

研 究

ボアソナード「帝国民法草案註解」(1)

Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*
accompagné d'un commentaire, tome 1-4 (1)

ボアソナード民法研究会
(代表 清 水 元)
訳 清 水 元*

はじめに

ボアソナードによる旧民法典が現行法に大きな影響を与え、また、現行法の構造的な理解が旧民法の理解なくしてはありえないことは、現在の学界の共通の認識であることはいまさら強調するまでもないことであろう。ボアソナードは旧民法の準備草案を起草するにあたり、詳細な注解書(Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, tome 1-4*)を残しており、同書は今なお参照する機会が多い重要な資料である。

ところが、同書の翻訳についてはボアソナード滞朝中に作られたと見られる「再閲修正民法草案注釈」(刊行年不詳)があるのみであり、しかも、法律用語または法概念が定着していない時代思潮を反映して、日本語としても分かりやすいものとは言いがたい。同書が現在かならずしも入手可能な図書とは言いがたい状況で、あえてボアソナードの同書を現代文に翻訳

* 所員・中央大学法科大学院教授

することも、それなりの意義があるのではないかと思考し、ここに訳出することにする。

テキストとしての *Projet* には1989年の版と1991年新版(訂正と増補 *corrigée et augmenté* の表記がある)があるが、ここでは標準とされる新版によることにした。ただし、旧版も随時参照し、必要なかぎり両者の異同にも言及する。なお、[] 内の文章は筆者が文意を損ねない限りで補ったものであり、訳語として重要であるものには原語を残した。また、原文では各節ごとに条文が並べられた後に、注解がなされているが、ここでは、逐条ごとに注解につき翻訳作業をすることにした。訳出は、「債権担保篇・第2部 物的担保 *tome 4. Livre IV, Des Sûretés*」のうち「第5章 抵当権 CHAPITRE IV. DES HYPOTHÈQUES」から始め、以後、「留置権 DROIT DE RÉTENTION」(第1章)、「動産質権 GAGE OU NANTISSEMENT MOBILIER」(第2章)、「不動産質権 NANTISSEMENT IMMOBILIER」(第3章)、「先取特権 PRIVILÈGES」(第4章)へと進める予定である。

なお、参考までに、当時のフランス民法典および旧民法典の条文もあげた。(清水 元)

債権担保篇 第一部物的担保

第5章 抵当権 DES HYPOTHÈQUES

第1節 抵当権の性質および目的物 *De la nature et des objets de l'hypothèque*

Art.1201. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés, par la loi ou la volonté, à l'acquittement de certaines obligations par préférence aux autres, sans qu'il y ait besoin de nantissement. [2114,¹er al.]

〔試訳〕

抵当権は、他の債務に優先して特定の債務の弁済のために、質入を要することなく、法律または意思によって設定される不動産¹⁾上の物権である。

N° 393 “*hypothèque*” というフランス語は、債権の担保を指示するための「支持」, 「支柱」を意味するギリシア語に由来し、ラテン語を経てきた[ものである]。他にも多数の担保が存在するのであるから、その意味はこの点では十分に正確ではないであろう。抵当という用語は、担保が物的なものであることをも説明するものではなく、仮にそのようなものであるとしても、同じく物的なものとして前章に規定した担保と区別し[え]ないからである。

本条で与えられた抵当権の定義は、こうした困難を修正するためのものである。

そこで、以下のように示される。第1に、抵当権は物権であり、3種の人的担保〔保証連帯債務、不可分債務〕と区別される。第2に、抵当権は不動産の上にも設定され、動産の上にも生じうる先取特権と区別される。第3に、抵当権は人の意思により生じるが、法律の権威によっても生じ、この点で、法律によってのみ担保が生じるという先取特権とは区別される。第4に、質入れの必要がなく、その点で、同様に人の意思から生じる不動産質権 *nantissement immobilier* と区別される。第5に、抵当権は債権者に、

1) 不動産とは、土地を指し、建物は独立の不動産ではなく、土地に定着することによって不動産と一体になる (Boissonade, *Projet*, t. 1, N° 17.)。これがフランス法の伝統的な観念であり、ボアソナードもこれを当然に踏襲したのである。現行民法の起草過程でも、起草者の梅謙次郎は土地と建物を一体視する立場であった (法典議事速記録 (二) 856頁, 梅謙次郎「土地ト建物トノ関係」法学志林 8巻 8号 [1906年] 9頁)。民法86条1項が、不動産を「土地及びその定着物」と規定したのみで、建物との関係が明確でないのはそのためである。ところが、抵当権の目的物に関する370条の審議過程に差しかかったところではじめて、異論が続出して論議が紛糾し、その結果建物が土地とは別個の不動産として確定することになったのである。

他の債権者に優先する権利を付与するものである。しかし、この定義は、優先の程度がどのようなものであるかについては[ここで]述べることはできない。

N° 394 フランスではしばしば抵当権が所有権の支分権 *démembrement* であるか否か、また、抵当権は動産権 *droit mobilier* か不動産権 *droit immobilier* かが争われている。抵当権が所有権の支分権であることを否定し、抵当権に動産権としての性格を認める、とする²⁾のが多数の学説ではないとすれば、われわれはためらうことなく、抵当権は不動産権の性格を有し、したがって、所有権の支分権であると言おう。

第一に、本[草]案において(2条)のみならず、フランス民法典(2114条)においても抵当権が物権であることは疑いを容れない。さて、不動産上の物権は不動産権でないということがありうるであろうか。

用益権 *usufruit*、賃貸借 *bail*、地役権 *servitude* も不動産ではないのであろうか。

N° 395 次のような異論がある。すなわち、抵当権は、金銭債権 *créance de somme d'argent* のように、しばしばその目的物によって動産である債権 *droit personnel* を担保する従たる権利 *droit accessoire* であり、それゆえ、従たる権利は主たる権利と別個の性質を有するものではなく、それゆえ抵当権は不動産権ではないし、抵当権が不動産たる債権を担保するならば、それはまれであろう、と。

しかし、従たる権利が主たる権利と同一の運命にあるがために、主たる権利と同一の性格を有する必要がある、ということには異議がある。不動産質権がその証拠である。すなわち、不動産質権は、動産[権]たる債権を担保する場合に、債権とともに移転し、かつ、債権とともに消滅するけれども、目的による不動産と同様に、性質上の不動産として考えないことは無理である。抵当権が、不動産質権と同様に、不動産であるにもかかわらず、附着した債権を譲渡する能力ある者によって譲渡することができる

2) Pont, *Explication théorique et pratique du code civil*, t.10, 1878. がその立場に立つと言われている(藤原明久・ボアソナード抵当法の研究[1995年]14頁参照。

のは、その付従性の結果によるのである。さらに、すべての動産の受遺者は、動産〔権〕たる債権を有するものであるが、不動産の受遺者が同時に存在していたとしても、同様に、抵当権もしくは不動産質権を得るであろう。

N° 396 抵当権の不動産〔権〕たる性格については他にも異論がある。すなわち、抵当権は債権者に対して、不動産の売却代金から代価を得る権利を与えるに過ぎず、動産〔たる金銭〕を得ようとするものであるゆえに、抵当権は動産に過ぎない、というのである。しかし、用益権も、賃貸借も、不動産質権も、その権利者に対して、動産、果実しか得させるものではないが、これらの権利が不動産であることは、否定されていない。これらの果実は、第三取得者に対しても行使することのできる物に対する訴権によって得られるからであり、また、第三取得者に対して不動産を追及する権利も有する抵当債権者はまさに不動産〔権〕を有するのである。

N° 397 最後に、抵当権が不動産物権であることは否定しないが、所有権の支分権たる性格を疑う者がいる。

しかし、所有権の支分権とはつまるところなんであろうか。〔支分権についての〕法律上の定義があるとすれば、抵当権がこうした定義にあてはまるかどうか検証することは容易であろう。しかし、ここにあるのは、法律上というよりは学説上の表現であって、それゆえこれに与えられた射程についてはさまざまでありうる。

われわれによれば、所有権が支分されるのは、所有権を構成し、そこから派生する権利のすべてが、同一人の上には集結されていない場合である。では、その全体が所有権を構成する権利とはなんであろうか。

日本の草案(31条)は、フランス民法典と同様に(544条)、所有権を、もっとも絶対的なしかたで物を利用し、収益し、処分する権利である、と定義している。ところで、自己の土地の上に抵当権を設定した債務者は、使用する権利を失わず、収益する権利も処分する権利も失わない。しかし、財貨に抵当権を付した者は、これらの3つの権利の全部を、絶対的なしかたで保持しているわけではなく、所有権がその損失において支分化されて

いることは、容易に明らかにできる。

まさに、土地の上に質権を設定した者とことなって、抵当権を設定した者が占有と収益を保持するのである。しかし、かれは使用、収益する絶対的権利を保持しているのであろうか。かれは、用益権者について、収益の濫用と考えられる行為をなしうるのであろうか。

衆目一致して、かれはそれをなしえないと答えるであろう。また、建築物または重要な植栽を除去することができないことを認める場合、譲渡は買主を追及権、すなわち、差押えおよび債務弁済のための売却(フランス民法2182条2項参照)に晒すことを認める場合、かれは処分する絶対的権利を保持していると言ってよいであろうか。

それゆえ結論としては、われわれによれば、抵当権はつねに不動産[権]であり、動産[権]たる債権に従たるものであってもそうであって、所有権の支分権を構成するということになる。

われわれは、同一の理由により、不動産の上への先取特権についても、同様にいうことができるであろう。

*フランス民法 2114条1項 [=現行2393条1項]

抵当権とは、債務の履行のために設定された不動産の上への物権である。

*旧民法債権担保編 195条

抵当ハ法律又ハ人意ニ因リテ或ル義務ヲ他ノ義務ニ先タチテ弁償スル為メニ充テタル不動産ノ上ノ物権ナリ

Art.1202. L'hypothèque est indivisible, activement et passivement, s'il n'y a convention contraire, comme il est dit du gage et du nantissement immobilier [2114,2^{or} al.]

[試訳]

抵当権は反対の合意がないかぎり、動産質権および不動産質権について述べたと同様に、積極的にも消極的にも不可分である。

N° 398 この積極、消極の不可分性の効果について繰り返す必要はない³⁾。それはすべての物的担保 *sûretés réelles* に共通のものだからである(第1097条, 第1110条, 第1128条及び第1137条)。

ただ、他の担保に関してすでに述べた点、すなわち、この不可分性が抵当権の性質上のものであり、その意味で合意されることを要するものでは

3) 不可分性の定義は、動産質権および不動産質権について示されているので、ボアソナードはここであえて説明を繰り返すことはしないと述べる。ところが、ここで想定されている不可分性は現行民法372条によって準用される296条とは意味あいを異にしているように思われる。同条は、「留置権者 [= 抵当権者] は債権の全部の弁済を受けるまでは、留置物 [= 抵当不動産] の全部についてその権利を行使することができる。」と規定しているが、それは、第一に、目的物の全部をもって被担保債権を担保し、また、被担保債権の一部は目的物全体で担保されるものと解されている。したがって、債務の一部弁済によって抵当権設定登記の変更はできない(大判明治42年5月19日民録15輯263頁)ものの、これは一個の不動産について抵当権が設定された場合を前提とするものであって、複数の不動産について設定されたときは、複数の抵当権が成立するのが一物一権の原則の帰結である。共同抵当制度(392条)は不可分性の例外ではなく、あくまでも複数の抵当権相互の関係を規律するものなのである。

ところが、フランス民法は抵当目的物が複数個存在することを前提として規定している (“*Elle est …… en entier sur tous les immeubles affectés ……*,”)。ボアソナードもまたこのような立場を踏襲した。一物一権の原則はフランス民法においても、また、旧民法においても明文の規定がなく、当然視されていたとは考えられない。少なくとも担保に関する限りこの原理は貫徹されていないように思われる。ボアソナードが援用している留置権 *droit de rétention* に関する1097条の文言は、「留置する権利を有する複数の物 *des choses qu’il avait le droit de retenir*」, また、動産質権 *gage* に関する1110条の文言も、「*des objets donnés en garantie*」と規定されており、さらに、不動産質権 *nantissement immobilier* は、「動産について述べたように不可分である」、1137条も、「動産質権および不動産質権について述べたように不可分である」と規定しているからである。しかし、現行法の起草過程でも、この変改はまったく意識されなかったようである(民法修正案理由書参照)。ここでは詳論することはできないが、物権の客体としての物の一個性は、集合物の議論とも関連して検討されるべき問題であるように思われる。

ないということを想起しておこう。ただし、合意によって排除されることができるという点で、それは本質上 *de son essence* のものではない。法文もこれを明示する。

フランス民法典が、「抵当権は、性質上不可分である」(第2114条2項)と述べているのは、おそらくこの意味ではない。フランス民法典は、抵当権は地役権と同じように、物の性質上不可分であると言おうとしたようにわれわれには思われる。[しかし]それは正確ではなかろう。フランス民法典がこうした表現をしている意味はともかくとして、抵当権の不可分性は当事者の意思から生じるということができる。法律はこの意思を推定するが、それは反対の証明がないかぎり過ぎない。かくて、草案20条3号が「法律の規定による不可分である」ものの中に抵当権をあげているのは、この趣旨である。

*フランス民法 2114条 [=現行2393条]

②抵当権は性質上不可分であり、かつ、それが設定されたすべての不動産全体の上に、その不動産のそれぞれに、および、それぞれの部分につき存在する。

③抵当権はそれを移転する者がいかなる者の手中に移転しても追及することができる。

*旧民法債権担保編 196条

抵当ハ動産質及ヒ不動産質ニ付キ記載シタル如ク働方及ヒ受方ニテ不可分ナリ但反対ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス

Art.1203. L'hypothèque peut être constituée non seulement sur la pleine propriété des immeubles, mais encore sur l'usufruit, autre que l'usufruit légal des père et mère, et sur les droits de bail, d'emphytéose et de superficie, et aussi sur la nue propriété ou sur le fonds démembré de ces droits. [v.2118.]

Toutefois, le pleine propriétaire ne peut hypothéquer séparément, soit la nue propriété, soit l'usufruit, ni pareillement le sol sans

les constructions ou plantatitons, ou celles-ci sans le sol.

Il peut, au contraire, hypothéquer une part divise ou indivise de son fonds.

Les servitudes foncières ne peuvent être hypothéquées séparément du fonds dominant, ni les immeubles par destination séparément du fonds auquel ils sont attachés.

Dans le cas où l'exploitation d'une mine est concédée, même au propriétaire du sol, l'hypothèque ne peut porter que sur la surface.

Les marnières, turbières et carrières ne peuvent être hypothéquées séparément du sol que lorsqu'elles sont l'objet d'un droit de bail.

[試訳]

抵当権は、不動産の完全な所有権の上のみならず、父母の法定用益権を除く用益権の上にも、賃借権、永借権、地上権、虚有権およびこれらの権利の支分した不動産の上にも設定することができる。

ただし、完全所有権を有する者は、虚有権または用益権を分離して抵当権を設定することができず、また、建物または植栽なしに土地に、あるいは土地なしにこれらの物に抵当権を設定することはできない。

これに反して、土地の分割された部分または不可分の部分について抵当権を設定することができる。

地役権は要役地と分離して抵当権を設定することができず、用法による不動産は、それに付着した不動産から分離して抵当権を設定することができない。

鉱山の開発権が授与された場合、その地表の所有者も、地表上のみ抵当権を設定することができる。

泥灰地、泥炭地、採石場は、それらが借地権の目的となっているかぎり、

地表と分離して抵当権を設定することができる⁴⁾。

N° 399 ここでは、抵当権を設定しうる物と設定できない物を問題とするものである⁵⁾。

原則では、すべての不動産物権に抵当権を設定することができ、二、三

-
- 4) 本条は旧版では5項から成っていたが、冗長と考えられたためであろうか、新版では簡素化された。なお、新たに第6項を起こしている。参考までに、旧版での訳文を示しておく。

「[5項] 鉱山の開発権を授与された場合、鉱山およびその地表が同一の所有者に属するかいなかをとわず、同一債権者、あるいは他の債権者のため、抵当権は鉱山およびその地表を分離して設定することができる。」

- 5) ①ボアソナードは抵当権の目的物について詳細な規定を置いており、フランス民法と異なるボアソナードの独創といてよい。抵当権が不動産およびすべての不動産物権に設定できる原則を明らかにするとともに、疑義を生じさせないため、重ねて抵当権の目的物となる物権について規定し、次条とともに例外的に抵当権の設定が許されない場合を列挙したのである。

ボアソナードによれば、抵当権の目的物となる物権は所有権、虚有権 *nue propriété*、賃借権、永借権、地上権、要役地と分離していない地役権である。以下、これらの権利について、概説する。cf. Cornu, *Vocabulaire Juridique*.

②用益権 *usufruit* とは、フランス民法(578条)を基礎としてボアソナードが導入した制度であり、他人に属する物(動産または不動産)について、その用法にしたがい、性質および実体を変えることなく善良な管理者として有期に使用および収益をする物権的権利である(草案47条)。ボアソナードは、すでに草案71条1項において、用益権に服する物に抵当権を設定しうるときは、用益権に抵当権を設定することができるものと規定していた。

③ボアソナードはフランス民法とは異なり(1708条以下)、賃借権を物権とした(草案2条3項)。ただし、賃借権への抵当権の設定は譲渡・転貸が借借人に禁止されていない場合にかぎられる(草案133条)。

④虚有権 *nue propriété* とは、所有権が支分されて、用益権、使用权、居住権などの権利がすべて第三者の利益のために設定されている期間、所有者にお留保されている名目的な所有権を指す表現である。

⑤永借権 *emphytéose* は、期間30年以上50年以下の賃貸借である(草案166条1項、2項)。フランス民法は永借権の規定を有さず、その抵当権設定については議論があるところである(藤原・前掲書21頁)。現行民法の永小作権の原型であるが、賃借権と概念的に異なる「物権」ではなく、賃借権の特殊な類型とされ

のものが例外となる。しかし、物権はその数が少ないので、法律は抵当権を設定しえないものと同じく、抵当権を設定しうるものを列挙した。フランス [民] 法典は、これとは異なっている。すなわち、あたかも、物にとって抵当権を設定可能であることが例外的な状況であるかのように、抵当権を設定することのできるクラスのものだけをあげているに過ぎない (第2118条)。ただし、まず第一に取引上の物たる不動産をあげており、かくして、[こうした] 制限的な形式が拡張されているのである。

草案では、まず、抵当権を設定しうる物をあげている。第一に、完全または用益権に支分される所有権、次いで、用益権はいうまでもないが、ただし、父母の法定用益権はこれの例外である。[この用益権は] もっぱら一身に専属し、弁済がなくても競売することはできない。また、不動産賃借権も草案では物権であるから同様である [= 設定することができる]。最後に長期の賃貸借である永借権、および特殊な所有権である地上権がある。

№ 400 抵当権を設定する権利が用益権者 (第71条)、賃借人 (第143条)にあることは、すでに以前において認められているところであり、また、

ている。したがって、賃借権の規定が準用される (草案168条)。

⑥地上権 *superficie* は、他人の所有に属する土地の上において建物または竹木の完全な所有権である。フランス民法には規定はないが、判例・学説上承認されてきた制度であり、ボアソナードもこれを当然に踏襲している。しかし、現行法における地上権とは趣を異にするものである点に注意しなければならない。土地と建物を別個の不動産とするのが民法の構成と異なって、フランス民法およびボアソナード草案では、ローマ法以来の「地上物は土地に服する」原則により、建物等は土地所有権に吸収されて独立の所有権客体とはならない (フランス民法553条)。しかし、例外として、地上権設定によって建物等が地盤から独立した不動産となるのである。しかし、これらに当然に抵当権の設定が認められるわけではない。ボアソナードは注意深く、2つの場面を区別する。1つは、あらかじめ完全所有権が支分されて他人のために地上権が設定されている場合であり、もう1つは完全所有権を有する者が土地を支分して虚有権と用益権を生じさせる場合である。前者については、抵当権を設定することは許されるが、後者については許されない。

通常の貸借の原則の一般的な援用の結果として、永借権にも黙示的に[抵当権設定の権利が]認められているとして、異論があるところかもしれない。しかし、同じような異論について答えたように、ある理論はそれ自体完全なものにしておくのが良い。とりわけそれは、用益権のように、日本では多かれ少なかれ、新しいものであるからである。法律の中で用益権者の権利だけを学ぼうとする者が、用益権者がその権利に抵当権を設定することができることをそこに見いだすことは有用である。抵当権[の章]でしか問題にしないならば、容易にこれを見つけることはできまい。賃借権についても同様である。物権性が賃借権に認められたのは、ひとつの革新である。しかし、この権利に抵当権を設定できることは疑われるかもしれない。これを知るためには、われわれがそこに [= 抵当権を論じる箇所の説明をするところまで] 至るまで待つ必要はなかろう。

もしも、地上権者について、その権利に抵当権を設定する資格についての言及がないとしても、地上権は建物または植栽の上への真正の所有権であり、疑いの余地はない。しかし、本条は明文で、このことを説明するものであり、そしてこの場で、用益権と同様に、この権利と結びついた禁止事項をあげる。

N° 401 完全な所有権を有する者は、用益権や地上権を設定することにより、その権利を支分しうが、虚有権を離れて用益権の上に抵当権を、また、土地とは別個に建物の上に、あるいは同様に、用益権を離れて虚有権の上に、または地上権を離れて土地の上に抵当権を設定することもできると考えられよう。

間違いなく、こうした組み合わせ *combinaisons* は物の性質への障害となるものではない。抵当債権者は、抵当権について要求される公示がなされるかぎり、弁済のないときはその支分[権] *fraction*、すなわち、制限的権利を差し押さえ、売却する権利をもちえよう。しかし、それは[これらの] 諸権利者の間に紛争を醸成させるため、法律はこうした所有権の支分化を助長すべきではない。

それゆえ、本条では、これらの所有権の支分権があらかじめ設定されて

いるとき以外は、抵当権は、虚有権と別個に用益権の上にも、また、用益権とは別個に虚有権の上にも、また、土地と別個に地上権の上にも、地上権と別個に土地の上にも、設定することはできないものとした^{〔原註1〕}。

〔原註1〕公式の法典〔フランス民法典〕では、こうした二重の禁止に言及していない。所有者が土地とは別に建物に抵当権を設定することも、また、あきらかに、建物ぬきで土地の上に抵当権を設定することもできることが望まれたのである。そのため、抵当差押え *saisie hypothécaire* あるいは建物または土地の売却の効果によって2種類の所有権が別人のもとに帰する場合、かれに課せられる、あるいはかれによって課せられる負担の混在について重大な難問が生じることになる。ここに禁止を提案するわれわれの理由があった。それゆえに、競売のとき、支払われるべきあるいは受領されるべき負担の数额を物件明細書に記載しなければならないであろう。

しかし、所有権が建物ぬきで土地に抵当権を設定しようとする場合、どの時点から、かれらは地上権者に過ぎないものになるのであろうか？いつ、かれは（地上権者を発生させるものたる）建物を支える権能を失うのであろうか？あきらかに、これは差押えのとき、そして差押えが生じたときにかぎられよう。

これこそ、おそらく、避けなければならないであろう不明確な状況なのである。

N° 402 所有権の分割化された部分、すなわち、物理的な限界によって画された部分、それによって、いわば別個の所有権となる部分についても、また、2分の1、3分の1あるいは4分の1というような不可分の割合部分についても、抵当権〔の設定〕は障害となるものではない。前の場合には、弁済のないときは、抵当権が設定されている部分が競売に付され、以後、その部分から切り離されたものとは別個の不動産となる。後の場合、競買人は、残部を留保して不可分の部分の上に抵当権を設定した債務者との共有者になる。

N° 403 第4項は地役権に関して第2項と同様の、かつ、さらにより顕著な理由によって解決を与えるものである。思うに、能動的な地役権は要役地と切り離すことは想像できない。それは、いわば、ローマの法学者の言うように、〔地役権の〕特質 *des qualités* であり、そもそも、弁済のない

とき、競売の時に地役権〔のみの〕買主を見いだしえないであろう。

用法による不動産の上への抵当権の設定の禁止については、その理由は同じではない。それは、この用法による不動産が土地と結びついた不動産に過ぎず、かつ、この付着が継続するかぎりのものであることによる。したがって、競売がなされるときは、それはもはや通常の動産以外のものではないことになる。

N° 404 国によって譲与された鉱山 *mines et minères* は、抵当権の設定を許していない特別法に服する。譲与 *concession* は私的なものであるからである。地表と鉱山が同一の所有者に属する場合でも、この者が抵当権を設定できるのは地表についてだけであって、鉱山についてではない。

地表の所有者は、地表から切り離された泥灰地 *manière*、泥炭鉱 *tourbière*、採石場 *carrière* の上にも抵当権を設定することはできない。なぜならば、抵当差押えや売却の場合に、競落人の権利の範囲と期間について恣意的なしかたによらずに決定することは難しいからである。しかし、地表が賃貸されるときは、賃借人はまったく他の賃借権のように抵当権を設定できようし、競落人は当初の契約でかれに与えられた範囲と期間をもった権利を行使することになるであろう。

*** フランス民法 2118条** 〔=現2397条〕

抵当権の目的物は以下のものとする。

- 一 取引される不動産および不動産とみなされるその付従物 *accessoires*
- 二 その存続期間中の果実および付従物

2119条 〔=現2398条〕

動産は抵当権によって追求されない。

2120条 〔現2399条〕

船舶抵当権に関する海事法の規定は、この法律によってなんら変更されない。

*** 旧民法債権担保編 197条**

抵当ハ不動産ノ完全所有権ノ上ノミナラス用益権、賃借権、永借権及ヒ地上権ノ上ニモ此等ノ権利ヲ支分シタル所有権ノ上ニモ之ヲ設定スルコトヲ得

②然レトモ完全ノ所有權ヲ有スル者ハ虚有權又ハ用益權ノミヲ分離シテ之ヲ抵当ト為スコトヲ得ス

③之ニ反シテ所有者ハ其不動産ノ限界ニ因リテ定マリタル部分又ハ其不分ノ幾部ヲ抵当ト為スコトヲ得

④地役ハ要役地ヨリ分離シテ之ヲ抵当ト為スコトヲ得ス又用法ニ因ル不動産ハ其附着スル不動産ヨリ分離シテ之ヲ抵当ト為スコトヲ得ス

Art.1204. Ne peuvent être hypothéqués:

Les droits d'usage et d'habitation, ni les autres biens inaliénables ou insaisissables;

Les créances immobilières prévues aux n^{os}2 et 3 de l'articles 11;

Les rentes sur l'Etat et autres créances immobilisées, comme il est prévu au n^o4 deduit article 11, si la loi qui en autorise l'immobilisation n'en permet pas l'hypothèque.

Les meubles, sauf ce qui est dit des navires et bateaux dans les lois spéciales portées à ce sujet. [2119,2120; L.fr.des 10-22 déc.1874.]

[試訳]

以下のものには抵当権を設定することができない。

使用権および居住権および譲渡できず、または差押えのできないその他の財産

第11条2項および3項に定めた不動産債権

国家に対する定期金債権その他第11条第4項に規定する不動産債権。ただし、不動産化を許与する法律が抵当権の設定を許すときはこのかぎりではない。

動産。ただし、特別法において船舶につき規定するものを除く。

N° 405 第1204条は他のより直接的な抵当権の設定禁止をあげている。

第一のものは、用益権に次いで当然想起される2個の権利、すなわち、使用権 *droit d'usage* および居住権 *droit d'habitation* に関する。これらの権利はその設定を受けた者の利益のために譲渡することができない（第119

条参照)⁶⁾。これにより、抵当権が同様に不可能であることは明らかである。抵当権は競売に帰することになるが、この売買は禁じられているからである。

法律はこうした特別の禁止に付け加えて、譲渡または差押えのできない財貨について抵当権を設定することを一般的に禁じている。

N° 406 第二に、法律は第11条第2項に記載した次の3つの不動産債権の上に抵当権を設定することを禁止している。

第一の場合 取得すべき不動産が確定物 *un corps certain* ではなく、量のみが定められた物 *une quantité* であるときの不動産物権の取得を目的とする債権。たとえば、広範な量の中から選択される土地の一部分 *tsoubos* のようなものがそれである。この場合に、所有権が同意のみで移転することができないことは明らかである。要約者は債権しか取得することができず、所有権は引渡し、または双方の一致あるいは合意された方法によってしか取得されないからである(第352条、第633条)。ただし、その債権は不動産の取得を目的とするものであるから、不動産[権]である。

それが抵当権を設定できる理由であろうか。

草案ではこれを認めない。債権が、実際に約束された土地の取得を実現することになるかは十分に確実ではない。諾約者は土地の約束した分量を有せず、最終的に、しかもおそらくはその支払いをすることすらできない損害賠償を命じられることがあるかもしれない。したがって、確実に目的を達することのできないようなことを当事者に約束させるごときは抵当権の目的に悖るものであろう。そのうえ、こうした抵当権に必要な公示を与えるには重大な困難があろう。

第二の場合 抵当としえない第二の不動産債権は、不動産を取り戻すこ

6) 使用権および居住権の上に抵当権を設定しえないことはフランス民法上、明文の規定は存しないが、譲渡、賃貸をなしえない(フランス民法631条、634条)ことから、学説上抵当権を設定しえないと解されている。藤原・前掲書27頁。ポアソナードもこれに従い、譲渡・賃貸をなしえない旨の規定を置く(草案119条)とともに、本条で抵当権設定禁止を明らかにしたのである。

とを目的とするものである⁷⁾。この場合はまれであり、隣接する他のものと混同されてはならない。

不動産の譲渡の解除訴権 *action en résolution*, 取消訴権 *action en rescision*, 廃罷訴権 *action en révocation* を有する場合、不動産を回復しようとする訴権を有しているということになるが、現実には、すでにこの者は不動産上の権利を有しているということが出来る。ただ、それに必要な証明をする[という]条件があるに過ぎない。かれは、むしろ、譲渡の有効な条件が満たされていないがゆえに、不動産の上に以前の権利を保持しているのである。

こうした場合には、譲渡人は、訴権の目的となっている不動産の上に、あるがままの権利として、すなわち、条件付なものとして勝訴に服するものとして、抵当権を設定することができよう。事実、明示的または黙示的に解除条件付で財貨を譲渡した者は、停止条件付で所有権を留保するのであり、第430条が述べるところによれば、両当事者がその権利を、その割り当てられたのと同じ条件で処分しようが、これには抵当権を設定する権利を含んでいるのであって、そもそも抵当権はそれ以外の障害に遭うものでない。

解除権についてわれわれが述べることは、譲渡を取り消し、あるいは廃罷する権利についても同一の理由によって適用される。条件付抵当権は、訴権の効力によって回復される権利に対して許容される。訴権はそれ自体物的 [=物的訴権] であり、かつ不動産であからである。

しかし、本条の禁止は詐欺によってなされた譲渡の取消訴権にも適用されることになる。この特殊な場合においては、訴権は全く人的なものである。草案は明文でこれを定める(第333条第3項、第4項)。譲渡人は停止条件付でその所有権を保持するのではない。それが第三者の手中に移れば、かれは賠償 *réparation* として回復できるに過ぎない。それゆえ、法律

7) フランス民法526条3項は不動産の回復 *recouvrer* を請求することを目的とする訴権を不動産と規定するが、ボアソナードはこれを物的訴権 *action réelle* と解している。

はこうした不動産所有権に導くことのない人的な権利の上には抵当権を設定することを許さないものと考えられる。

それが第663条ないし第665条の扱う片務的であれ、双務的であれ、売買の予約 *promesse* はこの場合に接近しうるものである。すなわち、予約は条件付物権を与えるものであるが、しばしば、物権にあてはまるものとして抵当権も可能であり、また、債権すなわち人的権利のみを与えるときは、その現物履行の不確実性が抵当権の障害となろう。

第三の場合 法律が抵当権の設定を禁じる第三の不動産債権は、建築者の材料をもって建物の建築を目的とする債権である。^[原註 a] その目的は、履行後は新しい建物が債務者の資産の中にあることになるから、たしかに不動産であり、そして、法律が材料は建築者に属するものでなければならぬと仮定することは理由のないことではない。そうでなく、注文者に属さなければならぬとすると、かれは建築そのものをさせる権利しか有せず、新しい財貨ではなく、この材料の変形を求める権利を得るに過ぎないことになろう。

こうした債権が抵当となしえない理由については、第一に、前の二つと同様に、また、それ以上に、不確実性、新たな不動産を注文者の資産として加えることになる現実の履行の蓋然性の小さいことがある。債務は損害賠償に帰する恐れがきわめて大きい。次に、建築は、現実にそれが履行されたとしても、つねに抵当としうる地上権を設定するとはかぎらない。このためには、注文者がその上に建物が建てられた土地所有者ではないことが必要となろう。なぜならば、前条にみたように、注文者は土地および建物双方を有しているときは、他と切り離して抵当権を設定することはできないからである。

[原註 a] 新版では削除されているが、旧版に以下のような註が付されていた。

「この債権は以後、第11条第3項〔法の規定による不動産は以下のものとする—3° 建築者の材料をもってする建物の建築を目的とする債権〕が形造るものであるが、原規定では示されていなかった。改訂のときに付け加えられたものである。」

N° 407 第四の不動産債権、すなわち第11条第4項に示したものについては、ここでは、抵当権設定を禁止も承認もしない。まず第一に、国に対する年金権 *rente* その他国または日本銀行のようないくつかの勢力ある会社を主債務者あるいは従たる債務者とする債権を不動産化することを許すのは、きわめて例外的なものに過ぎないであろう。次に、それらを不動産としたときでも、そのことはこうした不動産の抵当を許した理由とはならないであろう。しばしば、これらの債権は譲渡することができず、同時に、差し押えることもできないと宣言されるであろうが、それは抵当を妨害するに十分であろう^{〔原註 b〕}。しかし特別法により抵当をなしえる日が来るならば、この法律はそれを公示する方策もできなければならない。それは明らかに通常の仕方ではなからう。年金権や類似の債権は形ある不動産のような物理的な場をもつものではないからである。明らかに、国または債務者たる会社の帳簿上になされた届出において、抵当債権者の氏名、付与された権利およびこれによって担保される債権額を証書上記載して、公示が存在していなければならない。

〔原註 b〕 第11条の第一草案以来、われわれがこの規定の有用性について示してきた予想が、実行されている。日本の新たな華族の創設に、真の世襲財産 *majorat* すなわち、貴族の長男にのみ世襲される財産をなす国に対する年金基金が結びつけられた。この年金は、長子への承継を確実なものとするため、譲渡できず差し押えることはできないものと宣言されている。ただし、厳密に言えば、そもそも不動産化されないのである。

ここは、世襲財産制度の評価および倫理的経済的秩序におけるその不都合を示すところではない。もっとも、われわれが述べたことは、フランスについては、私の *Histoire de la Réserve héréditaire et son influence morale et économique, Paris 1872* で参照することができる。

N° 408 「不動産上の物権」とされる抵当権という定義自体で、動産〔抵当権〕を排除するに十分であろう。ただし、これによって、動産を抵当に入れることに対する禁止には例外があることは、まず禁止が原則であることから出発するものでなければならない。

例外は船舶に関するものであり、それが本質的に動産であるとしても、多大な価値を有して、その所有者らの信用手段でありえる。

確かに、動産としては質入れをすることもできる。しかし、そこでは、債務者は占有を債権者のために放棄しなければならず、そこから収益を得ることを妨げる。

すでにフランスや他の諸国においては、債権者に質入れすることなく、船舶を抵当に入れることが考えられている。この抵当権に対して、公示は船舶の碇泊港の登録簿へ記入するという特別の方法によってなされている。滌除もまた、特別の方式に服する(フランス1874年12月10日法参照)。

日本にも同様の抵当権を認める必要があることが感じられる。それは少なくとも黙示的に、19世紀の特別法により明治の年に認められてきたのであるが、ただ、実地経験により法律への多少の付加をすることになるかもしれないものである。

N° 409 これら2個の規定、原則と例外はフランス法典 [= 民法典] 法から借用したようである(第2119条及び第2120条)。しかし、2個の法律の間には完全な同一性はない。フランスの法典では、「動産は抵当権によって追及することができない」としているが、それは、動産は債権者間の優先権については抵当となしうるが、第三取得者 *tiers détenteurs* に対する追及権についてはそうではないことを意味するものと考えられよう。しかしながら、それは、その定式をパリの旧慣習法から借用したこれらの規定の沿革上からも明らかであり、その慣習自体パリのシャトレの裁判例に倣ったものであって、そこでは、古くから動産は抵当に入れることができず、いずれの効果も生じないことを示すものと解されていたのである。それは特定の先取特権の対象でありうるものであった。ただし、せいぜい、それが債務者の占有下にあるかぎり、債務者の手中から詐欺によって逸出したときは、第三者に対して回復請求することができるにとどまる。しかし、それは先取特権の効果でも抵当権の効果でもなく、廃罷訴権 [= 詐害行為取消訴権] の通常の効果によるものである。

フランスの法典は船舶に関する海事法の規定を留保している。ただし、

船舶抵当権には言及はない。それは近年の制度である。そこに船舶の上への種々の先取特権（商法典第190条～第196条参照）に言及がある。2120条は、それゆえ、動産に関する特別の先取特権の章に置かれるべきものであろう。

*** フランス民法 2119条**

動産は抵当権によって追求されない。

2120条

海上船舶に関する海事法の規定は、この法律によって何ら変更されない。

*** 旧民法債権担保編 198条**

① 左ニ掲クルモノハ之ヲ抵当ト為スコトヲ得ス

第一 使用权、住居権其他譲渡スコトヲ得ス又ハ差押フルコトヲ得サル財産

第二 財産編第十条第二号及ヒ第三号ニ掲ケタル如キ不動産債権

第三 同条第四号ニ掲ケタル如キ不動産ト為シタル債権但之ヲ不動産ト為スコトヲ許可スル法律カ其抵当ヲ許ササルトキニ限ル

② 船舶ノ抵当ニ付テハ商法ノ規定ニ従フ

Art.1205. Les dispositions du présent Code sont applicable aux hypothèques établies par le Code de Commerce et par les lois spéciales, sur tous les points qui ne sont pas réglés autrement par lesdites lois.

[試訳]

本法典の諸規定は、商法典および特別法により定められた抵当権に対して、これらの特別法に別段の定めをしていないすべての点において適用される。

N° 410 本条は前条の最後の部分 [船舶抵当権] に類似するものであり、本章の準則が抵当権の一般法をなし、商法によって不動産上に設定されることのある抵当権を「も」規律するものであることを定める。事実、債権者集団のための破産者の財産上への一般法定抵当権がありえる（フランス

商法第490条2項参照)。この抵当権は若干の特則を有することがあろう。ただし、それは、別段の定めがないすべての点につき、なお本法典に服するのである。

***旧民法債権担保編 199条**

此章ノ規定ハ商法其他特別法ニ於テ異例ヲ設ケサル限りハ此等ノ法律ヲ以テ設定シタル抵当ニ之ヲ適用ス

Art.1206. L'hypothèques s'étend, du plein droit, aux augmentations, ou améliorations qui peuvent survenir au fonds, soit par des causes fortuites et gratuites, comme l'alluvion, soit par le fait et aux frais du débiteur, comme par des constructions, plantations ou autres ouvrages, pourvu qu'il n'y ait pas fraude à l'égard des autres créanciers et sauf le privilège des architectes et entrepreneurs de travaux, sur la plus-value, tel qu'il est réglé au Chapitre précédent.[2133.]

Elle ne s'étend pas aux fonds contigus que le débiteur aurait acquis, même gratuitement, encore qu'il les ait incorporés au fonds hypothéqué, au moyen de nouvelles clôtures ou par la suppression des anciennes.

[試訳]

抵当権は、堆積地のような偶然かつ無償の原因であれ、建築、植栽その他の工作のような債務者の行為および費用によるものであれ、土地に生じることのある増加または改良の上に当然におよぶ。ただし、前章に規定したような増価分について、他債権者に対する詐欺がないことを要し、かつ、建築家および工事請負人の先取特権は除外される。

抵当権は、債務者が取得することのある隣接地には、無償であれ、新たな囲障または旧囲障の撤去によって抵当地と合体した場合であってもおよばない。

N° 411 本条は、おそらくは簡潔に過ぎて疑義を生じているフランス法

2133条を発展させる点で異なるものである。すなわち、「抵当権は抵当不動産に生じる一切の改良に及ぶ」と言うが、増価については沈黙しており、生じうる改良の原因については説明をしていない。

われわれの考えでは、ここで提案された解決はフランス法にしたがって与えられなければならないものである。

第一に、土地に生じた偶然的な改良は異議なく抵当債権者の利益となる。それは、法文が入念にそれを示しているように、無償であるためである。近隣での道路や運河、鉄道の開設、橋梁の設置等の工事から生じた増価がそれである。堆積のように、偶然かつ無償の性質を有する取得についても同様である。これは本条の与えた例示である。

N° 412 次に、「建築、植栽その他の工事」のような、債務者の行為により、かつ、その費用によって得られた改良が来る。ここでは、疑義が生じうるであろう。債務者がその財産から支出したものは、債権者の一人の利益を増加させるため〔総〕債権者の一般担保を減縮させるものだからである。しかしながら、費用の重要性においては多くのバラエティがあり、また、法律が費用が抵当債権者に利益を与えることを原則に据える多くの場合、費用は適法なものでありうる。他方で、濫用がありうるから、同時にそれを防ぐために、ただちに措置をとるべく、法律はまず他債権者への詐欺の場合を除外する。次いで、建築及びその他の工事は第1178条及び第1180条に規定する建築家および工事請負人の先取特権の原因となりうることを想起させているのである。かくして、抵当権の拡張はこれらの者が弁済された後の増価について残存する分についてのみ生じることになる。

N° 413 最後に、法律は、債務者が抵当地に隣接する土地を取得したことを想定している。ここでは、準則は逆になる。すなわち、抵当権は拡張されず、例外は存しない。新たに取得されたものが抵当権に服する場合であっても、それはしばしば、まず第一に売主の先取特権に服することになる。ただし、代金が債務者の金銭で支払われていれば、一般債務者を侵害することになる。交換の場合、交換された不動産は同様に一般担保から除外されてしまうことになり、本来の合意の外で〔債権者〕全体 *masse* を害

する行為によって増加した担保を， 抵当債権者が受け取るというこの結果は受け入れがたいであろう。

最後に， 法律は， 債務者が新旧不動産を， 新たに一個の障壁で取り囲むことにより， あるいは内部の障壁を撤去することにより， 新たな不動産と従来の不動産をできるかぎり密着させることによって合体させた場合でも， 抵当権が及ばないことを明らかにする。

ここでは意思の問題に関せず， 法と正義の理由に関するから， 多かれ少なかれ債務者の明白な行為が解決に変化をもたらさないことは当然である。

* フランス民法 2113条

取得された抵当権は抵当不動産について生じたすべての改良に及ぶ。

②ある者が他人の土地の上に自己のために建築することができる現実の権利を有するときは， 建築が開始され， または単に計画された建物に抵当権を設定することができる。建物の損壊の場合には， この抵当権は同一の敷地に建設される新たな建築物の上に法律上当然に移される。

* 旧民法債権担保編 200条

抵当ハ意外及ヒ無償ノ原因ニ由リ或ハ債権者ノ所為及ヒ費用ニ因リテ不動産ニ生スルコト有ル可キ増価又ハ改良ニ当然及フモノトス但他ノ債権者ニ対シテ詐害ナキコトヲ要シ且前章ニ規定シタル如キ工匠技師及ヒ工事請負人ノ先取特権ヲ妨ケス

②抵当ハ債務者が縦令無償ニテ取得シタルモノナルモ其隣接地ニ及ハサルモノトス但新囲障ノ設立又ハ旧囲障ノ廃棄ニ因リテ隣接地ヲ抵当不動産ニ合体シタルトキモ亦同シ

Art.1207. Les pertes, diminutions ou détériorations des biens hypothéqués, provenant de causes fortuites ou majeures, ou du fait d'un tiers, sont au détriment du créancier, sauf son droit sur l'indemnité, s' il y a lieu, comme il est dit à l'article 1138, au sujet des privilèges.

Si les biens hypothéqués ont subi des diminutions ou détériora-

tions par le fait du débiteur ou par défaut d'entretien, de telle sorte que la garantie du créancier soit devenue insuffisante, le débiteur est tenu de donner au créancier un supplément d'hypothèque. [v.2131.]

En cas d'impossibilité de le faire, il est tenu de rembourser la dette, même avant l'échéance, dans la mesure où la garantie du créancier est devenue insuffisante. [1188.]

[試訳]

偶然または不可抗力の原因による、あるいは第三者の行為による抵当物の滅失、縮減または損傷は債権者の損失となる。ただし、先取特権に関する第1138条に規定したように、必要な場合に債権者の損害賠償の権利を妨げない。

抵当物が債権者の行為または保存の瑕疵によって縮減または損傷をこうむり、それによって債権者の担保が不十分となったときは、債権者は債権者に抵当権の補充を供与する義務を負う。[第2131条参照]。

これが不可能であるときは、債権者は弁済前であっても、債権者の担保が不十分となったかぎりでは債務を償還する義務を負う。

N° 414 本条は前条の裏面である。すなわち、抵当物件が縮減または損傷を被った場合である。

まず、偶発的または不可抗力あるいは第三者の行為から生じた場合、それらが債務者にとり、偶然的または不可抗力であることを想定する。これらの場合には、滅失は債権者〔の側〕にあるが、第三者に負担させる損害賠償の権利を妨げるものではない。ただし、この損害賠償は不法行為の結果としての通常の損害賠償でありうる。公益を原因とする収用の補償についても同様であろう。そこでは第三者は国または国の権利の専売特許会社 *compagnie concessionnaire d'un droit de l'Etat* とは別のものである。

N° 415 次に法文は抵当物件が縮減または損傷（保存の瑕疵もこの場合の一つである）をこうむったのが債務者の過失によるものであること、そして、その結果債務者の担保が不十分となったことを想定している。この

場合債権者はそれを甘受すべきではなく、債権者は他の財産について抵当権の補充を供与しなければならない。この新しい抵当権は明らかに先のもものと同順位ではなかろう。供与された財貨がまだ抵当に付せられていないときはそれは優先権をもつであろうが、これと反対の場合には、その順位は劣後することになろう。

債務者が抵当権の補充を供与することができないときは、救済は一般原理によって示される。すなわち、債務者が期限の利益を失い、債務はただちに請求しうるものとなる(第425条第3号参照)。しかし、債務の全部が請求可能となるのは行き過ぎであろう。債権者の担保が不十分となる限度であれば足りる。

こうした規律のしかたは、抵当権の補充よりも単純であるものの、債権者に課することはできないであろう。なぜならば、債務者が弁済期前に債務を償還する権利を有する場合であっても、それは債権者の意思に反して一部弁済をする権利を認めるものではないからである(459条)。

N° 416 債務者の過失と偶然的または不可抗力による原因との区別に基づくこれらの草案の解決は、フランス[民]法典(第2131条)を導いているそれとは異なっているようである。法典の表現の一般性からすれば、それは、担保が不十分となった場合はすべて債務者は抵当権の補充を要求することを許しているものと大多数の学者を信じさせるものである。われわれはこうした物権法の危険理論 *théorie des risques* の一般原理に反する解釈の正確さに対する疑問をもつ。要するに、われわれは日本においてこれを維持することを提案するものである。

*フランス民法 2131条

抵当権を付された一個または数個の不動産が滅失し、または損傷し、債権を担保するために不足となったときは、債権者はただちに、債務の償還を請求し、または抵当権の補充を得ることができる。

*旧民法債権担保編 201条

意外若シクハ不可抗ノ原因又ハ第三者ノ所為ニ出タル抵当財産ノ滅失、減少又ハ

毀損ハ債権者ノ損失タリ但先取特権ニ関シ第三百三十三條ニ記載シタル如ク債権者ノ賠償ヲ受ク可キ場合ニ於テハ其權利ヲ妨ケス

②若シ抵当財産カ債務者ノ所為ニ因リ又ハ保持ヲ為ササルニ因リテ減少又ハ毀損ヲ受ケ之カ為債権者ノ担保カ不十分ト成リタルトキハ債務者ハ抵当ノ補充ヲ与フル責ニ任ス

③此補充ヲ与フルコト能ハサル場合ニ於テハ債務者又ハ担保ノ不十分ト成リタル限度應シ満期前ト難モ債務ヲ弁済スル責ニ任ス

