べたものである。それは、民法施行後に公開された『民法原論2巻(上)』での富井の見解とは一致するが⁽¹⁰⁹⁾、梅が『民法要義』で示す見解とは異なる⁽¹¹⁰⁾。

『民法要義』によると、第9章第1節の総則は、「動産質、不動産質及び権利質ニ通スル一般ノ規定」である⁽¹¹¹⁾。つまり、第1節総則が権利

⁽¹⁰⁷⁾ 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解4巻』1063、1112頁。このほか、権利質が物権であることを否定するものとして、法典質疑会「民第54号問題」法典質疑録2号(1896年、前注⁽⁶⁰⁾『質疑録1巻』所収)148頁〔松波仁一郎解答〕。また、横田・前注⁽⁶²⁾『物権法』554頁は、362条を「原則ニ対スル例外タルニ過キサレモノ」と言う。

⁽¹⁰⁸⁾ 前注⁽⁵⁵⁾『速記録2』785-786頁。左記引用箇所には、不動産を客体とする抵当権の規定を権利抵当に準用する369条2項後段(草案364条2項)の意義を、権利質にとっての362条2項の意義に準える発言もある。また、前注⁽⁵⁶⁾『理由書』301頁は、権利抵当を「眞ノ抵当権ト謂ヒ難キ所アリ」とする。これらと同様、前注⁽⁵⁷⁾『正解4巻』1139頁では、369条2項は権利抵当が「眞ニ抵当権ナル物権」であるならば不要な規定であると述べられている。

⁽¹⁰⁹⁾ 富井・前注⁽⁶³⁾『原論2巻(上)』4頁は、「権利質、権利抵当等ハ我民法上純然タル物権ト称スヘキニ非スト雖モ立法ノ便宜上諸外国ノ例ニ倣ヒ物権ト同一視シテ之カ規定ヲ為シタルコトヲ見ルヘシ」と述べ(同旨13頁)、17-18頁は、権利質や権利抵当を「準物権」と呼ぶ(また、富井政章「物権の本質」明治学報78号(1904年。同年刊行の新聞243号3頁、244号3頁に同名でほぼ同内容の講演内容が掲載されている)18-19頁が以上と同旨を述べている)。

《論 説》

質にも適用されるという。では、第1節総則が第4節まで通じる基礎はどこに見出されるのか。次の指摘が注目される。すなわち、理論的見地からいえば、そもそも動産質や不動産質も、権利質の1種である。動産質や不動産質は、物そのものを客体としない。それらは、物に対する所有権という権利を客体とする質権である。対して、第4節で予定する権利質は、所有権以外の権利を客体とする質権である。以上から、第9章に定める質権は、どれも権利を客体とする質権である点で共通する⁽¹¹²⁾。

では、この梅の理解を前提にするとして、第4節に規定される権利質は、物権なのか。梅をしても、債権や無体財産権といった物権以外の権利を客体とする権利質は、物権ではない。だが、地上権や永小作権といった物権を客体とする権利質は、物権であることを疑う余地がない。この場合の質権は、物に関するものであり、かつ他人の行為を要せずにその行使が可能な権利であるからだと言ふ⁽¹¹³⁾。つまり、動産質や不動産質も、その客体は有体の物そのものではない。動産質等も、物に関する権利であるにすぎない。この点については、地上権等の物権を客体とする権利質も同じである。そして、地上権等を客体とする質は、他

(110) 本稿は、本文の以下で示すものが梅の起草時からの個人的な見解であって、本文上記は、——質権の章の起草を担当した——富井の見解を梅が代弁したものにすぎないと考える(穂積陳重『法窓夜話』(岩波文庫版、1980年)325-327頁では、起草委員会で定まった原案が自身の見解とは異なるものであると、それを委員総会で頑なに維持しようとした梅の姿勢が紹介されている。なお、森田宏樹「日本民法学者のプロフィール① 梅謙次郎」法教185号(1996年)48頁参照)。というのも、法典調査会での発言から『民法要義』の公刊までに約1年半の期間しかなかったため、改説は考えにくい。また、本文後述の梅の見解は、フランスの古典的な立場に合致する(後注⁽¹¹⁵⁾参照)。

(111) 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』382頁(1911年版424頁)。

(112) 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』436-437頁(1911年版482頁)。

(113) 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』438-439頁(1911年版484頁)。法典質疑会・前注⁽⁹³⁾「民第460号問題」504頁で梅は、岡松によって支持される債権譲渡説(後注⁽¹¹⁰⁾該当本文)に反対し、債権質は、物権ではないが、それも質の1種だとする。

人の行為を要しないで権利行使が可能なこと、つまり直接行使性において動産質等と共通する。ここに、権利質が物権であると断言できる理由があるというのである⁽¹¹⁴⁾。梅は、これと同じ理由から369条2項で定める権利抵当もやはり物権だとする⁽¹¹⁵⁾。

岡松は、地上権等の物権を客体とする権利質を物権とし、債権質は債権であるとする。これは、結論において梅の立場と一致する。しかし、その結論に至るまでの理由がかなり違う。岡松は、動産質と不動産質が純然たる質であり、その客体は物であるが、権利質の客体は権利であるという。この点では、通説、すなわち法典調査会で梅が述べた考え方に

(114) だが、松波ほか・前注(57)『正解4巻』1112頁は、梅の理解を明確に否定する。なお、質権の直接行使性の詳細は、次款2(3)で扱う。

(115) 梅・前注(59)『要義2巻』455頁(1911年版504頁)。本文の梅の理解は、物権が有体物上の権利であるとする法の立場から逸脱している。このことは、梅がそもそも物を有体物に限定する理論的な必然性を感じていなかったことと無関係ではないであろう(梅・前注(59)『要義1巻』153頁(1911年版180頁)は、旧法が無体物も物に含めていたことは、「理論上殆ど間然スル所ナシ」という)。吉井啓子「不動産担保物権の対抗(1)」同志社法学49巻1号(1997年)191-192頁は、抵当権に関してであるが、それが物そのものでなく、物上の権利を客体とするとの考え方が、フランス民法の起草者や現在の学説によっても支持される立場であることを指摘する。しかし、日本でこのような考え方が支持を集めることはなかった。第1に、質権の客体を「物」とし、抵当権の客体を「不動産」とする342条及び369条1項の法文に反する(後に、富井・前掲序章注(30)510-511頁が、梅の理解に強い共感を示すものの、現行法の解釈として、その見解に立つことはできない旨を述べている)。第2に、抵当権等の制限物権が物を直接に支配すると考えない限り、客体たる物の所有者が相続人なきまま死亡し、あるいはその所有権を放棄したとき、抵当権等の存続を肯定するのが難しくなる(たとえば、川名兼四郎『物権法要論』(1915年)5、267-268頁参照。これに対して、太矢・前掲序章注(15)「抵当権の性質について」467頁は、無主の不動産には国家の所有が成立するから梅の見解を支持するのに理論上の障害はないとする。抵当権や不動産質についてはそれでよいとして、動産質はどのように理解するのであろうか。動産を財団化し、これに権利主体を擬制することが考えられる。しかし、そうまでして権利を客体とする理由は見当たらない)。

歩調を合わせている。だが、岡松によれば、権利質の設定の実質は、条件付で当該権利を譲渡することにある。一方で地上権を客体とする権利質の設定を受けた者は、地上権を条件付で譲り受けた者であり、したがって物権者である。他方で債権質の設定を受けた者は、債権を条件付で譲り受けた者であり、債権者である。こうして、権利質は、客体たる権利によって、物権である場合と債権である場合の2つがあると考えられるのである⁽¹¹⁶⁾。

(2) 先取特権に関する諸規定—— 一般先取特権と物上代位等

先取特権は、物権編に規定されていることから明らかなように、物権の1つと考えられていた。しかし、先取特権を規定する第8章には、それが債権その他の権利を客体とする場合を想定する条文がいくつかある。まず、306条乃至310条に基づき一般先取特権が動産及び不動産以外に及ぶ場合が容易に思いつく。この場合の一般先取特権は、権利質や権利抵当と同じく、物権ではないといわれていた⁽¹¹⁷⁾。注目されるのは、物上代位を認める304条もそのような条文に該当する代表例とされていた⁽¹¹⁸⁾ことである。こういわれていた。

304条は、先取特権の既存の客体に債権が代替し、これを客体として先取特権が存立することを認める特別規定である。代位によって先取特権が客体を債権に変更することを認めることは、物権が有体物を客体とするとの前提の下で先取特権を物権の1つとした立法の趣旨に反する。しかし、これを避けようとする、先取特権の消滅を来してしまいかねず、これでは先取特権の効能を著しく減殺してしまう。とりわけ、先取特権の客体が動産であり、それが売却され、物の引渡しがあった後は、333条によって先取特権を行使することができなくなることからして、

(116) 岡松・前注(61)『註釋(中)』492-493、501頁。岡松は後に改説する。この点につき次節参照。

(117) 梅・前注(59)『要義2巻』285、293頁(1911年版323、331頁)、松波ほか・前注(57)『正解4巻』924-925、930、941頁。ちなみに梅・前注(59)『要義2巻』285-286頁(1911年版323頁)は、先取特権も質権等と同様、物そのものではなく、権利の上に存するという。

(118) 松波ほか・前注(57)『正解4巻』924頁。なお、後注(120)参照。

代位を認める要請が強い。そこで、304条は、理論に反するとしても、実益面を重視し、便宜上、代位を認めることにした⁽¹¹⁹⁾。

このように先取特権が有体物を客体として存在した場合でも、代位が生じることでその権利の客体が変更し、結果、先取特権が物権でなくなる場合があると考えられていた⁽¹²⁰⁾。304条は、質権と抵当権にも準用されることからして、代位に関する上記の理解は、質権と抵当権にも妥当するものと考えられていたと思われる。

(119) 松波ほか・前注(57)『正解4巻』933-935頁。梅・前注(59)『要義2巻』289-291頁(1911年版327-329頁)も同旨を述べる。

なお、梅によれば、物上代位は、先取特権者を保護するために便宜上認められるにすぎない。その一方で、仮に債務者が金銭等を受領した後になお先取特権者が代位権を行使できるとするのでは他の債権者が先取特権の及ぶ対象を知ることができない。304条1項但書の差押えの趣旨は、この不測の損害の発生を防ぐことにある(梅・前注(59)『要義2巻』291頁(1911年版329頁))。これに対して、岡松は、代位があった場合、やはり先取特権の客体が債権になると理解した上で、その弁済がなされると債権が消滅するが、このことは先取特権が客体を失うこと、すなわちその消滅を意味するという。差押えは、目的債権の消滅とこれに伴う先取特権の消滅を防ぐために求められるとされる(岡松・前注(61)『註釋(中)』345頁)。この言及では、他の債権者が不測の損害を被ることの防止が差押えの意義として意識されていない。それを推し進めると、客体の消滅さえなければ差押えが誰によってなされてもよいことになる。ここに後日の特定性維持説の端緒を見出しうる(もっとも、横田・前注(62)『物権法』458-460頁は、岡松と同じく差押前に第三債務者からの弁済がなされてしまうと先取特権の客体となった債権が消滅してしまうことを述べながら、これに加えて、一般債権者が不測の損害を被ることの防止を差押えの意義とする。横田は、梅と岡松が述べたそれぞれの差押えの意義が両立しようと考えているのである)。

(120) 梅は、304条と306条乃至310条以外に、314条及び320条も先取特権が債権その他の権利を客体とする場合だという(梅・前注(59)『要義2巻』285頁(1911年版323頁))。すなわち、314条後段によれば不動産質貸の先取特権は、賃借権の譲渡人や転貸人の受ける金銭にも及ぶが、このことは、先取特権がこの金銭債権を客体とすることを意味する。また、320条に基づく公吏保証金の先取特権は、厳密には、身元保証金の返還請求権を客体とする(梅・前掲書327-328頁(365-366頁)も参照)。

2. 物権の客体を特定物に限定することに由来する疑義

物権の客体たる物は、有体物であるだけでなく、特定物であることも必要である。一般先取特権は、債務者の一般財産を客体とする。一般先取特権は、この点でも「眞ニ物権ノ性質ヲ具フルモノナリヤ」との疑義を抱えていた⁽¹²¹⁾。

民法施行前において、この問題に明確な解答を与える文献はほとんどみられないが、松波仁一郎が、これを間接的に取り扱っている。曰く、物権とは直接に物上に行使されるものであり、前提として物の特定が要求されるからには、一般先取特権は、物権とはいえない⁽¹²²⁾。民法施行後においては、富井がこれと同旨を述べる。すなわち、物権は包括財産の上に存し得ない。そのため、「我民法ニ物権トシテ一般ノ先取特権ヲ認メタルハ其主義ヲ一貫セサルモノニシテ一ノ異例ト謂フヘシ」。むしろ、一般先取特権は、「一ノ物権ト見ルヘキモノニ非スシテ特ニ定メタル債権ノ優先的効力ニ外ナラ」ない⁽¹²³⁾。このように、起草委員の1人であった富井自ら、一般先取特権を物権編に規定することを疑問視するどころか、それが債権とは異なる1個の独立した権利であることを否認するかのような考えに立つ⁽¹²⁴⁾。

これに対して、通常の見解は、この問題の理論的な克服を目指さず、むしろこれに目を瞑る。こう述べられていた。一般先取特権が不特定の物を客体とすることは、それが有体物以外の物を客体とすることも含め、あくまでも例外である。大多数の先取特権は特定の有体物を客体とする。そのため、総じて先取特権を物権とすることは可能である。それが物権であることは、追及権と優先権が一般先取特権にすら認められる

(121) 松波ほか・前注(57)『正解3巻』90-91頁。

(122) 法典質疑会「民第426号問題」法典質疑録19号(1897年、前注(60)『質疑録2巻』所収)391-393頁〔松波仁一郎解答〕。法典質疑会へのももとの照会事項は、一般抵当に対する現行民法典の態度であり、本文は、それに付随して述べられていた内容である。

(123) 富井・前注(63)『原論2巻(上)』18頁。

(124) 横田・前注(62)『物権法』452-453も同旨。このような立法論上の疑義は、岡松の『註釋民法理由』での言及(次款2(1)(b)参照)を支持するものであろう。

こと⁽¹²⁵⁾から明らかである。そこで、便宜上、先取特権を物権編に規定し、あるいは一般先取特権を特別先取特権と等しく第8章第1節の総則の下に置くことは許される⁽¹²⁶⁾。

以上に併せて、権利質等の物の有体性に関して前述した通説の態度からは、学説における理論的な厳密さを重視しない一般的傾向をはっきりと見出すことができる。

第三款 物権性②——物権の効力

新法は、旧民法財産編2条で示されていた物権の定義を削除した。この削除は、旧法の理解の放棄を当然には意味しない。『修正案理由書』には、「物権トハ財産権ニシテ物ノ上ニ行ハレ総テノ人ニ対抗スルコトヲ得ル権利ヲ云フ」との言及がある⁽¹²⁷⁾。これは、財産編2条の定めに従うものである。物権全般の効力に関しても、少なくとも民法典施行前における一般的な見解は、旧法時の理解⁽¹²⁸⁾を基本的に維持する。すなわち、物権の直接性から直接行使性と対抗力を導き、この対抗力から本権訴権及び追及権と優先(弁済)権が具体的に発現すると考える。

しかし、本権訴権に関する規定の削除や、対抗力概念に対する評価の低下が従来とは異なる理解をもたらしてもいる。その傾向は、特に民法典施行後に強くなる。また、担保物権の効力に着目すると、直接行使性、追及権及び優先弁済権に関する理論の進化は著しい。さらに、債権担保編1条の削除や第三所持者(第三取得者⁽¹²⁹⁾)の物上義務の否定が、担保物権と債権の共通点をみえにくくしたことにも注意を要する。

1. 物権全般の効力

(1) 民法典施行前

直接行使性は、旧法下での理解がそのまま維持されているとあってよい⁽¹³⁰⁾。しかし、対抗力と、これから発現する効力たる追及権及び優先

⁽¹²⁵⁾ 特に追及権が理論上、一般先取特権にも承認されるべきだと考えられていた点については、次款2(1)(b)参照。

⁽¹²⁶⁾ 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』285頁(1911年版323頁)、松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解4巻』924-925、941頁。

⁽¹²⁷⁾ 前注⁽⁵⁶⁾『理由書』156頁。七戸・前注⁽¹⁷⁾「絶対性」235-236頁も参照。

⁽¹²⁸⁾ 前節第二款1参照。

《論 説》

権は、慎重な検討を要する。

『民法正解』は、追及権を対抗力の具体的な発現の1つとして説明する⁽¹³¹⁾。注目されるのは、具体例によるその説明内容である。すなわち、追及権は、①「自己ノ時計ヲ他人ニ奪ハレタルトキ追及シテ之ヲ取戻シ」、②「自己ノ抵当物タル土地、家屋カ他人ノ所有物トナルモ之ニ追及シテ其土地、家屋ヲ債務ノ弁済ニ供セシムルヲ」可能とするとされる⁽¹³²⁾。2点の指摘が必要である。

第1に、①に示されるように、所有権を想定して追及権も論じられている。旧法下では、追及権は、主に従たる物権、つまり担保物権を想定した効力であった⁽¹³³⁾。つまり、②の例しか想定されていなかった。

第2に、所有権に関する追及権の効果を「追及シテ之ヲ取戻す」ことだとするが、旧法で取戻しは、本権訴権から説明されていた⁽¹³⁴⁾。新法は、本権訴権の規定を削除したが、これは従来通り行使可能であり⁽¹³⁵⁾、ここから取戻しを理由付けることが可能なはずである。だが、旧法下におけるように明文規定から直接にそれを正当化することができなくなった。ここに、帰結を導出するために追及権が引き合いに出されるように

(129) 旧法における第三所持者の概念は、第三取得者の概念よりも広く、両者は区別して用いられていた(前注⁽³⁸⁾参照)。ところが、新法制定時の議論では、その区別を無視した発言がみられる。「第三取得者」の語が用いられていても、実は旧法によると第三所持者の意味で解すべき言及がなされることがあった(後注⁽¹⁶⁸⁾該当本文の梅発言がそうである)。その言及の真意を探究することは不可能ではないかもしれないが、その実益は本稿にない。そこで、以下の表記は、原則、第三取得者に統一する。

(130) たとえば、松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解3巻』88-89頁には「物権ハ直チニ物ノ上ニ行ハルル権利ナリ…物権ヲ有スル者ハ権利ノ目的タル物ヲ直接ニ使用、収益若クハ処分スルヲ得テ取テ之カ為メニ他人ノ行為ヲ必要トセス」との言及がある。

(131) 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解3巻』99頁。

(132) 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解3巻』91頁。

(133) 前節第二款1参照。

(134) 特に前注⁽²⁰⁾該当本文参照。

(135) 前注⁽²⁸⁾で示した梅発言を参照。

なった理由があると思われる。

これよりも大きな『民法正解』の特徴として、物権全般の効力に関する説明の箇所では優先権の語が見当たらないことがある⁽¹³⁶⁾。このことは、旧法下において優先権がもつばら従たる物権に関する優先弁済権の意義で理解されていた⁽¹³⁷⁾ことと無関係でないであろう。

さらに、『民法正解』は、上記のように追及権を対抗力から導いているにもかかわらず、対抗力自体の意義を縮小して考えるべき旨を述べている。すなわち、『民法正解』によれば、物権の対抗力とは、いかなる者も物権者の権利を妨げてはならないことをいう。しかし、権利者の権利を妨げてはならないのは物権に限らず、権利一般の性質である。したがって、対抗力を物権の定義に限って特に言及する必要はない⁽¹³⁸⁾。

次に、梅の『民法要義』での理解の特徴を示そう。

第1に、梅によれば、物権は、物への直接的な権利行使を権利者に可能とする結果、優先権と追及権の2つの効力を生ぜしめる⁽¹³⁹⁾。梅が物権の効力として優先権と追及権を挙げている点は、旧法下における通説と同じである。しかし、対抗力からそれら2つの効力を導いていない。これは、おそらく、上記の『民法正解』がそうであったように、対抗力概念を消極的に評価していたためによる⁽¹⁴⁰⁾。

第2に、梅は、旧法時代の多くの見解がそうであったように、優先権と追及権を債権と担保物権の対比で理解する。優先権とは「通常ノ債権者ヨリモ先キニ其権利ヲ行フコトヲ得ル(傍点筆者)」ことをいうとする。

⁽¹³⁶⁾ 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解3巻』83-104頁参照。これは、七戸・前注⁽¹⁷⁾「絶対性」237頁の指摘するところである。

⁽¹³⁷⁾ 前注⁽¹⁹⁾該当本文と前注⁽²²⁾参照。

⁽¹³⁸⁾ 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解3巻』100-101頁。つまり、現在は一般に不可侵性をもって説明される効力も、それまでは対抗力から説明されていた。これを控えるべきだというのである。同102頁は、債権が「特定ノ人ニ対抗スル権利」である一方で、物権は「直接ニ物権ノ対抗ヲ受クヘキ人ナシ」として、直接に権利の「対抗」を受ける特定の者の有無に物権と債権を区別する標準を見出すべきだとする(松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解5巻』4-5頁も同旨)。

⁽¹³⁹⁾ 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』1頁(1911年版1頁)。

梅は、物権者相互の間での優先権を想定していない。また、優先権は、債権者平等原則を破る特権とも述べられている⁽¹⁴¹⁾。したがって、梅のいう優先権は、優先弁済権と言い換えることができる。

また、梅によれば、追及権は、担保物権を有する者が、一般債権者と異なり、引当てとなる財産が譲渡されてもおお権利を行うことを可能にする権限であるとされる⁽¹⁴²⁾。梅が、『民法正解』のように、追及権によって物の取戻しを説明することはない。

以上から、梅は、旧法時の多くの見解と同じく、専ら担保物権を想定して優先権や追及権を理解していたといえよう⁽¹⁴³⁾。

ここでの最後に、岡松の見解を紹介する。岡松は、物権の効力として、直接行使性、対物訴訟の提起可能性、優先権、追及権を挙げる⁽¹⁴⁴⁾。3点の指摘を要する。第1に、岡松は、旧法下の理解と同じく——梅の見解とは異なり——、追及権や優先権を対抗力から導く⁽¹⁴⁵⁾。第2に、

(140) そもそも梅・前注(59)『要義2巻』1頁は、「物権トハ物ノ上ニ直接ニ人ノ行為ヲ施スコトヲ得ル範圍ヲ云フ(傍点原文)」(1911年版1頁では、若干の表現の差があるが、言及の趣旨に変更はないとみてよいであろう)として、物権の定義においてすら対抗力に触れていない(以上は、七戸・前注(17)「絶対性」237頁の指摘である)。

(141) 梅・前注(59)『要義2巻』1-2頁(1911年版1-2頁)、同・前注(59)『要義3巻』3-4頁(1912年版3-4頁)。

(142) 梅・前注(59)『要義2巻』2頁(1911年版2頁)。

(143) 『民法要義』の中では、優先権と追及権の語は、各種の担保物権の概論で必ず触れられているのに対し、所有権や地上権等の各種の用益物権の概論でそれが触れられることはない(梅・前注(59)『要義2巻』84-91、196-202、211-215、231-238頁と271、285、384、453頁(1911年版100-107、224-231、241-247、263-271頁と307、323、425、500頁)を対比せよ)。このことは、本文での言及を裏付ける。

(144) 岡松・前注(61)『註釋(中)』5-6頁(上巻1896年版459-460頁)。

(145) 岡松は、物権を「直接ニ物ヲ支配シ一般ニ対抗スルヲ得ルノ私権(傍点原文)」と定義し(岡松・前注(61)『註釋(中)』2頁(上巻1896年版456頁))、たとえば抵当権は、「物権…ニシテ直接ニ物ノ上ニ行ハレ且総テノ人ニ対抗スルコトヲ得ル権利ナリ是レ抵当カ優先権及追及権ヲ生スル所以ナリ」という(岡松・前注(61)『註釋(中)』509頁)。

岡松は、追及権の効力を「其物件何人ノ手ニ帰スルモ之ヲ追及シテ取戻スコトヲ得」として⁽¹⁴⁶⁾、その機能を所有権や各種の用益物権を想定して説明する。だが、追及権と並記されている対物訴訟の提起可能性の内容が必ずしも明らかでない。そのため、これ——おそらくそれは、物上訴権、すなわち物権的請求権をいうと思われる——と追及権の関係は不明である。また、所有権等を想定する岡松の追及権の理解は、担保物権に追及権を否定する意図を含まない⁽¹⁴⁷⁾。第3に、岡松は、「甲一物件ニ対シ抵当権ヲ有シ乙後ニ之ヲ買受ケ又ハ之ニ抵当権ヲ得ルモ甲ノ抵当権ヲ害スルヲ得ス此結果トシテ同一物件ニ関シテ数多ノ物権アルトキハ先後ノ順位ヲ立テテ満足ヲ得セシム」と述べ⁽¹⁴⁸⁾、優先権を物権間での優先劣後を例に説明している。これは、今までにみられなかった考え方である。

以上をまとめよう。①直接行使性の理解に変化はない。②対抗力の意義の評価が低下した。③追及権と優先権から説明される範囲が広げられ、主たる物権にもそれらが語られるようになった。これらは、主たる物権にのみ影響がある変化である。新たな理解は、担保物権の効力に関する理解に影響を及ぼすことはない。③との関連で、新たな理解は、④本権訴権の行使結果を追及権から説明するようになった。そのため、本権訴権の存在感が薄れている。旧法時ですらそうであったからには、本権訴権が担保物権に関して肯定されることは極めて考えにくい。

(2) 民法典施行後

民法典施行後の学説として、富井と横田の見解の特徴に触れておく。

第1に、富井と横田のいずれによっても、岡松同様に、物権間での優先権も認められている⁽¹⁴⁹⁾。

第2に、横田は、直接性から優先権等の諸効力を説明する⁽¹⁵⁰⁾。この従来の説明方法に対し、富井は、まず、物権を「或物ニ就キ一定ノ利

⁽¹⁴⁶⁾ 岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』6頁(上巻1896年版460頁)。

⁽¹⁴⁷⁾ さしあたって、前注⁽¹⁴⁶⁾で引用した1文や、後注⁽¹⁶⁴⁾該当本文で先取特権についてでさえ追及権が論じられていることから、このことは明らかであろう。

⁽¹⁴⁸⁾ 岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』6頁(上巻1896年版460頁)。

《論 説》

益ヲ享クル絶対権(傍点原文)」と定義する。そして、富井は、物権が絶対権であることから、優先権等の諸効力を導く。つまり、直接性とこれから導かれる対抗力による従来の説明を行わない⁽¹⁵¹⁾。

最後に、横田と富井の見解の最も大きな特徴は、本権訴権に代えて、物権的請求権(物上請求権)を明確に観念していることにある。そうはいつでも、それは、萌芽的な理解にとどまる。富井は、それを追及権と同義で理解しているにすぎない⁽¹⁵²⁾。したがって、物権的請求権を認めただからといって、これによって富井が物権に新たな効力を加えることはない。横田の理解は、もう一歩先に進む。物の取戻し、すなわち返還請求権に加えて、妨害排除請求権を物権的請求権の内容の1つに挙げる⁽¹⁵³⁾。そして、横田は、これら内容の物権的請求権を所有権や用益物権については個別的にも触れる⁽¹⁵⁴⁾。しかし、担保物権にそれを肯定す

(149) 富井・前注(63)『原論2巻(上)』26-27頁、横田・前注(62)『物権法』9-10頁。富井は、前掲引用箇所、担保物権が一般債権に優先する効力を狭義における優先権と呼び、先行する物権が後続の物権に優先する効力を広い意味での優先権という。

(150) 横田・前注(62)『物権法』2頁以下。横田は、対抗力をどのように理解していたか。初版からは明らかにならないが、横田秀雄『物権法〔改版増補訂正第22版〕』(1920年)8頁は、「物権主要ノ性質ハ其対世的効力」にあり、その具体的な発現が物権的請求権等だとする。その対世的効力と対抗力を同義と理解することが許されるならば、対抗力概念も従来の理解を維持していたといえよう。

(151) 富井・前注(63)『原論2巻(上)』13、25頁以下。富井・前注(100)「物権の本質」9頁以下も同旨を述べる。なお、横田は、その定義に明確な反対を述べる(横田・前注(62)『物権法』1頁)。

(152) 富井・前注(63)『原論2巻(上)』28-29頁は、追及権の行使の具体例として、占有を伴う物権(所有権、地上権等)は、追及権に基づき権利の客体たる物を取り戻すことができることと、抵当不動産の譲渡があっても抵当権者は、権利を行使しうることができるとの2つを挙げる。そのうえで、富井は、「債権ハ右ニ示ス如キ物上請求権ヲ生スルコトナシ(傍点筆者)」という。

(153) 横田・前注(62)『物権法』7頁は、「物権ヲ有スル者ハ場合ニ従ヒ侵害者ニ対シテ目的物ノ返還、原状回復、妨害排除、損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ物上請求権…ト称スルモノ即チ是レナリ」と述べる。

る言及を行うことはない⁽¹⁵⁵⁾。そのため、横田によっても、その観念の導入で担保物権に新たな効力が追加されることはない。担保物権には従来の追及権が認められれば十分だと考えられていたためによる。

2. 担保物権(従たる物権)の効力

(1) 優先弁済権と追及権

旧法は、債権担保編1条で、債権を担保権の1種として規定し、債権者は、債務者の不特定の一般財産にのみ共同担保をもち、——財産編340条以下の例外を除き——これが比例弁済の原資となる旨の原則を定めると同時に、担保物権がこの原則に対する例外であることを法文上、明らかにしていた⁽¹⁵⁶⁾。新法には債権担保編1条に相当する規定がない。しかし、その不存在が債権の効力に関する従来の理解を新法下で否定する趣旨でないことは明らかである⁽¹⁵⁷⁾。そして、上記のように担保物権の追及権や優先弁済権に関する新法下での理解に変更はない。したがって、追及権と優先弁済権が債権に認められない、担保物権特有の例外的な効力であるとの考えが維持されていたと思われる。もっとも、債権担保編1条に相当する規定がないため、この原則と例外の関係を法文中で認識することはできなくなっている。

さて、担保物権には追及権と優先弁済権が認められるというのは一般論である。各担保物権を個別に扱う各論レベルでは、一般論の妥当範囲に見解の対立が生じた。質権と抵当権にそれらが認められることについては争いがない⁽¹⁵⁸⁾。論議の主な対象は、留置権と先取特権に関する。

⁽¹⁵⁴⁾ 横田・前注⁽⁶²⁾『物権法』190-191、323、349頁は、前注⁽¹⁵³⁾で引用した内容をそれぞれ所有権、地上権、永小作権について述べる(ただし、その396頁は、地役権につき妨害排除請求の可能性を述べるが、その請求の相手方は所有者に限られており、第三者との関係でのそれには触れていない)。

⁽¹⁵⁵⁾ 物権的請求権に関わる言及は、質権にそれを否定する次のものが確認されるだけである。すなわち、質権者は、質物を侵奪されたとき、理論上は、質物占有者に対して、「本権ノ訴ヲ提起シ質物ノ回復ヲ請求」することも認められるべきであるが、353条は、これを否定する(横田・前注⁽⁶²⁾『物権法』573-574頁)。

⁽¹⁵⁶⁾ 前節第二款2(1)及び同(2)(a)参照。

《論 説》

(a) 留置権

まず、留置権からみていこう。

梅は、「留置権ハ物権ナリ故ニ一切ノ物権ノ特性ナル優先権(Droit de préférence)ト追及権(Droit de suite)トノ二者ヲ包含ス(傍点原文)」⁽¹⁵⁹⁾とは

(157) 富井・前注⁽⁶³⁾『原論2巻(上)』29頁が「一般ノ債権者ハ債務者ノ総財産ニ付キ弁済ヲ受クル権利ヲ有スト雖モ其共同担保権タルヤ甚不完全ナルモノニシテ特別ノ場合(四二四条)ヲ除ク外債務者ヨリ其財産ヲ取得シタル者ニ対シテ何等ノ効力ヲモ生スルコトナキナリ」という。この言及から、2点の理解が明らかである。第1に、債権が「共同担保権」をなすこと、第2に、424条は、詐害行為取消権を定めるが、これは、一般債権者が、債務者の手を離れた財産から債権回収をできないとの原則を前提とすることである。

では、債権者平等はどうか。一方で、法典質疑会「民第305号問題」法典質疑録14号(1897年、前注⁽⁶⁰⁾『質疑録2巻』所収)50-54頁で、ドイツ法におけるように、差押債権者に優先弁済権を認めるべきではないかとの質疑に対し、仁井田は、それが民法ではなく、民事訴訟法で決すべき問題であると述べている。仁井田による限り、実体法たる民法は、債権者平等に何らの態度決定もしていなかったこととなる。これに対して、梅は、会長名義でこう答える。確かに差押債権者に優先弁済権を認めるかどうかを民法が明示的に決していないことは仁井田の述べるとおりであるが、先取特権に関する規定の存在からしてそれを認めない精神は自明である。この趣旨は、次の松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解4巻』928-930頁での言及と同旨をいうものと思われる。すなわち、債権は、様々な原因によって生じるが、その発生原因を全く無視し、債権額に応じた比例弁済しか債権者に認めないことは「一見公平ニ似タルカ如シト雖モ其実法律保護ノ周到ヲ缺」く。実質的な公平を確保するには、場合によってはその原則を破る法制が必要である。そして、その制度が先取特権である。先取特権は、一定の原因によって発生した債権に限って優先弁済権を認める。逆に、先取特権の付与されない原因に基づいて発生した債権にはそれが認められない。こうして、実体法上も、債権者平等は、先取特権という例外的な制度の存在から推知しうる。しかし、中田・前注⁽³⁰⁾「債権者平等」17頁は、民法における規定から債権者平等へ接近する可能性を相続法上の諸規定と425条に求める。

(158) ただし、動産質の追及権に関して後注⁽¹⁶⁰⁾参照。

(159) 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』271頁(1911年版307頁)。

いう。しかし、この言及の前提には、優先弁済権を広く理解し、これに伴い追及権も広義で考えることがある。すなわち、梅によれば、留置権者は、債権全額の弁済を受けるまで物を留置し続けることができるからには、實際上、留置権者が優先的に弁済を受けることができるとされる。梅は、これを「優先権」と呼ぶ。また、この優先弁済権は、いかなる者にも行うことができるからには、留置権には追及権がその効力として内在するともいう⁽¹⁶⁰⁾。

これに対して、岡松によれば、質権と留置権は、債権の担保であることと、債務者の特定財産に対する占有権原となることの2点で酷似する。しかし、次の2点で両者は区別される。1つ目の違いは、債務者(担保負担者)との関係である。質権者は、債務者の財産を売却することで直接的に被担保債権を弁済させることができる。つまり、質権者は、後述の売却権をもつ。しかし、留置権者は、債務者の財産を留置することで間接的に債権の弁済を強要することができるにすぎない。2つ目の違いは、他の一般債権者との関係に関わる。質権者は、留置権者と異なり、一般債権者に優先して弁済を受けうる⁽¹⁶¹⁾。

この質権と留置権の対比からは、質権等には売却権が内在し、これに基づく優先的な満足権限を優先権と岡松が理解していることを読み取れる。留置権には売却権が内在しない。そのため、岡松は、留置権には優先弁済権が内在しないというのである。岡松のように留置権に優先弁済権がないと解するならば、優先弁済を実現するための手段たる追及権もないことになろう。逆に、梅は、売却権が伴わない、事実上の優先弁済も優先権と理解していた。だからこそ、留置権にも追及権を肯定できたのである。

では、梅と岡松のいずれの見解が、当時の一般的な理解であったか。おそらく後者であろう⁽¹⁶²⁾。

⁽¹⁶⁰⁾ 梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』272頁(1911年版308頁は、初版と比べ、言い回しに若干の違いがあるものの、言及内容に変更はない)。

⁽¹⁶¹⁾ 以上、岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』318-319。

《論 説》

(b) 先取特権

次に先取特権であるが、これに優先弁済権が認められることへの疑問はない。追及権の有無が問題である。少なくとも理論上は、あらゆる先取特権に追及権が認められるというのが当時の通説だったようである。

『民法正解』によると、確かに、有体物を客体としない一般先取特権は、物権ではない。また、一般及び特別の先取特権は、333条に基づき、客体(の一部)であった動産が第三者に引き渡された場合、もはや追及できない。しかし、だからといって、それらの先取特権に追及権が内在しないと考えるのは、「理論ト實際トヲ混淆スル見解タルヲ免レサルモノ」である。たとえ第三者に客体たる動産が引き渡されても、先取特権は消滅しない。333条は、頻繁に行われる動産取引の安全を害さないとの要請、すなわち、第三者保護の必要性から、先取特権の行使のみを制限するにとどまる。したがって、理論上は、あらゆる先取特権は、優先弁済権及び追及権を伴っており、この点で他の物権と異なるところはない⁽¹⁶³⁾。

これに対して、岡松は、先取特権は、原則的に、債務者の財産にしか

(162) たとえば、『民法正解』では、こう述べられている。留置権は、先取特権、質権又は抵当権と異なり、「債権者ヲシテ他人ノ物ヲ抑留スルコトニ因リ…債務ノ履行ヲ間接ニ強要」する権利にすぎず、「担保物ニ就キ直チニ弁済ヲ求ムルコトヲ得セシムルモノ」ではない。そして、留置権と質権は、後述の売却権の有無によって区別される(松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解 4 卷』887-888、1065頁)。また、『民法正解』での留置権の総説(左記引用書886-889頁)には、「優先権」の語すら見出されない。横田・前注⁽⁶²⁾『物権法』433-434頁もこの立場にある。なお、ボアソナードの理解につき前注⁽⁴⁶⁾該当本文参照。

(163) 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解 4 卷』924-926、930、1036-1038頁。梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義 2 卷』364-366頁(1911年版404-406頁)も同旨を述べる。追及権の消滅をここで認めると、目的物を第三取得者に引き渡した後は、債務者がその占有を回復した場合であっても先取特権の行使を認めることができない。333条を単に権利行使の制限と理解するならば、その場合における先取特権の再度の行使可能性を肯定できる。ここに、333条を追及権の行使制限と理解する実益があるといわれる(次の時代区分の資料であるが、中島玉吉『民法釋義 卷之ニ下物権下』(1916年)738-739頁)。

及ばないと解する。つまり、総じて先取特権には追及権が内在しないのが原則だということである。岡松によれば、333条の定めるところとは反対に、不動産を客体とし、かつ登記された先取特権が追及権を伴うのは、その「特殊ノ効力ニシテ先取特権ノ一般ノ効力ニ対スル一大例外」である⁽¹⁶⁴⁾。

この立場は、立法への不満に由来すると思われる。岡松は、本来、先取特権を独立の物権とする必要はなく、一定の原因によって生じた債権に優先弁済権を与えれば足りたという⁽¹⁶⁵⁾。この岡松の立法論上の理想を制定法の理解に反映するところなる。

先取特権の効力は、被担保債権への優先弁済権の付与にとどまり、それ以外は一般債権と同一の効力しかもたない。一般債権が追及権をもたないように、先取特権も原則としてそれをもたない。333条はこの原則に沿うものである。不動産を客体とする、登記された先取特権が追及権を伴うのは、債権に追及権を認めることを意味し、上記原則の例外となる。これは、登記された賃借権が第三者に対抗可能になるのと同じである。

このように、岡松は、既存の法を無視し、先取特権が物権であることを否定することこそしなかった。それでも、追及権の原則と例外を通説

⁽¹⁶⁴⁾ 岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』391、394頁。

⁽¹⁶⁵⁾ 岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』329-334頁で起草者に対する批判が加えられている。岡松によれば、「物権ハ必ス物ノ上ニ直接ノ支配関係ヲ有セサルヘカラス而ルニ先取特権ニハ此関係アルコトヲ見サル(この言及は、一義的に理解し難いが、特に一般先取特権が特定物以外も客体としうることから、直接的な支配関係がないことをいうものと思われる。先取特権の客体に関する松波の見解(前注⁽¹²³⁾該当本文を参照)」。したがって、本来、「先取特権ハ其性質債権ノ効力ナリ即チ特殊ノ債権ニ与ヘタル特別ノ効力ナリ一般債権ノ効力ト異ナルハ唯其効力特別ニ強硬ナルノミ」という。結論として、岡松は、先取特権という独立の物権を承認するのではなく、一定の原因に基づき生じた債権に破産手続での優先的な満足を認めるドイツ法の主義が妥当であるとする。なお、前注⁽¹²³⁾該当本文及び⁽¹²⁴⁾の富井や横田のほか、法典質疑会「民484号問題」法典質疑録22号(1898年、前注⁽⁶⁰⁾『質疑録2巻』所収)571頁以下〔中山成太郎解答〕も、ドイツの立法を支持している。

《論 説》

とは逆転させることで、あるべき立法論を説いていたのである⁽¹⁶⁶⁾。

(2) 抵当権の債権性——第三取得者が負う物上義務の否定

旧法下では、抵当不動産の第三取得者には抵当債務の弁済義務が課され、抵当権者は第三取得者にその弁済を請求することができた。このことは、第三取得者が物上義務を負うことから説明された。だからこそ、第三取得者は、委棄によって抵当債務を弁済する負担から免れることができた⁽¹⁶⁷⁾。

梅は、法典調査会で、次のように述べて、この法制を改める必要性を訴えていた。

「第三取得者ト云フモノハ自分ハ決シテ弁済ノ義務ハナイケレドモ若シ自分ノ所有権ヲ完全ニ之カラ保存シヤウト思フナラバ弁済ヲスレバ宜イ」だけである。つまり、確かに、第三取得者は、抵当権者に抵当債務の弁済を行うことで抵当権の実行を阻止することが認められる。しかし、その弁済は、第三取得者が自ら負う債務の履行としてではなく、第三者弁済の形で行われる。また、抵当権者が第三取得者に対して抵当債権の弁済を請求できるとする債権担保編248条は、間違いであり、削除すべきである^(168, 169)。

また、梅によれば、フランスでは、義務を履行せずに強制執行を受けることは極めて不名誉なものであり、かつフランス民事訴訟法によると、財産の差押えを受けた者は煩雑な手続に従う必要がある。委棄はこの回避に有用である。しかし、日本法では、もはや第三取得者は弁済義務を負わないから、その義務の不履行による不名誉は生じない。また、

⁽¹⁶⁶⁾ 353条は、動産質権者が質物の占有を奪取された場合に占有回収の訴えによる占有回復しか認めない。このことに関して、先取特権の追及権の制限に相当する議論があつてよさそうではある。しかし、353条が追及権の一般論に対する例外を規定するとの認識は、当時の資料からは確認されない。横田が本権訴権を制限する規定であるとの考えを示す程度である(前注⁽¹⁵⁵⁾参照)。

⁽¹⁶⁷⁾ 前節第二款2(2)(c)参照。

⁽¹⁶⁸⁾ 前注⁽⁵⁵⁾『速記録2』868-869頁。このほか、前注⁽⁵⁶⁾『理由書』312頁が、新法では第三取得者に弁済義務が課せられないことを述べる。

日本の手続法では第三取得者が競売手続に必ずしも煩わされない。そのため、旧法の委棄を維持する必要はない⁽¹⁷⁰⁾。

こうして、抵当不動産の第三取得者の物上義務は、制定法上、明確に否定された⁽¹⁷¹⁾。第三取得者は、自ら負う義務の履行としてではなく、自身の権利の行使として弁済を行うこととなった。

(3) 売却権——権利分類の基準としての直接行使性

旧法における理解では、特に抵当権の直接行使性が必ずしも明らかでなかった。抵当権等をもたない債権者は、固有の権利に基づき債務者の財産を売却するわけではない。この説明を裏から理解すれば、抵当権等をもつ債権者は、客体たる物を固有の権利に基づいて売却し、その代価から満足を得る権利をもつことになる。旧法下ではこの売却権に抵当権等の直接行使性を見出す可能性が示唆されるにとどまっていた⁽¹⁷²⁾。新法下においては、これが明確に論じられるようになる。一般に、売却権は、質権について論じられ、これが抵当権にも妥当せしめられる。

『民法正解』と岡松の『註釋民法理由』がほぼ同じ説明をする。すな

⁽¹⁶⁹⁾ これを前提に、次の規定が提案されていた。「抵当権ノ登記後ニ抵当不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル第三者カ抵当権者ニ弁済シタルトキハ他ノ債権者ニ対シテ其抵当権者ノ権利ヲ行フコトヲ得(案372条)」。これは、第三取得者が第三者弁済をした場合の代位を定めたものであり、第51回法典調査会(1894年12月7日)で承認を得た(前注⁽⁵⁵⁾『速記録2』871頁)。しかし、同案は、代位弁済一般と混同の例外に関する規定が整備されたために不要になったとの梅の説明のもと、第8回民法整理会(1895年12月24日)で削除された(前注⁽¹⁰⁶⁾『整理会速記録』207-208頁)。

⁽¹⁷⁰⁾ 前注⁽⁵⁵⁾『速記録2』870頁。岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』545-546頁も同様の説明をする。

⁽¹⁷¹⁾ もっとも、梅は、物上義務の観念自体は捨てていなかった。梅は、旧法時と同様に(前注⁽⁴³⁾参照)、承役地の所有者が地役権者に負う義務を「物上ノ義務」、又は「依物義務(Obligatio propter rem)(傍点原文)」と呼んでいる(それぞれ前注⁽⁵⁵⁾『速記録2』288頁、前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻』254頁(1911年版289頁。なお、同版227頁は、地上権者が負う地代の支払義務も依物義務と呼ぶが、この記述は初版にない)。

⁽¹⁷²⁾ 前節第二款2(3)参照。

《論 説》

わち、質権者による質物の売却は、質物所有者の権利を質権者が代理行使することを意味しない。それは、質権者に固有の権利の行使である。つまり、質権者は、質物の所有者でないにもかかわらず、質物所有者という他人を介することなく質物を売却し、その代金を被担保債権の弁済に充当することができるのである⁽¹⁷³⁾。

以上の説明は、売却権に質権の直接行使性を見出すものであり、上でも確認した、旧法時の債権の効力を裏から理解した結果と一致する。それが直接行使性の発現として明確に論じられるようになることで、売却権の有無は、質権と債権の違いを説明し、前者が物権たることの根拠付けに利用されるようになった。

売却権に関して当時述べられていたことをもう少しみておこう。

売却権は、ローマ法に由来し、特約によって排除されることができないもので、常に質権に内在する効力である⁽¹⁷⁴⁾。売却権は、質権の「主要な効力」である。上述のように⁽¹⁷⁵⁾、その有無は、留置権との間での区別の基準となる。だが、それだけでなく、売却権の有無は、物の使用収益を目的とする地上権等の用益物権と質権の間での区別の基準にもなる⁽¹⁷⁶⁾。

売却権は、抵当権にも認められる。したがって、売却権は、質権及び抵当権と、留置権及び各用益物権を区別する基準にもなる⁽¹⁷⁷⁾。

先取特権と質権及び抵当権の間での違いは、——法定抵当なき新法下では——その成立が合意に基づくかどうかに見出すことができる。では、(不動産)質権と抵当権の間の違いはどこか。

新法は、これを明確にする。すなわち、旧法での抵当権の定義では、

(173) 松波ほか・前注(57)『正解 4 巻』1066頁。

(174) 松波ほか・前注(57)『正解 4 巻』1065頁、岡松・前注(61)『註釋(中)』409-415、446頁。なお、前注(52)参照。

(175) 本款 2(1)(a)参照。

(176) 松波ほか・前注(57)『正解 4 巻』1059-1060、1065頁。

(177) 岡松・前注(61)『註釋(中)』403-404頁。松波ほか・前注(57)『正解 4 巻』1059-1060、1134頁も同旨を述べるが、そこではさらに先取特権にも売却権を認めている。

その非占有性が明らかでなかった⁽¹⁷⁸⁾。そこで、これを明らかにするため、新法の定義には「占有ヲ移サシテ」の文言が盛り込まれた⁽¹⁷⁹⁾。このことは、『民法正解』や岡松の『註釋民法理由』、横田の『物権法』でも十分に意識され、非占有性が不動産質と抵当権を区別する基準だといわれる⁽¹⁸⁰⁾。

それでも、この差異は、不動産質と抵当権を全く異なる制度と理解せしめる程に決定的なものとは考えられていなかった。『民法正解』によれば、不動産質権者は、目的不動産を占有し、使用収益することができる。しかし、この権限は、売却権と異なり、合意によって排除することができる。このため、その権限は、「不動産質ノ要素ニ非サルナリ(傍点筆者)」⁽¹⁸¹⁾。さらに富井は、これをこう言い換える。不動産質の使用収益権は、その「本質ヲ成スモノト見ルヘカラス(傍点筆者)」⁽¹⁸²⁾。

以上に関して、2点の指摘が必要である。第1に、占有の有無は担保物権の本質論に関わることが意識されながら、敢えて本質に属さないとされていた。第2に本質論は、権利の要素、すなわち、不可欠な、又は排除不能な構成部分は何かという視点で論じられていた。抵当権等の「主要ナ効力」と語られていた売却権は、後日、そのような観点から、抵当権等の「本質」と考えられるようになる。また、質権と抵当権が売却権という効力において共通するとの認識から、以後の圧倒的多数の体系書等での叙述は、質権について述べた売却権や本質論を抵当権に妥当せしめるという形をとるようになる。

⁽¹⁷⁸⁾ 前注⁽⁵³⁾参照。

⁽¹⁷⁹⁾ 前注⁽⁵⁵⁾『速記録2』784-785頁。抵当権は、梅の起草によるものと考えられており(前注⁽⁵⁸⁾で引用した分担表等を参照)、本文も梅の発言である。梅のそのような考え方には、前注⁽⁵³⁾で示した、当時のフランス法の議論の影響が少なからずあったであろう。なお、前注⁽⁵⁶⁾『理由書』300頁も本文と同旨を述べる。

⁽¹⁸⁰⁾ 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解4巻』1065、1137頁、岡松・前注⁽⁶¹⁾『註釋(中)』538頁、横田・前注⁽⁶²⁾『物権法』602頁。

⁽¹⁸¹⁾ 松波ほか・前注⁽⁵⁷⁾『正解4巻』1060頁。

⁽¹⁸²⁾ 富井・前注⁽⁶³⁾『原論2巻(上)』189頁。

《論 説》

さて、上記のように、売却権の行使は、質権者や抵当権者の固有の権利の行使であり、そのための目的物所有者の関与は不要である。だが、それは、原則として競売手続によらなければならない。『民法正解』によれば、このことは、民法典中に明言がなくとも、流質契約を禁じる349条や例外的に簡易な弁済充当を認める354条の趣旨から明らかである。つまり、権利の行使が競売によらざるを得ないことは、原則的に担保目的物の私的な売却が禁じられていることから明らかにされるというのである。もちろん、競売手続によるといっても、売却は、売却権に基づくものであり、一般債権者による強制競売と区別される。そのため、民事訴訟とは異なる特別法、つまり、競売法が創設されることとなる⁽¹⁸³⁾。

(183) 松波ほか・前注(57)『正解4巻』1066頁。『正解4巻』が公刊された1896年当時、競売法はまだ世に存在しなかった。そのため、同書には、同法制定の予定しか示されていない。なお、競売法は、第48回法典調査会(1894年11月27日)で提示された案365条(旧368条に相当)を巡る議論から、その制定が意識されるようになった。同条は、「(権利質権者は)前条ノ規定ニ依ル外民事訴訟法ニ定ムル執行方法ニ依リテ質権ノ実行ヲ為スコトヲ得(括弧内筆者)」としていた。論争は、これに相当する規定が動産質と不動産質にないことに端を発する。次の質疑が寄せられた。権利質権者は、同条にいう「前条」、すなわち案364条(旧367条に相当)に基づき直接に取り立てを行うこともできるとするが、そのような定めのない動産質や不動産質の具体的な実行方法はいかなるものか(前注(55)『速記録2』749頁〔長谷川喬発言〕)。これに対して、富井は、それらの実行は、規定がなくとも当然に民事訴訟法の競売によると答えた(『同』749頁)。この回答は、次の反論を受けた。動産質や不動産質の実行が民事訴訟法によるならば、それらも執行力ある正本に基づくことが必要となるが、そのようなはずもない(『同』750頁〔高木豊三発言〕)。『同』749頁の長谷川喬発言と757頁の高木豊三発言も参照。なお、斎藤秀夫『競売法』(1960年)6頁は、旧民法の頃から競売に債務名義は不要であったと推測している)。案365条を巡る議論は、——同条が前条と密接な関係にあるにもかかわらず、前条がすでに多数の承認を得ていたこともあり——紛糾する。結局、この論争は、第49回法典調査会(1894年11月30日)でも決着がつかず、第50回法典調査会(同年12月4日)にて365条を原案のまま通すことでようやく落ち着いた(前注(55)『速記録2』793頁)。この過程で、起草委員達は、民事訴訟法の手続が極めて複雑であり、殊に動

売却権は、前述のように、質権と抵当権の「主要ナ効力」である。それにもかかわらず、質権等の発生後、直ちに行使しうるものではない。被担保債権の弁済期が到来してもなお弁済がない場合において初めて行使可能になる⁽¹⁸⁴⁾。

以上は、『民法正解』や岡松の『註釋民法理由』で述べられていた売

産質の実行まで訴訟法の規律に服せしめることが費用倒れの危険からして望ましくないとの考えを受け入れる。その上で、起草委員達は、「民法実施ト同時ニ一種ノ競売手続法トデモ言フベキモノヲ拵ヘテ」、より簡便な競売の実施を可能とする意向を示す(『同』756頁〔富井発言〕など)。後日(1897年4月21日)、梅は、民事訴訟法で定める競売は、判決の執行に関するものであるため、民法の至る所で予定されている競売手続は、民事訴訟法では不十分だと述べる(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査会民法施行法議事要録』(1988年)3頁)。かくして、競売法が制定され、同法は、1898年には民法の付屬法として民法と同時に施行されることとなる。

この競売法創設の経緯という内部者情報に接近できる者らにすれば(法典調査会における審議が法典調査会規程18条に基づき非公開とされていた点について、金山直樹「法典調査規定と民法典の編纂」ジュリ1331号(2007年)92頁参照)、競売法公布前の段階で質権等の行使に債務名義が不要であるとの考えに至るのが当然のことである(上記高木発言参照)。しかし、岡松は、そのような立場になかった。だからこそ、斎藤・前掲書12頁注3が指摘するように、岡松が競売法制定について「全く予言するところがない」。岡松は、競売法の内容を知らないまま岡松・前注(61)『註釋(中)』(1897年)を公刊したが、その449頁は、やはり動産質の行使には債務名義が不要だとしながら、同書455頁は、デルンブルクの著作を引用した上で、不動産質の売却権の行使としての競売は、「其性質強制執行ノ一種ニ属スルヲ以テ其手続ハ全ク民事訴訟法中ノ強制執行ノ一方法タル競売ノ規定ニ従フヲ以テ近世各国ノ普通ナル立法例トス」という。ここから岡松は、不動産質に関しては、「其主タル債権カ強制執行ノ名義ヲ有スル」ことが売却権行使の要件になると述べていた。生熊長幸「執行権と換価権」岡山大学法学会編『岡山大学創立三十周年記念論文集 法学と政治学の現代的展開』(1982年)265頁は、岡松が動産質に売却権を認め、不動産質には競売を請求する権利しか認めなかったことを指摘するが、少なくとも、岡松の置かれていた状況が同時期の論者のそれと異なったことを斟酌しておく必要があろう。

却権の大要である。これに対して、梅の『民法要義』では——権利質が物権であることを理由付ける中で売却権を観念していることを示唆するが⁽¹⁸⁵⁾——売却権の語の使用がない。そのため、『民法要義』での「抵当権ハ抵当権者ニ占有ヲ移スコトヲ要セス是レ質権ト大ニ異ナル所ナリ(傍点原文)」との言及⁽¹⁸⁶⁾は、売却権を明示的に論じる見解とは異なり、抵当権と質権の間に決定的な差異があるかのような印象を抱かせる⁽¹⁸⁷⁾。

第四款 小括

新法のパンデクテン体系は、旧法の債権担保編を廃し、これによって法典上、債権牽連性の有無による権利全般の二分を放棄した。だが、学説は、それに物権を分類するための2次的な基準としての意義を維持してはいた。根抵当という派手な問題に関して学説は、「付従性」を厳格に維持しようと試みた。だが、実務の需要は、時に理論を顧みないまま、「付従性」に例外を承認させていた。

新法は、パンデクテン体系の採用のため、物権の客体たる物を有体物に限定した。この結果、物権編に規定されているにもかかわらず、物権であることを否定される権利が認識されるようになった。権利質は準質、権利抵当は準抵当と呼ばれるほどであった。また、物の特定が明確に要求され、この点からも一般先取特権を物権とすることには疑義があった。もっとも、こういった理論上の疑義が投げかけられる権利は、例外であり、そう多くない。そこで、当時の見解は、それら権利を物権編に置くことは許されると考えた。「付従性」に関してと同様、ここでも理論的な厳密さをそこまで重視していない学説一般の態度を見出しうる。

追及権や優先権が物権全般の効力として考えられていたことは、従来と同じである。追及権や優先権が所有権を想定して語られるようになったことは大きな変化である。だが、このことが担保物権の物的な効力に関する理解に直接的な変化をもたらすことはなかった。

(184) 松波ほか・前注(57)『正解4巻』1065頁、岡松・前注(61)『註釋(中)』404-405、448頁。

(185) 前注⁽¹¹⁹⁾該当本文。

(186) 梅・前注(59)『要義2巻』453頁(1911年版501頁)。

債権と担保物権は、優先弁済権と追及権の有無に違いがある。だが、いずれも担保権である点で共通する。これが旧法時の理解であった。殊に抵当権は、物上義務を基礎付けたが、この点にも効力面での債権との共通点を見出し得た。新法が債権担保編1条に相当する規定を用意せず、抵当権不動産の第三取得者の弁済義務を否定した結果、それら債権と抵当権の間の共通点がみえにくくなった。

旧法下における議論では、抵当権等の直接行使性が十分に意識されていなかった。売却権にそれを明示的に見出す見解が新法下で現れたことは理論面での大きな進展である。売却権は、質権及び抵当権に共通して

(187) 梅が売却権をどのように理解していたかは、判然としない。だが、『民法正解』や岡松の『註釋民法理由』で示された立場をとっていなかったのは明らかである。というのも、法典質疑会「民第276号問題」法典質疑録12号(1896年、前注⁽⁶⁰⁾『質疑録1巻』所収)983-986頁で、仁井田は、質権者が固有の権利に基づき質物を売却するからには、競売における売主は質権者である(故に、質物の競売における担保責任は質権者が負う)と述べた。梅は、これに反対し、売主を質権設定者だと述べていた。また、梅は、「留置物ヲ売却スルニ付テハ普通ノ債権者ハ強制執行ニ由ラサルコトヲ得スト雖モ留置権者ハ競売法ノ規定ニ依リ直チニ之ヲ売却スルコトヲ得ヘシ」と述べる(梅・前注⁽⁵⁹⁾『要義2巻〔1911年版〕』308頁。この言葉が競売法の存在を前提としていることから明らかなように、初版(1896年)にはこのような言及がない)。このことは、留置権には売却権が認められず、それが質権等との間での区別の基準であるとする『民法正解』や岡松の理解(前注⁽⁶⁰⁾該当本文及び前注⁽⁶²⁾を参照)に反する。これは、梅が実体権としての売却権と手続法上、競売を求める権利を区別していないことによると思われる。

梅が売却権を論じないのは、梅の専門としたフランス法学説でそれが積極的に論じられていなかったためによる(前注⁽⁵³⁾)。反対に、ドイツでは普通法学説でローマ法が丹念に考究されていたため、ローマ法に遡る売却権概念が積極的に論じられていた。したがって、ドイツ法に通じていた岡松がそれを斟酌したのは当然のことであった。また、前注⁽⁵⁸⁾で引用した仁井田作成の分担表に従って、『民法正解』の質権に関する執筆者を特定するとするならば、質権の起草を担当した富井の補助委員たる仁井田がそれに該当する。仁井田がドイツ法を主に学んでいたことからして(仁井田ほか・前注⁽⁵⁸⁾「座談会」14頁)、その説明が岡松とほとんど同じであることも当然のことであろう。

《論 説》

認められる主要な効力とされ、留置権や各種の用益物権との区別の基準であるとされた。この時代、抵当権は、債権牽連性と売却権の有無において用益物権と対置せしめられていた。確かに抵当権の定義規定の修正によって、(不動産)質権と抵当権の違いが法文上、より明確にされた。しかし、これと同時に、売却権を観念する見解は、そのことが質権と抵当権の間に決定的な違いをもたらすことはないとも考えていたことは看過してはならない。

ここでの最後に、売却権という抵当権等の主要な効力が、被担保債権の弁済期の到来と結び付けられていたことを強調しておく必要がある。この点でも、債権牽連性は、抵当権等を語る上で不可欠なものと認識されていたといえる。