

民法三七五条一項に対するフランス一八八九年二月 一三日法の影響

香山, 高広
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/2230993>

出版情報 : 法政研究. 85 (3/4), pp.85-119, 2019-03-08. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

民法三七五条一項に対するフランス一八八九年二月一三日法の影響

香山 高 広

目次

- 一 はじめに
 - 1 本稿の目的
 - 2 関連規定
- 二 一八八九年法
 - 1 序論
 - 2 放棄の種類
 - 3 要件
 - 4 効果
- 三 検討
 - 1 序論
 - 2 三七五条一項前段処分
 - 3 抵当権譲渡

論 説

4 抵当権順位譲渡

5 抵当権放棄及び抵当権順位放棄

四 結論

一 はじめに⁽¹⁾

1 本稿の目的

「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」と規定する民法三七五条一項（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、五つの抵当権処分（三七五条一項前段処分⁽²⁾、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）を認めるが、それが具体的にどのような形態の処分であるかにつき規定しない。法典調査会においては、五つの抵当権処分のそれぞれにつき、起草者の理解が示されているが、問題は、それが何に由来するものであるかという点である。この点につき、三七五条の原案である「甲第十九号議案」「第三百七十條」（以下「原案三七〇條」という⁽⁴⁾）の「参照 条文としては「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、白草二三〇七乃至三三〇九、独二草一〇五八、一〇六〇、一〇六一、一〇七二、一〇八七⁽⁵⁾」があげられ、また、この条の法典調査会の審議においては、これらの「参照」条文の他に、「索遜民法」、「羅馬法」、「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⁽⁶⁾」

に言及されるが、法典調査会における梅の発言等から、原案三七〇条に対して実際に影響を与えたものは、旧民法債権担保編二四四条及びフランス法と思われる。そこで、旧民法の影響については後日検討するとして、三七五條一項に対するフランス四法令（「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」、「千八百五十二年ノ勅令」）の影響の有無が問題となる。

著者は、すでに「民法三七五條一項に対するフランス法の影響」（以下「別稿」という。）において、「同千八百五十五年三月二十三日法九」、すなわち一八五五年三月三日法（以下「一八五五年法」という。）九条が、三七五條一項に對して一部影響を与えたことを明らかにした。⁶⁾ すなわち、抵当権順位譲渡に対する影響は不明であり、抵当権放棄及び抵当権順位放棄の処分形態に対する影響は否定されるが、三七五條一項前段処分及び抵当権譲渡に対する影響は肯定される。これに對して、「仏民訴七七五」、すなわち一八五八年五月二一日法改正フランス民事訴訟法（以下「一八五八年改正民法」という。）七七五條の、三七五條一項に対する影響は明確に否定される。というのも、梅の言葉を借りるならば原案三七〇條一項前段処分は「抵当ノ抵当」¹⁰⁾であるが、「仏民訴七七五」は「抵当ノ抵当ヲ許サスト云フ規定」¹¹⁾にほかならず、この條は、元來フランス法が原案三七〇條一項前段処分に相當する処分を認めないことを説明するためあげられたにすぎないからである。また、三七五條一項に一部影響を与えた一八五五年法九條は「妻の法定抵当権代位 (la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée)」(以下「法定抵当権代位」という。)といわれる妻の法定抵当権についての合意をはじめて準則化したものであるが、「千八百五十二年ノ勅令」、すなわち一八五二年二月二八日デクレ¹²⁾（八條・二〇條）は、法定抵当権代位の有効性をはじめて立法的に承認したにすぎず、具体的なことを規定しないので、これについても三七五條一項に対する影響は認められない。問題は、「千八百八十九年二月十三日法」、すなわち一八八九年二月一三日法（以下「一八八九年法」という。）¹³⁾の、三七五條一項に対する影響の有無である。そこで、本稿は、この点を明らかにするために、第二章において一八八九年法の概要を詳らかにした上で、第三章において三七

説論
五条一項に対する一八八九年法の影響の有無を検討する。そして、第四章において、本稿の結論と別稿の結論に基づき、三七五条一項に対するフランス法の影響につき総括する。

なお、法定抵当権代位は、妻の法定抵当権についての合意の総称であり、債権者のための法定抵当権の「譲渡又は放棄」と、第三取得者のための法定抵当権の「放棄」の双方を含む意味で用いられる場合がある（広義の法定抵当権代位）が、本稿は、原則として、債権者のための法定抵当権の「譲渡又は放棄」のみを「法定抵当権代位」という（そして、債権者のための法定抵当権の「譲渡又は放棄」の相手方を「法定抵当権代位者」という）。また、法定抵当権放棄は、夫の債権者のための法定抵当権放棄と、第三取得者のための法定抵当権放棄とがあるが、本稿は、第三取得者のための法定抵当権放棄のみを「法定抵当権放棄」という。

(1) 本稿で引用する文献を、(1)で一括してあげる。以下、太字で表記した部分のみで引用する（なお、一八八九年法の研究にあたっては、ESCORBIAC, *Commentaire de la loi du 13 février 1889* が不可欠であるが、本稿執筆にやむを得ず、それを参照する）ことができなかった。

・ 仏語文献—AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, quatrième édition revue et complétée, tome troisième, Paris, 1869; BAUDRY-LACANTINIERIE (G.), *Précis de Droit civil*, quatrième édition, t. III, Paris, 1893; CÉSAR-BRU (Ch.), *Étude sur la renonciation par la femme mariée à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles du mari, loi du 13 février 1889 portant modification de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855*, Paris, 1891; DALMBERT (O.), *Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques*, deuxième édition, Paris, 1891; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil-d'état*, tome cinquante-deuxième, Année 1852, Paris, et tome quatre-vingt-neuvième, Année 1889, Paris, 1889; *Jurisprudence générale. Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome quatorzième, Paris, 1894; MOURLON (Fr.), *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, Paris, 1848; TISSIER (A.), *La loi du 13 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque*

legale de la femme au profit des tiers acquéreurs, Revue critique de législation et de jurisprudence, tome XVIII, 1889, pp. 628 et s; WABLE (A.), Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur, Loi du 13 février 1889 portant modification de l'article 9 L. 23 mars 1855, Paris, 1892.

・邦語文獻—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』第七二卷第三号（二〇〇六年）五〇九—五七二頁、香山高広「近代フランス民法典における転抵当の処遇（一）」『法政研究』第七五卷第三号（二〇〇八年）五四三—五八四頁、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—オプリーローの所説をよりどころに—」（一）—（三）』『法政研究』第七九卷第一・二合併号（二〇〇二年）七三—一〇一頁・第七九卷第四号（二〇〇三年）九六三—九八九頁・第八〇卷第一号（二〇〇三年）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『登記』の概要—オプリーローの所説をよりどころに—」（一）—（二）』『法政研究』第八〇卷第二・三合併号（二〇〇三年）三六三—三八三頁・第八〇卷第四号（二〇〇四年）五一—五三七頁、香山高広「一九世紀フランス法における抵当権の『濫除』の概要—オプリーローの所説をよりどころに—」（一）—（三）』『法政研究』第八二卷第一号（二〇〇五年）二七—五四頁・第八二卷第四号（二〇〇六年）一一六三—一一八九頁、香山高広「民法三七五條一項に対するフランス法の影響」『龍谷法學』第四九卷第四号（二〇〇七年）三三九—三六一頁。なお、香山「法定抵当権」、香山「登記」及び香山「濫除」については、全体にわたり通し番号（ニューメロ）を付しているが、本稿では、この三論文については、ニューメロ（又は脚註番号）で引用する。

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一九八三（昭和五八）年から一九八七（昭和六二）年にかけて出版された全三二巻の『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』〇巻（〇綴）〇頁と引用する。なお、引用文中の傍点はすべて著者によるものである。また、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。

- (2) 一般的に「転抵当」といわれるものを本稿においては「三七五條一項前段処分」（又は「原案三七〇條一項前段処分」という。三七五條一項前段処分につき梅は次のように説明する。すなわち、「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」。「其金高ガ千円デアル」。「然ルニ其甲ナル者ガ他ノ債権者二人ニ置キマシテ乙ト丙ト云フ二人ノ債権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エマシタ」。「此場合ニ乙ノ金高ガ五百円丙ノ金高ガ千円トシテモ私カラ私ヒマスル金ハ畢竟スル所乙ガ五百円取ツテ跡ノ五百円丈ケハ丙ガ取ルコトハ出来マセヌ」。「…跡ノ五百円ハ甲ニ私ツテ宜シイト云フコトニ為リマス」（『商事法務版』二卷八四二頁）。抵当権譲渡と抵当権放棄につき梅は次のように説明する。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「、」丁ハ一文モ取ラヌト云フコトニ為ル「。」其処デ丁ハ溜ラヌカラ丁ガ甲ト相談シテ御前丈ヶ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「。」：「この場合においてハ」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「。」是レニ反シテ甲ガ若シ自分ノ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「(『商事法務版』二卷八五〇―八五一頁) (この例においては、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』二卷八三九頁参照))。抵当権順位譲渡につき梅は次のように説明する。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ヌカラ「、」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」(『商事法務版』二卷八三五頁)。抵当権順位放棄につき梅は次のように説明する。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アル「。」：詰ル所ハ甲ガ五百円「、」乙ガ五百円「、」丙ガ五百円取ルトニ為ラナケレバナラヌ」(『商事法務版』二卷八三五頁)。

- (4) 『商事法務版』一三卷二綴一七七頁。原案三七〇条一項の条文については第三章第三節参照。
- (5) 『商事法務版』一三卷二綴一七七頁。
- (6) 『商事法務版』二卷八三四頁。
- (7) 一八八九年以降においては、一八五五年法九条は、一八八九年法により改正されたものである。一八五五年法九条をあげれば、必然的に、一八八九年法を含むことになる。しかし、起草者は、あえて一八五五年法九条と一八八九年法の双方をあげているので、必然的に、「同千八百五十五年三月二十三日法九」とは、二つの項からなる一八五五年法九条の原始規定のことを指す。
- (8) 香山「影響」二六〇頁参照。
- (9) 一八〇六年フランス民事訴訟法七七八条が、一八五八年改正民法により「仏民訴七七五」となる。条文は同一である。一八〇六年フランス民事訴訟法七七八条については香山「処遇」五八〇―五八四頁参照。
- (10) 『商事法務版』二卷八四二頁。
- (11) 『商事法務版』二卷八三四頁。
- (12) Duvergier, tome cinquante-deuxième, pp. 285 et s.
- (13) 正式名称は「一八五五年三月十三日法第九條修正法 (Loi portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855)」。

(14) Cf. *Jur., gén., Supplément, v. Privilèges et hypothèques*, n° 513.

2 関連規定

一八八九年法は一条のみの法律であり、これは、二つの項からなる一八五五年法九条に、五つの項を追加するものである。したがって、一八八九年法以降においては、一八五五年法九条は七つの項からなる条となる。もつとも、本稿においては、一八五五年法九条の一項及び二項を「一八五五年法九条一項・二項」と、改正後の一八五五年法九条三項・四項・五項・六項・七項を「一八八九年法一条・二条・三条・四条・五条」と表記する。一八五五年法九条及び一八八九年法は以下である。

一八五五年法第九条 妻が法定抵当権の譲渡又は放棄をすることができるときにおいて、この譲渡又は放棄は、公署証書によつ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。

一八八九年法 妻の法定抵当権の目的不動産の取得者のためにされた妻による法定抵当権放棄は、放棄が譲渡証書に記載された場合には譲渡証書の謄記以降、放棄が別個の公署証書でされた場合には譲渡証書謄記の余白への記載以降、法定抵当権を消滅させ、かつ滌除に値する。

妻の法定抵当権放棄は、すべて、それが公署証書に記載された場合に限り有効であり、かつその効果を生じさせる。明示の約定がない場合には、妻が共同売主又は夫の担保提供者若しくは保証人として約定をした場合に限り、妻の譲渡証書への参加は法定抵当権放棄を生じさせる。

第一項から前項までの規定にかかわらず、妻は代価に対して優先権を有する。ただし、代価の全部又は一部につき取得者が妻の同意を得て支払いをした場合においては、妻は、取得者に対して再度の支払いを求めること、及び他の抵当権者を害することはできない。

代価の全部若しくは一部受領を記載した譲渡証書又は全部若しくは一部受領を記載した後日の証書への妻の参加若しくは同意により、取得者は、後順位抵当権者に先立って、支払額を限度として売却不動産を目的とする法定抵当権を代位して行使する。ただし、取得者は、「一八五五年法第九条」第一項の公示をしなければ、代位により、夫の他の不動産を目的とする妻の法定抵当権の譲受人を害することはできない。

(15) 香山「影響」二四〇頁参照。

(16) Duverger, tome quatre-vingt-neuvième, pp. 16 et s.

二 一八八九年法

1 序論

一八〇四年のフランス民法（以下「一八〇四年法」という。本章において条文数のみをあげた場合には、すべて一八

○四年法のそれである。）においては、夫の不動産は、現在財産であるか将来財産であるかを問わず、すべて、妻が夫に対して有する債権を担保するために認められる、妻の法定抵当権（本稿において、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。）の目的である。しかも、この法定抵当権の順位は原則として婚姻日であり、かつ未登記で第三者対抗力を有するために、夫又は共通財産（*communauté*）の不動産の取得者（以下「第三取得者」という。）は、不動産購入後において不知の抵当権者（妻）の出現により購入した不動産の所有権を失うおそれがある。そうであるとすれば、このような不動産をあえて購入しようとする者は現れないので、法定抵当権は不動産の売却の妨げになる。もちろん、一八〇四年法は、この問題に無自覚ではなく、それに対処するために滌除（特に法定滌除）制度を用意するが、滌除は時間と費用を要するので好まれなかった。そこで、実務においては、夫が不動産を譲渡するごとに妻に対して第三取得者のために法定抵当権を放棄（*renonciation*）させるという方法が、一八〇四年法制定直後から用いられた。⁽¹⁹⁾そして、実際、「多くの場合において（*souvent*）」、妻は法定抵当権を放棄した。ところで、一八五五年法九条は「法定抵当権の譲渡又は放棄」に適用されるが、一八五五年法九条は債権者（抵当権者を含む）のための法定抵当権放棄（法定抵当権代位）のみに適用されるのか、それとも第三取得者のための法定抵当権放棄（法定抵当権放棄）にも適用されるのか等が問題となった。⁽²⁰⁾本稿が検討の対象とする一八八九年法は、この問題を立法的に解消しつつ、法定抵当権放棄を準則化するために制定された法律である。

起草者が原案三七〇条一項の起草にあたり一八八九年法を「参照」したとして、そのさい、どのような仏語資料を参照したかについては明らかではないが、原案三七〇条一項の審議は一八九四（明治二七）年二月七日であるので、参照可能な文献は一八九四年以前のものに限られる。そこで、主として本章は、*Jurisprudence générale, Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* の、⁽²¹⁾一八九四年に出版された第一四卷所収の *Privileges et hypothèques* をよりどころにしつつ、一八八九年法の概要を明らかにする（本章の脚註

中でニユメロのみをあげた場合、それはすべて同論文のニユメロである。執筆にあたってはこれ以外の著作も多数利用しているが、すべてを網羅的に引用すると大部になりすぎるために、学説等の対立がある場合を除き、原則として脚註で典拠としてあげる文献を一つに限定する。

- (17) 法定抵当権の概要については、香山「法定抵当権」、香山「登記」参照。
- (18) 滌除制度の概要については、香山「滌除」参照。
- (19) 放棄の有効性につき香山「帰趨」五二〇—五二二頁参照。
- (20) n. 360.
- (21) 一八五五年法九条が準則化した法定抵当権代位の準則については香山「影響」三四二—三四九頁参照。
- (22) 一八五五年法九条が債権者（抵当権者を含む）のための法定抵当権譲渡と債権者（抵当権者を含む）のための法定抵当権放棄、すなわち法定抵当権代位に適用されることについては、異論はない。これに対して、一八五五年法九条一項後段は「譲受人」と規定するので、同条の、第三取得者のための法定抵当権放棄への適用の可否が問題となった（Cf. n. 514, n. 602 et n. 612）。
- (23) 厳密な出版月日は不明であるが、同書所収の *Propriété littéraire et artistique* の項目には、一八九四年四月二〇日の判例が引用されているので、同書の出版月日は一八九四年五月以降ということになる。

2 放棄の種類

法定抵当権放棄は、明示の放棄（第一款）と黙示の放棄（第二款）がある。

(1) 明示放棄

妻は、夫が夫又は共通財産の不動産を譲渡するにさいして、明示で法定抵当権放棄をすることができる（明示放棄⁽²⁴⁾）。明示放棄は、「譲渡証書」のみならず、譲渡後の「別個の：証書」においても、することができる（一八八九年法一項⁽²⁵⁾）。もちろん、いずれの場合においても、証書は公署証書によるものでなければならぬ（本章第三節第一款参照）。明示放棄をするにあたり、証書中において、法定抵当権を放棄する旨が明確に宣言されている必要はない⁽²⁶⁾。妻の法定抵当権放棄の意思が証書において何らかの形で明確に表明されていれば、それであり得る。

(2) 黙示放棄

妻は、夫が夫又は共通財産の不動産を譲渡するにさいして、黙示で法定抵当権放棄をすることができる（黙示放棄⁽²⁷⁾）。そして、法定抵当権放棄の「ほとんど」（presque toujours）⁽²⁸⁾が黙示放棄である。

「妻の譲渡証書への参加（concours）」（一八八九年法三項）により妻は黙示放棄をしたことになるが、「譲渡証書への参加」があれば、常に黙示放棄が認められるわけではない。「妻の譲渡証書への参加」が「法定抵当権放棄を生じさせる」ためには、「妻が共同売主又は夫の担保提供者若しくは保証人として約定をした場合」でなければならぬ（一八八九年法三項⁽²⁹⁾）。したがって、これら以外の場合においては、妻の法定抵当権放棄の意思が明確であっても、黙示放棄は認められない⁽³⁰⁾。

一八八九年法三項は「妻の譲渡証書への参加は法定抵当権放棄を生じさせる」と規定するので、この文言を厳密に解するのであれば、譲渡後の別の証書により黙示放棄が認められることはないということになる。しかし、明示放棄の場合と同様に（本節第一款参照）、黙示放棄は、譲渡証書のみならず、譲渡後の別の証書においてすることができる⁽³¹⁾とされる。したがって、譲渡後の別の証書において妻が保証人となった場合においても、黙示放棄が認められる。

- (24) n. 350 et n. 351. なお、妻は成年でなければならぬ (n. 316)。また、放棄をするにさいしては、夫又は裁判所の許可が必要である (n. 326)。(香山「影響」三四三頁参照)。
- (25) n. 351.
- (26) n. 351.
- (27) n. 350.
- (28) n. 350.
- (29) n. 353.
- (30) 黙示放棄が認められる場合を明確にしたのは、妻又は法定抵当権放棄後の法定抵当権代位者を保護するために、ほかならぬ (n. 353)。
- (31) もっとも、妻が共同売主、担保提供者又は保証人として譲渡証書に参加した場合であっても、これにより常に法定抵当権放棄(黙示放棄)が認められるわけではない。このような場合においても、妻が明確に法定抵当権を留保した場合又は法定抵当権放棄の意思を有さないことが明らかである場合においては、法定抵当権放棄(黙示放棄)は認められない (n. 357)。
- (32) n. 353.
- (33) したがって、妻が単に譲渡証書に署名をした場合において、それだけで黙示放棄が認められることはない (n. 354)。
- (34) n. 358.

3 要件⁽³⁵⁾

法定抵当権放棄につき、一八八九年法は公署性 (authenticité) (第一款) と公示 (publicité) (第二款) を要求する。

(1) 公署性

一八八九年法二項は「妻の法定抵当権放棄は、すべて、それが公署証書に記載された場合に限り有効であり、かつその効果を生じさせる」と規定して、法定抵当権放棄につき「公署証書 (acte authentique)」を要求する。「すべて (Dans tous les cas)」と規定するので、公署証書は、明示放棄（本章第二節第一款参照）の場合のみならず、黙示放棄（本章第二節第二款参照）の場合についても要求される。

ここで必要とされるのは公署証書（一三一七条）であり、公証人証書 (acte notarié) ではない。⁽³⁶⁾

法定抵当権放棄にあたり、公署証書による第三取得者の承諾は必要とされない。⁽³⁷⁾ 問題は、第三取得者の承諾そのものが必要なのかという点であるが、判例は、それを不要と解する（すなわち、判例は、法定抵当権放棄は、契約ではなく、単独行為であると解する）。⁽³⁸⁾

公署証書によらない法定抵当権放棄は無効（絶対的無効）である。⁽³⁹⁾ 実際、一八八九年法二項は「妻の法定抵当権放棄は、それが公署証書に記載された場合に限り有効である」と規定する。そして、法定抵当権放棄の無効を主張することにつき利益を有する者は、すべて、それを主張することができる。⁽⁴⁰⁾ 法定抵当権放棄の無効を主張することに利益を有する者の典型は法定抵当権代位者である。

妻も公署性の欠缺を理由に法定抵当権放棄の無効を主張することができる。ところで、法定抵当権放棄は多くの場合において黙示でされる（本章第二節第二款参照）が、黙示で法定抵当権放棄をするためには、妻は「共同売主又は夫の担保提供者若しくは保証人として約定をし」た場合でなければならぬ（一八八九年法三項）。そして、この場合においては、公署性の欠缺を理由に法定抵当権放棄が無効となったとしても妻は第三取得者に対して「共同売主又は夫の担保提供者若しくは保証人として」の責任を負うので、*Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*（追奪担保義務を負う者は、自ら追奪をすることができない）の原則により、妻の、第三取得者に対する法定

抵当権の行使は否定される。したがって、妻が公署性の欠缺を理由に法定抵当権放棄の無効を主張することにつき利益を有する場合は、多くない。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

(2) 公示

一八八九年法一項は「妻の法定抵当権の目的不動産の取得者のためにされた妻による法定抵当権放棄は、放棄が譲渡証書に記載された場合には譲渡証書の謄記以降、放棄が別個の公署証書でされた場合には譲渡証書謄記の余白への記載以降、法定抵当権を消滅させ、かつ滌除に値する」と規定する。したがって、法定抵当権放棄においては、第三取得者は、法定抵当権「放棄が譲渡証書に記載された場合」においては「譲渡証書の謄記」を、法定抵当権「放棄が別個の公署証書でされた場合」においては「譲渡証書謄記の余白への記載」を、しなければならぬ。⁽⁴³⁾

一八八九年法一項の文言は不明瞭であるが、法定抵当権放棄の公示は、法定抵当権放棄の効力要件ではなく、對抗要件である。⁽⁴⁴⁾したがって、第三取得者は、公示をしなくとも、妻に対して法定抵当権放棄の効果を主張することができるが、第三者に法定抵当権放棄を對抗することができない（本章第四節第一款・第三款参照）（したがって、法定抵当権代位者は、法定抵当権代位が法定抵当権放棄の前であるか後であるかを問わず、公示をすれば、法定抵当権放棄につき未公示の第三取得者に法定抵当権代位を對抗することができる⁽⁴⁵⁾）。

法定抵当権放棄は謄記簿上において公示されるので、法定抵当権代位者は、法定抵当権代位にあたり法定抵当権の状況（譲渡の有無、その存否）を知るために、登記簿のみならず、謄記簿も、あわせて閲覧しなければならない。⁽⁴⁶⁾

公示は期間制限に服さない。しかし、法定抵当権放棄の公示をしない限り、第三取得者は法定抵当権代位者に対して法定抵当権放棄を對抗することができない以上、第三取得者は、法定抵当権放棄の公示を迅速にする。⁽⁴⁷⁾

一八八九年法一項は、「売買証書」と規定せず、「譲渡証書」と規定する。したがって、売買の場合のみならず、交換、

代物弁済、嫁資設定等の場合においても、一八八九年法は適用される。⁽⁴⁸⁾

法定抵当権放棄により、譲渡不動産を目的とする法定抵当権の消滅（厳密には法定抵当権の追求権の消滅）という効果（本章第四節第一款参照）又は（法定抵当権放棄後の優先権放棄による）妻の権利の代位取得という効果（本章第四節第三款参照）が生じるが、第三取得者は、法定抵当権（追求権）消滅を第三者に対抗するためのみならず、妻の権利の代位取得を第三者（売却不動産を目的とする法定抵当権の譲受人）に対抗するためにも、一八八九年法一項の公示で⁽⁴⁹⁾た⁽⁴⁹⁾り⁽⁴⁹⁾る。というのも、一八八九年法五項但書は「夫の他の不動産を目的とする妻の法定抵当権の譲受人」に対する関係のみ第三取得者に「一八五五年法第九条」第一項の公示を要求するにすぎないからである（本章第四節第三款参照）。法定抵当権放棄の公示は対抗要件であるから、妻は公示の欠缺を主張することができない。問題は、公示の欠缺を主張することができるのは誰かという点である。法定抵当権代位者は公示の欠缺を主張することができる⁽⁵⁰⁾。法定抵当権放棄以前に夫の不動産に対して抵当権を取得した、妻の法定抵当権よりも後順位の抵当権者（以下「売却不動産の後順位抵当権者」という。）が、公示の欠缺を主張することができるかどうかについては理解が分かれる。これを肯定する見解もあるが、かりに売却不動産の後順位抵当権者に公示の欠缺を主張することを認めたとしても、これにより利益を享受するのは妻であることを理由に、この者が公示の欠缺を主張することを否定する見解が一般的である⁽⁵¹⁾。妻の一般債権者は、公示の欠缺を主張することはできない⁽⁵²⁾。

(35) 妻が第三取得者のために法定抵当権を放棄する場合において、二二四四条及び二二四五条（香山「法定抵当権」四五—四九参照）は適用されない（n. 601.）（香山「帰趨」五二〇—五二一頁参照）。

(36) n. 604. 一八五五年法九条一項と同様である（香山「影響」三四五頁参照）。

(37) n. 608.

(38) Req. 19 nov. 1855. D. 1856. I. 175. S. 1856. I. 145. En sens contraire. n. 608.

- (39) n°609.
 (40) n°609.
 (41) n°609.
 (42) 「これは、…致命的な結果 (résultat fatal) にほかならない。立法者が改革により期待した効果 (effet) は、これにより大きく削られる」(Wable, n°82)。
 (43) n°615.
 (44) n°615.
 (45) n°384, n°617 et n°660.法定抵当権代位者は、法定抵当権放棄が「譲渡証書に記載」された場合には「譲渡証書の謄記」以降、それが「別個の…証書」でされた場合には「譲渡証書謄記の余白への記載」以降においては、法定抵当権代位の公示をすることができない(n°660)。したがって、法定抵当権放棄が「別個の…証書」でされた場合においては、第三取得者が「譲渡証書謄記の余白への記載」をしない限りにおいては、法定抵当権代位者は、譲渡証書謄記後であっても、法定抵当権代位の公示をして、法定抵当権代位を第三取得者に対抗することができる。
 (46) n°616.
 (47) n°617.
 (48) n°618.
 (49) n°619.一八八九年法一項の公示でたりるのは、第三取得者が法定抵当権(追求権)消滅を第三者に対抗する場合に限られると解する見解もある(Baudry-Lacantinerie, t. III, n°1241 bis)。この見解によれば、第三取得者が、妻の権利の代位取得を第三者に対抗するためには一八五五年法九条一項の公示をしなければならぬ(本章第四節第三款参照)。
 (50) n°620.
 (51) Wable, n°96.
 (52) n°620.そして、否定説によれば、公示の欠缺を主張することができるのは、法定抵当権代位者に限られる。
 (53) n°621.

4 効果

法定抵当権放棄により法定抵当権の追求権 (droit de suite) が消滅する (第一款)。法定抵当権の優先権 (droit de préférence) は消滅しないが、妻は、それを放棄することができる (第二款)。売却不動産の後順位抵当権者がいる場合においては、第三取得者は妻の権利を代位取得する (第三款)。

(1) 追求権消滅

一八八九年法一項は「妻の法定抵当権の目的不動産の取得者のためにされた妻による法定抵当権放棄は、…法定抵当権を消滅させ、かつ滌除に値する」と規定するが、四項本文は「第一項から前項までの規定にかかわらず、妻は代価に對して優先権を有する」と規定するので、法定抵当権放棄により消滅するのは、法定抵当権の追求権にほかならず、代価に對する優先権は存続する。⁽⁵⁴⁾ 法定抵当権放棄は、第三取得者のためにされるのであるから、第三取得者に対する法定抵当権の追求権を消滅させれば十分だからである。⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾

妻は代価に對する優先権を失わないので、夫は代価の受領又は代金債権の処分等を行うことができない。実際、一八八九年法四項但書は、「代価の全部又は一部につき取得者が妻の同意を得て支払いをした場合においては、妻は、取得者に対して再度の支払いを求めること…はできない」と規定するので、第三取得者が妻の同意を得ずして売主(夫)に對して代価の支払いをした場合においては、妻は、第三取得者に対して再度の支払いを求めることができる。したがって、代価の受領又は代金債権の処分等にさいしては、かならず「妻の同意」が必要とされる。⁽⁵⁸⁾

法定抵当権放棄による追求権消滅により、妻は、「弁済又は…委付催告 (sommation...de payer...ou de délaisser)」(一一六九条) を行うことができず、差押えを行うことができず、また増価競売申立権 (la faculté de surencherir) を失

う。⁽⁵⁹⁾ 第三取得者は、妻に対する関係においては妻が法定抵当権を放棄したときから法定抵当権の追求権から保護されるが、法定抵当権代位者に対する関係においては公示をしたときから限り法定抵当権の追求権から保護される（本章第三節第二款参照⁽⁶⁰⁾）。

「妻の法定抵当権」は登記とは無関係に成立する」（二一三五条柱書及び二号イ）⁽⁶¹⁾ が、一八〇四年法⁽⁶²⁾ 及び一八五五年法⁽⁶³⁾ の要請により登記がされている場合も少なくない。そして、法定抵当権の登記がされている場合においては、第三取得者は、法定抵当権放棄により、登記の解除（*mainlevée*）を請求することができる⁽⁶⁴⁾。なお、登記が解除された場合であっても、妻の優先権行使が否定されることはない。

法定抵当権と同様に、妻は、代価に対する優先権を維持するにつき、登記を必要としない。優先権は、それが時効により消滅しない限り、登記をすることなく存続する⁽⁶⁵⁾。婚姻解消後においても、妻は登記をする必要がない。一八五五年法八条は「寡婦：及びこれらの相続人又は承継人が婚姻解消：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後に登記がなされた日から限り第三者に対して日付を取得する」と規定するので、婚姻解消後においては、妻、相続人又は承継人は、婚姻解消から一年以内に法定抵当権の登記をしなければならない⁽⁶⁶⁾が、登記は追求権を維持するために必要とされるにすぎない。

妻は、優先権を第三者（妻又は夫の債権者）に譲渡することができる⁽⁶⁷⁾。優先権譲渡は、一八五五年法九条一項により公署証書によりされなければならない⁽⁶⁸⁾、かつ、一八五五年法九条一項の公示をしなければ第三者に対抗することができる⁽⁶⁹⁾と解する見解もあるが、判例は、優先権譲渡は、公署証書による必要はなく、かつ、債権譲渡の對抗要件（一六九〇条）を具備すれば第三者に対抗することができる⁽⁷⁰⁾と解する。

(2) 優先権放棄

法定抵当権放棄によっても妻は優先権を失わない（本節第一款参照）が、妻は、この優先権を放棄することができる。⁽⁷⁰⁾そして、これにより、夫は代価の受領又は代金債権の処分等を行うことができるようになる。

優先権放棄は明示である必要はない。すなわち、黙示による優先権放棄が認められる場合がある。⁽⁷¹⁾ 実際、一八八九年法四項但書は「代価の全部又は一部につき取得者が妻の同意を得て支払いをした場合においては、妻は、取得者に対して再度の支払いを求めること…はできない」と規定するので、第三取得者がする、代価の全部又は一部の支払いにつき、妻が同意を与えた場合においては、優先権放棄が認められる。また、売却不動産の後順位抵当権者がいる場合において、一八八九年法五項本文は第三取得者が妻の権利を代位取得することを認める（本節第三款参照）がこれは優先権放棄の効果の一つであるから、「代価の全部若しくは一部受領を記載した譲渡証書又は全部若しくは一部受領を記載した後日の証書への妻の参加若しくは同意」によっても、優先権放棄が認められる。これらは、いずれも、黙示による優先権放棄にほかならない。

優先権放棄は公署証書によりされなければならないかどうかについては理解が分かれるが、一般的には、公署証書による必要はないと解される。⁽⁷²⁾ 一八八九年法は、法定抵当権放棄（すなわち追求権の放棄）に限り、公署証書を要求するからである。

優先権放棄は、公示をしなくとも、第三者に対抗することができる。⁽⁷³⁾

妻が優先権を放棄したときにおいては、第三取得者が夫に対して「代価の全部又は一部」の「支払をした場合において」も、「妻は、取得者に対して再度の支払いを求めること…はでき」ず、また、「妻は、…他の抵当権者を害すること」もできない（一八八九年法四項但書）。「妻は、…他の抵当権者を害することはできない」とは、具体的には、未払代価につき、売却不動産の後順位抵当権者を害するようなかたちで、順位決定を請求することができないことを意味する。

したがって、第三取得者が代価の一部を（売主の）妻の同意を得た上で売主に支払った後において、代価の残額につき順位配当が開始されたときは、売却不動産の後順位抵当権者は、妻の届出額は妻の同意を得て夫が受領した額を控除した額に限定される旨の主張をすることができる。⁷⁴⁾

優先権放棄により、妻の権利が消滅する場合と、妻の権利を第三取得者が代位取得する場合がある。⁷⁵⁾ 売却不動産の後順位抵当権者がいない場合においては、優先権放棄により優先権は単純に消滅する。しかし、売却不動産の後順位抵当権者がいる場合には、優先権放棄により第三取得者は妻の権利を代位取得する（本節第三款参照）。

(3) 代位

一八八九年法五項本文は「代価の全部若しくは一部受領を記載した譲渡証書又は全部若しくは一部受領を記載した後日の証書への妻の参加若しくは同意により、取得者は、後順位抵当権者に先立って、支払額を限度として売却不動産を目的とする法定抵当権を代位して行使する」と規定する。したがって、売却不動産の後順位抵当権者がおり、この抵当権者の抵当権行使により第三取得者が不動産の所有権を失った場合においても、「妻」が「代価の全部若しくは一部受領を記載した譲渡証書又は全部若しくは一部受領を記載した後日の証書」に対して「参加若しくは同意」していれば（すなわち優先権放棄をすれば〔本節第二款参照〕、「取得者」は、「売却不動産を目的とする法定抵当権を代位して行使する」ことにより、妻の同意を得て弁済した「支払額」を売却不動産の後順位抵当権者に優先して取り戻すことができる。このように、売却不動産の後順位抵当権者がいる場合には、優先権放棄により、第三取得者は妻の権利を代位取得する。⁷⁶⁾

第三取得者は妻の権利を代位取得するが、代位取得する妻の権利は何かという点については理解が分かれる。一八八九年法五項本文は「法定抵当権を代位して行使する（*empourte .. subrogation à l'hypothèque légale*）」と規定するので、条文上、第三取得者が代位取得する権利は法定抵当権である（すなわち法定抵当権代位である）。そして、実際、この

ように解する学説もある（第三章第二節第一款参照）が、一般的には、第三取得者が代位取得する権利は優先権である（すなわち優先権代位である）と解される。⁽⁷⁷⁾

法定抵当権放棄が譲渡証書に記載され、かつ代価の受領も譲渡証書に記載された場合においては、受領を記載した証書は当然に公署証書でなければならぬ。なぜなら、この場合においては、公署証書でなければ、法定抵当権放棄そのものが無効だからである（本章第三節第一款参照）。また、妻が法定抵当権放棄を譲渡証書に記載せず、放棄が別の証書に後日記載された場合において、この後日の証書に受領を記載したときについても、同様に、この後日の証書は公署証書でなければならぬ。⁽⁷⁸⁾問題は、法定抵当権放棄は譲渡証書に記載されたが、代価の受領のみが別の証書に後日記載された場合において、代位が認められるためには、この後日の証書は公署証書によるものでなければならぬかという点である。一八八九年法五条本文の「代位」を法定抵当権代位と理解するのであれば、一八五五年法九条一項により公署証書が要求されるものと思われる。⁽⁷⁹⁾これに対して、優先権放棄は公署証書による必要はないと解する見解（本節第二款参照）は、受領を確認する証書についても、公署証書による必要はないと解する。⁽⁸⁰⁾

一八八九年法五条本文の「代位」を法定抵当権「代位」と理解するのであれば、第三取得者が法定抵当権代位者に代位を対抗するためには、一八五五年法九条一項の公示が必要である。⁽⁸¹⁾しかし、一般的には、第三取得者は、一八八九年法一項の公示をしさえすれば、法定抵当権代位者に代位を対抗することができる⁽⁸²⁾と解される（本章第三節第二款参照）。第三取得者が売却不動産の後順位抵当権者に対して優先権を行使する場合においては、公示は必要とされない。⁽⁸³⁾妻が優先権を行使する場合において公示が課されない（本節第一款参照）以上、これを代位取得するにすぎない第三取得者も同様に解するべきだからである。

一八八九年法五項但書は、「取得者は、「一八五五年法第九条」第一項の公示をしなければ、代位により、夫の他の不動産を目的とする妻の法定抵当権の譲受人を害することはできない」と規定するので、第三取得者は、一八五五年法九条一

項の公示をしなければ「夫の他の不動産を目的とする妻の法定抵当権の譲受人」に代位を對抗することができない。ところで、第三取得者は「夫の他の不動産」に対して権利を取得しないので、「夫の他の不動産」につき、第三取得者の権利と「妻の法定抵当権の譲受人」の権利の、いずれが優先するかという問題は生じないはずである。そこで、一八八九年法五項但書は、そもそも、何を想定した規定であるのかが問題となるが、紙数の都合から、この点については割愛する。⁽⁸³⁾

- (54) n°668.
 (55) n°663.
 (56) もっとも、一八八九年法四項本文は優先権の存続を推定するにすぎず、したがって、当事者が反対の意思を表明した場合においては、法定抵当権放棄により優先権も消滅する(n°664)。
 (57) 追求権消滅後における優先権の存続が認められる場合の一つである。ほかにも、法定抵当権の濫除(香山「登記」一八一—一九、香山「濫除」七五—七六参照)等の場合にも認められるが、法定抵当権放棄の場合においては、濫除の場合とは異なり、妻は、優先権が時効消滅しない限り、順位配当等における届出等を行うことなく、夫が第三取得者に対して有する代金債権等につき優先権を行使する(n°666)。(Cf. n°666).
 (58) n°666 et n°667.ところで、代価の受領又は代金債権の処分につき「妻の同意」が必要とされるとすれば、これは、夫の固有財産及び共通財産につき夫が管理を有することを認める一八〇四年法の原則(「夫婦財産集中管理」の原則)(香山「帰趨」五一—頁参照)に反するのではないか(En ce sens, Wable, n°135.)との問題が生じる(Cf. n°667).
 (59) n°659.
 (60) n°660.註(44)及び註(45)参照。
 (61) 香山「登記」四参照。
 (62) 香山「登記」二二—三〇参照。
 (63) 香山「登記」九—一六参照。
 (64) Civ. 26 août 1862, D. 1862, I. 344, S. 1862, I. 920. n°661.
 (65) n°666 et n°671.
 (66) 香山「登記」九参照。

- (67) n°681.
- (68) n°681.
- (69) Req. 11 juin 1894, D. 1895, I. 537, S. 1898, I. 483; Cèzar-Brû, pp. 119 et s; Dalmbert, p. 359; Tissier, n°22; Wable, n°140.
- (70) n°670.
- (71) n°670.
- (72) n°670. En sens contraire, Baudry-Lacantinerie, t. III, n°1241 bis.
- (73) n°671.
- (74) n°672.
- (75) n°673.
- (76) n°673.
- (77) n°673. 法定抵当権代位と解する字説については註(87)参照。
- (78) n°674.
- (79) Cf. Wable, n°149.
- (80) n°674.
- (81) Baudry-Lacantinerie, t. III, n°1241 bis註(49)参照。
- (82) n°675.
- (83) Cf. nos 677 et s.

三 検討

1 序論

一八八九年法は、抵当権者がする、第三取得者のための抵当権処分を規定するものであり、抵当権者がする、債権者

(抵当権者の債権者又は「同一ノ債務者ニ対スル他ノ債権者」)のための抵当権処分を規定する三七五条一項と本質的な点において異なる。しかし、処分の相手方が抵当権者の権利を取得する場合があること(第二章第四節第三款参照)や、放棄が絶対的放棄でないこと(第二章第四節第一款参照)など、一八八九年法には、三七五条一項との類似点もある。そうであるとすれば、一八八九年法が三七五条一項に対して何らかの影響を与えた可能性は否定できない。そこで、本章においては、三七五条一項に対する一八八九年法の影響の有無につき検討する。

2 三七五条一項前段処分

三七五条一項前段処分が法定抵当権代位を準則化する一八五五年法九条の影響を受けたことについては、別稿で明らかにした。⁽⁸⁴⁾問題は、それが、一八五五年法九条とともに、一八八九年法の影響を受けているかどうかである。この点につき、法典調査会における原案三七〇条の冒頭説明において、梅は、フランス法が法定抵当権代位(梅のいう「抵当ノ譲渡」は法定抵当権代位のことにはかならない)を認めることを理由に、原案三七〇条一項前段処分(したがって三七五条一項前段処分)を認めたと述べつつ、法定抵当権代位を認めたフランス法の一つとして、一八八九年法をあげる。すなわち、「現ニ仏蘭西「の」法律ニ於テハ夫レヲ許サヌト云フ所カラ實際ニ不便ヲ感ジテ彼ノ妻ノ法律上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ルヤウデアリマス」。「。遠キ千八百五十二年ノ勅令、千八百五十二年ノ登記法「一八五五年法」夫レカラ近キ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簡条ガ改正ニ為リマシタ」。「。夫レヲニ於テモ皆認メテ居ルヤウデアリマス」。⁽⁸⁵⁾かりに、三七五条一項前段処分に対する一八八九年法の影響が肯定される場合において、それに対して具体的に影響を与える可能性のある条文は、妻の権利の「代位」取得を認める一八八九年法五項本文(第二章第四節第三款参照)に限

られると思われるが、この「代位」についての起草者の理解は不明であり、したがって、三七五条一項前段処分に対する一八八九年法の影響の有無につき、起草者が、この「代位」を法定抵当権「代位」と理解した場合（第一款）と、優先権「代位」と理解した場合（第二款）とで分けて考えなければならない。

(1) 一八八九年法五項本文の「代位」を法定抵当権代位と理解した場合

「千八百五十二年ノ登記法（一八五五年法）夫レカラ近キハ千八百八十九年ノ单独法」。「恰度妻ノ法律上ノ抵当ノ譲渡（法定抵当権代位）ニ関スル簡条ガ改正ニ為リマシタ」。「夫レヲニ於テモ皆認メテ居ルヤウデアリマス」と述べる梅の言説を根拠とするのであれば、起草者は一八八九年法五項本文の「代位」を一八五五年法九条の「代位」と同一のもの、すなわち法定抵当権代位であると理解したと解することが、梅の言説に最も素直な理解であろう。そして、一八八九年法五項本文は「法定抵当権を代位して行使する」と規定するので、この理解は条文に忠実なものに、ほかならない。また、一九世紀のフランス学説においても、ボードリー・ラカンチヌリ (Gabriel BAUDRY-LACANTINIERE, 1837-1913) は、それを法定抵当権代位と理解する⁽⁸⁷⁾。ところで、一八八九年から一八九四年に公刊された、一八八九年法に言及する代表的な体系書・論文等において、一八八九年法五項本文の「代位」を法定抵当権代位と解するのは管見の限りにおいてはボードリー・ラカンチヌリのみである。そうであるとすれば、一八八九年法五項本文の「代位」を法定抵当権代位であると理解した場合において、起草者が条文以外の何らかの体型書を参考にしたとすれば、それはボードリー・ラカンチヌリの著作 (BAUDRY-LACANTINIERE (G.), *Précis de Droit civil*, troisième édition, t. III, Paris, 1889 ou quatrième édition, t. III, Paris, 1893) である可能性が、きわめて高⁽⁸⁸⁾。

起草者が一八八九年法五項の「代位」を一八五五年法九条と同様に法定抵当権「代位」と理解した場合における、三七五条一項前段処分に対する一八八九年法の影響の有無については、肯定も否定も可能と思われる。すなわち、処分の

相手方こそ異なるが、一八五五年法九条と一八八九年法五項本文は、いずれも法定抵当権代位を規定する以上、法定抵当権代位の影響を受けた三七五条一項前段に対する一八八九年法の影響を肯定すべきであると解することもできる。しかし、一八五五年法九条は法定抵当権「代位」による債権者の権利取得を、一八八九年法五項本文は法定抵当権「代位」による第三取得者の権利取得を規定するので、三七五条一項前段処分に対する影響が肯定される法律は、三七五条一項前段と同様に債権者の権利取得を規定する一八五五年法九条に限られると解する（したがって、三七五条一項前段処分に対する一八八九年法の影響を否定すること）も可能であろう。いずれによせ、理論的には、いずれの理解も可能であり、この点につき、起草者の言説等を根拠に明確な結論を下すことはできない。

(2) 一八八九年法五項本文の「代位」を優先権代位と理解した場合

フランスにおける一八八九年から一八九四年までの多数説は、一八八九年法五項本文の「代位」を優先権代位と解する（第二章第四節第三款参照）。一八九四年に公刊された *jurisprudence générale, Supplément au repertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* の第一四巻の *Privileges et hypothèques* の項目におおむね次のように記されている。「指摘すべきことは、条文の文言とは異なり、第三取得者が代位して行使する権利は、優先権でしかなく、法定抵当権ではない。「実際、」追求権は「すでに法定抵当権放棄により」消滅している。追求権については、「すでに」⁽⁹⁾ 濛除されているわけである。したがって、第三取得者が代位行使する権利は、優先権であり、優先権ではない」。そして、この点につき、当時の通説にしたがい、起草者は一八八九年法五項本文の「代位」を優先権「代位」と理解したと解することも十分可能である。というのも、確かに起草者は一八八九年法は法定抵当権代位を認めたと述べる（本節第一款参照）が、一九世紀フランス民法学においては、妻の法定抵当権についての合意の総称として法定抵当権代位（広義の法定抵当権代位）の概念が用いられる場合があり（第一章第一節参照）、そうであるとすれば、一八

一八九五年法五項本文の「代位」を「抵当ノ讓渡」と表現したとしても、そのことをもって梅が一八八九年法五項本文の「代位」を一八五五年法九條の「代位」と同一のものと解したと結論づけることはできないからである。したがって、一八五五年法九條の「代位」と一八八九年法五項本文の「代位」が異なるものであることを理解しつつ、梅が一八八九年法五項本文の「代位」を「抵当ノ讓渡」と表現した可能性も十分考えられる。

起草者が一八八九年法五項本文の「代位」を優先権「代位」と理解した場合における、三七五條一項前段処分に対する一八八九年法の影響の有無についても、肯定も否定も可能と思われる。すなわち、一八八九年法五項本文が法定抵当権代位を規定しないことを理由に、法定抵当権代位の影響を受けた三七五條一項前段処分に対する一八八九年法の影響を否定すべきであると解することもできる。しかし、一八八九年法五項本文の「代位」は広義の法定抵当権代位に含まれることを理由に、三七五條一項前段処分は広義の法定抵当権代位の影響を受けたと解することも不可能ではない。そして、このように解するのであれば、理論的には、三七五條一項前段処分に対する一八八九年法の影響を肯定することもできる。いずれにせよ、理論的には、いずれの可能性も否定すべきではない。

(84) 香山「影響」三五〇頁・三五四頁参照。

(85) 香山「影響」三四九―三五〇頁参照。

(86) 『商事法務版』二卷八三四頁。

(87) Baudry-Lacantinerie, t. III, n. 1241 bis, ボードリー・ラカンチヌリは「代位により第三取得者に移転した抵当権 (L'hypothèque transmise à l'acquéreur par voie de subrogation)」と述べる。もともと、この直前において、かれは「妻の優先権を代位行使する者 (L'épouse) (comme subrogé au droit de préférence de la femme)」とも述べるが、一八八九年法五項本文の「代位」を法定抵当権「代位」と理解しないのであれば、第三取得者は、代位を第三者(法定抵当権代位者)に対抗するために一八五五年法九條一項の公示をする必要はないはずである。しかし、ボードリー・ラカンチヌリは、この場合において一八五五年法九條一項の公

示が必要であると解しており(註(81)、これは、かたが、一八八九年法五条本文の「代位」を法定抵当権「代位」と理解するからに、ほかならない。ポードリー・ラカンチヌリが一八八九年法五条本文の「代位」を法定抵当権代位と解したとの理解についてWable, n. 149参照。

- (88) 一八八九年から一八九四年までに刊行された仏語資料のうち、一八八九年法を対象とする論文等は少なくないが、一八八九年法に言及する代表的な体系書としては、本文であげた①BAUDRY-LACANTINIERE (G.), *Précis de Droit civil*, troisième édition, t. III, Paris, 1889 et quatrième édition, t. III, Paris, 1893 (本稿は第四版を用いたが、その内容は、ほぼ同一であり、第三版の同一箇所には同一の記述がある)の他に②COLMET DE SANTERRE (E.), *Manuel élémentaire de Droit civil*, tome troisième, deuxième édition, Paris, 1892③MOURLON (Fr.) et DEMANGEAT (Ch.), *Révisions écrites sur le Code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, douzième édition, tome troisième, Paris, 1892がある。しかし、コルメ・ド・サンテール (Edmond COLMET DE SANTERRE, 1821-1903)の著書も、死後に補訂されて出版されたムーロン (Frédéric MOURLON, 1811-1886)の著作も、一八八九年法については、簡単な記述があるのみである(③においては、ほとんど記述がないといっても過言でない)。したがって、原案三七〇条一項の起草にあたり、一八八九年法につき、条文の他に、起草者が何らかの体系書を参照したとすれば、起草者が一八八九年法五項本文の「代位」を法定抵当権代位と解したかどうかに関わりなく、それは①である可能性が高い。

④ DEMANTE (A. M.), et COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique de Code civil*, deuxième édition, tome neuvième, Paris, 1889は、出版年が一八八九年であるが、一八八九年法の記載を含まない。

- (89) 法定抵当権放棄の効果により第三取得者が妻の権利を代位取得する場合があることは、すでに一八八九年法以前から判例・学説により認められていた(一八八九年法以前においては、これは、優先権放棄ではなく、法定抵当権放棄の効果と解される)が、一八八九年法以前の学説は、この場合において第三取得者が代位取得する権利は法定抵当権であると解した (Audry et Rau, tome troisième, §288 bis, p. 471, texte: Mourlon, *subrogations*, p. 609)。そうであるとすれば、起草者は、一八八九年法五条本文の「代位」を、一八八九年法以前の学説にしたがって法定抵当権代位と理解したと解することも理論的には可能であろう。

(90) *Jur., gén., Supplément, v. Privilèges et hypothèques*, n. 673. En ce sens, Wable, n. 143. Dalmbert, p. 360. Cezar, Bru, p. 157. Tissier, n. 23. 未見であるが、L'ESCORBIAC, *Commentaire de la loi du 13 février 1889* の理解を示したように、Wable, n. 143, p. 164, note 1.)。

3 抵当権譲渡

原案三七〇条一項は「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が、これは抵当権譲渡を否定する趣旨ではなく、梅は、抵当権譲渡は原案三七〇条一項前段処分に含まれると考えていた。⁽⁹¹⁾ところで、三七五条一項前段と原案三七〇条一項前段は同一であるので、かりに三七五条一項前段処分に對する一八八九年法の影響が肯定されるのであれば、原案三七〇条一項前段処分に對する一八八九年法の影響が肯定され、その結果、抵当権譲渡に對する一八八九年法の影響も当然に肯定される（逆も同様である）。したがって、一八八九年法の影響の有無につき、三七五条一項前段処分と抵当権譲渡は常に同じ結論になる（三七五条一項前段処分に對する一八八九年法の影響の有無については本章第二節参照）。

(91) 香山「影響」二五三頁参照。

4 抵当権順位譲渡

抵当権順位譲渡に對する一八五五年法九条の影響の有無は不明であることについては、別稿で明らかにした。しかし、理論的には、肯定も否定も可能であり、したがって、抵当権順位譲渡に對する一八八九年法の影響の有無につき、抵当権順位譲渡に對する一八五五年法九条の影響を肯定した場合（第一款）と、否定した場合（第二款）とで分けて考えな

ければならない。

(1) 抵当権順位譲渡に対する一八五五年法九条の影響を肯定した場合

抵当権順位譲渡に対する一八五五年法九条の影響を肯定した場合⁽⁹²⁾においては、抵当権順位譲渡に対する一八八九年法の影響の有無につき、三七五条一項前段処分（本章第二節参照）及び抵当権譲渡（本章第三節参照）と同じ結論になると考えてよいであろう（すなわち、三七五条一項前段処分に対する一八八九年法の影響が肯定される場合においては、抵当権順位譲渡に対する一八八九年法の影響も肯定される〔逆も同様である〕）。なぜなら、三七五条一項前段処分、抵当権譲渡及び抵当権順位譲渡のいずれについても一八五五年法九条の影響が肯定されるということは、これら三つの抵当権処分は、いずれも同一の法律の影響を受けたと考えるべきだからである。

(2) 抵当権順位譲渡に対する一八五五年法九条の影響を否定した場合

抵当権順位譲渡に対する一八五五年法九条の影響を否定した場合⁽⁹³⁾においては、一八八九年法五項本文が「代位」を規定するといえ、起草者が、（理論的にはあり得ないわけではないが、）抵当権順位譲渡につき、もっぱら一八八九年法五項本文の影響を受けたとは考えがたい。したがって、抵当権順位譲渡に対する一八五五年法九条の影響を否定した場合においては、同じく一八八九年法の影響も否定されると解すべきであろう。

(92) 香山「影響」三五五頁参照。

(93) 香山「影響」三五五―三五六頁参照。

5 抵当権放棄及び抵当権順位放棄

三七五條一項後段の「放棄」（抵当権放棄及び抵当権順位放棄）により「他ノ債権者」は（一八五五年法九條の「放棄」と異なり）抵当権者の抵当権又は抵当権順位の譲渡を受けるわけではない（すなわち三七五條一項後段においては「譲渡」と「放棄」は区別される）が、このような処分の形態を認めることに對する一八八九年法の影響の有無が問題となる（第一款）。また、三七五條一項後段が絶対的放棄ではない放棄（非絶対的放棄）を認めることについての、一八八九年法の影響も検討されなければならない（第二款）。

(1) 抵当権放棄及び抵当権順位放棄の処分形態に對する一八八九年法の影響

抵当権放棄及び抵当権順位放棄の処分形態に對する一八五五年法九條の影響は否定される。そこで、このような処分形態につき、放棄の相手方が異なるとはいえ同じく「放棄」を規定する一八八九年法の影響によるものであるかどうか問題となる。

妻が第三取得者に対して法定抵当権を放棄した場合には、これにより法定抵当権の追求権は消滅するが、優先権は消滅しない（一八八九年法一項及び四項）（第二章第四節第一款参照）。そして、売却不動産の後順位抵当権者が存在する場合において、妻が存続する優先権を放棄したときは、「取得者は、…法定抵当権を…行使する」（一八八九年法五項本文）ことができる（第二章第四節第三款参照）。第三取得者が「行使する」権利が優先権であるか法定抵当権であるかについては理解が分かれる（第二章第四節第三款・本章第一節参照）が、いずれによせ、優先権放棄により、第三取得者は妻の権利を取得する。したがって、かりに三七五條一項後段の「放棄」が一八八九年法の影響によるものであるとすれば、それは一八八九年法五項本文の影響ということになる。そこで、優先権放棄が、どのような形態の処分である

のかが問題となる。この点につき、一八八九年法五項本文は、第三取得者は、妻の権利（法定抵当権又は優先権）を「代・し・て・行・使・す・る」と規定する。そして、これは、具体的には次のことを意味する。すなわち、「特別な場合においては、
 ∴取得者のための代位が必要とされる。そこで、法律は、∴当事者の意思を解釈して、取得者に代位を認める。譲渡不
 動産につき、妻の法定抵当権よりも後順位の抵当権が他にも存在する場合が、このようである。「実際、不動産の」譲
 渡は、この抵当権につき、なんの影響も与えない。したがって、この抵当権者は、無傷のまま、自己の権利を有し続け
 る。[ところで、]この抵当権者が、抵当権を行使して不動産の差押えをし、弁済を受けるために不動産を競りで売却し
 たとする。[この場合において、]競売代価につき、取得者は、妻の優先権を代位行使する者として、∴優・先・的・順・位・決・定
 (collocation en première ligne) を請求することができる。したがって、不動産を失ったとしても、取得者は、少なく
 とも「支払済み」代価については、それを取り戻すことになる」(ボードリー・ラカンチヌリ)⁹⁶。つまり、第三取得者は
 妻に優先するのである。このように、一八八九年法五項本文が規定する「放棄」と、三七五条一項後段が規定する「放
 棄」は異なるものであり、したがって、処分の形態につき、抵当権放棄及び抵当権順位放棄に対する一八八九年法五項
 本文（したがって一八八九年法）の影響は否定される。

(2) 非絶対的放棄を認めることについての一八八九年法の影響

梅は、三七五条一項後段の「放棄」につき、次のように説明する。すなわち、三七五条一項後段の「放棄」は「絶対
 ニ∴スルノデナク或ル人ノ利益ニ付テノミ∴スル」「放棄」であるが、これが認められるかどうかにつき「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アスケレ
 ドモ元トハ九デ無カツタ為メニ大變疑問ヲ惹起シタコトガアリマス」⁹⁶。この言説から明らかなように、三七五条一項後
 段が認める「或ル人ノ利益ニ付テノミ∴スル」「放棄」に対するフランス法の影響は肯定される。問題は、梅のいう「不

完全ナガラモア」る「先刻申シタヨウナ明文」が、一八五五年法九条に加えて、一八八九年法を指すのかという点である。そして、これが肯定される場合においては、非絶対的放棄を認めることにつき、一八八九年法の影響が肯定されることになる。

一八八九年法一項は「妻の法定抵当権の目的不動産の取得者のためにされた妻による法定抵当権放棄は、…法定抵当権を消滅させ、かつ滌除に値する」と規定するが、四項本文は「妻は代価に対して優先権を有する」と規定するので、法定抵当権放棄は「絶対ニ…スル」「放棄」ではない（第二章第四節第一款参照）。すなわち、法定抵当権放棄は第三取得者「ノ利益ニ付テノミ…スル」「放棄」である。また、妻が、法定抵当権放棄後に存続する優先権を放棄したときであっても、売却不動産の後順位抵当権者がいる場合においては、第三取得者は妻の権利（優先権又は法定抵当権）を代位取得する（一八八九年法五項本文）（第二章第四節第三款参照）ので、優先権放棄も「絶対ニ…スル」「放棄」ではなく、第三取得者「ノ利益ニ付テノミ…スル」「放棄」である。このように、一八八九年法四項本文及び五項本文は、まさに「絶対ニ…スルノデナク或ル人ノ利益ニ付テノミ…スル」「放棄」を認めるものであり、したがって、「不完全ナガラモア」る「先刻申シタヨウナ明文」が一八八九年法を指す可能性も否定できない。しかし、法典調査会における起草者の言説から、この点についての明確な結論を導き出すことは困難であり、この点については不明であるといわざるをえない。

(94) 香山「影響」三五七頁参照。

(95) Baudry-Lacantiniere, t. III, n. 1241 bis.

(96) 『商事法務版』二巻八四一頁。

(97) 後に三七六条となる原案三七一条の法典調査会審議において梅は「仏蘭西杯デ「は、」…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」（『商事法務版』二巻八五五頁）と述べるが、「放棄」と「譲渡」を「同様ニ見」るのはまさに一八五五年法九条であるから、この一節は、一八五五年法九条についての説明にほかならない。そうであるとすれば、梅は、一八五

五年法九条の「放棄」を「或ル人ノ為メニ：スル」「放棄」と理解したことになる。そして、「不完全ナガラモア」る「先刻申シタヨウナ明文」は「或ル人ノ利益ニ付テノミ：スル」「放棄」（すなわち「或ル人ノ為メニ：スル」「放棄」）を認めただけであるから、「先刻申シタヨウナ明文」は当然に一八五五年法九条を指す。別稿において、理論的には、非絶対的放棄を認めることにつき一八五五年法九条の影響を全面的に否定することも可能であると述べた（香山「影響」三五八頁）が、本註をもって、これを訂正する。なお、理論的には、抵当権順位放棄については、一八五五年法九条の影響を否定することも可能であることにつき、香山「影響」三五七―三五八頁参照。

四 結 論

本稿は、一八八九年法の概要を詳らかにした上で（第二章）、三七五条一項に対する一八八九年法の影響の有無を検討した（第三章）。そして、原案三七〇条一項前段処分（すなわち三七五条一項前段処分及び抵当権譲渡）に対する影響については不明であること（第三章第二節・第三節）、抵当権順位譲渡に対する影響についても不明であること（第三章第四節）、抵当権放棄及び抵当権順位放棄の処分形態に対する影響は否定されること（第三章第五節第一款）、非絶対的放棄を認めることに対する影響は不明であること（第三章第五節第二款）が明らかとなった。そうであるとすれば、本稿と別稿の結論（第一章第一節参照）から、三七五条一項に対するフランス法の影響については、以下のように結論づけることができる。すなわち、三七五条一項前段処分及び抵当権譲渡については、一八五五年法の影響は肯定されるが、一八八九年法の影響は不明であること。抵当権順位譲渡については、一八五五年法と一八八九年法の影響はいずれも不明であること。抵当権放棄及び抵当権順位放棄の処分形態については一八五五年法と一八八九年法の影響はいずれも否定されるが、非絶対的放棄を認める点については、一八五五年法の影響は肯定されるが、一八八九年法の影響は不明であること。

三七五条一項に対する一八八九年法の影響の有無を明らかにするにあたり、根拠となる梅の言説がきわめて乏しいこ

とと、フランス法の影響が認められる場合であっても多くは一八五五年法九条の影響により説明可能であること等から、三七五条一項に対する一八八九年法の影響につき明確な結論をだすことは困難であり、以上のような曖昧なものとならざるをえなかった。しかし、明らかなきことがあるとすれば、それは、三七五条一項が認める五つの抵当権処分につき、一八八九年法の影響を積極的に肯定することができる処分が一つもないということである。もつとも、理論的にはその影響を肯定することも可能であり、したがって一八八九年法は三七五条一項に対して影響を与えなかったと断言することはできない。