

民法 392 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 フランス法
 - 1 序
 - 2 同時配当の場合
 - 3 異時配当の場合
- III イタリア旧民法
 - 1 イタリア旧民法2011条の規定
 - 2 イタリア旧民法2011条の起草理由
- IV ボアソナード草案
 - 1 ボアソナード草案1256条の規定
 - 2 ボアソナード草案1256条の起草理由
- V わが旧民法
- VI 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387条
 - 2 原案387条の起草理由
 - 3 法典調査会における議論
- VII わが現行民法
- VIII イタリア現行民法
 - 1 イタリア現行民法2856条の規定
 - 2 イタリア現行民法2857条の規定（参考）
- IX おわりに

I はじめに

本稿は、わが国の民法392条の沿革について論じるものである。民法392

条は、共同抵当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392条 ①債権者カ同一ノ債権ノ担保トシテ数箇ノ不動産ノ上ニ抵当権ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代価ヲ配当スヘキトキハ其各不動産ノ価額ニ準シテ其債権ノ負担ヲ分ツ

②或不動産ノ代価ノミヲ配当スヘキトキハ抵当権者ハ其代価ニ付キ債権ノ全部ノ弁済ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵当権者ハ前項ノ規定ニ従ヒ右ノ抵当権者カ他ノ不動産ニ付キ弁済ヲ受クヘキ金額ニ満ツルマテ之ニ代位シテ抵当権ヲ行フコトヲ得

この392条の1項の規定はボアソナード草案に由来するものであり、2項の規定はイタリア旧民法に由来するものである。

Ⅱ フランス法⁽¹⁾

1 序

フランス民法には、共同抵当に関する規定はない。したがって、同時配当の場合にも、異時配当の場合にも、共同抵当権者は、抵当権不可分の原則により、配当を受けるべき不動産を自由に選択することができることになる。しかし、後順位抵当権者がある場合には、先順位の共同抵当権者の選択によって、不公平な結果が生じることがある。そこで、19世紀から20世紀初頭にかけて、この不公平を解消しようとする見解が主張された。なお、現在のフランスにおいては、共同抵当が生じる場合が減少したため、この問題についてはあまり議論されないようである。

(1) フランス法の部分は、織田博子教授（駿河台大学）の未公開の論文の内容を大島が要約したものである。この織田論文は、明治大学の椿寿夫教授・伊藤進教授を代表者とする「抵当権制度の再検討」をテーマとする共同研究の一環として執筆されたものであるが、諸般の事情から現在のところ公開されていない。大島も、この共同研究のメンバーであったので、研究会の席上、この織田論文を入手することができた。織田教授に謝意を表する。

2 同時配当の場合

共同抵当の目的となっている不動産が全て同時に売却され、配当される場合には、共同抵当権者が、その内の1つの不動産から配当を受けるためには「正当な利益」がなければならない。そして、後順位の抵当権が存在する不動産と存在しない不動産がある場合には、共同抵当権者は、まず、後順位抵当権の存在しない不動産から配当を受けなければならない。

複数の不動産に後順位抵当権が存在する場合には、①後順位抵当権の登記の先後によるという説と、②割り付け主義によるという説がある。①後順位抵当権の登記の先後によるという説によれば、共同抵当権者は、まず後順位抵当権のうち、最も新しく登記された抵当権の目的物である不動産から配当を受けなければならない。それでも足りない場合には、それよりも先に登記された抵当権の目的物である不動産から配当を受けるべきであるということになる。これに対して、②割り付け主義によれば、共同抵当権者の債権額は、各不動産の価額に応じて割り付けられ、各不動産の残余額から、後順位抵当権者が配当を受けることになる。

かつてのフランスにおいては、判例は、一般に、①後順位抵当権の登記の先後によるという説を支持していたようである。

3 異時配当の場合

共同抵当の目的となっている不動産のうちの一部が売却され、配当される場合、あるいは全部が売却されたが、別の裁判所で配当手続が行われる場合については、2つの見解が主張された。

1つは、後順位抵当権者に法定代位権を認めるという見解である。他の1つは、後順位抵当権者が先順位の共同抵当権者に弁済をした後に代位（弁済者代位）をし、そして、その者は、配当を受けるべき不動産を自由に選択することができるという見解である。

Ⅲ イタリア旧民法

1 イタリア旧民法2011条の規定

イタリア旧民法2011条は、次のように規定していた。

イタリア旧民法2011条 ①ある債権者が、一個若しくは数個の不動産の上に抵当権を有する場合において、共同抵当権を有する先順位の債権者が、ある不動産の代価によって満足を受け、そのため、その後順位の抵当権者がその不動産から満足を得られないときは、この後順位の抵当権は、満足を受けた先順位債権者が抵当権を有している他の不動産にも及び、かつ、満足を受けた先順位債権者の有している抵当権に代位することができる。また、第1994条に規定されているように、付記登記をすることができる。その効果として、損失を受けた債権者は、当該不動産について、抵当権を行使することができ、かつ、登記後の債権者に優先する。この損失を受けた債権者が代位したときには、その権利は、さらに、それによって損失を受けた債権者に帰属する (Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può far eseguire la relativa annotazione, come è stabilito nell'articolo 1994, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione.)。

②前項の規定は、第1962条の規定する先取特権によって損失を受けた債権者についても、適用する (Questa disposizione si applica anche ai creditori perdenti per causa del privilegio stabilito dall'articolo 1962.)。

2 イタリア旧民法2011条の起草理由

次に、1860年代にイタリアで刊行された2つの書物⁽²⁾によって、イタリア旧民法2011条の起草理由を紹介する。

フランス民法の下における抵当権制度においては、一個または数個の不動産の上に共同抵当権が存在し、ある債権者がそれよりも後に登記された抵当権を有する場合において、先順位の〔共同〕抵当権者が、後順位の抵当権者の担保目的物の上に権利を行使したときは、この後順位の抵当権者は、共同抵当権の他の目的不動産について、自己の債権額の範囲において優先的に代位する権利を有するか否か、という問題が生じる。仮に、これを否定すると、共同抵当権を有する債権者が、〔特定の不動産につき、抵当権を実行することによって〕特定の後順位抵当権者に不利益を与えることができるようになり、不当である。そこで、衡平の原則から、これを肯定する見解が有力であるので、代位の問題について、これを肯定する条文を置いた。

サルデーニャ民法は、次のように規定している。「先順位の共同抵当権を有する債権者が満足を受けた場合には、後順位の抵当権者は、債務者の他の不動産の上の共同抵当権に代位する権利を有し、その不動産につき、自己の債権の登記をすることができ、そして、その財産価額の配当については、先順位の共同抵当権の順位にあるものとする。この後順位の債権者が代位したときには、その権利は、それによって損失を受けたさらに後順位の債権者に帰属する。」。

サルデーニャ民法のこのような規定にならうべきか否かは問題であるが、これを肯定する見解が有力である。損失を受けた抵当権者に、共同抵当権についての代位を認めることが、理性と衡平に合致すると考えられる。また、仮に、代位を否定するとすれば、複数の不動産の上に共同抵当権を有

(2) 2つの書物とは、Arabia e Correa, *Codice Civile del Regno d'Italia con Commenti e Rapporti*, (1865), pag.914 e seg. および Foschini, *I motivi del Codice Civile del Regno d'Italia*, (1968), pag. 701 e seg. のことである。

する債権者が、それらの不動産の1つにつき抵当権を有する債権者と共謀して、その者を、共同抵当権の他の目的不動産の上に抵当権を有する債権者よりも有利にすることができる。そのような方法によって、後者の債権者が利益を受けようとしている債権者よりも時間的に先行するときであっても不利益をこうむることになる。このようなことは、優先順位は時間的先後によるという原則に反し、抵当権制度の根幹を間接的にもせよ侵すことになり、許されるべきではない。

本条の規定により、代位権が認められても、中間の債権者に損害を与えないことは明らかである。すなわち、共同抵当権に服する他の不動産の上に抵当権を登記している債権者は、その登記が共同抵当権の登記より後であっても、代位する抵当権の登記よりも先に、自己の抵当権の登記をしている場合には、損害をこうむらない。代位をする抵当権者は、自己よりも後に登記した者に、優先するのみである。

同様に、先取特権によって損失を受けた抵当権者についても、代位権が認められる（ピサネッリ司法大臣の報告書）。

Ⅳ ボアソナード草案

1 ボアソナード草案1256条の規定

ボアソナードは、上に紹介したイタリア旧民法2011条を参照して、草案1256条を起草した。まず、草案1256条の規定を紹介する。

ボアソナード草案1256条 ①ある債権者が、数個の不動産の上に抵当権を有する場合において、同時に代価を配当すべきときは、その各不動産の価額に応じてその債権の負担を配分する（Lorsqu'un créancier a hypothèque sur plusieurs immeubles dont les divers prix sont liquidés en même temps, sa créance doit être répartie sur tous proportionnellement à leur importance.）。

②異時配当の場合において、ある債権者が不動産のうちのある代価によって、全額の弁済を受け、その不動産につき後順位の抵当権を有する債権

者が損失を受けたときは、その後順位の債権者は、自己の債権の代わりに、その相互の順位をもって、他の各不動産について、満足を受けた先順位債権者の有している抵当権に、代位することができる。〔イタリア民法2011条参照〕 (En cas de liquidations successives, si ledit créancier est payé en entier sur le prix de l'un d'eux et qu'il en résulte une perte pour un ou plusieurs autres créanciers n'ayant hypothèque qu'après lui sur ledit immeuble, ceux-ci sont subrogés de droit à l'hypothèque du créancier désintéressé, pour leur propre créance et à leur rang respectif, sur les autres immeubles, pour la portion contributive afférente auxdits immeubles dans la créance qui les a primés. [C. it. 2011]).

この草案1256条の1項は、ボアソナードが、フランス法における同時配当の場合の割り付け主義を支持し、条文化したものである。そして、2項は、ボアソナードが、イタリア旧民法2011条にならって、異時配当の場合に後順位抵当権者に法定代位権を認めたものである。

2 ボアソナード草案1256条の起草理由

ボアソナードは、草案1256条について、次のように述べている。⁽³⁾

本条は、法定代位の新しい場合を1つ付け加えるものであり、フランス民法には存在しないものである。日本法にこのような提案をすることには多少の躊躇があった。なぜなら、わたくしの仕事が進めば進むほど、この革新を認めさせるのは困難になるであろうからである。しかし、イタリア⁽⁴⁾

(3) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon*, t. 4, p. 457 et s.

(4) 一原注(a)「現在、わたくしは、賃借人の権利を「物権的権利」として認めようとしてしている点について、強く批判されている。この点で、わたしは、1つの立法例も指摘することができずにいる。フランスの有名な法律家トロブロンは、フランスにおいて賃借人の権利は物権である旨を主張しており、彼ならば、日本に彼の制度の導入することを提案することに躊躇を覚えないかもしれない。

民法（2011条）の規定があるのを見て、これは無謀ではないと確信した。

この代位の場合には、条文の意味を理解するのは、きわめて容易である。ある債権者が、債務者の持つ複数の不動産の上に抵当権を有するとする（法定抵当権の場合、合意による抵当権の場合、あるいは遺言による抵当権の場合がありうる）。すべての不動産を同時に売却し、清算する場合には、各不動産の代価をもって、その相互の価値に応じて、債務を弁済するのが、衡平に合致する。これが本条1項の規定である。仮に、そうではなくして、1つの不動産の代価の全部または大部分を弁済に当てるとすると、その不動産の後順位の債権者に大きい損害を与え、他の不動産は債務の負担から大きく解放されることになってしまう。

しかし、このような割り付けは、常に可能とは限らない。すなわち、すべての不動産の売却および清算が、常に同時に行われるとは限らないのである。本草案は、間接的に割り付けを実現する方法を規定している。すなわち、本条2項の規定する法定代位がそれである。ある抵当権者が1つの不動産によって完全な満足を得た場合には、その不動産の後順位抵当権者は、その〔満足を得た〕抵当権者の地位に就くことになる。すなわち、後順位抵当権者は、自己の抵当権の代わりに、他の不動産の上に〔満足を得た〕抵当権者が有していた順位を得るのである。

法文は、この代位においては「その相互の順位」を保持する旨を規定している。これは、後順位抵当権者は、新しい権限を取得したのではない、ということを示すためである。

本条の目的は、1つの債務のために、複数の抵当不動産を、その相互の価値に応じて割り付けることである。したがって、法定代位をするからといって、不動産を失った後順位抵当権者が、〔代位によって〕他の不動産の価値の全部を取得しようという地位に就くものではない。もし、そうだとすれば、終わりなき循環に陥ることになる。わたくしは、この法定代位

なぜなら、彼にとっては、それは革新的ではないからである。」。

についてはイタリア民法の規定を借用したが、イタリア民法は、この点については明確にしておらず、問題を残している。なぜなら、イタリア民法は、「損失を受けた債権者が代位したときには、その権利は、さらに、それによって損失を受けた債権者に帰属する」と規定しているからである（イタリア民法2011条）。

この法定代位は、本草案の504条2号あるいはフランス民法1251条1号⁽⁵⁾において見られる法律の趣旨を応用するものである。後順位の債権者は、「先取特権または抵当権によって自己に優先する債権者に満足を与えた債権者」であり、いつの日か、フランスの判例が、イタリア法に刺激されて、1251条1号の適用によって、同一の結論に達したとしても驚くべきではないであろう。

V わが旧民法

わが旧民法の債権担保編 242 条は、ポアソナード草案1256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 242 条 ①債権者カ数箇ノ不動産ニ付キ抵当ヲ有シ其各箇ノ代価ヲ同時ニ清算アリトキハ其債権ハ総不動産ノ価額ノ割合ニ応シテ之ヲ分配ス可シ

②漸次ノ清算ノ場合ニ於テ右ノ債権者カ不動産中ノ一箇ノ代価ニ因リテ全ク弁済ヲ受ケ此一箇ノ不動産ニ付キ其債権者ノ次ニ抵当ヲ有スル一人又ハ数人ノ債権者カ為メニ弁済ヲ受クルコトヲ得サルトキハ其一人又ハ数人

(5) ポアソナード草案の 504 条は、弁済者の法定代位に関する規定であり、次のように規定している。「代位は、以下の者には、当然に成立する。〔1号略〕2号 抵当権の実行を避けるため、不動産の差押を避けるため、あるいは契約の解除を避けるために、他の債権者に弁済をした債権者の利益のために。〔3号略〕」。フランス民法1251条も弁済者の法定代位に関する規定であり、次のように規定している。「代位は、以下の者には、当然に成立する。1号 先取特権又は抵当権のゆえに、自己に優先する他の債権者に弁済をした者。〔2号以下4号まで略〕」。

ノ債権者ハ他ノ各不動産ニ付テハ其相互ノ順位ヲ以テ右弁済ヲ受ケタル債権者ノ抵当ニ当然代位ス

この規定が、上に紹介したボアソナード草案1256条を翻訳したものであることは、一目瞭然であろう。

VI 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387条

法典調査会に提出された原案387条は、次のとおりであった。

原案387条 ①債権者カ数箇ノ不動産ニ付キ抵当権ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代価ヲ配当スヘキトキハ其各不動産ノ価額ニ準シ其債権ノ負担ヲ分配ス

②前項ノ場合ニ於テ或不動産ノ代価ノミヲ配当スヘキトキハ抵当権者ハ其代価ニ付キ債権全額ノ弁済ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵当権者ハ前項ノ規定ニ従ヒ右ノ抵当権者カ他ノ不動産ニ付キ弁済ヲ受クヘキ全額ニ満ツルマテ之ニ代位シテ抵当権ヲ行フコトヲ得

2 原案387条の起草理由

法典調査会において、梅謙次郎は、原案387条の起草理由について、次のように述べている。⁽⁶⁾

「本条ハ担保編第二百四十二条ニ文字ノ修正ヲ加ヘマシタ其重モナル点ヲ申シマスト云フト原文ノほんノ文字ノ修正デアリマスケレドモ『総不動産ノ価額ノ割合ニ応シテ之ヲ分配ス可シ』ト云フコトガアリマス勿論『総不動産』トアツタ所ガ抵当不動産残ラズト云フ意味ニハ相違アリマセスケレドモ『総不動産』ト云ヘバ所有ノ不動産残ラズト云フヤウニ聞ヘテ抵当不動産デナイ物マデモ這入ルヤウニ見エマスカラ夫レデ本条デハ各抵

(6) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻935頁。

当不動産ト云フコトニ致シマシタ『抵当』ト云フ文字ハアリマセヌケレドモ其意味デアリマス上ニ『数箇ノ不動産』ト云フコトガアツテ夫レカラ『各不動産』トシマシタカラ其意味ハ各抵当不動産ト云フコトハ分ツテ居リマス其次ニ『不動産中ノ一箇』ト云フコトガアリマスガ必ズ一箇丈ケデ全額ノ弁済ヲ受ケルコトノ出来ヌ場合ガアル就中一个丈ケ離シテ売ルト云フ場合デナクテモ二个丈ケ売ツテモ兎ニ角抵当不動産ヲ悉ク同時ニ売ル時分デナイ場合ハ此規定ガ当嵌マラスト往ケマセヌカラ此『一箇』ト云フ文字ハ省キマシタ終ハリニ『弁済ヲ受ケタル債権者ノ抵当ニ当然代位ス』ト云フコトガアリマス此意味ハ固ヨリ債権ノ全額ニ付テ代位スルノデナクシテ一項ノ如ク各不動産ノ価ニ準ジテ債権額ヲ分ケテ然ウシテ其分ケタ部分丈ケニ付テ代位スルノdealト云フコトハ無論疑ヒナイコトデアラウト思ヒマスケレドモ此文章デハ然ウハ見エマセヌ此文デハ全額ニ付テ代位スルモノノヤウニ見エマスカラ其点ヲ一層明瞭ニ致シタ積リデアリマス。

3 法典調査会における議論

(1) 「分配ス」の意味について⁽⁷⁾

最初に、簡単な文言上の議論を紹介する。「分配ス」の意味をめぐって、横田國民と梅謙次郎の間で、次のような議論があった。

横田國民君「此処ニ『各不動産ノ価額ニ準シ其債権ノ負担ヲ分配ス』トアル……此処ニ『分配ス』ト云フコトガアル以上ハ何ニカ之ヲ以テ必ず分配スルヤウニ一寸見エルノデスガ外ニ何ニカ趣意ガアリマスカ」。

梅謙次郎君「負担ヲ分配スルノdeal金ヲ分配スルノデナイ」。

(2) 「スヘキ」という文言について⁽⁸⁾

「スヘキ」という文言の妥当性について、元田肇と梅謙次郎の間で、次のような議論があった。

(7) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻935頁下段—936頁上段。

(8) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻937頁。

元田肇君「然ウ云フ次第『スヘキ』ト御書キニナツタノデゴザイマス
カ私共ニスルト『スルトキハ』ト云フヤウニ書クト思ヒマスガ然ウスルト
『スヘキ』ト云フトモネバナラスト云フ風ニ見エテー寸意味ガ違ヒハシマ
セヌカ」。

梅謙次郎君「之ハ殆ソド同ジャウナ文章ガ先取特権ノ所ニアツタノデア
リマス其時ニモ始メ『スルトキ』トシテ後ニ『スヘキ』トシマシタガ此処
モ書クトキニ『スル』ノ方ガ正シイカ『スヘキ』ノ方ガ正シイカト云フコ
トヲ吾々ノ間デ議論ヲシテ見マシタ……『スヘキ』ト書キマシタガ『スル
』ト為ツテモ意味ニ変ハリハナイト思ヒマス」。

(3) 常に割り付け主義を採用すべきか⁽⁹⁾

この原案は、1項において、同時配当の場合の割り付け主義を採用し、
2項において、異時配当の場合の後順位抵当権者の代位権を規定している
が、常に割り付け主義を採用すべきことを横田國民が主張している。

横田國民君「同時ニ配当シヤウガ同時デナク配当シヤウガ此債権ノ負担
ト云フモノハ何時モ同ジコトニ負フテ居ルモノト……スレバ例ヘバ外ノ順
位ノ者ガ沢山アツタ折リニ都合ガ好クハアリマセヌカ」。

梅謙次郎君「夫レハ何ウモ住ケマイカト思ヒマス何ゼ往ケナイカト云フ
ト然ウスルト抵当不可分ノ原則ヲ丸デ破ルヤウニ為リマス夫レヲ破ブルト
抵当債権者ノ大変迷惑ニナリマス……今ノ相場デハ此物ハ百円ノ値ガアル
カラ例ヘバ夫レニ付テハ……七十円取ルトカ云フコトニシテ跡ハ外ノ不動
産カラ取ルト云フコトニ極メテ置テモ其値段ガ下ガルト外ノ物モ違ウテ居
ルガ為メニ全額ハ取レヌト云フコトニ為リマス」。

(4) 「前項ノ場合」とはどういう場合か⁽¹⁰⁾

「前項ノ場合」の意味について、横田國民と梅謙次郎の間で次のような
議論があつた。

横田國民君「五ツノ物ニ付テ五千円貸シタ其場合ニハ払ハヌカラ売ル

(9) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻936頁下段。

(10) 法典調査会民法議事速記録〔商事法務研究会版〕2巻937頁上段。

民法392条の沿革

……例へば其一ツヲ売ラウト思ツタ折リニ……第二ノ順位者が……何ウスルト云フコトガ分ラヌ第二項ノ始メニ唯『前項ノ場合ニ於テ』トアリマスカラ」。

梅謙次郎君「第二項ノ『前項ノ場合ニ於テ』ト云フコトハ或ハ穩カデナカラウカトモ思ヒマシタガスウ書カナイト長クナラウト思ヒマシテ遂ニ『前項ノ場合ニ於テ』ト書キマシタ之ハ前項ニ『債権者カ数箇ノ不動産ニ付キ抵当権ヲ有スル場合ニ於テ』トアリマス其前項ノ場合デアリマス同時ニ配当スベキ場合デナイ」。

Ⅶ わが現行民法

わが現行民法392条は、次のように規定している。

わが現行民法392条 ①債権者カ同一ノ債権ノ担保トシテ数箇ノ不動産ノ上ニ抵当権ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代価ヲ配当スヘキトキハ其各不動産ノ価額ニ準シテ其債権ノ負担ヲ分ツ

②或不動産ノ代価ノミヲ配当スヘキトキハ抵当権者ハ其代価ニ付キ債権ノ全部ノ弁済ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵当権者ハ前項ノ規定ニ従ヒ右ノ抵当権者カ他ノ不動産ニ付キ弁済ヲ受クヘキ金額ニ満ツルマテ之ニ代位シテ抵当権ヲ行フコトヲ得

この規定と、法典調査会において決定された案（原案 387 条の通り）とを比べると、ごく僅かな文言上の違いがあるだけである。

Ⅷ イタリア現行民法

1 イタリア現行民法2856条の規定

イタリア旧民法2011条の規定は、イタリア現行民法では、2856条に承継されている。2856条は、次のように規定している。

イタリア現行民法2856条 ①ある債権者が、一個若しくは数箇の不動産の上に抵当権を有する場合において、債務者の財産の上に共同抵当権を有する先順位の債権者が、自己の債権の全部又は一部につき、ある不動産の

代価によって満足を受け、そのため、この後順位抵当権者がその不動産から満足を得られないときは、この後順位債権者の抵当権は、満足を受けた先順位債権者の有する登記済の抵当権に代位することができ、また、他の不動産について、抵当訴権を行使することができ、かつ、満足を受けた先順位債権者の登記順位において、他の後順位の債権者に優先する。この損失を受けた債権者が代位したときは、その権利は、さらに、それによって損失を受けた債権者に帰属する (Il creditore che ha ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente perchè sul loro prezzo si è in tutto o in parte soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni dello stesso debitore, può surrogarsi nell'ipoteca iscritta a favore del creditore soddisfatto, al fine di esercitare l'azione ipotecaria su questi altri beni con preferenza rispetto ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione.)。

②前項の規定は、不動産先取特権によって損失を受けた債権者についても、適用する (Questa disposizione si applica anche ai creditori perdenti per causa del privilegi immobiliari.)。

2 イタリア現行民法2857条の規定 (参考)

イタリア現行民法は、上に紹介したように、イタリア旧民法2011条に多少の変更を加えて2856条とするとともに、新たに2857条を追加している。参考までに、イタリア現行民法2857条の規定を紹介するが、イタリア語原文は、省略する。

イタリア現行民法2857条 ①第三者によって抵当に供された物については代位することはできない。債務者が譲渡した場合において、その移転登記が損失を受けた債権者より前になされているときにも、代位することができない。

民法392条の沿革

②登記後に債務者が取得した物であっても、満足を受けた債権者が、その物の上に裁判上の抵当権を有していた場合には、損失を受けた債権者は、その物についても代位することができる。

③代位権を主張するためには、付記登記をしなければならない。付記登記をするためには、損失を生じさせた配当表の謄本を登記官に提出しなければならない。

Ⅸ お わ り に

本稿において明らかになった民法392条の沿革、およびイタリア現行民法規定との対応関係を要約しておこう。

わが現行民法392条1項←法典調査会における原案387条1項←わが旧民法債権担保編242条1項←ボアソナード草案1256条1項。

わが現行民法392条2項←法典調査会における原案387条2項←わが旧民法債権担保編242条2項←ボアソナード草案1256条2項←イタリア旧民法2011条→イタリア現行民法2856条。