

抵当権の物権性について

——フランスにおける学説を中心として——

太 矢 一 彦

一 はじめに

本稿を草したのは、前稿と同じく抵当権の本質として通常説かかるところに對する素朴な疑念について、私なりに考えてみようと思つたからに他ならない。

物権とは「一定の物を直接に支配して利益を受ける排他的な権利である」といわれる⁽¹⁾。わが民法上抵当権はいうまでもなく物権に属する。では抵当権の客体とされるのは「物」に限られるのであろうか。富井によれば、物権は有体物の上のみ成立し、権利抵当の如きは、物権に非ずして物権に関する規定の準用を受ける一種の財産権とする。抵当権は不動産を客体とするが、地上権、永小作権あるいは抵当権そのものの上にも成立することがみとめられており、したがって富井によれば物担保と権利担保とを分かち、前者は物権、後者は準物権とされるのである⁽²⁾。

しかし、中島玉吉はこれを批判し、物権の客体は有体物に限られることなく、有体物又は財産権となすを正しいとする⁽³⁾。このように権利の上に「純物権」⁽⁴⁾が成立するとすれば、債権との差は奈辺に求められるのであろうか。中島によれば、それは直接に他人の行為の介入を要せずして客体上に力を及ぼし得るところにある。抵当権者は、債務者の行為を要せずして抵当物を競売し、直接に其売得金の全部又は一部を取得することができ、これ即ち、抵当物に対する直接の干渉なりというのである。また、抵当権の実行のためにする競売は権利者がある機関を通して物を支配するものにして直接支配とみるに害なし⁽⁵⁾、とも説く。このようになってくると、抵当権の客体に対する直接支配性も換価権⁽⁶⁾を通してなされているに過ぎないということになるのではなからうか。あるいは近時我妻博士によって有力に説かれていた、抵当権の本質は価値権であるとする説も⁽⁷⁾、債権との区別を十分に説明しうるものではないといえよう。旧民法から現行民法に移行するに際して、パンデクテン体系に依拠し、物権と債権とを峻別し、抵当権は物権と位置付けられたけれども、私の不明の故か抵当権の物権性に関しては、これまでの説明ではいまひとつ明確なイメージを持ちえなかった。本稿ではフランスの抵当権に関する本質論についての議論を通して、この点を明らかにしてみたいと考える。それは、わが国よりもその本質論についての議論が古くから激しく論じられており、またその経緯は、わが国の抵当権の立法化に際し、ボアソナードをはじめ明治民法の起稿者、解釈者達にも影響を与えたと見られるからであり、これによって再度抵当権の本質についての、新しい視点が得られるかもしれないと思料したからである。

なおフランスの抵当権の性質論を紹介するに当たって、お断りしておかなければならないことがある。それは、フランス法では、抵当権の性質を論じるにあたって、二つの観点をもって、その説明がなされているようである。その第一のものは、抵当権の物権的性質そのものを論じ、抵当権がどのような性質を持った物権であるかを検討す

るもので、第二のものは、抵当権が不動産権か動産権かということを考察するものである。つまり、フランスでは、抵当権が目的とする権利が動産か不動産かで、抵当権設定に同意するために要求される能力、また抵当権を放棄するための能力が異なるとされていることから、このような分類がなされるようにみられる。したがって、フランスにおける抵当権の性質について、より詳細な分析を試みようとするれば、これら双方の議論について検討しなければならぬ。しかし、フランスの多くの学説が認めているように、これらの概念は分離して考察することが可能であり、また、わが国においては不動産権、動産権という概念が存在しないことからしても、本稿の目的をより具体的に検討していくために、第二の観点である不動産権、動産権の議論は触れることなく、ここでは、抵当権の物権的性質についてのみを検討の対象とする。

二 フランスにおける抵当権の物権的性質について

フランスにおける抵当権の物権的性質についての議論は、大きく三つの見解に分類することができる。以下、(一) 抵当権をもって *jus ad rem*⁽⁹⁾ と考える見解、(二) 抵当権を所有権の支分権と考える見解、(三) 抵当権を所有権の支分権とは考えない見解とに分けて紹介を試みたい。

(一) 抵当権をもって *jus ad rem* であると考ええる見解

この見解を主張する Marcade によれば、抵当権は、不動産についての *jus in re* ではなく、したがって所有権

の支分権ではないとし、**抵当権**は *jus ad rem* の性質を持つ権利であるとする⁽¹⁰⁾。そして、**抵当権**が、その目的不動産について *jus in re* を有するとする見解は、本来慎重に区別しなければならぬ *jus in re* (*droit s'exercant dans une chose*) と *jus in rem* (*droit se poursuivant contre une chose*) の、二つの表現を混乱したものであると批判する。すなわち、**権利の客体を物と考える場合**、つまり、その物について (*sur*) **権利が行使される**、あるいは**行使されなければならない場合**には、その**権利はある時には IN RE**であり、またある時には **AD REM**となる。それに対して、**権利の客体を負担を負った人** (*le sujet passif*) と考える場合、つまり、**異議申立て** (*contestation*) を追求するのが、あるいは**訴権の対象とするのが**、**人に対して** (*contre*) である場合には、その**権利は**、ある時には **IN REM**であり、ある時には **IN PERSON**となる⁽¹¹⁾。

ところで一般には、*jus in re* は常に *jus in rem* であって、決して *jus in personam* ではないとわれ、**反対に単なる *jus ad rem* は、通常 *in personam* であり、*in rem* ではないとされる**。しかし、それは場合によっては異なるのであり、まさに**抵当権の場合がそうである**。つまり一般には、*jus in re* から生じるのは、*action in rem* であり、**抵当権は *action in rem* を生じることから *jus in re* であると解されるのであるが**、それは妥当ではない。**抵当権は、*jus ad rem* (*droit a l'argent*) とあると同時に、また *jus in rem* (*contre l'immeuble*) なのである**。

そして、このような観点から**抵当権の性質について論証するのであるが**、そのための前提として(一) *jus in re* と *jus ad rem* の区別について(二) *jus in rem* と *jus in personam* との区別について論及する。

(一) *jus in re* と *jus ad rem* の区別について

jus in re は、全ての他の人にたいして同様の効果をもつものとして、物に関して (*sur la chose*) 直接に、また絶

対的なものとして、本来的に (en propre) 行使しうる権利である。また *ius ad rem* は、物に関して間接的にまた相対的に、中間物としてある特定の債権を基礎としてのみ行使しうる権利である。*ius in re* は、その独立した、そして絶対的な性質をもつことから、期待すること (attendre) も受領すること (recevoir) も請求すること (demander) もできないのである。つまり *ius in re* は、その権利の効力 (force) のみをその物体 (objet) に及ぼすことによつて、つまりはその権利そのものの効力によつて (*per se ipsum*) 実現されるものである。反対に、*ius ad rem* は、請求する権能、そして自分に引き渡させる、自分にある行為をさせる、あるいは何らかの物を自分のために入手させる権能なのであり、そのことより *ius ad rem* は、あることを自分に対して強制させる特定債務 (obligation particuliere) との相関語なのである。⁽²³⁾

そして、両者の差異に関して *Marcade* は以下のような具体例を挙げて説明する。例えば、私が馬の所有権や羊の群れの利益権、ある家の使用权、そしてある人の庭の通行権などを有しているとすれば、馬や羊の群れや家あるいは庭にたいする私の権利は私固有のものとして、直接に私自身が行使し得るものであり、そこに媒介物は存在しない。つまり、その権利はそれに伴う他の全ての関係とは独立して、絶対的に私に属しているのである。私は自己の権利の目的物について直接の関係にあるのであり、その物についてのみ関係を有するのであり、この場合、私は *ius in re* を有していることになる。反対に、もしその馬が私がある人から借りたものであったならば、また私に羊の群れを賃貸した人があったならば、あるいは、もし私がある人に対して二〇〇〇〇フランの債権を有しているのならば、私の馬についての、また羊の群れについての、あるいは金銭の総額にたいする権利は、相対的にしか存在せず、また間接的にしか行使し得えないものであり、それはそのある人の介入 (intervention) によつてのみ、行使しうるにすぎない。つまり、私の権利と目的物との関係は、ある人と私の間接的な関係から生じるものにすぎない

のであり、その場合、私は *jus ad rem* のみを有していることとなる⁽¹³⁾と。

(II) *jus in rem* と *jus in personam* の区別について

in rem は任意の人にたいして、どのような権利をも用いることなく、物に対して (*contre une chose*) 行使する権利または訴権 (*action*) であり、また *in personam* は、権利者が、自己に対して義務を負うべき人にたいして主張するものである。しかし、*action in rem* においても、それが差し向けられるのは人であり、*action in personam* におけるのと同様に、われわれがそれを強く命じたり (*sonner*)、あるいは、それを割当てたり (*assigner*) するのは人に対してなのである。つまり、我々は、物 (*chose*) にたいして訴訟を起こしたり、異議を申立てることはできないのである⁽¹⁴⁾。

ところで、一般的な規定においては *jus ad rem* は *action in personam* をもたらすとされており、したがって、自己の権利とそれが目的としている物との間にある媒介物は、通常は人である。しかし、(それは抵当権において生じるのが、まさにそれなのであるが) もし、その権利の目的物を手に入れさせるべき媒介物が、人とは別の物 (*une seconde chose*) であるとすれば、我々は *in rem (alien)* の訴権を生じさせる *jus ad rem* を有することになるのである⁽¹⁵⁾。

そして、以上のような前提をもって、Marcade は抵当権の性質を次のように考察する。抵当権は、ある人が支払うべき金銭にたいして、不動産をその目的とし、またその不動産からその効果を生じさせる権利であると構成すること、その正確な概念を得ることができる。つまり、抵当債権者は自己にたいして義務を負った人と抵当権が設定された不動産とを、いわば連帯債務者のような形で有することになるのである。つまり、不動産は、それ自体が (*per se ipsum*) 債権の債務者となり、債権者はその不動産に対して、その債権者がとりうる何らかの手段によっ

て、その不動産にたいして自己の弁済を追求する権利を有するのである。つまり、抵当権は金銭の支払いの要求を不動産に対して追求していく権利なのであり、その不動産 (ad dandum) について強制することで行使されるものである。そしてそのことから抵当権は、単なる ad rem の権利なのである。つまり、これこれの人に対して金銭を要求する代わりに、特別な物に対して要求するのである。その特定の不動産を、債務者とは別のもう一人の人物 (une second persone) ¹⁶、つまり、主たる債務者とは別の債務者 (un second debiteur) の役割を持つものと考えるのである。

ところで、不動産に対して訴権を与えられている抵当権は、そのことより物権 (droit réel) である。それは、人⁽¹⁶⁾にたいして (in personam) 向かっていくのではなく、物に対して (in rem) 追求されるものだからである。しかし、抵当権が jus in rem であるということから、それが jus in re にならなければならないということではなく、jus in re は物にたいして追求するだけでなく、また、その物について行使され、その物に存在するものでなくてはならない。つまり、その物自体が、その権利の目的を構成していなければならないのである。したがって、所有権、用益権、通行権、眺望権などについて行使されるのは、in re なのであり、反対に、ある不動産について設定された抵当権は、その不動産について行使されるものでも、存在し続けるものでもなく、その不動産自体は抵当権の直接の目的ではないのである。抵当権は、その不動産 (それは、その権利にとっては、媒介物にすぎない) によって、ある一定の金銭を得るためのものにすぎないのである。したがって、大部分の学者に反して、抵当権は jus in re ではなく、単なる jus ad rem である⁽¹⁷⁾と考えるのである。

(二) 抵当権は所有権の支分権 (démembrement) であることを肯定する学説

抵当権は、所有権の支分権を構成するものと考える学説の中でも、その支分権が何を意味するかについて、論者によって見解が異なっている場合がある。そこで本稿では、各論者の見解ごとに紹介してみた。

(1) P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 10, 1856.

抵当権が所有権の支分権であるか否かの問題は、抵当権が所有権を把握するのか、そしてそれを何等かの形式で制限するのかという⁽¹⁸⁾ことを知ることにある。

実際所有権とは何なのであろうか。ナポレオン法典五四四条によると所有権とは他人を排斥して絶対的な態様で物を *jouir* (用益) し、また *disposer* (処分) する権能である。したがって、所有権は *jouir*, *disposer* および *aliéner* (譲渡) の三つの権能によって成立するものである。そしてそのことより、所有権者は、それらの権能の一つ、あるいはそれ以外の権能の行使を妨げるような全ての行為、あるいは全ての企てを排除するための権利を伴うのである。しかし、抵当権の負担のついた不動産の所有者は、これらの権利の全てを保有しえなくなることは明らかである。例えば、抵当権が設定された不動産を金員に代える権利は、もはや所有者になく債権者に属しており、抵当権設定者はただその債権額に充当した後の剰余を受取ることができるだけである。また所有者がその債権者の承諾を得ないで、その不動産を売却したならば、債権者にはその契約に関わらず、さらに公売に付すことを請求する権限が与えられる(ナポレオン法典二一八五条、筆者注—公の競売の条件⁽¹⁹⁾)。したがって、所有者が抵当権が

設定された場合にも、なお完全な所有権を持っており、その所有権を自由に行使し得るとすることは不可能である。所有者がその所有権の行使において被る制限は、それらは抵当権の効果なのである。したがって、抵当権も収益権、使用権、住居権、地役権と同様に所有権の原素から何らかのものを分裂させるものであり、そのようなことからすれば、収益権、使用権、住居権、地役権と同様に抵当権も、所有権の支分権と構成される⁽²⁰⁾。

(20) F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 3, 1878.

抵当権は所有権を支分するものである。不動産に抵当権を設定する債務者は、所有権を特徴づけている絶対的権限をその物についてもはや有していない。つまり抵当権設定者は、抵当権が設定された不動産を破壊 (*détruire*) するような処分 (*disposer*) はできないのである。また、それを自分が欲するように利用することも管理することもできず、またその利用、管理のときには、善管注意義務が要求されるのである。このように抵当権設定者の権利はもはや完全なものではなく、したがってその権利は支分されたものとなるのである⁽²¹⁾。

(21) L. Guillaud, *Traité des privilèges & hypothèque*, t. 1, 1897.

われわれの見解では、抵当権は所有権の支分権である。というのは抵当権はその本質的な権能である処分権 (*abusus*) を損なうからである。抵当権は、代価 (*prix*) を我が物とするために、抵当不動産を自由に処分し得る権利である。所有権者は抵当権者の有する不動産を放棄し得るが、その代価を受取ることはできない。そしてさらに特定の取得者のためになされた譲渡は、抵当債権者によってその競売権が行使されないという条件付きのものでしかない。これらのことからすれば、⁽²²⁾ 所有権は、もはや弱められたまたは損なわれたものでしかなく、それゆえ支分されたものとなるのである。

(4) G. Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, 1906.

抵当権は不動産についての物権である。そして、その抵当権が物権であるとの原則より、一般には抵当権は所有権の支分権であるとの結論が導かれることになる。所有権は一般によく知られているように全ての物権の束である。したがって、第三者の利益のために、ある物権の上に別の物権が存在すれば、その束は分散し、所有権は支分され、全ての物権は所有者のもとにもはや集束しなくなる。その結果、所有権の権限に深い侵害が及ぼされ、もはや重要な制限を伴うことになり、また処分権 (*abusus*) を行使しえなくなるのである。したがって、抵当権の設定された不動産を毀損することはできず、また抵当債権者を害することにおいて、未だ成長せざる樹林を切断するような濫用的な収益を為す行為をなし得なくなる。また抵当権者は、全ての法律上の手段をもって、之に対抗し、もしその行為が効力を生ぜしめない時には、直ちに弁済を要求することができるのである。また所有権の譲渡しうる権能は、抵当債権者に属している競売の権能のために妨げられる。より詳しく言えば、抵当権付き不動産の売却は、契約によって与えられた担保の減少を構成するのであり、期限の利益の剝奪 (一一八八条、筆者注—期限の利益の喪失についての規定) を債務者にたいして生じさせるのである。債務者がこのような束縛を負うことからすれば、所有権はもはや支分されたものと考えられるのである。⁽²³⁾

(5) P. Voirin, *Cours de droit civil français*, t. 13, 1948.

抵当権は物権である。フランス民法二一四条(筆者注—抵当権の定義)は、そのことを明示しており、その明確な条文を前にして、学説は、その点についてほとんど全員一致の方向に傾いている。⁽²⁴⁾ 先取特権および抵当権が、用益権や使用権・居住権・地役権と同様に所有権の支分権という名称としての作用を及ぼすものなのかについて、ここではとくに不動産先取特権および不動産抵当権を問題としながら考察する。その問題は単に学説上興味のあるだけのものではなく、いくつかの場合には大きな実際上の興味を提示するものである。⁽²⁵⁾

ところで確かに、先取特権と同様抵当権は、*jura in re aliena* である。そして、所有権は、ある物体の上に存するもつとも完全な物権であり、その同一の物体の上に設定される全ての所有権以外の物権は所有権の支分権として成立するにすぎない。先取特権あるいは抵当権が債権者にもたらす利点は、他の所有権の支分権のように、不動産の全体について、あるいはその一部についての用益ではなく、引き当てによる単なる保証なのである (*une simple garantie par affectation*)。それでもなお、先取特権あるいは抵当権が、ある財物とくに不動産について設定された場合には、その所有権の属性は、もとのままの状態でもはや所有権者の手元には存在しなくなるということは事実である。もし所有者が、所有権の本来の属性を維持し続けるとしても、その物について固有で独立した存在を有する権利の留保が付いたものとしてしか物を処分する (*disposer*) ことができない。また所有権者は、抵当債権者の権利を犠牲にして、その担保物全体を、あるいは、その一部でも担保の役割を損なうものとし、その不動産の価値を減じることができない。そして、それらのことからすれば、所有権者の利用権は制限を受けることになり、抵当権の設定により所有権は支分されたものとなる。⁽²⁶⁾

(三) 支分権構成を否定する学説

(1) G. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t. 1, 1875.

Demolombe はまず次のような問題提起をする。所有権は明白にすべての物権の中で第一番目のものであり、最も完全なものである。そして用益権 (*usufruit*)、使用権 (*usage*)、居住権 (*habitation*)、地役権 (*servitudes*) などのような、所有権が受け入れることのできる様々な支分権は、また必然的に物権となる。しかし、そのことから全

ての物権が、所有権の支分権であるといえるのか。言い換えれば、様々な種類の物権が存在するのか、あるいは反対に、所有権は、全ての別の物権を取り込んだ (renfermer) ものであり、全くのところ所有権以外の物権はすべて、そこからの流出しあるいは支分されるものにすぎないといえるのであろうか。⁽²⁷⁾

そして Demolombe は、支分権構成を肯定する学説の根拠を次のように分析し、それに対して自説を主張する。支分権構成を肯定する学説は、完全に完璧な所有権は、その物の持主に、絶対的で排他的な様式において、その物を対象とする全ての物権を権利者に与えることから、所有権は物の上 (sur une chose) に生じる全ての物権の束と考えられる (五四四条、筆者注―所有権の定義の規定)。したがって所有権者以外の第三者が、同一の物について物権を有する場合、いくつかの点において、またそれは多かれ少なかれ制限された範囲においてであるが、その物と所有権者以外の第三者との間にどのような媒介物もなくして、直接的で固有な (en propre) 権利として、その物を自己の支配下におく権利を有することとなる。その場合、所有権からある屬性 (un attribut) が出ていって、所有権は弱くなったのであり、そこから外へ出ていった、そしてより正確には、その屬性の一部であるところの物権は、所有権の完全な権利から支分されたものであり、抵当権は所有権の支分権となる。⁽²⁸⁾

右の抵当権が所有権の支分権であることを肯定する説に対して、Demolombe は、抵当権が所有権を減じる (à moins) ということが具体的にいかなることを意味するかを検討することにより、抵当権が所有権の支分権とはならないことを主張する。つまり、抵当権が、その所有権者の不動産を変化させること、また森の異常な伐採、あるいは建物の取壊し、あるいは不動産の代価を、その所有者自身が決定するようなやりかたで譲渡したり、その代価を受取ることなどを妨げることができるのは、抵当権が、所有権の細分化した権利を、あるいは分割した権利のようなものを有しているからではない。抵当権は不動産の所有権者の権利を、抵当債権者が分割して有した

ものであるというよりも、むしろ抵当権は、所有権を覆ったり、締め付けたることより、それらの行使を妨げるものであるとされる。⁽²⁸⁾

すなわち、Demolombeによれば、物権には二つの種類があり、その第一のものは主たる物権で、所有権をはじめとし、また所有権の支分権を構成するものとして、一般的には所有権を特徴づけている安定性 (*stabilité*) や不変性 (*immuabilité*) といった、所有権と同様の性質を持つような物権である。これに対して、第二のものは、単なる従属的 (*accessoires*) な物権であり、抵当権、先取特権、質権、不動産質、特別な物権 (*droit réels sui generis*) などがそうである。またそれらは、もっぱらその権利が *garanti* (保証) することを目的とした債権の性質を帯びるものであり、さらにその債権に固有の特別な消滅原因の全てのものに付随するものである。そして、そのように考えることで、五四三条 (筆者注—財産に対する権利) が抵当権を同条に記載していないことも理解しうるとする。⁽²⁹⁾

(29) M. Planior et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 1953.

抵当権は、その権利を尊重すること (*respecter*)、そして、その行使を損なおうとする全ての人に異議を唱えられ *la garantie réelle* (物的保証) が有する全ての利点を、その権利者に与えるものである。抵当権は、その弁済に *affecter* (引き当て) された不動産の代価について、物権の本質的な特質である優先権を与えるものである。そして、さらに追求権によってその優先権が補強されている。その追求権は、結局のところ不動産の所持者に対して行使される根本的な *sanction* (制裁) なのである。厳格に言えば、抵当権は *propriété* (所有権) や *servitude* (地役権) や *usufruit* (使用権) などのような通常の物権においてなされるような、物について (*sur*) の物質的な作用を債権者に認めるものではなく、*garantie* として債権者の訴え (*action*) に委ねられるものであり、また、抵当権が設定されるもの、つまり債権者によって売却されるものは、債務者が物に対して有している権利なのである。そし

て、より明確にいうならば、*garantie*である全ての物権、特に抵当権はいわば第二次的 (*au second degré*)なものとして設けられた物権であり、特に抵当権以外の物権について (*sur*) 成立するものなのである。したがって、抵当権はそれが設定された権利の支分権ではなく、その権利を担保 (*gage*) とする役割を果たすものであり、抵当権の設定される権利が生み出す特性や利点の分割物ではないのである。⁽³¹⁾

(30) A. Piédelièvre, *Droit des biens, les biens, la publicité foncière, les sûretés réelles*, 1977.

抵当権は、一般的には所有権上にあるが、別の物権の上にも成立することからすれば、かなり特有の物権であると考えなければならぬ。我々は、抵当権が、所有権の属性を、必然的に制限することから、所有権の支分権を構成するかということについては否定的に解さなければならない。つまり、抵当権は不動産について直接的な現実的の支配を、その所持者に与えることのない *garantie* (保証) としての物権としてのみみなすことができるのである。⁽³²⁾

(4) H. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 3^e éd. t. 3, 1968.

民法の起草者は、抵当権を物権(二一四条、筆者注—抵当権の定義の規定)として規定したにもかかわらず、幾人かの学者は、抵当権は単に債権の性質をもっているものにすぎず、債権を補強するものであると主張している。もっとも、それらの人達も、その権利が追求権や優先権を生じること認めているのであるが、このように追求権や優先権を含む権利は当然のこととして物権となるのである。そして、その権利の起源からしても、そもそも抵当権は物権と考えられてきた。そのことは、抵当権が長い間同一視されてきた *gage* (質権) からの帰結である。そして、その権利の進歩は、債権に抵当を近づけることにあるのではなく、むしろそれとは逆に、物権の保持者に対して、彼らの特権を守るために完全な技術的手段を与えることであつたのである。つまり、追求権を伴った対物

訴権の禁止である。債権の附従物にすぎないこと、そしてそれを *garantie*（保証）することを目的としていることからして、抵当権は所有権の支分権ではない。それは、不動産質 (*antichrèse*) に反することになるのであるが、抵当権は債権者に本来ならば権利者に残されている使用権も収益権も与えるものでもなく、また抵当権は、その所持さえも抵当権者に与えるものではないのである⁽³³⁾。

(5) P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil les sûretés la publicité foncière*, 1995.

フランス民法二一四条は、「抵当権は不動産についての物権である」と規定するが、このような分類 (*qualification*) は、全く正確ではない。まず、抵当権はその保持者に物の用益権を完全に認める物権ではない。所有権者と異なり、抵当債権者は物について物質的な支配は為し得ないのである。実際抵当権は、「第二次的 (*second degré*) な物権」なのである。それは、そのもっとも多くの場合、物について債務者が有している所有権について成立する権利なのである。また、その権利は価値 (*valeur*) を表すものであり、その価値は、債権者に *garantie*（保証）されるべく *affecter*（割り当て）された価値なのである。したがって、抵当権者の権利は、その価値についてより具体的にはその財物を売却した時に明らかになる抵当権の設定された権利の代価 (*contre-valeur*) について有するものである⁽³⁴⁾。

(9) H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 9, 1943.

これまでフランスの学説を紹介してきたが、以下ではベルギー民法の概説書の論述も参考として掲げてみる。というのは、ベルギー民法は、フランス民法を継受する形で一八五一年二月一六日の法律によって、民法第三編第一八章（二〇九二条から二二〇三条の先取特権及び抵当権に関する規定）が新たに創設された。ベルギー抵当法は、制度上全くフランス民法と同じものではないが、当時のフランスでの議論を参考として、それを取り込んでい

ると思われる箇所が随所に見られるからである。

Pageによれば、**抵当権**を生じさせる**物権**は他の全ての担保のように、*suu. generis* (特殊の、特別な)⁽³⁵⁾ **物権**であり、また担保としての**物権** (*un droit réel de sûreté*) であり、その物というよりも寧ろその**所有権**自体に設定される**物権**であるときされる。そして、**債権者**に**金融**を与えることを認めることのみを目的とし、従って、**抵当権**を生じさせる**物権**は、**収益権**や**長期不動産賃貸借**あるいは**地上権**と類似するような「**所有権の支分権**」ではない。というのも、その**物権**は**債権者**に**物の使用权**を与えるのでも、またその物の**収益権**を与えるのでもなく、その物について設定した担保によって**金融**を与えるためにのみ、本来の**権利**とは別の**権利**を**債権者**に与えるのである。つまり、その**債権**を *garantir* するための、物についての *affectation* (引き当て) なのである。そして、**抵当権**に**優先権** (*droit de préférence*) とが与えられるということは、その意味においてである。**優先権**に関しては、**物権**の本来的な属性の一つではないが、**競合する法律の排除**を認め、またいくつかの場合においては、**担保**を構成するために、ある決められた**財物**に与えられた *affecter* がある場合においてのみ、「**物権** (*real*)」の性質をもつこととなる**単なる優遇の手段** (*un simple tour de faveur*) なのである。**追索権**に関しては、**負債**、また**特定の担保の保証**として**財物**が割当られたばあいにおいて、**債務者**を失うことを防止するために**不可欠な手段**に過ぎないのである。したがって、**抵当権**に与えられる**物権**は、**特別な物権** (*un droit réel spécifique*) であり、**担保**としての**物権** (*un droit réel de sûreté*) であり、**所有権の支分権**ではないのである。古典的な学説は、**抵当権**が**成立**すると、**債務者**はいくつかの**行為**をなすことが**禁止**される結果、**債権者**は、**当然所有権の支分権**である物についての**権利** (*un droit sur la chose*) を有すると主張する。しかし、そのような**失われた特質**が**結果**として、**所有権**の「**支分**」として、**債権者**に**利益権**や**地上権**などのような**権利**を与えることになるのであろうか。**抵当権**においては**否定的**に考えるべきこと

は全く明白なことである。そもそも抵当債務者の所有権についてのそのような制限は、単に担保がその占有を債務者に残しておくという事実によって説明しうるものである。また、その占有は、その契約に反するものでも、担保（gage）についての債権者の権利を侵害するものでもなく、またその完全さ、あるいは価値を減じることもないのである。抵当権にもたらされる物権性は、他の全ての担保についてと同様、抵当権以外の他の物権と関連がないので、完全な所有権をあたえるものでも、また、その属性の一部を与えるものでもないのである。⁽³⁶⁾

（四） まとめ

以上フランスにおける抵当権の物権的性質についての議論から次のようなことが分かる。まず、Marcadeは前述の如く、抵当権の性質は、*jus ad rem* であることを主張した。Marcadeによれば、*jus in rem* には二種類のものがあるとする。第一のものは、物について行使され、その物自体が権利の目的を構成している *jus in re* であり、第二のものは、物に対する権利であるが、その物について行使されるものでも、その物自体を目的としたものでもなく、その物を本来の権利の媒介物としてのみ考える *jus ad rem* である。そして、抵当権は *jus ad rem* にすぎないが、物に対して追求される権利（*jus in rem*）であることより、物権（*droit réel*）であるとされたのである。しかしながら、Marcadeの見解は、Pontなどによって指摘がなされたように⁽³⁷⁾、フランス法の立法者およびその後の解釈においても *jus in rem* あるいは *jus ad rem* なる権利概念は取り入れられておらず、そのような権利をもって抵当権の性質を説明できるものではないとされ、フランスの学説において支持されるには至らなかったようである。それにもかかわらず Marcadeの見解は、抵当権の物権的性質における支分権構成をめぐる議論とくに支分権構

成を否定する見解にたいし、何らかの影響を及ぼしたのではないかと思われる。

既述のように、支分権構成を肯定する見解は、所有権は物についての完全で絶対的な支配権であるということを前提とする。したがって、それ以外に物について発生する権利はすべて当然所有権に包含され、所有権はこれら特定のもの上の諸物権を集束したものと考え、抵当権も物権であるならば、所有権を構成する諸物権の一部と解するのであるが、これに対して、支分権構成を否定する見解は、抵当権をいわば「第二次的」な物権あるいは *accessorie* な物権であるとし、物について絶対的な支配権である所有権（またはその一部）以外にも物に対する物権が存在しうると理解するのである。つまり、物権の中には、物について行使され、物自体を目的とする物質的な支配権の他に、その物を媒介として権利の目的を達成させる権利とがあるとみるわけである。このような考え方は、*Marcade* の主張した *Jus ad rem* という概念と共通点を持つように思われる。また、このように抵当権の物権的性質を、物についての直接的で物質的な支配権ととらえない見解は、抵当権の本質を、被担保債権を保全するための優先権及び追求権にあるとし、抵当権は、その意味においてのみ物との関係を有する権利であるとする。そして、物に対する支配の内容としては、所有権などの直接的な物質的支配権がまずそこに存在し、抵当権は第二次的なものとして、その直接的で物質的な支配権を債権保全の目的をもって把握する権利と考えるのである。

三 わが国の見解

わが国の外国法継受においては、まず箕作によってフランス法が紹介され、明治民法の起草者を含め初期の民法学者の多くがフランス法の影響を強く受けていたことは周知のところである。ポアンナードが招かれ旧民法の草案

を作成したというよりも、旧民法がポアソナード草案そのものであったといっても過言ではない。そこで、既述のようなフランスにおける抵当権の法的性質論が、わが民法史の初期においてどのように受け止められてきたかを次に見ることとする。もっともこの時期に抵当権の物権的性質について論及した文献は多くなく、ポアソナード、磯部、岡松の考えを紹介しうるにとどまる。

Boissonade は、Projet⁽³⁸⁾のなかで、抵当権の物権的性質について次のように説明している。

所有権の支分権とは、正確には何を意味するのか。法律上の定義があるならば、その定義に抵当権が当てはまるかどうかを検証することは容易であるが、この概念は法律上の表現ではなく寧ろ学理上の表現であり、論者によってその定義が異なるものである。そして、ポアソナード自身は、所有権を構成し、あるいはそれから起因する権利を総て一人の人が独占しない場合に、所有権は支分されたものになるとされる。

所有権を構成するところの権利とは、日本の法案においてもフランス法典と同様に、所有権を「もっとも絶対的な形態で、物を使用し、収益し、処分する権利」とし、不動産を抵当とした債務者は、使用権も収益権も処分権も失うものではないが、自己の財産を抵当に入れた場合には、これら三つの権利をその絶対的な性質を帯びたまま、完全なものとして支配することはもはやできず、その欠けた分があることより所有権は支分されたものとなる。つまり、収益権の濫用とみなされるような行為ができなくなり、処分権については、重要な建物あるいは植林を撤去することができなくなり、またそれが譲渡された場合には、その取得者は追求権を被ることになるのである。⁽³⁹⁾

ポアソナードは、このように抵当権の物権的性質を所有権の支分権と解していた。しかし、前稿⁽⁴⁰⁾においても紹介したように、その後のわが国の学説は、抵当権の性質を、所有権の支分権とは考えない方向に進んだようである。

その理由は、特に明らかにされていないが、次のフランスにおける抵当権の性質についての議論を分析、検討した

磯部、岡松の見解が参考となりうるのではないかと思われる。したがって、ここでは当時のわが国の学説が、抵当権の性質について、特に支分権構成をどのようにみていたかをみてみたい。

まず、磯部は『仏国民法先取特権及抵当権講義』⁽⁴¹⁾において、抵当権が所有権の一支分を組成するか否かという問題についてフランスの法制を紹介するとともに自説を展開している。

まず抵当権は、所有権の支分権ではないとする見解に対して磯部は次のように批判する。

所有権は、一切の物を併せて大成したものである。そしてこのような考え方を前提とすれば、物権であって、所有権の中に包含されないものはないはずである。つまり、もし所有権の包含しない他の物権があるとして、まさにその物権こそが抵当権であるとすると、所有権のみを有する者は、所有権中に抵当権をも包含していることになり、その所有物を抵当と為すことができなくなってしまふ。しかしこれまでに、所有者が、その所有物を抵当にすることができないという論説を主張した者はいないことからしても、抵当権も所有権中に包含されるものであることは明らかである。したがって、支分権構成を否定する見解は、所有権の元素より説明を始めて、抵当権はその元素の一にあらず、故に所有権が包含しない一種の特別の物上権を組成すると主張するものであるが、これは適切でない。所有権が包含しない物権は存在しないのであり、このことから所有権は、一切の物権を他人に付与することができるのであり、⁽⁴²⁾ 抵当権が所有権の元素中にあらざるものとすることはできないのである。

次に、抵当権は所有権の一支分権であるとする見解に対しても、磯部は次のように非難する。

抵当権を所有権の一支分権とする見解は要するに、債務者は抵当物を自由に処置することを得ないとし、自由に処置して抵当債権者を害するに至れば、⁽⁴³⁾ 抵当債権者は之に故障を為すことを得るといふことから、抵当権は所有権の支分権であると断定しているに過ぎない。ところが、この故障を為す権利が、⁽⁴⁴⁾ 抵当債権者に限って有しているも

のとすれば、この説をもって至当とすることもできるのであるが、債務者がその所有物を自由に処置するのを妨げるのは、必ず抵当債権者であることを要しない。普通信用の債権者もまたフランス民法一一六七条（筆者注）詐害行為取消権の規定）の適用によって、抵当債権者と等しい権利を有するのである。そのような場合、普通債権者もまた債務者の所有物の上に一種の支分権を有するものといふことができることとなるのであろうか。未だかつて、このような意見を主張したものがあつたのを聞かないが、抵当債権者であらうと普通債権者であらうと、債務者の財産に関する行為を攻撃することを得るものは、自己の債権の担保を保持するため、その有している権利の直接なる執行にかかわることはできない。その普通債権者は債務者の財産を差押え、もつてその財産の売買より生じる代価を債務者の手に渡さずに、自己に渡さしめることができるのみである。そうであるならば、抵当債権者のみがこのような権利を有しているとはいえないのであり、このことからすれば、抵当債権者は、債務者の抵当物上に、このような権利を有していることを根拠として、抵当権は所有権の支分権であるといふことはできないのではないかといふ⁽⁴³⁾。

そして磯部自らの説として、以下のような考えを主張する。まず、一切の物上権の集合である所有権は、使用収益処置の三権を持つて組成されるものに過ぎないことより、使用収益処置の三権以外に、物上権の存在理由となるものはない。そのことからすれば、抵当権を一種の物上権であると認知する以上はその物上権もまた、その三権の中の何れかのものに相当するものと考えなければならない。そして、抵当権を物上権としたのは、単に抵当権が所有権の一支分権を組成するのみでなく、なお一種の未必条件に従う所有権の譲渡を組成するものと考えられるからである。その斯々の事件到来するに至れば、斯々の物件を汝に譲渡するべしと約定したときは、その約定をもって未必条件に従う売買といえる。そうして、買主はその約定以後、事件が到来するか否かが確定するまで、未必条件

に従う所有権を有しているということができ、抵当権も同様に考えるのである。つまり、債務者より債権者に一個の不動産について抵当権を付与するときに、双方が約定する場合における意思は、債務者は今日この不動産を抵当と為す以上は、他日自己の債務を弁償しないときには、債権者がこれを他に売却して得た代価より、債権者の債権額を先取すべきという意思をもってその約定をなすものであり、また、抵当権者もそのことを承諾することによってその約定は成立するのである。その場合には、債務者の弁償の有無は未必条件となる。そして、かかる未必条件の約定は、もとより法律上有効であり、よって抵当債権者は、債務者が弁済されない事件が到着すると直ちに抵当権の所有者とはならないが、このためにその物上に一種の未必条件に従う所有権を有するといえる。そして、もし所有権の外に一種の物権があるとすれば、所有者は自己の所有権を抵当に為す権利を有しないこととなり不都合なこととなる。これに反して、抵当権を未必条件に従う所有権とすれば、所有者は初めから抵当と為すことを得る権利を有するに至ることになり法理と実際とが相調和するのである、と。⁽⁴⁴⁾

また、岡松は、旧民法における抵当制度を解説した『抵当論』⁽⁴⁵⁾において、まず抵当は物権即ち「ジュス、イン、レム」(jus in rem)にして直接に物の上に行われ、かつ総ての人に対抗することを得る権利であるとされ、このことが抵当が優先権及追求権を生じる所以であるとされる。⁽⁴⁶⁾そして、抵当は、一の物権なること諸学者の均しく認めるところなりと雖も、抵当権は用益権その他の物権と同じく所有権の支分権なりや否かについては、学者間に議論ありとして、フランスにおける議論を三つの説に分類し検討されている。

第一説、抵当権を以て物権に非ずとなす説の論拠は次のようである。抵当は直接に物の上に行われる権利ではなく、単に物権を得るの権利即ち「ジュス、アド、レム」(jus ad rem)にして、債権者に対し訴を起す如く、抵当不動産に対し弁済を得るが為に訴を起す権利を有するに過ぎない。従って抵当は決して所有権の支分権ではな

い。そしてこの説に対して岡松は、この説はマルカルデーの主張する所にして結局抵当は物権ではない、不動産に対する債権なりと云ふに帰着し、その真意において甚だ微妙なる所ありと雖も、抵当を物権に非ずと為すは、ただ従来の見解に戻るのみならず、この説に依るとき抵当は、追求権を生じることを説明するに困難なる可しと批判する。⁽⁴⁷⁾

次に、第二説、抵当は物権なれども所有権の支分権に非ずと主張する説の論拠は次のようである。第一に、所有権は物の使用、収益、処分を為すの権利なり。然るに抵当権を設定した場合には、恰も用益権におけるが如く、所有者はその財産の使用、収益、処分の権利の一部分をも失うことがない。唯これが執行上において制限を受けるに過ぎない。第二に、総て所有権の支分権は所有者より代価を出すも、権利者の意思に背きて自己の権利を保有することを得るの性質を有す。然るに、抵当権は、債務を弁済して抵当権を消滅せしむることを得る性質を有す。つまり、抵当権には所有者に債務を弁済して抵当権を消滅せしむることを得る自由があるのである。この二個の理由によりて観るときは、抵当権は物権なること疑いなしといえども、用益権等のごとく所有権の支分権ではない。この説は、ドモロンブの主張する所にして、氏はこの見解を以て、物権を主従の二種に區別し、所有権の支分権たる物権は、主たる物権と為し、それ以外の物権は、之を従たる物権と為す。そうして抵当、先取特権及び質権は、これを従たる物権に分類されるのである。⁽⁴⁸⁾

第三説、抵当を以て所有権の支分権と為し第二説を反駁する見解の根拠は次のようである。第一に、もし、所有者が、抵当財産を毀損するときには、抵当債権者は之に対して、故障を申立てることを得る。また所有者が、その不動産を譲渡したときにはその代価は抵当債権者に支払わなければならないだけでなく、抵当債権者はその譲渡を以て廉価に過ぎるものと信じるときには、これを取消して、更に新たな売買を為さしむることを得る。元来所有

権は、総て使用、収益、処分の利益を有する権利なるにも拘わらず、既に完全に、これらの利益を収めることができな以上は、所有権は抵当の為に支分せられたるものといわざるを得ない。第二に、所有権者が随意に抵当を、消滅せしむることを得るが故に、所有権の支分権に非ずというとも雖も、所有権の支分権の侵すべからざる性質は、その通素にして、その要素ではない。【例えば、障壁の互有者は隣人より代価を提供する時には、その互有権を譲渡せざるべからざるが如き場合がこれである。】第三に、抵当が所有権に対する関係と、用益権が所有権に対する関係とは、その間多少の差異なきに非ずと雖も、純然たる所有権の支分権は、必ずしも所有権に対し、皆同一の関係を有するものに非ず【例えば、地役権の如きは、その所有権に対する関係、他の用益権等と大いに相異なるものがある。しかもなお之を所有権の支分権という故に、⁽⁴⁸⁾ 抵当の所有権を制限するは用益権及び地役権と相異なる故に、之を所有権の支分権に非ずと⁽⁴⁹⁾いふべからずと。仏国大半の学者、殊にバレット、ジュラントン、オーブリー、ロー、ポン、ポードリー等の諸氏はこの説を採用せり⁽⁵⁰⁾】。

以上の三説中、岡松自身は『抵当権論』では第二説に賛成だが、我が法典は明らかに、第三説を採用していることより、しばらくは、この説に従うとされる⁽⁵¹⁾。しかし、その後現行民法の解説書である『民法理由』においては、これらの三説のうち、現行法では明らかに第二説を採用したと評価している⁽⁵²⁾。

四 検 討

以上、まず⁽⁵³⁾ 抵当権の有する物権的性質の意味について、ボアソナードは支分権構成をもって⁽⁵⁴⁾ 抵当権の物権性を説明しようとした。しかし、ボアソナード草案が作成された当時、フランスの学説を検討した磯部、岡松の見解は、

抵当権を所有権の支分権とは考えておらず、宮城が旧民法の解説書である『民法正義⁽⁵³⁾』において支分権構成を支持したのみで、その後のわが国の解釈からは、抵当権を所有権の支分権であると考える見解は消え去ることになったのである。現行民法の起草者である梅・富井、またそれと同時に時代の研究者の多くは、抵当権の物権的性質について、抵当権は、物を直接支配していると考えるというよりも、むしろ所有権を支配する権利、つまり権利の上に成立する物権であると考えていたようである。⁽⁵⁴⁾ このことは、前述したフランスにおける学説を参考とするならば、抵当権は、所有権の持つ何らかの権能(またその一部)を把握する権利ではなく、所有権全体を把握する権利として、いわば「第二次的」な性質をもつ物権として、抵当権の性質を理解していたことと共通性を有するように思われ、これらのことからすれば、わが国の学説は、ポアソナード草案、旧民法においては支分権構成を取り入れようとしたが、現行民法においては支分権構成を否定する形で、フランス法上の考えを取り入れたものではないかと考えられる。このことは、また次の点においても意味があると思われる。

明治民法の作成は、旧民法の修正という形をとりながら、きわめて多くの外国法典を参照しながら進められた。そしてその過程では、ドイツ民法第一草案(一八八八年)を中軸に、第二草案(一八九五年)をも多少参酌されながら、立法作業が行われている。⁽⁵⁵⁾ すなわち、この時点において、すでに現行民法の起草者達は、抵当権それ自体が独立の投資の対象として金融市場にて輾転流通することを目的としたドイツ法上の抵当権理論をも参照したものとされる。それにもかかわらず、それをわが国の抵当制度には採用せず、債権担保の目的の確実性を主眼として規定されたフランス民法上の抵当権理論を現行民法において採用したのである。このようにフランス法的な制度が、現行民法に採用された原因について、柚木・高木教授は、当時のわが国の社会的事情に関係があるとされる。つまり、日本資本主義の形成期であった当時の産業資本は政府の権力の庇護の下に寄生的に発育していったのであつ

て、民間金融による資本の構成を緊急の必要事とはしなかったから、民法立案者はひとえに消費者金融の手段として抵当制度をかながえればよかったのであり、民法典の抵当権が専ら保全抵当として規定されたときされる⁽⁵⁶⁾。また尾崎教授は、わが国においては、明治初頭以来のフランス法の影響によって、付従的抵当権が確立せられ、取引社会にもよく受け入れられたことによるとされる。そして、その理由としては、不動産金融の形式は、第一に債権者の欲求によって決定されるのだが、債権者にとって問題となるのは、とくに抵当権の確実性であり、そしてその確実性は、しばしば、第一順位をもたない抵当権者にあつて、人的債権に依存することによって保証されることから、実際の取引においては、債権と物権との有機的結合を欠くことを得ないものとかながえられ、わが国においてもこのような要求が存在したからではないかと分析されている⁽⁵⁷⁾。

しかし、現在のわが国の解釈学においては、ドイツ法的な抵当制度をモデルとして、抵当権に別の作用をも持たせようとする見解がなお有力であるといえよう。その代表的論者である我妻博士によれば、「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⁽⁵⁸⁾」と解される。このような考え方は、抵当権は、もっぱら財貨の有する交換価値を中心として構成され、人的信用から絶縁した確実な交換価値を把握し、これを投資の客体として金融市場に流通されることを目的とすべきとした⁽⁵⁹⁾、前述のドイツ法的な近代的抵当権論の立場より主張されるものである。

しかしこのような近代的抵当権論を基礎とした考え方に対しては、その理論的基盤をなす、保全抵当から投資抵当へという流れが、資本主義の発展にともない、抵当権制度が一般にたどるべき過程とすることの妥当性をめぐって、従来よりすでに多くの学者から疑問が呈されている⁽⁶⁰⁾。また、このような近代的抵当権論を実効あらしめようとするれば、抵当目的物が投資の客体とし、投資財の役割を果たす必要があるが、少なくとも現在の判例、また実務慣

行からすれば、抵当目的物の多くのものは未だ使用財と評価されているようであり、そのような理論と、実際の運用との齟齬から、抵当権価値権説を基礎とした解釈において抵当権の実効性が阻害される結果が生じているようにおもわれる。さらに、このように抵当権を金融市場に流通させることが、現在の金融システムとの関連で、今後どのような意味を持ちうるのかについても、なお検証してみる余地があるであろう。⁽⁶²⁾

また、抵当権を目的物の交換価値を直接かつ排他的に支配する権利と見る見解は、抵当権の物権的性質を制限物権 (beschränktes Sachenrecht) というドイツ法上の概念から説明する。制限物権とは一般に、所有権が目的物の一般的・全面的支配権であるのに対して、耕作とか、担保とかいう、特定の限られた目的の為に、目的物を一面的に支配する権利であるとされる。したがって、制限物権が成立する為めには、必ず先づ所有権が存在し、制限物権はこの所有権の渾然たる内容を、原則として、一時的に、即ち有限の期間を限って、制限する立場に於て成立するものとの説明がなされる。⁽⁶³⁾しかし、制限物権をこのようなものと解するならば、用益物権についてはこのような説明があてはまるとしても、川井教授が指摘されているように、担保物権である「抵当権が究極的には担保権設定者の所有を奪う」⁽⁶⁴⁾ということの説明が困難となるのではないであろうか。

以上のようなことからして、現在においても抵当権を債権担保を唯一の目的とするものと考え、その目的をもつとも実効性あるものたらしめるものとして、抵当権の性質を考えることは、それなりの意味もあるのではないかと思われる。そこで本稿では、まず前述した磯部の見解を検討しながら、抵当権の性質を次のように考えてみたい。

まず、磯部は、所有権は一切の物上権の集合であることより、抵当権も物上権とする限りにおいては、所有権の有する使用収益処分権の何れかのものに相当するものであるが、その場合抵当権は、所有権の一支分権を構成するだけでなく、一種の未必条件に従う所有権の譲渡を組成するものと考えるべきことを主張する。磯部はあくまで、

物に対する支配権について、所有権が包含しない物権は存在しないとするのであるが、直接的に物を支配するのではなく、その所有権を支配するような形で物権をも想定することは可能なのではないかと思われる。つまり、物権には二種類のものが存在しうることを認め、その第一のものは、物に対して直接的に物質的な支配を行う物権であり、そして第二のものとしては、債権担保を目的として、ある一定の財物について、優先権、追求権を保全するために、その財物を直接かつ物質的に支配している権利を把握する物権とが観念できるのである。そして、抵当権を後者の性質をもつ物権と考えるのである。また、磯部は、抵当権を一種の未必条件にしたがった所有権の譲渡を組成するものとするのであるが、抵当者権は抵当目的物についての所有権までをも、その換価以前に把握する必要はなく、目的物について売却権を有するとすればそれで必要かつ十分である。以上のことからすれば、抵当権は抵当目的物である不動産について、直接にその物質的支配をともなう物権（例えば所有権・地上権など）を支配するという形で成立する物権であり、その物権の権利内容としては、抵当権の目的とする被担保債権の保全を一定の財産権を換価という作用を通して実現するというものである。つまり、抵当権は一定の財産権を換価権という形において把握する権利であり、その換価権が抵当権の物権的性質の本質であると考えるのである。

五 おわりに

フランス民法においては、有体・無体の区別は民法典に直接明記されていないが、これを前提とする多くの規定が存し、財が物 (*choses*) である場合に有体財、権利 (*droits*) である場合に無体財と称し、無体財の中に对人権および物権など全ての権利が包含されるものとする⁶⁵⁾。またフランス法では無形の不動産なる概念を認めており、所有

権やその他不動産に成立する他の物権も無形の不動産とし、抵当権もその中に含まれると考えられているようである。⁽⁶⁶⁾しかし、わが国の現行民法はパンデクテン体系をもって構築された結果、物権と債権とを明確に区別する必要が生じ、物権の客体を有体物に限り、そのことを基礎として、抵当権の規定も旧民法を修正する形で、現在のような形に改められたようである。⁽⁶⁷⁾そしてその結果として、抵当権は有体物である不動産のみを権利の対象とし、地上権・永小作権には準用されるといふ形式が取られることになり、またこの準用がなされる場合、抵当権は準物権であるときれ、その性質は物権と異ならないとの苦しい説明を余儀なくされたのである。しかし、既述したように起草者の意思は、まさにフランス法上の抵当制度をわが国の民法に導入することにあつたのであり、そのような権利の本質と条文の体裁との混乱が抵当権の性質を分かり難いものとしてきた原因の一端ではないかとおもわれる。そこで、本稿では、抵当権の性質を次のように考える。

フランスには抵当権の本質を債権的なものとみようとする学説がある。つまり、抵当は直接に物の上に行われる権利ではなく、単に物権を得るための権利であり、したがって、債権者に対して訴えを起すように、抵当不動産に対して弁済を得るために訴えを起す権利であると解する。ドイツにも同様な説があることは石田文次郎がつとに紹介するところである。⁽⁶⁸⁾もっとも、このような見解は、わが国の民法典の体系からしても採ることはできないであらう。しかし、私見は、既述のフランス法の検討からしても、担保権の本質は *ius in re* ではなく *ius ad rem* として捉えるべきであり、物権としては第二次的 (*second degree*) なものであることを容認する学説に左袒するので、このことを踏まえて、わが国においては、物権には物の上に成立し、物を用益する物権と、物の権利の上に成立して、その価値を把握して、排他的な換価権とする物権とがあることを直載に承認し、⁽⁶⁹⁾ 抵当権をはじめとして、担保物権は財産権の上に成立するとみるべきであらうと考える。このようにみれば、権利の上に成立する抵当権を

準物権などと区別する必要もないし、ひいては物担保、権利担保の区別も排して、一義的に担保理論を構築してゆることが可能となろう。担保物権の形態が、物の利益を含んだ占有担保から非占有担保に移行するにつれ、その対象は物そのものから、物の上の権利へと移行するのは必然の流れなのであるまいか。

このように解するときには、たとえば一般の先取特権は、物担保にこだわれば、「債権者ノ総財産」を集合物としての一つの物の上に成立することとなろうが、私見では、債務者の総財産の上に一つの財産権（債務者の信用はこの財産権の存在を中心として成り立つものといえる）が成立し、一般の先取特権は、この財産権を引き当てとして、成立するものと考えられる。また、不動産抵当権と不動産譲渡担保の区別も、いずれも、目的物の所有権上に成立する担保物権であるが、前者は所有権と占有権とを設定者に留めておく型、後者は所有権を債権者に移転する型（占有は移転、非移転いずれもありうる）と捉えられよう。債権質は元来、権利の上に成立するものである。所有権留保も目的物の所有権上に成立する担保物権とみてよい。留置権については、その沿革と現在の機能からして、これを担保物権と構成してよいかについては問題があり、しばらく留保したい。

注

- (1) 我妻栄『物権法「民法講義Ⅱ」』（岩波書店、一九五二年）九頁。
- (2) 富井政章『民法原論第二巻物権』（有斐閣、一九一三年）一三頁。
- (3) 中島玉吉『民法釈義卷之二上』（金刺芳流堂、一九一五年）二頁。
- (4) 中島は、権利を客体となす抵当権も民法が物権であると認めていることより、まさに「純物権」であると述べる。中島・前掲二頁。
- (5) 中島・前掲三頁、四頁。

- (6) 私は旧稿において抵当権の本質を換価権とみてよいのではないかと述べた。太矢一彦「抵当権の性質について—抵当権価値権論への一疑問—」獨協法学四六号（一九九八年）。
- (7) 我妻・前掲二〇八頁。
- (8) 例えば、Mazeaud et Mazeaud は、抵当権の性質を、抵当権が garantir（保証）しているその債権自体の性質とは区別されるものとして論ずる。H. Mazeaud et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, 3^{ed.}, t. 13, 1968, p. 217.
- (9) Jus ad rem に関してケイツ法を中心とした研究としては、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面—」一橋大学研究年報・法学研究三号（一九六一年）一七九頁以下が詳しい。この中で jus ad rem の起源は次のように説明されている。古典期ローマ法の obligatio や ヌロサトーレンの actio in personam は、契約当事者間においても金銭賠償しか認められなかったのに反し、特定物についての契約において、その後、物それ自体への強制履行が承認されたことに着目して jus in re ではないが「物への権利」である、と觀念されて jus ad rem と呼ばれたことが始まりとされる。そして jus ad rem は、特定債権と類似のものと考えられていたようである（一三八頁—一三九頁）。また最近の研究としては小川浩三「Jus ad rem 概念の起源について」『日本民法学の形成と課題上』（有斐閣、一九九六年）がある。
- (10) V. Marcadé, Théorie de droit civil français, t. 2, 3^{ed.}, 1878, p. 349.
- (11) Marcadé, op. cit., t. 2, p. 350.
- (12) Marcadé, op. cit., t. 2, p. 350.
- (13) Marcadé, op. cit., t. 2, p. 351.
- (14) Marcadé, op. cit., t. 2, p. 351.
- (15) Marcadé, op. cit., t. 2, p. 352.
- (16) Marcadé, op. cit., t. 2, pp. 352-353.
- (17) Marcadé, op. cit., t. 2, p. 353.
- (18) P. Pont, Explication théorique et pratique du code Napoléon, t. 10, 1856.
- (19) ここでの条文見出しは、稲本洋之助教授が翻訳された『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会、一九八二年）を参照させていただいた。

- (20) Pont, op. cit., t. 10, pp.314-315.
- (21) F. Laurent, Principes de droit civil français, t. 3ed, 1878, p. 155. しかし Laurent は、抵当権が設定された後、抵当不動産の所有権者はなお、抵当目的物を売却する権利は有しているものと解する。それは、抵当債権者は追求権を有してゐることから、所有権者に売却権を与えても、なおその権利は害されないからである」と説明を付けてゐる。Laurent, op. cit., t. 3, p.196.
- (22) L. Guillouard, Traité des privilèges & hypothèque, 2éd, t. 1, 1897, pp.155-156.
- (23) G. Baudry-Lacantinerie et P. de Loyens, Traité théorique et pratique de droit civil, t. 2, 1906, pp.2-3.
- (24) P. Voirin, Cours de droit civil français, t. 13, 1948, p.299.
- (25) Voirin, op. cit., t. 13, pp.309-310.
- (26) Voirin, op. cit., t. 13, p.310.
- (27) G. Demolombe, Traité de la distinction des biens, t. 1, 1875, p.352.
- (28) Demolombe, op. cit., t. 1, p.353.
- (29) Demolombe, op. cit., t. 1, p.353.
- (30) Demolombe, op. cit., t. 1, p. 356.
- (31) M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2éd, t. 7, 1953, pp.375-376.
- (32) A. Piédelièvre, Droit des biens, 1977, pp.283.
- (33) Mazeaud et Mazeaud, op. cit., t. 3, p. 213. *ただし Laurent の同様 Mazeaud et Mazeaud も、抵当権の設定により債権者は追求権を有することになるから、所有権者に処分権をもち残されてゐる」と見ても、抵当権者を害することにはならないと *ただし Mazeaud et Mazeaud, op. cit., t. 3, p.213.
- (34) P. Simler et P. Delebecque, Droit civil les sûretés la publicité foncière, 2éd, 1995, pp.266-267.
- (35) 上記の訳を、柴田光蔵『法律フランス語辞典』(一九八五年、日本評論社)によつて *ただし。
- (36) H. de Page, Traité élémentaire de droit civil belge, t. 9, 1943, pp.366-367.
- (37) Pont, op. cit., t., pp.314. *ただし Demolombe, op. cit., t., p. 356. *ただし、同様の指摘がなされてゐる。

- (38) Boissonade, *Projet de Code Civil pour L'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 1890.
- (39) Boissonade, *Projet de Code Civil pour L'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. 4, n° 397, 1890.
- (40) 太矢・前掲四五二頁〜四六三頁。
- (41) 磯部四郎述『仏国民法先取特権及抵当権講義』(明治法律学校講法会、一八九二年)。
- (42) 磯部・前掲三六〇頁〜三六二頁。
- (43) 磯部・前掲三六五頁〜三六六頁。
- (44) 磯部・前掲三六七頁〜三七一頁。
- (45) 岡松参太郎『抵当論』(東京法学院、一八九七年)。
- (46) 岡松・前掲一二頁。
- (47) 岡松・前掲一三頁。
- (48) 岡松・前掲一三頁〜一四頁。
- (49) 例えば Laurent は、次のように説明されている。地役権が成立した場合、要役地の所有権者は、承役地に対してどのような直接の権利をも有さない。またこのことは、抵当権者が抵当権の目的物に対して収益権あるいは使用权を有していないの同一性がある。そして、そのような性質を持つ地役権が所有権の支分権とされていることからすれば、抵当権も所有権の支分権であると考えられる。Laurent, *op. cit.*, t. 1, p. 155. 同様の理由を述べるものとして, Pont, *op. cit.*, t. 1, p. 314. Baudry-Lacantinerie et Loynes, *op. cit.*, t. 1, pp. 3-4. などがある。
- (50) 岡松・前掲一二頁〜一五頁。
- (51) 岡松・前掲一五頁。またこのような記述はボアソナード、宮城が明らかに支分権構成をとっていたことから裏付けられる。
- (52) 岡松参太郎『注釈民法理由物権編』(有斐閣、一八九七年)。
- (53) 宮城浩蔵『民法正義』(明治二三年) 債権担保編卷之貳(信山社、復刻版・一九九五年)
- (54) この点についての詳細は、太矢・前掲論文四五〇頁〜四六三頁を参考されたい。
- (55) 福島正夫「法の継受と社会Ⅱ経済の近代化」比較法学六卷一三三八頁。

- (56) 柚木馨・高木多喜男『担保物権法〔第三版〕』（有斐閣、一九八二年）二一〇頁～二〇二頁。また同趣旨のことは福島正夫・清水誠「日本資本主義と抵当制度の発達」（法律時報二八巻一―五頁）においても述べられているが、このような根拠については、「不動産金融の要請と抵当権の独立性との関係は、前者に応ずる担保制度確立のための、合理的な技術的処理の発見ということにはほかならず、ただちに、必然的な関係として理解されるものとはいえない」との批判が、高島平蔵「ドイツ抵当法の発展について」（比較法学七巻二―四〇頁）においてなされているようである。なお以上の点は、尾崎三芳「わが国における担保物権構成の特殊性」早稲田大学大学院法研論集一七号（一九七八年）の指摘による。
- (57) 尾崎・前掲七四頁～七五頁。
- (58) 我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』（有斐閣、一九六八年）二二三頁。
- (59) 我妻・前掲二―四頁。
- (60) 鈴木祿弥「ドイツ抵当法と資本主義の発達」法律時報二八巻一―二〇頁（一九五六年）、高島平蔵「ドイツ抵当法の発展について」比較法学七巻二―四〇頁（一九七二年）、松井宏興「近代的抵当権論」甲南法学二二巻一―四〇頁（一九八二年）、椿寿夫編『担保物権法』一八一頁～一八四頁「松井宏興」（法律文化社、一九九一年）。
- (61) 太矢・前掲四六四頁～四六五頁。また、この点については、わが国では、収益財としての不動産ではなく、使用財としての不動産観が支配的であり、これはわが国の不動産取引の現実を反映するものであるとの指摘が、最近吉田教授によってなされている。もっとも、この論文は今後の方向として、この二つの不動産観のいずれかを二者択一適に援用するのではなく、現実の不動産観のあり方を踏まえながら類型的に処理してゆくべきであることを説かれるものである。吉田克己「民法三九五条（抵当権と賃借権との関係）」『民法典の百年Ⅱ』（有斐閣、一九九八年）七三六、七三八頁。
- (62) 石田教授からは次のような指摘もなされている。「抵当権制度につきましては、我妻先生はドイツの抵当制度を理想のものとして書いていらっしやいまして、いわゆる被担保債権に対する附従性否定理論つまり、所有権者抵当とかあるいは流通抵当であるとか、そういうものを日本の民法が認めていないのは不当である、未発達な担保制度である、というようなことをおっしゃっています。ところが現在そんなことを言ったって始まらないわけでありまして、何もドイツの抵当法制度が理想であるというようなことは、そう簡単に言えたものじゃございませんで、附従性を認めながら日本の抵当法はそれなりに十分機能してきたわけでありまして、根抵当といえども、普通抵当とは違った意味ではありますが、やはり附従性

というものから抜けきっていないわけでありますから、今や、ドイツの抵当制度を模範としたような議論を、現在そのまま民法の解釈ないし立法論としてであっても、主張することにはどれほどの意味があるかということにはなはだ疑問でございませう。」石田喜久夫『民法秩序と自己決定』(民法研究第八巻) (成文堂、一九八九年) 一二六頁〜一二七頁。

(63) 我妻栄「制限物権」末弘巖太郎・田中耕太郎責任編輯『法律學辭典第三巻』(岩波書店、一九三六年)

(64) 川井健『担保物権法』(青林書院、一九七五年) 一一頁。

(65) 田中整爾『新版注釈民法(2)』林良平・前田達明編集(有斐閣、一九九一年) 五八五頁〜五八六頁。

(66) C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, t. 2, 4ed, 1869, pp.50-51.

(67) このことは、梅博士が法典調査会において「本案デハ抵当権ハ有体物ノ権利デアルカラ」との前提のもとに答弁を行っていることから推測しうるものとおもわれる。『法典調査会民法議事速記録二』(商事法務研究会、一九八四年) 七八八頁。

(68) 柚木・高木前掲一四一頁。

(69) 石田文次郎『投資抵当権の研究』(有斐閣、一九三二年) 一一〇頁。

(70) このように換価権の目的を所有権とするのは「物を売る」ということは、つまりは「所有権を売る」ということになるのではないかと考えるからである。この点についてボアンナードも *Projet de Code Civil pour L'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. 1, 1890, のコメントで次のような記述を残している。財産 (*biens*) は権利 (*droits*) であると説き、この物は私に属すると通常云うが、これは正しくなく、物がわれわれに属するのではなく、所有権あるいは物権がわれわれに属するのであると述べていることを想起する必要がある。(*Projet*, p.21.)そして、財産 (*biens*)、ラテン語で "bona" という語は、動詞の *beare* 幸福にする (*rendre heureux*) に由来している。というのはわれわれの財産 (*patrimoine*) の中にある物 (*les choses*) は、われわれの利益に供され、われわれの幸福に寄与するからであると述べる。(*Bonssonade*, op. cit., t. 1, p. 8, note a.)。そして、われわれはこの言葉の意味を今一度深く考える必要はないであろうか。なお *Projet* に関する以上の点は、ジャン＝ルイ・スリウー (吉田克巳訳) 「日本民法典草案に対するボワソナードの影響」法律時報七一巻二号四三頁の指摘による。