

フランス法の買戻制度における質貸借の保護と排除

——民法三九五条と五八一条二項との比較考察にむけて——

片 山 直 也

- 一 序論——民法三九五条を起点として
 - (一) はじめに
 - (二) 民法三九五条但書をめぐる問題点の整理
 - (1) 但書の立法趣旨（本文と但書の関係）
 - (2) 解除の要件としての「損害」概念
 - (三) 民法五八一条二項に関する従前の学説の状況
 - (1) 五八一条本文の趣旨
 - (2) 五八一条二項但書の要件
- 二 フランス法の概要
 - (一) 序——日仏民法典の関連諸規定
 - (二) 前史——フランス古法
 - (三) 一九世紀フランスにおける解釈論の状況
 - (1) 一六七三条二項末段（質貸借維持）の根拠
 - (2) フロード (fraude) の要件・効果
- (四) 二〇世紀フランスにおける議論の展開

(1) はじめに

(2) 判例法理の展開

(3) 一六七三条但書末段の要件

三 結びに代えて

一 序論——民法三九五条を起点として

(一) はじめに

「抵当不動産の上の短期質貸借の保護の規定(三九五条)と同趣旨である。もつとも両規定には差異があるが、その理由はわからない。いずれが優れているかも容易にいえない。」⁽¹⁾

買戻特約付きの売買において買戻権が実行された場合、目的物の所有権は遡及的に売主に復帰するので、買主が設定した用益権や担保物権はすべて消滅するというのが原則であるが、民法典はこれに例外を設け、「登記ヲ為シタル質借人ノ権利ハ其残期一年間ニ限り之ヲ以テ売主ニ対抗スルコトヲ得但売主ヲ害スル目的ヲ以テ質貸借ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス」(五八一条二項)との規定をおいた。冒頭の引用部分は同規定につきかつて我妻博士が付したコメントである。何とも歯切れが悪い説明だが、そこに示された状況はその後にも基本的には改善されることなく今日に至っているといえよう。⁽²⁾ おそらく実務上同規定が問題となることは稀であり、それゆえにとさら研究者の関心を惹くことも少なかったからではないかと推察される。まずは同規定の立法経緯を踏まえた基礎的研究が望まれるところである。

これとは対照的に右コメントが援用する三九五条については、古くから数多くの論争が積み重ねられてきた。とりわけ近時は実務における短期賃貸借の濫用の実態を踏まえて、いわゆる詐欺的短期賃貸借の排除という視点から活発な議論がなされているのは周知のとおりであろう。⁽³⁾だがすべてが論じ尽くされたわけではなく、後述するように制度の根幹にかかわるような基本的な問題点が依然未解決のまま残されているのもまた事実である。⁽⁴⁾

そこで本研究（本稿および続稿⁽⁵⁾）では、従来必ずしも十分な研究がなされてこなかった民法五八一条二項に光を当て、立法沿革を遡り母法フランス法と対比することによって同規定の姿を浮き彫りにしたいと考えている。それが本研究の直接の考察対象であるが、同時に伏線として、五八一条二項との比較考察という視点から、三九五条（特に但書）の解釈論争に向けて一つの基礎的資料を提供することが企図されている。ここではまずその点について節を改め簡略に説明しておくことにしたい。

（二）民法三九五条但書をめぐる問題点の整理

民法三九五条については種々の解釈論上の問題点があるが、筆者は(1)但書の立法趣旨（本文と但書の関係）と、(2)解除（但書）の要件としての「損害」概念の二つの点⁽⁶⁾が、未だ十分に論じ尽くされていない基本的かつ最重要の問題点ではないかと考えている。⁽⁷⁾

（1）但書の立法趣旨（本文と但書の関係）

我が国の通説・判例は、短期賃貸借制度（三九五条本文・但書）の立法趣旨につき長らく、抵当権は価値権であり目的物の利益には干渉し得ないとのいわゆる「価値権論」を前提に、「価値権と利用権の調和」という理想のもと、抵当不動産の円滑な利用を確保するために抵当権者は合理的な範囲の利益を甘受すべきであるという点に求めてきた。⁽⁸⁾そこでは「合理的な」不利益ならば抵当権者に甘受させ得るが（本文）、「不合理な」不利益を

抵当権者に強いることはできない(但書)という意味で(「合理的限度説」と呼ぶ⁽⁹⁾)、本文と但書がいわば表裏一体として説明されている点に特徴を見いだすことができる(「一体説」と呼ぶ)。例えば最高裁は、差押えの効力発生後に短期賃貸借の期間が満了する場合の更新につき、一方では右「三九五条の趣旨」を援用し更新をもって抵当権者に対抗できないと解し⁽¹⁰⁾、他方では同じく「三九五条の趣旨」を援用しつつ更新された短期賃貸借の解除を認容する判決を下しているのである⁽¹¹⁾。

これに対して近時は立法沿革の研究が進み、一方で三九五条本文については、ボワソナードを経てフランス一九世紀後半の(旧)通説の抵当権観である「支分権論」および賃貸借一般についての「管理行為論」を背景に定立された規定であることが解明され⁽¹²⁾、他方で同条但書については、帝国議会(衆議院民法中修正案委員会)の審議の際に、詐欺的な賃貸借の弊害を懸念する実務家出身委員の提案(修正案)によって追加された規定であり、詐害行為取消権(あるいは「フロード (fraude) の一般理論」による詐欺的賃貸借の排除というフランス法的処理(「詐欺的賃貸借排除の法理」)を前提に制定されたことが明らかにされた⁽¹³⁾。

ただ後者(但書)については、以上の立法経緯を経て最終的にいかなる「法定立」がなされたと分析すべきか、必ずしも見解の一致が得られているわけではない。一方では、条文の文言上、要件を「損害」とし、効果を「解除」としたことによって、「フランス法的処理を明確に否定した」との見方がなされている⁽¹⁴⁾。しかしながら修正案(但書追加)の趣旨が、当時の現実の弊害を踏まえた上で、詐欺的短期賃貸借を排除しようとする点にあったことは確かであるから、少なくとも詐欺的賃貸借の排除という制度目的のレベルにおいては連続性があると思われるべきではないか、と筆者自身は考えている⁽¹⁵⁾。

仮に但書が「詐欺的賃貸借排除の法理 (fraude 法理)」に基づくものだとするならば、そもそも但書を本文と同一次元で論じるべきではなく、「合理的限度説」によるにせよ「管理行為論」によるにせよ、まずは本文の利

益調整が「原則」であって、但書はあくまでもそれに対する「例外」的措置であることを確認しておく必要があると思われる。⁽¹⁶⁾ 本文と但書はそもそも異なる立法趣旨に基づく別個の規定と解する立場（峻別説⁽¹⁷⁾）である。

そして以上の点を明らかにするにあたっては、三九五条と同様の構造をもつと思われる五八一条二項につき、その本文と但書の関係を説明することが、それに一つの有力な手掛りを提供することになるのではないかと推測できるのである。

(2) 解除の要件としての「損害」概念

民法三九五条但書は「抵当権者ニ損害ヲ及ホストキ」を解除の要件としているが、その「損害」の意義については周知のように、短期賃貸借の存在によって抵当不動産の売却価額が下落し抵当権者の配当額が減少する場合には直ちに解除を認める考え方（「当然損害説」）と、さらに賃貸借契約の内容の不合理性（低額賃料、賃料前払、高額敷金など）や詐欺性を要求する考え方（「不合理性説」「詐欺性説」）との対立が存する。⁽¹⁸⁾ 判例・通説は古くから「当然損害説」を採用していたとされるが、立法段階で念頭におかれていたのは、賃料前払、低額家賃、高額敷金などのいわゆる詐欺要因のある賃貸借の排除であり、⁽¹⁹⁾ また近時は不合理性や詐欺性を要求する説が有力化しつつあるといわれる。⁽²¹⁾ 有力説のねらいが、正常型の賃貸借は三九五条により保護が予定されているものとし、いわゆる詐欺的短期賃貸借のみを解除の対象にしようとする点にあるのはほぼ共通しているが、その構成（要件枠組み）は論者により若干異なる。大別すると、契約内容の不合理性を要求する「不合理性説」⁽²²⁾ と、短期賃貸借設定段階の害意等当事者の主観的態様を要求する「詐欺性説」⁽²³⁾ に整理することが可能であろう。⁽²⁴⁾ それではこれらの種々の考え方のうちいずれを是とすべきなのか。

問題点(1)と同様、仮に同規定が「詐欺的賃貸借排除の法理 (fraude 法理)」に基づくものであるとの仮説が成

り立つならば、「損害」という文言（法律構成Ⅱ手段）は、詐欺的賃貸借の排除という立法趣旨（制度目的）から少なからず乖離していることになろう。同文言を字義どおりに解釈すると、詐欺的賃貸借の排除という立法趣旨（目的）を超えた過剰な結果をもたらすおそれがある。よってその「溝」を埋める作業が解釈論には要求されるはずである。⁽²⁵⁾ それともかかる推論はそもそも出発点において誤りを犯していて、逆に「損害」「解除」という文言を通して右とは別内容の法が定立されたと見るべきであるのか。いずれにせよ三九五条但書につきいかなる「法定立」⁽²⁶⁾ がなされたのかを説明する作業が必要不可欠である。

そしてこの点に関しては、五八一条二項但書が「売主ヲ害スル目的ヲ以テ……」とし「害スル目的」を要件化している点が改めて注目されよう。両規定の体系的な関連性を説明することが、おそらく三九五条（但書）の解釈論にとっても多くの示唆を与えるものと推測されるが、まずはその前提として、個々の規定の歴史的経緯を明らかにしておくことが当面の課題となるであろう。本研究の主たるねらいもそこにある。

それでは考察に入る前に、我が国の既存の学説が、同規定の趣旨および要件につきどのような理解を示しているか、簡略に整理しておくことにしたい。

(三) 民法五八一条二項に関する従前の学説の理解

(1) 五八一条二項本文の趣旨

買戻の遡及効を前提とした上で、⁽²⁷⁾ 買戻実行により買主や転得者が設定した用益権や担保物権はすべて消滅するのが原則だが、その例外として登記（對抗要件）を備えた賃借権についてはその残期一年に限り売主に対抗しうるとするのが、五八一条二項本文の基本的な構造である。その大枠について異論を唱える学説は見受けられない。⁽²⁸⁾ またその根拠については、①遡及効の原則を貫くことが、買主または転得者による目的物の利用を妨げること

になる点、②ひいてはそれが社会経済上の不利益をもたらす点、③買戻権の行使と目的不動産の利用関係との調整⁽³¹⁾、などがほぼ共通に列挙されている。なお付言すれば、立法当初ないし大正期の学説には、賃貸借が不動産利用の最も「普通ナル方法」である点、⁽³²⁾「其存在ハ必スシモ不動産ノ所有者ニ不利ナルモノニアラス」という点⁽³³⁾を根拠の一部とするものが散見される。

ところで学説において三九五条との関係が意識されるようになったのは、管見の及ぶかぎり我妻博士の時代以降のことである。⁽³⁴⁾そして両規定は同趣旨とされながらも、三九五条との差異（本文についていえば、短期賃貸借にかぎらず、一律残期一年についてののみ保護が与えられる点）を設けた理由は不明であり、その優劣⁽³⁵⁾は容易に判断できないとされた。⁽³⁶⁾さらにそれ以上に問題なのは、より根本的に両規定が何ゆえに同趣旨とされるのか⁽³⁷⁾という点についての説明がなされないまま、ただ「同趣旨」だということのみが一人歩きして後世に受け継がれてきたことであらう。

(2) 五八一条二項但書の要件

但書については本文以上に意識的に論じられることは少なかった。⁽³⁸⁾ただ一部の学説には同規定の要件である「害スル目的」につき、極めて示唆に富む言及をなしているものがある。以下の二つに大別することが可能であろう。

①主観説

末弘博士は「又本条但書ニ『買主ヲ害スル目的ヲ以テ』トハ賃貸借当事者双方ガ之ニ依リテ買主ニ損害ヲ与ヘンコトヲ欲シタルヲ云ウモノニシテ必スシモ客観的ニ当該ノ賃貸借カ買主ニ不利益ナリヤ否ヤヲ問ハズ⁽³⁹⁾」と述べておられる。このように末弘説は、損害の発生という客観的態様を不問とする徹底した主観説であるが、そこまで極端ではないけれども、主観的態様を重視する学説も存する。例えば勝本博士は「右の賃貸借の

登記は買戻の登記よりも後に為されるものであるから、往々にして買戻権の行使を妨害せんが為め故意に為されることがある」とし、「故意（妨害せんが為めという積極的害意の意）」を想定されている⁽⁴⁰⁾。

②客観説

石田（文）博士は「売主を害する目的を以て為した賃貸借であるか否かは、主観的に当事者の意思に依つて決定するのではなく、客観的に買戻権行使の時の事情に依り、売主に事実上損害を与えるものなりや否やによつて決定すべきである。例えば、不当に廉価の賃料であるとか、又は賃料の全部を前払するとかの場合、賃貸人及び賃借人に害意あると否とを問わず、売主を害する目的を以て為された賃貸借なりと云ひ得る⁽⁴¹⁾」と述べられ、主観的態様不問説を唱えておられる。この石田説に対しては柚木博士が「解釈としてはすぎた態度と思う⁽⁴²⁾」と批判されつつも、「賃料が不当に廉価であり、また賃料の全部が前払されていた場合のごときにおいては賃貸借当事者の害意を推定することをうべく、したがつて彼等に反証をあげる責任が課されることになろう」と、石田説による要件の客観化の方向性を支持され、害意推定説を提唱されている。

以上二説は、その論者がどこまで意識しているかは別として、三九五条の要件（「損害」概念）についての議論との関係においてみるならば、「①主観説」は「詐欺性説」に、「②客観説」は「不合理性説」にほぼ対応すると分析することが可能であろうか。あるいはこれは些か比喩的な言い方になるかも知れないが、両規定の文言（三九五条但書の「損害」と五八一条二項但書の「害スル目的」）との関係で考えるならば、三九五条但書における「詐欺性説」は同規定を五八一条二項但書の文言に近づけて、逆に五八一条二項但書における「②客観説」はその規定を三九五条但書の文言に引きつけて、それぞれ要件論を組み立てていることになるだろう。

以上が我が国の五八一条二項をめぐる現時点での学説の状況である⁽⁴³⁾。それでは以下、序論において縷々述べてきた問題意識に基づいて、同規定を主として歴史的な視点から考察することにした。具体的には本稿において、同規定の母法であるフランス法における一九世紀から二〇世紀にかけての議論の展開を取扱い、続稿において同

規定のボワソナード旧民法から現行民法に至る立法沿革を分析する。

(1) 我妻栄・債権各論中巻一(民法講義V)² 三三五頁(一九五七年)。なお我妻栄『有泉亭・債権法』(民法II)(法律学体系・コンメンタール篇3)(一九五一年)三四二頁参照。

(2) 広瀬武史「買戻権と賃貸借」同・借地借家法の課題(一九六四年)所収一〜二頁、柚木馨・注釈民法(4)債権(5)(一九六六年)三二四〜三二五頁、林良平編・注解判例民法2債権法1(一九八七年)五七二頁(国谷史朗)、松坂佐一・民法提要債権各論「第四版」(一九八一年)一一七頁、石田穰・民法V(契約法)(一九八二年)一七二頁、三宅正男・契約法(各論)上巻(一九八三年)五一六頁、石外克喜編・現代民法講座5契約法「改訂版」(一九九四年)一七六頁「中山充」、星野英一・民法概論IV(契約)(一九九四年)一五七頁、水本浩・契約法(一九九五年)一七六頁、平野裕之・契約法(債権法講義案II)(一九九六年)二八八頁など参照。なお比較的詳細に両規定を対比・検討するものとして、吾妻光俊・新版債権法(一九六四年)一七六〜一七七頁があるが、同文献も「右いづれが、立法として妥当なりやは、必ずしも一概に決定できない」とする(一七七頁。なお後注(38)参照)。

(3) 総括的なものとして、内田貴「抵当権と短期賃貸借」星野英一他編・民法講座3物権(2)(一九八四年)一七五頁以下、高木多喜男「短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎・林良平編・担保法大系第1巻(一九八四年)三九四頁以下、坂本倫城「短期賃貸借めぐる手続法上・実務上の問題点」同四三四頁以下、鎌田薫「抵当権(その2)」別冊NB L三一号担保法理の現状と課題(一九九五年)三〇頁以下などを挙げておこう。なお拙稿「抵当権の登記(4)―短期賃貸借」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編・新不動産登記講座第5巻各論II(一九九八年刊行予定)参照。

(4) ①三九五条本文の制度趣旨および②同条但書の効果については、それぞれ槓梯次「抵当権と賃借権との関係―十九世紀中葉までのフランス法と中心として」法学論集(関西大学)一三巻四〇五〇六合併号二頁以下(一九六四年)、内田貴「抵当権と利用権(一九八三年)一頁以下など(①)、栗田隆「短期賃貸借解除の判決の効果」法学論集(関西大学)三三巻三〇四〇五合併号三三九頁(一九八二年)など(②)の基礎研究を嚆矢として論争がかなり深められたといえよう(筆者も②につき拙稿『判例評釈(最判平成六年三月二五日)』ジュリ一〇七一号一二八頁(一九九五年))。なお若干の提言を行っている)。それとの比重からは今後より論争が深められるべき課題として、③本

文と但書の関係（あるいは但書の制度趣旨）、④但書の要件論（「損害」概念）が挙げられよう（筆者の問題意識につき拙稿『判例評釈（最判平成八年九月一日）』判評四六〇号三五頁以下（一九九七年）参照。なお拙稿・前掲「抵当権の登記（４）——短期貸借」においても問題点を整理しておいた）。

（５）紙幅の関係で分割掲載せざるを得ず、不体裁が生じたことをお詫び申し上げる。本稿では問題提起およびフランス法研究の部分を掲載する。民法五八一条二項の立法沿革および同条と三九五条との比較考察を中心とした統稿は、「買戻における詐欺的貸借の排除——民法三九五条と五八一条二項の比較考察——」と題して『法学研究』誌上にて発表する予定である。

（６）かつて筆者は同様の体系的な関心（「横の関係」）から、三九五条但書（詐欺的短期貸借の解除）と四二四条（詐害行為の取消）との関係を解明するための基礎的研究を公にしている（拙稿「フランスにおける詐欺的貸借排除の法理——民法三九五条但書の解釈にむけて——」法研六四卷一二号二七五頁以下（一九九一年）参照）。

（７）前注（４）参照。

（８）我妻・前掲書八〇九頁、二九四〇五頁、三四〇頁など。なお批判的な立場からの整理として、内田・前掲論文一九〇〇一九一頁など参照。

（９）我妻・前掲書三四〇〇三四一頁参照。

（１０）最判昭和三八年八月二七日民集一七卷六号八七一頁は「……抵当権の設定せられた不動産の利用と抵当権の利益とを調整しようとする同三九五条の趣旨にてらし、貸借権保護の限界として、右のように制限して適用すべきものと解するが相当である」と説明する。

（１１）最判平成八年九月一日民集五〇卷八号二二七四頁は、「……抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度においてのみ許容するという民法三九五各の趣旨にかんがみ、……」（傍点片山）と述べている。

（１２）横・前掲論文二五頁以下、内田・前掲書二一頁以下、藤原明久・ボワソナード抵当法の研究（一九九五年）一三頁以下、一六二頁以下、拙稿「フランスにおける詐欺的貸借排除の法理」二八三頁など参照。それによると、抵当権は所有権の「支分権（démembrement）」であり、設定者は抵当権の設定により所有権の権能の一部を奪われ、「管理（administration）」に属する権能のみを保有する（cf. BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. IV : des sûretés ou garanties des créanciers ou droits

personels, 1889, n° 394, p. 374, n° 394 à 376, n° 417, p. 390)。三九五条本文は、まさにその設定者のなし得る「管理行為」としての質貸借の範囲（六〇二条）を規定したものである（内田・前掲論文一七七頁参照）。なお、同じく「管理行為」論に基づく立法例として、ベルギー抵当法四五条四項があり（次章注（47）参照）、我が国の現行民法三九五条の起草に際しても参考にされている（内田・前掲書二頁以下など参照）。

(13) 内田・前掲書二頁以下、広中俊雄・第九回帝国議会の民法審議（一九八六年）二五頁以下、拙稿「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理」二七六頁以下参照。ちなみにフランス法においては我が民法典三九五条但書に相当する規定は存しないが、判例は一貫してフランス民法典一一六七条の規定する詐欺行為取消権（action paulienne）によって抵当権を害する詐欺的質貸借の排除を行ってきた。要件を厳格化した上での一種の「転用」論であるが、学説には「詐欺（フロード）はすべてを破る（*Fraus omnia corrumpit*）」の法諺に基礎を置く「フロード（fraude）の一般理論」の援用による解決を主張するもの有力である。同様に我が国でも、現行民法典の立法段階においては、詐欺行為取消権による解決が予定されていたし、それが民法典施行前の裁判実務の取扱いであったとも推測されている（拙稿「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理」二七五頁以下参照）。

(14) 松本恒雄「民法学のあゆみ」法時六七卷一二号七四頁（一九九五年）七四頁参照。

(15) 拙稿・前掲『判例評釈（最判平成八年九月一三日）』三九〇四二頁参照。なおこの点に関連して林良平「民法三九五条但書の準用による質貸借の解除―最一小判昭和63・2・16を中心に―」金法一二〇二号八〇九頁（一九八八年）参照。

(16) 拙稿・前掲『判例評釈（最判平成八年九月一三日）』四〇頁、四四頁参照。

(17) 例えば林教授は、三九五条但書の立法沿革に言及しつつ「（同条但書は）、いまだ設けられていなかった短期質貸借に対する防衛ではなく、一般的に質貸借による被害に備えたものであった、といわなければならない。それゆえ、この但書は、短期質貸借肯認の思想とはまったく別な次元から出た対応のための立法であったといわなければならない」と述べておられる（林・前掲論文八〇九頁参照）。

(18) 判例・学説の詳細につき、高島平蔵・抵当権と利益権（叢書民法総合判例研究⑩・一九七七年）二五頁以下、生熊長幸「短期質貸借解除請求訴訟と本来的建物質借権の保護」外尾健一他編・人権と司法（斉藤忠昭弁護士追悼）（二九八四年）二五七頁以下、高木・前掲論文三九四頁以下、栗田隆「短期質貸借制度の再検討」米倉明他編・金融

担保法講座Ⅰ担保制度一般・抵当権（一九八五年）一九六頁以下など参照。

(19) 大判昭和六年七月二〇日民集一〇卷五七五頁、同旨大判大正五年五月二二日民録二二輯一〇一六頁など。我妻榮他編・判例コンメンタールⅢ担保物権法（一九六八年）五〇二頁「清水誠、川井健・担保物権法（一九七五年）一〇六頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男・担保物権法〔第3版〕（一九八二年）四一七頁以下、我妻榮・前掲書三四六頁以下など参照。

(20) 内田・前掲書二二頁以下、広中・前掲第九回帝國議会の民法審議二五頁以下など。併せて拙稿・前掲「フランスにおける許害的貸貸借排除の法理」二七六頁以下、同・前掲『判例評釈（最判平成八年九月一三日）』三六頁など参照。

(21) 鎌田・前掲「抵当権（その2）」三四頁など参照。

(22) 生熊・前掲「短期貸貸借解除請求訴訟と本来的建物質借権の保護」二七三頁以下、柚木編・注釈民法（9）「改訂版」（一九七二年）一二九頁「柚木馨Ⅱ高木多喜男、道垣内弘人・担保物権法（一九九〇年）一四〇～一四一頁、林・前掲論文九頁など参照。また「正常性」を抗弁と構成する井口博「抵当権者の短期貸借権者に対する明渡請求」判タ七〇五号八頁（一九八九年）、取引通念上貸貸用の不動産か否かあるいはそれとして担保評価すべきか否かを基準とする槇梯次・担保物権法（一九八一年）二二二～二三頁、栗田・前掲「短期貸貸借制度の再検討」一九七～一九八頁もここに分類することが可能であろう。

(23) 高木多喜男・担保物権法〔新版〕（一九九三年）一七九～一八〇頁、近江幸治・担保物権法〔新版〕（一九九二年）一七九頁、東海林邦彦「許害的短期貸貸借の防止・排除のための法的手段について（三）」判評二五八号五～六頁（一九八〇年）、拙稿・前掲『判例評釈（最判平成八年九月一三日）』四〇頁など参照。

(24) 詳細は拙稿・前掲『判例評釈（最判平成八年九月一三日）』三八頁参照。

(25) その意味では、三九五条但書に関しては、その「目的（立法趣旨）」とそれを実現するための「手段（法律構成）」に少なからぬ乖離があるという事実を出発点とすべきだということになる（拙稿・前掲『判例評釈（最判平成八年九月一三日）』四〇頁参照）。

(26) 規範的意味における「立法者意思」あるいは「法定立」については、去る平成九年六月二六日二七日両日にわたって行われた慶應義塾大学・民法法学会合同研究会における内池慶四郎教授のご報告（承諾効力と契約成立時期の問

題「民法九七条に関連して」）および同教授より頂いた私信（平成九年七月一日付、八月九日付および八月二八日付）から多大な示唆を得た。なお同民法学会合同研究会については、津田利治「法は何処に？」——伊東乾君の法学『方法論の方法』を聴く」法研五八巻一—号九五頁以下（一九八五年）参照。

(27) 起草者においては、解除一般については解除の第三者効を否定するのに対して、買戻はその例外として位置づけられている（法典調査会・民法議事速記録四・第八十五回—第百拾回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書4（一九八四年）商事法務研究会 一四六頁、広中俊雄・民法修正案（前三編）の理由書（一九八七年）五二二頁、五五九頁、五〇一頁、梅謙次郎・民法要義巻之三債権編（改訂増補三三版・一九一二年）四五五頁、五五七頁など参照）。

(28) 前注（2）参照。なお宗宮信次・債権各論（一九五二年）一七五—一七七頁は、「債権的効力」説に立脚する。また広瀬・前掲論文四—五頁は「一年間」という保護が低度であることを指摘しつつ、「現実には不動産を利用してゐる者の立場を考慮して、保護を強化する必要もあるのではあるまいか」との提言を行い、次いで、賃借人が買戻約款付売買契約に関与した事案につき賃借権は買戻権の実行と同時に消滅すると判断した下級審裁判例（広島高裁松江支部判昭和三二年五月八日ジュリ一三三三〇頁）を紹介している。

(29) 鳩山秀夫・増訂日本債権法各論（上巻）（一九二四年）三八一—三八二頁、末弘嚴太郎・債権各論（三版・一九一九年）四七三頁、石田文次郎・債権各論（一九四七年・早稲田大学出版部）九二頁、我妻・前掲書三三四—三三五頁、柚木・前掲注釈民法（14）三一四頁、末川博・契約法下（各論）（一九七五年）六九頁、松坂・前掲書一一七頁、石外編・前掲書「中山」一七六頁など参照。

(30) 我妻・前掲書三三四—三三五頁、柚木・前掲注釈民法（14）三一四頁、末川博・契約法下（各論）（一九七五年）六九頁、石外編・前掲書「中山」一七六頁など参照。

(31) 広瀬・前掲論文一—二頁、林編・前掲注解判例民法2五七二頁「国谷」など参照。

(32) 鳩山・前掲書三八一—三八二頁参照。同旨、梅・前掲書五五八—五五九頁参照。

(33) 横田秀雄・債権各論（訂正七版・一九一五年）三九四—三九五頁参照。同旨、岡松参太郎・註釈民法理由・下巻（六版・一八九八年）次一六四—次一六五頁参照。

(34) 我妻・有泉・前掲書三四二頁、我妻・前掲書三三五頁、吾妻・前掲書一七六—一七七頁、柚木馨「判例買戻権

法」私法学論集上巻(民商法雑誌創刊二十五周年記念・一九五九年)八三頁、同・前掲書三一四～三一五頁、広瀬・前掲論文一頁以下など参照。以降の文献は両規定の關係に言及するものがほとんどである(末川・前掲書六九頁、松坂・前掲一七頁、来栖・前掲書二一三頁、林・前掲書五七二頁「国谷」、石田(稷)・前掲書一二二頁、三宅・前掲書五一六頁、石外・前掲書一七六頁「中山」、星野・前掲書一五七頁、水本・前掲書一七六頁、平野・前掲書二八八頁、生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」加藤一郎・林良平編・担保法大系第4巻(一九八五年)四七七頁、釘澤知雄「買戻と再売買の予約」小川英明・長野益三編・現代民事裁判の課題①不動産取引(一九八九年)四九七頁など参照)。

(35) おそらくは三九五条につき、長期賃貸借も短期の期間については同条を適用すべし、起算点を抵当権実行時にすべしとの有力説の動向(学説の詳細につき、金山正信「抵当権と長期賃貸借」民事研修三五九号一〇三頁以下(一九八七年)参照)が意識されていたと推測される。

(36) 我妻・前掲書三三五頁、柚木・前掲注釈民法(14)三一四～三一五頁、広瀬・前掲論文一～二頁など参照。なお吾妻・前掲書一七七頁は、三九五条の形式を是とする。

(37) 厳密にいうと、三九五条が担保権と利用権の調整規定であるのに対して、五八一条二項はたとえ買戻が担保であるとしても、買戻権(設定者留保権)と利用権の調整規定であり、適用されるべき利益状況が異なるように思われる(なお生熊・前掲「買戻・再売買予約の機能と効用」四七七頁参照)。同趣旨とされるのは、単に短期の利用権の保護(あるいは後に検討するフランス法のように管理行為としての賃貸借の保護)という点にあるのか、その他の点に求められるのか、それとも共通点は但書の詐欺的賃貸借の排除という点に尽きるのか等を意識した議論が必要であろう。(38) 稀少な例として、吾妻・前掲書一七七頁が両但書について、「第三九五条の『損害ヲ及ボス』という趣旨が明白でないのに対して、第五八一条が賃貸借当事者の悪意を要件とすることは、むしろ合理的であると考えられる」と述べる点には注目すべきである。なお統稿で議論するように、五八一条二項但書については、その立法段階において四二四条(詐害行為取消権)との関係が意識されており(梅・前掲書五六〇頁、岡松・前掲書次一六五頁など参照)、その点に三九五条但書の立法経緯(拙稿・前掲「フランスにおける詐欺的賃貸借排除の法理」二七六頁以下参照)との接点を見出すことができると思われる。

(39) 末弘・前掲書四七四頁。

(40) 勝本正晃『債権法概論(各論)』(一九四九年)五四頁。なお吾妻・前掲書一七七頁参照。

(41) 石田(文)・前掲書九三頁。

(42) 柚木・前掲注釈民法(14)三一五頁。

(43) その他、再売買予約・代物弁済予約への同規定(本文・但書)の類推適用の可能性につき、星野・前掲書一五七頁、雛形要松「買戻権および再売買の予約完結権の処分および実行をめぐる諸問題」加藤一郎・林良平編・担保法大系第四卷(一九八五年)五二〇頁、米倉明「抵当不動産における代物弁済の予約」同・担保法の研究(一九九七年)二七八頁注(7)など参照。なお効果に関して、五八一条二項但書は解除を要しない点で三九五条但書と異なるという重要な相違点が存するが(我妻・有泉・前掲書三四三頁、吾妻・前掲書一七七頁、柚木・前掲注釈民法(14)三一五頁、林編・前掲注解判例民法2五七二頁[国谷]、雛形・前掲論文五〇三頁[注12]など参照)、この点については別の機会に論じたい。

二 フランス法の概要

(一) 序——日仏伊民法典の関連諸規定

現行民法五八一条の起草に際しては種々の立法例が参照されたが、同条は基本的には旧民法財産取得編八五条一項を修正したものであり、そのボワソナード草案七二四条一項は、フランス民法典一六七三条二項に基づいて起草されている⁽³⁾。よって概ねフランス法系の規定であるといえるが、その立法過程、例えばボワソナードによる草案の起草段階、法律取調委員会における旧民法草案の審議段階、法典調査会での現行民法草案の審議段階において、イタリア旧民法典一五二八条二項も相当程度参酌された形跡が窺える⁽⁴⁾。そこでここでは考察に先立ち、日仏伊民法典の関連諸規定を引用しておくことにする。

(1) フランス民法典

① 原始規定

〔第一六七三条第二項〕（原始規定）

売主は、買戻特約の効果として自己の不動産に復帰するときは、取得者が課したすべての負担および抵当権を排除して不動産を取り戻す。売主は取得者によって詐害なし（*sans fraude*）になされた賃貸借を履行しなければならない。⁽⁵⁾

② 不動産公示に関する一九五九年の法改正

〔第一六七三条第二項〕（一九五九年一月七日オルドナンス第七一号）

売主は、買戻特約の効果として自己の不動産に復帰するときは、当該買戻特約が取得者の課した負担および抵当権の公示に先だって抵当権保存所に適式に公示されたことを条件として、そのすべての負担および抵当権を排除して不動産を取り戻す。売主は取得者によって詐害なしになされた賃貸借を履行しなければならない。⁽⁶⁾

(2) イタリア民法典⁽⁷⁾

① イタリア旧民法典（一八六五年）

〔第一五二八条第二項〕

買戻特約によって不動産の占有に復する売主は、買主が課したすべての負担およびすべての抵当権を排除して不動産を取り戻す。しかしながら売主は、買主によって詐害なし（*senza frode*）になされた賃貸借を、それが三年を超えない期間（*un tempo non maggiore di un triennio*）で合意されたものである限り、維持しなければならない。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

② イタリア現行民法典（一九四二年）

なお本稿の考察につき直接関係しないが、参考のため現行のイタリア民法の規定を紹介しておこう。

〔第一五〇五条〕

買戻権を行使した売主は目的物を、それに課せられた負担および抵当権を排除して取り戻す。だが売主は、詐害なしになされた貸貸借を、それが確定日付を有しかつ三年を超えない期間で合意されたものである限り、維持しなければならない。⁽¹⁰⁾

(3) 日本民法典

① 旧民法

〔財産取得編第八五条第一項〕⁽¹¹⁾

不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル受戻権能ノ行使ハ買主カ第三者ニ授与シ又ハ第三者カ買主ノ権ニ基キテ取得シタル物權ヲ排除シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃借權ニシテ残期ノ一年ヲ超エサルモノハ此限ニ在ラス

② 現行民法

〔第五八一条二項〕

登記ヲ為シタル賃借人ノ權利ハ其残期一年間ニ限り之ヲ以テ売主ニ對抗スルコトヲ得但売主ヲ害スル目的ヲ以テ賃借ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス

フランス民法典上の買戻 (rachat ou r  m  re)⁽¹²⁾ 制度については、法典における位置からも明らかなように、我が民法典上の制度と同様、解除条件付きの売買 (une vente sous condition résolutoire) と構成され、その結果、買戻権⁽¹³⁾

が行使されれば、解除 (resolution) の遡及効 (l'effet rétroactif)⁽¹⁴⁾ によって取得者 (買主) は決して所有権者ではなかったと看做されて、取得者の設定した権利は消滅する⁽¹⁵⁾。よって一六七三条二項末段の賃貸借の維持はその遡及効の例外として位置づけられる⁽¹⁶⁾。以上の理解は民法典起草者以来変わっていない⁽¹⁷⁾。

ちなみにその後一九五九年の法改正により買戻特約 (pacte de rachat)⁽¹⁸⁾ が不動産公示制度の対象となったので、それに伴う修正が民法典一六七三条にも施されたが (②の罫線部分)、賃貸借の例外について定める一六七三条二項末段の部分については、一八〇四年の原始規定が特に変更を加えられることなく維持されている。

その文言上明らかな特徴は、売主に対抗できる賃貸借につき特に期間の制限がなく、要件として「詐害なきこと (sans fraude)」のみが挙げられている点にある⁽¹⁹⁾。この点は、我が国の現行民法およびイタリア民法典がフロード要件 (「害スル目的」なきこと、senza frode) とは別に、一年の残期あるいは三年の期間の制限を課しているのと対照的である。またボワソナード旧民法がフランス民法典とは逆に一年の残期の制限のみを課しているのも興味深い。すなわち立法例としては、①フロード要件のみ (仏)、②期間要件のみ (日旧)、③期間要件 + フロード要件 (伊、日現行) の三パターンがあることになる。続稿において検討するように、ボワソナードは仏伊の規定の仕方の差異 (①、③) を、現行民法起草者は仏・伊・旧民法の差異 (①、③、②) を意識しかつ重視して起草を行っており、我が国の現行民法典の規定の意義を明らかにする上でこの三パターンの歴史的対比が重要なポイントになると思われる。本稿ではその源流ともいえるフランス民法典一六七三条二項末段の解釈・運用を、特にフロード (fraude) 要件の中でどのような要素が考慮されてきたかを中心に据えて概観することにした。

(二) 前史——フランス古法

フランス古法においては、家族や同族の財産を維持し部外者 (外敵) の侵入を阻止するために、種々の「取戻

(retraits)」制度が認められていた。⁽²¹⁾これは、封建的・重層的な土地所有関係を前提として、所有権者の一人が第三者に売却した不動産を、その第三者に賠償することを条件に、親族や封建領主が取り戻す権利である。⁽²²⁾主要なものは、「親族取戻 (retrait lignager)」、「領主取戻 (retrait seigneurial)」(あるいは「封建的取戻 (retrait féodal)」)および「約定取戻 (retrait conventionnel)」であるが、そのうち「親族取戻」がもつとも實際上頻繁に用いられ、当時の法律書もそれを中心に論じている。⁽²³⁾

親族取戻の構造は解除や再売買ではなく、買主に賠償と引換に所有権を放棄させ、取戻人 (retrayant) は売主と取引したと看做す点にある。⁽²⁴⁾よって民法典制定後の「買戻」とはそもそも法律構成を異にするが、買主の設定した地役権や抵当権などの権利が原則として消滅する(取戻人に対抗できない)とする点は共通する。⁽²⁵⁾そして買主によってなされた賃貸借が存続するの否かについては当時の学説の間に論争があったといわれる。⁽²⁶⁾

否定説は、買主は取戻を害して賃貸借を設定し得ないゆえに、取戻人は賃貸借を維持する義務を負わないとするが、他方肯定説は、「善意」の場合には賃貸借を維持しなければならないとする。⁽²⁷⁾特に肯定説を支持するポテイエが、「賃貸借が①善意で (de bonne foi)、②敷金 (deniers d'entrée) なしで、かつ③賃貸借の慣習上の期間でなされた場合には、取戻人は、買主への賠償 (indemnité) として賃貸借を維持しなければならない」と述べている点に注目すべきであろう。⁽²⁸⁾おそらくこの見解がフランス民法典一六七条二項末段の淵源ではないかと推測される。①③の要素は、立法後にフロード (fraude) の要素として列挙される点である。また別のケース(売買以前に買主が当該不動産の賃借人や小作人であったケース)ではあるが、「詐害なき」と (sans fraude) を要件として取戻人に賃貸借の維持を義務づけている。⁽³⁰⁾

なお法典編纂段階においては、一六七三条二項の立法理由について「売主は不動産を完全に拘束なくして取り戻せるのであるが、取得者が為した賃貸借については、それが詐害なしに為されたものである限り履行を義務

づけられる。この規定は売主の利益になると同時に、取得者の利益にもなる。仮に賃借人や小作人が買戻期間の五年の間、たえず買戻権の行使による立ち退きに脅かされなければならぬとしたら、有利な条件で賃貸することは不可能となるだろうからである。」と説明されているが、フロード要件については特に説明はなされていない。⁽³¹⁾

(三) 一九世紀フランスにおける解釈論の状況

(1) 一六七三条二項末段（賃貸借維持）の根拠

同規定が遡及効の原則を緩和し賃貸借を維持する実質的な根拠としては、売主に賃借人や小作人への追奪を認めることが買主の使用収益を妨げる、すなわち賃貸借の条件を不利にしたり賃貸の機会自体を奪うことになるゆえ、賃貸借を維持することが当事者の共通の利益ひいては公益・一般的利益 (*intérêt public ou général*) に適うという点が挙げられている。⁽³²⁾ 以上は我が国の議論と同様だが、我が国と事情がやや異なると思われるのは、基本的には農地賃貸借（小作）が念頭におかれていて、賃貸借を維持することにより売主は小作料や賃料を収取する権利を承継できるので、善良な賃貸借である限りそれが売主に何ら損害を及ぼすことはないと考えられている点である。⁽³³⁾

形式的な根拠としては、一部に「委任 (*mandat*)」構成を有力に主張する学説が存した。⁽³⁴⁾ 例えばボードリー・ラカンティニは「売主は売却時に買主に対して買戻がなされるまで管理行為を行うことを黙示的に委任している⁽³⁵⁾」とする。ただ意思擬制的構成ゆえであろうか、今世紀においてはこのような説明をするものは見当たらない。次いで実質的根拠を正当化する概念として、「管理行為」概念⁽³⁶⁾を検討しておく必要がある。後述するように今世紀に至っては、解除（あるいは原状回復）一般につき管理行為たる賃貸借は維持されるべきとする一般法理

が形成されるので、その法理が依拠する条文の一つである一六七三条二項末段についても、「管理行為」概念を用いて解釈するものが多数となる。⁽³⁷⁾これに対して一九世紀の段階においては同規定の趣旨説明において必ずしも「管理行為」概念が意識的に援用されていたわけではなかった。ただ一部の文献はその点に言及しているし、⁽³⁸⁾特にボードリー・ラカンティヌリは、「管理人によって同意された質貸借の、管理終了後の効果」と題して、所有者への對抗の原則、その要件 (absence de fraude も要件の一つとされている)、効果を一般的に論じており、先駆的と評価できよう。⁽⁴⁰⁾

ところで、すべての質貸借が管理行為にあたるのか、それとも一定の期間の質貸借のみが管理行為に該当するのかについては、フランス民法典制定の前後を通じて議論の変遷が見られる。

そもそもフランス古法においては、管理行為に該当する九年以下の期間の質貸借と、処分行為に該当する九年を超える期間の質貸借という二つの範疇の質貸借の区別がなされ、後者は譲渡あるいは物権の設定と看做された。⁽⁴¹⁾

これに対してフランス民法典制定後は、同法典が賃借権を対人権 (債権) に統一したとの理解を前提に、⁽⁴²⁾質貸借はその期間の如何を問わず一律に管理行為と解するものが多数となった。⁽⁴³⁾他方、古法の「九年」という期間の指標は民法典のいくつかの規定に承継されている。例えば、①解放された未成年者 (mineur émancipé) が行いうる質貸借を九年を超えない質貸借に制限する (旧) 四八一条前段、⁽⁴⁴⁾②共有財産解消 (dissolution de la communauté) の場合に夫が妻の財産につきなした質貸借を九年の残期についてのみ維持する (旧) 一四二九条、⁽⁴⁵⁾③用益権 (usufruit) が終了した場合に用益権者が単独でなした質貸借を九年の残期についてのみ維持する (旧) 五九五条などがそれである。さらに④抵当権設定後に設定された質貸借を九年に短縮する一八五一年ベルギー抵当権法四五条四項もここに付け加えることができる。ここでは九年を超える質貸借は管理行為であって処分行

為ではないけれども、不動産の価値を減少させる「重大な行為 (actes graves)」であると性格づけられている⁽⁴⁸⁾。こうして古法における処分行為と管理行為の区分の上に、さらに管理行為概念の中で「重大な行為」か否かという区分を生み出すことになったのである。

そしてこれら諸規定と対比しつつ、仮に一六七三条二項を管理行為（あるいは重大でない単なる管理行為）としての賃貸借を保護する趣旨の規定とみるならば、条文上そのような期間の制限を置かない同規定の解釈論として、賃貸借の期間の問題をどのように取り扱うべきかを論じる余地が生じてくる⁽⁴⁹⁾。一部の学説には、同規定が九年という明確な期間を設定していないのは、賃借物の存する各地方における通常の期間 (durée habituelle) あるいは慣習上の期間 (durée d'usage) を尊重する趣旨であり、その期間の超過はフロード (詐欺) 認定の一要素となると指摘する説⁽⁵⁰⁾、さらにはより明確に九年を超える期間の賃貸借はその超過部分を詐欺的として取り消されなければならないと主張する学説が存した⁽⁵¹⁾。

このように見てくるとそもそもフランス古法のポティエ等肯定説の見解がそうであったように、賃貸借維持の要件として「期間」による制限はいわば本質的要件であり、現行民法やイタリア民法典のようにそれを明文で規定している立法例だけでなく、同要件を条文上明記していないフランス型の立法においても何らかの形でそれを考慮する必要性が認識されていたと分析できよう。この点は次のフロード要件と係わる問題ゆえ、款を改め再説することにした。

(2) フロード (fraude) の要件・効果

一六七三条二項末段が唯一挙げる要件が「詐害なきこと (sans fraude)」である。そこで要件論としていかなる場合にフロード (詐欺) が認定されるのか⁽⁵²⁾、さらに効果論としてフロード (詐欺) が認定された場合の効果が

問題となる。

同要件については、トロロンが比較的早い時期からフロード（詐欺）の認定要素として、①賃料が低廉であること、②通常の期間（durée ordinaire）を超えた期間であること、③現在の賃貸借の期間満了までに既に長期に亘って賃貸借が継続していること、の三つの要素を列挙している。⁽⁵³⁾ また一九世紀の後半に至ってはギュワールが、①賃貸借の条件（conditions du bail）に関するものと、②賃貸借の期間（durée du bail）に関するものとを想定している。⁽⁵⁴⁾ これらから一九世紀においてもフロード（詐欺）の要素として、①賃貸条件の問題と②期間の問題とがあることがほぼ共通の認識であったことが窺われる。

次いで一九世紀の段階では、フロード（fraude）の主観的要素として「害意」を重視する傾向が比較的強かったことを指摘できよう。例えばマルカデは、「フロードによってかつ売主を犠牲にして不正な利益を図るつもりで」賃貸借をなした場合でなければ賃貸借は維持されるとする。⁽⁵⁵⁾ またボードリー・ラカンティヌリは具体的には、「買主が低廉な家賃で、特に買戻期間の終わりに買戻が近々行使されると予測される時期に賃貸借をなしたケース、さらに強い理由で、買主が賃借人または小作人との間で、買戻がなされたときには彼らの利益を図りかつ売主の利益を犠牲にするような内密の合意（conventions secrètes）をなしていたケース」などでフロード（詐欺）が認定されるとし、⁽⁵⁶⁾ 一般論としては「害する目的（le but de nuire）」を要件としている。⁽⁵⁷⁾

なお後述する二〇世紀の判例法理との対比で指摘しておくべきは、この時点ではあくまでも取得者（賃貸人）の主観的態様が問題とされているのであって、賃借人の主観的態様は取得者との共謀という形で取りあげられるに過ぎないという点である。この点に関しては、ボワソナードが『仏国民法売買篇講義』において、フロード（fraude）につき「之買主ト借主ト馴合フテ、詐偽ヲ為スコトナクト謂フノ意ナルコト明ラカナリ」として取得者と賃借人の共謀を要件としつ、「何トナレハ縦令買主ニ詐偽アルモ借主若シ正実ナレハ其之ヲ保護セサル可カ

ラス、ヤ論ヲ俟タサレハナリ」(傍点片山)と述べ、賃借人の保護という視点を打ち出しているのは注目されるべきであらう。⁽⁵⁸⁾

またこの時期になると「フロード (fraude) の一般法理」⁽⁵⁹⁾と一六七三条二項末段との関係に言及するものも現れる。ローランは同規定の「詐欺なきこと (sans fraude)」要件につき、「フロードは常に例外をなす (la fraude fait toujours exception) ゆえにこの制限は正当であろう」と述べ、⁽⁶⁰⁾さらにフロード要件が明文化されていない五九五条や一四二九条などについても、賃料低廉ケースなど管理者のなした賃貸借にフロード (fraude) がある場合、被管理者は詐害行為取消権 (action paulienne) を行使し得るとしている。⁽⁶¹⁾またボードリー・ラカンティスリは、一六七三条二項末段の「詐欺なきこと (sans fraude)」要件を解除条件の付されたすべての所有権者によって同意された賃貸借に適用する。⁽⁶²⁾

最後に効果については必ずしも十分には論じられていないが、フロードが認定された場合の効果は賃貸借の「取消 (annulation)」であることが前提とされていたようである。⁽⁶³⁾なお一部には「所有権者に対して無効となる」と無効を相対的に理解しているものも存した。⁽⁶⁴⁾

以上が一九世紀すなわち我が国への法継受がなされた時期のフランスにおける一六七三条二項但書をめぐる議論の状況である。特徴として、(1)「管理行為」概念を契機に同規定についても賃貸借維持の本質的要件として期間の問題を考慮する必要性が意識されていた点、(2)フロード(詐害)の要素として①賃貸条件の問題と②期間の問題とがあることがほぼ共通して認識されていた点、③フロード (fraude) の主観的要素として、取得者の害意(害する目的)を重視する傾向が比較的強かった点を指摘できよう。それが二〇世紀に至ってどのような形で展開していくのか、節をあらため検討したい。

(四) 二〇世紀フランスにおける議論の展開

(1) はじめに

今世紀における議論の展開のうち特筆すべき点の一つは、特に規定を置かない解除（あるいは無効も含めた原状回復）一般につき広く、権利を適及的に失う者によってなされた管理行為としての貸貸借を一定の要件の下維持すべきとする一般法理が、判例・学説において承認されるようになったことであろう。⁽⁶⁵⁾ この点は一九世紀においてもボードリー・ラカンティヌリなどにその先駆的提言を見いだすことができたが、今世紀に至ってはまずは一六七三条二項の類推適用という形で主張され、⁽⁶⁶⁾ 後には一般法理として承認されるようになる。⁽⁶⁷⁾ 例えばマロリー・エネスは、次のように述べている。

「貸貸人が契約締結時には所有権者または用益権者であったが、後にその権利の解除（résolution）または権原の無効（nullité）の効果によってそうでなくなった場合、貸貸借も同様の運命を強いられなければならない。すなわち他人の物について貸貸借が締結されたことになる。しかしながら実務上の理由——取引の安全（sécurité des transactions）および貸貸借の安定（stabilité du bail）——、ならびに法的な根拠——貸貸借は原則として管理行為である——に基づいて判例は、買戻に固有の条文（一六七三条二項）をすべての原状回復（restitutions）に拡張して、適及効を免れるとする。ただし、「詐欺（フロード）はすべてを破る（fraus omnia corrumpit）」の原則（一六七三条二項参照）により貸貸人が悪意（mauvaise foi）の場合または特別な状況（des circonstances particulières）がある場合にはこの限りでない。⁽⁶⁸⁾」

こうして「一六七三条二項末段によって置かれた原則は、解除の一般法との関係においてもはや独自性を有しているとはいえない」⁽⁶⁹⁾との理解のもと、解除一般を対象とした新たな法理が形成されるに至った。ただ注意を要するのは、その一般法理の要件枠組みが、一六七三条二項の本来有している要件枠組みとは必ずしも一致してい

ないと思われる点である。

後に検討するように、解除一般についての判例法理は、一六七三条二項末段のフロード法理から乖離し、善意の第三者を保護する法理へと転換したと分析することが可能であろう。それは、賃貸借当事者の主観的態様の評価の視角⁽¹⁰⁾の差異となつて現れている。すなわち買戻に関する判例(後掲一九六一年判決)が、あくまでもフロード (fraude) 法理の枠組みの中で取得者(賃貸人)の態様を問題としていたのに対して、解除一般の判例(後掲一九七四年判決および一九八三年判決)は端的に、第三者(賃借人)の善意・悪意を論じているのである。そこで新たに形成された右解除一般の判例法理により、一六七三条二項末段本来の、フロード法理に依拠した解釈論の枠組みも塗り替えられたと見るべきか否かが問題となるであろう。

それでは以下かかる問題意識に基づき、関連する主要な判例を取りあげ、今世紀後半における判例法理の形成過程を明らかにしよう。

(2) 判例法理の展開

(1) 買戻の判例

【1】 破毀院社会部一九六一年五月一六日判決⁽¹¹⁾

〔事案の概要〕

原告Xは一九四三年七月二日、代理人を通じて農地を違約条項 (clause de dédit) 付きで訴外Aに売却した。控訴院は一九五五年五月五日の判決でXが当該条項を行使する権利を認めた。Xは一九五八年、AがY₁、Y₂、Y₃に対して一九五二年および一九五四年に同意した賃貸借の取消 (annulation) を訴求した。原審判決はその請求を棄却し、Aによって締結された当該賃貸借が有効 (valable) かつXに対して対抗可能である (opposables) と宣言した。これに

対してX上告。

〔上告理由〕

①小作関連の法規に従う賃貸借の締結は、賃借人がその法規により更新 (renouvellement) が可能となりそれによって所有権は九年を超える負担を余儀なくされるゆえ、管理行為 (acte d'administration) とすることはできない。

②売買は遡及的に失効するので、XはAの承継人 (avant cause) ではなく、賃借人との関係では第三者 (tiers) の資格を取得する。よってXは賃貸借の確定日付の欠缺を主張し得る。

③Aが賃貸借を締結した日には既に訴訟が係属していたのだから、Aは有効に違約による解除を予期し得たといえるから、Aは善意 (de bonne foi) であったとはいえない。権利の暫定性 (précarité) を認識 (connaissance) して締結した行為は、明らかに詐欺的な (frauduleux) 性質を帯びる。それゆえその行為はXに対抗し得ない。

〔判旨〕 上告棄却

まず期間が九年を超えない農地賃貸借は管理行為である (理由①に対応)。次いで民法典一六七三条は買戻付売買 (本件売買もそれに類似する状況である) を対象とし、「売主は、買戻特約の効果として自己の不動産に復帰するとき、……売主は取得者によって詐欺なしになされた賃貸借を履行しなければならない」と規定している。よって、Aの善意 (la bonne foi) すなわちAが自己の所有権を確信していたこと (sa croyance à son droit de propriété) が一九五五年五月五日の確定判決により確定され (理由③に対応)、かつ売買の解除以前に農地賃貸借の履行がなされ、小作料の徴収のために係争物管財人 (sequestre) を選任したXもそれを知っていたのだから (理由②)、原審判決には上告理由が指摘する所論の違法は存しない。

本判決の意義は、更新が認められているとはいえ九年を超えない賃貸借 (農地賃貸借) は管理行為に該当するとし賃貸借の維持を認めた点、賃貸借の維持の要件として確定日付が要求されているが、売主が賃貸借の存在を

認識している場合にはそれで足りるとした点にも存するが、ここではフロード (fraude) の認定を取りあげよう (上告理由③および判旨の応接部分)。

上告理由が取得者 A は解除訴訟の係属を知っていた、すなわち解除により権利を失う可能性 (権利の「暫定性 (précarité) 」) を認識していたにもかかわらず質貸借を設定したのであるからフロード (fraude) ありと主張するのに対して、判旨は解除の可能性を知っていたとしてもなお自己の所有権を確信 (croyance) していた場合には「善意」であったとしフロード (詐欺) の認定を否定している。

この段階では、上告理由もそれに対応する判旨も、フロード法理の枠組みで取得者 (質貸人) の主観的態様——善意 (de bonne foi) か否か——を論じている点が確認できよう。この点が次の解除一般の判例の中ではどのように取り扱われていくかに注目したい。

(ii) 解除の主要判例

解除一般については、今世紀後半から、「管理行為」としての質貸借は維持されるべきとする判例法理が定着している。そこでは当該質貸借が「管理行為」にあたるか「処分行為」にあたるかにより質貸借が維持されるか否かが決せられるのである。⁽⁷³⁾ 例えば、一八年の期間の農地質貸借を処分行為とした破毀院社会部一九五二年六月二〇日判決⁽⁷⁴⁾、九年の期間を超えない商事質貸借を管理行為とした破毀院商事部一九六六年三月二九日判決⁽⁷⁵⁾、逆に九年を超えない期間の商事質貸借についても権利金等の賃借人にとって特別の利益をもたらす要素を認定して処分行為とした破毀院商事部一九六一年一月二三日判決⁽⁷⁶⁾、同民事第三部一九七一年一月一五日判決などが挙げられる。以下ここで取りあげる二判例は、「管理行為」「処分行為」の区別に関する右判例法理を前提にした上で、質貸借当事者の主観的態様を考慮するものである。

【2】 破毀院民事第三部一九七四年五月一四日判決⁽⁷⁸⁾

〔事案の概要〕

訴外Aへの土地の売買に際して、原告X金融機関は不動産貸付を行い、売主の権利に代位した。同売買は一九六九年二月五日に確定した判決により解除され、Xが当該不動産の所有者となったことが確認された。他方Aは一九六二年六月四日支払停止が確定し、一九六六年一月一三日に破産が宣告された。Aは一九六三年六月一日質貸借に関する一切の取引をそこで行うために訴外Bに不動産を質貸した。Bは一九六五年四月二日に被告Yに質貸借を譲渡した。

〔原審判決〕

原審判決（エクス・アン・プロバンス控訴院一九七二年二月一四日判決）は、係争質貸借が同意された際、Aは不確定な債権者（*d'éventuels créanciers*）を詐害するつもりで（*dans un esprit de fraude*）行為したとは認定できない点、および当該質貸借は質貸人にとって有利な条件を有するので、所有者にいかなる損害も及ぼし得ない点を考慮して、当該質貸借がXに対して対抗不能である旨宣言することを拒絶した。X上告。

〔判旨〕 原審判決破棄、リヨン控訴院へ移送。

占有されることなくかつそこでなんら取引が行われていない不動産につきAによって同意された質貸借が商事質貸借としての性質を有していたかどうか、さらには質貸人の権利の暫定性（*précarité*）、特にXの先取特権の存在について質借人が知り得たかどうかについて検討することなく、係争質貸借が処分行為にあたらないと判断した控訴院は、その判決に法的な基礎を与えているとはいえない。

原審判決がフロード法理の枠組みで、質貸人の詐害意図を要件化しつつ、当該事例においてはその害意が認定できないとして質貸借の対抗可能を帰結しているのに対して、破毀院は質借人の善意悪意を検討すべしとして原

審判決を破毀している点に注目すべきであろう。フロード法理（二六七三条二項末段）から決別し、善意の賃借人の保護という視角を打ち出した転換点に本判決を位置づけることができよう。

法律構成としては、「管理行為」「処分行為」の判断枠組みを前提に、処分行為か否かの判断要素の一つとして賃借人の悪意を考慮するという些か技巧的な構成が採用されているが、これは次の一九八三年判決に至る過渡期の構成と評価すべきであろう。

【3】 破毀院民事第三部一九八三年一〇月二五日判決⁽⁷⁹⁾

〔事案の概要〕

A が X から取得した不動産につき同意した商事賃貸借の名義人である Y 会社は、九年の期間で同意された商事賃貸借は処分行為を構成するので解除によって失効するとして、売買契約の解除とともにその場所から Y が立ち退くよう命じた原審判決に対して異議を申し立てた。

〔上告理由〕

上告理由は、「九年の期間で適式に同意され用法に適った商事賃貸借は、売却物の管理にとつて有益である単純な管理行為（acte de simple administration）を構成するので、売買契約の解除によって打撃を受けることはない」と主張する。

〔判旨〕 上告棄却

しかし、九年の期間で同意された商事賃貸借はそれ自体では処分行為を構成しないが、売買契約が解除された不動産の取得者によって締結された賃貸借は、賃借人が善意で締結した場合でなければ維持され得ない。それゆえ、賃貸借の確定日付の欠缺および、A の二重の地位すなわち一方ではその取得行為が解除された所有権者であり他方では賃借会社の代表であるという点が、Y 会社につき悪意を強く推定するとした原審判決は、正当であるといえよう。

同判決によって、質借人の善意という要件が明確に位置づけられ、「原状回復すべき目的物につき、解除により権利を失う者によってなされた管理行為は善意の第三者の利益のために維持される」との一般法理が確立した。⁽⁸⁰⁾ 質貸借維持の要件は（イ）管理行為（正確には重大な行為でないこと）と、（ロ）質借人の善意の二要件に整理されることになる。こうして解除一般の判例法理は、フロード法理から善意の第三者（質借人）保護法理へと転換したと分析することができよう。

なお学説には、①判例を引用しつつも単に「管理行為」は維持されるべきとし主観的態様には言及しないものが多いが、さらに②一六七三条二項末段を類推し「フロード (fraude)」を要件とするもの⁽⁸²⁾、③「善意 (bonne foi)」の第三者（質借人）を保護しようとするもの⁽⁸³⁾があり、判例の動向にはほぼ対応しているようである。このように解除一般の判例法理は学説によっても次第に承認されつつあるといえよう。

(3) 一六七三条但書末段の要件

再び質屋の一六七三条二項末段に話を戻そう。

一九六一年判決で確認された要件枠組みについては次のように整理し直すことができよう。すなわち同規定における質貸借維持の要件として、(a)確定日付 (date certaine)⁽⁸⁴⁾、(b)詐害 (フロード) のないこと (sans fraude) が挙げられるが、(b)についてはまず客観的要素として、①管理行為の観念に適った期間 (durée compatible avec la notion d'acte d'administration) で、②特に賃料などにつき通常の条件 (conditions normales) で質貸借が締結されたことの二要素が抽出され⁽⁸⁵⁾、さらにフロードの主観的要素としては、「取得者（質借人）の態様——善意 (de bonne foi) か否か——」が問われている。

これに対して一九七四年判決を経て一九八三年判決で確認された解除一般の判例法理は、「原状回復すべき目的物につき、解除により権利を失う者によってなされた管理行為は善意の第三者の利益のために維持される」というものであり、客観的要件として「管理行為」であること（処分行為、重大な行為でないこと）、主観的要件として「賃借人の善意」が挙げられる。

そこで問題となるのは、一九七四年判決および一九八三年判決の射程範囲である。果たしてこれらの判決により、一九六一年判決で示された買戻に関する一六七三条但書末段の要件枠組みも変更されたとみるべきであろうか。この点については必ずしも意識的に論じられていないわけではないが、敢えて読み取るならば、一九六一年判決は依然有効であり同規定についてはやはり「フロード法理」の枠組みで理解すべしとする立場と、一九六一年判決は実質的に変更されたものとして、一九七四年判決および一九八三年判決により形成された「原状回復すべき目的物につき、解除により権利を失う者によってなされた管理行為は善意の第三者の利益のために維持される」との一般法理を前提に、一六七三条二項末段はその一適用とみる立場⁽⁸⁷⁾に分かれているようである。今後の議論の展開が期待されよう。

なお最後にフロードが認定された場合の効果について付言するならば、一九世紀においては「取消」であることが前提とされていたが、今世紀に至っては「取消」構成による判決も存する⁽⁸⁸⁾か、「對抗不能」構成によるものが増えつつあるといえよう。

- (1) 法典調査会民法議事速記録四第八十五回―第百拾回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書 4（一九八四年）商事法務研究会）一四六頁、岡松参太郎・註釈民法理由・下巻（六版・一八九八年）次一六四頁など参照。

(2) 前掲法典調査会民法議事速記録四（日本近代立法資料叢書4）一四六―一四七頁、広中俊雄編著・民法修正案（前三編）の理由書（一九八七年）五六一頁、梅謙次郎・民法要義巻之三債権編（訂正増補三三版・一九一二年）五五七頁など参照。

(3) BOISSONADE(Givé), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t.III : Des moyens d'acquérir les biens, 1888, Imprimerie Kôniôdô, Tokio, p. 361 ; n° 295, p. 370. (宗文館による復刻版（一九八三年）を用いた。)

(4) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire*, t.III, n° 295, p. 370 ; 法律取調委員会民法草案財産編取得編議事筆記自第四十九回至第七十一回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書9（一九八七年）商事法務研究会）一四〇―一四一頁、前掲法典調査会民法議事速記録四（日本近代立法資料叢書4）一四七―一四八頁など参照。

(5) Ancien art. 1673, 2° al.

Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé : il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur.

なお木村健助＝柳瀬兼助・現代外国法典叢書（17）仏蘭西民法〔IV〕財産取得法（3）（一九五一年）九二頁参照。
(6) Art. 1673, 2° al. (Ordonnance n° 59-71 du 7 janvier 1959 modifiant divers codes et lois particulières en ce qui concerne la publicité foncière)

Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé, à la condition que ce pacte ait été régulièrement publié au bureau des hypothèques, antérieurement à la publication desdites charges et hypothèques. Il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur.

なお法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典・物権・債権関係（一九八二年）一六一頁、星野英一「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」同・民法論集第二巻（一九七〇年）一三四頁など参照。
(7) イタリア民法典一般につき、矢田一男「イタリア法入門」綜合法学一卷七号八八頁（一九五八年）、大島俊之

「イタリア民法典成立史の素描」大阪府立大学経済研究二六卷三・四号一四三頁以下（一九八一年）など参照。特にイタリア旧民法の制定およびフランス民法との内容比較につき、cf. HUC (Th.), *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2^e éd., t. I : *Étude de législation comparée*, 1868, pp. 1 et s.。なおイタリア旧民法典がフランス民法典を参考に作られた点、ボフソナードが我が国の旧民法を起草する際多くの部分でイタリア旧民法典を参照している点は、我が国においても広く知られている（例えば前者につき大島・前掲論文一四頁注（3）など、後者につき野田良之「日本における外国法の摂取ニフランス法」岩波講座現代法14外国法と日本法（一九六六年）一九一頁、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照—付・条文対照表（旧民法財産編総則・物権部）」法研六九巻一号一五四—一五五頁（一九九六年）など参照）。

(∞) Art. 1528, 2^o comma

Il venditore che rientra in possesso del fondo in forza del patto di riscatto, lo riprende esente da tutti i pesi e da tutte le ipoteche di cui il compratore lo avesse gravato ; è però tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode dal compratore, purchè siano convenute per un tempo non maggiore di triennio.

なお我が国の明治期における法典編纂作業において参照されたと推察される翻訳書として、デヨゼフ・ラルシェ（光妙寺三郎訳）・伊太利王国民法・完（司法省・明治一五年）が知られているが（五十川直行「日本法に及ぼしたイギリス法の影響〈序説〉」加藤一郎先生古稀記念・現代社会と民法学の動向下—民法一般（一九九二年）三一頁注（46）など参照）「おそろく仏訳であるORSIER (Joseph), *Traduction complète du Code civil italien, in Le Code civil italien et le Code Napoléon*, par Th. Huc, 2^e éd., t. II, 1868（同書は、前注（7））S HUC, *étude de législation comparée*, 2^e éd., t. I 及び ORSIER, *traduction* を t. II とする）を和訳したものと推察される。当該規定のオルシェの仏訳（p. 322）およびその光明寺による和訳（六六一頁）は以下のとおりであるが、当該規定に関しては、原典の「e da tutte le ipoteche（およびすべての抵当権を）」の部分が欠落しており必ずしも正確とはいえない。

Art. 1528, 2^e al.

Le vendeur qui rentre en possession du fonds en vertu du pacte de rachat, le reprend exempt de toutes les charges dont l'acheteur l'aurait grevé ; il est toutefois tenu de maintenir les baux faits sans

fraude par l'acheteur, pourvu qu'ils aient été faits pour un temps ne dépassant pas trois ans.

[第一千五百二十八条] (第二項)

買回ノ約款ニ依拠シテ以テ交付地所ニ関スル占有ノ権理ヲ收復セント欲スル売主ハ買主カ其地所ニ負担セシメタル諸般ノ責課ヲ解卸シテ以テ之ヲ收復スルコトヲ得可シ然レトモ買主カ詐偽ヲ夾ムコト無クシテ締結セル賃貸契約ノ三年ニ踰越セサル期間ヲ以テシタル者ノ在ル有レハ則チ売主ハ其契約ヲ保護セシメサル可カラス

- (9) 同条の解説とつづきあたり、BORSARI (Luigi), *Commentario del codice civile italiano*, libro terzo, vol. IV, parte prima, 1878, pag. 477 s. なお同資料について、中部女子短期大学専任講師・櫻本正樹氏より提供を受けた他、同氏からはイタリア民法に関する種々の知見を得た。

(10) Art. 1505

Il venditore che ha esercitato il diritto di riscatto riprende la cosa esente dai pesi e dalle ipoteche da cui sia stata gravata: ma è tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode, purché abbiano data certa e siano state convenute per un tempo non superiore ai tre anni.

なお風間鶴寿訳・全訳イタリア民法典「増補版」(一九八三年)二二三三～二三四頁参照。同条の解説とつづきあたり、cf. GRECO (Paolo) e COTTINO (Gastone), *Della vendita*, in *Commentario del codice civile*, a c. di A. Scialoja e G. Branca, L. IV: *Delle obbligazioni*, Art. 1470-1547, ristampa prima ed., 1970, pag. 294 s.

- (11) 官報号外(明治二十三年四月二十一日)五六頁。なおボフンナードによる仏語公定訳は以下のとおりである
(Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un Exposé des motifs, t. I: Texte, traduction officielle, 1891, Imprimerie Kokubunsha, Tokio, p. 266—信山社による復刻版(一九九三年)を用いた)。

Art. 85, 1^{re} alinéa

A l'égard des immeubles, l'exercice de la faculté de retrait, dans le délai et sous les conditions fixés par la loi, fait rentrer le bien vendu dans les mains du vendeur, libre de tous les droits réels conférés par l'acheteur ou acquis aux tiers de son chef, à l'exception des baux dont la durée restant à courir n'excède pas un an.

- (12) 語源的に《rachat》,《réméré》はラテン語の《redimere》(racheter)に由来し《revente》(再売買)の意味

を有するので、用語法として妥当ではなく、解除の性質を有するフランス民法典上の制度については、フランス古法において用いられていた「*retrait* (conventionnel)」(約定)「*取戻*」の用語がふさわしいこの指摘が一般的である (cf. ex. AUBRY (C.) et RAU (C.), Cours de droit civil français, t. IV, 4^e éd., 1871, § 357, p. 407, note 1 ; BAUDRY-LACANTINIERE (G.) et SAGNAT (Léo), Traité théorique et pratique de droit civil, de la vente et de l'échange, 2^e éd., 1900, n° 605, pp. 535 à 536 ; PLANIOL (Marcel) et RUPERT (George), Traité de droit civil français, t. X : Contrats civils, 1^{re} partie, 2^e éd., par Joseph Hamel, 1956, n° 187, p. 223, WITZ (Claude), Vente à réméré, *J.-Cl. civ.*, 1993, n° 1, p. 4 ; etc.)^o v. aussi, BOISSONADE (Gve.), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t. III : Des moyens d'acquérir les biens, nouvelle éd., 1891, Imprimerie Kokubunsha, Tokio, n° 290, p. 379 à 380. (慶應義塾大学蔵本を用いた。)なお旧民法は)の《*retrait*》に「*受戻*」の訳語を用いていた(前注 (11) 参照)。

(13) 「買戻権 (De la faculté de rachat)」(一六五九条以下)の款が置かれているのは、第六章「*売買*」第六節「*売買の無効及び解除 (De la nullité et de la résolution de la vente)*」の第一款である。ちなみにポランティエの著書 *Traité du contrat de vente* の「*契約の解除 (De la résolution du contrat)*」の節の第三款に「*買戻条項によつてなされる売買契約の解除 (De la résolution de la vente qui se fait en vertu de la clause de réméré)*」の款を置いている (cf. POTIER, Traité du contrat de vente, in Œuvres de Pothier, par Bugnet, t. III, 1847, n° 358 et s., pp. 159 et s.)^o

(14) 解除一般の遡及効については cf. ex. MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), Droit civil, Les obligations, t. I : Les sources, 2^e éd., 1988, n° 331 et s., pp. 342 et s.; MAZEAUD (H., L. et L.) et CHABAS (François), Leçon de droit civil, t. II, 1^{re} vol.: Obligations, théorie générale, 8^e éd., 1991, n° 1101 et s., pp. 1160 et s.; MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Cours de droit civil, t. VI, Les obligations, 7^e éd., 1997, n° 743, pp. 427 à 428 ; STORCK (Michel), Contrats et obligations, Fasc. 49-1 : Obligations conditionnelles - Résolution judiciaire, *J.-Cl. civ.*, 1988, mise à jours 1996, n° 131 et s., pp. 29 et s.; TALSNE (Jean-Jacques), Contrats et obligations, Fasc. 48 : Obligations conditionnelles - Effets de la condition résolutoire, *J.-Cl. civ.*, 1995, n° 26 et s., pp. 5 et s.; etc.

- (15) しばしば “*Resolutio iure dantis, resolutorius ius accipientis*” (譲渡人の権利が解除されたならば、譲受人の権利も解除される) の法諺が援用される (cf. ex. POTIER, *Traité du contrat de vente*, n° 430, p. 177 ; COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, t.II, 2^e éd., par Julliot de la Morandière, 1948, n° 251, p. 180, n° 950, p. 627 ; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, n° 332, p. 343 ; MAZEAUD et CHABAS, *loc. cit.* ; MALAURIE et AYNES, *loc. cit.* ; etc. V. aussi, ROLAND(Henri) et BOYER(Laurent), *Adages du droit français*, 3^e éd., 1992, n° 382, pp. 816 et s.)°
- (16) Cf. ex. FUZIER-HERMAN(éd.), *Codes annotés*, Code civil, t. IV, 1898, Art. 1659, n° 1, p. 161 et Art. 1673, n° 24, p. 171 ; LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XXIV, 3^e éd., 1878, n° 416 à 417, pp. 408 à 409 ; PLANIOL et RIPERT, *Contrats civils*, 1^{re} partie, n° 187, p. 223, n° 200 et s., pp. 238 et s. ; GHESTIN (Jacques) et DESCHÉ (Bernard), *Traité des contrats*, La vente, 1990, n° 570 et 574, pp. 635 et 639 à 640 ; WITZ, *op. cit.*, n° 1, 123, 132 et s. ; etc.
- (17) Cf. FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1827 (Réimpression, 1968), pp. 170 et 172 : Rapport fait par le Tribunal Faure au Tribunat, le 3 mars 1804.
- (18) 我が国の現行民法五八一条一項に該当するところをいふ。
- (19) 広瀬・前掲書三頁など参照。
- (20) 前注(4)参照。
- (21) Cf. ex. BRISSAUD (J.), *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, pp. 370 et s.
- (22) Cf. ex. BRISSAUD, *op. cit.*, p. 371. なお、オリヴィエー・メルタン (崎浩記) ・フランス法制史概説 (一九八六年) 三九七頁、四〇八頁参照。
- (23) Cf. ex. POTIER, *Traité des retraits*, in *Œuvres de Pothier*, t. III, par Bugnet, 1847, pp. 259 et s. ; *do*, Coutume d'Orléans, in *Œuvres de Pothier*, t. I, par Bugnet, 1845, pp. 559 et s. ; v. aussi, BRISSAUD, *op. cit.*, pp. 371 à 374.
- (24) Cf. ex. BRISSAUD, *op. cit.*, p. 395.
- (25) Cf. ex. BRISSAUD, *loc. cit.*

- (26) Cf. ex. TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, de la vente, t. II, 1834, n° 776, p. 330 ; BRISSAUD, *loc. cit.* ; v. aussi, POTHIER, *Traité des retraits*, n° 438, p. 387.
- (27) BRISSAUD, *op. cit.*, p. 395, note (3) ; POTHIER, *Traité des retraits*, n° 438, p. 387 以下 Brodeau, Duplessis の名を挙ぐる。
- (28) BRISSAUD, *loc. cit.* ; POTHIER, *loc. cit.* は Balde, Tiraqueau を挙げる。ちなみに BRISSAUD は同説の根拠を「管理行為は必要欠くべからざるものゆえ、取戻人はそれを尊重しなければならぬ」(p. 395) とし「管理行為」概念で説明している。
- (29) POTHIER, *Traité des retraits*, n° 438, p. 387.
- (30) POTHIER, *Traité des retraits*, n° 437, p. 386 à 387.
- (31) Cf. FENET, *op. cit.*, p. 172. 民法典の選択には多分に政策的な配慮(特に農業の維持・振興)があつたと推測される (cf. ex. TROPLONG, *loc. cit.* ; DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVI, 1834, n° 426, p. 439 ; MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. VI, 7^e éd., 1875, p. 320 à 321 ; etc.)
- (32) Cf. ex. TROPLONG, *de la vente*, n° 776, pp. 330 à 331 ; MOURLON (Frédéric), *Répétitions écrites sur Code civil*, t. III, 11^e éd., 1883, n° 640, p. 295 ; DEMANTE (A. E.) et COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique de Code civil*, t. VII, 1873, n° 119, pp. 160 à 161 ; LAURENT, t. XXIV, n° 417, p. 409 ; GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de louage*, t. I, 3^e éd., 1891, n° 50, p. 63 ; BAUDRY-LACANTINIERE (G.) et SAIGNAT (Léo), *de la vente et de l'échange*, n° 655, pp. 584 à 585 ; etc.
- (33) 前注 (31) 参照。spéc. TROPLONG, *op. cit.*, n° 776, pp. 330 à 331. ただ我が国においても立法段階では農地賃貸借(小作)が念頭におかれてゐるケースが多かつたことも事実である(前掲・法律取調委員会民法草案財産編取得編議事筆記(日本近代立法資料叢書 6) 一四〇〜一四一頁(松岡発言) など、前掲・法典調査会民法議事速記録四(日本近代立法資料叢書 4) 一四八頁(梅発言) 一五〇頁(横田発言) など参照)。
- (34) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 119 bis, p. 161 ; BAUDRY-LACANTINIERE et SAIGNAT, *de la vente et de l'échange*, n° 655, pp. 584 à 585 ; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 50, pp. 63 à

64 ; etc. *Contra*. LAURENT, t. XXIV, n° 417, pp. 409 à 410.

(55) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *loc. cit.*

(36) 法律行為の重大性 (gravité) の程度に従った「管理行為 (acte d'administration)」と「処分行為 (acte de disposition)」の二分法 (あるいは「保存行為 (acte conservatoire)」も加えた三分法) は、常にその区別の困難性についての批判がなされながらも、今日まで維持されてきた基本的な分類法である (cf. ex. VERDOT (René), De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes <<d'administration>> et des actes de <<disposition>>, *RTD. civ.* 1968, n° 1 et s., pp. 449 et s.; etc.)。伝統的には、⁷「処分行為」概念は「物権の移転」すなわち (対価を伴ったあるいは伴わない) の「財産 (patrimoine) の一要素あるものは一部分の消失 (disparition)」を意味するとの理解を起点とし、これに対して「管理行為」概念はそれほど重大ではない (収益の譲渡も含めた) 「通常の利用行為 (acte d'exploitation normale)」を指すものであるが (n° 4, p. 451)、⁸後者の意義についてはその後も種々の見解が主張されてきた (cf. ex. VERDOT (René), La notion d'acte d'administration en droit privé français, *Bib. dr. privé*, t. XL, 1963, n° 249 et s., pp. 187 et s.; etc.)。なお我が国における議論については、二雄・財産管理権論序説 (一九五四年) 一頁以下、同編・注釈民法(4)総則(4) (一九六七年) 四八頁以下、〔浜上則雄〕四宮和夫・信託法〔新版〕(一九八九年) 一一七頁以下を参照。

(56) Cf. ex. COLIN et CAPITANT, t. II, n° 950, p. 627; MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Cours de droit civil, t. VI, Les contrats spéciaux, 10^e éd., 1997, n° 637, pp. 358 à 359; HUET (Jérôme), Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 1996, n° 21132, p. 621; STORCK, *op. cit.*, n° 155 et s., pp. 32 et s.; WITZ, *op. cit.*, n° 135, p. 25 ; etc.

(57) cf. ex. JOSSERAND (Louis), Cours de droit civil positif français, t. II, 3^e éd., 1939, n° 1163, p. 688; COLIN et CAPITANT, t. II, n° 1010, p. 667; MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (François), Leçons de droit civil, t. III, 2^e vol.: Principaux contrats-Vente et échange, 7^e éd., par Michel de Juglart, 1987, n° 920, p. 204; MALAURIE et AYNES, *loc. cit.*; HUET, *op. cit.*, n° 21132, p. 621, note 24 ; etc.

(58) Cf. ex. BAUDRY-LACANTINERIE(G.) et WAHL(Albert), Traité théorique et pratique de droit civil, du contrat de louage, t. I, 2^e éd., 1900, n° 82 et s., pp. 40 et s.; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 44 et

s., pp. 57 et s.; etc.

(40) BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, *loc. cit.*

(41) Cf. ex. FERRIERE (Claude-Joseph de), v° Bail fait pour plus de neuf années, in Dictionnaire de droit et de pratique, t. I, nouv. éd., 1779, p. 164; AUBRY et RAU, t. IV, § 364, p. 465, note 1; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 45 et s., p. 57; etc. 邦法ハハテ前番ヤバウにロヤルオウフェル 後邦ヤバウにレントルニ別ヤル (cf. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, in Œuvres de Pothier, par Bugnet, t. IV, 1847, n°s 4 à 5, pp. 4 à 6)°

(42) 有力な反対説ニハテ cf. TROPLONG, Le droit civil expliqué, de l'échange et du louage, t. II, 2^e éd., 1840, n°s 473 et s., pp. 269 et s.° なお今世紀の新たな立法ニ由る賃借権の強化を踏まえた議論ニハテ cf. ex. DEKRUPPE (Jean), La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, 1952, n°s 31 et s., pp. 31 et s.; etc.°

(43) Cf. ex. Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, t. XVII, 1834, n° 33 et s., pp. 19 et s.; AUBRY et RAU, t. IV, § 364, p. 465; LAURENT (F.), Principes de droit civil français, t. XXV, 3^e éd., 1878, n° 43, pp. 58 à 59; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 44, pp. 57 à 58, n° 47, p. 60; BAUDRY-LACANTINIERE et SAIGNAT, *de la rente et de l'échange*, n° 655, p. 585;

(44) 【四八一条前段】(原始規定)

解放された未成年者は九年を超える期間の賃貸借を締結する。

併せて谷口知平・現代外国法典叢書(14) 仏蘭西民法【一】人事法(一九五六年)四六三頁参照。なお一九六四法での制限は撤廃されている(稲本洋之助・フランス家族法(一九八五年)一二五頁など参照)。

(45) 【一四二九条】(原始規定)

夫が単独で妻の財産につきなした九年を超える賃貸借は、共有財産が解消したときには、当事者がなお最初の九年間にある場合にはその残存期間についてのみ、第二以下の九年間の場合も同様に、小作人が現在の九年間の使用収益を全うする権利のみを有するように、虚有権者に対して拘束力を有する。

併せて田中周友他・現代外国法典叢書(16) 仏蘭西民法【III】財産取得法(2)(一九五六年)三五三頁参照。な

お一九六五年法により妻もその固有財産につき管理処分権能を付与されたが（稲本・前掲書一九八頁以下参照）、現行法は共有財産につき夫婦の一方が単独でなす賃貸借につき次の制限を置く。

「（四二二五条）（一九八五年二月二三日法律一三七二号）」

夫妻の一方は他方なくして、共通財産に属する農業資産または商業、工業もしくは手工業用の不動産を賃貸に供することができない。共通財産のその他の賃貸借は一方の配偶者のみによって締結できるが、用益権者によって締結された賃貸借について定める規則に従う。

（46）「（五九五条）（原始規定）」

用益権者は、自ら使用収益し、他人に小作に供し、さらに売却もしくはその権利を無償で譲渡することができる。小作に供する場合においては、賃貸借の更新時期および期間につき、「夫婦財産契約および夫婦の相互の権利」の章において妻の財産に対して夫につき定められた規定に従わなければならない。

併せて、実方正雄・現代外国法典叢書（15）仏蘭西民法Ⅱ―物権法（一九五六年）九一頁参照。なお現行規定は次のとおり。

「（五九五条二項）（一九六五年七月一三日法律五七〇号）」

用益権者が単独でなした九年を超える期間の賃貸借は、用益権が終了したときには、当事者がなお最初の九年間にある場合にはその残存期間についてののみ、第二以下の九年間の場合も同様に、賃借人が現在の九年間の使用収益を全うする権利のみを有するように、虚有権者に対して拘束力を有する。

併せて法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典―物権・債権関係―（一九八二年）二四頁参照。

（47）ベルギー抵当権法（一八五一年二月一六日法）は、九年を超える賃貸借を公示の対象としつつ（二条二項）、抵当権設定後に抵当権設定者によって締結された賃貸借につき次の規定を置いた。なお同項但書が民法一四二九条を引用する部分は、現行法（一九七六年七月一四日法）では五九五条となっている（拙稿・前掲「フランスにおける詐欺的賃貸借排除の法理」三〇二頁参照）。

「（四五五条四項）」

抵当権設定後に善意で締結された賃貸借もまた尊重される。但し賃貸借が九年を超える期間で締結された場合、その期間は民法第一四二九条に従って短縮される。

- (48) *Cf. ex. GUILLOUARD, Traité du contrat de louage*, n° 47, p. 60. ㄆㄨㄣㄣㄣ' DURANTON, *t. XVII*, n° 33, p. 20 は九年を超えたる賃貸借を「単純な管理行為 (simples actes d'administration)」とせん。ㄆㄨㄣㄣㄣ' BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *du contrat de louage*, n° 91 à 104, pp. 47 et 55; LAURENT, *t. XXV*, n° 43 et s., pp. 58 et s. がこの問題につき詳細な検討をなしている。ちなみに九年を超える賃貸借の効果については、相対的な無効であり法律がその利益を保護する者のみが援用しうるとする説が存した (*cf. Laurent, t. XXV*, n° 53, p. 66)。
- (49) *Cf. ex. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, du contrat de louage*, n° 95 et 97, pp. 49 et 51 なる問題意識を明快に提示する。
- (50) *Cf. ex. BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, de la vente et de l'échange*, n° 655, pp. 585.
- (51) *Cf. ex. GUILLOUARD, de la vente et de l'échange*, n° 47, p. 61.
- (52) フローネ (fraude) の認定は事実問題であらう。事実審裁判官の専権であるところでは争うべきでない (*cf. ex. COLMET DE SANTERRE, op. cit.*, n° 119 bis., p. 161; WITZ, *op. cit.*, n° 137, p. 25; *etc.*)。
- (53) *Cf. ex. TROPLONG, de la vente*, n° 776, p. 331.
- (54) *Cf. ex. GUILLOUARD, Traité du contrat de louage*, n° 47, p. 61;
- (55) MARCADÉ, *t. VI*, pp. 320 à 321.
- (56) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *de la vente et de l'échange*, n° 655, pp. 584 à 585.
- (57) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *du contrat de louage*, n° 89, p. 46.
- (58) 仏国ボアンナード氏講義 (薩埵正邦筆記)・仏国民法売買篇講義 (博聞社・一八八三年) 四二四頁参照。
- (59) 「フローネ (fraude)」概念について *cf. ex. VIDAL (José), Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français: Le principe <<fraus omnia corrumpit>>*, 1957, pp. 59 et s.; GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.), *Traité de droit civil*, t. I: *Introduction générale*, 2^e éd., 1963, n° 748 et 749, pp. 671 et 672; PICOD (Yves), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *Bib. dr. privé*, t. 208, 1989, n° 46 et s., pp. 63 et s. など「詐害 (フロード) はすべて破る (fraus omnia corrumpit)」の法諺は一四世紀後期註解学派 (Post-Glossatores) のバルトルス (Bartolus, Bortole) 学派によつて定式化されたもので、フランスでは一九世紀初頭から破毀院により「詐害 (フロード) はあらゆる規則の例外をなす (la fraude fait exception à toutes les règles)」の法諺が援用

されつつたとの指摘がある (*cf. ex. PICOD, op. cit.*, n° 47, p. 63)° *V. aussi*, ROLAND et BOYER, *Adages du droit français*, n° 144, pp. 288 et s.

(60) LAURENT, *l. XXIV*, n° 417, p. 410.

(61) LAURENT, *l. XXV*, n° 55, p. 67. この詐害行為取消権によるこの解釈論は、ベルギー抵当権法四五条四項（前注（47）参照）の「善意」要件の解釈とこれも主張されてくる（拙稿・前掲「フランスにおける詐害的質貸借排除の法理」三〇一一—三〇三頁参照）。*V. aussi*, GENIN (Émile), *Traité des hypothèques et de la transcription*, 1935, (Bruxelles), n° 1430, p. 187.

(62) BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, *du contrat de louage*, n° 89, p. 46.

(63) *Cf. ex. Orléans*, 10 janv. 1860, D. 60. V. 374; BAUDRY-LACANTINIERE et SAIGNAT, *de la vente et de l'échange*, n° 655, p. 585; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 49, p. 65; *etc. V. aussi*, PLANIOL et RIPERT, *Contrats civils*, 1^{re} partie, n° 205, p. 242, note (1).

(64) BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, *du contrat de louage*, n° 89, p. 46.

(65) *Cf. ex. COLIN et CAPITANT l. II*, n° 950, p. 627; MALAURIE et AYNES, *Les contrats spéciaux*, n° 637, pp. 358 à 359; HUET, *op. cit.*, n° 21132, p. 621; STORCK, *op. cit.*, n° 155 et s., pp. 32 et s.; WITZ, *op. cit.*, n° 135, p. 25; *etc.* 併せて後掲判例参照。

なお解除の効果については遡及効（前注（14）参照）を前提としつつも、不動産公示制度（一八五五年法「一九五五年デクレ」）によつて取引の安全の確保が企図されてくる(*cf. ex. STORCK, op. cit.*, n° 150 et s., p. 32; MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (Fr.), *Leçon de droit civil*, t. III, 1^{re} vol.: *Sûretés, Publicité foncière*, 6^e éd., par V. Ranouil et Fr. Chabas, 1988, n° 666, pp. 592 à 593; *etc.*)°。だがそこにおける第三者の保護は必ずしも十分なものとはいえない（星野・前掲論文一三三—一三四頁など参照）。すなわち一九五五年デクレによれば、一方では、法定解除についてはその訴えおよび判決につき公示の履践が要求され、それにより解除の訴え提起後の第三者の保護が図られるが（二八条四号C、三〇条五款）、他方解除前の第三者に対しては、売買代金不払いによる解除についてのみ、売主の先取特権の登記による保存を要求し、それを欠く場合に不動産につき権利を取得し公示を履践した第三者を害して売主が解除訴権を行使するのを制限するという方法（一九五五年デクレによる民法典二二〇八条二項）で保護を

与えるにとどまるからである (*cf. ex. STORCK, op. cit.*, n° 152, p. 32 ; *etc.*)。

ちなみに賃貸借については、公示の対象となるのは、一二年(一八五五年法では一八年)を超える期間でなされた賃貸借のみである(二八条一号、三〇条三款。なお星野・前掲論文一三三頁、拙稿・前掲「フランスにおける許害的賃貸借排除の法理」二九〇頁など参照)。よってそれを超えない賃貸借については、以上の公示制度による保護のルールは適用されず、本文中で述べることとくそれと別途管理行為としての賃貸借の保護が論じられることになる。この点、期間の長短を問わず一律に、五四五条一項但書および一七七条の「第三者」論として賃借人の保護を論じる我が国の議論(谷口知平「五十嵐清編・新版注釈民法(3)債権(4)七二五頁」「山下末人」(一九九六年)、舟橋醇「徳本鎮編・新版注釈民法(6)物権(1)五七五頁」「吉原節夫」(一九九七年)など参照)とは些か様相を異にしているといえよう。

(66) 例えば COLIN et CAPITANT, *loc. cit.* は「類推 (analogie)」とする。

(67) 例えば STORCK, *loc. cit.* は「原状回復すべき目的物につき解除により権利を失う者によってなされた管理行為は善意の第三者の利益のために維持される」との一般法理を打ち立て、逆に一六七三条二項はその一般法の二適用としなければならないとする。

(68) MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, n° 637, pp. 358 à 359.

(69) WITZ, *op. cit.*, n° 135, p. 25.

(70) かかる視角につき、平成九年八月二〇日に慶應義塾大学で行われた本研究の報告会において、同大学助教授北居功氏、横浜市立大学商学部助教授武川幸嗣氏から多大な示唆を得た。

(71) *Cass. soc.*, 16 mai 1961, *Bull. civ.*, IV, n° 526 ; *J.C.P.*, 1961, *éd. G.*, II, 12402, *obs. Ourliac (Paul) et de Juglart (Michel)* ; *Gaz. Pal.*, 1961, 2, 49.

(72) OURLIAC et de JUGLART, *obs.* ; WITZ, *op. cit.*, n° 136, p. 25 ; *etc.* これは一七四三条につき、賃貸借が登録されていないが(確定日付はないが)「新所有者が賃貸借を認識していたケースに対して破毀院が採用していた解決を、買戻の売主に拡張したものである (*cf. Cass. civ.*, 11 juill. 1949, *J.C.P.*, 1949, *éd. G.*, II, 5120, *obs. Becque (Emile)* ; *Cass. soc.*, 26 juill. 1951, *J.C.P.*, 1951, *éd. G.*, II, 6524, *note Ourliac (P.) et de Juglart (M.)*)」。
前注(6)参照。

(73) 先に検討したように一九世紀的な理解によると、賃貸借は賃借人に債権的な使用収益権を付与するにすぎないか

- ら「処分行為」ではなく、原則として「管理行為」であり、他人の財産の管理人もそれを行いうる。だが九年を超えて期間で締結された場合には、特別の権限を必要とする「重大な行為 (acte grave)」になるとされた。だがその後今世紀に至って特別法による賃借権の保護が強化され、「更新権 (droit au renouvellement)」が付与されるようになる。期間に依拠する従来の伝統的な区分の上に、さらに更新権が付与される賃貸借が否かも考慮してその「重大性 (gravité)」(「単なる管理行為 (acte de simple administration)」か「重大な管理行為 (acte d'administration grave)」か) が判断されるようになる (cf. ex. MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, n° 635, pp. 357 à 358; etc.)。以上が賃貸借一般についてなされる説明である。ところが解除の際の賃貸借の消長の問題に限定すれば、必ずしも用語法は一定しておらず、「処分行為」か「管理行為」かという区分が依然有力である。問題なのはその判断要素であり、判例においては、単に期間の長短と更新の有無だけでなく、フロード要件で判断されるような諸要素が両概念の振り分けの際に考慮されているように思われる。要は管理か処分かを問わず、取得者によって同意された賃貸借が「解除後に消滅すべきほど重大な行為 (an acte assez grave pour disparaître après la résolution de la vente)」か否かを裁判所は破毀院のコントロールの下、各ケースごとに判断しているとの分析 (cf. ex. STORCK, *op. cit.*, n° 15, p. 33; etc.) がなされる所以である (破毀院のコントロールの不明確さを批判するものとして) cf. ex. CORNU (Gérard), *RTD, civ.*, 1975, p. 133; etc.)。
- (74) *Cass. soc.*, 20 juin 1952, *Bull. cit.*, IV, n° 542.
- (75) *Cass. com.*, 29 mars 1966, *Bull. cit.*, III, n° 177.
- (76) *Cass. com.*, 23 janv. 1961, *Bull. cit.*, III, n° 46.
- (77) *Cass. civ.*, III, 15 janv. 1971, *Bull. cit.*, III, n° 41.
- (78) *Cass. civ.*, III, 14 mai 1974, *Bull. cit.*, III, n° 194; *Gaz. Pal.*, 74, II, 879, note Planqueuel (André); *RTD, civ.*, 75, 132, note Cornu (G.).
- (79) *Cass. civ.*, III, 25 oct. 1983, *Bull. cit.*, III, n° 196.
- (80) なお解除後 (正確には解除判決後確定前) に賃貸借が締結された事案であるが、善意無過失の賃借人を外観法理 (la théorie de l'apparence) の適用により保護する余地を示しながらも、当該事例においては過失ありと認定しその適用を否定した原審判決を支持する破毀院判決が存する (*Cass. civ.*, I, 8 juin 1966, *Bull. cit.*, I, n° 334; *RTD*).

cit., 1967, p. 385, *obs.* Chevallier (J.)). 以下に紹介しておこう。本文で取り扱う解除前の事例とは利益状況および保護法理を異にするとはいえ、判例法理の展開に伴い要件面での接近は無視し得なくなっていると思われる。

破毀院民事第一部一九六六年六月八日判決

【事案の概要】

土地の所有者であるXは、一九五六年七月二七日に当該土地をAに売却した。だが取得者はその債務を履行できず、この売買契約は一九五九年五月二七日の判決により解除され、同判決は、パリ控訴院一九六〇年二月一五日判決により確認され、AおよびAの下すべての占有者の立ち退きが命じられた。Xは、Aによって一九五九年九月一六日付の私署証書で同意された賃貸借に基づきその場所を占拠しているYの立ち退きを申し出た。

【原審判決】

原審は一九五九年九月一六日の賃貸借はXに対して対抗不能 (*inopposable*) である旨宣言し、Yの立ち退き (*expulsion*) を言い渡した。理由として、Yは善意であるとはいえ、賃借物の所有権の由来の調査を怠ったという事実は、外観理論 (*la théorie de l'apparence*) の適用を妨げるに十分であるという点が挙げられている。

【上告理由】

このような懈怠 (*omission*) は考慮するに値せず、Yの完全な善意が認定されるべきであり、また仮に不動産の取得者が所有権の由来を調査しなければならないとしても、単なる賃貸借においてはそのような調査は慣習となっていないと強調して、Y上告。

【判決】 上告棄却

賃貸借契約の中で所有権の由来を示すのは極めて例外的であるから、そのような記載がなされていることが逆にYの注意を喚起したはずである。この由来の虚偽的な性質は、簡単な調査で判明し、締結された賃貸借の空虚さを示したであろう。控訴院はそこから、Yによっておかされた錯誤は実際に避けることが不可能であったというものではなかったと正当に帰結し、当該賃貸借が所有権者に対抗不能であると宣言した判決を正当化しており、この点に関する上告人の主張には理由がない。

(81) Cf. ex. MAZEAUD et CHABAS, *Obligations- Théorie générale*, n° 1102, p. 1161; MALAULIE et AYNÈS, *les ob-*

- ligations*, n° 743, p. 428 ; HUET, *op. cit.*, n° 21132, p. 621 ; *etc.*
- (32) *Cf. ex. COLIN et CAPITANT, t. II*, n° 950, p. 627 ; PLANCOUEEL, *note*, in *Cass. civ. III*, 14 mai 1974 ; *etc.* お冒頭に引用したようにマロリー・エネスは「フロードの一般法理」(一六七三条二項)を援用しつつ質借人の悪意を問題とする(前注(68)参照)。
- (33) *Cf. ex. CHEVALLIER, RTD. civ.*, pp. 385 à 386 ; CORNU, *RTD. civ.*, p. 132 ; STARCK (Boris), *Droit civil. Obligations*, 2-Contrat, 3^e éd. par Roland (Henri) et Boyer (Laurent), 1989, n° 1608, p. 656 ; STORCK, *op. cit.*, n° 156, p. 32 ; *etc.* なお「善意」は推定される⁸⁷と理解する⁸⁸ (cf. *ex. CHEVALLIER, loc. cit.* ; STORCK, *op. cit.* ; *etc.*)。
- (84) 確定日付がなくても、売主が買戻権行使前に質貸借の存在を認識していれば足りるとするのが、判例・通説である(前掲破毀院社会部一九六一年五月一六日判決【一】)。⁸⁹ JOSSELAND, *op. cit.*, n° 1163, p. 688 ; GHESTIN et DESCHÉ, *La vente*, n° 574, p. 640 ; WITZ, *op. cit.*, n° 136, p. 25 ; *etc.*)。
- (85) *Cf. ex. Paris 20 juill. 1903*, *Gaz. trib.* 3 déc. 1903 ; 前掲破毀院社会部一九六一年五月一六日判決【一】 ; STORCK, *op. cit.*, n° 155 et s., pp. 32 et s. ; WITZ, *op. cit.*, n° 135, p. 25 ; *etc.*
- (86) *Cf. ex. PLANCOUEEL, note*, in *Cass. civ. III*, 14 mai 1974 ; WITZ, *op. cit.*, n° 135 et s., pp. 25 et s. ; *etc.*
- (87) *Cf. ex. STORCK, op. cit.*, n° 155, p. 32.
- (88) 前掲破毀院商事部一九六一年一月二三日判決(前注(76)参照)は、取消請求を棄却した原審判決を破毀し、前掲破毀院商事部一九六六年三月二九日判決(前注(75)参照)は、取消訴権を棄却した原審判決を支持している。
- (89) 原告に対して対抗可能であることを宣言した原審判決を支持した前掲破毀院社会部一九六一年五月一六日判決【一】、原告に対して対抗不能であることを宣言し立ち退きを言い渡した原審判決を支持する前掲破毀院民事第一部一九六六年六月八日判決(前掲注(80)参照)、原告に対して対抗不能であることを宣言しなかった原審判決を破毀する前掲破毀院民事第三部一九七四年五月一四日判決【二】などが挙げられよう。

三 結びに代えて

本稿においては、我が国の現行民法三九五条と五八一条二項の比較考察を行うための基礎的資料を提供する目的で、買戻制度における賃貸借の保護および排除に関する母法フランス法の議論の展開を分析した。以下のように整理することが可能であろう。

(一) フランス民法典一六七条二項末段は条文上、賃貸借維持の要件として「*詐害なきこと*」(*sans fraude*)のみが挙げられているが、一九世紀から二〇世紀を通して判例・学説のほぼ共通した理解として、同要件については、(a)客観的要素として①期間の問題、②契約条件の問題、(b)主観的要素として賃貸借当事者の主観的態様の問題があることが明らかにされたといえよう。

(二) このうち(a)①期間の問題については、古法以来、九年を超えない期間を一つの目安として「管理行為(*acte d'administration*)」概念と結びつけて柔軟に運用されてきたと分析できる。我が国やイタリアの民法典のように一定の期間が法定された制度と同様に、フランス法においても期間の制限が賃貸借保護のもっとも本質的かつ基本的な要素と理解されているようである。その際、極めて重要な役割を演じているのが管理行為概念であった。

(三) だが管理行為の觀念に適った期間でなされた賃貸借が常に維持されるわけではなく、(a)②の契約条件(賃料など)、(b)の賃貸借当事者の主観的態様によつては、管理行為の範囲内の賃貸借であつても売主に対抗できないとされる。両要素はいわば阻却要素として機能していると見ることができよう。その意味では、期間(≡管理行為)の要素(a)①を除いたこの二つの要素(a)②および(b)が、我が国の現行民法やイタリア民法典のフロア(詐欺)要件(「害スル目的」*troupe*)にほぼ対応していると分析することが可能であらう。⁽¹⁾

(四) ただ(b)の要素すなわち質貸借当事者の主観的態様の評価については、判例学説の見解が必ずしも一致しているわけではない。一九世紀においては主に質貸人(取得者)の主観的態様を問題とし、特にその積極的害意(*le but de nuire*「害する目的」)を重視する傾向が比較的強かったが、二〇世紀に至って変化が生じてくる⁽²⁾。質戻に関する破毀院判例は依然「フロード(*fraude*)法理」の枠組みで取得者(質貸人)の主観的態様を問題としているものの、その後判例・学説によって形成された解除の一般法理においては、第三者である質借人の保護という視角から端的に質借人の善意・悪意を問題とする傾向が窺われる。そこでは「フロード法理」からの乖離が読みとれよう⁽³⁾。一九世紀末葉の我が国の民法典への継受との関係で、この点についてのフランスにおける議論の展開をどのように評価するかが今後の重要な課題となると思われる。

以上が本稿において分析し得たフランス法の概要である。続稿では、右フランス法の議論を踏まえたうえで、ボワソナード旧民法から現行民法に至る民法五八一条二項の立法沿革を検討し、さらにそれら基礎的資料をもとに民法三九五条と五八一条二項の比較考察を行う予定である。

(1) 以上のフランスにおける議論との対比でみるならば、我が国の現行民法典の三九五条および五八一条二項における本文と但書との関係については、本文が期間の問題を中心とした管理行為概念を基盤とする「質貸借保護の法理」を承継した規定であるのに対して、但書は阻却要件としてのフロード(許害)を基礎におく「質貸借排除の法理」を受け継ぐ規定であり、それぞれが異なる趣旨に基づく別個の規定ではないかとの「峻別説」(本稿第一章第二節(1)但書の立法趣旨(本文と但書の関係)参照)の理解が概ね正当であるように思えてくる。詳細は続稿において検討したい。

(2) なおフランス民法典一一六七条の詐害行為取消権(*action paulienne*)においても、同条の「フロード(*fraude*)」要件につき、害意を要するか、単なる認識で足りるかとの争いが存する(同規定の転用論をも射程に入れた議論を、*cf. ex. GHESTIN (Jacques), La fraude paulienne, Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, 1978,*

pp. 569 et s.; VIDAL (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : Le principe «fraus omnia corrumpit»*, 1957, pp. 217 et s.; etc. なお拙稿「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理——民法三九五条但書の解釈にむけて」法学研究六四卷一二号三一〇頁（一九九一年）参照）。

(3) 本稿の範囲を超えた課題ではあるが、この点の解明にむけては広く、不動産二重譲渡における fraude 法理から faule 法理への転換をめぐる議論（例えば鎌田薫「不動産二重譲渡における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の『転換』をめぐる』比較法学九卷二二三頁以下（一九七四年）、滝沢幸代・物権変動の理論（一九八七年）二三七頁以下、吉田邦彦・債権侵害論再考（一九九一年）四五〇頁以下など参照）や、外観法理（*théorie de l'apparence*）の形成（例えば西山井依子「フランス法における一般的表見理論との関係における表見委任制度一二」大阪経済法科大学法学論集四号三一頁以下（一九八〇年）、五号三七頁以下（一九八一年）、武川幸嗣「フランスにおける外観法理と仮装行為理論の関係——民法九四条二項論のための基礎的研究として」法学政治学論究一六号二〇九頁以下（一九九三年）など参照）をめぐる議論などをも視野に入れた、フランス判例法理の総合的な研究が不可欠であろう。

【追記】 内池慶四郎先生には筆者が大学院に進学して以来、多岐にわたってご指導を賜ってきた。その学恩に報いるにはあまりに拙い小稿ではあるが、先生のご退職を祝しかつ感謝の念を込めて本稿を捧げる次第である。

先生はご著書『消滅時効法の原理と歴史的課題』の序文において、「朝と昼と夕暮れの異なる光の中で同じ寺院を繰り返し描いた画家のような試みが、法学の中にあつてよいのではないか」と仰られている。そんな研究を私もいつかは試みたいと思いつつ、道は険しく、先生の背中遙かに遠い。