

失われた不動産質 —— 不動産質の果実収取権を中心に ——

佐 野 智 也

1. はじめに
2. 旧不動産質の内容と現不動産質の違い
 - (1) 旧不動産質の内容
 - (2) 旧不動産質と現不動産質の違い
 - (3) 翻訳語上の違い
3. 旧不動産質が失われた経緯
 - (1) 法律取調委員会での議論
 - (2) 法典調査会での議論
 - (i) 原案 354 条・355 条に関する議論
 - (ii) 原案 354 条・355 条の分析
 - (iii) まとめ
4. 慣習としての田畑質
5. おわりに

1. はじめに

不動産質は、債権者が債権の担保となる質物を占有し、質物から優先的に弁済を受けるという通常の質権の効力に加えて、質物である不動産を用法に従って使用・収益することができるという効力を有している(356条¹⁾)。ただし、特約は認められるものの(359条)、使用・収益による利益と利息が相殺されるという発想により、債権の利息は請求でき

1) 本稿において特に指定がない条番号は、現行民法を指すものとする。

ない（358条）²⁾。不動産質制度は、金融業が専門化した今日においては、ほとんど利用されていない。例えば、銀行が田畑を不動産質に取った場合、銀行が田畑を耕し天然果実を取収する代わりに債権の利息が請求できないという場面が想定されるが、金融業を専門とする銀行がそのような選択をすることはない。債務者もまた、自らが生業とする田畑を利用できなくなるのは不便である。不動産の占有は移さず債務者は自ら使用・収益して債務の弁済をし、債権者は利息を受け取り債務不履行に備え担保価値だけを把握する方が、債権者・債務者双方にとって有益である。この観点から、債権担保の手段として、抵当権や譲渡担保が広く利用されるに至っている³⁾。

学説の中には、賃料から優先的に弁済を受ける手段として、現在では有用に機能していない不動産質を再活用する可能性を示唆する考え方もある⁴⁾。この考え方は、質物として賃貸マンションを念頭に置きながら、不動産質の大きな特徴である果実取収権に着目している。すなわち、不動産質について多くの根本的修正をすることにより、債権者が賃料を受け取ることで債権を漸次回収してゆくという制度として生まれ変わらせるという考えである。

本稿は、ボワソナードが起草した不動産質（以下、「旧不動産質」という）の内容とそれが失われた過程を明らかにするものである。旧不動産質は、上記の学説のように、果実に対して優先権を認め債権を漸次回収するという面が強く現れた制度であった。しかし、現行民法の起草の際に、規定が変更されてしまった結果、旧不動産質は失われたのである。

不動産質については、これまで研究の対象としてはほとんど扱われておらず、これに関する論稿はほぼ見当たらないと言ってもよい。これは、不動産質がほとんど利用されていない制度であることが、大きな理由であろう。また、不動産質が日本独自の制度であるという点も、研究の対象から外れてきた原因の一つだと思われる。

2) 質権および不動産質の意義や沿革については、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣、1982）86頁以下、横俣次『担保物権法』（有斐閣、1981）74頁以下、などを参照。

3) この点は、担保目的物の使用・収益という観点から、すでに詳細な説明がなされている。加賀山茂『現代民法担保法』（信山社、2009）366頁などを参照。

4) 鈴木祿弥「不動産質精度再活用のための立法論」別冊 NBL10号（1983）8～10頁。

不動産質の研究が乏しいため、旧不動産質と現行民法の不動産質（以下、「現不動産質」という）の違いは、これまでほとんど意識されてこなかった。民法修正案理由書を見ても、旧民法と現行民法が異なる場合は、例えば、地上権では「既成法典ニ規定セル地上権トハ大ニ異ナルモノナリ」との記述があるし⁵⁾、永小作権でも「二者大ニ相同シカラサル所アリ」と言った記述がある⁶⁾。これに対して、質権や不動産質に関しては、そのような類の記述は見られない。旧民法との違いとしては、「不動産質及ヒ不動産質ハ共ニ質権ノ一種類」であるから、一つの章に規定したとの説明がある程度である⁷⁾。しかし、旧不動産質と現不動産質は、果実収取権に対する考えが全く異なっているのである。本稿では、現不動産質やその他の制度との差異を示しながら、現行民法では失われてしまった旧不動産質の内容を明らかにする。そして、不動産質の立法沿革をたどることで、旧不動産質が失われた過程やその原因についての考察をおこなう。

そもそも立法沿革の調査は、複雑な立法資料相互の関係に留意しながら進めなければならないため、かなり困難な作業である。それゆえ、研究の対象とされなければ、立法沿革についても検討がされることはほとんどない。筆者は、立法沿革の調査を容易にするために、資料を一元化し資料間の関係を整理した「法情報基盤」の整備を進めている⁸⁾。本稿の主題である不動産質についても、法情報基盤を用いることで、比較的容易に、立法沿革の全体像を把握することができる。

筆者は、このような旧不動産質の検討が、債権回収の新たな手段を示すことに繋がるのではないかと考えている。債権の回収手段として、担保目的物から得られる賃料は、非常に重要な要素となっている。賃料から優先的に弁済を受ける手段としては、抵当権の物上代位を利用する方法（372条による304条の準用）が議論されてきた⁹⁾。最二小判元年

5) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987）277頁。

6) 広中・前掲注（5）288頁。

7) 広中・前掲注（5）339頁。

8) 「法情報基盤」は、<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/> から利用できる。詳細については、佐野智也「明治期の民法の立法沿革に関する研究資料の再構築」名法251号（2013）横組〈123〉頁以下を参照されたい。

9) 我妻説（我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』（岩波書店、1968）275～276頁）が通説であったが、それ以外にも様々な見解があった。最近の論文では、

10月27日（民集43巻9号1070頁）が、賃料への物上代位を肯定する立場を明らかにしたのを契機として、抵当権に基づく物上代位としての賃料差押えの方法が、実務上定着するようになった。さらに、民法371条が改正されたことにより、賃料に対する物上代位の可否については、決着が付いたとされている。もっとも、物上代位による債権回収方法には、様々な弊害があることが指摘されている¹⁰⁾。

物上代位の弊害を考慮して新たに創設されたのが、担保不動産収益執行制度（民事執行法180条以下）である。担保不動産収益執行は、抵当権の法定果実に対する物上代位効（民法371条）に基づき、抵当不動産及び収益（給付請求権）を差し押さえた上、執行裁判所が選任する管理人において収益を取収し、収益執行を申し立てた抵当権者その他の配当受領権者に配当する手続である。

本稿は、旧不動産質の内容を明らかにするものであり、立法論にまで踏み込むものではないが、旧不動産質を明らかにすることは、賃料から債権を回収する既存の手段に対して、示唆を与えるものではないかと考えている。

本稿はまず、旧不動産質の内容を明らかにする（2(1)）。その上で、旧不動産質と現不動産質を比較して、その違いを明らかにする（2(2)）。また、「不動産質」という言葉には、三つの異なるフランス語が当てられているため、この点からも、旧不動産質と現不動産質の違いを述べる（2(3)）。旧不動産質と現不動産質の違いを明らかにした後に、旧不動産質および現不動産質の起草過程を順に追ひ、旧不動産質が失われた経緯とその原因について考察を行う（3）。その上で、旧不動産質・現不動産質の起草において重大な影響を及ぼした田畑質について説明し、慣習と起草との関係を考察する（4）。

横田敏史「抵当権に基づく物上代位による賃料取得、担保不動産収益執行および妨害排除請求権行使の時期をめぐる統一的理解」秋田53号（2012）76～85頁に学説の状況が詳細に整理されている。

10) この点については、本稿の最後で紹介する。

2. 旧不動産質の内容と現不動産質の違い

(1) 旧不動産質の内容

ボワソナードは、旧不動産質の起草にあたって、フランス民法典の「antichrèse」（アンチクレーズ）を念頭に置いている。「antichrèse」は、債権の担保として不動産の引き渡しを受け、引き渡された不動産の果実を収取することのみができる制度である。不動産の果実は、まず不動産の租税や、修繕費などの管理費が差し引かれる（フランス民法旧 2086 条）。その残額である純粋な利益を、まず担保している債権の利息に充当し、さらに残余があれば元本に充当することになる（フランス民法旧 2085 条）。ただし、「antichrèse」は、不動産そのものに対しての優先権がない点で、抵当権や現不動産質・旧不動産質とは大きく異なる。

ボワソナードは、「antichrèse」を抵当権と比較して、三つの違いで説明している¹¹⁾。第 1 に抵当権者は抵当物を占有せず抵当物は債務者の手に残る、第 2 に抵当権者は果実について優先権がなく果実は債務者の手に残る、第 3 に抵当権は抵当物の売却代金に対して優先権がある、という 3 点である。

「antichrèse」は、不動産そのものに対する優先権がない制度であったが、ボワソナードは日本の慣習に合わせ、不動産そのものに対する優先権も認める、抵当権と結合した「antichrèse」として、草案に定めた。そして、果実に対する優先権のみである「antichrèse」の名称をそのまま用いるのは不適當であるとして、ボワソナードは、「nantissement immobilier」という名称を与えた¹²⁾。

旧不動産質が、「antichrèse」と抵当権の結合だという考え方は、ボワソナード草案 1132 条（再閣修正民法草案 1632 条、旧民法債権担保編 127 条）¹³⁾の規定によく表れている。この規定は、債権者である不動産

11) G.Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2ème éd., t.4, 1889, p.228. 以下、引用にあたっては、*Projet* と略記する。『ボアソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈第四編』443～444 頁。以下、引用にあたっては、『再閣修正民法草案第四編』と略記する。

12) *Projet*, t.4, p.229.『再閣修正民法草案第四編』445 頁。

13) 本稿において、ボワソナード草案は、*Projet* での条番号を指し、再閣修正民法草案は、『再閣修正民法草案第四編』での条番号を指す。いずれも同趣旨で

質権者は、使用・収益により得られる利益よりも租税や管理費等の負担が大きい場合には、使用・収益権を放棄できるというものである。旧不動産質の考え方から言えば、「*antichrèse*」のみを放棄して抵当権を残すということになる。権利を放棄することができるのは一般の原則であるから、このような放棄も可能であり、債務者に特別不利益だということもないと、ボワソナードは説明している¹⁴⁾。この規定からわかるように、ボワソナードにとって、旧不動産質は、「*antichrèse*」と抵当権の結合であり、両者は不可分のものではなかった¹⁵⁾。

ボワソナードは「*antichrèse*」を念頭に旧不動産質を起草しているが、実際の旧不動産質の内容は、「*antichrèse*」と全く同一ではなく、日本の慣習に配慮して、修正を加えている。ボワソナードは、不動産質の対象となる不動産を宅地建物¹⁶⁾と田畑に分けて規定をしている¹⁷⁾。宅地建物に関しては、「*antichrèse*」をそのまま利用しているが、田畑については、果実と利息を計算せず相殺されたものとみなすとして、「*antichrèse*」とは異なる規定になっている。

これは、日本に田畑質という田畑の質入の慣習が存在し、その慣習では、果実を取取できるかわりに利息がないという形式になっていたことに基づいている。また、田畑から得られる果実は天然果実であり、これを金額に査定することが難しいという実際問題もあった。ボワソナード

あるため、ここでは旧民法の条文のみ掲げておく。旧民法債権担保編 127 条「質取債権者ハ如何ナル反对ノ合意アルニ拘ハラズ常ニ己レノ為メ負担重キニ過クルト思慮スル収益権ヲ将来ニ向ヒテ抛棄シ無利息ニテ抵当権ノミヲ存スルコトヲ得然レトモ適當ノ時期ニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」。

14) *Projet*, t.4, pp.238-240.『再閣修正民法草案第四編』465 頁。

15) 現行民法の立法過程において、旧民法債権担保編 127 条は削除されている。現行民法の起草委員がこの規定を削除した理由は、この規定は質権者に便利であるが、一方の意思で当事者の当初の合意を破るというのは不公平であるという考えによる。そして、負担が重い場合には、不動産質全体を放棄すればよいと考えていた（『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）64 丁表～裏）。

16) 現行民法では、土地と建物は別個独立の不動産であるが、旧民法では、土地と建物は一体であるというヨーロッパ流の制度であったことに留意する必要がある。

17) ボワソナードが起草した原文は、「*biens urbains*」（市府ノ財産）と「*biens ruraux*」（田舎ノ財産）と表現されているが（ボワソナード草案 1131 条、再閣修正民法草案 1631 条）、起草理由を合わせて読めば、その意図するところは同じであると考えられる。

は、これらの点を考慮し、田畑に関しては慣習をそのまま維持し¹⁸⁾、利息と果実を相殺するという制度にしている¹⁹⁾。これに対して、宅地建物に関しては、田畑の質入のような慣習がないとされていた。そのため、ボワソナードは、「*antichrèse*」の方式をそのまま導入している。

田畑質の存在は、ボワソナードが旧不動産質を考案するきっかけになったものと思われる。当時のヨーロッパで「*antichrèse*」はほとんど使われていなかったようである。一方で、日本の田畑質は広く利用されていた。ボワソナードは、その差をもたらすものとして、不動産の売却代金に優先権が認められるという点に注目している²⁰⁾。しかし、田畑質を評価する一方で、果実と利息が相殺されるという点は、かなり問題視しているように思われる。だからこそ、不動産質の原則としては、「*antichrèse*」の方式をかかげ、田畑の場合に限定して果実と利息の関係を修正している。しかも、田畑の場合でも、反対の合意をすることが可能であることをわざわざ明示している（ボワソナード草案 1131 条 2 項、再閣修正民法草案 1631 条 2 項、旧民法 126 条 2 項）。

(2) 旧不動産質と現不動産質の違い

表 1 各制度の比較①

	担保目的物の占有 移転	担保目的物に対する 優先権	担保目的物の果実に 対する優先権
<i>antichrèse</i>	○	×	○
旧不動産質	○	○	○
現不動産質	○	○	○
抵当権	×	○	×

表 1 は、ボワソナードが用いた三つのポイントを用いて各制度を比較

18) 慣習の維持は、旧不動産質の期間についても表れている。旧不動産質の期間は 30 年とされているが、これは、日本の慣習をそのままにしたと説明している (Projet, t.4, pp.229.『再閣修正民法草案第四編』447 頁)。しかし、30 年というのはボワソナードの誤解であり、地所質入書入規則 4 条では 3 年とされていた。法典調査会において、富井政章は、ボワソナードが 3 年を 30 年と読み間違えたものと説明している (『法典調査会民法議事速記録第十五巻』(日本学術振興会) 89 丁裏～90 丁表)。

19) Projet, t.4, pp.237-238.『再閣修正民法草案第四編』462～463 頁。

20) Projet, t.4, p.228.『再閣修正民法草案第四編』444～445 頁。

したものである。本稿の内容は、旧不動産質と現不動産質が異なるというものであるが、この表からは両者に違いがない。

旧不動産質と現不動産質の違いは、果実収取権の態様にある。旧不動産質の果実収取権の考え方は、本稿 2(1) で説明した通り、「*antichrèse*」に基づいている。「*antichrèse*」を有している債権者は、その果実をまず利息に充て、それを超過したときに元金に充当することになる。利息がない契約の場合には、すべて元金に充当する。この「*antichrèse*」の果実収取権の態様は、果実を債務の弁済として受けとったのと同様であることを示していると考えられる。すなわち、弁済は、利息、元本の順に充当することが原則となっている(491条、旧民法財産編 472条²¹⁾)。この充当の原則は、旧民法でも現行民法でも同じである。

これに対して現不動産質では、「質権の目的である不動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができる」(356条)代わりに、「債権の利息を請求することができない」(358条)とされているのみである。民法修正案理由書によれば、356条と358条の関係は、不動産の使用収益に基づく利得と貸金の利息を相殺したものとされている²²⁾。旧不動産質が果実の実際の価値に基づいて精算し弁済として受け取る方式であるのに対して、現不動産質は果実の価値を利息と同等であるとみなし精算せずに相殺する点に違いがある。

「*antichrèse*」の果実収取権の態様は、特別なものではなく、むしろ一般的な方式である。留置権者も債務者の承諾を得ることで担保目的物を使用・収益することができ(298条2項)、その果実については優先弁済権が与えられる(297条1項)。そして、果実は、弁済の原則に従って充当することになる(297条2項)²³⁾。これらの規定は、質権総則にも準用されている(350条)²⁴⁾。また、旧民法でも同様の規定群が存在す

21) 旧民法財産編 472条2号「費用及ヒ利息ヲ先ニシ元本ヲ後ニス」。

22) 広中・前掲注(5) 347頁。

23) もっとも、留置権においては、被担保債権(例えば目的物の修理代金)よりも目的物の価格が上回るのが通常であり、かつ、被担保債権が高額となることが想定される場合には、期限の許与が認められるため(民法 299条2項)、弁済充当が問題となることは少ないと思われる。

24) もっとも、動産質においては、一般的に生み出す果実が低廉であるため、弁済充当が問題となることは少ないと思われる。

る²⁵⁾。以上のことから、現行民法でも旧民法でも、債権者が担保目的物を占有するタイプの担保物権において、果実を得る場合には、弁済と同様の方式で充当するというのが原則ということになる。このように見ると、現不動産質の果実取捨権が、例外的な位置づけにあることがよく分かる（表2参照）。起草委員の一人である梅謙次郎は、『民法要義』において、不動産質については356条から358条の規定があるので、297条から299条の規定は不動産質に適用することはできないとしており、現不動産質が例外であることを明記している²⁶⁾。

表2 各制度の比較②

	担保目的物の占有者	担保目的物に対する優先権	担保目的物の果実に対する優先権	果実取捨権による充当の態様
antichrèse	債権者	×	○	弁済
旧不動産質	債権者	○	○	弁済（田畑を除く）
現不動産質	債権者	○	○	相殺
留置権	債権者	×	○（承諾が必要）	弁済
動産質	債権者	○	○（承諾が必要）	弁済

(3) 翻訳語上の違い

日本の民法典の編纂事業は、江藤新平が箕作麟祥にフランス民法典を翻訳させたことに始まると言ってもよいであろう。箕作麟祥は、フランス民法典の「antichrèse」に対する訳語として、「不動産質」という言葉を使っている²⁷⁾。また「antichrèse」は、現在でも「不動産質」と訳されてい

25) 旧民法債権担保編 106 条「質取債権者ハ債務者ノ許諾ヲ受ケスシテ質物ヲ賃貸スルコトヲ得ス又債務者ノ許諾ヲ受ケタルトキ又ハ物ノ使用カ其保存ニ必要ナルトキニ非サレハ自ラ之ヲ使用スルコトヲモ得ス」。

旧民法債権担保編 94 条 2 項「然レトモ留置物ヨリ天然又ハ法定ノ果実又ハ産出物ノ生スルトキハ留置権者ハ他ノ債権者ニ先タチテ之ヲ取取スルコトヲ得但シ其果実又ハ産出物ハ其債権ノ利息ニ充當シ猶ホ余分アルトキハ元本ニ充當スルコトヲ要ス」。

旧民法債権担保編 108 条「質物カ果実又ハ産出物ヲ生スルトキハ之ニ関シ質取債権者ハ第九十四条第二項ニ定メタル留置権者ノ権利及ヒ義務ヲ有ス」。

26) 梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』（有斐閣、1911）455 頁。

27) 箕作麟祥の最初に出版された明治 4 年の翻訳では「不動産ノ質」となっている（前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004）を参照）。最後に出版された明治 16 年の翻訳では、「不動産質」となっている（箕作麟祥増訂人『佛蘭西法律

る²⁸⁾。しかし、「antichrèse」が現不動産質とは異なることは、本稿 2(1)ですでに述べたところである²⁹⁾。

そして、ボワソナードは、自身が作った制度が「antichrèse」とは異なるものであるとして、「nantissement immobilier」という名称を付けたということも、すでに述べた。旧民法は、ボワソナードが起草したフランス語原案を翻訳するという過程を経て成立しているが、「nantissement immobilier」は、旧民法の起草において「不動産質」と訳されている。

ところで、現行民法には、起草委員である富井政章も関わったフランス語訳として、『仏訳日本帝国民法典』が存在している³⁰⁾。このフランス語訳において、不動産質は、「droit de gage sur les immeubles」と訳されている。

このように、日本語で同じく「不動産質」と言っても、フランス語では三つの異なる言葉になっていることがわかる³¹⁾。日本語で「質」と翻訳されるフランス語の単語は、それぞれ「antichrèse」、「nantissement」、「gage」の三つである。「antichrèse」については、すでに説明したとおりである。「gage」は、動産質を言うのが一般的である³²⁾。これに対して、「nantissement」は、広義の質を指し、「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。また、「nantissement」のうち、動産の質は「gage」と呼ばれ、不動産の質は「antichrèse」と呼ばれると説明されている³³⁾。図 1 は、これら三つの関係を、フランス語の辞書の意味に基づいて図示したものである。

書憲法民法』（博聞社、1883）を参照）。

28) 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、第 2 版、2011）30 頁。

29) 梅謙次郎は、「antichrèse」に対して、「用益質」という訳を当てている。梅・前掲注（26）471 頁。

30) 本野一郎、富井政章訳、レーンホルム、L.H.、アダム、J. 訳『仏訳日本帝国民法典（日本立法資料全集（別巻 19））』（信山社出版、1997）。

31) 訳語の違いは、「法情報基盤」内の「用語変遷追跡 Bilingual KWIC」を利用することも確認することができる（利用方法については、佐野・前掲注（8）横組〈142〉頁以下を参照）。例えば、「(3) 旧民法 - 仏訳」と「(4) M29 民法 - 仏訳」をセットし、Parallel モードで「不動産質」を検索すると、それぞれ別の訳語が表示される。

32) 山口・前掲注（28）246 頁。

33) 山口・前掲注（28）380 頁。

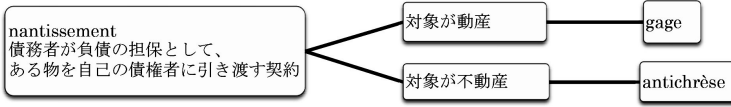


図 1 質に関するフランスの体系図

ボワソナードは、この関係を前提に「nantissement immobilier」を加えており、追加すると図2のようになる。「antichrèse」と「nantissement immobilier」の大きな違いは、不動産そのものに対して優先権があるかどうかである。

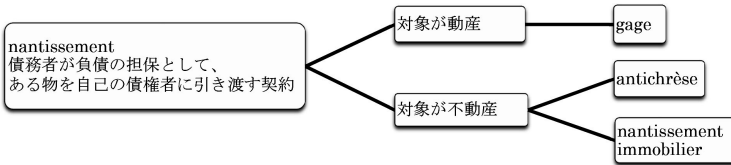


図 2 質に関するボワソナードの体系図

これに対して、『仏訳日本帝国民法典』で使われている不動産質の訳は、フランス語の意味からすると、奇妙な訳である。「gage sur les immeubles」を直訳すると、「不動産上の動産質」、すなわち、不動産を動産質に入れるという矛盾した表現になる。不動産質だけではなく、「質権」、「動産質」、「権利質」も、奇妙な訳が当てられている。『仏訳日本帝国民法典』において、「質権」は「droit de gage」、「動産質」は「droit de gage sur les meubles」、「権利質」は「droit de gage sur les droits」と訳されている。「質権」は、すべての質権の上位概念であるから、フランス語に照らせば「nantissement」のはずである。「動産質」は、「gage」がそもそも動産の意味を含んでいるから、「meubles」は重複した表現である。「権利質」は、権利という物ですらないものを、動産質に入れるという表現になっている³⁴⁾。このように、それぞれ個別に見ると奇妙な訳が当てられている。

34) 現行民法は、物概念を有体物に限っており（民法 85 条）、権利は物に含まれない。これに対して、フランス民法や旧民法は、権利は物に含まれており、動産質の方に分類されている。

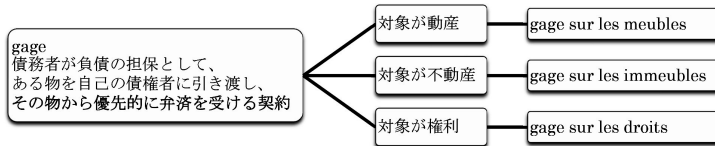


図3 質に関する日本の体系図

しかし、この四つの訳語は、全体として見た場合には、体系的な訳になっているものと考えられる。すなわち、「gage」という概念が上位にあり、動産質、不動産質、権利質は、それぞれ「gage」の対象が異なるという体系である。ただし、ここでいう「gage」は、フランスの「gage」とは異なる定義となる。日本の質権の定義がそのまま当てはまり、「nantissement」の定義と平行になるように表現すれば、「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し、その物から優先的に弁済を受ける契約」となる。「nantissement」の定義との違いは、「その物から優先的に弁済を受ける」という要素が追加されていることである。

このように訳語を体系化して比較すると、質権に対するフランスとの考え方の違いや、翻訳者の意図が見えてくる。フランスでの質権は、債務者が負債の担保としてある物を債権者に引き渡すところまでが、いわば最大公約数であり、どのような優先権が与えられるかは、質権の要素ではない。一方、日本の質権は、債務者が負債の担保としてある物を債権者に引き渡すだけでなく、さらにその物から優先的に弁済を受けるところまでが、最大公約数となる。「gage」は、対象が本来は動産ではあるものの、担保に供した物から優先的に弁済を受けるという点で、「nantissement」よりも、日本の「質権」を表すのにふさわしいと、『仏訳日本帝国民法典』の翻訳者は考えたのではないだろうか。

このようにフランス語を使って概念を比較した場合、訳語が単純に異なるのみならず、質権の定義が、日本とフランスでは異なっていることがわかる。また、日本の「gage」の体系は、「nantissement」の体系と比較すると、結果として不動産質の果実収取権を見えにくくしてしまっていると思われる。フランスの「nantissement」の体系は、優先権の対象については定義しないため、個々の質権がどのような優先権を持っているかは、さらに個別に見ていくことになる。これに対して「gage」の体

系は、担保目的物に優先権が認められることが定義に盛り込まれ、個々の質権は目的物の性質が異なるだけ、という形で体系化がなされている。質権の典型例である動産質が、原則として果実收取権を持たないため、現不動産質が持つ果実收取権は、不動産が持つ特性からの修正という位置づけに留まる。その結果、現不動産質において、果実を利息と相殺するという規定も、それほど異質なものとしては映らなくなっていたのではないだろうか。

3. 旧不動産質が失われた経緯

(1) 法律取調委員会での議論

前章での検討により、旧不動産質と現不動産質は、果実收取権の態様について差異があることが明らかになった。では、どのような過程を経て、旧不動産質から現不動産質へと変異していったのであろうか。不動産質の変異の原因は、直接的には、現行民法の審議である法典調査会にあるが、旧民法の審議である法律取調委員会でも、すでに変異の原因となる要素が表れている。そこで、まず、法律取調委員会での議論を見ていくことにする。

法律取調委員会での不動産質に関する議論は、旧民法 116 条から 130 条に該当する、法律取調委員会原案 1121 条から 1135 条である。この中で、本稿との関係で注目すべき議論は、旧民法 126 条に該当する法律取調委員会原案 1131 条での議論である³⁵⁾。

ここでは、同じ不動産質でありながら、田畑と宅地建物で対応を二つに分けることがおかしいということで問題になった。報告委員である栗塚省吾は、利息と果実が相殺される慣習を懐疑的に見ながら、この点について回答をしている。すなわち、どの国の法律を見ても、日本の田畑質のように利息と果実を相殺するようなものはない。果実は、その年ごとの豊凶により変わるが、利息がそれに合わせて変わったりすることはない。だが、田畑山林に存在している慣習を乱すことはできない。一方

35) 『法律取調委員会民法草案債権担保議事筆記自第七十七回至第八十一回』（日本学術振興会）18 丁表～23 丁表。

で、宅地建物に関しては、そのような慣習がないから、弁済方式で充当されるといふ規定が妥当する、という説明である。これに関連して、宅地建物に対する質が慣習としてあるかどうかについての議論もされたが、そのような質はないとの考えで決着している。

その後の再調査案に関する法律取調委員会でも、旧民法 126 条に該当する法律取調委員会再調査案 1131 条の議論³⁶⁾は、本稿の主題との関係で注目される。ここでは、反対意見はなく、むしろボワソナードの実質的な考えが率直に言及されている。すなわち、田畑についてはその精算が煩雑であるため相殺するというのは巧みなやり方だとの発言に対し、南部甕男は、田畑のことは慣習がすでにあるから仕方がないということでもボワソナードが折り合いを付けた、ということ述べている。

以上の通り、法律取調委員会では、田畑と宅地建物で対応を 2 通りに分けることに疑問が呈されたものの、ボワソナードの考えの基本は認知されていた。その後の立法手続きでも、内容は大きな変更がなされることなく、ボワソナードの不動産質は、旧民法にそのまま採用された。

(2) 法典調査会での議論

(i) 原案 354 条・355 条に関する議論

現不動産質は、果実取権の態様において、旧不動産質および旧民法とは異なっていることは、すでに述べたとおりである³⁷⁾。しかし、立法過程を見ると、起草委員が最初に提出した原案の時点では、旧不動産質の果実取権の態様は、そのまま引き継がれていた。原案 355 条は、次のように起草されている。

原案 355 条

不動産カ果実ヲ生スル場合ニ於テハ質権者ハ其果実ヨリ不動産ノ負担

36) 『法律取調委員会民法担保編再調査議事筆記第一巻』（日本学術振興会）126 丁裏～128 丁表。

37) なお、不動産質に関する旧民法の規定と現行民法の規定を比較すると、旧民法 15 箇条あるのに対して、現行民法は 6 箇条であり、半分以上が削除されている。しかし、削除の多くは、質権総則に規定がある、質権の原理・原則から導くことができる、登記に関する事項である、といった理由からおこなわれており、これらは、不動産質の内容の変異とは関連しない。

及ヒ管理ノ費用ヲ控除シ其残額ヲ以テ第二百九十六条ノ規定ニ従ヒ債権ノ弁済ニ充当スルコトヲ得

田畑山林ノ質ニ付テハ果実ト利息トハ計算セスシテ相殺シタルモノト推定ス

この規定は、旧不動産質の重要な要素を余すところなく示した上で、非常に簡潔に表現している。第1項では、果実から、租税などの不動産の負担と管理費をまず控除し、その残額を決議案 296 条³⁸⁾に従って、利息、元本の順に充当するとしている。第2項は、田畑山林について規定しており、果実と利息を相殺したものと推定するとしている。第1項は、不動産質の果実による充当方法の原則を示しており、第2項は、田畑山林に関する例外となっている。しかも、田畑山林に関しては「推定」となっているため、契約によって原則的な充当方法である弁済方式にすることを妨げないことが示されている。起草担当者である富井政章も、原案 355 条の説明において、旧民法担保編 126 条を少しも改めていないと説明している。法典調査会での答弁から見ても、起草委員は、旧不動産質の果実の処理方法を合理的な処理と捉えて、現行民法に活かそうとしていたと考えられる。

しかしその一方で、起草委員は、原案 354 条を次のように起草している。

原案 354 条

不動産質権者カ自ラ不動産ヲ使用スル場合ニ於テハ其不動産ノ負担及ヒ管理ノ費用ヲ払フコトヲ要ス

前項ノ場合ニ於テ質権者ハ其債権ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス

旧民法債権担保編 126 条では、「自ラ之ヲ領スルト之ヲ賃貸スルトヲ問ハス」とされており、自ら使用する場合においても果実の価格を評価して、債権に充当することになっていた。しかし、起草担当者である富

38) 原案 355 条でいう 296 条とは、法典調査会で議決された決議案 296 条のことである。「留置権者ハ留置物ヨリ生スル果実ヲ收取シ他ノ債権者ニ先チテ之ヲ其債権ノ弁済ニ充当スルコトヲ得 前項ノ果実ハ先ツ之ヲ債権ノ利息ニ充当シ猶ホ余分アルトキハ之ヲ元本ニ充当スルコトヲ要ス」。これは、現在の 297 条に該当する。

井政章は、これが煩わしいと考え、自己使用の場合は、相殺するという田畑と同様の処理するように修正したと説明している³⁹⁾。

この自己使用を区別することが問題となり、他の委員から修正意見が出された⁴⁰⁾。それは、原案354条の「自ラ」という言葉を削り、自己使用とそれ以外を区別せず、すべて相殺する方式に統一するという意見である。その中心は、横田國臣の主張であった。横田國臣は、抵当権と不動産質との性質の違いは、債権者である質権者がその不動産を支配して自由にできるかどうかであり、自由にできる以上、自ら使用するか他人に使用させるかは質権者の勝手である。そして、不動産からの利益を利息と見て、質権者は、あとは元金だけを回収できればよい。これを原則とするのが、日本の慣習にちょうど当てはまると主張した。これに対して富井政章は、その慣習が田畑にあるのは明らかであるが、宅地建物にはそのような慣習はないのではないか、そして、果実の金額が決まっているような場合には、充当で処理したほうが公平であるという考えを述べている。原案354条に関する横田國臣の意見は、結局多数の支持は得られず、原案が可決される。

しかし、原案355条において、原案354条の内容が再び問題となる⁴¹⁾。原案354条での議論は、原理に関する観念的な主張が中心であったが、原案355条の議論は、具体的な場面を想定しての疑問が出された。第1に、質権者が無賃で親戚や友人に貸して果実が生じないという場合である。これに対して富井政章は、前条の「自ラ不動産ヲ使用スル場合」に含まれるのではないかと回答している。第2に、家賃を10円にできるところを3円にした場合のように、不当に廉価な家賃を設定した場合である。これに対して梅謙次郎は、その場合は債務者から異論を申し立てることができ、原案353条の「用方ニ従ヒ」に含まれるのではないかと

39) 『法典調査会民法議事速記録第十五卷』（日本学術振興会）69丁表。

40) 『法典調査会民法議事速記録第十五卷』（日本学術振興会）69丁裏～82丁裏。
この他、磯部四郎は、質権者自ら不動産を使用した場合には元本に充当できないのに、同じ不動産を人に貸す場合には元本に充当できる、それだけの区別ができるほどの立法上の根拠があるのかという質問をしている（『法典調査会民法議事速記録第十五卷』（日本学術振興会）70丁裏～71丁表）。磯部四郎の質問に対しては、自己使用の場合は価格が煩わしいことと、反対の契約をしておくことができるという点を起草者は回答しており、この質問はそれほど問題だとは思われない。

41) 『法典調査会民法議事速記録第十五卷』（日本学術振興会）83丁表～87丁裏。

と回答している。以上の起草委員の答弁に対しては、字句からそのような解釈はできないという批判がなされる。結局、一度可決された原案354条も含め、原案を修正することとなった。

起草委員は、原案の主義のまま上記の弊害を回避する方向で書き直すようとしたようであるが、結局諦めて、横田國臣の出した意見を採用し、相殺にすべて統一する現不動産質を修正案として提出した。この修正案は、特に議論もなく可決された⁴²⁾。こうして、旧不動産質は、失われたのである。

(ii) 原案 354 条・355 条の分析

起草委員の原案を分析すると、原案 354 条の存在により、制度全体として整合性が取れない事態が生じている。旧民法債権担保編 126 条は、自己使用と他人使用を区別せず、宅地建物と田畑とを区別するのみである。これに対して法典調査会原案は、まず、原案 354 条で、自己使用の場合は相殺方式で処理することを規定している。原案 354 条が自己使用について規定しているので、原案 355 条は、他人に使わせることを想定した規定のはずである。そうすると、355 条 2 項は、田畑を他人に使用させている場合の規定であることになる。田畑であっても、他人に使用させれば、その使用者から、賃料等の法定果実が得られることが想定される。この場合、弁済方式で処理していくのが、起草委員の説明に適合するはずである。なぜなら、法定果実として得られた場合には、精算することは煩雑ではないからである。しかし、起草委員は、この場면을相殺方式にしている（表 3 参照）。

表 3 原案の果実収取権の規定

	自己使用(原案 354 条)	他人使用(原案 355 条)
宅地建物	相殺	弁済
田畑等	相殺	<u>相殺</u>

もっとも、起草委員が着目した、自己使用とそうでないものを区別する点は、ある面では、旧不動産質の考え方よりも優れていたと筆者は考

42) 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）149 丁表～裏。

えている。現行民法の起草委員たちが、精算するのが難しいと説明した場面は、田畑を自己使用して天然果実を得ている場合や宅地建物を自己使用している場合である。このような場面では、自己の使用や天然果実を価格として評価しなおさなければならず、それが煩わしいとしている。これは、どちらも自己使用の場合であり、法定果実が発生しない場合と言い換えることもできる。つまり、起草委員が相殺方式の根拠とした精算の煩雑さは、宅地建物であるか田畑であるかとは関係がない。

また、原案 354 条は、原案 355 条を旧不動産質の通り維持したことと相まって、弁済方式で処理する場面が、かなり限定されてしまった。図 4 は、表 3 に合わせて旧不動産質を示し、比較したものである。図を見ると明らかなように、法典調査会原案の態様は、弁済方式で処理する場面が限定され、例外のように見える状態となっている。このことは、相殺方式に一本化するという議論を生み出しやすかったのではないだろうか。

旧不動産質の態様			法典調査会原案の態様			
	自己使用	他人使用		自己使用	他人使用	
宅地建物	弁済	弁済	→	宅地建物	相殺	弁済
田畑等	相殺	相殺		田畑等	相殺	相殺

図 4 果実収取権の態様の比較

(iii) まとめ

起草委員は、旧不動産質の充当方法を合理的な処理と捉え、主に原案 355 条に見られるように、旧不動産質を活かそうと考えていた。しかし、自己使用については、相殺方式に変えようとした（原案 354 条）。この起草委員の原案は、自己使用を区別することが問題となった。自己使用であるかいなかを問わず、すべて相殺で処理するという反対意見である。これに対する起草委員の答弁は、他の委員に受け入れられず、原案を修正することになった。起草委員は、うまい修正の仕方を思いつかず、原案を維持しなければならないという信念があるわけではなかったので、横田國臣の主張を受け入れ修正することとなった。

起草委員の原案を分析すると、原案 354 条の存在により、制度全体として整合性が取れない事態が生じている。また、弁済方式で処理される場面が限定され、例外であるかのようになってしまった。

4. 慣習としての田畑質

前章での検討により、旧不動産質と現不動産質の変異の過程が明らかとなった。その変異において、強い影響を及ぼしたのは、日本に存在していた田畑質の慣習である。そもそも、田畑質の存在は、ポワソナードが旧不動産質を起草する要因ともなっている。このように大きな影響をもたらした田畑質とは、どのようなものだったのだろうか⁴³⁾。

旧民法以前の不動産担保には、田畑質、家質、書入の3種類があった⁴⁴⁾。このうち、書入が現在の抵当権にはほぼ該当するということはよく知られている。

田畑質の内容は、ポワソナードや法典調査会の参照した通りである。すなわち、田畑の占有を債権者（質取主）に移し、債権者は田畑を運用して得た収益を利息として收取し、債務者（質入主）は元本を弁済して田畑を受け戻すというものである。

しかし、田畑質と言っても、いくつかの形態があったようである。使用・収益に着目すれば、債権者がみずから耕作する場合、債務者に小作させる場合（直小作と呼ばれる）、債務者以外の他人に小作させる場合（別小作と呼ばれる）の3パターンに分かれていた⁴⁵⁾。直小作は、占有改定による質入れ方法であるが、特別な文言は必要とされるものの、禁止されていないということである。また、直小作は、債務者が小作料を支払うため、書入とは異なる。興味深いのは、その小作料が、借金の利息制限法と同じく、元金の15パーセント以内とされていたという点である。すなわち、

43) 不動産質について、明治以前の制度と関連させた研究としては、近江幸治「不動産の質・譲渡担保・所有権留保」NBL266号30頁以下参照。近江の論稿が、不動産質と質戻しの形態の共通性に着目し両者の由来を明らかにすることを主眼としているのに対して、本稿は、果実收取権の相殺方式の由来を解明することを目的としている。近江の論稿では、「質入」と広く表現されているが、本稿では「田畑質」と「家質」に分けて検討している。なお、近江の論稿では、わが国の旧慣、フランス法、ドイツ法に関する比較研究がなされているが、本稿が重要視する旧民法や現行民法の実際の起草過程には触れられていない。

44) この3種類の区分は、法制史の多くの基本書で使われている。例えば、牧英正＝藤原明久編『日本法制史』（青林書院、2005）207頁以下、浅古弘＝伊東孝夫＝植田信廣＝神保文夫編『日本法制史』（青林書院、2010）200頁以下などを参照。

45) 牧＝藤原・前掲注（44）207～208頁、石井良介『体系日本史叢書4法制史』（山川出版社、1964）224～225頁、小早川欣吾『日本担保法史序説』（法政大学出版局、1979）376頁など。

実体としては小作料の支払いはまさに利息の支払いに他ならず、使用・収益による利益と利息が相殺されていたというのは不適當である。

また、田畑質は、田畑永代売買の禁止を回避する手段としても用いられていた⁴⁶⁾。田畑永代売買の禁止は、幕府が寛永20(1643)年に「田畑永代売買御仕置」として出したもので、年貢徴収体制の維持や小農の没落防止などを目的としていた。この禁令は、明治5年まで継続した。現実には、質入れ・質流れという形態や、買戻し特約付き売買を使うことで回避され、実効性はあまりなかった⁴⁷⁾。田畑永代売買の禁止を回避する手段として見た場合にも、使用・収益による利益と利息が相殺されているという見方は不適當である。なぜなら、実体としてみれば、債権者は実は買主で所有権者であり、債務者は実は売主で所有権を喪失したのであり、元金とは売買代金に他ならない。買主である所有権者が果実を取取するのは当然であるし、元金は売買代金であるのだから利息というものは発生し得ないのである。

家質は、占有移転しないまま家屋敷を質入れする形態であり、都市部の商人たちにより、頻繁に用いられていた。占有を移転しないため、書入との区別が問題となるが、家質は次の二つの点で書入と異なる。ひとつは、期日までに債務の弁済がない場合、家屋が債権者に引き渡されるという点である⁴⁸⁾。もうひとつは、債務者が債権者に対して賃料(宿賃)を支払うという形式である。これは、債権者が所有する家屋に債務者が居住しているという外観を作出しているものであり、家賃という名目を使って利子を支払っていることになる⁴⁹⁾。この点で実質的には書入と変わらないが、書入に関する訴訟が金公事として扱われ保護が薄かったのに対して、家質の場合は、家賃の公事が本公事として扱われ保護が厚かった。すなわち、家質は担保手段として確実な方法だったため、広く用いられていたのである⁵⁰⁾。

このように家質も存在していたが、田畑質と異なり、法律取調委員会

46) 浅古 = 伊東 = 植田 = 神保・前掲注(44) 193 ~ 194 頁など。

47) 牧 = 藤原・前掲注(44) 201 頁など。

48) 石井・前掲注(45) 223 ~ 224 頁。

49) ただし、家質のやり方は、江戸と大阪で違いがあり、また時代によっても若干の違いがある。債権者に支払う名目が賃料ではなく利息とされている形式もあり、書入と判断されることもあったようである。

50) 石井良介「家質の研究」国家73巻(1959) 222 ~ 223 頁。

でも法典調査会でもほとんど考慮されなかった。唯一、法典調査会において中村元嘉だけが言及しており、家質というものがあって債権者には引き渡しをしないという形態であったということ述べている⁵¹⁾。

田畑質の慣習が広く存在していたため、旧民法でも現行民法でも、その慣習を残すための起草がなされた。しかし、田畑質にも種々の形態や実体があった。そのような形態が生まれたのは、債権者・債務者の事情に合わせて、便利な方法を選んでいたのであろう。法典編纂には、地方でそれぞれに異なる慣習を整理して統一するという役割があるため、種々の形態が整理・廃止されることは当然のことだと言える。しかし、田畑質については、間違った方向で統一されてしまったのではないだろうか。すなわち、田畑質に存在していた種々の形態や実体は考慮されず、特に法典調査会においては、質権という理論だけが強調され画一化されてしまったのである。一方で、家質の存在は、起草過程でほとんど触れられていない。家質の形態は、占有移転しないまま家屋敷を質入れするものであり、これは、自己使用の家屋を占有移転して質入れする需要がなかったということの意味していると筆者は考える。法典調査会において、箕作麟祥は、田畑質のやり方を家屋に及ぼしてしまうということは早計ではないか、という注意を促している⁵²⁾。現不動産質の議論は、まさにその通りで、田畑質、その中でも一つの形態に過ぎなかったものを、質権という理論の下で、宅地建物も含め、過度に一般化してしまったものと、筆者は評価している。

不動産質が利用されていないことは、金融の発展や登記制度による占有担保の衰退の流れとして位置づけられており、それは確かであろう。しかし、それに加えて、実体を考慮せず、質権という理論の下で画一化して立法したこともまた、現在、不動産質がほとんど利用されていないという状態につながっているように思われる。

5. おわりに

賃貸マンションを念頭に置いた場合、旧不動産質に制度として優れた

51) 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）81 丁表～裏。

52) 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）74 丁裏。

点があることは、抵当権の物上代位権と比較すると明らかになる。物上代位は、実務上定着し広く利用されているが、様々な欠点があることが指摘されている⁵³⁾。①賃料債権について物上代位がなされると、賃料に含まれている管理費相当分まで取り立てられてしまうため、当該不動産の管理が適切にできなくなり、物件が荒廃するおそれがある。②債権者は、賃借人を特定して賃借人ごとに賃料を差し押さえる必要があるが、多数の賃借人がいると手間がかかる上に、所有者・賃借人間の法律関係を不明確にするなどの妨害がなされることも少なくない。③債権者は、賃料不払いなどを理由に賃貸借契約を解除したり、新たな賃貸借契約を結んだりするような、賃料を確保するための管理行為ができない。④担保権者が複数存在する場合、その優劣関係に従った配当が確保されない。⑤所有者自らが使用している物権については、物上代位の対象が存在せず、そもそも物上代位による方法を採用しない。

以上の問題点は、旧不動産質では発生しない。①債権者が得られるのは、管理費を除いた部分である。②占有移転、すなわち管理を移転することは、契約の成立要件であるから、債務者の積極的な協力が期待できる。③債権者は占有者であり、賃貸借契約の管理行為ができる。④旧不動産質権は、占有を伴うものであり、1人にしか設定できない。⑤旧不動産質権者は、自己使用の場合でも賃料相当額を精算して受け取ることができる。もっとも、自己使用の場合には、占有改定では質権を設定できないという質権の原則を修正する必要がある。しかし、不動産質設定の對抗要件として登記が必要であるから、占有改定による設定を認めても問題がないと考える。

占有との関係を言えば、そもそも、不動産質の効果のうち果実収取権を重視した場合、質権の一種だという現在の体系を維持しうるか自体が疑問である。すなわち、果実収取権は、債務不履行を前提とせず発生するため、担保物権の範囲から外れる可能性がある。旧不動産質の趣旨を基にした新たな制度が作られるとしたら、それは担保というより、新たな債権回収の手段となるであろう。

53) 角井俊文「担保不動産収益執行制度の現状と実務上の諸問題」判タ 1233号 (2007) 88～89頁、加賀山・前掲注(3) 454頁など。