

法律学（私法）におけるデータ・情報の位置付け： 客体論から行為論へ

メタデータ	言語: ja 出版者: 武蔵野大学法学会 公開日: 2023-10-12 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小山, 晋資 メールアドレス: 所属:
URL	https://mu.repo.nii.ac.jp/records/2000041

法律学(私法)におけるデータ・情報の位置付け

—客体論から行為論へ—

小 山 晋 資

1. はじめに
 - (1) 人の法、物の法、行為の法
 - (2) 本稿の構成と問題の所在
2. 「データ」・「情報」の意味・特徴
 - (1) 「データ」・「情報」の一般的意味
 - (2) 「データ」と「情報」との関係
 - (3) 本稿における「データ」・「情報」の定義
 - (4) 「データ」・「情報」の特質
3. 「データ」・「情報」の現行民法上での位置付け
 - (1) 現行民法の体系：パンデクテン方式
 - (2) 総則編にある「物」の規定：有体物に限定
 - (3) 現行法の解釈：データや情報は「物」ではない
4. 無体物は民法上どのように取り扱われてきたか
 - (1) ローマ法における「物」
 - (a) 旧民法やローマ時代に遡る必要性：無体物の起源
 - (b) 法学者ガイウス
 - (c) ガイウスの『法学提要』と三分法
 - (d) 法学提要における「物」(res)
 - (e) 『法学提要』における物の分類とガイウスによる無体物の「発見」
 - (f) 無体物の発見と三分法との関係
 - (2) 旧民法における「物」
 - (a) 旧民法の体系と「物」に関する規定
 - (b) 旧民法における「無体物」
 - (c) 「無体物」を「物」に含めた理由
 - (3) 現行民法における「物」
 - (a) 旧民法典の「修正」、インスティトゥーティオーネン方式からパンデクテン方式へ
 - (b) 「物」を有体物に限定、総則編に置かれた「物」の規定
 - (c) 「有体物」の解釈
 - (d) 「無体物」の議論の要否・解釈
 - (e) 85条の位置付け：「物」の規定を総則編に置く意味
 - (f) 旧民法時代の「無体物」の行方

5. 「データ」・「情報」の位置付け
 - (1) 現行民法の体系の確認
 - (2) 三分法の中身の変遷：訴権から行為へ
 - (3) 編纂方式や位置付けを議論する意味
 - (4) 所有権の発想の変化（弱体化）
 - (5) 「データ」や「情報」の議論を行為論に位置付ける
6. 結論と残された課題

1. はじめに

(1) 人の法、物の法、行為の法

ローマ時代の法学者ガイウス（Gaius）の『法学提要』（*Institutiones*）第1巻の冒頭には、以下の一節がある¹。

8: *Omne autem ius quo utimur, uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones*²

われわれが用いているすべての法は、あるいは人に、あるいは物に、あるいは訴訟にかかわっている³（以下略）

ガイウスの「法学提要」が採用した編成方法、すなわち、法を「人」（*persona*）、「物」（*res*）、「訴訟」（*actio*）の3つに分けて編成する三分法（インスティトゥーティオーネン方式、提要方式とも呼ばれる。）は、日本の旧民法にも引き継がれた。現行民法は、パンデクテン方式を採用したが、総則編は、人・物・法律行為の順となっており、三分法の影響が残るとも言える

1 本稿では、ガイウスの『法学提要』のテキストとして、以下の文献を用いている。

S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Fvrlani, V. Arangio-Rivz. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, Florentiae, 1940.

和訳は、早稲田大学ローマ法研究会・佐藤篤士監訳「ガイウス『法学提要』(I)」早稲田法学64巻1号（1988年）1-36頁、および同「ガイウス『法学提要』(IV)」早稲田法学74巻1号（1998年）1-25頁を基礎としている。なお、本稿で外国語を記載する場合、主に英語の表記は立体、それ以外（ラテン語、フランス語、ドイツ語）は斜体で表記している。

2 *Gai Ins.*, I. 8.

3 前掲注(1)・早稲田大学ローマ法研究会(I)15頁。

（後記4（3）にて詳述する）。

昨今、データや情報の重要性が説かれている⁴が、私法の一般法たる民法は、データや情報をどう扱うかについて明確に規定してはいない⁵。他方、情報保護法の側面を有する知的財産権法（著作権法や特許権法）は、それぞれ何が保護対象かを明確にしたうえで、物権法を「借用」⁶して、データや情報を取り扱っている。ここでは、データや情報を物と擬制することで、法的に対処してきた。また、近年では、データや情報について、「財」の重要性⁷や多様化⁸に着目して、「物」概念の再検討する動きや、無体物の占有を検討するものもある⁹。

4 データや情報の有用性・価値について検討した論文は数多くある。拙稿「営業秘密に該当しない情報の利用行為における一般不法行為の成否—知財高裁令和元年9月20日判決、最高裁平成23年12月8日判決および最高裁平成16年2月13日判決を検討の素材として—」武蔵野法学18号（2022年）46頁（200頁）の脚注1に掲載された文献参照。

5 知的財産法の立場から、従来の財産法は有体物を中心とした体系であるが、情報化社会においては、情報も視野に入れた情報法の体系が必要であり、「本来であるならば、財産法体系の基本法である民法の中に、情報をどのように組み込むべきかということも検討されるべきかもしれない」との指摘がある（中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」桂木隆夫ほか著『岩波講座 現代の法10 情報と法』（岩波書店、1997年）268頁）。中山は、民法の中に物権と並んで情報に関する権利を規定することも考えられるが、歴史的にパンデクテンの体系ではそのようになっていないとも指摘している（中山信弘『法律学講座双書 特許法〔第4版〕』（弘文堂、2019年）22頁）。

また、民法の立場から、2020年に施行された債権法改正の議論において、知的財産や情報等、近代法の基本構想の範疇ではとらえられないものが重要な役割を果たすようになってきているとの認識のもと、近代法の基本構想の要素として「情報」という要素を補うべきとの主張があったが（山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本ほか著『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—』（商事法務研究会、1998年）4頁）、今般の改正では、情報の定義や取り扱いに関する条項は民法典に入らなかった。

6 中山信弘『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2020年）294頁参照。

7 財の重要性については、鎌田薫が「「財」としての重要性は、「物（物権）」から「権利（債権等）」、さらには「知的創作物」ないし「情報」、そしてそれらの複合体（企業・営業）へと移ってきている」と指摘している（鎌田薫「財—総論」ジュリスト1126号（1998年1月1日・15日号）78-81頁）。また、松本恒雄も、財貨性のある情報の種類や範囲が飛躍的に拡大し、情報の価値も格段に高まっていると指摘している（松本恒雄「情報の保護」ジュリスト1126号（1998年1月1日・15日号）193-200頁）。

8 財の多様化については、吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）に掲載された各論文が参考になる。また、「シンポジウム 財の多様化と民法学の課題」私法77号（2015年）3-51頁参照。

9 無体物の占有を観念して占有訴権を議論するものとして、森田宏樹「財の無体化と財の法」吉

しかしながら、ローマ法以来の三分法・インスティトゥーティオーネン方式の歴史とその内容の変遷、旧民法から明治民法（現行民法）に至る沿革・現行民法の起草過程を踏まえると、無体物とよばれるもののうち、権利として構成されるものは物と擬制することで対処できたかもしれないが、権利とはいえない^{10 11} データや情報などは、上記の三分法において、「物」で論じるのではなく、「行為」にて論ずるべきものではないか、というのが本稿の問題意識である。

(2) 本稿の構成と問題の所在

本稿では、まずデータ・情報の定義をした上で、現行法がそれぞれの概念をどのように使用しているのかを確認する。そして、データ・情報は、現代の感覚・定義に照らすと有体物ではない（あえて換言すれば「無体物」にあたる）ところ、「無体物」が民法上どのように扱われてきたかを、旧民法から明治民法（現行民法）への修正過程、さらには旧民法の「物」の条項がロー

田=片山編・前掲注(8) 85-123頁、とりわけ100頁以下。また、同じく占有の議論をするものとして、麻生典「情報の占有理論による保護」NBL 1071号(2016年4月1日号) 37-45頁参照。また、物権法を「財の法」の一環として位置付ける体系書として吉田克己『物権法I』（信山社、2023年）がある。同書は、財の帰属めぐる法的規律の総体を「財の法」とし、「主体-帰属関係-客体」を基本構造としている（同・4頁）。客体と帰属関係（権利など）とを分けた議論として大変参考になる。

- 10 なお、「データ・オーナーシップ」というコンセプトが語られることがある。オーナーシップという単語からは所有権が想定され、データを権利または「物」の文脈で論じる趣旨とも思われる。経済産業省のガイドラインによると、データ・オーナーシップは、データに適法にアクセスし、その利用をコントロールできる事実上の地位、または契約によってデータの利用権限を取り決めた場合にはそのような債権的な地位（契約に基づいて生ずる法的な権利・義務を内容とする地位のこと）を指すことが多い（経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン 1.1版」（2019年12月）16頁）。それゆえ、これはデータの「所有権」という趣旨で使っているものではなさそうである。
- 11 データをプロパティ（property）として規律しようとする議論もある。この点を扱う論文は数多くあるが、Ritter, Jeffrey & Mayer, Anna. "Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward", *16 Duke L. & Tech. Rev.* p.220. (2017-2018) は、デジタル情報資産（digital information assets）を property rule に従って規律することを提案しており、興味深い。なお、プロパティ（property）は、一般的には「財産」を意味し、property rule は、財産法または物権法を意味する（英米法における property 概念は、日本法における不動産・動産を合わせたものより広い（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）675頁））。

マ法を基礎にしていることを踏まえて同法における物・無体物の概念を検討する。ローマ法における物の概念には、ローマ法の三分法（法を人、物、訴え（行為）の3つに分けて記述するもの）が影響している。この三分法は、現代においてデータ・物の位置付けを考える際にも参考になるとと思われるため、三分法にも触れる。その上で、これらローマ法からの検討を踏まえ、法律上（私法上）、データ・情報のような無体物は、「物」ではなく、「行為」において論じるべきではないかという問いを検討する。

2. 「データ」・「情報」の意味・特徴

(1) 「データ」・「情報」の一般的意味

民法は「データ」や「情報」を定義していない。また、民法以外の現行法も、明確な定義をしていない。法律上の用語の意味は、当該法律の目的や趣旨の影響を受けることから、統一的な定義をすることは困難であると考えますが、議論を進めるために、便宜上、本稿における定義を考える。

一般的な用語法（日常用語の意味）¹²としては、「情報」とは、①ものごとについて（新しいことを）知らせること。②〔コンピュータで〕デジタル信号として処理される内容。文字・映像・命令など。③そこから、何らかの意味が読み取れるもの¹³とされる。「データ」とは、①〔推論の〕基礎となる事実。また、事実にもとづいて整理した材料。②コンピュータであつかう情報¹⁴とされる。この国語辞書の定義（とりわけ情報の③、データの②）からすれば、「情報」はデータよりも広い概念であり、「情報」には意味内容というニュアンスが含まれるといえそうである。

12 日常用語の意味内容を起点とする点は、後記5. (3)、および脚注(129)参照。

13 見坊豪紀ほか編集『三省堂国語辞典〔第8版〕』（三省堂、2022年）709頁。

14 見坊ほか・前掲注(13)1002頁。

(2) 「データ」と「情報」との関係

現行法においては、たとえば、官民データ活用推進基本法（平成28年法律第103号）2条1項には「官民データ」という用語があり、「電磁的記録…に記録された情報…であって、…」とある。また、デジタル社会形成基本法（令和3年法律第35号）22条には「データの標準化」という用語があり、それは「電磁的記録において用いられる用語、符号その他の事項を統一し、又はその相互運用性を確保することをいう。」と定義されている¹⁵。

ここで、データと情報との関係については、大きく分けて2つの考え方がある¹⁶。

1つ目の考え方は、データと情報とを同一レベルにあると考えたうえで、対象とする範囲が違ふと考える（情報の範囲が広く、データは情報に含まれる）。この発想によれば、情報のなかには、電子化されたデータと、電子化されていないデータが含まれることになる（同一レベル説）¹⁷。

2つ目の考え方は、データと情報とを別レベルのものと考えたうえで、情報は意味内容、データは情報の表現であると考えたものである（別レベル説）¹⁸。

(3) 本稿における「データ」・「情報」の定義

上記(2)で引用した2つの法律は、いずれも1つ目の考え方と親和性があるが、データや情報に関連する法律問題を検討するにあたっては、表現や表現形式（すなわち、意味内容に立ち入らないもの）と、意味内容とを分けて考察することが有益となることがある¹⁹。たとえば、刑事法の領域となる

15 定義規定は、情報通信技術を活用した行政の推進等に関する法律（平成14年法律第151号）第4条第2項第5号イ。

16 様々な観点から議論がなされているが、この点を取り上げて論じることは本稿の主眼ではないため、2つの大きな方向性(説)の紹介と現行法でのそれぞれの用語の使われ方の紹介に留める。

17 説の名称を含めて、福岡真之介・松村英寿『データの法律と契約〔第2版〕』（商事法務、2021年）5頁。

18 福岡・松村・前掲注（17）6頁。

19 同上。

が、不正アクセス行為の禁止等に関する法律（平成11年法律第128号）では、データという表現形式をとっているものが保護対象となっており、データの意味内容については問われない²⁰。他方、個人情報の保護に関する法律（平成15年法律第57号）では、意味内容が問題であり、表現形式（記録された媒体が紙なのか電子データかという点）は問われない²¹。また、法を離れて、人間の脳内のプロセスを考えたとき、我々は、五感の作用によって外界からの刺激をデータとして受け取り、そのデータを脳内で処理し、何らかの情報としてその意味内容を認識・理解している²²。これらを踏まえると、表現や表現形式と、意味内容とを分けて考察することで、データや情報に関する法律問題をより精緻に検討できるといえる。

それゆえ、本稿では、「データ」と「情報」とを別レベルのものと考えたうえで、情報は意味内容、データは情報の表現であるという定義を採用する^{23 24}。

-
- 20 不正アクセス禁止法の趣旨・目的は、識別符号（例えば、ID・パスワードやバイオメトリクス情報）から構成される認証システム（アクセス制御機能と呼ぶ）の保護であり、同法の保護法益は、アクセス制御機能に対する社会的信頼である（鎮目征樹ほか編『情報刑法I サイバーセキュリティ関連犯罪』（弘文堂、2022年）99頁〔西貝吉晃執筆〕）。
- 21 「個人情報」に該当するかは表現形式にかかわらず決まるが、表現形式（体系的にまとめられたかどうか）により、事業者の義務の範囲等は異なる（個人情報保護委員会ウェブサイト https://www.ppc.go.jp/all_faq_index/faq2-q2-3/ 参照）。
- 22 夏井高人監修『IT ビジネス法入門—デジタルネットワーク社会の法と制度—』（TAC 出版、2010年）170頁参照。
- 23 西貝吉晃『サイバーセキュリティと刑法—無権限アクセス罪を中心に』（有斐閣、2020年）9頁・10頁参照。西貝は「情報とは、現実の存否を問わず、思想・事実といった意味内容」、「データとは（情報の）表現」と定義している（同・9頁）。
- 24 なお、米国においては、データを単なる事実、情報は意味内容と捉える見解が一般的であるといえる。例えば、Golden, Kevin. “Transborder data flows and the possibility of guidance in personal data protection by the ITU,” *Houston Journal of International Law* 6, no. 2 (1984): pp. 215-242. は、国境を超えたデータ移動に関する議論の前提として、「データは、データ主体を記述する単なる事実の集合にすぎないが、情報は、データ主体にとって意味のあるデータとなる。」（“Data is merely a set of facts which describe the data subject, while information is data which has been made meaningful for the data user.”）と説明している。

(4) 「データ」・「情報」の特質

この後の議論を進めるにあたり、データの特質を確認しておいたほうが有益と考え、以下では、有体物と対比してデータの特質を確認する²⁵。

① 非競合性 (non-rivalrous)

有体物の場合、通常、ある人が消費すると、他の人はその物（有体物）を消費できない（たとえば、AさんがAさんの車を通勤のために利用すると、Bさんはその車を利用することはできない）。他方、データの場合、（他の人の利用を減少させることなく、）多数の者が同時に消費可能である（非競合性）（たとえば、Aさんが、テレビで生中継を見ているとき、Bさんも、その中継を同時に見ることができる）²⁶。

② 明確な境界がない²⁷

有体物には物理的な境界がある。それゆえ、権利が及ぶ範囲が明確である。他方、データにおいては、境界線を確定することは（有体物の場合に比べて）遥かに困難である²⁸。データの場合は、時間の経過により内容が変化することが有りえ²⁹、境界の確定はさらに困難となる。

25 データの特徴についても論者により様々な見解があるが、ここでの記述は、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（1）」知的財産法政策学研究 28 卷（2010 年）195-223 頁、特に 213-218 頁を基礎とし、中山信弘「デジタル時代における財産的情報の保護」法曹時報 49 卷 8 号（1997 年）1-20 頁、福岡・松村・前掲注（17）8 頁、Murray, Andrew. *Information Technology Law (4th Ed)*, Oxford University Press, 2019, p.10. を参照している。

26 非競合性は、他の人の利用が減少するかという観点から見たものである。ある人の利用が他の人の利用を防ぐか（阻害されるか）という観点で、非排他性も議論される。

27 山根・前掲注（25）216 頁、および同論文が数多く引用する Drahos, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*, Australian National University eTEXT, 2016 が参考になる。なお、山根論文は同書単行本（1996 年）をベースとしていると考えられるが、筆者は、eText（2016 年）を参照した。そのため山根論文と引用のページ数や脚注番号が異なることがある。

28 山根・前掲注（25）216 頁。なお、山根は、「発明や著作物という無形の情報は、物理的な境界線を引くことができない。無体物の境界は多くの場合、知的財産権侵害訴訟における同一性又は類似性判断によって画定される」と指摘している（同・216 頁）。

29 たとえば、工場内の機器の稼働状況に関するデータは、時間の経過とともに蓄積されていく。ただ、この点は、たとえば集合動産担保において、担保物の具体的な中身は変化すが「この倉庫内にある商品」などという形での特定が許されていることと同様に考えると、このようなデータの境界を確定することも、実務上は可能ともいいうる。

3. 「データ」・「情報」の現行民法上での位置付け

(1) 現行民法の体系：パンデクテン方式

現行民法にて、「データ」や「情報」がどう位置付けられているかという論点を検討するに際し、まずは全体像を把握するため、民法がどのような体系なのかを確認する。

日本で最初の民法典は1890年（明治23年）に公布された「旧民法」であり、財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編、人事編の5編からなる。この編纂方式はインスティトゥーティオーネン方式と呼ばれる³⁰。旧民法は、1893年に施行される予定だったが、民法典論争により施行延期となり、最終的には施行されずに終わった。

旧民法の修正という形で1898年に公布され、同年に施行されたのが明治民法（現行民法）³¹である。明治民法は、ドイツ民法典（1896年公布、1900年施行）の草案を参考にしたものであり、一般的に通用する抽象的・共通規定を総則という形で冒頭に置き、その後に具体的な内容である各則規定を配置するパンデクテン方式³²を採用した。

(2) 総則編にある「物」の規定：有体物に限定

明治民法（現行民法）は、85条にて「この法律において「物」とは、有体物をいう。」と規定している。ここでの「有体物」は、空間の一部を占める有形的存在であるとされ、外界の一部であって、人の五官により知覚され

30 谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法（1）総則（1）通則・人－1条～32条の2改訂版』（有斐閣、2010年）14頁〔谷口・石田執筆〕。なお、旧民法の編成方式、旧民法から明治民法（現行民法）への修正については、後記4.（3）（a）にて詳述する。

31 明治民法のうち家族法部分は第二次世界大戦後に全面改正されたが、財産法部分は、現代語化や2020年4月施行の債権法改正を経ても、ほとんどの条文が残っている。本稿では、旧民法との対比で明治民法という表現を使うことはあるが、明治民法と現行民法とはほぼ同義として使う。

32 川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法（3）総則（3）法律行為（1）－90条～98条』（有斐閣、2010年）9頁〔平井執筆〕。パンデクテン方式（体系）は、抽象的・一般的事項を、まとめて先に記載したのち、具体的・個別的事項を記載する方式である。

うる形態を有するものとされる³³。

なお、この「物」に関する規定は、物権編の総則（175条以下）ではなく、民法典全体の総則編にある。これをどのように理解するかについては様々に論じられている（後記4（3）（e）にて検討する）。

（3）現行法の解釈：データや情報は「物」ではない

上記の有体物の定義に従うと、「データ」や「情報」は、それ自体は人の五官により知覚される形態を有さず、また空間の一部を占める有形的存在でもないため、有体物にあらず、その結果、民法における「物」とはいえない。

しかし、「有体物ではない」または「民法上の『物』ではない」とはどういうことなのか。所有権の客体とならない、または物権の客体とならない、という意味なのか。さらには、財産権または権利の客体とならないということまで含むのか。これは「物」の規定が総則編にあるという事実をどう捉えるかに関連するものである。この問題を考えるに際しては、現行民法が「物」を有体物に限定した理由、「物」の規定を総則編に置いた理由を考える必要がある。

4. 無体物は民法上どのように取り扱われてきたか

（1）ローマ法における「物」

（a）旧民法やローマ時代に遡る必要性：無体物の起源

本稿はデータや情報という現代の問題を取り上げるものだが、ここでは旧民法、さらにはローマ法にまで遡る。それはなぜか。

旧民法は、有体物のみならず無体物も「物」に含めていた（旧民法財産編6条）。これはローマ法に由来する³⁴。そして、物には有体物と無体物と

33 林良平・前田達明編『新版注釈民法（2）総則（2）法人・物－33条～89条』（有斐閣、2010年）588頁〔田中整爾執筆〕。

34 無体物の起源がローマ法である点は多くの論文で言及されている。たとえば、旧民法の有体物

があることを法学の世界で最初に取り上げたのは、ガイウスの『法学提要』³⁵である（後記（c）にて詳述する）。ガイウスは、その人となりについていまだ明らかになっていないことが多く、研究者たちを惹きつけている。法制史的分析は本稿の主眼でないが、無体物たる概念を法学にもたらし、現代の法学にまで影響を及ぼしていることから³⁶、ガイウスがどのような人物であったかについて簡略に確認したい。

(b) 法学者ガイウス

ガイウス（Gaius）は、紀元後110年から180年ごろに生きたローマの法学者である³⁷。ガイウスは、他の典型的な法学者とは異なり、体系化（systematization）と法的教義学（legal dogmatics）に関心があり、法制史の重要性を理解しており、ギリシア哲学の手法も取り入れていたといわれる³⁸。

ガイウス本人についての情報は乏しく、様々な議論を呼んでいる。いまだにガイウスの名前（ガイウスが名なのか、氏なのか）や、どこで生まれ、どこで生きていたのかすらわかっていない³⁹。また、ガイウスの見解は、同時代の学者たちに引用されてもいない⁴⁰。

と無体物との区別、その定義がガイウスの定義に由来するものであることにつき、曾田厚「物の抽象性と有体性（1）」法学協会雑誌91巻3号106頁にて引用されている三瀧信三「無体物観念ノ排斥ニ関スル疑問」法学志林13巻8・9号（1911年）477頁。また、知的財産法の観点から、山根・前掲注（25）208頁で引用するDrahos・前掲注（27）19頁。

35 Birks, Peter & McLeod, Grant (transl.). *Justinian's Institutes (with the Latin text of Paul Krueger)*, Cornell University Press, 1986, p.16. は、ガイウスは、提要システムおよびその「法律文献の」ジャンルそのものの発明者である」（“Gaius was the inventor of the institutional scheme and of the genre itself.”）と指摘している。

36 ガイウス『法学提要』が日本の旧民法典まで続く『法学提要』の原点であるとの指摘もある（葛西康德「はじめに《ミニ・シンポジウム》比較法学史研究の一素材としての『法学提要（The Institutes）』—特に体系と普及に関して—」法制史研究72号（2022年）164頁）。また、葛西は、原点たりえた理由として、法の三分法を指摘している（同・164頁）。

37 Birks & McLeod, *supra* note (35), p.16.

38 *Id.*

39 John, MacDonell (Editor) and Manson, Edward (Editor). *Great Jurists of the World*, Little, Brown, and Co., 1914, p.2. なお、このフレーズは様々な論文で使用されている。たとえば、船田享二『ローマ法』（岩波書店、1968年）320頁、吉村朋代「ガイウスの法学教育と学派論争—相続財産 hereditas とは何か：G.2,34-37/G.3,85-87」法制史研究72号（2022年）208頁。

40 Birks & McLeod, *supra* note (35), p.16. 船田も、ガイウスの「法学提要は明快な説明に富み、

しかし、ガイウスは、おそらく現代においてもっとも名前が知られたローマの法学者である⁴¹。その有名さは、法学提要とその体系（三分法、インスティトゥーティオーネン方式）に由来する。

(c) ガイウスの『法学提要』と三分法

ガイウスは、紀元後161年頃（ただし、その後も長年の講義ノートを元に改訂していた可能性がある）、「法学提要」（ラテン語：*Institutiones*, 英語：*Institutes*）を書いた⁴²。*Institutiones*は、「導入」（introduction）や「基本」（basic principles）といった意味であり、『法学提要』は法学を学ぶ者への教育目的で書かれたものである⁴³。

ガイウス『法学提要』は全4巻からなる。第1巻は法とは何かから始まり、人の法が記載されている。第2巻・第3巻は物の法であり、物の定義・区別、取得などが記載されている。第4巻は訴えの法であるが、訴訟それ自体ではなく、さまざまな種類の訴権とその特質を扱っている⁴⁴。このように法を人・物・訴えに分けて記述する三分類（提要システム）は、ガイウス自身が考案したとは考えられていないが（ギリシア・ローマの修辞学といわれる⁴⁵）、最初に法律に適用したのはガイウスとされる⁴⁶。

なお、ガイウスの『法学提要』は、400年ほど時間を経て、ユスティニア

古典時代の後に各地で尊重され、ことにユスティニアヌス帝によって「わがガイウス」（Gaius noster）として尊重され、学説類集にも多く引用されているにも拘わらず、同時代の学者等によっては全く引用されてはいない。」と指摘している（船田・前掲注（39）320頁）。

41 Sherman, Charles Phineas, *Roman Law in the Modern World Vol.1*, Fred B. Rothman & Co., 1993, p.75.

42 Birks & McLeod, *supra* note (35), p.16.

43 Birks & McLeod, *supra* note (35), p.12. 吉村・前掲注（39）206頁は、「学問的法学教育の黎明期における代表的教科書が、ガイウス『法学提要』である。」と指摘している。

44 北居功「〔第24回〕民法の体系（民法改正と契約法）（最終回）（ロー・クラス）」法学セミナー710号（2014年）80-85頁。

45 吉原達也「ガイウス『法学提要』の三分類体系 —とくに法学教育と「物の法」との関連で」法制史研究72（2022年）166-205頁、199頁注釈44は「グスマン・ブリトは、『法学提要』の基本構造をなす法の三分類（*persona, res, actiones*）の順序が、おそらくギリシア・ローマの修辞学の教養である「状況に基づく論証」（…誰が、何を、いつ、どこで、なぜ、どんな手段で、何を支持するのかによる論証法）であることを示唆している。」と指摘する。

46 吉原・前掲注（45）168頁。

ヌス帝の『法学提要』にて取り入れられ、この三分法がさらに発展していくことになる。また、ガイウスの三分法における3つ目は「訴え」（訴訟、*actio*）の法である。この「訴訟」の部分が後に「行為」等に変容する点は後述する⁴⁷。

(d) 法学提要における「物」(*res*)

ガイウス『法学提要』第2巻「物」の法の冒頭は以下の条項から始まる⁴⁸。

1. われわれは、前巻で人の法について説明した。ここからは物の法について考察しよう。物は、われわれの財産中にあり、あるいは、われわれの財産外にある。

ここではラテン語の*res*は「物」と和訳されており、英語訳でも*thing*と訳出されることが多いが、ガイウスのいう*res*は、「物」に限られず広い意味である⁴⁹。そもそも、法学における*res*は、一般に3つの意味があるとされる⁵⁰。1つ目は、法的に独立した物理的な物である（狭い意味）。2つ目は、（私法上の）権利の対象となりうるもの、訴訟の対象となりうるものである（広い意味）。3つ目は、財産一般（*property in general*）をさすものである（さらに広い意味）。

「物」の法は、物の分類から始まり、物の取得に加えて債務（契約や不法行為を含む）が記載されている。このことからすれば、*res*は実体のある物（*material object*）に加え、人の行為や権利の対象一般をも含む趣旨であっ

47 後記5(2)にて検討する。なお、本稿では、提要システムを、人の法・物の法・訴訟の法の三分法で考える見解を前提としてきたが、人の法と物の法の2つで考える見解もあり、この点は、近世以後の法体系論との関係を考えるうえでも重要なテーマの一つのようである（吉原・前掲注(45)181頁参照）。

48 前掲注(1)・早稲田大学ローマ法研究会(IV)2頁。

49 *res*は「モノ」と訳されたために、狭く捉えられる危険性があるが、ガイウスの用法は非常に広い点を指摘するものとして葛西・前掲注(36)164頁参照。

また、西本穎「ゲルマン法における物の概念について」法学論叢30巻6号(1934年)25頁参照。この論文は、ゲルマン法における物の概念を検討したものだが、対比としてローマ法を検討して、「ローマ法に於ては幸ひに希臘[ギリシア]哲学の影響を受けて、一切の権利の客体を*res*なる概念の下に統合することが出来た」と指摘している(32頁)。

50 この3つの意味の説明を含め、Kaser, Max. *Roman Private Law*, (edited by Dannenbring, Rolf) Butterworks, 1965, p.80.による

たことが想定される⁵¹。また、権利そのものが *res* なのではなく、権利の対象となるものが物ととらえられていたようである。

では次に、「物」についての具体的な条文を見ていく。

(e) 『法学提要』における物の分類とガイウスによる無体物の「発見」

ガイウスは、物は神法 (*divine law*) と人法とに分かれると言い (II. 2⁵²)、神法について説明していく。そして II.10、11 では物に公共のもの (*public*) と私的なもの (*private*) の区別があることを説明し⁵³、II. 12 から有体物・無体物について記述する^{54 55}。

12. さらに、ある物は有体物であり、ある物は無体物である⁵⁶。
13. 有体物とは、触れることのできる物であり、例えば、土地、奴隷、衣服、金、銀、さらにその他無数の物である。
14. 無体物とは触れることのできない物である。権利からなるもの⁵⁷、例えば、相続財産、用益権、いろいろな方法によって結ばれた債権債務関係のようなものである。相続財産の中に有体物が含まれること、土地から採取される果実が有体物であること、さらに、

51 Thomas, Lord Mackenzie. *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England, and Scotland (4th ed)* (edited by John Kirkpatrick), 1876. p.167 は、*res* が物理的な対象だけでなく、人の行為や、権利の対象となるもの一般をさすという (“In legal phraseology the word *res* or *thing* comprehends not only material objects, but also the actions of a man; and, in general, everything that can be the object of a right.”)。

なお、同書の初版を原典とした『法律類鑑』は「法律学ノ字義ニ拠レハ(羅馬語)ノ(res)即チ英語ノ(things)ハ即チ実物ノ義ヲ含ムノミナラス人ノ身業(ハタラキ)乃至諸権利ノ由テ生スル淵源タルヘキ各事各物ヲ統括スルモノナリ」と説明している(馬健瑞(Mackenzie)『泰西古今法律類鑑 卷之二』(1877年)1頁)[読み仮名は原典のママ]。

ただし、ガイウスの有体物と無体物の分類は、純粹に学問的なものであり、実務上の重要性は乏しかったとの指摘もある(Kaser, *supra* note (50) p.80.)。

52 Gai *Ins.*, II. 2

53 Gai *Ins.*, II. 10, 11.

54 Gai *Ins.*, II 12, 13, 14.

55 前掲注(1)・早稲田大学ローマ法研究会(IV)3・4頁。

56 吉原・前掲注(45)184頁は「12次に、物は或いは有体物であり或いは無体物である。」と訳出している。

57 吉原・前掲注(45)184頁は「すなわち、権利(*ius*)として存在するものがそれである。」と訳出している。

ある債権債務関係によりわれわれに帰するものが、多くは、例えば、土地、奴隷、貨幣のような有体物であることは重要ではない。なぜなら、相続権それ自体、使用収益権それ自体、そして債権それ自体は無体物だからである。（以下略）

まず、II. 12 にて、物には有体物と無体物とがあることが宣言される。「有体物 (*res corporales*)」という表現は、ガイウスが最初に使用したものであり、ガイウスこそが有体物と無体物との区別を詳論した最初の法律家である^{58 59}。そして、II.13 と 14 とで、有体物と無体物のそれぞれの定義が示される。両者を区別する基準は、「五官で感じることができるか」という点にある。なお、本稿が和訳の基礎としている論文では「触れることができるか」と訳しており、また英訳でも *touched* とあるため⁶⁰、触覚に着目したかのようにも思える。しかし、日本の明治期の英語文献によれば、区別の基準は、「見たり感じたりすることができるか」(*be handled or perceived by the senses*) という点であり⁶¹、とりたてて触覚を強調したものではないと考えられる。ここでの有体物は、家、畑、馬など、見ることができ、感じることもできる物質的な物体 (*material object*) のこととされ、他方、無体物とは、感覚によって、扱ったり、感じ取ることはできないが、法によって創造されたものであるとされる⁶²。

さらに、無体物は、相続権、隷属権や債務 (*obligation*) のように、物そ

58 曾田・前掲注 (34) 89 頁参照。ガイウスが有体物・無体物を分け、触知できるか否かにより区別した点は、ギリシア哲学の影響を受けたためとの指摘がある (三浦・前掲注 (34) は、「Gaius カ有体物無体物ヲ分チ之ヲ以テ触知シ得ルト否トニ因ル区別ナリト為シタルハ希臘 [ギリシア] 哲学ノ影響ヲ受ケタルモノニ他ナラス。学者中ニモ Gaius ノ説ハ Aristoteles カ物体ノ特徴ヲ以テ触知シ得ヘキモノ (中略) ト為シタルニ由ルノミト為ス者少カラス。」と指摘する (同・482 頁))。

59 なお、ガイウス以前は、物は有体物であると考えられていた模様である (Stein, Peter. “The Quest for a Systemic Civil Law.” *Proceedings of The British Academy* 90 (1996): pp.147-164 at 151 は、“a thing considered to be something physical, but Gaius extended the category by recognizing incorporeal things, as well as physical things.” と指摘している。)

60 Birks and McLeod, *supra* note (35), p.14.

61 Thomas, *supra* note (51), p.167.

62 *Id.*

のものというよりは、物に関して享受される権利 (more property rights enjoyed in respect to things than things themselves) であるとされる⁶³。

ここで着目すべきは、無体物の例として挙げられているのが権利であり、想定されていたのは権利や行為であるという点である^{64 65}。

データ・情報を検討する本稿との関係で重要な点としては、無体物は、「物」という名前が付いてはいるが、物そのものではなく、物に関して享受される権利⁶⁶であるという点である。

(f) 無体物の発見と三分法との関係

上記のとおり、ガイウスは「有体物」とは区別された「無体物」を示し、相続権、用益権⁶⁷、債務（義務）を無体物として例示した。ガイウスが無体物を「物」概念に含めたのは、ガイウスが展開した三分法に起因する⁶⁸。す

63 *Id.* また、前掲注 (61)・注 (51) は、第4版であるが、版違いは和訳がある。第5版を底本とした『羅英佛蘇 各國比較法理論』は、「而シテ其ノ有形物ト称スルモノハ、…吾人カ眼以テ之レヲ見、手以テ之レニ触ルルヲ得ル所ノ実体ヲ備フルモノヲ総称ス。又無形物トハ吾人ノ感能ニ触ルルコト能ハサルモノニシテ、単ニ法律上ノ理想ニ依テ存スルモノトス。故ニ無形物ト称スルモノハ、物夫レ自身ヲ指示スルヨリハ寧ロ物ニ付キ吾人カ有スル所ノ権利ナリト云フヲ以テ一層其ノ適切ナルヲ覺ユ」と説明している (Mackenzie, Thomas 著 (松野貞一郎・伊藤悌治訳) 『羅英佛蘇 各國比較法理論』 (司法省、1891年) 333頁)。

64 西本・前掲注 (49) 27頁は、「無体物とは準有体物とも云ふべきエネルギー等に非ずして抽象的存在なる権利其他の概念を云う」と指摘している。

65 ローマ時代に情報を保護する法があったかという点は法制史の研究者の間でも一致した見解はないようであるが、小野昌延は「ローマ法において、技術秘密を保護する結果となる法の存していたことは疑いが無い」としている (同『営業秘密の保護 [増補版]』 (信山社、2013年) 47頁)。

66 無体物を権利として包括的・抽象的に理解することは、現代を生きる我々には容易であるが、これは近代的な発想に支えられているから容易であるとして、ガイウスの人・物の区分を、近代的な主体・客体に読み替える視点に注意を促す議論もある (吉村・前掲注 (39) 215頁注釈60で引用する Villey, Michel. “Les Institutes de Gaius et l’ idée du droit subjectif (1)”, *Leçons d’ histoire de la philosophie du droit (2e éd)*, Dalloz, Paris, 2002)。なお、吉村論文は同書初版を引用しているが、筆者は2版を参照した。

67 なお、用益権 (*usufruit*) とは、他の者が所有する物を、所有者自身と同様に、ただし、その実態を保存することを負担として、使用収益する権利である (フランス民法 578条参照)。

68 曾田は、「ガイウスによる無体物の物概念への包摂は、直接的には彼の展開した民事法の三分法に原因するのである。」と述べ、続けて「即ち人、物、訴権への民事法の分類の結果として権利が無体物として物概念に包含せしめられたのである。」と指摘している (曾田・前掲注 (34) 90頁)。

なわち、ガイウスは、「人の法」における権利の主体に対置する概念として「物の法」としての権利の客体を捉えていた。ただ、この三分法（提要システム）の核心は「物」の法（カテゴリー）にあるが、「人や行為以外のすべての私法の事柄を、「物」に入れ込むのは、論理的には困難なものであった」との指摘もある⁶⁹。

(2) 旧民法における「物」

(a) 旧民法の体系と「物」に関する規定

上記3(1)のとおり、旧民法はインスティトゥーティオーネン方式を採用した。旧民法の多くの規定はフランス民法をモデルとしていたが、「物」に関する規定はローマ法を範としており、その旨を起草者であるボワソナード⁷⁰も明記している⁷¹。

まずは、旧民法における「物」に関する条文を確認しておく。

旧民法財産編 総則 財産及ヒ物ノ區別

1 条

財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組成スル権利ナリ
此権利ニ二種アリ物権及ヒ人権是ナリ

2 条

物権ハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且総テノ人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノ
ニシテ主タル有リ従タル有リ (以下略)

3 条

69 Stein, Peter. "The Development of the Institutional System," *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas* (Edited by P.G. Stein and A.D.E. Lewis Stein), London, Sweet & Maxwell, 1983, pp.155-156.

70 Gustave Émile Boissonade (1825 ~ 1910 年) は、旧民法典（財産編）等の起草をしたフランス人法学者であり「日本近代法の父」とも呼ばれる（大久保泰甫『ボワソナード』（岩波書店、1977 年）、池田真朗『ボワソナード「日本近代法の父」の殉教（日本史リブレット人 087）』（山川出版社、2022 年）参照）。

71 曾田・前掲注（34）106 頁が指摘する Boissonade, Gustave. *Projet de code civil pour le Japon: accompagné d'un commentaire, Tome.2*, p.28.

人権即チ債権ハ定マリタル人ニ対シ法律ノ認ムル原因ニ由リテ其負担
スル作為又ハ不作為ノ義務ヲ尽サシムル為メ行ハルルモノニシテ亦主タ
ル有り従タル有り

従タル人権ハ債権ノ担保ヲ為ス保証及ヒ連帯ノ如シ

6条

物ニ有体ナル有り無体ナル有り

有体物トハ人ノ感官ニ触ルルモノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具
ノ如シ

無体物トハ智能ノミヲ以テ理会スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ

第一 物権及ヒ人権

第二 著述者、技術者、及ヒ発明者ノ権利

第三 解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産及ヒ債務
ノ包括

(b) 旧民法における「無体物」

財産は権利であるとされ、この権利には物権と人権（債権）の2つがある
(1条)^{72 73}。なお、立法理由書によれば、物は権利の目的であり、権利の目

72 エクスポゼ（立法理由書）〔和訳〕によれば、立法者としては、財産が権利であることを宣言する必要を感じたとのことである（『民法理由書（1）』国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367474> [財産編1条に関する箇所]）。なお、本稿においては国立国会図書館デジタルコレクションの資料を参照している。初出箇所には、参照資料を特定するためにURLや書名、著者名等を掲載するが、それ以降は初出箇所を示した上で、ページ数（ページで特定できない場合は、何条に関する議論か議事の日付）を記載している。

73 ここでの「財産」は権利であり、物そのものではない。物と人間との間に権利があり、人間はその権利を介して物を持って居られる、と説明されている（民法草案議事筆記第1回『〔法律取調委員会〕民法草案第二編物権ノ部議事速〔筆〕記』自第一回至第五回、国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367415>）。

また草案の検討過程では、委員から、1条の「財産は…権利なり」ということは、従前議論されておらず、また奇妙奇天烈であると指摘され（なお、フランス法にもこのような条項はなかったとのことである）、削除すべきとの意見もあったが、最初の条項であり、契約編など他の条項への影響も考え、最終的には「学理的であるが害はない」ということで、原案どおり可決されている（上記民法草案議事筆記第1回）なお、委員から「神棚に上げる」という表現もなされている。）。

的とは「其ノ上ニ権利ノ存スル所又ハ権利ノ取得セシムル所ノ物」をいうとされた⁷⁴。

続いて、6条で、物には有体物と無体物とがあると規定され、その区別は「感官に触るものか」による。

では、何が「感官に触るもの」なのか。まず、「感官」は一般に感覚器官の意であり、エクスポゼ（立法理由書）[和訳]には「五感」とある⁷⁵。また、具体例として空気やガスが挙げられ、これらは有体物であるとされる⁷⁶。空気やガスは、通常の状態では触ることはできないが、一定の場合には嗅覚や視覚で確認できるものである。そうすると、触ることができるものとの文言ではあるが、触覚に限るものではなく、広く人間の五官により認識できるものという意味であるといえる。この基準は、基本的には、ガイウス以来のローマ法の基準を踏襲しているといえそうである⁷⁷。

ここでも、着目すべきは、無体物は、現代想定するようなものではなく、権利それ自体である、という点である。

(c) 「無体物」を「物」に含めた理由

起草過程において報告委員が「従前は有形の物が財産であったが、今回初

74 エクスポゼ [和訳]（前掲注（72）民法理由書（1）[前置条例財産並ニ物ノ区別（総則 動産及物ノ区別）に関する箇所]）。

75 前掲注（72）民法理由書（1）[財産編6条に関する箇所]。なお、原文では、「人間の感覚によるもの」となっている（“*une chose qui tombe sous les sens physiques de l'homme.*”）（*Code civil de l'Empire du Japon. Accompagne d'un expose des motifs*（2）、国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367487>, 10 頁）。

76 エクスポゼ [和訳] によれば、「空気及瓦斯ノ如キ軽重ヲ量リ得ヘキモノニ至テハ其有体物タルコト明カナリ今日屢 [しばしば] 合意ノ目的タル電気ノ如ク軽重ヲ量ルコト能ハサルモノニ至テモ猶之ヲ有体物ト見做サザルヲ得ズ何トナレバ法律ノ下シタル定義ニ従ヒ人ノ五感ニ因テ知ルコトヲ得ベキモノナレバナリ」とある（前掲注（72）民法理由書（1）[財産編6条に関する箇所]）。

77 なお、曾田・前掲注（34）95 頁によると、プロイセン普通国法は三分法に基づく「物」の概念を明確に宣言している（「広義における物とは権利の客体たり得るもの総てであり、そこでは法的意思支配の種々の対象が一つの類概念に包摂されている。そうしてかかる広義の物概念は更に行為（2条）と狭義における物（3条）とに分類され、更に後者は性質によるものとの人の合意によるものに分たれている」[ママ]）。

めて無形のものも財産ということになる」という発言⁷⁸をしている。この発言からすると、従前の日本の法実務上は、財産は有形のものであり、無体物という概念は用いられていなかった（少なくとも財産とは扱われていなかった）ことがうかがわれる。そうすると、この6条の規定は、従前の法実務を大きく変える条項である。それにもかかわらず、なぜ無体物が「物」になるのか（入るのか）という点について、草案検討段階で明確な議論はなされておらず⁷⁹、ボワソナードによる明確な説明もない。

この点を考えてみると、まず、ボワソナードは、旧民法草案第2編において、物権と人権（債権）とをまとめて「財産」（フランス語では *bien*）としている（編のタイトルは「財産編」である）。また、権利の対象となる物と権利それ自体とを区別し⁸⁰、権利に従って法典を起草した。このことからすれば、ボワソナードは、財産を、具体的な物や人による支配の事実から離れた抽象的・観念的な権利として捉えていたと考えられる^{81 82}。そして、この捉え方は、人、物、行為というガイウス以来の三分法を、権利の主体、権利の客体（ここでは財産という抽象的・観念的な権利の意味）、権利の変動という形でとらえていたことを推測させる。

なお、権利には至っていない無体物については明確に論じられていなかった

78 「今日迄ハ有形ノ物ヲ指シテ居ルニ始メテ無形ノ物ヲ示シテ財産ト云フカラ耳新ラシク聞ヘルノデアリマス」（前掲注（73）民法草案議事筆記 第1回 [財産編1条に関する箇所]）。

79 議事録上、明確な議論を確認できない（前掲注（73）民法草案議事筆記 第1回、民法草案再調査案議事筆記 第1回、民法草案再調査案議事筆記 第3回（後2点は、『法律取調委員会』民法草案中用益権ノ議 号外第1号 民法草案財産編再調査議事速〔筆〕記〔合綴〕自 第一回至 第六回、国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367433> 参照）。

80 前掲注（72）民法理由書（1）[前置条例（総則）に関する箇所]。

81 高橋良彰「ボアソナード草案と旧民法典・下」法律時報62巻12号（1990年）111頁参照。

82 無体物も「物」として扱う理由・目的について、興味深い2つの憶測がある（提唱者自身が「憶測」と記している）。1つ目は、有体物に対しては所有権が成立し、所有者は法的に強い保護を受けるが、債権などの無体物についても同様の強い保護を与えるために、債権などの無体物も物と扱ったというもの。2つ目はガイウスが「財産（*patrimonium*）」という言葉を使ったことと関係するが、財産となるものの範囲が重要であるところ、財産になるのは有体物に限らず、財産的価値のある相続財産、用益権、債権などの無体物も含まれる、というものである（能見善久『法の世界における人と物の区別』（信山社、2022年）48-49頁）。

たが、この捉え方を前提にすると、権利には至っていなくとも財産的価値があるものは財産として「無体物」に入ったと思われる。時代はもちろん違うが（また技術の進歩も全く違うが）、仮に現代のデータのようなものがあれば、それは「無体物」と分類されたといえよう。

(3) 現行民法における「物」

(a) 旧民法典の「修正」、インスティトゥーティオーネン方式からパンデクテン方式へ。

ボワソナードの起草した旧民法典は、公布はされたものの、法典論争により施行延期となった⁸³。そして、旧民法典の「修正」という形で起草されたのが、明治民法である⁸⁴。

明治民法は、総則、物権、人権（債権）、親族、相続の5編構成とされ、ドイツ民法第一草案の影響を受け⁸⁵、パンデクテン方式（パンデクテン体系）を採用した。

(b) 「物」を有体物に限定、総則編に置かれた「物」の規定

「物」をどう定義するか、民法典でどう位置付けるかは、予決議案に表れている⁸⁶。

83 法典論争については、大久保泰甫＝高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂出版、1999年）が詳しい。また、旧民法への批判と現行民法への修正（とりわけ物の規定）については、金山直樹「無体物の所有と占有—民法85条・163条・205条論」吉田＝片山・前掲注（8）627-647頁が詳しい。

84 法典調査会総会議案『法典調査ノ方針』1条。同条は「既成ノ法典ニ就キ各條項ヲ查覈シ必要ノ修補刪正ヲ施スヲ以テ調査ノ目的トス…」となっており、明治民法は旧民法の「修正」であることがわかる（広中俊雄編『日本民法典資料集成 第1巻』（信山社、2005年）882頁）。

85 物権編を債権編より先に規定したのはサキソン（ザクセン）民法（1863年制定）の方式を採用したためである（赤松秀岳「民法典の体系」法学教室181号（1995年）45・46頁注3が指摘する民法成立過程研究会『明治民法の制定と穂積文書—「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」の解説・目録および資料—』（有斐閣、1956年）16頁によれば、法典の体裁はパンデクテン式を採用し、サキソン民法の編別によると明記されている）。

86 広中・前掲注（84）1222-1227頁。なお、予決議案とは、民法中の重要な事柄について予め確定しておくために民法主査会において審議された議案のことである（法典調査規程10条）。物に関する基本方針が予決議案に表れている点については金山・前掲注（83）623・624頁参照。

予決議案 乙4号

- 1 物トハ有体物ノミヲ指シ無体物ニモ物ニ関スル規定ヲ適用スヘキ場合ハ特ニ之ヲ定ムルコト
- 2 物ニ関スル一般ノ規程ハ総則中ニ掲クルコト

「物」を有体物に限る理由としては⁸⁷、まず、旧民法が無体物（権利）も「物」としたために、権利の上の権利という混乱を生じさせたことから、この混乱を避けるためといわれる^{88 89}。また、有体物への限定が「普通ノ感念ニモ適フ」との指摘があり⁹⁰、当時の実務上、「物」は有体物であることが想定されていたことがうかがわれる⁹¹。なお、物を有体物に限定するに際しては、ドイツ民法草案が指摘されている⁹²。なお、物を有体物と無体物とに分けること

87 「物」を有体物に限定（制限）した点については、水津太郎「物概念論の構造－パンデクテン体系との関係をめぐって－」新世代法政策学研究12号（2011年）299-346頁、331頁が詳しい。

88 民法修正案理由書には「既成法典ハ物ニ無体物アリトシ物権人権モ亦常ニ権利ノ目的物タルモノトシタルカ為メ頗ル奇異ナル結果ヲ生スルニ至レルコトハ已ニヲ述ヘタリ」と記載されている（『民法修正案理由書』第1-3編 国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/791957>、70頁）。また、梅の説明によれば、債権の所有権、地上権の所有権等の如きものを認めざるを得ず、錯雑・混乱を生じる、というものである（梅謙次郎『民法要義 卷之1〔訂正増補第31版〕』（和佛法律学校、1896年）国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/2937467>、180-181頁）。

89 なお、このような混乱を引き起こすのは「法律学ヲ解セサル徒ノミ」との批判もある（三瀧・前掲注（34）491頁参照）。三瀧は「徒ラニ理論ニ拘泥シテ物権ノ目的ヲ有体物ニ限ルハ…頗ル狭隘ニ失ス」と批判している（同・491頁）。

90 法典調査会 民法主査会 第2回 議事速記録（『法典調査会 民法主査会議事速記録』第1巻 国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367593>）〔乙4号に関する議論〕。

91 「日本デハ物ト言ヘバ有体物デアルト云フコトハ誰デモ解スルデアラウト思ヒマス」との発言もある（法典調査会 民法主査会 第20回 議事速記録『法典調査会 民法主査会議事速記録』第六巻 国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367598>〔85条に関する箇所〕）。

92 三瀧・前掲注（34）484頁は、ドイツ民法第1草案第778条が、フランス法系の観念を排斥して物を有体物のみ限定した点は広く知られているが、その草案の理由書には理由が詳述されていないと指摘する。

なお、オーストリア一般民法典（明治民法制定の際の参照対象であった）では、「物」を「財産」という広い意味で使っており、日本民法典の物権法、債権法のみならず、総則の法律行為概念、さらには相続法などをも取り込んだものようである（赤松・前掲注（85）44頁）。ただし、赤松は提要システムについて「人の法、物の法という考え方を基本にした民法典の編成は、「提要システム」と呼ばれている。」と述べており（同・44頁）、行為の法を含まない形で提要システムを捉えていると思われる。前掲注（47）参照。

はローマ法以来のものだが、この区別は論理的ではない、との認識が委員にあったようである^{93 94 95}。

(c) 「有体物」の解釈

明治民法は、物を有体物に限ることとしたが、有体物が何たるかについては、修正過程で議論されていない。また、明治民法は有体物とは何かについて定義していないが⁹⁶、前記3.(2)のとおり、一般的には空間の一部を占めて有形的存在を有するものと説明されている⁹⁷。

(d) 「無体物」の議論の要否・解釈

まず、当時の一般的理解では「無体物」には権利が含まれていた⁹⁸。起草

93 「物ト云フモノ羅馬法以来広ク解シテアツテ有体無体ト云フコトハ承知シテ居リマスルガ此区別ハ甚ダ論理ニ合ハナイ区別デアルト思ヒマス」(法典調査会 民法主査会 第2回 議事速記録・前掲注(90)『法典調査会 民法主査会議速記録』第1巻 [乙4号に関する議論])。

また、梅は、ローマ法における有体物と無体物との区別は、所有権と他の権利との区別のためであり、この点では意味があったのかもしれないが、所有権もまた権利であり無体物である。それゆえ、有形物と権利その他の無体物とを区別することに実用はない、と指摘する(梅・前掲注(88)153頁)。

94 なお、明治民法が物概念を有体物に限定したことにつき、「必ずしも現代的な視点で読み込むべきではない」と指摘するものとして、森勇斗「暗号型財産の法的性質に関する「物」概念からの再検討」一橋研究45巻(1号・2号)(2020年)5頁参照。

95 法典調査会の総会では、85条の必要性の議論のなかで、旧民法における「物」概念を変えるのであるから、85条を書いておく必要があると指摘されている(「然ルニ既成法典ノ中ニ於キマシテハ此物ト云フ字ヲ有体物ニモ無体物ニモ使ツテアリマシテ均シク物ト云フ字ヲ用キテ居ルノデアリマス然ルニ今此章案ノ中ニ物ト云フモノハ何ウ云フモノヲ指スト云フコトヲ書イテ置キマセヌ時ニハ往々復トノ條ニ於テ疑ヲ来タスデアラウト云フ恐レガ充分アラウト思ヒマスル」(法典調査会 総会 第13回 議事速記録『法典調査会 民法総会議事速記録』第五巻 国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/1367526> [85条に関する箇所]))。85条を制定する積極的な理由といえる。

96 細かい定義規定を置かないのが修正方針であった(「法典調査ノ方針」13条)。

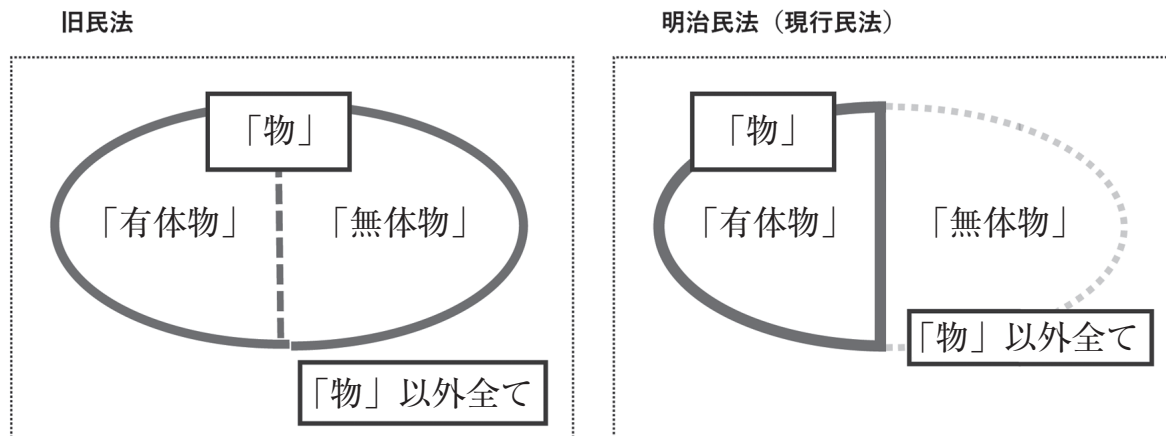
97 林=前田・前掲注(33)589頁、我妻栄『民法講義I 新訂民法総則』(岩波書店、1965年)201頁など。なお、梅は、有体物とは触ることのできるもの、すなわち「触感ニ触ルモノ」であるとする(梅謙次郎『民法 第二編 總則 下巻』国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/2937478>, 2頁表)。この定義は、上記4(1)(d)のローマ法での有体物の定義と同様である。

98 「無体物ト云ヘバ無論権利ヲ含ム、之ハ一般ノ学説デ新法典ノ確カノ精神デアル」(法典調査会 民法主査会 第2回 議事速記録・前掲注(90) [乙4号に関する議論])。また、旧民法財産編6条に列挙されたもの以外の、無体物の例として家禄(主君が家臣に米穀の形で与えた俸給)が挙げられている(同・議事速記録)。

者は、有体物・無体物という用語は、ローマ法以来、法学者たちの間で使われていた用語であるが、民法では、有体物と無体物という区別をやめ、無体物という用語・概念を使わないこととしたとする⁹⁹。

そうすると、民法が「無体物」という用語・概念を使わないことにした以上、「無体物」とは何かを議論すること自体、不要なのではないかと思われる¹⁰⁰。

ここで、旧民法と現行民法とで、「物」の範囲がどう変わったかを示すと下記の図1のようになろう。



<図1 「物」概念の変化>

旧民法下では、「物」の区別として、有体物と無体物とがあり（旧民法財産編6条1項）、それぞれ定義されていた（同2項・3項）。このとき、無体物とそれ以外（上記図1の「『物』以外全て」を指す）とは、「物」にあたるかどうかという点で区別の意味があった。

他方、明治民法は「物」を有体物に限定した。その結果、無体物はすでに「物」ではないので、無体物は、すでに「『物』以外全て」に入っている（そ

99 梅・前掲注（97）1頁裏、梅・前掲注（88）180・181頁参照。続けて、「法文中ニ物ト云ヘルトキハ必ス有体物（有体物ノ定義ハ触官ニ感スル物トスヘキカ）ノミヲ指シ權利ハ之ヲ權利ト曰ヒテ物ト曰ハス其他名誉、行為等ノ如キ無体物モ亦各々其名称ニ依リ決シテ無体物ナル総称ヲ用ヒス」としている（同頁）。なお、現行法上、「無体物」なる用語は使われていない。

100 山根・前掲注（25）207・208頁は、無体物（または無体財産）という概念自体、自明なものではないと指摘する。さらに、無体物というものはないのでとの指摘もある（田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2009年）2-28頁、3頁）。

れゆえ右の図では無体物の右円弧を点線にしている)。したがって、無体物とは何かを議論することにどれだけの意味があるのか¹⁰¹。

(e) 85条の位置付け：「物」の規定を総則編に置く意味

「物」の規定を総則編に置くことについては、穂積を初め複数の委員から反対意見（すなわち、物権編に置くべき）があったが、梅は「物ト云フモノハスベテノ編ニ通シテ用ユル言葉デ其意義ヲ極メテルノデアルカラ之ヲ総則ニ入レル方ガ宜シイ」と主張し¹⁰²、原案どおり総則編に置かれることになった。

この点につき、民法修正案理由書によれば、第3章「物」は、前2章（私権の主体に関する事項）と対置して、「権利の目的となるべき物」を規定するとしている¹⁰³。すなわち、権利の主体に対する権利の客体の観点から（権利の主体と客体とを対置させる観点から）、物の規定を総則に引き入れたということである^{104 105}。

101 なお、議論のためにあえて無体物の定義を考えると、旧民法での定義を変える必要性・合理性は乏しく、人の五官により認識できないものという意味となろう（すなわち、権利などの抽象的存在を指す）。また、明治民法が旧民法の無体物概念の内容自体を前提としている点については、原田慶吉「日本民法総則編の史的素描（2）」法学協会雑誌57巻6号（1939年）20-52頁（1020-1052頁）、および曾田・前掲注（34）107頁参照。

102 法典調査会 民法主査会 第2回 議事速記録・前掲注（90）[乙4号に関する議論]。なお、総則編に物の定義規定を置いた経緯と意味に関しては、水津太郎「民法総則の意義－総則思考の構造」池田真朗ほか編『民法（債権法）改正の論理』（新青出版、2010年）511-575頁が詳しい。水津は、総則の意義（構成）として、①上位命題を集めたもの、②共通制度をまとめたもの、③各則に入りきれない雑多なものを収めたものの3つを指摘し、民法典の編纂過程を踏まえると、②が明言されつつも、①も考慮され、さらには③をも許容する趣旨であったとまとめている（同・554・555頁）。

103 民法修正案理由書の「第3章 物」の冒頭にて「前二章ニ於テハ私権ノ主格ニ関スル事ヲ規定セリ本章ニ於テハ其権利ノ目的トナルベキ物ニ関スル事ヲ規定ス」との記載がある（『民法修正案理由書』第1-3編、八尾新助、1898年（明治31年）、国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/791957>, 66頁）。

104 原田・前掲注（101）20頁（1020頁）は、「16世紀より18世紀に至る法律体系に於ては、物は羅馬法流に物権編の冒頭で説明せられているのが通常であるが、…自然法学説末期の学者は、権利の主体に対する権利の客体の観点よりして、これを総則の部に引き入れている。」と指摘している。

105 なお、権利の客体の中で有体物は最も重要な存在であることから、有体物たる物に関する規定を総則編に置かれたとの指摘もある（林・前田編・前掲注（33）575頁 [田中整爾執筆]）。

そうすると、ここでは、ガイウス由来の三分法の発想が、権利の主体と権利の客体との対置という形で出てきたといえよう。

なお、梅は、「物とは権利の直接又は間接に目的となるもの」¹⁰⁶であると指摘しており、権利の客体は常に人の行為であるという学説もあるが、民法はその学説を取らないこととした、と明言している¹⁰⁷。

なお、ここで、総則編におかれたということは、物は、物権の客体のみならず、権利一般の客体としての意味であり、権利の客体は物である、さらには物以外は権利の客体にはならない（無体物は権利の客体とならない）と拡張的に読むこともありえなくはない。しかし、法案審議の議事録からはそのような読み方は基礎づけられず、起草委員たちも「物」以外が権利の客体となることは認識していた。また、85条のある第4章の表題は「物」であり、「権利の客体」や「財産」ではない。そうすると、このような拡張解釈・反対解釈は許されないといえよう¹⁰⁸。

(f) 旧民法時代の「無体物」の行方

明治民法は「物」の範囲を有体物に限定した。では、「物」から除外されたもの、すなわち旧民法下での「無体物」は、明治民法下ではどこにいったのか。旧民法財産編6条は例示列挙ではあるが¹⁰⁹、同条に掲げられた無体

106 梅・前掲注(97)1頁表。物が権利の間接の目的になる場合というのは、「貸金」を例にして、以下のように説明されている。「物ハ間接ニ目的トナル例ハ貸金アレハ即債権者カ債務者ヨリ或金額返済ヲ求ムル権利アリ之レ法律的ニイエハ債権者ハ債務者ニ対シ或金額ノ所有権ヲ己レニ移サシムルコトヲ得ルナリ。之レ直ニ物ノ上ニ存セス債務者ノ行為ノ上ニ直接ニ権利カ存スルナリ。然レモ間接ニハ」その「金銭ナル物ノ上ニ存スルモノトス。故ニ民法ニテハ権利ノ主体タル自然人及法人トノ規定ノ次ニ物ノ規定アリ」(同上)。

107 梅・前掲注(97)1頁裏。

108 85条の物規定は無体物の概念を排除するものではなく、有体物も無体物も、全く同一のレベルにおいて、法的概念のとしての「物」に含まれると主張するものとして、曾田・前掲注(34)および同「物の抽象性と有体性(2・完)」法学協会雑誌91巻4号42頁参照。同論文は、物概念の歴史を詳細に検討してはいるが、なぜ民法85条の明文に反してまで無体物を「物」に読み込まなければならないのかについて、説得的な理由付けがなされていないように思われる。

109 エクスポゼ〔和訳〕では「法律ノ示セル有体物及無体物ノ例ハ単ニ類例ヲ示シタルニ止マリ敢テ其数ヲ限リタルモノニアラズ」と記載されており、6条は例示列挙であることがわかる(前掲注(72)民法理由書(1)〔財産編6条に関する部分〕)。

物が、どのように規律されているのか確認する。

まず、旧民法財産編6条3項1号の「物権」および「人権」（債権）は、それぞれ明治民法物権編（第2編、175条以下）、債権編（第3編、399条以下）にて詳細が規定されている。

同項2号の「著述者、技術者、及び発明者ノ権利」は、著作権および特許権を指すが、それぞれ著作権法¹¹⁰、特許法¹¹¹にて規定されている。

同項3号の「解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産及ヒ債務ノ包括」は、解散会社・清算会社の財産・債務であるが、これらは商法¹¹²にて規定されている。

これらからすると、旧民法財産編6条3項各号に列挙された無体物は、民法以外の法律にて規律されたことになる。

ただ、同条は例示列挙である。これ以外の無体物をどうするかについては、明確な議論はなされていない¹¹³。これは、明治期の日本社会やヨーロッパ

110 日本で最初の著作権法は、1899年（明治32年）制定の旧著作権法である（なお、同法は1970年（昭和45年）に全面改正されている）が、著作権法の萌芽とみられるものは、1869年（明治2年）からあったようである（出版条例）（三山裕三『著作権法詳説〔第10版〕判例で読む14章』（勁草書房、2016年）605頁、文部科学省ウェブサイト（https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1317733.htm））。

111 日本で最初の特許制度は、1871年（明治4年）の専売略規則であるが、ほとんど成果がないまま翌年には廃止となった。その後、1885年（明治18年）に専売特許条例が制定されている（中山信弘『法律学講座双書 特許法〔第4版〕』（弘文堂、2019年）37頁、特許庁ウェブサイト（<https://www.jpo.go.jp/introduction/rekishi/seido-rekishi.html>））。

112 日本で最初の商法典は、1889年（明治22年）に成立し、翌1890年に公布された旧商法である。ただし、旧民法と同様に施行が延期され、全部が施行されたのは1898年（明治31年）7月1日である（なお、1899年（明治32年）6月16日には旧商法に代わり現行商法が施行されている）（青竹正一『法律学講座 商法総則・商行為法〔第3版〕』（信山社、2023年）5頁）。

113 なお、金山・前掲注（83）626頁は「無体物たる権利については、無視するわけではなく、個別の規定によって対応するにとどめ、その通則的規定は民法（総則）には置かない、と考えられたのである。」と指摘する。そして、金山は、「旧民法において無体物として捉えられていた権利がほぼ完全に財産権概念によって捉えられている」と主張する（同・629頁）。沿革や条文文言の関係を踏まえた議論であるが、「財産権」という総称のもとで、法的な効果が一義的に定まるわけではない。「財」をどうとらえるかは、今後の民法学における大きな課題と認識しているが、明治民法の起草者は無体物という総称をあえて用いないことにしている以上（前掲注（99）参照）、これは看板の付け替えの議論（無体物を「財産権」と総称したところで、なにか意味のある法的効果が生じるものでもない）と思われる。また、吉田・前掲注（9）

社会において、特許権や著作権といった一部の知的財産権を除いて、権利に至らない無体物や情報の経済的価値が未だ十分に認められておらず、独立の取引の対象や法的保護の客体として論じられるに至っていなかったためと考えられる¹¹⁴。

5. 「データ」・「情報」の位置付け

(1) 現行民法の体系の確認

現行民法は、物権と債権とを峻別し、編纂方式としてはパンデクテン方式（体系）を採用している。ただ、総則編が、人、物、法律行為の順となっているので、この点をとらえて、ミニ・インスティトゥーティオーネン体系との指摘もある¹¹⁵。

(2) 三分法の中身の変遷：訴権から行為へ

ガイウスの三分法は、人・物・訴権であったが、その中身には変化がある。

6世紀、ユスティニアヌス帝の時代にも『法学提要』が作られ、その『法学提要』はガイウスの法学提要が範となっている¹¹⁶。このユスティニアヌス帝の時代に、債務・義務（obligation）の位置付けに変化があった。債務は、ガイウスの時代は債権者の財産（assets や property）、すなわち「物」とさ

7頁では、「財産権」は、帰属関係を表現するもので、帰属関係の客体である無体物それ自体ではない」と指摘している。

114 松本・前掲注（7）193頁参照。松本は、これが理由となり、民法が有体物以外の「無体物」または「情報」について触れる規定がないと指摘しており（同・193頁）、的確な指摘と考えられる。

なお、曾田・前掲注（34）129頁は、（経済の進展に伴って有体物概念修正の必要性を指摘する見解に対する批判の文脈であるが）民法典制定当時に有体物のみが経済的価値を有していたわけではないと指摘する。前掲注（110）・（111）を踏まえると、この指摘は正当なものと思われるが、同時に、松本が述べるように、一部の知的財産権を除いては、無体物の権利性や経済的価値が十分に認められておらず、法律に記載されるには至らなかった、というのが、当時の状況を的確に描写したものと思われる。

115 後記注（124）参照。

116 Birks & McLeod, *supra* note (35), p.16.

れていたが、ユスティニアヌス帝の時代には、債権者の債務者に対する行為（action）の原因と考えられるようになった。その結果、債務・義務は、「物」の法から「行為」の法へと移動した¹¹⁷。

16世紀以降、ユスティニアヌス帝の『法学提要』やその他ローマ法の研究がさらに進むと、『法学提要』の「行為」の法は、法的手続きを扱うのではなく、さまざまな債務・義務（obligation）を広く扱っていることが指摘され、同時に、「行為」は、法的手続きのみならず、法的な効果をもたらす人の行為を対象とすべきと主張された¹¹⁸。この主張は、「法は人々の間のあらゆる取引に関するものである」との考えにつながっていく（この考えは *negotia* (transaction) と呼ばれた（なお、これは、後のドイツ法学において法律行為（独：*Rechtsgeschäft*、仏：*acte juridique*）の基礎となる）¹¹⁹。また、「行為」の法は、救済手段（remedy）ではなく、実体法上の権利（rights）を扱うべきだとも主張された¹²⁰。

このようにみてくると、ガイウスが提唱した三分法は、時代とともに変化していったことがわかる^{121 122}。

日本においては、明治民法は、インスティトゥーティオーネン方式を排して、パンデクテン方式を採用した¹²³。しかし、権利本位であるという点で

117 Stein, *supra* note (59) “Quest”, pp.152-153.

118 北居・前掲注（44）81頁、Stein, *supra* note (59) “Quest”, p.155.

119 北居・前掲注（44）81頁、Stein, *supra* note (59) “Quest”, pp.155-156.

120 Stein, *supra* note (59) “Quest”, pp.156-157.

121 この変化につき、北居は「端的に言えば名称だけが象徴的にローマ法からそのまま受け継がれているに過ぎないのである。」と指摘しているが（北居・前掲注（44）80頁）が、実態を的確に表現したものといえる。また、これまでに提案された体系が、その発展によって絶えず時代遅れのものとなってきたと指摘するものとして、ヘルムート・コーイング、松尾弘訳『法解釈学入門』（慶應義塾大学出版会、2016年）103頁参照。

122 同じく中身の変化を指摘するものとして松尾弘「民法学修バイブル」法学セミナー617号（2006年）14-20頁参照。松尾は、ガイウスの『法学提要』の①人の法、②物の法、③物の移転および債権・債務の法、④訴訟の法という構成は、ユスティニアヌス帝の『法学提要』の基礎となり、バリエーションを加えながら変化してきたが、その最大の特徴は、権利の主体、権利の客体、権利の変動という理論的な条文配列にあるとする（同・14頁）。

123 松尾弘「民法典の基本制度設計－法典調査会の最初期の活動から」ジュリスト1333号（2007年）参照。

両方式は本質的に異なるものではなく、また民法の総則編の実際の規定は権利の主体、客体、変動・効果となっていることから、民法はなおインスティトゥーティオーネン方式の基盤構造を有しているともいえよう¹²⁴。なお、「行為」の法に関して、旧民法は「権利変動」だったが、明治民法（総則）では「法律行為」となっている¹²⁵。

ここで、三分法の変遷を極めて単純化して整理すると下記表1のようになる。

<表1：三分法の中身の変遷（参考のための図表）>

ガイウス「法学提要」	人	物（債務を含む）	訴権
16・17世紀	人	物	行為（債務を含む）
旧民法	人事編 ^{※1}	財産編	財産取得編 債権担保編 証拠編
明治民法（現行民法） 〔総則〕 ^{※2}	第2章人 ^{※3} 第3章法人 ^{※3}	第4章物 ^{※3}	第5章法律行為 ^{※3}
参考：フランス民法	第1編人	第2編 財産および所有権の諸制限	第3編 所有権取得の諸方法

※1 本稿の主眼ではないため検討していないが、旧民法人事篇は、ボワソナードではなく、日本人委員による起草とされる。

※2 明治民法（現行民法）は、編纂方式としてはパンデクテン方式であるため、この分類に完全にあてはまるものではない。

※3 いずれも「第1編 総則」の中の章である。

そして、この「人」・「物」・「行為」の区分は、近代私法の基本的カテゴリーでもある^{126 127}。

124 松尾・前掲注（122）14-20頁。松尾は、現行民法総則編は、ミニ・インスティトゥーティオーネンであると指摘する（同・15頁）。

125 「法律行為」という概念は、旧民法には存在せず、明治民法への修正にあたって新たに創り出された用語である。また、当時のフランス民法にもそのような用語はなく、日本でも一般用語として使われていたものでもないようである（川島・平井編・前掲注（32）2頁〔平井宣雄執筆〕）。

126 鈴木禄弥『民法総則講義〔2訂版〕』（創文社、2003年）349頁参照。また、「近代社会における私法の法律関係（権利・義務関係）は、権利・義務の主体としての「人」、権利の客体としての「物」、そして権利・義務を形成する取引などの「行為」によって構成される。」との指摘がある（谷口＝石田・前掲注（30）247頁〔谷口知平・湯浅道男執筆〕）。

(3) 編纂方式や位置付けを議論する意味

なぜデータや情報という現代の問題を考える際に、このような編纂方法や条文の位置付けの議論をしてきたのか疑問が生じるかもしれない。

簡単にいえば、法は、法律実務家のためでなく、人々（市民）のためのものという発想が基礎にあるからである。たしかに、ガイウスは、『法学提要』を教育目的で書いたとされ、三分法を考えた際、法学を学ぶ者たちを読み手として想定していたであろう。しかし、法（ここでは民法を想定している）は、すべての人々の生活（私法上の生活）を規律するものである¹²⁸。私的自治の原則のもと、人々はその意思に基づいて行動することができる。そのような人々に対して規律を及ぼす以上は、法は、その規律を受ける人たちが容易に理解できるものであることが必要である¹²⁹。この点、主体・客体・行為という分類は、自分（一人称）の観点からいえば、「私が、何を（何に対して）、どうする（何をやる）」ということであり、法を学問として学んでいない（ほとんどの）人々にもわかりやすい。法がこのようなわかりやすい体裁で編別・記載されれば、人々は容易にその内容を理解でき、その結果、法は、人々の生活を規律するという目的を果たすことができる。

条文の位置付けを議論するのは、各条項や法それ自体をどう位置付けるかによって、規律される範囲が異なるからである。たとえば、「この法律において」という限定が入れば、当該法律の規律は、他の法律には及ばない可能性があること（他の法律は独自の定めをすることができること）が想定される。また、一つの法律内であっても、「この節においては」とあれば、その

127 人・物・行為にわけて考える方法は、（現行法で法学教育を受け、現行法に基づく法曹実務を行ってきたため当然のことであると言われかねないが）目の前の法律問題を分析する際に有用であり、また法律実務家としての基礎的な思考方法でもある。

128 四宮和夫・能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2018年）1頁は「民法は、一般に『市民社会の法的なルール』を扱うものである」という。

129 伊藤正己・加藤一郎『現代法学入門〔第4版〕』（有斐閣、2005年）2頁参照。水津・前掲注（102）575頁注（192）が引用する穂積陳重『法典論〔復刻版〕』（新青出版、2008年）〔初出1890年〕189・190頁は、法律は「人民権義ノ利器」ゆえ、文章や用語は人々が了解し得るものであるべきとする。

規定は他の節には影響しないことが想定される。

このように、編纂方法や位置付けを議論するのには理由がある。

(4) 所有権の発想の変化（弱体化）

上記（2）にて、「人」・「物」・「行為」の区分は近代私法の基本的カテゴリーと述べたが、近代は、封建的な所有権の発想から脱却し、所有権の絶対性が説かれた時代でもある。その流れの中で、日本の民法の「物」の観念は、もっぱら権利主体たる人の有する支配権たる物権（ことに所有権）の対象としての性質に重点が置かれていたといえる¹³⁰。

しかしながら、昨今は、所有（所有権）から利用（利用権）への流れが進んでいる¹³¹。

この流れを踏まえると、所有権を中心に置いた現行民法の体系は、時代変化にあっていないのではないか。すなわち、所有権の客体としての「物」（すなわち、有体物）に着目した議論も、もはや意味をなさないのではないか¹³²。

(5) 「データ」や「情報」の議論を行為論に位置付ける

「データ」や「情報」を民法（私法）においてどう位置付けるか。

この点、「データ」や「情報」を「物」に入れ込もうとする議論があるが、そもそも民法は、85条にて「物」を有体物に限定していることから、有体物でないものを「物」に入れ込むことは、85条の明文に反する。また、立法論としても、仮に「物」に入れ込んだところで、有体物を想定した民法の規定のすべてをそのまま適用できるわけではない。そうすると、結局、どの

130 吾妻光俊『民法総則』（青林書院、1954年）127頁。なお、ドイツのパンデクテン法学においても、契約と所有権に基づいて法律関係を形成する社会がモデルになっている（コーイング・前掲注（121）103頁）。

131 所有から利用への流れについての文献は多数あるが、たとえば、総務省『令和元年版 情報通信白書』（2019年）2頁・126頁など。

132 このテーマ自体、検討すべき事項が大変多いため、本稿では視点の提示にとどめる。

規定は適用できるのか、できないのか、という効果論を個別に考える必要があり、「物」に入れ込むメリットがない（仮に、「物」に入れ込んだときに、効果（どういう権利主張ができるのか）が一義的に定まるなら、「物」に入れ込むメリットがあるが、そうなるわけではない。）。

また、立法論として、「データ」や「情報」について、無体物としての特徴を踏まえて新たな規定を挿入することも考えられる¹³³（なお、これは、まさに共通する規律を抽出して総則にまとめるパンデクテン方式にかなう方法である）。しかし、新たな概念を作ったところで（または、旧民法の「無体物」概念を復活させたところで）、データや情報の種類や性質によって、認めるべき効果も変わってくる可能性がある（自然人が作成するデータなのか、法人が作成・保有するものなのか。生存する個人に関する情報を含むのか、など）。そうすると、新たな概念を作出する意味はどれだけあるのだろうか（また、そもそも、一定の無体物に共通する要素・規律を「総則」のような形で取りまとめることはできるのだろうか）。

実務においては、データや情報は、誰かが勝手に（保有者の意図に沿わずという意味）使った際に、もとの保有者等が、勝手に使った人に対して何か言えないのか、という点が問題になる。具体的には、使用等の差止請求ができるか、消去請求ができるか、対価（利用料）の請求ができるか、損害賠償請求ができるか、得た利益を移転させることができるか、といった点が問題になる。これらは、いずれも「ある人が、ある人に対して、一定の行為（不作為を含む）を請求できるか」の議論であり、ガイウスを起源として発展してきた三分法における「行為」論にあたる。もちろん、どういうデータや情報であれば要件をみたすのかを考えるため、「客体」も検討する必要はあるが、あくまで主眼は客体ではなく、行為にある。

なお、物権概念を借用して、あたかも「物」かのように議論されている知的財産権ですら、究極的には、他人の行為・自由を制約するという点で行為

133 前掲注（5）の2020年の改正時の議論参照。

規制であるという見解もある^{134 135}。

そもそも、旧民法から明治民法への修正過程を踏まえると、無体物という概念はすでに使われておらず、「なにが無体物か」、「無体物はどう扱うか」を議論すること自体無意味ではないか¹³⁶（この議論は「無体物」が存在することを前提として、対象や取り扱いを議論するものである）。むしろ端的に、有体物以外のもの（あえて無体物という用語を使っていない）について、保有者等に、どのような権利を認めるか、権利に至らないまでも保有者にどのような利益があるか、その利益は法律上保護されるべきものなのか、法律上保護されるべきであるとすればどの程度保護されるべきなのかを検討することがよいのではないか。これは、ガイウス以来の三分法で言えば「行為」の議論にあたる。

6. 結論と残された課題

データや情報は、現代で一定の取引の対象となっているにもかかわらず、現行民法では「物」にあらず、どう位置付けられるのか、どのように議論するのがよいのか不明瞭な部分があった。旧民法やローマ法の解釈からすればデータや情報は「無体物」となるが、現行民法は無体物という概念を使わないこととしており、無体物にあたるかという議論自体に実益がないのは本文で見たとおりである。

現代において、データや情報が市民社会において大きな役割を果たし、また財産的価値を有することは明らかである（それゆえ、知的財産法など、各種特別法で規律を及ぼしている）。そこで、その財としての性質に鑑み、財

134 田村・前掲注（100）は、何が無体「物」とみなされるかは、対極にある利用「行為」の抽象化の程度によって決まり、人の行為から分離した知的創作物または無体物なるものを観念することは、「単なるフィクション」に止まると指摘している（同・4頁）。

135 もちろん、三分法における行為論と、ここでの行為規制とが同一というわけではないが、人の行為に焦点をあてた規律を考えている点は共通する。

136 無体物概念が自明ではないことにつき前掲注（100）参照。さらに、「無体物」というレトリックがもつ危うさにつき田村・前掲注（100）4頁参照。

産的価値を有する有体物以外（のもの）について、新たな規律を検討するのは、民法学に課せられた大きな課題と考えている¹³⁷。

しかし、実際の実務（現場）に目を向ければ、その財産的価値ゆえに、データや情報を不正に入手・利用する者がいる。刑事法が対処する領域でもあるが、市民生活・社会生活の規律という観点から、その者たちへの対処も、民法学を含む私法全体に課せられた課題の一つであるといえる。

以上本稿では、データや情報の議論は、客体（「物」の範囲、拡張など）（すなわち「物の法」）で議論するのではなく、ガイウス以来の三分法の歴史的変遷を踏まえて、「行為の法」で議論すべきということ示してきた。これはあくまで方向性の議論である。具体的にどのような「行為の法」で議論を進めるべきかという問題については、今後検討を進めていく予定である¹³⁸。

137 この課題に対しては、吉田・前掲注（9）が取り組んでおり、ことにデータ・情報に関しては同書 86 頁以下が参考になる。

138 その際、ある者のある行為を保護しようとするれば、影響を受ける者も出てくることから、他者の自由への配慮という視点が必要になると考えている。前掲注（8）「シンポジウム 財の多様化と民法学の課題」10 頁以下の田村コメント、および水津太郎「民法体系と物概念」吉田＝片山・前掲注（8）62-84 頁参照。

全体を通じての注記

本稿では、古い文献の文言を引用する場合、漢字は現代語にし、一部句読点を補っている箇所がある。本稿に記載された URL の最終アクセスは 2023 年 7 月 27 日である。