HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	流動動産譲渡担保論一斑(八)
Author(s)	米倉, 明
Citation	北大法学論集, 20(4), 43-97
Issue Date	1970-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27888
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	20(4)_P43-97.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

流動動産譲渡担保論一斑（八）

米倉　明

第一章　序　説（一八巻二号）
第二章　集合物論対分析論
一(1)—(4)（一八巻三号）、一(5)—二（一八巻四号）
第三章　担保物の範囲の確定方法
一（一九巻二号）、二—三(2)(イ)（一九巻三号）、三(2)(ロ)(a)—(e)（二〇巻一号）、
三(2)(ロ)(f)(i)—(iii)(Ⅰ)（二〇巻二号）、三(2)(ロ)(f)(iii)(Ⅱ)（本号）、三(2)(ロ)(f)(iv)以下未定
第四章　内容変更に関する諸問題
第五章　処分権授与は譲渡担保ならびに間接占有の成立を妨げないか
第六章　結　語

（Ⅱ）本項（Ⅱ）においては、物権法定主義を扱う。すなわち、公示ある法定外物権を承認するにつき民法一七五

条は妨げにならないどころか、積極的にこれを承認するという見解を述べてみたい。その見解を一言で述べれば、同条は、公示を具備する限り、法定外物権（慣習上の物権たると、それに向って確立途上にある物権たるとを問わない）を承認する根拠となる、ということである。この見解によれば、同条は、物権法定＝限定の意味を有しないのであり、[1] 法定＝限定という意味での物権法定主義はほとんど無用に帰したということになる。これが本項の中心論点なのであり、譲渡担保権の承認はそのような論議の適用にほかならない。

すでに（Ⅰ）で述べたように、譲渡担保権は民法一七五条の趣旨（立法の根拠）に反するものではない。したがって、譲渡担保権は同条に牴触しない、といってよい。なるほど、譲渡担保権は法定の権利ではないのであるから、形式上は、同条に牴触するけれども、同条の趣旨に反するものでないからには、同条に牴触しない、ということが許される。というのは、同条の趣旨に反しないということは、同条の目的（とくに公示具備による取引安全保護）が達成される、あるいは、同条が抑制しようとした弊害（とくに公示具備なきことによる取引混乱）を生じない、ということなのであって、そのような場合には、同条を適用するいわれがなくなるからである。[2] 特約によって創設された物権すべてが同条に牴触しない、と筆者が主張しようとしているのでないことはむろんである。特約によって創設された物権が同条の趣旨に反する限り、同条との牴触をきたすことになる。筆者は、当面問題としている譲渡担保権は同条と牴触しない、というのである。そして、この結論は、譲渡担保権が慣習上の物権であろうと、慣習上の物権に向って確立途上にある物権であろうと、変更する必要がないと考える。

ところで、問題はこうである。右において、民法一七五条に「牴触しない」と述べてきたけれども、「牴触しない」場合の効果を、民法一七五条による効力否認が及ばない、同条を根拠にして、法定外物権を物権として承認することを否認はしえない—さればといって、物権としての承認が同条によってなされることにはならない。そのようなことを

なすには他の法的根拠を必要とする—と消極的に解するに止まるか、それとも、物権として承認することを同条を根拠として否認はしえないのみならず、より一そう積極的に、同条じたいを根拠として、物権としての承認を受けることができる、同条はそのような効果までをも規定している、と解するのかどうか。かような問題がある。譲渡担保権が慣習上の物権であるとすれば、右にいう消極的な理解を採用しても、譲渡担保権が法例二条の要件を充足する限り、法例二条にもとづいて物権としての承認を受けることができる（実際、そのような見解もあることは周知であろう）。譲渡担保権が慣習上の物権にまで至っておらず、それに向って確立途上にある物権であるとすれば—筆者はかように解する—、右にいう消極的理解を採用することによっては、物権としての承認を受けることはできないであろう。というのは、そのようなことを可能ならしめる法的根拠が見当らないからである。(3) 筆者は民法一七五条について右にいう積極的理解を採用しようと考える。そしてその場合の積極性は、法定外の物権であれば慣習上の物権にまで至ってなくとも、同条を根拠にして物権性を承認されうる、という点にまで及ぶと解するのである。つまり、こういうことになる。同条は、同条の趣旨に反しない限り（とりわけ公示を具備する限り）、法定外の物権が慣習上の物権であろうと（法例二条をもち出すまでもない—この場合の民法一七五条と法例二条との関係については後述する）、それにまで至っておらずそれに向って確立途上にある物権であろうとを問わないで、物権として承認する規定である、と解するのである。もう一度はっきり述べておこう。筆者によれば、法定外の物権が物権として承認されるためには、問題の法定外物権が慣習上の物権にまで至っている必要はないのであって、右のような物権にまで至っておらず、右のような物権に向って確立途上にある物権であるにすぎなくても、民法一七五条によって—一定要件（とくに公示具備を要件に）のもとに—物権として承認されるのである。この点が本項における本論である。

本論にはいる前に、譲渡担保権が慣習上の物権に向って確立途上にある物権である（内容固定度と普及度との観点

からかようにいえることにつき後述する）という点について触れておきたい。筆者によれば、譲渡担保権は、担保的処理の傾向のもとに（譲渡担保権者を担保物権者として処遇しようとする近時の判例・学説の傾向のもとに）、判例によって、「譲渡担保」という名のもとに形成されてきたところの、そして今日も形成されつつあるところの物権である。かように表現すれば、譲渡担保権は未だ物権でないと述べているようにあるいは受けとられるかも知れないので、次のことを述べておく。譲渡担保権はすでに物権（担保物権）なのであって、慣習上の物権としてすでに確立されているとまではいえないけれども、その内容の固定度および普及度を高めつつあり、慣習上の物権として確立される途上にある物権である。右において「形成されつつある」というのは、慣習上の物権としての確立の途上にあるという意味であり、そもそも物権の段階にすら達しておらないでこれから物権として確立されようとする、という意味なのではない。譲渡担保権を慣習上の物権として確立途上にある物権としてとらえ、物権として承認するべきだ、というのが筆者の主張である。それはともかく、譲渡担保権が慣習上の物権として確立途上にある物権であるということについて説明を加えておかねばならない。

譲渡担保権の内容は大きい（高い）程度で固定化されている（内容の予測可能性が大きい）、といえるであろう。このことは、判例によって、譲渡担保権者が、対内対外両側面において、どのように処遇されているかを検討することから判明する。判例は「譲渡担保」（所有権移転）なる名目を用いつつも、譲渡担保権者を担保物権者として処遇してきており、その結果、現段階では、彼の地位は、これを譲渡担保権という担保物権を有する地位と呼ぶことも許されるのであり、かような傾向は今後さらに推進され、内容固定度はさらに大きくなるであろう。(4)

譲渡担保権の普及度はどうか。譲渡担保権の内容固定度はすでに大きいものであるけれども、譲渡担保権の普及度は—今日判例（学説）の力を背景にしてなお普及度は大きくなりつつあるにしても—慣習上の物権と呼ばれうる程度

にまで達しているかどうかは疑わしい。問題は、担保的処理の傾向が取引社会においてどれほど定着（普及）しているかということである。譲渡担保の所有権的構成は久しく支配的であったのであり、これに対し、担保的処理の傾向はなお日が浅い[5]のであるから、取引実務におけるその定着の度合も大きくはあるまい。取引実務においては、譲渡担保を今日でも所有権的構成においてとらえ、問題処理にさいしてもそのような構成に即した処理が考えられているのではないか。したがって、実行にさいしても、非清算型が当然であると考えられたり、目的物を差押えるにさいして譲渡担保が存在することが判明した場合には、第三者異議の訴が提起されうることを前提として、差押をすることをやめる、というような事態がむしろ支配的なのではないか。つまり、譲渡担保の担保的処理が広く慣習といえるほど定着し、ただ、その結果生じた譲渡担保権者の地位を譲渡担保権と呼ぶ（構成する）ことだけが定着していない、というに止まるのではないであろう。担保的処理じたいが慣習といえるほどには定着していないのであり、したがって、譲渡担保権についても、たんにそのような呼称が定着していないにすぎないのではなくて、実体においても譲渡担保権は慣習上の物権といえるほどには定着していない、と筆者は考える。たんに呼称が定着していないにすぎず、実体上は定着しているのであるならば、譲渡担保権は慣習上の物権として確立している、といってもさしつかえないであろう。そしてその方が物権として承認するについても、法例二条を援用して容易に根拠づけうるのである。筆者は、譲渡担保権が実体上定着している—慣習上の物権といえるほどに—とは考えないのである。所有権的構成を前提としたうえでの譲渡担保が広く定着し慣習として確立している（いた）とはいえるにしても、譲渡担保権については、未だそのようにはいえないであろう。もとより担保的処理の傾向が判例によって打ち出されていることによって、将来において、譲渡担保権の普及度が高まることは十分期待されることではある。しかし、現段階においては、すでに相当程度定着しているといえるにせよ、すでに慣習といいうる程度にまで達しているかどうかは疑問である。筆者が、

譲渡担保権は慣習上の物権として確立途上にある物権である、というのは、普及度に関する右のような見解にもとづくものである。[6]

権利内容の固定度および普及度という観点に立った場合に—もちろん問題の対象は法定外の物権とする—(1)慣習上の物権といえるためには、内容固定度が大きく、かつ、普及度も大きいことが要請されるであろう。内容固定度が小さいのでは、そもそも権利と呼びうるかどうかじたい問題であるほか、普及度が小さいのでは、慣習として確立しているとはいえないからである。(2)慣習上の物権に向って確立途上にある物権とは、内容固定度は大きい（そしてその程度がさらに大きくなることが期待されうる）けれども、普及度は小さい（ただし、小さいといっても相当程度の大きさはあり、慣習といえるまでの大きさはないのである。この普及度もさらに大きくなることが期待されうる）ような物権である。(2)の物権のように、慣習上の物権として確立されつつある（内容固定度も普及度も大きくなっていく）ということの背景には、そのような物権を求める取引界の是認されるべき需要がある、と筆者は解する。筆者が譲渡担保権をかような権利と解していることは既述のとおりである。(3)内容固定度も小さく、普及度も小さい物権も—当事者が全くの思いつきで物権を創設し、その内容がほとんど不明であるような場合には、かような物権が生じうることになるであろう—実際上はともかく、理論上は生じうるであろう。譲渡担保権は右に述べた(3)に属するものではない。譲渡担保権の内容は、判例によって、高い程度において固定化されており、今後も、その程度は高まると推測されるからである。

なお、この場所を借りてついでに補足的に述べておこう。すなわち、内容固定度の大小、普及度の大小を観点に(1)(2)(3)の場合を分けてきたけれども、次のような場合について言及しておく。

まず、内容固定度が大きいけれども普及度は小さい(2)の場合よりも小さい)場合はどうか。或る者が取引需要をも

考慮のうえ或る内容を精密に規定し、かつ、しかるべき公示方法をも考慮したとする。ただし、世人はだれもあるいはほとんどだれもそのような物権の存在を知らないとする。かような物権をも物権として承認するべきか。かかる物権をいきなり右のように処遇することはあまりに性急・大胆でありすぎる。究極においては右のように処遇することを是認しうる、と判断するにしても、立法をもって右のような処遇を与えるならばともかく、或る一人の者が創出して世人一般が熟知しない物権を—いかに公示方法を有しているとはいえ—突如として物権として承認する挙に出ることは、世人一般の意表をつき、すくなくとも一時的に混乱を生じさせるおそれもある。物権としての承認は、相当程度の普及を待ち、実際上も、取引界の需要に応じることが確定して後に、与えても遅くはないであろう。

次に、内容固定度は小さいが普及度は大きいという場合は、内容固定度、普及度それぞれの大小という観点のもとでは、大小の組合わせの一つの場合として考えうるにしても、物権を問題とする限りは、問題とするには及ばないであろう。内容固定度が小さい場合に物権が存するといえるかどうかも実は問題であり、また、それはともかくとして内容固定度が小さいにもかかわらず普及度が高いという物権は実際上存しうるであろうか疑わしいからである。

さて、本筋に戻ることにする。内容固定度が大きいとか小さいとか、普及度が大きいとか小さいとかいっても、大小を判定する規準がはっきりしているわけでもない。結局は、取引通念によって決定するほかはない。(7)

法定外の物権のうち、物権として承認されるべきものとして、(3)は問題外である。内容定かでない以上、物権としての効力を付与することは適当でない。(3)のごとき物権までを物権として承認することは、いたずらに物権の種類を増加せしめ、法律関係を複雑化させる可能性をそれだけ増すだけである。それでは、法定外の物権のうち物権として承認されるべきものは(1)に限るか。答は否である。法定外の物権といっても、すべてが(1)か(3)かというように峻別しうるわけでもない。(2)に属すると解するのが妥当であるような物権も存在する。そして、(2)に属する物権のうちには、

物権として承認されてしかるべきものも―そのことを通じて普及度を高めて、(1)に属する物権として確立させるようにする―存在する。反面、(1)に属する物権だからといって、すべてが、物権として承認されるべきものとも解しえない。[8] (1)に属する物権のうち、どのような物権ならば承認され、あるいは、されないか、ということの規準は、民法一七五条・法例二条によって示唆・提示されている、といってよい。[9] (2)に属する物権についてはどうか。これが問題である。

筆者は、(2)に属する物権について、それが物権として承認され民法上の効力を付与される要件として、次の二個の要件を考える。

第一に、公示を具備すること。すなわち、物権の存在につき外部からの認識可能性および内容につき予測可能性があること。

第二に、その物権の内容が公序良俗に反するものでないこと。

まず、第一の要件について。物権としての承認を受けるにさいして、公示具備が要請されることは、公示原則が物権法上の大原則であることから、むしろ当然というべきである。第二の要件もまた、むしろ当然というべきであって、あえて要件として並列するまでのことはないともいえる。物権の内容が公序良俗に反する場合を具体的に例示することは当面の筆者にとっては困難であるが、[10] 用心のために、第二の要件を明示しておくのが適当であろう。

第二の要件はあえて述べるまでもないとすれば、要件としてとくに念頭におくべきものは、第一の要件に尽きる。以下ではもっぱら第一の要件について考えることにする。第一の要件が充足された場合には、未だ慣習上の物権として確立されたとはいえず、そのような物権へ向って確立途上にある物権（前述のように、内容固定度が大きく、普及度も慣習と同程度とまでいえないにせよ、相当程度ある）をも、これを物権として承認するべきである。右のごとき

物権を物権として承認することは、おそらくは、それを慣習上の物権として確立せしめるであろう。というのは、物権として承認されることにより、かかる物権の存在がそれだけ明らかにされ、また、その法的安全度が高まり、それらの結果として、普及度も慣習といえる程度にまで大きくなることが期待されうるからである。そして、かかる物権を慣習上の物権として確立せしめることは、結果的には、新しい物権に対する取引界の需要に応えることになるのである。(11)

問題は法的根拠づけである。慣習上の物権へ向って確立途上にある物権を、物権として承認する要件として、右において二個の要件（とりわけて公示具備という要件）を挙げたけれども、そのような要件を充足すれば物権としての承認を与えるに足る、といえる法的根拠はいずこにあるのか。これが本項での本論である。

筆者は、法的根拠として民法一七五条を考える。慣習上の物権についてならば、民法一七五条はたんに否認しないのみとし、承認の法的根拠として法例二条を挙げることができよう。したがって、かような物権についてはさておき、問題は、慣習上の物権へ向って確立途上にある物権である。かような物権を物権として承認する法的根拠としては、筆者は民法一七五条を挙げることができる（挙げるべきである）と解する。

ところで、民法一七五条の文理上は、法定の物権以外に効力を承認しないと読めるのであり、その表現もきわめて断定的であって例外を許容する余地はないように受けとれる。かような同条を前にして、右のようにいうことがはたして可能であろうか。

民法一七五条の文理はたしかに硬直である。それゆえ、同条をその文理に忠実に適用するならば、取引界が新しく要望してくる物権を承認することができず、取引の需要に応じえないであろう。他方、特別の立法によってそのような需要に敏速に応じることも、むしろ期待しえないであろう。したがって、取引需要に応じる（そして取引活潑

化、興隆をはかる）ためには、同条の趣旨（根拠）に反しない限り、慣習上の物権にまで至っておらずそのような物権へ向って確立途上にある物権をも、物権として承認するべきである。つまり、同条の趣旨に反しない限り、同条を根拠として右のような物権の効力を否認はしえない―積極的な根拠づけ（物権としての承認）は他に求めるほかはないであろう[12]―というに止まらず、積極的な根拠づけを提供しうるものとして、同条を解釈するべきである。同条の趣旨（根拠）としては、今日では、公示具備を問題とすれば足る（前述の第一要件）ことに異論はあるまい。

結局のところ、筆者としては、物権を、公示具備を要件として、同条を根拠に、広く物権として承認するべきであり（同条の立法趣旨(目的)―立法のさい起草者がどう考えていたかとは別に同条をかように機能させたいという意味での―をかく解する）、もって、取引の需要に応じるようにはかるべきである[13]、と考える。同条の立法趣旨を右のように解することないしはそのような解釈操作は―その詳細は後述するところに譲る―直後に述べる民法起草者の意図そのものとぴったりとは一致しないのであるけれども、その意図と相容れないものでは決してなく、その意図の延長線上に位置しうるもの（本来の、有すべかりし意図ともいえるもの）なのである。筆者が次に起草者の意図を一見するのも同条の右のような立法趣旨理解・解釈操作が究極においては起草者によっても支持されえたはずのものであることを主張し、私見の論拠を補強したいからにほかならない。

民法制定過程における議論を顧みれば、起草者は、なぜ物権を法定するかの理由を次のように説いた。すなわち、物権を人の意思でみだりに創設することは公益上許しえない。もし物権を「人意」で創設しうるとすれば、人の知らない権利が生じ、それを第三者に対抗しうることは不都合である。また、同条は、物権は慣習によって生じることを認めない主義をふくむ（慣習上の物権へ向って確立途上にある物権を承認しないことはいうまでもない、という結論になるであろう―筆者）。慣習という場合には、そのことに関している者だけは、その慣習の何たるかを知ってい

るけれども、物権のごとき絶対的なものが慣習によって生じうることを認めるならば、その弊害はやはり人意をもって創設する場合と同じである。慣習も多くの人の意思によって永い時間を加えてできたものであるから、慣習から新たな物権が生じることを認めない主義を採用したのである。[14]

右における「弊害」とは、おそらくは、権利関係の混乱、それによる取引安全の阻害、ということであろう。取引安全を阻害するおそれがあるから、「人意」による—慣習(過去からの、将来のを問わず慣習上の物権を否認するように受けとれる)もふくめて—創設を許さないという立場を採っているのである。[15] そうであるならば、封建的権利関係(物権)を承認するわけにはいかないにしても、それ以外の物権については、法定外なるがゆえにすべて否認されることにはなるまい。問題は公示であり、公示不十分による取引安全阻害[16]を回避することが起草者の究極の目的とされてしかるべきであったと解してよく、起草者の本来の意図はかようなものであったと解してさしつかえないであろう。さらにいえば、公示を要求し取引安全をはかることによって、その結果として、近代的取引の興隆を望むことが、起草者の究極目的であったとみられる。[17] 公示を具備し取引安全をそこなうことがないのに、「法律」上の物権ではないからという理由で、物権として承認せず、取引界が生み出した、新しい物権への需要をむげに抑止することに起草者ひいては立法関与者は加担する(した)であろうか。制定の過程においてこのような問題は提起されなかったという事情があるけれども、もし提起されていたならば、(むしろ当然に提起されるべき問題であった)その場合に彼等がそれほどまでに「法律」に拘泥する(した)ことはあるまい。彼等が「法律」に拘泥するのは、封建的権利関係の温存ないしは復活に連なるおそれのある物権にのみ関するのであって、取引界の要請する—公示を具備した—物権に関するのではないであろう。もし、かような物権についてまでも「法律」に拘泥するというのであれば、民法一七五条は取引界にとって障碍となり、取引の興隆という物権法定の究極目的は実現されがたくなるからである。

あるいは、起草者は、新しい物権を承認する立法措置が迅速にとられると予想していた結果、―公示ある法定外物権についても―「法律」に拘泥してもよいと考えていたのかも知れない。[18] 立法措置が迅速にとられない場合（取引界が求める法定外物権の承認が問題となるのはこの場合である）にはどうか、ということを考えていなかったのではないか。立法措置がとられることは容易とはいいがたいのであり、右のような起草者の予想がもし存したとすれば楽観にすぎたといわざるをえない。それはともかく、右のような推測をすることにしよう。とすれば、起草者は、民法一七五条を立法措置が迅速にとられることを前提としている規定であると解し、同条をもって「法律」に拘泥する規定であると考えていたことになるけれども、その前提が崩れる場合―むしろこのことをこそ予想するべきであった―にもなお、同条をもって「法律」に拘泥する規定であると起草者が考えたかどうかは、同条の究極目的にてらしてみて、はなはだ疑問である。おそらく起草者はそのようには考えなかったであろう。

前述のような事情および右に述べた前提が欠如している場合にまで、同条の拘束力は及ばないというべきではないか。この点は後述する解釈とも関係するところであり、後述するべきところともいえるが、「事情」「前提」に言及したついでにここで述べておく。制定過程において、公示ある法定外物権承認の可否は問題となっていなかったのである。かような問題（起草者としては考慮外であったが、考慮したなら承認という答を与えることが十分推測される）について、その問題を考慮外においてつくられた文言を、そのままストレートにあてはめることは、つまり同条が「法律」に拘泥するからという理由で結論を出す（公示が具備されていても法定外物権は承認されえないという結論を下す）のは大いに問題である。考慮外の問題については、同条の拘束力を及ぼさしめない―もとより起草者がたとえ考慮外であってもそれをもふくめてすべての法定外物権に拘束力を及ぼさせる意図を有した場合には再考の余地がある―と解して、解釈による問題処理の可能性を残すべきであろう。同様のことは、起草者が迅速な立法措置を前

提にして「法律」に拘泥する考えであったと解する場合にも、いいうるであろう。右のような前提が欠如している場合にまでも同条の拘束力を及ぼさしめるべきではなく、そのような場合の処理についてはやはり解釈に委ねるべきではないか。

ところで民法一七五条の文理はきわめて断定的・硬直的な表現形式を採っている。起草者は、右に述べた「事情」「前提」の存否いかんにかかわりなく、つねに「法律」に拘泥する意図を有していたのであろうか。そのような意図は、起草者の同条に関する究極目的（前述）にそうものとも断定しがたいのであるから、むしろ、否、と推測するべきである。しかしながら、硬直そのものの同条の文理を前にすれば、右のような推測をなすことは困難のように思われる。同条の文理は、右のような推測をなすことによって公示ある法定外物権を物権として承認しようという試みにとって、障碍となる。[19] 同条のような断定的硬直的な表現形式が採用されるにさいして、起草者は、右に述べたような、つねに「法律」に拘泥する意図を有していたのであろうか。もし、しかりとすれば、前述のごとき、「事情」「前提」欠如を理由とする、同条の拘束力排除も許されえなくなるであろう。

民法一七五条をして現行のような表現形式を採らしめたのは—起草者の説明によれば—積極明確な表現形式を採ることがそうでない表現形式よりも一そうはっきりと、同条の趣旨（この趣旨は、物権限定＝物権をみだりに創設しえない、と解するべきである）[20] を表明するであろうという考慮（積極明確と非積極不明確との間の選択）である。[21] 現行の表現形式は表現形式の間の比較選択から採用されたのであって—その結果としては、あまりに積極・明確すぎる表現形式が採用されるに至ったのである—、この形式を採用することによって、起草者はいかなる法定外物権についても「法律」に拘泥する意図を表現しようとした、とは断言しえない。起草者は—制定過程では議論されていない—そのような意図を有する旨明言しておらず、また、起草者にとっての同条の究極目的（前述）にてらしても、おそらく

は、反対の推測をする方が妥当であろう。

民法一七五条の表現形式について補足的に説明しておこう。同条はまさしく正面からはっきりと物権限定を宣言するものであり、積極明確でない表現形式、すなわち、広く一般的に物権限定を表明する趣旨の規定を設けない場合、[22] 物権限定を表明する規定は一応存するにしても同条のようにはっきり限定の旨を断定するに至っていない場合、[23] に比べて、物権限定の趣旨が十分に伝達されるであろう。同条の表現形式は、右のような積極明確でない表現形式に比べて、物権限定の趣旨をより一そうはっきりさせるという目的の手段として、採用されたと解することができる。ちなみに起草者の意図としては、積極明確な表現形式のみが唯一の正しい表現形式でありそうでない表現形式は誤りであると考えていた、ということはできない。ただ、起草者の意図としては物権限定の趣旨をより一そう徹底させることをめざしていたのであり、そのために、積極明確な表現形式の方をそうでない表現形式よりも優先させたのである。起草者は、積極明確な表現形式こそ唯一正当な表現形式であるというように、それを絶対化していたのではない。物権限定の趣旨を一般的に宣言する規定を設けない—その意味では消極不明確な表現形式を採っている—法制さえも、起草者によれば、その採用が全く問題にならぬ誤った法制であるとは考えられていなかったのである。[24]

現行民法一七五条の表現形式が採用された理由については右のように理解されうる。さらに、同条の表現形式については次のようにいえるであろう。起草者としては、同条によって、物権限定の趣旨が積極明確にうち出されることを望んでいたのである。そのさいもう一歩進んで、起草者は、積極明確に物権限定を表現する形式を採るにあたり、同条の表現形式そのままを—一字一句たりとも変えることなく—維持するのが正しい、積極明確な表現形式のうちではそれしかありえない、とまで考えたわけでもないであろうし、積極明確な表現形式であれば他の表現形式を却けるものではないであろう。積極明確性を有する表現形式であるならば（であってこそ）、起草者としては異論を唱える根

拠を持たないはずだからである。もっとも、右にいう他の表現形式が、民法一七五条と同様に、積極明確ではあるにしても、起草者の本来あるべかりし意図（公示具備の要件を充足した物権を物権として承認する）[25]を十分に反映しないものであれば、他の表現形式の採用如何を論じてみても当面の問題―公示ある法定外物権承認の可否―について生産的ではない。右にいう起草者のあるべかりし意図を反映するような表現形式の採用如何を論じて（どのような表現形式か、同条をそのような表現形式のものと変更解釈しうるか）こそ生産的である。そのような表現形式に対して、起草者として、異論をさしはさむ余地は全くないであろう。

以上要約すれば、民法一七五条の制定過程を顧みた場合に、次の三点を述べることができる。

第一に、同条制定過程における議論では、公示を具備した物権を―法定外の物権であっても―物権として承認することを許容するかどうか、という問題が提起されておらず、もし提起されていたならば、起草者にとっての同条制定の究極目的（前述）にてらして、起草者は、おそらくは、許容したものと推測されるのである。あるいは、起草者は立法措置が迅速にとられるとの前提を採っており、かかる前提が成り立たない場合について考慮していなかったと推測するとしても、かかる前提が成り立たない場合に起草者が出会ったとき、起草者は公示ある法定外物権を法定外ゆえに承認しないとはやはりいえないであろう。

第二に、同条の文言が硬直断定的であるのは、そのような表現形式を採ることによって起草者が「法律」に拘泥する意思を表明している、と解するべきではなく、物権をみだりに創設することを許さないという趣旨を比較的はっきりと（強すぎるくらいに）表現しうるためと解するべきである。

第三に、右のような目的で採用された同条の表現形式を起草者が一字一句の変更をも許すべからざるものとまで固執するとも解しえない。起草者が、起草者の有すべかりし意図に一そう適合した―ただし物権限定を積極明確に表現

することを要するが―表現形式を排斥するとは解しえないのである。

さて、右に述べたような理解を前提として、筆者は、民法一七五条を次のように解釈することにしたい。すなわち、同条中にある「本法其他ノ法律ニ定ムル」という文言を「公示アル」と変更して読むのである。かような変更のもとでも、本法その他の法律の定めた物権が物権として承認されることはいうまでもない。このように同条の文理そのものに直接に変更を施した形で解釈しても、右の第一―第三が充足されることは説くまでもないであろう。[26] そして、筆者は、このように同条を変更解釈することによって、公示を具備した物権は広く、慣習上の物権であろうと（これは法例二条によって認められる、というのでなく）、それに向って確立途上にある物権であろうとを問わないで、同条により、物権として承認されると解釈するのである。つまり、有力説のように同条は公示具備・不備を問わず法定外の物権を承認しない、と解したうえで、公示を具備した物権に同条を適用するのは同条の趣旨に反するからという理由により、公示を具備した物権については、同条を根拠として否認することはしない―積極的に物権として承認するためには法的根拠を他に求めなくては（慣習上の物権なら法例二条に）ならない[27]―と説く、に止まらず、同条をもって、公示を具備した物権（前述のように、慣習上の物権たるとそうでない物権たるとを問わない）を積極的に承認する法的根拠と解するのである。民法一七五条は物権法の出発点をなす規定として、どのような物権を承認しどのような物権を承認しないかをはっきりさせるべき規定（物権法の対象をはっきりさせる）と解するべきであって、たんに否認はしないに止まりはたして物権として承認するや否やは同条としては不確定であるというような余地のある消極的な規定と解するべきではない、かように筆者は解するのである。

右において、公示具備を要件として解しているからといって、つねにいかなる場合にも公示を具備することを要件とするというのではなく、公示をあえて具備するまでもないくらいにその存在が周知されている物権については、公

示具備を要求しないで、これを物権として承認・処遇すると解する余地がある。[28]

以上のように民法一七五条を解釈する(変更解釈については註(26)のほか後述第二をぜひ参考されたい)とすれば、民法上物権として規定されている物権は、利用度の高いことを予想して提示されている物権であって、例示的な意義を有するのであり、限定的な意義を有するものではない、と解さなくてはならない。

筆者の立場によれば、公示具備が充足されるならば—この点は取引の安全さらには興隆のために同条としては譲歩しえないけれども、それ以外の点は同条にとって重要ではないのであるから—問題の物権が慣習上の物権であろうと慣習上の物権に向っての確立途上にある物権であろうとを問わず、同条としては物権として承認するのである。かくのごとく筆者の立場は同条をもって物権を承認するにあたって開放的である。同条の文言を「法律」のうちには慣習法もふくまれると解する立場によれば、[29]同条は慣習上の物権を積極的に承認していることになるが、それにしても物権は「法定」のものに限定されることに変りはない。ところが、筆者の立場は、慣習上の物権にまで至らずそれに向って確立途上にある物権をも、公示具備を要件として承認するのであるから、もはや法定＝限定という立場とはいえない。この点において、物権法定＝限定主義無用論ともいえるのであろう。

同条を筆者のように変更解釈するとすれば、同条が公示具備を要件として物権を広く承認することを宣言するものであるという点に存在理由を有するのはむろんのこととして、それ以外には存在理由がないように思われる。反面、どのような存在理由を喪失することになるのかといえば、別段の喪失もないであろう。同条の存在理由喪失を問題とするについて、二点をとりあげたい。その一は、同条の「法律」が「命令」をふくむかどうかという点に関する。その二は、同条が物権を法定＝限定することにより、物権として処遇するべきか否かについて疑いを容れうる権利について、民法上の処遇をはっきりさせた点に関する。

その一からはじめよう。同条の文言をそのままのものと前提すれば、同条は、物権を創設する制定法の形式としては「命令」ではなく「法律」でなければならないことを規定しているとも解しうる余地があり、この点に同条の存在理由があるともいえるけれども、はたしてそのような存在理由ありといえるのかどうか、物権を創設するのに命令をもってしてもよいか法律をもってしなければならないかについては、たんに条文上命令と区別された用語としての「法律」という語が用いられている（民法は命令をふくませる場合は法令という―二条、四三条、二〇六条等）ということよりも[30]（もとよりそれも判断の重要ファクターになるが）、より実質的な判断―広く国民の財産権に重大にかかわる事項を命令によって定めさせてよいかどうか（国民の代表から成る国会の判断を経るべきでないか）―が決め手になるのであり[31]、そのような実質的判断の必要性は、同条をそのままの文言と受けとる立場では存在し（あるいは存在せず）、変更解釈の立場では存在しない（あるいは存在する）ともいえないのである。いずれの立場を採るにせよ、実質的判断をしなくてはならないのであり―変更解釈の立場でも、制定法で物権を創設するには「命令」でもよいかという問題がある―、この点において差を生じない。[32][32ノ二]

ところで、民法一七五条にいう「法律」は「命令」をふくまないと解されている（起草者も、学説もしかり）けれども、そのさいなされる実質的な判断にもとづく理由（実質的な理由）は何か。以下述べることは、変更解釈の立場にもあてはまると考える。もとより民法一七五条の文言をそのままと受けとることを前提とする議論は別である。起草者はこの理由として、物権を創設するには法律をもってするのが（大日本帝国）憲法の精神に適合する、と説いている。憲法上は、物権を創設するには法律でなくてはならず命令をもってしてはなしえない旨規定されているわけではないけれども、物権を創設するには法律に限り、命令をもってはなしえないと解した方が憲法の精神にかなっている、と起草者は考えたのである。すなわち、憲法二七条[33]において所有権が保障されている。所有権は法律によるので

なければ侵害されない（法律によれば許される）。起草者の言によれば、「其所有権ヲ皆取ッテ仕舞ウコトニナッテモ宜シイ其所有権ノ一部分ヲ取ッテモ皆二十七条ニ這入ッテ居リマス」。とすれば、所有権の一部分を取ったともいえる権利、たとえば、地上権、地役権等が法律によらないで創設しうるというのは、同条に抵触するのではないか。また、憲法九条[34]も憲法二七条の精神に反してまでも命令によって物権を創設しうると規定しているのではあるまい。憲法九条の但書と憲法二七条とは並び立って行なわれるべきものであろう。[35]かように起草者は解して、現行民法一七五条（当時一七六条）の「法律」は「命令」をふくまないと説いたのである。ともかく、憲法上明文があるわけではなく、起草者としては憲法の精神を推測して、「法律」は「命令」をふくまないと解したのである。[36]学説は、物権のようにすべての権利義務に影響するものを命令によって創設することは不当である、ということを実質的理由としている。[37]

起草者のように憲法の精神を援用するとすれば、日本国憲法のもとでは憲法二九条二項を援用することになるのであろう。そのさい、日本国憲法の精神なるものも必ずしもはっきりしているわけではない。既存の物権（とくに所有権）の内容にも法律で制限を加えうるということを憲法の条項は述べているのであって、新しい物権を創設する場合について直接にはなんら語っていないからである。筆者としては、憲法が財産権の内容を法律で定めると規定しているところから、物権創設（これも財産権内容を定めることともいえよう）も「法律」によるべきだと解する。筆者の解するところ、憲法の精神を右条項について論議するよりは（するまでもなく）、日本国憲法のもとにおいて「命令」の所管事項がどのようなものかを一見した方が、結論を出すのに早道であろう。結論をいえば、物権の創設は法律によるべきであって、命令（委任命令もふくめて）によってなされえないのである。日本国憲法のもとでは、大日本帝国憲法のもとにおけるのとは異なり、代行命令（同法八条）も独立命令（同法九条）も認められず、「命令」として考えるべきものは執行命令、委任命令のみである（憲法七三条六号）。[38]執行命令は法律の施行細則的な内容のものであ

って、この命令によって物権を創設するのは本末をとりちがえることになるであろう。委任命令によって物権を創設することはどうか。国会が立法権を独占するという憲法上の建前（憲法四一条）にてらしたならば、法律の委任によるとはいえ、命令によって新しい物権を創設する―…権という物権の創設が抽象的一般的に宣言される―ことは委任の限界を超えるものではないか。かくて、物権を創設するには命令ではなく法律によらなくてはならない、というべきであろう。[39] 要するに「憲法の精神」としては、憲法が命令の所管事項を狭く限っている―委任命令の場合でも委任の限界は狭いと解するべきである―という点に着眼するべきである。学説が、すべての人の権利義務に影響するものを命令によって創設することは不当であると説く背後にも、同様の考慮が働らいているのであろう。そのさい加えて、学説は「法律」と「法令」とは民法の用語上も区別されているとし、民法一七五条は用語のうえでの例外であるとは述べていないのであるから、民法一七五条の「法律」は文字どおり法律であって、委任命令もふくまない、と説くのであろう。

ところで、民法二〇六条の定める命令が委任命令であると解するのが通説であるが、[40] ここで委任命令を認めるのであるなら、民法一七五条の「法律」は委任命令をふくむと解しえないか。既存物権の内容に制限を加えるのは委任の限界内にあり、新しい物権を創設するのは委任の限界外にあるのであって、やはり、否定するべきであろう。憲法上「委任の限界」とは何か。筆者にとってよくわかりかねる問題であり、大方の御教示をえたい。

その二についてはこういうことができる。すなわち、同条をその文言に変更を加えず物権法定＝限定と解しようと、変更解釈をする立場に立とうと、或る権利が物権として処遇されるべきかどうかに争いがある場合に、民法としてはどのようなものとして処遇するかをはっきりさせる、当の権利が物権か否かの争いに民法上決着をつける、という点では変りはない。この点では存在理由に差を生じることはない。たとえば、賃借権は民法上物権として規定されてお

らず債権とされている（民六〇一条以下）のであるから、賃借権が物権として処遇さるべきか債権として処遇さるべきかについて争いがあるにしても、民法上の身分としては、債権として処遇されることがはっきりするわけである。[41] あるいはまた、留置権をとりあげれば、留置権は債権的拒絶権能であるのか、それとも、物権であるのか、その法律構成上争いがある。[42] 民法上は留置権（民二九五条以下）は物権編中に組み込まれていることから、民法としては物権として処遇するということができるであろう。[43] 物権法定＝限定の立場なら、民法上の権利が物権のカタログ内に見当らなければ直ちにその権利は民法上は物権でないことがわかる。変更解釈の立場（物権として民法上規定されているものは例示）のもとでも、問題の権利が物権のカタログ内に見出されなくても債権なら債権として規定されているのであれば、これまた直ちに、当該の権利は物権としてではなく債権として処遇される（民法上の身分は債権である）ことがわかるのである。物権法定＝限定たると変更解釈たると、この点において差はないのである。

民法（その他の法律）上物権として（あるいは債権その他の権利として）規定されていない権利についてはどうか。物権法定＝限定といっても慣習上の物権をふくむという立場を採れば、慣習上の物権については差を生じない。慣習上の物権に向って確立途上にある物権については、すくなくとも従来の物権法定＝限定主義の立場からは、かかる物権を物権として承認するのかどうか答がなされていないのであり、もし否という答であるとすれば、右のような物権をも物権として承認しうる変更解釈の方が、民法一七五条のカバー領域をそれだけ拡大したことになって、同条の存在理由を増さしめることになるのである。

右のように考察しきたれば、民法一七五条を変更解釈することによって、同条の存在理由が増しこそすれ、減ずることはない、ということができるであろう。

これまでの叙述から、筆者の立場の概要は述べたつもりである。さらに、以下において一念のため述べる程度のも

のもあるが―若干の問題点を付加しておきたい。

第一に、公示具備に関して、その程度が問題である。公示を具備しさえすれば物権として承認される、といっても、公示の程度に限界があるのであって、ひいては、物権として承認されるものにも限界が設けられることになる。(1)で述べたように、筆者のいう「公示具備」(権利関係の公示があること)とは、権利存在の公示(外部からの認識可能性)の存在および内容予測可能性の存在ということであり、しかも、物権法定主義と抵触しないためにはそのいずれも、取引観念上、取引に支障ない程度に存在しなくてはならない(十分性、容易性)。たとえば、標識を設けて権利の存在、内容を記述しても、その標識じたいが物的に貧弱で消失しやすいとか、あるいは物的な貧弱さからひいては記載内容が消失しやすいものであるとか、標識の物的完全さを度外視するにしても、記載内容が複雑であって理解するのに過大の時間を要するという場合には、「公示具備」は存しないのである。したがって、公示さえ具備すれば、といっても、物権が手軽に承認されることにはならない。(44) もし、外部からの認識、内容予測がかろうじてできる、できないとはいえない、程度でも公示ありとし、物権として承認するのであれば、物権の種類が多くなり、程度の低い(取引観念上支障のない程度まで至っていない)公示にまでも取引にさいして注意を払わざるをえなくなって、それだけ取引に支障をきたすことにもなるであろう。筆者のいう「公示具備」とは、一定の程度に達したものをさすのであり(その公示方法には各種あろう)(45)―その認定も実は必ずしも容易ではないけれども―、どのような程度の外部的認識可能性、内容予測可能性でもことごとく「公示具備」なる要件を充足する、ということを意味するものではない。

第二に、筆者のように民法一七五条を読むことは、解釈論の域をはみ出しており、立法論を展開している(同条の文理を前にして無理である)のではないか、という提起されそうな異論について言及しておかねばならない。

筆者のような立場では、法文に存在している語を存在していない語で置きかえて読む、法文を変更することになる

わけである。そうすることが直ちに「立法論」かどうかは問題である。従来でも、法文中の文言を別の文言と入れかえて読む（変更解釈）[46]ことは行なわれてきており、その場合にそれが「立法論」として常に許されない、とは説かれていないのである。たとえば、借地法一〇条にいう「請求」を「一方的申入」と解釈するような場合である。[47]

変更解釈はいかなる場合に許されるか。変更解釈をすることが許される場合として説かれるところによれば、変更解釈は条文の文理から離れる度合がきわめて大きいゆえ、軽々には許さるべきではないにしても、立法上の誤りがあることが明らかな場合であって、しかも変更解釈をした方が法秩序全体の調和の維持にも役立ち、他の法令との関係も矛盾なく解釈でき、かつ、不当に個人の人権を侵害せず、社会の正義と公平の要求にも合致する場合には、変更解釈を認めてさしつかえない。[48]筆者もこれに同調したい。

民法一七五条についていえば—同条を設けることによって、起草者が物権を将来にわたっても法定物権にのみ限定しようとする（した）こと（真意はともかく条文上も註(15)の起草者の言からも受けとれる）は、立法上の誤りであるといえよう。そのような限定づけは、将来の取引社会の需要にかせをはめる以外の何物でもなく、起草者が同条設定の究極目的と考えていた、取引安全の保護ひいては取引興隆（前述）と相容れないからである。変更解釈をなして、公示具備を要件として法定外物権の承認へ道を開くことは、まさに、取引社会の新たに生み出す需要に応えるものであって、法を社会の推移に柔軟に対応せしめることにほかならない。取引社会の生み出す需要（もとより是認しうるものでなくてならない）に応えることは、社会の正義に合致する。また、正当な需要に支えられた法定外物権をも法定外だからといって否認する、ことを止め、承認すべきものは承認して法定物権との間に差別扱いをしないという意味において、公平の要求にも合致する。そのほか、変更解釈をする（公示具備を要件として法定外物権を承認する）ことが現行法秩序の調和を乱すとはいえないであろう（調和維持に役立つかどうかは筆者にはわからないがすく

なくとも調和を破ることはない)。公示具備を要件としているのは物権法の原則に即応するものである。法定外物権を承認することも、慣習上の物権については法例二条のごとき明文の承認もあることから、法秩序の調和を乱す(法秩序の目的、よって立つ原則、構造からみて許されがたい)ものではない。慣習上の物権にまで至らずそれに向って確立途上にある物権を承認することも、別段明文の禁止規定が存するわけでもなく、法例二条による慣習上の物権承認のみでは応じきれない取引社会の需要に応じうるのであり、かかる努力を払うことが現行法秩序の調和を乱すとは考えられない。一方、矛盾した規定が存するわけでもなく、他方、物権法の理想ともいうべき、取引社会の需要への対処、という点で十二分に対処することになるからには、法秩序としては大いに望ましいことであって、調和を乱す、とはいえず、またそのような否定的評価をなすべきではないであろう。また、変更解釈をすることは、具体的な法令と矛盾するものではない(この点については後述第三参照)。最後に、変更解釈が、個人の人権侵害をもたらすものではないことはいうまでもない。加えて、変更解釈をなすにさいして考慮さるべきは、判例によっても同条の文理に忠実な適用が実情にあわない(必ずしも問題の権利が取引客体になるものとは限らない—墓地使用権のごとし)ことが意識され、実情にあわせるために事実上同条を無視する判例(変更解釈と同様に、公示具備を要件に物件として承認する立場を採るとみられるものもある)もあるという事実である。[49] 変更解釈を採る立場はこの事実を直視し、さらにその方向を推進すること、そのさいの法律論を提示することをめざすものである。変更解釈の立場が結局もたらすことは(公示具備を要件とする同条無視)、すでに事実上行なわれていることであって、必ずしも新奇なことではないのであり、法律論を異にするだけのことなのである。以上の考察により、筆者は、民法一七五条の変更解釈を肯定したいと考える。

あるいは、変更解釈を施すのではなく、民法一七五条を縮小適用(適用領域の限定というべきか)して、同条は公示

を具備した物権（慣習上の物権、それに向って確立途上にある物権を問わない）には適用されない、と解釈する余地もあるであろう。かような解釈方法を、筆者としては、排斥するわけではない。そのような解釈方法の方が、法文を変更するという形をとるよりもはるかに穏健で、一般に受けいれられやすいであろう。筆者が先述来、法文の変更という形での解釈を主張してきたのは、そのような（一見）より一そうドラスチックな形をとってさえも、解釈論として公示を具備した物権を承認しうるといいたいからなのである。したがって、右にいう「縮小適用」という方向を歓迎こそすれ、決して排斥するものではない。条文の表現形式がこの点の障害になるとも思われない。民法一七五条の文理上は一刀両断的に「…得ス」となっており、例外のつけ入るすきはおよそないように見える。しかしながら、法文が例外を許さないような形をとっているから例外は許されないのだ、と断言できるであろうか。たとえば、民法六一二条を一見すれば、法文上は賃借権の無断譲渡・賃借物の無断転貸を「スルコトヲ得ス」となっており（「得ス」といっても無効ではなく、賃借権の譲受人、転借人は賃貸人に対抗しえないと解されている）[50]、譲渡・転貸は賃貸人の承諾がなければ一切許されない（対抗しえない）ように読める。しかし、周知のように、たとえ賃貸人の承諾がなくとも、無断譲渡・転貸が賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない場合には、譲受人・転借人は譲受・転借をもって賃貸人に対抗しうる（同条二項による賃貸借解除もなされえない）と解されている。[51] 文章の形は必ずしも解釈の決め手にならない。

民法一七五条をどう解釈すべきか。筆者は、公示ある法定外物権について同条の禁止の拘束力は及ばない（及ばせるべきでない）と解する。そのわけは、すでに述べたことと重なるけれども、便宜上ここでも述べておくのが適当である。既述のごとく、同条の起草にさいしては、公示ある法定外物権—これは当然に問題とされてもよかった。というのは取引安全保護を一理由として同条を設けようとする以上公示が問題となってしかるべきだから—について検討

されず（もし検討されていたら否認されていたろうか）、かかる物権の処遇いかんは考慮外であったこと、同条が文字どおり法定＝限定の趣旨で設けられたとしても、その場合起草者は立法措置が適宜とられることを予定していたのではなかったかとも推測されること、からみて、公示を具備した法定外物権を承認しうるかどうか、立法措置が迅速にとられない場合にはどうか、という問題については、同条はなんら定めていない、ということができる。起草者が現行民法一七五条の文言を採用したからといって、事情のいかんを問わず、「法律」に拘泥する意図を有したとも考えられないことについても既述した。そこで、筆者はこう考える。公示を具備した法定外物権につき立法措置が迅速にとられない場合に、その法定外物権を承認するかどうかという問に対して、同条を根拠として否定の答をなすべきではない（禁止は及ばない）。進んで同条を根拠として肯定の答をなすべきである。同条は―変更解釈の場合と同じ説明となる―物権法（物権についての原則法）の出発点をなす規定として、どの物権を認め、認めないかはっきりさせるべきで、否認はしないが認めるのは他の法規によるというような消極的な規定と解するべきではない。肯定の答をなすことによって取引社会の生み出す需要に応じうるのはむろんであり、起草者としても、そのことに異論のあるはずはないであろう。

同条が公示ある法定外物権に及ばないとして、同条によってカバーされるのはどのような法定外物権か。公示ありなしを問わず封建的な権利関係を内容とする（すでにかかる関係は消滅したと思われるがそれを復活させることになる）物権、公示を具備しない物権[52]（同条によって承認を受けるにつき公示具備が常に必要とは限らないことはすでに述べた―取引場裡に登場してくるものについては必要と解するべきであろう）、そのほか、内容が公序良俗に反する物権、がそれに該当するものとして考えられる。

右に述べたように、公示を具備した法定外物権を同条の禁止のカバーする範囲外におき、同条を根拠にしてこれに物

権としての承認を与える立場は、従来、全くなかったわけではない。[53] 筆者は、右にいう法定外物権を慣習上の物権にまで至らないでそれに向って確立途上にある物権にまでも拡げようとするほか、説明の仕方を異にするのである。

第三に、慣習上の物権に関して、法例二条と民法一七五条との関係が問題となる。筆者の立場によれば、民法一七五条は、法例二条をまつまでもなく、慣習上の物権を承認するのであり―そのほか慣習上の物権へ向って確立途上にある物権をも前者は承認するが―、慣習上の物権を承認するについて法例二条は必要がない規定だということになる。民法一七五条じたい、公示ある慣習上の物権（将来のものもふくめ）を物権として承認する規定であり、かかる慣習上の物権は、法例二条にいう「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」に該当すると解されうる。民法一七五条は公示を具備した慣習上の物権を、包括的に、物権として承認しているわけである。そのほか、右「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」としては、民法によって、個別的に承認されているものもある（たとえば入会権―民二六三条）。[54] それはともかく、民法一七五条を筆者のように解するならば、公示を具備した慣習上の物権に関しては、法例二条は不要に帰した、といってもよいであろう。あるいは、民法一七五条じたいですでに承認しているものを、さらに法例二条によって「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」ゆえ承認するということになる（確認的）わけである。[55] かくて、公示を具備した慣習上の物権に関しては法例二条は不要となるけれども、法例二条が他の面においても全く存在理由を失なうことにはならない。というのは、法例二条は物権に限らず、物権をもふくめて―さらに民法以外の法律にも関する―慣習の法源性を承認する規定だからである。

筆者のように民法一七五条を解することによって、公示を具備した慣習上の物権を物権として承認することにつき、従来なされてきたような説明よりも、一そうすっきりした説明を提示しうる、ということができるであろう。従来、慣習上の物権が物権として承認されるための法的構成は種々存してきた。それらの法的構成により、結果的には、慣

習上の物権は物権として承認されているのであるから、別段異論を唱える必要もないけれども、それらの構成が煩雑であり、より一そう直截な構成が望ましい、という感を筆者は抱かざるをえない。より一そう直截な構成を求めるとすれば、筆者の立場のように、民法一七五条の解釈に答を求めるほかあるまい。もっとも、従来でも、慣習上の物権を承認するについては、民法一七五条、法例二条を無視せよ、という形での、きわめて直截な構成が存してきた。[56] 筆者の立場はそれほどに大胆な立場ではなく—といっても、慣習上の物権に至らない物権までも承認する点をとらえれば、より一そう大胆な立場だともいえる—民法一七五条の存在を前提としたうえで、慣習上の物権（および、それに向って確立途上にある物権）を承認しようとするのである。くり返すことになるが、慣習上の物権についていえば、筆者は民法一七五条じたいが公示を具備した慣習上の物権を承認する（法例二条にいわゆる「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」）と解する。従来、若干のニュアンスはあるが、公示を具備した慣習上の物権を、法例二条にいわゆる「法令ノ規定ナキ事項ニ関スルモノ」として承認せよと説く立場がある。その結論に至るまでの経路は必ずしも容易でない。なるほど、民法その他の法律上規定されていない慣習上の物権（たとえば、温泉権）は、「法令ノ規定ナキ事項ニ関スルモノ」ということができるであろう。しかし、出発点として、民法一七五条は広く一般的に慣習上の物権を否認する規定であると解する限り、慣習上の物権は承認される可能性がないことになる。法例二条としては法律によって禁じられた慣習の効力を承認しないと解されるからである。公示を具備した慣習上の物権を承認するには、民法一七五条の強行性の適用範囲を限定し公示を具備した慣習上の物権は同条によって否認されないと解するほかないであろう。かような慣習上の物権は慣習上の物権否認の範囲外であって、それについては法律は否認していない。そこで、そのような物権は法例二条によって承認されるわけである。かような迂路を経て、公示を具備した慣習上の物権を承認するに[56ノ二]対して、筆者はよりストレートに承認しえないかと考えるのである。そのほか、従来の立場についての筆者

の感想は註記する[57]に止める。

第四に、民法施行法三五条をどのように解釈するかも問題となる。筆者の立場によれば、民法一七五条は、公示具備を要件として、法定外物権に対し物権としての承認を与える。民施法三五条としても、公示を考慮して解釈しうるのではないか。民法施行前から存続する慣習上の物権（内容にもよるという点は留保して）でも公示を具備しているならば（この意味については、「第一」として前述した個所を参照されたい）否認する必要がない。民法施行前に発生した慣習上の物権は、民法その他の法律に定めるものでなくとも、民法施行後も、公示を備えることを要件として―これもすでに述べたが公示を具備するまでもなく周知されていれば別である―民施法三五条により否認されず（民法一七五条が適用されるならば法定外物権が否認されると前提して、かかる物権には同条が適用されず）、それじたいにより承認される（承認は法例二条によるというのではない）、あるいは、同条によって適用されると解した場合の民法一七五条により物権として承認されるべきである[58]。

この場所を借りてついでに述べておけば、従来、民施法三五条は、民法施行前の慣習上の物権を整理することを目的としており、民法施行後に慣習によって生じる物権を必ずしも否認するものではない、と説明されてきた[59]。右において「整理する」とは、廃止する、効力を否認する、という意味に受けとってよいであろう。民法施行前に発生し施行後も存続する慣習上の物権は効力を否認されるわけである[60]。筆者は次のように考える。

まず、民法施行前に発生した物権だからというその一事によって効力を否認する（入会権のごとく法律により承認されているものは別としても）のは問題である。公示を具備しているならば、淵源が民法施行前であっても、物権として承認するべきではないか。民法一七五条（私見によれば、民施法三五条についても同様のことがいえよう）の立法の根拠として公示実現（による権利関係の混乱回避）を挙げる立場としては（どの立場もこれを挙げる）―内容

が封建的なものとかあまりに複雑で公示具備しえないものは別として―公示具備の要件が充足されているにもかかわらず、物権として承認しないのは理由を欠く。もし、公示が具備されているのに、民法施行後に生じた慣習上の物権ならば承認し、施行前から存する慣習上の物権は承認しないというのであれば―発生時期いかんによって差別する―態度として一貫しない。

次に、民施法三五条について前述したような従来の理解が、その一根拠を同条の文理に求めるとすれば、つまり、同条はもっぱら民法施行前の慣習上の物権についてのみ言及しており、民法施行後に生じる慣習上の物権については言及していないということに求めるとすれば、それだけでは説得力に乏しい。というのは、なるほど同条の文理は、「…民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ…」となっており民法施行後生じる慣習上の物権に言及していないが、これは、民法施行後は法定外の物権を承認しないのであり、民法施行後に生じる慣習上の物権が承認されないのはいうまでもなく、民法施行前に生じたものであっても既得の権利として尊重されるのでなく民法施行後は法定の物権でなければ効力を承認されない、という意味であるとも読むことができるからである。要するに、同条は民法施行後生じる慣習上の物権を否認することを前提としている、ということもできるのである。民法一七五条の起草者の意図そのものが前述したように（本来の意図はともかく、表面上は）法定外の物権を一切承認しないというものであったことを参酌すれば、民施法三五条もそれをふまえている条文とみうるのであり、したがって、筆者のように解する方がすなおであろう。[61] 起草者の意図から離れて解釈するというのであれば別問題である。この点が従来はっきりしていない。[61ノ二]

民法一七五条が公示を具備した慣習上の物権を否認するものではないと解するならば、民法施行後生じる慣習上の物権も承認される可能性がある。その場合に、民施法三五条が文理上、民法施行前の慣習上の物権にのみ言及している（かような物権を整理することを目的とする）ことを理由に、同条は民法施行後に生じる慣習上の物権を否認する

ものではない、と説いて、右物権承認の障碍となりそうなもの（民施法三五条は施行後生じる慣習上の物権を否認すると解釈する）を封じることもできなくはない（さらにいえば、民施法三五条が施行後生じる慣習上の物権に言及していないを問わず、いわば本体である民法一七五条を右のように解する場合には、民施法三五条もそれと同様に解するべきことになる）。この立場に対しては、公示具備を重視するのであれば、民施法三五条としても民法施行前に生じた慣習上の物権を一概に整理しきることを目的とせず、公示を具備するものは排斥しないと解するべきではないか、という前述の問題が提起されるわけである。

最後に、慣習上の物権を承認するにあたり民法一七五条、法例二条を無視するべきだ、という立場について、民施法三五条との関連において一言しておく。この立場は、社会の需要にもとづいて発生してくる慣習を制定法（民法一七五条、法例二条）によって制限ないし抑止することはできない、というのである。さらにいえば、一片の法条を制定したからといって、将来、社会の必要に迫られて慣習が発生してくることは防ぎようもない、あえて防ごうとすれば、法の活力をそぐことになって有害である、[62] というのである。この立場のように、制定法に対する慣習の力を重視するのであれば、将来発生する慣習について説くことは、すでに過去において発生している慣習についてもまた、あてはまることになるであろう。つまり、この立場のように慣習の力を制定法の力によって抑止しきれないところのものとして大きく評価するのならば、すでに生じている慣習が一片の法条制定によってことごとく消滅するとは断じがたい。また、存続しているものは、否認されるべきだというよりむしろ尊重され承認されるべきだということになる。当面の問題に即していえば、民施法三五条は民法施行前に生じた慣習上の物権を整理することを目的としているにしても、同条によって、民法施行前に生じていた慣習上の物権がすべて消滅するとは、この立場によれば、期待しがたく、消滅しないで残存しているものがあれば、それを承認することになるであろう。[63] それとも、消滅しないで存

続する物権のうち、否認されるものもありうるのかどうか、この点はっきりしない。[64] あるいはこの立場は、民施法三五条によって、民法施行前に発生していた慣習上の物権はすべて消滅した、とでも説くのであろうか。とすれば、すでに生じている慣習上の物権に対する法条の実効性と将来生じてくる慣習上の物権に対する法条の実効性とでは差を認めるのであろうか。認めるとすればそれはなぜか。当面問題としている立場については以上のような問題があるように思われるのである。

さて、譲渡担保権(＝準抵当権)について考察の焦点をあわせることにする。もはや多くを論じる必要もなかろう。筆者のように民法一七五条を解釈するとして、譲渡担保権はその解釈が物権承認につき要請する要件を充足するかどうかを一見すれば足る。すなわち、公示具備という要件についていえば、外部からの認識可能性（もっとも、この点については後述するところに譲られることになるが）[65]も内容予測可能性も十分かつ容易（Ⅰ参照）に存在するのである。また、譲渡担保権の内容も公序良俗に反するものでもなくまさに承認されうる（されるべき）物権である。[66] かくて、筆者によれば、譲渡担保権は民法一七五条によって承認されうるのである。

譲渡担保権は民法一七五条（物権法定主義）の根拠に牴触しない（Ⅰ）のみならず、より一そう積極的に、民法一七五条によって物権として承認されうる（Ⅱ）のである。譲渡担保権は筆者によれば、慣習上の物権に向って確立途上にある物権である（慣習上の物権にまで至っていない）けれども、かかる物権も民法一七五条により承認されるのである。民法一七五条はそのような物権をも物権として承認する規定である。本章三(2)(ロ)(f)(iii)の冒頭部分において筆者が提起した問題に対して、筆者は上記のように回答する。

註

(1) 限定すなわち法定された物権以外の物権は一切承認しないという意味での物権法定＝限定は成立しえない、というのである。民法一七五条が全く無意味化されるわけではない。同条はみだりには法定外物権を承認するべきでない（公示を具備する限りは承認する）、という原則を表現する規定としての意味を有するのである。ここでは、以上の点のみを述べておけば足るであろう。このほか、民法一七五条の存在理由については、本文において後述するところを参照されたい。

(2) 舟橋・物権法（法律学全集）一八頁参照。

(3) 法例二条にいう「慣習」（上の物権）に準じるものとして（「法令ニ規定ナキ事項」に関する慣習上の物権に準じて）、慣習上の物権に向って確立途上にある物権を扱うことは許されないか。答は否であろう。わが国の法体系上、法源は制定法の形式をとるのが原則（法源をなるべく制定法に独占させようとする）であるけれども、例外的に、制定法という形式をとらないもの（慣習）にも、一定要件のもとに法源たる資格を与えるのが法例二条である、と筆者は解するのである。かように解するならば（法例二条が例外的な意味をもつ規定であり、慣習でさえかような程度の扱いしか受けない）、制定法以外に法源たりうるものを追加する（当面問題なのは、慣習上の物権にまで至らない物権を承認すること）結果をもたらす解釈は、採用されがたいことになるであろう。ただし、制定法それじたいが、慣習上の物権に向って確立途上にある物権を、とくに物権として承認しこれに民法上の効力を付与する旨規定することはもとより可能である。筆者は、法例二条は、慣習上の物権に向って確立途上にある物権をカバーしえず、かかる物権は、民法一七五条じたいによって、物権として承認され民法上の効力を付与されうる、と解する。この点については本文で後述する。

(4) 譲渡担保権者の地位が判例の力によってすでに担保物権化されている、といえることは説くまでもないであろう。判例が譲渡担保の所有権的構成をとりつつも、実質＝担保を考慮して、実質にふさわしい処理をはかってきていることについては、我妻・判例コンメンタール担保物権法五三二頁以下、とくに五三五―五三七頁、およびそこで指示されている個所（四宮）参照。判例は、右文献において指摘されているように、被担保債権と譲渡担保との関係（付従性、随伴性）とか清算型の推定とか、を承認しており、対外的関係においても―譲渡担保権者の破産の場合、設定者について会社更生手続が開始した場合について―譲渡担保権者の「所有権」を抑制しているのである（これらの点の詳細は右文献に譲っておく）。譲渡担保権者は「所有権者」とはされていても、現実には、対内対外両側面において、担保のために担保物の価値を優先的に支配する権利（つまり担保物権）を有する者として処遇されているのである。かかる地位を筆者は「譲渡担保権」と呼ぶ。この権利は、その内容が完全に

判明確定しているわけではない。未だ確定されていない内容もあるであろう。たとえば、担保物に対し設定者の他の債権者が差押をした場合に、譲渡担保権者は第三者異議の訴を提起しうるのか、優先弁済請求の訴を提起しうるに止まるのか、という問題について、担保的処理の傾向のもとで前者ではなく後者という結論が最高裁判所によって与えられるかどうか、未だはっきりしない。かような問題も将来確定されていくことであろう。そうすることによって、譲渡担保権の内容固定度がより一そう大きくなるわけである。かように、筆者は「譲渡担保権」を、すでに物権（担保物権）であり、内容固定度はすでに大きいのであるが、今後、内容固定度を一そう高める物権と考えるのである。その点はともかくとして、近時の学説においても、判例が譲渡担保権者を担保権者として処遇することから、新しい物権の生成が問題（物権法定主義との関係）とされている。その詳しい展開は今後に残されている（我妻・前掲・判例コンメンタール五三二頁およびそこに引用されている文献参照）。そして、まさに本稿は、この問題についていささかたりとも展開しようとするものなのである。

（5）譲渡担保権者が対外的効力の面においてまでも担保物権者として処遇されるべきである、という学説が決定的になったのは昭和三四年の私法学会「シンポジウム・譲渡担保」以後ではないかと筆者には思われる（三ヶ月・譲渡担保と租税・民訴研究二巻二四五頁参照）。最高裁判所が譲渡担保権者を対外的側面において担保物権者として処遇する方向を打ち出したのは、昭和四〇年代にはいってからである。判例として、最高判昭和四一年四月二八日民集二〇巻四号九〇〇頁を挙げうる。担保目的でなされる代物弁済予約について近時いくつかの、担保的な処理をはかる判例がみられる。代表例として、最高判昭和四二年一一月一六日民集二一巻九号二四三〇頁を挙げうる。かようにして、近時においては、実質＝担保と形式とがずれている場合において、実質に即した処理をする方向が判例によって採用されるに至ったのである。かような方向が判例によって採用されるに至ったのは、右に一見したように、やはり近時であるということがここでは重要である。

（6）筆者は、所有権的構成がどの程度定着しているのかいないのか、譲渡担保権がどの程度定着しているのかいないのか、別段実態調査をしたわけではないから、確信をもっていずれとも断言することはできない。担保的処理の傾向が定着したといっても日が浅いことでもあり（前註参照）、担保的処理の傾向は下級裁判所においても、未だ必ずしも定着しているとはいいがたく思われる（詳細はわからないが、設定者の他の債権者による目的物差押に対し譲渡担保権者に第三者異議の訴を承認する長野地裁松本支部判決昭和四三年(ワ)第七〇号―東京高判昭和四四年一月二四日判例時報五四七号一一頁記載による。この東京高判は松本支部判決を変更している）ことでもあるので、本文のように疑問を止めておく方が安全であろう。

(7) どの程度固定・普及していればすでに慣習といえるのか、未だ慣習とはいいがたいのか、その区別規準を提示することは残念ながら当面の筆者にはできかねることである。それにもかかわらず、筆者によれば、法定外物権にもいろいろな段階（社会的事実としての平面で）のものがあって、慣習上の物権（法例二条により物権として承認される）かそうでないか（たんに恣意的に創り出されたもので、物権として承認されえない）という二者択一で割り切ることはできない。中間の段階として、慣習上の物権へ向って確立途上にある物権として把握さるべきものもあり、それをそのようなものとしてそのままにとらえて（慣習上の物権あるいはそうでなくて物権として承認されえないもののいずれかへ押し込めて属せしめることなく）、それが取引界の是認さるべき需要にもとづく限り、物権として承認するべきである。これが、本項において、慣習上の物権にまで至っていないが、慣習上の物権へ向って確立途上にある物権（譲渡担保権を筆者はかようにとらえることが無理のすくないとらえ方であると考える）なるものを想定するにあたって、筆者の抱いた考えである。

(8) 鈴木一郎・民法一七五条と慣習法・東北学院大学論集四一号一八〇頁末尾もおそらくは一脈相通ずる考えに立つのであろう。ただ、そこでは、慣習のうち或るものを認め、或るものを否認し、或るものを一部肯定一部否認するというように、国家の政策としてきめるべきだと述べられており、立法論としてなのか、解釈論としてなのか（民法一七五条の、それとも法例二条の？）必ずしもはっきりしない。筆者は、慣習上の物権のうちで公示を具備するものは、民法一七五条の解釈としてこれを物権として承認し民法上の効力を付与しうると解するのである。

(9) 民法一七五条がすべての慣習上の物権に適用されるとは限らず適用されないものもあることが前提である。立法の根拠にてらして、公示具備が同条によって要求されよう。法例二条の文理上は、（「法令ノ規定ナキ事項ニ関スル」）慣習上の物権を物権として承認するについて、公序良俗に反しないことを要求するほか、別段、公示具備を要求してはいない。しかし、物権の承認と公示具備とは不可分であるというべきであって、慣習上の物権を承認するにさいして公示具備は同条としても当然に予定しているというべきであろう。学説は、慣習上の物権を承認するについてさまざまなニュアンスを示しているけれども—民一七五条不適用・法例二条適用、法例二条→民一七五条適用、民一七五条・法例二条ともに不適用—いずれにせよ、公示具備を必要と解している（舟橋・物権法一八頁、林良平・物権法二四頁、末弘・物権法（上）三一頁、我妻・物権法二四頁）。学説の紹介については、舟橋・注釈民法(6)一〇三—一〇四頁（徳本）、甲斐・慣習法上の物権・法学教室七号一三〇頁参照。

(10) 物権じたいの内容（特約を付加することを別として）が公序良俗に反する具体例を見出すことは困難なように思われる。な

んらかの適例―とくに実際の例―を御教示くだされば幸いである。なお、後註(66)参照。

(11) 本文に掲げた二個の要件をみれば、「法令ニ規定ナキ事項」に関する慣習上の物権に向って確立途上にある物権については、あたかも法例二条をもって、物権性承認の根拠とするかのごとき感じを与えるかも知れない。しかし、そうではないことについて本文で後述するほか、前註(3)参照。

(12) そのさい法例二条を援用することは、筆者としては賛成しがたいことにつき前註(3)参照。

(13) 民法一七五条を文理に忠実に適用することが今日の、将来の、実情にあわないことはいうまでもないであろう。しかるべき公示を具備している物権は承認されるべきだと考える。物権秩序が民法制定当時のそれに固定され以後一切動かしえない、と定めることは、取引界の需要にもあわず、どだい民法起草者ないし制定者がそのような権利を後世の人間に対して有するかどうか疑問である。しかし、ともかく民法一七五条は存在しているのであるから、筆者は公示具備を要件として民法一七五条により物権性を承認するべきだという結論を、同条起草者も十分に肯定しえたものである、あるいは、起草者が法定外物権一切拒否という考えを抱いていたにせよ、それには或る事情（あるいは前提）があった（らしい）のであり（制定過程での議論に、法定外の物権が公示を具備していたらどうかという問題が登場していなかったという事情があったほか、立法措置が迅速にとられることが起草者によって前提されていたように思われる）、その事情（前提）が欠如していたら、別の考えが採られていたであろうことが十分推測しうる、それらの事情とか前提の欠けている場合にまで同条の拘束力を及ぼさせるのは疑わしい、というように根拠づけようとするのである。この個所では上記のような方向のみを述べておけば足るし、述べておくことは便宜でもあろう。

(14) 穂積陳重発言・法典調査会議事速記録六ノ八。最も重要な議論がされた機会について先に述べておこう。それは、明治二七年五月二二日の第一四回法典調査会においてであり、第一七六条として、現行の民法一七五条と同一文言の条文が原案として提出され、穂積陳重博士（同博士が討議の中心となった）の冒頭趣旨説明をはじめとして討議され（梅・富井両博士、とくに後者はほとんど発言せず）、途中、高木豊三委員の修正案（「物権ハ法律ノ規定ニ因ルニ非サレハ之ヲ創設スルコトヲ得ス」）も提出された（ほかに、穂積八束委員も修正案提出を示唆した―後註(32ノ一)参照）けれども、結局において原案どおり確定された。その後、整理会では議論も字句修正もなされなかったようである（第三回民法整理会・明治二七年一二月二五日・同議事速記録一ノ九九以下、とくに一ノ一一二参照、第七回民法整理会・明治二八年一二月二三日・同議事速記録三ノ三二参照）。条

文番号がいつ変更されたのか、当面の筆者(資料不足もあるし、資料の検討不足もあるかも知れぬが)にとっては定かでない。第三回民法整理会では、一七六条とされていて、変更も加えられなかったようであるが、第七回民法整理会では一七五条であることが前提されているようである。筆者の利用しうる資料として、「民法修正案」(明治二七年一二月二九日配付と記載がある)では、一七六条の六が抹消されて五となっている。それがいつなされたのか、筆者には未だ定かではない。

右に述べた諸会に先立ち、第三回民法主査会(明治二六年五月二六日)において、起草委員より、乙第七号ノ一議案として、「物権ハ民法及ヒ特別法令ニ定ムルモノノ外之ヲ認メサルコト」が提出されて富井政章博士が説明し、議論がかわされた。その結果、異議なく承認されたのである(民法主査会議事速記録一ノ一〇五以下)。これは、起草の仕方として、民法中の重大事項について起草委員が予め主査会の意見を徴しておくために提出したものである。つまり、「予決議案」であった。乙号議案とはそのようなものであった(この点については明治二六年五月一二日の第一回主査会における富井政章博士の説明を参照—民法主査会議事速記録一ノ二)。第三回主査会の当時には、起草者としては、物権法定主義を条文化するかどうか未だ確定していなかったが、条文化する方針に傾いていたようである。すなわち、箕作麟祥博士が「之ヲ認メサルコト」とあるがこれを条文化するというのか、それともそのような主義をとるということだけを定めておこうというのか、と問うたのに答えて、富井政章博士は「其言ヲ明言スルカ、或ハ明言セストモ然ウ解釈セラルルヤウニスルカ、夫ハ本文ニ掛ッタ上デナケレバ分リマセヌガ、多分条文ニ現ハスコトニナラウト思ヒマス」と述べているのである(民法主査会議事速記録一ノ一〇六)。次いで明治二六年七月四日の第三回委員総会でも物権限定につき若干議論あり(民法総会議事速記録一ノ八九以下)、明治二七年五月一七日には民法一七六条(現行一七五条と同一文言)が調査会の各委員へ配布された(民法第一議案)。

右検討を経て、物権法定主義を宣明した条文が確定(民法修正案理由書物権編一七五条は現行と同文)された(議会での議論を知りえなかったが、修正変更はなかったとみてよい)のである(制定過程の文献を引用するさい原文の漢字を、それが見慣れない場合には、現行の漢字あるいはかなに改めて引用する)。

(15) 前註(14)引用の穂積発言および、梅・民法要義巻之二・三—四頁。なお、富井・民法原論第二巻三三頁も同旨と受けとってよいであろう。これら起草者の考えは、民法一七五条の根拠として普通説かれているように、一面では、封建的な権利関係(物権)を整理し(この錯雑した権利関係をそのまま存続させることじたい取引安全を害する—鈴木一郎・前掲論文一六四頁、前註引用の第三回民法総会での梅博士・末延道成委員の発言参照)、他面では、将来に向っても、法定外物権を阻止すること

によって「弊害」を防止することにあったのであろう。前者の方は前註(14)引用の法典調査会の議事録にははっきりあらわれていないけれども（梅・前掲書四頁も明言しているとはいえないがその趣旨をうかがわしめる）、前註(14)で言及した第三回民法主査会において、富井政章博士は、この点について明言していわく（民法主査会議事速記録一ノ一〇五―一〇六）「…（前略）…物権ト云フ権利ハスベテ一般ノ人ニ対抗スルコトヲ得ベキ強力ノ権利デアル、夫故ニ大抵ノ国ノ法律ニ於テハ法律ニ之ヲ限定シテゴザイマス、即チ新法典ニ於テモ亦フランス民法ニ於テモ亦、ドイツ民法草案ニ於テモ物権ト云フモノハ是々ニ限ル、スベテ慣習ヲ以テ物権ヲ認メルト云フコトハ許シテナイ、若シ此民法ガ実施ノ後ニ是迄我国ノ慣習ニ於テ認メテアルト云ッテ種々ノ物権ガ現ハレ出タトキハ其弊害ヤ実ニ大ナルモノデアラウト思ヒマス、夫故ニ物権ハ物権ニ列記シテアルモノニ限リ慣習ノ物権ヲ認メル効力ハ無イト云フコトヲタシカニ定メテ置ク事ガ必要デアラウト考ヘマス、是ガ此案ヲ提出致シマシタル理由デアリマス」（傍点―筆者）。さらに同博士はいわく（同速記録一ノ一〇七）、「此趣意ハ曾テ提出致シマシタル予決議案ニ成文法ニ反セサル限リニ慣習ノ効力ヲ認メルト云フ事ガアリマシタガ、シカシ物権ヲ認メルト云フ効力ハ慣習ニハ無イ、之ハ何処マデモ成文ニ依ラネバナラヌ、斯ウ云フ物権ハ幕府時代ノ慣習ニアルト云フヤウナ事ハ言ヘナイノデアリマス」（傍点―筆者）（なお、富井・前掲書三三頁）。幕府時代になくて民法施行後に新しく生じる慣習上の物権（公示具備しようとしまいと）については、右主査会においては議論されていない。後者の方も必ずしもはっきりしないけれども、将来の法定外物権をも阻止することが、起草にあたって考えられていたのであろう。というわけはこうである。右穂積発言中にいわく、「（前略）慣習ヨリシテ新タナル物権ガ生スルコトハ出来ヌト云フ主義ヲ採ッタノデアリマス（後略）」（傍点―筆者）。梅・前掲書四―五頁は、将来生じる慣習上の物権を否認する旨明言していないけれども、そのことを前提として、将来必要が生じた場合には法律をもって随時定めうると、考えていたように受けとれる（「本法ニ掲ケタル物権ハ既ニ右ニ列挙スルカ如シト雖モ他ノ法律ヲ以テ定ムル物権ハ社会ノ必要ニ応シ随時之ヲ定ムヘキカ故ニ予メ其種類ヲ断定スルコト能ハス」なお註(18)参照）。富井・前掲書三三頁も将来生じる慣習上の物権を否認する趣旨に受けとることができる。これらの文献においては、将来生じる慣習上の物権はすべて否認するのか、公示を具備しているなら否認しないのか、この点はなんら言及されていない。

(16)　封建的権利関係（物権）は、公示に適していなかったのではないかと筆者には思われる。封建的権利関係の詳細を挙げるだけの能力も暇も筆者にはない。これらの関係の一端については、鈴木一郎・前掲論文一六六―一七〇頁参照。これらの関係が錯雑であったことは確かであり、公示が困難であったであろうと思われる（前註で言及した梅・末延委員の発言参照）。

(17) 梅・前掲書三頁は、物権の制度が宜しきをえれば大いに国富を増進させる補助となるが、その制度が宜しきをえないならば取引の安全を害し国家の経済に容易ならざる影響を及ぼすおそれがある旨を説く。物権法定主義を採用するのも、つまるところは、物権の制度宜しきをえさせて取引安全・興隆をはかり大いに国富を増進させるためであった、といえよう。

(18) 物権の種類を法定の物権に限っておいて、慣習によって生じた物権を承認しないというのであれば、取引社会の必要に応じて新たな物権を承認するには、立法によるほかないわけである（中馬・民法第一七五条論・鹿児島大学教育学部研究紀要9・四一頁参照）。梅・前掲書四―五頁は、物権法定の根拠についての叙述に続いて、他の法律をもって定める物権は社会の必要に応じ随時これを定むべきがゆえに予めその種類を断定しえない旨述べている。慣習上の物権を承認するかどうかについて述べていないことと考えあわせるならば、ここでは、特別法の制定によって取引社会の需要は十分充足されうると考えていたのであろう。なお註(14)引用の第三回民法総会で梅博士は立法していく場合「命令」によることもありうると述べている。

(19) 現行民法一七五条のごとき大上段の表現形式を前にすれば、法定外の物権を承認する解釈論は多少とも技巧的な感じが残らざるをえない（慣習上の物権を承認する解釈論につき、水本・慣習法上の物権・判例演習（物権法）六―七頁）。

(20) 起草者が民法一七五条の趣旨として、物権限定を考えていたことはたしかであり、制定過程での議論をみる限りでは、限定の意向は強いものであった。しかし、それは公示ある法定外物権をどう処遇するかについての議論があった結果なのではない（もし議論がなされていたらおそらく起草者はかような物権を承認したであろう―この点は本文で既述）のであるから、起草者のえがいていた同条の趣旨＝物権限定としても、公示ある法定外物権を排斥しないものと解しうる余地がある。

(21) 穂積陳重発言・法典調査会議事速記録六ノ九においては、次のような説明がされている。「…（前略）…ドイツ民法草案等ヲ見ルト然ウ云フコトヲ言ハズシテ裏カラ規定致シテアルヤウデアリマス例ヘハ処分権ノナイ所有権ト云フモノヲ意思デ設ケルコトハ出来ヌト云フ規定ヲ裏カラシテ設ケテ居リマス其説明ヲ読ンデ見ルト物権ト云フモノハ意思デ出来ヌト云フ原則ヲ裏面カラ表ハシタモノデアルト云フヤウニ説明シテアリマス…（中略）…裏面カラシテ之ヲ定メマスルト云フ方法モ少シ分リ悪イカラ夫レヨリハ一般ノ規定ニシテ特ニ其種類ハ法律ノ創設ニ依テ居ルモノト云フコトハ明デアリマス…（後略）…」この説明を受けているのか、岡松・註釈民法理由・上巻・四六六頁はドイツ民法第一草案七九六条のごときは、「意思ニ因リテ随意ニ所有権其他ノ物権ヲ除却制限スルコトヲ得スト規定シ以テ表（裏？　―筆者）面ヨリ物権ノ随意創設ヲ禁スルノ方法ヲ採ルモ立法ノ主義ヲ明ニスルヲ可ナリト信スルヲ以テ本法ハ直接ニ本条ノ規定ヲ設ク」と説いている。なお、現行ドイツ民法においては、

民法一七五条に相応する条文は存在していない。

物権を限定づける規定の仕方としては、ほかに、物権を列記する仕方もある。これについて、穂積陳重博士はいわく、「…(前略)…既成法典財産編第二条ハ列記法ノ主義ヲ採ッテ居ル物権ト云フモノハ之ダケデアル即チ計ヘ立テテ之ダケガ物権ジヤト云ッテ夫レデ物権ノ種類ヲ限定致シマシタ…(中略)…本法ハ列記法ニ拠リマスル既成法典デアルトカ…(中略)…然ウ云フ風ノ列記法ノ主義ハ採リマセナンダ何故採ラナカッタト云フト此後モ法律デ出来得ルモノデアルカラ之ダケト極メルコトハ少シ嫌ヒマシタ…(後略)…」(法典調査会議事速記録六ノ九)。これによれば、列記法を却けた理由は、列記法が表現形式として積極明確でないということではなかったわけである。もっとも、物権の種類を限定して列記するにしても、フランス民法五四三条のごとく、「財ニツイテハ所有権又ハ単ナル収益権若シクハ単純ニ地役権ヲ取得スルコトガデキル」(中馬・前掲論文・五九頁の訳を利用させていただく)と規定しているのみ(民法一七五条のごとき禁止を明言した条文はフランス民法にはない)では、この規定は限定の趣旨が強く出ないで物権を例示しているに止まり、他にも物権を人意で創設しうるのではないか、という疑いを容れる余地もあろう。この点では、民法一七五条のように、大上段にずばりと物権の任意創設を禁じる旨表現する方が、物権限定の趣旨が強く伝達されて、そのような疑いをひとまずにせよ(というのは公示を具備すればどうかという問題がなお生じるから)、解消させることになるであろう。かような意味では、列記法よりも民法一七五条のように表現する方が物権限定の趣旨を表明するのには、より一そう適切であるといえるのではないか。梅・前掲書・四頁が、法文で明らかに物権の種類を限定するのでなければ往々にして疑いを生じ、そのために物権の制度をしてやや不確実ならしめることにもなり、現にフランスのごときはしかりである、という旨説いているのはあるいは上記のごとき考慮が働らいていたからかも知れない。フランス民法五四三条については後註(23)で触れるところをも参照されたい。

穂積発言の言及しているドイツ民法第一草案(七九六条—註(14)でふれた民法第一議案では参照法条として独一草七九六と条文番号のみが明示されている)の該当条文は次のようなものであった。すなわち、「所有権其他物ニツイテノ権利ヲ有スル者カ其権利ヲ処分スル権能ハ法律行為ニヨリ第三者ニ対スル効力ヲ以テ之ヲ排除又ハ制限スルコトヲ得ス但法律ニ別段ノ定メアルトキハ此限リニ在ラス」(Staudinger, a. a. O., Allg. T., 11 Aufl. §137 Anm. 1による)。穂積博士の言及している既成法典財産編第二条(旧民法財産編第二条)は、次のように規定している。すなわち、「第二条　物権ハ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モノニシテ主タル有リ従タル有リ主タル物権ハ之ヲ左ニ掲ク」として第一—第四まで権利を列記し、

次いで、「従タル物権ハ之ヲ左ニ掲ク」として第一―第六まで権利を列記する（中川編・体系民法事典九五七頁による）。物権法定主義の比較法的研究については、中馬・前掲論文五九―六〇頁参照。

(22) ドイツ民法には民法一七五条のごとく広く一般的に物権限定を表明するための規定はおかれていない。いわば裏からという形で物権限定を表明している規定もみられる。ドイツ民法第一三七条がそれである。すなわち、同条は、「譲渡性アル権利ヲ処分スル権能ハ法律行為ニヨリ排除スルコトヲ得ス処分セサル義務負担ノ効力ハコレカタメニ妨ケラルルコトナシ」と規定する。法律行為による譲渡禁止の効果を物権的側面と債権的側面とに分けて規定し、前者の側面では否定しているわけである。これによって物権限定というプリンシプルを貫こうとするのである(Staudinger, a. a. O., Allg. T., 11 Aufl. §137 Anm. 1,la.)。「物権限定」は、これを一般的に宣言した法条を欠くけれども広く承認されている。Wolff-Raiser, a. a. O., §2 II 1; Westermann, a. a. O., §3 III; Baur, a. a. O., §1 II 2,3; Staudinger, a. a. O., Sachenrecht, 11 Aufl. Einl. Anm. 11-13; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S.137, Bd. II/1, SS.179-180. 物権の限定が承認されているもとで、慣習による法形成も承認せられており、譲渡担保はその例として挙げられている。Wolff-Raiser, a. a. O., §2 II 1 Anm. 7; Staudinger, a. a. O., Allg. T., 11 Aufl. Einl. Anm., 42, Sachenrecht, 11 Aufl. Einl. Anm. 12.

ドイツとフランスで物権限定の表現形式がなぜ異なることになったのか、その由来は当面の筆者には及びえなかった。

(23) 前註(21)引用のごとくフランス民法五四三条は物権を列記している形を採っているけれども、これによって物権限定という趣旨がはっきり伝達されるかどうかは疑わしい。筆者の知る限りでは、一方には、同条は物権限定という趣旨を表明した（他の物権の創設を許さない）と解する説があり(Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome II, 1966, N°. 1287, p. 1054)、他方では、さほどきびしい限定の趣旨を表明しているとも解さない説もある。ただし筆者としてはこの見解を明言する文献を直接参照することはできなかった。フレデリック・ジュオン・デ・ロングレー・対物権と対人権―比較法制史的研究（福井編訳・仏蘭西法学の諸相所収、その二六八―二六九頁)、中馬・前掲論文五九頁を参考としたものである。なお、Ripert et Boulanger, Traité de Droit Civil, Tome II, 1957, N°. 2226, p.781. は、契約によって任意に法定外の物権を創設することを容認するとしても、公示を具備することが困難である（対抗力を具備しえず、よって、実際問題として右創設は意味がない、というのであろう）、と説いている。M. Wolff in Heinsheimers Zivilgesetz der Gegenwart I, 152 zu art.543 c. civ. のごく簡単な説明では必ずしもはっきり断定しえないが、さほどきびしい限定の趣旨を表明している条文とも解していないようである。なお、Wolff-

Raiser, a. a. O., § 2 II 1 Anm. 5 をも参照。

(24) 前註(21)引用の穂積発言参照。

(25) この点については、本文において、起草者にとって民法一七五条の究極目的は公示不十分による取引安全阻害回避、取引の興隆にあるのではないか、公示ある法定外物権の承認可否がもし制定の過程で問題とされていた場合には、起草者はどのような答を与えたであろうか、起草者はあるいは立法措置が適宜とられてゆくと前提していたかも知れないが、もしその前提が欠如している場面にのぞんだならば、起草者はどのような答を与えたであろうか、という議論を行なったさいに触れたので、くり返さない。念のために註記しておく。

(26) それにしても若干の説明を加えておく必要があろう。制定過程において問題提起がなされないままに、あるいは、立法措置が迅速にとられるとの前提のもとに、つくられた法条は、問題が提起された場合、前提が欠如している場合（公示ある法定外物権承認の可否につき決定を必要とする場合は、まさしくかような場合に該当するのである）には、拘束力を及ぼさせるべきでないと筆者は考える。解釈の余地がそれだけ拡大されることになる。その解釈として筆者は変更解釈（「縮小適用」につき後述）を試みる。筆者は、公示ある法定外物権を物権として承認しこれに民法上の効力を付与するべきだと解するのであるが、かかる解釈も本来は起草者の許容するところであったであろう。文理上は無理なように見えるにしても、その無理は、第一―第三の事由を顧慮すれば（第一につき右述）除去されうるものである。つまり、変更解釈（限定の旨は明確）をするとしてもそれはおそらく起草者の望むところ（すくなくとも異論はない）なのであり、かつ、民法一七五条の表現形式それじたいを起草者は絶対化していた（修正変更一切不可と考えていた）とも思われないのである。加えてまた、同条を緩和することは今日および将来の取引社会の要請に応えることにもなるのである。加えて、端的にいえば、筆者は、同条の表現形式は―制定当時からさえも―誤りであると解しており、その誤りならびにその誤りを矯正する必要性は客観的に明白であると考えるのである。それゆえに、変更解釈することも許されると解する。

(27) 舟橋・前掲書・物権法一八頁。なお、この説をもふくめて他の説についてもいえることであるが、慣習上の物権のほかに、それに向って確立途上にある物権というカテゴリーをも考えるべきではないかと考える（前註(7)参照）。

(28) 入会権のごとき物権はこれに該当するであろう（舟橋・前掲書・物権法一八頁）。取引客体となることが活潑な物権についても同様の理はあてはまると考える。ただし、取引客体となることが活潑な物権であってあえて公示を施すまでもなくその存在

が周知のものとなっていることが期待しうるかどうかは疑わしい。動産譲渡担保権などを考えてみればこの点は明らかであろう。或る企業の動産は譲渡担保にはいっており（かつ、そのことは周知されている）、どのような方法であれ公示をするに及ばない、というような事態がはたして到来するであろうか。

(29) 林良平・前掲書・二四頁。ただし、公示方法が原則として要求されるとする。つまり、慣習上の物権であればどのような物権でもすべて「法律」中にふくませるわけではないのである。巧妙な解釈論ではあるが、それでもなお、民法施行前から存在し存続する慣習上の物権（入会権のごとく民法の承認するものは別）は民施法三五条によって効力を否認されるのか（水本・前掲研究・判例演習（物権法）六頁）どうかはっきりしない。その他この立場についての筆者の感想は後註(57)に譲る。

(30) もとより起草者はかような用語の使い分けを意識していた。穂積陳重発言・法典調査会議事速記録六ノ一一。穂積八束発言「…（前略）…人ノ合意トカ或ハ慣習ト云フヤウナモノデ公益ニ反スル物権ヲ定ムルコトハ出来ヌ斯ウ云フノガ旨意デアッテ何モ其法律デナクテハ出来ヌトカ辞ヲ換ヘテ見レバ此法律等ト厳格ニ解釈シテ国会ノ協賛ヲ経テ発布スルモノデナケレバ出来ヌトカ然ウ云フヤウナ立法者ニ対シテ之ガ検束スルモノデハナイ心得テ居リマスルガソコノ所ヲ一応承ッテ置キタイ」に対して、穂積陳重博士は答えていわく、「勿論其法律ト致シマシタ以上ハ起草致シマスル時分ニ充分ニ考ヘテ此処ニ法令ト用ヰスシテ法律ト用ヰタノデアリマス…（後略）…」（傍点―筆者）。右速記録六ノ一二―一三にも、穂積陳重発言として、「夫故ニ或所デハ法令ト書キ或所デハ法律ト書クト明ニ此処デハ法律デナケレバナラヌト立法者ガ認メタト云フコトハ分ルデアラウト思ヒマス…（後略）…」という発言が記録されている。民法典の用語の使い分けを説く学説として、我妻・前掲書・物権法二四頁。

(31) 民法の用語例としては「法律」と「法令」とを区別しているといえるにしても、それは通常の用語例であって、とくに民法一七五条に関しては、「法律」を「法令」という意味に解するべきだ、という考え方もありうるわけである。そして、両者を区別する立場を守るにせよ、そうでないにせよ、なぜ用語を区別するかしないかについての実質的判断を示さなくてはならなくなる。そうでなければ説得力が乏しい。

(32) 民法一七五条を現行の条文どおりに受けとる立場でも「法律」が「命令」をふくむかどうかは問題となりうるのであり、その場合にも前註(31)で述べたごとく実質的判断が要請されるほか、変更解釈の立場についてもやはり同じ要請がなされると考える。変更解釈のいわんとすることは、法定外物権でも公示を具備すれば物権として承認するということであるが、その立場では制定法の創設した物権を物権として承認することは当然視されているのである。そして、変更解釈の立場でも、物権が制

定法によって創設される場合には、「法律」でなくてはならないのか「命令」でもさしつかえないのか、という点についての判断をせざるをえなくなるのである。

（32ノ一）　民法一七五条をそのままの文言どおりに受けとって、同条が物権を創設するには法律でなくてはならないと定めているのか、命令でもよいと定めているのか、に関しては実は若干問題がある。あまり重要な問題ではないが―考え方は異なっても結局において得られる結論に変りはないので―問題となる可能性もないわけではないと考えるので一言しておく。同条は、物権は法律に定めるものの以外に創設しえないと規定しているので、これを、立法者に対しての命令と解して、（立法者は）物権は法律に定めるものの以外に創設しえない→（立法者は）物権を定めるには法律で定めなくてならない、と読むわけである。かように読んだ場合でも、「法律」中に「命令」がふくまれるかどうかは問題となる。その場合に民法の用語例が問題を考える一資料となる。もとよりそれだけではなく、本文で記述したように実質的判断（それは本文で後述する憲法の解釈に連なるのであるが）が決め手となる。しかし、民法が立法者に対して制定法の形式について命じると解するのは問題ではないか（そのように命じることは憲法のするべきことではないか）。民法でも立法者に対して命じてさしつかえないとしても、民法としては第一次的には人民に対して命じていると解するべきである。民法一七五条は第一次的には、人民は法律の定める物権以外の物権を創設してはならない、と命じていると解すべきである。そう解するにしても「法律」が「命令」をふくむか否かは問題になる。やはり民法の用語例が判断の一資料となる。「法律」が「命令」をふくむと解するのは命令で物権を創設しうることを前提するわけであるが、それが許されると解することは憲法の解釈上困難である（本文で後述する）。あるいは、こういうことも考えられる。民法の用語例にしたがって、「法律」は「命令」をふくまないと解した場合に、命令で創設された物権を人民が設定したとする。民法一七五条の禁じているのは人民に対し法定外の物権を創設することであって、設定する（立法者の予め創設した物権を行使する）ことではないから、その物権は効力を有することになる。しかし、命令で物権を創設することは憲法の解釈上やはり許されないと解されるので結局、命令で創設された物権を人民が設定することも許されないことになる。以上、民法一七五条を、立法者への命令、人民への命令いずれと解しても「法律」は「命令」をふくまないことに変りはない。

変更解釈の場合にはどうか。変更解釈した場合の民法一七五条を、（立法者は）物権を創設するには公示を具備させなくてはならない、というように解するとしても、それにしても、制定法の形式は法律に限るか、命令でもさしつかえないか問題である。この決定は、憲法との関連でなさるべきである。あるいは民法一七五条を、（人民は）物権を創設するには公示を具備させ

なくてはならない、と解するにしても、人民が制定法上の物権を設定することは許されるにちがいなく、その制定法の形式は法律に限るのか命令でもよいのかという問題は残る。この決定はやはり憲法との関連でなさるべきである。変更解釈の立場でも、物権を創設する制定法の形式いかんという問題は存在する。

上記の点については、制定の過程ですでに議論がなされていた（変更解釈云々については別）のであり、筆者はそれから示唆を受けた。法典調査会議事速記録六ノ一八―一九によれば、穂積八束発言「…（前略）…此条ハ重モニ当事者ニ対シテ命令スルコトノヤウニ見エテ態々人民ニ向テ国家ガ定メタ物権デナケレハ御前達ガ勝手ニ定メルコトハ出来ヌゾト云フヤウニ聞エル恐レガアリマス若シモ法律デ定ムルト云フ趣意デアレバ憲法等ノ精神ニ従ッテ立法者ニ対スル命令デアルナラバ『物権ハ法律ヲ以テ之ヲ創設ス』トカ『物権ノ創設ハ法律ヲ以テ定ム』トカ直接ニ然ウ云フ風ニ書クノガ一番明瞭デアラウト思ヒマスガ…（後略）…」に対して穂積陳重博士は次のように答えている。「立法者ニ対スル命令ト云フコトデアリマシタガ私ハ然ウデハアルマイト思ヒマス固ヨリ民法カ立法者ニ対シテ命令スルコトハ出来ヌシ又シナイコトテアル先ツ法律ノ精神ニ従ッテ人民ニ対スル矢張リ命令デアリマス…（中略）…私モ前ニ申シタ通リ勝手ニ人民ガ作ルコトハ出来ヌ慣習デ出来ルト思フテハイケナイト云フコトヲ申シタノデス夫レデ勅令デ出スコトハイケヌト云フコトヲ云フ積リデハナイ勅令デハ固ヨリイケヌト思ヒマスカラアリノママヲ書イテ置イタノデアリマス立法者ニ対スル命令ト云フ意味デアリマスレバ其通リニ書キマスガ其意味デナイ…（後略）…」（起草者が大日本帝国憲法のもとで、物権を創設するには法律をもってすることを要すると解していたことにつき、本文後述を参照）。第三回民法主査会において富井政章博士は「物権ハ民法及ヒ特別法令ニ定ムルモノノ外之ヲ認メサルコト」という議案を提出した（前註(14)参照）。ここでいう「特別法令」という意味は民法以外の特別の法律という意味か、命令を意味するのか、はっきりしない。同博士は法典調査会で民法一七六条（現行民法一七五条）が討議されたさいには、発言らしい発言をほとんどしていないので、その議事速記録（六ノ七―二〇）からは同博士の意図はうかがいえないが、右主査会では議案提出者、討議の中心人物として発言されており、そのうちに、次のような応答があった。すなわち、田部芳発言として、「特別法令ニ物権ヲ掲ケルトアリマスガ是ハ何ウ云フ種類ノ物権ヲ重モニ御掲ケニナルノテアリマスカ」との質問があり、これに対して同博士は次のように答えた。「是ハ今日ニナクテモ先キデ出来ルカモ知レヌ、今日デモ永小作ノ如キハ特別法デ定メルコトニナッテ居ル又入会ノ如キモノモ或ハ特別法デ定メルカモ知レマセヌ、詰リ特別法ト云フモノハ此民法法典ト同一ノ効力カアル、唯慣習ニ対シテ成文法デナケレバ物権ハ認メルコトガ出来ナイト云フコトヲ明記スルノテアリマス」（民法主査会議事速記

録一ノ一〇六)。この答えからは、「特別法令」は法律なのか命令をふくむか定かでない(その後命令を除く―委任命令は別―ことが明らかになった。富井・前掲書三四頁)。なお右「特別法」は、民法施行前から存する慣習上の物権についてのものなのであって、民法施行後に新しく生じる慣習上の物権は考慮におかれていないように受けとれる。すくなくとも、考慮においていたことがはっきりしない。「是ハ今日ニナクテモ先キデ出来ルカモ知レヌ」とは、将来新しい物権が生じることを考慮しているようにも受けとれるが、「入会ノ如キ…」から判断すると、そうでなく、すでに存する慣習上の物権を将来は特別法で承認することになるかも知れないと述べているとも受けとれる。民法施行後に生じる慣習上の物権をどのように処遇するつもりであったのか(全部否認しきって放置するか、公示があるものはそのまま承認するのか、全部否認するが特別法を迅速に設けることによって必要には応じうるしそのようにして応じるつもりであるのか、これが最も意図に近いように思われる)不明確である。

(33) 日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルヽコトナシ公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

(34) 天皇ハ法律ヲ執行スル為ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス

(35) 法典調査会議事速記録六ノ一三によれば、横田国臣発言「…(前略)…物権ハ法律デ定ムル憲法ニ之ガ適ッテ居ル憲法ニ物権ハ必ズ法律デナケラネバナラヌト云フヤウナ箇条カゴザイマスルカ」に答えて穂積陳重博士は本文記載の旨を説き、続けて、「何ウモ此方ガ穏カデアロウト思ヒマシテ法令ト云フコトニモ考ヘテ見マシタガ法律ノ方ガ穏カデアラウト思ッテ法律トシタノデアリマス」と説いている(同速記録六ノ一四)。

(36) 本文並びに前註(35)記載の穂積答弁に対し、未だ了解しかねるとして、横田国臣発言として次のような追及がなされた。「…(前略)…憲法ノ第二十七条ニ『日本臣民ハ其所有権ヲ侵サルヽコトナシ』トアルガ夫レハ斯ウ云フモノヲ直チニ物権ニシテ今迄ノモノ迄モ物権ニスルト云フノナラバ夫レハ所有権ヲ侵スコトニナルカモ知レヌ例ヘバ賃借権ハ物権デナイトシテアルノヲ以後ハ物権トスルトカ何ントカ然ウシテ今迄賃借シ居ル賃借権ト云フモノヲモ物権トスルト云フコトニナラバ夫レハ侵カスト云ヘルカモ知レヌガ法律デ極メテ之カラ後ノコトヲ極メル、此以後ハ賃借権ハ物権トスルゾヨト云ッタ所ガ何モ夫レデ所有権ヲ侵スト云フコトモアルマイト思フノデス所有権ト云フモノハ別段ノモノデアッテ夫レニ食ヒ入ッタト云フコトガアリマスレバ夫レハ侵シタノデゴザイマセウガ何ニモ然ウ云フコトデハナイ夫レハ少シ其解釈ハ無理デハナイカト思ヒマス又第九条ニシ

タ所ガ『臣民ノ幸福ヲ増進スル為』ト云フコトガアルカラシテ必ズ租税ヤ何カノコトニ付テ斯ウ云フコトニスルト云フコト迄モ極メルト云訳デハアルマイカト思フ夫レデ此処ニ判然ト法律デナケレバナラヌ即チ夫レハ憲法ニモ斯ウアルト云フコトハ今少シク御弁明ヲ煩シタイト思ヒマス」これに対して、穂積陳重博士は次のように答弁した。すなわち、「私ハ前カラ申シタ通リ憲法ニ明文ガアッテ夫レデ直チニ行ハレルト云フコトヲ申シタノデハアリマセヌガ私共ガ虚心平気ニ読ンダ所デハ先刻申シタヤウニナリヤシナイカト思ヒマス夫レカラ所有権ヲ侵サルヽト云フコト夫レカラ第二項ノ所ノ法律ノ定ムル所ニ依ルト云フ事柄ガイハユル、、、、アレモ重モニ指シタモノデアリマセウケレドモアレダケノコトト私共ハアリマスマイト思ヒマス精神上何ウモ所有権ト云フモノニ斯ノ如キ保護ヲ与ヘ所有権ガ全キモノテナクテモ其一部分ヲ定ムル効ガアルノハ此本条ノ精神ニ適ッテ居ル賃借権ハ物権デアルカ人権デアルカト云フコトハ成程所有権ト云フモノニ付テ響キハナイヤウニ思ヒマス一方カラ言ヘハ其貸主ノ方ニ対シテハ矢張リ其借主ト云フ者ガ物権トシテ生ズル権利ヲ誰ニ対シテ持ッテ居ルカ或ハ世ノ中ニ対シテ弱イ権利ヲ持ッテ居ルカト云フコトハ幾ラカ所有権ノ権利ト云フモノニハ影響ガアルコトト思ヒマスヒツ竟始メカラ言フ通リ精神ハ然ウデアラウト考ヘマスカラ法令ト書イテハ却テ精神ニ違ヒヤシナイカト思ヒマシテ法律ト書イタノデアリマス」(傍点―筆者)。

(37) 我妻・前掲書・物権法二四頁。理由は定かでないが、末弘・前掲書・物権法(上)三〇頁、舟橋・前掲書・物権法一六―一七頁、も民法一七五条の「法律」は「命令」をふくまないと説く。

(38) 清宮・憲法Ⅰ(法律学全集)三三八頁、宮沢・日本国憲法コンメンタール五七〇頁。

(39) 前掲ロングレー論文(福井訳二六八頁)には、物権はいわば社会から公認されることを要する、その種類も予め一定されており、これが行使にあたっては、法律又は命令の定むるところにしたがうべきものとされる、という趣旨の叙述がある。ここでいう「命令」とはどのような意味か。吾々が民法一七五条の「法律」は「命令」をふくむかどうか論じるさいの「命令」と同様の意味に解してよいであろうか。筆者には当面確答しえない点である。

(40) 末弘・前掲書・物権法(上)二四一頁、我妻・前掲書・物権法一七四―一七五頁、舟橋・前掲書・物権法三四四頁。

(41) 旧民法財産編二条では賃借権を物権と規定していた。明治民法ではこれを債権とした。賃借権を物権とするか債権とするか争いあることの徴表であろう。穂積陳重発言・法典調査会議事速記録六ノ八―九によれば、「…(前略)…本条ノ規定ハ是迄諸国ノ法典並ニ学説ニ付テ種々ノ疑義ガ生ジマシタ其疑義ヲ定メマスルコトヲ以テ目的ト致シマシタ例ヘハ質権ノ如キ賃借権ノ

如キ斯ノ如キモノハ物権ノ効力ヲ与ヘヘキモノテアルカ若クハ人権ノ効力ヲ与ヘヘキモノデアルカ学者ニ依テ是迄見ル所ヲ異ニシテ居ッタノテアリマス夫故ニ本法ニ於テハ或種類ノ例ヘハ賃借権ト云フモノハ物権ト見ナイ他ハ物権ト見ルト云フコトカ此法典上ニモ現ハレテ居ル、学者ノ主義ニ依テ其効力ガ変ハルト云フコトハ出来ヌト云フ方法ニ致シタノテアリマス…(後略)…」(傍点―筆者)。

(42) 我妻・前掲書・新訂担保物権法二一―二三頁参照。

(43) 我妻・右前掲書二一頁は、「他人の物の占有を中核とした一個独立の物権」であるとする。岡松・前掲書・註釈民法理由上四六六頁は、民法一七五条は物権の種類は限定的なることを示すゆえに、「諸国ノ法典及学説上ニ存スル疑義ノ一点即チ質権、留置権、先取特権、永小作権カ物権ナルヤ否ヤヲ決シ其物権タルコトヲ明ニス。」と説いている。なお、傍点は原文に存した。筆者は、物権の種類は限定されていると解さなくても、同様のことがいえると考える(続けて述べている本文参照)。

(44) 中馬・前掲論文六二頁は、民法一七五条を廃止した場合でも―そして、法定外物権の創設を禁じないとしても―法定外物権は容易には創設されないとし、その一つの理由として、一般に公示性の具備という点で制約を受ける旨説いている。公示具備からの制約という点は筆者の考えと同旨なのであろう。

(45) 公示を具備すれば法定外物権を物権として承認する、という場合、公示方法はどのようなものであってもよいと解する。つまり、登記・引渡という方法でなくても、公示がなされるならば、その公示方法に物権公示の機能を承認してさしつかえあるまい。この点につきごく簡単に述べたことがあるが(第一章三(4)ロ(b)(i)、中馬・前掲論文六六頁註(40)にも簡単ながら同旨の主張がすでになされている。

(46) 林修三・法令解釈の常識一一一頁以下、田中周友・新版法学概論九〇頁参照。

(47) 幾代・注釈民法(15)三八九頁(鈴木禄弥)など通説。そのほか、借地法四条二項、借家法五条の買取請求権、民法二七六条の「請求」、民法二九八条三項の「請求」についても「一方的申入」と解されていること周知のとおりである。

(48) 林修三・前掲書一一四頁。

(49) 判例が慣習上の物権に民法一七五条を適用して物権として承認することを拒否した場合もあるけれども、反面においては、流水利用権、温泉専用権などを、物権そのものとはいわないで、一種の物権的権利とか慣行上の一種の権利とか呼びつつ実際上物権として承認していることは周知の事実である(民法一七五条を無視ないしこれに言及しないほか、民施法三五条につ

いても同様のことがいえよう。温泉権についてこのことを指摘するものとして川島・注釈民法(7)六一五―六一六頁(川島)、このほか流水利用権もふくめて判例の紹介分析については中馬・前掲論文五二―五九頁参照)。そして、判例のうちには、右のような権利を肯認する以上、その権利変動を第三者に対抗するには公示を必要とする旨説くものもある(大判昭和一五年九月一八日民集一九巻一九号一六一一頁)。これだけみれば、慣習上の物権はそれはそれとして成立し、ただ、その物権の権利変動の対抗のためには公示を具備することを要すると説くように思われる。しかし、公示と物権の成立ないし変動とは不可分の関係に立つと解するべきで慣習上の物権も公示が具備されてはじめて物権としての成立ないし変動を認定されうるものと解するべきである。右の判例の趣旨もまたそのようなものであろう(以上の点につき判民昭和一五年度九三事件我妻評釈参照)。

(50) 幾代・注釈民法(15)二〇八―二〇九頁(広中)。

(51) 幾代・注釈民法(15)二一六―二一七頁(広中)。近時の判例として、最高判昭和四四年二月一八日民集二三巻二号三七九頁参照。

(52) 起草者が民法一七五条を設けることによって実現しようとしたことは、権利の混乱防止、取引安全確保ということであるから、起草者としても、公示を具備しない法定外物権を承認しないと考えたであろうと思われる。他に起草者は複雑な権利関係を整理し物の改良をはかることも考えていた(梅発言・民法総会議事速記録一ノ八九―九〇参照)。この目的からすれば法定外物権(所有権にとり拘束となろう)を認めないのが望ましい。しかし、社会の必要との関連で決するべきことであろう。

(53) 中馬・前掲論文(昭三二)がそれである。ここでは、慣習上の物権を容認するについて、民法一七五条そのものの解釈を企てる立場を問題とする(従来、慣習上の物権を承認するについて多くの立場があった―註(9)参照―がそれらを別とする)。中馬氏は、「即ち民一七五条は、その法文の厳格さに拘らず、実質的には『法定外の物権の創設は原則として許されない(但し、この原則は極めてきびしい)』という意味に解すべきこととなるであろう。以上のごとく考えるならば、慣習法の容認につきその理論構成に拘泥苦慮するが如きは徒労ということになろう…(後略)…」(六二頁)とされている。確信は持てないが、この立場は筆者の立場と同じく、民法一七五条じたいが慣習上の物権を承認する(もっとも筆者はそれに向って確立途上にある物権をもふくませるが)と解するのではないか、と推測する。それとも、そうでないのであろうか。そうでないにしても、筆者は、すくなくとも表面上示された中馬氏の右考え方に同調し、さらにそれを徹底したいと考える。たとえば、もし中馬・前掲論文が、民法一七五条じたいが慣習上の物権を承認すると解するならば、同条と法例二条との関係についても一言しなくてはならないであろう。右論文ではその点言及されていない。筆者はその点についても触れたいと考える(本文で第三として次に述べ

る)。

(54) 民法一七五条を筆者のように解するならば、つまり、同条は公示を具備した慣習上の物権を承認するほか、当の物権が公示を具備するまでもなく周知のものであれば公示なくしても承認するのであるから、入会権のごときもすでに同条によって承認されていることになる。民法二六三条のごときは入会権の重要性を考慮して確認的に述べている意義をもつ規定とみるべきであろう。

(55) 民法一七五条に限らず、そもそも法令が認めているものについては、法例二条は不要・確認的ということができよう。法例二条がそもそもこのような確認を用意している(穂積陳重発言・法例議事速記録一ノ三九以下参照)規定なのである。ついでに述べておけば「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」には、既存の慣習に限らず将来の慣習もふくまれてしかるべきである。法令が慣習を承認する方法も、具体的特定の慣習を承認する仕方もあれば、一定要件下に一般的に承認する仕方もありうる。(橋本・慣習法の法源性・東北帝大法文学部十周年記念「法学論集」四二―四四頁参照)。

(56) 末弘・前掲書・物権法(上)三〇―三一頁、我妻・前掲書・物権法二四頁も同旨か(舟橋・注釈民法(6)一〇四頁(徳本)参照)、甲斐・前掲解説・法学教室七号一三一頁。これらの見解は、慣習法に対して成文法と同一の効力(地位)を与え(法例二条によって制限、排斥しえない)、そして、後法は前法に優先するという原則を適用して、先行する成文法(強行法規でも)を改廃すると考えるのであろう(我妻・前掲書・新訂民法総則一九頁、津曲・慣習・増補・民事法学辞典(上)三〇一頁参照。施行後発生した慣習上の物権は民法一七五条を排除して効力を有するべきこととなる。それならば、民法施行前から存在し施行後も存続している慣習上の物権を承認するとすれば、どのように説明するべきか。民法施行前から存在してきた慣習上の物権は、後法である民施法三五条により廃止されたのではないか。右のような慣習上の物権の存続することは法社会学的な観点で問題となるのみで、法解釈学的には承認しえないとしておくに止るか。筆者は、民法施行後発生する慣習上の物権に限っていえば、右のような説明も成り立ちうると考えるけれども、できるならば、民法一七五条の存在を認めたうえでの説明をしたいと考える。民施法三五条に関する点については、本文後述「第四」参照。

(56ノ一) 民法一七五条の「法律」は慣習法をふくまないと解しつつも、公示を具備した慣習上の物権は同条の立法根拠にてらして否認さるべき理由がなく、これは法例二条により承認されると解する立場(舟橋・前掲書・物権法一八頁、後註(58)で民施法三五条との関連でふれる川島説もこれと相通ずる立場であろう)は、おそらくは、筆者が本文で述べたように、同条の適用

範囲を制限するのであろう。慣習上の物権を承認する立場としてはこのほか、法例二条により承認される慣習上の物権（ただし公示が必要）は、民法一七五条の「法律」にふくまれると解する立場（林良平・前掲書・二四頁）がある。かかる物権はなぜ法例二条によって承認されるのか。慣習上の物権は民法一七五条によって否認され法例二条によっては承認されえないのではないか。かかる物権は民法一七五条の適用範囲外にある（否認されない）と解することが前提となるといってよい、（物権典型の強制にも限界があることをこの立場も認める）。そうすると、否認しない（民法一七五条）→承認（法例二条）→承認（民法一七五条）ということになり、民法一七五条で承認するについて迂遠な感を免れない。中馬・前掲論文六二頁も強行法規の適用範囲の相対性を承認している（同論文六六頁註（44））。しかし、民法一七五条に関し舟橋説と同旨の見解を説くものでもない。筆者の立場も強行法規の適用範囲を限定する立場とほとんど差はないのであって、ただ、民法一七五条は公示ある慣習上の物権を否認しないのみならず、より一そう積極的に承認すると解するのである。なお、次註を参照。

(57) 末弘―我妻―甲斐説については、註(56)で言及したので、それ以外の説について述べておく。本文で述べたこと以外のことについて述べるわけである。

前註(56ノ一)で言及した舟橋説（舟橋・前掲書・物権法一八頁）は、民法施行法三五条を無視するのではない（無視するとは説いてない）から、民法施行前に発生し施行後も存続する慣習上の物権が存する場合にも（そのような物権を存続させるだけの是認さるべき社会的需要が存しても）、さような物権は承認されえないことになる（入会権のごとく法律上承認されているものは別である）（甲斐・前掲解説・法学教室七号一三一頁）。それとも、公示を備えたものは（あえて備えなくとも存在が周知されているものは）、民施法三五条の適用を脱すると説くのであろうか。民法一七五条のみならず民施法三五条とも無関係に（無視するという意味か）法例二条によるべきだと説く立場もある（水本・前掲研究・判例演習（物権法）六頁）。民法施行前から存在し施行後も存続している慣習上の物権を承認する障碍が民施法三五条を無関係ならしめることにより取り除かれるわけであり、その結果に異論はないが、そうする根拠はどのようなものか。想像できなくもないが説明が欲しいところである。前註(56ノ一)で言及した林説は、法例二条で法律と同一の効力を有する慣習が民法一七五条の「法律」にふくまれると解するが、民法一七五条は沿革からみれば慣習上の物権を斥けているといえる規定であるから、慣習上の物権を承認することが起草者の意図と矛盾しないかどうか、矛盾してもさしつかえないと説くのか、はっきりさせなくてはならない（同旨の指摘といえるか―舟橋・前掲書・物権法一八頁）。そのほか、この立場についても、民施法三五条について前述した問題がある（水本・前掲研

究・判例演習(物権法)六頁)。中馬・前掲論文は筆者の立場に最も近いように思われる(前註(53)参照)。この論文がどちらかというと社会経済的観点に力点がある(そのことも、その他の観点からの論議もふくめてすぐれた論文であるが解釈論的観点をより正面に出して欲しかった)のに比して、筆者はその観点をぬきにして(もとよりそれが重要でないというのではない)、もっぱら民法一七五条の条文を前にして、起草者の考え方を参照しつつ、解釈論を試みているのみである。中馬・前掲論文が民施法三五条について前述した問題にどう答えるか、はっきりしない。筆者の立場からする民施法三五条の解釈については後述本文「第四」参照。

(58) 我妻・前掲書・物権法二四頁は、土地利用者の立場を保護するために、民法によって絶滅させられずに存続する慣行に基づいて慣習法上の物権を認むべきであると説く。その根拠づけは必ずしもはっきりしない。筆者としては、右の説の主張するところに賛成する。その根拠としては、本文記載のごとく考える。民施法三五条を介した承認に関しては本文のように考えうる。

筆者としては、民施法三五条は、民法施行前の慣習上の物権のうち、どのようなものを承認し(たんに否認はしないというだけでなくさらに進んで)、どのようなものを否認するかをはっきりさせた規定と解して(かように積極的な規定と解する。民施法三五条は、民法一七五条と同様に、近代物権法の出発点をなす規定として、物権の範囲を積極的に定める規定と解するのである)、民施法三五条じたいが、施行前からある慣習上の物権のうち公示を具備するもの(公示を備えなくともその存在が周知されているものは一入会権のごとし一公示を備える必要がない)を承認すると解する考え方(本文で挙げている考え方のうちの前者)も一応成り立つであろうと考える。とはいえ、本文の後者の考え方の方が、民法一七五条についての私見と一貫性を保つであろう。将来新たに生じる慣習上の物権を承認するについては、前者では支障があろう。

筆者の立場によれば、民施法三五条も民法一七五条も、施行前から存在し施行後も存続する慣習上の物権すべてを否認するわけでなく、承認されるものもあるわけである。これらの法条は、右のような物権を承認する余地を、いわばその法条そのものとして有しているわけである。この点、舟橋説が民法一七五条の「法律」は慣習法をふくまない(否認)として、次いで同条の立法根拠に照らして民法一七五条による否認は及ばないとし、法例二条によって承認すると説く(舟橋・前掲書・物権法一八頁)のと異なる(同説は民施法三五条に言及していない)。また、「旧慣上の権利」が民法一七五条、民施法三五条との関係で正当化される方法として、明治維新の改革は旧慣上の権利を廃止するのでなくむしろ存続させる政策的意図を有したのであって、したがって「旧慣上の権利」(用水や温泉に対する)も法例二条にいう「法令ニ規定ナキ事項」と認むべきであり、

それに関する慣習は「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」ると解さるべきだ、という見解もある（川島・注釈民法(7)六一六頁(川島)、同・民法Ⅰ二〇五頁、二〇七頁も参照)。この見解は右両条が「旧慣上の権利」すべてを否認するわけではないとし、否認されないもの（むしろこれが原則である）は法例二条によって承認されると説くのであり（中尾・慣習上の物権・新民法演習・物権四―五頁も同旨)、筆者のように右両条じたいが承認の根拠となると説くのではない。「旧慣上の権利」が法例二条によって承認されると説く右の見解と、筆者のように説く見解と、承認される慣習上の物権の範囲に差が生じるであろうか。おそらくは差を生じまいと考える。民法一七五条、民施法三五条が、民法施行前から存在する慣習上の物権を否認しない（筆者によれば両条じたいによって承認される）という結論は、右の見解のように沿革を根拠にして基礎づけられるほか、筆者のように形式的にも基礎づけられるのではないかと考える。

(59) 末弘・前掲書・物権法(上)三〇頁、我妻・前掲書・物権法二四頁、舟橋・前掲書・物権法一七頁。

(60) 水本・前掲研究・判例演習(物権法)六頁、甲斐・前掲解説・法学教室七号一三一頁参照。

(61) 法律公布の順としても、民法第一―第三編は明治二九年四月二七日法律八九号として公布されており、民施法は明治三一年六月二一日法律一一号として公布されている。民施法三五条だけをとりあげて、これは施行後生じる慣習上の物権を否認しない、と説いてみてもあまり意味はない。否認しないと考えるのは民法一七五条もまたこのような物権を否認しない余地を有すると前提するからである。否認するしないは、民法一七五条の解釈しだいで決められてくるのである。民施法三五条は施行法として、民法一七五条を前提（公布の順をみても）とした条文というべきで、（梅発言・民施法議事要録一ノ七九参照）後者と矛盾して解さるべきではないからである。民施法三五条については施行前から存し施行後も存続する慣習上の物権すべてが否認されるのかどうかが問題とさるべきである。

(61ノ一) 当時の立法者は、民法施行前に発生した封建的諸関係にもとづく慣習上の物権については否認し（民施法三五条)、以後新たに慣習上発生した権利で法律の規定に抵触しないものについては承認する（法例二条)、という趣旨であった、と解するべきだという見解がある（中尾・前掲解説・新民法演習・物権五頁)。しかし、当時の立法者として起草者をさすとすれば、筆者の知る限り、立法者の趣旨をそのように解しうるかどうか疑わしい。施行前に生じたものについてのみならず、施行後新たに生じるものもこれまた物権として承認しない意図を有したようであった。この点につき前註(15)参照。公示を具備したものならば承認する意図を有したかどうかは定かでない。起草者としては、慣習上の物権は新旧ともに承認しない、法例二条といえ

ども施行後新たに生じる慣習上の物権を民法一七五条に反して承認しえない、という趣旨であったと解すべきであろう。立法者意図はどうあれ、民施法三五条、法例二条をそれとは別に解する、そこまで主張することも可能であるがそれは別として、立法者の意図としては、筆者は右の趣旨に解する。法例二条は慣習を扱っているけれども、同条は民法に関した慣習のほか諸法に関した慣習の取扱いを定める（法例議事速記録一ノ四四以下参照）。第一回民法主査会（明治二六年五月一二日）では、「法例中慣習ノ効力ニ関スル規程ヲ掲クル事」という乙第七号ノ四（前註(14)参照）議案が起草委員より提出され穂積陳重博士が趣旨説明し、結局採択された。その議論のうち、同博士は次のごとく述べた。「…（前略）…ココニ提出致シタ理由ハ私法ニモ公法ニモスベテ慣習ト成文法トノ関係ハシバシバ必要ニナッテ来ル…（中略）…私ハ実際上ノ事ハ能ク知リマセヌケレトモ…（中略）…漁業トカ其他農業ナドデ行政上ニ昔シカラ慣習ガアルヤウ云フ事ニ就テモ矢張リ慣習ト成文法トノ関係カ私法以外ニ出テ来ハセヌカト思ヒマシテ法例ニ入レタノデアリマス」（民法主査会議事速記録一ノ五三）。民法一七五条をもって慣習法を斥けることにして法例二条をも斥けるとしても、法例二条は物権以外の慣習に適用しうるのであって存在理由を失うわけではない。民施法と法例とが明治三一年六月二一日に公布されたから（中尾説の論拠）といっても、法例二条によって民法施行後に生じる慣習上の物権を承認する意図を立法者が有していたとはいえない。右民法主査会では、あわせて「成文法ニ反セサル慣習ハ効力ヲ有スルモノト定ムルコト」という乙第七号ノ五議案が提出され、穂積陳重博士の簡単な説明があり、異議なく承認された（同議事速記録一ノ五三―五四）。この予決議案を受けて、富井政章博士は、第三回民法主査会（明治二六年五月二六日）において提出された乙第七号ノ一議案「物権ハ民法及ヒ特別法令ニ定ムルモノノ外之ヲ認メサルコト」の審議において、「此趣旨ハ曾テ提出致シマシタル予決議案ニ成文法ニ反セサル限リニ慣習ノ効力ヲ認メルト云フ事ガアリマシタガ、シカシ物権ヲ認メルト云フ効力ハ慣習ニハナイ、之ハ何処マデモ成文ニ依ラネバナラヌ、斯ウ云フ物権ハ幕府時代ノ慣習ニアルト云フヤウナ事ハ言ヘナイノテアリマス」（同議事速記録一ノ一〇七）と述べている（前註(15)参照）。起草者に法例二条によって民法施行後に生じる慣習上の物権を承認する意図があったのかどうか、すくなくとも断定しがたい、というのが当面の筆者の結論である。前掲・法例議事速記録によっても法例二条制定過程において物権慣習承認の議論は見当らない。

(62)　末弘・前掲書・物権法(上)三〇―三一頁参照。

(63)　我妻・前掲書・物権法二四頁は、前註(62)の立場と同一とみられるのであるけれども、なお、民法施行前から存在し民法施行によっても絶滅されないで存続する慣習上の物権を予定し、それを承認するべきだ、と説いている。

(64) 民法一七五条も法例二条も無視せよということを最もはっきり出している前註(62)文献は、すくなくとも表面上だけにせよ、この点に関してはっきりしない。おそらく、慣習の力を強調する論旨からすれば、全部否認するというような結論はとられないであろう。

(65) 本章三(2)ロ(f)(vi)参照。第一章三(4)ロ(b)(i)および前項(1)でもごく簡単にではあるが言及している。

(66) 譲渡担保権は、担保価値の優先的支配権であって、その内容が封建的権利関係であるとか、そのほか公序良俗に反するものであるということはできない。もとより、非清算型の譲渡担保権も存在しうる。非清算型の譲渡担保権を一切承認しないならともかく、そうでない限り、そのような型の譲渡担保権によっては暴利＝公序良俗違反の結果がもたらされることも考えうる。しかし、この場合は譲渡担保権じたいの内容が公序良俗に反するというよりは、プラスアルファとして付加された非清算の特約が公序良俗違反であるというべきであろう（最終的には一部無効の理論により処理さるべきである）。かような場合があるからといって、およそ譲渡担保権はその内容が公序良俗に反する、ということはできない。譲渡担保権の内容は公序良俗に反するものではなく、場合により、付加される特約により公序良俗に反する結果をもたらすこともある、というべきである。そしてかように解して物権として承認することが、譲渡担保権に対する取引社会の需要に応じることになる。