

フランスにおける不動産賃料の許害的な処分に対する  
法規制の変遷および賃料債権の担保化の実務（一）  
——我が国における近時の解釈論・立法論を踏まえて——

片 山 直 也

- 一 序論
- (一) 我が国の法状況
- (二) 比較法研究（フランス法研究）の意義
- 二 フランスにおける許害的賃料処分に対する法規制の歴史的展開
- (一) 前史
- (1) 古法
- (2) 法典編纂過程における議論
- (二) 一九世紀前半の判例・学説
- (1) はじめに
- (2) 破毀院一八一三年判決
- (3) 一九世紀前半の学説
- (三) 立法による法規制
- (4) 一八五五年法制定前夜の裁判例……………（以上本号）
- (1) 一八四一年のアンケート
- (2) 一八五五年三月二三日法
- (3) 法改革に向けた新たな努力
- 四 action paulienne による個別規制
- (五) 小括
- 三 フランスにおける賃料債権担保の法実務
- (一) délégation のメカニズム
- (二) délégation de loyers en garantie の実務
- 四 結びにかえて——日本法への示唆……………（以上七五巻八号）

一 序 論

(一) 我が国の法状況

(1) 問題の所在

周知のように、バブル経済崩壊後の長期にわたる不動産不況により不動産価格が大幅に下落し、いわゆる不良債権が増大するとともに、競売手続が機能不全に陥り、抵当権者は抵当権の実行としての競売によつてはもはや被担保債権の満足を期待できない状況が続いている。その結果、一方では抵当権者が抵当不動産の収益である賃料債権に対して物上代位を行使して被担保債権の回収を図ろうとし、他方では、経済的な破綻に瀕した設定者が、あるいは再生を期してあるいは抵当債権者を害する目的で、期限未到来の賃料債権を包括的に譲渡したり、また一般債権者が賃料債権を包括的に差し押えるなど、<sup>(1)</sup> 抵当不動産の収益である「賃料債権」をめぐつて従来あまり論じられることになかった新たなタイプの紛争が顕在化することになったのである。このような我が国の状況における法的な課題は、既に多くの論稿が指摘するごとく、<sup>(1)</sup> 次の二点に集約されよう。

第一は、病理現象として抵当権の実行を妨害する行為をいかに規制するかという課題である。かかる執行妨害対策という視角が、バブル経済崩壊後の我が国の緊要の法的課題であることは敢えて繰り返すまでもなからう。ただここでは包括的な賃料債権譲渡が執行妨害として持つ二つの側面を区別しておく必要があるように思われる。すなわち① 抵当権に基づく賃料債権への物上代位が肯定されることを前提として、<sup>(2)</sup> 包括的賃料債権譲渡が物上代位の行使を妨げるという側面（債権執行妨害の側面）と、② 競売を念頭において、包括的な賃料債権譲渡が抵当不動産の担保価値自体を下落させることによつて不動産競売を妨害するという側面（競売妨害の側面）<sup>(2)</sup> である。

第二は、むしろ生理学的な制度設計の側面から、質料債権からの債権回収・質料債権の担保化をいかに認めるべきかという課題である。この点についても二つの方向の議論がなされている。すなわち①抵当権者による担保不動産の収益（賃料）からの優先的満足をいかに認めるかという点——周知のように法制審議会を中心とする担保・執行法制の見直しの中心論点の一つである——と、②設定者が担保不動産自体と切り離して質料債権のみを担保化し別途に信用供与を得る途を認めるべきか否かという点である。<sup>(3)</sup>

## (2) 我が国の判例法理

これらの課題について、我が国の判例は一貫して、抵当権による質料債権への物上代位の問題として対処してきた。すなわち周知のように、最高裁判平成元年一〇月二七日判決（以下、平成元年判決<sup>(4)</sup>）は、いわゆる無条件肯定説を採用し、抵当権に基づく質料債権への物上代位を広く認め、次いで最高裁判平成一〇年一月三〇日判決（以下、平成一〇年判決<sup>(5)</sup>）は、抵当権に基づく物上代位が質料債権の包括的譲渡（譲渡担保）<sup>(6)</sup> に対して優先するとの判断を打ち出した。この二つの判決を支柱として、質料債権への物上代位に関する判例法理が形成され、<sup>(6)</sup> 抵当権の強化（物上代位による収益回収の強化）<sup>(7)</sup> が図られてきたのである。

他方で最高裁は平成一〇年に、質料債権を包括的に差し押さえた一般債権者の、<sup>(8)</sup> 抵当権者や目的不動産の譲受人に対する優劣に関する二つの重要な判決を下している。平成一〇年三月二四日判決は、<sup>(8)</sup> 質料債権の包括的な差し押えの後に、賃貸不動産を譲り受けた者との優劣関係について、建物譲受人は、建物の質料債権を取得したことを差押債権者に対抗できないとし、さらに平成一〇年三月二六日判決<sup>(9)</sup> は、質料債権の包括的差し押えと抵当権の物上代位に基づく差し押えが競合した場合における両者の優劣関係については、一般債権者の申立による差し押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決せられるとしたのである。

現時点での我が国の判例法理の特徴は次の二点に集約されよう。すなわち、① 抵当権の賃料債権への効力を「物上代位」という構成によって認め、その効力が抵当権設定「登記」によって公示されているとみる点、② 弁済期未到来の賃料債権の包括的差押・譲渡は完全に有効であり、その後の賃貸不動産自体の物権的処分（抵当権の設定、所有権の移転など）に対抗できるとする点がそれである。

しかしながらこの判例法理に対しては既に次の二点から疑問が提起されている。

① 抵当権の物上代位を強化し過ぎているのではないか？

判例法理については、バブル経済崩壊後の金融実務の要請に正面から応えたものとして概ね肯定的に受けとめられているといえよう。だが同時に既にその実務上の弊害が指摘されているだけではなく、これによってバブル経済崩壊による抵当不動産の担保価値の下落という一過的な異常現象に対処するために、民法典が本来予定していた抵当権の特質（価値権性・非占有担保性）を大幅に改変してしまつてよいのかとの根本的な疑問も提起されている。さらには賃料債権の独自の担保化を阻害し、債務者・設定者が、新たな融資を受け、更生を得る機会を奪つてしまつていくとの指摘も存する。<sup>(10)</sup>

② 将来の賃料債権の包括的処分を制限なく有効かつ対抗できるとしてよいのか？

賃料債権は確かに担保不動産とは独立した財産権（債権）には違いないが、本来的には不動産の収益（果実）を前提としたものであつて、不動産の支配から完全には切り離すことはできないはずだとの疑問である。すなわち、包括的な賃料処分（譲渡・差押え・質権設定）は、一定の範囲を超えた場合、不動産自体の価値を奪つてしまふものであるから、不動産自体の処分行為として取り扱われるべき性質のものであり、一定の範囲を超える賃料債権の処分については、賃貸不動産本体の物権的処分に対抗しえないとすべきであるとの指摘が有力になされて<sup>(11)</sup>いる。

以上の二点に判例法理の問題点は集約できそうである。

### (3) 立法論の展開

周知のように法制審議会は、経済取引の発展に伴い、担保取引の重要性はますます高まっているが、近時の社会・経済情勢の変化は著しく、現行の法制には様々な面で複雑化・多様化した現代の経済取引の実務に適応できなくなっており、特に主要な担保である抵当権については、制度の体系的な見直しが必要とされる状況にあるとの認識のもと、担保・執行法制部会を設置し、平成十三年五月から調査審議を開始した。平成十四年三月には、「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」（以下「中間試案」）が公にされたが、ここでは「抵当不動産の収益に対する抵当権の効力等」に関して、「a 抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、その内容をどのようなものとするか」、「b 抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、抵当権に基づく賃料に対する物上代位の在り方の見直しをする必要があるか」を検討するとして、複数の案が併記されるとともに、「後注」として「不動産の賃料に対して抵当権の効力が及ぶことの可否自体についても、なお検討する」との留保が付されている。ここでは「強制管理」類似の制度の導入と同時に、賃料債権に対する物上代位に関する判例法理の見直し、ひいては賃料（収益）への抵当権の効力自体についての再検討が示唆されている点が注目されよう。<sup>12)</sup>

### (二) 比較法研究（特にフランス法研究）の意義

以上のような状況にある我が国の解釈論・立法論にとって、不動産賃料の処分規制および担保化に関する比較法研究は極めて有益であると思われる。しかしながら、ドイツ法・アメリカ法に関する紹介は既になされている

もの<sup>(13)</sup>、我が抵当権制度の母法であるフランス法を研究対象とする本格的な論稿は未だ存しない。本稿はその比較法研究の欠落を補うことを意図したものである<sup>(14)</sup>。

(1) 周知のようにフランス法では、「果実の不動産化 (immobilisation des fruits)」という構成により、抵当権が実行された後には、不動産賃料へ抵当権の効力を及ぼすことを認める。すなわちフランス民事訴訟法【旧規定】六八五条一項（一九五九年デクレ）は、「賃料および小作料は、支払催告が公示の目的で抵当権保存所に提出された時点から、不動産の価格とともに抵当権の順位配当によって分配されるために不動産化される」と規定している<sup>(16)</sup>。具体的には、抵当権の実行としての「差押え (saisie)」（正確には「支払催告の公示 (publicité du commandement)」）後も、被差押者（債務者・設定者）は不動産につき使用収益を継続するが、使用収益権・管理権は制限され、「裁判上の保管者 (séquestre judiciaire)」の資格において使用収益が行われることになる。よって一方では債務者自らが占有していた場合、被差押者は賃料を支払うこともなく売却まで占有を継続できるが、「裁判上の保管者」の資格において善良なる家父長の管理をしなければならなくなる（六八一条一項<sup>(17)</sup>）。他方では差押債権者・抵当権者に対抗できる賃貸借が設定されていた場合、賃料は所有者である被差押者（債務者）に支払われ、裁判上の保管者として債務者の計算において受領されるが（六八一条三項）、差押債権者・抵当権者は異議 (opposition) をなすことが可能であり<sup>(18)</sup>、この場合、賃借人は供託局または裁判長が指名する保管人に弁済しなければならぬとされる（六八五条二項<sup>(19)</sup>）。竹下教授が指摘されるように、以上のような手続法上の仕組みが我が国に継受されることはなかったが、「果実の不動産化」の考え方自体については、我が国の民法三七一条がそれを前提として考えると考えることができよう。

これに対して、抵当権の実行（差押）前において賃料に抵当権の効力を及ぼすことはフランス法では全く想定されておらず、賃料債権への物上代位 (subrogation réelle) という議論も存在しない<sup>(21)</sup>。この点で平成元年以来の

我が国の判例法による運用は、母法のそれから明らかに乖離し全く異なる方向に歩み始めていると云えよう。ただフランス法では、抵当債権者が抵当権自体の効力とは別途の枠組みにおいて、抵当不動産の賃料債権を補充的な担保にとるという担保実務が行われていることを見落してはならない。フランスの金融実務では、担保化の手段としては「譲渡 (cession)」よりも「支払指図 (délégation)」が頻繁に利用されているようである（「担保としての賃料支払指図 (délégation de loyers en garantie)」<sup>(21)</sup>）。そうすると日仏で対比されるべきは、抵当権の賃料債権への物上代位を認める我が国の判例法と、フランスにおける賃料債権担保の金融実務ということになる。本稿のねらいの一つはその点の比較にある。賃料債権の担保化をめぐる議論についてはアメリカ法のそれが紹介されているのみであるが、我が国の解釈論・立法論にとつては抵当制度を同じくするフランス法の実務を学ぶ意義がそれ以上に大きいように思われる。

(2) さらに我が国の解釈論・立法論にとり重要だと思われるのは、フランスにおいて許害的な賃料処分の法規制が古法以来の裁判実務上・立法上の課題であったという点である。特に一九世紀初頭から二〇世紀初頭にかけて、一八五五年の不動産登記法の制定を経て、ほぼ一世紀にわたって論じられてきた。その過程においては、我が国の「平成一〇年判決」とほぼ同様の位置づけがなされ得る破毀院判決が下され、後にそれが葬り去られるという経緯が存し、さらに立法（不動産公示システム）による法規制の試みもなされている。その意味では、フランスにおける法規制の変遷は、日本での議論をほぼ一世紀先取りしているとも分析できよう。

(3) 以上の歴史的経緯を捨象し、今日のフランス法の枠組みを取り上げるならば、それは次のように整理することが可能であろう。

【フランス法の枠組み】

① 詐欺的質料処分に対する法規制

A : 詐害行為取消権 (action paulienne) によるフロード (fraude) を要件とした個別的・例外的な法規制

B : 不動産公示 (publicité foncière) による画一的な法規制

② 質料債権担保の実務

― 担保としての質料支払指図 (délégation de loyers en garantie)

我が国の判例法理が、「質料債権への物上代位」による抵当権の強化という極めて単一的な発想によって解決を図ろうとしているのと対照的に、フランス法の枠組みは、おそらくその歴史的な議論の蓄積ゆえに、複合的・重層的である<sup>(23)</sup>。それではまずは、フランスにおける詐欺的質料処分に対する法規制の変遷の歴史的展開を概観しよう(第二章)。次いで質料債権担保の実務を紹介する(第三章)。

- (1) 主要なもののみ挙げれば、生熊長幸「将来にわたる質料債権の包括的差押え・譲渡と抵当権者による物上代位― 解釈論的・立法論的提言―(上)(下)」金法一六〇八号六頁以下、一六〇九号二三頁以下(二〇〇一年)など参照。
- (2) 例えば、住田昌弘「債権回収妨害に対する管理機構の対応」金法一四九五号五二頁(一九九七年)など参照。
- (3) 例えば、青木則幸「アメリカ法における質料譲渡制度の現状―不動産収益の担保化に関する制度的研究に向けて」早稲田大学大学院・法研論集九四号一頁以下(二〇〇〇年)など参照。
- (4) 最二小判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁。鎌田薫「質料債権に対する抵当権者の物上代位」石田喜久夫Ⅱ西原道雄Ⅱ高木多喜男先生退職記念・金融法の課題と展望下巻・二五頁以下、松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金法一五〇四号六頁以下(一九九八年)など参照。

- (5) 最二小判平成一〇年一月三〇日民集五二卷一頁。野山宏・法曹五〇卷六号一四三頁以下(一九九八年)、松岡久和・民商一二〇卷六号一〇〇四頁以下(一九九九年)、下村信江「質料債権への物上代位と将来の質料の一括的譲渡」高木多喜男先生古稀記念・現代民法学の理論と実務(成文堂・二〇〇二年)三七頁以下など参照。
- (6) 抵当権に基づく質料債権への物上代位と賃借人の相殺との優劣に関する最三小判平成一三年三月一三日民集五五卷二号三六三頁など。松岡久和「質料債権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(1)(2)(3)」金法一五九四号六〇頁以下、一五九五号三三頁以下、一五九六号六六頁以下(二〇〇〇年)、山野目章夫「抵当権の質料への物上代位と賃借人による相殺(上)(下)」NBL七二二号六頁、七二四号二八頁(二〇〇一年)など参照。
- (7) 椿寿夫「抵当権の効力拡張現象」銀行法務21・五七二号五頁以下(二〇〇〇年)、高木多喜男「質料に対する物上代位」銀行法務21・六〇一―号三三頁以下(二〇〇二年)など参照。
- (8) 最三小判平成一〇年三月二四日民集五二卷二号三九九頁。山本和彦・判評四八二号三四頁以下(一九九九年)、千葉恵美子・民商一二〇卷四二五号二五六頁以下(一九九九年)など参照。
- (9) 最一小判平成一〇年三月二六日民集五二卷二号四八三頁。河野玄逸・私法リマックス一八号二六頁以下(一九九九年)、徳田和幸・判評四八〇号二〇頁以下(一九九九年)など参照。
- (10) 田中克志「抵当不動産の質料債権と抵当権の効力」石田喜久夫先生古稀記念・民法学の課題と展望(成文堂・二〇〇〇年)四四四頁、青木・前掲「アメリカ法における質料譲渡制度の現状」二頁など参照。その他、田原睦夫・金法一四八四号二二―二三頁(一九九七年)、佐久間弘道・銀行法務21・五四八号一―一二頁(一九九八年)など参照。
- (11) 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産質料の事前処分(一)(二)(三)」大阪学院大学法学研究二三卷二号九頁以下、二四卷一―号三九九頁以下、二五卷一―号一三三頁以下(一九九六―一九九八年)(特に「三」)一八七頁以下)、生熊・前掲「将来にわたる質料債権の包括的差押え・譲渡と抵当権者による物上代位(下)」二六―二七頁、山野目・前掲「抵当権の質料への物上代位と賃借人の相殺(下)」三二―三三頁など参照。さらに立法論としては、不動産自体の処分と同様に、包括的な質料処分についても、不動産登記(公示)の対象とすることにより、取引の安全を確保すべきだとの主張が想定されよう。

なお、三九五条但書の類推適用 (佐久間弘道・銀行法務21・五三〇号一頁 (一九九七年)、同五四八号一三頁 (一九九八年) 参照)、詐害行為取消 (高橋智也・東京都立大学法学会雑誌四〇巻一頁六七三頁 (一九九九年) 参照)、信義則・権利濫用など (大西武士・判タ七四号八頁 (一九九八年)、中井美雄「物上代位制度の法目的―歴史的解釈・目的論的解釈・政策的価値判断の錯綜 (二・完)」奈良法学会雑誌一二巻二頁六六〇六八頁など参照) により、個別的に質料譲渡の効力を争う余地を認めるべきとする見解が存在する (下村・前掲高木古稀五二頁参照)。筆者もかつてこの問題につき、四二四条の類推適用論の有用性を示唆しておいた (拙稿「現行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一項との比較考察 (二・完)」法研七二巻二頁二三八頁以下 (一九九九年)。なお後注 (23) 参照。

(12) 担保法・執行法の改正に関する文献は枚挙に暇がないが、主要な特集のみ挙げれば、鎌田薫他「抵当権制度の現状と将来像 (1) (15)」NBL七〇〇号七二四号 (二〇〇〇) (二〇〇一年)、内田貴他「担保法の改正に向けて (上) (下)」ジュリー二一三三号一―二一四号 (二〇〇一年)、福永有利他「近未来の抵当権とその実行手続」銀行法務21・六〇〇号 (二〇〇二年)、山野目章夫他「変わる担保・執行制度」銀行法務21・六〇一―六〇二号 (二〇〇二年)、平野裕之他「担保・執行法制のあり方―中間試案をうけて」ジュリー二二三三号 (二〇〇二年)、山野目章夫他「担保・執行法制の課題―法制審議会要綱中間試案を読む」法時七四巻八号 (二〇〇二年) など参照。なお、「中間試案」および「補足説明」については、金法一六四〇号八頁 (二〇〇二年)、ジュリー二二三三号一―二頁 (二〇〇二年) 参照。

(13) ドイツ法につき、占部・前掲「ドイツ法における抵当不動産質料の事前処分」、田中克志「質貸料債権をめぐるドイツ土地担保法の変遷」静岡大学法政研究五巻三―四号八五頁以下 (二〇〇一年) など参照。アメリカ法につき、青木・前掲「アメリカ法における質料譲渡制度の現状」、同「アメリカ法における質料譲渡制度の史的考察―カリフォルニア州における法理の展開を中心に (一) (五)」早稲田大学大学院・法研論集九五号一―一〇〇号 (二〇〇〇) (二〇〇二年) など参照。

(14) いささか古い文献であるが、大陸法における質料処分の法規制については、概ね、ラテン・グループと、ドイツ・スイス・グループに二分することができるとの指摘がある。前者 (フランス、ベルギー、スペイン、イタリア、モナコ、スペインを挙げる) の特徴は、一定の期間 (三年、一年など) を超えた質料処分を公示の対象する点にある

(14) LACARDE (A.), *Des cessions et quittances anticipées de loyers ou fermages non échus*, thèse Paris, 1913, Arthur Rousseau, pp. 35-39)。

(15) 鈴木禄弥・抵当制度の研究(一粒社・一九六八年)一五〇頁以下、竹下守夫・不動産執行法の研究(有斐閣・一九七七年)七四頁以下、松岡久和「抵当権の本質について―質料債権への物上代位を中心に―」高木多喜男先生古稀記念・現代民法学の理論と実務の交錯(成文堂・二〇〇一年)二四―二六頁など参照。cf. MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (Fr.), *Leçon de droit civil*, t. III, 1<sup>er</sup> vol: *Sûretés-Publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., par Yves Picod, 1999, n° 440, pp.420-421; VINCENT (J.) et PRÉVAULT (J.), *Voies d'exécution et procédure de distribution*, 18<sup>e</sup> éd., 1995, n° 378, p.266; etc.

(16) [Art. 685, al. 1<sup>er</sup>] de l'ancien Code de procédure civile (D. n° 59-89, 7 janv. 1959)

Les loyers et fermages seront immobilisés à partir du dépôt du commandement au bureau des hypothèques aux fins de publicité pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque.

(17) DONNIEU (Marc), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 5<sup>e</sup> éd., 1999, n° 1345, p. 424.

(18) これは saisie-arêt (今日的には saisie-attribution) と相類する (DONNIEU, *op. cit.*, n° 1348, p. 425)。

(19) DONNIEU, *loc. cit.*

(20) 竹下・前掲書七四頁、松岡・前掲「抵当権の本質について」二五頁など参照。

(21) 高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察―フランス subrogation réelle 理論の歴史的展開からの示唆(三)―」都立大学法学会雑誌三九巻二七七八頁(一九九八年)など参照。

(22) cf. ex. MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 109, p.182; BOUTTIER (François), *Loyers en garantie, Commentaires et Formules*, J.-Cl. éd. N., 1995. なお、本稿のテーマ(特にフランスでの金融実務)に関してはトゥールーズ大学ミシェル・ダゴウ(Michel Dago)教授、ストラスブール大学フィリップ・シムレール(Philippe Simler)教授、ランス大学マルク・ゴリオール(Marc Billiau)教授にインタビューを行い、懇切丁寧な)教授を得た。記して謝意を表する次第である。

(23) 理論的には、フロード(fraude)法理の動的把握の問題として位置づけることが可能だと考えている。本稿は

そもそも二〇〇二年三月三〇日に行われた第四二回日仏法学会総会での報告を基にしたものであるが、その各論部分についてののみ、テーマの緊急性から、許可を得て『法学研究』誌上に掲載する次第である。格別の配慮を頂いた日仏法学会には改めて謝意を表したい。なお、総論部分すなわちフロード法理との関係については、その詳細は『日仏法学』(二三号)誌上にて言及を行う予定である。ここではその概要のみを示しておこう(フロード法理一般につき cf. ex. GHESTIN (J.) et GOURBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction*, 4<sup>e</sup> éd., avec Muriel Fabre-Magnan, 1994, n<sup>os</sup> 809 et s.; VIDAL (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe «fraus omnia corrumpit», 1957, Dalloz; ROMAIN (Jean-François), *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé, des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit), 2000, Bruyant; etc.*.)。*

詐欺的な行為の規制はまずは、個別的・例外的な規制から始められる。いわゆる例外則としてのフロード (fraude) である。すなわち原則として行為を行うことは行為者の自由であるが、例外的に詐欺の意図 (intention frauduleuse) で行為をなした場合には、法はその行為の効果を認めない。

ローマ法やフランス古法の法源においては、*fraus, fraude* 規定が広範囲にわたって散見されるが、一応の類型化は可能であり、*fraus legis (la fraude à la loi)*, *fraus alterius (la fraude aux droits des tiers)* (法律に対するフロード)、第三者の権利に対するフロード)を区別するのが一般的である。

一般的法諺 *fraus omnia corrumpit* (フロードはすべてを無にする) が確立するのは、一三世紀〜一四世紀のロマニステン (バルトルス学派) においてであるといわれ、フランスでは一九世紀の初頭において *la fraude fait exception à toutes les règles* (フロードはすべての規則の例外をなす) という形で判例によって一般法理として承認されるようになる。

フロード関連規定の中でもっとも重要なものが、*action paulienne* を規定する一一六七条であり、判例法理は古くから、同規定を一般債権者だけでなく、抵当権者の保護にも援用しており(一種の転用論である)、今日的には(特に一九九〇年代以降)学説もそれを支持するようになってきた。

よって詐欺的な質料処分規制は、フロードの一般法理(法諺)によるにせよ、*action paulienne* によるにせよ、

いずれにしても、許害意思を要件とする例外的・個別的な規制を出発点とする。これは、後に立法による画一的な法規制がなされても、ベースにある規制として常に前提とされるものである（我が国の個別規制に関する議論につき、前注(11)参照）。

だが、許害意思を要件とする例外的・個別的規制では不十分だと思われる場合がでてくる。それに対処するために、*objectivation de la fraude*（フロードの客観化）による画一的な法規制が行われる。一定の範囲を超える賃料の事前処分は許害行為である可能性が高いので、それについては公示をしなければ第三者に対抗できないとする一八五五年法以来の立法による法規制は、まさに *objectivation de la fraude* の局面に他ならない（フロードの客観化については cf. HOUZÉLOT (Pierre), *Des moyens de fraude aux droits d'autrui, Contribution à la théorie générale de la fraude en droit privé, (dacty.)*, thèse Bordeaux, 1996, surtout, n<sup>os</sup> 217, n<sup>os</sup> 304 et s.)。

## 二 許害的賃料処分に対する法規制の歴史的展開

フランスにおける許害的な賃料処分に対する法規制は、一九世紀初頭の判例法理の展開を経て、一八五五年の不動産騰記法の制定により一応の立法的解決が与えられるが、実は古法において既に賃料前払・譲渡は不評を買っており、その制限が模索されていたようである。ここでは古法以来の法規制の歴史を簡略に振り返ることにしたい。<sup>(1)</sup>

### (一) 前史 古法

古法においては、賃料・小作料の期限前の弁済（前払）に関しては、多くの裁判例によって一定の期間にその

効力が制限されていた。また期限未到来の賃料・小作料の譲渡に関しては、譲受人は第三者に対する関係では順次期限が到来した時点においてしか債権を取得できないとするのが、ポティエに代表される有力な見解であった。前払と譲渡につき分けて紹介しておこう。

① 前払について

期限前の弁済に関しては、多くの裁判例において、債権者に対する関係では、半年または一年の期間についてのみ効力を有するとされてきたようである。<sup>(2)</sup> 例えばドゥニザールによれば、「賃借人は、所有権者の債権者を害して、あるいは所有者の手元で行われる差押えを害して、予め賃料を有効に支払うことはできない。ただし賃料がそのように支払われる旨の公証人の面前でなされた賃貸借の明示の約定がある場合はこの限りでない。ただしその場合でも半年の予めの弁済しか許されない。このような約定がない場合は、賃借人は差押者に対して二重弁済を強いられる。ただし所有権者への求償を妨げない」と説明されている。<sup>(3)</sup> また農地の小作料に関しては一年分の前払が認められるとするものが存した。<sup>(4)</sup>

② 譲渡について

ポティエに代表される慣習法学者の有力な見解は、<sup>(5)</sup> 期限未到来の賃料・小作料を譲り受けた譲受人は、第三者に対する関係では、順次期限が到来した時点においてしか権利を取得しえないと構成する。ポティエは将来債権譲渡一般につき次のように説明している。

「移転の送達および承諾は、期限が到来した時に初めて、移転された債権の譲受人にその権利を取得させる。なぜならば事物の本性によって、未だ存在しないものの権利を取得させることは不可能だからである。それゆえにある者が期限

未到来の定期金、賃料または小作料を譲受人に譲渡した場合、譲受人は、移転の送達をなさしめたとはいえ、あるいは債務者に承諾をなさしめたとはいえ、移転の送達の後期限が到来する時においてしか権利を取得できない。」  
 「もし債務者が期限が未だ到来していない債権の移転をなした場合、移転の送達および承諾は、期限が到来するまで、譲渡人の債権者がそれを差し止めることを何ら妨げはしない。その場合、譲渡人の債権者は、期限以前に債権の移転を送達したかまたは承諾をさせた譲受人と按分額で競合することになる。この場合、当該送達または承諾は差止めに値するものでしかない。」<sup>(6)</sup>

このように既に古法においては、債権者を許害してなされる賃料・小作料の前払・譲渡の効力を制限しようとする試みがなされていたようである。前払については一定の期間（半年または一年）にその効力を制限するとの法規制が裁判実務上行われていた。譲渡については、期限未到来の賃料・小作料を対象とするときは、譲受人はたとえ賃借人への移転の送達がそれ以前になされていたとしても、第三者に対する関係では順次到来する期限においてしか権利を取得できないとポティエに代表される古法の慣習法学者は構成していたが、むしろこれは将来債権の譲渡一般の効力論からの帰結であったようだ（以下「ポティエ理論」<sup>(7)</sup>）。

## (2) 法典編纂過程における議論

いわゆるナポレオン法典の一つである民事訴訟法典（一八〇六年）の編纂過程において、「不動産差押（*Saisie immobilière*）」の審議に際して、抵当権を許害する長期の賃貸借の設定および賃料の前払の法規制について議論がなされている。<sup>(8)</sup> すなわち護民院の立法部会（*la section de législation du Tribunal*）は、賃貸借をなす際に、フロードを予防するために（*afin de prévenir les fraudes*）不動産につき既に抵当権登記が設定されている場合には、賃貸借の期間を地方の慣習に従い制限し、かつ賃料の予めの弁済を最初の年についてのみ認めるべき

であるとの提案がなされている。立法部会は以下のように述べている。<sup>(9)</sup>

「1—民法典によれば、小作または家屋賃貸借 (Bail à ferme ou à loyer) はきわめて長期の期間でなされ得る。しながらこのような長期の賃貸借は債権者を害してなされる可能性がある。

それが競売価格をいかに下落させるかを想起しよう。この場合、いかなる賃貸借であろうとすべてその期間を、競売時から起算して地方の慣習に従い (suiwant l'usage des lieux) もっとも長いとされる期間に制限することが正当であろう。

2—小作人や賃借人が賃貸借期間のすべてあるいは複数年分を予め支払うというケースを想定しておく必要があるであろう。債権者を害してなされるこの事前処分 (anticipation) は、競売が行われる年の一年についてのみ認めるのが正当である。それ以前の年になされた弁済は有効である。

これは、予めの小作料・賃料の支払を賃貸借の最初の一年に限って有効としたいいくつかの裁判所による古法の判例に戻ることになる。<sup>(10)</sup>

立法部会はこのような視点から、草案七一五条の修正案を提案した。<sup>(11)</sup>

【七一五条】

一項「小作または家屋賃貸借は、いかなる期間で締結されたものであっても、締結時に不動産につき抵当権登記がなされていない場合には、合意されたすべての期間について履行される。」

二項「設定時に一つないし複数の登記がなされている場合には、その期間はつねに、買受人に対する関係においては、競売時から起算して地方の慣習に従いもっとも長いとされる期間に制限される。ただし小作人または賃借人の被差押者に対するあらゆる求償を妨げない。」

【七一五条ノ二】

「小作または家屋賃貸借が締結された時に不動産につき抵当権登記が存する場合には、小作人または賃借人によってなされた期限前の弁済は、競売がなされる年についてのみ債権者および買受人に対して効力を有する。」

なお、これらの規定も批判を免れなかった。すなわち草案七一五条ノ二は、登記以前の弁済については債権者を保護することがないばかりか、さらには期限前の弁済と同様に債権者の権利を害する予めの譲渡に関しては何ら規制の対象としていないからである。これは明らかな見落としと云えよう。<sup>(12)</sup>

たとえこのように不完全なものとはいえ、この規定の採用は強く望まれていたのだが、最終起草<sup>(13)</sup>においては、この修正案は削除されることになった。以下のような理由が述べられている。

「これらの規定はあまりに所有権の取引や利用を阻害することにならう。それゆえ支払催告（commandement）以降になされた賃貸借のみを危険なものともみなすことを堅持し、かつ賃料および小作料の差押を許可するに留まったのである。そもそも仮に詐害（fraude）がある場合、債権者はさらに先に進むことができる。何故なら、詐欺はすべての規定の例外をなすからである（*le dol est exceptif de toutes les règles*）。この点についてはディゲスタの中に一つの章<sup>(14)</sup>が丸々設けられている。民法典一一六七条もそれを同様に説明しているし、これに関しては商法典も規定を有している。」

このようにナポレオン法典の制定段階において、抵当債権者を詐害する賃貸借、賃料処分（前払）に対する法規制の導入が検討されたが、最終的には立法化は見送られた。設定者の所有権の自由に対する制約になると判断されたからである。だが同時に許害的な行為に関しては、フロード一般法理、詐害行為取消権（フランス民法典一一六七条）によって個別的な規制をなし得ることが前提とされていた点を看過してはならないであろう。

## （二）一九世紀前半の判例・学説

### （1）はじめに

ナポレオン法典（一八〇四年の民法典・一八〇六年の民事訴訟法典）においては、抵当債権者を賃料の事前処分

(前払・譲渡) から保護する明文上の規定は設けられなかったが、法典制定直後から、両法典の註釈者は、賃料の事前処分は古法の学者と同様に不信の念を抱き、フロードを抑止しようと努力した。

当初は、前払について、前払は旧民事訴訟法典六九一条(果実の不動産化の効果)をくぐり抜けようとするフロードであるとして、フロードの一般原則(民法典一一六七条)に従い無効となる学説<sup>(15)</sup>、複数年にわたる前払は「単なる管理の範囲 (cercle de la simple administration)」を逸脱するものゆえ、用益権 (usufruit) の譲渡と類比し、前払は抵当権の追及効(民法典二二六条)の行使を妨げないと構成することによってフロードを抑止すべきだとする学説<sup>(16)</sup>が存した。他方、譲渡について、ポティエ理論と同様に、譲受人は譲渡された賃料債権につきその期限が到来した範囲においてしか終局的に権利を取得し得ないとする学説<sup>(17)</sup>が有力に主張されていた。

これに対して後の学説・判例においては、期限未到来の賃料債権であっても他の期限付き債権と同様に譲渡の対象となり、一六九〇条の要式が履践されたならば、第三者に対抗可能となる点、賃料前払・譲渡が債権者を害する意図でなされた場合に、債権者はその無効を民法典一一六七条またはフロード一般法理に基づいて宣言する判決を得ることができる点を議論の前提としつつ、しかしながら原則としてフロードは推定されないので、フロード法理(一一六七条)の救済のみでは不十分であるとし、抵当債権者の保護を図るためにより実効的な救済方法が模索されたのである。まずは破毀院判決によって議論に先鞭がつけられることになる。

## (2) 破毀院一八一三年判決

破毀院は一八一三年という民法制定後まだ間もない時期に、抵当不動産の収益である賃料の予めの譲渡は、不動産の実行(売却)以降は抵当債権者に対抗できないとの判断を下している。

破毀院民事部一八二三年一月三日判決<sup>(18)</sup>（「1」判決）

【事案の概要】

抵当不動産の所有者Bは一八〇九年二月に、賃借人Cに対する一八一〇年一二月に至るまでの賃料債権を被告Yへ（代物弁済として）譲渡した。その後の一八〇九年一月三日、原告XはBから当該不動産を譲り受け、一八一〇年七月九日の順位配当判決（*Jugement d'ordre*）に従って売却代金および売却日以降の利息をBの抵当債権者A等に支払った。そこでXはYを被告として、民法典二〇九一条および二二六六条に基づいて、譲渡日以降は抵当債権者が抵当不動産の果実および収益につき権利を有すると主張して、A等に代位して売却日以降に期限の到来した賃料の支払を請求した。

原審判決（トリノ控訴院（正確には *Cour impériale*）一八一一年二月二〇日判決）は、第一審判決を取消し、Yは当該家屋につきその売主に帰属したと同じ権利しか取得しえないところ、売買契約の時点で、Bはその債権者であるYに既に代物弁済として期限未到来の賃料を譲与してしまっているため、それがBに属していたとはもはや云えないと判断した。X上告。

【判決】原審判決破棄

「二一六六条の一般規定から、不動産につき先取特権または抵当権を取得した債権者が、当該不動産の譲渡の価格だけではなく、譲渡の日から生じる価格の利息についても権利を有することが帰結される。……それゆえ登記された債権者は、利息またはその利息の代償たる収益につき債務者によってなされるであろうすべての売買または事前の譲渡にもかかわらず、その利息について権利を有するのである。さもなければ、強制競売のおそれがある債務者、あるいは任意売却を意図している債務者が、抵当不動産の収益を将来の長年に亘って売却または譲渡に同意することによって、何ら咎められることなく登記債権者の権利に損害を与え、その損失において利得することが可能となってしまうであろう。二〇九一条は明文で、債務者によって同意された不動産質が、不動産質を権原として引き渡された不動産につき第三者が

取得するであろう権利を何ら害することはないと規定している。そして不動産質は不動産の果実の譲渡と何ら異なるところはなのであるから、不動産の譲渡の後においてのみ期限が到来する収益の譲渡が、不動産質と同様に、譲渡不動産につき抵当権を有する第三者に対抗できないことは明らかであろう。破毀院は以上のように述べて、原告が債権者の権利を行使して、売却以降に期限の到来した家屋の賃料の支払を請求することはできないとした原審判決は破棄を免れないと判示した。

このように破毀院は、債務者が抵当不動産の収益(賃料)を長期に亘って譲渡することによって抵当債権者に損害を与えることがないように、抵当権の追及効について規定する二一六六条および不動産質に関する民法典二〇九一条を根拠として、<sup>(19)</sup>事前の賃料譲渡は不動産実行(売却)以降については抵当債権者に対抗できないとの立場を明らかにしたのである。

ちなみにここでは不動産質に関する二〇九一条が根拠条文として援用されているが、フランス民法典の想定する不動産質は、債権者に不動産の果実 (les fruits de l'immeuble) の收取権能のみを付与するとされたので<sup>(20)</sup> (二〇八五条)、不動産自体 (le fonds de l'immeuble) について第三者が取得する権利を害することはないというのが同条の趣旨であった。例えば同一不動産に抵当権が設定された場合、抵当債権者は抵当権の実行前は原則として果実につきいかなる権利も有しないので、不動産質権者が果実を收取しても、それが抵当権を害することにはならない。しかしながら抵当権が実行された後(抵当訴権行使後)はそれによって果実が不動産化されるので、不動産質権者は二〇九一条によって第三者たる抵当債権者を害して質権の行使ができなくなる<sup>(21)</sup>。破毀院は、不動産質と不動産の果実の譲渡は実質的に異なるところはないとの判断から、二〇九一条をいわば類推して、予め賃料を譲渡しても、抵当不動産の実行(売却)後に期限が到来する部分については、抵当債権者に対抗できないとしたのである。

以上の破毀院の判例理論を「二〇九一条類推適用説」と呼ぶならば、同説の背後にはまさしく賃料譲渡に対して抵当権の効力を優先するという価値判断が存するわけであるが、後に検討するように判例・学説は爾後、同説の可否をめぐる肯定説と否定説に二分されることになる。

なお同時期の控訴院判決としてニーム控訴院一八一〇年一月二八日判決<sup>(22)</sup>【2】判決、ニーム控訴院（正確にはCour royale）一八一九年八月二四日判決<sup>(23)</sup>【3】判決が存する。【2】判決は破毀院一八一三年判決【1】判決の直前のものであるが、小作料（二五年分）の前払について、「抵当不動産の小作料の預めの弁済は、不動産の売却以降は、抵当債権者に対抗できない」（正確には「第三者の利益において取り消されるべき」と判示し、【3】判決は破毀院一八一三年判決【1】判決）の数年後のものであるが、「抵当家屋の賃料につき差押し差止（saisie-arrière）を行った債権者のためになされた賃料の預めの譲渡は、抵当不動産が売却される場合には、当該譲渡の前に登記をなした抵当債権者を害することができない。ただし抵当債権者は不動産とともにその従物すなわち売却以後に期限の到来する果実についても権利を有するからである」と判示している。

これら一連の判決によって、賃料の事前処分（譲渡・前払）は、抵当不動産の実行（売却）以降については、抵当債権者に対抗できないとの判断が判例法として統一されるかのように思われたが、後の裁判例は必ずしもこの破毀院判決に従わず、むしろ原則として賃料処分は抵当債権者に対抗できるとしつつ、管理行為論、フロード一般法理（一一六七条）などにより妥当な結果を帰結しようとする傾向が一八五五年不動産登記法の制定直前には多数となるようである。学説も「二〇九一条類推適用説」の可否をめぐる二分されるが、同時に裁判例に対応しつつ多様性を示すことになる。

我が国の判例法理の展開と対比すると、賃料債権への物上代位を無制限に認める平成元年判決を前提とする限り、果実の不動産化を出発点とするフランス法とは大きな差異が存するものの、賃料処分（譲渡）と抵当権との

優劣関係については、少なくとも抵当不動産の実行以降に関する限り、仮にそれ以前に賃料処分（譲渡）がなされてきたとしても、抵当債権者の効力が優先する点において我が国の最高裁平成一〇年判決とフランスの破毀院一八一三年判決には同様の位置づけを与えることが可能であろう。

その意味では、フランス法においてその後、判例・学説による解釈論、抵当制度の改革の立法論がどのように展開されていったのかは、我が国の将来の法形成を想定するうえで極めて示唆に富むものと想像されよう。

(3) 一九世紀前半の学説

学説は、破毀院一八一三年判決の二〇九一条類推適用説を支持し、賃料処分（譲渡）は抵当債権者に対抗できないとする立場（i）と、これに反対し二〇九一条は類推適用されず、賃料処分（譲渡）は抵当債権者に対抗できるとする立場（ii）とに二分することが可能である。さらに抵当債権者に対抗できる賃料処分を合理的な範囲に制限しようとする中間的な立場（iii）も存した。

(i) 抵当権優先説（二〇九一条類推適用肯定説）

破毀院一八一三年判決【1】判決）併せてニーム控訴院（正確には Cour royale）一八一九年判決【3】判決）を詳細かつ批判的に取り上げつつ、基本的に「二〇九一条類推適用説」に賛同を示すのはトロロンである。<sup>(24)</sup> トロンは、*抵当訴権 (action hypothécaire)* が果実を不動産化するもので、*抵当訴権行使後 (抵当権実行後)* には、*不動産質権者*は二〇九一条によって第三者たる抵当債権者を害して質権の行使ができなくなる、すなわち差押の送達（今日では民訴法六八二条により差押の贈記）<sup>(25)</sup>以後に期限の到来した果実は、もはや不動産質権者に帰属せず、*抵当権の担保を増大させるとの説明を前提とし*、この不動産質に関する二〇九一条は、複数年に亘る果実の予め

の譲渡の場合にも「完全な類推 (une analogie parfaite)」がなされるべきであり、「**抵当権**がその訴権によって**果実**を不動産化した時点から、**抵当債権者**にそれ（**複数年に亘る果実の予めの譲渡**）を**対抗**できなくなる」とする。<sup>(26)</sup>

なお、このようにトロロンは、賃料（果実）譲渡については二〇九一条を類推するが、賃料前払については賃料譲渡と区別し、小作料が予め善意で支払われた場合には、それは尊重されるべきで、**抵当債権者**は小作人に対して訴権を行使し得ないとし、ニーム控訴院一八一〇年判決〔2〕判決<sup>(27)</sup>に反対している。しかし前払と譲渡の間には、**抵当債権者**にとっては賃料・小作料に相当する金額を直接賃借人・小作人から受領するか間接的に**第三者**（**譲受人**）から受領するかの差しかなく、両者を区別して取り扱う意味はないとの批判が強い。<sup>(28)</sup> 前払についても二〇九一条を根拠としつつ**抵当債権者**に**対抗**できないとする説も存したようである。<sup>(29)</sup>

(ii) 賃料処分優先説（二〇九一条類推適用否定説）

ダロズは、二〇九一条の類推により、賃料前払のなされた賃貸借などは不動産の金銭的な価値を大きく減少させるものとして損害さえあれば**フロード**を証明せずとも**抵当債権者**に対する関係では無効とされるとした旧版の説を改め、二〇九一条はその本来の適用領域に限定されるべきで、不動産質の付与と不動産の果実の予めの譲渡の間には何等の類似性もなく、所有権に対する制限は類推という手段によって一方から他方へ**拡張**され得ないと判示したドゥエ控訴院一八五〇年二月二六日判決<sup>(30)</sup>（後掲【6】判決）を支持する。<sup>(31)</sup>

ダロズは、「一般法によれば、不動産に設定された**抵当権**は、所有者が**第三者**と共謀して**抵当債権者**を詐害するということさえなければ、所有者から当該不動産の**果実**を好きなように処分する**権能**を奪うことはない。確かに**抵当債権者**によって実行される不動産の差押は、その効果として、追及のある局面において、**果実**を**不動産化**しその処分を禁止するが、この**不動産化**は、既に**第三者**に**権利**が取得されている**果実**にまで及ぶことはない」と<sup>(32)</sup>

し、明文の規定のない限り、原則として所有権者の果実（賃料・小作料）の自由な処分を認め、果実の不動産化も既に第三者が権利を取得している果実にまでは及ばないとする本来の民法典・民事訴訟法典の出発点に留まらざるを得ないことを明確に説いている。

そして「抵当債権者に対する関係で、賃料または小作料の予めの弁済を伴う長期の賃貸借を取り消すことができるのは、フロードが認定された場合のみである。蓋し法律は債務者がそれを行うことを禁止していないからである。ただこの場合は予めの弁済という事実のみによってフロードが推定され、それは賃借人の善意の立証を困難にするに違いない」<sup>(33)</sup>と述べ、許害的な賃料処分に対してはフロード一般法理による個別的な規制によらざるを得ないが、フロードの推定というテクニックを用いる余地は認めている。<sup>(34)</sup>

(iii) 合理的制限説

許容される賃料処分の合理的範囲あるいはフロード認定の客観的基準を、立法論としてではなく、解釈論として打ち出そうとする学説も存した。

デュラントンは、果実の不動産化について規定する旧民訴法六九一条（現行民訴法【旧規定】六八五条）を根拠として、地方の慣習に従った範囲を超えた賃料処分は抵当債権者に対抗できないと説明している。

「賃貸不動産を差し押さえた債権者が賃貸借の日付以後に抵当権を取得した場合、債権者は、債務者によってなされた賃料の予めの受領、果実のデレガシオン（*délégation*）、不動産質（*antichrèse*）を尊重しなければならぬが、差押債権者が賃貸借の日付以前に抵当権を取得している場合には、賃借人は、期限前になした弁済を地方の慣習に従った範囲でのみ債権者に対抗でき、単に賃貸条項を履行するものであったとしても期限前の度を越した弁済を債権者に対抗することはできない。そうでなければ、債務者いかに、すなわち長期に亘って抵当不動産を賃貸に供しかつ賃料・小作

料を予め弁済させることによって、抵当債権者を害することになってしまふからである。（旧）民法六九一条は、賃借者が支払催告以前に確定日付を有している場合、債権者は賃料・小作料を差し押さえることができ、被差押者に送達となされた後には、期限が到来した賃料・小作料は不動産化され、抵当権の順位に従い不動産の価格とともに分配されると規定しているが、債務者は同規定を巧みに迂回することになる。このような意図は民法二〇九一条にも反しよう。だが反対に予めの弁済も、慣習に従った範囲でなされる限りにおいては、詐害（*troude*）の嫌疑が生じることはない。むしろ債務者がこのような予防策を講じておくことは、債権者にとっても利益となる。何故ならば、債務者が支払能力を維持すること、不動産を管理すること、それゆえ慣習に従って賃料・小作料の予めの弁済を要求することは債権者に利益をもたらすからである。<sup>(35)</sup>

このようにデュラントン<sup>(35)</sup>は、地方の慣習を基準とし、その範囲を超えた賃料処分は抵当債権者に対抗できないが、慣習の範囲内でなされた賃料処分は抵当債権者に対抗できるとするが、実質的には、慣習を一つのメルクマールとして、果実の不動産化規定（旧民法六九一条）に対する詐害（フロード）があるか否かが判断されていると分析できよう。すなわち一方では、慣習の範囲を超えた賃料処分については、旧民法六九一条を迂回し抵当債権者を害するフロード（*troude*）に基づく行為と判断できるが、他方では慣習の範囲内の賃料処分（特に予めの弁済）については、抵当債権者を害するフロードが存しないばかりか、むしろ不動産の管理のために必要な行為であって、債権者にとっても利益となるとの認識が存していた点が重要である。

またピオシユは、前払について、「期限前になされた弁済は取り消されなければならない（民法典一一六七条）が、慣習に従い、一期または二期分の賃料の支払についてであれば、賃借人は善意で行動したと看做され、抵当債権者に対抗される」としている。<sup>(36)</sup>

## (4) 一八五五年法制定前夜の裁判例

一九世紀の中葉に至ると、二〇九一条を類推適用し抵当権優先の結論を導いた破毀院一八一三年判決〔1〕判決〕の先例としての価値は失われ、一八五〇年代には二〇九一条の類推適用を否定し賃料譲渡や支払指図などの賃料処分が抵当権実行の効力（果実の不動産化）に優先するとの裁判例が多数を占め（リエージュ控訴院一八四二年六月四日判決〔5〕判決<sup>37)</sup>、ドゥエ控訴院一八五〇年二月二六日判決〔6〕判決<sup>38)</sup>、ニーム控訴院（正確には Cour imperiale）一八五二年七月七日判決〔7〕判決<sup>39)</sup>、ルーアン控訴院（正確には Cour imperiale）一八五四年二月一八日判決〔8〕判決<sup>40)</sup>など）、<sup>41)</sup>「確固たる判例法 (jurisprudence constante)」を形成していると評されるようになる。

まずはリエージュ控訴院一八四二年六月四日判決〔5〕判決〕は、「一般的に所有者がある物の果実や賃料（性質上不動産である）を処分することを妨げるためには、債権者がそれらの果実・賃料に対して何らかの追及権や優先権を有していない限り、不動産上に抵当権が存在するというだけでは不十分である」と述べて、売却家屋の期限未到来の賃料の一年に亘る当該譲渡（支払指図）は、フロードの徴候が無い限り、有効と宣言すべきであるとした。

次いで、先述のようにダロズの賃料処分優先説が依拠するのが、ドゥエ控訴院一八五〇年二月二六日判決〔6〕判決〕である。同判決は、善意でなされた（フロードの認定されない）賃料前払の事案に関するものであるが、一般論として、「二〇九一条はその本来の適用領域に限定されるべきで、不動産質の付与と不動産の果実の予めの譲渡の間には何等の類似性もなく、所有権に対する制限は類推という手段によって一方から他方へ拡張され得ない」と判示し、明快に旧来の判例法理である二〇九一条の類推適用説を否定した点に大きな意義が存する<sup>43)</sup>。これによって「果実の処分の自由は、たとえ抵当権に対立するものであっても、いかなる法律の規定によっても制限を受けることはない。」「確かに果実の予めの譲渡は、抵当債権者から果実の不動産化の利益を奪うことにな

るが、実はそのこと自体が、抵当権という権利が動産の性質を有する物については不確定な権利でしかないという脆弱性を明らかにしているのである。「……不動産の果実は、債権者の権利を許害して譲渡されうるが、それらの権利は、对人的な権利として、一一六七条によって保護されるのみである。」との帰結がなされる。

同じく小作料の前払のケースであるニーム控訴院（Cour impériale）一八五二年七月七日判決（〔7〕判決）も、「学説・判例によれば」として、「買受人も抵当債権者も賃借人から賃貸人に対してなされた弁済について、それがフロードなしになされた場合には、異議を述べることができない」と判示している。

ところで同様の構成に立脚しつつ、フロードを認定した裁判例も存する。コルマル控訴院（正確には Cour impériale）一八五一年八月六日判決（〔9〕判決）<sup>(44)</sup>は、九年に及ぶ小作料の譲渡を行った事案であるが、フロードを認定し、一一六七条の廃罷訴権（action revocatoire）によって譲渡の取消を言い渡している。

このように一八五五年法の制定前夜の一一八五〇年代においては、二〇九一条を類推適用し抵当権優先の結論を導いた破毀院一一八一三年判決（〔1〕判決）の先例としての価値は失われ、二〇九一条の類推適用を否定し賃料譲渡や支払指図などの賃料処分が抵当権実行の効力（果実の不動産化）に優先するとの裁判例が多数を占め、「確固たる判例法」を形成するに至っている。二〇九一条類推適用論・抵当権優先の結論を採用する裁判例も存したが（ブルジュ控訴院（正確には Cour impériale）一八五一年二月三日判決（〔10〕判決）、ルーアン控訴院（正確には Cour impériale）一八五四年二月一日判決（〔11〕判決）など）、むしろ「判例」に反するものとの位置づけがなされている。<sup>(47)</sup>

なお、抵当権登記以前になされた予めの賃料処分に関して裁判例は、善意でなされた限りにおいては（フロードがなければ）、抵当債権者に完全に対抗できるとしている。<sup>(48)</sup>

\* \* \*

以上のフランス一九世紀前半における判例学説の展開を、我が国における議論と対比してみよう。賃料債権への物上代位を無制限に認める平成元年判決を前提とする限り、果実の不動産化を出発点とするフランス法とは大きな差異が存するものの、賃料処分（譲渡）と抵当権との優劣関係については、少なくとも抵当不動産の実行以降に限定すると、仮にそれ以前に賃料処分（譲渡）がなされていたとしても、抵当債権者の効力が優先する点において我が国の最高裁判平成一〇年判決とフランスの破毀院一八一三年判決（一）判決）には同様の位置づけを与えることが可能であるとの視角を提示しておいた（二一～二三頁参照）。しかしながらフランスにおいては一九世紀中葉に至ると、一八一三年判決の先例的価値が失われ、賃料処分は抵当権の効力に優先するとの裁判例が蓄積し「確固たる判例法」を形成するに至る。この点は、平成一〇年判決に対して学説による厳しい批判<sup>49</sup>がなされている我が国の法状況が既に暗示するように、将来的には判例変更をも視野に入れた判例法理の見直しの必要性を示唆するものであるといえよう。同時にフランスでは判例法理の転換と相まって、いよいよ許害的な賃料処分に対する立法による法規制が強く望まれるようになってくるが、次節で検討するフランスにおける一八五五法制定に至る立法の試みは、我が国における近時の抵当制度改革論議およびそれを前提とした上での既存の物上代位に関する判例法理の見直し<sup>50</sup>にとりきわめて示唆に富むものであることが想像されよう。

(一) 主要な文献のみ列挙すれば、DALLOZ (D. et A.), *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphanébétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 37, nouv. éd., 1858, v° privilèges et hypothèques; LACARDE (A.), *Des cessions et quittances anticipées de loyers ou fermages non échus*, thèse Paris, Arthur Rousseau, 1913; NASR (Marcel), *De l'évidence du droit pour le propriétaire d'un immeuble hypothéqué de l'administrateur et de l'exploiter*, Art. 24101, pp. 93 et s., Art. 24112, pp. 125 et s., *Répertoire général pratique du Notariat (Défrenois)*, 1935; HERBECQ (Paul), *Baux à loyer et actes de disposition sur les loyers, Effets à l'égard des créanciers hypothécaire, Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1961, N° 1, pp. 83 et s.; v. aussi.

- ROLLERO (R.), *De la cession, délégation ou subrogation de loyers à échoir*, thèse Lille, Impr. Le Bigot Frères, 1895; JAILLÉS (Louis), *Étude comparée sur les effets de l'antichrèse et de la cession de loyers ou fermages non échus*, thèse Paris, Arthur Rousseau, 1897.
- (2) LAGARDE, *op. cit.*, p. 16.
- (3) DENISART (J. B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7<sup>e</sup> éd., t. III, 1771, V<sup>o</sup> Loyers, n<sup>o</sup> 20, p. 203.
- (4) サルヴィアは「ドゥニサールの見解を引用しつつ」「農地の小作料に関しては、小作人は一年分の前払が認められている。ただし、それ以上弁済したならば、債権者を許害して行動した、所有者と共謀して債権者が有効に小作料を差押するのを妨げた」と推定されるであろう。その場合、「差押者に二度払いを余儀なくされよう」と述べている (Salviat, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, V<sup>o</sup> Bail, cité par LAGARDE, *op. cit.*, p. 17, note (1) et JAILLÉS, *op. cit.*, pp. 110-111.)。
- (5) ボティエの他「ピロー、ドゥ・フェリエールが同様の見解を示している (Pigeau, *La procédure civile du Châtelet*, Paris, 1787, t. 1<sup>er</sup>, p. 647; de Ferrière, *Coutume de Paris*, sur l'art. 178, n<sup>o</sup> 26; cités par LAGARDE, *op. cit.*, p. 15, note (1))」。
- (6) POTHIER, *Traité de la procédure civile*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les Traités du droit français*, par Dupin, nouv. éd., t. IX, 1824, p. 204 et 205.
- (7) 我が国における有力説である「具体的債権発生時基準説」(松岡久和「物上代位権の成否と限界―包括的債権譲渡と抵当権の物上代位の優劣」(3)「金法一五〇六号一四〜一五、二二頁」(一九九八年)などの他、大西武士・判タ九七四号八一頁(一九九八年)、鎌田薫・金法一四九二号三九頁(一九九七年)、山本克己「抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の効果と手続についての覚書」法学論叢一四二巻五〇六号一九〜二〇頁(一九九八年)など参照)は、実はこのボティエ理論に通じる考え方であると分析できよう。
- (8) V. ex. GRENIER, *Traité des hypothèques*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., 1824, n<sup>o</sup> 142, pp. 302-304; TROPLONG, *Droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques*, t. III, 5<sup>e</sup> éd., 1854, n<sup>o</sup> 777 ter., pp. 310-311; LAGARDE, *op. cit.*, pp. 17-

20; etc.

- (6) LOCRÉ. *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, t. 22, 1830, pp. 451-453; Observations de la section de législation du Tribunal, VI, no 76.
- (10) LOCRÉ. *op. cit.*, p. 452.
- (11) LOCRÉ. *op. cit.*, p. 453.
- (12) LAGARDE, *op. cit.*, p. 19.
- (13) 【最終草案】

六九一条一項「不動産が支払催告前に確定日付を有しない賃貸借によって賃貸された場合、債権者または買受人の請求によって無効が言い渡され得る。」

二項「賃貸借が確定日付を有している場合、債権者は賃料または小作料を差し押さえかつ差し止めることができる。この場合、被差押者になされた送達以降に期限が到来する賃料または小作料は、六八九条にいう果実と同じである。」

六八九条「被差押者になされた送達以降に期限の到来した果実は不動産化し、不動産の価格とともに抵当権の順位配当によつて分配される。」

- (14) LOCRÉ. *op. cit.*, pp. 220-221.
- (15) GRENIER. *op. cit.*, n° 142, pp. 304-305; etc.
- (16) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5° éd., t. 34, 1828, v° Tiers-détenteur, par Tarrille, n° IV, pp. 300-301; PERSIL (J. C.), *Régime hypothécaire ou commentaire*, t. II, 2° éd., 1817, art 2166, pp. 156-157; etc.
- (17) DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, t. III, 1819, p. 400; CARRÉ (G.-L.-J.) et CHAUVEAU (Adolphe), *Lois de la procédure civile et commerciale*, t. IV, 5° éd., 1880, n° 1972, pp. 643-644; 同書は「一般的に」債権の期限が到来する前になされた移転やレガシオン(指図)は「それをなした者の債権者を害することはできない。よつて債権者は期限が到来した時点で賃料や終身定期金を差し押さえることができる。多くの裁判例がそのように判断し、学

説の多数意見でもある。そうでないならば、債務者は、期限未到来の定期金や質料を長期に亘って共謀者に支払指図することによって、債権者への支払を踏み倒したり少なくとも繰り返すことが可能になってしまいうからである」と述べてその見解 (V., PIGEAT, *Procédure civile du Châtelet*, t. D) を引用する (CARRÉ et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 1972, note (1), p. 644.)。

(18) Cass. civ., 3 nov. 1813, S. 12-14.1.459; D. *Jurisprudence générale, Répertoire*, nouv. éd., t. 37, 1858, V° Privilèges et hypothèques, n° 1766, pp. 588-589.

(19) 【民法二一六六条】

「不動産上に登記した先取特権又は抵当権を有する債権者は、その者の債権又は登記の順位に従って配当表に位置づけられ、弁済を受けるために、不動産がいかなる者の手中に移っても、それを追及することができる。」

【民法二〇九一条一項】

「本章に規定するものはすべて、不動産質の設定された不動産自体 (le fonds de l'immeuble) 及び第三者が取得するであろう権利を何ら害せぬ。」

(20) なお一九世紀後半以降の判例・学説は、動産質 (gage) と同様、不動産質にも、担保目的物 (不動産) 自体にこの優先弁済権を認めるとしてゐる (MARTY (G.), RAVNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil, Les sûretés-La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, n° 119, pp. 85-86; MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (Fr.), *Leçons de droit civil*, t. III, 1<sup>er</sup> vol., *Sûretés-Publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., par Yves Picod, 1999, n° 104, p. 181 et Lecture, pp. 183-184, etc.)。一九世紀における法的性質論争については cf. JALLIÈS, *op. cit.*, pp. 39 et s.

(21) TROPLONG, *op. cit.*, t. III, 5<sup>e</sup> éd., 1854, n° 778, p. 316.

(22) Nîmes, 28 janv. 1810, S. 09-11.2.194; D. *Jurisprudence générale, Répertoire*, V° Privilèges et hypothèques, n° 1766 pp. 588-589.

(23) Nîmes, 24 août 1819, S. 19-21.2.135; D. *Jurisprudence générale, Répertoire*, V° Privilèges et hypothèques, n° 1766, p. 589.

- (24) TROPLONG, *op. cit.*, n° 778 bis, pp. 317-321.
- (25) TROPLONG, *op. cit.*, n° 778., p. 316.
- (26) TROPLONG, *op. cit.*, n° 778 bis., p. 317; v. aussi, ZACHARIAE (K.-S.), *Droit civil français*, traduit de l'Allemand sur la cinquième édition, par G. Massé et Ch. Vergé, t. V, 1860, § 824, pp. 235-236.
- (27) TROPLONG, *op. cit.*, n° 777 ter., § 824, pp. 312-313. 質貸借が確定日付を取得した後で抵当債権者が登記をしたところ事例であるが、家屋の質料の予めの弁済が有効かつ抵当債権者に対抗されることした Paris, 3 déc. 1824, D. 25. 1. 97; S. 24.2.452 (【4】判決) を支持している。
- (28) DALLOZ, *Jurisprudence générale, Répertoire*, V° Privilèges et hypothèques, n° 1768, p. 591
- (29) ZACHARIAE (traduction Massé et Vergé), *op. cit.*, p. 236. なお質料前払の効力制限について前注(21)(2)参照。
- (30) Douai, 26 fév. 1850, D.P. 52.2.78; S. 50.2.517.
- (31) DALLOZ, *Jurisprudence générale, Répertoire*, V° Privilèges et hypothèques, n° 1765, p. 588.
- (32) DALLOZ, *loc. cit.*
- (33) DALLOZ, *loc. cit.*
- (34) 裁判所が、予めの弁済に、抵当訴権の効果を無とする意図 (intention de paralyser les effets de l'action hypothécaire) を見出すか否かに依るもの。
- (35) DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVII, 1833, n° 163, pp. 137-138. (引用部分は片山が大幅に要約した)。モテラントンの記述は「前払」を中心になおれつつあるが、「譲渡」も付加されるべきとの指摘が存する (cf. JALLÉS, *op. cit.*, p. 115)。
- (36) BROCHE, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, t. VI, 3<sup>e</sup> éd., 1845, V° Saisie immobilière, n° 288, pp. 204-205.
- (37) Liège, 4 juin 1842, D. *Jurisprudence générale, Répertoire*, V° Privilèges et hypothèques, n° 1767, p. 590.
- (38) Douai, 26 fév. 1850, D.P. 52.2.78; S. 50.2.517.
- (39) Nîmes, 7 juill. 1852, D.P. 53. 2. 53.

- (40) Rouen, 18 fév. 1854, D.P. 54.2.242. 本件事案は、質貸人が質貸不動産の上に建物建築を行い、その費用と質料とを相殺するという条項が存する特殊なケースであるが、本判決が、質借人が質貸人の抵当債権者に対してこの条項の利益を援用できるとする点で、質料の前払を抵当債権者に対抗できるとする一連の裁判例の一つに位置づけられている (cf. note (3) sous cet arrêt; D. *Jurisprudence générale, Répertoire*, V° *Privileges et hypothèques*, n° 1767, p. 590)。
- (41) Douai, 27 avr. 1850, D.P. 55.2.191 (後掲【14】判決) は、抵当権登記前の質料処分の事例であるが、二〇九一条類推適用論に反対している。
- (42) Note (3) sous Bourges, 3 fév. 1851, D.P. 55.2.15. V. Aussi, note (3) sous Rouen, 18 fév. 1854, D.P. 54.2.242; note (1) sous Nîmes, 7 juil. 1852, D.P. 53.2.53; note (3) sous Colmar, 6 août 1851, D.P. 55.2.258; note (1) sous Rouen, 1<sup>er</sup> fév. 1854, D.P. 54.2.241; etc.
- (43) DALLOZ, *loc. cit.*; Note (3) sous Bourges, 3 fév. 1851, D.P. 55.2.15.
- (44) Colmar, 6 août 1851, D.P. 55.2.258; S. 54.2.429. なお拙稿「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—」法研六四卷一二号三〇二頁(一九九一年)参照。
- (45) Bourges, 3 fév. 1851, D.P. 55.2.15.
- (46) Rouen, 1<sup>er</sup> fév. 1854, D.P. 54.2.24.
- (47) Note (3) sous Bourges, 3 fév. 1851; note (1) sous Rouen, 1<sup>er</sup> fév. 1854.
- (48) Paris, 3 déc. 1824, S. 24.2.452 (【21】判決); Rouen, 4 avr. 1843, S. 43.2.413 (【21】判決); Douai, 27 avr. 1850, D.P. 55.2.191 (【14】判決)。この点については以下の批判を参照。 cf. ex. LAGARDE, *op. cit.*, p. 27. なお我が国の議論に「ごき」前章注(11)参照。
- (49) 判例法理に対する批判については枚挙に暇がないが、ここでは基本的な批判として、①質料債権の担保化に制約をもたらすとの批判(田原睦夫・金法一四八四号二三—二四頁(一九九七年)、佐久間弘道・銀行法務21・一一—一二頁(一九九八年)、田中克志「抵当不動産の質料債権と抵当権の効力」石田喜久夫先生古稀記念・民法学の課題と展望(成文堂・二〇〇〇年)四四四頁、青木則幸「アメリカ法における質料譲渡制度の現状—不動産収益の担保化に

関する制度研究に向けて」早稲田大学大学院・法研論集九四号二頁(二〇〇〇年)など参照、および②「執行妨害といった病理的現象をベースにして、担保法理論を構築」(高木多喜男・私法リマークス一六号(一九九八年)二一頁)しようとするものであるとの批判(高橋智也・東京都立大学法学会雑誌四〇巻一号六七二頁(一九九九年)など参照)を取り上げておこう。

(50) 管理制度の導入により賃料への物上代位を否定すべきとの意見が有力である(「中間試案」B案参照。生熊長幸「将来にわたる賃料債権の包括的差押え・譲渡と抵当権者による物上代位―解釈論的・立法論的提言―(下)」金法一六〇九号三二頁(二〇〇一年)、木村圭二郎・清水聖子「占有利用型執行妨害に関する法改正の視点について」判タ一〇六九号五八頁(二〇〇一年)など参照)。また、三七一条を根拠として賃料への抵当権の効力を抵当不動産の差押え以降についてのみ認めようとする見解(内田貴他「特別座談会」担保法の改正に向けて(上)」ジュリ一二一三三号(二〇〇二年)六〇頁【角紀代恵発言】、高木多喜男「賃料に対する物上代位」銀行法務21・六〇一三三〜三五頁(二〇〇二年)、高橋眞「強制管理」ジュリ一二二三号三四〜三五頁(二〇〇二年)など参照)が改めて注目されているが、いずれにせよ、「果実の不動産化」を起点とするフランス法の理解が不可欠となろう(竹下守夫・不動産執行法の研究(有斐閣・一九七七年)九〇〜九一頁など参照)。