

明治前期大審院判例における 質権に関する慣行の位置づけ

直 井 義 典

はじめに

一 概観

二 大審院における幕府法の扱い

三 地券の名義と所有権の所在、質地受戻の可否

四 布告・布達の解釈

補論 流地の定義

結語

はじめに

前稿¹⁾では、設定行為又は債務の弁済期前の契約による流質の合意を禁じる民法349条の制定過程について、質権の目的を土地・建物・動産に分けて、明治6年の地所質入書入規則をはじめとする旧民法制定以前の太政官布告・司法省布達の内容、ならびに、明治初期の慣行調査、法典調査会や衆議院での議論をたどっていった。

そこでは、以下の諸点が明らかとなった。第1に、慣行調査によれば全国的に流質慣行が見られたこと、第2に、ボアソナードはこうした流質慣行を不適当なものと考えておりその廃止を図っていたこと、第3に、法典調査会の質疑では流質慣行の有無について見解の不一致とも言うべき現象がみられ、議論がかみ合っていないと思われる点があること、その原因として明治期になってか

1) 直井義典「明治期における流質禁止をめぐる議論」筑波ロー・ジャーナル25号（平成30年）255頁。

ら江戸期とは異なる慣行が形成されたと考えられること、第4に、流質慣行が議論される際には質権の目的を分けて議論することがほとんどなかったこと、第5に、民法典の起草者は流質契約を認めていたが法典調査会では大議論となり衆議院に至ってこれを認めないことと変更されたこと、その際の理由として、わが国では従来から流質を広く許してはおらず質権の実行に際しては裁判所の評価によっていること、価値の高い物を安値で取られるのは問題であることが指摘されていること、である。このように流質に関しては江戸期の慣行から近代法への大転換がなされ、江戸期の流質慣行は近代法には移入されなかったものと言える。

そのため、江戸期以来の流質慣行が近代法の形成過程でどのような変容を被ったのかを明らかにする作業が必要となる。前稿においても、明治期に流質禁止の慣行が維持・形成されていたのかを大審院判決を通じて明らかにすることが残された課題となっていた。そして、江戸期以来の流質慣行は明治期になるとともに大審院によってその効力を全面的に否定されるという形で姿を消したのか。それとも裁判実務の場では一定の範囲での認容がなされていたのか。もし認容されていたのだとしたらそれはどの範囲でのことなのか。このような疑問が生じてくる。

そこで本稿では、明治初期の大審院判例における質権に関する慣行の扱いを明らかにすべく、『明治前期大審院民事判決録』²⁾（以下、「判決録」という）ならびに『大審院民事判決録』（以下、「民録」という）に掲載された大審院判例のうち、民法典が施行される明治31年7月16日までのものを分析した。

一 概観

判決録から事件名に「質」という文字のあるものを探すと、明治8年³⁾23件中1件（4.3%）、明治9年66件中5件⁴⁾（7.6%）、明治10年88件中7件（8.0%）、

2) 明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録1～13 I』（三和書房・昭和32年～51年）。

3) ただし、7月から12月である。

明治11年223件中11件(4.9%)、明治12年321件中11件(3.4%)、明治13年387件中12件(3.1%)、明治14年428件中28件(6.5%)、明治15年668件中60件⁵⁾(9.0%)、明治16年754件中76件(10.1%)、明治17年628件中34件⁶⁾(5.4%)、明治18年265件中6件(2.3%)、明治19年263件中4件(1.5%)、明治20年127件中0件(0.0%)となっている。

このように「質」という文字のある事件を機械的に取り上げることに對しては、以下に挙げるようないくつかの問題点を挙げるができる。

第1に、質権をめぐる紛争のすべての事件名に「質」という文字があるわけではないことである。たとえば、大判明治15年10月19日判決録8巻227頁は質権に関連する事例であるが事件名は「地所取戻上告」とされている。また、大判明治14年6月17日判決録7巻123頁の事件名が「質地受還シ並地券名義訂正一件」であるように地券の書き換えが合わせて請求される事例も見られる。

第2に、他方で事件名に「質」とあっても、原裁判所の採証に関する不服申立事例や、もっぱら上訴の期限に関する事例もある。また、判決録8巻339～341頁にある6件の「流地証取消并ニ質地受戻シ一件」はいずれも明治15年12月27日の判決であるが、香取保礼がそのうち3件、香取国雄がそのうち3件の上告人となっているように、実質的に同一の当事者が複数提訴している場合もある。

第3に、ここにいう「質」が現行法にいう質権と同一のものであるとは限らないということである。「質入」・「書入」の定義がなされたのは明治6年の地所質入書入規則1条・2条によるのであり、それ以前は「質」という文言は担保を表すものとして広く用いられていた。「家質」という文言もその一例であると言えよう。

第4に、提訴の前に勧解が行われることもあり⁷⁾、勧解段階で紛争が解決される事例も存在する。このことは、勧解が不調に終わったために提訴に至った

4) ただし5件とも「質札商取引一件」と称する一方当事者を共通にする事例である。

5) 大判明治15年12月16日判決録8巻370頁「貸書入質売処分一件」を含む。

6) 大判明治17年6月17日判決録10巻172頁「書入質貸金弁償請求一件」を含む。

ことを明言する事例⁸⁾が見られることから推測される。

このような事情から、単純に事件名に「質」とあるもののみを集計しても紛争の実態を正確に解明することにはならないが、質をめぐる紛争の件数や増減についてはおおよその傾向をつかむことはできるだろう。

判決録掲載判例を分析すると、明治14年から17年にかけて紛争の数が多く、全訴訟に占める割合も比較的高いことがわかる。特に明治16年に至っては全訴訟数の1割以上を占めている。それが明治17年になると急激に減少に転じる。

質権の目的はほとんどが田地・畑地である。屋敷地⁹⁾・林地¹⁰⁾・動産¹¹⁾の事例も少数ながら見られ、また、権利を質入したもの¹²⁾も見受けられる。

判決録の1巻途中までは上告人ならびに代人の住所のみが掲載されているが、それ以後は両当事者ならびに代人の住所が掲載されている。これに基づいて紛争の生じた地域を分析する¹³⁾と、特に神奈川・埼玉・千葉・山梨の事例が特に多く、地方では山形・熊本が目立つ。逆に畿内のものはほとんど見受けられない。これは質入の利用頻度と関係あるものと言えそうである¹⁴⁾。

一部の紛争類型について後述するが、両当事者が同一村内の紛争が非常に多く、そうでない事例でも近隣の村に居住している事例がほとんどである。このことは、質入契約に村方の慣行が反映されやすいことを意味しており、従前の慣行が民法典形成期にあって大審院においてどのように扱われていたのかという本稿の興味からは重要なポイントとなる。

紛争類型を分析すると、本稿において事件名は記載しないものの、「質地受戻一件」とするものが目につく。土地の質入主が流地の成立を否定して質取主

7) 勧解前置主義がいつから行われていたかについては争いがあり、明治9年ころには行われていたという見解と明治16年ころからという見解がある（新井勉＝燕山巖＝小柳春一郎『近代日本司法制度史』（信山社・平成23年）77頁）。いずれにせよ、勧解段階で解決される紛争が一定程度存したことには変わりはない。

8) 大判明治11年7月22日判決録3巻55頁、大判明治12年10月16日判決録5巻154頁、大判明治15年6月17日判決録8巻135頁、大判明治16年10月13日判決録9巻301頁。

9) 大判明治16年6月29日判決録9巻190頁。

10) 大判明治16年8月24日判決録9巻255頁、大判明治17年6月24日判決録10巻182頁。

に対して受戻を求める事例が多いことを意味する。したがって紛争の中心は質権設定契約当事者間の争いとなる。

11) 大判明治11年11月14日判決録3巻357頁。本件の原告・被告とも新潟市街の者である。被告は質屋であり、原告は明治9年5月24日と同年6月4日に相次いで着物類を質入している。この事例においては受戻期限についての慣行が適用されていることから、ここで詳しく紹介しておく。

原告の主張によれば、質入に際して、通常質店に入質する手続によらず、借入金証書を被告に渡し置き返金の際に1か月1分7厘の利息を加え明治9年12月を限りとし、期日に延滞すれば質物を売却したうえ、償金として1日50銭ずつ渡す約定であった。明治9年12月に元金を弁済することができなかつたので、被告に依頼して元金から生じた明治9年10月までの利息を支払い、なお元金は明治10年12月までに弁済するという口頭の約束をした。かつ、元金ならびに明治9年11月以降の利息を持参すればいつでも質物を受け取ることができるものとして、明治9年12月24日付の証書を受け取り、最初に差し入れた借入金証書は被告人から返却を受けたが、見当たらないとのことである。明治10年10月26日に原告が他から金銭を借り受けて被告に対して受戻を求めたところ、被告は期限を徒過したことから流質にして他に売却したと返答した。そこで受戻を求めて提訴した。

1審は、原告第1号証・第2号証は被告が商店判を押捺したものであって効力がないと判示した。これに対して原告は、被告の営業上の契約なのだから商店判を押したものでも無効ではない、新潟市内では5か月を流質期限とするのが通常であることは承知している。しかし、本件は最初借入金証書を入れて追って原告第1号証・第2号証を入れたものであり、これらによれば元金を持参したときが期限となるという趣旨であるから、提訴の時点では受け戻せば済むと主張した。

被告は、本件質物は通常の質取の方法で質にとったものである。原告第1号証・第2号証は被告の不在中に原告が被告の妻に依頼して押印させたものである。また、被告は原告に対して明治10年6月までしばしば督促していたところ質品を勝手に売りさばいてよいとのことだったので売り払ったものである、と主張した。

原判決は、店判を押捺した以上は証書は有効である。原告は質物差入れの際に別に貸借の証書があったとするが、証拠がないので別段の契約があったものとは認められない。本件質物は通常の手続で差し入れたものであるから、証書に期限がない以上は土地の慣行によって定めるべきである。新潟市中の慣行では5か月を流質期限とするのであり原告もこれを認めているのであるから、期限は5か月というべきである、として原告の受戻請求を棄却した。

大審院は、元利とも持参すればいつでも質品の受戻ができるというのは延期の期限内に返金すれば受け戻せるという意味である、として原告の上告を棄却した。

二 大審院における幕府法の扱い

大審院は、従前の幕府法¹⁵⁾ならびに慣行に対してどのような態度を示していたのか。

(1) 大判明治14年3月15日判決録7巻52頁では、上告人は天保12年12月と嘉永6年9月26日に金子有合次第受戻との条件で土地を質入しており、いつでも受戻ができるとして土地の受戻を求めた。

大審院は、年限に関わりなくいつでも受戻できるというものではなく、幕府の質地取り捌きの條款に「年季明ケ十个年ヲ過キ候ハ、流地」、「年季限り無之金子有合次第可受戻証文ハ質入ノ年ヨリ十个年ヲ過キ候ハ、流地」とあって、質地の受戻期限は10年までとされているとして上告を棄却した。

12) 大判明治10年1月19日判決録1巻93頁(3号)、大判明治10年1月19日判決録1巻93頁(4号)、大判明治10年2月10日判決録1巻113頁、大判明治10年2月10日判決録1巻114頁の4件はいずれも同種の職から得られる将来の所得を質入れしたものであり、前2件の債権者はいずれも若狭勘三郎、後2件の債権者はいずれも宮内勘三郎とされている(この若狭勘三郎と宮内勘三郎が同一人物である可能性は否定できない)。また、第1事件の上告代人と第3事件の上告代人は同一人物であり、しかもいずれも上告人の弟とされていることから、第1事件上告人と第3事件上告人とは苗字が異なるものの兄弟と見られる。さらに、第1事件・第3事件の代人と第4事件の代人とは同一の村の同一苗字の者である。したがって、これら4件は一連の事件として把握すべきのものであり、この時期に将来債権の質入が一般的になされていたものと断定することはできない。本稿では深入りしないものの、明治初期の将来債権質入事例として興味深い。

13) 両当事者の居住地は質入がなされた(と主張された)目的の所在地と必ずしも一致するものではないが、田地・畑地の質入れ事例が多いことから、目的の所在地は居住地に近接したものと理解してよいだろう。

14) 丹羽邦男『形成期の明治地主制』(塙書房・昭和39年)第1章、特に第2節参照。

15) 田畑の質入に関する幕府法について簡単には、石井良助編『日本法制史』(青林書院新社・昭和34年)359頁。また、江戸期の質地請戻慣行の成立・展開を近代的土地所有と関連させて論じるものとして白川部達夫『近世質地請戻し慣行の研究』(塙書房・平成24年)があるが、本稿では質地売買の形をとって土地の所有権移転がなされる社会において質地の受戻が有する意義についての検討まではなし得なかった。

このように無年期有合次第受戻文言のある質地は10年で流地となるとした判例はほかにも相当数があり¹⁶⁾、大審院はこの問題については幕府法を適用していたものと言える。しかも、後掲の太政官布告や司法省布達が公布される前だけではなくこれらが公布された後であっても質入当時の幕府法の効力を維持しており、幕府法の効力自体を否定することはなかったのである¹⁷⁾。

(2) 幕府法と異なる慣行の効力について判示したものとして以下の3件がある。

大判明治11年6月28日判決録2巻330頁¹⁸⁾では、被上告人の父は上告人に対して嘉永3年2月に地所を年期10年で質地は年期明け後であっても受け戻せるとの約定の下に質入れた。受戻が拒絶されたことから、被上告人が提訴した。質取主である上告人は、質地年期が10年の場合はそれに5年を加えた15年を過ぎても受け戻さない分は流地とする、質地年期が5年であれば7年半で受け戻さなければ流地とする、その他の場合もこれに準じるとの村法の存在を主張し、本件の受戻期限は15年であるからすでに流地となっているとした。この主張は、原判決では否定されている。被上告人は、村吏に尋問したところの正しい村法は、質入主が流地承諾書を質取主へ渡さない内は質地と称した以上は

16) 大判明治11年5月28日判決録2巻247頁〔天保12年質入〕、大判明治11年5月28日判決録8巻251頁〔嘉永6年質入〕、大判明治14年10月14日判決録7巻188頁〔天保13年質入〕、大判明治14年12月13日判決録7巻232頁〔文久2年質入〕、大判明治15年8月24日判決録8巻187頁〔文政2年質入〕、大判明治15年10月19日判決録8巻227頁〔嘉永2年質入〕、大判明治16年3月29日判決録9巻55頁〔文化15年質入〕、大判明治16年6月29日判決録9巻190頁〔文政11年質入・屋敷地の事例〕、大判明治17年1月24日判決録10巻11頁〔慶応2年質入〕も無年期の質地は10年で流地となとする。

17) なお、大判明治16年6月13日判決録9巻159頁は、天保14年に本家が分家から質流地として買い受けた土地に関する紛争であり、旧政府の法律は質地受け返しの訴訟に適用すべきものではあるが、本件のようにいったん流地となって所有権を移転した上でさらに特約をなした場合には適用されない、という。

18) 大判明治11年6月28日判決録2巻335頁の事案・被上告人は上記判例と同様であり、質入先が異なるのみである。裁判の経過・判決内容も同様である。

年期を超えても返地をする、というものであるとした。大審院は、原裁判所が村法の如何を審理することなく判断したのは法律によらず習慣によらないものであって不当である。なぜなら、嘉永3年からすでに24年を経過しており、10年年期のほかに5年を付与したものであるのであれば慶応元年に受戻期限を経過している。年限に拘わらず受け戻せるというのが村法であるとしても、明治3年にすでに20年を経過しており、当時官民の間でおこなわれていた質地証文にいかなる契約があっても年期明けから10年経過後に訴えた場合は流地を申し付けるという裁判上の慣行を破ることができないからである。このように判示して、村方の慣行は裁判上の慣行に劣後するといった考えを示す¹⁹⁾。

大判明治12年9月30日判決録5巻137頁²⁰⁾の原判決は、質地は10年を限度とすることから、すでに10年を経過している以上は本件土地は流地になっていると判示した。これに対して、上告理由では、原被告が居住するのは相良藩領の新庄村²¹⁾であって嘉永6年当時のもっぱら旧藩の法規と習慣を遵守すべきものであったのに原審が幕府の法律のみを適用すべき人民と同様に扱って幕府法で処理したのは不当であるとした。大審院は、幕府の法律は全国一律に遵守すべきものであるから、原被告も遵守すべきものであった。ましてや、旧藩の法規・習慣が幕府法を排除して単行された類例・証拠が提示されていないのであって法規・旧慣が認定できないのだからなおさらであるとして、上告を棄却した。本件でも幕府法が優先されている。もっとも、旧藩の習慣が認定できないとも判示されていることから、幕府法に反する慣行の効力は否定されるのとまで断定することはできない。

また、大判明治17年5月15日判決録10巻122頁は、10年で流地となるとの

19) 大審院はこれに加えて、明治6年太政官布告第51号但書を適用すれば明治5年2月15日以前取引の質地であるから流地となること、戸長役場の帳簿ならびに地券が上告人質取主主義であることを理由に、質入主が受戻権を放棄したのは明確である、とする。

20) この判決は丹羽・前掲150頁でも言及されており、幕府法のみを尊重した事例として位置付けられている。

21) 現・静岡県牧之原市新庄。

幕府法の限りではないとする当該地方の慣行を引いて45年期の有合質地は年期中に流地となったものとは断定できないとした原判決を認容しており、太政官布告や司法省布達に反する内容の慣行の効力を認めている。

以上のように、幕府法と異なる慣行の効力については、大審院判例には一貫した原則はないものと言える。

三 地券の名義と所有権の所在、質地受戻の可否

明治初期の大審院においてしばしば争われたのが、質入と売買の区別である。なぜなら、売買の場合は買戻しの特約がない限り売主が再度所有権を取得することはできないのに対し、質入であれば受戻が認められる余地があるからである。この問題は、地券名義の所在と所有権の所在との関係という形で争われる。

質入中の土地について地券が発行される場合、質取主が地券名義人となる慣行や、壬申地券の名義人がそのまま改正地券の名義人となる慣行が広く見られ、このことと地券の名義がその土地の所有権者を表すという原則との関係が、多くの判例において争いの元となった。慣行による原則の転換の可否が問題となるわけである。

ここにおいて、質取主は自己に地券の名義があることを根拠として、係争地はすでに流地となったから自己の所有地であると主張する。これに対して質入主は、質入中の土地については質取主が名義人となる慣行があるのだから、地券の名義は現在の所有権の所在を表すものではない、として流地の成立を否定して受戻を図ろうとする。

(1) 地券名義の所在を問題とすることなく、流地や受戻権の成否に関する当事者間の合意内容や受戻期限についての慣行のみから流地の成否、受戻権の存否を判断する判例が見られる。

大判明治11年4月22日判決録2巻88頁の原判決は、流地となったとの証拠がないとして質取主の所有権を認めなかった。大審院もまた、慣行の存否には言及せずに当事者間の合意内容を検討するにとどまる。

ここでは、地券名義から所有権の所在を推定するという考え方が取られていない。こうした判断構造の下では慣行の存否は意味をなさない。

大判明治11年4月22日判決録2巻88頁においても地券の名義は問題とされていない。原告は、係争地はすでに流地となっており原告の所有だと主張した。これに対して原判決は、地券は原告の名義であるものの安政4年以前の質地を流地としたとの証拠はないとして、原告の主張を認めなかった。大審院は、質入から何年経過していても受戻期限を明治6年から5年と定め、受け戻さなければ地券を質取主の名義に書き換えて流地とする、との質地受戻期限に関する慣行が両当事者の居住する村に存在することを認める。そしてこの慣行によれば質入れからの経過年数によって受戻期限が変わるものではなく、安政5年前後の区別を立ててそれ以前のを流地としたものとは認定できない、とした。

本件においても大審院は、地券名義から所有権の所在を推定せず、他方で質入中は地券を質取主名義とする慣行の有無についても触れることなく、質地受戻期限に関する慣行のみに依拠して紛争を解決している。

大判明治11年6月13日判決録2巻299頁の事例は、明治元年12月に被上告人がその所有する畑山を上告人に対して3年の年期で質入れしたというものである。その際、地所を受け戻せずに何年経過しても返地すべき約定をしている。明治6年の地券発行の際に上告人から受戻の掛合があったが金銭が調達できなかったので猶予を依頼し、一時的に上告人名義で地券を名受けすることとした。その後に金銭が調達できたので被上告人の方から受戻を掛け合ったところ、上告人は地券名義の存在を理由に受戻を拒んだ。原裁判所は、質地期限を経過して係争地の所有権が被上告人に移転した後であっても当初の質代金で被上告人に差し戻す契約と認められる、として受戻を認めた。大審院も受戻権ははまだ失われていないとして上告を棄却した。

ここでは所有権の所在にも拘らず受戻権が失われていないという論理で紛争が解決されており、所有権の所在は問題となっていない。

(2) しかし、少なくとも当事者の一方とりわけ質入主が慣行の存在に言及す

ることが多いこともあってか、このように当事者間の合意内容や質地受戻期限に関する慣行のみによって結論を導き出す判例は必ずしも多くはない。多くの判例においては、質入中の土地については質取主が地券名義人となる慣行に関連付けて紛争の解決が図られる。

(i) そこで次に、慣行の存否そのものが争われた事例を挙げる。

大判明治13年10月5日判決録6巻330頁では、原判決で質入主による土地受戻請求が認められたため、質取主が上告した。上告理由は、質地であれば地券が発行された場合には質入主が地券名義人となるはずであるのに、上告人が地券を申し受けているのだから、上告人が係争地を買い受けた結果地券発行の時点ですでに所有者となっていたものとする。そして、一郷一村内の里正村吏が、質入中は地券を質入主名義とするなどという地所質入書入規則に違背することを決定できないはずである、として村方の慣行の存在を否定するのである。これに対して大審院は、地券申受けの原因は地所の買得に限られない。本件は、質契約の継続中に質取主として地券を申し受けたものと言うべきである、として上告を棄却しており、結論として慣行の存在を承認している。

大判明治14年6月3日判決録7巻115頁において、上告人は、明治5年当時の慣行により質地に関する義務を質取主が負担したことから地券を質取主の名義としたにすぎず、流地となったものではないと主張した。さらに「是等類例ハ独り該村ニ限ラス全国一般枚举スルニ違アラス」と、こうした慣行が全国規模のものであるという。これに対して被上告人は、質取主に所有権の移転していない質地は質入主が地券の名受けをすべきであるとして、質入中の土地については地券を質取主名義とする慣行はないという。大審院は、質地についてはたとえ年期明けに流地にするにせよ両当事者間に協議があるべきものである。ましてや、係争地はいまだ年期中であるのだから流地としたというのであればその証拠がなければならぬ。ただ地券取調帳が被上告人名義であるというだけでは所有権が被上告人に移転したとするには不十分である、として原判決を

22) 大審院は、上告理由第1点以外については枝葉であるとして判断を示さなかった。

破毀移送した²²⁾。

本件において両当事者は質入中の土地について地券を質取主名義とする慣行の有無を巡って争ったわけであるが、大審院はこの問題について直接の判断は示していない。ただ年期中は名義のみでは所有権の所在を推定できないとするにとどまる。

大判明治15年7月19日判決録8巻163頁²³⁾において上告人は、地券発行の際に地券を質取主の名義とする慣行は上告人および被上告人の村のみならず概ね埼玉県全域でこの慣行が認められるのに原裁判所は認定しなかった。また、不動産は最も重要視される物であるから、容易に売却せず他日に受け戻すことを図るものであり、質入にあたっては低価で金銭を貸借するものであるから、流地とするにしても相当の増金を授受するのが流地とする際の普通の慣例である、として上告した。これに対して被上告人は、上告人は地券名受けの村例を挙げるが、係争地の過半は上告人の居住する村以外の土地であり、原裁判所も「係争地の過半は上告人の村外にあり、質取主も他村の者である。よって上告人の村例を引用させたものとは認めがたい」と判示したのは正当である、と述べた。ここでは、質入中の土地の地券名義人を質取主とする慣行が上告人の村に止まる慣行であるために損害の者である被上告人については適用されないのか、それとも村外の者である被上告人についても適用されるものであるのか争われたわけである。大審院は、質地を買得したものであれば売渡証を受領しているのが当然であるのにその証書がなく、かつ係争地は当時年期中であって質地証は被上告人方に存在すること等から事実を推測するに、上告人の村では地券発行の際質地の地券は質取主が名受けすることが同村戸長代理の証明するところであり、上告人は自村の例に準拠して被上告人と熟議して被上告人名義の地券としたものであって、売買をして所有権を移転したものと認めがたいとして、上告を認容して上告人による受戻を認めた。

22) 大判明治15年7月19日判決録8巻164頁、大判明治15年7月19日判決録8巻165頁も被上告人のみを異にする同一事件である。

本件においては、上告人の村に慣行があること自体は争われていない。その上で大審院は慣行が被上告人に対しても適用される根拠を当事者間で熟議がなされたことに求めている。

大判明治15年12月19日判決録8巻311頁もまた、質入主である上告人が慣行の存在を主張したのに対して、被上告人は、上告人の指摘する慣行は他村の者を拘束するものではなく、被上告人はそのような慣行を知らないし慣行を知らない以上はこれに従う義務もない、としており、上告人の村に存する慣行が被上告人にも適用されるのか争われている。大審院は、両当事者は村を異にするが直接の隣村であり、上告人の村の議決が被上告人に及ばないものであるのか審尋すべきであると判示した。ここでも慣行の存在そのものは両当事者間で争いのないところであるが、隣村であることから慣行が適用される可能性が高いものと見ている。

大判明治16年5月7日判決録9巻108頁の上告理由において、質取主は、自己が地券を所持しているのだから地所の所有者というべきであるとし、さらに、地券発行の際に質取主が地券を名受けするのが村の一般的慣行であるとする原判決の判示には根拠がない、と主張した。大審院は上告を棄却して受戻を認容した。

ここでは大審院は戸長による慣行の存在についての証言を採用して結論を導き出しており、慣行の存在を否定するものでないことは確かである。

以上のように、慣行の存否が問題となった事例の中には、慣行の存在を是認するもののほか、慣行の存否については直接には判断を示さないものもある。しかし、慣行の存在を積極的に否定する判例は見られない。慣行の存在自体は争いが無いが、他村の者にまで効力が及ぶのか争うものも見られる。慣行の存在を認定するにあたっては、質入年期中の所有権移転の証拠を要すること、所有権移転の証拠がないこと、このことの一環ではあるが、売渡証がないことが考慮されている。

当事者双方が同一村内に居住するものが5件中2件であり、後の3件の内2

件は慣行の効力が他村の者にまで及ぶのが争いとなった事例である^{24,25)}。

もっとも、多くの大審院判例は、慣行の存否について判断を示さないが、慣行の存在を前提とする²⁶⁾。

(ii) とはいえ、原則は地券名義人が所有者であるというものである²⁷⁾から、大審院も当事者の立証なしにこの原則を否定するわけではない。

このことがよく表れているのが次の判例である。

大判明治15年5月29日判決録8巻123頁は、原判決が地券の名義のみをもって所有権移転を認定したのは不当であるとの上告理由に対して、地券はその土地の所有者を表明するものであって、質地の所有権は依然として質入主にあるものであるから、たとえ貢租は質取主が負担するものであるとしても、地券は質入主が受領するのが当然である。係争地の地券はこの常道に反し両当事者の協議によって質取主すなわち被上告人が受領したものだといのであれば、質入主である上告人がこれを証明しなければならないのに、その証明ができていないとして上告を棄却したのである。ここでは、地券名義人が所有者ではないことの立証責任がそれを否定する質入主の側に課されているのである。

24) 大判明治15年7月19日判決録8巻163頁の上告人は埼玉県比企郡鳥羽井村、被上告人は埼玉県比企郡上小見野村の居住である。いずれも明治22年の町村制施行の際に小見野村（現・川島町北部）を構成しているから、ごく近くの村であると言える。

もう1件の大判明治15年12月19日判決録8巻311頁の上告人は静岡県山名郡大原村（現・磐田市大原）、被上告人は静岡県磐田郡見付宿の者であり、5km程度の距離である。

25) 残りの1件は大判明治14年6月3日判決録7巻115頁であり、上告人は神奈川県横浜区久方町（現・横浜市中区曙町）、被上告人は神奈川県都築郡下川井村（現・横浜市中区下川井町）の者であり、12kmほどの距離がある。

26) これに対して大判明治17年5月15日判決録10巻122頁の原判決は、名義の所在と質取主と質入主とで相半ばするという。

27) 明治5年2月24日大蔵省布達第25号「地所売買譲渡ニ付地券渡方規則」第6に「右地券ハ地所持主タル確証ニ付大切ニ可致所持旨兼テ相論置可申候」とあるところであり、質入によって所有権が移転するわけではないから、質入主が地券名義人となるのが原則である。

(3) 次に、質取主に地券名義があり、慣行の存否についても争われていない事例に関する判例を分析する。

前述のように、質入中は質取主が地券名義人となる慣行が広く認められており、こうした慣行が認められるのであれば、地券名義人であることのみをもって質取主が所有者であると判断することはできない。むしろこうした慣行の存在は、質取主は所有者ではないと判断する方向に作用する。実際に判例も受戻を認めた例と認めなかった例とに分かれる²⁸⁾。

(i) 受戻を認めた事例

質取主が地券名義人となっている事例を、慣行の存在のほかに受戻を認める理由を中心に見ていく。

大判明治12年9月29日判決録5巻126頁では、原告が質権設定契約の成立を主張し、係争地は明治元年11月から10年の年期の質地であって流地に付したことはないと主張した。これに対して被告は、売買契約の成立を主張し、明治5年12月に改めて原告から流地示談の上で係争地の地券を申し受けたものとする。大審院は、被告は田畑売買禁止令を回避するために質地と称したものにすぎないと主張するが、10年という期間にする必要はないから信用するに値せず質権設定契約が締結されたことは明白であるとし、さらに、単に被告が地券の名義人であるというだけで原告が流地とすることを承諾したものと判断すべきではないから、受戻は認められると判示した。

大判明治13年2月6日判決録6巻24頁は、上告人が係争地の地券を受けたのは所有権を移転したからではなく質取主として取得したものにすぎない。また、上告人は地所質入書入規則5条を援用して、地券を金銭貸主名義に書き換えた以上、係争地は上告人の所有となったと主張するが、係争地は協議により質取主が地券を受けたものであることは明らかであるから、上告人の受けた地券は仮に受けたものにすぎず地所質入書入規則によって論じるべきものではないと

28) 大判明治14年12月28日判決録7巻243頁も地券名義があるというのみでは流地と認定するには不十分とする。

して、上告を棄却した。

大判明治13年3月5日判決録6巻73頁は、質入主の同意の上で質取主に地券の名受けをさせたとしても、それが質取主に永く所有させるという趣旨であるのか、質入期限中に質取主に地券を受けさせたとどまるものなのか、質取主が地券を受けたのみでは判然としないとし、地券名義と所有権の所在が一致するとは限らないと指摘して、所有権移転の証拠がないことを理由に受戻を認め、原判決を認容した。

大判明治14年6月17日判決録7巻123頁の上告人は、明治5年に3年年期で質入れしたものを、同年の地券発行の際に年期中ではあるが被上告人が受け戻すことができそうもないので協議によって明治6年3月に所有権を移転したものである、と主張した。大審院は、上告人の主張の通りであれば、明治6年3月の地券原帳調印の数日前に至って質地調書に戸長の調印を受ける理由はない、として上告を棄却した。

大判明治14年10月31日判決録7巻200頁の被上告人は、明治4年12月に上告人の先代から質入を受けて46円を貸し付けたところ、明治5年12月に上告人先代から金1分2朱と700文を借り受けたい、この金額を受け取った場合にはかねて質入していた本件係争地を流地として構わないというので金銭を交付して流地としたものである、と主張した。大審院は、質地を流地とするならば質地証文は質入主に返還されているはずであるのにそうした手続がないこと、明治5年12月に僅か金1分2朱と700文の増金で流地とするのは条理上あるべきこととは信認できないこと、被上告人は明治6年に地券を受け公租を負担したが質地の公租は質取主が負担するはずのものであること、被上告人が地券を受けたのは村吏が土地の慣行に泥み成規を無視したものであることを理由に、流地になったとは認定できないとする。

大判明治15年7月12日判決録8巻157頁では、上告人は、明治9年の地租改正の際に上告人が地券を受けたのを被上告人が4年間も異議なく放置する理由はないはずだとした。大審院は、明治5年の地券調の際に流地となった証拠がないこと、ならびに、明治9年に被上告人が受戻を求めていることを流地と認

定するのを妨げる事情として挙げて上告を棄却した。

大判明治15年9月15日判決録8巻198頁は、明治6年の地券発行の際は質入中であるから、地券を被告に名受けさせたからといって原告が受戻権を放棄して所有権を移転する情理はない。所有権移転だとすれば寺地であるから原告の一存で処分できるものではなく檀家の承諾を得なければならないのにそうした手続が取られていない、とした。

大判明治15年11月7日判決録8巻239頁は、慣行の存在に加えて、当時質地期限内の土地は質取主の名前で地券を受け、年期明けの際に質入主の名前に更改すべき約定であるとの上申書があることを理由とする。

大判明治15年12月19日判決録8巻311頁の上告理由は、所有権が移転していないことは、被告が流地証を有しないことから明らかである。本件質地は明治2年1月から明治8年12月まで7年の期限であり、期限後何年経過しても受け戻しうる、というものである。大審院は、原告が明治14年5月に受け戻そうとするまで年期明けから数年間経過しているが、受戻期限の定めがない質地であれば問題ではない。被告が地券を受けたのは質入中である²⁹⁾。質入中に流地としたというのなら質取主が特別の契約の存在を主張すべきである。したがって地券受領の理由を深く取り調べるべきなのに推測によって裁判をしていることから、審理不尽であるとして、原判決を破毀移送した。

大判明治16年3月27日判決録9巻52頁は、原告が質地の地券証を受けたのは質地期限内であることから、原告に所有権が移転したものと認定することはできない、として上告を棄却した。

大判明治16年5月5日判決録9巻106頁では、原告は、本件契約は明治元年12月の10年年期の質地であるから、満期は明治11年12月であるとして明治12年に受戻権を行使した。原判決は、地租改正の際も原告は地券を受けず、年期明けの際受け戻さずに数年間等閑視した以上は受戻権を放棄したものであ

29) 年月は明確ではないが、大審院は「尚三ヶ年アリ」としている。

るとした。上告人は、証書の書き換えを求めるのは債権者の権利である。負債額よりも物件価額は必ず超過するものであるから、必ず糶売の手続によるべきである³⁰⁾、と主張した。大審院は、係争地が質地であるとして地券名受けの錯誤または他に原因がある可能性も否定できず、また、書証が現存する以上は証文を書き改めていなくても係争地を質地と認定する妨げとはならないとして、原判決を破棄移送した。

大判明治16年5月15日判決録9巻122頁は、係争地は明治3年12月から明治10年12月まで7年年期の質地であるが、地券の名義のみでは、質入期限にかかわらず流地としたことを証明するものとは言えない、という。

大判明治16年6月20日判決録9巻169頁では係争地は、慶応3年質入、無年期の質地であったが、明治6年になって新たに契約して明治10年12月をもって受戻期限とした。上告人は、地券は所有権を証するものであるとは他人に対する場合であって当事者間ではそうではない。質取主が地券の名受けをするのが埼玉県では一般である、と主張し、大審院はこの上告理由を認容して原判決を破毀移送した。

大判明治16年7月7日判決録9巻209頁は、係争地の質入年期中である明治5年に被上告人が地券を受領したのは村方の慣行によるものであることと、年期明けに上告人が受け戻さなかったために流地と心得ていたことは、被上告人が自認している。よってその後被上告人が改正地券を受領したのは明治5年度の地券名義に原因するものであり貢租諸費を支弁したのは地券の名義によるものである。したがって本件を判定するには上告人が被上告人に所有権を移転したものであるかを審理しなければならないにもかかわらず、原裁判所は単に被

30) 清算を伴わない流地の不当性を指摘するものであり、ボアソナードの見解とも近い。上告代理人は山田泰造なる人物であるが、同じく上告理由内で「もし糶売して負債の価額に満たないときはなお補償せざるをえない。これが明治6年第18号公布及び第306号公布の主旨である。すなわち、フランス民法2078条・2088条等はこの原理を明らかにしたものである」とも論じており、フランス法の影響も伺われる。山田泰造（天保14年生まれ、大正6年没）は、明治7年代言人、明治10年代言人試験合格。明治23年立憲自由党所属で第1回衆議院議員選挙に当選、衆議院議員連続5期。

上告人が地券を受領したことと貢租諸費を支弁したことを指摘するだけでその理由を問わず両当事者間で所有権を移転したものと認定したのは審理不尽である、として原判決を破棄した。

大判明治16年7月31日判決録9巻240頁の事案では係争地を明治3年に質入れし、明治6年に新たに契約して明治10年12月を年期とした。原判決は「係争地は満期後に質地代金をもって所有権を移転する契約であり、満期が到来した以上は返地する必要はない。」とした。埼玉県では質取主が質地の名受けをするものであり、地券名義のみをもって所有権の所在を定めることはできないとの上告理由を認容して、大審院は原判決を破棄移送した。

大判明治16年8月2日判決録9巻242頁では、係争地は明治3年から明治7年までの5年年期の質地であり、明治7年3月ならびに明治9年に地引帳等に被上告人の記名調印がなされている。被上告人も、年期中ではあるが示談により所有権を得たと主張する。大審院は、質地について期限中に流地とするには相応の理由を要するにも拘らず、本件質地については何らの理由もなく、質代金は売価に比べて格段に低いのであるから、増金もなく年期中に流地となすとは考え難い、として原判決を破棄移送した。

大判明治16年11月21日判決録9巻356頁³¹⁾は、質取主は質入主がすぐに受け戻さなかったから流地だと考えたのであり、地券の名義人となったのは村方の慣行によるものであることを自認していることから、上告人が年期明け後も直ちに受け戻さなかったものの流地の合意があったと言うことはできず、係争地の所有権移転原因とはならない、として受戻を認めた。

大判明治17年1月17日判決録10巻9頁では係争地を明治5年3月及び6年2月に質入れしている。大審院は、被上告人の主張するような〔所有権移転の〕特約であるのか、それとも普通質地なのかを審究すべきであるとして、地券の名義のみにより被上告人を所有者とした原判決を破毀移送した。

大判明治17年3月1日判決録10巻49頁では、係争地を明治5年に10年の約

31) 大判明治16年7月7日判決録9巻209頁の差戻後再上告判決である。

定で質入れしている。地券は協議の上で質取主（＝被上告人）が受け取っている。大審院は、質入れが明治5年であり地券の発行が明治6年であるから、被上告人が係争地を買い入れたために地券を受領したというのであれば、質入の翌年に売買したことになるので売買の証拠を要するところであるが、被上告人の提出した証拠によれば売買は明治11年・12年ころになされたものようであり、地券発行の際に売買したとは認定できないとして、原判決を破毀移送した。

以上はすべて地券が質取主名義となっていた事例である。最後に質入主名義の事例を2件挙げる。いずれも地券発行前に流地となっているとの主張を認めなかった事例である。

大判明治13年11月15日判決録6巻394頁の上告理由は、係争地が安政6年に流地となっていることは、涙金4円も渡していること、上告人が係争地を占有していること、上告人が年貢所費を上納していることから明らかである、とする。大審院は、すでに流地となっているのであれば役場帳簿の名義が変更されているはずであるし、地券も上告人が受領すべきであるのに上告人はこれらの手続を取っていないことから、係争地の所有権はいまだ被上告人にあると言ふべきである。涙金4円を渡したというのも、涙金である証拠がないので、質地増金とみなさざるを得ない、として上告を棄却した。

大判明治17年1月18日判決録10巻11頁において上告人は、流質証文があるので自己に所有権があるとして受戻を拒み、係争地について地券を受け取らなかったのは親族間のことであるから等閑に流れたものである、と主張した。大審院は、流質証文にあるように明治4年に流質になったのであれば地券を受け取るはずであったにも拘らず受け取らなかったなどというのは不自然であるとして、上告を棄却した。

32) このほか、大判明治16年7月7日判決録9巻209頁も、地券名義と貢租諸費の負担のみで所有権移転ありとはできないと判示する。

以上の大審院判例³²⁾の中には地券名義のみをもって所有権の所在を確定した原判決を破毀したにとどまるものもある。しかし多くの判例はさらに進んで、ただ単に慣行があることのみではなく他の事由をも加味して受戻を認める。ここにおいて付加的な事由として挙げられているのは、当事者の合意解釈や質入の年期、流地証文の不存在、質入期間中の名受けであること³³⁾、質地証文に戸長の調印を受けたこと、質地証文の所在、売却されたとした場合の代金との不均衡（増金の不十分さ）³⁴⁾、受戻を求めた事実があること、上申書の存在などである³⁵⁾。

ここに挙げた21件の判例のうち、両当事者が同一村内の者である事例は11件である³⁶⁾。こうした事例では村内に慣行があることさえ確認されれば足り、それが当事者を拘束するかという問題は発生しない。また、残りの10件³⁷⁾に

33) 大判明治15年11月29日判決録8巻260頁（質地受戻上告）〔448号〕は、質入中に流地とするのは通例ではなく特別の契約を要することから、流地の成立を主張する者には立証責任があるとする。そして、年期明けから7、8年が経過していることはこのように解することの障害とはならない、とする。

34) 買戻の事例であるが金額を明確にしつつこの点を論じるのが大判明治17年5月15日判決録10巻118頁である。被上告人が上告人に対して明治10年4月21日に畑地を600円で売り渡し、明治14年12月25日を買戻し期限としたところ、それを延期して買戻し期限を明治15年2月28日限りとし、かつ、別途の借入金1,000円を合わせて調達すれば買戻せると合意している。被上告人が買戻し期限に買戻しをしたかが争点である。原判決は、被上告人による買戻しの成立を認めた。その際、係争地は券面1,600円の価格であるから3,000円近い実価であると考えられるのに売買価格が600円とされていること、代金600円と別途1,000円を合わせて調達すべきとされていることから係争地はあたかも1,600円の質地となっているかの如くである、と判示した。大審院は、上告を棄却した。

35) なお、大判明治17年5月15日判決録10巻122頁の原判決は、明治6年司法省布達第46号に基づいて受戻を肯定し、その際に、地券下付の慣行は相半ばしておりこれをもって質取主に所有権が移転したものと判断することはできず、明治9年8月の質地年期からわずか5、6年の経過したのみで所有権を放棄したものとすることはできない、と判示した。

大審院は適当な上告理由に当たらないとして上告を棄却しているのでこの点に関する判断は示していない。

36) ただし、2件が第1次上告審と第2次上告審の関係にあるため、これを除けば20件中11件となる。

についても両当事者が近隣の村に居住する事例が多く³⁸⁾、慣行の存在が認められればその効力を両当事者に及ぼしやすいものと言えよう。

(ii) 以上とは反対に、質入主による受戻を否定した事例としては以下のようなものがある。なおこの場合、地券名義から所有権の所在が推定されることから、質取主が地券名義人となる慣行について言及する必要はない³⁹⁾。よって、

37) 前注にある重複事例を除けば9件となる。

38) 大判明治13年2月6日判決録6巻24頁の上告人は群馬県西群馬郡棟高村（現・高崎市棟高町）、被上告人は群馬県碓氷郡剣崎村（現・高崎市剣崎町）の者であり8kmほどの距離である。

大判明治15年9月15日判決録8巻198頁の上告人は埼玉県南埼玉郡野島村（現・越谷市野島）の浄山寺住職、被上告人は埼玉県南埼玉郡末田村（現・さいたま市岩槻区末田）の者であり、両村は隣接している。なお、現在でも越谷市野島に浄山寺の存在が確認される。

大判明治15年11月7日判決録8巻239頁の上告人は静岡県長上郡有玉村（現・浜松市東区有玉台など）の者、被上告人は静岡県敷知郡西大山村（現・浜松市西区大山町）の者であり、6km余りの距離である。

大判明治15年12月19日判決録8巻311頁の当事者は前出の通りである。

大判明治16年5月5日判決録9巻106頁の上告人は神奈川県南多摩郡相原村（現・東京都町田市相原町）の者、被上告人は神奈川県南多摩郡宇津貫村（現・東京都八王子市宇津貫町）の者であり、両村は隣接している。

大判明治16年5月15日判決録9巻122頁の上告人は埼玉県北埼玉郡下村君村（現・羽生市下村君）の者、被上告人は埼玉県北埼玉郡下羽生村（現・羽生市下羽生）の者であり、6km程度の距離である。

大判明治16年7月7日判決録9巻209頁の上告人は埼玉県北足立郡浦和宿の者、被上告人は埼玉県北足立郡木崎領家村（現・さいたま市浦和区木崎）の者であり、浦和宿に隣接する村である。

大判明治17年1月17日判決録10巻9頁の上告人は埼玉県比企郡松山町（現・東松山市中心部）の者、被上告人は埼玉県比企郡上八ツ林村（現・川島町上八ツ林）の者であり、8kmほどの距離である。

大判明治13年11月15日判決録6巻394頁の上告人は埼玉県埼玉郡多門寺村（現・加須市多門寺）の者、被上告人は埼玉県埼玉郡北篠崎村（現・加須市北篠崎）の者であり、両村は隣接している。

39) 後述する大判明治16年10月13日判決録9巻301頁や大判明治16年10月23日判決録9巻317頁では、上告人が上告理由内で慣行の存在について明言しているものの、大審院は慣行の存否につき判断を示さない。

大審院が慣行の存否についてどのように考えているのかは、以下の判例からは明らかとならない。

大判明治12年3月14日判決録4巻196頁の事例では、慶応3年4月の契約で明治2年4月を質地の期限として弁済できないときは流地となるものとする。他方、同年6月の契約では何年経過しても受戻ができるとしており、大審院は、これは慶応3年4月の質地契約を維持するためのものであるから、明治2年4月より後も質地たり続けるとする。しかし上告人は地券発行の際に地券を受けず被上告人が地券を受けたのに対して異議も述べなかったのだから、受戻契約はこの時に消滅したという。

大判明治13年9月20日判決録6巻310頁は、質入主が年期明け⁴⁰⁾から何年経過しても受戻権があることは証書に「右地所年期明ヶ候共相返シ可申」とあることから明らかであるなどと述べて上告した事例である。大審院は、地券は地所所有の確証であって地主たる者が受けることとなっている。係争地を流地としないのであれば、明治5年の地券発行の際に地券願受の手続を取らなければならないにもかかわらず、そうした手続は取られていないばかりか被上告人が名受けするのを明らかに許可し、提訴まで数年間異議を述べていないことを理由に、質取主が地券を受けた時点で係争地受戻の権利を放棄したものと推定せざるを得ないとした。

大判明治15年2月9日判決録8巻18頁は、15年にわたり受戻をせず、地券も受けなかったのであるから、協議により上告人は係争地の所有権を被上告人に移転したものと言うべきである、とした。

大判明治15年6月17日判決録8巻135頁の原審は流地となったものと認定した。これに対して質入主は、明治3年以降も受け戻せる契約である、明治5年の地券発行時には不在にしていたから質取主名義となっても質入主の意思によるものではない、と主張した。大審院は、本件質地は慶応2年の取引であつ

40) 本件において年期明けがいつであるのか判例集には記載がないものの、地券発行以前に年期明けとなっていたものと見られる。

て、受戻の勧解を申し立てたのは明治14年である。質入中であるから地券を受領すべきは所有権を有する質入主であるが、質取主名義となっている。しかも、質地証文の書換をせずに数年経過しているのであるから、質入主は地券を質取主名義とするのを承諾したものである、として上告を棄却した⁴¹⁾。

大判明治15年7月20日判決録8巻167頁は、上告人が被上告人から証書を受け取ることなく被上告人に地券を受領させ数年間異議も唱えなかったことを理由に、上告人は係争地の所有権を放棄したものであるべきであるとした⁴²⁾。

大判明治15年8月14日判決録8巻183頁⁴³⁾は、上告人が不在であったとしても、明治6年4月に帰宅してから9年も放置しているのであるから、被上告人が不正の行為によって地券の名義を得たものとは認められない。地券は地所所有の公証であるから、上告人が確実な証拠を挙げるのでなければ容易にこれを無効視することはできない、とした。

大判明治15年9月26日判決録8巻207頁は、地券が被上告人名義であることを黙認していること、被上告人が名受けしたのが協議によるものだというのならば、これは係争地の所有権を争うにあたって最も重要な点であるから終始一貫して申し立てがなされるべきであるのに、第1審では地券が被上告人名義なのは被上告人が上告人の承諾なしに名義を得たものと主張しており主張が終始一貫していない、として上告を棄却して、受戻を拒絶した。

大判明治16年5月16日判決録9巻124頁は、被上告人が係争地の年期明けである明治6年12月に地券を受領したこと、その後数年間の権利行使に対して上告人が異議を述べなかったこと等によれば、流地証の授受がなくても、所有権を移転したものと推定せざるを得ない、とした。

41) 結局、地券の名義により所有権の所在を確定したので、布告・布達の解釈に関する上告理由には触れられていない。

42) さらに、本件質地が無期の質地であって契約時から明治6年7月31日までにいずれも10年を経過していることから、当時の例規に従い流地と断定できることを付加する。

43) 本件と上告人が同一である大判明治15年8月14日判決録8巻184頁もほぼ同一の文言で上告を棄却した。

大判明治16年1月29日判決録9巻12頁は、係争地は明治4年12月から明治7年12月までの質入契約であり地券も被上告人が受領したのみならず上告人が7年にもわたってこれを放置した事実を鑑みると、当時すでに流地としたものと認定することができるとして破毀自判したものの、上告人による受戻を認めなかった。

大判明治16年3月14日判決録9巻36頁は、無年期の質地の期限は10年であり、本件質入の成立した元治元年12月から起算すると明治6年8月よりも後になることから、原判決が「すでに期限後13年を経過したものであるから、従前の質地処分慣例によっても今更受戻を要求する権利はない」としたのは妥当ではない。しかし、質地の所有権は質入主にあるのだから所有権を表示する地券は質入主が受領すべきものである。しかし上告人は地券発行の際から地租改正諸入費を被上告人に負担させ、被上告人が地券を受けるのに任せ、提訴に至るまで異議を述べていないのであるから、上告人の承諾によるものと認定せざるを得ない、とした。

大判明治16年7月18日判決録9巻230頁は、原裁判所では上告人の供述中に地方の慣行に従ったものであるとの申し立てがないこと、書証には期限に至って受け戻さなければ流地とすると記載されているのだから係争地の所有権を移転していないのであれば期限に至って直ちにこれを受け戻しているはずであること、提訴まで5年を経過していることを理由に、受戻を認めなかった。

大判明治16年10月10日判決録9巻298頁は、質地証文には明治元年から10年年期の契約のほかには2か月の猶予を与える但書があるものの本訴が生じたのは期限から数年後の明治15年であること、地券も被上告人が受けていることから受戻を認めなかった。

大判明治16年10月13日判決録9巻301頁は、明治7年11月に下付された旧地券及び明治11年4月に下付された新地券とも被上告人名義で名受けしたが上告人は異議を述べず、その後数年間すなわち本訴の勧解を求めるまで放置したといった事実を照らすと、すでに流地となったものと認定せざるを得ないとして、上告を棄却した⁴⁴⁾。

大判明治16年10月23日判決録9巻317頁は、仮に被上告人が明治6年に地券を名受けしたのが誤謬であるならば、上告人はその当時に地券の書き換えを求めべきであるのにそうしていないのみならず、なお引き続き被上告人が改正地券も受領するに任せ、以来6、7年間にわたり何らの異議も述べていないことを理由に、上告人が受戻権を放棄したものと認定して上告を棄却した。

大判明治16年11月9日判決録9巻336頁は、質入中は上告人が係争地の租税小作米等を支払っていたが、年期明け後の明治9年以降は被上告人が支払い、地券も被上告人が受領したという事実により、上告人が所有権を移転したものと認定した原判決を正当とする。

大判明治16年11月24日判決録9巻359頁は、上告人は明治6年12月の年期後に猶予を受けた証拠を有しないばかりでなく、新旧の地券も被上告人が受領しているのに、明治15年になって突然預け地取戻の名義で提訴して敗訴すると、さらに質地受戻の提訴をしたことを理由に受戻を認めなかった。

大判明治17年2月6日判決録10巻20頁において上告人は、被上告人は係争地の所有権が移転していると述べるが、移転したという証拠はない。地所質入書入規則によっても元来質地であったものが売買に変ずることはないから、質地証文が所有権移転証書に改正されたというのであれば所有権の移転であると主張する被上告人の側で立証すべきである、と主張した。大審院は、上告人の挙げる証拠によっては所有権が被上告人に移転していないとは立証できていない。上告人が原裁判所に提出した控訴状には「地券が被告（＝被上告人）名義となっているのは、質取主が納税の義務を負うために地方の慣行に従っただけのことである」とあるが、地券の名受けが地方の慣行に従ったものであるとの証拠がない。ことに、被上告人が地券名義人となったのは明治12年2月であっ

44) なお上告理由では、たとえ流地契約があっても債権者は貸与した金額を得れば十分であり、それ以上の利益を望む道理はない。流地契約ある質地で所有権を直ちに移転するものとすれば、債権者は往々にして債務者の貧困に乗じて不相当な代価で貴重な不動産を買い取り不義の利益をむさぼることとなる、との主張がなされている。これは清算金なしに流地が認められた場合の不合理をいうものである。

て質入年期後であるのだから、係争地が仮に元は質地であったとしても、満期後に承諾によって流地としたものとみなさざるを得ない、として上告を棄却した。

大判明治17年2月14日判決録10巻30頁は、本件は上告人が明治3年に被告人に質入れた地所の受戻を明治16年になって請求し、被告人は明治6年に流地になっていると主張したものであることを指摘して受戻を認めなかった。

大判明治17年2月18日判決録10巻33頁は、質権の満期後に新地券が被告人に下付されたにも拘らず数年間にわたり何らの異議も述べていないことから、当時すでに流地となっていたものと見るのが相当である、とした。

大判明治17年3月4日判決録10巻52頁の係争地は明治2年質入、年期3年の質地である。大審院は、本件地所は年期明け後直ちに流地とする契約であったので双方協議の上で流地として明治5年に地券を受けたとの被告人の主張を認めた。また、そもそも質地というものは所有権を移転するものではないのだから、地券は質入主の名義にするべきものであって、明治5年に誤って被告人が地券を受けたのだとしても、明治9年の地券改正の際に上告人が地券を受けるべきであるのにそうしなかったばかりでなく、明治14年に本訴を提起するまで放置していたのであるから、係争地はすでに被告人の所有であったものと言わざるを得ないとした。

大判明治17年4月15日判決録10巻91頁の係争地は明治4年4月質入、年期3年の質地である。大審院は、原判決は年期の明けた明治7年4月から本訴提起まで長いこと受け戻さず地券も被告人が名受けしているのであるから、すでに流地となったものと認定したのであって、本訴において初めて流地を命じたものではない。よって地所質入書入規則14条・明治6年太政官布告第51号・同年司法省布達第46号は適用されない、とした。

大判明治17年5月6日判決録10巻113頁の係争地は明治4年4月質入、年期5年の質地である。大審院は、期限明けの明治8年4月に早々に受け戻さず数年経過しているばかりでなく地券名義の書き替えの点からしてもすでに上告人

は係争地の所有権を放棄したと認定した原判決を正当とした。

大判明治17年6月11日判決録10巻167頁は、被上告人の照会に対する回答書の内容、被上告人を仮に地券名義人としたにすぎないとする証拠の欠如、期限後数年の経過という3点を理由に、流地となったと認定した原判決を正当とした。

以上の判例が受戻を否定する判断に至った理由としては、質入中の土地について本来は質入主が地券を受けるべきであるにも拘らず質入主は質取主が地券名義人となるのをあえて許可したこと、地券の名義が質権の年期明け後に得られたものである場合にはその事実、年期明け前に名義が得られたにもかかわらず年期明け後に異議を述べずに放置していたこと、が挙げられている。特に、異議を述べずに放置していたことは、大判明治15年9月26日判決録8巻207頁と大判明治16年11月9日判決録9巻336頁を除くすべての判例で言及されている。どの程度放置していればこのような判断に至るのか。大判明治15年2月9日判決録8巻18頁は15年、大判明治15年8月14日判決録8巻183頁は9年、大判明治16年7月18日判決録9巻230頁は5年、大判明治16年10月23日判決録9巻317頁は6,7年というように放置期間を明確にするものの、多くの判例は「数年間」とするのみ⁴⁵⁾である⁴⁶⁾。大審院は厳密に期間を設定して受戻を否定するのではなく、おおむね5年程度放置していれば受戻を否定するには十分であると考えていたと言える。他方で、流地証の授受が欠如していることは所有権移転と認定する妨げとなっていない。

45) この中には、流地となった期日と提訴の期日が明らかにされており、計算をすれば放置した年数を算定できるものを含む。

46) なお、大審院の判断に直接影響してはいないものの、大判明治16年7月12日判決録9巻224頁において、被上告人は、年期の明けた明治7年以降8年間にわたり地券の制定があっても上告人は受け戻していないことを流質が認められるべき理由に挙げている。

四 布告・布達の解釈

(1) 前稿で取り上げたように、質権の定義・内容・実行方式については太政官布告ならびに司法省布達によって定められている。そこで以下では、これらの布告・布達につき大審院がどのような解釈を示していたのかを検討する。

まずは行論の理解の便のために、当該太政官布告ならびに司法省布達を挙げておく。

地所質入書入規則（明治6年太政官布告第18号）

- 1条 金穀ノ借主^ニヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^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^ニヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^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 金穀ノ借主地主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^ニ地所引当ノ証文ノミヲ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⁴⁷⁾
- 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爲相勤事
- 14条 當今質入又ハ書入ニ致シ置年期中ノ分ハ總テ前文規則ニ照準シ當

七月限り証文相改可申事

16条⁴⁸⁾ 従前取結ヒタル質入書入ノ約定ニテ明治六年七月三十一日前ニ期限ヲ過去リタル分ニテ債主ニ於テ貸金返済方ニ付延期ノ勘弁ヲ加フル者ハ來十月三十一日迄ニ其地所所管ノ戸長役場へ届出地所質入書入規則第九條ニ準シ奥書割印ヲ受クヘシ若シ右日限内奥書割印ヲ受ケスシテ後日其証書ヲ以テ訴訟ニ及フ時ハ質入書入ノ証拠ニハ相立サルニ付裁判上糶賣分配ノ時ハ先取ノ權利ヲ失ヒ質入書入ナキ貸借同様ノ処分ニ及フヘキ事

明治6年太政官布告第51号

「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テ済方可申付事 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」

明治6年司法省布達第46号

「従前質地ヨリ起ル訴訟ハ証文中ニ年季明不受戻候ハ、流地ニ可致旨之文言有之分ハ期限ヨリ二ケ月右文言無之分ハ十年ノ内訴出候ハ、受戻申付來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二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」

(2) 地所質入書入規則14条により証文の書き換えが義務づけられたが、こ

47) 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へ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「旧地主ヨリ金主へ可引渡旨別紙ニ相認メ其地ノ戸長加印ノ上金主ヨリ地券相添へ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。

48) 明治7年太政官布告第76号により増補されたものである。

れに違反した場合の効果はいかなるものか。

ほとんどの大審院判例は、地所質入書入規則に違反して証文を書き換えなくとも、当事者間では質権の効力は維持されるものと判示する。

大判明治12年12月18日判決録5巻277頁は、証文を書き換えなかったことをもって所有権移転を認めた原判決を失当とし、地所質入書入規則14条の意味は、証文を書き改めるべきであるというだけであり、書換をしなくても所有権が移転するものではない。係争地の所有権は質入主にあつて質地としての性質を保ち続けているものである、とする。同様に、地所質入書入規則14条による質地証文の書換をしていない場合にも書換をしたのと同視して明治5年2月16日以降の証書による質地として扱う判例としては、大判明治12年10月16日判決録5巻154頁、大判明治13年3月5日判決録6巻73頁⁴⁹⁾、大判明治14年4月23日判決録7巻84頁、大判明治14年12月7日判決録7巻225頁、大判明治14年12月28日判決録7巻243頁、大判明治15年9月20日判決録8巻201頁、大判明治15年9月28日判決録8巻210頁、大判明治15年10月10日判決録8巻223頁、大判明治15年12月28日判決録8巻345頁、大判明治16年1月29日判決録9巻12頁、大判明治16年7月11日判決録9巻219頁がある。これらの判例は、明治6年司法省布達第46号が適用されて、明治6年第51号布告本文により糶売がなされるべきとする⁵⁰⁾。そしてこれらの判例の事案では質入主が受戻を求めていることから、受戻が認められることとなっている。

以上の判決を概観すると、原判決破毀事例⁵¹⁾が目立ち、流地を認める傾向の

49) 地所質入書入規則を遵守するか否かはもっぱら質取主の権利に関わり、質入主の権利には無関係であることを理由とする。地所質入書入規則14条を対抗要件として理解したものとイえる。

大判明治14年6月28日判決録7巻130頁もまた、質地証文を書き換えないと、質取主は質入主が身代限等になった場合に他の債権者に先立って回収できないというだけであり、当事者間では改正しなかったからといって質地貸借ではないと言うことはできないとする。

50) 大判明治12年12月18日判決録5巻279頁、大判明治15年11月7日判決録8巻239頁も明確ではないがこうした解釈によるようである。

ある下級審に対し、大審院は、法令違反があっても当事者間での質権の効力に影響はないとすることを介して、結果として流地を認めない。

これに対して、大判明治15年5月13日判決録8巻104頁は、地所質入書入規則14条に基づく証文の書き換えがなされていない本件においては、質入の効力を有しがたいことは言を俟たない、と判示する。ただしこれは、流地を認めた原判決に対して、明治6年司法省布達第46号により流地文言の有無に関わらず鬻売とすべきである、質入主が金銭を調達して受け戻そうとする以上、質取主はこれに応じなければならない、との質入主からする上告に応えたものである。すなわち、明治6年太政官布告第51号但書の適用を排除するための理由、すなわち流質を否定するための理由として述べられているのである。さらに、仮に当事者間では質地契約としての効力が維持されるものとしても、流地とすることはできない、とする。その理由は、質地契約は元々は金銭貸借の契約から生じたものであるが、流地の処分をなすべき成規が廃棄された以上、質入主が借入金を弁済して質地を取り戻そうとするにあたって質取主がこれを拒絶すべき条理がないことに求められる。

本判決は地所質入書入規則14条違反の効果という点では他の大審院判例と全く異なる突出した判断を示しているものの、仮に質地契約としての効力が維持されるとしても同じ結論が得られることに言及し、流地を認めないという結論自体は他の大審院判例と同様となる。その意味では、地所質入書入規則14条違反の効果に関する判時は傍論として位置付けることができよう。

(3) 地所質入書入規則4条は質入の年期を3年とするが、同条違反の効力について最初に判示したのが次の判例である。

大判明治15年5月24日判決録8巻118頁の上告理由は、質入契約は地所質入

51) 大判明治14年12月7日判決録7巻225頁、大判明治15年9月20日判決録8巻201頁、大判明治15年12月28日判決録8巻345頁である。大判明治15年9月28日判決録8巻210頁も原判決を破毀しているが、地所質入書入規則14条の解釈を理由とするものではないので除外する。

書入規則4条に従って3年の年期とし、本件では年期の制約を避けるべく別段の契約でもって年期明け後さらに3年間質地に渡すべきとの契約を締結したものであり、これは質地証文ではないので同条違背にはならないとしている。これは3年を超える年期の契約を無効とすることを前提しており、本件当事者にもそうした意識があったからこそ無効を回避するための手段を取ったことをうかがわせるのである。もっとも、原判決は当事者のこうした工夫にもかかわらず、別段の契約は密約証にあたるものだから履行を求めることができない結果、3年の質地満期はすでに経過したと判断している。大審院は、3年の年期制限を超える契約は法律の保護を受けられないものである、として上告を棄却した。

上記判決が当事者間においても3年を超える期間の質入の効力を否定したのに対して、3年を超える契約であっても当事者間では有効とする判例が多い。

当事者間で10年年期の質入契約をしたところ、被上告人が3年年期への変更を求めた事例である大判明治15年9月18日判決録8巻200頁〔325号〕⁵²⁾は、両当事者の合意によって戸長役場の簿冊に登録せず、質入年期も3年という期限によらないとの契約を締結しても当事者間では効力を失うものではない、と判示する。

また、3年年期の質権を設定すると同時に10年間は受け戻さないとの契約をした事例である大判明治15年10月4日判決録8巻218頁は、3年ごとに規則に従い証書を書き換えて10年間は質入主が質取主から受け戻すことを免れるための予約であって地所質入書入規則に抵触するものではない。仮にこれを10年間の質地契約証であるとしても、地所質入書入規則は他の債権者に対する先取の特権を保護する法律であって両当事者が規則によらずに契約を締結しても無効というべきものではないという。

大判明治17年7月17日判決録10巻220頁は、質権によって担保されている債務の債権者が貸し付けから3年経過した時点で弁済期が到来したと主張した

52) 大判明治15年9月18日判決録8巻200頁（質地契約改正一件）〔326号〕も上告人を同じくする同種事案であり、大審院の判決文は全く同じである。

のに対して、3年を超える質権であっても当事者間では有効であるとした。

大判明治29年5月11日民録2輯5巻24頁は、上告人の父が明治15年11月13日に被上告人に対して係争地を質入れしてから上告人が明治24年7月に譲り受けるまですでに10年、提訴の時までならばそれ以上の期日が経過しており地所質入書入規則4条による質入期限である3年を経過している以上、質入証文は無効となっている、との上告理由に対し、同条は単に質地の年期は3年と訓示したのみであり、3年を経過したものは質地の効力を失うとの制裁を課すものではないから、年限が経過しても本件に影響を及ぼさない、として上告を棄却した。

このように、地所質入書入規則4条に違反する3年を超えた期間の質権の効力については大審院の見解は分かれている。いずれの事案も質権設定契約の当事者間の争いであるから、この点をもって結論の相違を正当化することはできない。もっとも、質権の効力を否定する判決とは言っても質地満期が経過したとしているのであるから、3年を超過する部分の効力のみを否定したものであって、質権設定契約の効力を全面的に否定するものではない。したがって3年以内であれば質権は当事者間でも有効という限りで判例の見解は統一されているが、それを超える期間の質権の効力についての判例の相違を説明することはできない。ただ、3年を超える期間の質権の効力を否定した事例は1件にとどまることから、当事者間の合意を尊重する傾向があると整理することは許されよう。

以上は3年よりも年期が長いケースであるが、次の事例は反対に3年に満たない期間の質入の効力を認めたものである。

大判明治14年10月20日判決録7巻193頁では、上告人は、係争地は質入の名称を用いただけで、売買だと主張した。質地は3年年期の成法があるにも拘らず、上告第1号証は明治9年9月から明治10年まで1年と明記しており1年年期の質入証書であって特別の契約である。上告第5号証によれば係争地の小

作契約は明治12年4月までの3年であって、被告人が年明けの明治10年9月に係争地を受け戻すことがないことを表している、というのである。大審院は、3年以内であれば質地年期は当事者の随意という法律なので、本件質地年期は成法に背くものではない、とする。

(4) 地所質入書入規則16条違背の効力につき大判明治19年5月10日判決録12巻12頁・27頁は、奥書割印のない証文はただ裁判上糶売にあたって先取の特権を得ないということにとどまり、奥書割印のない証文は裁判上糶売分配に至らない場合も質入地としての効力を失い質入のない貸借と同様の処分に及ぶという法理ではない、として原判決を破棄した。

この判決は、奥書割印を証文の書換と同様に第三者対抗要件と位置付けるものと言える。

(5) ここに掲げた布告・布達の解釈のうち最大の問題が、明治6年司法省布達第46号が同年太政官布告第51号但書にもたらす影響である。

この点について司法省は、明治6年8月以降に訴訟に及んだ場合には、質地証文の日付に関わりなく受戻猶予期間を与えずに糶売するものと解する⁵³⁾。

(i) 大審院の解釈は、次のようなものである⁵⁴⁾。

前述のように質地証文の書換がなされていなくても、明治6年7月31日までに書き換えたあるいは書き換えたと同視すべき質地証文は明治5年2月16日以降の質地証文として扱われる。明治6年太政官布告第51号但書は、明治5年2月15日以前の質権設定契約⁵⁵⁾であって明治6年7月31日までに年期が明ける

53) 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月の栃木裁判所何に対する指令。

54) 事案は明らかではないが、大判明治12年12月17日判決録5巻274頁もまた、年明け後10年経過していないので流地とは認められないとした原判決を不当と判示し、本文に掲げたと同様の解釈を示す。

55) 大審院は、この時期が地所売買禁止中であることを指摘する。大判明治12年12月17日判決録5巻274頁、大判明治12年12月18日判決録5巻279頁。

ものにも適用されるのであり、同年8月以降は流地を許さない趣旨である。そして、同年司法省布達第46号は、同年8月以降年期明けの分につき受け戻さないときは、慣行によって認められてきた年月の猶予を与えず糶売によって裁判すべきとの趣旨である。したがって、明治6年第51号布告但書の適用場面は明治6年8月1日以降は存しない。

(ii) 以下の判例はこうした解釈に依拠して太政官布告第51号本文を適用して受戻請求を認める⁵⁶⁾。以下、各事例について質入日・年期を示し、さらに、大審院のこのような解釈がどのような過程で形成されたのかを示すため、上記の大審院の解釈とは異なる解釈を当事者が示している場合にはそうした主張もあわせて掲げることとする。

大判明治12年10月16日判決録5巻154頁⁵⁷⁾の係争地は慶応3年12月質入、年期10年の質地である。質入中であっても本金を返済すれば地所証文とともに返還することとなっている。質地証文の書き換えはなされていない。大審院は、原判決による地所質入書入規則14条の解釈は誤りであるとして、破棄自判した。

大判明治12年12月18日判決録5巻279頁の事例では、慶応4年2月に質入れされ、期限は明治11年1月であり、明治7年8月2日に証文が書き改められている。本件の上告理由は、すべての質地は受戻がない限りは明治5年2月15日の前後を問わず糶売がなされるというのは誤解であると主張し、このように

56) 大判明治16年7月11日判決録9巻219頁も明治6年太政官布告第51号本文の適用を明言しないものの、同布告但書の適用はないから受戻は可能と判示していることから、道布告本文を適用したものと同列に扱うことができる。

57) 本件では質地年期が経過しているか否かも問題となっている。上告人は、受戻の勧解を出願した明治11年1月31日は太陰暦では丑の12月29日であって年期10年の経過以前であるから受戻権が認められるべきである、という。これに対して被告人は太陽暦が頒布された以上は期限の計算は明治5年1月28日司法省第44号達によるべきであると主張した。この点については、控訴審で申し立てがなかったことを理由に、大審院は判断を示していない。とはいえ、結論としては上告人による受戻を認めていることから、年期は経過していないものと判断したと言える。

解したのでは明治6年太政官布告第51号但書はほとんど消滅したものとなってしまう、というが、上告は棄却された。

大判明治14年4月23日判決録7巻84頁の係争地は明治2年12月質入、7年年期の質地である。質地証文の書換はなされていない。上告人は、地所質入書入規則14条に違背して質地証文の書換がなされていないなくても、それがなされたものと同視されるべきであると主張した。被上告人は、地所質入書入規則が出されたのが明治6年1月17日であり、同年太政官布告第51号は同年2月14日に出されたものであるから、前者によって後者が取り消されることがない以上、明治6年太政官布告第51号但書の効力は消滅していない。また、同年司法省布達第46号布達は同年太政官布告第51号本文のみに関わるものであって、同布告但書に干渉するものではない。さらに、司法省布達によって太政官布告を取り消すことはできない、と反論した。大審院は、上告理由を受け入れて原判決を破毀した。

大判明治14年8月11日判決録7巻158頁の係争地は、明治元年12月質入、年期7年の質地である。質地証文の書換はなされていない。被上告人が受戻を求めたのは明治13年2月である。原裁判所は、期限後10年猶予の慣行によって受戻を認めた⁵⁸⁾。大審院は、年期明けから5年が経過しているものの、上告人による流地・地券書換処分がないことから依然として質地であり、受戻ができるとした。

大判明治14年12月7日判決録7巻225頁の係争地は、明治3年質入、明治12年までの年期10年の質地である。質地証文の書換はなされていない。原判決は、証文の明文に従って、期限を経過した以上被上告人に所有権帰属したと判示した。大審院は、証文の書換がないものの明治5年2月16日以降の証書に係る質地として扱うべきであるとして、原判決を破毀した。

大判明治15年9月15日判決録8巻198頁の係争地は明治3年質入、年期10

58) 大審院は、本件質地契約の期限は明治6年8月1日以降であるのに原裁判所が流地として明治6年太政官布告第51号但書を適用したのは不当であると判示するが、原判決が受戻を認容したこととの関係は判例集からは明確ではない。

年で明治13年12月までの質地である。証文の書換はなされていない。被上告人は合意により係争地を買い受けたと主張したが、大審院は、証書の明文、被上告人が質入中に地券の名義人となっていること、売買に際して必要とされる檀家の承諾がないことを理由に、売買の成立を認めず、原判決を破毀して受戻を認めた。

大判明治15年9月28日判決録8巻210頁の係争地は明治4年6月質入、年期3年の質地である。金子弁済次第返地との約定がある。質入証文の書換はなされていない。その後明治9年7月に増借をして無年期に改められ、さらに明治11年5月10日には、同月20日までに債務を弁済できなければ質取主が質地を所持するか他に質入するとの契約が締結された。原判決はこの契約の効力により流地となったとしたので、質入主が上告した⁵⁹⁾。上告理由は、質地である以上は当事者間にいかなる契約があろうとも糶売によるべきである。そもそも地所質入書入規則の趣意は、質物は債務額よりも価値が高いのが常であるから、弁済できなかったことを口実に直ちに所有権を得ようとするのは債権者に望外の利益を得させることとなる。法律は債権者が不正の利を得ることを恐れてこれを禁止したものであり、利息制限法と理を同じくするものである、というものである。大審院は、布告・布達に関する前記の解釈に基づき明治6年太政官布告第51号本文によって処理すべきものとして、原判決を破毀自判した。

大判明治15年11月29日判決録8巻260頁〔448号〕⁶⁰⁾の係争地は、明治3年8月質入、5年年期の質地であり、質地証文の書き換えはなされていない。原判決が受戻を認めたので上告人は流地の成立を主張したが、大審院は、上告人が地券名義人となっている以外に何らの確証もないとして、上告を棄却した。

大判明治15年12月27日判決録8巻339頁〔594号〕⁶¹⁾の係争地は明治4年2月質入、5年年期の質地である。原判決は明治3年12月に流地となったと判示したが、この点について大審院は、明治4年2月に質入れしたとの登記がある

59) 本件の上告代理人は、前出の山田泰造である。

60) 大判明治15年11月29日判決録8巻260頁〔449号〕も被上告人（＝質入主）を同じくする事例であり、判決文も同様である。

ので、流地となっているのであればこの時期に質入するはずがないとして原判決を不当とした。

大判明治16年7月12日判決録9巻224頁の係争地は明治4年11月質入、年期は明治7年12月の質地である。慣行の存在を指摘する上告理由を受けて、大審院は原判決を破毀移送した。

以上10件の事例のいずれにおいても明治6年8月以降に年期明けとなっている。質地証文の書換がなされていない事例であっても明治6年太政官布告第51号本文を適用しており、明治6年8月以降に年期明けとなる質地については、同年司法省布達第46号が同年太政官布告第51号但書適用の余地をなくしている。同布告但書適用の余地がなくなることを直接批判する見解も見られるが、大審院はこれを問題としない。

また、ここに挙げた10件のうち原判決を破毀したものが7件に上る⁶²⁾ことが注目される。下級審レベルでは結論として流地が認められていたのが、大審院で受戻を命じられることとなったわけである。その理由としては、地所質入書入規則14条解釈の誤り、合意による所有権移転認定の誤りが挙げられている。

(iii) これに対して明治6年太政官布告第51号但書を適用するのは、以下の判決である。

大判明治11年5月28日判決録2巻251頁⁶³⁾の係争地は、嘉永6年7月質入、

61) 大判明治15年12月27日判決録8巻339頁(595号)、大判明治15年12月27日判決録8巻340頁(596号)、大判明治15年12月27日判決録8巻340頁(597号)、大判明治15年12月27日判決録8巻341頁(598号)、大判明治15年12月27日判決録8巻341頁(599号)は、いずれも上告人を同じくする事例であり、大審院の判決文も質入の年月等が異なる以外は同一である。

62) 上告を棄却したのは、大判明治12年12月18日判決録5巻279頁、大判明治14年8月11日判決録7巻158頁、大判明治15年11月29日判決録8巻260頁の3件である。このうち大判明治14年8月11日判決録7巻158頁は原判決が明治6年太政官布告第51号但書を適用したのことに付いては不当としている。

年期7年の質地である。期限に弁済できないときは何年たとうとも金子有合次第受け返すとの特約が付されている。被上告人は、当該契約は金子有合次第受戻可能であるから、10年が経過しても流地となるものではない、と主張した。大審院は、旧幕府の法令は質地は10年を期限とするものと定め、明治6年太政官布告第51号は明治5年2月15日以前に取引したもので年期が明けても受け戻さないものは流地とするとある。すなわち、質地は10年を期限とし、この期限を経過して受戻がなされないときは流地となるというのが慣行である。本件質地は嘉永6年7月から17年〔年期7年+受戻期限10年であり、明治3年までとなる〕のうちに受け戻さなかったものであるから、係争地はすでに流地となったものとする、として原判決を破毀自判した。

大判明治11年7月22日判決録3巻55頁の係争地は、慶応3年12月質入、10年年期の質地である。明治6年7月27日に公正証書への更改がなされた。上告人は、明治6年太政官第51号布告に明治5年2月15日以後の証書の質地から生じた訴訟は糶売とあるから、糶売をすべきである、と主張した。大審院は、慶応3年の証書では満期が何月なのか明確ではないが、明治6年の証書によれば当初から11月が満期であることは明らかである。明治6年の公正証書への更改は従前の証書を書き改めたにすぎず書換をしたのではない。よって、明治6年太政官第51号布告但書が適用される、として上告を棄却した。

大判明治12年6月29日判決録4巻536頁の上告人は、本件質地は明治3年5月の取引であって明治6年5月が期限であるが、太陰暦と太陽暦の差があるので28日の日数を加えると同年6月28日が期限となる。そして当時の慣行によれば質入主に2か月または10年の猶予すなわち出訴期限を与えているのだから、本件についても2か月の出訴期限が与えられて、明治6年8月28日が出訴期限となる。また、明治6年司法省布達第46号によれば、同年8月以降は流地文言の有無にかかわらず直ちに糶売すべきとされている。本件質地も明治6年8月1日以降にわたるものであるからこの布達が適用されて⁶⁴⁾、糶売がなされ

63) 被上告人は、大判明治11年5月28日判決録2巻247頁の被上告人と同一人物である。

るべきであって流地は認められない。糶売は受戻がなされないときに用いられるものであり、上告人が受戻を求めているのだから、受戻が認められるべきである、と主張した。大審院は、明治6年6月28日から2か月以内に受戻の提訴をすべきである、として提訴期限については上告理由と同様の理解を示す。しかし、この期間内に提訴しない場合には質地所有権は被上告人に移転するにもかかわらず、上告人は明治6年8月28日までに提訴していない。明治6年司法省布達第46号は同年太政官布告第51号本文に関わるものであって、同布告但書には関係しない。よって、明治5年2月15日以前の取引で年期明けに受け戻さなかったものについては流地となるのは当然である、と判示して上告を棄却した。

大判明治17年2月4日判決録10巻19頁の係争地は、明治3年12月質入、年期は明治5年12月の質地である。上告人は、明治5年2月16日以降に及ぶ契約であるので地所質入書入規則14条により質地証文の書換が必要であること、明治5年に地所売買の禁制が解かれた後は流質という呼び名は消滅していることを理由に受戻が可能であると主張した。大審院は、本件質地証文には明治5年の年末までに受け戻さなければ流地となると明記されており、この契約は明治5年2月15日以前に締結されたものであるから明治6年太政官布告第51号の適用を受けるものではなく、従前の慣例によって2か月の猶予を与えてもその期限は明治6年7月3日以前であるから、同年司法省布達第46号の適用もない。したがってすでに流地の処分に関し質地契約の効力はない、として上告を棄却した。

大判明治17年6月25日判決録10巻183頁の係争地については質入の時期、年期とも争いがある。被上告人は20年前に5年の年期で質地に取ったものですでに流地になっていると主張した。原判決は、村方名寄帳によれば慶応4年3月に被上告人に質入れしたものであって上告人の言うように7年年期だとす

64) このあたりは理解しにくいのが、提訴期限が明治6年8月以降であるから、提訴がなくとも糶売が認められるべきだという論法である。

れば、地租改正の際に被上告人名義で地券を受けるはずがないのに異議がなかったのであるから、流地となったものと認めざるを得ない。よって、係争地は明治元年3月に5年年期の経過後受け戻さなかったものと認定し、明治6年太政官布告第51号但書によりすでに流地になったものと判決した。大審院も原判決を認容した。

大判明治18年5月6日判決録11巻137頁の係争地は、明治2年質入、明治5年⁶⁵⁾に増借の質地である。大審院は、原判決は質地の年期を定めながら債務を弁済せずに明治6年・9年の地券も質取主が受領していることに異議を述べていないことからすれば、合意によって所有権が移転したと認定したものであって、認定した事実は裁判官の主権に属することから上告理由とはならない。上告人は、明治6年太政官布告第51号を援用して、「万一遅滞候ハ、先年中貴殿方へ質地ニ預置候地所引揚ハ勿論質流地ニ屹度可致」とある甲第3号証は無効であるとするが、この布告は裁判上は流地とせずに糶売するというものであって、双方が合意の上で弁済のために流地とするのを禁じるものではない、として上告を棄却した。

明治6年太政官布告第51号但書を適用した6件を分析すると、以下の知見が得られる。まず、大判明治18年5月6日判決録11巻137頁は当事者間に明確な流質合意があると認定されたものであり、明治6年司法省布達第46号但書によるものと言える。質入主が流質合意の効力を覆そうとして提訴したが、すでに提訴前に合意が成立しているのだから、同布達本文の適用はない。残りの5件が、同布達但書によらずに解決したものである。このうち、大判明治11年5月28日判決録2巻251頁、大判明治17年2月4日判決録10巻19頁の2件では明治6年太政官布告第51号の交付以前にすでに流地となっている。それを否定すべく、大判明治11年5月28日判決録2巻251頁では金子有合次第受戻可能

65) 上告理由には明治5年の2月以降との記載があるが、明治5年の何月であるのかは判例集からは不明である。

であるとの主張がなされるものの、大審院は幕府法を適用して受戻期限を10年、明治3年に流地となったものとする。大判明治17年2月4日判決録10巻19頁では上告人の主張自体無理筋であり、明治5年12月に流地となっている。また、大判明治12年6月29日判決録4巻536頁と大判明治17年6月25日判決録10巻183頁では明治6年8月よりも前に流地となっていることから、地所質入書入規則14条による質地証文書換の必要はない。したがって、当初の質地証文の作成日が問題となる。大判明治12年6月29日判決録4巻536頁では明治3年5月質地証文を作成し、明治6年6月に流地となっている。また、大判明治17年6月25日判決録10巻183頁では明治元年3月に質地証文を作成し、明治6年3月に流地となったものと認定している。残る大判明治11年7月22日判決録3巻55頁は質地証文を公正証書に更改したのは書換ではないとの論理で流地を認めている。しかし、前述したように大審院の判例法理では質地証文を書き替えなかった場合でも書換があったものとみなすこととされている。仮に更改は書換に当たらないとしても、明治6年8月以降の質地証文による質地として扱われるはずであり、糶売がなされることとなるはずである。にも拘らずこの判決が流地を認めているのは、質地証文の書換がなければ当初作成した日付で質地証文の効力が判断されることとなり、明治5年2月15日以前に質地証文が作成されていることから明治6年太政官布告第51号但書が適用されるものと判断したと考えられる。地所質入書入規則14条違背の効力についての判例法理形成以前の判決であることがこのような判断をもたらしたものと推測される。

補論 流地の定義

ここまで大審院が流地をどのような範囲で認めていたのかを分析してきた。ところが、流地とは何かという点については実は定義を与えておらず、大審院ならびに当事者が流地とするものを流地としてきたにすぎない。

大方の考えでは、流地とは質権実行に際して清算金を支払うことなく質権の目的を質権者の所有にするものと定義されるであろう。「過剰な利益の取得を

抑制するということは、担保法理の基本的思想と見ることができ、それが端的には民法上は流質契約の禁止に表れている」⁶⁶⁾との見解はその一例である。設定行為又は債務の弁済期前の契約においては、流地を認めなければ融資をしないとの圧力がかかることから流質を一律に禁じることに合理性がある。これに対して弁済期後であればそのような圧力はなくなるから流質を認めてもよい。また、譲渡担保の場合も清算合意があるからこそ帰属清算型のそれが認められるのであって、清算金を支払わないとの合意は認められない。以上は、流質において清算金が支払われないことを当然の前提としたものであり、流質慣行を強く否定したポアソナードの見解もこの立場である。

ところが、明治初期の大審院判例を見ていると、涙金・増金といった以上のような流質の定義が必然ではないのではないかと思わせる金銭の動きが見られる。

涙金慣行の存在は以前から知られているところである。大審院では認められなかったものの、大判明治13年11月15日判決録6巻394頁の上告理由にも涙金を支払って所有権を移転したとの主張が見られる。もっとも、涙金は所有権移転の際に譲受人から譲渡人に対して支払われるごくわずかな金銭のことであるから、清算金として位置付けるのは適当ではない。

増金の授受と流質の関係をうかがわせる事例がいくつか見られる。大判明治12年12月17日判決録5巻274頁の事例では、質取主が明治8年1月23日に流地の趣意金として6円を質入主に渡して流地証文を受け取りその後証文は紛失したと申述したものの、原判決で否定されている。大判明治12年12月18日判決録5巻277頁において、大審院の認めるところとはならなかったものの、質取主は、質地に増金を与えるのは流地にしたことに起因するものである、と主張している。大判明治14年10月31日判決録7巻200頁は、流地とするにすれば増金が不十分であるとする。大判明治15年7月19日判決録8巻163頁では、上告人が流地とするにしても相当の増金を授受するのが流地とする際の普通の

66) 伊藤進「譲渡担保の法理」『権利移転型担保論』（信山社・平成7年）19頁。

慣例であると主張する。大判明治16年8月2日判決録9巻242頁は、増金なしに年期中に流地とするとは考え難いという。

これらの増金に関する判示・主張を見ると、流地とするに際して増金が支払われていた事例が存在したものと推測される。ただ、それが通例であったのか、増金の額は清算金と評価できるようなものであったのか、清算金であるとしたら質物の金銭評価はどのようになされていたのかなど、疑問も多く残る。

したがって、流質において清算がなされていたと断定することはできないものの、反対に、清算は全くなされておらず流質は質権設定者にとって一方的に不利なものとするのも慎重でなければならないだろう。

結語

(1) 以上の大審院判例の分析からは、以下のことが明らかとなる。

質権の目的はほとんどが田地・畑地であること。また、紛争の当事者は質入主と質取主であり、土地の受け戻しの可否が争われる事例が多い。また、質入主・質取主とも同一村内の者または近隣の村の者であることがほとんどであり、村内の慣行が持つ影響力は大きい。

大審院は幕府法の効力を尊重しているものと言える。幕府法に反する慣行の効力については判例は分かれている。

地券名義と所有権の所在の関係については、質入中は質取主に地券名義を与えるという慣行の存在が認められており、これを否定する大審院判例は見受けられない。この点で、大審院は慣行を尊重している。したがって、地券名義には所有権の推定効はなく、流地の成立を地券名義のみによって推定することはなされない。地券の名義に加えて数年間にわたり質取主に地券名義があるのを質入主が放置していたという事実も認定して初めて流地の成立が認められている。

地所質入書入規則違背の効果については、証文書換（14条）・年期（4条）・奥書割印（16条）のいずれについても、当事者間での効力に影響を及ぼすものではないとする判決が多い⁶⁷⁾。

流地慣行の効力は明治6年に太政官布告・司法省布達が公布されることによって一気に否定されたわけではない。公布後であっても、流地を認める判例も見られる。ところがこれらは、公布以前に流地となっていたものや当事者間の明示の合意が認められたものが多くを占めているのであって、地所質入書入規則14条違背の場合には証文の書換がなされたものと扱われることも相まって、流地が認められる余地はほぼなくなっている。流地を認めた下級審判決を破毀して受戻を認めた大審院判決が多いことも特徴的である。従前の流地慣行を維持する傾向のある下級審に対して大審院は流地慣行を否定するものと言える。また、大審院判例の事案では糶売を求めたものはほとんどなく、ほぼすべてが受戻を求めたものであることも特徴的である。これだけを見ると流地が否定されて受戻が認められるのであるから、質入主の保護が手厚いように見える。しかしながら、実際に受戻を請求できるのはそれだけの金策ができた質入主のみであって、それができなかった質入主について質権がどのように実行されたのかは判例を分析することからは明らかとならない。布告・布達の適用によれば糶売がなされることとなり、紛争となれば大審院もそのような判断を下すであろう。だが他方で明治6年司法省布達第46号但書は当事者間の協議による流地を認めているのである。以上からは、大審院は決して質入主を保護するという意識の下に布告・布達を適用したということはなく、これらを形式的に適用した結果として受戻が認められる事例が多くを占めるに至ったと評価すべきであろう。

流地とはいかなるものか。清算金を支払うことなく質権の目的の所有権を質権者に帰属させることなのか。明確な答えは出ないが、増金支払がなされた事例が一部にはあったようであることだけ指摘することができる。

67) 地所質入書入規則4条違背であっても当事者間の合意が大審院では尊重される。丹羽・前掲179頁は、年期を3年に限ったことが自作農が急速に没落し土地を喪失する可能性を与えたとしているが、大審院判例はこのような自作農の没落傾向に結果としてわずかながら歯止めをかけることとなっている。

(2) 最後に、質権に関する訴訟が明治14年から数年間に集中して見られる理由を考えてみたい。

質権の設定が比較的古い事例の中には、金子有合次第受戻ができるとの合意があったとして質入主が受戻を求めたものがある。幕府法では受戻期限が10年とされていたわけだが、この制約が大審院では適用されないことを期待したものと考えられる。しかしこうした試みは失敗に終わる。

明治6年の太政官布告・司法省布達公布により流地に対して否定的な態度が示された。それと同時に、流地としない場合には糶売がなされることとなった。このことは質入主からすれば質の目的を正当価額で金銭評価してもらえようになり有利であるようにも見える。しかしながら、流地の場合に金銭的補償が全くなかったとは断言できないことは前述のとおりであり、また、江戸時代には受戻権が非常に強力であり流地となった後も安定した所有権が形成されたわけではないことは既に指摘されているところである⁶⁸⁾。したがって、糶売によって見知らぬ競落人に競落されるよりは、同一村内あるいは近隣の村内に居住することの多い質取主に流地とされる方が質入主にとって好都合であったとも考えられるのである。そうだとすれば、質入主にとっての明治6年の布告・布達の最大の問題点は糶売が要求されるようになったことにあるというべきであろう。そこで受戻の可能な質入主が受戻を求める紛争が生じたものと考えられる。さらに大審院が地所質入書入規則14条違背があっても質地証文の書換がなされたものとの判例法理を形成したことによって、流地が認められる余地はほとんどなくなった。

ここで新たな紛争形態が生じたものと見られる。それはすなわち、すでに流地となっていたものを受け戻そうとする動きである。地券名義が質取主にあるのは質入中は質取主義にするとの慣行を指摘することで、受戻を正当化する事例が現れたのである。この種の主張に対する判決が出されたのがちょうど明

68) 丹羽・前掲77-82頁には、阿波藩・肥後藩の例が挙げられている。ただし、これらの藩は小作地率が高いにも拘らず地主的土地所有が成熟していないという特質を持った藩であるため、全国的な傾向を示すものというわけではないことには注意を要する。

論説（直井）

治15年以降である。元質入主が流地を認めない布告・布達を前にして、すでに流地となっている土地についても受戻の余地があるのではないかと考え、それが質権を巡る紛争増加の一因であったと推測されるのである。大審院は、質取主名義の地券を質入主が数年間放置したことを理由に、この種の訴えをすべて拒絶する。これによって元質入主は受戻の手段を完全に失うこととなって紛争が急減したものと考えられる。

* 本稿は、令和元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）