慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理：民法三九五条但書の解釈にむけて
Sub Title	La relation entre l'hypothèque et le bail frauduleux -un aspect particulier de la fonction de l'action paulienne
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.12 (1991. 12) ,p.275- 325
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	人見康子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19911228-0275

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

フランスにおける許害的賃貸借排除の法理

——民法三九五条但書の解釈にむけて——

片山直也

一　序
二　フランス法における抵当権と賃貸借との関係
(一)　抵当権設定者の権能
(二)　賃貸借の対抵当権者効
(三)　許害的賃貸借
三　フランス法における許害的賃貸借排除の法理
(一)　一九世紀における萌芽
(二)　二〇世紀における展開
四　結語——日本法への示唆

一　序

抵当権者に損害を及ぼす短期賃貸借につき、その解除を定める民法三九五条但書に関しては、従前より、数多くの

解釈論上の問題点が指摘されている。[1] これら諸問題については、いうまでもなく、種々の角度から解決方法が模索されるべきであるが、筆者は、同条但書と、詐害行為取消権あるいはそれについて規定する四二四条との関係を解明することが、問題解決のための一つの有力な手掛かりとなるのではないかと考えている。[2] 筆者の問題意識は、次の二つの点からなる。第一は、歴史的な関心であり、第二は、体系的な関心である。

まずは、歴史的な関心であるが、その端緒は、但書の立法経緯に存する。既にいくつかの論稿において明らかにされているように、[3] 但書は、法典調査会段階においては存在せず、後の帝国議会（衆議院民法中修正案委員会）の審議を経て追加された規定である。[4] 同委員会の審議においては、まず、本文のみの政府案では、賃料前払、低額家賃、高額敷金などの現実に生じている弊害を是認することになるから、「抵当権者ノ抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ」という意味の修正を加えるべきであるとの修正案が中島又五郎委員から出され、[6] 次に、これに対して政府案起草者である梅委員がいくつかの理由を挙げ反論する。[7] そして激論が交わされるが、最終的には修正案が採択される。[8] このように審議の大筋は要約されよう。

ところで、以上の審議過程において注目すべきは、現行三九五条（但書も含めて）と詐害行為取消権との関係が意識され、議論の前提となっているという点である。

まず第一は、現行民法施行前の裁判実務の取扱である。この点については、次の中島委員の発言が注目されねばなるまい。すなわち同委員は、修正案の根拠として現実の弊害について説明する際に、「今日左様ナ行ヒヲシテ居ルコトガ多クアリマス、併ナガラ幸ヒ今日許シテ居ルト云ウ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」と述べている。[9] これは、多分に推測の域を出ないのではあるが、民法施行前の裁判実務において、いわゆる詐害的賃貸借を詐害行為として無効とするという取扱が行われていた可能性を示唆していると思われる。[10] なお、仮にそのような裁判実務が行われていたとするならば、それは本論において検

討するフランスにおける判例の取扱と一致するのである。[11]

第二は、起草者の考え方である。起草者である梅委員は、修正案に対する反論の中で、詐害的賃貸借についてはそれを詐害行為として無効とすることができるという点をその論拠の一つとして挙げている。[12] そして、その趣旨は、立法後の著作の中で再び繰り返される。すなわち梅は、同書において、但書は不要であるとの立法論的提言を行うが、その際、「若シ夫レ詐欺ニ因リ不当ノ低賃ヲ以テ賃貸借ヲ約シ又ハ数年分ノ借賃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」と述べて、四二四条の適用により詐害的賃貸借を排除できるのであるから、三九五条但書は不要だと説くのである。[13]

このように立法経緯を見てくると、三九五条但書は、詐害行為取消権による詐害的賃貸借の排除という法理の存在を前提として制定された規定であることが明らかにされよう。そこで、問題は、その法理と三九五条但書との歴史的なつながりいわば「縦の関係」ということになる。すなわち、三九五条但書は、詐害行為取消権による詐害的賃貸借排除の法理を受け継いだ同趣旨の規定であるのか、それとも右法理との間には断絶があるのか。[14] そこに第一の関心がある。いずれにせよ、その前提として、詐害行為取消権による詐害的賃貸借排除の法理の解明が、基礎的作業として必要となろう。

次に第二は、体系的な関心である。三九五条但書と四二四条には、解除、取消という法律構成こそ異なれ、ともに本来有効な行為を第三者が覆滅するという類似点が存する。よって、両規定の解釈を行うに際して、相互に他方の解釈論が、少なくとも比較の対象として参考となることは疑いあるまい。[15] 筆者はさらに一歩進んで、一つには民法全体の体系化という視角から、二つには個々の規定の解釈の合理化という視角から、果たして、両規定に共通の解釈を行う余地があるのか否か、あるとするならばどの範囲においてか、という点を見極める作業も、慎重を要する作業ではあろうが、並行して行う必要があると考えている。[16] 両規定のいわば「横の関係」が第二の関心である。

以上が、三九五条但書の解釈を行うに際して、同条但書と詐害行為取消権または四二四条との関係を解明する必要があるとの筆者の問題意識の概要であるが、本稿においては、そのような問題意識に立脚して、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理を検討し、両制度の関係の解明に一つの基礎的資料を提供したいと考えている。

というのは、フランスにおいては、我が民法典の三九五条但書に相当する規定は存しないが、我が国同様、抵当権者を害するいわゆる詐害的賃貸借の実態は存在するようであり、それに対して、判例は、学説からの批判にもかかわらず一貫して、フランス民法一一六七条の規定する action paulienne（詐害行為取消権）[17] を援用することにより対処している。すなわち、action paulienne による詐害的賃貸借排除の法理が、フランスにおける確定した判例法理なのである。[18] そして、先に言及したように、直接の影響関係は必ずしも明らかになし得ないが、我が民法典の立法段階において前提とされていた、さらには民法施行前の裁判実務において採用されていたと推測される、詐害行為取消権による詐害的賃貸借排除の法理は、このフランスの判例法理と、少なくとも内容においてそう掛け離れたものではなかったと想像できる。よって、三九五条但書と詐害行為取消権または四二四条の関係を解明するためには、ひいては三九五条但書の解釈を行うためには、基礎的作業として、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理を検討することが不可欠と考えられるわけである。[19]

さらに、今世紀のフランスにおいては、判例に対して、action paulienne をその本来の機能を超えて用いるものであると批判し、新たな構成を試みる学説が有力である。それら学説の主張は、いずれも判例理論に代わるほどの実践的な主張とはなり得ていないようであるが、本稿の第二の問題関心（体系的な関心）にとり、極めて示唆に富む視座を提供してくれると思われる。

そこで以下では、フランス法における詐害的賃貸借排除の法理の検討を行うが(三)、それに先立って、本稿の考察に必要な範囲で、フランス法における抵当権と賃貸借との関係について概観する(二)。なぜなら、フランス法におけ

る法制度および議論には、我が国と異なる点が少なからず存するからである。

しかしながら、同時に、その差異が、日仏における議論の共通の土俵をすべて奪ってしまうものではなく、本質的な議論はなおも接点を持ち得るという点について、ここでは予め注意を喚起しておきたい。例えば、既にいくつかの論稿において指摘されているように[20]、フランス法においては、抵当権設定者（所有者）の締結する賃貸借の効力に関して、日本法の考え方と、原則と例外が逆転している。すなわち、我が国では、周知のように、抵当権と賃借権は登記など対抗要件の先後で優先関係が決せられるとされるので、抵当権設定登記後になされた賃貸借は、原則として、実行段階においては抵当権者（買受人）に対抗できない。ただ、例外として、六〇二条の期間を超えない短期の賃貸借については対抗できるとする（三九五条本文）。これに対して、フランス法においては、原則として、所有権者により締結された賃貸借は、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、抵当権者（買受人）に対抗できる（民法一七四三条、民事訴訟法〔旧規定〕六八四条）。ただし、長期の賃貸借（現行法である一九五五年一月四日デクレでは、一二年を超える賃貸借）については、抵当権者を著しく害するゆえに、例外として、公示のシステムに服せしめ（二八条一号b）、抵当権設定登記以前に賃貸借の公示なくば、その超過部分につき、抵当権者に対抗できないとする（三〇条三款）。ここでは、確かに原則と例外が逆になってはいるのだが、視点を、短期賃貸借（日）、一二年以下の賃貸借（仏）に限定すると、議論は接点を持ち得るのである。すなわち、それらの賃貸借は原則として抵当権者に対抗できるが、逆に抵当権者を害してはならないという点において、日仏の法制度は共通な側面を有する。そして抵当権者を害する賃貸借が設定された場合のサンクションが、我が国においては三九五条但書であり、フランスにおいてはaction paulienne だということになるのである。

（1）解釈論上の問題点は多岐にわたるが、本稿の関心から簡略に整理を試みると、以下の三点に集約されよう。①いわゆる本来型（正常型）短期賃貸借と濫用型（詐害的）短期賃貸借の区別の有用性（解除の要件および明渡請求・引渡命令の要件との

関連において問題となる）、②長期賃貸借との関係（長期賃貸借に三九五条本文の保護を認めるか否かの問題および明渡請求・引渡命令を認めるか否かを論じる際の短期賃貸借と長期賃貸借との均衡の問題がある）、③解除の法的性質（解除の効果と解除訴訟の被告適格の問題および解除請求とその余の給付請求との関係の問題がある）。関連文献は枚挙に暇がないが、問題点の簡略な整理につき、高木多喜男「短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎＝林良平編・担保法体系第1巻（昭和五九年）三九四頁以下、坂本倫城「短期賃貸借をめぐる手続法・実務上の問題点」同担保法体系第1巻四三四頁以下、内田貴「抵当権と短期賃貸借」星野英一編・民法講座3物権(2)（昭和五九年）一七五頁以下などが有用であろう。なお、近時の最大の論争点は、周知の如く、抵当権者による賃借人（転借人）に対する明渡請求の可否の問題である（最二小判平成元年六月五日民集四三巻六号三五五頁および最二小判平成三年三月二二日民集四五巻三号二六八頁参照）。この点についても文献は多数に及ぶが、最近の判例・学説の詳細な分析を行うものとして、生熊長幸「抵当権併用賃借権の後順位短期賃借権排除効と抵当権に基づく短期賃借人に対する明渡請求」岡山大学法学会雑誌四〇巻三＝四号一五九頁以下（平成三年）および同『判例評釈』法時六三巻九号四四頁以下（平成三年）を挙げておこう。また、本文を含め三九五条全体につき、立法論的批判が存することは広く知られている（内田貴・抵当権と利用権（昭和五八年）三一六頁以下など）。

(2) かかる問題意識は既にいくつか存在する（東海林邦彦「詐害的短期賃貸借の防止・排除のための法的手段について(四)」判評二五九号四頁以下（昭和五五年）、鈴木禄弥「最近担保法判例雑考(6)」判タ五〇六号四二～四三頁（昭和五八年）、一宮なほみ「抵当権の短期賃貸借の解除請求と明渡請求（上）判タ六九一号二〇頁（平成元年）、山野目章夫『判例評釈』判タ七一三号四七頁注（1）（平成二年））。併せて、拙稿『判例評釈』ジュリ九八九号一〇〇～一〇一頁（平成三年）参照。

(3) 東海林邦彦「詐害的短期賃借人の防止・排除のための法的手段について(三)」判評二五八号三～四頁注(1)（昭和五五年）、内田・前掲抵当権と利用権二一頁以下、同・前掲「抵当権と短期賃貸借」一七五頁以下、広中俊雄・第九回帝国議会の民法審議（昭和六一年）二五頁以下、井口博「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判タ七〇五号七～八頁（平成元年）参照。

(4) 実質的な審理は、明治二九年三月九日の第九回帝国議会衆議院民法中修正案委員会第八回会議で行われ（広中・前掲書二〇八～二一一頁および二五～二九頁参照）、その後同月一一日の第九回会議で簡単な確認がなされ（二二六頁、二九頁）、最終的には同月一四日の第一二回会議（確定議）で但書追加という修正が決定された（二五二頁、二九頁）。なお、同委員会の構成については、内池慶四郎「民法一六七条における債権一〇年時効制の立法史的意義とその現在的課題（二・完）」法研六〇巻一〇号二五～三一頁（昭和六二年）参照。内池教授は同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云フコトニ』なり、『修正致シタルモノハ多クハ実際ノ便否—実際ニ於テ不便不都合ト云フヤウナ事カ、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、自然の勢であったと思われる」（二九頁）と分析されるが、それは本稿のテーマについても妥当しよう。ちなみに、現行三九五条但書に関する審議において重要な発言を行った星亨、中島又五郎、山田泰造、守屋此助はいずれも弁護士出身である（二六～二八頁）。

(5) 中島委員から、賃料前払（広中・前掲書二〇八頁、二五頁）、高額敷金、低額家賃（二〇九頁、二七頁）の例が出された他、中島修正案に賛成する山田泰造委員からは「而シテ実際ノ事実ニ依ルト今東京ノ如キハ甚ダシキ弊害ヲ生ジテ、若此儘ニ存在シテ置ケバ、恰モ詐欺者ニ——火ヘ油ヲ注グト殆ド同一ノ結果ヲ是ハ来タスデアル」との発言がなされている（二〇九頁）。さらに修正案に賛同する守屋此助委員は、小作契約を念頭において「地方ニ於テモ大ニ弊害ガアラウト思ヒマスカラ」との発言をなしている（二一〇頁、二七頁）。

(9) 広中・前掲書二〇八頁、二六頁。また、文言としては「抵当権者ノ承諾ヲ得ヘシ」（二〇九頁、二六～二七頁）でも「妨ゲズ」でもよいが、とにかく「今ノヤウナ弊害ヲ防グ方法サヘ付ケバ宜シイ」と述べている（二一〇頁）。ここから、修正案の趣旨は、いわゆる詐害的賃貸借の排除にあったことが理解できよう。

(7) 梅委員の反対理由は以下の三点に要約できよう。①政府案（本文）で抵当権と賃貸借の調和が図れているのであって、修正案によると、賃借人は自己使用するしかなくなる、②弊害事例については、詐害行為によって無効とすることができる、③賃料前払は新所有者に対抗できず、敷金は承継されないので、問題は生じない（広中・前掲書二〇八～二〇九頁、二六～二八頁）。

(8) 第八回会議（明治二九年三月九日）で、「其文ハ政府委員ト中島君ト相談ノ上作ル」ことになるが（広中・前掲書二一一頁、二九頁）、第九回会議（同月一一日）における簡略な質疑応答（二二六頁、二九頁）からすると、同会議までには政府委員と中島との間で、現行法の形で但書が作成されていたと推測される。いずれにせよ第一二回会議（同月一四日）で、但書追加という修正が決定された後（二五二頁、二九頁）、明治二九年三月一六日の本会議において特別委員長星亨よりなされた報告は、以下のとおりである。「三百九十四条（現行三九五条）ニ但書ヲ入レルコトニナッタノデアル、……『其賃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』此原案タケデアリマスト云ウト、抵当権者ニ大層害ヲ与ヘル……カモ知レナイ故ニ、抵当権者ヲ保護シナケレバナラヌカラ、即チ斯ウ云ウ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並ニ修正ノ結果トシテ入レマシタノデアル……」（五八～五九頁）。

(9) 広中・前掲書二〇八頁、二五頁。また高額敷金について「是ハ日本ニハ今日殆ド認メラレテ居ル、詐害、行為トシテ訴ガ立ツ」との守屋此助委員の発言もある（二〇八頁）。

(10) 当時の判決（明治前期大審院民事判決録など）および裁判所伺に対する司法省指令（司法省指令録・民事部など）の検討が必要だが、未だ確証は得られていない。

(11) 内田・前掲抵当権と利用権二六～二七頁注(7)は「新しい取引領域であるから、フランス法が『条理』として機能していたであろうことは十分考えられる」と指摘する。同旨、同・前掲「抵当権と短期賃貸借」一八〇頁。

(12) 梅委員は、賃料前払につき「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」（広中・前掲書二〇九頁、二六頁）、高額敷金および低額家賃につき「唯今御引例ニナツタ場合モ無論詐害行為ト見テ宜カラウト思ヒマス」（二〇九頁）と答弁している。

(13) 梅謙次郎・民法要義巻之二物権編（訂正増補第三一版・明治四四年）五八七頁。その他、九四条の適用可能性も示唆する。なお、東海林・前掲論文（三）三～四頁注(1)参照。

(14) 内田・前掲抵当権と利用権二三二頁は、三九五条但書を「詐害行為取消権の変形」とみる。

(15) 鈴木・前掲論文四二～四三頁、一宮・前掲論文二〇頁、山野目・前掲評釈四七頁注(1)、拙稿・前掲評釈一〇〇～一〇一頁参照。さらに、鈴木禄弥・債権法講義（昭和五五年）一二六頁、同・相続法講義（昭和六一年）一五一～一五四頁は、詐害行為取消権と遺留分減殺請求権（一〇三一条）との関係についてもその共通性を指摘する。

(16) 直接の言及はないが、加賀山茂「対抗不能の一般理論について――対抗要件の一般理論のために――」判タ六一八号六頁以下（昭和六一年）は、本稿の第二の関心にとり示唆に富む（特に一〇頁参照）。

(17) フランス民法第一一六七条第一項

債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を自己の名において攻撃することができる。

Ils (Les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

なお、同制度については、松坂佐一・債権者取消権の研究（昭三七年）一頁以下、山口俊夫・フランス債権法（昭和六一年）二六八頁以下、佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一試論――その効果を中心として――(二)」法協一〇四巻一二号一一二頁以下（昭和六二年）参照。併せて、拙稿「立法沿革より考察した民法四二五条の意義と限界」慶大大学院法学研究科論文集一八号一六一頁以下（昭和五九年）、「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開――二〇世紀前半における『対抗不

能』概念の生成を中心に――」同二六号三頁以下（昭和六二年）参照。

(18) この分野におけるフランス法の研究は、一部の例外を除いて、従来ほとんど行われていない（松坂・前掲書九一～九二頁、内田・前掲抵当権と利用権四五頁、二三四頁注(2)、坂本・前掲論文四三九頁注(9)参照）。

(19) ベルギー抵当権法（一八五一年一二月一六日法）四五条四項については、我が民法典三九五条の沿革という視角から、内田・前掲抵当権と利用権三四頁以下において詳細な研究がなされている。筆者はむしろ比較法的視角から、同規定のその後の解釈・運用を知る必要があると感じているが、今回は必ずしも十分な資料を入手し得なかったので、詳細は別稿に委ね、本稿の考察に必要な範囲で言及するに止めたい。

(20) 槇悌次「抵当権と賃借権との関係――十九世紀中葉までのフランス法を中心として――」関西大学法学論集一三巻四＝五＝六合併号三二頁（昭和三九年）。併せて、竹下守夫・不動産執行法の研究（昭和五二年）七七～七八頁（注三）参照。またベルギー法につき、内田・前掲抵当権と利用権五一～五二頁参照。

二　フランス法における抵当権と賃貸借との関係

(一)　抵当権設定者の権能

自己所有の不動産に抵当権を設定した所有権者は、当該不動産を賃貸借に供することができるのか？　まずはその点を明らかにする必要があろう。ここでは、より広く抵当権設定者が当該不動産についていかなる行為をなし得る権能を有するかを検討してみたい。(1)

この問題は、一九世紀のフランスにおいて「抵当権は所有権の支分権 démembrement か否か」という抵当権の法的性質論として盛んに論じられた点である。(2) 抵当権は所有権の支分権であるとする肯定説の基本的発想は、所有権者は抵当権の設定により所有権の権能のうちの一部を奪われるとするところにある。(3) これに対して、抵当権は所有権の支分権ではないとする否定説は、基本的には、抵当権設定者はすべての権能を保持すると考える。(4) 一九世紀において

は肯定説も有力に主張されていたが、今世紀に至っては、否定説が大勢であるように思われる。支分権か否かに言及しないものもあるが、少なくとも、抵当権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。[5] それでは、抵当権設定者はいかなる行為でもなし得るのかというと、そうではなく、やはり制約はある。よって、フランスの今日的理解は、以下の二つの原則に集約されるといえよう。すなわち、抵当権設定者はすべての権能を保持するが（第一原則）、抵当不動産の担保価値を減少させ、抵当権者を害する行為を行うことはできない（第二原則）。[6]

そこで問題となるのは、第二原則の内容であろう。すなわち、第一は、抵当権の担保価値を下げ、抵当権者を害する行為とはいかなる行為かという点であり、第二は、抵当権者を害するゆえに行ってはならないとされる行為を、にもかかわらず、抵当権設定者が行った場合、いかなる効果が生じるのか（抵当権者にいかなる救済手段が与えられるのか）という点である。[7]

まず、抵当不動産自体の譲渡 aliénation、用益物権の設定 constitution de droits réels、新たな抵当権の設定 constitution de nouvelles hypothèques などの処分行為 actes de disposition については、我が国同様、不動産公示制度の存在により、公示 publicité の先後で優劣関係が決せられるので、先に登記 inscription をなした抵当権者が、それらの行為によって損害を被ることはない。[8]

それでは、抵当権者に損害を及ぼす行為としては、どのような行為が想定されるであろうか。通常、追及権 droit de suite が及ばないとされる以下の行為が典型例として挙げられる。[9]

まず、同じ処分行為でも、①用途による不動産 immeubles par destination、あるいは不動産から分離された付属物 accessoires détachés de l'immeuble の譲渡などの行為は、分離により動産となり、抵当権の効力が及ばなくなるので、抵当権者を害する余地がでてくる。[10]

次に、管理行為 actes d'administration または使用収益行為 actes de jouissance の範疇に分類される、②長期の

賃貸借 bail de longue durée、③将来の賃料 loyers および小作料 fermages の譲渡 cession ならびに予めの受領（前払）quittance par anticipation などの行為も、不動産の担保価値を下げ、抵当権者を害するおそれがある。

それでは、これら抵当権者を害する行為が行われた場合、そのサンクションとして、損害を受けた抵当権者にいかなる救済手段が与えられるのか。[11]

まず、後に詳述するが、②③の行為については、一定の範囲を超えるものを、公示制度に服せしめることにした。よって、その範囲で、抵当権者の保護が図られる。問題はそれ以外の部分についてである。

この点について、フランスの判例は、学説からの批判にもかかわらず、①～③のいずれの場面においても、フランス民法一一六七条の規定する action paulienne（詐害行為取消権）の行使を抵当権者に認めることにより対処しているのである。[12] 序において言及した action paulienne による詐害的賃貸借排除の法理は、まさにその一場面に他ならない。このようにみてくると、フランスにおいては、抵当権保全のために、相当広範囲で action paulienne が用いられていることがわかる。このうち本稿では、②の詐害的賃貸借の問題を中心に検討を行うわけである。

(二) 賃貸借の対抵当権者効

前節では、抵当権設定者が抵当不動産を賃貸借に供することができるか否かについて、広く抵当権設定者の権能という視角から検討を行った。フランスの今日的理解によると、所有権者は、抵当権の設定により、所有権の権能の一部を奪われるわけではなく、すべての権能を保持し得るというのであるから、所有権者は、抵当権設定の前後を問わず、自己所有の不動産につき賃貸借を締結する権能を有することになる（第一原則）。それでは、かくして締結された賃貸借あるいは賃借人の権利 droit du preneur は、いかなる要件があれば、第三者特に抵当権者に対して、効力（対抗力）を生じるのか？　また、いかなる範囲で効力（対抗力）を有するのか？　前節において検討したように、抵当権設定者は、抵当不動産の担保価値を下げ、抵当権者を害するような賃貸借を締結することができないのであるが（第

二原則）、どのような賃貸借の締結が抵当権者を害することになるのかを判断するためには、まずは、賃貸借あるいは賃貸人の権利の対抵当権者効を明らかにすることが前提となろう。序においても指摘したように、この点に関するフランス法の制度は、我が国のそれとは、異なる点が多い。それでは以下、フランスの法制度を簡略に整理しよう。[13]

フランスにおける賃貸借の第三者効は、要件面における二重構造を有している。すなわち「確定日付 date certaine」と「公示 publicité」（謄記 transcription）[14]——以下前者を第一要件、後者を第二要件と呼ぶ——がそれである。第一要件は、一八〇四年の民法典および一八〇六年の民事訴訟法典〔旧規定〕——ただし不動産差押え saisie immobilière に関する諸規定は一九三八年六月一七日のデクレ・ロワにより全面的に改正されたものである[15]——によって与えられた賃借人保護の要件であるのに対して、第二要件は、一八五五年以降の不動産公示 publicité foncière 手続きの改革により認められた第三者保護の要件である。

まず、第一要件の確定日付であるが、同要件は、賃貸不動産の譲受人に対する関係を規律する民法一七四三条、および不動産差押え手続きにおける賃貸借の取扱に関して規律する民事訴訟法〔旧規定〕六八四条によって、規定されている。

民法第一七四三条[16]

第一項　賃貸人が賃貸物を売却する場合、取得者は、公正証書によるまたは確定日付を有する賃貸借の定額小作人、分益小作人または家屋賃借人を立ち退かせることができない

第二項　ただし、取得者は、賃貸借契約によりその権利が留保されている場合には、非農事財産の賃借人を立ち退かせることができる

民事訴訟法〔旧規定〕第六八四条[17]

債権者または買受人の請求がある場合、支払催告前に確定日付を取得していなかった賃貸借は、それを無効とすることができ、支払催告後の賃貸借は、それを無効としなければならない

民法一七四三条の規定は、いわゆる「売買は賃貸借を破らず」の原則を認めたもので、[18]我が民法典でいえば六〇五条の規定に対応する。フランス民法典の立法者は、古法以来の伝統を承継し、一方で、賃借人の権利に物権 droit réel としての地位を与えず、他方で、一七四三条の規定を置いたので、立法後に、同条の解釈を契機に、賃借人の権利の性質をめぐって学説間の論争を招き、さらには、特別法による賃借人の地位の強化と相まって、我が国における「賃借権の物権化」と同様の議論がフランスにおいても行われることになる。[19]その経緯の詳細はさておき、ここでは、一七四三条には、一方で、賃借人の権利（使用・収益権）の第三者に対する対抗力 opposabilité を規定する側面と、他方で、賃貸借契約から生じる債権的な権利義務関係を第三者である取得者が承継するという、契約の相対効 effet relatif du contrat の例外を規定する側面の二つの側面があるとの理解が、今日のフランスにおいては一般的な承認を得ている点を確認しておけば十分ではなかろうか。[20]

さて、本稿の考察にとり重要なのは以下の点であろう。まず要件につき、第一は、賃貸借に確定日付が要求されている点である。その趣旨は、日付の遡及 antidate による詐害的行為を避けることにあり、登記を要件とする我が民法六〇五条のように公示の要請に基づくものではない。[21]第二は、取得者には、買受人（競落人 adjudicataire）も含まれると解されている点である。さらに、付言すれば、この取得者については、広く当該不動産につき物権を取得した者（第三者）と解され、[22]判例は、二重賃借人の優劣を決する場合にも本条の確定日付によっている。[23]よって我が国の六〇五条の登記と同様に、実質的な第三者対抗要件として機能しているようである。

次に効果については、本条により、「立退権 droit d'expulsion」が賃貸借契約において留保されている場合（二項）を別として、賃貸借に確定日付ある限り、取得者は、賃借人を立ち退かせることはできない。すなわち、賃借人は自己の権利を取得者に対して対抗できる、あるいは取得者に賃貸借関係が承継されるのである。[24]

ところで、同条は買受人（競落人）にも適用されるというのであるから、買受人は、確定日付があれば賃貸借を引受

けなければならない。問題なのは確定日付の時期である。強制競売の場合、一七四三条の規定のみからでは、差押えから売却に至る執行手続きの過程の何時までに確定日付が要求されるのか明らかでない。この点を明確にするのが、不動産差押え手続きにおける賃貸借の帰趨について規定する民事訴訟法〔旧規定〕六八四条なのである。ちなみに、同条と民法一七四三条との関係については、前者は後者の特殊適用である、あるいは買受人については両規定の適用があるなどと説明されている。[25]

周知のごとく、我が国では、不動産競売における賃借権の引受け・消滅については、実体法上の対抗関係がそのまま反映する。すなわち、差押債権者（抵当権者）の登記と賃借権の登記その他の対抗要件の先後関係によって判断され、劣後する賃借権は売却により消滅するとされる（民事執行法五九条二項）。[26] それでは、この点についてのフランス法の取扱はどうであろうか。[27]

民事訴訟法六八四条は、賃貸借が支払催告 commandement 前――正確には支払催告の差押債務者への送達 signification 前――に確定日付を取得しているか否かにより、賃貸借の帰趨を決するとしている。一九三八年六月一七日デクレ・ロワにより簡略化された現行の不動産差押え手続きは、以下の二つの手続きからなる。まず、債権者（抵当権者）が、執行吏 huissier に「支払催告」を作成させ、それを債務者に送達させる（六七三条）。次に、二〇日間経過後以降、債権者が同「支払催告」を抵当権保存所 bureau des hypothèques に提出 dépôt し、それが「公示 publication」される。そして、この「支払催告の公示」により差押えの効力が生じる（六七四条）。すなわち「支払催告」とその「公示」が二つの主要な手続きである。ところで、「支払催告」には、即時の弁済を命ずるとともに、「弁済がないときは、『支払催告』を、不動産所在の抵当権保存所に公示することができ、その公示のときから差押えの効力が生じる旨の通告 avertissement」が記載されるので（六七三条二項三号）、同時に差押調書 procès-verbal de saisie としての意味を持つ。そこで、処分禁止効など差押えの効力自体は、その後の「支払催告の公示」により生じるが（六七四条一

項)、それに直結した手続きである「支払催告」に一つの重要な効力を結び付けたのである。それが、六八四条の賃貸制限効である。同条の内容は以下のように要約できよう。

一、支払催告後――正確には送達後――に締結された賃貸借については(同条後段)、裁判所は、債権者(抵当権者)または買受人の請求 demande があれば、無効を言い渡さなければならないとする。[28] これは、支払催告の送達により、債務者は手続きの進行を知るであろうから、それにも係わらず、賃貸借を締結するというのは、債権者(抵当権者)や買受人の利益の著しい侵害となると立法者が判断したからだと理解されている。また、無効を債権者(抵当権)または買受人の請求にかからしめたのは、賃貸条件によっては、それらの者に利益をもたらすことも想定できるからである。[29]

二、支払催告送達前に賃貸借が締結されたが、確定日付を取得していなかった場合(同条前段)、裁判所は、債権者(抵当権者)または買受人の請求があれば、当該賃貸借の無効を言い渡すことができる。無効を認容するか否かの判断は裁判所の裁量に委ねられている。[30]

三、支払催告前に確定日付を有する場合、同条の要件をみたさないので、無効請求は認められない。よって、賃貸借または賃借人の権利は、債権者(抵当権)および買受人に対して対抗できる。[31]

このように見てくると、民法典および民事訴訟法典の基本的な立場は、以下のように要約されよう。すなわち、所有権者は、抵当権設定登記の前後を問わず、支払催告の送達に至るまで、賃貸借を締結する権能を保持する。よって、支払催告送達前に確定日付を取得した賃貸借または賃借人の権利は、抵当権者および買受人に対抗できる。これに対して、支払催告送達前に確定日付を取得していない賃貸借については、抵当権者または買受人に無効請求 demande en annulation が付与され、その行使により無効とされ得る。[32]

ところが、以上の民法典・民事訴訟法典の原則は、不動産公示手続きの改革により、大幅に修正を被ることになる。フランスの不動産公示制度の主要な改革は、既に我が国でも広く知られているように、一八五五年三月二三日法お

よび一九五五年一月四日デクレによって行われた。賃貸借に関連する部分については、一八五五年法は、一八年を超える賃貸借ならびに三年相当分の期限未到来の賃料・小作料の予めの受領（前払）および譲渡につき謄記 transcription を要求し（二条四号五号）、謄記なくば超過部分を第三者（不動産譲受人、抵当権者など）に対抗できないとした（三条一項二項）。そして、一九五五年デクレは、公示を必要とする賃貸借の範囲を一二年にまで拡大しつつ、基本的には一八五五年法を承継している。[33] それでは、現行法である一九五五年デクレの関連規定を見てみよう。[34]

第二八条第一号　以下の事項を生前に記載しまたは確認するすべての証書（停止条件付のものも含む）および判決は、不動産所在の抵当権保存所に必ず公示されなければならない

a．略

b．一二年を超える期間の賃貸借、および、それ以下の期間の賃貸借であっても、期限未到来の賃料または小作料の三年分に相当する額の受領または譲渡

第三〇条第三款　公示を欠いた場合、賃貸借は一二年を超える期間について、期限未到来の賃料または小作料の譲渡を記載する証書は三年を超える期間について、同条第一款第一項によって定義された第三者に対抗し得ない

先述したように、我が国と同様、フランスにおいても、賃借人保護のための特別法の制定は、賃借人の権利を物権類似の強力な権利にするとともに、所有権者の権利を制限し、賃貸借の付着した不動産の価値を低める結果となる。[35] そして、そのいわば物権化した賃借人の権利は、一七四三条により確定日付さえ備えれば第三者対抗力を持つゆえに、第三者は不測の不利益を被るおそれがある。よってそこに公示の要請が生まれてくるのは必然的であるといえよう。すなわち、第三者保護のために、それらの者に特に損害を及ぼすおそれのある長期の賃貸借を処分行為と同視し、公示 publicité の履践を要求するとともに、それを怠った場合、先に公示（登記）をした第三者（抵当権者）に対して当該賃貸借をその超過部分につき対抗できないとしたのである。[36] こうして、賃貸借の第三者効は、第二の要件として「公示」が要求されることになり、ここに要件面における二重構造が生まれることになった。

抵当権者に対する関係につき簡略に要点のみを示せば、一二年を超える賃貸借については、抵当権設定登記前に公示がなされた場合のみ、全期間を抵当権者（買受人）に対抗できる。公示なき場合または劣後する場合、先に登記をなした抵当権者（買受人）に対して、超過部分を対抗できなくなる。すなわち、一二年に縮減されたものとして取り扱われる。[37] よって、一二年を超える部分については、我が国と同様、抵当権と賃貸借の優劣関係は、公示（登記）の先後によって決せられることになり、所有権者は、抵当権設定登記後は、実質的に、一二年を超える賃貸借を締結する権能を失うといえよう。その範囲で、先程述べた民法典および民事訴訟法典の取扱は、修正されたわけである。

以上が、フランスにおける賃貸借の対抵当権者効の概要である。それによると、抵当権設定者は、抵当権設定登記の前後を問わず、支払催告の送達に至るまで、賃貸借を締結する権能を保持し、その時までに確定日付を得た賃貸借は、公示なくも、一二年の範囲で、抵当権者（買受人）に対して対抗することができる。そして、その一二年以下の賃貸借が、日本法との対比でいえば、民法三九五条本文により対抗力の与えられた短期賃貸借に対応する。よって、次の問題は、その範囲でなされた抵当権者を害する賃貸借をどう取り扱うかである。

（三）詐害的賃貸借

先にみたように、一八五五年法および一九五五年デクレの公示制度の改革により、一定の範囲の長期賃貸借（現行法では一二年を超える賃貸借）が公示の対象とされたため、その範囲で抵当権者の保護が図られることになったが、それだけでは抵当権者の保護としては十分ではない。なぜなら、一二年以下の賃貸借（一二年に縮減された賃貸借も含めて）も、抵当権者を害するおそれがあるからである。その意味するところに関しては、以下の二点を区別する必要があろう。

第一は、一二年以下の期間の賃貸借についても、賃借人保護のために制定された各種特別法上の存続保障の規定が適用されるという点である。[38] 例えば、居住賃貸借 location d'habitation については、一九八九年七月六日法により、

正当な解約申入れ congé motivé（一五条）がなければ、最初の存続期間と同じ期間で更新がなされる（一〇条二項）[39]。よって、一二年以下の賃貸借といえども、抵当不動産の担保価値を低下させるおそれがあるわけである。

第二は、いわゆる詐害的賃貸借である。後に検討するように、裁判例に現れた詐害要因の主要なものとしては、期間が長期である点[40]と賃料・小作料が低額に設定されている点[41]が挙げられよう。また、親族の一人に抵当不動産（農地）を賃貸しつつも、自ら耕作を継続していたという例がある[42]。さらに、抵当権設定と前後して賃貸借が締結される例が多いのも特徴の一つといえよう[43]。そして、判例においては、それら詐害要因により、抵当権の実行を妨害する目的で賃貸借が締結されたという点を重視しているようである[44]。

それでは、これら二つの意味において抵当権者に損害を及ぼすおそれのある賃貸借に対して、フランスではどのように対処しているのか。すなわち、抵当権設定者は抵当権者を害する行為をしてはならないとの第二原則の内容である。基本的にいえることは、まず、第一の点については、抵当権者（買受人）としては、たとえそれが抵当権の担保価値を下げるものであっても、賃貸借の存在を甘受せざるを得ない（また逆に、必ずしも不利益になるとは限らない）。これに対して、抵当権設定者に詐害（フロード fraude）がある場合は、抵当権者に救済手段が与えられるべきであるとする。それでは、次に章を改め、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理を検討しよう。

（1）言うまでもなくここでは差押え saisie 以前の権能を問題とする。なお、差押え後の権能の制限については、一九七二年七月五日法により、民法二〇九二条の三として一般規定が置かれた。しかし、後述するように、詳細は、民事訴訟法（旧規定）六七三条以下の不動産差押手続きの規定に委ねられている（後注(32)参照）。

民法第二〇九二条の三

第一項　差押えられた財産は、処分してはならない

第二項　被差押者 saisi によって締結された賃貸借は、期間のいかんを問わず、差押債権者に対抗できない inopposables

第三項　保全名義 titre conservatoire で差押えられ、抵当権を設定されまたは質入れされた財産についても、同一の規

定が適用される

(2) 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 personels, 1889, n° 394, p. 374 は、当時のフランスにおいて論争が盛んに行われていたことを我々に伝える。ちなみに、ボワソナードは「支分権」について以下のように説明する(*c.f. do*, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, t. I:des droits réels, 2e éd., 1882, n° 53, p. 80)。すなわち「使用 usage、収益 jouissance、処分 disposition の所有権の三つの権能は通常は結合しているが、また分離もされ得る。それらが結合している場合、所有権はいわば完全であるのが、使用権能または収益権能が処分権能から分離されたとき、所有権は支分された démembrée という。そして、それらの二つの権能を個別に見る場合に、それらを所有権の「支分権 démembrements」と呼ぶわけである」。なお、論争の簡略な整理につき、*c.f.* Aubry (C.) et Rau (C.), Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. II, 4e éd., 1869, § 165, pp. 24 à 25, note 4。

(3) Boissonade, *Projet*, t. IV, nos 394 à 397, pp. 374 à 376; Laurent (F.), Principes de droit civil français, t. XXX, 3e éd., n° 174, pp. 155 à 156; Pont (P.), Explication théorique et pratique du Code civil, t. X, 3e éd., 1878, nos 327 et 329, pp. 341 à 348; *etc.* 通説であるとされる。但し、抵当権設定者が所有権の権能の一部を奪われるといっても、使用、収益、処分権能のうちのいずれかの権能を全面的に剝奪されるというわけではなく、その三つの権能をもはや「完全かつ絶対的には dans leur entier, avec leur caractère absolu」保持し得なくなるというに過ぎない(Biossonade, *Projet*, t. IV, n° 397, pp. 375 à 376; en même sens, Laurent, *op. cit.*, n° 221, pp. 195 et 196)。よって、逆に「債務者は管理に属するすべての権能 tous les droits inhérents à l'administration を保持する」(Boissonade, *Projet*, t. IV, n° 417, p. 390) のである。内田教授が詳細に検討されているように、ボワソナードのかかる「支分権」論、「管理行為」論が、現行民法三九五条本文の基礎となる旧民法の以下の二つの規定を生み出すことになる(内田貴・抵当権と利用権(昭和五八年)二八～三二頁、同「抵当権と短期賃貸借」星野英一編・民法講座3物権(2)(昭和五九年)一七六頁以下参照、併せて、藤原明久「ボワソナート日本民法草案における抵当権の性質・目的物・種類――旧民法における抵当権の前提――」神戸法学雑誌三〇巻三号六一〇～六一二頁(昭和五五年)、同「ボワソナード日本民法草案における抵当権の効力・消滅(一)――旧民法における抵当権の前提――」同三一巻三号五〇六～五〇七頁(昭和五六年)参照)。

債権担保編第二〇二条

抵当財産ノ差押ナキ間ハ債務者ハ財産編第百十九条及ヒ第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其果

実及ヒ産出物ヲ譲渡シ及ヒ管理ノ総テノ行為ヲ為スコトヲ得

債権担保編第二四八条第二項

然レトモ財産編第百十九条及ヒ第百二十条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

(4) Aubry (C.) et Rau (C.), Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. III, 4e éd., 1869, § 286, pp. 426 à 427; Demolombe (C.), Cours de Code Napoléon, t. IX, 1852, nos 471 et 472, pp. 368 à 373 ; *etc.*

(5) Planiol (M.) et Ripert (G.), Traité pratique de droit civil français, t. XIII: Sûretés réelles, 2e partie, 2e éd., par Becqué (E.), 1953, n° 895, p. 148; Colin (A.) et Capitant (H.), Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 2e éd., par Julliot de la Morandière (L.), 1948, n° 1770, pp. 1091 et 1092; Mazeaud (H. L. et J.) et Chabas (F.), Leçons de droit civil, t. III, 1er vol.: Sûretés- Publicité foncière, 6e éd, par Ranouil (V.) et Chabas (F.), 1988, n° 434, pp. 422 à 423; Weill (A.), Droit civil, Les sûretés- La publicité foncière, 1979, n° 438, p. 395.; *etc.*

(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Mazeaud et Chabas, *loc. cit.*; Weill, *loc. cit.*; Barret (Olivier), L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé, thèse Paris I, 1985, *dactylo*, n° 94, p. 176. また、ベルギー抵当権法に関する次の文献も同様の説明を行う。*cf.* Genin (Emile), Traité des hypothèques et de la transcription, 1935, (Bruxelles), n° 1428, p. 187.

(7) Mazeaud et Chabas, *loc. cit.*; Weill, *loc. cit.*

(8) フランスの不動産公示制度については、伊藤道保「一九五五年、フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号三五頁以下（昭和三三年）、星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」（昭和三二年）「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」（昭和三四年）同・民法論集第二巻（昭和四五年）所収一頁以下、一〇七頁以下、浦野雄幸「フランス不動産物権公示制度における公示《Publicité》の効力について」（昭和三八年）同・判例不動産登記法ノート第2巻（平成元年）所収一頁以下、鎌田薫「フランスの土地公示制度」香川保一編・登記研究三〇〇号記念・不動産登記の諸問題上巻一一九頁以下（昭和四九年）、同「不動産物権変動の理論と登記手続の実務――日本的『フランス法主義』の特質――」民事研修三六〇号一頁以下（昭和六二年）など参照。

(9) *cc.* Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, nos 434 à 437, pp. 422 à 427; Weill, *op. cit.*, nos 438 à 440, pp 395 à 401; Barret, *op. cit.*, nos 97 à 99, pp. 180 à 184; *etc.* その他、不動産の滅失・毀損などの物理的行為が挙げられる（Weill, *op. cit.*, n° 439, p. 398; Barret, *op. cit.*, n° 95, p. 177; *etc.*）

(10) 関連条文を挙げる（訳文につき、法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典――物権・債権関係――（法曹会・昭和五七年）二～三頁、三一七頁参照）。

フランス民法第五二四第一項

第一項　土地の所有者がその土地の用役 service および経営 exploitation のためにそこに設置した物は、用途による不動産である

第二項〔農業用具、工場経営に必要な用具などが列挙〕

第三項　所有権者が土地に常設的に付着させたすべての動産物件 effet mobilier もまた用途による不動産である

フランス民法第二一一八条

以下のもののみが抵当権に親しむ

一　取引される不動産および不動産とみなされる付属物 accessoires

二　存続期間における、同様の財産および付属物の用益権 usufruit

(11) 後述の action paulienne の他、抵当権設定契約（担保関係）の当事者として抵当権設定者が負う不利益ないし責任に、期限の利益の喪失（一一八八条）、抵当不動産の滅失・毀損の場合の償還 remboursement または増担保 supplément d'hypothèque（二一三一条）がある（*cf. ex.* Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 434, p. 423）。

(12) 本稿で取り上げたものとして、Req., 21 nov. 1894, D. P. 1895. 1. 277, S. 1896. 1. 230（以上①）、Civ., 24 août 1847, D. P. 1847, 1. 329; Paris, 2 mars 1906, D. P. 1909. 2. 98; Soc., 19 déc. 1941, D. C. 1942. 65, J. C. P. 1942. II. 1809, obs. Becqué (Emile), Les grands arrêts de la jurisprudence civil de Henri Capitant, 8e éd., 1984, n° 155; Civ. 1er, 15 oct. 1980, Bull. civ., I, n° 257, D. 1981. I. R. 348, note Vasseur (Michel), Rev. trim. dr. civ., 1981, p. 631, par Chabas (François)（以上⑥）、Colmar, 6 août 1851, D. P. 1855. 2. 258, S. 1854. 2. 429; Paris, 23 juill. 1937, D. P. 1939. 2. 81, note Radouant (Jean), J. C. P. 1938. II. 492, obs. Dallant (René); Req., 24 fév. 1941, J. C. P. 1942. II. 1918, obs. Becqué (Emile)（以上③）。なお、我国における議論については、湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一編・民法講座3物権(2)（昭和五九年）九二頁以下に、簡略な整理がなされている。

(13) 同制度について、槇悌次「抵当権と賃貸借の関係――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＝六合併号二一頁以下（昭和三九年）、竹下守夫・不動産執行法の研究（昭和五二年）七四～八〇頁参照。なお公示制度については前注(8)の文献参照。

(14) フランスでは、従来、公示方法の違いを反映して、抵当権、先取特権の公示方法を「登記 inscription」、その他の権利の公示方法を「謄記 transcription」と称していたが、一九五五年の改正以来、両者を併せて「公示 publicité」と呼び、抵当権、先取特権の公示のみを指す場合、「登記 inscription」の語を当てている（浦野・前掲論文二頁（注一）、鎌田・前掲「不動産物権変動の理論と登記手続の実務」二〇頁注(5)など参照）。

(15) 一九三八年のデクレ・ロワによる現行制度は、同制度の全面的な改正を企図した一九六七年三月一日のデクレによって廃止されることになっているが、同デクレの内容が必ずしも充実したものではなかったため、その施行が別途デクレに委ねられることになった。そして、その施行のためのデクレは未だ公布されておらず、一九六七年デクレは事実上廃棄されたものとみなされている（*cf.* Vincent (J.) et Prévault (J.), Voies d'exécution et procédures de distribution, 16e éd., 1987, n° 391, p. 364; Donnier (M.), Voies d'exécution et procédures de distribution, 1987, n° 903, p. 394; *etc.*）。

(16) Art. 1743 du Code civil

Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire, qui a un bail authentique ou dont la date est certaine.

Il peut, toutefois, expulser le locataire de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail.

現行法は、農地賃貸借に関する一九四五年一〇月一七日オルドナンスおよび一九四六年四月一三日法により若干手が加えられたものである。原始規定は、「分益小作人 colon partiaire」の文言を有さず、一ケ条（本文・但書）であったが、本質的な構造に変更はないと推測される。なお訳文については、前掲フランス民法典——物権・債権関係——（法曹会）一七八頁、原始規定については、現代外国法典叢書(17)仏蘭西民法〔Ⅳ〕財産取得法(3)（復刻版・昭和三一年）一五二頁参照。

(17) Art. 684 du Code de procédure civile [ancien]

Les baux qui n'ont pas acquis date certaine avant le commandement peuvent être annulés, et ceux postérieurs au commandement doivent l'être, si dans l'un ou l'autre cas les créanciers ou l'adjudicataire le demandent.

訳文については、フランス民事訴訟法典翻訳委員会「フランス民事訴訟法典の翻訳(11)(12)」法協八九巻四号、六号（昭和四七年）参照（「(12)」七二〇頁）。

(18) 槇・前掲論文三七頁以下。同規定の歴史につき、Derruppé (Jean), La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, 1952, nos 6 à 10, pp. 11 à 15 参照。なお同論文の紹介として、林脇トシ子・法研三一巻一一号一一一頁以下（昭和三三年）がある。その他、同規定につき、原田純孝・近代土地賃貸借法の研

究（昭和五五年）三五、四六二～三、四七六～八頁参照。

(19) Colin et Capitant, *op. cit.*, n°s 1001 et s., pp. 659 et s.; Durruppé, *op. cit.*, n°s 11 et s., pp. 15 et s.; Malaurie (Ph.) et Anyès (L.), Droit civil, Les contrats spéciaux, 4e éd., 1990, n° 620, p. 320; *etc.*

(20) Durruppé, *op. cit.*, n° 144, p. 174. 特に「対抗力」概念の純化に伴い、逆に一七四三条の有する契約の相対効の例外としての側面が強調される傾向にあるが (*cf.* Weill (Alex), Le principe de la relativité des conventions en droit civil francais. 1938, n° 523, thèse Strasbourg pp. 905 à 911; Aussel (Jean-Marie), Essai sur la notion de tiers en droit civil français, 1952, n° 75, p. 89; Goutal (Jean-Louis), Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, 1981, n° 66, p. 53; *etc.*)、だからといってそれが対抗力の側面を失わせるわけではない（後注 (22) (23) 参照）。

(21) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 1004, p. 662. なお、確定日付の証拠力一般については、Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), Traité de droit civil, t. I: Introduction général, 2e éd., 1983, n°s 635 et 636, pp. 547 à 550 参照。

(22) Colin et Capitant, *loc. cit.*; Durruppé, *op. cit.*, n° 142, p. 171.

(23) Soc., 12 fév. et 1er juin 1954, J. C. P., 1955. II. 8507, obs. Jack-Mayer (A.); *cf. ex.* Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 620, p. 320, note 31.

(24) フランスにおいては確定日付を備えている場合が多いであろうと想像されるが (*cf.* Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 1002, p. 661)、他方、賃貸借が私署証書でなされた場合には確定日付を得ていない場合も多く、また農地賃貸借については、契約書すら作成されていない場合もしばしば見受けられるとの指摘もある (Vincent et Prévault, *op. cit.*, n° 408, p. 384)。なお、賃貸不動産の売買契約書中に賃貸借維持特約を挿入するという旧制下以来の慣行につき、原田・前掲書四七七頁、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割――『フランス法主義』の理解のために――(一)」早稲田法学五六巻一号四〇頁注 (20)（昭和五五年）参照。

(25) Derruppé, *op. cit.*, n° 146, p. 176; Donnier, *op. cit.*, n° 960, p. 419, note (18).

(26) 香川保一監修・注釈民事執行法3不動産執行上（昭和五八年）二七一頁以下〔大橋寛明〕、鈴木忠一＝三ヶ月章編・注解民事執行法(2)不動産執行上（昭和五九年）二六〇頁以下〔竹下守夫〕など参照。

(27) 以下の手続きの概要は、基本的に Donnier, *op. cit.*, n°s 934 à 990, pp. 411 à 431 によった。なお「支払催告」の書式については、*cf.* p. 506。併せて、竹下・前掲不動産執行法の研究七七～七八頁注 (三) 参照。

(28) 無効 nullité は相対無効 nullité relative であり (Donnier, *op. cit.*, n° 973, pp. 423 à 424)、我が国でいう「取消」に近

い。なおフランスの無効概念については、須永醇「意思無能力者の法律行為の『無効』の法的性質に関する一視点――フランス法からの示唆――」法学志林八三巻三号七～八頁注(9)（昭和六一年）参照。

(29) Donnier, *op. cit.*, n° 958, pp. 418 à 419; Vincent et Prévault, *op. cit.* n° 408 à 410, pp. 383 et 385.

(30) Donnier, *op. cit.*, n° 960, pp. 419 à 420; Vincent et Prévault, *loc. cit.*

(31) Donnier, *op. cit.*, n° 961, p. 420; Vincent et Prévault, *lop. cit.* 但し、後に言及する公示制度による修正がある。

(32) なお、前注(1)で挙げた民法二〇九二の三条については、内容が曖昧であり、それによって、民事訴訟法〔旧規定〕六八四条が排斥されたわけではないと解されている。また、判例はその後も六八四条を適用しているとの指摘もある（*cf.* Vincent et Prévault, *op. cit.*, n° 408, p. 384, note 1; Couchez (Gérard), Vois d'exécution, 2e éd., n° 197, p. 121, note (8))。

(33) 星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」五〇～五三頁、槇・前掲論文四二頁以下、今村与一「19世紀フランスの抵当改革――その理論史的考察――(一)」社会科学研究三八巻一号一〇〇～一〇九頁（昭和六一年）、星野「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」一二二～一二四、一三二～一三八頁ほか、前注(8)の文献参照。

(34) Art. 28—Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles:

1° Tous actes, même assortis d' une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs:

b) Bail pour une durée de plus de douze années, et, même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus;

Art. 30

3. A défaut de publicité, ne peuvent jamais être opposés aux tiers définis par le premier alinéa du 1:

Les baux, pour une durée supérieure à douze ans;

Les actes portant cession de loyers ou fermages non échus, pour une durée supérieure à trois ans.

第三〇条第一款第一項　第二八条第一号の適用によって公示をしなければならない証書および判決は、公示なくば、同一不動産につき競合する権利を同一前主から同じく公示の義務がありかつ既に公示された証書および判決によって取得した第三者、または先取特権もしくは抵当権を登記した第三者に対して対抗できない。それらの証書および判決は、公示をなすも、右第三者が援用する証書、判決、先取特権または抵当権が先に公示されていた場合には、同様に対抗できない。

(35) *cf. ex.* Mazeaud et Chabas, *op. cit.* n° 662, pp. 586 et 587; Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 620, p. 320; *etc.* なお、

フランスの賃貸借特別法に関する文献としては、原田純孝＝東川始比呂「外国の借家法の現状(2)——フランス」水本浩＝田尾桃二・現代借地借家法講座3借地借家法の現代的諸問題（昭和六一年）六九頁以下などが詳細である。また、その後の重要な法改正を補うものとして、Aubert (Jean-Luc) et Bihr (Philippe), La location d'habitation, loi du 6 juillet 1989. 1990 を挙げておく。

(36) Mazeaud et Chabas, *loc. cit.* が、公示の対象を長期に限定した理由として、謄記（公示）件数の増大化、賃借人の費用負担などを挙げているのは興味深い。

(37) この点は、我が国の長期賃貸借の取扱にとり示唆に富む。なお、一二年の期間の起算点は、賃借人が使用収益を開始した時点とするのが一般的である（Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 719, p. 647, et Lectures II, pp. 648 et 649; Vincent et Prévault, *op. cit.*, n° 408, p. 385）。

(38) Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 437, p. 426, n° 662, p. 586; *etc.*

(39) *cf. ex.* Aubert et Bihr, *op. cit.*, n°s 225 et s., pp. 171 et s.

(40) 例えば、Civ., 24 août 1847 は四〇年（但し一八五五年法以前の事案）、Paris, 6 mars 1906 は二一年（一八五五年法と一九五五年デクレの間の事案）、Soc., 19 déc. 1941 は一五年（右に同じ）、Civ., 1er, 15 oct. 1980 は一八年（一九五五年デクレ以後の事例）。なお判例・裁判例の出典につき前注(12)参照。

(41) 明らかに賃料が低額であると認定するものとして、Paris, 6 mars 1906; Soc., 19 déc. 1941.

(42) Soc., 19 déc. 1941. なお、同判例については、虚偽表示 simulation として処理すべきであったとの指摘がある（Becqué, *obs.*, J. C. P. 1942. II. 1809. Capitant, *les grands arrêts*, n° 155, p. 549）。

(43) Soc., 19 déc. 1941; Civ. 1er, 15 oct. 1980.

(44) Civ., 24 août 1847; Soc., 19 déc. 1941; Civ. 1er, 15 oct. 1980.

三　フランス法における詐害的賃貸借排除の法理

(一)　一九世紀における萌芽

一九世紀においては、詐害的賃貸借の問題が重要な論争点として明確には認識されていなかったようである。註釈

書においても、ほとんどこの問題は取り上げられていない。ただ、既にこの時期において、今世紀において確立する判例法理――action paulienne の援用――の萌芽をいくつか見出すことができる。一つは、抵当権者を保護するために action paulienne が用いられたいくつかの裁判例であり、二つは、ある註釈書の興味深い記述である。

まずは、先駆的な判決として、一八五五年法以前の事案であるが、破毀院民事部一八四七年八月二四日判決[1]が挙げられる。破毀院は、抵当権者による、期間四〇年、賃料年二〇〇〇フランの建物賃貸借の無効の請求を否定した原審判決を破棄している。すなわち破毀院は、「(当該) 賃貸借は、その期間、諸条件および諸要素からして、物権の対象である不動産に負担を課すゆえに、その物権ひいては抵当債権者の権利に侵害をもたらす。そして、事実、当該賃貸借は、不動産の売却の実現および本来あてにできたはずの売却代金を債権者が得る可能性をより困難にしている。よって、登記した債権者は、右賃貸借を無効にする現実かつ正当な利益を有するのである」と述べ、参照条文の一つとして、action paulienne を規定する民法一一六七条を挙げて、原審破棄の判決を下しているのである。この時期においては、依然、今世紀の判例法理と比べると、要件の明確化、体系化が行われているとは言い難いが、ともかくも、裁判実務において、いわゆる詐害的賃貸借から抵当権者を救済する手段として、action paulienne（一一六七条）が用いられていたことは確認できる。

次に、今世紀初頭のものであるが[2]、パリ控訴院一九〇六年三月二日判決[3]が挙げられる。これも、長期（二一年）・低額賃料の事案で、当院は、原告である後順位の抵当権者および当事者参加した他の先順位抵当権者による一一六七条に基づく当該賃貸借の無効請求を認容した原審判決を支持している。多くの問題点を提供する裁判例であるが[4]、興味深いのは、損害の認定の仕方である。次の二点、すなわち、低額に設定された賃料（年六一五〇フラン）と債権者に支払うべき利息（五八六〇フラン）の差額（二九〇フラン）を算出し、その額では、不動産の維持・修理のために必要な費用を支払うには明らかに不十分である点、および売却価額が低くならざるを得ないので、抵当債権者の元本の支払い

についても不十分となる点に、損害を求めている。それから、当事者参加した先順位抵当権者には action paulienne を行使する利益がないとの控訴人たる賃借人の主張に対し、異なる順位の抵当権者の間で区別を設ける理由はないと論じるに際して、action paulienne の要件につき、以下のように述べているのも注目されよう。すなわち、「それらの者にこの訴権を認めるには、それらの者の債権を危険に陥らせるために、非難されている行為によって、それらの者の担保 gage が減じられたということ、および当該行為が詐害の意図 intention de fraude によりなされたことを証明すれば足りる」としている。次節で検討するように、この部分によって同判決は、今世紀に至って、無資力 insolvabilité 要件不要の先駆的裁判例として位置付けられることになる。(5)

さらに視野を広げ、抵当権者の保護という点から判例を見ると、一九世紀においても、かなり広範囲にわたって action paulienne が援用されていたことがわかる。まず、先の破毀院判決とほぼ同時期に、既に自己所有の不動産を賃貸借に供している抵当債務者が、九年に及ぶ小作料の譲渡を行った事案について、その譲渡行為につき廃罷訴権 action révocatoire の行使を認めた裁判例（コルマール控訴院一八五一年八月六日判決）が存する。(6) 次に、一九世紀の末には、抵当権が設定されている工場の工場設備が搬出された事案において、当該事案については詐害 fraude の立証がないとしてその請求が棄却されたものの、一般論として、抵当権者を詐害してなされた用途による不動産 immeubles par destination の搬出につき action paulienne の適用がある旨判示した破毀院の判例がある（破毀院審理部一八九四年一一月二一日判決）。(7)

以上のような判例の傾向に対して、学説は、抵当権者も、一般債権者として action paulienne を行使することを妨げられるものではないという点については争いはないが、(8) 特に、詐害的賃貸借を排除する手段としてそれを用いる可能性に言及するものはほとんど見あたらない。

ただ注目すべきは、ベルギーの民法学者であり同時にフランス註釈学派の一人に挙げられるローラン Fr. Laurent(9)

が、ベルギー抵当権法（一八五一年一二月一六日法）の解釈論に関連して、action paulienne の援用について言及している点である。これはもちろんベルギー法の解釈論としてなされたものであるが、一般法 droit commun としての民法上の制度についてはフランス法と共通する。[10]

ベルギー抵当権法については、既に我が国の民法三九五条の立法沿革との関連において、内田教授により詳細な紹介がなされているように、[11] 一方で、フランス一八五五年法と同様、長期（九年を超える期間）の賃貸借を公示の対象として、抵当権者の保護を図りつつ（一条二項）、他方で、抵当権設定後に抵当権設定者によって締結された賃貸借の取扱を別個の条文で規律することにした（四五条四項）。[12]

第四五条第四項　抵当権設定後に善意で締結された賃貸借もまた尊重される。但し、賃貸借が、九年を超える期間で締結された場合、その期間は民法第一四二九条に従って短縮される

ローランは、第二章第一節で検討した抵当権設定者の機能という点については、肯定説（抵当権＝支分権説）に立つ。[13] ただし、結果においては否定説と異なるところはなく、結局は、否定説の第二原則を権能の制限の問題として理解するという点に差があるに過ぎない。例えば、管理権 droit d'administration・使用収益権 droit de jouissance についてみれば、原則として、抵当権設定者は、管理権・使用収益権を保持するが、抵当権者を害する行為をなす権利は有しない、ということになる。[14] そして、四五条四項は、その点につき法律をもって明確に規定したのだと理解する。それでは、同規定に関するローランの説明に耳を傾けよう。特に同項の要件である「善意」要件の位置付けに注目すべきである。[15]

「法律は、債務者は九年間の賃貸借のみ行い得ると決定した。それは不動産賃貸借の通常の期間 durée ordinaire であり、通常の管理行為については、債権者はそれを覚悟すべきであるし、さらに抵当不動産が注意深くかつ能力のある賃借人に賃貸された場合には、いわば保管を担保するものとして利益さえ受けるであろうから、法律は、債権者がそれを尊重することを望んだわけ

である。しかし、四五条は一つの要件を加えた。すなわち賃貸借は善意で de bonne foi なされることを要するとしたのである。というのは、たとえ九年の通常の期間の賃貸借であっても、例えば、債権者が訴権を行使しようとする直前に、債権者を詐害 fraude して締結される場合もあり得る。そのような賃貸借はすべて、売却をより不利な条件におくことによって妨害しようとするものであり、債権者に損害を与えるおそれがある。ところで、ある行為が債権者を詐害してなされた場合には、債権者はその行為を攻撃することができる。ただし、債権者は、それを action paulienne によってのみ行い得る。そのためには、賃借人が詐害に共謀 complice de la fraude していなければならない」。

再説を要しないであろうが、ローランは、九年以下の賃貸借――我が国との対比でいえば六〇二条の短期賃貸借に相当する――についても、抵当不動産の担保価値を下落させ抵当権者を詐害してなされるおそれがあり、抵当権設定者はそのような行為を行う権利を有しないのであるが、にもかかわらずそのような行為がなされた場合の救済手段として、債権者――ローランが抵当権者とはしていない点に注意すべきである――に action paulienne が与えられるとする。これは、まさに、フランス判例の詐害的賃貸借排除の法理に他ならないわけであるが、ローランは、一般法（民法典）の考え方としてそれを認め、抵当権法四五条四項は、その一適用場面と理解するのである。[16]

ベルギー抵当権法の解釈を離れて、一般法――フランス民法に共通――の内容を、ローランは次のように要約する。「抵当権設定者は、通常の管理行為・使用収益行為を行うことができる。但し、債権者を詐害して行うことはできない。その場合、一一六七条が適用される」。[17] 一九世紀における詐害的賃貸借排除の法理についての認識は、おおよそこの辺りにあると考えてよかろう。

以上が、一九世紀における判例・学説の概要である。この段階では、十分な議論がなされているわけではなく、要件など必ずしも明確にされてはいない。特に、今世紀の詐害的賃貸借排除の法理との対比で見るとき、重要なのは、action paulienne を行使できるのは、あくまでも一般債権者の地位においてなのか、それとも、それと別個の要件で、抵当権者として行使することができるとするのか、その点を特に意識的には論じていないという点である。確かに、

判例においては、無資力要件を問題にした形跡は見あたらず、むしろ逆に、無資力要件の不要を前提としているとも判断できる。だが、学説は、そもそも詐害的賃貸借の排除につき action paulienne を用いる可能性にすら言及していないし、唯一の例外であるローランでさえ、その叙述を見る限り、一般債権者としての保護を考えていたのではないかと推測される。これに対して、今世紀の判例法理は、抵当権者による action paulienne 行使の場合、無資力要件は不要であるとし、抵当権者独自の保護を図るのである。それでは、節を改め、今世紀における法理の展開を検討しよう。

なお、最後に、いうまでもなく、我が国の民法典の制定段階で接し得たフランス法は、本節で検討した一九世紀のそれに歴史的に制約されるという点を確認しておきたい。

(二) 二〇世紀における展開

一九一三年、パリ大学に提出されたグルベ A. Grouber のテーズが[18]、一九世紀と二〇世紀を画するといっても大仰ではなかろう。グルベは、判例の詳細な分析を通して、action paulienne が一般債権者 créanciers chirographaires の保護のために機能する通常の形態 action paulienne ordinaire を超えて用いられる場合——我が国流の表現を借りれば「詐害行為取消権の転用」例——を、action paulienne spéciale（以下「特殊形態」と呼ぶ）として体系的に取扱い、要件の明確化を企図する[19]。特殊形態は、大別して二つの場面が想定されている。第一は、我が国にも広く紹介されているケースであるが[20]、売買予約違反、不動産二重譲渡における背信的悪意者・悪意者排除の問題などの特定物債権保全のケースであり、第二は、本稿の課題でもある抵当権保全のケースである。

グルベの壮大な試みの最終的な到達点は、通常形態と特殊形態の相違は表層的なものに過ぎず、本質的な面では同一性を失っていないとし、損害 préjudice、詐害 fraude、詐害への共謀 complicité de fraude の三要件、効果としての無効 annulation といった通常形態の要件・効果の枠組みは、特殊形態にも妥当するというものであるが[21]、その

当否はさておき、ここでは、話を、当面の課題である詐害的賃貸借排除の法理に限定すると、グルベの業績の最大の意義は、一九世紀において、詐害的賃貸借に対して、漫然とaction paulienneを適用していた判例を体系的に位置付け、かつ要件を明確化した点にあると評価できよう。すなわちグルベは、判例分析を通して、第一に、判例においては、一般債権者の一般担保 gage général（二〇九三条）ではなく、抵当権者の特別担保 gage spécial の保全が図られている点、第二に、債務者の資力 solvabilité、無資力 insolvabilité は考慮されていない点を抽出したのである。[22] この分析は、後の判例理論の確立に少なからぬ影響を与えたものと推測される。また、この判例分析の視角は、広く学説にも受入れられることになる。[23]

それでは、判例法理を検討しよう。action paulienne による詐害的賃貸借排除の法理は、破毀院社会部一九四一年一二月一九日判決[24]において一応確立したと見てよかろう。さらに、広く抵当権あるいは特別担保 gage spécial 保全のための action paulienne の援用という視点からすると、右破毀院社会部判決とほぼ同時期の、「賃料譲渡 délégation de loyers」の詐害性に関するパリ控訴院一九三七年七月二三日判決およびその上告審判決である破毀院審理部一九四一年二月二四日判決[25]が挙げられる。上告審判決は期せずして同年であるが、いずれにせよ大戦前後のこの時期に極めて重要な判例が集中し、それに対する批判という形で、学説の中でも問題意識が高まることになる。

まずは、本稿のテーマに直接関連する一九四一年の破毀院社会部判決の内容を紹介しておこう。

〔事案の概要〕 債務者Y_1（被告）は、債権者X（原告・被上告人）に対して負担する一二万フランの借金返還債務の元本および利息を担保するため、一九三二年五月六日、自己所有の不動産（農地）につき抵当権を設定した。ところが、Y_1はその数日前に、[26] 将来の娘婿であるY_2（被告・上告人）との間で、同一不動産につき、期間一五年、賃料年四〇〇〇フランの賃貸借契約を締結していた。なお、Xは右賃貸借の存在を知らされておらず、またその後もY_1が耕作を継続していたので、Xは、未払利息の支払いの訴求を開始するに至って初めてその存在を知るに及んだ。そこで、XはY_1、Y_2を被告として、民法一一六七条に基づき、右賃貸借の無効を求めるとともに一万フランの損害賠償の支払いを請求した。原審（アルジェ控訴院一九三九年一月四日判決）は、

当該賃貸借は、今まさに抵当権の設定を伴って借金の契約をしようとするときになされたもので、Y_1がXの権利を詐害 fraude するためにY_2に対して締結されたものに他ならず、またY_2にも詐害への共謀 complice があったとして、原告Xの請求を認容した（但し損害賠償は三〇〇〇フランに減額）。これに対して、Y_2は、原審判決においては、Y_1が当該賃貸借の締結により無資力になったことが認定されていないので、損害があったとは言えないなどとして上告。

〔判決〕 上告棄却。判旨の主要部分は以下のとおりである。

①「債権者が、特に抵当権の設定など、債務者の特定の財産について特別の権利を付与されている場合、損害 préjudice は、債務者の無資力 insolvabilité 以外のところに存在し得る。すなわち、債権者に優位な地位が保障されていた権利の行使を不可能あるいは実効なきものにするために、廃罷訴権 action révocatoire が提起されている詐害行為によって、債務者が、その特定の財産を処分し、またはその価値を減じたということが証明された場合、そこに損害があったといえるのである」。

②「係争賃貸借は、長期間でかつ実質よりも低額の賃料が設定された賃貸借の存在によって、買受申出人が出現するのを妨げて、執行の実効性を奪うことにより、Y_1がその執行を免れるために締結されたものに他ならない」。

次に、参考のため、賃料譲渡の事案の一九三七年のパリ控訴院判決およびその上告審判決である一九四一年の破毀院審理部判決を極めて簡略にではあるが紹介しておこう。なぜなら、同じく抵当権保全のため action paulienne を援用したケースとして、先程の詐害的賃貸借に関する破毀院社会部判決と同列に論じられることが多いからである。また、要件について詳細な言及があり、破毀院社会部判決の内容を補う点が多い。

〔事案の概要〕 原告保証会社X（被控訴人・被上告人）は、被告不動産会社Y_1（控訴人）に対して、八〇〇万フランの信用（年利八・二％）を供与し、Y_1所有の不動産に抵当権の設定を受けたが、後に、Y_1の利息の支払いが滞ったので、Xは一九三四年七月五日および同年八月九日に差押えのための支払催告をした（なお差押調書の謄記は一〇月二五日）（旧法）。ところが、これに対してY_1は、同年九月一五日に、抵当不動産上の一六〇人の賃借人のうち六四人についての賃料四年分を、債権者の一人である被告Y_2（控訴人・上告人）に代物弁済として私署証書で「譲渡 délégation」した。そこで、Xは、Y_1、Y_2を被告として、一一六七条に基づき右賃料譲渡の無効を請求した。第一審は原告の請求を認容し、当該賃料譲渡の無効を言渡した。これに対して、Y_1、

Y_2控訴。

〔控訴審判決〕 控訴棄却。判旨の要点は以下のとおり。

①「ある物について特別の債権または担保を付与された債権者にとって、損害は、債権者の権利の行使に重大な侵害をもたらすという状況において、債務者が担保の価値を変ずる方法でその物を処分した場合に、生じる。よって、債務者が完全には無資力ではなく、それゆえ債権者が同等の満足を得られる機会があるかどうかは問題ではない。特別担保が債務者の処分行為により不十分となること、あるいはその度合いが大きくなること、それが action paulienne を行使するに必要な損害を構成するものである」。

②「債務者の側のフロード fraude は、債務者が、自らの行為が債権者の特別の権利 doit spécial の行使を妨げることを認識 connaissance している点にある」。

③「担保債権者または抵当債権者に損害を及ぼす行為の受益者の側の共謀 complicité は、その状況について知っていた avoir connu ことに存する」。

〔上告審判決〕 上告棄却。判旨の主要部分は以下のとおりである。

①「一般債権者に対してなされた資料譲渡は、その債権の決済を保証するためになされる場合には、それ自体としては適法であるが、それが抵当債権者の権利を侵害する性質を有し、さらに、その損害を認識して、かつ債務者を無資力に陥れまたはその度合いを増大させることによって、抵当債権者の利益を害そうとして en vue de nuire 同意および承諾がなされた場合には、無効となる余地もある」（無資力の立証もあり）。

②「（実行手続きと賃料譲渡の日付の接近は）、債務者の意図 intention、およびすべての状況に通じ、抵当債権者の正当な利益を害そうとする陰謀に自ら加担した一般債権者の意図を証明する」。

それでは、判例法理を分析してみよう。一九世紀段階において既に、いわゆる詐害的賃貸借に action paulienne を用いる点は認められていた。問題はその要件である。一般に、action paulienne の要件としては、先述したように、「損害 préjudice」および「詐害 fraude」（「詐害への共謀 complicité de la fraude」も含む）の二ないし三要件が挙げられる。[27] 我が国の要件論との対応でいえば、一応、前者が客観的要件、後者が債務者および第三者（受益者）の主観的要件

ということになろう。

ところで、詐害的賃貸借あるいはより広く抵当権保全の場合についても、一一六七条を適用する限りにおいては、その要件を充たさなければならないことは当然であろうが、問題はその要件の解釈である。この点について判例は、一般債権または一般担保を保全する場合とは異なってよいとする。そして、その判例によってもたらされる要件の変容は、要件の「限定化 localisation」として特徴づけられている。[28] すなわち、「損害」と「詐害 fraude」などの要件の射程範囲が、抵当権または特別担保 gage spécial の設定された特定の財産に「限定される localisée」というのである。[29]

まず、「損害」要件について見てみよう。一般に「損害」とは、我が国同様、無資力要件を前提とし、債務者が無資力状態に陥るか、または無資力の度合いが大きくなることをいうと理解されている。[30] よって、判例による変容は、まずは、前提としての無資力要件の要否の問題として現れる。これは我が国における債権者代位権の転用の場合の議論と共通な側面を有する。この点、一九世紀においては曖昧であったわけであるが、先に挙げた一九四一年の破毀院社会部判決（判旨①）および一九三七年のパリ控訴院判決（判旨①）は、無資力要件が不要であることを明かにした。例えば、前者は「損害は、無資力以外のところにある」と言明している。これが判例法理の核心部分といえよう。まさしく詐害行為取消権の転用論である。

ただ、この点について、この段階で既に判例は確定したと言い切るには些か問題がなくはない。というのは、一九四一年二月二四日の破毀院審理部判決は、結論的には原審判決である一九三七年のパリ控訴院判決を支持するのではあるが、判旨①に明らかなように、無資力を要件とし、実際それを認定している。そこで、同年一二月一九日の破毀院社会部判決との関係が問題となる。前者は後者により否定されたと見るべきか、それとも事案との関係を考えなければならないのか？　いずれにせよ次回の判断が待たれるところであったが、詐害的賃貸借に関する事案につき、一

九四一年の破毀院社会部判決――無資力不要論――を踏襲する新判例が現れた。破毀院第一民事部一九八〇年一〇月一五日判例[31]がそれである。事案は、債権者である銀行が保証人である法人所有の不動産上に裁判上の保全抵当権 hypothèque judiciaire provisoire を取得したところ、その登記の直前に、法人の代表者（主たる債務者）の配偶者に対して期間一八年の定額小作賃貸借 bail à ferme が締結されていたので、一一六七条に基づき、同賃貸借の無効を求めたというものである。これに対して破毀院民事第一部は、一九四一年破毀院社会部判決の判旨①をほぼそのまま援用し、債務者の資力を問題とせずに、同賃貸借を無効とした原審判決を支持し、上告を棄却した。これにより、少なくとも詐害的賃貸借の事例に関しては、無資力要件不要とするのが、確定した判例法理ということができよう。

それでは、無資力要件を不要とした場合、「損害」とは一体何であるのか？「損害」の理解の仕方の基本的な枠組みは、一九四一年の破毀院社会部判決（判旨①）、一九三七年のパリ控訴院判決（判旨①）においてほぼ共通している。

まず、第一には、「損害」は、特別担保たる不動産の価値 valeur の減少に見出される。一九三七年のパリ控訴院判決が「特別担保が債務者の処分行為により不十分になること、あるいはその度合いが大きくなること」（判旨①）と述べる部分は、その点を端的に示している。「限定化 localisation」と評される所以であろう。

ところで、問題なのは、判旨において、「損害」要件に「担保価値の減少」という純粋な意味での損害以外の要素（以下第二要素）が付け加えられている点である。「債権者に優位な地位が保障されていた権利の行使を不可能または実効なきものにするために」（一九四一年破毀院社会部判決判旨①）、あるいは「債権者の権利の行使に重大な侵害をもたらすという状況において」（一九三七年パリ控訴院判決判旨①）という部分がそれにあたる。これは本来、「損害」というよりも寧ろその原因である「行為」の主観的態様または主観的要件の問題――action paulienne の要件としては「詐害 fraude」要件の問題――であるはずだが、それが「損害」要件の中に組み込まれているのである。そして、この第二要素が、「損害」要件を極めて曖昧なものにしているといえよう。それは、特に、詐害的賃貸借の事案に関して

問題となる。すなわち、一九世紀の判例以来そうであるが、判決文を読む限りでは、賃貸借の存在により不動産の鑑定評価がいくら減少するのかといった具体的な認定はなされておらず、むしろその蓋然性の上に立って、賃貸借の締結による執行妨害的な側面の方に力点が置かれていると分析できるのである（一九四一年破毀院社会部判決判旨②参照）。このように見てくると、判例における損害概念は、学説が批判するように、甚だ「とらえ所のないもの fuyant(e)」と言わざるを得ない。[32]

次が、「詐害 fraude」要件（「詐害への共謀 complicité de la fraude」要件も含む）である。いわゆる主観的要件については、我が国同様フランスにおいても、単なる認識 connaissance で足りるのか、害する意図（害意）intention de nuire を要するかという議論がなされている。[33] この点について判例は、原則として、単なる認識で足りるとするが、例外的に、①容易に差押可能な財産を費消し易い財産に替える場合、②弁済の場合、③債権発生が詐害行為前でない場合に、害意・詐害的共謀を要求していると分析されているようである。[34]

それでは、抵当権保全あるいは特別担保保全の場合はどうであろうか？　この点、一九四一年の破毀院社会部判決では明らかにされていない（争点でない）が、一九三七年のパリ控訴院判決は明確に、詐害 fraude＝認識であると判示している（判旨②、③参照）。しかし、このパリ控訴院の判旨――認識説――を言葉通り判例の立場として受け止めてよいかどうかについては疑問を提示する者が多い。[35] というのは、その疑問の背後には、従来は、無資力を前提とする「損害」要件により action paulienne の行使に「歯止め barrière」[36] がかかっていたのだが、判例のように抵当権または特別担保の保全の場合には無資力要件が不要であるとすると、今度は必然的に「詐害 fraude」要件の方を強調せざるを得なくなるはずだとの見方が存するからである。[37] そして、そのような意識で判例をみると、パリ控訴院判決の事案を含めて、無効が認容されたケースにおいては、すべからく「害意 intention de nuire」および「詐害的共謀 concert frauduleux」が存在していると分析することが可能であるという。[38]

確かに、フランスにおける action paulienne の要件論の枠組みにおいては、我が国で「違法性」あるいは「不当性」として規範的に評価される行為の態様は、「詐害 fraude」要件の中で、害意 intention de nuire として評価するのが一般的であろう。[39] その意味では右の指摘は正鵠を射ていると思われる。しかしながら、先に検討したように、それでは判例はその要素を全く無視しているのかといえばそうではなく、逆に、「損害」要件の中に取り込んでいるのである（第二要素）。よって論争は、我が国の議論に引き直すならば、同要素を、客観的要件に取り込むか、主観的要件に取り込むか、あるいは第三の要件を立てるかという要件枠組みの法律構成の問題に帰着することになろうが、ここではその構成の如何はさておき、フランスにおいては、いわゆる詐害的賃貸借――批判説の分析によれば「害意」および「詐害的共謀」により締結された賃貸借――のみが、action paulienne の対象とされているという事実を確認しておこう。

最後に、効果について見てみよう。周知のように、我が国においては、三九五条但書の効果については、まず解除訴訟が、賃貸人、賃借人（転借人）を共同被告とする必要的共同訴訟であることを前提として、解除の効果は訴訟当事者間で絶対的に生じると解されているようである。さらに、同条但書に基づいて解除がなされた場合、抵当権者に抹消登記請求が認められる他、賃借人（転借人）に対する明渡請求を認めるべきか否かが近時の論争点となっている。[40] それではフランスの判例の取扱はどうであろうか。

これは原告の請求に対応したものではあるが、本稿で取り上げた詐害的賃貸借の四つの事案に関しては、いずれの判決も、まずは、無効 nullité を言い渡している。被告が誰かという点については、一九世紀のものは必ずしも明らかになし得ないが、今世紀の二つの重要判例について見ると、一九四一年の破毀院社会部判決については、賃貸人と賃借人が共に無効請求の被告となっている。これに対して、一九八〇年の破毀院第一民事部判決は、主たる債務者、保証人（抵当権設定者、賃貸人）、賃借人を被告としているが、前二者に対する請求は、貸金債務、保証債務の支払請求

であり、無効請求の被告は賃借人のみである。ところで、action paulienne の効果については、今世紀に入って、無効 nullité から対抗不能 inopposabilité へと解釈論が変遷し、それと並行して債務者の被告適格も否定されるに至っている。[41] この議論の展開と両事案における被告の関係は必ずしも明らかになし得ないが、後判決の評釈は、無効の言渡しは、正確には対抗不能の言渡しであるべきだと指摘している点を付言しておこう。[42]

次に、その余の請求については、これも当事者の請求に対応したものであるが、一九四一年の破毀院社会部判決は、無効とともに、両被告に対する損害賠償 dommages et intérêts の請求（無効、損害賠償ともに一一六七条に基づくもの）を一部認容した原審判決を支持している点は注目に値する。[43]

以上が、フランス判例の詐害的賃貸借排除の法理の概要であるが、これに対して、学説は、判例法理をそのまま承認するものもいくつか見受けられるが、[44] 大勢は批判的であるといえよう。[45] ただし、詐害的賃貸借の排除という判例の結論自体に反対するものは管見の及ぶ限り見あたらず、批判の多くは、そのための手段として action paulienne を用いること（転用）に向けられている。その批判点は、action paulienne の機能および要件に関する以下の三点に集約されよう。繰り返しを恐れずここに整理するならば、①機能について――action paulienne の本来の機能は、すべての債権者が有する「一般担保 gage général」を保全することにあるから、詐害的賃貸借排除に用いること、あるいはより広く「特別担保 gage spécial」保全のために用いることは、その性質を変えることになる、②「損害」要件について――無資力 insolvabilité 要件を不要とすることは妥当でなく、また損害の概念を曖昧にする、③「詐害 fraude」要件について――action paulienne の要件としては、通常「認識」で足りるとされるが、詐害的賃貸借排除あるいは特別担保保全として用いる場合、「害意」「詐害的共謀」を要求することになる。

そこで、これら批判説は、判例の action paulienne 構成に代わる他の構成を試みることになるが、依然試論の段階にあるというべく、この点に関する本格的な論稿は未だ存しないということができようか。[46]

このような状況の中で、もっとも有力に主張されているのが、action en fraude 説であろう。[47] これは「詐害（フロード）はすべてを破る fraus omnia corrumpit」または「詐害（フロード）はあらゆる規則の例外をなす la fraude fait exception à toutes les règles」の法諺に基礎を置く「フロード fraude の一般法理」の援用により解決しようとの主張である。[48] action paulienne を規定する一一六七条は、民法典の中でこの一般法理が適用された規定のうちの一つであり、かつ最も重要な規定であると理解されている。[49] そこで、詐害的賃貸借といういわば法欠缺事象 silence de la loi については、一一六七条の要件を修正して適用するよりも、一般法理で解決するのが筋だという理屈であろうと思われる。すなわち、この説の契機となったのは、先述の判例分析における害意 intention de nuire をめぐる議論であり、「フロード fraude」の要件が「認識 connaissance」に緩和されて解釈されている一一六七条ではなく、「詐害の意図 intention frauduluex」を本質的な要件とする「フロード fraude の一般法理」に戻るべきだと主張するのである。[50] なお、この説による場合、効果については、一般法理に従い「対抗不能 inopposabilité」とするので、[51] 判例法理との差異は存しないと思われる。

この他、一三八二条に基づく不法行為責任 responsabilité délictuelle 構成の可能性も示唆されている。[52]

こういったところが詐害的賃貸借の排除に関する学説の状況であるが、いずれも判例理論に代わるほどの実践的な主張とはなり得ていないというのが現状ではなかろうか。しかしながら、いわゆる「フロード fraude の一般法理」と action paulienne を規定する一一六七条の関係を論じる有力学説の主張は、我が国の三九五条但書と四二四条の関係を考える上で、極めて有力な資料を提供してくれるのではないかと思われる。

以上、判例を中心に、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理を概観してきたが、これにより、我が国の三九五条但書に相当する規定を欠くフランス法では、詐害行為取消権 action paulienne の援用――やがては転用――という形で詐害的賃貸借に対処してきたことが明らかにできたと思われる。そして、序においても指摘したように、現段階

ではその直接の影響関係を資料にて立証し得ないが、我が民法典の立法段階において前提とされていた、さらには民法施行前の裁判実務において採用されていたと推測される、詐害行為取消権による詐害的賃貸借排除の法理は、本書において検討してきたフランスの判例法理――少なくとも一九世紀のそれ――と、おそらくは内容においてそう掛け離れたものではなかったであろうと想像される。それでは、再び序において提示した問題意識に戻ることにしたい。

(1) Civ., 24 août 1847, D. P. 1847. 1. 329. 一八五五年法以前の事案あり、公示制度の適用はない。

(2) 後述するように、本稿では、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理の展開の一つの分水嶺を一九一三年のグルベのテーズ Grouber (Alexandre), De l'action paulienne en droit civil français contemporain, thèse Paris, 1913 におくので、それ以前の裁判例については、一九世紀のものとして取り扱うことにした。

(3) Paris, 2 mars 1906, D. P. 1909. 2. 98. 一八五五年法以後の事案である。よって、一八年を超える部分については抵当権者に対抗できない。

(4) もっとも問題とされたのは、詐害行為後に発生した債権（権利）で action paulienne を行使できるか否かという点である。事案の概要は、以下のとおり。所有者が賃貸借契約を締結したのは一八九七年一二月九日で、一八九八年一月二八日に確定日付を得た。そしてその後、一八九九年七月七日に賃貸借の謄記を行っている。これに対して、原告への後順位の抵当権が設定されたのは一八九九年三月一七日、すなわち賃貸借の確定日付取得後謄記前ということになる。そこで民法一一六七条 action paulienne の要件（事前性 antériorité――債権発生が行為前であること）を欠くゆえ action paulienne は認められないとの主張が控訴人たる賃借人からなされたというものである。今日では同要件は多少緩和されて解釈されているが（後注(26)参照）、当時においては厳格に解されていた（*cf. ex.* Aubry (C.) et Rau (C.), Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. IV, 4e éd., 1871, § 313, p. 133; Planiol (M.), Traité élémentaire de droit civil comforme au programe officiel de faculté de droit, t. II, 2e éd., 1902, n° 316, pp. 104 à 105)。そこでパリ控訴院は、一九五五年法の解釈として、賃貸借謄記時を詐害行為時として原告抵当権者の請求を認容したが、この点については批判がなされている（*cf.* Note sur cet arrêt, D. P. 1909. 2. 98)。我が国の議論については、奥田昌道編・注釈民法(10)債権(1)（昭和六二年）七九八頁以下〔下森定〕参照。

(5) Grouber, *op. cit.*, n° 279, pp. 517 et 518.

(6) Colmar, 6 août 1851, D. P. 1855. 2. 258. S. 1854. 2. 429. 一八五五年法の適用のない事案である。

(7) Req., 21 nov. 1894, D. P. 1895. 1. 27, S. 1896. 1. 230.

(8) *cf. ex.* Aubry et Rau, *op. cit.*, § 313, p. 130; Baudry-Lacantinerie (G.) et Barde (L.), Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, t. 1er, 2e éd., 1900, n° 683, pp. 626 et 627; Capmas (Charles), De la révocation des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier, 1847, n° 67, p. 101; Guillouard (L.), De l'action paulienne en droit romain et en droit français, thèse Caen, 1869, p. 151.

(9) ローランにつき、福井勇二郎「十九世紀に於ける仏国民法学の発達――ユージェーヌ・ゴドゥメの講演に拠りて――」同編訳・仏蘭西法学の諸相（昭和一八年）六四頁、野田良之「註釈法学と自由法」尾高朝雄＝峯村光郎＝加藤新平編・法哲学講座第三巻（昭和三一年）二二三頁など参照。

(10) ベルギー法については、K・ツヴァイゲルト／H・ケッツ＝大木雅夫訳・比較法概論原論上――私法の領報における――（昭和四九年）一七二～三頁、参照。

(11) 内田貴・抵当権と利用権（昭和五八年）三四頁以下、参照。

(12) *cf.* Genin (Emile), Traité des hypothèques et de la transcription, 1935, (Bruxelles), n°s 1423 à 1425, pp. 186 et 187. また、抵当権設定後の賃貸借の取扱につき、*cf.* n°s 1428 à 1431, p. 187。ちなみに、四五条四項の原文は以下のとおり。なお、同条同項が民法典一四二九条を引用する部分は、現行法では五九五条となっている（一九七六年七月一四日法による修正）。

Art. 45, al. 4—Les baux contractés de bonne foi après la constitution de l'hypothèque seront aussi respectés: toutefois, s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans, la durée en sera réduite conformément à l'article 1429 du Code civil.

(13) Laurent (F.), Principes de droit civil français, t. XXXX, 3e éd., 1878, n° 174, pp. 153 à 156, n° 221 et 222, pp. 195 et 196. 併せて前章注（3）参照。

(14) Laurent, *op. cit.*, n° 235, pp. 209 à 210.

(15) Laurent, *op. cit.*, n° 236, p. 210.

(16) この点、我が民法三九五条但書の解釈にとり極めて興味深い。すなわち、些か乱暴な議論ではあるが、詐害行為取消権action paulienne による詐害的賃貸借排除の法理を起点とするならば、それは一方で「善意」要件――いわば主観的要件――（ベルギー抵当権法四五条四項）に、他方で「損害」要件――いわば客観的要件――（日本民法三九五条但書）に展開したことになる。問題はその解釈・運用であろう。第一章注(19)で比較法的視角の必要性を説く所以である。この点について、Genin,

op. cit., n° 1430, p. 187 は、次のように述べて、ローラン同様、action paulienne の適用可能性を示唆する。すなわち「現実には、九年を超えない期間の賃貸借であっても、例えば、（強制）徴収訴権 action en expropriation が行使される直前に賃貸借が契約されるなど、債権者の権利を詐害して締結される場合が起こり得る。その場合、債権者は、民法典一一七六条に基づいて、当該賃貸借を攻撃することができる」と述べる。これに対して、近時の文献には、債務者の無資力 insolvabilité および賃借人の共謀 complicité を要件とする action paulienne とは別に、「不当な条件で dans des conditions anormales」賃貸借が締結された場合、「悪意 de mauvaise foi」（条文上の「善意」の反対解釈）であったとして、同賃貸借は抵当権者らに対抗できないとするものがある（*cf.* Merchiers (Yvette), Le bail en général, Rép. not., 1989, (Bruxelles), n° 88, p. 114, n° 485, p. 254）。なお、「不当な条件」の例としては、判例を引用しつつ、長期、低額賃料で親族の利益を図る賃貸借が挙げられている（*cf.* n° 88, p. 114, note (3)）。詳細は別稿を草して論じたい。

(17) Laurent *op. cit.*, n° 242, p. 221.

(18) グルベのテーズ（前注(2)参照）の重要性については、拙稿「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開――二〇世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に――」慶大大学院法学研究科論文集二六号二二頁注(36)（昭和六二年）参照。

(19) Grouber, *op. cit.*, n° 263, pp. 479 et 480, n° 281, pp. 519 et 520, n° 286, pp. 528 à 530.

(20) 松坂佐一「Action paulienne について」（昭和三〇年）同・債権者取消権の研究九〇～九三頁（昭和三七年）、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅――特定物債権の保護強化の一断面――」一橋大学研究年報法学研究三号四一五頁以下（昭和三六年）、鎌田薫「不動産二重譲渡における第二買主の悪意と取引の安全――フランスにおける判例の『転換』をめぐって――」比較法学九巻二号三一頁以下（昭和四九年）など、吉田邦彦・債権侵害論再考（平成三年）四六四頁参照。

(21) Grouber, *op. cit.*, n° 286, pp. 528 à 530.

(22) Grouber, *op. cit.*, n°s 279 et 280, pp. 516 à 518.

(23) *cf. ex.* Demogue (R.), Traité des obligations en général, II: Effet des obligations, t. VII, 1933, n°s 1125 et s., pp. 512 et. s.; Planiol (M.) et Ripert (G.), Traité pratique de droit civil français, t. VII: Obligations, 2e partie, 1954, n°s 937 et 938, pp. 267 et 270.

(24) Soc., 19 déc. 1941, D.C. 1942. 65, J.C.P. 1942. II. 1809, obs., Becqué (Emile), Les grandes arrêts de la jurisprudence civil de Henri Capitant, 8e éd., 1984, n° 155.

(25) Paris, 23 juill. 1937, D. P. 1939. 2. 81, note Radouant (Jean), J. C. P. 1938. II. 492, obs. Dallant (René); Req., 21 fév. 1941, J. C. P. 1942. II. 1918, obs. Becqué (Emile). なお、本稿では、délégation を一応「譲渡」と訳出しておいたが、その実体は、債務者 délégant の指図 ordre による、第三債務者 délégué の債権者 délégataire への新たな支払約束 engagement といえよう (*cf. ex.* Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), Droit civil, Les obligations, 2e éd., 1990, nos 1250 et s., pp. 710 et s.)。

(26) 今日においては、「事前性 antériorité」の要件は緩和されて解釈されている (*cf. ex.* Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (P.), Droit civil, Les obligations, t. II: Le régime, 2e éd., 1989, n° 170, pp. 154 et 155; Mazeaud (H. L. et J.) et Chabas (François), Leçon de droit civil, t. II., 1er vol.: Obligations, théorie générale, 8e éd., 1991, n° 990, pp. 1075 et 1076; *etc.*)。

(27) *ex.* Planiol et Ripert, *op. cit.*, nos 928 et s., pp. 257 et s.; Colin (A.) et Capitant (H.), Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 10e éd., par Julliot de la Morandière, 1953, nos 439 et s., pp. 321 et s; Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit.*, nos 171 et s., pp. 156 et s.; *etc.*

(28) Becqué, *obs.* sur Soc., 19 déc 1941; Radouant, *note* sur Paris, 23 juill. 1937, p. 83; Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 937, pp. 267 et 268.

(29) Planiol et Ripert, *loc. cit.*

(30) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 928, p. 257; Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 440, pp. 321 et 322; Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit.*, n° 171, p. 156.

(31) Civ. 1er, 15 oct. 1980, Bull. civ., I, n° 257, D. 1981. I. R. 348, note Vasseur (Michel), Rev. trim. dr. civ., 1981, p. 631, obs. Chabas (François).

(32) Radouant, *note* sur Paris, 23 juill. 1937, p. 82; Barret (Olivier), L' appauvrissement injuste aux depens d'autrui en droit privé, thése Paris I, 1985, *dactylo*, n° 100, pp. 185 et 186.

(33) 単なる認識で足りるとする説として、Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 441, p. 322; Gaudemet (E. et J.) et Desbois (H.), Théorie générale des obligations, 1937, p. 409。害意を要するとする説として、Ripert (G.) et Boulanger (J.), Traité élémentaire de droit civil de Planiol, t. II, 4e éd., 1952, n° 1431, p. 495. なお、判例の詳細な分析につき、cf. Ghestin (Jacques), La fraude paulienne, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, 1978, pp. 569 et s., *spéc.* n°s 3 et 4, 19 à 21。

(34) *cf.* Ghestin, *op. cit.*, p. 577, n° 11. なお、このフランス判例の詐害性認定の作組みは、我が国の判例のそれ——総合的・相関的判断と分析されている——と共通する面が多いといえよう。我が国の判例分析については、さしあたり、下森定「債権

者取消権の成立要件に関する研究序説」来栖三郎＝加藤一郎編・川島武宜教授還暦記念II民法学の現代的課題（昭和四七年）二二五頁以下、同・前掲注民八一〇頁以下、八一四頁以下参照。併せて、拙稿「相当価格による財産売却と詐害行為――『債権者への売却＋相殺』型事例――」現代判例民法学の課題――森泉章教授還暦記念論集（昭和六三年）五五三頁以下参照。

(35) Becqué, *obs.* sur Soc., 19 déc. 1941; Radouant, *note* sur Paris, 23 juill. 1937, pp. 82 à 83.

(36) Radouant, *op. cit.*, p. 83.

(37) Becqué, *loc. cit.*; Radouant, *loc. cit.*; Capitant, *les grandes arrêts*, n° 155, p. 549.

(38) Becqué, *loc. cit.*

(39) 我が国の議論につき、前注(34)引用の文献参照。「義務的規定 règle obligatoire」の存在を前提とし、それを免れようéluder とする意思にその本質が求められる「フロード fraude」概念には (cf. ex. Vidal (José), Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français: Le principe《fraus omnia corrumpit》, 1957, pp. 59 et s.; Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), Traité de droit civil t. I: Introduction générale, 2e éd., 1983, nos 748 et 749, pp. 671 et 672)、本来的に「違法性」判断が含まれているとみてよかろう。

(40) 以上の諸点につき、栗田隆「短期賃貸借解除の判決の効果」関西大学法学論集三二巻三＝四＝五合併号三二九頁以下（昭和五七年）、一宮なおみ「抵当権の短期賃貸借の解除請求と明渡請求（上）（下）」判タ六九一号二〇頁以下、六九三号一六頁以下（平成元年）が詳細である。併せて、拙稿『判例評釈』ジュリ九八九号九七頁以下（平成三年）参照。

(41) 債務者の被告適格については、松坂佐一「Actio pauliana の史的変遷と債務者の受働的適格とに就いて」（昭和一八年）同・債権者取消権の研究（昭和三七年）五一頁以下、佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一試論（二）――その効果論を中心として――」一〇四巻一二号一四七～八頁（昭和六二年）など参照。しかしながら、他方、実務においては、通常、債務者は被告とされているとの指摘がある点も見逃せない（Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 1002, p. 1082）。

(42) Vasseur, *note* sur Civ. 1er, 15 oct. 1980, p. 349; en même sens, Chabas, Rev. tr. dr. civ., 1981, p. 632. なお、抵当権保全のケースではないが、action paulienne に基づいて、賃貸借の対抗不能 inopposable を言渡した原審判決を支持する破毀院判決 Civ. 3e, 6 avril 1976, Bull. civ., III, n° 135 がある。

(43) ところで、これはフランスにおいては従来あまり取り上げられることのなかった点であるが、効果に関するグルベの次の指摘は、その評価はともかくも、看過し得ないであろう。グルベの説明によると、通常形態と特殊形態とを比較すると、action paulienne の効果は、無効（対抗不能）であるという点においては共通項を有するが、異なる側面もあるという。すなわち、

通常形態においては、行為の無効は、原告債権者が譲渡された財産を差押えるための一つの手段であるのに対して、特殊形態については、無効それ自体が、原告債権者の望んだ満足をもたらすという点である（Grouber, *op. cit.*, n° 286, p. 530）。この説明によると、詐害的賃貸借排除の場合を含めて抵当権保全の場合は、無効のみを言渡せば足り、その余の請求を認容する必要はないかのごとくである。その点、この無効とともに損害賠償の請求を認容した同判決の存在は極めて興味深いといえよう。果してグルベの見解がフランスにおける一般的な見解であったのかどうか検討を要する点であろう。

(44) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 440, p. 322, n° 1770, p. 1092; Starck (B.), Droit civil, Obligations, 3: Régime général, 3e éd., par Roland (H.) et Boyer (L.), 1989, n° 585, p. 251; Dallant, *obs.* sur Paris 23 juill. 1937; *etc.* なお Barret, *op. cit.*, n° 101, pp. 186 et 187 は、寧ろ action en fraude と構成することによって要件が厳格になることを懸念し、action paulienne によることもあながち否定できないとする。

(45) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 938, p. 269; Demogue, *op. cit.*, n° 1125, p. 512, n° 1128, p. 515; Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit.*, n° 167, p. 153; Gautier (Pierre-Yves), Rép. dr. civ., v° action paulienne, 1988, n° 46; Derruppé (Jean), La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, 1952, n° **345**, pp. 392 et 394; Becqué, *obs.* sur Soc., 19 déc. 1941; Radouant, note sur Paris, 23 juil. 1937, pp. 82 à 84; *etc.*

(46) 要領よく整理されたものとして、Capitant, *Les grands arrêts*, n° 155, pp. 548 et 549. ②を強調する Radouant, *op. cit.*, pp. 82 et 84 は、action paulienne を契約違反に対する制裁として用いることになると批判する。その他前注(45)の文献参照。

(47) Becqué, *loc. cit.*; Planiol et Ripert, *loc. cit.*; Demogue, *loc. cit.*; Gautier, *loc. cit.*; Capitant, *les grands arrêts*, n° 155, p. 549; *etc.*

(48) 「フロード fraude の一般法理」については、前注(39)の文献参照。

(49) *ex.* Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 741, p. 664.

(50) Becqué, *loc. cit.*; *etc.* なお、一九三七年・一九四一年の判例以前のものとして、Demogue, *op. cit.*, n° 1125, p. 512, n° 1128, p. 515 がある。

(51) *cf.* Vidal, *op. cit.*, pp. 390 et s.; Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n°s 759 et s., pp. 683 et s.

(52) Planiol et Ripert, *loc. cit.*; Radouant, note sur Paris, 23 juill. 1937, p. 84; Capitant, *les grands arrêts*, n° 155, p. 549; *etc.* なお、不動産二重譲渡に関するフロード fraude からフォート faute への議論の展開が参考となろう（鎌田・前掲「不動産二重譲渡における第二買主の悪意と取引の安全」九五頁以下、滝沢聿代・物権変動の理論（昭和六二年）二四四頁以

下、吉田・前掲書四五一頁以下など参照）。その他、Soc., 19 déc. 1941 については、虚偽表示 simulation の可能性を示唆するものがある（Becqué, *loc. cit.*; Capitant, *loc. cit.*）。

四　結語——日本法への示唆

一　本稿においては、民法三九五条但書の解釈を行うに際して、同条但書と詐害行為取消権または民法四二四条との関係を解明する必要があるとの問題意識の下、そのための基礎的資料を提供する目的で、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理の検討を行った。

フランスにおいては、抵当権設定者は、抵当権設定登記の前後を問わず、支払催告の送達に至るまで、賃貸借を締結する権能を保持し、その時までに確定日付を得た賃貸借は、公示なくも、一二年の範囲（現行法）で、抵当権者（買受人）に対抗することができる。そこで、我が国同様、抵当権の実行を妨害する目的で、いわゆる詐害的賃貸借が締結される余地が出てくる。これに対して、フランスの判例は、抵当権者を保護するために、抵当権者に詐害行為取消権 action paulienne の行使を認めるのである（第二章）。

一九世紀においては、必ずしも十分な議論がなされていたわけではなく、詐害的賃貸借に対して漫然と action paulienne の行使を認めるといった状況であったが、今世紀に至って、要件の明確化が行われる。まず第一に、抵当権あるいは特別担保 gage spécial の保全を目的として action paulienne を用いる場面では、一般債権あるいは一般担保 gage général を保全するという制度本来の場面と区別し、無資力 insolvabilité 要件は不要と解する。第二に、学説の分析によると、賃貸人（抵当権設定者）・賃借人には、害意 intention de nuire および詐害的共謀 concert frauduleux を要求し、抵当権の実行を妨害する目的で賃貸借が締結されたというような場合にのみ action paulienne の

行使を限定する。以上がフランスにおける許害的賃貸借排除の法理の概要であった（第三章）。

二　翻って、我が国の現行民法制定前においては、フランス同様、許害行為取消権による許害的賃貸借排除の法理が認められていたようだが、現行民法制定過程において、現行三九五条本文のみの政府案では、当時行われていた許害的賃貸借の弊害をさらに助長することになるとの法曹実務家出身議員の懸念から、帝国議会の委員会段階で、但書が追加されることになったのである（第一章）。

三　それでは、フランスにおける許害的賃貸借排除の法理を中心とした以上の考察から、現行民法三九五条但書の解釈にむけて、如何なる示唆を得ることができるであろうか？　さしあたり次の二点を指摘することができよう。[1]

㈠　まず、許害行為取消権による許害的賃貸借排除の法理と、現行三九五条但書との「縦の関係」であるが、両者の間に、例えば、後者は前者を明文化した規定であるとか、あるいは「変形」[2]であるといった直接の関係を直ちに見出すには資料上の困難があろうが、少なくとも、そこに「断絶」があるとは言い切れないように思われる。寧ろ、ともに許害的賃貸借の排除という同様の趣旨を有するものとみるべきであろう。現在、但書の解釈として、いわゆる正常型（本来型）短期賃貸借を解除の対象とすべきか否かについて争いがあるが、[3]許害行為取消権による許害的賃貸借排除の法理から現行民法三九五条但書へという経緯からするとき、解除の対象をいわゆる許害的短期賃貸借に限定する近時の有力説が妥当ではなかろうか。先に述べたように、衆議院民法中修正案委員会において中島委員から出された「抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ」という意味の修正を加えるべきであるとの修正案の趣旨は、とにかく「今ノヤウナ弊害ヲ防グ方法サヘ付ケバ宜シイ」[4]、すなわちまさしく許害的賃貸借の排除という点にあったことは明らかである。その後の、文言をめぐる政府委員と中島との間のやりとりの内容は今日詳らかになし得ないが、そこで適用範囲を拡大する趣旨がさらに付加されたとは到底考えられまい。[5]

そうすると問題は、寧ろ解除の要件である。フランスにおける許害的賃貸借排除の法理は、少なくとも学説の分析

による限り、action paulienne の要件枠組みに従い、「害意」「詐害的共謀」――我が国でいういわゆる主観的要件――で絞りをかけるのであるが、「其賃貸借ヵ抵当権者ニ損害ヲ及ホストキハ」とのみ規定する現行三九五条但書の場合はどのように考えるべきであろうか？　この点に関して興味深いのは、抵当権設定後の賃貸借に「善意 de bonne foi」を要件とするベルギー抵当権法四五条四項[6]の解釈・運用である。先に若干言及したように[7]、詐害行為取消権 action paulienne による詐害的賃貸借排除の法理を起点とするならば、それは一方で「善意」要件――いわば主観的要件――（ベルギー）に、他方で「損害」要件――いわば客観的要件――（日本）に展開したという大まかな図式を描くことが可能であろう。ベルギー法の解釈・運用については、他日別稿を草して詳細に検討したいと考えているが、近時の文献には、「不当な条件 conditions anormales」で賃貸借が締結された場合に、「悪意」（「善意」の反対解釈）を認定しているとの指摘がある[8]。それによる限り、善意・悪意の認定は極めて客観的になされているといえよう。

我が国の場合、三九五条但書には「裁判所ハ……解除ヲ命スルコトヲ得」とあるものの、やはり、いかなる場合に解除を命ずるべきか、その要件枠組みを提示することは、解釈学の一つの任務であると思われる。一つには、「損害」要件を厳格に解釈する方向と、二つには、「不当性」「正当性」などの別個の要件を立てるという二つの方向で、今後議論が深化することが望まれよう[9]。

㈡　次に効果であるが、この点については、歴史的な経緯およびフランス法における現在の取扱からは、一部を除いて[10]、必ずしも有力な示唆を得ることはできなかったというべきであろう。特に、我が国で問題とされている、抹消登記請求、明渡請求などの給付請求の可否およびその根拠についてみると、フランスでは、あるいは議論の実益が乏しいのかも知れない。まず、フランスにおいては、一二年以下の賃貸借は、そもそも公示なくして抵当権者（買受人）に対抗できるので、公示がなされていること自体寧ろ稀で、我が国でいう抹消登記請求の必要性はあまり存しないように思われる。次に、明渡請求であるが、我が国のように、いわゆる占有屋など、賃借人（転借人）の占有継続による

執行妨害といった事態が、果たしてフランスにおいても存するのか否か、あるいは我が国特有の現象であるのか、その点を必ずしも明らかにはなし得なかったが、少なくとも明渡請求が問題とされることはないようである。[11]

寧ろ、効果について、より有意義な視座は、本稿冒頭の問題関心でいえば、「体系的な関心」（「横の関係」）にあるといえよう。すなわち、四二四条の「取消」と三九五条但書の「解除」との関係をどうみるかである。この点に関しては、フランスにおける詐害行為取消権 action paulienne の効果論の展開が極めて示唆に富む。一つは、「無効 nullité」から「対抗不能 inopposabilité」への議論の展開であり、[12] 二つは、近時の学説が、その対抗不能の効果を「原状回復 restitution」とする点である。[13] 我が国においても、四二四条と並行して、三九五条但書に関しても、一方で、対抗不能構成の可能性を模索するとともに、[14] 他方で、抹消登記請求、明渡請求の可否について、それを抵当権の効力の問題として論じるのみでなく、三九五条但書の解除の一効果である原状回復請求の内容の問題として、制度の目的および被保全権利の性質を考慮しつつ論じる余地があるように思われる。[15]

四　本稿において筆者が意図するところは、フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理を検討することによって、民法三九五条但書と詐害行為取消権または民法四二四条との関係を解明するための一つの基礎的資料を提供しようとする点に尽きるのであって、三九五条但書の解釈論として、それが具体的にどのような解答をもたらすのかを問うことは、既に本稿の範囲を超えた課題であるといえよう。にもかかわらず、本章ではあえて解釈論の一つの方向性を模索してみた。現段階ではいずれも試論に止まるが、他日別稿を草して具体的な解釈論に展開させたいと考えている。

（1）　その他、長期賃貸借につき三九五条本文の保護を与えるか否かという点に関して（例えば高木多喜男「短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎＝林良平編・担保法体系第1巻（昭和五九年）三九八～三九九頁、金山正信「抵当権と長期賃貸借」民事研修三五九号一〇三頁以下（昭和六二年）など参照）、フランス不動産公示制度（一九五五年デクレ二八条一号、三〇条三款）が、一二年の期間の超過部分についてのみ対抗できないとする点は示唆に富む（第二章第二款参照）。また、フランス判例が、詐害的賃貸借の場合に限らず、抵当権保全のために広く action paulienne を用いている点（第二章第一款参

照）も興味深い（我が国において、特定物債権保全のケースについてであるが、詐害行為取消権の「転用」を示唆する文献として、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅――特定物債権の保護強化の一断面」一橋大学研究年報法学研究三号四一七～四一九頁（昭和三六年）がある）。

(2) 内田貴・抵当権と利用権（昭和五八年）二三二頁。

(3) 生熊長幸「短期賃貸借解除請求訴訟と本来的建物短期賃借権の保護」外尾健一＝広中俊雄＝樋口陽一編著・人権と司法――斎藤忠昭弁護士追悼――（昭和五九年）二五七頁以下、井口博「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判タ七〇五号六～八頁（平成元年）など参照。

(4) 本稿第一章注(6)参照。

(5) 特に梅が但書の追加修正自体に反対であった点を想起されたい（本稿第一章注(7)参照）。

(6) 本稿第三章第一節注(12)参照。

(7) 本稿第三章第一節注(16)参照。

(8) *cf.* Merchiers (Yvette), Le bail en général, Rép. not., 1989, (Bruxelles), n° 88, p. 114, n° 485, p. 254.

(9) 既にいくつかの指標が提示されている。例えば「不合理性」（槇悌次・担保物権法（昭和五六年）二一二～二一三頁）、「詐害要件」（高木・前掲論文四二九～四三〇頁）などがそれであるが、これらは低額賃料・賃料前払などの担保価値を下落させる賃貸条件を端的に問題とするもので、寧ろ「損害」要件を厳格に解釈する前者の方向に分類するのが妥当ではなかろうか。この点に関連して、抵当権者の明渡請求を否定した最二小判平成三年三月二二日民集四五巻三号二六八頁が、「けだし、民法三九五条ただし書による短期賃貸借の解除は、その短期賃貸借の内容（賃料の額又は前払の有無、敷金又は保証金の有無、その額等）により、これを抵当権者に対抗し得るものとすれば、抵当権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められるのであって、短期賃貸借に基づく抵当不動産の占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させ、抵当権者に損害を及ぼすものとして認められているものではなく、（もし、そうだとすれば、そもそも短期賃貸借のすべてが解除し得るものとなり、短期賃貸借の制度そのものを否定することとなる。）、……」（二七二～二七三頁）と述べている点は、直接の趣旨は占有排除効の否定にあるが、解除の要件論としても注目されるべきであると思われる。他方、後者の方向に分類できるものとして、明渡請求の可否の問題に関して言及されたものであるが、中野教授が「当の詐害賃貸借がその相手方・目的等から反社会的と認められる場合」（中野貞一郎・民事執行法下巻（昭和六二年）三七五頁注(9)）との指標を提示されているのは示唆に富む。また、「正常性」の抗弁と構成する井口・前掲論文八頁も興味深い。なお、三九五条但書を詐害行為取消権の「一亜種」とみる鈴木説は、

賃貸人・賃借人の認識（主観的要件）に言及するが（鈴木禄弥「最近但保法判例雑考（6）」判タ五〇六号四三頁（昭和五八年）、三九五条但書につき主観的要件を問題とすることは解釈上の困難を伴うであろう。

(10) 被告適格の問題、損害賠償の問題などにつき、第三章第二節注（41）～（43）に該当する部分参照。

(11) 第三章第二節注(43)のグルベ A. Grouber の指摘参照。

(12) この点につき、拙稿「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開――二〇世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に――」慶大学院法学研究科論文集二六号三頁以下（昭和六二年）参照。

(13) 特に今世紀後半以降の文献にその傾向が見受けられる（*c.f. ex.* Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (P.), Droit civil, Les obligations, t. II: Le régime, 2e éd., 1989, nos 183 et 184, pp. 167 et 168; Mazeaud (H., L. et J.), et Chabas (F.), Leçon de droit civil, t. II, 1er vol.: Obligations, théorie général, 8e éd., 1991, nos 1003 à 1007, pp. 1083 et 1084; Starck (B.), Droit civil, Obligations, 3: Régime général, 3e éd. par Roland (H.) et Boyer (L.), nos 610 à 613, pp. 261 à 263; *etc.*）。

(14) 山野目章夫『判例評釈』判タ七一三号四五頁（平成二年）、拙稿『判例評釈』ジュリ九八九号一〇〇～一〇一頁（平成三年）参照。併せて、栗田隆「短期賃貸借解除の判決の効果」関西大学法学論集三二巻三＝四＝五合併号三三五頁以下（昭和五七年）参照。

(15) この点につき、拙稿・前掲評釈一〇〇～一〇一頁参照。なお、いうまでもなく、かかる視角は、抵当権の効力および抵当権侵害の一般理論の構築の試み（古くは、我妻栄＝福島正夫「抵当権判例法」（昭和一〇年）我妻栄・民法研究Ⅳ――2担保物権（昭和四二年）所収二〇二頁以下、近時のものとして、小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(一)(二)完」西南学院大学法学論集一四巻一号一頁以下、二号一四一頁以下（昭和五六年）など参照）を妨げる趣旨ではなく、寧ろその一助たらんことを欲するものである。

（平成三年八月二〇日稿）

〔追記〕 本稿は、平成元年度および二年度慶應義塾学事振興資金（共同研究）に基づく研究成果の一部である。