

日本民法における質権制度の沿革

—質権における「占有」と優先弁済権に関する考察—

中西 俊二

岡山理科大学工学部生命医療工学科前教授
(2017年10月16日受付、2017年12月4日受理)

一 問題の所在

質権は、債権者がその債権の担保として債務者または第三者(物上保証人)から受け取った物を債務が弁済されるまで留置して、債務の弁済を間接に強制するとともに、弁済されない場合にはその物の価額によって優先弁済を受けることができる担保物権である(342条)。我が民法は目的物の占有移転をもって動産質権の成立要件となし(344条)、質権は要物契約であると解するのが通説である¹。しかし、果たして「占有」は成立要件と解するのが妥当なのか、はたまた優先弁済権は、特に不動産質におけるそれは抵当権との関係上、いかなる配慮のもとに規定されたものなのか、かかる論点を中心に拙稿を展開していきたいと考える。

なお、本稿は G.E.Boissonade の起草した *Projet de Code Civil Pour L'Empire du Japon, Tome 4, nouv. éd. 1891*. (以下 Prj. と略す) を基に、フランス法およびドイツ法との比較法的考察をも交えながら、質権に関する規定の起草者の真意を探り、今後の課題を提起しようとするものである。

二 ローマ法における質(pignus)

1 古代ローマにおける債権担保

古代ローマでは、債務者は人的責任(Personalhaftung)と物的責任(Sachhaftung)の二つの責任を負い、帝政時代に至るまでローマ市民には保証付対人信用(Personalkredit)が不動産を担保に取る対物信用(Realkredit)よりも優先された。しかし、質権は金銭の重要性及び法的完成度にまさることから人的信用を凌駕し、紀元2世紀には信用保証の先導的社会的制度となった²。

より古い古典体制では担保目的を現実化させるために2つの法形態が存在した。すなわち、担保のための譲渡としての信託(fiducia:cum creditore contracta 債権者との契約)と固有の意味における担保としての質(pignus)である。

2 信託(Fiducia)

債権者との信託契約(fiducia cum creditore contracta)の場合には、債務者(信託者；大抵は債務者自身；必要とあれば第三者)によって債権者(受託者)に握取行為(mancipatio)あるいは法廷譲與(in iure cessio)により手中物(res mancipi)は譲渡される。そして、譲渡と結合している信託申し合わせ(pactum fiduciae)において次のことが約定される。すなわち、担保された債権が満足を受けまたは何らかの事由で失効する場合には、受託者は再売(remancipatio)あるいは法廷譲與(in iure cessio)によって手中物を譲渡し戻さねばならないことである。そして、債務が弁済されない場合は、債権者は目的物から満足を得ることができる。ローマ古法によれば、目的物は簡易に債権者へそのまま帰属した³。信託つきの所有権移転を受けた債権者が債務者に質物の占有を保有させる場合のあったことは、古くから非占有質(hypotheca)の思想があったことを示すものであり、非占有質は信託つき所有権移転の方法および非占有質の欠陥に対する補充として認められるに至った占有質の変形である。この制度の進化のためにギリシャ法上の制度も利用されたと想像される⁴。

¹ 我妻 栄『新訂担保物権法』100頁, 129頁(岩波書店、1974年)。

² Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* 17. Auflage, 2003, S. 186.

³ Kaser/Knütel, a. a. .O., S. 187.

⁴ 船田享二『ローマ法第三卷』674頁(岩波書店、1994年)

3 質権

質権が独自の制限物権として設定される質(pignus)は、ユスティニアヌス帝法におけると同様に古典期においても統一的法制度であり、質権設定の際に目的物を債権者の占有に移す(与えられた質 pignus datum)か、質権設定者のもとに留める(負わされた質 pignus obligatum)かは問題ではなかった。そして、非占有質に対してはすでに古典期に抵当権(hypotheca)という名称も現れている⁵。

したがって、ローマ法においては質物の占有は質権成立の要件とはなっていない。質権は当事者の無方式の契約によって発生し、外部に対する何等の公示を伴わずに第三者に対抗可能な物権が成立したと考えられる。そのため、抵当権についてはその弊害は特に甚だしかったと言われる。ただし、当事者の意思に基づかない政務官による占有付與(missio in possessionem)および判決のために徴取された占有質(pignus ex iudicati causa captum)の場合は、当然質権は目的物の占有を伴った⁶。繰り返しにはなるが、質権発生のも最も普通の原因は、債権者と債務者またはその他の者との間に無方式に締結される質権設定契約であり、占有質の場合には、かかる設定契約と共に質物の占有は債権者に移され、これによって、債権者と質権設定者との間には、質訴訟によって制裁される債務関係が発生する。けれども、かかる質物の占有移転は質権発生の要件ではなく、非占有質権は単なる当事者の合意によって発生し、債務不履行の場合に債権者がサルウィアヌス特示命令またはセルウィアナ訴訟によって質物の占有を取得する。そのときは、債権者と質権設定者との間に、占有質権契約があった場合と同様の関係が生ずる。こうして発生する質権は債権を担保するための付随的権利であり、その担保する債権が発生しなければ発生せず、例えば債権が停止条件つきときは、条件成就前にはこれを担保する質権は発生しない⁷。

4 抵当権

ローマ法にいう質(pignus)という語は、強固にする(pangere)という語と関係があり、抵当に関しては、「質と抵当の間にはただ響きを異にするのみ(inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt)と解されていた。抵当(hypotheca)という語の使用は学説彙纂(Digesta)のユリアヌスの章に初めて表示され、東部諸州の証書使用の実務に依存していた。しかし、ローマ法の非占有質は純粋な物的責任関係であるギリシャ語の ὑποθήκη(純粋な物的責任の関係)とは異なる。ローマの法学者はその関係を占有質として理解し、その質は債権者が質権設定者に容仮占有(precairium)として、あるいは賃貸借(locatio conductio)によって引渡すものである⁸。容仮占有は、保護者が隷属民に土地を与えて事実上所有者と同様に利用させたのが起源で占有訴権を有したが、法律関係よりは事実関係であり、それからは物権も債権も発生せず、何時でも貸主より取り上げられた。帝政後期にはこれを債権債務関係とし、ユスティニアヌスは目的物の返還につき、先に給付した一方当事者を保護する法的権利すなわち前書訴権(actio praescriptis verbis)を付与している⁹。

hypotheca(抵当権)、hyperocha(残余)、antichresis(質物使用収益権;果実と利息を相殺する契約)のようなギリシャ的表現の使用は、ヘレニズム法における範例から明らかになるが、それらの表現は、ローマ市民によって部分的にのみ守られたに過ぎないのである¹⁰。しかし、これによって後述する不動産質権を表す antichresis という用語がギリシャ語に由来し、不動産の使用収益権についての質契約を意味する¹¹ことは十分承知しておかなければならない。

5 質権と抵当権

質権と質物の引渡しすなわち占有移転については、ローマ法では質権成立の原則は約定質権の際に設けられ、法律および法務官によって質権成立後初めて質権者に引き渡された。目的物の質入、それが手中物(res mancipi)であれ非手中物(nec mancipi)であれ古典期の法では、3つの要件がもとめられた。すなわち、(a)質入の時点で質権設定者の財産中に目的物が存在し、その所有権が民法上も法務官にも認められること、(b)当事者が質入について無方式の契約で合意すること、(c)質権によって債権が担保されるべきこと、である¹²。因みに、質物が動産(res mobilis)であるか不動産(res immobilis)であるかの区別はゲルマン法と異なり、ロ

⁵ Kaser/Knütel, a. a. O., S. 188.

⁶ 原田慶吉『ローマ法』265頁・266頁(有斐閣、1955年)。

⁷ 船田・前出注(4)677頁・678頁。

⁸ Kaser/knütel, a. a. O., S. 189.

⁹ 原田・前出注(6)202頁・203頁。

¹⁰ Kaser/Knütel, a. a. O., S. 189.

¹¹ 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』30頁(日本評論社、1993年)。

¹² Kaser/Knütel, a. a. O., S. 189.

一マ法においてはあまり重要性を有しない。両者を同一の法原則で取り扱っているからである。さらに、帝政1世紀半には、セルウィアーナ訴権(*actio quasi Serviana*) (後の *actio in rem hypothecaria* 抵当対物訴権) が認められすべての非占有質に物権性が付与された。固有の担保物権である質権と抵当権についてもその区別は観念的であり、実際には両者は同一の性質を有し、同一の原則の支配を受けることが多かったと考えられる。この2つの担保物権は、前述のごとくただ響きを異にするのみであり、抵当を質の語をもって称した例も少なくなく、質は抵当を包含すると考えてよいと思われる¹³。

質権の重要な効力として売却権(*ius distrahendi*)が挙げられる。当初質権の効力としては単に物を占有して、間接に弁済を強制し得るに過ぎなかったが、漸次売却権を認め、ユスティニアヌス帝に至ってはたとえ反対の特約があっても三回の通告後は売却を許した。もし適当な買主がいなるときは、裁判所の評価を経、皇帝の勅許を得て質権者自ら質物の所有権を取得することができた(*dominii imperatio* 所有権の懇望)¹⁴。

三 日本民法における担保物権

我が民法は約定担保物権の種類として、動産質(352条)、不動産質(356条)、権利質(362条)、抵当権(369条)を規定している。旧民法債権担保編においては、動産質(97条)、不動産質(116条)、抵当権(195条)の3種類の担保物権を規定していた。一方、外国法はどうかと言えば、質権についてはローマ法がフランスやドイツ・スイスなどのヨーロッパ諸国に受け入れられた。

1 フランス民法

動産質権(*gage :nantissement mobilier*) (仏民 2073条)と不動産質権(*antichrèse*) (仏民 2085条)の両方が存在しており、ローマ法の影響が窺える。2006年の担保権に関する民法改正により占有移転を必要としない非占有質(*gage sans dépossession*)や無体財産質(*nantissement de meubles incorporeal*) (改正仏民 2329条, 2355条)が認められた¹⁵。非占有質については、改正仏民法 2336条が、「担保される債務および質に供された質物の種類・性質・数量の特定を記載する証書(*écrit*)の作成により成立(*parfait*)する。」と規定している。

すなわち、質物の非占有質が認められた。これに対し旧仏民法 2071条では、「質契約とは債務者が債務の担保として物を自己の債権者に引渡す(*remet une chose*) 契約をいう。」と規定され、引渡しすなわち占有移転が質権の成立要件であり、質権は要物契約(*contrat réel*)とされていた。改正仏民法 2338条では、占有移転の代わりに証書の作成で足りることになり、また、「質権は、コンセイユ・デタのデクレに規定された要式を備えた登録簿(*registre*)に登録することにより公示(*publié*)される。」また、公示(*publicité*)により質権者は占有を奪われても(*dépossession*) 第三者に対抗できる(2337条1項・2項)。

2 ドイツ民法

動産上に成立する質権(*Pfandrecht*)は動産質権(*Pfandrecht an beweglichen Sachen*) (独民 1204条)と権利の上に成立する権利質権(*Pfandrecht an Rechten*)の2つに分かれ、不動産質(*Grundpfand*)は存在しない。2002年の債務法改正においても不動産質の規定は新設されていない。債務法改正前も後も独民 1205条は、質権設定には所有者から債権者への目的物の引渡し(*der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt*)が要件となっている。

3 ボアソナードの民法草案(Prj.)

ボアソナードは自己の起案した民法草案(Prj.)では、3種類の担保物権を設定している。すなわち、①動産質(*gage: nantissement mobilier*) (1101条)、②不動産質(*nantissement immobilier*) (1121条)、および③抵当権(*hypothèques*) (1201条)がこれである。以下具体的にボアソナードの *Projet* に基づいて、彼が日本民法において意図したものは何であったのかを考究することとする。

四 ボアソナード民法草案(Projet Code Civil Pour L' Empire du Japon, 1891.)の意図

1 占有と書証主義(*instrumentum, acte instrumentaire*)

(1)意思主義と書証 民法 176条は、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。」と規定している。これは物権変動について意思主義(*Consensualisme*)を採用したものと解されている。ボアソナードの *Prj.*を繙くと、フランス民法 1138条に対応する規定をその 351条に見出すことがで

¹³ 原田・前出注(6)261頁-262頁。

¹⁴ 原田・前出注(6)267頁-268頁。

¹⁵ 石田 穰『担保物権法』151頁(信山社、2010年)。

きる。Prj. 351 条は、「提与債務(*convention de donner*)は負担付のものも、無償のものも、個別決定されたものもあるいは特定物も、動産であれ、不動産であれ、直ちにかつ履行すべき引渡しとは無関係にその所有権を約定者に移転させる。それにより契約が影響を受ける停止条件に関して、その後規定されるところのものを害することはない(*La convention de donner, à titre onéreux ou gratuit, une chose individuellement déterminée ou corps certain, soit mobilière soit immobilière, transfère la propriété au stipulant, immédiatement et indépendamment de la tradition due; sans prejudice de ce qui sera ultérieurement statue au sujet de la condition suspensive dont la convention peut être affectée.*[Code Civil Français(以下 CdF と略す); Art. 1138, 1583])。』と規定する。仏民 1138 条 1 項は、「物を引渡しすべき債務は契約当事者の単なる承諾によりて完全なものである(*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*)。』と定め、同 1583 条は、「売買の目的物ならびに代金につき合意ありたるときは、目的物の引渡しならびに代金の支払前といえども、売買は当事者間には完成し、買主は売主に対する関係において当然に所有権を取得する(*Elle est parfait entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*)。』と規定していたし、2006 年の民法改正後も同条をそのまま存置している。これは明らかにフランス民法の採用する意思主義を意味していると解される。

しかし、ボアソナードは一方で、仏民 1341 条の書証主義の規定に対応する Prj. 1396 条を起草している。すなわち、「行為の結果生じる利益が、その行為が完了したときに各当事者あるいは当事者の一人にとって 50 円を超える場合には、物権または債権の成立、譲渡、変更または消滅させるすべての行為については公正証書または私署証書(*authentique ou sous-seing privé*)を作成しなければならない。」と定め物権設定も書証主義が採用されていた。現に、日本旧民法証拠編 60 条 1 項は、「物権又ハ人権ヲ創設シ、移転シ、変更シ又ハ消滅セシムル性質アル總テノ所為ニ付テハ其ノ所為ヨリ各当事者又ハ其ノ一方ノ為ニ生スル利益カ当時五拾円ノ価額ヲ超過スルトキハ公正証書又ハ私署証書ヲ作ルコトヲ要ス」と規定し、書証優位の原則を謳っていた。旧民法財産取得編 25 条 1 項は、「売買ハ当事者ノ承諾ノミヲ以テ完全ニ成立ス」と規定していたが、同条 2 項には「然レトモ当事者ハ売買ノ成立ヲ各自ノ証拠ニ供スル公正証書又ハ私署証書ノ調整ノ条件ニ繋ラシムルコトヲ得」とも定めていた。したがって、旧民法は物権変動については意思主義を採りつつも無方式ではなく要式主義を採用していたといえるのである。それが、法典調査会における明治民法の編纂過程で全部削ぎ落とされてしまったのである。民法を私法の一般法として純化させたい民法起草者達にとっては、公法的規定に属する証拠法は、民事訴訟法中に編入されるべき夾雑物でしかなかったのであるとの鋭い指摘がある¹⁶。

(2) 占有は質権の如何なる要件か。占有(*possession*)は質権の成立要件か有効要件かそれとも対抗要件かという問題がある。Prj. 1101 条は、「動産質(*gage*)は債務者が 1 個ないし数個の動産を特に自己の債務の担保に充てる契約である(CdF. 2071, 2072, 1^{er} al.)。』と規定する。その注釈 [219] では、質権(*gage*)という用語には 2 つの意味があり、第一は担保として引渡された物(質物)であり、第二は目的物が特に弁済に充当されるという契約(*contrat*)である。ここでの *gage* の意味は後者の質契約という意味である。そして、質権は質権者が担保のために供された目的物を占有する範囲でしか有効(*valable*)ではないと述べる¹⁷。さらに相当条文仏民法 2071 条とは異なって、質権契約の定義に債権者の手中への目的物の引渡しを内容としないとする¹⁸。したがって、ボアソナードの注釈によれば占有は質権の有効要件であるように見える。しかし、Prj. 1107 条 1 項は、「動産質もまた質権者が質物の引渡しを受けてこれを占有維持し、かつ質物に充てられた有体物を継続して占有する場合に限り、第三者および他の債権者に対抗できる(*opposable*)。』と規定する。この規定からすると占有は対抗要件であると解される。しかも、一方で Prj. 1105 条 1 項は、「動産質権は、確定日付がありかつ主たる債権および必要な場合は従たる債権ならびに質入れした目的物の債権の正確な指定を明確に記載する、証書の作成(*rédaction d'un acte*)があった場合に限り、同一目的物に関して債務者と契約をした第三者または他の債権者に対して対抗できる。」と規定しており、確定日付のある証書が対抗要件とも考えられる。したがって、両者の趣旨を付度すると Prj. 1107 条 1 項は、占有している質物によって被担保債権が担保される物的範囲を画するものであり、同 1105 条 1 項は、被担保債権の優劣を確定日付ある証書を基準

¹⁶ 今村与一「不動産取引における意思主義の理解」『清水誠先生古稀記念論集』所収 264 頁・265 頁(日本評論社、2000 年)。

¹⁷ G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour L'Empire du Japon*, t. 4, nouv. éd. 1891, n° 219, p. 213.

¹⁸ Boissonade, *op. cit.*, n° 219, p. 214.

に決定しようと意図したものであると考える。ボアソナードは 1107 条の注釈[228]で、「寄託では受寄物の占有と管理を任されない場合は、寄託者には何等の実益もないが、反対に動産質は、債権者への引渡し(占有移転)がなかったとしても債権者には有効であることがよく理解される。債権者は債務者によってなされた目的物の譲渡は自分に関しては無効であると主張する権利を有するだろう。その状況は、ローマ法における動産あるいは不動産上に抵当権を有する債権者の状況であるとよく理解できるので、今日でもなお、至るところで不動産上の抵当権を有する債権者の状況と同様に理解され得るのである。」と記している¹⁹。さらに、Prj. 1107 条の注釈[229]で、「目的物の債権者の手中への引渡しは動産の一種の公示である」と述べ、同[230]で「債権者の占有は単なる動産質権の最初の設定要件であるだけでなく、動産質権存続の要件でもある。動産質は、“現実の占有に留まりかつ継続する”のでなければならない。さもなければ、第三者の安全が損なわれるであろう。それ故に、債権者が目的物を債務者の手中に戻させた場合または債務者の代理人の手中に戻させた場合には、動産質は消滅する。質物の留置は、1115 条がそのことを述べる(被担保債権の完全な弁済があるまで債権者は質物を留置できる)ように、ただ動産質権者にとって権利であるだけでなく、動産質権者にとっての義務でもある。」と記述している²⁰。

ところで、前述したように Prj. 1105 条 1 項は、動産質の被担保債権の対抗要件を確定日付のある証書によりその優劣を確定する趣旨で、引いて質権の対抗要件の優劣を決定する結果となると解される。そこで確定日付ある証書の対抗力と占有の対抗力との関係をどのように解すべきかが問題となる。すでに、四の 1 の(1)で述べたように Prj. 1396 条は物権または債権の創設・譲渡等には公正証書または私署証書の作成を義務付けている。すなわち、書証優越主義を採用していると考えられる。一方、既述した如くボアソナードは Prj. 1101 条の注釈[220]で、「本条に相当する仏民 2017 条(『質契約とは債務者が債務の担保として物を自己の債権者に引渡す(remet)契約をいう。』)とは異なって、質契約の定義において債権者の手中への目的物の引渡しを内容としない。しかしながら、その要件は草案(Projet)の中にも存在する(1107 条参照)。しかし、引渡しは物の本質よりは生じないというよりむしろ、権利という根拠(raison de droit)に基づいてつくられているので、特別の条文においては目的物の引渡しを強調することが好ましい。フランス民法典自身はその定義にもかかわらず引渡しから免れることはできなかった(仏民 2076 条参照)。草案の定義では、債権担保のためには目的物の特別の充当(affectation special)がある旨を述べることで十分である。」と記述し、占有は権利の根拠に基づく強調(lui (la remise) donner plus de relief)であるとする²¹。結局、Prj. の条本文本文を見る限り、占有は成立要件というよりも対抗要件としての機能が重視されているように解される。その留置的効力を重視して、質権設定後質権者が目的物を質権設定者に返還すると質権は消滅とする有力な見解がある²²。しかし、判例²³は動産質権においては返還により対抗要件が消滅するだけであるし、不動産質権においては——登記をもって対抗要件とするから——質権の効力に何等の影響も生じないとしている。

占有と書証主義との関係では、前述の如く Prj. 1396 条が、物権ないし債権の発生・変更・消滅につき公署証書または私署証書の作成を義務付け、先ほど見た Prj. 1105 条が確定日付ある証書が質権の被担保債権の第三者に対する対抗要件となることを規定していることからすると、質権の法的対抗要件は証書(acte)であるとボアソナードは考えていたのではないかと結論に導かれる。

(3)法典調査会における議論 ①調査会民法草案第 341 条は「質権者ハ其質権ノ担保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受ケタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債権者ニ先チテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クル権利ヲ有ス」と定める。本規定は現行民法 342 条に相当し、旧民法にはなかった質権者の優先弁済権を定めたものである。本条文につき奥田義人委員と富井政章起草委員との間で質疑応答がおこなわれた。奥田義人委員「然ウシマス占有シテ居ラナクテモ質権ト云フモノハ矢張り存在スルコトニナルノデアリマスカ」 富井政章委員「左様デゴザイマス当事者間ニ於テハ存在スル」 奥田義人委員「然ウスルト既成民法ノ主義ト同ジデアリマスカ」 富井政章委員「既成民法ハ成立ノ時ニ占有ヲ移スト云フコトガナクシテモ宜イノデス夫レハ必要デアルト云フコトヲ三百四十一条ニサダメタノデアル」と答えて、質権は占有を失っても当事者間では有効である旨富井は答えている。

¹⁹ Boissonade, op. cit., n° 228, p. 220.

²⁰ Boissonade, op. cit., n° 229-n° 230, pp. 220-221.

²¹ Boissonade, op. cit., n° 220, p. 214.

²² 我妻・前出注(1)131 頁。

²³ 大判大正 5・12・25 民録 22 輯 2509 頁。

②調査会民法草案第341条(現行民法344条に相当)「質権ハ債権者ニ其ノ目的物ノ引渡ヲ為スニ因リテ之ヲ設定ス」ここでは富井政章起草委員が、旧民法債権担保編100条「動産質ハ債権及ヒ質物ヲ明カニ指定セル証書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ設定スルコトヲ得ス」および101条「法律ニ從ヒ証人ニ依リテ債権ヲ証スルコトヲ得ル場合ニ於テハ証書ノ調製ヲ要セス」を削除した理由を次のように述べている。富井政章起草委員「我々ハドウ考ヘテモ質契約ヲ以テ書面契約トスル必要ハナイト思フ夫カラ証明ノ為ニ必要トシテモマタ必要ハナカラウ若干ノ金額ヲ境トシテ証文ノ登記ヲ為スト云フ様ナ規定ハドウモ我国ノ實際ニ適シナイ規定デアルト思フ夫レデ証書ヲ必要トスル規定ヲ夫レカラ又百一条ノ条文ニ付テノ規定モ同ジク削除シタノデアリマス乍併只一ツ質権設定ニ必要ナル条文ガアル夫レガ却テ既成法典ニハ必要トシテナイト解スル夫レハ質契約ニ質物ノ引渡ヲ為スト云フコトハ質権ニ最モ大切ナル成立要素ノ一ツデアッテ殊ニ抵当權ト異ナル所デアラウト思フ(中略)質権設定ニ引渡ガ必要デアルト云フコトハ我々ノ解スル所デハ既成法典ト違ツテ居ルト思フ兎ニ角質権成立ノ条件トシテ必要デアルト思フ」。これに対し、尾崎三良委員が修正説として「質権ハ債権及ヒ質物ヲ明カニ指定セル証書ヲ以テシ且其物ノ引渡ヲ為スニアラザレハ之ヲ設定スルコトヲ得ス」という案を提示したが、梅謙次郎起草委員は次のように述べて反対した。すなわち「段々取引ガ頻繁ニナッテ来マスト一イチ証書ヲ作ルコトガ面倒デアリマス故ニ他ノ国ノ商法ニハ質物ニハ証書ヲ要サスト云フコトニナッテ居ル所ガ多イノデゴザイマス此ノ規定(百条)ガアルガ為ニ必要ノ場合ニ於テ質権ヲ設定スルニ大變不便ヲ感ジ妨ゲテ感ズルカラ寧ロナイ方ガ宜イト云フ考ヘデ除イタ訳デアリマス²⁴」。この起草者の考えにより、ボアソナードのPrj. が採用した書証主義は排除されることになった。

結局、占有と書証主義とを比較すると、質権の成立要件としてもまた對抗要件としても「書証」の方が正確かつ公示力も強く単なる事実的支配である「占有」よりは優れていると言える。その上、質物の占有を移転すると質権設定者は目的物の使用・収益が妨げられることは否めない。旧民法の基になったボアソナードのPrj. は周知の如くフランス民法を手本にしたが、フランス法における意思主義は1)公証人慣行、2)書証優越原則、3)証書公示型の登記制度によって、無方式の契約がなされることによって生ずる証拠保全全面での危険を回避していた。これに対し、ボアソナードが想定していたフラン型物権取引は、公証人制度が明治19年(1886年)の『公証人規則』によってまだ緒についたばかりの日本では、公正証書・私署証書が根付くまでには至らなかつたと言うべきであろう²⁵。その結果、日本法には、無方式の意思主義が行われることとなった。

現行民法344条における「引渡し(占有)」の解釈としては、占有は質権の成立要件ではなく効力要件であり、当事者の合意で質権設定契約は成立する。そして、質権者は質権設定者に対して必要に応じて目的物の引渡請求権を有すると解する²⁶のが妥当であろう。因みに、2006年の担保法改正によるフランス民法では、非占有質の設定が認められている(改正仏民2336条・2338条)。

五 質権における優先弁済権

以下では、質権の優先弁済権が如何に確保されるかに焦点をおいて論述を進めたい。

1 流質契約の禁止

質権設定者は、質権設定契約の約款または弁済期前の契約をもって、質権者に弁済に代えて質物の所有権を取得させ、または法律に定める方法によらずに質物を処分させることを約束することはできない(349条)。これは「流質契約の禁止」と呼ばれ、ローマ法においても、当初は流質約款(*lex commissoria*)あるときは占有質について質流れを許したが、ユスティニアヌス帝はこれを禁止した。その後、フランス民法(2078条)、ドイツ民法(1229条)等にもこの主義は継承されている。流質禁止の趣旨は、窮迫な状態にある債務者が、僅少な金額の融通を受けるために高価な質物を提供し、暴利行為の犠牲となるのを防止しようとするものである²⁷。弁済期後の合意を自由に許したのは、この時には債務者はもはやその窮状を利用される地位におらないからである。

ボアソナードのPrj. 1118条は次のように規定する。「裁判による評価なしに、自己の債権の全部または一

²⁴ 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2法典調査会民法議事速記録2』584頁・592頁(商事法務研究会、1984年)。

²⁵ 七戸克彦「意思主義の今日的妥当性」『民法と著作権の諸問題』(法学書院、1993年)所収34-36頁。

²⁶ 道垣内弘人『担保物権法[第3版]』82頁(有斐閣、2008年)。

²⁷ 我妻・前出注(1)144頁。

部のために弁済期前に弁済として債権者に質物の保持を許す(antérieure à l'exigibilité de la dette qui autoriserait le créancier à garder le gage en payment)動産質権契約の全ての条項または全ての取り決めは当然無効である[CdF; Art. 2078 2^o。]その注釈[244]で「通常債権者はより確実に満足を得られるために、弁済期に弁済がなければ、自己の債権額を上回る価値を有する質物が所有権の形で一括して評価なしに債権者の下に留保されることを明確にするよう必ず要求する。将来の資金が見込めない場合、債務者はそのことに同意するだろう。」と述べている²⁸。

旧民法債権担保編 113 条 1 項は、「総て動産質契約ノ約款又ハ債務満期前ノ合意ニシテ債権者ニ其債権ノ全部又ハ一分ニ付弁済ノ為メ裁判上ノ評価ナクシテ流質ヲ許スモノハ当然無効タリ」と規定していた。この規定は旧民法同編 130 条で不動産質にも適用される旨定めていた。しかし、法典調査会においては、起草者はこの規定を削除する意思であった。その理由を富井政章は次のように述べている。「我々共ノ考ヘデハ此ノ契約ト云フモノハ左迄有害ノモノデナイト思フ流質ト云フモノハ從來我国ニ於テモ行ハレテ居ルコトデ格別危険ナモノト見テ居ラヌ様ニ思フ或ハスル禁止法ヲ設ケテ置ケバ却テ金融ノ円滑ヲ妨ゲテ債務者ノ不利益ニ帰スルカモ知レヌ」ということであった。これに対して磯部四郎委員が「百十三条ヲ削除シタト云フ御話デアリマスガ若シ起草者カラ御説明ノ趣意デ削除ニナリマス訳デアリマスレバ先ズ利息制限法ヲ廃スルト云フコトガ先ニ固マツテ仕舞ハナケレバ議論ガ行ハレヌト思フ何ントナレバ若シ流質ヲ許スコトニナルトイツデモ有益ナ質物ニナルト利息制限法ニ超過シタ額ガ出テ出立カラ利息制限法ヲ廃スルトコトニシマセヌト此ノ百十三条ガナクテモ詰リ流質ト云フコトハ無効ノ約束ダロウト思ヒマスカラソレデ伺フノデアリマス」と流質を認めても利息制限法を廃止しなければ、流質契約は結局無効ということになって、113 条 1 項の規定を削除する趣旨が貫徹されないと反対意見を述べた²⁹。旧利息制限法には、最高利率の定めと共にこの限度を超える分は裁判上無効とし各其制限にまで引直させる旨の規定があった(同法 2 条)。また、同法 4 条は「第二条ニ依リ定限利息ノ外総テ人民相互ノ契約ヲ以テ礼金棒利等ノ名目ヲ用ル者アルモ総テ裁判上無効ノ者トス」と規定されていた。棒利とは元金をなしくずしに返済する場合に、完済まで毎回元金全額に対する利息を支払う方法をいう。富井政章は、「此流質ノ契約モ利息制限法ニ戻ルト云フ方カラデテ居レバ其方カラ無効ニシナケレバナラヌト思フ利息制限法ニ付テハ私ハ兎モ角廢ス説デアリマスガ是レハドウナルカ分ラヌモノデアリマス」と述べて³⁰利息制限法をも廃止するつもりであった。しかし、結局、利息制限法は存置されたため、この法律との権衡上流質禁止規定も削除されないままとなって現行 349 条に存置されることになったものと思われる。

流質契約の問題は、動産の譲渡担保を有効とするときは、流質契約禁止の趣旨は、實際上これを貫くことができない。流質契約を禁ずることは、債務者保護の理想を実現する方法としてはあまりに形式的であって、実情に適切でない。むしろ、個々の流質契約について検討し、当該の事情が暴利行為となるものである場合に、その理由によって、これを無効となし、流質契約を一律に無効とする態度を改めることが妥当ではないかとの有力な提案がある³¹。現に 2006 年改正フランス民法 2348 条 1 項は、「質権設定時またはその後(lors de la constitution du gage ou postérieurement)被担保債権の執行の代替として債権者は質物の所有者(propriétaire du bien gagé)となると合意することができる。」と規定する。また、同条 3 項は、「質物の価値が担保される債務の総額を超過するときは、その差額に相当する金額が債務者に対して支払われ、もしくは他の質権債権者が存在する場合には供託される。」と定める。流質契約は、上記改正フランス民法 2348 条 3 項のような条件を付記して、認められるべきだと考える。質権の優先弁済権がかかる契約によって簡便に実行され、金融の円滑化にも資するからである。

2 物上代位の原則

優先弁済的効力を有する先取特権・質権・抵当権は、その目的物の売却・賃貸・滅失または毀損によって債務者が受くべき金銭その他の物、および目的物の上に設定した物権の対価に対してもこれを行うことができる。これを物上代位の原則というが、現行民法は先取特権についてこれを定め(304 条)、他の二者にこれを準用している(350 条・372 条)。これらの担保物権は、目的物の交換価値支配権であり、したがって、目的物の価値が 304 条の定める原因によって現実化した場合には、発生した請求権に対しても担保物権の効力

²⁸ Boissonarde, op. cit., n° 244, p. 236.

²⁹ 前出注(24)580 頁・584 頁。

³⁰ 前出注(24)584 頁。

³¹ 我妻・前出注(1)145 頁, 597 頁。

が及ぶ。この原則もまた、上記担保物権を有する債権者の優先弁済権の実現に奉仕する制度であると言える。因みに、条文の位置関係は現行法では上記のように先取特権の規定を質権および抵当権に準用しているが、Prjでは第4章先取特権(DES PRIVILÉGRS)は第2章動産質(GAGE OU NANTISSEMENT MOBILIER)および第3章不動産質(NANTISSEMENT IMMOBILIER)の後に規定されており、先取特権に定める物上代位の規定の質権および抵当権への準用という体裁をとることは不可能であった。

(1)Prj. 1138 条の趣旨

ボアソナードは、Prj. 1138 条で次のように規定している。すなわち、同条1項は「先取特権(privilégés)の負担を負う目的物が滅失(péri)または第三者から毀損(détériorations)を受け、そのために賠償金(indemnité)が債務者に支払われるべきときは、先取特権ある債権者(les créanciers privilégiés)は、他の債権者に優先して上述の債務者の権利を行使することができる。ただし、先取特権ある債権者は、弁済前に書式になかった差押えをなすことを要す。」と規定している。また、同条2項においては、「先取特権に服する目的物を売却または賃貸(vente ou louage de la chose soumise à un privilège)した場合およびその物に関し法律上または約定による権利の行使のため(à raison de l'exercice de droits légaux ou conventionnels au sujet de ladite chose)債務者に金額または評価価額(une somme ou valeur)を弁済すべき総べての場合においても同様である。ただし、保険業者による支払われるべき保険金に関して(à l'égard de l'indemnité due par les assureurs)、災害の場合(au cas de sinistre)における 839 条で規定されている内容を害するものではない。」Prj. 839 条は、所有者による抵当付建物の保険契約は、優先順位に従って債権者を利することと保険契約者は保険料または醸出金につき先取控除を有する旨を規定したものである。ところで、Prj. 1138 条は、母法であるフランス民法にはその規定がなく、ボアソナードがイタリア民法から借用(emprunte au Code Italien)したものであり、これを物上代位(subrogation réelle)と呼ぶ³²。担保物権は目的物の交換価値を支配するものであるから、質物が滅失・毀損した場合には、質権全部もしくはその一部が消滅することになる。そのことは担保権者の期待を害し、目的物から債権の弁済が受けられなくなる事態を招来する。もし、物上代位の制度がなければ担保物権の価値が空洞化され、債権者は担保物権を利用しなくなり円滑な金融が害される。このようにボアソナードは考えて本条を創設したのではないかと解される。目的は優先弁済権の確保である。

旧民法にも物上代位は債権担保編 133 条に規定があった。133 条は「①先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担サルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ此賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済期前ニ合式ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス ②先取特権ノ負担アル物ヲ売却シ又ハ賃貸シタル場合及ヒ其物ニ関シ権利ノ行使ノ為債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ」と規定していた。

(2)法典調査会における議論

その後、法典調査会において、民法草案原案第三百四十六条「第三百四条及ヒ第三百五条ノ規定ハ質権ニモ亦之ヲ適用ス」について議論がなされた。勿論、304 条は先取特権における物上代位の規定である。委員の土方寧は 304 条は削除されるべきだと原案に対して反対した。その理由は、「此ノ質取債権者ヲ保護スルノハ少シモ必要デナイ留置スル権利ガアル担保ガアル始メカラ目的トシタ物ガアル質置主ガ他人ニ夫レヲ売ラウトモ夫ガ為ニ買主ガ権利ヲ主張シテ来テモ質取主ヲ害スルト云フコトハアリマセヌ初メカラシテ約束シタル所ノ担保ハアリマス然ウシテ置テ其ノ代金ヲ差押ラスルト云フコトニナレバ債務者ハ二重ノ担保ヲスルヤウナコトニ為ッテソレ丈債権者ノ方ニハ二重ノ担保ヲ得ルヤウニ為ル債務者ノ方ニハ不利益デアル売ッタ所ガ売買ナラ売買ニ依テ売主タル質置債務者ハ利益ヲ受ケルコトハ出来ヌ債権者ノ方ニ弁済期ノ来ルマデニ二重ノ担保ヲ出スヨウニ為ル夫デハ何ウモ質ニ置イタ者ハ殆ンド売ルコトハ出来ナイ」ということで、要するに質権に物上代位を認めたのでは、質権者は質物のみならず売買代金にも質権を及ぼすことができ二重に担保の供与を受けたことになるので債務者には不利益だということであった。これに対し、起草委員の富井政章は、「滅失ノ場合ニハ留置権ヲ行フト思フテモ行ヘナイ夫デハ土方君ノ御話ノヤウニ単ニ売買ノ場合丈ケヲ見テ三百四条ヲ除クト云フコトハデキマセヌ」と答えている。同じ起草委員の梅謙次郎は、「私ハ(三百四条ハ一筆者注)無論無クテハ往カヌト思ヒマスガ今ノ所デハ動産計リノコトデアリマスガ此箇条ハ動産質、不動産質ニ通ズル規定ト云フコトヲ御考ヘテ願ヒマス然ルニ不動産質ニ付テ最モ其ノ適用ガ多ク売却シタ場合ニハ相当ノ、、、、、、、何モ不動産質ニ付テハ不動産質債権者ハ抵当権者ト同ジ権ヲ持ツノデアリマスガ何モ

³² Boissonade, op. cit., n° 272, p. 267.

必ズシモ不動産質ニ付テ不動産質権ヲ行ハヌデモ宜シイ相当ノ代価又ハ良イ値段ニ売レルモノデアレバ其代価ノ上ニ直チニ質権ヲ行フノガ便利デアリマス然ニ若シモ此ノ三四条ガ無イト云フト先ニ一條設ケレバ格別左モナケレバ物権デアルカラ権利ヲ持ツテ居ルケレドモ夫ヲ任意ニ売ツタ其代価ノ上ニハ権利ハナイト云フトコトニ為リマス(中略)不動産ニ付テハマタ保険杯ト云フモノモアリマス動産ニ付テモアリマスケレドモ質物杯デアルト其適用ガ多分ナカラウト思ヒマスケレドモ不動産デアレバ必ズアリマス夫レハ家ヲ質ニイレル然ウスルト其家ガ焼ケタ從テ其保険金ヲ受取ル権利ヲ質権設定者タル所有者ガ持ツテ居ル然ウスルト云フト其保険金ノ上ニ三四条ノ適用デ以テ質権ヲ行フコトガ出来ル又公用徴収ノ場合ガアル此場合ニ於テ其償金ノ上ニモ亦此質権ヲ行フコトガ出来マス」と答弁している³³。この後を受けて磯部四郎委員が、原案三百五十七条に「不動産質権者ハ其不動産ノ売却代金ニ付キ抵当権者ト同一ノ権利ヲ有ス」と規定しているが、不動産質権者の利益保護に関しては、不動産の売買についてはこの規定で十分であり 304 条の物上代位の規定の適用は削除すべきではないかと質した。これに対して、梅謙次郎は 304 条の適用対象となる質権は、不動産質権のみではなく動産質権もその適用対象である。不動産質権の質物である不動産を賃貸することは認められるがこの賃料債権の上に質権を行うことができるのは、この 304 条の物上代位の規定から流出してくるものである。したがって、304 条の適用規定は質権の総則に置く必要があると答えている³⁴。結局、304 条の質権への準用規定(346 条)が存置され、結果的に原案にあった不動産質に関する 357 条は削除された。

(3)比較法的観点

①イタリア民法 ボアソナードが参考にし借用したとされるイタリア旧民法(1865 年)1951 条は、先取特権および抵当権に関し、目的物の滅失または毀損した場合に保険者が支払うべき金額につき(1 項)、また公用徴収に基づく補償金(3 項)に対して物上代位を認めていた。したがって、質権に物上代位を認める規定はボアソナード独自の創設である。その後、1942 年施行のイタリア現行民法 2742 条は、先取特権、質権および抵当権のすべてについて、保険金(1 項)および公用徴収に基づく補償金(3 項)に対する物上代位を認めている³⁵。

②ドイツ民法(1896 年)・改正 BGB(2002 年) ドイツ民法・改正 BGB は 1123 条(Erstreckung auf Miet-oder Pachtforderung) 1 項および 1127 条(Erstreckung auf Versicherungsforderung) 1 項において、抵当権についてのみ賃料および保険金債権に対する物上代位を認めている。

③フランス法 前述の如くフランス民法には物上代位の規定は存在しない。しかし、フランス保険法典(Code des Assurances)(1976 年)L. 123-13 条において、先取特権および抵当権について、火災・雹・家畜の死亡・その他の災害に対する保険金(indemnités)に対する物上代位を認めている。

④まとめ 物上代位の客体のうち、保険金や公用徴収に基づく補償金は、目的物の「滅失・毀損」によって発生するものであるため、わが国を含めて上記の国々に共通する物上代位の発生事由は、「滅失・毀損」だけである。「賃貸」をその発生事由としているのは日本民法およびドイツ民法・改正 BGB であり、「売却」を発生事由とするのは日本民法のみであると言える³⁶。ボアソナードがその Prj. において、物上代位の効力を有する担保物権として最初から「先取特権」「質権」「抵当権」を設け、その物上代位の発生事由に「売却」をも取り入れたことは、彼がいかに担保物権の実効性と被担保債権の優先弁済権の確保を重視したかを物語るものであろう。明治の日本の社会において物上代位の原則の採用は、ボアソナードの立法者としての“先見の明”を如実に示す好例ではなかろうか。

3 不動産質

(1)不動産質の本質 ドイツ民法は、動産質(Pfandrecht an beweglichen Sachen. 1204 条)と権利質(Pfandrecht an Rechten. 1273 条)の二種類の質権を認める。しかし、不動産質権は存在しない。フランス民法では、従来、質権(nantissement)として動産質権(gage)と不動産質(antichrèse)の二つが認められていたが、不動産質権は果実を収取する権能のみを有するだけ(CdF. Art. 2085[Le créancier n'acquiert par contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble.](仏民 2085 条)で、不動産質権者は沿革上不動産質の換価から優先弁済をうける権利は有しなかった(仏民 2091 条)。すなわち、不動産質権者は自ら強制競売の請求を申立てたり、目的不動産の占有放棄に同意したとき、あるいは果実の保存を確保せずに不動産競売を承諾

³³ 前出注(24)630 頁-631 頁。

³⁴ 前出注(24)634 頁。

³⁵ 清原泰司『物上代位の法理』54 頁-55 頁(民事法研究会、1997 年)

³⁶ 清原・上出注(35)54 頁。

したときは不動産質は消滅するため、不動産質権者が他に先取特権または抵当権を有しない限り、その競売代金の上に優先弁済権を主張し得ないと解されてきた³⁷。この点で不動産質は動産質とまったくその性質を異にする。また、上記仏民 2091 条に関して参照した下記注(37)208 頁の説明によれば、「元来 *antichrèse* なる語はギリシア語の *αντι χρησις* すなわち『使用の代わりに』なる語に由来するのであって、債権者は債務者に質によって担保せらるる債権元本の使用をなさしめる代りに、不動産の収益を収受することを許されるといふのがこの契約の本質である。」とある。ボアソナードの *Nantissement immobilier* の章の 1121 条の注釈[249]において上記ギリシア語は正確には *contre-usage* を意味していると述べている³⁸。通常債権元本の使用に *usage* という語は用いないのではないだろうか。むしろ、*antichrèse* というギリシア語は「使用(利用)のために」与えられる担保物権と解すべきではないかと考える。*αντι*は「～の代わりに」という意味と同時に「の～ために」という意味もあり、*χρησις*は「使用、利用」を意味するからである。

(2)Prj. 1121 条 「不動産質は、担保債権者に他の全ての債権者に優先して、履行期より前に不動産の果実および収益を受領する権利を与える(仏民 2085 条 2 項)。

履行期においては、債権者は抵当債権者の権利を行使する。」(Art. 1121. *Le nantissement immobilier donne au créancier nanti le droit de percevoir avant l'échéance de la dette les fruits et revenus d'un immeuble, par préférence à tous autres créanciers.*[CdF. Art. 2085, 2^e al.] *À l'échéance, le créancier exerce les droits d'un créancier hypothécaire.*)本条の注釈[249]において、ボアソナードは次のように不動産質について記述している。「(不動産質の)債権者は、他の債権者を排除して、物の果実および生産物につき先取特権(*privilegié*)を有する。しかし、該債権者は不動産そのものについては先取特権を有しない。したがって、売却の場合においては他の債権者はこの債権者と競合し、または他の債権者が先取特権もしくは抵当権を有する場合は、該債権者に優先する。」と上記(1)で引用した仏民 2091 条の 2 項と同様の解説をしている。しかし、上記の通り Prj. 1121 条 2 項において、履行期においては不動産質権者は抵当債権者の権利を行う旨規定している。したがって、仏民 2091 条と同様の説明は、履行期以前の不動産質権の使用収益権に関連して、質権は果実と比較して不動産自体には先取特権(優先弁済権)を有しない旨を述べたものとする。ボアソナードは Prj. 1121 条の注釈[249]で不動産質権(*antichrèse*)と抵当権 (*hypothèque*)との相違について次の三点を挙げている。「①抵当債権者は抵当に付せられたものを占有せず、抵当目的物は債務者の手中にある。②抵当債権者は差押えが為されるまでは、果実・産物につき先取特権を有しない。これらのものは債務者に留保され、債務者はそれらにつき計算をなすを要しない(*pas comptable*)。③抵当債権者は不動産が売却されたときには、その不動産の価額につき他の債権者に対して優先権を有する(*Le créancier hypothécaire est préféré aux autres créanciers sur valeur du fonds lorsqu'il est vendu.*)。」ところで、ボアソナードが、母法であるフランス民法にも規定されていない抵当権の効力を不動産質権に与えたのは次のような理由である。同注[249]「*antichrèse*はフランスで用いられることは稀であるが、日本では反対に不動産質は非常に頻繁に行われる。その差異は以下のように説明できるだろう。まず第一に、日本において抵当権は、これまで不可欠な明確性をもって組織されてこなかったため、債権者は不動産の専ら約定のみの供与よりも不動産の現実の占有による方が一層よく担保されると思う状況が存在するからである。次に、日本では一般に同一の債権者のために二つの権利が結合されるためである。したがって、債権者は債務者による売却を妨げ他の諸債権利者による差押えを妨げるこの不動産質に、自己に支払われるべき元本確保のために抵当権あるいは優先権(*préférence*)を加えるものである。草案(Prj)に定めるものは、抵当権と結合したこの「アンティークレーズ」である。そして、これに使用収益のみを意味するギリシア語に起源を有する名称を与えられないので、今これに「不動産質(*Nantissement immobilier*)の名称を与える。我々はこれを好んで「ナンティスマンイポテケール(*Nantissement hypothécaire*)と呼ぶ³⁹。」かくして、わが国では不動産質に優先弁済権が付与されることとなった訳である。ここで我々は本稿二の 5 で述べたように、ローマ法における質権には抵当権と同様に目的物の売却権が認められたことを想起すべきであろう。

優先弁済権の実行方法としては、現行法上、不動産質には抵当権に関する規定が準用されるから(361 条)、質権者は、原則として、まず目的物の代価から弁済を受け、不足する部分については一般財産から弁済を受けなければならない(担保不動産競売・民執法 180 条 1 号)(民法 394 条)。また、質権者は、担保不動産収益

³⁷ 川上太郎他『現代外国法典叢書(18)仏蘭西民法(V)財産取得法(4)216 頁(有斐閣、1956 年)』

³⁸ Boissonade, o.p. cit., n° 249, p. 244.

³⁹ Boissonade, op. cit., n° 249, p. 244.

執行の申立てをすることにより、担保不動産の収益から優先弁済を受けることもできる(民執法 180 条 2 号)。

なお、フランス法はこれまで見てきたように、不動産質(*gage immobilier*)に優先弁済権(*privilèges*)を付与してこなかったが、2009 年の改正で抵当権と並んで不動産質に優先弁済権が与えられた(仏民 2373 条)(CdF. Art. 2373 *Les sûretés sur les immeubles sont privilèges, «le gage immobilier» et les hypothèques.*)。さらに、不動産質債権者は第三者または債務者自身に対して目的物の占有を失うことなく賃貸借(*bail*)ができることになった(仏民 2390 条)。

六 おわりに

ボアソナードの *Projet* を基本に、これまで彼の起草者としての質権に対する占有と優先弁済権の確保という思想がいかに貫徹されているかをローマ法・フランス法・ドイツ法といった比較法的観点も取り入れて概観してきたつもりである。一応筆者が収集できた文献の範囲で、ボアソナードの民法学者としての先見の明を確認することができたように思う。特に、物上代位の原則・不動産質権には、明治の日本社会の現状を把握しつつ将来の日本の発展を招来せんとする彼の先進的思想が読み取れ、そのことはフランス民法の 2006 年、2009 年の改正で条文上からも証明されたように考えている。質権には他に権利質が存在するが、紙数も尽きたので権利質については、他日の機会にさらに研究を深めて論及できることを願いつつ本稿を終わることとする。

**L'étude sur l'histoire du gage ou nantissement mobilier et
nantissement immobilier en Projet du Code Civil
Pour L'Empire du Japon par M. Gve Boissonade.**

— L'étude sur possession comme la condition requise du gage et
préférence, pacte commissoire, subrogation réelle du nantissement —

Shunji Nakanishi

Ex-professeur

*Département of Biomédical ingénierie, Faculté de Technology
Okayama Université de Sciences,
1-1 Ridai-cho, Kita-ku, Okayama 700-0005, Japon*

(Received October 16, 2017; accepted December 4, 2017)

Est-ce que possession est une condition requise pour formation ou celle d'effet du gage et de la antichrèse? Il semble que possession ne soit pas la condition requise de la formation du nantissement en droit Romain. Le créancier gagiste est payé, par préférence aux autres. Le Projet mentionné ci-dessus et Code Civil Des Français stipulent pacte commissoire est null, mais Code Civil Des Français révisé en 2006 art. 2348, alinéa 1 stipule "Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l' obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé." Le Projet art. 1138 stipule Subrogation réelle qui est un original article emprunté à Italien Code Civil par Boissonade.

Finalemnt ce article fait mention de antichrèse. Code Civil Des Français art. 2091 ne donne pas au créancier nanti préférence sur le fonds de l'immeuble remis à titre d' antichrèse. Mais le Projet écrit par Boissonade art. 1121 stipule que à l'échéance, le créancier exerce les droits d'un créancier hypothécaire. Ceci signifie que ce art. 1121 donne au créancier préférence à tous autres créanciers.