

持分上の抵当権と共有物分割に関するフランス破毀 院一九八〇年判例について

梁田, 史郎
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程 : ローマ法・民法

<https://doi.org/10.15017/14717>

出版情報 : 九大法学. 96, pp.41-61, 2008-02-28. Kyudai Hogakkai
バージョン :
権利関係 :

持分上の抵当権と共有物分割に関する

フランス破毀院一九八〇年判例について

梁 田 史 郎

- 一 はじめに——日本法における問題点
- 二 一九八〇年破毀院判例
- 三 問題点と検討
- 四 公証人実務上の対応策と二〇〇六年改正二四二四条
- 五 小括

一 はじめに——日本法における問題点

共有期間中に共有者の一人によって持分上に設定された抵当権が共有物分割によってどのような運命をたどるかという問題について、我国において少ないながらも複数の裁判例がある^①。それらは共有物分割の移転的効力を前提とし、原則として、従来の持分上の抵当権は分割後も従来の抵当権設定者の持分割合で不動産全体に存続すると判示している。しかしながら、その原則を貫くと他の共有者はその意思にかかわりなく、分割によって、従来の共有関係にあったに過ぎない者の物上保証人になることになる。そのような結果は好ましくないという考慮からか、例外的に持分上の抵当権が抵当権設定者の取得部分に集中する場合があります^②。

大審院昭和一七年四月二四日判決（民集二一巻八号四四七頁）は、共有土地における持分上の抵当権が分割後設定者の取得部分上に集中するか否かについて争われた事件である。大審院は以下のように判示した。すなわち、分割の遡及的効力が明文で規定されている遺産分割とは異なり、通常の共有物分割は移転的効力を有し、分割の結果設定者以外の共有者が取得した部分にも抵当権が存続する、と。さらに、原審が民法二六〇条二項の解釈から、持分上の抵当権者が現物分割に参加した場合、各共有者は抵当権者に対して分割を対抗できるとして、抵当権が設定者の取得部分上に集中存続するものとしたのに対して、大審院は、民法二六〇条によって持分上の抵当権者が分割に参加したとしても「其ノ承諾ナキ限り原判示ノ如キ効果ヲ生スルモノト謂フヘカラス^③」とした。

この大審院の判示からすると、抵当権者の承諾がある場合には従来の持分上の抵当権が設定者の取得部分上に集中すると解することになると思われる。しかしながら、この効果が、この場合に限り設定者の従来有していた権利

A	B
a	a'
b	b'

がその取得部分上に集中するといわゆる客体集中説を採るといことなのか、あるいは、移転的効力からの論理的帰結として抵当権の設定された持分が混同の例外に関する規定の類推により消滅しないといわゆる客体不変説を採りつつ、抵当権者の承諾の効果として他の共有者の取得部分について抵当権が抹消され、かつ設定者の従来の持分を超える部分について抵当権の再設定がなされる結果として、抵当権が設定者の取得部分上に集中するということなのかについては、大審院は明らかにしていない。

単純な例を想定して問題点を指摘する。AとB二名が一筆の土地を共有し、後に二筆に現物分割されるものとする。分割後のAの取得地上に存在する従来のAの持分をa、Bの持分をbとし、Bの取得地上に存在する従来のAの持分をa'、Bの持分をb'とする。共有期間中にAが持分上にCのために抵当権設定をしたとすると抵当権はaとa'に設定されることになる。

共有物分割について移転的効力を採用する我國の現行法において、分割は持分の交換すなわち相互譲渡によって行われる。すなわち、AはBの取得地上に存在する持分a'をBに譲渡し、BはAの取得地上に存在する持分bをAに譲渡する結果、AもBも自分の取得地上の単独所有権を取得する。Cのための抵当権が設定されたaとa'は一七九条一項但書の類推適用によつて消滅しないと考えられる。その結果、共有物分割後もCの抵当権は従来のAの持分割合で、Aの取得地上にもBの取得地上にも存続することになる。

このような分割の効力を前提とする限り、大審院が、抵当権者の承諾があるときに限り、従来の持分aとa'がAの取得部分上に集中すると解する客体集中

説を採ると判示したとは考えにくい。

抵当権者の承諾がある場合には従来の持分上の抵当権が設定者の取得部分上に集中するにしても、分割の移転的効力を前提とする限り、分割時に抵当権者が同意することにより抵当権が設定者の取得部分上に再設定されると解さざるを得ない。しかしながら、a上の抵当権が抵当権者Cの同意により抹消されるとしても、b上に抵当権が設定されるためにはCの同意だけでなくCとAとの合意が必要なはずである。その合意があつたものとして仮に再設定がなされるとしても、共有地上に後順位抵当権者が存在しその登記がなされている場合には後順位抵当権者に劣後する抵当権が設定されることになり、従来の持分上の抵当権が分割によつて設定者の取得部分上に集中するといふことにはならないだろう。

なお登記実務上は取得地全体に抵当権の効力を拡張するために、登記上の利害関係人の承諾書等があるときに限り抵当権の変更の付記登記、承諾書等がないときは抵当権変更の主登記がなされている。⁵⁾ このことからすると、登記実務においては登記上の利害関係人に対抗できるときに限り客体集中説的な扱いがなされていることになる。ただし登記上の利害関係人の承諾書等がないとき、すなわちたとえ後順位抵当権者など利害関係人の合意が整わない場合や利害関係人に対抗できる判決のない場合は、新たに取得した持分について抵当権の変更は主登記として登記されるべきものとされ、その登記自体を基準として権利の順位を決すべきものとされているので、⁶⁾ 原則どおり客体不変説的な扱いがなされていることになる。したがつて登記実務上は登記簿上の全利害関係人に対抗できるときに限り、従来の持分上の抵当権がその順位を保つたまま、分割後設定者の取得部分上に集中することになる。

平成四年四月二四日大阪地裁判決(判時一四四九号一一五頁)は同様の事例において、Cがあらかじめ「Aの分割による取得部分が確定したときには本件抵当権もその部分に集中することを黙示の条件として本件抵当権設定契

約に及んだものと見るのが相当である」⁷⁾という認定のもとに、抵当権の集中を認めた。

この判決に関しては以下に述べるような問題点を指摘することができる。すなわち、判決のような認定をするにしても、Aが持分上に抵当権設定を行う際に、a'上に分割の結果Aが取得しないことを解除条件として抵当権設定契約をしたと解することはできるが、b上に分割の結果Aが取得することを停止条件として抵当権設定をしたと解することはできない、という点である。なぜならば、共有期間中bはAにとって他人の権利だからである。

ここでも判決を論理的に説明しようとするれば、分割がなされたときは設定者の取得部分上に抵当権が再設定されることを条件として共有期間中持分上に抵当権設定がなされた、と解するほかないものと思われる。このように解るときは、分割後Cがb上の抵当権を取得することになるにしても、すでにb上に登記済みの抵当権者が存在する場合には、Cはその者に劣後することになる。

共有物分割の移転的効力からの帰結である客体不変説を厳格に貫くことは結果の妥当性の観点から好ましくなく、客体集中説を採ることが望ましいようにも思われる。⁸⁾公表された裁判例において、共有物分割の移転的効力と矛盾しない形で、当事者意思を推定することにより客体集中の結論を実現するという方法が採られた。しかしながら、この方法では分割後に抵当権の再設定がなされる場合と等しく、後順位抵当権者には対抗できないという問題が残ってしまう。

判例が原則として客体不変説を採る理由として、通常の共有物分割の場合には遺産分割と異なり、その効果が遡及しないことが挙げられている。⁹⁾なるほど宣言的効力の定めのない通常の共有物分割によっては、客体集中説を採ることは難しいように思われる。それでは分割に遡及効を認める法制においては当然に抵当権の集中が認められる

のか、という疑問が生ずる。

共有物分割の宣言的效果を採用し遡及効を認めるフランスにおいて、共有期間中に持分上に設定された抵当権が分割の結果どのような運命をたどるかについて従来から議論が展開されてきた。¹⁰⁾ それによると八八三条が規定する宣言的效果により、抵当権設定者以外の共有者の取得部分には抵当権が存続しないという結論は承認されている。しかし、分割による設定者の取得部分について、抵当権がその全体に及ぶのか、もしくは共有期間中設定者が有していた持分の割合にとどまるのかについては明確ではなかった。すなわち分割の結果として割り当てられた部分については常に所有権者であったとみなされる分割の宣言的效果からして設定者の取得部分全体に抵当権が及ぶと解する見解は見られたが、¹¹⁾ 判例は持分上に抵当権が設定される際に、競売 (licitation)、分割その他の方法で後に設定者が取得する部分全体に抵当権が拡張するという特約が明示的になされていた場合に限り、抵当権が設定者の取得部分全体に拡張することを認めていた。¹²⁾ ところがそのような特約のない場合においても客体集中の場合に共有期間中の一九八〇年の破毀院判決がある。結論を先取りして言えば、この破毀院判決において、現物分割の場合に共有期間中の抵当権設定者の持分と分割の結果設定者が取得する部分とが正確に対応するときに、いわば例外的に、抵当権が設定者の取得部分上に集中することが認められた。分割の宣言的效果を採用する法制においても、客体集中の結論が当然には認められていなかったことは興味深く、本稿において検討することとする。

そこで本稿では以下の順序で検討を行うものとする。まず、二において一九八〇年破毀院判決について事件の経過を説明し、ついで三で問題点の指摘と若干の検討を行い、四ではフランスにおいて共有持分上の抵当権者が分割により被りうる不利益を避けるために行われていた公証人実務上の対応策と、二〇〇六年改正後のフランス民法二

四一四条を取り上げ、最後に五でむすびにかえて、まとめと若干の展望を示す。

二 一九八〇年破毀院判例

本稿で扱う一九八〇年一月二二日の破毀院判決は、事案は若干複雑であるが、共有期間中に共有者の一部の人によって持分上に設定された抵当権が分割によっていかなる影響を受けるかという問題に関して判示されたものである。

破毀院民事第三部一九八〇年一月二二日判決

事案は以下に述べるとおりである。四人が以下のような割合で不動産を共有していた。すなわち、甲（Margot Noblemaire 夫人）が二分の一の完全所有権（*pleine propriété*）、残余について乙（Jean-Louis Rateau）が四分の一の虚有権（*nue-propriété*）、丙（Francine Rateau）も四分の一の虚有権、丁（Alexis Rateau 夫人）は二分の一の用益権（*usufruit*）をそれぞれ有していた。

一九七四年九月二〇日と二三日に作成された公正証書により、乙丙丁は、乙丙丁が乙に貸与した四〇〇万フランの貸金の担保として二分の一の完全所有権持分の上に抵当権を設定した。すなわち、この貸金について、丙と丁が物上保証をしたことになる。抵当権の登記は一九七四年九月二四日にC1によってなされた。

その後さらに Barclay's Bank のためにこの四分の一の虚有権上に、また C² (甲と Jacques Margot Noblemaire の二人) のために乙丙丁の二分の一の完全所有権上に抵当権が登記された。

一九七五年五月、当該不動産は三二の区画に分割された。一九七五年一〇月三十一日の公正証書による分割に C¹ が参加し、乙丙丁は、C¹ のために、彼らが分割により取得した一六の区画の全部につき抵当権の再設定をした。

同日付の別の証書により、乙丙丁は、C² に対して設定した抵当権の再設定をなし、C² はこれを登記させた。それに対し、C¹ は彼の再設定を登記させえなかった。

一九七六年六月三日、不動産差押えに基づき、乙丙丁の一六の区画は、元本額四五〇万一〇フランで Larnit によって落札された。

この代金の分配のための配当手続が開始されたが、C² は、分配される総額について C¹ の債権全額を載せた配当表への異議を申し立て、次のように主張した。すなわち、C¹ は、乙丙丁らに付与された一六の区画に対する抵当権の再設定を登記していなかったため、これらの区画の二分の一の持分にかかる第一順位の抵当権だけを主張できるところで、C² の債権が、このことから残りの二分の一について第一順位にある、と。⁽¹³⁾

分割される前の不動産における二分の一の持分について、丁が用益権を有し虚有権を乙と丙が共有している状態なので、乙丙丁の三者はあわせて二分の一の完全所有権の持分を有していることになる。そして分割前、問題となる抵当権はこの三者の完全所有権持分上に設定されており (Barclay's Bank のためにこの四分の一の虚有権持分上に設定された抵当権は、争いの対象となっていないため割愛する)、分割後はこの三者は割り当てられた一六の区画を共有することになるので、この三者あわせて A という記号で表すこととする。甲を B という記号で表し、A の分割後の

A (乙丙丁)	B (甲)
a	a'
b	b'

取得地上に存在する従来のAの持分をa、Bの持分をbとし、Bの取得地上に存在する従来のAの持分をa'、Bの持分をb'とすると、一で示したのと同様に、この図のように表すことができよう。

従って本件を単純化すると以下に述べるような事例に置き換えることができよう。分割前AがC1とC2に対して抵当権設定、登記をなした。このときAの持分であるaとa'に抵当権が設定されていることになる。分割後は、分割の宣言の効果（八八三条）により、Aが取得しなかったa'上の抵当権は、当初より権利を有していなかった者によって設定されたものとみなされ、無効となる。Aの取得部分上にある従来のAの持分であるa上の抵当権は分割後も存続する。

問題は、Aが取得したbの部分である。分割前は、bはBの持分であったためAが設定した抵当権の効力は及んでいなかった。分割後、C1とC2ともに失ったa'上の抵当権の代わりにbに抵当権の再設定をしたが、C2はその登記をしたもののC1は登記をしなかったため、C2がC1に優先すべきことを主張して訴えたのが本件である。

原審であるパリ控訴院は、以下のように判示した。

「共有期間中に一共有者によって抵当権の設定された不動産が、分割のときに他の共有者に割り当てられた場合は、不動産にかつて一度も所有権を有していなかった者によって設定されたものとみなされ、抵当権は遡及的に消滅するのが原則である。反対に、その不動産が分割によって設定者に割り当てられた場合には、抵当権は遡及的に有効となるが、しかし彼がその不動産の上に有していた持分の限りである。この点が控訴人の理

由付けの基礎にあるように思われるが、この点を明確にする必要がある。

現物分割がなされる時、共有者が正確に自分の権利に対応する不動産の部分が付与されたとしが見られないならば、このように付与された不動産の分割された部分は、その全体に、共有期間中に設定者の共有持分に設定されていた抵当権の負担を継続する。まさしくそのような場合には、当初の抵当権の基礎 (assiette) の拡張はない。それゆえ債権者の権利の保存は、抵当権設定の回復も必要としないし、新しい登記も必要としない。そのような回復やそのような登記が情報伝達の要素として有効性を持ちえ、また実務家によって勧められるとしても、それは何らの権利をも設定するものではない。¹⁶⁾

これに対して甲らが破毀申立したが、破毀院も以下のようにパリ控訴院を支持した。

「申立に回答して、「控訴院」判決は正当につきの点を指摘している。共有者へ複数の区画 (lots) が割り当てられることにより、共有を創設する現物分割によつて共有を終了させるときは、共有期間中持分の上に登記されていた抵当権は、共有にかかる複数に分割された区画の上に負担を継続する。共有者へ割り当てられた区画が、正確に彼らの持分に対応していると認定した後、抵当権の基礎はなんらの変更も被つておらず、債権者の権利の保存のためには、新たな抵当権設定も必要ではなく、登記の回復も必要ではない、¹⁷⁾ ということも正当にも認められた。従つて破毀申立は理由がない。」

破毀院の判示に引用された控訴院の指摘の前半部分は、抵当権設定者の取得部分として抵当権設定者たる乙丙丁

（A）が一六の区画を共有地として取得し、抵当権はその共有地上に存続するということを意味する。本稿の問題関心は後半の判示にあり、次にこの判示の問題点を指摘し検討する。

三 問題点と検討

本件の問題点を指摘するに際して、まず基本的な前提を確認する。

一八〇四年に制定されたフランス民法典は、一九七六年の改正まで、共有物の使用や管理といった共有に関する一般的规定をもたなかった。それゆえ学説が、一方ではローマ法を参考にし、他方では、所有権（第二編第二章）や相続（第三編第一章）や組合契約（第三編第九章）の規定を利用しつつ共有に関する理論を形成した。¹⁶ こうして形成された共有理論によると、フランスにおいても、共有物全体の処分には共有者全員の同意が必要であるが、自分の持分については各共有者が単独で譲渡、抵当権設定等の処分をなすことができる。¹⁷ この点については一九七六年の改正後および二〇〇六年の改正後も変更は見られない。¹⁸

フランスにおいては相続財産の分割に関しいわゆる宣言的效果が民法八八三条に明文で規定されており、この点で我国と大きく異なる。相続財産すなわち包括財産の分割に関するこの規定は、その方法や効果に関して、特定物の共有にも適用（準用）される。²⁰ この分割の宣言的效果は、作用としては遡及的効力を有し、各共有者は分割の結果自分が取得しなかった財産については共有開始時に遡って何らの権利をも有さなかったものとみなされる。²³ 分割

の宣言的效果の最も重要な帰結として、相続財産等の包括財産の共有期間中に、共有者の一人によってなされた処分はその目的物が分割の結果その共有者以外に帰属することになった場合は効力がないとされることが一般に承認されている。²⁴⁾ その理論は、基本的に個別財産の共有の場合にも当てはまるものとされている。²⁵⁾

このことを前提にすれば、共有期間中Aが抵当権を設定した持分a・a'のうち分割後取得しなかったa'について、無権利者によって設定されたものとして抵当権は無効となる。したがって共有物分割後、抵当権設定者Aの取得した従来のAの持分aだけに共有期間中の抵当権が存続することになる。

このような原則通りの結果では抵当権者の利益が害されるため、四において後述するように、bの部分にも共有期間中に設定された抵当権の効力を及ぼせるような公証人実務上の対応策が採られている。しかし本件はその対応策が用いられなかった事例であるため、紛争が生じ訴訟上で争われることになった。なお約定抵当権に限らず法定抵当権や裁判上の抵当権も共有持分上に設定されえ、その場合はこの事前の対応策を用いることができないため同様の紛争が生じうることになる。²⁶⁾

本件において問題となったのは、我国の共有物分割と持分上の抵当権に関する裁判例で考慮されなかった後順位抵当権者との関係である。すなわち、C1とC2が分割前a・a'に抵当権を設定しており、分割後にC2は抵当権設定者Aの取得部分a・bに抵当権の再設定登記をしたが、C1は抵当権再設定の登記をしなかったため、登記なくしてC1がC2に対して分割前の抵当権の順位を主張できるか否かが問題となった。すなわち、C1・C2の各抵当権者は分割後に抵当権の再設定を行った。C2はその登記をしたがC1は登記をしなかったため、bの部分について、C2がC1に順位が優先することを主張したのが本件である。なおC2は分割当事者である甲とその夫と目される人物であるので、分

割の状況を知悉していたであろうことが注目される。

パリ控訴院は、現物分割の場合に従来の共有持分と分割後の取得部分が正確に一致する場合には、共有持分上に設定された抵当権の基礎の拡張はないと述べ、破毀院は抵当権の基礎の変更はないという表現を用いてこれを支持したが、理論上は疑問の残る判決だと思われる。従来の共有持分の割合（二分の一）と分割後の取得部分の割合が一致するにしても、論理的にいえばbの部分に抵当権が拡張していることになり、抵当権の基礎に変更がないとは言えないであろう。⁽²⁷⁾

なお、分割の宣言的效果は強行的と解されるので、当事者の合意によりこの効果を排除することはできない、と解されている。⁽²⁸⁾

次に、分割の宣言的效果を排除することなく、共有持分上の抵当権者が分割により利益を害されることを避けるように用いられている公証人実務上の対応策を紹介する。

四 公証人実務上の対応策と二〇〇六年改正二四一四条

フランス法上共有持分上の抵当権者は、分割の宣言的效果により、抵当権設定者が分割の結果取得しなかつた部分について抵当権を喪失する危険がある。そのことを避けるために共有持分上に抵当権を取得しようとする債権者が、抵当権設定に際して利用する公証人実務上の対応策がある。⁽²⁹⁾

共有不動産全体に抵当権を、分割の結果として自分に割り当てられることを停止条件として設定することは、二二五条(二〇〇六年改正前)が許容していることを理由に、有効と解されている⁽²⁰⁾。それゆえ公証人実務上、共有不動産の自分の持分に抵当権を設定する際に、共有不動産全体について各共有者が分割の結果として自分が取得することを停止条件とする条件付権利を有しているものとして、この権利に抵当権を設定して登記するということが頻繁に行われている⁽²¹⁾。すなわち、共有者の一人が自分の持分上に抵当権を設定する際に、同一の抵当権設定証書上で、不動産全体について自分に与えられることを停止条件とする条件付抵当権の設定も行い、その登記をしておくという方法である。この対応策によつて、分割によつて抵当権設定者が取得した土地全体に抵当権の効力を及ぼすことができる⁽²²⁾。また、条件の遡及効によつて抵当権の順位は証書を登記した時点のものが維持され、分割後、新たに登記をする必要はない⁽²³⁾。

二〇〇六年のフランス民法改正により、二〇〇六年改正前の二二五条本文が二四一四条⁽²⁴⁾の一項に規定され、二四一四条の二・三項に共有不動産上に設定された抵当権と共有物分割に関する規律が規定されることになった。すなわち、二項において、一九一〇年の改正により追加された従来の二二五条但書により、例外的に分割後も効力を保つこととされていた全共有者による共有不動産への抵当権設定が規律され、その規律に変更はない。それに対して三項においては、抵当権を設定した共有者が不動産の割当を受けた範囲で全部について、その持分に限定されることなく抵当権が及ぶものとされ、法律上の規律が実質的に変更された。

すなわち改正前は、共有者の一人(A)によつて設定された抵当権は、原則として分割後のAの取得部分における従来のAの持分aにしか存続しなかったが、改正後、三項の規律により、Aによつて設定された抵当権は分割後

のAの取得部分の範囲内においてのみ存続し、それは従来のAの持分aに限定されることなくbにも及ぶものとなることになった。³⁶⁾

五 小括

フランスにおいては、共有期間中に共有者の一人によって持分上に設定された抵当権について、分割の宣言的効果により抵当権設定者が取得しなかつた部分の上の抵当権は消滅するという結論が承認されている。そのため分割により利益を害されうる共有持分上の抵当権者のために分割における参加の他、公証人実務上、共有持分に抵当権を設定する際に、分割により設定者が取得することを停止条件とする不動産全体への条件付抵当権を同時に設定しておくという対応策が用いられてきた。

その対応策が用いられず紛争が生じた本稿で取り上げた事例において、破毀院は、理論上は疑問があるものの、実際の妥当と思われる結論を例外的に導いた。すなわち現物分割において抵当権設定者の取得部分が共有期間中の持分に正確に対応する場合には、抵当不動産に変更はないとして、分割後に設定者の取得部分上全体に抵当権の効力が及ぶことを認めた。その後二〇〇六年の民法改正により、現物分割の場合は分割の結果設定者が取得する部分全体に、従来の持分上の抵当権の効力が及ぶことになった。この改正により共有持分上の抵当権者のための公証人実務上の対応策は不要になったか否か、今後のフランスにおける実務の動向が注目される。

フランスにおいては条件付財産の上に設定する抵当権の技術を利用して、分割の宣言的效果により共有持分上に設定された抵当権者が分割により被りうる不利益を回避していた。従ってフランスにおいては、我国におけるのと異なり、共有不動産全体が各共有者の条件付財産として扱われていることになる。このことは、おそらく、分割の宣言的效果と密接に関連するのであるが、本稿において確言するに至らない。今後を期したい。

我国とフランスは、共有物分割の効力や抵当制度などの前提条件に違いがあるため、本稿で述べたようなフランスにおける処理を直ちに我国に持ち込むことはできないが、それでも一定の示唆を得ることはできよう。

注

(1) 拙稿「共有物分割後の持分上の抵当権」九大法学九四号(二〇〇七年)一一七頁以下。

この問題に関し、裁判例は少ないものの、たとえば、仮換地の一部売買は実際上かなり行われているといわれ、その際に生じうる問題である。仮換地の指定を受けた農地などを造成して数区画の宅地として売り出す場合には、換地処分終了までは分筆をせず、仮換地を分割した区画の面積の割合で、従前の土地を共有している旨の登記をする扱いが一般である。その一区画の売買は、従前の土地の共有持分の売買として行われる。すなわち買受人は仮換地の区画に着目して、登記簿上は従前の土地の共有持分を買い受ける形になる。買受人が分筆前に買受地に抵当権を設定する場合、換地処分終了後登記簿上の共有物分割がなされると、本稿で扱う共有物分割後の持分上の抵当権の問題が生ずることになる。川邊常雄「共有持分権の上の抵当権と共有物分割(上)(下)」——とくに仮換地の場合について——手形研究三九八号(一九八七年)一八頁以下・三九九号(一九八七年)四二頁以下参照。

(2) 拙稿・前掲注(1)一一四頁以下。

(3) 民集二二巻八号四五三頁。『判例民事法』昭和一七年度二三事件「来栖三郎」参照。

(4) 広中俊雄『物権法第二版増補』(青林書院、一九八七年)四四七頁。

(5) 香川保一『改訂担保』(金融財政事情研究会、一九六四年)三〇三頁。

(6) 東京高判昭和六〇年九月三〇日(判時一一七三号六〇頁、判タ五八五号六一頁)は、持分上に抵当権を設定した者が、その後他の共有者から持分を取得して不動産の単独所有権者となった事案である。共有物分割に関する事件ではないが、抵当権設定者たる共有者が抵当権設定後に新たに他の共有者から持分を取得した点で、分割により新たな持分を取得した場合と問題状況は類似する。この事件では、抵当権設定者が自分の持分に抵当権を設定した後に新たに取得した共有持分について当然に抵当権の効力が及ばないことを前提として争われた。

この事件は、不動産全体に抵当権の効力を及ぼすためになされた抵当権変更登記における順位に関する争いであった。付登記による抵当権変更登記をなした持分上の先順位抵当権者は、後順位抵当権者の承諾書等がないため主登記により抵当権変更登記をなすべきものとされ、先に抵当権変更の付登記により抵当権変更登記をなした持分上の後順位抵当権者に対抗しえないものとされた。道垣内弘人「本件判批」シユリスト増刊「担保法の判例」(一九九四年)二八頁参照。

フランスにおいても、AとBが二分の一の割合での共有期間中にAの持分に抵当権が設定されたとき、分割の結果不動産全体がAに割り当てられたとしても、抵当権は不動産の半分にしかな存続しないと説かれている。そして他の共有者から持分を取得した場合も同様であるとされる。Jacques LAFOND, L'Hypothèque de droits immobiliers indivis, JCP N 2002, 1399, n° 7.

(7) 判時一四四九号一一九頁、鎌田薫「本件判批」判タ八二四号(一九九三年)五四頁以下参照。

(8) 幾代通「共有持分権の上の担保物権と共有物分割」『民法研究ノート』(有斐閣、一九八六年)九九頁(初出・法学教室五〇号(一九八四年)三六頁)、川邊・前掲注(一)「手形研究三九九号四二頁以下」。

(9) 民集二卷八号四五二頁。

(10) REG.11 janv. 1881, D. P. 1881-1-254, S. 1883-1-208; Rennes, 14 mars 1892, S. 1893-2-60; Civ. 12 janv. 1909, D. P. 1910-1-33; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd. Paris, 1897, § 221, p. 581; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e éd. Paris, 1923, t. 1, p. 771; M. DESSERTAUX, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, Paris, 1908; A. IONASCO, *La copropriété d'un bien*, 1930, Paris, n° 106 et ss.; JOSSRAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Paris, 1930, n° 1787; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. X, 1874, Paris, n° 402; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé*

- après le commentaire de chaque titre*, Paris, 1859, p.291; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, v. I, 6^e éd. Paris, 1988, n^o 264; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd. Paris, 1952, t. III, n^o 288; 1953, t. XII, n^o 423; F. X. TESTU, *L'indivision*, Paris, 1996, p. 47
- (1) IONASCO, op. cit., n^o 107.
- (2) REQ., 26 mars 1907, D. P. 1907-1-388.
- (3) Cass. Civ. 3^e, 21 oct. 1980, J. C. P. éd. N. 1981, p.57, obs. B. STEMMER.
- (4) Paris, 2^e Ch. A, 18 décembre 1978; JCP. 1980 éd. N. II, p. 10, obs. B. STEMMER. *パリ控訴院判決についてその他* 『Journ. not. 1979, 55177, obs. A. RAISON ~~468~~』
- (5) 前掲注(13) 同所。
- (6) AUBRY et RAU, op. cit., t. II, §221, p. 578. 来栖三郎「共同相続財産に就いて(三)」法学協会雑誌五六巻五号(一九三八年)九一四頁。なお、ローランは「法典自身がローマの理論を歴史的に承認している」と言っている。F. LAURENT, op. cit., t. X, n^o 395.
- (7) COLIN et CAPITANT, op. cit., t. I, p. 770; IONASCO, op. cit., n^o 96.
- (8) ただし一九七六年の改正によって追加され、二〇〇六年の改正によってさらに変更された八一五 三条が共有物に関する管理処分行為につき全員一致あるいは持分の三分の二以上の賛成を要求しているため、共有者の一人が単独で抵当権設定をなしていないかにも見える。しかしながら同条は、共有物全体に関する管理処分行為につき全員一致原則を規定しているに過ぎない。本稿では、共有者の一人があたかも単独所有者であるかのごとくに不動産全体に抵当権を設定した場合を問題にするのではなく、共有者の一人が自分の持分(quote-part)に抵当権を設定した場合を扱う。したがって、他人物売買に関する一五九九条が共有者の一人による自分の持分売却の場合に適用できないのと同様に、共有者の一人による持分上への抵当権設定の場合に民法八一五 三条を適用することはできない。Michel DAGOT, *L'hypothèque de l'immeuble indivis après la Loi du 31 décembre 1976*, JCP 1980, I, 2994, n^o 12.
- (9) フランス民法八八三条一項
- 各共同相続人はその割当分に含まれ、または競売によって彼に帰したすべての財産を、単独かつ直接に相続したものとみなされ、相続財産に含まれる他の財産の所有権はかつて一度も有しなかったものとみなされる。

(20) フランスにおいて、copropriété, indivision 等の用語が學者によつて必ずしも一致していないと指摘されているが(来栖三郎前掲注(16)九一七頁)、所有権の客体になりうる特定の有体物の共有を指す copropriété とその上位概念として無体物や相続財産等の包括財産をも客体とつくる indivision とつきの概念は区別されていると言つて可い。すなわち、特定の有体物の共有を表す場合は copropriété の語も indivision の語も使われるが、相続財産等の包括財産に関して copropriété は生じえず、その共有状態は indivision を表現される(IONASCO, op. cit., n° 3)。なお、ボワソナードも同様の使用法をしていられると認められる(G. BOISSONADE *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. Nouvelle édition. Tome I. Tokio, 1890, n° 68 [Art. 38])。

この概念も日本語では「共有」と訳すことが適当だと思われ、本稿ではこの訳語を使用する。特に注意すべき場合は copropriété を「特定物の共有」、indivision を「包括財産の共有」と訳す。

- (21) IONASCO, op. cit., n° 61.
- (22) COLIN et CAPTANT, op. cit., t. III, p. 501.
- (23) Civ. 1^{re}, 26 oct. 1976: Bull. civ. I, n° 307; Civ. 3^e, 7 mai 1986: JCP 1987. II. 20737, note DAGOT.
- (24) COLIN et CAPTANT, op. cit., t. III, p. 498; IONASCO, op. cit., n° 106.
- (25) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5^e éd., t. II, Paris, 1897, § 221, p. 582, note 17; IONASCO, op. cit., n° 106, p. 196.
- (26) DAGOT, op. cit., n° 13.
- (27) STEMMEER (前掲注(23))は「**抵当不動産の増加(augmentation)はないかもしれないが(抵当権は常に、語弊があるかもしれないが、不動産の半分に設定されていた)、**抵当不動産の変更(modification)はある」と述べ判決に疑問を呈する。****
Dagot は実務的な観点からパリ控訴院判決に賛成し、「破毀院の上告棄却判決は、何らかの効果の拡張を大いに必要として**いる共有持分上の抵当権の有効性を強めることにならぬ**」とつづける。Dagot, op. cit., n° 49.
- (28) IONASCO, op. cit., p. 196. なお、**反対の見解も存在する**。COLIN et CAPTANT, op. cit., t. III, p. 509.
- (29) Dagot, op. cit., n° 15 et ss.; P. Catala, L'indivision, Defrénois 1981, art. 32597, n° 129; Jacques LAFOND, L'Hypothèque de droits immobiliers indivis, JCP N 2002, 1399.
- (30) IONASCO, op. cit., n° 107, p. 199. なお、**停止条件付権利への抵当権設定の有効性は二〇〇六年の改正後、二四一四条一**

項に規定されている。後注(34)(35)参照。

(31) DAGOT, *op. cit.*, n° 25 à 28; S. GROSJEAN, *Le sort des inscriptions hypothécaires sur les immeubles appartenant concurremment au débiteur in redressement judiciaire et à d'autres personnes*, *Defrénois* 1998, 36891, n° 8; Jacques LAFOND, *L'Hypothèque de droits immobiliers indivis*, *JCP N* 2002, 1399, pp. 997, 999 (Formule 1).

(32) なお共有持分の割合に従って正確に現物分割がなされることは、実際は特殊な例であると思われる。そのため公証人実務上は、分割の際に抵当権設定者が取得することあるべき債権をあらかじめ抵当権者に譲渡しておくことも行われる。

DAGOT, *op.cit.*, n° 20 et s. LAFOND, *op. cit.*, p. 1000 (Formule 3).

(33) DAGOT, *op. cit.*, n° 26 et s. なお我国におけると異なり、成就した条件は契約締結の日への遡及的効力を有するものとされる(仏民一七九条参照)。

(34) 二〇〇六年改正前フランス民法二二二五条

不動産について、停止条件付権利、解除条件付権利、または取消しに服する権利を有するに過ぎない者は、同一の条件または同一の取消しに服する抵当権でなければ設定することはできない。(一九一〇年二月三一日の法律)ただし、共有不動産の全共有者によって設定された抵当権は、後の競売または分割の結果がいかなるものであるとも、例外的にその効力を保存する。

(35) 二〇〇六年改正後フランス民法二四一四条

不動産について、停止条件付権利、解除条件付権利、または取消しに服する権利を有するに過ぎない者は、同一の条件または同一の取消しに服する抵当権でなければ設定することはできない。

共有不動産上の抵当権は、それが全共有者によって合意された場合、分割の結果がいかなるものであるともその効力を保存する。それと反対の場合、その抵当権は、抵当権の合意をした共有者が、分割の時に、そのまたはそれらの共有不動産を割り当てられた部分にのみ、あるいは不動産が第三者に競売に付された場合には、この共有者が競売代金を割り当てられなければ、効力を保存する。

一つまたは複数の共有不動産における持分上の抵当権は、抵当権の合意をした共有者が、分割の時に、そのまたはそれらの共有不動産の割当を受けた範囲内でのみその効力を保存する。そのときその抵当権は、抵当権の合意をした共有者の持分に限定されることなく、この割当のすべての範囲に及ぶ。不動産が競売に付され第三者に取得されたときは、抵当権は、こ

- の共有者が競売代金を割り当てられたならば、同様に効力を保存する。
- (36) Eliane FREMIEAUX et Georges DAUBLON, La réforme du droit des sûretés [Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006], *Defrénois* 2006, 38420, p. 1094. 上記は新しい二四二五条の解説として書かれているが、内容からして二四二四条の誤植かと疑われる。