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

Title	フランスにおける不動産賃料の詐害的な処分に対する法規制の変遷および賃料債権の担保化の実務 (二・ 完) : 我が国における近時の解釈論・ 立法論を踏まえて
Sub Title	De la cession ou délégation de loyers frauduleuse ou en garantie en droit français (2)
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.9 (2002. 9) ,p.19- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020928-0019

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

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

フランスにおける不動産賃料の詐害的な処分に対する法規制の変遷および賃料債権の担保化の実務（二・完）

――我が国における近時の解釈論・立法論を踏まえて――

片山直也

一　序論
㈠　我が国の法状況
㈡　比較法研究（フランス法研究）の意義
二　フランスにおける詐害的賃料処分に対する法規制の歴史的展開
㈠　前史
(1)　古法
(2)　法典編纂過程における議論
㈡　一九世紀前半の判例・学説
(1)　はじめに
(2)　破毀院一八一三年判決
(3)　一九世紀前半の学説
(4)　一八五五年法制定前夜の裁判例……（以上七五巻七号）
㈢　立法による法規制
(1)　一八四一年のアンケート
(2)　一八五五年三月二三日法
(3)　法改革に向けた新たな努力
㈣　action paulienne による個別規制
㈤　小括
三　フランスにおける賃料債権担保の法実務
㈠　délégation のメカニズム
㈡　délégation de loyers en garantie の実務
四　結びにかえて―日本法への示唆―……（以上本号）

二　フランスにおける詐害的賃料処分に対する法規制の歴史的展開

㈢　立法による法規制[1]

フランスにおける詐害的賃料処分に対する法規制の歴史的展開のうち、前節では一九世紀前半における判例・学説による解釈論レベルでの法規制を概観してきたが、同時期、立法による法規制が強く望まれるようになっていた。立法化に向けた努力は一八五五年の不動産謄記法に結実するが、本節では同法を含め後の立法の起点となった抵当制度改革に関する一八四一年アンケートを一瞥した後（1）、一八五五年法の立法経緯を分析し（2）、最後に一八五五年法施行後二〇世紀前半に至る立法化の動向を紹介することにしよう（3）。

(1)　一八四一年のアンケート

一八四一年、当時の司法大臣マルタン・デュ・ノール（Martin du Nord）は全国の主要な裁判所・大学法学部を対象に抵当制度およびその改革に関するアンケートを行った[2]。アンケートは司法官・大学教授に対して法律の不備・欠陥およびその改善方法についての意見を求めるもので、その際に特に注意すべき点として、所有権の移転に関する民法典のシステムとブリュメール法（loi de Brumaire）のシステムとの選択、法定抵当権および先取特権の公示への賛否、滌除手続きの簡略化・実効性の検討などの八項目が大臣通達の中で挙げられたが、回答をそれに限定する趣旨ではなく、実際、裁判所・法学部からはしばしばその項目の範囲を超える様々な意見が寄せられた[3]。公示の範囲すなわちいかなる行為および権利が公示されるべきかに関しては、裁判所・法学部の間で見解が大きく分かれたようだが、唯一、長期の賃貸借および地役権については、公示に好意的な見解が多数を占め、反対は僅かに三つの裁判所にとどまったとされている[4]。具体的には、賃料の事前処分の公示に関する意見は次の

ように整理することができよう。[5]

A：公示に賛成する立場（肯定説）

(1) すべての賃料処分を公示すべきとする意見（全部説）

……アジャン、バスティア、ディジョンの各控訴院[6]

(2) 一年を超える期間の賃料処分を公示すべきとする意見（一年説）

……アミアン、メッツ、モンペリエ、パリ、ポワチエの各控訴院、カーン大学法学部[7]

(3) 二年を超える期間の賃料処分を公示すべきとする意見（二年説）

……グルノーブル控訴院[8]

(4) 三年を超える期間の賃料処分を公示すべきとする意見（三年説）

……レンヌ大学法学部[9]

(5) 慣習に従いそれを超える期間の賃料処分を公示すべきとする意見（慣習説）

……ドゥエ控訴院[10]

B：公示に反対の立場（否定説）

……オルレアン、ポー、ルーアンの各控訴院[11]

否定説は少数ながらも有力に主張されていた。例えばオルレアン控訴院は、「賃貸借については、所有者ではあるがまもなく執行される者が、後に奪われることを知りながら急いで不動産を賃貸に供したり、小作料を、あるいは実際にあるいは見せかけで一年ないし複数年にわたって前払いすることがしばしば起こりうる。しかしな

がらこのような行為にはフロードが伴わないことは稀であろうから（特に小作料の前払いは常にフロードを示すであろうから）、債権者が行為を無効とすることができないということもまた稀であろう。よって現実には債権者はそれらの行為からいかなる損害を被ることもないであろう」と述べ、ブリュメール法のように物または権利の移転的な行為（actes translatifs）に謄記義務を限定すべきだとする。[12] すなわち詐害的な賃貸借・賃料処分には「フロード」法理で対処可能であり、不動産謄記は抵当権の効力が及ぶ物または権利の移転的行為を公示するとの原則を堅持すべきだとの主張である。さらにルーアン控訴院は、①要式の履践がもたらす費用負担、②その不遵守が善意の賃借人や小作人をしばしば気難しく手厳しい取得者の恣意に委ねることになる危険、③農業が被ることになる損害などの政策的な根拠づけを挙げている。[13]

これに対して多数意見は、賃料処分を一定の範囲では公示の対象とすべきだとする。例えば一年説を採るモンペリエ控訴院は、ブリュメール法によって謄記が要求される移転的行為だけではなく、所有権を移転するわけではないが所有権を支分したりその価値の大幅な減少をもたらす行為にも謄記を要求すべきであるとし、[14] その例として賃貸借（baux）および小作料の前払（les payements de fermages par anticipation）を取り上げている。前払については、買主、差押債権者および買受人から、多かれ少なかれ長期に亘って売却不動産や抵当不動産の果実を奪ってしまうものであるから、不動産信用を害することは明らかである。よって全面的に禁止すべきか、それとも制限を行いつつ容認すべきかが問題となる。一方では賃貸人の取引に不安がない場合、前払には、それを手段とした資金調達、その他賃貸人・賃借人間の共通のメリットがあるものの、他方では賃貸人の取引に不安がある場合には、前払にはほとんど常に債権者の利益を危機に晒すフロードが隠されているゆえ、古法時代の判例に倣い、一年を超える前払は、謄記なくば第三者に効力を有しないとすべきだと提言している。[15] さらにパリ控訴院は、前払だけでなく、一年以上の期限未到来の小作料・賃料の移転または譲渡を含む行為（les actes contenant

transport ou cession de plus d'une année de fermage ou de loyer à échoir）も謄記の対象とする。[16]

以上のように一八四一年のアンケートでは、賃料処分の公示に反対する少数意見も有力であったが、公示に賛成する意見、特に一年を超える賃料処分（前払・譲渡）を謄記の対象とすべきだとの意見が多数意見であり、そこでは、所有者に資金調達の余地を残しつつ、債権者に対するフロードを画一的に抑止することが企図されていたといえよう。以後の立法作業においては、この「一年説」が実務界の要請（裁判所の多数意見）として位置づけられることになる。[17]

⑵　一八五五年三月二二日法

一八四一年のアンケートを踏まえ、司法大臣マルタンは一八四八年に抵当改革に関する法律案を準備する委員会を設置したが、その作業は一八四八年の二月革命によって中断された。次いで第二共和政下、一八四九年六月一五日、共和国大統領ルイ・ナポレオンのアレテによって立法作業が開始されるが、これもまた一八五一年一二月のクーデターによって中断されることになる。[18] この二度の挫折を経て立法作業が再開されるのは、第二帝政下の一八五三年であった。[19]

一四ヶ条からなる政府草案「抵当権関連の謄記に関する法律案（Projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire）」は、コンセイユ・デタ（国務院）における一八五三年四月一三日〜五月三日の審議を経て承認された後に、一八五三年五月一一日、理由書（Exposé des motifs）とともに立法議会（Corps législatif）に提出された。立法議会では同草案の検討を特別の委員会（Commission chargée d'examiner le projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire）に委ねたが、委員会では政府草案を基に新たな起草（Nouvelle rédaction）が行われ一二ヶ条からなる委員会草案が作成され、改めてコンセイユ・デタの承認を受けた。一八五四年五月二一

日、立法議会において、検討委員会を代表する立法議会議員ベレイム（Adolphe De Belleyme）によって、政府草案を踏まえた上で委員会草案についての報告がなされた。立法議会は、一八五五年一月一三日から審議を行い、同月一七日に二一四対六の賛成多数で同法案を可決した。三月一四日には元老院（Sénat）を通過し、一八五五年三月二二日、「抵当権関連の謄記に関する法律（Loi sur la transcription en matière hypothécaire）」（いわゆる一八五五年法）が公布されるに至る。[20]

まずは賃料処分に関する政府草案と委員会草案の関連条文を挙げておこう。ちなみに委員会草案二条四号、五号は修正を施されることなく一八五五年法二条四号、五号に引き継がれている。

【政府草案二条】

以下もまた謄記によって公示される。

四号　二七年以上の期間の賃貸借、およびそれに満たない期間の賃貸借についても三年以上の期限未到来の賃料または小作料の前払をもたらすすべての行為[21]

【委員会草案二条】

以下もまた謄記される。

四号　一八年以上の期間の賃貸借

五号　それに満たない期間の賃貸借についても賃料または小作料の三年に相当する額の前払または譲渡を認めるすべての行為または判決[22]

立法議会においてベレイムによってなされた同規定の趣旨説明（一八五四年五月二一日）に耳を傾けよう。

「有益にかつ実際に所有権の金銭的価値を高めるというその目的を完全に達成するためには、さらに進んで、物権の設定ではないが、所有権の価値を大幅に変化させる性質を有するすべての行為を謄記に従わしめる必要があろう。長期

の賃貸借や賃料の数年にわたる予めの受領がそれである。それらの行為の存在が所有権の価値に及ぼすあらゆる影響を考慮しよう。その使用、収益および享有が侵害される。それゆえ買主や抵当貸主はそれらを知る正当の利益を有するのである。

我々は、賃貸借や賃料の受領の公示が、債権の領域への侵害となり、私的な合意の自由や秘匿の原則に反することは十分承知していた。だが我々にはその公示は正当かつ必要なものと思われた。それゆえ法律が目指す目的にとって必要欠くべからざる条件としてこれを採用したのである。

抵当権に関して云えば、借金がなされるのは所有権があるゆえにである。それは支払が可能であることの証明となる。対人的な信用供与は柔軟であり得るが、必ずしも借主の財産に対応してはいない。取引の中に信用や将来についての幅がある。それに対して所有権の対物信用は、まさしくその金銭的価値の限度で評価される。資金はそれを超えることはない。それゆえにその価値にかかわるすべての事柄が公示されるべきである。

それは所有権の負担がすべて明らかにされることによってのみなされ得る。利害関係を有する第三者にもっとも完全な安全を与えることによって、不動産信用のより望ましい発展を保障することができよう。

謄記に従うべき賃貸借の期間および賃料の予めの支払の範囲の設定は必然的に恣意的なものとなった。委員会はコンセイユ・デタとの同意のもと、不動産信用の要請と用益および私的な合意の自由の尊重との調整を模索したのである。[23]」

ここでは賃貸借・賃料前払がたとえ債権関係であっても不動産所有権の価値を下落させるものゆえ公示（謄記）の対象とすることによって不動産信用の安定を確保するというのが同規定の趣旨だが、同時に用益および合意の自由の尊重も無視することはできず、その調整を図るために公示（謄記）の範囲が設定されたが（賃貸借：一八年、賃料前払：三年）、それは恣意的なものとならざるを得なかったことが明らかにされている。

なお賃料処分については、政府草案では「予めの受領（quittance）」のみ文言化され「譲渡（cession）」は漏れていた。この遺漏はおそらく先に見たように一八四一年のアンケートにおいて裁判所の意見の多くが「予めの受

領（前払）」のみを要求していたという事実に起因していると分析されている。[24] さらに一八五一年に既に立法化されたベルギー抵当法が「予めの受領（前払）」のみを規定したことも影響を与えたかも知れない。[25] だが譲渡と受領は、第三者に対して同様に危険であり同一の取扱いがなされるべきであろう。そうでないと所有者に法律を迂回する容易な手段を与えることになるからである。おそらくこの点が考慮され、委員会草案においては「譲渡」についても明文化されているが、この点に関して趣旨説明はなされていない。

以上の趣旨説明に続いて、一八五五年一月一三日から立法議会の審議が開始されるが、同日の審議において、委員会のメンバーであったデュクロ（Duclos）は、期間が一八年以上の場合にのみ賃貸借の謄記を要求する二条の規定を批判し、農村部の不動産の賃貸借については一八年を認めるとしても、都市部の所有権についてはその期間は九年に短縮すべきであると主張した。同様に、予めの賃料受領を三年に満たない期間につき謄記の必要性から免れさせたのは妥当でないとの意見を述べている。デュクロは、一八四一年のアンケートにおける支配的な見解に従い、一年以上の期間の予めの賃料受領はすべて謄記に服するべきことを主張した。さらに、すべての場合において、従来と同様、予めの弁済が債権者を害して行われたとの状況を判断する権限を裁判所に残してことが望ましいとも要求している。[26]

またポン（Paul Pont）はその一八五四年の論文において、一八五三年の政府草案につき、一方では、賃料処分行為（前払）自体ではなくそれを含む賃貸借のみの謄記を認めるベルギー抵当法と異なり、「すべての行為」として賃貸借が合意された後になされた、賃貸借とは分離された賃料処分行為も謄記の対象とする点を評価しつつも、他方ではデュクロと同様に、謄記義務の範囲が三年以上の期間の前払とされている点を批判し、一八四一年のアンケートの多数意見（特にモンペリエ控訴院の意見）を援用し、一年とすべきだと主張している。[27] 特に「果実を一年以上譲渡されたにもかかわらず通常の負担の支払を余儀なくされるという不動産は、その価値を六分の

一あるいは五分の一とさえ評価される割合で失うに等しく、このような重大な価値低下の原因が秘匿され得るとなると、謄記を制度化する趣旨にも悖ることになろう」と述べている。[28]

以上の反対にも係わらず委員会は、範囲の設定は「恣意的」な問題としつつ、「不動産信用の要請と用益および私的な合意の自由の尊重との調整」を模索した結果、政府草案の「三年」を維持したのである。[29]

(3) 法改革に向けた新たな努力

三年を超える賃料処分を謄記の対象とした一八五五年法に対しては、既に立法段階から一年を超える賃料処分に謄記義務を課すべきだとするデュクロやポンなどの有力な批判が存したが、その批判は一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけての新たな法改革の動きの中で再燃する。[30] ここでは主要な法改正の試みとして、(i)一八九一年五月三〇日のデクレによって財務省（Ministère des Finances）内に設置された台帳委員会（Commission extraparlementaire du cadastre）による予備草案（Avant-Projet）、および(ii)一八九六年一〇月二七日に司法大臣ダルラン（Darlan）により提出された政府草案を紹介しておこう。

(i) 台帳委員会の予備草案

台帳委員会の三つの小委員会の一つ法律問題小委員会（Sous-Commission juridique）は、取引の安全と不動産信用の発展のために、不動産所有権の法的状態を変更するすべての行為やすべての事実を公示に服せしめることが有用であろうと判断し、一八九一年七月二日の会議において、いかなる方法によってかついかなる制裁の下にこの拡張を行うべきかの調査を起草・研究部会（Comité de rédaction et d'études）に委託した。そしてその結果は、一八九二年六月二日の法律問題小委員会第二三回会議において、「先取特権・抵当権以外の物権の公示に

関する予備草案（Avant-Projet sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et les hypothèques）」としてマシグリ（Ch. Massigli）委員から報告がなされた。[31] 関連する予備草案の条文は次の二条二号、三号である。[32]

【予備草案二条】

以下についても同様である（不動産登記簿（Livre foncier）の不動産票（feuillet de l'immeuble）に登記（inscription）によって公示されなければならない）。

……

二号　当初の期間であると期間満了前の合意更新によるものであるとを問わず、一二年を超える賃貸借

三号　それに満たない期間の賃貸借についても、期限未到来の賃料または小作料の一年分以上の額の弁済または譲渡を認める行為または判決

……

この条文につきマシグリ委員は以下のように説明している。

「少なくとも支配的な考え方によると、賃貸借が賃借人に付与する享有権は、真の意味で物権ではないが、第三者に対抗できるので、不動産の金銭的価値を変ずる可能性が存するのは明らかである。それゆえ一八五五年法は、賃貸借の効果がある期間を超えて及ぶ場合には、賃貸借は公示されるべきであるとし、その限界を一八年に設定した。また期限未到来の賃料・小作料の前払や譲渡についても、買受人および抵当債権者にとって見込み違いとなるであろうから、公示に従わせた。そこでは支払または譲渡された額が賃料・小作料の三年分以上となる場合には謄記が要求されたのである。予備草案はこの解決を原則においては維持している。ただ公示の要請により適うように、それ以上について謄記が義務づけられる限界（それは必然的に恣意的なものにならざるを得ないが）につき修正を施した。すなわち賃貸借の期間および賃料・小作料の前払の範囲が改革点である。同時に現行法が未解決の問題について、第三者の利益により有利な方向で解決を図っている。すなわち当初は公示を免れた賃貸借が期間満了前に更新され、新たに約定された期間および残存期間の合計が法定の限界を超える場合に公示を要するか否かという問題である。[33]」

ここでは一八五五年法の原則を維持しつつ、より公示義務の範囲が拡大されている。かくして一八四一年のアンケート以来の実務的要請であった一年以上の賃料前払・譲渡の公示が法案化されることになったのである。

(ii) 一八九六年の政府草案

同様の改正案は、一八九六年一〇月二七日、司法大臣ダルランにより提出された政府草案においても提案されている。

【政府草案一条[34]】

以下は物件所在地の抵当権保存所に謄記によって公示される。

……

二号　当初の期間であると更新によるものであるとを問わず一二年を超える賃貸借[35]

三号　それに満たない期間の賃貸借であっても、期限未到来の賃料または小作料の一年分以上の額の弁済または譲渡

ここでも取得者から三年以上に亘って不動産の収益を奪うのは、不動産の価値減少をもたらすから公示すべきであるとの一八五五年法の原則を採用しつつ、それをさらに厳格にしたものと分析されている[36]。

なおこの二つの草案によっても依然未解決の問題が残されているとして、①複数の異なる人に賃料譲渡がなされた場合、その総額が一年分の額を超えていても、各譲渡がその額を下回るときには、同じく抵当債権者が害されることになるにもかかわらず、公示の対象とならない点が問題である点、②法定期間を超える将来の賃料譲渡または受領が謄記されていない場合、取得者は譲渡・受領につきそのすべてを無効とみなし得るか、あるいは三年または一年については尊重しなければならないのかが不明である点を指摘するものが存した[37]。

以上の二つの草案が最終的に実を結ぶことはなかったが、少なくとも一九世紀末葉から二〇世紀の初頭にかけては、一年以上の賃料処分を公示の対象とすべきだという一八四一年のアンケート以来の要請に沿った法改革の努力が、一八五五年法以降においても積み重ねられていたことは確かである。

だがその後は、この法改革の動きも、公示されるべき賃料処分の範囲に関しては終息の方向に向かい、三年分に相当する賃料処分につき謄記義務を課す一八五五年法の取扱いが是認されるようになる。その原因は定かではないが、第一次世界大戦の結果ドイツ領からフランス領に復帰したアルザス・ロレーヌ地方にフランス民事立法を適用するための一九二四年六月一日法が、一二年以上の期間の賃貸借に基づく賃借権とともに、期限未到来の賃料三年分の前払・譲渡を登記の対象とした点[38]の影響が大きかったと推測される。著名な民法典改正委員会の作業（一九四五―一九四六年）においても、「アルザス・ロレーヌ地方を含む大陸フランス領の不動産公示制度を統一する草案」一一条によって、賃貸借については九年以上の賃貸借を公示の対象にするとの法改正が提案されているが、賃料処分については一八五五年法および一九二四年法を修正する提言はなされていない[39]。周知のように現行法である一九五五年一月四日デクレは、一二年以上の期間の賃貸借と三年分に相当する賃料の前払・譲渡を公示の対象とする次の規定を置き、同デクレの制定によって、フランスにおける詐害的な賃料処分に対する立法による法規制の試みが一応の終焉を迎えることになるのである。

【二八条】

以下は不動産所在の抵当権保存所に必ず公示されなければならない。

一号　以下の事項を生前に記載しまたは確認するすべての証書（停止条件付のものも含む）および判決

(a)　略

(b) 一二年以上の期間の賃貸借およびそれに満たない期間の賃貸借であって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

【三〇条三款】

公示を欠いた場合、以下については同条一款一号によって定義された第三者に対抗し得ない。

賃貸借については一二年以上の期間

期限未到来の賃料または小作料の譲渡を記載する証書について三年以上の期間[40]

(四) action paulienne による個別規制

前節(三)では、フランスにおける詐害的な賃料処分に対する立法による法規制について検討した。その仕組みは、三年（あるいは一年）に相当する額以上の賃料処分を不動産公示の対象とすることにより、抵当債権者・取得者の保護を図るという点に存した。まずはその点が我が国の近時の立法論にとって参考となろう。しかしながら序論において言及したように、比較法としてのフランス法研究の意義はそこに止まらない。フランス法の枠組みは複合的・重層的であり、その全体像を把握することが重要であると思われる。

まず取り上げられるべきは、本章の歴史的考察がそれを示すように、詐害的な賃料処分に対する法規制は、フロード（fraude）を要件とする個別規制を出発点としているという点である。これは中世ローマ法以来の法諺である *fraus omnia corrumpit*（フロードはすべてを無にする）、一九世紀初頭に判例法として承認された *la fraude fait exception à toutes les règles*（フロードはすべての規則の例外をなす）などの法諺によって示される一般法理（以下、フロード法理）、あるいは action paulienne（詐害行為取消権）を規定するフランス民法典一一

六七条を根拠とする、「詐害意思」を要件とした個別規制である。判例は古くから一一六七条を一般債権者だけではなく、抵当債権者の保護にも援用しており（一種の転用論）、近時は（特に一九九〇年代以降）、学説もそれを支持するようになってきている。

それでは以下 action paulienne による個別規制に関するフランスの判例・学説を簡略に整理しておこう。[41]

(1) 一九世紀

既に述べたように、一八五五年法制定直前においては、賃料譲渡（cession de loyers）や賃料支払指図（délégation de loyers）などの賃料処分が抵当権実行の効力（果実の不動産化）に優先するとの裁判例が多数を占め、「確固たる判例法」を形成していると評されていた（本稿「㈠」七号二六頁参照）。ただ多くの裁判例が、「フロードの徴候がない限り」、「フロードなしになされた場合には」など、フロード（fraude）がある場合の例外の余地を認めていたし、[42]「……不動産の果実は、債権者の権利を詐害して譲渡されうるが、それらの権利は対人的な権利として、一一六七条によって保護されるのみである」とし、action paulienne（一一六七条）による排除を示唆するものも存した。[43] 実際にフロードを認定した例として、コルマール控訴院（正確には Cour impériale）一八五一年八月六日判決[44]（前掲【9】判決）があり、九年に及ぶ小作料の譲渡につき一一六七条（action révocatoire）に基づいて取消を命じる判決を下している。ただ一九世紀においては、action paulienne を行使できるとする場合、あくまでも一般債権者の地位においてなのか、それとも別個の要件で抵当債権者として行使することが可能なのか、その点が特に意識的に論じられているわけではなかった。[45]

(2) グルベのテーズ

その点を明確に論じたのが、グルベ（A. Grouber）のテーズ（一九一三年）である。[46] グルベは、判例の詳細な分析を通して、action paulienne が一般債権者の保護のために機能する通常形態（action paulienne ordinaire）と、それを超えて機能する特殊形態（action paulienne spéciale）を体系的に二分し、要件の明確化を企図した。[47] 特殊形態（いわば転用例）として想定されているのは、特定物債権保全のケースと、抵当債権保全のケースである。後者では一般担保（gage général）ではなく特別担保（gage spécial）の保全が図られており、債務者の資力・無資力は考慮されない点が抽出された。[48] この分析は後の判例理論の確立に少なからぬ影響を与えたものと推測される。

(3) 判例法理の確立

詐害的な賃料処分の取消については、パリ控訴院一九三七年七月二三日判決およびその上告審判決である破毀院審理部一九四一年二月二四日判決が存する。両判決については既に別稿において参考として取り上げているが、[49] 本稿の考察にとり重要であるのでここに再録することにしよう。

パリ控訴院一九三七年七月二三日判決[50]（【15】判決）および破毀院審理部一九四一年二月二四日判決[51]（【16】判決）

【事案の概要】

原告・相互会社X（被控訴人・被上告人）は、被告・不動産会社Y_1（控訴人）に対して、八〇〇万フランの信用を供与し（年利八・二％）、Y_1所有の不動産に抵当権の設定を受けたが、後にY_1の利息の支払が滞ったので、Xは一九三四年七月五日および同年八月九日に差押えのための支払催告をなした（なお差押えは同年一〇月三日、差押調書の送達は

一〇月一二日、謄記は一〇月二五日）。他方Y_1は同年九月一五日に、抵当不動産上の一六〇人の賃借人のうち六四人について賃料四年分を、債権者の一人である被告Y_2（控訴人・上告人）に代物弁済として私署証書で支払指図（délégation）を行った（謄記は同年一〇月五日）。そこでXはY_1、Y_2を被告として、一一六七条に基づき右賃料支払指図（délégation de loyers）の取消を請求した。第一審は原告の請求認容。これに対してY_1、Y_2控訴。

【控訴審判決】（パリ控訴院一九三七年七月二三日判決）　控訴棄却

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

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

③「担保債権者あるいは抵当債権者に損害を及ぼす行為の受益者の側のフロードは、その状況について知っていたことに存する」。

【上告審判決】（破毀院審理部一九四一年二月二四日判決）　上告棄却

①「一般債権者に対してなされた賃料支払指図は、その債権の決済を保証するためになされる場合には、それ自体としては適法であるが、それが抵当債権者の権利を侵害する性質を有し、かつ債務者を無資力に陥れまたはその度合いを増大させることによって、抵当債権者の利益を害する目的で同意および承諾がなされた場合には取り消され得る」（無資力の立証もあり）。

②「（実行手続きと賃料支払指図の日付の接近が）、債務者の意図、およびすべての状況を知って抵当債権者の正当な利益を害そうとする陰謀に加担した一般債権者の意図を証明する」。

本事例では抵当権の実行手続きと相前後してなされた詐害的な賃料支払指図（délégation de loyers）のaction paulienneによる取消が認められている。原審判決（パリ控訴院判決）は、無資力要件を不要とし、特別担保を保全するためにaction paulienneを「転用」することを明らかにし、かつ主観的要件も認識で足りると明記しており、後の判例法理の展開をリードする先駆的な判決として位置づけられている。[52]

しかしながら上告審判決（破毀院審理部判決）は、無資力を要件とし、かつ詐害の意図を認定して、action paulienneの伝統的な枠組み（le cadre traditionnel de l'action paulienne）の中での解決に回帰している。[53] 抵当債権あるいは特別担保を保全するためにaction paulienneの援用を認める判例法理（いわゆる転用論）が確立するのは、直後の破毀院社会部一九四一年一二月一九日判決[54]によってである。詐害的賃貸借の事案で、期間一五年の農地賃貸借の一一六七条による取消が争われた。同判決は「債権者が特に抵当権の設定など債務者の特定の財産について特別の権利を付与されている場合、損害は債権者の無資力（insolvabilité）以外のところに存する」と判示して無資力要件が不要であることを明らかにした。[55] この立場は、破毀院第一民事部一九八〇年一〇月一五日判決[56]によって確認されることになる。

近時は、賃料処分に関する事案は存しないものの、抵当権保全のためにaction pauliennenを活用する判例法理はすっかり定着したといえよう。詐害的な長期賃貸借の例として、破毀院第一民事部一九九五年七月一八日判決[57]、破毀院民事第三部一九九六年三月二〇日判決[58]などが挙げられよう。[59]

(4) 学説の対応

当初学説は action paulienne を転用する判例法理に批判的なものが大勢であった。[60] 批判学説の中では、民事責任（responsabilité civile）と構成するもの[61]の他、「フロードはすべてを無にする（*fraus omnia corrumpit*）」、「フロードはあらゆる規則の例外をなす（*la fraude fait exception à toutes les règles*）」などの法諺に基礎を置くフロード（fraude）法理によって解決しようとの action en fraude 説が有力に主張されていた。[62] そこでは「フロード（fraude）」の要件が「認識（connaissance）」に緩和されて解釈されている一一六七条ではなく、「詐害の意図（intention frauduleuse）」を本質的な要件とするフロード一般法理が妥当すべきであるとされた。[63]

これに対して近時の学説は、特に一九九〇年代以降、判例法理を承認するものが多数を形成しつつあるといえよう。[64]

以上がフランスにおける action paulienne による個別規制に関する判例・学説の推移の概要である。

一九世紀においては、このような個別規制では不十分だという認識から、立法による客観的・画一的な法規制が模索されたのであるが、それによって個別規制が不要となったとは考えられていない点を見過ごしてはなるまい。むしろ個別規制を前提とした上で、客観的・画一的法規制が行われていると捉えるべきであろう。実際に、公示（謄記）が要求されない三年（一年）に相当する額の範囲でなされる賃料処分が抵当債権者を害する可能性はあるし、さらに公示のなされていない長期にわたる賃料処分についても三年の期間の範囲においては抵当権者に対抗できるとされたので、[65] 個別規制すなわち詐害の意思を立証して賃料処分の全体についてそれを対抗不能とする余地を残しておく必要性が存するのである。

㈤ 小括

本章では、フランスにおける詐害的な賃料処分に対する法規制の歴史的な変遷を概観してきた。

フランスでは古法以来、詐害的な賃料処分に対する規制が模索されており、賃料・小作料の前払については一定の期間（半年または一年）についてのみ効力を有するとの構成、賃料譲渡については、期限未到来の賃料・小作料を譲り受けた譲受人は、第三者に対する関係では、順次期限が到来した時点においてしか権利を取得しえないという構成（ポティエ理論）によって規制がなされていた。

一九世紀初頭、破毀院一八一三年判決は、期限未到来の賃料の処分（譲渡）がなされたとしても、抵当権の実行による果実の不動産化以降については、賃料処分を抵当債権者に対抗できないとの抵当権優先説（二〇九一条類推適用説）を採用したが、同世紀中葉に至ると、一八一三年判決の先例的価値は失われ、賃料処分は抵当権の効力に優先するとの裁判例が蓄積し確固たる判例法を形成するに至る。[66] これによって、詐害的な賃料処分に対する規制は、フロード法理あるいはaction paulienneによる詐害意思を要件とする個別規制に委ねられることになったが、同時にフランスでは判例法理の転換とあいまって、いよいよ詐害的な賃料処分に対する立法による法規制が強く望まれるようになる。

一八四一年のアンケートを経て、一八五五年の不動産謄記法は、一八年以上の期間の賃貸借とともに、三年に相当する額の賃料処分（前払・譲渡）につき謄記義務を課し、謄記なくば抵当債権者・買受人に対抗できないとした。一八四一年のアンケート結果が既にそうであったように、謄記（公示）の対象を一年に相当する額の賃料処分にするべきであるとの意見が強く、それによった法改革の動きもあったが、最終的に一九五五年デクレにおいては、賃貸借の期間は一二年とされたものの、賃料処分については三年に相当する額の前払・譲渡を公示（謄記）の対象とする一八五五年法が維持されている。いずれにせよフランスでは三年に相当する額の賃料処分を公示（謄記）の対象とするという形で詐害的な賃料処分に対する客観的・画一的法規制を立法により行うこととなったのである。

しかしながらこのような立法による客観的・画一的な法規制によって、個別的な規制が全く不要となったとは考えられていない点を見過ごしてはならない。むしろ action paulienne 転用論による個別的法規制が当然の前提としてあって、その上で客観的・画一的法規制が行われていると位置づけるべきであろう。

以上の歴史的経緯を捨象し、今日のフランス法の詐害的賃料処分に対する法規制の枠組みを整理するならば、次のようになろう。

【フランス法における詐害的賃料処分に対する法規制】

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

B：不動産公示（publicité foncière）による画一的な法規制

我が国の判例法理が、「賃料債権への物上代位」による抵当権の強化という極めて単一的な発想によって解決を図ろうとしているのと対照的に、フランス法の枠組みは複合的・重層的である。

右の枠組みは、今日の我が国における立法論および解釈論にとりきわめて示唆に富むものであると思われるが、その点については、「四　結びにかえて」で再論しよう。

（1）フランスにおける一九世紀から二〇世紀にかけての抵当制度の改革全般については、*cf*. Besson (Emmanuel), *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, Étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, 1891, J. Delamotte (Paris); De Loynes (P.), Le Code civil et le crédit, Régime hypothécaire, Régime de la transmission de la propriété, in *Le Code civil, 1804-1904, Livre de centenaire*, par La société d'études législatives, t. Ier, 1904, Arthur Rousseau (Paris), pp. 381 et s.; Guilloüard (L.), La revision du régime hypothécaire établi par Code civil, in *Le Code*

civil, 1804-1904, Livre de centenaire, pp. 413 et s.; GRASSET (Joseph), *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil*, thèse Montpellier, 1907, Impr. Gustave Firmin, Montane et Sicardi (Montpellier); BECQUÉ (Emile), La réforme de la publicité foncière (Décret du 4 janvier 1955), *J.C.P.* 1955. I. 1226; NERSON (Roger), La réforme de la publicité foncière (Décret des 4 janvier et 14 octobre 1955), D. 1955, *chronique*, pp. 151 et s.; 高橋康之「フランスにおける資本主義の発展と抵当制度の変遷―古法時代から十九世紀半ばまで」法時二八巻一一号二一頁以下（一九五六年）、伊藤道保「一九五五年、フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号三五頁以下（一九五八年）、星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」同・民法論集第二巻一頁以下、一〇七頁以下（有斐閣・一九七〇年）、今村与一「一九世紀フランスの抵当改革（一）（二）―その理論史的考察―」社会科学研究三七巻六号一頁以下、三八巻一号四五頁以下（一九八六年）など参照。

(2) アンケート結果は MARTIN (du Nord), *Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées*, 3 vols. 1844, Impr. royale (Paris) に収録されている。同書は「民法典の諸規定の最も詳細なコンメンタール、抵当制度の関する理論的諸見解の最も完全な全体像」(*cf*. BESSON, *op. cit*., p. 111) をなすものと云われ、当時の法曹・法学者の見解を知るうえで必見のものとされている（今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（一）」二八頁参照）。アンケート結果の詳細な分析として、*cf*. GRASSET, *op. cit*., pp. 86 et s. 併せて、星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」三五頁以下、今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（一）」二七頁以下など参照。

(3) GRASSET, *op. cit*., pp. 90-91; 今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（一）」二七～二八頁、星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」三五～三六頁など参照。

(4) GRASSET, *op. cit*., p. 109 et pp. 117-118; MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, Introduciton, pp. LXXVII et LXXXV; *etc*. 併せて、星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」三八頁、今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（一）」三一頁など参照。

(5) *Cf*. PONT (Paul), Observations à propos du projet de la loi sur la transcription, *Revue critique de*

législation et de jurisprudence, t. IV, 1854, pp. 165-166; LAGARDE (A.), *Des cessions et quittances anticipées de loyers ou fermages non échus*, thèse Paris, 1913, Arthur Rousseau, pp. 28-31; GRASSET, *op. cit.*, pp. 117-118: *etc.* なお「賃料処分」としたが、多くは「前払」のみを論じている。「賃料譲渡」に言及するものは、A(2)のアミアン控訴院、パリ控訴院（後注(7)参照）、Bのルーアン控訴院（後注(11)参照）のみである。

(6) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 124 (Cour royale d'Agen), p. 153 (Cour royale de Bastia) et p. 222 (Cour royale de Dijon). なお慣例に倣い「控訴院」と訳出するが、アンケートの行われた一八四一年は七月王政期ゆえ正確には Cour royale である（以下同様）。

(7) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 137 (Cour royale d'Amiens), p. 257 (Cour royale de Metz), p. 273-5 (Cour royale de Montpellier), pp. 365-368 (Cour royale de Paris), p. 377 (Cour royale de Poitiers) et p. 411 (Faculté de droit de Caen).

(8) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 244 (Cour royale de Grenoble), cite par LAGARDE, *op. cit.*, p. 31, note (3).

(9) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 466 (Faculté de droit de Rennes).

(10) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 238 (Cour royale de Douai).

(11) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 363 (Cours royale d'Orléans), p. 371(Cour royale de Pau) et pp. 397-398 (Cour royale de Rouen). ただしルーアン控訴院は、前払を含む賃貸借について公示否定説を採用するが、譲渡については一年を超える果実の譲渡は公示の対象とすべきだとしている（p. 397）。

(12) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 363; v. aussi, GRASSET, *op. cit.*, p. 118.

(13) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, pp. 397-398; v. aussi, LAGARDE, *op. cit.*, pp. 28-29.

(14) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, pp. 271-272.

(15) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, pp. 273-275.

(16) MARTIN, *Documents relatifs*, t. I, p. 368.

(17) *Cf.* PONT, *op. cit.*, pp. 165-166; LAGARDE, *op. cit.*, pp. 31-32; *etc.*

(18) 以上の経緯の詳細については、*cf*. Grasset, *op. cit*., pp. 222 et s.; Besson, *op. cit*., pp. 115-119; Guilloüard, *op. cit*., n° 8, pp. 421-422; 星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」四一頁以下、今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（一）」四〇頁以下、「（二）」四六頁以下など参照。

ちなみに、一八五〇年四月四日に国民議会（Assemblée nationale）に提出された後、国民議会によって抵当制度改革委員会（Commission de la réforme hypothécaire）に移付され、同委員会によって審議された政府草案（議会での報告者の名をとってProjet de Vatimesnilと呼ばれる）においては、一八年を超える賃貸借およびそれ以下の期間であっても二年を超える賃料の前払を含む賃貸借については謄記義務に服するとされていた（*cf*. Grasset, *op. cit*., p. 228; 星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」四三頁）。

(19) これは第二帝政における土地信用制度の創設、具体的には一八五二年二月二八日デクレ、一八五三年六月一〇日法による、独占的な土地信用銀行すなわちクレディ・フォンシエ（Crédit foncier de France）の設立に対応したものであった（*cf*. Besson, *op. cit*., pp. 119-120; Guilloüard, *op. cit*., n° 9, pp. 422-423; 星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の概観」四九頁、今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（二）」九〇～九二頁など参照）。

(20) *Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'État, etc*, 4e série, 1855, Administration du Recueil général des lois et des arrêts, Sirey, pp. 24 et s.; 今村・前掲「一九世紀フランスの抵当改革（二）」九〇頁など参照。

(21) **Art. 2.** Sont également rendus publics par la transcription:

4o Les baux d'une durée de plus de vingt-sept années, et tout acte entraînant, même pour bail de moindre durée, quittance de plus de trois années de loyers ou fermages non échus. (*cf. Lois annotées*, p. 26)

(22) **Art. 2.** Sont également transcrits:

4o Les baux d'une durée de plus de dix-huit années;

5o Tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une

somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. (*cf. Lois annotées*, p. 29)

(23) *Cf. Lois annotées*, p. 27.

(24) *Cf.* LAGARDE, *op. cit.*, p. 30; *etc.*

(25) ベルギー抵当法（一八五一年一二月一六日）：Loi hypothécaire du 16 déc. 1851

【一条二項】これらの権利（先取特権・抵当権以外の不動産物権）の移転に関する合意または権原に代わる既判力を有する判決、これらの権利の放棄証書、および九年を超える賃貸借または少なくとも三年にわたる賃料の予めの受領を含む賃貸借は、同様である（謄記される）。

Art. 1, al. 2 - - Il en sera de même des jugements passés en force de chose jugée, tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission de ces droits, des actes de renonciation à ces droits et des baux exédant neuf années, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer.

しかしながら注意を要する点は、ベルギー抵当法が謄記の対象としているのは、文言上、賃料処分（譲渡・前払）それ自体ではなく、前払を含む賃貸借だという点である。そこで賃貸借とは分離された前払および譲渡の効力如何が問題となる。かつては、たとえ三年以上であっても謄記に従うことはなく賃貸不動産の取得者に対抗できるとする学説と（*cf. ex.* LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, t. XXIX, 3e éd., 1878, n° 120, p. 137; *etc*）、債権的拘束にとどまり物権取得者に対抗できないとする学説（*cf. ex.* MARTOU (Edmond), *Des privilèges et hypothèques ou commentaire de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, t. 1er, 2e tirage, 1863, Lib. polytechnique d'Aug. Decq (Bruxelles) et Lib. d'Auguste Durand (Paris), n° 42, pp 72-75）との対立が存したが、今日的には、賃料処分（前払・譲渡を区別せずに）についても三年にわたるものは公示の対象とすべきとしつつ、たとえ三年に満たない賃料譲渡・前払であっても、不動産差押命令の送達以降は抵当債権者に対抗できないとする学説（*cf. ex.* De PAGE (Henri) et DEKKERS (René), *Trait élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 2e éd., 1957, Bruylant, nos 590-591, pp. 531-532, nos 1022-1023, pp. 905-909; *etc*）が有力である（ベルギー法の詳細につき、H ERBECQ (Paul), Baux à loyer et actes de disposition sur les loyers, Effets à l'égard des créanciers hypothécaire, *Annales de la Facult de Droit de Liège*, 1961, N° 1, pp. 92-94, 97-99, 101）。

(26) *Cf. Lois annotées*, p. 31.

(27) *Cf*. PONT, *op. cit*., pp. 164-167.

(28) *Cf*. PONT, *op. cit*., pp. 166-167.

(29) *Cf. Lois annotées*, p. 27.

(30) GRASSET, *op. cit*., pp. 360 et s., pp. 561 et s.; 川島武宜・所有権法の理論（岩波書店・一九四九年）二八九～二九一頁、星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」六五頁以下など参照。

(31) Commission extraparlementaire du cadastre, *Procès-verbaux*, fascicule N° 2 (Novembre 1891 à aout 1892), Ministère des Finances, 1892, Impr. nationale, pp. 541 et s; pp. 562 et s.

(32) **Art. 2** (de l'Avant-Projet sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et les hypothèques)

Il en est de même (doivent être rendus publics par une inscription au feuillet de l'immeuble dans le Livre foncier):

.....

3° Des baux excédant douze années, soit par leur terme originaire, soit par l'effet d'un renouvellement convenu avant expiration;

4° Des actes et jugements constatant, même pour bail de moindre durée, payement ou cession d'une somme supérieure à une année de loyers ou fermages non échus;

.....(*Procès-verbaux*, fasc. N° 2, p. 562)

(33) *Procès-verbaux*, fasc. N° 2, pp. 546-547.

(34) **Art. 1**er (du projet du gouvernement de 1896)

Sont rendus publics, par la transcription au bureau des hypothèques de la situation des biens:

2° Des baux excédant douze années, soit par leur terme originaire, soit par l'effet d'un renouvellement convenu avant expiration.

3° Les actes et jugements portant, même pour bail de moindre durée, libération ou cession d'une somme

supérieure à une année de loyer ou de fermage non échu.

(Grasset, *op. cit.*, p. 574)

(35) なお同草案二条は、一条で掲げたすべての行為につき対抗不能のサンクションを規定するが、賃貸借については次のような詳細な規定を付加している。

「謄記されていない一二年を超える賃貸借は、既に開始されている一二年の期間の残存期間についてのみ対抗できる」(Les baux excédant 12 années non transcrits, ne peuvent être opposés que pour le temps restant à courir de la période de 12 ans commencée.)

(36) *Cf.* Grasset, *op. cit.*, p. 586. なお同文献は草案が公示の範囲を三年から一年に厳格化した点に否定的である。

(37) *Cf.* Grasset, op. cit., pp. 586-587. ②につき後注(65)参照。

(38) 【三八条】（一九二四年六月一日法）

以下は不動産登記簿に登記される。

d） 一二年以上の期間の賃貸借の場合における賃借人および小作人の権利

e） 期限未到来の賃料または小作料の三年に相当する額の前払または譲渡

Art. 38,

Sont inscrits au livre foncier:

d) Le droit du locataire et du fermier en cas de bail d'une durée de plus de douze années;

e) Le payement anticipé ou la cession d'une somme équivalant à trois années de loyers ou fermages non échus;

【四〇条三項】

登記されていない賃貸借は第三者に対して一二年を超える期間については対抗できない。賃料または小作料の期限前の受領または譲渡は三年に相当する額以下についてのみ対抗できる。

Art. 40, al. 3

Les baux qui n'ont point été inscrits ne peuvent être opposés aux tiers pour une durée de plus de douze

années. Les quittances ou cessions anticipées de loyers ou fermages ne peuvent être opposées que pour une somme inférieure à trois ans.

(*cf*. D.P. 1924.4.285, surtout 289-290)

なお同法については、星野・前掲「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」七九～八二頁など参照。

(39) Projet d'unification du régime de la publicité des droits immobliliers sur le territoire de la France continentale, y compris les départemets du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, art.11, in *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, année 1945-1946, Sirey, 1947, p. 663.

(40) **Art. 28** - Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles:

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

a) .....

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

Art. 30

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

Les baux, pour une durée supérieure à douze ans;

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

(41) なお筆者は、action paulienne の転用による詐害的な賃貸借の排除については、民法三九五条但書の解釈論と関連づけて既に別稿を草して論じているので、詳細はそちらを参照されたい（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―」法研六四巻一二号一七五頁以下（一九九一年）、同「現行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但書との比較考察―（二・完）」法研七二巻二号三八頁以下（一九九九年）など参照）。

(42) Liège, 4 juin 1842, D. *Jurisprudence générale, Répertoire*, t. 37, nouv. éd., 1858, V° priviléges et hypothè-

ques, n° 1767, p. 590; Douai, 26 fév. 1850, D.P. 52.2.78; S. 50.2.517.（【5】【6】判決）

(43) Nîmes, 7 juill. 1852, D.P. 53.2.53.（【7】判決）

(44) Colmar, 6 août 1851, D.P. 55.2.258; S. 54.2.429（【9】判決）　併せて拙稿・前掲「フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理」三〇一頁参照。

(45) 拙稿・前掲「フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理」三〇三頁参照。

(46) Grouber (Alexandre), *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, Sirey. 同テーズの重要性につき、拙稿「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開―二〇世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に―」慶大大学院法学研究科論文集二六号（一九八七年）二二頁注(36)参照。

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

(48) Grouber, *op. cit.*, n°s 279-280, pp. 516-518.

(49) 拙稿・前掲「フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理」三〇六～三〇八頁参照。

(50) Paris, 23 juill. 1937, D.P. 39. 2. 81, *note* Jean Radouant; J.C.P. 38, II, 492, *obs*. René Dallant.（【15】判決）

(51) Req., 24 fév. 1941, J.C.P. 42, II, 1918, *obs*. Emile Becqué.（【16】判決）

(52) *Cf*. Dallant, *obs*. sous Paris, 23 juillet 1937; Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., par Léon Juliot de la Morandière, 1948, Dalloz, n° 440, p. 322; *etc*.

(53) *Cf*. Becqué *obs*. sous Req., 24 fév. 1941.

(54) Soc., 19 déc. 1941, D.C. 42. 65; JCP 42, II, 1809, *obs*. Emile Becqué; *Les grands arrêts de la jurisprudence civil* de Henri Capitant, 8e éd., 1984, Sirey, n° 155.

(55) 詳細は、拙稿「フランスにおける詐害的賃貸借排除の法理」三〇五～三〇六頁参照。

(56) Civ. 1re, 15 oct. 1980, *Bull. civ.*, I, n° 257; D. 81. IR. 348, *note* Michel Vasseur; *RTD civ.*, 1981, p. 631, *obs*. François Chabas.

(57) Civ. 1re, 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n° 324; D. 1996, *Somm.*, p. 208, *note* Stéphane Piedelièvre; D. 96, Jurisprudence, p. 391, *note* Eric Agostini; *Defrénois*, 1995, p. 1410, *chronique* Philippe Delebeque.

(58) Civ. 3e, 20 mars 1996, *Bull. civ*. III, n° 71; D. 1996, *Somm*., p. 387, *note* Stéphane Piedelièvre; JCP 96, éd. G, I, n° 3942, *chronique* Philippe Simler et Philippe Delebecque.

(59) その他の抵当権保全の例として、*cf*. Civ. 1er, 5 déc. 1995, *Bull. civ*, I, n° 443; D. 96, *Somm*., p.332, *note* Denis Mazeaud; Civ. 3e, 22 janvier 1997, *Bull. civ*., III, n° 16; D. 98, *Somm*., p. 105, *note* Stéphane Piedelièvre; JCP 97, éd. G, I, n° 4033, p. 296, *chronique*. Philippe Delebeque.

(60) *Cf. ex*. Radouant, *note* sous Paris, 23 juill. 1937; Becqué, *obs*. sous Req., 24 fév. 1941; Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VII: Obligations, 2e partie, 1954, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ n° 938, pp. 268-270; Marty (G.) , Raynaud (P.) et Jestaz (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, t. II: Le régime, 2e éd., 1989, Sirey n° 167, pp. 152-153; *etc*.

(61) *Cf. ex*. Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit*., n° 167, p. 153; v. aussi, Sinay (H.), Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente, *RTD civ*., 1948, p. 183, n° 13; *etc*.

(62) *Cf. ex*. Becqué, *loc. cit*.; Planiol et Ripert, *loc. cit*., Gautier (Pierre-Yves), *Rép. dr. civ*., v° action paulienne, 1988 (ancienne édition), n° 46; *etc*.

(63) *Cf. ex*. Becqué, *loc. cit*.; *etc*. なお、Barret (Olivier), *L'appauvrissement unjuste aux depens de d'autrui en droit privé*, thèse Paris (dactylo), n° 101, pp. 186-187 は、action en fraude と構成することによって要件が厳格になることを懸念して、action paulienne によることも否定できないとする。

(64) *Cf. ex*. Delebecque, *chronique* sur Civ. 1re, 18 juill. 1995; Agostini, *note* sous Civ. 1re, 18 juill. 1995; Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., 1999-2000, n° 1035, pp. 615-616; Terrré (Fr.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Droit civl, Les obligations*, 6e, 1996, n° 1077, pp. 865-866; Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.), *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, 1996, n° 404, pp. 362-364; *etc*.

(65) この点はアルザス・ロレーヌの一九二四年法（四〇条二号）、一九五五年デクレ（二〇条二款）によって明文化されたが、既に一八五五年法下においても判例・学説によって同様の結論が導かれていた（*cf*. Weill (Alex), La

sanction du défaut de transcription pour les baux de plus de dix-huit ans, D. 1949, chronique, pp. 75-76; *etc*)。併せて次注(66)参照。

(66) 一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて破毀院判決が相次いで下され（Civ., 19 juin 1897, D.P. 1900. 1. 577, *note* Louis Sarrut（【17】判決）; Civ., 12 févr. 1902, D. P. 02. 1. 337, *note* Amboise Colin（【18】判決）; Req., 14 mai 1907, D. P. 07. 1. 341（【19】判決））、①三年に満たない額の賃料の前払・譲渡は、公示が全くなされていなくても、それらが詐害（fraude）なしに同意されたものである限り、抵当債権者に対抗することができる点、②果実の不動産化（immobilisation）は、不動産の所有者が有効に譲渡し得なかった賃料についてしか及ばない点が確認されている（*cf*. NAST(Marcel), De l'étendue du droit pour le propriétaire d'un immeuble hypothéque de l'administrer et de l'exploiter, 1er article: Des actes d'administration et de jouissance, *Répertoire général pratique du notariat* (*Defrénois*), 1935, art. 24101, n° 17 suite, pp. 104-105; *etc*)。

三　フランスにおける賃料債権担保の法実務

フランスにおいては、抵当権の実行としての「差押え（saisie）」正確には「支払催告の公示（publicité du commandement）」前に賃料に抵当権の効力を及ぼすことは全く想定されておらず、また賃料債権への物上代位（subrogation réelle）という議論も存しない。[1] この点で平成元年判決以来の我が国の判例法による運用は、母法のそれから明らかに乖離し全く異なる方向に歩み始めていると云えよう。だがフランス法においても、抵当債権者が抵当権の効力とは別個の枠組みにおいて、抵当不動産の賃料債権を補充的な担保にとるという金融実務が行われており、その手段としては、「債権譲渡（cession）」よりも「支払指図（délégation）」が多用されているようである。[2] そうであるならば日仏で比較されるべきは、実は、賃料債権につき抵当権による物上代位を認める我が

国の判例法理と、フランスにおける賃料債権担保の金融実務ということになろう。このような趣旨から、ここではフランスにおける賃料債権担保の実務（「担保としての賃料支払指図（délégation de loyers en garantie）」）の紹介[3]を行うが（二）、まずはそれに先だって「支払指図（délégation）」のメカニズム[4]を簡略に検討しておこう（一）。

（一） délégation のメカニズム

(1) 概要

一般に「指図[5]」と訳出されることの多い「デレガシオン（délégation）」は、「それによってある者（被指図人 délégué）が他の者（指図人 délégant）の指示に基づいて第三の者（受取人 délégataire）に対して債務を負担する取引」であると定義される[6]。よってデレガシオンは三面関係であり、①指図人と被指図人の間、②被指図人と受取人の間の二つの合意を要素とするが、決定的な要素は②であると云われる。すなわちデレガシオンを性質づけ、かつ他の観念や技術からそれを区別することを可能とするものは、被指図人と受取人の間の新たな債務関係の創設である。

デレガシオン（支払指図）には二つの類型があるとされる。①不完全あるいは単純支払指図（délégation imparfaite ou simple）および②完全あるいは更改を伴う支払指図（délégation parfaite ou novatoire）がそれである[7]。更改（債務者の交替）を伴わない支払指図、すなわち不完全支払指図または単純支払指図が、もっとも頻繁に用いられる形態で、デレガシオン（支払指図）の一般法を形成するとされている[8]。これに対して更改を伴う支払指図、すなわち完全支払指図は受取人が指図人をその固有債務から免責することについて承認を与える取引である[9]。

周知のようにローマ法では債務関係は法鎖と観念され債権や債務の移転は想定されていなかった。そこでデレガシオン（支払指図）や更改などの方法が、債務関係の厳格に一身専属的な性質と直接抵触することなく、一つの promissio が二つの既存の債務を消滅させるという構成によって、実質的に債権・債務の移転がなされるのと同一の結果を実現することを可能にしたのである。[10]

今日的には、既存の債務の消滅としてデレガシオン（支払指図）が有する簡易決済（simplification）機能の他に、派生的・副次的な機能が認められるようになってきた。すなわちデレガシオン（ここでは délégation simple ou imparfaite）は、担保（sûreté）すなわち信用供与手段（instrument de crédit）として用いられることが多い。[11] 本稿が扱う「担保としての賃料支払指図」はその一例である。[12]

(2) 債権譲渡（cession de créance）との相違点

デレガシオン（支払指図）と債権譲渡は、債権者Aがその債務者Bの債務者である第三債務者Cに対して直接履行請求が可能になるという点で類似の機能を営む。すなわちBは自分のAに対する債務をCに対する債権で決済するために、CをAに déléguer するか、AにCに対する債権を céder するかの選択が可能である。

歴史的には両者は混同されて用いられてきた。そもそも伝統的な公証実務においては、「債権者はその債権を『譲渡、移転および指図する』（le créancier «cède, transporte et délègue» sa créance）」との慣例的な表現がしばしば用いられている。[13]

一九世紀においては、デレガシオンの中に債権譲渡の要素を見出し、デレガシオンは民法典一六九〇条の要式に従うとの見解が多数を占めた。[14] しかしながら、「déléguer されるのは常に人であって債権ではない（c'est toujours une personne qui est déléguée, non une créance）」。[15] そこに両制度の本来的な構造上の相違点が存すると理解

すべきであろう。それでは以下、シムレール教授の著述に従い、両制度の相違点を整理しておこう。[16]

(a) 要件上の相違点

デレガシオン（支払指図）は、三者間の取引であり、被指図人が受取人に対して新たな約務の負担を同意することが必要である。[17] このようにデレガシオンは三者の同意（consentement）を要件とするが、それはいかなる特別な要式にも従わない。債権譲渡に関しては、対抗不能の制裁の下、民法典一六九〇条の要式に従うことが要求されるが、デレガシオンに関して、債権譲渡に関する民法典一六九〇条の要式に従うかどうかが争われた。一九世紀においては、デレガシオンを債権譲渡に類比し一六九〇条の要式の履践に従わしめる裁判例・学説も存したが、[18] 破毀院は、デレガシオンが債権譲渡の第三者に対する対抗のために規定された要式には従わないと判示することによって、この論争に終止符を打った。[19] 学説はこの解決を承認し、今日的にはもはや異論は存しない。[20]

(b) 効果上の相違点

デレガシオン（支払指図）の効果は、債権の移転ではなく、新たな債務の創設である。

そこからまずは「抗弁の対抗不能（inopposabilité des exceptions）」が帰結される。すなわち受取人に対する被指図人の債務は新たな自律した債務であるから、被指図人は原則として受取人に対していかなる抗弁（被指図人と指図人との関係に基因する抗弁、指図人と受取人との関係に基因する抗弁）も対抗できなくなる。[21] しかしながら抗弁の対抗不能の原則を厳格に適用することは、被指図人に不当な損失をもたらすおそれがあるので、一定の範囲で緩和がなされうる。[22] 特に抗弁の対抗不能は公の秩序に関する強行規定ではないので、被指図人が指図人に対する債務の範囲でのみ受取人に対しても義務を負うとする特約を結ぶことは可能であり、そのことは被指図人が

指図人との関係に基因する抗弁を受取人に対して対抗できることを意味している。[23] この限りでデレガシオン（支払指図）は債権譲渡に近接する。[24]

次いでデレガシオンについてはその効果（新たな債務の発生）を何らの特別の要式なく第三者に対抗することができるという点が帰結される（(a)参照）。さらに新たな債務の存在（発生）自体を第三者に対抗するためには、第三者の認識も不要であると説かれている。[25]

(c) 実際的な機能の違い

債権譲渡は一般に投機的な性質（caractère spéculatif）を有しているといわれる。[26] 譲受人は、引き受けたとみなされる危険の対価として、債権の額面よりも低い価格でしか債権の取得に同意しない。それに対応して、譲渡人は譲受人に対して移転時の債権の存在のみを担保し（フランス民法典一六九三条）、債務者の資力を担保することはない（同一六九四条）。他方デレガシオン（支払指図）については、このような投機的精神は見出されない。受取人は新たな契約が決定する範囲において被指図人の債権者となる。受取人は、危険性や偶然性を引き受けることなく、単純支払指図（délégation simple）の場合には、むしろ強化された安全性を見出す。なぜならば爾後一つの債権につき二人の債務者を得ることになるからである。[27] 換言すれば、債権譲渡が「危機対応型」の担保として用いられる傾向にあるが、デレガシオン（支払指図）は「正常業務型」の担保に適していると云うことができよう。[28]

(3) 指図人の被指図人に対する債権の帰趨

デレガシオン（ここでは délégation simple）において、被指図人による受取人への新たな債務負担がなされる

ことによって、指図人の被指図人に対する債権が消滅するのか否か、引き続き指図人の共同担保（責任財産）を構成するのか否かが争われてきた。[29] 実質的にはデレガシオンに担保的効力（優先弁済効）が認められるか否かにかかわる問題である。

① 即時消滅説（la thèse de l'extinction immédiate）

かつては、デレガシオンによって、被指図人の指図人に対する債務は消滅し、新たに受取人に対して同意される債務にとって替わられる。それゆえ指図人の被指図人に対する債権はもはや指図人の責任財産を構成しないとする学説が有力であった。[30] この点を明快に説示する裁判例も存した。[31] しかしながら、この考え方はデレガシオンを債権譲渡などの債権・債務の移転的メカニズムと混同するものであり、[32] 後述する破毀院一九九六年判決によって否定されることになる。

② 単純存続説（l'idée de suivie pure et simple）

少数説ながら、指図人の被指図人に対する債権はデレガシオン後も存続すると構成する説も存した。[33] しかしながら同説によると、指図人が受取人と競合して、被指図人に対して債権の弁済を請求でき、かつ指図人の債権者が、被指図人の手中においてこの債権を差し押さえることができるという不合理な結果が帰結されることになる。[34]

③ 条件付存続説（l'idée de survie conditionnelle）

近時の有力説は、理論上の難点から①即時消滅説は妥当でなく、さらに実際上の難点から②単純存続説は受け入れ難いとし、折衷的な考え方として、指図人の被指図人に対する債権は条件付で存続とすると構成する。[35] そしてこの考え方は破毀院一九九六年四月一六日判決[36]によって採用されることになった。同判決は、「指図人の被指図人に対する債権が消滅するのが、被指図人の受取人に対する約務を受取人が受諾するという事実によってではなく、デレガシオン（支払指図）が履行されるという事実によってであるとしても、被指図人が受取人に対して

不履行に陥る以前においては、指図人であってもその債権者であっても、弁済を請求することは許されない。その結果、指図人の債権者によって被指図人の手元でなされた差押＝差止め（saisie-arrêt）は、受取人の受諾以降、被指図人により直接なされる弁済につき受取人が有する、差押債権者によって競合されることのない排他的な権利（droit exclusif）を奪う効果を有しない」と述べて、指図人の被指図人に対する債権が消滅するのはデレガシオンの履行（受取人に対する債務の履行）によってであるが、不履行に陥るまでは指図人は被指図人に弁済を請求することはできず、かつその結果、指図人の債権者は同債権の差押えをなしても受取人の優先的満足を阻止できなくなると判示したのである。

判例・学説はこのように解することによって、指図人の債権につき、移転的な構成によらないで、実質的に指図人の共同担保（責任財産）からの隔離を果たし、デレガシオンの優先弁済効（担保的効力）を確保することを可能としたわけである。[37] しかしながら先述したようにデレガシオン（支払指図）は債権譲渡とは異なり、公示（一六九〇条の要式の履践）なくして第三者効を生じるとされるゆえに、第三者（債権譲受人・差押債権者）の利益を害するおそれはあろう。[38]

なおニボワイエは、この一九九六年判決を賃料支払指図（délégation de loyers）に敷衍し、以下のように説明している。「取得者（指図人）は賃借人に貸主への支払を命ずることによって、彼がそもそも有していた賃料債権の弁済を被指図人たる賃借人に対して請求することを放棄したのである。この放棄（renonciation）は指図人の固有の債権者に対抗されるので、固有債権者はその債務者の財産の変動を被ることになる。強調されるべきは、賃料債権が譲渡されたわけではないので、取得者（指図人）の債権者の権利はその賃料債権に及んでいるのではあるが、貸主（受取人）はその直接的な権利（droit direct）によって、取得者（指図人）の債権者との競合状態には置かれないという点である。[39]」。

それでは以上で検討したデレガシオン（支払指図）のメカニズムを前提として、次に節を改め、フランスの金融実務が、賃料債権担保の一手段としてデレガシオン（支払指図）をどのように用いているのかを分析しよう。

㈡ délégation de loyers en garantie の実務

(1) 裁判例に現れた賃料支払指図の実務

本章冒頭で言及したようにフランス法においては、抵当債権者が抵当権の効力とは別個の枠組みにおいて、抵当不動産の賃料債権を補充的な担保にとるという金融実務が行われている。そしてその手段として用いられているのが、㈠で概観した「支払指図（délégation）」である。

フランスにおいても不動産の収益を担保にとる方法としては第一に、「不動産質（antichrèse）」が存するが、債権者にとっては不動産の管理が負担となるので、不動産自体と切り離して収益の担保化を図ることが求められる。[10] 賃料債権担保の方法としてはまず「債権質（nantissement de créance）」が挙げられるが、債務者の不履行が要件となりかつ裁判所の許可がなければ第三債務者の弁済を得ることができない点で機動性を欠く。[11] そこで、債権者に賃料収取権を直接に付与するために用いられる構成が、「譲渡（cession）」または「支払指図（délégation）」である。

だが既に紹介したように、「債権者はその債権を『譲渡、移転および指図する』（le créancier «cède, transporte et délègue» sa créance）」との慣例的な表現を用いる公証実務に端的に現れているように（前注(13)参照）、デレガシオン（支払指図）と債権譲渡はしばしば混同されてきた。よって実際にはその性質決定は困難を伴う。とはいえ、デレガシオンを譲渡から決定的に分かつ要素が、賃借人（被指図人）の同意（consentement）であることは争いのない点である。先述したようにデレガシオンは、指図人、被指図人、受取人の三人の同意を要件とし、特

に被指図人の同意が存することが、抗弁の対抗不能を正当化するのである。よって、たとえ「賃料支払指図（délégation de loyer）」と表示されていたとしても、賃借人の同意を欠く場合には、債権譲渡であるとの認定がなされる余地は存するが（前注(17)参照）、逆に賃借人の同意があればデレガシオンが容易に認定されよう。

ここではまず、破毀院判決に現れた事案において「担保としての賃料支払指図」がどのように行われ、かつ認定されているかを見ておこう。ここに引用する破毀院民事部一九四七年一二月二九日【20】判決は、「期限未到来の賃料の支払指図（délégation de loyers non échus）」についても、不動産謄記法（一八五五年法）二条五号の「期限未到来の賃料の前払または譲渡（quittance ou cession de loyers non échus）」を類推して、三年分に相当する部分については謄記なくば第三者に対抗できないとした著名な判決であるが、事案は後順位の抵当債権者が補充的担保として、「条件付きの賃料支払指図（délégation conditionelle de loyers）」を留保したというケースである。

破毀院民事部一九四七年一二月二九日判決[42]【20】判決

【事案の概要】

Aは自己所有の当該土地につき賃貸用不動産を建築するために、Xによる抵当信用の開設に同意を得て、第一順位の抵当権が一九二六年四月二五日、債権者Xによって登記された。

数年後の一九三〇年一〇月から一九三一年七月にかけて、AはY等から新たな融資を得て、（次順位の）抵当権を設定した。さらにY等は慎重を期して、債務者が利息の期限に支払を怠った場合を想定し、担保不動産につき他の者に優先するために、「条件付きの賃料の支払指図（délégation conditionnelle de loyers）」を留保しておいた（支払指図はY等への債務八五万フラン完済に至るまで合意されたもので三年を優に超える期間に相当する）。

一九三四年に予期した事態が発生したので、この支払指図（délégation）は一九三四年八月九日一〇日および一一日に公正証書によって要式化され、同月二〇日に謄記された。支払指図は賃借人等に送達されることが約定されていたが、送達は行われず、賃借人等は明瞭な私署証書で承諾（acceptation）をなしたが、それは登録されてはいない。その中で賃借人等は、「支払指図に承諾し、Aが行うべきすべての送達を免除し、賃料を受取人、譲受人たる債権者またはその代理人に支払うことを約束します（accepter la délégation et s'engager à payer leur loyer aux créanciers délégataires, cessionaires ou à leurs représentants, dispensant les époux Hamel (A) de toute signification）」と明言している。

債務者AはYに対すると同様にXに対しても債務の履行を怠ったので、Xは担保不動産につき不動産差押えの手続きをなし、差押えが一九三五年二月二三日（六日？）に謄記された。Yは手続きに参加し、売却条件明細書（cahier de charges）に自らが受益者となる支払指図の行使を留保する旨の記載を申し立てたが、これに対してXは、異議申立書により当該支払指図の有効性に異議があると抗弁した。

セーヌ裁判所一九三七年二月四日判決は、デレガシオン（支払指図）は有効で、それのみで登記債権者および一般債権者に対抗できると判示した。これに対してXは、①公正証書による承諾または被指図人への送達を欠くので第三者に対抗できない、②仮に有効であっても三年間についてしか効果を生じないと主張して控訴した。

パリ控訴院一九三八年五月六日判決は、①当該行為は債権譲渡（cession de créances）をも、賃料の完全支払指図（délégation parfaite de loyers）をも構成せず、唯一、不完全支払指図（délégation imparfaite）を構成するのみであり、その有効性は民法典一六九〇条の要式には従わない、②適式に謄記されたデレガシオン（支払指図）について、その効果を三年に縮減するということは問題にならないと判示した。これに対してX上告。

【判決】破棄差戻

「不動産の所有者が債権者の一人に対して自己の債務の完済に至るまで行うことを同意し、かつ賃借人等によって承

諾された、期限未到来の賃料の支払指図（délégation de loyers non échus）は、それが所有権者に対する同様の剝奪および債権者の不動産担保の価値の同様の減少をもたらすという意味において、賃料の固有の意味での譲渡（cession proprement dite de ces loyers）と同等である。それゆえ期限前の受領および将来の賃料譲渡と同様に、支払指図（デレガシオン）は、その設定証書の謄記がなされる以前に登記をなし、適法に不動産に関する自己の権利を保存した抵当債権者に対しては、三年に満たない期間についてのみ対抗可能である。

「係争行為は、それが三年に満たない期間を対象とする範囲においては単なる管理行為（simples actes d'administration）を構成し、その期間に制限されるならば謄記を免れる。反対にその範囲を超える場合は、法律の目からは真の処分行為（véritables actes de disposition）となり、一八五五年法二条によって予定されている公示（publicité）に従わなければならない。賃料、法定果実は日々取得されるが、二つの期間は法的に区別されるべきである。他方、当該行為が、適法に不動産について自己の権利を保全した第三者であるXの債権の登記よりも後の日付でのみ謄記されたに過ぎない場合は、不動産差押えの謄記の日から起算して、三年よりも一日少ない期間について申立人に対抗できるとしても、同法三条に照らしそれを超える部分については対抗できない。それゆえ、すべての期間について対抗できるとした原審判決は上記法令に違背したことになる。」

本事案における賃料支払指図は、後順位の抵当債権者が、抵当権を補充する担保として設定したものであり、担保目的であることは、利息の支払の不履行を停止条件とする点、デレガシオンの範囲が被担保債権の完済に至るまでとして定められている点に現れている。

さらに、「支払指図に承諾し、Aが行うべき送達をすべて免除し、賃料を受取人、譲受人たる債権者またはその代理人に支払うことを約束します（accepter la délégation et s'engager à payer leur loyer aux créanciers délégataires, cessionaires ou à leurs représentants, dispensant les époux Hamel (A) de toute signification)」との条項からは、当事者の合意においては、賃料支払指図（デレガシオン）か賃料債権譲渡かという性質決定は必ず

しも明らかではないが（その点は「受取人、譲受人たる債権者（créanciers délégataires, cessionaires）」という表現から伺われる）、事実審裁判所は、賃借人等の同意（承諾）[43]を決め手として賃料支払指図（デレガシオン）であるとの性質決定をなしていると推測されよう。

なお原審判決が判示しているように、支払指図（デレガシオン）については、一六九〇条の要式に従わないので、承諾（acceptation）は私署証書でなされたものであっても、デレガシオンの効果は発生する。実は、一六九〇条の要式すなわち「送達（signification）」または「公正証書による承諾（acceptation dans un acte authentique）」によらずして、私署証書で賃借人の同意（承諾）さえ得られれば、デレガシオン（支払指図）の効力（第三者効も含めて）を確保できる点が、デレガシオンの大きなメリットのうちの一つだということが、「A（賃貸人）が行うべき送達をすべて免除し（dispensant A de toute signification）」という部分からも間接的に読みとれよう。

いずれにせよ本判決の事案を通して、フランスにおいて、抵当権を補充する担保として、支払指図（デレガシオン）によって抵当不動産の賃料を担保にとるという実務が行われていることが明らかにされたといえよう。[44]

さて本判決の意義は、賃料支払指図も、賃料処分という点では、一八五五年法が予定する賃料前払および賃料譲渡と同様であり、不動産取引・不動産信用の安全を確保するために、三年分に相当する処分は不動産の担保価値自体を下落させるものゆえ、公示（謄記）の対象にするとした点にある。[45]詐害的な賃料処分に対する法規制の必要性という視点からは、前章(四)の action paulienne による個別規制で取り上げたパリ控訴院一九三七年七月二三日判決（【15】判決）および破毀院審理部一九四一年二月二四日判決（【16】判決）が代物弁済としてなされた賃料支払指図の事案であったことが思い返されよう。実務において賃料処分はもっぱらデレガシオン（支払指図）によって行われていることを踏まえて、ダゴーは「判例は、賃料支払指図（デレガシオン）を、期限未到来

の賃料の譲渡および前払と同視することによって、わずかではあるが条文を蘇生させたのである」[46]と評している。

(2) 契約条項による賃料支払指図の適正化

デレガシオン（支払指図）によって被指図人が受取人に対して同意する債務は、構造的には指図人と被指図人との債権債務関係から自律した債務である。よって指図人が受取人に対して負担する債務の簡易決済や担保が目的である場合、被指図人は、指図人が受取人に対して支払うべき額に至るまで、制限なく受取人に対して債務を負担するのが原則となる。さらに被指図人は原則として受取人に対していかなる抗弁（被指図人と指図人との関係に基因する抗弁、指図人と受取人との関係に基因する抗弁）も対抗できない（「抗弁の対抗不能」）。しかしながら先に述べたように抗弁の対抗不能の原則を厳格に適用することは、被指図人に不当な損失をもたらすおそれがあるので、一定の範囲で緩和がなされうる。特に抗弁の対抗不能は公の秩序に関する強行規定ではないので、被指図人が指図人に対する債務の範囲でのみ受取人に対しても義務を負うとする特約を結ぶことは可能なのである（前注(21)〜(24)参照）。

以上のことは、賃料債権の担保化の手段としてデレガシオン（支払指図）が選択される場合（「担保としての賃料支払指図」）に関しても妥当する。すなわち、実際に被指図人（賃借人）が賃料債務の範囲を超えて受取人に支払う意思がある場合は稀であろう。よって合理的意思解釈として、被指図人（賃借人）が受取人に負担する債務は、賃料債務の範囲に限定されるべきであるし、実務においては契約書の中で被指図人（賃借人）の債務を制限する条項を置いておくことが望ましい[47]。例えば公証実務の書式解説においては、以下の三つの条項を置くことが推奨されている。

① 被指図人の約務に停止条件を付す条項[48]

判例は、被指図人が受取人に対して署名する約務は、指図人が被指図人の債権者であるという条件においてのみ署名され得ること、すなわちその債権額に制限され得ることを認めている[49]。よって、受取人に対する被指図人の約務は、被指図人が、指図人たる賃貸人に対して確実で、確定されかつ請求可能な額についての債務者であるという条件において署名されよう。

② 常に受取人に対して賃料を支払う旨の条項[50]

被指図人が、賃貸人に支払うべき賃料を、賃貸人の通告なくとも、受取人に直接支払うべき旨を規定しておくことが有用であるとされる。過誤弁済の原因となる複雑さを回避するためである。よって指図人は、支払指図のうえに、指図人に支払われるべきすべての額を受取人に支払うよう指示を与えることが望ましい。かくして弁済指定（indication de paiement）[51]が支払指図（délégation）と二重に設定されることになる。

③ 被指図人が指図人への債務から免責される旨の条項[52]

被指図人が債務者として指図人に支払うべきすべての額を受取人に支払ったならば免責されることを明記しておくことが望ましい。民法典に制度化された古典的な支払指図においては、被指図人が受取人に対して負う義務はその原因から独立しているからである。担保としての賃料支払指図においては、賃借人が指図人の債務者であるという条件においてのみ、かつその債務の範囲においてのみ、受取人の債務者となることを受諾することは明らかであろう。同様に受取人に対して支払われた額が指図人たる賃貸人の債権を同額において消滅させるという条件の下で受託されることも明らかである。よって支払指図には、賃貸人に支払われるべき額が受取人に弁済さ

れたならば、賃貸人は賃借人を免責する旨の条項を組み入れておくべきであろう。

このように公証実務においては、契約条項による賃料支払指図の適正化が行われているようである。

＊　＊　＊

以上フランスにおける担保としての賃料支払指図の実務を概観してきた。これによりフランスにおいては、抵当債権者が抵当権の効力とは別個の枠組みにおいて、抵当不動産の賃料を補充的な担保にとるという金融実務が行われていることが明らかにされたといえよう。そこで用いられる構成が「支払指図（délégation）」であった。

「譲渡（cession）」と対比するとき、「支払指図」構成のメリットとしては、①抗弁の対抗不能、②不動産謄記（公示）の回避、③民法典一六九〇条の要式履践（送達・公正証書による承諾）の回避などが想定されるが、②については、一九四七年の破毀院判決以来、賃料支払指図も同じく抵当不動産の担保価値を下落させる賃料処分として賃料譲渡と同様に謄記（公示）の対象とされるようになった。これによって現実には、三年を超えない範囲で賃料債権の担保化を図ることが是認されたと考えることができよう。

実務では③のメリットが重視されているようである。当事者間において譲渡か支払指図かの性質決定はあいまいにされることが多いが、私署証書による承諾が、送達を不要とし、抵当債権者への直接の支払を約束するものであれば、デレガシオン（支払指図）が認定されている。

デレガシオン（支払指図）の最大のメリットは①の抗弁の対抗不能であるが、この点は担保としての賃料支払指図においてはあまり強調されていない。賃借人に著しい不利益を及ぼすからである。そこで実務では、契約書の中に種々の条項（被指図人の約務に停止条件を付す条項、常に受取人に対して賃料を支払う旨の条項、被指図人が指

図人への債務から免責される旨の条項など）を設けることによって、受取人たる抵当債権者に対して被指図人たる賃借人が負うべき債務を、賃借人が賃貸人に本来負うべき賃料債務の範囲に制限する形で適正化が図られている。

このように検討してくると、支払指図（délégation）構成の核心は本来的には、既存の賃料債務とは別個の新たな自律的な債務を負担することにあったにもかかわらず、既存の債権（賃料債務）の移転という譲渡（cession）構成の権利移転的要素が大幅に加味され、その意味で「支払指図」構成は「譲渡」構成にかなり接近しているとの分析が可能であろう。その点は一九九六年の破毀院判決が指図人の被指図人に対する債権の責任財産からの隔離を認めた点にも見て取れよう。

さらに我が国においては、周知のようにフランス法を母法としながらも、債権譲渡の対抗要件（四六七条）が大幅に緩和されたという経緯が存するので、[53]③の債権譲渡の要式履践の回避というメリットもやや割り引いて評価しなければならない。

以上の検討を踏まえ、我が国との比較法的視角からフランスの賃料債権担保の実務を分析するならば、㋑我が国の物上代位構成とは異なり、抵当不動産と切り離して賃料債権を担保化するという実務が行われている点と、その際に㋺賃借人の同意（抵当債権者への直接の支払約束）が取り付けられている点の二点が抽出できるように思われる。

（1）高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察―フランス subrogation réelle 理論の歴史的展開からの示唆㈢」都立大学法学会雑誌三九巻二号七八九頁（一九九八年）など参照。

（2）本稿のテーマ（特にフランスでの金融実務）に関しては、トゥールーズ大学ミッシェル・ダゴー（Michel Dagot）教授、ストラスブール大学フィリップ・シムレール（Philippe Simler）教授、ランス大学マルク・ビリオー（Marc Billiau）教授にインタビューを行い（ダゴー教授には一九九九年―二〇〇〇年度のトゥールーズ第一大学 DESS-Droit notarial の演習に参加した折に、シムレール教授には一九九九年一二月一一日および二〇〇一年五

月一九日に、ビオリー教授には二〇〇一年二月二日に)、懇切丁寧なご教授を得た。記して謝意を表する次第である。

(3) *Cf. ex.* Bouttier (François), Délégation, Loyers en garantie, Commentaires et Formules, *J.-Cl.*, éd. N., 1995; Niboyet (Marie-Laure), Une illustration du concept de droit civil des affaires: La délégation de locataire, à titre de garantie, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, Dalloz, pp. 71 et s.; Legeais (Dominique), *Les garanties conventionnelles sur créances*, Collection Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1986, n°s 268 et s., pp. 155 et s.; *etc.*

(4) *Cf. ex.* Hubert (Frédéric), *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, thèse Poitiers, Société français d'imprimrie et de librairie, 1899; Billiau (Marc), *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Bib. dr. privé, t.207, LGDJ, 1989; Simler (Philippe), Contrats et obligations, Fasc. 104: Délégation, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, 1997; *etc.* 併せて、上柳克郎「フランス法における指図について」民商二八巻一号一頁（一九五三年）、柴崎暁「フランス法における指図（la délégation）の概念」山形大学法政論叢三号（一九九五年）五九頁以下など参照。

(5) délégation の訳語については、「『指図』の訳語を宛てることは、その内容の豊富さから言って不満が残る（指図人による一方的な指示とも受け取れるからである）」との指摘が存する（柴崎・前掲「フランス法における指図（délégation）概念」六二～六三頁参照）。déléguer は人を派遣することであるが、債務法の領域においては、指図人が被指図人に受取人への支払をさせること（正確には受取人に対する新たな債務を負担させること）を意味する。よって délégation の訳語としては、指図人への行為に着目する場合には「支払指図」（支払を指図すること）、取引全体を指す場合には「指図支払」（指図によって支払をなすこと）、被指図人の行為に着目する場合には「指図支払約束」（指図によって受取人に対して支払を約束すること）が正確であろう。本稿では基本的に指図人の行為に着目し「支払指図」と訳出しておく。なお、旧民法（財産編四九五条以下の規定）では、「嘱託」とされていた（野澤正充「『契約当事者の地位の移転』の再構成(1)」立教法学三九号（一九九四年）一五頁以下参照）。

(6) *Cf.* Terré (Fr.), Simler (Rh.) et Lequette (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 6e éd., 1996, Dalloz, n° 1339, p. 1066. V. aussi, Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, t.2: Le régime, 2 e éd.,

Sirey, 1989, n°, 425, p. 394; Billiau (Marc), v° Délégation, *Rép. dr. civ.*, 1993, n° 1, p. 1; Simler, *J.-Cl. Natarial Répertpire*, n° 2, p. 3; *etc.* なお用語の多義性につき、*cf.* Billiau, *La délégation de créance*, n° 1, pp. 1-4.

(7) *Cf. ex.* Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 1341, pp. 1068-1070; Bénabent (A.), *Droit civil, Les obligations*, 7e éd., 1999, Montchrestien, n°s 755 et 756, pp. 472-475; Flour (J.), et Aubert (J.-L.), *Les obligations, 3-Le rapport d'obligation*, 2e éd. par J.-L. Aubert, Y. Flour et É. Savaux, 2001, Armand Colin, n° 430, p. 269; *etc.*

(8) *Cf. ex.* Mazeaud (H., L., et J.) et Chabas (Fr.), *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol.: Obligations, théorie générale*, 9e éd., 1998, Montchrestien, n° 1238, p. 1260; Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 1342, p. 1070; Simler, *J.-Cl., Notarial Répertoire*, n° 7, p. 4; *etc.*

(9) フランス民法典は債務の消滅事由の一つである更改（novation）の款に次の条文を置く。

【フランス民法典一二七五条】

債務者が債権者に他の債務者を付与し、その者が債権者に対し義務を負う旨の指図（délégation）は、債権者が指図を行った債務者を免責する意図がある旨を明示的に申述した場合でなければ、なんら更改を生じない（法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典―物権・債権関係（法曹会・一九八二年）一〇三頁参照）。

Art. 1275 du Code civil français

La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendrait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

(10) *Cf.* Simler, *J.-Cl., Notarial Répertoire*, n° 3, p. 3; Billiau, *La délégation de créance*, n°s 2-3, pp. 46; Hubert, *op. cit.*, n°s 15 et s., pp. 11 et s., n°s 250-255, pp. 200-205. 併せて、柴崎・前掲「フランス法における指図（délégation）概念」八九～九〇頁参照。

(11) *Cf. ex.* Legeais, *op. cit.*, n° 268 et s., pp. 155 et s.; Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 16, p. 6; *etc.* この点では、保証（cautionnement）または自律的担保（garantie autonome）に近づく（この点につき、Simler

(Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 3e éd., Litec, 2000, n° 35, pp. 36-37, nos 897-898, pp. 806-808; 松岡久和「保証論」法時六六巻一二号一〇一～一〇二頁（一九九四年）、柴崎暁「請求払補償の原因、自律性および濫用」山形大学法政論叢一四号（一九九九年）五六頁注13－14など参照)。

(12) *Cf*. Bénabent, *op. cit*., n° 753, p. 472; Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 16, p. 6; Legeais, *op. cit*., n° 273, p. 159, note 32; Billiau, *La délégation de créance*, n° 3, p. 7, n° 40, p. 51, note(130); *etc*.

(13) *Cf. ex*. Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 3, p. 3; Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations, 3-Régime général*, 4e éd., 1992, Litec, n° 89-1, p. 58; Malaulie (Ph.) et Aynès, *Cours de droit civil, t. VI: Les obligations*, 10e éd., 1999, Éd. Cujas, n° 1297, p. 777; v. aussi, Rollero (L.), *De la cession, délégation ou subrogation de loyers à échoir*, thèse Lille, 1895, Impr. Le Bigot Frères, p. 5, notes (1) et (2); *etc*.

(14) *Cf*. 一九世紀の判例・学説につき、*cf*. Hubert, *op. cit*., nos 163-164, pp. 123-125; Capitant (Henri), *note* sous Req., 19 déc. 1923: D. P. 25.1.9. 二〇世紀における判例の混迷につき、*Cf*. Billiau, *La délégation de créance*, nos 129-130, pp. 133-136.; *etc*.

(15) *Cf*. Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 27, p. 9.

(16) *Cf*. Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, nos 27-32, pp. 9-11.

(17) 新たな債務者の介入を欠いた場合、デレガシオン（支払指図）以外の法的性質決定がなされる（Billiau (Marc), *note* sous Com., 4 juin 1996, D. 96.1.630 は被指図人とされた債務者を欠いてなされた délégation de créance を債権譲渡と性質決定すべきであるとしている)。なお一六九〇条二項は、債権譲渡につき被譲債務者の公正証書による承諾が送達に代わるとするので、公正証書による承諾がなされた場合、その法的性質決定は困難を極めることが予想される（*cf*. Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 28, p. 10)。逆に債権譲渡につき、「一六九〇条にいう『公正証書による承諾』は、対債務者との関係では私署証書でもよいとする考え方が、一九世紀の後半にはすでに通説として確立していたと見ることができ」、「ヴァレット以下の学者はそれぞれに私署証書による承諾を一種の支払約束や支払保証のごとく構成していたことに注意しなければならない」との興味深い指摘が存する（池田真朗・債権譲渡の研究【増補版】(弘文堂・一九九七年）三一〇～三一一頁、併せて七二頁参照)。またこの点に関連して、我が民

法典四六八条一項の債権譲渡における異議を留めない承諾による抗弁切断効について「フランス法の原則に照らせば、このような抗弁制限の効果は指図にこそ認められるべきものであって、債権譲渡には認められない。したがって本条の効果を理解する上で、参照すべきなのは、むしろ指図の構造であろう」との指摘（柴崎・前掲「フランス法における指図（délégation）の概念」九三頁参照）も示唆に富む。

(18) 前注(14)参照。

(19) Req., 24 juill. 1889, D. P. 89.1.395; S. 92.1.297 *note* E. Garsonnet; Civ., 23 nov. 1898. S. 99.1.465, *note* A. W.; Req., 19 déc. 1923, S. 24.1.111; D. P. 1925. 1. 9, *note* Henri Capitant; *etc*.

(20) *Cf. ex.* Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 29, p. 10; Billiau, *La délégation de créance*, n° 253, pp. 247-248; Malaulie et Aynès, *op. cit.*, n° 1297, p. 777; Terré Simler, et Lequette, *op. cit.*, n° 1343, pp. 1070-1071; *etc*.

(21) *Cf. ex.* Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 31, p. 10, n°s 81 et s., pp. 24 et s.; Malaulie et Aynès, *op. cit.*, n°s 1293 et s., pp. 773 et s.; Flour et Aubert, *op. cit.*, n°s 440-442, pp. 275-277; Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n°s 1244-1246, pp. 1263-1264, n° 1250, pp. 1266-1267; *etc*.

(22) かつてはデレガシオンの中にコーズ（cause）から独立したいわゆる「抽象的行為（acte abstrait）」を見出す試みも存したが（*cf*. Capitant (Henri), *De la cause des obligations*, 2e éd., 1924, Dalloz, n°s 176-177, pp. 390-394; Larroumet (Christian), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, dactylo, 1968, n° 228, pp. 536-540）、今日的には支持されていない（*cf. ex.* Simler, *J.-Cl. Notarial Répertpire*, n° 89, p. 26; Billiau, *La délégation de créance*, n° 152, pp. 154-155; Malaulie et Aynès, *op. cit.*, n° 1293, p. 773; *etc*）。ビリオーは抗弁の対抗不能を「契約の相対効（effet relatif des contrats）」によって説明する（Billiau, *La délégation de créance*, n°s 321 et s., pp. 303 et s.）

(23) *Cf. ex.* Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 86, p. 25; Malaulie et Aynès, *op. cit.*, n° 1294, p. 774; Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 1349, pp. 1075-1076; *etc*.

(24) *Cf*. Malaulie et Aynès, *loc. cit*.

(25) ビリオーは、第三者の認識（擬制された認識も含む）を対抗の実効の要件とするデュクロの対抗の一般理論（*cf*. Duclos (José), *L'opposabilité* (*Essai d'une théorie générale*), Bib. dr. privé, t.179, Dalloz, 1984）を批判し、認識は常に対抗の要件とされるわけではないと主張する（*cf*. Ghestin (J.), Jamin (Ch.) et Billiau (M.), *Traité droit civil, Les effets du contrat*, 2e éd., LGDJ, 1994, nos 381-382, pp. 437-338）。認識が無関係である場合の一例として挙げられているが délégation de créance であり（n° 384, pp. 439-440）、ビリオーは「第三者の認識は権利の創設（création d'un droit）の場合には要求されない。délégation de créance および stipulation pour autrui が特にその場合に該当する。というのは第三者の地位は変更されていないからである。第三者は契約を尊重しなければならないが、契約は第三者に作為不作為の義務を負わせるわけではない。しかしながら契約が第三者に損害を及ぼすならば、第三者は action paulienne をバイアスとして契約を廃罷することは可能である。」と総括している（n° 393, p. 454）。

(26) *Cf. ex.* Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 32, p. 10. *Contra. Cf. ex.* Legeais, *op. cit.*, nos 173-177, pp. 111-112, n° 274, p. 160.

(27) *Cf. ex.* Simler, *loc. cit.*

(28) ただしこの分析はあくまでも債権譲渡（担保）の実務の現状を踏まえたものであって、日仏の新たな立法（債権譲渡特例法、ダイイ法等）などによって、債権譲渡が投機的ではなく健全な担保手段として発展することを想定するならば、本文中の債権譲渡とデレガシオン（支払指図）の対比は意味をなさなくなるであろう（*cf*. Legeais, *loc. cit.*）。フランスのダイイ法（Loi Dailly）につき、池田・前掲債権譲渡の研究三〇七～三〇八頁の他、山田誠一（報告）「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ―フランスにおける最近の動向」金融法研究七号五八頁以下（一九九一年）、同・金融法研究・資料編（6）五〇頁以下（一九九〇年）など参照。我が国の債権譲渡特例法については、池田真朗・債権譲渡法理の展開（債権譲渡研究第二巻）（弘文堂・二〇〇一年）七三頁以下など枚挙に暇がない。

(29) *Cf. ex.* Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, nos 64-69, p. 19-21; Billiau, *La délégation de créance*, nos 126-130, pp. 130-136; *etc.*

(30) *Cf. ex.* Planiol et Ripert, cité par Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 65, pp. 19-20. なお Starck, Roland

et Boyer, *op. cit.*, n° 91, p. 59 は「デレガシオンは被指図人の約務を受取人が受諾したときにその効力を生じ、共通法にしたがって第三者に対抗可能となる。さらに受取人の被指図人に対する直接の権利の対抗によって、そのときに被指図人に対する債権は指図人の財産を構成することをやめ、それによって後になされた債権譲渡や差押えは無駄となる」とする。

(31) Lyon, 12 févr. 1890, D. P. 91.2.247 は「デレガシオンの受諾のときに、支払指図された債権およびその付加物は指図人の債権者の共同担保を構成することをやめ、受取人の特別担保すなわち排他的担保となる」と説示する。

(32) シムレールは、そもそも概念の混同は、《délégation de créance》という表現が用いられたことから生じたのだと指摘する（*Cf*. Simler, *J.-Cl. Notarial Répertpire*, n° 66, p. 20）。

(33) *Cf. ex*. Beudant (Ch.) et Lerebours-Pigeonnière (P.), *Cours de droit civil français, t.IX: Les contrats et les obligations*, par G. Lagarde et R. Perrot, 2e éd., 1953, Arthur Rousseau, n° 1021, p. 102; Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit.*, n° 439, p. 408; *etc*.

(34) *Cf*. Simler, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, n° 67, p. 20.

(35) Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 1347, p. 1073 は「潜在的な存続（survie latente）」、Billiau, *La délégation de créance*, n° 213, pp. 214-215; *do. Rép. dr. civ.*, n° 49, pp. 5-6 は期限の付与による「中和化（neutralisation）」と説明する。

(36) *Com.*, 16 avr. 1996, *Bull. civ*. IV, n° 120; *JCP* 96, éd G, II, 22689, *note* Marc Billiau; D. 96.571, *note* Christian Larroumet; D. 96 Somm. 333, *obs*. Laurnet Aynès; Defrénois 1996, art. 36281. 1018, *obs*. Denis Mazeaud.

(37) *Cf*. Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 1297, p. 777. ラルメは「処分不可能性（indisponibilité）」という概念で説明する。すなわち「指図人の債権は受取人に移転するわけではないが、デレガシオンには指図人の財産の中における当該債権の処分不可能性が包含されている。かかる処分不可能性は、法律によって認められるものではなく、デレガシオンの観念に内在的なものである」と（*cf*. Larroumet, *note* sous Com., 16 avr. 1996, p. 573）。ビリオーは「契約の相対効（effet relatif des contrats）」によって説明する。すなわち「二つの債務（obligations）は存在するが、

受取人の排他権（le droit exclusif）が被指図人の対人的な約務（engagement personnel）には及んでいる。しかし指図人はその約務に対して権利を有しておらず、その結果、指図人の債権者も同様に権利を有していない」と（*cf.* Billiau, *note* sous Com., 16 avr. 1996, p. 349）。

(38) 一九九六年判決以前のものであるが、*ex.* Legeais, *op. cit.*, n° 285, pp. 163-164.

(39) *Cf.* Niboyet, *op. cit.*, p. 75.

(40) *Cf. ex.* Mazeaud（H., L. et J.）et Chabas（Fr.）, *Leçon de droit civil, t.III, 1er vol: Sûretés, Publicité foncière*, 7e éd., par Yves Picod, 1999, Montchrestien., n° 109, p. 182; *etc.*

(41) *Cf. ex.* Legeais, *op. cit.*, n° 270, p. 158; *etc.*

(42) *Civ.*, 29 déc. 1947, D. 1948. 166; JCP 1448, II, 4131, *obs*, Raoul Cavarroc.

(43) 本来的には「同意（consentement）」すなわち新たな債務負担の意思表示が必要であろう。本件事案の中では、「支払指図を承諾する（accepter la délégation）」と同時に、「受取人たる債権者への支払を約束する（s'engager à payer leur loyer aux créanciers délégataires）」意思を形成している点が重要だと思われる。

(44) さらに Niboyet, *op. cit.*, pp. 71-72 は、不動産の取得の際に資金の提供を受けた貸主に対して当該不動産の賃借人を借入金返済の債務者として付与するケース、さらに複雑なケースとして、不動産建築の融資に際して、賃貸借の予約または将来の建物の賃貸借による既に特定されている将来の賃借人（locataire futur déjà identifié）が付与されるケースを取り上げている。

(45) この判例の結論については今日異論は存しない。（*cf. ex.* Niboyet, *op. cit.*, p. 77; Marty（G.）, Raynaud（P.）et Jestaz（Ph.）, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncère*, 2e éd., Sirey, 1987, n° 754, p. 527, note (1); Simler（Ph.）et Delebecque（Ph.）, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncère*, 3e éd., Dalloz, 2000, n° 732, p. 632, note 1; *etc.* なお三年（マイナス一日）の期間の起算点については、本判決は不動産差押えの謄記（transcription de la saisie immobilière）の時点とする。今日的には支払催告の公示（publication du commandement）の時点となろう。この点については判例・学説が一致しているとされる（Cavarroc, *obs.* sous Civ. 29 déc. 1947; Niboyet, *op. cit.*, p. 77, note 19; *etc*）。

(46) Dagot (Michel), *La publicité foncière*, 1981, PUF, p. 140.

(47) *Cf*. Niboyet, *op. cit*., p. 73, surtout note 11.

(48) *Cf*. Bouttier, *op. cit*., n° 10, p. 4.

(49) 賃料支払指図の事例ではないが、*cf. ex. Civ. 1re*, 9 déc. 1981, D. 82. 445, note Jacques Mestre.

(50) *Cf*. Bouttier, *op. cit*., n° 11, p. 4.

(51) 「支払指図」と異なり、「弁済指定（indication de paiement）」においては第三者（第三債務者）の債権者に対する新たな債務（債権者の第三者に対する債権）は発生しない（*cf*. Simler, *J.Cl. Notarial Répertpire*, n° 25, p. 8; Béhabent, *op. cit*., n° 758, pp. 475-476; Malaulie et Ayynès, *op. cit*., n° 1296, p. 776.; *etc*.

(52) *Cf*. Bouttier, *op. cit*., n° 12, p. 4.

(53) 池田・前掲債権譲渡の研究第一部第一章第二章、特に四一頁、八八～八九頁参照。

四　結びにかえて――日本法への示唆――

(1)

それでは本稿冒頭の我が国の判例法理に対する二つの疑問に再び立ち返ろう。

「①　抵当権の物上代位を強化し過ぎているのではないか？

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

②　将来の賃料債権の包括的処分を制限なく有効かつ対抗できるとしてよいか？

賃料債権は確かに担保不動産とは独立した財産権（債権）には違いないが、本来的には不動産の収益（果実）を前提としたものであって、不動産の支配から完全には切り離すことはできないはずだとの疑問である。すなわち、包括的な賃料処分（譲渡・差押・質権設定）は、一定の範囲を超えた場合、不動産自体の価値を奪ってしまうものであるから、不動産自体の処分行為として取り扱われるべき性質のものであり、一定の範囲を超える賃料債権の処分については、賃貸不動産本体の物権的処分に対抗しえないとすべきであるとの指摘が有力になされている。(1)」

さらに立法論もいよいよ活発に展開されるようになってきた。

「周知のように法制審議会の担保・執行法制部会は、平成一四年四月に「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」（以下「中間試案」）を公にしたが、そこでは「抵当不動産の収益に対する抵当権の効力」に関して、「(a)抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、その内容をどのようなものとするか」、「(b)抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、抵当権に基づく賃料に対する物上代位の在り方の見直しをする必要があるか」を検討するとして、複数の案が併記されるとともに、「後注」として「不動産の賃料に対して抵当権の効力が及ぶことの当否自体についても、なお検討する」との留保が付されている。そこでは「強制管理」類似の制度の導入と同時に、賃料債権に対する物上代位に関する判例法理の見直し、ひいては賃料（収益）への抵当権の効力自体についての再検討が示唆されている。(2)」

(2)　これに対して本稿で検討したフランスの枠組みは、我が国の判例法理が、「賃料債権への物上代位」による抵当権の強化という極めて単一的な発想によって解決を図ろうとしているのと対照的に、おそらくその歴史的な議論の蓄積ゆえに、複合的・重層的であった。再度、フランス法の枠組みを整理しておこう。

【フランス法の枠組み】

①詐害的賃料処分に対する法規制

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

B：不動産公示（publicité foncière）による画一的な法規制

②賃料債権担保の実務

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

以上のフランス法の枠組みは、我が国の解釈論・立法論にとりきわめて示唆に富むものと思われる。それでは以下、本稿のフランス法研究が我が国の解釈論・立法論に与える比較法的な示唆を整理しておこう。

(i) まずは抵当権による賃料債権への物上代位を無条件に肯定し（平成元年判決）、抵当権に基づく物上代位が賃料債権の包括的譲渡に対して優先するとし（平成一〇年判決）、抵当権の強化（物上代位による収益回収の強化）を図ろうとする我が国の判例法理に対しては、既にバブル経済崩壊による抵当不動産の担保価値の下落という一過的な異常現象に対処するために、民法典が本来予定していた抵当権の特質（価値権性・非占有担保性）を大幅に改変してよいのかとの根本的な疑問が提起されているところであるが、フランスにおいて抵当権優先説を採用した一八一三年の破毀院判決が次第に先例的価値を失って行ったという歴史的事実は、我が国の判例理論が必ずしも絶対的ではなく、将来的には判例変更も視野に入れた判例法理の見直し[3]が検討されるべき余地の存することを示唆するものと云えよう。

(ii) 仮にこのように賃料債権への物上代位に関する判例法理が見直されるべきであるとするならば、次いで、フランスにおける詐害的賃料処分に関する法規制のあり方は、我が国の解釈論・立法論に次の二つの示唆を与える。

㋑　解釈論上の示唆

詐害的な賃料処分については、三九五条但書の解除制度のような特別の規定が置かれていないので、その規制は「フロード（詐害の意思）」を要件とした個別規制がなされるべきであろう。そのための解釈技術として、法諺（adage）、原則（principe）自体に法源性を認めることを通例としない我が国においては、詐害行為取消権（四二四条）の転用論がきわめて有用であるように思われる。[4] またこの個別規制は、次の立法による画一的・客観的な法規制によって不要とされるものではない。[5]

㋺　立法論上の示唆

とはいえ「フロード（詐害の意思）」を要件とした個別規制では不十分ゆえ、立法による画一的・客観的な法規制が必要であることは言を待たない。フランス法の基本的な発想は、長期にわたる包括的な賃料処分は不動産の価値を大幅に奪ってしまうものであるから、物権の処分と同様にそれを不動産公示（謄記）の対象とすることにより不動産信用や取引の安全を確保すべきだとする点にある。ただすべての賃料処分を公示の対象とすることは、不動産所有者の使用収益を過度に制約することになるので、私的な合意の自由の尊重の要請も同時に確保する必要がある。そこで線引きを一定の期間（三年あるいは一年）により政策的に行い、その範囲を超える期間に相当する賃料処分は公示（謄記）なくば、抵当債権者・物権取得者に対抗できないとした。このような法規制の方法は我が国の法改正論議においても参酌されるべきであろう。[6]

(iii)　そしてさらにこのような立法による法規制は同時に、一定の範囲（三年あるいは一年）内における、所有者＝抵当権設定者の自由な賃料処分（担保化）を保障する仕組みとなっている点を看過してはなるまい。我が国の判例法理、特に包括的な賃料譲渡に対する抵当権に基づく物上代位の優先を認めた平成一〇年判決に対しては、設定者による賃料債権の独自の担保化を阻害する結果となっているとの批判が有力である。仮に我が国の判例法

理の見直しが行われるとするならば、それは抵当制度とは別個の枠組みで賃料債権の担保化を可能とする仕組みを実務に提示しつつなされる必要があろう。この点については、フランスにおける賃料債権担保化の実務がきわめて有益な資料を提供しているように思われる。[7]

フランスにおいては、抵当債権者が抵当権の効力とは別個の枠組みにおいて、抵当不動産の賃料を補充的な担保にとるという金融実務が行われており、そこで用いられる構成が「支払指図（délégation）」であった。「譲渡（cession）」構成と対比するとき、「支払指図」構成のメリットとしては、今日的には、①抗弁の対抗不能、②民法典一六九〇条の要式履践（送達・公正証書による承諾）の回避などが想定されるが、①については賃借人に著しい不利益を及ぼすおそれがあるので、契約条項による適正化が行われているところであり、また②についても、債権譲渡の要式が緩和された我が国においては（民法四六七条）、そのメリットは既に半減しているとの見方もできなくはない。よって我が国においても、賃料債権担保は「支払指図」によってなされるべきとの短絡的な主張はやや説得力を欠くように思われる。しかしながら、我が国の債権譲渡担保がいわゆるサイレント方式による「危機対応型」の担保として用いられる傾向にあることと対比するならば、フランスのデレガシオン（支払指図）が、賃借人の同意（抵当債権者への支払約束）を要件とするいわば「正常業務型」の担保である点は、[8]我が国の実務のあり方に一石を投じるものではなかろうか。[9]

(3) 本稿において筆者が意図するところは、我が国の解釈論・立法論を検討する前提作業として、不動産賃料の処分規制および担保化に関するフランス法の状況を客観的に紹介することに尽きるのであって、それに基づいて具体的にどのような解釈論・立法論を展開すべきかは、既に本稿の範囲を超えた課題であると云えよう。にもかかわらず本稿ではあえて解釈論・立法論のいくつかの方向性を模索してみた。詳細については個々の問題点毎に別稿を草して具体的な議論を展開させたいと考えている。

(1) 本稿「フランスにおける不動産賃料の詐害的な処分に対する法規制の変遷および賃料債権の担保化の実務―我が国における近時の解釈論・立法論を踏まえて（一）」法学研究七五巻七号四～五頁、九頁注(10)(11)、三三頁注(49)（二〇〇二年）参照。

(2) 同五頁、一〇頁注(12)、三四頁注(50)参照。なお校正段階で、中間試案に対する各界意見が公にされた他（谷口国恵他「『担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案』に対する各界意見の紹介」金法一六五一号（二〇〇二年）四五頁以下など参照）、内田貴他「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリ一二二八号（二〇〇二年）一八一頁以下に接した。後者では、三七一条の改正で差押後に抵当権の効力が法定果実にも及ぶことが明記されるとともに（二〇二頁）、賃料に対する物上代位を全廃することが提案されている（二一〇頁）。さらに三九五条の改正において「当期及び次期に関するもののほか賃料の前払い又は賃料債権の処分をもって抵当権者及び買受人に対抗することができない」（二二一、二二二頁）としている点が注目されよう（後注(6)参照）。

(3) 抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえた場合にも、敷金の充当によって賃料債権は消滅するとした最一小判平成一四年三月二八日民集五六巻三号六八九頁、賃料債権に関するものではないが、抵当権の物上代位の目的となる債権に対する転付命令は、第三債務者への送達までに抵当権者による当該債権の差押えがなされない限りその効力を妨げられないとした最三小判平成一四年三月一二日民集五六巻三号五五五頁などは、かかる視角から平成一〇年判決との関係が議論されるべきであろう。

(4) 拙稿「現行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一項との比較考察（二・完）」法研七二巻二号三八頁以下（一九九九年）参照。三九五条但書の立法過程において明らかにされたように、四二四条転用論は起草者・梅の考え方でもあった（同四一頁）。

(5) 視点を転ずれば、近時の三九五条（但書を含めて）の改正論議においては、詐害的賃貸借の個別規制（すなわち四二四条転用論）を踏まえた議論がなされるべきと云えよう。

(6) 詐害的な賃料処分に対する立法による画一的な法規制のあり方としては、ドイツ法を例にとり（我が国の破産法六三条参照）、抵当不動産の売却の時点を基準として、一定の期間（例えば当期及び次期）を超える処分については、一律に効力を生じないあるいは抵当権者・買受人に対抗できないとする方法（占部洋之「ドイツ法における抵当不動

産賃料の事前処分（三・完）」大阪学院大学法学研究二五巻一号（一九九八年）一八七頁、内田他・前掲「抵当権法改正中間試案の公表」二二二頁など参照）と、本稿で分析したようにフランス法を参考にして、一定の範囲（一年あるいは六ケ月）を超える賃料処分を不動産公示の対象とするという方法とを対置することができよう（*cf*. Lagarde (A.), *Des cessions et quittances anticipées de loyers ou fermages non échus*, thèse Paris, 1913, Arthur Rousseau. pp. 35-39）。長期にわたる賃料処分を処分行為として不動産公示の対象とする考え方は、一方では不動産公示による取引の安全を確保しつつ、他方では設定者（所有者）の財産処分・担保化の自由を確保できる点でより優れているように思われる。

(7) この点につき、アメリカ法における不動産収益の担保化をめぐる議論との対比は有用であろう（青木則幸「アメリカ法における賃料譲渡制度の現状―不動産収益の担保化に関する制度的研究に向けて」早稲田大学大学院法研論集九四巻一頁以下（二〇〇〇年）、同「アメリカ法における賃料譲渡制度の史的考察―カルフォルニア州における法理の展開を中心に（一）～（五）」同九五～一〇〇号（二〇〇〇～二〇〇二年）など参照）。

(8) この点に関しては、不動産の取得の際に資金の提供を受けた貸主に対して当該不動産の賃借人を借入金返済の債務者として付与するケース、さらに複数な例として、不動産建築の融資に際して、賃貸借の予約または将来の建物の賃貸借による「既に特定されている将来の賃借人（locataire futur déjà identifié）」が付与されるケースを取り上げているニボワイエの論稿は示唆に富む（*cf*. Niboyet (Marie-Laure), Une illustration du concept de droit civil des affaires: La délégation de locataire, à titre de garantie, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, Dalloz, pp. 71 et s.）。

(9) 債権譲渡以外にも、代理受領、振込指定、第三者のためにする契約など他の担保方法との比較考察が必要となろう（この点につき、*cf*. Legeais (Dominique), *Les garanties conventionnelles sur créances*, Collection Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1986; Jeuland (Emmanuel), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Bib. dr. privé, t. 318, LGDJ, 1999. *etc*）。

【追記】 本稿の一部は、そもそも平成一一年三月に慶應義塾を退職された新田敏先生の本誌記念号への掲載を予定した

ものであったが、筆者の在外研究と重なり、それを果たすことができなかった。新田敏先生には筆者が大学院に進学して以来、大学院の演習、先生ご主催の財産法研究会などを通じて、多岐にわたってご指導を賜ってきた。思えば筆者が賃貸借法理に興味を持つようになったのも、財産法研究会での報告が契機であった。遅ればせながら先生のご退職を祝しかつ学恩に感謝しつつここに改めて本稿を捧げる次第である。

なお本稿は、平成一〇年度慶應義塾福澤諭吉記念基金に基づく在外研究の成果の一部である。