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

Title	ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除：民法三九五条と五八一条二項との比較考察にむけて
Sub Title	Du sort des baux après l'exercice du réméré en l'ancien Code civil japonais rédigé par G. Boissonade
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1998
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.71, No.8 (1998. 8) ,p.1- 57
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19980828-0001

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.

ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除

——民法三九五条と五八一条二項との比較考察にむけて——

片山直也

一　はじめに
二　ボワソナードの基本構想
(一)　管理行為としての賃貸借
(二)　解除における管理行為の維持
(三)　買戻における賃貸借の維持
三　旧民法制定過程におけるその後の議論の展開
(一)　管理行為としての賃貸借の期間の縮減
(二)　買戻における賃貸借維持規定をめぐる議論の展開
四　結びに代えて

一　はじめに

買戻権が実行された場合の賃貸借の帰趨につき「登記ヲ為シタル賃借人ノ権利ハ其残期一年間ニ限リ之ヲ以テ売主ニ対抗スルコトヲ得但売主ヲ害スル目的ヲ以テ賃貸借ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定する現行民法

五八一条二項については従来から、抵当不動産上の短期賃貸借に関して規定する三九五条との類似性が指摘されながら[1]も、必ずしも十分な研究がなされてきたとはいえない。そこで本研究[2]においてはまず第一に、五八一条二項の立法沿革を遡り母法フランス法と対比することによって同規定の歴史的な姿を明らかにすることを目指している。と同時に、近時とりわけ実務における短期賃貸借の濫用を契機にいわゆる詐害的短期賃貸借の排除という点から活発に議論が繰り広げられている三九五条（特に但書）の解釈論争[3]に向けても、新たに五八一条二項との比較考察という視角から、一つの基礎的資料を提供することが企図されている。

さて現行民法五八一条の起草に際しては種々の立法例が参照されたが[4]、同条は基本的には旧民法財産取得編八五条一項を修正したものである[5]。そこで本稿では、前稿[6]において取り扱った五八一条二項の母法であるフランス法における一九世紀から二〇世紀にかけての議論の展開を踏まえ、旧民法の立法経緯[7]に沿って同制度の趣旨および特徴を明らかにしたいと考えている。

旧民法財産取得編八五条一項は、起草者であるボワソナードがフランス民法典一六七三条二項に依拠して[8]起草した草案七二四条一項を基に、司法省法律取調委員会における審議等を経て成ったものである。なおその立法過程、例えばボワソナードによる草案の起草段階、法律取調委員会での審議段階において、イタリア旧民法典一五二八条二項も参考にされている[9]。前稿との重複を怖れずまずは関連諸規定を必要な範囲で引用しておこう。

(i) フランス民法典（原始規定）

［第一六七三条第二項］

売主は、買戻特約の効果として自己の不動産に復帰するときは、取得者が課したすべての負担および抵当権を排除して不動産を取得する。売主は取得者によって詐害なしに（sans fraude）なされた賃貸借を履行しなければならない[10]。

(ii) イタリア旧民法典（一八六五年）

［第一五二八条第二項］

買戻特約によって不動産の占有に復する売主は、買主が課したすべての負担およびすべての抵当権を排除して不動産を取得する。しかしながら売主は、買主によって詐害なしに（senza frode）なされた賃貸借を、それが三年を超えない期間（un tempo non maggiore di un triennio）[11]で合意されたものである限り、維持しなければならない。

(iii) ボワソナード草案

［第七二四条第一項］[12]（**［第一二二四条第一項］**[13]）

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

(iv) 旧民法典

［財産取得編第八五条第一項］

不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル受戻権能[14]ノ行使ハ買主カ第三者ニ授与シ又ハ第三者カ買主ノ権ニ基キテ取得シタル物権ヲ排除シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃借権ニシテ残期ノ一个年ヲ超エサルモノハ此限ニ在ラス[15]

起点となるフランス民法典一六七三条二項末段の文言上明らかな特徴は、売主に対抗できる賃貸借につき特に

期間の制限がなく、要件として「詐害なきこと（sans fraude）」のみが挙げられている点である（ⅰ）。これはイタリア旧民法典（実は我が現行民法も同様）がフロード要件（senza frode）とは別に、三年の期間制限を課している（ⅱ）のと、さらにボワソナード旧民法がフランス民法典とは逆に三年（一年）の残期の制限のみを課している（ⅲⅳ）のと比べて確かに特徴的であるといえよう。ただ前稿において分析した如く、一九世紀から二〇世紀にかけてフランスの判例・学説はほぼ共通して、同規定のフロード（fraude）要件につき、(a)客観的要素として①期間の問題、②契約条件の問題、(b)主観的要素として賃貸借当事者の主観的態様の問題があることを明確に認識していたようである。[16]

このうち(a)①期間の問題については、古法以来、九年を超えない期間を一つの目安として「管理行為（acte d'administration）」概念と結びつけて柔軟に運用されてきたと分析できる。イタリア旧民法典（我が現行民法も同様）のように一定の期間が法定された制度と同様に、フランス法においても期間の制限が賃貸借保護のもっとも本質的かつ基本的な要素と理解されていたわけである。その際、極めて重要な役割を演じていたのが「管理行為」概念であった。なお同概念は一九世紀の段階では一六七三条二項末段の趣旨説明として必ずしも定着化してはいなかったが、二〇世紀に至って意図的に援用され、より広く解除（ひいては無効も含めた原状回復）一般につき「管理行為としての賃貸借は維持されるべき」とする一般法理が形成されるに至っている（【賃貸借保護の法理】）。[17]

だが管理行為の観念に適った期間でなされた賃貸借が常に維持されるわけではなく、(a)②の契約条件（賃料など）、(b)の賃貸借当事者の主観的態様によっては、管理行為の範囲内の賃貸借であっても売主に対抗できないとされる。両要素はいわば阻却要素として機能しており、期間（＝管理行為）の要素（(a)①）を除いたこの二つの要素（(a)②および(b)）が、イタリア旧民法典（我が現行民法も同様）のフロード（詐害）要件（frode,「害スル目

的」）にほぼ対応していると分析することが可能であろう（【賃貸借排除の法理[18]】）。

それでは一九世紀後半のフランス法の状況、イタリアにおける（旧）民法典の制定を踏まえ、ボワソナードは我が国においていかなる法制度を創設しようとしたのか、やや広い視角からボワソナードの構想を分析することにしよう。

（1）我妻栄・債権各論中巻一（民法講義V2）三三五頁（一九五七年）、柚木馨・注釈民法(14)債権(5)（一九六六年）三一四～三一五頁など参照。なお比較的詳細に両規定を対比・検討するものとして、吾妻光俊・新版債権法（一九六四年）一七六～一七七頁がある。

（2）本研究は、問題提起およびフランス法を取り扱った①前稿（拙稿「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除―民法三九五条と五八一条二項との比較考察にむけて―」法学研究七〇巻一二号三一七頁以下（一九九七年）参照）、ボワソナード旧民法を対象とする②本稿ならびに、現行民法五八一条二項の立法経緯および同条と三九五条との比較考察を中心とした③続稿（「買戻における詐害的賃貸借の排除―民法三九五条と五八一条二項の比較考察―」と題して近く『法学研究』誌上にて発表する予定である）からなる。なお三九五条但書に関してはフランスおける詐害的賃貸借排除の法理を取り扱った拙稿「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―」法学研究六四巻一二号二七五頁以下（一九九一年）がある。

（3）総括的なものとして、内田貴「抵当権と短期賃貸借」星野英一他編・民法講座3物権(2)（一九八四年）一七五頁以下、高木多喜男「短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎＝林良平編・担保法大系第1巻（一九八四年）三九四頁以下、坂本倫城「短期賃貸借をめぐる手続法上・実務上の問題点」同四三四頁以下、鎌田薫「抵当権（その2）」別冊NBL31号担保法理の現状と課題（一九九五年）三〇頁以下、拙稿「抵当権の登記（4）―短期賃貸借」鎌田薫＝寺田逸郎＝小池信行編・新不動産登記講座第5巻各論II（一九九八年刊行予定）などを挙げておこう。なお、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三一九～三二二頁において、問題点を簡略に整理しておいた。

（4）法典調査会民法議事速記録四第八十五回―第百拾回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書

4（一九八四年）商事法務研究会）一四六頁、岡松参太郎・註釈民法理由・下巻（六版・一八九八年）次一六四頁など参照。

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

（6）前注（2）①文献参照。

（7）旧民法の編纂過程および諸資料の位置づけについては、旧来から大久保泰甫・日本近代法の父ボワソナアド（岩波新書・一九七七年）一三四頁以下、同「フランスの法学者が見たボワソナード法典（一）」法政論集六三号一頁以下（一九七五年）、有地亨「旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案―旧民法とフランス民法との比較検討の準備作業として―」法政研究（九州大学）三九巻二～四号一二七頁以下（一九七三年）、池田真朗「民法四六七条におけるボアソナードの復権」（一九七七年）同・債権譲渡の研究［増補版］所収一〇頁以下（一九九七年）、向井健「民法典の編纂」福島正夫編・日本近代法体制の形成下巻（一九八二年）三一三頁以下などが知られているが、近時、『ボワソナード民法典研究会』（代表・大久保泰甫教授）における共同研究により次第にその全貌が明らかにされつつある（同研究会の研究成果（中間報告）として、大久保泰甫（代表）『ボワソナード民法典に関する総合的研究―近代日本民法の出発点に立ち帰って―（平成七年度科学研究費補助金（総合研究A）研究成果報告書）』［第1分冊］［第2分冊］（一九九六年）がある他、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照―付・条文対照表（旧民法財産編総則・物権部）」法学研究六九巻一号一一一頁以下（一九九六年）参照）。なお本研究も同研究会の研究成果による部分が大きい。また同研究会からは本稿で用いたボワソナード旧民法関係の貴重な諸資料の提供を受けた。記して謝意を表する次第である。

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

（9）BOISSONADE , *Projet, accompagné d' un commentaire, t.II*, n° 295, p.370; 法律取調委員会民法草案財産編取得編議事筆記自第四十九回至第七十一回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書9（一九八七

年）商事法務研究会）一四〇～一四一頁など参照。なおイタリア（旧）民法典全般について、BOISSONADE (G.), Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon, Rev. pratique de droit français, t. XXVI, 1868, pp. 67 et. s. ; *do*,《Compte rendu》Le Code civil italien et le Code Napoléon, étude de législation comparée par Théophile Huc, Rev. critique de législation et de jurisprudence, t. XXIX, 1866, pp. 172 et s. が存するが、一五二八条に関して直接の言及はなされていないようである。

(10) **Ancien art. 1673, 2e al.**

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

なお同規定は不動産公示に関する一九五九年オルドナンスにより若干修正が施されている（現行規定につき、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三二頁、三四九頁注（6）参照）。

(11) **Art. 1528, 2° comma**

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

イタリア現行規定につき、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三三頁、三五一頁注（10）参照。なお前稿においても指摘したように（三五〇～三五一頁注（8））、我が国の明治期における法典編纂作業においては、次のヂョゼフ・ヲルシェの仏訳およびその光妙寺三郎による和訳（*cf.* ORSIER (Joseph), Traduction complète du Code civil italien, in Le Code civil italien et le Code Napoléon, par Th. Huc, 2e éd., t. II, 1868, p. 322 ; ヂョゼフ・ヲルシェ（光妙寺三郎訳）・伊太利王国民法・完（司法省・明治一五年（一八八二年）六六二頁）が参照された可能性が高いが（梅謙次郎・最近判例批評続編（一九〇九年）五四頁（新青出版・復刻版・一九九五年・五四〇頁）など参照）、当該規定に関しては、原典の「e da tutte le ipoteche（およびすべての抵当権を）」の部分が欠落しており必ずしも正確とはいえない。

Art. 1528, 2e al.

Le vendeur qui rentre en possession du fonds en vertu du pacte de rachat, le reprend exempt de toutes les charges dont l'acheteur l'aurait grevé ; il est toutefois tenu de maintenir les baux faits sans fraude par l'acheteur, pourvu qu'ils aient été faits pour un temps ne dépassant pas trois ans.

［第千五百二十八条］（第二項）

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

(12) ボワソナードの仏文草案は以下のとおりである。

Art. 724, 1er alinéa

A l'égard des immeubles, l'exercice de la faculté de rachat, dans le délai et sous les conditions fixés par la loi, fait rentrer le bien vendu dans les mains du vendeur, libre de tous les droits réels conférés par l'acheteur ou acquis aux tiers de son chef, à l'exception des baux dont la durée restant à courir n'excède pas trois ans. [1664, 1673, 2e al.]

(*cf. Projet, accompagné d'un commentaire, t.III*, p. 361. なお Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, par Gve Boissonade, Tokio, 1889, avec Modifications proposées à la commission, p.275（法務図書館蔵本――なお同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた）も同一内容だが、*Modifications*, p.604 には changer partout: *rachat, réméré, en "retrait"* の指示がある（後注（14）参照）。なお両資料の関係については、大久保（代表）・前掲『ボワソナード民法典に関する総合的研究』［第2分冊］九五頁～九六頁、九九～一〇二頁、一一一頁～一一六頁、七戸・前掲「旧民法・現行民法の条文対照」一二九頁～一三三頁参照。)

(13) 本文中引用の邦語訳文は、ボアソナード氏起稿・民法草案正文（自第千百一條至千五百條）一〇五～一〇六頁（法務図書館蔵本の二冊本を用いた――なお同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた）およびボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釋第三編上巻四六九～四七〇頁（慶應義塾大学蔵本を用いた）によった（本条につき内容同一）。両資料および前注（12）の仏文草案との関係については、大久保（代表）・前掲『ボワ

ソナード民法典に関する総合的研究』［第2分冊］九四頁以下、一一八頁以下、七戸・前掲「旧民法・現行民法の条文対照」一二二頁～一二六頁参照。なお邦文草案の条数は七二四条ではなく、一二二四条となっているが、これが後の人事編起草のために予め五〇〇条を確保していたことによる点は広く知られている（七戸・一六一頁注（39）など参照）。

(14) ボワソナードは当初の草案においてはフランス法の用例に従い「買戻（rachat ou réméré）」という名称を用いたが（フランス法につき拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三五一頁～三五二頁注（12）参照）、その名称からは「再売買（revente）」が想起されるので、法的性質が解除であることを明らかにするため、法律取調委員会との協議の結果、公式法典では「受戻（retrait）」の名称が用いられることになった（*cf.* BOISSONADE (G^ve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t. III: Des moyens d'acquérir les biens, Nouvelle éd., 1891, Imprimrie Kokubunsha, Tokio, p.373（慶應義塾大学蔵本を用いた）。対応する法律取調委員会・民法草案取得篇第五十四回会議（明治二十一年五月八日）の審議については、法律取調委員会・民法草案財産編取得編議事筆記・自第四十九回至第七十一回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書9（一九八七年）商事法務研究会）一三四頁～一三六頁参照）。なおボワソナードの意見書（Note divers sur le Code civil et sur le Code commercial（コンニャク版・法務図書館蔵・筆者未見））の中に“Rachat ou Réméré”の項目（邦語訳として、民法編纂ニ関スル諸意見並ニ雑書一（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書10（一九八八年）商事法務研究会）四〇頁参照）があることが前出『ボワソナード民法典研究会』の調査で明らかにされている（大久保（代表）・前掲『ボワソナード民法典に関する総合的研究』［第2分冊］一六六頁、一七六頁参照））。

(15) 官報号外（明治二十三年四月二十一日）五六頁（同資料につき『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた）。なおボワソナードによる仏語公定訳は以下のとおりである（Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, t. I: Texte, traduction officielle, 1891, Imprimerie Kokubunsha, Tokio, p.266—信山社による復刻版（一九九三年）を用いた）。

Art. 85, 1er alinéa

A l'égard des immeubles, l'exercice de la faculté de retrait, dans le délai et sous les conditions fixés

par la loi, fait rentrer le bien vendu dans les mains du vendeur, libre de tous les droits réels conférés par l'acheteur ou acquis aux tiers de son chef, à l'exception des baux dont la durée restant à courir n'excede pas un an.

(16) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三五頁、三三九頁、三四七頁、三六四頁参照。

(17) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三六～七頁、三四一頁、三四四頁、三六四頁；*v. aussi ex.* VERDOT (René), La notion d'administration en droit privé français, *Bib. dr. privé*, t. XL, 1963, n°s 86 et s., *spéc.* n° 96,pp.68-69；STORCK (Michel), Contrats et obligations, *Fasc.* 49-1：Obligations conditionnelles -Résolution judiciaire, *J.-Cl. civ.*, 1988, mise à jours 1996, n°s 155 et s., pp. 32 et s.; COLLART DUTILLEUL (François) et DELEBECQUE (Philippe), Contrats civils et commerciaux, 3e éd., 1996, n° 449, p.357；MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Cours de droit civil, t.VI, Les contrats spéciaux, 10e éd., 1997, n° 637, pp. 358 à 359；*etc.* なお【賃貸借保護の法理】の用語につき同三六五頁注（1）参照。

(18) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三九頁、三四七頁、三六四頁参照。なお【賃貸借排除の法理】の用語につき同三六五頁注（1）参照。

二　ボワソナードの基本構想

結論を先取りするならばボワソナードは、当時一九世紀末葉のフランスにおいて定着化しつつあった、【賃貸借保護の法理】としての「管理行為」論を我が国の旧民法典において確立しようとの構想をもっていたのではないかと推察される。以下その点を㈠管理行為としての賃貸借、㈡解除における管理行為の維持、㈢買戻における賃貸借の維持という三つの側面から検討することにしよう。同時に「管理行為」論を基盤とした【賃貸借保護の

法理】の中で、買戻における賃貸借維持規定である草案七二四条第一項が有している特殊性を明らかにしたいと考えている。

(一) 管理行為としての賃貸借

まずボワソナードは、管理行為としての賃貸借の範囲を、(i)賃貸借の章において統合的に、かつ(ii)動産・建物・土地などの目的物に応じて法定しようとした。それがいわゆる「短期賃貸借」を規定する現行民法六〇二条に連なるボワソナード旧民法草案一二六条［六二六条］である。(1)

［第一二六条］(2)（［第六二六条］(3)）

他人ノ物ノ法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其物ヲ賃貸スルコトヲ得

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

獣畜其他ノ動産ニ就キテハ二年

家宅、店舗其他ノ建築物ニ就キテハ五年

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

前稿においても言及したように母法フランス法では、古法以来概ね、管理行為に該当する九年以下の期間の賃貸借と、処分行為に該当する九年を超える期間の賃貸借という二つの範疇の賃貸借の区別があり、その「九年」という期間の指標が民法典の各所に散在するいくつかの個別規定にも承継されている。(4) その中心規定がボワソナード草案の引用する（旧）一四二九条（現行規定では五九五条二項）ではあるが、(5) どちらかといえば基本的には諸規定分散型といえよう。

(i) これに対してボワソナードは、おそらくフランス民法典の関連諸規定を統合し、賃貸借の章に「一般規

定」を置こうとしたのであろう。すなわち中心的規定である一二六条［六二六条］を含む三ケ条（一二六条～一二八条［六二六条～六二八条］[6]）自体は、①「法律上又ハ裁判上ノ管理者（les administrateurs légaux ou judiciaires）」のみを対象とするものだが、これら三ケ条は、続く一二九条［六二九条］[7]によって②「合意上ノ代理人又ハ管理者（les mandataires ou administrateurs conventionnels）」に、一三〇条［六三〇条］[8]によって③「後見ヲ免レタル幼者及ヒ自己ノ財産ヲ管理スルコトヲ得ル婦（les mineurs émancipés et les femmes mariées ayant l'administration de leurs biens）」にも適用される仕組みとなっている。さらに周知のように債権担保編では、一二六条―一二七条［六二六条―六二七条］の二ケ条が④抵当権設定者の締結する賃貸借にも援用される（一二〇八条［一七〇八条］および一二六二条［一七六二条］二項）[9]。その他⑤解除（条件）に関しては次節（(二)）解除における管理行為の維持）で取り扱う他、⑥用益（権）者のなす賃貸借に関する規定も存する[10]。そしてその統合化の要をなすのが「管理行為（acte d'administration）」概念であった。

ボワソナードは財産取得編の「代理（mandat/委任）」中、「総管代理（mandat général/包括委任）」、「限定代理（mandat déterminé/限定委任）」および「特別代理（mandat spécial/特別委任）[11]」を区別する草案九二八条［一四二八条］[12]の注釈において、不動産を譲渡すること、抵当権を設定すること、借金すること、更改すること、和解することなど、委任者が予期し得ない、委任者の倒産の原因となりかねない「重大な行為（actes d'une gravité）」と対比させつつ、「管理行為」を「財産を完全なまま保存するか（conserver le patrimoine dans son intégrité）、あるいはそれを危うくすることなく改良する（l'améliorer sans le compromettre）ような性質の行為」と定義し、同条二項は「総管代理（包括委任）」の範囲を管理行為に限定しているのだと説明している[13]。加えて、すでに賃貸借のところでこれらの用語法を用いた区別がなされているとし、「包括的でしかない受任者は、財の性質に応じて異なる、少ない年数に限定された期間でのみ賃貸借を為すことができる。しかしながら物の処

分（disposition）に近い長期間の賃貸借を為すためには『特別』の委任が必要である」と草案一二六条を引用している。[14]

他方、草案一二六条の注釈においては、法律上または裁判上の管理者が他人の物を賃貸に供する権限を有する根拠として、①所有者の推定された意図――管理者は「約定の受任者（mandataires conventionnels）」と同視され、所有者の名義で契約を行うことによって所有者の意図に従って行動していると推定されるという――と、②賃貸借契約が「管理行為」である点を挙げ、「これらの者は所有者の推定された意図に従って行動すると看做されるからには、物に極めて長期の負担を課したり、極めて多額の債務を負ったりしないのが当然であろう。それゆえ法律によって、彼らの同意する賃貸借の期間に制限をもたらすことにした」のだと同条の趣旨を説明している。[15]

ここでは、賃貸借は基本的には「管理行為」だが、長期の賃貸借は「処分行為」に匹敵する「重大な行為」であるから、管理者のなし得る範囲は短期の賃貸借――正確には「重大でない単なる管理行為としての賃貸借」、あるいはそれを簡略に「管理行為としての賃貸借」[16]――に限定されるという一九世紀フランス法[17]と同様の理解がなされているといえよう。また当時のフランスにも意思擬制的構成は存していた。[18]ボワソナード草案の第一の特徴は、諸規定の統合が図られ「管理行為としての賃貸借」に関する一般規定が賃貸借の章に置かれた点にあるといえよう。

(ii) 次に第二の特徴が期間の法定の仕方である。フランスでは不動産（特に農地）を念頭に置いた上で「九年」の期間を管理行為か否かを画する目安としていたが、これに対してボワソナード草案一二六条［六二六条］は当初、目的物の種類に応じて動産二年、建物五年、土地一〇年という指標を提示した。

この期間の設定に関してボワソナードはその草案注釈において、「動産についての方が不動産についてよりも、

さらに不動産の中では建物についての方が土地についてよりも期間がより短くなるのが当然であった。特に土地については確実性かつ持続性のある収益を得るためには常により長期にわたるより高いコストの先行投資を必要とするからである[19]」と述べるにとどまり、必ずしもその根拠は明らかになし得ない[20]。ボワソナードが草案起草に際してフランス法の「九年」という指標を、さらには我が国固有の慣行等をどの程度参酌したか、今後の検討課題の一つとなろうが[21]、次章において分析するようにここでは少なくとも土地一〇年に関しては「欧米ノ耕作法」に基づく期間設定（フランス法の九年）が念頭に置かれていたものと推測される[22]。

後述するように右期間は後の法律取調委員会・元老院の審議を経て約半分（動産一年、建物三年、耕地五年、樹林一〇年）に短縮されるが[23]、いずれにせよここに「管理行為としての賃貸借」のいわば一般規定が定立されることになったわけである。

(二) 解除における管理行為の維持

ボワソナード草案[24]が、解除（résolution）を明示または黙示の解除条件（condition résolutoire expresse ou tacite）と構成し、解除（条件成就）により遡及効（effet rétroactif）を認める点[25]はフランス法と同様である[26]。

ところでフランス民法典には、解除（条件）一般に関しては、買戻における一六七三条二項に相当する賃貸借維持の規定が置かれていない。そこで判例・学説は今世紀に至って、一六七三条二項を起点として、解除によって遡及的に権利を失う者のなした「管理行為としての賃貸借」は維持されるべきとする一般法理を形成するようになるのだが[27]、一九世紀の段階では一般法理の形成につき言及するものは一部の学説[28]にとどまっていた。

これに対してボワソナード草案には次のような規定が存する。

［第四三一条第一項］[29]（［第九三一条第一項］[30]）

解除ニ係ル権利ヲ有スル者善意ニシテ法律ニ従ヒ為シタル管理ノ所為ハ第三ノ人ノ為ニ之ヲ保持ス

一九世紀末葉のフランス法の状況と対比するならば、ボワソナード草案は極めて先駆的といえよう。ボワソナードはそもそもフランス民法一六七三条二項につき「本条末項ハ特ニ買戻ノ場合ノミナラス総テ解約条件ノ属スル売買ニ適用ス可キ」[31]と述べていたが、草案ではさらに一歩進めて、二〇世紀の判例法理を先取りするかの如き右の規定を置いたのである。それでは草案に付されたボワソナードの注釈に耳を傾けよう。

「条件は管理行為を行った者の権利に影響を及ぼすが、管理行為自体はそれによって影響を受けることはない。その意味において四三一条は四三〇条に反している。例えば、解除条件付きで所有権を取得した者が第三者に目的物を賃貸したとしよう。後に解除条件が成就しても、賃貸借は維持される。法律上の根拠は、目的物を賃貸に供したり、有益に管理することは一般的な利益（intérêt général）に合致するし、仮に賃借人や小作人が預かり知らぬ条件の効果として彼らの権利が消滅するというのでは、賃借人や小作人を探し出すのが困難となろうという点にある。

しかしながら管理行為が尊重されるためには、それが「善意ニ出テ且法律ニ従ヒテ」なされることを要する。例えば賃貸人が、解除条件の成就により所有権が復帰すべき者から少なくともしばらくの間、目的物の使用収益を奪う目的（but）を有していたような場合、「善意ニ出テ」なされたとはいえないであろう。条件が既に成就しているかあるいはまさに成就せんとするときに賃貸借がなされたという場合、悪意（mauvaise foi）であることが確実であろう。さらに所有権者において賃貸することが通例でない動産の賃貸借を、善意でなされたと見ることは困難であろう。法律は管理者と契約をした第三者の善意を要求してはいない。その結果、仮に第三者が賃貸人の権利に影響を及ぼす条件の存在を知っていたとしても、賃貸借契約がその第三者に対する関係で効力を有しなくなるわけではない。それはひとえに家屋や土地の賃貸借を優遇すべきとの経済的な理由による。だが、解除条件の成就の後に第三者が賃貸借に署名した場合

には、第三者は、たとえ条件成就を知らなくても、賃貸借を援用することはできなくなる。ある物につき所有権者でない者と契約した者が置かれる通常の地位にあるからである。

最後に、賃貸借が長期でなされたり、あるいはその他法律が他人の財産の管理者に許可していない条件でなされた場合には、管理行為が「法律ニ従ヒテ」なされたとはいえない。（一二六条～一三八条参照）[32]」（傍線筆者）

ここでは管理行為の維持に①「善意ニ出テ」および②「法律ニ従ヒテ」の二つの要件が課されている点に注目すべきである。賃貸借の場合、②要件は引用条文からも明らかなように、主として草案一二六条の期間の制限の問題であるから、同規定では客観的要素としての期間の問題とは別に、①要件において主観的要素として賃貸借当事者の主観的態様が問題とされていることになる。これはイタリア（旧）民法典一五二八条二項や我が国の現行民法五八一条二項の詐害要件（frode, 害スル目的）――フランス民法典一六七三条二項の詐害（fraude）要件の解釈論でも同様の考慮がなされていた――に対応する要件であるといえよう。後に検討する買戻に関する草案七二四条一項が意図的に「善意（bonne foi）」要件を外しているのと対照的である。

ところでこの①「善意」要件については次の二点を確認しておく必要があろう。第一はボワソナードが「害する目的」あるいは「害意」に相当する強い主観的態様を想定している点である。この点は注釈で挙げる例からも窺われるが、『民法草案財産篇講義』では「茲ニ云フ処ノ善意トハ売主ヲ害スル意ナキヲ謂フナリ[33]」と明言している。これは前稿で分析した買戻に関する一九世紀フランスの学説の傾向[34]でもあった。第二は、ボワソナードが注釈で強調するように、賃借人ではなく賃貸人の主観的態様が問われている点である。これは今世紀のフランス判例法理がフロード法理から第三者保護法理へと転換し、その視角から端的に第三者（賃借人）の善意悪意を判断するのと[35]明らかに思考方法を異にしているといえよう。ここでは第三者（賃借人）の保護というよりもむしろ公益的判断（「家屋や土地の賃貸借を優遇すべきとの経済的な理由」）が重視されている。

それでは次に以上の点を踏まえ、「解除」と同様に構成される「買戻」における賃貸借の維持・排除に関するボワソナードの見解の分析に移行しよう。

㈢ 買戻における賃貸借の維持

ボワソナード草案もフランス法と同様に、買戻を「再売買（revente）」ではなく当初の売買の「解除（résolution）」と構成する。[36] すなわち売買の「遡及的覆滅（destruction rétroactive）」であり、それゆえに買主が第三者に付与した物権は買戻により消滅（anéantissement）することになる。[37] そこでフランス民法典一六七三条二項に相当する「管理行為としての賃貸借」を維持する規定が設けられた。それが本稿冒頭で引用した草案七二四条一項（一二二四条一項）である。ここでは同規定に付されたボワソナードの注釈を見てみよう。

「解除の性質については既に述べた。解除は契約を覆滅（destruction）し、その契約がなされた時点における状態に物を回復する。すなわち解除は遡及効（effet rétroactif）を有するのである（四二九条参照）。

法律はこの原則をここでは買戻権能付不動産売買に適用している。よって買戻権能が売買証書中に挿入されかつ同時に公示される限り、第三者はそれを対抗されるので、異議を述べることができなくなる。

ただ法律は、目的物につき賃借権（un droit de bail）を取得した者のために、その賃貸借の残期が三年を超えないという条件においてではあるが、一つの例外を設けている。条文は、フランス民法典（一六七三条）や解除条件一般に関する本草案（四三一条）のように、賃貸借が詐害なしに（sans fraude）あるいは善意で（de bonne foi）なされなければならないと付言してはいない。何故ならば当該契約が短期であるからには、売買のその後の結末の如何を問わず、買主は「合理的かつ有益な管理行為（un acte d'administration raisonnable et utile）」をなしたといえるからである。

この善意（bonne foi）という要件は、管理行為がその期間で制限されていない場合にのみ、正当化されるであろう。よってイタリア民法典が、同様に賃貸借につき三年の制限を認めつつ、さらに賃貸借が『詐害なしでなされること（fait sans fraude）』を要求している点には驚かざるを得ない（一五二八条）。[38]」

ここではまずボワソナードが残期三年という期間を設定した点に注目すべきであろう。「管理行為としての賃貸借」の指標は、フランス判例法理では九年、ボワソナード草案の賃貸借規定（草案一二六条）においても当初は一〇年（土地）または五年（建物）とされていたから、それらと比較すると三年というのはいかにも短い。これは推測の域をでないが同じく三年の期間に制限するイタリア（旧）民法典の影響を否定できないであろう。[39] いずれにせよ同規定の要件設定は、ボワソナードの「管理行為としての賃貸借」の体系化構想の中ではやや特殊な内容となっており、体系的一貫性を欠いているとの評価もあながち不当とはいえまい。ちなみに後述するようにこの点の是正は、期せずして法律取調委員会でのボワソナード草案の修正を契機として、皮肉にも旧民法公布後の『草案注釈・新版』においてなされることになるのではあるが。

次に本条では「善意（de bonne foi）」要件（あるいは「詐害（sans fraude）」要件）が意図的に排除されている点が重要である。ボワソナードは、その要件は期間による制限がない場合にのみ必要であるとし、両要件を要求しているイタリア（旧）民法典に批判的な態度を示している。

だが右説明は、先に分析した解除に関する草案四三一条一項と果たして整合するのか些か疑問がなくはない。すなわち同規定は「善意ニ出テ」と「法律ニ従ヒテ」の二つの要件を課しており、後者では草案一二六条の「管理行為としての賃貸借」の期間制限が想定されていたからである。またボワソナードの説明は、フランス民法典一六七三条二項の「詐害（fraude）」要件が、期間の要素とその余の詐害要素との両方を含んでいた点とも乖離

している。

あるいは解除一般の「管理行為としての賃貸借」の期間（例えば土地につきフランス法では九年、ボワソナードの当初の草案では一〇年）を、買戻においては特別に三年に縮減したのだから「善意」要件は不要であると考えたのかも知れない。[40]

いずれにせよ重要なのは、こうしてボワソナード旧民法の買戻における賃貸借維持規定から、「詐害」要件（あるいは「善意」要件）が欠落することになった点である。

要約するにボワソナード草案の特徴は、「管理行為」概念を基盤とする【賃貸借保護の法理】をシステマティックに確立したが、その反面、詐害的賃貸借の排除という側面すなわち【賃貸借排除の法理】が背後に退くことになった点にあるといえよう。そして後の現行民法の起草過程においてはまさにその点がボワソナード旧民法に対する批判点の一つとされるのである。

ところでその点に関連して付言するならば、当時のフランスにおいても一部ながら、一六七三条二項末段を「フロード（fraude）の一般法理」の現れとみて、フロード要件が明文化されていない五九五条や一四二九条（前注（5））についても、賃料低廉ケースなど管理者のなした賃貸借にフロード（fraude）がある場合、被管理者は詐害行為取消権（action paulienne）を行使し得るとする有力学説が存していた点を看過してはなるまい。[41]だが遺憾ながらこの点に関するボワソナードの見解（特に「フロードの一般法理」の位置づけ・評価について）は必ずしも明らかとはいえない。

（1）なお内田貴・抵当権と利用権（一九八三年）三一頁、同「抵当権と短期賃貸借」星野英一編・民法講座3物権(2)（一九八四年）一七七頁、一八一頁参照。

（2）ボワソナードの仏文草案は以下のとおりである。

Art. 126

Les administrateurs légaux ou judiciaires de la chose d'autrui peuvent la donner à bail;

Toutefois, le bail par eux consenti sans un pouvoir spécial, quant à la durée, ne peut excéder :

Deux ans, s'il s'agit d'un animal ou d'un autre objet mobilier ;

Cinq ans, s'il s'agit d'un bâtiment d'habitation, d'un magasin ou d'une autre construction ;

Dix ans, s'il s'agit d'une terre labourable, d'un bois, d'un étang, d'une carrière ou d'une autre partie du sol. [1429, 1430, 1718.]

(*cf.* BOISSONADE (G^ve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t.I: Des droits réels, 2e éd., 1882, Imprimrie Kokoubounsha, Tokio, p.224 ;（宗文館による復刻版（一九八三年）を用いた）。

なお Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, par G^ve Boissonade, Tokio, 1889, avec Modifications proposées à la commission, p.49（法務図書館蔵本――同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』（第一章注(7) 参照）より提供を受けた）では末段（一〇年）に、une prairie（牧場）が付加され、かつ *Modifications*, p. 588 には Art. 126, 2e, 3e, 4e al., lire: "*un an, trois ans, cinq ans.*" の指示があるが、実はこの「一年、三年、五年」という期間設定は、次章において検討する①司法省法律取調委員会段階での修正「二年、三年、五年」（明治二〇年（一八八七年）一二月二六日）、②元老院民法審査会段階での修正「一年、三年、五年、一〇年」（明治二二年（一八八九年）三月二一日）のいずれにも正確には対応していない。

ところでこの BOISSONADE, *Projet, avec Modifications, 1889* については、大久保泰甫（代表）『ボワソナード民法典に関する総合的研究――近代日本民法の出発点に立ち帰って――（平成七年度科学研究費補助金（総合研究A）研究成果報告書）』［第2分冊］（一九九六年）により、「その刊行は、一八八九（明治二二）年（八月一四日以降？）、即ち、草案が元老院を通過し、枢密院諮詢に向けて、政府部内で更なる修正を受けていた時期であるが、後述の如く、その執筆ないし成稿時期は、おそらくは法律取調委員会の再調査案審議開始（明治二一（一八八八）年七月）より以前に遡るものと推測される。」（同一一一頁）「これ（*Modifications* 筆者注）は、再調査案委員会前の段階までの、法律取調委員会での修正を掲げるもので（もっとも、ここに掲げられたものが委員会での修正個所の全てではない）、

これには、ボワソナードの自主的な修正もあり、あるいは、日本人委員のイニシアティヴによるものもある（七戸「旧民法・現行民法の条文対照」法学研究六九巻一号（平成八（一九九六）年）一三三頁参照）」（同一一五頁）との考証がなされている。

だが少なくとも本条に限っていえば、更新期間に関する次条の訂正（後注（6）参照）を含めて総合的に判断すると、①の時期ではなく、②の時期に対応する可能性を否定できないように思われる（そうすると(イ)何らかの理由で「一〇年」が欠落したか、(ロ)もしくはさせたか、(ハ)あるいはその時期において過渡的な修正案として「一年、三年、五年」があったか、いずれかということになろう。現段階では決定的な資料はなく断言することは難しいが、単純に(ロ)すなわち、②元老院民法審査会段階での修正「一年、三年、五年、一〇年」を受けたものだが、その修正により従来の三区分が四区分となったゆえ、さしあたり *Modifications* では草案本文（三区分）に対応した前三者のみを記することとしたとみるのが最も素直な推測ではなかろうか）。

（3）本文中引用の邦語訳文は、ボアソナード氏起稿・民法草案修正文（自第五百一條至千百條）八九頁（法務図書館蔵本の二冊本を用いた――同資料につき前出『ボアソナード民法典研究会』より提供を受けた）およびボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釋第二編第一部二九七頁（慶應義塾大学蔵本を用いた）によった（本文については内容同一）。

（4）拙稿「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除―民法三九五条と五八一条2項との比較考察にむけて―」法学研究七〇巻一二号三一七頁以下（一九九七年）三三七～三三八頁参照。

（5）前稿と重複するが（前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三五六～三五七頁注（45）（46）参照）、両条の原始規定および現行規定を挙げておく。

［第一四二九条］（原始規定）

夫が単独で妻の財産につきなしたる九年を超える期間の賃貸借は、共有財産が解消したときには、当事者がなお最初の九年間にある場合にはその残存期間についてのみ、第二以下の九年間の場合も同様に、小作人が現在の九年間の使用収益を全うする権利のみを有するように、虚有権者に対して拘束力を有する。

なお一九六五年法により妻もその固有財産につき管理処分権能を付与されたが（稲本洋之助・フランス家族法（一九八五年）二九八頁以下など参照）、現行法は共有財産につき夫婦の一方が単独でなす賃貸借につき次の制限を置く。

［第一四二五条］（一九八五年一二月二三日法律一三七二号）

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

［第五九五条］（原始規定）

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

［第五九五条第二項］（一九六五年七月一日法律五七〇号）

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

（6）

［第一二六条］（［第六二六条］）――前注（2）（3）引用部分参照

［第一二七条］［第六二七条］

管理者ハ前條ニ記シタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ期限ノ終ラサル前三箇月、六箇月又ハ一箇年内ニ非サレハ同一ナル期限ヲ以テ賃貸ヲ更新スルコトヲ得ス［第千四百二十九条第千四百三十条第千七百十八条］

然レトモ管理者期限前ニ更新スト雖其委任ノ了終ニ臨ミ新期限ノ始マリシトキハ其更新ハ無効ト為ラス［第千四百三十条］

［第一二八条］（［第六二八条］）

他人ノ物ノ管理者ハ金員外ノ有価物ニテ賃貸スコトヲ得ス

然レトモ米其他穀物ノ耕作ニ就テハ借賃ハ地方ノ時価ニ従ヒ借地ノ産物ヲ以テ払フコトヲ約スルヲ得但賃借人金員ヲ以テ全部ノ弁済ヲ望ムトキハ此例ニ在ラス

（*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I, 1882, 2e éd.*, p. 225；ボアソナード氏起稿・前掲民法草案修正文（自第五百一條至千百條）八九頁～九一頁）。

なおBOISSONADE, *Projet, avec Modifications, 1889*ではまず第一に、Art. 128に大幅な修正が加えられており(*cf.* p.50)、こちらの方が法律取調委員会で審議される次の調査案（法律取調委員会・民法草案第二編物権ノ部議事筆記・自第一回至第四回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書8（一九八七年）商事法務研究会）二五一頁参照）に対応しているようである（なおこの点につき七戸・前掲「旧民法・現行民法の条文対照」一三〇頁～一三一頁参照）。

［第六二八条］

他人ノ物ノ管理者ハ果実ノ一分ヲ賃貸トナシ即チ分収小作ニテ賃貸ヲ為スコトヲ得

又他人ノ物ノ管理者ハ土地ノ産物ノ定量ヲ要約スルコトヲ得但賃借人好ムニ於テハ地方ノ時価ニ従ヒ全部又ハ一分ヲ金銭ニテ弁済スルコトヲ得

次いでArt. 127については、*Modifications*, p. 588において、Art. 127, 1er al., lire: "*qu'un mois, trois mois,……*"との指示がある。ところで旧民法のその後の審議については次章において検討するが、①司法省法律取調委員会段階での修正「三カ月、四カ月、六カ月」（明治二〇年（一八八七年）一二月二六日）と、②元老院民法審査会段階での修正「一カ月、三カ月、六カ月、一年」（明治二二年（一八八九年）三月二一日）とがあり、この*Modifications*における期間の訂正「一カ月、三カ月……」はおそらく後者②に対応しているのではないかと思われる（この点については前注（2）参照）。

（7）［第一二九条］（［第六二九条］）

前三條ニ記シタル規則ハ総理ト部理トヲ問ハス合理上ノ代理人又ハ管理者ニ適用ス但書面ヲ以テ代理人ノ権限ヲ伸縮シタルトキハ此例ニ在ラス

(*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I, 2e éd.*, p.225；ボアソナード氏起稿・前掲民法草案修正文（自第五百一條至千百條）九一頁)。

（8）［第一三〇条］（［第六三〇条］）

後見ヲ免レタル幼者及ヒ自己ノ財産ヲ管理スルコトヲ得ル婦ハ他人ノ物ノ管理者ト同一ノ條件ニ従フニ非サレハ其財産ヲ賃貸スルコトヲ得ス

(*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I, 2e éd.*, p.225；ボアソナード氏起稿・前掲民法草案

修正文（自第五百一條至千百條）九一頁～九二頁）。

(9) ［第一二〇八条］（［第一七〇八条］）

抵当財産ノ差押ヘラレサル間ハ債務者ハ第百二十六条及ヒ第百二十七条（第六百二十六条及ヒ第六百二十七条）ニ定メタル期間中其不動産ヲ賃貸シ、土地ヲ離レサルモノト雖モ其果実及ヒ産物ヲ移付シ及ヒ一般ニ総テ管理ノ所為ヲ為スノ権利ヲ保存ス［仏訴第六百八十一条乃至第六百八十五条］

［第一二六二条第二項］（［第一七六二条第二項］）

然レトモ第百二十六条及ヒ第百二十七条（第六百二十六条及ヒ第六百二十七条）ニ記載シタル継続期ヲ以テ為シ又ハ更新シタル賃借ハ既ニ記入シタル債権者ニ於テ之ヲ遵守スルコト要ス

(*cf.* BOISSONADE (G^ve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t.IV: Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels, 1889, Imprimrie Kokubunsha, Tokio, pp.373 et 465)（宗文館による復刻版（一九八三年）を用いた）；ボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釋第四編四六七頁、五五四頁）。

抵当権は所有権の「支分権（démenbremet）」であり、設定者は抵当権の設定により所有権の一部の機能を奪われ、「管理（administration）」に属する権能のみを保有すると構成するボワソナードの「支分権論」「管理行為論」(*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.IV*, n°s 394 à 397, pp. 374 à 376, n° 417, p.390, n° 500, p.470) は既に広く紹介されている（槇悌次「抵当権と賃借権の関係」法学論集（関西大学）一三巻四～六号二五頁以下（一九六四年）、内田貴・前掲抵当権と利用権二一頁以下、藤原明久・ボアソナード抵当法の研究（一九九五年）一三頁以下、一六二頁以下など参照）。

(10) 用益（権）者のなす賃貸借の期間につき規定しているフランス民法典（旧）五九五条後段（現行規定では五九五条二項）に対応する草案七一条二項では、ボアソナードは当初管理行為としての賃貸借の保護を意図的に排除していたが（ボアソナード氏起稿・民法草案財産篇講義壱物権之部（司法省・一八八〇年）三二〇頁～三二四頁に詳しい）、後の法律取調委員会での審議に際し「民法草案追加案　第七十一条　末項ニ『但賃貸借ノ継続期及ヒ其更新ニ関シテハ第百二十六条乃至百二十九条ヲ以テ之ヲ定ム』ヲ加フ」との追加案が出され（民法草案第二編（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書16（一九八九年）商事法務研究会）一一頁参照）、ここでも草案一二六条～

一二九条が適用されるに至っている（*Projet, avec Modifications, 1889*, pp.585-586では、Art. 71, 2e al., à la fin, ajouter: *"sauf en ce qui concerne la durée des baux et leur renouvellement, lesquels sont régis par les articles 126 à 129."*との指示がなされている）。

(11) 旧民法（正文）財産取得編二三二条では、「総理代理（mandat général／包括委任）」および「部理代理（mandat spécial／特定委任）」の二分類となる（官報号外（明治二十三年四月二十一日）六七頁（同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた）；Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, t.I: Texte, traduction officielle, 1891, Imprimerie Kokubunnsha, Tokio, p. 326—信山社による復刻版（一九九三年）を用いた）。

(12) **［第九百二十八条］（［第千四百二十八条］）**

第一項　代理ヲ分テ総管、限定又ハ特別ノ三種トス［仏民第千九百八十七条］

第二項　総管代理即為ス可キ事務ヲ別段指定セサル代理ハ委任者ノ家産管理事務ノミヲ包含スルモノトス［仏民第千九百八十八条］

……

(*cf.* BOISSONADE (Gve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t.III: Des moyens d'acquérir les biens, 1888, Imprimrie Kôgniôdô, Tokio, pp.894-895.（宗文館による復刻版（一九八三年）を用いた）；ボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釋第三編下巻一五八頁）。

(13) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III*, n° 750, p.903.

(14) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III*, n° 751, p.905.

(15) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I, 2e éd.*, n° 174, pp.233 à 234.

(16) 先に述べたように（前注（10）参照）、用益（権）者のなす賃貸借に関する草案七一条は修正を経て、旧民法財産編六八条に至るが、その注釈ではボワソナードは「管理行為の性質を有する賃貸借（les baux ayant le caractère d'actes d'administration）」との表現を用いている（Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, t.II: Exposé des motifs du Livre des biens, traduction officielle, 1891, Imprimerie Kokubunsha, Tokio, p. 72—信山社による復刻版（一九九三年）を用いた）。抵当権に関する草案一二六二条の注釈でも同様に

「適度な期間（一二六条および一二七条参照）により管理行為の性質を有する賃貸借（les baux ayant par leur durée modérée (v. art. 126 et 127) un caractère d'actes d'administration)」としてゐる（*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.IV*, n° 500, p.470)。

(17) *Cf. ex.* GUILLOUARD (L.), Traité du contrat de louage, t.I, 3e éd, 1891, n° 47, p. 60. また、Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, t. XVII, 1834, n° 33, p. 20 は九年超えない賃貸借を「単純な管理行為（simples actes d'administration)」とする。なお、BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (Albert), Traité théorique et pratique de droit civil, du contrat de louage, t.I, 2e éd., 1900, n°s 91 à 104, pp. 47 et 55 ; LAURENT (F.), Principes de droit civil français, t.XXV, 3e éd., 1878, n°s 43 et s., pp. 58 et s. がこの問題につき詳細な検討をなしている。なお拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三七～三三八頁参照。

(18) *Cf.* DEMANTE (A. E.), et COLMET DE SANTERRE (E.), Cours analytique de Code civil, t. VII, 1873, n° 119 bis., p.161 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (Léo), Traité théorique et pratique de droit civil, de la vente et de l'échange, 2e éd., 1900, n° 655, pp. 584 à 585 ; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 50,pp. 63 à 64 ; *etc. Contra.* LAURENT (F.), Principes de droit civil français, t. XXIV, 3e éd., 1878, n° 417, pp. 409 à 410. 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三五四～三五五頁注（34）参照

(19) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I*, 2e éd., n° 174, p.234 ; 前掲・再閲民法草案註釈第二編第一部物権二九八頁参照。

(20) 同旨、内田・前掲「抵当権と短期賃貸借」一八一頁参照。

(21) 我が国の慣行との関係については、内田・前掲「抵当権と短期賃貸借」一八一頁が、「とくに慣習の調査によって裏づけられているという形跡もない」と指摘している。確かにこの点について改めて「慣習の調査」が行われたということはなかったのであろう。だが他方、ボワソナードもそれなりに日本の慣行を意識していたのではないかと思える記述もなくはない。例えば『民法草案財産篇講義』においては、動産について「習慣ニ於テモ動産賃貸ノ期限ハ二年ヨリ多カラス因テ其最長ノ期限ヲ採リ二年ト定メタルナリ」（傍線片山）と述べている（ボワソナード氏起稿・前掲民法草案財産篇講義物権之部五〇〇～五〇一頁参照）。さらに賃貸借一般論としてではあるが、ボワソナード自身も旧民法典と我が国固有の旧慣習（les anciennes coutumes）が多くの点で一致している点を認めている（*cf.*

BOISSONADE (G.), Les anciennes coutumes du Japon et le nouveau Code civil, à l'occasion d'une double publication de M. John Henry Wigmore, Mémoire présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, Rev. française du Japon, 3e année, N° 25, 1894, p.10（同文献は Rev. française du Japon, 2e-3e années, N°s 24, 25 et 26, 1893-1894 の三回連載）; 田中耕太郎「ボアッソナードの法律哲学—特に其の自然法思想に就て—」同・法律哲学論集第三巻（一九五二年）一四三頁以下、福島正夫「旧民法と慣行の問題」松山商大論集一七巻六号三〇七頁、三一二頁（一九六六年）など参照）。ちなみに『民事慣例類集』には「地所ノ賃借ハ大凡十年位ヲ期限トシ家屋ノ賃借ハ大凡三年或ハ五年位ヲ期限トスル例ナリ」（陸前国宮城郡）などといった慣行が紹介されており（手塚豊＝利光三津夫編著・民事慣例類集附畿同巡回日記（抄）（一九六九年）二四八頁、瀧本誠一編「全国民事慣例類集」同・日本経済大典第五十巻（一九三〇年）三四七頁など参照）、今後はボワソナード草案にとどまらず広く旧民法・現行民法と我が国固有の慣行との関係の解明を行う必要があろう。

(22) 次章注（19）引用箇所参照。

(23) *Cf.* BOISSONADE (Gve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t. I: Des droits réels, nouv. éd., 1890, Imprimrie Kokubunsha, Tokio, n° 174, pp.256, note (1); 内田・前掲「抵当権と短期賃貸借」一八一頁参照。

(24) **[第四二九条第二項]**（**[第九二九条第二項]**）

解除ノ未必条件ノ成就スルトキハ双方各其合意前ノ地位ニ復スベシ［第千百八十三条第一項］

[第四四一条第一項]（**[第九四一条第一項]**）

総テ双務ノ契約ニ於テ双方ノ中一方其義務ノ全部ヲ履行セサルトキハ義務ヲ執行シ若ハ其執行ヲ為スコトヲ提出〈提供（offre）・片山注〉スル他ノ一方ノ為メ解除ノ条件常ニ存スヘシ［第千百八十四条］

[第五八四条第一項]（**[第千八十四条第一項]**）

義務ハ第四百二十九条、第四百四十一条、第四百四十二条（第九百二十九条、第九百四十一条、第九百四十二条）ニ循ヒ明瞭ニ約定シ又ハ裁判上得タル合意ノ解除ニヨリ消滅ス［第千二百三十四条］

(*Cf.* BOISSONADE (Gve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t.II: Des droits personnels ou obligations, 2e éd., 1883, Imprimrie Kokubunsha, Tokio, pp.359, 362 et 785（宗文館

による復刻版（一九八三年）を用いた）；ボアソナード氏起稿・前掲民法草案修正文（自第五百一條至千百條）三一四頁、三二二頁、四三〇頁参照）。

(25) *Cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.II*, 2e éd., n°s 360, à 366, pp.377 à 386, n° 705 et 705 bis., pp. 787 à 789.

(26) なおボワソナードはさらに一歩すすめて、「解除（résolution）」「銷除（rescision）」および「廃罷（révocation）」を行為の「遡及的覆滅（destruction rétroactive）」という視覚から統一的に位置づけようとしていたと推察される（*cf.* BOISSONADE , *Projet, accompagné d'un commentaire, t.II*, 2e éd., n° 704, pp. 786 à 787, *v. aussi*, n° 220, pp.224 à 225）。これはボワソナードの新基軸であり、そこに後の現行民法における形成権概念の萌芽を見出すことができると考えているが（なお熊谷芝青「日本民法における『無効及ヒ取消』―効力否認論序説―」早稲田法学会誌四二巻一八六頁以下（一九九二年）など参照）、この点については別稿を草して論じたい。

(27) 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三四一頁以下参照。併せて前章注（17）参照。

(28) *Cf. ex.* BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *du contrat de louage, t. I*, n°s 82 et s, pp. 40 et s. ; *etc.* なお後注（31）参照。

(29) **Art. 431, 1e al.**

Les actes d'administration faits de bonne foi et en conformité à la loi, par celui dont les droits sont sujets à la résolution, sont maintenues au profit des tiers.

(*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.II*, 2e éd., p.359 ; ° なお *Projet, avec modifications 1889*, p.162 も同一）。

(30) ボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釋第二編第二部四九四頁（慶大蔵本を用いた）およびボアソナード氏起稿・前掲民法草案修正文（自第五百一條至千百條）三一五頁参照。

(31) 仏国ボアソナード氏講義（薩埵正邦筆記）・仏国民法売買篇講義（博聞社・一八八三年）四二五頁参照。なお当時のフランスにおいても一六七三条二項の趣旨の援用を示唆するものが多数であったようである（*cf. ex.* DURANTON, Cours de droit français suivant le Code civil, t. XVII, 3e éd., 1834, n° 134, p. 103; TROPLONG, Le Code civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage, t. I, 1841, n° 100, p. 284;AUBRY(C.)

et RAU (C.), Course de droit civil français, t. IV, 4e éd., 1871, § 369, pp. 497 à 498, note 14; GUIL-LOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 49, pp. 64 à 65; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *du contrat de louage*, n° 83, p. 41; *etc. Contra*, LAURANT, *t. XXV*, n° 46, p. 62; *etc*)。

(32) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.II, 2e éd.*, n° 364, pp.386 à 387.

(33) ボワソナード氏起稿・民法草案財産篇講義二人権之部（司法省）六四六頁。

(34) *Cf.* MARCADÉ (V.), Explication théorique et pratique du Code civil, t.VI, 7e éd., 1875, p.320 à 321; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *de la vente et de l'échange*, n° 655, pp. 584 à 585 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *du contrat de louage*, n° 89, p.46 ; *etc.* 以上につき拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三三九頁参照。

(35) *Cf. Cass. civ. III*, 14 mai 1974, *Bull. civ. III*, n° 194 ; *Gaz. Pal.*, 74. *II.* 879, *note* Plancqueel (André) ; *RTD. civ.*, 75, 132, note Cornu (G.) et *Cass. civ. III*, 25 oct. 1983, *Bull. civ. III*, n° 196. 拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三四五～三四七頁以下参照。

(36) **［第七百二十二条第一項］**（**［第千二百二十三条第一項］**）

売主ハ売買証書中ニ記載セル買戻ノ約定ニ拠リ〈確定ノ期限内ニ〉買主ヘ代価及ヒ其支払ヒタル費用ヲ返還シテ売買ヲ解除スルヘシト約権スルコトヲ得［仏民第千六百五十九条］

（*cf.* ①BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III,* p.360 ; ボアソナード氏起稿・前掲民法草案修正文（自第千百一條至千五百條）一〇三～一〇四頁。なおボアソナード氏起稿・前掲再閲修正民法草案註釋第三編上巻四六三頁の訳は〈確定ノ期限内ニ〉の部分が欠落している。また②BOISSONADE *Projet, avec Modifications,* pp.274-5 の条文番号は Art. 723。この条文番号のズレは、①では Art. 720 bis. があり、それが②では Art. 721 となったため生じたもの。ちなみに①の Art. 722 (1-6 alinéas) と Art. 723 (1 alinéa) が、②では合体し、Art. 723 (1-7 alinéas) となったので、それ以降の条文番号にズレはない。）

(37) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III,* n° 290, p.365.

(38) BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III,* n° 295, p.370.

(39) 但しイタリア（旧）民法典が三年の期間の賃貸借であるのに対して、ボワソナード草案では賃貸借の残期が三年

である点で異なる。なおボワソナード旧民法に対するイタリア（旧）民法典の影響一般については、*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I, 2 ed.*, p.6. 併せて、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三四九～三五〇頁注（7）参照。

(40) 立法後の注釈書であるがその点を強調しているものがある。熊野『民法正義』は財産取得編五八条一項但書の注釈において、解除に関する財産編四一一条と比較しつつ、「…茲ニ法律ハ売主ノ権利ヲ保全スル為メ一个年ノ外賃借権ヲ之ニ対抗ス可ラサルモノト為シタリ。然レトモ其期限ヲ短縮シタルカ故ニ買主ノ善意ナルコトヲ要求セス。一个年ヲ超エサル賃貸借ハ正当有益ナル管理行為ト看做シタリ」（句点筆者）と解説している（熊野敏三・民法正義財産取得編巻之壱四八一頁（信山社・日本立法資料全集別巻57・一九九五年を用いた）。同旨、磯部四郎・民法［明治23年］釈義財産取得編(上)（第一章～第六章）三二〇頁（信山社・日本立法資料全集別巻85・一九九七年を用いた）参照）。

(41) *Cf.* LAURENT *t. XXIV*, n° 417, p.410 ; *t. XXV*, n° 55, p.67.（拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三四〇頁参照）。さらにローランがベルギー抵当権法四五条四項（「善意」要件）につき展開する同一趣旨の解釈論（t. XXX, 3e éd., 1878, n° 236, p. 210, n° 242, p.221）にも注目すべきであろう（拙稿「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―」法学研究六四巻一二号三〇二頁～三〇三頁（一九九一年）参照）。

三　旧民法制定過程におけるその後の議論の展開

前章ではボワソナード旧民法草案における、「管理行為としての賃貸借」に関連する諸規定の統合化の試みとその中での買戻規定の特殊性を検討してきたが、本章では右草案がその後の編纂過程[1]においてどのように変容を被ることになるのかを考察する。なお前章(二)「解除における管理行為の維持」で取り扱ったボワソナード草案四三一条一項については、その後法律取調委員会等においてもこれといった反論がなされることなく、修正点も若

干の字句の訂正にとどまるゆえに節を改め論じるには及ばないであろう。[2] ここでは大幅な修正のなされた前章(一)「管理行為としての賃貸借」および(三)「買戻における賃貸借の維持」の二点に絞ってその後の展開を追うことにしたい。

(一)管理行為としての賃貸借の期間の縮減

ボワソナードが起草した(i)草案一二六条は、後の編纂過程において幾度かの曲折を経て、最終的には(iv)旧民法財産編一一九条に結実する。まずはポイントとなる条文の変遷を跡づけておこう。

(i) ボワソナード草案（明治一五年（一八八二年）・仏文草案注釈第二版）[3]

[第一二六条]（[第六二六条]）

他人ノ物ノ法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其物ヲ賃貸スルコトヲ得

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

獣畜其他ノ動産ニ就キテハ二年

家宅、店舗其他ノ建築物ニ就キテハ五年

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

(ii) 法律取調委員会・再調査案（明治二一年（一八八八年）一一月二二日・審議）[4]

[財産編第一二六条]

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

第一　獣畜其他ノ動産ニ付テハ二个年
第二　居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三个年
第三　耕地、牧場、樹林、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五个年（第千四百二十九条第千四百三十条第千七百十八条）

(iii)　元老院・再下付案（明治二二年（一八八九年）七月二三日・法律取調委員会から内閣へ提出）

[財産編第一一九条](5)

法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其管理ヲスル物ヲ賃貸スルコトヲ得然レトモ管理者カ期間ニ付キ特別ナル委任ヲ受ケスシテ賃貸スルトキハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス
第一　獣畜其他ノ動産ニ付テハ一个年
第二　居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三个年
第三　耕地、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五个年
第四　牧場、樹林ニ付テハ十个年

(iv)　旧民法正文（明治二三年（一八九〇年）四月二一日・公布）

[財産編第一一九條](6)――(iii)元老院・再下付案に同じ

右に明らかなように草案一二六条のその後の変遷は、管理行為としての賃貸借の期間が、ボワソナードの当初の提案(i)「二年、五年、一〇年」から、(ii)「二年、三年、五年」、(iii)「一年、三年、五年、一〇年」(7)へと順次変更されて行く点に集約される。

一、まず、(i)から(ii)への変更がなされたのは、明治二〇年（一八八七年）一二月二六日に行われた法律取調委員会の調査案審議（民法草案第二編第九回会議）[8]においてである。

同会議では(i)ボワソナード草案とほぼ同内容の調査案が朗読された後直ちに南部委員から報告委員の間で修正の腹案がある旨報告がなされる。[9]

（南部委員） 之ハ修正ガアリマス、年限ニハ論モアリマシタガ、中間ヲ取テ、二年、五年、十年トナツテ居リマシタカ、二年ハ宜イガ、跡（ママ）ハ「三年」「五年」、トスル積リデアリマス、十年ヲ三年ニスルト、短縮シ過ギテ余リ短クテ其賃ヲ充分ニ得ルコトガ出来ナイ

（栗塚報告委員） 短イガ宜イト云ウ報告委員ノ論デ御座イマス

これに対して、期間を短縮すると、①賃借人にとって「嫌厭」であったり、さらに②「預リ人」「借人」がつかず財産が「自然廃滅」に至るなどの意見も出されたが、南部委員は①永小作・永借権（二〇年以上）を含めて賃借権とするとの構想を前提に、その権衡から半分の一〇年は長過ぎるとの、さらには②農地、建物賃貸借においては、「二年位ノ借入ハ澤山アリマス」との慣行をふまえた反論をなしている。[10]

その後、動産について「一年」、建物（または「町家」）につき「二年」、土地につき「六年」「七年」などの案も出されたが、最終的には「二年」「三年」「五年」が多数とされる。[11]

こうして管理行為としての賃貸借の期間については、ボワソナード草案から約半分に縮減されたものが、(ii)法律取調委員会の再調査案に採用されることになったのである。右再調査案は若干の字句の修正を経て、[12]内閣提出案財産編一一九条[13]として元老院に下付されている。

二、次いで(ii)から(iii)への変更がなされたのは、元老院民法審査委員会における審議段階である。既に手塚論文等によって明らかにされているように、法律取調委員会から内閣に提出され、第六一四号議案「民法」として元老院に下付された草案の実質審議は、明治二二年（一八八九年）三月七日の元老院本会議（「大体可否会」）において、七名の元老院議官および内閣委員とによって構成される「民法審査委員会」に委ねられることになった。[14]

現段階では同委員会の審議内容を直接に知ることはできないが、近時『ボワソナード民法典研究会』（大久保教授代表）は、同時期の資料として「法律取調報告委員寺島直（大審院評定官）とボワソナードとの間で行われた問答を記録した意見筆記が存在」し、「その内容は、既に前年に終了した法律取調委員会審議段階で加えられたボワソナード草案の修正に関するものであるが、寺島が、元老院審議における政府委員であったことよりすれば（おそらく彼は、元老院審議にも参加していただろう）、右問答の成果は、元老院民法審査委員会にも反映されたものと想像される」と指摘している。[15] よって同意見筆記から間接的ながらも民法審査委員会の審議内容およびそれへのボワソナードの関与を窺うことができる。

『ボアソナード氏・民法草案修正ニ関スル意見筆記第一』は、明治二二年（一八八九年）三月二一日に行われた第一回として、管理行為としての賃貸借を定める元老院下付案財産編一一九条[16]につき以下のやりとりを記録している。[17]

（ボアソナード）……又第百十九条ニ管理者ノ賃貸期間ヲ短縮シタルハ其当ヲ失シタリ。蓋シ其土地ノ賃貸期間ヲ五年トシタルハ短ニ過グルガ如シ。日本現時ノ耕作法ハ姑ラク措キ異日欧米ノ耕作法ヲ用ユルニ至ラバ僅カニ五年間ニテハ毫モ実益ヲ得ルノ暇アラザルベシ。

（寺島報告委員）日本ノ耕作法ニ就テ観レバ五年ニテモ猶ホ長キニ過ルト云フ者アリ。

（ボアソナード）然ラバ則チ獣畜其他動産ノ賃貸規間ハ之ヲ一年トシテ可ナリ。土地ノ賃貸借期間ヲ五年ニ限止スル以上ハ獣畜ノ賃貸期間ヲ二年トスルハ長キニ過グ。

（寺島報告委員）樹林ニ至リテハ其賃貸期間ヲ五年トスルハ少ナク短ニ失スルガ如シ。故ニ元老院ニ於テ森林ト耕作トハ其賃貸期間ヲ異ニスルナラン。

（ボアソナード）実ニ然リ。故ニ動産ニ付テハ一ケ年建物ニ付テハ三個年耕地ニ付テハ五ケ年森林牧場ニ付テハ一〇个年ヲ以テ其賃貸期限トスベシ。……（句点傍線筆者）[18]

以上の問答からまずは、ボワソナードが法律取調委員会の賃貸期間の短縮化に批判的であった点が読みとれよう。特に土地についてはボワソナード草案が一〇年であったものを五年に半減させた点に対して異議を申し立てている。「欧米ノ耕作法」からすれば五年ではいかにも短く「毫モ実益ヲ得ル暇アラザルベシ」というのである。[19] ボワソナードが草案注釈の中で「特に土地については確実性かつ持続性のある収益を得るためには常により長期にわたるより高いコストの先行投資を必要とするからである」と力説していた点が想起されよう。[20]

これに対して寺島委員から「日本ノ耕作法」では五年でも長いという者がいるくらいだとの反論がなされると、「日本現時ノ耕作法ハ姑ラク措キ」と留保していたボワソナードとしてはそれを了承せざるを得なかったと推察される。

後はそれとの均衡上、動産の期間を一年に短縮することがボワソナード側から提言され、また寺島委員から森林については耕地よりも長くするつもりであるとの元老院の意向が示唆されたのを受けて、最終的にはボワソナード自らの口から「一年、三年、五年、一〇年」との妥協案が提示されて、一一九条に関する問答は締め括られる。

この妥協案を受けた民法審査会の修正は、「本会議に付しその可否を決するという形式を採らず、政府が法案

の内容を変更して元老院に再議を求めるという方法[21]」に従い、(iii)元老院・再下付案として元老院に再下付され、後には修正を受けることなく元老院・枢密院[22]の審議を経て、旧民法財産編一一九条として公布されることになった。

なお周知のようにボワソナードは旧民法の公布後に『草案注釈』（仏文）の改訂（新版）を行うが、そこでは草案一二六条につき「一年、三年、五年、一〇年」の期間の変更を受け入れてはいるものの、土地の取扱いについては旧民法財産編一一九条（「第三　耕地、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五个年／第四　牧場、樹林ニ付テハ十个年」）と若干規定内容を異ならしめ、「（三号）耕地ニ付テハ五个年／（四号）牧場、樹林、池沼其他未開墾ノ土地ノ部分（une autre partie du sol non cultivé）ニ付テハ十个年[23]」としている。これは特に同じ土地でも、「未開墾ノ土地」を「耕地」と区別し、前者については賃借人が開墾のために要する労力を評価し一〇年の保護を与えるという形で[24]、自己の立場を一貫させるとともに、ボワソナードにとり必ずしも本意とはいえない期間短縮化の流れに対して空しくも一矢を報いようとしたものと推察できよう。

以上がボワソナード草案一二六条のその後の編纂過程における変容の軌跡である。敢えて言えば、日本人委員による期間の短縮化（比喩的にいえば「欧米ノ耕作法」に基づく期間設定から「日本ノ耕作法」に基づく期間設定への移行）およびそれに対するボワソナードの抵抗という形で図式化することが可能であろうか。それでは次に(二)買戻の規定のその後の変容を追跡してみよう。

(二)　買戻における賃貸借維持規定をめぐる議論の展開

買戻における賃貸借の維持を規定するボワソナード草案七二四条一項［一二二四条一項］については、その後の法律取調委員会での二度の審議（調査案審議・再調査案審議）において白熱した議論が展開され、規定も二転

三転する。ここではそれを簡略に跡づけておこう。

(1) **法律取調委員会・調査案審議**

明治二一年（一八八八年）五月八日の法律取調委員会・民法草案取得篇第五四回会議において朗読された草案七二四条一項は以下のとおりである。

[第七百二十四条第一項][25]

不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間内ニ其定メタル条件ヲ以テ買戻ノ権能ヲ行ヒタルトキハ買主ノ付与シ又ハ其権利ニ依テ第三者ノ得取シタル総テノ物権ヲ免カレテ其不動産ヲ売主ノ手裏ニ復セシム但経過スヘキ残余期限カ三ケ年ニ過キサル賃借ハ此限ニ在ラス（第千六百六十四条、第千六百七十三条第二項）

（修正案） 第一項「条件ヲ以テ」ノ下ヨリ「免カレテ」迄ヲ左ノ如ク改ム

為シタル売買受戻[26]ノ権能ノ行用ハ買主ヨリ其権利ニ依リ第三者ノ取得シタル総テノ物権ノ負担ヲ脱シテ（傍点筆者）

同項をめぐる議論は但書に集中するが、そのうち主要な発言をここに整理しておこう。

(i) 但書の趣旨について

（栗塚報告委員） 借リテ居ル者ガ遂出サレテハ困ルカラ

（箕作委員） 借主ハカリテナイ、貸主モ保護シテ居ル様デス[27]

……

（箕作委員） 「ボアソナード」ノ旨意ハ短キ期間ノ賃借ナレバ管理ノ行為ニ過ギヌ、管理ノ行為ナレバ買戻ノ契約ガ立テモ害ハナイ、其レガ長クナレバ賃借デナイ、所有権ノ一部ヲ切タ様ニナルカラ害ニナルトノ旨意ノ様デス（一四〇頁、

傍線筆者）

但書の趣旨を尋ねる発言に対して、報告委員は右のように答え、それを箕作委員が補っている。ボワソナードが草案（解除の四三一条一項や買戻の七二四条一項）で述べていた管理行為の維持の趣旨がほぼ正確に伝えられているといえよう。

(ii) 「詐害なきこと」（「善意」）の要件について

（松岡委員）其処デ伊太利ノハ知ラナイト云フ条件ガ入ル（一四〇頁）

……

（箕作委員）日本ニハ皆登記スル、一ト月デモ一日デモ登記スルカラ知ラヌト云フコトハ云ヘマイ、善意悪意ト云フコトハ其処デ出テ来ナイ（一四一頁）

本稿冒頭に引用した如く、イタリア旧民法典一五二八条二項には、またフランス民法典一六七三条二項についても同様であるが、「詐害なきこと（senza frode, sans fraude）」が賃貸借維持の要件とされている。ところでボワソナード草案四三一条（解除）には「善意ニ出テ（de bonne foi）」の要件が課されているが、先に見たように、ボワソナードはその「善意」を「詐害なきこと」とほぼ同義として説明を為していた。よって「詐害なきこと」↓「善意」↓「不知」との連想によるものであろうか、松岡委員が「伊太利ノハ知ラナイト云フ条件ガ入ル」との発言をなしたのも理解できなくはない。だがそれはボワソナード草案ひいてはフランス法・イタリア法における「詐害なきこと」「善意」要件に対する誤解に基づくものであった。[28]

「詐害なきこと」「善意」要件を「不知」と解する限り、ここでそれを論じることがほとんど無意味だというのは箕作委員の指摘するとおりであり、事実同要件が爾後再び取りあげられることはなかった。しかしながら前章

で検討したようにボワソナードが、フランス民法典一六七三条一項、さらには自らの草案四三一条（解除）では要求されている「詐害なきこと」「善意」要件を、買戻の草案七二四条一項で敢えて排除したのは、そこに別個の積極的意図があったのであり、本来ならば法律取調委員会においてそのボワソナードの起草趣旨の当否につき審議がなされるべきであった。にもかかわらず日本人委員による「善意」概念の誤解という予期せぬ事態により、ボワソナードによる「詐害」要件の排除という起草趣旨が不問に付されたまま結果的には貫徹されることになってしまったというわけである。ここに旧民法における【（詐害的）賃貸借排除の法理】の欠落の原因の一端を窺うことができよう。そしてこの点の検討は現行民法の起草過程にまで先送りされることになる。

(iii) 賃借権＝物権である点について

（南部委員） 物権トシテ登記スル以上ハ此限ニ在ラズトハ云ヘマイ、賃借ニ限テ除クト云ウ理由ハ立タヌ様ダ、之ハ起案者ノ間違ヒデハナイカ、元トノ仏蘭西ノ様ニ物権トセヌ様ナ考デ書イタノデハナイカ

（栗塚報告委員） 物権ノ性質ヨリ賃貸ト云フ性質カラダロウト思ヒマス（一四〇頁）

……

（栗塚報告委員） 物権人権ト云フ性質カラ離ス（話ス？、筆者注）ノハ悪イト思ヒマス（一四一頁）

周知のようにボワソナードは賃借権を物権と構成したが[29]、そうすると但書で賃貸借の保護を図るのは、本文で「総テノ物権ヲ免カレテ」とあるのに矛盾するのではないかという批判である。この点に対しては栗塚報告委員のように反論は可能であろうが、この点が「但書削除」の動機の一つとなったと推測される。

(iv) 日本独自の状況について

（松岡委員）凡ソ日本ノ地面ハ耕地ガ多イ、耕地ヲ買戻セントスル人ハ大概年賦デ其レヲ三年待ツト云フノガ難儀ダ（一四〇頁）

……

（松岡委員）都府ノ大キナ地面ナレバ宜シイガ日本ニハ耕地ガ多イ、耕地ヲ売ル者ハ手作ガ多イ、手作デヤッテ見様ト思ヘバ三年取ラレテ居ルト云フノハ害ガアル

（松岡委員）併シ小作ガ取レルコトハ取レル

（箕作委員）家作ノ方ハドウデス、自分ガ住ハント思テモ賃借人ガアッテ入ルコトハ出来ナイ（一四一頁）

我が国においては耕地（農地）が多く、自ら耕作を行おうとする売主の保護の必要性があるとの趣旨の発言であろう。この松岡発言、そして居宅（建物）についても売主の保護が必要ではないかとの箕作発言を契機として、議論は一気に「但書削除」に傾くことになる。

(v) 但書の削除

（村田委員）但書ハ刪ルガ宜シイ（一四一頁）

順次、尾崎委員、西委員、松岡委員、南部委員、箕作委員が賛同を示す。その理由は①売主の利用を保護すべきという点、②賃借権が物権でありかつ登記されるという点に集約されよう。これに対して栗塚報告委員と清岡委員が削除に反対している。ただ②をめぐる応報はいずれの立場の主張も必ずしも明瞭とはいえないのでここでは割愛する。

（清岡委員）其年ノ分丈ケハ良イト云フコトニシ度イ、其年ニ田地ヲ引上ゲハ困ルカラ（一四一頁）

……

（清岡委員）其年ニ直グニ止メルト云フノハ酷イ（一四一頁）

……

（清岡委員）起案者ニ聞イテ貰オウ

（栗塚報告委員）聞イテモ動キマスマイ、詰リ登記ヨリモ実際小作人ハ不都合ト云フ理由ハ宜シイ様デス……（一四一頁）

主として賃借人（小作人）の用益の確保という点が反対の根拠であり削除理由①に対応する。②に対する反論もなされているが、前述した如く両者の議論にはいずれも論旨不明瞭な点が多い。

だが反論空しく、但書が削除された次の修正案が箕作委員によって朗読され、同条の審議は終了する。

（箕作委員）……本条ハ左ノ如ク決ス

第一項　不動産ニ付テハ法律ニ定メタル期間内ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル買戻ノ権能ノ行為ハ買主ヨリ第三者ノ得取シタル総テノ物権ヲ脱シテ其不動産ヲ売主ノ手裏ニ復セシム

第二項　原案ノ通リ（一四二頁）

(2) 法律取調委員会・再調査案審議

明治二一年（一八八八年）一一月一四日に開催された法律取調委員会・民法財産取得篇再調査案第一七回会議に至るまでの間、日本人委員とボワソナードの間でいかなるやりとりがあったのか、その内容を詳らかにする資料を現段階では未だ見出してはいないが、前記調査案審議における修正案決定直前の清岡委員・栗塚報告委員の発言が予感させるように、ボワソナードの相当執拗な抵抗にあったものと推察される。事実、再調査案会議では、但書を削除した前記修正案決定を覆し、再び「但書ハ原案ニ拠リ之ヲ補フ」として但書を復活させた以下の再調査案が提出されている。

［第七百二十四条第一項］

不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル受戻権能ノ行使ハ買主カ第三者ニ授与シ又ハ第三者カ買主ノ権ニ基キテ取得シタル物権ヲ排脱シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃借ノ残期ノ三个年ヲ超エタルモノハ此限ニ在ラス[30]

まずは当然のことながら、前調査案審議において但書削除の決定案が確認されているはずだとの手続面からの異議申し立てがなされるが[31]、議論はやがて実質審議に移行する。

(i) 趣旨説明

（栗塚報告委員） 登記モアツテ見レバ賃借人ガ知ル筈ダ（ト云フガ?、筆者注）実際小作人ガ迷惑スル（七四頁）。

やはりここでも賃借人特に小作人の保護が挙げられている。これに対して次の反対意見が出されるが清岡委員の発言を契機に「管理行為としての賃貸借」とは何かが議論されることになる。

（松岡委員） 吾々ハ前議ノ通リデ宜シイ。（七四頁）

（清岡委員） 三年ヲ超エザルトキハ宜シイト云フノハ酷イ。（七五頁）

(ii) 管理行為としての賃貸借

（南部委員） 賃貸借ハ一ツノ管理ノ所為ト見テアルカラ管理人ガ出来ルトナツテ居ル。之ハ管理ノ所為ダカラ本人ガアツテモ売主ガ買主ノ（「買主ガ売主ノ」の誤植か?、筆者注）管理ヲシタルモノト見ヘル。

（松岡委員） 管理ト云フノハ其人ノ利益ヲ思ツテスルノダ。今迄アルモノヲ遽カニ退ケト云フ事ハ出来ナイ様ニシナケレバナラン。短クモ三年ヲ守ラナケレバナラント云フノハ反対スル事デアル。

（**箕作委員**）三年以下ハ正当ノ管理ト看做スカ看做サンカト云フ問題デス。
（**南部委員**）之ヲ削ルト賃貸借ノ管理スルト云フ事モ削ラナケレバナラン。
（**栗塚報告委員**）貴君ガ金ヲ持ツテ来レバ返ヘサナケレバナランガ三年丈ケハ我慢シテカツテ呉レト云フノデス。
（**元尾崎委員**）削ルガ宜シイ。
（**栗塚報告委員**）松岡サンカラ地面ヲ買ツテソレヲ貴君ニ小作ニ入レテ置イテ一年目デモ二年目デモ金ヲ持ツテ行ケバ取戻ス事ガ出来ル。三年小作ニ入レテ置イテ金ヲ貸シテ半年モ経ン内ニ受戻ニ御出ナサツタトキハ地面ハ何時デモアゲルガ小作丈ケハ許サナケレバナラン。ソレヲシナイト小作ガ甚ダ迷惑ニナル。三年ガ長過ギルト云フナレバ今年ノ分丈ケハ取リタイ。（七五頁）

右のやりとりにおいて、傍線を付した箕作委員の発言に端的に現れているように、当該但書における賃貸借の維持をめぐる議論が、単にこのケースで小作人を保護すべきか否かという利益衡量の問題にとどまらず、「管理行為としての賃貸借」の維持一般の問題に波及する広がりを持った問題であることが、委員の間においても次第に明確に意識されるようになってきた点に注目すべきであろう。これは前回の調査案審議には見られなかった点である。そして最後の栗塚報告委員の発言を契機に、議論は折衷妥協の方向に向かう。なおこの栗原発言からすると「残期一年」とは特に農地につき最後の収穫は小作人に得させるとの趣旨が込められているということになりそうである。

(iii) 妥協案（一年）

（**松岡委員**）ソレハ無論出来ルガ三年ノ間黙ツテ居ルノハ酷イ。
（**渡委員**）置クガ宜シイ。

（西委員）置クガ宜シイ。
（南部委員）二ケ年位ニシテ置イテハドウダロウ
（元尾崎委員）一年トショウ。
（松岡委員）一年ナラ宜シイ。
（栗塚報告委員）一ケ年ト致シマショウ。三年ノモノヲ一年デ売テ仕舞テハ大変安売ダ。
本条第一項「残期ノ三ケ年」トアルヲ「残期ノ一ケ年」ト改ム。（七五頁）

ここに妥協の産物として「残期一年」という現行民法五八一条二項本文に連なる期間が誕生したわけである。以上の立法経緯からすると同但書には、①管理行為としての賃貸借の維持という趣旨と、②特に農地につき最後の収穫は小作人に得させるとの趣旨[32]があると分析できよう。

ちなみに法律取調委員会案・内閣提出案として元老院に下付された財産取得編九一条一項は以下のとおり。これに若干の文言の字句訂正がなされ[33]、本稿冒頭に引用した旧民法財産取得編八五条一項となる。

［第九一条第一項[34]］
不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル受戻権能ノ行使ハ買主カ第三者ニ授与シ又ハ第三者カ買主ノ権ニ基キテ取得シタル物権ヲ排脱シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃貸借ノ残期ノ一个年ヲ超エサルモノハ此限ニ在ラス

(3) ボワソナード草案注釈［新版］

旧民法公布後ボワソナードは草案注釈の七二四条一項但書を以下のように書き改めている。

［第七二四条第一項］[35]

……但賃貸借ノ管理行為ノ性質ヲ有スルモノハ此限ニ在ラス（à l'exception des baux ayant le caractère d'actes d'administration）

ボワソナードは注釈において右規定につき次のような説明を付している。

「法律は、目的物につき賃借権（un droit de bail）を取得した者のために、その賃貸借が、一二六条および一二七条に規定されているように、短い期間ゆえに管理行為としての性質を有するという条件のもとではあるが、一つの例外を設けている[36]（注）。」

（注）「旧規定は三年という統一的な制限を設けたが、それはある物については長すぎるし、他の物については短かすぎた。よってここでは、他人の物の管理者が為し得る賃貸借の期間（la durée des baux que peut faire un administrateur de la chose d'autrui）を尺度とするのが望ましいようである（四三一条参照）。ちなみに公式の民法典は残期一年を採用した[37]。」

ボワソナードにとってはあるいは皮肉な結果ともいえるが、前章で分析した草案一二六条を中心とした「管理行為としての賃貸借」の関連諸規定の統合化というボワソナードの基本構想は、こうして旧民法公布後の新版草案注釈において完成されることになったのである。だがそのボワソナードの意図をよそに、公式の旧民法典においては「残期一年」という期間設定が一人歩きをはじめることになる。

（1）旧民法の編纂過程全般については、向井健「民法典の編纂」福島正夫編・日本近代法体制の形成下巻（一九八二年）三一三頁以下、大久保泰甫（代表）『ボワソナード民法典に関する総合的研究―近代日本民法の出発点に立ち帰って―（平成七年度科学研究費補助金（総合研究A）研究成果報告書）』［第1分冊］［第2分冊］（一九九六年）、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照―付・条文対照表（旧民法財産編総則・物権部）」法学研究六九巻一号一一一頁以下（一九九六年）など参照。なお本稿第一章注（7）参照。

（2）①法律取調委員会・民法草案財産編人権ノ部議事筆記・自第二十三回至第三十四回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書8（一九八七年）商事法務研究会）二五〇～二五一頁、②法律取調委員会・民法草案財産編再調査案議事筆記・自第一回至第一三回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書11（一九八八年）商事法務研究会）二七五頁など参照。ちなみに調査案審議では栗塚報告委員により草案四三一条一項の趣旨につき、「其理屈ハ第三者ニ賃貸セラレ即チ有益ニ管理セラルルハ公益ニシテ且借家人若クハ借地人ノ権利ガ其嘗テ関係セシコトナキ未必条件ノ功カニ因リ消滅スルハ認メ難キ所ナリト為スニ在リ。然レドモ斯ノ如ク管理ノ処置ヲ維持スルニハ其善意且法律ニ恰好シテ為シタルモノナルヲ要スデ御座リマス。」（句点筆者）との説明がなされている（①二五〇頁参照）。同会議で若干の字句の訂正が決せられ（同二五一頁参照）、左の再調査案に至る（②二七五頁）。ちなみに旧民法財産編四一一条一項も全く同一内容である（官報号外（明治二十三年四月二十一日）三五頁参照――同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた）。

［第四三一条第一項］

解除条件ヲ帯ヒタル権利ヲ有スル者ノ善意ニ出テ且法律ニ従ヒテ為シタル管理ノ行為ハ第三者ノ利益ノ為メニ之ヲ保持ス

（3）前章注（2）参照。なお更新期間を定める一二七条は以下のとおり（前章注（6）参照）。

［第一二七条］（［第六二一七条］）

管理者ハ前條ニ記シタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ期限ノ終ラサル前三箇月、六箇月又ハ一箇年内ニ非サレハ同一ナル期限ヲ以テ賃貸ヲ更新スルコトヲ得ス［第千四百二十九条第千四百三十条第千七百十八条］

然レトモ管理者期限前ニ更新スト雖其委任ノ了終ニ臨ミ新期限ノ始マリシトキハ其更新ハ無効ト為ラス［第千四百三十条］

（4）法律取調委員会・民法草案財産取得編再調査案議事筆記・自第十四回至第二十五回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書11（一九八八年）商事法務研究会）二〇九頁）。なお冒頭の再調査案第一二六条の朗読の部分では「第三　耕地、牧場、樹林、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ十五个年」とあるが、直後に栗塚報告委員から「本条ハ十五个年トアリマスハ五个年ノ誤リデゴザイマス」（同二〇九頁）との訂正がなされている。また更新期間を定める財産編一二七条は以下のとおり（同二一〇頁）。

［財産編第一二七条］

管理者ハ前條ニ記載シタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ現期間ノ満了ニ先タツ三ケ月、四ケ月又ハ六ケ月内ニ非サレハ同一ノ期間ヲ以テ賃貸借ヲ更新スルコトヲ得ス

然レトモ右ノ期間ニ先タチ為シタル更新ハ管理者ノ委任ノ止ムヨリ前ニ既ニ新期間ノ始マリシトキハ無効ナラス

(5) 民法草案・財産編（国立公文書館蔵・公文類聚第十四編（明治二十三年・巻之八十三）所収）二八頁（同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』（第一章注（7）参照）より提供を受けた）。なお修正は、後注（13）の元老院・下付案への書込による。また更新期間を定める財産編一二〇条は以下のとおり（同二八頁、同様に修正は書込による）。

［財産編第一二〇条］

管理者ハ前條ニ記載シタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ現期間ノ満了ニ先タツ一ケ月、三ケ月、六ケ月、又ハ一ケ年内ニ非サレハ同一ノ期間ヲ以テ賃貸借ヲ更新スルコトヲ得ス

然レトモ右ノ期間ニ先タチ為シタル更新ハ新期間ノ始マリシ後尚ホ管理者ノ委任ノ止マサリシトキハ無効ナラス

(6) 官報号外（明治二十三年四月二十一日）一一頁参照（同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた）。なお仏文は以下のとおり。

Art.119

Les administrateurs légaux ou judiciaires peuvent donner à bail la chose dont ils ont l'administratoin ; toutefois, le bail par eux consenti sans un pouvoir spécial, quant à la durée, ne peut excéder :

1° Un an, s'il s'agit d'un animal ou d'un autre objet mobilier ;

2° Trois ans, s'il s'agit d'un bâtiment d'habitation, d'un magasin ou d'une autre construction ;

3° Cinq ans, s'il s'agit d'une terre labourable, d'un étang ou d'une autre partie du sol;

4° Dix ans, s'il s'agit d'une prairie ou d'un bois.

(*Cf.* Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, t. I: Texte, traduction officielle,

1891, Imprimerie Kokubunsha, Tokio, p.47―信山社による復刻版（一九九三年）を用いた。）また更新期間を定める財産編一二〇〇条についても元老院・再下付案に同じである（前掲・官報号外一一頁）。

(7) 草案一二七条の更新期間については、それに対応して(i)「三ケ月、六ケ月、一年」、(ii)「三ケ月、四ケ月、六ケ月」、(iii)「一ケ月、三ケ月、六ケ月、一年」と変更されている。

(8) 法律取調委員会・民法草案第二編物権ノ部議事筆記・自第一回至第十回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書8（一九八七年）商事法務研究会）二四六～二四七頁参照。

(9) 前掲・法律取調委員会・民法草案第二編物権ノ部議事筆記（日本近代立法資料叢書8）二四六頁参照。なお朗読された調査案は以下のとおり。なお朗読直後に栗塚報告委員より、①一項と二項を別項としない旨、②「賃貸」を「賃貸借」に改める旨口頭で訂正がなされている（同二四六頁）。

［第六二六条］

他人ノ物ノ法律上又ハ裁判上ノ管理者ハ其物ヲ賃貸スルコトヲ得

然レトモ管理者時期ニ付キ特別ナル委任ヲ受ケスシテ承諾シタル賃貸ハ左ノ時期ヲ超過スルコトヲ得ス

獣畜又ハ其他ノ移動物体ニ就キテハ二年

住居、店舗又ハ其他ノ建築物ニ就テハ五年

耕地、森林、池石杭又ハ土地ノ其他ノ部別ニ就キテハ十年（第千四百二十九条第千四百三十条第千七百十八条）

また更新期間について定める次条は以下のとおり（同二四八頁）。

［第六二七条］

管理者ハ前條ニ載セタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ前期ノ満了前三箇月六箇月又ハ一箇年内ニアラサレハ同一ノ時期ヲ以テ賃貸ヲ更新スルコトヲ得ス（同上）

然レトモ前ノ更新ハ管理者ノ委任ノ止ムニ臨ミ新期ノ始マリシトキハ無効ナラス（第千四百三十条）

(10) 以上の討論につき前掲・法律取調委員会・民法草案第二編物権ノ部議事筆記（日本近代立法資料叢書8）二四六～二四七頁参照。

(11) 前掲・法律取調委員会・民法草案第二編物権ノ部議事筆記（日本近代立法資料叢書8）二四七頁参照。なお村田

委員からフランス法につき「九年」という指標の他、建物賃貸借については「二年」という期間が紹介されているのは興味深い（二四七頁）。

(12) 法律取調委員会の再調査案審議では、期間につき特に異論は見られなかったようである（前掲・法律取調委員会・民法草案財産取得編再調査案議事筆記（日本近代立法資料叢書11）二〇九～二一〇頁参照）。

(13) 元老院・下付案

［財産編一一九条］

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

第一　獣畜其他ノ動産ニ付テハ二个年

第二　居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三个年

第三　耕地、牧場、樹林、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五个年

（民法草案・財産編（国立公文類聚第十四編（明治二十三年・巻之八十二）所収）二八頁参照）。また更新期間に関する次条は以下のとおり（同二八頁）。

［財産編第一二〇条］

管理者ハ前條ニ記載シタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ現期間ノ満了ニ先タツ三ケ月、四ケ月又ハ六ケ月内ニ非サレハ同一ノ期間ヲ以テ賃貸借ヲ更新スルコトヲ得ス

然レトモ右ノ期間ニ先タチ為シタル更新ハ管理者ノ委任ノ止ムヨリ前ニ既ニ新期間ノ始マリシトキハ無効ナラス

(14) 手塚豊「旧民法（財産編・財産取得編前半・債権担保編・証拠編）審査元老院会議筆記」同・明治民法史の研究（上）［手塚豊著作集第七巻］（一九九〇年）二四八～二四九頁参照。

(15) 大久保（代表）・前掲『ボワソナード民法典に関する総合的研究（研究成果報告書）』［第2分冊］一九八～一九九頁参照。

(16) 前注（13）参照。

(17) 民法編纂ニ関スル雑書（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書12（一九八八年）商事法務研

究会）九七頁参照。

(18) ボワソナードは続けて草案一二〇条の更新期間につき以下のように言及している（前掲・民法編纂ニ関スル雑書（日本近代立法資料叢書12）九七頁、句点傍線筆者）。

（ボアソナード）

……又第百二十条ニ規定シタル賃貸借ノ更新時期ヲ現期間満了前三ケ月、四ケ月、六ケ月トスルモ森林牧場ノ賃貸期間ヲ十个年トスル以上ハ其更新時期ハ少クモ一ケ年前トスルヲ要ス。是ヲ以テ更ラニ本条ノ規定ヲ改正シ賃貸借ノ更新時期ハ獣畜ニ付テハ一ケ月前建物居宅等ニ付テハ三个月前、耕地ニ付テハ六个月前、又牧場森林ニ付テハ一个年前ト定ムベシ。故ニ同条中「三ケ月四ケ月又ハ六个月」トアルヲ改メ「一ケ月三ケ月六ケ月又ハ一个年」トスベシ。

(19) 前掲・民法編纂ニ関スル雑書（日本近代立法資料叢書12）九七頁参照。ここからボワソナードが少なくとも耕地（農地）に関しては我が国の慣行（「日本ノ耕作法」）よりもフランスの取扱い（「欧米ノ耕作法」）を重視していた点が間接的に窺える（なお本稿前章注（21）引用箇所参照）。

(20) *Cf.* BOISSONADE (G^ve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t. I: Des driots réels, 2e éd., 1882, Imprimrie Kokoubounsha, Tokio, p.234.（宗文館による復刻版（一九八三年）を用いた）

(21) 手塚・前掲「旧民法審査元老院会議筆記」二八五頁参照。

(22) 枢密院の審議については、手塚豊「旧民法（財産編・財産取得編前半・債権担保編・証拠編）審査枢密院会議筆記」同・明治民法史の研究（上）［手塚豊著作集第七巻］（一九九〇年）三〇九頁以下参照。

(23) **Art. 126**

Les administrateurs légaux ou judiciaires de la chose d'autrui peuvent la donner à bail.

Toutefois, le bail par eux consenti sans un pouvoir spécial, quant à la durée, ne peut excéder:

Un an, s'il s'agit d'un animal ou d'un autre objet mobilier ;

Trois ans, s'il s'agit d'un bâtiment d'habitation, d'un magasin ou d'une autre construction ;

Cinq ans, s'il s'agit d'une terre labourable ;

Dix ans, d'un bois, d'un étang, d'une carrière ou d'une autre partie du sol non cultivée [1429, 1430, 1718.]

(*Cf.* BOISSONADE (Gve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t.I: Des droits réels, Nouv. éd., 1890, Imprimrie Kokoubounsha, Tokio, pp.245-246 (慶大蔵本によった))。

(24) 注釈においては「先に提案していた期間は半減された。しかし耕作不可能な土地については一〇年の期間が維持された」との注が付加されている (*cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.I, Nouv. éd.*, n° 174, p. 256, note (1))。

(25) 法律取調委員会・民法草案財産編取得編議事筆記・自第四十九回至第七十一回 (法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書9 (一九八七年) 商事法務研究会) 一三九頁参照。

(26) 「買戻」「受戻」の用語法については、本稿第一章注 (14) 参照。

(27) 前掲法律取調委員会・民法草案財産編取得編議事筆記 (日本近代立法資料叢書9) 一四〇頁参照 (以下本文中に頁数のみで引用する)。

(28) 「善意 (bonne foi)」概念については、*cf.* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII: La bonne foi, 1992 ; Le TOURNEAU (Philippe), Bonne foi, *Rép. dr. civ.*, 2e éd., 1995 ; *etc.* なお日本法については、前者に Rapport japonais par Ichiro KITAMURA, Hiroki MORITA et Atsushi OMURA, pp. 141 et s.; pp. 301 et s. が掲載されている。同概念と「フロード (fraude)」概念との関係については、*cf.* PICOD (Yves), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *Bib. dr. privé*, t. 208, 1989, n°s 13 et s., pp. 25 et s., spéc. n°s 46 et s., pp. 63 et s.

(29) 小柳春一郎「ボアソナード草案とフランスにおける賃借権物権論(一)〜(四)」山梨大学教育学部研究報告三七〜四〇号 (一九八六〜九年)、同「旧民法ボアソナード草案における賃貸借規定について」法制史研究三九号一二一頁以下 (一九八九年) など参照。

(30) 法律取調委員会・民法草案財産取得編再調査案議事筆記・自第十四回至第二十五回 (法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書11 (一九八八年) 商事法務研究会) 七四頁参照。

(31) この点に関するやりとりは以下のとおり (前掲法律取調委員会・民法草案財産取得編再調査案議事筆記 (日本近

代立法資料叢書11）七四頁参照（以下本文中に頁数のみで句点を付して引用する）。

（**松岡委員**）但ハ削ツタノダ。

（**南部委員**）ソレヲ再調査デ補ウト云フノダ。

（**松岡委員**）ソンナラ建議ダ。

……

（**松岡委員**）原案ニアルコト知ツテ削ツタノダ。

（**南部委員**）再調査ガ建議ヲスルト云フノダ。

(32) 旧民法財産取得編八五条一項但書は文言（「賃借権ヲシテ残期ノ一个年ヲ超エサルモノハ」）からすると、現行民法五八一条二項本文（「賃借人ノ権利ハ其残期一年間ニ限リ」）と異なり、残期が一年を超える賃貸借については一切保護を与えないように見える。だが同規定の修正の背後に本文中に述べたような趣旨（最後の収穫を小作人に得させる趣旨）があるのならば、文言と右趣旨との間に乖離があるといわざるを得ない。事実立法直後の注釈においては、早くもその背後の趣旨を生かした解釈論が展開されている（熊野・前掲民法正義四八一頁～四八二頁は「法文ニ『残期ノ一个年ヲ超エサル賃借権』トアルヲ見テ一个年ヲ超ユル賃借権ハ受戻ニ因リテ消滅スルモノト誤想シ辞ヲ以テ意ヲ害スヘカラス。仮令ヒ残期カ一个年以上ナリトスルモ賃借権ハ一个年間有効タルヘシ」（句点傍線筆者）とする）。

(33) 元老院再下付案は、下付案への書込によって以下のように文言の字句訂正がなされている（民法草案・財産取得編（国立公文書巻蔵・公文類聚第十四編（明治二十三年・巻之八十三）所収）二四頁参照—同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』より提供を受けた—）。

［第九一条第一項］

不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル受戻権能ノ行使ハ買主カ第三者ニ授与シ又ハ第三者カ買主ノ権ニ基キテ取得シタル物権ヲ排脱〈書込により『除』に訂正〉シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃貸借ノ〈書込により賃『借権ニシテ』に訂正〉残期ノ一个年ヲ超エサルモノハ此限ニ在ラス

(34) 前掲民法草案・財産取得編（公文類聚第十四編）二四頁参照。

(35) 規定は正確には以下のとおりである（*cf.* BOISSONADE (G^ve), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t.III: Des moyens d'acquérir les biens, Nouvelle éd. par G^ve Boissonade, 1891,

Imprimrie Kokubunsha, Kokio, p.374—慶應義塾大学蔵本を用いた)

[**Art. 724, 1er alinéa**]

A l'égard des immeubles, l'exercice de la faculté de retrait, dans le délai et sous les conditions fixés par la loi, fait rentrer le bien vendu dans les mains du vendeur, libre de tous les droits réels conférés par l'acheteur ou acquis aux tiers de son chef, à l'exception des baux ayant le caractère d'actes d'administration. [1664, 1673, 2e al.]

(36) *Cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III, nouv. éd.*, p.385.

(37) *Cf.* BOISSONADE, *Projet, accompagné d'un commentaire, t.III, nouv. éd.*, p.385, note (2).

四　結びに代えて

本稿においては、我が国の現行民法三九五条と五八一条二項との比較考察を行うための基礎的資料を提供する目的で、前稿のフランス法研究に引き続き、ボワソナード旧民法につきその買戻規定を中心にやや広い視角から分析を行った。以下のように整理することが可能であろう。なおそれに先立ち関連する旧民法典正文の規定を今一度整理しておこう。(1)

[**財産編第一一九条**](2)

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

第一　獣畜其他ノ動産ニ付テハ一个年

第二　居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三个年

第三　耕地、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五个年
第四　牧場、樹林ニ付テハ十个年

［財産編第四一一条第一項］
解除条件ヲ帯ヒタル権利ヲ有スル者ノ善意ニ出テ且法律ニ従ヒテ為シタル管理ノ行為ハ第三者ノ利益ノ為メニ之ヲ保持ス

［財産取得編第八五条第一項］
不動産ニ付テハ法律ノ定メタル期間ニ其定メタル条件ヲ以テ為シタル受戻権能ノ行使ハ買主カ第三者ニ授与シ又ハ第三者カ買主ノ権ニ基キテ取得シタル物権ヲ排除シテ其不動産ヲ売主ニ復セシム但賃借権ニシテ残期ノ一个年ヲ超エサルモノハ此限ニ在ラス

［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

㈠　ボワソナードは、当時のフランスにおいて次第に定着化しつつあった「管理行為」論に基づき、「管理行為としての賃貸借」の関連諸規定の統合化を企図し草案一二六条を起草した。ただその賃貸借の期間については、ボワソナードは当初「欧米ノ耕作法」に倣い土地＝一〇年（フランス法では九年）を基軸とする期間を設定していたが、その後の編纂過程において日本人委員により「日本ノ耕作法」に従った短縮化が図られている。それが旧民法典財産編一一九条であり、現行民法六〇二条の短期賃貸借規定の原型となる（第二章㈠および第三章㈠参照）。

㈡　次いでボワソナードは解除一般につき「管理行為」を維持する旨の規定を起草し（草案四三一条一項）、それはそのまま財産編四一一条一項に承継されている。

ここでは管理行為維持の要件として①「善意ニ出テ」および②「法律ニ従ヒテ」の二つが挙げられている点が重要である。①については「詐害なしに（sans fraude）」と同義であり、特に賃借人ではなく賃貸人の害意（強い主観的態様）が想定されていた。②については賃貸借の場合、草案一二六条（旧民法典財産編一一九条）の期間制限を意図していたようである。そうすると本規定については前稿において検討した買戻に関するフランス民法典一六七三条二項末段の解釈論やイタリア旧民法典一五二八条二項と同様に、「管理行為」概念を基盤とする【賃貸借保護の法理】と、フロード（fraude）法理に基礎をおく【賃貸借排除の法理】が包含されていることになろう[3]（第二章㈡参照）。

㈢　これに対して買戻については「管理行為としての賃貸借」を維持する規定としてボワソナードが草案七二四条一項但書を起草しているが、ここでは「残期三年」という期間制限のみで、「詐害なし」あるいは「善意」要件は意図的に排除されている。後者の要件は期間の制限がなされていない場合のみ必要であるというのがボワソナードの説明であり、ボワソナードはその両方を課すイタリア旧民法典一五二八条二項に対しては批判的であった。だが同規定はボワソナードの「管理行為としての賃貸借」の体系の中ではやや特殊であり、体系的整合性（特に解除との）を欠くのではないかとも思われる[4]。いずれにせよこれにより【（詐害的）賃貸借排除の法理】が背後に退くことになったことは確かであろう[5]。ちなみに同但書についてはその後の編纂過程で一度は削除決定もなされたが、最終的には「残期一年」という妥協案が採用され、①管理行為の維持という趣旨の上に、②特に農地につき最後の収穫は小作人に得させるべしとの趣旨[6]が付加されることとなった。これが旧民法財産取得編八五条一項であり、現行民法五八一条の原型となる（第二章㈢および第三章㈡参照）。

㈣　最後に先行業績[7]も存するゆえ簡略に言及するにとどめたが、現行民法三九五条の基礎となる旧民法典債権担保編二四八条二項は、「管理行為としての賃貸借」の一般規定である財産編一一九条に依拠しており、ここで

も「管理行為」概念を基盤とする【賃貸借保護の法理】が採用されている。同規定においても「詐害なし」「善意」要件は課されていないが、別稿において考察したように当時のフランスにおいては次第に詐害行為取消権（action paulienne）による詐害的賃貸借の排除という判例法が形成されつつあり、[8] ボワソナードがその点についていかに評価していたかが今後解明されるべき課題の一つといえよう。

以上が本稿において分析し得たボワソナード旧民法の概要である。続稿ではフランス法・ボワソナード旧民法の議論を踏まえた上で、現行民法の制定過程を検討し、さらにそれら基礎的資料をもとに民法三九五条と五八一条二項の比較考察を行う予定である。

（1）官報号外（明治二十三年四月二十一日）一一頁、三五頁、五六頁および九四頁参照（同資料につき前出『ボワソナード民法典研究会』（第一章注（7）参照）より提供を受けた）。

（2）続く更新期間に関する財産編一二〇条は以下のとおり（前注（1）一一頁）。

［財産編第一二〇条］

管理人ハ前條ニ記載シタル賃貸物ノ区別ニ従ヒ現期間ノ満了ニ先タツ一ヶ月、三ヶ月、六ヶ月又ハ一ヶ年内ニ非サレハ同一ノ期間ヲ以テ賃貸借ヲ更新スルコトヲ得ス

然レトモ右ノ時期ニ先タチ為シタル更新ハ新期間ノ始マリシ後尚ホ管理人ノ委任ノ止マサリシトキハ無効ナラス

（3）拙稿「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除―民法三九五条と五八一条二項との比較考察にむけて―」法学研究七〇巻一二号三六五頁（1）（一九九七年）参照。

（4）ちなみに熊野敏三・民法正義財産取得編巻之壱四八一頁（信山社・日本立法資料全集別巻57・一九九五年を用いた）は、期間短縮（一年）は「売主ノ権利ヲ保全スル為メ」であり、「…其期限ヲ短縮シタルカ故ニ買主ノ善意ナルコトヲ要求セス。一ヶ年ヲ超エサル賃貸借ハ正当有益ナル管理行為ト看做シタリ」と説明する（同旨、磯部四郎・民法［明治23年］釈義財産取得編(上)（第一章～第六章）三二〇頁（信山社・日本立法資料全集別巻85・一九九七年を用いた）、本間一郎他・日本民法［明治23年］義解財産取得編(上)（自第一條至第百十三條）三四七～八頁（信山社・日

本立法資料全集別巻115・一九九八年を用いた）参照。なお第二章注（40）参照）。

（5）この点につき現行民法起草者の梅はボワソナード旧民法を厳しく批判しており（法典調査会民法議事速記録四第八十五回―第百拾回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書4（一九八四年）商事法務研究会）一四八頁など参照）、続稿において詳論するように、それが現行民法五八一条二項但書の制定に連なるのである。

（6）②の趣旨からすると、旧民法財産取得編八五条一項但書の文言（「賃借権ヲシテ残期ノ一个年ヲ超エサルモノハ」）どおりに、一年を超える賃貸借については一切保護を与えないとする解釈論には、「辞ヲ以テ意ヲ害ス」るおそれがあるといえよう。（熊野・前掲書四八一頁～四八二頁参照）。なお右問題に関しては現行民法五八一条二項の制定過程（法典調査会など）において再び激論が交わされることになるので、この点についても続稿において検討することにしたい。

（7）内田貴・抵当権と利用権（一九八三年）二八頁以下、同「抵当権と短期賃貸借」星野英一他編・民法講座3物権(2)（一九八四年）一七六頁以下、藤原明久・ボワソナード抵当法の研究（一九九五年）一六二頁など参照。

（8）拙稿「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―」法学研究六四巻一二号二七五頁以下（一九九一年）参照。ちなみに続稿において詳論するように、三九五条但書と五八一条二項但書については、現行民法の立法段階においてともに四二四条（詐害行為取消権）との関係が論じられており（例えば梅謙次郎・民法要義巻之二物権編（訂正増補第三一版・一九一一年）五八七頁、同・民法要義巻之三債権編（訂正増補第三三版・一九一二年）五六〇頁など参照）、四二四条（ひいては【フロード（fraude）法理】）と両但書との関係を明らかにすることが、両但書の立法趣旨の確定にむけて一つの有力な手掛りを提供することになると思われる。

［追記］本稿は平成七年度科学研究費補助金（総合研究（A）「ボワソナード民法典に関する総合的研究―近代日本民法の出発点に立ち帰って―」（代表）大久保泰甫名古屋大学法学部教授）に基づく研究成果の一部であるが、関連資料の位置付け等に誤りがあればその一切の責任は筆者に存する。