

現行民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除（一）

——民法三九五条と五八一条二項との比較考察——

片 山 直 也

- 一 はじめに
- 二 現行民法の立法経緯
 - (一) 賃貸借の保護——管理行為論の後退
 - (1) 立法過程における管理行為概念
 - (2) 五八一条二項の立法経緯
 - (二) 賃貸借の排除——但書の創設
 - (1) 五八一条二項但書の場合
 - (2) 三九五条但書の場合 ……………（以上本号）
- 三 民法三九五条と五八一条二項との比較考察
 - (一) 賃貸借の保護
 - (二) 賃貸借の排除
 - (三) 本文と但書の関係
- 四 結びに代えて——議論の展開
 - (一) 民法五八一条二項類推適用論の可能性
 - (二) 民法四二四条転用論の有用性 ……………（以上七二卷二号）

一 はじめに

(一) 民法五八一条二項は、買戻特約付売買において買戻権が実行された場合の質貸借の帰趨につき、「登記ヲ為シタル賃借人ノ權利ハ其殘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質貸借ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定している。同規定については抵当不動産上の短期質貸借に関する三九五条との類似性が指摘されながらも、従来必ずしも十分な研究がなされることなく、むしろ等閑に付されてきたといえよう。

本研究の第一の目的は、五八一条二項の立法沿革を遡り母法フランス法・ポワソナード旧民法と対比することによって同規定の趣旨および構造を歴史的に解明することにある。だがその点にとどまらず第二に、とりわけ近時、抵当権の執行実務における短期質貸借の濫用を契機として活発に議論が繰り広げられている三九五条の解釈論⁽³⁾に向けて、新たに五八一条二項との比較考察という視角から——ひいては「フロード (Fraud)」法理⁽⁴⁾すなわち広く「詐欺的行為の排除」という総合的視角⁽⁵⁾から——、一つの基礎的資料を提供することも同時に企図されている。

(二) ところで現行民法五八一条の起草に際しては種々の立法例⁽⁶⁾（特にイタリア旧民法典一五二八条二項⁽⁷⁾）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、旧民法の同規定は、ポワソナードがフランス民法典一六七三条二項に依拠して起草した草案七二四条一項を基に、司法省法律取調委員会における審議等を経て成ったものである。前二稿とも重複するが、まずは立法経緯を考察する際に必要な範囲で関連諸規定をここに改めて引用しておく。

(i) フランス民法典 (原始規定)

〔第一六七三条第二項〕

売主は、質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得する。売主は取得者によって詐害なしに (*sans fraude*) なされた質貸借を履行しなければならない。⁽¹⁰⁾

(ii) イタリア旧民法典 (一八六五年)

〔第一五二八条第二項〕

質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得する。しかしながら売主は、買主によって詐害なしに (*senza frode*) なされた質貸借を、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。⁽¹¹⁾

(iii) ボワソナード草案

〔第七二四条第二項⁽¹²⁾〕〔第一二二四条第二項⁽¹³⁾〕

不動産ニ関シテ制規ノ期限内ニ法律ノ定メタル条件ニ從ヒ質戻ノ權能ヲ執行セシトキハ其不動産ハ売買以後ニ買主ノ付与シ又ハ買主ヨリ第三者ノ獲得セシ一切ノ物權ヲ免レテ売主ニ復帰スヘシ但質貸ノ残余期限三箇年ヲ超過セサルモノハ此限ニ在ラス〔仏民第千六百六十四条、第千六百七十三条第二項〕

(iv) 旧民法典

〔財産取得編第八五条第一項〕

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権ヲ排除シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃借権ニシテ残期ノ一年ヲ超エサルモノハ此限ニ在ラス⁽¹⁴⁾

(v) 現行民法草案（甲号議案—法典調査会原案）

〔第五八三条第二項〕

登記ヲ為シタル賃借人ノ權利ハ其残期カ一年ヲ超エサル場合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為シタル賃貸借ニ付テハ此限ニ在ラス⁽¹⁵⁾

(vi) 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貸借ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス

(三) 前二稿（前注（2）参照）では、母法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、および旧民法の立法経緯の分析を行ったわけだが、それらは、①「管理行為」概念を基盤とする【賃貸借保護の法理】と、②フロード（fraude）法理に基礎をおく【賃貸借排除の法理】という二つの考え方を基軸として以下のように整理することが可能であろう⁽¹⁶⁾。

(1) フランス民法典一六七三条二項末段は条文中、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にかけての判例・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ていた。

(i) 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。すなわち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おり、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(管理行為論による【賃貸借保護の法理】)。

(ii) 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(一九世紀においては主に賃貸人(取得者)⁽¹⁷⁾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)⁽¹⁷⁾によつては、管理行為の範囲内の賃貸借であっても売主に対抗できないとされる。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ード(詐欺)要件(「害スル目的」、fraude)にほぼ対応していると分析することが可能であろう(フロードによる【賃貸借排除の法理】)。

(2) これに対してボワソナード旧民法の特徴は、(i)管理行為論による賃貸借保護規定の統合化が試みられた点、(ii)にもかかわらず買戻に関しては管理行為論が後退した点、(iii)フロードによる賃貸借排除の法理が欠落した点の三点に集約することができよう。

(i) ボワソナードは、当時のフランスにおいて次第に定着化しつつあった「管理行為」論に基づき、「管理行為としての賃貸借」の関連諸規定の統合化を企図し草案一二六条⁽¹⁸⁾を起草した。ただその賃貸借の期間については、

ボワソナードは当初「欧米ノ耕作法」に倣い土地⁽¹⁹⁾一〇年（フランス法では九年）を基軸とする期間を設定していたが、その後の編纂過程において日本人委員により「日本ノ耕作法」に従った短縮化が図られている。それが旧民法典財産編一九条であり、現行民法六〇二条の短期賃貸借規定の原型となる。そしてこの財産編一九条を受けて、解除一般に関する管理行為の維持規定である財産編四一条一項や、現行民法三九五条本文の原型となる債権担保編二四八条二項における賃貸借の保護が根拠づけられている（管理行為論による【賃貸借保護の法理】の体系化）。

(ii) これに対して買戻における賃貸借の維持に関しては、管理行為論を根拠とはするものの、それは一步後退し、ボワソナード旧民法の「管理行為としての賃貸借」の体系の中でやや特殊な位置づけとなっている。その端緒はボワソナード草案七二四条一項但書自体に存したが（①期間を三年に短縮した点⁽²²⁾、②「残期」を保護する点）、法律取調委員会による修正が決定的であったといえよう。すなわち財産編取得編八五条一項但書では、①「妥協案」（残期一年）が採用され、②管理行為の維持という趣旨の上に、特に農地につき最後の収穫を小作人に得させるべしとの趣旨が付加されることになったからである（管理行為論による【賃貸借保護の法理】の後退）。

(iii) さらにボワソナード旧民法の最大の特徴は、財産取得編八五条一項但書（草案七二四条一項但書）において、フロード（fraude）による【賃貸借排除の法理】が欠落している点にあるといえよう。同規定におけるフロード要件（「詐害なし」あるいは「善意」）の削除は、ボワソナードによって意図的になされたものである。フロード要件は期間の制限がなされていない場合のみ必要であるというのがボワソナードの説明であり、ボワソナードはその両方を課すイタリア旧民法典一五二八条二項に対しては批判的であった。いずれにせよこれにより【詐害的】賃貸借排除の法理が背後に退くことになったことは確かであろう。

実は同様の問題（賃貸借排除の法理の欠落）は、現行民法三九五条に対応する債権担保編二四八条二項にお

いても見られる点であり、後に検討するように、現行民法の立法段階で厳しい批判に晒されることになる。⁽²³⁾

(四) 以上がフランス民法からボワソナード旧民法に至る立法経緯の概要である。本稿では以上の議論を踏まえた上で、現行民法の制定過程を検討し(二)、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(三)を行う予定である。

(1) 我妻栄・債権各論中巻一(民法講義V₂)三三五頁(一九五七年)は、同規定につき「抵当不動産の上の短期質貸借の保護の規定(三九五条)と趣旨である。もっとも両規定には差異があるが理由はわからない。いずれが優れているかも容易にいけない」と述べている。その他、柚木馨・注釈民法(14)債権(5)(一九六六年)三一四～三一五頁など参照。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。

(2) 本研究は、①問題提起およびフランス法を取り扱った「前々稿」(拙稿「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―」法学研究七〇巻一二号三一七頁以下(一九九七年)参照)、②ボワソナード旧民法を対象とする「前稿」(同「ボワソナード旧民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―」法学研究七一卷八号一頁以下(一九九八年)参照)、ならびに③現行民法五八一条二項の立法経緯および同規定と三九五条との比較考察を中心とした「本稿」からなる。なお三九五条但書に関しては、フランスにおける許害的質貸借排除の法理を取り扱った拙稿「フランスにおける許害的質貸借排除の法理―民法三九五条但書の解釈にむけて―」法学研究六四巻一二号二七五頁以下(一九九一年)がある。

(3) 総括的なものとして、内田貴「抵当権と短期質貸借」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「短期質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「短期質貸借をめぐる手続法上・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NBL三二号担保法理の現状と課題(一九九五年)三〇頁以下、拙稿「抵当権の登記(4)―短期質貸借」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(一九九九年刊行予定)などを挙げておこう。

なお、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三一九～三二二頁において、問題点を簡略に整理しておいた。

(4) フランスにおける「フロート (fraude) 法理」については、cf. ex. VIDAL (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : Le principe <<trans omnia corrupti>>*, Dalloz, 1957 ; CHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.), *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., avec FABRE-MAGNAN (M.), 1994, n^{os} 809 et s., pp. 796 et s.; etc. なお本稿第四章(二)参照。

(5) 新たな「総合 (synthèse)」の必要性につき、拙稿「フランス法学説としてみたボワソナード旧民法〈覚書〉」法時七〇巻九号二四頁(一九九八年)参照。

(6) 「(参照) 取八五、仏一六六四、一六七三、二項、塊一〇七〇、蘭一五五九、一五六八、三項、伊一五二〇、一五二八、二項、グラウプンデン四〇九、二項、西一五一〇、一五二〇、白草一七一七、一七一八、独四三四、四項、普国法一部一一章三一、索一一三四、巴草二編三七八、二項、三八〇」(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)。

(7) イタリア旧民法典一五二八条二項については、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参考にされている (cf. BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t.III: *Des moyens d'acquiescer les biens*, 1888, p.361 ; n^o 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)。

(8) 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・民法要義卷之三債権編(訂正増補三三版・一九一二年)五五七頁など参照。

(9) cf. BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire*, t.III, p.361 ; n^o 295, p.370.

(10) Ancien art. 1673, 2^e 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.

なお同規定は不動産公示に関する一九五九年オールドナンスにより若干修正が施されている（現行規定につき、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三三頁、三四九頁注（6）参照）。

(11) 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 un triennio.

イタリア現行規定につき、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三三頁、三五一頁注（10）参照。

(12) ボワソナードの仏文草案は以下のとおりである。

Art. 724, 1^{re} alinéa

A l'égard des immeubles, l'exercice de la faculté de rachat, 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'exécède pas trois ans. [1664, 1673, 2e al.]

(cf. *Projet, accompagné d'un commentaire*, t. III, p. 361. なお拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」八頁注（12）参照）。

(13) 本文中引用の邦語訳文は、ボアソナード氏起稿・民法草案修正文（自第一千一百一一条至千五百條）一〇五～一〇六頁（法務図書館蔵本の二冊本を用いた）およびボアソナード氏起稿・再会修正民法草案註釋第三編上巻四六九～四七〇頁（慶應義塾大学蔵本を用いた）によった（内容同一）。なお拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」八～九頁注（13）参照。

- (14) 官報号外 (明治二十三年四月二十一日) 五六頁。なおボワソナードによる仏語公定訳は以下のとおりである (cf. *Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs*, t. I: *Texte, traduction officielle*, 1891, p.266)。

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.

- (15) 民法第一議案 (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 13 (一九八八年) 商事法務研究会) 二二三頁、前掲法典調査会民法議事筆録四 (日本近代立法資料叢書 4) 一四六頁参照。

- (16) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における貸借の保護と排除」三六四～三六五頁、同・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における貸借の保護と排除」五三～五六頁参照。

- (17) ただし (b) 主観的態様の理解については、二〇世紀に至って変化が生じてくる。買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 (貸借人) 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 (条件) の一般法理においては、第三者である貸借人の保護という視角から端的に貸借人の善意・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 (拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における貸借の保護と排除」三四一～三四八頁参照)。

(18) [第二二六条] ([第六二六条])

他人ノ物ノ法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其物ヲ貸貸スルコトヲ得

然レトモ貸貸期限ニ就キ管理者特別ナル委任ナクシテ貸貸ヲ為ストキハ左ノ年限ヲ超過スルコトヲ得ス

獸畜其他ノ動産ニ就キテハ二年

家宅、店舗其他ノ建築物ニ就キテハ五年

耕地、森林、池塘、石杭其他土地ノ部分ニ就キテハ十年 [第千四百二十九条第千四百三十条第千七百十八条]

(19) [財産編第一一九条]

法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其管理ヲスル物を質貸スルコトヲ得然レトモ管理者カ期間ニ付キ特別ナル委任ヲ受ケスシテ質貸スルトキハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス

第一 獣畜其他ノ動産ニ付テハ一年

第二 居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三年

第三 耕地、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五年

第四 牧場、樹林に付テハ十年

(20) [財産編第一一九条第二項]

解除条件ヲ帶ヒタル權利ヲ有スル者ノ善意ニ出テ且法律ニ從ヒテ為シタル管理ノ行為ハ第三者ノ利益ノ為メニ之ヲ保持ス

ちなみに「法律ニ從ヒテ」の要件については、質貸借の場合、財産編第一一九条(草案一二六条)の期間制限が意図されていた。(cf. BOISSONADE (G.), *Projet de Code pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. II: *Des droits personnels ou obligations*, 2^e éd., 1883, n° 367, p. 387; *Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs*, t. II: *Exposé des motifs du Livre des biens*, traduction officielle, 1891, p. 578)。

(21) [債権担保編第二四八条第二項]

然レトモ財産編第一百九条及ヒ第二百十条ニ規定シタル期間ヲ以テ為シ又ハ更新シタル質貸借ハ抵当債権者之ヲ遵守スルコトヲ要ス

(22) この点については、イタリア旧民法典一五八二条二項の影響が推察される(拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の質戻制度における質貸借の保護と排除」六〇七頁注(9)、一八頁参照)。

(23) 主要な先行業績として、内田貴・抵当権と利用権(一九八三年)二三頁以下、広中俊雄・第九回帝国議会の民法審議(一九八六年)二五頁以下など参照。

二 現行民法の立法経緯

ここでは現行民法五八一条二項の立法経緯を検討する。結論を先取りするならば、その特徴は①母法フランス法と較べて、【質貸借保護の法理】として「管理行為論」が後退している点、②ボワソナード旧民法においては欠落していた「フロード (fraude)」による【質貸借排除の法理】が復活した点の二点に集約されよう。

(一) 質貸借の保護——管理行為論の後退

(1) 立法過程における管理行為概念

現行民法五八一条二項の立法経緯を分析するに先立ちここでは、フランス法・ボワソナード旧民法において【質貸借保護の法理】の基礎をなしていた「管理行為」概念が、現行民法の立法段階においてどのように位置づけられていたかを分析する。

(i) 関連諸規定

まずは関連諸規定につき、①甲号議案、②主査会・調査委員会決議と、③整理会決議（あるいは民法修正案）を対比してみよう。③において「管理行為」の文言が忽然と姿を消しているのが明らかになるであろう。

(a) 現行民法一〇三条（代理）の草案

①甲号議案（調査委員会原案）

【第一〇五条】

代理ノ範圍ニ付キ別段ノ定メナキトキハ代理人ハ管理行為ノミヲ為ス權限ヲ有ス
財産ノ保存、改良又ハ利用ノ為メニスル行為ニシテ權利ヲ喪失セシムルニ至ラサルモノハ之ヲ管理行為トス但果実又
ハ損敗シ易キ者ヲ有価ニ処分スルハ此限ニ在ラス⁽¹⁾

②調査委員会決議

【第一〇四条】

代理ノ範圍ニ付キ別段ノ定メナキトキハ代理人ハ管理行為ノミヲ為ス權限ヲ有ス⁽²⁾

③民法修正案⁽³⁾

【第一〇三条】

權限ノ定ナキ代理人ハ左ノ行為ノミヲ為ス權限ヲ有ス

一 保存行為

二 代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ変セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行為⁽⁴⁾

(b) 現行民法二八条（失踪・不在者）の草案

①甲号議案（主査会原案）

【第三六条第一項】⁽⁵⁾——〈略〉②に同じ

②主査会決議

【第三一条第一項】

裁判所ニ於テ選定シタル管理人ハ管理行為ノミヲ為ス權限ヲ有ス但他ノ行為ハ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ為スコトラ得⁽⁶⁾

③民法修正案

【第二八条前段】

管理人カ第百三条ニ定メタル權限ヲ超ユル行為ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ為スコトラ得⁽⁷⁾

(c) 現行民法六〇二条（質貸借）の草案

①甲号議案（調査委員会原案）

【第六〇五条】⁽⁸⁾——〈略〉②に同じ

②調査委員会決議

（未定）⁽⁹⁾【第六〇五条】

管理行為ヲ為ス能力又ハ權限ヲ有スル者カ質貸借ヲ為ス場合ニ於テハ左ノ期間ヲ超ユルコトラ得ス

一 山林ニ付テハ十年

二 其他ニ付テハ五年

三 建物ニ付テハ三年

四 動産ニ付テハ六個月⁽¹⁰⁾

③民法修正案⁽¹¹⁾

【第六〇一条】

処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者カ質貸借ヲ為ス場合ニ於テハ其質貸借ハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス

- 一 樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスルニ山林ノ質貸借ハ十年
- 二 其他ノ土地ノ質貸借ハ五年
- 三 建物ノ質貸借ハ三年
- 四 動産ノ質貸借ハ六ヶ月⁽¹²⁾

以上の(a)～(c)の関連規定の変容から一見して明らかな点は、主査会・調査委員会段階では各規定に存した「管理行為」の文言が、整理会審議の前後を通じて削除されている点である。これは単なる偶然的産物ではなく、主査委員会・調査委員会段階⁽ⁱⁱ⁾と整理会段階⁽ⁱⁱⁱ⁾では、管理行為関連規定に関する立法方針に基本的な方向転換があったことによる。以下ではその間の経緯を整理しておく。

(ii) 主査委員会・調査委員会段階

一、関連諸規定の起草担当者である梅（現行民法二八条、六〇二条、三九五条、（五八一条）担当）と富井（同一〇三条担当）⁽¹³⁾は当初、旧民法・フランス法等に倣い、現行民法にも「管理行為」概念を導入し、代理の甲号議案一〇五条（現行一〇三条）を中心規定として、そこに定義規定を置くことを企図していたようである。

おそらく主査委員会・調査委員会を通じて法典調査会において最初に「管理行為」概念につき本格的な討議が

なされたのは、失踪（不在者）に関する甲号議案三六条（現行二八条）が審議された第一四回民法主査会（明治二六年一〇月二〇日）⁽¹⁴⁾であると思われるが、そこにおいて既に起草担当者である梅から、「管理行為」概念とそれによる統合化の起草方針が説明されている。

「此管理行為ト云フノハ……仏蘭西ノ『あくど、だどみにすとらしよん』ノ意味ニ使ツテ居ルノデ、此管理行為ト云フハ広イ方ノ意味デアル。即チ有形的ノ保存ノミデ無く無形的ノ保存モアル。其中ニ幾分カ利用改良ト云フ意味モ含ンデ居ル。乍併此利用改良ガ処分行為ニ這入ツテ居ルナラバ管理行為ニ這入ラス。処分行為ト云フノハ權利ヲ失フト云フ意味デアルト解釈シテ居リマス。夫レダカラ財産ヲ売ルトカ、或ハソレニ物權ヲ設定スルトカ云フノハ通常処分行為デアル。……夫レデ斯ウ云フ事ハ代理ノ所デ出来ルト思ヒマスガ、矢張り都合ノ好イ文字デアリマスカラ、管理行為ト云フ文字ヲ存シテ置ク方ガ宜カラウト云フノデ吾々モ幾ラカ考ヘマシタ……」⁽¹⁵⁾（句読点・傍線、筆者）

ここでは、我が国における「管理行為」概念が、フランスの *acte d'administration* 概念に依拠したものである点、管理行為は「保存行為、処分行為に至らぬ改良利用行為」であるとの次の甲号議案一〇五条二項（代理）の定義がここでも援用されている点、代理の箇所では管理行為概念が再び取り上げられる予定である点を確認することができよう。そしてそれを受けて、代理の一〇五条の審議において、起草担当者の富井は、同規定につき次のように起草趣旨を説明している。

「本条ハ既成法典ヲ始トシ仏蘭西伊太利其他ノ国ノ民法ニモアル規定デゴザイマス。……夫故ニ然ウ云フ漠然トシタ広イ委任ヲ為シタ場合ニハ、代理人ハ管理行為ノミヲ為ス權限ヲ有スルモノト定メル事ガ實際甚ダ必要デアアラウト考ヘマス。……唯如何ナル行為ガ管理行為デアるかト云フ事ニ付テハ、凡ソハ學說ト判例デ極マツテ居リマセウケレドモ、之ヲ法文ニ極メルコトガ甚ダ必要デアルト考ヘタノデアリマス。……又仏蘭西杯ニ於テモ管理行為ニ付テハ判決例ガ確カニ定マツテ居ラナイ。吾々ノ考ヘデハ管理行為ト云フモノハ略ボ本条第二項ニ書イテアルヤウナモノデアアラウト思ヒ

マシテ此規定ヲ設ケタノデアリマス……」(句読点・傍線、筆者)

ここでは①「管理行為」概念導入の必要性および②定義規定の必要性が説かれている。また二項の定義が三一条（現行二八条）にも適用されるかとの問いに対して、「無論差支ヘナイ積リ」であり、「……然ウ云フ風ニ此処ニ管理行為ノ何タルヲ示シテ置ケバ多クノ所ニ於テ唯管理行為ト云フテ於ケバ済ムト云フ便利ガアラウト思ヒマス」と述べ、③代理規定（草案一〇五条）を管理行為関連諸規定の中心に据えることが明らかにされている。

以上の起草趣旨に対しては、(イ)定義は不要ゆえ二項を削除すべきとの提案（土方寧委員・高木豊三委員）、(ロ)仮に二項を削除しないとしても、三一条に定義規定を置くべきとの提案（長谷川喬委員）⁽¹⁹⁾などの反対提案⁽²⁰⁾が出されたが、これには梅が次のように応接している。

(ロ)に対して

「……此規定ガ必要デアルト云フ以上ハ、場所ハ必ズ此処デナクテハナラヌト思ヒマス。……契約丈ケニ関スル代理ノミヲ規定スルノデハナイ。法律上ノ代理モ矢張り此中ニ含マレテ居ルノデアリマス。……、縦令契約ノ事柄デアツテモ権限ガどれ丈ケアルト云フコトハ、之ハ契約ヨリ生ズル所ノ即チ直接ノ委任者ト代理人トノ関係デハナクシテ、寧ろ代理人ガ外ニ向ツテ働ク所ノ範圍ニ属スル。即チ本人ト第三者トノ関係ヲ示スノデアリマスカラシテ是ハ此処ニ揚ゲルガ必要デアル。……」(句読点・傍線、筆者)

(イ)に対して

「……此管理行為ト云フモノノ中ニどれ丈ケノモノガ這入ルカト云フコトハ、是ハ西洋ニ於テモ随分議論ノアルコトデアリマス。而シテ其管理行為ト云フモノノ性質上どれ丈ケノ行為ヲ含マナケレバナラヌカト云フコトニ付テハ既ニ議論モアル。私共ハ此二項ニ書イテアルガ如キコトヲ管理行為ト見ルノガ一般ノ慣習デアラウト思ヒマス……。……固ヨリ此二項ノ規定ガアツテ之ヲ以テ一切ノ争ヒヲ絶ツ杯ト云フコトハ申サレヌデゴザイマセウケレドモ、是レデモ丸デナ

イヨリモ宜シイ。是丈ケノ標準デモナイ時ニハ尚ホ一層争ヒガ起ル。……標準ガ定ルカラ裁判ヲスルニ其權衡ヲ失シナイ裁判ガ下サレマス……」(22) (句読点・傍線、筆者)

梅は、(イ)については、管理行為か否かの何らかの「標準」が必要である点、二項のそれは「一般ノ慣習」に適っている点を主張し、(ロ)の定義規定を置く場所については、法定代理と任意代理の両方を想定する必要があること、単なる内部関係の問題ではないことを挙げ、代理の箇所以外にあり得ない点を強調している。

だが最終的には土方委員の二項削除説が多数の支持を得て、冒頭に挙げた調査委員会決議(原案の一項のみ採用)となる。これにより梅・富井の構想は、管理行為の関連諸規定の統合化という部分は実現されたが、反面、定義規定化の部分では頓挫することになったわけである。

二、次に現行民法六〇二条の立法経緯(24)に目を移そう。本稿冒頭においても言及したように、ボワソナードは当時のフランスにおいて次第に定着化しつつあった「管理行為」概念に基づき、「管理行為としての賃貸借」の諸規定の統合化を企図し草案一二六条起草した。同規定はその後の日本人委員の審議を経て各期間の短縮化が図られるが、ボワソナードの基本構想は受け継がれ、旧民法財産編一一九条が成立する。(25)

〔財産編第一一九条〕

法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其管理ヲスル物ヲ賃貸スルコトヲ得然レトモ管理者カ期間ニ付キ特別ナル委任ヲ受ケスシテ賃貸スルトキハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス

第一 獣畜其他ノ動産ニ付テハ一年

第二 居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三年

第三 耕地、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五年

第四 牧場、樹林ニ付テハ十年

起草担当者の梅は、基本的には同規定に依りつつ、前出（本節(1)(i)(c)①）の甲号議案六〇五条を起草した。その起草趣旨説明においては、①質貸人だけではなく質借人を含めた点、②体裁上、旧民法財産編一一九条、一二二条および一二三条の三カ条を一カ条に統合した点、③動産に関する期間を六カ月に短縮した点の三点の修正点があるものの、「既成法典デハ定メテ充分ニ調査ヲ遂ゲタ上デ規定ヲセラレタト思ヒマスカラ、成ルベク既成法典ノ期間ヲ動カサヌ積モリデアリマシタ」と起草趣旨が説明されており、⁽²⁶⁾ボワソナード旧民法の精神および具体的期間が基本的には踏襲されたことが窺われる。

次に管理行為の関連諸規定の統合化という点については、法典調査会における梅の以下の質疑応答が注目されるよう。

「管理行為ト云フノハ申ス迄モナク仏蘭西語デ言ヘバあく^マとだふうつしよんと云フノデアリマスガ、ソレハ是迄議定ニナツテ居ルノデアリマス。現ニ代理ノ時ニ規定ニナツテ居リマス。特ニ権限ヲ定メスシテ代理権ヲ与ヘタ場合ハ管理行為ヲ与ヘヌト云フコトニナツテ居リマス。成程法律上ノ代理人デ後見人ノ如キハ既成法典ノ如ク管理行為ノミヲ為ス能力ヲ有スト云フコトデアレバ其場合ガアリマス。本案デモ失踪ノ所ニ同様ノコトガ規定ニナツテ居リマスガ、其他ハ多ク契約ニ依テ定マルモノト思フ。詰リ本案デハ妻ト未成年者丈ケニ付テ其適用ヲ見ヤウト思フ位デアリマス。」⁽²⁷⁾（句読点・傍線、筆者）

草案六〇五条と管理行為概念一般あるいはその他の管理行為関連条文（代理、失踪（不在者）など）との体系的な関連が企図されていたことが窺われよう。

さらに「管理行為としての質貸借」という点については、土方寧委員から出された「杓子定規ニ依テヤルノハ無理デアルト思フ」との削除提案⁽²⁸⁾に対する梅の次の答弁が重要である。

「……管理行為ト処分行為ト區別シテ置クト云フノデ代理ノ所デ出シタガ不幸ニシテ削ラレタガ、其理由ハ……即チ

物ヲ失ナハヌト云フノ要素ダカラ、若シ人ニ權利ヲ与ヘテ仕舞ヘバ物ヲ失フテ仕舞ウカラソレデハ管理行為デナイ、処分行為デアルト云フ理由デアレバ削ラレタト信ジテ居リマス。私ノ考ヘデハ性質上ハ是レハ管理行為ニ這入ルモノデアラウト思ヒマス。若シ特別ノ規定ガナカツタナラバ——何ゼナラバ物ハナクナラヌカラ——人ニ物ヲ貸シテ置クノハ物ハナクナラヌカラ管理行為ノ性質ノモノト思フ。……立法者が規定ヲ設ケテ元来ハ処分行為デハナイモノヲ処分行為ト見ルノデアラウト思フ。……明文ガナケレバ賃貸借ハ何年デモ許スコトニナル。……」⁽²⁹⁾

梅は、処分行為と管理行為の区別を、権利（物）を失う行為か否かで判断し、賃貸借は権利（物）を失わないから原則として管理行為となる。そこで法律に規定を設けて、長期の賃貸借を処分行為と看做すのだとの説明する。これは賃借権を対人権（債権）に統一したフランス民法典制定以降、賃貸借は一律に管理行為だが、九年を超える賃貸借は不動産の価値を減少させる「重大な行為」であるとし、管理行為概念の中でさらに「重大な行為」か否かという区分を生み出したフランス法の議論の展開に対応していると分析できよう。

この後法典調査会（調査委員会）での議論は、山林や海面の賃貸借の慣習の問題に移り、起草委員がその点を農商務省等に問い合わせるということで、「本条ハ未定」となる（前注（9）参照）。

以上の検討から明らかなように、起草者梅・富井は、当初「管理行為」概念による関連諸規定の統合化とその定義化を甲号議案において企図していたが、法典調査会（調査委員会）では前者の統合化の意図は貫徹できたが、後者の定義化については、原案一〇五条の審議での第二項（定義規定）削除案の可決により、その計画は頓挫する。そこで二人は、立法方針を一八〇度転換して、整理会に臨むことになるのである。

(iii) 整理会段階

- ① 立法方針の変更が整理会において最初に表明されたのが、不在者の財産管理に関する現行二八条（整理会

案「赤字ノ二九条」⁽³¹⁾の審議がなされた第四回民法整理会（明治二八年二月一六日）である。起草担当者の梅は、方針変更につき以下のように説明している。

「……此管理行為ト云フ字ハ、是迄法律學者就中仏蘭西ノ法律學者狎ガ能ク用キテ居ル辭デアツテ、意味ハ分ル話デアリマスガ、理屈カラ言フト無理ナ話デ、管理人ガ有益ト思フテ為ス行為ハ管理行為ト看ルコトモデキマスガ、實際ハ処分シテモ其処分ガ財産ノ為メニ利益デアルト思ヒバ管理ノ範圍ト云フコトモ言ヘル。ドウモ面白クナイカラ、管理行為ト云フ辭ハ法文ノ辭トシテハ用キマイ。殊ニ元トノ案デハ、管理行為ト云フ辭ハ便利ダカラ使ウ、ケレドモ其意味ハ代理ノ所ノ規定デ極メル。代理ノ所デ管理行為トハ斯ウ云フモノヲ謂ウトシテ置キマシタケレドモ、ソレハ理由ハ色々アリマシタガ、削ラレテ仕舞ツタ。ソレガ削ラレテ見ルト管理行為ト云フコトハ如何ニモ穩カデナイト思ヒマシタ。……（代理ノ規定ヲ）今度ハ管理行為ト云フヲ止メテ此処ヘ之ノ權限ヲ有スルト云フ風ニ權限ヲ書イテ仕舞ヒマシタ。……斯ウシテ置クトソレヲ學者ガ管理行為ト名付ケルノハ勝手デアルガ、法律デ以テ管理行為トハ名付ケナイ。ソレデ事柄ハ極ク明瞭ニナルト云フコトデ止メマシタ。……」⁽³²⁾（句読点・傍線・括弧内、筆者）

② 次いで第六回整理会會議（明治二八年二月二〇日）において、代理の箇所、起草担当者の富井が同趣旨の説明をなしている。

「……此処ニ通常謂フ所ノ管理行為ト云フモノヲ極メタ。最初実ハ此点ヲ極メテ出シタノデアリマスルガ、御承知ノ通り、第一章ノ書キ方面白クナカッタ、第二ニ実質ニモ少シ異議ガアツタノデ、遂ニ削除ニナツタ。併シドウモ此事ハ極メテ置カネバ不都合デアラウ。管理行為ト云フ言語ノ行ハレテ居ル国ニ於テサヘモはツきリ極マツテ居ラナイ。随分各種ノ事柄ニ付テ之ヲ適用シテハ議論ガアル。別シテ我邦ノ辭デ管理行為ト言ツテ、之レ丈ケノモノハ含ンデ居ツテ其他ノモノハ皆漏レル、はツきリ言ヒ現ハスコトハ六ヶ敷イト思ヒマス。裁判所ノ認定ニ任セテ置テモ宜シイカモ知レマヌケレドモ、斯ウ云フコトハドウモはツきリ極メテ置カネバ甚ダ不安心デアラウト思ヒマス。ソレデ先ズ大体ハ曾テ提出シタ通りノ実質ノ規定ヲ此処ヘ出シタノデアリマス。……實際ハ之丈ケノモノデナクテハナラヌト思ヒマス。而

シテ管理行為ト云フ辞ヲ用キズニ、代理權ノ範圍ガ法律カ法律行為デ極マツテ居ラネバ代理人ハ之丈ケノコトガ出来ルト云フコトヲ言フテ置イテ、ソレヲ學者ガ管理行為デアルト勝手ニ言フテ構ハス。多分サウ云フコトニナルデアリマセウハケレドモ、法律ニ強テサウ云フ辞ヲ用キテ其定義ヲ下スコトニスルヨリモ、確カニ其事実ヲ並ベテ斯ウ云フ風ニ書イタ方が宜カラウト思ヒマス。……」(句読点・傍線、筆者)

③ なお第一二回民法整理会審議(明治二八年二月三〇日)の冒頭、「(左ノ議案ハ参照ノ為ニ掲グ)」として現行民法六〇二条とほぼ同内容の条文(前注(11)参照)が挙げられ、これを前提に審議がなされている。⁽³⁴⁾そこでは先掲の調査委員会決議案六〇五条(未定)にあつた「管理行為」の語が消去(「管理行為ヲ為ス能力又ハ権限ヲ有スル者」が「処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者」に変更)されているが、ここに至つては既に所与の前提とされたためか、その点についての趣旨説明・質疑応答はなされていない。

以上二人の趣旨説明(①②)を総合すると次のように云えよう。旧方針は「管理行為ト云フ辞ハ便利ダカラ使ウ、ケレドモ其意味ハ代理ノ所ノ規定デ極メル」(梅)というものであつたが、肝心の定義規定が削除されたのでは「不都合」(富井)かつ「穩カデナイ」(梅)。そこで新方針として、「管理行為」の辞を法典では用いず、代理規定において具体的な権限を明記し、他の箇所ですれを援用するという方針で臨むことにしたのである。いわば「名」を捨て「実」を取つたと評価できようか。二人とも口を揃えて、後世の學者が解釈としてこれを「管理行為」と呼ぶことは妨げないと云う。実際に梅・富井自身が、立法後の著書(『民法要義』『民法原論』⁽³⁵⁾)において、現行民法一〇三条、二八条、六〇二条などの関連条文を「管理行為」概念で解説しているのである(例えば二八条につき「……即チ學者ノ所謂管理行為(acts d'administration)ニシテ本条第百三条ニ規定セル行為ノミヲ為スコトヲ得」(梅)の如し⁽³⁶⁾)。

こうして現行民法典から「管理行為」の文言は消し去られることになったわけだが、以上の説明からも明らかのように、そのことが関連諸規定の背後にある法理（実質論）としての「管理行為」論までをも否定する趣旨ではない点を確認しておく必要がある⁽³⁷⁾。

それでは次に、以上分析してきた現行民法の立法過程における「管理行為」論を前提としつつ、買戻における五八一条二項の立法経緯を検討しよう。結論を先取りするならば、旧民法以来の同規定の立法経緯の特徴は、一言で云うならば、「管理行為」論からの乖離という点に集約されそうである。

(2) 五八一条二項の立法経緯

(i) 梅の起草趣旨説明

【第五八三条】

買戻ハ第三者ニ対シテモ其効力ヲ生ス

登記ヲ為シタル賃借人ノ權利ハ其残期カ一年ヲ超エサル場合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為シタル賃貸借ニ付テハ此限りニ在ラス⁽³⁸⁾

右が第八九回法典調査会での審議（明治二八年五月二八日）に付された甲号議案五八三条（現行五八一条）である。なお起草担当者⁽⁴⁰⁾の梅委員から趣旨説明がなされる際、「……本条ノ初メノ所ニ『売買契約ト同時ニ登記シタル』ト云フコトガ加ハリマス⁽⁴¹⁾」との修正が直ちになされている。

本条一項および二項本文につきなされた梅起草委員の趣旨説明は以下のとおりである（二項但書にあたる部分は本章^(二)(1)にて取り上げる）。

「本条ハ既成法典ノ取得編第八十五条ト格別違フ所ハアリマセヌ。……既成法典デハ總テ買戻ト云フモノハ既往ニ効

カヲ遡ボラセルト云フノデアリマスカラ、実ハ本条ノ規定ガナクテモ前ニ買戻ト云フ言葉ガ使フテアル以上ハ済ム筈デ、只賃貸借ニ関シテ特ニ明文ガ要ルカ知レマセヌ位デアリマス。本案ニ関シテハ、解除ノ一般ノ規則トシテハ第三者ニ対シテ効ヲ及ボサヌト云フコトニナツタ。五百四十三条ニサウナツタ。夫故ニ其原則ヲ茲ニ適用シマスレバ、第三者ニ其効ヲ生ゼヌコトニナラナケレバナリマセヌ。サウデアリマスレバ、前回ニモ度々申シタコトデアリマシタガ、ソレ程ハ金シク言フ程ノ必要ハナカラウト思フ。所ガドウモ此買戻ト云フモノハ、当事者ノ意思ガ先刻モ申ス通り別シテ、日本デハ先祖伝来ノ田地ヲ売ルトキニ此登記ガアレバ第三者ニ対シテモ効ガアルト云フコトニナラナケレバ實際約束シテモ何ノ役ニ立タズ、人ニ權利ガ移ツテ居レバ詰リ買戻ハ出来ヌト云フコトニナルカラソレデハイカヌ。当事者ノ意思ガサウデナイ。此処ハ当事者ノ意思ヲ尊重シテ効力ヲ生ゼシムルト云ウコトニシタ方ガ宜シイ。ソレデ此点ニ付テハ本案デ取ツタ主義ト違ツテ、既成法典ノ取ツテ居ル所ノ主義ヲ採用シマシタ。……伊太利ハ三年トナツテ居ルガ一年位ガ宜イ。⁽⁴²⁾……」(句読点・傍線、筆者)。

ここでの説明は主に、解除一般の非遡及効の原則に対して買戻においては例外として遡及効(第三者効)を認める点に割かれている。

前稿において言及したように、ボワソナード旧民法はフランス法に倣い、解除(resolution)を明示または黙示の解除条件(condition résolutoire expresse ou tacite)と構成し、解除(条件成就)による遡及効(effet rétroactif)を認め、さらには「解除(resolution)」「銷除(rescision)」および「廃罷(révocation)」を行為の「遡及的覆滅(destruction rétroactive)」という視角から統一的に位置づけようとしていた。そしてその解除一般の性質がそのまま買戻にも当てはまる⁽⁴³⁾。

これに対して現行民法起草者は、解除一般については取引の安全を考慮し、旧民法のフランス法主義(条件構成、遡及効)を採用せず、ドイツ民法草案に倣い、非遡及効を原則とし解除の効果を債権的效果に限定するとの

立場を採った（甲号議案五四三条、民法修正案五四四条、現行民法五四五条参照⁽⁴⁴⁾）。ただ買戻（による解除）に関しては、「従来ノ慣習」「当事者ノ意思」を考慮し、解除一般の原則に対しては例外となるが、ドイツ民法草案に従わず、旧民法のフランス法主義（遡及効）を踏襲することにしたというわけである⁽⁴⁵⁾。

さて肝心の賃貸借の保護についてであるが、梅の起草趣旨説明はその点につき必ずしも多くを語っているとはいえないが、次の三点を抽出することは可能であろうか。すなわち①旧民法財産取得編八五条と異なるところはないとする点（なお二項但書の許害的賃貸借の排除については後述）、②イタリア民法が参考にされているが、同法の「三年」ではなく「一年位ガ宜イ」とする点、③賃貸借保護の根拠として「管理行為論」が特には持ち出されてはいない点の三点がそれである。賃貸借の保護に関する起草者趣旨は、むしろ右起草趣旨説明に続く法典調査会の審議を通じて次第に明らかにされることになる。

(ii) 法典調査会における審議

法典調査会（調査委員会）では、梅の起草趣旨説明に続く、二項本文の「其残期カ一年ヲ超エサル場合ニ限り」の趣旨を確認する長谷川喬委員の質問（「此残期ガ一年ヲ超エサル場合ニ限リトアリマスノハ、残期ガ一年ヲ超エサルトキデアリマセウ。或ハ一年二年トアツテモ一年ダケガ有効ト云フノデアリマスカ。」⁽⁴⁶⁾（句読点、筆者）を契機に、賃貸借の保護をめぐる活発な議論がなされ、かついくつかの修正案も提出されている。概ね、(a)残期が一年を超過する賃貸借を一切保護しないという梅の見解（以下、「超過賃貸借・全部対抗不能説」、(b)残期を一年間まで保護すべきとする岸本・長谷川委員の見解（以下、「残期一年間対抗説」、(c)一律一年間保護すべきとする土方委員の見解（以下、「一律一年間対抗説」）の三つの考え方に整理することが可能であろう。以下では各々の見解を簡略に紹介しておく。

(a) 梅の見解（「超過貸借・全部対抗不能説」）

まずは梅委員は、起草趣旨説明直後になされた長谷川委員の前記質疑に依えて、以下のように述べている。

「……既成法典ノ趣意ト同ジク債権ガ一年以下デナケレバソレヨリ長イ期限ノモノナラバ丸デ對抗ガ出来ヌ。其精神ト云フモノハ、元来買戻ノ特約ヲ以テ買ツタ者ハ完全ノ所有権ヲ買ツタモノト心得テハナラヌ、何時デモ売主カラ言ツテ来レバ返ヘサナケレバナラヌト云ウモノデアルカラ、ソナナ長イ期限ヲ以テスル貸借ハ出来ヌ、ソレデ成ルベク禁ズル精神ニ此方モ出来テ居ル。」（句読点・傍線、筆者）⁽⁴⁷⁾

次いで元田肇委員の二項削除案⁽⁴⁸⁾に対しては、以下のように依えている。

「……買戻ノ契約デ買ツタ人ハ、自分デ耕作スルコトガ出来ヌトキハ、土地ヲ使ハヌデ置カナケレバナラヌコトニナロウ。折角費用ヲ掛ケテ田ヲ作ラウト思ツタニ收穫ノアル時分ニ土地ヲ返ヘセト云フコトデハ不都合ト思フ。幾分カ猶予ヲ付ケテヤラナケレハナラヌ。……伊太利ノ三年トアツタノヲ一年ニシタノハ、元来買戻期間ハ五年ヲ超ユルコトヲ得ズトアリマスカラ、ソナナ長イ契約ヲセヌデモ宜イ。愈々自分ノ物ト為ツタ所デ長イ契約ヲスレバ宜イ。此点ハばあそなード氏ノ考ヘハ当ツテ居リハセヌカト思フ。」（句読点・傍線、筆者）⁽⁴⁹⁾

(b) 岸本・長谷川委員の見解（「残期一年間対抗説」）

長谷川委員の前記質疑とそれに対する梅の応答を受けて、岸本辰雄委員は、五年の期間で買戻契約がなされると同時に買主が貸借借契約を同一期間で締結し、二年後に買戻がなされたが貸借借の残期は三年あるという設例を挙げ、次のように論じている。

「……買主ト云フモノハ五年ノ権利ハアツタ訳デアリマスカラ、五年ノ契約ヲシテ置イタノデ悪イコトハナイ。只迷惑ヲスル者ハ賃借人デ、三年モマダ先ガアルト思ツテ居ルノニ、翌日直グニ出テ往カナケレバナラヌト云フ、斯ウ云フ

結果ニナリハシマセヌカ。サフ云フ結果ニナツテハ不都合デアリマス。既成法典デモ一年丈ケハ猶予スル趣意デハナイカト思フ……」。(50) (句読点・傍線、筆者)

そして後に長谷川委員は、梅委員の譲歩を受けて、「質借人ノ権利ハ一年ヲ超エサル期間之ヲ以テ売主ニ對抗スルコトヲ得」としてはどうかとの提案を行う。(52)

(c) 土方委員の見解（一律一年間對抗説）

土方委員の見解は以下のとおり。これには直ちに尾崎三良委員が賛同を示している。(53)

「……私ハ只一年ト云フコトノ説ヲ出シマス。……売主ガ好マヌ所ノ長イ質貸借ガ付イテ居ツテハ困ルカラソレハ制限シナケレバナリマセヌガ、一年ト云フコトニシタラ宜カロウ。一年ニシタラ有益ニ質貸借ヲスルコトガ出来ルト思フ……残期ガ一年未満ノ時ハ對抗ガ出来ルガ残期ガ一年以上ノ時ハ質借人ハ直チニ権利ヲ失フト云フノハ大変不公平ト思フ。ソレデ残期ト云フコトデナシニ一年ト云フコトニシテ仕舞ツテハドウデスカ」。(54)

それでは、右質疑応答を通して明らかになる起草担当者梅の起草趣旨を整理しておこう。

まずは梅委員が、起草趣旨説明において「既成法典ノ取得編第八十五条ト格別違ウ所ハアリマセヌ」と述べる
とおり、ここでもボワソナード旧民法を踏襲し、(a)「超過質貸借・全部對抗不能説」を採用した点が重要である。
ただ旧民法のこの取扱いに對しては、立法直後から既に、「法文ニ『残期ノ一年ヲ超エサル質借權』トアルヲ
見テ一年ヲ超ユル質借權ハ受戻ニ因リテ消滅スルモノト誤想シ辭ヲ以テ意ヲ害スヘカラス。仮令ヒ残期カ一年
年以上ナリトスルモ質借權ハ一年間有効タルヘシ」(55) (句点傍線、筆者)などの主張(前記(b)「残期一年間對抗説」)
がなされており、法典調査会での反論は当然に予想できたと思われる。

① 梅委員が敢えて(a)「超過賃貸借・全部対抗不能説」を採用した論拠として述べられているのは、「買戻ノ特約ヲ以テ買ツタ者ハ完全ノ所有権ヲ買ツタモノト心得テハナラヌ」、すなわち買主は「不完全な所有権」しか取得していないゆえ、「長イ期限ヲ以テスル賃貸借」は設定できないとの論法である。その用語こそ用いられていないものの、旧民法草案でボワソナードが展開した「管理行為」論が想起されよう。

② だが同時に、二項削除案に対しては、賃貸借維持の根拠をより実質的に、「折角費用ヲ掛ケテ田ヲ作ラウト思ツタニ收穫ノアル時分ニ土地ヲ返ヘセト云フコトデハ不都合ト思フ」とし、(特に賃借人に收穫を得させるための)「幾分力猶予」を与えるのだと説明している。これは旧民法の法律取調委員会において「妥協案(残期一年)」が提案された際に付加された「農地につき最後の收穫は小作人に得させるべし」との趣旨に酷似している。⁽⁵⁶⁾

この二つの根拠を対比させると、梅・原案についても、旧民法に対するのと同様に、根拠②が付加されたことによつて管理行為論による賃貸借保護の法理が後退したとの評価が可能となろう。この点は、梅の譲歩を契機に、(b)「残期一年間対抗説」が採用されることによつて決定的となる(根拠②「猶予」の付与の強調)。

すなわち梅は、原案に反対する修正案が優勢であると状況を判断したのであろうか譲歩を示し、(b)岸本・長谷川委員の見解(「残期一年間対抗説」)、(c)土方委員の見解(「一律一年間対抗説」)の二つならば、「マダ弊害ガ少ナカラウ」と思われる(b)説を支持すると発言する(前注(51)参照)。梅・原案は、賃借人が直ちに明渡を余儀なくされる「不都合」感と、残期が一年以下の賃貸借とそれを超える期間の賃貸借の間に生じる「不公平」感を払拭できず、修正案を受け入れざるを得なくなったものと推察される。

ただ法典調査会全体として(b)(c)両説の差異はあまり重視されていなかったと思われる。議論を経た後、採決がなされるが、その件は以下のとおりである(句説点・傍点・筆者)。⁽⁵⁷⁾

議長(箕作麟祥君) 先程ノ修正説ヲ決ヲ採ラウト思ヒマスガ土方君カラモウ一边御朗読ヲ願ヒマス。

土方寧君 登記ヲ為シタル質借人ノ權利ハ其残期一年間トカ一年間内トカ云フヤウナコトデ、文章ハ例ニ依テ起草者

ニ御願ヒ申スコトニシテ其意味デ採決ヲ願ヒタイ。

議長(箕作麟祥君) ……土方君ノ説ニ同意ノ諸君ノ起立ヲ請ヒマス。

起立者 多数

こうして最終的に(b)説(「残期一年間對抗説」)、(c)説(「一律一年間對抗説」)の選択は結論に至らぬまま、起草担当者による決議案作成に委ねられることになった。梅のイニシアティブにより前者が選択されたのであろう。調査委員会での決議案はおそらく次の如くと推測される。

【第五八三条】

売買契約ト同時ニ登記シタル買戻ハ第三者ニ対シテモ其効力ヲ生ス

登記ヲ為シタル質借人ノ權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為シタル質貸借ニ付テハ此限りニ在ラス⁽⁵⁸⁾

これに「朱書」が施されて、現行民法五八一条と同一内容のいわゆる「赤字の五七九条⁽⁵⁹⁾」となるが、整理会では梅から簡略な説明がなされ(二項に関しては「……二項ハほんノ文章ヲ改メタ丈ケデアリマス」との言及があるのみ)、主として一項についての議論が行われた後、「……五百七十九条ハ朱書ニ決シマス」(議長・箕作麟祥)とされる。⁽⁶¹⁾

以上、(i)梅による甲号議案の起草↓(ii)法典調査会での修正案の採用という五八一条二項の立法経緯は、質借人への「猶予」の付与という趣旨の強調、それに応じた管理行為論の背後への後退と要約することが可能であらう。⁽⁶²⁾

(iii) 管理行為論との関係——三九五条と対比して

それでは最後に、同じく賃貸借保護規定である三九五条(本文)の立法経緯と対比させつつ、再度五八一条二項(本文)の立法趣旨を検討しておこう。

(a) 三九五条(本文)の立法経緯

本条については既に先行業績⁽⁶³⁾によつてその立法経緯が明らかにされているので、ここでは簡略に言及するにとどめる。起草担当者・梅が述べるように、甲号議案三九〇条は旧民法債権担保編二四八条二項に「只文字ノ修正ヲ加ヘ⁽⁶⁴⁾」ものである。いずれの規定も管理行為としての賃貸借の一般規定(旧民法財産編一九九条、甲号議案六〇五条(現行六〇二条))に依拠するという条文構造は共通している。

【債権担保編二四八条第二項】(旧民法)

然レトモ財産編百十九条及ヒ第二百十條ニ規定シタル期間ヲ以テ為シ又ハ更新シタル賃貸借ハ抵当債権者之ヲ遵守スルコトヲ要ス

【三九〇条】(甲号議案)

第^ア三^イ九^ロ条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵当權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵当權者ニ對抗スルコトヲ得⁽⁶⁵⁾

梅は以下のように同規定の趣旨を「管理行為」概念から説明している。

「……短期ノ賃借權ハ仮令抵当權設定者^ア(後?、筆者注)⁽⁶⁶⁾ニ設ケタモノデアツテモ……之ヲ許サヌト云フコトニナツテハ、全ク土地ノ利用ヲ止メルコトニナリマスカラ、之ヲ許サナケレバナラヌ。短期ノ賃貸借ハ管理行為^イデアルト云フ

コトハ既成法典デモ認メラレテ居ル。矢張り抵当権者ニ對抗スルコトガ出来ナケレバ不都合デアラウト思ヒマス。即ち此点ニ於テハ既成法典ト同ジ主義ヲ取ツタノデアリマス……」(句読点・傍線、筆者)⁽⁶⁷⁾

さらに長期質貸借の取扱いに関する横田委員の質問に対して次のように応えている。

「……長イノハ丸デイカヌコトニナルト思フ。……若シ是レヨリ長イ期限デアレバ短クスルト云フコトデアルト法律ノ力デ以テ当事者ノ契約ヲ変更スルコトニナル。是等ノコトハ寧ロ一刀両断二期限ノ短イモノハ管理行為デアルカ宜シイ。期限ノ長イモノハ処分行為デアルカライケナイト斯ウシタ方ガ宜カラウ……」⁽⁶⁸⁾

長期質貸借の取扱いにつき起草者梅は、後の判例・通説⁽⁶⁹⁾と同様、一律に保護せずとの見解を採用している。長期質貸借についても短期の範囲で対抗力を認めるとする考え方(近時の有力説の立場)⁽⁷⁰⁾では、法律の力で契約内容を変更することになってしまうという点が第一の根拠として挙げられているが、さらに「管理行為」概念と「処分行為」概念の対比を前提として、原案三九〇条は「管理行為」を保護する規定ゆえ「処分行為」である長期質貸借は保護されないと説明がなされている点に注目すべきである。⁽⁷¹⁾

以上から原案三九〇条(現行三九五条本文)については、ボワソナード旧民法以来の「管理行為としての質貸借の保護」という趣旨が貫徹されていると評価できよう。⁽⁷²⁾

ちなみに管理行為としての(短期)質貸借を保護すべき「実質的根拠」について梅は、法典調査会の趣旨説明において「之ヲ許サヌト云フコトニナツテハ、全ク土地ノ利用ヲ止メルコトニナリマスカラ、之ヲ許サナケレバナラヌ」と簡略に述べているが、立法後の著書『民法要義』においてさらに精緻に議論を展開している。すなわ

ち「……不動産ノ賃貸借ハ極メテ必要ナルコト多ク往往管理ノ方法トシテ之ニ由ラサルコトヲ得サルコトアリ」との前提の下、抵当権設定後の賃貸借を抵当権者に対抗できるとすると「抵当権ヲ減殺スルノ虞ア（る）」が、「……賃貸借ニシテ長期ナラサルトキハ初二述ヘタル理由ニ因リ之ヲ有効トスルニ非サレハ實際ノ不便実ニ尠シナラサルヘシ。殊ニ自ラ抵当不動産ヲ使用スルコトヲ得サル者ニ在リテハ、若シ有効ニ賃貸借ヲ為スコトヲ得ストセハ、實際其不動産ヲ利用スルコトヲ能ハス。為メ二天物ヲ暴殄シ抵当権ノ利便ヲシテ全カラシムルコトヲ得サルニ至ルヘシ」（句読点・傍線、筆者）と述べているのである。⁽⁷³⁾そこでは抵当権設定者の自己使用を余儀なくされる「實際ノ不便」と、「（制度としての）抵当権ノ利便」の喪失が、（積極的根拠）とされている。そして「……概シテ短期ノ賃貸借アルモ、為メニ不動産ノ価格ヲ減スルカ如キコトハ蓋シ之アラサルヲ以テ、本条ニ於テハ特ニ短期ノ賃貸借ニ限り抵当権者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトセリ」と、短期賃貸借であれば不動産の価格を減少させる虞はないとの（消極的根拠）が挙げられている。⁽⁷⁴⁾

なお周知のように近時、現行三九五条の理論的根拠として「抵当権ニ支分権論」を挙げる分析が有力である。⁽⁷⁵⁾これは、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」に属する権能のみを保有するとの一九世紀フランスの旧通説⁽⁷⁶⁾およびボワソナードの理解⁽⁷⁷⁾であった。確かにこの支分権論に拠ることは、設定者のなし得る行為が「管理行為」に限定される（旧民法債権担保編二〇二条参照⁽⁷⁸⁾）と同時に、抵当権者（買受人）に対抗できる賃貸借の範囲もそれによって決せられること（旧民法債権担保編二四八条二項（前出）参照）に一貫性がありその限りで説得力を有している。だが両者に論理必然的な結びつきがあるわけではなく、「価値権論」を前提としてもなお、抵当権者（買受人）との関係では管理行為としての賃貸借のみを維持するという選択肢は十分に成り立ち得る。そもそも現行民法起草者が「支分権論」に依拠していたか否かについては改めて検討の余地があるようにも思われるし、⁽⁷⁹⁾母法フランス法におけるその後

の議論の展開が示唆するように、今日の解釈論として「支分権論」⁽⁸⁰⁾を維持し得るかは疑わしいと云えよう。少なくとも、現行民法の「管理行為としての質貸借保護法理」を「支分権論」の必然的帰結とみる解釈論——あるいは逆に三九五条を根拠に抵当権Ⅱ支分権であるとする推論——に対しては疑問を提起せざるを得ないように思われる。

いずれにせよここでは、三九五条(本文)における質貸借の保護が「管理行為」概念と結びつけられている点を確認することは可能であろう。

(b) 五八一条二項(本文)の立法趣旨

これに対して買戻の五八一条二項(本文)は先に検討したように、系譜を辿るとそもそもは「管理行為」論による質貸借の保護法理に行き着くが(フランス民法典一六七三条二項)、その後の立法経緯が些か跛行的であった。すなわち①九年を超えない期間の質貸借(フランス民法典)↓②三年を超えない期間の質貸借(イタリア民法典)↓③残期三年を超えない質貸借(ボワソナード草案)↓④残期一年を超えない質貸借(旧民法)↓⑤残期一年間(現行民法)という変遷を経て「管理行為」論が次第に後退したということができよう。

第一の決定的な転換点は、前稿で検討した法律取調委員会の審議であり、そこで妥協案(④残期一年を超えない質貸借)が採用されるに際して、「管理行為」論による趣旨説明に、特に農地につき最後の収穫を得させるべしとの趣旨が付加され、以降はむしろ後者が重視されるようになる⁽⁸¹⁾。

第二の転換点は、本稿で検討した法典調査会の審議で、修正案(⑤残期一年間)が採択された時点である。旧民法の立場(④)に立脚し甲号議案を起草した梅は、「買戻ノ特約ヲ以テ買ツタ者ハ完全ノ所有権ヲ買ツタモノト心得テハナラヌ」、すなわち買主は「不完全な所有権」しか取得していないゆえ、「長イ期限ヲ以テスル質貸

借」は設定できないと述べ、「管理行為」論的な発想によつても説明をなしていたが、心ならずも修正案が採択されることにより、かかる趣旨は背後に退き、(特に収穫を得るための)「幾分力猶予」を付与するという趣旨が前面に押し出されることになった。

実際、梅は法典調査会での趣旨説明、民法要義の注釈等において「管理行為」概念で現行五八一条二項本文を説明してはいない。ちなみに『要義』の説明は以下のとおりである。

「不動産ハ自ラ之ヲ使用セサル者ニ在リテハ必ス之ヲ他人ニ賃貸スルニ非サレハ其効用ヲ為サシムルコト能ハス。故ニ賃貸ハ利用ノ普通方法トシテ之ヲ認メサルコトヲ得ス。然ルニ売主ハ買戻ノ期間内何時ニテモ買戻ヲ為スコトヲ得ヘク、……而シテ売主カ買戻ヲ為ストキハ賃借人ノ權利忽チ水泡ニ属スヘキモノトセハ、誰カ安シテ其不動産ヲ賃借スル者アランヤ。若シ之ヲ賃借スル者アリトスルモ、必ス低廉ナル借賃ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ借ラサルヘシ。此ノ如クンハ買戻ノ弊害ヲシテ益々深カラシムルモノト謂ハサルコトヲ得ス。故ニ本条第二項ニ於テハ短期ニシテ且惡意ナキ賃貸ハ以テ売主ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ。」(句読点・傍線、筆者)

「普通方法」「短期」という用語にその残滓を見出せなくはないが、フランス法・ボワソナード草案における賃借保護法理の基礎であつた「管理行為」論は、その後の立法経緯を経て、ほとんど影を潜めるに至つて(83)と評価せざるを得ないであろう。以上の五八一条二項(本文)の立法経緯の跋行が、三九五条本文との要件枠組みの差異となつて現れていると云うことができよう。いずれにせよこうして現行民法典には、【管理行為型】(三九五条型)と【猶予付与型】(五八一条二項型)の二つのタイプの賃貸借保護規定が設けられることになったのである。

なお実質的な根拠としては、賃借人を保護することを通じて、目的不動産の利用価値を確保するという点に(積極的な根拠)を見出すことができ、その点は三九五条本文とそれ程変わらないと思われるが、それが「幾分

(残期一年)カ猶予」を付与するという形に止まる点が三九五条本文とは明らかに異なる。そのことの持つ意味を三九五条(本文)と対比させつつ解明することが、解釈論に委ねられた今後の課題となるであろう(本稿第三章(一)参照)。

(1) 民法第一議案(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13(一九八八年)商事法務研究会) 一一頁、法典調査会・民法議事速記録一・第一回至第二十六回(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1(一九八三年)商事法務研究会) 五〇頁参照。

(2) 法典調査会・民法整理案(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14(一九八八年)商事法務研究会) 一二頁(朱筆訂正なし)。同資料には訂正が加えられている箇所があるが、「右訂正前の条文が、整理会において『黒字の〇〇条』と呼ばれる……調査委員会の決定案、訂正後の条文が、整理会において『赤字の〇〇条』と呼ばれる整理会原案である」との考証がなされている(七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照」法学研究六九巻一号一五〇頁(一九九六年)参照)。なお「黒字の〇〇条」「赤字の〇〇条」については、「法典調査会民法整理会議一覧表」(昭和三十一年一月)福島正夫編・穂積陳重立法関係文書の研究(日本立法資料全集別巻1・信山社・一九八九年)所収・解説(凡例)六頁参照。

(3) なお、穂積文書中「法典調査会民法整理会議一覧表」(前注(2)参照)は「整理結果」として、「『代理権ノ範圍ニ付キ法令、慣習又ハ法律行為ニ別段ノ定ナキトキハ代理人ハ左ノ管理行為ノミヲ為ス権限ヲ有ス』とあったのを『代理権ノ範圍ニ付キ別段ノ意思表示示ナキトキハ代理人ハ左ノ行為ノミヲ為ス権限ヲ有ス』と修正し1号『一、保存行為』2号『二、代理ノ目的タル物又ハ権利ノ性質ヲ変セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行為』を追加。」と記していることから推測すると(前掲「法典調査会民法整理会議一覧表」穂積陳重立法関係文書の研究(日本立法資料全集別巻1)一九二二頁)、本文中②調査委員会決議案と③民法修正案の間に次の変遷があったとすることができよう。

(i) 整理会審議にいわゆる「赤字の〇〇条」

【二〇二条】

代理権ノ範圍ニ付キ法令、慣習又ハ法律行為ニ別段ノ定ナキトキハ代理人ハ左ノ管理行為ノミヲ為ス権限ヲ

有ス

(ii) 整理会決議

【101条?】

代理権ノ範圍ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ代理人ハ左ノ行為ノミヲ為ス權限ヲ有ス

一、保存行為

二、代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行為

- (4) 民法修正案第一編總則第二編物權第三編債權(法務大臣官房司法法制調查部監修・日本近代立法資料叢書15(一九八八年) 商事法務研究会) 一五〇一六頁、広中俊雄編著・第九回帝國議會の民法審議(一九八六年) 二八〇頁。

- (5) 前掲・民法第一議案(日本近代立法資料叢書13) 二九頁、法典調查會・民法主査會議事速記録(法務大臣官房司法法制調查部監修・日本近代立法資料叢書13(一九八八年) 商事法務研究会) 三五九頁参照。

- (6) 前掲・法典調查會・民法整理案(日本近代立法資料叢書14) 四頁(條文内容に朱筆訂正なし)。

- (7) 前掲・民法修正案(日本近代立法資料叢書15) 七頁、広中・前掲・第九回帝國議會の民法審議二六八頁参照。なお、穂積文書中「法典調查會民法整理會議一覽表」は「整理結果」として、「1項『裁判所ニ於テ選定シタル管理人ハ管理行為ノミヲ為ス權限ヲ有ス。但他ノ行為ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ為スコトヲ得』とあつたのを『管理人力第 二定メタル權限ヲ超ユル行為ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ為スコトヲ得』に修正し……」と記している(前掲「法典調查會民法整理會議一覽表」穂積陳重立法關係文書の研究(日本立法資料全集別巻1) 一五頁参照)。

- (8) 前掲・民法第一議案(日本近代立法資料叢書13) 二三九頁、法典調查會・民法議事速記録四・第八十五回至第百拾回(法務大臣官房司法法制調查部監修・日本近代立法資料叢書4(一九八四年) 商事法務研究会) 三一二頁参照。

- (9) ここに「未定」とあるのは、調査委員會審議において山林や海面の賃貸借の慣習が取り上げられたが不明な点が多く、後日起草委員から農商務省等に問い合わせることになり、採決を留保したまま「本条ハ未定」とされたからである(法典調查會・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查部監修・日本近代立法資料叢書4(一九八四年) 商事法務研究会) 三二八頁参照。なお一連の経緯につき、広中俊雄編著・民法修正案(前三編)の理由書(一九八七年) 七二三頁以下に資料の整理がなされている)。ところで、民法修正案理由書も六〇一

条（現行六〇二条）につき、「理由」本条ハ山林漁業等ノ事ニ関シテ農商務省及ヒ内務省ノ報告ヲ聞クマテ未定トセリ」（広中・同五七六頁参照）と記すが、この記載については広中教授が「……現第六〇二条については明治二八年一月三〇日の整理会がすでに決定しているにもかかわらず「理由」が約半年前の「本条ハ未定」という状態（本書一一頁参照）の記載にとどまっている」のは、民法修正案理由書（未定稿本）の完成度の低さを示す一例であるとの指摘をなされている（同四一頁参照）。

(10) 前掲・民法修正案（日本近代立法資料叢書15）七一頁（朱筆による訂正前のもの）。同資料の訂正前の条文については、「この部分は、……整理会原案（赤字の〇〇条）に同一と判断される」との考証がなされている（七戸・前掲論文一五〇頁参照）。よって本文引用の（未定）【六〇五条】は正確には「整理会原案」ということになるが、前注に挙げた理由で調査委員会では決議はなされず「未定」のまま先送りされたので、その内容は①甲号議案六〇五条以来同一である。

(11) なお民法整理会審議（第一二回・明治二八年一月三〇日）の冒頭、「（左ノ議案ハ参照ノ為ニ掲グ）」として以下の条文（本文引用の民法修正案六〇一条と同一）が挙げられ（法典調査会・民法整理会議事速記録（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14（一九八八年）商事法務研究会）二九七―二九八頁）、これを前提に審議がなされている。

【六〇〇条】

処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者カ質貸借ヲ為ス場合ニ於テハ其貸借ハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス

- 一 樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスルニ山林ノ質貸借ハ十年
- 二 其他ノ土地ノ質貸借ハ五年
- 三 建物ノ質貸借ハ三年
- 四 動産ノ質貸借ハ六ヶ月

(12) 前掲・民法修正案（日本近代立法資料叢書15）七一頁（朱筆による訂正）、広中・前掲第九回帝国議会の民法審議三六一頁。

(13) 起草担当につき、民法成立過程研究会「明治民法の制定と穂積文書」福島正夫編・穂積陳重立法関係文書の研究（日本立法資料全集別巻1・信山社・一九八九年）所収五二―五五頁参照。

- (14) 正確に云うと、既に前条(甲号議案三五条・現行二五條)の審議において、本条(甲号議案三六条・現行二八條)も射程に含め、「保存」「管理」「管理行為」等の概念をめぐって起草担当者梅と横田國臣委員との間で質疑応答が繰り広げられている(法典調査会・民法主査會議事筆記録(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 13 (一九八八年) 商事法務研究会) 三五三〜三五八頁参照)。
- (15) 前掲・民法主査會議事速記録(日本近代立法資料叢書 13) 三六〇頁参照。
- (16) 法典調査会・民法議事速記録一・第一回―第二十六回(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 1 (一九八三年) 商事法務研究会) 五〇〜五一頁。
- (17) 前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 五三頁。
- (18) 前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 五三頁、五五〜五六頁。
- (19) 前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 五六頁。
- (20) その他・磯部四郎委員の二項の「改良」という文字だけを削除すべきとの提案(前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 五一、五五、五八〜五九頁)、元田肇委員独自の二項修正提案(同六二〜六三頁)、山田喜之助委員の同条全部削除提案(同六一〜六二、六三〜六五頁)が出されている。
- (21) 前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 五七頁。
- (22) 前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 五七〜五八頁。
- (23) 前掲・法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書 1) 六六頁。
- (24) 先行業績として、内田貴・抵当権と利用権(一九八三年)二五〜二六頁、広中・前掲民法修正案(前三編)の理由書七二三頁以下など参照。
- (25) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三一頁以下参照。
- (26) 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) 三一三〜三一四頁参照。
- (27) 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) 三一七頁参照。
- (28) 「杓子定規ニ依テヤルノハ無理デアルト思フ。或ル行為ガ管理行為デアルト云フコトハ其問題ノ出タ場合ニ裁判官ガ事実ヲ斟酌シテ決スルガ穩カト思フ。期限ノ長短ヲ種類ニ依テ定メルト云フコトハ無用ト思フ。」との趣旨である(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) 三二二頁参照)。

- (29) 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) 三二二～三二三頁参照。
 - (30) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における貸借の保護と排除」三三七～三三八頁参照。
 - (31) 法典調査会・民法整理会議事速記録(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14(一九八八年) 商事法務研究会) 一一七頁、前掲「法典調査会民法整理會議一覽表」穂積陳重立法關係文書の研究(日本立法資料全集別巻1) 一五頁参照。併せて前注(2) 参照。
 - (32) 前掲・法典調査会・民法整理會議事速記録(日本近代立法資料叢書14) 一一七～一一八頁参照。
 - (33) 前掲・法典調査会・民法整理會議事速記録(日本近代立法資料叢書14) 一六四頁参照。
 - (34) 前掲・法典調査会・民法整理會議事速記録(日本近代立法資料叢書14) 二九七～二九八頁参照。
 - (35) 一〇三条につき、梅謙次郎・訂正増補民法要義卷之一總則編(三三版・一九一一年) 二六六頁、富井政章・民法原論第一卷總論(一九二二年) 五〇三～五〇四頁、二八条につき、梅・同六八頁、富井・同一九九～二〇〇頁、六〇二条につき、梅謙次郎・訂正増補民法要義卷之三債權編(三三版・一九一二年) 六二九頁など参照。
 - (36) 梅・前掲民法要義卷之一總則編六八頁参照。
 - (37) 今日における共通の理解でもあろう。例えば、於保博士は、「民法一〇三条の規定するところから、処分行為に對立する觀念として、管理行為の觀念が分別されて、処分に対する管理の觀念がたてられている。だから、処分・処分行為の對立する觀念として、管理・管理行為という觀念は認められえ、また、このように慣用されているわけである」(於保不二雄・財産管理權論序説(一九五四年) 七頁参照)と分析されている。また内田教授は、『「管理行為」という言葉そのものは民法典の中には出てこないが、民法典と無縁な概念ではなく、例えば一〇三条は管理行為を定めた規定として立法以來説明されている」(内田貴「抵當權と短期貸借」星野英一他編・民法講座3物權(2)(一九八四年) 一七八頁参照)と云われる(併せて於保不二雄編・注釈民法(4)總則(4)(一九六七年) 四八頁「浜上則雄」参照)。
 - (38) ただ「管理」という概念の多義性・曖昧性は同時に認識されていた。代理規定の趣旨説明に続く、「……管理行為ト云フコトガ六ヶ數ケレバ、保存行為ト云フコトモ六ヶ數カラウト考ヘマス……」(前掲・法典調査会・民法整理會議事速記録(日本近代立法資料叢書14) 一六四頁参照)との質疑(磯部四郎委員) に対して、富井・梅はそれぞれ次のように応えている。
- (富井)「……管理ト云フ字ハ余程曖昧デアル。管理行為ノ意味ニノミ本案ニ於テ使ツテ居レバ、ソレハ宜イカ

モ知レマセヌガ、随分広い意味ニ使ツテアル。之ニ反シテ保存行為ノ方ハ是迄外ノ場合ニ度々使ツタ。大抵意味ハ極マツテ居ル……」(同一六四、一六五頁)。

(梅) 「管理ト云フノハ富井君カラ御説明ニナツタ通り広い意味ニ使ツテアル。既ニ議決ニナツタ所又ハ先ノ方ニ管理ト云フノガ其俣ニナツテ居ル所ガ沢山アル。其管理トアルノハ広い意味デ即チ財産ニ付テ利益ヲ謀ルコトガ管理ニナツテ居ル。ソレダカラ管理行為ト云フ字ハ弊ガアル。……」(同一六五頁)。

なお今日、「管理権」概念の統一の把握の必要性が説かれているのは周知のとおりであろう(於保・前掲財産管理権論序説一二、二六頁など参照)。

(39) 前掲・民法第一議案(日本近代立法資料叢書13) 二二二頁、法典調査会・民法議事速記録四(日本近代立法資料叢書4) 一四六頁参照。

(40) 前掲「明治民法の制定と穂積文書」穂積陳重立法関係文書の研究(日本立法資料全集別巻1) 五五頁参照。

(41) 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) 一四七頁参照。

(42) 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、一四七頁参照。

(43) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」一四頁、一七頁参照。

(44) 北村実「解除の効果―五四五条をめぐって―」星野英一他編・民法講座5契約(一九八五年) 一一五頁以下など参照。

(45) 解除一般の非遡及効と買戻の遡及効の関係については、特に解除の法的性質論争にとり極めて興味深い資料を提供するものと思われるが、本稿ではこれ以上立ち入る余裕はない。ここでは買戻に限定し、旧民法のフランス法主義(遡及効)が踏襲された点を確認するに留めておこう。なお、本稿第四章(一)参照。

(46) 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) 一四七頁参照。

(47) 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) 一四七頁参照。また岸本辰雄委員の質疑に応えて、同様の趣旨を説明している。

「併シ賃貸借ヲ許スト云フノガ既ニ余程ノ恩恵デアルノデ、只今ノ御例デ……賃借人ガ五ヶ年間權利ヲ得ルト思フノハ間違デ、今日賃貸借ヲシテモ翌日失ウカモ知レヌト云フコトヲ覚悟シナケレバナラス。サウ云フ場合ハ全部無効トシテ宜シイト云フ考エデアリマス。」(同一四七頁)

- (48) 「……一年ニ減ズルト云フコトハドレ丈ケ必要デアリマスカ。五百八十三条ノ本文カラ見マスト第二項ト云フモノハ本文ノ但書ニ過ギヌト思フ……。寧ロ鋭断ヲ以ツテ丸デ之ヲ削ツテ仕舞ツテハドウデスカ。」(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)一四八頁参照)。
- (49) 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)一四八頁参照。
- (50) 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)一四七頁参照。
- (51) 梅は土方修正案(「一律一年間對抗説」)が提案された際、「只今ノ土方君ノ御論ノ半分ハ岸本君長谷川君ト同ジヤウナコトニ帰着シマスガ、サウ云フ御趣意ナラバ先刻岸本君長谷川君カラ出タ御論(「残期一年間對抗説」、筆者注)ノ方ガ私ハマダ弊害ガ少ナカラウト思フ。若シ本条ガイカヌナラバ相成ルベクハ長谷川君ノ方ニシテ戴キタイ。」(句読点・傍線、筆者)(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)一四九頁参照)と譲歩を示している。
- (52) 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)一四九頁参照。
- (53) 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)一四九頁参照。なお土方修正案(「一律一年間對抗説」)に対して梅は以下のように反論している(句読点・傍線、筆者)。
- 「其残期ト云フノヲ取ルト云フノデアリマセウ。ソレハ余程御考ヘヲ願ハヌト大変困マルコトガアリマセヌカ。売主ガ買戻スト云フコトハ十ノ八九ハ買戻ノ約束ヲ付ケテ居ツテモ……買戻サヌ人ガ多イ。……夫レテモ跡一年ハ打捨テ置カナケレバナラヌト云フコトニナツテハ、如何ニモ買主ニ取ツテ氣ノ毒ナ訳デアリマセウト思ヒマスカラ、只今土方君ノ御論ニハ賛成が出来ナイ。」(同一四九頁)
- (54) 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)一四八〜一四九頁参照。
- (55) 熊野敏三・民法正義財産取得編卷之巻四八一〜四八二頁(信山社・日本立法資料全集別巻57・一九九五年)など参照。
- (56) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」四三〜四四頁参照。
- (57) 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)一五〇〜一五一頁参照。
- (58) 前掲・民法修正案(日本近代立法資料叢書15)六九頁参照。同資料における訂正前の五八三条が、整理会議事速記録にいわたる「黒字の〇〇条」(前掲「法典調査会・民法整理会議一覽表」總積陳重立法関係文書の研究(日本立

法資料全集別巻1) 解説(凡例)六頁参照)に相当すると推測される。

(59) 後に整理会審議において「……五百七十九条ハ朱書ニ決シマス」(後注(61)参照)とあるので、「赤字の五七九条」の朱書は、前掲・民法修正案(日本近代立法資料叢書15)六九頁の「五八三条(訂正により五八〇条)」に施された朱書と同一であると推測できる。

(60) 前掲「法典調査会民法整理会議一覽表」穂積陳重立法関係文書の研究四六頁参照。なお前掲・民法修正案(日本近代立法資料叢書15)六九頁は、「第五百八十三条」に訂正している(前注参照)。

(61) 前掲・法典調査会・民法整理會議事速記録(日本近代立法資料叢書14)二八六〜二八八頁参照。

(62) なお梅が、イタリヤ旧民法典の三年の期間(一五二八条二項)を一年に短縮した理由として、買戻期間が五年を超えることができないとされている点(甲号議案五八二条、民法修正案五七九条)を挙げているのに注目すべきである(前注(49)引用部分参照)。ただ当時の立法は不動産につき買戻期間を五年と法定するものが多数ゆえ(フランス民法典一六六〇条、イタリヤ旧民法典一五一六条、旧民法草案七二二条、旧民法財産取得編八四条など)、買戻期間と賃貸借の期間との間に必然的な関連性があるかは疑わしい面もある。それよりもむしろ問題なのは、買戻期間については後の帝國議會民法中修正案委員會の審議(広中・前掲第九回帝國議會の民法審議二二八〜二三〇頁、二五四頁参照)により、民法修正案の五年が一〇年に修正されたにもかかわらず(現行民法五八〇条参照)、賃貸借の期間については残期一年のまま残された点であり、梅の説明によるならば、一年の期間は短か過ぎることになる。

(63) 内田・前掲抵当権と利用権二頁以下、同・前掲「抵当権と短期賃貸借」一七五頁以下など参照。

(64) 前掲・法典調査会・民法議事速記録二(日本近代立法資料叢書2)九五七頁参照。

(65) 前掲・民法第一議案(日本近代立法資料叢書13)一八〇頁、法典調査会・民法議事速記録二・第二十七回至第五十五回(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2(一九八四年)商事法務研究会)九五七頁参照。

(66) なお内田・前掲抵当権と利用権二頁、前掲「抵当権と短期賃貸借」一七七頁参照。

(67) 前掲・法典調査会・民法議事速記録二(日本近代立法資料叢書2)九五八頁参照。なお民法修正案理由書も「……短期ノ賃貸借ハ之ヲ不動産ノ管理行為ト認ムヘキカ故ニ抵当権ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ乃抵当権者ハ之ヲ是認スヘキモノトシ既成法典ニ倣フテ本条ノ規定ヲ設ケタルナリ」とする(広中俊雄編著・民法修正案(前三編)の理由書(一九八七年)三八三〜三八四頁参照)。

- (68) 前掲・法典調査会・民法議事速記録二(日本近代立法資料叢書2) 九五八頁参照。
- (69) 大判明治三六・六・一二民録九輯七一頁、最二小判昭和三六・六・二三民集一五卷六号一六八〇頁、最三小判昭和三八・九・一七民集一七卷八号九五五頁、我妻榮・新訂担保物権法(民法講義Ⅲ) 三四九頁(一九六八年)、柚木馨編・注釈民法(9)物権(4)(改訂版・一九七二年)二二五頁(柚木説)、道垣内弘人・担保物権法(一九九〇年)一三七頁、金山正信「抵当権と長期質借権」民事研修三五九号一〇三頁以下(一九八七年)など参照。
- (70) 星野英一・民法概論Ⅱ物権・担保物権(一九七六年)二八一頁、川井健・担保物権法(一九七五年)一〇三頁、高木多喜男「短期質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)三九九頁、四〇五・四〇六頁、吉田克己『判例評釈』別冊ジュリスト一三六号民法判例百選Ⅰ[第四版](一九九六年)一九五頁、鎌田薫「短期質貸借の保護」山田卓生他編・分析と展開Ⅰ(第二版・一九九七年)二八二頁、拙稿『判例評釈』ジュリスト九八九号一〇頁(一九九一年)など参照。なお石田喜久夫「抵当権と短期質貸借」小野木常・齊藤秀夫先生還暦記念・抵当権の実行(下)(一九九二年)一五〇頁、高島平蔵・抵当権と利用権(叢書民法総合判例研究⑩)(一九七七年)一七頁、一二頁などは、抵当権実行の時を起算点とする。
- (71) もちろん、管理行為論に立脚しつつも、有力説の立場を採用し、長期質貸借や期間の定めのない質貸借につき均衡ある解釈を模索することは可能であろう(次章(一)七参照)。
- (72) 同旨、内田・前掲「抵当権と短期質貸借」一七七頁参照。
- (73) 梅謙次郎・訂正増補民法要義巻之二物権編(一九一一年)五八五・五八六頁参照。
- (74) 梅・前掲民法要義巻之三物権編五八六頁参照。
- (75) 内田・前掲抵当権と利用権二二・二三頁、二八・三一頁、同「抵当権と短期質貸借」一七九、一八二頁参照。
- (76) Cf. ex. PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. X, 3^e éd., 1878, n^o 327 à 329, pp. 341 à 348; LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XXX, 3^e éd., n^o 174, pp. 155 à 156; etc. *Contra*, AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après le méthode de Zachariae*, t. III, 4^e éd., 1869, § 286, pp. 426 à 427; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 1852, n^o 471 à 472, pp. 368 à 373; etc.
- (77) Cf. BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. IV :

Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels, 1889, n° 394 à 397, pp. 374 à 376 ; n° 417, p. 390. なお藤原明久・ボワソナード抵当法の研究 (一九九五年) 一三〇一六頁および前注 (75) の内田文献参照。

(78) 【債権担保編二〇二条】(旧民法)

抵当財産ノ差押ナキ間ハ債務者ハ財産編第一百九条及ヒ第二百二十条ニ定メタル期間其不動産ヲ賃貸スルコトヲ得又果実及ヒ產出物ヲ讓渡シ及管理ノ總テノ行為ヲ為スコトヲ得

(79) 内田教授は、法典調査会の甲号議案三八五条(現行三八九条)の審議における梅の答弁(「抵当権は物権であるから、ほかの者はその権利行使を妨げるような行為はできない。抵当債務者も抵当権の妨げとなる利用はできず、各国の例を見ても、『土地ニ変更ヲ加フルコトハ出来ヌ或ル期間ヲ超過スル賃借權ヲ設定スルコトハ出来ヌト云フ様ナ規定ガアリマス本案ニ於キマシテモ其利用ノ必要ナ丈ケノコトハ後ノ三百九十条(現三九五条)ニ許シテ居ル……何處ノ国デモ長イ期限ヲ以テ地上權ヤ永小作權ヲ設定シテモ宜イト云フ法律ノ行ハレテ居ル国ハナカロウト思フ……』」(内田・前掲「抵当権と短期賃貸借」一七八頁参照))を引用され、そこから「……梅委員の述べていることは、抵当権は担保不動産に対する所有権の利用権を制限するものであり、所有者のなしうる利用の範囲を定めたのが草案三九〇条(現三九五条)である、ということにほかならない。このように、①抵当権が価値観として把握されていないということに注目すべきである。そして②実はこれが、フランス法系の立法に共通してみられる抵当権觀念なのである。……そして、旧民法においては、抵当権設定者の権限を定める一般規定が存在し、まさに右のことが定められていたのである。債権担保編二〇二条がそれである。……この規定は現行法では削られたが、③起草者の意図はこの規定の趣旨を三九五条にもりこむことであつた。それが、『既成法典ト同じ主義ヲ取ツタ』ということの意味ではないかと思われる。」(同一七八〜一八八頁参照)と推論されている(①〜③の傍線、片山)。だが①〜③の点については些か疑問がなくはない。

まず②の点であるが、本文中に述べたように、抵当権＝支分權説をめぐっては当時のフランスにおいても論争が存した(cf. ex. AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après le méthode de Zachariae*, t.II, 4^e éd., 1869, § 165, pp. 24 à 25, note 4) また今日的には否定説が支配的であるゆえ(次注 (80) 参照) フランス法系の立法に共通してみられる抵当権觀念が何であるかは依然検討の余地があるように思われる。

次いで問題なのが①の点であるが、梅の立場はやはりボワソナードの「支分權論」とは一線を画していたのではな

かろうか。例えば旧民法債権担保編二〇二条を一部承継した甲号議案三六六条(現行三七一条)の趣旨説明においては、(a)「……固ヨリ抵当權ヲ設定シタ所カ其所有權ヲ失フタノテハナイ故ニ其所有權ノ出来ルコトハ矢張り出来ルノテアル」とか、(b)「……占有ハ移サナイ所有權ヲ減シナイ……」(前掲・法典調査会・民法議事速記録二(日本近代立法資料叢書2)八一四頁参照)といった「支分権論」を真つ向から否定するような発言をなしているからである。もともと(a)には「唯タ抵当權ノ妨ケヲ為シテハナライ他人ノ權利ノ妨ケヲナシテハナライト云フ事モ疑ヒノナイコトテアル」(同八一四頁)との留保が付されているが、これは「支分権論」を否定する今日のフランス学説によっても通常なされる説明(「抵当權設定者はすべての権能を保持するが、抵当不動産の担保価値を減少させ抵当權を害する行為を行うことはできない」)(拙稿「フランスにおける詐欺的賃貸借排除の法理―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(一九九一年)二八四頁参照)であり、そのことが設定者の権限(所有權の権能)への直接的な制限を帰結するわけではない。

このように考えてくると、梅が甲号議案三九〇条(現行三九五条)の参照条文として、旧民法債権担保編二四八条二項のみを挙げ、同二〇二条を除外していることの意味は大きいと思われるのである。現行三九五条本文はあくまで管理行為としての賃貸借を抵当權者(買受人)に対抗できるという形で保護することだけを意図したものであつて(仮に旧民法債権担保編二〇二条の趣旨を現行三九五条に盛り込んだとしてもその限りであつて)、そこには旧民法債権担保編二〇二条の前提とする「支分権論」までは盛り込まれていないと見るべきではなからうか(③参照)。梅の抵当權觀の総合的な分析が期待されるところである。

(80) 今世紀に至っては抵当權||支分權を否定する説が大勢であると思われる。支分權か否かに言及しないものもあるが、少なくとも抵当權設定者がすべての権能を保持するという点については争いはない(Cf. ex. PLANIOL (M.) et RIPIERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. XIII : *Sûretés réelles*, 2^e partie, 2^e éd., par Becqu  (E.), 1953, n  895, p. 148 ; MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *Le on de droit civil*, t. III, 1^{er} vol. : *S ret s Publi it  fon i re*, 6^e  d., par Ramouil (V.) et Chabas (F.), 1988, n 434, pp. 422   423 ; etc.)。近時の     MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les s ret s La publi it  fon i re*,  d. 1995-1996, n  679, p. 259  「抵当權は所有權の支分權ではなく」旨明記する他 SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil, Les s ret s La publi it  fon i re*, 2^e  d., 1995, n  286, p. 266 ; n  385, p. 332 は「抵当權者の權利は『価値 (une valeur)』を

象とすると「価値権論」的説明をなしている (n°286)。

(81) ただし旧民法公布直後の注釈書などでは、依然「管理行為」による趣旨説明が一般的であった(熊野・前掲民法正義財産取得編巻之巻四八一頁、磯部四郎・民法「明治23年」釈義財産取得編(上)(日本立法資料全集別巻85・信山社復刻版・一九九七年)三二〇頁、本野一郎他合著(ボアソナード訓定・富井政章校閲)・日本民法「明治23年」義解財産取得編(上)(日本立法資料全集別巻115・信山社復刻版・一九九八年)三四七頁など参照)。

(82) 梅・前掲民法要義巻之三債権編五五八、五五九頁参照。

(83) 例えば、立法直後のコンメンタールである松波仁一郎、仁保亀松、仁井益太郎(穂積、富井、梅校閲)『民法正解』も、三九五条本文については「管理」(行為)概念で説明しているが(帝国民法「明治29年」正解第四巻物権(信山社・日本立法資料全集別巻98・一九九七年復刻版)一二七九頁参照)、五八一条二項本文については「管理行為」概念による説明はなされていない(同第六巻債権(同別巻100)一〇四一、一〇四二頁参照)。

(二) 質貸借の排除——但書の創設

現行民法五八一条二項の立法経緯の第二の特徴は、ボワソナード旧民法において欠落した「フロード(fraude)」による【質貸借排除の法理】に基づいて但書が創設された点にある。ところで三九五条については、帝国議会審議の段階で短期質貸借の濫用を懸念する実務家出身議員の提案により但書が追加されるに至ったことは広く知られている。そこで同条但書についてもそれが如何なる趣旨(法理)に基づいて創設された規定であるのかが問題となろう。ここでは両規定の立法経緯を順次検討したい。

(1) 五八一条二項但書の場合

(i) 起草趣旨

甲号議案五八三条二項但書は「但売主ヲ害スル目的ヲ以テ為シタル質貸借ニ付テハ此限りニ在ラス」と規定し

ており、それがその後特に修正を受けることなく現行五八一条二項但書に引き継がれることになる。法典調査会での審議冒頭、起草担当者である梅からなされた趣旨説明は以下の通りである。

「……既成法典ト聊カ違ウ所ハ但書デアリマスガ、是ハ既成法典ニハナイ。其理由ヲ草案ノ説明デ見マス、期限ガ一年ト限ツテアルカラサウ云フ詐欺杯ノ行ハレル恐れハナイト云フコトヲ斷言シテアリマシタガ、是ハ飛ンデモナイ誤リデアツテ仮令ヒ期限ガ短クテモ詐欺ハ行ハレ得ル。〈①實際誰レガ借リルニシテモ千円位ハ惜マズ出ス。ソレヲ詐欺デ以テ五百円デ貸シタノヲ千円デ貸シタト云フコトハ随分生ジ得ル。②自分ノ權利ハ一年モスレバ消ヘルト云フコトヲ悟ツテ大變安ク貸ス。③甚ダシキニナルト其利益ヲ山分ケニシヤウト云フコトガナイトハ言ヘヌ〉。ソレガ売主ニ対シテ効ガアルト云フコトニナツテハナリマセヌカラ、伊太利民法其他ノ重モナル民法ノ精神ニ依ツテ、詐欺ニ依テ得タル賃貸借ハ売主ニ対抗スルコトハ出来ヌト云フコトニシタ。」(句読点・傍線・〈①〉③〉、筆者)

まずは但書が旧民法にはなかった規定を新設したものであることが説明されている。その背後には、ボワソナードに対する梅の痛烈な批判が存したようである。⁽²⁾

前稿において指摘したように、ボワソナードは草案七二四条一項の起草に際して、フランス法やイタリア旧民法に存する詐欺 (fraude) 要件を意図的に排除した。同要件は「管理行為がその期間で制限されていない場合のみ正当化される」というのがその理由であり、三年という期間制限を認めつつ、詐欺なし (senza frode) の要件を課しているイタリア旧民法典 (二五二八条二項) に対してボワソナードは批判的であつた。⁽³⁾ その結果、旧民法財産取得編八五条一項からは【(詐欺的) 賃貸借の排除】という視角が失われることになったのである。⁽⁴⁾

これに対して梅は「是ハ飛ンデモナイ誤リデアツテ」と強い調子でボワソナードを非難している。例えば低額賃料のケースなど「仮令ヒ期限ガ短クテモ詐欺ハ行ハレ得ル」とし、ボワソナードが批判したイタリア旧民法等の「精神」に従い、「詐欺要件(「害スル目的ヲ以テ」)を付加したのである。

これにより、フランス法・イタリア法においては存していたにもかかわらず、ボワソナード旧民法においては意図的に排除されたフロード (fraude) による【賃貸借の排除】の法理が復活することになったわけである。かつて検討したように、フランス法では民法典一六七三条の二項末段のフロード (fraude) 要件につき、(a) 賃貸借の期間の問題と、(b) 賃料等の契約条件の問題、(c) 賃貸借当事者の主観的態様の問題の三点を読み込むが、(a) は「管理行為」論に吸収され、(b)、(c) がフロード (fraude) 固有の阻却要素として位置づけられていた。すなわち管理行為の観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、(b)、(c) の要素によっては管理行為の範囲内の賃貸借であっても売主に対抗できないとされる。⁽⁶⁾ 梅が「仮令ヒ期限ガ短クテモ詐欺ハ行ハレ得ル」とするのはまさにそのことを意味している。

梅の列挙する具体例をみると、①はやや分かりにくい、②③では典型的な低額賃料事例が想定されており、フランス法の(b)の要素に対応している。

次いで(c)の主観的態様については、フランスの判例学説は必ずしも一致しているわけではなかったが、少なくとも一九世紀においては主に賃貸人(買主)の主観的態様を問題とし、特に積極的害意 (le but de nuire) を重視する傾向が強かった。⁽⁷⁾ 梅の基本的理解もそれと同様であったと推察されよう。五八一条二項但書は文言上「害スル目的ヲ以テ」と明記されており、梅の挙げる典型例でも、③では賃貸人と賃借人の「通謀」が想定されている。

ところで主観的態様の要件枠組みについては、今後の解釈論上の課題の一つとなると思われる。現行民法の制定時の一九世紀末葉においては、日仏ともに賃貸人の積極的害意が要件枠組みの中心に据えられていたことは確かであろう。だが必ずしも緻密な議論がなされていたとは言い難い。例えば賃貸人・賃借人の両者の害意(通謀)が必要なのか、賃借人については単なる認識で足りるのか、あるいはそもそも賃貸人の害意のみが要件とさ

れているのかといった点を明らかにしておく必要があるように思われる。⁽⁸⁾

いづれにせよ梅の甲号議案の起草によつて、ボワソナード旧民法において欠落した「フロード (fraude)」による【質貸借排除の法理】が復活し、但書が創設された点を現行民法の立法沿革上の特徴の一つとして指摘することができよう。

(ii) 四二四条（詐害行為取消権）との関係

次に起草担当者の梅が、現行五八一条二項但書につき、同四二四条（詐害行為取消権）との関係を詳細に論じている点に注目すべきであろう。管見の及ぶ限り起草段階では特に此の点につき言及はなされていないようだが、立法後の著作（『民法要義巻之三』）において詳細に論じられている。⁽¹⁰⁾ それでは梅の説明に耳を傾けることにしよう。

「或ハ日ハン。買主及ヒ質借人カ売主ヲ害スル目的ヲ以テ質貸借ヲ為シタルトキ、例ヘハ特ニ低廉ナル借賃ヲ以テ質貸借ヲ為シテ買戻ヲ為シタル売主ニ損害ヲ加ヘンコトヲ謀リタル場合ニ於テハ、本条ノ明文ナキモ第四百二十四条ノ適用ニ因リ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ。故ニ本条第二項但書ノ規定ハ全ク重複ニ渉ルモノニ非サルナキヲ得ンヤト。日ク然ラス。第一。売主ハ果シテ第四百二十四条ニ謂フ所ノ債権者ナルヤ否ヤ頗ル疑ナキ能ハス。蓋シ売主カ既ニ買戻ノ意思表示ヲ為シタル後ハ其債権者ナルコト固ヨリナリト雖モ、未タ買戻ノ意思表示ヲ為ササル間ハ一種ノ条件付權利ヲ有スルニ止マルヲ以テ本条ノ明文ナクンハ尠クモ適用上ノ疑問ヲ惹起スコト殆ト明カナリ。（第二。第四百二十四条ニ依レハ特ニ法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求セサルコトヲ得スト雖モ、本条ニ依レハ売主ヲ害スル意思アルトキハ当然其質貸借ハ売主ニ對抗シ得ヘカラサルモノニシテ特ニ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要セス。是レ本条第二項但書ノ規定ノ第四百二十四条ノ規定ト重複セサル所以ナリ。）」（句読点・傍線、筆者）⁽¹¹⁾

買戻における詐欺的質貸借に対しては、五八一条二項但書がなくても四二四条を適用して取り消すことが可能であるが、それだけでは不十分であり、かつ両規定は完全に重複するものではない。まず①買戻の意思表示前は売主の権利は条件付きの権利に過ぎず（債権者あるいは債権に非ず）、四二四条を適用する余地はないゆえ、五八一条二項但書が必要となる。さらに②四二四条では裁判所による取消が必要だが、五八一条二項但書によれば裁判所に請求せずとも当然に売主に対抗不能である。よって五八一条二項但書は、四二四条にはない固有の存在意義を有する。以上が梅の説明の概要である。

まずは四二四条との関係が論じられていること自体に注目すべきであろう。後の三九五条但書の議論と対比すると、ここでは四二四条によつては対処し得ない領域があるゆえ、五八一条二項但書を設けたのだという議論の仕方をしていることからすると、おそらく梅は、四二四条を一般規定として中心に据え、五八一条二項但書をその特別規定の如く位置づけていると思われる。仮にそこまで断言できなくても、少なくとも両規定が「フロード（詐欺的行為）」の排除を目的とした同趣旨の規定であり、しかも両規定の競合を議論する余地があることが前提とされている点は確認できよう。

いずれにせよ後に検討する三九五条但書においても四二四条との関係が論じられているので、現行民法の構造を分析する際には、四二四条を媒介として、五八一条二項但書と三九五条但書の両条を対比するという視角が有用であると思われる⁽¹²⁾。

次に問題となるのが両規定の要件（特に主観的要件）である。両規定の母法であるフランス民法典一一六七条、一六七三条二項末段はともに「フロード (fraude)」を要件としている。それがそれぞれ旧民法を経て現行民法四二四条、五八一条二項但書に連なるわけだが、現行民法では周知のごとく、四二四条は債務者につき「害スルコトヲ知リテ」、受益者・転得者につき「害スヘキ事実ヲ知ラサリシトキハ」との文言を、五八一条二項但書は

質貸人・質借人のいずれかあるいはその両者かを明記することなく「害スル目的ヲ以テ」との文言を置いている。ともに主観的態様を要件化しているという点は共通しているが、一瞥する限り「認識」と「害意」という主観的態様の強弱に差異があるようにも思われる。

しかしながらそのことのみをもって、両規定の趣旨は異なるものであって、例えば四二四条については「フロード (fraude)」法理から乖離しているとの分析を導くことは早計ではなからうか。基本的には「フロード (fraude)」法理の内部における要件の緩和と評価すべきであらう。⁽¹³⁾ 事実、梅は引用部分冒頭で両規定の競合事例としていわゆる「通謀 (共謀)」ケースを想定しているし、両規定の要件枠組みの差異を殊更意識している様子も見受けられない。

最後に本稿に与えられた課題を超脱することにはなるが、以下の点を指摘しておくことが今後の議論の展開にとり有用であると思われる。それは梅が、少なくとも四二四条と他の条文との関係を論じるにあたっては、四二四条の要件として「債権者」(あるいは「債権」)であること(のみ)を重視している点である。そこには積極・消極の二つの意味が見出されよう。一つは、四二四条の機能すべき領域を「債権者」の保護という範囲に限定しているという点であり、二つは、今日理解されているようにには、いわゆる一般債権者(あるいは金銭債権者)の保護にその範囲を限定して考えてはいない可能性が存するという点である。後者は、四二五条の存在もあり、今日的解釈論としてはより慎重な判断を要する点ではあるが、少なくとも起草者の見解としては、五八一条二項但書や三九五条但書との競合を論ずる限り(買戻権を行使した売主⇨原状回復請求権者や抵当債権者の保護などを念頭におく限り)では、必ずしも無資力要件(あるいは四二五条の存在)にそれほど固執してはいなかったと推測できる。⁽¹⁴⁾ よってそこにいわゆる四二四条の「転用論」を論ずる余地も残されているのではなからうか。この点は章を改め論じたい。

それでは以上の五八一条二項但書の立法経緯と対比しつつ、今度は三九五条但書の立法経緯の検討に移ろう。

(2) 三九五条但書の場合

(i) 帝国議会における審議

周知のように現行三九五条については、法典調査会段階では甲号議案三九〇条・整理会決議案三九四条に但書は存しておらず、但書が付加されるのは帝国議会における審議以降である。⁽¹⁵⁾

第九回帝国議会衆議院民法中修正委員会の第八回会議（明治二十九年三月九日）において、⁽¹⁷⁾実務家出身の中島又五郎委員から修正案が提出される。中島委員の発言のうち主要な部分を引用しておこう。

「……現ニ此頃之ガ為メニ非常ナ弊害ガアリマス。……（具体例①賃料前払）（家屋ノ賃料ハ三年間前取シテ仕舞フ所ガ幾ラモアル）など……併シナガラ幸ヒ今日許シテ居ルト云フ明文ガアリマセヌカラ、是ヲ詐害行為トシテ、排斥シテ其契約ヲ無効ナラシメルコトガ往往アリマスケレドモ、此民法ガ行ハレタ以上ハ、三年間ハ否認ナシニ黙ツテ居ラナケレバナラス。……管理行為トシテ是ヲ質貸借ニ付スルコトハ宜イガ、一方ニ於テ抵当権者ノ權利ヲ妨ゲルト云フコトガ出来ヌト云フ意味ヲ加ヘタイ。……債権者ヲ害スルコトハ出来ヌト云フ意味ヲ籠ラシタイト思ヒマス。聊カ修正ヲ加ヘタイ。」（句読点・傍線・（具体例①）へ）、筆者

「……『抵当権者ヲ妨ケルコトヲ得ズ』ト云フモ宜シイシ又ハ『抵当権者ノ承諾ヲ得ヘシ』ト云フヤウナ意味ニシテモ宜シイ……（具体例②低額賃料・高額敷金）（前払ト云フモノハ最モ私ハ今日行ハレル激シイ例ヲ引イタノデ、前払デナクトモ家賃ヲ安クシテ貸スト云フコトガ出来ル、則チ敷金ヲ多く取り、家賃ヲ安クシテ其期間ヲ貸ストイウコトガ出来ル）……。」（句読点・傍線・（具体例②）へ）、筆者

中島委員は、当時、賃料前払、低額賃料、高額敷金など（具体例①②参照）の手段により現実には弊害が生じて

いることを前提に、本文のみの政府案ではその弊害を是認することになるから、「抵当権者ノ権利ヲ妨ゲルト云フコトガ出来ヌト云フ意味ヲ加ヘタイ」という、もっぱら実務家の視点に立った「實際上の不都合の除去をめざした修正⁽²⁰⁾」を提案している。具体的な修正例としては「抵当権者ヲ妨ゲルト得ズ」あるいは「抵当権者ノ承諾ヲ得ヘシ」などを挙げているが、特に文言にはこだわらず「今ノヤウナ弊害ヲ防グ方法サヘ付ケバ宜シイ⁽²¹⁾」と述べている。なおこの中島案については、守屋此助、山田泰造、平田箴、谷澤龍藏らの弁護士出身議員が賛同を示している⁽²²⁾。

まずは、立法当時からすでに抵当権を詐害する弊害事例が頻発しており、修正案はあくまでもその実務上の「弊害」を除去する趣旨からなされたものである点を確認しておこう。

次に、当時の裁判実務では詐害的質貸借を詐害行為として無効とする取扱いがなされていたことが窺われる点と、修正案三九四条（現行三九五条本文）の制定により短期質貸借の保護にお墨付きが与えられると、その取扱いすらでなくなる点が危惧されている点も重要であろう。

これに対して梅が反論を行う。弊害事例うち、賃料前払⁽²⁴⁾、敷金についてはそもそも抵当権者に対抗できないと主張しつつ、次のように一般論を展開している。

「……双方ノ利害ヲ旨ク調和スルト云フノガ三百九十四条ノ精神デアツタノデ……我々ノ見ル所デハ、是（本文の調整、筆者注）丈デ抵当権者ハ先ズ十分ノ保護ヲ得タモノト云ヘルデアラウト思ウ。而シテ此位ニシテ置カナイト、一旦抵当ニ入レタ不動産ヲ、自分ガ使ハナケレバ使ウコトガ出来ヌト云フヤウナ不都合ナコトニナツテ仕舞フ恐れガアルカラ、此位ニシテ置カナケレバナラヌト考ヘタノデアリマス（以上①）。……斯ウシテ置イテモマダナカナカ弊ガ行ハレ得ルノデス。……唯今中島サンノ仰シヤツタヤウナ例ハ、是ハ裁判官ガ必ズ所謂詐害行為ニ依ツテ無効ナルモノトシナケレバナラヌト思フ（以上②）。」（句読点・（）内、筆者）

梅の反論は概ね、抵当権者と設定者の調整は政府案（本文のみ）で十分に図れており、それ以上抵当権者に保護を与えると、逆に設定者は自己使用を余儀なくされてしまうという点①、それでも賃貸借が弊害をもたらす場合は詐害行為として無効とすれば足りるという点②の二点に集約されよう。この二点は梅が立法後も一貫して主張する但書に対する立法論的批判の骨子である。

最後に中島修正案の採決がなされるが、その件は以下のとおりである。⁽²⁶⁾（句読点・傍線、筆者）

○委員長（星亨君） 決ヲ採リマセウ、詰リ中島君ノハ債権者ヲ害セナイト云フ意味ノ……

○（中島又五郎君） ……併ナガラ抵当権者ノ其抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ、斯ウ云フ意味ニスルノデアル。

○委員長（星亨君） ……其文ハ政府委員ト中島君ト相談ノ上作ル……

挙手者 多数

こうして「抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ」という意味の修正を行う旨の採決がなされ、法文作成は政府委員と中島委員に委ねられることになったのである。その間でいかなる討議がなされたかは定かではないが、第九回會議（明治二十九年三月一〇日）の平田委員と梅委員の簡略なやりとりから、同會議までに現行法の形で但書が作成されていたと推測される。⁽²⁷⁾最終的には、第一二回會議（明治二十九年三月一四日）において、但書追加という修正が確定する。⁽²⁸⁾

以上の経緯を経て現行三九五条但書が出来上がったわけだが、後に検討するように最大の問題点は、文言「損害」「解除」にある。それには、民法中修正案委員会での「詐害的賃貸借の排除」（「抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ」あるいは「弊害ヲ防グ方法サヘ付ケバ宜シイ」）という修正趣旨からは乖離し、それを超えた過剰な結果をもたらす危険性が内包されていると云わねばなるまい。⁽²⁹⁾

梅は立法後の著作においても、「余ハ立法論トシテハ寧ロ本条ノ但書ナキラ可トスル者ナリ」として以下のこ

とく懸念を表明している。

「……質貸借アルトキハ其借貸非常ニ不廉ナル場合ヲ除ク外、不動産ヲ売却スルニ当リ質貸借ナキヨリハ幾分カ其価ヲ低廉ナラシムルコトアリ。故ニ之ヲ口実トシテ常ニ質貸借ヲ解除スルコトヲ得ルモノトセハ、本条ノ規定ハ殆ト其目的ヲ達スルコト能ハサルヘシ。」⁽³⁰⁾

こうして同じく「詐欺的質貸借の排除」という趣旨で制定されたにもかかわらず、五八一条二項但書と三九五条但書では、前者が「害スル目的ヲ以テ」とあるのに対して、後者は「損害ヲ及ホストキハ」と規定しており、両但書の文言上の差異が生じることになったのである。それが定立された法規範内容にも差異をもたらずものなのかどうか、また各但書と背後の【質貸借排除の法理】との関係如何といった点が今後の解釈論の課題となる。それらの点は章を改め検討したい。

(ii) 四二四条（詐害行為取消権）との関係

以上の現行三九五条但書の立法過程においても、詐害行為取消権（現行四二四条）との関係が論じられている点に注目しなければならない。

(a) 当時の裁判実務

まずは前提として当時の裁判実務の取扱いを確認しておく必要がある。先に検討した民法中修正案委員会で各委員の発言（「併シナガラ幸ヒ今日許シテ居ルト云フ明文ガアリマセヌカラ、是ヲ詐害行為トシテ、排斥シテ其契約ヲ無効ナラシメルコトガ往住アリマスケレドモ」（中島委員）、「是ハ日本ニハ今日殆ンド認めラレテ居ル、詐害、行為トシテ訴ガ立ツ」（守屋委員）⁽³²⁾）などは、当時（現行民法の制定前夜）においては、抵当権を詐害する質貸借に対

しては詐害行為取消権によってその排除（取消・無効）を行うとの裁判実務が定着していたことが推察されよう。この点については膨大な数に及ぶ大審院裁判例（『大審院民事判決原本』など）の総合的な研究が必要となるうか、⁽³³⁾その点は将来の課題とし、ここでは差し当たり、当時の裁判実務の取扱いを窺わせる補助的資料として大審院判決録に登載された次の判決を取り上げておこう。

【大審院明治二七年三月一二日判決】（明治二七年民第一九号・永代小作取消請求ノ件）⁽³⁴⁾

〈判決要旨〉

「抵当地ニ対シ他人ト永小作ノ契約ヲ為ストキハ抵当物ノ価額ニ影響ヲ生スヘキハ必然ニ付抵当取主ハ之ヲ詐害行為ナリトシテ取消ヲ求ムルノ権アリ」

〈上告理由〉

「……債務者カ之レヲ抵当トナシタルカ為メ、或ハ賃貸シ或ハ小作セシムル等使用収益ノ權利ヲ失却スヘキモノニアラス。然ルニ一般ニ地所ノ負担ヲ約スルモノハ抵当取主ヲ害スルモノナリト論定シ、其行為ノ有償ナルト無償ナルト又其行為ノ抵当債権者ヲ害スルノ目的ニ出タルト否トヲ區別セサルハ、抵当効力ニ関スル法理ニ違背シタル不法アリ。若シ本件永代小作契約ヲ以テ上告人両名間ノ詐害行為ナリト認定セラレタリトセンカ、判文中毫モ其理由ノ説示ナキハ不法ナリ……。」（句読点、筆者）

〈判決〉 上告棄却

上告人Y₁Y₂兄弟は被上告人である抵当権者Xの「債権ヲ害センコトヲ試ミタルモノ」であつて、「永代小作契約ハ不真正ニシテ上告人間ノ詐害行為ナリ」と認定した原審判決を支持。上告理由につき、「詐害ノ理由ヲ示サスト言ヲ得ス」、「抵当効力ニ関スル法理ニ違反シタル裁判ナリトノ論告ノ如キハ畢竟普通ノ処分権ヲ論シテ非議スルニ止（まる）」として上告を棄却している。

本判決は、質貸借ではないが同じく利用権設定契約である永代小作（契約）につき、それを詐害行為として取り消したという事例である。

まずは、永代小作という、管理行為には到底含まれないような利用権設定が詐害行為の対象とされている点に注目すべきであろう。この判決から推断するに、かなり広い範囲で詐害行為取消権が活用されていたことが想像されよう。この点に関してはあくまでも推測の域を出ないが、当時の裁判実務においてはフランス法の取扱いが「法源」として機能していたのではないか、少なくともフランス法の強い影響があったのではないかと思われるのである。⁽³⁵⁾

別稿において検討したように、フランス民法典には三九五条（本文・但書）に該当する規定は存在しない。我が国とは逆に、抵当権設定者によって締結された質貸借は、抵当権の実行手続（支払催告）前に確定日付さえ得ていれば、抵当権設定登記の前後を問わず、原則として抵当権者（買受人）に對抗できる（民法一七四三条、民事訴訟法〔旧規定〕六八四条）。ただ後に不動産公示制度が導入され、一二年（当時の一八五五年法では一八年）を超える質貸借は、例外的に公示のシステムに服せしめられ（二八条一号b）、抵当権設定登記以前に質貸借の公示なくばその超過部分につき抵当権者に対抗できないとされたが（三〇条三款）、それでも一二年（一八年）を超えない範囲では公示がなくても抵当権者（買受人）に對抗できる。そこではベルギー法や日本法（旧民法・現行民法）よりもかなり広い範囲で質貸借の保護が図られていたことになるのである。⁽³⁶⁾

他方それに対応して詐害的質貸借を排除する要請も高くなる。フランス法は質貸借の排除につき特別な規定を置いていないが、一九世紀以来フランス民法典一一六七条の詐害行為取消権（action paulienne）を適用して詐害的な質貸借を排除する判例法理が確立されていた。⁽³⁷⁾

このように、原則として広く質貸借の保護を認めつつ、例外的に詐害的な質貸借を排除するというフランス法

の取扱いは、そもそも貸貸借の保護の範囲を管理行為に限定するが、詐欺的貸貸借の排除規定を置かなかったボワソナード旧民法の仕組みと対比すると極めて対照的であつたといえよう。よつて仮に当時の裁判実務の「法源」を「旧民法」⁽³⁸⁾あるいは「フランス民法」に求めることができるならば、ここでは「フランス法」が事実上の法源として機能していたと考える方がよりの確であるように思われる。⁽³⁹⁾管理行為論によつては保護されようがない永代小作につきそれを詐欺行為として取り消した大審院明治二十七年判決は、そのことを裏づける有力な資料であるとはいえない。⁽⁴⁰⁾

いずれにせよそれがフランス法によるものか否かは別として、当時の裁判実務において詐欺行為取消権による詐欺的貸貸借の排除という取扱いがなされていたことは、おそらく民法中修正委員会の審議における各委員の発言のとおりであつたと想像できるのである。

次に要件であるが、この点については当時のフランス法がそうであつたように、⁽⁴¹⁾当時の判例に十分な議論を期待するのは酷であろう。明治二十七年判決においても、上告人が「其行為ノ有償ナルト無償ナルト又其行為ノ抵当債権者ヲ害スルノ目的ニ出タルト否トラ區別セサルハ、抵当効力ニ関スル法理ニ違背シタル不法アリ」と要件論に言及しているにもかかわらず、その点には正面から答えず、「債権ヲ害センコトヲ試ミタルモノ」であつて、「永代小作契約ハ不真正ニシテ上告人間ノ詐欺行為ナリ」と認定した原審判決を支持するのみである。しかもその原審判決における「害センコトヲ試ミ(る)」「不真正」などの言い回しからは「害意」や「違法性」などの要件を推測できるのに対して、上告審判決の「要旨」には「抵当物ノ価額ニ影響ヲ生スヘキハ必然ニ付」との現行民法三九五条但書の「損害」概念に対応するような表現が見受けられる。よつて本判決における要件枠組みは必ずしも明確なものとは云えない。この点についても総合的な判例研究が望まれるところではある。

仮に以上の如く当時の裁判実務において詐欺行為取消権による詐欺的貸貸借の排除が広く行われていたとの仮

説が正しいとするならば、次の問題として、その当時の裁判実務の取扱い（ひいてはフランス法的な「フロードによる詐欺的質貸借排除の法理」）と新たに創設された三九五条但書との関係如何が問われよう。

(b) 梅の理解

その点については起草担当者であり、かつ民法中修正案審議における決議を受けて中島委員とともに但書の法文を作成した梅の考え方がポイントとなろう。梅はその著書『民法要義』において、三九五条但書の創設に対して立法論的に反対する根拠の一つとして、四二四条（詐害行為取消権）との関係につき以下のような言及をなしている。

「若シ夫レ詐欺ニ因リ不当ノ低質ヲ以テ質貸借ヲ約シ又ハ数年分ノ借質ヲ前払シタル場合ニ於テハ抵当権者ハ第四百二十四条ノ規定ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキハ勿論、其詐欺ニシテ単ニ質貸借ヲ仮装スルニ過キサルモノナルトキハ、虚偽ノ意思表示ニシテ其行為ハ無効ナリ（九四）⁽⁴²⁾」。

五八一条二項但書の場合と異なり、梅はここでは、四二四条、九四条が存在するゆえ、低額質料、質料前払などのいわゆる詐欺的質貸借に対しては十分対処できるのであつて、ことさら三九五条に但書を設ける必要はないと云う。この梅の説明からは二つの点を確認しておくことができる。

一つは、五八一条二項については四二四条だけでは不十分であるが、三九五条については四二四条で足りるとする点である。梅は四二四条の要件として「債権者（債権）」であることを重視しており、ここでは抵当権者の被担保債権の存在ゆえに常に四二四条の適用範囲になると考えていたと思われ⁽⁴³⁾。またここでも無資力要件には

それほど固執していないと推測される（前注（14）参照）。

二つ目は要件である。右説明において低額賃料、賃料前払などのいわゆる詐欺的事例が念頭におかれていることに注目すべきであろう。梅はおそらく、詐害行為取消権によつていわゆる詐欺的な賃貸借を排除することのみを想定していたと思われる。その点は梅が、但書の創設により、本文によつて賃貸借を保護する目的自体が失われかねないと懸念していたことから裏づけられよう（前注（25）（30）引用部分参照）。

そうだとするならば、民法中修正案委員会の決議に従い中島委員とともに新たに起草した但書の文言として何故、「損害」「解除」が選択されたのか、その経緯および趣旨については必ずしも明らかになしえないが、同規定の解釈・運用に際しては、そもそも梅が予定していた詐害行為取消権による詐欺的賃貸借の排除という取扱い（これはフランス法や当時の我が国の裁判実務の取扱いに等しいものと推測される）を一つの指標とすべきだと云うことはできそうである。⁴⁴⁾

以上が五八一条二項と三九五条における但書創設の立法経緯である。要件・効果を異にする両規定の解釈論を組み立てるためには、両規定を四二四条の詐害行為取消権（ひいては「フロード（fraude）」による詐欺的賃貸借排除の法理）との関係において位置づけるといふ体系的な視角が必要であるように思われる。

（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郎監修・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―一四七頁参照。なお法典調査会の審議において重岡薫五郎委員が以下の如く二項但書の削除を提案している。これに対する梅の応接も併せて引用しておく。

（重岡薫五郎）「……此但書以下ヲ削除シテハドウデアリマセウカ。……詐欺ノ行為ニ付テハ斯ル明文ガナクテモ裁判官ガ無効ニスルト云フコトハ当然ノコトト思フカラシテ、之ヲ書クノ必要ハナカラウト思フ。次ニ既成法典ニモ斯ウ云フコトガナイカラ止メテ宜カラウト思フノハ、既成法典ニ之ヲ掲ゲナカツタノハばあそな―ど

氏ノ説明ハナカツタサウデアリマスガ、斯ル詐欺ノ質貸借ハ有効デナイカラ更ニ掲ゲル必要ハナイト云フノデ但書ヲ書カナカツタノデアリマスガ、ソレノミナラズ他國ノ法典ニ於キマシテモ成ルベクくだシイコトヲ書ヌト云フコトガ立法ノ精神デアルカラ、斯ウ云フコトガ既成法典ニナイカラ付加ヘルト云フノ前後撞着テ可笑シイコトニナルカラ願クハ削除説ニ御同意ヲ願ヒタイ。」(同一四八頁)

(梅謙次郎)「……ぼあそなード氏ノ説明デハ此場合ハ詐欺ト言フモノハナイモノト信ジテ規定シテ居ラス。

……ソレデ自分ノ権内デアルナラバ迷惑ヲシテモ宜イ、南向ノ所ニ家ヲ建テ隣リノ者ガ迷惑ヲスルト同シデトウモ但書ガナイト其点ガ心配デアリマス……」(同一四八頁)

(2) また以上の経緯からすると、後の『民法修正案理由書』に「本条但書ハ既成法典ニ無ク起草者ハ之ヲ不必要ナリト言ヘト余輩ハ必要ト信シテ加ヘタリ」(広中俊雄編著・民法修正案(前三編)の理由書(一九八七年)五六一頁参照)との記述があるが、そこに云う「余輩」とは、理由書を執筆したとされる起草委員補助(仁井田益太郎・仁保亀松・松波仁一郎)ないしは起草委員(穂積・梅・富井)を指し、「起草者」とは既成法典たる旧民法の起草者ボワソナードを指すと考えるべきであらう。

(3) Cf. BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. III : *Des moyens d'acquiescer les biens*, 1888, n° 295, p. 370.

(4) 拙稿「ボワソナード旧民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—」法学研究七一卷八号(一九九八年)一七—一九頁参照。ただ当時のフランスにおいても一部ながら、一六七三条二項末段を「フロード (fraude)」の一般法理」の現れとみて、フロード要件が明文化されていないフランス民法典五九五条や一四二九条についても、質料低廉ケースなど管理者のなした質貸借にフロード (fraude) がある場合、被管理者は詐害行為取消権 (action paulienne) を行使し得るとする有力学説 (cf. LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XXIV, 1878, n° 417, p. 410 ; t. XXV, n° 55, p. 67) が存じつゝた点を看過してはならない。だがボワソナードのその点に関する見解は必ずしも明らかではない(同・前掲拙稿一九頁参照)。

(5) ここで梅は「詐欺」と云っているが、前後の文脈からフロード (fraude, frode) を指していることは明らかであらう。なお、フロード (fraude) 概念の訳語は今日においてもなお必ずしも統一化されているわけではない(例えば中村紘一他監訳・フランス法律用語辞典(一九九六年)一四八頁は「詐欺、欺罔、詐害、不正行為」の訳を当て

ている)。またそもそもフランス法においても *dol* 概念と *fraude* 概念の区別は必ずしも明瞭であるとはいえない。*dol* 概念は、①契約締結段階において、我が国の九六条の「詐欺」に相当する意味で用いられる場合（フランス民法一一六条参照）と、②契約履行段階（特に債務不履行）において、我が国でいう「故意」に近い意味で用いられる場合（同一一五〇条・一一五一条参照）とがあるが、いずれにせよ「術策（*manoeuvre*, *trouperie*）」「悪意（*mauvaise foi*）」などの要素が *fraude* 概念と共通するからである（*cf. ex. VIDAL (José), Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : Le principe <<fraus omnia corrumpit>>*, 1957, pp. 59 à 62 ; GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd, avec Fabre-Magnan (M.), 1994, n° 812, pp. 799 à 780 ; PICOD (Yves), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *Bib. dr. priv.*, t. 208, L.G.D.J., 1989, n° 24 et s., pp. 38 et s. ; etc.）。そして正確に云うならば梅村「フロール（*fraude*, *frode*）」の要素たる「術策（*manoeuvre*, *trouperie*）」を指して「詐欺」と呼んでゐることになるか。なお *fraude* 概念については、本稿第四章(二)参照。

(6) 拙稿「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——」法学研究七〇巻一二号三六四頁以下（一九九七年）参照。

(7) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における質貸借の保護と排除」三六五頁以下参照。

(8) ちなみにボワソナードは「善意」を要件とする解除一般における管理行為の維持規定（旧民法草案四三一条一項「解除ニ係ル權利ヲ有スル者善意ニシテ法律ニ従ヒ為シタル管理ノ所為ハ第三ノ人ノ為ニ之ヲ保持スル」）の解釈論として、「法律は管理者と契約した第三者（質借人、筆者注）の善意を要求してはいけない」と明言している（*cf. BOISSO - NADE (G.), Projet Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. II : *Des droits personnels ou obligations*, 2^e éd., 1883, n° 367, p. 386 ; 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における質貸借の保護と排除」一五〇一六頁参照）。これに対して今世紀のフランス法理論は、一六七三条二項末段についても保護法理を転換し、第三者である質借人の保護という視角から、質借人の善意を要件枠組みの中心に据える方向に移行しつつある点（拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における質貸借の保護と排除」三四一頁以下、三六五頁参照）を、我が国においてどのように評価するかが問われよう。なおややケースを異にするが、「善意ヲ以テ為シタル行為ハ其効力ヲ変セス」と規定する失踪宣告の取消に関する民法三二条一項但書をめぐる論争（誰の善意か？）が参考になるであ

ろう（同規定の解釈論につき谷口知平・石田喜久夫・新版注釈民法(1)総則(1)（一九八八年）三九五頁以下「谷口」など参照）。

(9) 法典調査会の審議では、重岡薫五郎委員の二項但書削除案（前注（1）参照）、元田肇委員の二項削除案（前節注（48）参照）が提案されているが、採決にまでは至っていない。

(10) この間の事情については次のように推測することが可能であろうか。後述の如く帝国議会での民法中修正案三九四条（現行三九五条）の審議において但書追加の修正案が提出されるのだが、それに反対する梅は、但書不要の根拠の一つとして、詐害行為取消権（現行四二四条）によって詐害的質貸借の排除が可能である点を挙げ、それに応戦した（後注（25）参照）。梅の起草した甲号議案によれば、同じく詐害的な質貸借に対する対応が問題となりながら、現行三九五条については詐害行為取消権による解決で事足りるゆえ但書は不要だが、五八一条二項についてはそれでは不十分ゆえ但書が必要だということになるのであるから、その両規定の整合性が問われるのも当然と云えよう。周知のように修正案三九四条（現行三九五条）については梅の抵抗にもかかわらず、但書追加の修正案が可決される。これに対して梅は立法後の著作（『民法要義巻之二』）において、やはり四二四条の存在を根拠の一つとして三九五条但書について詳細に立法論的な批判を展開している（後注（42）引用部分参照）。そこで現行五八一条二項の箇所（『民法要義巻之三』）においても、再び四二四条との関係を論じ（次注参照）、自らの起草趣旨に一貫性があつたことを強調しておく必要があると判断したものと思われる。

(11) 梅・前掲民法要義巻之三債権編五五九～五六〇頁参照。

(12) 三九五条但書と四二四条との関係につき、拙稿「フランスにおける詐害的質貸借排除の法理―民法三九五条但書の解釈にむけて―」法学研究六四巻一二号（一九九一年）二八〇頁注（2）、同「短期質貸借解除の要件である『損害』の意義」森泉章先生古稀祝賀論文集・現代判例民法学の理論と展望（一九九八年）二九三～二九四頁など参照。

(13) 現行民法四二四条の「其債権者ヲ害スルコトヲ知リテ為シタル法律行為」は、旧民法財産編三四〇条二項の次の定義規定に由来する（起草担当者・穂積は「本条ハ財産編三百四十条ト三百四十一条ト二聊カ修正ヲ加ヘタモノデアリマス」と趣旨説明している（法典調査会・民法議事速記録三・第五十六回―第八十四回（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3（一九八四年）商事法務研究会）一〇二頁参照）。

【三四〇条二項】

債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知りテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ之ヲ「詐害ノ行為」トス

Art. 340, al. 2

Il y a fraude, lorsque le débiteur diminue son actif ou augmente son passif, sachant que l'acte nuira à ces créanciers.

同規定の草案(三六〇条二項)につきボワソナードは「fraudeには「現実の損害(*préjudice réel: eventus*)」と「害する意図(*intention de nuire: consilium*)」の二つの要素が必要であるが、後者については債務者が実際に無資力であることやまたは行為の結果無資力になることを知っていることの証明で足りると説明している(*cf. BOIS-SONADE, Projet, accompagné d'un commentaire*, t. II, n° 156, pp. 163 à 164)。ここからも現行四二四条の要件枠組みが fraude 法理の内部構造における要件の緩和によるものであることが窺える。

なおフランスでも *action paulienne* を規定する一一六七条の fraude 要件の解釈につき「害意を要するか、単なる認識で足りるのか」という争いが存する(*cf. ex. GHESTIN (Jacques), La fraude paulienne, Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, pp. 569 et s.; *etc.*)。

(14) 仮に四二四条の無資力要件に固執していたとするならば、買戻における売主の保護にとり四二四条の適用だけでは不十分であることの根拠の一つとして、四二四条では無資力要件が課されている点が挙げられていたはずである。なお後に詳述するように(本稿第四章(二)参照)、立法後の講義録において、特定物債権については無資力要件不要との梅の解釈論が明らかにされている(梅謙次郎・民法原理債権統制完(明治三五年十二月全部完結)(信山社・復刻叢書法律学篇17・一九九二年)三六四頁、三六五～三六六頁参照)。

(15) この点は、起草担当者(梅)を同じくするにもかかわらず、先に検討した現行五八一条二項では甲号議案の段階から但書が存していたのと比較すると些か奇異に感じなくもない。あくまでも推測の域を出ないが、以下の二つの原因(理由)を挙げることが可能であろう。

第一は消極的原因である。甲号議案三九〇条は旧民法債権担保編二四八条二項を基に起草された規定であるが、この旧民法の規定には、買戻の財産取得編八五条一項と同様に、詐欺的貸貸借を排除する要件は盛り込まれていなかっ

た。ただ両規定につき異なる点は、買戻の規定については、ボワソナードがイタリア旧民法典などを批判しつつ意図的に「フロード (fraude)」要件を削除したとの経緯が存した点である。おそらくはボワソナードの草案注釈などを通してその経緯を知っていたからこそ梅もこの問題を取り上げ、逆にボワソナードを非難し、但書を創設するに至ったと思われる。他方、抵当権のところでは、ボワソナードは詐欺的質貸借の排除につき何等の言及もなしていない。それゆえ梅もこの問題を看過してしまっただけではないかとの消極的な推測がまずは成り立つであろう。

第二は積極的理由である。すなわち梅は当初(甲号議案の起草段階)から詐欺的質貸借の排除については別途詐害行為取消権による対処を予定していたゆえ、現行三九五条については「フロード (fraude)」要件は不要と判断し、敢えて但書を設けなかったとの見方もできない。だが少なくとも資料の上でその点が明らかにされるのは、帝国議会の審議に至ってであるから、ここではそれ以降の議論を当面の検討の対象とすることにしてしよう。

(16) 先行業績として、内田・前掲抵当権と利用権二三頁以下、同・前掲「抵当権と短期質貸借」一八〇頁以下など参照。なお、拙稿・前掲「フランス法における詐欺的質貸借排除の法理」二七六頁以下参照。

(17) 広中俊雄編著・第九回帝国議会の民法審議(一九八六年)二〇八―二一一頁参照。なお同二五―二九頁に解題がある。

(18) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二〇八頁参照。

(19) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二〇九頁参照。

(20) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二五頁参照。

(21) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二一〇頁参照。

(22) 各委員の略歴については、内池慶四郎・消滅時効法の原理と歴史的課題(一九九三年)一四三―一四六頁参照。なお内池教授は、民法中修正案委員会の構成につき、「このように、全委員中ほぼ三分の二が、在野法曹――代言人(弁護士)、公証人、旧判事を中心とする実務家の集団により占められていた修正案委員会において進められた民法審議が、後の衆議院本会議で委員長星が報告したように、『学説法理ノ如キモノハ多ク修正致サナイト言フコトニ』なり、『修正致シタモノハ多クハ實際ノ便否――實際ニ於テ不便不都合ト言フヤウナ事カ、又ハ現行法律ト大ニ合ハナイト云フ処、サウ云フヤウナモノヲ修正致シタ』ことになったのは、自然の勢であつたと思われる」(同一四六―一四七頁参照)と分析されているが、そのことは本論文のテーマにもあてはまらう。

(23) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二〇八〜二二一頁。特に山田委員は東京における弊害を(同二〇九頁)、平田委員は地方における弊害を説明している(同二一〇頁)。

(24) 質料前払についての梅の見解は以下のとおりである(広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二〇九頁参照)。「此三百九十四条ニ規定シテアリマスル意味ハ、唯普通ノ方法ヲ以テ質貸借ヲシテ、地代家賃ト云フヤウナモノヲ、普通ノ方法ニ依ツテ、月々ナリ年々ナリニ取ツテ往クト云フコトヲ見ルノデアツテ、此家賃地代ノ前払ト云フモノハ、一体此法律ニ於テハ極メテ宜シカラザルモノト見テ居ル。……(例証…六二二条(現行六一三条)、筆者注)……第六百十二条ノ精神ヲ以テ、三百九十四条ヲ解釈シマスレバ、多分ハ中島サンノ引例ノヤウナ場合ハ、詐偽アルモノト見テ、其契約ハ對抗ノ出来ヌモノトスルコトガ十分出来ルト考ヘマス。」(句読点、筆者)

(25) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二〇九頁参照。なお本文中引用箇所は、質料前払について詐害行為取消の対象となると答えた部分であるが、後に低額質料・高額敷金についても「唯今御引例ニナツタ場合モ無論詐害行為ト見テ宜カロウト思ヒマス」(同二〇九頁)と答えている。

(26) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二二一頁参照。

(27) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二二六頁参照。

(28) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二五二頁参照。なお本会議(明治二九年三月一六日)での星亨特別委員長から報告内容は以下のとおりである(同五八〜五九頁)。

「三百九十四条ニ但書ヲ入レルコトニナツタノデアアル、……『其質貸借カ抵当権者ニ損害ヲ及ストキハ裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得。』此原案ダケデアリマスト云フト、抵当権者ニ大層害ヲ与ヘル……カモ知レナイ故ハ、抵当権者ヲ保護シナケレバナラヌカラ、即チ斯ウ云フ但書ヲ入レテ置ケバ、抵当権者ノ権ヲ保護スルコトガ出来ルト云フノデ、唯今読上ゲタ文字ヲ茲ニ修正ノ結果トシテ入レマシタノデアアル、……。」(句読点、筆者)

(29) 拙稿『判例評釈』判例評論四六〇号二〇二頁(一九九七年)、拙稿・前掲森泉章先生古稀祝賀論集二九二〜二九三頁など参照。

(30) 梅・前掲民法要義卷之三債権編五八七頁参照。

(31) 規範的意味における「立法者意思」あるいは「法定立」につき、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における質

貸借の保護と排除」三二八―三二九頁注(26) 参照。

(32) 広中・前掲第九回帝國議会の民法審議二〇八頁参照。

(33) 他の領域における業績として、内池慶四郎・出訴期限規則略史―明治時効法の一系譜―(一九六八年) 一八七頁以下、前田達明「法人の不法行為責任」星野英一他編・民法講座Ⅰ民法総則(一九八四年) 一九五頁以下、藤原明久「明治三三年旧民法と判例連帯債務法の展開」神戸法学雑誌四七巻三号(一九九七年) 四七七頁以下、七戸克彦「『法源』としてのボワソナード民法典―物権変動を素材として―」法時七〇巻九号(一九九八年) 三七頁以下など参照。

(34) 大審院民事判決録明治二七年自三月至四月一一七頁(文生書院覆刻版・一九八六年によった)。

(35) 同旨、内田・前掲「抵当権と短期質貸借」一八〇頁参照。

(36) 槇梯次「抵当権と質借権との関係―十九世紀中葉までのフランス法を中心として―」関西大学法学論集一三巻四
 五五―六合併号三二頁(一九六四年)、竹下守夫・不動産執行法の研究(一九七七年) 七七―七八頁(注三) 参照。
 併せて、拙稿・前掲「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理」二八三頁以下参照。

(37) 拙稿・前掲「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理」二九九頁以下参照。

(38) ボワソナード旧民法の「法源」性については古くから指摘されていた(七戸・前掲「『法源』としてのボワソナード民法典」三六頁以下に簡略な整理がなされている)。

(39) 本文中の分析と同様、内田教授は、民法中修正案委員会での審議から以下のように推測されている。すなわち「民法典が施行されるまで、わが国の裁判所ではフランス法が条理として機能していたと言われるが、フランス法では抵当権設定後に設定された質借権は競売後も存続しうするため、このこともあって右のような弊害が生じたものと思われる。」「そこで草案反対派は、今はまだそのような質貸借を許すという明文がないから詐害行為として質貸借契約を無効ならしめることが往々ある」というが、「このことも、当時フランス法が裁判規範として機能していたことを裏づける」と(内田・前掲「抵当権と短期質貸借」一八〇頁、一八四頁注(7) 参照)。

(40) 藤原教授は、「條理」としての旧民法の法源性につき、「これとの関連で注目されるのは、フランス法教育を受けた大審院裁判官の登場である」との仮説を提示され(藤原・前掲「明治三三年旧民法と判例連帯債務法の展開」四七九頁参照)、連帯債務法という限られた分野についてではあるがそれを具体的に検証されている。右仮説は本研究のテーマにとっても興味深い。

(41) フランスにおいて *action paulienne* による詐欺的質貸借排除の要件枠組みが意識的に論じられるようになったのは、一九一三年のグルベのテーヌ (*cf.* GROUBER (A.), *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913) 以降である。グルベはいわゆる転用例 (*action paulienne spéciale*) を体系的に取扱い、要件の明確化を試みている (拙稿・前掲「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理」三〇四―三〇五頁参照)。

(42) 梅・前掲民法要義巻之二物権編五八七頁参照。

(43) 厳密に云えば、物上保証人が抵当権を設定した場合などを想定すると、抵当権者が必ずしも設定者の債権者であるとは限らない。よって梅が四二四条の要件として固執する「債権者 (債権)」要件にも再考の余地はあろう。

(44) 現行三九五条の起草に際して参照されたベルギー抵当権法 (一八五一年法) 四五条四項は「抵当権設定後に善意で締結された質貸借もまた尊重される。但し、質貸借が九年を超える期間でなされた場合、その期間は民法第一四二四条に従って短縮される」と規定するが (内田・前掲抵当権と利用権三四頁以下、拙稿・前掲「フランスにおける詐欺的質貸借排除の法理」三〇二頁以下、三一五頁注 (12) など参照)、同規定についても一般法たるフランス民法典一一六七条 (*action paulienne*) との関係が議論されている (拙稿・同三一五―三一六頁注 (16) 参照)。四五条四項の「善意」とは、抵当債権者を詐欺してなされた質貸借を一一六七条 (*action paulienne*) によって攻撃することができる旨を規定しているとする立場 (*cf. ex.* LARENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XXX, 3^e éd., 1878, n° 236, p. 210 ; GENIN (Emile), *Traité des hypothèques et de la transcription*, 1935, Bruxelles, n° 1430, p. 187 ; *etc.*) と、債務者の無資力および質借人の共謀を要件とする *action paulienne* とは別に、質貸借が「不当な条件で (*dans des conditions anormales*)」締結された場合には「抵当権者に対抗できなくとする立場」 (*cf. ex.* MERCHERS (Yvette), *Le bail en général*, *Rép. not.*, 1989, Bruxelles, n° 88, p. 114 ; n° 485, p. 254 ; *etc.*) である。右議論は我が国の民法三九五条但書の「損害」概念の解釈論にとっても示唆に富む。