

質権の総則をめぐって

直井義典

はじめに

第1章 2021年改正フランス担保法における質権の通則

第1節 編成・定義

第2節 設定段階

第3節 内容

第4節 実行段階

小括

第2章 わが国の旧民法における質権の通則

第1節 編成・定義

第2節 設定段階

第3節 内容

第4節 実行段階

小括

補節 現行民法典における質権総則

おわりに

はじめに

(1) わが国では、現在、担保法制の見直しが進められている。そこではとりわけ、動産や債権といった不動産以外の財産を担保の目的とする法制の見直しが重要課題とされている。特に問題となるのは、担保の種類や目的財産の占有の有無によって区別をせず1つの担保制度を設けるという一元的構成を採用するか否かという点である¹⁾。

平成29年のいわゆる債権法改正が抜本的な改正とはならず従前からの連続性を相応に尊重するものであったことに鑑みると担保法の改正もドラスティックなものとはならないのではないと思われるが、一元的構成の採否を検討するにあたっては現行制度の下で各々の担保制度が有する共通性を明らかにしておくことが必要であると考えられる²⁾。

そして、今次の担保法改正において特に採用が目指されているのが占有非移転型の動産担保であることに思いを致すとき、一元的構成の当否は、占有移転型の動産担保との対比をすることなくしては判断できない筈である。それと同時に、担保の目的の相違を超えた法制度を検討するのであれば、占有移転型担保である質権の総則に着目することが適切であると考えられる。とはいえ、すでに現行の民法典には質権の総則規定がある（342～351条）ことから、特段の検討事項は存在しないようにも思われる。しかし、質権総則の規定は権利質には362条2項を通じて個別に準用されるにすぎないものと解するのが通説的見解と言ってよい³⁾ことから、現存する質権総則規定を無批判に質権の通則として受け入れるのは適切ではない。

(2) そこで本稿では、担保の目的を通じた質権の通則を、法文から抽出する作業を行うこととする。その際に題材とするのがフランス民法典とわが国の旧民法典である。

フランス民法典を題材とするのは、次の理由にする。

フランスでは2006年に担保法の大改正がなされた後も比較的規模の小さな改正が断続的になされ、2021年には保証を中心とするやや大きな改正がなされた。

-
- 1) ケベック法・ベルギー法を取り上げて一元的構成の法改正がたどった過程を分析するものとして、片山直也「動産・債権担保法制をめぐる二元的構成の新たな二つの動向」法学研究（慶應義塾大学）94巻11号（令和3年）1頁以下。
 - 2) 債権法改正において、いわば中二階部分として役務提供型契約の総則を形成する試みがなされたことも参考になる。
 - 3) 道垣内弘人編『新注釈民法(6)物権(3)』（有斐閣・平成31年）466頁〔直井義典〕。

質権に関連した部分では、2006年改正以前は不動産質権者には果実取権のみが与えられており（2006年改正前2085条2項）、不動産質は動産質と内容を大きく異にしていた。質契約の統一的概念を示す条文はあった（2006年改正前2071条⁴⁾）ものの、動産質には *gage*、不動産質には *antichrèse* という異なる名称が与えられていたこともあって、内容面で質権の統一的概念を形成することは困難であった⁵⁾。2006年改正によって、質権の実行に関する不動産質の規律内容が動産質に近づいたことから、質権の通則を検討する素地が形成されたものと言える。そして、2021年9月15日のオルドナンス1192号に関する共和国大統領に対する報告書⁶⁾においては、このオルドナンスが行った措置の第4として「担保法のわかりやすさを改善するために、時代遅れで無用となった特別の動産担保を廃止して質権の一般法に服せしめること」が挙げられている⁷⁾。具体的には、営業質・在庫質・設備機械質・ホテルワラント・石油ワラント・戦時品ワラント・産業ワラントが廃止され、質権の一般法の適用領域が拡大されている⁸⁾。このことは、2021年改正法の下では従来区々に分かれていた質権規定の一定程度の統一化が図られたことを意味する。このように、担保法の改正過程を通じて質権の一般法を形成する流れが見られる。

他方、フランス民法典がパンデクテン方式を採用していないことも、本稿の

4) 2006年改正前2071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き渡す契約を言う。」

翻訳は、神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法V』（有斐閣・昭和31年）を現代語化した。

5) 神戸大学外国法研究会編・前掲208頁〔川上太郎〕は、「第二〇七一条及第二〇七二条が不動産質を質の一種と観、不動産質と動産質とは単に目的物の点に於てのみ区別せられるに過ぎぬと定めたことは正当でないと言はざるを得ぬ」としていた。

6) Rapport au Président de la République relative à l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JO 16 sept. 2021, texte 18, NOR: JUSC2113814P. (以下、本稿では「報告書」という。)

7) 元々は、2019年5月22日のバクト法60条4号によって政府に義務づけられた項目であり、これが2021年改正に結実している。

8) C. Séjean-Chazal, Le gage du code civil retrouve ses lettres de noblesse, JCP 2021, suppl. au n°43-44, dossier6, n°1 et notes5 ; A. Gouëzel, Le nouveau droit des sûretés, 2023, n°412.

課題にとって有用である。前もって総則を形成していないことから、却って、各質権類型の共通部分を引き出すことで質権の本質的部分を見出しやすいと考えられるのである⁹⁾。

これに対しては、フランス法において質権という統一概念は存しないのだから、質権の通則を導き出す試みは適切ではないとの批判も考えられる。特に不動産質の位置づけについては、次のような説明が見られることに注意を要する。

「2006年改正以前は不動産質は *nantissement* の一種として考えられており、動産質に結び付けられていた。2006年オルドナンスの起草者は法的構成としては原則として抵当権に結び付けつつも、占有移転型担保としての性質を維持した。実のところ、不動産質は混合的な担保であり、いくつかのルールは設定者から占有が移転されることによって説明されるのであって、これが抵当権との違いとなる。今日では *gage immobilier* という新たな名称が *gage* に結びついている。」¹⁰⁾

「不動産質について、グリマルディ委員会は *antichrèse* という名称にすることを望んだが、それにはよらなかった。*antichrèse* は2009年5月12日の法律2009-526号で放棄されたものである。*gage immobilier* という表現は混乱の素であるとして学説の非難をもたらした。2006年の改革の下では動産の *gage* には占有移転型と非移転型があり、不動産質では必ず占有移転がなされる。2006年の改革は *antichrèse* を *gage* から遠ざけて抵当権に近づけたのである。*gage immobilier* というのはこうした改革に反するものである。混乱のリスクは、今日においても、それ自体は不動産 *gage* ではない、用途による不動産上の *gage* が認められたことによって生じている。」¹¹⁾

このように、不動産質は抵当権とも密接に関係しており、もっぱら動産質に引き付けて理解するのは適切ではないとも考えられる。

9) もちろん、後述するように、他の種類の質権に関する規定が準用されている部分がないわけではない。

10) D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^eéd., 2019, n°642.

11) Gouzel, *op.cit.*, n°617.

また、フランスの質権には占有非移転型動産質権が含まれており、わが国のそれとは大きく異なる面があることから、フランス法の分析から示唆を得るのは困難であるとも考えられる。

しかし、わが国において質権総則を如何なる内容のものとするのかを検討するに際しては、フランスにおける整理の仕方にそのまま従う必然性はないのであって、わが国において少なくとも法形式上は一体のものとして把握されているものを一体として扱うことは許されるのではないかと考えられる。

このほか本稿では、フランス法と並んでわが国の旧民法典も題材とするが、これはフランス民法典と同様に旧民法典がパンデクテン方式を採用していないことによるばかりでなく、現行法の制定にあたり旧民法典が大きな影響を持ったことが否定できないことにもよる。100年余り前にわが国においてパンデクテン方式の民法典を形成した際にいかなる経験がなされたのか旧民法典の規定を検討することを通じて明らかにしようというのである。

以下、第1章では2021年改正フランス民法典、第2章ではわが国の明治23年旧民法典、それぞれの質権に関する規定を分析することを通じて、質権の通則を導き出すこととする。

第1章 2021年改正フランス担保法における質権の通則

第1節 編成・定義

(1) フランス民法典に見られる質権の通則を抽出するには、フランス民法典がいかなる種類の質権を規定しているのかを明らかにする必要がある。そこでまず、質権に関する項目立てを引用する。2021年改正担保法のうち、質権に関する部分は以下のように構成されている。

第4編 担保

第2章 物的担保

第1小章 一般規定 (2323 ~ 2326条)

第2小章 動産担保

第2節 有体動産質（gage）(2333～2350条)¹²⁾

第3節 無体動産質（nantissement）(2355～2366条)

第4節 担保のために留保又は譲渡された所有権（2367～2374-6条）

第3小章 不動産担保

第2節 不動産質（gage）(2379～2384条)

フランス民法典では、担保目的が動産であるか不動産であるかによって区分がなされ、動産担保のうちに有体動産質と無体動産質¹³⁾が、不動産担保のうちに不動産質が含まれている。質権は有体動産質、無体動産質、不動産質の3種に区分されているのである。そして、2355条5項が「他の無体動産を目的とする質権は、特別の規定がないときは、第2286条第4号を除いて、有体動産質について定める規定に服する。」と定めることによって、債権質を除く無体動産質を有体動産質に関する規定に服せしめており、他方では同条4項が「債権を目的とする合意による質権は、特別の規定がないときは、本節によって規律される。」と規定することから、フランス民法典は実質的には有体動産質・債権質・不動産質の3種の質権に関する規定を有するものと言える。

そこで、これら3種の質権に共通する特質を抽出することが課題となる。

(2) 質権は物的担保の一種であるが、2323条は物的担保を次のように定義する。

2323条「物的担保は、現在若しくは将来の財産又は財産の集合の、債権者への優先的又は排他的な弁済への引き当てである。」¹⁴⁾

報告書は、本条を、優先的担保（先取特権、質権（gage）……）と排他的担保（担保所有権）とを区別することで、物的担保に新たな定義を与えたもの、と説明する。ここでは質権は優先的担保として位置づけられている。これは伝

12) 2351条以下の自動車質に関する特則等が廃止されている。

13) 債権・権利は無体動産とされる点で、物を有体物に限定する（85条）わが国と異なる。

統的な担保の考え方によるものであり、後順位の質権設定が可能であることを意味する。

そして質権の定義については、有体動産質に関する2333条、無体動産質に関する2355条1項、不動産質に関する2379条の3か条が定めを置く。

2333条「①質（gage）は、設定者が債権者に、動産又は現在若しくは将来の有体動産の集合について、他の債権者に優先して弁済を受ける権利を付与する合意である。

②被担保債権は、現在のものまたは将来のものであることができる。将来のものである場合には、被担保債権は、特定可能なものでなければならない。」

2355条「①質（nantissement）は、無体動産又は現在若しくは将来の無体動産の集合の、債務の担保としての引き当てである。」

2379条「不動産質は、不動産の、その構成物についての占有奪取を伴う、債務の担保としての引き当てである。」¹⁵⁾

有体動産質については優先弁済効が、無体動産質と不動産質については担保としての引き当てであることが定められている。一見すると異なることを定めているようではあるが、優先弁済効が認められているのは担保としての引き当てであることによるのだから、この点は共通している。不動産質についてのみ、占有奪取を伴うことが明記されている¹⁶⁾。

14) 2021年改正担保法の動産担保部分ならびに報告書の翻訳は、片山直也＝齋藤由起訳「2021年フランス担保法改正オールドナンスによる民法典の改正」法学研究95巻11号（令和4年）65頁以下によった。

また、不動産質・抵当権の規定の翻訳にあたっては、2006年オールドナンスの翻訳である平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号（平成19年）163頁以下を参照した。

15) 旧2387条は「不動産質権は、債務の担保としての不動産の充当である。不動産質権はそれを設定した者の占有喪失を伴う。」と定めており、若干の文言の変化はあるが、内容に変化はない。

(3) さらに、2324条によれば物的担保はその発生原因により、法定の物的担保・裁判上の物的担保・約定の物的担保に分けられる。

有体動産質については2333条1項が「合意である」と規定するから、約定の物的担保に位置づけられる。これに対して無体動産質については2355条2項¹⁷⁾が約定の物的担保と裁判上の物的担保を定める。不動産質についてはその発生原因について特段の定めはないが2380条が準用しているのが約定抵当権に関する規定であることから、約定の物的担保であるものと言える。

このように発生原因については、約定によるとする点で有体動産質と不動産質は共通であるが、無体動産質のみさらに裁判上のものが認められている。

第2節 設定段階

(1) 他人物質権の効力については、有体動産質につき2335条が、不動産質につき2380条の準用する2410条が定める。

2335条「他人の物の質権は、物が設定者に帰属しないことを知らなかった債権者の請求によって取り消すことができる。」

2380条「2390条、2409条から2413条、2415条、2450条から2453条に定められた抵当権に関する規定は、不動産質権に適用される。」

16) J. -D. Pellier, Retour sur le gage immobilier à la lumière de la nouvelle réforme du droit des sûretés, JCP E 2021, 712, n°2によれば、旧2387条では占有移転は担保の効果にすぎなかったものが、新法では契約の効力要件となったのでありもはや契約の単なる効果ではない、という意味で、不動産質の性質に重大な影響を与える。この担保は要物契約に再統合されるのである、とされる。不動産質の要物性が不確実である点は2006年以来学説において議論されてきた (M. Cabrillac=C. Mouly=S. Cabrillac=P. Pétel, Droit des sûretés, 10^eéd., 2015, n°964)。しかし、不動産質の定義の修正がこの議論を解決するものであるかは疑わしい。グエゼルは、報告書が準用条文と形式的な修正を除いて変化なしとしていることも、このように解する根拠とする。新規定は抵当権との違いを際立たせる意図のものであったというべきである。占有移転が不動産質の定義に含まれたとしても、それは必ずしも効力要件であることを意味するものではない。単に占有移転のない不動産質は存在しないことを強調するものにすぎないともいえるのである (Gouézel, op.cit., n°618)。

17) 2355条「②質権は合意による〔質権〕又は裁判上の〔質権〕である。」

2410条「合意による抵当権は目的となる不動産を処分する権限を有する者のみが設定することができる。」

無体動産質については規定がない。また、他人の不動産に質権を設定した場合の不動産質の効果については規定がない¹⁸⁾。

これに対し他人の所有する有体動産に質権を設定した場合、他人物であることについて善意の質権者のみを取り消すことができるという。この点は、2021年改正前の2335条が他人物質権を無効としていたものを変更している¹⁹⁾。なお、善意の質権者が占有移転を受けている場合には、即時取得に関する2276条を援用して、留保所有権者を含めた真の所有者によるあらゆる返還請求に対抗可能である。

(2) 質権の成立要件については、以下の各規定が定める。

2336条「質権は、被担保負債の表示、質権が設定される財産の数量及びその種類又は性質を含む²⁰⁾書面を作成することによって成立する。」

2356条「①債権質は、書面によって締結しなければならず、これに反する場合は無効である。

②被担保債権及び質権の設定された債権は、証書に示さなければならない。

③被担保債権及び質権の設定された債権が将来の債権である場合、証書はそれらを特定することを可能にするか、又は、債務者が誰であるか、弁済の場所、債権の額又は評価額、及び弁済期があるときは弁済期等

18) なお、他人物上に設定された抵当権については、古い判例（Cass. civ. 24 mai 1892, D. 1892. 1. 327.）がこれを絶対的無効とする。

19) 2006年法の下では他人の有体動産への質権設定が相対的無効であるのか絶対的無効であるのかが不明確であり、特に絶対的無効と解すると質権の即時取得が認められないといった問題があったことについては Gouëzel, op.cit., n°427.

20) わが国における集合動産譲渡担保での特定性に関して、「構成部分の変動する集合動産であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどの方法によって目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的とすることができる」(最判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁)とされるのと類似している。

の、特定を可能にする要素²¹⁾を含まなければならない。」

2409条「①約定抵当権は、公正証書によってのみ合意することができる。」

2415条「①抵当権は、1つ若しくは複数の現在又は将来の債権の担保として合意することができる。債権が将来のものである場合には、債権は、特定可能でなければならない。」

②その原因は、行為の中で特定される。」

書面の作成が成立要件である点、ならびに、被担保債権が書面で確認されなければならない点はいずれについても共通である。また、質権の目的の特定性が書面で確認されなければならない点は有体動産質と無体動産質に共通であるが、不動産質については明確な規定がない。抵当権については2414条2項が「2421条におけるのと同様に、これらの不動産のそれぞれについて性質及び所在を特定して示すのでなければ、公正証書は無効である。」と定め特定性を公正証書で確認すべきものとしているにも拘らず、2380条は不動産質に2414条2項を準用していない。

(3) 第三者対抗要件については、有体動産質について2337条が、無体動産質について2361条がそれぞれ定める²²⁾。不動産質の対抗要件については民法典には規定がないが、1955年1月4日のデクレ28条1号aにより、不動産所在地の登記所での公示が対抗要件とされる。

2337条「①質権は、それについてなされた公示により²³⁾第三者に対抗する

21) わが国における集合債権譲渡担保手の特定性に関しては、「本件予約において譲渡の目的となるべき債権は、債権者及び債務者が特定され、発生原因が特定の商品についての売買取引とされていることによって、他の債権から識別ができる程度に特定されているといえることができる」(最判平成12年4月21日民集54巻4号1562頁)とされる。

22) 債権質の債務者対抗要件については2362条が定める。

2362条「①質権の設定された債権を債務者に対抗するためには、債権質が債務者に通知されるか、又は債務者が行為に関与していなければならない。」

②それがない場合には、設定者のみが債権の弁済を有効に受領する。」

23) 公示方法は、2338条1項で特別の登記簿への登記、同条2項で自動車質については自動車登録システムに基づく登記簿への登記とされる。

ことができる。

②質権はまた、質権の目的である財産又はそれを表象する船荷証券などの証券の、債権者又は合意された第三者への占有移転によっても第三者に対抗することができる。

③質権が適式に公示された場合、設定者の特定承継人は第2276条を援用することはできない。」

2361条「現在又は将来の債権の質権は、行為の日付において、当事者間で効力が生じ、第三者に対抗することができる。争いがある場合には、日付の証明は質権債権者が負担する。質権債権者はあらゆる方法によってそれを証明することができる。」

有体動産質については登記または占有移転²⁴⁾が、不動産については登記が第三者対抗要件である。無体動産質については、通貨金融法典L.313-27条や、債権譲渡に関する2016年改正1323条と同様に、行為の日付において第三者に対抗可能とされる。日付の証明責任の所在や方法については1323条と同様の仕組みによっている²⁵⁾。

有体動産質については占有移転も第三者対抗要件となり、債権については行為の順によるなど、一元的な第三者対抗要件は存在していない。また、第三者対抗要件については債権質と債権譲渡とで同一内容に平準化がなされている。

(4) 複数の質権が設定された場合²⁶⁾の順位については、有体動産質につき2340条が、無体動産質につき2361-1条が定めを置く。不動産質については規定がないが、2450条2項が配当順序は2418条から2420条によるものとし、

24) 報告書は、証券の引渡しによる質権設定の可能性を復活させた点が2337条の変更点であるとす。

なお、わが国の平成29年民法改正において363条が廃止されたことについて、この改正後も344条・362条がある以上、363条がないことは指名債権質入の要物契約性の復元を意味しかねないとの懸念を示すものとして、柴崎暁「金銭質」の法典化と客体としての預金通貨」比較法学（早稲田大学）56巻3号（令和5年）106頁補遺1。

25) 日付が遡及させられるリスクについて債権譲渡では1377条が対処しているが、2361条と1377条との関係については議論がある（Gouëzel, op.cit., nos495 et 496.）。

2418条1項が登記の先後によるものとする。

2340条「①同一の財産が順次に占有移転を伴わない複数の質権の目的となったときは、債権者の順位はその登記の順序によって規律される。

②占有移転を伴わない質権を設定された財産が、後に占有移転を伴う質権の目的となった場合、先行する質権債権者の優先権は、それが適式に公示されているときは、後行する質権債権者の留置権にかかわらず、この者に対抗することができる。」

2361-1条「同一の債権が順次の質権の目的となるときは、債権者の順位は、行為の順によって規律される。日付において先んじた債権者は、弁済を受けた債権者に対して償還請求権を有する。」

2340条は占有非移転型の有体動産質権の順位につき登記の順によるものとし、占有非移転型質権の後に占有移転型質権が設定された場合は、公示の日付と占有移転の日付を比べるものとする。占有移転型質権同士の順位や占有移転型質権の後に占有非移転型質権が設定された場合の順位についての規定はない。

2361-1条は、無体動産質権の順位は行為の日付によって決せられるものとするが、これは債権譲渡についての1325条による処理と同一である。同条第2文は第三者対抗要件を先に具備した者は、現実には弁済を受けた者に対して償還請求権を有するものと規定する²⁷⁾

複数の質権設定可能性を認める点、順位が対抗要件具備の順によることは共通である。しかし、後者の点は対抗要件の当然の性質と言うべきものだろう。

26) 目的を同じくする複数の質権を設定できることは、2323条が質権を優先的担保に位置づけていることから説明される。しかし債権を複数の質権の目的となしうるかは疑義のある所でもあることから、報告書は2361-1条が同一債権への複数の質権設定の可能性を認めた点を強調する。Gouëzel, *op.cit.*, n°497も同様。

27) 2362条1項により、債権質の債務者対抗要件が、債務者に対する通知又は債務者による行為への関与とされており、第三者対抗要件具備の先後と債務者対抗要件具備の先後が異なり得ることから、こうした規律を要する。

第3節 内容

(1) 質権の不可分性については、有体動産質について2339条、不動産質について2383条が定めを置く。

2339条「設定者は、被担保債権の元本、利息及び費用を全部支払った後でなければ、質権の設定された財産の登記の抹消又は返還を請求することはできない。」

2383条「債権者は、その債務を完済するまでは、不動産の返還を請求することはできない。」

いずれも同様の内容の規定である。無体動産質については規定がない。

(2) 果実收取権に関連する規定としては、有体動産質に関する2345条、無体動産質に関する2359条、不動産質に関する2381条・2382条を挙げることができる。

2345条「反対の合意があるときを除き、質権の設定された財産の所持者が被担保負債の債権者である場合、その者は、この財産の果実を收取し、債務の利息又は、利息がない時には元本に充当することができる。」

2359条「質権は、当事者が別段の合意をしているときを除き、債権の従たるものに及ぶ。」

2381条「①債権者は、担保として充当された不動産の果実を收取するが、利息が支払われるべき場合には、利息に充当し、補充的に債務の元本に充当しなければならない。」

2382条「債権者は、占有を喪失することなく、第三者又は債務者自身に対して、不動産を賃貸に供することができる。」

直接に果実收取権について定めるのは2345条と2381条であり、いずれの規定も、質権者が果実を收取できること、收取した果実は利息・元本の順に充当すべきことを定める。後の2か条は、直接に果実收取権を質権者に認める規定ではないが、2359条は無体動産質権が債権の従たるものに及ぶことを定め²⁸⁾、2382条は、質権者は賃貸することによって果実を收取することができるものと規定する²⁹⁾。

以上のように、果実收取権が質権者に帰属することは共通しているものと言える。

(3) 支出した費用の償還については、有体動産質について2343条が次のように定める。

2343条「設定者は、債権者又は合意された第三者が質物の保存のために支出した有益費又は必要費をそれらの者に償還しなければならない。」

そして不動産質に関しては、2381条2項が、不動産質権者は質権の目的不動産の保存・維持義務を負うが、收取した果実をもってそれに要する費用に充てることができるとする。

2381条「②債権者は、失権の制裁のもとに不動産の保存及び維持に必要なことをしなければならないが、收取した果実を、債務に充当する前に、それに用いることができる。債権者は何時でも目的物をその所有者に返還して、この義務を免れることができる。」

無体動産質に関しては、質権の目的の保存ということが想定しがたいためか特段の規定はない。

(4) 質権者の有する留置権に関しては、2286条1項と2363条が規定を置く。

2286条「①〔以下の者は〕留置権を主張することができる。

- 1 その債権の支払いまで物の交付を受けた者
- 2 〔略〕
- 3 〔略〕
- 4 占有移転を伴わない質権（gage）を有する者」

2363条「①通知の後には、質権債権者は、質に供された債権について留置権を享受し、質権債権者のみが、元本及び利息について、弁済を受ける

28) 2363条1項もまた、質権者のみが質権の目的たる債権の元本及び利息を收取できるものと規定する。

29) 本項との関係では触れられないが、2006年に制定された同条の主たる意義は、それ以前から判例（Cass. civ3, 18 déc. 2002, B. III .n°261.）で認められていた債務者に対する質貸（antichrèse-bail）を法文で認めた点にある。

権利を有する。

②質権債権者も、設定者も、他方に正式に知らせた上で、その履行を請求することができる。」

有体動産質・不動産質については2286条1項1号・4号によって留置権が付与される。また、債務者対抗要件を具備した債権質についても2363条で留置権が認められる。

他方、債権質を除く無体動産質については留置権が認められないことは前述の2355条5項によって定められている³⁰⁾。

以上のように、債権質を除く無体動産質については留置権が認められず、他の質権については共通して留置権が認められている。したがって、留置権は質権に共通する特質ではないものと言える。

第4節 実行段階

(1) 質権実行方法として、質物の売却ができることは、有体動産質に関する2346条1項と不動産質に関する2450条（2380条が準用）に規定されている。

2346条「①被担保負債の弁済がなされない場合、債権者は、質権が設定された財産の売却を行うことができる。この売却は、民事執行手続法典の規定する方式に従って行われ、質権設定合意はそれを排斥することはできない。」

2450条「①支払がなされなかった抵当債権者は、民事執行手続に関する法律に定められた方式に従って抵当権が付された財産の売却を実行することを抵当権の合意によって排除することはできない。」

(2) 裁判上の帰属を定めるのが有体動産質に関する2347条、債権質に関する

30) これは営業財産質に関する Cass. com., 26 nov. 2013, n°12-27.390を受けたものである。

Gouëzel, op.cit., n°481は、担保の実効性を強化するという改正の目的に沿うものなのか、また、口座の質入れにおいて留置権が認められ、債権質の場合に2364条で留置権が認められていることと一貫しないのではないかといった疑問を呈しつつも、Gouëzel, op.cit., n°482において正当化は可能であるとする。

2365条、不動産質に関する2451条（2380条が準用）である。

2347条「①債権者はまた、弁済として自らに財産を帰属させるように、裁判所に命じさせることができる。

②財産の価値が被担保負債の額を超える場合、差額に相当する額は、設定者に支払われるか、又は、他に質権債権者がいる場合には、供託される。」

2365条「①債務者が履行しない場合、質権債権者は、質権の設定を受けた債権及びこれに結びついたすべての権利を、裁判官によって、又は合意の定める条件に従って、自己に帰属させることができる。

②債権者はまた、質権の設定された債権の履行期を待つことができる。」

2451条「抵当権者は、その不動産が債務者の主たる住居でない限り、弁済として自らに不動産を帰属させるように、裁判所に求めることができる。」

(3) 流質は、有体動産質について2348条が、不動産質について2452条（2380条が準用）が定める。

2348条「①質権設定時又はその後に、被担保債務の履行がなされない場合には、債権者が、質権の設定された財産の所有者となることを合意することができる。

②通貨金融法典の意味における多方向取引市場での公定評価額がない場合には、財産の価値は、移転の日に、協議又は裁判上指名された鑑定人によって決定される。すべての反対の条項は書かれていないものとみなす。

③この価値が被担保負債の額を超える場合、差額に相当する額は、設定者に支払われるか、又は、他に質権債権者がいる場合には、供託される。」

2452条「抵当権の合意において、債権者が抵当不動産の所有者となる旨を約することができる。ただし、この合意は、債務者の主たる住居である不動産については効力を有しない。」

(4) 前述した2363条1項と2364条は、債権質について弁済受領の方法による実行を定める。

2363条〔略〕

2364条「①質権の設定された債権の名目で弁済された金額は、被担保債権の期限が到来しているときは、これに充当される。

②反対の場合に、質権債権者は、被担保債務が履行されるときにこの金額を返還することを条件として、この金額を受領する権限を付与された金融機関にそのために開設された特別の口座において、担保としてこの金額を保管する。被担保債権の債務者が不履行に陥り、付遅滞が奏功しないまま8日間が経過した場合において、債権者は、支払われていない金額の限度で、資金をその債権の返済に充当する。」

(5) 複数の実行方法に関連する規定として、債権質の清算に関する2366条、不動産質の鑑定に関する2453条がある。

2366条「質権債権者に被担保負債を超える金額が支払われた場合には、質権債権者は差額を設定者に支払わなければならない。」

2453条「①前2条で定められた場合には、不動産は、合意又は裁判所によって選任された鑑定人によって評価されなければならない。

②その価値が被担保負債の額を超える場合には、債権者は、差額に相当する額を債務者に支払わなければならない。他の抵当権者が存する場合には、債権者はその額を供託する。」

(6) 以上の実行方法に関する規律を整理すると以下の知見が得られる。

裁判上の帰属は、すべての類型において認められている。

また、流質が認められることについては、有体動産質と不動産質とで共通している。ただし、有体動産質については質権設定後に流質の合意をすることが明文で認められているが、不動産については定めがないという違いがある。そして債権質においては弁済受領の方法による実行が認められているが、これは質の目的たる債権を質権者に帰属させるのと実質的には変わるところがなく、ただ、債権の場合には弁済期があることから特殊な取り扱いを要するにすぎな

いと考えることができる。したがって、すべての類型について流質が認められているものとしてよい。

裁判上の帰属や流質、債権質における弁済受領に際して清算が義務付けられていることも共通している。

質権の目的を売却する方法による質権の実行は、有体動産質と不動産質においてのみ認められている。債権質においてはこの方法による実行に意味がないことが理由と考えられる。

以上より、実行の方法については3種類の質権の類型において概ね共通しているということが出来る。ただし、債権質においては目的債権の売却による質権の実行自体が認められていないし、有体動産質や不動産においては民事執行手続法典に定める方法によることは共通しているものの具体的な競売の方法は異なる。また、質権設定後の流質合意の可否についても全く同じというわけではない。

小括

フランス民法典においては、有体動産質・債権質・不動産質の3種の質権に関して規定が置かれている。

それぞれの共通点としては、担保としての引き当てであるとの性質、約定による設定が可能であることをまず挙げることができる。

設定段階に関しては、書面の作成が成立要件であること、被担保債権が書面で確認されなければならないことが共通する。

内容に関しては、不可分性が認められること、質権者に果実收取権が認められていることが共通する。

実行方法に関しては、裁判上の帰属を請求できる点が共通しており、流質も債権質については明文規定がないものの弁済受領が認められていることから共通して認められる性質と見てよいだろう。

主な相違点としては、裁判上の無体動産質が認められていること、第三者對抗要件が統一されていないこと、債権質を除く無体動産質権には留置権が認め

られないこと、質物の売却規定が債権質に見られないことを挙げることができる。

第2章 わが国の旧民法における質権の通則

第1節 編成・定義

(1) 明治23年に制定された旧民法債権担保編の質権に関する規定は、次のように編成されていた。

第2部 物上担保

第2章 動産質

第1節 動産質契約ノ性質及ヒ成立

第2節 動産質契約ノ効力

第3章 不動産質

第1節 不動産質ノ目的、性質及ヒ組成

第2節 不動産質ノ効力

現行の民法典と異なり権利質の規定がないが、旧民法典において債権は動産に含まれていたため、質権は動産質と不動産質とに区分されていた。

編成面で注目されるのは、各節において動産の場合は「動産質契約」とされているのに対し不動産の場合は「不動産質」とされている点であるが、後述のように、不動産質が遺言によっても設定できるとされている（119条2項）ことによる³¹⁾。

(2) 動産質・不動産質の定義はいかなるものであるのか。それぞれの冒頭規定を掲げる。

97条「動産質ハ債務者カー箇又ハ数箇ノ動産ヲ特ニ其義務ノ担保ニ充ツル契約ナリ」

116条「①不動産質契約ハ不動産質債権者ニ他ノ総債権者ヨリ先ニ其ノ不動産ノ果実及ヒ入額ヲ收取スル権利ヲ付与ス」

97条が動産質の定義規定であることは明確であるが、116条1項は、不動産質契約の効果規定である。しかし同項に関しては、「不動産質契約トハ債務者ヨリ一箇又ハ数箇ノ不動産ヲ特ニ其義務ノ担保ニ充ツル合意ヲイフ」³²⁾、あるいは、「不動産質モ動産質ト同シク特ニ或ル義務ノ担保ニ充ツル一个ノ契約ニシテ」³³⁾との説明がなされており、97条と同内容のものとして定義されていることが明らかとなる。

このように、質権とは物を債務の担保に供するもの、すなわち担保物権の一種として定義されるが、以下ではより詳細に個々の条文に即して動産質と不動産質の規定を、ここでも設定段階・内容・実行段階に分けながら特に共通部分に着目して比較していくこととする。ただ、その前に1点だけ指摘しておく。

それは、「我法典ノ不動産質ナルモノハ唯其目的物ヲ異ニスルノミニシテ債権者ノ権利ニ至リテハ動産質ト同一ノ権利ヲ有スルモノト云フヲ得ヘキナリ」³⁴⁾との評価がなされていることである。

この評価は、母法であるフランス法の当時の規定において、動産質は目的物

31) 動産質がもつばら契約によって設定されるのに対し不動産質が契約のほか遺言によっても設定できることは、97条と116条1項の書きぶりにも反映されている。後掲のように、97条が「動産質ハ……契約ナリ」とするのに対して116条1項は「不動産質契約は……権利ヲ付与ス」としている。このように、動産質の場合はその定義のうちに契約であることが含まれている。これに対して不動産質の場合は、不動産質契約の効果を決めるのみで不動産質を定義づけることを回避することによって契約以外の設定原因をも包含できるようにしている。なお、「不動産質契約」という表現が用いられるのは、116条1項のみである。

32) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 第1巻』(新法注釈会・刊行年不明) 574頁。

33) 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) 643頁。

34) 井上・前掲645頁。不可分性に関する井上・前掲671頁においても「動産質ト不動産質トハ唯其目的物ヲ異ニスルモ其性質ニ於テハ大ニ異ナルコトナシ」との評価が見られる。これに対し関志武「質物の使用収益と利息の請求からみた不動産質の性質」角紀代恵ほか編『現代の担保法』(有斐閣・令和4年) 639頁以下は、質物の使用収益と利息の請求に着目して、旧民法の下では不動産質と動産質とは異なる性質にあったとするが、質権の通則の抽出を目的とする本稿ではこの点は立ち入らない。もっとも、規定の上では共通と見えても根底にある性質が異なるものである場合には単純に共通性を引き出すことはできない。この点で本稿の検討が不十分なものであることは否定できない。

の代価から債権の回収を図ることができたのに対して、不動産質は果実を利息・元本に充当することができるのみであるというように、動産質と不動産質の規定内容が大きく異なるのを受けてなされた評価である。わが国の不動産質の効力はフランスのそれとは大きく異なるものであり、慣習を考慮した規定であるとの説明もなされている³⁵⁾。こうした点を割り引いて考えなければならないが、動産質と不動産質とは目的物を除いては大きく異なるものではない、共通点が多いとの認識が示されていた点は押さえておく必要がある。

(3) 質権の設定方法について、動産質は97条の定義に「契約ナリ」とあることから、契約によって設定されることとなる。これに対して不動産質においては、119条1項が「合意上ノモノ」すなわち契約を規定し、同条2項が遺贈の担保の場合と第三者の債務の担保の場合に限ってではあるが、遺言による設定を定める³⁶⁾。

このように設定方法に関しては遺言による設定を認めるか否かで動産質と不動産質とに差異が存する³⁷⁾。不動産質を遺言で設定できるのは、遺言による抵当権設定が認められる場合と同じであり、この点では不動産質権は抵当権との共通性を有している³⁸⁾。

第2節 設定段階

(1) 誰が質権の設定者となるかについて、債務者自身だけでなく第三者も質

35) 宮城・前掲575-580頁、井上・前掲644頁。

36) 119条「②又不動産質ハ第二百十二条ニ従ヒ遺言上ノ抵当ノ許サルル場合ニ於テハ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得」

37) もっとも、井上・前掲545頁は、動産質について遺言がなされた場合に全く効力がないというものではないとして、「其相続人ヲシテ債権者ト新ニ動産質ノ契約ヲ為スノ義務ヲ負ハシムルノ効力ヲ生セシムルモノナリ」という。ただし、この見解によったとしても遺言の効力発生と同時に動産質権が成立するというものではなく相続人が契約をすることによって動産質が成立するのであるから、遺言によって動産質が成立したとは言えないものとする。

38) 宮城・589頁も、「読者ノ知ル如ク動産質ハ遺言ニテ設定セサル、¹無シ而シテ独リ不動産ノミニ之ヲ認メタルハ抵当ト権衡ヲ得セシメント欲シタルニ過キス」とする。

権の設定者たりうることは、動産質について98条1項が、不動産質について117条第1文が定めるところである。そして物上保証人が債務者に対す求償権を有することは、動産質について98条2項が定める。不動産質については、117条第2文が債務者と設定者の間に98条の効力を生ずるものと規定していることから、動産質の場合と同様に求償権が認められる。

98条「①動産質契約ハ債務者ノ委任ヲ受ケ又ハ好意ニテ債務者ノ為メ担保ヲ供スル第三者ト債権者トノ間ニモ亦之ヲ為スコトヲ得

②孰レノ場合ニ於テモ動産質ヲ供シタル第三者ハ第三十条及ヒ第三十一条³⁹⁾ニ従ヒ保証人ノ如ク債務者ニ対シテ求償権ヲ有ス」

117条「不動産質ハ債務者ノ為メ第三者之ヲ設定スルコトヲ得其不動産質ハ債務者ト設定者トノ間ニ於テハ動産質ノ為メ第九十八条ニ定メタル効力ヲ生ス」

以上のように、第三者も質権を設定できる（物上保証人）点、物上保証人には債務者に対する求償権が認められること及びその内容は、動産質と不動産質とで共通している。

(2) それでは、質権を設定するためにいかなる能力・資格が要求されるのか。動産質については99条、不動産質については118条がそれぞれ規定を置く。

99条「①動産質ハ其物ヲ処分スル能力ヲ有スル者ニ非サレハ有効ニ之ヲ供スルコトヲ得ス

②合意上、法律上及ヒ裁判上ノ管理人ニ付テモ亦同シ此等ノ者ハ其権限ヲ踰エサルコトヲ要ス

③若シ債務ニ関係ナキ第三者ヨリ動産質ヲ供シタルトキハ其第三者ハ第十二条ニ記載シタル如ク無償ニテ物ヲ処分スル能力ヲ有スルコトヲ要ス」

118条「①〔略〕(不動産質の目的たり得る財産に関する規定)

39) 30条は、保証人の債務者に対する求償権の規定、31条は連帯債務・不可分債務を負う数名の債務者が保証を委託した場合にこれらの債務者が保証人に対して倦怠して求償すべきことを定める規定である。

- ②此他設定者ハ質ト為ス財産ノ収益権ヲ自ラ有スルコトヲ要ス其質ハ如何ナル場合ニ於テモ其収益権ノ継続期間ヲ超過スルコトヲ得ス
- ③不動産質設定ノ為メニ要スル能力ハ第二百九条及ヒ第二百十条ニ定メタル抵当設定ノ能力ト同一ナリ」

質の目的について権限を有することを要求する点は同一である。設定者の能力については、12条⁴⁰⁾と209条・210条⁴¹⁾にそれぞれ依拠している。

以上、動産質については物上保証を保証に引き付けて考える点が前面に出ている。不動産質については抵当権の規定によっていることから、動産質よりも抵当に近いものとして把握していることをうかがわせる。無償で義務を負担する能力が要求される点は共通している。

(3) 期限については、動産質には規定がない。これに対して不動産質に関しては116条3項・4項が次のように定める。

- 116条「③此期限ハ三十个年ヲ超過スルコトヲ得ス之ヲ超ユルトキハ当然三十个年ニ減縮ス
- ④此期限ハ縦令之ヲ延フルモ前後通算シテ三十个年ヲ超過スルコトヲ得ス」

このように不動産質についてのみ期限が定められている理由は次のように説

40) 12条「①有効ニ保証人ト為ルニハ一般ナルト債務者ニ対スルコトヲ問ハス無償ニテ義務ヲ負担スル能力ヲ有スルコトヲ要ス

②然レトモ主タル契約カ有償ナルトキハ保証人ノ債務者ニ対スル無能力ハ債権者カ之ヲ知りタルトキニ非サレハ保証人ヨリ債権者ニ其無能力ヲ以テ對抗スルコトヲ得ス」

41) 209条「①抵当ハ抵当ニ充テント欲スル物ノ所有権又ハ収益権ヲ有シ且有償又ハ無償ニテ其物ヲ処分スル能力ヲ有スル者ニ非サレハ之ヲ承諾スルコトヲ得ス但第三者ノ抵当設定ニ関スル第二百十一条ノ規定ヲ妨ケス

②若シ有期ノ物権ヲ抵当ト為シタルトキハ其抵当ハ此権利ノ時期外ニ効力ヲ生スルコトヲ得ス然レトモ抵当ト為リタル権利カ此時期ノ満了前或ル出来事ニ因リ物ノ価額ヲ代表スル償金ニ移リタルトキハ債権者此償金ニ付キ其権利ヲ行フ」

210条「未成年者、禁治産者及ヒ失踪者ノ財産ハ法律ニ定メタル原因及ヒ方式ニ依ルニ非サレハ其代人ニ於テ之ヲ抵当ト為スコトヲ得ス」

明される⁴²⁾。動産質は永久の期限に定めても弊害がないが、永久の不動産質を認めるとその物の融通を妨げるのみならず債権者は占有をしていても自己の所有ではないことから永久にこれを有益ならしめるような改良を行うことがなくあるいは濫用することがある、というのである。

(4) 動産質・不動産質それぞれの当事者間での成立要件は100条1項・101条と119条とに定められている。

100条「①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」

101条「法律ニ従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整ヲ要セス此場合ニ於テハ債権ノ額及ヒ質物ノ相違ナキコト其性質、価額ヲ或ハ併合シ或ハ各別ニ人証ヲ以テ証スルコトヲ得」

119条「①不動産質カ合意上ノモノナルトキハ其質ハ公正証書又ハ私署証書ヲ以テスルニ非サレハ当事者ノ間ニ之ヲ設定スルコトヲ得ス」⁴³⁾

証書が成立要件であることは、100条1項と119条とで共通している⁴⁴⁾。100条は「証書」とのみ規定し、119条は「公正証書又ハ私署証書」と規定するが、内容に差異があるわけではない。証書の記載事項は、動産質について100条2項・3項が、不動産質について120条が定める⁴⁵⁾が、質権の目的を詳細に規定し特定可能にするという趣旨である点も共通している⁴⁶⁾。

1点だけ異なるのは、動産質の場合は証書の作成によらず人証で足りるとさ

42) 井上・前掲645-646頁。さらに同書646頁は、債務者自身が保有・使用する抵当権とは異なる扱いをしているのも正当であるという。

43) 具体的な記載事項については120条に定めがある。

44) 特に井上・前掲659頁は、119条を100条と同じと明言する。

45) 100条「②右質物ハ之ヲ他物ニ易フルコトヲ得サル様詳細ニ記載シ且要用アルトキハ之ヲ評価スルコトヲ要ス

③若シ質物カ定量物ナルトキハ其種類、数量、尺度ヲ以テ之ヲ指定スルコトヲ要ス」

120条「①不動産質ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニハ其不動産ノ精確ナル指示ノ外元利ノ債権額ヲ指示スルコトヲ要ス

②右ノ指示カ不十分ナル場合ニ於テハ既ニ為シタル登記ニ補足ノ合意ヲ附記ス然レトモ此附記ハ其日附後ニ非サレハ効力ヲ生セス」

れる場合が認められる点である。

(5) 動産質・不動産質の第三者対抗要件を定めるのが、以下の各規定である。

102条「①動産質ハ質取債権者カ有体ナル質物ヲ現実ニ且継続シテ占有スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニモ他ノ債権者ニモ対抗スルコトヲ得ス

②然レトモ質物ハ当事者双方カ選定シ又ハ債権者カ自己ノ責任ヲ以テ選定シタル第三者ノ手ニ之ヲ寄託スルコトヲ得

③此規定ハ債権ノ無記名証券ニモ之ヲ適用ス」

119条「③不動産質ハ之ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニ依リ財産編第三百四十八条⁴⁷⁾ニ従ヒテ登記シタル後ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

④〔略〕(登記の順位保全効につき抵当権と同様とする)〕

122条「質取債権者ハ右ノ外動産質ニ関シ第二百二条ニ記載シタル如ク其債権ヲ担保スル不動産ヲ現実ニ占有スルコトヲ要ス」

動産質の第三者対抗要件は、質物の現実かつ継続的な占有である（102条1項）。この点は質権の目的が有体動産である場合のみならず無記名証券である場合も同様であり（102条3項）、記名証券である場合も証券の占有が第三者対抗要件とされる（103条1項⁴⁸⁾）。ただし、記名証券の場合は、証券の占有のほか、債権譲渡におけるのと同様の対抗要件を具備することも要求される（同条2項⁴⁹⁾⁵⁰⁾）。また、商証券または商品上の質権について商法で別段の定めをすることを妨げず（同条4項⁵¹⁾）、会社の記名の株券・債券を質入する場合に

46) 不動産質の設定に公正証書または私署証書を要求した理由としてであるが、宮城・589-590頁は、「不動産質ヲ合意上ヨリ設定スルニハ動産質ヲ設定スルト等シク最モ之ヲ確実ニセサル可カラズ」とする。

47) 財産編348条「左ニ掲クル諸件ハ財産所在地ノ区裁判所ニ備ヘタル登記簿ニ之ヲ登記ス不動産所有権其他ノ不動産物権ノ譲渡

右ノ権利ノ変更又ハ放棄

差押ヘタル不動産ノ競落

公用徴収ヲ宣言シタル判決又ハ行政上ノ命令」

48) 103条「①質物カ債権ノ記名証券ナルトキハ質取債権者ハ其証券ヲ占有スルコトヲ要ス」

は証券の交付のほかには会社への告知と帳簿への記入が要求される（104条⁵²⁾）。

不動産質の第三者対抗要件は登記（119条3項）ならびに不動産の現実の占有である（122条）。このように不動産については登記だけではなく不動産の現実の占有もまた要求される点が注目される。登記が不動産物権変動の第三者対抗要件である以上、このほかの対抗要件は不要ではないかと考えられるので

49) 103条「②此他記名債権ノ質ノ設定ニ付テハ債権ノ譲渡ヲ告知スル通常ノ方式ヲ以テ第三債務者ニ其設定ヲ告知シ又ハ其第三債務者カ任意ニテ之ニ参加スルコトヲ要ス」

対抗要件具備の方法については同条3項が財産編347条によるものと定める。

財産編347条「①記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

②債務者ハ譲渡ヲ受諾シタルトキハ譲渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ新債権者ニ対抗スルコトヲ得ス又譲渡ニ付テノ告知ノミニテハ債務者ヲシテ其告知後ニ生スル抗弁ノミヲ失ハシム

③右ノ行為ノ一ヲ為スマテハ債務者ノ弁済、免責ノ合意、譲渡人ノ債権者ヨリ為シタル払渡差押又ハ合式ニ告知シ若クハ受諾ヲ得タル新譲渡ハ総テ善意ニテ之ヲ為シタルモノトノ推定ヲ受ケ且之ヲ以テ懈怠ナル譲受人ニ対抗スルコトヲ得

④当事者ノ悪意ハ其自白ニ因ルニ非サレハ之ヲ証スルコトヲ得ス然レトモ譲渡人ト通謀シタル詐害アリトキハ其通謀ハ通常ノ証拠方法ヲ以テ之ヲ証スルコトヲ得

⑤裏書ヲ以テスル商証券ノ譲渡ニ特別ナル規則ハ商法ヲ以テ之ヲ規定ス」

50) 103条1項・2項は、文言のみではそれが動産質の成立要件を定めたものであるのか第三者対抗要件を定めたものであるのかがわかりにくい。成立要件を定めたものであるとすると、動産質一般の成立要件を定めた100条・101条に連続させるのでなく間に102条が挿入されていることの説明がつきにくい。他方、第三者対抗要件を定めたものとする、記名債権についても証券の占有を第三者対抗要件としていながら、102条3項が無記名債権についてのみ規定を置いた理由が説明しにくい。記名債権の場合は証券の占有と債権譲渡と同様の対抗要件の双方が対抗要件として要求されることから、1つの規定にまとめるために、敢えて102条3項を無記名債権についてのみ規定としたものと解すべきだろう。したがって、103条1項・2項は第三者対抗要件を定めたものと解する。

51) 103条「④右ハ総テ裏書ヲ以テ取引ス可キ商証券又ハ商品ノ質ニ関シ商法ニ記載シタルモノヲ妨ケス」

52) 104条「会社ノ記名ノ株券又ハ債券ヲ質ト為ストキハ証券ノ交付ノ外会社定款又ハ法律ニ於テ株券又ハ債券ノ譲渡ノ為メニ定メタル方式ヲ以テ之ヲ会社ニ告知シ其帳簿ニ之ヲ記入スルコトヲ要ス」

104条についても、103条1項・2項と同様に対抗要件と解する。

あり、現にそのように解する見解も存在した⁵³⁾。

なぜ122条は不動産の現実の占有を対抗要件として要求したのか。次のように説明される。「不動産質ハ果実収取ノ権利ヲ債権者ニ生セシムル者ナルヲ以テ其権利ヲ実行スルニハ質物ヲ現実ニ占有スルヲ以テ最モ便益ナリトス加之債権者ハ果実収取ニ付キ先取特権ヲ有スル者ナレハ質物ノ占有ハ以テ第三者ニ対シテ果実収取ノ特権アルヲ公示スルノ良方法タリ何トナレハ果実ノ生スルハ定期アルカ故ニ債権者カ現在自ラ之ヲ収取スルノ所為アルニアラサレハ第三者ハ固ヨリ登記ノミニテ其特権有ルヲ知了スルニ甚タ難カルヘケレハナリ依テ登記ハ不動産質債権者ハ質物ノ上ニ先取特権アルヲ公示スルカ為メニ之ヲ必要トシ占有ハ担保ヲ確實ニシ并ニ果実上ニ先取特権アルヲ公示スルカ為メニ必要ナルモノトス」⁵⁴⁾。

しかし、第三者に対する公示という点に関してはこの説明が説得的であるとは思えない。果実収取期でなかろうとも不動産物権変動は登記によって公示されることは明確に定められているところであり、不動産から生じる果実収取権を得ようとするのであれば、登記を確認すべきだとも考えられるからである。登記法が制定されたのが明治19年（施行は明治20年）であり旧民法制定当時と現在とでは登記制度の有する重要性に大きな違いがあったとも言えるが、制度の説明としては説得力を欠くものと言わざるを得ない。もっとも、不動産質権者が果実収取権を行使するには、質物を現実占有することが有用であることは否定できない。このことは、ここに挙げた標準的説明を批判する論者も認めるところである⁵⁵⁾。だからといって、この点のみをもってしては不動産の現実の占有を第三者対抗要件とするには不十分であることは否定できないのでは

53) 井上・前掲666-671頁。

54) 宮城・前掲595頁。井上・666頁もこれが標準的な説明であるとする。

55) 井上・前掲671頁は、質権設定後になお債務者が質の目的たる不動産占有を継続していると、債務者がすでに果実を収取しかつ無資力の場合に質権者が果実の収取を請求できなくなることを挙げ、不動産質権者自らが目的不動産を占有して果実を収取することの意義を認める。

ないか。

以上のように、有体動産質・権利質・不動産質のいずれについても第三者対抗要件の規定が置かれている。そして有体動産質・不動産質については現実の占有が第三者対抗要件とされる点は共通しており、権利質についても証券がある場合には証券の交付が第三者対抗要件とされることから同様であると言えるが、証券がない場合については債権譲渡と同様に通知・承諾が第三者対抗要件となる。不動産質については、このほかに登記が要求される。不動産質について現実の占有を第三者対抗要件とした点については、制定当初から批判もあったところであり、合理性も認められない。

以上から、無体物をも含めた質権について第三者対抗要件の通則は存在しないものと言える。

第3節 内容

(1) 動産質・不動産質とも、不可分性が認められていることは下記の規定から明らかである。とりわけ、123条は105条に言及していることから、全く同内容の定めと解してよい。

105条「①動産質ハ当事者ノ意思ニ従ヒ働方及ヒ受方ニテ不可分タリ但反対ナル明示ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス

②動産質ハ債務者ヨリ債務ノ一分ヲ弁済シタルトキト雖モ元利及ヒ費用ノ皆済ニ至ルマテ質物ノ全部及ヒ各箇ニ於テ存在ス」

123条「不動産質ハ動産質ニ関シ第百五条ニ記載シタル如ク働方及ヒ受方ニテ不可分タリ」

(2) その他の内容に関しても、不動産質に関する130条が、「第2節 動産質契約ノ効力」の規定10か条のうち6か条を不動産質にも適用するものと定めており、共通する部分が多い。これらのうち質権の内容に関わるのは106条・109条・110条であることから、130条と併せてこれらの規定を掲げることとする。

130条「第百六条、第百九条、第百十条及ヒ第百十三条乃至第百十五条ハ

不動産質ニモ之ヲ適用ス」

106条「①質取債権者ハ質物ヲ返還スルマテ其看守及ヒ保存ニ付キ善良ナル管理人ノ注意ヲ加フル責アリ

②質取債権者ハ債務者ノ許諾ヲ受ケシテ質物ヲ賃貸スルコトヲ得ス又債務者ノ許諾ヲ受ケタルトキ又ハ物ノ使用カ其保存ニ必要ナルトキニ非サレハ自ラ之ヲ使用スルコトヲモ得ス

③若シ質取債権者カ質物ヲ濫用スルトキハ裁判所ハ其失権ヲ宣告スルコトヲ得」

109条「①質取債権者カ質物保存ノ為メ必要ノ出費ヲ為シタルトキハ債権ニ先タチ動産質ヲ以テ其出費ノ弁償ヲ担保ス

②質物ノ隠レタル瑕疵ニ因リテ債権者ノ受ケタル損害ノ賠償ニ付テモ亦同シ」

110条「①質取債権者ハ動産質ノ附キタル主従ノ債務及ヒ前条ノ償金ノ皆済ニ至ルマテ債務者及ヒ其譲受人ニ対シテ質物ノ占有ヲ留置スルコトヲ得

②債権者ハ其債権ノ満期ニ至ラサル間ハ債務者ノ他ノ債権者ヨリ為ス質物ノ差押及ヒ其競売ヲ拒ムコトヲ得」⁵⁶⁾

ここにおいて動産質と不動産質に共通して適用されているのは、質権者の善管注意義務（106条1項）、費用償還請求ならびに損害賠償請求（109条）、留置的効力（110条1項）である。

ただし、130条によって不動産質にも賃貸・自己使用の禁止に関する106条2項が適用されると規定しているものの、124条1項が不動産質に独自の規定を置く。

124条「①質取債権者ハ質ニ取りタル不動産ヲ財産編第百十九条乃至第百二十二条ニ規定シタル制限ニ従ヒ且質契約ノ期間ニ限り賃貸スルコト

56) 後述のように128条1項は「債務ノ皆済」とのみ規定するが、これは保存費及びその他の償金については留置権を与えないという趣旨ではなく動産質と同じ趣旨である。（宮城・622頁）

ヲ得但反対ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス」

不動産質については質権者に賃貸権限が与えられているのである。これは、果実取収権行使の一種として説明される⁵⁷⁾。そしてこうした差異が生じる理由を、目的物の差異に求める。すなわち、動産は不動産に比べて果実を生じることが稀である⁵⁸⁾。債権者が動産を質に取る主目的は、果実取収の点よりはその物の代価を得る点にある。これに対して不動産は性質上果実及び入額を生じるのを常とする。不動産質権者は弁済期到来までは代価の上に権利がないことからその目的は果実の上にあるのであって、動産質のように賃貸に債務者の許諾が必要とすれば質権者は実に不幸なことになる。不動産質権者が富裕であり、自ら耕作・居住する土地・家屋を十分に有する場合に、他に賃貸することを認めなければ、質権者の権利を奪取するものとなる。不動産質に限って賃貸を認めたのは「実ニ人情ニ合シタル法律ト謂フヘキナリ」、というのである⁵⁹⁾。

また、他の債権者による売却請求に対する質権者の故障申立権に関する110条2項も130条で不動産質に適用されると定められているものの、128条2項が不動産質について異なる定めを置く⁶⁰⁾。

128条「①債権者ハ債務ノ皆済ニ至ルマテ質ニ取リタル不動産ノ占有ヲ留置スルコトヲ得

②然レトモ質取債権者ハ債務ノ満期前又ハ満期後ニ債務者又ハ他ノ債権者ヨリ求メタル売却ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス」

動産質においては被担保債権の満期前は質権者は質物の差押え・競売を拒絶できるのに対し、不動産質においては被担保債権の満期前であっても競売を拒絶できないのである。この違いは、質権者の権利が異なることによって説明される。動産質権者は債務の満期前であっても質物の代価の上に先取特権を有

57) 宮城・前掲598頁。

58) 宮城・前掲599頁は「債権ノ如キハ格別ナリ」と付け加えている。

59) 宮城・前掲599-600頁。

60) 128条1項は110条1項と同趣旨の規定であることから130条のみで足りると考えられるが、128条2項を導くために確認的に置かれた規定と見られる。

することから故障を申し立てることができるが、不動産質権者は満期前は果実の上に先取特権があるに過ぎないことから、故障を申し立てることができない、というのである。また、不動産質権者が満期後に故障を申し立てることができないのは、満期後は質権者は抵当権を有するために、他者によって質権の目的不動産が売却されても競売手続に加入して弁済を受けることができることによって説明される⁶¹⁾。このほか、動産は価格変動があるから売却を実行する時期を質権者に選択させるべきであるのに対し、不動産は価格変動が小さいからその必要性が低いことを理由とするものもある⁶²⁾。

(3) 他方、130条で不動産質に適用するものとされていないものの、転質に関する107条が不動産質についても適用されることは124条2項によって明らかにされている。

107条「質取債権者ハ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ自己ノ債権者ニ転質ト為スコトヲ得此場合ニ於テハ転質ヲ為ササレハ生セサル可キ意外又ハ不可抗ノ危険ニ付テモ亦其責ニ任ス」

124条「②又質取債権者ハ自己ノ権利ノ継続期間ニ限り動産質ニ付キ第一百七条ニ記載シタル如ク自己ノ責任ヲ以テ其不動産ヲ転質ト為スコトヲ得」

転質が可能である期間ならびに質権者の責任につき、124条2項は107条と同一の内容を定める⁶³⁾。それではなぜ107条は130条で言及されていないのか。おそらく、前述した124条1項が賃貸の期間を画する基準の1つとして「質契約ノ期間」を挙げていることから、転貸が可能なのはこれとは異なって「自己ノ権利ノ継続期間」であることを明確にする必要があると考えたためであろう。これらの期間の違いは分かりにくいですが、質契約の期間が到来したからといって、質権がたちまち消滅するものではないとの説明がなされていることから、「自己ノ権利ノ継続期間」とは質権が実行されて消滅に至るまでを指すものと

61) 宮城・前掲623頁。

62) 井上・前掲697-698頁。

63) 宮城・前掲603頁。

解される⁶⁴⁾。このように転質の期間を質契約の期間に限らず債権者の権利の存続期間としたのは、転質の期間が質契約の期間よりも伸長することがあっても、自己の責任で損害を担保する債権者があることにより債務者の利益を害することが稀だから、と説明されている⁶⁵⁾。

(4) 質権の内容に関する動産質の規定のうち、ここまで現れていないのは果実収取権に関する108条である。

108条「①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⁶⁶⁾ニ定メタル留置権者ノ権利及ヒ義務ヲ有ス
②質ト為シタル債権ニ関シテハ質取債権者ハ其利息ヲ收取シ之ヲ自己ノ債権ニ充当ス然レトモ債務者ノ特別ナル委任ヲ受ケスシテ其元本ヲ受取ルコトヲ得ス但裏書ヲ以テ取引ス可キ証券ニ関スルトキハ此限ニ在ラス」

同条に対応する不動産質の規定は126条であるが、前述した116条1項も果実収取権に言及することから、ここで改めて掲げておくこととする。

116条「①不動産質契約ハ不動産質債権者ニ他ノ総債権者ヨリ先ニ其不動産ノ果実及ヒ入額ヲ收取スル権利ヲ付与ス」

126条「①建物、宅地ノ質ニ付テハ債権者ハ自ラ之ヲ領スルト之ヲ賃貸スルトヲ問ハス其賃貸ヲ自己ノ債権ノ利息ニ充当シ猶ホ超過額アルトキ又ハ債権カ無利息ナルトキハ元本ニ充当ス

64) 宮城・前掲603頁は、124条1項につき、質権者が質権を有する限り賃貸が可能であるようにも見えるが、質物を長きにわたり債権者の自由に賃貸されることがないようにすることが債務者の利益に叶うものと説明している。この点からも、「自己ノ権利ノ継続期間」よりも「質契約ノ期間」の方が短いことが明らかになる。

65) 宮城・前掲604頁。

66) 94条2項は、留置権は留置権の価額について債権者に先取特権を付与するものではないとする同条1項を受けて、次のように定める。

94条「②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收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」

- ②田畑山林ノ質ニ付テハ当事者ノ間ニ於テ果実ト利息トハ計算セスシテ相殺シタリト看做ス但反対ノ合意アルトキ又他ノ債権者ニ対シ又ハ利息ノ法律上ノ制限ニ付キ顕著ナル詐害アルトキハ此限ニ在ラス
- ③貸質又ハ果実ヲ利息ニ充当スルニハ毎年ノ公課及ヒ保持、管理、栽培ノ費用ヲ控除シタル純益価額ニ付キ之ヲ為ス」

いずれについても質物から生じる果実が事実上はまず利息に充てられるという限りでは共通しているが、質物によって細かな点に相違があることから、個々に規定を置くことにしたものと考えられる。

第4節 実行段階

(1) 前述したように、130条は動産質に関する規定の多くを不動産質にも適用する。質権の実行段階に関わるのは、113条から115条の3か条である。

- 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シテ債務者又ハ其承継人ノミ之ヲ援用スルコトヲ得」

114条「質物カ質取債権者ノ方ニ存スル間ハ其債務ノ免責時効ノ成就ヲ停止ス」

- 115条「①質物ノ占有ハ常ニ容假ノ占有ニシテ其占有ノ継続期ノ如何ニ拘ハラズ又債務カ弁済其他ノ方法ニテ消滅シタル後ト雖モ質取債権者ハ取得時効ヲ援用スルコトヲ得ス
- ②然レトモ財産編第百八十五条ニ定メタル二箇ノ場合ニ於テハ容假タルコトハ止ム」

ここでは、流質の禁止と効果としての取消的無効(113条)、時効の停止(114条)、取得時効の成否(115条)について、動産質と不動産質とで扱いを共通

にしている。

(2) 111条は、動産質の実行方法として質権者も競売を申し立てることができ旨、ならびに、優先弁済の範囲について定める。

111条「動産質ノ附キタル債務カ満期ト為リタルトキ債務者履行ヲ為ササルニ於テハ質取債権者又ハ其他ノ債権者ヨリ質物ノ競売ヲ求ムルコトヲ得質取債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ元利、費用及ヒ第百九条ニ掲ケタル償金ノ弁済ヲ受ク」

質物の売却に関しては、128条3項が、不動産質権者に競売申立権を認める⁶⁷⁾。

128条「③又質取債権者ハ満期後自ラ売却ヲ申立ツルコトヲ得」

他方、不動産質権者の優先弁済の範囲については116条2項⁶⁸⁾によって適用されることとなる抵当権に関する240条が次のように定める。

240条「登記ハ掲載シタル利息及ヒ定期ノ附従物ニ其経過シタル最後ノ二個年分ニ限り主タル債権ト同一ノ順位ヲ得セシム但二個年以外ノ利息及ヒ附従物ノ為メ債権者ノ日後登記ヲ為スノ権利ヲ妨ケス然レトモ此登記ハ其日附後ニ非サレハ効力ヲ生セス」

このように、競売申立権については動産質と不動産質とで共通の規律となっているのに対し、優先弁済の範囲については相違がある。

(3) このほかの規定は、いずれも動産質又は不動産質に特有の規定であり、共通性はない⁶⁹⁾。

67) 具体的な配当方法、不動産質権者の有する収益権や留置権の帰趨については129条で定める。

68) 116条「②債務ノ満期ニ至レハ債権者ハ抵当権アル債権者ノ権利ヲ行フ」

69) 具体的には、動産質権者に裁判上の付与を認めた112条、公課の負担義務、修繕義務を不動産質権者に課した125条、収益権の放棄による不動産質から抵当権への転換を定めた127条である。このうち127条は不動産質と抵当権の近接性をうかがわせる。129条1項にも「質取債権者ハ其順位ニ於テ其抵当権ヲ行ヒ」との表現が見られるところである。

小括

わが国の旧民法典では、動産質と不動産質について規定を置く。

担保権の一種として位置づけていること、契約で設定できることが共通しており、当時の学説の中には目的物を除いては大きく異なるものではないとする見解も見られた。

設定段階に関しては、第三者も質権を設定できること、物上保証人には債務者に対する求償権が認められること、質権の目的について設定者が権限を有することが求められること、証券も含めた有体物については現実の占有が第三者対抗要件とされることが共通する。ただし、最後の点は、証券がない場合においては現実の占有ではなく通知・承諾が第三者対抗要件であること、ならびに、不動産質においてはさらに登記が要求されていることに留意しなければならない。

内容に関しては、不可分性が認められていること質権者が善管注意義務を負うこと、費用償還請求権ならびに損害賠償請求権、留置的効力の点で共通する。このほか転質が認められる点も共通である。質権者が果実收取権を有する点も共通と言えるが、利息への充当の仕方に相違がある。

実行段階では、流質の禁止、時効の停止、取得時効の成否、競売申立権については共通している。

逆に相違点⁷⁰⁾としては、不動産質にのみ期限があること、遺言での設定可能性、証書の作成義務、質物貸貸の可否、自己使用の可否、満期前の故障申述の可否、優先弁済の範囲、裁判上の付与の可否を挙げることができる。

補節 現行民法典における質権総則

以上の旧民法典の質権通則は、現行民法典にどのように反映されているのだろうか。

第三者が質権を設定できること（342条）、留置的効力（347条）、転質（348

70) すでに井上・前掲709-711頁に要領よくまとめられている。

条)、流質の禁止(349条)、物上保証人の求償権(351条)のように現行民法典の質権総則に反映されたものも多い。また、不可分性(350条・296条)は担保物権の通有性として(372条も296条を準用する)、善管注意義務(350条・298条1項)は留置権との共通性として認められている。

現実の占有は、目的物の引渡しを効力要件とする形で質権総則に取り入れられている(344条)。しかし、証券がない場合については現実の占有は第三者対抗要件とされていなかったために旧民法の下でも質権の通則としてよいのか疑問もあること、不動産については現実の占有を第三者対抗要件とすることに疑義が示されており、また、第三者対抗要件と効力要件とは別個のものであることから、344条が旧民法典の質権通則を引き継いだものと評価することには慎重でなければならない。

おわりに

本稿は、フランス民法典とわが国の旧民法典における質権の通則を単に法文から導き出したものにすぎない。双方に見られる質権通則の間に相違があり、例えば第三者が質権を設定できることのように一方にのみ認められているもの、流質のように全く考え方が異なるものもあるが、本稿は近い将来に制定されるであろう改正担保法が何を質権の総則に規定すべきか、質権通則の内容について異なる考え方が存するときどのような選択をすべきかを示すものでもない。その意味で、本稿の有する意義は大きくない。パンデクテン方式を維持するのであれば、総則の内容が真に総則としてふさわしいものであるのか、個々の質権の類型に立ち返って検討していくべきことを示唆したにすぎない。

*本稿は、令和5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 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)