

ボアソナード「帝国民法草案註解」(7)

Boissonnade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*
accompagné d'un commentaire, tome 1-4 (7)

ボアソナード民法研究会
(代表 清水 元)[†]
訳 福田 誠 治^{*}

第5章 抵 当 権 DES HYPOTHÈQUES

第5節 第三取得者に対する抵当権の効力または追及力 DE L'EFFET DES HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS, OU DU DROIT DE SUITE. (承前)

第2款 滌除 DE LA PURGE.

Art. 1269. Le tiers détenteur peut, sans payer toutes les dettes hypothécaires inscrites, en affranchir l'immeuble, en payant aux créanciers dans l'ordre où ils sont inscrits ou en consignant en leur faveur le prix de son acquisition ou la valeur estimative de l'immeuble ou une somme supérieure, le tout accepté par eux, expressément ou tacitement, après les offres et la procédure dites¹⁾ "de purge," telles qu'elles sont réglées ci-après.

[†] 研究会代表清水元所員は2014年12月13日に逝去されました。

^{*} 嘱託研究所員・上智大学大学院法学研究科教授

1) Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.1 (1891) p. 459では、「dite」の語が削除されている。なお、以下では同書を理由書と表

【試訳】

第三取得者は、登記済み抵当債務のすべてを支払わずとも、自己の取得代金または不動産の評価額もしくはそれを超える金額を登記順位にしたがって【抵当】²⁾債権者に弁済し、または債権者のために供託し、以下に定める提供と滌除手続を踏んだうえで諸債権者が委細を明示または黙示のうちに受諾すれば、不動産を抵当債務から解放することができる。

N° 508 滌除の性質。

前款では、第三取得者がとりうる第1の選択肢について説明したが、それには不都合がないわけではなくて、第三取得者はほとんどそれを選択しないだろう。それと異なり、ここで示す第2の選択肢はもっとも賢明なものであり、それゆえ頻用されるだろう。

フランス語でいう滌除 *purge* という名称は医学から借用したものであって、フランス法の流れを汲む他の諸法典は、各自の言語における同様の表現を採用している。これは浄化を意味しており、抵当権は取得を阻害する瑕疵または不動産を襲う病気として扱われ、浄化がその汚点または苦痛を取り除こうというのである³⁾。

本条は滌除の性質を示しており、第三取得者は抵当債務の全額を支払うのではなく、取得代金の限度で提供し、弁済を受けない者を含めた諸【抵当】債権者の明示または黙示の受諾に関わる独自の手続を踏んだうえで、登記の順位にしたがって弁済するだけである。

N° 509 売買代金がない場合に提供すべき評価額。

第三取得者の取得が常に売買によって生ずるわけではなく、贈与や遺贈による取得もあり得るから、そういった場合において滌除を望む第三取得者は不動産の価値に相当する金銭を提供しなければならない。これは、債務者【抵当不動産の前主】が用いた譲渡の態様によって、抵当債権者の権利が損なわれることがあってはならないからである。売買による取得の場

記して、初版（1891年）や理由書との主要な異同を注記する。

2) 本稿において、【 】は訳者が補った部分を指す。

3) 理由書はこの段落を簡略化するが、叙述内容に変更はない。

合でさえ、代金のごく安価だということがあり得るから、取得代金を超えた金額を提供し、【超過額を】売主に求償するのが第三取得者にとって得策である。さもなくば、提供が受諾される可能性はごく僅かなものになってしまうからである。それと異なり、特段の事情があつて不動産の実価を超える代金を【売主に】支払つた場合には、【滌除金としては】それより少額の提供で済ませることを許容できる。たしかに、【抵当】債権者が売買代金額を知っておれば（謄記によってそうなることは多い）、割り引かれた金額の提供を受けても受諾しようとはしないだろうし、一般論としていえば、【差額を売主に代金として支払義務を負う】第三取得者自身にとって少額の提供をすることには利益がない。しかし、思慮に欠け、代金の全額または一部を売主に直接支払つてしまい、抵当債権者に対する関係では免責を受けていないという場合を想定すれば、不動産の実価だけを提供するのは多大な利益であつて、その二重弁済に関して債務者から回収できる可能性は大きくない。

本条は、供託が現実の弁済の代わりになり得ることを示しているが、1280条のところでそれを再説しよう。

***旧民法債権担保編 255条**

第三所持者ハ登記シタル総テノ抵当債務ヲ弁済セサルモ債権者ニ其登記ノ順序ニ從ヒ不動産ノ取得代価、其評価若クハ之ニ超ユル金額ヲ払渡シ又ハ債権者ノ為メニ之ヲ供託シテ不動産ノ負担ヲ免カレシムルコトヲ得但下ニ規定セル如キ提供及ヒ滌除ノ手續ヲ為シタル後債権者ノ明示又ハ黙示ノ承諾アリタルコトヲ要ス

Art. 1270. L'acquéreur sous condition suspensive ne peut purger, tant que son droit n'est pas consolidé par l'accomplissement de la condition.

L'acquéreur sous condition résolutoire peut purger, même avant que son droit soit consolidé par la défaillance de la condition.

Dans ce cas, si les offres du tiers détenteur ont été acceptées et si, après la radiation des hypothèques sur lesquelles les fonds ont manqué, l'acquisition du tiers détenteur est résolue par l'effet⁴⁾ de la condition, les inscrip-

tions radiées sont rétablies conformément à l'article 1251.

Si, dans le même cas, les offres n'ayant pas été acceptées, l'immeuble est vendu aux enchères, comme il est réglé ci-après, l'adjudication prononcée, soit au profit du tiers détenteur, soit au profit d'un autre, demeure désormais à l'abri de la résolution.

〔試訳〕

停止条件付の取得者は、条件成就によってその権利が確定しない限り滌除できない。

②解除条件付の取得者は、条件の不成就によってその権利が確定する前であっても滌除できる。

③前項の場合において、第三取得者の提供が受諾され、滌除金の支払に与らない抵当権【の登記】が抹消された後に条件の成就によって第三取得者の権利取得が解除されれば、抹消された登記は1251条にしたがって回復される。

④第2項の場合において、提供が受諾されず、後述の定めにしたがって不動産が競売に付されている場合には、売却許可が第三取得者についてなされたのであれ、第三者についてなされたのであれ、以後は、解除の影響を受けない。

N° 510 停止条件付取得者に関する滌除の不許と解除条件付取得者に関する滌除の許容；後者における場合分け：第1に提供の受諾，第2に提供の拒絶と競売による再売却。

周知のように、【権利の】取得は債務と同様、2種類の条件にかかることがある。その1つは停止条件であり、これは取得を先延ばしにし、取得の実現を阻害しうる。もう1つの解除条件は取得の効力を生じさせるものの、取得を解消する可能性を残す。さらに、いずれの条件も将来における不確実な事情にかかっている（428条以下参照）。

4) « l'effet » を理由書では、« l'accomplissement » に変更している。

滌除権はそのうちの解除条件の場合に限り成立する。

停止条件の場合において、第三取得者は取得の期待や可能性よりも小さなものしかもっておらず、滌除できない（本条1項）。かりに、条件付の権利しかもたない者が、抵当債権者に完済しないままその確立した権利を消滅させうるのだとすれば、甚大な不都合が生ずるだろう。

それに対し、将来解除の可能性があるにすぎないような第三取得者は、その権利が現に成立しており、滌除できる（本条2項）。しかし、滌除および抵当権【登記】の抹消後に条件成就によって第三取得者の権利が解除される場合を法律は想定しなければならない。2つのケースが次のように規律されている。

第1に、第三取得者の提供が受諾され、不動産が第三取得者のもに残っており、滌除金の支払に与らなかつた抵当権が、現実の弁済によって消滅した抵当権と同様に抹消された（1280条2項参照）。その後、第三取得者の権利が条件成就によって解除されれば、弁済なしに行われた抹消は適法な原因がなかつたことになり、その抹消も解除され、その登記は1249条⁵⁾にしたがって付記登記の方法により登記を回復する。

原則として、本条は第三者の関わる問題につき錯誤または不意打ちを回避するための唯一の手段として判決を要求する。すなわち、弁済を受けておらず、回復登記を求める【**抵当**】債権者は判決を求めなければならないのだが、その判決は第三取得者の取得とともに滌除が解除されたことを確認し、かつ抹消登記の回復を命じまたは公認するにとどまる。

注意すべきこととして、ここで回復された抵当権は、第三取得者が当該不動産に設定できる抵当権とは競合しない。これは、第三取得者の設定にかかる抵当権は設定者の権利とともに消滅するからである。

第2に、第三取得者の提供が受諾されないならば、その場合は後述のように（1279条および1290条）、当該不動産は競売によって売却しなければならない。売却許可が宣告されても、当初の買受けにかかる解除条件の成

5) これは誤植であり、理由書では1251条（債権担保編237条）を引用している。

就によって売却許可が解除されうるならば、競売は無意味なものとなり、その売却は不動産の正当な価格をもたらさないことになってしまう⁶⁾。そのため、本草案は「その売却が解除の影響を受けない」としている。

これらの処理方法についてはフランスの法典にはおよそ定めがない⁷⁾。その方法が法典の精神であり、特にそれが最新の処理だといえるだけである。というのは、民事訴訟法典は不動産差押えに基づく売却に関して、その売却は、執行債務者が代金を支払っていない元の売買に関する解除の影響を受けないように配慮したからである(フランス民訴692条1号⁸⁾)。

***旧民法債権担保編 256条**

停止条件附ニテ不動産ヲ取得シタル者ハ条件ノ成就ニ因リテ其権利ノ定マラサル間ハ滌除スルコトヲ得ス

②解除条件附ニテ取得シタル者ハ条件ノ到来セサルニ因リテ其権利ノ定マル前ト雖モ滌除スルコトヲ得

③此場合ニ於テ第三所持者ノ提供カ承諾セラレタルモ其金額ハ抵当債務ヲ全ク弁済スルニ足ラスシテ其抵当ヲ抹消シタル後第三所持者ノ取得カ条件ノ到来ニ因リテ解除スルニ於テハ抹消ヲ受ケタル抵当債権者ノ登記ハ第二百三十七条ニ従ヒテ之ヲ回復ス

④又右ノ場合ニ於テ提供カ承諾セラレスシテ下ニ規定セル如ク不動産ヲ競売ニ付シタルトキハ競売ハ第三所持者ノ為メ宣告アリタルト其他ノ者ノ為メ宣告アリタルトヲ問ハス以後解除条件ヲ免カレシム

Art. 1271⁹⁾. Le droit de purger les hypothèques n'appartient pas au tiers

6) ここでボワソナードが指摘するのは優れて経済学的な発想であり、増価競売による売却が条件成就によって解消されるかもしれないという不確実性が買受申出価格の低下をもたらすことを述べている。

7) 理由書はこの段落を削除している。

8) 後述1272条の参照条文をみよ。

9) 債権担保編257条1項は草案本条1項と同じだが、2項および3項を削除し、4項を繰り上げつつ文言を変更している。「② 他人の債務のため自己の財産に抵当権を設定した者も滌除権をもたない。」

détenteur tenu personnellement de la dette hypothécaire, soit principalement, soit comme caution.

Il n'appartient pas non plus à un codébiteur conjoint du constituant, à moins qu'il n'ait payé sa part dans la dette, avant les premières poursuites hypothécaires ;

Ni, dans aucun cas, à l'un des héritiers du débiteur, lors même qu'il a payé sa part héréditaire de la dette ;

Ni à celui ou à l'héritier de celui qui a constitué hypothèque sur son bien pour la dette d'autrui.

【試訳】

抵当債務について債務を負担する第三取得者は、それが主債務者としてであれ保証人としてであれ、滌除権をもたない。

②抵当権設定者と共同債務者¹⁰⁾の関係に立つ者も滌除権をもたない。ただし、最初の抵当権行使前に自己の負担部分を弁済しておれば別である。

③債務者の相続人の1人がたとえ相続分に相当する部分の債務を弁済しても、滌除権をもたない。

④他人の債務のため自己の財産に抵当権を設定した者またはその相続人にも滌除権がない。

N° 511 滌除できない取得者。

本条は、第三取得者が別の地位を併有することで滌除による抵当権の解放ができない場合を示しており、それは次の通りである。

第1に、債務につき【第三】取得者として義務を負うにとどまらず、主債務者または連帯債務者、不可分債務者、保証人や手形保証人のような従たる債務者として人的な債務を負担する者。これらの者は抵当不動産の取

10) 共同債務者とは分割債務の債務者を指す。Boissonade, Projet nouv. éd. t.2 (1891) n°424 p. 491.

得者ではあるが、「第三」取得者ではない。それから当然のことだが、抵当債務に関する唯一の債務者がなお【抵当不動産の】所有者であって、その不動産の評価額を提供する場合でも、滌除を主張することはできない。

第2に¹¹⁾、抵当債務に関する単なる共同債務者。これは、債務の一部だけしか義務を負担しない場合でも同じであって、他の債務者の負担部分に関して滌除を主張することはできない。ただし、最初の抵当権行使を受ける前に自己の負担部分を弁済しておれば別である。というのは、抵当権行使においてひとたび債務者として扱われれば、その地位を第三取得者にすぎないものに変更することは許されず、その変更は進行中の手続に深刻な影響を及ぼすことになってしまうからである。

第3に、元の債務者の相続人。【ここでは】抵当権行使の前に債務に関する自己の相続分を弁済していた場合でも同じである。ここで滌除権が否定されるのは、債務者の相続人たる地位が抵当権の不可分性と結合することによる。すなわち、債務者が滌除できないならば、相続人も滌除できない。

第4に、最後に、「物上保証人」と呼ばれる者。物上保証人は他人の債務を自己の財産の1つでもって担保しているからである。厳密にいうと第三取得者は、自己の全財産でもって担保する保証人のような義務を負うわけではないが、それでも自己が設定した権利につき遵守義務を負うことに変わりない。そして、抵当債権者と契約上の関係をもたない第三取得者であれば滌除は正当なものではあるけれども、滌除は抵当権を損なうものなのだから、設定者自身はそういった毀損行為をすることができない。

この第4点についてはフランス法で激しい議論があるから¹²⁾、ここで

11) 草案2号および3号の削除に伴い、理由書ではそれに関する次の説明を本条理由の末尾に示している。「本法は、共同債務者が抵当権行使前に負担部分を弁済した場合について定めていないが、他の債務者の負担部分については債務を負担しないのだから第三取得者として滌除を認めるべきである。」

12) « le tiers détenteur » という表現における détenteur は、本来、所持者を意味しており、そこに取得者という意味はない。そして、抵当権者は物上保証人や

は、疑念を除くために明文化する必要がある¹³⁾。

*旧民法債権担保編 257条

抵当ヲ滌除スル権利ハ主タル債務者ト為リ又ハ保証人ト為リテ自身ニテ抵当債務ノ責ニ任スル第三所持者ニ属セス

②又右ノ権利ハ他人ノ債務ノ為メ自己ノ財産ヲ抵当ト為シタル者ニ属セス

Art. 1272. Ne donnent pas lieu à la purge les adjudications¹⁴⁾ publiques sur saisie immobilière, sur surenchère ou sur poursuites hypothécaires, ou autres auxquelles les créanciers hypothécaires sont appelés à intervenir.
[C. proc. civ., 692, 708, 717-7^e al., 965, 973-6^e al., 988.]

Il en est de même des expropriations pour cause d'utilité pblique ; [L. 3 mai 1841, art. 17.]

Sans préjudice du droit des créanciers hypothécaires d'être colloqués à leur rang sur le prix d'adjudication ou sur l'indemnité d'expropriation.

[*Ibid.*]

[試訳]

不動産差押えまたは増価競売, 抵当権実行, その他, 抵当債権者が手続

第三取得者に対する最初の抵当権行使として、不動産を委付するか、さもなくば抵当債務を弁済するかを請求できる。ここで、物上保証人や第三取得者は抵当債務を負担しておらず、したがって不動産を委付すれば抵当債務の全額を支払う義務はない。この点に着目して、19世紀の一部学説は、物上保証人にも滌除権を肯定すべきだと説いている。すなわち、委付の権利と滌除を連結するのである。しかし、それは少数説にとどまっている。Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4 éd. t.3 (1869) p.505 note 24; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Traité théorique et pratique de droit civil, 3 éd. t.27 (1906) n°2347 p. 584.

13) 理由書ではこの段落を削除している。

14) « les adjudications publiques sur saisie immobilière, sur surenchère ou sur poursuites hypothécaires, ou autres » の部分につき、理由書はそれを « toutes les enchères » に変更し、文章を簡略化している。

参加の呼び出しを受ける手続に基づいた競売による買受けは【その買受人の】滌除原因とならない。

②公用徴収の場合も同じである。

③【その場合】競売における買受代金または公用徴収における補償金に対して、抵当債権者がその順位に応じた配当を受ける権利を妨げない。

N° 512 滌除を許容しない取得態様。

ここでの問題は、滌除原因とならない一定の取得態様である。これは、その取得態様からいって、不動産の適正価格が現実化し、再売却に付してもそれより高額にはならないだろうと推定できることによる。

その第1は競売による買受けであって、本条はその主なものとして、不動産差押え(1264条)や増価競売(1278条)、抵当権実行(1290条)に基づく競売による買受けを示している。さらに本条は、「その他、抵当債権者が手続参加の呼び出しを受ける手続に基づいた競売による買受け」と付記しており、制限行為能力者や不在者の不動産に関する競売による買受けおよび、民事訴訟法が抵当債権者を召喚する、その他の競売による買受けがそこに含まれる。

第2は公用徴収であり、ここでは、補償金が算定されることで、適正価格が収用不動産に示されたということが許されよう(原注¹⁵):未来形で表現しているのは、国と所有者の合意が成立しない場合における補償金の算定方法が、現時点ではおそらく十分には所有者の利益を保護していないからである。)。さらに、通常の滌除を排除すべき決定的な理由があって、滌除は目的物を公開の競売にかけることを許すのだが、よく考えれば、目的物はもはや特定人には帰属しえない。公共の必要性があると認定されているからである。

そのうえ、本条は2種の取得者に滌除権を否定しているが、これは取得者に不利益をもたらさず、抵当債務の完済を取得者に強いるわけではない。というのは、【**抵当**】債権者の権利が買受代金または収用補償金に対

15) 理由書はこの注を削除している。

する配当を受けることに限定されるからである(本条3号)。それは時にフランスでいわれていることと同じであり、「競売による買受けは登記済み抵当権を滌除する」と法律の明文にさえなっているし(フランス民事訴訟法717条7項¹⁶⁾、公用徴収についても同じことがいえよう(1841年5月3日法17条3項)。**【そこには滌除の表現が出てくるが、】**これは本条の定め反するわけではない。本条は競売による買受けや公用徴収における第三取得者に滌除権を否定しているが、そこで想定するのは本款という滌除であって、提供が受諾されればそれが合意を構成し、拒絶されれば再売却に至るような性質のものを指している¹⁷⁾。

***フランス民事訴訟法 692条¹⁸⁾**

前条に定める**【負担目録の閲覧に関する】**催告は、8日および50キロメートルごとに1日を加えた期間内に、次の者に対しても行われる。

一 差押財産に対する登記済みの債権者に対して、登記上の選定住所に宛てて。登記済み債権者のなかに差押不動産の売主が含まれておれば、当該債権者に対する催告は選定住所がなければ現実の住所に宛てて行う。ただし、フランス国内である場合に限る。売主に対する催告状には、売却許可までに解除を請求しかつその旨を書記局に通知しなければ、買受人に対する関係で解除判決を受ける権利を失うことを示す。

二 婚姻や後見の事実がその権原証書から差押債権者に知れている場合には、差押債務者の妻や前主の妻、未成年者や禁治産者の後見監督人、成人した元未成年者に対して。さらに、これらの者に対する催告状では、差押不動産に対する法定抵当権を保存するには、売却許可判決の謄記に先立って法定抵当権を登記することが必要である旨の警告を示す。

16) これは、1858年5月21日法による改正で新設された規定である。Jur. gén. t.43 (1858) v^{is} Vente publique d'immeuble p. 558.

17) 理由書では、この段落を簡略化しているが、叙述内容に変更はない。

18) ここで挙げたのは1858年5月21日法による改正後の規定だが、売主の解除権を失権させる趣旨はすでに1841年6月2日法による改正で規定されており、1858年改正は文言を修正したにとどまる。Sirey, Lois annotées 1841, 662.

②催告状の写しは、財産が所在する郡の帝国検事【共和国検事】に通知され、検事は差押債務者に関する法定抵当権の登記を差押財産に限り申請する義務を負う。

***フランス民事訴訟法 708条**

競売の後1週間以内は、誰でも代訴士を介して増価での入札ができる。その場合は、売却代金元本に対する6分の1以上の増価入札であることを要する。

***フランス民事訴訟法 717条7項**

売却許可の判決が適法に謄記されればすべての抵当権は滌除され、諸債権者は売却代金に対する権利だけを有する。法定抵当権者が売却許可判決の謄記に先立って自己の抵当権を登記しなかった場合において、売却代金に対する優先権を保存するためには、裁判上の配当手続にあっては754条所定の期間が経過する前に配当加入することを要し、合意配当の手続にあっては751条および752条にしたがって手続終結前に権利を援用することを要する。

***フランス民事訴訟法 965条¹⁹⁾**

競売の後1週間以内は、708条ないし710条所定の方式および期間にしたがって、誰でも6分の1以上の増価で入札できる。

②前項の増価入札の後に第2回の競売が行われた場合は、同一財産に対してさらに増価入札をすることはできない。

***フランス民事訴訟法 973条6項**

競売の後1週間以内は、708条ないし710条所定の条件および方式にしたがって、誰でも【代金】元本に対する6分の1以上の増価で入札できる。この増価入札は、未成年者の財産を売却する場合と同じ効力を有する。

***フランス民事訴訟法 988条**

前条の各場合には「未成年者の不動産に関する売却」の章で定める方式にしたがって売却が行われる。

②本法701条、702条、705条、706条、707条、711条、712条、713条、733条、734条、735条、736条、737条、738条、739条、740条、741条、742条、964条1項、2

19) 本条および973条6項・988条は、相続開始手続を扱った民事訴訟法第2部第2編の規定であり、それぞれ第6章（未成年者の不動産に関する競売）・第7章（共有物分割と分割のための競売）・第8章（限定承認）に属する。

項、965条は本章に準用する。

③限定承認相続人が本章に定める規律に従わずに不動産を売却した場合には、単純承認相続人と看做される。

*1841年5月3日法（公益のための取用に関する法律）17条

【取用を認める判決が】 謄記されてから15日間は、先取特権および約定・裁判上・法定の抵当権を登記できる。

②その期間内に登記がなければ、いかなるものであれ、すべての先取特権および抵当権から取用対象不動産は解放される。ただし、損害が賠償されずまたは諸債権者による順位配当が終局的に実施されていない限りにおいて、その賠償に関する妻および未成年者ならびに禁治産者の権利は害されない。

③登記済み債権者は増価競売を申請できないが、本法第4章にしたがって補償額の算定を申請できる。

*旧民法債権担保編 258条

抵当債権者ヲ参加セシメタル総テノ競売ニ付テハ滌除ヲ為スノ限ニ在ラス

②公用徴収ニ付テモ亦同シ

③右ハ抵当債権者ノ其順位ヲ以テ競落代価又ハ徴収償金ノ配当ニ加入スル権利ヲ妨ケス

Art. 1273²⁰⁾. Il n'y a pas lieu à la purge des droits de bail, d'emphytéose²¹⁾, d'usage, d'habitation et de servitudes foncières :

Si ces droits ont été constitués avant une hypothèque, l'immeuble²²⁾ resté

20) 草案初版1273条は、用益物権と抵当権の設定時期に関わる区別をしていなかった。「①賃借権や長期賃借権、使用借権、住居権、地役権に基づく滌除はできない。不動産に対し債務者がそれらの権利を負担させている場合、抵当権者はそれらの権利を考慮せずに、債務者に対する関係で不動産の売却を申請できる。②1262条の定める制限を超えて債務者が締結した賃借権についても同じである。」

21) 草案初版および理由書には「d'emphytéose」の言葉がない。

22) « l'immeuble resté aux mains du débiteur est saisi sur lui et mis en vente grevé desdits droits » の部分を、理由書では « l'immeuble ne peut être mis en vente

aux mains du débiteur est saisi sur lui et mis en vente grevé desdits droits ;
S'ils ont été constitués après l'hypothèque, le créancier hypothécaire peut poursuivre la vente de l'immeuble sans avoir égard aux droits ainsi conférés.
Toutefois, dans ce dernier cas, les baux publiés sont respectés par l'adjudicataire²³⁾ dans les limites mentionnées à l'article 1262.

【試訳】

賃借権や長期賃借権，使用借権，住居権，地役権による滌除はできない。

②それらの権利が抵当権より前に設定されていた場合には，債務者の下にある不動産は債務者に対する差押えの対象となり，それらの権利の負担付で売却される。

③それらの権利が抵当権の後に設定されていた場合には，抵当債権者はそれらの権利を考慮せずに不動産の売却を申請できる。

④ただし，前項の場合において，公示された賃貸借は1262条の限度で買受人によって遵守される。

N° 513 取得しても滌除を許容しないような権利。

ここで滌除を阻害するのは取得態様ではなく，取得した権利の性質である。

差押えや競売を許さないような権利に関しては，【その取得者による】滌除が許されない。売買は【滌除権行使によって】生じうる帰結の1つだからである²⁴⁾。それは，本条の挙げる使用借権や住居権，地役権である。

que grevé desdits droits」に変更している。

23) « l'adjudicataire » を理由書では « le tiers détenteur » に変更している。

24) これは当時のフランスにおける一般的な理解である。「地役権や使用借権，住居権の取得者については滌除権がない。……その理由は，地役権や使用借権，居住権に抵当権を設定できず，さらに差押えや競売の対象にならないからである（【フランス】民法2204条，631条，634条参照）。滌除金の提供を受けた

しかし、そういった権利の第三取得者が抵当債務の全額を弁済するような義務を負担する余地はない。その一方で、前条の場合と違って、追及権を取得代金に対する優先弁済権に限定することは問題になりえない。支払うべき代金のない交換や贈与、遺贈による取得を想定できるからである。債務者の下に残っている財産を差し押さえることで追及権が行使されれば、他物権の設定を阻止し、その設定は【抵当】債権者に対抗できない。これは、1262条1項の示す一般原則を適用したものである。

賃借権についても滌除の余地はない。場合を2つに区別すべきであり、まず賃借権が短期であって管理行為の性質を有する場合には、【抵当】債権者はそれを遵守することとなり(1262条2項参照)、賃料に対する優先権さえないし、土地の収穫物に関する毎年の売却代金に対しても優先権がない。次に賃貸借が長期の場合には、【抵当】債権者に対する関係では賃貸借が存在しないものとみなされ、許容された期間を超えるような賃貸借がなかったものとして土地は差押えを受けることになる。長期賃貸借は許容された期間を常に超過する²⁵⁾。

本条は地上権に言及しておらず、それゆえ地上権は滌除原因となる。すなわち、地上権は所有に関わる物権(un droit de propriété)である。

以上の定めは、抵当権設定後に諸権利が設定された場合を対象とする²⁶⁾。諸権利が先に設定されていた場合には、それを遵守すべきは抵当債権者であり、抵当債権者はそれを謄記によって認識していた。この場合分けを本条は明確に示している。

債権者は、増価競売の申立権を行使できないことになってしまうが、その申立権は滌除制度における本質的な権利である。」Baudry-Lacantinerie et de Loynes, (supra note 11) n° 2335 p. 572 et s.

25) 長期賃貸借に関する1文および次の地上権に関する記述は、草案注釈書の初版や理由書にない。

26) この段落は、草案注釈書の初版にない。また、理由書では、この段落に相当する記述が、第3段落(「しかし」以下)と第4段落(「賃借権について」以下)に移されている。

* 旧民法債権担保編 259条

賃借権，使用権，住居権及ヒ地役権ハ滌除ヲ為ス限ニ在ラス

②此等ノ権利ヲ抵当前ニ設定シタルトキハ其附著ノ儘ニ非サレハ不動産ヲ売却スルコトヲ得ス

③抵当後ニ此等ノ権利ヲ設定シタルトキハ之ヲ斟酌セシテ不動産ノ売却ヲ訴追スルコトヲ得

④然レトモ此末ノ場合ニ於テ第三所持者ハ第二百四十八条第二項ニ記載シタル制限ニ従ヒ賃借権ヲ遵守スルコトヲ要ス

Art. 1274. Le tiers détenteur peut purger à toute époque, tant qu'il n'est pas poursuivi par les créanciers et, au plus tard, dans le mois après la sommation de payer ou de délaisser, à peine de déchéance.

Toutefois, la déchéance n'a pas lieu de plein droit : elle doit être demandée au tribunal qui peut ne pas la prononcer et²⁷⁾ accorder un délai supplémentaire au tiers détenteur, s'il²⁸⁾ justifie d'empêchements légitimes et si les créanciers ne doivent pas éprouver un préjudice sérieux de retard.

La déchéance ne peut non plus être prononcée si²⁹⁾, des offres à fin de purge ayant été faites tardivement, les créanciers y ont répondu ou ont laissé s'écouler, sans demander ladite déchéance, le délai d'un mois qui leur est accordé par l'article 1278-2° pour répondre aux offres. [2183, 1 et al.³⁰⁾]

27) 法律取調委員会に提出された議案や理由書では、「et accorder un délai supplémentaire au tiers détenteur」の部分を削っている。法律取調委員会『民法草案担保編議事筆記』（日本近代立法資料叢書10-3）93頁。

28) « s'il » を理由書では « si le tiers détenteur » に変更している。

29) 法律取調委員会に提出された議案や理由書では、「si」以下の文章を変更している。法律取調委員会・注（27）93頁。

30) 後述1276条の参照条文をみよ。

【試訳】

抵当債権者による売却申請がない限り、第三取得者はいつでも滌除できる。また、遅くとも、弁済するかまたは委付するかの催告後、1ヶ月間は同様であり、それに遅れば失権する。

②ただし、当然にその失権が成立するわけではない。失権には裁判所への申立てを要し、第三取得者が正当な障害があったことを証明し、かつ抵当債権者が遅延によって重大な不利益を被るはずがない場合において、裁判所は失権を宣告せず、第三取得者に追加期間を付与することができる。

③滌除金が遅れて提供され、抵当債権者がその提供に応じた場合、または失権の申立てがないまま1278条2号の定める提供に応答するための1ヶ月の期間を徒過するに任せた場合には、失権を宣告できない。

N° 514 滌除権を行使できる場合、滌除権を行使すべき場合、滌除権が失権する場合。

第三取得者が滌除するには【**抵当**】債権者からの権利行使を俟つ必要はなく、いつでも不確定な状況から脱出する権利がある。しかし、裏を返して、「弁済するか委付せよ」という催告を受ければ、1ヶ月以内にその催告に従うかさもなければ滌除しなければならず、期間を徒過すれば滌除権を失う。

かつて議論されたこととして³¹⁾、債権者の催告で主な対象にすべきは債務の弁済であって、委付は付随的な選択肢にすぎないものとして表示するのか、それとも逆に、催告の指示内容を入れ替えるべきかという問題がある。本条は前者を採用しており、第三取得者は【**抵当不動産の**】所持者として弁済義務を負うにすぎず、これは前述したことである (n° 506参照)。すなわち、委付は第三取得者に付与された選択肢にすぎず、フランス民法が示すのもそうである³²⁾ (フランス民法典2167条, 2168条, 2173条,

31) 理由書はこの段落を削除している。

32) この点につき、19世紀末のフランス法学説は、債務の弁済と委付がいずれも第三取得者の義務ではなく、一方を選択しない第三取得者は債権者の申立てによって権利を失うだけだとみている。Baudry-Lacantinerie et de Loynes, (supra

2176条, 2178条)。

本条第2項以下は失権に関係するが、それには注意を要する。そういった規定はフランス民法にも、フランス法を模倣した諸法典にも存在しない³³⁾。1ヶ月の期間を遵守すべき義務には制裁を設けるべきだが、その制裁は当然に成立するという必要はなく、【第三】取得者には失権を免れる可能性さえある。その失権について宣告を求めるべきは【抵当】債権者であって、しかも債権者が失権の宣告を常に獲得できるわけではない。

まず、第三取得者が正当な障害を証明する場合に、裁判所は新たな期限を付与できる。その障害は純粹に人的なものでもよいだろうが、【抵当】債権者が「それによって重大な不利益を被るであろう」場合を法律は排除しており、濫用を懸念する余地はない。

遅延した提供に対して【抵当】債権者が応答したり³⁴⁾、あるいは通常の提供に応答するために付与された1ヶ月の期間内に失権を申し立てないことで、失権の申立権を黙示のうちに放棄しておれば、失権を申し立てることができない(1273条³⁵⁾2号)。

*旧民法債権担保編 260条

第三所持者ハ債権者ヨリ訴追ヲ受ケサル間ハ何時ニモ滌除スルコトヲ得又弁済ヲ為スカ又ハ不動産ヲ委棄スルカノ催告ヲ受ケタル後一个月内ニ滌除スルコトヲ得但此ニ違フトキハ其権ヲ失フ

note 11) n° 2127 p. 373 et s.; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6 éd. t.2 (1912) n° 3200 p. 964. また、19世紀後半のオープリ＝ローも、第三取得者が滌除権を行使しない場合には、抵当債務を完済するか、または抵当不動産を委付する義務 (l'obligation) を負うとしたうえで、その弁済や委付を拒絶しても裁判所は、抵当権者への給付を第三取得者に命ずることはできず、抵当権者には目的不動産に対する競売を申し立てる権利しかないと述べている。Aubry et Rau, (supra note 11) 4 éd. t.4 (1869) p. 440.

33) 理由書では、この1文を削除している。

34) 理由書では、この段落を簡略化しているが、叙述内容に変更はない。

35) これは草案1278条の誤植であり、理由書では債権担保編265条(草案1278条)となっている。

②然レトモ右ノ失権ハ当然生セス之ヲ請求スルコトヲ要ス但裁判所ハ第三所持者カ正当ノ障碍アリシコトヲ証シ且債権者カ其遅延ノ為メニ現実ノ損害ヲ受ケサル可キニ於テハ失権ヲ宣告セサルコトヲ得

③又債権者ヨリ第二百六十五条第二号ニ規定シタル一个月ノ期間ニ失権ヲ請求セサルニ於テハ失権ヲ宣告スルコトヲ得ス

Art. 1275. Comme préliminaire de la purge, le tiers détenteur doit faire transcrire³⁶⁾ son titre³⁷⁾, pour consolider son droit à l'égard des tiers et³⁸⁾ pour révéler le privilège de son aliénateur ou copartageant, conformément aux articles 1184 et 1115³⁹⁾. [2181]

Après quoi, il se fait délivrer par le conservateur un état des privilèges et des hypothèques qui grèvent son immeuble.

【試訳】

滌除の準備として、第三取得者は取得名義を謄記して、第三者に対する関係で権利を確定し、1184条および1115条に基づく譲渡人または共同分割者の先取特権を公示することを要する。

②その後、第三取得者は登記官から、その不動産に対する先取特権および抵当権に関する登記事項証明書の交付を受ける。

N° 515 滌除の準備として【取得】謄記をすることの意義。

日本の草案と同様に⁴⁰⁾、フランス民法典では【取得の】謄記が滌除の準備行為になっているが（フランス民法2181条）、その起草時は共和歴7年霧月の法律や近時でいえば1855年法と違って、もはや謄記は、所有権移転に第三者対抗力を付与することでその移転を確実にする方法ではなくな

36) « transcrire » を理由書では « inscrire »（登記）に変更している。

37) « son titre » を理由書では « son titre d'acquisition » に変更している。

38) 理由書では « et » 以下を削除している。

39) これは草案1185条の誤植であり、草案の初版では1185条となっている。

40) 理由書ではフランス法の叙述を削除し、この段落を簡略化している。

っていた。フランス法の起草者が濫除にさいして謄記を要件にした意図はどうか、その点で起草者が論理的でなかったかどうかを検討する必要はなく、なによりも先に取得名義に関する謄記義務を第三取得者に課すのをためらうことはできない。すなわち、まずこの謄記は所有者たる地位を取得する手段であって、【**抵当**】債権者に対する催告と提供をする権限を第三取得者に付与する。また、本条が示すように、謄記は売主その他の譲渡人が有する先取特権および解除権をあぶり出す手段であって、本草案の理論では、譲渡謄記がない限り先取特権などは効力を失わない(1186条およびn° 367参照)。

この謄記は第三取得者に対抗可能な【**抵当権**】登記を決定するから、第三取得者が登記官に「その不動産に対する先取特権と抵当権に関する登記事項証明書」の交付を申請するのはその謄記時である(原注⁴¹⁾：一般には「登記事項証明書」というが、一定の謄記は「登記の効力をもつ」ことから、もっと単純かつ直接的な表現が好まれている。すなわち、登記官は、1124条、1184条、1185条によって譲渡人や共同分割者の謄記から生ずる先取特権を【**証明書に**】記載しなければならない。)

*フランス民法 2181条 [=現行2476条]

第三取得者が不動産所有権または不動産物権から先取特権および抵当権を濫除しようとする場合には、所有権等に関する移転契約を物権が所在する郡の抵当権保存官を介してその全文を謄記する。

②前項の謄記は濫除専用の帳簿に行い、保存官は申請者に謄記承認書を交付する義務を負う。

*旧民法債権担保編 261条

第三所持者ハ濫除ノ準備トシテ第三者ニ対スル自己ノ権利ヲ固定スル為メ其取得ヲ登記スルコトヲ要ス

②右ノ後第三所持者ハ其不動産ノ負担セル先取特権又ハ抵当ノ目録ヲ登記官吏ニ要求ス

41) 理由書はこの注を削除している。

Art. 1276. Dans le susdit délai d'un mois, le tiers détenteur doit notifier à tous les créanciers inscrits et à ceux à l'égard desquels la transcription⁴²⁾ vaut inscription, conformément aux articles 1124, 1184 et 1185 :

1° Un exposé de son titre d'acquisition, indiquant sa nature⁴³⁾, sa date et celle de la transcription, la désignation précise de l'aliénateur et celle de l'acquéreur, celle⁴⁴⁾ de l'immeuble sur lequel le droit est cédé, le prix et les charges de la cession ou l'évaluation du droit, s'il a été acquis par échange, donation ou legs ; [2183]

2° Un tableau⁴⁵⁾ des inscriptions, présentant, pour chacune, sa date et le *folio* du registre où elle est portée, le nom et le domicile élu du créancier et le montant de la somme inscrite en principal. [*Ibid.*]

3^{o46)} Une élection de domicile pour le tiers détenteur, dans l'arrondissement du tribunal civil de la situation de l'immeuble ;

4° Une déclaration que le tiers détenteur est prêt, à défaut de surenchère par lesdits créanciers, faite conformément à la loi et dans le délai d'un mois augmenté⁴⁷⁾ du délai des distances, soit à leur payer, dans l'ordre de leurs

42) « la transcription vaut inscription »を理由書では「l'inscription vaut l'inscription hypothécaire」に変更している。法律取調委員会『民法担保編再調査案議事筆記』（日本近代立法資料叢書11-4）155頁参照。

43) « sa nature, sa date et celle de la transcription, la désignation précise »を、理由書では「sa substance, sa date et celle de l'inscription, les nom, prénom, profession et domicile」に変更している。

44) « celle de l'immeuble sur lequel le droit est cédé »を、理由書では「la nature de l'immeuble cédé, le lieu où il est situé」に変更している。

45) « Un tableau des inscriptions, présentant, pour chacune, sa date et le *folio* du registre où elle est portée, le nom et le domicile élu »を、理由書では「Un tableau indiquant la date de chaque inscriptions, sa date et le folio du registre où elle est portée, les nom, prénom et le domicile」に変更している。

46) 3号を理由書は削除している。

47) « augmenté du délai des distances »を理由書では削除している。

inscriptions, le prix ou l'évaluation de l'immeuble ou même une somme supérieure fixée⁴⁸⁾ par lui, soit à consigner lesdites sommes à leur nom, sans distinction des créances échues, à terme ou conditionnelles ; sauf⁴⁹⁾ ce qui est dit à article 1234 à l'égard du créancier nanti. [2184.]

〔試訳〕

前記【1274条の定める】1ヶ月の期間内に、第三取得者はすべての登記済み債権者および、1124条、1184条、1185条によりその謄記に登録の効力がある債権者に対して、次の事項を通知しなければならない。

一 自己の取得原因に関する説明。そこには、原因の種類、日付、謄記日、譲渡人および取得者ならびに譲渡された目的不動産に関する詳細な特定表示、譲渡に関わる代金および負担または交換・贈与・遺贈によって取得した場合には権利の評価額を示す。

二 登記一覧。そこには、各登記に関してその日付および登記が記載された帳簿の頁数、【**抵当**】債権者の氏名および選定住所、登記された元本額を示す。

三 目的不動産の所在地を管轄する民事地方裁判所の管轄内に第三取得者がなす住所の選定。

四 登記済み債権者が法律にしたがって1ヶ月および距離に応じて追加される期間内に増価買受けを申し出ない限り、第三取得者は登記順位にしたがって、【**被担保債権に関する**】弁済期到来の有無や条件の有無を問わず、不動産の代金または評価額もしくはそれを超えて第三取得者が定める金額を登記済み債権者に支払う用意があり、また債権者のために供託する準備ができていた旨の宣言。ただし、質権者に対する関係では1234条の定めにしたがう。

N° 516 【**抵当**】債権者に向けてなすべき通知の内容と目的。

先取特権や抵当権を有する債権者に対して第三取得者がなすべき通知事

48) « fixée par lui » を理由書では削除している。

49) « sauf » 以下を理由書では削除している。

項の4点については、詳論の必要がないよう文言において十分明確になっており、それぞれの目的を示せば十分である。

第1号。謄記や不動産評価の日付のために、取得名義の説明は(原注⁵⁰): 条文では、名義の「抄本 *extrait*」(常用される表現だが)ではなく「説明 *exposé*」としているが、これは謄記の日付や評価を考えたものである。それらの事項は「抄本」だけでは示されえないだろうが、「説明」には入りうる。)、【**抵当**】債権者に第三取得者の資格を知らせるのが目的である。【**抵当**】債権者はそこに次の諸点を見出すであろう。①第三取得者が買主なのか受贈者なのか、②第三取得者が誰なのか、③前主が本当に債務者なのか、④譲渡されたのは本当に抵当不動産なのか、⑤譲渡が成立した時期(これは、譲渡能力に関して意味をもつ)、⑥謄記の日付(これは抵当権登記の効力に影響する)、⑦取得代金または目的物の評価額。最後の点は、3号⁵¹)で定める提供が十分であるか否かを債権者が判断するのに資するだろう。

第2号。登記(または登記の効力をもつ謄記)の一覧は各【**抵当**】債権者に、他に債権者が何人いて、それが誰であるか、その債権額、その日付または順位を知らせるものであり、これは、提供された代金が自己への弁済に足りるかどうかを判断するのに役立つだろう。登記簿の頁数に関する記載は、すべての登記が適式かつ有効であるかの検討を可能にするものであり、それは第三取得者よりもずっと各債権者に強い利害がある(原注⁵²): それにつき、フランス民法典2183条3号は「3つの欄からなる表」と規定するが、本草案は細かすぎる形式を定めるべきだとはみない。それほど細かなことは施行規則で定めただけでも十分だろう。)

第3号⁵³)。第三取得者に関する住所の選定。これはフランスの法典にはみられないものだが、滌除対象となる不動産の所在地における民事裁判

50) 理由書はこの注を削除している。

51) 草案4号の誤植。

52) 理由書はこの注を削除している。

53) 後に3号が削除されたことに伴って、理由書ではこの段落を削除している。

所に滌除手続の全体を関連づけるためである。

第4号。ここで定める宣言は「提供」であり、すでに度々言及したものである。この提供は、それが受諾される場合において、滌除に合意または和解の性質を与えることになる。この宣言は、【**抵当**】債権者がまず増価買受けの申出をすることで不動産を競売に付する権利があることを債権者に想起させる。また、この宣言は、【**抵当**】債権者の弁済順位を明らかにするが、そのさい、確定した債権と条件付債権を区別せず、弁済期到来の有無も区別しない。というのは、【**被担保**】債権に関する弁済期の到来順に弁済することが第三取得者のとりうる第一選択肢ではあるが、ここではそんな方法は問題外だからであって、第1順位の債権が期限付または条件付であればその履行期到来時には原資が尽きているかもしれない。すべての利益が当然に保護されるのは清算の前倒しという方法である。

もちろん、条件付債権の金額は抵当権者に支払われるわけではなく、供託されて、条件の成就を俟つことになる。

本条がすでに暗示した供託の適用については、1280条が再説する。

*フランス民法 2183条 [≒現行2478条]

新所有者が本章第6節で定める追及の効果から身を守ることを望む場合には、追及権行使の前であれ、あるいは遅くとも自己に対する最初の催告から1ヶ月以内に、諸債権者の登記上の選定住所に宛てて次のことを通知しなければならない。

一 自己の取得権原証書の要約書。そこには、証書の日付および性質ならびに売主または贈与者の氏名および【**売主等を**】特定するための詳細な情報、売却または贈与物の性質および場所、一団の財産に関してはそれが所在する郡および地区に関する一般的名称のみ、購入代金およびその代金の一部となる負担または贈与の場合は目的物の評価額だけを示す。

二 売買証書の登記に関する要約書。

三 3つの欄に分けた一覧表。その第1欄には抵当権の日付および登記の日付、第2欄には債権者の氏名、第3欄には登記済み債権の金額を示す。

*同2184条 [≒現行2479条]

取得者または受贈者は、同じ証書において、抵当権にかかる諸債務および負担を

弁済期到来の有無を問わずに、代金の限度で直ちに支払う用意がある旨を宣言する。

***旧民法債権担保編 262条**

上ニ記載シタル一个月ノ期間ニ第三所持者ハ登記シタル各債権者ト第百十九条、第百七十八条及ヒ第百七十九条ニ従ヒ登記カ抵当ノ登記ニ同シキ効力ヲ有スル債権者トニ左ノ諸件ヲ告知スルコトヲ要ス

第一 取得証書ノ旨趣、其日附及ヒ登記ノ日附、譲渡人及ヒ取得者ノ氏名、職業、住所、譲受ケタル不動産ノ性質、其所在地、譲渡ノ代価及ヒ其負担ヲ指示スル要領書但交換、贈与若クハ遺贈ニ因リテ権利ヲ取得シタルトキハ其評価ヲ指示ス可シ

第二 各抵当登記ノ日附、其帳簿ノ葉数、其債権者ノ氏名、住所及ヒ主タル債権トシテ登記シタル金額ヲ明示スル登記表

第三 第三所持者ハ右ノ債権者カ法律ニ従ヒ且一个月ノ期間ニ増価競売ヲ求メサルニ於テハ満期、未満期又ハ条件附ノ債権ヲ區別セシテ各債権者ノ抵当登記ノ順序ニ従ヒ之ニ不動産ノ代価、其評価若クハ之ニ超ユル金額ノ弁済又ハ其債権者ノ為メニ金額ノ供託ヲ為サントスルノ陳述