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

Title	現行民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除 (二・ 完) : 民法三九五条と五八一条二項との比較考察
Sub Title	Du sort des baux après l'exercice du réméré en droit civil japonais (2)
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.2 (1999. 2) ,p.13- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19990228-0013

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.

現行民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除（二・完）

——民法三九五条と五八一条二項との比較考察——

片山直也

一　はじめに
二　現行民法の立法経緯
(一)　賃貸借の保護——管理行為論の後退
(1)　立法過程における管理行為概念
(2)　五八一条二項の立法経緯
(二)　賃貸借の排除——但書の創設
(1)　五八一条二項但書の場合
(2)　三九五条但書の場合　……（以上七二巻一号）
三　民法三九五条と五八一条二項との比較考察
(一)　賃貸借の保護
(二)　賃貸借の排除
(三)　本文と但書の関係
四　結びに代えて——議論の展開
(一)　民法五八一条二項類推適用論の可能性
(二)　民法四二四条転用論の有用性　……（以上本号）

三　民法三九五条と五八一条二項との比較考察

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

それでは現行民法三九五条および五八一条二項につき、以上検討してきたフランス民法[2]からボワソナード旧民法[3]を経て現行民法[4]に至る立法経緯を踏まえた上で、両規定を対比しつつ問題点を整理しておこう。本研究の冒頭[5]において引用した、我妻博士が五八一条二項の趣旨説明に付した右のコメントを再び想起されたい。

(一)　賃貸借の保護

一　三九五条本文は、六〇二条を引用することからも明らかなように、「管理行為」としての賃貸借を維持する規定とみてよいであろう。[6]

そもそもフランス法では、後に公示制度による例外が付加されるが、基本的には抵当権と賃貸借との関係につきフランス民法典一七四三条を適用し、競売時を基準として広く賃貸借を保護するのが原則であった。[7]これに対してボワソナード旧民法草案では、「管理行為」論による統合化が企図され、管理行為としての賃貸借の範囲が法定されるとともに（草案一二六条）[8]、それが抵当権設定者の締結する賃貸借にも適用された（草案一二〇八条および一二六二条二項）[9]。その後の法律取調委員会・元老院での審議を経て、「日本ノ耕作法」に従って管理行為としての賃貸借の期間の短縮化が図られたが（旧民法財産編一一九条）[10]、抵当権と賃貸借の関係については基本的には草案がそのまま維持される（旧民法債権担保編二〇二条、二四八条二項）[11]。

現行民法においては、「管理行為」という文言自体は意図的に排除されたが、実質的には「管理行為」論による統合化（一〇三条など）、管理行為としての賃貸借の法定化（六〇二条）およびその抵当権と賃貸借の関係への適用（三九五条）[12]というボワソナード以来の構想が基本的には踏襲されていると云えよう[13]。このように三九五条本文は、管理行為としての賃貸借を維持する規定として位置づけることができるのである[14]。

二　これに対して五八一条二項本文の立法経緯はやや複雑かつ跛行的であった。すなわち、系譜を辿るとそもそもは「管理行為」論による賃貸借の保護法理に行き着くが（フランス民法典一六七三条二項）、その後①九年を超えない期間の賃貸借（フランス法）→②三年を超えない期間の賃貸借（イタリア民法典）→③残期三年を超えない賃貸借（ボワソナード草案）→④残期一年を超えない賃貸借（旧民法）→⑤残期一年間（現行民法）という変遷を経て、「管理行為」論が次第に後退したということができよう。そして特に農地につき最後一年の収穫を得させるという趣旨が付加され（④）、むしろ「幾分カ猶予」を付与する規定としての性質が強調されるようになる（⑤）[15]。

三　以上の考察から、三九五条本文と五八一条二項本文の両規定がともに賃貸借保護規定でありながら、前者が六〇二条に依拠するのに対して、後者はそれに依らず、独自に「一年間」という短い期間について、しかも「残期」を保護するという、条文構造上の相違点が生じることになった歴史的経緯が明らかにされたと思われる。すなわち「管理行為」としての賃貸借の維持という趣旨が三九五条本文では貫徹されているのに対して、五八一条二項本文ではそれが後退し、「猶予」として最後の一年間の利用を許容するという趣旨にすり替えられたのである[16]。いずれにせよこうして現行民法典には、【管理行為型】（三九五条型）と【猶予付与型】（五八一条二項型）の二つのタイプの賃貸借保護規定が設けられたことになる。

四　冒頭に引用した我妻博士のコメントに代表されるように、今日の我が国の学説は、五八一条二項につき三九

五条と同趣旨の規定だが[17]、三九五条との差異（本文について云えば、短期賃貸借にかぎらず、一律残期一年についてのみ保護が与えられる点）を設けた理由は不明であるとする[18]。例えば柚木博士は、「抵当権の実行に対する短期賃貸借の保護（三九五）と同じ趣旨であるが、同条と異なり短期賃貸借に限らないこととし、しかも期間の長短にかかわらず残期一年だけの対抗力を認めたことの、理由は理解し難い[19]」と述べておられる。

だが本研究によってその「理由」の一部を、少なくとも歴史的な経緯からは解明できたのではないかと考えている（一～三参照）。今後は右の立法経緯を離れて、現行実定法秩序自体が二つの規定の差異（【管理行為型】（三九五条型）と【猶予付与型】（五八一条二項型）の差異）を合理的なものとして容認できるのか否かが問われなければなるまい。本稿の範囲を超えた課題ではあるが、あくまでも仮説として次の二点を指摘することができよう。それは、(i)五八一条二項の「残期一年」という期間自体の合理性の問題と、(ii)両規定の想定する利益状況の相違点に関連する。

五　第一点（右(i)）については、旧民法制定過程でのボワソナードと日本人委員とのやりとりに象徴されるごとく[20]、「欧米ノ耕作法」に対比される「日本ノ耕作法」の特徴の中に、「残期一年」の合理性の根拠の一つを見出すことができるように思われる。

いわゆる三圃制を原則とする「欧米ノ耕作法」にとっては、少なくとも最低限「三年」を単位とする期間の設定[21]が必要であるとおそらく常識的に考えられていたと推測される。ちなみに原田純孝教授のご研究によって、フランスでは旧制下の「普通法」以来、口頭の農地賃貸借の期間は、「すべての果実を収穫するために必要な期間」として、三圃制の地方では三年、二圃制の地方では二年とされたが、なお通常の耕作の一循環が五年である地方でも、三圃制の原則に対する強い執着からか、やはり三年が限度とされていたことが明らかにされている[22]。

これに対して肥沃な水田での稲作を中心とする「日本ノ耕作法」では、一年単位の収穫を期待することが可能

であり、そこに法律取調委員会での妥協案「残期一年」という日本人ならではの発想が生まれる素地があったと思われる。

ところがフランス人であるボワソナードにとっては、「三年」を「一年」に短縮する法律取調委員会での修正[23]は、常軌を逸したものに映ったに違いない。ボワソナードは後に、『草案注釈・新版』――同書では読者としてフランス人学者が予定されていたであろう――において、草案七二四条一項但書を「管理行為」概念によって書き改めているが（「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」[24]）、ボワソナードのこの改訂の背後に、フランスと日本の耕作法の違いがあったと推測することは困難ではないであろう。

だが逆に云えば、我が国の稲作を中心とする農地賃貸借を念頭に置く限り[25]、「猶予」を付与する趣旨でその期間を「残期一年」とすることにはそれなりの合理性があるように思われるのである。旧民法制定過程において、農地につき最後の収穫を小作人に得させるべしとの考慮がなされたが、それはまさに、フランスにおける口頭の農地賃貸借の期間が、「すべての果実を収穫するために必要な期間」として耕圃制の一循環（原則＝三年）を保障するのと軌を一にしていると云えよう。

六　問題は三九五条が「管理行為」として短期賃貸借を保護することとのバランスであろう（前記(ii)）。この点は難問であり[26]、極論すれば、立法過程において五八一条二項本文につき「管理行為」論が背後に退けられたのは歴史的な偶然の産物に過ぎず、もはや両規定を比較考察することの意義は、但書についてはともかくも本文についてはあまり存しないとの見方もあり得よう。だが買戻における賃貸借保護につき、一つの傾向として、フランス法（管理行為論）を起点とした期間の短縮化の流れがあり（イタリア法、旧民法）、それが五八一条二項本文の制定に辿り着いたという歴史的事実を重視するならば、やはり同規定の賃貸借保護を三九五条本文のそれと対比しつつ正当化する作業が、少なくとも現行民法の解釈論を展開するための前提作業として必要ではないかと思わ

れる。

そのためには両規定が想定する利益状況の相違点、特に買戻における買主の地位の特殊性を明らかにすることが有用ではなかろうか。買主の地位の特殊性としては、①買主は確かに所有権を有するが、それは条件付きの仮の権利に過ぎず[27]、かつ条件成就（権利喪失）のイニシアティブを売主に握られているという点、②買戻が担保として行われる場合を想定すると、買主は担保権設定者ではなく担保権者の地位にあるという点[28]の二点を指摘することができよう。あくまでも仮説にとどまるが、右二点が三九五条本文と対比した場合の五八一条二項本文における賃貸人＝買主の地位の特殊性であり、それゆえに（買主の地位は仮の権利であり、多くの場合担保権者としての保護が与えられれば足りるゆえに）、五八一条二項本文における賃貸借保護の期間の短縮化が正当化されてきたとの推論が成り立つように思われるのである。

従来、五八一条二項本文における賃貸借保護の根拠として、(a)買主または転得者による目的不動産の利用の確保[29]、(b)明渡による社会的経済的不利益の回避[30]、(c)買戻権の行使と目的不動産の利用関係との調整[31]などが挙げられてきたが[32]、実はその限りでは三九五条本文における管理行為論を基盤とした賃貸借保護の根拠として語られるところ[33]とあまり差異は存しない。今後はより体系的視角から、三九五条本文と対比して、五八一条二項本文における賃貸借保護の期間が短縮化されている根拠を明らかにしておく必要があると思われる。右に列挙した二点（①②）はあくまでも仮の分析にとどまるが、今後はそれをたたき台としてさらに議論が深化することが望まれよう。この点は次章において再び取り上げたい。

七　最後に三九五条の側の解釈論上の問題点として、起算点と長期賃貸借の取扱いにつき、五八一条二項と対比させつつ考察しておこう。周知のように判例・通説は、三九五条が「一定期間賃貸借の存続を保障するというより、一定種類の賃貸借（短期賃貸借）に限り例外的に対抗力を与えるという趣旨である[34]」との理由から起算点を

契約時とし、さらに長期賃貸借への適用を一律に否定する。[35] これに対して有力説は、抵当権実行時を起算点としつつ短期と長期の区別をせず一律に六〇二条の期間の保護を与えるべきと主張する。[36] この有力説の主張は五八一条二項が残期を保護するシステムと合致し興味深い。

だが三九五条は基本的に管理行為論を基盤とする規定（【管理行為型】）であって、五八一条二項（【猶予付与型】）と異なり、特に農地につき最後の収穫を得させるなどの「猶予」を付与するという特別の趣旨は付加されておらず、しかも「一年」ならばともかくも実行時を起算点として「短期」（六〇二条）の負担を抵当権者・買受人に強いるのはあまりに酷であろう。よって起算点は契約時と解さざるを得ないと思われる。[37]

ただ管理行為論に立脚しつつも、長期賃貸借や期間の定めのない賃貸借につき均衡ある解釈を模索する余地は残されているであろう。[38] 起草者の考え方は異なるが、[39] 母法フランス法やベルギー法では九年や一二年の期間を超える賃貸借についてはそれを短縮して保護するのが立法の基本方針であり、[40] そのような取扱いによって、管理行為論を前提としつつ、衡平な解決を導くことが可能になると考えられるからである。

㈡　賃貸借の排除

一　五八一条二項但書は、「フロード（fraude）」による賃貸借排除の法理に基づく規定である。

そもそもフランス民法典一六七三条二項末段は条文上、賃貸借維持の要件として「詐害なきこと（sans fraude）」のみを挙げているが、一九世紀から二〇世紀を通して判例・学説のほぼ共通した理解として、同要件については、(a)期間の問題、(b)契約条件の問題、(c)賃貸借当事者の主観的態様の問題があることが明らかにされていた。このうち(a)は「管理行為論」に吸収され、残りの(b)、(c)が「フロード（fraude）」固有の要件として位置づけられたのである。[41] ところがボワソナードは、詐害（fraude）要件は「管理行為がその期間で制限されてい

ない場合のみ正当化される」との理由で同要件を意図的に排除した（旧民法財産取得編八五条一項）[42]。これに対して梅は「是ハ飛ンデモナイ誤リデアツテ」と強い調子でボワソナードを非難し（例えば低額賃料のケースなど「仮令ヒ期限ガ短クテモ詐欺ハ行ハレ得ル」とし）、ボワソナードが批判したイタリア旧民法等の「精神」に従い、「詐害要件（「害スル目的ヲ以テ」）」を課したのである（甲号議案五八三条二項但書）[43]。よって五八一条二項但書は、基本的には「フロード（fraude）」による賃貸借排除の法理に基づく規定と考えることができよう。

なお(c)の主観的態様については、フランスの判例学説は必ずしも一致しているわけではなかったが、少なくとも一九世紀においては主に賃貸人（買主）の主観的態様を問題とし、特に積極的害意（le but de nuire）を重視する傾向が強かった[44]。梅の基本的理解もそれと同様であったと推察されよう。五八一条二項但書は文言上「害スル目的ヲ以テ」と明記されており、梅の挙げる典型例でも、賃貸人と賃借人の「通謀」が想定されている[45]。

立法後、但書の要件について意識的に論じられることは少なかったが、学説は一応「客観説」と「主観説」の二つに分けることが可能であると思われる[46]。そのうち対極に位置づけられる次の二つの学説に注目しておこう。第一は石田（文）説（「客観説」）である。同説は「売主を害する目的を以て為した賃貸借であるか否かは、主観的に当事者の意思に依つて決定するのではなく、客観的に買戻権行使の時の事情に依り、売主に事実上損害を与えるものなりや否やによつて決定すべきである」とし、主観的態様（意思）を一切問題とすべきではないと主張する[47]。第二は末弘説（「主観説」）である。同説は「又本項但書ニ『買主ヲ害スル目的ヲ以テ』トハ賃貸借当事者双方ガ之ニ依リテ買主ニ損害ヲ与ヘンコトヲ欲シタルヲ云ウモノニシテ必ズシモ客観的ニ当該ノ賃貸借ガ買主ニ不利益ナリヤ否ヤヲ問ハズ」とし、客観的要件としての「損害（不利益）」の発生は不要であるとする[48]。

立法経緯からすると、五八一条二項但書は「害意（l'intention de nuire）」を要素とする「フロード（fraude）」法理に基づく規定であるゆえ、基本的には「主観説」の方向性を是とすべきであろう。ただし柚木博士が指摘さ

れるように、「賃料が不当に廉価であり、また賃料の全部が前払されていた場合のごときにおいては賃貸借当事者の害意を推定することをう」[49]とする害意推定構成は、現実的な解釈論として同規定の許容範囲内にあると思われる。逆に「主観説」に立脚しつつも、「損害（不利益）」の発生は不要とまで割り切ることに合理性があるかは疑わしい。同但書の「害スル目的ヲ以テ」は客観的に「害スルコト」（損害）を前提としていると解するべきではなかろうか。[50]

二　これに対して三九五条但書については、その文言（「損害」「解除」）によりいかなる「法定立」[51]がなされたか、現在においても必ずしも見解の一致が得られてはいない。[52]

そもそもフランスでは三九五条（本文・但書）に相当する規定はないが、一九世紀以来フランス民法典一一六七条の詐害行為取消権（action paulienne）を適用して詐害的な賃貸借を排除する判例法理が確立していた。[53]ところでボワソナードは先述のように「管理行為」としての賃貸借を保護する規定を置いたが（旧民法債権担保編二四八条二項）、詐害的賃貸借の排除については特に規定を設けなかった。[54]その点は梅も同様で甲号議案三九〇条にはそもそも但書が存していなかったのである。ただ当時の裁判実務においてはフランス判例法と同様、詐害的賃貸借を詐害行為として取り消すという判例法理が定着していたようであり、梅も後に、五八一条二項については四二四条では不十分ゆえ但書を設けて詐害的賃貸借の排除を図ることにしたが、三九五条については四二四条によって詐害的賃貸借の排除が十分に可能ゆえ但書を敢えて設けなかったと述懐している。これに対して帝国議会の衆議院民法中修正案委員会の審議において、実務における弊害を懸念する実務家出身委員から修正が提案され、「詐害的賃貸借の排除」（「抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ」あるいは「弊害ヲ防グ方法サヘ付ケバ宜シイ」）という趣旨での修正を行うことが決せられた。だが法文作成を委ねられた梅・中島委員が最終的に委員会に提出した法文は現行規定と同様であり、その文言（「損害」「解除」）は、修正趣旨からは乖離し、解釈運用によっては過

剰な結果をもたらす恐れがあると云わねばなるまい。[55]

三　それでは三九五条但書によっていかなる「法定立」がなされたと解するべきか？　一方では条文の文言上「損害」「解除」が選択されたことによって「フランス法的処理を明確に否定した」[56]、あるいは《排除》の思想から《損害回避》の思想への転換が図られたとみる見方[57]も有力に説かれている。だが修正提案の趣旨が、当時の現実の弊害を踏まえた上で、詐害的賃貸借を排除しようとする点にあったことは、中島委員の諸発言（「抵当権ヲ害スルコトハ出来ナイ」あるいは「弊害ヲ防グ方法サヘ付ケバ宜シイ」など）より明らかであるし、また立法の前後を通して但書の創設に反対であった梅も、そもそもは詐害行為取消権によって詐害的賃貸借のみを排除することを念頭に置いていたようであり、何よりも梅が但書の創設によって本文で賃貸借を保護する目的を失うことになりかねないと懸念していたことが想起されよう。[58]

そうすると、やはり三九五条但書の背後には「フロード（fraude）」による賃貸借排除の法理が存するとみるのが妥当ではなかろうか。少なくとも民法中修正案委員会の決議が、梅・中島にそれ以上の委託（例えば《損害回避》の思想に基づく法文作成）をなしたとは考えられまい。[59]

仮に右の仮説が成り立つとするならば、「損害」という文言（手段）は、詐害的賃貸借の排除という立法趣旨（目的）を逸脱した過剰な結果をもたらす危険性を孕んでいると言わざるを得ないであろう。事実、最高裁判決は、民法三九五条但書の解除の要件である抵当権者の「損害」の意義につき、短期賃貸借の存在によって抵当不動産の売却価額が下落し抵当権者の配当額が減少する場合には直ちに解除を認める旧来の通説の考え方（「当然損害説」）[60]に立脚し、近時有力な考え方（「不合理性説」[61]「詐害性説」[62]）を採用しない旨を明言しているが[63]、多くの場合賃貸借の存在により競売価格の下落は免れないであろうから、判例の「当然損害説」によると正常な（賃貸目的で建てられたオフィスビルやマンションの賃貸借も含めた）短期賃貸借も常に解除の対象とされてしまう恐れがあ

ることが指摘されている。[64]

よって三九五条但書の解釈・運用には、その目的と手段の「溝」を埋める作業、すなわち制度趣旨（目的）を重視した目的論的解釈・抑制的運用が求められよう。[65] 例えば四二四条、五八一条二項但書、三九五条但書などの背後にある「フロード（fraude）法理」に基づいて「損害」要件を制限的に解釈したり、他の要件を加重するなどの方法が模索されるべきではなかろうか。[66] 少なくとも正常型の短期賃貸借は保護が予定されており、いわゆる詐害的短期賃貸借のみを解除の対象とするという有力説の傾向が基本的には支持されるべきであろう。

四　ちなみに別稿においても指摘したように、[67] 有力説である「不合理性説」と「詐害性説」の差異はおおよそ次の二点に集約されると思われる。

第一は、短期賃貸借設定の目的等当事者の主観的態様を考慮するか否かである。不合理性説は考慮しない。確かに同説は契約内容の不合理性を要求しはするが、それはあくまでも賃料前払、低額賃料、高額敷金などの要因が不動産の担保価値をより大きく下落させるという客観的な側面からの評価であって、多くのケースでは背後に存すると推測される設定者・賃借人の意図は捨象されている。これに対して、詐害性説は、担保価値の下落という点とは別途、背後にある害意、詐害の目的など賃貸借当事者の主観的態様、あるいはその反社会性、悪質性を端的に評価するのである。[68]

第二は、第一点とも関連するが、判断基準時の問題である。不合理説は判例と同様、現時点（正確には事実審口頭弁論終結時）における損害の有無を判断するのに対して、詐害性説は、現時点（事実審口頭弁論終結時）で抵当権者に損害が及ぶことを前提として、さらに短期賃貸借設定時における詐害性を問題とする点が異なる。[69]

あくまでも三九五条本文の利益調整が「原則」であるとするならば、それを但書によって覆すのは「例外」的措置であって（㈢本文と但書の関係参照）、そのためには、やはりフランス法にいう「フロード（fraude）」に相当

するような行為評価の視点、すなわち行為時点（賃貸借締結段階）での行為者（設定者・賃借人）の主観的態様を評価できる要件枠組みが必要ではなかろうか。このように考えてくると、近時の裁判例や有力説の中でも、「詐害性説」の説くところには、それなりの根拠があるように思われる。

㈢ 本文と但書の関係

本研究における立法経緯の歴史的検討を通じて、三九五条、五八一条二項ともに、本文が基本的には管理行為論（正確には五八一条二項については立法経緯に応じてデフォルメがなされ、「猶予付与」の趣旨が付加されている）を基盤とする【賃貸借保護の法理】に基づく規定であるのに対して、但書は、フロード（fraude）法理に基礎を置く【賃貸借排除の法理】に基づく規定であって、本文と但書はそもそも異なる趣旨に基づく別個の規定であることが明らかにされたと思われる（以下この立場を【峻別説】と呼ぶ）。本稿においてことさらその点を強調したのは、峻別説がフランス法以来の賃貸借の保護と排除の基本的な思考枠組みであるというだけではなく、一つには、本文の利益調整を「原則」化し、但書をあくまでもそれに対する「例外」的措置と位置づけることによって、但書の濫用による制度趣旨の空文化を阻止すると同時に、二つには、但書が必ずしも本文の保護を前提としていない点を明らかにすることによって、両但書ひいてはフロード（fraude）法理の柔軟な運用を可能にしようとの実践的な意図が背後に存していたからであった。

まず第一点であるが、三九五条に関する近時の判例理論は、三九五条の趣旨が「抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度においてのみ許容する」ことにあると解し（【合理的限度説】）、本文と但書を共通の制度趣旨によって一体として説明しようとしている（【一体説】）[70]。これは我妻博士以来の通説的説明を採用したものである[71]。だがそれは、「損害」すなわち担保価値の減少を及ぼさない範囲での利用が三九五条の許容する合理的

限度内の利用であるとの論法によって、「合理的限度」の名のもと「損害」概念を一人歩きさせ、巧みに制度趣旨のすり替え（《排除》から《損害回避》へ）を行うものであり、起草者がもっとも危惧していた事態――但書の濫用による制度趣旨の空文化――であるということができよう。[72] 今一度、立法趣旨に立ち返った制度の運用が望まれるところである。

第二の点については、林（良平）論文が、三九五条但書の立法沿革に言及しつつ、「（同条但書は）いまだ設けられていなかった短期賃貸借に対する防衛ではなく、一般的に賃貸借による被害に備えたものであった、といわなければならない。それゆえ、この但書は、短期賃貸借肯認の思想とはまったく別な次元から出た対応のための立法であったといわなければならない」[73] と指摘していた点に注目すべきであろう。この点に関しては、本研究において、三九五条但書が本文の保護とは区別された、フロード（fraude）による【（詐害的）賃貸借排除の法理】に基づく規定であることが確認できたと思われる。よって、抵当権者に対抗できない農地賃貸借（長期）につき三九五条但書を「準用」し解除を認めた昭和六三年判決[74]、更新を抵当権者に対抗できない短期賃貸借につき解除を認めた平成八年判決[75]は、基本的な方向性において是認されよう。今後は長期賃貸借、濫用的ゆえ抵当権者に対抗できない賃貸借[76]なども射程に入れ、一方では要件で絞りを掛けつつ、他方では当該賃貸借が短期であるか長期であるかを問わず、また対抗力の有無を問わず、広く「詐害的賃貸借」を《排除》する可能性を模索すべきではなかろうか。[77]

（1）我妻栄・債権各論中巻一（民法講義V$_2$）三三五頁（一九五七年）。なお、我妻栄＝有泉亨・債権法（法律学体系・コンメンタール篇）（一九五一年）三四二頁参照。

（2）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――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。

(3) 拙稿「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除――三九五条と五八一条二項との比較考察にむけて――」法学研究七一巻八号一頁以下（一九九八年）参照。
(4) 本稿第二章参照。
(5) 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」三一八頁参照。
(6) 本稿第二章第一節参照。
(7) 拙稿「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――」法学研究六四巻一一二号二八五頁以下（一九九一年）など参照。
(8) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」一一頁以下など参照。
(9) 内田貴・抵当権と利用権（一九八三年）二九頁以下など参照。
(10) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三一頁以下など参照。
(11) 内田・前掲抵当権と利用権二八頁など参照。
(12) 但し「管理行為」論の背後にあるボワソナードの「抵当権＝支分権」論（草案一二〇八条、旧民法債権担保編二〇二条参照）が、現行民法に承継されているか否かは疑問である（本稿第二章第一節注（79）参照）。
(13) 本稿第二章第一節参照。
(14) なお三九五条（本文）の立法後の議論の変遷については、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）一八四頁以下に詳しい。周知のように石田（文）・我妻両博士による近代的抵当権論（価値権論）の導入を契機に（松井宏興「近代的抵当権論」同民法講座3三三頁以下など参照）、「……管理行為概念による基礎づけは姿を消し、もっぱら、ボワソナードや梅以来の実際上の理由を挙げるのみで制度趣旨が説明されるようになった」との分析がなされている（内田・同一九〇頁参照）。
(15) 以上の経緯につき、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」三三四頁以下、同・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」一七頁以下、三六頁以下、および本稿第二章第一節参照。
(16) 正確には、旧民法の公布後しばらくは注釈書などでも「管理行為」概念による説明が一般的であった（本稿第二章第一節注（81）参照）。「管理行為」概念による趣旨説明が背後に退くのは、現行民法の起草段階においてである

（本稿第二章第一節(2)参照）。

(17) 我妻＝有泉・前掲債権法（法律学体系コンメンタール編）三四二頁、我妻・前掲債権各論中巻一三三五頁、柚木馨「判例買戻権法」私法学論集上巻（民商法雑誌創刊二十五周年記念・一九五九年）八三頁、柚木馨・注釈民法(14)債権(5)（一九六六年）三一四～三一五頁、広瀬武史「買戻権と賃貸借」同・借地借家法の課題（一九六四年）所収一～二頁など参照。以降の文献は両規定の関係に言及するものがほとんどである（末川博・契約法下（各論）（一九七五年）六九頁、松坂佐一・民法提要債権各論［第四版］（一九八一年）一一七頁、来栖・前掲書二一三頁、林良平編・注解判例民法2債権法Ⅰ（一九八七年）五七二頁［国谷史朗］、石田穣・民法Ⅴ（契約法）（一九八二年）一七二頁、三宅正男・契約法（各論）上巻（一九八三年）五一六頁、石外克喜編・現代民法講座5契約法（一九九一年）一七六頁［中山充］、星野英一・民法概論Ⅳ（契約）（一九九四年）一五七頁、水本浩・契約法（一九九五年）一七六頁、平野裕之・契約法［債権法講義案Ⅱ］（一九九六年）二八八頁など参照）。なお比較的詳細に両規定を対比・検討するものとして、吾妻光俊・新版債権法（一九六四年）一七六～一七七頁がある。

(18) 我妻＝有泉・前掲債権法（法律学体系コンメンタール編）三四二頁、我妻・前掲債権各論（中巻一）三三五頁、柚木・前掲注民(14)三一四頁など参照。

(19) 柚木・前掲注民(14)三一四頁参照。また吾妻・前掲書一七七頁は「右いずれが、立法として妥当なりやは、必ずしも一概に決定できない」としつつも、「……第三九五条のように、短期賃貸借の保護という形式を採る方がまさるであろう」と述べている。

(20) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三四～三五頁参照。

(21) 例えば「三年」（イタリア旧民法一五二八条二項、同現行民法一五〇五条、ボワソナード旧民法草案七二四条一項。また期限未到来の賃料・小作料の譲渡につき不動産公示に関するフランス一九五五年デクレ二八条一号bなど）、「九年」（フランス民法一四二九条［原始規定］、同五九五条二項［現行規定］、ベルギー抵当権法四五条四項など）、「一二年」（不動産公示に関するフランス一九五五年デクレ二八条一号b）、「一八年」（同一八五五年法二条四号）など、「三年」を単位とした賃貸借の期間設定が一般的である（なおこの点については原田純孝・東京大学教授から個人的にご教授を得た。記して謝意を表する次第であるが、理解に誤りがあればその一切の責任は筆者に存する）。

(22) 原田純孝・近代土地賃貸借法の研究――フランス農地賃貸借法の構造と史的展開――（一九八〇年）七四～七五

頁、四二三～四二四頁参照。

(23) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三七頁以下参照。

(24) Cf. BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t.III: *Des moyens d'acquérir les biens*, Nouvelle éd., 1891, pp. 374 à 375. なお拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」四四～四五頁参照。

(25) この点についてはそもそも「このように、農地が小作料目的の収益財として流通するという農業社会と、そこにおける小作慣習によって規定された制度が、そのような背景を欠くわが国に導入されたということが、その後のこの制度の不評の最も大きな要因であったと言ってよいであろう」（内田・前掲「抵当権と短期賃貸借」一八三頁参照）との根本的な指摘があることを忘れてはなるまい。居住を目的とする建物賃貸借を想定するならば、「……その保護の内容は『一年間』というきわめて低度のものである。……現実に不動産を利用している者の立場を考慮して、保護を強化する必要もあるのではあるまいか」（広瀬・前掲論文四頁参照）との主張があるように、社会法的保護の要請から別途の考慮をする必要が存するのかも知れない。

(26) 我妻・前掲債権各論（中巻一）三三五頁、柚木・前掲注民⒁三一四頁、吾妻・前掲書一七七頁など参照。

(27) 梅は法典調査会の質疑において、「買戻ノ特約ヲ以テ買ツタ者ハ完全ノ所有権ヲ買ツタモノト心得テハナラヌ」と述べている（法典調査会・民法議事速記録四・第八十五回至第百拾回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書 4（一九八四年）商事法務研究会）一四七頁参照）。なお本稿第二章第一節注（47）参照。

(28) 生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」加藤一郎＝林良平編・担保法大系第4巻（一九八五年）四七七頁、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」三三〇頁注（37）および本稿第四章注（6）参照。

(29) 鳩山秀夫・増訂日本債権法各論（上巻）（一九二四年）三八一～三八二頁、末弘厳太郎・債権各論（三版・一九一九年）四七三頁、石田文次郎・債権各論（一九四七年・早稲田大学出版部）九二頁、我妻・前掲債権各論（中巻一）三三四～三三五頁、柚木・前掲注釈民法⒁三一四頁、末川・前掲書六九頁、松坂・前掲書一一七頁、石外編・前掲書［中山］一七六頁など参照。

(30) 我妻・前掲債権各論（中巻一）三三四～三三五頁、柚木・前掲注釈民法⒁三一四頁、末川・前掲書六九頁、石外編・前掲書［中山］一七六頁など参照。

(31) 広瀬・前掲論文一～二頁、林編・前掲注解判例民法2債権法Ⅰ五七二頁［国谷］など参照。

(32) その他、立法当初ないし大正期の学説には、賃貸借が不動産利用の最も「普通ナル方法」である点（鳩山・前掲書三八一～三八二頁参照。同旨、梅・前掲民法要義巻之三債権編五五八～五五九頁など参照）、「其存在ハ必スシモ不動産ノ所有者ニ不利ナルモノニアラス」という点（横田秀雄・債権各論（訂正七版・一九一五年）三九四～三九五頁参照。同旨、岡松参太郎・註釈民法理由・下巻（六版・一八九八年）次一六四～次一六五頁参照など）を根拠の一部とするものが散見される。

(33) 三九五条の制度趣旨としては、目的不動産の利用の確保、抵当権と利用権の調整の二点を挙げるのが今日一般的である（我妻栄・新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）三四〇～三四一頁（一九六八年）、柚木馨編・注釈民法(9)物権(4)［改訂版］（一九七二年）二一七頁［柚木＝高木］、高木多喜男・担保物権法［新版］一七一頁（一九九三年）など参照。判例は「抵当権の設定せられた不動産の利用と抵当権の利益を調整しようとする（こと）」（最三小判昭和三八・八・二七民集一七巻六号八七一頁）、「抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度において許容する（こと）」（最二小判平成八・九・一三民集五〇巻八号二三七四頁）などに同規定の趣旨を見出している（この点につき本章㈢参照）。

(34) 柚木＝高木・前掲注民(9)二一八頁参照。

(35) 大判明治三六・六・一二民録九輯七一九頁、最二小判昭和三六・六・二三民集一五巻六号一六八〇頁、最三小判昭和三八・九・一七民集一七巻八号九五五頁、我妻・前掲担保物権法三四九頁、柚木・前掲注釈民法(9)二一五頁（柚木説）、道垣内弘人・担保物権法（一九九〇年）一三七頁、金山正信「抵当権と長期賃借権」民事研修三五九号一〇三頁以下（一九八七年）など参照。

(36) 星野英一・民法概論Ⅱ物権・担保物権（一九七六年）二八一頁、川井健・担保物権法（一九七五年）一〇三頁、高木多喜男「短期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）三九九頁、四〇五～四〇六頁、吉田克己『判例評釈』別冊ジュリスト一三六号『民法判例百選Ⅰ［第四版］』（一九九六年）一九五頁、鎌田薫「短期賃貸借の保護」山田卓生他編・分析と展開Ⅰ（第二版・一九九七年）二八二頁、拙稿『判例評釈』ジュリスト九八九号一〇一頁（一九九一年）など参照。なお石田喜久夫「抵当権と短期賃貸借」小野木常＝斉藤秀夫先生還暦記念・抵当権の実行（下）（一九九二年）一五〇頁、高島平蔵・抵当権と利用権（叢書民法総合判例

研究⑯）（一九七七年）一七頁、二一頁などは、抵当権実行の時を起算点とする。

(37) むしろ抵当権者に短期賃貸借の更新が対抗できないタイミングで実行に着手する機会を与えるべきとの指摘も存する（高木・前掲担保法大系Ⅰ四〇六頁、鎌田・前掲分析と展開二八二～二八三頁など参照）。

(38) 管理行為論に依拠するボワソナードも、旧民法草案一二六二条二項の解釈論として「（長期賃貸借は）、無効となるわけではなく、抵当債権者の請求により、許容された期間に縮減される」と説明している（*cf.* BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t.IV: *Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels*, 1889, no 499, p. 470）。

(39) 本稿第二章㈠(2)(iii)参照。

(40) 例えば「九年」（フランス民法一四二九条［原始規定］、同五九五条二項［現行規定］、ベルギー抵当権法四五条四項など）、「一二年」（不動産公示に関するフランス一九五五年デクレ三〇条三款）、「一八年」（同一八五五年法三条一項二項）などが挙げられよう（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」三五六～三五七頁注（45）（46）（47）、同・前掲「フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理」二九〇頁参照）。

(41) 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」三六四頁参照。

(42) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」五五頁参照。

(43) 本稿第二章㈡(1)参照。

(44) 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」三六五頁参照。

(45) 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）一一四七頁参照。『民法要義』においても「……買主及ヒ賃借人カ売主ヲ害スル目的ヲ以テ賃貸借ヲ為シタルトキハ……」とあり、両当事者の害意が想定されている（梅・前掲民法要義巻之三債権編五五九頁参照）。

(46) 各々の主張内容には幅があるので一応の目安に過ぎないが、客観説として、石田（文）・前掲書九三頁、柚木・前掲注釈民法⒁三一四～五頁など、主観説として、末弘厳太郎・債権各論（三版・一九一九年）四七四頁、勝本正晃・債権法概論（各論）五四頁、吾妻・前掲書一七七頁などを挙げておくことができよう（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」三二三～三二四頁参照）。

(47) 石田（文）・前掲書九三頁参照。石田博士がどこまで意識されているかは別として、同説は結果的に、五八一条

二項但書の要件を、三九五条の「損害」要件に引きつけて解釈していることになる。

(48) 末弘・前掲書四七四頁参照。なお吾妻博士は、三九五条但書と五八一条二項但書を対比され、「第三九五条の『損害ヲ及ホス』という趣旨が明白でないのに対して、第五八一条が、賃貸借契約当事者の悪意を要件とすることは、むしろ合理的であると考えられる」と述べておられる（吾妻・前掲書一七七頁参照）。

(49) 柚木・前掲注釈民法(14)三一五頁参照。「したがつて彼等に反証をあげる責任が課されることになろう」とされる（柚木・同三一五頁）。

(50) フランスにおいても「フロード（fraude）」法理（《*fraus omnia corrumpit*》の原則）を一般的に論ずる場合、「損害（préjudice）」の発生を必ずしも要求してはいないようだが（*cf. ex.* GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4e éd, avec Fabre-Magnan (M.), 1994, n° 834, pp. 824; *etc.*）、個々のフロード関連規定の解釈論としては、「損害」を要件とするものが寧ろ多数ではなかろうか（典型例は一一六七条の fraude paulienne: *cf. ex.* DEVEZE (Jean) et SAINT-ALARY-HOUIN (Coline), Contrats et obligations: Fasc. 39, Action paulienne, *J.-Cl. civ.*, 1988, n° 65, p. 11; *etc.*）。買戻の一六七三条二項末段の「フロード（fraude）」についても、伝統的にいわゆる許害的な契約条件が念頭に置かれていたのであり、「損害」を不要と解していると見るべきではなかろう。

(51) 規範的意味における「立法者意思」あるいは「法定立」につき、拙稿・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三二八～三二九頁注（26）参照。

(52) この点につき、松本恒雄「民法学のあゆみ」法時六七巻一二号七四頁（一九九五年）、山野目章夫『判例評釈』民商一一七巻二号二八〇～二八一頁（一九九七年）、拙稿「短期賃貸借解除の要件である『損害』の意義」森泉章先生古稀祝賀論集・現代判例民法学の理論と展望（一九九八年）二九一～二九二頁など参照。

(53) 拙稿・前掲「フランスにおける許害的賃貸借排除の法理」二九九頁以下参照。

(54) 拙稿・前掲「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」五六頁参照。

(55) 以上について、本稿第二章第二節参照。

(56) 松本・前掲「民法学の歩み」七四頁参照。

(57) 正確に云うと立法経緯を踏まえた歴史的な文脈においてではないが、山野目教授は、但書の制度趣旨の捉え方と

して、《排除》の思想に基づき、不正常な契約内容をもった賃貸借を排除しようとするところに三九五条但書の制度趣旨を見出す考え方と、《損害回避》の思想に基づき、抵当権実行の際に抵当権者に損害を及ぼすおそれのある短期賃貸借について、三九五条本文の定める短期賃貸借保護の制度の適用を例外的に否定することにより、抵当権者の損害を回避する、というところに同条但書の制度趣旨を求める考え方とを想定しうるが、要件と効果の両方について《損害回避》のほうの考え方を徹底させるべきと主張されている（山野目・前掲評釈二八〇～二八一頁参照）。

(58) 以上につき、本稿前章第二節参照。

(59) 比喩的な表現が許されるならば、「損害」「解除」の文言による法文作成は、越権代理か表示上の錯誤（立法の過誤）ということになろうか。なお後注（65）参照。

(60) 通説とはいっても、不当な契約条件がない場合に解除を認めてよいと明確に説くものは稀で（我妻他編・判例コンメンタールⅢ担保物権法（一九六八年）五〇二頁［清水誠］など参照）、基本的には判例を中心に叙述するにとどまるものが多く（我妻・前掲新訂担保物権法三四六頁以下。川井健・担保物権法（一九七五年）一〇六頁、柚木馨＝高木多喜男・担保物権法［第三版］（一九八二年）四一七頁以下など参照）、それも含めた判例支持説が通説と位置づけられてきた（生熊長幸「短期賃貸借解除請求訴訟と本来型建物短期賃借権の保護」外尾＝広中＝樋口編・人権と司法（斉藤忠昭弁護士追悼）二七一頁以下（一九八四年）、井口博「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判タ七〇五号七頁（一九八九年）、道垣内・前掲担保物権法一四〇頁など参照）。ただ通説においても、「賃料その他賃貸借の内容（特に賃料前払い・注筆者）は重要な意味をもつ」とするもの（我妻・前掲新訂担保物権法三四八頁参照）、「短期賃貸借というだけでは必ずしも不動産価額低落の契機たるに足らぬとしても、それが賃料前払のものであるならば、問題を肯定することができよう」と指摘するもの（倉田卓次・判解民（昭和三四年度）二七〇頁参照）はあったし、また但書の趣旨説明としては、「賃貸借の条件が不合理である等の事情で抵当権者に特別の損害を及ぼすようなことがあれば……」などと不合理な契約の排除を掲げていた（柚木＝高木・前掲担保物権法四〇四頁。同旨我妻・前掲新訂担保物権法三四〇～三四一頁。川井・前掲書一〇六頁は「濫用を押さえる趣旨」とする。）。

(61) 不合理性を積極的要件とする説（生熊・前掲人権と司法（斉藤忠昭弁護士追悼）二七三頁以下など）、正常性を抗弁とする説（井口・前掲論文七頁以下など）、取引通念上賃貸用の不動産か否かを基準とする説（槙悌次・担保物権法（一九八一年）二一二～三頁、栗田隆「短期賃貸借制度の再検討」米倉他編・金融担保法講座Ⅰ一九七～八頁

（一九八五年）など）等が主張されている。

(62) 「詐害的意思」すなわち「設定者（賃貸人）・賃借人の抵当権者を害する意思ないしその認識を要する」とする説（近江幸治・担保物権法［新版］（一九九二年）一七九頁）、「詐害的要件」（賃料の不当低廉・賃料前払のごとく、通常の短期賃貸借とは異なり、特に売却対価を押下げる要因が存すること）を必要とするが、「詐害的要件の具備は通常両当事者の害意の存在を伴う」とする説（高木・前掲担保物権法一七九～一八〇頁）、「抵当債権回収の危殆化という客観的メルクマールをもったそれだけでなく、更に詐害の目的という主観的メルクマール（それも、前記のような種々の客観的徴表により判断されるべきであるが）をとりこんだものであるべき」とする説（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㈢」判例評論二五八号五～六頁（一九八〇年）等がある。なお併せて拙稿『判例評釈』判例評論四六〇号（一九九七年）四〇頁参照。

(63) 最二小判平成八・九・一三民集五〇巻八号二三七四頁は、「民法三九五条ただし書にいう抵当権者に損害を及ぼすときとは、原則として、抵当権者からの解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期賃貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が履行遅滞の状態にある被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときをいうのであって、右賃貸借の内容が賃料低廉、賃料前払、敷金高額等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合又は抵当権者が物上代位により賃料を被担保債権の弁済に充てることができない場合に限るものではないというべきである。」と判示し、大審院以来の判例法理（大判大正五・五・六民録二二輯九〇四頁、大判大正五・五・二二民録二二輯一〇一六頁、大判昭和六・七・二〇民集一〇巻五七五頁、最二小判昭和三四・一二・二五民集一三巻一三号一六五九頁など参照）を踏襲することを確認している（詳細は拙稿・前掲判例評論三六頁以下参照）。

(64) 有力説からの批判は以下の三点に集約される。①立法趣旨――立法経緯からすると、賃料前払、低額賃料、高額敷金などの要因の存するいわゆる詐害的賃貸借の弊害の除去こそが三九五条但書の立法趣旨であったと分析できる。②三九五条本文と但書との関係――三九五条但書につき解除を広く認めると、同条本文によって短期賃貸借を保護し抵当権と利用権の調和を図った趣旨が没却される。③利益考量――一方では、合理的な内容を有する正常な用益目的の賃貸借であれば、買受人に利益をもたらす場合もあろうし、仮に売却価額が下落するとしても抵当権者が甘受すべき範囲だといえるのに対して、他方では、正常型の短期賃貸借を解除の対象とすることは、通常事態を予測し得ない

賃借人の保護に欠けるだけでなく、ひいては設定者に自己使用を余儀なくすることになる（生熊・前掲人権と司法（斉藤忠昭弁護士追悼）二七三頁以下、井口・前掲論文七頁以下など参照）。平成八年判決（前注（63）参照）の評釈においても、バブル崩壊による担保価値の下落あるいは金融機関による評価の誤りを何ら責任のない正常な賃借人に転嫁できる所以はないはずだとの批判がなされている（磯村保『判例評釈』金法一四九二号四七頁（一九九七年）、吉田眞澄「判批」私法判例リマークス一九九七年〈下〉三〇頁（一九九七年）など参照）。

(65) ヘックは「立法者は、正しく考えたが、正しく語らなかった」ことが判明する場合に「限縮（縮少）解釈」をすべきとする（津田利治訳・ヘック利益法学（一九八五年）二八七頁参照）。また起草者の梅自身が、「……法文ヲ解スルニハ単ニ其文字ニ拘泥スヘカラス。須ク其法全体ノ規定ヲ看テ立法者ノ真意ヲ探究スヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ。然ルニ立法者モ亦神仏ニ非サルカ故ニ往往ニシテ不穏当ナル文字ヲ用フルコトアルハ実ニ免レサル所ナリ。故ニ法文ノ意義不明ナルトキハ常ニ常識ニ訴ヘ條理ニ照シ立法者カ言ハント欲シタル所ヲ求メサル可ラス。」（梅謙次郎・最近判例批評【復刻版】（一九九五年・新青出版）七九頁（句点・傍線、筆者）参照）と述べている点に注目すべきであろう（この点につき、拙稿「『最近判例批評』を読む」法時七〇巻七号（一九九八年）二五頁参照）。

(66) かかる解釈論に対しては、バブル経済崩壊後の執行実務の円滑な運用という緊要な時代の要請に逆行しているとの批判が当然に予想されよう。だが問題となるいわゆる詐害的・濫用的な賃貸借の事例については多くの場合「詐害性」「不合理性」が事実上推定されるであろうから、そのような批判は当たらない。むしろ逆に安易な「当然損害説」の採用による混乱が懸念されよう。すなわち仮にいわゆる正常型の賃貸借については少なくともその一部を「例外的に」維持しなければならないとするならば、そのうちどの範囲の賃貸借をいかなる構成で解除の対象から外すのかという困難な課題が生じてくるからである（ちなみに平成八年判決は「原則として」との留保付きで当然損害説を展開している（拙稿・前掲森泉章先生古稀祝賀論文集二八七頁参照）。ちなみに調査官は「賃貸マンション、貸ビルにおける通常の短期賃貸借であって契約内容が良好で競落価額の下落がわずかであるものについては、例外的に解除請求を棄却する余地もないではないであろう」と述べているが（野山宏『解説』ジュリ一一〇七号一二九頁（一九九七年）参照）、そこでは「①通常の短期賃貸借であって②契約内容が良好で③競落価額の下落がわずか」という「有力説」以上に多岐に亘る複雑な評価基準が提示されている。

(67) 拙稿・前掲判例評論三九～四〇頁、同・前掲森泉章先生古稀祝賀論集二九三頁参照。

(68) なお不合理性説が不合理な契約内容とする賃料前払、低額賃料、高額敷金などの要因は、同時に詐害性説がいう害意、詐害の目的を推認するものであろうから、結果において両説に顕著な差異が生じるとは思われない。だがそのことが、精緻な要件枠組みの検討を不要とするわけではなかろう。

(69) 磯村教授は、第一点につき「……主観的態様は、多くの場合、契約の客観的内容に反映されるから、両者の限界は流動的である」、第二点につき「……主観的要件も客観的事実から推認されるのが通常であるから、実質的には大きく異ならない」と分析されている（磯村・前掲評釈四六～四七頁参照）。

(70) 前掲平成八年判決は、「解除請求の対象である短期賃貸借の期間が抵当権の実行としての競売による差押えの効力が生じた後に満了したため、その更新を抵当権者に対抗することができなくなった場合であっても、短期賃貸借解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において右賃貸借の存在により抵当不動産の競売における売却価額が下落し、これに伴い抵当権者が被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するものである限りは、抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度においてのみ許容するという民法三九五条の趣旨にかんがみ、裁判所は、右賃貸借の解除を命じるべきである。そして、このことは、差押えの効力発生後の右賃貸借の期間満了が右訴訟の事実審口頭弁論終結の前後いずれに生じたかを問わず、当てはまるものというべきである。」（傍線筆者）と判示している。

(71) 我妻博士は、「……競落人の所有に帰してからも存続する賃貸借の内容が合理的なものであれば、価値権と利用権の調和という理想のために、抵当権者もその不利益を忍ばねばなるまい。すなわち、賃貸借の内容が不合理で抵当権者に不当の不利益を及ぼすものである場合にその制限を免れる途が開かれていることが重要であって、それがある限り、抵当権者に対してある程度の不利益を強いることも止むをえない、ということになろう。」（傍線筆者）と述べておられる（我妻・前掲新訂担保物権法三四〇～三四一頁参照）。ここでは合理的な限度での利用を許容するという趣旨から、本文と但書が一体として理解されていると云えよう。ただ右説明においては、「賃貸借の内容が不合理で」、「不当の不利益」などの表現が用いられており、平成八年判決の「損害」（担保価値の減少）を及ぼさない範囲の利用が合理的限度内での利用であるとの論法とは一線を画している。

(72) 広中・前掲第九回帝国議会の民法審議二〇九頁［梅発言］、梅・前掲民法要義巻之二物権編五八六～五八七頁参照。

(73) 林良平「民法三九五条但書の準用による賃貸借の解除――最三小判昭和63・2・16を中心に――」金法一二〇二号八～九頁（一九八八年）参照。

(74) 最三小判昭和六三・二・一六民集四二巻二号九三頁は「……抵当権者に対抗することができない農地の賃貸借であっても、……実質的にはあたかも右賃貸借が抵当権者に対抗することができるのと同様の状態をもたらし、その結果、抵当権者に損害が及ぶときに限り、抵当権者は、同条但書を準用してかかる賃貸借の解除を請求できるものと解するのが相当である」と判示し、三九五条但書の「準用」という形で解除を認容した（学説の対応につき織田博子・ジュリ増刊担保法の判例Ⅰ（一九九四年）一八五頁以下など参照）。

(75) 前注（70）参照。

(76) 高松高判平成九・五・三〇判時一六二一号一一頁は「抵当権者に対抗できないいわゆる債権回収型の賃貸借契約であっても、それが抵当権者に損害を及ぼすものと認められる限りは、抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度においてのみ許容するという民法三九五条の趣旨に鑑み、裁判所は、抵当権者の解除請求により右賃貸借契約を解除できると解するべきである（平成八年判決参照）」と判示している。

(77) 拙稿・前掲判例評論四四頁参照。

四　結びに代えて——議論の展開

本研究では、フランス民法からボワソナード旧民法を経て現行民法に至る立法経緯を踏まえた上で、民法三九五条と五八一条二項との比較考察を行った。ところで両規定の比較考察は、両規定の範囲に止まらず、それを超えた民法全体に亘る体系的課題の解決に向けて多くの示唆を与えているように思われる。ここでは本研究の結びに代えて、以下の二点（㈠、㈡）につき若干の言及を行うことにしたい。

㈠　民法五八一条二項類推適用論の可能性

ここでは先に検討した買戻における買主の地位の特殊性を再び取り上げよう。前章（㈠六）において、①確か

に所有権を有するが、それは条件付きの仮の権利に過ぎず、かつ条件成就（権利喪失）のイニシアティブを売主に握られているという点、②買戻が担保として行われる場合を想定すると、担保権設定者（債務者）ではなく担保権者（債権者）の地位にあるという点の二点を指摘し、それが買戻における賃貸借保護の期間の短縮化（ひいては【猶予付与型】の賃貸借保護）を正当化しているとの分析を行った。この二点を敷衍することが可能であるならば、以下の二つの問題の解決に向けて有力な資料を提供することになろう。

第一は、解除条件一般における賃貸借保護の問題である。これは①の仮の権利という点に対応している。

前稿において取り上げたように、フランス民法・ボワソナード旧民法では、解除条件あるいはそれを前提とする解除につき遡及効を認めているので[1]、買戻制度と同様に相手方当事者のなした賃貸借を保護する措置が必要とされた。フランス民法典では特に規定を置かなかったために、一九世紀においては買戻に関する一六七三条を準用するという解決方法が採られていたが、今世紀に至って善意の賃借人を保護する一般法理が形成されるに至っている[2]。これに対してボワソナードは、フランスでの議論を踏まえて、解除（条件）一般につき善意でなされた管理行為を維持する規定を創案したのである（旧民法財産編四一一条一項）[3]。

ところが現行民法はおそらく、原則として解除（条件）につき遡及効を否定することに決したので[4]、旧民法財産編四一一条一項は現行民法には承継されなかったと推測される。だが正確には、現行民法一二七条三項は特約（当事者意思）により遡及効を認める余地を残しており、賃貸借の保護を論じる必要性は現行民法においても狭い範囲ではあるが存するものと考えられる。事実、法典調査会ではこの甲号議案一二七条三項（現行民法も同じ）の遡及効と第三者との関係が問題とされるが、第三者効については後に規定するとの説明がなされ、問題解決が先送りされたという経緯が存するのである[5]。

よって期せずしてフランス民法と同様の状況に置かれていることになるのであるから、買戻規定（五八一条二

項）の類推（【猶予付与型】（五八一条二項型））か、あるいは「管理行為」一般論（【管理行為型】（三九五条型））かによって、賃貸借の保護を図る必要があると云えよう。その際、①仮の権利であるという点に注目するならば、管理行為としての短期賃貸借（六〇二条）の保護は過剰であり、五八一条二項を類推し残期一年の保護を図るという対処の方が、民法典全体の体系に整合的であると思われる。

第二は、担保権者のなす賃貸借の効力一般の問題であり、これは先述の②に対応している。この点はほとんど論じられることのなかった点だが[6]、担保権者に賃貸借をなす権限が付与される担保の類型としては、不動産質権（三五六条）、留置権（二九八条二項：但し債務者の承諾を要する）などがあり、再売買予約・譲渡担保についても想定できなくはない[7]。それらにおいて、担保権者が設定した権利は、弁済による担保権の消滅、あるいは予約完結権・受戻権の行使によりその効力が失われるのか否かがまずは問題となるが、対抗問題とされる場合（再売買予約・譲渡担保の所有権移転構成）を除いて、それら権利は消滅すると構成せざるを得ないであろう[8]。そこで買戻規定（五八一条二項）の類推（【猶予付与型】）か、あるいは「管理行為」一般論（【管理行為型】（三九五条型））によって、特別に賃貸借の保護を論ずる必要が生じて来よう[9]。ここでも②の点を強調するならば、五八一条二項の類推適用が、民法典全体の体系に整合的であると一応云えそうである[10]。

(二) 民法四二四条転用論の有用性

本研究により、三九五条但書および五八一条二項但書のいずれについても、その立法経緯において詐害行為取消権（四二四条）との関係が論じられ、各規定の背後に「フロード（fraude）」法理が存することが明らかにされたと云えよう[11]。同法理は、中世ローマ法学において定式化された「フロードはすべてを破る《*fraus omnia corrumpit*》」の法諺に由来するもので[12]、フランスでは一九世紀初頭から破毀院によって「フロードはすべての規則

の例外をなす《*la fraude fait exception à toutes les règles*》」との法理として援用されるようになり、[13]二〇世紀中葉以降、一一六七条（action paulienne＝詐害行為取消権）などの既存のフロード（fraude）を要件とする諸規定[14]を含めた一般法理としての体系化[15]が試みられている。[16]

我が国においては従来、一般法理として「フロード（fraude）」法理が取り上げられることはほとんど皆無に近かったが、これは「表見法理（外観法理）」「権利濫用論」などの一般法理が、仏独の法学から自覚的に摂取されたのと比較すると極めて対照的である。[17]ただ個別の領域をみると、例えば不動産物権変動における「背信的悪意者排除論」は、まさにフランスにおいては「フロード（fraude）」法理のもっとも典型的な適用ケースの一例であったのだから、同様の発想は我が国にも存することが確認できよう。[18]

次いで「フロード（fraude）」法理の代表的規定である一一六七条（action paulienne）は、[19]フランス判例法によって、例えば抵当権の保全など、責任財産の保全以外の領域でも広く「転用」がなされている（action paulienne spéciale）。[20]

これに対して我が国では四二三条と異なり、四二四条についてはその転用論が語られることはほとんどなかった。ただ一部の学説によって特定物債権保全の領域で同規定を転用すべきとの主張が展開されているのは周知のとおりであろう。[21]また担保法の領域では、流動動産譲渡担保の設定者による目的物の売却処分につき四二四条を類推適用し、担保権者の保護を図るべきと主張する学説が存する。[22]

そこで今後は、我が国においても当面、「フロード（fraude）」法理の中心規定と位置づけることが可能であり、かつ比較的要件・効果が明確化されている民法四二四条を基礎に、その「転用論」という形で、「フロード（fraude）」法理の欠落を補う作業が有用ではないかと考えている。近時の最高裁の事例から拾い上げてみても、例えば、不動産譲渡担保における受戻権が譲渡担保権者の無償譲渡行為により害されたケース（最三小判平成

六・二・二二民集四八巻二号四一四頁）[23]、抵当権（賃料債権への物上代位権）が将来の賃料債権譲渡行為により害されたケース（最二小判平成一〇・一・三〇民集五二巻一号一頁）[24]などは、最高裁は異なる解決をなしているが、本来的には「詐害的行為(fraude)」に対して如何に対処すべきかという共通の視角から論ずることが適当ではないだろうか。

「四二四条転用論」に対しては、無資力要件および四二五条の存在（ひいては責任財産保全という制度趣旨）を根拠とした批判が想定されるが、実はこの点は立法経緯[25]を踏まえた上での反論が十分に可能であり、現行民法典の詐害行為取消制度はそもそも「転用論」を許容する素地を有していたとの仮説も成り立ち得ると思われる。

第一は、四二四条の文言および詐害行為取消制度（四二四条～四二六条）の体系上の位置である。

まずは四二四条の文言についてであるが、旧民法財産編三四〇条二項が「……自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ之ヲ詐害ノ行為トス」との無資力要件を念頭に置いた定義規定となっているのに対して、現行民法四二四条は、「債権者ヲ害スルコト」としか書かれておらず、「無資力」あるいは「自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタル」などが文言上要件化されていない、比喩的に云えば「開かれた」規定となっているという点を指摘できよう。

次が、民法体系上の位置である。そもそも甲号議案の段階では、債権者代位権（間接訴権：四一八条）、詐害行為取消権（廃罷訴権：四一九条以下）は、債権の相対効の原則を規定する四一七条の例外規定として位置づけられ、「第三者ニ対スル債権者ノ権利」と題される款に置かれていた[26]。款のタイトルおよび原則規定である甲号議案四一七条（整理会における「黒字ノ四百二十二条」）は、整理会段階において、「ほんノ飾リ見タヤウナ又外ノ規定ノ喚ビ出シ見タヤウニ此処ニ書テアツタ其当時斯ウ云フ事ヲ書クノハ如何ニモ野暮ダ」（穂積）という理由で削除されるが[27]、それにより体系上の位置に変更が生じたとは考えられない。よって現行民法の詐害行為取消制度

（四二四条～四二六条）は、「責任財産保全」の制度という限定された枠組みではなく、広く「債権の第三者効」を認める制度として民法体系上位置づけられていると分析することが可能となろう。この点も現行民法典が「転用論」を許容しているとの主張の有力な論拠の一つとなり得ると思われる。

第二は、起草者の一人である梅[28]の制度観である。先に検討したように梅は、三九五条但書や五八一条二項但書など他の制度と四二四条との競合を論ずるに際しては、無資力要件を余り重視していなかったわけだが[29]、立法後の講義録においては、あくまでも起草者の立場を離れた一人の解釈者としての見解ではあるが、特定物債権の保全については無資力要件は不要であると次のように明言している。

「……予ノ解釈ニ拠レハ、新民法ノ規定ハ最モ広クシテ、苟モ債権者ヲ害スルモノナレバ第一ノ条件（「第一条件／其法律行為カ債権者ヲ害スヘキモノナラサルヘカラス」筆者注）ヲ充タスモノト為リ。其結果、特定物ニ関スル債権ニ付テハ、債務者カ十分資力ヲ有スルモ仍ホ廃罷訴権ヲ行フコトヲ得ヘキコト是ナリ。[30]」（句読点・傍線、筆者）

しかも旧民法財産編三四〇条二項の「財産ヲ減シ」又は「債務ヲ負担ス」との文言と対比して、「新民法ハ広キ文字ヲ用ヒタ」点を強調していることからすると[31]、そもそも起草段階から既に、特定物債権の保全をも念頭において、無資力要件に拘泥することなく、現行民法の起草を行ったのではないかとの推理も十分に成り立ち得ると思われる。梅が三九五条但書や五八一条二項但書など他の制度と四二四条との競合を論ずる際に、無資力要件には一切言及していなかったこともそれを裏付ける証左となろう。

以上から我が国においても、「フロード（fraude）」法理の欠落を補う趣旨で、「民法四二四条転用論[32]」を議論することが有用であり、かつ現行民法典の体系もそれを許容し得るとの一応の仮説が成り立つのではないかと思われるのである。

本研究の直接の研究対象は、三九五条および五八一条二項という限られた領域ではあったが、それは同時に、「管理行為」論、「フロード（fraude）」法理など民法全体を視野に入れた体系的な研究の必要性を再認識されるものであったと云えよう。かつて別稿において筆者が、「二一世紀を迎える我々が、今世紀の初頭とは別個の視角からの新たな『綜合（synthèse）』を求められている」[33]と述べた所以もそこに存する。

（1）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三三三～三三四頁以下（一九九七年）、同「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――」法学研究七一巻八号一四頁以下（一九九八年）参照。

（2）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」三三六～三三七頁、三四一頁以下、拙稿「フランス法学説としてみたボワソナード旧民法〈覚書〉」法時七〇巻九号二三頁（一九九八年）参照。

（3）拙稿「ボワソナード旧民法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」一四～一六頁、同・前掲「フランス法学説としてみたボワソナード旧民法〈覚書〉」一二二～二四頁参照。

（4）法典調査会において起草担当者の穂積は、甲号議案一二七条（現行一二七条）につき、「……当事者ノ意思ト云フモノハ既往ニ遡ラセヌト云フコトガ多数デアルジヤロウト云フコトカラシテ……」、「既成法典ハ此条件ガ、成就致シマスル時ニハ其成就ノ結果ガ法律行為ノ当時ニ遡ル、既往ニ遡ルト云フ主義ヲ採ツテ居リマシタガ本案ニ於テハ之レトハ全ク反対デゴザイマシテ条件ノ成就ト云フモノハ効力ヲ既往ニ及ボサスト云フ主義ヲ採ツタノデゴザイマスル」（法典調査会・民法議事速記録一・第一回至第二十六回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書1（一九八三年）商事法務研究会）二五三頁参照）と趣旨説明を行っている。また甲号議案五四三条（現行五四五条）については「独逸民法ガ近頃採リマシタ主義」に従い、「取引上ノ保護、信用ノ保護」、「第三取得者ノ安全」を考慮し、「本案デ採リマシタ主義ハ此解除権行使ノ効果ハ則チ人権上ノ効果デアリマシテ原状回復ノ義務ヲ負フ……則チ此解除権ト云フモノヲ行フノハ前ノ法律行為ヲ根本カラ排斥スルノデハナイ法律行為ト云フモノハ其侭元トノ通リニナツテ居ルガ其時ヨリシテナクナルノデアリマスガ之ニ代ツテ新タニ其義務ガ解ケテ而シテ新タニ法律上ノ

債務ガ生ジルノデアル」（法典調査会・民法議事速記録三・第五十六回―第八十四回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書3（一九八四年）商事法務研究会）八二一～八二二頁参照）と説明している。このように現行一二七条については、主として当事者意思を理由として、現行五四五条については、取引安全の保護（第三者保護）を根拠として、旧民法の遡及効構成が否定されている点に注目すべきである（なお解除の効果一般につき立法経緯を分析するものとして、平井一雄「解除の効果についての覚書」独協法学九号四七頁以下（一九七七年）、北村実「解除の効果――五四五条をめぐって」星野英一編・民法講座5契約（一九八五年）一一五頁以下など参照）。

(5) 起草担当者の穂積は、当事者意思を根拠に遡及効を否定したので（前注（4）参照）、「……第三項ヲ設ケマシタ所謂其当事者ガ条件成就ノ効果ヲ既往ニ遡ラセルト云フ意思ガアル其意思カ若クハ明言致シマシタトカ明カナル時ニハ既往ニ遡ルモノト規定シタノデアリマス」と起草趣旨を説明している（前掲・法典調査会・民法議事速記録一（日本近代立法資料叢書1）二五三頁参照）。これに対しては元田肇委員から「第三者ニ対シテノ取引上ニ及ボス影響」についての質疑がなされたが（同二六三頁参照）、穂積は「……既成法典ニ於テハ三百四十五条以下ニ規定シテアリマス必ズ之ニ対向スル所ノ規則ガ出来ヤウト思ヒマス、ソコニ譲ラナケレバナラヌ……第三者ニ及ボス所ノ効力ハ別ノ定マル所ノ規定ニ拠ル方ガ宜イト云フノデ此処ニハ極メナカツタノデアリマス」（同二六四頁）と答弁しているのである。現時の解釈論は、一二七条三項の遡及効特約は予め登記（不登三八条・五九条ノ二第三項）あるいは仮登記をしなければ第三者に対抗できないとするが（舟橋諄一＝徳本鎮編・新版注釈民法(6)物権(1)四八三頁［原島重義＝児玉寛］（一九九七年）、我妻栄＝有泉亨・新訂物権法（民法講座II）（一九八三年）一〇三頁など）、賃貸借の保護・排除については特に配慮がなされていない。

(6) なお仮登記担保につき、債務者（設定者）のなした賃貸借に民法三九五条を類推適用すべきか否かが争われているのは周知のとおりである（最二小判昭和五六・七・一七民集三五巻五号九五〇頁（否定）、塩崎勤「仮登記担保と短期賃貸借」ジュリ増刊・担保法の判例II（一九九四年）二八九～二九一頁以下、生態長幸「仮登記担保」星野英一他編・民法講座3物権(2)（一九八四年）二八九～二九一頁など参照）。三九五条類推適用論が担保権設定者のなす賃貸借の保護と排除の問題であるとするならば、五八一条二項類推適用論には担保権者のなす賃貸借の保護と排除の問題としての側面があり、両者を対比させることが可能であろう（生態長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」加藤＝林編・担保法大系4（一九八五年）四七七頁、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

三〇頁注（37）など参照）。

（7）権利移転型担保における目的物の利用関係は、設定契約（特約）によって定まる（但し原則として債務者（設定者）に利用権があると推定される）とするのが一般的な理解である（我妻栄・新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）五九一頁、五九九頁以下（一九六八年）、鳥谷部茂「不動産非典型担保」椿寿夫編・担保法理の現状と課題（別冊ＮＢＬ31号・一九九五年）九七頁、生態・前掲「買戻・再売買予約の機能と効用」四八〇頁など参照）。担保権者に利用権が付与されるいわゆる「譲渡質」には質権の規定（三五六条など）を類推適用すべきとの見解も存する（柚木馨＝高木多喜男・担保物権法［第三版］（一九八二年）五六三頁、高木多喜男・担保物権法［新版］（一九九三年）三四一頁など参照）。

（8）不動産質権につき、我妻・前掲新訂担保物権法一七四頁、我妻栄他・判例法コンメンタールⅢ担保物権法（一九六八年）一五九頁［三藤邦彦］、高木・前掲書七四頁、道垣内弘人・担保物権法（一九九〇年）七五頁など参照。

（9）不動産質権につき、我妻博士は「抵当権や買戻権の実行によって覆える賃貸借に関する規定（三九五条・五八一条）を類推すべき理由はあるまい」（我妻・前掲新訂担保物権法一七四頁）と述べられるが、根拠は示されていない。また我妻他・前掲判例法コンメンタールⅢ一五九頁［三藤］は同じく不動産質の三五六条につき「なお§581参照」と記するがこれは肯定の趣旨か？。なおこの点については、一九九八年一〇月一日に開催された慶應義塾大学大学院法学研究科・民法合同演習における二九八条二項をめぐる議論から多大な示唆を得た。

（10）ただここではいずれの方法を是とするかは微妙な問題であるように思われる。そもそも五八一条二項の期間短縮化の根拠として②の点がどれほど重視されていたのかを再度検討する作業が必要となるであろう。

（11）本稿第二章第二節および第三章第二節参照。

（12）ヴィダル教授（後注（15）参照）は、「フロード理論は、バルトルス学派（Bartolistes）の『綜合の精神（l'esprit de synthèse）』の所産である」（p. 37）とされ、主にバルトルス（Bartolus, Bartole）およびバルドゥス（Baldus, Balde）の著作を分析されている（pp. 37 à 38）。なおバルトルスおよび同学派の法学一般につき、佐々木有司「中世イタリアにおける普通法（ius commune）の研究――バルトールス・デ・サクソフェルラートを中心として――（一）～（四完）」法協八四巻一号、四号、八号（一九六七年）、八五巻八号（一九六八年）、森征一「バルトルスの法学観――ヨーロッパ中世法学の理解のために――」法学研究七〇巻三号一頁以下（一九九七年）、同「中

世ローマ法学者の法解釈論」法学研究七一巻三号一頁以下（一九九八年）など参照。

(13) *Cf. ex. Req.*, 3 juill. 1817, S. 1818. 1. 338 (S. 1815-1818. 1. 342) ; *Req.*, 6 fév. 1821, S. 1821. 1. 420 (S. 1819-1821. 1. 377) ; *etc.*

(14) GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4e éd. avec Fabre-Magnan (M.), 1994, n° 809, p. 797, note 3 はフロード関連条文として、①action paulienne について規定するフランス民法典一一六七条以外に、②法律を詐害して《en fraude à la loi》行われた婚姻の取消に関する同一九〇―一条（一九九三年八月二四日法律）、③出生が隠されていた場合に、父子関係の否認訴権の起算点を詐害の発見《la découverte de la fraude》の時に遅らせる同三一六条、④子を遺棄されたものと宣言する判決に対する第三者異議は、詐欺、詐害または子の同一性についての錯誤の場合《en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant》でなければ受理されないと規定する同三五〇条、⑤養子縁組の判決に対する第三者異議は、養親の責めに帰すべき詐欺または詐害《dol ou de fraude imputable aux adoptants》の場合にのみ認められるとする同三五三―一条、⑥共同分割人の債権者は、分割が彼らの権利を詐害してなされることを避けるために《pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits》、その者の立会なしで手続がなされることに対して故障申立ができると規定する同八八二条、⑦書証に対しては推定による証拠は認められないが、行為が詐害または詐欺を原因として攻撃される場合はこの限りではない《à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou dol》と規定する同一三五三条、⑧共通財産の夫婦の一方によって詐害なしに《sans fraude》なされた行為は他方配偶者に対抗可能であるとする同一四二一条、⑨共通財産の夫婦の一方は、詐害的に消費した《consommés frauduleusement》果実について計算の義務を負うと規定する同一四三二条、⑩賃貸人が賃借人の権利の実現を詐害的に妨げるために《en vue de faire échec frauduleusement aux droits du locataire》回復権（droit de reprise）を行使した場合は、賃借人が被った損害を賠償しなければならないと規定する商事賃貸借に関する一九五三年九月三〇日デクレ一九条などを列挙している。

(15) fraude の一般法理の体系化を企図した代表的業績が VIDAL (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : Le principe《fraus omnia corrumpit》*, (thèse Toulouse), Dalloz, 1957, préface Gabriel MARTY であり、今日においてもなお fraude 法理に関する最重要文献たる地位を失っていない。同文献によっ

て以下の諸点が明確に位置づけられ、以降それが今日に至るまで受け継がれている。(1) fraude の定義：「実定法の領域においてはその結果を攻撃し得なくなるような有効な手段を意図的に用いることによって、法主体が義務的規定の履行を免れようとするとき、fraude ありとされる」（*cf.* VIDAL, p. 208）。(2) fraude の三要素：①義務的規定（la règle obligatoire）、②詐害的意図（l'intention frauduleuse）、③有効な手段（le moyen efficace）（p. 62）。(3) fraude のサンクション：対抗不能訴権（une action en inopposabilité）の付与（p. 392）。

なお終戦直後、民法典の全面的改正にむけて一九四五年六月七日デクレにより発足した民法改正委員会（同委員会については、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説――そのフランス法的意義をめぐって――」法学政治学論究一二号（一九九二年）一七八～一八〇頁注（105）（107）参照）は、法律行為の有効要件の一つである「目的（but）」の箇所に以下のような fraude の要件・効果についての一般的規定を置くことを提言している（art. 25 de l'Avant-Projet relatif aux conditions de fond des actes juridiques, *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, année 1945-1946, p. 165）。

【二五条】

第三者の権利を詐害してなされた行為は、フロードの首謀者または共謀者によって第三者に対抗し得ない。行為の無効は、それが詐害的行為の結果生じる損害を回避または回復する唯一の手段である場合には言い渡され得る。しかしながら有償行為に関しては、すべての当事者がフロードを知っていた場合のみ無効が言い渡され得る。

Art. 25

L'acte fait en fraude des droits d'un tiers ne peut lui être opposé par les auteurs ou les complices de la fraude. La nullité de l'acte peut même être prononcée si elle apparaît comme le seul moyen d'eviter ou de réparer le préjudice résultant de l'acte frauduleux. Toutefois, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, la nullité ne peut être prononcée que si toutes les parties ont eu connaissance de la fraude.

(16) 以上の経緯の簡略な整理につき、*cf. ex.* GHESTIN et GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 809, pp. 796 à 798; PICOD (Yves), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Bib. dr. privé*, t. 208, L.G.D.J., 1989, n°s 46 et s., pp. 63 et s.; ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Adages du droit français*, 3e éd., 1992, n° 144, pp. 288 et s.; *etc.*

(17) GHESTIN et GOUBEAUX, *op. cit.* は、「法システムの究極目標の尊重」と題して、「道徳秩序の要求（les exi-

gences d'ordre moral)、社会関係の調和的構成の要請（les impératifs d'une harmonieuse organisation des rapports sociaux)、正義の考慮（le souci de la justice）が著しく脅かされるようなことがあれば、そのような逸脱（déviations）は矯正されなければならず、それゆえ法は自らの適用をコントロールする手段を創造しなければならない」と述べる。そして法規の尊重とかかる理想の防御の一般的な調整手段として、権利濫用論（théorie de l'abus de droit)、フロード法理（théorie de la fraude)、表見法理（théorie de l'apparence）の三つを取り挙げている（n° 760, p. 746)。また同時にフロード法理と他の隣接法理、特にコーズ理論（théorie de la cause)、権利濫用論および民事責任論（théorie de la responsabilité civile）との競合関係に言及している（n°s 830 et s., pp. 821 et s.)。さらに“la bonne foi-loyauté”概念（日本における信義則に相当）との関係も問題となろう（*cf. ex.* PICOD, *op. cit.*, n°s 50-1 et s., pp. 65 et s.; RIPERT (Gerges), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, n° 157 et s., pp. 287 et s.; *etc.*)。我が国にフロード法理を導入する際にも、既存の他の法理（特に、権利濫用、信義則および不法行為）との関係を明確にしておく必要があるように思われる。

(18) 浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法学五一号一頁以下（一九六四年)、鎌田薫「不動産二重売買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（一九七四年)、滝沢聿代・物権変動の理論（一九八七年）など参照。ちなみに滝沢教授は「……concert frauduleux はあくまでも法の一般原則に基づく例外的な制裁として性格づけられる。則ち、《Fraus omnia corrumpit》の法理は、わが国の民法九〇条、一条二項、三項と同様の機能を果たすのであり、それ故に同じ内包を持つ背信的悪意者の概念は、concert frauduleux とパラレルな観察を許すものである……」と日仏両概念の関係を分析されている（同二五一頁。同旨二〇七頁参照)。

但し周知のように、フランス判例法はその後不動産二重譲渡につき、fraude 法理から faute 法理へと転換を遂げている（この点につき、右鎌田論文（三一頁以下)、滝沢論文（二三七頁以下）の他、吉田邦彦・債権侵害論再考（一九九一年）四五〇頁以下、七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法学研究六四巻一二号二二二頁以下（一九九一年）など参照)。これに対して抵当権については、「……フロードを構成する詐害的悪意のみが不動産公示原則を機能させなくするという一九六八年判例変更前の原則がいまだ妥当しているのではないだろうか」との分析が有力になされている（吉井啓子「不動産担保物権の対抗――フランス抵当制度からの考察(一)」同志社法学四九巻

二号一九四頁（一九九八年）など参照。V. aussi, LEVIS (Marc), *L'opposabilité du droit réel, de la sanction judiciaire des droits*, 1989, n° 289, p. 245)。

(19) ヴィダル教授は、もちろん歴史的には、ローマ法の actio pauliana に由来する action paulienne が、中世ローマ法学によって形成された《*Fraus omnia corrumpit*》の法諺よりも先行しているが、現代法においては、action paulienne は action générale de fraude の一適用局面と位置づけられるべきであると主張されている（*cf.* VIDAL, *op. cit.*, p. 219; *v.* aussi, MARTY(G.), RAYNAUD(P.) et JESTAZ(Ph.), *Droit civil, Les obligations*, 2e éd., t. 2: *Le régime*, 1989, n° 190. p. 173; TERRÉ(F.), SIMLER(Ph.) et LEQUETTE(Y.), *Droit civil, Les obligations*, 6e éd., 1996, n° 1059, p. 854; *etc.*)。

これに対してフランスでは、action paulienne ひいては fraude 一般につき、それを民事責任（responsabilité civile）の問題に吸収（absorption）して理解する傾向が有力であり、その是非をめぐって議論が積み重ねられている（この点につき、*cf. ex.* MAZEAUD(Henri), L'《absorption》des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile, *D. H.* 1935, Chron., p. 5 et s.; RADOUANT(Jean), note sous Paris, 23 juillet 1937, D.P. 1939. 2. 81; SINAY (H.), Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente, *R. T. D. civ.*, 1948, pp. 183 et s.; VIDAL. *op. cit.*, pp. 220, 364 et s.; GINOSSAR (S.), *Liberté contractuelle et respet des droits des tiers, Émergence du délit civil de fraude*, 1962, n° 31, pp. 73 à 78; GHESTIN(J.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2e éd., 1994, avec Jamin(C.) et Billiau(M.), n° 460, p. 510; GHESTIN et GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 834, pp. 823 à 825; *etc.*)。我が国においても同様に、「フロード法理」を導入するに際しては、不法行為（七〇九条）との関係が問題となろう（なお前注（18）参照）。

(20) フランス判例および学説の状況につき、松坂佐一・債権者取消権の研究（一九六二年）九〇頁以下、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（一九九一年）三〇四頁以下、GROUBER (Alexandre), *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, Sirey, 1913, nos 263 et s., pp. 479 et s.; PLANIOL(M.) et RIPERT(G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VII: Obligations, 2e partie, 1954, nos 937 et s., pp. 267 et s.; VIDAL, *op. cit.*, pp. 221 et s.; GHESTIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, n° 478, pp. 526 à 527; *etc*

(21) 例えば、好美（旧）説は、第二契約者の自由競争の確保とその限界という視角から、「『第三者』にあたらないというにせよ、契約それ自体での保護にせよ、あるいは不法行為法の構成によるにせよ、それらすべてに共通の観念は、詐害的行為という反倫理的な異常事態においては、謄記とか物権とか債権とかは決定的な意義をもたず、害意者は保護されるべきではない、との原則なのである」と問題を提起し（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――」法学研究（一橋大学）三号（一九六一年）四一七頁参照）、「……四二五条を援用して直ちにその保護を拒否して事足れりとするのではなく、むしろ逆に、四二五条は金銭的補償のみを想定したもので、特定物債権にはかかわりはないとして、四二四条の詐害行為取消権を支配する基本観念を類推する努力こそ、払うべきではなかろうか。もちろんこれは、本来の詐害行為取消権ではありえない。むしろ、硬直化した権利概念のもつ限界、それのもたらす弊害を矯めるための信義則の運用であり、その具体的指針、手掛りを詐害行為取消権の規定に見出そうとする意味を持つにすぎない」と詐害行為取消権の「類推」という具体的な解釈論を展開した（同四一八頁）。

次いで磯村（保）論文は、価値判断のレベルで好美説と立場をやや異にし、「第二買主Cが、すでに第一買主Bが存在することを認識し、かつ売主AのCに対する第二売買がAのBに対する債務不履行となることを認識・認容しつつ契約を締結する行為は原則として違法な債権侵害を構成すると解することになる」（磯村保「二重売買と債権侵害㈠――「自由競争」論の神話――」神戸法学雑誌三五巻二号三九二頁（一九八五年）参照）、すなわち「単純な債権侵害の認識も原則として自由競争の範囲外の行為であると評価する」（同三九三頁参照）が、「法律構成として好美旧説が提示した債権者取消権の類推という考え方には大きな魅力を感ずる」（同四〇二頁参照）として、特定物債権保全のために債権者取消権制度を「転用」することを主張している（同四〇三頁参照）。その際「民法四二五条の規定は、責任財産の確保により保全されるべき債権についての規定として本来の制度趣旨どおりに理解すれば、『転用』の場合にはその適用の基礎を欠くと解することも可能ではなかろうか」として、四二三条と同様に、本来的適用事例と転用事例を区別される解釈論を提言されている（同四〇三頁参照）。

さらに辻正美「詐害行為取消権の効力と機能」民商九三巻四号（一九八六年）も「転用」「類推適用」の語を用いてはいないが、「債権者代位権が部分的ながらも特定物債権保全のためにも行使しうるものとされたように、詐害行為取消権に特定物債権の保全という機能が承認されても不思議ではないし、それが債権の保護の強化という現代的な要請にも適うものと考えられる。」（四八八頁）「従来の学説は、ともすれば責任財産の保全という機能という点を強

調するあまり、こうした現実の債権者の姿や関心事を無視し、この制度が発揮すべき債権者の保護機能を大幅に制約しているように思えてならない。」（四八九頁）と指摘している。

(22) 山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成――限定浮動担保理論の構築――」法時六五巻九号（一九九三年）二三～二四頁参照。

(23) 同判決については、さしあたり湯浅道男『判例評釈』別冊ジュリ一三六号民法判例百選Ⅰ総則・物権［第四版］（一九九六年）二〇五頁引用の文献参照。山野目教授は、「……理論上の問題があることにも関連するが、具体的事件としての本件の処理が適切であったかも問題である」すなわち「少なくとも、本来の取引の安全を保護すべき純粋な第三者でないことは明らかであろう」とされ、「権利濫用法理による例外的処理の可能性」を探るべきと指摘されているが（山野目章夫『判例評釈』ジュリ増刊一〇六八号平成六年度重要判例解説（一九九五年）八〇頁参照）、端的に無償譲渡行為自体の詐害性およびその効力否認を問題とすべきではなかろうか。そのためには「フロード（fraude）」法理が有用であろう。この点については別稿を予定している。

(24) 同判決については、さしあたり野山宏『判例解説』法曹五〇巻六号（一九九八年）一四三頁以下、石井眞司＝伊藤進＝上野隆「〈鼎談〉抵当権にもとづく物上代位（その2）＝賃料債権の譲渡と抵当権にもとづく物上代位の優劣」銀行法務21五四七号（一九九八年）三四頁以下、清原泰司『判例評釈』判例評論四七五号（一九九八年）二二頁以下など参照。なお同判決以前の議論の状況については、松岡久和「物上代位権の成否と限界(3)――包括的債権譲渡と抵当権の物上代位の優劣」金法一五〇六号一三頁以下（一九九八年）などに詳しい。

ちなみにフランスでは、そもそも「期限未到来の賃料もしくは小作料の三年分に相当する額の受領または譲渡」は公示の対象とされ（不動産公示に関する一九五五年一月四日デクレ二八条一号b）、公示を欠いた場合三年を超える期間について第三者に対抗できない（同三〇条三款）とされている（拙稿・前掲「フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理」二九〇頁参照）。また抵当権を詐害してなされる賃料譲渡に対して詐害行為取消権（action paulienne）の行使を認めるのが確立した判例法である（*cf. Req.*, 24 fév. 1941, J.C.P. 1942. II. 1918, *obs.* Emile Becqué: なお正確には「délégation de loyers（賃料支払の指図）」の事案であるが、詳細は拙稿三〇六～三〇七頁参照）。詐害行為取消権の「転用」（action paulienne spéciale）の典型例と位置づけることができよう（*cf. ex.* PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 938, p. 268: *etc.*）。

なお我が国の学説の中では「三九五条但書類推適用論」が主張されているが（佐久間弘道「賃料債権の包括的譲渡と物上代位による差押えとの優劣」銀行法務21五三〇号（一九九七年）一一頁、同「賃料債権の包括的譲渡と抵当権にもとづく物上代位の優劣」同五四八号一三頁（一九九八年）一三頁参照）、「四二四条類推適用論」と基本的な問題意識を同じくするものと思われる（また大西武士『判例評釈』判タ九七四号八一頁（一九九八年）は「……権利濫用、信義則違反、虚偽表示等の一般理論により救済するか、他の担保権法規の類推解釈により救済する方法を考慮すべきである」とする）。この点についても別稿を草して詳論する予定である。

(25) 債権者代位権（四二三条）と無資力要件に関して立法経緯を検討するものとして、浦川道太郎「債権者代位権に関する一考察――債務者の無資力要件との関連において――」内山＝黒木＝石川先生還暦記念・現代民法学の基本問題中（一九八三年）六～一〇頁など参照。

(26) 第三款　第三者ニ対スル債権者ノ権利

【四一七条】

債権ハ当事者及ヒ其ノ他包括承継人ノ間ニ非サレハ其効力ヲ有セス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

【四一八条】

〈間接訴権＝債権者代位権〉

【四一九条】～【四二二条】

〈廃罷訴権＝詐害行為取消権〉

（法典調査会・民法議事速記録三・第五十六回―第八十四回（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書3（一九八四年）商事法務研究会）一〇〇頁、吉村良一「〈史料〉債権総則（一四）」民商八三巻六号一（一九八一年）四六頁、浦川・前掲論文六頁など参照）。

(27) 法典調査会・民法整理会議事速記録（法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書14（一九八八年）商事法務研究会）二四三頁参照。

(28) なお正確には、三九五条、五八一条の起草担当者は梅であるが、四二四条の起草担当者は穂積である（民法成立過程研究会「明治民法の制定と穂積文書」福島正夫編・穂積陳重立法関係文書の研究（日本立法資料全集別巻1・信山社・一九八九年）所収五四頁参照）。いわゆる「起草者」の意思は、規範的意味における「立法者意思」（この点に

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」三二八〜三二九頁注（26）参照）を獲得するための基礎的資料の一つとして位置づけられるが、そもそも多元的なものであり得よう。

(29) 本稿第二章第二節注（14）参照。

(30) 梅謙次郎・民法原理債権総則完（明治三五年一二月全部完結）（信山社・復刻叢書法律学篇17・一九九二年）三六五〜三六六頁参照。なお梅が、二重譲渡（一七七条・一七八条）に関しては、第二譲受人（丙）が悪意であっても「其売買ハ丙ノ眼ヨリ観レハ未タ成立セサルモノナルカ故ニ、此場合ニ於テハ廃罷訴権ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス」とする点（同三六六頁）には注意を要するであろう。

(31) 梅・前掲民法原理債権総則完三六三〜三六四頁参照。

(32) 梅が四二四条の要件として「債権（者）」であることを重視していた点（本稿第二章(二)(1)(ii)および(2)(ii)(b)参照）を想起すると、いわゆる「転用（本来の機能である責任財産保全機能を超えて詐害行為取消権を用いること）」論には、正確に云うと、①特定（物）債権の保全と、②債権以外の権利（抵当権・受戻権など）の保全の二つの局面が包含されることになり、そのうち①は四二四条の適用範囲内の問題、②は四二四条の「類推適用」の問題として位置づけられることになろう。

(33) 拙稿・前掲「フランス法学説としてみたボワソナード旧民法〈覚書〉」二四頁参照。

（一九九八年一〇月一六日稿）

【追記】脱稿後、吉田克己「民法三九五条（抵当権と賃借権との関係）」広中俊雄＝星野英一編・民法典の百年II個別的観察(1)総則編・物権編（一九九八年）六九一頁以下に接した。吉田教授は、民法三九五条につき、母法（フランス法・ベルギー法）から本条への承継関係には、抵当権設定後の賃貸借に関する原則的考え方がその承継から消滅へと転換するという決定的な断絶があり、かつその転換の背景には、西欧諸国の主流である「投資財としての不動産」観と、日本における「使用財としての不動産」観という二つの不動産観の対立が存するとの基本的な分析視角を提示されているが（同六九二〜六九三頁など参照）、右視角は本稿の考察にとっても示唆に富む。機会を得て本稿を補完したいと考えている。