

民法375条1項に対するフランス法の影響

香山高広

目次

- 一 はじめに
- 二 1855年代位法
 - 1 序 論
 - 2 要 件
 - 3 効 果
- 三 検 討
 - 1 375条1項前段処分
 - 2 抵当権譲渡
 - 3 抵当権順位譲渡
 - 4 抵当権放棄及び抵当権順位放棄
- 四 結 論

一 はじめに⁽¹⁾⁽²⁾

民法375条1項（本稿における日本民法の条文又は条文数はすべて原始規定のそれである。）は、「抵当権者ハ其抵当権ヲ以テ他ノ債権ノ担保ト為シ又同一ノ債務者ニ対スル他ノ債権者ノ利益ノ為メ其抵当権若クハ其順位ヲ譲渡シ又ハ之ヲ放棄スルコトヲ得」と規定し、375条1項前段処分（転抵当といわれる抵当権処分を本稿においては「375条1項前段処分」という。）、抵当権譲渡、抵当権放棄、抵当権順位譲渡及び抵当権順位放棄の、五つの抵当権処分を認める。この条の原案（第3章第2節参照）の起草にあたっては複数の外国法が参照⁽³⁾されているが、主として参考にされた

のはフランス法（第3章第1節参照）、特に1855年3月23日法（以下「1855年法」という。）9条である⁽⁴⁾。1855年法9条は次のように規定する⁽⁵⁾。

「第9条 妻が法定抵当権の譲渡又は放棄をすることができる場合において、この譲渡又は放棄は、公署証書（acte authentique）によってされなければならない。譲受人は、抵当権登記又は先行登記余白への代位の記載（mention）による限りで、それを第三者に対して取得する。

登記又は記載の日付は、譲渡又は放棄を得た者が妻の抵当権を行使する順位を決定する。」

この規定は、一般的に「妻の法定抵当権代位（la subrogation à l'hypothèque de la femme mariée）」といわれる、妻の法定抵当権の処分についての合意をはじめて準則化したものである。1855年法9条により準則化された妻の法定抵当権代位の準則を本稿は「1855年代位法」と呼ぶが、ここで、1855年代位法が375条1項に与えた影響の範囲が問題となる。すなわち、375条1項の起草にあたり1855年代位法が主として参考にされたとしても、五つの抵当権処分のすべてが1855年代位法の影響によるものであるとは限らない。そこで、本稿は、1855年代位法の内容を概観した上で（第2章）、375条1項が認める五つの抵当権処分のいずれが1855年代位法の影響によるものであるかを検討する（第3章）。

- (1) 本稿で引用する文献を、ここで一括してあげる。以下、太字で表記した部分のみで表記する。なお、仏語文献につき、執筆にあたり以下の文献以外の仏語文献も多数参照しているが、それをすべてあげると大部になりすぎるので、原則的に典拠として脚註であげる文献は1899年に出版されたボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌの著作（Baudry-Lacantinerie et de Loynes）に限定した。学説及び判例の詳細は、すべて同書の該当箇所を参照してもらいたい。なお、本稿脚註中でニュメロのみをあげた場合、それはすべて同書のニュメロである。

・仏語文献－BAUDRY- LACANTINERIE (G.) et DE LOYNES (P.), *Traité théorique et pratique de Droit civil, du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 2^e éd., t. II, 1899; DUVERGIER (J. -B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil-d'état*, tome cinquante-cinquième, Année 1855, Paris; MÉRIGNHAC (L.) et MÉRIGNHAC (A.), *Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, 2^e éd., Paris, 1903; MOURLON (F.), *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles, suivi d'un appendice sur les différents cas de subrogation à l'hypothèque légale de la femme*, Paris, 1848; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. XIII, Paris, 1930.

・邦語文献－香山高広「フランス民法典における夫婦財産集中管理の帰趨」『法政研究』第72巻第3号（2006年）509－572頁、香山高広「近代フランス民事法典における転抵当の処遇（一）（二）」『法政研究』第75巻第3号（2008年）543－584頁・第75巻第4号（2009年）759－801頁、香山高広「一九世紀フランス法における『妻の法定抵当権』の概要——オブリーとローの所説をよりどころに——（一）－（三）」『法政研究』第79巻第1・2合併号（2012年）73－101頁・第79巻第4号（2013年）963－989頁・第80巻第1号（2013年）165－196頁、香山高広「一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の『登記』の概要——オブリーとローの所説をよりどころに——（一）（二）」『法政研究』第80巻第2・3合併号（2013年）363－383頁・第80巻第4号（2014年）511－537頁、香山高広「一九世紀フランス法における抵当権の『滌除』の概要——オブリーとローの所説をよりどころに——（一）－（三）」『法政研究』第82巻第1号（2015年）27－54頁・第82巻第4号（2016年）1163－1210頁・第83巻第1・2合併号（2016年）83－109頁、橋本真「抵当権の処分（フランス法）」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』（社団法人商事法務研究会、1995年）270－274頁。なお、香山「法定抵当権」、香山「登記」及び香山「滌除」については、本稿は、本文又は脚註において、論文名と論文に付した通し番号のみをあげる。

立法資料としては、本稿は、社団法人商事法務研究会により1983（昭和58）年から1987（昭和62）年にかけて出版された全32巻の『日本近代立法資料叢書』を用いた。本稿においては、『商事法務版』○巻（○綴）○頁と表記する。引用文中の傍点は著者によるものである。引用文中の亀甲括弧（〔 〕）内は著者による註であり、角括弧（[]）内は著者による補足部分である。

- (2) 先行研究としては橋本がある。
- (3) 「参照」としては、「担二四四、仏民訴七七五、同千八百五十五年三月二十三日法九、千八百八十九年二月十三日法、澳四五四、伊一九九四、グラウブユンデン二九六、ツユーリヒ三二六、三四二、三八五、モンテネグロ二一〇、

二一五、二一六、西一八七八、白草二三〇七乃至二三〇九、独二草一〇五八、一〇六〇、一〇六一、一〇七二、一〇八七」（『商事法務版』13巻2綴177頁）があげられ、また、この条の法典調査会の審議においては、これ以外にも「索遜民法」、「羅馬法」、「仏蘭西ノ旧法」、「『カリホルニヤ』」、「紐育民法草案」『ヴァー』ノ民法」及びフランス「千八百五十二年ノ勅令」（『商事法務版』2巻834頁）が言及されている。

- (4) 1855年法以外では、原案の「参照」において二つのフランス法の規定（①②）が、法典調査会審議において二つのフランスの法律等（③④）があげられる（註（3）参照）。①「仏民訴七七五」（1858年5月21日法改正仏民訴法775条）は「抵当ノ抵当ヲ許サヌト云フ〔趣旨の〕規定」（『商事法務版』2巻834頁）である。仏民訴法775条は、1806年仏民訴法においては778条である（条文は同一）が、1806年仏民訴法778条（したがって仏民訴法775条）については別稿で検討した（香山「転抵当（一）」580-584頁参照）。②「千八百八十九年二月十三日法」は、夫の不動産の第三取得者のための法定抵当権の放棄を準則化するものである。③「仏蘭西ノ旧法」は「抵当ノ抵当」を認めたと理解されている。「仏蘭西ノ旧法」の「抵当ノ抵当」については別稿で検討した（香山「転抵当（一）」552-558頁、同「転抵当（二）」780-795頁参照）。④「千八百五十二年ノ勅令」（1852年2月28日デクレ〔8条・20条〕）は妻の法定抵当権代位を立法的にはじめて承認した法律である。もっとも、同法は、具体的なことを何も規定しない。これらのうち、1889年2月13日法については、間接的のみならず、375条1項に対する直接的な影響も否定できず（第4章参照）、同法については詳細かつ慎重な検討が必要であるが、それについては後日別稿とする。
- (5) Duvergier, tome cinquante-cinquième, p. 70.

二 1855年代位法

1 序 論

1804年のフランス民法（以下「1804年法」という。本章において条文数のみをあげた場合には、すべて1804年法のそれである。）においては、妻は、夫に対して有する債権（2135条2号参照）を担保するために、「夫の財産」（2121条）又は「夫の不動産」（2135条2号）（以下「夫の不動産」という。）に対して、「婚姻日」、「相続開始又は贈与が効力を生じた日」又は「債務負担日又は売却日」（2135条2号）を順位取得日とする「妻の法（龍法 '17）49-4, 342（1172）

定抵当権」(以下「法定抵当権」と記した場合には、すべて「妻の法定抵当権」を指す。)を有する(2121条)。法定抵当権は、夫の現在財産及び将来財産のすべてを目的とし(2121条)、かつ「登記とは無関係に成立する」(2135条)ので、夫の債権者又は夫の不動産の第三取得者(以下「第三取得者」という。)は、それにより不測の損害を被るおそれがある。そこで、それを回避するために、1804年法に規定はないが、夫の債権者又は第三取得者は、貸付又は譲渡契約にさいして、債務者の妻又は売主の妻⁽⁶⁾に対して、夫又は裁判所の許可を得た上で⁽⁷⁾法定抵当権を譲渡(cession)又は放棄(renonciation)することを求める。法定抵当権処分についての合意は様々であるが、「妻の法定抵当権代位」(以下「法定抵当権代位」という。)というのは、19世紀中葉期以降一般的に認められる、これらの合意の総称にはかならない(法9条1項後段参照)⁽⁸⁾。そして、妻が「法定抵当権の譲渡又は放棄をすることができる」(法9条1項)ことを認めた上で、それを準則化するのが、1855年法9条(本章においては、1855年法9条を「法9条」という。)である。

法定抵当権の「譲渡又は放棄」(すなわち法定抵当権代位)は、婚姻中の妻に限られず、婚姻解消後の(元)妻又は妻の相続人も、することができる。処分の相手方は、「譲渡」については妻の債権者又は夫の債権者(抵当権者を含む)⁽⁹⁾であり、「放棄」については夫の債権者(抵当権者を含む)又は第三取得者である(以下処分の相手方を「代位者」という。)⁽¹⁰⁾が、375条との関係においては(妻又は夫の)債権者のための「譲渡又は放棄」のみを検討の対象とすればたりるので、第三取得者のための法定抵当権の「放棄」については割愛する。

法定抵当権代位により代位者は、夫のすべての不動産につき、妻が夫に対して有するすべての債権を担保する法定抵当権を行使することができる(包括代位)。代位者は、妻が夫に対して有する特定債権を担保する法定抵当権のみを行使する又は夫の特定不動産に対してのみ法定抵当権を行使す

る旨の合意をすることもできる（特定代位）⁽¹¹⁾が、これを法9条は念頭に置かない⁽¹²⁾ので、本稿は特定代位については割愛する。また、法定抵当権代位は、黙示で認められる場合もあるが、包括代位は明示の代位の場合に限り認められる⁽¹³⁾ので、黙示の代位についても割愛する。

(6) もっとも、すべての妻が当然に法定抵当権代位の合意をすることができるわけではない（Cf. n° 1042-1048.）。

(7) n° 1042. 311条を改正する1893年2月6日法（「法定抵当権」四七②参照）以降の別居後の妻については、この限りでない（Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1375.）。

(8) 法定抵当権代位が認められた経緯を含め、1855年代位法以前の法定抵当権代位については香山「帰趨」519-521頁、555-563頁参照。

(9) n° 1052.

(10) n° 1060 et n° 1065.

(11) n° 1049.

(12) n° 1123.

(13) n° 1049.

2 要 件

法9条1項は、法定抵当権代位につき、公署性（authenticité）（第1款）と公示（pubulicité）（第2款）を課す。

(1) 公 署 性

法9条1項は、場合によっては法定抵当権を失う妻を保護するために、法定抵当権代位につき「公署証書」を要求する⁽¹⁴⁾。法9条1項は、合意にさいして用いられた名称を問わず、すべての法定抵当権代位（代位、放棄、譲渡又は優先権譲渡等）に適用される⁽¹⁵⁾。

妻は夫に対する債権を1804年法の規定（1690条）する通常の債権譲渡により譲渡することもでき、それにより法定抵当権も移転する（1692条）が、譲渡が純然たる債権譲渡であるときは法9条1項の適用はない⁽¹⁶⁾。また、婚姻解消後に（元）妻又は妻の相続人がする法定抵当権代位についても同（龍法 '17）49-4, 344（1174）

様である⁽¹⁷⁾。

必要とされるのは公署証書（1317条）であり、抵当権の設定にさいして要求される公証人証書（acte notarié）（2127条）ではない⁽¹⁸⁾。

公署証書によらない法定抵当権代位は無効である⁽¹⁹⁾。第三者（後順位代位者等）のみならず、妻も、合意が公署証書によらないことを理由に法定抵当権代位の無効を主張することができる⁽²⁰⁾。

（2）公 示

法定抵当権は「登記とは無関係に成立する」（2135条）（第2章第1節参照）が、1855年法以前⁽²¹⁾においては、妻のみならず、代位者も、未登記のまま法定抵当権を第三者に対抗することができる。また、複数の代位者間の優先順位は代位主義日により決定される。これに対して、法9条1項は、対抗要件として公示、すなわち「登記又は先行登記余白への代位の記載」を要求する。

公示の形式は、法定抵当権が未登記であるか既登記であるかにより異なる。法定抵当権が未登記の場合について⁽²²⁾は、代位者は、法定抵当権代位にあたり、法定抵当権の「登記」の申請をする必要がある。登記の申請にさいしては、法定抵当権登記申請における記載事項（2153条）（「登記」三二―三七参照）が、記載されなければならない。そして、そのさいの申請書（bordereaux）において、法定抵当権代位の指示（indication）がされる。これに対して、法定抵当権が既登記の場合⁽²³⁾においては、代位者は、「先行登記余白への代位の記載」をすればよい。そして、その「記載」において、法定抵当権代位の指示がされる。しかし、この場合においても、代位者は「先行登記余白への代位の記載」をするのではなく、法定抵当権が未登記の場合についてと同様に、法定抵当権の新登記の申請をすることもできる。なお、「登記又は...記載」においては、代位者は自己の債権額（非特定の場合には評価額）の指示をしなければならない⁽²⁴⁾。

1855年法においては第三取得者は謄記をすれば所有権の取得を第三者に對抗することができる（1855年法3条1項）が、謄記後であっても、売主の妻は、譲渡時に法定抵当権を放棄せず、かつ第三取得者が法定滌除手続（2193-2195条）（「滌除」六八参照）をしない限り、有効に第三取得者の不動産に対して法定抵当権の登記をすることができる（1855年法6条1項参照）。問題は、妻のみならず、（譲渡前又は後の）代位者も、代位の公示をすることができるのかという点である。反対説もあるが、ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは、第三取得者は法定抵当権を甘受する立場にある以上、法定抵当権代位についても同様に甘受すべきであるとして、代位者の公示を認める（すなわち第三取得者は法9条の「第三者」ではない）⁽²⁵⁾。ただし、譲渡のさいに妻が第三取得者のために法定抵当権を放棄し、第三取得者が代位の公示をした場合には、第三取得者は法9条の「第三者」にあたり、他の代位者の公示の欠缺を主張することができる⁽²⁶⁾。

「譲受人〔代位者〕は、抵当権登記又は先行登記余白への代位の記載による限りで、それを第三者に対して取得する」（法9条1項後段）。そして、複数の代位者間の優先順位は、代位名義日ではなく、「登記又は記載の日付」により決定される（法9条2項）⁽²⁷⁾。未公示でも、公署性の要件を満たしてさえいれば、法定抵当権代位は当事者間において効力を認められる（法9条1項後段参照）。公示の欠缺を主張することができる「第三者」は、他の代位者⁽²⁸⁾、妻の債権者⁽²⁹⁾である。これに対して、第三取得者の他、夫の債権者も公示の欠缺を主張することはできない⁽³⁰⁾。

(14) n^{os} 1074-1075.

(15) n^o 1076.

(16) n^{os} 1076-1077. もっとも、婚姻中の債権譲渡は純然たる債権譲渡と解することはできないので、法9条1項が適用される。したがって、法9条1項の適用が否定されるのは、実際には婚姻解消後の債権譲渡に限られる。

(17) n^{os} 1078-1079.

(18) n^o 1080.

- (19) n° 1081.
- (20) n° 1082.
- (21) n° 1090 et n° 1122. 香山「帰趨」557-559頁参照。
- (22) n° 1092.
- (23) n° 1094.
- (24) n° 1092 et n° 1094.
- (25) n° 1096.
- (26) n° 1098-I.
- (27) n° 1098 et n° 1122.
- (28) n° 1098.
- (29) n° 1099.
- (30) n° 1098-II.

3 効 果

法定抵当権の「譲渡又は放棄」により、法定抵当権は代位者に移転する⁽³¹⁾。法9条においては「譲渡」と「放棄」は「代位」（法9条1項後段）と同義であり、いずれの場合にも同一の効果が生ずる⁽³²⁾。すなわち、代位者は、自己の名で、自己の債権額を上限として、法定抵当権（の優先権及び追求権）を行使することができる⁽³³⁾。順位決定額につき、代位者は妻に優先するのであり、したがって、妻は按分額の請求をすることができるわけではない⁽³⁴⁾。

代位者は、法定抵当権代位後に夫が取得した不動産、婚姻解消後に夫が取得した不動産又は夫が処分した不動産についても法定抵当権を行使することができる⁽³⁵⁾。代位者が夫の抵当権者である場合においても、代位者が法定抵当権を行使することができる不動産が、代位者が抵当権を有する夫の不動産に限定されるわけではない。

代位者が法定抵当権を行使するためには、行使の時点において、妻が夫に対して債権を有さなければならない⁽³⁶⁾。したがって、妻の債権の、弁済⁽³⁷⁾等による消滅又は不存在等のときにおいては、代位者は法定抵当権を行使することができない。また、妻が夫に対して債権を有する場合で

あっても、その債権額が代位者の債権額を下回るときは、代位者は、妻が有する債権額を上限として法定抵当権を行使することができるにすぎない。

共通制の後得財産につき、代位者が法定抵当権を行使することができるかどうかは、婚姻解消時の妻の意思に左右される⁽³⁸⁾。すなわち、妻が共通財産を放棄（1453条）したときは、後得財産は夫の固有財産と混同されるので、後得財産は当然に法定抵当権の目的物となる。したがって、代位者は、後得財産につき、法定抵当権を行使することができる。夫が共通制解消前に後得財産に対して抵当権を設定した場合についても同様であり、放棄妻（したがって代位者）は、法定抵当権の順位がこの第三者の抵当権の順位に優先しさえすれば、第三者に対して法定抵当権を対抗することができる。妻が共通財産を承認（1453条）し、かつ、共通財産分割により妻（又は妻の相続人）が後得財産を取得したときは、この不動産は「夫の不動産」ではないので、これを目的とする法定抵当権は消滅する（したがって代位者の権利も失われる）。夫が共通制解消前に単独で後得財産に対して抵当権を設定した場合においては、共通財産を承認した妻（したがって代位者）は、法定抵当権の優先順位を、この第三者に対抗することができない。すなわち、後得財産につき開始された順位配当において、代位者は第三者の抵当権に劣後する。もっとも、代位者は「債権者〔代位者〕の権利を詐害してなされた債務者〔妻〕の行為〔共通財産の承認〕を攻撃することができる」（1167条1項）。

代位者が法定抵当権を行使することができるのは、原則として、妻が法定抵当権を行使することができる時期に限られる⁽³⁹⁾。すなわち、婚姻解消、別居又は裁判による別産制が認められる時期以降である。ただし、「妻の債権者は、夫が破産した場合又は支払不能になった場合においては、自己の債権額を限度として債務者である妻の権利を行使することができる」（1466条2項）（「法定抵当権」三七参照）ので、代位者が妻の債権者である場合については、妻が法定抵当権を行使することができる時期以前（龍法 '17）49-4, 348（1178）

においても、代位者は法定抵当権を行使することができる（「滌除」八二参照）。

- (31) n° 1110.
- (32) n° 1064 et n°^{os} 1110-1111.
- (33) n°^{os} 1111-1112.
- (34) n° 1111.
- (35) n° 1112.
- (36) n° 1114.
- (37) 夫による妻又は妻の相続人に対する弁済も有効となる場合がある（n° 1133.）（註(46)参照）。
- (38) n° 1115. 「法定抵当権」三二-三七、香山「婦趣」523-545頁参照。
- (39) n° 1118. 例外については「滌除」七九註(313)参照。

三 検 討

1 375条1項前段処分

1855年代位法において375条1項前段処分に相当する処分は、法定抵当権が妻の債権者に「譲渡」（1855年法9条）される場合である（第2章第1節参照）。もっとも、フランスにおいては、妻の債権者に法定抵当権が「譲渡」されることはあまりなく⁽⁴⁰⁾、1855年法9条も、これを主たる事案として想定しない。

法典調査会における375条の冒頭説明において、梅は、フランス法が「抵当ノ譲渡」を認めることを理由に、375条1項前段処分を認めたと述べる。曰く、「仏蘭西ニ於テハ民事訴訟法ニ抵当ノ抵当ヲ許サスト云フ規定ガアリマシテ即チ原則トシテノ抵当ヲ他ノ債権ノ担保トスルコトハ出来ナイト云フ主義ニナツテ居リマス [...] 現ニ仏蘭西[の]法律ニ於テハ夫レヲ許サスト云フ所カラ實際ニ不便ヲ感ジテ彼ノ妻ノ法律上^{ママ}デ抵当ノ如キハ夙ニ譲渡スルコトヲ得ルト云フコトヲ学者デモ段々認メルヤウニ為リ又裁判例デモ認メテ居リヤウデアリマス [...] 遠キ千八百五十二年ノ勅令、

千八百五十二年^{ママ}ノ登記法〔1855年法〕夫レカラ近キハ千八百八十九年ノ単独法〔。〕恰度妻ノ法律上ノ抵当ノ譲渡ニ関スル箇条ガ改正ニ為リマシタ〔。〕夫レラニ於テモ皆認メテ居ルヤウデアリマス〔。〕而カモ其場合ニ付テハ精シイ規定ガ設ケテアリマス〔。〕乍併妻ノ抵当ニ限ツテ譲渡ス〔る〕コトガ出来ル〔、〕外ノ抵当ハ譲渡ス〔る〕コトガ出来ヌト云フ理屈ハ何ウモ見出スコトガ出来マセヌ〔。〕夫レデ妻ノ抵当ノ譲渡ハ別段譲渡夫レ自身ガ出来ルト云フ明文ガナクテ当然出来ルモノトシテ今申シ上ゲマシタ法律勅令ニ規定ガアル位デアツテ〔、〕外ノ抵当権モ矢張り譲渡ス〔る〕コトガ出来ル〔、〕債権カラ離シテ譲渡ス〔る〕コトガ出来ルト云フコトヲ實際認メテ居ルト思ヒマス〔。〕然ウシテ見ルト〔、〕抵当権ヲ又抵当トスル〔、〕即チ私ガ或人ノ土地其他不動産ニ付テ私ノ債権ノ担保トシテ抵当権ヲ持ツテ居ルト云フ場合ニ私ノ又債権者ガアル〔、〕夫レニ其抵当権ヲ担保トシテ入レル〔、〕即チ抵当ノ抵当〔、〕然ウ云フ事モ出来ナクテハナラス筈ト考ヘル〔。〕仏蘭西民法〔民事訴訟法〕ニ於テハ抵当ノ抵当ヲ許サヌト云フ規定ガアツテ然ウシテ抵当ノ譲渡ハ暗ニ認メテ居ルト云フコトハ余程私共ニハ了解シ悪クイ事デアアル〔。〕夫レデ本案ニ於テハ広ク抵当権ハ他ノ債権ノ担保トスルコトガ出来ルト云フ明文ヲ設ケマシタ〕⁽⁴¹⁾。

もっとも、375条1項前段処分がフランス法の影響によるものであることは明らかであるとしても、梅の言説において、影響を与えたフランス法が1855年法9条であるとの説明はない。しかし、冒頭説明及び「参照」であげられたフランス法の規定等のうち、375条1項前段処分相当処分（妻の債権者に対する法定抵当権の「譲渡」）の要件及び効果等を規定するものは1855年法9条のみであることに鑑みれば、それに影響を与えたフランス法が1855年法9条であることは明らかである。したがって、375条1項前段処分は、1855年代位法の影響によるものであると結論づけることができる。

この結論に対しては異論の余地がないわけではない。フランスにおいて（龍法 '17）49-4, 350（1180）

は法定抵当権以「外ノ抵当権モ矢張り譲渡ス〔る〕コトガ出来」るが、375条1項前段処分相当処分は、厳密には、合意による抵当権の譲渡である⁽⁴²⁾。そして、合意による抵当権の譲渡を含む、法定抵当権以外の抵当権処分についての合意の総称を「抵当権代位」という。そこで、375条1項前段処分は、抵当権代位を参考にしたものであり、法定抵当権代位を規定する1855年代位法の影響によるものではないとの反論が予想される。法典調査会における梅の言説は、375条に対する抵当権代位の影響の有無を明らかにしない。しかし、抵当権代位に法定抵当権代位のみを対象とする1855年法9条は適用されない⁽⁴³⁾ので、法定抵当権以外の抵当権の譲受人は公示をしなくても抵当権代位を第三者に対抗することができる（すなわち、複数の代位者間の優先順位は代位名義日により決定される）が、これは、「前項ノ場合ニ於テ抵当権者カ数人ノ為メニ其抵当権ノ処分ヲ為シタルトキハ其処分ノ利益ヲ受クル者ノ權利ノ順位ハ抵当権ノ登記ニ附記ヲ為シタル前後ニ依ル」（375条2項）との規定を有する日本法の立場と異なる。また、375条2項は、法典調査会における説明はないが、対抗要件として「登記又は記載」を要求する1855年法9条2項（第2章第2節第2款参照）の影響によるものであることは明らかである。そうであるとすれば、375条の起草にあたり、抵当権代位は参考にされていないと考えるべきであろう（このことは、375条1項前段処分以外の抵当権処分についても妥当するので、以下、この点についての検討を割愛する。）。なお、フランスにおいては（法定抵当権代位が不動産取引において常に利用されたのとは異なり）抵当権代位はほとんど利用されない⁽⁴⁴⁾。抵当権代位は抵当権者Bと代位者Cの合意のみで有効であるため、抵当権設定者AがBに弁済することを妨げることができず、AがBに弁済をした場合には、CはBの有する抵当権を行使することはできない。したがって、Cは、ほとんどの場合、債権譲渡又は債権質の方法を利用する（これらの場合においては、仏民1690条又は2075条により、Cは、AのBに対する弁済から保護される）。

もつとも、1855年法には、「前条ノ場合ニ於テハ第四百六十七条ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ抵当權ノ処分ヲ通知シ又ハ其債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ其債務者、保証人、抵当權設定者及ヒ其承継人ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定する376条1項に相当する規定はない⁽⁴⁵⁾ので、弁済による抵当權消滅の可能性は、法定抵当權代位の場合にも存在する（第2章第3節参照）。しかし、法定抵当權代位は夫の許可を得てされる（第2章第1節参照）ので、その場合においては夫は法定抵当權代位に参加したことになり、夫は代位者の權利を害することはできないと解されている⁽⁴⁶⁾。すなわち、夫が妻（又は妻の相続人）に弁済をしたとしても、それを代位者に対抗することはできない。

375条1項前段処分は1855年代位法の影響によるものであるとしても、375条1項前段処分は1855年代位法のような「抵当ノ讓渡」を認めるものではない。この点につき、梅曰く、「本案ニ於テハ無論抵当權ト云フモノヲ丸デ讓渡サヌデ所謂抵当ノ抵当トモ言フベキモノデアル」、「私ガ自分ノ所有ノ土地ヲ甲ト云フ者ニ抵当トシテ与ヘテ置イタ〔。〕…然ルニ其甲ナル者ガ他ノ債權者二人ニ置キマシテ乙ト丙ト云フ二人ノ債權ヲ持ツテ居ル者ガ居ル〔。〕其中ノ乙ナル者ニ私ノ抵当ヲ復タ抵当トシテ与ヘマシタ」⁽⁴⁷⁾。すなわち、梅によれば、375条1項前段処分は、1806年仏民訴法が「許サスト云フ〔趣旨の〕規定」を置いた「抵当ノ抵当」である⁽⁴⁸⁾。

(40) n° 1052.

(41) 『商事法務版』 2巻834頁。

(42) n° 906.

(43) n° 906.

(44) n° 905.

(45) 376条原案の「参照」にはフランス法の規定はあげられていない（『商事法務版』13巻2綴177頁）。梅は376条1項につき「奥太利ノ民法ノ例ニ依ツテ本条ノ如キ規定ヲ設ケマシタ」（『商事法務版』2巻853頁）と述べる。「参照」されたのは「奥四五五」（『商事法務版』13巻2綴177頁）である。

(46) n° 1133. 法定抵当權代位が夫の許可を得ずにされる場合（註(7)参照）

(とくに妻の相続人による法定抵当権代位)において、夫が善意で妻(又は妻の相続人)に弁済をしたときは、夫は、その弁済を代位者に対抗することができる。

(47) 『商事法務版』2巻842頁。他にも『商事法務版』2巻846頁。

(48) 註(4)①参照。

2 抵当権譲渡

梅によれば、抵当権譲渡により、具体的には次の効果が生ずる。すなわち、「不動産ノ価ガ二千五百円トスル〔、〕而シテ甲乙丙丁各々千円⁽⁴⁹⁾...〔。〕然ウスルト丁マデハ債権ガ四千円デアル〔。〕然ルニ其不動産ノ価ハ二千五百円シカナイカラ甲ガ千円取り乙モ千円取ル〔、〕丙ハ五百円〔、〕丁ハ一文モ取ラスト云フコトニ為ル〔。〕...抵当権ヲ丁ニ譲渡シタナラバ丁ガ千円〔、〕乙ガ千円〔、〕丙ガ五百円取ルト云フコトニ為ル⁽⁵⁰⁾」。1855年代位法において抵当権譲渡に相当する処分は、妻が法定抵当権を夫の一般債権者に「譲渡又は放棄」(1855年法9条)する場合である(第2章第1節参照)。そして、法定抵当権代位は、「夫の債権者、通常は一般債権者のためにされるのが一般的であ」⁽⁵¹⁾り、1855年法9条も、このような合意を主たる事案として想定する。

375条の原案である「甲第十九号議案」「第三百七十条」(以下「原案370条」という。)⁽⁵²⁾の1項は、「抵当権者ハ其抵当権ヲ以テ他ノ債権ノ担保ト為シ又同一ノ債務者ニ対スル他ノ債権者ノ利益ノ為メ其抵当権ヲ放棄シ又ハ其順位ノミヲ譲渡シ若クハ放棄スルコトヲ得」と規定し、抵当権譲渡を規定しない。しかし、これは抵当権譲渡を否定する趣旨ではなく、梅は、抵当権譲渡は原案370条1項前段処分に含まれると考えた。この点につき、梅曰く「『其抵当権ヲ以テ他ノ債権ノ担保ト為シ』ト云フヤウニ態ザトスウ云フ広イ言葉ヲ使ヒマシテ此中ニハ総ベテ抵当権ノ譲渡ハ出来ルト云フコトハ籠ツテ居ル積リデアリマス」、「自己ノ債権ノ担保トスル場合ト夫レカラ同ジ債務者ニ対スル他ノ債権者ノ担保トスル場合トニツガ此中ニ籠モ

ル」⁽⁵³⁾。そして、375条1項前段処分についての梅の言説（本章第1節参照）は、厳密には1855年法9条を参考にして原案370条1項前段処分を認めたという趣旨であるから、原案370条1項前段処分が抵当権譲渡を含む以上、必然的に、抵当権譲渡も1855年代位法の影響によるものであるということになる。

(49) 引用文中からは明らかではないが、甲乙丙は抵当権者であり、丁は一般債権者であることが前提となっている（『商事法務版』2巻839頁参照）。

(50) 『商事法務版』2巻850-851頁。

(51) n° 1052.

(52) 『商事法務版』13巻2綴177頁。

(53) 『商事法務版』2巻839頁。併せて『商事法務版』2巻835頁、843-844頁参照。法典調査会審議における「こち付ケ」（『商事法務版』2巻843頁〔横田国臣〕）である又は「分り悪クイ」（『商事法務版』2巻844頁〔横田国臣〕）等の批判（他にも『商事法務版』2巻840頁〔尾崎三良〕参照）を受け、本野一郎の提案（『商事法務版』2巻844頁）により原案370条1項後段の「ヲ放棄シ」の部分が削除され、抵当権譲渡は375条1項後段において独立して規定された。

3 抵当権順位譲渡

梅によれば、抵当権順位譲渡により、具体的には次の効果が生ずる。すなわち、「此処ニ千五百円ノ価ノアル不動産ヲ甲乙丙ト三人ノ債権者ニ抵当トシテ入レル〔、〕其甲乙丙ノ三人ハ各々千円ノ債権ヲ持ツ〔、〕此場合ニ若シ甲ガ...丙...ニ...順位^{ママ}デ譲渡ス〔る〕ト云フコトニ為ルト詰リ甲ト丙トガ入り替ツテ仕舞ウノデアリマスカラ〔、〕丙ト乙トニ分ケテ〔、〕丙ガ千円〔、〕乙ガ五百円〔、〕甲ハ一文モ取レスト云フ結果ニ為ル」⁽⁵⁴⁾。1855年代位法において抵当権順位譲渡に相当する処分は、妻Bが法定抵当権を夫Aの不動産に後順位抵当権を有する債権者Cに「譲渡又は放棄」（1855年法9条）する場合である（第2章第1節参照）。なお、法定抵当権代位は法定抵当権の全面的移転であるが、BのCへの「譲渡又は放棄」は、抵当権者間における順位の転換（inversion）にすぎず、厳密には優先権（龍法'17）49-4, 354（1184）

譲渡 (cession du droit de priorité ou antériorité) といわれる⁽⁵⁵⁾。もっとも、優先権譲渡も、その要件及び効果等につき法定抵当権代位と基本的に同じであり⁽⁵⁶⁾、したがって1855年法9条が適用される(第2章第2節第1款参照)。しかし、優先権譲渡は抵当権順位の転換なので、CがAの不動産に対して有する抵当権を失ったときは、CはBの法定抵当権の優先権を利用することができない⁽⁵⁷⁾。

抵当権順位譲渡に対する1855年代位法の影響の有無については、法典調査会において、それを言明する言説のみならず、それを推測させる言説もない。もちろん、375条1項が1855年代位法の影響によるものであること(本章第1節参照)、及び1855年代位法において抵当権順位譲渡相当処分が認められることを根拠に、抵当権順位譲渡に対する1855年代位法の影響を肯定することもできる。ところで、梅は原案370条1項前段処分に375条1項前段処分と抵当権譲渡を含める(本章第2節参照)が、このことを原案370条1項前段の文言から読み取ることは難しい。しかし、梅が原案370条1項前段処分は(法律構成は異なるが)1855年法9条の処分と同一であると考えたとすれば、これは必然的な理解にはかならない。なぜなら、1855年法9条の処分に抵当権譲渡相当処分が含まれる以上、原案370条1項前段処分に抵当権譲渡が含まれることは当然だからである。もっとも、このように解した場合には、1855年法9条の処分には抵当権順位譲渡相当処分(夫の抵当権者に対する「譲渡又は放棄」)が含まれるので、原案370条1項前段処分には抵当権譲渡のみならず抵当権順位譲渡も含まれるはずである。しかし、原案370条1項後段に抵当権順位譲渡が規定されているので、原案370条1項前段処分に抵当権順位譲渡が含まれないことは明らかである。そうであるとすれば、梅は1855年法9条は抵当権順位譲渡相当処分を認めない(つまり1855年法9条は夫又は妻の一般債権者に対する「譲渡又は放棄」のみを認める)と理解した上で、必要性から抵当権順位譲渡を原案に規定したと解することもできる。そして、このように解した場合には、

抵当権順位譲渡に対する1855年代位法の影響は否定される。このように、いずれの理解も成り立ちうると思われるので、抵当権順位譲渡に対する1855年代位法の影響については、不明といわざるをえない。

(54) 『商事法務版』 2巻835頁。

(55) n° 1059.

(56) n° 1076.

(57) n° 907.

4 抵当権放棄及び抵当権順位放棄

梅によれば、抵当権放棄により、具体的には次の効果が生ずる。すなわち、「不動産ノ価ガ二千五百円トスル〔、〕而シテ甲乙丙丁各々千円…〔。〕然ウスルト丁マデハ債権ガ四千円デアル〔。〕然ルニ其不動産ノ価ハ二千五百円シカナイカラ甲ガ千円取り乙モ千円取ル〔、〕丙ハ五百円〔、〕丁ハ一文モ取ラスト云フコトニ為ル〔。〕其処デ丁ハ溜ラヌカラ丁ガ甲ト相談シテ御前丈ケ御前ノ抵当権ヲ放棄シテ呉レヌカト言ツテ承諾ヲ得ルトスル〔。〕…〔この場合においては、〕乙ガ千円、丙丁ガ五百円宛取ル、跡ニ五百円残ル〔、〕之ハ甲ガ取ル」⁽⁵⁸⁾。また、梅によれば、抵当権順位放棄により、具体的には次の効果が生ずる。すなわち、「此処ニ二千五百円ノ価ノアル不動産ヲ甲乙丙ト三人ノ債権者ニ抵当トシテ入レル〔、〕其甲乙丙ノ三人ハ各々千円ノ債権ヲ持ツ〔、〕此場合ニ若シ甲ガ唯ダ丙ノ利益ノ為メニ其順位ヲ放棄スルト云フコトニナルト何ウ云フ事ニ為ルカト云フト即チ丙ノ目カラ見レバ甲ト云フ債権者ハナイノデアル〔。〕…詰ル所ハ甲ガ五百円〔、〕乙ガ五百円〔、〕丙ガ五百円取ルコトニ為ラナケレバナラヌ」⁽⁵⁹⁾。1855年法9条は夫の債権者に対して「妻が法定抵当権の…放棄をする」ことを認める（第2章第1節参照）が、夫の債権者は一般債権者と抵当権者の双方を含むので、1855年法9条の「放棄」が375条1項後段の「放棄」と同一の効果を生じさせるとすれば、夫の一般債権者のための（龍法 '17）49-4, 356（1186）

「放棄」が抵当権放棄、夫の抵当権者のための「放棄」が抵当権順位放棄に相当する。しかし、1855年法9条の「放棄」は、375条1項後段の「放棄」と同一の効果を生じさせる処分ではない。すなわち、1855年法9条(1項)は「譲渡」と「放棄」を同義語として用いており、合意にさいして用いられた名称を問わず、「譲渡又は放棄を得た者が妻の抵当権を行使する」(1855年法9条2項)(つまり法定抵当権の移転)という、同一の効果が生ずる(第2章第3節参照)。したがって、1855年代位法においては、「放棄」が夫の一般債権者のためにされた場合には抵当権譲渡相当処分の効果(本章第2節参照)が、「放棄」が夫の抵当権者のためにされた場合には抵当権順位譲渡相当処分の効果(本章第3節参照)が生ずる⁽⁶⁰⁾。そうであるとすれば、抵当権放棄及び抵当権順位放棄の[・]効果については、1855年代位法の影響によるものではない。

効果につき1855年法9条の「放棄」と375条1項後段の「放棄」は異なるが、このことは、375条1項後段の「放棄」に対する1855年代位法の影響を全面的に否定するものではない。実際、法典調査会において梅は、抵当権の絶対的放棄という効果を生じさせない放棄を規定することについての、フランス法の影響を認める。曰く、「此処ノ規定丈ケ[、]デハ何ゼ[放棄できるという規定が]必要カト云フト[、]放棄スルノハ如何ニモ絶対ニ放棄スルノデナク或ル人ノ利益ニ付テノミ放棄スル[からである。]...仏蘭西杯デハ明文ガナカツタ為メニ大變疑問ヲ惹起シマシタ[。]今日デハ先刻申シタヨウナ明文ガ不完全ナガラモアリマスケレドモ元トハ丸デ無カツタ為メニ大變疑問ヲ惹起シタコトガアリマス」⁽⁶¹⁾。もっとも、梅が1855年法9条は夫又は妻の一般債権者に対する「譲渡又は放棄」のみを認めると理解した(第3章第3節参照)とすれば、これは1855年法9条は妻と妻又は夫の一般債権者との間でされる合意のみを準則化する法律であると理解したことを意味するので、梅は1855年法9条は抵当権者に対する「放棄」を認めないと理解した可能性も否定できない。そうであるとすれ

ば、抵当権放棄に対する1855年代位法の影響は部分的に認められるが、抵当権順位放棄に対する1855年代位法の影響は全面的に否定される。また、「不完全ナガラモア」る「明文」というのが、第三取得者のための法定抵当権の放棄を準則化する1889年2月13日法（以下「1889年法」という。）（第4章参照）を指すのであれば、375条1項後段の「放棄」は同法の影響によるものである可能性も否定できず、この場合においては、抵当権順位放棄のみならず抵当権放棄についても、1855年代位法の影響は全面的に否定されることになる。

375条1項は1855年代位法と異なり「譲渡」と「放棄」を区別するが、問題は、1855年代位法の立場が否定された理由である。この点については法典調査会において詳らかにされていないが、少なくとも、起草者が「譲渡」と「放棄」を区別しない1855年代位法の立場を正確に理解していなかったことが原因でないことは、明らかである。梅曰く、『レヌンシヤシヨ、イン フツボラレム⁽⁶²⁾』即チ或ル人ノ為メニスル放棄ト云フコトハ仏蘭西民法杯デハ実ハ譲渡ニ付テモ矢張り然ウ云フ言葉ヲ学者ガ能ク使ヒマス〔。〕 抵当権ノ譲渡ハ出来ヌ〔、〕 抵当権ハ従タル権利デアルカラ譲渡ハ出来ヌト云フ感念ガ学者ノ間ニ広マツテ居ルノデアリマスカラ譲渡ス〔る〕 ノデハナイガ夫レニ打勝ツ為メニ、、、デアルト云フ所カラ仏蘭西杯デ或ル人ノ為メニスル放棄トカ或人ノ為メニスル人為ノ放棄トカ云フコトガ譲渡ト同ジヤウニ考ヘタノデアリマス〔。〕 従テ仏蘭西杯デ『レヌン、シヤシヨ、イン、フツボラレム』即チ或ル人ノ為メニ放棄スルト云ウコトヲ譲渡ト同様ニ見テ居リマス…〔。しかし、〕 本案デハ譲渡ト放棄トハ区別ヲシマシタ⁽⁶³⁾。

フランスにおいても、法定抵当権放棄の効果を375条1項後段の抵当権放棄の効果と同じように解する見解がないわけではない。ムーロン（MOURLON）は、1855年法以前の1848年に出版された *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles* において、妻が夫の一般債権者（龍法 '17）49-4, 358（1188）

のために法定抵当権を放棄した場合の効果につき、375条1項後段の抵当権放棄と同様の効果が生ずることを認める⁽⁶⁴⁾。しかし、この理解は、1855年法以前においても少数説であり、かつ1855年法9条はそれを明確に否定する⁽⁶⁵⁾。

「抵当権者が、同一債務者の他の抵当権者又は一般債権者のために、優先権行使を放棄する合意」(ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌ)⁽⁶⁶⁾を「不行使約束 (promesse d'abstention)」といい、この合意は法定抵当権についても認められる⁽⁶⁷⁾が、この定義をみる限りにおいては、これは375条1項後段の「放棄」に類似する。問題は、不行使約束の効果であるが、それは次のように解される⁽⁶⁸⁾。妻の債権額が2万フラン、2番抵当権者Bの債権額が2万フラン、3番抵当権者Cの債権額が1万フラン、4番抵当権者Dの債権額が2万フランであり、妻がDに対して不行使約束をした。競売代価が5万フランの場合の順位決定額は、それぞれ、Bが2万フラン、Cが1万フラン、Dが2万フランである。競売代価が3万フランの場合においては、妻が法定抵当権を行使しなかったとしても、これにより順位決定額はBに2万フラン、Cに1万フランとなるだけで、これによりDは利益を享受しない。したがって、不行使約束をした場合であっても、順位決定額は妻が2万フラン、Bが1万フランである。競売代価が4万フランの場合においては、妻が法定抵当権を行使しなかったときの順位決定額は、それぞれBが2万フラン、Cが1万フラン、Dが1万フランである。これによりDとともにCが利益を得るが、合意に無関係なCに利益を与える必要はない。したがって、この場合においては、妻は法定抵当権不行使のさいにDに分配される額を上限として、妻はDに対する関係で法定抵当権を行使することができない。結局、この場合の順位決定額は、それぞれ、妻が1万フラン、Bが2万フラン、Dが1万フランである。妻が一般債権者と不行使約束をした場合にも、これに準じた順位決定がされる。不行使約束の効果はこのようであるが、いずれにせよ、375条1項後段の「放棄」

の効果と異なる。

- (58) 『商事法務版』 2 巻850頁。
- (59) 『商事法務版』 2 巻835頁。
- (60) n° 1065.
- (61) 『商事法務版』 2 巻841頁。
- (62) 《renonciation *in favorem*》(優先権放棄) のこと。
- (63) 『商事法務版』 2 巻854－855頁。
- (64) Mourlon, pp. 603-604.
- (65) n° 1111.
- (66) n° 908.
- (67) Mérignhac, n° 173.
- (68) Mérignhac, n° 173.

四 結 論

本稿は、1855年代位法の概要を明らかにした上で（第2章）、375条1項に対する1855年代位法の影響の範囲を検討した（第3章）。そして、375条1項前段処分及び抵当権譲渡が1855年代位法の影響によるものであること（第3章第1節・第2節参照）、抵当権順位譲渡に対する1855年代位法の影響は不明であること（第3章第3節参照）、抵当権放棄及び抵当権順位放棄の効果に対する1855年代位法の影響は否定されること（第3章第4節参照）が明らかとなった。しかし、検討すべき残された課題は少なくない。以下、これを明らかにして、本稿を締め括る。

本稿は、375条1項に対する1855年代位法の直接的な影響の有無を検討したにすぎない。しかし、375条1項の起草にあっては、「凡ソ債権ヲ処分スル能力アル抵当債権者ハ同一債務者ノ他ノ債権者ノ利益ニ於テ自己ノ抵当又ハ其順位ノミヲ放棄スルコトヲ得」と規定する旧民法債権担保編244条1項本文が「参照」されており、これを介した1855年代位法の影響も無視できない。したがって、1855年代位法の影響を明らかにするためには、債権担保編244条1項本文に対する1855年代位法の影響と、375条1項に対

（龍法 '17）49-4, 360（1190）

する債権担保編244条1項本文の影響が検討されなければならない。

375条1項の起草にあたり「参照」として1889年法があげられている⁽⁶⁹⁾が、本稿は、債権者のための抵当権処分を規定する375条1項と異なり、それが第三取得者のための法定抵当権の放棄を規定するものであることを理由に、その検討を割愛した。しかし、1889年法は1855年9条の解釈に影響を与えており、したがって、これが1855年代位法を介して375条1項に対して間接的な影響を与えている可能性がある。また、法典調査会審議における梅の言説（第3章第1節・第4節参照）から、375条1項の起草にあたり実際に参考にされた可能性も否定できない⁽⁷⁰⁾。そうであるとすれば、375条1項に対するフランス法の影響を詳らかにするためには、1889年法の検討が不可欠である。

19世紀フランス法における抵当権代位又は法定抵当権代位に関する準則は、きわめて複雑かつ難解であり、本稿はその断片をみたにすぎない。19世紀フランス法における、抵当権代位又は法定抵当権代位の全体像の詳細な検討が必要とされる。

375条1項の「放棄」の効果は1855年法9条の「放棄」の効果と異なるが、1855年法9条が否定したムーロンの理解と一致する（第3章第4節参照）。375条1項の「放棄」の効果に対するムーロン説の影響の有無についても明らかにする必要がある。

(69) 註(3)参照。

(70) 註(4)参照。

付 記

池田恒男先生には、東京都立大学大学院社会科学研究所博士課程入学以降、公私にわたり、大変お世話になりました。先生に対する感謝は、言葉で言い尽くすことができません。先生のご健康とご活躍を心よりお祈り申し上げます。