

# 不動産担保物権の対抗（二）

——フランス抵当制度からの考察——

## 目次

- 一、はじめに
- 二、抵当権の対抗可能性
  - (1) 抵当権の定義と性質
  - (2) 債権者間における抵当権の効力と順位——優先権
  - (3) 第三取得者に対する抵当権の効力——追及権（以上、本号）
- 三、抵当権の登記の意味
  - (1) 抵当権の登記の性質
  - (2) 抵当権登記をめぐる立法の経緯
  - (3) 法定抵当権の存在
  - (4) 登記がなければ対抗し得ない「第三者」
- 四、終わりに

吉 井 啓 子

## 一、はじめに

我が国において、抵当権の設定は合意のみによってなされるが（民法一七六条）、公示のない抵当権の存在によって一般債権者あるいは他の抵当権者が不慮の損害を受けないために、抵当権の存在は登記によって公示されなければならない。登記は、抵当権の對抗要件である（民法一七七条）。同一の不動産上に数個の抵当権が設定されている場合は、抵当権の本体的効力である優先弁済権が競合するため、順位が登記の先後によって決定される（民法三七三条、不登法六条一項）。

従来から、不動産物権の對抗問題については、物権の典型としての所有権を念頭において、不動産二重譲渡問題を中心として考察されてきた。筆者も前稿では、専ら不動産二重譲渡紛争を念頭に、フランス法における不動産公示の消極的效果を考察した<sup>(1)</sup>。これに対して、所有権以外の物権については、各々の権利の特殊性に応じて、所有権とは異なった取扱いがなされるべきであると説かれてきた。これは、同一不動産上に設定された制限物権相互間では権利の併存もあり得ることであり、その場合には競合する権利変動間の優先劣後関係が問題となるにすぎず、所有権の二重譲渡のような「排他的支配」関係は問題とならないことが原因だと思われる。そして、「排他的支配」関係があまり問題にならないがために、所有権以外の物権の對抗問題については比較的軽く扱われてきた感が否めない。しかし、不動産物権の公示制度が専ら抵当権に関して要求され発展してきたという歴史的事実を想起するならば、不動産物権の對抗問題を論じるに際しては、制限物権、特に担保物権の對抗の問題を抜きにすることはできないであろう<sup>(2)</sup>。また、

母法たるフランス法の沿革からしても、担保物権(特に抵当権)に関する事例が、本来的な対抗問題の事例であるとの見解も示されている。<sup>(3)</sup>

我が民法の財産法の部分については、ボワソナードが起草した旧民法を通じて、フランス民法が及ぼした影響が近時実証的に明らかにされつつある。特に、不動産物権変動について、我が国がフランスに倣って意思主義・対抗要件主義を採用したことは周知のとおりである。<sup>(4)</sup> また、フランス法の影響は、担保物権法の分野にも顕著である。<sup>(5)</sup> では、不動産担保物権の対抗の問題について、ボワソナードはどのように考えていたのだろうか。そこで、旧民法草案の条文ならびにプロジェ等に現れたボワソナードの「第三者」の主観的要件に関する見解を見てみると、不動産二重譲渡事例と抵当権二重設定事例とは異なった取扱いがなされているのである。

ボワソナードは「規定された〔不動産公示〕手続がなされたか否かに応じて、譲渡の事実についての認識または不知の推定が生じる」と説き、不動産公示制度は推定制度に基づくと主張していた。<sup>(6)</sup> そして、不動産二重譲渡事例において、ボワソナードは、第一譲受人により公示がなされていなかったならば、第二譲受人は第一譲渡の存在について「不知(善意)」であったと推定され、この「不知」の推定は覆滅し得ない推定<sup>(7)</sup>であるとした。彼は、推定の反対証明が認められるか否かは当該推定が「公序」あるいは「一般的利益」に関わるか否かによって定まると考え、彼の時代の通説的見解であった善意悪意不問説が「不知」の推定の反対証明を決して認めようとしなないのは、不動産公示に関する規定を「公序」あるいは「一般的利益」に関するものと見なしているためだとした。しかし、ボワソナードは、公示は「知らない者達に知らせるためになされるもの」であり、過去の所有者との間に無効な契約を結ぶ危険のある

「善意の」買主の保護を目的としてなされるものであると説いて、不動産公示制度が善意の第三者保護のために創設されたと考えた<sup>(8)</sup>。このような不動産公示制度の目的、さらには二重譲渡事例において「不知」の推定は第一譲受人・第二譲受人の二人のみの私益に関するものであることから、ボワソナードは、自白・宣誓のみによりこの推定を覆すことができる（参照・仏民法一三五二条二項）、すなわち第二譲受人が悪意であることの証明が認められるとしたのである（草案三六七条四項・三七〇条二項）。

しかし、ボワソナードは、抵当権者あるいは一般債権者は、登記されていない抵当権の存在を知っていたとしても、登記の欠缺を援用する権利を奪われないとして、所有権の二重譲渡の場合とは異なり抵当権の二重設定について善意悪意不問の見解をとった（草案一二六〇条<sup>(9)</sup>）。ここでの善意悪意不問の結論は、以下のような理由で、所有権の公示における善意の要求と矛盾するものではないと結論づけられている。

所有権の公示により規律されるのは、同一不動産に関する二人の譲受人間の紛争である。これは「同じ性質」を有し、『二人の異なる者』によって主張されている「両立し得ない（incompatible）」権利間の問題である<sup>(10)</sup>。二つの所有権は同一不動産上に存在できず、必ずどちらか一方の当事者は他方当事者の利益の犠牲となる。ここでは、どちらが優先するかが本質的に重要であり、悪意の譲受人に公示の欠缺援用を許さない法律上の根拠は、ボワソナードによると、公示に服する所有権が一般に相互に両立し得ず共存し得ないことにある。

これに対して、抵当権登記の場合は、二人の抵当権者間あるいは抵当権者と目的不動産の譲受人間の紛争が問題である。ここでは、ボワソナードによれば、「両立し得ない状態（incompatibility）」は存在しない<sup>(11)</sup>。抵当権は同一不動

産上に共存することができ、二重設定が可能である。抵当権者は債権者たる地位に基づき別個の抵当権を設定または債務者の任意の弁済を受領することができ、もしくは保証人をたてさせることなどにより満足を受けることができる。また、目的不動産そのものが登記された数人の抵当権者を満足させるのに十分である場合もあり、一方の権利が他方の権利を完全に排斥するということはあり得ない。したがって、第二抵当権者は、一番抵当権の存在を知っていても、第一抵当権者の登記の懈怠は何らかの他の担保を有しているためと考えることもあるだろう。第二抵当権者は善意のままであり、その悪意の証明は事実上も法律上も不可能であると考えられる。第二抵当権者は、急いで自らの抵当権を登記しても差し支えないのである。また、抵当権者と目的不動産の譲受人との関係についても、譲受人と、登記を具備せずとも他の方法で弁済を受け得る抵当権者との間には何ら「両立し得ない状態」はないと解されている。抵当権については対抗問題、すなわち、「両立し得ない物権相互間の優先的効力の問題」はそもそも存在しないと考えられているのである。ちなみに、このように未登記抵当権の存在を知っていた第三者が抵当権登記の欠缺を援用できるということは、既に一八〇七年六月六日のブリュッセル控訴院の判決が示していたことであり、当時のフランスの諸学説は一般にこれを承認していた。<sup>(12)</sup> 草案一二六〇条はこれを受けて起草されたものと考えられている。<sup>(13)</sup>

このように、ボワソナードの「第三者」の主観的要件に関する見解を見ると、彼が、不動産二重譲渡事例と抵当権二重設定事例の異質性に注目していたことが分かる。本稿では、フランスの抵当制度を手がかりに不動産担保物権の対抗の問題を検討したいと考えているが、以上のような不動産二重譲渡事例と抵当権二重設定事例の異質性に注目したボワソナードの見解は考察の出発点を与えてくれるように思われる。

なお、フランスにおいては、先取特権と抵当権は、民法第三編第一八章「先取特権と抵当権」の表題の下で同時に規定されており、常に共に研究の対象となってきた<sup>(14)</sup>。このような取扱いには問題はあると思われるが、少なくとも特定不動産先取特権 (*privileges spéciaux immobiliers*、仏民法二一〇三条) は、設定者から占有を奪わない点・優先権と追及権を有する点・債権および目的物の特定性・公示の必要性・移転と消滅等の点で抵当権と共通している<sup>(15)</sup>。特定不動産先取特権を「特権的法定抵当権 (*hypothèques légales privilégiées*)」と呼ぶ論者もいるほどである<sup>(16)</sup>。以下では、抵当権を中心に検討を進めるが、必要とあれば特定不動産先取特権を共に考察の対象とすることもある。

(1) 拙稿「不動産公示の消極的效果としての『不知』の推定(一)・(二)・完」——フランスの不動産公示における『認識』の位置付け——「同志社法学四六卷六号一五九頁・四七卷一号一六三頁(一九九五年)。

(2) 鷹巢信孝『物権変動論の法理的検討』(九州大学出版会、一九九三年)一四三頁注(48)。なお、フランスにおける抵当制度の展開については、高橋康之「フランスにおける資本主義の発展と抵当制度の変遷」法時二八卷一〇二頁(一九五六年)、高島平蔵「フランスおよびドイツにおける近代的不動産公示制度の展開」『近代的物権制度の展開と構成』(成文堂、一九六九年)一五一頁、池田恒男「フランス抵当権改革前史——共通慣習法における土地の交換価値把握の過程の形態について——(1)・(2)」社会科学研究三〇巻五号一頁・三二巻二号一三〇頁(一九七九年)、同「共和暦三年法論(1)・(2)」社会科学研究三一巻一頁・三二巻三号一頁(一九八六年)、今村与一「一九世紀フランスの抵当改革——その理論史的考察——(1)・(2)」社会科学研究三七巻六号一頁・三八巻一四四頁(一九八六年)、同「『登記なき』抵当権の効力について」都法三五巻一八九頁(一九九四年)、同「抵当権と不動産公示の関係についての一考察——フランス法の足跡を手がかりとして——」私法四七号二〇九頁(一九九五年)、相川修「フランス判例法に見る抵当制度」田山輝明他編・高島平蔵古稀『民法学の新たな展開』(成文堂、一九九三年)一三二頁を参照のこと。

(3) 鷹巢・前出『物権変動論の法理的検討』一四三頁注(49)。

(4) 滝沢聿代『物権変動の理論』(有斐閣、一九八七年)、高橋良彰「ポアソナードの不動産公示制度——『証書の登記』の概念とその史的検討のために——」(一)・(二・完) 都法二九卷一号一七五頁・二九卷二号二七三頁(一九八八年)、同「ポアソナードの二重譲渡論について」都法三〇卷一号六三五頁(一九八九年)、七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質」慶応院論文集二三号七一頁(一九八六年)、同「対抗要件に関するポワソナード理論」法研六四卷二二号一九五頁(一九九一年)、同「不動産物権変動における対抗要件主義の構造」私法五三三三九頁(一九九一年)、池田真朗「ポアソナードにおける『第三者』の概念」法研五九卷六号一頁(一九八六年)等を参照のこと。

(5) 藤原明久『ポワソナード抵当法の研究』(有斐閣、一九九五年)。

(6) ポワソナードによる不動産公示制度の推定構成について詳しくは、高橋・前出「ポアソナードの二重譲渡論について」、七戸・前出「対抗要件に関するポワソナード理論」を参照のこと。拙稿・前出「不動産公示の消極的效果としての『不知』の推定(一)」「一八〇頁以下・一九九頁以下でも検討をしている。

(7) 仏民法一三四九条「推定は、法律または司法官が、知られない事実について、知られた事実から引き出す結論である。」同二三五〇条「法律上の推定は、特別の法律が一定の行為または一定の事実が付与する推定である。〔以下のものが、〕それである。

一 法律が、その規定を逸脱して行ったものと推定して、その性質のみによって無効と宣言する行為

二 法律が特定の状況から所有権または「債務の」免責が生じると宣言する場合

三 法律が付与する既判力

四 法律が当事者の自白または宣誓に付与する効力

同一三五二条「①法律上の推定は、受益者に対して全ての証明を免除する。

②法律が法律上の推定を根拠として一定の行為を無効とし、または裁判上の訴権を否定するときは、法律上の推定に反するいかなる証明も、認められない。但し、法律が反対の証明を留保している場合、および宣誓および裁判上の自白について述べるところについては、その限りではない。」

フランスにおける推定は、法律上の推定（仏民法一三五〇条一項、*présomption légale*）と、事実上の推定（仏民法一三五三条、*présomption de fait, présomption de l'homme ou du juge*）に大別される。さらに、法律上の推定は、覆滅し得ない推定（*présomption irréfragable*）と、全ての方法により反対証明を受ける覆滅し得る推定（または単純推定、*présomption réfragable ou simple*）に分けられる。法律上の推定は覆し得ないのが原則であるが、この覆滅し得ない推定は、さらに制限な一定証拠のみにより覆し得るもの、自白または宣誓により覆し得るもの、結果を争うことが絶対的に許されないものに分けることができる。これに対して、事実上の推定は、証人による証明が許容される場合（仏民法一三四一条）にのみ認められ、証拠価値は証人のそれと同じである。したがって、裁判官の確信を得るには、それだけでは不十分であり、それを補強する一連の証拠が必要である。フランス法における推定については、江藤价泰「フランス法における既判力概念の発展」民訴七号九七頁（一九六一年）、三井哲夫「フランスに於ける民事訴訟の基本構造とその実態・Ⅰ〜Ⅲ」判タ一二五号一頁・一二六号二一頁・一二七号一頁（一九六二年）、ジュオン・デ・ロングレエ・野田良之訳「証拠 *la preuve*」法協八四卷二号一〇頁（一九六七年）、若林安雄「フランスにおける立証責任（序説）」判タ三三三三四号一九頁（一九七六年）を参照のこと。なお、本稿におけるフランス民法典の訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——物権・債権関係——』（法曹会、一九八二年）を参照した。

(8) 「公示は、ある事項について知っている者達にはなく知らない者達に知らせるためになされた。知っている者はさらに知らされることはない（*qui certus est amplius certiorari non potest*）……故に贍記〔公示〕の目的はフロードと誤認（*erreur*）の防止だということについていかなる疑いもない。しかし、第二譲受人が公示以外の方法で第一譲渡を知っていた場合には誤認はないのであり、贍記〔公示〕は彼にとって無用である。この者のためになされたのではない手続の脱漏を彼は主張し得ない。」（G. BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire*, *Rev. prat. dr. fr.*, t. 30, 1870, p. 564, n. 35.）

(9) ボワソナードの抵当権登記に関する見解については、藤原・前出『ボワソナード抵当法の研究』一五二頁以下、高橋・前出「ボワソナードの不動産公示制度（二・完）」二七四頁以下、七戸・前出「對抗要件に関するボワソナード理論」二二五



頁以下を参照のこと。

- (10) G. BOISSONADE, *Projet*, t. 4, n° 493. — G. BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle*, préc., n° 53. 七戸・前出「対抗要件に関するボワソナード理論」一二五頁以下も参照のこと。
- (11) G. BOISSONADE, *Projet*, t. 4, n° 493. — G. BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle*, préc., n° 54. 藤原・前出『ボワソナード抵当法の研究』一五三頁以下、七戸・前出「対抗要件に関するボワソナード理論」一二五頁以下も参照のこと。
- (12) 藤原・前出『ボワソナード抵当法の研究』一五五頁注(11)。トロロンとオプリーローもこれに賛成する (TROP. LONG, *Droit civil expliqué; des privilèges et hypothèques*, t. 2, 5<sup>e</sup> éd., 1854, n° 569. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. 3, § 267.)。
- (13) 藤原・前出『ボワソナード抵当法の研究』一五四頁・一五五頁注(11)。
- (14) 例えば、フルールは、不動産先取特権は抵当権の変種でしかなく、これら二つの担保物権は共に研究されなければならないと述べている (J. FLOUR, *Cours de licence 1961-62, Cours de droit*)。
- (15) 動産先取特権については、追及権の存在が疑問視されており、判例では否定されている (H. L. et J. MAZEAUD, *Le cons de droit civil*, t. III, v. 1, *Sûretés Publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., MONTCHRESTIEN, 1988, par V. RANOUIL et F. CHABAS, n° 140.)。
- (16) Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, DALLOZ, 1989, n° 249. — M. DAGOT, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 384. — Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés La publicité foncière*, 3<sup>e</sup> éd., C.U.JAS, 1990, n° 698. 先取特権については Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 529 et s. を参照のこと。

## 二、抵当権の対抗可能性

### (1) 抵当権の定義と性質

#### ① 抵当権の定義

フランス民法典において、抵当権は次のように簡単に定義されている。

仏民法二一四条「①抵当権は、債務の弁済に充当される不動産についての物権である。

②抵当権は、その性質上不可分であり、「債務の弁済に充当される」全ての不動産に対して、その不動産のそれぞれに、かつ、それぞれの部分に対して全体として存在する。

③抵当権は、不動産がいかなる〔者の〕手中に移っても、それを追及する。」

この規定は、抵当権が法的性質として物権性・不動産権性・付従性・不可分性・追及効を有することを明らかにしているが、抵当権者がいかなる権利を有するのかわりに述べていない不完全なものであるとされる。すなわち、この規定は、抵当権者は抵当権設定者から目的不動産の占有を奪うことはできないという点、抵当権者は目的不動産について換価権と優先弁済権を得るという点について何ら述べていない。このような不完全さは、一九世紀の中頃、トロロンによって既に批判されていた。<sup>(1)</sup>

そこで、フランスの学説は、様々な形でこの抵当権の定義を補足し明確化しようと試みてきた。例えば、ムウリイは、抵当権を「不動産または動産上の権利を目的とし、常に被担保債権に付従する物権で、設定者の占有を奪うこと

なく、必要に応じて差押をなして、権利の価値で弁済を受ける可能性を(債権者に)付与するものである。<sup>(2)</sup>」と定義する。この定義は、抵当権は目的物そのものではなく、目的物上の権利を目的として設定されることを示している。

これは、目的となる権利が所有権の場合にはあまり意味はないが、その他の不動産物権—用益権(usufruit)、仏民法二二一八条二号)・虚有権(nue-proprété)・地上権(superficie)・永代賃借権(emphytéose) 農業法典九二七条一項)・賃借人の建設権(droit du preneur à construction) 建設住居法典L. 一一五一—三条)・鉱業権(droit de concession de mine、鉱業法典二六条二項)の場合には意味があろう(参照:日本民法三六九条二項における地上権・永小作権を目的とした権利抵当<sup>(3)</sup>)。フランス民法典の起草者自身も、抵当権が物そのものではなく、物についての権利を目的とすることは理解していた。何故なら、起草者は用益権を目的として抵当権を設定することもできると定めたからである。仏民法二二一八条一号で不動産を抵当権の目的としてあげているのは、所有権とその客体たる物を同一視していたためであると思われる。ベケが、抵当権は「第二段階の権利(droit au second degré)<sup>(4)</sup>」であると述べているのは、抵当権は目的物そのものではなく目的物上の権利を目的として設定されることを示すためであろう。

さらに、ムウリイによる定義は、抵当権が目的となる権利の価値を支配すること、すなわち抵当権は目的物の交換価値を把握する権利であることを示している点で適切なものと考えられている。<sup>(5)</sup>ムウリイと同様の定義は、判例においても見られる。例えば、破毀院第三民事部一九八〇年一月八日判決<sup>(6)</sup>は「債権者の権利は、担保権の履行により不動産からその価値に移された……。」と、破毀院第三民事部一九七三年一月二三日判決<sup>(7)</sup>は「法定の効果を生じたときに(抵当権が実行されたときに)、抵当権は消滅し、物上の権利から価格上の権利に姿を変えた……。」と述べている。

## ② 抵当権の物権としての性質

フランスにおいても、学説の多くは、抵当権の本体的効力を優先弁済権の中に見ており、それは抵当権を価値権ととらえる見解と対応している。確かに、抵当権は権利者に当該目的不動産全ての有用性を利用させるものではない。それは、債務者が有している権利を目的とした「第二段階の権利」である。抵当権者の権利は、究極的には、目的となっている権利の価値すなわち売買のときに現れる対価を目的としているからである。確かに、フランスにおいて、抵当権について、その物質的支配の面に対してはあまり目が向けられてこなかったが、先程述べた二つの判例は、抵当権がまさに「物上の」「不動産上の」権利であることを前提として、価格上の権利に姿を変え得ると考えている。仏民法二一四条によれば、抵当権は、何よりもまず物権と規定されているのであるから、物権としての性質を備えている。そして、抵当権の對抗の問題を考えるに当たって重要なのは、優先弁済を受けるという担保物権としての側面よりも、物権としての側面であると思われる。抵当権の本体的効力を優先弁済権の中に見る見解によれば、抵当権の追及効は、それを行使するための前提にすぎないことになる。<sup>(8)</sup>しかし、追及効こそが、抵当権の、物と人との直接的な関係を表す物権たる性質を示しており、重要であると思われる。

物権の性質としてフランスの教科書等において説明される性質の数は論者によって異なるが、ここでは直接支配性 (*pouvoir immédiat sur une chose*) と排他性 (*exclusivisme*) の二つをあげておく。すなわち、物権は、物に対する直接的な関係から、他人の行為を媒介することなくして物について権利が行使可能であるという意味で、直接支配性を有する。しかし、これは内在的な性質にすぎず、これのみでは、ある権利が物権であるか否かの区別はつかない。

そこで、この支配の確保・実現を保證するものとして、必然的に外部に対しては他人の干渉を排除して独占的に利益を享受する排他性という性質が現れ、これが物権と債権を区別するメルクマールになるという。

一九世紀の古典的学説は、物権・債権の区別を、ローマ法以来の基準たる特定人に対してのみ権利の行使が可能か否かという物上権・对人権、絶対権・相對権の区別に求めていた。かつては、物権のみが他人の干渉を排除して独占的に利益を享受する不可侵の性質をもち、一般人は物権権利者の直接支配を侵害し得ない義務(尊重義務・不可侵義務)を負うと考えられていた。そして、この不可侵性をもって絶対性(absolutisme)と称していたのである。

しかし、今世紀に入って、不可侵性に基づく排他的な効力は権利一般に関するもので物権・債権に共通であり、物権に特有の排他的効力とは実現方法を異にするにすぎないとの『対抗可能性』の一般理論<sup>(9)</sup>が登場した。現在では、債権についても、一般に第三者には尊重義務・不可侵義務は課せられると解されている<sup>(10)</sup>。

フランスにおいて物権・債権の区別を絶対権・相對権の区別に求める見解がなお多く見られるが、そこでは絶対権という語は、それが二人の個人間の法律関係ではなくして、いわば物の上の権利(droit sur une chose, jus in res)であり、第三者との間に理論上競合の生じる余地がないという意味で用いられているのであり、用語的には、絶対権というより物上権といった方が正しいとの指摘もある。フランスの学説は、「絶対性」の語を物権の不可侵性を示す語として用いてきたが、『対抗可能性』の一般理論<sup>(11)</sup>の登場により、債権にも同様の意味での絶対性が認められることになったため、用語的な混乱が生じたと思われる。

そこで、レヴィは、物権と債権の違いを明確にさせ、物権の第三者に対する不可侵性(対抗可能性)を特徴づける

言葉として「排他性」の語を用いるべきであると説く<sup>(12)</sup>。彼によれば、権利一般の不可侵性（絶対性）に基づく排他的効力と、物権に特有の排他的効力たる排他性とは、何らかの相違があるとされる。そして、レヴィによれば、特に追及権が訴訟上行使される事例を考察することにより、この物権の不可侵性（対抗可能性）の特質が明らかになるとい<sup>(14)</sup>う。物権の実際の保護は、結局、他人に対する請求により実現するのであり、追及権から派生する物権的請求権が訴訟上行使される事例において、請求の相手方・請求の内容を分析することにより物権の不可侵性（対抗可能性）の特徴が分かるというわけである。彼によれば、結局、物権の侵害については「現物による（en nature）」「義務的な（obligatoire）」賠償を訴訟で請求できる点に特徴がある。さらに、物権の侵害に対しては、侵害する第三者の主観的態様を問わずに、つまり「認識」を必要とせずに、「無条件の（inconditionnée）」の制裁が課せられる点に特徴がある。しかし、債権に関しては、判例が、債権者に生じた現実の損害をして侵害者の主観的態様を問題にしていることが認められるとレヴィは述べる。これらの点に関しては、フランスの学説においてほぼ異論はない<sup>(14)</sup>。

排他性の内容として物権は優先権（droit de préférence）・追及権（droit de suite）を備えるが、これら二つの性質が特に明確に現れるのが不動産担保物権、特に抵当権の場合である。そこで、以下では、これらの性質が明確になる場面を順番に見て行くことにしたい。先程も述べたように、フランスにおいて、学説の多くは、抵当権の本質的効力を優先権の中に見ている。しかし、物権としての性質が明確に現れるのは、レヴィが言うように抵当権の追及権としての側面が強調される場合であると思われる。もっとも、それぞれの側面において登記<sup>(15)</sup>（inscription）の果たす役割が大きいことに変わりはない。

- (1) TROP LONG, Droit civil expliqué ; des privilèges et hypothèques, t. 2, préc. n° 386.
- (2) M. MOULY, Juris. -cl. civ., art. 2114 à 2117, 1981, n° 29. 仏民法一一一九条「動産は抵当権によって追及されない。」という規定があるにもかかわらず、ムウリイは動産についても広く抵当権を認めるかのようである。なお、マンは「動産については公示が不可能であることから、同条文の意義を説明しようとする(H., L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 239)」。公示が可能な動産、例えば船舶・航空機などはこの限りではなく、現在では「動産についての抵当権も認められていることにつき、H., L. et J. MAZEAUD, n° 241. — Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n° 484. ムウリイ以外の定義としてコルニユによるものをあげておく。「抵当権は、債務者の占有を奪うことなく、合意・法律または判決により設定される不動産担保物権で、登記抵当権者にかかざる者の手中に目的不動産があろうとそれを売却する権限を与え、優先的に価格について弁済を受ける権限を与えるものである。」(G. CORNU (Sous la direction de), Vocabulaire juridique, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1990.)」。
- (3) 詳くは、J. MESTRE, Juris. -cl. civ., art. 2118, 1981. かつ、マールの権利を目的とした抵当権設定は「実際にはほとんど行われていない」とする(Ph. MALAURIE et L. AYNÉS, op. cit., n° 663.)。
- (4) M. PLANIOL et G. RIPPERT, Traité pratique de droit civil français, 2<sup>e</sup> éd., 1952, par BECQUÉ, n° 328. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n° 217 参照。
- (5) M. MOULY, op. cit., n° 60. G. CORNU, Droit civil Introduction, Les personnes, Les biens, 7<sup>e</sup> éd., MONTCHRES-TIEN, 1994, n° 985. — Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n° 217 参照。
- (6) Civ. 3<sup>e</sup> 8 janv. 1980, Bull. civ. III, n° 7 ; D. 80, 368, note FRANK.
- (7) Civ. 3<sup>e</sup> 23 janv. 1973, Bull. civ. III, n° 69.
- (8) H., L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 462. — J. FLOUR, op. cit., p. 442. したがって、TROP LONG, Droit civil expliqué ; des privilèges et hypothèques, t. 3, n° 775.
- (9) 『対抗可能性』の一般理論であるが、これは、そもそも「契約の対抗可能性」という概念を、仏民法一一六五条が規

定する「契約の相対性 (relativité des conventions)」の概念と区別しあるいはそれで補完することにより発展してきたものである。『對抗可能性』の一般理論については、拙稿・前出「不動産公示の消極的効果としての『不知』の推定(一)」一六八頁以下、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務」民研三六〇号一頁(一九八七年)、滝沢・前出一九三頁、七戸克彦『『對抗』のフランス法的理解——不動産物権を中心に——』慶応院論文集二六号六五頁(一九八七年)、高畑順子「フランスにおける契約の相対性原則をめぐって」関学三二八卷二二三三七頁(一九八七年)、浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」阪大一二四五—一四六号一五頁(一九八八年)、片山直也「一般債権者の地位と『對抗』」法研六六卷五号一頁(一九九三年)、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、一九九一年)四四〇頁以下を参照のこと。フランス語の文献としては、F. BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse Paris II, 1979。—J. DUCLOS, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), Paris, LGDJ, 1984。—G. VIRASSAMY, La connaissance et l'opposabilité, dans les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges, sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, LGDJ, 1992, p. 132 et s.

(10) G. CORNU, Droit civil préc., n° 998 et s. 例えは、プランド (M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil français, 3<sup>e</sup> éd., PICHON, 1904, n° 2158) は、物権は obligation passivement universelle であるとしてそれを人との関係ととらえていたが、もちろんこれにはサレイユをはじめ多くの論者により批判が浴びせられた。フランスにおけるベルソナリズム理論の動向については、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察——フランス法を中心に——(一)・(二)・(三)・完」論叢九八卷五号二七頁・九九卷二号三三六頁・四号六二頁(一九七六年)を参照のこと。

(11) フランス法において「絶対性 (absolutisme)」とこう語がしばしば「排他性 (exclusivisme)」とこう語と混同され用いられてきたことについては、M. LÉVIS, L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits, ECONOMICA, 1989, n° 14. 本書の書評として、七戸克彦「マルク・レヴィ著『物権の對抗可能性——権利の裁判上の制裁について——』」法研六四卷二号一五二頁(一九九一年)がある。

(12) M. LÉVIS, op. cit., n° 27, et s.



(13) Ibid.

(14) Ibid.

(15) フランスにおける不動産公示は「抵当権保存吏(登記官)という経済財務省の行政官が公示簿(不動産登記簿)に、一定の権利に関する一定の法律行為または事実を証する証書等を編綴すること、および、それが編綴されていることないし編綴された内容」と定義されている(鎌田薫「フランスの土地公示制度」香川保一編『不動産登記の諸問題・上巻』(テイハン、一九七五年)一二二頁)。フランスの不動産公示は「証書の公示」(但し、先取特権・抵当権の公示は我が国の登記に類似し、「権利の公示」に近いと考えられている。)として「年代順編成主義」を採用し、一不動産一登記用紙原則を採る日本法とは顕著な違いが見られる。

なお、かつては、先取特権・抵当権に関する公示を登記 (inscription) その他の公示を謄記 (transcription) と呼んでいたが、フランスの現行制度がその基礎とする一九五五年の不動産公示制度の改革に関するデクレは両者を一律に「公示 (publication, publicité foncière)」と呼ぶ。先取特権・抵当権に関する登記 (inscription) という語は、現在においても、講学上も法律上も残っているが、それ以外の公示は狭義の公示 (publication) として分類されている。民法等に残っていた謄記 (transcription) という語は、一九四九年一月七日の「不動産公示に関する諸法典および諸特別法を改正する」オールドナンスにより、全て公示 (publication) と置き換えられた。フランスの不動産公示制度について詳しくは、関口晃「登記制度の比較的研究・フランス」法時二四卷三号一四頁(一九五二年)、伊藤道保「フランス不動産登記制度の改正について」比研一六号三五頁(一九五八年)、星野英一「フランスにおける不動産公示制度の沿革の概念」『民法論集(第二卷)』(有斐閣、一九七〇年)五〇頁、同「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」『民法論集(第二卷)』(有斐閣、一九七〇年)一〇九頁、浦野雄幸「フランスの不動産物権公示制度における公示 (Publicité) の効力について」『判例不動産登記法ノート』(テイハン、一九七五年)二頁、鎌田・前出「フランスの土地公示制度」、佐藤義人・高木保通「フランスの不動産公示制度と売買取引」司法の窓七八号五九頁(一九九二年)、高橋良彰「フランス不動産公示制度における『Privé』と『Public』」司法の窓八〇号八〇頁(一九九二年)を参照のこと。

(2) 債権者間における抵当権の効力と順位——優先権

① 優先権と登記による順位

抵当権は、抵当権者に一般債権者・後順位抵当権者より優先して弁済を受ける権利（優先弁済権）を付与する。フランスにおいてもこのような意味での優先権が抵当権の本体的効力であり、これを取得することを目的として抵当権が設定されると説明されていることは既に述べた。優先権は、このように通常は優先弁済権としての側面が強調されているが、物権の特性としての排他性の内容に当たると解されている。

抵当権は、二重・三重の設定が可能であるため、抵当権者間の順位については不動産登記がこれを規律する。抵当権の順位は抵当権の種類（約定・法定・裁判抵当権）にかかわらず抵当権登記の日付の先後により決定される（民法二二三四条一項<sup>(1)</sup>）。ここでの登記の役割は、純然たる登記による担保物権間での優先順位確定の基準である<sup>(2)</sup>。したがって、未登記であっても当事者間では抵当権は有効だが、差押前催告（commandement）が公示されていない場合には、一般債権者にも優先できないというのがフランスの判例・学説である（仏旧民訴六八六条、詳しくは後述）。だが、現行の不動産公示法たる一九五五年法三〇―一条により定められた「第三者」<sup>(3)</sup>には、未登記抵当権を対抗することはできない。そこで、抵当権の本体的効力たる優先権は登記によってその効力が確保されて初めて獲得される、と説明されることがある。ならば、民法典の抵当権に関する規定において、登記は権利の「効力」に関するものにして、登記は権利の本質たる、担保物権を有する債権者の他の債権者に対する優先性を決定するものであり、登記は事実上権利の成立要件と同視され得るのではないか<sup>(4)</sup>。

以上のような担保物権間の登記による順位確定原則が目的不動産の第三取得者に拡大される場合には、第三取得者は、先に登記を備えることにより何らの負担をも受けない所有権を取得することになり、一般的な物権変動システムとしての対抗要件主義が現れる場面と言えるだろう。<sup>(5)</sup>それは追及権が問題となる場合である。そこでの登記のメカニズムは次節で見るとように担保物権間より簡単である。不動産担保物権間の登記による順位確定原則には特定不動産先取特権という大きな例外があるからである(仏民法二一〇三・二一〇八―一・二一〇九・二一一一・二一一一―一・二一一三条一項)。登記により順位が決定される抵当権に対して、先取特権は債権の性質により法律上当然に付与され順位を決定される(仏民法二〇九五条)<sup>(6)</sup>。なお、夫婦の一方の法定抵当権については仏民法二一三六条二項の例外があるが(詳しくは後述)、法定抵当権は、仏民法二一三四・二一三七条に従い約定抵当権と同様に登記により順位が決定される。仏民法二一〇六条により「債権者間においては、先取特権は以下の数条および第二一四六条および第二一四八条に定める方法で抵当権保存所における登記によって公にされない限り不動産に対して効力を生じない。」と定められ、先取特権についても登記が要求されているが、登記はその効力を保存するためにだけになされる点で抵当権とは異なる。もともと、遅くとも先取特権の発生原因となった行為から二カ月以内に(遺産分割の先取特権については相続開始から四カ月以内に)登記する必要がある(仏民法二一三二条二項)。先取特権の順位は債権発生時に遡及し、先取特権の発生とその登記の間に抵当権を登記した債権者が先取特権を知り得たかどうかに関係なく、先取特権者が優先する。結局、登記により順位が決定されるのは、<sup>(7)</sup>抵当権間においてのみである。抵当権と一般不動産先取特権・抵当権と特定不動産先取特権・一般先取特権間・一般先取特権と特定不動産先取特権・特定不動産先取特権

間の関係はそれぞれ特別のルールによる。しかし、このような違いにもかかわらず、通常、特定不動産先取特権と抵当権はまとめて研究の対象とされ、登記の必要性が併せて説かれている。これらの例外は、登記の順位決定の基準としての役割を何ら変化させないと考えられており、不動産担保物権の対抗可能性は（登記日とその順位を決定しないとしても）常にその登記にかかっていると考えられているからであろう。

## ② 優先権の行使方法

抵当権は、不動産の価値を優先排他的に支配する権利であり、その本体的効力は優先権であると通常説明されている。このような抵当権者の優先権は、抵当権が実行され「法的效果 (effet legal)」(仏旧民訴七一七条三項、一九五八年一〇月二八日のオルドナンス七・八条)を生じるときに具体化するとされる。「法的效果」は、正確には、抵当権が不動産上の権利からその価値に移されたときつまり不動産の代価を差押債権者または第三取得者が要求し得るときではなく、新所有者が債権者に対して価格を弁済、少なくとも供託したときに生じる(仏民法二一八六条)<sup>(8)</sup>。ここで用いられている「法的效果」という言葉は一見すると奇異に思われるかもしれないが、これは、抵当権は優先権を抵当権者が行使するまで特徴的な効果を生じないという考え方、すなわち抵当権は不動産自体よりもその価値を目的としているのだから、抵当権の「第一義的な」効果は抵当権者の権利が不動産から代価の上に移された時にしか現れないとする考え方にそっているようだ。<sup>(9)</sup>

同一不動産上に複数の担保物権が競合し不動産の売却価格が弁済に不十分な場合は、価格配当のために訴訟手続の中で配当順位決定手続 (procédure d'ordre) が必要である(仏旧民訴七四九条以下)<sup>(10)</sup>。もっとも、実務的には、債権

者・債務者・差押債権者の合意による分配 (ordre consensuel) も可能であり、配当順位決定手続は義務的ではない。優先順位決定手続が開始されると、配当手続裁判官 (Juge aux ordres) は、債権者を和解させ話し合いによる配当順位決定手続 (ordre amiable) を図ろうとする。それがなければ、裁判官は、裁判により債権者間の順位を決定する (ordre judiciaire)。異議がなければ、裁判官は、第一順位の債権者に、弁済を認める執行証書となる順位決定明細書 (bordereau de collocation) を配布する。裁判官は、第二順位の債権者にも同様の書面を配布し、代金が底をつくまで同様のことを行い続ける<sup>(11)</sup>。

(1) 仏民法二二三四条①あるいは法定の、あるいは裁判上の、あるいは約定の抵当権は、債権者の間では、法律が定める形式および方法に従って抵当権保存所において債権者が行った登記の日からでなければ、順位を有しない。」

(2) 滝沢・前出一〇八頁。

(3) 一九五五年法三〇―一条①第二八条一号の適用によって公示に服する証書および判決は、それが公示されなかった場合には、同一の不動産について、同一の前主から、同様の公示義務に服しそして公示のなされた証書または判決によって競合する権利を取得し、かつ、その証書を公示しまたは先取特権または抵当権を登記した第三者に対抗できない。それら〔の証書または判決〕はそれが公示されていたとしても、第三者の援用する証書・判決・先取特権または抵当権がそれより前に公示されていたときには、同様に、対抗できない。

②但し、自らが競合する権利を公示させる義務を負っている第三者、またはその者の包括名義の承継人は、この規定を利用することができない。」

(4) 但し、登記は抵当権の有効要件ではないことにつき、Ph. SIMLER et Ph. DELEBECCQUE, op. cit., n° 317 et note 3 (Civ. 16 avril 1839, S. 1839, 1, 511.)

(5) 滝沢・前出一〇八頁。

(6) 仏民法二〇九五条「先取特権は、債権の資格が債権者に与える、他の債権者に、たとえそれが抵当債権者であっても、優先し得る権利である。」

(7) さらに、抵当権と質入証券 (warrant、仏民法二二三四条五項 (但し、目的物が不動産の場合))、抵当権と不動産質 (antichrèse、仏民法二〇八五条以下) の関係も登記により規律される。

なお、抵当権の登記が同一日付の場合は、一九五五年法前は同一順位とされていたが、現在では権限証書の日付の先後による (仏民法二二三四条二項)。権限証書も同一日付の場合は同一順位となるのであるが (同条四項)、この解決の仕方には若干の問題があるとされる。法定抵当権は同じ日に登記された抵当権より先順位となる (同条二項)。

(8) 仏民法二一八六条「定められた期間および形式に従って債権者がせりに付すことを申請しなかった場合には、不動産の価額は、終局的に、契約で約定した代価または新所有者が宣言した代価に定まる。したがって、新所有者は受領順位にある債権者に当該代価を支払うことによって、またはそれを供託することによって、全ての先取特権および抵当権から解放される。」

(9) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, op. cit., n° 673 note 29.

(10) これに対して、一般債権者のみの間での価格配当手続は、按分配当 (distribution par contribution) と呼ばれる (J. VINCENT et J. PRÉVAULT, Voies d'exécution et procédure de distribution, 18<sup>e</sup> éd., DALL'OZ, 1995, n° 498 et s.)。今村・前出「登記のない抵当権の効力について」二〇一頁以下も参照のこと。

(11) 裁判上の清算の場合も、ほぼ同様の手続が行われる (Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n° 328.)。

### (3) 第三取得者に対する抵当権の効力——追及権

#### ① 追及権とは

追及権とは、抵当権者がその順位で優先して弁済を受けるため、目的不動産が設定者から他の者に譲渡された場合

に、第二取得者 (tiers détenteur) の手中にある目的不動産を差し押さえて売却することができる権利である。<sup>(1)</sup> 仏民法二一四条三項は、「抵当権は、不動産がいかなる〔者の〕手中に移ってもそれを追及する。」と、このような抵当権の第三者に対する効力を規定している。抵当権者は、債務者の財産を離れた物についてもその権利を行使することができる点で、一般債権者に比して決定的に優位である。追及権は特定不動産先取特権にも認められる(一般不動産先取特権については問題がある)。なお、優先権に比して追及権は実務上稀にしか現れないという。というのは、不動産取得者は登記抵当権者に売買の価格を提供して抵当権登記を削除することが慣行となっているからである。また、公示簿を調査した時と自らの譲渡の公示時の間に抵当権が登記されるのを避けるため、通常、不動産取得者は保存吏により登記報告書が交付された後でしか代金を売主に支払わないようにされているという。

ところで、フランスにおいて、追及権は、物権侵害の場合に行使される物権的請求権を派生さしめ、担保物権の物権としての性質を示していると考えられるが、抵当権の本質ではないと考えられている。抵当権の本質は、他の担保物権と同様に優先(弁済)権であり、追及権はこの行使を容易にするための手段にすぎないとされる。<sup>(2)</sup> しかし、優先権の前にそれをめぐって優先権が争われるところの何物かが存在しており、<sup>(3)</sup> それが追及権であるとも言えよう。レヴィも、不動産担保物権の対抗可能性を考察する上では優先権よりも追及権が重要であるという。<sup>(5)</sup> そこで、以下では、追及権が行使される場面を見ておこう。

## ② 追及権行使の要件としての抵当権登記

抵当権の登記は、優先順位確定の基準だけでなく、抵当権者が追及権を行使する可能性を、目的不動産の第二取

得者に知らしめる手段でもある。目的不動産の第三取得者が抵当権者の追及権の存在を知る必要性は、設定者の債権者が自分より先に弁済を受け得る優先権を持つ者の存在を知る必要性よりも大きいと思われる。第三取得者は、抵当権者の追及を受ける可能性を知っていれば、所有権の譲受や用益権の設定（地役権・永代賃借権・建設権の設定など）をしなかったであろうし、また、抵当不動産の取得費用または取得に要する他の費用の支払いにも留意したと考えられるからである。

第三取得者と抵当権者との間に生じる紛争は、一般的な物権変動のシステムとしての対抗要件主義を採用して、登記の順序により規律される。仏民法二一六六条は、これを「不動産上の登記をなした先取特権および抵当権者は、その不動産がいかなる者に譲渡されたとしても、その債権または登記の順序に従って弁済順位を決定され、そして支払いを受けるために、その不動産を追及することができる。」と限定的にしか規定していない。もつとも、条文にはなくとも、抵当権者が自らが登記するより前に公示されていた物権を尊重しなければならないことは言うまでもない。抵当権者は、既に公示された用益物権がある場合には、目的物の完全な所有権についてではなく、「残余の(residuelle)」所有権についてしか抵当権を行使できないのである。さらに、第三取得者が先に所有権譲渡の公示を備えていた場合には、この者が何らの抵当権の負担も受けない所有権を取得するのに対して、抵当権者は抵当権―優先権と追及権―を奪われることになる。フランス法において、抵当権者は、その債権が消滅せず不動産が債務者の財産中にある限り、抵当権を登記する権利を保持しているが、少なくとも第三取得者の取得証書の公示のときまでに登記をなさなければならぬ。これを規定するのが、仏民法二一四七条<sup>(6)</sup>であり、登記が追及権行使の前提である。同条



によれば、以下の事由の発生により、もはや抵当権を有効に登記することはできなくなるのであり、これは「登記の流れの停止 (arrêt du cours des inscriptions)」と呼ばれている。①(有償・無償にかかわらず、生存者間での)第三者のために行われた目的不動産の譲渡の公示(例：売買・交換・贈与・特定遺贈の公示)(一項)、②相続の限定承認または相続人の不存在(二項)、③差押前催告 (commandement) の公示(三項)、④債務者に対する裁判による更正開始判決の宣告(一九八五年一月二五日法五七条)である。もともと、これらの事由以前に有効になされた抵当権登記を更新すること(但し、一〇年以内という条件付きである)、元本を登記した後単利の利息をさらに登記することはできる(但し、満期となった利息を担保するための補足的登記は除く)。

### ③ 追及権の行使方法

抵当権者は、債権者として、設定者・債務者・保証人以外の個人的に債務の弁済をする責めを負わない第三取得者の手中にある目的不動産の差押をなすことにより、その追及権を行使する。全ての抵当権者は、その順位にかかわらず追及権を行使し得るが、債権は支払期限が来たものであることが必要である(仏民法二一六七条、但し、清算整理・破産・債務者による担保の減少(仏民法一一八八条)・不動産の滅失・損失(仏民法二二三一条)の場合には期限の利益が失われる)。債権者には執行名義 (titre exécutoire) が必要とされるが、抵当権の設定は公証人証書によることが義務づけられており、執行名義を得ることに困難はない。

差押手続は、基本的には、強制執行法の範囲に属するため、強制執行法を詳しく研究しなければ、その全体像は明らかにならない。<sup>(7)</sup>そこで、ここでは、大きな枠組みをとらえておくだけにとどめる。手続は、民法(二一六九―二二

七九条)と旧民事訴訟法(六七三条以下)により規律されている。

旧民事訴訟法六七三条以下の差押(saisie)は、支払前催告の債務者への通知から生じるが、追及権が行使される場合すなわち目的不動産が第三取得者の手元にある場合には、さらに、第三取得者に支払または委付催告(sommatation de payer ou de délaisser)がなされる(仏民法二一六八条<sup>(8)</sup>)。第三取得者が弁済も委付もせず(9)に三〇日が経過した場合には、債権者は目的不動産を売却させる権利を取得する(仏民法二一九九条<sup>(9)</sup>)。

支払前催告は、その日付から九〇日以内に公示されなければならない(仏旧民訴六七四三条三項)。この公示により、所有権者の不動産に対する権利は制限される。その結果、所有権者は、目的物を毀損したり、果実を収取したり(仏民法二一七五・二一七六条)、あるいは譲渡したり、物権設定の合意をし得なくなる(仏旧民訴六八六条)。賃貸借も、それが支払前催告後に契約されたものであれば取り消される。

競売手続の準備をなすにあたっては、まず、売買証書となる入札条件明細書(cahier des charges)の作成を必要とする。この書類は、代金・不動産の指定・代金の支払条件などの売買の条件を決定するものであり、登記債権者に送付される。登記債権者は、自らにとって不利な条項が除外されているかどうか尋ねることができ、尋ねなければ条項に服さなければならない。競売判決(jugement d'adjudication、仏旧民訴七一七条三項)が下されると、抵当権者の権利は、競落人により支払われるべき代金の上に移される、すなわち抵当権は「法的効果」を生じる。競落人は、理論的には、直ちに代金を供託するか債権者の権利が優先順位決定手続において確認されることを待つかという選択権を有しているが(仏旧民訴七七七条以下)、実際には、競落人が直ちに供託する旨の条項が入札条件明細書に挿入

されていることが多いという。

④ 排他性に対する唯一の例外としての検索および分割の抗弁権

追及権は、担保物権の排他性すなわち対抗可能性の本質を示していると考えられるが、この点について、追及権の範囲を確定することが必要である。そこで、追及権の行使を受けた第三者のとり得る手段および直面する場面を見ておこう。それらの場面としては、①検索の抗弁権 (exception de discussion、仏民法二二七〇・二二七一条)・分割の抗弁権 (exception de division、判例法による)、②委付 (délaissement、仏民法二二七二〜二二七四条)、③抵当債務の弁済 (paiement、仏民法二二五一条二項)、④滌除 (purge、仏民法二二八一〜二二九二条)、⑤差押 (仏民法二一七五〜二一七七条)、⑥抵当目的不動産滅失による保険金・収用による補償金がある。これらの事由により、追及権は消滅 (②③④⑤⑥) もしくはその行使を制限 (①) されることになる。しかし、以上の追及権が消滅する事由を全て排他性に対する例外と呼ぶことはできない。②③④は、抵当権の付従性の現れに他ならないからであり、⑤⑥は、抵当権は目的不動産について一定の手續により決定された物の金銭的な対価の上に存在し続けるということにすぎないからだ。そこで、追及権の行使に対する唯一の制限として、①の検索の抗弁権と分割の抗弁権が残る。これらは、先に登記を備えていなかった目的不動産の第三取得者が抵当権者に対抗し得る例外的場面だ。その意味で、これは抵当権の物権としての性質たる排他性と言えるだろうし、抵当権の不可分性原則に対する例外のようにも思われる。

仏民法二一七〇条は「個人的に債務について責任を負わない第三取得者は、同じ債務についての他の抵当不動産が一人または数人の主たる債務者の占有にとどまっている場合には、自己に譲渡された抵当財産の売買に対して故障を

申し立て、そして『保証』の章に規定された形式に従ってそれについての事前の検索を要求することができる…この検索の間は、抵当不動産の売買は停止する。」と検索の抗弁権を規定する。以下のように多くの要件が課されていないが、第三取得者が同権利を行使することにより、抵当権者はその追及権の行使を制限される。

第一に、第三取得者は、抵当権の目的であり、依然債務者の手中にある不動産についてしか検索を請求することができない。これに対して、抵当権者は、自らが優先権を有していない債務者所有の動産、さらに抵当の目的となっていない不動産を検索する義務を負わない。

第二に、<sup>(10)</sup> 仏民法二一七一条は、単なる抵当権・不動産先取特権の場合に、第三取得者に検索の抗弁権を対抗する権利を認めていない。検索の抗弁権は抵当権の不可分性に反するので、同条は厳格に解されている。他方、仏民法二一七一条は、不動産先取特権者に検索の抗弁権を対抗することを一般的に禁じていることから、特定不動産先取特権者と同様に一般不動産先取特権者にも同条が適用される。したがって、検索の抗弁権は、法定抵当権を有している債権者に対してしか援用することができない。

第三に、個人的に債務を負っている第三取得者は検索の抗弁権を対抗することができない。したがって、債務者・連帯債務者・不可分債務の共同債務者・人的保証人・包括承継人・包括名義承継人・共同相続人は検索の抗弁権を対抗することができない。物上保証人も仏民法二一七〇条の検索の抗弁権を認められない。しかし、学説は、物上保証人に検索の抗弁権を認めることに好意的である。何故なら、この者は個人的に債務を負担していないからである。

以上のような要件の下で認められた抗弁権は、保証の抗弁権と同じ形式に従う（<sup>(11)</sup> 仏民法二一七〇条）。保証に関し

て、民法二〇二二一条は、「予め財産について検索されなければならない債務者が存在しないときにのみ、保証人は債権者に対して彼に弁済することを義務づけられる。」と規定する。第三取得者は、差押の通告後直ちに検索の抗弁を提出しなければならぬし(民法二〇二三条)、検索すべき不動産を示さなければならぬ。第三取得者が支払場所地の控訴院の管轄外にある不動産も示さなければならぬのかという点について、民法二〇二三条二項は<sup>(12)</sup>それを保証については禁じているが、民法二一七〇条は単に保証の規定に検索の抗弁権を委ねているにすぎない。この問題は議論のあるところであるが、検索はフランス国内の全ての不動産を目的とし得るとされている。

検索の抗弁権の歴史をひもとくと、ユスチヌアヌス法典の後、古法下では数多くの秘密の一般抵当権から第三取得者を守るために、検索の抗弁権が認められていたことがわかる。共和暦七年ブリュメール一日の法律によりこの抗弁権は削除されたが、民法典により再び採用され、第三取得者の状況は人的保証のそれに近づいたのである。しかし、保証人は別個の債務を負担しているのに対して、第三取得者は物に従う債務(obligation propter rem)しか負担していないのである。この違いは、起草者をして、抵当権における検索の抗弁権を先に述べたような特に制限的な要件に従わせしめたのである。

このような検索の抗弁権の根拠は、実際面から説明されている。すなわち、同抗弁権は、担保責任追及権(民法二二七八条)<sup>(13)</sup>の恩恵を受ける取得目的物を奪われた第三取得者が提起する多くの訴訟を回避するためのものであるとの理解が一般的である。<sup>(14)</sup>また、「債権者の権利の厳格な維持はこの場合には不公正な結果を導くのではないだろうか。債務者の手中にあり債権者が全く同様に取上げを追及することができ、同じ債務に充当される他の不動産が存在する

場合に、個人的に債務の弁済について責めを負わずただ単に固有の権利を維持するにすぎない第三取得者が支払いを強制されることは正当であろうか。立法者はそうは考えなかった。第三取得者には、故に、債権者に検索の抗弁権を対抗することが認められている。<sup>(15)</sup>と検索の抗弁権の根拠が説明されることがある。ここでは、根拠として権利濫用理論<sup>(16)</sup>が示唆されている。もつとも、現在では、検索の抗弁権が唯一認められている法定抵当権はほとんど消滅しており、検索の抗弁権の意味もほとんどないため、この抗弁権により抵当権の有用性はあまり侵されてはいない。抵当権の一般性が消滅したとき、すなわち一九五五年法の立法者が絶対的な方法で抵当権に登記を課したときから、検索の抗弁権の不都合さはもはや存在しなくなった。反対に、第三取得者は、今日では、もはや、不動産にかかる、そして自らに対抗し得る抵当権を制限することはできなくなったのである。

検索の抗弁権と同様の根拠付けは、抵当権の不可分性の例外たる分割の抗弁権に関する判例においても発見できる。権利濫用理論が、検索の抗弁権と分割の抗弁権に共通の基礎であり、検索の抗弁権は立法による、分割の抗弁権は判例による裁量の産物でしかないとされている。判例によれば、権利濫用理論は、抵当権者により①詐欺的な目的のため・他人を害する意図（フロードにより）で、または②自らに何ら適法な利益がないにもかかわらず援用され得ないとされているが、破毀院第三民事部一九七二年二月一五日判決<sup>(17)</sup>は「悪意・害する意図または適法な利益なくして、問題の行為がなされたことを証明していなかった」ため、第三取得者は分割の抗弁権を対抗することができないと述べている。さらに、一九七二年判決の評釈者は、判決を解釈するに際して、責任と権利濫用、フォート、害する意図（intention de nuire）、適法な利益の欠如（absence d'intérêt légitime）、適正な優位の欠如と言った概念に言及してい

<sup>(18)</sup>このことから、ムウリイは、分割の抗弁権に関するこれらの判決が、フロードと暗に権利濫用理論を参照していることは明白であり、このことはこの問題の一般性を示している、と述べている。<sup>(19)</sup>権利濫用理論は、物権の排他性(対抗可能性)の厳格性に必要不可欠な緩和剤として要求されている。ここでは、物権の排他性の本質であると考えられる追及権の厳格性を緩和するため、権利濫用理論を用いて、検索の抗弁権・分割の抗弁権という例外が認められている。レヴィによれば、物権の対抗可能性の特徴すなわち物権侵害に対する制裁の特徴の一つとして「現物による」制裁があげられていた。抵当権の追及権が行使される場合というのは、この一例である。先に登記された抵当権の負担を受けている第三取得者は、抵当権者の追及を受けることによりその所有権を奪われることになるのである。このような「現物による」制裁の唯一の制限としての検索の抗弁権・分割の抗弁権があるのだ。<sup>(20)</sup>

物権の対抗可能性の特徴としては、さらに損害の発生の有無、第三者の善意・悪意とは無関係な「無条件の」制裁があげられる。このような第三者の主観的要件の問題を考えるに際しては、担保物権の存在を第三者に知らせるための登記の問題を避けて通れない。抵当権は、その観念性から、また目的物に強い支配力を有しその追及権の行使を第三取得者が受けることから、その存在が明確となるような公示方法が要求される。そこで、以下では、登記の存在が抵当権の対抗可能性にいかなる影響を与えているかを見たい。このように登記の役割を検討することは、抵当権が第三者に対抗し得るために第三者の認識が必要とされるか否かを検討することであるといえよう。

(一) Ph. SIMLER et Ph. DELEBECCQUE, op. cit., n° 344. — M. DAGOT, op. cit., p. 457 et s. — Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, op. cit., n° 685 et s. — Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 1988, n° 187 et s.

F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 30, 5<sup>e</sup> éd., BRUYLANT-CHRISTOPHE, 1893, n° 173 (藤原・前出 一六六頁注(一)を参照した。)によれば、追及権は抵当権の物権性の現れであり。全ての物権は絶対的権利であるから追及権を与えられるとする。

(2) 例えば、コルニユは追及権を「物権の当然の延長物 (prolongement naturel du jus in re)」(G. CORNU, *Droit civil préc.*, n° 993)、「コラン＝カピタンは追及権を「優先権の不可欠なる補完」と表現する (COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, par JULIOT de la MORANDIÈRE, 4<sup>e</sup> éd., DALLOZ, n° 1792)。

(3) したがって、未登記抵当権であっても当事者間では有効であり、抵当権の本体的効力たる換価権と優先弁済権を有するはずであるし、少なくとも抵当権設定者に対しては十分主張可能・行使可能なはずである。抵当権設定者は、抵当権者に自ら所有する不動産を「売りとばす」権限を付与を付与したと考えられるからである。しかしながら、他の債権者に対して優先権を主張することが本体的効力であるとされる抵当権について、対抗力のないものを認めることは不合理であるとして、未登記抵当権の有意義性が我が国ではしばしば疑問視されている。

(4) この点については、我妻栄『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』(岩波書店、一九六八年)二三五頁を参照のこと。

(5) M. LÉVIS, *op. cit.*, n° 291 et s.

(6) 仏民法二一四七条「①先取特権債権者または抵当債権者は、第三者のために行われた移転の公示後は、前所有者に対する権利に基づいて有効に登記を行うことができない。売主、「不動産」取得のための金員の貸主および共同分割(相続)人は、この公示にかかわらず、二一〇八条および二一〇九条に定める期間内に、二一〇三条がそれらの者に付与する先取特権を有効に登記することができる。

②相続が限定的のみ承認され、または「相続人の」不存在が宣言される場合で、死亡後初めて相続債権者の一人が登記を行った場合には、その登記は、それらの者の間ではいかなる効果も生じない。但し、売主、「不動産」取得のための金員の貸主、共同分割「相続」人ならびに死亡者の債権者および受遺者に認められる先取特権は、限定承認または相続人の不存在にもかかわらず、二一〇八条・二一〇九条に定める期間内に登記することができる。



③不動産差押、破産または裁判上の整理の場合には、先取特権および抵当権の登記は、民事訴訟法典の規定および破産および裁判上の整理についての規定によって規律される効果を生じる。」

本条について詳しくは、M. DAGOT, L'arrêt du cours des inscriptions (a. 2147) ; portée de la règle, JCP 79, I, 2924 を参照のこと。

(7) フランス法における不動産執行手続について詳しくは、J. VINCENT et J. PREVAILT, op. cit., n. 406 et s. を参照のこと。なお、弁済がなされない場合に前もって債権者が任意に目的物を売却することを認める自由売却条項あるいは流担保条項 (clause de voie parée, 古法下では認められていた。) を担保設定時には禁止する旧民事訴訟法七四二条は、抵当権の実行は絶対的に差押によらなければならないと規定しているようだが、この原則には大変広い例外が認められている。自由売却条項は、それが被担保債権の発生後のものであるならば有効であるとされている。さらに、旧民事訴訟法七四二条は、債務者が債務発生時に債権者への売買予約を約定することを禁止していない。そこで、今日では、このような条項はさかんに利用されているという。

(8) 仏民法二一六八条「第三取得者は、同一の場合において、あるいは満期となった全ての利息および元本をそれがいかなる金額にのぼることがあっても支払い、あるいはいかなる留保もなく抵当不動産を委付する義務を負う。」

(9) 仏民法二一六九条「第三取得者がこれらの義務の一つを完全に満足させない場合には、それぞれの抵当債権者は、第三取得者に対して抵当不動産を売却させる権利を有する。」

(10) 仏民法二一七一条「検索の抗弁権は、不動産についての先取特権者または特定抵当権者に対抗することができない。」

(11) Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n. 91. 保証についての条文として、仏民法二〇二六条「①前条の規定にかかわらず、各共同保証人は、分別の利益を放棄せざる場合に限り、債権者が予めその訴権を分割し、これを各保証人の負担部分に減縮することを請求することができる。」

(12) 仏民法二〇二三条「①検索を請求する保証人は、債権者に主たる債務者の物を示さなければならず、そして検索するため十分な金員を前払いしなければならない。」

②保証人は、支払地の控訴院の管轄外にある主たる債務者の物も、争訟目的となつてゐる物も、もはや債務者の占有にな  
い抵当目的物を示してはならない。」

(13) 仏民法二一七八条「抵当負債を支払い、または抵当不動産を委付し、あるいはその不動産の強制徴収を受けた第三取得者  
は主たる債務者に対して当然のこととして担保責任の権利を有する。」

(14) R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Cours de droit civil français, T. XIV, 2<sup>e</sup> éd., ROUSSEAU, par  
VOIRIN, n° 1064. — KINEIDER, Juris. -cl. civ., art. 2170 à 2174, n° 17. — A. WEILL, Les sûretés, La publicité foncière,  
DALLOZ, 1979, n° 502.

(15) G. BAUDRY-LACANTINÈRE, Traité de droit civil français, t. XXVII, 3<sup>e</sup> éd., par DE LOYNES, n° 2141.

(16) フランス法における権利濫用理論について M. LÉVVIS, op. cit., n° 95 et s. 及び掲げられた文献を参照の事。

(17) Civ. 3<sup>e</sup> 15 fév. 1972, Bull. civ. III, n° 71; D. 72, 463, note E. F.; Defrénois 72, art. 10126, 79, obs. AUBERT.

(18) D. 72, 463, note E. F.

(19) M. MOULY, op. cit., n° 197.

(20) M. LÉVVIS, op. cit., n° 291.

(続)