

# 明治期における流質禁止をめぐる議論

直 井 義 典

はじめに

一 旧民法典制定まで

(1) 土地

(2) 建物

(3) 動産

二 慣行調査

三 旧民法典

四 法典調査会での議論

五 衆議院での審議

結語

はじめに

流質禁止を定める民法349条は制定当初から批判の強い規定であり、民法典の起草者ですら旧民法典にあった規定をわざわざ削除して法典調査会に提案していたほどである。また、流質の禁止はローマ法から継続して認められてきたものとされるが、近時、フランスにおいても流質禁止規定は削除されている。このように、流質禁止を疑問視する見解が根強い。

他方で、従来より、江戸時代には土地について流質慣行が存したことが指摘されており、そうした土地の流質慣行が明治初期の太政官布告にどのように影響していったのかについての研究は存している。しかしながら、明治期に行われた慣行調査において流質についていかなる慣行があるとされたのか、旧民法典・現行民法典の制定過程を通じて流質を容認する慣行をめぐるいかなる議論がなされたのかについては、必ずしも十分には研究がなされていない。また、旧民法典では動産質に置かれた流質禁止規定を不動産質で準用し、現行法

では質権総則に流質禁止規定が置かれているにも拘らず、建物や動産の流質慣行についても十分な検討は行われず、土地の流質慣行の側面からのみ流質禁止は考えられてきている。

そこで本稿では、民法349条の制定に至る過程で流質慣行をめぐるどのような議論がなされたのかを明らかにする。その際、建物や動産についても流質の可否に関しては土地と同様の扱いを受けてきたのか、という点にも注目しておきたい。

以下、一では旧民法制定に至るまでの太政官布告・司法省指令の内容を紹介し、二で明治初期の慣行調査の結果を検討する。そして三で旧民法典の流質禁止規定に関するポアソナードの理由付けならびに解説書の内容を明らかにする。四では法典調査会、五では衆議院での流質禁止をめぐる議論を紹介し、流質を容認する理由・禁止する理由として挙げられていた要素を明らかにするとともに、議論の中心点と考えられる流質慣行の有無については議論がすれ違っていたことを明らかにしたい。

## 一 旧民法典制定まで

旧民法典制定までの太政官布告・司法省指令を土地・建物・動産に分けて検討する。このように分けて検討するのは、質入に関してこの時期に最も重要な役割を果たした地所質入書入規則が土地を対象とした布告であったこと、建物については江戸時代に家質という制度があったがこれは実質的には質入ではなく書入であるとの指摘がある<sup>1)</sup>ことから分けて検討するのが適切であると考えられることによる。

### (1) 土地

(a) 土地の質入について、最も注目すべきは明治6年1月17日の太政官布告第18号地所質入書入規則であることは言うまでもない。

地所質入書入規則の冒頭には「先般田地永代売買被差許候ニ付自今質入書入致シ候節ハ左ノ規則ノ通可相心得事」とあることから、この布告が出されたこ

とと明治5年2月15日太政官布告第50号によって田畑永代売買の禁が解除されたこととの関連は明らかである。すでに指摘されているように、寛政20年(1643年)に田畑永代売買禁止令が出されたことによって、従来の買戻し制度であった「本銭返」・「年季売」が質権の中に混入し、流地は土地の売買を可能とする脱法手段として機能することとなった<sup>2)</sup>。すなわち、流地は㊦本来の債務不履行の弁済手段としての機能のほかに㊧売買の機能を有することとなった<sup>3)</sup>。ところが、田畑永代売買の禁が解除されることによって、流地がこのうちの㊧の機能を担う必要がなくなったのである<sup>4)</sup>。そこで流地の機能としては㊦が残ることとなったが、以下に見るように、地所質入書入規則はこの㊦の機能をも流地から奪うこととなる<sup>5)</sup>。

地所質入書入規則の内容を検討する前に、この布告が出される以前の司法省

1) 『日本大百科全書10』(小学館・昭和61年)の「質」の項(石井良助執筆)には「なお、家質は質とは称するものの、家屋敷の抵当であって、質(占有質)ではない。」との説明が見られる(伊藤孝夫「明治初期担保法に関する一考察」法学論叢128巻4=5=6号(平成3年)339頁も同様。)

また、『日本国語大辞典 第2版』(小学館・平成13年)の「家質」の項は、「江戸時代、江戸、大坂などの町方で、地主の借金の手段として盛んに行なわれた家屋敷の抵当。古くは、大坂でも、江戸でも、家屋敷の売買証文を用い、しかも売り主が借家人(大坂)、または家守(江戸)をして、当該家屋敷を占有する形式で行なわれたが、大坂では享保5年(1720)以後、江戸では天保13年(1842)以後、家質証文を用いることになった。家質権者は、優先弁済を受ける権利を有する点で、家屋敷の書入(抵当)と異なる。いえじち。」と説明しており、幕末には大坂のみならず江戸においても家質は非占有質であったとする。

地所質入書入規則という書入および建物書入質規則という建物書入質、ことに後者が江戸時代の家質の後身であることを指摘する石井良助「家質の研究」同『近世取引法史』(創文社・昭和57年)104頁註50も参照。

2) 藤原明久「明治初期における土地担保法の形成」神戸法学雑誌24巻3号(昭和49年)204頁。

3) 近江幸治『担保制度の研究』(成文堂・平成元年)55頁。

4) 明治2年7月27日太政官布告第675号(府県奉職規則)4項の第1附則は「附農ハ田畑永代売ヲ停止スル旧制ニ法リ貧民ニテモ田畑ニ離レヌ様良制ヲ立又ハ漸次質地譲リ帰シ等ノ処分ヲ著ケ生産ニ基様熟慮スヘシ」と定めており、流質となった質地の返還を奨励する。すでにこの段階で㊦の機能に対しても消極的な位置づけがなされていたものと言えよう。

の考え方をしておくこととする。この点は、壬申（明治5年）11月26日磐前県伺に対する明治6年1月18日司法省指令で明らかとなる<sup>6)</sup>。この指令によれば、質地については、追って改正があるまでは以下の通り扱うものとされていた。まず、質地証文中に年季が明けても請け戻さない場合は流地とする旨の文言がある場合は、年季明けから2か月以内に訴え出れば請戻しを認める。証文に流地とする旨の文言がない場合は、年季明けから10年以内に訴え出れば請戻しを認める。そして、年季に限りがなく「金子有合次第」請け戻すべきとされる証文は、質入の日から10年経過すると流れとなる。年季は10年を限度とし、10年以上の質地は期限になって訴え出ても流地となる。以上の指令内容は、江戸時代の流地の扱いそのものである<sup>7)</sup>。

(b) それでは地所質入書入規則はいかなる内容を有するものなのだろうか。以下に質入ならびに流地と関係のある規定のみを掲げる。

- 1条 金穀ノ借主<sup>主</sup>ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主<sup>主</sup>ニ地所ト証文ヲ渡シ貸主  
其作徳米ヲ以テ貸高ノ利息ニ充候ヲ地所ノ質入ト云フ
- 2条 金穀ノ借主地主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主<sup>主</sup>ニ地所引当ノ証文ノ  
ミヲ渡シ借主ノ作徳米ノ全部又ハ一部ヲ貸主ニ渡シ利息ニ充候ヲ書入ト云  
フ
- 3条 金穀ノ借主<sup>主</sup>ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主<sup>主</sup>ニ地所引当ノ証文ノミヲ

---

5) 近江・前掲55頁。

近江・前掲60頁は、これが、徳川時代の土地売買禁止令とその脱法効果にのみ着目した結果なのか、または、欧州諸法において流担保が禁止されていることに鑑み、流担保を認める必要なしと考えた結果なのかは明白ではない、とする。

6) 指令そのものは地所質入書入規則の翌日に出されているのではあるが、改正がなされるまでの処理法を指示したものとして、地所質入書入規則以前の見解に位置付けた。

7) 小早川欣吾「明治前期の担保法の基盤」同『続明治法制叢考』（山口書店・昭和19年）408頁・425頁以下。

江戸時代の流地の扱いについてごく簡単には、水林彪「日本近代と地方変革の比較法史的位置」同『国制と法の歴史理論』（創文社・平成22年）452-453頁。

渡シ借主ヨリ其利息トシテ米又ハ金ヲ払ヒ候ヲモ亦タ書入ト云フ

4条 地所ヲ質入ニ致シ候節ハ地券ヲモ相渡シ可申其年期ノ儀ハ三ケ年ヲ限ル可シ尤三ケ年以下期限取極候儀ハ勝手タルヘク且ツ年限取極候廉ハ判然証文面ニ記載致シ置可申事

但書入ノ儀ハ地券ヲ相渡スニ及ハス其年限長短共本文ノ限ニアラスト雖モ双方相對ニテ取極候年限ハ本文同様証文面ニ記載致置可申事

5条 質入又ハ書入ノ地所期限ニ至リ貸主借主相談ノ上金穀ヲ返サスシテ地所ヲ引渡候節ハ旧地主其地券ノ裏ニ金主ヘ可引渡旨相認メ其地ノ戸長加判ノ上金主ヨリ新地券書替可願出事<sup>8,9)</sup>

8条 管轄違ノ者或ハ同管轄ト雖モ懸隔ノ地所ヲ質ニ取り候節ハ其現地ノ村町ヘ金主ノ名代人相定置其地租諸役トモ差支無之様可為相勤事

14条 当今質入又ハ書入ニ致シ置年期中ノ分ハ総テ前文規則ニ照準シ当七月限り証文相改可申事

1条が地所質入の定義規定<sup>10)</sup>、2条・3条が地所書入の定義規定である。これによって、質入と書入の相違が明らかとなった<sup>11)</sup>。地所の占有の有無を基準

8) 第5条は、「従前慣用ノ流地文言」証書には適用がないとされる（藤原・前掲226頁）。

9) 明治12年2月10日太政官布告第7号で「旧地主其地券ノ裏ニ金主ヘ可引渡旨相認メ其地ノ戸長加判ノ上金主ヨリ新地券書替可願出事」が「旧地主ヨリ金主ヘ可引渡旨別紙ニ相認メ其地ノ戸長加判ノ上金主ヨリ地券相添ヘ確認ノ証ヲ可願出事」と改められる。これは「地券渡方規則」に依っていたものを、売買の場合に地券裏書による所有権移転にならって改正したものであって、流質に関する部分に変更はない。

10) なお、「質入の場合の債権者の収益を利息として公認している点は、1つの注目できる幕府法との認識上の相異である」（伊藤・前掲349頁）とされているが、収益と利息の関係については今後の研究課題としたい。

11) 明治8年3月27日太政官附録第17は、書入と質入の区別について「書入ノ地所現今ノ規則ニ照準候ヘハ質入ト異リ地主其地ヲ所有耕作シ地券モ則地主ニテ所持罷在候管ニ有之」としており、地所質入書入規則による定義が太政官レベルでは定着したことが窺われる。これに対して、司法省日誌明治7年第88号（明治7年5月12日）同年4月20日の和歌山県伺に対する指令では改めて「質入ト書入ヲ一物ト看做ス可カラス」とされており、地方のレベルでは質入と書入の区分がなかなか定着していなかったものと思われる。

として質入と書入とが区分されている。

4条は地所質入の期間ならびに質入に際しては質権者に地券を引き渡すべき旨を定めた規定である。これらは流質の可否には直接には関わりがない。しかしながら、流質を認める慣行を維持したままで質入期間が短縮されたとすると、弁済の猶予期間が短縮されることとなるから債務者にとっては不利益に働く。特に、本条では質入期間は3年という極めて短い期間に限定されている。ただし書では書入の場合は年限の長短は本文の限りにあらずとされているから当事者の合意によって3年を超える年限とすることができるが、3年を超える年限の質入を利用することができなくなることによって融資を受ける可能性が狭まることは否定できない。

5条は流質が認められることを前提として<sup>12)</sup>、流質の際に取られるべき手続を定める。成案となる司法省案では「相談ノ上」で流地とされる<sup>13)</sup>が、大蔵省案では「質入又ハ書入ノ地所流地トナリ」とのみ規定しており、いかなる場合に流地が認められるものなのかは明確ではなかった。相談が整わない場合は、直ちに糶売に掛けられ、購入者に所有権が移転する。相談が整った場合の具体的な実行方法は定められていないが、地所を引き渡す旨地券に裏書して戸長の加判を受け、債権者は明治5年2月24日大蔵省達第25号地券渡方規則の第7条に従い地券の書換を申請することとなる。

8条は管轄違いの者または懸隔の土地を質にとった場合には、地所所在の町村に債権者の名代人を置くべきことを定める。直接には、地租・諸役の負担に差支えがないようにする<sup>14)</sup>ことを目的とするものであるが、近隣の土地を質にとった場合に比べて負担が重くなるわけであるから、遠隔地の土地を質にと

---

12) 藤原・前掲235頁は、地所質入書入規則の弁済期到来後の流地契約には幕府法の影響があることを指摘している。

13) 流質を行う旨の相談が弁済期到来後になされるべきものとされていることから、藤原・前掲225頁は、「債務者保護に比重が移っている」と評価する。

もともと、質権設定当初から質権者を所有権者とした地域も広く存在したことについては、水林・前掲456頁。

14) 6条は、質入の場合は地租・諸役とも債権者の負担である旨を定める。

ることを抑制する効果を持つこととなる。流質との関係では、仮に流質となったとしても質権者が近隣の者であれば、相対的には受戻が容易であるわけであるから、債務者に有利な規定として位置付けることができよう。

5条と8条とを合わせて考えると、質権者として主として想定されていたのは近隣の者であり、そうした場合には糶売の結果として全くの他人に競落されるよりも、流質を認めつつ買戻し可能性を付与しておくの方が債務者にとっては有利であったとも考えられる。そうだとすれば、5条にいう相談がまとまる可能性も必ずしも低いものではなかったと想定される<sup>15)</sup>。

(c) 地所質入書入規則では当事者の相談による流地を広く認めていたが、その後の明治6年2月14日太政官布告第51号<sup>16)</sup>でこの方針が大きく転換されることとなる<sup>17)</sup>。この布告は司法省の見解を承認し、地所の売買が許された以上、質地は貸借上の事柄であるから、明治5年2月16日以降、すなわち地所の売買が認められて以降の質入証書による訴訟は糶売によるべきものとして流地を禁止する。他方で、同日以前に質入がなされた場合については従前通り流地となる<sup>18)</sup>。

この布告の特徴は、質入から売買の潜脱手段としての機能を完全に除去して

15) 田畑永代売買禁止の影響を差し引いて考えなければならないものの、江戸時代の方が土地の集積は妨げられている(水林・前掲451頁)。このことは、流地を通じた土地の集積には限界があること、すなわち、集積の対象となりうる土地が近隣の土地に限られること、ならびに、流地となった後も相当の割合で請戻しがなされていたことを示唆する。田畑売買の禁が解かれたことに伴う農村への金融資本の流入により明治期に土地集積が進んだとする小早川・前掲419頁以下も参照。

16) 「壬申〔明治5年〕二月十五日第五十号布告ノ通地所売買被差許候上ハ質地ハ貸借上ノ事柄ニ付、翌十六日以後ノ証書ニテ質地ヨリ起ル訴訟ハ糶売ノ手續ヲ以済方可申付事」

17) ただし、司法省日誌明治7年第25号(明治7年2月3日)明治6年12月23日の新治裁判所伺に対する指令では、明治5年太政官布告50号により明治5年2月16日以降は流質ではなく糶売によるべきこととなったにも拘らず、各地の裁判所の中には従前の慣行により流地にするものがあるために明治6年太政官布告第51号を出したのだとされており、方針の転換は地所売買の禁が解かれた時点ですでになされていたこととなる。

18) 「但壬申二月十五日以前取引ノ質地ニテ年季明不受戻時ハ従前ノ通流地タルヘキ事」と定められていることから、債務者の側で糶売を求めることはできないものと解される。

貸借の担保への純化を図っている<sup>19)</sup>ことにある。ここにおいて、従来は未分化であった売買と質入とが分離して扱われることとなるのである。

また、明治6年3月27日司法省布達第46号<sup>20)</sup>は、「質地ヨリ起ル訴訟出訴期限及糶売ノ手續ヲ以テ裁判セシム」として、前掲の明治6年1月18日司法省指令を破毀する。ここでは、2か月・10年の猶予を与えることなく直ちに糶売によるべきこと、ただし両当事者の熟議による済方においてはこの限りでないことを定める。また、ただし書きは地所質入書入規則施行日である8月1日以降も当事者が合意する限りは流質を容認している。ただしここでの合意は、事前の流質特約ではなく、弁済期後の合意でなければならない。

この大蔵省達と明治6年太政官布告第51号との関係について司法省は、明治5年2月15日の前後を問わず2か月・10年の猶予は与えない、明治6年8月以降に訴訟に及んだ時の処分であるとする<sup>21)</sup>。

(d) 質地糶売において被担保債権額と競落価格が一致することは多くはない。その場合の残額あるいは不足額の扱いについては、太政官布告が出されなかった。もっとも、書入については明治6年8月23日太政官布告第306号「動産不動産書入金穀貸借規則」があり、質地糶売手続においても、本布告2条で書入について定めると同様に、競落代金が被担保債権額を超えれば超過額を設定者に引渡し、不足すれば身代限とするとされた<sup>22)</sup>。

身代限財産のうちに質入・書入された地所があるが債権者が掲示の期間内

---

19) 地所質入書入規則については、質入・書入は債権を担保する物権として把握されていなかったとの指摘があった（藤原・前掲259頁）。

20) 「従前質地ヨリ起ル訴訟ハ証文中ニ季明不受戻候ハ、流地ニ可致旨之文言有之分ハ期限ヨリニケ月右文言無之分ハ十年ノ内訴出候ハ、受戻申付来候処当八月ヨリ以後ハ流地文言有無ニ不拘年季明不受戻シテ訴訟ヲ為ス時ハ明治六年第五十一号御布告ニ基キニケ月亦ハ十ケ年ノ猶予ヲ与ヘス直ニ糶売ノ手續ヲ以テ裁判可致事但原告被告双方熟議ノ済方ハ此限ニアラサル事」

21) 司法省日誌明治7年第108号（明治7年6月12日）明治6年12月の栃木裁判所伺に対する指令。なお、栃木裁判所が「抑質地ノ糶売ハ右五十一条御布告ニテ創立セラレシ法ニ付」と、質地の糶売を創設規定と解していることが注目される。それ以前は専ら流地に依っていたことが伺われる。

に訴え出ない場合については、明治8年4月10日太政官布告第53号が、その地所の糶売代金のうちから、債権者が受け取るべき元金に糶売金配当日までの利息を加えたものを第1に取り分けて、官員2名が調印の上で戸長役場に預け置くものとする<sup>23)</sup>。

## (2) 建物

(a) 建物の質入についてはいかなる布告・指令が出されたのか。結論から言えば、建物の質入を対象とするものは布告・指令とも出されなかったようである。前述のように家質が非占有質であって建物の占有質がほとんど存しなかったと考えられることからすれば、建物の質入について特段の布告・指令が出されなかったのも自然のことである。

(b) そうは言っても、建物の質入が全く存在しなかったわけではなかろう<sup>24)</sup>。その場合、地所質入書入規則が適用されたのだろうか。この点につき司法省は、地所質入書入規則は不動産についての規則であるとする<sup>25)</sup>。これのみでは、地所のみが不動産にあたるから建物には適用がないと考えているのか、あるいは建物も不動産であって地所質入書入規則の適用対象であると考えているのかは明確ではない。結論としては、建物には適用がないものと解すべきと考えられる。その理由としては、第1に、書入や売買については後述するように建物を

---

22) 司法省日誌明治7年第105号(明治7年6月8日)同年1月13日広島県伺に対する指令、司法省日誌明治7年第108号(明治7年6月12日)明治6年12月の栃木裁判所伺に対する指令。

司法省日誌明治7年第107号(明治7年6月10日)同年4月10日の堺県伺に対する指令も不足額を生じた場合に不足分は債権者の損失となるのかあるいは明治6年太政官布告第306条と同様の処理をするのかという伺いに対し、後者の処理を指示する。

23) ここにおいても、質権の実行方法は糶売とされている。これは、債権者と債務者の間での相談がつかないのだから地所質入書入規則を適用したに過ぎない。

24) 後掲の堺県の伺いが、家屋または動産を質入書入した場合に関する伺いであることも、こうした推定を裏付ける。

25) 司法省日誌明治7年第105号(明治7年6月8日)同年5月7日長崎裁判所伺に対する指令、司法省日誌明治7年第107号(明治7年6月10日)同年4月10日の堺県伺に対する指令。

対象とした規則（明治8年布告第148号）を制定しており地所と建物とを別途に規律する考えが見られること、第2に、堺県の伺いは家屋または動産を質入書入した場合にも地所質入書入規則に準じて取り扱うのかというものであり、これに対して司法省は地所質入書入規則は「地所質入書入而已ノ規則ニテ即不動産ニ付テノ規則ニ有之候事」と答えていることにある<sup>26)</sup>。

(c) それでは、明治8年9月30日太政官布告148号「諸建物書入質並ニ売買譲渡規則」のうち「建物書入質規則」は適用されないか。同規則には建物の質入については定義も効力規定もなくもっぱら建物の書入に関して定める<sup>27)</sup>。もともと同規則の8条・9条・11条は従前の建物質入の効力について定める。

8条 此規則施行以前ニ契約シタル建物質入又ハ引当ノ借用金穀又ハ預リ金穀ニテ返済期限ノ定メナキ証文ヲ所持スル者ハ明治九年二月廿八日迄ニ金穀<sup>註</sup>又ハ其相続人ニ掛合此規則ニ従ヒタル書入質ノ証文ニ改ム可シ若シ<sup>註</sup>又ハ其相続人証文ヲ改メサル<sup>註</sup>ハ明治九年四月三十日迄ニ建物ノ在ル地ヲ管轄スル裁判所ニ訴フ可シ

但シ明治九年四月三十日ヲ以テ訴人<sup>註</sup>發途ノ期ト定メ其訴人ノ住所又ハ寄留ノ地所ト裁判所トノ距離每八里ニ一日ノ猶予ヲ与フ

9条 此規則施行以前ニ契約シタル建物質入又ハ引当ノ金穀借用証文又ハ預リ証文ヲ所有スル者ハ返済満期ニ至ルト至ラサルトニ論ナク明治九年二月廿八日までニ金穀<sup>註</sup>又ハ其相続人ニ掛合此規則ニ従ヒタル書入質ノ証文ニ改ムヘシ若シ<sup>註</sup>又ハ其相続人証文ヲ改メサル<sup>註</sup>ハ明治九年四月三十日迄ニ建物ノ在ル地ヲ管轄スル裁判所ニ訴フヘシ

---

26) もっとも、明治6年1月13日太政官布告第9号では不動産を「土地家屋等ノ搬運スヘカラサル物ヲ云フ」としているから、不動産とは地所のみを指すという考え方でもない。指令の表現が厳密さを欠いたものと言うべきだろう。不動産概念が安定していなかったことが伺われる。

27) 1条「金穀ノ借主又ハ預リ主ヨリ返済スヘキ証摺トシテ<sup>註</sup>ニ対シ引当ト為ス所ノ建物ノ図面ト証文トニ戸長ノ公証ヲ受ケタル者ヲ<sup>註</sup>ニ渡シ置キタルヲ建物ノ書入質ト云フ」

### 但書前同断

11条 第八条及ヒ第九条ノ規則ニ背キ明治九年五月一日以後ニ至リ此規則施行以前ニ契約シタル建物質入又ハ引当ノ金穀<sup>豊</sup>証文ヲ所有スル者ハ書入質ノ効ナキニ付書入質ナキ<sup>豊</sup>証文ト看做スヘシ

この布告が施行される<sup>28)</sup>以前に建物の質入が存することを前提としつつも、明治9年2月末までの5か月の間に質入証文を書入証文に改めなければ担保を失うことになるというのである。すなわち、以後は建物の質入は認めないということである。

なぜ同じ不動産でありながら土地の質入は認めながら建物の質入は認めないのかは明らかではない。

### (3) 動産

(a) 動産質については、明治5年司法省布達第41号10条が「動産不動産ヲ債主ニ質入シタル者ハ取上裁判可致事……」として裁判上有効であることが言及されているにすぎず、他はすべて一般の慣習に委ねたらしいとされる<sup>29)</sup>。

なお、司法省は、動産質に地所質入書入規則は適用されないことを明言している<sup>30)</sup>。

また、明治6年太政官布告第51号では地所につき明治5年2月15日以前取引の質地で年季が明けても請け戻されないものについては流地とされているが、動産質入の場合は明治5年2月15日の前後を問わず流質となるとする指令が見られる<sup>31)</sup>。

(b) 質屋の扱う動産質については、明治17年3月25日太政官布告第9号質屋取締条例が定める。同条例の8条・9条<sup>32)</sup>が流質がなされることを前提とした

---

28) 施行日は明治8年12月1日である。

29) 石井良助編『日本法制史』（青林書院・昭和29年）360頁。

30) 司法省日誌明治7年第105号（明治7年6月8日）同年5月7日長崎裁判所伺に対する指令、司法省日誌明治7年第107号（明治7年6月10日）同年4月10日の堺県伺に対する指令。

規定であるが、流質の可否について直接に定めるものではない。

## 二 慣行調査

(1) 慣行では流質は認められていたのか。後述するように、この点は法典調査会・衆議院のいずれにおいても事実認定のレベルで大いに争われている。

そこで、明治10年刊行の『民事慣例類集』<sup>33)</sup>と明治13年刊行の『全国民事慣例類集』<sup>34)</sup>とによって<sup>35)</sup>、幕末から明治初期の慣行<sup>36)</sup>がいかなるものであったのか、その一端を明らかにする。

慣行調査の内容について触れる前に、注意をしておかなければならないこと

---

31) 司法省日誌明治7年第105号（明治7年6月8日）同年1月13日広島県伺に対する指令。広島県は地所と同様になるのかと問うていることから、明治5年2月15日以前は流質、以後は糶売と考えて伺いを立てたようであるが、司法省は時期を問わないとする。

32) 8条「流質物ヲ売払ハントスルトキハ五日以前ニ其物品目録ヲ所轄警察署ニ差出スヘシ」  
9条「流質物ヲ売払ヒタルトキハ警察官ニ於テ其物品、代価及買主ヲ調査スルニ差支ナキ様流質物売払帳ニ記載スヘシ」

7条・10条・11条が盗品関係の規定であることからすると、両条は主として盗品の追及を可能とすべく置かれた規定であって、質入主による買戻しを可能とするといった流質そのものを制約する目的を有する規定であるとは解されない。質屋の行う動産質については、流質を何らの制約なしに認めていたものと言うべきである。ただし、現行質屋営業法19条1項（「①質屋は、流質期限を経過した時において、その質物の所有権を取得する。但し、質屋は、当該流質物を処分するまでは、質置主が元金及び流質期限までの利子並びに流質期限経過の時に質契約を更新したとすれば支払うことを要する利子に相当する金額を支払ったときは、これを返還するように努めるものとする。」）のような所有権の所在に関する実体規定はなかった（取締条例である以上、実体規定がないのは当然というべきなのだろう）（他方で、質屋営業法19条1項ただし書きにあたる規定もなかった点でも、流質に対する制約はないものと言える）。

これは質屋以外の動産質の場合であっても流質が認められていたためであるのか、それとも質屋の特則であるのかは検討を要する（後者であれば実体規定が置かれるであろうから、前者なのだろう）。

33) 以下、「10年版」という。本稿では、手塚豊＝利光三津夫編著『民事慣例類集』（慶應通信・昭和44年）のページで引用する

34) 以下、「13年版」という。本稿では、平成元年の商事法務研究会による復刻版の頁で引用する。

がある。それは、「質入」という用語の問題である。現代の質権に該当する用語が「質入」であることは確かである。しかし、13年版においても注意がなされている<sup>37)</sup>ように、慣行調査のなされた当時、書入も質入と唱え区別がなされないのが通例であった。したがって、質入に関する慣行とされていても、現在の抵当権に関する慣行である可能性は否定できないのである<sup>38)</sup>。前後の文脈で判断できるものに関しては抵当権に関する慣行は除外したが、それにも限界があることから、慣行についてはおおよそのものとして取り扱わざるを得ない<sup>39)</sup>。

(2) 不動産については、質入は用いられないとする慣行もある<sup>40)</sup>が、質権が設定される場合には流質が認められるとする慣行がほとんどである<sup>41)</sup>。また、家屋敷地と田畑のいずれかについてのみ流質慣行を明記するものもある<sup>42)</sup>。流質の時期は、弁済期経過後ただちにとするもの<sup>43)</sup>もあるが、10年の猶予を与え

35) これらはいずれも司法省による地方慣例調査に基づいて編纂されたものであって、13年版は10年版に採録できなかった慣行を追加し、道ごとに分類したものと位置付けることができる(13年版は生田精の単独編集によるものであって、生田の私的色彩が強いことについては、手塚=利光・前掲76頁)。そのため、重複掲載されている慣行も多い。もっとも、10年版と13年版とでは章立てに異同がある。前者では「不動産書入質入」と「動産質入」の2つの款に分けて記載されていた。これに対して、後者では「不動産書入質入」の款のみが残され、動産質入についてはこの款の中に織り込まれている。

36) 手塚=利光・前掲62頁は、これらの調査が対象とした時代につき「[生田] 精が認識せる慣習なるものは、江戸時代以前の古例旧慣であって、維新以降に生じた慣習は、彼にとっては殆ど問題外であつた」としている。

37) 13年版586頁。不動産を抵当として金銭を借用した場合は質地流ということはないとする慣行(伊勢国安濃津郡(13年版588頁))、質入とは書入のことであり年季売が質入にあたるとする慣行(肥前国彼杵郡(13年版615頁))などは、慣行上は質入・書入が区別されていない実例を示すものと言えよう。

38) 伊藤・前掲341頁註8も質入・書入概念の区別が徹底されていなかったことを指摘する。

39) このような限界はあるものの、10年版のもととなる地方調査を行ったのは司法省の官僚たちであり(詳細については、手塚=利光・前掲13-21頁)、13年版のもととなる地方調査は编者である生田自身が行っている。そのため、ある程度用語の整理はなされているものと思われるが、旧幕時代の町役人・村役人の類からの聞き取り調査によって慣行の収集がなされたものであるから、用語の厳密さには限界があると言わざるを得ない。

てから流地とするというもの<sup>44)</sup>も見られる。これに対してわずかに1例であるが、田畑山林の質入においては流地とすることは少なく入札払いとする。入札払いが選択されるのは、地価の方が被担保債権額よりも高額になることを見越してのことである、といった慣行が報告されている<sup>45,46)</sup>。ところがこの慣行では「土地ハ債主へ渡サス自作スル」とあることから、果たして質権にあたるのかは大いに疑問がある。

(3) 動産については、ごく一部に営業質屋以外の者による質物の扱いを許さな

---

40) 伊勢国安濃津郡（13年版588頁）・三河国額田郡（13年版590頁）・越前国敦賀郡（13年版602頁）・豊前国大分郡（13年版615頁）。地所に限定して質入がないとしたものとして豊前国宇佐郡（13年版615頁）。耕地に限定して質入がないとしたものとして三河国渥美郡（13年版590頁）、町地に限定して質入がないとしたものとして日向国臼杵郡（13年版618頁）・磐城国白河郡（13年版599頁。なお、同所には「町地質入ニ流地ト云フナシ」との表現も見られるが、この慣行のすぐ後に記載されている岩代国会津郡の慣行では「町屋敷書入抵当」との表記の下では同様の慣行が紹介されていることから、白河郡においても町地の質入はなく、用語の混乱があるものと判断した。）。町屋敷は書入のみであり質入はなく、田畑山林は質入のみであり書入がないとするものとして若狭国遠敷郡（13年版601頁）。

地所は質入のみならず書入も禁じられているとするものとして越中国射水郡（13年版602頁）。

41) 明記するものとして、信濃国埴科郡（10年版261頁）・信濃国水内郡（10年版261頁）・羽後国秋田郡（10年版264頁）・飾磨国飾東郡（13年版607-608頁）・飾磨国佐用郡（13年版608頁）・陸前国遠田郡（13年版600頁）。

このほか、甲斐国山梨郡は田畑・山林につき年季を過ぎた場合の受戻の約があるとし（10年版260頁）、信濃国小県郡旧記では流地の取戻の訴えを受理せず（10年版261頁）、羽前国置賜郡では利足（利息）を差し入れるときは流地としない（10年版262頁）、肥後国飽田郡では返済が滞った場合に地所を引き取っても一言の申訳もない旨の借主からの証文を取る（10年版263頁）、阿波国三好郡では何年たっても元金を償却するときは請返権がある（10年版265頁）といった、慣行が報告されている。これらはいずれも流質を前提とするものと評価することができる。

42) 田畑は流地とするものとして、飛騨国大野郡（13年版595頁）。家屋敷地は流地とするものとして伊予国温泉郡（13年版613頁）。

43) 遠江国佐野郡（13年版591頁）・伊豆国田方郡（13年版593頁）・讃岐国香川郡（13年版612頁）

いという慣行<sup>47)</sup>があるが、それ以外はすべての慣行で流質が認められている<sup>48)</sup>。流質を否定する慣行はない。確かに、「流質ト云事ナシ」という報告はある<sup>49)</sup>が、被担保債権の弁済期がないために、元金・利息を弁済すればいつでも請け返し可能であることを理由に流質がないとしているにすぎない。質権者が質物を他に任意売却することが否定されるにすぎない<sup>50)</sup>。

---

44) 相模国鎌倉郡（13年版593頁）。もっとも、10年を経過した時点で請戻ができなくなるという効果を伴うことが明記されている。また、豊前国下毛郡（13年版615頁）では下部・上部（店前の戸を半分ずつ閉じさせ懲戒して償還の心を急ならしめること、と説明されている）の上で流質とすると記載されている。

しかしながら、弁済期経過後ただちに流質とする地域においてその後の請戻が否定されるわけではない（例えば、信濃国水内郡（10年版261頁）では流地の後10年間は請戻権を有するとされる）ことを考え合わせると、流質の時期について異なる慣行があるとの評価を下すには慎重でなければならない。

45) 周防国吉敷郡（10年版264頁）。

46) このほか、田畑は永代売を許さないので10年の質地とするが、請戻権を重んじて容易には流地せず改めて10年の質地とする慣行も見られる（遠江国敷郡（13年版591頁））が、長期にわたる請戻権行使を保障する趣旨で質権者への所有権移転を否定するものであって、流質そのものを否定するものではない。

47) 越中国婦負郡（10年版266頁）。

48) 明記するものとして、越中国射水郡（10年版266頁。質権者は質物を自己所有とすることも他に売却することも可能としており、現在の質流れと同様の効果が認められている。）・周防国玖珂郡（13年版610頁）。

このほか、甲斐国八代郡には期日に受け戻さない質物を「流物」と呼ぶ慣行があり（10年版265頁）、陸前国宮城郡の慣行にも「流し期限」という表現が見られる（10年版265-266頁）。

49) 越後国頸城郡（10年版266頁）。筑後国生葉郡でも、物品が金子（金主のことだろうか？）の下にある限り、請戻可能とする。

50) 出雲国能義郡では、弁済期を過ぎれば持主に掛け合いの上で受け戻さなければ質権者は質物を勝手に売りさばくものとされる（10年版266頁）。このように質権者に他への任意売却権原が認められるのが、通常の流質形態であると考えられる。しかしながら、質権の実行方法として流質を位置付けた場合、弁済期経過後ほどなくして競売をするのでなければすべて流質であると区分することも認められよう。質物の処分権原の所在と流質概念とは必ずしも一致させなければならないものではない。

### 三 旧民法典

(1) 旧民法典は債権担保編 113 条 1 項で動産質について流質契約を禁止し、同 130 条がこれを不動産質について準用している。それぞれ以下のような規定である。

旧民法債権担保編 113 条「① 総テ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キ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

② 本条ノ禁止ヲ犯ス為メ債務者カ債権者ニ為シタル受戻約款附ノ売買其他ノ合意ハ之ヲ無効ト宣告スルコトヲ得

③ 本条ニ定メタル無効ハ質取債権者ヨリ之ヲ援用スルコトヲ得スシテ債務者又ハ其承継人ノミ之ヲ援用スルコトヲ得」

旧民法債権担保編 130 条「第 106 条、第 109 条、第 110 条及ヒ第 113 条乃至第 115 条ハ不動産質ニモ之ヲ適用ス」

113 条はボアソナード草案 1118 条をそのまま引き継いだものであり、1 項の参照条文としてフランス民法 2078 条 2 項が挙げられている。

(2) ボアソナードによれば、本条の起草理由は次のように説明される。

仮に流質禁止規定がなければ、債権者は質権設定時に常に流質を課すこととなる。債務者は弁済可能と誤信して流質に合意するであろう。また、流質契約はローマ以来禁じられている。しかしながら、日本においては慣習でこうした有害な規定 (*cette funeste stipulation*) が黙認され実務でも認められていることから、草案に禁止規定を置かねばならないと考えた<sup>51)</sup>。弁済期が近づくと債務者は猶予を得るために流質に合意するから、弁済期到来前の流質契約も禁止される。これに対して、弁済期到来後は代物弁済をなしうるから流質は禁止されない<sup>52)</sup>。

なお、この新版と初版（1889 年）との違いは、新版では有害な規定が「最

近まで (jusqu'à ces derniers temps)」黙認されているという部分が付加されているだけである。ここからは、悪習が廃されないことに対するボアソナードのいらだちを感じることもできよう。ボアソナードは、流質慣行という悪習を廃することを民法典の重要な使命と考えていたのである。

(3) 旧民法典の解説書も流質を禁止する理由として、㉔質物の価格が被担保債権額を超過するから債務者を害するにも拘らず債務者が必要に迫られて流質を許諾するのが常であること<sup>53)</sup>、㉕わが国古来の悪慣習を取り除くためには、この規定は欠くことができないこと<sup>54)</sup>、㉖弁済期以前の流質契約も禁止したのは、債務者は債務の満期に近接するときは弁済期限を延ばそうとして流質合意をして債権者の犠牲となること<sup>55)</sup>、というボアソナードと同様の理由を挙げる。このほかに、㉗流質契約は利息制限の下では許すべきものではないとの理由付け

---

51) 成文法がない場合の慣習・衡平法の効力について、ボアソナードは以下のように考えていた(『ボアソナード答問録』(法政大学出版局・昭和53年22頁以下))。

成文法が存しない場合、一地方の慣習あるいは単なる局地的な慣習であっても、これを尊重しなければならない。ある事柄について、はっきりした慣習が存在していないことが確実になった場合には、衡平法・自然法が適用されるべきである。もっとも、裁判官が慣習の存在を認めながらもその慣習が衡平法に反すると思料する場合、原則として、衡平法が悪しき慣習に優位すべきである。しかし、裁判官が衡平に反するものと認める慣習が、契約に関するものである場合には、裁判官は慣習を尊重するべきである。それは、そうした慣習も契約当事者の予測・計算のうちに入っていたことによる。契約の条項や条件がすでに慣習の不正を考慮に入れたものであり、不正がすでに埋め合わされていることもある。これを裁判官がさらに修正することは、当事者の意思に反することとなる。とはいえ、裁判官は悪しき慣習を無効とすべきではないというのではない。無効とするのであれば、裁判官は、あらかじめ、当事者が特定の条項によって不正を埋め合わせているのではないことを確認しなければならないのである。

流質規定は契約に関するものであるから、ボアソナードによれば、流質規定は悪しき慣習であるが、裁判官としては不正さの埋め合わせの有無を事前に判断し、埋め合わせがなされていないと判断してはじめて無効とされることとなる。このように個々の案件において裁判官が流質規定の有効無効を判断するというのは、後に富井が依拠した考え方でもある。しかしボアソナードはこうした手法では流質規定の不正さは十分に排除できないと考え、流質慣行のあるわが国でこそ明文の流質禁止規定を置くことの重要性を強調するのである。

も出される<sup>56)</sup>。

これに加えて解説書の著者の1人である井上は、旧民法典の流質禁止規定と動産質に関する従来慣行との関係を次のように述べる<sup>57)</sup>。旧民法典では質物の価格が被担保債権額に満たない場合に債権者は不足分の弁済を求めることができるのに対して、慣習における質契約ではそうではなく債権者は不足分の弁済を求めることができなくなる。動産質が営業として行われているとの指摘もあることからすると、質権者にとって有利な点を指摘することで営業者の理解を得ようとしたものとも考えられる。

ところが井上は、慣習を打破してしまうのは当を得たものと言えるのかという問題を立てる<sup>58)</sup>。ここでは井上は、下層社会の金銭融通の手段である、競売等の手続が煩瑣すぎて営業を行う者がいなくなる、流質が有利であると考えるときは債務者も援用できるのだから流質が債務者にとってのみ損失であるとは言えない、質物価格が被担保債権額を超えるならば債務者は質物を売却してそ

---

52) G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon, nouvelle édition, 1891, n°244.*

53) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編第1巻』（新法註釈会・明治23年）563頁、鶴丈一郎ほか『民法疏義 担保編』（岡島宝文館・明治24年）329頁。また、井上操『民法詳解 債権担保編之部 上巻』（岡島宝文館・明治25年）619-620頁は、流質契約は債務者の窮乏に乗じて不当の利益を貪ろうとする「最モ悪ムヘキノ目的」から出たものであると、強い調子で流質契約を攻撃する。

なお、宮城・前掲563頁は、今日の動産質にはほとんど流質契約が含まれているとし、井上・前掲620頁も、流質を許せば、被担保債権額よりも質物の価格の方が高いのであるから、必ず流質を契約しておくこととなる、債務者は後日の損失を顧みることなく、または、期限になって弁済することができるだろうと考えて債権者の要求に応じることとなるが、動産質で金銭を借り入れるような者は期限になっても弁済できないことになりかねない、とする。

54) 宮城・前掲564頁。

55) 宮城・前掲565頁、鶴ほか・前掲329頁、井上・前掲622頁。

56) 井上・前掲621頁。

後述するように、富井は法典調査会でこうした理由付けを挙げており、いかなる関連があるのか興味深いところである。

57) 井上・前掲631-632頁。

58) 井上・前掲632-637頁。

の代金で被担保債権を弁済すれば足りるのだから流質が債務者にとって損失を生じさせることを知りながら受け戻さないということは稀であるといった流質存置派の理由付けをもっぱら紹介している。もっとも、井上の見解は明らかではない。旧民法典に流質を禁じる明文規定が置かれてしまった以上は法律解釈として流質存置を主張することはできないが、慣行との関係では流質存置派の理由付けのみを紹介して慣行を廃することの不当性を主張させることで、せめてもの抵抗をしたということだろうか。

#### 四 法典調査会での議論<sup>59)</sup>

(1) 法典調査会において質権について説明をしたのは富井政章である。

富井は第44回法典調査会(明治27年11月9日)においてなされた質権の審議の冒頭で、旧民法とは異なり質権総則を設けた理由を説明する。富井によれば、動産質・不動産質は「其性質タルヤ全ク同一デ孰レモ質権ノ一種類ニ過ギナイ」<sup>60)</sup>とされる。後に見るように流質禁止ももっぱら質権総則において議論されることとなり、起草者は、質権の目的の如何によって流質の可否を変えろという視点を有していない。

次いで富井は質権総則に関する説明に移り、旧民法典の条文の中で削除したものに言及する。流質の禁止はこの中に含まれる。前述のように旧民法債権担保編113条が動産質について流質を禁じ、同130条がこれを不動産質に準用していたわけであるが、起草委員の原案ではこれらは削除されていた、すなわち、流質を禁止する規定は置かないこととされたのである。その説明にあたり富井は、「是レハ少シ大切ナコトガアリマスカラ特ニ御聴キヲ願ヒタイノデアリマス」<sup>61)</sup>としており、起草委員が流質禁止規定の削除を重要な決定をしたものと

59) 流質禁止をめぐる法典調査会における議論については、上河内千香子「民法349条の強行法規性」『現代法と法システム』(村田彰先生還暦記念論文集)(酒井書店・平成26年)245頁以下。

60) 『法典調査会民法議事速記録二』(商事法務・昭和59年)(以下、「速記録二」という)579頁。

して位置付けていたことが伺われる。富井は、旧民法債権担保編「百十三条ノ規定ハ性質ノ契約ヲ禁ジタモノ」<sup>62)</sup>とするが、性質の契約が何を意味するのかは明らかではない。この点は、流質の禁止は質権一般に認められるべき性質であるから、それを契約によって変更することは許されないという意味であると考えられる。流質禁止規定を削除することによって、こうした質権一般に認められていた性質が変更されることになるからこそ、「少シ大切ナコト」とされたのではないかと考えられるのである。

続いて富井は、流質禁止規定を削除した理由を挙げる。もちろん富井は流質禁止規定が諸外国で明文化されていること、ならびに、その理由を知らないわけではない<sup>63)</sup>。それにも拘らず、「我我共<sup>64)</sup>ノ考ヘデハ此契約ト云フモノハ左迄有害ノモノデナイト思フ」から、あえて流質を認容しようというのである<sup>65)</sup>。有害ではないとする理由として富井が挙げるのは、①流質が従来わが国で行われている<sup>66)</sup>ことから格別危険なものではないと見られること<sup>67)</sup>、②流質を禁止するとかえって金融の円滑を妨げて債務者の不利益となること、③法律が干渉して債務者を保護しなければならないというのであれば流質契約に止まらず他の多くの場合にも債務者保護規定を設けなければならなくなる（無能力者でない限りは、契約自由を認めてよいということである<sup>68)</sup>）、④流質禁止を定めたとしても利息制限法<sup>69)</sup>の場合と同様に実際に行われるものではない、

---

61) 「速記録二」580頁（富井）。

62) 「速記録二」580頁（富井）。

63) 「速記録二」580頁（富井）。

64) これが起草者の一致した考えであるのかは明確ではないが、「速記録二」654頁では、流質の容認は起草者間で余程協議の上で決したことであって、梅謙次郎は富井に「徹頭徹尾同意」であるとしていることから、梅が流質容認の立場に立つことは明らかである。

65) 「速記録二」580頁（富井）。

66) 富井は「速記録二」653頁でも、「従来我邦ニ於テ盛ニ行ハレル」と述べる。

67) ただし、富井は流質に全く有害性がないとまで述べているわけではない。「速記録二」654頁では、富井は、たとえ多少の害があっても多年一般に行われているところの慣習を一片の法律で打ち壊すということは到底できずまた良くないことでもある、としているのである。

すなわち脱法行為がなされる<sup>70)</sup>ことを挙げる<sup>71)</sup>。

従前の慣行との関係で注目されるのは、①と④である。わが国には流質の慣行があり、たとえこれを法律で禁じたとしても脱法行為が行われると考えているのである。また、②も④で脱法行為がなされる一因であることから、従前の慣行と無関係ではない。総じて、従前の慣行を尊重しようとするものであると言える。悪しき慣習であるから法律の明文規定で排除すべきであるとしたボアソナードとは全く異なる考え方が見られる。

また、前述したように流質の容認に関する説明は質権総則で行われたものであるから、担保目的物によって流質の可否を変えるという考えはない。ただ動産質の実行についてのみ現行354条が鑑定人の評価に従い質物をもって弁済に充てる余地を認めていることから、動産については流質を認める必要性があまりないのではないかとの疑問も生じ得る。しかしながら富井は、後日、公売に付するのは不便であると考えて動産については現行354条を置いたことに触れつつ、それでも手数料がかかるのだから流質が必要であるとする<sup>72)</sup>。また、現行354条の議論においても、流質との関係では箕作麟祥が流質の場合

68) 梅も、不動産や公債証書であれば流質が嫌ならば他の債権者の下へ行って金を借りることもできるのだから流質を認めてもよいのだとする（「速記録二」655頁）。

69) 富井は利息制限法を廃止するという考えを持っていた（「速記録二」583頁）。

70) 高木は買戻約款付売買により（「速記録二」647頁）、磯部は買戻し・代物弁済・自然債務により法を潜脱するものと理解する（「速記録二」660頁）。

流質禁止と買戻しとの関連は現在でも指摘されているところである（近江幸治「不動産の質・譲渡担保・所有権留保」星野英一ほか編『担保法の現代的諸問題』（昭和58年）13頁、伊藤進「不動産質権の内容・効力」同『物的担保論』（信山社・平成6年）270-271頁）。

もっとも、磯部は買戻し等の方法により法を潜脱できるものではないとする。買戻しにはそれぞれの条件が付いている。これに対して流質を認めると、質入の翌日に流れてしまうことがあり得る。また、代物弁済については土方による富井批判に与し、代物弁済は弁済期が来て定めるのが至当であり流質と同視することはできないとする。さらに、自然債務の場合は債権者は金銭の弁済を求めてくるのであって、代物を寄せせというわけではないから、流質とは異なるというのである（「速記録二」660頁）。

71) 「速記録二」580頁（富井）。

72) 「速記録二」653-654頁（富井）。

には354条は適用がないということなのかを確認している<sup>73)</sup>のみで、めぼしい議論はない。このように、起草者は最も簡易な質権実行方式として流質を位置付けていたようである。

もっとも、起草者が流質を質権実行の本則として位置付けていたわけではないことには注意を要する。梅は、質権の実行方法として流質も選択できるというだけであって、流質でない方が本則であると明言する<sup>74)</sup>。富井もまた、現354条の説明において、質権の実行にあたっては原則として競売によらなければならないことは明文がなくても疑いがないと述べる<sup>75)</sup>。こうして見ると、流質は設定者と質権者の契約によって認められるものであって、設定者は自己の不利益になると考えれば流質契約を締結することはないのであるから、実際問題としては流質契約が締結されるケースはさほど多くはならないだろうと予測していたものと思われる。

法典調査会で示された流質に関する起草者の見解は以上のようなものであった。

(2) こうした起草者の見解に対しては、まず箕作が営業質屋に関する規定は別に定めるつもりなのかと尋ねる。前述のようにこの時期にはすでに質屋営業条例が存していたことによる疑問であると考えられる。富井は、起草者間ではまだ協議していないが私見では別に定めるつもりであるとする<sup>76)</sup>。富井の回答に対して箕作の再質問がなかったことから箕作の真意をはかり知ることはできない。箕作が「行政法カ何カデ」と述べていることから、民法草案における取締規定の欠如を気にしたのみであって、流質の可否を営業質屋か否かで分けるようなことを想定した疑問ではなかったのだろう。

この箕作の質問に関連するのが、横田國臣の質問である。次に紹介する高木と富井の間の大議論に続いてなされたものであるので時間的には前後すること

---

73) 「速記録二」674頁（箕作）。

74) 「速記録二」655頁（梅）。

75) 「速記録二」674頁（富井）。

76) 「速記録二」581頁（箕作・富井）。

になるのだが、ここで紹介しておく。横田は流質を認めるという起草者の見解に賛成し、営業質屋では流質が行われるものと決まっているのが日本の慣習であるとする。そして箕作の質問を受けて、質屋営業規則といった行政規定では民法の例外を定めることはできないのではないかという。流質を一般に認めるのであれば、少なくとも流質に関しては民法の例外といった問題も生じないのであるが、横田は起草者の見解に賛成であるとしながらも、大きい物・金目の物の場合は流質を禁止しても良いのではないかとの考えを示している<sup>77)</sup>。それゆえ、規則によって法律の例外を定めることはできないという点が問題となる。富井も、質屋営業規則が行政命令であれば民法で流質禁止とすることはできないが、質屋営業規則が法律であれば何とでも定めることができると答えるに止まり<sup>78)</sup>、議論の展開は見られない。ここでは質屋については流質を認めるということについて特に異論が出されなかったという点にのみ注意しておきたい。

(3) 原案に明確に反対意見を述べるのが高木豊三である<sup>79)</sup>。高木は、営業質屋について「従前ノ如ク」流質を認める必要はあるが、日本の慣習または実際の模様によって考えると、「普通ノ相對上ノ質入」について流質を認めるのはよろしくないとする。そして富井の掲げる③ならびに④について、理論上はそうだろうが、(i)自己の愛玩する動産を質入れするというのは最も金銭の必要に迫られている場面なのだから質入主は無形の脅迫を受ける地位にある、(ii)質入主は質物を期限前に受け戻すことができるだろうと考えて契約するものである、(iii)質物が流質になっては気の毒である、とする。また富井の掲げる④に対しては、一応もっともだとはしつつも、利息制限法とは異なるとする。すなわち、利息制限法の場合は法律による制限を超えた利息を法律による制限を超えてい

---

77) 「速記録二」583頁(横田)。後に、不動産についてのみ流質を禁止する提案をする伏線となっている。なお横田が流質を認容するのは、設定者が行方不明になった場合には売却するにも手続が不明となるためである(「速記録二」651頁(横田))。

78) 「速記録二」583頁(富井)。

79) 「速記録二」581-582頁(高木)。

ないかの如くに書くこともできる、また、法律以外のものを前に取っておいて請取を与えないというような方法がいくらでもある。これに対して、質権の場合、質物は質権者の占有のもとにある、質入の借用証文も債権者のもとにある、そのために質権設定者のもとには何もないというのが通例である。もし流質を許さないということになれば、債権者から質物預かりの書付を取っておくことになる。書付を取っておかないと被担保債権額以上の価値のある物を質に取ったという事実を握りつぶしてしまうから、質権設定者は書付を取っておくこととなる。このように流質を禁止すれば、裁判所で確かな方法で質権の存在を証明できるようになる、というのである。さらに、実際においても、質屋営業の場合とはかく、普通の場合は流質になることはあまりない。しかし、権利質の場合は流質が往々に行われる。裁判例は、流質の特約があればともかくそうでなければ流質を認めない方針に向かっていると考えられる<sup>80)</sup>し、高木自身もこれを支持するという。ここでは、流質の慣行があるという富井の掲げる①の理由が批判される。さらに高木は、すべてが「代物弁済受戻約款付売買契約」になることを恐れ、流質禁止規定を削除するとこれを奨励するものであるように見えてしまうという<sup>81)</sup>。そこで修正案を挙げようとするが、高木が適当な個所はどこかを尋ねたところ、富井から346条の次ではどうかとの意見があったので、そこに入れることについて諸君に熟考いただきたいとしてひとまずは議論を終える<sup>82)</sup>。

---

80) 果たしてこのような傾向があったのかについては後日の検討課題としたい。なお、水林・前掲456-457頁では、質取主が地券名受人となっている場合について、当初（明治12年ころ）大審院は設定者による質地請戻し請求を認める傾向にあったものの、明治17年の判決によって考えを翻したことが指摘されている。

81) この箇所では高木は、質・抵当・代物弁済約款付売買の3者を区別していないようにも見えるのであるが、「速記録二」651頁で質と抵当を区分している。高木によれば、質はただ抵当物を占有してそこから生じる果実だけを取るところが抵当と異なる（なお、抵当と書入も「速記録二」651頁では使い分けられている）。高木はボアソナードにフランス法を学んでいる（ただし、明治19年から4年間ドイツに留学している）。高木のいう質権がフランス法の不動産質に類似するように思われるのは、フランス法を学んだ影響といえるだろう。

高木の批判に対する富井の回答は次のようなものである。これは「余程六ケシイ問題」であるが、削除については「斯ウ云フサツパリトシタ問題ハ極リ切ツタコトデアリマスカラ幾ラ論ジタ所ガ各各自分ノ定見ヲ典ケルト云フコトニハナルマイ」と言い、高木に対しては流質禁止が必要と考えるのであれば適当の場所で修正案を出してはどうかとして、ひとまずは問題を先送りしている。そして「斯云フ極ク明カナ問題」はいつまでたっても各人の考えは決まっているのだという。起草者は流質禁止規定を削除するという見解を変えるつもりはない、議論をしても無駄だと考えているようである。そして、諸国で利息制限法が次第に行われなくなって廃止されたので、流質禁止も同じことでこういう慣習は解消されていくのではないかとする<sup>83)</sup>。また、⑤流質であるか否かを裁判所で見分けるといった「誤リ易イ専断的ノ鑑別法ハ用ヒナイ方が宜カラウ」ことも流質禁止規定を削除する理由とする<sup>84)</sup>。

ここで注目されるのは、以下の3点である。第1に、富井には、流質を認容するという決断を下した以上は議論を継続したくないという態度が見られることである。自らの提示した①から④の理由づけが、理論面では必ずしも高木の批判に耐えきれものではないということを富井は自覚していたのではなからうか。3名の起草者の間でも激しい議論がなされたものと推認され、起草者間ですでに議論を尽くしたのだからこの場で議論を蒸し返さないでもらいたいということなのだろう。第2に、流質契約と並んで富井が流質禁止をも「慣習」ととらえていることが注目される。流質を認めるも認めないも慣習の問題であり、流質禁止という慣習こそが廃れていくものと判断している。流質契約を悪しき慣行と断じたボアソナードとは正反対の考え方である。そして、諸国では流質禁止はいまだなされていなかったことからすると、諸国に先駆けて流質禁止規定を削除したものと自認していたと考えられる。第3に、この点は富井と

82) 「速記録二」584頁。高木は今回の会議を欠席したために、実際には次々回の会議の際に流質禁止を内容とする修正案を提出することになる（「速記録二」646頁）。

83) 「速記録二」582頁（富井）。

84) 「速記録二」583頁（富井）。

の議論ではあまり表に出て来ないのであるが、(i)に見られるように高木が主として動産を念頭に置いて流質禁止を主張していることである。動産については流質を認めるのが江戸時代の慣行であるところ、旧民法に倣ってこうした慣行を改めようと考えていたものと思われる。

(4) 利息制限法との関係を論じるのが磯部四郎である。先述のように富井は利息制限法を廃止するつもりであったが、磯部は先に利息制限法の廃止が固まってしまうなければ流質禁止規定の削除もできないとする。その理由は、流質が許されると質物の丸取りがなされることによって利息制限法に反する事態が生じることになるから、利息制限法を廃止してしまわないと流質禁止規定がなくても流質は無効ということになってしまうというのである。これに対して富井は、流質は契約自由の範囲内であるから認められるとするが、磯部は利息制限法を廃止しない限り契約自由の範囲内とは言えないとする<sup>85)</sup>。このように議論はすれ違っているのであるが、富井も利息制限法の廃止は念頭に置いているのだから結論が磯部と異なるわけではなく、利息制限法は意思を先決問題と理解するか否かという点に差異があるにすぎない。現に、富井も磯部の見解をもっともであるとしている<sup>86)</sup>。

(5) 高木は第46回の法典調査会（明治27年11月16日）に以下のような修正案を提出する。

「348条 質権ノ設定行為又ハ債務満期前ノ行為ヲ以テ為シタル流質ノ約款ハ無効トス但質権者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」

修正案提出にあたり高木は理由(iii)を補足するものとしてか、質権者に丸取りのうまみがある点、すなわち設定者に対して清算金の支払がなされない点を問題として指摘する<sup>87)</sup>。質権の設定にあたっては、担保物の性質上、被担保債権

---

85) 「速記録二」583-584頁（磯部・富井）。

86) 「速記録二」584頁（富井）。ただし、流質禁止をめぐるのは後に磯部が高木に賛成することで富井との間に対立が生じることとなる。

よりも価値の高いものを差し入れるだろうから、問題があるというのである。そして高木は理由(ii)を再度述べる。流質が有効となれば、担保権者としては担保価値の高いものを担保目的物としたがるのは当然のことである、とも述べる。その上で、(iv)質権の実行にあたって手数料のかからぬようまた費用のかからぬようにするにすることが債権者の望むところであるのだから、流質を認めると常に流質契約を締結しようとする傾向が生じる。債務者は受け戻せるといふ望みがあるから、流質約定に同意することになるとして、契約自由に任せてよいといふ③に対する反対を述べるのである<sup>87)</sup>。さらに、(v)流質の禁止は、純粹の法理はともかく日本のこれまでの慣例または今日の情態では最も適當と考えるといふ<sup>89)</sup>。

このように流質を禁止すべき理由を改めて述べた上で、修正案の内容を説明する。

高木は旧民法債権担保編 113条のようでは裁判上の評価がありさえすれば流質を認めるかのように読めるので、それも禁じるべく流質約款は無効と明記した提案をする。その際、裁判上の評価は債権債務額と物品の代価とを比較して債務だけを弁済するというのだから、これは流質ではない。すなわち、競売と同じである、と考えている。したがって、現行354条までも否定するわけではなく、裁判上の評価を得るのみでその評価額に関わりなく流質をするのを禁じる趣旨である。また高木は、債務者またはその承継人のみが無効を主張できるとしていた旧民法債権担保編 113条3項とは異なり、質権者は流質契約の無効を主張できないという提案の仕方をする<sup>90)</sup>。その理由は、質物の価格が設定契約後に下がって被担保債権額を割り込んだ場合の質権者による無効主張を阻止

---

87) 高木は、これまで動産について流質は許していなかった慣例のところを持ってきて動産・不動産について流質を許すと、丸取りによって射幸契約のようなことになってしまう、とする(「速記録二」648頁)。高木のこうした慣行理解が適切であるか自体が議論の対象となる。

88) 以上「速記録二」647頁(高木)。

89) 「速記録二」648頁(高木)。

する必要があること<sup>91)</sup>、既成法典では第三者の所有物を質物とした場合に不都合があること、すなわち、債務者またはその承継人のみが援用できるというのでは物上保証人が援用できないのではないかという疑いが生じることに求められる<sup>92)</sup>。

ここから高木修正案をめぐる議論が展開される。

まず奥田義人が流質禁止の及ぶ範囲について尋ねる。これに対して高木は、㊸営業質についてはこれまでの慣例もあるから流質を許すと明言する。また高木は、㊹奥田の提示したような不動産について流質が不都合だから禁止するという見解はとらず、動産・不動産とも流質を禁じる。さらに、㊺営業質の場合とその他の場合とで流質の可否を分ける理由については、慣習によるものである、営業者が細かな・小さな物を質にとった時に裁判上の手続によらねばならないとすると営業にならない、少額の金融については流質を認めて差し支えない、とする<sup>93)</sup>。ここで奥田によって、質権の目的の如何によって流質の可否を分ける考え方が出されたことが注目される。

慣習の認識については箕作が質問する。箕作は、民法上・商法上の流質はこれまでなかったのか、富井はこれまでは営業者でなくても流質ができるというのが慣習であると考えている<sup>94)</sup>がどうなのか、と高木に問う。高木は、徳義上またはごく親しい仲で貸借があった場合に流質がなされる慣習があるものとは考えていない。営業質以外では、裁判上の競売によるのでもなく、差引勘定をして余りを設定者に戻すというようになっている、と答える。また高木は、

---

90) 高木修正案のただし書に対しては、元田（「速記録二」658頁）ならびに磯部（「速記録二」661頁）の反対がある。

91) 「速記録二」648頁（高木）。ここで高木は尾崎三郎の質問に答えて、流質の効果を現在の質屋営業法の場合と同じく、いかなる場合であっても質物をもって被担保債権の代償として満足するという趣旨のものとして理解している。不足額の追加請求は認めないということである（「速記録二」648頁）。この点は、旧民法下での井上の見解と異なる。

92) 「速記録二」648頁（高木）。

93) 「速記録二」649頁（高木）。

94) 横田（「速記録二」650頁）・梅（「速記録二」654頁）も富井と同様の認識である。

慣習については確答ができないとも答える<sup>95)</sup>。

長谷川喬は、高木の案の是非を決する最大のポイントは慣習の有無であるとする。そして、明治6年以降、明文で流質は禁止されているはずであるが、それ以前は、不動産については流質が慣習であったとの明文がある、動産にしても流質が常に認められていたと考えられる。したがって慣習を根拠として流質禁止規定を設けなければならない理由はない、とする<sup>96)</sup>。

また高木は、流質が認められると、連帯債務がそうであったように、債権者に都合のよい制度としてすべてが流質を認めるものになってしまうと指摘する<sup>97)</sup>。連帯債務との対比が見られる点が新しいが、基本的には理由づけ(iv)の延長と考えられ、また旧民法下での理由づけ②とも共通する。これに対しては梅が、わが国の慣習は連帯であったことから連帯債務が流布したこと、質物の価格が下がった場合もあるために流質が必ずしも債権者に有利であるとは限らないことから、連帯債務のように流質が一般の例となるとは考え難いとする<sup>98)</sup>。

高木の修正案に反対の立場に立つ梅はこれまでの流質容認説の理由づけに加えて、⑥消費貸借契約締結後弁済期未到来のうちにした流質契約は無効だというのも理解できないとする。弁済ができるかできないかわからない内に流質をやむなく承諾するような債務者はいない、かえって弁済期到来後の方がやむなく流質を承諾することが起こる、ことを理由とする。これに対しては磯部が、他の債権者を詐害する弊害があることをもって反論する<sup>99)</sup>。

やはり原則として流質容認説に立つのが横田である。横田は、設定者が行方不明になった場合には売却するにも手続が不明となるのだから、金融の円滑を妨げないためには流質を認める方がよいとする。富井の理由づけ②と同じである。しかし、不動産質については流質を禁止すべきだという。従前から、不動

95) 「速記録二」649-651頁(高木)。

96) 「速記録二」652頁(長谷川)。

97) 「速記録二」664頁(高木)。

98) 「速記録二」664-665頁(梅)。

99) 「速記録二」656頁(梅・磯部)。

産については流質ではなく売払いとなっていた、ましてや、現行法では不動産については流質を許さないものとされているし、流質を許してはおかしい。不動産には登記があるのだから、流質になったとしても登記移転手続という手数はかけなければならない、というのである。慣習ならびに旧民法典の規定を理由とし、さらに手続的な観点を加えた折衷説である<sup>100)</sup>。これに対して高木は、確実な理屈を見いだせないから同意しかねるとする。また、債権者の保護は、質物を占有して先取権があるというだけで十分であるのだから、流質によって射幸契約に類するような保護を与える必要はない、とする<sup>101)</sup>。後者は理由づけ(iii)にあたり、担保の機能を債権回収の確保に純化するものと言える。

高木の見解に賛成するのは磯部である。高木に付け加えることはないとしつつも、質権というものは担保であって担保というものが確かでありさえすればよい、流質は質権の性質に反することを改めて強調する。そして、今日、莫大な価格の動産質があり、それについて営業質と同様に実行手続きを簡素化することによって貧窮者への金融を図る必要というものは妥当しないとも加える<sup>102)</sup>。

元田肇もまた、貧富の差が拡大することになるから流質は禁止すべきとする。流質は法律で認めたものでもなく、公然慣習で認めたものでもない。江戸時代には売買が禁止されていたことから流質があって、それが動産にも適用されて慣習になったものである。そして、流質後の受戻ができた江戸時代とそうではない明治時代の状況とを比べて、民法典において流質を認容すれば貧富の差が拡大するだろうという。流質禁止はすでに20年間も慣習となり判決例ともなっているとも加える<sup>103,104)</sup>。

結局、流質禁止規定を置くか否かのみについて採決がなされることとなったが、流質禁止規定挿入案は賛成少数で否決されている<sup>105)</sup>。

---

100) 「速記録二」650頁（横田）。

101) 「速記録二」651頁（高木）。

102) 「速記録二」651-652頁（磯部）。

103) 「速記録二」657頁（元田）。

(6) 以上の議論からは、起草者と高木をはじめとする反対論者との間には弱者保護に関する認識に違いがあり (①・③と(i)・(ii)・(iii)) それぞれが流質禁止規定の存置をめぐる対立となっていること、論者が想定していた「慣習」には実は2通りのものがあり、明治6年以降に形成された慣習を念頭に置くものと、江戸時代からの慣習を前提とするものがあるために議論にすれ違いがあるように見られること (①と(v))、質権の目的によって流質の可否を分けるという考え方も一部には見られることが明らかとなる。

## 五 衆議院での審議<sup>106)</sup>

(1) 衆議院で動産・不動産についての流質禁止規定の補足を求めたのは谷澤龍蔵である。谷澤が理由として挙げるのは以下の諸点である。わが国では従来から流質を広く許してはならず、質権の実行に際しては裁判所の評価によっている。質屋は例外であって、それ以外は流質を許さなくなっている。流質を禁じても、金融の不円滑を来すものではない。価値の高い物を安値で取られて、不幸な人民がますます不幸になる。江戸時代には質物となっていた地所も請け戻しており、動産のごときは質屋もなるべく流さないようにしているというのに、ここで流質を許すと質屋のほかに質屋のような不正の行為をする者

104) このほか、流質契約の第三者拘束力の観点からする土方の議論がある。

土方は、起草者のように流質契約は自由であるとしても、それは債権にすぎず債務者以外の者に対しては効力がないということになりはしないか、と疑問を呈する (「速記録二」653頁)。

こうした見解に対して富井は、債権者の承諾を得て代物弁済をすることはできるのだから、流質は代物弁済である、あるいは、自然債務の場合である、と反論する (「速記録二」654頁)。

しかし土方は富井の説明に納得しない。代物弁済であれば、他の債権者は詐害行為取消権を行使することになる。流質の場合は物権が質物の価格全体に及んでいるから詐害行為取消権は行使できない、という点で大いに異なる、というのである (「速記録二」658頁)。

105) 「速記録二」667頁。

106) 衆議院での議論については、崔容達「流抵当、流質禁止の崩壊と売渡抵当 (I)」司法協会雑誌10巻10号 (昭和6年) 32頁以下、上河内・前掲246頁。

が現れることとなる。こうした谷澤の見解に、木村格之輔が賛成する<sup>107)</sup>。

これに対して富井が「頗ル重大ナ問題」としつつ、契約自由・流質は慣習であることから廃止した場合の不便・多少の弊害はあっても金融の円滑化を図るべきこと理由とする。また、流質との関係で利息制限法も廃したいと考えていたが、こちらは残すことになった。双方に十分理由のあることなので、よく考えてもらいたい、とする<sup>108)</sup>。

富井に対して谷澤は、たとえ流質契約があっても実際には質物を流しはしないと指摘する。

富井は、利息制限法の潜脱であれば流質は無効と考える。流質は、多くの場合に利息制限法の潜脱となると考える。しかし、利息制限法に反しない範囲では、流質は有効である、と答える。さらに、いつまで論じても際限がない、主義が違うとして、議論を終わらせようとする<sup>109)</sup>。こうした富井の考えに対して守屋此助は、利息制限法を置くと決めたのだから、流質も禁止しなければ主義が一貫しない。政府委員は利息制限法違反を裁判官が認定すればよいとするが、狡猾な者を助けることになりかねない、と批判する<sup>110)</sup>。

高橋安爾は動産についてのみ流質を認めるべきであるとの立場から、以下のように論じる。不動産については、ここ30年近く流質は行われぬ慣習である。流質は質入主に損害を及ぼすし、性質上、動産の如く所有者を確定しなければならないものではないのだから不動産について流質を認める必要はない。他の

---

107) 広中俊雄編著『第9回帝国議会の民法審議』（有斐閣・昭和61年）202頁。ほかに谷澤の見解に賛成する者として、流質が慣例で行われてはならないからこそ明文で禁じているのである、期限後の流質であればともかく、期限前の流質協議は公安を害する、とする中島又五郎、期限の不履行を理由に元利以外の利益を得るのは不正の利益であるとする山田泰造がいる（広中・前掲204頁）。

108) 広中・前掲202頁。

109) 広中・前掲203頁。富井は法典調査会の時とは異なり、利息制限法存置と決まったことから、不都合は利息制限法で対処すべきものと考えている。

110) 広中・前掲205頁。ただし、守屋自身は利息制限法の廃止に賛同する者であり、利息制限法が残ったからこそその、法制度全体の一貫性からの発言にすぎない。

法律行為で貧乏人と金持ちを分けているわけではないのだから、質入主だから保護しなければならないというのは説得力がない。動産は転々流通するのだから、面倒な手数をかけていられない<sup>111)</sup>。したがって、動産についてのみ流質を認めるべきである。

谷澤の修正案が賛成多数で可決される。

(2) 弁済期後の流質契約は認めるか、この点について梅は、弁済期が到来している以上すぐに強制執行をなされることもあり得るのだからどのような無理を言われても仕方がない、提訴されたり強制執行を受けたりするのは不名誉であるから、むしろ金銭上は損であっても流質にしてしまった方がよい、また、流質によって一時猶予してもらおうという考えから〔設定者が〕流質を合意することが多いのだが、それをも禁じては不便である。今日の裁判例は期限後の流質契約まで禁じているようだが、それは誤っている、と説明する<sup>112)</sup>。この点は、特に異論はなく認められている。

また梅は、弁済期前の流質契約であれば、金を借りたいために不利益な契約を承諾することにはならない以上は流質契約を無効とする理由はないのだから、流質禁止の対象から除外してもらいたいと主張したが、谷澤はこれに反対し、この場合も流質禁止の対象とされた<sup>113)</sup>。

---

111) 広中・前掲204-205頁。

112) 広中・前掲217頁。

113) 広中・前掲217頁。梅はこの点に最も不満を感じたようである。梅謙次郎「衆議院カ民法修正案ニ加ヘタル修正ヲ評ス」法典質疑録3号(明治29年)235頁で、衆議院の修正が「不可ナルモノ」のうちに流質契約禁止の付加を挙げる。そこでは、外国法ならびに当時のわが国の裁判例が流質契約を禁じていることから、流質禁止の利害得失は容易に断言できないため、政府としても流質契約を禁止する規定を置くことに絶対に反対することはしなかったのだとする。しかし「又ハ債務ノ弁済期前ノ契約」という文言が入っていることについては、強く疑問を呈する。梅によれば、弁済期到来後であれば債権者が督促しうるために債務者は訴訟・差押えの不名誉を避けるべく流質契約をすることがある。これに対して質権設定後弁済期前であれば、債務者は債権者の束縛を受けることがない。弁済期到来後の流質契約は認められるにも拘らず、弁済期到来前は流質契約を締結できないというのではおかしいというのである。

## 結語

以上、民法349条の規定が成立するまでの議論を明治初期の太政官布告からたどってきた。

ここから明らかとなったのは、とりわけ法典調査会において明確だが、論者が想定している慣行が江戸期のものなのか明治期になってからのものなのかという点で一致していないがために、議論がすれ違っていることである。一部の論者は明治期に流質禁止の慣行が形成されているとするが、果たしてそこまで言えるのかは明らかではない。この点は、明治初期の大審院判決等を通じて検討する必要がある。

流質慣行の有無をめぐる想定している質権の目的も必ずしも一致してはいなかったように思われる。法典調査会において高木が問題視していたのは動産の流質である。これに対して横田のように不動産質についてのみ流質を禁じるべきとの考えも示されている。しかしながら、このような質権の目的を限定した議論はほとんどなされることなく、質権一般について流質を認めるか否かという問題設定が行われたのである。

また、江戸期の慣行をどう評価するかという点も論者の見解は一致していないように思われる。ボアソナードは流質を悪習であると断じているが、流質がなされても元の所有者による請戻しを否定するものでなければ、清算義務を認めながらも一切請戻しはできなくなる糶売の制度よりも元の所有者にとっては好都合であるという評価も可能である。富井をはじめとする論者の見解からは、流質を一概に悪習であると断じることにはできないという見解も根強く残されていたように見られるのである。しかし、果たして江戸期の慣行で請戻しがどの程度の割合でなされていたのかを明らかにするものでなければ、流質が悪習であると断じられるものではないとも言えない。この点を史料に基づいて明らかにすることは今後の課題である。

\* 本稿は、平成30年度科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一

部である。

(なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授)