

## 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=ローの所説をよりどころに

香山, 高広  
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/1520983>

---

出版情報 : 法政研究. 82 (1), pp.27-54, 2015-07-27. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



一九世紀フランス法における抵当権の「滌除」の概要(一)  
— オブリーローの所説をよりどころに —

香山高広

目次

- 一 はじめに
- 1 本稿の目的
- 2 関連規定
- 二 滌除権者・滌除費用
- 1 滌除権者
- 2 滌除費用(以上、本号)
- 三 既登記抵当権の滌除
- 四 登記免除・未登記法定抵当権の滌除
- 五 クレディ・フォンシェ
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

1 本稿の目的<sup>(1)(2)(3)</sup>

一 滌除 (purge) とは、「先取特権又は抵当権の目的となった不動産の第三取得者が、…先取特権者又は抵当権者に対して、この不動産の代価又はその評価価値「の提供」を申し込むことにより、「先取特権者又は抵当権者による」追求権 (droit de suite) 行使による追行 (pour-suites) を防ぎ、又はそれを停止する」<sup>(4)</sup> 手続のことをいう。滌除は、けつして抵当権を消滅させる手続ではない。「滌除の効果は、…「抵当」不動産に対する追求権を、「不動産」の代価に対する権利に変えることに尽きる」<sup>(5)</sup>。そして、譲渡により当然に抵当権が滌除される場合、<sup>(7)</sup> すなわち公用収用 (expropriation pour cause d'utilité publique) <sup>(8)</sup> 及び強制的所有権移転 (expropriation forcée) <sup>(9)</sup> に基づく競売以外の場合においては、取得者は、抵当不動産から抵当権を滌除するために、かならず一八〇四年フランス民法典(以下「一八〇四年法」<sup>(10)</sup>という。)が規定する滌除手続をしなければならない。本稿は、一九世紀末のフランスにおける妻の法定抵当権 (hypothèque légale de la femme mar-

ne)の滌除を明らかにするために、その時期における滌除制度全体を概観する。

一八〇四年法第三編第一章「先取特権及び抵当権」は二つの滌除方法を規定する。すなわち、第八節(二一八一—二一九二条)が「所有権からの先取特権及び抵当権の滌除方法 (Du mode de purger les propriétés des privilèges et hypothèques)」の表題で規定する、登記 (inscription) された抵当権 (以下「既登記抵当権」という。)の滌除方法と、第九節(二一九三—二一九五条)が「夫及び後見人の財産を目的とする未登記抵当権の滌除方法 (Du mode de purger les hypothèques, quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs)」の表題で規定する、「登記免除法定抵当権」(法定抵当権の登記を免除され、かつ未登記のままで、それを第三者に対抗することができ法定抵当権を、以下、このようにいう。)のうち実際に未登記の法定抵当権 (以下「登記免除・未登記法定抵当権」という。)の滌除方法である。本稿は、前々稿・前稿と相俟って、一九世紀における妻の法定抵当権の全体像を明らかにする研究の一環であるので、この目的からすれば、後者のみを検討すれば、それで充分と思われるかもしれない。しかし、登記免除法定抵当権であって

も、一八〇四年法(↓「登記」四・同二三—三〇)又は一八五五年三月二三日法(以下「一八五五年法」という。)(↓「登記」九—一六)に従い登記された法定抵当権は既登記抵当権であるから、法定抵当権を滌除するためであっても既登記抵当権の滌除手続をしなければならない(↓一・六八)。したがって、法定抵当権の滌除を明らかにするために、登記免除・未登記法定抵当権を滌除するためだけに準備された制度のみならず、既登記抵当権の滌除手続も併せて検討する必要がある。そこで、本稿は、滌除制度全体を検討の対象とした。もともと、妻の法定抵当権の滌除手続を概観することが本来の目的であるので、登記免除・未登記法定抵当権であっても、妻以外の法定抵当権の滌除に固有な準則については、すべて割愛する。また、滌除手続は抵当権以外の権利(不動産先取特権)を滌除するために用いられるが、これについても同様に割愛した。

本稿の目的及び方法については、その内容につきオーリー(Charles AUBRY, 1803-1878)＝ロー(Charles-Frédéric RAU, 1803-1877)の『フランス民法講義(Cours de droit civil français)』(第四版)をよりよくとしつつ、それをボードリー・ラカンチヌリ(Gabriel BAUDRY-LACANTINIERE, 1837-1913)＝ム・ロムヌ

(Paul de LOYNES, 1841-1914) の著作を補いつつ、その  
を始め、前々稿で述べたこと(↓「法定抵当権」)がそ  
のまゝ受当する。

(一) 本稿で引用する文献を、こゝで一括して掲げよう。  
以下、太字体で表記した部分のみで引用する。

仏語文献—AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, 1<sup>re</sup> éd., 5 vol., Strasbourg, 1839-1846; AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., 8 vol., Paris, 1869-1878; BAUDRY-LACANTINIERE (G.) et DE LOYNES (P.), *Traité théorique et pratique de Droit civil, du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 2<sup>e</sup> éd., 3 vol., 1899; BOUGADE (M.), *Le crédit foncier de France, le crédit agricole et les emprunteurs*, Paris, 1861; DE LOYNES (P.), *Le projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire*, Paris, 1897; DEMANTE (A. M.) et COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique de code civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. IX, Paris, 1889; DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4<sup>e</sup> éd., 22 vol., Paris, 1844-1845; FENET (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoire du Code*

*civil*, 15 vol., Paris, 1827, réimpression Osnabrück, 1968; GUICHARD (M. A. C.), *Législation hypothécaire ou recueil méthodique et complet*, 3 vol., Paris, 1810; *Journal officiel de la République française. Documents parlementaires. Sénat, MALEVILLE (J.), Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état*, 3<sup>e</sup> éd., 4 vol., Paris, 1822; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris, 1924-1934; PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil. Commentaire traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3<sup>e</sup> éd., 2 vol., Paris, 1876.

邦語文献—香山高広「一八〇四年フランス抵当法の基本的性格(一)——(5)」小樽商科大学『商学討究』第五〇巻第二・三合併号(二〇〇〇年)一一三—一二二頁・第五一巻第一号(二〇〇〇年)一一五—一四三頁・第五二巻第二・三合併号(二〇〇一年)一五—一八三頁・第五三巻第一号(二〇〇一年)一八七—二一三頁・第五四巻第二・三合併号(二〇〇一年)三三九—三六九頁、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(一)——(三)——オプリーローの所説をよりどころに——」九州大学『法政研究』第七九巻第一・二合併号(二〇一二年)七三—一〇一頁・第七九巻第四号(二〇一三年)九六—一九八頁・第八〇巻一号(二〇一三年)一六五—一九六頁、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

(3) 本稿では、その全体にわたり、通し番号（ニュメロ）を付している。以下、「(↓四)」とある場合は、「本稿のニュメロ四を参照せよ」という意味である。また、「(↓「法定抵当権」四)」とある場合は「香山『法定抵当権』のニュメロ四を参照せよ」ということを、「(↓「登記」四)」とある場合は「香山『登記』のニュメロ四を参照せよ」ということを意味する。なお、引用文中の亀甲括弧(一)内は著者による註であり、角括弧(二)内は著者による補足部分である。

(4) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, pp. 495-496, texte.

(5)「証書が登記されたすべての債権者は」、「新所有者の申立てによる通告から四〇日以内に」、「不動産の競りによる公の競売の申立てをすることができ」る(二一八五条一項柱書)。この競売申立てにあつては、申立人は、「契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に加えて一〇分の一を加えた値を付けること又は付けさせること」と(二一八五条一項二号)を引き受けなければならない。このような引き受けを伴つた競売を《surenchère》という(⇓三九)。《surenchère》は、本来であれば、「上乗せ競り」と訳されるべきであるが、この訳語は馴染みがないので、本稿では、これに、より一般的で、かつ、より馴染み

深い「増価競売」の訳語を充てた。

増価競売は、滌除の局面でされるものと、競売後にされるものとがあり、厳密には、前者は「任意譲渡に基づく増価競売 (surenchère sur aliénation volontaire)」と(↓三)、後者は「六分の一の増価競売 (surenchère du sixième)」といわれる(↓一註(9))。また、商法の規定に基づき「一〇分の一の増価競売 (surenchère du dixième)」がされる場合もある(↓一註(9))。本稿において、単に「増価競売」とした場合には、「任意譲渡に基づく増価競売」をよす。

(6) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 496, texte.

(7) 抵当不動産の取得者(↓六一七)は、既登記抵当権であるか登記免除・未登記法定抵当権であるかを問わず、抵当権を滌除するために、滌除手続(↓一一八二)をしなければならぬ(↓一註(10))。しかし、例外的に、譲渡の性質から当然に抵当権が滌除される場合がある。そして、このような譲渡がされたときは、取得者は、滌除手続をすることなく、抵当権の目的とならない不動産を取得する。このような性質を有する譲渡を「当然の滌除を生じさせる譲渡 (aliénations qui opèrent de plein droit la purge)」とよぶ (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 365-1, p. 591)。また、このような性質を有する譲渡により抵当権が滌除される場合に、「譲渡は滌除に値する (aliénation vaut purge)」又は「譲渡は事実上の滌除を生

じさせる (aliénation opère purge virtuelle)」といわれる (Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1084, p. 402 et n° 1186, p. 504)。(8) 公用収用がされた場合、収用不動産を目的とする抵当権の処遇については、一八四一年五月三日法一七条が、これを規定する(↓「登記」二一)。すなわち、「二項」[収用判決]、謄記 (transcription) から二五日以内に、先取特権及び合意、裁判上又は法定抵当権は登記される。「二項」前項の期間内に登記がされないときは、収用不動産は、その性質を問わず (de quelque nature qu'il soient)、すべての先取特権及び抵当権から解放される。ただし、補償金に対する妻、未成年者及び禁治産者の権利については、補償金が支払われたとき又は債権者間の順位配当 (ordre) が終局的となったときでない限り、それを害することができない。「三項」いかなる場合においても、登記債権者は、増価競売申立権 (faculté de surenchère) を有さない。ただし、登記債権者は、補償金が第四節に従い決定されることを要求することができる」。

謄記された収用判決は、すべての抵当権を滌除する。一八四一年五月三日法一七条二項は「前項の期間内に登記がされないときは、収用不動産は、その性質を問わず、すべての先取特権及び抵当権から解放される」と規定するので、一見すると、滌除されるのは未登記抵当権に限られる。しかし、既登記抵当権が滌除されないとすれば、収用者 (expropriant) は滌除手続をしなければならず、そして、

その手続において既登記抵当権者は増価競売の申立てをすることが出来るはずである。しかし、一八四一年五月三日法一七条三項は、「いかなる場合においても、登記債権者は、増価競売申立権を有さない」と規定するので、これは既登記抵当権も濫除されることを意味する。そして、収用判決騰記日から一五日以内に登記をした抵当権者の権利は、<sup>6</sup> 抵当不動産から代価に移転される (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 495, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loyne, *hypothèques*, t. III, n°2367, p. 592)。<sup>7</sup> 実際、収用者が濫除手続をしなければならぬとすれば、その過程において増価競売が申し立てられ、収用者以外の者が収用不動産を取得する場合が生じるが、このことは、収用不動産の所有権を収用者に帰属させるという収用の目的に反する。そこで、このような規定が設けられた (Baudry- Lacantinerie et de Loyne, *hypothèques*, t. III, n°2367, p. 592)。<sup>8</sup>

既登記抵当権者の増価競売申立権は否定されるが、既登記抵当権者は公用収用委員会 (jury d'expropriation) に対して補償額の決定を要求することが認められるので、これにより既登記抵当権者の利益は保護される。

収用判決騰記日から一五日以内に登記をしなかったとしても、登記免除・未登記法定抵当権者に限り、補償金に対する優先権を失わな (Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 310, texte et note 27; Baudry- Lacantinerie et de Loyne, *hypothèques*, t. III, n°2228, p. 452 et n°2368, p. 593)。<sup>9</sup> 一八

し、登記免除・未登記法定抵当権者は、補償金の支払いが終了するか、それに対する順位配当が終了する前に、優先権を行使しなければならない。

(9) 強制的所有権移転に基づく競売は、すべての抵当権を濫除する。したがって、競落人 (adjudicataire) は濫除手続をする必要はない (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 497, texte et note 4; Baudry- Lacantinerie et de Loyne, *hypothèques*, t. III, n°2370, p. 594)。<sup>10</sup>

既登記抵当権につき、一八〇四年法及び一八〇六年民事訴訟法 (以下、「一八〇六年民法」という) は、このことを明確に規定しないが、このように解することに異論はない (cf. Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 497, note 6; Baudry- Lacantinerie et de Loyne, *hypothèques*, t. III, n°2370, pp. 594-595) (↓「登記」二〇註(9))。そして、一八五八年五月二一日法 (以下「一八五八年改正民法」という) は、これを確認する。一八五八年改正民法七条七項前段 (↓七六②註(29)) 曰く、「正式に騰記された競売判決 (jugement d'adjudication) は、その種類を問わず、<sup>11</sup> 抵当権を濫除」する。なお、既登記抵当権濫除の効果は、競売判決の効果 (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 497, texte et note 4) であるのか、騰記の効果 (Baudry- Lacantinerie et de Loyne, *hypothèques*, t. III, n°2370, p. 595) であるのかについては争いがあるが、判例 (Req. 22 janv. 1877, D. 1877. 1. 249, S. 1877. 1. 115; Civ. 4 mai 1891,



D. 1892. I. 9, S. 1891. I. 373.) は、「登記の効果と解する(『登記』一六③註(9))」

競売判決登記以前に登記された抵当権は、すべて涤除される (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 499, texte et notes 10 à 12; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2372, pp. 595-596)。すなわち、債務者の債権者の抵当権であるか、債務者の前主の債権者の抵当権であるかを問わない。また、強制的所有権移転に基づく競売手続中又は競売以降に登記されたものも、「涤除される」。

強制的所有権移転に基づく競売における、「登記免除・未登記法定抵当権の処遇」 (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2373, pp. 596-597.) (↓「登記」二〇) についても、一八〇四年法及び一八〇六年民訴法は、それを規定しない。この点につき、初期の判例は、既登記抵当権についてと同様に、強制的所有権移転に基づく競売は登記免除・未登記法定抵当権を涤除すると解した (Civ. 27 nov. 1811, S. 1812. I. 171; Civ. 21 nov. 1821, J. G., v°*Priv. et hyp.*, n°2200, S. 1822. I. 214; Civ. 30 août 1825, S. 1826. I. 65; Aubry et Rau, 1<sup>re</sup> éd., t. II, § 269, pp. 150-151, texte et note 7; Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 309, note 25)。よって、一八三三年六月二日、破毀院は、「連合部判決 (arrêt des chambres réunies) において、競売による登記免除・未登記法定抵当権の涤除を否定する (Ch. réun., 22 juin 1833, J. G., v°*Priv. et hyp.*, n°2201, S.

1833. I. 448; Civ. 30 juill. 1834, S. 1834. I. 625; Req. 26 mai 1836, S. 1836. I. 775; Civ. 18 déc. 1839, S. 1840. I. 137; Civ. 27 mars 1844, S. 1845. I. 20) 』しか、一八五八年改正民訴法七十七条七項は、「その種類を問わず (routes)」と規定することからも明らかなように、判例の立場を否定したうえで、既登記抵当権のみならず、登記免除・未登記法定抵当権の涤除も認める。なお、強制的所有権移転に基づく競売の場合においては、登記免除・未登記法定抵当権者は、競売判決登記前に法定抵当権の登記をしなければならず、新聞などの記載により競売の開始を知り、競売判決登記前に登記をしたときは、「順位配当への名義の届出の催告」 (一八五八年改正民訴法七五三条) がされる (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2375, p. 598)。しかし、競売判決登記前に法定抵当権の登記がされなかったとしても、登記免除・未登記法定抵当権者は、競売「代価に対する訴権」(一八五三年改正民訴法七十七条七項前段)を有する。すなわち、優先権は失われない (↓「登記」一六③)。もともと、優先権を行使するために「登記免除・未登記法定抵当権者は」「順位配当が裁判上のものであるときは第七五四条が規定する期間満了前に届出をする」か、「順位配当が和解によるときは…その終結前に権利を行使する」か、しなければならぬ (一八五八年改正民訴法七十七条七項後段)。なお、登記免除・未登記法定抵当権者に対しては名義届出の催告をする必要はない



(Planiol et Ripert, t. XIII, n°1053, pp. 360-361.) ので、優先権行使は事実上制限される (Baudry-Lacantinerie et de Loyens, *hypothèques*, t. II, n°2375, p. 538.)。

既登記抵当権の滌除手続において増価競売がされたとき(↓一註(5))、それにより既登記抵当権は滌除される (Aubry et Rau, t. III, §293 bis, p. 497, texte et note 7; Baudry-Lacantinerie et de Loyens, *hypothèques*, t. II, n°2380, p. 616.)。一八四一年以前からこのように解されていたが、一八四一年六月二日法(以下「一八四一年改正民訴法」という)。八三八条七項は、このことを明確に規定する。すなわち、「任意譲渡に基づく増価競売は、他の増価競売により取り消されない」。増価競売により既登記抵当権が滌除されないとすれば、競落人は滌除手続をしなればならず、そして、その手続において既登記抵当権者は増価競売の申立てをすることができはすである。しかし、「任意譲渡に基づく増価競売は、他の増価競売により取り消されない」わけであるから、既登記抵当権者は増価競売の申立てをすることができず、このことは、増価競売により既登記抵当権が滌除されることを意味する。この規定は、「増価競売後の増価競売は無効である (surenchère sur sur-enchère ne vaut)」というフランス法の準則の適用の結果である。これに対して、増価競売は、登記免除・未登記法定抵当権を滌除しない(↓七八④)。このことにつき、一八五八年改正民訴法八三八条八項曰く、「増価競売判決後

においては、法定抵当権の滌除がされなかったときは、法定抵当権の滌除は任意譲渡の場合と同様にされる」。したがって、競落人は、登記免除・未登記法定抵当権を滌除するために、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続(↓六八―八二)をしなければならぬが、滌除手続において、登記免除・未登記法定抵当権は増価競売の申立てをすることはできない(↓七八④)。「増価競売後の増価競売は無効」だからである。

一八四一年改正民訴法により認められる六分の一の増価競売(↓一註(5))がされたとき(一八四一年改正民訴法七〇八条・九六五条・九七三条・九八八条) (Colmet de Santerre, t. IX, n°169 bis, XIX, p. 398.)、それにより既登記抵当権は、六分の一の増価競売が強制的所有権移転に基づく競売後にされたかどうかを問わず、滌除される (Aubry et Rau, t. III, §293 bis, p. 498, texte et note 8; Baudry-Lacantinerie et de Loyens, *hypothèques*, t. III, n°2380, p. 605.)。たとえば一八四一年改正民訴法七二〇条二項曰く、六分の一の「増価競売後に第二の競売がされた場合においては、同一財産につき、いかなる増価競売 (aucune autre surenchère) も、それを受理することとはできない」(他にも一八四一年改正民訴法九六五条二項・九七三条六項・九八八条二項参照)。六分の一の増価競売により既登記抵当権が滌除されないとすれば、競落人は滌除手続をしなければならず、そして、その手続において既登記抵

当権者は増価競売の申立てをすることができるはずである。しかし、「いかなる増価競売も」禁止されるわけであるから、これは、六分の一の増価競売により既登記抵当権が滌除されることを意味する。これも、「増価競売後の増価競売は無効である」の準則の帰結である。これに対して、登記免除・未登記法定抵当権については、強制的所有権移転に基づく競売以外の競売(↓一註(10))の後にされた六分の一の増価競売により滌除されない。(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2381, p. 606)。<sup>1</sup>一八四一年改正民訴法は、このことを明記しないがこの場合についても、一八四一年改正民訴法八三八条八項が適用されるべきであると解される。したがって、競落人は登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続(↓六八—八二)をしなければならぬが、滌除手続において、登記免除・未登記法定抵当権は、増価競売の申立てをすることはできず(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2381, pp. 606-607)。<sup>2</sup>「増価競売後の増価競売は無効」だからである。

管財人(syndic)の追行に基づかれた破産者(failli)の不動産の競売後に一〇分の一の増価競売がされる場合(↓一註(5))があり、この場合においては既登記抵当権の滌除が認められる(Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 499, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2383, pp. 609-610)。<sup>3</sup>

一八三八年五月二八日法五七三条四項後段曰く、「この競売は終局的であり、その競売につき増価競売の申立てをすることはできない」。これに対して、登記免除・未登記法定抵当権は滌除されない(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2383, p. 610)。<sup>4</sup>したがって、競落人は登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続(↓六八—八二)をしなければならぬが、滌除手続において、登記免除・未登記法定抵当権は、増価競売の申立てをすることはできず(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2383, p. 610)。<sup>5</sup>「増価競売後の増価競売は無効」だからである。<sup>6</sup>ところで、管財人の追行に基づき破産者の不動産の競売がされた後、一〇分の一の増価競売の申立てがされなかった場合にも、抵当権は滌除されるのかという点については議論があり、判例はこれを肯定す(Req. 19 mars 1851, D. 1851. 1. 292, S. 1851. 1. 270; Civ. 3 août 1864, D. 1864. 1. 329, S. 1864. 1. 381; Civ. 8 avril 1867, D. 1867. 1. 380, S. 1868. 1. 31; Civ. 13 août 1867, D. 1867. 1. 375, S. 1867. 1. 390; Req. 24 fév. 1869, D. 1869. 1. 451, S. 1869. 1. 197; Civ. 20 avril 1875, D. 1875. 1. 209)。<sup>7</sup>しかし、オフリーーロー及びボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは、この場合については、抵当権は滌除されず、かつ滌除手続においては抵当権者は増価競売の申立てをする必要があると解す(Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, pp. 500-502, texte et note 15; Baudry-Lacantinerie et de

Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2385, pp. 612-615.)°

強制的所有権移転に基づく競売の手続が開始されたが、その後に「任意売却への転換 (conversion en vente volontaire)」がされ、それに基づき競売がされたとき、転換判決が「一八四一年改正民訴法六九二条の催告 (sommation) 後なされたときは、転換に基づく競売は既登記抵当権を濫除する (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 502, note 16; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2379, p. 604.) (↓一註(1))。追行者 (pour-suivant) は既登記抵当権者に対して催告をしなければならず(一八四一年改正民訴法六九二条)」、その催告後の転換においては「既登記抵当権全員の同意が必要である(一八四一年改正民訴法七四三条三項)ので、既登記抵当権の濫除を認めても、この者の利益は害されないからである」。

(1) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, pp. 499-502, texte et notes 13 à 16; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2389, pp. 618-619.

このことは「不動産の取得が裁判上の売却によるものであっても、変わらぬ」。

空競り (folle enchère) に基づく競売 (一八四一年改正民訴法七三三条) がされた場合につき、最初の競売が抵当権を濫除する性質のもの (↓一註(6)) であれば競落人は濫除手続をする必要はない (Req. 21 oct. 1889, D. 1890. I. 11, S. 1890. I. 60.; Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 499,

note 15; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2382, pp. 607-608.) が、そうでない場合においては「空競りに基づく競売により抵当権は濫除されず、競落人は濫除手続をしなければならない。抵当権者は、この濫除手続において、増価競売を申し立てることもできる (Civ. 6 juill. 1864, D. 1864. I. 279, S. 1864. I. 377.; Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 499, note 15; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2382, pp. 608-609.)° 一八四一年改正民訴法七三九条四項は「同法七〇八条・七〇九条・七一〇条を準用しないので、六分の一の増価競売は認められないが、このことは、抵当権者が増価競売の申立てをすることができなことを意味しない (Civ. 10 janv. 1844, S. 1844. I. 97; Civ. 24 dec. 1845, D. 1846. I. 38, S. 1846. I. 182; Req. 30 juin 1847, D. 1847. I. 203, S. 1847. I. 679; Civ. 1<sup>er</sup> mars 1848, D. 1848. I. 112, S. 1848. I. 304; Civ. 24 mars 1851, S. 1851. I. 434; Civ. 4 août 1851, D. 1851. I. 231, S. 1851. I. 434; Civ. 11 mars 1863, D. 1863. I. 98, S. 1863. I. 380; Civ. 6 juill. 1864, D. 1864. I. 279, S. 1864. I. 377; Req. 14 mars 1870, D. 1870. I. 328, S. 1870. I. 198; Civ. 26 avril 1881, D. 1881. I. 405, S. 1882. I. 86; Civ. 24 juill. 1882, D. 1883. I. 256, S. 1883. I. 56; Req. 31 mars 1884, D. 1884. I. 404, S. 1885. I. 167.)°

換価処分 (licitation) に基づく競売の競落人・未成年者・禁治産者の不動産の競落人・限定承認相続財産 (suc-

cession bénéficiaire) の競落人又は相続人不存在の相続財産 (succession vacante) の競落人は、滌除手続をしなればならぬ (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 500, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2389, pp. 618-619.)。

任意売却への転換がされ、それに基づき競売がされたとき、転換判決が、一八四一年改正民法六九二条の催告前にされたときは、催告後の場合(↓一註(9))と異なり、転換に基づく競売は抵当権を滌除しない (Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 502, texte et note 16; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2379, pp. 603-604)。<sup>11)</sup>この場合においては、転換のためには、追行者と差押債務者の同意が必要とされるだけで、抵当権者の同意は必要でない (一八四一年改正民法七四三条三項) ため、抵当権の滌除を認めると抵当権者の利益が害されるからである。

(11) 前々稿 (香山「法定抵当権」) は妻の法定抵当権のうち登記と滌除を除く部分の概要を、前稿 (香山「登記」) は妻の法定抵当権の登記の概要をみた。

## 2 関連規定

### (1) 一八〇四年法

二 一八〇四年法第三編第一八章「先取特権及び抵当権」のうち、抵当権の滌除に関する規定は、以下である (↓「登記」11)。

第二一八一条 第三取得者が先取特権及び抵当権を滌除する場合においては、不動産所有権又は不動産物権の移転契約書 (contrats translatifs) は、その内容のすべてにつき、財産所在地の郡の抵当権保存吏により謄記される。

前項の謄記は、専用の謄記簿にされる。抵当権保存吏は、申請者に対して、確認書 (reconnaissance) を交付しなければならない。

第二一八二条 所有権移転証書 (titres translatifs de propriété) が抵当権保存吏の謄記簿に謄記されただけでは、不動産の抵当権及び先取特権は滌除されない。

売主は、売買の目的物につき自己の有する所有権及び権利に限り、取得者に移転する。売主は、自己が負担するのと同じの先取特権及び抵当権とともに、売買の目的物を移転する。

第二一八三条 新所有者が本章第六節（二一六―二一九七条）において認められた追行の効果を免れるためには、新所有者は、追行前又は最初の催告から一ヶ月以内に、債権者に対して、債権者が登記において選定した住所に宛てて次に掲げる書類を通告（notification）しなければならない。

一 新所有者の証書の抄本（*extrait*）。その抄本には、証書の日付及び性質、売主又は贈与者の氏名及び正確な指示、売買又は贈与の目的物の性質及び所在地、財産が複数個からなるときは土地及び土地が所在する郡の一般的名称、代価及び売却代価の一部をなす負担（*charges*）又は贈与の場合は目的物の評価額が、記載される。

二 売買証書（*acte de vente*）の謄記抄本。

三 三つの欄（*colonnes*）からなる表。第一欄には抵当権の日付及び登記の日付、第二欄には債権者の氏名、第三欄には登記された債権の額が、記載される。

第二一八四条 取得者又は受贈者は、同一の証書により、債務の弁済期が到来したかどうかを問わず代価を限度として抵当債務及び費用を直ちに弁済する旨の申述（*déclaration*）をする。

第二一八五条 新所有者が第二一八三条の定める期間内に同条の通告をしたときは、証書が登記されたすべての債権者は、次に掲げる条件で、不動産の競りによる公の競売（*mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques*）の申立てをすることができる。

一 競売の申立てが、新所有者の申立てによる通告から四〇日以内に、新所有者に送達（*signification*）されること。ただし、この期間は、各申立人の選定住所（*domicile élu*）と現実の住所の距離にに応じて、五万メートルにつき、二日が付け加えられる。

二 競売の申立てが、契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に一〇分の一を加えた値を付けること又は付けさせることの、申立人による引き受け（*soumission*）を含むこと。

三 同一の送達が、同一の期間内に前所有者である主たる債務者（*précédent propriétaire, débiteur principal*）にされること。

四 競売申立書（*exploits*）の原本及び謄本が、申立人又は明示の委任状を有する代理人により署名されること。この場合においては、代理人は、委任状の謄本を提出しなければ

ならない。

五 申立人が、代価及び負担を限度として、保証人を提供すること。

前項の規定に違反する場合は、すべて無効とする。

第二一八六条 債権者が第二一八五条の定める期間内に同条の形式に従った競売 (la mise aux enchères) の申述をしなかったときは、不動産の価値 (valeur) は、終局的に、契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に定まる。この場合において、新所有者は、順位配当において配当を受けるべき債権者に対する当該代価の弁済又は供託により、すべての先取特権及び抵当権から免れる。

第二一八七条 競りによる再売買 (revente sur enchère) の場合においては、この再売買は、申立人又は新所有者の注意の下で、強制的所有権移転について定める形式に従いされる。

追行者は、契約において定められた代価又は宣言された代価及び債権者が付ける義務を負い又は付けさせる義務を負う上乗せ額 (somme en sus) を掲示物 (affiches) において表示する。

第二一八八条 競落人は、競売代価に加えて、契約の正当な費用、抵当権保存吏の謄記簿への謄記費用、通告費用及び再売買に至るための費用を、所有権を奪われた取得者又は受贈者に返還する。

第二一八九条 取得者又は受贈者が競りに付された不動産を競落人 (dernier enchérisseur) となることにより保存したときは、その者は、競売判決を謄記する義務を負わない。

第二一九〇条 競売申立人の取下げ (désistement) は、債権者が引き受け額を弁済したときであっても、公の競売を妨げることはできない。ただし、他のすべての抵当権者の明示の同意があるときは、この限りでない。

第二一九一条 競落人となった取得者は、証書に定められた代価を超える部分の償還及び超過分の利息につき、弁済日から売主に対して請求権 (recours) を有する。

第二一九二条 新所有者の取得証書が、不動産及び動産を含むとき、又は抵当権の目的である不動産と目的でない不動

産からなる複数の不動産を含むときは、個別に登録 (inscriptions particulières et séparées) された不動産のそれぞれの代価は、証書において表明された総額の評価割当て (ventilation) により、新所有者の通告で申述される。この場合においては、これらの不動産が、同一の抵当権保存所の管轄郡に所在するか複数の抵当権保存所の管轄郡に所在するかを問わず、単一の代価 (un seul et même prix) で譲渡されたか個別の代価で譲渡されたかを問わず、又は同一の経営 (exploitation) に属するかどうかを問わない。

増価競売申立人 (créancier surenchérisseur) は、いかなる場合においても、動産及び自己の債権のために抵当権の目的となる不動産以外の同一郡内に所在する不動産につき、その引き受けを強制されない。ただし、取得物の分割又は経営の分割により損害を被ったときは、その賠償につき、新所有者は前主に対して請求することができる。

第二一九三条 後見人の管理又は妻の嫁資、取戻し及び夫婦財産制約定につき不動産が法定抵当権の目的となっており、かつそれにつき登記がされていない場合であっても、夫又は後見人の所有する不動産の取得者は、自己が取得した財産を目的とする抵当権を濫除することができる。

第二一九四条 濫除をするときは、取得者は、財産所在地の民事裁判所の書記課に所有権移転契約書の正式に照合された謄本 (copie dûment collationnée) を提出し、かつ妻又は後見監督人及び民事裁判所付政府委員 (commissaire civil près le tribunal) に対して送達による書面で謄本の寄託を証明する。契約日、契約当事者の氏名、職業及び住所、財産の性質及び所在地の指示、売買代価及びその他の負担を記載した契約書の抄本は、二ヶ月間、裁判所講堂 (auditoire) に掲示される。この期間中、妻、夫、後見人、後見監督人、未成年者、禁治産者、親族又は友人及び政府委員は、抵当権保存所に対して、譲渡された不動産に登録するよう申請し、かつそれを登記させることができる。この登記は、夫婦財産契約日又は後見人の管理開始日にされた登記と同一の効果を有する。婚姻又は後見により不動産が抵当権の目的となっていることを宣言することなくそれに対して第三者のために抵当権を合意した場合は、第二一三六条に従い、夫及び後見人に対して訴追 (poursuite) することができる。

第二一九五条 契約書の展示 (exposition) から二ヶ月以内に妻、未成年者又は禁治産者のための登記が売却された不



動産に対してされなかった場合は、妻の嫁資、取戻し及び夫婦財産制約定又は後見人の管理のための負担のない不動産として、それは取得者に移転する。ただし、夫及び後見人に対して請求することができる。

妻、未成年者又は禁治産者のための登記がされたが、不動産代価の全部又は一部を受け取ることで古く債権者 (créanciers antérieurs) がいる場合は、取得者は、有効順位 (ordre utile) にある債権者に対してした代価の全部又は一部の弁済で、その責任を免れる。この場合において、妻、未成年者又は禁治産者の登記はその全部又は支払額を限度に抹消される。

妻、未成年者又は禁治産者のための登記が最も古い場合は、取得者は弁済によりこれらの者の登記を害することはできない。その登記は、第二一九四条に従い、夫婦財産契約日又は後見人の管理開始日の日付を有する。この場合において、有効順位にない他の債権者の登記は抹消される。

## (2) 民訴法

三 滌除においては、増価競売は、その本質であるといわれる (↓三九)。滌除の局面における増価競売は、厳密には「任意譲渡に基づく増価競売」といわれ、一八〇六年

民訴法第二部第一編第四章 (八三二―八三八条) が、その詳細を規定する。もっとも、一八〇六年民訴法の当該規定は、一八四一年改正民訴法、一八五五年法及び一八五八年改正民訴法により改正され、一九世紀末の時点における当該部分の規定は以下のようである。

第八三二条 (一八四一年改正) 民法第二一八三条及び第二一八五条に規定する通告及び申立て (réquisitions) は、単純申請 (simple requête) に基づき、これがされる郡の第一審裁判所長が選任した執行吏 (huissier commis à cet effet) が、これをする。これらの通告及び申立ては、増価競売及び順位配当の届出がされる裁判所の代訴士 (avoué) の選任を含む。

競売申立書 (acte de réquisition de mise aux enchères) は、保証人の指示とともに、略式にてされる保証人の受諾 (réception) のための、裁判所への三日以内の召喚 (assignation) を含む。この召喚は、選任代訴士 (avoué constitué) の住所に通告される。同時に、保証人の引受書 (acte de soumission) の謄本及び保証人の支払能力を確認する証書の書記課寄託書の謄本が、交付される。

保証人を欠くために増価競売申立人 (surenchérisseur) が

民法第二〇四一条の規定に従い現金又は国債で担保 (nantissement) を提供したときは、召喚とともに、担保の提供 (réalisation) を確認する証書の謄本が通告される。

保証人が拒絶されたときは、他の債権者による他の増価競売がされない限り、増価競売は無効を宣言され、取得者が所有権を維持する。

第八三三条（一八四一年改正） 増価競売が第八三二条の召喚とともに通告された場合において、増価競売申立人又は新所有者が増価競売の申立てから一ヶ月以内に手続を開始しなかったときは、各登記債権者は、これらの者に代位して、追行をすることができる。

代位は、単純参加申請 (simple requête en intervention) に基づき請求され、代訴士間証書 (acte d'avoué à avoué) により送達される。

追行期間中において、追行者の共謀 (collusion)、不正 (fraude) 又は怠慢 (négligence) があるときも、登記債権者は代位権を有する。

すべての場合において、代位は増価競売申立人の危険 (risques et périls) である。増価競売申立人の保証人は、その義務を免れない。

第八三四条（一八五五年廃止）<sup>(3)</sup>

第八三五条（一八五五年廃止）<sup>(4)</sup>

第八三六条（一八四一年改正） 民法第二一八七条に規定する増価競売による再売買 (revente surenchère) をするためには、追行者は、揭示 (placards) を印刷する。揭示の記載事項は以下である。

一 増価競売の基礎となる譲渡証書の日付及び性質、譲渡証書を受理した公証人 (notaire) 名又は譲渡証書を作成した公証人以外の機関名。

二 売買のときは売買証書で表明された代価、又は交換若しくは贈与のときは登記債権者への通告において不動産に付された評価。

三 増価競売の額。

四 前所有者、取得者又は受贈者、増価競売申立人、第八三三条の場合においてこれらの者に代位した債権者の氏名、職業、住所。

五 譲渡された財産の性質及び所在地の概要的指示。

六 追行者の選任代訴士の氏名及び住居。

七 増価競売がされる裁判所の指示並びに競売の日、場所及び時間。

前項の揭示は、競売前の一五日以上三〇日以下の期間中、最長三〇日間、旧所有者の住所の門 (porte) 及び第六九九条に示された場所に貼付される。

前項の期間内において、第一項の表明 (enonciations) は、第六九六条に示された新聞に掲載 (insertion) される。すべてのことが、第六九八条及び第六九九条の規定に従い、確認される。

第八三七条 (一八四一年改正) 競売前の一五日以上三〇日以下の期間内において、前条に規定する場所及び日時にされる競売に立ち会う旨の催告は旧所有者及び新所有者に対してこれをする。追行が新所有者又は他の代位した債権者によるものであるときは、催告は増価競売申立人に対してこれをする。

前項の期間内に、譲渡証書は書記課に提出 (déposé) され、競りの原本 (minute d'enchère) に代わる。

証書に記載された代価又は宣言された価値及び増価競売の額は、競りに代わる。

第八三八条 (一八五八年改正) 増価競売申立人は、競売のために定められた日に他の競り手 (encherisseur) が現れなかったときは、競落人と宣言される。代位追行 (subrogation à la poursuite) とし、同様とする。

第七〇一条、第七〇二条、第七〇五条、第七〇六条、第七〇七条、第七一一条、第七一二条、第七一三条、第七一七条、第七三一条、第七三二条及び第七三三条の規定は、増価競売の場合に適用する。第七三四条以下の空競りに関する規定についても同様とする。

第七〇五条、第七〇六条、第八三二条、第八三六条及び第八三七条に規定する手続が遵守されない場合は、すべて無効とする。

増価競売の宣言及び召喚に関する無効の申出 (proposées) は保証人の受諾についての判決の前に、売却 (la mise en vente) 手続に関する無効の申出は競売の三日前までに、これをしなければならない。これに違反する場合は、失権する。増価競売の宣言及び召喚に関する無効の判決 (statue) は、保証人の受諾の判決により下される。売却手続に関する無効の判決は、競売前に、可能な限り競売判決により下される。

任意譲渡に基づく増価競売についての欠席判決 (jugement)

ment ou arrêt par défaut) については、故障申立て (opposition) は認められない。

保証人の受諾以前の無効につき下された判決又は保証人受諾につき下された判決、及び共謀又は不正のために提起された代位請求につき下された判決に限り、控訴により、攻撃することができ。

任意譲渡に基づく増価競売は、他の増価競売により取り消されない。

任意譲渡に基づく増価競売の効果は、売主及び競落人に關しては、第七一七条の規定により定める。ただし、増価競売判決後においては、法定抵当権の滌除がされなかったときは、法定抵当権の滌除は任意譲渡の場合と同様にされる。この場合においては、法定抵当権者の権利は、第七七二条第五項の規定により定める。

### (3) 一八五二年法

四 滌除をすることができる者（以下「滌除権者」という。）は第三取得者に限られるのが原則である（↓六—八）が、クレディ・フォンシエの設立に関する一八五二年二月二八日デクレ（以下「一八五二年法」という。）は、例外的に、金銭貸主であるクレディ・フォンシエに滌除権を認

める（↓八三—九〇）。なお、一八五二年法の滌除に関する規定（一九—二五条）は、一八五三年六月一〇日法（以下「一八五三年法」という。）（二条）により修正される。以下、一八五三年法により修正された後の一八五二年法（以下「改正一八五二年法」という。）の関連規定を見る。

第六条 クレディ・フォンシエ (Sociétés de crédit foncier) は、第一順位の抵当権に基づく貸付けに限り、これを行うことができる。

クレディ・フォンシエからの貸付金 (prêts) をもつてすべての先順位債権者に対して元本及び利息を返済 (remboursement) する場合においては、その貸付けは第一順位の抵当権に基づくものとみなされる。

前項の場合において、クレディ・フォンシエは、この返済をするために必要な額については、これを「借主に」交付しない。

第八条 クレディ・フォンシエは、本デクレ第四節（一九条—二五条）の規定する、以下のものを滌除するための手続を終了した後に限り、貸付けをすることができる。

一 法定抵当権。ただし、妻の法定抵当権の代位の場合に

つては、この限りでない。

二 解除又は取消訴権 (actions résolutives ou rescisoires) 及び未登記先取特権。

滌除期間中に登記がされたときは、条件付貸付行為 (acte conditionnel<sup>(15)</sup>) は無効とする。

第九条 法定抵当権が登記されているときは、家族会の協議に従い嫁資制 (régime dotal) で婚姻したのでない妻又は未成年者若しくは禁治産者の後見監督人により解除 (mainlevée) された後に限り、クレディ・フォンシエは、貸付けをすることができ。

第十九条 知られた法定抵当権 (hypothèques légales connues) を滌除するためには、クレディ・フォンシエのための抵当権設定証書の抄本は、以下の者に対して送達されなければならない。

妻及び夫。

未成年者又は禁治産者の後見人及び後見監督人。

被解放子 (mineur émancipé) 及びこの者の保佐人。

すべての未登記法定抵当権者。

第二〇条 抵当権設定証書の抄本には、契約日、借主の氏名、借主の職業、借主の住所、不動産所在地の指示及び貸付額の記入 (mention) を記載する。これに違反する場合は無効とする。

前項の抄本には、クレディ・フォンシエに対して法定抵当権の順位を保持するためには妻は送達から里程猶予 (délais de distance) を加え一五日以内に法定抵当権を登記しなければならない旨の警告 (avertissement) を併せて記載する。

第二一条 借主が夫であるときは、送達は妻本人に交付されなければならない。

ただし、婚姻がいずれの夫婦財産制のもとで締結されたかを問わず妻が貸付契約に居合わせたとき、及びクレディ・フォンシエに対して法定抵当権の順位を保持するためには里程猶予を加え一五日以内に法定抵当権を登記しなければならない旨の警告を妻が公証人から受けたときは、送達は、妻の住所に対してこれを行うことができる。

前項の警告は、貸付証書にこれを記入しなければならない。これに違反する場合は、妻に対する滌除は無効とする。

第二二条 妻が貸付契約に居合わせなかった又は公証人か

ら警告を受けなかったにもかかわらず妻の住所に対する送達のみがされたときは、知られていない法定抵当権 (*hypothèques légales inconnues*) の滌除のために必要な手続が、併せてされなければならない。

第二十四条 知られていない法定抵当権を滌除するためには、抵当権設定証書の抄本が、借主の住所の郡の裁判所付帝國検事正 (*procureur imperial*) 及び不動産所在郡の裁判所付帝國検事正に通告されなければならない。

前項の抄本は、送達の記事とともに、司法公告 (*annonces judiciaires*) の公示のために指名された、不動産所在郡の新聞一紙に掲載される。

登記は前項の掲載から四〇日以内にされなければならない。

第二十五条 第二〇条、第二一条、第二三条及び第二四条に規定する期間内に登記がされなかったときは、滌除が生じる。滌除は、クレディ・フォンシェに対して、法定抵当権に対する優先権 (*priority*) を与える。

第三者は、ナポレオン法典第二一九三条、第二一九四条及び第二一九五条の手続に従わない限り、滌除の利益を享受しない。

#### (4) 一八五五年法

五 一八〇四年法は、一八五五年法により修正される。  
一八五五年法中、本稿に関連する規定は、以下である (↓「法定抵当権」一二・「登記」三)。

第三条 謄記がされるまでは、前二条に規定する証書及び判決から生じる権利は、不動産に権利を取得し、かつ法律の規定に従いそれを保存した第三者に対抗することはできない。謄記されていない賃借権は、一八年を超える期間については、それを対抗することはできない。

第六条 謄記がされたときから、先取特権者又は、ナポレオン法典第二一二三条、第二一二七条及び第二一二八条の抵当権者は、前所有者に対して有効に登記をすることができない。

前項の規定にかかわらず、売主又は共同分割人 (*copartageant*) は、売買行為又は分割行為日から四五日以内であれば、この期間内に証書の謄記がされたとしても、ナポレオン法典第二一〇八条及び第二一〇九条の先取特権の登記を有効にすることができる。

民事訴訟法第八三四条及び第八三五条は、これを廃止する。

第八条 寡婦 (veuve)、成年に達した未成年者、禁治産を解除された禁治産者及びこれらの相続人又は承継人が婚姻解消又は後見終了後一年以内に登記をしない場合は、これらの者の抵当権は第三者に対する関係においては後に登記がされた日から限り日付を取得する。

(12) 一註<sup>(5)</sup>参照。

(13) 一八五五年法六条三項参照。

(14) 一八五五年法六条三項参照。

(15) Bourgade, p. 134, note 4.

## 二 滌除権者・滌除費用

### 1 滌除権者<sup>(16)</sup>

六 滌除権者であるためには、次の二つの要件が満たされなければならない(↓①—②<sup>(17)</sup>)。

① 抵当不動産の第三取得者であること。実際、一八〇四年法は、「第三取得者」(二一六七条・二一八二条)、「新

所有者」(二一八三条・二一八五条・二一八六条・二一八七条・二一九二条)、又は「取得者」(二一八二条・二一八四条・二一八八条・二一八九条・二一九一条・二一九三条・二一九四条・二一九五条)が、滌除権者であることを前提とする。

② 被担保債権の弁済義務を負わない者であること。

七 具体的には、以下の者が滌除権者である。(↓①—⑦<sup>(18)</sup>)。

① 買主。

② 交換者 (échangiste)<sup>(18)</sup>。

③ 「受贈者」(二一八四条・二一八八条・二一八九条)。

このように、滌除権者は有償取得者に限られない<sup>(19)</sup>。したがって、特定名義受遺者 (legataires particuliers) も滌除権を有する<sup>(20)</sup>。

④ 抵当不動産の一部を分割の上で取得した第三取得者。

この場合の第三取得者は、その取得部分につき、抵当権を滌除することができる<sup>(21)</sup>。

⑤ 虚有権 (nue propriété) 及び用益権 (usufruit) の取得者<sup>(22)</sup>。永小作権 (emphytéose) 及び地上権 (superficie) の取得者についても、同様である<sup>(23)</sup>。このように、不動産物権の取得者も滌除権を有する。二一八一条は、滌除



のための要件として移転契約書の謄記を要求する(↓一四)が、謄記されるべき移転契約書として、「不動産所有権又は不動産物権の移転契約書」を挙げるからである。<sup>(24)(25)</sup>

⑥ 買戻権付売買 (vente à rémère) (一六五九—一六七三条参照) の買主のような、解除条件 (condition résolutoire) 付第三取得者<sup>(26)</sup>。というのも、このような第三取得者であつても、「現実に (actuellement) 所有権を取得している」<sup>(27)</sup>からである。

問題は、第三取得者による解除手続終了後に解除条件が成就した場合(又は売主が買戻権を行使した場合)における、抵当権の処遇についてである。すなわち、解除条件成就により不動産の所有権が譲渡人に復帰したとき、解除の効果は遡及的に消滅し(一一八三条参照)、譲受人により解除されたはずの抵当権は譲渡人のもとで復活するのかどうかという点が問題となる。この点につき、判例は、抵当不動産の解除条件付第三取得者が譲渡人の債権者の有する抵当権を解除したときは、解除条件が成就し、かつ所有権が譲渡人に復帰したとしても、解除された抵当権が復活することはないと解する。<sup>(28)</sup>

⑦ 抵当権付債権の譲渡人<sup>(29)</sup>。すなわち、AがBに対して債権を有し、その担保としてBの不動産に抵当権の設定を

受けたが、Aが抵当権付債権をCに譲渡した場合において、その後にBから抵当不動産を取得したAは抵当権を解除することができる。債権譲渡人は、債権の存在のみならず、債権の従たる物(すなわち抵当権)の存在についても保証責任を負うべきであるが、そのことを理由に、債権譲渡人の解除権は否定されない。

八 以下の者は、解除権者ではない。(↓①—⑧)。

① 弁済義務者。<sup>(30)</sup> 弁済義務者は、弁済期に債権の全額を支払うべきである。しかし、弁済義務を負う第三取得者に解除権を認めると、この者に弁済期前に被担保債権を下回る額の弁済をもって抵当権を消滅させることを認めることになるので、弁済義務者は解除権を有さない。したがって、債務者、連帯責任を負った共同債務者 (codébiteurs solidaires) 又は保証人は、解除権者ではない。<sup>(31)</sup> 連帯責任を負わない共同債務者 (codébiteurs conjoints) についても同様である。<sup>(32)</sup>

② 使用权 (droit d'usage)、居住権 (droit d'habitation) 又は地役 (servitude) の取得者。<sup>(33)</sup> 解除手続においては増価競売がされる場合があるので、譲渡性のある権利の取得者のみが解除権を有するが、これらの権利は譲渡性が認められない(六一三条・六三四条・二二〇四条参照)

からである。

③ 条件の成否が未定である間における停止条件 (condition suspensive) 付第三取得者<sup>(34)</sup>。停止条件成就後であれば、滌除をすることはできる。

④ 物上保証人 (caution réelle)<sup>(35)</sup>。「物上保証人は抵当権の被担保債権を弁済する義務を負うわけではないが、少なくとも抵当権者に対して抵当権の効果を遵守すべき契約上の義務を負う<sup>(36)</sup>」からである<sup>(37)</sup>。

⑤ 一般債権者<sup>(38)</sup>。したがって、金銭を貸し付けるにさいして、貸主は、借主が所有する不動産を目的とする抵当権を滌除した上で、それに一番抵当権の設定を受けることはできない。しかし、クレディ・フォンシエは例外的に滌除権が認められる場合がある (↓八三—九〇)。

⑥ 債務者の相続人、包括受遺者 (legataires universels) 又は包括名義受遺者 (legataires à titre universel) は、相続により取得した不動産につき、それを目的とする抵当権を滌除することはできない<sup>(39)</sup>。これらの者は前主の義務をすべて負うべきだからである。

このことは、限定承認相続人 (héritier bénéficiaire) についても妥当する<sup>(40)</sup>。しかし、抵当権の目的である相続不動産につき換価処分 (licitation) のための競売がされ、

その競売において限定承認相続人が競落人となった場合については、この限りでない<sup>(41)</sup>。すなわち、この場合の限定承認相続人は滌除権を有する。その理由につき、オプリーローは次のようにいう。この場合においては、「限定承認相続人は…真の第三取得者に他ならない。というのも、かれは、相続名義とは完全に異なる新名義 (titre nouveau) で、みずからが競落人となった不動産を所有するに至っているからであり、他方で、限定承認の効果により、みずからの固有資産で前主の行為を保証する義務を負わないからである<sup>(42)</sup>」。

⑦ 抵当不動産の不分割部分 (part indivise) の第三取得者。追求権を有する抵当権者は増価競売申立てをすることができ (↓四一①) が、不分割部分については分割又は換価処分以前の競売が禁止される (二二〇五条) ので、事実上、分割又は換価処分前に滌除をすることはできない。したがって、滌除をすることができるのは、不分割部分の第三取得者が分割又は換価処分により終局的所有者 (propriétaire définitive) となった後に限られる<sup>(43)</sup>。このことは、相続権の譲渡 (cession de droit successif) の場合における相続権の譲受人についても妥当する<sup>(44)</sup>。

⑧ 滌除権は放棄することができるので、明示又は黙示

の放棄があるときは、<sup>(45)</sup> 除斥は認められない。<sup>(46)</sup> 第三取得者が除斥権を失った場合であっても、それにより第三取得者の特定承継人（転得者）は除斥権を失わない。<sup>(46)</sup>

- (16) 除斥権者の詳細については新聞2007年12月17頁参照。
- (17) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte et note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2329, pp. 553-554.
- (18) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte.
- (19) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2331, p. 554.
- (20) Civ. 6 fév. 1889, D. 1889. 1. 299, S. 1889. 1. 385; Req. 28 déc. 1897, D. 1898. 1. 225, S. 1898. 1. 145. Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte et note 18; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2331, pp. 554-556.
- (21) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte et note 19; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2332, pp. 557-558.
- (22) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte et note 20; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2334, p. 559.

- (23) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2334, p. 559.
- (24) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2332, p. 556.
- (25) 不動産物権取得者による除斥の効果は次のようになる（Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2334, pp. 559-560）。<sup>○</sup> 抵当不動産に用益権が設定された場合とは、<sup>○</sup> 用益権者と所有者に留保された所有権（虚有権）の取得者の双方が除斥手続をしたときは、<sup>○</sup> 抵当権は完全に除斥される。用益権者だけが除斥をしたときは、<sup>○</sup> 抵当権は虚有権だけを目的とするが、<sup>○</sup> 用益権が消滅し、所有者が完全な所有権を取り戻したときは、<sup>○</sup> 抵当権は完全な所有権を目的とする。虚有権の譲受人が除斥をしたときは、<sup>○</sup> 抵当権は用益権のみを目的とし、<sup>○</sup> 用益権の消滅とともに抵当権も消滅する。<sup>○</sup>
- (26) Req. 14 avril 1847, D. 1847. 1. 217, S. 1847. 1. 341; Req. 23 août 1871, D. 1873. 1. 321, S. 1871. 1. 118. Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte et note 21; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2339, p. 562.
- (27) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2339, p. 562.
- (28) Req. 14 avril 1847, D. 1847. 1. 217, S. 1847. 1. 341; Req. 23 août 1871, D. 1873. 1. 321, S. 1871. 1. 118. <sup>○</sup> の問題に

- つき、オプリーローは、脚註において、判例 (Req. 14 avril 1847, D. 1847. 1. 217, S. 1847. 1. 341.) を引用する。Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 21.) ので、基本的に、判例の立場を支持するものと思われる。これに対して、ボードリー・ラカンチヌリ・ロフヌは、解除「条件成就の遡及効の一般原則を純粹かつ單純に適用」 (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2346, p. 570.) すべきであるとす。すなわち、「売主が買戻権を行使したときは、買主の所有権は遡及的に消滅する。終始一貫、売主が所有者であったとみなされるわけである。したがって、買主が所有者として行った行為は、すべて、買主の所有権とともに消滅する。…その結果、涤除はされなかったものとみなされる。譲渡以前に売主の債権者が有した抵当権は、…消滅しなかったものとみなされるわけである」 (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2346, pp. 570-571.)。
- (62) Civ. 14 nov. 1894, D. 1896. 1. 513, S. 1896. 1. 137. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2351-I, p. 575.
- (63) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, texte et note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2349, p. 572.
- (16) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2349, p. 573.
- (62) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2350, pp. 573-574.
- (63) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 503, note 20; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2335, pp. 560-561.
- (17) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, pp. 503-504, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2338, pp. 561-567.
- (65) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 504, texte et note 24; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2347, p. 571.
- (65) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 504, note 24.
- (67) 物上保証人は第三取得者と同様に委付 (délaissement) する権利 (二二六八条・二二七二—二二七四条) を有す (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2188, p. 409.) 44 委託権者のみならず、當然に涤除権者となるわけである。
- (68) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2348, p. 572.
- (68) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 504, texte et note 25; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2353, p. 577.

- (40) Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, pp. 504-505, texte et note 26; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2354, pp. 578-579.
- (41) Civ. 12 nov. 1823, *J. G.*, v° *Enregistrement*, n°6038; Civ. 21 janv. 1839, *J. G.*, v° *Enregistrement*, n°5968, S. 1839. 1. 136; Civ. 12 août 1839, *J. G.*, v° *Enregistrement*, n°2747 et n°6024-1°, S. 1839 I. 781 et 782; Civ. 15 avril 1840, *J. G.*, v° *Enregistrement*, n°2747, S. 1840. 1. 452; Civ. 16 fév. 1842, *J. G.*, v° *Enregistrement*, n°6024-1°, S. 1842. 1. 240; Civ. 10 avril 1848, D. 1848. 1. 90, S. 1848. 1. 402; Civ. 26 fév. 1862, D. 1862. 1. 182, S. 1862. 1. 609; Civ. 28 juill. 1862, D. 1862. 1. 371, S. 1862. 1. 988; Civ. 22 juin 1870, D. 1870. 1. 413, S. 1870. 1. 323; Civ. 12 et 27 nov. 1872, D. 1873. 1. 197, S. 1873. 1. 86; Civ. 3 fév. 1874, D. 1874. 1. 361; Ch. réun. 12 janv. 1876, D. 1876. 1. 52, S. 1876. 1. 81; Req. 5 mars 1894, D. 1894. 1. 491, S. 1895. 1. 149. Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, p. 505, texte et note 27; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2355, pp. 580-582. なお、藤除にあつては「移転契約書」の謄記が必要である(二一八一条一項)(↓一四)が、本文で述べたような場合においては、限定承認相続人は競売判決を謄記しなければならぬ(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2396, p. 627.)°
- (42) Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, p. 505, note 27.
- (43) Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, p. 506, texte et note 30; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2333, pp. 558-559. なお、藤除にあつては「移転契約書」(二一八一条一項)の謄記が必要である(↓一四)が、本文で述べたような場合においては、不分割部分の譲渡証書又は取得証書だけでなく、分割証書又は換価処分証書の謄記が必要である(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2397, p. 628.)°
- (44) Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, p. 505, texte et notes 28 à 29; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2333, p. 559.
- (45) Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, p. 506, texte et note 31; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2358-2360, pp. 584-586.
- (46) Aubry et Rau, t. III, § 293 *bis*, pp. 506-507, texte et note 34; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2361, p. 586.

## 2 滌除費用

### (1) 既登記抵当権

九 「取得者は、登記抄本費用及び登記債権者への通達費用 (le coût de l'extrait des inscriptions et des dénominations aux créanciers inscrits) につき、優先的に記入される」(一八五八年改正民訴法七七四条) (一八〇六年民訴法七七七条同旨)。「登記抄本費用及び登記債権者への通達費用」は滌除費用であり、第三取得者は、この規定により滌除費用につき先取特権を有する。<sup>(47)</sup>したがって、既登記抵当権の滌除費用については、反対の特約のない限り売主が負担する。<sup>(48)</sup>

### (2) 登記免除・未登記法定抵当権

一〇 一八五八年改正民訴法七七四条(↓九)は「**登記・債権者への通達費用**」と規定するので、この規定は、**登記免除・未登記法定抵当権の滌除費用負担者に関するものではない**。登記免除・未登記法定抵当権の滌除費用負担者については、以下のように解される(↓①—③<sup>(49)</sup>)。

① 売主(夫)の法定抵当権者(妻)が有する法定抵当権を第三取得者が滌除する場合については、法定抵当権が

未登記であることにつき売主(夫)に落ち度 (faute) があるので、売主(夫)が滌除費用を負担する。<sup>(50)</sup>

② 売主(夫)以前の所有者を債務者とする法定抵当権者の法定抵当権を顕在化させるために、第三取得者が滌除手続をしたが、法定抵当権の登記がされなかった場合については、第三取得者が滌除費用を負担する。実際、第三取得者は不必要な滌除手続をしたわけであるから、この費用を売主(夫)に負担させるべきではない。

③ 売主(夫)以前の所有者を債務者とする法定抵当権者の法定抵当権を顕在化させるために、第三取得者が滌除手続をし、かつ実際に法定抵当権の登記がされた場合については、売主(夫)が滌除費用を負担する。

(47) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1240, pp. 557-558.

(48) Civ. 22 avril 1856, D. 1856. I. 210, S. 1856. I. 849; Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 507, texte et note 35; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2363, pp. 588-589.

(49) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, pp. 507-508, texte et notes 36 à 37; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2364, pp. 589-590.

(50) なぜなら「夫…は、自己の財産を目的とする抵当権

資 料

を自己で公示しなければなら  
ないからである（二二三六  
条一項）（↓「登記」二四）。

（未完）