

# 物権体系における「準物権」の地位

佐野 智也

- 第1章 はじめに
- 第2章 準物権の起草過程
  - 第1節 準占有
  - 第2節 先取特権
  - 第3節 権利質
  - 第4節 権利に対する抵当権
- 第3章 おわりに

## 第1章 はじめに

物権とは、物を直接に支配する権利である。客体は物であって有体物である（民法85条）。しかし、例外として、権利も客体となりうる。物権法を説明する基本書の冒頭では、このような趣旨の説明がなされることが一般的である<sup>1)</sup>。民法を眺めてみると、権利を客体とする“物権”は、大きく4つある。準占有（民法第二編第二章第四節）、先取特権（民法第八章）、権利質（民法第二編第九章第三節）、権利に対する抵当権（民法369条2項）<sup>2)</sup>である。本稿では、これらを総称して「準物権」と呼

---

1) 多くの著書に見られる記述であるため、すべて挙げることはしないが、典型的なものをひとつ挙げるとすれば、舟橋諄一・徳本鎮編著『新版 注釈民法<6> 物権1』（有斐閣、2009）16頁。また、有体物が原則であるとした上で、担保物権は権利の上に成立する場合がある、として、「例外」という言葉を使わない表現も見られる（我妻栄・有泉亨『新訂物権法』（岩波書店、1983）11頁など）。他にも、他物権の客体を他人の所有権やその他の財産権とする見解もある（石田穰『物権法』（信山社、2008）11頁）。

2) 権利を客体とする抵当権として転抵当（376条1項）を含む見解があるが、立法沿革から転抵当は物権とはしない。詳細は本稿第2章第4節で述べる。

ぶことにする。

客体が権利でありながら、通常の客体論の例外として、準物権が物権として学術上承認されているのはなぜであろうか。まず、規定上、その効果が物権と同様の効果をもっているからということが考えられる。しかし、登記された賃借権のように、物権に近い効果をもった債権は存在しているが、これを正面から物権だという考えは一般的ではない<sup>3)</sup>。すなわち、物権と同様の効果をもっていることから、すぐに物権であるということにはならないのである。

次に考えられるのは、その編別上の位置である。日本の民法典は、パンデクテン方式を採用しており、編別上で物権と債権を分けている<sup>4)</sup>。このことから“理論的”に物権編に規定されているものは物権だと考えることができる。この理由は、シンプルかつ明白な事実であることから、非常に強力なものとして存在しているものと思われる。例えば、占有権は物権ではないという説を唱える学者は少なくない<sup>5)</sup>。占有権は物権編に属しているので、そのような説をとる学者が少なくないというのは、編別の呪縛がそれほどないことを示しているようにも思われる。しかし、占有権は物権ではないという考え方を持ちながらも、占有権の記述は、物権法の中で扱っていることが多い<sup>6)</sup>。この最大の理由は、まさに占有権が物権編に属しているからであろう。そもそも、総則、物権法、債権法という区分で教科書が執筆されることが一般的であることを考えれ

3) 賃借権の物権化の議論がなされてきたものの、物権「的」に留まるものであり、物権そのものではない。これに対し、登記された不動産賃借権を物権と認めて良いとの見解もある。山中康雄「物権の本質」愛大 37・38号（1962）25頁。

4) パンデクテン方式と対比されるものとして、インスティオネス式があり、編別は一般的に、人事編、財産編、証拠編となっている。インスティオネス式では、物権と債権の区別は明確にされていないため、何を物権とするかについての議論が発生する。旧民法の起草者であるボアソナードは、この問題を回避するために、条文の中で何を物権とするかを明確にしたとしている（ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第二編物権ノ部』（雄松堂、2000）15頁）。

5) 舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960）277～278頁、広中俊雄『物権法〔第2版増補〕』（青林書院、1987）7～8頁、加賀山茂『民法体系Ⅰ総則・物権』（信山社、1996）199頁、平野裕之『物権法（新・論点講義シリーズ10）』（弘文堂、2012）207頁など。

6) 注5のうち、加賀山のみが総則の中で占有を扱っており、加賀山自身もわが国の概説書としては初めての試みであると述べている（加賀山・前掲注（5）171頁）。なお、平野・前掲注（5）208頁で、教科書の中での占有権の扱いの特殊性を述べているが、これを見ても、いずれも物権の枠は出ていないことがわかる。

ば、編別の呪縛はかなり強い。

しかし、この絶大な影響力をもつ編別と規定の位置は、起草過程を調べてみると、必ずしも明確な理由や理論があって決まっているわけではない。このことを考えれば、規定の位置から無意識的に解釈を進めるべきではなく、体系の理解にあたっては、起草過程を精査すべきである。しかし、個別の規定の内容に関しては起草過程が調査されても、体系的な視点からの一括した起草過程の調査は、ほとんどなされていないのが現状である。

本稿は、権利を客体とする準物権の起草過程を検討することで、民法典の編別体系が、厳密に成り立っているわけではないことを示すものである。起草過程を紐解くと、先取特権を除く準物権は、もともと物権ではないものとして起草されている。したがって、物権編に規定されているからと言って、物権だとは言えないのである。物権編に規定を置いたのは、他のところに置くよりもわかりやすいとの配慮であるに過ぎないことが、起草過程から明らかとなる。また、先取特権についても、準物権を並べて検討することにより、起草者の誤解ともいえるべきものが見えてくる。

起草者の1人である梅謙次郎は、著書『民法要義』の中で、物を客体としないものは物権ではないという見解を示している<sup>7)</sup>。起草過程の検討から明らかとなる内容も同様の趣旨を含む。しかし、本稿は、起草過程を参照することにより、この考え方が個人の見解に留まるものではなく、他の起草者とも同様であることや、起草に携わった法典調査会のメンバーにも共有されていたことを示す。

現行民法の起草過程を明らかにするためには、立法資料を参照する必要がある。立法資料の量は非常に膨大であり、しかもその資料は一元的に提供されていないため、相互の関係が複雑でわかりにくいものとなっている。多くの資料を相互に参照しながら見落としなく研究を進めていくことは、1つの条文を扱うだけでも、非常に手間と時間がかかる。複

---

7) 梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』(有斐閣, 1911) 323頁、331頁、484頁。この点の指摘は、加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリ1229号(2002)66頁、加賀山茂「現代民法担保法」(信山社, 2009)375頁でもなされている。

数の条文の関係を見るということになれば、横断的に検証することが必要となり、その困難さはさらに大きくなる。体系問題を扱うには、まさにこのような複数の条文を見ていく作業が必須となる。本稿は、このような困難を解消するため、資料を一元化し資料間の関係を整理した「法情報基盤」を用いて研究を進めた<sup>8)</sup>。

本稿は、準物権が起草過程ではもともと物権ではないものとして規定されたということを明らかにするに過ぎず、準物権が物権であるかどうかの結論と直ちに結びつけようとするものではない。しかし、物権・債権峻別論や物権の定義に1つの示唆を与えることを意図している<sup>9)</sup>。これを起草過程から見ると、最も重視していたのは、客体が物であることである。このメルクマールを満たさない準物権は、物権そのものではないと説明されている。債権の定義に関しては、債権関係の多様化により、従来の債権の定義は放棄されつつある。物権に関する議論の錯綜状況に鑑みれば、債権と同様に、物権に関しても、物権の再定義を含めた物権法全体の再構成が必要であると考ええる。物権体系における準物権の位置づけに関する考察は、物権法の再構成に関わるものである。

## 第2章 準物権の起草過程

個別の検討に入る前に、検討で重要となる法典調査会の手順を概観しておく<sup>10)</sup>。

法典調査会で議論される議案には、大きく甲号議案と乙号議案がある。甲号議案は、民法典の本文に関する原案である。乙号議案は予決問題に

---

8) 「法情報基盤」は、<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/> から利用できる。詳細については、名法252号に掲載予定である。また、佐野智也「新たな研究基盤としての国立国会図書館デジタル化資料（法典調査会民法議事速記録等）」名法247号（2012）161～170頁も参照されたい。

9) 物権・債権峻別論に関しては、山中・前掲注（3）1頁以下、赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺』（成文堂、1989）、「特集「財産法理論の展開」」ジュリ1229号（2002）65頁以下などを参照。

10) 本稿のタイトルにも使われている「準」という文字は、原典において、「準」と「准」の文字が混在して登場する。白川静『字通』（平凡社、1996）によれば「准は準の俗字であるが、官庁用語として慣用され、規定に準拠して処置することを准という。」とされている。本稿でも両者は同一ものとして扱い、「準」の文字に統一している。

ついでに議案である。民法典の起草にあたって、いくつかの重要な問題については、最初に方針を決めることが必要であった。そこで、予め委員会の承認を得るために作られたのが、乙号議案である<sup>11)</sup>。体系問題との関係から言えば、まず乙号議案が問題となる。例えば、物を有体物に限るとする85条の方針と、その規定を総則に設けることは、乙第4号によるものである<sup>12)</sup>。他にも物権との関係で言えば、物権法定主義の採用(乙第7号)や賃借権を債権とすること(乙第6号)なども、乙号議案によるものである。乙号議案は、その性質上当然のことながら、法典調査会において最初に検討されている。具体的には、法典調査会主査会第1回から第5回がこれに該当する。もっとも、今回検討する準物権に関しては、乙号議案に関係するものがないので、本稿では扱わない。

次に、甲号議案でも、甲第1号議案は、目次に関する議決であり、体系との関係で重要である。甲第1号議案は、法典調査会主査会第5回から第8回と法典調査会総会の第3回において検討されている。

甲第1号議案で議決は経るものの、各条文の内容を検討する段階でも、改めて編や章の見出しについて検討されている。この段階で大きく編別が変更されることはないものの、見出しの文言が変更されるなど、詳細部分の変更は少なくない。特に、節のような、章よりもさらに下位の体系が追加されることは、珍しいことではなかった。立法が進展し具体的な内容の起草が進むに連れて、わかりやすくするためにさらに区分を設けることが行われていたのである。

また、法典調査会整理会においても、体系レベルの変更が行われることがある。整理会の趣旨は、他の法令と表現を調整することである<sup>13)</sup>。整理会の趣旨から考えれば、重要な変更が行われるとは考えにくいだが、その趣旨に反して、重要な変更がしばしばなされている。体系レベルの最も大きな変更は、第一編第四章法律行為に総則が創設されたことである。これ以外にも、個別の規定についてかなり重大な変更がされている

11) 福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書「法典調査会穂積陳重博士関係文書」の解説目録および資料』(民法成立過程研究会, 1956) 20頁。

12) 乙第4号「一 物トハ有体物ノミヲ指シ無体物ニモ物ニ関スル規定ヲ適用スヘキ場合ハ特ニ之ヲ定ムルコト 二 物ニ関スル一般ノ規程ハ総則中ニ掲クルコト」。

13) 法典調査規程(明治26年内閣送第3号)第4条「整理委員ハ特ニ法典修正案各部ノ関係及法典修正案ト他ノ法律命令トノ関係ヲ審査ス」。

場合があり、整理会に関しても、十分な注意をしておく必要がある。

その後、法典調査会で作成された草案は、「民法中修正案」として、第九回帝国議会で提出され審議される。第九回帝国議会の審議において重要なのは、衆議院において組織された民法中修正案委員会での審議である。委員会は全 12 回開催され、いくつかの修正を加えている。修正の量は決して多くはないが、重要な検討もなされている。もっとも、第九回帝国議会の審議においては、本稿の主張と関連する発言がないため、本稿では扱わない。

## 第 1 節 準占有

準占有は、民法第二編第二章第四節の見出しになっている。しかし、甲第 1 号議案の段階では、第二章占有権の下に節は設けられていなかった。すでに述べた通り、下位の体系が後から作られることは珍しいことではなく、現に準占有の規定である第四節だけではなく、第一節から第三節も作られていなかった。よって、このことは本稿の主張と結びつくものではない。さしあたって、全体構成の段階では、準占有への言及はなかったということだけを述べておく。

甲第 1 号議案に記載がなかったため、準占有は、甲 11 号議案において初めて登場する。第四節および準占有（民法 205 条）の原案である甲 11 号議案 208 条に対する起草理由の説明とその後のやり取りを見ると、本稿の主張との関係で興味深い発言がある。

まず、何を物権と考えるのかのメルクマールを示す発言として、原案 208 条の起草理由説明の中で穂積陳重は、物の上に行われる権利であるから占有権を物権とした、と述べている<sup>14)</sup>。物権の判断にあたって、客体が物であることを重視していることを示している。

また、準占有を占有権の中に置くことに関して、穂積陳重は、準占有の規定は必要であるがこの規定を設ける場所が他にないのでやむを得ず

---

14) 『法典調査会民法議事速記録第七巻』（日本学術振興会）47 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367533/51>)。なお、本注の括弧は、「国立国会図書館デジタル化資料」で公開されている資料の該当ページの URL である。この URL にアクセスすることで、資料をすぐに確認することができる。試みとして、本稿では、この体裁を用いることにする。

ここに設けた、という趣旨の発言をしている<sup>15)</sup>。

さらに、準占有の規定を物権編に置くことに関しても、議論がある。原案 208 条は「本章ノ規定ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ権利ノ行使ヲ為ス場合ニ之ヲ準用ス」となっている。この「権利」という文言の適用範囲について質問がなされたのが、議論の発端である<sup>16)</sup>。その議論をまとめると次のようになる。まず、ここでの「権利」は、財産権を想定しており身分関係などは基本的に想定していないことが、穂積陳重から説明される。しかし、その意味するところが、3人の起草委員で別れている。穂積陳重・梅謙次郎は、財産権以外は想定していないものの文言は広くしておいて解釈の余地を残しておくのが良いとの趣旨であった。これに対し、富井政章は、物権編の中に規定があることから、「権利」という文言を使っている、自動的に財産権を指しているものとの理解であった。以上のやり取りの後、箕作麟祥から、前者の趣旨であれば、総則に入れなければならないのではないかという発言がなされた。これに対して、梅謙次郎は、「権利」が財産権に限られたとしても、この規定の性質から言えば総則でなければならない、総則に入れるべきはずであった、と述べている。梅謙次郎はさらに続けて、ここにある方が便利であるという考えであって、理屈とはちっとも合っていない、外国には総則に入れてある例もあって、理屈から言えばこの方が正しいように思う、と述べている<sup>17)</sup>。

以上のことから、起草者は、準占有を物権編に置くべきではないもの、すなわち、物権ではないものと考えていたことがわかる。それにもかかわらずここに規定したのは、民法全体を見渡した時に、他に適当な置く場所が見当たらなかったことと、占有に関するものとして一箇所にまとめるのが便利であると考えたためである。

15) 『法典調査会民法議事速記録第七巻』（日本学術振興会）44 丁裏（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367533/49>）。

16) 『法典調査会民法議事速記録第七巻』（日本学術振興会）50 丁裏（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367533/55>）以下。

17) なお、多数決の結果、文言は「権利」のまま残されるが、2 回目の整理会の際、「権利」が「財産権」に改められる。起草委員は意見を一転させ、広く認めているように解されるのは問題であるとして、多数決の結果に言及することもなく、あっさりと変更している（『法典調査会民法整理会議事速記録第三巻』（日本学術振興会）46 丁裏）（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367601/49>）。

## 第2節 先取特権

先取特権は、他の3つとは事情が異なる。本稿第1章で述べた通り、先取特権の客体について、起草者には誤解があった。先取特権には、一般先取特権、動産先取特権、不動産先取特権の三種類がある。このうち、一般先取特権は、債務者の総財産が客体となる。財産は、動産と不動産に限られず、債権などの権利も含まれる。したがって、財産は有体物ではなく、一般先取特権は、有体物を客体としていないことになる。起草過程を見ると、起草者が、財産概念・物の概念を正確に把握していなかったことが窺える。

まず、先取特権は章見出しであり、甲第1号議案の段階にも登場する。しかし、ここでの議論は、先取特権という言葉を変えたほうが良いのではないかという議論が中心であり、客体に関する言及はない<sup>18)</sup>。

次に、甲17号議案が先取特権に関する条文の草案であるが、第一節総則の段階から、客体に関する議論がある。総則は、先取特権すべてに通用する規定であり、一般先取特権にも適用があるため、この段階からすでに条文上に問題が表れていたのである。まず、原案303条は「先取特権者ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ従ヒ其債務者ノ財産ニ付キ他ノ債権者ニ先チテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クル権利ヲ有ス」という規定で、その後公布時まで変更がない。この条文中「財産」の語をめぐってやり取りがある<sup>19)</sup>。起草担当者の穂積陳重は、「財産」と入れたのは、先取特権が物権であることを明確にするためである、と説明した。これに対して、土方寧は、物権の目的物が何かわからない、目的物は始終変更するのか、との質問をしている。その後、奥田義人も、「財産」ということになれば債権も入るようになるがそれで良いか、という質問をしている。これに対して穂積陳重は、債権を含むつもりはなかった、「財産」という言葉が悪ければ直してほしい、と回答している。これに対して、「物」に変える意見は出るものの、同意は得られず、原案のままとなる。

18) 『法典調査会民法主査会議事速記録第二巻』（日本学術振興会）22丁表（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594/25>）以下。

19) 『法典調査会民法議事速記録第十三巻』（日本学術振興会）7丁表（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367540/10>）以下。



これに引き続き、原案 304 条でも客体に対する議論が起きる。原案 304 条は、物上代位の規定である<sup>20)</sup>。この条文に関する磯部四郎とのやり取りを受けて、土方寧は、改めて原案 303 条の「財産」の意味について、説明を聞く限りでは無体物も含むように思われるが、やはり有体物に限るのか、という趣旨の質問を再びする。これに対して穂積陳重は、明快ではないものの、あくまで先取特権の目的物は有体物に限るとの説明を繰り返している<sup>21)</sup>。

さらに、原案 306 条でも、客体に関する議論が繰り返される<sup>22)</sup>。原案 306 条は、「左ニ掲クル原因ヨリ生スル債権ヲ有スル者ハ下ノ規定ニ従ヒ債務者ノ総動産及ヒ総不動産ニ係ル一般ノ先取特権ヲ有ス」となっていた。これに対して、本野一郎は、旧民法ではすべての財産が対象であり債権 (créance) を含んでいたが、「総動産及ヒ総不動産」ということは、債権は入らないのか、という質問をしている。これに対して、穂積陳重は、債権は入らないと回答している。本野一郎と穂積陳重のやり取りはその後も続く。本野一郎は、債権を保存するためにかけた費用に先取特権が及ばないことは不都合ではないか、と主張する。これに対して、穂積陳重は、304 条と同様に明快ではないものの、あくまで有体物が対象であり、債権は含まれず、それで問題は起きない旨を述べている。ここでは、他に発議がなされず、結局原案のまま維持される。

ところが、306 条に関しては、1894 年の整理会において、「総動産及ヒ総不動産」を「総財産」に変更した整理案が提出される。穂積陳重は、その理由について、「総動産及ヒ総不動産」とすると有体物だけで債権が含まれない、これでは本来の一般先取特権と意味が違うので「総財産」に変更する、と説明している<sup>23)</sup>。法典調査会での意見を完全に翻している。そして、整理会では、そのまま何の意見もなく了承されている。

20) 原案 304 条「先取特権ハ其目的物ノ売却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金額其他ノ有価物ニ対シテモ之ヲ行フコトヲ得但先取特権者ハ其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス 債務者カ先取特権ノ目的物ノ上ニ設定シタル物権ノ対価ニ付キ亦同シ」。

21) 『法典調査会民法議事速記録第十三巻』(日本学術振興会) 18 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367540/21>) 以下。

22) 『法典調査会民法議事速記録第十三巻』(日本学術振興会) 29 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367540/32>) 以下。

23) 『法典調査会民法整理会議事速記録第一巻』(日本学術振興会) 148 丁裏 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367599/154>)。

以上の経緯から明らかになるのは、まず、起草者である穂積陳重が、物権の目的物をどこまでも有体物だと考えていたことである。そのため、穂積陳重は、物権である先取特権の目的物もまた、有体物に限られると考えていた。しかし、一般先取特権が及ぶのは、債務者の財産であり、特定の有体物と結びつかないし、債権が対象になることもある。物権であることと、物権足り得ないことは、ここで完全に衝突する。起草者の初期の意図はともかく、先取特権の本来の姿を的確に理解した形が原案303条の「財産」という文言であり、先取特権が物権であることを貫徹した形が原案306条の「総動産及ヒ総不動産」という文言であったといえる。すでに述べた通り、原案306条は「総財産」という文言に変わり、一般先取特権は、物権ではない本来の姿として規定されたわけである。

先取特権に関して、物権であることと物権足り得ないことの衝突を理解する鍵は、旧民法にある。先取特権は、旧民法においても物権とされていた。旧民法における「物」は、「物ニ有体ナル有り無体ナル有り」（財産編6条1項）として、債権も含んでいた。これに対して、現行民法は、「物」を有体物に限った。この「物」概念の変更により、少なくとも一般先取特権が物権ではないものになるはずであった。しかし、原案作成時点では、穂積陳重はそのことに気づいていなかったものと筆者は考える。原案作成時点での誤解は、整理会で「総財産」という文言に変わるなどの修正がなされたものの、規定の位置などの体系が整序されるまでには至らなかった。

総則および一般先取特権のみならず、動産先取特権にも権利を客体とする規定がある。314条と旧320条である<sup>24)</sup>。両者は、法典調査会議事速記録を見ても、客体に関する言及がない。そのため、この2つの条文がここに位置している意味は推測するしかないが、筆者は、旧民法の影響が大きいものとする。旧民法では、無体物も物に含んでおり、債権は動産に含まれている。例えば、権利質は、旧民法では、動産質に属し

24) 314条「賃借権ノ讓渡又ハ転貸ノ場合ニ於テハ賃貸人ノ先取特権ハ譲受人又ハ転借人ノ動産ニ及フ讓渡人又ハ転貸人カ受クヘキ金額ニ付キ亦同シ」。旧320条「公吏保証金ノ先取特権ハ保証金ヲ供シタル公吏ノ職務上ノ過失ニ因リテ生シタル債権ニ付キ其保証金ノ上ニ存在ス」。

ている<sup>25)</sup>。314条と旧320条も、旧民法では動産先取特権として規定されていた<sup>26)</sup>。先取特権の規定に関して、起草担当者である穂積陳重は、旧民法の中で最もよくできている規定である、との評価をしている<sup>27)</sup>。旧民法の先取特権を評価していた穂積陳重は、これをそのまま採用したものと考えられる。しかし、すでに述べたように、物の概念が旧民法とは異なるため、本来であれば、客体について意識すべきであった。これまで述べてきた通り、先取特権の客体に関しては錯綜もあったため、法典調査会では、客体に関する言及がなかったのではないかと、筆者は考える。

先取特権が、他の準物権のように物権でないものとして規定されたのかについては、起草過程からは結局のところ明らかではない。この点については、梅謙次郎『民法要義』の、本来は物権ではなかった、との記述から判断するより他にない<sup>28)</sup>。しかし、起草過程を検討したことで、梅謙次郎の記述が単なる個人的な見解に留まるものではないことが示されたものと筆者は考える。

### 第3節 権利質

権利質は、節の見出しにもなっている。しかし、甲第1号議案の段階では、この節は設けられていなかった。権利質の項目がなかったのに対して、動産質・不動産質については、項目が存在していた。下位の体系が後から作られることは珍しくないと述べたが、権利質だけが後から追加された点は、やや特徴的である。この点を読み解くには、旧民法を参照するのがよい。旧民法は、「従タル物権ハ之ヲ左ニ掲ク」(財産編2条3項)として、動産質と不動産質を挙げているが、ここに権利質は登場しない。甲第1号議案の段階では、全体の方針を決める意味合いが強く、細かな点について詳細な検討をしていたわけではなかった。そのため、旧民法の物権項目をそのまま用いていたものと思われる。すなわち、権

25) 例えば、旧民法債権担保編103条を挙げることができる。

26) それぞれ、旧民法債権担保編150条、161条が該当する。

27) 『法典調査会民法議事速記録第十三巻』(日本学術振興会)3丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367540/6>)。

28) 梅・前掲注(7)323頁。

利質という項目が甲第1号議案の段階では存在していなかったのは、旧民法に名称として存在していなかったことが大きいと考えられる。

甲第1号議案に登場しなかった権利質は、甲第18号議案で登場する。ここでのやり取りは、すでに検討した準占有とほとんどパラレルで捉えることができる。

まず、何を物権と考えるのかのメルクマールを示す発言として、梅謙次郎は、権利質は本当の質ではない、本当の質は有体物に対する権利であり、それが物権である、という趣旨の発言をしている<sup>29)</sup>。ここでもやはり、物権の判断にあたって、客体が有体物であることを重視していることを示している。

また、権利質が本当の質権ではないにもかかわらず、権利質を質権の中に置くことに関しても、準占有と同様だと考えを説明している。このことは、梅謙次郎の発言の中で明確になされており、占有はあくまでも有体物を客体として徹頭徹尾案が立ててありながら、占有権の所でも最後に第四節でもって準占有というものを設けた、と述べている<sup>30)</sup>。また、富井政章は、質権の章見出しの理由説明の中で、権利質も動産質と同じく総則の適用を受けるので規定の順序としてこれより他に仕方がない、との発言をしている<sup>31)</sup>。

このように準占有とパラレルに考えることができるため、権利質という名称は、法典調査会において、準質に変更するとの意見が出され、多数決により変更がなされることになる。しかし、これは、1895年の整理会に出された整理案により、権利質に戻される。このことの説明として、富井政章は、権利質は実際に盛んに行われる立派な質権であり、準質という一等下ったように見ることは面白くない、と述べている。もっとも、この変更でも、物権は有体物の上に行われる権利であり、権利質と言ったところで質権の規定が適用されるわけではなく準用される、と富井政章は述べている<sup>32)</sup>。この整理会では、それ以上の議論はなく、権

29) 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）95丁裏（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/97>）。

30) 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）94丁裏（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/96>）。

31) 『法典調査会民法議事速記録第十四巻』（日本学術振興会）131丁表（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367541/133>）。

32) 『法典調査会民法整理会議事速記録第三巻』（日本学術振興会）71丁表（<http://>

利質への変更が承認される。

以上のことから、起草者は、権利質は本当の質権ではない、すなわち、物権ではないものと考えていたことがわかる。それにもかかわらずここに規定したのは、権利質もまた質権の規定に従うので、便宜上ここに置くのがよいと考えていたことがわかる。これらの理屈は、準占有と同じである。

#### 第4節 権利に対する抵当権

権利に対する抵当権（民法369条2項）は、すでに検討してきた準物権とは異なり、独立の区分とはなっていない。そのため、甲第1号議案の段階での言及はなく、甲第19号議案原案364条2項<sup>33)</sup>で登場する。梅謙次郎は、起草理由の説明の中で、抵当権は物に対する権利である、地上権永小作権というものは物ではないのでいわば準抵当である、と述べている<sup>34)</sup>。

ここでもやはり、物権は物を客体とする権利だと考えていることがわかる。また、これまでの経緯を考えれば、「準」という言葉は、物権ではないものに与えられてきた名称であった。ここで梅謙次郎が使った準抵当という名称も例外ではないだろう。すなわち、権利に対する抵当権も、準占有などと同じく、物権の例外ではなく、物権ではないものとして規定されたのである。

権利を客体とする抵当権として転抵当(376条1項)を含む見解もある。確かに、抵当権と被担保債権を共同して質入れするものとする債権・抵当権共同質入説<sup>35)</sup>、抵当権に対する質権の設定だと考える抵当権質入説<sup>36)</sup>といった立場からは、権利を客体とする物権ということになる。また、転抵当を抵当権の交換価値に対する抵当権の設定だと考える抵当権

dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367601/73)。

33) 原案364条2項「地上権及ヒ永小作権モ亦之ヲ抵当権ノ目的ト為スコトヲ得此場合ニ於テハ本章ノ規定ヲ準用ス」。

34) 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）268丁裏（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/267>）。

35) 柚木馨・高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、新版、1973）304頁。

36) 鈴木祿弥『物権法講義』（創文社、5訂版、2007）271頁。

再度設定説<sup>37)</sup>からも、交換価値という無体物に対する抵当権の設定となるから、客体論の例外となる<sup>38)</sup>。しかし、起草過程からすると、本条は、抵当権や無体物に対して抵当権や質権を設定したものではなく、抵当権に担保権を設定したものと筆者は考えている。したがって、376条1項は権利を客体とする抵当権ではないので、本稿の検討の対象から外すことにした。本稿の主題ではないため、転抵当に関する詳細な検討は今後に譲ることにするが、筆者の考えの根拠を簡単に示しておく。まず、起草過程を見ると本条は、抵当権の単独処分を認めた規定であることがわかる。井上正一の質問に答えて、梅謙次郎は、はじめに担保をしていた債権を離れて他の債権の担保にする、ということを確認に述べている<sup>39)</sup>。したがって、債権・抵当権共同質入説の考え方は妥当ではない。また、担保権の設定だと考える根拠は、抵当権に担保権を設定したものと考える抵当権担保設定説<sup>40)</sup>の主要な根拠と同じく、376条1項の文言が、原案370条から一貫して「抵当権ヲ以テ他ノ債権ノ担保ト為シ」として、担保という言葉を使っていることである<sup>41)</sup>。さらに言えば、民法理由書や梅謙次郎『民法要義』を見ても「他の債権の担保」という表現になっている<sup>42)</sup>。特に『民法要義』では、担保の文字が強調されている。

37) 我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』（岩波書店、1968）390頁。

38) 我妻・前掲注（37）には、「目的物を再度抵当に入れること」と記載されており、抵当目的物に対して抵当権を設定する見解にも思われる。このようにとらえた場合、客体は抵当目的物である不動産であるから、客体論の例外とはならない。しかし、内田が指摘しているように、抵当権が把握している交換価値に抵当権を設定する見解だと考えられる（内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（東京大学出版会、3版、2005）452頁）。このようにとらえた場合、客体は交換価値という無体物になり、客体論の例外となる。

39) 『法典調査会民法議事速記録第十六巻』（日本学術振興会）88丁裏（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367543/90>）。

40) 内田・前掲注（38）453頁。

41) 原案370条1項「抵当権者ハ其抵当権ヲ以テ他ノ債権ノ担保ト為シ又同一ノ債務者ニ対スル他ノ債権者ノ利益ノ為メ其抵当権ヲ放棄シ又ハ其順位ノミヲ譲渡シ若クハ放棄スルコトヲ得」。旧375条1項「抵当権者ハ其抵当権ヲ以テ他ノ債権ノ担保ト為シ又同一ノ債務者ニ対スル他ノ債権者ノ利益ノ為メ其抵当権若クハ其順位ヲ譲渡シ又ハ之ヲ抛棄スルコトヲ得」。公布された条文は、①抵当権に対する担保権の設定、②抵当権の譲渡、③抵当権の放棄、④抵当権の順位の譲渡、⑤抵当権の順位の放棄、の5つを含んでいる。これに対して原案は、②抵当権の譲渡が含まれていないように、文言上は見える。このことについて、梅謙次郎は、①抵当権に対する担保権の設定の中に、②抵当権の譲渡の意味を含意していると説明している（『法典調査会民法議事速記録第十六巻』（日本学術振興会）94丁表（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367543/95>））。

42) 梅・前掲注（7）524頁、広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有

これらのことから、筆者は、担保権の設定として起草されたと考えている。しかし一方で、梅謙次郎は、抵当の抵当というべきもの、という表現をしばしば法典調査会で用いているので<sup>43)</sup>、転抵当については今後の検討を要する。

### 第3章 おわりに

物権のうち、権利を客体とすることから客体論の例外として説明されてきた4つの準物権について起草過程を検討した。4つに共通して見られたことは、起草者は、物権の客体は有体物だと考えていたことである。

そして、準物権のうち、準占有・権利質・権利に対する抵当権については、準質・準抵当など、いずれも名称が「準」という概念と結びつきうるものであった。ここでの「準」という言葉は、準用の意味であり、法律上、本来のものの例外という位置づけではなく、別のものに与えられる名称である。「準」という言葉の持つ意味を考えても、元となる物権とは異なるもの、すなわち物権ではないものとして起草されていることがわかる。

物権ではないにもかかわらず、それぞれ今の位置に規定が置かれたのは、他に置くべき適当な場所がなかったということと、同種のものを近くに規定したほうが便利であるということによる。パンデクテン方式が、数学のように美しい論理体系を目指していたとされるが、現実にはそうはならなかったことを示している。

これに対して、先取特権に関しては、事情が異なっている。特に、一般先取特権の客体は、債務者の総財産であり、そこには権利も含まれる。しかし、起草者たちは、一般先取特権を物権だと信じ、物権であるからには、その客体は物であり、物は有体物であると考えた。その帰結が、原案の「総動産及ヒ総不動産」という表現で表されている。「総動産及ヒ総不動産」と総財産に乖離があることは、法典調査会での議論の中でも示されている。起草者たちはこれに気づき、整理会において、現在の

---

斐閣, 1987) 366 頁。

43) 『法典調査会民法議事速記録第十六巻』(日本学術振興会) 86 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367543/87>) など。

「総財産」に改めている。この変更については、整理会であったこともあって、詳細な議論がなされておらず、体系的にどう位置づけていたのか起草過程からは不明である。ただ、物権の客体は有体物であるとの考えが強く働いていたことを考えれば、梅謙次郎『民法要義』の記述にあるとおり、本来は物権ではなかった。しかし、法典編纂がかなり進んでしまっていたこともあって、これを体系から修正することはできなかったのであろう。

起草過程を検討したことから、パンデクテン方式による編別が厳密に成り立っているわけではないことも示されたと思う。もっとも、編別が理論的に厳密でないことは、けして批判されるべきことではないと筆者は考える。筆者の考えによれば、体系とは、わかりやすく情報を提供するための手段である。この考え方に基づけば、準物権を本来の物権と隣接して規定することは、わかりやすさという点で意味のあることであった。理論は、わかりやすく情報を示す過程で副次的に伴うことが多いが、すべて理論の体系であるかのように編別を扱うのは不適当である。

日本の民法の解釈論は、物権と債権を区別した体系を持っている。現在では、厳密な物権・債権の峻別論というものは放棄されているものの、考え方の基礎としては、両者を区別することの意味が残されている。本稿は、錯綜する物権法理論を再構成するための1つの要素を提供したに過ぎない。今後も物権体系の起草過程を明らかにしていくとともに、現在の物権体系への示唆を提供していきたい。