

## 物権法定主義についてどう考えるか

七戸, 克彦  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<http://hdl.handle.net/2324/12544>

---

出版情報 : 民法改正を考える, pp.116-117, 2008-09-10. 日本評論社  
バージョン :  
権利関係 :



# 物権法定主義についてどう考えるか

九州大学教授 七戸克彦

## 提案

- 1 現行175条の規定に関しては、現時点では変更する必要性は認められない。
- 2 物権に認められると同様の保護が必要とされる権利については、問題となる個々の性質・効力・手続ごとに、個別具体的な規定を設置する方向で対処すべきである。

## 1 物権法定主義の意義および制度趣旨

物権法定主義 (numerus clausus) とは、物権——とりわけ他物権 (制限物権) の種類および内容をあらかじめ制限しておくことで、所有権絶対の原則を確保する立法手法をいう。すなわち、この主義は、一方では、〔A〕所有権と同様の強力な性質 (①永久性と②自由な譲渡・相続可能性)・効力 (③追及効〔物権的請求権〕と④優先効) を有するのが妥当と評価した権利については、これを所有権と並列して明示的に列挙することで、所有権に認められる上記強力な実体法上の性質・効力を一律に準用する (なお、権利実現手続においても、⑤訴訟では、たとえば原告が当該物権を有している旨の記載のみで訴訟物は特定し〔物権を排他的支配権と定義する結果、同一内容の権利は同時に2個以上存立しえないため〕、⑥執行の場面でも、担保物権に関しては民事執行法170条以下の「担保権の実行としての競売等」の規定が留意されている)。反面、この主義は、〔B〕上記強力な効力に馴染まないと評価された権利については、立法の段階であらかじめ物権 (制限物

権) のリストから排除しておくことで、この権利により相手方・第三者の権利・利益が不当に制限されるのを排除する機能を有している。

一方、立法者が、ある権利を物権として認めるか否かの判断基準は、その権利が民法典の予定する取引法秩序に適合的か否か——当該権利を保護すべき社会的要請と、相手方・第三者を保護すべき要請の、どちらを重視するか——の利益衡量にかかっている。すなわち、〔I〕当該権利が封建的拘束をもたらすような場合や、〔II〕当該権利を保護すべき要請が上記性質・効力を一律的に付与するにふさわしい段階まで至っていない場合には、物権 (制限物権) のリストには加えない。

この立法手法は、ローマ法の物上訴権・対人訴権の系譜を引く大陸法系諸国において普遍的なものであるが、ただ、わが現行民法175条のように、この主義を条文において宣明している立法例は珍しい。

## 2 いわゆる「慣習法上の物権」について

だが、物権法定主義の欠陥としては、上記

〔Ⅰ〕の点との関連では旧慣に基づく封建的ではない権利、〔Ⅱ〕の点との関連では民法典成立後に生じた新たな権利の保護に欠ける点が指摘され、これに対して、従来の判例・学説は、民法175条にいう「法律」には「慣習法」も含まれるとの解釈に立って、その「物権」性を肯定してきた。

しかし、〔Ⅰ〕旧慣に基づく権利に関して、従来問題となった事案は、水利権・温泉権・漁業権・墓地使用権の四つにはほぼ限定されているところ、そのうち法律上「物権」として位置づけられているのは漁業権のみであり、水利権・温泉権に関しては、行政法領域において、「物権」性以前に「私権」性に関して争いがある。一方、私人間での紛争（水利権に関しては③妨害排除の事案が多く、温泉権に関しては④二重譲渡の事案が多い）に関しては、債権その他の権利一般の第三者効力論により対応可能であって、これを敢えて物権と解することによって、争点になっていない私法上・公法上の法律関係にまで、物権の効力を概念法学的に演繹させる必要性は存在しない。他方、上記特別公法の適用のない河川・温泉の利用関係についても、これを敢えて法定外物権と構成しなくても、地役権または地役権の性質を有する入会権と評価するか、あるいは単なる慣習法上の債権的利用権と評価したうえで債権の第三者効力論を活用すれば足りる。特別立法の存在しない墓地使用権に関しても、地上権あるいは債権的利用権ととらえれば足りる。

一方、〔Ⅱ〕民法典施行後に新たに発生した権利の中心は、譲渡担保その他の新種の担保であるが、そこでの争点のうち、物権法定主義違反（質権・抵当権の規定の潜脱）の論点は、公序良俗違反・虚偽表示・買戻しの規定の潜脱の論点と同様、強行法規違反の一般問題であって、単に当該強行法規の趣旨に照らして違反していない旨を論ずれば足り、譲渡担保権は「慣習法上の物権」であるとの大上段の立論を展開する必要性は存在しない。

### 3 物権法定主義と物権・債権の対比

以上のように、「慣習法上の物権」論は、物

権法定主義の概念法学的演繹論に対して、同じ概念法学的演繹論をもって対抗するものがあり、少なくとも現時点において問題となっている〔Ⅰ〕〔Ⅱ〕の権利類型に関しては、物権と認定せずとも、当該具体的紛争における争点の限りで、上記①～⑥の効力を個別的に承認すれば足りる。

だが、この点に関しては、以下の諸点に留意すべきである。

第一に、民法の編別方式としてパンデクテンシステムを採用した場合には、単に物権に妥当する原則が債権に適用されないという命題を超えて、物権に妥当する原則と正反対の原則が債権に妥当するとの命題が導かれる。したがって、物権に認められる上記①～⑥の効力を債権に認めるためには、基本的には特別の例外規定の設置が必要となる（賃借権に関する、①存続期間の長期化や④対抗力に関する条文の設置が、その典型例である。これに対して、②譲渡・転貸可能性に関する信頼関係破壊法理や、③賃借権に基づく妨害排除請求権といった判例による処理は、立法に比較して保護が弱い）。

もっとも、第二に、物権と債権の性質・効力の内容それ自体を、立法において変更させれば（たとえば不法行為の効果として妨害排除・差止請求権を承認すれば、③は物権固有の効力ではなく、権利・利益一般の不可侵性の問題となる）、上記のような例外規定の設置の問題は、そもそも生じなくなる。

「民法（債権法）改正検討委員会」は、パンデクテンシステムならびに従来の「債権」概念の維持の方向に向かいつつあるが、それが「物権」概念ならびに物権法定主義と表裏一体のものとなる点についても、十分に留意される必要がある。

### 4 現行民法175条の規定の基本的維持

以上のような形で、物権以外の権利に関する個別的保護が確保されているならば、現行民法175条の規定を敢えて変更する必要性は認められない（「壊れていないものを修理するな」。加藤雅信「日本民法改正試案の基本方向」ジュリ1355号〔2008年〕92頁）。（しちのへ・かつひこ）