

民法 379 条の沿革

——イタリア法を継受したわが民法規定——

大 島 俊 之

目 次

- I はじめに
- II イタリア旧民法
 - 1 イタリア旧民法2040条の規定
 - 2 イタリア旧民法2040条の起草理由
- III ボアソナード草案
 - 1 ボアソナード草案1271条の規定
 - 2 ボアソナード草案1271条の起草理由
- IV わが旧民法
- V 法典調査会における議論
 - 1 法典調査会に提出された原案 375 条
 - 2 原案 375 条の起草理由
 - 3 法典調査会における議論
- VI わが現行民法
- VII イタリア現行民法
- VIII おわりに

I はじめに

本稿は、わが国の民法379条の沿革について論じるものである。民法379条は、滌除に関するものであり、次のように規定している。

わが現行民法 379 条 主タル債務者、保証人及ヒ其承継人ハ抵当権ノ滌除ヲ為スコトヲ得ス

この379条の規定は、イタリア旧民法に由来するものである。

Ⅱ イタリア旧民法

1 イタリア旧民法2040条の規定

イタリア旧民法2040条は、次のように規定していた。

イタリア旧民法2040条 抵当権者に対して弁済すべき債務を負担していない取得者は、自己の権利取得の登記より前に登記されている抵当権を、不動産から滌除する権限を有する (Ogni acquirente, che non sia personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha la facoltà di liberare gl'immobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto.)。

2 イタリア旧民法2040条の起草理由

次に、1865年にイタリアで刊行された書物によって、イタリア旧民法2040条の起草理由を紹介する。⁽¹⁾

「本条は、ナポレオン法典2181条、アルベルト民法2303条、パルマ民法2219条、モーデナ民法2222条、両シチリア民法2075条において、暗黙の内に含まれている内容に対応するものである。ロンバルディア地方においては、1820年7月31日の勅令、および1828年8月10日の政府通達に基づき、強制収用の場合についてのみ、滌除の手続が認められていた。」。

このような起草理由の説明は、現在の日本の法律家にとっては、あまり興味をひかないであろう。

Ⅲ ボアソナード草案

1 ボアソナード草案1271条の規定

ボアソナード草案1271条は、次のように規定している。

ボアソナード草案1271条 ① 抵当権を滌除する権利は、主たる債務者又

(1) Arabia e Correa, *Codice Civile del Regno d'Italia con Commenti e Rapporti*, (1865), pag. 924.

は保証人として抵当債務について責任を負う第三所持者には属しない (Le droit de purger les hypothèques n'appartient pas au tiers détenteur tenu personnellement de la dette hypothécaire, soit principalement soit comme caution.)。

②また、滌除する権利は、設定者の連帯債務者にも属しない。ただし、抵当権の実行の前に、自己の負担部分を弁済した場合は、この限りでない。

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

③また、いかなる場合においても、滌除をする権利は、債務者の相続人に属しない。遺産債務の相続分の弁済をしたときであっても、同様である。

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

④また、滌除する権利は、他人の債務のために自己の財産の上に抵当権を設定した者、およびその者の相続人に属しない (Ni à celui ou à l'héritier de celui qui a constitué hypothèque sur son bien pour la dette d'autrui.)。

2 ボアソナード草案1271条の起草理由

ボアソナードは、草案1271条について、次のように述べている。⁽²⁾

「本条は、第三所持者のうちには、その性質上、滌除権を有しない者がある旨を規定している。それは、次のとおりである。

第1。被担保債務について、主たる債務者として（たとえば、連帯債務者あるいは不可分債務の債務者の一人として）、または従たる債務者として（たとえば、保証人として）、人的にも責任を負っている者。これらの者は、抵当目的物の所持者ではあるが、第三所持者ではない。被担保債務

(2) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon*, t. 4, p.485.

の債務者は、所有者であっても、その不動産の評価額を提供して、滌除を行うことができないのである。

第2。抵当債務の単なる共同債務者であって、抵当債務の一部についてしか人的責任を負わない者。抵当権の実行の前に、自己の負担部分を弁済した場合を除き、他の共同債務者の部分についても、滌除することはできない。なぜなら、彼は、抵当権の実行の過程においては、債務者と考えられ、単なる第三所持者とは考えられないからである（もしも、第三所持者ならば、事情は根本的に変わる）。

第3。当初の債務者の相続人。抵当権の実行の前に、遺産債務の相続分の弁済をしたときであっても、同様である。この場合に、滌除をする権利が認められないのは、相続人の数に応じて抵当権を分割することができないからである。被相続人が滌除をする権利を持たなかったのであるから、その相続人も、その権利を持たない。

第4。最後に、物上保証人、すなわち自己の財産を他人の債務の担保に供した者。物上保証人は、通常の保証人のように、厳しく拘束されているわけではない。しかし、滌除をする権利は、抵当債務と何らの関係もない第三者に対して認める場合には正当なものであるが、抵当権を自ら設定した者に対して滌除する権利を認めれば、抵当権の効力を侵害することになる。

この最後の点は、フランスにおいては、はげしい議論のあるところであり、疑問をなくするために、日本民法草案に規定しなければならない。』。

このように、ボアソナードは、草案1271条の起草に際して、イタリア旧民法2040条を参照したとは記していない。

IV わが旧民法

わが旧民法の債権担保編257条は、ボアソナード草案1271条にならい、次のように規定していた。

わが旧民法債権担保編 257 条 ① 抵当ヲ滌除スル権利ハ主タル債務者ト

民法 379 条の沿革

為リ又ハ保証人ト為リテ自身ニテ抵当債務ノ責ニ任スル第三所持者ニ属セス

②又右ノ権利ハ他人ノ債務ノ為メ自己ノ財産ヲ抵当ト為シタル者ニ属セス

この規定の1項が、上に紹介したボアソナード草案1271条1項を翻訳したものであることは、一目瞭然であろう。また、この規定の2項は、ボアソナード草案1271条4項の一部を採用したものであることも明白であろう。

V 法典調査会における議論

1 法典調査会に提出された原案375条

法典調査会に提出された原案375条は、次のとおりであった。

原案 375 条 主タル債務者，保証人及ヒ其承継人ハ抵当権ノ滌除ヲ為スコトヲ得ス

なお、参照として、「担二五七、伊二〇四〇、白草二三一五」とのみ記されている。すなわち、旧民法債権担保編 257 条、イタリア旧民法2040条およびブラジル民法草案2315条のみが参照されているのである。

2 原案375条の起草理由

法典調査会において、梅謙次郎は、その起草理由について、次のように説明している。⁽³⁾

梅謙次郎君「是ハ意味ニ於テハモウ既成法典ノ担保編第二百五十七条ト変ハルコトハアリマセヌノデス唯二ツノ点ニ於テ文字ヲ修正ヲ施シマシタ其一ツハ原文ノ第一項ニ『抵当ヲ滌除スル権利ハ主タル債務者ト為リ又ハ保証人ト為リテ自身ニテ抵当債務ノ責ニ任スル第三所持者ニ属セス』トアツテ『第三所持者』ト云フ言葉ガ使フテアリマスルガ……此『第三所持者』ト云フ文字ハ穩カデナイト考ヘマシタノデこちらニハ斯ウ云フ文字ハ使ヒ

(3) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻892頁以下。

マセヌデアリマシタ夫レカラ第二項ハ何故削ツタカト申シマスルト是ハ本案ニハ前ノ箇条ニ何ウ書イテ置イタカト云ヒマス『**抵当不動産ニ付テ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ**』云々斯ウ書キマシタ、デ是ハ其抵当不動産カラ言葉ガ立ツテアリマスルカラ此第三者ト云フモノハ言フヲ俟タズシテ其抵当不動産ノ所有者、普通ノ場合ハ所有者即チ始メノ抵当置主、抵当權設定者ト債權者トノ關係カラ見テノ第三者デアルト云フコトハ多少疑ヒハナカラウト思ヒマス然ウシテ見ルト抵当權設定者自身が濫除ノ出来ヌト云フコトハ言フヲ俟タヌ私共ハ理窟カラ明瞭デアラウト思ヒマス自分デ權利ヲ設定シテ置テ後トカラ自分デ權利ヲナクスルト云フコトハアラウ筈ハアリマセヌ是ハ前ノ箇条カラ自ラ分ルコトデアリマスカラ書カヌデモ宣イ之ニ反シテ主タル債務者、保証人ノ方ハ何故書カナケレバナラヌカト云フト是ハ抵当權設定者ガ債務者デナイ場合ガアル其權利ヲ主タル債務者カ又ハ保証人ガ取得スルコトガ往々ニシテアル夫レデ此方ハ明文ガ要ルノデアリマス是ハ伊太利民法白耳義民法草案杯ニモ矢張り本案ト同ジヤウニナツテ居リマス」。

このように、起草者が、イタリア旧民法を参照したのは明らかである。なお、起草者は、ブラジル民法草案2315条をも参照したようであるが、筆者（大島）はこれを見ることができなかった。

3 法典調査会における議論

法典調査会においては、原案どおり決定された。ただ、箕作麟祥と梅謙次郎の間で次のような議論があったので、紹介しておく。⁽⁴⁾

箕作麟祥君「此『主タル債務者』ト云フコトデアリマスガ例ノ共同債務者ト云フモノハ何ウデアリマスカ共同債務者ノ一人ガ設定シタト云フ場合ニハ他ノ共同債務者ハ矢張り主タル債務者ノ中ニ這入ルヤウニナリマスカ」。

(4) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻893頁。

民法 379 条の沿革

梅謙次郎君「夫レハ債務編ノ規定ニ余程関係スルコトデアリマスガ少ナクトモ通常ノ共同債務者ハ此中ニ当然這入ルマイト考ヘマス……之ニ反シテ連帯ノ場合デアリマスルト疑ヒガ存スルト思ヒマス今ノ法典ノ規定デアルト連帯ガアレバ必ズ代理ガアルト云フ主義ヲ採ツテ居リマスカラ其一人ガ抵当権ヲ設定シタ場合デアツテモ他ノ連帯債務者モ矢張り三百七十五条ノ適用ヲ受ケルヤウニナル、ケレドモ若シ此主義ガ変ハリマシテ互ニ代理ハナイト云フ主義ニナレバ自ラ三百七十五条ノ適用ハナイ訳ニナリマス夫レハ向フノ方ノ規定カラ極ツテ来ルダラウト考ヘマス」。

VI わが現行民法

わが現行民法379条は、次のように規定している。

わが現行民法 379 条 主タル債務者、保証人及ヒ其承継人ハ抵当権ノ滌除ヲ為スコトヲ得ス

この規定は、法典調査会において決定された案（原案 375 条の通り）と完全に同一である。

VII イタリア現行民法

イタリア旧民法2040条の規定は、イタリア現行民法では、2889条の1項に承継されている。イタリア現行民法2889条は、次のように規定している。

イタリア現行民法2889条 ①抵当目的物の第三取得者は、自己の権利取得の登記をしており、かつ、抵当権者に対して弁済すべき債務を負担していない場合には、自己の権利取得の登記よりも前に登記されている抵当権を、不動産から滌除する権利を有する（Il terzo acquirente dei beni ipotecati, che ha trascritto il suo titolo e non è personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha la facoltà di liberare i beni da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto.）。

②前項の権利は、30日以内に次条の手續をした場合には、差押後であつ

ても、第三取得者に認められる (Tale facoltà spetta all'acquirente anche dopo il pignoramento purchè nel termine di trenta giorni proceda in conformità dell'articolo che segue.)。

このように、イタリア現行民法2889条1項は、イタリア旧民法2040条に表現上の変更を加えて、それを承継したものである。

ところで、イタリア現行民法2889条2項の規定が、わが現行民法382条2項と極めて類似したものであることが理解されよう。その理由は、次のとおりである。イタリア現行民法2889条2項は、イタリア旧民法2041条に修正を加えて承継したものである。そして、イタリア旧民法2041条およびわが現行民法382条は、ともにフランス民法2183条に由来する。

VIII おわりに

本稿において明らかになった民法379条の沿革、およびイタリア現行民法の規定との対応関係を要約しておこう。

わが現行民法379条←法典調査会における原案375条←わが旧民法債権担保編257条1項←ポアソナード草案1271条1項←イタリア旧民法2040条→イタリア現行民法2889条1項。