

学位論文審査結果の報告書

氏名

上川内 宏

生年月日

1968年 10月 5日

本籍(国籍)

広島県

学位の種類

博士(法学)

学位記番号

法 第 11 号

学位授与の条件

学位規程第5条該当

(博士の学位)

論文題目

明治期における根抵当の形成

学位論文受理日

2023年 12月 18日

学位論文審査終了日

2024年 1月 23日

審査委員

(主査) 林 真貴子

(副主査) 福田 健太郎

(副主査) 渡辺 森児

指導教員

林 真貴子

論文審査結果の要旨

審査対象論文である上川内宏「明治期における根抵当の形成」は、根抵当概念を歴史的に措定してその変遷を明らかにしたことにより、民法典編纂者たちの議論内容を実態に即して検討できるようにし、根抵当が旧民法では条文化されたものの、明治民法典・旧不動産登記法等において明文で規定されなかった理由を明らかにするとともに、その後の司法省指令や大審院判決等を通じて慣習法として成立していったこと、すなわち慣行が慣習法化していく要因とプロセスとを明らかにした論文である。

本論文の構成は、第1章において論文の目的と先行研究の到達点を明らかにし、根抵当の分析概念を定め、第2章から第4章においては民法制定以前の根抵当慣行の存在形態を明らかにし、第5章と第6章において民法典編纂過程において根抵当をめぐる議論状況を分析し、第7章から第9章では民法制定以後に根抵当が慣習法として成立する端緒を示し、第10章で結論として議論を整理するというものである。

第1章では、根抵当を直接に対象とする先行研究を分析するとともに、江戸時代をも含めた法制史の研究と明治中期から現在にいたる担保物権法についての主な教科書を確認している。西欧近代法導入以前の史料を検討するために、根抵当の分析概念を江戸時代後期から1901（明治34）年および1902（明治35）年の大審院判決までをも見据えて、「将来発生する可能性のある不特定の債権を担保するため、債務者の不動産についてその占有を移すことなく当該不動産に担保を設定するもの」と措定した。これにより、第2章において江戸末期の、第3章において明治初期の抵当慣行を分析する際に、史料に「根抵当」「根」という字句が含まれているかどうか拘泥することなく、当時行われていた担保の慣行を検討しその実態に迫ることが可能となったのである。本論文は、全国の自治体史の史料編を具に検討し、幕末維新时期には、大商業都市の一部で「動産不動産を区別せずに、担保をとって継続的貸付取引」が行われ、「将来債務が生じたときに備えて事前に担保を差し入れるなど、形態は様々であるが、将来生じる恐れがある債務のために担保を設定」という根抵当と思しき慣行が存在し、明治期に入るとそうした取引慣行が国立銀行との取引に多く見られ、さらに銀行を通じて全国各地へと波及していくとともに、将来発生する可能性のある債務の担保というよりはむしろ、「継続的な借入の可能性が高い債務の担保」へと変化し、さらに限度額を定め継続的貸付のために担保（不動産や動産類）を設定するという方向へと収斂していったことを明らかにした。第4章は根抵当の登記について扱い、1886（明治19）年に制定された登記法に根抵当は規定されなかったが、司法省がその取引慣行の浸透状況に鑑み、根抵当は抵当として登記可能と判断し全国に周知していたことを明らかにした。司法省の指令により、根抵当が抵当の一種と位置づけられ、根抵当登記には根抵当であることと限度額および貸借期間とを明示する根抵当設定契約が典型として定められていったことを明らかにしたのである。

第5章と第6章ではそれぞれ旧民法・明治民法の法典編纂過程における根抵当の議論

を取り上げている。旧民法では栗塚省吾委員のイニシアティブもあり、法律取調委員会再調査案第 1255 条（旧民法債権担保編第 241 条）において「信用ヲ開キテ為ス貸付ノ如ク漸次ノ支払ヨリ生スル」根抵当として（根抵当という字句は用いられなかったものの）根抵当に相当する規定が設けられたのに対して、明治民法では根抵当が信用契約に基づく消費貸借の担保の一種と捉えられ、根抵当が有効であることは自明のことであり、あえて明文で規定する必要はないとの結論に至った経緯が示された。本論文は、立法過程での議論や理由書に加えて、旧民法から明治民法の制定前後に出版された法律書とそれらの法律書で扱われていたフランス民法、ドイツ民法第一草案の議論を検討し、根抵当は、ドイツ民法よりはむしろフランス民法の影響を受けていることを論じた。そして根抵当が明文で規定されなかった理由は、信用契約を締結し根抵当を設定したときにはすでに債権が成立するから、根抵当が認められるのは当然であり、わざわざ明文で規定する必要はないという梅謙次郎の見解が（田部芳委員等の反対にもかかわらず）最終的な決め手となったこと、さらに梅の見解は、商法編纂過程で将来債権のための質権設定の規定に関するヘルマン・ロエスレルの説明書から強い影響を受けていたこと等を論じた。

第 7 章・第 8 章・第 9 章は、明治民法で根抵当が規定されなかったことによる実務上の混乱とそれへの対応の議論から、民法施行後に根抵当が慣習法化していくプロセスを明らかにしようとしたものである。第 7 章は、不動産登記法（明治 32 年法律第 24 号）においても根抵当が明文で規定されなかったために生じた、従来の根抵当登記が有効か否か、今後も登記できるのかという疑義に対する司法省指令を分析し、根抵当が普通債権の根抵当登記と同じく根抵当とすべきものとなっていたことを明らかにした。第 8 章は、法曹会決議の内容を検討し、「根抵当は信用契約により当事者の一方が負う債務を担保するもので有効」とされたこと、特に法曹会での議論の前後から附従性の観点が強調されることになったことを論じた。第 9 章は、明治 34（1901）年及び明治 35（1902）年大審院判決が示した根抵当の有効性と「限度額を定め将来生ずべき債権債務のため、あらかじめ根抵当を設定するもの」という根抵当の内容、第三者への対抗要件としての登記について論じ、大審院判決には、旧民法および明治民法における法典編纂者たちの議論の影響、登記法および不動産登記法による登記実務と司法省指令、その後の法曹会での議論の影響がみられることを示した。第 10 章ではこれらの議論を総括し、「根抵当は江戸末期から明治期にかけて、根抵当と思しき慣行から根抵当慣行へ、根抵当慣行から根抵当『権』へ、根抵当『権』から根抵当権へと、その内容や取引形態などが変化して形成され」た、と結論付けている。

本論文の概要は以上の通りであり、審査委員会としての評価を以下に記す。上川内氏は、先行諸研究を丁寧に分析し、法制史研究として重要な成果である江戸時代の「根証文」「根目録」から用いられとされた「根」根抵当の意味（幡新大実『根証文から根抵当へ』）、そして旧民法典に根抵当に類する規定がなされていたこと（藤原明久『ボアソナード根抵当

法の研究』)などの先行諸研究の到達点を理解したうえで、根抵当についての歴史的研究を大きく前進させたと言い得る。本論文の成果は大きく3つある。その第一は、根抵当概念の変遷を示した点である。上川内氏は、史料に「根抵当」という語が使用されているかどうかを重視せずに、根抵当の本質とは何かを考えながら分析概念を措定した。それにより、当座貸越、書入れ質入れ、明治初期の根抵当、さらにはのちに民法第398条の2以下に21か条で規定される根抵当権など、歴史的な担保の在り方・考え方から根抵当を腑分けし、その後の資本主義経済の進展に伴い、根抵当の重点が「継続的な借入の可能性が高い債務の担保」へと変化し、限度額を定めた継続的貸付のための担保(不動産や動産類)という方向に収斂していったことを明らかにした点にその新規性がある。

第二に、本論文のこうした成果は史料を重層的に検討したことにより得られたものであり、その史料の組合せ方は特質に値する。布告布達、法典編纂過程の議事録や民事慣例類集・法律書等、法曹内部の史料を中心に参照してきた先行研究では見出されていなかった取引実務・担保の慣行への接近は、本論文が自治体史の史料編、明治初期からの下級審判決、『公文類聚』『公文雑纂』に示された大蔵省と銀行との報告・伺指令、登記法・旧不動産登記法についての司法省指令、法律新聞・法曹会雑誌などの史資料の収集分析を網羅的かつ徹底して行ったことによりなし得たことである。そのことを通じて、慣行の実態解明に近づくとともに、根抵当をめぐる法典編纂過程での議論の評価にも一石を投じるものとなっている。根抵当権における附従性の原則が法典編纂過程での議論の中心であったのではなく、むしろ、条件付債権債務契約等と同様に、根抵当は信用契約をするときに限度額を定めており、契約時に債権債務が生じているから有効であり当然成立するという議論が主流であったこととその意味を明らかにできたのである。

本論文の第三の、そして最大の成果は、以上の点を踏まえて、江戸末期に一部で成立し引き継がれてきた法慣行が慣習法として成立した過程の一つを明らかにしようとした点である。多義的であり漠然としていた担保の慣行は、法実務と法典編纂過程での議論とによってその意味内容が明確化されていき、司法省指令と大審院判決等とによって慣習法として成立していったという慣習法の成立過程の一つの在り方を明らかにしたと言い得るものであり、今後の同種の研究にも影響を与えるものと考えられる。

ここで、本論文の課題と思われた点も示しておきたい。本論文は、法典編纂過程において広く認識されていた根抵当慣行が条文化されなかった理由について、条文作成上の技術的な問題であったことを強調する。そのような点が主たる理由であったかどうかは今後さらに慎重に研究されるべき課題であろう。多くの法律家は、梅謙次郎という当代随一の学者が、田部芳をはじめとする他の委員に予測できたことを見誤るであろうかと疑問に思うであろう。梅謙次郎があえて根抵当を立法化しなかった理由は、彼の立法に対する方針に起因し他でも見受けられることなのか、あるいは、根抵当慣行はいずれ廃れていくという予測や使わらるべきではないという規範的な意図等があったからなのか。当時の社会経済状況を踏まえ、実際にどのような担保がどの程度用いられていたのかなどの実態

を歴史的に解明することによって、さらに踏み込んだ議論ができるのではないか。ひとり法技術的な問題に終わらせるべき箇所ではないように思われた。実態の解明については、第 8 章・第 9 章において法曹会決議や判例に関する影響関係を論じるにあたっても求められる点である。とりわけ、影響の範囲、程度について、根抵当取引の実態を踏まえた裏付けが必要であるように思われた。

また、本論文の目的の一つに、根抵当の発展（形成）過程をふまえ、現在の根抵当の実情と問題点を調査分析することが挙げられているが、明治期以前の根抵当慣行の分析を通じて、現行民法下における根抵当および根質（動産担保のみでなく債権担保も含む）の解釈論へどう波及していくのかという実質的な影響力については、抽象的な記述にとどまっているように見受けられた。筆者の既成の理論に捉われない分析力によって、この点が今後どう明らかにされるのか興味があり、さらなる研究の深化に期待したい。

もっとも、こうした課題は本論文が卓越しているために生まれたものである。日本近代法史はこれまで、法典編纂史、官僚制など国家権力についての研究、家族法史研究、司法制度史研究から法社会史、国制史研究へと拡がりかつ深まって来ているものの、いまだ法概念史研究は十分になされていない状況にある。そのため、たとえばローマ法上の概念に遡って研究する実定法学者であっても、日本については旧民法・明治民法の議論を分析するにとどまり、幕末維新时期から江戸時代後半の法慣行にまで遡ることはできていない。これは 19 世紀法史学の重要な課題であり、本論文はその点に切り込んだものとして、高く評価できる。

以上により、審査委員 3 名は一致して、本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものと判断した。