

財産分離ノ宣告アリテ妻其法律上ノ抵當ニ依リ不動産上其婚資ノ回取ヲ求メタリ此時ニ當リ之ニ其協諧契約ニ干涉シタルヲ并ヒニ其放棄ヲ承諾シタルヲ以テ對抗シタルモノアリシモ遂ニ其請求立タサリシ「オルンアン」控訴院及ヒ之ニ次テ大審院ニ於テ協諧契約ハ動産ニ適用スルヲ得ヘキモ夫其他ニ不動産ヲ有シ而シテ該不動産ニ付キ辨濟ヲ受クルヲ得セシムル抵當擔保中協諧契約ニ因リ毀損スルヲ能ハサル權利アリ妻ハ之ヲ放棄スルカ爲メ能力ナキモノナリト決定シタリ(四)又他ノ事件ニ於テ未成年者ノ後見監督人未成年者ノ爲メ其父ノ締結スルヲ得タル協諧契約ニ干涉シ而シテ親屬會議ノ特殊ノ合議ニ依リ之ニ干涉スルノ認許ヲ得自餘ノ債權者ト共ニ債權ヲ一割ニ減少スヘキヲ承諾シタリ故ニ未成年者ハ其死去シタル母ヨリ受クヘキ一万七千六百法ノ代リニ千七百六十法ヲ受クルニ過キササルモノトナレリ其後破産者再ヒ破産シタルニ依リ其不動産債權者ノ差押ヘテ賣却スル所トナリ未成年者ハ代價ノ配當ニ加ハラントヲ求メ法律上ノ抵當ニ依リ擔保セラレタル一万七千六百法ノ金額ノ爲メ第一位ニ於テ配當ニ加入シタリ然ルニ嘗テ後見監督人未成年者ヲ代表シ協諧契約ヲ爲シ其債權ヲ千七百六十法ニ減シタルヲ理由トシ其配當加入ニ對シ故障ヲ陳フル者アリタリ而シテ其故障タル始メ裁判官ノ排斥スル所トナリ次ヒテ控訴院ニ於テ勝ヲ制シタリシモ遂ニ大審

院ノ棄却スル所トナリタリ大審院ハ控訴院ノ判決ヲ破棄シ後見監督人ハ親屬會議ノ認許ヲ得タリト雖モ未成年者ノ不動産讓渡ニ關シ那破翁法典第四百五十七條及ヒ第四百五十八條並ヒニ未成年者ノ利害ニ關スル私和ヲ規定シタル第四百六十七條及ヒ第二千四十五條ニ定メタル法式ヲ履行セサリシキハ其協諧契約ニ於ケル承諾未成年者ノ抵當權ニ効力ヲ及ホスヲ能ハスト判定シタリ(五)

(四) 願訴局千八百四十年三月二日判決(ジュールナルヂュパネー)○シレー及ヒドヴ#
ルヌーヅ四十年第一部第五百六十四項○ダローズ四十年第一部第四百三三頁

(五) 大審院千八百四十二年七月十八日破棄○ダローズ四十二年第一部第四百三十三頁○ジュールナルヂュパネー

是レ裁判例ノ趣意ノ概要ナリ是ヲ以テ見レハ裁判例モ亦抵當權ハ不動産所有權ヲ支分スルヲ以テ之ニ繋着シ其一分タルモノニシテ亦不動産中ニ列置セラルヘキモノナルヲ認ムルモノナリ

今抵當ト其擔保スル所ノ債權トヲ併セ觀察スルニ其權利ノ性質爲メニ變スヘキモノナルカ其權利ハ不動産ノ種別ヲ離レ動産中ニ移ルモノナルカ論者或ハ曰ハク然リ何トナレハ抵當ハ債權ノ附從即チ概チ動産タルモノ、附從ナルヲ以テ之ト同シク動産タラサ

ルヘカラサレハナリト然レモ論者ハ從ハ主ニ從フトノ規則ヲ誤用シタルモノナリ「ザア
 レット」氏ノ如キモ亦大ヒニ此規則ノ適用ヲ誤リ又自ラ大ヒニ之ヲ破フレリ即チ氏ハ不
 動産債權ヲ擔保スルニ動産質ヲ以テスルコトヲ説キ其動産權ハ債權ノ眞ノ附從ナリト云
 ヘリ然ラハ則チ從ハ主ニ從フトノ規則ニ抱ハラス主タル義務ハ從タル義務ニ其固有ノ
 性質ヲ附スルモノニアラサルコトヲ認メタルモノナリ是レ實ニ認メサルヲ得サル所ナリ
 何トナレハ如何ナル場合ニ於テモ決ノ動産質變シテ不動産ト爲ルト云フコトヲ得ザレハ
 ナリ然ラハ則チ不動産質ヲ以テ動産ノ擔保トシタルキモ亦其理之ニ同シカラサルヘカ
 ラス若シ夫レ不動産債權ニシテ其不動産タルノ性質ヲ之ニ附從トシテ附着スル動産權
 ニ移サ、ルモノトシ從ハ主ニ從フトノ規則此場合ニ於テ毫モ影響ヲ及ホスモノニアラ
 ストスル以上ハ不動産タル權利ヲ以テ動産債權ヲ擔保トシタル場合ニ於テモ此規則ノ
 影響アリト謂フヲ得ヘカラサルナリ蓋シ從ハ主ニ從フト云ヘル規則ハ自ラ其範圍アツ
 テ敢テ之ヲ擴張スヘカラサルモノナリ抑、此規則ハ主タル義務消除セラレ又ハ消滅シ
 タルキハ之ニ附着シタル從タル契約ヲシテ亦共ニ消除シ又ハ消滅セシムルヲ以テ其効
 果トスルモノナリ何トナレハ主タル義務消滅スルニ關ハラズ從タル義務尙ホ存在スル
 ハ會得スベカラサル所ナレハナリ（下第二千三百三十二條註解ヲ參觀スヘシ）然レモ此規

則タル主タル義務ヲシテ從タル義務ニ其性質ヲ移傳附着セシムヘキモノニアラサルナ
 リ何トナレハ一ノ義務他ノ義務ニ附從トシテ附着スルモ亦各其固有ノ性質ヲ具備シテ
 駢立ハ決シテ道理上會得スヘカラサル所ニアラサレハナリ

若シ夫レ動産債權ノ附從タル抵當此債權ト共ニ配偶者ノ共通財團中ニ入ルモ決シテ余
 輩ノ説ヲ擊破スルモノニアラサルナリ抑、其抵當ニシテ共通財團中ニ入レハ固ヨリ余
 輩ノ認ムル所ナリト雖モ（六）其然ル所以果シテ如何是レ「ザアレット」氏ノ言ヘル如ク抵
 當ハ其動産債權ニ附從タルノ故ニ動産トナルニ因ルカ否決シテ然ルニアラザルナリ其
 共通財團ニ入ル所以ハ抵當ハ其擔保トスル所ノ債權ト分離スヘカラス（然レモ是レ只
 概則タルノミ尙ホ第三百三十四號ニ説ク所ヲ參觀スヘシ）而シテ抵當ハ原ト附從タルニ
 過キサルカ故ニ主タル債權那破翁法典第千四百一條ニ依リテ共通財團中ニ入ルヲ防止
 スルコト能ハサルモノナルヲ以テ亦共ニ之ニ隨伴セサルヲ得サルカ故ナリ然レモ是レ敢
 テ共通財團中ニ入ル所ノ別異ナル價額ニアラス共通財團ニ入ルモノハ獨リ抵當ニ附着
 スル債權ノミ其抵當ニ至テハ該債權ノ辨償ヲ確保スルノ方法トシテ移ルニ過キサルコ
 恰モ自餘ノ物上抵保例ヘハ不動産質ノ之ニ移ルカ如ク又保證ノ如キ對人抵保ノ之ニ移
 ルニ異ナラサルナリ是ヲ以テ抵當ハ其附着スル所ノ債權動産價額トシテ配偶者ノ共通

財團ニ入ルニ拘ハラス尙ホ其不動産タル性質ヲ依然保有スルヲ得ルモノニシテ余輩斷シテ自説ノ誤マラサルヲ信ス

(六) ロジニール氏同著婚姻契約論中財産共通ノ制ノ解釋ヲ參觀スヘシ(第一版第一卷第三百二十七號第二版第一卷第三百六十七號)

(三二九) 是ヲ以テ法律ニ抵當ハ抵當ト爲シタル不動産上ノ物權ナリト云フハ抵當ハ所有權ノ支分權ニシテ不動産ノ支別ニ屬スルヲ謂フモノナリ是レ法律ニ之ヲ物權ト稱シタルニ由テ明カナリ

又此名稱タル抵當權ノ重要ナルヲ示シ又其結果ヲ示シ之ヨリ知ラシムルモノナリ夫レ抵當ハ物權ナリ故ニ衆人ニ對抗スヘキ絶對的ノ權利ニシテ管ニ抵當トシタル不動産所有者ノ債權者ニ對スルノミナラス亦該不動産ノ第三所持者ニ對シ行ハルヘキモノナリ實際上抵當ハ優先權ト追躡權トヲ併セテ發生ストハ蓋シ是レ之ヲ謂フナリ即チ優先權ハ抵當アル債權者ヲシテ一切ノ無抵當債權者及ヒ自己ノ後ニ位スル抵當アル債權者ニ先チ抵當不動産ノ代價ニ就キ辨濟ヲ受クルヲ得セシムルモノニシテ追躡權ハ債權者ヲシテ其不動産債務者ノ讓渡ノ効ニ因リ何人ノ手ニ移ルモ之ヲ追躡スルヲ得セシムルモノナリ

追躡權ハ抵當ト不動産上ノ先取特權トニ普通ナルモノニシテ之ヲ第二千六百六十六條以下ニ制定シタリ而シテ第二千六百十四條ノ第二項ニ於テモ亦明カニ之ヲ記載セリ是レ(前ニ第二千九十九號ニ於テ陳ヘタル)抵當ヲ主眼トスルモ亦(不動産上ノ)先取特權ニ適用スル項目ノ一ナリ優先權ニ至テハ本卷ノ總則第二千九十三條及ヒ第二千九十四條ニ之ヲ示シ次ヒテ第二千六百三十四條以下ニ之ヲ規定シタリ今ヤ余輩ハ抵當ヨリ生スル主タル權利タル優先權ニ就テモ亦抵當ノ効力ノ一タル追躡權ニ就テモ詳細ノ論究ヲ爲サス直チニ抵當ノ不可分ニ論及セントス其詳細ノ若キハ前記諸條ノ註解ニ至リ之ヲ説明スヘシ

〔陸〕(三三〇) 抵當ハ不可分ナリ(第二千六百十四條)先取特權モ亦不可分ナリ是レ亦特ニ抵當ノ章中ニ記載セリト雖モ等ク先取特權ニ通用スヘシ是ヲ以テ千八百四十年中第二千六百十四條ヨリ第二項ヲ削除シ總則中ニ在ル第二千九十四條ニ之ヲ轉置スヘキノ議アリタリ(一)其ハ暫ク措キ抵當ハ如何ナル故ニ不可分ニシテ又其不可分ト如何ナル意義ヲ有シ如何ナル程度ニ於ケルモノナルカ其不可分ナル所如何又其效果如何是レ余輩ノ以下論定セント欲スル所ナリ

(二) 千八百四十四年ニ刊行シタル條例中(第三卷第二百二十六頁)「カシ」法科大學ノ論說ヲ參觀スヘシ

(三三一) 第二百百十四條ノ律文ニ依ルニ抵當ハ其性質上不可分ナルモノナリ是レ第一ニ説明スルヲ要スル所ナリ若シ夫レ法律ニシテ抵當權ノ不可分トハ性質ニ因ル不可分即チ平等タルト不平等タルトヲ問ハス分割スルヲ能ハサル權利例ヘハ通行ノ地役權ヨリ生スル權利ニ付キ認ムヘキ不可分ヲ謂フノ意ニ出テタルモノナレハ實ニ誤謬ノ甚クシキモノタルヘシ何トナレハ要役地ノ所有者ニ承役地上二分ノ一三分ノ一又ハ四分ノ一ノ通行ヲ爲スノ權ヲ附與スル通行權ナルモノアルヲ會得スヘカラスト雖モ抵當權ハ之ニ反シ抵當ト爲シタル不動産ノ分割セルキハ亦共ニ分割シ分割ノ部分ニ應シ不動産ノ各部分上ニ存在シ其不動産ニシテ平等ノ二分ニ分割シタルキハ二分ノ一ノ爲メ各分割部分上ニ存シ又其不動産三個ニ分レタルキハ其抵當三分ノ一ノ爲メ各分割部分ニ附着スヘキナリ故ニ此ニ所謂不可分トハ性質ニ因ルモノヲ謂フニアラス

蓋シ抵當ハ其性質上可分ナルモノナリト雖モ亦質權ト同シク分割スヘカラサルモノトス何トナレハ質權ト底當トハ恰モ未必條件ノ如キモノニシテ條件ノ分割スヘカラサルト同シク抵當モ亦其附着スル義務ノ條件タルニ依リ同シク分割スヘカラサルナリ

(二) 然レモ判決中先取特權及ヒ抵當ハ其性質ニ因リ不可分ニシテ此不可分ハ先取特權アル物權ノ讓受人ノ起シタル擔保ノ訴訟中金額ノ讓受人其讓渡人ニ對シ先取特權

ノ不成立ニ基キ起シタル擔保ノ訴ニ推及スルモノナリト裁定シタルモノナリ○願訴局千八百五十八年七月二十九日判決○(シユールナールヂュパネー千八百六十年第四百五十九頁○シレ一及ヒドヴ井ルヌノヴ六十年第一部第七百五十頁○ダローズ五十九年第一部第二百二十五頁)○然レモ「ゴーチエー」氏ハ「ヂユールナールヂュパネー」ノ判決ニ論評ヲ加ヘ之ヲ非難シタリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ抵當不可分カ如何ナル意義ナルカヲ知り法律ニ用ヒタル文辭ノ眞意ヲ知ルヲ得ヘシ即チ抵當ハ當事者ノ意思ニ因リ不可分ナルモノナリ蓋シ抵當アル債權者ノ意思ニ於テハ其合意上之ヲ得タルト法律ニ因リ之ヲ得タルトヲ問ハス其抵當不動産ノ全部及ヒ各部分ニ附着シ債權全部ノ辨濟ヲ得ルニ至ルマテ其抵當完全一切ノ不動産並ヒニ此不動産ノ各個及ヒ各部分上ニ存シ如何ナル些少ノ部分タリトモ抵當ハ之ニ追躡シ債權全部ノ爲メニ之ニ附着スヘシト做スモノナリ(三)是ヲ以テ抵當ノ不可分ハ單ニ意思ニ因ルモノニシテ直ニ性質ニ因ルモノニアラス然レモ此場合ニ於テハ其意思義務ニ密着シ常ニ之ニ附從スルヲ以テ法律ハ遂ニ之ヲ通則トナシ間々俗用ノ意義ヲ以テ抵當ハ性質上不可分ナリト云ヘリ是レ恰モ擔保ハ賣買ノ性質ニ屬スルモノニシテ其原素ニアラスト云フカ如シ(四)

- (三) シユムトラン(同前第二十九號第三十號第三十一號)○トロ、ン(第三百八十八號)
- (四) ロジエール(不可分論第四百六十六號)
- (三三二) 其ノ然リ抵當ノ不可分ハ單ニ意思ニ因ルモノナルカ故ニ亦當事者ノ意思ヲ以テ其効果ヲ減縮スルヲ得是ヲ以テ法律ニ於テモ亦既ニ或ル場合ニ於テハ抵當減少ノ訴權及ヒ記入減少ノ訴權ヲ制定シタリ(下第二千四百四十三條第二千四百四十四條及ヒ第二千六百六十一條ヲ見ルヘシ)加之當事者契約ヲ結ビ抵當不動産ヲ所有者ノ相續人間ニ分割スルコアルニ當リテハ其各相續人ハ自己ノ義務ヲ限度トシ抵當ノ責ニ任スルニ止マリ又債務者不動産ノ一半ヲ賣却シタルキハ其所有スル他ノ一半ニ抵當ヲ減少スヘキコトヲ約スルヲ得又不動産ノ完全所有權ヲ有スル所ノ債務者其債權者ニ附與スル抵當ハ只用益權上ニノミ存スヘキコトヲ約スルコトヲ得大審院判決中少シク之ニ反スルノ裁定アリト雖モ毫モ據ル所ナキモノナリ(一)何トナレハ物ノ完全所有權ヲ有スル者之ヲ分割シ其支分タル用益權ノミヲ移附シ虛有權ヲ保存ナルヲ得ル以上ハ亦債權者ノ爲メ用益權ノミヲ抵當トシ虛有權ヲ保有スルヲ得ヘキヤ明カナレハナリ
- (二) 此判決タル千八百二十六年四月十二日ニ在リ之ニ由ルキハ用益者ト虛有者ト連結シテ用益權ト虛有權トヲ區別セスシテ承諾シタル抵當ハ虛有者ノ權利銷除シタル

後ニ至ルモ此銷除ノ結果ニ因リ用益者其不動産ノ完全所有權ヲ有シタリト認メタル
 其ハ猶ホ用益權上ト虛有權上トニ其効ヲ存スルモノナリト決シタルモノナリ(シレ
 一及ヒドヅ井ルヌイヴ三十六年第一部第三百六十六頁○ダロイズ三十七年第一部第
 百八十一頁○シユールナルヂユパレ)此判決タル敢テ直接ニ前記ノ論決ヲ定メ
 タルモノニアラスト雖モ多少之ヲ假定シタルモノナリ何トナレハ抵當ハ虛有權上ト
 用益權上トニ併セテ存スヘシトノ趣意ハ己レニ屬スル物權ノ用益權ヲ抵當トスル能
 ハストノ趣意ニ基クモノナレハナリ然ルニ斯ノ如キハ誤謬ノ說ナリト謂ハサルヘカ
 ラス

然レモ右ノ諸契約ハ當事者ノ抵當ニ加ヘタル制限ニ過キス故ニ論者中之ヲ以テ不可分
 規則ノ例外即チ變例ナリト見做ス者アルモ決シテ至當ノ見ニアラサルナリ(二)實ニ抵
 當ノ原ト數個ノ不動産ニ繫着スルヲ得ヘキヲ約束ニ因リ其一個ニ限リ繫着シ又ハ不動
 産ノ全部ニ繫着スヘキヲ僅カニ其一分ノミニ限リ繫着スルモ其抵當ハ常ニ不可分ニシ
 テ其繫着スル所ノ全部及ヒ各部分ニ附着スルモノナリ故ニ債權者其悉皆辨濟ヲ受クル
 ニ至ルマテハ抵當ハ不動産ノ全部及ヒ各部分又ハ債權者ノ減縮ヲ諾シタル不動産ノ部
 分ノ全部及ヒ各部分上ニ全然存立シ如何ニ些少ノ部分タリトモ之ヲ分離シ抵當ヲ免カ

ンシムルヲ能ハス抵當ハ常ニ之ニ附着スルモノナリ是レ即チ所謂不可分ナルモノナ
リ

(一) トロ、ン(第三百九十壹號)○ムーロン(民法覆義第三卷第四百五十三頁第四百五
十四頁)

三三三) 法律ニ依ルニ抵當ノ不可分ハ敢テ主タル義務ノ可分ナルキ其分割ヲ妨害ス
ルモノニアラス故ニ單ニ連合ノ債權者若クハ債務者間又ハ債權者若クハ債務者ノ相續
人間ニハ當然義務ノ分割スヘキモノトス是ヲ以テ數多ノ結果アリ就中須ラク茲ニ記述
スルヲ要スヘキモノニアリ第一債務者ノ相續人中ノ一人ニ對スル抵當訴權ノ執行ハ該
相續人其共同相續人ト連合シテ負擔スル共同債務中其部分ヲ限度トシ該相續人ニ對シ
對人訴權ノ時効ヲ中斷スト雖モ該相續人ノ部分ニ超過スル所ノモノニ關シテハ時効ヲ
中斷セス况ンヤ自餘ノ相續人ニ對シ其部分ニ關シ對人訴權ノ時効ヲ中斷スルモノニア
ラス判決例中此結果ノ適用ヲ爲シタルモノアリ是ニ依ルニ共同相續人ニシテ債務ヲ認
定シタルカ故ニ自己ノ名義ヲ以テ相續ノ抵當附債權者ニ對シ時効ヲ申立ツルコトヲ得サ
ル者モ其共同相續人ノ部分ヲ讓受ケタルキハ其名義ヲ以テ時効ヲ申立ツルコトヲ得ルモ
ノトセリ蓋シ法律中毫モ對人訴權ト抵當訴權トノ間ニ彼ノ連帶債務者間又ハ主タル債

務者ト保證人トノ間ニ於ケルカ如キ關係ヲ設ケ(第一千二百六條及ヒ第二千二百五十條)
該訴權ノ一ノ執行ハ他ノ一ヲ保存スルモノナリト定メタル條例ナシ是ヲ以テ余輩ノ茲
ニ結果トシテ論スル所ハ既ニ充分ノ理由アリ且「マルカデー」ノ嘗テ第八百七十三條第
千百九十九條第一千二百六條第一千二百二十五條第一千二百四十九條及ヒ第二千二百五十
條ノ註解ヲ爲スニ當リ充分數演說明シタルアルヲ以テ余輩亦之ヲ詳論セス

(一) 願訴局千八百二十九年二月十二日判決○(ダローズ二十九年第一部第四百七頁

○シノ、及ヒドヅ、ルヌ、ト、ヅ三十年第一部第二百一頁○シ、ル、ヂ、ニ、バ、ン、)○トロ、

ン(時効第六百五十八號以下先取特權及ヒ抵當第八百七十八號ノ二)○ロ、シ、エ、ル、(不

可分第四百七十號)○ヴァ、ゼ、)ニ(時効第二百四十四號)

第二債務者ノ相續人ハ抵當上債權全部ニ付キ義務ヲ負フト雖モ亦自ラ負擔スル所ノ部
分ノ辨濟ヲ債權者ニ提供スルヲ得債權者ハ之ヲ受クルコトヲ拒絕スルヲ得ス又凡テ債權
者ノ相續人ハ相續ノ分割前該相續ノ債權中自己ノ有スル部分ヲ債務者ニ請求スルヲ得
而シテ其相續人タルノ資格其權利ノ部分(二)及ヒ其權利ノ成立ヲ證明スルノ外復タ證明
スルニ及ハサルモノトス蓋シ其權利ハ其負擔スル返還ノ爲メ相續ノ價額ニ就キ消滅ス
ルコトアルモノナリ(第八百九條)然リ而シテ此點ニ付キ嘗テ論スル者アリ曰ハク債務者斯

ノ如ク一分ノ辨濟ノ請求ヲ受ケタルトキモ亦猶ホ債務殘部ノ抵保トシテ依然不動産上ニ抵當ノ存續スヘキカ故ニ相續人ハ擧ク相共ニ共議連合シテ其金額ヲ受取リ以テ不動産ノ抵當ヲ全ク除却スヘキヲ請求スルヲ得ト然レモ此申立ハ遂ニ棄却セラレタリ蓋シ之ヲ受理シタル大審院ノ論定シタル所ヲ見ルニ曰ハク「抵當ノ不可分ハ原ト債務者ノ爲メニ設ケタルモノニシテ債務者該不可分ヲ以テ之ニ其辨濟ヲ受取ルヲ妨害スルノ具トスルヲ得ス若シ抵當附債權者死去シテ數名ノ相續人ヲ殘シタルキハ該相續人ハ其辨濟ヲ受クルカ爲メ相連合シ債務者ノ爲メニ全ク抵當ヲ除却スルニ及ハサルモノナリ斯ノ如キヲ命スルノ原則ナク又法律モアラサルナリ各共同相續人ハ却テ自餘ノ共同相續人ノ所爲ニ關ハラス其部分ヲ請求スルノ權アリ只自己ニ關スル所ノ抵當ノ記入ヲ取消スヘキノミ而シテ自餘ノ共同相續人ニ對シ義務ヲ免カル、ニ必要ナル處分ヲ行フベキモノハ即チ所有權ヲシテ抵當ヲ免カレシムルニ利益アル債權者ナリトス」ト(二)

(二) ブールシュ控訴院千八百二十八年八月六日判決○巴里控訴院千八百三十一年一月十九日判決○グルノーブル控訴院千八百四十七年八月八日判決○願訴局千八百四十七年十一月九日判決○シレー及ヒドヴザルヌイヴ三十年第二部第七十四頁、同三十二年第二部第七十六頁、同四十八年第二部第七十八頁及ヒ第一部第二百八十九頁○ダローズ二十九年第二部第二百九十二頁、同三十一年第四百四頁、同八十八年第四十九頁○シールナルヂュパネー千八百四十八年第一卷第四百十七頁

(三) 前註ニ引證シタル千八百四十七年十一月九日判決ヲ參觀スヘシ

(三三四) 又抵當ノ不可分ハ當ニ主タル義務ノ不可分ヲ來サ、ルノミナラス亦主タル義務ト抵當トヲシテ不可分ナラシムルモノニアラス抵當ハ主タル義務ト分離シテ之ヲ讓渡スルヲ得ルモノナリ是レ「ブールシュ」控訴院ノ判定シタル所ニシテ(一)「カン」控訴院モ亦此趣意ヲ取り先取特權ハ特ニ債權ノ性質ニ基キ之ト分離スヘカラサルニ似タル優先ノ原因ナルモ亦該債權ト分離シテ移付スルヲ得殊ニ獲得者ノ債權及ヒ第三者ノ爲メニ其第三者ノ債權ヲ限トシ未タ代價ヲ受取ラサル賣主ノ承諾シタル其先取特權ノ移付又ハ代位ハ第三者ヲシテ被讓渡先取特權ニ附着シタル一切ノ優先ノ權利ヲ得セシムルモノナリト決シタリ(二)然レモ是レ大ニ異議アル所ナリ

- (一) ブールシュ控訴院千八百三十二年七月二十日判決○(シレー及ヒドヴザルヌイヴ三十三年第二部第六百二十六頁○ダローズ三十四年第二部第九十六頁○シールナルヂュパネー)
- (二) カン控訴院千八百五十四年二月十一日判決○(シレー及ヒドヴザルヌイヴ五十五

年第二部第六十九頁○ダロース五十五年第四部第四百四十六頁○シュールオトルヂュ
パレ一千八百五十五年第一卷第三百七十六頁)

今實際ノ適例ニ照シ之ヲ論セシニ此事ニ關シテハ三箇ノ合意アリテ其間頗ル著シキ差
異アリトス三箇ノ合意トハ即チ債權ノ讓渡順位ノ讓渡及ヒ抵當ノ讓渡是ナリ債權ノ讓
渡ニ於テハ其附從タル抵當其債權ノ讓渡中ニ包含シテ依然之ニ附着シ毫モ其狀態ヲ變
スルモノニアラス只債權ノ名前主ヲ異ニスルノミ順位ノ讓渡ニ於テモ亦抵當ハ順位ヲ
讓受タル以外ノ者ニ對シ其一切ノ効果ヲ具ヘテ存立スルモノナリ只順位ノ變轉アリテ
抵當債權者タル讓受人讓渡人ノ位置ニ代ハリ其債權額ヲ限度トシ之ト順位ヲ交換スル
モノナリ故ニ讓渡人ノ債權ト讓受人ノ債權トノ間ニ存スヘキ差異ハ契約ニ關係セサル
債權者ニ損害ヲ及ホサス又利益ヲ加ヘサルモノナリ抵當ノ讓渡ニ於テハ其抵當債權ト
分離シ其債權ハ爾後單ニ無抵當トナリ其抵當ハ從前無抵當タリシモノニ附着シ更ニ抵
當附タラシム

右三個ノ合意中第一及ヒ第二ハ敢テ異議ナキ所ナリ尙ホ此二個ノ合意殊ニ第二者ニ至
テハ後抵當ノ順位ヲ説クニ當リ之ヲ論究スヘシ第三ノ合意ハ余輩ノ茲ニ論究スル所ニ
シテ「ブールシヨ」控訴院及ヒ「カン」控訴院ニテハ之ヲ有効ト判定シタリ然レモ之ヲ皮相視ス

レハ大ニ疑議ヲ容ルヘキ所アリ先ツ理論上之ヲ觀ルニ抵當ト之ヲ附從トスル債權トチ
分離シテ讓渡スルハ少ク會得シ難キ所アリ是レヲ以テ「ザカリエ」及ヒ其註釋者タル
「アウブリ」及ヒ「ラウ」氏ハ反對説ヲ唱ヘ其他有名ノ論者ニシテ亦之ニ左擔シタル者アリ
曰ハク「抵當ト之ヲ設定シテ以テ抵保トスル債權トノ間ニ存スル關係ハ實ニ緻密ニシ
テ抵當ハ獨自成立シ其附屬スル債權ヨリ分離シテ之他ノ債權ニ附スルヲ得ルモノト
見做ス」能ハスト「二三」嘗テ佛蘭西ニ於テ抵當法改正案ヲ論議シタル時ニ當リテモ此論
旨勝チ制シタルカ如シ去レハ千八百四十一年ニ開キタル行政諮問會ニ於テ「レンヌ」及
ヒ「ストラスブール」ノ三法科大學此點ニ論及シ「レンヌ」控訴院ニテハ其契約適法ナリト
シ「カン」及「ストラスブール」ノ法科大學ニテハ抵當法ノ原則及ヒ趣意ニ背馳スト唱ヘタ
リ(四)又千八百四十九年ニ於テ該改正案ヲ立法議會ニ附スルニ至リテハ非分離説益々
行ハレ初メ政府ヨリ下附シタル原案ニ於テハ抵當ノ讓渡ヲ本則トシ定メタリシニ(五)
參事院ノ委員及ヒ立法議會ノ委員大ニ原案ヲ駁撃シ參事院ニ於テハ曰ハク「其讓渡ハ
會得スヘカラサル所ノモノナリ抵當ハ獨自分離シ賣買ノ目的トナルコト能ハサルモノナ
リ若シ不動産ノ占有者ニシテ自己ノ債務又ハ其保證スル所ノ債務ノ爲メ該不動産ヲ抵
當トシタル者其附從トシ承諾シタル抵當自己ノ關係セル債權ニ移付擊着スルトハ大ニ

損害ヲ被ナルヘシ故ニ抵當アル債權ヲ讓渡スルノ權能ハ明カニ之ヲ認ムヘキモ抵當ノミヲ以テ主タル義務ト分離シタル權利トシテ讓渡スルノ權能ハ之ヲ認ムヘカラスト
 (六)立法議會ニ於テモ亦同一ノ趣意ヲ陳ヘタリ(七)是ヲ以テ此論議ニ從ヒ草案ヲ修正シ抵當ハ之ヲ以テ擔保トスル債權ノ讓渡ト共ニスルニアラサレハ讓渡スルコト能ハサルモ
 ノナリト定メタリ

(三) ザカリエー(第二卷第二百十五頁及ヒ註第一)○アウブリッ及ヒラウ(第三版第二卷第八百八十七頁)○ゴーチエー(代位第五百六十二頁以下)○ムーロン(同前第五百七十八頁以下)○ベルナール(代位初版及次版第三號)○ベチツク(質第十八號以下)○ダロ
 ・ンピール(義務第三卷第二百二十六頁第二百三十五頁第二百三十九頁)○ゼヴァン(法律駁擊雜誌第二十卷第五百四十二頁)

(四) 千八百四十四條ニ刊行シタル議事錄第二卷第四百七十一頁)

(五) 原案第二百二十九條○ベルシ、氏ノ共和大統領ノ組織シタル委員ノ名ヲ以テ爲シタル報告ヲ參觀スヘシ(第九十八頁)

(六) ベトモン氏ノ論告(第百五十頁)

(七) ヴァタムスニール氏ノ報告(第八十六頁)

然レモ其實之ヲ翫味スルハ右ノ理論ハ正確ニアラス第一慣例ニ反スルモノナリ「ベチツク」ノ「オレア」「メルリヌス」「子ギユザンチユス」「バルトウール」等ノ諸書ニ就キテ攻究シタル往古ノ學說ハ單ニ抵當ノミノ讓渡ノ事ニ論究シ多少之ヲ否認スルモノアリタリト雖モ遂ニ抵當ト債權トハ決シテ不可分ナルモノニアラス抵當ハ債權ト分離シテ移付スルコトヲ得ヘキモノナリトノ論旨學者ノ通說トナレリ(八)只讓渡人ノ債權消滅スルハ其嘗テ讓渡シタル抵當亦共ニ讓受人ノ手裡ニ在テ消滅スヘキモノナリト云ヘリ(九)又右ノ論旨ハ實際ノ慣例ニ背馳スルモノナリ何トナレハ佛國慣習法ノ廢止以後往古ノ學者ノ有効ナリト認メタリシ抵當ノ讓渡實際ニ行ハル、ニ至リ之ヲ以テ彼ノ習慣法ニ是認シタルモ新法ニ禁止シタル第一位ノ抵當ヲ更ニ抵當トスルノ權ニ代ヘタリ(第二卷下第二百十八條第陸號)是ヲ以テ抵當ノミノ讓渡實際ニ行ハレモ異議ヲ唱フル者ナキニ至リタリ且法律ノ緘黙ト契約ノ理トハ與ニ右ノ慣例及ヒ實際ニ至大ノ力ヲ添フルモノナリ實ニ法律中抵當ヲ主タル債務ト分離シテ讓渡スコトヲ禁止スルノ律文アラサルナリ然ラハ則チ奈何ソ其讓渡禁止セラレタリト謂フヲ得ヘケンヤ抑々抵當ハ固ヨリ金錢ヲ以テ估計シ得ヘキ物權ニシテ嘗テ「ブールジュ」控訴院ノ言ヘルカ如ク諸般ノ約束ノ目的タルヲ得ヘキカ故ニ讓渡ノ目的ト爲ルヲ得ヘキヤ固ヨリ當然ナリ全債權

ヲ讓渡シ之ヲ處分スルノ權ヲ有スル者ニシテ其附從タル一分子ニ過キサル抵當ヲ處分
 スルヲ得ズト言フカ如キハ到底其理ノ存スル所ヲ知ラサルナリ其レ然リ而シテ余輩ノ嘗
 テ陳ヘタル如ク(第二百二十四號)又第一千二百三十二條ニ至リ復説スルカ如ク從タル
 義務ハ其主タル義務ナクシテ成立スルモノニアラスシテ此ニ論スル所モ亦敢テ之ニ反
 セサルヲ見ル何トナレハ抵當ノミノ讓渡ハ主タル義務ヨリ從タル義務ヲ分離スルモノ
 ナリト雖モ是レ之ヲ自立自存セシメントスルニアラス更ニ他ノ主タル義務ニ附着セシ
 メンカ爲メナリ故ニ此ニ論スル所ノ場合ニ於テモ二個ノ義務アリ抵當ハ其更ニ確保ス
 ル所ノ債權ニ關シテハ等ク從タル義務タルモノナリ(十)

(八) ベチツク(同前第十八號)及ヒ其引證スル諸論者ノ著書ヲ參觀スヘシ

(九) 讓渡者ノ手裡ニアル債權ノ消滅ト共ニ讓受人ノ手裡ニアル抵當ノ消滅スルハ現行
 法ニ於テモ千八百四十九年三月十六日「オルンアン」控訴院ノ判決ニ依リ確認セラレ
 タリ(シレー及ヒドッヅヰルヌーゾ四十九年第二部第四百四十九頁)○ジュールナルヂ
 パレー千八百四十九年第一卷第三百九十頁○ダローズ四十九年第二部第五百五十六頁
 其當否ハ法律上ノ抵當ヲ説クニ至リ之ヲ論セン(下第四百八十三號)

(十) (ジャンビュニノエル及ヒリゴー登録説論第千二百三十五號)○ヴァレット(第百二十

八號)○トロ、ン(登記第三百二十三號以下)○マルトウー(第百七十四號)○ベルシー

(登記第二卷第五百六十頁第五百六十一頁)○リビニール及ヒユグー(法律問答第三百

八十四號)○ブシツソール(千八百五十五年三月二十三日法律説明第百一號)○ブードー

(抵當權代位第五十七號以下)

其レ然リ而シテ此法律上ノ論點タル千八百五十五年三月二十三日ノ法律第九條ヲ以テ抵
 當ハ之ヲ附從トスル債權ト分離シ讓渡スルヲ得ヘキ旨ヲ假定シタルヲ以テ現今復タ
 異議ノ生スルコトナシ(十一)蓋シ該條ハ特ニ妻ノ法律上ノ抵當ノ事ヲ論定スルモノナリ
 ト雖モ是レ常行ノ事例ヲ示シタルノミ其律文ニ就テ之ヲ觀レハ其區域最モ廣シトス何
 トナレハ法律ハ妻其法律上ノ抵當ヲ讓渡シ又ハ債權者ノ爲メニ之ヲ放棄スルヲ得ト云
 フモ亦他ノ抵當附債權者ハ此權能ナシト云ハサレハナリ寧ロ他ノ抵當主ハ一層此權能
 アリト謂フヘシ若シ假ニ疑議ノ生スルアリトスルモ却テ妻ニ關シ之アルヘシ蓋シ妻ハ
 法律ノ特殊ノ恩典ニ依リ其抵當ヲ得ルモノナルヲ以テ之ヲ處分スルノ權能最モ少シト
 看做サ、ルヘカラサルナリ是ヲ以テ今ヤ抵當ト債權トノ間即チ從タル義務ト主タル義
 務トノ間ニ不可分ナシト謂フヲ得ヘシ然レモ此規則タル其實妻ノ法律上ノ抵當ニ關ス
 ルニアラサレハ其適用ヲ見サルカ故ニ該抵當ヲ論スルニ當リ更ニ述フル所アルヘシ

(下第四百五十八號以下)

(十一) ムトロン氏ハ嘗テ其代位論中ニ吐露シタル説ヲ捨テ、更ニ此問題タル千八百五十五年三月二十三日ノ法律ヲ以テ反對ノ趣旨ニ斷定セラレタリト認メタリ(登記第二卷第五百六十六頁)○然レモ「ベチツク」(同前第七十七頁)及ヒ「ベルトール」(同前)ヲ參觀スヘシ

(三三五) 是ヲ以テ法律ニ定メタル不可分ハ只抵當ノミニ限ルモノナリ然レモ「シュムトラン」ノ云ヘル如ク(上第三百二十一號)其不可分ハ受方及ヒ働方ニテ存スルモノナリ例ヘハ甲乙ニ對シ一方法ノ債權ヲ有シ之ヲ擔保スルニ乙ニ屬スル不動産ノ一ノ抵當ヲ以テセリ然ルニ甲死シテ丙丁二個ノ相續人ヲ遺シ其債權丙丁間ニ二分シタリ然ルニ丁所用アリ乙ニ求メテ自己ノ部分ニ屬スル五千法ノ辨濟ヲ得タリ此時ニ在ツテハ原抵當ハ如何ナルヘキカ丁ハ抵當不動産ノ一二又ハ或部分ヲシテ免責セシムルヲ得ヘキカ曰ハク否蓋シ抵當ノ不可分ハ働方ニシテ存スルカ故ニ其抵當ハ債權ノ員數減少シタルニ關ハラス尙ホ債權ヲ分得シタル各債權者ノ爲メニ殘額ニ關シ存スルモノナリ故ニ丁ハ其抵當ヲ減少シ以テ丙ヲ害スルコト能ハス丙ハ其債權ノ部分ノ擔保トシテ前不動産ヲ有スルコト恰モ乙ノ未タ毫モ辨濟セサルト如クナシ故ニ爾後乙無資力トナルトハ丙ハ抵

當不動産ノ全部ヲ賣却シ自己ノ債權額ヲ受取ルコト得ヘキナリ

(一) シュムトラン(同前第二十八號)○前ニ引證シタル千八百四十七年十一月九日判決ヲ參觀スヘシ

又例ヘハ甲乙ニ對シ一方法ノ債權ヲ負擔シ其擔保トシテ「ヴェルサイユ」ニ有スル家屋ヲ抵當トシタリシニ死去ニ因リ該債權其相續人丙丁ノ間ニ分割シタリ其後財産分配ヲ行ヒ丁「ヴェルサイユ」ノ家屋ヲ受取リタリトセンニ乙ハ其債權ノ抵當タル不動産ノ所持者即チ丁ニ對シ債權全部ニ付キ抵當訴權ヲ行フヲ得丁ハ其抵當訴權ヲ防止セント欲シ一方法ノ債務中自己ノ分擔タル五千法ヲ提供スルモ決シテ能ハサルヘシ何トナレハ抵當ノ不可分ハ受方ニシテ存スルカ故ニ其擔保ヲ分離スルコト能ハサルハナリ(二) 本法第八百七十三條ニ於テ「相續人ハ自己ノ分頭部分ノ爲メ自身ニテ又全部ノ爲メ抵當上ニテ相續ノ債務及ヒ負擔ニ任スト云ヘルハ蓋シ抵當不可分ノ原則ヲ適用シタルモノナリ(三) 抑々本條ハ相續人ヲシテ其共同相續人ニ對シ又包括ノ受遺者ニ對シ其相續ノ債務ヲ負擔スヘキ多寡ニ應シ求償權ヲ有セシムト雖モ偶々之ヲ實行スルヲ得サルカ又ハ實行スルモ毫モ利益ナキキニ在ルモ抵當不可分ノ原則ハ依然存在スヘシ是ヲ以テ大審院嘗テ年金權ノ擔保トシ不動産ヲ抵當トシタルトハ債權者不動産ノ各部分ノ所有者ニ對

シ全部ノ辨濟ヲ請求スルヲ得ヘシト判定シ且被告タル所有者ハ不可抗力例ヘハ政府ノ所爲ニ依リ債務者ニ對シ求償權ヲ失フタルコトヲ以テ其責ヲ免ル、コト能ハスト判定シタリ(四)

(二) 大審院千八百十二年五月四日破棄○同院千八百十年一月九日棄却

(三) マルカデー(第八百七十三條註第四號)○又那破翁法典第九條第千十二條及ヒ第千二百二十一條第一號等ニ於テ他ノ適例アリ

(四) 大審院千八百十八年五月六日破棄

又例ヘハ甲乙丙相連合シテ丁ニ對シ六方法ノ債務ヲ負擔シタリ此債務タル固ヨリ甲乙丙間ニ分割スヘキモノナリ而シテ甲獨リ其不動産上ニ抵當ヲ設定シタリ爾後期限ニ至リ乙丙其各自ノ負擔スル部分ヲ辨濟スルニ資力ナク甲獨リ自己ノ部分ヲ辨濟シタリ是ニ於テカ甲ハ其不動産既ニ自己ノ辨濟ニ依リ抵當ヲ免カレ丁ハ抵當上之ヲ訴追スルコト能ハスト唱ヘタリ甲果シテ理アルカ曰ハク否何トナレハ特殊ノ契約ニ依リ甲ハ自ラ其部分ヲ負擔スルニ過キサレモ全債權ノ爲メ抵當ヲ許與シタリト見做サルヘク(五)而シテ抵當ハ受方ニテ不可分ナルカ故ニ甲ノ不動産ハ債權中多少ニ關ハラズ未濟ノ部分アル限リハ全牀上ニ付キ抵當ニ係ルヘキモノナレハナリ大審院嘗テ此趣意ヲ以テ抵當不可分

ノ原則ヲ適用シタリ其判決ヲ見ルニ債務者其代理人ニ自己ノ名義ヲ以テ金額ヲ借用シ自己ニ屬スル一切ノ不動産ヲ擔保トシ抵當トスヘキコトヲ委任シタリ是ニ於テカ代理人借用ヲ終ヘ其本人ヲシテ返還ノ連帶義務ヲ負ハシメ併ヒテ本人ノ數個ノ不動産上ニ抵當ヲ設定シタリ然ルニ本人ハ代理人ノ己ニ連帶義務ヲ負ハシメタルノ越權ヲ申立テ連帶ノ約束ニ關シ義務ノ無効ヲ請求シ抵當ハ共同債務中自己ノ部分ニ應シ各自所有ノ不動産ニ繫着スルニ過キスト唱ヘタリ而シテ債權者ハ連帶ノ事ニ關シテハ本人ノ請求ニ應スヘキモ抵當ハ不可分ナルノ故ヲ以テ抵當不動産ノ各個ニ付キ債權全部ノ爲メ存立スヘキヲ主張シタリ承審官ハ其答辯ヲ採用シ連帶ヲ無効トシタルモ抵當ノ不可分ヲ維持シタリ是ヲ以テ其事權ニ於テ債務者間ニ可分ナル債務ノ抵保トシテ債務者ノ各個ニ屬スル不動産上ニ設定シタル抵當ハ其債權全部ノ爲メ不動産ニ繫着スヘシ各債務者ノ部分ノ爲メ之ニ繫着スルニ止マルモノニアラスト判定セリ此判決ニ對シ上告シタリト雖モ遂ニ棄却セラレタリ其債務者ノ論辯セシ所ヲ見ルニ抵當ハ不可分ニシテ各自ノ債務ニ附着セル抵當其各自所有ノ不動産全部ニ繫着スヘキモ連帶ヲ無効トスル判決アルニ依リ抵當ノ不可分ハ各自ノ不動産ヲ以テ債務全額ノ抵當トスルカ如キ効アルモノニアラスト云フニ在リ然レモ大審院ハ結局原裁判ニ爲シタル不可分ノ原則ノ適用ヲ維

持シタリ(六)蓋シ毫モ制限ヲ設ケサル契約アル以上ハ其不動産ハ盡ク全債務ノ爲メ債權者ノ抵當訴權ニ係ルヘキモノナリ

(五) ロンチール(不可分論第四百六十七號)

(六) 願訴局千八百四十四年一月二十一日判決○(シシール及ヒドヴルヌーヴ四十四年第一部第三百九十八頁)○ダロリス四十四年第二百零七十七頁○シユールナールヂュ

はソ抵當ノ不可分ノ原則ノ最モ單純ナル結果即チ當事者ノ意思及ヒ物權タル抵當ノ性質ニ依リ當然會得スヘキ結果ナリ

〔漆〕(三三六) 以下他ノ事例ヲ以テ之ヲ論セン是ノ抵當法中最モ重大ナル難問ノ一ナリ

何ソヤ例ヘハ山林田畠家屋ノ三個ノ不動産ノ所有者タル甲一方法ヲ乙ニ辨濟スヘキノ申渡ヲ受ケ乙ハ其裁判ニ依リ千八百五十年一月其裁判上ノ抵當ヲ記入セシメタリ後幾ナラスシテ甲山林ヲ抵當トシテ丙ヨリ一方法ノ金額ヲ借用シ丙ハ千八百五十一年一月其記入ヲ爲セリ爾後甲更ニ丁ヨリ一方法ノ金額ヲ借用シ之ニ田畠上抵當ヲ附與シ千八百五十二年一月其記入ヲ行フタリ是ヲ以テ甲ノ不動産ハ三個ノ抵當ニ係ルモノナリ第一ノ抵當ハ裁判上即チ一般ノモノニシテ(上第三百二十三號)乙ノ爲メ三個ノ不動産

ニ推及シ他ノ二個ハ合意上即チ特殊ノモノニシテ其一ハ特ニ丙ノ爲メ山林ニ繫着シ一ハ丁ノ爲メ田畠ニ繫着スルモノナリ此時ニ當リ甲ニ對シ山林ノ差押アリ之ヲ競賣シタルニ一萬五千法ヲ得タリ此場合ニ於テ乙代價ノ配當ヲ請求シ其一般ノ抵當ヲ以テ擔保セル一方法ヲ受ケンヲ請求スルハ果シテ理アルカ將又甲ニ對シ徵收シタル不動産ヲ以テ特殊ノ擔保トスル丙ハ乙ヲ排斥シ其權利ヲ分割スルカ又ハ何等ノ特殊ノ抵當ニモ關ハラズ一般ノ抵當ヲ以テ擔保シタル金額ヲ辨濟スルニ足ルヘキ債務者所有ノ家屋上其權利ヲ行フヘキヲ請求スルヲ得ヘキカ

論理上之ヲ見レハ是レ毫モ斷定ヲ難シトセサルモノ、如シ抑抵當ハ性質上不可分ニシテ法律ノ文辭ニ依ルニ一切ノ抵當不動産上該不動産ノ各個及ヒ各部分上ニ存立スルモノナルヲ以テ一般ノ抵當アル債權者ハ特殊ノ抵當アル債權者ニ對シ其權利ヲ分割シ將ニ分配セントスル不動産代價上ニ之ヲ分離シテ執行シ又ハ債務者ノ自餘ノ不動産ニ付キ之ヲ行フヘキヲ求ムルヲ得ス蓋シ一般ノ抵當アル債權者ハ其抵當ノ債務者ノ一切ノ不動産ニ推及スルヲ以テ或ル不動産ニ限り之ヲ行フヘキノ請求ヲ承引スルハ及ハサルナリ

嘗テ巴黎控訴院ノ判決中債權者ハ其抵當ヲ分割セサルヲ得スト判定シタルモノアリ其

理由ニ曰ハク「一切ノ財産上抵當ヲ有スル債權者ヲシテ最初ニ分配スヘキ財産ノ全部ヲ取盡スコトヲ得セシムルハ同財産上ノ特殊ノ抵當ハ殆ト徒費無効ノモノトナリ之ヲ得タル債權者ヲ誤マラシメ却テ他ノ財産ヲシテ一般ノ抵當ヲ免カレシムルニ至ラン是レ公義ニ反スル所ナリ」ト(一)然レモ此判決タル遂ニ裁判例トナラス又裁判例ト爲ルヲ得ヘキモノニアラサルナリ是ヲ以テ巴黎控訴院モ亦幾ナラスシテ記入ノ順序中日附ノ最先ナル一般ノ抵當ヲ以テ擔保セラレタル債權者ニ權利ノ停止又ハ分割ヲ命スルハ其抵當ニ依リ得タル所ノ純然獨立不可分ナル權利ト矛盾スルモノナリト認メ該債權者ハ正明ナル金額ヲ掌握スルニ拘ハラズ更ニ他ノ財産ノ檢索ヲ待チ爲メニ其辨濟ヲ遅延セラレ又ハ時日ト費用トヲ要スル訴訟ヲ起サ、ルヲ得ス却テ日附ノ後ニ在ル債權者ニ先チ辨濟ヲ受クルアルヘカラスト認メタリ(二)是ヲ以テ數箇ノ不動産上抵當アル債權者ハ不可分ノ原則ノ結果ニ依リ其一箇ニ付キ自己ノ權利ノ全部ヲ行ヒ自己ノ後ニ記入ヲ經ガル特殊ノ債權者ヨリ其債權及ヒ抵當權ヲ分割スヘキノ請求ヲ受クルニ及ハサルモノナリ蓋シ此論決タル一片ノ疑點ヲ存セスシテ現時裁判例ニ於テ確定スル所ト爲リタリ(三)而シテ諸判決ニ依レハ一般ノ抵當アル債權者自己ノ利益ヲ謀リ將ニ代價ヲ分配セントスル不動産上特殊ノ抵當アル自餘ノ債權者ヲ害スヘキ處分ヲ行フヘキ場合例ハ一

般ノ抵當ヲ以テ擔保セラレタル債權ニ配當スルハ多少無効トナルヘキ他ノ特殊ノ抵當ヲ債權者ノ他ノ不動産上ニ有スル時ト雖モ猶ホ此論決ヲ以テ至當ナリトス(四)

(一) 巴黎控訴院千八百十一年四月五日判決

(二) 巴黎控訴院千八百十四年十一月二十四日判決○(シネー)及ヒドヅルヌイヴ新集第四冊第二部第四百十七頁○大審院千八百三十一年十二月十四日判決、同千八百三十四年三月四日判決、同千八百四十四年十二月二十四日判決、同千八百四十七年八月十六日判決○トウトルーズ控訴院千八百二十七年六月二十五日判決○ポルドー控訴院千八百三十四年二月二十六日判決○トウトルーズ控訴院千八百三十六年三月五日判決○リモトシエ控訴院千八百三十九年一月五日判決○モシベリ控訴院千八百四十二年七月二十六日判決○リヨシ控訴院千八百四十六年七月十日判決○グルノーザル控訴院千八百四十八年四月十四日判決○(ダローヌ)三十二年第一部第百二十五頁、同三十六年第二部第百一頁○ジュールナルヂニパネー千八百四十五年第一卷第九十八頁、同千八百四十六年第二部第四百二十七頁、同千八百四十七年第二卷第六百二十一頁、同千八百五十年第一卷第二百五頁○シネー及ヒドヅルヌイヴ三十二年第一部第百七十六頁、同三十三年第一部第四百二十一頁、同三十四年第二部第三百九十四頁、同

三十九年第二部第五百四十三頁)

(四) プールジュ控訴院千八百五十三年四月三十日判決及ヒ千八百五十四年一月十八日判決○大審院千八百五十四年十二月十八日破棄、同千八百五十五年一月二十九日破棄、同千八百五十六年三月三日破棄○ジュールナールヂュパンノ千八百五十三年第二卷第二百二十八頁○シノ、及ヒドヴヰルヌーヴ五十四年第二部第九十七頁、同五十五年第一部第八十二頁及ヒ第二百四十七頁、同五十七年第一部第五十五頁○メッス控訴院千八百五十四年二月十四日判決○シノ、及ヒドヴヰルヌーヴ五十六年第二部第二百九十五頁)

(三三七) 其レ然リ而シテ此不可分ノ原則ノ適用ニ依リ如何ナル結果ヲ生スヘキカ前記ノ説明ニ就テ之ヲ觀レハ自ラ明カナリ即チ甲ノ抵當附債權者中最後ニ之ニ金錢ヲ貸與シタル丁ハ其ノ方法ヲ受取ルヘキモ丁ヨリ以前ニ債權者トナリタル丙ハ其債權ノ全部又ハ一分ヲ失フヘシ何トナレハ其特殊ノ擔保ノ代價ハ大半乙ノ一般ノ抵當ノ爲メニ取盡サレ乙ハ其權利ヲ分割シ其債務者ノ三個ノ不動産上其高ニ應シ之ヲ行ハス丙ニ對シ徵收シタル山林ノ代價ヲ以テ全ク辨濟ヲ受クヘキナリ是レ不可分原則ノ適用ノ結果ニシテ特殊ノ抵當アル債權者ハ一般ノ抵當アル債權者ノ爲メニ先ンセラレ其抵當ヲ失フ

ヘク且債務者ノ自餘ノ財産上抵當ヲ有セサルヲ以テ他ノ不動産上ニ記入ヲ爲シ日附ノ後ニアル特殊ノ債權者ハ爾後一般ノ抵當ヲ免カレタル該不動産ノ代價ニ付キ其債權ノ辨濟ヲ受ケ前ニ一般ノ抵當ノ爲メニ優先セラレタル特殊ノ抵當附債權者ノ擔保ヲ以テ一般ノ抵當ヲ償却シ爲メニ自餘ノ債權者ヲシテ利益ヲ得セシムルニ至ルヘシ此結果タル債權者其一般ノ抵當ヨリ生スル權利ヲ正當ニ行フハ必ス甘受セサルヘカラサルモノナリト雖モ亦或ハ債權者トノ共謀ニ因リ生スルコアルヘシ故ニ此事タル古來學者ノ苦慮スル所ニシテ特殊ノ抵當アル債權者ノ利益ト一般ノ抵當權トヲシテ調和セシメ詐僞共謀ノ憂ナカラシメント欲シ種々ノ考案ヲ運ラセリ然レモ現時ノ法律ニ於テハ毫モ之ヲ調和スルコト能ハサルカ如シ苟モ一切ノ場合ニ於テ之ヲ調和スルハ到底得テ能クセサルカ如シ此點ニ付キ裁判例アリト雖モ抵當抗衡ノ諸般ノ場合ヲ區別スルニアラザンハ之ヲ論評スルコト能ハサルナリ

(三三八) 第一最モ單簡ナル設例ヲ取り債務者ノ一不動産ノ差押ニ係リ賣却セラレタル場合即チ數多ク不動産同時ニ差押ニ係リ賣却セラレ異別ノ順序ニ從ヒ代價ノ分配ヲ爲ス場合ト混淆スル所ノモヲ説カン

此第一ノ設例ハ那破翁法典ニ定メタル抵當法ヲ改正セントスルノ論議起リタルキニ當

ヲ衆人ノ豫見スル所ナリシカ如シ
 去レバ千八百四十一年ニ於テ政府其抵當法ヲ改正セント欲シ之ヲ控訴院及ヒ法科大學
 ニ諮詢スルニ當リ此論點明ニ發露シ人皆テ法律ヲ以テ之ヲ制定シ毫モ利害關係人ノ私
 欲專斷ニ放任スルコトナカラント望ミタリ此時ニ當リ種々ノ考案ヲ提出スル者アリシ
 ト雖モ今之ヲ詳論スルノ益ヲ見サルヲ以テ讀者之ヲ知ラント欲セハ宜ク千八百四十四
 年刊行ノ編纂錄ニ就テ之ヲ求ムヘシ只法律上ノ代位說最モ多數ヲ占メタリ即チ十三控
 訴院ニ法科大學ノ建議ニ曰ハク一般ノ抵當アル債權者ノ辨濟ノ用ニ供シタル特殊ノ
 抵當アル債權者ハ法律ノ明文ニ依リ一般ノ抵當アル債權者ニ代位スヘシ但各自ノ部分
 其抵當附債權額又ハ其特殊ノ抵當ニ係リタル財産ノ賣却代價ニ超過スルコトナカルヘシ
 ト(一)

(二) 抵當法改正案編纂錄第一卷緒言第百九十四頁及第二卷第八百二十七頁以下
 其後千八百五十一年ニ至リ立法議院ニ於テ起リタル討論中亦法律上ノ代位アルヘシト
 ノ說勝テ制シタリ當初原案ニ於テハ此點ニ付キ規定スル所ナカリシカ故ニ恰モ之ヲ顧
 慮セサリシカ如クナリシモ第一讀會ヨリ此問題ヲ提出スル者アリ論議ノ未遂ニ第三讀
 會ニ至リ其法案中ニ一條ヲ設クルコトナシリ其餘ニ曰ハク「數個ノ不動産上ニ抵當ア

ル債權者ハ其行フタル不動産差押以後又ハ公賣目錄ヲ查閱スヘキノ催告ヲ受ケタル後
 該不動産ノ一ニ付キ其抵當ヲ放棄スルコトヲ得ス又自カラ該不動産ノ一ノ代價ノ配當順
 序ニ加ハルヲ退避スルヲ得ス但放棄又ハ順避ニ一ノ債權者ニ利益ヲ與ヘ日附ノ前ナル
 他ノ抵當ヲ有スル債權者ヲ害スルノ目的ニ出テタルキニ限ル此條規ニ背ク者ハ損害賠
 償ノ責ニ任スヘシ○數個ノ不動産上抵當アル債權者ニ優先セラレタル抵當附債權者ハ
 當然此抵當ニ代位スヘシ但自己ノ抵當ノ日附ニ於テ代位スルノミ且此代位ハ之ニ優先
 シタル債權額ニ超過スルコトヲ得ス○此規則ハ不動産上ノ先取特權ニ適用スト(二)是ニ
 由テ之ヲ觀レバ千八百五十一年ニ於テモ亦千八百四十年ニ於ケルカ如ク本法中法律上
 ノ代位ヲ設ケントシタルナリ

(一) 第二讀會ノ爲メニ起草シタル法案第二千五百五條參觀

(三三九) 此法律上ノ代位ノ法則タル更ニ本法ニ設ケントシタリシモノナレハ初メヨ
 リ本法中ニ存シタルモノニアラサルナリ然ルニ學說及ヒ判決中法律ニ一般ノ抵當ト特
 殊ノ抵當トノ抗衡ヨリ生スル不正ノ弊害ヲ豫防スルノ方法ナキコトヲ認ムルヲ欲セスシ
 テ本法ノ條項中既ニ法律上ノ代位ノ法則ヲ定メタルモノアリト唱ベ抵當附債權者ノ特
 殊ノ擔保之ニ先ツ日附アル一般ノ抵當ノ爲メニ吸取セラレタルキト雖モ該債權者ハ代

位ニ依リ債務者ノ自餘ノ財産上其權利ヲ行フヲ得ヘシト論シタルモノアリ(一)然レ
 此代位ヲ定メタル律條果シテ何クニカアル此點ニ就テハ論者モ其說ヲ同フセス一ハ
 那破翁法典第千二百五十一條ヲ論據トシ同條ニ代位ハ債權者ニシテ先取特權又ハ抵當
 アルニ依リ自己ニ優先スヘキ他ノ債權者ニ辨濟シタル者ノ爲メ行ハル、ト云フニ依リ
 特殊ノ債權者ノ抵當ハ其貸與シタル金錢ヲ代表スルモノナルカ故ニ自己ニ優先スル債
 權者ノ爲メ特殊ノ抵當ヲ吸取セラレタルキハ該條ノ適用ヲ受クヘキモノナリト云ヘリ
 又一ハ之ニ反シ那破翁法典ハ毫モ此特殊ノ場合ニ於テ法律上ノ代位ヲ認メタルモノニ
 アラサルモ商法第五百五十二條及ヒ第五百五十四條ニ於テ之ヲ認メタリト唱ヘタリ同
 條ニ依ルニ尋常債權者ハ抵當附債權者ノ不動産配當中抵當附債權者カ動産ノ配當ニ就
 キ受取リタルモノニシテ其抵當附債權ニ超過スル價額ヲ回取スヘシト云ヘリ然レモ孰
 レノ說ニ依ルモ法律上ノ代位アリトノ論旨ハ之ヲ採用スヘカラサルモノナリ第一第千
 二百五十一條ノ規則ハ債權者自己ニ優先スヘキ他ノ債權者ニ自己ノ金額ヲ以テ爲シタ
 ル辨濟ノ事ニ關スルモノナルカ故ニ債務者ノ財産賣却代價ヲ以テ辨濟ヲ爲シタル本論
 ノ場合ニ之ヲ推及スヘカラス蓋シ此辨濟タル其實債務者自ラ行フタルモノニシテ取テ
 債權者ノ行フタルモノニアラサルナリ又商法第五百五十三條及ヒ第五百五十四條ハ特

殊ノ債權者ノ爲メ代位權ヲ定メタルモノト見做ス可能ハス何トナレハ該條ニ規定シタ
 ル場合ニ於テハ尋常債權者抵當ニ係ル財産ノ一部分ヲ得ルト雖モ是レ抵當附債權者ノ
 既ニ皆濟ヲ得タルカ故ナリ故ニ此場合ニ於テハ代位アルニアラスシテ只差引計算ノ過
 剩ヲ受取ルノ權アルノミ故ニ特殊ノ抵當アル債權者ヲシテ一般ノ抵當アル債權者ニ代
 ハラシムルト大ニ其趣ヲ異ニセルモノアリ蓋シ特殊ノ抵當アル債權者ヲシテ一般ノ抵
 當アル債權者ニ代ハラシムルハ即チ他人ヲ害シテ一ノ權利ヲ造出スルモノナリ(二)是
 テ以テ何レノ點ヨリ觀察テ下スモ法律上ノ代位ハ既ニ本法ニ定メタル所ナリト謂フヘ
 カラス故ニ嘗テ之ヲ唱ヘタル論說モ遂ニ其跡ヲ絶チ論者痛ク之ヲ攻撃シ裁判例モ全ク
 其趣意ヲ改ムルニ至リタリ(三)

(一) タリーブル(メルラン)法律類聚登記第六卷(○パッチャール(第一卷第百二十九號)○
 チュラントン(第十九卷第百九十號)○タリーブル控訴院千八百十年八月三十一日判
 決及ヒルアン控訴院千八百二十六年三月十四日判決(○シレー及ヒドザルヌーザ十
 七年第二部第三百九十七頁、同二十七年第二部第二十九頁、同新集第三册第二部第三
 百四十七頁同第八册第二部第二十頁)○ダロース二十三年第二部第百一頁同二十七年

第二部第七頁)

(二) 千八百四十四年ノ抵當法改正案ニ關スル編纂錄(第二卷第八百八十三頁)

(三) グルニエー(第一卷第七十九頁)○デルベンクール(第三卷第六十三頁註第九)

○ダローズ(抵當ノ部第三百九十八頁第十五號)○トローン(第三卷第七百五十八號)○

大審院千八百三十年八月十七日判決○シレー及ドヴヰルヌーヴ三十年第一部第二百

八十五頁○ダローズ三十年第一部第三百五頁○ポアチエー控訴院千八百二十五年

四月二十二日判決○リヨン控訴院千八百二十八年四月二十七日判決○ルアン控訴院

千八百三十九年一月十五日判決○シレー及ヒドヴヰルヌーヴ三十九年第二部第二百

三十五頁)○ルアン控訴院ハ此判決ヲ以テ其嘗テ千八百二十六年三月十四日ノ判決

ヲ以テ採用シタル説ヲ革メタリ○願訴局千八百六十一年十二月三十一日判決○シ

レー及ヒドヴヰルヌーヴ六十二年第一部第五百九十一頁○ジュールナールヂュパレ

千八百六十三年第六百二頁○ダローズ六十二年第一部第四百八十一頁)

(三四〇) 又法律上ノ代位ヲ認用スルコト能ハサリシニ由リ他ノ方法ヲ案出シタリ即チ

直接ノ辨濟ニ依リ代位スルノ方法はレナリ此方法タル學說及ヒ裁判例ニ於テ最モ多ク

認定セシ所ナリ然レモ其結果ニ至テハ則チ然ラス

今此方法ニ依レハ如何ナル結果ヲ生スヘキカヲ陳ヘンニ日附ノ前ニアル一般ノ抵當ノ

爲メニ優先セラレタル特殊ノ抵當アル債權者ハ一般ノ抵當附債權者ニ皆濟シテ其權利
ヲ代承シ以テ其特殊ノ抵當ヨリ生スル權利ヲ保護シ自己ノ債權ニ充テタル特殊ノ抵當
ニ係ル不動産ヲシテ一般ノ抵當ヲ免カレシメ又其代承シタル一般ノ抵當ヲ以テ擔保セ
ラレタル債權ノ辨濟ハ他ノ不濟産ニ就キ之ヲ受クヘキモノトス今前記ノ例ヲ假リテ甲
ニ屬スル森林代價ノ分配ニ付キ之ヲ説カンニ若シ此森林ヲ以テ特殊ノ抵當トスル丙乙
ノ一般ノ抵當ヲ滌除セサレハ必ス其債權ノ全部又ハ一分ヲ失フヘキカ故ニ之ニ其債權
額タル一方法ヲ辨濟シ之ニ代位スヘシ此時ニ當リテハ丙一般ノ抵當ヲ行フト否トニ付
キ自由ナルヲ以テ暫ク之ヲ措キ只代價ヲ配當セントスル森林ヲ以テ特殊ノ擔保トスル
債權ニ付キ配當ニ加入スルコトヲ求メ其嘗テ乙ヨリ丙ニ移リタル一般ノ抵當ヲ以テ擔保
セラレタル一方法ハ其債務者タル甲ノ引續キ所有セル家屋及ヒ田畠ノ代價ヲ以テ之ヲ
回取スヘシ是レ論者ノ考出シタル所ナリ此方法ニ依ルキハ特殊ノ抵當アル債權者之ニ
優先スル一般ノ抵當アル債權者ノ爲メニ其利益ヲ害セラル、ヲ免レ確實ニ之ヲ保護ス
ルヲ得ヘキナリ

然レモ尙ホ二個ノ論議アリ即チ其一ハ此方法タル果シテ法律ノ認許スル所ニシテ代位債
權者其訴權ヲ行フコトヲ得ヘキヤ否ヤニ在リ其一ハ此方法タル法律ノ認許スル所ニシテ

代位ノ當然ノ結果ヲ生スヘキモノト假定スルモ猶ホ法律ノ闕ヲ補ヒ一般ノ抵當ト特殊ノ抵當トノ抗衡ニ就キ抵當權ノ不可分ヨリ生スル危害不妙ヲ盡ク消滅セシムルモノナリヤ否ヤニ在リ

(三四一) 第一點ニ就テハ敢テ疑議ノ生スヘキナシ何トナレハ第一債權者ト之ニ辨濟スル第三者トノ間ニ明カニ契約ヲ結ビ債權者之ニ其權利訴權先取特權及ヒ抵當ヲ讓渡スルモノナルヲ以テ合意上ノ代位アリ(第一千二百五十條第一)第二債權者中先取特權又ハ抵當ニ依リ自己ニ優先スル他ノ債權者ニ辨濟シタル者ハ固ヨリ法律上當然代位ヲ爲スヘキモノナレハナリ(第一千二百五十一條第一)是ヲ以テ特殊ノ抵當アル債權者ハ一般ノ抵當アル債權者ノ配當加入ニ依リ損害ヲ被ルコトアルヘキヲ以テ此辨濟ノ方法ニ依ル代位ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ(一)只異議ノ生スヘキハ一切ノ特殊ノ抵當アル債權者ヲシテ此權利ヲ行フコトヲ得セシムヘキヤ否ヤノ點ニ在リ實ニ二三ノ論者及數多ノ判決ニ依レハ特殊ノ抵當アル債權者ハ一般ノ抵當アル債權者ノ權利ヲ代承スルモ代位者ノ特殊ノ抵當ヨリ以前ニ記入ヲ經タル特殊ノ他ノ不動産上ニ有スル債權者ヲ害シ該不動産上ニ其代承シタル權利ヲ行フコトヲ得スト論定シタリ其理由トスル所ヲ見ルニ曰ハク「若シ特殊ノ抵當アル債權者ヲシテ一般ノ抵當權ヲ代承シ之ヲ利用シ以テ其抵當以前ニ記入ヲ

經タル他ノ特殊ノ債權者ヲ排斥シ自己ノ優先權ヲ確保スルヲ得セシメハ則チ抵當法ノ基礎ヲ轉覆シ漫エ其趣旨ヲ變更スルモノナリ何トナレハ斯ノ如クスルキハ當事者ノ意思ニ基キ諸債權者ノ承諾シタル順位ト法律ノ文辭及ヒ精神ノ解釋ニ基キタル擔保トナシテ無用ノ長物ヲラシムヘケレハナリ(二)

- (一) 然レモ前註ニ引證セル千八百一十一年十二月三十一日ノ願訴局判決ヲ看觀スヘシ
- (二) 是レシテ前註ノ一ナル控訴院千八百五十三年八月二十日ノ判定ニ掲載セル所ナリ(シ
 ー)及ヒドツナルヌーツ五十四年第二部第四百五十七頁○シニールナルヂニバネー
 千八百五十四年第一卷第五百四十八頁)○又同院千八百四十八年四月十四日ノ判決
 モ亦同一ノ趣旨ヲ宣告シタリ(シニール及ヒドツナルヌーツ五十二年第二部第二十一頁
 ○シニールナルヂニバネー千八百五十年第一卷第二百六頁○ダローズ五十二年第二
 部第二百二十七頁)○リヨン控訴院千八百十九年十二月二日判決及ヒ千八百二十八
 年一月十八日判決○ポアチエー控訴院千八百二十五年四月二十二日判決○トゥール
 ーズ控訴院千八百二十八年六月十五日判決○アミアン控訴院千八百三十年五月六日
 判決○ポルドー控訴院千八百三十年七月七日判決○トロ、ン第七百五十五號及ヒ
 第七百五十七號○アウブリ及ヒラウ(第二卷第八百五十九頁註第二十五)

然レモ是レ取ルニ足ラサルノ説ナリ蓋シ原則ニ由テ之ヲ觀ルニ法律ニ於テ債權者中他ノ先取特權又ハ抵當ニ依リ自己ニ優先スヘキ債權者ニ辨濟シタル者ノ爲メ當然代位ヲ行ハレシムルニ就キ法律毫モ制限ヲ設ケス先取特權又ハ抵當ニ依リ優先スヘキ債權者以後ニ權利ヲ得タル自餘ノ債權者間ニ何等ノ差異ヲモ定メサルナリ其以後ノ債權者ハ第二位ニ在ルト第三位ニ在ルト第四位ニ在ルト又ハ其他ノ列位ニ在ルトヲ問ハス總テ第一位ニ在ル者之ニ優先スヘシ故ニ第三位第四位又ハ其他ノ列位ニ在ル者ハ第二位ニ在ル者ト同ク第一位ニ在ル者ニ辨濟シ以テ代位ノ利益ヲ享有スヘキナリ是レ毫モ疑議ヲ容ルヘカラサル所ニシテ一旦代位ヲ得ルヤ之ヲ得タル者ノ列位如何ニ關ハラス其効果毎ニ同一ナラサルノ理アラサルナリ若シ夫レ其代位ニシテ代位者ト被代位者トノ間ニ通謀シタル詐欺ノ術策ナルキハ其代位ヲ無効トシ以テ其詐欺ヲ擊破スルヲ至當トス蓋シ詐欺ハ一切ノ規則ノ例外ヲ來スモノナルカ故ニ詐欺共謀アルキハ然ルヲ得ヘシト雖モ若シ債權者只其債權ノ辨濟ヲ確保セントシ正當ノ利益ヲ謀リテ代位ヲ望ミタルニ過キサルキハ決シテ之ヲ無効ト爲スト能ハサルナリ抑々代位ハ法律上タルト合意上タルトヲ問ハス辨濟ヲ爲ス所ノ第三者ヲシテ其辨濟ヲ受取ル所ノ債權者ノ營テ債務者ニ對シ有シタル權利訴權ヲ有セシメ先取特權又ハ抵當ヲ得セシムルモノナリ此點ニ付キ

法律ノ規定ハ最モ明瞭ニシテ代位者ヨリ第三者ニ對シ間接ノ損害アルヲ口實トシ被代位者ノ有シタル權利ヲ其債務者ニ對シ行フヲ得スト云フハ他ナシ法律ノ規定ヲ誤解スルモノナリ若シ一般ノ抵當アル債權者ニシテ辨濟ヲ受ケサラシメハ自己ノ欲スル所ニ從ヒ其一般ノ抵當ヲ何レノ不動産上ニ行フモ毫モ異議ヲ唱フルト能ハサルナリ然ラハ則チ此一般ノ抵當權ヲ有シ而シテ辨濟ヲ受ケタル債權者ニ代ハリ之ヲ獲得スル所ノ者舊債權者ノ如ク之ヲ行フト能ハストスルハ果シテ如何ナル理由ニ出ルカ彼ノ債權者其代承スル一般ノ抵當權ヲ行ヒ以テ其特殊ノ抵當權ヲシテ自己ニ先チ同ク特殊ノ抵當權ヲ得タル他ノ債權者ニ優先スルノ權ヲ確保スルキハ遂ニ列位ニ基ク擔保ヲシテ無用ニ歸セシムヘキニ因リ抵當法ノ基本轉覆スヘシトノ說明ハ余輩固ヨリ之ヲ容レサルナリ何トナレハ第一論者ノ保護セント欲スル日附ノ前ノ債權者ハ其債權者トナリタルキニ存シタル所ノ一般ノ抵當ヲ對抗セラル、ノミ此抵當タル未タ曾テ消滅セサルモノニシテ只一人ヨリ他ノ一人ニ移リタルモノニ過キス又同一ノ不動産ニ繫着スル抵當ヲ班列スルニ當テハ順位ニ基クノ說明其力アルヘシト雖モ別異ノ不動産上ニ存スル抵當ニ關スルキハ毫モ其力アルヲ見ス尙ホ後ニ至リ之ヲ辨明スヘシ(下第三百四十五號)

是ヲ以テ總テ一般ノ抵當アル債權者ノ爲メニ優先セラルヘキ抵當附債權ハ辨濟ニ依リ

代位ヲ得且一タヒ代位スルヤ被代位者ノ如ク何レノ不動産ニ付キ辨濟ヲ求ムルモ其撰
 擇ニ任スヘキモノナリ近時ノ判決ハ漸ク此説ヲ採用シ「プリュツセル」控訴院及ヒ「プ
 ル」控訴院并ニ大審院ノ如キハ既ニ之ヲ原則トシ認定シタリ(三)而シテ大審院ハ「メッ
 ス」控訴院ノ判決(四)ヲ破毀シ一般ノ抵當債權者ニ辨濟シ其權利ニ代位シタル特殊ノ抵
 當附債權者ハ其債權ノ辨濟ヲ得ルニ必要ナルキハ其代承シタル一般ノ抵當ニ依リ同債
 務者ニ屬スル他ノ不動産ノ第三所持者ニシテ滌除ヲ爲サ、ル者ニ對シ償求ヲ爲スコトヲ
 得而ノ第三所持者ハ其償求ヲ被ルニ當リ原債務者一般ノ抵當ニ係ル何レノ不動産ヲモ
 有セサルキハ財産險索ノ利益ヲ對抗シ以テ其償求ヲ免ル、コ能ハスト判定シタリ(五)

(三) 大審院千八百二十三年二月四日破棄○プリュツセル控訴院千八百五十一年一月二
 十九日判決○プールシニ控訴院千八百五十四年一月十八日判決○(シレ)及ヒドヅ
 ルヌイツ三十三年第二部第四百二十一頁同五十五年第二部第九十七頁○ダローズ
 五十二年第二部第二十八頁○ホルド一控訴院千八百三十四年二月二十六日判決○
 ダローズ三十六年第二部第一百頁

(四) メッス控訴院千八百五十四年二月十四日判決○(シレ)及ヒドヅルヌイツ五十
 六年第二部第二百九十五頁○シニールナルヂニパネ一千八百五十六年第一卷第二百

九頁

(五) 大審院千八百五十六年三月三日破棄○(シレ)及ヒドヅルヌイツ五十七年第一
 部第五十五頁○シニールナルヂニパネ一千八百五十七年第八百三頁○ダローズ五十
 六年第一部第二百二十一頁○カン控訴院千八百六十三年八月三十一日判決○(ダ
 ロ)ズ六十四年第二部第二百二十八頁

(三四二) 以上論スル所ニ由レハ第二ノ論點ハ自ラ明定セリ即チ辨濟ニ依ル代位ノ方
 法ハ現行法ノ欠點ヲ補フモノニアラス毫モ之ヲ以テ千八百四十年及ヒ千八百五十一年
 ニ當リ改正案中ニ記載センコトヲ建議シタリシ代位ノ法則ニ代フルコト能ハスト謂フヘキ
 ナリ蓋シ此方法タル之ヲ使用スル債權者ノ爲メニ利益アリト雖モ猶ホ一般ノ抵當ト特
 殊ノ抵當トノ抗衡ニ關シ生スルコトアルヘキ不公平ナル結果ヲ豫防スルモノニアラス

第一此方法タル實際ニ行フノ容易ナラサルモノナリ實ニ特殊ノ抵當アル債權者ハ果ソ
 毎子ニ之ニ優先スル一般ノ抵當アル債權者ニ辨濟シ以テ之ニ代フルコトヲ得ルモノナル
 カ又其財産中過半ハ其抵當ヲ以テ擔保セル要求ニ供シタルキハ如何シテ一般ノ抵當ア
 ル債權者ニ皆濟シ以テ之カ爲メニ其擔保ヲ取去セラル、ヲ防クコトヲ得ヘキカ
 又例ヘハ代位ヲ得ルノ餘力アリテ之ヲ得タルキト雖モ猶ホ依テ以テ得ル所果ノ如何蓋

シ繼カニ代位債權者一己ノ安寧ニ過キサルナリ該債權者ハ嘗テ損害ヲ被ルノ恐アリ而
 ノ今ヤ却テ他ニ損害ヲ及ボスヲアルヘキモノトナリ他ノ特殊ノ抵當アル債權者ニ對シ
 テハ恰モ被代位者ノ之ニ對シタルカ如ク他ノ債權者ノ爲メニハ危害常ニ存スルモノニ
 シテ只之ヲ被ル者其人ヲ異ニスルノミ
 是ヲ以テ現行法ニ於テハ特殊ノ抵當アル債權者ヲシテ一般ノ抵當ト特殊ノ抵當トノ抗
 衡ノ場合ニ於テ抵當不可分ノ效果ヲ免レシムルノ法律上ノ方法ナキモノナリ
 (三四二) 是レヨリ代位ノ場合即チ一般ノ抵當ニ係リタル一切ノ不動産ノ差押及ヒ賣
 却ヲ爲シ其代價ヲ配當スル場合ニ移リ之ヲ論ゼン此場合ニ於テハ當事者擧ク其配當順
 序ニ參加シ各自其權利ヲ保護スルコト容易ナルカ故ニ毫モ難問ノ生スヘキモノナキカ如
 シ論者曰ハク此場合ニ於テハ一般ノ抵當ヲ分割シ此抵當ヲ以テ擔保シタル債權ノ各不
 動産ニ付キ受クヘキ配當ノ順序及ヒ準率ヲ規定シ彼我ノ利益ヲ調和シ之ニ次ク特殊ノ
 抵當アル債權者ヲシテ良シ悉皆ノ辨濟ヲ得サラシムルモ亦配當代價ニ應シ充分ノ満足
 ヲ得セシムヘシト(一)

(一) トロ、ン(第七百五十九號第七百六十號)

(三四四) 然レモ此場合ニ於テモ亦原則ヲ遵奉シ第一ノ場合ニ於ケルカ如ク抵當ハ固

ヨリ性質上不可分ナルヲ以テ一切ノ抵當不動産上該不動産ノ各個及ヒ各部分上ニ全然
 存立スルモノナルコトヲ遺忘スヘカラス故ニ一切ノ債權者配當ノ順序ニ加入スルニ依リ
 一般ノ抵當ヲ分割スルコト容易ナリト云フハ其當ヲ得サルナリ蓋シ一切ノ債權者出訴ス
 ルモ一切ノ不動産上ニ抵當權ヲ有スル者ハ其欲スル所ニ從ヒ自己ノ權利ヲ行ヒ其一般
 ノ抵當ニ係ル一切ノ不動産ニ就テ辨濟ヲ求ムルモ亦自己ノ利益ニ從ヒ其何レノ不動産
 ニ就テ求ムルモ固ヨリ可ナリ其選擇ノ權ハ依然之ニ屬スルモノニシテ時ニ或ハ之ヲ非
 難スル者アリタリト雖モ(一)大審院ハ每子ニ原則ニ從ヒ判決ヲ下セリ同院ノ判決中云
 ヘルアリ曰ハク「一般ノ抵當ハ債務者ノ一切ノ不動産ニ繫着スルヲ以テ其效果ト爲ス
 カ故ニ債權者ノ權利ハ該不動産ノ各個ニ附着シ自己以後ニ位セル特殊ノ抵當ヲ願ルニ
 及ハス故ニ債權ニ附着シ諸獲得者ニ賣却シタル債務者ノ財產代價ノ配當ニ就テハ債權
 者ハ不動産中最モ資力アル獲得者ノ得ル所トナリタル者ノ代價ニ付キ辨濟ヲ求メ又ハ
 他ノ不動産ニ就テハ日附ノ以後ニアル他ノ自己ニ屬スル債權ノ辨濟ヲ得ルカ爲メ不動
 産中或ル一個ノ代價ニ付キ辨濟ヲ求ムルヲ得其取捨ハ一ニ之ニ任シ其利益ニ從フヘキ
 モノナリト(二)是ヲ以テ此抗衡ノ第二ノ場合ニ於テモ亦不可分ノ原則ハ依然其効ヲ存
 シ一般ノ抵當アル債權者ヲ保護スルコト第一ノ場合ニ於ケルニ異ナラス裁判官ハ一般ノ

抵當アル債權者此原則ヲ主張スル以上ハ之ヲ阻害スルヲ得ス縱令之カ爲メ特殊ノ抵當アル債權者ノ利益損傷セラルアルモ猶ホ規則ハ之ヲ遵奉セサルヘカラサルナリ

(一) 巴黎控訴院千八百十六年八月二十八日判決○トウールーズ控訴院千八百三十六年三月五日判決○リモージュ控訴院千八百三十九年一月五日判決○アシャン控訴院千八百四十四年一月三日判決○(シネー及ヒドヴヰルヌーヰ三十九年第二部第五百四十三頁、同四十五年第二部四百五頁)

(二) 是レ大審院民事局千八百四十四年十二月二十五日ニ宣告シタル判決ノ示ス所ナリ○(ジュールナルヂニパレノ千八百四十五年第一卷第九十九頁○ダローズ四十五年第一部第五十三頁○シネー及ヒドヴヰルヌーヰ四十五年第一部百十五頁)○又千八百五十三年十二月六日ノ判決中此事ヲ記載シタリ

然レモ若シ此場合ニ於テ一般ノ抵當アル債權者不可分ノ原則ヲ申立テタルカ又ハ如何ナル方法ヲ以テ配當ヲ爲スモ債權者其債權ノ全額ヲ受取ルヘキニ依リ此原則ヲ固守スルノ利益ナキハ裁判官強チ之ニ從フニ及ハス諸債權者ノ權利ヲ調和スルヲ旨トシ配當順序ヲ規定スルヲ得是レ大審院判決ノ明カニ定メタル所ナリ(三)其判決タル前記ノ判決ト毫モ背馳スル所ナク一般ノ抵當ノ分割ヲ認ムルモノナリ然レモ是レ裁判官ノ行フ

タル所ノ分配毫モ日附ノ最先ナル一般ノ抵當アル債權者ニ損害ヲ及ホサハルカ故ナリ是ヲ以テ裁判官抵當不可分ノ原則ヲ矯メ特殊ノ抵當ニ應シ一般ノ抵當ヲシテ代價ノ配當ニ加ハラシムルノ順序及ヒ準率ヲ定ムルヲ得ルハ單リ一般ノ抵當アル債權者之ニ對シ故障ヲ陳フルノ利益ナキハ限ル是レ訴訟事件ノ特殊ノ事情ニ依リ分割ヲ認定シタル過半ノ判決ノ明カニ認ムル所ナリ(四)然レモ一般ノ抵當ト特殊ノ抵當トノ抗衡ノ場合ニ於テ斷定ヲ難シトスル所ハ其實此點ニアラス

(三) 前註ニ引證セル千八百五十三年十二月二十六日ノ判決即チ是ナリ(シネー及ヒドヴヰルヌーヰ五十四年第一部第八十六頁○ジュールナルヂニパレノ千八百五十四年第一卷第五百四十五頁○ダローズ五十五年第一部第二百頁)

(四) 就中リヨン控訴院千八百五十年五月二十四日判決○(ジュールナルヂニパレノ千八百五十二年第一卷第二百五十五頁)及ヒ後註引證セル判決ヲ參觀スヘシ

(三四五) 此場合ニ付キ特ニ斷定ヲ難ニスル所ノモノハ一般ノ抵當ノ分割ヲ行フハ如何ナル方法ニ依ルヘキカニ在リ此點ニ付キ一個ノ說アリ其一ニ曰ハク一般ノ抵當ハ總テ賣却シタル不動産上其價額ニ應シテ配當ヲ受ケ特殊ノ抵當之ニ次テ各々其特ニ附着セル不動産ノ殘額ニ就キ辨濟ヲ受クヘシト(一)其二ニ曰ハク抵當アル債權ノ日附ヲ以

ヲ標準トシ其權利ノ前後ニ應シ一般ノ抵當ノ効ヲシテ最モ其後ニ在ル特殊ノ抵當ニ係ル不動産上最先ニ其効ヲ及ホサシメ漸次日附ノ前ニアルモノニ及ホサシムヘシト(二) (一) 是レタリイアル(メルラン法律類聚登記ノ部)及ヒヂュラントン(第十九卷第三百九十一號)ノ説ニシテ大審院始メ之ヲ棄却シタリシモノ(前註ヲ見ルヘシ)遂ニ之ヲ採用シタリ其千八百三十三年三月四日ノ判決(ダロース三十二年第一部第百二十四頁)及ヒ前註ニ引證セル千八百四十四年十二月二十五日及ヒ千八百五十三年十二月二十六日ノ二個ノ判決ヲ參觀スヘシ○ポルド控訴院千八百三十四年二月二十六日判決及ヒ大審院千八百四十四年八月十六日判決○(ジュールナルヂュパネ)千八百四十七年第二卷第六百二十一頁)

(二) 是レングルユエ(第一卷第百八十號)トロ、ン(第三卷第七百六十號)ゴーチエ(代位第百三十三號以下)ノ唱ヘタル説ニシテ大審院始メ千八百二十一年七月十六日ノ判決ヲ以テ之ヲ認定シタリ○大審院千八百四十七年八月五日棄却○(ダロース四十七年第一部第三百四頁)○巴黎控訴院千八百十年八月三十一日判決○リヨソ控訴院千八百二十八年一月十八日判決○ボアチエ控訴院千八百二十九年十二月十五日判決○ドゥエー控訴院千八百四十二年七月五日判決○(シレ)及ヒドヴルヌトヴ

四十二年第二部第三百二十頁)

余輩ノ考フル所ニ由レハ第一説ヲ優レリトス大審院ハ第二説ノ外觀上公義ニ適スルカ如キヲ以テ之ヲ採用シタリ其千八百二十一年七月十六日ノ棄却ノ裁判ニ曰ハク「特殊ノ抵當ハ固ヨリ其目的トスル不動産ニ其効果ヲ限ルヘキモ亦抵當法ノ一般ノ精神ニ照シ考フルキハ既得權ノ先後ハ之ヲ斟酌スルヲ要スルモノトス何トナレハ最後ニ金錢ヲ貸與シタル債權者ハ自餘ノ者ヨリ最モ債務者ノ資力ヲ信スルコトノ薄カルヘキモノナレハナリ」ト然レモ此論決タル公義ニ適スルノ外觀ヲ裝フルニ過キスシテ其實法律ノ原則ニ反スルモノナリ蓋シ特殊ノ抵當アル一切ノ債權者既ニ財産ヲ擧テ一般ノ抵當ニ附シタル債務者ト結約スルニ當リテハ不可分ノ結果ニ依リ一般ノ抵當主不動産中何レニ就テ配當ヲ求ムルモ其欲スル所ニ在ルコトヲ知ラサルヘカラス故ニ特殊ノ抵當主結約スルニ當リテハ其債務ト既ニ存在セル一般ノ抵當ヲ以テ擔保シタル債務トノ金額ニ比シ尙ホ其不動産ノ價額自己ノ債權ヲ併セテ確保スルニ足ルヤ否ヤヲ計查スヘキモノナリ故ニ債務者ノ財産ヲ盡ク徵收スルニ當リ特殊ノ抵當アル債權者ヲシテ自己ト同シク他ノ抵當アル債權者ノ爲メニ抵當ヲ失ハシムルハ其當ヲ得サルナリ蓋シ千八百二十一年七月十六日判決ニ云ヘルカ如ク抵當法ノ大旨ハ權利ノ先後ヲ斟酌スルニ在リテ那破翁

法典第二百三十四條ニ抵當記入ノ日ニ於テ順位ヲ有スルニ過キスト云ヘルハ即チ是レ之ヲ謂フモノナリト雖モ是レ同一ノ不動産上ニ附着スル抵當ニ關スル時ニ在ルノミ故ニ順次數個ノ債權者ノ爲メ一個ノ家屋ヲ抵當トシタルモハ各自ノ記入ノ順序ヲ以テ其權利及ヒ順位ヲ規定スヘク初次ノ記入者ハ自餘ノ者ニ優先スヘク其債權ノ全額ヲ受取ラサル以上ハ自餘ノ者ヲ排斥スルヲ得ヘシ然レモ異別ナル不動産上ニ存スル抵當ニ關スルモハ他ノ原則ニ從フヘキナリ即チ所謂特殊ノ原則ナルモノ是ナリ此原則ニ依ルモハ其結果大ニ異ナルモノトス此場合ニ於テハ抵當ハ全ク相互ニ關係ナキモノニシテ一ノ順位ハ他ノ順位ト關係スルモノニアラス毫モ記入ノ目的及ヒ日附如何ニ關ハラス優先權ナルモノアルコトナシ是レ蓋シ記入ハ抵當ヲシテ有効ナラシムルモ債務者ノ特ニ抵當トセサル不動産ニ之ヲ及ホサシムルモノニアラスシテ一ノ不動産ニ付キ爲シタル記入ハ自餘ノ不動産ニ就テハ恰モ其存セサルカ如クナルニ由ル是レ特殊ノ効果ナリ而シテ大審院千八百二十一年七月十六日ノ判決ニ於テ數多ノ不動産ニ付キ爲シタル記入間ニ毫モ關係ナキヲ誤リ一ノ不動産ニ付キ爲シタル記入ハ他ノ不動産ニ付キ爲シタル記入ニ影響ヲ及ホスト判定シタルハ不可分ノ原則ト抵當法ノ基本タル特殊ノ原則トヲ誤リタルモノナリ

然レモ幾ナラスシテ大審院ハ債權ノ先後ヲ標準トスルヲ廢シ千八百三十三年三月四日ノ判決ヲ以テ一般ノ抵當ヲ一切ノ不動産上ニ分割スルコトトシ千八百四十四年十二月二十五日ノ判決ヲ以テ之ヲ確定シ遂ニ千八百五十三年十二月二十六日判決ヲ以テ明カニ此法則ヲ定メタリ然リ而シテ論者中或ハ之ヲ以テ分割ノ規則ヲ認定シタルモ敢テ權利ノ先後ヲ區別斟酌スヘキノ原則ヲ廢スルモノニアラスト云フ者アリ(三)然レモ余輩ハ此說ヲ採ラサルナリ若シ現時大審院ニ對シ記入ノ日附ニ從ヒ一般ノ抵當ヲ分割スルノ判決ヲ理由トシ申立ツルニ於テハ果シテ如何ナル決定ヲ爲スヘキカ余輩之ヲ知ラスト雖モ千八百五十三年ノ判決ノ理由ニ依ルハ最早斯ノ如キノ判決ヲ維持セサルコト裁定スヘキヤ明カナリ同院ノ判決ニ曰ハク數多ノ不動産上ニ存スル抵當アル債權者ハ其記入ノ順序ヲ申立ツルコト能ハス抑々權利ノ先後ヲ斟酌スヘキハ抵當法ノ大旨ナリト雖モ特殊ノ抵當ノ効果ハ其目的タル不動産ニ限り記入ノ日附ハ同一ノ不動産ニ係ルモニアラザレハ優先ノ原因トナルコトナシ故ニ記入ノ順序ハ抵當不動産ノ各個ノ代價配當ニ付キ之ニ從フヘキノミト是レ千八百四十四年十二月二十五日ノ判決ニ掲ケタル所ノ理由ニシテ(四)斷々乎トシテ疑フヘカラサルモノナリ此一般ノ抵當ヲ一切ノ不動産上ニ分割スルハ最モ公義ニ適シ法律ノ趣意ニ合シ債權者ノ權利ノ權衡ヲ保ツニ最モ正確ナルモノ

ナリ「タリ」アル「管」テ曰ハク此分割法ハ各債權者ヲシテ其抵當ノ特殊ノ利益及ヒ其順位ノ利益ヲ保有セシムルモノナリ何トナレハ各自己ニ優先スル一般ノ抵當ノ爲メ取去セラレタル金額ニ就キ自己ノ曾テ一般ノ抵當ヲ以テ擔保トセル債權額ト其不動産ノ價額トヲ比較シ初メヨリ計算スヘカリシ損失ヲ負擔セシムルニ過キサレハナリト
(三)「ガウチエー」ノ「シュールナールヂュパネー」註此判決ニ附シタル標註參觀スヘシ(千八百五十四年第一卷第五百四十五頁)

(四) 法律雜誌第二十二卷第五百三十一頁以下)

(三四六) 以上抵當權ノ原因性質及ヒ効果ニ關スル原則ヲ詳述シタリ以下抵當ト爲スヘキ財産ヲ説カン此點タル第二千百十六條及ヒ第二千百十九條ニ規定スル所ニシテ此二條ノ間第二千百三十三條ヲ加ヘ之ヲ説クヲ要ス蓋シ第二千百三十三條ノ規則タル其配置ノ位置ヲ以テスレハ廣汎ナル規則ノ如クナラスト雖モ其實抵當ノ種々ノ原因ニ普通ナルモノナリ

第二千百十八條 抵當ト爲スヲ得ヘキモノハ左ノ物件ノミナリ

第一 融通スルヲ得ヘキ不動産及ヒ其附從物ノ不動産ト看做サレタル物

第二 右同一ノ財産及ヒ其附從物ノ利益權但シ其利益權ノ繼續期間ニ限ル

要領

〔壹〕第二百四十七號 抵當ト爲スヲ得ヘキモノハ獨リ不動産ノミ然レモ悉ク皆抵當タルヲ得ルニアラス

第二百四十八號 共和三年舊月九日及ヒ共和七年舊月十一日ノ法律ハ第二千百十八條ニ比スレハ抵當ト爲スヲ得ヘキ物件ヲ列記スルコト一層詳明ナリ現行法ハ尙ホ一層社會ノ需要ニ應スルヲ要ス

〔貳〕第二百四十九號 然リ而ノ抵當ト爲スヲ得ヘキモノハ單リ融通スルヲ得ヘキ不動産ノミナリ

第二百五十號 是ヲ以テ私有スルヲ得サル土地ハ之ヲ抵當ト爲スコトヲ得ス然レモ政府ノ認許ヲ經テ讓渡スヘカラサル土地ニ築造シタル建物ハ之ヲ抵當ト爲スヲ得抑此建物タル政府ニ對シテハ對人的ノ特許權タルニ過キスシテ政府ハ之ヲ廢罷スルヲ得ヘシト雖モ第三者ニ對シテハ移轉スルヲ得ヘキ眞ノ不動産タルモノナリ

第二百五十一號 婚資ノ財産及ヒ差押登記以後ノ差押不動産ハ讓渡スルヲ得サルモノナリ然ラハ則チ亦抵當ト爲スヲ得サルカ

第二百五十二號 婚資ノ財産ハ婚姻契約ニ特約アルキハ抵當ト爲スコトヲ得

第三百五十三號 被差押不動産ニ至テハ不動産ノ裁判上ノ賣却ニ關スル千八百四十一年六月二日ノ法律以來差押讓渡ノ禁止ハ抵當ノ禁止ヲ來スモノニアラス

〔參〕第三百五十四號 融通スルヲ得ヘキニ因リ抵當ト爲スヲ得ヘキ不動産如何

第三百五十五號 不動産差押ニ係リ競賣スルヲ得ヘキモノ即チ是ナリ

第三百五十六號 法律ノ認定スル四種ノ不動産ニ關スル適用

〔肆〕第三百五十七號 第一性質ニ因ル不動産○此種ノ不動産ハ讓渡スルヲ得サル

ニアラサル限リハ抵當ト爲スヲ得ヘキモノナリ

第三百五十八號 土地ニ定着スル物件ハ此種類中ニ包含スルモノナリ

第三百五十九號 例ヘハ建物ノ如キハ所有者ノ之ヲ建築シタルモノニアラサルモ其眞

ニ不動産ニ定着スル以上ハ抵當ト爲スヲ得ルモノナリ

第三百六十號 果實及ヒ土地ノ生産物モ之ニ固着スル以上ハ亦然リトス

第三百六十一號 故ニ盆栽ノ小樹ハ其鉢ヲ地中ニ埋メタルト雖モ猶ホ抵當ト爲スヲ

得サルモノナリ

第三百六十二號 然リ而シテ土地ノ生産物ニ推及スト雖モ所有者ノ管理權ヲ害ス

ルモノニアラス所有者ハ詐欺ニ出テサル限リハ之ヲ收獲スルヲ得ルモノナリ

第三百六十三號 加之所有者ハ該生産物ヲ土地ニ附着シタル儘賣却スルヲ得而シテ此

賣却ハ以テ其動産タルノ性質ヲ復セシメ抵當ヲ免カレシムルモノナリ

第三百六十四號 但シ果實ト看做スヲ得サルモノニシテ收獲ニ因リ所有權ノ價額ヲ

減少スヘキ生産物ハ此例ニアラス例ヘハ採伐ノ期ヲ定メサル樹林ノ如キ是ナリ

第三百六十五號 又事物ノ狀態一變シタルト殊ニ差押ノ場合ニ於テハ其登記以後果實

不動産トナルカ故ニ右ノ例ニ在ラス

第三百六十六號 又所有者ハ法定ノ果實上同一ノ權利ヲ有ス所有者ハ期限ニ先チ之

ヲ處分スルヲ得ヘキカ登記法以前ニ在テハ其詐欺ニ出テサル限リハ期限ニ先チ之

ヲ處分スルヲ得差押人タル債權者ハ只催告以前確定ノ日附アラサリシ賃借權ノ無

効ヲ請求シ自餘ノ賃借權ニ就テハ賃借人ニ對シ借賃ノ拂渡差留ヲ爲スノ權能アリタ

ルノミナリシ然ルニ千八百五十五年ノ法律以來債權者ハ登記ニ依リ家屋ノ賃賃及ヒ

土地ノ賃賃ヲ得ルノ權利ヲ獲得シタリ

第三百六十七號 登記法以後ハ家屋ノ賃賃及ヒ土地ノ賃賃ノ三ヶ年分以上ノ受取及ヒ

讓渡ハ其登記ヲ經タルトニアラサレハ債權者ニ對抗スルヲ得サルモノトナレリ又

賃借契約モ十八年以上ノ期限ヲ有スヘキトハ登記スルヲ要スルモノナリ

第二百六十八號 然レモ一旦登記ヲ經ルヤ賃借ハ債權者ノ抵當以後ニ成立シタルキト雖モ亦猶ホ之ニ對抗スルヲ得ルモノトス但シ其詐欺ニ出テタルキハ此限ニ在ラス
第二百六十九號 催告以前ニ確定ノ日附ヲ有シタルモ登記ヲ經サル永借權ハ十八年ヲ超過スルノ効ヲ債權者ニ及ホス可能ハス而シテ其十八年ハ賃借人收益ニ着手シタル時ヨリ之ヲ計算スルモノトス○異論

第二百七十號 鑛坑ニ至テハ土地ト鑛坑ト採掘人ヨリ地盤所有者ニ拂フヘキ償金トテ區別スルコトヲ要ス土地ニ關シテハ以上ノ規則ニ從フヘク又償金ハ地盤ノ價額ニ併合シタルキハ其成行ニ從ヒ(千八百十年四月二十一日法律第十八條)又之ト分離シタルキハ抵當トスルヲ得ザル動産債權ニ過キス鑛坑ハ採掘ノ許可ニ關シテハ不動産ニシテ抵當トスルヲ得ヘキモ採掘權ニ至テハ之ト分離スルヲ得ヘキモノニシテ單ニ動産權ナリトス然レモ此權利亦賃借及ヒ地役ノ如ク登記スルコトヲ得ヘキモノナリ

〔伍〕第二百七十一號 第二用方ニ因ル不動産○用方ニ因ル不動産ハ第二千百十八條ニ所謂附從タル物件ナリ

第二百七十二號 其物件ノ不動産タルニハ永遠不動産ニ繫着スルカ爲メ之ニ備附ケタルモノナルヲ要ス此用方タル或ハ物件ノ性質ニ因リ定マルコトアリ或ハ所有者ノ意思

ニ因リ定マルコトアリ

第二百七十三號 此第二種ノ物件タル所有者ニアラサル者ノ備附ケタルモノナルキハ不動産タルコトナシ

第二百七十四號 其所有者ノ備附ケタル所ニシテ不動産タルキト雖モ亦主タル不動産ト分離シテ抵當トスルコトヲ得ルモノニアラス

第二百七十五號 然レモ其不動産トナルキハ其以前ニ既得シタル抵當ニ利益ヲ加フルモノナリ

第二百七十六號 又其不動産タルコトヲ絶止シタルキハ其動産タルノ性質ヲ回復シ抵當ニ係ルモノニアラス○巴黎控訴院ニ於テ此規則ヲ誤認シタリシ事件ヲ考究スルモノナリ

〔陸〕第二百七十七號 第二目的ニ因ル不動産○用益權地役權不動産訴權此物件中抵當ト爲スヲ得ヘキモノ如何

第二百七十八號 用益權ハ如何如何ナル範圍内ニ在テ抵當ト爲スヲ得ヘキカ
第二百七十九號 父母ノ法律上ノ用益權ハ抵當ト爲スコトヲ得ス

第二百八十號 配偶者固有ノ財産上共通財團ノ收益權又ハ妻ノ財産上夫ノ收益權又ハ失踪者ノ財産上假占有者ノ收益權モ亦抵當ト爲スヲ得サルモノナリ

第四百號 年金權ニ至テハ千八百八年三月一日ノ法令ヲ以テ其政府ニ對スルモノナル
其ハ世襲財産ヲ組織スルカ爲メ不動産ト爲スヲ許可シタリ其後更ニ世襲財産ヲ設
定スルヲ禁シタルモ(千八百三十五年五月十二日法律及ヒ千八百四十年五月十一
日法律)亦既ニ不動産トナリタル年金權アリ然レモ該年金權タル讓渡スルヲ得サ
ルカ故ニ抵當ト爲スヲ能ハサルナリ

第四百一號 凡ソ會社ノ株式又ハ股分ハ其會社ニ屬スル不動産ノ價額如何ニ關ハラ
ス動産タルヲ以テ本則トス唯佛蘭西銀行ノ株式ハ例外ニ屬ス又「オルレアン」及ヒ「ル
ン」ノ堀割會社ノ株式モ嘗テ例外ニ屬シタリシカ千八百六十三年五月二十日ノ法律
ヲ以テ之ヲ買戻シタリ故ニ現時ニ至リテハ唯特ニ佛蘭西銀行ノ株式ノミ抵當ト爲ス
ヲ得ヘキモノトス

第四百二號 該株式ハ登記ヲ經ルヲ要ス
第四百三號 此効果ハ其訴權不動産ヲラサルニ至ルキハ共ニ絶止スルモノニシテ該株
式ノ不動産タルヲハ其讓渡ノ時ニ當リ或ル法式ヲ履行シ以テ顯表シタル當事者ノ意
思ニ依ルニアラサレハ絶止セサルモノトス

〔壹三二四七〕 第二千百十四條ノ義解ニ曰ク抵當ハ義務ノ償却ニ當テタル不動産上ノ物件

ナリト此義解タル(縱令不完全ナリト雖モ)先取特權ハ動産若クハ不動産上ニ存スルヲ
得ルニ抵當ハ之ニ異ナリテ只不動産ニノミ繋着スルモノナルヲ示スモノナリ(參觀
第二千九十九條)然リ而シテ抵當ハ不動産ニ關スル優先ノ原因ナリト謂フト雖モ亦財產
中不動産ノ性質ヲ有スルモノ未タ盡ク抵當タルヲ得ルモノニアラス是レ蓋シ抵當法
ノ主要ナル他ノ諸點ニ於ケルカ如ク須ク法律ニ於テ詳定スヘキ所ニシテ共和三年穉月
九日ノ法律及ヒ共和七年霧月十一日ノ法律ニ於テハ之ヲ詳定シタリ那破翁法典モ亦本
條ニ於テ第二千百十四條ノ範圍ヲ定メ制限的ノ文辭ヲ用テ不動産ノミ單リ抵當トスル
ヲ得ルヲ指示シタリ

〔三四八〕 然リ而シテ本法編纂者ノ主トシテ模範トシタリシ共和七年霧月十一日ノ法律
及ヒ共和三年穉月九日ノ法律ハ此點ニ關シ本法ニ比スルニ一層明瞭完全ナリシ即チ亦
制限的ノ法文ヲ用ヒ其第五條ニ言テ曰ハク「抵當ト爲スヲ得ヘキモノハ左ノ物件ノミ
ナリ○第一融通シ又ハ讓渡スルヲ得ヘキ土地之ニ定着シ永遠ニ備附ケタル附從物並ニ
未タ收獲セサル果實、未タ伐採セサル樹木及ヒ地役○第二右同一ノ財産ノ用益權ニシ
テ永借ヨリ生シタルモノ但シ尙ホ收益時間二十五年殘存スルキニ限ルト又共和七年
ノ法律ハ其第六條ニ曰ハク「抵當トスルヲ得ルモノハ單リ左ノ諸件ノミナリ○第一、移

付スルヲ得ヘキ土地及ヒ之ニ定着スル附従物○第二、右同一ノ財産ノ用益權並ニ永借名義ノ收益權但シ其繼續期間ニ限ルト又其第七條ニ曰ク「設定セラレタル年金權、土地年金權及ヒ其他法律ニ買戻シ得ヘキモノト認メタル供給ハ將來抵當ト爲スヲ得ス」ト是ニ由テ之ヲ觀ルニ本條ニ列記スル所ハ範圍較層狹隘ナリ何トナレハ本條ニ單リ抵當トスルヲ得ヘキモノトシ指示スル所ノモノハ第一融通物タル不動産及ヒ不動産ト見做サレタル附従物ト同一ノ財産及ヒ附従物ノ用益權但シ用益權ハ繼續期間ニ限ルノミナレハナリ

蓋シ本條ノ文辭ハ實ニ茫漠ニシテ之カ爲メニ學說及ヒ裁判例ヲシテ原ト法律ヲ以テ定ムヘキ特殊ノ適用ヲ爲スニ至ラシメタリ(是レ余輩ノ後ニ至リ論定スヘキ所ナリ)其レ然リ本條ノ列記未タ備ハラスシテ社會ノ需用ニ應スルニ足ラス其制限ヲ設クルノ甚キニ過キ却テ其斷定スヘキ所ヲ斷定セスシテ徒ラニ人ヲシテ異議ヲ生セシムルニ至リタルハ其罪一ニ立法者ニ在リ是レ抵當法改正案ニ關シ立法議會ニ開キタル討議ノ際論者ノ唱ヘタル所ニシテ確定案起草委員ハ少シク極端ニ走りタルモ本條ニ代フルニ下ノ一條ヲ以テセンコトヲ建議シタリ其條ニ曰ハク「抵當トスルヲ得ヘキモノハ單リ左ノ諸物件ノミナリ○第一、融通物タル不動産及ヒ不動産ト見做サレタル其附従物○第二、同一

ノ財産及ヒ其附従物ノ用益權但シ其繼續期間ニ限リ且父母ノ法律上ノ用益權ヲ除ク○第三、永借人ノ權利○一人又ハ數人ノ畢生間ノ賃借及ヒ三十年以上ノ賃借ハ轉貸ノ禁止ナキ限リハ永借ト見做ス○第四、鐵道溝渠其他公益ニ關スル工事ニシテ二十年以上ノ特許○第五、隨意解除スルヲ得ヘキ土地賃借權ヲ有スル者ノ建物及ヒ地上ニ係ル權利但此種ノ權利ヲ規定スル法律ニ依循スルヲ要ス(一)

(二) 第三讀會ノ爲メ起草シタル法案第二百八條
然レモ本條ハ其儘之ヲ解釋シ其所謂所有權及ヒ用益權ヲ以テ抵當トスルヲ得ヘキ不動産トハ如何ナルモノナルカヲ論究スルヲ要ス

〔貳〕三四九 第一性質ニ因ル不動産ノ種別ニ屬スルト目的又ハ用法ニ因リ此種類中ニ列置セラレタルトヲ問ハス一切ノ財産ニ普通ナル規則アリ抵當トスルヲ得ヘキモノハ單リ融通物ノミナルコト是レナリ是レ本條ニ明記スル所ナリ共和三年舊月九日ノ法律モ亦同一ノ文辭ヲ以テ此事ヲ記載シ又共和七年舊月十一日ノ法律モ移付スルヲ得ヘキ土地ノミ單リ抵當トスルヲ得ヘシト云ヒ以テ同一ノ趣意ヲ示セリ是レ最モ會得シ易キ所ナリ蓋シ不融通財産ハ讓渡スルヲ得サルモノナレハ債務者ニ在テモ之ヲ處分スルヲ得ス處分スルヲ得サル財産ハ以テ其信用ノ具ト爲スニ足ラス又債權者モ以テ抵當主眼ノ

目的ヲ達スルヲ得サルカ故ニ之ニ着眼シテ自ラ安ニスル能ハサルナリ然レモ此法律ノ制限ハ其當然ノ結果ノ外ニ推及セサルヲ要ス

(三五〇) 不融通物ニシテ國ノ公有ニノミ屬スヘキモノト見做サレタルモノハ河川其他舟楫ヲ通スヘキ水流並ニ海濱ナリ又凡ソ公ケノ道路巷徑街衢湊口海港碇泊場城寨堡砦壕壘等寺院埋葬地及ヒ公ケノ碑標ハ又不融通物ナリトス(那破翁法典第五百二十八條以下)此諸物ハ人之ヲ私有スルヲ能ハサル故ニ抵當タルヲ得サルヤ敢テ言テ俟タサルナリ(一)其レ然リ此諸物件タル所有權ノ目的タルヲ得サレハ人之ニ付キ權利ヲ得所有權ノ支分タル權利ヲ行フヲ能ハスト雖モ亦或ハ政府ノ其場内ニ建物ヲ築造スルヲ許容スルヲアリ此建物ノ存亡ハ一ニ政府ノ其許可ヲ廢罷スルト否トニ掛ルモノナルヤ明カナリ然レモ其第三者ニ對スル位置如何ナルヘキカ其存スル所ノ土地讓渡スルヲ得サルニ因リ亦之ト同ク讓渡スルヲ得サルモノニシテ許可ヲ得テ之ヲ建設シタル者ノ義務ノ擔保ト爲シ抵當ト爲スト云フヘキカ左ニ之ヲ論シ原則ニ從テ決定シタル一例ヲ掲ケン

(一) 此事ニ關シ「マルカデー」ノ第二千二百二十七條ノ註解ニ於テ論說シタル所ヲ參觀スヘシ〇所有者道路改正規則ヲ遵奉シ公道取廣ケニ供スル地所ノ部分ヲ放棄シ建築

ニ着手シタル時ハ其地所ハ公有トナリ爾後該地所ヲ抵當トナスモ毫モ其効ナシ〇リヨソ控訴院千八百六十五年十一月二十日判決(ダロトス六十六年第二部第五百十九頁〇シレリ及ヒドゾヰルヌーゾ六十七年第二部第十三頁〇ジョールナルヂニパレ)千八百六十七年第九十四頁)

政府嘗テ公有ニ屬スル海濱ニ於テ人民ノ鹽田又ハ漁場ヲ設クルヲ縱容シタリ一漁夫其親族ニ續テ其漁場ヲ占有シ之ヲ第三者ニ讓渡シタリシニ第三者ハ其契約ヲ登記シタルモ抵當ヲ滌除スルカ爲メニ定メタル自餘ノ法式ヲ履行スルヲ忽セニシタリ其後幾ナラスシテ賣主死去シタルニ因リ其寡婦漁場及ヒ其附屬ノ建物ニ婚資回取ノ爲メ法律上ノ抵當權ヲ行ハント欲シタリ獲得者之ニ對抗シテ曰ハク抑々海濱ハ公有ニ屬スルヲ以テ何人タリトモ海濱上土地所有權ヲ行フヲ能ハス政府ハ海濱ノ住民ニシテ漁業ヲ營ム者ニ附與スルニ海濱上些少ノ建物ヲ設クルノ權能ヲ以テスルモ是レ物權ニアラス寧ロ人權ニシテ土地ノ讓渡ト謂ハソヨリ寧ロ營業ノ特許ト謂フヘキナリ故ニ該建物ノ所有者ハ其占有シ移轉スルヲ得ヘキ物件ヲ有スト雖モ此物件タル固ヨリ不動産ニアラス故ニ抵當ニ係ルヘキモノニアラサルナリト然レモ是レ事理ヲ誤ルノ論旨ナリ蓋シ海濱ハ國有ニ屬シ而ソ何人タリトモ公有ニ屬スル土地上ニ特殊ノ收益權ヲ有スルニハ特

ニ政府ノ許可アルカ又ハ其縱容スル所ヲラサルヘカラス「ダウリエー」ハ反對ノ説ヲ唱ヘシモ「マルカデー」及ヒ「トロマン」精密ニ之ヲ駁撃シタリ(二)然レモ茲ニ論スル所ハ敢テ此事ニアラスシテ政府ヨリ一私人ノ利益ノ爲メ又公衆ノ利益ノ爲メ設置スルコトヲ認可シタル建物ニ關スルモノナリ而シテ此建物タル原ト單ニ政府ノ縱容スル所ニ出テタルモ亦之ヲ設置シタル者又ハ之ヲ讓受ケタル承繼人ノ爲メ特權ヲ生スルモノナリ何トナシテ得ヘキ共有ノ土地ニアラザレハナリ然ラハ則チ此特權タル成立スルヤ明カナリト雖モ其性質果シテ如何蓋シ該權利タル漁場及ヒ建物ノ所在地ト同ク不動産タルモノナリ抑々政府ハ何時ニテモ其許可ヲ廢罷シ又ハ其縱容ヲ擯制シ以テ漁場ノ撤却ヲ命スルヲ得ルカ故ニ許可ヲ得タル者ハ土地所有權ヲ有セスト雖モ是レ毫モ意ニ介スルニ足ラス縱令特權ノ成立少時ニシテ假定ノモノニ過キスト雖モ苟モ其存在スル以上ハ不動産ノ性質ヲ備ヘ融通スルヲ得ヘキモノナリ是レ「カン」控訴院ノ決定シタル所ニシテ同院ハ此理由ニ依リ右ノ漁場ハ政府ヨリ觀レハ廢罷スルヲ得ヘキ對人ノ許可ニ過キスト雖モ第三者ニ對シテハ不動産所有權ト見做シ隨テ抵當ニ附スルヲ得ヘキモノト見做スヲ要スト裁判シタリ(三)

(二) トウリエー(第三卷第四百七十九號)○トロマン(時効第五百十號)○マルカデー

(第一千二百二十七條第三號)

(三) カン控訴院千八百二十四年四月二日判決(ダローズ二十五年第二部第二百二十四頁

○シレー及ヒドグセルヌトゾ二十五年第二部第七十三頁○シユールナルヂエパ
 レー)○トロマン(先取特權及ヒ抵當第四百十二號)

(三五二) 又人ノ私有スルヲ得ルモノ之ヲ所有スル人ノ特殊ノ位置ニ基キ讓渡スヲ得
 スト定メタル物件アリ就中婚資財産ノ如キ差押登記後ノ不動産ノ如キ是ナリ(訴訟法
 第六百八十六條)然リ而シテ婚資タル不動産又ハ被差押不動産ハ抵當ト爲スヲ得サルノ
 點ニ關シテハ不融通物ト見做サルヘキモノナルカ此問題タル婚資不動産及ヒ被差押不
 動産ニ關シテハ異議ヲ生シタル所ノモノナリ然レモ現時ノ法律及ヒ裁判例ニ依レハ數
 多ノ異論アルニ關ハラス既ニ全ク斷定セリト見做スヲ得

(三五二) 婚資財産ハ讓渡スルコトヲ得サルヲ本則トス隨テ亦抵當ト爲スヲ得サルヲ以
 テ本則トス是レ第一千二百二十四條ニ不動産ヲ抵當トスルノ權利ハ之ヲ讓渡スノ能力ア
 ル者ニアラザレハ屬セスアルニ依リ明ナリ然レモ法律ハ婚姻契約中公ケノ秩序ニ反セ
 サル約束ヲ爲スコトヲ許シ而シテ妻ノ財産讓渡ス可ラスト定メタルハ敢テ公ケノ秩序ニ關

スルモノニアラサルカ故ニ特ニ之ヲ約シテ以テ讓渡スルヲ得ヘキモノト爲スコトヲ認許シタリ其レ然リ婚姻契約ヲ以テ讓渡スルヲ得ルノ權能ヲ約スル以上ハ亦以テ抵當ト爲スヲ得ルノ權能ヲ約スルコトヲ得サルヘカラス大審院ノ判決例ハ初メ少シク反對ニ出テタリト雖モ(一)此問題ノ瞭然現出スルニ至リ學者ノ論說及ヒ裁判上ノ判決例ニ從ヒ抵當トスルノ權能ハ讓渡スルノ權能ト同ク婚姻契約ヲ以テ之ヲ約定スルコトヲ得而ノ全ク婚資ノ制ヲ廢スルヲ得ル所ノ當事者ハ適宜其欲スル所ノ變更ヲ設ケ以テ其制ヲ減縮スルヲ得ルヤ勿論ナリト認定シタリ(二)是ヲ以テ婚資不動産ハ讓渡スヘカラス本則トスルモ亦抵當ノ點ニ就テハ未タ必スシモ不融通物タルモノニアラスト謂フヘシ

(一) 大審院千八百三十七年八月十六日判決及ヒ千八百三十九年五月二十九日判決(シユールナルヂュパネー千八百三十七年第二卷第三百五頁、同千八百三十九年第三卷第四百二十九頁)○シレー及ヒドヴヰルヌーヴ三十七年第一部第八百頁、同三十九年第一部第四百四十九頁○ダローズ三十七年第一部四百一頁、同三十九年第一部二百十九頁)此判決中二者ハ諸局ノ合議ニ出テサルモノナリ

(二) 願訴局千八百四十年七月七日判決同千八百五十二年十二月十三日判決○大審院千八百六十二年十一月十八日棄却(シユールナルヂュパネー千八百四十年第二卷第

二百二十三頁同千八百五十五年第二卷第三百二十二頁、同千八百六十三年第三百五十八頁)○シレー及ヒドヴヰルヌーヴ四十年第一部第七百九十六頁同五十四年第一部第十七頁、同六十三年第一部第五頁○ダローズ四十年第一部第二百四十三頁、同五十四年第一部第三百卅頁、同六十二年第一部第四百七十六頁)○フザンソン控訴院千八百三十八年三月一日判決○ルアン控訴院千八百三十八年三月十日判決○リヨン控訴院千八百三十八年六月八日判決○リモージュ控訴院千八百四十四年十二月六日判決○リヨン控訴院千八百五十年二月二十日判決(シユールナルヂュパネー千八百四十六年第二卷第三十三頁、同千八百五十二年第二卷第七百頁)○シレー及ヒドヴヰルヌーヴ四十五年第二部第二百六十頁○ダローズ四十五年第二部第五百十頁)○願訴局千八百六十一年六月二十六日判決(ダローズ六十二年第一部第四百十九頁)又余輩ノ「ロジエール」ト共ニ著シタル婚姻契約中ニ陳ヘタル所ノ說ナリトス(初版第二卷第五百號、二版第三卷)○レリシア(第三百二十九號)○タルリー(第五卷第三百一頁)○トロ、ン(婚姻契約第四卷第三千三百六十四號)○マルカデー(第五百五十五條第四號及ヒ第一千五百五十七條第一號)○マッセー及ヒヴェルジョ註ザカリエー(第六百七十節註第三十七)○マッセー(シレー及ヒドヴヰルヌーヴ六十二年第一部第五頁註)○ゴーチ

エー(シヨールナルヂーパレ)千八百六十三年第三百五十八頁以下註〇ペー(第二卷第千三百十二號以下)

(三五三) 被差押不動産ニ關シテハ千八百四十一年六月一日ノ法律ヲ以テ不動産ノ裁判上ノ賣却ニ關シ訴訟法ニ改正ヲ加フル以前ニ在テハ論議頗ル激烈ニシテ今日ノ比ニアラス蓋シ該法律前ニ在テモ訴訟法第六百九十二條ハ亦被差押人ニ其不動産ヲ讓渡スルコトヲ禁止シ其讓渡ハ當然無効ナリトシタリ只新舊法ノ異ナル所ハ訴訟法ニ依レハ被差押人ニ通知ヲ爲シタル日ヲ以テ禁止ノ日ト爲セシモ新法ニ於テハ差押登記ノ日ヲ以テ初メテ禁止シタルモノトセリ是ヲ以テ論議鼎沸シ就中「カレン」氏ハ讓渡ノ禁止其者ハ被差押不動産上更ニ抵當ヲ設定スルコトヲ禁止スルモノナリト云ヘリ氏ハ特ニ那破翁法典第二千二百二十四條ニ合意上ノ抵當ヲ以テ任意ノ賣買ト同一視シ同條ニ依レハ不動産ヲ賣却スルコトヲ得サル者ハ亦合意ヲ以テ之ヲ抵當ト爲スコトヲ得ストシタルヲ理由トシ且曰ハク「第六百九十二條ノ讓渡ナル語モ亦此意義ヲ以テ解釋スヘシ然ラスンハ惡意ノ債務者ハ其不動産ノ差押ニ係リタルヲ見差押ノ通知ヲ受クルヤ直チニ抵當ヲ承諾シ以テ其尋常債權者ノ過半ヲ欺罔詐害スルコトヲ得ルニ至ルヘシ是レ豈公義ニ反シ那破翁法典第二千二百二十四條第二千四百六十六條ノ精神ニ戾ルモノニアラスヤ」ト(一)

(二) カレン(訴訟法第二千二百九十五問)

然レモ此說タル訴訟法改正以前ニ在テモ概テ論者ノ採用セサル所ニシテ(二)殊ニ現時ニ至リ千八百四十一年六月二日ノ法律ヲ以テ改正シタル訴訟法第六百八十六條ノ登記ニ就テ之ヲ觀レハ恰モ舊夢ヲ説クノ感アリ蓋シ原案ノ起草者ハ「カレン」氏ノ說ヲ見以テ第六百八十六條中被差押不動産ヲ讓渡スルノ禁止ヲ擴張シ之ヲ抵當ト爲スコトヲ禁止スルノ條例ヲ設ケタリト雖モ此擴張タル細議ノ末途ニ棄却スル所トナレリ以テ益々其非ナルヲ知ルニ足ルヘシ

(二) ハツァールトウーラングラー(第五卷第五十四頁註第一)〇リシヤウ(第二卷第二千九十九頁)〇トロ、ン(第四百十三號ノ二)〇ドウラホールトウー(第二卷第二千九十九頁)

且訴訟法改正ノ理由ニ就テ之ヲ觀ルモ亦猶ホ氏ノ說ノ非ナルコトヲ知ルヘシ(三)其理由說明者ノ言ニ曰ハク裁判所ノ保管スル不動産ヲ抵當ト爲スニ禁止ヲ以テ第二千二百二十四條ノ原則ニ基ツケリト爲スハ是レ其意義ヲ誤解スルモノナリ蓋シ同條ハ唯一身上ノ無能力ヲ視自ラ讓渡スルノ能力ナキ者ハ亦其不動産ヲ抵當ト爲スコトヲ得スト定メタルニ過キスシテ而シテ不動産ノ差押ニ因リ起ル所ノ例外ノ無能力ニ關シテハ毫モ此禁止ナシ

此禁止タル法律ニ於テ明カニ定メサルヘカテサルモノニシテ而シテ那破翁法典及ヒ訴訟法與ニ之アルヲ見ス是レ實ニ條理ニ適スルモノナリ抑々讓渡ヲ被差押人ニ禁スル所以ハ其差押ヲ毀損スルニ至ルヘキカ故ナリ蓋シ差押ハ現所持人ニ對スルニアラサレハ行フコト能ハサルモノナルカ故ニ若シ被差押人ヲシテ讓渡スルヲ得セシムルハ讓渡毎ニ更ニ之ヲ行ハサルヲ得サルヘシ然ルニ抵當ノ設定ハ差押登記後ニ至ルモ毫モ斯ノ如キノ弊害ヲ生スルモノニアラス抵當ノ設定ハ差押ニ關係セス差押ハ抵當設定前ニ於ケルカ如ク其以後ニアルモ亦依然債務者ニ對シ繼續シ抵當債權者ノ順位及ヒ利益ハ毫モ抵當設定ノ爲メ害セラル、モノニアラス何トナレハ其抵當ヲ得タル者ハ其記入ノ日附ニ從ヒ配當ニ加入スルニ過キス詳言スレハ其抵當設定ノ時ニ當リ既ニ不動産上ニ權利ヲ得タル者ノ後ニアラサレハ配當ニ加入スルヲ得サルモノナレハナリ是ヲ以テ不動産上ノ承權人中何人タリトモ其以後ノ抵當ニ付キ苦情ヲ陳スルコト能ハサルカ故ニ決シテ抵當ヲ禁止セラレタルモノナリト見做スヘキノ理由ナシトス

(三) 就中ペルシー氏ノ代議士院ニ爲シタル報告ヲ參觀スヘシ
是レ討議ニ臨ンテ陳述セシ説明ニシテ能ク「カレ」氏ノ說ヲ駁撃シタルモノナリ然ルニ尙ホ茲ニ其説明ノ論及セサルモノ一アリ即チ尋常債權者ノ利益ノ點ニシテ該債權者

ハ差押登記後ニ至リ不動産上抵當ノ設定アルキハ之ヲシテ競落代價ノ殘額ヲ配當スルノ利益ヲ失ハシムルカ故ニ其設定ナキヲ以テ自己ノ利益トスルモノナリ然レモ右差押ノ手續タル原ト尋常債權者ニ比シ一層敏捷ニシテ優先權ヲ獲得シタリシ者ニ特別ノ擔保ヲ附與スルヲ以テ目的トシ管ニ該債權者ノ爲メニ行ヒ又ハ該債權者ノ行フ所ノモノニアラサルノミナラス却テ之ニ對シ行ハレタルモノナルカ故ニ右手續ニ關シテハ敢テ其利益ヲ顧慮スルニ及ハサルナリ故ニ尋常債權者ハ差押登記後ノ抵當設定ニ對シ苦情ヲ陳フルヲ得サルコト恰モ詐欺ノ場合ヲ除キ差押以前ノ抵當設定ヲ非難スルノ權利アラサルカ如シ(四)

(四) ルアン控訴院千八百二十年四月二十九日判決○(シレー及ドヴルヌーヴ新集第六冊第二卷第二百五十五頁○ジュールナルヂュパレー)

以上論スル所ハ千八百四十一年六月二日ノ法律ヲ以テ改正シタル訴訟法第六百八十六條ノ趣意ヲ辯明シ悉シタルモノナリ爾後「タウリエ」ノ外論者皆其說ヲ同フシ法律ノ趣意ハ被差押不動産ヲシテ抵當ノ點ニ關シ不融通物タラシムルニ在リト認メタリ(五)

(五) 尙ホ前記諸論者ノ外カレノ著書中シヤウヴオー註(同前)ペルシーフヒース(共通財團第三百三十一頁)及千八百四十一年ノ法律ニ關スルドヴルヌーヴ註(四十一年

第二部第三百七十六頁)ヲ參觀スヘシ只タウリエー(第七卷第二百八十八頁以下)ハ反對説ヲ唱ヘタリ

[參(三五四)] 以上本章ニ制定シタル第一ノ制限ヲ説明シタリ然リ而シテ不動産ハ融通物ナルキタリトモ未ダ必スシモ抵當ト爲スヲ得ヘキモノニアラス尙ホ本條ニ限制シタル項目中ニ入ルヲ要ス故ニ余輩ハ不動産中該項目中ニ包含セラレタリト見做スヘキモノ如何ヲ論究セン

(三五五) 抑々抵當主眼ノ趣意ハ法律ニ定メタル手續ニ從ヒ擔保物ヲ金錢ニ換フルニアルカ故ニ凡テ此法式ニ從ヒ金錢ニ換フルヲ得サル財産即チ差押ヘテ競賣スルヲ能ハサル財産ハ亦抵當ト爲スヲ能ハサルヲ通則トス此通則タル「ヴァレンツト」氏ノ開説シタル所ニシテ本條ト第二千二百四條トヲ對照スルキハ自ラ明ナリ蓋シ第二千二百四條ハ債權者ノ徵收スルヲ得ヘキ不動産ヲ列記シ其二項ニ於テ本條ト同一ノ文辭ヲ用ヒ本條ニ抵當ト爲スヲ得ヘシト定メタル所ノ財産ヲ指示セリ(一)大審院嘗テ判決ヲ以テ此規則ノ精神ヲ斷定シタリ其判決ニ依ルニ差押フヘカラサル財産ハ何等ノ抵當ニモ係ラサルモノトセリ今其事件ヲ見ルニ不動産ヲ贈遺スルニ當リ其受遺者ノ債權者ヨリ差押フルヲ能ハサルヘキノ特殊ノ條例ヲ設ケタリ然ルニ相續發開以前ニ權利ヲ得タル二三

ノ債權者裁判ニ依リ受遺者ノ一切ノ財産上記入ヲ爲スノ許可ヲ得其債務者ノ現在及ヒ將來ノ一切ノ財産上記入ヲ爲シタリ然ルニ原裁判ハ控訴院ノ平翻スル所トナリ其記入ハ債務者ノ贈遺ニ依リ得タル所ニシテ其贈遺ヲ以テ差押フヘカラスト定メタル不動産ニ關シテハ無効ナリト認定セラレ又大審院モ控訴院ノ判決ヲ認可シ其財産ハ相續發開以前ノ受遺者ノ債權者ヨリ差押フルヲ能ハサルモノナルカ故ニ亦其抵當ノ記入ニ係ルヲアルヘカラサルモノナリト判定シタリ(一)

(二) ヴァレンツト(第百二十七號)○ムーロン(覆義第四百五十五頁)○マルトウ(第七百十四號)

(三) 願訴局千八百五十二年三月十日判決○ジョーナルナルヂェパント千八百五十二年第二卷第四十一頁○ダローズ五十二年第一部第百十一頁下第六百十七號)

(三五六) 以上敘述スル所ハ一般ノ通則ナリ以下其適用ヲ論セン

凡ソ財産ハ余輩ノ嘗テ陳ヘタル如ク(一)那破翁法典第五百十七條ニ依ルニ或ハ性質ニ因リ或ハ用方ニ因リ或ハ目的ニ因リ不動産タルモノナリ又那破翁法典以後立法者權利ノ動産又ハ動産タル性質ハ其目的ヲ以テ定ムヘシトノ現則ノ例外ヲ設ケ金錢ヲ目的トスル或ル權利ヲ以テ不動産ト做シタリ佛蘭西銀行ノ株式「オルレアン」及ヒ「ルアン」掘割

會社ノ株式及ヒ世襲財産設定ノ爲メ不動産トシタル國ニ對スル年金權即チ是ナリ是ノ
不動産ノ第四ノ種類ニシテ人之ヲ稱シテ法律ノ規定ニ因ル不動産ト云フ
以下順次此四種ノ不動産ニ就テ之ヲ論究セシ

(一) 余輩ノ管テ「ロジニール」氏ト共ニ著シタル婚姻契約論(初版第一卷第四百四十號、
二版第一卷第五百四十八號)及ヒ「マルカデー」(第二卷第二百四十號以下)ヲ參觀スヘシ
〔肆〕三五七 性質ニ因ル不動産トハ一ノ場所ヨリ他ノ場所ニ自動スルヲ得ス又一ノ場
所ヨリ他ノ場所ニ他動スル能ハサルモノニシテ眞ニ不動ノ性質ヲ有スルモノヲ謂フ此
種類ニ屬スルモノハ土地及ヒ直接又ハ間接ニ土地ニ附着シ其性質ヲ享クル所ノ物件ノ
ミナリ第一土地ハ其性質ニ因ル不動産ナルヲ以テ抵當ト爲スヲ得ルヤ毫モ疑ヲ容レサ
ル所ナリ土地ハ公有ニ屬セス又他ノ或ル名義ニ因リ讓渡スルヲ得サルニアラス約言
スレハ融通物タル限リハ差押ヘテ競賣スルヲ得ルモノナリ故ニ通則ニ從ヒ之ヲ抵當
ト爲スヲ得ルヤ敢テ喋々ノ辯ヲ要セサルナリ
(三五八) 土地ニ附着スルモノハ不動産タル性質ハ未タ必スシモ確然タルモノニアラ
ス其不動産タルハ法律ニ明定セルモ學說上未タ決セサル所ノ或ル狀況ニ關スル者ナリ

以下法律ニ從ヒ直接又ハ間接ニ土地ニ固着スルヲ以テ性質ニ因リ不動産タルノ資格ヲ
得ル所ノ物件如何ヲ陳ヘン

(三五九) 第一法律ハ家屋ヲ以テ此物件ノ一トシ加之之ヲ土地ト同一ノ條項中ニ列置
シ以テ之ト同一視シタリ(那破翁法典第五百十八條)是レ地上ニ建築セルモノハ其土地
ニ從フノ規則ノ適用ナリ蓋シ家屋ヲ構造スル材料ハ固ヨリ動産ノ種類ニ屬スト雖モ其
土地ニ定着スルト其結構トニ因リ其原性質ヲ失フテ土地ノ性質ヲ享受シ爾後其土地ノ
一部分ヲ爲シ之ト同ク不動産差押ニ係リ競賣スルヲ得隨テ抵當トスルヲ得ルモノナ
リ

然リ而シテ家屋ハ現實ノ添附ニ因リ土地ニ附着スル場合ニアラサレハ右ニ論スルカ如ク
ナラサルナリ吾カ現行法ニ依ルモ此等假設ノ建物ニシテ基礎モナク亦タ抗址モナキモ
ノ例ヘハ夫ノ祭典市場ノ爲メニ假リニ設ケタル建物ノ如キハ不動産ノ性質ヲ稟ケタル
モノニアラサルナリ(一)法典モ亦我ヲ以テ定着セス又ハ(二)家屋ノ一部分ヲ爲サ、ル水
車風車其他總テノ工場ハ動産ナリト云ヒ以テ自テ此趣意ヲ明ニセリ(第五百三十一
條)故ニ此等ノ建物ハ抵當ト爲スヲ得サルモノナリ

(一) マルカデ「第一卷第三百四十一號」

(二) 法文ニハ及ヒト云フモ工作場ヲ動産ト見做サ、ルニハ二個ノ狀況其一アルヲ以テ足レリトスレハ論者ノ普ク認ムル所ナリ

家屋現實ニ土地ニ附着スルキハ所有者ニアラサル者ノ之ヲ構造シタルキト雖モ猶ホ不動産ナリ然レモ二三ノ論者「ポチエー」ノ説ヲ誤解シ之ヲ其真義ノ外ニ擴張シテ建物ハ土地ノ所有者ニアラサル者例ヘハ工作人使役者等ノ構造シタルキハ動産ナリト唱ヘタリ(三)此説タル毫モ採ルニ足ラサルナリ「ポチエー」ハ嘗テ水車風車ヲ以テ之ヲ永遠土地ニ附着シタルノ意思ニ依リ不動産トシタリシ法律アリタルキニ當リ「風車ハ土地所有者ノ其土地ニ備附ケタルモノニアラサルキハ不動産ト見做スヘカラス用益者又ハ小作人ノ備附ケタルキハ動産タルモノナリ」ト云ヘリ(四)然レモ「水車風車ニアラサ建物」ニ關シテハ「ポチエー」モ亦「地上ニ建築セルモノハ其土地ニ從フ」ノ規則ニ從ヒ土地ノ一部分ヲ爲スキハ不動産ニシテ毫モ其建物土地所有者ノ構造シタルト其他ノ者即チ用益者又ハ賃借人ノ建築シタルトヲ區別スヘキニアラスト認メタリ(五)
(三) デルベック「第一卷第三百三十二頁註第四」○シヤンビヨニム及ヒリガ
エ(第四卷第三百七十五號)

(四) ポチエー(共通財團第三十七號)

(五) ポチエー(同前第三十二號)

現時ニ至リテハ此説ノミ獨リ正確ニシテ完全ナリ此説ハ一切ノ建物ニ適用スヘシ何トナレハ法典ハ明カニ家屋ヲ以テ性質ニ因ル不動産ト稱シ(第五百十八條)土地所有者ニアラサル者ノ建築シタルモノト雖モ其不動産タルノ性質ヲ奪ヒ動産ノ性質ヲ附與スルノ規定アラサレハナリ又此説タル特ニ水車風車ニ適用スルモノナリ何トナレハ新法ハ敢テ意志ヲ斟酌セス只土地トノ外形ノ併合ニ依リ水車ヲ以テ不動産ト爲セハナリ(第五百十九條)故ニ建物ハ土地所有者ノ築造シタルト其他ノ者ノ構造シタルトヲ問ハス不動産ニシテ(六)抵當ト爲スヲ得ルモノナリ只土地所有者ニアラサル者ノ構造シタル建物ニ係ルキハ土地ノ所有者之ヲ抵當ト爲スヲ得ヘキカ又其債權者之ニ付キ不動産差押ヲ行フヲ得ヘキヤ否ヤノ問題アリ(七)テ余輩第二千二百二十四條ノ註解ニ至リ之ヲ論究スヘシト雖モ(下第六百二十四號)其家屋ヲ抵當ト爲スヲ得ヘキヤ否ヤノ一般ノ問題ニ就テハ毫モ疑議ノ存スヘキナシ寧ローノ論點ト爲スニ足ラサルナリ何トナレハ家屋ハ其附着スル土地ト同ク不動産タルモノナレハナリ

(六) 大審院千八百三十五年十一月十八日破棄、同千八百四十二年二月二日破棄、同千八

百四十四年八月二十六日破棄、同千八百四十八年一月五日破棄、○オルンアン空訴院
 千八百六十六年四月十九日判決(ダローズ三十五年第一部第四百四十四頁同四十二
 年第一部第百二頁同四十八年第一部第五十七頁、同六十六年第二部第九十四頁○シ
 レー及ヒドヴ井ルヌーヴ二十五一年第一部第九百七頁、四十二年第一部第二百七十七
 頁)

(七) 大審院千八百四十六年四月十五日破棄、○願訴局千八百四十九年二月十四日判決
 (ダローズ四十六年第一部第七十一頁、同四十九年第一部第六十六頁○シレー及
 ヒドヴ井ルヌーヴ四十六年第一部第三百九十六頁同四十九年第一部第二百六十一頁
 ○シユールナルヂエパレール千八百四十九年第二卷第五十九頁同千八百四十九年
 第一卷第二百五十二頁)

(三六〇) 果實及ヒ土地ノ生産物モ亦家屋ト同シク同一ノ原因ニ依リ性質ニ因ル不動
 産ニシテ抵當ト爲スヲ得ヘキモノナリ然リト雖モ其附着セル土地ト分離シテ抵當ト爲
 スヲ得ス(一)而シテ其土地ニ設ケタル抵當ハ生産物、根ノ土地ニ附着セル收穫物、樹木ノ果
 實、伐探定期ノ樹木及ヒ總テ性質ノ如何ヲ問ハス土地ノ生産物ニ推及スルモノナリ(第五
 百二十條及ヒ第五百二十一條)論者曰ハク是レ本條ニ附從物ト稱スル物件ノ一ナリト

(二)未タ其當ソルヲ知ラス何トナレハ果實ハ法律ニ於テ不動産ト稱スルニ由リ第五
 百二十一條)土地及ヒ家屋ノ如ク本條ニ所謂不動産ナル語中ニ包含スルモノナレハナリ

(一) 大審院共和十四年風月十日破棄及ヒ千八百二十三年十一月五日破棄○ドロ、ン
 (第四百四號)○メルラン(法律類聚抵當ノ部第七百六十六頁)

(二) マルトウ(第七百二十一號)

然リ而シテ此點ニ付キ少シク注意スヘキモノアリ第一果實ノ不動産タルハ必ス其現ニ土
 地ニ附着スルキニ限ル第二其土地ニ附着スル抵當ハ其土地ヨリ生シタル果實ニ推及ス
 ト雖モ所有者ノ其物件ヲ管理スルノ權利ヲ妨害スルモノニアラサルコト即チ是ナリ茲ニ
 二三ノ結果ノ較著ナルモノアリ請フ之ヲ陳ヘン

(三六一) 第一果實ノ不動産タルハ必ス其現ニ土地ニ附着スルキニ限ル故ニ鉢植ノ樹
 ノ如キハ縱令土地ニ其鉢ヲ埋メタルキト雖モ猶ホ其動産タルノ性質ヲ保有スヘシ(一)但
 シ其用方ニ因ル不動産タルキハ此限ニアラス(下第三百七十七號)而シテ其動産タルノ性
 質ヲ保有スルキハ其土地ニ附着スル抵當ノ効ヲ被フルヘキモノニアラサルナリ

(一) ポチエー(共通財團第三十四號)○余輩ノ共通財團ノ説明ヲ參觀スヘシ(同前初版
 第一卷第四百十四號第二版第一卷第五百十四號)

(二二六) 第二土地ノ抵當ハ其生産物ニ推及スト雖モ敢テ其所有者ヲシテ管理權ヲ失ハシムルモノニアラス故ニ所有者ハ之ヲ收獲シ其果實ヲ採得シ又之ヲ賣却スルコトヲ得ヘシ只良家父的ノ注意ヲ以テ之ヲ處理シ詐欺ニ出テサルコトヲ要ス抵當アル債權者ハ敢テ之ニ對シ苦情ヲ陳フルコト能ハサルナリ何トナレハ該債權者ハ其債務者ト結約スルニ當リ債務者ハ其不動産ヲ抵當トスルモ敢テ其管理者タルノ權利ヲ放棄シタルモノニアラス債權者ハ不動産上ニ物權ヲ獲得スルモ其權利タル債務者ヲシテ依然其物權ヲ占有セシメ該占有ト共ニ相俟テ離レサル所ノ管理權ヲ保有セシムルコトヲ承知セルモノナレハナリ(是レ其權利ノ質權ニ優ル所ナリ上第二百二十號ヲ參觀スヘシ)故ニ果實ハ其土地ニ附着スル限ニアラサレハ土地ニ繫着セル抵當ニ係ラサルモノトス是レ共和三年舊月九日ノ法律ニ明記スル所ナリ同法ニ曰ハク抵當ハ土地及ヒ未ダ收獲セサル果實及ヒ未ダ伐採セサル樹木ニ繫着スヘシト

(二六三) 加之土地ニ定着スルヲ絶止シテ以テ其土地ニ繫着スル抵當ノ効ヲ免レシムルモノ唯獨リ果實ノ收獲又樹木ノ伐採ノミニアラス是等實際上ノ絶止ノ外尙ホ假想上ノ絶止アリ即チ土地ニ附着スルモ所有者之ヲ土地ト分離シテ賣却シタルハ法律ノ意思ニ依リ絶止スルモノナリ此場合ニ於テハ果實ハ賣却ニ因リ動産タルモノニシテ其賣

却タル收獲ト同ク管理所爲タルニ過キス其賣却ハ果實ヲ土地ノ所有者ヨリ獲得者ニ移付シ其所有權ヲ分離セシムルカ故ニ實地上尙ホ其果實ノ土地ニ附着スルモ既ニ已ニ分離シタルモノト看做スヘシ大審院ノ數多ノ判決ニ依ルニ收獲スヘキ目的ヲ以テ果實ヲ賣却シ又ハ採伐スヘキ目的ヲ以テ樹木ヲ賣却シタルハ其賣買ハ動産ノ賣買其物件ハ從前土地ニ附着シタルカ爲メ不動産ト見做サレタルモ賣買ノ効ニ因リ採伐又ハ收獲以前タリトモ既ニ變シテ動産トナルモノナリト裁定シタリ(一)

(二) 大審院千八百十三年十月五日破棄同千八百十三年九月八日破棄同千八百二十年三月二十一日及ヒ六月二十一日破棄同千八百二十七年四月四日破棄

以上論スル所ニ由リ抵當ノ成立ハ不動産ノ所有者斯ノ如キ賣買ヲ承諾スルコト妨クヘキヤ其果實ハ一旦賣却スルモ尙ホ土地ニ繫着スル抵當ニ係ルヘキヤヲ考フレハ其論決毫モ疑ヲ存セサルヘキナリ蓋シ如何ナル法律モ所有者其抵當トセル土地ヨリ生シ既ニ生熟セル果實ヲ詐欺ニ出テスシテ讓渡スルヲ禁スルモノニアラス且其賣却ハ果實ノ收獲ト同ク管理所爲タルカ故ニ尙ホ管理權ヲ保有スルノ所有者賣却ノ權能ナシト謂フヘカラズ而シテ其權能ヲ有スル以上ハ其承諾セル賣買ハ通常ノ効果ヲ有スヘク即チ其賣買ハ果實ヲシテ動産タラシメ之ヲ獲得者ニ移轉シ前ニ土地ト共ニ之ニ繫着シタリシ抵當ヲ免

レシムルモノナリトス是レ大審院ノ認定シタル所ニシテ同院ハ其前例ニ基キ抵當ニ係
リタル採伐定期ノ樹木ノ所有者ハ其伐木ヲ賣却スルコトヲ得其抵當アル債權者ハ之ニ對
シ敢テ苦情ヲ陳フルコト能ハスト判定シタリ(一)

(二) 大審院千八百八年一月二十六日破棄

然レ此規則タル多少ノ例外アリ即チ二個ノ制限アリテ其一ハ學說及ヒ裁判例ノ定ム
ル所ニシテ其一ハ法律ニ基クモノナリ

(三四六) 第一此規則タル眞ニ土地ノ果實ト稱スヘキ生産物即チ穀物收穫物其他總テ
定期産出スヘキモノヲ目的トスル賣買ニ係ルキハ全ク適用シ得ヘシト雖モ性質上良シ
永遠土地ニ附着スヘキモノニアラストモ苟モ長久ノ時間之ニ附着スヘキモノニシテ不動
産ノ一分ヲ組織スルカ如キ生産物例ヘハ採伐ノ定期ナキ樹木ヲ以テ目的トスル賣買ニ
係ルキハ之ニ異ナルヘキヤ明カナリ此場合ニ於テハ其賣買ハ假想上果實ヲシテ動産タ
ラシムル所ノ管理所爲ナリト看做スト能ハス其所爲ハ抵當權ヲ侵害スルモノニシテ抵
當アル債權者ハ之ニ付キ苦情ヲ陳フルコトヲ得ヘク其土地ニ附着スル抵當ハ亦此種ノ生
産物ニ附着シ其賣却ノ効ヲ自己ニ對抗スヘカラサルコトヲ請求スルヲ得ヘキナリ(一)大
審院ハ嘗テ其前例ニ牽制セラレ一ノ判決ニ於テハ反對ノ趣旨ヲ宣告シタルカ如シ其判

決ヲ案スルニ田野ノ土地ニ鑿着スル抵當ハ採伐ノ定期ナキ森林ノ地上權獲得者ニ對シ
効力ナシト云ヘリ然レ此爾後同院ノ判決ハ正ク原則ヲ適用シ採伐ノ定期ナキ樹木ハ其
未タ伐採セラレサル限りハ賣買ニ拘ハラズ抵當ニ係ルモノナリト認メタリ(二)但シ其
事件ニ於テハ其樹木伐採スヘキ時期ニ先チ賣却セラレ且其伐採ノ爲メ頗ル永キ期限ア
リタル特殊ノ狀情アリタリ此狀情タル固ヨリ其樹木ヲ以テ抵當ニ係ルモノト決スヘキ
ノ理由トスルニ足レリト雖モ亦大審院ハ敢テ深ク之ヲ論據トセス只其判決ノ理由中之
ヲ指示スルニ止マリ賣却シタル樹木未タ伐採セラレサルキハ抵當ニ係リ賣買以後ニ行
ハレタル不動産差押中ニ包含スルモノナリト決定シタリ此判決タル果實ニアラサル生
産物殊ニ伐採ノ定期ナキ樹木ニノニ適用スルキハ其當ヲ得タルモノナリ何トナレハ果
實ニアラサル生産物ハ恰モ元資トモ謂フヘクシテ用益者ノ如キハ不動産ニ於ケルト同
ク之ヲ處分スルコト能ハサルモノナレハナリ故ニ該生産物ハ實際土地ト分離スルニアラ
サレハ動産タラサルナリ

(一) ペルシ(第一千百十八條第六號)○ヴァレット(第二百十九號末文)○ドモロンブ

(第九卷第九十號)○マルトウ(第七百二十二號)○トロ、ンハ反對ノ說ヲ唱ヘタリ

(第四百四號)

シキト雖モ亦同シト定メタリ○コルマル控訴院千八百六十一年十二月十五日及ヒ大
審院千八百六十二年一月廿七日棄却(シニールナールヂュパネー千八百六十二年第
六百十二頁同千八百六十四年第五百八十六頁○シレー及ヒドヴ井ルヌーブ六十二年
第二部第五百十八頁、六十四年第一部第三百五十八頁○ダローズ六十四年第一部第
五十六頁)

(二) ペーヤヨン(第一卷第八十九頁第三十一號)○「カレ」ノ書中「シヤウヅオー」ノ註
(第二千二百八十八問)

(三六六) 且天然ノ果實及ヒ人造ノ果實ニ關シ余輩ノ陳フル所ハ亦法定ノ果實ニ適用
スヘキモノナリ蓋シ不動産上ニ抵當ノ成立スルモ敢テ所有者ヲシテ其賃貸シタル不動
産ノ賃貸ヲ得取スルヲ得サラシムルモノニアラス是レ未タ嘗テ論者ノ異議ヲ容レサル
所ナリ

然レモ抵當ノ成立ハ所有者ヲシテ期限ニ先チ未タ辨濟期ニ至ラサル賃貸ヲ處分シ之ヲ
第三者ニ移付シ又ハ自己利益ニ供スルヲ得サラシムルモノニアラサルヤ換言スレハ未
タ辨濟期ニ至ラサル賃貸ノ受取又ハ讓渡ハ賃貸シタル不動産ヲ以テ抵當トスル債權者
ニ對抗スルヲ得ヘキヤ否ヤノ點ニ關シテハ論議頗ル喧シ茲ニ一ノ裁判例アリ而シテ此裁

判例タル登記法ニ依リ將來ニ効カアルモノニアラスト雖モ其舊法ノ時ニ在テ久シク行
ハレタルカ故ニ之ヲ舉示論評スルモ亦敢テ無益ニアラサルナリ

二三ノ判決ハ鈍然原則トシテ抵當不動産ノ所有者ハ其不動産ノ將來ノ收額ヲ期限ニ先
チ處分シテ抵當附債權者ヲ障害スルコト能ハスト決定シ(一)那破翁法典第二千六百六十六條
ニ先取特權又ハ抵當アル債權者ハ管ニ代價ノミナラス亦代價ノ利息及ヒ之ヲ代表スル
收額ヲ得ルノ權利アリト云フヲ以テ其理由トシタリ數多ノ論者亦此論決ヲ採リタリシモ
其理由ニ至テハ之ヲ同フセス一ハ訴訟法舊第六百九十一條ヲ論據トシ土地ノ慣習ニ依
リ行フタル辨濟ハ其効ヲ存スヘキモ賃借契約ノ約定ニ依リ期限ニ先チ行フタル辨濟ハ
毫モ其効ヲ存スヘカラスト云ヘリ(二)又他ノ論者ハ抵當ヨリ生スル權利一タヒ確定ス
ルルハ何等ノ讓渡ニ依ルモ之ヲ減少スルコト能ハス而シテ賃貸契約ニ於テ所有者豫メ賃貸
ノ多分ヲ得取シ又ハ讓渡ノ約束ヲ伴フルハ「定マリタル規限ノ爲メ」收益ノ讓渡アルモ
ノニシテ此點ニ就テハ利益權ノ設定ト之ヲ同一視スヘシ而シテ抵當アル債權者ハ利益者
ニ對シ不動産ヲ追躡スルヲ得ルカ故ニ此場合ニ於テモ亦追躡權アルヘシト云ヘリ(三)
(一) 大審院千八百十三年十一月三日破棄○ニーム控訴院千八百十年一月二十八日判
決○ブールジュ控訴院千八百五十一年二月三日判決○(ダローズ五十五年第二部第十

(一) ギュラントン(第十七卷第百六十三號)

(二) タットブル(メルラン法律類聚第三所特者ノ部第四號)○カレ(訴訟法第二千三百十八問)

然レモ此諸説ハ之ヲ詭味咀嚼スルキハ孰レモ維持スルヲ得サルモノナルヤ明カナリ
第一前記諸判決ノ趣意ヲ論セシニ那破翁法典第二千六百六十六條ハ抵當又ハ先取特權アル
債權者ヲシテ管ニ代價上ノミナラス亦利息及ヒ收獲上其權利ヲ行フヲ得セシムルモ
ノナリト看做スヲ得ヘキモ所有者之ヲ處分スルノ權利ヲ有シタリシ時ニ當リ將ニ辨
濟期限ニ至ラントスル法定ノ果實ヲ獲得シタル第三者ニ此解釋ヲ對抗スルヲ能ハサル
ナリ第二訴訟法舊第六百九十一條ヲ根據トセル説モ亦其當ヲ得ス蓋シ該條ハ未タ本問
ヲ決定シタルモノニアラサルナリ抑々該條ニ依レハ其指定シタル時期以後ニ貸賃ヲ差
留ムルノ認許ヲ得タル債權者ハ此時ニ於テ未濟ナル貸賃ヲ不動産ト爲スヲ得ヘキモ之
ニ依テ本問ヲ決スルヲ能ハサルナリ本問ハ若シ貸賃ノ未タ辨濟期限ニ至ラスシテ其時
期ニ先チ辨濟又ハ讓渡ニ係リタルキハ第六百九十一條ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤニ
アリ故ニ該條ヲ以テ斷定スルヲ得ヘキモノニアラサルヤ明カナリ又賃借權ト用收權ノ

設定トヲ以テ同一ナリトスルヲ論據トスルノ説ハ學説ニ於テ用益者ト賃借人トノ間ニ
深ク差異アルヲ説明シタルニ依リ既ニ其力ヲ失フタルモノナリ其差異タル學者ノ殆
ト普ク認メタル所ニシテ用益者ハ所有權ノ眞ノ支分ナル物權ヲ有スルモ賃借人ハ抵
當附債權者ニ何等ノ進躡權ヲモ附與セサル人權ヲ有スルニ過キサルニ在リ
諸説各々欠點アルヲ以テ裁判例遂ニ其趣意ヲ變シ一般ニ不動産ノ將來ノ收獲ノ得取又
ハ讓渡ハ其以前ニ記入ヲ經タル抵當附債權者ニ對スルモ猶ホ有効ナリ但シ其所爲之ヲ
詐害スルノ意ニ出テタリシ場合ニ於テハ債權者之ヲ銷除セシムルノ權アリト認定シタ
リ(四)是レ亦學説中多數ヲ占メタル所ノ説ニシテ(五)余輩亦之ヲ以テ其當ヲ得タル者ナ
リト信ス蓋シ本問ニ關シ主要ナル原則ハ抵當ノ成立ノ爲メ所有者ノ管理權ヲ障害セス
詐欺ニ出テサル限ハ自由ニ之ヲ行フヲ得セシムヘキニ在リ抑々或ル場合ニ於テハ辨
濟期限ニ先チ家屋又ハ土地ノ貸賃ヲ領取シ又ハ讓渡スルキハ詐欺ニ出テタリト假定ス
ルヲ得ヘク又何レノ場合ニ於テモ裁判官ヲシテ證據ノ審判ヲ一層容易ナラシムルモ
ノナリト雖モ亦之ヲ以テ詐欺ヲ假定スルヲ得ス詐欺ノ申立アルモ其證明ナキハ債
權者既遂ノ所爲ヲ承認セサルヘカラス但シ其所爲管理處分ト看做スヲ得ヘキニ限
ル是レ須ク裁判上ニ於テ査定スヘキ所ナリ

(四) 巴黎控訴院千八百二十四年十二月三日判決○グルノール控訴院千八百四十一年四月二十二日判決○ルアン控訴院千八百四十三年四月四日判決○ドゥエー控訴院千八百五十年二月二十六日判決○コルマル控訴院千八百五十一年八月六日判決○ロム控訴院千八百五十二年七月七日判決○ルアン控訴院千八百五十四年二月十八日判決(シノー及ヒドゥ井ルヌーヴ四十二年第二部第百八十四頁及ヒ四百十三頁、同五十年第二部第百五十七頁、同五十三年第二部第五十三頁○ダローズ五十二年第二部第七十八頁、同五十三年第二部第五十三頁、同五十四年第二部第十二頁同五十五年第二部第二百五十八頁)

(五) グルニエ(第二卷第四百四十四號)○トウーリエ(第七卷第八十一號及ヒ第六卷第三百六十五號)○ジュヅエルジ(賃借第一卷第四百六十四號)○トロ、ン(第三卷第七百七十七號ノ三以下)

以上陳フル所ハ本則ナリ茲ニ二三ノ例外アリ

第一期限ニ先チ家屋又ハ土地ノ賃賃ヲ受取又ハ讓渡シタルキハ千八百五十五年三月二十三日ノ登記法頒布前ニ行ハレタル所爲ニ係ルニアラサレハ以上陳フル所ノ原則ヲ適用スヘキモ同法頒布以後ハ或ル制限ニ從ヒ未済ノ賃賃ノ受取若クハ讓渡ニ登記ヲ必要

トスルニ因リ他ノ規則ヲ適用スヘキモノトナレリ次號ニ至リ之ヲ論ゼン

第二抵當ノ成立ニ依リ障害スヘカラサル所有者ノ管理權タル現時ニ至リアハ事物ノ狀態變セサルキニアラサレハ果實ニ關シ全存セサルモノトス何トナレハ千八百四十一年六月二日ノ法律ヲ以テ訴訟法ノ欠點ヲ補ヒ其繁雜ナル規則ヲ單簡ニシ以テ第六百八十二條ノ天然及ヒ人造ノ果實ニ於ケルカ如キ法則ヲ法定ノ果實ニ付キ制定シタルハナリ蓋シ法律ヲ案スルニ「催告以前確定ノ日附ヲ有セサル賃借ハ債權者又ハ競落人ノ請求ニ依リ消除スルヲ得ヘシ」ト云ヒ(第六百八十四條)次ヒテ汎然土地及ヒ家屋ノ賃賃ハ差押ノ登記以後ハ不動産ニシテ不動産ノ代價ト共ニ抵當ノ順序ニ依リ配當セラレヘシ訴追者其他一切ノ債權者ノ請求セル單純ノ故障ハ土地家屋ノ賃借人ニ對シ拂渡差留ノ効アリテ該賃借人ハ配當加入ノ命令ニ從ヒ又ハ土地若クハ家屋ノ賃賃ヲ金額寄託所ニ拂込ムニアラサレハ義務ヲ免ル、ヲ得ス云々又故障ナキキハ債權者ニ爲シタル辨濟ハ有効ニシテ債權者ハ裁判上ノ保管人ノ如ク其受取リタル金額ヲ勘算スヘキモノトス「ト云ヘリ(第六百八十五條)六舊訴訟法ハ之ニ反シ催告以前確定ノ日附ナキ賃借ト確定ノ日附アル賃借トヲ區別シ其確定ノ日附ナキモノハ債權者又ハ競落人ノ請求ニ依リ消除スルヲ得又確定ノ日附アルモノハ家屋又ハ土地ノ賃借人ヲシテ其義務ヲ免ル、ノ自

由テ得セシメ家屋又ハ土地ノ貸賃ノ拂渡差留アラサル限ハ賃借人被差押人ニ之ヲ拂渡スヲ得(七)此場合ニ於テ家屋又ハ土地ノ貸賃不動産トナリ不動産ノ代價ト共ニ抵當ノ順序ニ配當セラル、ハ拂渡差留ニ依ルモノナリシ(舊第六百九十一條)是ニ由テ之ヲ觀ルニ新法ニ於テハ債權者ノ利益ヲ保護スルコト一層厚ク債權者ハ差押ノ登記ニ依リ家屋又ハ貸賃ヲ得ルノ權利ヲ獲得スルモノナリ何トナレハ登記ハ其差押以後ニ至レハ法定ノ果實ヲ不動産トスルコト恰モ其天然及ヒ人造ノ果實ヲ不動産トスルカ如クナレハナリ且新法ニ於テハ單ニ家屋又ハ土地ノ賃借人ヲシテ其爾後被差押人ニ賃賃ヲ拂フヘカラサル旨ヲ通知スルノ故障ヲ以テ拂渡差留ノ手續ニ代ヘタリ且債權者又ハ競落人ハ催告以前確定ノ日附ナキ賃借ノ無効ヲ請求シ之ヲ宣告セシムルノ權利アルモノナリ

(六) 是ヲ以テ裁判例ニ依ルニ債務者第三者ニ期限ニ至ラサル借賃ノ讓渡ヲ爲シタルキハ賃賃シタル不動産差押登記以後辨濟期限ニ至リタル借賃ノ爲メ該不動産ヲ抵當トスル債權者ニ該讓渡ヲ對抗スルコト能ハサルモノトス○願訴局千八百五十九年五月二十三日判決及ヒ千八百六十三年四月八日判決○メッス控訴院千八百六十三年四月三十日判決(シレ)及ヒドヅ井ルヌトヅ六十年第一部第七十二頁、同六十三年第一部第三百七十三頁、同六十四年第二千九十一頁○シニールナルヂユパレノ千八百

五十九年第七百六十九頁、同千八百六十四年第九百九十三頁○ダロロズ五十九年第一部第四百三十三頁○ルアン控訴院千八百六十六年五月十九日判決(シニールナルヂユパレノ千八百六十七年第五百九十頁○シレ)及ヒドヅ井ルヌトヅ六十七年第一部第四百八十八頁○第三百六十五號註第一ニ引證セル千八百六十四年一月二十七日判決

(七) 願訴局千八百二十四年七月十六日判決(ダロロズ三十五年第二部第十八頁○トミチーデスマシニール(第二卷第七百六十六號)

(三六七) 今抵當附債權者ノ擔保ト見做サレタル果實ヲ論スルニ當リテハ以上陳フル所ト千八百五十五年三月二十三日ノ登記法ノ抵當ニ關スル特殊ノ條例トヲ對照シ其實際ノ結果如何ヲ演繹セサルヲ得ス
抑々共和七年霧月ノ法律ニ於テハ只抵當ト爲スヲ得ヘキ財產又ハ權利ノ移轉所爲ニ關シ登記ノ法式ヲ必要トシタリシモ(第二十六條)千八百五十五年三月二十三日ノ法律ハ登記ノ制ヲ復スルニ當リ霧月ノ法律ノ原則ヲ以テ足レリトセス立法者ハ千八百四十一年ニ開キタル諮問會ニ於テ「バステア」控訴院ノ陳ヘタリシ如ク登記ハ所有權ニ大ナル負擔ヲ設クル一切ノ契約ニ推用スルニアラサレハ其實効ナシト思惟シタリ是ヲ以テ

同法ニ於テハ賃借及ヒ辨濟期限ニ至ラサル家屋又ハ土地ノ賃借ノ受取若クハ讓渡ヲ證明スル證書若クハ裁判ニ登記ノ法式ヲ要スルニ至リタリ
 未タ辨濟期限ニ至ラサル家屋又ハ土地ノ賃借ノ受取若クハ讓渡ヲ證明スル證書若クハ裁判ニ關シテハ法律ノ趣意更ニ明瞭ナリ蓋シ收額ヲ讓渡シ之ヲ剝取シタル不動産ハ其價額ヲ損スルノ頗ル大ニシテ暫時間收額ヲ生セサルヘキ財産ヲ買取ラントスル者ハ實ニ鮮少ナルヘシ故ニ此減價ノ原因ハ之ヲ公衆ニ示スコトヲ要ス是レ千八百五十五年三月二十三日ノ法律ノ編纂者ノ考及シタル所ニシテ同法第二條ニ曰ハク「十八年以下ノ期限ヲ有スル賃借ニ係ルキタリトモ未タ仕拂期限ニ至ラサル家屋若クハ土地ノ賃借ノ三ヶ年分ニ應スル金額ノ受取若クハ讓渡ヲ證明スル一切ノ證書若クハ裁判ハ財産所在地ノ抵當局ニ於テ登記スヘシト」(十八年以上ノ期限ヲ有スル賃借ニ至テハ賃借契約ヲ登記スヘキモノトス)是ヲ以テ觀レハ千八百五十五年三月二十三日ノ法律ハ千八百五十五年二月十六日ノ白耳義法ニ比シ一層綿密ナリトス白耳義法ニ依レハ未タ仕拂期限ニ至ラサル賃借ノ受取ハ賃借契約中ニ之ヲ記載シタルキニアラサレハ登記スルヲ要セサルモノナルカ如シ其第一條ニ曰ハク「九年ヲ經過スル賃借證書又ハ三ヶ年分以上ノ賃借ノ受取リ記載スル賃借證書ハ之ヲ登記スヘシ云々」ト是ヲ以テ所有者賃借契約ヲ承

諾シタル後別異ノ證書ヲ以テ未タ仕拂期限ニ至ラサル數年分ノ賃借ノ受取書ヲ附與シタルキハ該受取證書ハ之ヲ登記スルニ及ハスシテ第三者ニ對シ効力ヲ有スヘシ只何レノ場合ニ於テモ詐欺偽瞞ノ證アルキハ此例ニアラサルノミ然レモ斯ノ如キキハ諸般ノ弊害アルヤ明カナリ是ヲ以テ千八百五十五年三月二十三日ノ佛國法ノ編纂者ハ廣ク未タ仕拂期限ニ至ラサル家屋若クハ土地ノ三年分ニ應スル金額ノ受取又ハ讓渡ヲ證明スル一切ノ證書若クハ裁判ハ之ヲ登記スヘシト定メタリ唯或ハ法律ノ登記ヲ要スル範圍ヲシテ一層廣カラシメハ更ニ其當ヲ得タルモノナランカ蓋シ一年以上ノ收額ヲ讓渡シ之ヲ分離シタル不動産ハ亦其通常ノ負擔ヲ辨濟セサルヘカラサルモノニシテ其大約收額ノ六分一ニ應スル價額ヲ損失スルモノナリ故ニ余輩ハ未タ仕拂期限ニ至ラサル賃借ノ拂込又ハ讓渡金額一年以上ニ至ルキハ亦其受取若クハ讓渡ヲ登記セシムヘシト考フ
 (一)然リ而シテ法律ハ其文辭ニ從ヒ之ヲ解釋セサルヘカラサルカ故ニ三ヶ年分以上ノ賃借ノ受取又ハ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルニハ必ス登記ヲ經ルヲ要ス登記ナキキハ三ヶ年分以下ノ金額ノ爲メニアラサレハ之ニ對抗スルヲ能ハサルモノナリ只債權者其證書ノ詐欺ニ成リタルヲ證明スルキハ受取又ハ讓渡ノ全部ヲ無効トスルノ權アリ(二)
 (一)此事ニ就テハ法律駁擊雜誌ニ論シタル所ヲ參觀スヘシ(第四卷第百六十五頁及ヒ

(二) 願訴局千八百六十七年五月六日判決(シノ)及ヒドヴ井ルヌトヴ六十七年第一部 第二百三十三頁)

又賃借ニ至テモ之ヲ登記スルノ必要自ラ明瞭ナリ是レ我卓絶ナル法學家ノ言ヒシ如ク 賃借ハ賃借人ヲシテ不動産物權ヲ得セシムルカ故ニアラス賃借契約ヨリ生スル權利ノ 單純ニ動産對人權タルカ故ナリ蓋シ余輩ノ嘗テ論明シタル所ニシテ又後ニ至リ更ニ辯 明スル所アルヘシ(下第三百八十五號)然レモ賃借ニ多少ノ期限アルキハ賃借シタル不 動産ノ價額ヲ損スルコト頗ル大ナルモノナルカ故ニ其獲得者及ヒ之ヲ抵當トスル債權者 ノ爲メ其現實ノ位置ヲ表示シ以テ之ヲシテ計算ヲ誤ラシムルコトヲキチ要スルナリ是ヲ 以テ千八百五十五年三月二十三日ノ法律第二條ニ「十八年以上ノ期限ヲ有スル賃借ハ 之ヲ登記スヘシト更ニ其第三條ニ曰ハク「登記ヲ經サル賃借ハ十八年以上ノ期限ノ爲 メ(不動産上ニ權利ヲ有シ法律ニ依遵シテ保存シタル第三者ニ)對抗スルコトヲ得スト(第 二項)

蓋シ賃借ニ關シテモ亦法律ハ一層歩ヲ進メ第三者ノ保護ヲシテ更ニ完全ナラシムヘキ カ如シ是レ余輩ノ嘗テ論明シタル所ニシテ(四)五法者ハ賃借ヲ登記スヘキモノト定ム ルニ當リ擅ニ二十八年ノ期限ヲ標準トスルヲ爲サス民法ニ從ヒ賃借ヲシテ管理處分ト 看做スコトヲ得サラシムル所ノ期限ヲ以テ標準トスヘカリシナリ抑々用益者、後見人、 夫、其他總テ不動産ノ收益權若クハ管理權ヲ有スルニ過キサル者ハ九年ヲ經過スルノ 期限ヲ以テ賃借ヲ承諾スルコト能ハサルモノナリ故ニ登記ニ關シテモ亦此趣意ニ從ヒ九 年以下ノ期限ヲ有シ管理處分ト看做スコトヲ得ヘキ賃借ニアラサレハ登記スルニ及ハス ト定メテ始メテ至當ナルニ似タリ自耳義ニ於テ抵當法ヲ改正シタル千八百五十一年十 二月十六日ノ法律ニ定ムル所ハ即チ余輩ノ唱フル所ノ如クニシテ其第一條ヲ見ルニハ ク「九年ヲ經過スル賃借又ハ賃借ノ三ヶ年分以上ノ受取ヲ記載スル賃借契約ハ登記ノ 法式ニ從フヘク而シテ若シ其賃借ノ登記ヲ經サリシキハ民法第千四百二十九條ニ依遵 シ期限ヲ九年ニ減少スヘシ」ト且第四十五條ニ曰ハク「抵當設定後善意ヲ以テ結約シタ ル賃借ハ其効ヲ存スヘシ但シ九年ヲ經過スル期限ニ係ルキハ民法第千四百二十九條ニ 從ヒ其期限ヲ減少スヘシ」ト(五)此諸條タル我登記法ノ條例ニ比スレハ一層綿密ナルモ ノニシテ第三者ノ保護更ニ厚シトス然リト雖モ法律既ニ之ヲ規定シタルヲ以テ一ニ之 ニ從ハサルヘカラス

(四) 法律駁擊雜誌第四卷第百六十頁以下

(五) デルヴェツク(法律註釋第二頁及ヒ第百九十頁)

(三六八) 此ニ一例アリ

甲乙ニ二方法ノ金額ヲ借用シ其「マルケニール」ニ在ル土地ヲ抵當トシ乙ハ千八百五十六年一月ニ於テ記入ヲ爲シタリ其後一年ヲ經テ甲其土地ヲ自ラ耕作スルヲ止メ之レヲ丙ニ貸貸シ其期限ヲ千八百五十七年十一月ヨリ爾後二十四年ト定メ毎年ノ貸賃ヲ五千法トシタリ然ルニ其土地ノ家屋不充分ニシテ又既ニ存在スルモノモ大ニ修復ヲ要スト雖モ甲ニ資本ナキカ故ニ丙其建築及ヒ修復ヲ爲スヲ得セシムルカ爲メ之ニ二方法ノ金額ヲ先拂シ賃借證書ニ其受取ヲ記載シ且其金額ハ借賃ノ初メ五年分ニ平等ニ當ツヘキ旨ヲ指示シタリ此契約書タルニ様ノ原因ニ依リ登記ノ法式ニ從フヘキモノナリ何トナレハ第一其證明スル所ノ借賃十八年以上ノ期限ヲ有シ第二其證書タル未タ辨濟期限ニ至ラサル三年分ノミナラス四年分ニ應スル金額ノ受取ヲ記載スレハナリ是ヲ之テ賃借人ハ其登記ヲ千八百五十七年十一月一日ニ行フタリ此場合ニ於テ甲所有權ノ徵收ヲ被ルルハ其丙ト約束シタル賃借契約證書ニ證明スル所ノ諸般ノ合意ハ甲ノ抵當附債權者タル乙ニ對抗スルヲ得ヘキカ蓋シ此問題タル乙ノ利害ニ關係スル頗ル重大ナルモノニシテ其利益ハ土地ノ獲得者ヲラント欲スル第三者ノ利益ト同シカラスト雖モ亦實ニ大ナルモノナリ何トナレハ不動産ノ徵收ヲ行フニ當リ其賃借權ヲ負擔スルルキハ毫モ負擔ナキルニ比スレハ競賣代價減少スヘキヤ必然ナレハナリ又未タ辨濟期限ニ至ラサル借賃ニ就キ拂フタルニ方法ノ受取ハ之ヲ證明スル證書ノ登記ニ依リ効力ヲ存スルヲ以テ訴訟法第六百八十五條ニ從ヒ果實ヲ不動産トスルノ妨害タルモノナリ是ヲ以テ乙ノ擔保ハ益々其價額ヲ減少スヘク其利害ノ關スル所實ニ大ナルカ故ニ賃借及ヒ受取ヲ之ニ對批スルヲ得ヘキヤ否ヤノ問題ヲ生シタリ

余輩ノ見ル所ニ由レハ其賃借及ヒ受取ハ之ニ對抗スルヲ得ヘキヤ明確ナリ何トナレハ賃借人ト賃借人トノ合意ハ善意ニ出テタルモノニシテ其賃借契約ハ確定ノ日附ヲ有シ且登記ノ法式ニ從ヒ其受取モ亦登記ヲ經タルモノナレハナリ故ニ賃借人ハ法律ノ諸條件ニ從フタルモノニシテ其位置其權利ハ之ヲ維持尊重スルヲ要ス抑々右ノ事件ニ於テ乙ニ對抗スル所ノ受取及ヒ賃借契約ハ之ニ附與シタル抵當及ヒ其行フタル記入以後ノ日附ヲ有スルモノナリ故ニ或ハ法律ノ討議ニ基キ十八年以上ノ賃借契約及ヒ未タ辨濟期限ニ至ラサル賃借ノ三ヶ年分ノ受取ヲ記載スル證書ヲ登記スヘシト定メタル條例ハ反對ノ場合ヲ觀察シタルモノナリト思フ者アラン何トナレハ法律ノ討議録中ニ「獲得者ハ只所有權ノ意外ノ追奪ヲ被ルノミナラス用益權使用權住居權有要ノ地役權賃借

權アルコヲ知ラザリシキニ於テモ亦此等ノ負擔其契約以前ノ所爲ニ原因スルキハ之ヲ負擔シ損害ヲ被ラサルヲ得ス云々」ト曰ヘハナリ(一)然レモ此釋明タル特ニ登記ノ目的如何ヲ示シ其趣意既ニ不動産上ニ權利ヲ獲得シタル者ノ利益ヲ保護スルニ在ラスシテ此權利ノ成立ヲ證明シ之ヲ公示シ以テ所有者ト結約セントスル第三者ヲシテ之ヲ知ルヲ得セシムルニ在ルモノナリ然リ而シテ斯ノ如キノ説ハ法律ノ語辭ノ廣汎ナルニ反シ之ニ勝ルノカナキモノナリ蓋シ法律ハ十八年以上ノ期限ヲ有スル賃借契約及ヒ未タ辨濟期限ニ至ラサル三年分ノ貸賃又ハ讓渡ハ之ヲ登記スルヲ必要ト定メ敢テ其賃借及ヒ受取ノ抵當以後ニ在ルト其以前ニ在ルトヲ區別セス以テ此等ノ所爲タル登記ノ法式ニ從フタル以上ハ詐欺ノ場合ヲ除キ衆人ニ對シ効果ヲ有スヘキコトヲ示スモノナリ是レ即チ法律ノ趣意ニシテ若シ之ニ付キ疑議ヲ抱ク者アラハ須ク「ジュクロー」氏ノ論說ヲ見以テ自ラ明カニスヘシ氏ハ第二條第四號及ヒ第五號ノ條例ヲ解釋シテ此趣意ニ出テタリトシ賃借ヲ容易ナラシムルカ爲メ其趣意ヲ減縮スヘク然ラスンハ賃借行ハレ難キニ至ルヘシト論シタリ(二)然ルニ此論議ニ應スル者ナシ是ニ由テ之ヲ觀レハ登記ノ法式ヲ要スル場合ニ於テ登記ヲ經タル賃借契約及ヒ貸賃ノ受取ハ一切ノ第三者ニ對シ効力アリ賃借又ハ受取ノ日附前ニ記入ヲ經タル抵當アル債權者ニ對スルト其以後ニ記入ヲ經

タル債權者ニ對スルトヲ區別スヘキニアラザルナリ

(一) ベレイム氏ノ報告ヲ參觀スヘシ

(二) 千八百五十五年一月十七日ノ官報ニ掲ケタル「ジュクロー」氏ノ演說ヲ參觀スヘシ且道理上之ヲ見ルモ亦何等ノ區別ヲモ爲スヘキモノニアラザルナリ何トナレハ若シ賃借ハ登記ヲ經サルニ關ハラス其日附、賃借不動産ニ附着スル抵當ノ日附以後ニアルニ因リ効力ナキモノトセリ夫後見入其他總テ如何ナル名義ニ依ルヲ問ハス法律上ノ抵當ニ係ル財産ヲ有スル者並ニ合意上ノ抵當ヲ自己ノ財産上ニ設定シタル者ハ之カ爲メ其不動産ヲ賃貸スルコト能ハスト謂ハサルヘカラス抑登記法ハ土地抵當ノ信用ヲ厚フシ以テ其所有權ノ價額ヲ貴フセシメテ却テ所有權ノ執行ニ斯クノ如キ妨害ヲ加ヘ農業繁盛ノ主因タル長期賃貸ヲ禁止シタルモノト謂フヘキカ豈其レ此ノ如キノ理アラシヤ故ニ法律ハ賃借人ヲシテ其賃借及ヒ前拂シタル借賃ノ受取ヲ登記シタルキハ其以前ニ抵當ヲ得タル債權者ニ對スルモ猶ホ之ヲ申立ルノ權ヲ有セシムルモノナリト謂ハサルヘカラス

然リ而シテ眞ニ論議ノ存スル所ハ敢テ此點ニアルニアラス論者概テ賃借ノ登記ノ法式ヲ經タルキハ一切ノ債權者ニ區別ナク對抗スルヲ得ルコトヲ認ムト雖モ如何ナル程度ニ於

テ其以前ノ債權者ニ對抗スヘキカ其全期限ノ爲メ對抗スルヲ得ヘキカ將々只賃借ノ登記ナクノ有スルヲ得ヘキカ十八年ノ期限ノ爲メニノミ對抗スルヲ得ヘキカ是レ論議ノ一定セサル所ナリ二三ノ論者ハ賃借ハ只十八年ヲ限り効アリト唱ヘタリ(三)然レモ余輩ハ之ニ反シ賃借ハ其全期限ノ爲メ効アルモノト思考ス蓋シ本法中ニハ千八百五十一年十二月十六日ノ白耳義法第四十五條ニ於ケルカ如キ條例ナシ(是レ實ニ憾ムヘキノ欠點ナリ)該條ニ曰ハク「抵當設定後善意ヲ以テ結約シタル賃借契約ハ其効ヲ存スヘシ但シ其九年ヲ經過スヘキ期限ヲ以テ約シタルモノナルハ其期限ハ民法第千四百二十九條ニ從ヒ九年ニ減縮スヘシ」ト此法則タル法律ノ明文ナキ以上ハ之ヲ補充スルヲ能ハサルモノナリ抑々千八百五十五年三月二十三日ノ法律第三條ニ「登記ヲ經サル賃借ハ不動産上ニ權利ヲ有シ法律ニ從ヒ之ヲ保存シタル第三者ニ對シ十八年以上ノ期限ノ爲メ効力ヲ有セス」ト云ヒ反對論者ハ此律文ヲ以テ其論據ト爲スト雖モ此律文タル論者ノ唱フル如キ意義ヲ有スルニアラス只余輩ノ下ニ論スル所ノ特殊ノ場合ヲ規定シタルモノニシテ毫モ茲ニ論スル所ノ場合ニ關係ナキモノナリ是レ毫モ論明ヲ俟タサル所ナリ何トナレハ同條ニハ登記ヲ經サル賃借ト云フモ茲ニ論スル所ノ賃借ハ登記ヲ經タルモノナレハナリ夫レ法律ノ文辭ハ之ヲ牽強附會スヘカラス其特別ニ規定シタル場合

ノ條例ヲ其觀察セサル他ノ場合ニ推用スヘカラサルカ故ニ賃借若クハ未タ辨濟期限ニ至ラサル賃借ノ受取其期限又ハ其金高ニ從ヒ必要ナル登記ノ法式ヲ經タルハ法律中毫モ其効果ヲ制限スル條例アラサルヲ以テ其効果ハ完全絶對ナリト謂ハサルヘカラス唯單リ詐欺ノ場合ハ此例ニアラサルナリ而シテ所有者賃借ヲ承諾スルハ當リ其所有權ニ多少ノ負擔アリ又殊ニ其賃借ノ前拂アルハ多少詐欺ノ狀情アルトアルヘク裁判官ハ賃借人ノ負債愈々重ケレハ一層容易ニ詐欺ノ證據ヲ認定スルトアルヘシ然レモ万事正當ニシテ其契約善意ニ出テタルハ其効果ヲ全フセシメ之ヲ分離スヘカラサルナリ

(四)

(三) ムールロン(同前第二百五十號)○リヴェルシエー(千八百五十五年三月二十三日ノ法律第三條註)○トロ、ン(登記第二百一號)○ガウチエー(同前第二百二十七號)○ヴェルシエー(第三百八十五號)○フランデン(同前第一千二百五十六號)○リヨン控訴院千八百六十年十二月十一日判決(シネー及ヒドヴ井ルヌーヴ六十二年第一部第四百十五頁)○シユールナルヂユパネー千八百六十二年第千八百八十三頁

(四) リピール及フランソア(第二十一號)○リピール及ユゴ(第二百十九號以下)

(三六九) 今ヤ事例ノ趣意ヲ變シテ之ヲ論セン甲千八百五十六年十一月一日ヨリ爾後

二十四年間ノ期限ヲ定メ其「マルチニーム」ニ所有スル土地ヲ賃貸シ更ニ千八百五十七年十一月一日ニ至リ乙ヨリ二万法ノ金額ヲ借用シ右ノ土地上ニ抵當ヲ附與シタリ然ルニ賃借人ナル丙ハ嘗テ其賃借契約ヲ登記スルコトヲ怠リ之ニ反シ乙ハ千八百五十七年十一月二日ニ記入ヲ爲シ其抵當權ヲ保存シタリ而シテ千八百五十八年十一月一日ニ至リ甲ノ土地不動産差押ヲ被リ丙其時ニ至リ其賃借契約ヲ對抗シタリ丙果シテ之ヲ對抗スルヲ得ヘキカ又如何ナル程度ニ至ルマテ其賃借有効ナルカ須ク區別ヲ設ケテ論定スルヲ要ス

即チ其賃借催告以前ニ確定ノ日附ヲ得タルト催告ノ時ニ當リ確定ノ日附ナキトノ區別是ナリ其催告ノ時ニ當リ確定ノ日附ナキハ乙ハ訴訟法第六百八十四條ノ利益ヲ得同條ニ依リ賃借ノ銷除ヲ求ムルコトヲ得ヘシ且乙ハ尙ホ第六百八十五條ノ利益ヲ有シ賃借ヲ維持シ差押登記以後其賃貸ヲ不動産トシ抵當ノ順序ニ依リ之レヲ配當セシムルコトヲ得又賃借人契約ノ催告前ニ在テ確定ノ日附ヲ有シタルハ乙第六百八十五條ノ利益ヲ有スヘシト雖モ賃借ノ無効ヲ請求スルコトヲ得ス其賃借ハ之ニ對シ十八年ヲ期限トシ効力ヲ有スヘシ千八百五十五年三月二十三日ノ法律第三條第二號ハ主トシテ此場合ヲ觀察シ制定シタルモノナリ蓋シ登記ハ賃借ニ關シテハ十八年以上ノ期限アルキニノミ必

要ナルカ故ニ立法者ハ賃借人ヲシテ其證書ノ登記ヲ爲スヘキキ之ヲ登記スルコトヲ怠リタルハ第三者ニ對スルモ亦全ク其權利ヲ喪失セシメス尙ホ其權利ノ登記ニ依リ公示セラレサルハ衆人ニ對シ有効ナル程度内ニ於テ之ヲ執行スルコトヲ得セシメタルモノナリ是レ千八百五十五年ノ法律第三條第二項ニ明定スル所ナリ同項ニ曰ハク「登記ヲ經サル賃借ハ十八年以上ノ期限ノ爲メ効力ヲ有セス」ト是レ蓋シ登記スヘキ時登記ヲ經サルモ尙ホ十八年ノ期限ノ爲メニハ効力ヲ有スルヲ云フモノナリ(一)

(二) 願訴局千八百六十二年四月八日判決(シレー及ヒドヴ井ルヌーヴ六十二年第一部第三百七十二頁○シキールナールヂニバンー千八百六十四年第四十一頁○ダローズ六十二年第一部第四百十一頁)

然リ而シテ右ノ十八年ヲ起算スルハ何レノ時ヨリスヘキモノナルカ是レ亦斷定ノ容易ナラサル問題ニシテ殊ニ追跡權ノ點ニ關シ第二獲得者ニ對シ利害ヲ及ホスモノナリ(下第二千六百六十六條ノ註釋ヲ參觀スヘシ)然レモ此抵當アル債權者ニ對シテモ亦多少利害ナキニアラサルナリ蓋シ其擔保不動産差押ノ結果タル賣却ノ代價ハ賃借契約ヨリ生スル負擔ノ不動産ニ將來附着スヘキ時間ノ長短ニ從ヒ増減シ其優先權ノ執行ノ効果ヲシテ多少増減セシムルモノナレハナリ故ニ此ノ問題タル茲ニ論スルモ亦敢テ其所ヲ失ス

ルモノニアラス

此問題タル嘗テ立法院ニ於テ法律ヲ登記スルニ當リ明カニ提出セラレタルモノナリ「ヂ
 ニクロ」氏曰ハク「原案ニハ十八年ヲ期限トスル無登記ノ賃借ノ「チ」ヲ規定シ之ヲ以テ
 第三者ニ對シテ効果アルモノナリト定メタリ然レトモ何レノ時ヨリ此時間ヲ計算スヘキ
 カ當事者間ニ私署ノ證書ヲ作りタル日ヨリスヘキカ將テ其證書ノ確定ノ日附ヲ得タル
 日ヨリスヘキカ又或ハ第三者ニ之ヲ對抗シタル日ヨリスヘキカ此點タル實ニ重要ニシ
 テ之カ爲メ數多ノ紛議ヲ生スヘキモ原案ハ之ヲ明定セス此ノ如キノ缺點ハ宜ク之ヲ補
 充スヘシト「ヂニクロ」氏ノ此論アリシヨリ論者中疑議ヲ抱ク者アリテ一ハ第三獲得
 者ニ不動産ヲ移付スル賣買ノ日ヲ以テ十八年ノ起算ノ點トスヘシト云ヒ（二）一ハ該賣
 買ノ登記ヨリ十八年ヲ計算スヘシト唱ヘタリ（三）余輩此二說中何レヲモ採用スル者ニ
 アラス蓋シ立法者ノ意思ヲ考察スルニ原來期限ノ長キニ因リ登記スヘキモ遂ニ登記セ
 サリシ賃借ノ有効ニ繼續スヘキ十八年ノ期限ナル者ハ賃借人ノ收益ニ着手シタル時ヨ
 リ起算スヘキモノトス抑々法律ノ趣旨ハ賃借ノ十八年ヲ經過スヘキキハ之ヲ公示シ以
 テ所有者ト結約シ不動産ヲ買取又ハ之ヲ抵當ニ取ラントスル第三者ヲシテ不動産ノ實
 價ヲ査定スルヲ得セシムルニ在リ故ニ賃借人其賃借ノ十八年以上ノ期限ヲ有スヘキキ

ハ登記ヲ爲スノ義務アルモノナリ之ニ反シ十八年以下ノ一切ノ賃借ハ登記ヲ經サルモ
 賃借人ヲシテ絶對ノ權利ヲ得セシメ之ヲ以テ所有者ニ對スルト同シク第三者ニ對抗ス
 ルヲ得セシムルモノナリ是レ法律ニ定メタル二個ノ場合ニシテ賃借人ト第三者トノ利
 益牴觸スルニ當リ賃借期限ノ長キニ因リ第一ノ場合ニ於ケル賃借人即チ登記ヲ必要ト
 スル場合ノ賃借人ニシテ其登記ヲ行ハス自ラ第二ノ場合ヲ採リタルキハ法律ハ該賃借
 人ノ自ラ撰ミタル場合ヲ確定シ第三者ノ爲メ其賃借ハ恰モ初メヨリ登記ヲ經サルモ効
 カヲ存スルヲ得ヘキ十八年ヲ期限トシ約束シタルモノナリト假定ス故ニ前記ノ事例ニ
 於テハ丙千八百五十六年十一月一日收益ニ着手シタルヲ以テ千八百五十八年十一月一
 日ノ不動産差押及ヒ其結果タル賣却又ハ競落ニ拘ハラス第三者ハ十八年ノ殘期タル十
 六年間其賃借ノ効ヲ受クヘキナリ是ヲ以テ第三者ハ十六年間其賃借ノ効ヲ受クヘシト
 雖モ其後ニ至リテハ之ヲ受クルモノニアラス何トナレハ丙ハ原來其賃借ノ期限長キカ
 爲メ之ヲ登記スルノ責アリタルモ實際之ヲ行ハサリシニ因リ法律ニ於テハ其賃借契約
 タル初メヨリ登記ナキモ有効ナル期間即チ十八年ヲ繼續期トシテ約束シタルモノナリ
 ト假定シ其假想上減縮シタル十八年ノ期限最終ノ日終ルヤ其賃借直チニ消滅スヘキナ
 リ（四）

- (二) リヅ井ール及ユゲー(第二百三十二號以下)○ルマルシー(第二十三頁)
 (三) ムーロン(同前第二百四十八號)○トロ、ン(同前第二百三號以下)
 (四) トロ、ン(登記第二百三號)○ンゼンヌ(第七十三號)○ゼリェー(第六十八號)○フラ
 ンゼン(第一千二百六十八號)○ヴ井ルツィ(第三百八十六號)

以上論スル所ノ場合ニ於テハ賃借ノ既ニ執行中ナルコト假定シタリ今ヤ同一ノ賃借人ノ約シ二個ノ順次ノ賃借アリテ其第一者ハ既ニ期限ヲ終リタルモ其第二者差押ノ時ニ當リ執行中ナルコト想像セン此場合ニ於テハ第二ノ賃借ノ始マリタル日ヲ以テ十八年ノ起算點トスヘシ其第一ノ賃借ハ既ニ終リタルモノニシテ其條件及ヒ期限ノ如何ヲ問ハス第二者ト別異ナルモノナリ故ニ同一ノ賃借人ニ對シ承諾シタルモ亦別異ノ賃借人ニ對シ承諾シタルニ異ナラサルナリ

又賃借ニ關スル特殊ノ點ニ付キ登記法ヨリ生スル難問アルヘク余輩ノ茲ニ論究スル所ノ差押ノ場合ノ外尙ホ訴訟法ト登記法トヲ對照調和スヘキ場合アルヘシト雖モ此等ノ場合及ヒ難問ハ其獲得者ニ關シ利害一層大ナルヲ以テ追購權ヲ論スルニ當リ之ヲ説明スヘシ(第一千六百六十六條以下)

(三七〇) 又鑛坑鐵鑛及ヒ泥鑛ノ如キ土地異常ノ生産モ亦異實ノ如ク之ト與ニ性質ニ

因ル不動産中ニ列置スルヲ要ス然レモ此事ニ關シテモ亦少シク區別ノ設クヘキモノアリ
 現時ノ法制ニ依レハ鑛坑ノ利用ハ三個ノ別異ナル所有權ヲ含有スルモノトス即チ鑛物ノ存在スル土地、參事院ノ協議ヲ經タル特許ニ依ルニアラサレハ採掘スルコト能ハサル鑛物及ヒ特許ヲ得タル者ヨリ地盤主ニ拂フヘキ償金即チ是ナリ

土地即チ地盤ニ關シテハ余輩毫モ茲ニ之ヲ論スルニ及ハサルナリ其土地タル所謂地盤ナルモノニシテ性質上不動産タルモノナリ是レ營テ第三百五十七號ニ於テ論定シタル所ナリ償金ニ至テハ其地盤ノ價額ト併合スルキハ土地ト性質ヲ共ニスルモノニシテ地盤ヲ抵當トシタルキハ償金モ亦抵當トナルモノナリ是レ千八百十年四月二十一日ノ法律第十八條ニ定メタル所ナリ同條ニ曰ハク「新法第六條ニ依リ地盤所有者ノ爲メニ生スル權利ノ價額ハ該地盤ノ價額ニ併合スヘク而シテ地盤ト與ニ所有者ノ債權者ノ抵當ニ充當スヘシ」ト然レモ地盤ト分離スルキハ償金ハ其目的ニ就テ觀察スルヲ要ス而シテ償金ハ金額又ハ動產物ヲ以テスルモノナルカ故ニ亦動產タルモノトス此區別タル營テ大審院ノ判決ヲ以テ明定シタル所ナリ其判決ヲ見ルニ登記稅ハ鑛坑ノ所有者カ日後ノ契約ヲ以テ地表ヨリ分離シタル償金ヲ買戻シタルニ就キ徵收スヘカラストシタリ其理由

ニ曰ハク「償金ハ千八百十五年四月二十一日ノ法律第十八條及ヒ第十九條ニ依ルニ地盤ノ價額ト併合シ地盤ト與ニ未分ノ一牀ヲ爲スニアラサレハ抵當ト爲スヲ得ス鑛坑ノ探堀ノ特許後地盤ト分離シタルキハ動産タル固有ノ性質ニ附着セル特別ノ効果ヲ保有スルニ過キスシテ同法第四十二條ニ從ヒ特許ノ處分ニテ定メタル金額ヲ以テ規定スルモノナリト」(一)又「ブザンソン」控訴院モ其判決ニ於テ本則ノ適用ヲ示セリ其判決ニ依ルニ第三者ニ許與シタル鑛坑所在地ノ所有者ニ拂フヘキ償金ハ讓渡ニ依リ就中分割ニ依リ地盤ト分離シタルキハ動産權タルヲ止メ目錄又ハ之ニ對當スル證書ヲ調製セサルキハ獲得共通財團中ニ入ルモノナリトセリ(二)

(一) 大審院千八百四十九年一月十五日棄却(シネー及ヒドヴ井ルヌーヴ四十九年第一部第二百七頁)

(二) ブザンソン控訴院千八百五十七年三月十二日判決○(千八百五十七年三月二十二日法律新聞)

又鑛坑ニ至テハ土地即チ地盤ノ如ク獨自不動産タルモノニシテ千八百十年四月二十一日ノ法律第八條ニ之ヲ明言セリ是ヲ以テ鑛坑ハ抵當トスルヲ得ヘキナリ然レモ未タ必スシモ然リトセス裁判例ハ不動産ノ性質ヲ有スル特許權ト探堀ノ目的タル金額ニ歸着

シ單ニ動産權タル探堀ノ權利トテ區別シタリ是レ實ニ其當ヲ得タルモノナリトス諸判決ニ曰ハク「性質ニ因ル不動産ニシテ用方ニ因ル不動産トナルモノアリ採伐スヘキ目的ヲ以テ賣渡シタル樹木ノ如キ即チ是ナリ(上第三百六十三號ヲ參觀スヘシ)况ヤ既ニ石坑ヨリ探堀シタル石又ハ之レヨリ探堀スルカ爲メニ賣渡シタル石ノ如キ亦同シト此理由ニ基キ諸判決ハ石坑又ハ金鑛ヲ探堀スルノ權利ノ賣却ハ

又單ニ探堀スルノ權ノ讓受人ノ手裡ニ在テハ此權利タル單ニ動産ニシテ抵當ト爲スヲ得サルモノトス(四)

(三) 大審院千八百十六年三月十九日判決同千八百三十三年八月十三日判決同千八百四十四年一月十一日判決(シネー及ヒドヴ井ルヌーヴ三十三年第一部第七百八十四頁)○シユールナルヂユパネー千八百四十二年第二卷第十一頁)但シ其所爲探堀ノ權ト共ニ特許ニ係リ一切ノ權利ヲ包含シタルキハ此例ニアラサルナリ大審院千八百四十二年三月三十日判決

(四) 然レモ若干ノ時間鑛坑ヲ探堀スルノ權利ノ讓渡ハ動産賣買タルモ第三者ニ對シテハ未堀ノ鑛物其不動産タルノ性質ヲ失フモノニアラス是ヲ以テ鑛坑差押ノ場合ニ於テハ未堀ノ鑛物ヲ差押フルモノナルカ故ニ差押登記以後特許ヲ得タル者ノ探堀シタ

ル礦物ノ代價ハ抵當附債權者ニ屬シ被差押所有者ノ承諾シタル讓渡ニ拘ハラズ債權者間ニ配當スヘキモノトス○願訴局千八百五十七年十二月十五日判決(シノ一)及ヒドヅ井ルヌーヴ六十年第一部第五百三十六頁○ダローズ五十九年第一部第三百三十六頁○シニールナルヂユパレ一千八百五十九年第七百六十頁○上第三百六十五號及ヒ第三百六十六號ヲ參觀スヘシ

然リ而シテ此權利タル抵當ト爲スヲ得スト雖モ亦必スシモ登記スルヲ要セサルニアラス例ヘハ甲者廣漠ナル土地ヲ所有シ其地内ニ在ル石灰ヲ採掘スルノ權ヲ乙ニ貸與シ其期限ヲ三十年ト定メ毎年ノ償金ヲ若干ト定メタリ是レ登録ノ事項ニ關シ採掘ノ權ヲ目的トスル契約ヲ以テ賣買ト見做シタルニ似タル裁判例ニ反スル賃貸借ナリ然レモ此契約タル亦賃借タルヲ免レサルヲ以テ登記ヲ經サルヘカラス否スハ千八百五十五年三月二十三日ノ法律第三條ヲ適用シ第三者ニ對シテハ十八年以上ノ繼續期ノ効ヲ及ホスヲ得サルナリ例ヘハ一ノ石坑ノ採掘主隧洞ヲ穿テ鑛石ヲ採掘シ其洞口ノ所有者アリシニ尙ホ一ノ土地所有者ノ地下ヲ開鑿スルニアラザレハ其隣傍ニ所有スル土地内ニ在ル鑛脈ニ達スル能ハサルヲ以テ其間ニ存スル土地ノ下ニ隧洞ヲ穿通スルヲ約束シタリ此場合ニ於テハ隣地ノ所有者一ノ通行地役ヲ承諾シタルモノニシテ其契約ハ千八百五十

五年三月二十三日ノ法律第二條ニ從ヒ登記ヲ經ヘキモノトス

故ニ金鑛又ハ石鑛ヲ採掘スルノ權利ハ獨自抵當ニ爲スヲ得サル權利ナリト謂フト雖モ亦未ダ登記ヲ經スシテ保存スルヲ得ヘキモノト謂フヘカラサルナリ

第一種ノ不動産ニ關シテハ以上之ヲ論述シ盡シタルヲ以テ以下第二種ノ不動産ニ論及セン

〔伍〕(三七一) 第二種ノ不動産ハ用方ニ因ル不動産ト稱スル有形物ヲ謂フ此不動産タル那破翁法典第五百二十二條以下ニ規定シ性質上動産ナルモ土地ニ附着シ永ク離ルヘカラサルカ故ニ假想上不動産ト見做ス所ノモノナリ本條ニ所謂附從物是ナリ

此第二種ノ不動産タル第一種ノ家屋及ヒ果實ニ於ケルカ如ク動産物ノ性質ニ因ル不動産ニ附着スルニ因リテ不動産トナリタルモノナリ此附着タル原ト人爲ニ係ル故ニ法律ニ定メタル或ル條件ヲ具備スルニアラザレハ不動産タルヲナシ然レモ其條件タル實際ノ適用ニ臨ンテ大ニ異議アルヲ免カレス(一)其議論タル曾テ之ヲ開説シタルヲ以テ今茲ニ之ヲ贅セス只動産ノ用方ニ因リ不動産タルノ條件ヲ陳ヘン

(一) 余輩ノ「ロヂエール」氏ト與ニ著シタル婚姻契約論ヲ參觀スヘシ(初版第一卷第四百四十六號以下、同二版第一卷第五百五十七號以下)○マルカデー(第五百二十二條以

下)

(三七二) 凡ソ茲ニ論スル所ノ物件ハ其附着スル不動産ニ永遠定着スヘキ用方ニ因リ不動産ノ性質ヲ稟クルモノナルカ故ニ其用方ノ永遠ナルコトハ主要ノ條件ニシテ之レ無クシハ動産ノ性質ヲ變シテ不動産トナルコト能ハサルナリ然リ而シテ其永遠ナルコトハ間々自然ノ状態及ヒ不動産ト假想上不動産トナル動産トノ關係ニ因由スト雖モ動産ヲ以テ不動産ニ定着シタル者ノ推定上ノ意思ニ因由スルコト最モ多シ是ヲ以テ著キ結果ノ在ルアリ即チ自然ノ状態ニ依リ用方ニ因ル不動産タル物件ニ關シテハ其併合ノ原因如何ヲ問ハス其物件不動産タルヘキモ之ヲシテ動産ニ併合セシメタル者ノ推定上ノ意思ニ依リ用方ニ因ル不動産タル物件ニ關シテハ其所有者又ハ所有者ト見做サル、者ノ所爲ニ出テタルキニアラザレハ不動産トナラサルナリ

然レモ此區別タル異議ヲ容ル、者タリ二三ノ論者ハ耕作ノ爲メ土地ニ附着シタル種子農具獸類ハ用益者永借人又ハ第三所持者ノ附置シタルモノナルキト雖モ猶ホ不動産ナリト唱ヘタリ(一)然レモ第三所持者ハ其占有ノ瑕疵ヲ認メテ限リハ所有者タリ又ハ所有者ト看做サル、モノニシテ且時効ヲ得ルニ足ルヘキ時間占有ヲ爲スキハ斷然所有者ト爲ルヘキモノナルカ故ニ其所爲ニ出テタル附置ニ關シテハ是レ其當ヲ得タル

ノ説ナリト雖モ(二)用益者ノ所爲ニ出テタル附置ニ關シテハ其妥當ナラサルヤ明カナリ加之永借人其永借權繼續期間收益スルカ爲メ土地ニ附着シタル後取去スルノ權アル物件ニ關シテハ亦此説ヲ以テスヘカラス蓋シ永借人及ヒ用益者ハ所有者ニアラザルナリ然ルニ第五百二十四條及ヒ第五百二十五條ニ依ルニ用方ニ因ル不動産ノ主要ナル條件ノ一トシテ其動産所有者ノ其土地ニ附置シタルモノナルコトヲ要ストセリ且永借人及ヒ用益者ハ有期ノ權利ヲ行フモノナルカ故ニ其意思其收益スル土地ニ不動産ヲ永遠附着シタルニ在リト想像スルコトヲ得ス又其所有權ヲ失フ意思アリト假定スルコトヲ得サルナリ然ルニ前記ノ二條ヲ案スルニ用方ニ因ル不動産ノ主要ナル第二ノ條件トシテ其物件ノ永遠土地ニ附着セラルヘキコトヲ要ストセリ是ヲ以テ右ノ説タル採用スヘカラサルモノニシテ論者ノ多數ハ直接ニ之ヲ排斥シ(三)又一ノ判決例ニ依レハ明カニ之ヲ棄却シタリ曰ハク賃貸不動産上賃借人ノ附置シタル器械ハ用方ニ因ル不動産ト見做スヘカラスト(四)

(一) チョラントン(第四卷第五十九號)○ダローズ(財産ノ部第百十九號)○タウリエー

(第三卷第百五十三頁)

(二) 是レ余輩ノ法律駁撃雜誌ニ記述シタル所ノ説ナリ(第一卷第七百四十五頁)○トモ

ロンブモ亦此説ニ左擔シタリ(第九卷第二百八號及ヒ第二百九號)

(三) ポチエー共通財團(第六十三號)○ブリウードン(自由財産論第一卷第百六十六號)

○ポチエー、ヒユヂー註(同前及ヒカンレノ總論第四號)○マルカヂー(第五百二十五條第四號)○ドモロンブ(第九卷第二百十號以下)○婚姻契約論(同前)及ヒ法律駁擊雜誌(同前)中ニ余輩ノ論述シタル所ヲ參觀スヘシ

(四) フールジュ控訴院千八百十一年四月八日判決○リエージュ控訴院千八百二十四年二月十四日判決○巴黎控訴院千八百三十六年十二月九日判決○グルノール控訴院千八百四十三年二月二十日判決(シレー及ヒドヅ井ルヌーヴ四十四年第二百十一頁)

要スルニ物件中性質ニ因ル不動産ニ附着スルノ一事ニ因リ假想上不動産タルモノト雖モ亦所有者又ハ其者ノ名義ヲ以テ附置セラレタルモニアラサレハ不動産トナラサルモノナルヲ明カナリ

今本條ノ適用ニ移リ之ヲ論センニ第一種ノ物件ハ不動産ニ附着スルノ一事ニ因リ其不動産上ニ存スル抵當ノ繫着スルヤ明カナリ例ヘハ鎖鑰其他總テ家屋ノ閉鎖ニ供スル物件ノ如キ又葡萄ノ棚及ヒ蜜蜂ノ巢鳩舎中ノ鳩池沼ノ魚類穴居ノ兔園圍ノ禽獸等ノ土地

ノ附屬物ノ如キ即チ是ナリ又家屋其他建物ノ導水ノ用ニ供スル筒管ノ如キハ所有者ノ附置セシモノニアラサルモ建物ノ一部分ヲ爲スモノトシ之ヲ不動産ト認定セリ(五)第五百二十三條)又鐵道ノ車類及ヒ登載及ヒ卸下ノ用ニ供スル器具ノ如キ亦同シ(六)之ニ反シ第二種ノ物件ハ不動産ニ附着スルモ其動産タルノ形狀ヲ存スルカ故ニ其不動産ノ所有者又ハ所有者ノ名義ヲ以テ之ヲ占有スル第三所持者ニアラサル者ノ所爲ニ出テ不動産ニ附着シタル證據アルモ其不動産ニ繫着スル抵當ノ効ヲ免カル、モノトス

(五) 加之ドモロンブ氏ハ筒管ヲ以テ性質ニ因ル不動産ト看做シタリ(第九卷第四百九號)○トマント(第一卷第五百二十一號)○デルベンクール第一卷第百三十六頁)○チユリ(第二卷第十五號)○マルカヂー(第五百二十三條)○タウリエー(第二卷第四百十七頁)

(六) 此車類及ヒ器具ハ用方ニ因ル不動産ト見做スヘキカ故ニ之ヲ附從トスル抵當ノ如ク債權者ノ請求ニ依リ行フタル差押物件中ニ包含スヘシト裁定シタル判決アリ○フールジュ控訴院千八百六十七年三月二十二日判決(ダロース第二部第七十六頁)

(二七三) 此論決タル裁判例中之ヲ確認シタルモノアリ然レモ亦之ニ反スル判決ナキニアラス其事件ハ登録ノ事項ニ涉ルト雖モ其判決ノ理由ハ民法ノ原則ニ係ルヲ以テ今

茲ニ之ヲ論究スヘシ
 嘗テ「アンジエール」ニ蒸氣唧筒ノ力ヲ用井油製造ヲ業トスル會社アリ然ルニ千八百二十六年其器械所ノ所有者タル社員ノ一人ニ對シ訴訟ヲ起シ不動産及ヒ器械ノ競賣ヲ請求シタル者アリ此時ニ當リ會社員ハ蒸氣器械及ヒ其他ノ器具ハ被告社員ノ特有ニアラスシテ會社ノ所有ニ屬スル者ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ回收セシメテ求メタリ然ルニ豫備裁判ヲ以テ其不動産ノ差押ヲ變シテ任意ノ賣買ニ附シ「製造器械ハ建物ト與ニ當事者ノ共有ノ利益ノ爲メ之ヲ賣却シ家ノ代價ハ被差押人ノ債權者ニ附與スヘク器械ノ代價ハ社員間ニ配當スヘシ」ト命シタリ乃チ賣却シテ金十一万千法ヲ得タリ其三万三千三百法ハ家屋ノ代價ニシテ七万七千七百法ハ製造器械ノ代價ナリ而シテ登錄ニ臨ミ收稅吏ハ十一万千法ノ代價ニ付キ不動産移轉稅ヲ徵收シタルヲ以テ獲得者ハ製造器械ノ代價タル七万七千七百法ニ就テハ不動産賣買ノ稅ヲ拂フヲ以テ至當ト爲シ之ヲ請求シタリ然ルニ「アンジエール」裁判所及ヒ大審院ニテハ(一)被差押債務者ハ蒸氣器械ヲ据附ケタル家屋ノ所有者ニシテ同時ニ該器械ヲ所有スル會社員タリ而シテ其器械ハ會社ヨリ總社員ノ爲メ家屋ニ据附且据附ノ方法タル不動産ノ一部分ヲ破壊スルニアラサレハ之ト分離スルコトヲ得サラシムル者ナルニ因リ其器械ハ民法第五百二十四條及ヒ第五百二十五

條ニ從ヒ用方ニ因ル不動産ニシテ總社員ノ承諾ヲ以テ其家屋及ヒ器械ヲ賣却シ其代價ヲ一括シタル以上ハ其全額ニ付キ五分半ノ稅ヲ徵收シタルハ適法ナリト判決シタリ
 (二) 千八百二十九年四月八日判決
 右ノ事件ニ就テハ大審院ハ登錄稅ノ準率ヲ裁定シタルモノナリト雖モ若シ該器械ヲ附着シタル家屋ノ抵當ノ區域ヲ限定スルキハ同院亦敢テ那破翁法典第五百二十四條及ヒ第五百二十五條ニ依リ器械ヲ不動産トナシ之ニ抵當ノ効ヲ及ホスコトナカルヘシ蓋シ右ノ判決ノ理由トスル所即チ器械ハ据附タル不動産ヲ破壊セサレハ之ヲ分離スルヲ得サルコトハ第五百二十五條ノ指示ス所ナリト雖モ同條ハ此狀況ノミヲ以テ動產ヲシテ不動産トラシムルニ足レト定メタルカ否同條ニ曰ハク「所有者ハ動產ヲ附着シタル不動産ノ一部分ヲ破壊スルニアラサレハ之ヲ分離スルヲ得サルキハ之ヲ永遠其土地ニ附着シタル者ト看做スヘシト故ニ動產ノ實態上不動産トナルニハ當ニ其附着セル不動産ヲ破壊セスシテ之ト分離スルヲ得ルヲ要スルノミナラス亦土地ノ所有者其土地ニ之ヲ附着シタルコトヲ要ス然ルニ右ノ事件ニ於テハ製造器械ヲ不動産ニ附着シタル者ハ該不動産ヲ所有セサル會社ナリ抑々不動産ノ所有者ハ其社員ノ一人ナリト雖モ是レ敢テ會社ヲシテ所有者トラシムル者ニアラス其所有權ハ常ニ會社員ト稱スル無形人ト權利ヲ異

ニスル社員ニ屬スルモノナリ故ニ會社員ハ其器械ヲ不動産ト爲ス能ハス又他人ノ不動産ト同一躰ト爲ス能ハス故ニ會社ニ屬スル器械ハ不動産ニ附着シタルニ關ハラズ單ニ其動産タルノ性質ヲ保有シタルヲ以テ不動産所有者ノ其不動産ニ承諾シタル抵當ハ該器械ニ推及スヘカラサルモノナリシ然ルニ大審院ニ於テ器械ノ賣買モ亦不動産ノ賣買ノ如ク不動産移轉稅ヲ拂フヘシトシタルハ法ノ原則ヲ誤リタルモノナルヤ明カナ

右ノ判決タル既ニ登録稅ノ點ニ關シテモ非難ヲ被リタルモノニシテ(二)用方ニ因ル不動産ノ主要ナル條件ニ關シテハ毫モ學說及ヒ裁判例ノ認定シタル法律ノ眞理ヲ傷ルヲ得サルモノナリ要スルニ動産中其性質ニ因ル不動産ニ附着スル一事ニ因リ假想上不動産トナルモノアリト雖モ亦土地所有者又ハ其名義ヲ以テ土地ニ附着シタルモノニシテ且其附着爾後之ヲシテ土地ノ附從物ヲラシムルノ意ニ出テタルキニアラザレハ不動産トナラサルナリ(三)

(二) シヤンピヨニール及ヒリガウ(登録稅論第三百八十九號)○同論集遺(第三百六十九號)及ヒ法律駁擊雜誌(第一卷第七百四十六頁)中ニ余輩ノ論評シタル所ヲ參觀スヘシ○トモロンブ(第九卷第二百十四號)

(二) 如何ナル法式ニ依リ又如何ナル場合ニ於テ此意思ヲ認定スルコトヲ得ヘキカ此事ニ就テハ第五百二十二條以下就中第五百二十五條ニ或ル規定ヲ爲シタルモ實際ノ適用上至大ノ難問ヲ生シタリ其詳細ノ如キハ「マルカデ」嘗テ財産ノ區別ヲ論スルニ當リ之ヲ辯明シタルヲ以テ茲ニ之ヲ詳說スヘキニアラス(第二卷第三百四十八號以下)又論者ハ宜ク「ドモロンブ」氏ノ書ニ就テ之ヲ考究スヘシ(第九卷第二百十九號以下)氏ノ著書ハ財産ノ區別ニ關スル註解ノ最モ完全ナルモノナリ又室内ノ鏡ノ不動産タル特殊ノ點ニ關シテハ「コアンデリスル」氏ノ法律駁擊雜誌ニ掲載シタル論說ヲ參觀スヘシ(第三卷第二十四頁以下)

(二七四) 本條ニ不動産ナル字ニ次クニ及ヒ不動産ト見做サレタル其附從物トノ句ヲ以テシ以テ之ヲ抵當ト爲スヲ得ヘシト定メタルモノハ即チ此假想上不動産トナル動産物ナリ然ルニ此物件タル主タル不動産ト分離シテ抵當ト爲スヲ得ヘキモノニアラス其抵當ハ附從トシテ之ニ推及スルノミ即チ其土地上ニ設定セラレタルキハ其土地ニ合躰シ其附從タル物件ニ推及スルモノニシテ恰モ第二百三十三條ニ依リ抵當ノ土地ニ加ハリタル一切ノ改良ニ推及スルカ如シ抵當ノ點ニ關シ主タル不動産ト不動産ト看做サレタル附從物トノ關係ハ千八百五十一年十二月十六日ノ白耳義法ニ之ヲ明記シタリ同

法ハ本條ノ如ク字句單簡ナラスシテ特ニ一項ヲ設ケ「抵當ハ不動産ト看做サレタル附從物ニ推及スルモノナリ」ト云ヘリ(一)本條ハ斯ノ如ク明瞭ナラスト雖モ其趣旨亦同一ニシテ「タリイブル」ノ云ヘルカ如ク法律ハ主タル物ト從タル物トヲ分離シ主タル物ノミヲ抵當ト爲スヲ得セシメサルノ意ニ出テタルモノニシテ抵當ハ必ス其目的トスル物ノ不動産タルキニアラサレハ成立スルコトヲ得サルモノナリ此點タル未タ嘗テ異議ヲ見ス(二)

(一) デルベック註解(第百十頁)

(二) ペルシ(第二千八百十八條第五號)○タリイブル(メルラン法律類聚抵當ノ部第八百九十八頁)○タウリエ(第七卷第二百三十一頁)○ヂュラント(第十九卷第二百五十四號)○ヴァレット(第百二十七號第百八十六頁)○ダローズ(抵當ノ部第百二十頁第三號)○トロ、ン(第二百九十九號)

(三七五) 之ヨリ生スル第一ノ結果ハ物件ノ一旦性質ヲ變シテ不動産トナルヤ其以前ニ獲得シタル抵當ニ利益ヲ及ホスニ在リ例ヘハ甲ノ債權者タル乙甲所有ノ家屋ヲ抵當トシ其記入ヲ爲シタルニ爾後甲其家ニ動產物ヲ附着シ之ヲ不動産ト爲サント欲シ必要ナル條件ヲ履行シタリ此時ニ在テハ乙ニ附與シタル抵當ハ該動產物ニ推及ス而シ其之

ニ推及スルハ抵當ヲシテ抵當不動産ニ加ヘタル一切ノ改良ニ及ホサシムル所ノ第二千三百三十三條ニ依ルモノニアラスシテ(此條例ハ又其特殊ノ意義アルモノナリ)本條ニ依ルモノナリ蓋シ本條ハ其眞義ヲ觀察スルニ抵當ヲシテ用方ニ因ル不動産ニ推及セシムルヲ効果トスルモノナリ此事ニ就テハ余輩嘗テ第二千二百一一條ヲ註釋スルニ當リ論評シタル裁判例ヲ引證スルコトヲ得加之其裁判例ニ依ルニ器械ノ賣主ハ其器械ノ之ヲ据附クルカ爲メ特ニ建築シタル不動産ニ合牀セル以上ハ最早賣主ノ先取特權ヲ行ヒ以テ不動産上ニ記入ヲ經タル抵當アル債權者ヲ害スルコト能ハストセリ(上第百五十四號)又裁判例中製造場及ヒ不動産ト見做サレタル附從物ノ抵當ハ其設定契約及ヒ債權者ノ記入以後破損シタルカ爲メニ更新セル物件ニ推及スト裁定シタルモノアリ(一)蓋シ其物件タル既ニ不動産タリシ他ノ物件ニ代ヘ不動産トナルヘキ動產物ナリト雖モ亦然カク決定スヘキノ道理一ナルヤ明カナリ

(二) ルアン控訴院千八百二十五年五月十七日判決(シント及ヒドヅ井ルヌイヴ新集第八冊第二部第七十七頁)○シニールナールヂュパネ(一)○巴黎控訴院千八百四十三年六月二十八日判決(シニールナールヂュパネ(一)○マルトウ(第七百十八號)
(三七六) 又右ノ原則ノ第二ノ結果ハ不動産トナリタル動產物其不動産ノ性質ヲ保有

スル限リニアラサレハ其不動産上ニ設定シタル抵當ニ係ラサルコト是ナリ故ニ其動産物
 不動産ト分離スルカ又ハ之ヲ附従トセル土地ノ耕作又ハ利用ニ供セサルニ至ルキハ動
 産タル原性質ヲ復スルモノナリ故ニ該動産ヲシテ抵當トスルヲ得セシムル原因絶止ス
 ルヤ復其抵當之ニ繫着スルコトヲ絶止スルモノナリ例ヘハ甲其土地ニ耕作ノ爲メ獸類農
 具ヲ附置シタルキハ其物件ハ用方ニ因ル不動産トナルモノニシテ乙ノ爲メ設定シタル
 土地ノ抵當ノ効ヲ被ルモノトス然レモ甲ハ尙ホ其權利ヲ自由ニ處分スルヲ以テ其獸類
 及ヒ其器具ヲ賣却シ且詐欺ノ狀情ナキキハ其物件原性質ヲ復スルモノナリ何トナレハ
 其物件タル最早土地ノ所有者ニ屬セス其土地ニ附着セサルヲ以テ之ヲ不動産タラシメ
 タル條件ヲ失ヒ隨テ乙ノ抵當減少スヘキナリ
 是レ學説及ヒ裁判例ノ論決シタル所ナリ(一)然レモ此點ニ關シ大ニ原則ヲ誤認シタル
 事件アリ(一)左ニ之ヲ叙述セン

浴場ノ所有者タル甲者乙者ノ債務者トナリ之ニ其浴場ノ家屋ヲ抵當ト爲シタリ爾後甲
 其浴場ヲ丙ニ賃貸シ同時ニ其附屬ノ諸物件ヲ之ニ賣渡シタリ爾後幾ナラスシテ其家屋
 不動産差押ニ係リ之ヲ賣却シタリ而シテ其附屬物ニ至テハ丙之ヲ除却セリ然ルニ抵當ア
 ル債權者タル乙競落人タルモ其代價未タ其債權ニ充ツルニ足ラサルヲ以テ丙ヲ浴場ノ

附屬物ノ第三握有者トシ之ニ對シテ其附屬物ノ委棄スルカ又ハ其代價ヲ拂フヘキコトヲ
 催告シタル後之ヲ「セーヌ」民事裁判所ニ其訴訟ヲ起シタルニ同裁判所ハ判決シテ曰ハ
 ク「乙ハ其抵當權ニ因リ浴場ノ附屬物タル動産上之ニ屬スル權利ヲ毫モ喪失スヘキモ
 ノニアラス此原則タル眞ノ不動産ニ於ケルカ如ク用方ニ因ル不動産ニ適用スルモノニ
 シテ丙ハ其物件ノ抵當ヲ滌除セサリシニ因リ抵當附ノ債權ヲ辨濟スルカ又ハ物件ヲ委
 棄スヘシト而シテ巴黎控訴院モ亦此理論ヲ可トシ控訴ニ對シ原裁判ヲ認可シタリ(二)

(一) 大審院千八百二十九年八月五日判決、同千八百三十一年八月三日判決同千八百三
 十八年七月十七日判決、同千八百四十一年五月二十五日判決(シノ)及ヒドヴ井ルヌ
 一ツ二十九年第一部第三百八十八頁、同三十八年第一部第八百六十九頁、同四十一年
 第一部第三百六十九頁)○ブールジュ控訴院千八百四十三年一月三十一日判決○巴
 黎控訴院千八百五十二年八月五日判決(シノ)及ヒドヴ井ルヌ一ツ四十四年第二部
 第六十七頁○ジュールナルヂュパネ一ツ千八百五十三年第一卷第二百四十四頁)○
 トロハン(第三百九十九號)○ヴァンント(第二百二十五頁及ヒ第二百二十六頁)○マル
 トウ(第七百十九號)

(二) 巴黎控訴院千八百三十六年二月二十九日判決(シノ)及ヒドヴ井ルヌ一ツ六十三

二年第二部第二百四十九頁○ダロリス三十六年第二部第六十六頁

然レモ判決ノ理由此ノ如ク失當ナルハ他ニ多ク其類例ヲ見サル所ナリ抑々其判決ノ基
本トスル所ノ絶對ノ法則ハ果シテ其當ヲ得タルモノナルカ即チ抵當附債權者ハ假想上
不動産トナリタル動產上毫モ其抵當權ニ依リ自己ニ屬スル權利ヲ奪ハル、コナカルヘ
シト云フモ是レ果シテ道理ニ適フモノナルカ性質ニ因ル動產添附ニ因リ不動産トナ
ルモ是レ只假設タルニ過キスシテ其之ト分離スルヤ直チニ其不動産タルノ性質ヲ失ヒ
抵當ノ原因タル其不動産ノ性質絶止スルヤ其効果タル抵當上ノ負擔亦共ニ絶止スヘク
唯其所爲詐偽ニ出テサルヲ要スルノミナルコト固ヨリ論明ヲ俟タサル所ナリ又右ノ判決
中附屬物ノ買主ハ其附屬物ニ繫着スル抵當ヲ滌除セサルニ依リ第三所持者トシテ其責
ヲ免レスト云フト雖モ其物タル原ト動產物ナリ故コ右ノ附屬物ヲ買取タル者ハ動產ヲ
買取タル者ニ過キス然ルニ動產ノ買主滌除ヲ行フヘシトハ未ダ嘗テ何人モ説カサル所
ナリ(三)動產ノ買主ハ滌除セント欲スルモ如何シテ之ヲ爲スヲ得ヘキヤ其滌除スルノ
方法果シテ如何法律ハ滌除ノコトヲ論定スルニ當リ終始不動産ノ讓渡ヲ假定スルヲ以テ
動產ノ滌除ヲ爲スニ就テハ如何ナル規定ニ從フヘキモノナルカ之ヲ要スルニ巴黎控訴
院ノ判決ハ全ク法理ヲ誤リタルモノニシテ毫モ取ルニ足ラサルナリ

(三) ヴァレット(同前)

蓋シ巴黎控訴院ニテ右ノ判決ヲ下シタル所以ヲ察スルニ其事件ニ於テハ所有者ヨリ賃
借人ニ附屬物ヲ賣渡シタルヲ以テ其物件依然家屋ニ附着セル浴場中ニ存在シタルカ故
ナラン然レモ狀況ハ毫モ其判決ヲ辯明スルモノニアラス何トナレハ若シ賣買後物件ヲ
取去シタルキ不動産タルヲ絶止スルノ効アリトシ隨テ其物件ヲシテ動產タルノ性質ヲ
復セシメ抵當ヲ免除セシムルノ効アリトセハ賣買後直チニ取去ヲ行ハス買主自己ノ便
宜ニ因リ其買取リタル物件ヲ現場ニ存シタルキト雖モ亦同様ニ決セサルノ理由アラサ
レハナリ蓋シ賣買後直チニ物件ヲ取去セサル場合ニ於テモ其物件ハ最早不動産タルノ
條件ヲ具備スルモノニアラスト謂フヘシ何トナレハ其物件タル既ニ不動産ノ所有者ニ
屬セサルヲ以テ永遠其不動産ニ附着スヘキモノト見做ストヲ得サレハナリ且是以下註
ニ引證シタル數多ノ判決ノ認定スル所ニシテ其判決ハ賣買後買主直チニ物件ヲ取去セ
サル場合ニ於テモ亦猶ホ余輩ノ論決ヲ認定シタリ加之巴黎控訴院ニ於テモ一層原則ヲ
考察シタルヨリ遂ニ其前例ヲ翻シタリ

是ヲ以テ動產ノ一旦用方ニ因ル不動産トナリタル後更ニ其動產タルノ原性質ヲ復シタル
キハ其合牀セル不動産ニ繫着スル抵當ノ効ヲ免ル、モノトス然レモ不動産ノ所有者タ

ル債務者ハ何時ニテモ恣ニ其物件ヲ分離スルヲ得ルカ其抵當アル債權者ハ毫モ其抵當ノ減少ヲ拒絕スルノ方法ナキカ此問題タル實ニ重要ナリト雖モ茲ニ之ヲ論究スヘキコアラス後ニ至リ説明スル所アルヘシ(下第四百十七號)以下第三種ノ不動産ニ移リ之ヲ論セン

〔陸〕(三七七) 法律ハ「不動産物ノ用益權地役權不動産ヲ回取スルヲ目的トスル訴權」ヲ以テ不動産ノ第三種トセリ(那破翁法典第五百二十六條)此種ノ物件タル有形物ニアラスシテ以上論究シタル二種ノ不動産ト異ナリ目之ヲ見ルコト能ハス手之ニ觸ル、コト能ハス形骸ヲ有シテ存スルモノニアラス不動産又ハ不動産ヲ目的トスル權利ナリ余輩此ニ不動産上ニ存シ又ハ不動産ヲ以テ目的トスルノ權利ト云フモノハ那破翁法典第五百二十六條ニ二種ノ別異ナル權利ヲ不動産トシタルカ故ナリ其一ハ同條第一項及ヒ第二項ニ記載スル所ニシテ不動産所有權ノ支分ナリ一ハ同條末項ニ記載スル所ニシテ不動産所有權又ハ該處分權ノ支分權ヲ得ルヲ目的トスルモノナリ然リ而シテ第五百二十六條ノ法則ハ右ノ諸權利ヲ列記スルニ不完全ナル所アルヲ免レンス蓋シ其第一種中ニハ同條ニ所謂用益權及ヒ地役權アルノミナラス亦使用權住居權及ヒ抵當權アリ又第二種中ニハ同條ニ云ヘル如ク不動産ノ回取ヲ目的トスル訴權アルニア

ラスシテ總テ現ニ不動産上ニ存セサルモノ之ヲ得ンコトヲ目的トシ又ハ人ヲシテ不動産ノ所有權若クハ所有權ノ支分權ヲ得セシムヘキ權利ヲ包含スルモノナリ

第五百二十六條ノ律文ニ關スル此等ノ欠點ニ就テハ余輩茲ニ之ヲ詳論スヘキニアラス只諸般ノ權利中(即チ當ニ第五百二十六條ニ列記シタル權利ノミナラス亦其列記ニ漏シタル權利中)抵當ト爲スヲ得ヘキモノ如何觀察スルヲ以テ足レリトス故ニ以下此點ニ付キ順次用益權賃借權就中永借權其他同様ノ契約橋梁通行錢ノ收受權使用權及ヒ住居權地役權抵當權不動産所有權若クハ其所有權ノ支分權ヲ目的トスル訴權ヲ論究スヘシ

(三七八) 用益權ニ關シテハ毫モ議論ナシ是レ前記諸權利中本條第二百十八條ニ單リ抵當ト爲スヲ得ヘシト記載シタル所ノモノナリ然リ而シテ此法則ハ理論上確然タルモ其適用ニ至テハ多少難問ヲ生スヘシ即チ本條ノ觀察シタル所ノ權利果シテ如何此權利ハ如何ナル方法ニ因リ又如何ナル範圍内ニ於テ抵當ニ係ルヘキモノナルカ是レ詳説スルヲ要スル所ナリ

(三七九) 第一婚姻繼續中父ニ許與シ又ハ婚姻解除後父母ノ殘存者ニ許與シタル其子ノ滿十八年ニ至ルマテ又ハ十八年以前ニ行ハレタル後見免脱ノ時ニ至ルマテ其財產ヲ

收益スルノ權ハ本條ニ抵當ト爲スヲ得ベシト認メタル用益權中ニ包含スヘキヤ否ヤニ付キ議論ヲ生シタリ(那破翁法典第三百八十四條)二三ノ論者ハ之ヲ以テ用益權中ニ包含スルヲ得ヘシト論シタリ「プルドン」曰ハク「此收益權タル眞ニ法律上ノ用益權ニシテ用益權ノ通則ニ從フヘキモノナリ是レ蓋シ特物ハ之ヲ包含スルノ通類ニ屬スレハナリト而シテ氏ハ此權利タル父ノ債權者ニ於テ差押且賣却スルコトヲ得ルモノナリト云ヘリ(一)

(一) プルドン(用益權第二百二十五號及ヒ第二百二十一號)○ザカリエ(第三卷第六百八十三頁)○ヂュベルシ(賣買第一卷第二百十三號)

近時立法議會ニ提出シタル法案ノ起草者ハ此點ニ付キ全ク其趣意ヲ異ニシ不動産ノ用益權ハ抵當トスルヲ得ル旨ヲ明言シタルモ特ニ父母ノ法律上ノ用益權ヲ除却シタリ(上第三百四十八號)余輩ノ考フル所ニ由レハ父母ノ法律上ノ用益權ハ敢テ之ヲ特ニ除却スルヲ俟タサルモノナリ縱令法律中之ヲ除却スル旨ヲ記載スル所ナキモ猶ホ其例外ニ屬スルヲ認定スヘキモノナリ抑々父又ハ父母ノ殘存者ニ許與シタル收益權ハ尋常ノ用益權ナリト謂フモノアリト雖モ未タ全ク之ト同一視スヘカラサルモノニシテ眞ノ用益權ノ如ク子ニ屬スル財産所有權ノ支分權タルモノニアラス彼ノ租税法ニ於テ父又ハ母

ノ單ニ親權ニ依リ其未タ後見ヲ免脱セサル未成年ナル其子ノ財産ヲ管理シ又ハ收益スル者ヲ以テ國庫ニ對スル納稅者ト見做サ、リシハ即チ其確證ナリ是レ千七百九十一年十月九日ノ法律ニ明記スル所ナリ父ノ用益權ハ共和二年雪月十七日ノ法律ヲ以テ暫ク廢止シタリシモ那破翁法典第三百八十四條ヲ以テ再ヒ之ヲ制定シ千七百九十一年ノ法律更ニ施行力ヲ得ルニ至リタリ(二)然ラハ則チ此權利タル果シテ如何ナルモノナルカ蓋シ是レ一種ノ管理權ニシテ所得ヲ收益スルノ權ヲ併セ伴フモノナリ然レモ亦之ニ隨フ義務負擔アリテ之ヲ盡スカ爲メニハ第一ニ其所得ヲ使用スルヲ要ス且是レ親權ノ賦性ニシテ縱令父又ハ母ニアラサル者該管理ヲ行フヲ得ルヲ以テ敢テ之ヲ以テ主要ナリトスルニ足ラスト雖モ然レモ亦父權ニ職由シテ法律ニ規定シタル場合ニアラサレハ之ト分離スヘカラサルモノナリ

(二) 大審院千八百十三年五月二十四日判決及ヒ千八百四十二年六月十五日判決(シレ)及ヒドウヰルヌーヴ四十二年第一部第六百九十五頁○ダローズ四十二年第一部第二二百九十五頁○シエールナルヂュパレ)

然ラハ則チ其權利タル特ニ法律ニ規定シタル場合ノ外父ヨリ他人ニ移付スルヲ得ヘキカ是レ決シテ爲スヲ得サル所ナリ何トナレハ父母其權利ヲ讓渡スルハ之ニ隨フ義務ヲ

盡スノ方法ヲ減少シ加之或ハ全ク之ヲ喪失スヘケレハナリ其讓渡ハ即チ自己ノ本分トシ且名譽トスル任ヲ辭シ自カラ監督ヲ受クヘキノ責ヲ招クモノニシテ爾後之ヲシテ最モ重任タル教育扶持ヲ爲スノ權ヲ失ハシムヘキナリ
其レ然リ此理由ニ依リ父又ハ父母ノ殘存者ニ許與シタル收益及ヒ管理ノ權利ハ父又ハ母ノ任意ノ讓渡ノ目的タルコトヲ得サル以上ハ亦強令ノ讓渡ノ効ニ因リ之ヲ失フコト能ハサルヤ明カナリ是ヲ以テ右ノ權利ハ強令讓渡ノ首端タル抵當ニ附スルコト能ハサルナリ又若シ之ヲ抵當ニ附スルモ強令ノ讓渡ニ係ルコト能ハストスルキハ抵當アル債權者ノ爲メ何等ノ利益ナキモノトナルヘシ(三)

(三) デュラントン(第三卷第四百三號ノ二及ヒ第四卷第四百八十六號)○トモロンブ(第六卷第五百二十七號)○マルトウ(第七百三十六號)○プルトドンノ書ヴァレント註(第二卷第二百六十七頁)

(三八〇) 以上法律上ノ用益權ニ付キ陳フル所ハ又配偶者各自固有ノ財産上共通財團ニ屬シ又ハ婚資ノ制若クハ財産共通ヲ除却スル婚姻約束ニ於テ妻ノ財産上夫ニ屬スル收益權ニ適用スヘシ(第一千四百一條第一千四百九條第一千五百四十九條及ヒ第一千五百六十二條)又那破翁法典第二百二十七條ニ依リ失踪者ノ財産假占有者ニ附與シタル收益權ニ

付テモ亦同シトス此諸權利タル種々ノ場合ノ爲メ定メタル單純ナル管理權ニ過キスシテ決シテ眞ニ所謂用益權即チ所有權ノ支分權中最モ大ナルモノ權利ニアラサルナリ(二八一) 本條ニ觀察シタル所ハ即チ此所有權ノ支分權ナリ此權利タル之ヲ行フ者ノ任意ニテ讓渡スコトヲ得ヘキ物權ニシテ(那破翁法典第五百九十五條)又強令ノ徵收ニ依リ占有者ヨリ之ヲ褫奪スルヲ得隨テ競賣ニ附スルヲ得ヘキ財産ノ一ナリ(第二千二百四條)故ニ此權利タル抵當トスルヲ得ルニ必用ナル條件ヲ具備スルモノトス(上第三百五十五條)

而シテ用益權ハ管ニ虛有權ト分離シタルキニ於テ抵當タルヲ得ルノミナラス亦同一ノ所有者ノ手裡ニアツテ虛有權ト併合セルニ在テモ猶ホ然ルヲ得ルモノナリ蓋シ法律ハ用益權ハ他人ノ所有權ニ屬スルモノヲ收益スルノ權利ナリト云フト雖モ(第五百七十八條)亦之カ爲メ散テ用益權ヲ所有權ト分離シテ觀定スルコトヲ得サルニアラス故ニ余輩ハ二三ノ論者ノ唱ヘタル所ニシテ收益權ト虛有權ト相分離シテ其主ヲ異ニセサル以上ハ用益權ノミヲ抵當トスルヲ得ストノ說ヲ採用スルコト能ハス(一)蓋シ前ニモ陳ヘタル如ク(第三百三十二號)自己ノ物件ノ收益權ヲ讓渡スカ爲メ之ヲ虛有權ト分離スルヲ得ル者之ヲ抵當ト爲スカ爲メ虛有權ト分離スルコトヲ得スト謂フヘカラス又抵當ヲ承諾ス

ルニ當リ其抵當不動産ノ全部ニ繫着セスシテ其半分ニ繫着スヘキヲ約スルヲ得ル者其抵當ノ完全所有權ニ繫着セスシテ唯其有益ナル部分即チ用益權ノミニ繫着スヘキヲ約スル能ハスト謂フヘカラス之ニ反スルノ説ハ自家撞着ノ謗ヲ免レサルヘシ(一)蓋シ斯ノ如ク抵當ノ區域ヲ減少スルハ實際誠ニ稀ナルヘシト雖モ亦債務者多少自己ノ便宜ニ從ヒ之ヲ減少シテ斯ノ如キ位置ニ至ルコトナシト謂フヘカラス然ルニ其之ヲ減少スルノ便宜アリ且債權者之ヲ承引スル以上ハ何人ト雖モ之ヲ拒絶スルノ資格ナキモノニシテ又之ヲ拒絶スルノ根據タル律文アラサルナリ

(一) ザカリエー(第二卷第九十七頁註第二)○ダローズ(抵當ノ部第二章第一節第十一號)○マルトウー(第七百二十五號)

(二) トロ、ン(第四百號註第二)○パッチウール第二百四十五號及ヒ第二百四十六號

(三) 然レモ本條ニ觀察スル所ハ權利ニシテ決シテ其利益タル所ノ果實ニアラサルナリ然ルニ「チュレン」控訴院ニ於テ債權者ノ爲メ用益權抵當ト爲リタルキハ貸賃ハ用益權ノ成果タルニ過キサルヲ以テ債權者ニ屬スヘク又差押ニ係リタル果實ノ代價ハ抵當ノ順序ニ依リ配當スヘシト主張シタル者アリタリ而シテ最モ怪シムヘキハ同院ニ於テ此論決ヲ認定シタルコト是ナリ(一)此論決タル普テク論者ノ非難スル所トナリタルハ固

ヨリ當然ナリ(二)蓋シ貸賃ノ用益權ノ成果タラサルコトハ恰モ果實ノ不動産ヲ代表セサルカ如シ是レ「チュレン」控訴院ニ於テ敗訴シタル尋常債權者ノ其對手タル抵當附債權者ノ請求ニ對シ陳ヘタル所コシテ實ニ其當ヲ得タリト謂フヘシ然ルニ同院ニ於テ用益權ト日々收獲シタル所ノ果實トテ區別セサリシハ了解スルコト能ハサル所ナリ此果實タル不動産ト分離シテ賣却シタルキハ如何ナルモノナルカハ嘗テ余輩ノ陳明シタル所ニシテ(上第三百六十二號「ヂュラン」控訴院ノ如ク此場合及ヒ其差押ニ係リタル場合ニ於テモ性質上抵當ヲ免ルヘキ不動産ヲ代表スルモノトシテ平等ハ其代價ヲ諸債權者間ニ分離スヘキ旨ヲ認定セサルハ是レ本條ニ用ヒタル用益權ノ字義ヲ誤リ無用ノ意義ヲ附會セルモノナリ

(一) チュラン控訴院千八百十年四月二十四日判決

(二) ベルシト(第二千八百十八條第十三號及ヒ第十四號)○マウリエー(第七卷第二百三十三頁)○トロ、ン(第四百號)

嘗テ第千八百四十九年ニ起草シタル改正案中「抵當トスルヲ得ルモノハ單リ左ノ諸物件ノミナリ第一云々第二同一ノ財産上ノ用收權云々」ト云ヒシハ蓋シ右ノ疑團ヲ斷定セシカ爲メナリ(二)然ルニ權利ナル語ハ爾後ノ法案殊ニ立法議會ノ委員ノ起草シタル

法案中ニ之ヲ載セス然リト雖モ本條ノ用益權ニ關スル法文ハ之ヲ改メサルモ毫モ弊害ナキモノナリ蓋シ「チェレン」控訴院ノ判決ハ未タ學說及ヒ裁判例ニ於テ前例ナキモノニシテ爾後今日ニ至ルモ未タ之ト其趣旨ヲ同フシタルモノアルヲ見ス

(三) ペルシト氏ノ報告第八十七頁

(三八三) 又用益權ハ本條ニ依ルニ其繼續期間ニアラサルハ抵當タルコトヲ得サルモノトス是レ實ニ了解シ易キ所ナリ蓋シ權利ノ全ク消滅シテ其跡ヲ止メサルニ至ルキハ之ニ繫着シタリシ抵當最早存在スルコト能ハサルヤ明カナリ

然リ而ノ用益權ハ那破翁法典第六百十七條ニ依ルニ用益者ノ死去之ヲ設定シタル時間ノ滿盡、用益者ト所有者トノ二個ノ資格ヲ一人ニ併合シタルコト即チ權利併合、三十年間ノ權利ノ不使用及ヒ用益權ノ目的タル物件ノ全部ノ滅盡ニ因リ消滅スルモノナリ抑々用益權ヲ消滅スル此等ノ原因ハ盡ク其用益權ニ繫着スル抵當ノ滅盡ヲ來スモノナルカ余輩ノ知ル所ヲ以テスレハ論者中「マルトウ」氏獨リ積極說ヲ唱ヘ權利併合ニ因リ用益權ノ消滅スル場合スラ猶ホ之ヲ除却セス氏ハ不動産ノ完全所有權ヲ有スル者之下用益權ヲ分離シテ抵當ト爲スヲ得ルコトヲ認メス故ニ債務者自己ノ用益權ノ目的タル不動産ノ虛有權ヲ併セテ獲得シタル場合ニ於テハ權利ノ併合ニ因ル用益權ノ消滅共ニ抵當ノ

消滅ヲ來スモノナリト唱ヘタリ又「マルトウ」氏ハ是レ原則ノ命スル所ニシテ且債權者ノ利益ヲ害スルモノニアラス何トナレハ此場合ニ於テハ債務者ノ擔保及ヒ其信用増加シ債權者其抵當ノ滅失又ハ不充分トナリタルキハ直チニ其辨濟ヲ請求シ又ハ抵當ノ補足ヲ求ムルヲ得ヘシト規定セル第二百三十一條ニ依リ其利益ヲ保護スルコトヲ得ヘケレハナリト論シタリ(一)

(二) 「マルトウ」(第七百二十四號)

然レモ余輩ハ所有者不動産ノ完全所有權ヲ有スルニ當リ單ニ其用益權ノミヲ抵當ト爲スヲ以テ原則ニ反シ又道理ニ反ストスル者ニ非ス(上第三百三十二號及ヒ第三百八十一號)蓋シ一般論者ノ說ケルカ如ク(二)用益者ノ收益權消滅スルキハ則チ必ス抵當亦共ニ消滅スヘシ例ヘハ用益者死去シ或ハ用益不動産全ク滅盡シ或ハ用益權ノ時間滿盡シタルキノ如キ其抵當モ亦必ス共ニ消滅スルモノナリ然リト雖モ權利併合ノ場合ニ於テハ用益權所有者ニアラサル者ノ行フ別異ノ權利トシテ消滅スルモ亦債務者ノ單ニ用益權トシテ行ハス所有者ノ名義ヲ以テ行フ所ノ權利トシテハ依然殘存スルモノナリ故ニ此場合ニ於テハ其用益權タル所有者ト用益者トノ關係上消滅スルノミナリ何トナレハ爾後所有者ト用益者トノ資格ハ只一人ノ併有スル所トナレハナリ法律ノ權利併合ヲ以

テ用益權消滅ノ原因トシタルモ亦此趣旨ニ外ナラス然レモ第三者ニ附與シタル權利ニ關シテハ之ニ異ナリ其權利タル最早用益者ノ障害スルヲ能ハサル既得ノ權利ニシテ權利併合以後ニ至ルモ收益權ハ依然存在シテ之ヲ識別スルヲ得ヘキカ故ニ此權利ヲ抵當ニ取リタル債權者亦依然之ヲ保有スヘキヤ當然ナリ抑々債權者ハ此特種ノ場合ニ於テハ其獲得シタル抵當ヲシテ抵當不動産ニ加ハリタル一切ノ改良ニ及ホサシムル所ノ(下第四百七號)第一千三百三十三條ノ利益ヲ主張スルヲ能ハスト雖モ其既ニ受取リタル所ノ抵當ハ猶ホ之ヲ保存スルヲ求ムルノ權利ナカルヘカラス是レ以テシテ第一千三百三十一條ニ依リ其債權ヲ即時ノ辨濟又ハ抵當ノ補足ヲ請求セシムルニ比スレハ一層單簡ナルモノニシテ且一層法律ノ精神ニ適合スル所ナリ何トナレハ第一千三百三十一條ハ抵當不動産滅失又ハ毀損シテ債權者ノ抵當タルニ不充分トナリタル場合ヲ規定シタルモノナルカ故ニ債務者ノ財産減少シタルニアラス却テ増加シタル場合ニ於テ同條ヲ引用スルハ少シク疑ナキ能ハサレハナリ

(二) グルニエー(第一卷第四百十六號)○ブルードン(用益權第二百一號)○ヂュラントン(第十九卷第二百六十二號)○ダローズ(同前第二十一號)

(三八四) 以上用益權ノ事ヲ論究シタルヲ以テ以下順テ遂フテ不動産ノ使用權及ヒ住

居權ノ事ヲ説述セシ此權利タル「ドモロンブ」ノ解説シタルカ如ク用益權ノ減縮シタルモノニシテ那破翁法典第五百二十六條ニ依ルニ用益權ナル總稱中ニ包含スルヲ恰モ尙ホ第五百四十三條ノ收益權ナル總稱中ニ入ルカ如シ是ヲ以テ不動産用益權ト同ク其目的ニ因リ不動産タルモノニシテ用益權ノ如ク眞ノ物權タルモノナリ然ラハ則チ此權利モ亦抵當トスルヲ得ヘキカト云フニ其抵當タルヲ得サルノ理由二個アリ第一使用權及ヒ住居權ハ第一千百十八條ニ記載スル所トナラス而シテ同條ハ前既ニ論明シタルカ如ク意義狹隘ナル法文ヲ用ヒタルヲ以テ(抵當トスルヲ得ヘキモノハ單リ左ノ物件ノミナリト云ヘリ)其記載セサル所ノモノハ都テ之ヲ除却シタルモノナリ第二此諸權利タル原ト之ヲ行フ者ノ需要ヲ以テ範圍トシ之ニ從ヒ變更スルモノナルカ故ニ法律ノ明文ニ依リ讓渡スルヲ得ス又賃貸スルヲ得サルモノナリ(那破翁法典第六百三十一條及ヒ第六百三十四條)既ニ讓渡スルヲ得ス故ニ又差押フルヲ得サルヲ以テ抵當ヲ附着スルニ必要ナル條件ヲ具フルモノニアラサルナリ(上第三百五十五號)二三ノ論者ハ森林ノ使用權ニ關シ反對ノ説ヲ唱ヘタルモ(二)其誤謬ノ甚シキ學者ノ非難スル所ナリ(三)

(一) ドモロンブ(第十九卷第三百二十五號)

(二) ダルニエー(第一卷第四百十號)○パッチウール(第二卷第二百三十二號)

(三) チェラントン(第十九卷第二百六十六號)○ザカリエー(第二卷第九十八頁註第八〇
 アウブリ及ラウ(第二卷第五百九十五頁及ヒ註第七)○タリエー(第七卷第二百三十
 三頁)○トロ、ン(第四百三號)○ヴァレット(第二百二十八號)○マルトウー(第七百二十九
 號)

公有ニ屬スル橋梁ノ通行錢收得權ニ關シテモ亦其趣右ニ陳フル所ト同一ナリ蓋シ此權
 利タル用益權ノ性質ナク亦其他ノ所有權ヲ支分スル物權ノ性質ナシ唯單ニ動産ニシテ
 抵當ト爲スヲ得サルモノナリ(四)

(四) ナンシー控訴院千八百四十七年八月二日判決○大審院千八百六十五年二月二十
 日棄却(シレー及ドザルヌトウ四十八年第一部第六百九頁同六十五年第一部第八十
 五頁)○シュールナルヂュパレー千八百四十八年第一卷第百十九頁、同千八百六十五
 年第四百二十三頁○ダローズ六十五年第一部第三百八頁)

(三八五) 賃借契約ヨリ賃借人ノ爲メニ生スル權利ニ關シテハ如何是レ亦疑ノ存スヘ
 キナシ蓋シ賃借人ノ權利ハ所有者ノ賃貸シタル不動産ヲ以テ目的トスルモノニアテス
 其權利タル之ニ所有者若クハ其代表人ヲ強制シテ賃借物件ノ收益ヲ已レニ得セシムル
 一詳言スレハ不動産ノ果實ヲ取得シ及ヒ取得ニ依リ其果實ヲ獲得スルノ二様ノ權能ノ

執行ヲ得センヲ求ムルヲ許スモノナリ其レ然リ此權利タル其目的ト其結果トニ就テ
 觀察ヲ下セハ全ク對人ノ動産權ニ屬スルモノナリ是レ往古ノ裁判例ニ於テ毎ニ判定シ
 タル所ナリ(一)抑々古法ノ時ニ在テハ不動産ノ買主賃借ヲ負擔スルヲ約セスシテ之
 ヲ獲得シタルキハ前ニ其不動産ヲ賃借シタル借主ヲ排斥スルヲ得ト定メタルノ「エ
 ムプトレム」法 ノ原則ニ基キシナリ而ルニ那破翁法典ハ之ニ反シ第七

百四十三條ニ於テ「賃貸人賃貸物件ヲ賣却シタルキハ獲得者公正若クハ確定ノ日附ヲ
 有スル賃借證書ヲ有スル賃借人ヲ排斥スルヲ得ス但其賃借契約ヲ以テ此權利ヲ約シタ
 ルキハ此限ニ在ラス」ト定メタルヲ以テ其權利全ク其性質ヲ變シ古法ニ在テハ對人ノ
 動産權タリシニ更ニ物上ノ不動産權トナルモノナルカ余輩敢テ然ラストス「トロ、ン」
 氏ハ其說ヲ異ニシ那破翁法典第七百四十三條ハ賃借ヨリ生スル權利ニ關シテモ全ク法
 律ノ趣意ヲ變更シタルモノトシ細密ニ之ヲ痛論シタリ(二)然レモ余輩ハ斷然那破翁法
 典第七百三十四條ノ此趣意ニ出テタルモノニアラサルヲ確信ス細カニ之ヲ考究スルニ
 同條ハ農工商ノ利益ヲ保護セントノ趣意ニ出テタルニ過キサルナリ蓋シ賃借人ニシテ
 其賃借證書ニ確定ノ日附ヲ附シ以テ之ヲシテ一切ノ爭議ニ係ルヲナカラシムヘキノ注
 意ヲ施シタル者ハ爾後所有權ノ移轉如何ニ拘ハラズ必ス其賃借期限中ハ充分其權利ヲ

行ヒ其土地ヲ保有スルヲ得ルヲ要ス家屋又ハ土地ノ賃借人ニシテ其不動産ノ利用ノ爲メニ時間ト金額トヲ費シタル後既ニ其義務ヲ盡シ將ニ其果實ヲ取得セントスルニ當リ忽チ賃借人ヲ繼襲スル新所有者ノ爲メ排斥セラル、カ若キハ決シテ法律ノ許スヘキ所ニアラサルナリ是レ本法ニ第七百四十三條ヲ設ケタル所以ナリ是ヲ以テ同條ノ趣意ヲ換言セハ凡テ不動産ノ讓渡所爲ニ於テハ必ス獲得者ヲシテ其不動産ノ賃借契約ヲ遵奉スルノ義務ヲ負ハシムルノ約定ヲ暗示スルモノナリト云フニ外ナラス然レモ是レ敢テ賃借ヨリ生スル權利ノ條件及ヒ性質ヲ變スルモノニアラス第七百四十三條ノ原則ニ依ルモ又反對ノ原則ニ依ルモ賃借人又ハ其代表人ハ賃借人ヲシテ收益セシムルノ義務ヲ負フニ止マル故ニ賃借人ハ之ニ對シ已レテシテ不動産ノ果實ヲ取得シ及ヒ取得ニ因リ之ヲ獲得セシムルノ權利ヲ有スルニ過キサルナリ然ラハ則チ此權利タル「マルカデー」及ヒ其他ノ論者並ニ裁判例ノ陳ヘタル如ク(三)決シテ物權ト見做スヲ得ス單ニ對人ノ動産權ニシテ抵當トスルヲ得ヘキモノニアラサルナリ

(一) デュムーラン 三十卷第八號以下) ○コキエーユ (第二百二問) ○フリーズオー (第一卷第三部第一問及ヒ第二卷第六十五問第六十九頁) ○ドッエーノ書中「ポルドー註」(一)ノ部要領第四第二卷第二卷第二十三頁) ○フリーヨーン (賃借第十九號第四十二號

及ヒ第四十五號) ○ハンリーノ書中「ブルトレニール」ノ註(第四卷第二十七頁) ○デスヘイッセッス(第一卷第九十九頁) ○フイリール 第七十一條第五十二號) ○ルソール註ラコンブ(賃借第一節及ヒ第二節) ○ポチエー(賃借第二百八十八號以下) ○共通財團第七十一號)

(二) トロ、ン(買買第三百二十一號賃借第一卷第五號乃至第二十號及ヒ第二卷第四百七十三號以下) ○フレンメンヒール(未成年第一卷第五百二十八號) ○ペリーム) 所有權第三百九號) ○巴黎控訴院千八百八年二月十六日判決 ○ブリュッセル控訴院千八百十一年四月三日判決 ○リジョン控訴院千八百二十七年四月二十一日判決

(三) マルカデー(第五百二十六條第五號、第五百七十八條第二號、第五百九十五條第一號、第七百四十三條第一號) ○プールドン(用益權第二百二號) ○デルベンクール) 第三卷第八十五頁第八十八頁第九十八頁註) ○チウーリ(第三卷第三百八十八號第六卷第四百三十五號第十二卷第五號) ○ボンゼー(訴權第二百二十四號) ○リガウロフ) (デミース第四卷) ○デュラントン(第四卷第七十二號第十七卷第三百二十九號) ○ダロ) (賃貸第五號以下) ○キエラッソ(第二版第三百三十頁) ○ペローデーミニール(法律新聞第八百三十六年五月二十日) ○シヤンピヨニール及リガウ(第六卷第三千

三十二號)○リヘルヂ(賃借第二十八號第二百七十九號以下)フィリ(外國及ヒ佛國法律雜誌千八百四十一年第六百九頁及ヒ第八百四十九頁、同千八百四十二年第一百二十三頁)タウリエ(第六卷第二百十頁乃至第二百十四頁)○ヴァレ(第九百九十五頁末文)○ラヘ(シユールナルヂエパレ)千八百五十九年第七百七十六頁註)○カ
 ン控訴院千八百四十八年一月二十四日判決(シユールナルヂエパレ)千八百五十年第一卷第六十六頁)○ヴァツモンヌコンシヤエン控訴院千八百三十年十二月二十三日判決及ヒ大審院千八百三十二年十一月十四日棄却(シレ)及ドヅルヌイヅ三十年第一部第三十二頁、同四十九年第二部第五百三十三頁)

(三八六) 以上ヲ通則トス此通則タル長期賃借永借權其他二三ノ賃借ニモ亦適用スルヲ得ヘキモノナルカ此點ニ就テモ亦若シ往昔ノ裁判例ニ依ルキハ毫モ疑議ヲ存セサルヘシ蓋シ古法ニ在テハ單純ノ賃借權ヨリ生スル權利ハ對人ノ動産權ナリシモ永借人長期賃借人ノ權利ニ至テハ全ク之ニ異ニシテ不動産ノ物權ナリト稱シ之ニ對シテハ「エムプトレム」法ノ原則ヲ適用セザリシ何トナレハ物權ヲ有スル者ハ其不動産何人ノ手ニ移ルモ又特ニ獲得者ヲシテ義務ヲ負擔セシメサルモ常ニ其權利ヲ行フヲ得ヘキモノナレハナリ(一)

(一) ポチエ(共通財團第七十一號)

然レモ現時ニ至テハ既ニ已ニ此說ニ從フ能ハサルナリ
 (三八七) 第一此說タル長期賃借ニ適用スルヲ能ハサルヤ疑ヲ容レサルナリ若シ夫レ法律ヲ制定セントスルニ當テハ用益權ノ抵當トスルヲ得ヘキニ依リ長期賃借例ヘハ一人又ハ數人ノ畢生間繼續スヘキ賃借若クハ三十年以上ノ賃借ヲシテ亦等ク抵當タルヲ得セシム可シ嘗テ千八百五十年ニ在ツテ立法議會ニ提出シタル法案ハ此趣意ヲ以テ編纂シタリ(上第二百四十八號)蓋シ當時報告委員ノ陳ヘタリシ如ク斯ノ如キ賃借タル其期限ノ點ニ關シテハ有償ノ用益權ト類似スルモノニシテ且用益權モ一私人ニ附與セサルキハ三十年ヲ經過スルヲ能ハサルニ由リ右ノ賃借ハ用益權ト同一視スルヲ得ヘキナリ(那破翁法典第六百十九條)抑々三十年ノ期限ヲ定メテ賃借スル者ハ是レ其不動産ニ重要ナル改良ヲ加ヘ成果ヲ得ノヲ期スルカ故ナリ故ニ此改良ヲ實行スルカ爲メ金錢ニ不使用アラシメ其賃借權ヲ抵當トシ以テ金錢ヲ借用スルノ方法ヲ得セシメサルヘカラス(一)然レトモ此理由タル立法者ノ抵當トスルヲ得ヘキ財産ヲ規定スルニ當リテハ信スヘシト既ニ制定セル法律ヲ解釋適用スルニ當テハ復半錢ニ當セス法律ハ既ニ不動産ノ外抵當ト爲ヌヲ得ヘキモノナシトセリ長期賃借ヨリ生スル權利ハ果シテ不動産中ニ

列置スルヲ得ヘキカ新法ハ此點ニ關シ往古ノ裁判例ヲ確認シタルモノナルカ余輩之ヲ論斷スルノ難カラサルヲ信ス何トナレハ那破翁法典ハ所有者ニシテ自己ノ權利ヲ自由ニ處分スルヲ得ヘキ者ノ承諾シタル賃借ノ期限ヲ毫モ制限スルコトナク只一般ニ賃借ノ事ヲ規定シ之ヲ承諾スルノ自由ナル所有者尋常ノ期限ヲ設ケタルト一層長キ期限ヲ以テ賃貸シタルトニ從ヒ其觀察ノ點ヲ異ニスルモノニアラス故ニ賃借ノ期限ハ其契約ヨリ生スル權利ノ性質ニ何等ノ影響ヲモ及ホサルモノナリ而シテ此權利タル尋常賃借ニ在テ單純ノ動産タルカ故ニ長期賃借ニ在ツテモ亦動産タラサルノ理ナシ只長期賃借ノ千八百五十五年三月二十三日ノ登記法ノ効力ニ因リ尋常賃借ト異ナル所ハ其法律ニ定メタル條件ニ從ヒ設定セラレタルキハ登記ノ法式ニ從フヘキニ在リ(上第三百六十七號)ト雖モ抵當ノ權ニ關シテハ全ク尋常賃借ト同一ニシテ之ヨリ生スル權利ハ亦抵當ト爲スヲ得ルモノニアラサルナリ

(一) ヴァチムスニール氏ノ報告第十六頁ヲ參觀スヘシ

(三八八) 永借權ニ關シテハ尙ホ一層ノ難問アリ蓋シ裁判例及ヒ學說ハ永借權ニ關スル規則ハ那破翁法典ヲ以テ變更シタルモノニアラスト認ムルノ傾向アリ學者ノ通說ニ依ルニ此契約ハ依然特殊ノ性質ヲ有スルモノト見做スヘク新法ハ之ヲ以テ賃借契約ト

混淆シタルモノニアラス即チ永借權ニ於テハ賃借人其權利ノ繼續期間占有ヲ妨害スル者ニ對シ及ヒ賃貸人ニ對シ物上訴權ヲ行フノ權利及ヒ其永借權ノ名義ニ依リ占有スル所ノ諸物件ヲ賣買交換若クハ贈與ニ依リ處分スルノ權ヲ獲得スルモノナリ是ヲ以テ永借權ハ物權ニシテ抵當ト爲スヲ得ル財産ノ一ナリトセリ(一)然レモ若シ他日法律制定ノ日アラハ之ヲ以テ抵當ト爲スヲ得ヘキ財産中ニ列置スヘキヤ余輩ノ信スル所ナリ又嘗テ抵當ノ法制ヲ改正セントスルニ當リ第二百十八條ノ列記中永借人ノ權利ヲ追加スヘキノ議論アリタルハ固ヨリ余輩ノ知ル所ナリト雖モ(二)現時ノ第二百十八條即チ本條中此權利ヲ包含シタリト解釋スルニ至テハ其當ヲ得タルヲ知ラサルナリ蓋シ同條ハ抵當ト爲スヲ得ヘキ財産中不動産ノ所有權及ヒ不動産ノ用益ヲ列置シ限制的ノ敢テ永借權ヲ列置セス而シテ本條ハ前ニモ陳ヘタル如ク意義狹隘ナル文辭ヲ用ヒテ「抵當トスルヲ得ヘキモノハ單リ左ノ物件ノミナリ」ト云ヘリ故ニ其永借權ノ事ヲ云ハサルハ即チ之ヲ除却シタルモノナルコト自ラ明カナリ其果ノ然ルハ彼ノ共和三年舊月九日ノ法律及ヒ共和七年舊月十一日ノ法律ノ記載スル所ナリ蓋シ共和三年ノ法律ハ抵當ト爲スヲ得ヘキ財産中「土地ノ用益權及ヒ永借權」ニシテ二十五年以上ニ互ルヘキモノ」ヲ置キ又共和七年ノ法律ニハ「用益權並ニ永借名義ノ收益權」ヲ置ケリ然ルニ第二百十八

條ニ於テ此事ヲ云ハサルハ之ヲ除却スルノ意思最モ明瞭ナリト謂ハサルヘカラス論者
或ハ該條ニ永借權ノコトヲ云ハサルハ是レ其法典中毫モ此事ヲ云ハサルニ因ルト道フモ
ノアリ然レモ是レ敢テ余輩ノ説ヲ駁スルニ足ラサルノミナラス却テ論者ノ説ノ非ナル
ヲ示スモノナリ蓋シ永借權ノ如キ那破翁法典頒布ノ當時衆人ノ熟知スル權利ニ付キ法
律ノ特ニ緘黙スル所以ノモノ法律之ヲ以テ特殊ノ權利トシ尋常賃借權及ヒ長期賃借權
ト性質ヲ異ニスル收益權ト見做サ、リシヲ確證スルニ足ラサルカ其レ然リ永借權モ亦
自餘ノ賃借ト同一ナル以上ハ學說及ヒ裁判例ノ永借權ヲ以テ抵當ト爲スヲ得ヘキモノ
ト見做シタルハ即チ漫ニ法律ニ加ヘタルモノナリ(三)

(一) メルラン(法律問答永借權ノ部第五節第八號)○ファヴァール(抵當ノ部第二號)○
ベルシー(第一千八百十八條第十五號)○ヂュラントン(第四卷第八十號、同第十九卷第二
百六十八號)○トロ、ン(第四百五號及ヒ賃借第三十一號以下)○リヘルシー(賃借第一
卷第五百十四號)○バッチャール(第二卷第二百四十六號)○ペッパンリッリアリッ
ル(永借沿革史第三百頁以下)○マルカデー(第二卷第三百五十二頁)○巴黎控訴院千八
百三十一年五月十日判決○ドッ、エー控訴院千八百三十二年十二月十五日判決○大審
院千八百三十二年七月十九日判決、同千八百四十年四月一日判決、同千八百四十三年

七月二十四日判決、同千八百四十七年五月十八日判決、同千八百五十年三月六日判決、
同千八百五十二年十一月十七日判決、同千八百五十三年四月二十六日判決、同千八百
六十四年一月二十六日判決(シレー及ドヅ、ホルヌイグ三十二年第二部第六十五頁及
ヒ第九十五頁、同四十七年第一部第六百二十三頁、同五十年第一部第二百十頁、同五
十二年第一部第七百四十七頁、同五十三年第一部第四百四十五頁、同六十四年第一部
第九十一頁)○ジュールナルヂ、パレール千八百六十四年第四百九十四頁○ダローズ
六十四年第一部第六十三頁)

(二) 千八百四十二年ニ開キタル 巴黎控訴院パウ控訴院及ルアン控訴院並ニ「カン」
法科大學及グルノーブル法科大學ノ提出シタル意見ヲ參觀スヘシ(千八百四十四年
第三卷第二百四十九頁、第二百五十頁、第二百五十二頁、第二百五十四頁、第二百五十
六頁)○又千八百四十九年以下ニ記シタル改正案ニ關スルベルシー(第八十八頁)○ハ
トモン(第三十五頁及ヒ第三十六頁)○ウ、アチムスニール(第六十六頁)○報告ヲ參觀ス
ヘシ○白耳義法典ハ管ニ千八百五十一年十二月十六日ノ法律ヲ以テ此趣意ヲ定メタ
ルノミナラス又其以前ノ法律第千八百二十四年一月十日ノ法律第六條ニ於テ永借人
ニ附與スルニ其收益繼續期間其權利ヲ抵當トスルノ權能ヲ以テシタリ○マルトウ

(第七百三十七號)

(三) 此説タル裁判例及ヒ論者多數ノ排斥シタル所ナリト雖モ亦數多ノ左擔者アリ就中フイリックス及ハンリヨン(土地年金權第二十八頁)○アッブリ及ラウ(第二卷第五百九十四頁及ヒ註第五)○ヴァレット(第二百二十八號第一問)及ドモロンブ(第九卷第四百九十一號)氏ノ説ヲ最モ著キモノトス○デルベンクール(第三卷第八十五頁)○プルードン(用益權第九十七號)○テネリ(第二卷第一百一號)○グルニエ(第一卷第四百十三號)○シヤンピヨンニール及リガウ (第二千二百九十八條)○ドゥ井ルニウーブ(千八百四十年第一部第四三十三頁)

勿論余輩ノ此ニ論スル所ハ永借權ノ名義ニ依ル收益權ニシテ夫ノ永借人ノ築造シタル建物ニ至テハ固ヨリ性質ニ固ル不動産タルカ故ニ前ニ第三百五十九號末文ニ於テ論定シタル規則ヲ適用スヘキモノナリ

(三八九) 然リ而シテ永借權ハ十八年以上ノ期限ニ互ルヘキヲ以テ自ラ登記ヲ必要トスルモノナリ然レモ以上論スル所ヲ以テ見レハ其登記ニ必要トスルハ千八百五十五年三月二十三日ノ法律ニ因リ登記ヲ必要トスル期限ヲ有スル貸借ナルカ故ナリ故ニ登記ナキキハ永借權ハ自餘ノ如ク其期限十八年間ニアラザレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サ

ルモノナリ(上第三百六十九號)然ルニ若シ前段ニ駁撃シタル裁判例ノ趣意ニ依ルキハ十八年ノ期限ノ爲メニスト雖モ猶ホ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲サ、ルヘカラス何トナレハ該裁判例ニ依レハ永借權ハ賃借ト異ナリ抵當ト爲ヌヲ得ヘキ不動産權ナリトスルカ故ニ千八百五十五年三月二十三日ノ法律第一條第一項ノ適用ヲ受クヘキナリ同項ハ總テ不動産所有權又ハ抵當トスルコトヲ得ヘキ物件ヲ移付スル生存者間ノ所爲ノ登記ヲ必要トスルモノナリ故ニ永借權ノ登記ヲ行ハサルキハ十八年ノ期限ノ爲メニスト雖モ猶ホ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトナルヘシ(一)

(一) トロ、ン(登記第八十二號)○クビエール及ユグ(第四百四十二號)

(三九〇) 其他永借權ト多少類似セルモノニシテ佛蘭西ノ或ル州ニ行ハル、賃借ニ至テハ千七百八十九年八月十一日ノ法律及ヒ千七百九十年十二月十八日及ヒ二十九日ノ法律ニ由レハ或ハ所有權ノ完全ナル移付タルモノアリ或ハ賃借タルモノアリ此諸種ノ賃借タル「マルカデー」既ニ其性質ヲ詳説シタルヲ以テ余輩亦重テ茲ニ之ヲ叙述セス(一)然レモ其二三ハ今尙ホ慣行シ特ニ其條件アルカ故ニ茲ニ之ヲ説クヲ要ス

(一) マルカデー(第二卷第三百五十九號)

(三九一) 其第一ニ地上權トス是レ土地所有者ノ爲シタル建物ノ完全所有權ノ讓渡ニ

シテ土地所有者ハ建物ノ廢滅スルニ至ルヲ俟テ收葢ヲ復センカ爲メ土地ノミヲ保有スルモノナリ是レ賃借ト謂ハソヨリ寧ローノ賣買即チ性質ニ因ル不動産附置ノ移付ト謂フヘクシテ本條ニ依リ抵當ト爲スヲ得ヘキモノナリ

(三九二) 又任意解除ノ賃借ニ至テモ或ル範圍ニ於テハ地上權ト其趣旨ヲ同フスルモノナリ蓋シ此契約ニ於テハ賃貸人終始土地ノ所有者ニシテ地方ノ習慣ニ由リ時間ヲ定メテ之ヲ賃貸シタリト見做サル、モノナリ而シテ賃借人ハ土地ノ賃借人タルト同時ニ地上ニ存スル建物及ヒ爾後構造スルコトヲ得ヘキ建物ノ所有者タル者ナリ只其新設ノ建物ニ就テハ賃貸人鑒定ニ從ヒ其價額ヲ價ヒ以テ之ヲ自己ノ所有ニ併合スルノ權ヲ保有スルモノトス(一)是ヲ以テ建物ニ關シテハ眞ニ所有權ノ移轉アリテ其移轉タル解除スルヲ得ヘキモノナリト雖モ亦賃借人ヲシテ性質上不動産ニ屬スル物件ヲ所有セシムルモノナルカ故ニ該不動産上ニ抵當ヲ設定スルヲ得ルモノトス(上第三百五十九號)

(二) テニザール(任意賃借ノ賃借第二款第一號)○ジャンピヨンニエール及リガウ(第三千六百三十三號以下)○千八百四十年改正草案ニ對スル巴黎控訴院ノ意見(千八百四十四年 第三卷第二百五十頁)○大審院千八百四十六年十一月十八日破棄、同千八百四十八年一月五日破棄、同千八百五十一年七月一日及ヒ八日破棄(シノー及ドザル

ヌーヴ四十八年第一部第百九十七頁、同五十一年第一部第四百八十一頁及ヒ第六百八十二頁)

(三九三) 地役權モ亦法律ニ於テ目的ニ因ル不動産ト稱スルモノナリ(上第三百七十七號)然レ地役ハ獨自其固有ノ價額ヲ有スルモノニアラス故ニ本條ニ於テハ之ヲ以テ抵當トスルヲ得ヘキ財産中ニ列置セス然レ地役ハ原ト要役地ト分離スヘカラサルモノニシテ其價額ヲ増加スルモノナルカ故ニ要役地ニ鑿着スル抵當ノ効力之ニ推及スルヤ明カナリ

(三九四) 又目的ニ因ル不動産ノコトヲ論シタルニ臨ミ抵當ノ事ヲ考究スルヲ要ス抵當モ亦不動産物權ナルコトハ嘗テ前ニ之ヲ論明シタリ(上第三百二十七號及ヒ第三百二十八號)然ラハ則チ抵當モ亦更ニ之ヲ抵當トスルヲ得ヘキカ羅馬法ニ於テハ抵當アル債權者抵當物件ヲ以テ更ニ抵當トスルコトヲ得タリ是レ

我往昔ノ習慣法ニ於テモ亦抵當不動産ヲ以テ直チニ抵當トスルヲ許サ、リシモ其抵當權ヲ以テ抵當トスルコトヲ許シタリ

然レモ現時ニ至リテハ其法則ヲ異ニシ訴訟法ニ於テ債權者ハ其債務者ノ配當加入額ヲ受ケンカ爲メ其間ニ配當順序ヲ變シ優先權ヲ設クルコトヲ許サス却テ第七百七十八條ニ於テ「凡テ債權者ハ其債務者ノ權利ヲ保存スルカ爲メニ記入ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レモ債務者ノ配當加入額ハ動産物トシテ順序閉鎖前記入ヲ經又ハ故障ヲ申立テタル債權者間ニ配當スヘシ」ト明記シタリ故ニ現時ノ抵當法ハ
法則ヲ捨テ抵當ハ不動産物權ナリト雖モ亦更ニ抵當トスルヲ得サルモノトセリ(一)

(二) ベルシー(第二千八百十八條第十六號)○タウリエー(第七卷第二百三十四頁)○ザカリエー(第二卷第九十九頁)○アウブリ及ラウ(第二卷第九十五頁註第十)○ヂェラント(第二百七十二號)○トロ、ン(第四百七號)○ヴァン、ット(同前)○マルトウ(第七百四十二號)

然レモ此方法タル民間事業ノ需用ニ應シ結約者ノ利便ニ適スルモノナルヲ以テ近時再ヒ其用ヲ感シタリト雖モ法律之ヲ許サ、ルカ故ニ抵當ノ讓渡即チ前ニ第三百二十四號ニ於テ陳ヘタル代位ノ方法ヲ以テ之ヲ補充シタリ

(三九五) 第五百二十五條ニ不動産トセル權利ノ第一種ハ當ニ本條ニ謂フ所ノ不動産ヲ回取スルコトヲ目的トスル訴權ヲ包含スルノミナラス亦凡テ現ニ不動産上ニ存セサルモノ之ヲ得ンコトヲ旨トシ不動産ノ所有權若クハ所有權ノ支分權ヲ得ルコトヲ目的トスル權利ヲ包含スルモノナリ(上第三百七十七年)即チ爭訟ニ係ル諸般ノ請求例ヘハ所有權回取訴權、契約ノ取消銷除訴權並ニ未タ爭訟ニ係ラサルモ未必條件ヲ伴フ一切ノ權利例ヘハ買戻ノ訴權ノ如キ即チ是ナリ此諸權利及ヒ訴權タル不動産ノ所有權若クハ收益權ヲ目的トスルキハ不動産ニ屬スルヤ疑ナシ然ラハ則チ其權利モ亦抵當ト爲ヌヲ得ヘキモノナルカ裁判例ハ其然ラサルヤ明白ナリト答ヘタリ是レ亦諸論者ノ說ニシテ(二)余輩モ亦敢テ異議ヲ容レサルナリ

(一) 是ヲ以テ未分ノ相續權ノ買買又ハ讓渡ハ「買主ノ」抵當附債權者ノ競上ノ目的タルコトヲ得ヌ何トナレハ未分ノ相續ハ相續人ノ手裡ニ在テハ抵當トスルヲ得ヘカラサル分割訴權ニ過キサレハナリト定メタル判決アリ○グルノール控訴院千八百三十五年一月二十四日判決○又買戻權ハ賣主ノ債權者ノ強令徵收ニ係ルヘキモノニアラスト定メタル判決アリ○オルンアン控訴院千八百四十二年一月二十七日判決(シノー及ヒドヴ、ルヌ、トヴ四十二年第一部第三百四頁)○大審院千八百六年五月十四日破棄

(二) タリイブル(メルラン法律類聚抵當ノ部第二節第二款第三條第五號)○グルニエー(第二卷第五百二十二號及ヒ第五百五十三號)○デルベンクール(第二卷第四百七頁)○ペルシー(法律問答第二卷第二百七十九頁)○ベリヤーイセンブリーエー(訴訟法第二卷第六百三十三頁)○トロ、シ(第四百六號)○リベルシャイ(買買第二卷第十八號)○カレー及シヤイヴォー(訴訟法第二千九十八問第三款)○ザカリエー(第二卷第九十九頁)○ヴァレット(同前第二百四頁)○マルトウー(第七百四十一頁)○又此點ニ關シ「アンシェール」控訴院及「カン」法科大學並ニ「ルアン」法科大學ヨリ提出シタル意見中ニモ同一ノ趣意ヲ陳ヘタリ(千八百四十四年。第三卷第二百四十頁第二百五十四頁及ヒ第二百五十七頁)

然レモ二三ノ論者ハ反對ノ趣意ヲ唱ヘテ曰ハク第二千九十二條第二千九十三條ノ文辭ハ廣汎ニシテ債務者ノ一切ノ財産ヲ以テ其債權者ノ共有ノ抵保トナシ只先取特權及ヒ抵當ノ如ク優先權ヲ除却スルノミナリ又第二千百十八條ハ不動産ヲ以テ抵當トスルヲ得ヘキモノト見做スニ因リ事物自然ノ狀態即チ抵當ノ目的ノ命スル所ノ例外ノ外他ニ例外トスルモノナク毫モ右ニ掲クル所ノ訴權又ハ權利ヲ除却シタルモノニアラス然ルニ此訴權又ハ權利タル第五百二十六條ニ於テ不動産ナリト認定スルカ故ニ必スヤ不動

産ナル通稱中ニ包含スヘキモノナリト(三)

(三) 是レ「ビッジョー」ノ唱ヘタル説ニシテ(訴訟法第二版第二百七頁)ヂュラシトノ其第六卷第四百九號及ヒ第二十一卷第七號ニ於テ之ヲ維持シ以テ以前第四卷第十七號ニ於テ主張シタル反對説ヲ放棄シタリ

然レモ第一第二千九十二條及ヒ第二千九十三條ハ全ク本題ニ關係ナキモノナリ蓋シ同條ニハ債務者ノ一切ノ財産ハ其債權者ノ先有ノ抵保ナリト謂フト雖モ是レ果シテ爭訟ニ係ル權利又ハ未必條件ヲ伴フタル權利ヲシテ抵當タルヲ得セシムルモノナルカ又第二千百十八條ニ至テハ之ヲ財産區別ノ卷ト對照シ就中不動産ヲ規定スル律條ト對照スルニハ却テ反對説ヲ駁スル論據タルモノナリ蓋シ同條ハ本法ニ定メタル三種ノ不動産ヲ觀察シタルモノナリ即チ同條以下ニ論定スル所ノ性質ニ因ル不動産第五百二十四條ニ定ムル所ノ用方ニ因ル動産及ヒ第五百二十六條ニ列記スル主タル目的ニ因ル動産ヲ觀察シタルモノナリ然ルニ此三種ノ動産ヲ觀察スルニ當リ本條ハ之ヲ混同セス却テ之ヲ二項ニ分載セリ而シテ反對説ノ論據トスル動産ナル語ヲ記載スル其第一項ハ毫モ第五百二十六條ニ不動産トシタル權利ニ關係ナク此權利ハ其第二項ニ於テ之ヲ記載シタリ而シテ第二項ハ第五百二十六條ノ列記即チ不動産ノ用益權地役權不動産ヲ回取

スルヲ目的トスル訴權ヲ盡ク掲載セシテ只不動産ノ用益權ノミヲ以テ抵當ト爲スヲ得ルモノトシ之ヲ掲載シタリ是ヲ以テ茲ニ論スル所ノ訴權ハ地役權ト同ク抵當ト爲スヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ本條ハ限制的ノ文牒ヲ用ヒタルカ故ニ其指示セサル所ノモノハ之ヲ其例外ニ附シタルモノナリ故ニ訴權及ヒ未必條件附ノ權利ハ反對論者ノ引證スル所ノ律文ニ依ルモ亦猶ホ抵當ト爲スヲ得サルヤ明瞭ナリ況シヤ之ヲ事物ノ眞理ニ考フルキハ益々其然ルヲ知ル抑々訴權ハ動産ニシテ讓渡スルヲ得ヘキモノナルキト雖モ「カン」法科大學ノ嘗テ論明シタルカ如ク「抵當ト爲スニ足ルヘキノ理由ナキモノナリ蓋シ抵當ハ徵收ヲ以テ其主眼トスルモノナリ然ルニ争訟ニ係ル權利ノ相當代價ヲ拂フ所ノ競落人果シテ之レ有リト謂フヲ得ヘキカ又訴權ハ讓渡スヲ得ヘク又和解ニ因リ消滅スルヲ得ヘキモノナリ然ルニ其讓受人又ハ和解ヲ爲シタル所持者ハ如何シテ抵當ヲ滌除スルヲ得ヘキカ又債權者ハ如何シテ其競上ノ權利ヲ行フヲ得ヘキカ決ノ然ルヲ得サルヘシ」是ヲ以テ審ニ律文ニ依ルノミナラス亦實際ノ困難錯雜ニ因リ學說及ヒ裁判例ニ於テ多數ヲ占メタル說ノ條理ニ適フヲ明カナリ

(三九六) 然リ而シテ争訟ニ係ル權利又ハ未必條件附ノ權利ハ獨自抵當ト爲スヲ得スト雖モ亦之ガ爲メ其目的トスル不動産抵當タルヲ得スト謂フヘカラス例ヘハ甲不正ニ乙

ノ土地ヲ所持スルキハ乙ノ相續人タル丙ハ其土地ノ回取訴權ヲ有スヘシ又丙ナル者嘗テ其家屋ヲ讓渡シ而シテ尙ホ之ヲ所持シタリトセンニ或ハ其讓渡ノ取消又ハ銷除ヲ求ムルヲ得ヘキ訴權アルヲ以テ再ビ其所有者トナルコトアルヘシ又或ハ丙者其土地ヲ買渡シ而シテ之ヲ占有シタルキ買戻權能ヲ有スルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ土地家屋ノ所有權ヲ回取スルノ權利又ハ訴權ヲ以テ抵當トスルヲ得サルモ其土地家屋ニ至テハ之ヲ抵當ト爲スヲ得スト謂フヘカラス此問題タル汎然之ヲ觀レハ敢テ斷定ヲ難シトセサル所ナリ何トナレハ此等ノ物件ハ性質ニ因ル不動産ニシテ融通物タル以上ハ抵當ト爲スヲ得ヘキモノナレハナリ然レモ土地家屋ノ現所有者又ハ前記ノ例ニ於テ現ニ不動産ヲ有セザルモ更ニ占有スルヲ得ヘキ丙者又ハ現占有者ト兩者トハ抵當ヲ設定スルヲ得ヘキヤ否ヤニ至テハ眞ニ一ノ問題タルモノナリ此問題タル第二百二十四條及ヒ第二百二十五條ニ屬スヘキモノナルカ故ニ(下第六百四十號以下)同條ヲ註釋スルニ當リ之ヲ論究スヘシ以下第四種ノ不動産ニ移リ之ヲ論セン

〔添〕三九七 不動産ノ第四種即チ法律ノ規定ニ因ル不動産ト稱スル財産ハ那破翁法典ニ基クモノニアラス同法典ハ只以上論シ來リタル所ノ三個ノ種類ヲ規定シタルノミ(第五百十七條)ニシテ此第四種ノ財産ハ寧ロ其例外ナリト謂フヘシ何トナレハ法典ニ於

テ法律ノ規定ニ因ル動産中ニ列置シタル所ノモノ、ミナレハナリ其本出スル所ハ法典
編纂後ニ制定シタル特別ノ法例ナリ該法例タル官報掲載後十日内ニ違憲ノ法律トシテ
攻撃ヲ受ケサリシカ爲メ爾後法律ノ力ヲ得タルモノナリ(一)以下其例外ノ如何ナルモ
ノナルヲ陳ヘン

(一) チュラントン(第四卷第百二號)ドモロンブ(第九卷第百八十二號)

(三九八) 今先ツ本則ヲ陳ヘンニ本則ニ據レハ總テ金額若クハ性質ニ因ル動産タル有
形物ヲ目的トスル權利ハ法律ノ規定ニ依リ動産タルモノナリ那破翁法典第五百二十九
條ハ之ヲ定メテ曰ハク「請求スルヲ得ヘキ金額若クハ動産物ヲ目的トスル債權及ヒ訴
權理財會社商業會社若クハ工業會社ノ株式股分ハ其事業ニ關スル不動産ノ會社ニ屬
スル所ト雖モ法律ノ規定ニ因ル動産ナリ此訴權若クハ股分ハ會社ノ繼續スル間ハ各社
員ノミニ對シ動産ト見做サルヘシ○又國ニ對シ若クハ一人ニ對スル無期若クハ畢生
間ノ年金モ亦法律ノ規定ニ因ル動産ナリ」ト

(三九九) 法律ノ動産ト認定セル右ノ財産ノ第一ニ關シテハ別ニ例外タルモノナシ請
求スルヲ得ヘキ金額若クハ不動産ヲ以テ目的トスル債權若クハ訴權ハ常ニ法律ノ規定
ニ因ル動産タルモノニシテ此點ニ關シ那破翁法典第五百二十九條ノ規定ニ變例ヲ設ケ

タルノ律文ナシ是ヲ以テ此訴權若クハ債權ハ抵當ト爲スヲ得サルモノナリ

(四一〇) 年金權モ亦債權ノ如ク其性質ノ如何ニ拘ハラズ又其一人ニ對スルモノタル
ト國ニ對スルモノタルトヲ問ハズ純然動産トス然レモ千八百八年三月一日ノ法例ヲ以
テ特殊ノ例外ヲ設ケ國ニ對スル年金權ハ世襲財産組織ノ爲メ不動産トスルヲ得ヘキモ
ノトセリ而シテ茲ニ特ニ注意スヘキモノアリ

世襲財産ノ制ハ千八百三十五年五月十二日ノ法律及ヒ千八百四十九年五月十一日ノ法
律ヲ以テ總テ之ヲ禁止シタリト然レモ同法頒布以前ニ設定シタル世襲財産ハ同法以後
ニ至テモ尙ホ或ル範圍内ニ於テ多少ノ制限ヲ以テ存在ス故ニ將來世襲財産ナルモノナ
シト雖モ那破翁法典第五百二十九條ノ年金權ヲ以テ法律ノ規定ニ因ル動産トスル規則
ニ反シ今尙ホ不動産タルノ年金權ナシトセス此場合ニ於テハ其年金權ヲ以テ抵當ト爲
スヲ得ヘキヤ曰ハク否(一)何トナレハ世襲財産ハ讓渡スルコトヲ得サルカ故ニ亦抵當ト
爲スコト能ハサルモノナレハナリ

(二)

(一) 然レモ「ドモロンブ」ハ反對説ヲ唱ヘタリ(第九卷第百八十四號)

(二) ヴァレント(第百八十九頁註)

(四〇一) 又第百二十九條ハ會社ノ株式若クハ股分ヲ以テ縱令其事ニ關スル不動産ノ會社ニ屬スルキト雖モ猶ホ法律ノ規定ニ因ル不動産ト見做シタリ是ヲ以テ凡ソ會社ノ株式若クハ股分ハ抵當ト爲スト能ハサルモノナリ往昔ノ裁判例ニ於テ價額巨大ナル不動産ノ共有考タル會社ノ訴權ハ債權者ノ權利ニ關スルキハ不動産ト見做スヘシト定メタルハ誤謬ノ甚シキモノナリ(一)然リト雖モ會社ノ業務一旦終了シ其解散スルニ當テハ社員ノ未分ノ部分ヲ以テ抵當ト爲スト得ヘク敢テ其部分ノ未分ノ故ニ其之ヲ抵當ト爲スト拒ムコトヲ得ス又未分ノ部分ハ全ク動産タル株式ニ過キスト謂フヘカラサルナリ(二)加之會社ノ未タ設立セス株式毫モ發行セサル間即チ會社ノ尙ホ豫約ノ狀態ニ在ル以上ハ亦抵當ヲ設定スルコトヲ得ヘキナリ(三)然レモ一旦會社ヲ設立シ其業務ヲ舉行スルニ至ルヤ株式若クハ股分ハ會社ニ屬スル不動産ノ價額如何ヲ論セス又會社ノ目的其不動産ヲ利用スルニ在ルニ關ハラス純然動産タルモノナリ何トナレハ不動産ノ共有者タルモノハ會社ニシテ其社員ハ孰レモ其所有權ヲ分有スルモノニアラス各自ノ股分若クハ其株式ニ偏ヘニ動産タル利益ヲ得ルヲ旨トスルモノナレハナリ是ヲ以テ株式若クハ股分ハ動産タルノ性質ヲ有シ抵當タルコト能ハサルモノナリ(四)

(一) 巴黎控訴院千八百九年二月十七日判決

(二) 大審院千八百四十七年二月八日棄却(シ)レノ及ヒドヴヰルヌイヴ四十八年第一部第四十三頁)

(三) ドウエー控訴院千八百三十九年十一月二十七日判決(シ)レノ及ヒドヴヰルヌイヴ四十年第二部第二百六頁)

(四) 大審院千八百二十四年四月十四日棄却(ト)ッールイヴ控訴院千八百二十年七月三十一日判決

以上ヲ本則トス然レモ茲ニ特殊ノ法令ヲ以テ設ケタル法律ノ規定ニ因ル不動産ト稱スル財産アリ

第一佛蘭西銀行ノ株式ニ關シテハ千八百八年一月十六日ノ法令ヲ以テ例外ヲ設ケタリ其第七條ニ曰ハク「株主其株式ニ不動産タルノ性質ヲ附與セント欲スルキハ之ヲ爲スノ權アリ此場合ニ於テハ株主ハ移轉ノ爲メニ制定シタル法式ニ從ヒ此旨ヲ申立ヘシトタヒ此申立ヲ帳簿ニ記入スルルハ不動産タル株式ハ土地所有權ノ如ク民法並ニ先取特權及ヒ抵當ノ法則ニ依遵シ之ヲ讓渡シ又ハ其先取特權及ヒ抵當ヲ滌除スルニハ民法及ヒ土地所有權ノ先取特權及ヒ抵當ニ關スル法律ニ從フヘシト」

又「オルレアン」及「ナルアン」堀割會社ノ株式及ヒ利札ニ關シテモ亦千八百十年三月十六

日ノ法令ヲ以テ例外ヲ設ケタリ其第十三條ニ曰ハク「オルンアン」及「ルアン」掘割會社ノ株式ヲ不動産トシ之ヲ讓渡シ之ヲ處分シ且收益スルニ就テハ佛蘭西銀行ノ株式ト同一視スヘシト然レモ千八百六十年八月一日ノ法律ヲ以テ該株式ノ買戻ヲ認許シ千八百六十三年五月二十日ノ法律ヲ以テ之ヲ決行シタルカ故ニ現時ハ佛蘭西銀行ノ不動産タル株式ニ關スルノ例外ナシ故ニ其株式ハ第二千百十八條ノ例記中ニ追加スヘキモノナリ

(四〇二) 其レ然リ此株式タル土地所有權ヲ支配スル規則ニ依遵スヘキカ故ニ亦其不動産タル限リハ登記法ノ條例ニ從フヘキモノトス故ニ讓渡ハ抵當保存人ノ帳簿上ニ登記スルニアラサレハ第三者ニ對シ効力ヲ有スルコトヲ得ス(一)

(二) トロ、ン(登記第九十號)○リビエール及ユグー(第三百二十五號)

(四〇三) 然レモ右ノ株式ニシテ不動産タルノ條件ヲ失フキハ更ニ其動産タルノ原質ヲ復シ右ノ効果亦共ニ廢絶スヘシ只如何シテ其不動産タルノ條件ヲ失フノ點ニ至テハ前記ノ法令ニ定ムル所ナキカ故ニ論者中讓渡ヲ以テ之ヲ説キ苟モ株式ヲ讓渡シタルキハ新所有者自ラ法令ニ定メタル條件ヲ履行スルニアラサレハ其不動産タルノ條件ヲ維持スルコト能ハスト唱ヘタル者アリ然レモ是レ大審院ノ棄却セシ所ニシテ亦當然ノ理ナ

リ(一)故ニ其不動産タルノ性質ハ讓渡ニ關ハラス繼續スルモノニシテ賣買ノ時ニ當リ當事者ノ意思然ラサルコト明示スルニアラサレハ之ヲ失ハサルモノトス

(一) 願訴局千八百三十二年五月十二日判決(シネー及ドビルヌーヴ三十三年第一部第五百十七頁)○トモロンア第十九卷第三百八十七號

且當事者ノ意思ノ發表ノミニテハ未ダ以テ足レリトセス尙ホ千八百三十四年五月十七日ノ法律ヲ以テ其特殊ノ法式ヲ定メタリ其第五條ニ曰ク「佛蘭西銀行ノ不動産トナリタル株式ノ所有者ニシテ其株式ヲシテ動産タルノ原質ヲ復セシメント欲スル者ハ其旨ヲ銀行ニ申立ヘシ其申立中ニハ請求者株式ヲ所有スル旨ヲ證明シ之ヲ巴黎ノ抵當局ニ登記シ且場合ニ依リテ不動産賣買契約ニ必要ナル法律上ノ滌除ノ法式ニ從フヘシ○其株式ノ移轉ハ諸種ノ抵當ヲ滌除スルカ爲メ法律ニ定メタル法式ヲ履行シタル旨ヲ銀行ニ證明シタル後ニアラサレハ之ヲ行フコトヲ得ス」ト

第二千百三十三條 獲得シタル抵當ハ抵當不動産ニ加ハリタル一切ノ改良ニ推及ス

要領

〔壹〕第四百四號 獲得シタル抵當ハ不動産ニ加ハリタル一切ノ改良ニ推及ス○此規則ハ合意上ノ抵當ノ章ニ記載スト雖モ亦一切ノ抵當ニ普通ナルモノナリ

〔貳〕第四百五號 本則ハ自然ト偶然トノ一切ノ改良ニ適用スルモノナリ

第四百六號 本則ハ土地ノ増加即チ漸積地流水ノ退去ニ因リ現出セル乾涸地並ニ水流ノ爲メ土地ヨリ割去シ下流ノ地ニ遷移シタル上流地ノ部分、水流中ニ現出セル洲及ヒ水流ノ床ヲ變シテ拋棄シタル舊床ニ適用スルモノナリ

第四百七號 又本則ハ責任ノ消滅例ヘハ地役ノ消滅ヨリ生スル利益ニ適用スルモノナリ
○權利併合ニ因リ利益權消滅シタル場合ニ於テハ嘗テ虛有權ニ繫着シタル抵當ハ其改良ノ利益ヲ受クヘシト雖モ其抵當用益ノミニ繫着シタリシキハ虛有權ニ推及スルコト能ハサルナリ

第四百八號 又本則ハ不動産ノ等位ヲ上進スル改良ニ因テ生スル價額ノ増加ニ適用スルモノナリ

〔參〕第四百九號 人工ニ因ル改良モ亦第三者ノ所爲ニ係ルキハ自然若クハ偶然ノ改良ノ如ク抵當ニ利益ヲ加フルモノナリ

第四百十號 空地ニ築造シタル建物モ亦人工ニ因ル改良中ニ包含スヘキモノトス

〔肆〕第四百十一號 本則ハ一個ノ土地ノ所有者他ノ土地ヲ獲得シ之ヲ併合シタル場合ニ適用スヘカラス縱令更ニ獲得シタル土地ヲ同一ノ繞圍中ニ置クモ亦然リ

〔壹〕(四〇四) 第二千百十八條ノ抵當トスルヲ得ヘシト認メタル不動産中偶然ノ因由又

ハ人ノ所爲ニ因リ改良増價タルヲ得ヘキモノアリ例ヘハ沿岸地ノ如キハ其水濱ニ寄洲ノ堆積シテ之ヲ増加スルコトアルヘク又或ハ道路遠ク交通不便ナリシ土地更ニ新道ノ開築ニ遭フテ大ニ價額ヲ増加スルコトアルヘク又或ハ大半壞廢セサル家屋ノ修復ニ因リ殆ト新築ノ如キ價額ヲ有スルニ至ルコトアルヘシ此ノ如キ改良ハ嘗テ其不動産上ニ存スル抵當ニ利益ヲ及ホスモノトス是レ本條ニ定ムル所ナリ此點ニ就テモ亦本法ハ先取特權及ヒ抵當ニ關スル諸點ニ於ケルカ如ク共和七年霧月十一日ノ法律ヲ模範トシタルモノニシテ共和七年ノ法律モ亦羅馬法ニ定メタル原則ヲ照寫シタルモノナリ(就中羅馬會典質及ヒ抵當ノ第十六律及ヒ第十八律第一項ヲ參觀スヘシ)然レモ本法ノ編纂者ノ模範トシタルモノハ共和七年霧月十一日ノ法律ニシテ合意上ノ抵當ニ關スル節中ニ本條ノ擴張規則ヲ設ケタルハ即チ其證ナリ蓋シ同法ニ於テハ合意上ノ抵當ニ關シテノミ單リ此規則ヲ定メタリ

然リ而シテ霧月ノ法律ニ於テハ解説スル能ハサルニアラサルモノニシテ那破翁法典ニ於テハ大ニ解説ニ困ムモノアリ蓋シ霧月ノ法律ノ編纂者ハ特殊ノ原則ヲ定メタルト共ニ同一ノ律文中ニ任意ヲ以テ約束シタル抵當ハ「約束ノ時ニ當リ債務者ニ屬スル財産ニ

繋着スルニ過キス然レモ之ニ加フル所ノ一切ノ改良ニ推及スト云ヘリ斯ノ如ク文辭ト思想ト相牽連セルヨリ同法ハ特ニ債務者約束ノ時ニ當リ自己ニ屬スル不動産上ニアラサレハ抵當ト爲スト能ハサルヲ原則トスルモ亦此原則ヲ過當ニ擴張シテ將來其所有權ノ改良スルコアルモ債務者ハ抵當約束ノ時ニ當リ其改良ノ自己ニ屬セサルヲ唱ヘ抵當附債權者ニ其利益ヲ與フルコトヲ拒絕スル能ハサル旨ヲ示スト以テ目的トシタルコトヲ知ルヲ得ヘシ

然ルニ那破翁法典ハ霧月ノ法律ニ於ケルカ如クナラヌ同法ニ併記シタル事ヲ分記シタリ即チ那破翁法典ハ第一抵當ヲ附與スルカ爲メニハ現ニ不動産ノ所有者タルヲ要スルノ原則ヲ定メ第二千二百二十九條ニ於テ之ヲ確實シ而シ二三ノ律條ヲ置キ二個ノ例外ヲ設ケタル後更ニ第二千二百三十三條ニ至リ特ニ前諸條ト別異ナル條件ヲ置キ「獲得シタル抵當ハ抵當不動産ニ加ハリタル一切ノ改良ニ推及ス」ト云ヘリ是ニ由テ之ヲ觀レハ本條ハ其模範タル共和七年霧月法律ノ如ク相對的ニシテ狹隘ナル意義ヲ以テ之ヲ解スルコト能ハス本法ノ立法者此趣意ヲ分離シ特ニ一條ヲ設ケテ之ヲ規定シタルハ即チ羅馬法ニ起因セル擴張ノ規則ヲ定メント欲シタルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ此規則タル物件ノ増加ヲ以テ物件ト共ニ存スルモノトシ其合夥セル物ニ係ル抵當ノ効チ之ニ及

スモノナリ然ルニ此擴張ノ規則タル單ニ抵當ノ一個ノ原因ニ固有ナルモノニアラス一切ノ抵當ニ普通ニシテ合意上ノ抵當タルト裁判上又ハ法律上ノ抵當タルトヲ問ハス均ク之ニ適用スヘキモノナリ(一)是ヲ以テ此規則ヲ合意上ニ關スル節中ニ掲載シタルハ理由ナキコトニシテ此規則タル不動産上ニ設定シタル抵當ハ不動産ト見做サレタル附從物ニ推及スト云ヘル第二千一百八十八條ト其趣旨ヲ同フスルカ故ニ同條中ニ記載スヘキモノナリ(二)是レ余輩ノ本條ノ位置ヲ設定セル第三節中ニ於テ之ヲ論セス之ヲ以テ結果トスル所ノ第二千一百八十八條ノ後ニ直チニ之ヲ論定スル所以ナリ

(一) チュラントン(第十九卷第三百八十九號)○マルトウ(第七百二十六號)

(二) 千八百五十一年十二月十六日ノ白耳義法ノ編纂者ハ此二條ヲ一條トシタリ即チ我カ第二千一百八十八條ニ應スル律條ノ一部分タリ即チ同條第四十五條第四項ニシテ同項ニ曰ハク「獲得シタル抵當ハ不動産ト看做サレタル附從物及ヒ抵當不動産ニ加ハリタル一切ノ改良ニ推及スト」○タルベツク註釋(第百十項)是ヨリ本則ノ適用ヲ詳述セシ

[貳](四〇五) 本則ハ第一抵當不動産ノ實價ヲ増加スル自然及ヒ偶然ノ一切ノ改良ニ適用スルモノニ其改良該不動産ノ容積ヲ増加スルニ在ルト其等位ヲ上進スルニ在ルト

管ア其價額ヲ減少シタル負担ヲ免除スルニ在ルトヲ問ハサルナリ是レ本則適用ノ梗概ナリ然レモ尙ホ數多ノ論議アルヲ免カニス以下詳細ニ入ラン

(四〇六) 第一此擴張規則ハ不動産ノ價額ヲ増加スル改良殊ニ那破翁法典第五百五十六條乃至第五百六十三條ニ認定シタル添附ノ場合ニ適用スルモノナリ又本條ノ討議ヲ爲スニ當テモ主トシテ此場合ヲ觀察シタリ此討議ヲ誤解スルモノアルカ故ニ今之ヲ掲出スルハ敢テ無益ニアラサルナリ其討議ニ曰ハク

「カリー氏説明ヲ請フテ曰ハク若シ抵當トセル不動産漸積地ヲ生シタルニ因リ又ハ之ニ沿フ水流ノ方向變シタルニ因リ大ニ價額ヲ増加シタルキハ其抵當亦増加ニ推及スヘキヤト此問題ハ管テ

○トレヤール曰ハク漸積地ニ因リ生シタル増加ハ之ヲ計量スヘカラスシテ土地ノ一分トナルモノナリ故ニ其抵當ニ係ルヘキヤ敢テ疑ヲ容レズ然レモ非常ノ事變ニ因リ生シタル増加其土地ニ著大ノ廣袤ヲ加ヘ新舊地ヲ分離スルヲ得ルキハ之ニ異ナルヘシト○トロンシェー曰ハク民法ノ諸條ニ於テ主タル物ノ附從物ト看做スヘキモノヲ記載シタリ而シテ其附從物一旦物ト合躰スルヤ其物ニ係ル負擔ヲ受クヘキモノナリト○本條採用セラレタリ(一)

(一) ロクレー(民法第十六卷第二百五十五頁)○フチー(編纂錄第十五卷第三百六十一頁 第三百六十二頁)

是ニ由テ觀ルコトトレイヤール氏ノ陳ヘタル區別ハ右ノ問題ヲ決スヘキモノニアラス只同氏ノ論中民法ノ條項ニ定メタル添附權ノ原則ト適從スル所ノ點ニ就テハ之ヲ決スルノ理由トスヘシ抑々本條ヨリ生スル諸般ノ問題ヲ決スルハ第一ニ民法ノ條項ニ依ルヘキナリ是レ「トロンシェー」ノ論シタル所ニシテ此論旨ニ從ヒ本條ヲ制定シタリシナリ以下此趣旨ニ從ヒ抵當不動産ニ及ホシタル増加ヨリ生スル改良ニ本條ノ擴張規則ヲ適用スルハ如何ナル程度内ニ於テスヘキカヲ詳説セン

第一此規則タル漸積ニ因ル増加ニ適用スヘキヤ毫モ疑議ヲ容レサルナリ此増加タル「ルナロン」ノ言ニ由ルニ植物ノ増加ト同ク其時ヲ差別スルヲ得ス又不動産ト分離スルヲ得サルモノナリ(ニ)故ニ不動産上ニ存スル抵當ハ漸積地ニ因リ生シタル増加ノ利益ヲ受クヘク其延長如何ヲ問ハス加之其土地ノ舟筏ヲ通スヘキ河川ニ沿フト舟筏ヲ通スルヲ得サル水流ニ沿フト區別スヘキニアラス何トナレハ第五百五十六條ニ漸積地ノ利益ハ此二箇ノ場合ヲ區別セスシテ全ク沿岸所有者ノ得ヘキ所トシ唯第二ノ場合ニ於テ規則ニ從ヒ曳船路ヲ除クヘシトスルニ止マリタレハナリ

(一) ルフロン(共通財團第一編第二節第三款第五號)

又本則ハ水流ノ此岸ヨリ彼岸ニ退去シタルニ因リ自ラ生シタル乾涸地ニ適用スヘキヤ亦疑ヲ容レサルナリ蓋シ第五百五十七條ニ依ルニ乾涸シタル河岸ノ所有者ハ其乾涸地ノ利益ヲ得對岸ノ所有者ハ其失フタル土地ノ部分ヲ請求スルヲ得サルモノトス故ニ其増加ハ乾涸シタル河岸所有地ノ抵當ヲ有スル債權者ノ利益トナルヘシ

然レモ舟筏ヲ通スヘキモノト否トヲ問ハス水流激揚シテ突然沿岸地ノ著キ部分ヲ割去シ之ヲ下流又ハ對岸ニ遷移シタルモハ其流割地ハ其添附ヲ受ケタル土地ノ抵當ヲ有スル債權者ノ利益トナルヘキカ是レ第五百五十九條ニ規定シタル添附ノ場合ニ係ル問題ニシテ之ヲ斷定スル較困難ナリトス第一其添附完全ナルヲ即チ割去セラレタル部分ノ附着シタル土地ノ所有者其部分ヲ占有シ割去セラレタル所有者第五百五十九條ニ定メタル期限内ニ之ヲ請求セザリシヲ假定スルヲ要ス此場合ニ於テハ其添附タル漸次行ハレタルモノニアラス又所有權ノ其部分ヲ併合スルカ故ニ行ハル、ニアラスシテ突然土地ノ部分ヲ他ノ土地ニ附着セル偶然ノ効果ニ因リ行ハル、モノト謂フヘシ故ニ是レ一ノ新獲得物ニシテ其土地ニ密着合躰スルモノニアラスルニ因リ其土地上ニ存スル抵當之ヲ利益スルヲ得スト謂テ得ルカ如シ然レモ余輩ハ此説ヲ採ラサルナリ是レ嘗テ

前ニ陳ヘタル如ク「トレイヤール」氏ノ本條ヲ解釋スルニ當リ陳ヘタル所ノ例外ナルモ本條ノ解釋ハ添附ニ關スル那破翁法典ノ原則ニ依リ定ムヘシトノ趣意ニ因リ此例外遂ニ排除セラレタリ而シテ此場合タル那破翁法典ニ規定シタル添附ノ場合ノ一ニシテ同法ノ此場合ニ於テ割去セラレタル土壤ヲ併合セル土地ノ所有者ニ附與スル權利ハ一年ノ占有ニ因リ確定ノ合躰アリタリトノ趣意ニ基クモノナリ法律ハ舊所有者占有ヲ失フモ默過シ新所有者占有シタルニ因リ其物ノ合躰完了スルモハ全ク新舊土壤ノ併合アルモノニシテ爾後之ヲ分離スルヲ得サルモノト見做シタルモノナリ此理由タル占有ヲ失フタル債務者其所有權ヲ回復スルノ權ヲ失フ所以ニシテ又増價ヲ得タル所有者ノ債權者ノ抵當其債務者ノ所有權ニ増加シタル部分ニ推及スヘキ所以ナリ(四)

(三) ムールロン(民法覆義第二卷第四百七十八頁)○パッタウール(共通財團第一卷第二百二十號)○グロース(法律類聚第十卷第百八十九頁第四十八號)

(四) グルニエー(第一卷第百四十八號)○チュラントン第十九卷第二百五十七號)又河川ノ床ニ生出シタル島嶼及ヒ洲ニ就テモ亦之ニ同シ只其所有權ニ關シテハ法律ノ定メタル區別ニ從フヘキモノトス蓋シ舟筏ノ通スヘキ河川ノ床ニ生出シタル島嶼及ヒ洲ハ反對ノ證明又ハ時効ナキモハ國ニ屬スルモノナリ之ニ反シ舟筏ノ通スヘカラサル

河川中ニ生出シタル島嶼及ヒ洲ハ其生出シタル一方ノ沿岸所有者ニ屬シ又其一方ニ偏セサルキハ河川ノ中心ニ分割線ヲ設ケ之ヲ兩斷シ兩岸所有者ニ屬スルモノトス(那破翁法典第五百六十條第五百六十一條)蓋シ沿岸所有者法律ニ指示シタル範圍ニ從ヒ河川中ニ生出シタル島嶼ヲ獲得スルヲ得ルハ其河川ニ沿フ土地ノ所有權ヲ有スルカ故ニシテ偏ニ此理由ニ出ツルモノナリ是ヲ以テ其島嶼又ハ洲ハ之ヲ新生ノ土地ト謂フヘカラス故ニ其主タル物タル沿岸地上ニ存スル抵當ハ從タル物ニ過キサル嶋嶼ニ推及スヘキナリ(五)

(五) グルニエー(同前)○チユラントン(同前)○ムールロン(法律覆義第三卷第四百七十八頁)○然レモベルシー(第二百二十三條第三號)グロース(第九卷第百二十一項第十七號)マルトウー第七百二十九號)ハ反對說ヲ唱ヘタリ

又第五百六十三條ニ規定シタル場合ニ於テ河川ノ舟筏ヲ通スヘキト否トヲ問ハス其水路ヲ變シ舊床ノ乾涸シタルキハ新水路ノ轉生シタル土地上ニ存シタル抵當ハ其所有者ニ賠償トシテ附與スル所ノ舊床ニ其効ヲ及ホスヘキモトス場合ニ於テハ其實添附アリト謂フヘカラスト雖モ亦舊床ハ賠償名義ヲ以テ新床ノ爲メ土地ヲ失フタル所有者モ附與スルモノニシテ而シテ抵當附債權者モ亦其債務者ノ土地ヲ減少シタル水路變轉ノ爲

メ自己ノ擔保ヲ損傷セラレタルカ故ニ之ニ代フルニ同種類ノ賠償物抵當附債權者ノ利得スル所トナルヘキヤ至當ナリ(若シ金額ヲ以テ其賠償ト爲スキハ其趣之ニ異ナルモノトス(下第二百三十一條ヲ參觀スヘシ)(六)

(六) ベルシー(同前第四號)○ムールロン(同前)○「マルトウー」ハ反對說ヲ唱ヘタリ(第七百二十八號)

(四〇七) 第二本條ノ擴張規則ハ多少抵當不動産ノ價額ヲ減シタリシ責任ノ消滅ヨリ生スル利益ニ適用スルモノナリ

例ヘハ抵當ニ供シタル不動産上管ア地役權ノ存スルアリシモ時効ニ因リ消滅シ而シテ其不動産地役消滅前ニ在テハ二万五千法ノ價アルニ過キザリシニ其地役消滅シタルカ爲メ三万五千法ヲ以テ賣却スルヲ得タルキノ如シ此増價タル抵當附債權者ノ利得スル所タルヤ毫モ疑ヲ存セサルナリ

然レモ其他ノ所有權ノ支分權就中用益權ニ關スルキ虛有權ト用益權ト同一人ノ手裡ニ併合シ所有權ヲシテ更ニ完全ナラシムル所ノ事件ハ抵當附債權者ノ利益トナルヘキカ此點ニ就テハ論者明カニ區別ヲ設ケタリ例ヘハ甲不動産ヲ有シタリシニ遺言シテ乙ニ其所有權ヲ與ヘ丙ニ用益權ヲ與ヘタリ而シテ乙丙兩者其贈遺ヲ受ケタル後乙一万二千

法ノ金額ヲ借用シ其抵保トシテ虛有權ヲ抵當ト爲シタリ爾後用益權ノ受遺者ナル丙死去シ用益權其死去ニ因リ消滅シ更ニ乙ノ虛有權ト合併シタリ(那破翁法典第六百十七條)此場合ニ於テ乙所有權ノ徵收ヲ被リ不動產ノ完全所有權賣却シタルニ緩カニ一万余法ノ金額ヲ得ルニ過キサリシ此場合ニ於テハ乙ノ抵當附債權者ハ費用其他先取特權アル債權ヲ扣除シタル後其代價ニ付キ殘存スル所ノモノヲ以テ盡ク其債權ノ辨濟ニ供スルヲ得ヘキカ乙ノ尋常債權者ハ此場合ニ於テハ須ラク精算ヲ爲スヘク抵當附債權者ハ虛有權ノミヲ以テ抵當トシタリシニ過キサルニ因リ用益權ノ價格ニ對スル代價ニ就テハ之カ爲メ優先セラル、トアルヘカラスト稱スルヲ得ヘキカ蓋シ尋常債權者斯ノ如キ申立ヲ爲スヲ能ハサルヤ明カナリ是レ一般ノ論說ナリ(一)蓋シ右ノ場合ニ於テハ用益權虛有者ノ有スル虛有權ニ併合スルモノナリ而シテ所有權ハ主タル權利ニシテ用益權ハ從タル權利ニ置カサルカ故ニ所有權上ニ設定シタル抵當ハ從タルモノニ推及シ爾後之ニ繋着スルニ漸積地ニ繋着スルカ如クナルヘキナリ

又權利ノ併合用益者ノ死去ニ因ラスレテ虛有者用益權ヲ獲得シタルニ因ルキニテモ其

結果ハ同一ナリ故ニ此場合ニ於テモ亦既ニ虛有權上ニ存シタル抵當ハ用益權ニ推及繋着スヘカラサルノ理由アラサルナリ(二)

- (一) アルペンクル(第三卷第二百九十二頁第四號)○クルニエー(第一卷第四百四號)○ダローズ(第九卷第二百二十三頁第十九號)○パッチール(第二卷第二百十八號)○トロ、ン(第五百五十一號)○デュラントン(第十九卷第二百六十五號)○マルトウー(第七百三十一號)

(二) 然レモ「パッチール」ハ反對說ヲ唱ヘタリ(同前)

然レモ亦事例ヲ變シ用益者タル丙金額ヲ借用シ其用益權上ニ抵當ヲ設定シ次ヒテ乙ノ受遺シタル虛有權ヲ買取リ其用益權ト虛有權トヲ併有スルニ至リテ徵收ヲ被リタルキハ其用益權ニ繋着シタリシ抵當ハ如何ナルヘキカ第一其抵當ノ消滅セザリシハ管テ之ヲ論明シタル所ナリ(第三百八十三號)此場合ニ於テハ用益權那破翁法典第六百十七條ニ因リ消滅スルモ是レ單ニ用益者ト虛有者トノ關係ニ於ケルノミコシテ用益者ノ第三者ニ附與シタル權利ニ關スルモノニアラス故ニ抵當ハ依然存立スルモノナリ然レモ如何ナル區域ヲ以テ存立スルカ其抵當ハ虛有權ニ推及スルニ至ルモノナルカ曰ハク否此場合ニ於テハ虛有權用益權ニ併合シタルモノナルカ故ニ主タル物從タル物ニ從フノ

理アラサルナリ是レ亦一般ノ説ナリトス(三)

(三) グルニエー(第一卷第四百十六號)○ダロース(同前第二十號)○トロハン(第五百五十三號ノ二)○マルトリー(同前)○然レモダラントン氏ハ反對説ヲ唱ヘタリ(同前)

(三〇八) 又余輩ハ本條ニ定メタル法則第一ノ適用トシテ抵當附債權者ハ其抵當不動産ノ等位ヲ上進スル改良ノ利益ヲ得ルモノナリト云ヘリ是レ尤モ賭易ノ理タリ

例ヘハ甲ノ家屋巴黎ノ邊隅ニ僻在セシモ近ク公益事業ノ起リタルカ爲メ一ノ街衢ニ面シ又ハ一ノ新道ニ接スルニ至リ其家工事竣工前ニ在ツテハ五万法ノ價アルニ過キサリシモ工事後ニ至リ十万法ノ價ヲ得タリ此増價タル所有者ノ利益タルト同シク亦其抵當附債權者ニ利益タルヘク其擔保ハ不動産ノ増價ニ從ヒ亦共ニ増價スルモノニシテ尋常債權者ハ徵收ノ場合ニ於テ之ニ對シ苦情ヲ陳フルコト能ハサルナリ

又例ヘハ乙ノ所有地陝邑ニ在リテ且交通ノ不便極リナク之ヲ利用スルノ費用夥多ニシテ殆ト之ヲ利用スルコト能ハサルカ爲メ價額甚タ低カリシニ道路更ニ開通シ鐵道新ニ敷設セシヨリ大ニ其價額ヲ加ヘリ此増價モ亦其不動産上ニ存シタル抵當ニ及ホスモノニシテ當初殆ト無効ナリシモノ更ニ重要ナル擔保トナルヘキナリ

此他諸般ノ事例ヲ設クルヲ得ヘキモ以上陳フル所ニ依リ此第一ノ適用ハ既ニ明瞭ナル

ヲ以テ余輩敢テ更ニ贅辯ヲ用井ス

[參](四〇九) 又自然若ハ偶然ノ改良ノ外人造ノ改良即チ人ノ所爲ニ出ツル所ノ改良アリ債務者ノ所爲ニ出ツル改良ハ總テ人造ノ改良ニ屬スルモノナリ第三占有者ノ所爲ニ出タル改良ニ至テモ亦然リ例ヘハ抵當ニ係リタル不動産債務者ヨリ獲得者ニ移リタルモ其獲得者ハ所有權ヲ滌除スルカ爲メ必要ナル法式ヲ履行スルヲ忽カセニシタルハ那破翁法典第一千六百七十七條以下ノ効ヲ被ルヘキナリ而シテ其不動産ヲ占有スルキニ當リ之ヲ修復シ又ハ植付ヲ爲シ以テ大ニ其價額ヲ増價セシメタリ此増價タル亦本條ノ範圍内ニアルモノニシテ本條ハ何等ノ區別モナク獲得シタル抵當ハ抵當不動産ニ加ハリタル一切ノ改良ニ推及スルモノナリト定メタルカ故ニ第三所持者ノ改良ハ債務者自ラ其行フタル改良ト同ク債務者ノ設定シタル抵當ニ係ルヘキモノトス只法律ハ公義ニ從ヒ第三占有者ヲシテ不動産ニ加ヘタル増價ヲ限リ其費用ヲ回收スルコトヲ得セシメタリ此事ニ關シテハ猶ホ第一千七百七十五條ヲ釋明スルニ至リ更ニ之ヲ論スヘシ今ヤ只一ノ點ヲ記臆スヘキノミ即チ此擴張ノ規則ハ人ノ所爲ニ出ツル改良ニ適用シ而シテ其抵當不動産所有者ノ所爲ニ出テタルト第三所持者ノ所爲ニ出テタルトヲ問フニ及ハサルコト是ナリ以上陳フル所ハ未ダ嘗テ疑ヲ容レサル所ナリ

(四一〇) 只斷定シ易カラサルモノハ改良ナル語ノ意義如何ニ在リ然レモ亦敢テ難シトスルニ足ラス

蓋シ物件ノ改良ハ其工事ノ重要如何ニ拘ハラヌ又其變態ノ如何ニ拘ハラヌ本條ヲ適用スヘキ改良タルモノナリ例ヘハ池沼ヲ乾涸シ又ハ荒野ヲ開墾シテ田園トシ不毛ノ地ヲ開拓シテ樹木ヲ植栽シ將ニ崩壞セントスル家屋ヲ充分ニ修復シ狹隘ナル家屋ヲ増築シ又ハ層樓ヲ加フル等ノ如キ總テ改良タルモノニシテ皆抵當ノ利得トナルヘキモノナリ是レ諸論者ノ普テ許ス所ナリ

然レモ抵當ノ繫着スル不動産空地ナリシニ之ニ高價重要ノ建物ヲ築造シタルモ如何此築造ヲ以テ所謂改良ト爲スヘキカ論者各其説ヲ異ニセリ然レモ深ク其實ヲ考フルニ亦疑ヲ挾ムヘキモノナシ蓋シ本條ノ適用ヲ規定スヘキハ前ニモ陳ヘタル如ク添附權ノ原則ニ依ルヘキナリ(上第四百六號)而シテ

トハ添附權ノ確然タル法則ナリ又法典ノ編纂者添附ノ權利ヲ其効果ニ就キ義解スルニ當リ明言シテ曰ハク動産又ハ不動産物ノ所有權ハ其生スル所ノ諸物上及ヒ自然若クハ人工ニ因リ之ニ附從トシ合體スル所ノ物ノ上ニ權利ヲ附與スト(第五百四十六條)是ニ由テ之ヲ觀レハ論者中建物ヲ以テ特ニ一種ノ物件トシ之ヲ以テ土地ノ改良ト見做サス

全ク之ト無關係ナル一ノ創出物ト見做ス者ノ説ハ其當リ得タルモノニアラサルヲ知ルヘク(一)亦共ニ原則ト相背馳スルモノナリ土地上ニ築造シタル建物ハ其價額ノ如何ニ高貴ナルモ視テ土地ト同一眺ニ過キスト做スヘク法律ノ趣意ハ之ヲ以テ其附從トスルニ過キサルヲ實ニ明瞭ナリ是ヲ以テ土地ニ繫着スル抵當ハ其建物ニ推及スルヲ恰モ其一切ノ改良ニ推及スルカ如クナルヘキヤ明カナリ故ニ論者概テ此説ヲ是認シタリ

(一) タロース(同前第十五號)○タウリニ(第二卷第三百十五頁及ヒ第三百十六頁同第七卷第二百六十九頁)○巴黎控訴院千八百三十四年三月六日判決(シレノ)及ヒトウサルヌーヴ三十四年第二部第三百八頁)○第百九十七號ニ引證シタルリヨソ控訴院千八百三十五年一月二十六日判決及ヒ千八百四十一年ノ諮問會ノキニ當リグルノーブル法科大學ノ提出シタル意見(編纂錄第三卷第三百四十八頁以下)

(二) グルニエ(第一卷第四百七十七號)デュラント(第十九卷第二百十八號)○ムールロソ(民法覆義第三卷第二百七十七頁)○トロソ(第五百五十一號)○マルトロー(第七百五十二號)○アウブリ及ヒラウ(第二卷第八百四十六頁)○マッセー及ヴヰルゼー註サカリエ(第五卷第二百三十一頁註第二)○巴黎控訴院モ亦其前註ニ引證シタル判決ヲ以テ認定シタリシ説ヲ株守セス千八百三十六年七月二日ノ判決及ヒ千八百三十七

年一月十八日ノ判決ヲ以テ反對ノ趣意ヲ裁定シタリ○願訴局千八百三十三年四月十日判決○ブールジュ控訴院千八百五十一年二月三日判決○レンヌ控訴院千八百五十一年十一月二十六日判決及ヒ千八百六十六年二月十六日判決(ジュールナールチュエパネー千八百三十七年第一頁第三百十頁第三百十二頁同千八百五十一年第一卷第四百七十一頁同千八百五十二年第二部第七十五頁同千八百六十七年第二百十九頁○シレー及トヴザルヌーヴ第二部第四十五頁)

〔肆(四一)〕 以上本則ノ適用ヲ詳述シタリ今ヤ須ラク一ノ注意スヘキモノアリ即チ此規則タル新ナル獲得又ハ一ノ土地ノ所有者其地域ヲ廣フセント欲シ接近セル他ノ土地ヲ獲得シタルヨリ生スル増價ノ場合ニ適用スヘキモノニアラサルコト是レナリ

例ヘハ甲其土地ヲ抵當ト爲シタル後其隣接ノ地所ヲ買取リ之ト合併シテ一枚ノ所有地ト爲セリ然レモ甲ノ在來地ニ附シタリシ抵當ハ其後ニ獲得シタル土地ニ推及セサルヤ明カナリ此場合ニ於テハ二個ノ土地ノ併合ハ只甲ノ意思ニ於テ之ヲ一緒ニ歸シタルニ過キスシテ其實後ニ獲得シタル土地ハ其前ニ所有シタリシ土地ト全ク相異ナリ其獲得後ニ至ルモ亦尙ホ其以前ニ於ケルカ如ク能ク之ヲ分別スルヲ得ヘキナリ
又例ヘハ甲「エクタール」ノ土地ヲ以テ抵當トシ爾後更ニ隣地ヨリ「エクタール」ノ面積

ヲ買取リ之ヲ舊所有地ト併合シ之ニ一連ノ繞圍ヲ施セリ然レモ抵當ハ甲ノ嘗テ抵當ト爲シタル「エクタール」上ニ存スルニ過キス其圍繞セル土地ノ面積増加シタリト雖モ之ヲ組成スル二個ノ部分ハ全ク別異ニシテ抵當ノ點ニ就テ之ヲ見レハ何レモ主タルモノニアラス又從タルモノニアラサルナリ
是レ余輩ノ嘗テ婚姻中配耦者ノ一人ニ屬スル不動産ノ増加シタルキ其固有財産タルヤ否ヤノ問題ヲ考究スルニ當リ吐露シタル所ノ說ニシテ余輩ハ二三論者ノ第一千九條ニ贈遺ノ事ニ關シテハ右ノ狀況ヲ以テ更ニ獲得シタル土地ヲ贈遺中ニ包含セシムルニ足ルモノトセルニ基キ反對說ヲ唱ヘタルニ拘ハラズ尙ホ消極說ヲ主張シタリ(一)又抵當ノ存立ニ關シテモ或ハ同條ヲ論據トシ反對說ヲ唱フル者アルヘシト雖モ抵當ニ關スルト贈遺ニ關スルトハ其規則同一ナルヘカラス蓋シ贈遺ニ關シテハ意思ノ酌量ヲ主要トシ受遺者ノ爲メニ推定利益アルモノニシテ贈遺者更ニ獲得シタル土地ヲ贈遺セサルヲ欲スルキハ之ヲ除却スルコトヲ得ヘカリシニ遂ニ之ヲ除却セサリシハ全ク之ヲ贈遺スルノ意思ナリト見做サルヘキナリ然ルニ抵當ノ事ニ關シテハ其規則全ク法律ノ限定セル所ニシテ敢テ當事者ノ意思如何ヲ考究スルニ及ハスニ之ヲ適用スヘキナリ而シテ本條ニ定メタル擴張ノ規則ハ改良及ヒ増價ノ眞ノ添附即チ實際現實ノ併合ニ出ツルコトヲ

假定シタルモノナリ然ルニ茲ニ論スル所ノ場合ニ於テハ添附併合アラズ二個ノ別異ナル所有權アリテ孰レモ從タルモノニアラス各々主タルモノナリ

第二百十九條 動産ニハ抵當ニ依ル追躡權ナシ

要領

〔壹〕第四百十二號 羅馬法ニ於テハ動産モ亦不動産ノ如ク抵當ト爲ステ得タリ

第四百十三號 佛蘭西ニ於テハ慣例ヲ遵奉セル諸州ノ普通法ハ幾クナラスシテ動産ノ

抵當ヲ止シタリ然レモ尙ホ二三ノ慣例ハ或ル制限ヲ設ケテ之ヲ保存シタリ

〔貳〕第四百十四號 第二百十九條ニ掲ケタル法則即チ動産ニハ抵當ニ依ル追躡權ナ

シトノ法則ハ本法ニ於テハ贅物ニ過サルナリ

第四百十五號 論者中本條ハ用方ニ因リ不動産トナリタルモ更ニ分離シテ再ヒ動産ト

爲リタル物件ヲ觀察シタルニ過キスト云フ者アレモ是レ誤謬ノ見解タリ

第四百十六號 此物件タル一タヒ動産ト爲ルニ於テハ抵當アル債權者ハ其物件上又其

代價上毫モ優先權ヲ行フコト能ハサルモノナリ

第四百十七號 然レモ抵當アル債權者ハ用方ニ因ル不動産更ニ動産トナリテ其擔保之

カ爲メニ減少スルコトヲ制止スルコトヲ得ルカ

第四百十八號 抵當不動産ノ差押ニ係リ而シテ其差押ノ登記ヲ經タル場合ニ於テハ所有

者ハ毫モ其不動産ヨリ取去スル所アルヲ得ス然レモ未タ差押アラサルキハ如何

第四百十九號 債務者タル所有者ハ不動産トナリタル物件ヲ賣却スルヲ得ヘキヤ明カ

ナリト雖モ未タ引渡アラサル限ハ抵當ヲ有スル債權者其取去ヲ拒止スルコトヲ得

第四百二十號 若シ賣却シタル物件ヲ獲得者ニ交附シ了リ而シテ其交附ノ詐欺ニ出テタ

ルニアラサルキハ一切ノ抵當訴權ヲ免ル、モノナリ若シ債務者之ヲ遷移シ假リニ第

三者ニ之ヲ交附シタルキハ抵當アル債權者ハ其物件ヲ回復スルコトヲ請求スルヲ得縱

令其差押ニ係リタルキト雖モ亦同シ况ンヤ惡意ノ第三獲得者ノ手裡ニ存スルキハ抵

當アル債權者之ヲ回復スルヲ得ヘキヤ勿論ナリ

〔肆〕第四百二十一號 右ニ論スル所ハ或ル場合ニ於テ性質ニ因ル不動産ニ適用スルコ

ト得例ヘハ所有者採伐ノ定期ナキ森林又ハ建物ノ木材ヲ賣渡シタルキノ如シ

第四百二十一號ノ二 又商法第九十條ニ於テ動産ハ抵當ニ依リ追躡權ナシトノ法則

ノ例外ヲ設ケタリ同條ニ依ルニ船舶ハ賣主ノ債務ニ充當シ殊ニ法律ニ於テ先取特權

アリト認メタル債務ニ充當スルヲ得ルモノトス

〔四一〕羅馬法ニ於テハ抵當ノ事項ニ關シ動産ト不動産トノ間ニ毫モ差異ヲ設ケス

二種ノ財産共ニ抵當タルヲ得ルモノナリシ故ニ凡テ賣却スルコトヲ得ヘキ物件ハ債務者ノ擔保トシ之ヲ抵當ト爲スヲ得ルモノトシ之ヲ本則トセリ

且動産ノ抵當モ亦不動産ノ抵當ノ如ク抵當ニ附着シタル一切ノ特權ヲ有シタリ詳言スレハ日附ノ後ニ在ル抵當ヲ有スル自餘ノ債權者ニ對スル優先權ト動産ヲ獲得シタル第三者ニ對スル追躡權トヲ發生シタリシ何ントナレハ此追躡及ヒ優先權ヲ制定セル律文ハ毫モ不動産ト動産トノ間ニ差異ヲ設ケサレハナリ

佛蘭西其他慣例ノ行ハレタル國ニ於テハ概テ羅馬法ノ法則ヲ認定シタリシモ幾ナラスシテ之ヲ改正スルニ至リタリ本條ニ掲クル所ハ即チ此改正ノ主要ナルモノ、一ナリ(四一三) 慣例ノ行ハレタル諸國ノ普通法ハ久シク動産ノ抵當ヲ認可セサリシカ途ニ斷然之ヲ廢止シ動産ニ關シテハ追躡權ナク又優先權ナシト定メタリ其理由如何「ロアハ」之ヲ論述シタリ其理由タル現時尙ホカアリテ一處不定ノ財産上ニ抵當ヲ設クルコト能ハサル所以ヲ解釋スルモノナルカ故ニ須ラク之ヲ掲出スルヲ要ス曰ハク「其理由

タル平常人ノ唱フルカ如ク

カ故ニアラス蓋シ價額ノ多少ハ敢テ

法律上差異ヲ生スヘキモノニアラサルナリ然レ他ニ三個ノ確乎タル理由アリ第一動産ハ不動産ノ如ク確然永遠ニ存在スヘキモノニアラス故ニ單ニ契約ノミニ依リ現實ノ占有ナクシテ抵當トナリ其効果ヲ存スヘキモノニアラサルナリ云々第二動産ハ之ヲ質トシ債權者ニ交附スルコト容易ニシテ毫モ不便アラサルナリ故ニ單ニ合意アルノミニシテ之ヲ質トシ引渡サ、リシキハ債權者自己ノ力ノ及ハサルニアラサルニ其擔保ヲ掌握セサリシノ過失アリト謂ハサルヘカラス然ルニ不動産ニ至テハ債權者之ヲ掌握スルコト難クシテ甚タ不便ナリ云々第三若シ動産ニシテ單純ノ契約ニ依リ抵當ニ依ル追躡權アルニ於テハ商業ヲ妨害スルコト大ナルヘシ何ントナレハ一本ノ針一粒ノ麥ト雖モ買主ハ賣主ノ債權者ノ爲メニ奪取セラル、コアルヘキニ因リ之ヲ處分スルコト能ハサルヘケレハナリト(一)

(一) ロアゾー 第三篇第五章第二十三號以下

然リト雖モ慣例ノ行ハル、諸國未タ盡ク動産ノ抵當ヲ禁シタルニアラス普通法ハ「ロアゾー」ノ言ノ如シト雖モ尙ホ二三特殊ノ慣例ハ例外ヲ設ケ動産ノ抵當ヲ認可シ之ヲ抵當ノ一切ノ効果ヲ附シタルニアラサルモ亦或ル制限ヲ設ケ其効果ノ一ニ就テハ之ヲ

認可シタリ就中「ノルマンジー」¹「メトヌ」²及「アンジュー」³ノ慣例ノ如キ即チ是ナリ此等諸國ニ於テハ動産ノ抵當ヲ廢止スヘキ三個ノ理由中第二ノ理由チ是認シタリシモ亦此理由タル買主ニ關スル抵當ノ追躡權ニ適用スヘキモ以後ノ債權者ニ關スル追躡權ニ適用スヘカラサルカ故ニ中庸ノ方法ヲ採リ動産ノ抵當ハ其抵當以後ノ債權者ニ關スル追躡權ニ就テハ之ヲ認可シ其動産ヲ以テ抵當トスルコトヲ承諾シタル債權者ハ其抵當ノ順序ニ從フニアラサレハ代價ヲ得ルノ權利ナキモ之ニ反シ買主ニ關スル追躡權ニ就テハ之ヲ認可セス其抵當タル動産ノ賣却セラレタルキハ買主正シク其所有者トナリ賣主ノ債權者ヨリ追奪ヲ被ルノ恐アラサルモノトシタリ(一)

(二) ロアゾー(同前第二十七號)

是レ此點ニ關スル慣習法ノ大體ニシテ「ロアゾー」⁴ノ言ヘルカ如ク實際ノ諺トナリタル彼ノ有名ナル動産ハ抵當ニ依ル追躡權ナシトノ規則ニ歸着スルモノナリ且此規則タル最モ廣ク行ハレ何レノ慣例ニ於テモ之ヲ認メタルハ固ヨリ當然ノコトナリ蓋シ慣習法ニ所謂抵當ニ依ル追躡權トハ管ニ獲得者ニ對シ追躡スル所ノ債權者ノ訴權ヲ謂フノミニアラズ亦以後ノ債權者ニ對シ追躡スル債權者ノ訴權ヲ謂フモノナルカ故ニ(三)此法則タル動産ノ抵當ニ就テ優先權ヲ認ムルニ過キササル慣例ニ於ケルモ又テ優先權モ追躡權

モ共ニ認可セサル慣例ニ於ケルモ齊シク行ナハルヘキノ理由アリタリシ唯動産ノ抵當ニ付キ優先權ノミヲ認メタルノ慣例ト其追躡權ヲ併セ認メサリシ所ノ慣例トニ於テハ其範圍同一ナラサリシ蓋シ優先權ノミヲ認メタル慣例ニ於テハ動産ノ一タヒ賣買ニ因リ債務者ノ占有ヲ離ル、ニ於テハ買主ハ無擔任ノモノトシテ之ヲ獲得シ毫モ憂慮スル所ナキヲ得タリシモ優先權ト追躡權トヲ併セテ認可セサリシ慣例ニ於テハ動産ヲ抵當トスルモ管ニ其動産ノ買主抵當アル債權者ノ追奪ヲ被ルヘカラサルノミナラス亦其債權者モ相互ノ間ニ其抵當物ノ代價ニ就キ辨濟ヲ受クルカ爲メ優先ノ權利ヲ有スルモノニアラサリシ(四)

(三) ロアゾー曰ハク「債權者或ハ其獲得者ニ對シ或ハ以後ノ債權者ニ對シ追躡スルキハ抵當ニ依ル追躡權アルモノナリ」ト(同前第二十九號)

(四) ロアゾー曰ハク「此規則ニ依リ獲得者ハ毫モ追奪ヲ被ルノ憂ナク動産ヲ抵當トスル數多ノ債權者間ニハ追躡權及ヒ抵當ノ順序行ハル、モノニアラス」ト(第二十二號)

〔貳〕四一四 本條モ亦動産ハ抵當ニ依ル追躡權アラスト云ヘリ其意義如何又本條ニ此事ヲ記載シタルノ利益如何蓋シ本條ニ於テハ此法則決シテ彼ノ普通法ノ例外トシテ優先權ニ關シテノミ動産ヲ抵當トスルコトヲ認可シタル諸國ニ於ケルカ如キ狹隘ナル意義ヲ

有スルモノニアラサルヤ明カナリ本法ハ第一千百十四條第一千百十八條ニ於テ抵當ハ
不動産上ノ物權ナリト云ヒ又抵當トスルヲ得ヘキモノハ獨リ不動産及ヒ不動産ト見做
サレタル附從物ナリト云フヲ以テ本條ノ法則ハ其嘗テ慣例ノ普通法ニ於テ有シタル意
義アルニ過キサルモノナリ是ヲ以テ本條ノ意義ハ動産物ニ至テハ之ヲ抵當ト爲スヲ
得スト云フコアルニ外ナラス是レ共和三年舊月九日ノ法律ノ一層明瞭ニ記載シタル所
ナリ(一)故ニ本條ニ記スル所ハ既ニ第一千百十四條及ヒ第一千百十八條ニ明示シタル
ヲ以テ本條ハ無用ノ律文ト謂ハサルヘカラス(一)

(一) 此法律ニ於テハ前ニ陳ヘタル如ク(上第三百四十八號)動産及ヒ或ル動産權ノミ獨
リ抵當ト爲スヲ得ヘシト明記シ尙ホ第六條ニ於テ「動産ニ至テハ毫モ何等ノ抵當ノ目
的トモナルヲ得ス但シ回收ノ爲メニハ追躡權アリ」ト云ヘリ

(四一五) 然リ而シテ本條ハ終始動産タルノ性質ヲ有シタリシ物件ト一タヒ用方ニ因ル
不動産トナリタルモ更ニ分離シテ其動産タルノ性質ヲ復シタル物件トテ區別セス均ク
之ヲ支配スルモノナリ二三ノ論者ハ法律ヲシテ重複ニ涉ルノ毀滅ヲ免レシメンヲ圖
リ本條ハ特ニ用方ニ因ル不動産トナリタルモ更ニ動産ノ性質ヲ復シタルモノハミテ觀
察シテ制定シタルモノナリト唱ヘタリ「ヂュラントン」曰ハク「本法ニ掲ケタル動産ハ抵當

ニ依ル追躡權ナシトノ規則ハ通常ノ動産ニ適用スルキハ其抵當トナルヲ能ハサルヲ明
カナルカ故ニ殆ト意義ナキモノナリ其抵當ノ方法ニ依リ追躡スルヲ能ハサルハ言テ俟
タサル所ナレハ之ヲ記載スルハ贅辨タルニ過キサルヘシ抑此規則タル用方ニ因リ不動
産トナリ主タル不動産ト與ニ抵當ニ繋着シタリシモ遂ニ不動産ト分離シタルヨリ尋常
動産ノ性質ヲ復シタルノ故ヲ以テ抵當ニ因リ追躡スルヲ能ハサル動産ヲ主眼トシタル
モノト謂フヘシト(一)然レモ律文ニ依ルモ又法律ノ討議ニ就テ考フルモ斯ノ如キ解釋
ヲ爲スヲ能ハサルナリ加之論者ノ唱フル所ノ意義ヲ以テ之ヲ解スルモ均ク徒法タルヲ
免カレス蓋シ嘗テ不動産タリシ動産分離ニ因リ動産タルノ性質ヲ復スルキハ亦其通則
ニ從フヘキナリ故ニ一タヒ不動産タルヲ絶止シ動産タルノ原質ニ復シタル動産ハ亦
以後抵當アルヲ得サルニ由リ抵當ノ方法ニ依リ追躡スルヲ能ハサルヤ敢テ言テ俟タ
サルナリ(二)故ニ本條ハ普テク一般ノ動産ニ適用スルモノニシテ當ニ終始動産ノ性質
ヲ保有シタリシ物件ノミナラス亦嘗テ不動産トナリタルコアルモ遂ニ動産ノ性質ヲ復
シタルモノニ適用スヘクシテ既ニ第一千百十四條及ヒ第一千百十八條アル以上ハ全ク
無用ノ律文ナリト謂ハサルヘカラス

(一) ヂュラントン(第十九卷第二十八號)○ダローズ(同前第七號)○アルベンクール(第三

卷第百五十七頁)〇トマント(第三卷第九百六十一號)〇ビュグー註ボテエー(抵當論第三十六號ノ註)

(二) ウァレット(第二百十九頁)

(四一六) 然レモ右第二種ノ動産ニシテ其嘗テ不動産タリシ時ニ當リ其附着セル不動産上ニ存シタル抵當ニ係リタルモノニ關シテハ二三ノ結果ノ詳論スヘキモノアリ其一ハ動産ノ一旦用方ニ因リ不動産トナルモ更ニ不動産タルノ性質ヲ失フキハ嘗テ之ニ附着シタリシ抵當ヲ免レ債權者ノ擔保隨テ減少スヘキヲ論明スルニ當リ之ヲ演繹シタリ(上第三百七十六號)又他ニ一ノ結果アリ是レ須ク本條ニ就キ論究スヘキモノナリ即チ抵當附債權者ハ用方ニ因ル不動産ノ主タル不動産ト分離スルニ於テハ其物件ヲ以テ擔保トスルコト能ハス其代價上何等ノ優先權ヲモ行フコト能ハサルコト是ナリ故ニ動産ノ其原性質ヲ復シタル後債務者ニ對スル差押ニ依リ賣却セラル、カ又ハ其附着セル不動産ヲ占有スル者熟識ヲ以テ賣却シタルキハ其辨濟又ハ代價ノ配當ハ各債權者ノ權利ニ應シテ之ヲ行ヒ其不動産ヲ以テ抵當トスル債權者ハ毫モ其抵當ニ依リ優先權ヲ主張スルコト能ハス蓋シ其差押又ハ賣却ノ目的物ハ動産ニシテ其動産タル嘗テ其不動産タル時ニ當リテハ抵當ニ係リタルモ更ニ動産ノ性質ヲ復シタルニ因リ之ヲ免レ爾後抵當ハ之ニ對シ

未ダ曾テ存在セザリシカ如クナルヘシ何トナレハ此物件タル其動産タル性質ヲ復シタルニ因リ復タ抵當ト爲ルヲ得サルモノナレハナリ是レ本條ニ動産ハ抵當ニ依リ追躡權ナシト云ヒ以テ述示スル所以ナリ故ニ抵當ハ其代價上ニ於ケルモ亦其物件上ニ於ケルト同シク之ニ効果ヲ及ホスコト能ハサルヤ明カナリ

此法則タル毫モ疑議ヲ存セス唯一ノ判決ノ理由中ニ之ヲ誤リタルモノアリ普テ論者攻撃ヲ被レリ(一)今其事件ヲ案スルニ麥酒製造人其製造場ト附屬ノ器具トヲ抵當トシ金額ヲ借用シタルニ爾後幾ナラスシテ債務者死去シ且其資産大ニ傾キタルカ爲メ遂ニ相續ヲ受諾スル者ナク所謂無嗣相續トナリタルカ故ニ之ヲ管財人ノ管理ニ附シタリ此時ニ當リ桶ノ如キ器具製造場ニ附着シタリシニ管理人ノ之ヲ分離シテ製造場ト器具トヲ賣却シタリ次ヒテ全額ノ分配ヲ爲シ順序ヲ定ムルニ當リ麥酒製造ノ爲メ徵稅スヘキ間接稅徵收役所桶ノ賣却代價ニ就テ先取特權アリト主張シタリ是ニ於テ該役所ト抵當アル債權者トノ間ニ爭論ヲ生シ該役所ハ右ノ附屬器具タル賣却ニ因リ動産タルノ性質ヲ復シタルヲ以テ抵當アル債權者ハ其製造場上ニ有スル抵當權ニ依リ器具ノ代價ヲ得ルコト能ハスト唱ヘ又抵當アル債權者ハ其抵當ハ不動産ノ一切ノ部分ノ代價上ニ於ケルカ如ク該器具ノ代價上ニ行ハルヘキモノナリト唱ヘタリ而シテ「リール」裁判所及ヒ「ド

「ドエー」控訴院ニ於テハ共ニ抵當附債權者ノ申立テ是認シタリ(二)抑々其理由如何「リール」裁判所モ又「ドエー」控訴院モ毫モ之ヲ指示セザリシ蓋シ「リール」裁判所ニ於テハ製造場ノ附屬品ハ那破翁法典第五百二十四條ニ依リ不動産ト看做スヘシト陳ヘタルニ過キサリシ是レ毫モ疑議ヲ容レサル所ニシテ敢テ論明ヲ俟タサル所ナリ而シテ此訴訟ノ論點ニ就テハ纔ニ「桶類ノ賣却ハ民法第五百二十五條ニ依リ之ニ附シタリシ不動産ノ性質ヲ變スルコト能ハス又債權者ヲシテ其桶上ニ存スル抵當權ヲ失ハシムルコト能ハサルモノナリ故ニ之ヲシテ該桶ヲ代表スル金額上ニ抵當權ヲ失ハシムルコト能ハサルモノナリ」ト云フニ過キサリシ是レ問題ヲ以テ問題ヲ決シ諸大家ノ論說ニ反スル理論ヲ辨明スルニ同一ノ理論ヲ以テスルニ過キササルナリ

(一) トロ、ン(第三百九十九號)○ヴァレット第二百二十一頁○マルトヴァー(第七百十七號)
 (二) ドエー控訴院千八百十五年一月三日判決

然ルニ右ノ判決ニ對シ上告シタリト雖モ亦棄却セラレタリ(三)然レモ大審院ハ決シテ原則ニ反シテ右ノ論決ヲ正當トシタリシモノニアラス其棄却ノ判決ハ特殊ノ情狀即チ其場合ニ於テハ無期相續ノ管財人器具ヲ賣却シタルモ是レ唯其物件ヲ以テ最モ利益ヲ收ムルノ多カラシキヲ謀リタルニ因ルモノニシテ決シテ所有者ノ該動産物ニ附着シタリ

シ用方ヲ毀損シ一種ノ債權者ニ利益ヲ與ヘ以テ他ノ債權者ノ既得權ヲ害スルノ意ニ出テタルニアラサルノ情狀ニ基キタルナリ其棄却ノ判決ニ於テハ器具ヲ分離シテ賣買シタルモ其用方ニ因ル不動産タル性質ヲ變スルモノニアラスト云ハス又賣買後ニ至ルモ抵當アル債權者ヲシテ該賣買ニ因リ一タヒ動産トナリタル器具ノ代價上優先權ヲ保有セシムヘシトハ云ハサリシナリ其原判決ヲ認可シタルハ只特殊ノ情狀アリタルカ故ニ過キスシテ所有者又ハ所有者ニ代ハル所ノ相續人分離ヲ行フタル場合ニ於テハ決シテ斯ノ如キ論決ヲ下サ、ルヘキナリ是レ其判決ノ理由ニ就テ見ルモ亦決シテ疑議ヲ容ル、コト能ハサル所ナリ蓋シ既ニ前ニ論スルカ如ク用方ニ因リ一時不動産トナリタル物主タル不動産ト分離スルキハ亦通常動産ト同ク單ニ動産トナルカ故ニ決シテ抵當タルコト得ス隨テ主タル不動産ニ繫着シ之ニ附從トシテ之ニ繫着シタル抵當ハ最早之ニ繫着スルコト能ハス又之ヲ代表スル所ノ代價ニ繫着スルコト能ハサルナリ何トナレハ物件其物ヲ以テ抵當トスルコト能ハストスル以上ハ何等ノ効果モ其抵當ヨリ生スルコトアルヘカラサレハナリ

(三) 願訴局千八百十七年二月四日判決

[參(四一七)] 其レ然リ動産ノ一タヒ其原性質ヲ復スルキハ斯ノ如ク純然絶對ノ効果ヲ生スルカ故ニ抵當アル債權者ハ毫モ其抵當ヲ減少スヘキ所爲ヲ豫防スルノ方法ヲ有セサ

ルカ加之其所爲ノ一旦完了スルニ於テハ其擔保ヲ舊ニ復シ又ハ之ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ求ムルヲ得サルヤ否ヤノ問題ヲ生シタリ是レ余輩ノ第一千八百八條ニ於テ指示シタル所ナリ

(上第三百七十六號末文)

第一抵當トシタル不動産滅失シ又ハ毀損甚シクシテ復タ債權者ノ抵當ト爲ルニ足ラサルニ至リタル場合ノ爲メ第一千三百三十一條ニ定メタル方法ハ暫ク措テ論セサルヘシ此場合ハ合意上ノ抵當ヲ論スルニ當リ之ヲ攻究スヘシ今ヤ只單ニ偶然ナル事件ニ因ラスシテ人ノ意思ニ出テ擔保ノ減少又ハ滅失シタル場合ヲ論究スルモノナリ

(四一八) 第一此點ニ付テハ須ラク一ノ區別ヲ爲スヘキナリ

即チ債務者所有ノ抵當不動産上其抵當ノ外他ノ負擔ナキト其所有ノ不動産抵當ニ係リタルトノ區別是ナリ此二個ノ場合ニ於テハ所有者ノ抵當附債權者ト所有者ト結約シタル第三者トノ相互ノ關係及ヒ權利自ラ異ナルヘキモノナリ

先ツ第二ノ場合ヲ論セン例ヘハ一家屋ノ所有者タル甲之ニ器械ヲ据附テ製造ニ從事シタリシニ乙丙ニ對シ債務ヲ負ヒタルニ因リ之ニ其家屋ヲ抵當トシ隨テ其抵當ハ器械ニ推及スルモノトナレリ而ルニ此時ニ當リ甲ノ製造場不動産差押ニ係リ其差押登記ヲ經

タリ此場合ニ於テハ余輩毫モ疑議ノ容ルヘキモノアルヲ見ス即チ抵當附債權者タル乙丙ハ差押ハ登記ニ依リ其債權ニ應シ器械ニ關シ確定ノ權利ヲ取得シ何人ト雖モ之ニ抗衡スルヲ能ハサルナリ故ニ第三者ハ其登記以後製造場ノ所有者タル甲ト如何ナル契約ヲ結ヒタルモ毫モ抵當附債權者ノ抵當ヲ拒絕スルヲ能ハス第三者取得者ニシテ且既ニ占有ヲ得タルト雖モ猶ホ抵當附債權者ハ之ニ對シ營テ家屋ニ附從シタリシ器械ヲ回收スヘシ何トナレハ製造場ノ不動産差押及ヒ其差押登記以後ニ至リテハ所有者ハ法律上其物件ノ占有ヲ失フタルモノニシテ不動産ニ合牀セル其物件ハ債權者ノ担保トナリ毫モ之ヲ取去シテ爲メニ債權者ノ抵當ヲ害スヘカラサレハナリ

今ヤ第一ノ場合ヲ論セン例ヘハ製造場ノ所有者タル甲其附從物ト共ニ雙造場ヲ乙丙ニ抵當ト爲シタリ而シテ甲ハ依然其業務ヲ營ミ其資力能ク其義務ヲ盡スニ足レルモノナルカ故ニ其不動産ハ何等ノ差押ニモ係ルヲナク依然甲ノ所持スル所ナリ然ルニ其事業ノ繁榮ハ纒カニ外觀ニ過キスシテ其實甲ハ大ニ窮迫シ金額ノ必要ノ爲メ其製造場ノ器械ヲ丁ニ賣リ丁之ヲ取去シ又ハ將ニ之ヲ取奪セントシタリ是レ即チ問題ノ生スル場合ニシテ抵當附債權者ハ其抵當ニ係リタル附屬物ヲ不動産ヨリ取去スルヲ拒絕スルヲ得ヘキヤ否ヤ又其附從物ノ一旦取去セラレタル場合ニ於テハ抵當附債權者其回復ヲ請求

スルヲ得ヘキヤ否ヤ是レ區別ヲ設ケテ論スルヲ要スル所ナリ

(四一九) 第一不動産ニ合牀シタル物件ニシテ債務者既ニ之ヲ賣却シタルモ尙ホ其不動産ニ附着シ獲得者將ニ之ヲ取奪セントスル場合ニ於テハ抵當附債權者ニ對シテハ其物件未タ全ク動産トナリタルモノニアラス其動産トナルニハ尙ホ引渡アルヲ要スルモノナリ通常ノ果實ニ關シテハ余輩嘗テ反對ノ説ヲ唱ヘ其賣買ノミニ因リ之ヲ以テ動産ト看做スヘシト云ヘリト雖モ(上第三百六十三號)是レ其所有者ノ行フタル賣買ハ管理所爲タルカ故ナリ然ルニ用方ニ因ル不動産トナリタル物件即チ不動産ノ附從トナリ其利用ノ爲メ之ニ定着シタリシ物件ノ賣買ニ至リテハ敢テ管理所爲ナリト謂フコト能ハス故ニ前記ノ場合ニ於テハ毫モ債務者ノ承諾シタル賣買ノ善意ニ出テタルト惡意ニ出テタルトヲ區別スルコトナク抵當附債權者ハ其物件ノ取去ヲ抗拒スルコト得ヘシ是レ那破翁法典第千八百八十條ニ制定シタル權能ヲ使用スルニ過キサルナリ蓋シ同條ハ凡債權者ヲシテ未タ條件ノ成就セサルキト雖モ猶ホ其權利ヲ保存スヘキ一切ノ處分ヲ行フコト得セシムルモノナリ又抵當附債權者ノ取去ヲ抗拒スル權利ヲ爭フ者アルキハ則債權者ハ其權利不動産ニ合牀シタル動産取得者ノ權利ニ優勝スヘキモノナルコトヲ論明スルヲ難シトセザルヘシ實ニ該取得者ハ其物件ノ動産タルコトヲ證據トスルコトアラサレハ自

己ノ權利ニ利用スルコト能ハサルヘシ然ルニ抵當附債權者ハ那破翁法典第千四百一十一條ニ若シ順次二個ノ人ニ授與シ又ハ交附スルノ事ヲ約シタル物件ノ單ニ動産ナルキハ現實ノ占有ヲ得タル者證書ノ日附後ニ在ルキト雖モ猶ホ優先シテ所有者トナルヘシ但シ其占有ノ善意ナルキニ限ルト云ヘルニ基キ其請求ヲ拒絕スルコト得ヘシ何トナレハ茲ニ論究スル所ノ場合ニ於テハ抵當附債權者ヲ以テ再次ノ取得者ノ買取リタル物件ノ交附ヲ得タル初次ノ取得者ト同一視シ其抵當ヨリ生スル物權ヲシテ未タ現實ノ占有ニ依リ完成セザル權利ニ優勝セシムルモ毫モ牽強附會ニアラサレハナリ(一)

(一) ヴァレット(第二百二十三頁)○トモロンブ(第九卷第三百二十六號)○大審院千八百三十八年七月十七日棄却(シレ)及ヒドヴルヌーヴ三十八年第一部第八百九頁)○又此棄却ノ判決ニ係ル事件ニ於テハ不動産トナリタル取得者結局遂ニ抵當アル債權者ニ優レリト雖モ是レ賣買ト共ニ現實ニアラサルモ假想上ノ引渡アリタルカ故ナリ又前ニ引證シタル大審院千八百四十一年六月十日ノ判決ノ理由ヲ參觀スヘシ(シレ)及ヒドヴルヌーヴ四十一年第一部第四百八十四頁)

(四二〇) 用方ニ因リ不動産タリシ物件不動産ト分離シ取去セラレタル場合ニ於テハ尙ホ亦他ニ區別ノ爲スヘキモノアリ即チ不動産ト分離シタル物件第三取得者ノ占有シ