

遺言による質権の設定について

直井義典

はじめに

第1節 旧民法典の規定

第2節 ベルギー抵当権法

第3節 現行法の解釈

- (1) 起草者の見解
- (2) 遺言法からのアプローチ
- (3) 担保法からのアプローチ
- (4) 遺言信託による質権の設定

第4節 私見

はじめに

わが国の現行法制度上、遺言によって質権を設定することが許されるのか。これが本稿の課題である。

近時の体系書でこの問題が特段の注目を集めているわけではない。しかしこの問題は以下の二点において、注目すべき問題であるように思われる。

第一は、質権設定過程との関係である。従来、質権は目的物の引渡しによって成立する、すなわち質権設定契約は要物契約であると解されていた。このことは、後述するように、遺言による抵当権設定は認めながらも質権設定は認めないという現行法の下における通説的見解にも反映されている。目的物の引渡し観念できない単独行為たる遺言によっては質権を設定することはできないというのである。しかし、近時、質権設定契約の要物契約性自体が疑問視されるに至っている。設定者と債権者の間で質権設定契約が締結されたが目的物は

いまだ引き渡されていない状態において、債権者は設定者に対して何も主張することができないのか。質権設定契約を要物契約と解するならば何も請求できないことになりそうであるが、契約の効力として債権者は設定者に対して目的物を引き渡すように要求できるのではないか。そうだとすれば、単独行為であることのみをもって遺言による質権設定を否定するのでは短絡的に過ぎるようにも思われる。質権を設定するという遺言の効力がいかなるものであるかを検討すればよいはずだからである。

第二は、平成18年に制定された信託法3条2号において、担保権の設定をすべき旨の遺言をする方法による信託設定が認められたことと関わる。この条文の文言上は、遺言による質権設定は禁じられていない。これに対して前述の通説的見解は遺贈としての質権設定を認めない。このことをどのように解すればよいのか。3つの解釈方法がある¹⁾。第1は、遺贈と遺言による信託設定との制度の違いから説明すること、第2は、遺贈によっても質権の設定が可能であると解釈すること、第3は、信託法3条2号の文言を無視し、遺言による信託設定においては、遺言の性格による制限が内在的に存するので質権設定はできないと解すること、である。本稿はこのうち第2の解釈方法の可能性を探ろうとするものである。

遺言による質権の設定に関してはすでに旧民法債権担保編に規定が置かれていた。そこで本稿では、この規定の趣旨を起源と考えられるベルギー法にさかのぼって検討するとともに、旧民法の規定が現行法制定過程でなぜ削除されたのか、現行法の下における議論とはいかなる関係にあるのかを明らかにすることによって、遺言による質権設定の可否を検討していくこととする。

以下、第1節では旧民法の規定の解釈について、第2節ではベルギー法について、第3節では現行法の下での議論についてそれぞれ検討を加え、第4節で私見を述べることとする。

1) 道垣内弘人「遺言でもしてみんとてするなり」法教332号121頁。ただし、道垣内は質権と抵当権とを特に区別していない。

第1節 旧民法典の規定

旧民法典において遺言による担保権設定を認めていたのは以下の各規定である。

- 債権担保編 119条「① 不動産質カ合意上ノモノナルトキハ其質ハ公正証書又ハ私署証書ヲ以テスルニ非サレハ当事者ノ間ニ之ヲ設定スルコトヲ得ス
- ② 又不動産質ハ第二百十二条ニ従ヒ遺言上ノ抵当ノ許サルル場合ニ於テハ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得
- ③ 不動産質ハ之ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニ依リ財産編第三百四十八条ニ従ヒテ登記シタル後ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス
- ④ 右ノ登記ハ抵当ノ順位ヲ保存スル為メ抵当ノ登記ニ同シキ効力ヲ有ス」

債権担保編 203条「抵当ハ法律上、合意上又ハ遺言上ノモノタリ」

債権担保編 212条「抵当ハ遺贈ノ担保ノ為メ又ハ第三者ノ債務ノ担保ノ為メニノミ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得」

債権担保編 203条が抵当権の一種として遺言上の抵当権が認められることを明らかにし、それを受けて債権担保編 212条が遺言上の抵当権は以下の2つの場合に認められることを明らかにする。第1は遺贈の担保目的であり、第2は第三者の債務の担保目的である。遺言者自身の債務を担保する目的で遺言上の抵当権を設定できるかについては明文規定が置かれていない。債権担保編 119条2項は、遺言上の抵当権が認められる場合には遺言上の不動産質権も認められるとするものである。遺言上の動産質権・債権質権が認められるかという点に関しては特に規定がない。

以上から、以下の2つの疑問が生じる。第1に遺言上の質権はいかなる目的で用いることができるのか、第2に遺言上の質権は目的物が不動産以外の場合にも認められるのか、である。

第1の問題を解決するには、ボアソナード草案にさかのぼる必要がある。

ボアソナード草案 1124条2項は、旧民法典におけると同様に、草案 1218条によって遺言上の抵当権が設定できる場合には遺言上の質権が設定できると定

めるのみである。そこで、遺言上の抵当権に関するボアソナード草案1218条の規定から検討していくこととする²⁾。旧民法典との相違点としては、同条2項で第三者の債務の担保のために抵当権を有効に設定するためには、設定者が債務者ならびに債権者に対して、遺贈能力と受遺能力を有することを要するものとしていたのが旧民法典では削除されたことが挙げられるが、本稿の課題にとっては重要ではない。またボアソナード草案では、遺言上の抵当権は遺言者の所有不動産上に設定されることが明記されていたが、これも削除されている。しかし抵当権の目的が不動産に限られる（旧民法債権担保編195条）ことからすればこの点もあまり重要ではない。したがって、遺言上の抵当権の利用目的の点ではボアソナード草案と旧民法典の内容は同一と理解してよいだろう。

それでは、そもそもボアソナードはなぜ遺言上の抵当権という考え方を取り入れたのだろうか。この点に、遺言上の抵当権の利用目的を明らかにする鍵があると考えられる。ボアソナードによれば、遺言上の抵当権は、裁判上の抵当権を削除したのと引き換えにベルギー法³⁾が最初に認めたものであり、それを草案に取り入れたものであると説明される⁴⁾。そして草案への導入理由としては、賃借権も含めて⁵⁾あらゆる物権を遺言によって設定することができる⁶⁾のだから、抵当権も遺言によって設定できるのは当然のことであるとの説明を加

2) ボアソナード草案1209条が抵当権の種類に関する規定であり、そこに遺言上の抵当権が含まれている。同条の参照条文としてボアソナードが挙げるのはフランス民法2116条・2117条であるが、法定抵当・合意による抵当に関して参考させることを意図したものと考えられるのであり、これらフランス民法典の規定はボアソナードが遺言上の抵当権という制度をなぜ取り入れたのかを説明するものではない。

3) ボアソナードは、後述する1851年12月16日ベルギー抵当権法43条・44条を参照させている。

4) G. Boissonade, *Projet de Code Civile pour l'empire du Japon*, nouvelle édition, t.4, 1891, n°440. この点は、井上操『民法詳解 債権担保編之部 下巻』（岡島宝文館・明治25年）459頁、宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 卷之二』（新法注釈会・明治23年？）68頁・105頁でも指摘されている。

5) 周知のとおり、ボアソナード草案では賃借権は物権とされており、旧民法典も財産編第1部物権の中の第3章第1節に賃借権の規定を置いている。

える⁷⁾。ここでは、遺言によって抵当権を設定できることが物権一般の設定行為レベルで基礎づけられている。また、後述するベルギー抵当権法と同様にわが国でも裁判上の抵当権を導入しないことから遺言上の抵当権を認めたとの説明も付加されている⁸⁾。

もっとも、旧民法典と同様にボアソナード草案においても、遺言者自身の債務を担保する目的で遺言上の抵当権を設定できるかは明らかではない。この点についてボアソナードは次のように注意を喚起する。遺言者が自己の債務発生時には抵当権を設定しなかったがその後になって自己の死亡を見越して債権者のために抵当権を設定する場合というのは恵与であって、債務者の死亡によって確定する債権者の地位を変動させるものではない⁹⁾。すなわち、遺言者自身の債務を担保する目的での抵当権設定は遺贈にあたり、草案1218条の規律対象とはならないというのである^{10,11)}。

それでは、ボアソナードはなぜ遺贈の担保目的の場合と第三者の債務の担保

6) この点は、宮城・前掲105頁でも指摘されている。

なお、旧民法財産取得編397条1項は「不動産物権ノ遺贈ハ遺言者ノ死亡ノ後受遺者カ其遺贈ヲ知りタル時ヨリ三十日内ニ之ヲ登記シタルニ非サレハ遺言者ノ死亡ノ日ニ遡リテ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めるが、ここにいう物権に担保物権が含まれるかは明確ではない。井上操『民法詳解 取得編之部 下巻』（岡島宝文館・明治25年）552-552頁も、「不動産物権タル土地家屋ハ其用益権使用権等ヲ以テ遺贈スル」というのみである。

7) Boissonade, op. cit., n°440.

8) Idem.

9) Idem. これに対して、遺言上の抵当権設定に当たる遺贈の担保目的の場合、他の受遺者との関係で受遺者の地位が改善されることになるという。

10) もっとも、Boissonade, op. cit., n°440では第三者の債務の担保目的の場合についても遺言上の抵当権設定は債権者又は債務者のための恵与であると説明する。そのため、なぜ遺言者自身の債務を担保する目的での抵当権設定が遺言による抵当権設定と性質づけられないのかは、よくわからなくなっている。

11) これに対して鶴丈一郎ほか『民法疏義担保編』（岡島宝文館・明治24年）623頁は、理由を述べることなく、従来無抵当であった遺言者自身の債務に対し遺言をもって新たに抵当権を設定することは許されないとする。これが抵当権設定を一切否定する趣旨なのか、ボアソナードと同様に遺言上の抵当権設定という範疇には入らないことを意味するにすぎないのかは明らかではない。

目的の場合には遺言上の抵当権設定を認めるのが適切であると考えたのか。

遺贈の担保目的での遺言上の抵当権については、比較的詳細な説明が加えられている¹²⁾。ここでは、財産分離との関係が問題とされる。財産分離が認められる以上、相続人の債権者との関係では受遺者の権利は保護されており、それで十分ではないかというわけである。この点についてポアソナードは、遺言上の抵当権はフランス民法1017条〔2項〕¹³⁾の一般法定抵当と同様の目的を有するものであると説明する。しかし遺言上の抵当権には財産分離には見られない利点がある。それは、一部受遺者に他の受遺者に対する優先権を付与することができる点である¹⁴⁾。これに対しては、遺言書または遺言補足書でその旨を決定しておくことができるのだから、遺言上の抵当権は無用であるとの反対意見もあり得る。しかし、財産分離が請求されなくても不動産を第三者の下に追及できる点で有益であるというのである。

他方、第三者の債務の担保目的については、後述するベルギー抵当権法には見られなかったものであるが、ポアソナードは物上保証と同様に位置付けるほかに特に説明を加えていない。また、旧民法の注釈書にも、物上保証人による抵当権設定一般と同じとの説明が見られるのみである¹⁵⁾。

さらに、ポアソナードは第三者の債務の担保目的の方が多く用いられるであろうと推測しているが、その理由について述べるところはない¹⁶⁾。

12) Boissonade, op. cit., n°440.

13) フランス民法1017条「① 遺言者の相続人又は遺贈の他の債務者はそれぞれ、それらの者が相続において利益を受ける相続分及び割合に比例して、遺贈を個人的に弁済する義務を負う。

② それらの者は、それらの者が所持者である相続不動産の価額を限度として、遺贈をそのすべてについて抵当権付きのものとして弁済する義務を負う。」（翻訳は、『フランス民法典——家族・相続関係——』法務資料433号（昭和53年）による。）

14) ただし、抵当権を有する受遺者に優先権が付与されるのは自由分の範囲にとどまり、遺留分侵害部分については抵当権が存することを理由に遺贈の全部履行を求めることができないのは言うまでもない（井上・前掲債権担保編下巻460頁）。

15) 井上・前掲債権担保編下巻462頁。

16) Boissonade, op. cit., n°440.

第2の問題については、ボアソナード草案によってもあまり明らかにならない。草案1124条2項は、旧民法債権担保編119条2項と同様に、遺言上の不動産質権設定が可能であることを明らかにするのみである。

この問題に関し、旧民法典の注釈書の中に注目すべき説明がある。直接には不動産質権設定の方式に関する記述であり抵当権の設定については同旨が妥当するというに過ぎないものではあるが、「不動産質ハ抵当ノ性質ヲ含有スルモノ」という説明をするものが見られるのである¹⁷⁾。ここにいう「抵当ノ性質」とは何かがまず問題とされるべきところである。注目すべきは、質権一般ではなく不動産質に限って「抵当ノ性質」を有するとされていることであろう。そうだとすると、「抵当ノ性質」とは目的物が不動産であることと密接に関係がある事柄ということになるはずである。もし遺言上の不動産質権が認められる理由がこの点に尽きるのだとすれば、遺言上の動産質を認める明文規定がない以上は、遺言上の動産質については否定的に解されるべきこととなろう。すなわち、遺言上の質権は一般には否定されるが、遺言上の抵当権が認められることから、それと類似した性質を有する遺言上の不動産質のみは例外的に認められるものと理解するわけである。

もっとも旧民法典の注釈書の中にも、財産取得編97条¹⁸⁾が動産質は契約によって成立するものと規定し、ほかに遺言上の動産質権を認める明文規定がないことを理由にそれを否定するものがある¹⁹⁾。しかしここで注意しなければならないのは、この見解の論者も、遺言による動産質設定は全く効力がないとしているわけではないということである²⁰⁾。この論者は、遺言による動産質設定

17) 鶴ほか・前掲343頁。

18) 財産取得編97条「動産質ハ債務者カー箇又ハ数箇ノ動産ヲ特ニ其義務ノ担保ニ充ツル契約ナリ」

19) 井上操『民法詳解 債権担保編之部 上巻』(岡島宝文館・明治25年)544-545頁。なお、同書・658頁には「動産質ハ遺言ヲ以テヲモ之ヲ設定シ得ヘキ」との記述が見られるが、これは次註対応部分に言及するものであって、動産質を設定できるとすることの意味あいには注意を要する。

20) 井上・前掲債権担保編上巻544-545頁。

により直接に動産質が成立するわけではないものの、相続人は債権者と新たに動産質の設定契約を締結する義務を負うものと解しているのである。

このように、遺言による動産質設定の可否については学説上も見解が分かれていた。

以上のように、旧民法典の規定はベルギー抵当権法の規定をボアソナード草案を介して引き継いだものである。そして、ボアソナードの説明からはさらに、遺言上の抵当権という制度は裁判上の抵当権を導入しなかったことに伴い導入されたこと、遺言による物権設定の一環として抵当権設定も認められること、自己の債務を担保する目的での抵当権設定は遺言でなされたとしても恵与として性質決定されることが明らかとなった。また、動産質における遺言上の抵当権設定の可否については見解が分かっていたものの、効力を完全に否定する見解はなく、少なくとも相続人が質権設定契約を締結する義務を負うものと解されていたことが明らかとなった。

続いて次節では、旧民法典の母法と考えられるベルギー抵当権法の規定について検討することとする。

第2節 ベルギー抵当権法

前述のように、遺言上の抵当権に関する旧民法規定の起源は1851年12月16日のベルギー抵当権法²¹⁾にあった。そこで本節では、同法において遺言上の抵当権が導入された経緯ならびにその解釈について検討する。

遺言上の抵当権について規定するのは同法43条・44条であった。

43条「抵当権は、法定のもの、合意上のもの、遺言上のものである。」

44条「① 法定の抵当権は、法律によって定められたものである。

② 合意上の抵当権は、証書の形式によらず合意によって設定されたものである。

21) 同法の起草過程については、内田貴『抵当権と利用権』（有斐閣・昭和58年）37頁以下に詳しい。

③ 遺言上の抵当権は、遺言書で指示された1つあるいは複数の不動産上に遺言者の行った遺贈を担保するために、遺言によって設定されるものである。²²⁾

まず、遺言上の抵当権を導入した理由を明らかにする。これは、抵当権法が抵当権に特定性原則・公示原則を導入することにより一般抵当権の廃止をはかったことと関係している。まず指摘されるのは民法1017条2項²³⁾との関係であるが、もし同項が存続するのであれば遺言による抵当権には存在意義がないとの説明がなされていたところである²⁴⁾。また、同じく一般抵当権に分類される裁判上の抵当権を削除したことも遺言上の抵当権導入の理由として挙げられる。裁判上の抵当権を削除した理由として挙げられるのは、一般抵当権であるから不動産信用を害すること、判決を得たというだけで無担保債権者に優先権を与えるのは恣意的であって最初に判決を得た者が最初に訴権行使をしたとは限らないこと、債権者平等の原則を定めた抵当権法8条に反することであった²⁵⁾。

次いで、遺言上の抵当権の利用目的を検討する。条文自体はわが国の旧民法典の規定に類似しているのだが、一見してわかるように、ここでは遺言上の抵当権は遺贈の担保目的のものに限定されている。こうした目的で遺言上の抵当権が認められた理由は、次のように説明されている²⁶⁾。遺言上の抵当権によって他の遺贈との関係で特定の遺贈を優先させることができ、民法927条²⁷⁾が完

22) 不動産質については民法旧2085条1項が書面によって設定すべき旨を規定していた(2006年のフランス民法改正後は、2388条によって不動産質権にも適用される2416条が公正証書によるべきものとする)。この書面性要件は、他の債権者を害して特定の債権者のみ質権を設定すること、既に設定されている質権の確実さならびに被担保債権額を許害的に拡大すること、差押えを逃れるために存在しない質権を設定したものと偽装すること、を避けるために課されている(H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.6, 1953, n°1039.)のだが、少なくともベルギーでは抵当権法44条が存することから、この「書面」に遺言書が含まれるとは解されていないようである。

23) 註13) 参照。

24) de Page, *op. cit.*, t.7, n°733.

25) de Page, *op. cit.*, t.7, n°431bis.

26) de Page, *op. cit.*, t.7, 2^eéd., 1957, n°732.

全なものとされる。ただし、相続債権者に対する優先権を付与するものではない。

それでは、他の目的のためには遺言上の抵当権は用いることができないのだろうか。遺言者自身の債務を担保する目的のそれについては、見解の対立がある²⁸⁾。肯定説の理由としては、債権者に対して債務を遺贈して抵当権を組み合わせれば結局のところ遺言者自身の債務担保目的で遺言上の抵当権を設定したことになる、所有権の遺贈はできるのだからその一部である抵当権の遺贈は当然できて然るべきであるというものである²⁹⁾。これに対して否定説の理由は、起草過程で *dettes* という文言が削除されたことに求められる³⁰⁾。

いずれの見解もそれなりに説得的ではあるのだが、その当否を検討するにあたっては、他人物上への抵当権設定禁止の説明が参考になるものと考えられる。ベルギーにおいては他人物上への抵当権設定は、抵当権法73条によって暗黙の裡に禁止されるものと解されている。他人物の売買は無効であり、抵当権設定は所有権の「部分的な譲渡」にあたることから、他人物への抵当権設定も禁止されるというのである³¹⁾。このことを抵当権設定の場面に移し替えれば、遺贈（遺言による所有権移転）が認められる以上、「部分的な譲渡」にすぎない抵当権の設定もまた遺言によって認められるはずであるということになるであろう。したがって、遺言上の抵当権は単なる創設的な制度として法律の規定が

27) フランス民法927条「ただし、遺言者がある遺贈が他の遺贈に優先して弁済されることを意図する旨を明示的に申述したすべての場合には、この優先が行われる。この目的となる遺贈は、他の遺贈の価額が法定遺留分をみださない限りでなければ、減殺されない。」

なおベルギーでは基本的にフランス民法が適用される。抵当権法は、フランス民法のうちの先取特権・抵当権に関する節の内容を改める法律である。

28) de Page, op. cit., t.7, n°736. ド・パージュ自身は否定説である (de page, op. cit., t.7, n°432.)。肯定説を採るものとして、F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t.30, 4^{éd.}, 1887, n°542.

29) de Page, op. cit., t.7, n°736.

30) Voy., Laurent, op. cit., n°542.

31) de Page, op. cit., t.7, n°452. もっともド・パージュ自身は同所において、この見解は旧来のものであって、個人的見解としては他人物売買も有効であるという。しかしながら、他人物売買の場合とは異なり他人物上への抵当権設定は認められないとしているが、その理由は物権の設定行為であるからという以上には定かではない。

ある限りでのみ認められるものと言うわけではなく、明文がない場合であっても解釈によって導入する可能性を有する制度であると言える。

なお、遺言上の抵当権はどの種類の遺言によっても設定することができ、公正証書によって設定する必要もない³²⁾。

遺言上の質権に関してはベルギー法には規定が存しない。その最も直接的な理由は、抵当権法が先取特権及び抵当権に関するフランス民法第3編第18章を修正した法律であって質権に関する規定を含んでいなかったことにある³³⁾。また、債権者と設定者の間においては意思の合致があるのみでは質権は成立せず、質権設定契約は物の移転によって初めて効力を生じる³⁴⁾と解されている³⁵⁾ことが、遺言上の質権を認める障害となっている。

ベルギー法の内容をまとめると以下の通りとなる。遺言上の抵当権は一般抵当権を廃止する目的すなわち抵当権法に特定性原則を導入する目的で取り入れられた制度である。そのことから直接的には遺贈の担保目的で用いられることを想定した制度として設計されたものである。しかしながら、学説上は抵当権は所有権の一部であるとの考え方が根強く、遺言上の抵当権の利用目的を制限しない考え方が主張されており、それが説得的と考えられる。他方で遺言上の質権については立法の経緯から条文が存在せず、質権設定契約に要物性が認められていることがそれを認める障害となっている。

32) de Page, *op. cit.*, t.7, n°735. ベルギーでは合意上の抵当権設定は公正証書による必要がある(抵当権法76条)。そのため、方式の潜脱が問題となるわけであるが、わが国ではこうした事情は存しない。

33) 不動産質権 (*antichrèse*) に関する規定は2085条以下に存置されている。

34) フランス民法2071条は「質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債権者に引き渡す契約である。」と規定していた。

35) de Page, *op. cit.*, t.6, n°1016. もっとも、de Page, *op. cit.*, t.6, n°1013では、占有移転は第三者との関係では意味を持つが当事者間での契約の効力には影響しない、としている。本文中の見解と整合性を持たせるとすれば、当事者間では質権設定契約の効力に基づいて質物の引渡し請求権が発生するが、質権自体は質物が引き渡されたときに成立すると解することとなるのか。

第3節 現行法の解釈

以上のようにベルギー抵当権法からボアソナード草案を経て旧民法典に継受された遺言上の抵当権であったが、現行法には遺言上の抵当権の規定はない。このことは、遺言上の抵当権を否定したことを意味するのか。起草者の見解を明らかにした後、現行法下の学説を遺言法並びに担保法双方のアプローチから順に検討し、最後に遺言信託に言及することとする。

(1) 起草者の見解

旧民法典では遺言上の質権は遺言上の抵当権規定の準用によって肯定されていたことから、ここでも遺言上の抵当権に関する起草者の見解から見ていくこととする。

法典調査会において抵当権の説明を行ったのは梅謙次郎である。現行法制定過程において削除した旧民法の規定のうちに、遺言による抵当権に関する旧民法債権担保編212条が含まれており、梅は同条の削除理由を次のように説明する³⁶⁾。現行法の草案では遺言上の抵当権に関する規定は削除することとしたが、このことは決して遺言上の抵当権設定を禁ずることを意味するものではない。物権編総則で物権は当事者の意思で設定することができる（現行176条）とされており、当事者の意思で設定できると言えば契約または遺言ということはわかると思う³⁷⁾。問題は、旧民法が遺言者自身の債務のために遺言上の抵当権を設定することを禁じていた点である。禁止の理由は、旧法原案によれば、死亡者に対する債権者の権利は死亡のときに決まってしまうから、その時点で無担保債権ということも確定してしまうのに、それを遺言で動かすことはできないはずであるというものである。しかしそれはおかしいのではないか。相続法に

36) 『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会・昭和59年）776-777頁〔梅謙次郎〕（抵当権の説明の冒頭部分である。）。

37) 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編』（有斐閣書房・明治44年）427頁は、抵当権は質権のごとく物の引渡しを要するものではないから、遺言によっても設定することができるという。

において、遺贈というのは、〔相続〕債権者が弁済を受けた後でなければ履行すべきものではない、と決まれば旧法原案の通りであるが、このように遺贈の履行を禁じる必要もない。遺贈について遺言上の抵当権設定ができるのだから、遺言者自身の債務のためにも同様に設定できるはずである。そこで、旧民法212条は不要と考えたわけである³⁸⁾。

このように、梅は176条を理由として遺言による抵当権は当然に設定可能なものである、契約によると遺言によるとは大きな問題ではないと解していたのである。こうした考え方はボアソナードのそれと同様である。また、旧民法典下では明らかではなかった遺言者自身の債務担保目的の遺言上の抵当権は現行法下では認められるものと解していた³⁹⁾。

他方質権については、富井政章が説明を行った。富井によれば、本案では質権設定に占有引渡が必要であるという主義を採ったので⁴⁰⁾、遺言によって不動

38) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣・昭和62年）354頁においても同様に、遺言上の抵当には特別の明文を要せず当然に存在しうる。その理由は、物権は当事者の意思によって設定できることは177条（176条の誤り？）に規定するところであって、遺言による意思表示も可能なことから、反対の明文がなく行為の性質上遺言によることができない場合でもない限りは、認められるのだとされている。

39) 梅の説明の仕方のみからでは、梅自身が旧民法典の下でも遺言者自身の債務担保目的の遺言上の抵当権は設定可能と解していたものかは明らかではない。しかし、広中・前掲354頁には、旧法に見られた目的の制限を撤廃して自己の債務のためにも遺言によって抵当権を設定できるものとした点に関しては、死亡者に対する債権は死亡のときに確定するものであって死亡の後に効力を生ずべき遺言をもってこれを変更することができないことが自己の債務のためにする遺言抵当禁止の理由であったが、新たに遺贈をしてこれを担保するために抵当権を設定することができる以上は抵当権のみを遺贈することができないとする理由はないことから、旧民法の主義を採らなかつたとの説明が見られる。ここからは、旧民法典下では遺言上の抵当権は否定されるものと解されていたものと思われる。

40) 広中346頁においても、旧民法債権担保編119条2項を削除した理由として質物引渡しを質権設定の要件としたことが挙げられている。

これに対して旧民法典においては、質物の引渡しは対抗要件とされており（動産質につき債権担保編102条1項、不動産質権につき債権担保編122条）、証書の作成（動産質につき債権担保編100条1項）あるいは公正証書または私署証書の作成（合意上の不動産質につき債権担保編119条1項）が質権の成立要件とされていた。

産質権を設定することはできない⁴¹⁾、とされる⁴²⁾。ここでは旧民法におけるとは大きく異なり、質物の占有移転が質権の成立要件であることと関連付けて、遺言上の質権設定は否定されているのである⁴³⁾。ただし、富井は遺言による不動産質権設定は全く効力を生じないとするのではないことには注意を要する。富井によれば、人権関係すなわち債権関係が生じるのであって、質権設定の義務が相続人に移る。これで差支えないから旧民法119条2項を削除した、と説明されているのである⁴⁴⁾。すなわち、起草者としては遺言上の質権の効力を全く否定するつもりはなく、債権的な効力のみを認めれば十分であると考えていたわけである⁴⁵⁾。こうした考え方は、遺言者自身の債務を担保する目的での遺言上の抵当権設定を遺贈であると性質決定してその執行を相続人に委ねるというボアソナードの見解を転用したものと位置付けることができよう。

(2) 遺言法からのアプローチ

それでは、その後の学説において遺言上の質権設定の可否についてはどのように考えられていたのだろうか。まずは遺言法の側面から検討する。

遺言上の担保権設定の可否については、中川＝泉が「遺言による抵当権の設定契約などということは許されない」とする⁴⁶⁾以外には見解を示すものはなく、

41) 『法典調査会民法議事速記録二』677頁〔富井政章〕。

42) 梅・前掲426-427頁も以下のように同様の説明をする。質権設定には物の引渡しを要するので当事者の一方的意思のみをもって設定することができない。遺言によって質権を設定するにも遺言があるだけでは質権は成立せず、相続人が遺言を執行するために質物の引渡しをなし債権者がこれを受け取ることを承諾したときに初めて質権の設定があるものとする。この場合に相続人と債権者との間に成立したのは契約であって、質権は遺言によって設定されて相続人はただ引渡しの義務を負うに止まるものと見ることはできない。

43) 沖野眞巳「信託法と相続法」論究ジュリ10号（平成26年）136頁。

44) 『法典調査会民法議事速記録二』677頁〔富井政章〕。

45) なお、法典調査会において旧民法債権担保編119条1項・2項が参照条文として挙げられた箇所として、現行法344条にあたる草案341条がある。しかし、ここでの重点は書面を不要とした点にあり、特に債権担保編119条2項について論じられているわけではない。このほかには、債権担保編119条2項に触れる箇所はない。

46) 中川善之助＝泉久雄『相続法 第4版』（有斐閣・平成12年）492頁。

中川＝泉にしても特に理由を挙げていない。そこでこのように解する理由を検討するに、中川＝泉においては遺言による抵当権設定と借財とが併記され、その直後に単独行為であっても相殺のように相手方のあるものは遺言によることは許されないと説く⁴⁷⁾。したがって、遺言によっては相手方のない単独行為のみが可能であり、担保権の設定はそれが契約であるがゆえに認められないと解するものと推測される。

遺言の位置づけは論者によって異なるが、遺言事項は限定列举である⁴⁸⁾という点では見解の一致を見ている。質権の設定あるいは担保権の設定そのものは遺言事項として列举されているわけではない。しかし、すでに見たように抵当権設定は所有権の部分的譲渡とする見解も成り立ちうるものであり、そうだとすれば担保権の設定もまた遺贈に含まれると解することも不可能ではない。こうした見解の当否を判断するには、遺言事項が限定される理由にさかのぼって検討する必要がある。

遺言事項が限定される理由としては、遺言の明確性確保と後日の紛争予防が挙げられる⁴⁹⁾。それでは、質権の設定はこれらの限定趣旨に反するものと言え

47) 中川＝泉・前掲492頁。

48) たとえば鈴木祿弥『相続法講義 改訂版』（創文社・平成8年）134頁は、「遺言でおこなわれうる法律行為は、とくにその旨が法によって定められているものに、かぎられる。たとえ、遺言でおこなわれうる行為の種類を立法により撤廃したとしても、遺言でおこなわれうるのは相手方のない単独行為にすぎず（もっとも、実際上は、負担つき遺贈の形で有償契約の申し込みをなしうる、と解すべき……）、相手方のない単独行為で効力をもちうるものは、その性質上、限定されざるをえない。」とし、伊藤昌司『相続法』（有斐閣・平成14年）81頁は、「もともと遺言は意思自治の原則の例外であると解するので、遺言でなし得る事項が法律による限定を受けるのは当然」とする。

なお、平成20年に制定された保険法44条1項によって、生命保険金受取人の変更は遺言によってもなしうることとされたが、同項制定以前には見解は分かれていた（萩本修『一問一答保険法』（商事法務・平成21年）185頁）。遺言事項が法定事項に限られることを理由とする否定説も有力であったが、他方で受取人変更を遺言事項として解釈する肯定説もあり（潘阿憲『保険法概説』（中央経済社・平成22年）225頁参照）、遺言事項は限定列举であるとの見解に対する異論が存していたとも考えられる。

49) 潮見佳男『相続法 第5版』（弘文堂・平成26年）217頁。

るのが、検討すべき課題となる。

(3) 担保法からのアプローチ

担保法においては、遺言上の質権設定の可否について見解が分かれている。

遺言上の質権設定を否定する見解の論者は、質権設定はもっぱら契約によるものに限られるべきことは342条・344条の文言から明らかである⁵⁰⁾、質権設定には当事者の意思表示の合致に加えて客体の占有を移す必要がありそのためには相手方の承諾を得なければならない⁵¹⁾ことを理由とする。結局のところ、質権の成立には質物の占有移転が要求されることが遺言上の質権を認めるにあたり障害となると解されている。

これに対して肯定説の論者が遺言上の質権が肯定されると解する理由は必ずしも明らかではない。肯定されるのを当然の前提として、質権設定の効力は遺言者の死亡時からではなく遺言に従って遺言執行者から目的物の引渡しがあった時から生ずるとするのみである^{52,53)}。

以上のように、質権の場合にはその成立に当たって目的物の引渡しが要求さ

50) 三濱信三『全訂 担保物権法』（有斐閣・大正14年）334頁。柚木馨＝高木多喜男『担保物権法 第3版』（有斐閣・昭和57年）222頁は遺言上の質権の可否について説明するところはないものの、「抵当権は抵当権設定契約によって設定せられる。」とするのみであることから否定説に立つものと解される。

51) 山下博章『担保物権法論』（巖松堂書店・昭和3年）204頁。質権は物の引渡しを要件とする契約によって成立する権利であるから、遺言のごとき一方的意思表示によって直接に設定することはできないとする小林俊三『担保物権法』（巖松堂書店・昭和14年）136頁も同様である。ただし、後述するように小林の見解は単純な否定説ではなく、富井の見解同様に結論的には肯定説と分類すべきものである。

52) 遊佐慶夫『新訂 民法概論（物権篇）』（有斐閣・昭和10年）463頁、石田次次郎『全訂担保物権法論 下巻』（有斐閣・昭和22年）399頁。遊佐は344条を理由に付加する。これが何を意味するのかが明らかではないが、344条には引渡しの主体が書かれていないことから、遺言執行者のする引渡しで足りるという趣旨であると考えられる。設定者の指示に基づいて実際に引渡しを行うこととなる主体は明らかではないが、設定者に限らず債権者（＝質権者）自身（簡易の引渡しの場合）や倉庫業者等の第三者（指図による占有移転の場合）は含まれると解してよいだろう。

れるために、遺言のみで設定できるか否かに争いが生じていた。

それでは抵当権の場合はどうか。起草者が物権変動の総則規定を根拠に肯定説に立っていたことは前述のとおりである。

ところが、現行法の解釈として「遺言抵当権は認められていない」と明言する見解もある⁵⁴⁾。この見解の論者は、抵当権は抵当権設定契約によってのみ成立するのであり、法定抵当権・裁判上の抵当権とならんで遺言上の抵当権が認められないとするのみであり理由を明言するわけではない。ただ、こうした説明が抵当権設定契約の諾成・無方式性を説明する中でなされており、そこでは物権変動についての意思主義が抵当権設定契約にも妥当することと質権設定契約と異なり目的物の占有移転を要する要物契約ではないことが指摘されている。したがって、意思の合致があることと諾成性とが抵当権設定契約の本質的な内容として理解され、遺言上の抵当権設定の場合は単独行為であることが設定の障害になると理解するものと思われる。しかし、物権変動について意思主義を採るのは良いとして、物権変動の意思表示は契約によってなされるのでなければならぬのかは疑問である。なぜなら、物権変動は相続や取得時効完成等によっても成立するものだからである。もちろん物権の移転原因には遺贈も含まれている。こうしてみると、遺言上の抵当権否定説にはさしたる根拠が

53) なお小林・前掲136頁は、「遺言執行者が質権を設定すべき旨の遺言の趣旨を実行するのは、相続人の質権設定であって別問題である（〔旧〕1117条）」という富井に類似した説明を加える。すなわち、ここでの質権設定の当事者は債権者と相続人であって遺言という単独行為ではなく契約の効果であるというのである。

54) 高木多喜男『担保物権法 第4版』（有斐閣・平成17年）柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9) 改訂版』（有斐閣・平成27年）9頁〔高木多喜男〕。

小林・前掲208頁も、「抵当権は契約に依りてのみ発生する。」と説く。このほか、近時の体系書においても抵当権は契約によってのみ成立するとするものが多い（道垣内弘人『担保物権法 第3版』（有斐閣・平成20年）121頁、加賀山茂『現代民法 担保法』（信山社・平成21年）400頁、石田稔『担保物権法』（信山社・平成22年）277頁、生熊長幸『担保物権法』（三省堂・平成25年）25頁、河上正二『担保物権法講義』（日本評論社・平成27年）121頁）が、質権を含めて遺言による設定を積極的に否定する趣旨ではないと考えられるので、検討対象から外した。

ないように思われる。

他方で、遺言上の質権を否定する見解の論者が質権設定には目的物の引渡し
が要求されることを挙げており、こうした事情のない抵当権の場合には遺言上
のそれを肯定する見解⁵⁵⁾が多数であるとみてよいだろう⁵⁶⁾。

(4) 遺言信託による質権の設定

平成18年に改正された信託法はその3条1号・2号でそれぞれ契約または遺
言によって「担保権の設定」ができる旨を明記した。このように条文の文言上
は遺言による信託設定においては質権設定であっても認められるように見られ
る。明文規定のなかった旧法についても、セキュリティートラストの扱いを質
権と抵当権を区別することなく説明する見解があり⁵⁷⁾、旧法の下でもすでに遺
言信託においては質権設定が認められていたといえる。

それでは、遺言信託によって質権を設定するとはいかなることなのか。セキュ
リティートラストは、受託者が担保権者となるという担保権管理目的の信託で
ある。したがって、質権設定の場合は受託者の下に所有名義のほか目的物の占
有が移転されなければならない。他方、遺言信託の効力発生時期は「遺言の効
力の発生」（信託法4条2項）時点とされるので、被相続人の死亡時（985条1項）
となりそうである。そうだとすると、この時点ですでに質物の占有移転がある
のでなければ質権は成立しないと解釈する余地がないわけではない⁵⁸⁾。しかし、
こうした解釈は妥当ではないだろう。なぜならこのように解すると抵当権の場
合であっても被相続人の死亡時に登記がなされているのでなければならないこ

55) 三瀧・前掲497頁、山下・前掲277頁、石田文次郎『全訂担保物権法論 上巻』（有斐閣・昭和22年）110頁。遊佐・前掲547頁註2は肯定説が通説であると明言する。高橋眞『担保物権法 第2版』（成文堂・平成22年）91頁註1も、遺言上の質権設定について論じる
ところはないが、抵当権設定については結論として肯定説に立つ。

56) これに対して高橋・前掲91頁註1は「現在は一般に、遺言による設定は認められない
と解されている」との認識を示す。

57) 新井誠『信託法 第4版』（有斐閣・平成26年）150頁。佐藤正謙監『シンジケートロー
ンの実務 改訂版』（きんざい・平成19年）162頁以下も同様。

ととなるからである。

したがって、遺言信託による質権設定は認められるものと解される。契約による信託設定についてはあるが、信託法4条1項が信託契約は諾成契約であることを明らかにしたことによって、従来からの要物契約説は否定されたとの指摘がある⁵⁹⁾ことも、遺言信託による質権設定を肯定する方向に働くであろう。

第4節 私見

ここまで遺言上の質権規定の沿革ならびに遺言法・担保法・信託法の側面から現行法下での遺言上の質権設定の可否に関する議論を考察してきた。

沿革の考察からは、遺言上の抵当権に関しては、ボアソナードのような遺言による物権設定の一環として理解可能であるとの見解、ベルギーの学説に見られるような抵当権は所有権の一部であるから所有権について認められることは当然に抵当権についても認められるといった見解が目につくが、この命題自体が検証を要するものであり現行法下の学説に基づいて検討を加える必要がある。遺言上の抵当権の利用目的については、ベルギー法においてもボアソナードの見解でも制限的に解する必要はないと考えられる。むしろ、自己の債務を担保する目的での遺言上の抵当権設定についてはボアソナードが恵与と性質決定したように、遺言上の質権がいかなる効果を有することになるのかを検討し

58) このように解しても、実務上も多用されることとなるであろう権利質については、証書交付が求められる場合（譲渡に証書交付を要する債権に関する363条・株式の質入に関する会社法146条2項・為替手形の質入裏書に関する手形法19条など）を除いては占有移転が観念されないから影響はない。特に、指名債権質や特許等の知的財産質の場合は、実質的に抵当権と同様であると説明されており、そうだとすれば少なくともこれらの場合については、遺言による質権設定が認められるということにもなりそうである。また、不動産質について344条の適用を否定して引渡しは不要であるとする見解（石田稜・前掲215頁）に立つのであれば、占有移転がなくても質権が成立すると解することができる。しかし、この見解は条文の文言からの乖離が大きく抵当権のほか不動産質権が存在する意義を滅殺するものであることから、賛成することはできない。

59) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』（商事法務・平成19年）42頁註1、小野傑＝深山雅也『新しい信託法解説』（三省堂・平成19年）19頁註9。

なければならない。

現行法の下で遺言上の質権設定の可否につきどのように考えられているのだろうか。遺言信託において質権設定ができることには異論がないようである。このことと民法解釈との関係が問題となる。すなわち、信託ではできることが遺贈としてはできないということがあってもよいのかということである。信託法のセキュリティートラストは民法の特則に当たるから、遺贈としてはできないことでも信託ならばできることがあっても良いという考え方もあり得る。確かに、民法上は被担保債権の債権者と質権者が合致しなければならないのに対してセキュリティートラストではそれが分離されており、信託法が民法ではできないことを可能とする側面を有していることは否定できない。しかし明文規定のないところで民法の特別法である信託法につき民法と異なる解釈をするのは好ましくないだろう。遺言信託において質権設定ができるか否かは民法において遺言上の質権設定が認められるかに依存するものと解すべきである。

そこで、遺言法・担保法の側面から、遺言上の質権設定ができるかを検討することとする。

現行法の起草過程からは、遺言上の抵当権についてはその目的を限定する意図はなかったこと、これに対して遺言上の質権については質権設定には目的物の引渡しを要するために認められないとの見解を起草者が採っていたことが明らかとなった。

確かに質権設定契約は要物契約であると解されてきており、こうした理解のもとには起草者の考え方がある。しかし、そもそも質権設定契約は要物契約であるという前提自体から考え直されなければならないのではないか。すでに、質権者が質物の占有を失い、設定者が質物を占有しているケースについては、質権設定契約の効力に着目した議論がなされているのである⁶⁰。

遺言は単独行為であることから、契約に基づく質権設定の場合の議論をそのまま取り入れるわけには行かないのは確かである。しかし、設定者の意思表示が有する効力と質権の成立とは分けて考えることができるという限りでは、契約に基づく質権設定の議論を参考にすることができると考えられる。すなわち、

質権を設定する旨の遺言自体が有する効力とは何かを探求すべきなのである。

この点については、すでに富井が注目すべき説明をしていた。そこにおいては、質権を設定する旨の遺言の効果として、相続人⁶¹⁾に質権設定の義務が課されることとされている。そしてこれを受けて相続人と債権者との間で質権の設定がなされるからこれは契約に基づく質権設定に過ぎないというのである⁶²⁾。

しかしながら、これは契約に基づく質権設定というべきなのだろうか。相続人は遺言執行の一環として質権を設定しているのであり、自己の意思に基づいて質権を設定しているわけではない⁶³⁾。その意味で、当事者の自由意思の合致を理念とする契約とは異なっている。また、相続人は自己の意思に基づいて遺言で指示された質権設定を拒絶することはできない。拒絶すればそれは遺言執行の妨害行為（1013条）ということになる。したがって、契約に基づく質権設定と構成するのは適切ではなく、やはり遺言上の質権設定には独立した意味があるものと言うべきである。

ところが、遺言法上の制約はこれに尽きるものではない。問題は2点ある。

60) 内田貴『民法Ⅲ 第3版』（東京大学出版会・平成17年）489頁は「質権設定契約そのものは合意で成立し、物権たる質権の効力が引渡しにかかっているというべき」とする。また、道垣内・前掲83-84頁は、「目的物引渡しを質権の効力発生要件ととらえる立場からは、占有喪失により質権者は質権者独自の権利・義務を失うが、質権設定契約に基づき設定者に返還を求めうる、と解すべきである。」という。大村敦志『基本民法Ⅲ 第2版』（有斐閣・平成17年）224頁も、これらの見解を肯定的に評価する。

61) 厳密には遺言執行者とすべきであろう。もっとも、遺言執行者は相続人の代理人とみなされる（1015条）ことから結論に大差はない。

62) 中川＝泉・前掲・492頁は、遺言による財産処分は、遺言者の死亡と同時に相続人に帰属することなく受遺者へ帰属するものでなければならないから、遺言者が相続人に対し遺産の一部を何某に贈与せよと明示する如きは、道義的効力についてはともなく、法的には無効である、としているが、遺言上の質権設定条項に基づいて質物の所有権帰属が決定されて質物所有者が遺言に従って質権を設定するのは場面が異なるものと言える。

63) 不動産を売却し売得金で相続債務を清算すべき旨の遺言につき、「共同相続の場合などには、相続債務を清算した後の残額を法定相続分に応じて分配しろという、遺産分割方法の指定と解釈されないこともない」とする加藤永一『遺言 増補』（一粒社・昭和62年）57頁も参照。

1つは遺言事項は限定列挙されたものに限られると解されることであり、もう1つは仮にそれに該当するとしても内容面での制約を受けるということである。

前者に関しては、遺言上の質権設定は負担付遺贈と構成してよいものと考えられる。ここでの「負担」の内容については狭く解釈する見解もある⁶⁴⁾ものの、通説は「負担付贈与とは、受贈者が一定の給付をする債務を負う贈与である」と解する⁶⁵⁾。遺言上の質権設定は、質権設定を受ける者である受贈者自身が一定の給付をする債務を負うわけではないという意味では、本来の意味での負担付贈与ではない。しかし、質物とされる財産を取得した相続人あるいは受遺者は、質権設定後は被担保債権が完済されない限りその財産に質権の負担を課され続けるという意味では負担を負っているものであり、このようなものも負担付遺贈に含めてよいと考えられる。

また、遺言の明確性確保ならびに後日の紛争予防のいずれの点についても問題を引き起こすことはないと考えられる⁶⁶⁾。

それでは内容面での制約についてはどうか。後継遺贈は無効と解する見解が支配的であることから問題となる。後継遺贈においては、第1次遺贈の受遺者に財産の保持・保存義務が課されることによって財産の自由な流通が妨げられることが、無効と解される原因である⁶⁷⁾。しかし質権設定の場合は所有権を永久に制約するものではなく、所有者による処分を制約するものではないことから、内容面での制約もかからないものと解する。

64) 来栖三郎『契約法』（有斐閣・昭和49年）244頁も参照。そこでは、単なる用途指定、ことに単なる処分制限を負担と解することは、負担の効果（551条2項・553条）から見て疑問であるとされる。

65) 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）』（有斐閣・平成5年）58頁〔柚木馨＝松川正毅〕。

66) あえて挙げるならば、第三者の債務を担保する目的で遺言上の質権が用いられる場合に質権が実行されるか否かがわからないために、相続人（場合によっては受遺者）がその質物を取得できるか否かが確定できない点が問題となり得る。しかしながら、この問題は被相続人の死亡以前に質権が設定されている質物が相続の対象となる場合にも生じる問題であって、遺言上の質権に固有の問題点ではない。

67) 潮見・前掲268頁参照。

以上から、現行法の下において、遺言上の質権設定は認められるものと解する。最後に、遺言上の質権設定が認められる場合に生じ得る問題について2点ほど指摘しておく。

まずは遺言の効力発生前に質権の（潜在的）目的物が譲渡されたり滅失したりした場合の効力についてである。996条はそのまま適用されるものと解される。質権者となることが想定されていた債権者は遺言の発効前は期待権を有していたにすぎず、債権者が害されることはない。また、債権者としては遺言者の生前に担保を徴求することができたはずである。999条・1001条はどうか。質物が遺言時に想定したものと異なるものとなり第三者対抗要件等に変動が生じることなることから問題となる。しかし、999条についてもそのまま適用して差支えないと考える。担保目的物が変動することは、流動型の担保権の場合のみならず、物上代位が認められていることから、当初から想定済みである。債権者としても遺言が効力を発生した時点で質物が確定すれば害されることはない。遺言書作成時には不動産が質物であったのにその後付合が生じたことで共有持分権が質物となったような場合には、質権者の負担が増大するともいえる。しかし、債権者は質権を放棄することもできるのだから、999条・1001条が適用されても債権者を害することにはならない。

第2は、遺留分規定を潜脱することになる危険性に関連する。質物の価格に比して被担保債権額が極端に高額である場合、債務の弁済がなされないままに質権が実行されてしまうと遺留分が侵害される恐れがある。こうした恐れに対処するためには、遺留分算定における基礎財産の評価方法を慎重に決定する必要がある。債権については、名目額ではなく債務者の資力や担保の有無を考慮して取引価額を算定すべきものとされる⁶⁸⁾。質物の価額評価に当たっても、担保が実行される可能性を加味した評価が求められることとなろう。

本稿は、平成27年度の科学研究費補助金・基盤研究(c)による研究成果の一部である。

(なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授)

68) 潮見・前掲319-320頁。