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

Title	解除の対第三者効力論 (一) : 売主保護の法的手段とその対第三者効
Sub Title	Essai sur les effets de la résolution à l' égard des tiers
Author	武川, 幸嗣(Mukawa, Koji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2005
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.12 (2005. 12) ,p.1- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20051228-0001

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

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

解除の対第三者効力論（一）

——売主保護の法的手段とその対第三者効——

武川幸嗣

一　問題提起
二　フランス法における解除・売買先取特権の生成
(一)　ローマ法における売主保護の法的手段
1　契約の解除
2　先取特権
(二)　教会法の影響
(三)　フランス古法時代における法発展
1　慣習法・判例法における法発展
2　南部成文法地域における法発展
3　債務不履行解除の一般原則および売買先取特権の確立
(四)　現行フランス民法典における解除制度の特色
1　解除制度の基本構造
2　効果面における特色——物権的効力の承認と先取特権との連動——
(1)　遡及効・物権的効力の承認
(2)　第三者に対する関係
三　日本民法における解除制度の沿革
(一)　旧民法典における解除制度の構造
1　規定の概観
2　解除の法的根拠
3　解除の第三者効力
(二)　現行民法典起草における解除の特色
四　小括——試論の提示——
(一)　「対抗不能」構成の可能性
(二)　第三者の範囲に関する類型的考察……（以上本号）
五　解除における第三者の範囲
(一)　第三取得者の保護
1　法律構成
2　対抗不能の要件
(二)　一般債権者・差押債権者に対する関係
(三)　担保権者に対する関係
(四)　賃借人の保護
六　結びにかえて……（七九号一号）

一　問題提起

民法五四五条一項ただし書における解除の対第三者効力に関する諸議論[1]については、周知の通りであるが、その特色を要約すれば、「解除と第三者」に関する従来の議論の特色は、①遡及効の有無を中心とする解除の効果論から演繹的に第三者保護を導こうとする傾向が見受けられたこと、②これと関連して、効果の共通性ないし類似性に基づき、「無効・取消しの第三者」に関する議論が主要な比較対象となっていたこと、③問題となる第三者の類型は、主として不動産の第三取得者であったことに集約されよう。その概要を示せば、次のようになろう。

まず、これまでの議論の主な展開手法は、はじめに解除の効力につきその法的性質を確定した上で、第三者保護の法律構成を論理的・演繹的に導いていく、というものであったように思われる。すなわち、伝統的なドイツ法学説を範にとりつつ、同条一項本文の原状回復につき直接効果説・間接効果説・折衷説いずれが適切かを総論として検討しながら、解除権者と第三者の関係を対抗関係または無権利構成のいずれととらえるかを論じていく、という手法である。基本的には、解除の物権的効力を承認すべきか、債権的効力にとどまるかに関する優劣、これと関連して遡及効の有無、解除前後を区別することの当否、に集約されよう。近年では、ドイツ法上の議論の発展をうけて、解除を、契約関係を維持して履行過程から清算関係への転換・変容を図る法的手段ととらえ、原契約の枠組の中で、巻き戻しに向けた妥当な権利義務関係を規律しようと試みる、契約関係巻き戻し説が有力に唱えられているが、これも、対第三者効力の観点に限定すれば、物権変動の遡及的消滅を認める必要はないという点に還元しうるであろう。

とくに対外的効力については、債権契約と物権行為の峻別化を前提とするドイツ法の議論を、日本民法におけ

る解除法といかに調和させるかにつき注意を要しようが、結論的には、解除前後いずれにおいても第三者に対抗要件具備を要求し、善意悪意を問わないという点において、判例および伝統的学説は一致しており、解除の法的性質に関する右のような見解の相違は、少なくとも、第三者保護の実体的な要件論レベルにおいては決定的な相違をもたらしてはいない。また、第三者保護のための要件として登記または引渡しを要求するとしても、それが一七七条にいうところの本来の意味における対抗要件を指すのか、これとは別意の権利保護資格要件を意味するのか、そしてそれらは説明のしかたにおける差異にとどまるのか、解除権者と第三者の関係のあり方に影響するのか、は必ずしも明らかとはいえない。学説には、対抗要件不要説[2]や、解除後の第三者に善意を要求することを示唆する見解[3]もあるが、目下のところ少数説にとどまっているようである。

いずれにせよ、右の傾向は、解除権者と第三者の利益の対立を、登記・引渡しの先後ないし有無にしたがって調整することが、公示制度の要請と法律関係の安定化および衡平に適う、という基本認識に支えられている、と評しうる。

このような解除における第三者保護が、効果面における共通性から、取消しの延長線上に位置づけて議論される傾向も特色の一つといえよう。五四五条一項ただし書の適用範囲につき解除前後を区別する解釈論および、遡及効否定が対抗問題構成に結びつき、遡及効肯定が、解除前の第三者につき五四五条一項ただし書―権利保護資格要件必要説、そして解除後の第三者につき対抗関係または、学説によっては民法九四条二項類推適用構成を示唆するという理論状況は、取消しにおける第三者保護を背景にして展開されたものであると推察される。

また、冒頭において示したように、こうした議論の前提として学説が念頭に置いている第三者は、主として不動産の第三取得者であり、解除権者と相容れない同一の物権の帰属を争う関係に立つ者であることも、明記しておきたい。

二

さて、学説の傾向ないし特色がさしあたり右のようなものであるとして、以下に本稿の問題関心を示すことにする。

第一に、理論的にみれば、債権的効力あるいは遡及効否定が必然的に対抗問題構成を導くとは限らず、また、遡及効肯定がもっぱら無権利者からの取得構成に直結するわけでもないのではなかろうか。民法五四五条一項ただし書の解釈論として、解除に基づく原状回復または物権変動の遡及的消滅をもって、「第三者に対抗することができない」と構成することは可能であり、その意味につき、必ずしも狭義の対抗関係または民法九四条二項類推適用法理のいずれかに収斂させなければならない、というわけでもないと考えられるからである。解除の効果をどのように説明づけるにせよ、これをもって第三者に対抗することができるか否か、どのような第三者に対していかなる要件の下で対抗しうるのか、については、さらに解除権者と第三者の利益状況および権利関係に対する入念な考察を要するものと思われ、法律行為の取消しと登記などに関する議論を直接転用すれば足りるというものではなかろう。

右の指摘は、解除前後の区別が必ずしも当然の前提とはいえない旨をも含んでいる。仮に遡及効・物権的効力を肯定したとしても、五四五条一項ただし書を遡及効の制限とはとらえずに、その対外的効力の制限に関する規定と解すれば、解除の前後を問うべき必然性はなくなる。確かに、第三者が有効に権利取得した後で、これを事後の解除によってくつがえしてよいかという問題と、解除により権利が消滅した後で取引関係を築いた第三者をいかに保護するかとは、次元を異にするともいえようが、このことと、五四五条一項ただし書の適用射程はもっぱら前者のみに限定され、解除後の第三者を排除する趣旨と理解すべきかどうかとは別問題であろう。その意味では、解除後の第三者を含め、遡及的消滅をもって第三者に対抗することができない、という解釈も成り立ちえよう。日本民法においては、解除権の行使は裁判外の意思表示で足り、公示などの手続的手当てを要しないこと

にかんがみれば、解除後の第三者保護も本来的に必要であり、ことさら一七七条や九四条二項など他の第三者保護制度ないし法理による手当てを持ち出すまでもなかろう。

第三者の善意悪意についても、解除における悪意の意義および対象は何か、すなわち、いかなる事実をどのように認識していることを指すのか、それが非難に値するか、について明らかにした上で、善意悪意不問とすべきか否か、立証責任の配分をどうするかを検討する必要があろう。背信的悪意者排除論の活用による調整を論じるにあたっても、その前提として善意悪意の意義と悪意者保護の当否を確認する必要があろう。

第二に、機能的な観点から解除をとらえると、五四五条は解除の効果に関する一般規定であるが、具体的に第三者保護が問題となるのは、契約上給付された物につき利害関係を有する第三者と、対価を得ていない解除権者との関係においてであり、同条一項ただし書の主要な適用対象は、買主の代金不払いを理由として売買契約が解除された場合における、売主の利益と第三者との対立であるといってよいであろう。そうすると、代金不払いという買主の債務不履行に対する売主保護の法的手段として解除が機能している点[4]に着目しながら、第三者に対する効力のあり方について考察する必要が生じると思われるところ、このような視点から問題となる第三者の類型として、目的物の譲受人などの物権取得者のみならず、買主の他の債権者を挙げなければならない。この場合、売買目的物をめぐり、買主の財産から債権回収を図ろうとする債権者と、これを給付した売主との競合というかたちで、解除権者と第三者の関係が問われることになる。そこでさらに検討を要するのが、先取特権との均衡ないし整合性である。民法は、動産および不動産売主の売買代金債権確保のために、法定担保物権として売買先取特権（三一一条一項五号、三二五条一項三号）を設けているが、そこでは、売買目的物からの債権回収につき、売主に優先権が付与されている。売主保護のための法定手段として先取特権と解除との均衡・整合性を考えるとすれば、このような売買目的物の支配に関する売主の優位は、解除の場合にも確保されるべきことになり、売主は、

解除の効果すなわち目的物の回復をもって、買主の他の債権者に対して対抗しうる、という解釈が導かれる。そうでないと、解除権者・売主も、これらの債権者と競合し、債権者平等の原則に服することになる。このことは、解除に債権的効力のみを認める学説に対する疑問にもつながる。

この点につき、仮に目的物に関する原状回復の可否と優先弁済権の有無とを区別し、先取特権の行使により優先弁済を受けることは可能であるが、解除権行使による目的物の回復は買主の債権者を害するからできない、ということになれば、売主保護の法的手段として両者は並列的ないし選択的ではなく、段階的な関係（解除より先取特権を厚く保護する、ということは、解除による原状回復・清算より先取特権による弁済の確保を促進し、解除に対する履行の実現の優位をもたらすことになろうか。）に立つことになる。しかしながら、そのように解すべき合理的理由はあるだろうか。

そうすると、先取特権と同様に、解除に物権的効力ないし対外的効力を承認した上で、いかなる第三者に対してどのような要件においてこれを対抗しうるのかを確定する方向が浮上してこよう。そこで、売買目的物の譲受人のような第三取得者および買主の債権者（一般債権者・差押債権者）を二つの軸として、さらに担保権者、賃借人など、第三者についての類型的考察が必要となってくる。その意味において五四五条一項ただし書は、このことを前提として、一定の第三者に対する効力を制限する制度であると解すべきことになる。その際には、第三取得者に対する関係においては一七七条や九六条三項との比較が、そして右に示した解除の「担保的機能」の観点からは、動産先取特権の追及効の制限（三三三条）、質権との優劣（三三四条）、不動産売買先取特権の公示による対第三者効（三四〇条）、買戻特約に基づく解除の対外的効力（五八一条）、などの諸制度との均衡も看過できないものと思われる。

このように、債務不履行解除を「広義の担保手段」として位置づけるこのような観点からさらに機能的・類型

的考察を進めると、解除権者・売主と買主の債権者の「担保権」の衝突・調整における解除の位置づけについて検討する必要が生じてくるが、そうすると、右の諸制度との比較に加えて、譲渡担保権者も第三者の重要な類型として挙げなければならない。また、債務不履行解除・先取特権が法定の担保手段であるとすれば、約定解除権の留保や所有権留保は、売主の約定担保手段として、動産売買を中心とする所有権留保と解除の関係、所有権留保と譲渡担保権との対立、などにも考察を及ぼすべきこととなろう。

三　右の問題意識に基づき、本稿は、売買に関する解除の対外的効力を明らかにするための基礎作業として、フランス法に一つの示唆を求めるものである。フランス法においては、信用売買における売主保護の要請を起点として債務不履行解除の一般原則が確立されたという歴史的経緯を有しており、法定的な保護手段すなわち売主のための広義の担保という観点から、解除と先取特権は要請・根拠を共有している。そのため、歴史的にも、そして現行法上の制度設計においても、とくに売買に関して、解除と先取特権は密接不可分に関連づけられており、売主保護のための担保として、両者は同列に位置づけられている。どのような理由から、そしていかにして両制度が生成・発展し、機能しているのかを認識することは、解除規定の設置に加えて、さらにフランス法から先取特権を継受することにより、売主保護の法的手段として両制度を併設する点で共通する日本法の解釈にとって、体系的整合性のみならず、比較法的見地からも意義が大きいと思われる。

次いで、その成果が日本民法の解除制度の解釈論にどのような示唆を与えるのかについて分析していきたい。第一に、旧民法典における解除と先取特権制度および当時におけるその解釈論の特色を整理し、第二に、現行民法典五四五条一項ただし書の起草過程を検討する。現行民法における解除制度は、フランス法に依拠する旧民法を刷新して、ドイツ法システムを採用したものであることは、疑いを容れないところである。しかしながら、第三者効力に関していえば、五四五条一項ただし書に織り込まれた起草趣旨・起草者の価値判断は、先取特権との

体系的整合性および、フランス法的示唆に立脚する第三者の類型的考察・対外的効力に関する基礎理論、から得られる理論構成と調和することを検証したい。

解除の対外的効力については、その制度趣旨を適切に理論化する法理の提唱、第三者の範囲・要件論の分析、さらには、発展ないし関連領域に属する諸問題に関する機能的ならびに理論的整合性も必要となるが、それは右の作業ののちに展開することとしたい。

二　フランス法における解除・売買先取特権の生成(5)

(一)　ローマ法における売主保護の法的手段

1　契約の解除

ローマ法においては、債務不履行を理由とする契約解除（法定解除）に関する一般原則はまだ確立をみていない。履行の完了によって完全となる無名契約においては、各当事者の義務は相手方の履行があってはじめて完全となるため、相手方の履行がないのに一方当事者のみが行なった給付は、不存在の債務の履行となり(6)、衡平ないし信義則に基づく調整として、不当利得返還訴権（condictio causa data causa non secuta, condictio sine causa, condictio ob rem dati）による原状回復が認められていた(7)。

これに対して、方式を備えることにより成立の時点においてすでに完成している有名契約では、後発的事情により契約上の効果が変容することはなく、原則として各当事者にはもっぱらその実現および損害賠償に向けられた訴権のみが与えられる。そのため、不動産賃貸借、負担付贈与、組合などの継続的契約に関して遡及効のない解約が承認されるにとどまっていた(8)。

売買についても、法定解除に基づく訴権は存在していない。買主の不履行の場合においては、売主が目的物を引き渡して代金の支払いもしくは担保の供与を受けるまでは所有権が移転しないのが原則であり、現金売買の売主は所有権に基づく返還訴権および留置権を行使することにより、保護されていた。問題は、売主が買主に期限を付与して目的物を引き渡す信用売買であった。この場合、売主の信用供与は所有権移転の承認と右の返還訴権の放棄を意味するとされており、信用供与に際して詐欺・フロードなどがあった場合を除き、保護手段としては履行および損害賠償に関する契約上の対人訴権が存するのみであった。したがって、買主が無資力のときは、対価を得ずして目的物をも喪失する危険を負っていた。そこで、約定に基づく保護手段として、解除条項（lex commissoria）が活用されるに至った(9)。これは、明示の解除条件を予め契約に織り込む条項・約款を指しており、その成就により法上当然に解除がもたらされる(10)。そしてその効果については、債権的効力のみならず、物権的効力も承認されていた。したがって、契約成立により発生した債権に加えて、履行として行なわれた所有権移転も当然に消滅するとされていた。この点は、無名契約における不当利得返還訴権が債権的効力を有するにとどまっていたのと相違している。こうした売買に特化した明示の解除条項が、中世期までにおけるローマ法上の「解除」である。

2　先取特権(11)

ローマ法上の先取特権は、物権すなわち対物訴権ではなく、対人訴権ととらえられていた。すなわち、債務者の財産に関する執行手続において複数の債権者の訴権が競合する場合、先取特権は弁済における優先権の付与をもたらしたが、それは一般債権者に対する優先権にとどまり、第三取得者あるいは抵当権者・質権者に対する追及効を有するものではないため、その性質はあくまで一般債権者に対する対人権であり、「同人との関係においてのみ優先的効力を有する債権」と解されていたのであった。

その種類は、債権者の人的属性に由来するものと、債権の性質・原因に基づくものとに大別されており、前者は、無能力者の保護者に対する債権、妻の持参財産、租税債権者などを指し、後者には、葬儀費用、建設請負、船舶売買、過誤払い預金の清算、などが含まれていた。

やがて、こうした債権者の保護を強化すべく、黙示の抵当権の設定による約定の優先権が登場するに至った。これには物権的効力すなわち、目的財産の第三取得者その他の物権取得者に対する追及効が認められていた。

ローマ法において売買先取特権は未だ認められておらず、遠隔地へと離れた目的物の返還困難が予想される、船舶売買の売主保護を目的とするものが存するのみであった。したがって、それ以外の売主の法定的な担保手段としては、詐害行為取消訴権（action paulienne）が存在するにとどまっていた。

(二) 教会法の影響(12)

フランスにおける解除法の生成については、教会法の影響も重要な位置づけを有している。以下にその要約を試みてみよう。

契約の義務的拘束力につき、教会法においては、ローマ法におけるような「方式」の尊重ではなく、方式の有無を問わない「約束」の尊重が重視されていた。一二世紀末には、意思の合致による単純約束をもって、契約上の債務を生じさせるのに十分との理解が確立されたようである。そこにおいては、義務の内容や射程を確定し、義務違反の有無を判断するにあたり、当事者の意思解釈すなわち、当事者がどのような趣旨においていかなる義務を負うことを約したのかに関する探究が重要とされていた。そして、およそあらゆる約束において、債務者はその約務をいくつかの前提条件の実現にかからしめているとの推定が行なわれるようになり、やがて、総ての約務には、その意味・射程を明らかにするため、黙示の前提条件が内在している、と解されるに至った。

教会法も、一二世紀頃までは、ローマ法にならい、当事者は履行および損害賠償に関する権利のみを有するにとどまり、解除に関する一般原則は存在しなかった。教皇令などにより、相手方の約務の不履行を理由とする約務からの解放すなわち、双務契約の解除が広く承認されるようになったのは、一三世紀になってからである。それは、次の二つの観点から根拠づけられた。

第一に、当事者の意思解釈が挙げられる。すなわち、相手方からの約務の履行が得られるからこそ、自己が約務を負うのであり、そうでなければ約務に拘束されない、というのが当事者の意思であり、相手方の約務の履行は自身の約務に関する「黙示の前提条件」として内在している、という解釈である。したがって、相手方の不履行により、約務はもはや義務的でなくなる。これは、債権者側の観点からの根拠づけである。

第二に、約束違反に対するサンクションという側面が指摘されている。約束違反は、破門や追放など教会上のサンクションに加えて、法的サンクションとして、違約罰としての損害賠償責任が課される。

ここで重要なことは、この法的サンクションという観点が、双方の約束の相互性すなわち、双務契約における両債務の牽連性に結びつけられた点である。すなわち、自己の約務に違反する者は、相手方の約務の履行により利益を得ることを許されず、自己の約束を履行しない当事者は、相手方からの不履行の抗弁・同時履行の抗弁(exceptio non adimpleti contractus) のみならず、「約束（誓い）を破る者に対しては、もはやその約束に拘束されない。」「自己の約束を履行しない者に対しては、何ら義務づけられない。」(Frangenti fidem non est fides servanda)」として、同人からの解除に服しなければならない、とされていた。こうした法的サンクションの背景には、実務上の要請もあったようである。これは、債務者側の観点からの根拠づけということができるが、教会法は、右の第一の観点と併せて、解除の承認を債権者・債務者双方の側面から正当化したのである。

なお、このような債務不履行解除は、ローマ法における解除条項のような法上当然の解除ではなく、裁判上の

解除とされていた。これは、約務内容の確定とその違反の有無および程度、解除の当否、損害賠償責任の有無・内容などにつき、教会裁判所による衡平な裁断を下すという目的に基づいている。

もっとも、教会法上の解除は、具体的には、動産賃貸借、役務賃貸借、贈与における忘恩行為など、ローマ法上は解除が認められていない場合にも広く適用されたが、本稿の主要な検討対象である売買とくに、買主の代金不払いによる解除については謙抑的であったようである。その理由は、ローマ法原則への配慮、代金支払いまたは担保の供与あるまで所有権が移転しないのが原則であること、信用売買もまだ一般的はなく、売主保護の取引上の要請が乏しかったこと、売買契約の重要性が今日ほど高いとはいえなかったこと、などに求められている。

ところで、教会法は、当事者の意思解釈とりわけ約務の負担根拠としての前提条件の探究、コーズ概念の基礎、双務契約における対立債務の相互性・牽連性などを示唆した点[13]において、その後の中世ローマ法学とくに、バルトルスを中心とする後期註釈学派にも大きな影響を与え、やがてフランス慣習法の形成にも寄与するところとなった[14]。

バルトルスは、註釈学派によって一三世紀ごろからすでに着手されていたコーズ概念の法的検討をさらに発展させてコーズの分類を整理し、このうち、契約の効力を左右するのは、最終的に約務の負担を決定づけた主要なコーズ（cause finale）であるとの一般理論を提唱した。そして、解除を基本的にこのコーズ理論から導くことを試みた。それは、約務のコーズである反対給付の不履行は、コーズの喪失により契約の消滅をもたらす、という一般理論である。バルトルスは、無名契約のみならず有名契約にも解除を承認し、とくにこれまで抑制的であった買主の代金不払いに基づく売買の解除についても、経済活動の発展と取引上の要請に基づいて一四世紀中葉に信用売買が普及したことにかんがみて、買主に対する期限の供与が目的物の返還訴権の放棄を擬制するという伝統的な構成は、当事者意思に反しており、商事売買に適用すべきでない、という見解を示した。

このような一般理論は、取引実務の発展とその要請に応じて、伝統的な有名契約と無名契約の区別を衰退させ、後のフランス法における解除の一般原則の確立を示唆した。

(三) フランス古法時代における法発展(15)

右のようなローマ法および教会法を基礎としつつも、フランス古法は慣習法・判例法を中心に固有の発展を遂げており、それは解除法の形成においても色濃く現れている。その特色は、第一に、商品取引の発展にともなう売主保護に対する実務上の要請に応える法形成が行なわれたこと、第二に売買先取特権の登場、第三に、債務不履行解除に関する一般原則ならびに、法定担保としての先取特権の基礎が確立されたこと、第四に、売買における解除と先取特権が相関的に発展を遂げたこと、に集約されよう。以下に、現行フランス民法典における解除制度の基盤となったと評しうる実務上ならびに法理論上の発展について、明確に跡づけることとしたい。

1　慣習法・判例法における法発展

一四世紀から一五世紀にかけて、実務においては、ローマ法上の有名契約と無名契約の区別は次第に緩和される傾向を示していたものの、債務不履行による解除が一般的に承認されるには至っておらず、基本的にはローマ法の伝統がなお維持されていた。とくに売買については、信用売買における売主は、信用供与により目的物の所有権移転の承認および返還請求権の放棄を行なったとして、代金不払いを理由とする解除はなお認められていなかった。

しかしながら、一六世紀末頃から、顕著な進展をみせるに至った。判例・学説上は、売買において黙示の解除条項あるいは所有権留保条項を認めて売主保護を図る構成などが見受けられるようになっていたが、ドゥムランは、バルトルスの見解および教会法の影響を受けながら、有名契約・無名契約の区別を問わず、総ての契約につ

いて債務不履行解除を承認する一般原則を提唱した。[16] ドゥムランは、バルトルスと同じく、その根拠を、契約の拘束力への決定的要因となったコーズ（cause final）の喪失に求めながら、解除の一般化を説いたのであるが、この見解は、実務上の要請に沿うものとして評価され、判例法に浸透するとともに、古典理論からの脱却にも大きく寄与するところとなった。

この点につき、慣習法および判例法ともに、実務上焦点とされ、債務不履行解除の一般的承認の契機となったのが、売買における代金不払いを理由とする解除であった。商品取引の発展による信用売買の普及にともない、売主の担保手段の構築と整備が強く問われるところとなったからである。

他方、信用売買における売主保護のための担保としては、一六世紀頃まで、公正証書による不動産売買については買主の総財産に対する一般抵当権（hypothèque générale）が認められていたが、やがて約定に基づく売買目的物に対する特別担保権の設定により、他の物権取得者に対する優先権を確保することが動産売買を含めて取引慣習となり、定型化していくにつれ、一七世紀には、契約上当然に内在するものとして、総ての信用売買において黙示の特別担保権（hypothèques tacites spéciales, hypothèques tacites privilégiées）が認められるに至った。[17] これは売買先取特権の基礎とされている。

売買を基軸として、解除法と先取特権制度が有機的に関連しながら相互的に発展を遂げたのは、まさにこうした売主保護の要請における共通性に由来している。このような観点において、売買目的物につき、返還請求による原状回復の確保と、優先権行使による債権回収とは、その基礎を同じくすることになる。

まず、一六世紀までは、売主は解除条件ないし解除条項や所有権留保条項、さらに、右に述べた売買目的物に対する特別担保権の設定など、約定による保護手段を設けていたが、実務上それらが定着すると、判例はさらに進んで、黙示ないし前提の条項として右の約定を認定するに至った。こうした傾向を受けて、一五八〇年に改正

されたパリ慣習法[18]は、以下のように規定した。

第一七六条

「いかなる物であっても、動産を売却する者は、期日あるいは期限のない即時の支払いを望む場合には、当該目的物がどこに移転していても、同人がその対価の支払いを得るために、その物につき追及することができる。」

第一七七条

「売主が期限を付与したとしても、目的物が債務者の下で他の債権者によって差し押さえられたときは、売主は売却を阻止し、当該目的物につき他の債権者に優先することができる。」

右のパリ慣習法は、次の二点について定めたものである。①現金売買では、代金の支払いを受けていない売主に目的物の返還訴権が認められ、それには第三取得者に対する追及効が認められる。②信用売買であっても、目的物が買主の占有を離れていなければ、売主はその物につき、黙示の条項の有無にかかわらず、他の債権者に対して優先権（privilège, le droit de préférance）を有する。

なお、①の現金売買（一七六条）において、判例は、売買目的物につき返還訴権のみならず買主の他の債権者に対する優先権をも認めていたようであり、売主は両者から選択しうるものとして法運用されていたようである[19]。また、取引安全と調和の見地から、第三取得者に対する返還訴権の行使は引渡し後短期間内に制限され、以後は善意の第三者に対して行使できない、という制限解釈がされることとなった[20]。その理由は、引渡し後長期間にわたり返還訴権の行使を認めると取引安全を害することに加えて、引渡し後長期間にわたり代金支払いがない状態というのは、実質的にみればもはや信用売買と同視しうるものと評価できる、といった点に求められている。

②の信用売買（一七七条）における売主保護に関しては、これを第三取得者に対して追及効を有しない優先権について定めたものという理解と、他の債権者に対する優先権のみならず返還訴権をも認める趣旨であると解す

る見解とに分かれていたようである。[21] また、判例はその適用範囲を拡張して、目的物が引き渡されていなければ、悪意の第三取得者に対しても追及効を認め、さらに不動産売主の保護にもこれを適用することを承認するに至った。[22]

動産の信用売買は、「動産は担保権をもって追及することができない。」(les meubles n'ont pas de suite par hypothèque) の原則の適用を受けるが、右の解釈は、かかる原則を即時取得「動産において占有は権原に値する。」(En fait de meubles la possession vaut titre) の適用例として位置づける理解に立脚している。[23]

パリ慣習法のこのような規律は、やがてオルレアン、ブルゴーニュなど北部慣習法地域全体に共通の慣習法となり、判例によってさらに明確化されていった。判例法はやがて、留置権のための返還訴権にとどまらず、さらに効果的な保護手段としての解除の承認へと向かったのである。そして、売主保護の法定的な手段として、売買目的物に対する返還訴権と優先権の併存・結合は、パリ高等法院 (Parlement) により確立されるところとなり、北部慣習法地域のみならず、一部の南部成文法地域にも影響を及ぼすようになった。このことは、解除と先取特権の有機的な関連性を示唆するものといえる。

2　南部成文法地域における法発展[24]

他方において、南部成文法地域は、ローマ法の伝統が色濃く残り、現金売買の売主には所有権に基づく返還訴権が認められたが、信用売買における返還訴権および解除については否定的であり、資力がないにもかかわらず取引を行なった買主の不誠実が、詐欺などの合意の瑕疵を形成する場合に、返還訴権が認められたにとどまっていた。そこにおける売主保護の手段として、トゥールーズ、モンペリエ、ボルドーなどにおいて発展したのは、担保目的の所有権留保条項 (clause de précaire) の活用であった。これは、優先権確保のための担保条項であり、当初は公証人による約定に基づくものであったが、後に黙示で足りるとされ、やがて売買一般において定型化さ

れていくにしたがい、一七世紀後半までには、総ての売買契約に当然に内在する「前提」条項として広く承認されるに至った。

なお、「契約上当然に内在する約定ないし条項」構成（le système des clause sous-entendues）は、趣旨および機能においてはコーズ構成と共通するが、判例実務は契約において内在的に予定された条件・条項という法律構成を選択したのであった。こうした法技術の一般的承認が、後の法定解除および法定担保としての先取特権の基礎を形成したのである。

3　債務不履行解除の一般原則および売買先取特権の確立

フランス古法における右の法形成ないし発展は、その後、債務不履行解除の一般原則の確立および、売買先取特権の承認に大きく寄与し、現行フランス民法典の起草に対してその基礎を提供した。以下にその概要について示しておこう。

信用売買における目的物の所有権移転は、売主保護の必要性を促し、それが返還訴権および解除・売買先取特権という法的手当ての承認をもたらしたのであるが、所有権移転に関する意思主義への傾倒により、その要請はさらに確固たるものとなり、さらに契約一般に関する解除原則の確立へと発展していく。はじめにこのことを確認した上で、先取特権と解除に分けて、各々の特色を描き出すことにする。

第一に、先取特権につき、契約上当然に内在する担保条項の認定により、売買目的物に対する売主の優先権を導く判例法の構成は、約定の有無を問わない法定担保としての売買先取特権の承認を促すとともに、先取特権の法的性質についても、一般債権者および物権取得者に対しても追及効を認めるべく、これを「物権」として理解する傾向を生み出した(25)。売買先取特権の承認と先取特権の多様化およびそれらの物権化は、実務上の要請に応えるものであり、先取特権を対人訴権と捉えるローマ法的伝統からの脱却を意味している。とくに先取特権の物権

化は、一般債権者に対する優先権のみならず、不動産売買先取特権については公示により広く、そして動産売買先取特権に関しては、現金売買と信用売買を区別しつつ、目的物の物権取得者に対して一定の限度において、追及効を承認することを基礎づけたのである。

第二に、解除に関しては、留置権を導くにすぎない返還訴権にとどまらず、より効果的かつ本質的な保護手段として、解除訴権を認めるべきであるとの実務上の要請に応えて[26]、一七世紀以降、慣習法地域を中心とする判例法が、前述のパリ慣習法を拡大解釈・運用しながら、代金不払いを理由とする解除を導く法理を確立させていき、これが解除の一般的承認に向けて実務上決定的な役割を果たした。判例法はやがて、売買につき代金不払い以外の債務不履行を理由とする解除を認め、さらに賃貸借、組合、負担付贈与、請負などについても、広く債務不履行解除を承認するに至った[27]。南部成文法地域は、すでにみたように、概ね返還訴権に否定的な傾向を示していたが、それは決して解除原則の承認に対する積極的な障害ではなく、むしろ成文法地域における優先権の根拠は、慣習法地域の解除と共通するものであった。

学説上も、先のバルトルス、ドゥムランに続き、これに実務上の要請を織り込んでさらに発展させ、契約の性質やコーズによる区別なしに、すべての契約は債務不履行を理由に解除しうる旨を認めながら、その一般原則を提示しようと試みるものが台頭してきた。ドマは、あらゆる合意につき債務不履行解除を認めるべきこと、それには約定の有無およびフォート・不可抗力の存否を問わないこと、その可否については裁判官に状況に応じて認定する権限を付与すること、および、場合により損害賠償責任を妨げない旨を示し[28]、ポティエもこの傾向を継承して、約定の有無にかかわらず、債務不履行は契約の解消と債務の消滅をもたらすこと、その場合、債権者に解除を求める訴権を付与するにとどまり、その認定は裁判官に委ねられること、を提唱した[29]。

解除の根拠については、契約目的ないし当事者の合理的意思に求められていたようである。すなわち、この点

につき、「契約当事者は、各々が自己の約務を履行する場合にのみ契約を維持することを意欲している。[30]」あるいは、「解除は、相手方の債務の履行が得られないのであれば、契約を締結しなかったであろうと認められる場合に、可能となる。[31]」という説明が与えられたが、これは、「契約上当然に内在する条項」構成を採用した判例法と軌を一にする理解と目される。

解除の要件につき、判例法は債務者のフォートの有無を問わない構成に親和的であったようであるが、売買については、所有権移転に関する意思主義への移行とそれに伴う危険負担所有者主義（買主負担）の採用との間の矛盾が指摘されていた。[32]

また、一七世紀および一八世紀の判例は、解除の可否につき、裁判上の関与にかからしめていた。[33]契約目的の解釈および債務内容の確定、不履行の程度・重大性と猶予期間の設定による契約維持の相当性の有無などにつき、裁判官の評価に委ねながら、妥当な解決を導こうとしていたのである。

さて、本稿にとって重要なのは、解除の効果である。中世ローマ法は、無名契約の解除については債権的効力のみを有する不当利得返還訴権であることを原則としつつ、例外的に、信用供与していない売主の所有権に基づく返還訴権と、解除条項に基づく原状回復につき、物権的効力が承認されるにとどまっていた。

これに対し、フランス古法では、解除条件の効果はローマ法の解除条項と同様とされていたが、債務不履行解除についても共通の効果すなわち、物権的効力を有するものとされ、解除により、債権債務のみならず物権変動も法上当然に消滅すると解されていた。そしてその物権的効力は、解除の遡及効（l'effet rétroactif, la rétroactivité）の承認と結びつけられた。遡及効の根拠としては、所有権移転に関する意思主義の採用すなわち、もっぱら合意の効果により移転した所有権は、解除により何らの行為ないし形式なくして当然に原所有者に復帰すると考えられること、契約締結当初より当然に内在する条項の効果という構成は遡及効の承認に親和的であり、

契約目的ないし当事者意思に適うこと、などが挙げられる。そしてその遡及効につき物権的効力が付与されたことについては、債権者すなわち売主保護のための担保としての原状回復を確保・強化すべく、他の債権者をはじめとする第三者に対する優先的地位を導く目的が基礎にあったことを指摘しなければならない(34)。

かかる観点における解除の効力は、先取特権の物権化と共通の根拠に基づいている。この理解は、解除に基づく原状回復についても、先取特権と同様の優先権を債権者に認めるべき旨を明らかにしている。

そして、約定による保護手段の確保→黙示条項の承認→取引慣習による定型化→「契約上内在的に予定されている条項」構成による一般化→法定的な保護手段化という法形成の過程においても、解除と先取特権は一致しているのである。

(四) 現行フランス民法典(35)における解除制度の特色

1 解除制度の基本構造

一八〇四年に制定されたナポレオン法典は、第三編「財産取得編」の第三章「契約または合意による債務一般」第四節「債務のさまざまな種類」において、第一款「条件付債務」について規定しており、その中において、債務不履行解除に関する一般原則を定めた(36)。

第一一八四条

① 解除条件は、双務契約において、両当事者の一方がその約務をなんら満たさない場合についてつねに予定されている。

② この場合には、契約は、なんら法上当然に解除されない。約務の履行をなんら受けなかった当事者は、あるいはそれが可能であるときは合意の履行を他方当事者に強制し、あるいはその解除を損害賠償とともに求め

る選択権を有する。

③　解除は裁判上で請求しなければならない。被告には、状況に応じて期間を付与することができる。

さらに、第六章「売買」第五節「買主の債務」では、代金不払いを理由とする解除につき、次のような規定が置かれている。[37]

第一六五四条

買主が代金を支払わない場合には、売主は、売買の解除を求めることができる。

フランス法における解除制度の特色は、すべての契約において内在的に予定されている「黙示の解除条件」構成が採られたこと、法上当然の解除ではなく裁判上の解除システムが採用されたこと、損害賠償との併存、であろう。「黙示の条件」構成の沿革については、ローマ法上の解除条項（lex commissoria）を原点とする黙示の解除条項に由来するとの理解が伝統的に見受けられている。[38]これに対しては、ローマ法の解除条項は、もっぱら売買契約上の売主からの解除のみを導くにとどまり、例外的・限定的に適用されていたにすぎなかったことから、黙示条項の認定による定型化や契約全体への一般化とは大きな隔たりがあること、lex commissoria は法上当然の解除であるのに対してフランス法は裁判上の解除であり、解除の可否については裁判所に広汎な権限が認められている点なども異なるとして、フランス古法における固有の発展を強調しながら、教会法の影響をうけた学説や、実務上の要請を反映した判例法・慣習法による法形成が結実したものと捉える見解も示されている。[39]

このような当事者意思ないし契約目的の観点から解除を基礎づける構成は、フランス古法上の法発展を法定化したものと解され、フランス解除法の沿革的な特色となっている。

また、裁判上の解除システムも、教会法の影響およびフランス古法における判例実務を継承したものと目される。

2　効果面における特色――物権的効力の承認と先取特権との連動――

（1）遡及効・物権的効力の承認

現行法においても、解除に遡及効を認め、物権的効力を付与することで見解が一致しており、今日に至っている。解除につき条件構成を採用し、契約当初より本来的・内在的に予定されている効力消滅事由として位置づける構造理解に親和的といえよう。

ところで、フランスでは、解除の法的根拠[40]をめぐり、民法典制定後、一九世紀中葉頃から二〇世紀にかけて、さまざまな見解が林立するに至っている。制度沿革に忠実な当事者意思の推定・擬制説のほかには、主として次のような見解が提唱されている。一つは、コーズ喪失説[41]である。この見解は、古くからバルトルスやドゥムランが唱えていた構成であるが、一方当事者の債務の不履行は相手方の債務につきコーズの喪失をもたらし、その拘束力の基礎を欠くに至ったものとして、遡及的消滅を導くに適している、とされている。その他にも、両債務の牽連性・相互性に根拠を求める見解[42]、衡平理念の具現化と捉える説[43]、債務不履行責任ないし損害賠償説[44]、が主張された。その要因としては、ドイツ法の理論的影響や、コーズ理論などフランス法固有の概念の発展などが挙げられようが、いずれも決定的支配を獲得するに至っていない[45]。すなわち、沿革的な当事者意思の推定ないし擬制構成に対しては、裁判上の解除システムになじまない上、当事者が明確に解除を排除する意思を示している場合に説明がつかない点、などが批判されたが、コーズ喪失説についても、契約成立の瑕疵に関する無効と解除との混同や、付随義務違反の解除に対する説明困難、さらには、解除の可否はもっぱらコーズの存否のみから判断されるものではない、等の指摘がされており、さらに両債務の牽連性説は漠然として不明確であるとされ、損害賠

償説は、損害やフォートの要否などが問われている。

本稿は右の諸見解の優劣について論評することを目的としていないが、重要なのは、法的根拠をめぐる理解の動揺にもかかわらず、右に述べた解除の効果に関してはとくに異論をみていない点である。ドイツ法にならい、解除の効果を債権的効果にとどめる旨を説く見解や、遡及効の対抗不能と示唆する見解も散見されるが、少数説にとどまっている(46)。このことは、解除の法的根拠あるいは性質から、演繹的に物権的効力ないし遡及効を導けるかという方向性のみならず、逆に解除が果たすべき機能に着目して、それを説得的に実現するための法律構成を模索することの必要性を促しているように思われる。すなわち、売買を例にとれば、売主の目的物の回復につき、買主の他の債権者に対する優先的効力を確保し、目的物の換価処分による債権回収につき優先権を認める先取特権に基づく債権者・売主保護と均衡を保とうという、機能的な観点が重要かと思われる。そのためには、解除の遡及効により当初から目的物が買主の共同担保・責任財産を構成しないものとして扱う法律関係を前提として、物権的効力を認めることによりこれをもって第三者に対抗することができる、と解するのが効果的である、というわけである。フランス法では今日においても、解除の効果は債権者に対するこのような優先的効力に結びつけて理解されている(47)。

なお、ここにいう「優先的効力」は、厳密にいえば同一内容の権利の優劣決定を意味するものではなく、担保権における順位の優先効とも異なる。解除に基づいて目的物に関する権利回復を確保することと、その代価から配当を受ける権利の競合とは異なるからである。しかしながら、売主保護のための担保という観点からみると、買主不履行の場合、売主は、目的物の回復または代金債権回収のいずれか一方の確保を選択的に図ることになり、前者に結びつくのが法定解除であり、後者を導くのが先取特権である。売主保護の観点において両者は共通の機能を有するが、法定の保護手段として、解除と先取特権はその均衡ないし整合性が問われるものと考えられるの

である。この意味において、目的物につき、「他の債権者に先立って優先弁済」を受ける権利に加えて、「他の債権者の共同担保に対し、排他的・優先的に権利回復」を図る権利も含めて、優先権ないし優先的効力と称することが、本稿の問題意識に適う。それは、本稿が、解除の機能を担保に準じて把握しながら、第三者の地位につき、買主の債権者と、目的物の譲受人その他の物権取得者、賃借人とに類型化し、対外的効力につき「追及効」と「優先権ないし優先的効力」に分けて、その第三者効力を再構成することを目論んでいるからである。

（2）第三者に対する関係

次に問題となるのは、物権的効力が及ぶ第三者の範囲・類型に応じて、保護の要否と法的手当ての図り方につきどう考えるか、である。とくに問われるのが、右のような一般債権者以外の第三者すなわち、目的物の譲受人その他の物権取得者・賃借人との関係である。この問題は、解除の物権的効力のうち、一般債権者に対する優先権という視点でなく、追及効の有無ないし範囲に関わる。

買主の債権者以外に目的物につき特定の権利を取得した者との関係をどのように確定し、取引安全の要請との調和をどうするか、につき、フランス法は、解除の効果を一律に制限したり、包括的な第三者保護規定を置くのではなく、まずは解除に遡及効を承認し、これをもって第三者に対して対抗することができるとして物権的効力を与えた上で、動産・不動産を区別し、かつ第三者の地位に応じて類型的に手当てを行なう[48]、というシステムを採った。以下、動産、不動産の順に概観してみよう。

はじめに、動産売買におけるフランスの法状況を確認しておこう。この点については、動産先取特権の物権化および追及効との比較が必要であろう。

一般先取特権および動産先取特権の性質をめぐっては、民法典制定後も、これらを物権とみるべきか、ローマ法におけると同じく、一般債権者に対する優先的効力を有する債権にすぎないのか、が議論の対象となっていた[49]。

追及効を物権の本質と捉えると、動産先取特権の物権性が疑問視されることになり、一九世紀にはこうした見解も存在したが（後述）、追及効を特定の物について権利者に割り当てられた権能の一つと理解すれば、その制限がただちに物権性の否定を導くことにはならない。[50]

動産売買先取特権に関する議論の焦点は、民法典第二一〇二条四号および第二一一九条に体現される追及効の制限についてどのように理解し、即時取得に関する第二二七九条との関係をどう捉えるか、にあった。すなわち、追及効の制限を本来的・内在的制約と解し、これと即時取得制度による保護とを区別するか、追及効の制限はあくまで外在的な利益調整の帰結すなわち、即時取得制度による第三者保護の具現化であり、右の諸規定はむしろ追及効を前提とする法的手当てとみるか、が問われた。この点については今日なお見解が分かれている。[51][52]

右の関連条文は以下の通りである。

第二一〇二条

一定の動産の上に先取特権を認められる債権は、〔以下のもの〕である。

四　未払いの動産物件の代金　ただし、債務者が期限付きで購入したか期限なしに購入したかを問わず、その物がなお債務者の占有にある場合に限る。

売買が期限なしに行なわれた場合には、売主は、その物が買主の占有にある限りそれらの物件の返還を請求してその転売を阻止することもできる。ただし、その返還請求を引渡しから八日以内に行ない、かつ、物件がその引渡しが行なわれたときと同一の状態にあることを条件とする。

ただし、売主の先取特権は、家屋又は農場の所有者の先取特権におくれてでなければ、行使されない。ただし、所有者が、その家屋又はその農場に備え付けた動産その他の物が賃借人に属さないことを知っていたことが証明された場合には、この限りではない。

第二一一九条

動産は、抵当権によって追及されない。

第二二七九条

① 動産に関しては、占有は権原に値する。

② ただし、物を逸失し、又は盗まれた者は、逸失又は盗難の日から起算して三年間、その物がその手中にある者に対して、その物の返還を請求することができる。ただし、この者が、その物を入手した者に対して求償することを妨げない。

見解は概ね次の三つに大別しうる。

第一説は、動産先取特権の追及効を否定する見解である。第三取得者の善意・悪意および引渡しの有無を問わず、売主は先取特権を行使することはできない。一九世紀においては、動産先取特権を優先的効力ある債権と捉え、その物権性に疑問を呈する見解に調和的であったが(53)、今日でも、有効な譲渡により第三取得者に所有権が移転すれば、買主は同人のために代理占有を行なう立場にとどまること、判例はとくに第三取得者の善意・悪意を認定することなく追及効を否定していること(54)、などを理由として、この結論を支持する学説がある(55)。なお、第三取得者の債権者保護を根拠として、善意・悪意不問を説く見解も主張されている(56)。この説は、代金支払いを受けずに目的物を引き渡すリスクを負う売主の利益より、第三取得者に所有権ありと正当に信頼した債権者の保護が優先する旨を示唆する。

第二説は、動産先取特権の追及効を原則として承認しつつ、即時取得による保護を図る見解である。この立場では、追及効の制限を即時取得の一種と解することになる。したがって、第三取得者が善意であり、かつ引渡し

を受けている場合に限り、先取特権の行使が制限される[57]。ここにいう善意とは、前主の売買契約における代金未払いにつき知らないことを指す、と解されている[58]。

第三説は、第三取得者への引渡しにより追及効を失うとする見解である。同説は、追及効を認めながらも、もっぱら引渡しの有無すなわち、目的物が買主の占有を離脱したか否かを基準として、その制限の可否を決定しようという考え方に基づく[59]。

追及効の制限につき問題となる第三者[60]は、売買目的物を買主から譲り受けた第三取得者を指し、賃借人や受寄者のような買主の占有代理人は含まれない、と考えられている。なお、質権については即時取得が認められる。

ところで、解除については、動産売買の場合はもっぱら即時取得制度による第三取得者保護が示されるにとどまり、先取特権における追及効の制限のあり方に関する右のような議論はされていないようである。これは、動産先取特権におけるような追及効を制限する明文規定が、解除に関しては存在しないことにもよろうが、先取特権に関する右の第二説に整合的といえよう[61]。

次に、不動産に関しては、公示制度による法的手当ておよび、先取特権の行使要件との連動が重要である。

民法典制定後間もなく、不動産売買について解除と先取特権の整合性が問題とされた[62]。すなわち、ナポレオン法典は、先取特権については、登記により公示されない限り債権者間で効力を生じない旨の規定を置いていたが（第二一〇六条）、解除訴権につき先取特権とは別個独立に行使しうるものとされていたため、先取特権を公示により保存していないかまたは、目的物の差押えに対して配当加入しないなどにより、先取特権が消滅した場合であっても、このことは解除の妨げとはならなかった。そこで、第一に、売主が先取特権を行使できない場合もなお解除を援用することにより、目的物の原状回復につき第三者に対する優先的地位を保持しうるというのは、不均衡ではないか、という点が問題とされたのである。この問題提起は、解除が先取特権と共通の趣旨に基づく

「優先権」を有しており、かつ、解除の可能性は常に先取特権行使の背後に存する、という認識を前提としている。第二に、目的物が差押えに基づいて強制執行された場合には、買主の債権者のみならず、買受人の保護も問われるが、解除により同人の権利を無条件に追奪してよいか、も議論の対象となった。そこで、こうした諸点につき、立法的な対応がされるところとなった。

まず、一八四一年民事訴訟法七一七条は、競売における買受人が後の解除によって害されないようにするため、売買目的不動産につき差押えの通知を受けた売主は、競売手続前に、解除訴権行使の旨を執行裁判所に通知することを解除訴権の行使要件とする旨を定めた(63)。

その後さらに議論が発展し(64)、右の場合に限らず、一般に解除訴権を公示することによって取引安全を図るべき旨が提唱された。そして、解除条項ある場合にはかかる約定を公示しなければ解除を目的不動産の物権取得者に対して対抗することができない、とすべきことや、解除と先取特権の機能面における共通性にかんがみて、先取特権の公示をもって解除訴権の存在についての認識をも付与しうる、として、解除訴権の行使を先取特権の公示による保存に従属させて両者を連動させるシステムの構築などが、説かれるに至った。さらに、イタリア民法典(65)にならって、解除権行使（解除訴求）の公示（売買登記の欄外に附記）の前に登記を備えた物権取得者を害することができないとする立法提案もされた。

このような議論を経て、不動産公示に関する一八五五年法(66)（la loi du 23 mars 1855）は、次のような規律を行なった。まず、売主は、登記に際して売買代金の全部または一部が残存する旨を欄外に附記することにより、先取特権を保存することができるが（民二一〇八条）、同法は、売買契約締結から四五日以内に登記しなければ第三者に対してこれをもって対抗することができないとした上で（法第六条）、公示の懈怠または配当加入手続への不参加などにより先取特権が消滅した後は、一定の第三者に対して解除訴権をも行使することができなくなると

定めた（法第七条）。

第七条

ナポレオン法典第一六五四条によって定められた解除訴権は、売買先取特権が消滅した後においては、買主から目的不動産の上に権利を取得し、適法にこれらを保存した第三者を害して行使することはできない。

なお、ここにいう第三者とは、目的不動産の譲受人、抵当権者、用益物権者・長期賃借人（期間一八年以上）を指し、一般債権者は含まれない、と解されていたため[67]、買主の一般債権者に対してはなお解除の効果をもって対抗することができた。

さらに、同法は、解除判決確定後に一カ月以内に解除判決を登記の欄外に附記することを代訴士に義務づけ（法第四条）、解除判決を公示することにより、解除後の第三者の利益にも配慮した。ただし、この公示は警告的機能を有するにとどまり、その懈怠に対するサンクションは、解除の効果を制限する（第三者に対抗することができない）ことではなく、罰金の課徴にすぎない。

以上のように、フランス法は、転得者をはじめとする物権取得者・賃借人保護については、①先取特権の公示により解除の可能性についての認識付与を図るとともに、解除権の存続を先取特権に従属させる、②解除訴権の行使につき裁判所への通知を義務つけることにより、解除権行使を明確化する、③解除判決の公示により解除後の第三者保護を図る、といった法的手当てを行なったのである。

第三者保護に関する右の立法上の手当ては、不動産公示制度改正のための一九五五年法（Décret du 4 janvier 1955）に基づく法整備により、さらに改められた。同法は、不動産公示に関する一八五五年法のみならず、民法典における公示の関連規定の改正をも伴うものであった。以下に関連する諸制度を示しておこう。

民法典

第二一〇八条

① 先取特権を有する売主または不動産の取得のために金銭を供与した貸主は、登記によってその先取特権を保存する。この登記は、第二一四六条および第二一四八条に定める形式において、かつ、売買契約書作成から起算して二カ月の期間内に、その者の発意によって行なわなければならない。先取特権は当該証書の日付で順位を有する。

② 売主の先取特権の消滅ののちは、または前項が付与する期間内にその先取特権の登記がない場合には、第一六五四条に定める解除の訴権は、買主から目的不動産の上に権利を取得し、かつ、それを公示した第三者を害して行使することができない。

第二一一三条

① 先取特権つきの債権の担保に充当される不動産について、第二一〇八条、第二一〇九条及び第二一一一条が先取特権の登記を申請するために付与する期間中に登記される抵当権は、先取特権債権者を害することができない。

② 登記の手続に服する先取特権つきのすべての債権は、それに関して先取特権の保存のために定めるさきの条件が満たされないものであっても、抵当権つき〔のもの〕であることを止めない。ただし、その抵当権は、第三者に対しては、登記の日付からでなければ順位を有しない。

不動産公示制度（一九五五年法）

第二八条

不動産所在地の抵当権保存所において公示されなければならないものは以下の通りである。

③　C）合意の解除、撤回、無効、または取消しを確認する証書および判決、およびこれらを求める訴え。

第三〇条

一　④　第二八条一項所定の行為の解除、撤回、無効または取消しは、それらが遡及効を有するときは、それを生じさせる条項が予め公示されているか、またはその原因が法律で定められている場合にのみ、消滅した権利の特定承継人に対抗することができる。

四　自己の権利を公示したすべての利害関係人は、第二八条③ないし⑨所定の証書が法定期間内の公示の欠缺により、あるいは不完全もしくは誤って公示されたことによって、損害を被った旨を証明して、損害賠償を求めることができる。

五　公示された証書に由来する権利の解除、撤回、無効または取消しを求める訴えは、それら自体が第二八条③C）に規定するところにしたがって公示されており、かつ、抵当権保存吏の証明書もしくは、その公示された旨を記した訴状の写しにより、かかる公示が証明されなければ、裁判所において受理されない。

第三三条

C　④　公示の欠缺からもたらされる効果とは別に、本条所定の公示期間の不遵守は、公証人、代訴士、執行吏または裁判所補助吏に対して、五千フランの罰金を課す。

右の規律を整理すると、次のように要約しうる。

①　売買における法定解除（買主の債務不履行を理由とする解除）については、売主の解除権の行使は先取特権の保存に従属しており、売買契約締結から一定の法定期間内（二カ月以内）に先取特権を登記（売買の登記とともに、売買代金未払いの旨を登記することにより、公示される）することによって、予め解除の可能性（代金債務の全部ま

たは一部が残存していること）について公示していなければ、第三者を害して解除権を行使することができない。先取特権が消滅した場合も同様である。この法定期間内の公示は、先取特権について第一順位の優先権保全をもたらし、買主が取得した目的不動産上に、右の公示以前に設定された抵当権に対しても優先する。同様に、第三取得者に対して解除権を行使することを可能とする。そのため、先取特権とともに解除の遡及効に関する対抗要件としての意義を有している。[68] 法定期間経過後に右の登記がされた場合、解除の遡及効を第三者に対して対抗することはできず、少なくとも公示前に権利取得した第三者との関係において解除権を喪失する。[69] また、先取特権は登記時から順位を保全しうる通常の抵当権に変わる。

要するに、先取特権の登記をもって解除の第三者対抗要件とするのであるが、これは、先取特権の公示が、同時に解除訴権が潜在する旨の認識付与の機能をも果たすという理解を前提としている。

いずれにせよ、解除権の行使要件につき、法定期間内の公示を存続要件とする先取特権と調和させた点は、売主の優先権という観点における両者の共通性を体現している。[70]

② 合意解除の場合は、予め解除条項を公示していなければ、解除権の行使をもって第三者に対抗することができない。

③ 解除権を行使するにあたっては、解除の訴求について公示しなければならない。

④ 解除判決が確定した場合は、速やかに判決を公示しなければならない。

ここにいう第三者は、売買目的物の譲受人、抵当権その他の物権取得者、期間一二年を超える不動産賃借人を指し、一般債権者は含まれない、と解されている。[71] なお、不動産賃借人について補足すると、期間一二年を超える賃貸借は公示が要求され（不動産公示に関する一九五五年法第二八条一号b）、登記がない場合は、同一不動産につき相容れない権利を取得し、先に公示を備えた第三者に対して対抗することができない（第三〇条三項）、とさ

れており、かかる賃借人が、解除権の公示により保護されるべき第三者に含まれる、と解されている。また、一二年を超えない賃貸借は、解除の遡及効・物権的効力に服することになりそうであるが、フランスの判例法においては、買戻特約に基づく解除における賃貸借保護に関する民法一六七三条二項[72]が解除一般につき類推適用され、やがて善意の賃借人を保護する一般法理が確立されるに至っている[73]。

つまり、売主には、解除前においては、予め先取特権の登記をすることで解除権を保存するとともに、解除訴権を行使する旨を公示し、さらに解除後は、解除判決を公示することが求められることになる。

なお、公示の欠缺に対するサンクションについては注意が必要である。すなわち、先取特権の登記の懈怠は、第三者に対する解除権行使の制限をもたらすが、解除訴求および解除判決の公示の不備は、解除の対抗不能ではなく、解除権の存続・行使に影響しない。債権者（売主）の損害賠償責任と公証人などの罰金の課徴をもたらすにとどまる。そのため、なお第三者には解除の物権的効力が及び、遡及効により無権利の法理に服することとなる。

この場合、前述したように動産であれば即時取得制度によって補充されることになるが、不動産取引における第三者保護としては、同人の信頼が、最深の注意を払ったとしても誰もが避けられないものであったと評価しうる場合、表見所有権法理[74]（la propriété apparente）により権利取得が認められる余地がある[75]。同法理は、不動産登記に公信力が付与されていないフランス法において、厳格な信頼要件の下で不動産取引における第三保護を図るための判例法理であり、伝統的には表見相続人ケースなどに適用されてきた。無権利者からの権利取得を認める法理としては、取得時効と同様の機能を有し、不動産取引安全のための補充的役割を果たすものであるが、日本法における民法九四条二項類推適用法理と比較すると、その機能範囲は例外的・限定的である。この点は、不動産公示手続の相違、公証人慣行の有無など、真正権利者の静的安全確保に対する法的手当ての差異にも起因し

よう。

三　日本民法における解除制度の沿革

本章においては、旧民法のシステムおよび現行民法典の起草過程を中心に、日本民法における解除制度の沿革について分析する。ボワソナード旧民法は、前章において跡づけたフランス法システムを基本的に継承したものであるが、まずはその概要および特色を明らかにした上で、現行民法上の解除制度との関係について考察する。解除の効果に関する現行民法典第五四五条は、フランス法および旧民法とは明らかに異なるシステムを採用したため、その間に制度的・理論的な断絶が存するものとみられているが、それでは、そのような修正を行なった眼目はどこにあったのか、どのような第三者をいかにして保護することを目的としたのであろうか。とくに現行民法典も先取特権と併せて解除制度を設けたが、体系的整合性の観点からみてどうか、第三者の利益に対する価値判断は、フランス法および旧民法と調和しないものといえるのであろうか。

㈠　旧民法典における解除制度の構造(76)

1　規定の概観

はじめに、関連条文を挙げておく。

財産編

第一章義務ノ原因　第一節　合意　第三款　合意ノ効力

第二則　第三者ニ対スル合意ノ効力

第三五二条

① 登記ヲ経タル譲渡ノ解除、銷除又ハ廃罷ヲ為サントスル訴権カ善意ノ転得者ニ対シテ行フコトヲ得サル場合ニ在テハ原告ハ爾後自己ニ対抗スルコトヲ得ヘキ登記ヲ防止スル為メ其攻撃スル行為ノ登記ニ予メ訴状ノ抜抄ヲ附記ス

② 右ノ訴権ヲ総テノ転得者ニ対シテ行フコトヲ得ヘキ場合ニ在テハ其攻撃スル行為ノ登記ニ訴状ヲ附記セサル間ハ裁判所ニ於テ其訴訟ヲ受理セス

③ 行為取消ノ判決ハ仮執行タリトモ其執行以前ニ訴状ノ附記ノ末尾ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス縦令執行ナキモ亦判決ノ確定ト為リタル時ヨリ一个月内ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス此ニ違ヒタルトキハ其判決ヲ得タル者ヲ五十円以下ノ過料ニ処ス裁判所ハ請求ヲ却下シ又ハ手続ノ失効宣告シタルトキハ其判決ノ確定ニ至リテ訴状ノ附記ヲ抹消セシムル為メ職権ヲ以テ予メ其抹消ヲ命ス

第二章　義務ノ効力　第四節　義務ノ諸種ノ体様

第一款　成立ノ単純、有期又ハ条件附ナル義務

第四二一条

① 凡ソ双務契約ニハ義務ヲ履行シ又ハ履行ノ言込ヲ為セル当事者ノ一方ノ利益ノ為メ他ノ一方ノ義務ノ不履行ノ場合ニ於テ常ニ解除条件ヲ包含ス

② 此場合ニ於テ解除ハ当然行ハレス損害ヲ受ケタル一方ヨリ之ヲ請求スルコトヲ要ス然レトモ裁判所ハ第四百六条ニ従ヒ他ノ一方ニ恩恵上ノ期限ヲ許与スルコトヲ得

第四二四条

裁判上ニテ解除ヲ請求シ又ハ援用スル当事者ハ其受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得

財産取得編

第三章　売買　第三節　売買ノ解除及ヒ銷除　第一款　義務ノ不履行ニ因ル解除

第八二条

買主カ弁済其他ノ義務ヲ欠キタル為メノ解除ハ買主ノ猶ホ代金ノ全部若クハ一分ノ負担又ハ他ノ負担ヲ明示シタル売買証書ニ依リ登記ヲ為シタルニ非サレハ売主ヨリ転得者ニ対シテ之ヲ請求スルコトヲ得ス但債権担保編第百八十二条ノ規定ヲ妨ケス

第八三条

①　弁済期限定ノアル動産ノ売買ニ於テ其引渡ヲ実行シタルトキハ弁済ヲ欠キタル為メノ売主ノ解除ノ権利ハ買主ノ他ノ債権者ヲ害シテ之ヲ行フコトヲ得ス

②　弁済期限の定ナキ売買ニ付テハ売主ハ引渡ヨリ八日内ニ売買ヲ解除スルコトヲ得然レトモ善意ナル第三者ノ既得ノ物権ヲ害スルコトヲ得ス

債権担保編

第四章　先取特権　第二節　動産ニ係ル特別ノ先取特権

第一款　動産ニ係ル特別ノ先取特権の原因及ヒ目的

第五則　動産物売主ノ先取特権

第一五六条

①　動産物ノ売主ハ代価弁済ノ為メ期限ヲ許与シタルト否トヲ問ハス其代価及ヒ利息ノ為メ売却物ニ付キ先取

特権ヲ有ス

② 若シ補足額ヲ以テスル交換アリテ其補足額カ譲渡シタル物ノ価格ノ半ヲ超ユルトキハ先取特権ハ其補足額ノ為メ交換物ニ付キ存在ス

第一五七条

先取特権ハ売却物カ用法ニ因リ又ハ不動産ニ合体スルニ因リテ不動産ト為リタルトキト雖モ猶ホ買主ノ占有ニ在リ且変形セサル間ハ存続ス但合体ノ場合ニ於テハ不動産ヲ毀損セスシテ其物ヲ分離スルヲ得ルコトヲ要ス

第一五八条

売主ノ先取特権ハ財産取得編第四十七条及ヒ第八十二条ニ規定シタル解留置及ヒ解除ノ権利ヲ妨ケス

第三節 不動産ニ係ル特別ノ先取特権

第二款 債権者間ニ於ケル不動産ノ特別先取特権ノ効力及ヒ順位

第一七七条

前款ニ掲ケタル先取特権ハ下ニ定メタル方法、条件及ヒ期間ヲ以テ公示シ且保存シタルトキニ非サレハ之ヲ以テ他ノ債権者ニ対抗スルコトヲ得ス

第一七八条

① 売買代価ノ為メノ売主ノ先取特権及ヒ補足額ノ為メノ交換者ノ先取特権ハ代価又ハ補足額ノ全部又ハ一分ヲ未タ弁済セサル旨ヲ記タル所有権移転証書ニ依ル登記ヲ以テ之ヲ保存ス

② 又交換ニ於ケル追奪担保ノ為メ及ヒ売買、交換其他所有権移転契約ノ附従負担ノ為メノ先取特権ハ証書ニ依ル登記ヲ以テ之ヲ保存ス但担保及ヒ負担ノ評価ヲ証書中ニ記載シタルトキニ限ル

第一八一条

① 譲渡第一八一条又ハ分割ノ証書ニ其対価物ノ全部若クハ一分ノ未タ弁済アラサルコト又ハ負担ノ付シ有ルコトヲ記載セサルトキハ日後ノ証書ヲ以テ此脱漏ヲ補フコトヲ得且其補脱ハ債権者ノ注意ヲ以テ譲渡又ハ分割ト共ニ之ヲ公示スルコトヲ得

② 右の補脱ヲ譲渡又ハ分割ノ登記ト共ニ公示セサルトキハ債権者ハ何時ニテモ其補脱ヲ公示スルコトヲ得但此場合ニ於テハ先取特権ハ単純ナル法律上の抵当ニ変性ス

③ 右ノ抵当ハ二箇ノ公示ノ間ニ於テ債務者ノ権利ニ基キ物上担保ヲ取得シ且合式ニ之ヲ公示シタル債権者ニ之ヲ以テ対抗スルコトヲ得ス

④ 譲渡若クハ分割ノ証書ニ記シタル負担又ハ担保ノ評価ヲ日後ノ証書ニ記載シタルトキモ亦同シ但証書ニ依ル抵当ノ登記ハ其登記ヲ為シタル日附ニ従ヒテ債権者ノ順位ヲ定ム

第一八二条

譲渡人又ハ分割者ハ其先取特権カ法律上ノ抵当ニ変性シタルトキハ此抵当ノ登記前ニ債務者ノ権利ニ基キ物上担保ヲ取得シ且合式ニ保存シタル債権者ヲ害シテ義務不履行ノ為メノ解除訴権ヲ行フコトヲ得ス

第三款　第三所持者ニ対スル不動産先取特権ノ効力

第一八九条

① 合式ニ公示シタル先取特権ハ其負担アル不動産ニ付キ第三所持者ニマテ追及ス

② 第三所持者カ下ニ定ムル方法ノ一ニ依リテ先取特権アル債権者ニ弁済セサルトキハ其債権者ハ第三所持者ニ対其シ不動産ヲ差押へ之ヲ競売ニ付スコトヲ得

2　解除の法的根拠

本稿の問題関心に関連する限りで主な特色を示せば、以下のようになろう。

第一に、解除の法的性質については、フランス法の解除条件構成が承継された（財産編第四二一条）。この点については、双務契約においては、反対債務は自己の債務ないし合意あるいは同意の原因であり、その不履行は合意の目的の喪失を意味するのであって、当事者の意思としては、もし当初より不履行が明白であったなら契約を締結しなかったであろうし、後に不履行が生じた場合は解除されるべきものである旨が契約において当然に予定されている、と解するのが合理的である、という解釈がされていた[77]。そして、その効果については遡及効あることが前提とされていたようである[78]。

3　解除の第三者効力

第二に、第三者に対する解除の効力に関しては、解除に遡及効および物権的効力あることを前提としつつ、売買につき動産・不動産に分類し、さらに第三者の地位に応じた類型化により、売買目的物の譲受人・第三取得者に対する「追及効」の観点と、買主の他の債権者に対する「優先的効力」（これらの者を排して目的物の原状回復を確保する）の側面から、それぞれ解除の第三者効力のあり方を規律している。

ボワソナードは、解除の効果として原状回復を認める意義につき、売主が買主の他の債権者と平等原則に服する不都合を回避して、目的物の所有権を回復しうる点を挙げ、先取特権との共通性を強調する[79]。そして、解除と先取特権は売主にもたらす利益を同じくすると解した上で、不動産につき先取特権と同一の公示を義務づけたものと解説している。後述のように、不動産売買に関する解除を公示に服せしめ、あるいは動産につき善意者保護を図るシステムは、解除が物権的効力を有することを前提としている[80]。

なお、すでに述べたように、本稿では、売主保護のための法定手段として、解除と先取特権が共有する機能と両者の均衡に照らして、目的物につき、「他の債権者に先立って優先弁済」を受ける権利に加えて、「他の債権者

の共同担保に対して優先的に権利回復」を図る権利も含めて、「優先権」ないし「優先的効力」と称している。かかる視点が、解除の機能を担保に準じて把握しながら、第三者の地位につき、買主の債権者と、目的物の譲受人その他の物権取得者、賃借人とに類型化し、対外的効力を「追及効」（第三取得者に対する関係における原状回復の対抗可能性）と「優先権ないし優先的効力」に分けて、その第三者効力を再構成することを目論む本稿の問題意識にも適うのである。

まず、目的物の賃借人については、一定の保護が与えられる点に注意する必要がある。その根拠は、解除がされても、買主が善意で行なった管理行為は第三者の利益保護のために維持されることを認める財産編第四一一条一項に求められている[81]。もっとも、ここにいう善意の意義を、解除条件の存在すなわち代金未払いの事実の不知と解すると、買主はほとんどの場合悪意となり、同条が機能しなくなることから、「売主を害する意思なきこと」を指すものと解釈されている[82]。管理行為の範囲として認められる賃貸借は、動産につき一年、建物につき三年、土地につき五年、そして牧場・樹林については一〇年とされている[83]。なお、先にみたように、フランス民法典には、買戻特約に基づく解除につき詐害なき賃貸借保護の規定（一六七三条二項）が存するにとどまり、二〇世紀以降の判例法理により、解除一般における善意の賃借人保護が図られるに至ったのであるが、ボワソナードは、旧民法典起草の段階ですでにこのような規律を盛り込んでいたのであった。もっとも、フランス判例法が善意の賃借人保護を目的とするのに対し、旧民法は買主＝賃貸人側の態様を問題としている点には留意を要する[84]。

不動産に関しては、フランス法におけると同様に、解除と先取特権の均衡を維持すべく、両者を連動させるシステムが採用された[85]。すなわち、まず、代金の全部または一部につき債務が残存する旨を明示した売買証書の公示をもって、解除の第三者（目的物の譲受人）対抗要件とされているが（財産取得編第八二条）、これは先取特権の登記と共通する（債権担保編第一七八条一項）。買主と取引しようとする第三者は、右の公示により、代金が完済

されたか否かを買主に確認し、不履行の危険を知りうる立場にあるからである。[86] なお、売買の登記と共にこの公示をしなかった場合でも、後から補完的に公示することができる（第一八一条二項）。この場合、先取特権は法律上の抵当権に変容し、一般債権者に対してはなお優先権を有するが、かかる公示に先立って担保権を取得し、登記を備えた債権者に対しては、対抗することができず（同条三項）、かつ、解除権の行使も制限される（第一八二条）。

また、解除訴権を行使するにあたっては、売買の登記に訴状を附記して公示することが求められており、これが訴訟受理の要件とされている（財産編第三五二条二項）。さらに、解除後は、解除判決確定の旨を訴状附記の末尾に記載して公示することが義務づけられており、その違反に対するサンクションは過料の課徴とされている（同条三項）。なお、ボワソナードは、イタリア民法典がさらに進んで、代金債務が残存する旨を示した売買証書の公示に加えて、解除訴求の公示をもって、第三取得者に対する解除の対抗要件としていることに言及しつつ、右のようなシステムを起草した。[87]

フランス法と同じく、売買契約締結時における先取特権の登記により、解除の可能性についての認識付与を図ることをもって一定の第三者に対する対抗要件とし、さらに、具体的な解除権行使および解除確定の事実をも公示することで、その間における不測の第三者の出現を防止しようという配慮がうかがえる。

換言すれば、売主は売買の登記とともに先取特権の公示をしなければ、目的物の譲受人に対して解除は追及効を失い、後から公示しても、買主の他の債権者に対する関係ではなお優先的効力を保持しうるが、その前に登記を備えた担保権者に対してはそれも制限される、ということになる。解除権行使および解除確定の旨の公示は、対抗要件ではなく、第三者に対する予防的・警告的機能を果たすものであり、解除の効果を制限するものではない。

動産売買については、物権的効力を有する解除訴権を公示する方法がないことから、その対外的効力が制限されているが、これについては、フランス古法におけると同じく、信用売買と現金売買とに分けて規律されている。

まず、信用売買において売主が目的物を引き渡した場合、売主による解除の効果は、目的物の譲受人などの権利取得者に対する追及効のみならず、買主の債権者に対する関係においても制限される（財産取得編第八三条一項）。その趣旨は、先取特権の公示が義務づけられる不動産と異なり、第三者は買主の代金支払いの有無を知りうる立場になく、債権者もまた、目的物が共同担保を構成するものであると正当に信頼しうること、売主の側にも、信用供与により買主無資力の危険を引き受け、あるいはあえて信用供与した点に過失があると評価しうる点、に求められている(88)。この場合における売主保護は、もっぱら先取特権による優先権ということになるが、これはフランス南部成文法地域の判例法と同様である。

期限供与のない現金売買については、目的物の物権取得者に対する追及効が認められているが、善意者は保護されており、悪意者に対して短期間内（八日以内）に限り解除の効果が及ぶにすぎない（同条二項）。ただし、買主の債権者に対する制限はない。このような追及効の制限は、古くは前述のパリ慣習法に由来するが、フランス民法典も、現金売買の先取特権者は、目的物が買主の占有下にあってかつ、引渡しから八日以内であれば、返還訴権の行使によりこれを留置して転売を阻止しうる旨を規定しており、これが解除の原状回復につき継承されたようである(89)。

なお、動産先取特権の追及効も否定されており（債権担保編第一五七条）、目的物が買主の占有下にあることが行使の要件とされているが、ボワソナードは、代金未払いに関する譲受人の知不知は問わないとしている。譲受人としては、弁済に関しては売主―買主間において個別に調整され、買主に資力あることを期待してよいため、未払いの事実についての認識は悪意をもたらさず、詐害的意思（fraude）ある場合に排除されるにすぎない、と

いうのである。(90)

(二) 現行民法典起草における解除の特色(91)

解除の効果につき、現行民法典第五四五条の起草者(92)は、「物権上ノ効果」を認めるフランス法・旧民法主義ではなく、「人権上ノ効果」が生じるにとどまるドイツ法主義を採用した旨を明らかにしている。穂積委員による趣旨説明は次の通りである。(93)

「本案デ採リマシタ主義ハ此解除権行使ノ効果ハ即チ人権上ノ効果デアリマシテ…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テ夫レ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ズルノデアル相手方ヲ原状ニ復セシムル方ノ債務ガ生ズルノデアル、デ此主義ハ獨逸民法ガ近頃採リマシタ主義デゴザイマスルガ経済科抔ハ何ウモ斯ウ云フ主義デナイト云フト取引上ノ保護、信用ノ保護ト云フモノハ其目的ヲ達スルコトハ出来ナイ本権カラシテ物権上ノ効果ヲ生ジテ其者自身、権利自身ガ後トニ返ヘルト云フヤウナコトニ為ツテハ別シテ物ノ所有権ノ移転ヤ何カヲ目的トシテ居リマス所ノ契約抔ニ於キマシテハ第三者ニ迄其効果ヲ及ボスコトニナツテ自然信用ガ薄クナル第三取得者ノ安全ヲモ害スルコトニナツテ何シテモ人権上ノ効果ヲ生ゼシメル方ガ宜シイ」

右の説明は、遡及効の否定と債権的効果の承認を明確に示している。その趣旨は、所有権移転などを目的とする契約において、「第三取得者ノ安全」を確保し、「取引ノ保護」「信用ノ保護」を達成することにあったようである。解除に遡及効・物権的効力を認めた上で、公示制度や即時取得制度などにより個別・類型的な法的手当てを行なうシステムでは、なお第三者が取得した権利の安定化を図ることはできず、解除の効果を対人的・債権的効力とする性質理解を採用した上で、一般規定により第三者への効果を一律に遮断することが、第三取得者保護

にとって効果的であり、取引安全の徹底化に資するというのである。したがって、五四五条一項ただし書の「第三者ノ権利ヲ害スルコトヲ得ズ（第三者の権利を害することができない）」は、対人的・債権的効果からの帰結を明言したものにほかならない。

五四五条一項ただし書において保護されるべき第三者として起草者が想定していたのは、明らかに売買契約における目的物の譲受人のような第三取得者である。主眼としていたのは不動産取得者であろう。したがって、解除の効果の相対性により第三取得者の保護を徹底化することが起草趣旨であると理解してよいと思われる。このような第三取得者に対する解除の「相対効」は、解除はあくまで債務不履行に対する契約当事者間の対内的な利益調整であり、右のような第三者の利益を不当に害してはならない、という価値判断に立脚するものと解しうる。

なお、起草者は、このように解除一般については遡及効・物権的効力否定の原則を明言する一方において、買戻特約に基づく解除に関しては遡及効を認める旨を明らかにしている[91]。買戻特約の登記により買戻しの第三者に対する効力を承認しつつ、詐害なき賃貸借の保護がとくに図られているが（五八一条）、この規律は、買戻特約による解除が遡及効を有することを前提としている。その理由として、起草者は当事者意思の尊重を挙げるが[95]、その趣旨は、買戻しの場合、当事者とくに売主は後の解除による権利復帰を当初から明確に予定しているのであって、かかる目的を公示することにより、第三取得者に対する関係においてもこれを実現させることへの期待と意思を有しており、それは保護するに値する、というものであると推察される。これに対して、債務不履行解除の場合は、当事者がはじめから明確に解除を予定しているとはいえず、公示方法も十分でないため、異なる配慮を要した、ということであろう。起草者が、遡及効・物権的効力の認否を決定するにつき、もっぱら第三取得者の取引安全を重視していたことは明らかである。もっとも、債務不履行解除と当事者意思・目的との関係については、なお検討の余地があろう[96]。

ところで、債務不履行解除においてさらに問題になりうる買主の債権者との関係については、起草者は明言していない。もっとも、起草委員の一人である富井政章委員は、後になって、解除の効果に関する右の性質理解と先取特権との整合性について若干の疑義を呈し、不動産売買の先取特権の登記がされた場合は、第三者に対する解除権行使を認めることが制度の均衡上ありうる旨を指摘している[97]。現行民法典が動産売主のための先取特権制度を維持・継承したことにより、先取特権においては、売主は目的物につき買主の一般債権者に対して優先権を付与されるが、解除につき債権的効果を貫徹すると、売主の原状回復請求権は一般債権にすぎず、買主の債権者との競合により、目的物につき債権者平等の原則に服することになる。買主の債務不履行における売主の法定の保護手段は、先取特権の行使すなわち目的物の執行により代金債権の実現確保を図ることと、解除による目的物の回復の二つであり、これらが選択的であるとすれば、両者の均衡・整合性が考えられなくてはならない。

そこで、五四五条一項ただし書すなわち解除の第三者に対する効果につき、物権取得者の保護を唱える起草者の価値判断を尊重しつつ、先取特権制度との併存についての体系的整合性をも理論化しうる解釈論が模索されるべきことになる。

四　小括——試論の提示——

㈠「対抗不能」構成の可能性

これまでの分析・検討を手がかりとして、解除の対第三者効力に関する本稿の基本的視点を示すと、以下のようになる。第一に、債務不履行解除において第三者保護が問題となる典型的な局面は、売買契約における買主の不履行すなわち代金不払いであると考えられるところ、日本民法典は、このような債務不履行における債権者・

売主保護のための法的手段として、解除と先取特権を設けたが、沿革的にみて両制度は密接不可分の関係をもちながら生成・発展しており、フランス法においては、両者の有機的関連と整合性が意識され、それが第三者に対する権利行使の要件に現れている。すなわち、解除に遡及効・物権的効力を承認する根拠は、解除を当事者意思ないし契約上予定されていた本質的要素の脱落に結びつける法律構成のみならず、売買目的物に関する売主の優先的地位の確保に求められているが、これは、先取特権の物権化と買主の債権者に対する優先権の付与との整合性を念頭に置いたものである。買主不履行の場合における売主は、売買目的物の換価処分により代金債権の実現を確保するか、代金債権の回収を断念して目的物の原状回復を図るか、二つの法的手段を選択しうるが、いずれも目的物に対する権利の対第三者効力が問題となるところ、買主の債権者に対する関係においては、先取特権において優先権が付与されていることとの均衡上、解除についても、目的物の回復につき優先的地位（買主の他の債権者との競合を回避して原状回復を確保しうる法的地位）が認められてよいのではなかろうか。目的物の売却代金の配当と物自体の回復の確保という相違はあるものの、売主の法的地位ないし目的物に対する権利保護という観点からは、両者の均衡が維持されるべきであろう。そうすると、解除における右のような優先的効力をどのようにして導くかが問われることになるが、そのためには、解除の対外的効力・物権的効力を承認し、右のような第三者に対しては解除の効果を主張しうる旨を認める法律構成が必要となろう。

第二に、解除の効果の法的性質につき、現行民法典の起草者が対人的・債権的効力説に立脚していることは明らかである。そうすると、右の第一に掲げた観点といかに整合させるかが問題となる。ここで着目したいのは、こうした性質理解の基礎にある起草趣旨が、売買目的物の「第三取得者」保護の確保・徹底化にあるという点である。私見は、立法過程の探究が現行制度の解釈論に与えうる示唆として重要なのは、立法者ないし起草者の価値判断であろうと考えている。第三取得者保護に関する起草者の利益判断は、同人に対する関係において解除の

対外的効力を制限しようと欲していることは明白であり、これは、第三取得者に対する関係では、解除が、契約当事者の対内的な利益調整という側面を有している点を重視することを意味している。

そこで、このような価値判断を尊重し、第三取得者に対する解除の相対性を維持しつつ、さらに右の第一の観点すなわち、先取特権との整合性・解除が有する「広義の担保的機能」とも調和する理論構成があらためて提示されなければならないと思われる。

そこで本稿は、第五四五条一項ただし書の「害することができない」の意義を、「対抗することができない」に準じて理解すべき旨を提唱したい。解除に対外的効力・物権的効力を承認した上で、これをもっていかなる第三者に対して対抗することができないのか、その対抗可能性の有無につき個別的・類型的に考察すべきである。第三取得者に対する関係における効果の相対性に織り込まれた起草者の利益判断は、解除の法的性質論すなわち対人的・債権的効果の貫徹によってではなく、「一定の第三者に対する効果」という観点から、解除において保護されるべき第三者に対する、対外的効力・物権的効力の「対抗不能」として理論化すべきである。前述の通り（三 ㈡参照）、起草者が想定していた買戻特約に基づく解除と債務不履行解除との性質論の相違は、第三取得者の取引安全のための法的手当て（公示方法）の有無に起因すると目されるが、それはむしろ、第三者に対する効果の有無という側面から、公示の有無に応じた第三取得者に対する解除の対抗可能性の是否として基礎づけるべきであり、解除の効果それ自体を異ならせる必要はない。

なお、ここにいう対抗不能は、必然的に狭義の対抗関係を指すのではなく、第三者に対する関係における「効果の不発生・相対性」を説明づける包摂的概念であり、第三者保護規定における「対抗することができない」との意義は、本人と第三者との関係に関する制度趣旨に応じて多様でありうる。一七七条における対抗問題限定説が想定するような法律関係は、あくまでその一類型であるといってよい。

「対抗不能（la théorie de l'inopposabilité）」とは、「法律行為の有効な締結または無効によって生じる権利関係の第三者に対する効果不発生」であり[98]、法律行為または権利関係の効果につき、当事者間と一定の対第三者間とを相対的に区別することにより、第三者の利益保護を図ることを目的としている。どのような第三者に対して効果不発生がもたらされるかは、各制度の保護法益によって定まる。フランスにおいて二〇世紀前半に提唱された一般理論であり[99]、公示を具備しない不動産物権変動および債権譲渡、不動産の譲渡禁止または処分を制限する旨の特約、解除条項、会社代表者の法定代表権に加えた制限、虚偽表示によって秘匿された真正な合意の効力、手形の原因関係に基づく抗弁、等に関する対第三者効力を否定ないし制限する諸制度の基礎理論とされている。

権利関係を実体的に明確化しようとするなら、当事者間において確定した効力の有無はすべての第三者に対する関係においても対世的に変わるところはなく、したがって、当事者間において権利関係の消滅・制限がある場合に第三者を保護するときには、債権的効果にとどめて物権的効果には影響しないと捉えるか（権利自体を区別して無因化する構成）、遡及効・物権的効力を承認した上で、民法九四条二項類推適用や即時取得のような権利外観理論などによる新たな権利の創設的な取得を認める構成によるか、のいずれかによることになろう。客体としての「権利」の実体的把握に重きを置く構成といえよう。

これに対して、利害関係を有する主体との関係に着目し、「誰に対する関係においてどのような主張が認められるか」に応じて、問題となる関係当事者ごとに法律関係を相対化することを認めるなら、当事者間の効力の有無を一定の第三者との関係において区別しながら、必要な範囲で第三者の利益保護を図ることが可能となる。法律関係・権利関係のあり方につき、その主体である「人」を基点にして構成する考え方である。これがフランス法的「対抗不能」であり、制度趣旨に照らしながら一定の第三者に対して「対抗することができない」とする法律構成の基礎となる視点である[100]。

この構成は、当事者間の権利関係が第三者に対して「対抗可能性」を有することを前提としている。当事者は、契約に基づく権利関係を第三者に主張してその尊重・不可侵を求めることができ、その意味において、原則として契約の効果を第三者に対しても「対抗することができる」。フランス法においては、このような対抗可能性の原則が確立されており[101]、契約の有効・無効さらにはその変動原因を問わず、およそ権利一般につき承認されている。この原則は、物権の絶対性および権利の不可侵性に結びつき、こうした契約ないし権利の対外的効力は、契約の拘束力・義務的効力の問題すなわち、第三者に対する履行請求を制限する債権の相対性・契約の相対効原則とは区別すべきものと理解されている。このように、「対抗可能性」とは、狭義の対抗関係のみを指すのではなく、不可侵性、優先的効力、追及効など、権利ないし権利関係の対外的効力を包摂する一般概念なのである。

対抗不能は、この原則の例外として第三者を保護する法律構成を基礎づける理論である。もっとも、対抗不能は、絶対無効・相対無効の峻別を契機とする無効の多様化から提唱された概念（誰が無効を主張しうるかにつき相対化するのが相対無効であり、誰に対して無効を主張しうるのか、または誰に対する関係において有効性を主張できるのかについての相対化を図るのが対抗不能である）であり、合意ないし契約の相対効と対外的効力とを区別することにより、契約および権利の効果を整理すべく展開された対抗可能性とは異なる生成・発展経緯を辿ったものである。しかしながら、第三者保護の観点からみれば、両者は対第三者効力を整理するための理論として相互に関連性を有するものと捉えられる。すなわち、対抗不能は、対抗可能性の原則によって第三者の利益が不当に害される場合があることを前提としており、また、対抗可能性があらゆる第三者に対する関係において無条件に認められるのではなく、公示の履践あるいは第三者の悪意を要件として機能するときは、一定の第三者に対抗することができないことがありうることを前提としているのであって、その場合における法状況を説明づける概念として対抗不能が機能している、と解してよいであろう。

解除の物権的効力すなわち対外的効力およびその制限については、右のような意味における対抗可能性および対抗不能の範疇において理解すべきである。解除の効果につき対抗可能性を認めた上で、それが何を意味するのか、そしてそれがどのような第三者との関係において制限され、対抗不能となるのか、が論じられなければならない。

解除の効果につき一律に債権的効力を貫徹させることは、第三取得者保護にとっては効果的であるとしても、果たして他の第三者とくに一般債権者・差押債権者との関係においても妥当性を維持しうるのかが疑問となる。解除権者の債権はこれらの債権者と競合し、債権者平等の原則に服するとすれば、先取特権との均衡を失し、仮に「優先効ある特別な債権」と捉えたとしても、その優先的効力の法的根拠がさらに問われることになろう。

また、少なくとも対第三者効力にとっては、遡及効の有無より、解除の効果として生じる権利の遡及的消滅または回復をもって第三者に対して対抗することができるか否か、が重要となってこよう。遡及効の承認―無権利の法理―外観法理による保護または、遡及効の否定―狭義の対抗関係の図式は決して必然的ではなく、遡及効を認めても一定の第三者に対してはその効果が及ばないと構成することも可能であり、また遡及効を否定しても、原状回復として生じる権利関係（とくに所有権の回復）を第三者に対して主張しうるのか、できるとすれば要件は何か、をあらためて問う必要がある。

(二) 第三者の範囲に関する類型的考察

かかる理論構成は、第三者の範囲に応じた類型的考察になじむ。解除の効果を純然たる債権的効力と捉えるなら、一律に第三者に対する効果は否定されよう（債権侵害に基づく不法行為責任がありうるにとどまる）。第三者の範囲や要件が問題となるのは、解除の効果が一定の場合において第三者に対しても及びうることを前提としてい

る。本稿は、こうした視点から、解除の効果に関する対抗の可否が、どのような第三者に対する関係において何が問題となるか、その対抗可能性または対抗不能は、それぞれの第三者類型においていかなる法的意義を有するのか、要件についてはどう考えるべきか、につき再構成することを試みるものである。

なお、解除の効果は目的物の原状回復であるが、その対抗可能性の意味は、第三取得者と一般債権者・差押債権者に対する関係のいずれかに応じて異なり、それぞれ先取特権の追及効と、優先権ないし優先的効力とに対応するといえよう。

第一に、第三取得者が問題となる。この場合における対抗可能性は、先取特権の追及効に相当する効果の波及を意味する。五四五条一項ただし書はかかる対抗可能性を制限し、第三取得者に対する対抗不能を定めた規定であるといえる。ここではさらに、一七七条および一九二条はもちろん、詐欺取消しに関する九六条三項との関係を整理する作業が求められよう。

第二に、売買における買主不履行に対する売主保護の観点から解除と第三者の問題を捉えると、一般債権者・差押債権者との関係が問われる。これらの者に対する解除の対抗可能性は、目的物の回復に関する優先的効力に結びつく。かかる構成は、このような者は五四五条一項ただし書の第三者の範囲に含まれないと解することによって導かれる。

解除の右のような機能に着目しながらさらに考察を進めると、担保権者に対する関係も重要となる。すでに本稿においてしばしば強調しているように、債務不履行に基づく解除権は、法定担保物権としての先取特権に比肩しうる広義の法定「担保」として位置づけられる。そうであるとすれば、買主の債権者が一般債権者ではなく、売買目的物につき質権や譲渡担保権の設定を受けていることもありうる。このことは、動産においてとくに顕著であろう。この場合、解除権と質権または譲渡担保権の優劣関係は、一種の担保権の競合として把握することも

可能である。このような担保権者に対しては、当然に解除の効果を対抗しうるとして、解除に優先的効力を認めるわけにはいかず、五四五条一項ただし書の第三者に含まれることになろうが、先取特権との均衡すなわち、動産の場合、質権については民法三三四条（先取特権と動産質権の競合）、譲渡担保に関しては三三三条（動産先取特権の追及効の制限）との関係に留意する必要があり、不動産売買の場合は、三四〇条（不動産売買の先取特権の効力保存のための要件）との整合性が検討されなければならないだろう。

こうした視点からさらに考察を進めていくと、売主の側が解除権あるいは先取特権という法定の保護手段にとどまらず、約定の担保手段として「所有権留保」特約を設けていた場合、動産においては所有権留保と質権・譲渡担保の競合・優劣が問題となりうる。

この他に問題となりうる利害関係人としては、用益物権者および賃借人が考えられる。基本的には第三取得者に準じてよいであろうが、賃借人との関係については、買戻特約に基づく解除に関する民法五八一条二項との均衡につき、留意が必要と思われる。

解除の対第三者効力につき、第三者の範囲に応じた類型的考察を行なうことは、右のような多岐にわたる諸問題の解決を促すものと考えられる。

（1）幾代通「解除と第三者」法セミ一二六号四一頁以下（一九六六年）、平井一雄「解除・取消しと登記」中川善之助＝兼子一監修『不動産法大系Ⅰ』一六二頁以下（青林書院、改訂版、一九七〇年）、同「遡及的無効と登記」法セミ二一二号一三一―二頁（一九七三年）、半田正夫「解除の効果」前掲『不動産法大系Ⅰ』四五四頁、高森八四郎「契約の解除と第三者（一）（二）」関大法学論集二六巻一号八〇頁以下、二号六五頁以下（一九七六年）、同「解除と登記」民法の基本判例五九頁（第二版、一九九九年）、四宮和夫「遡及効と登記―第三者保護規定を中心として―」新潟大学法政理論九巻三号一頁以下（一九七六年）、加藤一郎「取消・解除と第三者」法教七号六二頁以下（一九八

一年）、吉原節夫「解除と第三者」Law School 一四五号二五頁以下（一九八二年）、下森定「契約の解除と第三者」法セミ三五三号九三頁以下（一九八四年）、好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法大系』第二巻一九一頁以下（有斐閣、一九八四年）、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座2』一七二頁以下（有斐閣、一九八四年）、野村豊弘「解除と第三者」民法の争点II一〇〇頁（一九八五年）、吉永順作「不動産に対する契約関係の解消と第三者対抗(3)」日法六〇巻三号三〇頁以下（一九九五年）、谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)』七二二頁以下〔山下末人〕（有斐閣、一九九六年）、鈴木祿弥『物権変動と対抗問題』八〇頁以下（創文社、一九九七年）、舟橋諄一・徳本鎮編『新版注釈民法（6）』五〇一頁以下〔原島重義・児玉寛〕（有斐閣、一九九七年）、滝沢聿代「物権変動の遡及的消滅と登記（二）」成城法学五八号三九頁以下（一九九八年）、山田卓生ほか『分析と展開　民法II』一五四頁以下（日本評論社、第四版、二〇〇三年）、など参照。

(2) 高森・前掲論文（一）一一五頁、同「解除と登記」別冊法学教室『民法の基本判例』六一頁（一九八六年）、原島重義ほか『民法講義2　物権』七五頁〔石田喜久夫〕（有斐閣、一九七七年）、三宅正男『契約法（総論）』二八五頁以下（青林書院、一九七八年）、石田穣『民法V　契約法』一〇〇頁（青林書院、一九八二年）、吉永・前掲論文五一頁、潮見佳男『債権総論I』四六一頁（信山社、第二版、二〇〇三年）、など。

(3) 高森・前出・民法の基本判例六一頁、川井健『設例民法学2』四六頁（一粒社）、滝沢・前掲論文五六頁、平野裕之『契約法』一八四頁（信山社、第二版、一九九九年）、藤岡康宏ほか『民法IV』四九頁〔磯村保〕（有斐閣、第三版、二〇〇五年）、加藤雅信『物権法』一三一頁（有斐閣、第二版、二〇〇五年）、など。なお、近江幸治『民法講義V　契約法』一〇二頁（成文堂、第二版、二〇〇三年）は、取消しの場合との均衡から、解除前の第三者についても本来的に善意を要求すべき旨を説かれる。

(4) このような観点に着目する総合的な研究として、山野目章夫「フランス法における動産売主のための担保（一）（二・完）」法学四九巻二号九〇頁以下、三号九六頁以下（一九八五年）、道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣、一九九七年）、など。

(5) 主要参考文献として、L. Naz, Essai sur l'histoire de la vente pour défaut de paiement du prix et son état dans le droit français moderne, thèse Paris, 1870; R. Poplawski, Notion de privilège en droit ronain et en droit

civil français étude histrique et critique, thèse Bordeaux, 1913; R. Cassin, L'exception tirée de l'inexéction dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, thèse Paris, 1914; J. Maury, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse Toulouse, 1920; G. Boyer, Recherches histriques sur la résolution des contrats (origins de l'article 1184 C. Civ), thèse Toulouse, 1924; H. Capitant, De la cause des obligations (contrats, engagements, unilatéraux, legs), thèse Paris, 1927; R. Cassin, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inéxection, Rev. trim. dr. civ, 1945, pp. 12 et s.

また、このテーマに関するわが国における研究として、解除については、平井一雄「解除の効果についての覚書」獨協法学九号四八頁以下（一九七七年）、後藤巻則「契約解除の存在意義に関する覚書」比較法学二八巻一号七頁以下（一九九四年）、山下りえ子「フランスにおける契約解除法制について」東洋大学比較法三一号九一頁以下（一九九四年）、先取特権については、下村信江「フランス先取特権制度論（上）（下）」帝塚山法学三号三五頁以下（一九九九年）、四号一一九頁以下（二〇〇〇年）、今尾真「動産売買先取特権による債権の優先的回収の再検討序説―フランスにおける動産売買先取特権制度の史的考察―」早稲田法学会誌四五巻一頁以下（一九九五年）など参照。

(6) E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, p. 415.

(7) Naz, thèse préc, pp. 26 et s; Giraud, Manuel élémentaire de droit romain, 5e éd, 1911, pp. 592 et s; Cassin, thèse préc, pp. 94 et 95; Maury, thèse préc, p. 267:

(8) Cassin, ibid; Capitant, thèse préc, pp. 326 et 327; Boyer, thèse préc, pp. 53 et s; Giraud, Manuel élémentaire de droit Romain, Paris, 1929, p. 609.

(9) Naz, thèse préc, pp. 28 et s, pp. 35 et s; Boyer, thèse préc, pp. 105 et s; Cassin, ibid; Maury, ibid; Capitant, thèse préc, pp. 325 et 326:

(10) Huc, Commentaire théorique et pratique du Code Civil, Paris 1892, t. 7, n°. 267; Naz, thèse préc, pp. 105 et s; Cassin, thèse préc, p. 96:

(11) Poplawski, thèse préc, pp. 17 et s; N. Sempé, Essai de contribution à une théorie générale des privilèges,

thèse Toulouse 1996, nos 30 et s, pp. 104 et s; M. Troplong, Droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques, t. 1, 5é ed, 1854, Paris, nos 180 et s. ローマ法については、今尾真・前掲「動産売買先取特権による債権の優先的回収の再検討序説」六頁以下に詳しい。

(12) Naz, thèse préc, pp. 145 et s; Boyer, thèse préc, pp. 212 et s; Capitant, thèse préc, pp. 327 et s, nº 149.

(13) C. Larroumet, Les obligations Le contrat, t. III, 5e éd, nº 701.

(14) Boyer, thèse préc, pp. 289 et s, pp. 303 et s.

(15) Naz, thèse préc, pp. 129 et s; Poplawski, thèse préc, pp. 95 et s; Boyer, thèse préc, pp. 329 et s; Capitant, thèse préc, pp. 329 et s. フランス法における解除制度の沿革については、後藤巻則・前掲「契約解除の存在意義に関する覚書」九頁以下、先取特権については、今尾真・前掲論文一六頁以下も参照。

(16) Dumoulin, Opera Omnia, t. III, Du Verborum obligation, nos 57 et s, 1591; Cassin, thèse préc, p. 99; Boyer, thèse préc, p. 343; Capitant, thèse préc, 330:

(17) Pothier, Traité de l'hypothèque, Paris, 1824, chap. I, sect. 1er, chap. II, sec. 3; Esmein, Étude sur les contrats dans le trés ancient droit français, Paris, 1883, pp. 202 et s; Cassin, thèse préc, p. 98.

(18) パリ新慣習法については、道垣内・前掲書七四頁、今尾真・前掲論文二五頁以下も参照。

(19) Poplawski, thèse préc, pp. 217 et s; Boyer, thèse préc, pp. 355 et 372.

(20) C. Ferrrière, Corp et compilation sur la Cutume de Paris, 2e éd, Paris, 1714, art. 176; Poplawski, thèse préc, pp. 219 et 228; Cassin, thèse préc, 103; Boyer, thèse préc, pp. 386 et 387.

(21) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 6e éd, Paris, 1912, nos 2606 et s; Cassin, thèse préc, p. 104:

(22) Ferrière, op. cit, art. 177; Poplawski, thèse préc, pp. 192, 193 et 223; Boyer, thèse préc, pp. 359 et 360.

(23) Poplawski thèse préc, p. 188.

(24) Poplawski, thèse préc, p. 192; Cassin, thèse préc, p. 105; Boyer, thèse préc, pp. 363 et s:

(25) J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, t. I, 1er part, liv. III, tit. 1, nouv. éd, par M de Héricourt, Paris, 1777; Poplawski, thèse préc, pp. 95 et s:

(26) F. Bourjon, Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe, t. 2, titre. 2, ch. 4, sec. 1, Paris, 1770; Cassin, thèse préc, p. 102.

(27) Boyer, thèse préc, pp. 381 et s.

(28) Domat, op. cit, Des engagements, liv. 1, titre. 1, sec. 6 (t. I , Paris, 1822, p. 301).

(29) Pothier, Traité des Oblidations, Paris, 1823, n° 672.

(30) Domat, op. cit, Du Contrat de vente, titre. 2, sec. 12, n° 13.

(31) Pothier, Traité du contrat de vente, Paris, 1823, n° 475.

(32) Boyer, thèse préc, pp. 391 et s.

(33) Naz, thèse préc, pp. 182 et s; Boyer. thèse préc, pp. 400 et s.

(34) Cassin, thèse préc, pp. 102 et s; Boyer, thèse préc, pp. 396 et s:

(35) フランスにおいては現在、民法典の改正作業が進められている（詳細については、金山直樹「フランス民法典改正の動向」ジュリスト一二九四号九二頁以下（二〇〇五年）参照）。その一環として、司法大臣の諮問をうけた担保法改正作業グループより、二〇〇五年三月三一日、民法典第四編「担保（sûreté）」の追加を提案する担保法改正草案（予備草案および報告書）が提出された。本稿も必要に応じてこの予備草案に触れる予定である。なお、かかる予備草案および報告書については、慶應義塾大学大学院法務研究科の平野裕之・片山直也両教授による翻訳が、慶應法学に掲載予定である（片山直也・平野裕之訳「翻訳　フランス司法省担保法改正作業グループ報告書及び条文訳　le rapport l'avant-projet de taxte par le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés」慶應法学）。本稿における関連部分の紹介と条文訳は、右の両教授の業績に依拠している。貴重な資料を快くご提供くださった、金山直樹・慶應義塾大学大学院法務研究科教授ならびに平野・片山教授のご学恩に対し、この場を借りて深く謝意を表する次第である。

(36) 条文訳は、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―』七九頁（法曹会、一九八二年）参照。

(37) 前掲『フランス民法典―物権・債権関係』一五七頁参照。

(38) Baudry-Lacantinerie et Barde, Trité théorique et pratique de droit civilt. X II, Des obligations, t. 2, 2e éd, n° 903; M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 1900, nos 1310 et 1556; Maury, thèse préc, p. 269; 最近でも′ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Les obligations, 2. contrat, 6e éd, n° 1899; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, n° 875; など。

(39) Cassin, thèse préc, pp. 96 et s; Boyer, thèse préc, pp. 377 et s; Capitant, thèse préc, pp. 333 et s; J. Borricand, La clause résolutoire expresse dans les contrats, Rev. trim. dr. civ, 1957, p. 434; H. L et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, Obligations, t. II, 1er vol, théorie générale, 9e éd, par F. Chabas, Montchrétien, n° 1088; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8e éd, Dalloz, n° 644.

(40) 後藤巻則・前掲論文一四頁以下も参照。

(41) Capitant, thèse préc, p. 338; Gaudemet, op. cit, p. 416; A. Bénabent, Les obligations, 9e éd, n° 389. なお′一九世紀においてすでに解除の根拠をコーズに求めることを示唆するものとして′ Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Durand & Hachette, t. XXV, 1869, , nos 469 et 489; Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. 3, 1885, Paris, pp. 82 et 92.

(42) Planiol, Manuel, II, n° 1309.

(43) Cass. civ, 29 nov 1865, S. 1866, 1, p. 21, D. P. 1866, 1, p. 27; Baudry, Lacantinerie et Barde, op. cit. p. 95; A. Weill et F, Terré, Les obligations, Dalloz, 4e éd, nos 480 et 481; J. Flour et J-L. Aubert, Les obligations, 3. le rapport d'obligation, Armand colin, n° 247.

(44) H. l et J. Mazeaud et Chabas, op. cit, n° 1089. なお′ M. Picard et A. Prudhomme, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, Rev. trim. dr. civ, 1912, pp. 62 et s, 103 et s. は′ 当事者意思の推定に疑問を呈した上で′ 当事者間の均衡′ 契約目的′ 債務不履行責任の統合と捉え′ L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. 2, Sirey, 1930, n° 378 は′ 当事者意思の推定と契約上の義務違反に対するサンクションとの二つの側面を有するとする。

(45) H. L et J. Mazeaud et Chabas, loc. cit; Starck, Roland et Boyer, op. cit, nos 1898 et s; J. Ghestin, C. Jamin

et M. Billiau, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3e éd, L. G. D. J, nos 431 et s.

(46) J. L. Constantinesco, La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemande, thèse Paris, 1940, nos 219 et s; J. Deprez, La rétroactivité dans les actes juridiques, thèse Rennes, 1953, nos 157 et s; A, Bousiges, Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, thèse Poitiers, pp. 414 et s.

(47) Larroumet, op. cit, n° 713, pp. 814 et 815; H. L et J. Mazeaud, Chabas, op. cit, n° 1101; Starck, Roland et Boyer, op. cit, n° 1896; Ghestin, Jamin et Billiau, op. cit, n° 428; S. Mercoli, La rétroactivité dans le droit des contrats, Aix-Marseille, 2001, n° 111.

(48) さらに、買主が破産した場合における法的手当ても問題となり、代金不払いにおける売主保護の観点からは実務上重要と思われるが、本稿ではひとまず割愛する。

(49) F. Moissenet, Étude sur le droit de suite en matière de privilèges mobilieres, thèse Dijon, 1901; Poplawski, thèse préc, pp. 249 et s; Sempé, thèse préc, pp. 85 et s. また、下村信江・前掲「フランス先取特権論（下）」一四七頁以下も参照。

(50) H. L et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. III 1er vol, Sûretés, Publicité foncière, 6e éd, par V. Ranouil et F. Chabas, Montchrestien, n° 141; M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, 6e éd, Litec, n° 627.

(51) 前掲『フランス民法典―物権・債権関係』三〇八頁、三一七頁、三七七頁参照。

(52) なお、フランス民法典担保法改正予備草案では、動産先取特権（第四編・担保 第二部・物的担保 第一章・動産についての担保 第一節・動産先取特権）につき、動産先取特権相互の順位および質権との競合につき、新たな規定が挿入された（条文訳は、片山直也・平野裕之・前掲「翻訳」慶應法学掲載予定）。

第二三三一条 特別先取特権は、一般先取特権に優先する。

反対の規定がない限り、特別先取特権は、裁判に関する費用の先取特権に優先され、また、特別先取特権よりも前に公示されているならば、租税法典によって規定されている限度で、財務局の先取特権に優先される。

第二三三二条 一般先取特権は、二三三〇条に列挙されている順序に従い行使される。

ただし、財務局の先取特権は、租税法典の規定する順位となり、また、社会保障国庫の先取特権は、労働者の先取特権と同じ順位となる。

第二三三三条　不動産の賃貸人、動産の売主及び動産の保存者の特別先取特権は、以下の順位に従い行使される。

一．他の先取特権の発生後の〔動産〕保存の費用である場合の、〔動産〕保存者の先取特権。

二．他の先取特権を知らない場合の、不動産賃貸人の先取特権。

三．他の先取特権の発生前の〔動産〕保存の費用の場合の、〔動産〕保存者の先取特権。

四．動産の売主の先取特権。

五．他の先取特権の存在を知っている場合の、不動産の賃貸人の先取特権。

同一の動産の保存者間では、より新しいものが優先する。同一の動産の売主の間では、より前の売主が優先する。

以上の規律（regles）の適用につき、ホテル業者の先取特権及び保管業者の先取特権は、不動産の賃貸人の先取特権と同視される。自宅で仕事をする者のための給料を支払われる補助者の先取特権は、動産の売主の先取特権と同視される。

第二三三四条　特別法〔に例外規定〕がない限り、〔有体動産〕質権（gage）または〔無体〕動産質権（nantissement）の優先権は、動産の売主の先取特権と同じ順位で行使される。

(53) Delvincourt, Cours de Code civil, t. III, Dijon et Paris, 1834, p. 293; Duranton, Cours de Droit français suivant le Code civil, t. XIX, 4e éd, Paris, 1844, nos 31 et 280; Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, t. IX, Paris, 1880, n° 32. bis.

(54) Cass, civ, 19 fév. 1894, D. 1894, 1, 413, S. 1895. 1. 457, note Wahl.

(55) H. l et J. Mazeaud et Chabas, op. cit, t. III, 1er vol, n° 195; A. Weill, Sûretés Publicité foncière, Dalloz, nos 152 et 224; M. Dagot, Les sûretés, Thémis, p. 203.

(56) P. Simler et P. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, 4e éd, Dalloz, n° 767, p. 645.

(57) Delvincurt, op. cit; Duranton, op. cit; Colmet de Santerre et Demente, op. cit; Laurent, Principes de droit civil français, t. XXIX, 3e éd, 1878, Bruxelles, n° 314, p. 357; Beudant, Les sûretés personnelles et réelles,

t. I , Paris, 1900, n° 261, p. 226; Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. XIII, 1902, n° 17, p. 26; Baudry Lacantinerie et de Loynes, op. cit, t. XXII, Du nantissement, des privilèges et hypothèques, t. I , 2e éd, Paris, 1899, n° 495, p. 461; Poplawski, thèse préc, pp. 253 et s, pp. 276 et s; Planiol et Ripert, t. XII, par Bequé, Paris, 1927, nos 234 et 245; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, Les sûretés, La publicité foncère, 2e éd, Sirey, n° 528, p. 328; Sepmé, thèse préc, p. 122; Cabrillac et Mouly, op. cit, n° 650.

(58) Simler et Delebecque, op. cit, n° 767, note 4.

(59) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 4, 4e éd, Paris, 1871, n° 79; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit; Balleydier, Des privilèges sur les créances et de leurs effets, Rev. crit, t. XV, 1886, p. 525, nos 22 et 23; A. Tissier, note, S. 1900. 2. 217.

(60) H. L et J. Mazeaud et Chabas, loc. cit; Simler et Delebecque, loc. cit.

(61) なお、フランス担保法改正予備草案は、同一動産の上に複数の売主の先取特権が成立した場合、先の売主の先取特権が優先するとしている（第二三三三条二項）。これは、代金未払いのままで動産が転売された場合、原売主の先取特権が優先することを指しているが、同人の先取特権は目的物の転売によっても当然には消滅せず、先に成立した先取特権が付着した動産が移転することを前提としているものと考えられる。そうすると、即時取得されない限りにおいて追及効が認められると解する見解に親和的であると理解することができよう。

(62) Aubry et Rau, op. cit, p. 401; Colmet de Santerre et Demente, op. cit, t. 7, Paris, 1883, n° 99, p. 124; Naz, thèse préc, pp. 292 et s.

(63) 第七一七条　買受人は、前主の代金不払いに基づくいかなる解除訴求によっても害されない。ただし、競売前に、解除訴求が売買の係争裁判所に通知されたときは、この限りではない。

(64) Naz, thèse préc, pp. 317 et s.

(65) 第一五一一条　解除条件の成就は、当該条件が売買契約によって約定されたかまたは、黙示により内在するものとみなされる場合において、買主が自己の債務を履行しないとき、解除訴権の登記に先立って目的不動産の上に権利を取得した第三者を何ら害することができない。

(66) フランスにおける不動産公示制度の概観については、伊藤道保「一九五五年、フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号三五頁以下（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沿革と概観」、「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」『民法論集』第二巻一頁以下、一〇七頁以下（有斐閣、一九七一年）、滝沢聿代『不動産物権変動の理論』一二二頁以下（有斐閣、一九八七年）、参照。

(67) Aubry et Rau op. cit, p. 402; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. 2, Paris, 1930, p. 546, n° 1149;

(68) Simler et Delebecque, op. cit, n° 414; L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, n° 700.

(69) Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit, n° 269; H. L et J. Mazeaud et Chabas, op. cit, n° 593.; Simler et Delebecque, ibid.

(70) なお、フランス担保法改正予備草案は、特別不動産先取特権を、法定の特別抵当権に置き換える旨を提案している（第二部・物的担保　第二章・不動産についての担保　第三節・抵当権　第一款・法定抵当権　第二目・特別抵当権）。ただし、その実質は維持されている。

たとえば、不動産売却代金債権の担保として、当該不動産上に法定の特別抵当権を認めた上で、その公示をもって解除訴権の第三取得者に対する対抗要件とすること（二四一八条）、売主の特別抵当権を、約定抵当権および裁判上の抵当権さらには他の法定抵当権よりも先順位のものとして扱うこと（二四三〇条）、などが挙げられる。したがって、売主の特別抵当権が売買契約締結から法定期間内に公示されれば、その間に登記された抵当権に優先し、かつ第三取得者に対しても解除権を行使しうる。このような順位優先効は、特別抵当権の優先順位に関する右の規定のほか、不動産公示の相対効原則により、抵当権登記は設定者の権利が公示されない限り行なわれないため、売買の公示より後にならざるをえないこと（売買とともに特別抵当権が公示されれば、買主が取得した不動産上の抵当権に対して、つねに優先する）、あるいは、抵当権に関する登記申請が売買の公示以前に行なわれ、その後申請の適式化により申請日付への遡及効が認められたとしても、売買の公示の日付以前の日付における順位を付与されることはなく、売主のための特別抵当権に優先しないこと（二四三四条）、からも導かれる（片山・平野・前掲「翻訳」）。

以下に関連条文を示しておく。

第二四一八条　特別抵当権が付与される債権は、特別の法律によって規定されるもの以外に、以下に列挙されたものである。

一．不動産の売却代金債権は、不動産によって担保される。

以下、省略。

第二四一九条　前条に規定された抵当権は、債権者の要求により、かつ二四三一条以下に規定された方式に従って、目的となる不動産についての登記によって保全される。抵当権はその登記の日付で順位を取得する。

一六五四条で規定されている解除訴権は、売主の抵当権が消滅した後、またはその抵当権の登記が欠缺している場合には、取得者から不動産に関する権利を取得しかつそれを公示した第三者の損害において行使し得ない。

以下、省略。

第二四三〇条　抵当権は、法定の抵当権、裁判上の抵当権、約定の抵当権であるとを問わず、法律の定める方式および方法によって、抵当権保存所においてなされる登記の日付のみによって順位を取得する。

同一の不動産につき複数の登記が同一日付でなされた場合には、二四五九条に定められた登録簿（registre）の順位の如何を問わず、各々の順位は以下のように決定される。

―法定抵当権の登記は、裁判上の抵当権または約定の抵当権の登記の順位よりも先の抵当権とみなされる。複数の法定抵当権の登記がある場合には、それらは競合する。ただし、売主の特別抵当権と不動産購入資金の貸主の特別抵当権に関しては、前者が後者よりも先順位とみなされる。

第二四三四条　登記申請書は以下の場合に受理されない。

一．賠償判決に付された法定抵当権および裁判上の抵当権についての担保創設原因証書が提示されない場合

二．当事者の同一性の証明の記載がなされない場合

三．不動産が所在する市町村の表示を伴って個別に指定されていない場合

保存吏が申請を受理した後に、前条（項）に定める記載の一つが脱漏していることを確認するか、当事者の同一性または登記申請書に含まれた不動産の指定に関する陳述と、一九五六年一月一日以降にすでに公示されている登記申

請書または権原証書の中の同一の陳述の間の不一致を認定する場合には、手続きは却下される。ただし、申請者が登記申請書を補正するか、その正しさを証明する証拠を提出する場合はこの限りでない。これらの場合、手続きは、申請登記簿において確認される登記申請書の提出の日付において順位を取得するが、その順位が債務者（債務者が設定不動産の所有者でない場合は所有者）の所有権の権原の公示の日付よりも前の日付を取得することはできない。

登記申請書が、賠償判決に付された法定抵当権および裁判上の抵当権についての原因証書の中に記載された額よりも高額の被担保債権額を含むときには、手続きは同様に却下される。二四三条一項において規定される場合において、申請者が不適正な様式の登記申請書を適正な様式の登記申請書に差し替えない場合も同様である。

前条によって規定されるデクレが、申請不受理または手続き却下の細則を定める。

条文訳は、片山・平野・前掲「翻訳」参照。

(71) Marty Raynaud et Jestaz, op. cit, n° 270; H. L et J. Mazeaud et Chabas, op. cit, n° 594; Simler et Delebecque, loc. cit.

(72) 第一六七三条二項　売主は、買戻特約の効果として自己の不動産に復帰するときは、取得者が課したすべての負担および抵当権を排除して不動産を取り戻す。売主は取得者によって詐害なし（sans fraude）になされた賃貸借を維持しなければならない。

なお、同規定は、不動産公示に関する一九五九年法により、次のように改正された。

第一六七三条二項　売主は、買戻特約の効果として自己の不動産に復帰するときは、当該買戻特約が取得者の課した負担および抵当権の公示に先だって抵当権保存所に適式に公示されたことを条件として、そのすべての負担および抵当権を排除して不動産を取り戻す。売主は取得者によって詐害なしになされた賃貸借を履行しなければならない。

条文訳については、片山直也「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三三二頁（一九九七年）参照。

(73) 詳細については、片山直也・前掲「フランス法の買戻制度における賃貸借の保護と排除」三四一頁以下参照。

(74) フランス法における表見所有権法理については、中川善之助「表見相続人の譲渡行為と error comunis facit jus の適用」『相続法の諸問題』、上井長久「フランス判例法における表見所有権について―不動産取引における第三者保護の法理―」法学論叢第四六巻四号一〇一頁以下（一九七三年）、川島武宜『所有権法の理論』（新版）二六四頁（岩波書店、一九八七年）、滝沢・前掲書一一七―一一八頁、拙稿「フランスにおける外観法理と仮装行為理論の関係―民法九四条二項論のための基礎的研究として―」法学政治学論究第一二号二一一頁以下（一九九三年）。

(75) Cass. civ. 1er, 2 nov 1959, Bull. civ, I, n° 448, p. 372, S. 1960, 1, p. 65, note G. Hubrecht, J. C. P. 1960, éd. G, II, 11456, note P. Esmein, Rev. trim. dr. civ, 1960, p. 327, obs. J. Carbonnier; Cass. civ. 3e, 4 fév 1975, Bull. civ, III, n° 36, p. 29.

(76) 旧民法における解除に関する先行業績として、平井一雄「解除の効果についての覚書」獨協法学九号四八頁以下（一九七七年）。

(77) 井上操『民法註解　人権之部』四四三頁（寶文館、明治二三年）、磯部四郎『民濛釈義　財産編』一八二四頁（長嶌書房）、同『民濛釋義　財産取得編』二八五頁。

(78) 井上操・前掲書四四四頁、同『民法註解　債權擔保編』二九〇頁（岡島寶文館、明治二五年）。

(79) Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, Liv. II. 2e partie, Des obligations, Tokio, 1882, p. 411. なお、井上操・前掲注(77)も参照。

(80) Boissonade, ibid; 熊野敏三『民法正義　財産取得編』四五九頁（明治法律学校講法會内　新法註釋會）、井上操『民法註解　取得編之部』三六五―六頁（寶文館、明治二四年）、磯部四郎・前掲『財産取得編』二九三頁、三〇四頁。

(81) 財産編第四一一条① 解除条件ヲ帯ヒタル権利ヲ有スル者ノ善意ニ出テ且法律ニ従ヒテ為シタル管理ノ行為ハ第三者ノ利益ノ為メニ之ヲ保持ス

(82) ボワソナード氏起稿『民法草案財産篇講義二　人権之部』六四六頁（司法省）、梅謙次郎『日本賣買法　全』三

八二頁（八尾書店、明二四年〔新青出版、復刻版、二〇〇一年〕）。

(83) 財産編第一一九条　法律上又ハ裁判上ノ管理人ハ其管理スル物ヲ賃貸スルコトヲ得然レトモ管理人カ期間ニ付キ特別ノ委任ヲ受ケスシテ賃貸スルトキハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス

第一　獣畜其他ノ動産ニ付テハ一个年

第二　居宅、店舗其他ノ建物ニ付テハ三个年

第三　耕地、池沼其他土地ノ部分ニ付テハ五个年

第四　牧場、樹林ニ付テハ十个年

(84) 以上につき詳細は、片山直也「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。

(85) Boissonade, op. cit, t. 4e, Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels, Tokio, 1889, p. 351.

(86) Boissonade, op. cit. p. 358; 磯部・前掲『財産取得編』二九四頁。

(87) Boissonade, op. cit, p. 357.

(88) Boissonade, op. cit, p. 359; 井上操・前掲『取得編之部』三六七―八頁、磯部四郎・前掲『財産取得編』二九七頁、三〇一―二頁。

(89) 第二一〇二条　一定の動産の上に先取特権を認められる債権は、〔以下のもの〕である。

四　未払いの動産物件の代金　ただし、債務者が期限付きで購入したか期限なしに購入したかを問わず、その物がなお債務者の占有にある場合に限る。

売買が期限なしに行なわれた場合には、売主は、その物が買主の占有にある限りそれらの物件を返還を請求してその転売を阻止することもできる。ただし、その返還請求を引渡しから八日内に行ない、かつ、物件がその引渡しが行なわれたときと同一の状態にあることを条件とする。

条文訳は、前掲『フランス民法典―物権・債権関係』三〇八頁参照。

(90) Boissonade, op. cit, p. 290.

(91) 現行民法典第五四五条の起草過程については、高森八四郎「契約の解除と第三者（二）」関大法学論集二六巻二号六五頁以下（一九七六年）、平井・前掲「解除の効果についての覚書」五三頁以下、北村実「解除の効果―五四五条をめぐって―」星野英一ほか編『民法講座5』一一五頁以下（有斐閣、一九八五年）。

(92) 同条の起草担当者は穂積陳重委員であったようである。福島正夫編「明治民法の制定と穂積文書―『法典調査會穂積陳重關係文書』」の解説・目録および資料」『穂積陳重立法関係文書の研究』（信山社、復刻版、一九八九年）七七頁参照。

(93) 日本近代立法資料叢書3『法典調査会・民法議事速記録三』八二一―二頁（商事法務研究会）。

(94) この点につき、片山直也「現代民法の買戻特約における賃貸借の保護と排除（一）（二）―民法三九五条と五八一条一項との比較考察―」法学研究七二巻一号二三頁以下、二号三七頁（一九九九年）参照。

(95) 日本近代立法資料叢書4『法典調査会・民法議事速記録四』一四七頁。

(96) 日本民法の解除論において、解除の効果を当事者意思および目的との関係から精緻に論証されたのは、神戸寅次郎博士である（神戸寅次郎『契約解除論』（巌松堂書店、一九二一年）慶應義塾大学法学研究会編『神戸寅次郎著作集（上）』二六七頁以下（慶應通信、一九六九年）所収）。以下に、博士の解除論の骨子を要約してみよう。

まず博士は、解除の効果を、当事者の意思に基づいて生じる「任意的法律効果」と、清算関係について法が特に定めた「法定的法律効果」とに二分される。そして、任意的法律効果として、権利消滅に関する遡及効と物権的効力を承認される（なお、博士によれば、「物権的効力」とは、権利発生レベルでは物権変動を指し、権利消滅レベルにおいては、債権債務関係を介在させることなくただちに権利が消滅することを意味する。ちなみに「債権的効力」は、債権債務関係の発生と、消滅に向けられた債権債務の履行を指す。）。そして五四五条は、このことを前提とする「法定的法律効果」について規定した制度であり、原状回復義務（現物または価格返還義務、抹消登記手続協力義務）、利息返還義務、損害賠償義務、さらに第三者の権利保護は、いずれも解除に遡及効・物権的効力あることを基礎としつつ、妥当な利益調整に向けて特に定められた法定効果であるとして、法文の存在意義を明らかにされる。

博士は、このような理解が、契約の債権債務構造および物権変動論に整合的であると述べられ、次のように論証される。

神戸解除論の特色は、「目的」と「手段」ないしは「原因」と「出捐」に着目しつつ、給付目的・原因関係（いかなる債務負担・権利発生および給付が、どのような目的・法的意味において行なわれたかを分析し、両者の有機的な関連性を究明する）を重視し、契約上の債権債務構造およびその履行として生じる物権変動を、目的―手段、原因―出捐の関係に還元して分析する点にある。

たとえば、売買契約上の債権債務については、成立段階では、売主の所有権移転債務の負担（出捐）と代金支払債権（原因）ならびに、買主の代金支払債務（出捐）と所有権移転債権（原因）、という構造分析をされ、個々の当事者に生じた債権債務と、当事者相互の債権債務のそれぞれにおける有機的関連性を明らかにされる。

その上で、履行段階においては、まず弁済を、給付結果とそれが有する法的意味（一定額の金銭の交付またはある物の引渡しが、何を目的として、法的にいかなる意味をもつものとして行なわれたか）に関する当事者双方の弁済意思の合致によって構成される法律行為（特定の売買契約の弁済としての財産給付および受領）と捉えて、契約上の債権債務（原因）と弁済（出捐）の有因性および、弁済に関する当事者相互の有機的関連性を明らかにされる。

弁済については、物権変動論（一七六条）との整合性にも言及される。博士によれば、弁済の法律効果は、所有権移転に関する債権債務の消滅と、所有権移転および取得を指す。そして、売買契約上の所有権移転に関する債権債務の弁済が所有権移転であり、弁済行為の構成要素である所有権移転債権債務の弁済意思の表示および合意（原因）と物権的意思表示および合意（出捐）とは有因であると構成される（所有権移転は特定の売買契約の弁済のために行なわれたものであり、給付とその意味という関係において両者は不可分である）。

博士は、このような構造理解を前提として解除の効果を導かれる。すなわち、一方当事者の債務不履行は相手方の債務の目的・原因の喪失をもたらし、売買契約が解除され、解除権者の債権債務が消滅すると、その弁済として行なわれた所有権移転債務消滅に関する弁済の合意、ひいては所有権移転も、すべて目的・原因関係により有機的に結合しているため、何らの行為を要することなく当然に、かつ遡及的に消滅する。

つまり、相手方の給付の欠落に基づく解除は、契約の債権債務・その消滅に向けた弁済合意・所有権移転および取得を当然に消滅させ、目的・原因関係によって結合している契約上のすべての権利義務関係を根本的に消滅させることになり、契約当初からこのような効果をもたらすのが当事者の意思に適う、というのが、任意的法律効果の趣旨で

あると解される。五四五条は、その例外として、当事者間の公平な清算関係と第三者の取引安全を確保するための法技術と債権債務関係の創設につき、特に規定された制度である、という理解は、解除の効果に関する右の基本原理を前提とするもの、と目される。

(97) 富井博士述『債権各論　完』〔復刻叢書法律学篇三九〕一三二頁（信山社、一九九四年）。

(98) D. Bastian, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse Paris, 1929, pp. 3 et 13.

(99) フランス法における対抗不能理論については、加賀山茂「対抗不能の一般理論について―対抗要件の一般理論のために―」判タ六一八号六頁（一九八六年）、片山直也「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二十六号三頁（一九八七年）、浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」阪大法学一四五・一四六号三二頁以下（一九八八年）、野沢正充「フランスにおける『対抗不能』と『相対効』」立教法学四〇号二二六頁（一九九四年）、拙稿「民法九四条二項の『対抗不能』の法構造」法学政治学論究一七号二〇八頁以下（一九九三年）、同「第三者保護法理としての『対抗不能』理論の意義―制度構造分析のための視角として―」私法六一号一六三―四頁（一九九九年）。

(100) このことを指摘する先行業績として、北居功「譲渡禁止特約付き債権の譲渡と差押えとの対抗関係―最高裁判所平成九年六月五日判決を契機に―」法学雑誌 tâtonnement 二号六五―七頁（一九九八年）。

(101) フランス法における対抗可能性の原則ないし「対抗」理論については、吉田邦彦『債権侵害論再考』四二九頁以下（有斐閣、一九九一年）、七戸克彦『『対抗』のフランス法的理解」慶大大学院法学研究科論文集二十六号六五頁（一九八七年）、滝沢聿代・前掲書一九三頁、拙稿・前掲「民法九四条二項の『対抗不能』の法構造」二一八頁以下。同「第三者保護法理としての『対抗不能』理論の意義」一六三―四頁。