

法情報基盤を通じた立法沿革研究
—不動産質、用益物権の検討を題材として—

佐野 智也

目次

1. はじめに
 - (1) 背景
 - (2) 研究の目的・意義
 - (3) 本稿の構成
2. 立法沿革研究のための新たな基盤の構築
 - (1) 従来の研究方法
 - (2) 法情報基盤のコンセプトと明治民法情報基盤
 - (3) 民法史料集
 - (4) 分析ツール
3. 不動産質 一個別検討の例として—
 - (1) 序論
 - (2) 旧不動産質の内容・現不動産質との違い
 - (i) 旧不動産質の内容
 - (ii) 旧不動産質と現不動産質の違い
 - (iii) 翻訳語上の違い
 - (3) 旧不動産質が失われた経緯
 - (i) 法律取調委員会での議論
 - (ii) 法典調査会での議論
 - (4) 慣習としての田畑質
 - (5) 小括
4. 用益物権体系 一横断的検討の例として—
 - (1) 序論
 - (2) 旧民法の物権体系
 - (3) 地上権
 - (4) 永小作権
 - (5) 地役権
 - (6) 小括
5. おわりに
 - (1) まとめ
 - (2) 今後の課題と展望

1. はじめに

(1) 背景

明治期の立法沿革を明らかにすることは、民法研究の重要なテーマの一つとなっている¹。立法資料の復刻も盛んに行われており、貴重な資料や、従来はその存在さえよく知られていなかったような資料にも、容易にアクセスし、研究の資源として利用できるようになってきている²。立法資料の復刻・解明はかなり進んできているが、その一方で立法資料を研究に幅広く活用できる環境は、まだ十分に整備されてはいない。立法資料は膨大かつ複雑であり、研究をする際にすべての資料をもれなく参照することは、現状では難しい。また、資料を参照する際は、資料相互の関係を的確に把握しながら参照する必要があるが、相互の関係が複雑でわかりにくい。そのため、研究対象の条文・制度に関して、立法の各段階での草案や議論を探し当てることは、容易ではない。

例えば、公序良俗について規定した基本的な条文である現行民法 90 条についての起草過程を調べようと考えたとする。まず、起草過程を調べる前提として、起草の流れについて、少なくとも概略的な知識を持つていなければならない。旧民法³は、明治 22 年に始まるいわゆる法典論争を経て、施行延期が決定された。この施行延期は、旧民法を廃止するものではなく、修正のための延期であり、旧民法を土台として新たな民法編纂が行われることになった。これを受け、政府は、民法を起草するための法典調査会を設置し、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の 3 人を起草委員とした。起草作業は、まず起草委員が原案を作成し、それを主査会で議論した後、総会で議論し（途中でこの二段階方式は改められる）、議決された案は、整理会で他の法律との表現の整合性が取られた。このように法典調査会で作られた草案は、第 9 回帝国議会にかけられ、そこで若干の修正が行われた後、公布された。このような起草過程を前提とすると、法典調査会主査会に提出された起草委員の草案を確認し、実際の議論を法典調査会主査会議事速記録、法典調査会総会議事速記録、そして、法典調査会整理会議事速記録を参照して確認しなければならない。さらに、第 9 回帝国議会に関する衆議院と貴族院の議事録も見る必要がある⁴。

¹ かつて立法沿革にはほとんど目を向けられて来なかったが、昭和 40 年代ごろから徐々にその重要性が認識され始め、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響—総論、総則(人—物)」『民法論集・第一巻』(有斐閣, 1970)69 頁以下を一つの契機にして、立法沿革研究は重要なテーマとなっていった。池田真朗=七戸克彦「『再閣修正民法草案註釈』について」ボワソナード民法典研究会編『再閣修正民法草案註釈 (ボワソナード民法典資料集成 後期 I-II)』(雄松堂出版, 2000)vii 頁以下、特に xxv 頁参照。

² ボワソナード民法典資料集成シリーズは、典型例だと言える。旧民法関係の資料については、かつては、フランス語のプロジェクトと再閣修正民法草案註釈ぐらいしか、利用できる資料がなかった(池田=七戸・前掲注(1)xxxii 頁)。解題付きの同シリーズにより、研究の資源として広く利用できるようになった。

³ 本稿において、旧民法とは明治 23 年に公布された民法を指す。また、現行民法とは、明治 29 年に公布された民法を指す。

⁴ 以上の経緯については、広中俊雄「日本民法典編纂史とその資料 -旧民法公布以後についての概観-」民法研究 1 巻 1 号(1996 年)137 頁以下で詳細に説明されている。

これらの資料は、それぞれ別の資料であり、各資料の記述が相互にどのように関連しているかという参照関係がわかるようにはなっていない。また、その資料の中から該当箇所を探しださなければならないが、探索の手がかりである条番号⁵は、多くの人に馴染みのある公布された現行民法の条番号とは異なることも多く、各審議段階での条番号を特定していく必要がある。90条に関して言うと、主査会における原案の条番号は95条であるし、総会での該当する条番号は97条である。

しかも、審議の進め方は、必ずしも条番号順に行われるわけではなく、議論の対象となる条文が前後したり飛んでいたりすることも多い。例えば、法典調査会民法議事速記録の第62回を見ると、443条から審議を開始し448条まで来て、その後431条と435条についての審議をしている。さらに次の第63回の審議は、481条から開始される。このような状況の中、該当条文に関する情報が資料の他の箇所に収録されている可能性を意識し、見落としがないう注意しながら研究を進めなければならない。

ここまで述べてきたことは、法典調査会を中心とする現行民法の直接の起草過程についてだけである⁶。しかし、現行民法は、前述した通り、旧民法の修正であり、その影響を大きく受けている。さらに、旧民法の制定過程においては、ボワソナードが作成した草案が大きく影響している。このことを考えれば、本来であれば、ボワソナード草案まで遡ることが必要であり、そうすることでより多くの研究成果が期待できる。しかし、ボワソナード草案に関する資料まで遡ろうとすれば、資料はさらに膨大かつ複雑になる。なぜなら、ボワソナードの草案（プロジェ）や旧民法の理由書（エクスポゼ）は、原典はフランス語で書かれ、それが日本語に翻訳されている。その両方を見る必要があり、対応関係を追うだけでも、大変な労力が必要となるからである。

多くの資料の関係を把握し、相互に参照しながら見落としなく研究を進めていくことは、高度な知識が必要とされる上、手間と時間もかかる。民法を網羅的・横断的に検証するような研究がほとんどされてこなかったのは、研究の困難さの一つの表れであるように思われる⁷。

また、このような資料状況は、研究を困難にするだけでなく、研究の質にも影響を与える。立法沿革に関する複雑な研究作業では、研究者それぞれで、使う資料、資料の用い方、資料利用の緻密さがまちまちであり、共通項がわずかである⁸。法情報の探索・収集・把握については、研究者が個別にアドホックに行っているのが現状であり、見落としや誤

⁵ 正式には「条名」であるが、本稿では、直感的にわかる「条番号」という表現を用いる。

⁶ 間接的・派生的な資料として、法典編纂に関わる諸法令、ドイツ民法草案やフランス民法といった起草過程において参照した諸外国の法典、商法や民事訴訟法などの他の法典などが挙げられる。

⁷ 数は少ないが、横断的な研究がないわけではない。例えば、それまでは個々の条文ごとに検討されていた「対抗」という用語に注目して、横断的に検討したものとして、加賀山茂「対抗不能の一般理論について」判タ618号(1986)6～22頁がある。

⁸ 池田=七戸・前掲注(1)vii頁以下は、再閣修正民法草案註釈の引用状況を検討したものであるが、これを見ても、利用状況にかなりの幅があることがわかる。

解の危険も大きい。

(2) 研究の目的・意義

この研究は、現行民法各規定の明治期の立法沿革に関する情報を的確に把握する仕組みを提供し、それにより、さらなる民法の理解を実現するための基礎研究である。筆者は、現在の資料状況を改善するため、立法沿革研究のための新たな基盤の構築を進めている。本稿では、この基盤を明治民法情報基盤⁹と呼ぶ。明治民法情報基盤は、明治の民法の立法沿革研究に必要な基礎的な資料を組織化して提供する仕組みである。組織化するということは、情報を集積し、それを適切に配列し、インデックスをつけて、相互参照が可能な状態にすることである。明治民法情報基盤が構築されることにより、研究に必要な情報を迅速かつ的確に取り出すことができるようになると思われる。

本稿は、この明治民法情報基盤を用いることで、現行民法との異同やその変遷をはっきりと描くことができることを法情報学の観点から実証するものである。実際に民法の制度・条文を取り上げ、その立法沿革を明らかにする。

本稿では、明治民法情報基盤の有用性を実証するための題材として、不動産質と用益物権という二つの物権に関する制度を取り上げている。物権法の分野は、国ごとに独自性が強い。わが国の物権法も、独自性が強く現れており、パンデクテン方式として編別方式をならしたドイツ法とも異なるし、フランス法とも異なる。そもそも、ヨーロッパに比べると、土地と建物を別個の不動産と考えている点で、かなり大きな差があると言える。このような物権法分野における独自性を考慮すれば、物権を理解する上で、旧民法を調査し、新旧民法における立法沿革を参照することは、有益だと思われる。もちろん、明治民法情報基盤が機能する場面は、物権に限られるわけではないが、上記の理由から、さしあたって、物権の中から題材を選ぶこととした。

立法沿革を概観するという基礎的な調査について、法情報基盤を構築し、それによって一定のレベルで迅速かつ的確に研究を行うことができるようになれば、従来のように自らが専門とする限られた範囲だけではなく、より広い範囲について起草過程を理解、研究することができるようになる。さらに、この仕組みが、民法全体に網羅的に提供されることで、これまでは詳細な研究の対象とならなかった条文についても、起草過程の研究がなされることが期待できる。また、議事録や旧民法に迅速にたどりつけることで、相互に資料を参照しやすくなり、それにより、条文・制度や各資料をよりの確に把握できるようになる。

(3) 本稿の構成

本稿では、まず、明治民法情報基盤について説明する。従来の研究資料について概括し、問題点を指摘した上で(2(1))、筆者が構想する法情報基盤のコンセプトを述べる(2(2))。明治

⁹ 明治民法情報基盤は、<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/> から利用できる。

民法情報基盤は、この法情報基盤のコンセプトを具体化したものである。明治民法情報基盤は、「民法史料集」と「分析ツール」で構成されているので、それぞれについて、概要を説明する(2(3)・2(4))。

次に、この仕組みを用いて、現行民法との異同やその変遷を明らかにする。まず、個別の条文・制度の変遷を明らかにすることが可能であることを示すものとして、不動産質を取り上げる。不動産質は、これまで研究の対象としてはほとんど扱われておらず、その立法沿革についてもほとんど触れられていない。現行民法の不動産質（本稿では「現不動産質」という）は、旧民法の不動産質（本稿では「旧不動産質」という）を基にしているが、両者は異なっていることを論じる。まず、旧民法で起草された不動産質を明らかにした上で(3(2)(i))、果実収取権の充当方式が旧不動産質と現不動産質では異なることを明らかとする(3(2)(ii))。また、対応するフランス語訳の検討から、質権体系が異なる点についても触れ、両者の違いを多角的に検討する(3(2)(iii))。次に、旧不動産質が現不動産質へと変遷する過程を明らかとする(3(3))。さらに、旧不動産質と現不動産質が参照していた、日本の慣習として存在していた田畑質について述べ、不動産質との関係を考察する(3(4))。

次に、用益物権という視点から、地上権・永小作権・地役権という複数の制度を横断的に検討して、その変遷を明らかにする。用益物権として、横断的に一括して検討することで、物権体系という枠組みで、複数の制度の変遷を捉えることが可能となる。また、一括して検討することで、変遷の方向に関する共通性を見出すことが可能となる。地上権・永小作権・地役権は、それぞれ内容的にも体系的にも、旧民法と現行民法とは異なるものとなっている。まず、用益物権を検討する前提として、旧民法の物権体系を理解しておく必要があるが、一般的にあまり知られていないため、最初に説明する(4(2))。その上で、地上権・永小作権・地役権について、新旧民法での異同と変遷過程について、内容、体系の両面から検討する(4(3)(4)(5))。

最後に、今後の課題として、現在の明治民法情報基盤では、研究において、条文を基本としたある一定の範囲までしかカバーし得ず、今後も資料の追加等が必要になっていくことを述べる。また、今後の展望として、法情報基盤のコンセプトが、明治期の民法の立法沿革研究に限らず、他の法分野、他の時代、さらには立法沿革以外の法情報にも利用可能であり、また必要となることを述べる。

2. 立法沿革研究のための新たな基盤の構築

(1) 従来の研究方法

民法研究における立法沿革研究を語る上では、星野英一の業績を最初に挙げなければならぬだろう。わが国の民法学説・解釈論は、長きにわたってドイツ法学の強い影響下にあった。これは、現行民法が、その内容について、ドイツ民法を参照したと考えられていたためである¹⁰。しかし、昭和40年代に登場した星野の論文¹¹により、現行民法典の定める諸制度・諸規定のうち、少なからぬ部分が明治23年民法（いわゆる旧民法）やフランス民法を承継したものであることが主張された。その後、立法沿革の考察の重要性が認識されるに至り、解釈論を展開する前提として、歴史沿革・立法沿革についての考察を入れることが重要なこととなっている¹²。

このように、星野の研究は立法沿革研究の必要性を示唆するものとして、重要な位置に置かれるが、そこで用いられた資料についても、重要な特徴がある。昭和40年代以前の民法研究における立法沿革研究は、現行民法の審議資料か旧民法の正文にとどまり、プロジェなどの旧民法の編纂段階までさかのぼって資料を参照する研究は存在しなかった¹³。旧民法の編纂段階は、法制史の領域と認識されていたためである。しかし、昭和40年代に入り、上記星野、三ヶ月章、内池慶四郎らが、旧民法の編纂段階の資料を参照した論文を発表した。このような手法は、その後の民法研究に大きな影響を及ぼし、昭和50年代以降、これに影響を受けた民法学者たちに、その手法は受け継がれていく。

しかし、その手法のうち、資料の参照の仕方には、問題がないわけではない。プロジェには、現在、初版、第2版、新版の3種類が主要なものとして存在していることが広く認知されており、その日本語訳も複数存在していることが知られている。しかし、この時代の研究の多くは、その中の1種類のみを参照している場合が多い。また、上記星野の研究では、プロジェと民法理由書を混同しており、不分明であると指摘されている¹⁴。もっとも、この時代では、特にプロジェについて、資料の詳細が明らかではなかった。プロジェの正確な考察は、後述のボアソナード研究会による研究を待たなければならない。

このような状況にあつて、池田真朗の手法には、顕著な差異を見出すことができる。池田の研究は、3種のプロジェ全てと各種日本語訳、エクスポゼとその日本語訳である民法理由書といった、各種の資料を使用している。また、それら資料の歴史的な位置づけに関し

¹⁰ 星野英一「日本民法典及び日本民法学説におけるG・ボアソナードの遺産」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向（下 民法一般）』（有斐閣、1992）59頁以下。

¹¹ 星野・前掲注(1)69頁以下。

¹² 例えば、星野英一〔ほか〕編集「民法講座 第1巻」（有斐閣、1984）では、はしがきで歴史沿革の考察を加える重要性を述べ、歴史的考察を加えることを本書のねらいの一つとしている。なお、立法沿革研究については、池田＝道垣内論争と呼ばれるものがある。大村敦志『『債権譲渡の研究』（池田真朗著）を読む 池田＝道垣内論争と「テキストの読み」としての法の解釈・研究』NBL536号(1994)40頁以下を参照。

¹³ 池田＝七戸・前掲注(1)vii頁。

¹⁴ 池田真朗「債権譲渡の研究、」（弘文堂、増補二版、2004）48頁脚注(1)。

ても考察をおこなっている。

研究手法として、立法沿革的視点を取り入れられる一方で、昭和 50 年代後半から、研究のためのインフラ整備として、さまざまな貴重書が復刻され始めた。その中で主要な資料を挙げると、①法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 1～16』（商事法務研究会, 1983-1989）、②広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣, 1987）、③ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成』（雄松堂出版, 1998-2005）であろう。

資料として見た場合、①と②③の間には、大きな違いが二つある。第 1 に、①が資料を翻刻したものであるのに対して、②③は、資料の写真コピーとして復刻してある点に違いがある。①には、翻刻のため原資料と厳密に同一ではなく、研究資料として問題があることが指摘されている。まず、翻刻の際に、誤字・誤植が発生していることである。さらに、原資料にはなかった濁点及び半濁点が付されているという点や、誤字等が修正されているという点も、原資料との違いとして挙げられる。これらの処置は、利便性の向上に大きな意味を持つが、反面、資料の厳密性に問題を引き起こす危険性がある¹⁵。

第 2 に、②③には、詳細な解題が付されている点である。①には、解題がないと言ってよい状態である。また①は、後述の(3)で詳細に触れるが、資料が時系列に配置されていない。解題がないことと資料の順序が適切でないことが相まって、利用上の混乱を招く原因ともなっている。これに対して、②③には、詳細な解題が付されているため、研究資料として利用しやすくなっている。

上記①～③とは少し性質を異にするものとして、前田達明他「<史料>債権総則」をはじめとする一連の成果(4)を挙げることができる¹⁶。これは、原案、審議録、参照した外国法、修正案理由書といった散在する関連資料を条文ごとに一か所に集めている。本資料は、原典そのものを示すのではなく、要約や翻訳がなされている点で、上記①～③とは大きく異なる。また、すべての情報を時系列で並べるのではなく、条文ごとに必要な情報を整理して提供している点でも、性質を異にする。

また、現在刊行途中の復刻資料である広中俊雄『日本民法典資料集成』（信山社）¹⁷は、上記①～④の資料とは異なる特徴を有している。これは、写真コピーとして復刻を採用している点で、②や③と同様に原典性が保たれている。しかも、カラー写真である点で、②や③以上の原典性を有している。非常に詳細な解題が付されていることは言うまでもない。そして、この資料集の最大の特徴は、1890 年代の現行民法典編纂事業の全過程にわたる、所在の異なる関係資料が、時系列に通巻で整理、集成されていることである。この資料集

¹⁵ 広中・前掲注(4)162～163 頁参照。

¹⁶ 前田達明他「<史料>債権総則-1-」民商 81 巻 3 号(1979)418 頁以下、58 までである。その他、「<史料>物権法 1～4」、「<史料>共有法 1～6」、「<史料>地上権法 1～3」、「<史料>永小作権法 1～4」、「<史料>地役権法 1～7」、「<史料>留置権法 1～2」などがある。

¹⁷ 広中俊雄編著『日本民法典資料集成 1』（信山社, 2005）。全 15 巻の刊行が予定されているようだが、続刊はまだ刊行されていない。

成は、散在する必要な資料をすべて集積し、しかも時系列に配列して通巻して提供するものであり、復刻資料の現在の到達点であると評価しうるものである¹⁸。

このように、多くの資料が復刻され、民法の歴史的な姿を描き出せるように、様々な工夫がなされている。しかし、ここまで紹介した資料集でも、研究利用上の問題点を挙げるることができる。

まず、既存の本をベースとした資料では、資料を一次的に配列することしかできない。立法沿革資料では、時系列という視点がわかりやすく探索のしやすい配列の仕方であろう。しかし、資料の利用の仕方は、時系列という視点のみでは不十分である。例えば、旧民法の資料で、原文のフランス語資料とその対訳を合わせて見る場合、時系列以外の視点が必要となる。すなわち、時系列を縦方向に取ったとすれば、対訳を横に並べるという配置が必要となる。既存の本をベースとする場合、これを配置で表現することは難しい。実際、『ボワソナード民法典資料集成』での、プロジェの対応関係は、本の巻数等の情報からだけでは容易にわからず、別に対応表を用意してそれと照らしあわせながら利用する必要がある。

また、原典性を保持した資料が、研究に便利な形で提供されていない。例えば、『日本民法典資料集成』は時系列で並べられているが、一つの条文の変遷を追いかけるという民法研究で最も基本的な調査には、不向きである。なぜなら、それぞれの起草段階から、該当箇所を探しだす必要があるからである。一つの条文の変遷を追いかける場合には、④のように条文ごとに一か所にまとめられている方が利用しやすいが、④に原典性がないことはすでに述べたとおりである。原典性を保持しつつ、条文の変遷を調査するためには、別に新たなインデックスを用意する必要がある。すなわち、条文の変遷に関してならば、条文変遷一覧表のようなものを作成した上で、その表から該当箇所を参照するという方法である。この試みは、『日本民法典資料集成』において、構想されているようである¹⁹。しかし、インデックスを作成したとしても、次のような問題もある。

既存の本をベースとした資料では、関係する箇所を相互に参照することは手間がかかる。目次、条番号、インデックスといったものは、必要な情報にたどり着くために非常に便利である。しかし、こういった情報を元に、該当ページを開かなければならない。この該当ページを開くという行為は、条文の変遷の流れを見ていく際に、大きな障害となる。なぜなら、ページをめくって探しているうちに、思考が途切れてしまうということがあるからである。参照関係が複数であるなど複雑な関係となれば、条文の変遷を追うことは、さら

¹⁸ 民法の立法沿革から少し外れるが、星野通編著『民法典論争資料集』（日本評論社、復刻増補版、2013）も、資料集の方式として注目に値する。これは、民法典論争の際に様々なところに掲載された論稿を一か所に集めて提供するものである。しかも、時代を三つに区分した上で、延期派と断行派に分類して提供している。

¹⁹ 広中・前掲注(17)VII頁。なお、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照一付・条文対照表（旧民法財産編総則・物権部）一」法学研究 69 卷 1 号(1996)111 頁以下では、条文の変遷一覧表が、民法の特定の箇所についてのみであるが、提供されている。しかし、同資料は、条番号のみの提示であり、議事速記録などの関係資料とのリンクは考慮されていない。

に負担となる。

(2) 法情報基盤のコンセプトと明治民法情報基盤

様々な情報が溢れかえっている現代において、法律学の基礎となる法情報を組織化して提供する仕組みが必要となる。組織化するということは、情報を集積し、それを適切に配列し、適切なインデックスをつけて、相互参照が可能な状態にすることである。これにより、欲しい情報を迅速かつ的確に取り出すことができるようになる。法情報全般についてこのような情報提供の仕組みが必要だと筆者は考えており、法学研究の基盤となるという意味で、法情報基盤と名づけた。

法情報基盤は、資料の単なる電子化に留まるものではない。確かに、従来の資料の大部分が紙であり、これを電子化するだけでも、大きな効果がある。例えば、研究上利用する大量の資料を手元に置いておかなくても良いということが挙げられる。『日本民法典資料集成』はたった1巻だけでも1500頁というとても分厚い書籍である。これが全15巻刊行予定とされている。そして、この資料集成は、現行民法に関する部分のみであるため、さらに旧民法の資料として、『ボワソナード民法典資料集成』や『日本近代立法資料集成』の法律取調委員会議事筆記等も合わせれば、膨大な資料を手元において置かなければならないことがわかる。これが、電子化により物理的なスペースの問題を考慮しなくても良くなる。また、文章をテキストデータにすることができれば、検索や加工が容易になる。

しかし、紙の資料の電子化、すなわち、資料を画像データやテキストデータにするだけでは、従来の法学研究の問題点をすべて解決することはできない。法情報基盤は、単なる電子化を越えてさらに手を加えることで、資料に関するより多くの問題を解決しようとするものである。すなわち、資料相互の関係を的確に把握し、関係する該当箇所を瞬時に参照するという、資料の利用上の問題を解決しようとするものである。

また、法情報基盤のコンセプトは、キーワード検索を主体としたデータベースシステムとは異なる。確かに、キーワード検索は、現在の学術基盤を支える重要な要素である。身近な例で言えば、図書館の検索システムであるOPACは、書籍を探索する上で欠かすことはできない。データベースは、キーワードで検索することで、自分が知らない資料も見つけることができる可能性がある。

しかし、その反面、検索として入力すべきキーワードに大きく依存するし、資料の位置づけや重要度、資料相互の関係などは、なかなかわからない。例えば、国立国会図書館のデジタル化資料の検索画面で、「法典調査会 民法議事速記録」と入力して検索すると、全65巻すべてが検索結果として表示される。しかし、このキーワードを使って民法議事速記録を見つけたとしても、主査会などの他の議事速記録にたどり着くためには、改めてキーワードを入力して検索しなければならない。しかも、検索システムの性質上、資料のタイトルを正確に入れる必要がある。例えば、「民法速記録」と検索しても、資料は見つからない。また、キーワードが少なすぎても不便となる。例えば、「法典調査会 議事速記録」だ

けでは、他の法律の議事速記録も検索結果に表示され、その中から必要な資料を探し出さなければならない。国立国会図書館のデジタル化資料を利用するためには、日本近代立法資料群に関して、相応の知識が必要とされるのである。これは、検索を主体とするデータベース一般に当てはまる。

キーワード検索は、情報の中において「点」であり、コンテキストを生み出すためには不十分である。奥行きのある研究を進めるためには、資料をどのような流れの中で見るといふ「視座」と、その「視座」を有効に機能させるための仕組みが必要なのである。この意味で、法情報基盤は、展覧会や展示会に例えることができる。ゴッホ展であれば、ゴッホの絵画を中心に展示がなされ、描いた年代順に並んでいたりする。ゴッホが影響を受けたり与えたりした他の画家の絵も展示されるかもしれない。これと同じように、ある分野を研究するために最適化された形で、情報を引き出すことができるように整備されている点で、法情報基盤は検索を主体とするデータベースとは異なる。

さらに付け加えると、デジタル上であれば、こういった展覧会を同時にいくつも開くことができる。例えば、ゴッホ展でゴッホのひまわりの絵が使われていたら、同時に開催されているひまわり展に、ゴッホのひまわりの絵を展示することはできない。しかし、デジタル上であれば、そのような制約はない。電子データの優れている点は、コピーが非常に簡単で、しかもコピーにほとんどコストがかからないことである。これは、展覧会を同時にいくつも開催することが容易であることを意味する。例えば、民法の立法沿革を一般的に理解するために資料を配置したものとは別に、個別の制度を理解するために特定の配置をしたものを作ることができるのである。

必要な情報を一か所に集積し、それを適切に配列し、適切なインデックスをつけて、相互参照が可能な状態にするという法情報基盤のコンセプトは、明治期の民法の立法沿革研究における既存の資料集が試みてきた様々な工夫に照らしても、妥当だと考えられる。まず、資料を一か所に集積し、それらを時系列などに即して適切に配列することは、『日本民法典資料集成』に代表されるように、非常に有益である。また、前田達明他「<史料>債権総則」をはじめとする一連の成果を踏まえると、民法の研究者としては、条文ごとに必要な情報を得ることができるということが必要である。そのために、『日本民法典資料集成』では、条文の変遷を調査できるように、条文変遷一覧表というインデックスを作成することが構想されている。つまり、適切なインデックスを付けて、そこから資料の該当箇所の参照が可能な状態にするというコンセプトは、これに合致することになる。

さらに、既存の資料における、先ほど挙げた問題点も解決が可能である。デジタル上では、一元的な提供に留まらず、図表を用いた配置をして資料を提供することができる。また、インターネットで馴染みがあるハイパーリンクに見られるように、クリックするだけで、資料に瞬時にアクセスして参照することができる。また、資料利用の目的に応じて、複数の配置の仕方を用意することも、デジタル上では可能である。

そこで、法情報基盤のコンセプトの下、本研究では、明治期の民法の立法沿革に関する

研究資料を総合的・体系的に組織化して提供する仕組みとして、明治民法情報基盤を構築した²⁰。明治民法情報基盤は、大きく、「民法史料集」と「分析ツール」に分かれている。以下においては、この両者の概要を説明する。

(3) 民法史料集

民法史料集は、散在している必要な資料を一か所に集め、それを時系列や対応関係に沿って配列して提供するものである。既存の資料は、各所に散在しており、一元的に提供されていない。そのため、研究者が各所に散在している資料を集める作業をしなければ、利用することができない。シリーズとしてある程度まとまっている資料は、『ボワソナード民法典資料集成』と『日本近代立法資料集成』があるが²¹、それで必要な資料すべてを網羅しているわけではなく、個別の資料がいくつもある²²。資料リストでも作らなければ、関係する資料を見落とす危険性がある。

また、資料は、その位置づけや資料相互の関係がわからなければ利用することができない。『ボワソナード民法典資料集成』・『日本近代立法資料集成』はある程度まとまっているが、資料相互の関係は、1冊1冊の本を見ただけでは容易にわからない。特に『日本近代立法資料集成』は、順序に問題がある。1～7巻が現行民法に関する資料であり、8～11巻は旧民法に関する資料となっているが、時系列からすれば旧民法が先に来るはずであり、順序が逆になっている。さらにその後の12巻・13巻には、旧民法と現行民法の資料が混載されている。しかも、12巻・13巻に収録されている現行民法に関する資料の内容は、時系列からすれば、1～7巻よりも前に来るべき内容である²³。慣れないうちは、資料リストに加えて、時系列表でも作らなければ、利用しているうちに混乱してしまう。このような資料状況に対して、民法史料集は、資料リストや時系列表の役割も果たしている。

民法史料集のコンテンツは、大きく二つある。一つは、国立国会図書館や国立公文書館などが提供している資料画像データへのリンクである。国立国会図書館や国立公文書館は、所蔵する資料の画像をインターネットで公開しており、貴重な資料の原本画像を、どこからでも簡単に閲覧できるようになっている。しかし、インターネット上で提供されている

²⁰ なお、明治民法情報基盤は、明治民法という呼称を用いてはいるが、作成しているのは財産法に関する部分だけであり、親族・相続法部分は含んでいない。また、明治民法情報基盤は、完成されているものではなく、本稿では、2013年12月1日現在に完成しているものを前提としている。今後も、資料を随時追加していくことを予定している。より、詳細なことについては、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。

²¹ 『日本民法典資料集成』は、刊行途中であるため、ここでは含まないことにする。

²² いくつか例を挙げると、『*Projet de code civil pour l'empire du Japon : accompagné d'un commentaire - 2 ed.* (ボワソナード文献双書 第1～5巻)』(宗文館書店, 1983)、『日本帝国民法典並びに立法理由書：仏語公定訳 第1～4巻 (日本立法資料全集 (別巻28～31))』(信山社, 1993-1994)、広中俊雄『第九回帝国議会の民法審議』(有斐閣, 1986)など。

²³ 問題の詳細については、池田・前掲注(14)500頁を参照。

電子データでも、情報の散在・関連資料の配列に関する問題は解決されていない。例えば、第9回帝国議会の議事録については、国立国会図書館から提供されているが、天皇が裁可した御署名原本は、国立公文書館から提供されており、資料の所在が別れている。国立国会図書館が提供するデジタルアーカイブポータルを使えば、どちらにもたどり着くことができるので、一か所からアクセスできるようにも思われる。しかし、このサイトからアクセスするには、キーワード検索をして、資料を検索結果に表示する必要がある。キーワードをうまく指定しなければ、適切な結果が表示されないし、一つのキーワードで過不足なく結果を表示することもできないことは、キーワード検索の問題点としてすでに述べた。キーワードでの検索というのは、一見完璧にも思えるが、現実には見落とす危険が大きいのである。また、キーワード検索でたどり着いたとしても、関係する資料や時系列上で次に来る資料といったものが表示されるわけではない。そこで、各資料へのリンク集を作り、さらに表などを用いて各資料を配置することで、これらの資料利用の問題点を解決している²⁴。クリックすることで瞬時に該当の資料を閲覧することができるため迅速であるし、各資料の位置づけを混乱することもなく的確に利用できる。

民法史料集のコンテンツのもう一つは、資料のテキストデータである。テキストデータは、画像データに比べ、検索ができたり加工がしやすかったりするため、利用可能性が広い。しかし、その一方で、テキストデータの作成には、コストがかかる。そのため、民法史料集で提供しているテキストデータは、条文テキストを中心としたほんの一部だけである。

民法史料集では、個々の資料名をクリックすると、さらに詳細を選択するウィンドウがポップアップする(図1)。そこから、国立国会図書館や国立公文書館が公開している画像へ移動したり、テキストデータをダウンロードしたりできる。

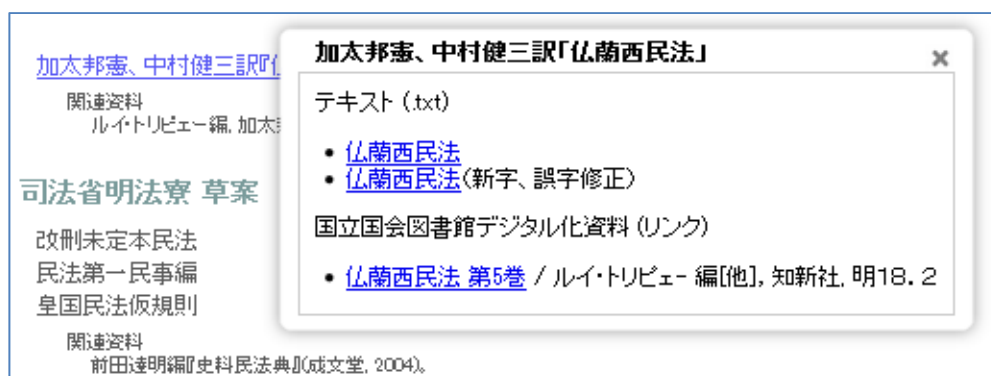


図1 詳細を選択するウィンドウのポップアップ表示

²⁴ 国立国会図書館デジタル化資料の問題点と利用可能性については、佐野智也「新たな研究基盤としての国立国会図書館デジタル化資料（法典調査会民法議事速記録等）」名法247号(2012)横書き161～170頁を参照。

明治民法情報基盤では、資料を、①前史、②旧民法期、③現行民法期、の三つに区分している。三つに区分した上で、それぞれにカテゴリを設けて、資料を分類し配置している。例えば、現行民法期では、法典調査会の議案と議事録を収める「立法過程」、公布された法典とその翻訳を収める「民法」、民法公布後に出版された注釈書を収める「法典解説書」、それ以外の「その他」に分類している。

②旧民法期、③現行民法期は、それぞれ起草過程の資料を直線的に示すことが困難であるため、表を用いて情報を示している。旧民法の起草過程は、法典編纂局と法律取調委員会という二つのプロセスに分かれている。そして、資料としてはそれらのプロセスと独立した形で、ボワソナードのプロジェクトが存在する。しかも、プロジェクトには、フランス語の原文と和訳の資料が存在している。そこで、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) 8頁の図を基にして、そこに「ボワソナード」の列を追加し、プロジェクトとそれに対応する和訳資料を配列している(図2)。

ボワソナード	法典編纂局	法律取調委員会
プロジェクト版 1-2巻 ※1 [財産編(1~313条)] (起稿:不明) (印刷:1880)	註解民法草案 財産編 ※5 [財産編(1~313条)]	
プロジェクト版 3巻 ※1 [財産編(314~600条)] (起稿:不明) (印刷:1882)	註解民法草案 財産編 ※5 [財産編(314~600条)]	
プロジェクト版 1巻 ※2 [財産編(1~313条)] (起稿:不明) (印刷:1882)	再聞民法草案 財産編 ※6 [財産編(1~313条)]	
プロジェクト版 2巻 ※2 [財産編(314~600条)] (起稿:不明) (印刷:1883)	再聞民法草案 財産編 ※6 [財産編(314~600条)]	
	民法草案 財産取得編 ※7 [財産取得編(601~1000条)]	
	民法草案修正文 ※8 [財産編(501~1100条)] [財産取得編(1101~1502条)]	民法草案 ※11※12 [財産編(501~1100条)] [財産取得編(1101~1502条)] (1886/03/31内閣法制局上申) (1886/06/05元老院下付) (1886/12/06元老院会議議記) (1887/04/20遺上) (1887/10/25再下付) (1889/01/23再遺上)
	民法草案修正文 ※8 [財産編(501~1100条)] [財産取得編(1101~1500条)]	
	再聞修正民法草案註釈 ※9 [財産編(501~1100条)]	
プロジェクト版 3巻 ※2 [財産取得編(601~1000条)] (起稿:不明) (印刷:1888)	再聞修正民法草案註釈 ※9 [財産取得編(1101~1500条)]	
プロジェクト版 4-5巻 ※2 [債権担保編(1001~1313条)] [証憑編(1314~1501条)] (起稿:1887/11/01~1889/03/02) (印刷:1889)	再聞修正民法草案註釈 ※9 [債権担保編(1501~1813条)] [証憑編(1814~2001条)]	民法草案議事筆記 ※13 (1887/12/03~)
		民法再調査案議事筆記 ※14 (1888/07/03~)
		法律取調委員会上申案 ※15 (1888/12/28)
		元老院会議議記 ※16 (1889/03/07)
プロジェクト版 22年本 ※3	Draft Civil Code ※10	元老院再下付案 ※17 (1889/07/24)

図2 旧民法期の表

現行民法の起草過程は、手続きが途中で変更されているため、少し複雑であり、これも表を用いて表現するのが適している。当初の手続きは、まず、起草委員が原案を作成し、それを主査委員からなる主査会で審議し、そこで議決を経た議案を全体会議である総会でまた審議するという、2段階方式を取っていた。しかし、この手順が煩雑であるということで、この2段階方式を廃止し、会議を一本化して、法典調査会として審議をおこなうことになった。また、これらの審議を経た後、他の法令と表現を調整するという趣旨で、整理委員による整理会の審議に付されることになる。起草委員が整理案を作成し、それを基に整理委員が審議をするという手順で進められた。整理会は、財産編については、大きく2回行われている。1回目は、物権編まで議了した段階で、前二編を対象として行われている。2回目は、第9回帝国議会へ前三編の法律案を提出するために、親族編の審議を中断して、前三編を対象として行われている。このような経緯を踏まえると、民法前三編の審議は、三つのグループに分けることができる。第一に2段階で審議されたグループ、第二に一本化された後に審議され整理会を2回経ているグループ、第三に一本化された後に審議され整理会を1回経ているグループ、の三つである。この区分を基にして、議案と議事録を時系列に並べたものが、③現行民法期で用いられている表である。

目次～第1編第4章第2節	第1編第4章第3節～第2編	第3編
甲号議案(主) ※1 (起草委員の原案)		
主査会 ※2		
甲号議案(総) ※1		
総会 ※3		
決議案 ※4		
	甲号議案 ※1 (起草委員の原案)	
	法典調査会 ※5 (1894/04/06～12/18)	
	決議案 ※6	
	整理案 ※7 (1894)	
	整理会 ※8 (1894/12/18～12/25)	
	確定案 ※9 (1894)	
		甲号議案 ※1 (起草委員の原案)
		法典調査会 ※5 (1895/01/08～10/11【第三編】 1895/10/14～12/13【第四編～】)
		決議案 ※9 (1895)
		整理案 ※10 (1895)
		整理会 ※8 (1895/12/16～12/30)

図 3 現行民法期の表

(4) 分析ツール

分析ツールは、史料集に掲載している資料を、特定の目的に特化して利用できるように、独自の加工を加えたものである。分析ツールとして、①Article History (条文の変遷を時系列に見るツール)、②理由書 Web、③用語変遷追跡 Bilingual KWIC がある。

Article History は、原案から公布までの各段階の条文を、同一趣旨の規定ごとに、横軸に並べたものである(図 4)。これにより、起草の各段階での条文の変遷を時系列に見ていくことができる。起草過程では、条番号は各段階で変化している。そのため、条番号を手がかりに資料にあたっても、異なる条文に行き着いてしまい、目的の条文になかなか辿りつけないことがある。起草過程は何段階もあり、それぞれで条番号が異なると、資料を当たっているうちに混乱することも多々ある。そこでまず、新たなインデックスとして、同一の規定を横軸に並べた表を作成した。この表を横にたどることで、各段階の条番号を知ることができる²⁵。

第1条-第98条 第99条-第398条 第399条-第724条						
法典調査会原案	決議案	整理案1894	確定案	整理案1895	修正案	公布
263条(甲13)	263条	262条	262条	263条	263条	263条
264条(甲13)	264条	263条	263条	264条	264条	264条
第四章 地上権	第四章 地上権	第四章 地上権	第四章 地上権	第四章 地上権	第四章 地上権	第四章 地上権
265条(甲14)	265条	264条	264条	265条	265条	265条
266条(甲14)	266条	265条	265条	266条	266条	266条
267条(甲14)	267条	266条	266条	267条	267条	267条
268条(甲14)						
269条(甲14)	268条	267条	267条	268条	268条	268条
270条(甲14)	269条	268条	268条	268条	269条	269条
第五章 小作権	第五章 小作権	第五章 小作権	第五章 小作権	第五章 小作権	第五章 小作権	第五章 小作権
271条(甲14) → 修正	270条	269条	269条	269条	270条	270条
271条(甲14) → 修正	270条	269条	269条	269条	271条	271条
272条(甲14) → 修正	271条	270条	270条	270条	272条	272条
273条(甲14) → 修正	272条	271条	271条	271条	273条	273条
274条(甲14) → 修正	273条	272条	272条	272条	274条	274条
275条(甲14) → 修正	274条	273条	273条	273条	275条	275条
276条(甲14)						
275条(修正案)	275条	274条	274条	274条	276条	276条
277条(甲14) → 修正	276条	275条	275条	275条	277条	277条
277条(修正案)	277条	276条	276条	276条	278条	278条
278条(甲14) → 修正	278条	277条	277条	277条	279条	279条
第六章 地役権	第六章 地役権	第六章 地役権	第六章 地役権	第六章 地役権	第六章 地役権	第六章 地役権
279条1項(甲15)	279条1項	278条1項	278条1項	278条	280条	280条
280条(甲15)	280条	279条	279条	279条	281条	281条
281条(甲15)	281条	280条	280条	280条	282条	282条
282条(甲15)	282条	281条	281条	281条	283条	283条
283条(甲15)	283条	282条	282条	282条	284条	284条

図 4 “Article History”

²⁵ 表中の条番号の並び順は、旧民法・現行民法ともに、公布の条番号を基準とした順番で並んでいる。そのため、公布の列は、条番号が昇順で順に出てくることになるが、その他の段階は、途中で番号が入れ替わっている場合には、全く異なるところにある場合がある。例えば、原案 405 条(甲 20 号)は、公布 480 条につながるの、原案 404 条(甲 20 号)よりもかなり後ろに出てくる。

理由書 Web は、民法修正案、民法修正案理由書、旧民法の条文の三つを一体的に見ることが出来るツールである(図 5)。民法修正案理由書は、正式な理由書が存在していない現行民法に関して、立法趣旨を調べる上で非常に有用な資料である。しかし、民法修正案理由書には、起草理由しか書かれておらず、対象となる条文(=修正案)が書かれていない。そのため、修正案を見る場合には、資料を別に用意しなければならない。また、民法修正案理由書では、旧民法の条番号が参照されているが、旧民法の条文を確かめるには、やはり資料を別に用意しなければならない。これらを用意した上で民法修正案理由書を読まなければならないし、読み進める途中で該当箇所を探さなければならない。理由書 Web を使うことで、これら関連性の高い資料を相互に瞬時に参照しながら見ていくことができる。

民法修正案(前三編)理由書

理由書 加工版(誤字修正版) 旧民法 原文 現条文:H17.4.1基準

第三百五十六条

- 不動産質権者ハ管理ノ費用ヲ払及其他不動産ノ負担ニ任ス

(現条文)

(理由)

本条は債権担保編第二百二十五条に些少の修正を施したるもの(外ならず)既成法典に於ては質権者は或場合に於て不動産の大修繕を為すの義務を負ふものとなしたりと雖とも若し此の如くんば質権者の負担重きに過ぐるを以て本条の如く改めたり

第三百五十七条

- 不動産質権者ハ其債権ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス

(現条文)

(理由)

本条は債権担保編第二百二十六条に当るものとす
同条の規定は頗る煩しきを以て不動産の使用及び収益に基き利得は総て利息と相殺するものとなしたり

第二百二十五条

- 質取債権者ハ租税其他毎年ノ公課ヲ負担ス
- 質取債権者ハ小修繕及ヒ必要且急迫ナル大修繕ヲ為ス責ニ任ス若シ此ニ違フキハ損害賠償ヲ負担ス 但此大修繕ノ費用ハ債務者之ヲ償還ス

【356条】

第二百二十六条

図 5 理由書 Web

用語変遷追跡 Bilingual KWIC は、Bilingual KWIC®というソフトを二つつなげた、Bilingual KWIC Dual というソフトを利用している(図 6)。日本の法律概念の多くは西洋から輸入したものであり、日本語へ翻訳する際に造語された法律用語も少なくない。そのような法律用語は、翻訳の当初から定着したわけではなく、試行錯誤による変遷を経て定着している。このため、旧民法と現行民法との間など、時間的な隔りがある場合には、異なる法律用語が使われている場合がある。また、同一の法律用語であっても、違う意味で用いられている場合がある。この種の問題は、資料の読み方に深く関わる問題である。そ

のような法律用語の変遷を調べたり、フランス語上の意味を確認したりするのを補助するのが、用語変遷追跡 Bilingual KWIC の機能である。

The screenshot displays the Bilingual KWIC interface. At the top, it shows search settings: Type (Parallel selected), Keyword (不動産質), Left Corpus (旧民法-仏訳), and Right Corpus (M29民法-仏訳). Below this, two search results are shown side-by-side. The left result is for the keyword '不動産質' with 21/23 hits, and the right result is for 'droit de gage sur' with 8/10 hits. Both results show a list of text segments with the keyword highlighted in blue. The left result includes segments like 'DU NANTISSEMENT IMMOBILIER.' and 'Le nantissement immobilier est...'. The right result includes segments like 'Du droit de gage sur les immeubles' and 'Le droit de gage sur un immeuble'.

図 6 用語変遷追跡 Bilingual KWIC

明治民法情報基盤のような環境を作るのは、大変な作業である。しかし、誰か一人が作業をおこないそれを広く研究者に提供するのであれば、各自がそれぞれ時間をかけて作業をしなくても、誰もが有用な資料を使って研究をすることができる。このような研究に必要な基礎作業は、誰もがおこなっていることであるが、その多くは公表・共有されてこなかった。そのため、ある人がすでに手元でおこなった基礎作業でも、別の人がまったく同じ基礎作業をしなければならないということは、多々あったと考えられる。そのような作業の重複を避けるために、誰もが必要とする研究に有用な基礎作業は、広く提供して多くの研究者で利用できるようにするべきであろう。そうすることで、研究者は内容に対してより多くの力を注ぐことができるようになる。インターネットという環境は、情報提供を容易にする環境であり、研究の基礎となる様々な情報を提供するには適している。

3. 不動産質 —個別検討の例として—

(1) 序論

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²⁶)。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ない(358条)²⁷。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収取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²⁸。

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²⁹。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収取権に着目している。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。

本章は、ボワソナードが起草した旧不動産質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。

不動産質の研究が乏しいため、旧不動産質と現不動産質の違いは、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

²⁶ 以後の立法沿革の検討において、特に指定がない条番号は、現行民法を指すものとする。

²⁷ 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、槇悌次『担保物権法』(有斐閣, 1981)74頁以下、などを参照。

²⁸ 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。

²⁹ 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。

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³⁰、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³¹。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、「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³²。

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。本章では、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ぬため、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。しかし、明治民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。まずは、不動産質の検討を通じて、個別の規定の検討において、明治民法情報基盤が有用に機能することを示す。

なお、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³³。最二小判元年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³⁴。

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収取し、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。

本章では、旧不動産質の内容とそれが失われた経緯を明らかにするものであり、立法論

³⁰ 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣, 1987)277頁。

³¹ 広中・前掲注(30)288頁。

³² 広中・前掲注(30)339頁。

³³ 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、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。

³⁴ この点については、本章の最後で紹介する。

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。

本章はまず、旧不動産質の内容を明らかにする ((2)(i))。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)(ii))。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)(iii))。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))。

(2) 旧不動産質の内容と現不動産質の違い

(i) 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する優先権がない点で、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³⁵。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³⁶。

³⁵ G.Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2ème éd., t.4, 1889, p.228 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367382/117>). 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 再閱修正民法草案註釈第四編』443～444 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367411/225>)。以下、引用にあたっては、『再閱修正民法草案第四編』と略記する。また、本稿では、国立国会図書館デジタル化資料で公開されている資料を用いた場合には、その URL を記載する。URL の記載にあたっては、引用開始箇所の URL のみを記載している。アクセス日時は、明治民法情報基盤の利用と同じく、2013 年 12 月 1 日時点とする。

³⁶ *Projet*, 2éd, t.4, p.229 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367382/118>). 『再閱修正民法

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（再閱修正民法草案 1632 条、旧民法債権担保編 127 条）³⁷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³⁸。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³⁹。

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⁴⁰と田畑に分けて規定をしている⁴¹。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、果実を収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⁴²、利息

草案第四編』445 頁 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367411/226>)。

³⁷ 本章において、ボワソナード草案は、Projet, 2^{éd} での条番号を指し、再閱修正民法草案は、『再閱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対ノ合意アルニ拘ハラス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」。

³⁸ Projet, 2^{éd}, t.4, pp.238-240 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367382/123>). 『再閱修正民法草案第四編』465 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367411/236>)。

³⁹ 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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/65>))。

⁴⁰ 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。

⁴¹ 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、再閱修正民法草案 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。

⁴² 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, 2^{éd}, t.4, pp.2 29 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367382/118>)). 『再閱修正民法草案第四編』447 頁(ht

と果実を相殺するという制度にしている⁴³。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⁴⁴。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、再閱修正民法草案 1631 条 2 項、旧民法 126 条 2 項)。

(ii) 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したものである。本章の主張は、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、本章(2)(i)で説明した通り、「*antichrèse*」に基づいている。「*antichrèse*」を有

tp://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367411/227))。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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/91>))。

⁴³ Projet, 2éd, t.4, pp.237-238 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367382/122>)。『再閱修正民法草案第四編』 462～463 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367411/235>)。

⁴⁴ Projet, 2éd, t.4, p.228 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367382/118>)。『再閱修正民法草案第四編』 444～445 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367411/226>)。

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⁴⁵⁾)。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⁴⁶⁾。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)⁴⁷⁾。これらの規定は、質権総則にも準用されている(350条)⁴⁸⁾。また、旧民法でも同様の規定群が存在する⁴⁹⁾。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、現不動産質の果実収取権が、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⁵⁰⁾。

⁴⁵⁾ 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」。

⁴⁶⁾ 広中・前掲注(30)347頁。

⁴⁷⁾ 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。

⁴⁸⁾ 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。

⁴⁹⁾ 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貸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収取スルコトヲ得但其果実又ハ産出物ハ其債権ノ利息ニ充当シ猶ホ余分アルトキハ元本ニ充当スルコトヲ要ス」。

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」。

⁵⁰⁾ 梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』(有斐閣, 1911)455頁。

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	果実収取権による 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

(iii) 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⁵¹。また「antichrèse」は、現在でも「不動産質」と訳されている⁵²。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⁵³。

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⁵⁴。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⁵⁵。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

⁵¹ 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『佛蘭西法律書憲法民法』(博聞社, 1883)を参照)。

⁵² 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。

⁵³ 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(50) 471 頁。

⁵⁴ 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, 1997)。

⁵⁵ 訳語の違いは、「法情報基盤」内の「用語変遷追跡 Bilingual KWIC」を利用することで確認することができる(利用方法については、佐野・前掲注(20)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。

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⁵⁶。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⁵⁷。図7は、これら三つの関係を、フランス語の辞書的意味に基づいて図示したものである。

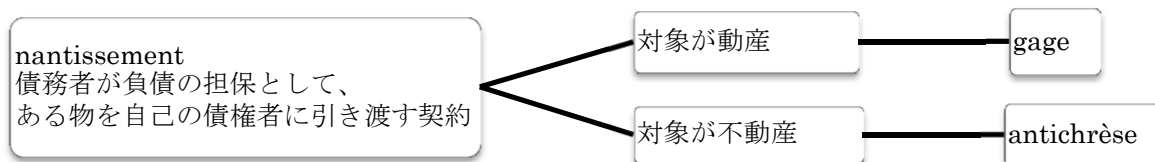


図7 質に関するフランスの体系図

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8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。

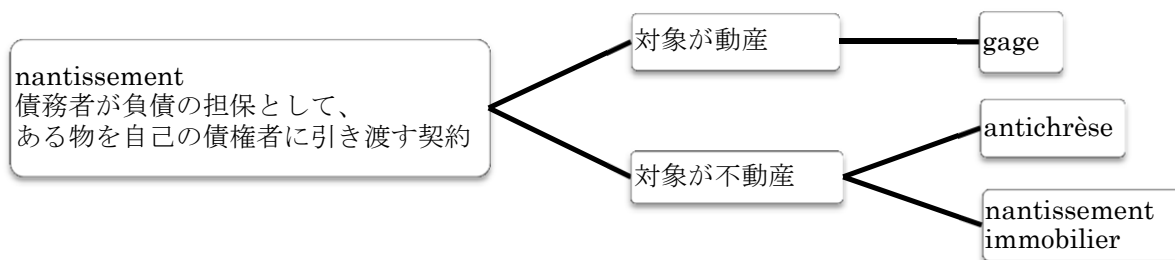


図8 質に関するボワソナードの体系図

これに対して、富井らの『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

⁵⁶ 山口・前掲注(52)246頁。

⁵⁷ 山口・前掲注(52)380頁。

っている⁵⁸。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。

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。

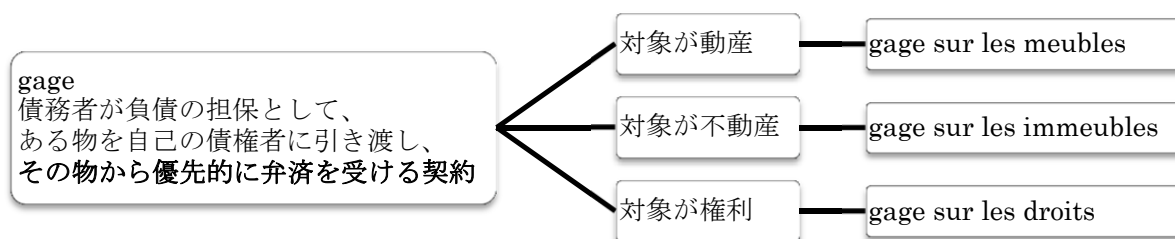


図 9 質に関する日本の体系図

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

⁵⁸ 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。

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

(i) 法律取調委員会での議論

旧不動産質と現不動産質は、果実收取権の態様について、弁済方式と相殺方式という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、現行民法の審議をおこなった法典調査会にあるが、旧民法の審議をおこなった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⁵⁹。

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う規定が妥当する、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⁶⁰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ボワソナードが折

⁵⁹ 『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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367431/20>)。

⁶⁰ 『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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367439/130>)。

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がなく、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。

(ii) 法典調査会での議論

(a) 原案 354 条・355 条に関する議論

現不動産質は、果実収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⁶¹。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、旧不動産質の果実収取権の態様は、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⁶²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。

⁶¹ 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。

⁶² 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収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。

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貸貸スルトヲ問ハス」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にするように修正したと説明している⁶³。

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⁶⁴。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⁶⁵。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

⁶³ 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）69 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/70>)。

⁶⁴ 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）69 丁裏～82 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/71>)。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巻』（日本学術振興会）70 丁裏～71 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/72>)）。磯部四郎の質問に対しては、自己使用の場合は価格の評価が煩わしいことと、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。

⁶⁵ 『法典調査会民法議事速記録第十五巻』（日本学術振興会）83 丁表～87 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/84>)。

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そ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⁶⁶。こうして、旧不動産質は、失われたのである。

(b) 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、この場面を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	相殺

もつとも、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すなければならず、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、

⁶⁶ 『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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/50>)。

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 10 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	<u>弁済</u>
田畑等	相殺	相殺		田畑等	相殺	相殺

図 10 果実収取権の態様の比較

(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、ボ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⁶⁷。

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⁶⁸。このうち、書入が現在の抵当権に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、ボ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収取し、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

⁶⁷ 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(1982)30頁以下参照。近江の論稿が、不動産質と買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、果実収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。

⁶⁸ 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。

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⁶⁹。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、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⁷⁰。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⁷¹。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収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⁷²。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⁷³。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⁷⁴。

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、

⁶⁹ 牧=藤原・前掲注(68)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。

⁷⁰ 浅古=伊東=植田=神保・前掲注(68)193～194頁など。

⁷¹ 牧=藤原・前掲注(68)201頁など。

⁷² 石井・前掲注(69)223～224頁。

⁷³ 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。

⁷⁴ 石井良介「家質の研究」国家73巻(1959)222～223頁。

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を述べている⁷⁵。

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、便利な方法が選ばれていたからであろう。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を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⁷⁶。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) 小括

本章では、まず、旧不動産質の内容を明らかにした。起草者のボワソナードは、日本に存在した田畑質の慣習を参考にし、「*antichrèse*」と抵当権の効力を結合させ、不動産質として、草案に定めた。旧不動産質の果実収取権は、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った。これに対して、現不動産質は、旧不動産質を基にしているが、果実収取権については、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方式であった。この相殺方式は、豊作凶作により利息が変化していることになるなど、合理的でない面がある。しかし、この相殺方式は、田畑質で行われていた方式であった。これを嫌ったボワソナードは、「*antichrèse*」の方式と同じく弁済方式とし、すでに慣習があった田畑に関しては例外的に相殺方式とした。田畑については、とれた作物を実際に金額に置き換え精算するのは煩雑であることも理由の一つであった。

⁷⁵ 『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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/82>)。

⁷⁶ 『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(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367542/76>)。

不動産質に対するフランス語訳も異なっている。まず、「antichrèse」は、箕作麟祥が不動産質と訳しており、現在のフランス法辞典でも不動産質と訳されている。しかし、「antichrèse」は、現不動産質とも旧不動産質とも異なる。ボワソナードは、自分が起草したものが「antichrèse」とは異なるとして、「nantissement immobilier」と名づけた。旧民法では、これを「不動産質」としている。現行民法の不動産質は、起草委員である富井政章も関わったフランス語訳において、「droit de gage sur les immeubles」と訳されている。これは、直訳すると、不動産に対する動産質という奇妙な翻訳となる。そして、この翻訳の違いは、フランスと日本で質権体系が異なることによるものであることを明らかとした。

このように、旧不動産質と現不動産質が異なることを明らかにした上で、次にその変遷過程を明らかにした。まず、法律取調委員会での議論では、原案の議論において、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が問題とはなったが、多くの答弁や、その後の再調査案の議論でも、ボワソナードの考え方が受け入れられている。法典調査会での議論では、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ため、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ってしまった。

最後に、旧不動産質と現不動産質の起草にあたって意識された、慣習としての田畑質について検討した。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。そして、田畑質を使用・収益に着目して分類すと、債権者がみずから手作りする場合、債務者に小作させる場合（直小作）、債務者以外の他人に小作させる場合（別小作）の 3 種類にわけることができる。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使われることもあった。起草過程ではほとんど言及されなかったが、家質もまた不動産担保として存在していた。これは、占有移転しないまま家屋敷を質入れする形態である。

旧民法でも現行民法でも、日本に存在する慣習を残すための起草がなされた。旧不動産質においては、合理的でない相殺方式を限定的に起草した。現不動産質は、法典調査会において、質権という理論の下に画一化され、相殺方式に統一されてしまった。もともと田畑質には種々の形態や実体があり、相殺方式は形態の一つにしか過ぎなかったにもかかわらず、過度に一般化されてしまったという起草過程を見ることができた。

なお、本章の序論において、旧不動産質の検討が、債権回収の新たな手段を考える上で、示唆を与えてくれることを述べた。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⁷⁷。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收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、果実收取権は、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。

⁷⁷ 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(28)454頁など。

4. 用益物権体系 —横断的検討の例として—

(1) 序論

かつては、物権債権峻別論を前提に、財産法体系や物権独自の理論構成が展開されていた。例えば、物権は絶対性や排他性という性質の下に、対世効が認められ、そこから妨害排除請求権などが導かれる。これに対して、債権では、物権とは反対に、相対的であり、それゆえ、対世効は認められず、債権に対する妨害排除請求権は認められないとする。しかし、このような厳密な物権債権峻別論は、現実にはいくつもの問題を生じる。そこで、債権である賃借権にも対抗力が付与されたり、妨害排除請求権が認められたりするなど、その権利の内容に応じて、必要な修正が施されるに至っている。

このような状況において、物権法の分野では、新たな物権体系の確立が模索され始めている。物権債権峻別論の本質を探り、そこから新たな財産法理論を構築する動きがある⁷⁸。また、所有権以外の周縁的物権をある一定の視点から捉え直そうとする動きもある⁷⁹。

このように、物権体系が再考されているが、物権体系という観点から旧民法が研究されることや、その起草過程が検討されたものは多くない。これは、本稿で述べてきた通り、横断的な立法沿革研究が困難であることが、一つの要因であると思われる。

本稿1(2)で述べたように、国ごとの独自性が強い物権法の分野においては、旧民法を調査し、新旧民法における立法沿革を参照することは、物権体系を検討する上で、有益だと思われる。また、筆者は、物権体系を捉えるためには、物権の中心である所有権だけでなく、その周辺の権利を明らかにすることが重要であると考えている。このような発想のもと、用益物権である地上権・永小作権・地役権について、明治民法情報基盤を用いて立法沿革を検討する⁸⁰。

⁷⁸ 例えば、「特集2 財産法理論の展開(2002年日本私法学会シンポジウム資料)」ジュリ1229号(2002)65頁以下の論稿がこれにあたる。本稿との関係では、特に、加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリ1229号(2002)65頁以下、瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ1229(2002)104頁以下は、立法沿革からの検討がされている。

⁷⁹ 例えば、山野目章夫「新しい土地利用権体系の構想—用益物権・賃貸借・特別法の再編成をめざして(特集 日本民法典財産法編の改正)」ジュリ1362号(2008)56頁以下。

⁸⁰ これら三つの制度それぞれの起草過程については、基本書等でも説明がなされている場合がある。例えば、川島武宜=川井健編『新板註釈民法(7) 物権(2)』(有斐閣, 2007)では、地上権について862~863頁、永小作権について907~911頁で、比較的詳細な紹介がなされている。また、用益物権を歴史的、横断的に検討したものとして、高島平蔵「近代的用益物権の構成について」早法40巻2号(1965)205(517)頁以下[高島平蔵『近代的物権制度の展開と構成』(成文堂, 1969)75頁以下所収]および高島平蔵「土地所有および利用関係を中心として (<共同研究>日本の近代化におよぼした外国法の影響 各論1)」早比2巻1号(1965)45頁以下[高島平蔵『近代的物権制度の展開と構成』(成文堂, 1969)105頁以下所収]。高島の前者の論稿は、近代的用益物権の生成過程について、ドイツ・フランスと比較して、日本の独自性を明らかにすることを主眼としている。後者の論稿は、旧民法から現行民法への変化を大きな視点で捉えている。また、賃借権を中心としながら、用益物権のうち永小作権と地上権の立法沿革を検討したものとして、小柳春一郎『近代不動産賃貸借法の研

用益物権の検討は、複数の制度の横断的検討であり、立法沿革を示すことができれば、横断的検討に際して明治民法情報基盤が有用に機能することを実証できる。なお、用益物権という場合、入会権も含まれるのが一般的であるが、入会権は立法沿革上の性格が異なり、一つの章を構成していないこともあるため、本稿ではさしあたり除外することとした。

用益物権である地上権・永小作権・地役権は、それぞれ内容が旧民法と現行民法では異なるものとなっている⁸¹。また、起草にあたって、体系的な位置づけも変更されている。内容の変更と体系の変更の両方があることを意識しながら、変更を明らかにしていくことにする。

(2) 旧民法の物権体系

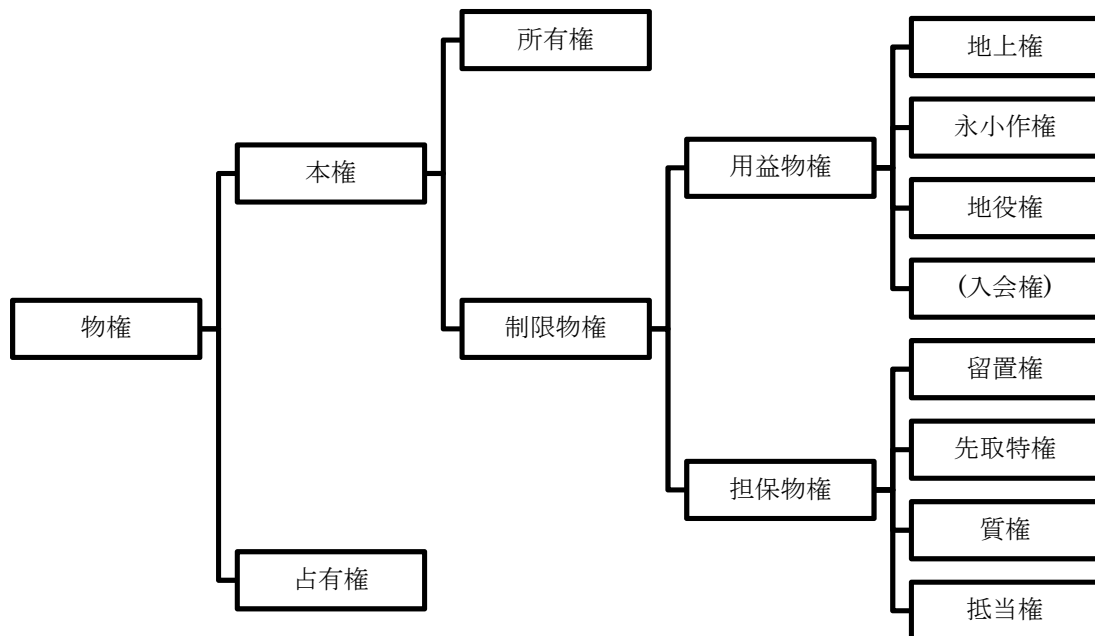


図 11 現行民法の物権体系

現行民法の物権体系は、一般的に図 11 のように説明されている。しかし、旧民法の物権体系はこれと大きく異なる。用益物権の検討を始める前提として、旧民法の物権体系の全体像を理解しておくことが必要となるが、旧民法の物権体系はあまりよく知られて

究：『賃借権・物権・ボワソナード』（信山社、2001）特に 262 頁以下。小柳の論稿は、旧民法の起草過程について、明治民法情報基盤でまだ扱っていない資料も利用しており、非常に詳細である。

⁸¹ 旧民法の段階では、用益物権という概念は見られない。用益物権という用語は、少なくとも現行民法の立法過程である法典調査会においても登場しない。起草委員の一人である梅謙次郎も『民法要義』の中では、この用語を用いていない。

いない。しかも、旧民法の物権体系を説明したのもほとんどないと思われるので、ここで最初に説明する。

旧民法から現行民法へ改められる際、その体裁が、フランスのインスティトゥティオネス(Institutiones)方式から、ドイツのパンデクテン(Pandectae)方式に移行したことは、よく知られている。旧民法が属するインスティトゥティオネス式の編別構成は、一般的に人事編・財産編・財産取得編から成る。これに対して、パンデクテン方式は、総則・物権・債権・親族・相続から構成される編別になっている⁸²。インスティトゥティオネス式は、パンデクテン式と違い、編別上で物権と債権の区別が明確にされていないのである。しかし、旧民法では、財産編 2 条において、何が物権であるかを明示している。フランスをはじめ当時のヨーロッパ諸国の民法典においては、何が物権であるかを明示していなかったため、ある権利が物権なのか債権なのかについての議論が発生していた。ボワソナードは、日本においてこのような問題が起きるのを回避するために、条文の中で何を物権とするかを明確にした。これが、財産編 2 条の「真ノ目的」であるとしている⁸³。旧民法財産編 2 条は、以下の通りである。図 12 は、財産編 2 条の体系を図示したものである。

「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

- 第一 完全又ハ虧缺ノ所有権
- 第二 用益権、使用権及ヒ住居権
- 第三 賃借権、永借権及ヒ地上権
- 第四 占有権

従タル物権ハ之ヲ左ニ掲ク

- 第一 地役権
- 第二 留置権
- 第三 動産質権
- 第四 不動産質権
- 第五 先取特権
- 第六 抵当権

右地役権ハ所有権ノ従タル物権ニシテ留置権以下ハ人権ノ担保ヲ為ス従タル物権ナリ」

⁸² ドイツでは、編別の順序が債権・物権の順になっている。日本の編別の順序は、物権・債権の順であり、ザクセン式と呼ばれることもある。

⁸³ 『ボアソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釈第二編物権ノ部 上巻』19～21 頁 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367403/12>)。以下、引用にあたっては、『再閱修正民法草案第二編上巻』と略記する。また、プロジェの参照については、第 2 版に相当する『再閱修正民法草案』を基本的に示すこととし、必要に応じて、他の版やフランス語プロジェを参照することとする。

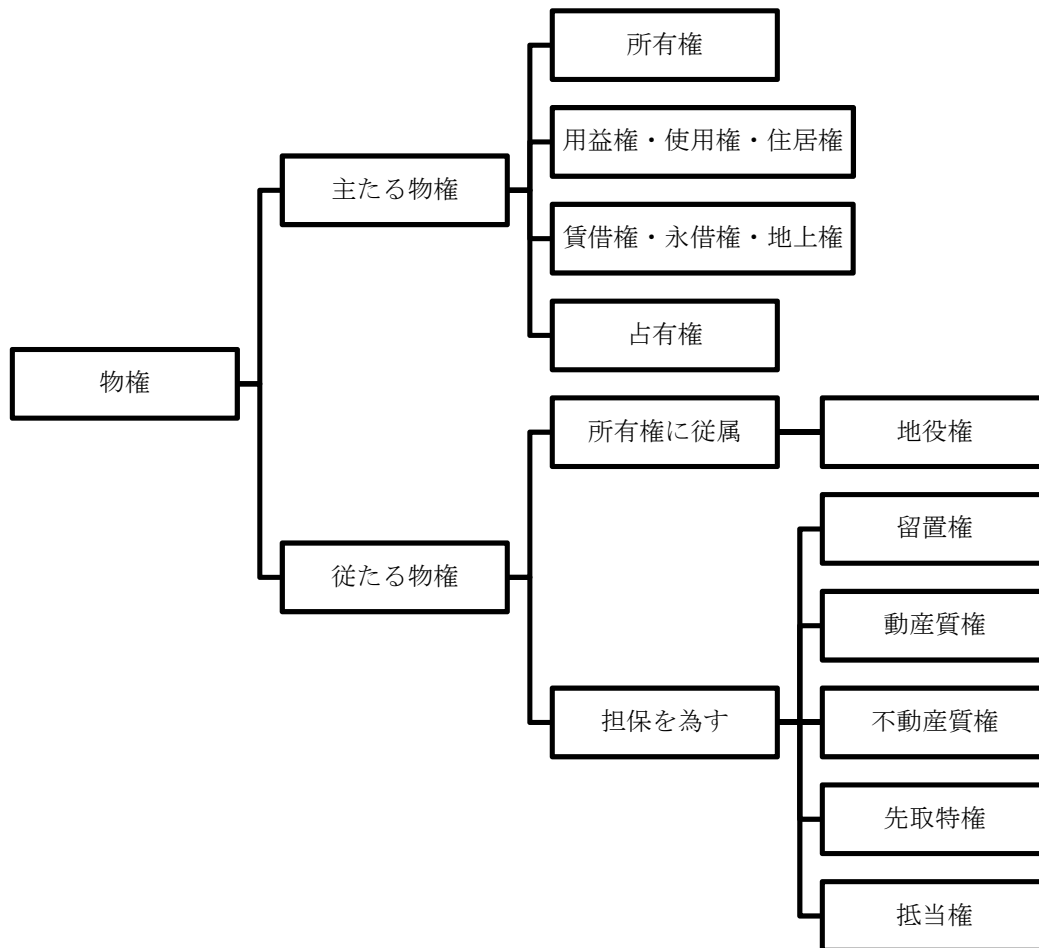


図 12 旧民法の物権体系

旧民法財産編 2 条による物権体系は、まず、主たる物権と従たる物権に大きく区別されている。民法理由書は、主たる権利及び従たる権利の二種類に区別して、それを列記することが 2 条の直接かつ主たる目的であるとしている⁸⁴。そして、主たる物権とは、他の権利に関することなく独立して存在し得る物権であり、従たる物権とは、債権の担保たるに過ぎない物権であるとしている。担保物権は、その担保している債権が消滅すれ

⁸⁴ 城数馬訳『民法理由書 一』9～10 コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367474/9>)(『民法理由書 第 1 卷(ボワソナード民法典資料集成)』11～12 頁)。『民法理由書 一～十二』には、ページ番号がないため、引用にあたっては、国立国会図書館デジタル化資料のコマ番号を示すとともに、『民法理由書(ボワソナード民法典資料集成)』という表記で、ボワソナード民法典研究会編『民法理由書 第 1 卷 財産編物権部 [ボワソナード民法典資料集成第二期後期IV]』(雄松堂出版, 2001)でのページ番号を併記する。また、『民法理由書 一～十二』の引用は、以下、『民法理由書』と略記する。

ば、原則として消滅する。担保物権が成立するには、担保している債権の存在が必要であり、他の権利に関することなく独立して存在し得ないことから、従たる物権とされている。

従たる物権には、債権の担保ではないものとして地役権が入っている。地役権は、要役地の所有権が移転した場合、新所有者に移転する権利である。そのため、所有権と独立して存在し得ないことになるため、従たる物権となっている。ただし、地役権を体系的にどこに位置づけるかについては、旧民法とボワソナードのプロジェクトの間で違いがある。また、プロジェクト各版の間でも違いがある。このことは、本章(5)で述べる。

また、旧民法では、用益権・使用权・住居権と賃借権・永借権・地上権が、それぞれ一つのグループとなっている。用益権・使用权・住居権については、用益権は使用权を包含する関係にあり、さらに使用权は住居権を包含する関係にある。すなわち、「用益権 > 使用权 > 住居権」という単純な関係が成り立つ。これは、各権利の定義から明らかである。用益権は、他人の所有物を用法に従って有期で使用収益する権利と定義され(財産編 44 条)⁸⁵、使用权は、使用者とその家族が必要とする限度内での用益権であると定義され(財産編 110 条 1 項)⁸⁶、住居権は、建物の使用权であると定義されている(財産編 110 条 2 項)⁸⁷。これらの定義からわかるように、使用权は、用益権の一種であり、自己の需要及びその家族の需要のために限られるという点で、用益権に制限がある。プロジェクトでも、使用权と住居権は用益権の一種であることが示されている。また、住居権もその定義から明らかのように、使用权の一種であって、建物を目的物とするという点で、使用权に制限がある⁸⁸。

これに対して、賃借権・永借権・地上権のグループは、単純な包含関係で成り立っているわけではない。賃借権は、現行民法にも存在し、基本的な概念も同じである(財産編 115 条)⁸⁹。永借権は、30 年を超える不動産の賃貸借だと定義されている(財産編 155 条 1 項)⁹⁰。これに対して、賃借権は 30 年を超えることができない(財産編 125 条)⁹¹。永借権の定義を用いれば、30 年を超えない賃貸借が賃借権だということになる。このように、永借権の期間を用いた定義は、両者が排他的であることを示している。そして、後述するように、永借権は、不動産利用について特殊な制度趣旨を持っており、様々が異なっている。このため、両者は包含関係にあるものではないと言える。

⁸⁵ 財産編 44 条「用益権トハ所有権ノ他人ニ属スル物ニ付キ其用方ニ従ヒ其元質本体ヲ変スルコト無ク有期ニテ使用及ヒ収益ヲ為スノ権利ヲ謂フ」。

⁸⁶ 財産編 110 条 1 項「使用权ハ使用者及ヒ其家族ノ需用ノ程度ニ限ルノ用益権ナリ」。

⁸⁷ 財産編 110 条 2 項「住居権ハ建物ノ使用权ナリ」。

⁸⁸ ただし、プロジェクトでは、使用权と住居権の関係については、明言されていない。

⁸⁹ 財産編 115 条前段「動産及ヒ不動産ノ賃貸借ハ賃借人ヨリ賃貸人ニ金銭其他ノ有価物ヲ定期ニ払フ約ニテ賃借人ニ或ル時間賃借物ノ使用及ヒ収益ヲ為ス権利ヲ与フ」。

⁹⁰ 財産編 155 条 1 項「永貸借トハ期間三十个年ヲ超ユル不動産ノ賃貸借ヲ謂フ」。

⁹¹ 財産編 125 条「所有者ノ為シタル不動産ノ賃貸借カ三十个年ヲ超ユルトキハ其賃貸借ハ永貸借ト為リ此種ノ賃貸借ノ為メ後ノ第二節ニ定メタル規則ニ従フ」。

賃借権と地上権についても、包含関係にあると考えることはできない。地上権は、他人の土地の上において建物・竹木を所有する権利と定義されており、賃借権とは大きく異なっている。また、後述するように、賃借権と地上権とでは制度の目的も異なっている。

このように、賃借権・永借権・地上権は、用益権・使用权・住居権とは異なり、包含関係にあるわけではない。賃借権・永借権・地上権は、それぞれ制度目的すら異なっている関係なのである。

以上のとおり、旧民法における用益物権体系は、賃借権・永借権・地上権が一つのグループとなっていることと、地役権が所有権の従たる物権とされていることが、大きな特徴だと言える。以下の検討において、体系的変更については、この2点に留意しながら、検討を進めることにする。

(3) 地上権

地上権は、旧民法において、「他人ノ所有ニ属スル土地ノ上ニ於テ建物又ハ竹木ヲ完全ノ所有権ヲ以テ占有スル権利」(財産編 171 条)と定義されている。現行民法では、「他人の土地において工作物又は竹木を所有するため、その土地を使用する権利」(265 条)であるとされていることから、両者は定義が大きく異なっている。修正案理由書においても、「既成法典ニ規定セル地上権トハ大ニ異ナルモノナリ」と説明されている⁹²。

まず、旧民法における地上権が、いかなる機能を持っていたのかを明らかにする。旧民法において、土地と建物・竹木の関係は、土地を主とし建物・竹木が従であるという関係にある⁹³。建物・竹木は、土地に従属する附合物であり、したがって、建物・竹木の所有権は、土地と別個独立に存在せず、土地の所有権に従うという法制度である。これは、現行の日本の法制度と異なり、フランスを始めとするヨーロッパ諸国の制度に該当する。旧民法は、フランスの民法を元としているため、土地と建物・竹木を一つの不動産として扱う法制度を取っていることは、驚くべきことではないだろう。

この法制度において、土地の所有権を持たない者が、従たる附合物に過ぎない建物・竹木について、土地から独立して所有権を持つための制度が、旧民法における地上権なのである。土地と一体をなしている附合物部分について、独立の所有権を認めたものが地上権であり、所有権の一種の「変体 (modification)」であるとしている⁹⁴。

賃借権でも、その土地に建物の築造や竹木の栽植をすることはできる。しかし、それは、単に賃貸借による利益を増すためのものであり、賃貸借の目的は、あくまで、土地

⁹² 広中・前掲注(30)277 頁。

⁹³ プロジェや『民法理由書』では、このような形で明確に述べていないが、旧民法の注釈書には、説明がある。亀山貞義=宮城浩蔵『民法正義 財産編第 1 部巻之 2』(1890, 新法註釈会)235 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792005/121>)。

⁹⁴ 『民法理由書 二』56 コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/56>)(『民法理由書 第 1 巻(ボワソナード民法典資料集成)』400 頁)。Projet, 2^{éd}, t.1, p.313.

を使用して利益を得ることである。これに対して、地上権の場合は、建物・竹木を所有することを目的としており⁹⁵、この点から、土地を使用することは副次的なものだと言える⁹⁶。この目的の違いは、規定の違いに表れている。例えば、期間の上限について、賃借権では30年、永借権では50年であるのに対して、地上権では、建物や竹木が存在する間は認められうる(財産編176条1項、2項、178条3項⁹⁷)。すなわち、地上権の成立期間は、建物や竹木の存在と密接に関わっているのである⁹⁸。

このように賃借権と地上権は目的が異なるものであるにもかかわらず、地上権が賃借権のグループとされているのは、なぜだろうか。地上権が、附合の例外であり、所有権の特別規定だとすれば、所有権の章に規定することも可能だと考えられる。このことは、「所有権ノ章ニ於テ之ガ規定ヲ為サザルコト甚ダ怪シムベキ」として、民法理由書でも触れられている⁹⁹。ボワソナードは、地上権者が、土地の所有者ではなく土地表面の所有者でもないとした上で、定期に地代を支払うという点を理由に、賃借権のグループとしたと説明している。また、地上権の規定が存在する諸国において、賃借権の一種となっているとも説明している。

旧民法における地上権の制度趣旨、制度構造は、日本人にも理解されていた。法律取調委員会では、明確な形でこの点には触れられていないが、『民法正義』や『日本民法義解』といった旧民法の注釈書では、地上権の特性に言及されている¹⁰⁰。

しかし、地上権の前提となった土地と建物・竹木を附合物とする法制度は、当時の日本で行われていた慣習・制度とは、全く異なるものであった。日本では、特に東京において、他人の土地を賃借して、自己所有の建物を建てることが多くおこなわれていた¹⁰¹。

⁹⁵ 亀山=宮城・前掲注(93)236頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792005/122>)。

⁹⁶ 「建物及ビ樹木ノ讓渡ヲ以テ主トナシ土地ノ賃借ハ從タルニ過ギザル」(『民法理由書 二』58～59コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/58>))(『民法理由書 第1巻(ボワソナード民法典資料集成)』402～403頁)とする点からも、同様のことが言える。

⁹⁷ 財産編176条1項「既ニ存セル建物又ハ地上権者ノ築造ス可キ建物ニ付キ設定権原ヲ以テ地上権ノ繼續期間ヲ定メサルトキハ此建物存立ノ時期間其權利ヲ設定シタルモノト推定ス但其大修繕ハ土地ノ所有者ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」。

財産編176条2項「既ニ存セル樹木又ハ地上権者ノ栽植ス可キ樹木ニ付テハ其地上権ハ樹木ヲ採伐スル時期マテ又ハ其有用ナル最長大ニ至ル可キ時期マテ之ヲ設定シタリト推定ス」。

財産編178条3項「期限ヲ立テスシテ設定シタル地上権ハ第七十六條ニ從ヒテ建物存立ノ時期間繼續ス」。

⁹⁸ 『民法理由書 二』65コマ以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/65>)(『民法理由書 第1巻(ボワソナード民法典資料集成)』409頁以下)。

⁹⁹ 『民法理由書 二』56～57コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/56>)(『民法理由書 第1巻(ボワソナード民法典資料集成)』400～401頁)。

¹⁰⁰ 民法正義については、前掲注(93)ですで見たと。本野一郎他『日本民法義解 卷1』(金蘭社、1890)675～677頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/791650/434>)。

¹⁰¹ 『再閱修正民法草案第二編上巻』660～661頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367403/333>)。なお、ドイツ民法では、建物は土地の一部として扱われるが(BGB94条)、建物が

これに対して、ヨーロッパ諸国では、ローマ法の「地上物は土地に属する (superficies solo cedit)」との原則により、土地上の建物・竹木は、土地の一部となり、独立の不動産という扱いを受けていなかった¹⁰²。特にフランスでは、他人の土地の上に別の者が建物を所有することは稀であり、地上権 (superficie) に関する規定が存在しないくらいである¹⁰³。

また、明治 6 (1873) 年に太政官第 18 号布告「地所質入書入規則」が制定されたのに続いて、明治 8 (1875) 年に太政官第 148 号布告「建物書入質規則並ニ建物売買譲渡規則」が制定されていた。日本の不動産制度の大きな特徴である土地と建物を別個に扱うという法制度は、慣習のみならず、制度としてもすでにここで表れていた¹⁰⁴。その後、明治 19 (1886) 年に法律第 1 号登記法が公布され、その中で、登記簿の編成は地所登記簿、建物登記簿、船舶登記簿の 3 種類に分けられた¹⁰⁵。すなわち、土地と建物は、別登記とされ、土地と建物の別個独立性が制度として確立されていった。これに対して、旧民法が公布されたのは明治 23 (1890) 年であり、登記法の公布の後のことである。このように、旧民法の地上権が前提としていた土地と建物・竹木を附合物とする法制度は、当時の日本で行われていた慣習、制度とは、異なるものであった。

民法典論争を経て、旧民法は修正されることとなったが、現行民法の起草過程において、地上権はどのように扱われたのであろうか。法典調査会において起草委員は、「地上権者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為メ其土地ヲ使用スル権利ヲ有ス」(原案 265 条) という原案を提出した。この原案は、修正なく公布されることとなる。この原案の説明の中で、梅謙次郎は、次のように述べた¹⁰⁶。地上権が建物・竹木の所有するための権利であるというのは、フランスではそれで良いかもしれないが、日本ではそのように見ることはできない。日本では、建物・竹木は、土地の所有者だけではなく、土地の賃借人でも所有することができるというのが慣習上決まっている。だから、日本において、地上権が建物・竹木の所有するための権利であると定義すれば、所有権の対象が建物・竹木であるというだけのことで、特別な物権ということにならない。このように述べて、旧民法における定義を否定した。

梅謙次郎は、地上権の定義について、旧民法と比べて、土地を使用するという方を地上権の本体としたと述べている¹⁰⁷。起草委員は、日本の慣習と多くの国の法制度を参照しており、その結果、オランダとベルギーの規定が、日本の慣習に近いものと考えた。

賃借権等の権限によって建築されたものである場合の例外規定が存在しており (BGB95 条 1 項後段)、他人の土地の上に別の者が建物を所有することが想定されている。

¹⁰² 川島=川井・前掲注(80)853 頁。

¹⁰³ 『再閲修正民法草案第二編上巻』660 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367403/333>)。

¹⁰⁴ 浅古=伊東=植田=神保・前掲注(68) 299 頁。

¹⁰⁵ 福島正夫『福島正夫著作集・第四巻・民法(土地・登記)』(勁草書房, 1993)376 頁。

¹⁰⁶ 『法典調査会 民法議事速記録 第十巻』(日本学術振興会)174 丁裏以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367537/178>)。

¹⁰⁷ 『法典調査会 民法議事速記録 第十巻』(日本学術振興会)170 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367537/173>)。

そこでは、地上権は、建物・竹木を土地とは別個独立の目的物としてそれを所有する機能と、土地を利用するという機能の二つを持っていた。そして、前者の機能は、日本では必要ないため、後者の機能を明らかにした定義に書き改めたのである。

しかし、このように日本の慣習に配慮しているが、そもそも日本には地上権という概念はなく、この言葉自体が新たに作られたものであった。地上権という概念・制度がなくても、他人の土地に自己所有の建物を所有することは、土地の賃借権によっておこなわれてきたのである。この点を踏まえると、地上権を規定しないことも選択肢としてはありえた。それにも関わらず、地上権が残されたのはいかなる理由によるものであろうか。このことは、土方寧の質問に答える形で明らかにされている。土方寧は、地上権という特別の権利が必要であるのか、すなわち、賃貸借や永借権（現、永小作権）の中に入れてしまうことができるのではないかと、という質問を出した¹⁰⁸。これに対して、梅謙次郎は、次のように回答している。まず、賃借権を債権関係にしたために、物権関係として地上権と永小作権の二つになった。そして、宅地の賃借と田畑の賃借は、慣習が異なっているので一緒にできず、宅地の賃借として地上権¹⁰⁹、田畑の賃借として永小作権ということにした¹¹⁰。梅は、土地利用に関する法制度をこのように説明しているのである。

(4) 永小作権

永小作権は、旧民法において、永借権にあたるとされている。しかしながら、両者の制度の基本部分は異なる¹¹¹。理由書においても、「本質ニ至リテハ二者大ニ相同シカラサル所アリ」とされている¹¹²。

まず、永借権がいかなるものであるのかを明らかにする。永借権は、30年以上50年以下の不動産の賃貸借である（財産編 155 条 1 項、2 項¹¹³）。これに対して、賃借権は、30

¹⁰⁸ 『法典調査会 民法議事速記録 第十巻』（日本学術振興会）171 丁裏～172 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367537/175>)。

¹⁰⁹ なお、宅地の他に、植物である竹木が地上権に含まれるのは、次のような理由による。田畑の賃借である永小作権が想定しているのは、1年限りの作物である。これに対して、竹木は、10年20年にわたって所有する必要がある。この点で、永小作権ではなく、地上権の方に規定したとする。

¹¹⁰ 梅謙次郎に続いて、穂積陳重も地上権が必要であるとの説明をしている。しかし、この説明は、地役権と地上権の性質が同じであって、横の関係が地役権、縦の関係が地上権という、かなり特殊なものであった。土方寧もその説明には同意していない（『法典調査会 民法議事速記録 第十巻』（日本学術振興会）173 丁表以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367537/176>)）。

¹¹¹ 不動産質と異なり、フランス語概念で見た場合にはすべて同一の用語が当てられていることを付言しておく。

¹¹² 広中・前掲注(30)288 頁。

¹¹³ 財産編 155 条 2 項「永貸借ハ五十年ヲ超ユルコトヲ得ス此期間ヲ超ユル貸借ハ之ヲ五十年ニ短縮ス」。ただし、財産編 155 条 5 項「本法実施以前ニ期間ヲ定メテ為シタル不動

年を超えることはできず、30年を超える賃貸借は、永貸借となるとされている（財産編125条）。賃貸借関係のうち、30年までが賃借権であり、30年以上が永借権となるのである。このように、規定上は、同じ賃貸借関係を期間で区分しているだけで、連続性を持った制度のようにも見える。このことは、後述するように、法典調査会において永借権が単なる長期の賃借権と考えられていたことと無関係ではないだろう。

しかし、賃借権と永借権では、立法趣旨が大きく異なる。永借権が主として想定しているのは、荒蕪地や未墾地を開墾する場面である¹¹⁴。このような場合、借り受けた者は、開墾のための労力や資本を投下して、その土地から作物などの収益が得られる状態にしなければならない。投下した開墾のための労力や資本を回収し利益を出すためには、賃貸借関係を長期間維持することが必要となる。そのための制度が、永借権なのである。また、永借権は、荒蕪地や未墾地を借りる場面を想定していることから、賃料が低廉であることを前提としている。

永借権の期間が30年から50年となっている点についてであるが、これは、30年という期間が、開墾した土地から十分に利益を得られる期間であるとの考えによる。また、50年という期間の上限については、所有権者の負担が考慮されている。まず、永久の賃貸借関係を認めることは、所有者に永久の制限を与えることになり、所有権というものを無意味にしてしまうため、認められないとする¹¹⁵。また、永借権の賃料は低廉であるため、利益を生み出すに至った土地の実際の相場との乖離が大きくなり、この状態を長く続けすぎることは問題だとする¹¹⁶。このような理由により、永借権の期間は、30年から50年となっている。このように、永借権は単に期間が長い賃借権であるという関係にはない。

そして、永借権と賃借権との間の差は、いくつかの規定に表れており、特に財産編164条から166条の規定が特徴的である。まず、永借権では、貸主は修繕義務を負担しない（財産編164条）¹¹⁷。これに対して、賃借権では、貸主が目的物の修繕義務を負担している（財産編128条1項）¹¹⁸。これは、永借権が荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定しているため、貸主が修繕義務を負うということになじまないからである。また、契約期間が長期

産ノ賃貸借ハ五十个年ヲ超ユルモノト雖モ其全期間有効ナリ」という規定も存在する。

¹¹⁴ 『民法理由書 二』26～28コマ (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/26>)（『民法理由書 第1巻(ボワソナード民法典資料集成)』370～372頁）。

¹¹⁵ 『民法理由書 二』27コマ (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/27>)（『民法理由書 第1巻(ボワソナード民法典資料集成)』371頁）、『再閣修正民法草案第二編上巻』629頁 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367403/317>)。

¹¹⁶ 『民法理由書 二』28コマ以下 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/28>)（『民法理由書 第1巻(ボワソナード民法典資料集成)』372頁以下）。

¹¹⁷ 財産編164条「永貸人ハ永貸借契約ノ当時ノ現状ニテ永貸物ヲ引渡スモノトス永貸人ハ貸借ノ期間大小修繕ヲ負担セス」。

¹¹⁸ 財産編128条「賃借人ハ物ノ引渡前ニ其用方ニ従ヒテ一切ノ修繕ヲ整フルコトヲ賃借人ニ要求スルコトヲ得」。

である点も、貸主に修繕義務を負わせることが不当である理由となっている¹¹⁹。

次に、永借権では、不可抗力により収益が減少しても、賃料の減額が認められないとする(財産編 165 条)¹²⁰。これに対して、賃借権では、一定の条件のもとで、減額請求をすることができる(財産編 131 条 1 項)¹²¹。これは、永借権が荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定しているため、一定の収益が得られることを貸主から保証されているものではないことによる。また、永借権は、長期間でトータルとして利益を出すことを想定しており、不可抗力による減収は、その長期間の中で解消されるべきものであるとしている¹²²。

さらに、永借権では、借主が租税を負担することになっている(財産編 166 条)¹²³。これに対して、賃借権では、借主は原則として租税を負担しない(財産編 140 条)¹²⁴。これは、永借権が荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定しており、開墾により土地の価値が増し、地租も増加することが想定される。しかし、賃料は低廉なままであるから、貸主に地租を負担させるのは妥当ではないという理由によるものである¹²⁵。

永借権が荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定していることが、以上の特徴からも共通してわかるが、このように構想されたボワソナードの制度は、日本人にどのように理解されていたのだろうか。法律取調委員会議事筆記を見ると、荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定していることは、たびたび言及されている¹²⁶。特に、報告委員である栗塚省吾は、永借権と賃借権の違いが大きく表れている財産編 164 条から 166 条の原案である 175 条から 177 条の議論において、ボワソナードの意図を正しく説明している¹²⁷。も

¹¹⁹ 『民法理由書 二』45 コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/45>) (『民法理由書 第 1 卷(ボワソナード民法典資料集成)』389 頁)。

¹²⁰ 財産編 165 条「意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ貸借ノ期間ニ起リタル毀損ハ借賃減少ノ理由ト為ラス但第百六十九条ニ定メタル解除ノ権利ヲ妨ケス」。

¹²¹ 財産編 131 条 1 項「妨害カ戦争、旱魃、洪水、暴風、火災ノ如キ不可抗力又ハ官ノ処分ヨリ生シ此カ為メ毎年ノ収益ノ三分一以上損失ヲ致シタルトキハ賃借人ハ其割合ニ応シテ借賃ノ減少ヲ要求スルコトヲ得但地方ノ慣習之ニ異ナルトキハ其慣習ニ従フコトヲ妨ケス」。

¹²² 『民法理由書 二』45~46 コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/45>) (『民法理由書 第 1 卷(ボワソナード民法典資料集成)』389~390 頁)。

¹²³ 財産編 166 条「永貸人ニ対シ永借物ニ賦課セラルル通常又ハ非常ノ租税其他ノ公課ハ永借人之ヲ永貸人ニ弁済ス」。

¹²⁴ 財産編 140 条「賃借人ハ賃借物ニ直接ニ賦課セラルル通常及ヒ非常ノ租税其他ノ公課ヲ負担セス若シ租税法ニ依リテ賃借人ヨリ徴収スルコト有ルトキハ其借賃ヨリ之ヲ扣除シ又ハ賃貸人ヨリ賃借人ニ之ヲ償還ス但反対ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス然レトモ賃借人ノ築造シタル建物ニ賦課セラレ又ハ賃借不動産ニ於テ賃借人ノ営ム商業若クハ工業ニ賦課セラルル租税其他ノ公課ハ賃借人之ヲ負担ス」。

¹²⁵ 『民法理由書 二』47 コマ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367475/47>) (『民法理由書 第 1 卷(ボワソナード民法典資料集成)』391 頁)。

¹²⁶ 『法律取調委員会 民法草案第二編物権ノ部議事筆記 自第十一回至第十六回』(日本学術振興会)92 丁表~裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367417/96>)。

¹²⁷ 『法律取調委員会 民法草案第二編物権ノ部議事筆記 自第十一回至第十六回』(日本学術振興会)101 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367417/105>)、102 丁表(<http://dl.ndl.g>

つとも、例えば原案 175 条の議論では、賃貸人が修繕義務を負わないことで、実際上問題が発生しないのかについて大きく議論されるなど、ボワソナードの意図が簡単に受け入れられたわけではない¹²⁸。

また、法律取調委員会では、すでに存在していた小作や永小作¹²⁹に言及があり、それとの関係が検討され、大きく議論されていることも注目すべき点である¹³⁰。この点、ボワソナードは、プロジェ初版で日本の慣習に言及していたものの¹³¹、2 版ではほとんど言及していない。地上権においては、日本の慣習への配慮が一貫して大きく見られたことと違いがある。もっとも、法律取調委員会においては、小作や永小作に対する理解が委員それぞれで一致せず、永小作を永借権との関係でどのように扱うべきか、意見が分かれている。結論としては、財産編 155 条 6 項が、永小作について「特別法ヲ以テ之ヲ規定ス」としたこと、永借権は、永小作とは別のものとされることになった。『民法正義』においても、永借権と永小作は、別のものであるとしている¹³²。ただし、『民法正義』において、永小作は、永久の権利であり、土地の売買が禁止されていた中で土地の使用収益権を移転するための回避手段であったと説明されている。この永小作の説明は、後述する永小作の説明とは異なることに注意が必要である。

さらに、財産編 155 条 6 項は、永小作とともに「荒蕪地又ハ未耕地」についても「特別法ヲ以テ之ヲ規定ス」としている。このことは、永借権が、荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定していることをわかりにくくしてしまったと思われる。民法理由書では、永借権の最初の規定である財産編 155 条で、荒蕪地や未墾地を開墾する場面を想定していることが説明されているのに対して、『民法正義』の財産編 155 条の説明では、そのことは触れられていない。『民法正義』の財産編 155 条では、期間の長い賃貸借であるため特別の規定があるという説明になっている¹³³。ただし、『民法正義』で荒蕪地や未墾地を想定していることへの言及がないわけではない。財産編 158 条の説明の中で初めて言及があり¹³⁴、その後も賃借権との特徴的な差異がある財産編 164 条から 167 条の説明の中

o.jp/info:ndljp/pid/1367417/106)、105 丁裏～106 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367417/110>)。

¹²⁸ 『法律取調委員会 民法草案第二編物権ノ部議事筆記 自第十一回至第十六回』(日本学術振興会)91 丁裏以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367417/96>)。

¹²⁹ 本稿では、永小作と永小作権を区別して使用している。現行民法以前に存在していた永小作と現行民法の永小作権は、一致するものではない。そこで、現行民法以前に存在していたものは、「権」を付けず、「永小作」として区別することにする。

¹³⁰ 『法律取調委員会 民法草案第二編物権ノ部議事筆記 自第十一回至第十六回』(日本学術振興会)93 丁裏以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367417/98>)。

¹³¹ 『ボアソナード氏起稿 註釈民法草案 財産編(二)』5 頁以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367350/29>)。

¹³² 亀山=宮城・前掲注(93)191 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792005/99>)。

¹³³ 亀山=宮城・前掲注(93)187 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792005/97>)。

¹³⁴ 亀山=宮城・前掲注(93)200 頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792005/104>)。

でも言及されている¹³⁵。しかし、永借権の最初の規定であり定義規定でもある財産編 155 条の中で、永借権が、荒蕪地や未墾地を開墾するための規定であるとされていないのは、永借権に対する理解の変化が表れているのではないかと思われる。

以上の通り、ボワソナードが構想した永借権は、日本人の手に移るに従って、その要点である荒蕪地・未耕地である点が失われていっており、単なる期間の長い賃借権と捉えられつつあった。そして、日本に存在していた永小作との関係が意識されるようになっていった。

この変化は、法典調査会において明確となった。永小作権の説明に際し、梅謙次郎は、永借権というのはただ賃貸借の期限の長いものであると述べているし、他の委員も同様の発言をしている¹³⁶。永借権が荒蕪地・未耕地を前提としている規定であるということには言及が全くない。

そして、永借権というのはただ賃貸借の期限の長いものであるとしてこれを否定した上で、起草委員は、小作権¹³⁷という制度を提案した。この原案¹³⁸の特徴を示すと、まず、永借権で存在した 30 年という期間の下限がなくなっている。これは、期間でもって小作権の成立を区分したくないという趣旨であった¹³⁹。次に、永借権が広く不動産を対象としていたのに対して、小作権は、耕作を目的とした土地の賃貸に関するものとして、対象を明示的に限定した。これは、地上権のところでも述べた、宅地の賃借として地上権、田畑の賃借として小作権、という制度構想を明確にしたものとも考えられる。このような永借権との違いを持つ一方で、小作権は、永借権と同じく、譲渡や担保に供することが可能であった。これは、永小作を念頭においての規定であるとしている¹⁴⁰。起草委員は、通常の小作を債権である賃借権の範囲とし、永小作を物権である小作権で規定しようという考えであった。

この原案に対しては、他の委員から多様な反対意見が出された。その結果、起草委員は、この原案を修正することとなった。主な修正点は、次の 2 点である。第 1 に、名称が永小作権に改まった点である。小作権の原案の時点で、起草委員は、永小作権を念頭

¹³⁵ 亀山=宮城・前掲注(93)214 頁以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792005/111>)。

¹³⁶ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)10 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/15>)、24 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/28>)など。

¹³⁷ 永小作と永小作権と同様に、小作と小作権も別の制度として使い分けている。

¹³⁸ 甲 14 号議案第二百七十一条「小作人ハ小作料ヲ払ヒテ他人ノ土地ニ耕作ヲ為ス権利ヲ有ス但土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ変更ヲ加フルコトヲ得ス」、第二百七十二条「小作人ハ其権利ヲ他人ニ譲渡シ、之ヲ担保ニ供シ又ハ其権利ノ存続期間内ニ於テ耕作ノ為メ土地ヲ賃貸スルコトヲ得但設定行為ヲ以テ之ヲ禁スルトキハ此限ニ在ラス」。

¹³⁹ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)10 丁表～裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/14>)、17 丁表～18 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/21>)。

¹⁴⁰ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)29 丁表～裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/33>)、『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)48 丁表～裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/52>)。

においた規定を設けており、他の出席委員からもその旨の指摘がされている¹⁴¹。そして、小作の慣習と異なるものを、小作権という名称にするのは混乱が多いという批判があった。これを受けて、起草委員は、名称を変更した。第2に、10年という期間の下限が設定されたことである。これは、その後さらに20年に改められて公布されることになる。下限を設けた理由は、原案に対する批判に応えるものであった。すなわち、賃借権である小作との違いが期間にないのであれば、ただ当事者の意思の解釈のみになり、賃借権と小作権を区別する判断の拠り所がないとの批判があり¹⁴²、これに応じたのである。また、名称を永小作権に改めたことに伴い、より永小作の慣習を意識してのものでもあった¹⁴³。

このように、暗に永小作を意識していた小作権という制度から、永小作を明確に意識した永小作権という制度へと修正されたわけである。ただし、法典調査会において、永小作の慣習が整理されていたわけではないし、委員の間でも認識が異なる部分があった¹⁴⁴。そして、永小作を意識してはいるが、完全に一致するものではないということも認識していた。高木豊三は、本来の純粋な永小作というのは、荒れ地を借主の費用で開墾する場合に永久に貸すものであり、それであれば、転貸などもできると述べている¹⁴⁵。また、起草委員である梅謙次郎は、永小作というものは、永代無期限であり、ほとんど所有権と見誤るくらいの強い権利であったと述べている。そして、このような永小作は、徐々になくなりつつあり、期限が切られるようになってきたとしている¹⁴⁶。

すでに述べた通り、法典調査会において、永小作権の前身となる永借権について、荒蕪地・未耕地を前提としている規定であるということには言及が全くない。また、永小作権の起草にあたって意識した永小作は、本来、荒蕪地・未耕地を開墾する場合に認められ、それ故に所有権に類する強い権利であるが、その点は永小作権と一致しないことも認識していた。以上を総合すれば、永小作権は、少なくとも起草趣旨としては、荒蕪地・未耕地を前提とした制度ではないといえることができる。

もっとも、荒蕪地・未耕地を前提とする永借権の特徴であった財産編164条から166条の規定の一部が、永小作権でも残っていることは、注意するべきであろう。まず、貸

¹⁴¹ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)28 丁裏～30 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/33>)、54 丁表以下(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/58>)。

¹⁴² 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)24 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/29>)。

¹⁴³ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)69 丁表～70 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/74>)

¹⁴⁴ 例えば、『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)37 丁裏以下 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/42>)。

¹⁴⁵ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)57 丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/61>)。

¹⁴⁶ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)60 丁表～裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/64>)。

主は修繕義務を負担しないとする財産編 164 条については、規定そのものは削除された。しかし、削除の理由は、物権であれば貸主は引き渡しの義務しかなく、修繕義務を負担しないのは当然であり、規定が不要であるというものであった¹⁴⁷。すなわち、規定は削除されているが、内容は引き継がれているということである。次に、賃料の減額が認められないとする財産編 165 条は、274 条にある通り引き継がれている。これについては、旧民法を引き継いだとするのみで、それ以上の原理的な説明はされていない。この点、梅謙次郎は、『民法要義』において、地主は永小作人対して義務を負うことはないため、作物の豊凶に関知せず、一定の賃料が得られるとしている¹⁴⁸。これも、貸主は引き渡しの義務しか負わないとする、物権理論からの説明だと思われる。さらに、永小作では賃料が低廉であり、その代償として、賃料の減額が認められないとしている。最後に、借主が租税を負担するという財産編 166 条は、削除されている。その理由は、今日の慣習に反するということと、租税に関する規定は民法に置かないというものである¹⁴⁹。財産編 164 条と異なり、実質的な削除と言える。このように、荒蕪地・未耕地を前提とする永借権の特徴であった規定の一部は、永小作権にも引き継がれたが、そこでの理由付けは、物権理論や永小作制度からの説明へと変化しているのである。

以上を概括すれば、永借権は、荒蕪地・未耕地を開墾することを目的とした制度であり、永小作権は、永小作の慣習を念頭に置いた耕作・牧畜のための長期の賃貸借関係であると言える。このような変化は、物権の典型たる所有権との関係で、どのように位置づけられるのだろうか。永借権、永小作権において、起草に関わった日本人に意識されていた永小作を基準として、それぞれを位置づけることができると思われる。もちろん、旧民法の起草においても、現行民法の起草においても、小作について整理されていたわけではなく、委員それぞれで認識が異なっていた。また、ボワソナードについては、日本の慣習への言及がないため、永借権の起草にあたって永小作を参照したとすることはできない。しかし、その内容を客観的に見て、永小作に当てはめてみることは可能であると思われる¹⁵⁰。

江戸時代において、小作には大きく分けて、普通小作と永小作の二種があった。永小作の中にも 3 種類あり、それぞれ、開墾永小作、20 年以上の永小作、貸付永小作と呼ばれる。その中で最も権利が強いのが開墾永小作である。自分で無価値である荒地を開墾するため、権利が強くと、権利の譲渡や質入が可能であり、所有権にかなり近い自由性が

¹⁴⁷ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)79 丁表～裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/84>)。

¹⁴⁸ 梅・前掲注(50)251～252 頁。

¹⁴⁹ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)76 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/81>)。

¹⁵⁰ 加藤正男「永小作権の法的特質(一): 永小作権判例の一考察(一)」同法 24 卷 2 号 41(149) 頁以下も参照。本稿とは、永小作の区分が異なっている。また、本稿は、プロジェや『民法理由書』によって記述しているため、永借権の永小作としての評価も異なっている。

あった¹⁵¹。

これを永借権に当てはめてみると、旧民法の永借権が主として想定しているのは、開墾永小作である。ボワソナードのプロジェクトからは、その関係性を見出すことはできないが、内容的に見て、開墾永小作と一致するのである。これに対して、現行民法が主として想定しているのは、20年以上の永小作や貸付永小作にあたるものであると言える。

(5) 地役権

地役権は、現行民法において「設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利」(280条)と定義されるが、旧民法では「或ル不動産ノ便益ノ為メ他ノ所有者ニ属スル不動産ノ上ニ設ケタル負担」(財産編 214条)と書かれている。両者の基本的な内容は同じであるが、現行民法で「権利」とされているものが、旧民法では、「負担」すなわち義務とされている点が大きく異なる。

また、旧民法では、「法律ヲ以テ設定シタル地役」(以下、「法定地役権」という)と「人為ヲ以テ設定シタル地役」(以下、「約定地役権」という)の二つの地役権が存在する。現行民法の地役権は、このうちの約定地役権のみを内容とし、法定地役権については、「第3章第1節 所有権ノ限界」に移動している。法定地役権を所有権の限界に規定した理由は、法定地役権というものが、法律によってある土地の所有権を保護するために、他の土地の所有権の範囲を制限したに過ぎず、特別の物権と考えるよりはむしろ所有権の限界をいうものとするのが妥当である、と考えたためであるとする¹⁵²。このようにごく簡単に内容の分離と移動が述べられており、これに関する議論も、大きな異論があったわけではない。しかし、法定地役権が移動したことと定義が義務から権利へ変更したことは、地役権を考える上で、重要な意味を持っていると考えられる。

まず、前提として、法定地役権の規定は、所有権の限界へと移動したといえるのであろうか。法定地役権の規定が、所有権の限界の規定と一致するかについて検証する。表4は、理由書 Web を用い、理由書の記述の中で言及された旧民法の条番号を一覧にしたもので、現行民法を起点として並べたものである。旧民法のタイトルも情報として付加した¹⁵³。

¹⁵¹ 牧=藤原・前掲注(68)206頁、浅古=伊東=植田=神保・前掲注(68)199頁。

¹⁵² 『法典調査会 民法議事速記録 第七巻』78丁裏～79丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367533/84>)。

¹⁵³ 所有権の限界の規定は、33箇条もの規定が一元的に並べられているのみである。しかし、表4からわかる通り、旧民法と照らし合わせると、区分がわかる。

表 4 所有権の限界と法定地役権の規定の対応関係

現行民法	旧民法(財産編)	旧民法のタイトル
206	30	所有権
207	34	
208	40	
209	215-217	隣地ノ立入又ハ通行ノ権利
210	218	
211	219	
212	220-222	
213	223	
214	224	水ノ疎通、使用及ヒ引入
215	225	
216	225	
217		
218	226	
219	227-232	
220	233-236	
221	237	
222	238	
223	239-243	経界
224	244	
225	245, 246	囲障
226	247, 248	
227	247	
228		
229	249-251, 253-255	
230	252	
231	255	
232		
233	262	
234	257-260	他人ノ所有地ニ対スル観望及ヒ明取窓
235	258-260	
236		
237	261	或ル工作物ニ要スル距離
238	263, 264	

所有権の限界は、206条から238条に渡る。このうち、206条から208条は、まさに所有権の規定であり、旧民法でも、所有権の側に規定されていた。法定地役権に関わる規定は、209条以下である。表中の旧民法の条番号については、理由書の中で削除したことを述べたものとして、言及されている場合もある。また、さらに細かく内容を見ると、距離などの数字が変更されたりもしている。そのため、旧民法の内容がそのまま移植されているわけではない。しかし、現行民法の条文が、旧民法のどの条文に該当するかについて、削除も含めた言及の有無で判断するのは、一つの方法であろう。このように見ると、所有権の限界の209条以下の規定は、法定地役権の規定にほぼきれいに一致することが、表からわかる。これは、法定地役権の規定が、所有権の限界に該当することを示している。

同様に、約定地役権と現行民法の地役権についても、一致するかを検証する。表5は、表4と同様に、理由書Webを用い、理由書の記述の中で言及された旧民法の条番号を一覧にしたもので、現行民法を起点として並べたものである。

表5 地役権と約定地役権の規定の対応関係

現行民法	旧民法(財産編)	旧民法のタイトル
280	266	地役ノ性質及ヒ種類
281	267	
282	268	
283	275-278	地役ノ設定
284		
285	280-283	地役ノ効力
286	284-285	
287	280	
288	286	
289	287-289	地役ノ消滅
290		
291	290	
292	291	
293	292	

この表を見ると、旧民法財産編269条から274条まで大きく抜けていることがわかる。これらは削除されており、その理由については、法典調査会でも言及されている¹⁵⁴。財

¹⁵⁴ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』(日本学術振興会)117丁裏～118丁表 (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/124>)。

産編 269 条は、訴権に関する規定であり、民法編纂の方針から外れるため、削除された。また、財産編 270 条から 274 条は、例えば、継続地役・不継続地役、表見地役・不表見地役というような、地役の種類を示した規定である。この種類区分は、旧民法の他の箇所でも登場すらしなく、単なる定義規定ないしは教科書的規定であった。これもまた、民法編纂の方針から外れるため、削除された。この箇所を除けば、地役権の規定は、約定地役権の規定にほぼきれいに一致することが、表からわかる。すなわち、約定地役権の規定は、現行民法の地役権に該当することを示している。

このように規定を見ても、法定地役権と約定地役権は、それぞれ、所有権の限界と地役権に該当することがわかった。では、定義が、義務から権利へと変化しているのは、どのような経緯によるものであろうか。今日、地役権は、物権であり権利であるという理解が一般である。しかし、はじめからそのように理解されていたわけではない。旧民法の時期の地役権は、権利と義務が明確に分離されていない状態であり、現行民法に至って権利として明確にしたという流れを見ることができる。

冒頭で、旧民法の地役権の条文を示したが、これは厳密には、地役権ではなく、「地役 (servitude)」を説明したものである。旧民法では、「地役」と「地役権」とが、用語として両方登場する。例えば、すでに紹介した財産編 2 条では、「地役権」とされているが、第 5 章の章名は、「地役」である。

「用語変遷追跡 Bilingual KWIC」を使って、「地役」および「地役権」をキーワードして検索すると、次のようなことがわかる¹⁵⁵。まず、「地役権」と「地役」の出現回数を見ると、「地役権」が 11 回出現するのに対して、「地役」は 88 回出現する。すなわち、「地役」の方が圧倒的に多く使われている。そして、条文の文脈を見る限りでは、そこに意味のある使い分けを見出すことはできなかつた。また、どちらもフランス語では「servitudes」であり、原文の差異や訳し分けによるものでもない。

「権」の文字の有無に関しては、地役権以外の用語についても見られる。例えば、財産編 2 条では、「占有権」、「動産質権」、「不動産質権」、「抵当権」とされているが、これらは、章名では、それぞれ「占有」、「動産質」、「不動産質」、「抵当」とされている。「動産質権」、「不動産質権」については、財産編 2 条以外で「権」の文字が使われていない。

「占有権」という言葉は、条文上でも 96 条 1 項に 1 回だけ出現するが、「占有」という言葉は 228 回出現するので、「占有権」についても基本的には、「権」の文字がないものであると言って良いだろう。これに対して、「抵当」は、「地役」と同じく、「抵当権」という言葉がわずかながら使われている。

旧民法は、翻訳を基本とした起草がなされており、このような用語の差異は、翻訳の

¹⁵⁵ 「Individual」モードで、左右のコーパスをどちらも「(3)旧民法-仏訳」を入れ、片方で「地役」を、もう片方で「地役権」を検索した結果である。なお、「地役」をキーワードとすると、「地役権」も該当するため、「地役」の出現回数を数えるにあたっては、「地役権」の出現回数を引く必要がある。

際の語感によるところが大きいのではないかと考えられるが、ここで、その使い分けの基準や理由といったものを探ることは、有益だと思われない。ここで述べたいことは、「地役」という言葉を主としながら、「地役権」という言葉が混在していたということである。

「地役」という言葉が主となっていたのは、「地役」がすでに土地の義務や負担を指す言葉として定着していたことが理由であると思われる。しかし、「地役」という義務の言葉を主としながらも、実際の規定は、「凡ソ所有者ハ・・・建物ヲ築造シ又ハ修繕スル為メ隣地ニ立入ルヲ求ムルコトヲ得」（財産編 215 条）といったように、請求権、すなわち権利の側からの規定になっている。このように、旧民法の時期の地役権は、用語も混在し、権利と義務が明確化されていない状態であった。

このような用語の問題は、現行民法の起草時にも表れた。すなわち、民法典の目次を定める主査会において、「地役権」という言葉が問題となった¹⁵⁶。地役というのは義務であり、権利という文字とはなじまないという趣旨の反対意見である。これに対して、穂積陳重は、確かに本来は義務の意味であるが、地役という事柄の上に存在する権利という意味に変わってきているし、旧民法でも地役権という用語を使っていると述べた。また、旧民法や外国法も、実際の規定は、権利の側からの規定になっていることも述べて、原案維持を主張した。

地役権という言葉は、そのまま維持されたが、起草委員は、地役権の実際の規定として、「土地ノ所有者ハ他ノ土地ノ便益ノ為メニ地役権ヲ設定シテ其所有地ノ使用ヲ制限スルコトヲ得」（原案 279 条 1 項）という、義務の側から説明した原案を提出した。この原案に対して、長谷川喬から、地役権というのは、自分の土地の利益のために他人の土地を使うという趣旨であるが、制限する方を主としたのはなぜかという質問が出された¹⁵⁷。これに対して、梅謙次郎は、地役権が他人の土地を使用する権利を有するとまでは言えず、他人の土地に制限を加えるというのが適切である、という趣旨の回答をした。その後、奥田義人から、権利の側からの説明をした修正案が出され、これが可決された。このようにして、権利の側からの規定となり、現行民法として公布された。

地役権は、承役地から見れば義務であり、用益地から見れば権利である。債権でも、どちらから見るかで債権と債務になりうるのであって、権利と義務は、このような二面性を持つ。そして、旧民法から現行民法に至る際、法定地役権と約定地役権が分離して規定されたことと、権利と義務の二面性を持つことには関係がある。すなわち、地役権のうち法定地役権は、所有権の限界の中に規定されたというだけに留まらず、二面性のうち、義務の方から見て所有権の限界の中に規定されたと言える。なぜなら、所有権の限界は、絶対権で無制限にも思える所有権に、法律上の制限を加えるという形であり、

¹⁵⁶ 『法典調査会 民法主査会議事速記録 第二巻』（日本学術振興会）18 丁表～22 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594/21>)。

¹⁵⁷ 『法典調査会 民法議事速記録 第十一巻』（日本学術振興会）123 丁表～129 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367538/125>)

所有権に一定の義務を負わせた規定と言い換えることが可能である。すなわち、所有権の限界というのは、所有者から見た場合の義務を規定しており、地役権を義務ととらえた旧民法の定義と共通する。これに対して、地役権のうち約定地役権は、権利と構成しなおされた上で、現行民法の地役権になった。

旧民法の地役権は、義務という定義がなされ、法定地役権と約定地役権で構成されていた。約定地役権は、現行民法において、権利と定義され地役権となった。これに対して、法定地役権は、義務のまま所有権の限界となった。このことと合わせて、旧民法における地役権の体系的特殊性を考慮すると、地役権が所有権との関係でどのように変化したかを見ることができる。

本章(2)で触れたように、地役権は、旧民法において、体系的に見てかなり特殊な位置づけをされている。すなわち、地役権は、地上権・永借権と異なり、従たる物権とされている。しかも、従たる物権の中で、唯一、所有権の従と位置づけられている。旧民法の編別構成を見ても、地役権は、「第一部 物権」の中に置かれ¹⁵⁸、「第一章 所有権」、「第二章 用益権、使用権及ヒ住居権」、「第三章 賃借権、永借権及ヒ地上権」、「第四章 占有」と並列して、「第五章 地役」を構成している。これに対して、他の従たる物権である留置権以下は、担保を為すものとして、債権担保編において「第二部 物上担保」を構成している。地役権は、このような体系的特殊性を有している。

また、地役権の体系的特殊性は、ボワソナードのプロジェクト各版の中にも表れている。ボワソナードは、プロジェクト初版の段階では、地役権を所有権や賃借権などと共に、主たる物権の中に規定していた¹⁵⁹。ただし、初版の草案を基におこなった講義録である『ボアソナード氏起稿民法草案財産編講義 物権之部』を見ると、地役権について「主タル権利ナリト雖モ或ル點ニ於テ従タル権ナルコトアリ」とし、「此権ハ占有権ノ次ニ列」するべきであり「誤リテ之ヲ占有権ノ前ニ列」したとしている¹⁶⁰。次のプロジェクト2版の段階では、地役権を従たる物権と位置づけた¹⁶¹。ただし、旧民法とは異なり、担保を為す従

¹⁵⁸ 旧民法は、編別構成においても、パンデクテン方式の影響が見られる。すなわち、財産編の構成は、「総則」、「第一部 物権」、「第二部 人権及ヒ義務」となっており、総則が設けられた上、物権と債権が区別して規定が置かれているのである。

¹⁵⁹ プロジェクト初版2条2項

「Les droits réels principaux sont:

1° La propriété, pleine ou démembrée;

2° L'usufruit, l'usage et l'habitation;

3° Les droits de bail, d'emphytéose et de superficie;

4° Les servitudes foncières;

5° Le droit de possession.]

プロジェクト初版に対応する和訳『ボアソナード氏起稿 註釈民法草案 財産編』では、「地役権」ではなく「土地ノ権」と訳されているため、原文を示した。

¹⁶⁰ 『ボアソナード氏起稿 民法草案財産編講義 一 物権之部』(司法省, 1880)37頁(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367360/23>)。

¹⁶¹ プロジェクト2版4項「Les servitudes foncières, accessoires du droit de propriété, sont

たる物権とは別のものとして、項を別に設けて規定していた。プロジェ新版の段階では、さらにそれを改め、主たる物権と従たる物権という二分論としては、主たる物権の側に規定を置いている¹⁶²。しかし、初版とは異なり、所有権や賃借権など同列には扱っておらず、別項を設けて規定した。このように地役権の体系的な位置づけは、特殊な位置に置かれているというのみならず、起草者であるボワソナード自身、どこに位置づけるべきかを苦慮したことがわかる。

法律取調委員会では、ボワソナードが地役権について従たる性質を持つと考えていることが述べられた一方で、法律取調委員会では、何に対して従であるのかが、問題となっている¹⁶³。プロジェ第二版では、「*accessoires du droit de propriété*」（所有権の従）とされているし、公布された旧民法でも、「地役権ハ所有権ノ従タル物権」とされているので、最初からこのように考えられていたようにも思われる。しかし、法律取調委員会では、物の従であるとする見解と、所有権の従であるとする見解が対立している。結論からすれば、所有権の従となったわけであるが、旧民法財産編 15 条は、「地役ハ要役地ノ従ナリ」とされており、物の従とするような規定も残っている。従たる性質を体系的にどう位置づけるか、さらに、何に対して従であるのかについても、苦慮していたことがわかる。

以上のとおり、様々な捉え方がなされてはいるが、地役権は、所有権の従という特殊な権利と位置づけられていたと考えられる。すなわち、地役権は、もともと所有権と結びついた権利だったのである。これを前提とすると、法定地役権は、義務のまま、そして、所有権との結びつきを保ったまま、所有権の限界に名称だけが変わって規定されたと考えることができる。これに対して、約定地役権は、権利の側から構成され、所有権との結びつきは、体系としては切り離れた上で、現行民法の地役権として規定されたのである。また、体系上では、主従という複雑な物権関係が整理され、地上権や永小作権と同等の土地利用権であることが明確になった。

(6) 小括

用益物権の起草過程を横断的に検討した結果、そこに共通して表れたことは、旧民法から現行民法に至る過程で、各権利が所有権と切り離されたということである。

aussi traitées dans le présent Livre.」。

¹⁶² プロジェ 2 版以降では、草案の横に見出しが付されている。2 版では、地役権の項の横に「*accessoires*」との見出しが付されているのに対して(Projet, 2éd, t.1, p.8(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367379/11>))、新版では、「*accessoires*」の見出しは、地役権の次の項に付されている(Projet, Nouv. ed, t.1, p.2(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367979/19>))。これはすなわち、地役権の項は「*accessoires*」に含まれないということであろう。また、地役権の条文を見ても、2 版までは「*accessoires*」と表現されていたが、新版では「*accessoires*」と表現されていない。

¹⁶³ 『法律取調委員会 民法草案第二編物権ノ部議事筆記 自第一回至第五回』（日本学術振興会）14 丁裏～19 丁表(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367415/19>)。

旧民法から現行民法に至る過程で、地上権は、所有権と切り離され純粋な土地利用権になったといえることができる。旧民法は、建物・竹木を土地の附合物とする制度を前提としていた。そのため、旧民法の地上権は、土地の所有権を持たない者が、従たる附合物に過ぎない建物・竹木について、土地から独立して所有権を持つための制度であった。すなわち、附合の例外として、所有権と密接に関わる制度であった。プロジェや民法理由書でも、多くの記述を所有権との関係の説明に費やしている。これに対して、現行民法では、土地と建物・竹木は、特別な権利がなくても別個に権利の客体となるため、地上権において、附合の例外としての機能は必要ではない。現行民法の地上権は、土地を利用するという機能に定義を改め、その結果、所有権との関係は切り離されたと言える。

旧民法の永借権は、荒蕪地・未耕地を開墾することを想定して、長期の賃貸借関係を規定したものであった。これを日本に存在していた慣習である永小作に照らし合わせると、開墾永小作という、最も強く所有権とほぼ同等と扱われていたものに該当する。これに対して、永小作権は、永借権の特殊な規定を承継しているにもかかわらず、荒蕪地・未耕地を開墾することを想定していない。永借権の特殊な規定は、物権理論から一応の説明が加えられている。そして、永小作権の起草において念頭に置かれていた永小作は、賃借権に近い貸付永小作であった。所有権型の永小作から賃借権型の永小作になっており、現行民法の永小作権もまた、所有権とは遠いものへと変化したと言える。

旧民法の地役権は、義務という定義がなされ法定地役権と約定地役権で構成されていた。現行民法において、約定地役権は、権利と定義され地役権となった。これに対して、法定地役権は、義務のまま所有権の限界となった。また、旧民法の地役権は、所有権に従たる権利という特殊な位置づけであった。この位置づけは、法定地役権と約定地役権の体系の変更において重要な意味を持っている。すなわち、地役権がもともと所有権の従たる権利であったことと合わせて考えれば、法定地役権が所有権の限界の規定となったことは、所有権と結びついたまま、そして義務のままで、規定されたということになる。これに対して、約定地役権は、所有権とは別個の制度へと変化し、そして権利として、規定されたということになる。現行民法の地役権は、所有権と切り離された権利として規定されたということである。

所有権が物権の典型例であり中心だとすれば、用益物権は、物権の中心から離されたと言える。一方で賃借権をはじめとする債権の物権化という現象がある。これを合わせて考えれば、地上権・永小作権・賃借権・地役権は、債権と物権の中間的権利として、一つのグループを形成しうる。用益物権を、所有権を基本とした物権の体系ではなく、利用権から見た体系として構成しなおすことは、十分可能だと思われる。

この姿は、旧民法が賃借権・永借権・地上権と一つのグループとして規定したことに通ずるようにも思われる。すでに述べたとおり、旧民法でこれを一つのグループとしたのは、定期的に地代を支払うという共通点があるに過ぎないとされる。しかし、このグループ化は、現行民法へ修正される際に、重要な役割を果たしたように思われる。

現行民法では、賃借権は債権とされた(乙6号議案¹⁶⁴)。これにより、同一グループの永借権と地上権もまた債権となり得た。しかし、永借権・地上権は、賃借権とは別に、物権として存置した(乙9号議案¹⁶⁵)。起草委員は、賃借権が債権であるべきことを主張している¹⁶⁶。起草委員が主張するように、賃借権が本来債権であるならば、賃借権の特殊な場合を物権として特別に規定したと捉えるのが正しい捉え方ではないだろうか。

また、すでに示した通り、賃借権を債権関係とし、物権関係のうち宅地の賃借として地上権、田畑の賃借として永小作権とした、という趣旨の起草委員の発言もある。これは、賃貸借関係において、賃借権が一般型であり、永借権・地上権は特殊型という体系だと言い換えることができる。特殊型には、特別な保護が必要であるため、物権として保護したのである¹⁶⁷。このように、賃借権・地上権・永小作権を同一上のものとする考え方は、物権債権峻別論を前提として、債権としての賃借権、物権としての地上権および永小作権として分離する捉え方に対して、有用な示唆を与えている。

用益物権の横断的、体系的な検討からは、所有権から利用権へという共通性を見いだせた一方で、地役権の特殊性も明らかとなった。旧民法では、地役権の特殊な性質から、主たる物権と従たる物権という区別において、どのように体系的に位置づけかは問題であった。これに対して、現行民法では、物権の間にそのような区別を設けていないため、その点が意識されることはほとんどなかった。しかし、地役権の性質の特殊性というものが現行民法で失われたわけではない。地役権が地上権、永小作権とともに利用権体系としてくくれるとしても、地上権・永小作権と一定の差があることは、現行民法の体系を考える上で、考慮されるべき事項であろう。

地役権について言えば、地役権と所有権の限界の規定は、旧民法において、約定地役権と法定地役権という形で一つの地役権を構成していた。そして、現行民法の地役権が所有権と切り離された一方で、所有権の限界の規定は、義務の規定として所有権と結びついたまま取り残されている。このような体系の捉え方は、新たな体系を考えるにあたって、有益な示唆を含んでいるように思われる。

例えば、所有権の限界として取り残された法定地役権を所有権から切り離し、地役権

¹⁶⁴ 『法典調査会 民法主査会議事速記録 第一巻』91 丁裏～93 丁裏(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367593/97>)。

¹⁶⁵ 乙第六号「一 賃借権ヲ人権トシ人権編中ニ其規程ヲ掲クルコト
二 賃借人ノ権利ハ一定ノ条件ヲ以テ賃借人ノ特定承継人ニ之ヲ対抗スルコトヲ得ルモノト定ムルコト」。

¹⁶⁶ 乙第九号「一 地上権ハ物権トシテ之ヲ存スルコト
二 永借権ハ物権トシテ之ヲ存スルコト」。

¹⁶⁷ 賃借権を物権から債権にする点については、地主の抵抗という政治的な要因も絡んでいる。一方で、賃借人の地位の保護という点の重要性も、起草委員に認識されている。起草委員は、さまざまな制度を用意しておくことで、この点の解決を図ることを意図しているように見える。この表れが、一般型の賃借権を債権として、特殊型として、永小作権・地上権を物権化して対抗力を付与するという結論であったという面もあると考えられる。

と同じく単なる利用権関係とし、旧民法の地役権と同じように、一つの地役権として構成する考えである。所有権の限界の規定のうち相隣関係が「法律上当然生ずる最小限度の利用の調節」と説明されるのに対して、地役権は「法律の規定するこの最小限度の調節を超えて一層大きな調節をするもの」と説明される¹⁶⁸。すなわち、利用という同一目的の上で、最小限度であるかどうか、両者を区別する基準となっているのである。土地の利用価値を高めるという点で、その機能は同じであり、連続性を持っている。実際の事例においても、両者を必ずしも明確に区別できるわけではない。例えば、通行権について、通行の合意は、漠然としている場合が多く、それが囲繞地通行権の了承であるのか、通行地役権の設定であるのか、争われるケースがある¹⁶⁹。両者は、合わせて請求されることもある。また、囲繞地通行権において、公道に至るための通路が、人が徒歩で通行するには問題ないが自動車での通行は不可能な幅員である場合に、その成立の範囲が問題となる。この種の問題は、囲繞地通行権に限定されるわけではなく、通行地役権にも共通する¹⁷⁰。現在では法体系として全くの別物となっているが、現実の利用の場面や問題状況においては、非常に近い権利となっている。このような状況に対して、地役権の起草過程についての体系的検討には、有益な示唆が含まれていると考えられる。

¹⁶⁸ 我妻栄=有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983）407頁。

¹⁶⁹ 沢井裕『隣地通行権』（一粒社、1978）129頁以下。

¹⁷⁰ 岡本詔治『通行権裁判の現代的課題』（信山社、2010）219～222頁。

5. おわりに

(1) まとめ

本稿は、「3. 不動産質 一個別検討の例として一」および「4. 用益物権体系 一横断的検討の例として一」を通じて、明治民法情報基盤の有用性を検証した。不動産質については、旧不動産質の内容を明らかにするとともに、現不動産質との異同と現行民法に至るまでの変遷過程をはっきりと描くことができた。また、用益物権についても、地上権・永小作権（永借権）・地役権それぞれについて、新旧民法での異同を明らかにするとともに、その変遷過程を描くことができた。用益物権として横断的に検証することにより、その変遷の共通性を見出すこともできた。

以上の経緯の検討においては、「民法史料集」および「Article History」が非常に有用であった。特に、旧民法における永借権、地上権、地役権は、公布された条番号と、プロジェ等における条番号が大きく異なっている。しかし、これらの資料をあたる上で、条番号の問題を全く意識することがなかった。

本稿 4(5)の地役権で用いたように、「理由書 Web」も有用であった。既存の民法修正案理由書では、現行民法から旧民法への参照関係はわかるが、旧民法の側からの被参照関係がわからない。「理由書 Web」では、旧民法の側からの被参照関係を記載しているため、旧民法と現行民法の関係が追いやすい。「Article History」が、条文ごとに時間軸で資料を追うことを主眼としたツールであるのに対して、「理由書 Web」は、一つの資料に着目して、そこから条文を横断して情報を得ることに向けたツールであると言える。立法沿革研究においては、この両方の視点があることで、よりはっきりと変遷を描き出すことができると考えられる。

本稿 3(2)(iii)で、不動産質の訳語について検討したように、翻訳の違いは、「用語変遷追跡 Bilingual KWIC」を使うことで、容易に知ることができた。また、本稿 4(5)の「地役」を始めとする用語の検討で利用したように、法律用語がまだ確定していない明治期の研究をするにあたっては、「用語変遷追跡 Bilingual KWIC」は、非常に有用である。

さらに、このようなツールを用いたことにより、法制史の研究成果も参照できた。本稿 3(4)で検討した、旧民法以前の不動産担保については、法制史の分野では基本書に記載されているような事項である。しかし、民法の分野から、この点が参照されることはほとんどない。これは、起草過程を追うだけで手一杯であり、法制史の研究成果まで幅広く参照し得ないためではないだろうか。そうだとすれば、本稿において、法制史研究を参照できたのは、明治民法情報基盤の効用であると言える¹⁷¹。

¹⁷¹ 本稿は、永小作権についても法制史の研究を参照しているが、永小作権については民法研究でも法制史を参照することが少なくない。例えば、舟橋諄一『物権法』(有斐閣, 1960)410～412頁、川島=川井・前掲注(80)904～908頁、近江幸治『民法講義Ⅱ物権法 [第3版]』(成文堂, 2006)276頁など。

(2) 今後の課題と展望

筆者は、本稿で用いた明治民法情報基盤が、完成したものであるとは考えていない。今後も、資料の追加、機能の追加などが必要である。

資料の追加については、インターネット上で閲覧できることを前提としても、例えば、起草者自身の手によって著された解説書等をすべて押さえることはできていない。また、起草の際に参照した外国法も参照すべきであり、これらも、国立国会図書館デジタル化資料で公開されていることを確認済みである。現在インターネット上で公開されていない資料も、いずれ公開されることが予想され、その点でも追加が必要となる。

また、明治民法情報基盤が扱っている資料は、すべて条文に関わる資料であり、当時の社会実体に関わるような資料は扱っていない。この点、研究資料としては、特に法制史の観点から問題があるだろう。明治民法情報基盤は、立法沿革を研究する上で最低限のものを扱っているのみであり、資料の収録範囲についても、拡大していく必要がある。

機能の追加としては、資料間のリンクをさらに充実させることである。本稿で用いた資料のうち、『民法正義』、『民法要義』といった解説書は、条文ごとに解説されているため、「Article History」にリンクさせることができる。また、旧民法の Article History と現行民法の Article History の間を直接行き来することができないが、立法沿革をより迅速に考察するには、両者をシームレスに行き来できることが必要である。この点についても、何らかの機能が必要である。

これら資料の追加、機能の追加に加えて、法分野を拡大することを筆者は考えている。明治民法情報基盤は、明治民法という呼称を用いてはいるが、作成しているのは財産法に関する部分だけであり、親族・相続法部分は含んでいない。そこで、さしあたって、親族・相続法部分についての作成を計画している。

明治民法情報基盤は、法情報基盤のコンセプトを具体化したものと位置づけられる。そして、本稿 2(2)で述べた通り、法情報全般についてこのような情報提供の仕組みが必要だと筆者は考えている。より大きな展望としては、法学研究に必要な情報を体系的に提供するという法情報基盤の発想を、明治期の立法沿革に関するもののみならず、他の法学領域にも生かしていきたいと考えている。